

# 뉘른베르크 國際戰犯裁判의 歷史的·法的 問題와 그 意味

－ 法史學的·法哲學的 論議를 중심으로 하여 －

梁 千 秀

(고려대·충북대 법대 강사)

1. 序 論
2. 뉘른베르크 國際戰犯裁判의 展開過程
3. 뉘른베르크 國際戰犯裁判의 法哲學的·國際刑事法的 問題
4. 뉘른베르크 國際戰犯裁判의 歷史的·法的 意味 - 結論을 대신하여

## 1. 序 論

작년인 2005년은 제2차 세계대전이 종전한지 60년이 되던 해였고, 동시에 나치 전범을 처벌하기 위해 독일 바이에른(Bayern) 주의 한 도시인 뉘른베르크(Nürnberg)에서 전범재판이 개최된 지 60년이 되는 해이기도 했다. 1945년 11월 14일부터 이듬해인 1946년 10월 1일까지 진행된 이 뉘른베르크 國際戰犯裁判은 역사적·법적인 측면에서 보았을 때, 여러 가지 중

대한 의미를 남기고 있다. 역사적으로 보면, 이 뉘른베르크 국제전범재판은 가깝게는 태평양 전쟁 종전 이후 1946년 5월부터 1948년 11월까지 진행되었던 도쿄 전범재판의 모범이 되었다. 나아가 이 전범재판을 통해 독일 제3제국을 이끌었던 수뇌부들이 ‘정당하게’ 처벌될 수 있었다. 또한 이 전범재판을 통해 그 동안 비밀리에 자행되었고, 오직 소문으로만 떠돌던 나치정권의 만행, 무엇보다도 유대인 학살 등이 공식적으로 밝혀질 수 있었다.<sup>1)</sup> 그리고 가장 중요한 것으로서 뉘른베르크 국제전범재판은 國際法, 특히 國際刑事法이 발전하는 데 결정적인 기여를 하였고, 현행 國際刑事裁判의 모태가 되기도 하였다. 그런 점에서 “1945년은 국제법의 전환점이 되는 해”<sup>2)</sup>였다.

그렇지만 이 뉘른베르크 국제전범재판은 긍정적인 평가만을 받은 것은 아니었다. 법학자들은 과연 어떤 근거에서 이 전범재판을 할 수 있었던 것인지, 이 전범재판은 法治國家原則을 준수한 것인지 문제를 제기하기도 하였다.<sup>3)</sup> 무엇보다도 이 뉘른베르크 전범재판은 그 당시뿐만 아니라 지금까지도 국제형사법의 기본원칙으로 승인되고 있는 ‘溯及效禁止原則’을 명백하게 침해했다는 비판을 받기도 하였다.<sup>4)</sup> 나아가 역사적인 견지에서 뉘른베르크 국제전범재판을 비판하는 견해도 없지 않았다. 가령 뉘른베르크 국제전범재판은 ‘獨·蘇 不可侵條約’을 근거로 하여, 독일과 함께 폴란드를 침공

1) P. Steinbach, Der Nürnberger Prozeß gegen die Hauptkriegsverbrecher, in: G. R. Ueberschär(Hrsg.), *Der Nationalsozialismus vor Gericht*, 2. Aufl., Frankfurt/M. 2000, S. 32.

2) G. Werle, Menschenrechtsschutz durch Völkerstrafrecht, in: *ZStW* 109(1997), S. 808.

3) S. Jung, *Die Rechtsprobleme der Nürnberger Prozesse, dargestellt am Verfahren gegen Friedrich Flick*, Tübingen 1992; E. Benda, Der Nürnberger Prozeß: Grundlage eines neuen Völkerrechts?, in: U. Schultz(Hrsg.), *Große Prozesse: Recht und Gerechtigkeit in der Geschichte*, München 1996, S. 340 ff.

4) R. Merkel, Nürnberg 1945, Militärtribunal. Grundlagen, Probleme, Folgen, in: *RJ* 14(1995), S. 510 ff.

한 구 소련의 행태 그리고 폴란드에서 소련이 저지른 만행을 간과했다는 비판을 받기도 하였다.<sup>5)</sup> 이 때문에 극우적인 경향을 지닌 역사가자나 저술가들은 심지어 뉘른베르크 국제전범재판을 국가사회주의에 대한 ‘최후의 공격(letzte Schlacht)’이라고 평가하기도 하였다.<sup>6)</sup>

이런 이유에서 뉘른베르크 국제전범재판은 재판 이후에도 많은 논란을 불러일으켰다. 그리고는 점차 그 의미가 퇴색되어, 이제는 단지 한 역사적인 사건으로 자리매김 되어가는 것 같았다. 그러나 1990년대 접어들어 옛 유고연방 지역에서 민족적·종교적 분쟁이 점차 심화되어 갔고, 이에 따라 1993년 2월 22일 유엔 안전보장이사회가 결의 808을 통해 구 유고연방 지역에서 중한 전쟁범죄를 저지른 범죄자를 소추하기 위한 국제형사재판을 마련하기로 하면서부터<sup>7)</sup> 뉘른베르크 국제전범재판은 새롭게 역사적·법적 의미를 얻게 되었다. 왜냐하면, 이 국제형사재판의 배후에는 바로 뉘른베르크 전범재판이 자리 잡고 있었기 때문이다.<sup>8)</sup>

지금까지 뉘른베르크 국제전범재판을 둘러싸고 진행된 논의를 보면, 뉘른베르크 국제전범재판은 역사적·법적인 시각에서 볼 때, 깊이 음미해야 할 쟁점들을 많이 안고 있음을 알 수 있다. 이 글에서는 이러한 쟁점들 중에서 법적인 측면에 논의를 집중시키고자 한다. 특히 법사학적·법철학적 그리고 국제형사법적인 측면에서 뉘른베르크 국제전범재판은 어떤 문제를 제기하고 있고, 또한 뉘른베르크 국제전범재판은 과연 ‘정당하게’ 이 문제를 해결한 것인지를 논의의 초점을 두고자 한다. 물론 전적으로 법적인 문제만을 다루는 것이 아니라 역사적인 문제, 특히 제2차 세계대전의 전개과정과 관련을 맺고 있는 역사적인 사실들과 연결하여, 뉘른베르크 국제전범재판의 법적인 문제들을 검토하고자 한다.

5) P. Steinbach, *Der Nürnberger Prozeß gegen die Hauptkriegsverbrecher*, S. 36.

6) 가령 D. Irving, *Der Nürnberger Prozeß: Die letzte Schlacht*, München 1979.

7) *International Legal Materials* 32(1993), S. 1203 ff.

8) R. Merkel, *Nürnberg 1945, Militärtribunal. Grundlagen, Probleme, Folgen*, S. 493.

## 2. 뉘른베르크 國際戰犯裁判의 展開過程

### (1) 歷史的 準備過程

1) 뉘른베르크 국제전범재판은 패전국의 정치적·군사적 수뇌부들을 ‘전쟁범죄자’로 규정하여 ‘국제형사재판절차’를 통해 법적인 처벌을 한 최초의 국제형사재판이었다. 물론 이미 오래 전부터 몇몇 사상가, 철학자들은 전쟁의 무자비성을 통제하기 위해 전범재판을 마련해야 할 필요가 있다고 주장하기도 하였다. 그러나 ‘전쟁권’은 특히 절대왕정의 등장과 더불어 ‘主權’ 개념이 성립하면서, 주권국가의 고유한 권리로 인정을 받게 되었다. 따라서 모든 주권국가는 자신의 정치적 목적을 실현하기 위해 방위전쟁뿐만 아니라 침략전쟁도 행할 수 있었다. 이는 19세기에 접어들어 국민국가 이념, 더 나아가 제국주의가 성장하면서 점차 확고한 것으로 승인되어 갔다. 다만 전쟁의 무자비함을 제한하고, 군인이 아닌 민간인 및 포로는 보호할 필요가 있다는 주장이 공감을 얻게 되었고, 그 결과 유명한 ‘헤이그 陸戰規則’이 1899년에 성립하게 되었다. 이를 통해 전쟁과정 중에 발생하는 전쟁범죄는 법적으로 통제할 수 있게 되었다. 그러나 전쟁에 대한 권리는 주권국가의 고유권한으로 여전히 엄격한 법적 통제에서 제외되었다.<sup>9)</sup>

그러나 1914년 제1차 세계대전이 발발하고 그 전까지는 전무했던 전쟁의 참상을 경험하면서, 전승국들은 패전국들을 법적으로 다루어야 할 필요가 있음에 공감하게 되었다. 이를 반영하듯, 1919년 6월 29일에 체결된 베르사유 平和條約 제227조는 구 독일제국의 황제인 빌헬름 2세를 기소할 것과, 이 빌헬름 2세를 재판하기 위한 법원을 마련할 것을 규정하였다.<sup>10)</sup> 그

9) R. Merkel, Nürnberg 1945, Militärtribunal. Grundlagen, Probleme, Folgen, S. 493-497.

러나 제1차 세계대전에 책임이 있는 구 독일제국의 빌헬름 황제나 핵심 정치가 그리고 군수뇌부들을 뉘른베르크 전범재판과 같은 국제전범재판으로써 처벌하는 데는 실패하고 말았다. 이들은 단지 정치적인 추방을 받거나, 독일 국내(바이마르 공화국)의 재판을 받아 2월에서 4년 사이의 금고형(Haftstrafe)을 받았을 뿐이다. 국제전범재판의 탄생은 제2차 세계대전의 발발 그리고 나치 독일의 패전과 이를 형법적으로 처벌하기 위한 뉘른베르크 국제전범재판이 마련될 때까지 기다려야 했다.

다만 제1차 세계대전을 경험한 세계 각국은 1928년 8월 27일 파리에서 ‘브리앙-켈로그 協約’을 체결함으로써, 침략전쟁을 법적으로 제한하기 위한 법적 근거를 마련하였다. 그러나 이 브리앙-켈로그 협약은 침략전쟁과 구분되는 방위전쟁을 어떻게 개념규정 할지를 각 주권국가에 일임함으로써,<sup>11)</sup> 침략전쟁의 정확한 범위가 어디까지인지를 여전히 불분명하게 남겨두고 있었다. 이러한 국제법적 상황에서 세계 각국은 제2차 세계대전을 맞이하였고, 전후 나치 전범을 처리하기 위해 뉘른베르크 국제전범재판을 마련하게 된 것이다.

2) 뉘른베르크 국제전범재판은 1945년 5월 8일 독일이 무조건 항복을 하면서 비로소 준비된 것이 아니었다. 그 이전부터 연합국 수뇌부들은 그 필요성을 논의하였다.<sup>12)</sup> 물론 제2차 세계대전 초기, 즉 독일이 아직 소련을 상대로 전쟁을 개시하기 전까지는 연합국 수뇌부들은 아직 전범재판의 필

10) *Der Vertrag von Versailles. Die amtlichen Texte*, 2. Aufl. 1926, S. 207.

11) 가령 브리앙-켈로그 협약은 다음과 같이 말한다: “모든 국가는 그 어느 때나 그 어떤 조약의 규정과는 상관없이 침입이나 공격으로부터 자신의 영토를 방위할 권한을 갖고, 모든 국가는 어떤 상황에서 방위전쟁이 필요한지에 관해 결정할 권한이 있다.” *American Journal of International Law* 22(1929), Supp., S. 109.

12) Lothar Kettenacker, *Die Behandlung der Kriegsverbrecher als anglo-amerikanisches Rechtsproblem*, in: G. R. Ueberschär(Hrsg.), *Der Nationalsozialismus vor Gericht*, 2. Aufl., Frankfurt/M. 2000, S. 17 ff.

요성을 진지하게 검토하지는 않았다. 왜냐하면, 독일군은 개전초기 서부전선 그리고 북아프리카 전선에서는 비교적 제네바 協約을 준수하면서 전쟁을 수행했기 때문이었다.<sup>13)</sup> 그러나 1941년 독일이 소련을 침공하고, 이에 따라 전쟁이 동부지역으로 확대되면서 비로소 뉘른베르크 국제전범재판과 같은 형식의 전범재판이 논의되기 시작하였다. 왜냐하면, 서부전선에서 진행된 전쟁과는 달리, 소련에 대한 독일의 전쟁은 독일 게르만 민족의 ‘生存領域(Lbensraum)’을 확보하고, 슬라브 민족과 공산주의자 그리고 동부지역에 거주하고 있는 유대인을 말살하기 위한 ‘抹殺戰爭(Vernichtungskrieg)’의 성격이 강했기 때문이다. 그 때문에 소련에 대한 전쟁과정에서 많은 슬라브인들과 유대인들이 독일 친위대(SS: Schutzstaffel)와 독일 국방군(Wehrmacht)에 의해 체계적·조직적으로 살해되었다.

이런 이유에서 이미 1942년 1월 13일에, 독일이 점령한 유럽 9개국의 대표들은 ‘성 제임스 宣言(Erklärung von St. James)’을 하게 되었다. 이 선언에서 점령지역 대표들은 점령지역에서 자행된 범죄에 대해 책임이 있는 자를 장차 재판을 통해 처벌할 것을 요구하였다.<sup>14)</sup> 나아가 1943년 미국, 영국, 소련 그리고 중국의 대표자는 나치 및 전쟁의 주요책임자들을 어떻게 처벌할 것인가 하는 문제를 논의하기도 하였다.<sup>15)</sup> 그리고 1943년 10월 30일에 있었던 “비인간적인 것에 관한 모스크바 會議宣言(Erklärung über Grausamkeiten auf der Konferenz in Moskau)”에서는 연합군이 ‘반인륜적인 것’, ‘학살’ 및 ‘집단처형’에 대한 증거물들을 갖고 있다는 점을 분명히 하였다.<sup>16)</sup> 그 후 1945년 2월 12일에 이루어진 알타회담에서는 “모든 전쟁

13) Lothar Kettenacker, Die Behandlung der Kriegsverbrecher als anglo-amerikanisches Rechtsproblem, S. 17.

14) R. A. Blasius, (Bearb.), *Dokumente zur Deutschlandpolitik*, 1. Reihe, 3. Bd., 1. Halbbd., Frankfurt/M. 1989, S. 32 f.; P. Steinbach, Der Nürnberger Prozeß gegen die Hauptkriegsverbrecher, S. 33에서 재인용.

15) P. Steinbach, Der Nürnberger Prozeß gegen die Hauptkriegsverbrecher, S. 33

16) H. Michaelis/E. Schraepfer(Hrsg.), *Ursachen und Folgen. Vom deutschen*

범죄자를 정의롭고 신속하게 처벌하는 것”이 연합군의 ‘확고한 의지’임을 분명히 하였다.<sup>17)</sup> 연합군은 이러한 목표를 포츠담 회담에서 다시 한번 확인하였다. 유럽의 세계대전이 끝난 이후인 1945년 8월 영국에서 진행된 국제 회의에서는 “유럽 樞軸國의 主要戰爭犯罪者 訴追 및 處罰에 관한 協約 (Abkommen über die Verfolgung und Bestrafung der Hauptkriegsverbrecher der europäischen Achse)”을 제정하였고, 동시에 1945년 8월 8일에는 “뉘른베르크 國際軍事法院에 관한 規約(Das Statut für den Internationalen Militärgerichtshof in Nürnberg)”이 조약내용으로 포함되었다. 이 규약을 통해 비로소 뉘른베르크 국제전범재판을 진행시키기 위한 역사적·국제법적인 기초가 마련되었다.<sup>18)</sup>

## (2) 뉘른베르크 戰犯裁判의 進行

위와 같이 역사적·법적 기초가 마련된 뉘른베르크 국제전범재판은 독일 제3제국의 제2인자이며 공군원수였던 괴링(H. Göring)을 필두로 한 23명을 被告人으로 하여 1945년 11월 14일부터 1946년 10월 1일까지 진행되었다. 그렇다면 왜 뉘른베르크에서 전범재판이 열린 것인가? 히틀러의 제3제국에게 뉘른베르크는 각별한 의미를 갖고 있었기 때문이다. 국가사회주의 독일노동자당의 전당대회가 이 뉘른베르크에서 열렸고, 악명 높은 인종법

*Zusammenbruch 1918 und 1945 bis zur staatlichen Neuordnung*, Berlin 1958; P. Steinbach, *Der Nürnberger Prozeß gegen die Hauptkriegsverbrecher*, S. 34 참고; 한편 이 선언의 내용에 대해서는 G. R. Ueberschär(Hrsg.), *Der Nationalsozialismus vor Gericht*, 2. Aufl., Frankfurt/M. 2000, S. 285-286(부록) 참고.

17) P. Steinbach, *Der Nürnberger Prozeß gegen die Hauptkriegsverbrecher*, S. 34; 알타회담에 관해서는 또한 Lothar Kettenacker, *Die Behandlung der Kriegsverbrecher als anglo-amerikanisches Rechtsproblem*, S. 27 ff. 참고.

18) P. Steinbach, *Der Nürnberger Prozeß gegen die Hauptkriegsverbrecher*, S. 34-35; 이 규약내용에 대해서는 G. R. Ueberschär(Hrsg.), *Der Nationalsozialismus vor Gericht*, 2. Aufl., Frankfurt/M. 2000, S. 295-301(부록) 참고.

(Rassegesetze)<sup>19)</sup> 역시 1935년 이 뉘른베르크에서 제정되었기 때문이다. 그만큼 뉘른베르크는 나치 독일에겐 특별한 의미가 있었기 때문에, 전범재판을 준비한 연합국은 의식적으로 이 나치의 상징적인 심장에서 나치가 저지른 범행을 재판하려고 한 것이다.

아래서는 이 전범재판의 진행과정을 裁判部, 原告, 被告人團 그리고 犯罪嫌疑를 중심으로 하여 살펴보려 한다.

#### 1) 裁判部 및 檢察

뉘른베르크 국제전범재판의 재판부는 승전 연합국인 영국, 미국, 프랑스, 소련을 대표하는 각 두 명의 법관, 총 8명의 법관으로 구성되었다. 재판장은 영국의 법관인 제프리 로렌스 경(Sir Geoffrey Lawrence)이 맡았다.

검찰 역시 영국, 미국, 프랑스, 소련을 대표하는 검찰로 구성되었다. 구체적으로 살펴보면, 영국을 대표하는 6명, 미국의 3명, 프랑스의 4명 그리고 소련을 대표하는 2명의 검찰이 원고인단을 구성하였다. 이 중에서 미국의 로버트 잭슨 검사(Robert H. Jackson)가 나치전범들을 訴追하는 데 주도적인 역할을 하였다.

#### 2) 被告人

뉘른베르크 국제전범재판의 피고인은 위에서도 언급하였듯이, 헤르만 괴링을 포함한 나치의 수뇌부 23명이었다. 이 가운데는 1941년까지 히틀러의 대리인이었던 루돌프 헤스(Rudolf Heß), 해군대장이자 해군총사령관이었던 칼 도니츠(Karl Dönitz), 육군원수이자 독일 국방부 최고사령관 빌헬름 카

---

19) 가장 대표적인 법률로는 1935년 9월 15일에 제정된 “독일인의 피와 혼인 보호법(Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre)”을 들 수 있다. 이 법률에 대한 간략한 내용으로는 I. v. Münch(Hrsg.), *Gesetze des NS-Staates*, München u.a. 1994, S. 120.

이텔(Wilhelm Keitel), 육군대장이자 국방부 참모본부장 알프레드 요들(Alfred Jodl), 군수장관이자 히틀러가 총애한 건축가이기도 한 알버트 슈페어(Albert Speer)가 포함되어 있었다. 원래 연합국 수뇌부들은 전범재판의 중요 피고인으로서 독일제국의 총통(Der Führer)인 히틀러 이외에 제2인자인 괴링, 선전장관인 요제프 괴벨스(Josef Goebbels), 히틀러 친위대(SS) 대장이자 유대인 학살을 주도한 하인리히 힘틀러(Heinrich Himmler) 등을 고려하고 있었다. 그러나 주지하다시피, 히틀러는 소련군에 의해 베를린이 함락되기 직전인 1945년 4월 30일 15시 30분 자신의 지하벙커에서 권총자살을 하였고, 괴벨스 역시 히틀러가 자살한 직후 그의 부인 그리고 자녀들과 함께 자살을 하였다. 힘틀러는 1945년 5월 6일 뉘른베르크 정부에 의해 모든 공직에서 파면된 후,<sup>20)</sup> 피난민에 섞여 이름을 숨긴 채 도주하다가 발각되자 자살하고 말았다. 이 때문에 이들은 애초부터 전범재판에 피고인으로 설 수 없었다. 또한 히틀러의 비서이자 대리인이었던 마르틴 보르만(Martin Bormann)은 행방불명이 된 관계로 부재중인 상태에서 피고인으로 소추되었고, 국가사회주의 독일노동자당(NSDAP) 제국의장이자 독일 노동전선의 지도자였던 로버트 라이(Robert Ley)는 전범재판이 시작하기 전에 자살하였다. 이런 이유에서 실제로 뉘른베르크 국제전범재판의 피고인석에 선 사람들은 괴링을 비롯한 21명이었다.<sup>21)</sup>

한편 뉘른베르크 국제전범재판부는 국가사회주의 독일노동자당의 정치지도부, 안전부(SD: Sicherheitsdienst), 국가비밀경찰(Gestapo: Geheime Staatspolizei) 그리고 국가사회주의 독일노동자당 친위대(SS)를 범죄조직으로 규정하였다.<sup>22)</sup>

20) W. Lüdde-Neurath, *Regierung Dönitz. Die letzten Tage des Dritten Reiches*, S. 88 ff.

21) 피고인 모두에 대한 상세한 명단은 G. R. Ueberschär(Hrsg.), *Der Nationalsozialismus vor Gericht*, S. 293-294 참고.

22) G. R. Ueberschär(Hrsg.), *Der Nationalsozialismus vor Gericht*, S. 292(부록).

## 3) 犯罪嫌疑

(a) 뉘른베르크 국제전범재판은 크게 세 가지 범죄혐의<sup>23)</sup>를 근거로 하여 피고인들을 소추하고 재판하였다. 즉 ‘평화를 해친 범죄(Verbrechen gegen den Frieden)’, ‘전쟁범죄(Kriegsverbrechen)’ 그리고 ‘반인륜범죄(Verbrechen gegen die Menschlichkeit)’가 그것이다.<sup>24)</sup> 우선 “평화를 해친 범죄”는 “국제조약, 협약 또는 확약에 위반하면서 침략전쟁(Angriffskrieg) 혹은 전쟁을 계획, 예비, 개시 또는 수행한 행위 그 자체나 또는 이러한 행위를 수행하기 위한 공동계획 또는 음모에 참여한 행위”를 말한다.<sup>25)</sup>

다음으로 전쟁범죄는 전쟁법률이나 전쟁관습에 위반한 행위를 말한다. 이 위반행위에는 점령지역 민간인을 살해하거나 학대, 강제노동 또는 그 밖의 다른 목적을 위해서 추방한 행위, 전쟁포로를 살해하거나 학대하는 행위, 인질살해, 공적·사적 재산 약탈행위, 고의적인 도시·시장·마을 파괴행위, 또는 군사적인 필요성이 없는 황폐화 행위가 포함된다.<sup>26)</sup>

마지막으로 반인륜범죄는 기본적으로 전쟁이전에 혹은 전쟁 중에 민간인에 대해 자행된 살해, 말살, 노예화, 추방 또는 다른 반인간적인 행위를 포함한다. 이외에도 전쟁수행 중에 정치적, 인종적, 종교적인 근거에서 행해진 형사소추 또는 법원이 관할권을 갖고 있는 범죄와 결부된 소추를 포함한다. 이 때 이렇게 나치에 의해 이루어진 형사소추가, 이 형사소추가 이루어진 국가(가령 독일제국이나 독일제국의 점령지역)의 법에 합치하는가 아

23) 이 세 가지 범죄혐의에 관한 (연합군측에 의해 제정된) 실정법적 근거로는 “전쟁범죄자 처벌에 관한 연합군 통제위원회 법률 제10호”(Gesetz Nr. 10 des Alliierten Kontrollrats über die Bestrafung von Personen, die sich Kriegsverbrechen, Verbrechen gegen Frieden oder gegen Menschlichkeit schuldig gemacht haben) 제2조 참고. 이 법률 원문은 P. Steinbach, Der Nürnberger Prozeß gegen die Hauptkriegsverbrecher, S. 295 ff. 참고.

24) P. Steinbach, Der Nürnberger Prozeß gegen die Hauptkriegsverbrecher, S. 35 ff.

25) P. Steinbach, Der Nürnberger Prozeß gegen die Hauptkriegsverbrecher, S. 35.

26) P. Steinbach, Der Nürnberger Prozeß gegen die Hauptkriegsverbrecher, S. 35.

다면 위반되는가 여부는 문제되지 않았다.<sup>27)</sup> 국제법 그리고 형법적인 시각에서 보면, 세 번째 반인륜범죄는 오늘날 국제형사재판의 대상이 되는 ‘반인륜범죄’의 토대가 된다고 말할 수 있다.

(b) 그러나 이렇게 “뉘른베르크 군사법원에 관한 협약”에서 규정하는 범죄혐의에 관해서는 그 당시까지 존재하던 실정 국제법의 측면에서 보았을 때 여러 법적인 문제를 안고 있었다. 무엇보다도 ‘평화를 해친 범죄’와 ‘반인륜범죄’는 그 당시까지도 아직 확고한 실정법적 근거를 갖고 있지 못했다. 두 번째 전쟁범죄에 관해서는 비교적 문제가 적었다. 왜냐하면, 이미 1864년에 제정된 ‘제1차 제네바 협약’과 1899년에 제정된 ‘헤이그 육전규칙’을 통해 전쟁범죄를 통제하고 있었기 때문이다. 그러나 이렇게 명확한 실정법적 근거를 갖고 있는 전쟁범죄에 관해서도 문제가 없지는 않았다. 그 이유는 예를 들어, 독일군 뿐만 아니라 연합군 역시 제네바 협약에 위반한 행위를 하기도 했기 때문이다.<sup>28)</sup>

‘반인륜범죄’라는 범죄혐의는 뉘른베르크에서 본격적으로 등장한 것이었다. 따라서 이에 대한 실정법적 근거는 아직 존재하지 않은 상태였다. 기껏해야 초실정법적인 ‘자연법’을 근거로 삼을 수 있을 뿐이었다. 그런데도 반인륜범죄의 범죄혐의성 그리고 이에 대한 처벌필요성은 그 어느 때보다도 명확했다. 왜냐하면, 나치가 자행한 유대인 집단학살이나, 동부전선에서 저지른 조직적·체계적인 슬라브 민족·집시 살해는 이미 여러 증거를 통해 그 진실성이 뚜렷했기 때문이다. 그래서 뉘른베르크 전범재판은 다음과 같

27) P. Steinbach, *Der Nürnberger Prozeß gegen die Hauptkriegsverbrecher*, S. 35-36.

28) 1945년 1월 12일 소련 붉은 군대가 독일에 대해 대공세를 감행할 때, 소련 붉은 군대는 일종의 보복으로 많은 민간인 독일 여성을 강간하기도 하였다. 이에 관해서는 G. Knopp, *Der Sturm. Kriegsende im Osten*, Berlin 2004 참고; 또한 1998년에 서거한 독일의 사회학자 니클라스 루만(Niklas Luhmann)은 그가 죽기 얼마전 라디오에서 행한 대답에서, 그가 포로생활을 할 당시 연합군 측에서도 수시로 제네바 협약을 위반하는 경우가 많았음을 토로하였다. 이에 관해서는 W. Hagen(Hrsg.), *Warum haben Sie keinen Fernseher, Herr Luhmann?*, Berlin 2005, S. 14 ff 참조.

은 방식을 통해 이 문제를 피하려고 했다. 즉 반인륜범죄는 전쟁범죄와 직접 연결된 것으로서, 이 반인륜적 범죄는 전쟁을 수행하기 위한 일종의 준비절차이자 수단이었다고 하는 것이다(뉘른베르크 국제군사법원에 관한 규약 제6조 c). 이 논증을 통해 뉘른베르크 전법재판은 반인륜적 범죄에 대한 실정법적인 문제를 피하려고 하였다. 그러나 이 경우에도 여전히 문제는 남는다. 즉 이 논증을 통해 전쟁이 발생하기 이전에 진행되었던 유대인 및 소수민족 박해를 처벌하고자 한다면, 이것은 분명 소급효금지 원칙에 반하는 것이기 때문이다. 이 문제는 뒤 3. (3)에서 다시 검토하기로 한다.

가장 큰 법적인 문제는 평화를 해친 범죄, 즉 침략전쟁이 과연 형법적으로 처벌할 수 있는 범죄인가 하는 점이었다. 왜냐하면, 그 당시의 국제법적 근거로 보면, 침략전쟁을 국제법상 범죄로 파악하는 규정이 아직 분명하게 존재하지 않았기 때문이다. 물론 이미 ‘브리앙-켈로그’ 조약에서는 침략전쟁을 위법한 것으로 규정하고 있었다. 그렇지만 이미 앞의 2. (1). 1)에서 지적하였듯이 브리앙-켈로그 조약은 과연 무엇이 방위전쟁이고, 무엇이 침략전쟁인지 분명하게 확정하지 않았고, 또한 침략전쟁을 위법한 것으로만 규정하고 있었을 뿐, 이것을 국제법상 범죄로 이해하지는 않았다. 나아가 사실관계라는 측면에서 볼 때, 연합군 승전국 중의 한 국가인 소련이 독일과 함께 폴란드를 침공하였다는 점에서 볼 때, 이 평화를 해친 범죄라는 범죄 혐의는 법적 근거라는 측면뿐만 아니라, 실제적인 적용에서도 문제를 안고 있었다. 과연 어떤 근거에서 소련은 이 범죄혐의에서 자유로울 수 있는가? 바로 이러한 근거에서 가령 당대의 공법학자이자 엄격한 법실증주의자이면서 그 자신 유대인이어서 나치 독일에서 망명한 한스 켈젠(Hans Kelsen)은 법실증주의의 관점에서 뉘른베르크 전법재판을 비판하였다.<sup>29)</sup> 또한 반대로 나치에 협력한 공법학자이자 정치학자인 칼 슈미트(Carl Schmitt)는 ‘평화를 해친 범죄’란 곧 연합군이 새롭게 창조해낸 것으로서 이는 죄형법

29) R. Merkel, Nürnberg 1945, Militärtribunal. Grundlagen, Probleme, Folgen, S. 509-510.

정주의에 반하는 것이라고 공격하기도 하였다.<sup>30)</sup> 이런 이유에서 심지어 ‘勝利者의 裁判廷(Tribunal der Sieger)’이라는 비판을 받기도 했던 것이다.

(c) 한편 뉘른베르크 국제전범재판의 재판부는 이 범죄혐의를 증명하기 위해 보통의 형사절차와 마찬가지로 證人訊問, 被告人訊問 등의 절차를 거쳤다. 이 과정에서 검찰측은 ‘반인륜범죄’를 증명하기 위해 악명 높았던 아우슈비츠 수용소를 비롯한 다양한 수용소에서 학살당한 유대인에 대한 기록영화를 證據方法으로 상영하기도 하였다. 또한 첫 번째 범죄혐의인 ‘평화를 해친 범죄’를 증명하기 위해, 제2차 세계대전 당시 전세를 바꾼 결정적인 전쟁 가운데 한 전쟁인 스탈린그라드 전투에서 독일 제6군의 군사령관으로서 군을 이끌고 소련에 항복했던 파울루스(F. v. Paulus) 육군원수가 증인대에 서기도 했다.

### (3) 裁判結果

1) 거의 1년 가까이 뉘른베르크 국제전범재판을 이끌어온 재판부는 아래와 같은 재판결과를 도출하였다.<sup>31)</sup>

먼저 세 명의 피고인, 즉 바이마르 공화국 시절 수상이었던 프란츠 파펜(Franz Papen)과 초기 제국은행장 및 제국경제장관을 역임했던 할마르 샤흐트(Hjalmar Schacht) 그리고 선전부 편집부장이었던 한스 프리체(Hans Fritzsche)는 無罪를 선고받았다.

다음 해군대장이자 히틀러의 후계자로서 제국대통령을 역임한 칼 되니츠, 외무부장관 콘스탄틴 폰 노이라트(Konstantin von Neurath), 제국청소년

30) S. Kadelbach, *Bellum iniustum-nullum crimen? Carl Schmitt und der Angriffskrieg*, in: *RJ* 14(1995), S. 550 ff. 참고.

31) P. Steinbach, *Der Nürnberger Prozeß gegen die Hauptkriegsverbrecher*, S. 40-41 참고.

지도자였던 발두어 폰 쉬라흐(Baldur von Schirach) 및 군수장관이었던 알버트 슈페어는 각각 20년에서 10년의 禁錮刑을 선고받았다.<sup>32)</sup>

나아가 제국경제장관이었던 발터 폰크(Walter Funk), 히틀러의 대리인이었던 루돌프 헤쓰(Rudolf Heß) 그리고 해군대장 에리히 레더(Erich Raeder)는 終身刑을 선고받았다.

마지막으로 점령지역 총독 한스 프랑크(Hans Frank), 육군대장 알프레드 요들, 제국안전청 및 안전경찰청장 에른스트 칼텐브룬너(Ernst Kaltenbrunner), 국방부 총사령관이자 육군원수 빌헬름 카이텔, 제국내무부장관 빌헬름 프리크(Wilhelm Frick), 헤르만 괴링, 반유대 선동자로 악명 높았던 국가사회주의 독일노동자당 大管區 指導官(Gauleiter) 프랑켄스 율리우스 슈트라이허(Frankens Julius Streicher), 오스트리아 총독이자 네덜란드 점령지역 전권대사 아르투어 슈파이스-인크바르트(Arthur Speß-Inquart), 노동동원 수석대표 프리츠 사웁켈(Fritz Sauckel), 나치 인종이데올로기 제공자로 악명 높았던 동부 점령지역 제국장관 알프레드 로젠베르크(Alfred Rosenberg) 그리고 제국외무부장관 요아힘 폰 리벤토르프(Joachim von Ribbentrop) 이렇게 모두 11명의 피고인은 絞首刑 선고를 받았다. 이들은 뉘른베르크 국제전범재판이 종결된 직후 곧바로 교수형에 처해졌다.

다만 괴링은 교수형이 집행되기 직전 비밀리에 미리 준비해둔 극약으로 자살을 하였다. 그리고 히틀러의 비서였던 마르틴 보르만은 행방불명이 된 채로 재판을 받아 교수형 선고를 받았다(그러나 행방불명이었으므로 교수형을 집행할 수는 없었다).

2) 그런데 여기서 나치 독일의 핵심인물에 해당하면서도 絞首刑을 면한 인물로 되니츠, 헤쓰, 슈페어에 대해 잠깐 살펴보는 것도 흥미가 없지는 않다. 나치 독일의 해군대장이나 히틀러의 후계자로서 며칠 동안이나마 제국

32) 되니츠는 10년 형, 노이라트는 15년 형 그리고 쉬라흐와 슈페어는 각 20년 형을 선고받았다.

대통령을 역임한 되니츠는, 카이텔이나 요들이 사형선고를 받은 것과는 대조적으로 10년의 금고형을 선고 받았다. 아마도 되니츠는 독일이 연합군에 무조건 항복을 할 때 최고 책임자였다는 점, 소련 침공에는 직접적으로 관여하지 않았다는 점 그리고 되니츠가 총지휘한 ‘대서양 잠수함 전쟁’과 비슷한 잠수함 전쟁을 연합국 일원인 미국 역시 태평양 전쟁 당시 일본군 상선을 대상으로 수행했다는 점<sup>33)</sup> 등이 주된 요인으로 작용했던 것 같다. 즉 일종의 정치적 고려가 작용한 것이라고 말할 수 있다. 한편 루돌프 헤스는 1941년까지 국가사회주의 독일노동자당의 당수이자 히틀러의 대리인을 역임했다. 또한 전쟁 직전 “히틀러는 독일이고 독일은 히틀러”라고 적극 외친 인물이기도 하다. 그런데도 헤스는 死刑을 면하고, 終身刑을 받았다. 그것은 아마도 헤스가 1941년까지만 히틀러의 대리인으로 근무했고 그 이후에는 정신건강상의 이유로 일선에서 후퇴했다는 점, 그리고 당시 영국과 평화교섭을 하기 위해 노력했었다는 점을 재판부가 높이 평가했기 때문이지 않나 생각한다. 마지막으로 히틀러의 총애를 받았던 알버트 슈페어는 그 자신이 군수장관이었는데도 死刑을 면했다. 그것은 슈페어가 뉘른베르크 국제전범재판 당시 자신의 잘못을 인정하는 발언을 하였고, 또 1944년 7월 20일에 감행된 히틀러의 살해기도에 공감을 표했으며, 유대인을 학살하는데 그 자신은 관여하지 않았다는 점을 설득력 있게 주장했기 때문인 것 같다. 그러나 다른 피고인들과는 달리, 이러한 슈페어의 행위는 많은 비판을 받았다. 특히 최근에는 슈페어가 재판부와 대중을 속였다는 분석이 제시되기도 하는 것이다.<sup>34)</sup>

33) R. Merkel, Nürnberg 1945, Militärtribunal. Grundlagen, Probleme, Folgen, S. 516  
참고.

34) K. Wiegrefe, *Der Spiegel* 18(2005), S. 74 ff.

## (4) 裁判 以後

피고인 세 명에 대해서는 무죄선고, 네 명의 피고인에 대해서는 10년에서 20년까지의 금고형 선고, 세 명에 대해서는 종신형 그리고 나머지 12명의 피고인에 대해서는 교수형선고를 함으로써 뉘른베르크 국제전범재판은 1946년 10월 1일 막을 내렸다. 그러나 이것으로써 전범재판이 모두 막을 내린 것은 아니었다. 나치 수뇌부를 피고인으로 한 이 전범재판 이후에도, 미국의 주도로 나치의 법률가, 사업가, 의사집단, 국방부 엘리트 장교, 외교관 및 공무원을 피고인으로 한 모두 12개의 후속재판이 진행되었다.<sup>35)</sup> 그 밖에 소련에서도 독자적인 전범재판이 이미 1943년부터 진행되었고,<sup>36)</sup> 이외에도 구독일 점령지역에서 독자적인 전범재판이 진행되었다.

### 3. 뉘른베르크 國際戰犯裁判의 法哲學的·國際 刑事法的 問題

## (1) 問題點

1) 앞 1.에서 잠깐 언급하였듯이, 뉘른베르크 국제전범재판은 일반적으로 긍정적인 평가를 받으면서도 좀더 상세하게 살펴보면, 역사적인 그리고 법

35) G. R. Ueberschär(Hrsg.), *Der Nationalsozialismus vor Gericht*, S. 9(Vorwort); 각각의 裁判에 대한 상세한 내용은 G. R. Ueberschär(Hrsg.), *Der Nationalsozialismus vor Gericht*, S. 73 ff. 참고.

36) G. R. Ueberschär, Die sowjetischen Prozesse gegen deutsche Kriegsgefangene 1943-1952, in: G. R. Ueberschär(Hrsg.), *Der Nationalsozialismus vor Gericht*, S. 240 ff.

적인 측면에서 상이한 평가를 받고 있다. 전반적으로 역사가들은 뉘른베르크 국제전범재판의 의미를 긍정적으로 평가한다. 왜냐하면, 무엇보다도 이 전범재판을 통해 나치가 암암리에 저지른 만행이 일반에게 알려질 수 있었기 때문이다. 그 때문에 이 전범재판은 재판이 진행되던 그 당시부터 일반 대중에 의해 긍정적인 평가를 받았다.<sup>37)</sup> 물론 일부 역사가들이나 저술가들은 뉘른베르크 국제전범재판을 ‘승리자의 재판정’ 혹은 ‘나치 독일을 향한 최후의 공격’이라고 하면서, 그 정당성이나 역사적인 의미를 폄하하기도 하였다. 역사적인 측면에서 볼 때, 뉘른베르크 국제전범재판이 모든 역사적인 사실이나 자료를 고려하지는 못했다는 점은 분명 사실일 것이다. 가령 소련의 경우를 보면, 결과적으로 소련은 연합군 승전국의 한 국가가 되긴 했지만, 1941년 獨·蘇 戰爭이 발발하기 전까지 소련은 독일과 ‘獨·蘇 不可侵條約’을 맺은 국가로서 1939년 9월에 1일에 발발한 독일의 폴란드 침공에 함께 개입한 가해자의 측면도 갖고 있기 때문이다. 또한 소련 역시 1945년 1월 12일 독일의 동프로이센 지역에 대공세를 감행하면서, 많은 민간인을 사살하거나 부녀자를 강간한 전력도 갖고 있다. 그러나 이러한 소련의 과오는 소련이 승전 연합국의 한 일원이라는 측면에서 그리 진지하게 고려되지는 않았다. 그런 면에서 볼 때, 뉘른베르크 국제전범재판을 ‘승리자의 재판정’이라고 부를 만한 여지가 있긴 하는 것이다.

2) 더욱 어려운 문제는 법적인 측면에서 발생한다. 가장 근본적으로는 “과연 전쟁의 승리자가 전쟁의 패배자를 승리자의 이름이 아닌 정의의 이름으로 재판하고 처벌할 수 있는가?” 하는 점이다. 다시 말해, 전범재판을 법적으로 근거 지을 수 있는 것인가? 17세기 네덜란드가 낳은 자연법론자이자 국제법학자 그로티우스(Hugo Grotius)의 연구 이래, 많은 국제법학자들은 전쟁의 가능성과 한계 그리고 전쟁범죄 등에 연구하였다. 그 결과 戰

37) P. Steinbach, Der Nürnberger Prozeß gegen die Hauptkriegsverbrecher, S. 39.

爭權을 일종의 자연법적인 권리로서 논증하였고, 정치가들은 다수의 국제조약이나 협약 등을 통해 이러한 결론을 실정화 하였다. 그러나 전쟁의 가능성과 한계에 관해서는 현재의 국제법학에서도 여전히 다투고 있는 문제라고 할 수 있다.<sup>38)</sup> 이는 제2차 세계대전이 발발하던 당시의 상황에서도 마찬가지였다. 그 때문에 뉘른베르크 국제전범재판에서 첫 번째 범죄혐의로 다루었던 ‘평화를 해친 범죄’는 전쟁의 가능성과 한계라는 쟁점과 관련하여 논란의 여지가 있는 것이다.

나아가 설사 국제전범재판을 법철학적인 관점에서 정당화할 수 있다 하더라도, 그 당시 침략전쟁을 명확하게 국제형법상 범죄로 규정하지 않았고, 또한 ‘반인륜범죄’는 아예 실정법으로써 규정하고 있지 않았다는 점에서, 형법상 기본원칙인 죄형법정주의, 그 가운데서도 유추금지 및 소급효금지 원칙과 관련하여 문제가 된다. 왜냐하면, 뉘른베르크 전범재판은 결국 ‘뉘른베르크 국제군사법원에 관한 규약’ 제6조를 통해 ‘평화를 해친 범죄’와 ‘반인륜범죄’에 대한 실정법적 근거를 확보하고 있는데, 이는 재판 당시의 법규범을 과거의 행위 당시까지 소급해서 적용하는 것이기 때문이다. 또한 ‘반인륜범죄’를 ‘전쟁범죄’에 연결하여 처벌하는 것은 ‘전쟁범죄’라는 ‘문언의 가능한 범위’ 혹은 ‘논증 가능한 범위’를 넘어서 가벌성을 인정한 것으로서 유추적용금지 원칙에 반한 것이라고도 볼 수 있기 때문이다.

또한 두 번째 범죄혐의인 ‘전쟁범죄’는 법실증주의적인 관점에서 보아도 생각할 여지가 있다. 즉 법률이나 상관의 명령은 비록 그것이 불법적인 것이라 할지라도 지켜야 하는 것이라면, 이 법률이나 명령에 따라 불법적인 행위, 다시 말해 전쟁범죄를 저지른 자를 과연 처벌할 수 있는가? 만약 그것이 가능하다면, 과연 어떤 법적 근거로써 실정법의 효력을 무시하고 실정법에 따라 행위한 자를 처벌할 수 있는가? 이는 법철학적인 시각에서 보면, ‘자연법론과 법실증주의의 대립’이라는 뿌리 깊은 그러나 쉽지 않은 문제에 연결됨을 알게 된다.

38) K. Doehring, *Völkerrecht. Ein Lehrbuch*, Heidelberg 1999, S. 239 ff.

마지막으로 세 번째 범죄혐의인 ‘반인륜범죄’와 관련해서는 과연 각 국가나 문화의 특수성을 넘어서는 보편적인, 즉 문화상호적인 범죄를 인정할 수 있는지 문제된다. 아래에서는 이 네 가지 법철학적·국제형사법적인 문제들을 뉘른베르크 국제전범재판과 관련지어 검토해보기로 한다.

## (2) 戰爭의 可能性과 限界

1) 일반적으로 국제법은 한 국가가 정당하게 전쟁을 수행할 권한을 갖는다는 점을 인정한다.<sup>39)</sup> 그러나 시민의 안전과 자유를 보장한다는 목적과는 무관한 侵略戰爭은 국제법 역시 위법한 것으로 규정한다. 이러한 근거에서 현행 유엔 憲章 역시 침략적 전쟁을 부인하고 있고(유엔 헌장 제1조), 우리 憲法 역시 침략적 전쟁을 부인하고 있다(헌법 제5조). 문제는 적극적 방위 전쟁, 즉 자국을 침략하기 위한 적국의 공격을 사전에 저지하고자 적국을 미리 공격하는 예방적 공격이 가능할 수 있는가 하는 점에 있다. 더 나아가 자국이 아닌 타국 국민의 인권을 보장하고 타국의 독재를 타도하기 위한 공격적 전쟁이 가능한 지도 국제법학에서는 문제되고 있다. 이 문제에 대해서는 아직 확고한 해답을 마련하지 못하고 있다.

이러한 법이론적인 상황에서 볼 때, ‘평화를 해친 범죄’를 근거로 해서 나치전범들을 재판하고 처단하는 것은 그리 쉽지 않은 일이었다고 말할 수 있다. 당시의 각종 국제조약이나 관습도 전쟁권을 인정하면서도 그 범위와 한계에 대해서는 명확하고 세부적으로 규정하고 있지는 않았기 때문이다. 이런 점에서 이 범죄혐의를 근거로 해서 나치전범을 처벌하는 것은 형법상의 기본원칙인 罪刑法定主義에 반한다는 비판을 받을 가능성이 있다.<sup>40)</sup>

39) K. Doehring, *Völkerrecht. Ein Lehrbuch*, Heidelberg 1999, S. 239: “만약 현재 존재하는 국제법에 따르면 ‘전쟁법’이 존재하지 않는다고 주장한다면, 이는 정확하지 않은 주장이다. 왜냐하면, 방위전쟁은 분명 적법하기 때문이다. 침략전쟁만이 국제법에 반하는데, 그러나 이 개괄적인 주장 자체도 (...) 섬세하게 세분화해야 할 필요가 있다.”

2) 실제 전쟁과정을 보더라도, 과연 나치 독일제국이 분명하게 ‘평화를 해친 범죄’를 저지른 것인지 법적으로 규정하는 것은 쉽지 않다. 물론 히틀러의 나치 독일은 1939년 9월 1일 폴란드에 사전 선전포고를 하지 않고 폴란드를 기습적으로 침공하였다. 최초의 전격전을 감행한 것이다. 이 점을 놓고 보면, 나치 독일은 분명 ‘평화를 해친 범죄’를 저지른 것이라고 말할 수도 있다. 그러나 나치 독일의 폴란드 침공은 나치 독일의 관점에서 보았을 때는 일종의 명분을 갖고 있었다. 즉 굴욕적인 베르사유 조약을 통해 상실한 구 독일제국의 영토를 다시 회복하겠다는 것이다. 이미 전쟁이 발발하기 이전부터 히틀러는 1935년 재군비를 선언한 이래, 구 독일제국이 확보하고 있었던 영토를 다시 확보하는 데 주력하였다. 당시 프랑스와 영국의 체임벌린(Neville Chamberlain) 내각은 유럽에서 다시 전쟁이 발생하는 것을 막기 위해, 히틀러의 요구를 들어주었다. 이를 통해 나치 독일은 1936년 3월 7일 라인란트에 군대를 투입하여 점령하였고, 1938년 3월 12일 오스트리아를 합병하여 대독일제국을 선언하였다. 같은 해 9월 29일에는 뮌헨 회의를 통해 체코슬로바키아의 수데텐란트를 할양받았다. 그 이어서 히틀러가 최후로 요구한 것이 곧 폴란드였다. 그러나 영국과 프랑스는 더 이상 히틀러의 요구를 수용하지 않았고, 그 결과 히틀러는 폴란드를 침공한 것이다. 또한 여기서 한 가지 역사적으로 고려해야 할 점은, 폴란드를 침공하기 직전인 1939년 4월 28일 히틀러는, 1934년 1월 26일 폴란드와 체결한 불가침조약 파기를 선언하였다는 점이다.<sup>41)</sup>

폴란드 침공 이외에 나치 독일이 본격적인 공격을 감행한 국가는 프랑스, 영국, 소련, 벨기에, 네덜란드, 룩셈부르크 등이었다. 그러나 프랑스와 영국은 독일이 폴란드를 침공할 때 선전포고를 한 상황이었기 때문에, 독일이 전격적으로 프랑스를 침공한 것이나, 영국에 대규모 공습을 감행한 것을 ‘평화를 해친 범죄’라고 규정하기는 쉽지 않을 것이다. 이와 달리, 1941

40) P. Steinbach, Der Nürnberger Prozeß gegen die Hauptkriegsverbrecher, S. 36.

41) R. G. Reuth, *Hitler. Eine politische Biographie*, München 2005, S. 375 ff.

년 6월 22일 ‘바바루사 작전(Fall Barbarossa)’이라는 이름 아래 개시된 독일의 소련 침공은 그 이전의 전쟁과는 성격을 달리한다. 이 때 나치 독일은 폴란드 침공 때와 마찬가지로 미리 선전포고를 하지 않은 채 소련을 기습하였다. 또한 이 전쟁은 그 이전의 전쟁과는 달리, 히틀러의 개인적인 적대감과 결부된 ‘히틀러의 전쟁(Hitlers Krieg)’이라는 해석이 지배적이었다.<sup>42)</sup> 그러나 독·소 전쟁이 과연 히틀러 개인에게서 비롯된 전쟁이라고만 볼 수 있는가에 대해서는 최근 역사학자들 사이에 견해가 분분하다. 예를 들어, 당시 독일 군부(Wehrmacht)는 장차 소련이 독일을 침공해올 것이라는 점을 예견하고 있었고, 이에 따라 제한적이거나 소련을 공격해야 할 필요성이 대두되었다는 해석이 제시되기도 하였다.<sup>43)</sup> 만약 실제로 당시 소련이 독일을 공격하려는 움직임이 있었다는 것이 사실이라면, 독일의 소련 침공은 일종의 積極的 防衛戰爭(豫防戰爭)이라고 볼 수도 있다.<sup>44)</sup>

3) 이런 역사적인 전개과정을 종합적으로 고려하면, 나치 독일이 전적으로 ‘평화를 해친 범죄’를 범했다고 명확하게 말하기는 쉽지 않다. 따라서 이를 범죄근거로 해서 나치전범을 처단한 것도 그리 정의롭다고 말하기는 쉽지 않을 것이다. 이러한 점에서 보면, ‘평화를 해친 범죄’를 이유로 하여 絞首刑과 같은 판결을 이끌어낸 것은, ‘勝利者의 裁判’이었기 때문에 가능했다고 볼 수도 있다.

그런데도 역시 나치 독일은 침략전쟁을 감행함으로써 국제평화를 해친 점은 기본적으로 인정할 수 있다고 생각한다. 비록 나치 독일이 폴란드를

42) R. G. Reuth, *Hitler. Eine politische Biographie*, S. 524 ff.

43) B. Wegner, *Hitlers Krieg? Zur Entscheidung, Planung und Umsetzung des «Unternehmens Barbarossa»*, in: C. Hartmann/J. Hürter/U. Jureit, *Verbrechen der Wehrmacht*, München 2005, S. 29 ff.

44) 이 문제에 대한 종합적인 연구로는 G. R. Ueberschär/L. A. Bezymenskij(Hrsg.), *Der deutsche Angriff auf die Sowjetunion 1941. Die Kontroverse um die Präventivkriegsthese*, Darmstadt 2005.

침공하기 직전 폴란드와 맺은 不可侵條約 破棄를 선언했다 하더라도, 독일이 사전에 선전포고를 하지 않고 기습적으로 폴란드를 침공한 것은 분명한 역사적 사실이기 때문이다. 또한 독일이 소련을 침공하기 이전부터 히틀러는 러시아와 슬라브 민족에 적대적인 감정을 보였고, 그래서 이미 『나의 투쟁』(Mein Kampf)에서 러시아를 군사적으로 굴복시켜야 할 적대국가로 지목하고 있었다는 점도 분명한 사실이다.<sup>45)</sup> 이러한 연관성 때문에, 독·소 전쟁은 독일 게르만 민족의 생존영역을 확보하기 위한 전쟁 혹은 슬라브 민족을 말살하기 위한 말살전쟁이라는 성격이 강했다는 것이 역사가들의 지배적인 해석이다. 이런 점에서 볼 때, 폴란드 침공과 소련 침공에서 주도적인 역할을 했던 장성들과 정치 지도부는 이에 대해 일종의 형사책임을 져야 할 필요가 있다고 말할 수 있다.

### (3) 罪刑法定主義 違反 問題

문제는 이러한 형사책임의 근거를 어디서 끌어오는가 하는 점이다. 이미 언급하였듯이, 1928년에 제정된 ‘브리앙-켈로그 협약’은 침략전쟁을 위법한 것이라고 선언하고 있을 뿐, 이를 형법상 범죄로 규정하고 있지는 않았기 때문이다. 이 문제는 ‘반인륜범죄’에 대해서도 마찬가지로 등장한다. 이 문제를 연합군측은 ‘뉘른베르크 국제군사법원에 관한 규약’을 제정하여 입법적으로 해결하였다. 우선 이 규약 제6조 c를 통해 뉘른베르크 전법재판은 ‘반인륜범죄’를 ‘전쟁범죄’에 연결하여 처벌하였다. 왜냐하면, ‘전쟁범죄’에 대해서는 이미 확고한 실정법적 근거를 갖고 있었으므로, 이렇게 전쟁범죄에 연결시켜 반인륜범죄를 논증함으로써 죄형법정주의, 특히 소급효금지 원칙을 준수할 수 있기 때문이다. 그러나 이 경우에는 소급효금지 원칙과 합

45) 이 점은 히틀러가 1936년 3월 7일 독일 제국의회에서 한 연설에서도 확인할 수 있다. 이 연설문의 내용은 W. Hofer, *Der Nationalsozialismus. Dokumente 1933-1945*, Frankfurt/M. 1957, S. 231-232 참고.

게 죄형법정주의의 하부원칙인 유추적용금지에 반할 우려가 있다. 왜냐하면, 전쟁 전에 저지른 유대인 박해는 ‘전쟁범죄’라는 문언에 포함시켜 이해하기 쉽지 않기 때문이다. 말하자면, 그것은 ‘전쟁범죄’라는 문언의 가능한 범위를 넘어서는 것이라 말할 수 있다.

한편 ‘뉘른베르크 국제군사법원에 관한 규약’을 통해 나치 독일의 침략적 전쟁을 형사처벌하는 것은, 명백히 소급효금지 원칙을 위반하는 것이라 할 수 있다. 그렇다면 과연 이 문제를 어떻게 처리할 수 있는가? 이에 관해 독일의 법철학자이자 형법학자인 라인하르트 메르켈(R. Merkel)은 다음과 같은 해결방법을 제안한다.<sup>46)</sup> 즉 이 경우에는 소급효금지 원칙을 위반하거나 이를 포기할 수밖에 없다는 점을 솔직하게 시인하는 것이다. 메르켈은 소급효금지 원칙은 그 어떤 경우에도 포기할 수 없는 원칙은 아니라고 한다. 오히려 소급효금지 원칙은 형법상 정당화 사유로 인정되는 정당방위(형법 제21조)나 긴급피난(형법 제22조)의 경우처럼, 이익형량의 대상이 될 수 있는 것이라고 말한다. 따라서 나치 독일의 불법성이 중대하고 명백해 이를 범죄로 처벌해야 할 필요성이 분명한 경우에는, 이러한 경우에 한해 소급효금지 원칙을 제한할 수 있다고 한다. 만약 이렇게 소급효금지 원칙을 나치 독일이 행한 침략적 전쟁에 대해 적용하는 것을 제한하면, 뉘른베르크 전범재판의 재판부는 더욱 정당하게 나치 독일의 행위를 형법상 범죄로 처벌할 수 있었을 것이다.

한편 유추적용이 문제될 수 있는 ‘반인륜범죄’에 대해서는 일종의 초실정적인 보편적 범죄 논증을 원용함으로써, 더욱 수월하게 처벌할 수 있었을 것이라고 생각한다. 이 보편적 범죄를 과연 긍정할 수 있는가에 관해서는 아래 (5)에서 살펴보기로 한다.

46) R. Merkel, Nürnberg 1945, Militärtribunal. Grundlagen, Probleme, Folgen, S. 514.

## (4) 正當하지 않은 法律과 命令 服從行爲의 不法性 問題

뉘른베르크 국제전범재판이 문제로 삼은 두 번째 범죄혐의인 ‘戰爭犯罪’의 법적인 문제를 살펴본다. 제2차 세계대전 당시 나치 독일군이 전쟁범죄를 저질렀다는 것은 분명한 역사적 사실이다. 특히 동부전선에서 독일군은 전쟁포로를 살해하거나 학대했고, 더 나아가 소련 민간인을 조직적으로 살해하기도 하였다. 이러한 행위들이 전쟁범죄행위에 해당함은 분명한 사실이다. 그러나 만약 이러한 행위들이 당시 나치 독일의 법률에 의거해서 혹은 상관의 적법한 명령에 의해서 자행되었다면, 과연 이 행위 그리고 이 행위를 자신에게 부여된 임무로서 이행한 행위자들에 대해 어떤 법적 평가를 내릴 수 있는가?

엄격한 법실증주의에 따르면, 법의 효력은 상위법의 효력에서 부여받는다. 즉 해당 법률이나 명령이 상위법의 내용과 절차를 준수해서 성립하고 하달되었다면, 그 법률이나 명령은 적법한 것으로서 효력을 갖게 된다. 그러므로 이 법률이나 명령의 수범자는 이 법률과 명령을 적법한 것으로 준수하고 이행해야 한다. 엄격한 법실증주의는 그 법률이나 명령의 내용은 문제 삼지 않는다. 따라서 만약 실제로 적법한 절차에 따라 성립한 법률과 명령이, 동부전선에서 전쟁범죄를 자행할 것을 요구하고 있었고, 행위자는 이러한 요구에 따라 전쟁범죄를 저지른 것이라면, 법실증주의의 관점에서 볼 때, 행위 자체의 위법성을 문제 삼기는 힘들다고 말할 수 있을지 모른다.

바로 이와 같은 주장을 가령 뉘른베르크 국제전범재판의 피고인이었던 전국방부 총사령관 카이텔이나 육군대장이자 국방부 참모본부장이었던 요들이 원용하였다. 이들은 다음과 같은 논증으로써 자신들에게 부여된 혐의를 부정하였다. 즉 군인은 상관의 명령에 복종해야 하는 것인데, 자신들은 군인으로서 자신들의 상관이자 독일 제3제국의 총통(Der Führer)인 히틀러의 명령을 충실하게 이행했을 뿐이라는 것이다.

그러나 현대 법철학은 위와 같은 엄격한 법실증주의(혹은 법률실증주의)를 더 이상 타당한 것으로 수용하지 않는다. 물론 그렇다고 해서 법실증주의와 정반대되는 노선을 따르는 자연법론처럼 법규범의 형식적인 측면을 아주 도외시하는 것도 아니다. 분명한 것은 현대 법철학의 규범이론에 따르면 법규범, 즉 법률이나 명령 등은 형식적·절차적 합법성뿐만 아니라, 최소한의 내용적 정당성도 담고 있을 것을 요구한다는 점이다. 이러한 주장을 법철학적으로 뒷받침하는 것으로 무엇보다도 ‘라드브루흐 공식(Radbruchsche Formel)’을 생각할 수 있다. 독일의 법철학자인 라드브루흐(Gustav Radbruch)는 1946년 『남독일 법률신문』에 기고한 ‘법률적 불법과 초법률적 법(Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht)’에서 다음과 같은 공식을 제시한 적 있다.

“정의와 법적 안정성 사이의 갈등은 다음과 같이 해결할 수 있을 것이다. 즉 규정과 권력에 의해 보장된 실정법은 그 내용이 정의롭지 못하고 합목적성이 없다 할지라도 일단은 우선권을 갖는다. 그러나 실정법률의 정의에 대한 위반이 참을 수 없는 정도에 이르렀다면, ‘부정당한 법’인 그 법률은 정의에게 자리를 물려주어야 할 것이다.”<sup>47)</sup>

이러한 공식에 따르면, 비록 어떤 법률이나 명령이 상위법이 정하는 형식과 절차를 준수했다 하더라도 그 내용이 “참을 수 없는 지경”에 이른 이상, 정당한 법률이나 명령으로서 효력을 가질 수 없다. 그러므로 이 법률과 명령에 따라 범죄적인 행위를 한 자는, 자기 행위의 근거가 되는 법률과 명령의 효력이 사라졌으므로, 정당행위(형법 제20조)를 한 것으로 평가받을 수 없게 되고, 이에 따라 그 행위 자체도 불법한 행위가 된다.

47) G. Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, in: *Süddeutsche Juristenzeitung*(1946), S. 104 ff.; 우리말 번역은 프랑크 잘리거, 윤재왕 역, 『라드브루흐의 공식과 법치국가』, 길안사, 1999, 15-16면의 번역을 따랐다. 라드브루흐가 쓴 이 논문의 전문번역은 같은 책, 132-146면 참고.

이러한 논리를 뉘른베르크 국제전범재판의 경우에 원용하면, 가령 카이텔이나 요들처럼 히틀러의 명령에 따라 전쟁범죄를 저질렀거나, 그게 아니면 그 자신이 직접 나치 독일의 법률에 따라 전쟁범죄를 저지를 것을 명령하였다면, 이것은 더 이상 합법적인 행위로 볼 수 없다고 말할 수 있다. 이런 점에서 볼 때, 전쟁범죄를 이유로 하여 나치전범을 처벌한 것은 법철학적으로 정당화할 수 있다고 말할 수 있다.

##### (5) 普遍的인 犯罪의 可能性

뉘른베르크 국제전범재판은 세 번째 범죄혐의로서 ‘반인륜범죄’를 거론하였다. 이 범죄혐의는 악명 높은 나치 독일의 유대인 학살을 염두에 둔 것 이라고 말할 수 있다. 600만이나 되는 유대인을 학살한 나치의 잔악성을 생각하면, 이 반인륜범죄를 토대로 하여 진행된 뉘른베르크 전범재판은 곧 바로 정당성을 획득할 수 있는 것 같다. 그러나 이런 상식적인 생각을 유보하고 이 문제를 더욱 법철학적으로 따져보면, 이 문제 역시 그리 간단하지만은 않은 법철학적인 문제와 결부되어 있음을 알 수 있다. 즉 ‘반인륜범죄’는 “보편적인 범죄가 가능한가?”라는 문제와 연결되기 때문이다.

보편적인 범죄란 시간적인 그리고 지역적인 한계를 넘어서 적용될 수 있는 범죄를 말한다. 따라서 국적이나 민족, 인종 혹은 문화에 상관없이 모든 인간이 범죄로 승인할 수 있는 행위가 곧 보편적인 범죄라 말할 수 있다. 그러나 과연 이러한 보편적인 범죄를 인정할 수 있는 지에 관해서는 논란이 없지 않다. 왜냐하면, 전통적인 ‘자연법적 확실성’이 사라진 지금 시점에서 보면, 시간과 공간을 초월하여 존재하는 보편적인 범죄를 인정하는 것은 쉽지 않기 때문이다. 또한 엄격한 법실증주의에 따르더라도, 상대적인 실정법을 넘어서 존재하는 보편적인 범죄를 긍정할 수 없다. 더군다나 최근 영미 철학에서 제시된 ‘공동체주의’의 시각에서 보더라도, 보편적인 범죄

를 긍정하는 것이 쉽지 않다. 왜냐하면, 공동체주의에 따르면, 보편적인 범죄의 기반이 되는 ‘보편적인 가치’를 인정할 수 없기 때문이다. 모든 가치는 각각의 공동체가 자율적으로 형성한 상대적인 것에 지나지 않는다는 것이다. 그런데도 오늘날 ‘자유주의’ 전통에 서 있는 다수의 학자들은 보편적인 범죄를 인정한다. 특히 기본적으로 칸트(Immanuel Kant)의 철학을 수용하고 있는 정치철학자나 법철학자의 주장에서 이러한 생각을 찾아볼 수 있다. 가령 독일의 법철학자인 호페(Otfried Höffe)는 위의 자유주의적인 생각을 반영한 ‘文化相互인 刑法(interkulturelles Strafrecht)’ 구상을 제안하기도 하였다.<sup>48)</sup>

반인륜범죄를 범죄혐의로 파악한 뉘른베르크 국제전범재판은, 명시적으로 이를 선언한 것은 아니지만, 자유주의적 전통에 따라 보편적인 범죄를 승인한 것이라 말할 수 있다. 이러한 태도는 많은 이들에 의해 타당한 것으로 승인을 받았다. 왜냐하면, 보편적인 범죄를 긍정하는 국제전범재판의 태도는 프랑스 혁명 이래 많은 이들이 수용하고 있는 보편적인 인권사상 그리고 이를 실정화한 국제인권규약의 정신에도 합치하고 있기 때문이다. 나아가 유엔 국제형사재판소 역시 뉘른베르크 국제전범재판이 행한 것처럼, 인권을 침해하는 보편적인 범죄를 긍정하고 있다. 이러한 점에서 볼 때, 나치의 유대인 학살을 염두에 두고 보편적인 범죄를 원용한 뉘른베르크 국제전범재판의 태도는 타당한 것으로 평가할 수 있다고 생각한다.

48) O. Höffe, *Vernunft und Recht. Bausteine zu einem interkulturellen Rechtsdiskurs*, Frankfurt/M. 1998, S. 53 ff.

#### 4. 뉘른베르크 國際戰犯裁判의 歷史的·法的 意味 — 結論을 대신하여

지금까지 뉘른베르크 국제전범재판이 어떻게 진행되었는지, 이 전범재판에서는 어떤 법적 쟁점이 문제가 되었는지 검토하였다. 이제 마지막으로 뉘른베르크 국제전범재판은 우리에게 어떤 의미를 던져주고 있는지 알아보도록 한다.

먼저 역사적인 측면에서 볼 때, 뉘른베르크 국제전범재판은 최초의 본격적인 국제전범재판이었다는 점에서 그 의미를 찾을 수 있다. 그 이전에도 전범재판과 유사한 형식의 전범처벌절차(가령 나폴레옹에 대한 처벌 등)가 있기는 했지만, 엄격히 말해 이것은 ‘정치적 처벌’이었지, ‘형사처벌’은 아니었다. 뉘른베르크 전범재판을 통해 비로소 전쟁의 가능성과 한계 문제가 정치적 문제가 아닌 형법적인 문제로 취급받을 수 있게 되었다. 이러한 뉘른베르크 전범재판을 통해 나치 독일이 저질렀던 만행, 특히 600만에 달하는 유대인 학살이 밝혀질 수 있었고, 나치전범을 승리자의 이름이 아닌 정의의 이름으로 심판할 수 있었다. 또한 바로 이러한 점에서 뉘른베르크 전범재판은 현행 국제형사법원의 역사적 원형이 되었다. 최근에 성립한 유럽 형법 역시 이 뉘른베르크 전범재판이 다루었던 문제의식을 공유하고 있다. 마지막으로 뉘른베르크 전범재판은 ‘문화상호적인 형사재판’이 가능할 수 있음도 보여주었다.

법적인 측면에서 보았을 때, 우선 뉘른베르크 전범재판은 보편적인 범죄의 가능성을 보여주었다는 점에서 그 의미가 있다. 즉 뉘른베르크 전범재판은 기존의 ‘전쟁범죄’라는 범죄혐의 외에 ‘반인륜범죄’라는 범죄혐의를 추가함으로써, 인권에 반하는 보편적인 범죄를 인정할 수 있는 가능성을 연 것이다. 이러한 보편적인 범죄인 ‘반인륜범죄’는 현행 국제형법의 범죄구성

요건으로 실정화 되었다.

뿐만 아니라, 뉘른베르크 국제전범재판은 죄형법정주의의 하부원칙인 소급효금지 원칙이 그 어느 때에도 침해할 수 없는 원칙이 아님을 보여주었다. 반인륜범죄와 같이 인간의 기본적 인권을 본질적으로 침해하는 경우에는 처벌필요성 때문에 소급효금지 원칙이 한 발짝 물러설 가능성을 열어주었다. 또한 이러한 뉘른베르크 전범재판의 태도는 반인륜범죄와 같은 보편적 범죄에 대해서는 공소시효를 제한할 필요가 있음을 상기시켜 주었고, 그 결과 현행 국제 형법은 중대한 범죄에 대해 공소시효를 제한하는 태도를 취하게 되었다.

법철학적인 면에서 보았을 때도 뉘른베르크 국제전범재판은 중대한 의미를 준다. 왜냐하면, 뉘른베르크 전범재판은 엄격한 법률실증주의의 한계를 지적하였고, 동시에 이러한 법률실증주의의 한계를 넘어서기 위한 방법으로 라트브루흐 공식을 원용할 수 있음을 시사하였기 때문이다. 나아가 뉘른베르크 전범재판은 보편적인 범죄의 가능성을 열어놓음으로써, 문화상호적인 형법의 가능성을 근거지었다.

마지막으로 뉘른베르크 전범재판은 전쟁권의 한계를 분명히 하였다. 즉 오로지 방위전쟁만이 정당할 수 있고, 침략전쟁은 국제법을 위반하는 것으로서, 그것은 형법상 범죄가 될 수 있음을 근거지었다. 그러나 과연 어떤 기준에서 침략전쟁과 방위전쟁을 구별할 수 있는지에 대해서는 분명한 대답을 주지는 못했다. 이런 점에서 볼 때, 뉘른베르크 전범재판은 이 침략전쟁의 한계 문제에 관해서는 한계에 부딪히고 있다고 말할 수 있다. 이 문제는 -미국의 이라크 침공과 관련한 논쟁이 시사하듯이- 오늘날에도 여전히 분명하게 해결하지 못하고 있다.

이와 같이 뉘른베르크 전범재판은 여러 측면에서 역사적·법적인 의미를 확보하고 있다. 그러나 또한 여러 한계 역시 노정하고 있다. 제2차 세계대전 당시의 실상을 들여다보면, 나치 독일뿐만 아니라 연합국 측도 제네바 협약에 위반되는 전쟁범죄를 저지른 경우가 있고, 이 범죄들은 뉘른베르크 국

제전범재판과 같은 형식의 전범재판이 제대로 파악하지 못했다는 점에서 일종의 아쉬움이 남는다고 할 수 있다. 더 나아가 비록 뉘른베르크 국제전범재판이 각종 법원칙과 법논리를 원용하여 전쟁의 패배자에 대해 정의의 심판을 하려고 시도하긴 했지만, 궁극적으로는 일종의 한계상황인 전쟁을 과연 법으로 파악하고 심판할 수 있는가라는 물음 때문에, 뉘른베르크 국제전범재판은 여전히 의문을 남기고 있다. 그 때문에 뉘른베르크 국제전범재판은 ‘正義의 裁判廷’과 ‘勝利者의 裁判廷’이라는 양 극단 사이에 머물고 있을지 모른다.

(원고투고일 : 2006. 4. 11, 심사완료일 : 2006. 7. 25)

주제어 : 뉘른베르크 국제전범재판, 나치전범, 제2차 세계대전, 전쟁범죄, 라드 브루흐 공식

K C I

<ABSTRACT>

## Historical and Legal Problems and the Significance of the Nürnberg Tribunal

Yang, Chun-soo

International criminal tribunal to impose punishment on Nazis was held in Nürnberg, on 14 November 1945. Through this tribunal, the brutality of Nazis was disclosed to the public, which provided the Allies with sound ground of punishing the Nazis. The Nürnberg International Criminal Tribunal was significant as the first fundamental international trial, and currently it has become a role model for those trials. However the legitimacy of punishing the defeated *in the name of justice* is somewhat dubious, primarily because it's related with complicated legal problems.

Thus this article concentrates on explaining the significance of several legal problems caused by Nürnberg Tribunal. First I examined the historical background of how this trial was prepared and how it was operated(II). Then I continued examining the legal problems of the Tribunal(III), and I finished the discussion with summarizing the historical and legal significance of the Tribunal(IV).

Thereby I reached the conclusion that, although the Nürnberg Tribunal has its limits in grasping several aspects of war crimes, it has dealt with other problems quite well.

Key Words : Nürnberger internationaler Strafprozess, NS-Verbrecher, Zweiter Weltkrieg, Kriegsverbrechen, Radbruchsche Formel