

# 나찌법학에 대한 조망

— 한국에서의 논의와 관련하여 —

姜眞哲 \*

## 目 次

I. 들어가는 말	2. 나찌시대와 범실증주의
II. 법과 불법	3. 나찌법관들의 법률의 왜곡
III. 나찌시대의 법이론	V. 서독에서의 나찌법학에 대한 연구현황
1. 나찌시대의 헌법이론	1 연구의 전개과정
2. 형법이론	2. 연구성과
IV. 나찌시대의 법철학	VI. 나찌법학에 관한 한국에서의 논의와 관련하여
1. 전후 독일사정과 나찌법관들의 복귀	

## 1. 들어가는 말

나찌시대라 하면 히틀러와 나찌당이 불법적인 수단에 의하여 수권법을 의회에서 통과시켜 정권을 장악한 1933년 3월 23일부터 1945년 5월 8일 연합군에게 독일이 무조건 항복할 때까지의 기간을 말한다. 지금까지의 조사연구에 의하여 이 기간 동안에 독일과 독일 점령지에서 재판에 의해서 사형판결을 받은 사람의 숫자는 군사법원과 점령지 재판을 포함해서 약 8만명 정도로 보고 있다.<sup>1)</sup> 이러한 경우는 1941년 이후의 전시상태를

\* 연세대 박사과정 수료

1) Ingo Müller, Furchtbare Juristen. Die unbewältigte Vergangenheit unserer Justiz, 1989, S.201; 헌법재판소 판사였던 Martin Hirsch는 군사법원과 경찰법원을 제외하면 4-5만이며 이중 80%가 집행되었다고 본다. M. Hirsch /D. Majer/J. Meinch(hrsg.), Recht, Verwaltung und Justiz im Nationalsozialismus, 1984, S. 508; 연방법무부의 자료에는 3만2천으로 기록되어 있다. Gerhard Fieberg, Justiz im nationalsozialistische Deutschland, hrsg, vom Bundesministerium der Justiz, 1984. S.54.

참작한다고 하여도 세계적으로 그 유례를 찾아보기 힘든 잔혹하고 광적인 것이었으며 법역사에서 가장 어두운 장면으로 기록되리라.<sup>2)</sup>

그러나 사법살인에 의한 8만명이라는 숫자는 제2차 세계대전 희생자들 숫자와 비교해보면 큰 의미가 없을 수도 있다. 독일 집권세력에 의하여 유태인들은 아우슈비치 등 동구 여러 곳의 집단수용소의 가스실에서 6백만명이 죽어갔으며, 계속 양육될 가치가 없다고 생각되는 사람들(정신병자, 노약자, 기형아 등)은 안락사에 의하여 20만 내지 35만이 희생되었으며,<sup>3)</sup> 소련인들의 희생자는 수백만의 군인들을 포함해서 2천만으로 추산되고 있다.

법의 이름으로 재판의 형태에 의하여 행하여진 8만여명에 대한 살인행위는 법에 있어서 중요한 사항을 일깨워 주었다. 그것은 무엇보다도 법이 법의 이름으로 죄악을 저지를 수 있다는 것을 극명하게 보여 주었다는 것이다. 그 전시대에도 마녀재판과 같은 엉터리 재판과 법의 남용행위는 존재하였고<sup>4)</sup>, 법을 정의의 편이라고 단정하는데 의문을 제기한 무리들이 끊임없이 존재하였지만, 근대법이후에 법을 도구로 하여 무고한 사람들을 대량으로 살해할 수 있다는 것을 인류에게 명확하게 인식시켜 준 것은 그 어떤 이론의 공헌도 아닌 나찌법원의 무시무시한 사법살인에 대한 경험에 의해서였다. 그 이후에 우리는 사법살인이라는 말에 익숙해진다.

그러한 경험이 없었다고 한다면 우리는 막연하게 좋고 유용한 것으로 전제되어 오던 법의 악용가능성을 인식하는 데 더 많은 노고와 시간을 헤퍼하였을지 모른다. 그리하여 그 이후에는 법의 이름으로 행하여지는 법원의 재판행위나 행정기관의 행정행위에 무조건 정당성을 부여하는 사고는 사라지게 되었고, 법의 절차에 따라서 행하여지는 행위나 법원의 판결도 끊임없이 비판되고 교정되어져야 할 것으로 인식되었다.

- 
- 2) Arthur Kaufmann, *Problemggeschichte der Rechtsphilosophie*, in : A. Kaufmann und Winfried Hassemer(hrsg.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 5.Auf. 1989, S.85ff.
  - 3) L. Gruchmann, *Justiz im Dritten Reich 1933-1940. Anpassung und Underwerfung in der Ära Gürtner*, 2. Auf., 1990, S.497ff.
  - 4) Hinrich Rüping, *Grundriß der Strafrechtsgeschichte*, 1981, S.47.

나찌법원에 의한 그러한 법의 악용행위가 극단적인 상황 속에서 극단적인 형태로 일어났다고 해서 우리가 그냥 지나쳐서는 안되는 것은, 그러한 행위가 꼭 극단적이고 예외적인 상태에서만 일어난 수 있는 것은 아니라는 것이다. 법의 악용은 비록 명확하게 인식되지는 않지만 온건하고 은밀하게 상례적으로도 일어날 수가 있는 것이다. 근래에는 법의 부정적인 역할은 더욱 교묘해진 이데올로기에 의하여 포장되는 경우가 많아서 더욱 주의깊게 살펴야 한다. 독재의 형태는 정도의 차이는 있지만 시대와 장소를 달리하여서도 공통되는 특성을 가지고 있다. 그것은 법적으로 보면 헌법상의 기본권의 침해와 형사절차의 무시로 단적으로 드러난다.

## II. 법과 불법

흔히 법의 역사라고 하지만 실제로는 불법의 역사였다. 역사상으로 볼 때 법의 이념과 원리가 올바르게 실현되었던 시대와 국가는 오히려 예외에 속한다. 근래에 서양 몇개의 국가에서 민주주의가 확고하게 정착되었다고 하지만 그 기간은 불법이 횡행하던 시기에 비하면 매우 짧으며, 지금 지구상의 대부분의 국가에서 민주주의와 법치주의 원리는 제대로 실행되지 않고 있다. 그러나 법학에서는 법의 역사와 이념에 중점을 두었을 뿐 불법의 역사와 형태에 대해서는 소홀히 하는 경향이 있다. 현실에 무관심한 법학은 필연적으로 관념화되는 경향이 있다. 이 나찌시대의 불법형태들을 보면서 우리는 법의 이념과 원리들은 오히려 그러한 불법 속에서 더욱 질실해지고 또렷하게 됨을 알 수 있다. 또한 많은 사람들이 지적하였듯이 우리의 사고 구조는 법과 정의보다도 불법과 부정을 인식하는 데 더 능숙하며 따라서 불법과 부정을 통해서 법과 정의를 도출해 내는 방법을 즐겨 사용한다. 그러므로 우리는 법을 위해서 불법현상을 연구할 필요성을 느낀다.

바이마르 공화국 헌법과 같은 선진적인 법제도를 만들어 냈던 독일은 불법적인 면에서도 역시 선진국이었다. 독일의 나찌법학은 대륙법계통의 국가들이 어떻게 법을 통하여 불법적인 권력행사를 할 수 있는가 하는 불법모형을 제시하였다. 그 이후 우리나라뿐만 아니라 많은 대륙법계통의 나라들은 불법권력을 행사함에 있어서 나찌법의

불법모형을 많이 본받고 있다.

독일에서 나찌시대의 불법에 관한 연구는 근래에 광범위하고 심층적으로 이루어졌으나 우리나라에는 거의 소개가 되어 있지 않다. 그러므로 필자는 이 글에서 우선 나찌법 실상의 소개에 중점을 두면서, 전후에 나찌법 연구가 법실증주의와 관련하여 어떠한 과정을 거쳐 이루어졌는가를 살펴보고자 한다. 또한 근래의 나찌법 연구 성과에 입각하여 50, 60년대의 연구경향을 비판하겠으며, 그러한 비판이 독일뿐만 아니라 우리의 상황에 어떠한 의미를 가지고 있는가를 살펴볼 것이다. 나찌시대 법원의 역할수행은 나찌법학의 이론적인 뒷받침의 도움으로 나쁜 의미에서 이론과 실천의 완벽한 결합을 이루어 내었으므로 나찌법학과 법학자의 역할도 아울러 살펴본다.

### III. 나찌시대의 법이론

그 어느 독재정치를 보더라도 독재체제는 그로부터 자율적인 영역을 용납하지 않는다. 나찌의 독재체제에서도 경찰과 군대, 나찌당은 물론 모든 사회단체는 나찌의 국가체제 안에 포섭되었으며 각 분야에서 독재체제에 충실히 봉사했다. 여기에는 법의 자율성과 법원의 독립성을 생명으로 하는 법관도 법학자도 예외가 아니다. 한편으로는 각자의 신념에 의해서 자발적으로, 다른 한편에서는 강요에 의하면 마지못해서 협력했다. 각 분야에서 나찌체제에 대한 저항은 그렇게 많지도 그리고 강렬하지도 못했다.<sup>5)</sup>

나찌시대의 법이론은 정치학, 사회학, 역사학 등 다른 학문분야와의 총체적 관계 속에서만 제대로 파악될 수 있는 것이지만 여기서는 지극히 법적인 관점에서만 고찰하였으며 법이론, 그 중에서도 헌법, 형법이론에 한정하였다.

---

5) Günter Plum, *Widerstand und Resistenz*, in : M. Broszat und H. Müller(hrsg.) *Das Dritte Reich. Herrschaftsstruktur und Geschichte*, 2. Auf., 1986, S. 248ff ; Heinz Hillermeier(hrsg.), *〈Im Namen des Deutschen Volkes〉 Todesurteile des Volksgerichtshofes*, 2.Auf., 1982, S.77ff.

### 1. 나찌시대의 헌법이론

나찌시대의 법이론은 자유와 평등을 이념으로 하는 계몽주의적 전통과 반대되는 반개인의적이고 반자유주의적인 경향에 서 있다.<sup>6)</sup> 민족과 국가에 우선 가치를 두어 개인의 가치와 자유를 옹호하는 사상은 철저히 탄압하였다. “진리는 전체다”라고 하는 전체주의 내지는 집단주의적 사고로 말미암아 국가에 대한 권리인 주관적인 권리와 헌법상의 기본권은 부정되었고 국가에 대한 의무와 객관적인 질서가 절대시되었다. 개인의 자유와 권리 영역을 인정받지 못함으로써 민족과 국가에 대한 충성의무만이 존재할 수 있었고 법원이나 법내용은 그러한 국가의사를 대변하는 히틀러의 지시에 의존하도록 되어 있었다. 이와 같은 주장은 이름을 제대로 거론하기에는 너무나 많은 그 당시의 저명한 법학자들(예를 들면 칼 슈미트, 칼 라렌츠, 에릭 볼프, 한스 벨첼, E. 포르스트호프, U. 쇼이너, T. 마운쯔, F. 샤프스타인, H. 헨첼 등)의 글과 판결문에 아주 노골적으로 들어 있다.<sup>7)</sup>

법치주의는 원래 비인격성을 기반으로 하고 있다. 비인격성이란 한편으로는 법의 내용을 자연법의 오래 전통에 입각하여 함부로 할 수 없는 지고의 가치와 결부시키고자 함이요, 다른 한편으로는 법의 내용을 절대군주 내지는 특권세력의 자의와 이익에서 분리시키고자 함이다. 그러나 나찌시대에서의 법학자들의 주장과 법원의 판결은 처음부터 히틀러의 인격과 의도에 완전히 종속되어 있었으며, 히틀러의 명령은 곧 법이 되었다. 그러므로 법치주의와는 거리가 멀었다. 나찌당만을 제외한 사민당과 공산당 등 다른 모든 정당을 불법화함으로써 일당독재를 가져왔다. 또한 독재자는 권력독점을 피함으로써 견제와 균형의 원리에 입각한 권력분립의 원리를 유린하였고 그리하여

6) A. Kaufmann, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus, in : Hubert Rottleuther (hrsg.), Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus, ARSP Beiheft Nr. 18, 1983, S.5.

7) E.-W. Böckenförde(hrsg.), Staatsrecht und Staatsrechtslehre im Dritten Reich, 1985 ; B. Rütters, Entartetes Recht. Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich, 2.Auf., 1989, S.22ff ; Ilse Staff (hrsg.), Justiz im Dritten Reich. Eine Dokumentation, 2, Auf., 1978, S.147ff.

의회주의와 법원의 독립이 부인되었으며 연방제도도 중앙집권식으로 재편되었다.<sup>8)</sup>

독일 나찌정책 중의 가장 악랄한 것은 인종정책이었다.<sup>9)</sup> 나찌의 인종정책은 우선 인간을 평등한 인간이 아닌 등급을 달리하는 인간으로 보았다. 가장 높은 등급의 인간들은 물론 독일민족인 아리아인이었고 가장 낮은 등급의 인간은 유대인과 쥘시들이었다. 등급이 낮은 인간들은 권리(기본권)의 주체로 인정받지 못하였으며 그리하여 처음에는 공직을 맡을 권리와 영업권, 거주이전의 자유 등에 제한이 가해진 정도였으나 나중에는 생명권과 인간의 가치가 전면으로 부인되어 강제로 집단수용소에 보내져 가스실에서 죽음을 당하였다.

나찌식의 기본권 제한은 처음에는 특정한 인종과 노동조합, 공산주의자, 사회주의자, 평화주의자 등 정치적 저항자들과 같은 특정한 집단에게 집중된 것이었다. 그러나 이러한 기본권 제한의 사고는 필연적으로 자의적으로 확대되기 마련이고 그리하여 중국에는 전국민의 기본권이 점점 심각하게 제한당하는 사태를 초래하게 됨을 우리는 확인할 수 있다.<sup>10)</sup>

나찌시대의 법학자들의 글이나 판결문에는 민족적, 영웅적, 피와 땅, 명예, 충성 등의 비이성적이고 전근대적인 단어들이 흔하게 눈에 띄며, 민주주의적인 상대주의에 입각한 관용의 정신은 사라지고 공격적이고 선동적인 표현들이 활개를 치게 된다.

독재정권들은 고의로 내부적으로 그리고 외부적으로 가상의 적을 설정하여 긴급사태와 위기상황을 조장하며 끊임없이 공포분위기를 조성한다. 나찌정권도 집권 초기에는 정치적 분열과 사회적 혼란, 경제 공황 등의 상황을 증폭시켜 위기상황을 조성하였고,

8) Diemut Majer, *Grundlagen des nationalsozialistischen Rechtssystems. Führerprinzip, Sonderrecht, Einheitspartei*, 1987, S.87ff; M. Hirsch u.a.(hrsg.), (註1), S.58ff; H. D. Fangmann, *Faschistische Justiz*, in: H. D. Fangmann und N. Paech(hrsg.), *Recht, Justiz und Faschismus. Nach 1933 und Heute*, 1984, S.30ff.

9) Ralph Angermund, *Deutsche Richterschaft 1919-1945*, 1990, S.104; I. Müller, (註1), S.97ff.

10) Hans Boldt, *Deutsche Verfassungsgeschichte, Band 2, Von 1806 bis zur Gegenwart*, 1990, S.267ff.

1941년 소련과의 전쟁 이후에는 전쟁의 비상사태를 이용하여 긴급상황을 만들었다. 이러한 긴급상황의 제창은 법적으로는 반드시 정상적인 국가기관의 권한과 운영에 제한을 가하여 기본권과 인권의 침해로 직결된다.

이상에서 본 바와 같이 나찌시대의 헌법이론은 한마디로 법치주의원리의 부정으로 규정될 수 있다. 여기에서 우리는 각종 기본권의 보장과 권력분립 등 모든 헌법적 원리들이 얼마나 귀중한 것인가를 알 수 있다.

## 2. 형법이론

나찌시대의 형법이론의 전개는 형법의 기본원리인 “법률없으면 형벌없다”는 죄형법정주의의 파괴과정으로 볼 수 있다.<sup>11)</sup> 그리하여 죄형법정주의로부터 파생되는 법률주의(Gesetzlichkeitsprinzip), 소급효금지의 원칙, 유추금지의 원칙 등이 점차로 부정되었다. 나찌시대의 형법은 특히 법률규정의 불명확성으로 특징지어진다. 1935년의 개정형법 제2조에는 “법률이 가벌적이라고 선언한 행위뿐만 아니라, 형벌법규의 기본사상과 건전한 민족감정에 비추어 처벌할 만한 행위를 한 자는 처벌된다. 그 행위에 직접 적용될 특정한 형벌법규가 없을 때에는 그 기본사상에 가장 적합한 법규에 따라 처벌한다”라고 되어 있는데 여기에서 보는 바와 같이 “건전한 민족감정”과 같은 지극히 불명확한 내용을 가진 규정이 구성요건을 구성하고 있을 뿐만 아니라 유추금지의 원칙을 명확하게 부정하고 있다.<sup>12)</sup>

그리하여 죄형법정주의의 효과인 법적 안정성과 예측가능성이 파괴되었다. “법률에 의하여 금지되지 않는 것은 허용되는 것이다”는 원칙은 “허용되지 않는 것은 금지된다”는 원칙으로 변질되었다.

형법의 기능은 대개 사회질서의 보호기능과 개인과 범죄인의 권리보장기능으로 나누어 설명되고 있는데 나찌시대에는 형법의 사회질서의 보호기능이 절대화되면서 개

11) I. Müller, (註1), S.75.

12) 이형국, <형법총론연구1>, 법문사, 1984, 53면; H. Rüping, (註4), S.97.

인과 범죄인에 대한 권리보장기능은 무시되었다. 그리하여 민족공동체와 국가질서에 충실하고 그를 보호하여야 하는 것은 모든 국민이 지녀야 할 의무로서 강조되었다. 이러한 의무를 소홀히 하거나 국민을 오도하는 데 앞장선 자들은 단순한 범죄인이 아니라 “민족의 적”으로 반역자나 배신자로 낙인찍혔다. 이러한 죄를 범하였다고 여겨지는 사람들에게는 형사피고인들이 누릴 수 있는 각종 형사절차의 권리가 부인되었고, 불법체포와 불법감금, 고문, 강제노역, 강제수용소 수용 등이 행하여졌다.<sup>13)</sup>

형법이론상의 응보형주의와 목적형주의, 주관주의와 객관주의, 행위자주의와 행위주의의 대립들은 나찌시대에는 철저하게 응보형주의와 주관주의, 행위자주의로 일관되었다. 응보형주의를 택하여 죄를 지은 사람들을 철저하고 가혹하게 체포, 처벌하는 것이 민족공동체의 건전한 유지, 발전에 필수적인 것이라고 보았다. 또한 주관주의와 행위자주의를 택하여 행위에 의하여 외부적으로 나타난 법익침해 정도보다는 그것으로 인하여 드러난 행위자의 심성을 처벌의 기준으로 삼았고, 더 나아가 그러한 심성을 뿌리째 뽑아내는 것을 형법의 과제로 보았다. 그리하여 정치적 반항자와 사상범은 물론 보통 범죄인에 대한 형량은 가혹하였으며 형량은 날로 높아져 전쟁 막바지에는 절도 범에게도 사형판결을 내리는 정도였다.<sup>14)</sup>

나찌시대에는 형사사법체계가 이원화되어 있었다. 그 중에 하나는 사법제도로서 일반재판소, 주로 “민족의 적”과 정치범을 다룬 악명이 높았던 인민재판소, 특별재판소, 군사재판소를 포함하며 다른 하나는 경찰의 결정에 의하여 지휘되는 보호감호제도(Schutzhaft)이다. 형사사법은 범법행위를 범행이 행하여진 사후에 규제하지만 이 보호감호제도는 범행의 사전에, 범행가능성에 착안하여 예비적으로 규제를 하는 것으로 경찰의 지휘하에 행하여졌다. 이러한 보호감호제도는 나찌에 의하여 처음 창안된 제도는 아니지만 나찌에 의하여 도입되어 광범위하게 악용되었으며 오히려 사법제도를 압도하였다. 이러한 제도는 마땅한 규제장치나 절차가 없어 경찰의 자의에 의하여 무제한

13) H. Rüping, Zur Praxis Der Strafjustiz im Dritten Reich, in : Ralf Dreier und Wolfgang Sellert(hrsg.), Recht und Justiz im Dritten Reich, 1989, S.180ff.

14) R. Angermund, (註9), S.206ff.



적으로 활용되었으며 그로 인한 인권침해는 극심하였다.<sup>15)</sup>

사법기관은 아무래도 절차와 과정을 전혀 무시하지 못하기 때문에 즉각적이지 못하고, 적용되는 법률의 내용은 그래도 좋게 규정되어 있기 때문에 독재정권이 자기의 불순한 의도를 관철시키는 데 장애가 될 수 있다. 그래서 독재정권은 사법기관보다 경찰력을 더 애용하기 마련이다. 나찌정권은 처음에는 재판의 기능과 경찰력을 함께 이용했다. 그 과정에서 두 기관은 서로 충성경쟁을 벌이면서 서로의 기능을 보충하고 나쁜 방향으로 교정하는 식으로 운용되었다. 그러나 후에는 경찰력이 우세하여 사법기관을 압도했다. 특히 S.S(친위대)와 게슈타포(비밀경찰)의 행위는 완전히 치외법권사상이었다. 또한 그들에 의한 법원에 대한 압력, 법원에서 무죄석방된 자들에 대한 체포와 계속적인 감금, 자기들의 즉결처분권 활동 등에 사법기관은 완전히 속수무책이었다.

경찰의 기능은 점점 광포화되면서 독일 패망전까지도 수행되었지만 사법기관은 전면전 이후에는 젊은 법관들이 징집되고 참호공사에 동원되는 일로 말미암아 조직과 기능면에서 급격히 쇠퇴하여 패망전에는 거의 업무가 마비되어 있었다. 독일의 나찌즘도 파시즘의 일종으로 보고 있으며 그 때문에 파시즘국가에서 경찰의 영향력과 관련하여 독일에서도 나찌시대의 경찰과 법원의 역할수행에 관한 비교연구가 많이 눈에 띈다.<sup>16)</sup>

#### IV. 나찌시대의 법철학

##### 1. 전후의 독일 사정과 나찌법관들의 복귀

독일패망후 나찌에 협력했던 주요 전범들은 연합국이 주도한 뉘른베르그 전범재판

15) K. Marxen, Strafrecht im Nationalsozialismus, in : B. Diestelkamp und M. Stolleis (hrsg.), Justizalltag im Dritten Reich, 1988, S.111.

16) Diemut Majer, Zum Verhältnis von Staatsanwaltschaft und Polizei im Nationalismus, in : U. Reifner und B.-R. Sonnen(hrsg.), Strafrecht und Polizei im Dritten Reich, 1984, S.121ff ; D. Majer, Justiz und Polizei im Dritten Reich, in : R. Dreier und W. Sellert(hrsg.), (註13), S.136ff ; R. Angermund, Deutsche Richterschaft 1919-1945, S.158ff.

에서 약 8백명이 사형판결을 받았으며,<sup>17)</sup> 그 이후에 서독의 법정에서도 (사형제도가 폐지됨에 따라서) 수백명이 종신형을 선고받았는데 그 중에는 지금까지 징역형을 사는 사람들이 있다. 그 이외에도 수천명이 자유형을 선고받았으며 또한 나찌시대의 죄의 댓가로 경제상의 불이익과 직업상의 제한을 포함하여 기본권을 제한받은 사람들이 많다. 이러한 나찌추종자들에 대한 책임추궁도 나찌의 협력자들 전체를 놓고 볼 때 소수에 불과한 것이었다. 연합군의 최대 고민 중의 하나가 그 많은 전범들을 어디까지로 한정할 것이냐하는 것이었다. 독일 전체 국민의 1/3이 나찌당이나 그 하부단체에서 활동했으며, 거의 모든 국민이 히틀러에 동조했었다.<sup>18)</sup> 대부분의 나찌협력자들은, 종전 직후에 나찌에 협력했다는 이유로 쫓겨났던 그 직장으로, 다시 복귀할 수 있었다.

이러한 독일 전후의 사정은 전후의 세계구도가 다시 냉전화되는 경향과 밀접한 관계를 가지고 있다. 미국을 중심으로 한 자본주의세계는 공산주의 세력과의 대결을 위하여 급격히 보수화되고 있었고 동서로 갈린 독일은 냉전의 최전방이었다. 이 시기의 서독에서의 반동적인 분위기는 한반도의 상황보다 더하면 더했지 덜하지는 않았다고 한다. 이러한 정세를 이용하여 나찌의 협력자를 주축으로 하는 보수세력들은 정당(예를 들면 지금의 집권당인 기민당(CDU))등을 결성하여 반공전선에 뛰어들면서 다시 결집하기 시작하였고 그 세력은 각 방면에서 금새 세를 회복하였다. 그러면서 나찌세력을 추방하는 작업은 자유민주주의를 수호하고 국가를 재건하는 일보다 후위에 놓이게 되었다. 이는 나찌세력이 완전히 패멸된 동독과는 대조를 이루는 것이었다.<sup>19)</sup>

많은 직업집단 중에 법관집단만큼 자기가 저지른 죄책에 비하여 적게 처벌을 받은 집단은 없었다. 나찌시대의 수천명의 법관 중에서 수십명만이 법정에 섰으며<sup>20)</sup> 대부분의

17) Ulrich Eisenhardt, Deutsche Rechtsgeschichte, 1984, S.384.

18) A. Rückerl, NS- Verbrechen vor Gericht. Versuch einer Vergangenheitsbewältigung, 2.Auf. 1984. S.22ff.

19) W. Benz, Die Entnazifizierung der Richter, in : B. Diestelkamp und M. Stolleis (hrsg.), (註15), S.119f.

20) Jörg Friedrich, Die kalte Amnestie. NS-Täter in der Bundesrepublik, 1984, S.78.

법관들은, 국민들이 법치국가의 재건을 위하여 그들의 지식과 경험을 필요로 한다는 이유로, 다시 등용되었다. 국가재건기에 서독의 법원들은 나찌법관들로 대부분 채워졌고, 동독에서 박해를 받아 도망해 온 나찌법관들까지도 수용하여 포화상태가 되었을 정도였다. 사정이 이러했으므로 후에 사법부의 권위를 실추시키려는 의도로 오도되었고 심지어는 “빨갱이”의 혐의를 뒤집어 써야만 했다. 다른 분야에서의 사정도 이와 비슷했다<sup>21)</sup>.

독일 패망 후에도 사법부의 인적 구성원의 계속성이 이렇게 유지되었으므로 나찌 시대에 부당하게 내려진 판결들의 효력이 계속 유지되는 것이 가능했다. 수만명의 정치범들에게 사형판결을 내렸던 인민재판소의 판결효력이 전체적으로 부인된 것은 놀랍게도 80년대에 들어와서였다.<sup>22)</sup> 또한 나찌법학자들에게도 나찌의 외양만 벌여 던진 채 자기의 이론을 계속 유지할 수 있는 충분한 시간과 기회를 주어졌다.<sup>23)</sup>

서독에서는 이와같이 전면적인 탈나찌화 과정을 거치지 않았으므로 그 방면에서도 덕적인 우위를 점했던 동독의 공세에 계속해서 시달려야 했고 법관과 관료들의 나찌 전력은 간헐적으로 정치스캔달의 형식으로 폭로되었다.

나찌법학자들도 대개 동일한 과정을 겪었다. 나찌에 의하여 쫓겨났던 교수들의 복직은 늦어지면서도 나찌에 협력했다는 이유로 일단 대학을 떠나야만 했던 나찌법학자들은, 오직 나찌법학의 기수였던 칼 슈미트만이 침묵을 강요당했을 뿐, 모두 다 교직에

21) I. Müller, Furchtbare Justiz, S.210ff ; R. Angermund, Deutsche Richterschaft 1919 - 1945, S.8ff.

22) 1982년 12월 서독의 연방의회는 결의를 통해서 “인민재판소는 처음부터 정상적인 재판의 성격을 가지지 못했다. 인민재판소는 오히려 히틀러 정권의 저항자를 억압하고, 추방하고, 통제하고, 전멸시키기 위한 정치테러의 수단이었다”고 선언하고 판결의 효력을 전면적으로 부인했다. B.-R. Sonnen, Strafgerichtsbarkeit- Unrechtsurteile als Regel oder Ausnahme ?, in : U. Reifner u.a.(hreg.), (註16), S.41ff.

23) U. Reifner, Justiz und Faschismus, in : U. Reifner und B.-R. Sonnen(hrsg.), (註16), S.14 ; Ingeborg Maus, Juristische Methodik und Justizfunktion im Nationalsozialismus, in ; H. Rottleuthner(hrsg.), (註6), S.176ff.

복귀했다. 그러나 칼 슈미트는 익명으로 글을 발표하기도 했으나 얼마 후에는 활동을 재개했고 70회 생일 때는 국내 저명한 공법교수들에 의하여 논문집을 증정받기도 했다. 법이론과 사법분야에서의 칼 라렌쯔의 영향도 계속 막강하게 유지되었다.

이러한 나찌시대의 법관들이 전후에 내세운 자기변호논리가 법실증주의였다. 그들의 그 당시의 법률에 따라 법을 적용했을 뿐이라고 변명하였다. 나찌법학자들도 이에 대하여 이론적인 지지를 표했다. 이러한 주장은 타당한 것일까?

## 2. 나찌시대와 법실증주의

독일 패망 후에 법학계에서는 나찌시대의 범경향을 법실증주의로 규정짓고 이를 자연법사상을 통해서 극복하려는 기운이 일어났다. 이러한 운동에 맨 앞장을 선 사람은 라드브르흐였다. 그는 바이마르 공화국 때 사회민주당원으로 2번의 법무장관을 역임했고 나찌집권후에는 은둔생활을 해야 했으며 나찌 패망후에 대학에 복귀하였다. 그는

“나찌는 2개의 원칙 즉 <명령은 명령이다>와 <법률은 법률이다>라는 원칙을 써서 한편으로는 병사, 다른 한편으로는 법조라는 나찌의 시종들을 꿈쩍못하게 할 줄을 알았다. 그렇지만 <명령은 명령이다>라는 원칙은 결코 무제한하게 타당했던 것은 아니다……이에 반해 <법률은 법률이다>라는 원칙은 아무 제한도 없었다. 그것은 수십년간 아무런 반대도 없이 독일 법률가들을 지배했던 법실증주의적 사상의 표현이었다”<sup>24)</sup>라고 하면서 나찌시대의 법의 악용을 법실증주의의 책임으로 돌렸으며 새 시대를 맞이하여 법의 혁신의 제창하였다.

여기서의 <법률>은 그 내용이 정의롭지 못한 법률, 즉 악법을 말하는데 나찌시대에는 법실증주의에 의하여 악법도 법률로 인정되고 법관들은 그러한 악법을 그대로 적용하여 판결을 내림으로서 엄청난 불법행위를 저질렀다는 것이다. 이러한 견해는 나찌에 추종하면서 나찌법이론을 전개했던 칼 라렌쯔와 한스 벨첼 등 법이론가들에 의하여 계

24) 라드브르흐, “법률적인 불법과 초법률적인 법”, <법에 있어서의 인간>, 손지열, 황우려 공역, 육법사 1981, 33면 이하 참조.

속해서 주장되었으며,<sup>25)</sup> 나찌에 적극적으로 봉사했다가 뉘른베르그 전범재판에 서게 되었던 피고인들<sup>26)</sup>이나 전후에 일단 현직에서 쫓겨났다가 복귀했던 나찌법률가들<sup>27)</sup>에 의하여도 주장되었다. 그들은 그 당시의 시대사조인 법실증주의에 따라 악법도 법으로 보았으며 단지 그들은 그러한 법을 적용한 것에 지나지 않았다고 변명하였다.

물론 실제로 유대인들을 차별하기 위한 <뉘른베르그 법률>같은 극악하고 반윤리적인 법률도 제정되었었다. 그러나 우리가 먼저 알아야 할 것은 나찌정권은 몇개의 법률을 제외하고는 자기들의 정신에 맞추어 법률을 제정 또는 개정하는 작업, 즉 입법작업을 매우 소홀히 하였다는 것이다. 그들은 집권초기에 정권창출을 위한 몇개의 법률과 조치들 그리고 특정인종을 탄압하기 위한 몇개의 법률만을 만들었을 뿐 바이마르 공화국 때부터 전해 내려오던 법률을 그대로 사용했다. 특히 민법을 비롯한 기본법률들은 큰 차이가 없었다.

그에 대한 좋은 예가 헌법이다. 바이마르 헌법은 나찌 정부가 들어서면서 수권법에 의하여 그의 효력이 전체적으로 폐기되었다(하위법률에 의한 상위의 헌법에 대한 침해). 바이마르 형법제정 때 발휘했던 독일민족의 선진적인 법기술을 다시 발휘하여 나찌 정부는 자기들 나름대로의 이념을 담은 그럴듯한 헌법을 만들 법한데도 그들은 끝내 만들지 않았다. 필자가 본 문헌에 의하면, 그들은 헌법을 새로 만들 것을 거론조차 하지 않았다.

그렇다면 법관들은 어떻게 수만명에게 사형판결을 내리고 타 종족을 차별하였는가?

25) 이러한 한스 벨첼의 주장에 관해서는 심헌섭, “비판적 법실증주의”, <법철학1>, 법문사, 1986, 283면 참조; M. Walter, Hat der juristische Positivismus die deutsche Juristen im Dritten Reich wehrlos gemacht?, in; R. Dreier und W. Sellert (hrsg.), (註13), S.350.

26) 한때 법실증주의자였던 라드브르흐의 글들이 그가 그렇게도 증오했던 나찌전범자들의 재판에서 전범들을 옹호하는 변호인들의 논리로 사용된 것에 대하여 심헌섭교수는 “아이러니컬하다”고 표현하고 있다. 심헌섭, 앞의 논문, 287면 참조.

27) I. Müller, Furchtbare Juristen, S.221ff.

### 3. 나찌법관들의 법률의 왜곡

전후에 나찌법관들은 자기들은 단지 효력있는 법률을 법절차에 따라 적용했을 뿐이라고 변명하였으나 실제로는 그렇지 아니했다.<sup>28)</sup>

히틀러는 집권하면서 바이마르 공화국때부터 종사하던 상당수의 법관들을 유대인이라는 인종적인 이유와 정치적인 신념의 이유로 새로 제정된 <직업공무원의 재임명에 관한 법률>에 따라서 내쫓았으며 그 자리는 시보로 있던 젊고 충성심이 많은 법관들로 충원시켰다.<sup>29)</sup> 다양한 정치적 신념들이 존재하고 있던 바이마르 공화국 시대부터 법관집단 중에는 나찌에 동조하던 법관들도 많이 있었으며 법관집단은 대체로 보수적이었다.<sup>30)</sup>

나찌집권후부터 법관들은 바이마르 공화국 때부터 존재하였던 법률들을 해석에 의하여 나찌정신에 따라 적극적으로 왜곡하기 시작하였다. 그들은 법은 언제나 <나찌스러운 의미>로 해석되어야 한다고 했다.<sup>31)</sup> 불확정 개념이나 일반조항<sup>32)</sup>을 매개로 하여 판결 속에 나찌정권의 의도가 침투되었으며 나찌의 목적을 달성하기 위해서는 법률을 초월하는 것, 심지어는 법률에 반하는 판결도 허용된다고 보았다. 이러한 법적용에 대하여 법학자들은 이론적인 지원을 아끼지 않았다.<sup>33)</sup> 유대인을 차별하는 법률이 제

28) 나찌시대 법연구의 새로운 방향을 제시한 책이 B. Rüthers, Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtordnung im Nationalsozialismus, 3.Auf., 1988이다.

29) H. Göppinger, Juristen jüdischer Abstammung im Dritten Reich. Entrechtung und Verfolgung, 2.Auf., 1990, S.45ff.

30) R. Angermund, Deutsche Richterschaft 1919-1945, S.31ff.

31) A. Kaufmann(註2), S.87.

32) 최근에 박홍규 교수가 간단한 해설과 함께 번역한 프란츠 노이만의 “근대사회에서의 법의 기능변화”이라는 논문에는 나찌세력에 대한 저항법학자였던 프란츠 노이만의 나찌법학에 대한 역사적이고 총체적인 분석이 잘 나타나 있다. 프란츠 노이만, “근대사회에서의 법의 기능변화”, <법과 사회> 박홍규 편역, 강원대학교 출판부, 1992, 417면 이하.

33) B. Rüthers의 책 Entartetes Recht(註7)에는 나찌정권을 지지한 수많은 법학자들의 글이 실려 있다.

정되기 전에 벌써 법관들은 나찌정권의 뜻을 받들어 유대인을 차별하는 내용을 담은 판결을 내기 시작하였다.

이러한 사정을 볼 때 나찌시대에는 법실증주의가 지배적이었던 것이 아니라 그것과는 반대되는 자유법학적인 경향을 주류를 이루었다. 나찌시대의 법관들은 법률 문언의 구속으로부터 자유롭기를 원했다. 이러한 자유법학의 운동은 나찌시대 전에도 있었다. 전통적인 법학방법론에서는 법관은 법률의 규정에 엄격히 구속되었고 그 속에서 연역적인 방법에 의해서 타당한 판결을 이끌어 내는 데에 있어서 법관의 자유와 창의력은 불필요한 것으로 여겨졌다. 이러한 전통적인 방법에 반대하여 자유법론자들은 법관의 판결에 있어서 법률의 구속으로부터 벗어나 자유로운 판단에 의한 결정행위를 긍정적으로 인정하였다.

나찌법관들의 기본자세가 자유법학적이었다는 것 자체는 잘못된 것은 아니다. 문제는 그러한 자유법학적 경향을 나쁜 의도에 의하여 극단적으로 몰고 갔다는 데 있다. 나찌의 법관들은 나찌정권의 반문명적이고 반도덕적인 사상들을 무조건 수용하였고 그러한 사상들을 실현하는 데에 기꺼이 봉사하기를 원함으로써 처음부터 목표가 잘못 설정되어 있었다. 나찌의 정치적 목적을 달성하기 위하여 명문으로 규정되어 있던 실정법을 무시, 왜곡하였으며 나찌법학자들은 오히려 법실증주의를 전형적인 유대인종적이고 자유주의적인 법사고이며 바이마르 공화국의 낡은 유산이라고 매도하였다.

여기서 법실증주의 문제를 한번 살펴본다. 법실증주의는 19세기의 유럽의 주요 사조였던 실증주의 경향에 힘입어 법에서 지배적인 위치를 차지하였다. 그 시기의 법실증주의는 전시대의 형이상학적 자연법주의에 대한 반대 경향이며 이는 실정법이 탄생하고 광범위하게 보급되게 된 그 시기에 법의 실정성의 의미를 확고하게 하는 과정이었다. 여기서 실정성이라고 하는 형식성이 주는 의미는 법의 실질성, 즉 법의 내용이나 정의의 관념과 대립되는 것이 아니었다. 19세기의 법실증주의는 법의 실질성을 어느 정도 성립시키고 보장하는 개념이었다. 이러한 경향은 독일에서는 대개 바이마르 공화국 때까지 계속되는 된다고 보며 그 의미는 형식적 법치주의라는 개념에도 똑같이 적용된다. 그러나 전후 라트브르흐나 나찌법학자들이 사용한 법실증주의 개념은 그러한 것이 아니라 법의 실질성과 의도적으로 대립된 극단적이고 편협된 법실증주의이다.

이러한 두 종류의 법실증주의를 구분하여야 법실증주의를 둘러싼 논쟁을 제대로 이해할 수 있다.

이러한 오도된 자유법학적 사고는 그 전시대의 사회적·경제적 배경과 그때 취했던 당시 법관들의 자세로부터 유래한다. 1920년대말에는 전세계적으로 경제공황이 발생하였는데 독일도 높은 실업률, 경제침체, 상상하기 힘들 만큼의 인플레이션이 발생하였다. 엄청난 인플레이션이 발생하면서 기존의 채권·채무관계에 관한 법적 분쟁이 법원으로 몰려들었다. 언제나 그렇듯이 부동의 법률규정은 경제상황의 엄청난 변화에 직면하여서는 속수무책일 수밖에 없다. 그 와중에서 법원은 법률의 규정을 무시하면서까지 구체적 타당성에 입각한 판결, 다시 말하면 변화한 경제상황을 반영하는 판결을 내렸다. 그 때 법률의 규정을 무시하면서까지 적극적으로 나서서 법적 분쟁해결에 긍정적으로 한 몫을 한 법관들의 숨씨가 나찌시대에는 전래의 법규정을 나찌정권의 이념에 맞게 왜곡해서 적용하는 데 발휘되기 시작했다. 바이마르 시대에는 변화한 경제상황에 적극적으로 대처하기 위하여 좋은 방향으로 발휘되었던 법관들의 창조적인 법해석과 법적용방식이 나찌시대에는 처음부터 나쁜 의도에 의하여 나쁜 방향으로 전개된 것이다.

34)

여기에서 보는 바와 같이 나찌시대의 법왜곡의 문제는 법이론의 문제이기보다는 법관들의 자세가 문제였다. 즉 나찌정권에 편입되어 한 몫을 담당하고자 했던 법관들의 잘못된 자세에 의하여 자유법학뿐만 아니라 기존의 많은 이론들이 그 이론들의 본래의 취지와는 정반대되는 방향으로 동원되었다. 나찌법학자들은 예를 들면, 사회주의, 자연법, 민족법, 구체적 질서사상 등의 이론을 악의적으로 왜곡시켜 주장하였다. 우리는 여기에서 “언어의 폭력성”을 명확하게 볼 수 있다.<sup>35)</sup>

34) H. Hattenhauer, Richterleiterbilder im 19. und 20. Jahrhundert/O. Behrends, Von der Freiheitsschule zum konkreten Ordnungsdenken, in: R. Dreier und W. Sellert(hrsg.), Recht und Justiz im Dritten Reich(註13).

35) A. Kaufmann(註6), S.15f.



## V. 서독에서의 나찌법학에 대한 연구 현황

### 1. 연구의 전개과정

전후에 서독에서 나찌법학에 관한 논의의 전개는 독일과 독일법관의 정치적-사회적 자기이해(Selbstverständnis)의 발전단계를 반영한다. 앞에서 언급하였듯이 50년대와 60년대의 서독 법실무계와 법학계는 다시 현직에 복귀한 나찌법관들과 나찌법학자들의 영향 밑에 있었다. 이들의 영향력은 그들이 현직에서 물러나는 60년대 후반까지 지속된다. 이 시기는 법학계에서는 더욱 의미가 있다. 나찌 집권직후인 1933년에 그 당시 조교로 있던 젊은 법학자들이 대학강단에서 쫓겨난 유대인교수와 정치적인 신념에 문제가 있다고 지목된 교수들의 뒤를 이어 대거 교수로 임명되는데 이들이 법학을 나찌신조에 따라 왜곡하는 데 앞장을 섰던 자들이었다. 칼 라렌쯔를 위시한 키일학파가 그 대표이다. 그들이 정년퇴임하던 때가 대개 60년대 후반이었다<sup>36)</sup>. 이 시기까지 나찌법학은 거론될 수가 없었다. 학생이 나찌에 협력했던 교수 밑에서 나찌법학을 연구한다는 것은 자기의 장래에 치명적인 것으로 인식되던 분위기였다.<sup>37)</sup>

70년대 초기까지만 해도 이 분야에 관한 글들을 출판할 출판사를 구하기 힘들었고 어떤 글들은 익명으로 발표해야만 했다. 이 시기까지 정착된 나찌법학에 관한 이론이 앞에서 언급한 법실증주의 이론이고 공법학에서는 후에 언급될 형식적 법치주의론이다. 또한 이 시기에는 바이마르 공화국에 대한 연구가 많았는데 이는 바이마르 공화국의 혼란상과 취약성을 부각시킴으로서 간접적으로 히틀러와 나찌의 등장을 자연스럽게 필연적인 것으로 정당화시키려는 의도도 있었다고 보아야 할 것이다.

70년대 후반에 들어와서는 분위기가 바뀌기 시작했다. 냉전이 종식되고 독일사회가 좀 더 이성화되면서 자기의 과거를 차분하게 재조명할 여유가 생겨난 것이 한 요인이고 군림했던 나찌법학자들의 영향력이 점차 사라져가는 것도 다른 요인이 되었다. 처음에는

36) I. Müller, (註1), S.238.

37) Redaktion kritische justiz(hrsg.), Der Unrecht—Staat 2. Recht und Justiz im Nationalsozialismus, 1984, S.7.

주로 죄의 경향을 가진 자들이나 자기 집안이 나찌에 의하여 어떤 식으로든지 피해를 입었던 사람들에 의해서 문제제기식으로 전개되었다.

80년 전후로 해서 나찌법학에 관한 연구는 활기를 띠었다. 그때까지도 정부가 보관하고 있던 각종 자료들에 대한 접근이 용이하지 않은 상태였다. 개인적인 연구도 있었지만 총체적인 분석을 위하여 집단적 연구도 많았다. 법학계뿐만 아니라 법실무계에서도, 형법을 비롯한 모든 법영역에서, 나찌시대의 각종 법원과 심급에 대하여, 인물별로 그리고 지역별, 사건별, 시대별, 대학별, 법관을 비롯한 법률가집단별 등으로 다각적으로 광범위한 연구가 진행되었다. 이러한 연구들을 바탕으로 80년대 끝무렵에는 벌써 나찌법학에 관한 연구들을 종합정리한 책들도 발간되었다.<sup>38)</sup>

## 2. 연구성과

80년대의 활발한 연구는 그 전시대에 통용되던 나찌법관들의 자기변호의 논리를 완전히 극복하였다. 나찌시대의 사법부는 어쩔 수 없이 수동적으로 악법을 절차에 따라 적용만 했던 것이 아니라, 자기들의 권한내에서 최대한으로 법을 왜곡시키면서 나찌의 악의의 지배도구로서 봉사했다는 것이 밝혀졌다. 법철학에서의 법실증주의 논리는 공법분야에서는 형식적 법치주의론으로 전개되었다.

형식적 법치주의란, 실질적 법치국가론과 대비되는 것으로서, “행정과 재판이 의회가 제정한 법률에 적합하도록 행하여질 것을 요청할 뿐, 그 법률의 목적이나 내용을 문제로 삼지 아니하는 형식적 합법주의”를 말한다고 한다.<sup>39)</sup> 그런데 나찌시대에는 이러한 형식적 법치국가론의 영향으로 법관들이나 행정관료들이 법률에 따라 법을 적용하였을 뿐 그 법률의 내용을 어떠한 것이었느냐에 대해서 눈감을 수밖에 없었으며 그래서 법관들은 악법을 적용하는 데에 아무런 저항을 하지 못했다고 한다. 나찌시대를 통하여 이러한 형식적 법치주의론의 폐해를 절감하고 독일에서는 전후에는 법률의 내용까지도

38) I. Müller의 *Furchtbare Juristen*과 R. Angermund의 *Deutsche Richterschaft 1919-1945*이 그 간의 연구성과를 종합정리한 책이다.

39) 권영성, <헌법학원론>, 법문사, 新訂版, 1990, 119면; 허영, <헌법이론과 헌법(上)>, 박영사, 全訂版, 1988, 275면 이하.

문제삼는 실질적 법치주의론을 전개하였다고 한다.

이러한 주장들은 법실증주의와 같이 법관들이나 행정관료들의 자기변호이론으로서 이에 대한 비판에는 법실증주의 비판의 논리가 그대로 적용될 수 있다. 나찌시대에 법관들은 악법만을 적용한 것이 아니라 정당한 법률을 온갖 법이론들을 동원하여 악의적으로 왜곡시켜 국가제도를 완전한 불법상태로 몰아넣었다.

실질적 의미에서 그 내용이 문제가 되는 법률은 형식적 법치주의의 의미로서의 법의 형식성을 실현할 수 없다. 형식적 법치주의는 실현되고 그 실질성만이 문제가 되는 상황은 이론상으로는 그럴듯 하지만 실제로는 가능한 것이 아니다. 나찌시대에는 법의 형식성을 의미하는 법의 적용절차와 집행과정은 문제투성이였다. 우선 형사소송의 소송구조에 있어서 당사자주의가 아닌 직권주의였으며 피고인은 소송의 당사자가 아닌 소송의 객체였다. 한 각종의 형사피고인의 권리는 보장되지 않았다.

법치주의는 형식적 법치주의와 실질적 법치주의로 나누어질 수 있는 것이 아니다. “법”과 같이 “법치주의”는 실질성과 형식성을 동시에 구비하여야만 법치주의로 성립될 수 있다. 둘 중에 어느 것만 갖춘 것은 법치주의가 아니라 “불법”이거나 “법으로 성립될 수 없는 것”이다.<sup>40)</sup> 따라서 형식적 법치주의론은 법치주의의 한 종류가 아니라 불법의 논리일 뿐이다. 마치 이것이 존재하는 것처럼 그리고 법치주의인 것처럼 개념을 설정하여 그것으로 도피하거나 변명하는 것은 정당화될 수 없다. 따라서 나찌시대의 법상황은 법실증주의와 형식적 법치주의에 의하여도 변명될 수 없는 불법국가였을 뿐이며 법관과 관료는 단지 히틀러와 나찌의 불법도구였을 뿐이다.

법에서는 형식성, 즉 법의 절차와 과정만 잘 지켜지기만 하면 법의 실질성, 즉 법의 내용은 상당정도로 확보될 수 있다. 여기에는 현대처럼 복잡한 사회에서는 법의 실질적인 정의와 법의 내용을 확정하기가 어렵다는 인식이 자리잡고 있는데 이에 따라 현대 법철학에서는 절차적 정의가 중요시된다. 그러므로 공정한 절차를 보장하는 법의 형

40) 아르투어 카우프만은 이러한 실질성과 형식성을 자연법성과 실정성으로 표현 하면서 두 개의 긴장관계를 해소하기 위하여 깊은 탐색을 하고 있다. 최종고, “아르투어 카우프만”, <위대한 법사상가들3>, 학연사, 1985, 392면 이하.

식성이야말로 법의 불가결한 요소로서 그 가치가 폄하될 수 없는 것이다. 나찌시대에 법실증주의 원리나 법치주의의 형식성만이라도 제대로 지켜졌더라면 그 정도까지는 가지 않았을 것이라는 것은 쉽게 동의할 수 있을 것이다.

흔히 나찌정권의 집권과정이 합헌법적이었다는 것만을 강조하는 데에도 문제점이 있다. 그 당시의 바이마르 공화국 헌법에는 헌법을 침탈하는 수권법이 발동될 수 있는 여지가 존재하였으며 그 전에도 경제상황의 어려움에 직면하여 초법적인 조치들이 발동된 경우도 있었다. 그러나 헌법이 예상한 초헌법적 조치들은 어디까지나 임시적인 것이었으며 또한 헌법을 수호하기 위한 수단이었지 처음부터 헌법을 파괴하기 위한 목적으로 행사될 수 있는 것은 아니었다. 더 나아가 나찌의 집권과정은 합헌법적인 과정을 넘어서 각종의 적나라한 테러를 수반한 것이었다.<sup>41)</sup> 나찌의 집권과정에서 저질러진 요인 암살, 공산당의 불법화, 방화, 폭력, 감금, 사민당 의원들에 대한 위협, 공포분위기 조성 등을 전체적으로 살펴 볼 때 나찌정권의 집권이 합헌적이었다는 것은 아무 의미도 없으며 진실을 왜곡할 수도 있는 것이다.<sup>42)</sup>

## VI. 나찌법학에 관한 한국에서의 논의와 관련하여

우리나라는 독일법에 의하여 절대적인 영향을 받고 있다. 더 나아가 우리나라의 법학과 법제도는 알게 모르게 독일의 법치주의제도를 우리가 지향해야 하는 발전모델로 설정하는 것 같다. 이에 따라 독일의 많은 제도와 이론들이 우리나라에 도입되어 있으나 독일 법역사에 있어서 가장 어두웠던 나찌시대의 법실상에 관하여 우리 법학은 거의 의식하지 못하고 있다. 마치 나찌시대에는 법학과 법제도가 없었던 것처럼.

우리나라 법학에서는 나찌시대에 대하여 간접적으로만 언급하고 있다. 그 하나가 법철학에서 법실증주의를 설명하면서, 라드브르흐와 다른 나찌법이론가들의 영향을 받아서, 법실증주의가 나찌법 운영에 책임이 있는 것처럼 서술하고 있는 것이고, 다른

41) L. Gruchmann, (註3), S.320ff.

42) H. Boldt, (註10), S.258ff.

하나의 공법에서 나찌시대에서는 형식적 법치주의가 주요 사조였기 때문에 법의 내용에는 문제삼지 않았다고 서술하는 것이 그것이었다.

앞에서 자세히 언급하였듯이, 이 두 주장은 서로 패를 같이 하는 것으로서 나찌에 협력했던 법관이나 법학자들의 자기변명의 논리였다. 또한 그러한 주장들은 독일에서 50, 60년대애나 통용될 수 있었던 이론으로서 지금은 80년대의 이 방면에서의 연구 성과를 바탕으로 극복된 것들이다.

라드브르흐는 그러한 의도를 가지지는 않았겠지만, 나찌법 운영에 있어서 법실증주의가 책임이 있다는 그의 논리는 나찌법학자들에게 받아들여져 의도적으로 자기합리화의 논리로 전개되었다고 보여진다. 결과적으로 라드브르흐의 그 같은 견해는 라드브르흐라는 인물의 무게가 실려 통설적 지위를 차지하였고 나찌법 연구에 있어서 혼란을 야기시켰다. 그러한 견해가 극복되기 위해서는 30년 이상의 세월이 필요했다.

그렇다면 독일에서의 그러한 연구성과가 지금 우리에게 어떤 의미를 가질 수 있을까?

지금 우리나라에서는 아직도 법치주의가 실현되지 않고 있다. 그 원인에 대해서는 많은 논란이 있을 수 있다. 우리나라 법관 중에는 자기가 재판을 통해서 완전한 법치주의를 실현하고 있다고 생각하는 사람은 없을 것이다. 지금 우리사회에서 사회정의가 실현되고 있지 않는 데에는 법관의 책임은 매우 크다. 그런데 그러한 법관들의 사고 속에는 자기는 법치주의를 완전히 실현시킬 수는 없지만 소위 형식적 법치주의만은 실현하고 있다고 생각하는 것이 아닌지, 또한 지금같은 여러가지 제약 속에서는 형식적 법치주의의 실현도 법치주의 실현에 공헌하고 있다고 위안을 삼고 있는 것은 아닌가 생각된다.

앞에서도 언급하였듯이 이 형식적 법치주의라는 개념은 법관이나 행정관료들에게 소극성과 기회주의, 그리고 자기변명의 도피처로서의 역할을 할 수 있다. 어쩔 수 없는 상태에서 적어도 형식적 법치주의는 실현하고 있다고 자기합리화를 하는 곳에서 진정한 법치주의는 실현될 수 없다. 우리 사법부가 자기 보신에 많은 신경을 쓰고 있는 것처럼 보이는 것이 틀림없는 사실이라면 이러한 보신의 피신처 구실을 하는 것이 오도된 법실증주의적 사고나 형식적 법치주의 개념이 아닐까?

이 사고들이 나찌정권에 봉사했던 법관들이나 관료들의 자기합리화의 용도로 쓰여

졌었다는 사실, 그리고 이런 식으로 사용된 법실증주의나 형식적법치주의란 실은 불법과 다른 것이 아니었다는 것을 상기한다면 그러한 개념의 사용은 비판되어야 한다. 형식적 법치주의라는 개념을 잘못 사용함으로써 그러한 것이 존재하고 있는 것 마냥 사고를 유도하고 법실무계에게 소극성과 기회주의의 도피처로 사용될 수 있는 계기를 마련해 준다는 것은 마땅히 비판되어야 한다.

이러한 비판은 지금 우리나라처럼 겉으로는 법치국가를 지향하고 있는 국가들에게서 나타나는 불법통치현상들은 이러한 잘못 설정된 법실증주의적 사고와 형식적 법치주의라고 하는 법이데올로기의 탈을 쓰고 보편화되고 있다는 인식을 바탕으로 하는 것이다. 우리가 살펴본 나치법학과 그 후의 독일의 자기인식과정은 단지 지나간 먼 나라 이야기가 아니라, 우리에게 우리의 부정적인 법형식을 극복하기 위한 자기이해에 필요한 사례들을 생생하게 제공하고 있다.