

독일에서의 형법적 과거청산에 대한 소고*

김 동 루**

< 목 차 >

- I. 들어가는 말
- II. 비교: 동유럽에서의 형법적 과거청산
- III. 구동독 체제범죄의 특성
- IV. 형법적 과거청산의 법적 근거
- V. 공소시효 문제의 해결
- VI. 사법처리 경과
- VII. 나가는 말

I. 들어가는 말

형법적 과거청산은 결코 있어서는 아니되었던 중대한 시대적 불법행위에 대해 형법적 책임을 묻는 과정이다. 인류공통의 가치를 훼손하는 불법체제가 붕괴되고 법치주의를 바로세우는 과정에서 반드시 거쳐야 하는 한 시대에 대한 반성이다. 불법체제를 등에 업고 용인될 수 없는 불법을 자행한 자들에 대한 심판이자, 불법체제의 희생자에 대한 위로이다. 그리고 불법체제가 다시는 나타나지 않도록 방지하는 일반예방이면서 올바른 역사인식을 통한 국민적 교육과정이다.

따라서 형법적 과거청산은 어디까지나 법치주의적인 방식으로 이루어질 때 그 의미가 있다. 그것은 가해자에 대한 단순한 보복도 승자재판도 아니기 때문이다. 하지만 기본적으로 개인책임의 원리에 기초한 형법은 과거청산에 있어

* 이 연구는 2021년도 영남대학교 학술연구조성비에 의한 것임 (221A061023).

** 주저자, 영남대학교 경찰행정학과 부교수.

역사적인 시대간의 화해를 이끌어내는 근본적인 역할을 수행하기는 어렵다.¹⁾ 불법체제 내에서 개인에 의해 이루어진 대표적인 불법행위들을 책임원칙에 따라 처단할 수 있을 뿐이다. 형법은 불법적인 시스템 자체가 아니라, 불법으로 평가된 특정 사실관계와 이와 관련된 개인의 행동만을 심판의 대상으로 하기 때문이다. 다시 말해 법치국가 형법은 개인이 아닌 단체에 집단적인 책임이나 부담을 가할 수는 없다. 게다가 하나의 사회나 시스템 또는 독재정권 자체를 심판하는 것은 애초부터 형법의 임무가 아니다. 누구도 불법국가와 그 법률에 대한 신뢰로 인해 처벌받아서 안 된다. 형벌은 어디까지나 개별적으로 이루어진 불법과 개인적인 책임을 전제로 하는데, 이는 행위를 허용하던 체제 자체를 불법으로 정의하는 것만으로는 불가능하다. 다시 말해 형벌은 행위가 이루어진 체제 상의 법적·사실적 상황을 감안하고서도 그 개인에게 책임을 물을 수 있어야만 법치주의 원칙에 부합한 정당한 것이 될 수 있다.

본 논문은 과거청산의 대표적인 사례로서 독일에서의 이루어진 2차례에 걸친 형법적 과거청산에 있어 그 의의와 법적근거, 공소시효문제의 해결과정 그리고 형사소추 경과를 살펴본다. 분단상황에서 북한이라는 불법체제를 마주하고 있으며, 북한의 붕괴가 남북한의 통일로 이어질 수 있다는 점에서 구동독의 몰락과 통일독일에서의 구동독 체제불법에 대한 형법적 청산사례는 우리에게 많은 것을 시사할 것이다. 이에 앞서 엄정한 사법적 청산을 원칙으로 독일의 경우가 어떤 의미를 가지는가를 살펴보기 위해 공산주의 독재체제의 도미노적 붕괴에 따라 구동독 체제범죄 청산과 같은 시기에 진행되었던 동유럽 각국의 형법적 과거청산 과정을 우선 살펴보기로 한다.

II. 비교: 동유럽에서의 형법적 과거청산

주로 1989년과 1990년에 동유럽에서 발생한 정치적 격변의 특징은 대체로 순조로운 절차에 따라 이행되었다는 점이다. 유혈봉기 이후 다시금 공산주의 정부가 집권한 루마니아를 제외하고 체제 변화는 대부분 법적인 틀 내에서 평화적으로 이루어졌다. 전체주의 또는 권위주의 체제의 핵심 권력자들도 법치국가

1) Lampe, Aufarbeitung der DDR-Vergangenheit durch Strafrecht, in: Lampe (Hrsg.), Deutsche Wiedervereinigung, Bd. II, 1993, S. 3 (8).

로 이행하는 매 단계에 기본적으로 관여하였다. 구 통치자들의 이러한 개입은 민주적·법치주의적 신정부가 과거 공산독재체제 하의 불법에 대한 사법적 청산을 우선 과제로 삼는데 방해요소가 되었다. 또한 국민들도 체제급변에 따른 경제적·사회적 문제의 해결이 더 시급한 과제라고 생각하였다. 사법적 청산의 문제는 오늘날까지도 동유럽의 여러 국가에서 해결되지 아니한 과제로 남아 있다.

과거 공산주의 체제하의 불법행위에 대한 형사소추 문제는 동유럽 각국의 정치적 격변 이후 곧바로 등장하였다. 하지만 이를 위해 극복되어야 할 여러 법적 장애물이 있었다. 특히 중요한 부분은 구법체제 하에서 자행된 범죄를 통일 후 단죄하는데 있어 그 준거법을 어떻게 정할 것인가, 그리고 완성되거나 완성이 임박한 봉괴된 구체제하의 범죄(이하 구범죄)에 대한 공소시효를 어떻게 처리할 것인가의 문제였다.

1. 준거법 문제의 해결

형법적 과거청산은 과거 몰락한 독재체제 하에서 발생한 범죄를 법치주의에 부합하도록 새로운 체제의 법질서에 의해 심판하는 과정이다. 따라서 하나의 행위에 적용가능한 두 개의 법이 경합하게 된다. 형법의 일반원칙에 따라 행위 당시 체제의 법률을 우선 고려해야 하겠지만, 과거의 질서를 부정하는 의미에서 새로운 법률을 우선적용하거나 두 법률을 비교하여 선택해야 하는 경우도 발생하게 된다.

동유럽의 경우 입법자들은 과거 공산주의 체제범죄에 특화된 구성요건을 신설하지는 않았기 때문에 우선적으로 각국의 기존 형법규정에 있는 범죄의 적용가능성이 고려되었다. 준거법의 문제에 있어서, 동유럽 국가들은 법률이 경하게 변경된 경우가 아니라면 행위 당시 법률에 의해서만 처벌이 가능하다는 죄형법정주의의 원칙(*nulla poena sine lege*)을 준수하고자 하였다.

그러나 그 과정에 심각한 불법이 처벌되지 아니한 이유가 공산주의 일당독재의 존속기간 권력자가 고의적으로 실정법을 무시하거나 막스-레닌주의적 법해석에 따라 처벌대상에서 제외하였기 때문이라는 점은 간과되었다. “당의 주도적 역할”, “법의 도구적 성격”, “사회주의 적법성” 등과 같은 이데올로기적 구호 아래 법은 정치에 양보할 수 밖에 없었고, 형사소추의 타당성은 정치적 목적에 부합하는가에 따라 판단되었다.²⁾ 공산주의 체제에 의한 불법행위들은 원

칙적으로 소추대상이 아니었다.

그 결과 체제범죄에 대한 처벌은 동유럽 국가에서 크게 진지하게 논의되지 않았다.³⁾ 문제된 불법은 정상적인 법치국가에서처럼 행위당시 체제의 법률에 의해 판단되었고, 그 과정에 불법적인 체제와 불법의 연관성은 고려되지 않았다. 예컨대 헝가리와 폴란드의 경우 이처럼 행위 당시 처벌규정이 없다는 이유로 처벌되지 아니하였다. 체코슬로바키아는 예외인데, 관련 입법과 함께 법원도 공산주의 체제범죄도 당시의 실정법에 위배된다는 견해를 분명히 하였다.⁴⁾

2. 공소시효 문제의 해결

구체제 하에서 오래된 불법행위에 대한 공소시효가 이미 완성된 경우 처벌이 불가능한 상황이 발생할 수 있다. 알바니아의 경우는 여기에 해당이 없었다. 1995.5.13.까지 유효하던 1977년 제정된 형법은 공소시효를 두고 있지 않았기 때문이다. 하지만 다른 동유럽 국가들은 형의 경중에 따른 공소시효제도를 두고 있었으며, 중범죄의 경우 통상적으로 20년이였다.⁵⁾ 구 소련의 경우 가장 중한 범죄도 10년⁶⁾에 불과하였는데, 심각한 불법이 주로 스탈린 시대에 자행되었던 만큼 체제 붕괴시에는 대부분 그 공소시효가 완성된 상태였다. 공소시효의 완성을 인정한다면 대부분의 공산주의 독재하의 불법행위들은 처벌하기 어려운 상황이었다.

당시 이러한 공소시효의 문제를 극복하고 사법적 청산을 이루어내기 위해서는 법원은 두 가지 가능성을 고려할 수 있었다. 첫째, 동유럽 국가들의 형법전

2) Brunner, Einführung in das Recht der DDR, S. 1 ff.; ders., Das Staatsrecht der Deutschen Demokratischen Republik, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.): Handbuch des Staatsrechts in der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, S. 405 ff.

3) Baller, Juristische Bewältigung des kommunistischen Unrechts in Rußland, in: Brunner (Hrsg.), Juristische Bewältigung des kommunistischen Unrechts in Osteuropa und Deutschland, S. 136 (151).

4) Hoskova, Rechtsstaatlichkeit in der Tschechischen Republik, in: Hofmann/Marko/Wiederin (Hrsg.), Rechtsstaatlichkeit in Europa, S. 253 (257 ff.).

5) Bulgarien: Art. 30 I Nr.1 StGB v. 15.03.1968; Polen: Art. 105 I Nr.1 StGB v. 19.04.1969; Tschechoslowakei: § 67 I lit. a)StGB v. 29.11.1961 I.d.F. der Neubekanntmachung von 1973; Ungarn: § 33 I lit. a)StGB - Gesetz Nr. IV/1978.

6) Art. 41 I Nr. 3 Grundlagen der Strafgesetzgebung der UdSSR v. 25.12.1958; Art. 48 I Nr. 4 StGB RSFSR v. 27.10.1963; Art. 38 I Nr.4 StGB Ukraine v. 28.12.1960; § 53 I Nr. 4 StGB Estland v.06.01.1961.

에는 1968년 11월 26일 체결된 “전쟁범죄 및 반인도적 범죄에 대한 공소시효 배제협약”에 따라 위 유형에 해당하는 범죄에는 국제법적 차원에서 공소시효기간을 적용하지 아니하는 규정들을 두고 있었다.⁷⁾ 여기서 전쟁범죄는 개념적으로 무력 충돌을 전제로 하기 때문에 1956년의 헝가리 혁명 당시 외에는 이를 충족하기 어려웠다. 따라서 공소시효 배제는 기본적으로 반인도적 범죄를 이유로 시도되었다.⁸⁾

그런데 반인도적 범죄와 관련하여 동유럽 각국의 국내법은 국가마다 차이는 있지만 공소시효가 없는 범죄를 일부 규정하고 있었는데 대부분 소수민족이나 종교에 대한 탄압행위를 그 대상으로 하였고,⁹⁾ 정치적인 박해는 이에 해당하지 않았다. 불가리아 형법 제162조 제2항은 차별행위에 대한 금지규정으로 여기는 정치적 박해도 포함되어 있었으나 이에 대한 공소시효 적용이 배제되지는 않았다. 폴란드의 경우 정치적으로 자행된 불법을 기소하는데 적용할 만한 규정이 거의 없었다. 폴란드 법원은 단지 개별적인 사안에서 살인, 상해, 자유박탈 등에 해당하는 경우에만 처벌할 수 있을 뿐이었고, 이 범죄들은 모두 공소시효를 두고 있었다.¹⁰⁾

공소시효의 딜레마를 극복할 있는 다른 가능성은 구 체제의 불법들은 공산주의 일당독재 하에서 주로 체제유지를 목적으로 자행된 것으로서 고의적으로 기소되지 않았다는 점에서 찾을 수 있다. 불법행위에 대한 형사소추가 의식적으로 방치된 것을 사법행정의 정지상태로 볼 수 있기 때문에 공소시효의 진행도 정지해야 한다는 것이다. 하지만 공소시효의 정지제도는 각국의 형법이 인정하고 있지만¹¹⁾ 사법행정상의 장애를 정지사유로 규정하고 있는 경우가 없었다는 점에서 적용에는 다소 무리가 있다.

결국 각국의 법원은 이러한 법적 제한으로 인하여 공소시효의 문제는 공소시효를 정지 또는 연장하는 형태의 특별입법으로 해결될 수 밖에 없다고 보았으며, 입법이 뒤따르지 않는 경우 처벌할 수 없다는 입장을 취하게 되었다. 불가

7) Bulgarien: Art. 79 II StGB; Polen: Art. 109 StGB; Tschechoslowakei: § 67 a StGB; Ungarn: § 33 II StGB.

8) Schulze-Willebrand, Das Strafrecht der europäischen sozialistischen Staaten, S. 57 ff.

9) Tschechoslowakei: §§ 259, 260 StGB; Ungarn: §§ 155-157 StGB.

10) Mohlek: Juristische Auseinandersetzung mit der Vergangenheit in Polen, in: Brunner (Hrsg.): Juristische Bewältigung des kommunistischen Unrechts in Osteuropa und Deutschland, 1995, S. 53 (69).

11) Shcultze-Willerbrand, Das Strafrecht der europäischen sozialistischen Staaten, S. 396 ff.

리아에서는 1990년 4월 20일부터 수인에 대한 고의살인의 경우 공소시효가 20년에서 35년으로 연장되었다.¹²⁾ 1997년 1월 1일에 발효된 러시아의 개정형법은 특히 중한 형사범죄에 대한 공소시효를 10년에서 15년으로 연장하였으며,¹³⁾ 연장된 공소시효의 소급적용은 인정하지 않았다. 폴란드도 1995년 7월에 입법을 통해 중범죄에 대한 공소시효를 20년에서 30년으로 연장하였다.¹⁴⁾

반면 체코와 헝가리의 경우는 과거의 중대한 체제범죄에 대한 공소시효 적용을 배제시키고자 하였다. 체코 의회는 1993년 7월 이른바 ‘공산주의법’을 제정하였다.¹⁵⁾ 동법 제5조는 당해 범죄가 민주주의 국가의 법질서의 기본원칙에 어긋나는 정치적인 이유로 형사처벌이 되지 아니한 경우 1948.2.25.부터 1989.12.29. 사이 기간은 공소시효가 정지되도록 규정하고 있는데, 이같은 사후입법으로 소급적용하는 등 공소시효 정지규정을 1993.12.21. 체코 헌법재판소는 합헌으로 판결하였다.¹⁶⁾ 법원은 공소시효 기간의 형식적 경과가 공소시효의 실제적 완성을 의미하지는 않는다고 보았다. 국가에 의해 의도적으로 소추되지 아니한 범죄, 즉 법치국가 원리가 적용되지 아니하는 영역에는 공소시효의 적용도 불필요하며 공소시효 완성으로 처벌되지 아니하리라는 범죄자의 신뢰는 보호할 가치가 없다는 것이다.¹⁷⁾ 국가의 비호 아래 장기간에 걸쳐 조직적으로 자행된 범죄는 처벌되지 아니하리라는 기대에 대해 법치주의는 단호한 법의 심판을 내릴 필요가 있다는 점도 역시 고려되었다. 또한 공소시효는 소송법적 제도로서 실체법을 전제로 하는 소급효금지의 대상이 아니라는 점도 분명히 하였다. 이와 관련하여 공소시효의 소급적용은 헌법에 배치되지 아니한다는 1969년 독일연방 헌법재판소의 입장¹⁸⁾을 언급하였다. 이로써 체코에서는 공산주의 체제 하의 불

12) StGB-Änderungsgesetz v. 30.03.1990.

13) Art. 78 I lit.g des Stafgesetzbuch der Russischen Föderation v. 13.06.1996, in Kraft seit dem 01.01.1997.

14) StGB-Änderungsgesetz v. 12.07.1995.

15) Gesetz v. 09.07. 1993 über die Rechtswidrigkeit des kommunistischen Regimes und über den Widerstand dagegen; deutscher Text in: Osteuropa-Archiv 1994, S. 30 ff.

16) Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 54(1994), S. 453 ff.; Holländer, Die juristische Bewältigung des kommunistischen Unrechts in der Tschechei und in der Slowälischen Republik, in: Brunner (Hrsg.), Juristische Bewältigung des kommunistischen Unrechts in Osteuropa und in Deutschland, S. 85 (96); Stauber, Die Gesetzgebung der ehemaligen Ostblockstaaten zur Bewältigung ihrer sozialistischen Vergangenheit, NJ 1995, S. 455 (459).

17) Entscheidung v.21.12.1993, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 54 (1994), S. 453 (464).

범행위들을 제한없이 기소하는 것이 실제로 가능하였다. 슬로바키아 의회도 1996년 3월 체코의 사례를 따라 “공산주의법” 제4조에 동일한 내용으로 구체제 존속기간 공소시효 배제를 규정하였다.¹⁹⁾

헝가리에서 공소시효 문제는 보다 복잡한 과정을 거치게 되었다.²⁰⁾ 의회는 문제 해결을 위해 1991년부터 일련의 법령을 제정하였으나 헌법재판소는 모두 위헌으로 판결하였다. 이에 의회는 1993년에 최소한 1956년의 혁명을 진압하는 과정에서 자행된 잔학행위에 대한 기소만이라도 가능케 하고자 다시 법률을 제정하였다. 동 법률은 국내법과 국제법이 정하고 있는 바와 같이 전쟁범죄 및 반인도적 범죄에 대한 공소시효의 적용 배제를 규정하였다. 하지만 대통령은 이 법의 공포와 시행을 거부했고 법률내용에 대한 재검토를 명령하였고, 이에 대해 헌법재판소는 정부가 제기한 이의 대부분을 기각하였고, 이 법은 다소의 변경을 거쳐 1993.10.30. 발효되었다.²¹⁾ 이로써 주로 혁명 당시 시민에 대한 정부군의 집단총격 사건과 관련된 형사절차가 개시될 수 있었다.²²⁾ 폴란드 의회도 이러한 경향에 따라 1995년 형법에 새로운 조항을 삽입하였다. 이에 따르면 1944.1.1.에서 1989.12.31. 사이의 기간 국가에 의해 자행된 징역 3년 이상의 생명, 신체, 자유 및 사법행정에 관한 범죄의 공소시효는 1990.1.1.부터 기산한다.²³⁾

3. 형법적 과거청산 경과

공산주의 체제불법에 대한 형사소추는 독일과는 달리 동유럽 국가에서는 그다지 진지하게 이루어지지 못했다. 구 정권의 핵심인물이 소추되는 경우 대부

18) BVerfGE 25, 269 ff.

19) Gesetz v.27.03.1996 über die Unmoralität und Rechtswidrigkeit des kommunistischen Systems.

20) Brunner/Halmaj, Die juristische Bewältigung des kommunistischen Unrechts in Ungarn, in: Brunner (Hrsg.) Juristische Bewältigung des kommunistischen Unrechts in Osteuropa und Deutschland, S. 9 (26 ff.).

21) Gesetz Nr. XC/1993 über das Verfahren im Zusammenhang mit einigen im Zuge der Revolution und des Freiheitskampfes vom Oktober 1956 begangenen Straftaten (Magyar Közlöny 1993, S. 9177).

22) Brunner/Halamaj, Juristische Bewältigung des kommunistischen Unrechts in Ungarn, in: Brunner (Hrsg.), Juristische Bewältigung des kommunistischen Unrechts in Osteuropa und Deutschland, S. 9 (30).

23) Art. 108 II StGB Id.F. des Änderungsgesetzes v. 12.07.1995.

분 재산범죄를 이유로 했고 체제범죄를 촉발시킨 책임에 근거한 것이 아니었다. 기타 정당과 정권의 하수인들은 일반적으로 소추의 대상에서 제외되었다.

불가리아에서는 과거 국가수반이자 공산주의 서기장이던 Todor Zivkov는 1992년에 횡령과 직권남용 혐의로 7년형을 선고받았으나 단지 가택연금의 형태로 복역하였고 4년이 지난 후 남은 3년의 형이 면제되었다.²⁴⁾ 헝가리에서는 1956년 혁명 당시 진압군의 대규모 총격 사건과 관련하여 1994년 이래 10여 건의 형사소추가 이루어졌으며,²⁵⁾ 그 중 2건에 대해서만 1996년에 최종 유죄판결이 선고되었다. 체코에서도 형사소추와 유죄판결이 이루어졌으나 그 규모는 크지 않았다. 폴란드에서는 구 정권의 핵심 지도부와 독재자인 Jaruzelski에 대해 계엄령 선포 혐의로 형사소추가 이루어졌으나 이후 법원에 의해 기각되었다. 러시아에서는 과거 공산독재정권의 지도부에 대한 어떠한 소추가 유죄판결도 알려진 바 없다.²⁶⁾ 이른바 복수보다 화해에 기반을 둔 동유럽 국가들의 과거청산의 틀에서 알바니아는 예외에 속한다. 알바니아에서는 과거 공산주의 정권의 지도부는 대부분 장기의 징역형을 선고받았다.²⁷⁾

4. 평가

독일과 달리 동유럽에서는 과거 공산주의 체제의 불법에 대한 사법적 청산이 제대로 이루어지지 않았다. 공산주의 독재의 권력자들에 대한 일부 소송에서도 대부분 재산범죄들이 문제되었을 뿐 조직적으로 이루어진 체제불법에의 기여가 소추사유가 되지 않는 것이며, 후자를 원인으로 한 경우라도 행위시범주의와 소급효금지원칙과 같은 민주적 법치국가의 법원리에 따라 처벌되지 않았다. 이에 따라 공산주의 독재자들은 행위 당시에는 불법체제의 비호아래 소추되지 아니

24) Jessel-Holst, Die juristische Bewältigung des kommunistischen Unrechts in Bulgarien, in: Brunner (Hrsg.) Juristische Bewältigung des kommunistischen Unrechts in Osteuropa und Deutschland, S. 124 (125).

25) Brunner/Halmaj, Die juristische Bewältigung des kommunistischen Unrechts in Ungarn, in: Brunner (Hrsg.) Juristische Bewältigung des kommunistischen Unrechts in Osteuropa und Deutschland, S. 9 (30).

26) Baller, Juristische Bewältigung des kommunistischen Unrechts in Rußland, in: Brunner (Hrsg.) Juristische Bewältigung des kommunistischen Unrechts in Osteuropa und Deutschland, S. 136 (150 m.w.N.).

27) Imholz, Can Albania Break the Chain?, in: East european Constitution Review, 1995 Nr. 3 S. 54 ff.

하고, 체제가 전복 된 후에는 그들의 체제에는 존재하지 않던 법치주의의 보호 아래 형사처벌을 면하게 되는 불합리한 결과를 가져오게 되었다.

동유럽에서의 공산주의 독재체제의 불법에 대한 형법적 과거청산은 국가에 따라 다소 차이가 있지만 전체적으로 매우 낮은 강도로 이루어졌다. 이는 불법 체제에 대한 과거청산의 방식은 궁극적으로 각 국가의 결정임을 보여준다. 엄정한 형사처벌도 그 중의 하나일 뿐이다. 형법을 과거청산의 원칙적 방법으로 선택한 독일조차도 누구나 수궁할 만큼 충분한 성과를 거두지는 못하였다. 독일연방법원도 2차 대전 직후 국가사회주의 불법에 대한 형법적 청산에 있어 심각한 결점과 오류를 인정해야만 했다.²⁸⁾ 독일의 사법적 청산과정을 지켜본 동유럽 국가들에게는 과거 공산주의 체제의 불법을 처리함에 있어 법치주의와는 다른 법적 상황을 받아들이는 것이 깔끔한 해결책이었을 수도 있다.

형사처벌은 특히 예외적인 경우에만 한정하여 허용되었는데 이는 이른바 뉘른베르크 조항이라고 불리는 민법 및 정치법에 대한 국제규약(IPBPR) 제15조 제2항과 유럽 인권협약(EMRK) 제7조 제2항에 근거하여 법치주의나 국제법 원리와 충돌없이 소급효금지원칙에 대한 부분적 예외가 인정될 수 있었다. 이에 따르면 행위 당시 문제된 행위가 문명화된 국제사회가 동의한 규범상 처벌대상이었던 경우 체제 내에서 처벌되지 아니하였더라도 소급하여 처벌이 가능하게 된다.

Ⅲ. 구동독 체제범죄의 특징

독일에서 국가체제 변혁에 따른 과거청산이 형법의 몫으로 남겨진 것은 처음이 아니다. 비록 승전연합군에 의해 주도되기는 하였으나, 과거 나치당의 국가사회주의(NS) 체제의 청산도 형법에 의한 사법적 방안으로 수행되었다. 나치체제가 남긴 경악할 수준의 범죄행위 앞에는 형사처벌 외의 다른 방법을 고려하기 어려웠기 때문이었다. 그리고 체제범죄자에 대한 사법적 심판은 오늘날까지도 여전히 이어지고 있다.

1990년 구동독의 공산독재체제가 붕괴되고 통일이 되면서 독일의 법원은 다

28) BGHSt 40, 30 (40); BGH NJ1994, S. 429.

시금 구동독 체제에 의해 자행된 국가적 불법을 형법적으로 청산해야 하는 과제에 마주하게 되었다. 이번에는 독일이 스스로 주도하게 된 역사상 두 번째 사법적 과거청산에 NS체제청산에서와 같은 불충분한 심판이 반복되어서는 안 된다는 사회적 합의도 있었다. 20세기에만 2차례에 걸쳐 마주하게 된 상황은 ‘독일에서의 이중의 과거청산(doppelte Vergangenheitsbewältigung in Deutschland)’으로 지칭되었으며, 구동독 체제불법에 대해서는 국가사회주의 청산 때보다는 훨씬 넓은 폭으로 형사소추가 행해졌다.

하지만 구동독 체제청산은 여러 측면에서 과거 국가사회주의 체제의 청산과 비교되었다. 독재체제라는 점에서 많은 공통된 불법적 요소를 가지고 있었지만, 그럼에도 구동독 체제와 나치체제는 본질적인 차이점이 있었다. 구동독 체제에서는 나치 체제와 같은 대량학살 범죄는 존재하지 않았다. 또한 인접 국가에 대한 군사적 침공도 없었다. 구동독의 범죄대상은 오히려 그 국민들이었다. 또한 나치 독재의 형법적 과거청산과는 달리, 구 동독의 경우는 청산의 대상인 불법이 본질적으로 다른 법체계에서 기인한다는 점을 고려해야 한다. 동독은 40년이 넘는 기간 존속하면서 자체적인 사회주의 법체계를 구축하였으며 이는 독일연방공화국의 그것과는 근본적으로 달랐다. 법치국가 형사법의 적용가능성이나 다른 체제 법률의 소급적용 등과 같은 여러 법적 문제를 발생시켰고, 이러한 과거 다른 체제의 범죄에 대한 형법적 청산을 위해 통일조약에 그 법적 근거를 마련할 필요가 있었다. 이에 구 동독이 독일연방공화국에 가입하는 형태로 이루어지는 통일조약에 연방가입 이전 동독에서 자행된 불법행위에 대한 형사소추를 인정하는 조항을 두게 되었다.

일부에서는 구동독 체제에 대한 형법적 청산과 관련하여 승자사법(Siegerjustiz)²⁹⁾라는 비판도 있었다. 하지만 이 비난은 반드시 부정적으로 받아들여지지 않는 않았다. 승자사법이 항상 나쁜 것만은 아니다. 뉘른베르크 전범재판은 분명 승자재판이었으나 당시 독일의 상황에서는 반드시 필요하였고 또 옳은 절차였다. 이는 구동독 체제에 대해서도 마찬가지로 적용될 수 있는데, 독일연방공화국은 정치적·이념적 체제경쟁의 상대방이었으나 이제는 붕괴된 체제에 대한 심판자로서 과거의 불법청산에 나서게 되기 때문이다.

29) Fricke, „Siegerjustiz“ und politische Moral, in: DA 1995, S. 1121, 1123.

IV. 형법적 청산의 법적 근거

1. 비교: 2차대전 직후 형법적 과거청산의 법적 근거

2차 세계대전 직후 독일에서는 승진국에 의해 국가사회주의(NS) 체제 하에서 자행된 불법행위에 대한 형사소추가 이루어졌다. 군정법 2호는 독일이 항복한 직후 모든 독일 법원을 폐쇄했었지만, 1945년 11월경 다시 그 기능을 정상화시킨 다음 특별 관할권을 부여함으로써 점령군의 군정이 독일의 법원을 통해 과거 나치의 주요인물들을 형사소추할 수 있는 길을 열었다.

1) 불법체제의 형법

나치 지도부 처벌의 법적근거는 우선적으로 행위 당시의 실정법으로서 여전히 효력을 유지하고 있는 국가사회주의(NS) 형법³⁰⁾상의 구성요건이다. 하지만 제2차 세계대전 이후 전범 처벌에 있어 이들의 행위가 구성요건에 해당하기는 하지만, 동 체제 내에서는 법률과 같은 효력을 가지고 있던 국가나 총통의 명령에 의해 이루어진 것이므로 이를 처벌하는 것이 타당한가가 문제되었다. 동 문제는 자체의 법률에 의해 처벌되지 않던 행위를 사후에 소급하여 처벌하는 것은 (통일)독일기본법 제103조 2항과 형법 제1조, 제2조 제1항이 규정하고 있는 소급효금지원칙에 반하지 않는가의 문제이기도 하였다. 나치체제의 국가나 총통의 명령에 법률적 효력을 인정할 수 있는가가 그 핵심이었다.

(1) 실정법적 해석

법형식을 중시하는 입장에서는 비밀리에 집행된 총통의 명령에 대해 그 법적 성격을 부정한다. 이른바 제3제국의 법체계와 법리상으로도 미공개 명령이나 칙령이 법률로서 효력을 가질 수 없다고 보는 것이다.³¹⁾ 따라서 이에 따른 행위들은 법령에 의한 행위 등에 의해 정당화될 수 없으며 실정법상 처벌대상이

30) in der Fassung des 3. StÄG vom 04.08.1953 (BGBl. I S. 735).

31) Welzel, *Gesetzmäßige Judentötungen*, NJW 1964, S. 521 (522); Baumann, *Rechtmäßigkeit von Mordgeboten*, NJW 1964, S. 1398 (1400); a.A. Bemann, *Zu aktuellen Probleme der Rechtsbeugung*, JZ 1995, S. 123 ff.

라고 본다. 하지만 이에 대해 총통의 명령이 절대적이고 무제한적으로 관철되던 국가사회주의 체제의 본질을 고려한다면 사실상 법적 효력을 인정해야 한다는 반론이 있다.³²⁾

(2) 자연법적 해석

자연법적 차원에서 이른바 “법률적인 불법과 초법률적인 법”이라는 라드부르흐 공식의 적용이 문제가 되었다. 라드부르흐는 국가사회주의 독재체제의 형법적 청산에 대한 자신의 논문에서 법적 안정성과 정의와의 관계에 대해 다음과 같은 주장을 펼쳤다:

“정의와 법적 안정성 사이의 갈등은 다음과 같이 해결될 수 있다. 즉 규정과 권력에 의해 보장된 실정법은 비록 그 내용이 부정의하고 합목적적이지 못하다 하더라도 일단 우선권을 갖는다. 그러나 실정법의 정의에 대한 위반이 참을 수 없는 (unerträglich) 정도에 이르면 정당하지 못한 그 법은 정의에 자리를 내주어야 한다.”

“단 한 번도 정의가 추구된 바가 없고, 정의의 핵심인 평등이 구현된 바 없는 곳에서 의도적으로 왜곡되어 만들어진 법은 부당한 법이 아니라 애초부터 법으로서의 성격(Rechtsnatur) 자체가 결여되어 있다.”³³⁾

일부 연방대법원의 판례는 라드부르흐 공식을 받아들이고 있는데, 이에 의하면 국가사회주의 체제의 법률과 총통의 명령은 “법의 핵심영역”을 침해한 것으로서 법으로 인정받을 수 없으며, 따라서 위법행위를 정당화하는 근거도 될 수 없다고 한다.³⁴⁾ 자연법에 의존하는 이같은 해법에 대해서는 주로 실정법론자들을 중심으로 많은 비판이 있다. 국가사회주의 체제 하의 불법행위를 처벌하기 위해서는 소급효를 금지하는 기본법 제103조 제2항의 개정과 함께 소급적용을 가능케 하는 구체적 근거법률의 제정이 있어야 한다는 것이다.³⁵⁾

32) Werle, Der Holocaust als Gegenstand der bundesdeutschen Strafjustiz, NJW 1992, S. 2529 (2534).

33) Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, SJZ 1946, S. 105 (107).

34) BGHSt 2, 234 (237 ff.); 3, 357 (362 f.); auch BVerfGE 3, 255 (232 f.); 6, 132 (198).

35) Dencker, Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht?, KritV 1990, S. 299 (306 ff.); Jakobs, Vergangenheitsbewältigung durch Recht? Zur Leistungsfähigkeit des Strafrechts nach einem politischen Umbruch, in Isensee (Hrsg.) Vergangenheitsbewältigung durch Recht, 1992, S. 37 (48); Werle, Der Holocaust als Gegenstand der Bundesdeutschen Strafjustiz, NJW 1992, S. 2529 (2535).

2) 국제법 규정

나치체제에 대한 형법적 청산의 국제법적인 근거로는 1945.8.8.에 제정된 국제형사재판소법 (Londoner Statut)³⁶⁾과 1945.12.20.에 승전국에 의해 1945.12.20. 제정된 통제위원회법(KRG)³⁷⁾을 들 수 있다. 전자는 13차례의 뉘른베르크 전범 재판의 근거가 되었고, 후자는 다른 모든 불법행위의 처벌근거가 되었다. 두 규정은 모두 국제형법상의 개별적 구성요건을 포함하고 “평화에 반하는 범죄”, “전쟁범죄” 및 “반인도적 범죄”를 처벌함으로써 국제형법적 제재 수단의 고전적 모델이 되었다.

하지만 통제위원회법 제2조 제1항의c 제10호에 근거한 “반인도적 범죄”에 대한 처벌에 대해서는 기본적으로 죄형법정주의에 반한다는 문제가 있다. 이 형법의 대원칙에 의하면 형벌은 행위 당시에 이미 처벌규정이 존재하는 경우에만 가능하고 통제위원회법과 같은 사후입법을 통한 처벌은 허용되지 않기 때문이다. 이에 대해 연합군의 점령군정은 죄형법정주의를 근간으로 하는 대륙법계와 다른 영미법과 국제법의 범문화를 제시하였다. 즉 소급효금지원칙은 실정법의 영역이 아닌 국제법 분야에 관련된 판결에는 적용되지 않는다는 것이다.³⁸⁾ 또한 처벌의 대상이 되는 행위는 행위 당시의 국내법이나 국제법에 의하더라도 처벌대상이었으므로 신법의 소급적용이 아니라고 주장하였다.³⁹⁾ 독일 법원도 연합군의 통제위원회가 무제한적인 입법권한을 가진 정부로서 지위를 가지므로 소급처벌을 위한 법률의 제정이 가능하다는 입장을 내놓았다.⁴⁰⁾ 법원은 소급효금지원칙 자체를 부정한 것은 아니지만 자연법적-윤리적 고려에 따라 소급입법을 통한 처벌은 정당화될 수 있다고 보았다.

이러한 국제법과 입법을 통한 처벌에 대하여는 통제위원회법 제10호의 “반인도적 범죄”의 처벌대상들은 이미 행위 당시에도 심각한 불법에 해당하므로 사후적으로라도 이를 차단하는 것은 법치국가의 정당한 임무에 해당한다는 유력한 견해가 있다. 과거 국가적 의무를 해태함으로써 차단되지 않은 범죄행위에 대한 사후적 처벌은 정당한 것으로 간주된다는 것이다.⁴¹⁾

36) abgedruckt in Heinze/Schilling, Die Rechtsprechung der Nürnberger Militärtribunale, S: 317 ff.

37) Amtsblatt des Kontrollrats in Deutschland, S. 50.

38) Heinze/Schilling, Die Rechtsprechung der Nürnberger Militärtribunale, RN 235.

39) Heinze/Schilling, Die Rechtsprechung der Nürnberger Militärtribunale, RN 238, 241.

40) OGHSt, 1, 1 (4); 2, 361 (362); 2, 375 (378 f.).

2. 구동독 체제범죄 처벌의 법적 근거

승진국에 의한 전범재판의 형태로 진행되었으며 이를 위한 법적 근거가 미리 마련되어 있지 않던 NS체제의 청산과는 달리, 구동독의 경우 독일연방공화국에 가입하는 형태로 체제가 소멸되었기 때문에 구범죄의 처벌에는 원칙적으로 연방공화국의 형법이 그대로 적용되게 된다. 하지만 이를 위해 실정법적 근거가 필요한데 가장 중요한 법규정은 1990.10.3. 체결된 통일조약(Einigungsvertrag)⁴²⁾ 제8조와 이에 근거해 개정된 형법시행법률(EGStGB)⁴³⁾ 제315조이다. 통일조약 제8조에 의하면 독일연방공화국 형법의 장소적 적용범위는 일부 예외⁴⁴⁾를 제외하고는 원칙적으로 구동독 5개주와 동베를린 영역에까지 확장되며, 이로써 구동독의 형법도 폐지되고 통일 전 동독에서의 범죄에 대해서도 독일연방공화국의 형법이 원칙적으로 적용된다.⁴⁵⁾

하지만 조약 체결 이전에 동독 지역에서 자행된 범죄에 대해 법률의 개폐시 행위시법과 경한 법 우선적용을 규정한 연방형법 제2조(시간적 적용범위)가 직접 적용될 수는 없다. 동조는 독일연방공화국의 법률체계 내에서의 법적 변경을 전제하고 있으므로⁴⁶⁾ 사후적으로 연방에 편입된 다른 법질서에 적용하기 위해서는 특별한 수권조항이 필요하게 된다.⁴⁷⁾ 이에 통일조약은 형법시행법률 제315조⁴⁸⁾를 개정함으로써 구동독 범죄의 준거법 결정에 관한 일반조항을 두게 되었다. 동조 제1항 내지 제3항⁴⁹⁾은 연방형법 제2조가 조약 체결 이전 구동독에서

41) OGHSt, 1, 1, (5).

42) Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands (Einigungsvertrag) v. 31.8.1990, BGBl.

43) BGBl. II (1990) S. 995.

44) Eser, Deutsche Einheit: Übergangsprobleme im Strafrecht, GA 1991, S. 241 (250 ff.).

45) Samson, Die strafrechtliche Behandlung von DDR-Altataten nach der Einigung Deutschlands, NJW 1991, S. 335 ff.

46) BGH NJW 1994, S. 529 (520).

47) Letzgus, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Richtern, Staatsanwälten und Untersuchungsorganen der DDR wegen Rechtsbeugung, in: Letzgus (Hrsg.), FS für H. Helmrich, 1994, S. 72 (78); Vormbaum, zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit von DDR-Richtern wegen Rechtsbeugung, NJ 1993, S. 212.

48) Neugefasst durch den EV, Anlage I, Kapitel III, Sachgebiet C, Abschnitt II, Ziffer I b.

49) 형법시행법률 제315조

제1항 : 연방형법 제1조는 가입 발효 이전 독일민주공화국 내에서 실행된 범죄에 적용하되, 당해 범죄가 행위시 적용되던 독일민주공화국법에 의하여 자유형, 집행유예부 유죄판

발생한 이른바 구범죄(Alttdten)에 대해서도 연방형법을 적용하도록 규정하여 사실상 일반적인 법률변경과 같이 취급하였다. 따라서 연방형법은 제2조의 취지상 그 형이 행위시법인 구동독의 형법보다 경한 경우에만 적용되고, 문제된 불법행위를 구동독 법률이 처벌하지 아니하거나 보다 경한 형을 규정하고 있는 때에는 구동독의 형법에 따라야 한다. 즉 경한 법 우선과 중한 형의 소급금지 원칙은 이 경우에도 적용되어야 하며 판례도 동일한 입장이다.⁵⁰⁾ 결국, 형법시행 법률 제315조 제1항 내지 제3항의 규정에 의해 구범죄를 처벌할 때는 원칙적으로 동서독의 형법을 모두 고려해야 하고, 이 중 경한 법을 적용해야 한다.

형법시행법률 제315조 제1항 내지 제3항이 원칙적 규정이라면, 구동독의 체제범죄와 관련하여 중요한 것은 오히려 제4항이 규정하고 있는 예외규정이다. 제4항은 조약 이전에도 이미 국제법 원리에 따라 독일연방공화국의 형법이 가능했던 범죄는 제1항 내지 제3항의 원칙 규정의 적용을 받지 아니하도록 규정함으로써 법률의 변경에 해당하는 사안이 아님을 분명히 하였다. 따라서 독일 연방공화국에 대한 간첩행위나 반인도적 범죄, 구동독의 정치적·이념적 이유로 기소되지 아니하거나 구동독 법률에 의해 정당화되던 범죄행위 등은 구동독 형법과 경중을 비교할 필요없이 애초부터 연방공화국의 형법만이 적용된다.⁵¹⁾

V. 공소시효 문제의 해결

1. 통일과정 : 구동독 체제범죄에 대한 공소시효 중단

구범죄에 대해 독일연방공화국의 형법이 적용되기 위해서는 소송법적으로는 공소시효의 문제가 극복되어야 한다. 통일조약에 따라 삽입된 형법시행법률 제

결 또는 벌금형에 처해지지 아니하였을 경우 법원은 형벌을 면제한다. 자유형 이외에 보안금 및 연방형법 제68조 제1항 소정의 행상감독은 발하지 아니한다. 가입 발효 이전의 행위로 인한

50) BGH v. 12.2.1991 - 5 StR 523/90, BGHSt 37, 320, 321; BGH v. 11.6.1991 - 5 StR 180/91, BGHSt 38, 1, 3; BGH v. 3.7.1991 - 5 StR 209/91, BGHSt 38, 18, 20; BGH v. 22.10.1991 - 5 StR 415/91, BGHSt 38, 88, 89.

51) Amelung, Die strafrechtliche Bewältigung des DDR-Unrechts durch die deutsche Justiz, 1996. S. 8. = ders., Die strafrechtliche Bewältigung des DDR-Unrechts durch die deutsche Justiz - Ein Zwischenbericht, GA 1996, 52.

315조a⁵²⁾는 구동독의 연방가입 시점에 구동독법에 따라 아직 공소시효가 완성되지 아니한 범죄의 공소시효는 가입 발효일에 중단된 것으로 규정함으로써 공소시효 미완성 상태인 구범죄의 공소시효를 통일 이후 새로이 기산하도록 규정하고 있다. 다만 동조에 의하더라도 구동독 법률에 의해 공소시효가 완성된 범죄는 소추할 수 없으며, 이는 독일연방공화국 형법상 공소시효가 남아 있는 경우도 마찬가지이다.

동 규정은 본격적인 체제불법 청산이 이루어지기 전에 통일과정에서 공소시효가 완성되어 버리는 사태를 방지하기 위한 과도기적 역할을 수행하기 위한 것으로서 구동독법상 이미 완성된 공소시효를 정지시키는 효력은 없었다. 그런데 구동독 체제범죄는 동독법상 공소시효가 완성된 경우가 다수였으므로 연방공화국의 형법을 준거법으로 적용하는데 중대한 소송법적 장애가 발생하게 되었다. 이에 통일조약 체결 2년이 경과한 1993년부터 연방의회는 구동독법상 미완성 상태의 공소시효는 이를 연장하고, 완성된 경우에는 구동독의 존속기간 공소시효의 진행을 정지시키기 위한 일련의 입법적 해결방안을 마련하였다.

2. 통일이후 : 관련입법을 통한 해결

1) 공소시효 정지에 관한 입법

1993.3.26. 연방의회는 「구동독 사회주의통일당(SED) 불법행위의 공소시효 정지에 관한 법률(이하 공소시효법)」⁵³⁾을 제정하였다. 동법은 크게 두 조항으로 구성되어 있다. 먼저 제1항은 구동독 체제가 유지되었던 1949.10.11.부터 1990.10.2.까지 정권차원에서 자행된 반법치주의적 범죄에 대한 공소시효를 정지시키고 있다.⁵⁴⁾ 이에 따라 구동독 체제 하에서 진행된 구범죄의 공소시효 기간은 산업

52) 형법시행법 제315조a : 독일민주공화국(구동독)법에 의한 공소시효 및 형의 시효가 가입 발효일까지 완성되지 아니한 경우에는 그대로 유지된다. 공소시효는 가입발효일에 중단된 것으로 본다. 독일연방공화국 형법 제78조c 제3항(공소시효 중단 이후 새로이 기산)은 이 경우에도 적용된다.

53) Gesetz über das Ruhen der Verjährung bei SED Unrechtstaten (Verjährungsgesetz) v.26.3.1993, BGBl. I S. 392.

54) 공소시효법 제1항: SED 불법정권의 존속기간 중 행해진 범죄 중 구동독 수뇌부의 명시적 혹은 암묵적 의지에 따라 정치적 혹은 자유법치국가 원리에 본질적으로 반하는 이유로 처벌되지 아니한 범죄(체제범죄)의 공소시효는 1949.10.11.-1990.10.2. 간 정지된다.

하지 않고, 기본적으로 통일 이후인 1990.10.2.부터 공소시효가 기산된다. 체제 범죄에 대해서는 구동독법상 공소시효의 적용을 원칙적으로 배제토록 하는 규정이다. 즉, 구동독법상 공소시효 완성여부를 불문하고 처벌이 가능하다.⁵⁵⁾

제2항⁵⁶⁾은 체제범죄 이외에도 구동독에서 자행된 불법행위 중 공소시효가 완성되지 아니한 범죄에 대한 시효중단을 규정하고 있던 기존 형법시행법 제315조a에 대한 보완규정이다. 기존 형법시행법 제315조a는 구동독법상 범죄로서 공소시효가 남아있는 연방형법에 의해 새로이 기산하도록 공소시효를 중단시키는 규정이었는데, 공소시효법 제2조는 여기에 문장을 추가하여 통일 이전에도 연방형법으로 처벌이 가능하던 행위의 경우에도 그 공소시효를 중단하도록 하였다. 결론적으로 연방가입 당시 ① 구동독 형법상 처벌대상이었으나 공소시효가 완성되지 않은 경우와 ② 구동독법상 공소시효가 완성되었더라도 동일 행위를 연방형법이 처벌하고 있고, 연방형법상으로는 공소시효가 완성되지 아니한 경우 모두의 공소시효를 통일 이후부터 다시 기산하는 것을 의미한다. 하지만 구동독 형법상으로도 연방형법에 의하더라도 공소시효가 완성된 경우에는 이에 해당하지 아니한다.

2) 공소시효 연장에 관한 입법⁵⁷⁾

다음으로 1993.9.30.에 제정된 「공소시효기간 연장에 관한 법률」⁵⁸⁾이다. 동법률에 의해 기존의 형법시행법 제315조a는 제315조 제1항이 되고 동조에 제2항과 제3항이 추가되었다.⁵⁹⁾ 제2항은 구동독 지역 내에서 연방가입 이전(구범죄)

55) Amelung, Die strafrechtliche Bewältigung des DDR-Unrechts durch die deutsche Justiz, 1996, S. 8 f. = ders., Die strafrechtliche Bewältigung des DDR-Unrechts durch die deutsche Justiz - Ein Zwischenbericht, GA 1996, 52 f.

56) 공소시효법 제2항: 1974.3.2 제정되어 최근 1992.6.15 개정된 형법시행법 제315조a의 제1문에 아래 문장을 첨가한다: “해당 행위가 가입발효일 이전에 독일연방공화국 형법에 의해 처벌되는 경우에도 동일하다.”

57) Gesetz über das Ruhen der Verjährung bei SED Unrechtstaten (Verjährungsgesetz) v.26.3.1993, BGBl. I S. 392.

58) Gesetz zur Verlängerung strafrechtlicher Verjährungsfristen v.30.9.1993, BGBl. I, S. 1657.

59) 제315조a 제2항: 통일조약 제3조 소정의 지역 내에서 1992년 12월 31일 이전에 실행된 범죄로서 법정자유형의 상한이 1년 이상 5년 이하인 경우에는 1997년 12월 31일 이후, 위 지역 내에서 1990년 10월 2일 이전에 실행된 범죄로서 법정자유형의 상한이 1년 미만이거나 법정형이 벌금형인 경우에는 1995년 12월 31일 이후 비로소 각 공소시효가 완성된다.

제315조a 제3항: 모살의 구성요건을 충족하지만 구동독법상 형벌이 규정되어 있지 아니한

혹은 가입 이후 1992.12.31.까지(신범죄) 행해진 범죄의 공소시효의 완성시기를 그 경중에 따라 1995.12.31.~1997.12.31.까지로 일괄 조정하는 것을 내용으로 한다. 이는 구동독 범죄 대부분의 공소시효가 5년으로 규정되어 있어 가입 이후부터 기산하더라도 통일 이후 사법기구를 정비하는 과정에 구동독법상 공소시효가 완성될 수 있음을 고려한 것이다.

제3항은 연방형법 제78조 제2항에 규정되어 있는 모살(Mord)에 대한 공소시효의 폐지를 구동독 지역에서 행하여진 같은 수준의 범죄에 준용시키는 것을 내용으로 한다. 구동독형법에는 연방형법상 모살에 해당하는 행위도 구성요건이 없어 단순 고살(Totschlag)로 의율하여 25년의 공소시효가 적용되었다. 하지만 제3항에 의해 동 행위에 대해서는 연방형법에서와 같이 공소시효가 폐지되었다.

제2항과 제3항은 역시 1990년 9월 30일 이전에 이미 공소시효가 완성된 범죄에 대해서는 적용되지 아니한다. 형법시행법 제315조a 제2항은 1997.12.22. ③ 「공소시효기간의 재연장 및 사법부담 경감을 위한 개정법률」⁶⁰⁾에 의해 다시 한번 개정되었다 이를 통해 제2항의 구범죄의 기준으로 제시되었던 ‘1992.12.31. 이전에’ 부분은 삭제되고 공소시효 완성기준이던 ‘1997.12.31.’은 ‘2000.10.2.’로 대체되어 연장되었다.⁶¹⁾

VI. 사법처리 경과

1989년 가을에 동독 내의 민주화시위로 구동독 체제가 몰락하면서 독일연방 공화국은 구동독의 체제범죄들을 범치주의 원칙에 맞게 신속히 형사소추하기 위한 준비가 이루어졌다. 이즈음 동유럽 각국은 이미 형사소추 절차를 진행하고 있었다. 형사소추는 먼저 연방가입 이전 동독에서 시작되었는데 동독의 사법부는 상당한 범위의 범죄에 대해 형사소추를 시작하였다. 그리고 연방가입과

중죄에 대한 공소시효는 완성되지 아니한다.

60) Gesetz zur weiteren Verlängerung strafrechtlicher Verjährungsfristen und zur Änderung des Gesetzes zur Entlastung der Rechtspflege v.22.12.1997, BGBl. I 1997 S. 3223.

61) 제차 개정된 형법시행법 제315조a 제2항은 다음과 같다: 통일조약 제3조 소정의 지역 내에서(1992년 12월 31일 이전에: 삭제) 실행된 범죄로서 법정자유형의 상한이 1년 이상 5년 이하인 경우에는 2000년 10월 2일(기존 1997.10.30.) 이후, 위 지역 내에서 1990년 10월 2일 이전에 실행된 범죄로서 법정자유형의 상한이 1년 미만이거나 법정형이 벌금형인 경우에는 1995년 12월 31일 이후 비로소 각 공소시효가 완성된다.

함께 통일조약에는 구동독 체제범죄를 가능하게 한 규정들이 삽입되었다.⁶²⁾

1. 체제범죄 형사소추를 위한 전담기구 창설

통일 직후 베를린주 고등법원에 대응한 최고검찰청에 정권범죄 특별수사본부(Arbeitsgruppe Regierungskriminalität)가 신설되어 구동독의 서기장인 호네커를 비롯한 국방위원 등 수뇌부, 국경총격사건 관련 국경수비대원, 법률왜곡 사건의 판·검사 등에 대한 수사과 기소업무를 전담하였다. 이 특별부서는 설치 당시에는 독립기구가 아닌 베를린 검찰청의 일부였으나 구동독 불법에 대한 사법처리의 연속성을 기하기 위하여 1994.10.1. 베를린주의 제2검찰청으로 승격되었다. 이 기구의 주도아래 구동독 체제의 중대한 불법에 대한 수사과 기소가 일단 총괄되었다. 이런 의미에서 중점수사검찰청(Schwerpunktstaatsanwaltschaft)라고 지칭되기도 하였다.⁶³⁾

하지만 중앙정부 차원에서 자행된 것 외에도 각 지역에 분포한 많은 불법행위들이 있었다. 예컨대 구치소나 수용소에서의 가혹행위, 사법기관의 법왜곡 기타 불법행위, 당간부나 국가안보부 요원에 의해 자행된 불법도청, 우편물 검열, 선거조작 등이다.⁶⁴⁾ 베를린주의 특별수사본부가 구동독 각 주의 사건을 모두 관할할 수 있는 중앙수사기관의 형태를 가지고 있지 못하기도 하였지만, 범죄지와 가까운 지역 사법기관으로 하여금 이를 처리하게 하는 것이 구동독 지역의 범의식 확립에도 의미가 있다는 판단에서 동독지역 5개 주의 지방검찰청 내에 중점사건수사부를 설치하여 당과 국가보안부 그리고 사법기관의 주요 범죄자들에 대한 수사과 기소를 담당하도록 하였다.⁶⁵⁾

2. 형사소추의 주요대상

정권범죄 특별수사본부의 수사는 대부분 구동독의 독일사회주의통일당

62) Amelung, Die strafrechtliche Bewältigung des DDR-Unrechts durch die deutsche Justiz, 1996. S. 7 = ders., Die strafrechtliche Bewältigung des DDR-Unrechts durch die deutsche Justiz - Ein Zwischenbericht, GA 1996, 51.

63) Weber, Die Verfolgung des SED-Unrechts in den neuen Ländern, GA 1993, 195 f.

64) Weber, Die Verfolgung des SED-Unrechts in den neuen Ländern, GA 1993, 196.

65) Limbach, Vergangenheitsbewältigung durch die Justiz, DtZ 1993, 67.

(Sozialistische Einheitspartei Deutschlands, SED)의 주요 간부들과 국가지도부 인사들, 특히 당의 정치부위원들과 정부 주요 권력기구와 핵심부서의 책임자, 그리고 대법원과 대검찰청의 판·검사들을 대상으로 하고 있었다.⁶⁶⁾

형사소추의 주요 대상은 일정 부분 체제범죄의 개념에서 도출되는데, 설립당시 특별수사장이던 Schaeffgen은 독재자와 정권수뇌부, 당의 핵심간부들에 의한 권한남용과 범죄적 결정, 그리고 이를 적극 수행하는 도구적 행위들을 체제범죄라고 지칭한 바 있다.⁶⁷⁾ 이런 관점에서 특별수사본부는 세 가지 중점수사대상을 정하였는데 ① 국경에서의 탈주자에 대한 총격사건, ② 당지도부의 결정에 따른 재판으로 사망 또는 자유박탈을 초래한 사법왜곡사건, ③ 살인, 감금, 우편검열, 횡령, 불법도청, 선거조작 등 국가보안부 요원들에 의한 범죄행위가 그것이다. 아래에서는 대표적으로 국경에서의 총격사건과 사법왜곡사건의 형사소추 경과에 대해 살펴보기로 한다.

3. 국경총격 및 사법왜곡사건에 대한 형사소추 경과

1) 국경에서의 총격사건

구동독의 체제범죄 중에서도 전 세계적인 비난을 불러일으켰던 사안은 국경을 넘어 서독영역으로 탈주하는 동독 시민들에 대한 일련의 총격사건이었다.⁶⁸⁾ 동독체제 존속기간 수없이 많은 동독시민이 국경과 베를린 장벽을 넘어 탈주하는 과정에서 총기와 지뢰 기타 자동발사장치에 의해 사상하였다.⁶⁹⁾ 베를린주의 제2검찰청의 자료에 따르면 1946년에서 1989년 사이에 최소한 264명이 사망⁷⁰⁾하고 300명이 넘는 이원이 심각한 상해를 입었다.⁷¹⁾ 국경수비대원에게는 어떠

66) Weber, Die Verfolgung des SED-Unrechts in den neuen Landern, GA 1993, 196.

67) Schaeffgen, Protokoll der 13. Sitzung der Enquete-Kommission, S. 8.

68) Amelung, Die strafrechtliche Bewältigung des DDR-Unrechts durch die deutsche Justiz, 1996. S. 11 = ders., Die strafrechtliche Bewältigung des DDR-Unrechts durch die deutsche Justiz - Ein Zwischenbericht, GA 1996, 54.

69) Marxen/Werle, Strafjustiz und DDR-Unrecht - Dokument, Bd 2/1, Gewalttaten an der deutsch-deutschen Grenze, Berlin 2002, Einführung S. XXVII.

70) Vgl. Rummeler, Die Gewalttaten an der deutsch-deutschen Grenze vor Gericht, Berlin 2000, S. 74.

71) Schaeffgen, DDR-Regierungskriminalität - Erscheinungsformen und Probleme, RuP 1992, 193.

한 대가를 치러더라도 탈주를 막으라는 명령·지시·지침이 하달되어 있었으며 비상시에는 탈주범을 사살하는 것도 허용되어 있었다. “탈주의 성공보다는 탈주자의 사살이 낫다.”는 복무율이 지배하고 있었고, 실제로 탈주자를 사살한 병사는 치하나 상훈을 받았고 심지어 승진하는 경우도 있었다.⁷²⁾

총격사건의 범죄자는 세 그룹으로 구분되었다. 첫째는 직접 총격을 가하여 사상의 결과를 가져온 국경수비대원이고, 둘째는 공산독재체제의 형성에는 영향력이 없으나 최상부로부터의 불법적인 명령을 받아 이를 국경수비대에 강요함으로써 총격사건의 발생에 기여한 이들이다. 마지막은 정치·행정적으로 독재체제의 지도부에 속하거나 직접 사살 명령을 내린 자들이다.⁷³⁾ 연방대법원은 1992.11.2. 판결에서 탈주자의 사살이 가능한 국경경비체계를 구축하는데 결정적인 영향을 미친 공산당 서기장인 호네커와 정치위원회 및 국방위원회 위원들, 그리고 주요 국경수비대의 대장들을 이 그룹으로 지칭하였다.⁷⁴⁾

통계에 의하면 국경에서의 총격사건은 전체 구동독 체제범죄와 관련된 형사절차의 24.5%를 차지한다. 2002년 중반까지 457명이 기소되어 395명에 재판이 진행되었으며 그 중 331명(83.8%)에 대해 유죄판결이 선고되었다. 하지만 행위자를 독일형법 제211조의 모살(Mord)로 보아 중신형을 선고한 사례는 없었으며, 가석방없는 징역형이 선고된 29명 중 8명만이 제212조의 고살(Totschlag)로 5년 이상의 징역형에 처해졌고, 나머지는 제213조의 경한 고살(Minder schwerer Fall des Totschlags)로 보다 경한 형이 선고되었다.⁷⁵⁾

2) 법관·검사에 의한 법률왜곡

법률왜곡은 일반적으로 법관이 사안에 대한 판결을 내리는 권능을 의식적으로 부당한 방법으로 사용하는 것을 의미한다. 이를 형사소추과정까지 확대한다면 소추권능의 부당한 행사까지도 포함할 수 있다. 독일형법 제339조(법률왜곡)

72) Marxen/Werle, Die strafrechtliche Aufarbeitung von DDR-Unrecht - Eine Bilanz, 1999, S. 224.

73) Marxen/Werle, Strafjustiz und DDR-Unrecht - Dokument, Bd 2/1, Gewalttaten an der deutsch-deutschen Grenze, Berlin 2002, Einführung S. XXXV.

74) Marxen/Werle, a.a.O., S. XXXV.

75) Marxen/Werle, Strafjustiz und DDR-Unrecht - Dokument, Bd 2/1, Gewalttaten an der deutsch-deutschen Grenze, Berlin 2002, Einführung S. XXXVII.

은 법관, 공무원 또는 중재법관이 법률사안을 다루거나 재판함에 있어서 당사자 일방에게 유리하거나 불리하게 법률을 왜곡하는 것은 구성요건으로 하고 있다. 구동독 체제불법으로서 법률왜곡도 불법적인 사법시스템에 관여한 행위 전반을 대상으로 하기 보다는 구체적인 사안에 있어 의도적으로 불법적인 결정을 내리는 행위를 처벌대상으로 하였다.⁷⁶⁾

법률왜곡은 이를 행한 법원의 성격에 따라 형사와 민사, 그리고 노동법원의 영역으로 구분할 수 있는데 역시 주안점은 정치적 사안에 대해 부당하게 형벌을 부과한 형사판결들에 있었다. 정적과 반대파, 그리고 동독을 이탈하는 시민에 대해 무자비한 형벌을 가함으로써 체제비판과 탈주를 막고자 하였다.⁷⁷⁾ 이러한 행위들은 구동독 형법상의 국가기밀누설죄⁷⁸⁾, 적대적 선동⁷⁹⁾, 공화국탈주죄⁸⁰⁾ 등의 구성요건을 부당하게 유추해석·적용하여 무분별한 자유형에 처하였다. 서방국가의 대사관과의 접촉을 기밀누설로 의율하고, 공산주의 이념에 대한 비판적 견해의 게재는 적대적 선동에 포섭시키는가 하면, 국경에서 여권을 제시하고 절차에 따라 해외로 나아간 행위까지도 탈주시도로 보는 등 당지도부의 지침에 따른 형사법의 자의적 해석과 적용이 이루어졌다.⁸¹⁾ 의도적인 처벌 뿐만 아니라 정치적 이유로 처벌대상에서 제외시키는 것도 법률왜곡의 범주에 해당한다. 국가안보부 요원의 범죄행위와 같이 그 처벌이 당지도부의 의사에 반하는 경우 수사나 소추절차가 중지되거나 무죄판결을 받는 경우도 있었다.⁸²⁾ 하지만 구동독에서 일상화된 행태를 모두 법률왜곡으로 볼 수는 없다. 사법기관에 의한 법의 적용 또는 미적용이 자의적이면서도 대단히 심각한 수준으로 명백히 인권을 해하는 예외적인 경우만이 이에 해당한다고 할 수 있다.⁸³⁾ 정치적 이유에 의한 형사처벌의 대표적인 사례로는 정치적 이유로 발트하임 교도소에

76) Marxen/Werle, Strafjustiz und DDR-Unrecht - Dokument, Bd 2/1, Gewalttaten an der deutsch-deutschen Grenze, Berlin 2002, Einführung S. XXXII.

77) Marxen/Werle, Strafjustiz und DDR-Unrecht - Dokument, Bd 2/1, Gewalttaten an der deutsch-deutschen Grenze, Berlin 2002, Einführung, S. XXXIII.

78) § 99 StGB-DDR.

79) § 106 StGB-DDR.

80) § 213 StGB-DDR.

81) Amelung, Die strafrechtliche Bewältigung des DDR-Unrechts durch die deutsche Justiz, 1996. S. 18 f.

82) Marxen/Werle, Die strafrechtliche Aufarbeitung von DDR-Unrecht - Eine Bilanz, 1999, S. 51.

83) BGHSt 40, 30 ff. - Richter; NStZ 1994, 437 - Staatsanwälte. 85.

수용되어 있던 3,432명에 대한 반법치적 재판인 이른바 발트하임재판을, 그리고 체제부합적 형사처벌누락의 예로는 1989.5.7.에 있었던 지방선거부정사건에 대한 수사중단 및 불기소를 들 수 있다.⁸⁴⁾

법률왜곡 사건의 형사소추 대상은 1차적으로 구동독의 판사와 검사들이다. 상부의 지시에 의한 불기소라면 당해 사건의 수사과 기소를 담당한 검사들이 1차적 처벌대상이 될 것이고, 국가안보보 요원이 직접 수사를 진행한 경우라면 이들도 처벌대상이다. 법률왜곡 행위 그 자체 뿐 아니라 이후 진행된 형선고의 결과로 발생한 감금이나 고살 등의 범죄와 상상적 경합이 성립하는 것도 가능하다.⁸⁵⁾

또한 국경에서의 총격사건에서와 같이 수사와 판결의 지침을 만들고 시행한 배후인물에 대한 처벌도 인정되었다. 당지도부 핵심인물, 법무부나 국가안보부의 고위층 등이다. 구체적 사건에 관여하여 판결이나 소추를 행하지 않았으나 판결내용이나 소추여부에 영향을 미친 대법원·대검찰청의 주요 판·검사도 해당되었다.⁸⁶⁾ 구체적 명령·지시·압력을 행하거나 지침·가이드라인을 제시하는 행위는 교사 또는 방조의 책임을 지게 된다.⁸⁷⁾

구동독의 법률왜곡사건은 대규모의 범죄였다. 1992년까지 10만 건이 넘는 판결취소 및 복권신청이 접수되었다.⁸⁸⁾ 감금·고살과 법률왜곡의 상상적 경합범으로 소추된 사건은 국경에서의 총격사건의 4배 규모에 달했다.⁸⁹⁾ 법률왜곡 사건은 주로 동독에서의 형사사건이 그 대상이 되었는데 전체 소추의 93.7%에 달했으며, 나머지 5.7%부분은 노동법분야였으며 외 1건의 민사사건이 있었다.⁹⁰⁾

84) Marxen/Werle, a.a.O., S. 226.

85) Zu dem Verfahren gegen Mielke - StA bei dem KG, Anklage v. 16.4.1991 -Az. 2 Js 245/90 - s. Hoheff, An den Grenzen des Rechtsbeugungstatbestandes, S. 63.

86) Marxen/Werle, Die strafrechtliche Aufarbeitung von DDR-Unrecht - Eine Bilanz, 1999, S. 226.

87) Marxen/Werle, a.a.O., 1999, S. 37 f.

88) Wassermann, Zur Aufarbeitung des SED-Unrechts, Aus Politik u. Zeitgeschichte, 1993 B4 S. 9.

89) Schaeffgen, Die Strafverfolgung von Regierungskriminalität der DDR, in: Weber/Piazolo (Hrsg.), Eine Diktatur vor Gericht - Aufarbeitung von SED-Unrecht durch die Justiz, 1995, S. 52.

90) Marxen/Werle, Die strafrechtliche Aufarbeitung von DDR-Unrecht - Eine Bilanz, 1999, S. 226 f.

IV. 나가는 말

이상에서 1990년 통일 이후 동유럽과 통일독일에서 진행된 형법적 과거청산의 과정을 불법체제 하에서 자행된 범죄를 어떻게 다룰 것인가, 처벌한다면 어느 법을 준거법으로 해야 하고 어떤 실체법적·소송법적 장애를 극복해야 하는가, 그리고 실제적 형사소추는 어디까지 이루어지는가를 중심으로 살펴보았다.

불법체제의 붕괴는 급박한 변혁을 동반하게 된다. 구체제와 신체제가 만나고 구법과 신법이 만난다. 한 편에서는 처벌되지 아니하던 행위들에 대한 엄벌이 논의되고 다른 쪽에서는 함께할 미래를 위한 용서와 화해, 심지어는 망각을 주장한다. 체코를 제외한 대부분의 동유럽 국가들은 무너진 공산독재정권에 대해 구체제의 실정법상 처벌이 가능하였던 일부 사안에 대해서만 형사처벌을 시도한 반면, 독일의 경우에는 형법에 의한 사법적 과거청산을 기본 원칙으로 하면서 이를 법치주의와 조화시키고자 하였다. 이를 통해 처참한 홀로코스트의 과거에도 불구하고 미완성의 단계에 그쳐버린 나치 전범처벌의 전례를 거울삼아, 통일국가를 공산독재체제의 과거와 완전히 단절된 법치주의적 기반 위에서 시작하고자 하였던 것이다. 그리고 이는 통일조약의 체결단계에서부터 적극적 입법과 법원의 해석, 학계의 치열한 연구와 광범위한 사회적 합의를 통해 가능하였다.

우리도 광복 이후 미진한 친일청산으로 인한 사회혼란을 경험한 바 있다. 통일의 시대가 온다면 일당독재, 국가적 지배 이데올로기, 이데올로기에 의한 법의 도구화, 극단적인 체제보존 노력, 특정 그룹의 배타적 권력독점으로 정의되는 불법체제로서 북한 내에서 자행된 잔혹한 고문과 형벌, 비인간적 감금, 공개 처형, 자의적인 구속, 정치적·종교적 이유의 사형, 집단형벌, 불법수용과 강제노동⁹¹⁾ 등 인류공통의 가치에 반하는 심각한 체제범죄에 대해서는 법치주의 원리에 따라 냉철하고도 엄정한 사법적 청산이 이루어져야 할 것이다. 이런 의미에서 통일독일의 사례는 많은 시사점을 준다고 할 수 있다. 통일 과정에서 대두될 형법적 과거청산은 형사법의 거의 모든 논점을 망라하는 형사법적 대사건

91) UN 총회는 이러한 북한의 인권침해에 대해 조직적·일상적으로 이루어지는 이러한 심각한 인권침해를 즉각 중단할 것을 촉구하는 결의안을 채택하고 UN 감시단을 받아들일 것을 요구한 바 있다. 2014.11.19차 Zeit-Online, UN-Vollversammlung verabschiedet kritische Nordkorea-Resolution, <http://www.zeit.de/politik/ausland/2014-11/un-nordkorea-menschenrechte> (조회일 2022.2.1.)

이 될 것이다. 학계의 많은 논의가 축적되고 이를 통해 실제로 그러한 시기가 온다면 사법과 입법, 행정의 잘 대처할 수 있는 이론적·실무적 매뉴얼이 마련 되어 있기를 바라 마지않는다.

투고일 : 2022.5.10. / 심사완료일 : 2022.6.13. / 게재확정일 : 2022.6.14.

[참고문헌]

- Amelung, Knut, Die strafrechtliche Bewältigung des DDR-Unrechts durch die deutsche Justiz - Ein Zwischenbericht, GA 1996.
- Baller, Oesten, Juristische Bewältigung des kommunistischen Unrechts in Rußland, in: Brunner (Hrsg.), Juristische Bewältigung des kommunistischen Unrechts in Osteuropa und Deutschland.
- Baumann, Jürgen, Rechtmäßigkeit von Mordgeboten, NJW 1964.
- Bemmann, Günter, Zu aktuellen Probleme der Rechtsbeugung, JZ 1995.
- Brunner, Georg, Einführung in das Recht der DDR.
_____, Das Staatsrecht der Deutsches Demokratischen Republik, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.): Handbuch des Staatsrechts in der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1.
- Brunner, Georg/Halmaj, Gabor, Die juritische Bewältigung des kommunistischen Unrechts in Ungarn, in: Brunner (Hrsg.) Juristische Bewältigung des kommunistischen Unrechts in Osteuropa und Deutschland.
- Dencker, Friedrich, Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht?, KritV 1990.
- Fricke, Karl Willelm, „Siegerjustiz“ und politische Moral, in: DA 1995.
- Heinze, Kurt/Schilling, Karl, Die Rechtsprechung der Nürnberger Militärtribunale.
- Hoheff, Ute, An den Grenzen des Rechtsbeugungstatbestandes.
- Holländer, Pavel, Die juristische Bewältigung des kommunistischen Unrechts in der Tschechei und in der Slowälischen Republik, in: Brunner (Hrsg.), Juristische Bewältigung des kommunistischen Unrechts in Osteuropa und in Deutschland.
- Hoskova, Mahulena, Rechtsstaatlichekeit in der Tschechischen Republik, in: Hofmann/Marko/Wiederin (Hrsg.), Rechtsstaatlichkeit in Europa.
- Imholz, Kathleen, Can Albania Break the Chain?, in: East european Constitution Review, 1995 Nr. 3.
- Jakobs, Günter, Vergangenheitsbewältigung durch Recht? Zur Leistungsfähigkeit des Strafrechts nach einem politischen Umbruch, in Isensee (Hrsg.) Vergangenheitsbewältigung durch Recht, 1992.
- Jessel-Holst, Christa, Die juristische Bewältigung des kommunistischen Unrechts in Bulgarien, in: Brunner (Hrsg.) Juristische Bewältigung des

- kommunistischen Unrechts in Osteuropa und Deutschland.
- Lampe, Ernst-Joachim, Aufarbeitung der DDR-Vergangenheit durch Strafrecht, in: Lampe (Hrsg.), Deutsche Wiedervereinigung, Bd. II, 1993.
- Letzgus, Klaus, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Richtern, Staatsanwälten und Untersuchungsorganen der DDR wegen Rechtsbeugung, in: Letzgus (Hrsg.), FS für H. Helmrich, 1994.
- Limbach, Jutta, „DDR-Regierungskriminalität“ - Erscheinungsformen und Probleme, in: RuP 1992.
- _____, Protokoll der 13. Sitzung der Enquete-Kommission.
- _____, Vergangenheitsbewältigung durch die Justiz, DtZ 1993.
- Marxen, Kalus/Werle, Gerhard, Die strafrechtliche Aufarbeitung von DDR-Unrecht - Eine Bilanz, 1999.
- _____, Strafjustiz und DDR-Unrecht - Dokument, Bd 2/1, Gewalttaten an der deutsch-deutschen Grenze, Berlin 2002, Einführung S. XXVII.
- Mohlek, Peter, Juristische Auseinandersetzung mit der Vergangenheit in Polen, in: Brunner (Hrsg.): Juristische Bewältigung des kommunistischen Unrechts in Osteuropa und Deutschland, 1995.
- Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, SJZ 1946, S. 105 (107).
- Rummler, Toralf, Die Gewalttaten an der deutsch-deutschen Grenze vor Gericht, Berlin 2000.
- Samson, Erich, Die strafrechtliche Behandlung von DDR-Altaten nach der Einigung Deutschlands, NJW 1991.
- Schaeffgen, Christopf, DDR-Regierungskriminalität - Erscheinungsformen und Probleme, RuP 1992.
- _____, Die Strafverfolgung von Regierungskriminalität der DDR, in: Weber/ Piazzolo(Hrsg.), Eine Diktatur vor Gericht - Aufarbeitung von SED-Unrecht durch die Justiz, 1995.
- Schulze-Willebrand, Bernd, Das Strafrecht der europäischen sozialistischen Staaten.
- Spendel, Günter, Zur Aufhebung von NS-Urteilen, ZRP 1997.
- Stauber, Andrea, Die Gesetzgebung der ehemaligen Ostblockstaaten zur Bewältigung ihrer sozialistischen Vergangenheit, NJ 1995.

Vormbaum, Thomas, zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit von DDR-Richtern wegen Rechtsbeugung, NJ 1993.

Wassermann, Rudolf, Zur Aufarbeitung des SED-Unrechts, Aus Politik u. Zeitgeschichte, 1993 B4.

Weber, Klaus, Die Verfolgung des SED-Unrechts in den neuen Ländern, GA 1993.

Welzel, Hans, Gesetzmäßige Judentötungen, NJW 1964.

Werle, Gerhard, Der Holocaust als Gegenstand der bundesdeutschen Strafjustiz, NJW 1992.

[국문초록]

독일에서의 형법적 과거청산에 대한 소고

김 동 루*

불법체제의 붕괴 이후에는 체제 존속기간 자행된 심각한 불법에 대한 사법처리의 문제가 발생한다. 1989년에서 1990년 사이에 진행된 동유럽에서의 일련의 공산독재체제의 붕괴와 1990년 구동독의 몰락으로 인한 독일통일의 과정에서도 형법적 과거청산문제가 대두되었다. 동유럽 각국에서의 형법에 의한 과거청산은 구체제의 실정법의 테두리에서 일부 사안에 대해서만 시도되는데 그쳤다. 하지만 독일의 경우에는 구동독의 실정법 뿐 아니라 독일연방공화국의 형법과 국제법을 적용하였고, 통일조약과 형법시행법률에도 근거규정을 두었으며, 필요한 입법도 적극적으로 진행함으로써 철저한 사법적 과거청산을 이루어내고자 하였다.

불법체제 내에서 자행된 범죄에 대해 법치주의적 심판에는 사안에 따라 구체제의 법과 자유민주주의 체제의 법 중 어느 것이 적용되는지의 준거법 결정의 문제와 완성된 공소시효를 어떻게 극복하는가의 문제가 중요하다. 독일의 경우 전자는 행위시법을 원칙으로 신구법을 비교하여 경한 형을 적용하되, 통일 이전부터 연방공화국의 형법이 적용가능하였던 경우는 연방공화국의 형법을 적용하는 것을 원칙으로 하였다. 후자의 경우 일련의 입법을 통해 해결하였다. 전자의 경우에도 통일조약과 형법시행법률에 그 근거규정을 둬으로써 법치주의에 충실한 해결방안을 도모하였다. 또 다른 불법체제인 북한의 붕괴가 남북한 통일로 이어지는 시기가 온다면 북한에서 그간 자행된 심각한 체제범죄에 대해서도 법치주의 원리에 따라 냉철하고 엄정한 사법적 청산이 이루어져야 할 것이다. 이런 의미에서 통일독일의 사례는 많은 시사점을 준다고 할 수 있다.

주제어 : 체제범죄, 독일통일, 형법에 의한 과거청산, 준거법, 공소시효

* 주저자, 영남대학교 경찰행정학과 부교수.

[Abstract]

Study on the liquidation of the past by criminal law in Germany

Dong Lyoul Kim*

When the illegal system collapses, the problem of punishment for serious illegal acts committed during the period of existence of the system arises. In the process of the collapse of the communist dictatorship in Eastern Europe, which continued between 1989 and 1990, and the reunification of Germany due to the collapse of East Germany in 1990, also the problem of liquidation of the past by the criminal law occurred.

In many Eastern European countries, the liquidation of the past was done in some cases by the laws of the fallen system. However, in the case of Germany, not only the laws of East Germany but also the laws of the Federal Republic of Germany and international law were applied. In addition, provisions were laid down in the Unification Treaty and the Criminal Law Enforcement Act. Furthermore, it actively enacted necessary laws to thoroughly clean up the past.

In adjudication of crimes within an illegal system, the problem of determining whether the law of the collapsed system or the law of the liberal democracy should be applied depending on the case arises. And the issue of how to overcome the completed statute of limitations is also important. In Germany, in the case of the above problem, the law at the time of the act was applied in principle, and the light punishment was applied by comparing the old law with the new law. However, in cases where the Criminal law of the Federal Republic of Germany was applicable before unification, the principle of the Federal Republic of Germany was to be applied as an exception. In this case, too, a solution faithful to the rule of law was sought by setting the basis for the unification treaty and the Criminal Law Enforcement Act. The latter

* Associate Professor, Yeung Nam University, Ph. D. in law.

problem was solved through a series of legislation.

When the time of the collapse of North Korea comes, leads to the unification of the Korean Peninsula, strict judicial liquidation must be done according to the rule of law even for serious systemic crimes committed in North Korea. In this sense, the case of a unified Germany gives many implications.

Key words : Systemic crime, German unification, past liquidation by criminal law,
Applicable law, Statute of limitations

