

나치즘과 형법이데올로기* **

이 재 승***

목 차

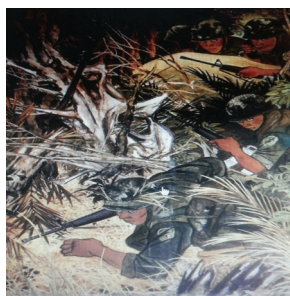
- | | |
|---------------------|------------------|
| I. 연속의 문제 | IV. 정치신학으로서 심정형법 |
| II. 나치형법학 | V. 맺음말 |
| III. 형법학의 방법과 이데올로기 | |

I. 연속의 문제

운보 김기창(1913-2001)은 일제강점기에 선전화를 그려 일본의 침략 전쟁에 봉사했다. 그의 두 그림은 인간 정신의 유연한 적응력을 교과서적으로 보여준다. 먼저 왼쪽 그림은 운보가 1944년 결전조선미술전람회에 출품한 ‘적진육박’(敵陣肉薄)이다. 이 그림은 나중에 분실되었으므



〈1944년 作 ‘적진육박’ /
민족문제연구소 제공〉



〈1972년 作 ‘적영’ /
운보의 도록에서〉

* 이 논문은 2013학년도 건국대학교 연구년교원지원에 의하여 연구되었음.

** 학술대회에서 토론자로서 이 논문의 개선점을 꼼꼼히 제안해주신 홍익대학교 오병두 교수께 감사의 뜻을 표한다.

*** 건국대학교 법학전문대학원 교수

로 사람들의 기억에서 멀어지게 되었다. 그러나 원본의 흔적이 어딘가 남아있다는 사정을 유의하지 못했던지 운보는 한국정부의 베트남 파병을 기화로 1972년에 다시 ‘적영’(敵影)이라는 오른쪽 그림을 제출하였다. ‘적영’의 맨 앞의 인물부분이 ‘적진육박’과 구도나 기법에서 동일하다.¹⁾ 민족적 양심의 경계선마저 허물고 주책없이 작동하는 뇌의 가소성(可塑性)을 보게 된다. 예술기법의 영역에서뿐만 아니라 통치기술과 이데올로기 영역에서도 동일한 기제가 작동한다.

나치시대의 억압적인 법철학과 형법학은 ‘법치국가’ 전통을 파괴하고 침략전쟁과 대량학살을 정당화하였다. 나치 패망 후 라드브루흐는 파괴된 형사법을 재건하기 위해서 형법의 자유화와 평등한 법적용을 역설하였다.²⁾ 자유주의적 법치국가의 이상을 복원하고자 파쇼적인 형법에서 자유주의적 형법으로, 행위자형법에서 행위형법으로, 차별적인 법적용에서 평등한 법적용으로 이행해야 한다고 주장했다. 연합국은 독일의 군사적 항복에 만족하지 않고 나치악법과 나치의 정치적 사법구조를 전면적으로 해체하였다.³⁾ 점령체제(1944-1949)가 종료한 이후에도 독일정부는 연합국의 조치와 점령법제를 공식적으로 승계하여 나치의 억압적 유산을 지속적으로 정리하고 있다.⁴⁾

그러면 독일 형법학(이론)은 나치의 어두운 그림자에서 이제 완전히 벗어났는가? 볼프는 독일 형법학의 나치적 배경을 지적하고 자유주의적 법치국가의 이상이 유효하다고 밝혔다.⁵⁾ 어쨌든 나치시대의 형법학

1) 적진육박(좌)이 원본의 전체사진인지 일부사진인지는 현재로서 확인할 수 없다.

2) Gustav Radbruch, “Die Erneuerung des Rechts(1947)”, *Rechtsphilosophie III Gustav Radbruch Gesamtausgabe* Bd. 3(C.F.Müller, 1990), 113쪽.

3) 이재승, “연합국의 독일점령과 사법정책에 관한 연구”, *민주법학* 제27호(민주주의 법학연구회, 2005), 296-323쪽.

4) 특히 ‘형사재판에서 나치불법판결 파기법률(1998)’을 참조하라(이재승, *국가범죄* (엘피, 2010), 669쪽 이하).

5) Gerhard Wolf, “Befreiung des Strafrechts vom nationalsozialistischen Denken?”, *Humboldt Forum Recht* (Humboldt Universität zu Berlin, 1996),

자들의 행적과 이론에 대해서는 상세한 고증이 필요하다. 제2차세계대전 이후에 대부분의 독일법학자들은 친나치적 행적에 대해 강요에 못 이겨 또는 살기 위해서 했다고 어수룩하게 말하면서도 나치등장의 책임을 자유주의자들이나 사회주의자들에게 전가하는 사이코패스적 행태를 보여주었다.⁶⁾ 실제로 나치체제는 일반공직자들과 달리 대학교수들에게는 나치당적을 강제하지 않았다고 한다. 물론 대학교수로서 유대인이거나 진보적 자유주의나 사회주의자라면 1934년의 직업공무원복구법(숙정법)에 의해 해직되었다. 그 이후 독일의 법과대학 교수진은 전체적으로 보수파와 극우적 인물들로 일색화되었으며, 이들은 강요가 아니라 자신의 본래의 정치적 성향 때문에 나치에 자발적으로 협력하였다. 이들 대다수는 제2차세계대전 이후에도 사상적 일관성을 유지하면서 대학에서 학문활동을 지속하였다. 악법과 제도가 사라져도 옛날의 인물은 살아있고, 그들이 사라져도 그의 이론과 정신은 지속적인 힘을 발휘한다.

한국의 사정은 어떠한가? 갑오개혁을 통해 시작된 자주적 법제혁신은 일본의 강제병합을 통해 파탄을 맞이했다. 소위 ‘한국의 근대법’은 주로 일제 강점기에 강제로 이식된 것이었기 때문에 근대적 지향성을 가졌음에도 불구하고 반민족적이고 반민주적이었고 차별적이었다. 우리는 이러한 억압적 법제사를 어떻게 극복했는가? 해방 이후 미군정당국은 군정법령을 통해서 일제의 대표적인 악법들을 정리하는 정도였다.⁷⁾ 미군당국은 친일파청산에는 냉담하였고, 새로운 정부는 강화된 냉전질서 속에서 과거 식민지배에 깊이 관여한 인물들과 권력기술을 전면적으로 복원하였다. 그 후 식민법제의 극복이나 친일파청산은 정치

52쪽 이하; 연합국에 의해 파면되었던 수많은 나치공직자와 교수들이 1948년 이후 대부분 복직함으로써 나치 청산 국면은 재나치화로 전환되었다.

6) Ingo Müller, *Furchtbare Juristen: Die unbewältigte Vergangenheit unserer Justiz* (Knaur: München, 1989), 223쪽 이하.

7) 군정법령 제11호(구법령의 폐지) 및 군정법령 제21호(구법령의 존속) 참조.

와 법조의 실무에서도 주변적인 주제로 밀려났다. 한편 해방 이후 한국의 신진학자들은 일본학자들과 과거 이론을 ‘의식적으로’ 기피하면서 독일형법학을 수입하기 시작하였다. 이들은 서구법학의 적극적 수용이 학문의 식민성을 탈피하는 전위적 실천이라고 믿었던 것도 같다. 독일 법의 억압적 역사성을 간과하고 이를 편의적으로 수용하는 데에 바빴다. 나치 법학과 전후 독일법학 간에 인적·이론적 연속성은 명백했지만 우리가 수용한 학설들이 나치즘에 어떻게 오염되었는지에 그다지 주목하지 못했다. 자료접근성과 실용주의적 학문수용태도가 역사적 천착을 가로막았다. 이제 한국 법학의 수용사에 대한 이데올로기 비판을 위해서도 억압적 법문화의 본류인 나치즘을 검토할 필요가 있다. 필자는 독일의 비판법학자들의 연구를 참조하여 나치형법학의 방법과 이데올로기에 대한 하나의 시론을 적고자 한다.

II. 나치형법학

나치의 권력 장악 이후에 청년 법철학자 라렌츠는 헤겔적인 모범에 따라 나치의 법혁신에 세계사적 의미를 부여하였다. “유럽국가들의 역사에서 특징적인 점은 항상 한 국민에서 출발한 위대한 정신적인 운동들이 다른 국가들을 사로잡고 역사적 신기원을 이룬다는 사실이다. 이는 법률관에 대해서도 동일하다. 중세의 기독교적 법이념에 이어서 자연법의 합리주의적 법이념이, 그리고 프랑스 혁명의 개인주의적 법이념이 등장한다. 국가사회주의는 독일에서 새로운, 특수한 독일적 법이념을 실현하였다. 거기에 세계사적 의미가 적지 않다. 우리는 독일적 법이념이 다음 역사적 단계에서 프랑스 혁명의 이념을 해체할 것이라고 믿는다.”⁸⁾ 헌법학자 슈미트는 거리낌 없이 전체주의 국가를 선포하였다. “그러한(전체주의) 국가는 질과 에너지에 있어서 전체주의적이다. 그러

한 국가는 자신의 적과 파괴자들에게 새로운 권력수단을 넘겨주는 것 그리고 자신의 권력을 자유주의, 법치국가의 이름 아래 또는 무어라고 부르든지 간에 자신의 권력이 무너지도록 방치하는 것을 생각하지 않는다. ...그러한 국가는 자신의 내부에서 국가적대적인, 국가방해적인, 국가분열적인 세력이 등장하는 것을 결코 용납할 수 없다. 그러한 국가는 적과 동지를 구별한다. ... 이러한 의미에서 진정한 국가는 언제나 전체주의 국가다.’⁹⁾ 이제 새로운 나치 혁명, 새로운 전체주의 국가에 어울리는 형법사상으로서 나치형법학이 필요하다.

나치형법(학)이 무엇인가? 히틀러의 머리에 내장된 형법인가? 나치적 세계관에서 도출되어 형법의 영역에서 관철된 원리인가? 그러한 원리의 내용은 무엇인가? 나치당 강령을 보면 나치형법을 알 수 있는가? 샤프스타인이나 프랑크 같은 대표적인 법률가들이 전개한 이론이 나치형법학인가? 나치시대에 전개된 형법이면 전부 나치형법학인가? 고유하게 나치적인 것과 비나치적인 것은 구별되는가? 인종주의와 반유대주의를 관철시킨 형법이 나치형법인가? 근본적으로 나치즘은 일관된 사상을 가지고 있는가? 무에서 유를 창조하듯이 나치가 전적으로 새로운 것을 제공했는가? 어쨌든 본질주의적인 관점에서 이 문제에 접근한다면 그렇게 유의미한 결론이 나올 것 같지 않다.¹⁰⁾ 오히려 우리는 나치즘과 나치법학을 전반적인 작동방식에서 기능주의적으로 이해하는 것이 필요하다. 우선 논의의 편의상 나치(형)법학을 바이마르 공화국 등장 이후 자유주의적-사회적 경향을 적대시하고 그 자리에 민족주의적이

8) Karl Larenz, *Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie* (Mohr: Tübingen, 1934), 38쪽.

9) Carl Schmitt, “Weiterentwicklung des totalen Staats in Deutschland(1933)”, *Verfassungsrechtliche Aufsätze* 3 Aufl.(Berlin, 1985), 361쪽.

10) 형사법의 영역에서 일상적인 것과 나치적인 것의 구분에 관해서는 Gerhard Werle, *Justiz-Strafrecht Und Polizeiliche Verbrechensbekämpfung Im Dritten Reich* (De Gruyter, 1989), 33쪽 및 46쪽.

고 인종주의적 법질서를 구축하려는 이론과 기제라고 규정한다. 즉 나치(형)법학은 1933년부터 1945년 사이, 즉 제3제국의 존속기간에만 존재한 것으로 한정하지 않는다. 나치(형)법학은 1920년대에는 바이마르 공화파나 사회주의자들의 개혁에 반대하는 반자유주의적 법학으로 존재했으며,¹¹⁾ 나치패망 후에도 보수적이고 권위주의적 법이론으로 지속하였다.

나치형법학자들은 포이어바흐, 리스트, 벨링, 라트브루흐 등의 자유주의적이고 사회적인 형법관을 거부하고 헤겔주의, 역사학과, 자유법론의 원리와 방법을 변형하면서 나치법학을 전개하였다. 킬대학¹²⁾의 샤프스타인은 ‘새로운 형법학’을 위해서 원자론적 개인주의를 극복하고 공동체중심적인 사상을 선창하였다.¹³⁾ 형법학의 전쟁은 자유주의적이고 사회주의적 세계관과 유기체적이고 전체주의적인 세계관의 전쟁이었고, 나치의 권력장악은 독일 제2제국 이래로 확립된 자유주의적이고 사회적인 형법에 대한 권위주의 형법의 승리를 의미했다.¹⁴⁾ 그러면

-
- 11) 나치법학을 최소한 20년대부터 연구하지 않으면 안 된다(Klaus Marxen, *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht* (Dunker & Humblot, Berlin, 1975)).
- 12) 숙청법(1933)과 대학교수퇴직법(1935)을 통해 킬대학의 교수들이 대부분 새로운 나치열성파들로 교체되었다. 킬 대학 법학부는 바이마르 시대에 공화파 법학자들이 득세하였지만 나치의 권력 장악 이후에 나치는 본보기로 이 대학을 나치 열성파로 채워 돌격대 대학으로 바꾸었다. 킬 학파에 대해서는 Jörn Eckert, “Was war die Kieler Schule?”, Franz Jürgen Säcker(ed.), *Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus* (Nomos, 1992), 37쪽 이하.
- 13) Friedrich Schaffstein, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung* (Berlin, 1935), 5쪽. 라트브루흐는 ‘자유주의적’(liberalistisch)이라는 단어는 1931년에 이미 비난의 의미만을 가졌다고 당시의 반동적 분위기를 전한다(Radbruch, “Die geistesgeschichtliche Lage der Strafrechtsreform(1931)”, *Strafrechtsreform Gustav Radbruch Gesamtausgabe* Bd. 9, 323쪽 이하).
- 14) Monika Frommel, “Von der Strafrechtsreform zur Rechtserneuerung”, Hubert Rottleuthner(편), *Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus*, ARSP-Beiheft Nr. 18(Franz Steiner, 1984), 45쪽 이하; 벨첼은 한국방문 강연에서도 자신의 목적적 행위론이 리스트-벨링-라트브루흐의 인과적 행위론을 겨냥하였다는 점을 밝히고 있다. 벨첼, 정종욱 옮김, “목적적 행위론 입문”, 사법행정(한국사법

나치 시대의 특수한 법학방법으로서 나치형법학 방법은 존재하는가? 나치 형법학자들은 나치의 권력장악 직후부터 법의, 범죄, 법해석과 법형성의 영역에서 나치즘을 구체화하는 방법을 모색하였다.¹⁵⁾ 나치법 전문가인 뢰터스는 i) 새로운 법이념, ii) 새로운 법원(法源), iii) 해석 방법, iv) 새로운 법률적 기본개념과 사유방법이라는 측면에서 나치시대의 형법학을 검토하고 나치들은 1933년 이후에 새로운 법정정책 척도와 목표를 제시하면서 종래의 법질서를 전체주의 법질서로 전환시켰다고 평가하였다.¹⁶⁾

라트브루흐는 1930년대 초에 이탈리아 파쇼체제의 등장과 독일 나치즘의 창궐을 우려하면서 이들의 형법사상을 여섯 가지 тезис로 날카롭게 정리하였다. 첫째, 범죄의 원인은 사회적 맥락이 아니라 인종이나 형질이다. 둘째, 범죄자는 재사회화가 불가능하며, 형벌의 목적은 개선이 아니라 위하나 도태이다. 셋째, 형법은 사회의 방위가 아니라 국가로의 통합을 추구하며, 형벌은 국가권위의 상징이자 국가의 통합이고, 사형은 국법상의 성사(聖事)이다. 넷째, 형법적 국가관은 특정한 국가이데올로기를 지향하며, 국가의 이상을 둘러싼 경쟁은 존재할 수 없으며, 형법은 절대화된 국가의 이상을 강제한다. 다섯째, 나치즘은 법과 도덕의 자유주의적 분리에 반대하며, 두 규범 체계 간의 모순을 철저히 부정한다. 여섯째, 나치즘은 자신의 절대적 세계관에 비추어 범행 동기에 따라 범죄자를 차별적으로 평가한다.¹⁷⁾ 라트브루흐의 тезис를 통해서

행정학회, 1967), 56쪽 이하.

15) Georg Dahm, “Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* Bd. 57(1937)(Walter de Gruyter, 1935), 225쪽 이하; Dahm(ed.), *Genwartsfragen der Strafrechtswissenschaft*, Festschrift zum 60. Geburtstag von Graf B. Gleispach(Walter de Gruyter, 1936).

16) Bernd Rüthers, “Die Ideologie des Nationalsozialismus in der Entwicklung des deutschen Rechts von 1933 bis 1945”, Franz Jürgen Sackler(ed.), *Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus* (Nomos, 1992), 17쪽 이하.

현대의 보수적인 형법사상도 바로 나치즘에 묻어가고 있음을 쉽게 확인할 수 있다.

나치들은 형법의 세계에서 자유주의적이고 법치국가를 파괴하고자 했다. 볼프는 나치가 유린하였던 다섯 가지 법치국가적 형법학의 특성을 다음과 같이 제시하였다.¹⁸⁾ i) 법률 없이는 형벌 없다(*nulla poena sine lege*). ii) 행위자가 아니라 행위가 처벌된다. iii) 입법자는 명료한 법적 규율을 창조해야 한다. iv) 형사법정의 판사는 재판에서 자신의 고유한 평가를 자제하고 법률만을 적용해야 한다. v) 법률의 내용은 법률의 문언과 법률의 체계에 의하여 확립된다. 이러한 법치국가적 형법의 원칙들을 붕괴시키는 것이 나치형법학의 방법과 이데올로기라고 할 수 있다.¹⁹⁾

Ⅲ. 형법학의 방법과 이데올로기

1. 실질적 법사상

법적인 측면에서 현존질서를 둘러싼 이데올로기 대립은 법률(*Gesetz*)과 법(*Recht*)의 투쟁으로 요약할 수 있다. 법률은 권위에 의해 제정된 규범을 뜻한다면 법은 그 자체로 올바른 규범을 연상시킨다. 나치 법학자들은 이 대립관념을 이용하여 바이마르 규범질서를 법률국가(*Gesetzesstaat*)나 형식적 법치국가로 평가절하하고 자신들의 열망을 법

17) Radbruch, “Die geistesgeschichtliche Lage der Strafrechtsreform(1931)”, *Strafrechtsreform Gustav Radbruch Gesamtausgabe* Bd. 9, 323쪽 이하.

18) Wolf, 앞의 글, 52쪽.

19) 카우프만은 나치법사상의 특징을 기본권 관념의 부정, 주관적 권리와 법적 책임의 부정, 평등 원칙의 배척, 의회민주주의의 파괴, 비합리적 요소의 중시, 이민족에 대한 박해 등 여섯 가지로 제시하였다(Arthur Kaufmann, “National Socialism and German Jurisprudence from 1933 to 1945”, *Cardozo Law Review* Vol.9(1988), 1629-1649쪽).

이나 실질적 법치국가로 표방하였다. 슈미트는 바이마르 공화파 법률가들이 중립적 합법성과 형식적 법사고에 매몰되어 자멸하였다고 비평하고, 히틀러야말로 윤리와 정의를 포함한 실질적인 법사상을 제시하였다고 주장하였다.²⁰⁾ 프랑크도 법과 법률은 같지 않으며, 법률은 법의 불완전한 표현수단이라는 전제에서 자유주의가 형식적인 (불)법관념 위에서 구축되었다면 나치형법은 실질적 정의 관념에 기초한다고 주장하였다.²¹⁾ 라렌츠는 나치적 법혁신을 “민족의 윤리적 관점과 민족의 생활수요에 부응하고 내용과 형식에서도 진정한 독일적인 법(ein wahrhaft deutsches Recht)이라 불릴 만한 법을 창조”하는 것이라 주장했다.²²⁾ 그에 따르면, “법은 자의적 애착의 대상이 아니며, 또한 목적합리성과 유용성의 대상도 아니고, 윤리적 종교적 공동생활과 밀접하게 연결된 생활질서이다.”²³⁾ “법(Recht)은 국민적 국가에서 법률(Gesetz)과 곧바로 일치하지 않는다.…… 법률은 살아있는 법의 전체연관 속에서 자리잡고 있으며 그 효력의 근거가 되고 있는 공통의사에 의해 유지되고 있다.”²⁴⁾ 라렌츠는 민족주의적 공동체사상과 실질적 법관념에 입각하여 바이마르 형식적 법치국가를 나치적인 법치국가로 전환하고자 하였다.

막센은 악명 높은 길학파의 학문적 특성의 하나로 ‘실질화’²⁵⁾를 지적했다. ‘나치형법의 지도원칙들’ 제9항에 따르면 나치형법에는 형식적인

20) Schmitt, “Der Führer schützt das Recht”, *Deutsche Juristen-Zeitung* (1934), 945쪽 이하. 보다 자세히는 Schmitt, *Legalität und Legitimität* 7 Aufl. (Dunker & Humblot: Berlin, 2005(1932)), 28쪽 이하.

21) Hirsch etc.(ed.), *Recht, Verwaltung und Justiz im Nationalsozialismus* (Bund: Köln, 1984), 438쪽.

22) Larenz, 앞의 책, 1쪽.

23) Larenz, 위의 책, 24쪽.

24) Larenz, 위의 책, 36쪽.

25) Klaus Marxen, “Die Rechtsphilosophische Begründung der Straftatlehre im Nationalsozialismus”, Rottleuthner(ed.), *Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus*, ARSP-Beiheft Nr. 18(Franz Steiner: Wiesbaden, 1983), 57쪽.

(불)법관념이 아니라 오로지 실질적인 정의사상만이 존재한다.²⁶⁾ 법의 윤리화와 실질화 경향은 법철학에서도 두드러졌다. 라렌츠는 실증주의나 추상적 자연법론이 공히 법의 본질을 파악하지 못했다고 비판하고, 역사법학파도 그 근본사상을 철학적으로 관철시키지 못했다고 지적한다. 라렌츠는 이념을 신칸학파적 맥락에서 영원히 도달할 수 없는 과제나 현상학의 의미에서 초시간적으로 존재하는 가치로 이해하는 것을 거부하고 ‘공동체생활에서 작동하는 정신적 힘’으로 파악했다. “이념은 구체성 속에서 현실적인 정신적 힘으로서 민족적으로 혈통적으로 실현된다. 그래서 이념은 특정한 민족의 법이념이다. 이념은 그 자체로 민족의 활동과 작품 속에 내재되어 있다. 이념은 내면의 정신이고, 영혼이며, 창조활동과 피조물의 운동원리다. 그래서 구체적인 법이념은 자신의 존재를 지향하는 공동의사의 생활원칙이고, 내적 형식이자 정신적 통일성이다.”²⁷⁾ 라렌츠는 법이념을 오로지 자기 민족의 구체적 법이념으로 파악하는 일이 법철학자의 임무라고 선언한다. 나아가 나치즘이 독일에서 새로운, 특수한 독일적 법이념을 실현했다고 선언했다. 실제로 나치 법학자들은 권력장악 이후에 나치즘을 현실 속에 구체화하는 것에 집중했다. 그래서 그들이 전통적인 자연법이론이나 추상적인 보편주의에 대해 적대적인 태도를 취했다. 메츠거는 라렌츠의 저작을 서평하는 자리에서 벨손²⁸⁾의 자연법사상을 지목하여 그를 극단적인 개인주의자이고 세계시민주의자로 규정하고, 그의 이론과 활동이 독일적 본질과 심

26) Jürgen Regge & Werner Schubert, Quellen Zur Reform des Straf- und Strafprozeßrechts Bd. 2, 2.1(Walter de Gruyter: Berlin, 1988), 901쪽.

27) Larenz, 앞의 책, 38쪽.

28) 벨손(1882-1927)은 괴팅엔 대학의 철학교수로서 마아부르크 신칸트학과에 속하며, 철학과 정치를 일치시키려는 보기 드문 실천철학자이다. 프랑스 혁명 이후에 유명한 급진주의 철학자 프리스의 영향을 받았던 벨손은 비마르크주의 사회주의자로 자처했으며 독일사회민주당과 깊은 관련을 가졌다. 그는 1917년에 ‘법 없는 법학’(Rechtswissenschaft ohne Recht)이라는 저작에서 이성법 전통에 입각해 당대 대표적인 독일 법철학자들을 유보없이 비판했다.

각하게 대립한다고 성토했다.²⁹⁾ 나치들은 가톨릭 자연법론에 대해서 상당히 유보적인 태도를 보여주었는데, 이는 가톨릭 교회와 나치간의 모호한 동반자 관계를 반영하는 것이었다. 나치들은 추상적 자연법론을 비판하였지만 이러한 개념의 정치적 잉여를 활용하는 데에 주저하지 않았다. 디체와 같은 학자는 이미 ‘대지와 혈통의 자연법’ 관념을 통해서 인종주의와 침략주의를 정당화했다.³⁰⁾ 자유주의자들이 법과 도덕의 분리를 주장했다면 나치들은 신헤겔주의, 현상학, 생철학에 의지하여 통합적인 법관념을 지향하였다. 그것은 피의 법학이었다.

2. 공동체지향적 범죄개념

법치국가적 형법학은 범죄의 본질을 법익침해(Rechtsgüterverletzung)로 규정한다. 이에 비해 샤프스타인과 담은 법익침해설이 재산이나 생명과 같은 개인적인 이익을 보호하려는 자유주의적 사고에는 부합하지만 공동체의 가치나 질서를 보호하는 데에는 무력하다고 비판했다. 샤프스타인은 법익침해설을 ‘고전적 자유주의 국가이데올로기의 특징적인 산물’³¹⁾로 규정하고 대신에 의무침해설(Pflichtverletzung)을 제시했다. 의무침해설은 나치 형법의 개혁작업에 심대한 영향을 미쳤다. 의무침해설은 엄밀히 말하면 윤리적 종교적 공동체를 전제하므로 현대사회의 성격에는 부합하지 않는 이론임을 알 수 있다. 그러나 나치들은 신성한 공동체로서 독일인의 혈통공동체를 전제하였기 때문에 유대인과 아리아인의 성관계조차 인종상간(Blutschande)으로 처벌하기에 이른다.³²⁾

29) Fabian Wittreck, *Nationalsozialistische Rechtslehre und Naturrecht* (Mohr Siebeck: Tübingen, 2008), 26쪽.

30) 라이문트 에버하르트와 한스-헬무트 디체의 자연법에 대해서는 Wittreck, 앞의 책, 35쪽 이하.

31) Schaffstein, 앞의 책, 9쪽.

32) Schaffstein, 위의 책, 14쪽.

의무침해설은 형법상의 범죄와 종교적 죄악이라는 구분법을 폐기하기 때문에 행위자의 인격과 심정을 주목하게 된다. 새로운 공동체에서는 명예, 신의성실, 의무 등이 중요하다. 샤프스타인은 범죄를 법익, 의무, 심정 세 요소를 통해 범죄를 총체적으로 규정하려고 하지만 범죄개념을 법익에서 해방시키고, 의무개념을 민족공동체의 공통된 심정에서 도출하고자 한다. 순전히 주관적인 영역에서 형성되는 심정이 이제 하나의 윤곽을 갖는다. 개별적인 범죄는 공동체에 대한 의무침해이며, 그 의무의 내용과 범위는 민족공동체와 하위 공동체에서 행위자의 지위에 따라 우선적으로 결정된다는 것이다.³³⁾ 의무의 내용은 추상적이고 규범주의적인 구성요건에서 파악되는 것이 아니라 민족적 윤리질서에 의해 결정된다. 범죄의 유형에 따라 의무는 민족공동체, 가족, 직업집단, 군대공동체, 계약상대방 등에 대한 의무로 분류된다.

답은 범죄를 충실의무(Treuepflicht)의 위반, 즉 반역(Verrat)으로 규정한다. 이렇게 되면 내란죄와 같은 특수한 반역죄와 그렇지 않는 통상적인 범죄의 구별이 불가능해진다. 공동체는 자유주의자들이 가정하는 바와 같은 외적인 질서가 아니라, 고유한 생존법칙 아래에서 고유한 명예와 생명을 가지는 실체이다. 공동체의 토대는 일정한 단체에 대한 외양상의 귀속이 아니라 구성원의 내면적인 귀속이며, 동료들의 공동체성, 명예, 충실성 그리고 모두를 포괄하는 일정한 태도와 심정이다. “범법자의 원형은 반역자(Verräter)이다. 범죄는 범죄자가 야기한 외적 행위와 결과가 아니다. 범죄자를 국외자로 만드는 것은 우선 그의 심정이고, 공동체를 파괴하는 위험한 의사의 활동이고, 내면에서 공동체를 파괴하는 태도의 현실화이고, 특수한 충실의무의 침해이다. 정도의 차이는 있다 하더라도 반역죄에서 표현되는 바는 다른 범죄에서도 볼 수 있다. 범죄의 본질은 공동체에 적대적인 심정과 태도의 표출에, 의사에 또는 공동체 침해적인 무관심에 있다.”³⁴⁾

33) Schaffstein, 위의 책, 35쪽.

샤프스타인은 의사(심정)지향적 범죄론이나 공동체지향적 범죄개념의 체계적 귀결로서 의사형법을 주창한다. 법익침해설이 결과형법(Erfolgsstrafrecht)에 조응한다면 의무침해설은 의사형법(Willensstrafrecht)에 부합한다고 주장하고, 의사형법이 바로 나치적 형법원칙이라고 밝힌다. 의사형법의 특별한 가치는 미수범을 처벌하는 데에 있다. 법익침해의 측면에서만 행위의 불법내용을 찾는다면 미수와 기수를 다르게 평가할 수밖에 없고, 나아가 미수의 위법성을 기껏해야 법익에 대한 위협성에서 찾을 수 있을 뿐이지만, 범죄가 의무침해라고 한다면 결과발생은 관건적인 사항이 아니므로 미수와 기수를 동일하게 처벌할 수 있다고 주장한다.³⁵⁾ 샤프스타인의 논리를 담도 지지하였다. “공동체에 대해 적대적인 의사와 불법을 행하려는 의식이 범죄의 고유한 내용을 이루며, 외적 행위는 더욱 후퇴한다. 그리하여 위법성과 책임의 예리한 구별은 근거를 잃고 구성요건은 형법 해석학에 대해서도 중요한 의미를 상실한다. 행위는 공동체에서 행위자의 이탈에 대한 징표로서 의미를 가진다. 행위는 의사와 행위자 인격의 특수한 유형을 나타내며, 가벌성의 범위를 어느 정도 제한한다. 바로 이러한 행위에서 행위자로, 구성요건에서 의사로 전향은 범죄의 본질을 외적 질서의 파괴에서 찾지 않고 내부로부터 공동체의 붕괴에서 찾는 법사상에서 유래한다.”³⁶⁾ 결국 샤프스타인이나 담은 주관주의적 심정형법을 제시하였다.

범죄의 본질을 행위자의 의사나 공동체에 대한 의무에서 찾는 반역설이나 의무침해설에 대하여 나치형법학자들의 사이에도 비판이 일었다. 쉬빙에와 짐머른은 길학파의 형법학을 비합리주의³⁷⁾라고 규정하

34) Dahm, *Nationalsozialistisches und fascistisches Strafrecht* (Dunker und Dünhaupt: Berlin, 1935), 17쪽 이하.

35) Schaffstein, 앞의 책, 34쪽.

36) Dahm, 앞의 책, 17쪽 이하.

37) Schwinge & Zimmerl, *Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht* (Bonn, 1937). 인용은 Monika Frommel, 앞의 글, 50쪽.

고, 법익개념은 여전히 필요하다고 주장하였다.³⁸⁾ 물론 이들도 포이어 바흐의 후예로서가 아니라 나치법학자로서 이미 나치적으로 전복된 법익개념을 주장하였다. 샤프스타인이나 담이 제시한 나치형법학의 기본전제들이 나치시대에 지속적으로 작용하였다. ‘나치형법의 지도원칙들’(Leitsätze zum nationalsozialistischen Strafrecht 1935)도 공동체지향적 범죄관을 분명하게 보여준다.³⁹⁾ 벨첼이 30년대에 전개한 목적적 행위론도 키일학파의 투박한 기본가정을 발전시킨 것이라고 할 수 있다.⁴⁰⁾

3. 건전한 국민감정

건전한 국민감정(gesundes Volksempfinden)은 나치적 세계관이나 윤리를 상징하는 개념으로서 실질적인 법개념의 발현이다. 건전한 국민감정은 1935년 6월 형법 제2조,⁴¹⁾ 제330조c(원조불응죄)⁴²⁾ 그리고 다른

38) 이에 대한 담의 비판은 “Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft”, Georg Dahm & Friedrich Schaffstein, *Methode und System des neuen Strafrechts* (Walter de Gruyter: Berlin, 1935), 274쪽 이하.

39) 제3항: 나치형법은 민족적 충실의무에 기초해야 한다. 충실의무는 나치적 독일적 사유에서 최고의 민족적 윤리적 의무이다. 독일적 사유에서는 윤리적 평가, 의무감, 법감정 사이에는 조화가 존재한다.

제4항: 민족공동체의 최고 가치는 충실의무의 무조건적 이행을 요구하며, 특히 민족공동체에 대하여 그리고 민족공동체가 과거와 연결되는 가운데 미래를 위하여 창조했거나 창조하는 모든 형성물에 대하여 충실의무의 무조건적 이행을 요구한다.(생략)

Regge & Schubert, 앞의 책(2.2.1), 900쪽.

40) Monika Frommel, “Welzels finale Handlungslehre. Eine konservative Antwort auf das nationalsozialistische Willensstrafrecht—oder die Legende von der Überwindung des Wertneutralismus im Strafrecht”, Udo Reifner, B.-R. Sonnen(ed.), *Strafjustiz und Polizei im Dritten Reich*(Campus: Frankfurt-New York, 1984), 86–96쪽; Bendedikt Hartl, *Das nationalsozialistische Willensstrafrecht* (Weißensee: Berlin, 2000), 134쪽 이하.

41) 나치 형법개정법(RGBl. 1935 I, S. 839) 제2조 제1항

법률에도 도입되었다.⁴³⁾ 동시에 국민감정은 범죄자에 대한 도덕적 비난을 위해 판결문에도 사용되었다.⁴⁴⁾ 나치형법학자들은 죄형법정주의를 낳은 자유주의 법사상으로 일축하였다.⁴⁵⁾ 나치는 집권하자마자 악명높은 소급처벌법(반테루베법)⁴⁶⁾을 제정하였고, 오래 전부터 유추금지원칙에 대해서도 이의를 제기하였다. 뤼터스가 나치시대의 법해석이 해석(exegesis)이 아니라 투입(eisegesis)⁴⁷⁾이라고 갈파했듯이 나치시대에는 죄형법정주의의 기본요청으로서 유추금지는 법률적으로도 폐기되었다. 결국 무제약적인 가치투입은 법실무를 정치적 부문에 완전히 순응하도록 하였다. 법률가들이 이와 같이 나치이데올로기에 순응한다면 렌너의 말처럼 번거롭게 법률을 고치는 작업도 필요없다.⁴⁸⁾ 정치적

법률이 가벌적이라고 선언한 행위 또는 형법의 기본사상과 건전한 국민감정상 처벌을 받을만한 행위를 저지른 자는 처벌된다.

42) 제330조의c(원조불응죄) 사고, 공동의 위험 또는 위난을 당하여 건전한 국민감정상 도움을 제공하는 것이 의무임에도 도움을 제공하지 않는 자, 특히 경찰의 지원요청을 현저한 위험 없이 그리고 다른 중요한 의무를 위반하지 않고도 이행할 수 있는 데도 지원요청에 불응한 자는 2년 이하의 금고형이나 벌금형에 처한다.

43) 국민해충단속규정(Verordnung gegen Volksschädlinge 1939) 제4조(형벌가중사유로서 전시상황 악용죄)

전쟁으로 인해 야기된 비정상적인 상황을 이용하여 본 법에서 규정한 것 이외의 범죄를 저지른 자는 범행의 특수한 비난가능성 때문에 건전한 국민감정이 그 처벌을 요구하는 경우에는 통상의 법정형을 초과하여 15년 이하의 중징역, 무기징역 또는 사형에 처한다.

44) 1992년 플렌스부르크 란트법원이 건전한 국민감정을 원용한 판결에 대한 우호적인 논평은 Ingo Müller, “Tabuierung von Begriffen”, *NJW* (1994), 634쪽.

45) Hans-Ludwig Schreiber, *Gesetz und Richter* (Metzner: Frankfurt a.M., 1984), 191쪽 이하.

46) 반 데 루베라는 인물은 제국의사당 방화범으로 체포되었는데 방화범에 대하여 당시 형법은 사형판결이 불가능했다. 그러나 소급법을 제정하여 사형을 선고하였다. 나치의 소급형법에 대해서는 Wolfgang Naucke, “Die Mißachtung des strafrechtlichen Rückwirkungsverbots 1933–1945”, *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart, FS-Helmut Coing* (München, 1982), 225쪽 이하.

47) Rütters, *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus* 4 Aufl. (Heidelberg, 1991).

부문의 지시만 있으면 충분하다. 법률을 시민적 자유의 보루가 아니라 총통의 의사와 계획을 관철시키는 보조수단으로⁴⁹⁾ 이해하였기 때문에 형사법원은 순식간에 테러기구로 변질되었다.⁵⁰⁾

건전한 국민감정은 죄형법정주의의 근간을 무너뜨리고 이를 나치적 법질서로 전환시키는 장치였다. 메츠거에 의하면 나치적 세계관에서 볼 때 모든 법의 근원은 현재의 정치적 현실에서 국민의 법적 확신과 법적 통찰이며, 법과 불법에 관한 ‘건전한 국민통찰’(gesunde Volksanschauung)이다.⁵¹⁾ 역사법학파가 법을 관습법이나 민족정신을 주목했기 때문에 건전한 국민감정의 기원을 사비니(Savigny)에서 찾을 수도 있지만 건전한 국민감정을 형사처벌의 근거로서, 범죄의 원천으로서 사용하려는 사상은 나치형법학자들의 원천기술이라고 봐야 한다.

답은 형법개정위원회 2차회의(1933년 11월 27일) 발제에서 죄형법정주의는 자의적인 국가권력 앞에서 개인을 보호하려는 원칙으로서 의미를 가졌지만, 나치제국은 실질적이고 국민적인 정의이상을 구현하고

48) 인용은 Volker Neumann, “Vom Entscheidung—zum Ordnungsdenken”, Hubert Rottleuchthner(ed.), *Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus*, ARSP-Beiheft Nr. 18(Franz Steiner: Wiesbaden, 1984), 159쪽.

49) Gerhard Werle, “Das Gesetz ist Wille und Plan des Führers”, *NJW* (1995), 1267쪽.

50) 나치시대의 악명 높은 민족재판소에 대하여 독일연방하원은 1985년 1월 25일 회의에서 만장일치로 다음과 같이 결의한다(독일연방하원은 소위 ‘민족재판소’(Volksgerichtshof)로 지칭되는 기구는 법치국가의 의미에서 법원이라고 할 수 없으며 국가사회주의의 자의적인 지배를 관철하기 위한 테러수단이었음을 확인한다. 독일연방하원의 확고한 의견에 따라 민족재판소의 결정들은 어떠한 법적 효력도 갖지 않는다. 이러한 이유로 민족재판소의 결정들은 전쟁이 종결된 다음 해에 각주의 법률과 당시의 점령법(Besatzungsrecht)에 의하여 법률상 또는 신청에 있는 경우 법정절차를 통해 분명히 파기되었다. 독일연방하원은 희생자와 유족들에게 존경과 연민을 표한다. 그들은 나치체제에 대한 저항활동을 통해서 길이 남을 모범을 보여주었다).

51) Edmund Mezger, “Die materielle Rechtswidrigkeit im kommenden Strafrecht”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* Bd. 55(1935), 8쪽.

있으므로 이제 국가권력에 대한 불신의 이유도 사라졌고 동시에 죄형법정주의의 존립기반도 소멸하였다고 망언하였다. 범죄는 형식적인 법률에 대한 위반이 아니라 국민공동체에 대한 침해이고 국민생활의 살아있는 토대에 대한 침해이며, 이러한 국민적 토대는 성문법률과 독립하여 존재하는 것이라고 담은 주장하였다.⁵²⁾ 법률이 없이는 범죄 없다(*nullum crimen sine lege*), 또는 법률 없이는 형벌 없다(*nulla poena sine lege*)는 고전적 원칙을 ‘형벌 없는 범죄 없다’(*nullum crimen sine poena*)⁵³⁾는 원칙이 대신하였다. 이로써 형법의 영역에서 법률의 위상이 심각하게 추락하고, 종래 범죄자에게 처벌조각사유로 유리하게 원용되던 관습형법은 처벌근거로 전환되었다.

나치법학자들에 따르면 법관은 법을 이성적으로 파악하고 적용하는 과제뿐만 아니라 공동체의무에 입각하여 독일법을 느끼고 형성시키는 높은 과제를 부담한다. 건전한 국민감정은 법관에게 넓은 재량을 부여하는 정도를 넘어서 새로운 법원에 길을 열어준 것이다. 그러나 이러한 개념은 수시로 실정법의 규칙을 전복시킬 뿐만 아니라 지나치게 불확정적이어서 실제 사건에서 판사에게 필요한 바를 정확하게 제공하지 못하는 단점을 안고 있다. 나치법학자인 짐머를도 의문을 표시했다. “제2조는 처벌하기 원하는 것이면 무엇이든 처벌할 수 있는 일반적인 보충물이 아니다. 제2조가 순전히 건전한 국민감정을 지향하는 것이라면 이런 식의 기능을 할 것이다. 그러나 그렇게 되면 제2조가 내포하는 위험이 제2조의 장점을 압도하게 될 것이다!”⁵⁴⁾ 건전한 국민감정이 형법전에

52) Regge & Schubert, 앞의 책(2.2.1), 6쪽.

53) Carl Schmitt, Der Weg der deutschen Juristen, *Deutsche Juristen-Zeitung*, 39(1934), 694쪽. 인용은 Lawrence Preuss, “Punishment by Analogy in National Socialistic Penal Law”, *Journal of Criminal Law and Criminology* Vol. 26(1936), 848쪽.

54) Leopold Zimmerl, “Zur Auslegung des §2”, Dahm etc.(ed.), *Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft* (1936), 180쪽 및 174쪽 이하.

도입됨으로써 형법의 인권보장적 기능, 이른바 리스트가 말했던 ‘마그나 카르타’ 이념은 완전히 사라지고 말았다.⁵⁵⁾ 건전한 국민감정은 ‘국민의 건전한 법감정’으로 법질서를 보정하는 관념이 아니라 나치적 세계관을 관철시키는 숙주이자 법에 대한 정치의 우위를 담보하는 기제였다.

4. 법해석원리로서 총통의 의사

법치국가적 형법사상은 법관의 엄격한 법률기속을 요구한다. 그러나 나치적 법해석은 ‘살아있는 법’으로서 총통의 의사를 지향했다. 슈미트는 일찍이 총통을 로마공화정의 독재관(dictator)에 비유하며 총통을 최고법관이라고 주장했다. “총통이 위기의 순간에 총통직에 입각하여 최고법관으로서 직접 법을 창조한다면, 그는 최악의 남용에 맞서 법을 보호한다. ‘이 순간에 나는 독일 국민에게 책임을 지며, 그리하여 나는 독일 민족의 최고법관이다.’ 진정한 총통은 법관이기도 하다. 법관직은 총통직에서 유래한다. ……실제로 총통의 행위가 진정한 재판이다. 총통의 행위는 사법 아래에 있지 않으며, 그 자체로 최고의 사법이다.”⁵⁶⁾ 나치들은 이러한 총통원리(Führerprinzip)를 법의 영역으로 끌어왔다. 총통의사가 나치 시대의 새로운 법원(法源)으로 자리잡은 것이다.⁵⁷⁾

나치형법학자들이 작성한 형법초안들도 다음과 같이 규정하고 있다. “법관은 법률의 문언에 얽매이지 말고 법률의 의미와 목적에 따라 결정해야 하며, 이 경우 법관은 법률의 의미와 목적을 법률의 근저에 있는 법사상, 건전한 국민감정, 총통의 교지에서 이끌어내지 않으면 안 된다.”⁵⁸⁾

55) Eberhard Schmidt, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege* (Göttingen, 1983), 434쪽.

56) Schmitt(1934), 앞의 논문, 945쪽 이하.

57) Rütters, 앞의 논문, 21쪽 이하.

58) Regge & Schubert(ed.), *Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozessrechts* Bd. 2.1.1(Walter de Gruyter, 1988), 158, 175, 215쪽. 1937년 개정초안에는 “형법

“법발견의 안내자는 총통의 교지들이다. 모든 형법은 그 근본사상에 따라 의미에 합당하게 해석되어야 한다.”⁵⁹⁾ 여기에서 형법의 해석과 적용의 서열관계까지도 알 수 있다. 나치들은 법률과 법의 관념적 간극을 대비하고 실질적 법을 지지한다. 여기서 실질적 법은 통상 관습법이나 자연법을 포괄하는 개념이다. 나치들은 형식주의나 실증주의를 배제하고 외형상 자유법론이나 자연법론의 주장에 묻어간다. 형법해석에서 법률의 문언이 아니라 실질적인 법이나 법의 정신을 중심으로 처벌권을 확장한다면 자유주의적 법치국가 이상은 폐기되는 것이다. 메츠거(Mezger)는 해석, 확장해석, 유추해석을 구별하는 작업이 이론적으로 매우 거추장스러운 시도일 뿐만 아니라 구별할 이유도 없다고 지적한다. 전체주의 국가에서는 실질적 법이념이 지배하기 때문에 유추해석도 당연히 허용된다고 주장한다.⁶⁰⁾

실제로 나치적 법방법은 법관에게 법률을 넘어서, 법률에 반해서 판결할 수 있는 권한까지 부여한다. 법관이 재량을 통해 새로운 보편화가능(?) 원칙을 사안에 적용한다면 이는 자유법론이 상정하는 좋은 사례가 될 것이다. 그러나 나치들은 법관에게 이러한 유형의 재량을 인정하지 않는다. 법관이 사태를 해결하기 위하여 채택한 기준과 그 결론은 나치적 세계관에 부합해야 한다. 즉 총통의 가상적 의사에 일치해야 한다. 나치 법무장관 귀르트너는 법관을 위한 금언을 제공하고 있다. “당신이 판결해야 하는 매순간에 당신 자신에게 물어라. 총통이 내 자리에 있다면 어떻게 결정했을까? 당신이 결정해야만 하는 매순간에 자문해 보라. 이 판결은 독일국민의 국가사회주의적 양심에 부합하는가? 그러면 당신은 나치국민국가의 통일성 속에서, 총통 아돌프 히틀러의

은 그 의미와 목적에 따라 해석해야 한다. 의미와 목적은 법률의 근저를 이루는 법사상, 건전한 국민감정 그리고 총통의 교지에서 이끌어내야 한다.”로 되어 있다 (같은 자료집, 279쪽).

59) Schubert, 앞의 책(2.1.1), 410쪽.

60) Regge & Schubert(ed.), 앞의 책(2.2.1), 17쪽.

의지의 영구성에 대한 인정과 더불어 당신의 결정 영역에서 제3제국의 권위를 부여해줄 확고부동한 토대를 확보하게 될 것이다.”⁶¹⁾ 프랑크도 “나치제국에서 법관은 자신의 판결로써 국가사회주의 세계관의 테두리 안에 머물러야 한다는 점을 분명히 인식해야 한다”고 천명하였다.⁶²⁾

누구보다 라렌츠는 나치체제에서 법관의 역할을 분명하게 진술했다. 라렌츠는 바이마르 시대에는 법관에게 위헌법률심사권을 인정하였으며 나치제국에서는 이러한 입장을 철회하였다. “왜냐하면 총통은 이념상 국민의사와 국가의사의 통일성에 대한 가장 명백한 표현이자 보증이기 때문이다. 오로지 총통만이 어떤 법적 규정이 효력을 가지는지에 대해 마지막 결정권을 가진다. 총통에게는 정의의 시행에 관한 어떤 보증도 필요하지 않다. 총통은 그 직책 때문에 헌법, 달리 말하면 인민의 성문화되지 않은 구체적인 법이념의 수호자이다. 그의 의지로 귀착되는 법률은 결코 사법적 심사 대상이 아니다.”⁶³⁾ 이어서 라렌츠는 법률에 대한 법관의 구속성을 조심스럽게 거론한다. “나치 총통국가에서 법관의 법률에 대한 구속이 불가피하다면, 그러한 구속성을 엄격한 구속으로 파악하면 안 된다. …… 법률을 공동체의 살아있는 법의사에 따라 해석하고 이에 의해 법률을 보정하는 법관은 총통의 의사에 일치하여 행동한 것이다. 왜냐하면 총통은 살아있는 공동의사를 일깨우고 유지하려고 할 것이며, 그래서 자신의 말이 죽은 문자가 아니라 공동의사의 표현으로서 이해되기를 의욕할 것이기 때문이다. …… 법관은 총통의 의사에 기해 효력을 가진 법률(Gesetz)이면 무엇이든지 법(Recht)으로 승인하고 적용해야만 한다. 하지만 법관은 현재의 법의사에 따라, 공동체의 구체적인 법이념에 따라 총통의 정신(im Geiste des Führers) 속에서

61) Charles H. Wilson, “The Separation of powers under democracy and fascism”, *Political Science Quarterly* Vol. 52(1937), 495쪽.

62) Hirsch(ed.), 앞의 책, 446쪽.

63) Larenz, 앞의 책, 34쪽.

법률을 적용해야 한다.”⁶⁴⁾

라렌츠는 법률과 법이 충돌하는 경우에는 법을 따라야 하고, 법은 바로 총통의 가상적 의사를 통해 해석되어야 한다는 점을 밝히고 있다. 한마디로 라렌츠는 법과 총통을 등치시키고 있다. 이와 같이 나치들은 법관이 나치즘을 위해 법률의 구속성에서 탈피해야 한다고 보았다.⁶⁵⁾ 따라서 나치적 법학방법은 결코 법실증주의적 방법이 아니었다. 나치시대의 법관상은 독립된 법관으로서 독자적인 법해석권을 향유하는 근대적 법관이 아니라 총통에 충성하는 획일화된 관료집단에 가깝다.

5. 반유대주의와 반사회적 유형론

특별히 범죄 없이도 인간을 적으로 규정하고 박멸하는 것은 형법의 소관이 아니다. 그러나 나치는 인종주의와 우생학, 사회진화론에 입각하여 광범위한 절멸조치를 단행하였다. 자유주의적 형사정책도 특별에 방이든 일반예방이든 범죄의 방지에 초점을 맞춘다면, 나치법학자들은 나치적 세계관에서 규정하는 악한 존재와 별종(Artfremde)을 제거하는데 집중한다. 나치적 관점에서는 일정한 행위가 아니라 일정한 유형의 인간이 관심사다. 즉 아리아인의 순혈성, 공동체의 행복, 유전적 건강성, 혼인의 건강에 방해가 되는 쓰레기들을 제거하고 도태시켜야 한다. 평화주의자, 사회주의자, 집시, 유대인, 전염병자, 유전질환자, 부랑아 등은 독일인에게 적으로 상정되었다. 나치법학자들은 권력장악 이후에 인종주의적 공동체사상을 나치적 법개혁의 기초로 제시하였다. 라렌츠에 따르면, 장래의 사법질서의 근본개념은 추상적인 인격이 아니라 공동체의 지체로서 법동료이며, 공동체의 건설에서 인종사상, 즉 민족이

64) Larenz, 위의 책, 35쪽.

65) Ingeborg Maus, “Gesetzesbindung der Justiz und die Struktur der nationalsozialistischen Rechtsnormen”, Dreier & Sellert(편), *Recht und Justiz im ›Dritten Reich‹* (Suhrkamp: Frankfurt a.M., 1989), 81쪽 이하.

피로 맺어져 있다는 점이 본질적이다.⁶⁶⁾ 라렌츠의 독일민법 제1조 개정 안에 따르면, “국민동료(Volksgenosse)만이 법동료(Rechtsgenosse)이다. 독일혈통을 가진 자가 국민동료이다.”⁶⁷⁾ 나치체제에서 별종은 법을 위반한 자가 아니라 법의 외부에 존재하는 자이다. 나치체제는 이들에 대해 다양한 형태의 배제법을 제정하였다.

출발점은 1935년의 혈통보호법 ‘das Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre(RGBL. I S. 1146)’과 국적법 ‘Reichsbürgergesetz (RGBL. I S. 1146)’이다. 이 법률들은 나치당대회에서 동시에 결정되었다. 나치들은 혈통보호법을 통해 반유대주의 차별정책을 법적으로 제도와 하였다. 혈통보호법은 유대인과 비유대인 사이의 결혼이나 성관계를 금지하였다. 이른바 인종상간(Rassenschande)을 징역형이나 금고형에 처하도록 규정하였다. 유대인과 비유대인간의 성관계에 대한 처벌은 남성에게만 국한되었다. 그러나 법원은 아리아인 여성과 성관계를 가진 헝가리 출신의 유대인 노동자를 법정형과 달리 사형에 처하기도 했다. 이 재판은 히틀러의 법률을 히틀러의 정신에 맞게 확대 해석한 사례로 꼽을 수 있다. 인종법 1차규정(Erste Verordnung zum Blutschutzgesetz)에 따르면 2분의 1 유대인은 분명한 승인을 얻은 후에 독일혈통이나 4분의 1 유대인과의 혼인이 허용되었다. 그러나 신청은 대체로 승인받지 못했으며, 4분의 1 유대인 당사자 간에도 혼인은 허용되지 않았으나, 4분의 1 유대인과 독일혈통 간에는 혼인이 허용되었다. 그 배경에는 인종적으로 고귀한 아리아인의 혈통을 보호하고 유대인을 점차적으로 소멸시키기 위한 방침이 있었다. 제1차규정 제6조는 혼인금지를 다른 집단(집시, 흑인, 혼혈인)에도 확장시켰다. 원칙적으로 독일인의 혈통의 순수성을 위태롭게 하는 모든 혼인을 금지하였다. 국적법은 오로지 국적을 보유한 독일혈통이나 유사혈통만이 제국시민(Reichsbürger)이 될 수 있다고

66) Larenz, 앞의 책, 39쪽.

67) 인용은 Rüthers, 앞의 글, 30쪽.

규정하였다. 동화된 유대인 혼혈에게는 선거권과 잠정적인 제국시민권이 인정되었다. 국적법은 유대인의 공직보유를 금지시켰으며, 참전유공자특전에 의해 공무원숙정법(1933)상의 파면을 면제받았던 유대인도 1935년 12월 31일까지는 그 공직을 떠나야 했다. 유대인은 선거권을 상실했으며 1938년 국적법 제4차규정과 제5차규정에 의해 유대인 의사와 변호사도 그 자격을 박탈당했다. 히틀러가 주도한 국적법 제11차규정(1941년 11월 25일)이 중요한데, 이에 따르면 외국에 주소지를 둔 유대인은 독일국적을 박탈당하게 되었다. 국경을 통과하는 유대인은 국적을 상실하고 동시에 그의 전재산과 생명보험 및 연금청구권도 국가에 양도하게 되었다. 이와 같이 유대인은 국적과 재산권을 상실하고 강제수용소에서 집단살해로 이어졌다.

나치들은 악명높은 우생학적 조치도 단행하였다. 유전보건법(*Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses* 1933년 7월 14일)은 나치들의 우생학적 청결유평파를 보여준다. 유전보건법에 입각하여 유전적인 병이나 장애를 가진 사람들에게 안락사와 강제적인 불임수술을 시행하였다. 40만 명의 남녀가 불임수술을 받았으며, 그중 6천 명이 사망하였다. 안락사프로그램에 따라 이른바 살 가치가 없는 생명의 절멸(*Vernichtung lebensunwerten Lebens*)이 자행되었다. 1939년 5천 명 이상의 아동에 대해 안락사를 시행하였고, 이어서 장애를 지닌 시설수용자를 포함하여 7만 명의 성인에게 안락사를 시행하였다.⁶⁸⁾ 혼인보건법(*Gesetz zum*

68) 강제불임조치는 제2차세계대전 후 소련 당국에 의해 인도에 반한 죄(crime against humanity)로 규정되었다. 그러나 미군당국은 이를 전쟁범죄로 다루지 않았다. 그 배경은 20세기 초부터 독일과 미국은 우생학적 공동연구를 활발하게 진행하였고, 유럽의 다른 나라들은 독일의 우생법을 반대하는데도 미국은 전쟁직전까지도 지지하고 협력하였다. 1957년 독일의회는 우생학적 사고가 전형적으로 독일적인 것이 아니라고 주장하였다. 이 발언의 의도는 우생학적 조치의 희생자는 나치불법의 피해자가 아니며, 따라서 보상할 필요도 없다는 것이다. 미국에서는 1956년에도 27개 주가 강제불임 프로그램을 운영하였다(Julia von dem Knesebeck, *The Rome Struggle for Compensation in Post-War Germany* (University of

Schutz der Erbgesundheit des deutschcen Volkes 1935. 10. 18)은 후손이나 상대배우자에게 질환을 야기할 수 있는 소지를 안고 있는 자의 혼인을 금지시키고 있다. 1938년 혈통보호법 시행령은 반공동체적 행위를 하는 사람을 반사회적 존재로 규정하였다. 부랑자, 걸인, 매춘부, 집시, 알코올중독자, 전염병 및 성병 보균자가 여기에 해당한다. 경찰은 이른바 노동기피 왕국(Arbeitsscheu Reich) 작전을 통해 1938년 6월 13일부터 18일 사이에 ‘반사회적’이라고 분류된 사람들을 2만 명 이상 체포하여 강제수용소로 수용하였다. 나치체제에서 노동기피자라는 비난은 이른바 반사회적 존재를 지칭하는 데에 사용되었다.

IV. 정치신학으로서 심정형법

나치들은 법과 도덕의 구별론을 자유주의적 세계관이라고 비난하였다. 이러한 구별철폐론은 책임과 심정의 영역에서도 큰 변화를 초래한다. 나치즘은 자유주의적 세계관에서라면 하자가 전혀 없는 행위마저 처벌하고 심지어 인간의 심정을 겨냥하였다. 당국가통일보장법(1933), 신당 결성금지법(1933), 선동행위처벌법(1934) 등과 같은 나치의 정치형법은 적과 동지의 구분법에 입각하여 적을 박멸하고 나머지 인간들을 획일화하면서 나치적 세계관을 관철시켰다. 미수와 기수의 구별조차 원리적으로 거부하는 의사형법은 나치적 공동체에 적대적인 심정을 가진 모든 인간을 단호히 척결하려는 정치형법이론이자 심정형법이론이었다. 나치즘은 언제나 인간을 적과 동지의 관점에서 보기 때문에 인간의 성격, 동기, 심정에 따라 동일한 행위도 차별적으로 처리한다. 범죄 성립 여부도 정치적 좌우, 적과 동지의 구분에 따라 신분법적으로 결정되었다.

여기에서 심정형법은 행위자형법의 모습을 띤다. 범죄자의 당파성에 입각해 당연히 다르게 처우해야 한다는 로젠베르크⁶⁹⁾의 주장에서 행위자형법의 본질을 간파할 수 있다. “그 판결(필자: 포템파 판결)⁷⁰⁾은 우리의 사상과 자유주의 사이에 존재하는 깊은 심연을 보여준다. 지배적인 자유주의적인 법은 인간을 똑같은 인간이라고 주장한다. …… 세계대전 초기에 프랑스 법원은 평화주의자 조레스를 살해한 자를 무죄방면하였다. 그러나 클레망소를 암살하려고 시도한 자를 교수형에 처했다. 두 사건에서 프랑스는 삶의 이익과 조화를 이루며 행동하였다. 불세비키에 불과한 폴란드 사람 하나를 죽였다는 이유로, 다섯 명의 남자들이 포템파 판결에서 사형을 선고받았다. 이 판결은 민족의 자기보존이라는 근본적인 감정과 모순을 일으킨다. 우리는 마르크스주의자들의 세계관뿐만 아니라 자유주의자들의 세계관도 계속해서 공격해야 한다. 우리에게 영혼이라고 다 같지 않으며, 인간이라고 다 같지 않다.”⁷¹⁾ 즉 나치들

69) 로젠베르크(Alfred Rosenberg 1893-1946)는 인종적으로는 독일계이며 에스토니아 레발에서 태어났다. 모스크바 대학에서 건축학을 공부하던 도중에 러시아혁명이 발발하자 프랑스로 망명하였고, 후에 뮌헨으로 이주하였다. 일찍부터 히틀러의 정신적 스승으로서 뮌헨 폭동에도 관여하였으며, 나치당의 핵심이데올로그로서 1933년부터 극우잡지 ‘민족관찰자’의 편집인이 되었으며, 1934년부터 나치당의 세계관 및 정신 교육교양을 담당하는 총통의 특명관이 되었고, 외교분야에서도 중요한 역할을 담당하였다. ‘20세기의 신화’(Der Mythos des 20. Jahrhunderts)(1930)를 통해서 영미의 자유주의적 제국주의와 불세비키 공산주의에 대한 적의를 선동하고, 전쟁기간에는 생활공간(Lebensraum)이론을 발전시켰으며, 유대인에 대한 박해를 기획하고 실행하였다. 전후에 체포되어 뉘른베르크 법정에서 수괴급전범(major war criminals)으로 유죄판결을 받고 1946년 10월 16일 교수형에 처해졌다.

70) 바이마르공화국 막바지에 나치들의 대중폭력과 선동은 극에 달했다. 5인의 나치들 격대원(SA)이 1932년 8월에 포템파 마을에서 한 명의 공산당원을 야만적으로 살해한 이유로 기소되자 오버실레지엔 법원은 이들에게 사형을 선고하였다. 그러나 제국수상 파펜(v. Papen)은 나치당의 압력을 받고 종신형으로 감형하였으며, 나치의 집권 후에 이들은 전부 사면되었다. 히틀러는 ‘형벌법제에 관한 라이히대통령령(Verordnung des Reichspräsidenten über die Gewährung von Straffreiheit 1933.3.21)’을 필두로 수차례 사면법을 제정하여 나치범죄자들을 사면하였다.

71) 인용은 Radbruch, “Strafrechtsreform und Nationalsozialismus(1933)”,

의 눈에는 좌파 정치인을 살해하는 것은 애국적인 행위이고, 우파 정치인에 대한 암살기도는 천인공노할 일이라는 것이다.

라드브루흐는 국가사회주의가 범죄행위의 동기와 윤리적 동기를 고려하여 당파적 관점에서 행위자를 혹은 가혹하게 혹은 관대하게 처우한다고 지적하고, 국가사회주의가 광신주의, 불관용 그리고 이단재판과 같은 전통종교의 약점과 위험을 가진 유사종교로 변질되었다고 비판한다.⁷²⁾ 라드브루흐에 따르면, 새로운 심정형법은 민족의 가치에 대한 편향된 해석을 통해 우상화된 민족의 이름 아래 진행되는 종교재판이다.⁷³⁾ 여기서 나치의 심정형법을 억압적 정치신학의 형사법적 변안이라고 부를 수 있다. 이와 같이 법과 도덕 간의 분리를 거부하고, 그리고 법의 역할과 종교의 역할 간의 분리를 철폐하는 심정형법은 결국 심정에 대한 테러와 심정의 속박을 강제한다.⁷⁴⁾ 따라서 나치형법은 전체주의 심정형법으로서 세계관과 심정에 공격을 가하는 테러의 도구였다.

이 점과 관련해서 형법이론가로서 벨첼의 위상은 미묘하고 위태롭다. 벨첼은 나치시대에 이미 건전한 국민감정이 형법전에 도입되는 것을 환영하였고, 길학과와 마찬가지로 형법의 정치적 기능을 인정하였다.⁷⁵⁾ 벨첼은 ‘형법에서의 자연주의와 가치철학(1935)’에서 총통의 의사를 거론하며 구체적 질서사상으로 경도되었다.⁷⁶⁾ 나치패망 후에 벨첼은 자

Strafrechtsreform Gustav Radbruch Gesamtausgabe Bd. 9(C.F.Müller, 1992), 335쪽.

72) Radbruch, “Die geistesgeschichtliche Lage der Strafrechtsreform(1931)”, *Strafrechtsreform Gustav Radbruch Gesamtausgabe* Bd. 9(C.F.Müller, 1992), 323쪽 이하; “Strafrechtsreform und Nationalsozialismus(1933)”, 같은 책, 331쪽 이하.

73) Radbruch, “Fascistisches Strafrecht”, *Strafrecht II Gustav Radbruch Gesamtausgabe* Bd. 8(C.F.Müller, 1998), 225쪽.

74) Ingeborg Maus, “Die Trennung von Recht und Moral als Begrenzung des Rechts”, *Rechtstheorie* 20(1989), 191쪽 이하.

75) Marxen, 앞의 논문, 58쪽 이하.

76) “우리의 장래 법학은 법률적인 개념들을 넘어서서 구체적인 현실적인 생활형성

신의 행적에 관해 살아남기 위한 것이라고 변명하고 오히려 라드브루흐를 프라이슬러와 같은 인물로 묘사하면서 책임전가에 열을 올렸다.⁷⁷⁾ 벨첼은 1930년대에 목적적 행위론의 기본틀을 상당한 수준에서 전개하였다. 벨첼은 비판적 실재론자인 하르트만(Hartmann)과 회닉스발트(Hönigswald)의 사유심리학이나 의식층이론을 수용하여 의식적으로 발생한 것, 의사의 조종을 받는 것만을 인간의 행동으로 인정하고 나아가 고의를 구성요건에 포함시킴으로써 전통적인 형법체계에 근본적으로 도전하였다.⁷⁸⁾ 벨첼의 행위론은 제2차세계대전 후에 더욱 완전한 형태

작업에까지 내려가야 한다. 법적으로 규율된 것은 우리의 실제 생활의 일부분에 불과하듯이, 우리의 생활에 대한 규율 양태, 즉 특수한 법적인 것은 일반적인 가치개념들로부터 구성해낼 수 없는 구체적인 가치태도의 침전물이다. ……그 자체로 예정조화적인 방식은 아니지만 상호간에 투쟁하고 제약하면서 대립하는 구체적인 질서들이 무수히 존재한다. 구체적인 질서사상은 개별적인 생활단면들의 질서를 지향하지 않는다. 그렇게 된다면 구체적 질서사상은 고립되고 개별화된 구체화 형태 이외의 삶에 대해 유리되고 추상적인 것으로 머물게 될 것이기 때문이다. 이는 마치 최소한 자신의 형식성을 통해서 전체를 지향하였던 실증주의의 기계적이고 기술적인 사유와 유사한 결과를 빚을 것이다. 오히려 구체적인 삶의 질서는 위대한 통일성 속에서 파악되지 않으면 안 된다. 그러한 통일성 속에서 삶의 질서는 현실성을 획득하고 그러한 통일성은 생활질서에 각기 제한된 권리와 그 상호관계를 제공한다. 그 통일성은 법적 영역에서 말하자면 무엇보다 총통의 의사(Führerwille), 즉 법률 속에 명백하게 표현되어 있는 구체적 역사적 상황의 필연성을 가진 민족공동체이다. 그래서 구체적인 질서사상도 법률 속에서 가치있는 지지기반을 가지고 있지만 기술적이고 실증주의적인 사고와는 완전히 다른 상태에 있다. 왜냐하면 구체적인 질서사상은 법률 속에서 그리고 법률을 지나서 구체적인 민족공동체의 항상 현실적인 삶에 있는 가치로 돌아가기 때문이다”(Welzel, Hans, “Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht(1935)”, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie* (Berlin, 1975), 105쪽 이하).

77) Welzel, “Naturrecht und Rechtspositivismus(1953)”, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie* (Berlin, 1975), 274쪽. 프라이슬러는 광적인 나치법률가로서 수천명의 정치범을 처형하였던 민족법원(Volksgeschichtshof)의 장을 지냈으며 전쟁 말바지에 폭격으로 사망하였다. 벨첼의 라드브루흐 비판을 적반하장이라고 지적한 곳은 Ingo Müller, *Furchtbare Juristen—Die unbewältigte Vergangenheit unserer Justiz* (Knaur, 1989), 234쪽 이하.

78) Fritz Loos, “Hans Welzel(1904–1977): Die Suche nach Überpositivität im

로 제시되어 1960년대에는 국제적으로 상당한 호응을 얻었다. 벨첼은 인간행위를 자연적 인과과정이지 아니라 목적성의 관점에서 해명했다. 이는 길학파가 행위자형법과 의사형법이 도달하고자 한 것이었다. 벨첼과 길학파의 공통점은 처벌되는 것은 행위가 아니라 심정이고, 행위란 심정의 징표에 불과하다는 것이다.⁷⁹⁾ 행위의 본질로서 심정에 대한 통찰과 그 심정을 억압하려는 의도는 동전의 양면과 같다. 행위의 본질로서 심정을 통찰한 것은 이론적으로 탁월한 점이라고 인정할 수 있지만 심정에 방점을 두는 형법이론은 권위주의적 사회에서는 심정형법이론으로 전락하지 않을 수 없다. 억압적 사회에서 법이 말하는 심정은 시민의 심정이 아니라 권력의 심정이므로 심정형법은 자유의 편이 아니라 권력의 편이 된다. 심정형법은 언제나 세계관 법정과 사이비 종교재판을 요구한다.

목적적 행위론 이전에는 대륙뿐만 아니라 영미권에서도 자연과학적 인과관계에 입각하여 행위를 규명하려는 전통적 이론이 지배하였다. 목적적 행위론은 전통적인 체계의 해묵은 약점을 들추어내고 극복함으로써 범죄론 체계를 변화시킨 것이다. 그러나 벨첼의 이론적 정향은 위험스럽게도 냉전시대의 정신적 구조나 세계관적 기후에 조응하는 특성을 간직했다. 벨첼은 범죄의 본질을 법적대적인 심정에서 찾았다. 그는 적과 동지의 이분법에서 형법학을 구축하였던 나치들과 동일한

Recht", Loos(ed.), *Rechtswissenschaft in Göttingen: Göttinger Juristen aus 250 Jahren* (Vadenhoeck & Ruprecht, 1987), 486쪽 이하.

79) “형벌법규의 실질적인 내용은 단순한 법익보호가 아니라 적법한 심정가치(Gesinnungswerte)의 유지이다. 심정가치 속에 조건적인 부분계기로서 법익보호가 함께 포함된다”(Hans Welzel, “Über den substantiellen Begriff des Strafgesetzs(1944)”, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie* (Berlin, 1975), 229쪽; Ingo Müller, “Rechtsgeschichte und Sozialwissenschaft im Strafrecht und Problembewusstsein in der Juristen”, <<http://annette-wilmes.de/Moderationen/FES-Juristenausbildung/Vortrag%20Ingo%20M%FCller.htm>>, 검색일 : 2013.8.20).

전제에서 출발하였다. 심정을 주목하여 인간행위의 본성을 완전히 규명할 수 있다. 인간은 정신적 존재이니까. 그러나 심정에 입각한 형법이론은 신학적으로는 진리일 수 있으나 법학적으로는 오류가 될 수 있다. 그것은 자유의 형법이 아니라 테러형법으로, 형법적 테러로 전락하기 쉽다. 예수의 산상수훈에서 보듯이 종래의 율법에 대하여 종교적 관점에서 분출된 심정혁명(심정혁명)은 신학적 교리로 머물러야지 형법의 기초이론으로 변질되어서는 안 된다. 종교적 죄악과 형사적 범죄의 구별, 그리고 속죄와 형벌의 구별은 자유주의적 형법학의 기반이다. 심정형법은 형법의 탈을 쓴 사이비 신학으로서 권위적인 국가권력에게 개인의 심정에 대한 무제한의 개입권을 부여한다.⁸⁰⁾ 심정형법은 냉전체제에서는 세계관의 적을 창조하여 소비했다면, 냉전체제가 해체되는 국면에서는 테러와의 전쟁을 이유로 문명의 적을 새롭게 창조했다. 한마디로 심정형법이란 적을 영구적으로 재생산하는 구조로서 사이비 정치신학이자 정치형법이라고 할 수 있다. 심정형법의 새로운 버전으로서 적형법(Feindstrafrecht)은 시민에게 법치국가적 방식을 적용하고, 관타나모 해군기지의 포로에서 보듯이 사회의 적에게는 다시 야만적 방식을 적용하려고 한다.⁸¹⁾ 적과 동지의 구분법에 입각한 형법학은 본질적으로 자유의 적으로 기능한다.

80) 냉전체제 아래서 만연했던 각국의 심정형법과 정치재판에 대해서는 이재승, “전후 냉전사법의 재해석”, 역사와 책임 4호(민족문제연구소·포럼 진실과정의, 2013. 1), 91쪽 이하.

81) 야콥스의 적형법(Feindstrafrecht)은 사회의 적에 대하여 법치국가적 방식의 예외를 두어야 한다는 주장을 펼치고 있다. 그것은 현재 각국에서 수행되고 있는 테러와의 전쟁, 또는 범죄와의 전쟁을 정당화하는 개념적 틀이다(Günter Jakobs, “Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht”, *Ritsmeikan Law Review* No. 21(2004), 93-108쪽). 이에 대해서는 김호기, “Jakobs의 적형법과 그에 대한 비판”, 서울법학 제16권 2호(서울시립대학교 법학연구소, 2009), 39쪽 이하.

V. 맺음말

나치즘은 바이마르 체제를 부정하는 반동적 사상이고 대공황 이후의 위기상황을 틈타 등장한 전체주의적 정치이데올로기이다. 나치들은 보수주의의 뿌리인 독일 역사법학파의 유기체사상과 민족정신을 흡수하고 헤겔철학의 권위주의적 귀결을 편리하게 취하여 공격적인 이데올로기로 제시하였다. 그러나 전쟁과 제노사이드는 나치즘에 독특한 측면이지만 나치즘에 고유한 것은 무엇인지에 대해서 논란이 지속될 수밖에 없다. 나치즘의 핵심이라고 강조하는 우생학적 아이디어나 반유대주의가 나치체제에서 극단적으로 관철되었지만 이것도 나치체제의 고유한 창안품은 아니다. 나치즘을 종합적인 국가원리로 높은 추상에서만 접근할 것인지 아니면 국가원리로서 나치즘을 구성하는 다양한 사상소들까지 주목할 것인지에 따라 극복방향이나 경계대상도 달라질 것이다. 전후에 독일은 종합적인 국가원리로서 나치즘을 공식적으로 청산하였지만 나치적인 사상소들은 다양한 모습으로 잔존하고 있다. 학자들의 책임전가와 생존전략, 시대적 좌우도식, 도착적인 심리가 합세하여 사태를 뒤돌고 역사를 왜곡하기 때문이다. 법철학에서 실증주의·자연법논쟁,⁸²⁾ 공법학에서 형식적 법치국가·실질적 법치국가논쟁,⁸³⁾ 형법학에서 주관주의 형법이론이 그 연속적인 파장이다.

흔히 말하듯이 본래 나치적인 것과 비나치적이었으나 나치에 의해 활용된 것의 구별은 그다지 신빙성이 없다. 나치즘은 청사진에 입각한

82) 이 논쟁에 대해서는 Manfred Walther, "Hat der juristische Positivismus die deutschen Juristen wehrlos gemacht?", Dreier & Sellert(ed.), *Recht und Justiz im ›Dritten Reich‹* (Suhrkamp: Frankfurt, 1989), 323쪽 이하; Stanley L. Paulson, "Lon L. Fuller, Gustav Radbruch, and the 'Positivist' These", *Law and Philosophy* 13(1994), 313쪽 이하.

83) 라렌츠의 도착적 의식은 라렌츠, 양창수 옮김, *정당한 법의 원리*(박영사, 1995), 143쪽 이하.

단일한 건축물이라기보다는 의식적 또는 무의식적 선택과정을 통한 다양한 사상소들(思想素 Gedankenelemente)의 결합태이다.⁸⁴⁾ 베버적인 표현을 쓴다면, 거대한 사상체계(나치즘)의 구성단위로서 사상소들은 일정한 정치적 역사적 여건에서 본성상 친화력(親和力)을 가진 다른 사상소들과 결합하여 변형·강화됨으로써 거대한 힘을 발휘한다. 동일한 사상소는 유사한 정치적 역사적 조건 아래서 부활하고 강화된다는 사실이 중요하다.⁸⁵⁾ 특정한 사상소 자체를 파괴하거나 근절하는 것은 거의 불가능하기 때문이다. 따라서 사상의 극복작업은 단순히 사상소를 파괴하는 데에 초점을 맞추는 것이 아니라 사상소들이 사악한 힘을 발휘할 수 없도록 그 결합을 감시하고 투쟁하는 일이다. 물론 그러한 투쟁은 법률적 투쟁보다는 문화적이고 정치적 성격의 것이어야 한다.

예컨대 역사왜곡이나 증오적 언동(hate speech)을 검토해보자. 증오감이 단순한 감정의 분출에서 시작되어 점차 주변과 공유되고 의미가 강화되고 정치적 심각성을 띠고 마침내 파괴적 공격으로 상승한다. 스탠튼은 제노사이드가 발생하는 과정을 8단계로 나눔으로써 이러한 사태를 잘 보여주고 있다.⁸⁶⁾ 적대감은 다양한 사회적 공간과 관계 속에서 다양한 사상소들의 결합을 촉진하고 확대시킴으로써 점차 더욱 위험한 단계로 상승한다. 어느 사회에서나 사회적 적대감이 일정한 수준으로 존재한다는 사정은 피할 수 없다. 균질적이고 안정적인 사회라면 낮은 단계의 적대감을 보여줄 뿐이다. 그러므로 일상적 투쟁은 적대적 사상 자체를 근절하는 것에 맞출 것이 아니라 사악한 영향력을 발휘하는

84) 1920년 2월 24일에 채택된 나치당 25개강령 중에서 오로지 나치적 관점에서만 설명될 수 있는 것은 별로 없다는 점에 유의하라.

(<http://www.dhm.de/lemo/html/dokumente/nsdap25/>), 검색일 : 2013.8.20.

85) 필자는 이러한 발상을 아렌트의 '악의 평범성'관념에 대응시킬 수 있다고 생각한다 (한나 아렌트, 김선옥 옮김, 예루살렘의 아이히만(한길사, 2006) 참조).

86) Gregory Stanton, The 8 Stages of Genocide,

(<http://www.genocidewatch.org/genocide/8stagesofgenocide.html>), 검색일 : 2013.8.20.

사상소들의 결합국면을 감시하고 비판하는 것에 맞추고 시민의 의식을 깨우고 동원해야 한다.

우리는 식민지 잔재뿐만 아니라 독재의 잔재도 극복해야 한다. 그러나 일제의 지배와 냉전질서 사이에는 유사한 맥락이 존재하기 때문에 일제 강점기에 활개를 쳤던 사상소들이 대한민국의 역사에서도 부활하고 재결합하였다. 그래서 한국현대사는 역사적 단절보다는 인적·이론적 연속성의 무대였다. 과거의 극복을 위해 무엇을 청산해야 하는지에 대해서도 정해진 바가 없다. 그러나 형사법의 영역에서 무엇보다도 법치국가적 기본원칙을 확립해야 한다는 명제는 완전히 타당하다. 근대형법의 기본원칙에서 보자면 형법과 형사정책은 더욱 자유화되어야 한다. 형법은 행위를 중심으로 구성되어야 하고, 정치형법과 심정형법은 자유주의적 헌법원칙 아래서 탈구축되어야 한다. 나아가 적과 사회적 쓰레기를 양산하는 범죄와의 전쟁틀—파시스트적이든, 신자유주의적이든—대신에 개인의 권한강화와 인간성의 이상을 추구하는 사회정책을 투입함으로써 형법질서를 보강해야 한다.⁸⁷⁾

(투고일 2013년 8월 31일, 심사(의뢰)일 2013년 9월 13일 게재확정일 2013년 10월 16일)

주제어 : 건전한 국민감정, 국가사회주의, 국가사회주의 형법, 반유대주의, 심정형법, 의무침해설, 죄형법정주의, 총통의 의사

87) 신자유주의적 범죄투쟁의 사회상에 대해서는 바우만, 정일준 옮김, 쓰레기가 되는 삶들(새물결, 2008).

참고문헌

1. 단행본

- 라렌츠, 양창수 옮김, *정당한 법의 원리*, 박영사, 1995.
- 바우만, 정일준 옮김, *쓰레기가 되는 삶들*, 새물결, 2008.
- 이재승, *국가범죄*, 앨피, 2010.
- 한나 아렌트, 김선옥 옮김, *예루살렘의 아이히만*, 한길사, 2006.
- Dahm, Georg, *Nationalsozialistisches und faschistisches Strafrecht*,
Dunker und Dünhaupt/Berlin, 1935.
- Hartl, Benedikt, *Das nationalsozialistische Willensstrafrecht*, Weißensee:
Berlin, 2000.
- Hirsch, Martin, etc.(ed.), *Recht, Verwaltung und Justiz im
Nationalsozialismus*, Bund: Köln, 1984.
- Julia von dem Knesebeck, *The Rome Struggle for Compensation in
Post-War Germany*, University of Hertfordshire Press: Hertfordshire, 2011.
- Larenz, Karl, *Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie*, Mohr:
Tübingen, 1934.
- Marxen, Klaus, *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht*, Dunker &
Humblot: Berlin, 1975.
- Müller, Ingo, *Furchtbare Juristen: Die unbewältigte Vergangenheit
unserer Justiz*, Knaur: München, 1989.
- Regge, Jürgen / Schubert, Werner(ed.), *Quellen zur Reform des Straf-und
Strafprozessrechts*, Walter de Gruyter: Berlin, 1988.
- Rüthers, Bernd, *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der
Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus* 4 Aufl., C.F.Müller:

- Heidelberg, 1991.
- Schaffstein, Friedrich, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, Berlin, 1935.
- Schmidt, Eberhard, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, Vandenhoeck & Ruprecht: Göttingen, 1983.
- Schmitt, Carl, *Legalität und Legitimität* 7 Aufl., Dunker & Humblot: Berlin, 2005(1932).
- Schreiber, Hans-Ludwig, *Gesetz und Richter*, Metzner: Frankfurt a.M., 1984.
- Welzel, Hans, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin, 1975.
- Werle, Gerhard, *Justiz-Strafrecht Und Polizeiliche Verbrechensbekämpfung Im Dritten Reich*, De Gruyter: Berlin, 1989.
- Wittreck, Fabian, *Nationalsozialistische Rechtslehre und Naturrecht*, Mohr Siebeck: Tübingen, 2008.

2. 논문

- 김호기, “Jakobs의 적형법과 그에 대한 비판”, 서울법학 제16권 2호, 서울시립대학교 법학연구소, 2009, 39-59쪽.
- 벨첵, 정중욱 옮김, “목적적 행위론 입문”, 사법행정, 한국사법행정학회, 1967, 56-59쪽.
- 이재승, “연합국의 독일점령과 사법정책에 관한 연구”, 민주법학 제 27호, 민주주의법학연구회, 2005, 296-323쪽.
- _____, “전후냉전시법의 재해석”, 역사와 책임 4호, 민족문제연구소 · 포럼 진실과정의, 2013. 1, 91-123쪽.
- Dahm, Georg, “Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* Bd. 57(1937), Walter de Gruyter, 225-294쪽.

Eckert, Jörn, “Was war die Kieler Schule?”, Franz Jürgen Säcker(ed.), *Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus*, Nomos, 1992, 37-70쪽.

Frommel, Monika, “Von der Strafrechtsreform zur Rechtserneuerung”, Hubert Rottleuthner(편), *Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus*, ARSP-Beiheft Nr. 18, Franz Steiner, 1984, 45-54쪽.

_____, “Welzels finale Handlungslehre. Eine konservative Antwort auf das nationalsozialistische Willensstrafrecht-oder die Legende von der Überwindung des Wertneutralismus im Strafrecht”, Udo Reifner & B.-R. Sonnen(ed.), *Strafjustiz und Polizei im Dritten Reich*, Campus: Frankfurt · New York, 1984, 86-96쪽.

Jakobs, Günter, “Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht”, *Ritsmeikan Law Review* No. 21, 2004, 93-108쪽.

Kaufmann, Arthur, “National Socialism and German Jurisprudence from 1933 to 1945”, *Cardozo Law Review* Vol. 9, 1988, 1629-1649쪽.

Loos, Fritz, “Hans Welzel(1904-1977): Die Suche nach Überpositivität im Recht”, Loos(ed.), *Rechtswissenschaft in Göttingen: Göttinger Juristen aus 250 Jahren*, Vadenhoeck & Ruprecht, 1987, 486-509쪽.

Marxen, Klaus, “Die Rechtsphilosophische Begründung der Straftatlehre im Nationalsozialismus”, Rottleuthner(ed.), *Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus*, ARSP-Beiheft Nr. 18, 1983, 55-64쪽.

Maus, Ingeborg, “Gesetzesbindung der Justiz und die Struktur der nationalsozialistischen Rechtsnormen”, Dreier & Sellert(ed.), *Recht und Justiz im >Dritten Reich<*, Suhrkamp: Frankfurt, 1989, 81-104쪽.

_____, “Die Trennung von Recht und Moral als Begrenzung

- des Rechts”, *Rechtstheorie* 20(1989), 191-210쪽.
- Mezger, Edmund, “die materielle Rechtswidrigkeit im kommenden Strafrecht”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* Bd. 55(1935), 1-17쪽.
- Müller, Ingo, “Rechtsgeschichte und Sozialwissenschaft im Strafrecht und Problembewusstsein in der Juristen”, <<http://annette-wilmes.de/Moderationen/FES-Juristenausbildung/Vortrag%20Ingo%20M%20FCeller.htm>>, 검색일 : 2013.8.20.
- Münich, Ingo von, “Tabuierung von Begriffen”, *NJW*, 1994, 634-35쪽.
- Naucke, Wolfgang, “Die Mißachtung des strafrechtlichen Rückwirkungsverbots 1933-1945”, *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart, FS-Helmut Coing* (München, 1982), 225-247쪽.
- Neumann, Volker, “Vom Entscheidungs-zum Ordnungsdenken”, Hubert Rottleuchthner(ed.), *Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus*, ARSP-Beiheft Nr. 18, Franz Steiner, 1984, 152-163쪽.
- Paulson, Stanley L., “Lon L. Fuller, Gustav Radbruch, and the ‘Positivist’ These”, *Law and Philosophy* 13, 1994, 313-359쪽.
- Preuss, Lawrence, “Punishment by Analogy in National Socialistic Penal Law”, *Journal of Criminal Law and Criminology* Vol. 26, 1936, 847-856쪽.
- Radbruch, Gustav, “Die geistesgeschichtliche Lage der Strafrechtsreform (1931)”, *Strafrechtsreform Gustav Radbruch Gesamtausgabe* Bd. 9, 323-330쪽.
- _____, “Fascistisches Strafrecht”, *Strafrecht II, Gustav Radbruch Gesamtausgabe* Bd. 8, C.F.Müller, 1998, 221-225쪽.
- _____, “Strafrechtsreform und Nationalsozialismus(1933)”, *Strafrechtsreform Gustav Radbruch Gesamtausgabe* Bd. 9,

- C.F.Müller, 1992, 331-335쪽.
- _____, “Die Erneuerung des Rechts(1947)”, *Rechtsphilosophie III Gustav Radbruch Gesamtausgabe* Bd. 3, C.F.Müller, 1990, 107-117쪽.
- Rüthers, Bernd, “Die Ideologie des Nationalsozialismus in der Entwicklung des deutschen Rechts von 1933 bis 1945”, Franz Jürgen Sackner(ed.), *Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus*, Nomos, 1992, 17-36쪽.
- Schmitt, Carl, “Weiterentwicklung des totalen Staats in Deutschland (1933)”, *Verfassungsrechtliche Aufsätze* 3 Aufl., Walter de Gruyter, Berlin, 1985, 359-366쪽.
- _____, “Der Führer schützt das Recht”, *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1934, Heft 15, 945-950쪽.
- Stanton, Gregory, The 8 Stages of Genocide, <<http://www.genocidewatch.org/genocide/8stagesofgenocide.html>>, 검색일 : 2013.8.20
- Walther, Manfred, “Hat der juristische Positivismus die deutschen Juristen wehrlos gemacht?”, Dreier & Sellert(ed.), *Recht und Justiz im >Dritten Reich<*, Suhrkamp: Frankfurt, 1989, 323-354쪽.
- Werle, Gerhard, “Das Gesetz ist Wille und Plan des Führers”, *NJW*, 1995, 1267-1269쪽.
- Wilson, Charles H., “The Separation of powers under democracy and fascism”, *Political Science Quarterly* Vol. 52, 1937, 481-504쪽.
- Wolf, Gerhard, “Befreiung des Strafrechts vom nationalsozialistischen Denken?”, *Humboldt Forum Recht*, Humboldt Universität zu Berlin, 1996, 52-63쪽.
- Zimmerl, Leopold, “Zur Auslegung des §2”, Dahm etc.(ed.), *Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft*, 1936, 173-187쪽.

[Abstract]

National Socialism and Ideology of Criminal Legal Science

Jae-Seung Lee*

This article aims at catching the main characteristics of criminal legal science in the era of National Socialist regime. The Nazi legal scholars, leaning on the neohegelianism or phenomenology, engaged in the ideological struggle against the left liberals and marxists during the Weimar period. After the takeover of power, they excluded the principles of the liberal-social legality and concretized the national socialism in various aspects. Several methodological or ideological traits of nazi criminal legal science are argued in this essay. First, the nazi lawyers advocated the notion of material law (Recht) against the formalist-positivist legal conception(Gesetz). Their conception of the material law had no theoretical relationship with rationalist tradition of natural law. On the contrary, it is regarded as the neohegelian version of the living law in the context of the Free Law Movement or the concrete folk law under the frame of the Historical School of Law. Second, they criticised the objective theory of crime based upon the harm to legal interests and instead advocated the national and communal conceptions of crime which were named as duty-based theory or treason theory. They overvalued the communitarian obligations and attitudes so that they could not find the reasonable borderline between crime and ethical

* Professor, Law School of Konkuk University

evil from the perspective of National Socialism. Third, they sentenced that the principle of ‘nullum crimen sine lege’ has only limited value under the circumstances of the liberal individualist society. They claimed that the judge should try to apply criminal law by analogy in the spirit of national socialism or Hitler. Sound national feeling (gesundes Volksempfinden) which is introduced into the Criminal Code of 1935 gave the judge the power to apply the criminal law by analogy. Fourth, they annihilated the traditional maxim of judge’s duty of *jus dicare* in the passive sense. They instead introduce the leader’s will (Führerwille) as the highest canon for legal interpretation. Minister of Justice Gürtner ordered that the judge should ask to himself in every case what decision the Führer would make in his place. Accordingly, the Nazi jurists were standardized as an instrument for carrying the leader’s will. Fifth, they developed the theory of the criminal law focusing on the human mind or attitude (Willensstrafrecht or Gesinnungsstrafrecht). Such theories made it possible to punish the pre-stage of criminal act independently of *corpus delicti*. Nazi legal scientists constructed the theory of political criminal law which was in the service of oppressing the political enemies according to the distinction of friend and enemy. The Nazi criminal theory was comparable to the medieval inquisition against the heretics or witches. Nazi-styled political trials repeat itself in the past cold war or in the anti-terror war. Sixth, the National Socialists constructed the social hierarchy according to racist or social Darwinist distinction. They concretized the national socialist criminal policy against the social enemies. The social outcasts which were named as social wastes detrimental to the purity of Aryan blood (Gemeinschaftsfremde or Artfremde) were massively killed. The Nazi jurists justified the Nazi extermination politics by way of the Blood Protection Act(1935), State Citizenship Act(1935), and Compulsory

Sterilisation Act(1933). The assertion that National Socialism or the Nazi criminal jurisprudence should be overcome receives widespread support, but it is not easy to define clearly National Socialism to be eradicated. Generally speaking, National Socialism is a conglomeration of different thought elements of thought (Gedankenelemente) rather than the consequent system of thoughts. Therefore, clinging to the essentialist approach to the National Socialism is deemed to be anachronistic. On the contrary, the civic vigilance should be tightened against the situations and contexts which will easily flocculate the elements of conservative thoughts.

Key Words : anti-semitism, criminal law based on mind, duty-based theory, leader's will, national socialism, national-socialist criminal law, nullum crimen sine lege, sound national feeling