

법조인소송*

Proceedings against Lawyers

이 재 승**
Lee, Jae-Seung

목 차

- | | |
|----------------------|-----------------|
| I. 수원(水源)을 더럽히는 죄 | IV. 국내법정의 법조인소송 |
| II. 뉘른베르크 법조인소송 | V. 회한과 오욕의 시간 |
| III. 기타 전범재판소의 법조인소송 | |

저자는 법관의 법외곡과 재판 남용에 대한 국제법정 및 외국의 국내법정의 판결을 개관 하였다. 법관의 범죄를 국제법 및 비교법적 시각에서 검토하는 목적은 한국현대사에서 만 연했던 유혈사법을 극복하는 데에 기여하기 위함이다. 지금까지 권력판결의 피해자중 상당수는 과거청산 국면에서 재심을 통해 무죄가 확정되었다. 하지만 이러한 재판에 관여했던 검사나 판사의 책임은 불문에 부쳐졌다. 국제법정에서도 사법살인이나 사법적 박해에 대해 책임을 추궁한 사례는 매우 희귀하다. 제2차 세계대전 후 뉘른베르크에 설치된 미국 군사재판소에서 다수의 나치법조인들이 전쟁범죄나 인도에 반한 죄로 처벌되었고, 소련 점령구역에서도 동일한 유형의 재판이 이루어졌다. 수복 후 프랑스는 스트라스부르에서 사법살인을 자행한 독일법조인을 전쟁범죄자로 처벌하였다. 라바울, 타이완, 상하이 등지에 설치된 연합국 군사재판소는 원주민 저항자나 미군포로들을 불공정한 절차로 처형한 일본군 군법회의의 관여자들을 전쟁범죄자로 처벌하였다. 국내법정에서 자국의 법조인에 대한 처벌은 더욱 희귀하다. 사법부의 낮은 권력이 완전히 붕괴하는 경우에만 사법부의 범죄가 정화될 수 있기 때문이다. 점령체제의 종료후 1950-60년대에 독일의 하급심법원은 나치판사들을 살인죄나 법외곡죄로 유죄를 선고하였으나 대법원은 특이한 법리로 면책시켰다. 독일에서 법외곡죄의 실제적인 작동방식을 고려할 때 법외곡죄가 과연 법관범죄를 통

DOI: 10.35148/ilsilr.2019.44.139

투고일: 2019. 8. 27. / 심사외일: 2019. 10. 1. / 게재확정일 : 2019. 10. 17.

* 이 논문은 2018년도 하반기 건국대학교 KU학술연구비의 지원을 받은 것이다.

** 건국대학교 법학전문대학원 교수

Professor, Law School, Konkuk University

제하는 수단이 될 수 있는지 의문을 갖게 한다. 현재 아르헨티나는 강제실종에 관여했던 범죄자들을 대규모로 처벌하는 중이다. 2017년 아르헨티나 법원이 이러한 범죄를 공모하고 은폐한 판사와 검사들에게 인도에 반한 죄로 종신형을 선고한 것은 매우 이채롭다. 결론적으로, 제주4.3군사재판, 한국전쟁 중 군사재판, 일련의 정치재판들은 앞서 언급한 판결에 비추어볼 때 전쟁범죄나 인도에 반한 죄에 해당한다.

[주제어] 뉘른베르크 군사재판소, 멘도사 법정, 법왜곡, 법조인소송, 사법살인, 인도에 반한 죄, 전쟁범죄, 정치재판

I. 수원(水源)을 더럽히는 죄

대법관(Lord Chancellor)을 역임한 프란시스 베이컨은 <재판론>에서 법왜곡과 황당한 법해석을 다음과 같이 경계했다. ‘코를 치면 코피가 나오고, 포도를 압착기로 세게 누르면 씨 맛 나는 뚝은 포도주가 나온다.’¹⁾ 이어서 그는 ‘의인이 악인에게 패소하는 것은 우물의 흐리어짐과 샘의 더럽혀짐과 같다(잠언 25장 26절)’는 구절을 인용하면서 범부의 악행이 강의 일부를 더럽히는 것으로 그치지만 판사의 법왜곡은 수원을 더럽혀서 사회 전체를 타락시킨다고 지적했다. 뉘른베르크 법조인소송에서 재판부는 나치 법조인들을 ‘살인자의 비수를 법복으로 감춘 법률가’라 질타하며 법률가식의 기만과 자기기만을 송두리째 제거하였다.²⁾ 나치청산과정에서 라드브루흐는 나치악법을 법률적 불법(gesetzliches Unrecht)으로, 연합국은 나치의 재판을 불법판결(Unrechtsurteil)로 규정하였다.³⁾

1498년 제라드 데이비드가 그린 명화 <캄비세스왕의 재판>중 한 점은 뇌물을 받은 판사 시삼네스에 대해 박피형(剝皮刑)을 집행하는 장면을 담고 있다.⁴⁾ 이 그림을 제대로 감상하기 위해서는 법관의 사적 부패와 정치적 부패를 구별하는 것이 필요하다. 권력은 사리사욕에 눈멀어 제 멋대로 법을 왜곡한 판사는 엄벌에 처하지만 법을 왜곡해서 권력

1) Montagu, Basil(ed.), *The Works of FRANCIS BACON Vol. 1*, William Pickering, 1838, pp.179-184.

2) United States Government Printing Offices, *TRIALS OF WAR CRIMINALS BEFORE THE NUERNBERG MILITARY TRIBUNALS Vol. III*, 1951, p.985.

3) 제2차세계대전후 법률적 불법 개념의 제안은 Radbruch, Gustav, “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Unrecht”, *Süddeutsche Juristen-Zeitung* Jahrg. 1946, No. 1, S. 105-108. 독일을 점령한 연합국 네 나라는 각자의 점령구역에서 ‘불법판결청산법(Unrechtsurteilaufhebungsgesetz)’을 도입하여 나치의 정치재판을 무효화하였다.

4) 이 재판에 대한 기록은 헤로도투스, 천병희 옮김, 역사, 도서출판 숲, 2009, 486쪽.

자의 정치적 목표에 부응하는 판사를 결코 처벌하지 않기 때문이다.⁵⁾ 그런 까닭에 정치적 부패로서 법외곡을 체제범죄라고 부른다.⁶⁾ 체제범죄로서 법외곡은 체제붕괴나 급변 사태가 발생하는 경우에 비로소 단죄의 가능성이 열린다. 이러한 변화 상황에서도 재판하는 법관과 재판받는 법관 사이에 법조계급으로서 이해관계의 동질성이 존재한다면, 전후 독일법원의 판결에서 보듯이 법관 범죄는 불문에 부쳐지고 만다.

한국현대사에서 소위 사법파동으로 고초를 겪은 법관이 더러 있었지만 재판 자체를 사법농단으로 논죄하려는 최근 상황은 초유의 일이다. 물론적으로 말하자면, 사법부가 재판을 앞두고 정부당국자와 협의했다는 사정을 곧바로 범죄로 단정할 수는 없다. 더욱이 그 판결의 취지가 법리적으로 허용 가능한 범위 안에 속한다면 재판을 범죄라고 규정할 수 있을지 의문이다. 재판의 한계, 즉 사례지향적 일회성과 일도양단적 단순성을 고려할 때 사법적 해결보다는 입법적 혹은 정치적 해법이 더 합당할 수 있기 때문이다. 그러나 그러한 정치적 협의가 법관의 양심과 사법부의 독립성을 훼손하고 사건관련자들의 인권을 침해한다면 이는 헌법 정신을 부정하는 협잡이다. 그와 같이 저급한 정치를 추구하는 법조인이라면 법과 양심에 따르는 공직자가 아니라 관방사법(官房司法)⁷⁾의 봉신(封臣)으로 불릴 만하다.

한국현대사에서 사법살인과 사법적 박해에 가담한 법률가들의 책임이 과거청산의 현안으로 부상하였다. 제주 4.3군사재판, 여순 군사재판, 한국전쟁 중 군사재판, 혁명재판소 재판, 나아가 인혁당 재판, 긴급조치 판결, 5.18내란음모죄 판결 등 각종 정치재판들이 바로 이러한 사법살인과 박해의 대표적인 실례들이다. 이러한 재판의 피해자들 중 상당수는 최근까지 재심을 거쳐 무죄가 확정되었다. 하지만 이러한 재판에 관여한 검사나 판사의 책임을 추궁한 사례는 현재로서 전무하다. 권력판결의 양산자들은 악법도 법이라는 법률신주의와 공소시효의 철용성 속에서 여전히 보호받는다. 앞서 거론한 권력판결들은 국제법의 시각에서 보자면 전쟁범죄나 인도에 반한 죄에 해당한다.

이 글의 초점은 법조인⁸⁾의 형사책임을 다루었던 국제법정 및 외국의 국내법정의 재판

5) 실제로 보수정권 아래서는 정치적으로 비판적인 법조인이 처벌받는다. 권력이 원하는 것과 반대로 판결하는 판사들이나 정부를 맹공하는 변호사들이 온갖 사소한 비리로 치욕을 당했다. 여순사건(1948)에서는 무고한 민간인을 학살한 경찰을 기소하려던 박찬길 검사를 경찰이 빨갱이로 몰아 즉결처형하기도 하였다.

6) 정치사법은 인류의 과거, 현재, 미래까지 지속될 것이라는 암울한 진단은 Kirchheimer, Otto, *Politische Justiz*, Europäische Verlagsanstalt, 1993, S. 21-48.

7) 관방사법(Kabinettsjustiz)은 왕이 은사권(恩赦權)을 매개로 형사사건에 개입하던 봉건국가나 절대주의 국가의 사법체계이다. 이러한 관방사법은 프랑스혁명에서 극복되었고, 프로이센에서는 슈타인-하르텐베르크에 의해 개혁이 시도되었다. 3권분립과 사법권의 독립이 확보되면서 관방사법은 구시대의 유물이 되었다.

을 개관하는 데에 있다. 법조인의 재판 및 재판관여행위를 범죄로 처벌한 사례들은 국제적으로도 매우 희귀하다. 역사적 시차를 두고 그저 재심을 통해 억울한 피해자들에게 무죄를 선고하고 보상을 제공하는 유화적 해법이 사법과오의 유일한 치유책으로 고착되었다. 이러한 배경에서 법조인의 처벌사례에 대한 검토는 한국 법조의 원죄로 남은 유혈 사법을 극복하는 데에 어느 정도 기여할 것이다. 필자는 제2차 세계대전 후 연합국의 군사재판소에서 진행된 나치 법조인소송과 일본군 군사재판 관여자들에 대한 전범재판, 나아가 5-60년대에 독일에서 진행된 나치 법조인 재판과 21세기에 주목받은 아르헨티나 법조인 재판을 개관하고자 한다. 최근 국내에서 독일의 법왜곡죄를 벤치마킹하자는 주장이 반향을 얻고 있지만 필자는 정치적 의도에 복무하는 사법살인과 사법적 박해를 인도에 반한 죄로 처벌해야 한다고 제안한다.

II. 뉘른베르크 법조인소송

1. 재판의 경위

연합국 네 나라가 <런던협정>에 따라 공동으로 뉘른베르크에 국제군사재판소(International Military Tribunal: IMT)를 설치하여 22명의 나치 수괴급전범들(major war criminals)을 재판한 후(1945.11.20.-1946.10.1.), 연합국들은 연합국통제위원회법률 제10호(1945.12.20.) 제3장(art.3)에 따라 각각의 점령구역에서 독자적으로 나머지 나치전범들을 처벌하였다. 미군은 자신의 점령지인 뉘른베르크에 군사재판소를 설치하여 후속재판을 진행하였다. 미군이 설치한 뉘른베르크 군사재판소(Nuremberg Military Tribunal: NMT)는 12건의 소송을 진행하였는데, 그 중 제3호 사건(United States v. Josef Altstoetter et al. 1947.2.17.-12.14)이 바로 법조인소송이다.⁹⁾ 나치법조인들에 대한 형사소송은 이

8) 이 글에서 법조인은 좁은 의미에서의 판사, 나아가 군사법원의 판사와 참심원뿐만 아니라 판결에 관여한 검사나 법원장 또는 법무부의 고위공직자까지 아우른다. 뉘른베르크 법조인소송은 재판 및 재판관여행위뿐만 아니라 악법의 제정과 시행에 관여한 사실도 범죄로 다루었다. 법학자들의 범죄적인 자문이나 침략주의적인 주장이나 선전선 등도 법조인 범죄에 포함시킬 수 있다. 나치제국의 계관법률가 칼 슈미트는 문제적인 철학으로 수괴급전범으로 기소될 뻔했으나 대학 강의를 금지당하는 선에서 무마되었으며, 부시 행정부에 테러리스트 혐의로 억류된 포로들의 고문을 정당화하는 각서를 제공한 버클리 대학 로스쿨 교수 한국계 존 유는 전쟁범죄자와 고문범죄자로서 송사에 휘말리기도 하였다.

9) 12개의 후속소송에 대한 개관은 Ueberschär, Gerd R., *Der Nationalsozialismus vor Gericht*, Fischer Verlag,

재판소에서만 진행된 것은 아니다. 한스 프랑크(Hans Frank)는 앞서 언급한 국제군사재판소(IMT)에서 사형이 선고되었고,¹⁰⁾ 법조인소송에서 무죄로 방면된 쿠호르스트는 정화심판소(Spruchkammer)에서 징역형을 선고받았다. 독일의 고위관리와 법조인들 다수가 미군측에 자수하였던 까닭에 미군재판소는 호황을 누렸지만 소련의 점령구역에서도 6인의 나치법조인이 인도에 반한 죄로 처벌받았다(드레스덴 범률가소송).¹¹⁾ 나치법조계를 이끌어온 최고위 법조인들이 모두 재판에 회부되지는 않았다. 바이마르 공화국 말기(파펜 정부)인 1932년부터 제2차세계대전 전반기인 1941년까지 법무장관으로서 나치악법과 인종주의적 법체계의 초석을 놓은 프란츠 귀르트너(Franz Gürtner)는 1941년에 사망하였고, 인민재판소의 소장 롤란트 프라이슬러(Roland Freisler)는 1945년 연합국의 베를린 공습으로 사망하였으며, 제국법원장 에르빈 봄케(Erwin Bumke)는 미군이 라이프치히에 진주하기 이틀 전인 1945년 4월 20일에 자살하였고, 1942년부터 법무장관을 역임한 오토 티어락(Otto Georg Thierack)은 군사재판을 앞둔 채 1946년 10월에 자살하였다. 만일 이들이 생존했다라면 하나같이 군사재판소에서 중형을 면치 못했을 것이다. 혈통보호법의 기안자인 한스 글롭케(Hans Globke)는 전범재판을 피하고 전후에 아데나워 정부의 고위공직자로 활동하면서 새로운 추문을 만들었다.¹²⁾

1999, 73ff.

- 10) 한스 프랑크는 1920년대부터 나치당에 가입하여 히틀러의 개인변호사로 활약하다가 나치체제 수립 이후에는 제국법지도자가 되었다. 그는 전시에 폴란드 총독으로서 폴란드에 테러통치를 확립하고 유대인의 대량학살에 관여하였다. 국제군사재판소는 전쟁범죄와 인도에 반한 죄의 책임을 물어 1946년 10월에 프랑크를 교수형에 처했다. International Military Tribunal(Nuremberg) Judgement of 1 October 1946, pp.115-117. <<https://www.legal-tools.org/doc/45f18e/>>, 검색일: 2019.9.30.
- 11) 과거 인민재판소의 판사와 검사로 재직하였던 6인의 나치법조인이 전시에 강제노동에 동원된 체코인들의 항의 행위에 반역죄를 적용하여 사형을 선고하였다. 드레스덴 중죄법원은 1947년 통제위원회법률 제10호에 따라 이들을 인도에 반한 죄로 처벌하였다. 이에 대해서는 Meyer-Seitz, Christian, *Die Verfolgung von NS-Straftaten in der Sowjetischen Besatzungszone*, Berlin Verlag, 1998, S. 120-123; Hacke, Gerald, “Der Dresdner Prozess 1947 im Spannungsfeld der politischen und Medialen Auseinandersetzung”, Osterloh, Jörg & Vollnhals, Clemens(hg.), *NS-Prozesse und Deutsche Öffentlichkeit. Besatzungszeit, frühe Bundesrepublik Deutschland und DDR*, Vandenhoeck & Ruprecht, 2011, S. 167-188. 또한 동독정권은 1950년 4월 26일 발트하임 재판(Waltheimer Prozesse)에서 나치범죄자와 반체제 인물 3,324명에 대해 약식재판을 시행하였으며, 이 재판에서 130여명의 판사와 검사가 기소되었다. 3,324명중 최종적으로 24인(법조인 6인)이 사형에 처해졌다. 발트하임 소송에 대해서는 Werkentin, Falco, “Scheinjustiz in der frühen DDR. Aus den Regieheften der Waltheimer Prozesse des Jahres 1950”, *Kritische Justiz* Vol. 24, 1991, S. 333-350. 발트하임 재판은 법치국가적 형식을 갖추지 못하였기에 동독의 최대 사법추문으로 간주된다. 독일 통일 이후 발트하임 재판에 관여한 법조인 두 사람이 법외공죄로 2년형(집행유예)을 선고받았다. LG Leipzig 1. 9. 1993.- Az. 1 Ks 04 Js 1807/91; LG Leipzig 29. 7. 1996. - Az. 1 Ks 20 Js 5115/93.
- 12) 글롭케는 나치당과 서독정부간의 정치적·인적 연속성을 대표하는 인물이다. 그는 아데나워 정부의 숨은

뉘른베르크 군사재판소의 법적 근거는 연합국통제위원회법률 제10호이다. 이 법 제2장 제1조는 평화파괴죄(제1호), 전쟁범죄(제2호), 인도에 반한 죄(제3호), 범죄단체가담죄(제4호)를 관할범죄로 규정하였다. 실제 법조인재판에서는 ‘평화파괴죄’는 기소죄목에서 제외되고 ‘전쟁범죄와 인도에 반한 죄의 공모죄’가 제1호 범죄로 등장하였다.¹³⁾ 뉘른베르크 군사재판소는 미국의 법정이었기 때문에 재판부는 미국 오하이오 주 전임 대법원장(캐링턴 마샬) 등 4인의 미국 판사들로 구성되었고, 이 재판의 수석검사는 직전에 국제군사재판소에서 미국 측 수석검사 로버트 잭슨을 보좌했던 텔포드 테일러(Telford Taylor)였다.¹⁴⁾ 군사재판소는 16인의 나치 고위법조인을 재판하였다. 검찰은 피고인 전원이 제1호(전쟁범죄와 인도에 반한 죄의 공모), 제2호(전쟁범죄), 제3호(인도에 반한 죄)를 범했다는 이유로, 친위대와 관련해 4인의 피고인(알트스퇴터, 쿠호르스트, 엥게르트, 요엘)이, 나치당 지도부와 관련해서는 4인의 피고인(쿠호르스트, 외샤이, 네벨룽, 로타옥)이 제4호(범죄단체가담죄)를 범했다는 이유로 기소하였다. 자살과 질병으로 재판이 중단된 2인을 제외하고 재판부는 4인에게는 종신형을, 4인에게는 무죄를, 나머지 6인에게는 유기징역을 각기 선고하였다.¹⁵⁾ 대부분의 범죄자들은 1951년에 석방되었고,

실제로서 총리실장을 역임하면서 미국과 협력 아래 반공주의 정책을 펼쳤다. 또한 나토 가입을 추진하고 헌법보호청을 설치하고 CIA와 협력체계를 수립하였다. 그는 아이히만 재판이 개시되자 유대인 절멸계획과 관련한 전력이 드러날까 봐 전전긍긍하며 미국과 함께 이스라엘에 외교적 압력을 행사하였다. 흥미롭게도 1963년 7월 23일 동독최고법원은 제국내무부의 자문위원 및 뉘른베르크 인종법의 주석자로서 나치체제의 반유대주의 입법에 관여했다는 죄로 궤석재판으로 급류케에게 종신형을 선고하였다.

- 13) 군사재판소의 설치에 관한 미군정법령(Military Government-Germany United States Zone Ordinance No. 7(1946.10.18). 제1조)은 연합국통제위원회법률 제10호 ‘제2장상의 범죄 및 그 모든 범죄들의 공모행위들’을 언급하고 있다. 공모죄는 <인도에 반한 죄 방지와 처벌에 관한 국제협약초안(The Proposed International Convention on the Prevention and Punishment Crimes Against Humanity, 2010)에도 등장하지 않으며, 2010년 개정된 국제형사재판소규정(제8조의1)도 예비죄(계획, 준비)를 침략범죄에 한정하고 있다. 뉘른베르크 법조인소송에서 재판부가 평화파괴죄를 관할범죄로 다루지 않은 점과 관련해서 블레어 판사는 반대의견을 제시하였다. United States Government Printing Office, *Trials of War Criminals Before the Nuernberg Military Tribunals Vol. III*, Washington, 1951, p.1178 이하.
- 14) 텔포드 테일러(1908-1998)는 전후 미국에서 매카시즘을 비판하고 컬럼비아 대학교 로스쿨의 교수로 재직하면서 활발한 저술활동을 벌였다. 그는 <The Anatomy of the Nuremberg Trials(Black Bay Books, 1992)>라는 회고록을 포함하여 제2차 세계대전, 독일제국, 베트남전쟁 등에 대해 다수의 저작을 집필하였고, 1972년에는 반전가수 요안 바에스와 함께 하노이를 방문하여 미국의 군사정책을 비판하였다.
- 15) Josef Altstötter(법무부민사국장): 5년형(4죄목), 1950년 석방, Wilhelm von Ammon(법무부형사국장): 10년형(2,3호 죄목), 1951년 석방, Paul Barnickel(인민재판소 검사): 무죄, Hermann Cuhorst(슈투트가르트 특별재판소장): 무죄, Karl Engert(법무부국장, 인민재판소 부소장): 질병으로 인한 재판중단, Günther Joel(함 검사장): 10년형(2,3,4호 죄목), 1951년 석방, Herbert Klemm(법무부차관): 종신형(2,3호 죄목)-20년 감형, 1957년 석방, Ernst Lautz(인민재판소 고등검사): 10년형(2,3호 죄목), 1951년 석방, Wolfgang Mettgenberg(법무부 점령지역무

상당수는 정부로부터 은퇴연금을 수령하였다.¹⁶⁾

피고인들은 공직자로서 불가피했다거나 법과 명령에 따랐다고 항변하였지만 그다지 효과는 없었다.¹⁷⁾ 재판소의 관할권과 관련해서 통제위원회법률 제10호상의 죄가 사후입법금지원칙이나 죄형법정주의(nullum crimen sine lege)에 위배된다는 항변은 주목을 받았다. 재판부는 평화침해죄와 관련하여 괴링에 대한 국제군사재판소(IMT)의 실시부분¹⁸⁾을 전쟁범죄와 인도에 반한 죄에도 마찬가지로 적용할 수 있다고 판단하였다. 재판부는 개별 주권국가의 법원칙으로서 사후입법금지원칙이 국제법의 문제를 결정하지 못한다는 점과 국제법의 영역에서도 국가 간의 명시적 조약뿐만 아니라 국제관습이 국제법의 법원이라는 점을 지적하고, 사후입법금지원칙이나 죄형법정주의를 국제법의 영역에 엄격하게 관철시키게 되면 ‘탄생중인 국제법을 교살하는 짓’이라고 반박하였다. 나아가 재판부는 저명한 국제법학자들의 견해와 제1차 세계대전 후 베르사유 조약에 따른 독일의 전범처벌 사례(라이프치히 전범재판)를 적시하며 죄형법정주의가 국제법의 영역에서 형사소추의 법적 도덕적 장애사유가 아니라고 판시하였다.¹⁹⁾

담당 형사부장: 10년형(2,3호 죄목), 1950년 사망, Günther Nebelung(인민재판소 제4부 부장: 무죄, Rudolf Oeschey(뉘른베르크 특별재판소 지방법원판사): 종신형(3,4호 죄목), 20년으로 감형, 1955년 석방, Hans Petersen(SA지도자, 인민재판소 제1부 참심원): 무죄, Oswald Rothaug(뉘른베르크 특별재판소 소장, 인민재판소 검사): 종신형(3호 죄목), 20년형으로 감형, 1956년 석방, Curt Rothenberger(함부르크 고등법원장, 법무부차관): 7년형(2,3호 죄목), Franz Schlegelberger(법무부차관, 법무부장관 대행): 종신형(1,3호 죄목), 1951 석방, Carl Westphal(법무부 고위공직자): 재판개시 직전 자살.

16) Müller, *Furchtbare Juristen: Die Unbewältigte Vergangenheit der Deutschen Justiz*, DIAMAT, 2014, S. 266.

17) 통제위원회법률 제10호 제2장 제4조는 이러한 항변을 원천적으로 배제하였다.

① 국가수반이든 또는 책임 있는 정부 공무원이든, 공직은 범죄에 대한 책임을 면제해주지 않으며 감경사유가 되지 않는다.

② 정부나 상관의 명령에 따랐다는 사실은 범죄에 대한 책임을 면제해 주지 않는다. 그러나 감경 사유로 고려될 수 있다.

18) “우선적으로, 죄형법정주의 원칙은 주권의 한계가 아니라 일반적으로 정의의 원칙의 하나라는 점을 주목해야 한다. 조약과 보장을 위반하고 선전포고도 없이 인접국가들을 공격한 자를 처벌하는 것이 부정의하다고 주장하는 것은 명백하게 불성실하다(untrue). 왜냐하면 그러한 상황에서 공격자는 자신이 악을 자행한다는 점, 그리고 그 경우 처벌하는 것은 결코 부정의하지 않으므로 자신의 악행을 처벌하지 않은 것이 부정의하다는 점을 인식할 수밖에 없기 때문이다.” United States Government Printing Office, *Trials of War Criminals Before the Nuernberg Military Tribunals Vol. III*, Washington, 1951, p.975.

19) United States Government Printing Office, *Trials of War Criminals Before the Nuernberg Military Tribunals Vol. III*, Washington, 1951, p.979.

2. 나치법 및 나치사법

독일형법전은 뉘른베르크 군사재판소의 법적 기초가 아니었다. 법무부 공직자나 자문관으로서 악법을 기초하고, 조언하고 시행하는 행위 혹은 인민재판소(Volksgerichtshof), 특별재판소(Sondergericht), 즉결처형재판소(Standgericht)의 검사나 판사로서 악법들을 남용한 재판, 국제군사재판소가 범죄단체로 규정한 조직에 지도자로서 참여한 행위들이 통제위원회법률 제10호의 위반으로 적시되었다.²⁰⁾ 이 재판에서 전쟁과 인종주의 체제로 치달은 법무부의 범죄가 전면에 부각되었다. 독일법의 나치화과정은 전반적으로 법조인들의 자발적인 협력을 통해 이루어졌다.²¹⁾ 출신성분이나 이데올로기적 경향에서 본디 보수적인 독일 법조인들은 나치 정책을 적극적으로 추진하거나 대체로 이에 동조하였다. 크라이식과 같은 소수의 판사만이 나치의 만행에 공개적으로 저항하다 해직되었다.²²⁾ 이러한 반골판사를 처형하지 않았다는 사정에 비추어볼 때 ‘나치당의 지시를 거부했다 라면 목숨을 부지하지 못했을 것’이라는 가상적 항변도 사실과 동떨어져 보인다.²³⁾

검찰측은 박해, 불임, 절멸 여타 중대한 인권침해를 위한 나치 프로그램에 대한 사법부와 검찰의 지원방식을 증명하는 데에 초점을 맞추었다. 재판과정 자체가 독일대중과 세계시민들을 향한 나치체제의 야만성을 폭로하는 여론전의 성격을 띠었다.²⁴⁾ 물론 나

20) 독일의 사법은 이중적인 구조였다. 정상적인 형사법정보다는 정치적 반대자와 유대인 및 사회적 이물질을 제거하기 위해 예외법원과 예외적 절차를 무수히 도입하였다. 프랭켈은 독일의 국가구조 자체를 규범국가와 비상조치국가의 결합으로 파악하였다. Fraenkel, Ernst, “Der Doppelstaat”, Alexander v. Brünneck(hg.), *Ernst Fraenkel Gesammelte Schriften, Bd. 2(Nationalsozialismus und Widerstand)*, Nomos, 1999, 33ff.

21) 뮐러는 나치와 전후 법조계의 인적 연속성을 주목하였다. Müller, Ingo, *Furchtbare Juristen: Die Unbewältigte Vergangenheit der Deutschen Justiz*, S. 255.

22) 베를린 지방법원 판사 로타 크라이식(Lothar Kreyßig 1898-1986)은 안락사명령에 대해 금지명령을 발부한 유일한 인물이었다. 그는 이 프로그램의 책임자 필립 부울러(나치당지도부의장으로서 1945년 포로로 잡히자 자살함)를 살인죄로 처벌하려고 하다가 도리어 1940년에 해직되었다. 게슈타포는 크라이식을 수용소로 보내려고 했지만 히틀러의 지시로 크라이식은 연금수령자가 되었다. 크라이식은 나치 패망이후 판사직의 복귀를 제안받았으나 거절하고 NGO 활동에 주력하였다. Gruchmann, Lothar, “Ein Unbequemer Amtsrichter im Dritten Reich. Aus den Personalakten des Dr. Lothar Kreyßig”, *Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte* Jahrg. 32, 1984, S. 463-490.

23) 라드브루흐는 <법률적 불법과 초법률적 법>에서 법을 왜곡한 판사에게 ‘법은 법’이라는 실증주의적 교설과 ‘거부했을 때 저야 하는 생명에 대한 위협’이라는 긴급피난(강요에 의한 행위)을 들어 면책의 가능성을 시사하였지만 법조인소송을 지켜보면서 법조인의 출세등기가 법외곡의 배경이라고 지적하였다. Radbruch, Gustav, “Des Reichsjustizministeriums Ruhm und Ende. ZUM NÜRNBERGER JURISTEN-PROZESS”, *Süddeutsche Juristen-Zeitung* Jahrg. 3, Nr. 2 (1948), S. 57-64.

24) Wassermann, Rudolf, “Fall 3: Der Nürnberger Jursitenprozeß”, Ueberschär, *Der Nationalsozialismus vor Gericht*,

치 체제에서 고위직에 앉았다는 사실만으로 나치법조인에게 유죄를 인정하지는 않았다. 검찰측은 우선 독일의 침략전쟁과 인종주의 체제²⁵⁾를 폭로하고, 이와 관련된 법조인의 행적을 조목조목 고발하였다. 재판부는 피고인별로 인종주의적 악법의 기초와 시행에 관여한 사실, 그러한 악법을 극단적으로 남용한 재판을 유죄의 증거로 삼았다. 군사재판소는 독일인에 대한 나치법조인의 죄를 논외로 하고 유대인과 외국인에 대한 죄만 판단 대상으로 삼았다. 독일인에 대한 범죄는 독일정부의 자체정화에 맡겨졌다.²⁶⁾

판결문은 범죄자별로 구성요건해당성, 위법성, 책임 순서로 전개하는 대륙법계의 전형적인 방식과 다르게 작성되었다. 실제로 군사재판소는 나치악법과 나치의 예외법원들을 유죄판단의 배경으로, 법조인의 개별적인 행위를 유죄판단의 기초로 삼았다. 재판기록은 선행적 쟁점들 - A. 관할근거 법령, B. 사후입법금지원칙, C. 국제법 위반으로서 인도에 반한 죄, D. 나치법: 범조속청 및 공무원속청법,²⁷⁾ 특별재판소, 인민재판소,²⁸⁾ 유전병판정재판소, 즉결처형재판소, 동부점령지역특별형사절차법, 기타 나치 악법들, E. 반역 및 대역죄, F. 범죄단체조직죄, G. 밤안개포고령,²⁹⁾ 강제수용소, 밤안개포고령에

S. 100.

- 25) 검찰은 나치의 악법을 제시하면서 인종주의적 법체계를 강조하였으나 변호인측은 미국의 대표적인 법률가 올리버 웬델 홈스까지 동원하여 그도 인종주의자였다는 점(미국도 인종주의의 나라라는 점)을 내세우기도 하였다. 이른바 사회스레기에 대한 처리와 관련하여 단종법상의 조치를 소련군은 인도에 반한 죄로 처벌하였으나 미군은 이 문제에 대하여 유보적인 태도를 취했다. 실제로 우생학적 단종조치는 미국에서 1970년대까지 시행되었다.
- 26) 점령체제의 종료 후 구성된 독일법조와 나치법조간에 인적·정치적 연속성이 유지되었기 때문에 독일인에 대한 나치법조인의 죄는 유야무야되었다. Perels, Joachim, "Der Nürnberger Juristenprozess im Kontext der Nachkriegsgeschichte. Ausgrenzung und späte Rezeption eines amerikanischen Urteils, Das juristische Erbe des „Dritten Reiches“: Beschädigungen der demokratischen Rechtsordnung. Campus-Verlag, 1999, S. 84-98.
- 27) 통제위원회법을 제1호는 나치의 악법 25건을 폐지하였다. 실제로 이러한 악법들의 대부분이 나치악법의 실례로 재판과정에서 제시되었다. 독일정부는 1998년에 나치불법판결청산법(Gesetz zur Aufhebung nationalsozialistischer Unrechtsurteile in der Strafrechtspflege und von Sterilisationsentscheidungen der ehemaligen Erbgesundheitsgerichte (NS-AufhG))을 제정하여 59건의 나치악법의 무효를 확인하였고, 악명 높은 예외법원의 판결도 동시에 무효화하였다.
- 28) 제국의사당 방화사건에서 일부의 피고인들에 대해 무죄가 선고되자 나치는 반역죄에 대해서 최고법원의 역할을 수행하도록 하기 위해 1934년에 인민재판소를 설치하였다. 이 재판소는 실제로 정치범에 대한 도살장으로 기능하였으며, 이 재판소의 소장이 바로 볼란트 프라이슬러였다.
- 29) 밤안개포고령(Nacht-und-Nebel-Erlass)은 1942년 12월 7일 총사령관 빌헬름 카이텔이 서명하고 아돌프 히틀러가 발령한 포고령의 암호명이다. 암호명은 은밀한 행동을 기습하기 위해 괴테가 사용했던 말에서 따온 것이다. 이 포고령은 독일점령지역에서 독일군대의 안전을 해치는 활동에 관여한 점령지 주민을 체포 즉시 독일로 압송하여 특별재판소(Sondergerichte)에 회부하도록 규정하였다. 이 포고령은 군사재판과 포로처우에 관한 협약들을 회피하는 것이었다. 1941년 소련의 개입으로 독일이 군대를 동부전선으로 이동시키자 독일점령지인 유럽의 전역에서 공산주의자들은 저항활동을 활발히 전개하였다. 히틀러는 주민에게 즉각적이고 효과적이고

따른 재판, H. 인종적 박해 - 에 대한 판단을 실시하고, 그 다음 피고인별로 범죄행위를 확인하고 유무죄를 결정하였다.

3. 나치법조인들

나치체제 아래 살았던 법조인들을 몇 가지로 유형화해볼 수 있다.³⁰⁾ 연합국들은 <연합국통제위원회 지시 제38호(1946.10.12.)>에 따라 각자의 점령구역에서 독일인 전체를 다섯 등급으로 구분하고, 등급에 따라 형사처벌 및 다양한 속죄조치를 취했다.³¹⁾ 나치시대의 독일 법조인을 나치적 확신범, 관료적 동조자, 소극적 기피자, 적극적 저항자로 분류할 수 있겠다. 이러한 분류방식에 따르면 프랑크와 로타옥은 확신범형으로, 쉴레겔베르거와 로텐베르거는 관료적 동조자형으로, 쿠호르스트는 소극적 기피자형으로, 앞서 언급한 크라이식과 프리츠 바우어³²⁾는 저항자형으로 볼 수 있겠다.

지속적인 위협을 가할 수 있는 지시를 발령하였으나 카이텔은 모든 잠재적인 저항자들을 사형에 처하는 것은 불가능하고, 군사법원은 어쨌든 그 일에 협력할 수 없다고 반대하였다. 이에 히틀러는 군사법원으로 하여금 심각한 범죄에 대해 번잡한 재판 없이 사형을 선고하고, 그렇지 않은 범죄의 혐의자들을 독일로 압송하여 특별재판소로 하여금 재판하도록 지시하였다. 7천 명 정도의 혐의자들이 독일로 비밀리에 압송되었고, 그중 5천 명은 프랑스인이었다. 그들은 특별재판소에 의해 사형 또는 징역형에 처해지거나 무죄로 방면되기도 하였다. 무죄로 방면되거나 형기를 마친 사람은 강제수용소로 이송되었고, 죄수복에 N.N.(밤안개) 마크를 달았다.

- 30) 리프먼은 법조인소송에서 유죄판결을 받은 나치법조인들을 선한 의도의 악(쉴레겔베르거, 로텐베르거), 악한 의도의 악(로타옥, 외사이), 동조자(클렘, 라우츠, 아몬)로 구분한다. Lippman, Matthew, "The Prosecution of Josef Altstoetter et al.: Lawyers and Justice in the Third Reich", *Dickinson Journal of International Law*, Vol. 16(1998), pp. 343-433.
- 31) 미군정은 <나치즘 및 군국주의로부터의 해방을 위한 법률(미군정법률 제104호)>에 따라 독일인 전체를 심사 분류하고 정화조치를 시행하였다. 모든 독일인은 나치관련성의 정도에 따라 5등급 - 주범, 중범(적극지지자, 군국주의자, 모리배), 경범(집행유예집단), 단순가담자, 무혐의자 - 으로 분류되었다. 주범과 중범에게는 형사 처벌과 무거운 정화조치를, 경범과 단순가담자에게는 가벼운 정화조치를 취했으며, 나치와 관련성이 없거나 나치에 저항한 사람들을 무혐의자로 분류하였다.
- 32) 프리츠 바우어(1903-1968)는 이미 10대부터 사민당원으로 적극적으로 활동하였으며 25세에 슈투트가르트 지방법원의 부판사가 되었다. 나치집권 후에 쿠르트 슈마커와 함께 한 총파업 계획이 실패로 돌아가면서 단기간 수용소에 수감되었다. 그 후 유대인이었던 바우어는 공무원속청법에 따라 1935년 법관직에서 해직되었다. 1935년 덴마크로 망명하였고, 1943년 나치의 덴마크 점령후 다시 스웨덴으로 망명하여 빌리 브란트와 함께 잡지 <사회주의 트리뷴>을 발행하였다. 그는 1949년에 귀국하여 검사가 되었으며 아이히만의 은신처에 대한 정보를 이스라엘에 제공하여 그를 법정에서 세우도록 하였으며 1960년대에 이루어진 '제2차 아우슈비츠 재판'을 주도하였다. 이트름루트 보야크/혼다 미노루(本田稔)-박보석 옮김, "프리츠 바우어 그리고 1945년 이후의 나치범죄의 극복", 민주법학 48호, 민주주의법학연구회, 2010, 391-422쪽.

3.1 법무장관 대행 실레겔베르거

프란츠 실레겔베르거(1876-1970)는 피고인 중 최고위직 법조인이었다. 그는 통제위원 회법률 제10호상 전쟁범죄와 인도에 반한 죄의 공모(제1호) 및 인도에 반한 죄(제3호)로 종신형을 선고받았다. 실레겔베르거는 1898년에 라이프치히 대학에서 법학을 공부한 후 판사생활을 시작하였다. 그는 제국시대인 1901년에 쾰닉스베르크 지방법원의 배석판사와 베를린 법원 판사를 지낸 후 1927년 바이마르 공화국의 법무부국장을, 프란츠 귀르트너 장관 아래서 1931년 10월부터 1941년까지 법무부 차관을 장기간 역임하였다. 그의 경력은 공화국의 차관에서 시작하여 나치제국의 차관으로 이어졌다. 그는 1938년 1월 30일 히틀러의 지시에 따라 다른 부서의 차관들과 함께 나치당에 비교적 늦게 입당하였다. 그는 귀르트너가 사망한 시점인 1941년부터 1942년까지 법무장관을 대행하였다. 학구적인 법조인으로서 실레겔베르거는 다수의 저작을 출판하였고 그 일부는 현재까지도 읽히고 있다. 재판부는 나치체제의 법 타락에 실레겔베르거의 책임이 있다고 인정하였다.³³⁾ 그는 1936년 한 연설에서 건전한 국민감정(gesundes Volksempfinden)에 반하는 행위는 취지상 유사한 조항으로 처벌해야 한다는 유추조항(제국형법 제2조³⁴⁾)을 지지하였다. 1941년 4월 24일에 그는 나치국가 최고법률가대회의 주최자로서 ‘살 가치가 없는 생명의 절멸’을 논의하고 안락사명령에 합법적 외관을 부여하였으며, 점령지주민을 비인도적으로 처벌하는 밤안개포고령(1942)에 서명하였다. 그는 징역형을 선고받은 유대인 루프트가스³⁵⁾를 히틀러의 지시에 따라 사형에 처하도록 명령하였고, 히틀러의 요청에 따라 유대인 피구금자에게 폭력을 행사한 경찰관 클린즈만에 대한 유죄판결을 파기하였다. 실레겔베르거는 프라이슬러와 함께 <편입된 동부지역의 폴란드인과 유대인에 대한 형사소송법(1941.12.4)>을 기안하여 폴란드인과 유대인에 대한 총체적인 박해를 지지

33) 실레겔베르거에 대한 판단은 United States Government Printing Offices, *TRIALS OF WAR CRIMINALS BEFORE THE NUERNBERG MILITARY TRIBUNALS* Vol. III, 1951, pp. 1081-1086.

34) 제국형법전 제2조 법률이 범죄로 규정한 행위 또는 형법의 기본원칙과 건전한 국민감정에 비추어 처벌받아 마땅한 행위를 한 자는 처벌한다. 형법이 그 행위에 적용되지 않는 경우에는 기본취지상 가장 부합하는 법률에 따라 처벌한다.(1935년 개정)

35) 루프트가스 사건은 계란사재기로 고발당한 유대인(마르쿠스 루프트가스)에 대한 1941년 재판을 말한다. 루프트가스는 원래 2년 6월형을 선고받았는데, 히틀러가 루프트가스를 처형해야 한다고 하자 실레겔베르거가 이의를 제기해야 했지만 법무부장관 대행으로서 사형집행 명령서에 서명하였다. 관련기록은 Steinweis, Alan E. & Rachlin, Robert D., *The Law in Nazi Germany: Ideology, Opportunism, and the Perversion of Justice*, Berghahn, 2013, p. 208. 영화 <뉘른베르크 재판>은 실제와 달리 야닝(실레겔베르거를 모델로 함)이 루프트가스 사건의 재판장으로, 에밀 한(로타옥을 모델로 함)이 검사로 설정되어 있다.

하였다. 재판부는 국내외적으로 폴란드인과 유대인에 대한 이러한 박해를 <전쟁의 법과 관습> 위반으로 판단하였다.

설레겔베르거는 ‘자신이 그 자리를 일찍 그만두었다면 더욱 끔직한 결과가 발생했을 것’라는 독특한 항변(Lesser Evil Defence)을 제출하였다.³⁶⁾ 실제로, 설레겔베르거의 사임 후 법무장관이 된 오토 티어락은 1942년 재판권을 경찰에게 이양하여 민간인에 대한 초사법적 처형을 가능하게 하였으며 전시상황에서 각종 즉결처형제도를 도입한 것으로 악명이 높았다. 설레겔베르거의 항변은 나치독일의 이중국가적 특성(Doppelstaatscharakter)에 기반하고 있다.³⁷⁾ 그러나 재판부는 설레겔베르거의 조치들이 비밀경찰의 대량학살에 미치지 못한다는 점을 수긍하면서도 ‘사법부가 수 천 명을 살해한다면, 경찰이라고 왜 수만 명을 살해할 수 없겠는가?’라고 반문하였다. 재판부는 설레겔베르거가 악을 혐오하고 지식인의 삶과 학자의 사명을 사랑했다는 점, 나치체제가 부담스러워 장관 대행에서 물러났다는 점도 인정하였지만 그의 사임은 너무 늦었고 그의 범죄는 이미 완성되었다고 보았다. 그가 은퇴하면서 히틀러로부터 받은 하사금도 범죄의 대가로 파악하였다. 재판부는 인간이 직면한 악 앞에서 양심의 가책을 느끼고 이를 지연시켰다는 이유만으로는 공적이 될 수 없으며, 악을 적극적으로 저지하거나 최소한 가담하지 않아야 한다고 판단하였다. 재판부는 팔죽 한 그릇에 장자권을 동생 야곱에게 팔아넘긴 에서(창세기 25:29-34)처럼 ‘눈앞의 정치적 이익과 개인적 영달을 위해 히틀러에게 자신의 지성과 학문을 팔아 넘겼다’고 질타하였다.³⁸⁾ 설레겔베르거는 란츠베르그 전범수용소에 수감되었다가 다른 나치법조인들과 함께 1951년 수형불능으로 석방되었다.

3.2 뉘른베르크 특별재판소장 로타옥

오스발트 로타옥(1897-1967)은 인도에 반한 죄(제3호)로 종신형을 선고받았다.³⁹⁾ 로타옥은 초등학교 교사의 아들로 태어나 1933년 뉘른베르크에서 검사로 첫발을 내딛었다. 슈바이نف르트 지방법원 판사로 근무한 후에 1937년 뉘른베르크 지방법원장과 뉘른베르

36) 이 항변에 대해서는 Fletcher, George, *Rethinking Criminal Law*, Oxford University Press, 2000, pp. 774-798.

37) Graver, Hans Petter, *Judges Against Justice*, Springer, 2014, pp. 253-273.

38) 영화 <뉘른베르크 재판>에서 법무장관 야닝(설레겔베르거를 모델로 함)이 유죄를 인정하는 것으로 나오지만 사실과 다르다. 작가는 설레겔베르거라는 인물의 복잡성에 착안하여 의외의 장면을 설정하였다고 생각된다.

39) 로타옥에 대한 판단은 United States Government Printing Offices, *TRIALS OF WAR CRIMINALS BEFORE THE NUERNBERG MILITARY TRIBUNALS* Vol. III, 1951, pp. 1143-1156.

크 특별재판소 소장으로 승진하였다. 이때 나치당 활동을 시작하였고, 제국보안성에 명예직으로 참여하였다. 1943년부터는 제국검사 및 베를린 인민재판소 검사로 취임하여 반역죄와 공안범죄를 처벌하였다. 로타옥은 사법부가 국가의 이익에 봉사하고, 법관은 적절한 정치적 태도와 기술적인 효율성을 가져야 한다고 믿었다. 재판장으로서 로타옥은 규칙적으로 보안경찰과 상의하였고, 비밀스러운 ‘명예로운 협력자’의 지위를 얻었다. 로타옥은 유대인, 폴란드인, 정치적 이단자들은 가혹한 형벌로 일소되어야 하고, 재판을 정치교육과 선전의 장치로 활용해야 한다고 믿었으며, 유대인이나 폴란드인들을 가혹하게 처벌하는 억압적인 법의 도입을 공개적으로 추진하였다. 로타옥의 범죄사실로서 <카첸베르거 재판>⁴⁰⁾과 <얀 로파타 재판>이 제시되었다.

재판 당시 68세의 노인이었던 카첸베르거는 뉘른베르크 유대인 회중의 지도자였다. 그는 19세의 독일인 사진사 이레네 자일러와 성관계를 가졌다는 혐의로 혈통보호법(Blutschutzgesetz) 위반으로 특별재판소에 기소되었다. 이 법 제2조는 유대인과 독일계 혈통의 국민간의 혼인외 성관계를 금지하였다(인종상간죄). 사건 당시 검찰이 제출한 가장 근접한 범죄 증거는 자일러가 카첸베르거의 무릎에 앉았다는 증언이었다. 재판 과정에서 자일러와 카첸베르거는 성관계를 부인하였고, 카첸베르거는 자일러와는 부녀처럼 친밀한 관계일 뿐이라고 항변하였다. 로타옥은 ‘그 여자가 카첸베르거의 무릎에 앉았다는 것만으로도 나에게서는 충분하다.’고 강변하고, 인종상간죄의 법정형이 징역형(제5조 제2항)이었음에도 불구하고 카첸베르거에게 사형을 선고하였다. 25세 폴란드인 강제노동자 얀 로파타는 독일인 농장 여주인을 성추행했다는 혐의로 기소되었는데, 지방법원은 그에게 2년 수용소형을 선고하였다. 형량이 낮다는 검사의 항소를 수용하여 라이히법원은 이 사건을 특별재판소로 이송하였다. 특별재판소의 재판장 로타옥은 유대인과 독일인의 성관계를 금지하는 규정(혈통보호법 제2조)을 폴란드인 로파타에게 확대적용하였고, 신체접촉 사실만 증언하였음에도 불구하고 사형을 선고하였다. 로타옥은 뉘른베르크 군사재판소 재판부 앞에서도 확신에 찬 나치로서 충성심을 굽히지 않았다. 그는 종신형을 선고받았고 20년형으로 감형되었다가 1956년에 석방되었다.

40) Steinweis & Rachlin, *The Law in Nazi Germany: Ideology, Opportunism, and the Perversion of Justice*, p. 211. 영화 <뉘른베르크 재판>에서 카첸베르거 사건은 펠트쉬타인 사건으로 표현된다. 카첸베르거 사건은 2001년 독일영화 <레오와 클레어>로 대중들에게 널리 알려졌다.

3.3 함부르크 고등법원장 로텐베르거

쿠르트 로텐베르거(1896—1959)는 전쟁범죄(제2호)와 인도에 반한 죄(제3호)로 7년형을 선고받았다.⁴¹⁾ 로텐베르거는 1935년부터 1942년까지 함부르크 고등법원장을 지냈고 1942년부터 오토 티어락 법무장관 재임시 차관으로 임명되었다. 그는 1943년 12월까지 그 직책을 수행하다가 물러나 함부르크에서 공증인으로 활동하였다. 로텐베르거는 독일 사법체계를 나치즘의 목적에 봉사하게 하는 데에 적극적인 역할을 수행하였다. 그는 법관의 본분은 총통의 봉신으로서 총통이 그들에게 정해진 대로 판결하는 것이라는 확신을 피력하였다. 그는 나치당 관료 및 경찰과 유대를 강화하고, 함부르크 법원의 휘하 법관들에게 정치적 지도체계를 조직하였다. 그는 범죄 혐의가 있는 나치당 관료들에 대하여 유죄판결이 나오지 않도록 법관들에게 영향력을 행사하였다. 때로는 그는 나치당 관료들에게 불리한 판결을 내린 법관들을 엄중하게 비난하였다. 그는 나치당 관리나 경찰이 재판에 직접적으로 영향력을 행사하는 것에 반대하였지만 막후에서 지도자들과 항상 협상하였다. 그는 유대인들의 권리 제한에 관한 법들이 통과되기 전에도 민사소송에서 유대인의 권리를 배제하는 방침(비용구제절차의 배제, 유대인의 증언의 제약)을 법관들에게 지시하였고, 형기를 마친 죄수나 무죄판결을 받은 피고인들의 구금 상태를 확인하고서도 방치하였다. 그는 법무차관 시절에 법무장관 티어락과 함께 경찰에게 재판권을 이양하는 제도를 도입하였고, 강제노동을 통한 반사회분자들의 절멸 프로그램을 도입하였다.⁴²⁾ 로텐베르거의 사법개혁 제안은 사법부의 권위를 심각하게 훼손한다고 여겨져 한스 프랑크마저 독일법률가협회장직을 사임하였다. 그 후 로텐베르거는 티어락과 소원해지고 표절시비로 인해 차관직에서 해임된 후 함부르크로 돌아갔다. 그는 함부르크 관구장관에 의해 ‘함부르크 전시총동원 특임관’으로 임명되었다. 재판부는 로텐베르거의 악행이 수용소에서 유대인에게 자행된 야만에 비할 정도는 아니지만 나치 사법체계를 전반적으로 타락시키는 데에 기여했다고 판단하였다. 그는 1950년 란츠베르크 전범수용소에서 석방되었고, 고등법원장으로서 연금을 받으며 함부르크에서 고시학

41) 로텐베르거에 대한 판단은 United States Government Printing Offices, *TRIALS OF WAR CRIMINALS BEFORE THE NUERNBERG MILITARY TRIBUNALS* Vol. III, 1951, pp. 1107-1118.

42) 로텐베르거가 나치사법체계를 근본적으로 변질시킨 프로그램의 기안자였다는 사실은 재판과정에서 부각되지 못했다. 그는 이 기획을 1941년 한스 람머스에게 전달하고, 이것이 거부당하자, 1942년 루돌프 헤스에게 전달하고, 헤스가 비행사고로 사망하자 다시 히틀러에게 전달하였고, 그 덕분에 1942년부터 오토 티어락과 함께 법무부에 입성하였다.

원 강사로 지냈다. 법무차관으로서의 연금을 수령하고자 신청하였으나 함부르크 주당국이 거부하였다. 1959년에 나치시대의 그의 행적에 대한 보도가 나오자 자살하였다.

3.4 슈투트가르트 특별재판소장 쿠호르스트

헤르만 알베르트 쿠호르스트(1899-1991)는 슈투트가르트 특별재판소 법원장이었다. 튀빙엔 대학에서 법학을 공부하고 1926년부터 뷔르템베르크 법무부에서 공직을 시작하여 슈투트가르트 지방법원 판사를 역임하고, 1930년 나치당에 가입하고, 1933년 뷔르템베르크주 법무부의 고위직에 임명되었고, 1934년부터 나치당 지도위원이 되었다. 1934년 슈투트가르트 고등법원의 부장판사로 승진하였고, 슈투트가르트 특별재판소의 소장을 맡았다. 그는 이 때 ‘백장미단 사건’ 연루자인 솔 가족을 상대로 여러 소송을 지휘하였다. 그는 해임되기 오래전에 사직을 청원한 후 1944년 11월 20일 제국 법무부로부터 ‘부분적으로 참을 수 없을 정도로 가벼운, 즉 제국의 잣대에 한참 미달하는 판결’을 내린다는 이유로 해임되었다. 그는 군대에 소집되어 노르웨이에서 근무하다가 프랑스군의 포로가 되었다. 1946년에 슈투트가르트 시장의 지시로 그는 뉘른베르크로 압송되어 뉘른베르크 군사재판소에 기소되었다. 군사재판소는 범죄단체가담죄를 조직의 수장에 게만 적용한다는 국제군사재판소(IMT)의 판결에 따라 그의 가담 수준에 대해 무죄를 선고하였다. 나아가 군사재판소는 유대인과 폴란드인에게 인종주의적 관점에서 불법적인 판결을 했는지를 검토하였으나 입증할 만한 재판 자료들이 연합국의 폭격으로 소실되었다는 사정, 그가 가벼운 형벌을 선고했다는 이유로 판사직에서 해임되었다는 사정을 들어 무죄를 선고하였다. 재판부는 합리적 의문을 넘어서 인간의 양심을 판단할 권한이 없다고 선언하였다.⁴³⁾

이 판결에 반발한 뷔르템베르크-바덴 지역 정치해방부장관 고트롭 캅(사민당 정치인)이 사직하겠다고 엄포를 놓았고, 정화심판소 및 정치해방부의 공무원 다수가 파업에 들어갔다. 며칠 후 쿠호르스트는 다시 체포되어 루드비히스부르크에 감금되었다. 이제 정화심판소가 그를 재판하게 되었다. 1948년 정화심판소(Spruchkammer)는 쿠호르스트를 주범으로 분류하고, 4년 3개월의 노동교화형, 재산몰수 및 직업제한조치를 부과했다.⁴⁴⁾ 쿠호르스트는 항소하였으나 고등정화심판소는 오히려 6개월의 구금형을 추가하

43) 쿠호르스트에 대한 판단은 United States Government Printing Offices, *TRIALS OF WAR CRIMINALS BEFORE THE NUERNBERG MILITARY TRIBUNALS* Vol. III, 1951, pp. 1157-1159.

였다. 그는 1950년 12월에 최종적으로 석방되었다. 그러나 그가 사법살인에 있어서 롤란트 프라이슬러(베를린 인민재판소장)에 결코 뒤지지 않는다는 연구가 최근에 나왔다. 이에 따르면 그는 슈투트가르트 특별재판소가 다룬 2600건중 약 1200건을 재판하였고 200건의 사형판결중 50건 내지 120건의 사형판결을 담당했다.

III. 기타 전범재판소의 법조인소송

1. 프랑스 전범재판소

프랑스 당국은 수복후 점령지 프랑스에서 활동한 나치공직자들을 상대로 전범재판을 진행하였다. 법조인을 처벌한 사건은 리하르트 바그너 소송이다.⁴⁵⁾ 바그너는 점령지 알사스 지역 민간정부의 수반이었고, 나머지 6인은 알사스 정부의 요직을 차지한 자들이고, 이중 3인은 법조인이었다. 이들의 범죄사실은 프랑스에 대적하기 위하여 프랑스인을 체계적으로 동원한 행위, 재판의 남용을 통한 사법살인, 전쟁포로의 살해, 알사스 지역의 유대인과 프랑스인의 강제이송 등이었다. 이들에 대한 처벌근거는 1944년 8월 28일 도입된 프랑스 전범처벌법이었다. 피고인들은 재판소의 관할위반 및 소급적용금지의 항변을 제기하였으나 수용되지 않았다. 이 사건에서 검사 1인은 무죄로 방면되고, 나머지 6인에 대해서는 사형이 선고되었다. 바그너를 포함한 5인은 대법원(Cour de Cassation)에 항소하였으나 1인의 항소만 수용되고 나머지 피고인들의 항소는 기각되었다.

-
- 44) <나치즘 및 군국주의로부터의 해방을 위한 법률(미군정법률 제104호 1946.3.5.)>은 다음의 행위를 한 자는 주범 혹은 중범(적극지지자)로 분류되었다. “나치즘에 봉사하고자 재판에 관여하거나 판사 혹은 검사로서 자신의 공직을 정치적으로 악용한 자(제7조 제2항 4호)”
- 45) 나치독일이 패망한 후 나치법관을 상대로 진행된 재판 가운데 노르웨이 고등법원과 대법원간의 평풍판결 후 무죄판결이 내려진 사례가 있다. 오슬로 보안경찰에 설치된 즉결처형재판소는 나치독일이 점령한 노르웨이에서 태업을 주도했던 저명한 인물 4인과 이를 알고 당국에 신고하지 않는 노르웨이인 경찰 1인을 법원 설치 당일에 체포하여 재판하고 다음날 처형하였다. 이 황당한 사건에 대해 노르웨이 법원은 특별재판소의 설치가 국제법에 위반하지 않는다는 점, 해당 판사의 법적용이 독일국내법적용 관행에서 크게 벗어나지 않는다는 점을 들어 이들의 행위가 범죄에 해당하지 않는다고 판단하였다. 실제로 독일이 과거청산과정에서 즉결처형재판소의 모든 판결을 무효화했다는 점에 비추어볼 때 노르웨이 재판부의 인식과 연합국들의 기본인식이 동떨어져 보인다. CASE No. 86(TRIAL OF HANS PAUL HELMUTH LATZA AND TWO OTHERS, BY THE EIDSVIVATING LAGMANNRETT (COURT OF APPEAL) AND THE SUPREME COURT OF NORWAY, 18TH FEBRUARY, 1947-3RP DECEMBER, 1948), United Nations War Crimes Commission, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. XIV, 1949, pp. 49-85.

스트라스부르 특별재판소 검사 루트비히 루거, 스트라스부르 제1부검사 루트비히 제마르, 스트라스부르 특별재판소장 리하르트 후버가 기소되었다.⁴⁶⁾ 검사 루트비히 루거는 상관의 명령에 따랐다는 항변이 수용되어 무죄판결을, 나머지 두 사람은 유죄판결을 받았다(후버는 꺾석으로 유죄판결을 받았다). 이 사건에서 검사 루거와 제마르, 특별재판소장 후버는 사법살인으로 기소되었다. 여기에서 두 개의 사법살인, <테오도르 위츠 사건>과 <발러도르프 사건>이 이들의 범죄사실로 제시되었다. 알사스 청년 위츠는 총기를 소지한 혐의로 기소되었으나 담당검사가 공판과정에서 위츠를 위협한 인물로 보지 않는다고 언급하였고, 45년의 자유형을 구형하였다. 검찰은 관례에 따라 스트라스부르 행정수반 바그너에게 통지하였는데, 바그너는 즉각적으로 사형에 처하라고 지시하였다. 재판을 주재한 판사 후버는 사형을 선고하고, 사형은 집행되었다. 검사는 감형을 청원하였으나 거부되었다. <발러도르프 사건>은 1943년 2월 13일 밤 알사스인들이 스위스로 탈출하려고 시도하다 국경수비대원들과 충돌하여 수비병 1인과 탈주자 3인이 살해된 사건이다. 살아남은 탈주자 14인은 스트라스부르 특별재판소에 회부되었다. 수비병을 살해한 사람은 충돌과정에서 이미 사망하였고 나머지 사람들이 살해에 가담했다는 증거는 없었지만 재판소는 13인에게 사형을 선고하고, 미성년자 1인에게는 정신과 치료를 이유로 선고를 유예하였다. 그러나 14인 전원이 수용소로 이송되어 처형되었다. 실제로 이 사건에서는 기소장도 없이 재판이 시작되었으며, 치료가 필요하다고 유예된 사람까지 사형을 집행하였다. 이 사건의 진행에 알사스 행정수반 바그너의 지시가 작용하였다. 바그너는 탈주사건과 살해사건이 일어난 사정을 보고받고 재판없이 즉시 전원을 처형하라고 지시하였으나 검사들의 만류에 따라 24시간 이내에 재판을 개시한다는 조건으로 지시를 철회하였던 것이다.

나치법조인에 대한 소송에서 검사 루거는 형법 제327조⁴⁷⁾ 안에서 정당화되지는 않지만 책임조각적 또는 책임감경적 사유에 해당한다고 항변하였고, 재판부는 상관의 명령에 따른 행위로 인정하여 루거에 대하여 무죄판결을 선고하였고, 판사의 항변은 수용하지 않았다. 상관의 명령에 따랐다는 항변이 전범재판에서 일반적으로 수용되지 않았다는 점에 비추어볼 때 검사 루거를 무죄로 방면한 판결은 이례적이다. 실제 두 사건에서 검사 루거가 법적 절차와 상식에 입각해 신중한 견해를 피력했다는 사정이 판결에 유리

46) Case No. 13(Trial of Robert Wagner), United Nations War Crimes Commission, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. III, 1948, pp. 23-55.

47) 형법 제327조 살인, 상해, 공격이 법이나 법적 권위에 의해 지시된 경우에는 범죄나 불법에 해당하지 않는다.

하게 작용하였다. 판사 리하르트 후버는 관련자 전원에 사형을 선고하라고 지시한 행정 수반 바그너의 압력 아래서 테오도르 위츠 및 13인의 살인에 가담한 것으로 유죄판결을 받았다. 제마르 역시 사법살인의 공범자로 사형에 처해졌다.⁴⁸⁾

2. 호주와 미국의 전범재판소

명령에 따라 재판없이 포로나 민간인을 처형한 행위를 전쟁범죄로 다룬 사례는 많지만 군사재판이 불공정한 요식행위로 그친 경우에 군사재판 관여자들을 전쟁범죄로 처벌한 사례는 많지 않다. 태평양전쟁후 호주는 라바울(파푸아뉴기니)에 전범재판소를 설치하여 일본의 약식재판을 단죄하였고, 미군도 상하이에 전범재판소를 설치하여 일본의 군사재판 관여자들을 전쟁범죄자로 처벌하였다. 공정한 재판에 관한 원칙은 국제군사재판소헌장(1945.8.8.) 제16조와 그 후 1949년 제네바협약 공통 제3조에도 명문화되었다. 공정한 재판에 대한 권리는 오늘날 다툼의 여지가 없다. 각국의 헌법에도 명문으로 규정되어 있으며 자유권규약, 국제형사재판소규정, 구유고슬라비아 국제형사재판소 규정, 르완다 국제형사재판 규정, 시에라 리온 특별법원 규정에도 등장한다. 칠레의 법원도 비국제적인 무력충돌의 상황에서 공정한 재판에 대한 권리의 부인을 전쟁범죄로 보았다.⁴⁹⁾ 문제는 재판을 전쟁범죄로 규정할 만한 공정성의 기준을 설정하는 데에 있다. 국제적십자사는 ‘모든 필수적인 사법적 보장수단들을 제공하는 공정한 재판에 의한 경우를 제외하고는 어느 누구도 유죄가 인정되지 않는다(규칙 100)’는 원칙을 국제관습법으로 확인하면서 공정한 재판의 기준을 상세하게 제시한다. 독립적이고 불편부당하고 정상적으로 구성된 법원에 의한 재판, 무죄추정, 죄의 성질과 이유에 대한 정보제공의무, 필수적인 방어권과 방어수단의 보장, 지체 없이 재판을 받을 권리, 증인을 조사할 피고인의 권리, 통역자의 지원, 재판에 출석할 피고인의 권리, 유죄인정의 강요금지, 공개적인 절차, 이용가능한 불복수단과 불복기간을 고지해야할 의무, 일사부재리 등을 공정한 재판의 보장수단들(fair trial guarantees)로 규정한다.⁵⁰⁾ 이러한 기준은 한국의 군사재판뿐

48) 제마르는 전쟁후 미군점령지역으로 도주하였다가 체포되어 스트라스부르로 이송되었으며, 이미 예비조사가 끝난 이후 상황이어서 다섯 사람과 별도로 재판이 진행되었다.

49) Lumi Videla, Court of Appeals of Santiago, 26 September 1994.

50) Henckaerts, Jean Marie & Doswald-Beck, Louise, *Customary International Humanitarian Law*. Vol. II, Cambridge University Press, 2005, pp. 352-371.; 같은 사람, *Customary International Humanitarian Law*. Vol. II, Cambridge University Press, 2005, pp. 2363-2493.

만 아니라 민간법정의 정치재판을 접근하는 틀이 될 것이다.

2.1 호주군사법원

일본군 제8방면군 소속 특무상사 시게루 오하시와 요시부미 코마다는 다른 5인의 헌병과 함께 1인의 혼혈인과 17인의 원주민을 살해한 혐의로 기소되었다.⁵¹⁾ 법적 기초는 호주의 전범처벌법(War Crimes Act 1945)과 형법이었다. 피고인들은 뉴 브리튼(뉴기니 인근 섬) 원주민들의 태업과 일본점령군에 대한 적대적인 행동(무기은닉, 폭행)을 <일본군형법>상 전쟁범죄로 규정하고 약식재판으로 이들을 참수하였다. 일본군 제8방면군 사령관 이마무라 육군 대장은 1944년 4월 원주민이 저항하자 부나리마 지역에 비상조치를 선포하고, 비상사태를 이유로 군사재판 대신에 약식재판에 회부하였다. 비상사태 하에서는 칙령(勅令)에 따라 단위 부대장이 직권으로 약식재판을 시행할 수 있었기 때문에 이마무라 대장은 현지에 즉결재판소의 설치를 지시하였고, 단위부대장에게 재판소의 설치와 구성, 형벌에 대해 광범위한 재량권을 부여하였다.

이 사건에서 호주군사법원 군변호사(Judge Advocate)는 “원주민 사망자들이 공정하고 합당한 재판을 받았고, 그러한 재판이 일본 정부에 의해 지시된 것이고, 피고인들이 그러한 재판과 처형에 참여할 권한이 있었다는 점이 증명된다면, 피고인들은 무죄”라는 견해를 피력하면서 공정하고 합당한 재판에 대한 기준을 다음과 같이 제시하였다. 첫째로, 피고인들에 대한 유죄의 예단이나 편견을 진지하게 거부하고 사건에 대한 나름의 공통 지식을 활용하면서 증거에 입각하여 재판하려는 사람들로 구성된 법정에서 의해 사건이 다루어야 한다. 둘째로, 피고인들은 자신들에게 부과된 죄책의 정확한 성격을 알아야 한다. 셋째로, 피고인들은 사건에 대하여 자신의 견해를 제시하고, 이를 뒷받침할 증거를 제출할 온전한 기회를 향유해야 한다. 넷째로, 법원은 피고인들에게 형벌을 부과하기 전에 그들의 유죄에 대하여 만족스러운 상태에 도달해야 한다. 다섯째로, 형벌은 인류의 감정을 벗어나는 정도에 이르러서는 안 된다. 호주군사법원은 원주민에 대한 재판이 50분 만에 졸속으로 끝났다는 점, 변호인이 없었다는 점, 사형의 집행이 서둘러 진행되었다는 점을 들어 약식재판 관여자들에게 유죄를 인정하였다.⁵²⁾

51) CASE No. 26(TRIAL OF SERGEANT-MAJOR SHIGERU OHASHI AND SIX OTHERS, AUSTRALIAN MILITARY COURT, RABAU, 20TH - 23RD MARCH, 1946), United Nations War Crimes Commission, Law Reports of Trials of War Criminals, Vol. V, 1948, pp. 25-31.

52) 호주군사법원은 시노하라 사건에서 칸반구루 원주민 두 사람에 대해 일본군사법원의 판사들이 공정하고

2.2 미국군사법원

일본군 군법회의의 관여자들에 대한 세 건의 재판에서 미국군사법원은 한 걸 같이 재판의 공정성 훼손이 <전쟁의 법과 관습> 위반으로서 전쟁범죄에 해당한다고 보았다. 첫 번째 사건은 오카다 류헤이와 와코 유세이에 대한 재판이다.⁵³⁾ 상하이에 주둔하는 일본군 제13과견군 소속 일본군 중위 와코 유세이(법률가)와 소위 오카다 류헤이(비법률가)는 군사재판의 판사로서 미군 조종사 8인을 불법적으로 재판하여 처형하였다. 미군 조종사들은 1942년 4월 18일 일본 제철기업, 정유시설, 비행기공장을 공습하다가 비상착륙하여 일본군에 체포되었다. 일본의 진주만 공습에 대한 반격으로 일본과 그 점령지에 대한 미군의 공습(미국 공군 대령 제임스 두리틀이 기획함)이 지속되었다. 일본은 공습에 참여하여 낙오한 미군 조종사들을 포로로 대우하지 않고 전쟁범죄로 처벌하고자 <적군 비행사처벌법>을 도입하였다. 8인의 미군 조종사들은 도쿄에서 52일간 독방에 감금되었으며 조사과정에서 줄곧 고문을 당했다.⁵⁴⁾ 이들은 상하이 외곽에 있는 기양관 군교도소로 이감되어 군사재판을 받은 후 처형되었다. 미국군사법원은 오카다와 와코가 미군 조종사들에게 공정한 재판, 변호인, 통역, 방어기회를 제공하지 않고 허위 및 기만적인 죄목으로 재판하고 처형했다는 점을 들어 유죄를 인정하였다.

두 번째 사건은 이사이마와 스키우라에 대한 재판이다.⁵⁵⁾ 타이완 주둔 일본군 제10방면군 장교 6인이 타이완 타이호쿠에서 1945년 4월 14일부터 19일 사이 그리고 1945년 5월 21일부터 6월 19일 사이에 군사법원의 구성원으로서 14인의 미군 포로를 처형하였다. 미국군사법원은 미군병사들에 대한 몇몇 조사기록이 조작되었다는 점(조작된 진술

적절한 재판을 확보해지지 않았다는 이유로 5년형을 선고하였으나 관할관은 이 판결을 승인하지 않았다. CASE No. 27(TRIAL OF CAPTAIN EITARU SHINOHARA AND TWO OTHERS, AUSTRALIAN MILITARY COURT, RABAUL, 30TH MARCH - 1ST APRIL, 1946), United Nations War Crimes Commission, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. V, 1948, pp. 32-36.

53) CASE No. 25(TRIAL OF LIEUTENANT-GENERAL SHIGERU SAWADA AND THREE OTHERS UNITED STATES MILITARY COMMISSION, SHANGHAI, 27TH FEBRUARY, 1946 - 15TH APRIL, 1946), United Nations War Crimes Commission, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. V, 1948, pp. 1-24.

54) 실제로 일본 본토 및 점령지를 공습하다 낙오한 비행사들 대다수는 형식적인 재판도 없이 처형되었다. 도쿄에 설치된 극동군사재판소는 미군조종사에 대한 처형을 전쟁범죄로 다루었다. 이에 대해서는 Boister, Neil & Cryer, Robert(eds.), *Documents on the Tokyo International Military Tribunal: Charter, Indictment and Judgements*, Oxford University Press, 2008, pp. 541-545.

55) CASE No. 32(TRIAL OF LIEUTENANT GENERAL HARUKEI ISAYAMA AND SEVEN OTHERS, UNITED STATES MILITARY COMMISSION, SHANGHAI, 1ST-25TH JULY, 1946), United Nations War Crimes Commission, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. V, 1948, pp. 60-65.

을 확보하던 때 임석했던 통역은 14인의 미군 병사중 누구도 무차별적 폭격과 기총소사 사실을 인정하지 않았다고 증언함), 미군병사들이 자신들에게 유리한 증거나 증인을 얻을 기회를 확보하지 못한 점, 14인의 미군병사에게 문서나 증거가 전혀 통역되지 않은 점, 이들이 변호사의 도움을 받지 못한 점⁵⁶⁾을 확인하고 군사재판 관여자들에게 유죄를 인정하였다.

세 번째 사건은 다나카 히사쿠사 및 5인에 대한 재판이다.⁵⁷⁾ 홍콩에 주둔한 일본군 제23군 장교 6인이 미군 소령 후오크(Huouk)에 대하여 불법적인 재판과 처형을 시행하거나 지시했다는 사유로 <전쟁의 법과 관습> 위반으로 기소되었다. 1945년 1월 5일 미군소령은 홍콩항 공습에 참여하였으나 피격되어 일본군에 생포되었다. 비군사적인 민간시설에 대한 공격은 전쟁범죄에 해당하기 때문에 미군 조종사는 민간선박 격침과 관련해서 조사를 받았다. 그는 예심과정에서 민간선박을 격침시킨 사실은 인정하였으나 공격할 의도가 없었다는 점을 거듭 진술하였다. 도쿄 국방성 법무국은 민간선박에 대한 폭격 사실이 분명하다면 기소해야 한다고 군검사에게 회신하였다. 미군 조종사는 30톤급 중국 민간 선박을 폭격하고 침몰시켜 중국 민간인을 사망하게 했다는 죄목으로 <적군비행사 처벌법>⁵⁸⁾에 따라 사형을 선고받고 곧바로 처형되었다. 미국군사법원은 당시 통역자와 증인을 통해 미군소령이 민간선박을 공격할 의도가 없었다고 분명하게 진술한 점, 미군소령에게 변호인이 없었다는 점, 변론을 준비하거나 증거를 확보할 기회가 제공되지 않은 점, 소령 자신 이외에는 어떠한 증인도 없었다는 점, 재판이 2시간 만에 끝났다는 점을 확인하고 재판관여자들에게 유죄를 인정하였다.

56) 피고인들은 당시 일본법에 따르면 예심조사결과가 법정에서 그대로 증거로 인정되거나 피고인들에게는 변호인이 허용되지 않는다고 항변하였다. 당시 도입된 일본의 전시특별법(戰時犯罪處罰ノ特例ニ関スル法律, 1941.12.19)은 일반형사사건(일부)에서 변호인의 선임을 제한하고 검찰 및 경찰의 조서에 증명력까지 부여하였다.

57) CASE No. 33(TRIAL OF GENERAL TANAKA HISAKASU AND FIVE OTHERS, UNITED STATES MILITARY COMMISSION, SHANGHAI, 13TH AUGUST-3RD SEPTEMBER, 1946), United Nations War Crimes Commission, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. V, 1948, pp. 66-81.

58) 이 법 제2조 다음의 행위를 범한 자는 군형법에 따라 처벌된다. (b)비군사적 성격을 가진 사유재산을 파괴, 훼손 또는 소훼할 의도로 여하한 방법으로 폭격, 기총소사 또는 공격하는 행위

IV. 국내법정의 법조인소송

1. 전후(戰後) 독일의 법조인소송

전후 독일법원이 연합국통제위원회법률을 처벌근거로 삼았더라면 사법살인을 자행했던 나치 법조인을 모두 전쟁범죄나 인도에 반한 범죄로 처벌했어야 했을 것이다. 그러나 그와 같은 국제기준에서 벗어난 상황에서 독일의 하급심법원은 나치 법조인을 독일형 법상의 살인죄(모살죄)나 법외곡죄⁵⁹⁾로 처벌하고자 했다. 그러나 연방대법원은 나치 법조인들을 한 결 같이 무죄로 방면하였다.⁶⁰⁾ 전후 독일법원이 장착한 무기는 ‘당시 유효한 법이 지금에 와서 불법이 될 수 없다(Was damals Recht war, kann heute doch nicht Unrecht sein)’는 법률신주의적 면책론⁶¹⁾과 ‘자신의 확신에 따라 판단했다면 무죄’라는 사이비 확신범이론⁶²⁾이었다.⁶³⁾ 법률신주의는 소극적인 나치판사에게, 사이비 확신범이론은 광적인 나치판사에게 면책논거로 결정적으로 작동하였다.

1943년 독일인 애인과 성관계를 가졌던 헝가리 국적의 유대인 엔지니어 홀랜더는 특별재판소에서 인종상간죄로 사형을 선고받고 처형되었다. 1952년 특별재판소의 판사를 재판한 카셀 지방법원은 법정형이 징역형인 범죄에 대해 사형판결을 내린 것은 오판이지만 나치적 확신에 기해 그와 같이 판결했다면 법외곡의 고의가 존재하지 않는다고 판단하였다.⁶⁴⁾ 그런데 확신이 고의나 책임을 조각한다는 확신범이론은 이 세상 어느

59) 독일형법 제339조(법외곡) 법관, 기타 공무원 또는 중재법관이 법률사건을 지휘하거나 재판함에 있어 당사자 일방에게 유리하게 또는 불리하게 법률을 왜곡한 경우에는 1년 이상 5년 이하의 자유형에 처한다.

60) Spindel, Günter, *Rechtsbeugung durch Rechtsprechung: Sechs strafrechtliche Studien*, De Gruyter, 1983, S. 21ff.

61) 한국 법무부가 펴낸 독일형법 번역본은 Rechtsbeugung을 ‘법률왜곡’으로 옮겨놓았다. 왜곡의 대상이 실정법에 국한되는가, 악법을 적용하면 면책되는가와 관련해서 심각한 논란을 고려하지 않았다. 초실정법적인 자연법(überpositives Naturrecht)이 왜곡의 대상이 된다면 악법 적용도 법외곡이기 때문이다. Rudolph, Hans-Joachim, “§339 Rechtsbeugung(1997)”, Rudolphi/Horn/Günther/Samson, *Systematish Kommentar zum StGB*, Luchterhand, 1996, Rn. 10.

62) Müller, *Furchtbare Juristen: Die Unbewältigte Vergangenheit der Deutschen Justiz*, S. 277.

63) 이재승, “법외곡죄와 정치사법”, 민주법학 14호, 민주주의법학연구회, 1998, 184-210쪽.

64) 카셀 지방법원은 1950년 최초판결에서 ‘당시의 유효한 법(혈통보호법)은 법원에 구속력이 있으며, 이 법의 적용은 법외곡에 해당하지 않는다’고 판시하였다. 검찰측의 항소로 파기환송된 후 다시 카셀법원은 1952년 3월에 무죄판결을 선고하였다. Müller, Ingo, “Die Verwendung des Rechtsbeugungstatbestands zu politischen Zwecken”, *Kritische Justiz*, Vol 17, No 2, 1984, S. 119-141. 나치시대에 인종상간죄를 적용하여 사형을 선고한 건수는 다섯 건 정도로 알려졌다. 연합국 군사재판소는 이러한 재판을 선별하기 매우 용이했으리라고 짐작된다. 점령체제가 종료한 후 독일법원이 인종상간죄로 사형을 선고한 나치판사에게 무죄를 선고한 것은 그만큼

형법체계에서도 찾을 수 없는 논리이다. 히틀러 암살 모의(1944년 7월 20일 모의)에 가담한 신학자 본회퍼, 군사법원판사 칼 작, 해직판사 한스 폰 도나니, 카나리스 제독 등은 균형법상 반역죄로 친위대-즉결처형재판소(SS-Standgericht)에 의해 사형을 선고받고 1945년 4월 8일 플로센부르크 수용소에서 처형되었다. 1955년 아우구스부르크 지방 법원은 이 사건의 재판장 오토 토오벡에게 살인방조죄를 적용하여 4년 징역형을 선고하였는데 1956년 연방대법원은 당시 법대로 한 행위를 지금의 기준으로 비난할 수 없다며 무죄를 선고하였다.⁶⁵⁾ 한스-요아힘 레제는 정치범 도살장인 인민재판소의 소장 롤란드 프라이슬러의 배석판사로 최소한 231건의 사형판결에 서명하였다. 1967년 베를린 지방 법원이 레제에게 세 건의 살인방조와 네 건의 살인미수방조로 5년의 징역형을 선고하였으나 연방대법원은 레제가 법관독립성 아래서 자신의 확신에 따라 서명하였다면 살인죄의 고의를 인정할 수 없다고 판단하였다.⁶⁶⁾

1974년 개정을 통해 법외곡죄 조문에서 ‘고의로(vorsätzlich)’라는 문구가 삭제되자 이제 미필적 고의만으로도 법외곡죄가 성립할 수 있게 되었다. 이러한 배경에서 독일법원은 통일 이후 이데올로기적으로 편향된 판결을 했다는 이유로 동독 판사들을 법외곡죄로 처벌하였다.⁶⁷⁾ 그런데 이러한 유죄판결은 법외곡죄의 성립요건이 완화되어 나타난 효과라고 보기 어렵다. 실제로 1960년 독일법원은 소련점령지역인 마그데부르크에서 여호와의 증인들을 간첩죄와 보이코트 선동죄로 징역형을 선고한 후 서독으로 이주한 판사를 법외곡죄로 처벌한 적이 있었기 때문이다.⁶⁸⁾ 당시 법원은 “형법 제336조(구형법상 법외곡죄)의 책임제한은 오로지 인적 및 물적으로 독립된 법관에게만 인정된다. ……온갖 외적 형식에 있어서만 법원판결과 공통성을 지닐 뿐, 실제로 행정적 말살처분에 지나지 않는 관헌적 조치에 협력하는 법관에게는 형법 제336조의 특권은 인정되지 않는다.”⁶⁹⁾는 체제차별적인 시각을 견지하였다. 나치법관은 독립된 법관으로서 특권을 향유해야

충격적이다.

- 65) “... 당시에 레지스탕스에게 저항활동을 이유로 유죄판결을 한 법관이 당시 법률의 구속에서 직면하여 레지스탕스에게 ... 예컨대 초법률적 긴급상태라는 정당화사유가 존재하는지의 문제를 규명하지 않고, 그를 내란죄로 책임을 물어 사형판결을 내려야 한다고 믿었다면, 그러한 법관을 오늘날 형법적 관점에서 비난할 수 없다.”BGH, Urteil vom 19. Juni 1956 - Az. 1 StR 50/56.
- 66) BGH, Urteil vom 30. April 1968 - 5 StR 670/67.
- 67) BGH, Urteil vom 15 September 1995 - Az. 5 StR 713/94; BGH, Urteil vom 16. November 1995 - Az. 5 StR 747/94; BGH, Urteil vom 10. Dezember 1998 - Az. 5 StR 322/98.
- 68) BGH, Urteil vom 16. Februar 1960 - 5 StR 473/59.
- 69) 인용은 Müller, Die Verwendung des Rechtsbeugungstatbestands zu politischen Zwecken”, S. 128.

하지만, 동독법관은 행정적 말살조치의 시행자이므로 설자리가 없다는 것이다. 독일법원은 이데올로기적 편향(반공주의)과 진영논리에 입각해서 법외공죄를 자의적으로 적용한 것이다. 이와 같이 이중적인 왜곡을 통해 법외공죄가 차별적으로 작동함으로써 법외공죄는 독일법조의 추문이 되었다.

최근 국내에서 독일의 법외공죄를 벤치마킹하여 판사의 사법농단을 제어하자는 견해가 반향을 일으키고 있다.⁷⁰⁾ 상징주의 운동으로 수용할 수는 있지만 과학적인 통찰이라고 보기 어렵다. 법외공죄를 도입해야만 판사를 처벌할 수 있다는 주장은 자칫 잘못하면 (법률불소급원칙 운운하면서) 판사들의 과거 사법살인부터 면책시키는 분위기를 조성하지 않을까 우려된다. 법외공죄가 없더라도 판사의 범죄는 이론상 다각도로 처벌할 수 있는데 법외공죄를 반드시 도입해야 하는지 의문이다. 또한 앞서 논의한 바와 같이 나치 시대부터 지금까지 독일에서는 법외공죄가 존재했음에도 불구하고 법외공행위를 처벌하지 못했다는 사실에 유의해야 한다. 법외공죄의 도입에 앞서 세 가지 핵심 쟁점을 제시해보겠다. 첫째로, 법외공죄에서 법이 무엇을 의미하는 지이다. 만일 악법도 법이라는 전제가 수용된다면 법외공죄의 성립범위는 매우 제한적일 수밖에 없게 된다. 둘째, 왜곡의 본질을 개인의 심정에서 찾을 것인지, 아니면 지배적인 관행이나 이론으로부터의 이탈 정도로 판단할 것인지도 문제이다. 전자에 따르면 심정의 연금술이 횡행할 것이고, 후자를 고집하면 비판적이고 원칙적인 법조인들이 도리어 처벌의 위협에 처한다. 셋째로, 사적 부패로서 법관범죄와 체제범죄로서 법관범죄에서 법외공죄의 기능방식이 본질적으로 다르다는 점이다. 전자의 경우에는 사적으로 부패한 법조인에게 법외공죄가 정상적으로 작동할 수 있지만, 후자의 경우에는 체제붕괴와 같은 비상적인 상황에서만 문제된다. 그러나 체제붕괴 이후에 구태여 체제범죄를 법외공죄로 접근할 까닭이 없다. 이 경우 법관의 해당 판결이 침해한 법익 유형(생명, 자유, 신체, 명예, 재산 등)에 따라 법관에게 형법의 해당죄목(살인죄, 체포감금죄, 강도죄, 횡령배임죄 등)을 적용하면 충분하기 때문이다.⁷¹⁾ 한국사회에 법외공죄를 도입하자는 제안은 자칫 체제범죄로서 법관범죄의 심각성을 희석시킬 뿐만 아니라 범죄의 성립 문턱을 높여 놓고 도리어 면책의 빌미만 제공할 공산이 크다.

70) 권희철 기자, “사법농단 재발방지, ‘법외공죄’가 답이다”, 한겨레신문(2018.11.05), http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/868830.html

71) 예컨대, 인혁당사건에서 사형선고에 동의한 판사에게는 살인죄를, 무고한 자에게 징역형을 선고한 판사들에게는 불법체포감금죄로, 구로농지사건에서 토지소유자들의 권리를 박탈한 판사들에게는 강도죄가 적용가능하다.

2. 아르헨티나 멘도사 법정

1976년부터 1983년까지 존속한 아르헨티나 군사정부는 인권운동가, 비판적 언론인, 지역활동가, 노조운동가 등에 대해 실종정책을 추진하였다. 더러운 전쟁(*guerra sucia*)에서 살해당하거나 실종된 희생자는 공식통계에 의하면 7,600명이고, 민간단체의 추계에 따르면 그 수는 30,000명에 이른다. 군사정권은 포클랜드 전쟁의 패배, 경기침체와 부채 급증으로 붕괴하고 1983년 선거에서 인권변호사 출신 라울 알폰신이 당선되었다. 그는 ‘실종자 국가진상조사위원회’를 발족시키고 위원회는 1984년 보고서 <눈카 마스>를 채택하였다. 1985년 부에노스 아이레스 연방항소법원은 호르헤 라파엘 비텔라 장군을 포함하여 군사평의회 지도부를 비롯하여 수백명의 군고위장교들을 처벌하였다. 이에 불안을 느낀 중하급 장교들이 반발하고 특수부대가 반란을 일으키자 의회는 기소중지법(*La Ley de Punto Final*, 1986)과 복종면책법(*La ley de Obediencia Debida*, 1987)을 도입하였고, 이로써 과거청산작업은 사실상 중단되었다.⁷²⁾ 새로이 집권한 신자유주의자 카를로스 메넴(1989-1990)은 비텔라 장군까지 사면하였다.

1998년부터 2005년 사이 아르헨티나에서 불처벌의 기조는 급변하였다. 의회는 기소중지법과 복종면책법을 폐지하였고, 항소법원(최고형사법원)은 전쟁범죄에 대한 사면을 위헌으로 선언하였으며, 정부는 2003년 공소시효부적용협약에 가입하였다. 2015년 아르헨티나 의회는 국제형사재판소규정상의 인도에 반한 죄, 집단살해죄, 전쟁범죄에 대해 대사(*amnesty*), 사면(*pardon*), 감형(*commutation*)을 금지하는 법을 제정하였다.⁷³⁾ 이리하여 군사테러통치 아래서 자행된 인권침해범죄를 처벌할 수 있는 법적 토대가 완비되었다. 법원은 더러운 전쟁에 가담한 고위공직자, 군장교, 공무원, 노동운동 탄압에 앞장섰던 기업인, 심지어 판사들까지도 인도에 반한 죄로 처벌하였다. 그 처벌 규모는 2017년까지 이미 600여명을 넘어서고 있다. 과거 나치전범들의 은신처에 불과했던 아르헨티나는 현재 지구적 인권운동의 진앙으로 변모하였다.⁷⁴⁾ 군부독재가 단기간 존속하고, 조사법적인 인권침해가 대규모로 자행되고, 가해자와 피해자가 명료하게 구분되는 특성으로 인해 이와 같은 철저한 청산이 가능하게 되었다고 여겨진다.

72) 기소중지법은 향후 60일 이내에 기소절차를 마감하라는 법이었고, 이에 따라 300여명의 장교들이 기소되었으나 복종면책법이 통과됨으로써 하급장교들은 전적으로 면책되었다.

73) Ley 27156 Prohibición de Indultos, Amnistía y Conmutación de Penas en Delitos de Lesa Humanidad(2015).

74) Sikkink, Kathryn, “From Pariah State to Global Protagonist: Argentina and the Struggle for International Human Rights”, *Latin American Politics and Society*, Vol. 50, No. 1, 2008, pp. 1-29.

멘도사 지역(아르헨티나에서 네 번째로 큰 광역도시권)에서 자행된 인권범죄를 처벌하기 위해 대규모 법정(멘도사 법정 또는 메가 법정(megacausa)⁷⁵)은 2014년에 인권범죄자 28인에 대해 재판을 시작하였다. 이러한 피고인들과 관련된 인권 피해자들은 대략 200여명에 이르렀다. 멘도사 법정은 200회 이상 사건을 심리하였고, 300명 정도의 증인의 증언을 듣고서 2017년 7월에 형을 선고하였다.⁷⁶ 법원은 피고인 28인중 4인에게 무죄를 선고하고 나머지 모두에게 유죄를 인정하였다.⁷⁷ 멘도사 법정은 더러운 전쟁에 관여한 피고인들의 행위가 인도에 반한 죄에 해당한다고 보고 아르헨티나 헌법(특히 제75조 제22호⁷⁸)과 공소시효부적용협약에 따라 해당범죄의 공소시효를 배제하였다. 이 재판에서 가장 높은 지위에 있는 인물은 톨란도 카리조, 루이스 미레트, 길레르모 레카바렌, 오티리오 로마노 등 연방판사 4인이었다. 군사독재 당시 30대 후반에서 40대 중반이었던 이들이 피해자 또는 그 가족들의 인신보호청원을 묵살한 것이 주로 문제되었다.

뉘른베르크 범조인소송에서 주요범죄로 다루어진 사법살인에 비하면 멘도사 법정에서 범조인의 범죄는 사소한 행위처럼 보인다. 그러나 독재 체제가 범조인을 활용하는 방식에 따라 범조인의 범죄는 달라질 뿐이다.⁷⁹ 독재자들은 정치적 반대자를 제거하는데 특별법정이든 군사법정이든 법원을 대체로 활용한다. 그러나 아르헨티나 군사독재자들은 법원에 대해 극단적인 불신을 가지고 있었다. 아르헨티나 군사독재기간에 독일이나 한국에서 빈발한 사법살인은 한 건도 존재하지 않는다. 아르헨티나 군사정부는 적을 제거하는 데에 사법절차가 비효율적이라고 보았을 뿐만 아니라 공개적인 재판이 초래할 국제적인 비판을 우려했다. 군사정부는 가톨릭 국가인 아르헨티나에서 사형제도까지 새로이 도입했음에도 불구하고 이를 전혀 활용하지 않았던 것이다. 대신에 군사정부는 군대를 동원하여 정치적 적대세력을 조사법적으로 신속하게 처리하였다. 아르헨티나

75) 메가법정(mega-justice, mega-trial)은 특정한 부류에 대하여 대규모로 진행되는 재판을 의미한다. 뉘른베르크 재판, 극동군사재판, 구유고전법재판, 르완다재판을 예로 들 수 있다.

76) sentencia N°.1718. 200여명의 피해자들이 증인으로 나와 각각의 피해사실 진술하였기 때문에 멘도사 법정의 판결문은 무려 2천 페이지에 이른다.

77) 미주인권위원회는 멘도사 법정의 판결을 환영하는 성명서를 발표하였다. OAS, "IACHR Welcomes Historic Decision of the Federal Oral Court of Mendoza, Argentina(2017-8-29)", https://www.oas.org/en/iachr/media_center/PReleases/2017/128.asp

78) "(의회는) 다른 국가들 및 국제기구들과 체결된 조약 및 교황청과의 협약에 동의하거나 거부할 수 있다. 조약과 협약은 법률보다 우선한다."

79) Solomon Jr., Peter H., "Courts and Judges in Authoritarian Regimes", *World Politics*, Vol. 60, No. 1, 2007, pp. 122-145.

사법부가 군사정부에 충직했다고 보기보다는 정부의 정책을 적극적으로 수행할 기회가 없었다.⁸⁰⁾ 그러면 왜 법조인이 멘도사 법정에서 심판을 받았는가? 초법적인 절차에 따라 납치된 대다수 피해자들을 보호하는 유일한 수단이 인신보호청원(habeas corpus petition)이었다. 물론 판사가 인신보호청원의 취지를 존중하려고 하더라도 가해자들이 납치사실을 부인한다면 피해자들을 보호할 수도 없을 것이고, 이러한 상황에서 실종자들을 보호하지 못했다는 이유로 판사를 처벌할 수 없을 것이다.⁸¹⁾ 그런데 아르헨티나에는 거부된 인신보호청원은 기속독점주의의 예외로서 일종의 사인소추로 전환되었다. 문제의 판사들은 바로 이렇게 전환된 절차를 공소기각으로 마감하였다.⁸²⁾ 이러한 인신보호청원과 형사절차에 관여한 판사 또는 검사가 인권범죄를 알고 있거나 공모했거나 이를 조장하거나 은폐할 의도에서 인신보호청원을 묵살하거나 공소를 기각했다면 그것은 심각한 범죄임에 분명하다. 멘도사 법정은 바로 이러한 판사와 검사의 관여 행위를 인도에 반한 죄로 단죄하였다.

판사 롤란드 카리조는 폭행 및 협박을 수반한 체포감금죄(1건), 1개월 이상 구금 상태에서 폭행 및 협박을 수반한 체포감금죄(11건), 반역을 이유로 한 살인죄(1건), 주거침입죄(1건), 범죄자처벌에 관한 직무유기죄(1건), 불법단체 가입죄 등으로 유죄가 인정되었다. 법원은 이러한 개개의 범죄와 인도에 반한 죄를 경합범으로 보고 카리조에게 종신형과 영구적 명예상실형을 선고하였다. 나머지 두 명의 판사도 거의 동일한 죄목과 건수로 동일하게 처벌받았다. 롤란드 카리조와 짝을 이루었던 검사 오틀리오 로마노의 범죄 목록과 건수는 직책상 더욱 길다. 로마노는 군사독재기간 멘도사에서 검사로 재직하면서 수십 건의 불법납치·고문·불법침입·살인·강제실종에 관여하였고 군사독재가 종식된 후에는 연방판사로서 2011년까지 승승장구하였다. 로마노는 과거청산의 새로운 국면에서 더러운 전쟁과 관련한 자신의 행적이 드러나자 2011년 여행비자로 칠레로

80) 아르헨티나 군사정부는 쿠데타를 일으킨 날 대법원, 법무부, 지역고등법원을 숙청함으로써 사법부와 법의 지배를 무력화시켰다. 군사정부 기간에 150명의 판사를 강제로 해직시켰다. 새로이 임명되거나 유입된 모든 판사들은 군사정권의 정책을 따르겠다고 선서해야 했다. 쿠데타의 첫 해인 1976년 3월에서 12월 사이 90명의 인권변호사들이 불법적으로 납치되어 실종되었다. 투옥된 변호사는 100명을 넘었으며, 더 많은 변호사들은 해외로 망명하였다. 통계에 의하면, 군사정권 기간(1976-1983)에 132명의 변호사들이 보안부대에 의해 살해당했다. 법률가에 대한 이러한 대규모 학살과 박해는 다른 군사정권에서 찾아볼 수 없다. Pereira, Anthony W., *Political (In)justice*, University of Pittsburgh Press, 2005, pp. 117-139.

81) <눈카 마스>에 의하면 강제실종 과정 자체가 합법적 절차에서 비롯된 비율이 총강제실종자중 0.4%에 불과하다. 군사독재 초기 5년 동안에 인신보호청원이 받아들여진 예는 두 건이고, 그중 한 사람만 석방되었다.

82) Mignone, Emilio F. & Estlund, Cynthia L. & Issacharoff, Samuel, "Dictatorship on Trial: Prosecution of Human Rights Violations in Argentina," *Yale Journal of International Law*, Vol. 10, 1984, pp. 118-150.

넘어가 정치적 망명을 신청하였다.⁸³⁾ 그러나 칠레 대법원은 전쟁범죄와 인도에 반한 범죄 혐의자에게 망명을 허용하지 않고⁸⁴⁾ 2013년 로마노를 아르헨티나 당국에 인도하도록 결정하였다.⁸⁵⁾ 2014년 멘도사 법정은 폭행 및 협박을 수반한 체포감금죄(24건), 1개월 이상 구금 상태 하에서 폭행 및 협박을 수반한 체포감금죄(11건), 정치적 박해 상황에서 자행된 고문죄(28건), 반역죄와 관련한 살인죄(33건), 주거침입죄(1건), 범죄자처벌에 관한 직무유기죄(1건)와 인도에 반한 죄로 로마노에게 종신형과 영구적 명예상실형을 선고하였다. 이들을 단지 독직죄(직권남용죄나 직무유기죄) 유형으로 처벌하지 않고 개별적인 피해법익에 따라 다양한 죄목으로 처벌하고, 동시에 인도에 반한 죄로 다름으로써 멘도사 법정은 앞서 소개한 독일식 법외공죄의 폐단을 극복하였다.

V. 회한과 오욕의 시간

이영섭 대법관은 신군부의 뒤치다꺼리를 마무리하고 1981년 퇴임사에서 ‘회한과 오욕’의 시간을 언급하였다. 법관의 양심이 정의의 지성소(至聖所)가 아니라 양심의 도피처로 전락한 것에 대한 희미한 자성으로 들린다.⁸⁶⁾ 한국의 과거청산은 법률가의 책임과 직접적으로 대면하는 데에 실패하였다. 한쪽은 악법도 법이라는 직업적 에토스로 버티고, 다른 한 쪽은 공소시효의 장벽만 뚫는다. 국제사회는 전쟁범죄나 인도에 반한 죄의 공소시효 부적용 원칙을 국제관습법으로 이해한다. 공소시효부적용협약에 가입하지 않은 상황에서도 누군가 그러한 부적용 원칙을 국제관습법이나 강행규범으로 원용한다면 사법살인과 권력판결에 가담한 법조인을 단죄할 수 있을 것이다. 1987년 프랑스 법원은

83) 인도에 반한 죄와 망명권에 대해서는 Rikhof, Joseph, “Analysis: Judges as Perpetrators of War Crimes and Crimes Against Humanity”(2017.9.1.), <http://www.kirschinstitute.ca/judgesasperpetrators/>

84) 1951년 난민협약 제1조 F. 이 협약의 규정은 다음의 어느 것에 해당한다고 간주될 상당한 이유가 있는 자에게는 적용하지 아니한다.

(a) 평화에 반하는 범죄, 전쟁범죄 또는 인도에 반한 범죄에 관하여 규정하는 국제문서에 정해진 그러한 범죄를 범한 자.

(b) 난민으로서 피난국에 입국하는 것이 허가되기 전에 그 국가 밖에서 중대한 비정치적 범죄를 범한 자.

(c) 국제연합의 목적과 원칙에 반하는 행위를 행한 자.

85) BBC News, “Chile to extradite Argentina ‘Dirty War’ judge Otilio Romano”(2013.6.18.) <https://www.bbc.com/news/world-latin-america-22963004>.

86) Müller, Ingo, “Justiz ohne Gewissen – Justiz “nach bestem Wissen und Gewissen””, 2007, <https://www.ev-akademie-boll.de/fileadmin/res/otg/520507-Mueller.pdf>

리옹의 도살자로 불린 친위대 장교 클라우스 바르비(1913-1991)를 처벌하면서 인도에 반한 죄의 공소시효 부적용을 국제관습법으로 선언하였다. 1996년 이탈리아 군사법원은 1944년 민간인 학살을 자행한 나치 장교 에릭 프립케(1913-2013)를 전쟁범죄자로 처벌하면서 공소시효 부적용 원칙을 국제강행법이라고 선언하였다.⁸⁷⁾ 프랑스나 이탈리아 정부가 공소시효부적용협약에 가입하지 않았다는 점에 비추어볼 때 국제조약의 미가입은 처벌의 장애사유가 되지 않는다.⁸⁸⁾ 가장 큰 장애사유는 불처벌의 관행을 거부하고 인도에 반한 죄나 전쟁범죄에 대하여 보편적 관할권을 행사하면서 불처벌과의 담대한 투쟁을 전개하는 발타사르 가르손(Baltasar Garzón Real)⁸⁹⁾과 같은 법조인이 한국사회에 없다는 점이다. 국제법의 정신을 수용하여 유혈사법을 청산하기 위해 검사동일체의 원칙이나 기소독점주의를 타파하고 법조인 각자의 독립성을 완전하게 확보해주어야 한다.

국제법정 및 각국의 국내법정의 사례를 기준으로 서두에 거론한 일련의 권력판결을 평가해보겠다. 먼저 제주4.3군사재판과 여순군사재판을 검토해보자. 제주4.3군사재판은 다행히 재심절차를 통해 2019년 초 공소기각 판결이 내려졌다.⁹⁰⁾ 제주4.3군사재판을

87) 1944년 이탈리아 비아 라셀라에 진주한 독일군 33명이 공산당 게릴라들의 폭탄에 의해 살해되자 히틀러는 10배로 보복할 것을 지시하였고 프립케는 이탈리아 민간인 330명을 체포하여 아르테아틴 동굴에서 학살하였으며 실수로 다섯 명을 추가하여 학살하였다. 희생자중 75명은 유대인이었다. 제2차세계대전이 끝난 후 프립케는 아르헨티나로 도주하였고, 1994년 프립케는 이 사건에 대해 미국 ABC 뉴스 기자 샘 도날드슨과 인터뷰하였다. 그는 로마의 게슈타포 책임자 허버트 카를러의 명령에 따랐을 뿐이라고 주장하였다. 이 인터뷰 후 국제적인 공분이 일어나자 아르헨티나 당국은 프립케를 체포하였고, 아르헨티나 대법원은 이탈리아에 범죄인을 인도하라고 결정하였다.

88) 프랑스는 1964년 단일조항의 입법을 통해서 인도에 반한 죄의 공소시효를 폐지하였다.

89) 발타사르 가르손은 스페인의 최고법원(Audience Nacional)의 조사부판사의 일원으로서 전쟁범죄와 인도에 반한 죄의 위반자를 추적하여 기소하는 것으로 유명하다. 그는 이른바 ‘보편적 관할권’을 유례없이 행사하였다. 그는 영국에 머물던 피노체트에 대해 체포영장을 발부하였고, 1970년대 라틴 아메리카에서 자행된 콘도르 작전과 관련하여 미국부장관이었던 헨리 키신저의 심문을 요청하였고, 아르헨티나 군사독재 아래서 스페인 사람들의 실종과 관련하여 아르헨티나 장교들을 집단살해죄로 기소하였고, 판타나모에 수용된 5인을 기소하였고, 고문의 명분을 제공했다는 이유로 부시 행정부의 고위인물 6인(법무장관 곤잘레스, 법률자문관 존 유 등)에 대한 기소를 촉구하였다. 이랬던 그가 프랑코 독재 아래서 인권범죄를 자행한 재소자와 변호인간의 대화를 도청했다는 혐의로 2012년 조사부 판사 전원과 함께 법외공직로 처벌되어 판사직을 상실했다는 사실은 아이러니이다. 스페인의 인권피해자단체나 변호사협회는 발타사르 가르손에 대한 기소와 유죄판결을 과거청산을 무력화하려는 정치적 음모라고 비판하였다. Ambos, von Kai, Verletztes Weltgewissen(2012-03-08), *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, <<https://www.faz.net/aktuell/politik/staat-und-recht/rechtspersonen/baltasar-garzon-verletztes-weltgewissen-11675750.html>>. 검색일 : 2019.9.30.

90) 2019년 1월 17일 제주지방법원은 18인의 생존수형자의 재심법정에서 원래의 군사재판에서 범죄를 특정할 수 있는 공소장이 없다는 이유로 공소기각 판결(형사소송법 제327조 제2호 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때)을 내렸다.

다루었던 재심재판부는 공소장에 의한 유효한 공소제기가 없었다고 판단함으로써 제주 4.3군사재판의 허구성을 폭로하였다. 이러한 가짜재판이 전시에 이루어졌다면 전쟁범죄에, 평화시에 정치적 이유로 자국민에 대한 것이었다면 인도에 반한 죄에 해당한다. 최근에 영장없이 민간인을 체포하여 단심으로 처형한 여순군사재판에 대해 재심개시결정⁹¹⁾이 이루어졌기 때문에 제주4.3군사재판과 유사한 결론이 나오리라고 예상된다. 한국전쟁중 국방경비법 등에 근거하여 이루어진 졸속재판도 동일하게 평가해야 할 것이다. 다수의 재판들은 변호인의 입회를 부정하고 피고인들의 방어권을 박탈하고 합당한 증거들을 둘러싼 공방을 배제하고 무자격지들로 하여금 재판에 관여하게 하고 외부의 지시에 따라 결론을 정하고, 재판절차가 짧은 시간에 졸속으로 마무리되고, 판결문은 몇 줄에 불과하고, 재판결과에 대해 상소권을 부인하는 등 공정한 재판의 형식을 갖추지 못했기 때문이다. 공정한 군사 재판의 기준은 국제법에서 최근에 창설된 것이 아니라 제2차세계대전후 군사재판소에서 이미 확인되었던 것이다. 나아가 수많은 시국사건에서 민간법원의 정치적 재판도 군사재판과 마찬가지로 공정한 재판의 기준을 충족시키지 못한다. 특정한 세력에 대한 조직적 박해와 살육은 인도에 반한 죄에 해당한다. 인혁당사건, 긴급조치위반사건, 5.18내란음모사건, 독재에 저항한 조직사건 등 각종 시국사건에서의 정치재판이 그 실례들이다. 그런데 한국의 사법부는 체제범죄로서 법관범죄에 대한 처벌은 말할 것도 없고 국가배상마저 부정하였다. 대법원은 긴급조치 제9호가 사후에 위헌 무효가 되었기 때문에 이를 적용한 판사는 책임이 없고, 긴급조치 선포가 정치행위인 까닭에 국가도 책임이 없다고 판결하였다.⁹²⁾ 대법원은 독일법원이 법애곡죄를 무력화시키고 나치판사를 정당화했던 것과 동일한 논리로 법관을 면책시키고 나아가 국가의 책임도 부정하였다. 이와 같이 악법도 법이라는 맹목적인 교리가 대법관의 의식을 여전히 지배하고 있다.

91) 대법원 2019.3.21.자 2015모2229 결정.

92) 대법원 2014.10.27.자 2013다217962 결정.

참고문헌

1. 단행본

이재승, 국가범죄, 알피, 2010.

헤로도투스 저, 천병희 역, 역사, 도서출판 숲, 2009.

v. Brünneck, Alexander(hg.), *Ernst Fraenkel Gesammelte Schriften, Bd. 2(Nationalsozialismus und Widerstand)*, Nomos, 1999.

Fletcher, George, *Rethinking Criminal Law*, Oxford University Press, 2000.

Graver, Hans Petter, *Judges Against Justice: On Judges When the Rule of Law is Under Attack*, Springer, 2015.

Henckaerts, Jean Marie & Doswald-Beck, Louise, *Customary International Humanitarian Law*, Vol. I-II, Cambridge University Press, 2005.

Kirchheimer, Otto, *Politische Justiz*, Europäische Verlagsanstalt, 1993.

Meyer-Seitz, Christian, *Die Verfolgung von NS-Straftaten in der Sowjetischen Besatzungszone*, Berlin Verlag, 1998.

Montagu, Basil(ed.), *The Works of FRANCIS BACON*, Vol. 1, William Pickering, 1838.

Müller, Ingo, *Furchtbare Juristen: Die Unbewältigte Vergangenheit der Deutschen Justiz*, DIAMAT, 2014.

Pereira, Anthony W., *Political (In)justice*, University of Pittsburgh Press, 2005.

Perels, Joachim, *Das juristische Erbe des Dritten Reiches: Beschädigungen der demokratischen Rechtsordnung*, Campus-Verlag, 1999.

Spendel, Günter, *Rechtsbeugung durch Rechtsprechung: Sechs strafrechtliche Studien*, De Gruyter, 1983.

Steinweis, Alan E. & Rachlin, Robert D., *The Law in Nazi Germany: Ideology, Opportunism, and the Perversion of Justice*, Berghahn, 2013.

Ueberschär, Gerd R., *Der Nationalsozialismus vor Gericht*, Fischer Verlag, 1999.

2. 학술지

이름트루트 보야크 저, 혼다 미노루(本田稔)-박보석 공역, “프리즈 바우어 그리고 1945년 이후의 나치범죄의 극복”, *민주법학* 48호, 민주주의법학연구회, 2010, 391-422쪽.
이재승, “법왜곡죄와 정치사법”, *민주법학* 14호, 민주주의법학연구회, 1998, 184-210쪽.

Gruchmann, Lothar, “Ein Unbequemer Amtsrichter im Dritten Reich. Aus den Personalakten des Dr. Lothar Kreißig”, *Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte* Jahrg. 32, 1984, S.463-490.

Hacke, Gerald, “Der Dresdner Prozess 1947 im Spannungsfeld der politischen und Medialen Auseinandersetzung”, Jörg Osterloh & Clemens Vollnhals(hg.), *NS-Prozesse und Deutsche Öffentlichkeit, Besatzungszeit, frühe Bundesrepublik Deutschland und DDR*, Vandenhoeck & Ruprecht, 2011, S.167-188.

Lippman, Matthew, “The Prosecution of Josef Altstoetter et al.: Lawyers and Justice in the Third Reich”, *Dickinson Journal of International Law*, Vol. 16, 1998, pp.343-433.

Mignone, Emilio F. & Estlund, Cynthia L. & Issacharoff, Samuel, “Dictatorship on Trial: Prosecution of Human Rights Violations in Argentina,” *Yale Journal of International Law*, Vol. 10, 1984, pp.118-150.

Müller, Ingo, “Die Verwendung des Rechtsbeugungstatbestands zu politischen Zwecken”, *Kritische Justiz*, Vol 17, No 2, 1984, S.119-141.

Radbruch, Gustav, “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Unrecht”, *Süddeutsche Juristen-Zeitung* 1, 1946, S. 105-108.

_____, “Des Reichsjustizministeriums Ruhm und Ende. ZUM NÜRNBERGER JURISTEN-PROZESS”, *Süddeutsche Juristen-Zeitung* Jahrg. 3, Nr. 2, 1948, S. 57-64.

Rudolph, Hans-Joachim, “§339 Rechtsbeugung(1997)”, Rudolphi/Horn/Günther/Samson, *Systematish Kommentar zum StGB*, Luchterhand, 1996.

Sikkink, Kathryn, “From Pariah State to Global Protagonist: Argentina and the Struggle for International Human Rights”, *Latin American Politics and Society*, Vol. 50, No. 1, 2008, pp. 1-29.

Solomon Jr., Peter H., “Courts and Judges in Authoritarian Regimes”, *World Politics*, Vol.

60, No. 1, 2007, pp. 122-145.

Wassermann, Rudolf, “Fall 3: Der Nürnberger Jursitenprozeß”, Ueberschär, Gerd R., Der Nationalsozialismus vor Gericht, Fischer Verlag, 1999, S. 99-109.

Werkentin, Falco, “Scheinjustiz in der frühen DDR. Aus den Regieheften der Waltheimer Prozesse des Jahres 1950”, *Kritische Justiz* vol. 24, 1991, S. 333-350.

3. 기타자료

권희철 기자, “사법농단 재발방지, ‘법왜곡죄’가 답이다”, 한겨레신문(2018-11-05), <http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/868830.html>, 검색일: 2019.9.30.

Ambos, von Kai, Verletztes Weltgewissen(2012-03-08), Frankfurter Allgemeine Zeitung, <<https://www.faz.net/aktuell/politik/staat-und-recht/rechtspersonen/baltasar-garzon-ve-rletztes-weltgewissen-11675750.html>>, 검색일: 2019.9.30.

BBC News, “Chile to extradite Argentina ‘Dirty War’ judge Otilio Romano”(2013.6.18.), <<https://www.bbc.com/news/world-latin-america-22963004>>, 검색일: 2019.9.30.

Boister, Neil & Cryer, Robert(eds.), *Documents on the Tokyo International Military Tribunal: Charter, Indictment and Judgements*, Oxford University Press, 2008.

CASE No. 13(Trial of Robert Wagner), United Nations War Crimes Commission, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. III, 1948, pp. 23-55.

CASE No. 25(TRIAL OF LIEUTENANT-GENERAL SHIGERU SAWADA AND THREE OTHERS .UNITED STATES MILITARY COMMISSION, SHANGHAI, 27TH FEBRUARY, 1946-15TH APRIL, 1946), United Nations War Crimes Commission, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. V, 1948, pp. 1-24.

CASE No. 26(TRIAL OF SERGEANT-MAJOR SHIGERU OHASHI AND SIX OTHERS, AUSTRALIAN MILITARY COURT, RABAU, 20TH-23RD MARCH, 1946), United Nations War Crimes Commission, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. V, 1948, pp. 25-31.

CASE No. 27(TRIAL OF CAPTAIN EITARO SHINOHARA AND TWO OTHERS, AUSTRALIAN MILITARY COURT, RABAU, 30TH MARCH-1st APRIL, 1946), United Nations War Crimes Commission, *Law Reports of Trials of War Criminals*,

Vol. V, 1948, pp. 32-36.

CASE No. 32(TRIAL OF LIEUTENANT GENERAL HARUKEI ISAYAMA AND SEVEN OTHERS, UNITED STATES MILITARY COMMISSION, SHANGHAI, 1ST-25TH JULY, 1946), United Nations War Crimes Commission, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. V, 1948, pp. 60-65.

CASE No. 33(TRIAL OF GENERAL TANAKA HISAKASU AND FIVE OTHERS, UNITED STATES MILITARY COMMISSION, SHANGHAI, 13TH AUGUST-3RD SEPTEMBER, 1946), United Nations War Crimes Commission, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. V, 1948, pp. 66-81.

CASE No. 86(TRIAL OF HANS PAUL HELMUTH LATZA AND TWO OTHERS, BY THE EIDSIVATING LAGMANNSTRETT (COURT OF APPEAL) AND THE SUPREME COURT OF NORWAY, 18TH FEBRUARY, 1947-3RD DECEMBER, 1948), United Nations War Crimes Commission, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. XIV, 1949, pp. 49-85.

Müller, Ingo, “Justiz ohne Gewissen – Justiz “nach bestem Wissen und Gewissen”, 2007, <<https://www.ev-akademie-boll.de/fileadmin/res/otg/520507-Mueller.pdf>>, 검색일: 2019.9.30.

OAS, “IACHR Welcomes Historic Decision of the Federal Oral Court of Mendoza, Argentina(2017-8-29)”, <https://www.oas.org/en/iachr/media_center/PReleases/2017/128.asp>, 검색일: 2019.9.30.

Rikhof, Joseph, “Analysis: Judges as Perpetrators of War Crimes and Crimes Against Humanity”(2017.9.1.), <<http://www.kirschinstitute.ca/judgesasperpetrators/>>, 검색일: 2019.9.30.

United States Government Printing Offices, *TRIALS OF WAR CRIMINALS BEFORE THE NUERNBERG MILITARY TRIBUNALS*, Vol. III, Washinton, 1951.

[Abstract]

Proceedings against Lawyers

Lee, Jae-Seung*

This article aims at providing an overview of the rulings of international and foreign domestic courts on judicial murders or persecutions. The purpose of reviewing judicial crimes from the perspective of international or comparative law is to contribute to overcoming the bloody courts of Korea. Recently, a number of the victims of extrajudicial executions, mock trials and politically arbitrary trials committed in modern Korean history have been declared innocent by way of judicial retrial. However, none of the prosecutors or judges involved in such brutal trials were charged with responsibility. Only a few judicial crimes were prosecuted as international crimes by international courts. After World War II, lawyers who had applied or abused nazi-laws that persecuted Jews and foreigners were convicted of war crimes or crimes against humanity by the Nuremberg Military Tribunal. The French war crimes court also punished German lawyers who had committed judicial murders in Strasbourg. The Allied Military Tribunals, set up in Rabaul, Taiwan, Shanghai and elsewhere, punished members of the Japanese military courts who had executed indigenous insurgents or U.S. POWs in an unfair and arbitrary dossier trial. In general, punishments of judicial murders by domestic courts are even rarer, for judicial murderers could be prosecuted only if the old system of the judiciary would completely or fundamentally collapse. After the Allied occupation had been over, German lower courts tried to punish Nazi judges, but the Supreme Court always exonerated them by using bizarre logic. The fundamental question arises as to whether distortion of law(Rechtsbeugung) can function as means of control over judicial crimes. Argentina is in the process of cracking down on criminals who were involved in illegal kidnappings, illegal detentions, tortures or enforced disappearances under military dictatorship. In 2017, Mendoza court gave the life-long imprisonments to judges and prosecutors who had conspired, concealed or cooperated in these human rights violations

* Professor, Law School, Konkuk University

for crimes against humanity. Finally, the author argued that Jeju 4.3 military tribunals, military tribunals during the Korean War, as well as a series of political tribunals under authoritarian regimes, constitute war crimes or crimes against humanity in light of the above-mentioned rulings.

[Key Words] crimes against humanity, distortion of law(Rechtsbeugung), judicial murder, lawyer proceeding, Mendoza Court, Nuremberg Military Tribunal, political trial, war crimes