

Consistency of Certain Danzig Legislative Decrees with the Constitution of the Free City
[PCIJ Series A/B No. 65]¹

I. 개관

1. 배경 사실

단짜히 자유시는(Free City of Danzig) 제1차 세계 대전 이후 1920년 베르사이유 조약에 따라 설립되고 국제연맹에 의해 보호된 도시국가이다.² 이후 1939년 독일 나치 정부에 의해 합병당했다. 이때 1936년쯤에는 단짜히 자유시의 상원은 과반 이상이 지역 나치 부역자들이었고 단짜히 자유시 내에 사회적으로 유태인들에 대한 억압과 차별이 만연하여 단짜히 자유시를 떠나는 유태인들이 상당했다.³

이러한 배경에서 단짜히 자유시 상원은 1935. 8. 29. 형법 및 형사소송법 개정안⁴을 발의하며 죄형법정주의를 폐지하였는데 당시 단짜히 자유시에서 활동하던 정당인 National German, Centre 및 Social-Democrat Parties at Danzig 등은 본 개정안이 형사법을 적용함에 있어 무분별한 임의의 해석을 발생시키고 궁극적으로 단짜히 자유시의 헌법 제73조, 제74조, 제79조에 위배된다고 주장하였다.⁵ 즉, PCIJ의 권고 의견에는 이와 같은 사실은 명시되어 있지 않지만 나치에 부역하던 상원은 유태인 탄압 등 모종의 횡포와 같은 정치적인 목적을 가지고 형법 및 형사소송법 개정안을 발의한 것으로 보인다.

구체적으로, 단짜히 자유시 상원이 발의한 법안의 내용은 다음과 같다:⁶

“형법 제2조 법률이 처벌할 수 있다고 선언한 행위 또는 형법의 기본 개념과 건전한 대중적 감정에 따라 처벌할 가치가 있는 행위를 한 사람은 처벌을 받는다. 어떤 행위를 직접적으로 다루는 형법이 없는 경우에는 그 행위에 가장 근본적인 사상이 적용되는 법에 의하여 처벌한다.”

¹ Consistency of Certain Danzig Legislative Decrees with Constitution of Free City, Advisory Opinion, 1935 P.C.I.J. (ser. A/B) No. 65 (Dec. 4), 이하 “본건 의견”.

² Chestermann, Simon, *You, the People; United Nations, Transitional Administration and State building* (Oxford University Press, 2004), p. 20.

³ Levine, Herbert S., *Hitler's Free City: A History of the Nazi Party in Danzig, 1925–39* (University of Chicago Press, 1970), p. 102.

⁴ 공식 명칭은 다음과 같다: (1) decree mending certain provisions of the Penal Code, (2) decree amending certain provisions of the Code of Criminal Procedure and of the law concerning the organization of the courts.

⁵ 본건 의견, pp. 44-48. 참고로 헌법 제74조, 제75조, 제79조는 기본적인 인간의 권리 및 자유는 적법한 절차 없이는 제한될 수 없다는 내용을 담고 있다.

⁶ 본건 의견, pp. 45-46.

"형사소송법 제170조(a) 건전한 대중적 감정에 따라 처벌받아야 할 행위가 법으로 처벌되지 않는 경우, 검사는 해당 행위가 형법의 기본 개념에 포함되는지 여부와 가능한지 여부를 고려하고 관련된 법률을 유추하여 정의가 실현될 수 있도록 하여야 한다."

"형사소송법 제267조(a) 재판 과정에서 피고인이 건전한 대중적 감정에 따라 처벌받을 만한 행위를 한 것으로 보이거나 이를 처벌할 수 있는 법률이 없는 경우, 법원은 형법에 관한 기본적인 구성요건이 해당 행위에 적용되고 그러한 법을 유추하여 적용함으로써 반드시 정의가 집행될 수 있도록 하여야 한다."

2. 권고적 의견 요청 절차

해당 정당은 국제연맹 고등판무관(High Commissioner of the League of Nations)에 의견을 구했고 이에 국제연맹 이사회(Council of the League of Nations)가 1935. 9. 23. 결의에 따라 1935. 9. 27. 상설국제재판소(Permanent Court of International Justice, 이하 "PCIJ")에 권고적 의견을 구했다.⁷

3. 권고적 의견 요지

단짚히 자유시 상원이 발의한 형사법 개정안은 단짚히 자유시 헌법이 구체적으로 세부 법령을 통해 실행하려는 사회의 정의를 강탈하는 결과를 초래하는 것에 더해 해당 개정안은 PCIJ 재량권 행사에 필요한 적정한 정도를 훨씬 넘은 것으로 판단되어 단짚히 자유시 헌법에 반한다.⁸

II. 권고적 의견의 세부 사항

1. 주요 쟁점

- 단짚히 자유시 상원이 추진한 형사법 개정안이 단짚히 자유시의 헌법에 위배되는지

2. 문제가 되는 국제법상 법원

이 사건에서는 1935년 단짚히 자유시 상원의원이 발의한 형사법 개정안이 단짚히 자유시의 헌법 위배 여부가 주로 문제되었다.

3. PCIJ의 의견

⁷ 본건 의견, pp. 42-43.

⁸ 본건 의견, p. 57.

PCIJ는 단짜히 자유도시의 상원의 형사법이 기존 죄형법정주의에서 죄형전단주의로 개정된 내용이 단짜히 자유도시의 헌법을 위배하는지, 헌법을 위반하지 않고는 시행될 수 없는지를 살펴보았다.⁹

PCIJ는 헌법은 나라의 구성원들에게 법치주의(rule of law)의 기준을 제시하고 이로써 개인의 자유나 인간의 근본적인 권리(fundamental rights)를 보장하게 한다고 하면서 이때 법치주의의 기준의 정도를 구체적으로 설정하여 주는 것이 법령이라고 설명하였다.¹⁰ 이와 같은 점에서 PCIJ는 각 법령을 집행할 때에는 그 적용의 조건이 반드시 명확하여야 하며, 만약 특정 법령을 집행하는 PCIJ가 명확한 설명 또는 근거 없이 해당 법을 임의로 집행할 수 있고 궁극적으로 한 개인의 자유를 빼앗을 수 있다면, 해당 법령은 헌법이 보장하는 권리들에 반하는 결과라고 판시하였다.¹¹

특히 PCIJ는 형법 개정안 중 “건전한 대중적 감정”과 “형법의 기본 요건” 두 개의 기준을 집어내며 이 두 기준은 처벌의 기준을 모호하게 만들고 그 간극을 판사 또는 검사의 재량에 따라 채워나가게 한다고 설명했다.¹²

이러한 점을 종합하여 판단하여 PCIJ는 단짜히 자유시 상원이 발의한 형사법 개정안은 PCIJ가 법을 위반하지 않은 개인도 처벌할 수 있게 할 가능성이 있고, 이는 곧 단짜히 자유시 헌법이 구체적으로 세부 법령을 통해 실행하려는 사회의 정의를 PCIJ가 강탈하게 하는 결과를 초래하는 것이라고 판단하였다.¹³ 나아가 PCIJ는 형법은 본래 모든 세세한 사항을 정의하지 않기에 PCIJ의 재량이 가미될 여지가 있다는 점은 충분히 이해할 수 있는 부분이나 이 사건 단짜히 자유시 상원의 형사법 개정안은 PCIJ 재량권 행사에 필요한 적정한 정도를 훨씬 넘은 것으로 판단되어 단짜히 자유시 헌법에 반한다고 판단한다고 덧붙였다.¹⁴

III. 추후 경과

⁹ 본건 의견, p. 53.

¹⁰ 본건 의견, p. 54.

¹¹ 본건 의견, p. 54.

¹² 재판부의 설명 원문 참고(p. 52): “it is clear that the decision whether an act does or does not fall within the fundamental idea of a penal law, and also whether or not that act is condemned by sound popular feeling, is left to the individual judge or to the Public Prosecutor to determine”

¹³ 재판부의 설명 원문 참고(p. 56): “the decrees . . . so far from supplying any such definition, empower a judge to deprive a person of his liberty even for an act not prohibited by the law These decrees therefore transfer to the judge an important function which, owing to its intrinsic character, the Constitution intended to reserve to the law so as to safeguard individual liberty from any arbitrary encroachment on the part of the authorities of the State.”

¹⁴ 본건 의견, pp. 56-57.

국제연맹 이사회는 1936. 1. 24. 개최된 제90차 총회에서 단짜히 자유시 상원이 상설국제재판소의 권고적 의견에 따라 문제가 된 두 법안을 수정하기로 한 결정을 환영하고 이를 채택하는 결의안을 통과시켰다. 이어서 국제연맹 고등판무관은 단짜히 자유시 상원의장으로부터 1936. 2. 20. 문제가 되었던 두 법안을 폐지하고 기존 조항대로 원복한다는 소식을 담은 레터를 받았고, 1936. 5. 11. 국제연맹 사무총장은 해당 레터를 국제연맹 이사회에 회람하였다.

IV. 의의 및 시사점

나치에 부역하여 형사법을 불합리하게 개정하려는 단짜히 자유시 상원의 주장에 대하여 PCIJ는 기존 죄형법정주의에서 죄형전단주의로 개정된 내용이 ‘개인의 자유를 보장하며 그 자유는 적법한 절차에 의해서만 제한될 수 있다’고 명시한 단짜히 자유시의 헌법에 위배된다고 판단하였다. 이때 PCIJ는 죄형전단주의가 불러오는 모호한 기준으로 인한 위헌 요소를 분석하며 기존 형사법 체계가 가지고 있던 모호함과 죄형전단주의가 야기하는 모호함의 차이를 적극 설명하며 그 문제점을 설파했다.

이때 PCIJ는 기준이 명확하지 않은 채로 법을 집행할 경우 적법 절차 원칙을 위반하게 되고 이는 곧 헌법에서 정한 합리적인 이유 없이 개인의 자유를 억압하는 결과로 이어지게 된다고 설명했다. 이는 당시 사회적으로 불안정한 시대를 맞아 특히 단짜히 자유시 내에서 활동하던 유대인 등의 소수자들에 대한 시 정부 당국의 억압을 견제하는 데에 상당한 역할을 수행할 수 있었다.

단짜히 자유시는 그 독특한 지위로 인해 시정과 시운영이 조약으로 통제되는 상황이었다. 국내법과 국제법이 밀접하게 연동되어 움직이는 체제로 이해할 수 있다. 오늘날 국내법과 국제법은 더욱 밀접하게 연동되어 유기적으로 작동하고 있는 상황을 보면 단짜히 자유시는 이러한 현대적인 상황을 근 100년전 먼저 보여준 것으로 평가할 수 있다.

국제인권법이 확고하게 자리잡은 지금 시각으로는 죄형법정주의에 기초한 이러한 판결과 법리가 자연스럽게 다가오나 1930년대 당시 시점 기준으로는 상당히 시대를 앞서 나간 결과물이다. 국제법을 통해 개인의 자유를 보호하고자 했던 진보적인 판결로 평가할 수 있다. 최초의 상설적인 국제법원으로서 당시 PCIJ의 적극적인 역할과 위상이 거듭 확인되는 판결이다.

작성자	안정혜 변호사 전준규 변호사		법무법인(유한) 율촌 법무법인(유한) 율촌
감수자	이재민 교수		서울대학교 법학전문대학원

※ 본 판례 해설 내용은 작성자와 감수자 개인의 견해로 산업통상자원부의 공식견해와 무관함을 밝힙니다.