우크라이나 참전 이근 前 대위에 적용될 '사전죄'란?

정 변호사의 현장일지 (17)

정재욱 변호사는

『학력사항』
- 경북고등학교 졸업
- 연세대학교 경영대학 경영학과 졸업(최우등)
- 서울대학교 법학전문대학원 졸업(법학전문석사)
- 서울대학교 법대 대학원 박사과정 재학 중(노동법)

『경력사항』
- 제4회 변호사시험 합격
- 법무법인 주원 파트너 변호사
- 한국청년변호사회 상임대표
- 서울지방변호사회 중소벤처기업법 커뮤니티위원장
- (사)블록체인법학회 발기인, 학술이사
- 주간조선, 이데일리, 매일경제, 뉴스토마토 외부필진으로 활동 중

외교부의 경고에도 불구하고 이근 전 대위가 러시아·우크라이나 전쟁에 참여한 것으로 보인다. 방문 및 체류가 금지된 국가나 지역으로 고시된 사정을 알면서도 정부 허가 없이 해당 국가나 지역에서 여권 등을 사용하거나, 해당 국가나 지역을 방문하거나 체류할 경우 여권법 위반으로 1년 이하의 징역 또는 1000만원 이하의 벌금에 처해진다(여권법 제26조, 제17조). 이것만 생각하면 러시아·우크라이나 전쟁에 참여한다 하더라도 고작 1년 형만 각오하면 되고, 그조차 집행유예가 나올 가능성이 크니 특별히 문제 될 것이 없다고 생각할 수 있다.

〈이근 전 대위와 일행이 우크라이나로 출국하던 모습〉

하지만 우리 법에는 '사전죄'라는 것이 있다. 사전죄, 용어부터 낯설다. '사전(私戰)'은 외국에 대하여 국가의 명령을 받지 않고 사사로이 전투를 하는 행위를 말한다. 정부의 선전포고나 군대의 전투명령이 없는데도 무기를 들고 전쟁·전투에 참여하는 것인데, 이러한 행위는 우리 형법상 금지된다.

형법 제111조에서는 외국에 대하여 사전한 자는 1년 이상의 유기금고에 처한다고 규정하고 있다(제1항). 미수범도 처벌되고(제2항), 실제 이러한 행위를 하지 않았다고 하더라도 예비, 음모를 한 자도 3년 이하의 금고 또는 500만원 이하의 벌금에 처해진다(제3항). 단 실행에 이르기 전에 자수한 때에는 처벌을 감경하거나 면제한다(제3항 단서).

이러한 외국에 대한 사전죄는 1953년 형법이 제정될 때부터 존재해왔는데, 1995년 한 차례 개정을 거쳐 현재에 이르고 있다. 개정 내용은 별다른 것이 아니라 벌금을 2만5000환에서 500만원으로 변경한 것이다. 사전죄가 특별히 문제가 있거나 논란이 있어서 개정을 한 것이 아니라 형법을 전체적으로 개정하면서 벌금 수준만 현실화한 것이다.

1. 법전에만 있던 사전죄

형법이 제정된 이래 형법 제111조의 외국에 대한 사전죄가 적용된 사례는 단 한 차례도 없었던 것으로 보인다. 관련 판례는 전혀 찾아볼 수 없고, 유권해석례 또한 찾기 어렵다. 형법이 제정될 당시의 국회 속기록(국회임시회의속기록 제12호·1953. 6. 29.)을 보면 "국가적으로 어떤 대한민국의 명령을 받아가지고 한다든지 하는 것이 아니고 혼자 자의(自意)로 외국과 전단(戰端)을 일으켜가지고 문제를 일으키는 행위"를 방지하기 위해 사전죄를 만들었다는 사실을 알 수 있다. 즉

'국가의 허락 없이 의용군이라며 외국 전쟁에 참가하여 외교상의 문제를 일으키는 일'이 있는데, 이러한 행위를 방지하기 위해 사전죄가 제정된 것이다.

1953년 6월만 하더라도 2차 대전이 끝난 지 얼마 되지 않았던 시절이고, 심지어 6·25전쟁 또한 막바지였던 때다. 1차, 2차 대전 시기 전 세계적으로 수많은 의용군이 있었는데, 형법을 제정할 때 아마 이러한 시대적 상황을 염두에 두고 외국에 대한 사전죄를 만든 것이 아닌가 생각된다.

그런데 1953년에 예상했던 바와 달리 2022년 현재에 이르기까지 '국가의 허락 없이 의용군이라며 외국 전쟁에 참가하여 외교상의 문제를 일으키는 일'은 거의 발생하지 않았다. 2차 대전 이후 발생한 굵직한 전쟁, 예컨대 베트남전쟁, 이라크전쟁 등에는 대한민국이 공식적으로 참전, 파병을 했었고, 이외의 작은 전쟁들은 우리 이웃이 아닌 먼 유럽(보스니아 내전, 코소보내전, 돈바스전쟁, 남오세티야전쟁)이나 남미(포클랜드전쟁)에서 발생했기 때문에 총기 소유마저 금지되는 한국에서 자발적으로 의용군을 편성하여 참전하는 일은 사실상 불가능에 가까웠다.

다만 사전죄의 적용 가능성이 전혀 검토된 바 없는 것은 아니다. 2015년 한국 청소년이 국제테러단체인 이슬람 레반트 이슬람국가(IS)에 가담한 사건과 관련하여, 정부는 테러단체에 가담한 행위가 형법 제111조의 외국에 대한 사전죄에 해당할 수 있다는 결론을 내린 바 있다.

여행금지국에 무단입국한 행위에 대하여는 여권법을 적용하여 1년 이하의 징역 또는 1000만원 이하의 벌금에 처할 수 있고, 만약 테러단체에 가담한 행위가 확인되면 형법 제111조를 적용하여 1년 이상의 금고에 처할 수 있다는 것이 당시 정부 결론의 요지였다. 한발 더 나아가 살인이나 학살에 가담하는 경우, 형법 제250조의 살인죄나, 국제형사재판소 관할 범죄의 처벌 등에 관한 법률 제8조(집단살해죄), 제9조(반인도죄) 위반으로 사형까지 처할 수 있다는 논의도 있었던 것으로 파악된다. 다만 해당 청소년은 현재까지도 실종 상태여서 실제 법 적용도 이루어지지 않은 상황이다.

한편 월간조선 2019년 3월 21일 자 기사에 의하면 시리아에서 쿠르드 민병대 소속으로 IS와 싸운 한국인 강모씨가 있었던 것으로 파악되는데, 해당 기사에 의하면 정부는 강모씨에게 여권반납명령 조치를 취한 것으로 확인된다. 달리 사전죄를 적용하여 처벌하지는 않은 것으로 보인다.

사전죄의 경우 앞서 살펴본 바와 같이 1년 이상의 금고형에 처하도록 하고 있다. '1년형'이라고 오해하여 별것 아니라 생각할 수 있다. 공연음란죄가 1년 이하의 징역, 모욕죄가 1년 이하의 징역에 처해지니 경범죄에 가깝지 않나 오해할 수 있다. 그런데 사전죄의 경우 1년 '이상'이라는 점이 중요하다. 유기 금고형은 형법 제42조에 따라 30년까지(형을 가중하는 때에는 50년) 가능하니, 위 법정형은 1년 이상 30년 이하의 금고형과 같다고 볼 수 있다. 아무리 약하게 처벌한다고 하더라도 1

년 이상 금고형에는 처해야 하고, 경우에 따라서는 수십 년을 교도소에서 보내도록 판결할 수 있다. 상해죄가 7년 이하의 징역, 감금죄가 5년 이하의 징역, 도박장 개설죄가 5년 이하의 징역이라는 점을 감안하면, 이러한 중범죄보다 사전죄가 더 중한 범죄라 볼 수 있다.

2. 실제 몇 년 정도가 선고될 것인가?

그렇다면 사전죄는 실제 몇 년 형 정도가 선고될까. 살인, 뇌물, 성범죄, 횡령·배임, 절도, 사기, 선거, 교통 등 44개 주요 범죄의 경우 양형기준이 시행 중인데, 사전죄의 경우 이러한 주요 범죄에 속하지 않기 때문에 별도 양형기준도 없다. 사전죄의 경우 이러한 양형기준이 존재하지 않고, 참고할 만한 선례도 존재하지 않기 때문에 실제 이근 전 대위에 대하여 사전죄를 적용했을 때 몇 년의 금고형이 나올지 가늠하기 쉽지 않다. 다만 대한민국 정부가 우크라이나를 지지하며 대러 경제제재에 동참하고 있다는 점, 우크라이나에 군복 비전투물품 등을 지원하기로 결정하였다는 점 등으로 비추어 보았을 때 그 처벌의 강도는 높지 않을 것으로 예상된다.

일각에서는 이근 전 대위에 대하여 살인죄(형법 제250조), 폭발물사용죄(형법 제119조)가 적용될 가능성이 있다고 보기도 하는데 실제 이러한 살인죄, 폭발물사용죄가 적용될 가능성 역시 희박해 보인다. 이론적으로 살인죄, 폭발물사용죄가 적용될 수 있다고 하더라도 이를 입증하기가 쉽지 않기 때문이다. 러시아군을 사살했다거나, 러시아군에게 수류탄 등 폭발물을 사용했다는 내용을 본인 스스로 인스타그램에 올리거나, 현지에 있는 제3자가 직접 이러한 사실을 증언해주지 않는 이상 한국의 수사기관에서 살인이나 폭발물 사용에 대한 증거를 확보하기 어렵기 때문이다.

(출처/주간조선)