

【특집2: 과거사 해법의 모색】

점령법원의 유죄판결에 대한 재심*

이재승

건국대학교 법학전문대학원, 법철학

jslee@konkuk.ac.kr

<국문초록>

현재 진실화해위원회와 일부 법원은 미군정기 점령법원의 형사재판을 재검토해야 하는 난제에 직면하였다. 이 글은 독일법원이 점령체제의 종료 후 연합국 점령법원의 판결을 어떻게 처리해왔는지를 살펴보고 미군정기 점령법원이 내린 하자 있는 유죄판결을 극복하는 방안을 모색하고자 한다. 점령법원의 형사재판을 재검토하고자 할 때 두 가지 어려운 문제가 드러난다. 첫 번째 쟁점은 점령법원의 형사재판을 통제할 법적 기준과 준거에 관한 것이다. 점령법원에 의한 재판의 적절성에 대한 검토기준은 무엇보다도 죄형법정주의, 적법절차, 공정한 재판에 관한 규범 등이다. 이러한 원칙은 군사점령 당시에도 국내법과 국제법, 특히 국제인도법에 폭넓게 반영되었다. 두 번째 쟁점은 점령법원의 재판에 존재하는 재심사유의 증명에 관한 것이다. 재판이 경찰의 불법수사에 기초하여 변호사나 통역도 없이 졸속으로 진행되었다면 재심사유를 인정하는 데에 어려움이 없다. 그러나 현실에서는 재심사유를 증명할 기록도, 증언자도 없는 경우가 대부분이다. 이와 같이 재심사유를 확인할 수 없는 경우에는 사례들의 유형 분류에 입각한 특별재심이나 포괄적인 접근방식이 필요하다.

주제어: 공정한 재판, 미군정, 재심사유, 점령법원, 특별재심

* 심사위원: 이경주, 오병두, 최정학

투고일자: 2023. 2. 4.

심사개시: 2023. 2. 8.

게재확정: 2023. 2. 17.

— < 차 례 > —

- I. 문제의 소재
- II. 국내의 결정례
- III. 독일의 결정례
- IV. 재검토의 기준
- V. 해결방안

I. 문제의 소재

〈진실·화해를 위한 과거사정리기본법〉은 제2조 제1항 제3호 및 제4호에서 조사대상 사건의 시기(始期)를 ‘1945년 8월 15일’로 규정하였다. 따라서 미군정기에 일어난 중대한 인권침해사건들은 진실화해위원회의 조사대상에 해당한다. 최근에 이르러 법원도 미군정기인 1946년 10월 대구·경북지역에서 발생한 인권침해사건에 대하여 한국정부의 법적 책임을 인정하였다.¹⁾ 한편 과거사정리법 제2조 제2항은 확정판결 사건도 조사대상으로 삼고 있으므로 진실화해위원회는 미군정기 점령법원²⁾의 유죄판결이 적법한 것인지 여부를 조사하고 결과에 따라 재심 또는 제도개선을 권고할 수 있다. 이에 필자는 군정기 점령법원의 하자 있는 재판을 시정하는 방안을 모색하고자 한다.

점령법원은 미점령군의 통치권 아래에 있는 북위 38도선 이남지역에 설치된 모든 법원을 가리키지만 여기서는 형사법정에 한정한다.³⁾ 그 경우 점령법원은 미육군점령재판소뿐만 아니라 점령지의 통상적인 형사법정을 포함한다. 점령기의 형사재판을 재검토하기 위해서는 한반도 점령의 성격부터 파악해야 한다. 미소 양국의 한반도 점령목적은 추축국 일본의 무장해제와 한반도에 독립된 주권국가의 수립이었다. 이러한 점령은 점령

1) 대구지방법원 2013. 10. 17. 2012가합6923.

2) 안진, “미군정 사법체계의 재편에 관한 연구”, 민주법학 제25호(2004), 454-480쪽; 송기춘, “미군정하 군정재판에 관한 소고”, 공법학연구 제12권 제5호(2006), 275-300쪽.

3) 설치근거는 미군법령 제21호(1945. 11. 2.) 제2조.

지 법질서의 현상 유지에 초점을 맞춘 19세기형 군사점령(occupatio bellica)과는 다른 변형적 점령(transformative occupation)⁴⁾으로서 점령지의 정치·경제·법질서의 포괄적 개혁을 허용한다. 점령국이 점령지에 도입한 법령이나 조치의 운명은 대체로 관련국들의 협약이나 승계 국가의 헌법을 통해 정해진다. 일제강점기의 법령에 대해서 말하자면 미군정 당국은 법의 계속성의 견지에서 일제의 법령을 승계하였지만 동시에 그러한 법령 중 부정의하고 차별적인 법령을 숙아내었다.⁵⁾

한국정부는 미군정의 법령과 조치를 어떻게 수용하고 여과했는가? 한국정부는 1948년 8월 11일 체결된 ‘대한민국 정부와 아메리카 합중국 정부간의 대한민국 정부에의 통치권 이양 및 미국점령군대의 철수에 관한 협정’과 ‘대한민국 대통령과 주한미사령관 간에 체결된 과도기에 시행될 잠정적 군사안전에 관한 행정협정’을 통해 미군의 법령과 조치를 승계하였다.⁶⁾ 한국정부는 ‘대한민국 정부 및 미국 정부간의 재정 및 재산에 관한 최초협정(발효일 1948년 9월 20일 제1호)’을 통해 현행 법령(미군정 법령)의 승계의무를 지게 되었지만 동시에 그 법령을 임의로 폐지할 수 있었다.⁷⁾ 그러나 협정은 군정법원의 판결에 심각한 하자가 있는 경우에 한국 정부나 법원이 재심을 하거나 무효화할 수 있는지를 규정하지 않았다. 이제 재판 피해자를 어떻게 구제할 것인가가 문제된다.

연합국과 일본 사이에 체결된 샌프란시스코 강화조약(1952. 4. 28.)⁸⁾이

4) Adam Roberts, “Transformative Military Occupation: Applying the Laws of War and Human Rights,” *The American Journal of International Law*, Vol. 100(2016), 580-622쪽; 안준형, “해방직후 주한미군정의 국제법적 성격·주류적 견해에 대한 비판적 접근”, 서울국제법연구 제25권 제2호(2018), 51-88쪽.

5) 미군정법령 제11호(1945. 10. 9.), 미군정법령 제21호(1945. 11. 2.) 제1조.

6) 대구지방법원도 이 협정을 근거로 한국정부의 책임을 인정하였다. 대구지방법원 2013. 10. 17. 2012가합6923.

7) 한미간 최초협정 제11조.

대한민국정부는 재조선미군정청 또는 남조선과도정부의 일체의 현행 법률, 법령 급 규칙을 전적으로 계속 시행할 것을 협약함. 단, 대한민국정부가 차를 폐지우는 개정하는 시는 차한에 부재함.

8) 샌프란시스코 강화조약 제11조.

일본은 일본 안팎의 극동 국제군사재판소(IMTFE) 및 여타 연합국 전범재판소의 판결을 수용하고 일본내에 수감된 일본인에게 선고된 형을 집행한다. 그러한 죄

나 연합국과 독일 사이에 체결된 이양 조약(1955. 3. 30. 발효)⁹⁾은 판결의 효력에 관한 사항을 규정하고 있다. 물론 이러한 조약도 연합국의 군사재판에 대한 일본이나 독일 법원에 의한 재심 여부를 직접 거론하지 않았다. 권한이양 후 특히 독일에서는 연합국의 군사재판에 대한 독일 법원의 재심 여부를 둘러싸고 상당한 혼선이 빚어졌다. 원칙론적으로 유죄 판결의 근거 법령이 자의적이거나 부정의하고, 수사 및 재판절차도 불공정하고 졸속적이거나 그 결과마저 가혹한 것이었다면 재판을 실질적으로 교정하는 것이 필요하다고 말할 수 있다. 어쨌든 앞서 거론한 독일이나 일본이 연합국과 맺은 조약과는 달리 한미간의 이양 협정은 점령법원에 의한 유죄판결에 대한 재심 여부를 전혀 언급하지 않았다.

미군정기의 형사재판을 재검토하는 데에 법적 판단기준이나 적용법을 파악하는 것이 우선 중요하다. 그 경우 1945년 당시에도 자의적이고 불공정한 재판을 통제하는 규범과 관행이 존재하였다는 점을 주목해야 한다. 제2차세계대전의 종료 후 연합국이 어떤 준거법으로, 어떤 법원칙으로 추측국들의 불법적인 재판을 통제했는지 검토해야 한다.¹⁰⁾ 점령국 및 피점령국의 국내법 이외에 국제법도 중요한 준거법이 될 것이다. 특히 점령국이 군사점령 후 사후처벌법을 도입하였더라도 국제강행법 및 국제관습법은 법적용상의 난점을 극복해주기 때문이다. 원래 국제관습법이나 국제강행법은 개별국가의 승인과 무관한 것이기 때문에 한국정부가 부재했던 점령기간에도 미군정기 형사재판의 적절성을 판단하는 유효한 틀로 여겨진다.

수에게 사면, 감형, 가석방에 대한 권한은 각 사건에서 형을 선고한 정부 또는 정부들이 결정하고 일본 정부가 건의하는 경우가 아니라면 행사되지 않는다. 그러한 권한은 극동 국제군사재판소에 의해 유죄판결을 받은 사람들의 사건에서 재판소를 구성한 정부의 과반수가 결정하고 일본 정부가 건의하는 경우가 아니라면 행사되지 않는다.

9) 이양 조약 제7조 제1항.

연합국 세 나라(서독지역을 점령한 미·영·불·필자) 또는 어느 한 나라의 법원 또는 사법관청에 의해 지금까지 독일에서 선고되었거나 앞으로 선고될 형사사건에서 모든 판결과 결정은 모든 면에서 독일법상으로 확정적으로 유효하며 독일 법원 및 관청도 이를 독일법에 따른 판결과 결정으로 취급해야 한다.

10) 이재승, “법조인소송”, 일감법학 제44호(2019), 139-174쪽.

장기간의 세월이 흐른 뒤 군정법원의 판결을 재검토하는 데에 더욱 곤란한 문제는 규범적 준거에 있지 않고 구체적인 증거에 있다. 신청인이나 청구인들이 당시 경찰의 강압수사로 작성된 기록을 바탕으로 변호사도, 통역도 없이 일방적인 절차로 미육군점령재판소에서 유죄판결을 선고받았다고 주장하거나, 군청 앞 도로에서 강제공출에 반대하는 시위를 조직했다는 이유로 포고 및 군정법령에 의거하여 처벌받고 이러한 전력 때문에 한국전쟁 중 학살당한 사례도 적지 않다. 특히 구체적인 증언자도, 사건기록도, 심지어 판결서도 없는 상황에서 이러한 피해자들의 명예를 회복시켜 주어야 하는 어려운 과제가 남아 있다. 우선 미군정의 법령, 조치, 판결의 유효성을 다투는 국내 사례를 개관하고, 점령종료 후 과거 점령재판소의 판결을 다루어온 독일의 사례와 비교한 후, 마지막으로 미군정기의 형사재판에 대한 잠정적인 해법을 제안하고자 한다.

II. 국내 결정례

1. 일본인 재산 귀속에 관한 군정법령에 대한 위헌심사

귀속재산과 관련해서는 헌법위원회나 대법원의 결정이 몇 차례 있었다. 헌법재판소가 군정법령의 위헌성을 심사할 수 있는지에 대해서는 최근에 두 가지 결정례가 있다. 먼저 ‘일본화폐 등의 강제예입에 관한 군정법령 제57호’에 따라 1946년 3월 6일 조선식산은행 부산지점에 예치한 사람의 자녀가 예치금을 반환받지 못했기 때문에 미합중국에 의해 재산권을 침해당하였다고 헌법소원을 제기하였다. 헌법재판소는 미점령군의 화폐개혁 조치가 한반도 일대에 일본 화폐를 폐지하고 새로운 화폐 질서를 형성한다는 목적으로 행한 고도의 공권적 행위로서 국제관습법상 재판권이 면제되는 주권적 행위에 해당한다고 판시하였다.¹¹⁾

또 다른 사례는 적산 귀속에 관한 사건이다.¹²⁾ 일제패망 후 일본인의

11) 헌법재판소 2017. 5. 25. 2016헌바388.

12) 미군정법령 제2호 또는 제33호상의 귀속재산은 귀속해제조치가 이루어지지 않음.

재산을 서둘러 매입한 한국인들이 적지 않았는데 거래 후 미점령군은 ‘재조선미국육군사령부군정청 법령 제2호’(1945. 9. 25. 공포) 및 ‘재조선미국육군사령부군정청 법령 제33호’(1945. 12. 6. 공포)와 같은 적산처리 기준을 도입하여 이 법 시행일 전에 완성된 거래를 소급적으로 무효화하였다. 헌법소원에서는 이 법령이 소급적으로 재산권을 침해한 위헌적인 법령인지가 문제되었다.

헌법재판소의 핵심적인 논지는 다음과 같다. “심판대상법령이 진정소급입법에 해당하지만 진정소급입법이라 할지라도 예외적으로 법적 상태가 불확실하고 혼란스러웠거나 하여 보호할 만한 신뢰의 이익이 적은 경우나 신뢰보호의 요청에 우선하는 심히 중대한 공익상의 사유가 소급입법을 정당화하는 경우에는 허용될 수 있다. 1945. 8. 9.은 일본의 패망이 기정사실화된 시점으로, 그 이후 남한 내에 미군정이 수립되고 일본인의 사유재산에 대한 동결 및 귀속조치가 이루어지기까지 법적 상태는 매우 불확실하고 혼란스러웠으므로 1945. 8. 9. 이후 조선에 남아 있던 일본인들이 일본의 패망과 미군정의 수립에도 불구하고 그들이 한반도 내에서 소유하거나 관리하던 재산을 자유롭게 거래하거나 처분할 수 있다고 신뢰하였다 하더라도 그러한 신뢰가 헌법적으로 보호할 만한 가치가 있는 신뢰라고 보기 어렵다. 일본인들이 불법적인 한일병합조약을 통하여 조선 내에서 축적한 재산을 1945. 8. 9. 상태 그대로 일괄 동결시키고 그 산일과 훼손을 방지하여 향후 수립될 대한민국에 이양한다는 공익은, 한반도 내의 사유재산을 자유롭게 처분하고 일본 본토로 철수하고자 하였던 일본인이나, 일본의 패망 직후 일본인으로부터 재산을 매수한 한국인들에 대한 신뢰보호의 요청보다 훨씬 더 중대하다. 심판대상조항은 소급입법금지 원칙에 대한 예외로서 헌법 제13조 제2항에 위반되지 아니한다.”¹³⁾

헌법재판소가 공익과 신뢰보호 사이에서 공익을 강조함으로써 의외로 문제를 간단히 해결하였지만 앞의 화폐개혁과 같이 점령국의 주권적 조치의 국제법적인 성격과 제약을 거론할 수도 있었을 것이다. 헌법재판소

면 동법령에 따라 한국정부의 재산이 된다는 것은 대법원의 확고한 입장이다. 대법원 1967. 10. 12. 67다1551 전원합의제; 대법원 1969. 7. 22. 69다755; 대법원 1996. 11. 15. 96다32812.

13) 헌법재판소 2021. 1. 28. 2018헌바88.

는 통치권 이양 협정에 따라 한국정부가 군정기간에 이루어진 법령과 그 적용을 자주적으로 통제할 권한을 보유하고 있다고 표명하지는 않았지만 사실상 규범통제 권한을 행사하였다. 헌법재판소는 미군정과 대한민국 정부의 관계를 마치 구정부와 신정부의 관계에 준하여 취급하였다. 대법원도 일찍이 군정법령에 대한 헌법위원회의 위헌심사권을 인정하였다.¹⁴⁾

2021년 헌법재판소의 위헌심사권의 행사와 관련하여 윤진수는 반대의견을 표명하였다.¹⁵⁾ 그러나 이러한 반대론은 한반도 점령체제의 본질에 켜 부합하지 않는다. 미군정법령의 적용 및 효력을 논의하기 위해서는 점령목적에 고려하여 군정법령을 두 가지로 유형화할 수 있다.¹⁶⁾ 제2차세계대전 중 연합국들은 일본군의 무장해제와 한국의 독립국가 수립을 위해 미국과 소련에 의한 한반도의 공동점령 및 광범위한 사회개혁을 허용하였다. 연합국이 시행한 점령정책 가운데 적산처리, 화폐개혁, 토지개혁, 전범처벌 등 중대한 조치들과 점령체제의 치안질서를 유지하기 위한 여타 조치를 구분하고 이를 각기 경성점령법(hard occupation law)과 연성점령법(soft occupation law)으로 또는 핵심적 점령법과 주변적 점령법으로 부를 수 있겠다. 국제질서 존중의 측면에서 경성점령법이나 핵심적 점령법은 연성점령법이나 주변적 점령법보다 당연히 변경하기 어렵다. 예컨대, 한반도에서 미군이나 소련군의 적산귀속정책을 재산권의 본질적인 침해라고 규정하고 원상회복을 구하는 것은 전후 국제질서에 비추어 볼 때 무모해 보인다.¹⁷⁾ 또한 중대한 전쟁범죄자에 대한 연합국의 유죄판결을 번복하거나 해당 범죄자를 석방하는 것도 불가능해 보인다. 어쨌든 대법원이나 헌법재판소는 앞의 분류상 경성점령법 또는 핵심적 점령법에 속

14) 대법원 1955. 5. 6. 4287행상84.

15) 윤진수, “헌법재판소가 군정법령의 위헌 여부를 심사할 수 있는가?”(2021-02-15), <<https://m.lawtimes.co.kr/Content/Info?serial=167881>>, 검색일: 2023. 02. 18.

16) 이재승, “제주43항쟁론과 자결권,” 일감법학 제49호(2021), 346-48쪽.

17) 독일통일과정에서 도입된 <재산법>이 소련군정청이 점령 주권에 기하여 동독에서 시행한 사회주의적 몰수조치의 대상이 된 100ha 이상의 대토지에 대해 반환이나 손실보상의 예외로 정한 것도 통일국가에 대한 체제 핸디캡으로 파악할 수 있을 것이다. 독일헌법재판소는 반환 및 손실보상의 예외원칙(재산법 제1조 제8항 제1호)를 보장한 헌법 제143조(구동독지역 및 베를린에 대한 특수규정) 제3항이 합법적이라고 결정하였다(BVerfG. 1991. 4. 23).

하는 두 사안에서 ‘주권면제’ 또는 ‘공익’의 이름으로 기성상태를 존중하였다. 한국과 관련해서 중요한 사항은 독일이나 일본처럼 이양 조약상 제약을 받는 경성점령법이 없었다는 점이다. 그러나 승계국으로서 한국은 핵심적인 점령법을 법적으로 변경할 권한을 확보하였다고 하더라도 사실상 이를 변경할 수 없다. 따라서 한국에는 법률상(de jure) 경성점령법이 존재하지 않았지만 사실상(de facto) 경성점령법은 존재하였다고 말할 수 있다.¹⁸⁾

2. 점령법원의 형사재판에 대한 검토

2.1. 조선인 포로 감시원에 대한 희생자 인정

이 사건은 주한미군정 점령법원의 재판이 아니라 태평양전쟁 후 일본에 대한 연합군의 군사재판에서 비롯된다. 제2차세계대전 종결 후 추축국의 전범들에 대한 재판이 아시아 도처에서 진행되었다. 태평양 전쟁에 포로 감시원으로 동원된 다수의 조선인들이 연합군 법정에서 전쟁범죄와 인도에 반한 범죄로 처벌되었다. 2005년 한국정부는 일제강점기에 강제동원 피해자들을 지원하기 위해 피해자 지원법을 제정하였다. 강제동원진상규명위원회는 전쟁범죄와 인도에 반한 범죄로 처벌받은 포로 감시원들이 강제동원희생자나 피해자에 해당하는지를 검토하였다. 위원회는 포로 감시원의 행위나 이들에 대한 재판을 법적인 측면에서 재검토하는 대신에 일제강점기에 자행된 강제동원이 불법적이라는 이유로 조선인 포로 감시원을 강제동원 희생자로 결정하였다.¹⁹⁾ 연합국 군사법정에 의한 유죄

18) 경성점령법과 연성점령법은 연합국의 군정 체제와 관련된 독일의 공법적 상황에서 나온 구분법이다. 경성 또는 연성이라는 단어는 엄밀한 의미에서 법적 구속력(legal binding force)의 유무를 가리킨다. 이에 따르면 독일에는 법적으로 구속력을 지는 경성점령법이 있었고 이를 변경하는 데에 국제법적 제약이 따랐다. 이에 대한 논의는 Christine Bötsch, *Die Nachbefolgung des westalliierten Besatzungsrechts im Lichte des Staats-und Völkerrechts*(Peter Lang, 2000), 51-54쪽 및 67쪽 이하.

19) 대일항쟁기강제동원피해조사및국의강제동원희생자등지원위원회, 조선인 BC급 전범에 대한 진상조사 -포로감시원 동원과 전범처벌 실태를 중심으로-, 진상조사보

판결의 적절성을 재검토하지 않고 우회적으로 강제동원 희생자에게 피해 지원을 결정한 셈이다. 실제로 일본은 특별한 심사절차 없이 B·C급 전범들²⁰⁾에게 후생연금을 지급하였고, 독일은 전범으로 처벌받은 사람 중에서도 일정한 요건을 갖춘 때에는 원호연금을 지급하였다(이하 III. 2. 참조).

2.2. 태평양미육군총사령관 포고 제2호의 실효

광주지방법원 순천지원(2020. 1. 20. 2013재고합)은 장○봉씨 재심 사건에서 태평양미육군총사령관이 발령한 포고 제2호를 여순사건에 적용할 수 없다고 판단하였다. 재판부는 재심판결시점에는 포고 제2호가 이미 (1950. 4. 21.) 폐지되었으므로 면소판결을 해야 하지만 “적용범위가 너무 광범위하고 포괄적이어서 통상의 판단능력을 가진 국민이 법률에 의해 금지되는 행위가 무엇인지 예견하기 어려우므로 죄형법정주의에 위배하여 위헌·무효”라고 판단하고 최근에 확립된 판례에 따라 피고인에게 무죄를 선고하였다.

순천지원은 군정기간 중 포고 제2호의 적용 및 효력을 본격적으로 문제삼지 않았다. 대신에 포고 제2호가 죄형법정주의에 위배된다는 이유로 1948년 8월 15일 이후 포고 제2호를 적용한 판결에 대해 재심사유를 인정한 것이다.²¹⁾ 그러나 죄형법정주의를 위배한 포고 제2호는 발령시점까지 거슬러 올라가 그 효력을 전면적으로 박탈할 여지도 남아 있다. 더구나 죄형법정주의는 1948년 한국헌법에만 존재하는 원칙이 아니라 국제법, 국제관습법의 원칙이고, 점령국인 미국을 비롯한 각국의 헌법에 명문화되어 있는 문명국가의 법원칙이기 때문에 위헌판단의 시공간적 효력은 확장가능하다.

죄형법정주의는 다층적인 의미를 갖기 때문에 추가적인 논의도 필요하다

고서, 2010. 12. 23. 의결, 30-48쪽.

20) 일본관련 문헌에서 A.B.C.를 ‘급’으로 표현하는데 국제문서에서는 ‘항’을 의미한다.

21) 유사한 사건으로는 진실화해위원회 2023. 1. 17. 2바-8493(이 사건의 진실규명대상자는 1949년 5월 3일 다수의 형법으로 처벌되었는데 처벌법중 하나가 포고 제2호였다).

다. 우선 1948년 헌법 제100조상의 헌법과의 저촉 여부는 승계된 법령의 형식·절차보다는 법령의 실체적인 내용을 기준으로 판단한다. 따라서 의회가 제정하지 않았다는 명백하고 단순한 이유로 군정법령을 위헌이라거나 죄형법정주의에 위배된다고 단정할 수 없다. 또한 군정법령이 형식적으로 하위법령의 모습을 취하더라도 내용상 오늘날 법률로 제정해야 할 사항, 즉 입법사항에 해당하는 것이라면 해당 군정법령을 법률과 같은 효력을 가진 것으로 본다.²²⁾

순천지원은 죄형법정주의의 위배를 이유로 위헌으로 선언하기 전에 포고 제2호의 폐지 사실을 언급하였다. 국회는 미군정이 종료된 지 1년 8개월 후 1950년 군정법령폐지에관한법률(1950. 4. 21. 법률 제130호)로 포고 제2호를 폐지하였다. 이 폐지법은 공포일로부터 장래를 향하여 폐지하는 것으로 규정하였기 때문에 액면 그대로 보자면 포고 제2호는 1945년 9월 7일(포고 제2호 발령일)부터 1950년 4월 20일(폐지법 시행 전일)까지 효력을 가졌던 것처럼 보인다. 그러나 이 법에서 말하는 폐지는 1950년 4월 20일자로 포고 제2호가 효력을 상실한다는 의미에서 창설적인 것이 아니라 실질적으로 1948년 8월 15일자로 효력을 상실했다는 점을 확인시켜주는 것이다. 이 폐지법의 시행과 상관없이 미군정의 종료와 동시에 포고 제2호는 실효되었기 때문이다.

포고 제1호와 제2호²³⁾는 군정 체제의 최고법으로서 명령권자인 태평양 미육군총사령관의 실효적 통치를 전제로 하는 특수한 한시법이므로 장차 한국 사회에 적용될 예정인 남조선과도정부법률이나 여타 공공질서 유지차원의 미군정법령과는 질적으로 다른 규범이다. 1948년 한미간 이양 협

22) 헌법위원회 1954. 2. 27. 1953헌위1; 헌법재판소 2021. 1. 28. 2018헌바88.

23) 미군정은 남한에서 포고를 총 4회 발했다. 1945년 9월 7일 포고 1호, 포고 2호, 포고 3호를 동시에 발하였다. 독일의 점령체제에서 연합국(미·영·불·소)은 1945년 8월 30일 연합국통제위원회의 설치와 권한에 관한 포고(proclamation)를 시작으로 1955년 5월 5일 점령규정의 폐지 및 연합국 고등위원회의 해체에 관 포고를 마지막으로 발하였다. 이러한 포고는 베를린 선언(Declaration of Berlin 1945. 6. 5.)과 함께 연합국 4국 및 통제위원회의 권한을 규정한 최고법이고, 여타 통제위원회 법률(Kontrollratsgesetz), 통제위원회지침(Kontrollratsdirektive), 각 점령구역에 적용되는 군사정부법률(militarisches Regierungsgesetz) 등이 존재한다. 1945년부터 1948년까지 70여 건의 통제위원회 법률 및 지침이 공포되었다.

정 및 행정협정이 점령 당국의 법령을 특별히 구분하지 않고 모든 법령을 형식적으로 한국정부에게 승계하도록 하였지만 총사령관의 포고 제1호 및 제2호는 이치상 미군정의 종료와 동시에 실질적으로 실효한 것이다. 1949년 독일 헌법이 제정되고 독일정부가 탄생한 이후에도 1955년까지 연합국의 점령체제가 독일에서 병존했던 사례와는 달리²⁴⁾ 남한에서는 1948년 헌법의 발효 및 정부수립과 동시에 완전한 주권국가가 탄생하였기 때문이다. 따라서 여순사건 당시의 법원은 1948년 8월 15일 이후의 행위를 1948년 8월 15일자로 실효된 포고 제2호로 처벌해서는 안 되는 것이었다. 이와 같이 1948년 당시에 포고 제2호가 실효되었으므로 무죄로 선고해야 할 사건이 2020년 헌법 위반을 이유로 무죄가 선고된 셈이다. 앞서 거론한 바와 같이 포고 제2호가 죄형법정주의에 위배된다는 순천지원의 판단은 오히려 한국 헌법의 우주에서 벗어나 1948년 8월 15일 이전의 포고 제2호 위반행위에 대한 재심에서도 긍정적인 과급력을 가질 수 있다.

2.3. 군정법원의 유죄판결에 대한 재심

제주지방법원은 미군정 포고 제2호, 군정법령 제19호 등 위반사건에 대한 재심을 결정하고 곧이어 무죄를 선고하였다.²⁵⁾ 이 판결은 미군정 법령 위반사건에 대해 재심을 통해 무죄를 선고한 최초의 사례이다. 재판부는 미군정기 판결에 대한 재심 개시 여부에 대해서 경성점령법과 연성점령법의 구분 아래 재심청구 대상 사건들이 국제관계의 핵심적 사안에 관한 경성점령법이 아니라 점령질서를 유지하기 위한 기타 조치로서 연성점령법 범주에 속한다고 판단하고, 이러한 영역에서는 재심을 개시하는 데에 문제가 없다고 보았다.

신청사건에서 재심사유의 확인은 어려운 문제였다. 재판부는 두 가지 경로로 재심을 개시하였다. 우선, 제주4·3사건법 제14조 제1항에 따르면

24) 1949년부터 1955년 사이에는 주권이 연합국에 있고, 통치권이 독일에 있었다고 말할 수 있다.

25) 재심개시결정은 제주지방법원 2022. 2. 14. 2021재고합2,3 등; 이 사건에 대한 무죄판결은 제주지방법원 2022. 3. 29. 2021재고합2,3 등.

제주4·3위원회에 의해 희생자로 인정된 사람은 제주4·3사건과 관련한 유죄판결에 대해 특별재심을 청구할 수 있다. 재판부는 위원회에 의해 희생자로 인정된 그룹에 대해서 제주4·3사건법상 특별재심 조항에 따라 재심을 개시하는 한편, 아직 희생자로 인정받지 못한 그룹에 대해서는 불법체포, 고문, 자백강요 등에 대한 청구인들의 소명을 듣고 형사소송법 제420조 또는 군사법원법 제469조에 따라 재심을 개시하였다.

재심개시 결정 후 제주지방법원은 사건의 심리를 진행한 결과 검찰이 피고인들의 공소사실을 입증하지 못했다는 이유로 피고인들 모두에게 무죄를 선고하였다. 제주지방심리원(제주지방법원), 광주지방법원 또는 미육군점령재판소 등이 1947년 4월 12일부터 1950년 8월 1일 사이에 피고인들에게 미군정 포고 제2호, 군정법령 제19호, 국방경비법 또는 국가보안법 등 위반으로 유죄판결을 선고하였다. 유죄판결의 시점에 따라 처벌근거가 된 군정법령 및 여타 정치형법을 분석하고 판결의 유형이나 재판소의 유형을 구분하여 세분화된 판단을 내릴 필요가 있었다. 특히 재심청구 대상 피고인 중 12인은 1945년 8월 15일 이전에 포고 제2호, 군정법령 제19호에 의해 유죄판결을 선고받은 사람들이기 때문이다. 어쨌든 재판부는 검사에 의해 유죄의 증명이 불가능하다는 이유로 피고인 전원에게 무죄를 선고하였다.

Ⅲ. 독일 결정례

1. 이양 조약상 재심 여부

서독은 연합국과 체결한 ‘전쟁과 점령에서 비롯된 문제를 규율하기 위한 조약’(Vertrag zur Regelung aus Krieg und Besatzung entstandener Fragen. 1954. 10. 23.) 또는 약칭 이양 조약(Überleitungsvertrag)에 따라 서방 연합3국이 점령한 서부 독일에서 연합3국이 도입하고 시행한 법령, 조치, 판결 등을 승계할 책임을 지게 되었다. 이양 조약 제1편 제1조 제1항에 따르면 연방독일 및 각주의 기관들은 기본법에 정해진 관할에 따라

점령 관청들이 공포한 법규정을 폐지하거나 변경할 권한을 가진다고 밝힌다. 물론 이 조항이 점령법에 대한 처분권을 독일정부에 부여하는 것처럼 보이지만 이러한 권한을 제약하는 장치도 두고 있다. 첫째로, 독일과 연합3국의 관계에 관한 조약 및 부속협약이 달리 정하고 있는 경우에는 해당법령에 대한 처분권을 독일정부에 인정하지 않는다. 둘째로, 독일정부나 주정부에 의해 폐지 또는 개정될 때까지 점령 관청(Besatzungsbehörde)의 법령은 효력을 가진다. 셋째로, 통제위원회(Kontrollrat)의 법령은 폐지되거나 개정되지 않는다. 독일조약 및 부속협약에 따라 효력 있는 법령에 대해서 연합3국이 동의하는 경우에만 독일정부는 이를 폐지하거나 개정할 수 있다. 이양 조약 제1조 제2항은 연합3국의 동의절차를 규정하고 있다.

이양 조약 제1편 제1조 제1항의 규정으로도 보통의 연성점령법과 경성점령법이 구분된다.²⁶⁾ 독일헌법재판소는 평등원칙에 위배된 통제위원회법(상속법)을 헌법과 일치하지 않는다고 선언하면서 “이양 조약 제1조 제1항 제1문 및 제2항에 따라 통제위원회법은 다른 점령법(BVerfGE 12, 281[291])처럼 연방독일의 자유로운 처분사항에 속하지 않는다. 통제위원회법(Kontrollratsrecht)은 독일헌법기관에 의해 폐지 또는 변경될 수 없으며, 연합3국과의 협의에 의해서만 폐지될 수 있다.”고 판시하였다.²⁷⁾

에 따라 독일정부의 폐지권한을 기준으로 연합국의 점령법을 세 가지 유형으로 분류할 수 있다. 첫째로, 연합국과 독일 간의 최종적인 평화협정이 체결되기까지 독일정부가 폐지할 수 없는 절대적인 경성점령법(군대주둔권, 통제위원회의 법률 및 지시 등), 둘째로, 조건부로 독일이 폐지할 수 있는 점령법, 셋째로, 독일이 임의로 폐지할 수 있는 점령법 등이다.²⁸⁾ 독일정부는 1956년에서 60년 사이에 4회의 점령법의 폐지를 위한 법(Gesetz zur Aufhebung des Besatzungsrechts)을 통해 연합국고등위원회가 제시한 방침에 따라 보통의 점령법은 폐지하고 통제위원회법은 사안에 따라 폐지하였다.²⁹⁾ 나머지 점령법들은 2007년에 점령법의 정리를

²⁶⁾ BVerfGE 2, 193; BVerfGE 5, 157; BVerfGE 15, 350; BVerfGE 36, 171 참조.

²⁷⁾ BVerfGE 15, 350.

²⁸⁾ Christine Bötsch, 앞의 글, 같은 곳.

²⁹⁾ Gesetze vom 30. Mai 1956, BGBl. I S. 437, vom 30. Mai 1956, BGBl. I S.

위한 법률(Gesetz zur Bereinigung des Besatzungsrechts 23. 11. 2007 BGBl I, S. 2614)에 의해 폐지되었다.

점령재판소의 판결에 대한 승인 사안은 이양 조약 제1편 제7조 제1항에 규정되어 있다. 이양 조약 제2조 제1항에 따라 점령 관청의 입법적, 사법적, 행정적 조치를 통해 또는 이러한 조치에 기반하여 확정되거나 확인된 모든 권리와 의무는 다른 법규정에 일치하게 확정되거나 확인된 것인지 여부를 고려하지 않고 독일법에 따라 모든 면에서 효력을 가진다. 이러한 일반적 규정 이외에 판결의 효력과 관련하여 이양 조약 제7조 제1항은 점령국(한 나라이든 세 나라 모두이든)의 법원 또는 사법적 관청이 현재까지 독일에서 내렸거나 내릴 형사재판은 모든 면에서 독일법상으로 확정적으로 유효하며(rechtskräftig und rechtswirksam) 독일 법원과 관청도 이를 독일법에 따른 판결과 결정으로 취급해야 한다고 규정한다. 그러나 점령법원의 비형사재판에 대한 강제집행에서 당사자에게 독일법원에 청구이의의 소를 제기할 수 있게 한 것과 달리 점령재판소의 형사재판에 대한 독일법원에 의한 재심을 허용한다는 규정을 두지 않았다.³⁰⁾ 이러한 상황에서 독일 대법원(BGH)은 처음에는 점령재판소의 유죄판결에 대하여 재심을 할 수 있다고 판결했다가 얼마 지나지 않아 재심을 할 수 없다고 결정하였다.

먼저 1956년 독일 대법원은 이양 조약 제1편 제7조 제1항이 재심 여부를 명시하지 않았다고 하더라도 미국 또는 프랑스 점령재판소의 절차 규정도 유죄판결을 선고받은 자에게 재심을 규정하고 있으므로 권한이양 후 독일법원이 당연히 재심을 할 수 있다고 판단하였다. 대법원은 원래 독일에 설치된 점령재판소가 행사한 재판권이 독일의 재판권이 아니므로 점령재판소의 판결을 외국 법원의 판결로 파악해왔다.³¹⁾ 단지 이양 조약

446, vom 23. Juli 1958, BGBl. I S. 540 und vom 19. Dezember 1960, BGBl. I S. 1015). 예컨대, 전범처벌의 중요한 법적 기초였던 통제위원회 법률 제10호는 1951년 이래로 서독 지역에서 더 이상 적용되지 않다가 1955년 5월 5일자 연합국고등위원회 법률(AHK-Gesetz Nr. A-37) 제2조 및 1956년 점령법의 폐지를 위한 법률 제2조에 의해 효력을 상실하였다.

30) 판결의 집행과 관련하여 판결을 통해 확립된 청구에 대하여 민사소송법 제767 조상의 절차에 따라 독일법원 앞에서 이의의 소가 허용된다(이양 조약 제5조 제3항).

을 통해서 연합국 점령재판소의 판결이 독일법원의 판결로 승계되었다. 이양 조약은 독일정부가 연합국의 모든 조치와 재판을 승계하고 이를 독일법상으로 유효한 것으로 간주하고 집행하도록 규정하였다. 그리하여 독일은 점령국들의 법적 승계자가 되었으며 유죄판결을 선고받은 자에 대한 집행책임도 승계하였다. 그런데 대법원은 이양 조약 제1편 제7조 제1항에서 점령재판소가 내린 판결의 법적 효력의 내용과 범위도 독일법에 따라 정해진다고 보았다. 한마디로 대법원은 독일법원의 판결에 대한 재심과 동일한 조건으로 점령재판소의 판결에 대해서도 재심을 할 수 있다고 보았다.³²⁾

3년 후 독일 대법원은 이양 조약을 전혀 다르게 해석하였다. ‘점령국의 법원 또는 사법적 관청이 현재까지 독일에서 내렸거나 앞으로도 내릴 형사재판은 모든 면에서 독일법상 확정적으로 유효하고 독일 법원과 관청도 이를 독일법에 따른 판결과 결정으로 취급해야 한다’는 제7조 제1항을 해석할 때 연합국의 점령재판소에 의한 모든 형사재판의 법적 효력은 이양 조약의 발효일 이후에는 독일법상으로도 변경불가능한 것이라는 취지로 해석해야 한다는 것이다. 대법원은 점령국의 군사법원에 의한 판결로 법적으로 유효하게 종결된 절차의 재심 여부에 관한 사안은 독일법원이 관할하지 않는다고 결정하였다.³³⁾ 실제로 형사재판에 대한 이의절차는 원천적으로 봉쇄된 것으로 파악하였다. 심지어 연합국이 증거의 부족으로 재판을 중단한 사건에서 나중에 유죄의 증거가 발견되었다고 하더라도 독일법원에 의한 재판의 재개를 배제하였다. 아마도 이양 조약에 대한 이러한 취지의 해석에 대한 유일한 예외는 1975년 1월 30일자 독일과 프랑스 간의 추가협정이었다. 이 추가협정에 따라 프랑스에서 쫓겨나서 유죄판결을 받은 전범들(대략 1314명)은 독일로 인도되어 독일에서 유죄판결을 받게 되었다.³⁴⁾

3년 사이에 일어난 대법원의 입장변화는 이양 조약의 제1편 제7조 제1

31) BGH, Urteil vom 21. 5. 1954 - 2 StR 118/51.

32) BGH, Urteil vom 13. 7. 1956 - 3 ARs 5/56.

33) BGH, Beschluß vom 9. 1. 1959 - 2 ARs 59/58.

34) Joachim Perels, *Das Juristische Erbe des >Dritten Reiches<. Beschädigungen der demokratischen Rechtsordnung*(Campus, 1999), 210쪽.

항에 대한 해석의 차이에서 나올 수도 있지만 국제정치적 상황변화와 관련된 것으로 보인다. 독일법원이 국제군사재판소(IMT)와 점령재판소의 판결을 새로이 검토하여 무효화한다는 것은 추축국의 전범처벌이라는 제2차세계대전의 목표와 전후 국제질서에 비추어 볼 때 합당한 처사가 아니었다. 독일정부나 헌법재판소도 독일에 대한 점령정책과 전범재판의 기초가 되었던 런던협정 및 통제위원회 법률 제10호를 독일기본법을 기준으로 위헌결정을 내릴 수도 없었다.³⁵⁾ 한편, 독일(서독)은 냉전의 강화과정에서 나토에 가입하고 군사적 부담을 짐으로써 침략국가의 명예를 벗어내고자 했다.³⁶⁾ 이러한 과정에서 중요한 나치범죄자들 대다수가 1958년까지는 서방 연합3국의 공동승인 또는 단독승인 아래 석방되었다(이양조약 제7조 제7항).³⁷⁾ 또한 독일사회가 직면한 독일인 전쟁피해자들에 대한 보훈 현안은 이미 사회법원을 통해 적절하게 해결되어 왔다. 이와 같이 전범들이 모두가 석방되고 현안들이 구체적으로 정리되어가는 상황에서 구태여 연합국 군사재판소의 판결을 흔들어 국제적 불화를 일으킬 필요도 없었다. 어쨌든 현재로서는 연합국 점령재판소의 유죄판결은 독일법원의 재심대상이 아니다.³⁸⁾

35) 인도에 반하는 죄에 관한 통제위원회 법률 제10호를 국제관습법의 조문화라고 설명하는 것이 일반적인 경향이지만 당시 독일의 보수적인 법학자들(특히 칼 슈미트)은 인도에 반하는 죄의 도입이 도리어 인도에 반한 죄라고 성토했었다. 나치전범에 대한 후속재판이 진행되는 1947년 쾰른 상급주법원은 죄형법정주의에 입각하여 통제위원회 법률 제10호에 맹공을 퍼붓고 있다. *OLG Köln(StS), Urteil vom 14. 10. 1947 - Ss 81/47*.

36) 루돌프 헤스는 다른 20여 명 수괴급 나치들과 더불어 연합국 네 나라가 뉘른베르크에 공동으로 설치한 국제군사재판소(IMT)에서 1946년 종신형을 선고받았다. 연합국 네 나라 중 소련이 헤스의 석방을 승인하지 않은 까닭에 헤스는 92세의 나이로 1987년 옥중에서 자결하였다.

37) 실제로 뉘른베르크에서 미군이 시행한 12개의 후속소송은 미국이 관할하는 법정이고 유죄판결을 받은 사람의 관리와 형집행도 미군 사령관의 몫이었다. 전범의 석방에 관한 미국의 입장에 대해서는 Robert Hutchinson, *After Nuremberg. American Clemency for Nazi War Criminals*(Cambridge University Press, 2022), 14쪽 이하.

38) Engländer & Zimmermann, "Vorbemerkung zu §359", *Münchener Kommentar zur StPO*(Beck, 2019), 단락번호 16.

2. 사회법원의 우회로

독일정부는 군정체제의 종료 후 연합국 점령재판소에 의해 유죄판결을 받은 사람들에게 일정한 조건 아래서 보훈급여 청구권을 인정하였다. 연합국 점령재판소나 군사재판소에 의해 전쟁범죄자로 처벌받은 공직자나 유족에게 연금을 지급하는 결정은 점령재판소의 유죄판결을 사실상 우회하는 것이므로 법적·정치적·외교적 측면에서 논란의 소지도 안고 있었다. 각국의 보훈법제를 고려할 때 심각한 범죄로 처벌받은 군인의 가족에게 연금을 부여하지 않은 나라가 있는가 하면, 범죄자 본인에게 불이익을 준다고 하더라도 그 유가족의 생활보장을 중요한 법익으로 고려하는 나라도 있다.

2.1. 보훈법상 명백한 불법

독일을 공동으로 점령한 연합국들은 통제위원회 법률 제1호에 따라 나치악법을 폐지하고 모두 각자의 점령지역에서 나치체제에 의한 정치적 유죄판결을 불법판결로 규정하고 이를 파기하는 나치불법판결청산법을 도입하였다. 1985년 독일 의회는 즉결처분재판소와 인민재판소를 법치국가의 법원이 아니라 테러도구로 규정하였고, 1998년 두 법원의 모든 판결을 일거에 파기하고 60여 건의 나치악법 및 범죄적 조항에 입각한 유죄판결을 파기하는 나치불법판결청산법을 제정하였다.

보훈법제상 독일법원은 연합국 점령재판소나 군사재판소에 의한 유죄판결의 문제점을 우회적으로 해소하였다. 연방보훈법은 “군사적 또는 준군사적 직무 또는 일반적인 와해 현상과 관련하여 형벌적 또는 강제조치가 정황상 명백한 불법(offensichtliches Unrecht)으로 간주해야 하는 경우 그러한 조치로 인해 발생한 손상”을 보훈급여 대상으로 인정한다(제1조 제2항 d). 여기서 명백한 불법은 보훈사안을 판단하는 데에 시금석이다. 사회법원은 전시재판과 관련해서 판결이 법치국가적 기본원칙과 모순되거나 법치국가적 절차보장이 없거나 경미한 범죄에 대해 사형을 선고하는 등 행위와 형벌 간의 총체적 불균형(krasses Mißverhältnis)이 존재하거나 전시에 명령불복종을 이유로 야전 즉결처분재판소가 사형을 선고하

고 즉시 교수형을 집행하거나 사형판결이 오로지 위하작용만 고려한 경우 등을 명백한 불법이라고 판시하면서 보훈급여 청구권을 인정하였다.³⁹⁾ 한마디로 실체법과 절차법의 영역에서 법치국가적 원칙들을 침해하는 사례는 명백한 불법에 해당한다.

앞에서 언급한 연방보훈법(제1조 제2항 d호)의 적용을 둘러싼 사회법원의 판결은 모두 독일군사법원의 전시재판과 관련된 것이다. 이제 사회법원의 이러한 원칙적인 판단과 고려가 연합국 점령재판소나 기타 군사재판소의 판결에도 미치는지가 문제이다. 독일법원은 일정한 요건을 갖춘 경우 연합국의 군사재판을 전쟁의 직접적 피해나 전쟁에서 발생하는 특수한 위험으로 판단하고 그 피해를 보훈급여 대상으로 인정한다. 그런데 연합국의 군사재판을 명백한 불법으로 규정할 수 있는지가 관건이다. 슈튜트가르트 주 사회법원은 통제위원회 법률 제10호(평화과범죄, 전쟁범죄, 인도에 반한 죄의 처벌법)에 근거한 점령재판소의 판결이 명백한 불법에 해당하는지 여부에 대해 심사할 수 없다고 보았으나 나중에 통제위원회 법률 제10호에 따른 사형 집행이 경우에 따라 보훈급여 대상이 될 수 있다고 보았다.⁴⁰⁾ 1960년 들어 마인츠 주 사회법원은 점령재판소의 판결을 법적으로 재심사하는 것은 불가능하다고 하였다.⁴¹⁾ 1959년에 이미 독일 대법원이 점령재판소의 유죄판결에 대한 재심 가능성을 부정했던 터라 사회법원도 달리 도리가 없었을 것이다. 대신 사회법원은 점령재판소의 판결을 흔들지 않으면서 법치국가적 원칙을 매개로 과도한 판결의 피해자와 유족에게 보훈급여 청구권을 인정해왔다.

독일 대법원은 통제위원회 법률 제10호로 인한 점령재판소의 유죄판결을 독일측이 승인하지 않으면, 그 판결에 기속되지 않는다고 판시하였다.⁴²⁾ 그러나 점령재판소에 의한 판결과 형벌이 독일법에 입각한 독일법원의 판단과 유사하다고 평가된 경우 점령재판소의 판결은 명백한 불법에 해당하지 않는다고 보았다. 점령재판소의 판결들이 개별적으로 독일의

39) Gerhard Wilke & Gerhard Wunderlich, *Soziales Entschädigungsrecht*(BOORBERG, 1994), 47-50쪽.

40) *LSG Stuttgart Urteil* vom 29. 1. 1959 - L 1c V 464/57.

41) *LSG Mainz Urteil* vom 7. 3. 1960 - L 1 V 4870/54.

42) *BGH, Urteil* vom 9. 9. 1958 -5 StR 64/58.

법치국가적 원칙과 부합하는지 여부가 결정적이다. 점령재판소에 의해 사형을 선고받고 교수형에 처해진 독일인이 독일법에 따를 때 사형에 처할 만한 것이 아니라면 유족에게 보훈급여 청구권을 인정한다.⁴³⁾ 네덜란드에서 친위대 고위장교에 대한 사형선고와 형집행은 독일법(기본법 시행전)에 따르더라도 그러한 형벌이 부과될만한 것이었다면 명백한 불법이 아니다.⁴⁴⁾ 독일법상 징역형만이 가능한 사안에서 점령재판소가 사형을 선고했다면 보훈급여 청구권이 인정된다. 징역형과 사형 사이에는 원칙적으로 심각한 불균형이 존재한다. 세분하자면, 사형과 10년 미만의 징역형 사이에는 심각한 불균형이 존재하는 반면, 사형과 10년 이상의 징역형 사이에는 그러한 불균형이 존재하지 않는다고 한다. 점령재판소의 형량이 독일법원에 의한 추정적인 형량과 비교할 때 유사하다면 명백한 불법이 아니므로 보훈급여 청구권을 인정하지 않는다.⁴⁵⁾

2.2. 에리히 나우만의 처형

연방사회법원은 점령재판소가 전쟁범죄를 이유로 선고한 사형판결이 독일기본법의 시행 후 집행되었다는 사정만으로는 보훈급여 청구권을 인정하지 않는다고 판시하였다.⁴⁶⁾ 이 사건의 중심인물인 에리히 나우만(Erich Naumann)은 미군이 실시한 12개의 뉘른베르크 후속재판 중 제9호 사건인 특공대 재판(Einsatzgruppe-Prozess)에서 통제위원회 법률 제10호에 따라 전쟁범죄로 1948년 사형을 선고받고 1951년 처형되었다. 그는 1929년 나치당에 가입하였고 나치의 침략전쟁에서 친위대의 준군사조직인 특공대 책임자로서 폴란드에서 수천 명의 민간인 학살을 주도하였고 특공대 B의 소장으로서 러시아 지역에 파견되어 수십만을 학살하는 데에도 관여하였다. 그는 뉘른베르크 특공대 재판에서 히틀러의 명령이 여전히 옳다고 답변할 정도로 광적인 나치였다. 나우만은 1948년 4월 8일 사형을 선고받고 1951년 6월 7일 란츠베르크 교도소(제1호 전범교도소)에

43) BSG, Urteil vom 13. 2. 1964 - 8 RV 1133/61.

44) BSG, Urteil vom 9. 12. 1969 - 9 RV 850/66.

45) BSG, Urteil vom 31. 7. 1962 - 9 RV 934/57.

46) BSG, Urteil vom 29. 10. 1964 -8 RV 383/64.

서 교수형에 처해졌다. 1951년 당시 사면을 요구하는 시위도 벌어졌고 그 해 초 수형자를 담당하는 존 맥클로이 미국 특명관과 토마스 핸디 주 유럽 미군 총사령관은 사형수들에 대해 감형을 고려하겠다는 취지의 성명을 발표하였음에도 불구하고 특공대 재판에서 사형을 선고받은 4인에 대한 사형을 전격적으로 집행하였다.

나우만의 배우자는 나우만의 사형집행과 관련해서 보훈급여를 청구하였다. 독일은 이 사형집행 시점보다 2년 앞서 1949년 5월 23일 시행된 기본법 제102조로 사형을 폐지하였다. 바이에른 주 사회법원은 사형선고 시점에서는 독일법상으로 같은 죄목으로 사형을 선고할 수 있었으나 사형이 집행된 1951년에는 독일법상으로 사형이 집행될 수 없었으므로 사형집행만으로 명백한 불법에 해당한다고 판시하였다.⁴⁷⁾ 그러나 연방사회법원은 사형판결과 사형집행을 하나의 행위로 이해하면서 1941년 당시 독일형법(제211조)에 따라 살인을 저지른 사람은 독일법에 따라 사형선고를 받을 수 있었으며, 따라서 형집행은 명백한 불법에 해당하지 않는다고 보았다. 어쨌든 이후 특공대 재판으로 사형이나 종신형을 선고받은 나머지 사람들은 감형되고 1950년대가 저물기 전에 예외없이 석방되었다. 독일의 시각에서는 바이에른 주 사회법원의 판단이 논리적이지만, 연합국의 시각에서는 점령체제가 존속하는 동안 독일기본법을 통제위원회 법률보다 우선시할 수 없을 것이다. 여기서 독일정부가 임의로 폐기할 수 없는 경성점령법의 존재를 재차 확인할 수 있다.

2.3. 유고슬라비아 군사재판에 의한 처형

유고슬라비아 군사재판소의 판결에 대한 연방사회법원의 심사는 주목할만하다.⁴⁸⁾ 문제의 친위대 장교는 1941년 전시에 유고슬라비아에 설치된 즉결처분재판소의 배석판사로 두 명의 유고인에 대한 재판에 관여하여 사형을 선고한 후 1944년 11월 독일로 귀환하였다가 1945년 7월 프랑스 점령군에 체포되었다. 그는 1946년 4월 범죄인 인도요청에 따라 유

⁴⁷⁾ *Bayerisches Landsozialgericht*, Urteil vom 20. 3. 1964.

⁴⁸⁾ *BSG*, Urteil vom 11. 6. 1964 -8/11 RV 100/62.

고슬라비아로 인도된 후 베오그라드시 군사재판소에서 제2차세계대전 종료 후 1945년 8월에 제정된 반민족·반국가범죄처벌법에 따라 1946년 12월 22일에 사형을 선고받고 1947년 1월에 처형되었다.

연방사회법원은 범죄인인도법에 반하는 범죄인 인도, 사후처벌법에 따른 군사재판, 사형판결 및 형집행을 연방보훈법의 보훈대상인 직접적인 전쟁피해로 규정하였다. 또한 점령국이 아닌 유고슬라비아의 군사재판소의 재판은 독일법원의 판결을 대신하지 못하고 독일인에 대하여 구속력을 갖지 못한다고 언급하였다. 나아가 법원은 “군사법원의 절차가 문명국가에서 피고인을 위한 필수적인 보장수단, 달리 말하면 충분한 진술기회, 피고인에게 유리한 사정을 포함해서 사실관계에 대한 조사의 시행 여부 등이 전심절차에서 해명되지 않았다. ... 이는 문명국가의 형법과 형사재판의 원칙들과 어울리지 않는다. 주 사회법원이 유죄선고 및 형량을 고려하여 유고슬라비아 군사재판소의 판결을 반드시 시정해야 한다고 입장을 취한 것은 타당하다.”고 판시하였다. 이 사건의 친위대 장교를 죽음으로 몰고간 두 건의 재판에서 재판장 역할을 했던 친위대 장관은 이 두 건뿐만 아니라 여타 범죄(그 중 한 건은 유대인 여성 및 아동 4천 명에 대한 살인 방조 사건이다)로 1953년 독일법에 따라 재판을 받았는데 그 전체 형량이 6년 6개월의 징역형이었다는 사정도 언급되었다.

2.4. 나치범죄자의 배제와 연방보훈법의 개정

연방보훈법은 전생희생자와 그 유족들의 생활안정을 위한 법이다. 그래서 나치체제에서 주요한 역할을 수행한 자들, 심지어 전쟁범죄나 인도에 반한 죄를 저지른 자들까지 연금의 수령자가 되는 사례들이 발각되었다. 실제로 나치제국 말기에 오토 티락과 함께 법질서를 범죄적으로 타락시킨 법무 차관 로텐베르크는 뉘른베르크 후속재판(제3호 법조인소송)에서 인도에 반하는 죄로 처벌되었음에도 불구하고 고등법원장 경력으로 연금을 지급받았다. 그는 법무차관 경력을 합산하여 증액을 신청하였다가 언론의 주목을 받아 1959년 자살하였다. 나치범죄자나 그 유족들이 연금을 받는 사례가 독일에만 한정되지도 않았다. 주변국에 숨은 나치 유족들이 보훈연금을 받는 상황에 대해 주변국의 시민이나 유대인들은 크게 격

분하였다. 이에 독일정부는 1998년 연방보훈법에 나치범죄로 처벌된 사람들의 연금을 박탈하는 규정을 도입하였다.⁴⁹⁾

그 내용은 다음과 같다. 급여수령권자 또는 급여수령권한의 기원이 되는 사람이 나치즘의 치세에 인도주의 또는 법치국가 원칙들에 위배하였고 또한 1997년 11월 13일 이후 급여지급을 청구한 경우에는 보훈급여의 지급을 거절할 수 있다. 급여수령권자가 자신의 개별적인 행동으로 인도주의 또는 법치국가 원칙들을 위배했는지 여부를 판단하는 데에 중요한 기준은 급여수령권자가 특히 친위대(SS)에 자발적으로 참여했는지 여부이다. 또한 이와 같이 급여를 거부할 근거가 존재하고 또는 범행의 중요도를 고려할 때 개별사례에서 급여의 존속보장에 대한 급여수령권자의 신뢰보호의 필요성이 우월하지 않다면 급여는 장래적으로 전부 또는 일부 박탈될 수 있다. 급여의 즉각적인 박탈이나 삭감이 부당한 가혹에 해당한다면 박탈이나 삭감은 상당한 과도기를 거친 후 이루어져야 한다(제1조의a). 어쨌든 법은 인도주의, 법치국가 원칙에 입각하여 나치범죄자와 그 유족들에 대한 보훈급여를 박탈하려는 요구와 생활보장의 필요성 간의 긴장을 조정하고 있다.⁵⁰⁾

3. 발트하임 재판

1952년 독일 연방헌법재판소는 소련점령지역에서 이루어진 형사재판을 독일에서 집행하기 위해서는 그 재판이 연방법률의 목적과 충돌하지 않아야 하고 중요한 법치국가적 원칙들을 침해하지 않아야 하며 기본법이 보장하는 기본권과 모순되지 않아야 한다고 밝혔다.⁵¹⁾ 법치국가적 원칙은 연합국 점령재판소 및 외국법원의 판결뿐만 아니라 동독 체제의 붕괴 후 구동독법원의 재판에 대해서도 수용 여부를 결정하는 기준이 되었다.

49) 법의 도입배경에 대해서는 Stefan Klemp & artin Hölzl, *Die Neufassung des §1a Bundesversorgungsgesetz: Streichung von Kriegsofferrenten für NS-Täter* (BMAS, 2016), 35쪽 이하.

50) 연금박탈을 위한 재심사과정에 대해서는 Stefan Klemp/Martin Hölzl, 앞의 책, 79쪽 이하.

51) *BVerfG*, Urteil vom 13. 6. 1952 - 1 BvR 137/52.

발트하임 재판은 1950년 4월 21일에서 6월 29일까지 동독의 소도시 발트하임 형무소에서 열렸다. 소비에트 당국이 넘겨준 전범이나 나치범죄자 3,442명을 처벌하기 위해 쉘니츠 주 법원의 형사부들이 대거 투입되었다. 3,324명이 유죄판결을 받았고, 72명은 소송수행 불능으로 소송이 중지되었고 43명은 소송 중 사망하였다. 유죄판결을 받은 사람 중 33명은 사형에, 146명은 종신형에, 1,901명은 15년에서 20년까지 징역형에, 947명이 10년에서 15년 미만의 징역형에, 5명은 4년 이하의 징역형에 처해졌고, 2명은 치료시설에 안치되었다. 1,327건에서 유죄판결의 근거는 통제위원회 법률 제10호상의 인도에 반한 죄였다.⁵²⁾

당시에도 이 재판은 자의적이고 졸속적인 재판으로 국제적인 비난의 대상이 되었다. 서베를린 법원은 발트하임에서 진행된 개별적인 재판들이 가장 근본적인 법원칙들과의 충돌로 얼룩졌고, 피고인들에게 충분한 변론이 허용되지 않았으며, 변론 공개 원칙도 사형이 거론되는 사건에 한정되거나 사전 각본에 따라 쇼재판에서나 지켜졌으며, 형사소송법에 따른 증명은 이루어지지 않았고, 유죄판결은 거의 전적으로 경찰 조서나 밀고에 의존하였고, 책임의 확정도 이루어지지 않았고, 결과적으로 선고된 장기형이나 사형은 피고인들의 잘못에 비해 지나치게 높고 법치국가적으로 승인된 원칙 및 1945년 10월 20일자 통제위원회 포고 제3호(Kontrollratsproklamation Nr. 3)⁵³⁾의 원칙과도 터무니없을 정도로 모순된다고 지적하였다. 따라서 발트하임 재판은 ‘절대적으로 치유불가능할 정도로 무효’(absolut und unheilbar nichtig)이고, 피고인들에 대하여 어떠한 법적 절차도 진행되지 않은 것으로 간주하고, 판결 자체가 어떠한 법적 효력도 갖지 않으므로 사법구조를 위한 지원도 필요하지 않다고 판단하였다.⁵⁴⁾ 베를린 사회법원도 같은 취지에서 재판을 명백한 불법으로 보고

52) Falco Werkentin, “Die Waldheimer ‘Prozesse’ der Jahre 1950/52”, *Kritische Justiz*(Nomos, 1991), 849-79쪽; 비트회프트는 사형판결 25건을 분석하였고, 그 중에는 판사 4인과 검사 3인이 포함되었다. Bernd Withöft, *Die Todesurteile der Waldheimer Prozesse*(Universität Wien Diss., 2016), 37쪽 이하.

53) 포고 제3호는 나치 사법을 배제하고 정의와 법치주의에 입각하여 독일 사법부를 재건하겠다는 취지의 마영불소 연합4국의 포고이다. Amtsbl. des KR 1945 Nr. 1 S. 22.

54) KG, *Beschluss* vom 15. 3. 1954 - 1 RHE AR 7/54.

유죄판결을 받은 사람들을 연방보훈법상 전쟁희생자로 인정하였다.⁵⁵⁾

독일통일 이후에도 발트하임 재판의 피해자들은 반법치국가적 판결을 이유로 형사복권법⁵⁶⁾에 따라 명예회복을 신청하였다. 구동독지역에 거주 하던 발트하임 재판의 피해자들이나 이미 고인이 된 피해자들의 자녀들이 드레스덴 법원에 재심을 청구하기에 이르렀다. 드레스덴 법원은 1950년에 발트하임에서 실시된 재판은 정치적인 자의적 행동으로서 단지 사 이비재판(Scheinurteile)이며 절대적으로 치유불가능할 정도로 무효라고 보았다. 나아가 관련자들에게 사태를 분명히 하기 위해 재심절차에서 발트하임 판결들을 폐지해야 한다고 밝혔다.⁵⁷⁾ 발트하임 재판 피해자들의 유족에게도 보훈급여가 지급되었다.

IV. 재검토의 기준

1. 미군정과 점령법원

미군의 점령법원은 국제법이나 국제조약에 기반하여 설치되지도 않았고, 국제법을 분쟁해결의 준거로 삼지도 않았기 때문에 국제법원이 아니라 미국의 영토 바깥에 있는 미국의 특수한 국내법정이다. 이는 뉘른베르크 법정과도 다르다. 제2차세계대전 종결 직후 연합국들이 공동으로 뉘른베르크에 설치한 국제군사재판소(1945-1946)는 런던협정에 따른 국제법정이고, 연합국들이 독일내 점령지에 단독으로 설치한 군사재판소는 해당 점령국의 국내법정이지만 통제위원회 법률 제10호를 준거법으로 삼기 때문에 국제법정으로서의 성격을 가진다. 연합국과 독일의 이양 조약에 따라 독일정부가 국제군사재판소의 판결과 여타 점령재판소의 판결을 마찬가지로 승계하였다.

연합국은 제2차세계대전 과정에서 일본의 무장해제와 한국의 독립을

⁵⁵⁾ LSG Berlin Urteil vom 2. 3. 1956 -6 LSG 408/54.

⁵⁶⁾ Gesetz über die Rehabilitierung und Entschädigung von Opfern rechtsstaatswidriger Strafverfolgungsmaßnahmen im Beitrittsgebiet(29. 10. 1992).

⁵⁷⁾ BezirksGer. Dresden, Beschluss vom 28. 10. 1991 - BSK (1) 231/91.

위해 한반도에 대한 사실상 신탁통치를 미국과 소련에 위임하였고 양국은 점령지역에서 각기 통치권을 행사하였다. 북위 38도선 이남 지역에 과거 설치되었던 법원뿐만 아니라 미군이 새로이 설치한 법원도 모두 미국의 통치권 아래에 있는 국내법정이다.⁵⁸⁾ 미군정에 대한 한국인의 참여가 점차 강화되었다고 하더라도 1948년 8월 15일 이전 남한 지역에 대한 공적 권위의 최종적인 귀속 주체는 형식적으로 미국이다. 이론상으로는 군정기의 법원 또는 점령법원에 의한 재판의 피해자는 미국 본토의 법원에도 재심을 청구할 수 있다.⁵⁹⁾ 그러나 미국은 외국에 주둔한 미군의 행위와 관련해서 어떠한 법적 책임도 수용하지 않기 때문에 점령법원의 재판에 대해 미국법원의 재심은 기대할 수 없다.

이제 점령법원의 판결을 외국 법원의 판결처럼 취급할 수 있는가? 대법원은 이 문제와 관련해서 “형사판결은 국가주권의 일부분인 형벌권 행사에 기초한 것이어서 피고인이 외국에서 형사처벌을 과하는 확정판결을 받았더라도 그 외국 판결은 우리나라 법원을 기속할 수 없고 우리나라에서는 기판력도 없어 일사부재리의 원칙이 적용되지 않”는다고 판시하였다.⁶⁰⁾ 그럼에도 형법은 외국에서 집행된 형의 전부 또는 일부를 형에 산입하도록 한다(제7조). 대법원의 판례와 형법 제7조는 외국 법원의 판결에 국내적 효력을 부여하는 것이 아니라 이중처벌로 인한 인권침해를 저지하기 위한 것이다. 군정기의 법원, 특히 점령법원의 판결을 외국 법원의 판결로 취급하여 해당재판을 개별적으로 승인하는 것은 사리에도 맞지 않다.⁶¹⁾ 외국 법원의 재판을 승인하는 방식은 기본적으로 재판하는 국가와 승인하는 국가가 동시에 존재하였던 상황에 적합하다. 미군정기에 점령법원의 재판 시점에 한국정부가 별도로 존재하지 않았기 때문에 미군정기의 재판을 외국의 재판으로 보기도 어렵다. 마찬가지로 식민지 강점기의 재판도 외국의 재판으로 볼 수 없다. 한국은 미군정을 외국정부로 보기보다는 오히려 이전의 정부로 취급하는 것 같다.

이러한 고려방식은 이양 조약과 그 해석 관행에서도 확인할 수 있다.

58) 군정법령 제21호(1945. 11. 2.) 제2조.

59) Eyal Benvenisti, *The International Law of Occupation*(Oxford U.P., 2012), 318쪽.

60) 대법원 2017. 8. 24. 2017도5977 전원합의체 판결.

61) 민사소송법 제217조 제1항.

이양 조약은 대체로 후속정부가 군정법원의 판결을 승계하도록 정한다. 그러나 한미간의 이양 협정은 군정의 권한을 한국정부에 포괄적으로 이양한다는 점을 명시하였을 뿐 독일이나 일본의 경우처럼 판결에 대한 승인 규정을 두지 않았다. 더구나 한국은 패전한 추축국이 아닌 까닭에 제2차세계대전후 추축국이 저야 했던 국제정치적 부담과 제약에서 해방되었다. 따라서 한국정부는 미군정의 법령, 조치, 판결들을 마치 이전 정부의 법령, 조치, 판결들처럼 취급할 수 있었다. 대한민국은 <대한민국 정부 및 미국 정부간의 재정 및 재산에 관한 최초협정(조약 제1호, 발효일 1948. 9. 20.)>에 따라 미군정의 법령을 계속 시행하지만 즉시 임의로 폐지 또는 개정할 권한도 확보하였다. 나아가 한국 정부는 일제강점기뿐만 아니라 미군정기에 일어난 범죄에 대하여 일반사면령(1948. 9. 27.)으로 대대적인 사면을 시행하였다. 사면의 대상은 형법상의 40개 죄목, 102개의 취체 규칙 위반죄, 미군정의 70개 법령 위반범죄 등이었다. 특히 미군정기에 가장 많이 활용된 포고 제2호, 군정법령 제19호⁶²⁾ 위반사건도 사면의 대상이었다. 연합국의 군사재판소에 의해 처벌된 전쟁범죄자를 독일과 일본이 석방하려면 관련국들의 승인을 얻어야 했다는 사정과 비교하면 한국정부는 점령법원의 재판에서 자유로웠다. 또한 미소 점령군이 한반도에서 전범을 처벌하기 위한 군사재판소를 설치한 적도 없기 때문에 점령법원의 유죄판결은 국제질서에서 중요한 의미를 갖지도 않았다.

2. 법적 재검토의 기준

2.1. 적용법의 문제

미군정기에 점령법원의 판결이 재판의 질에 있어서 일반적으로 일제강점기의 재판보다 더 낮다고 평가할 수 있는지는 의문이다. 군정이라는 조건 아래서 자의적 약식 재판이 횡행하였고, 변호인도 통역도 없이 재판이 진행되었고, 경찰에 의한 불법수사의 기록에 의존하여 사건이 사실상 처리되었다. 이러한 배경에서 정부수립 후 점령법원의 유죄판결에 대한 대

62) 제3조(폭리행위) 및 제4조 나항(조선군정청의 명령 및 계획을 방해하는 행위) 제외.

대적인 사면조치의 필요성에 대해 국민적 공감대가 형성되었을 것이다. 그러나 정치적인 사면조치를 취하는 것과 재판의 불법성을 확인하는 것은 다른 문제이다. 사면령에 따른 사면은 유죄판결의 불법성을 치유하지 못한다. 실제로 점령법원의 유죄판결에 대해 사면조치가 1948년 9월 27일에 이루어졌음에도 불구하고 적지 않은 점령법원의 재판 피해자들과 유족들이 진실화해위원회에 진실규명을 신청하였다.

여순사건과 관련하여 군정법령에 대한 순천지원의 위헌선언은 1948년 8월 15일 이후 상황에 대한 미군정 포고 제2호 적용의 난점을 간결하게 해결하였다. 재판부는 포고 제2호가 폐지되었지만 죄형법정주의에 위반하여 위헌·무효라는 점을 들어 형사소송법 제325조 전단에 따라 무죄판결을 선고하였다. 죄형법정주의에 입각해서 포고에 대한 위헌판단은 미군정기 전체에 걸쳐 잠재적인 파급력을 가진다. 제주지방법원은 1945년 8월 15일부터 1948년 8월 14일 사이의 형사재판 피해자 12명에 대해 일부는 제주4·3사건법상 특별재심 규정(제14조)을 통해서, 다른 일부는 형사소송법상 재심사유 소명을 통해서 재심을 개시한 후 모두 무죄를 선고하였다. 군정기에 발생한 군정법령 위반사건을 법적으로 재검토하는 데에는 일제강점기의 유산으로서 구형사법제, 미군정이 신규로 도입한 형사법제 및 사법절차 규정, 미국의 헌법과 형사소송법, 전시점령을 규율하는 전쟁법 및 국제점령법, 형법 및 형사절차에 관한 국제관습법, 한국의 현행 헌법이나 형사소송법 등이 준거법으로 중층적으로 고려될 수 있다.

첫 번째 통제기준은 1910년 강제병합 이후 한반도에서 적용되어온 구형법 및 구형사소송법이다. 구형법이나 구형사소송법은 군정법령에 의해서도 폐지되지 않고 군정법령과 함께 계속 시행되었다. 그러나 일제의 형사소송법은 재심제도에 국한해서 말하자면 1953년 개정된 한국 형사소송법에 미치지 못하며 심지어 재심을 권리로 파악했는지조차 의문을 갖게 한다. 따라서 구형사소송법은 점령법원의 재판을 실효적으로 통제하는 데에 그다지 유용한 기준이라 보기 어렵다.

두 번째 통제기준은 미군정이 통제적 의도 아래 점령지에 도입한 형사법뿐만 아니라 미국에서 작동하는 미국의 법제이다. 미군정은 일반명령 제5호(1945. 9. 21.) 제3조⁶³⁾ 그 대체법령인 군정법령 제11호(1945. 10. 9.) 제3조에 형사법의 기본원칙으로 죄형법정주의를 규정하였고, 형사소

송법 개정(군정법령 제176호, 제180호)을 통해 영장제도를 도입하였다. 나아가 이론상 미군이 여행가방에 들어온 미국헌법상 인신보호영장(제9절 제2조), 소급처벌법의 금지(제9절 제3조), 수색 및 체포영장(수정 제4조), 적법절차(수정 제5조), 공정한 재판(수정 제6조), 잔혹하고 비정상적인 형벌 금지(수정 제8조), 형사소송법상 재심 등은 미점령군의 사법권행사에 대한 통제기준이 될 수 있다. 미국은 해외에서 미군의 행위에 대하여 전혀 책임을 부담하지 않았기 때문에 맥락상 미국 본토의 법정이 군정법원의 재판을 재검토할 것으로 여겨지지 않지만,⁶⁴⁾ 점령법원의 재판에 대한 통제논리로서 여전히 고려할만하다.

세 번째 통제기준은 한국의 현행 헌법이나 형사법이다. 이러한 고려 방식은 우리나라 관행에 가깝다고 할 수 있으며, 독일 대법원의 초기 판결⁶⁵⁾의 취지와 같다. 미군정과 한국정부의 관계는 마치 선행국과 승계국의 관계에 비견된다.⁶⁶⁾ 사후에 등장한 법질서가 과거의 사건에 소급적으로 관여하는 것이 아니라 과거의 결정이 새로운 법질서에 편입되면서 새로운 법질서에 따라 재조명된다고 할 수 있다. 따라서 소급효라는 용어보다는 인입효(引入效)라는 표현이 적합하다. 군정기의 판결이 이양 조약으로 한국법체계에 편입되었으며 이 판결의 하자는 한국의 법질서에 따라 판단한다는 것이다. 실제로 인입효는 이양 조약에서 정해지기도 하지만

63) 제3조 1. 어떠한 사람이든지 그 행위에 대하여 그 범행 당시의 현행 법률에 처벌할 조문이 명백히 기록되어 있지 아니하였으면 죄명을 정하거나 판결을 언도하거나 형벌을 가하지 못함.

2. 범죄 혹은 범죄의 확정이 없이 사람을 구류하거나 법적 심문과 판결이 없이 형벌을 가함을 금함.

64) 영국법원은 국가행위이론에 따라 전통적으로 미국과 같이 소극적인 태도를 취해 왔으나 이라크 점령에서 영국군의 조치로 인권침해를 당한 이라크인의 청원에 대해 영국대법원은 유럽인권협약(ECHR) 및 영국인권법을 기준으로 심사할 수 있다는 입장을 보여주었다. Benvenisti, 앞의 책, 326-327쪽.

65) BGH, Urteil vom 13. 7. 1956 - 3 ARs 5/56.

66) “...우리 대한민국이 미군정의 태아적 발전과정인 「유엔」감시가능지역의 총선거의 결과로 발족하게 되는 동시 미군정을 우리의 정권에 이양을 수하여 각국을 우리 독립국가로서의 승인을 하여 주게 하였음은 재언을 할 필요가 없으며 또한 유사한 과정 하에서는 일반적 국제공법 이론으로서(국가상속이론) 전 정권 소행은 후계 정권에 계승된다는 원칙이 적용되는 것...”(대법원 1955. 5. 6. 4287행상84).

나중에 발생한 법질서의 기본방침으로 나타날 수 있다.⁶⁷⁾ 헌법과의 저촉 여부를 기준으로 현행법령의 효력 유무를 판단하도록 규정한 1948년 헌법 제100조가 대표적인 사례이다. 헌법 제100조는 법령의 상이한 계보를 가로질러 법질서의 통일성을 보장하고 법치주의를 관철시킨다.

네 번째 통제기준은 국제점령법 또는 국제인도법의 제반 규정과 원칙이다. 점령군은 피점령국에서 무소불위의 권력을 행사하는 것이 아니라 국제인도법과 국제점령법의 통제를 받는다. 그 경우 점령법의 주요원칙⁶⁸⁾과 형벌 및 형사절차에 관한 국제인도법상 원칙들은 점령법원의 판결을 통제하는 중요한 도구가 된다.⁶⁹⁾

미군정은 일반법원으로서 심리원뿐만 아니라 미육군이 설치한 점령재판소를 통해서 재판권을 행사하였다. 따라서 현재 한국의 사법부는 앞에 제시한 다양한 통제기준을 중층적으로 활용하여 군정기의 판결을 재심할 수 있다. 이러한 통제법들은 군정법령의 처벌근거 및 처벌절차에 대한 한계적 원리들이다. 처벌근거가 부실하거나 처벌 절차가 통제기준에 맞지 않은 판결은 재심 등 다양한 방식으로 무효화되어야 할 것이다. 따라서 구형사소송법 및 현행형사소송법상 재심사유가 존재하는 판결, 상위규범을 위반한 군정법령에 의한 판결, 국제법원칙을 침해한 판결은 모두 재심의 대상이다. 나아가 그러한 사유들은 단지 기술적으로 한국의 형사소송법 제420조의 재심사유로 모두 포섭될 수 있다. 이러한 포섭은 소급효가 아니라 인입효에 따른 당연한 법적 기술이다.

2.2. 실질적 검토기준

여순사건과 관련하여 순천지원이 한국 헌법의 죄형법정주의를 통제기

67) 다음의 사건들에서도 미군정 법령과 조치들은 헌법과 저촉되지 않아야 한다는 점이 확인되었다. 대법원 1955. 5. 6. 4287행상84; 헌법재판소 2017. 5. 25. 2016헌바388; 헌법재판소 2021. 1. 28. 2018헌바88.

68) ICRC, Occupation and international humanitarian law: questions and answers, 2 August 2004, <<https://www.icrc.org/en/doc/resources/documents/misc/634kfc.htm>>, 검색일: 2023. 02. 18.

69) 국제기구에 통제사례와 가능성에 대해서는 Benvenisti, 앞의 책, 331 및 340쪽 이하.

준으로 내세웠지만 여기서는 국제법적인 사례를 두 가지 제시해보겠다. 첫째로, 제2차세계대전의 종료후 미국과 호주의 군사법원은 연합군의 폭격에 대한 보복으로 생포된 연합국 포로들에게 필수적인 사법적 보장—변호인 입회, 증인신문의 보장, 증거자료 수집기회의 제공, 통역제공, 불복의 기회 제공— 없이 졸속의 재판절차를 통해 유죄를 인정하고 이들을 즉각적으로 처형한 일본 장교와 법무관들을 전쟁범죄자로 처벌하였다.⁷⁰⁾ 다음으로, 연합국은 심각한 인권침해를 합법화하는 나치악법을 폐지하고 그러한 악법에 입각한 유죄판결을 불법판결로 규정하고 전부 무효화하는 〈형사재판에서 나치불법판결청산법〉을 도입하였다.⁷¹⁾ 전자를 사법적 보장원칙이라고 부르고, 후자를 죄형법정주의의 원칙이라 부르겠다.

우선, 사법적 보장 원칙은 불법적이고 불공정한 재판을 무효화하는 데에 중요하다. 이 기준은 국제적십자가 조문화한 〈국제관습인도법〉 규칙 제100조로 정리되었다. “모든 필수적인 사법적인 보장수단을 제공하는 공정한 재판에 의하지 않는 경우에는 어느 누구도 유죄를 선고받지도 않으며 처벌받지도 아니한다”. 국제인도법의 핵심으로서 사법적 보장수단의 내용은 다음과 같다. i)공정한 재판에 대한 권리, 불편부당하고 독립적이고 정상적으로 구성된 법원에 의한 재판 ii)무죄의 추정, 공소의 원인과 본질에 대한 통지 iii)방어권의 필수적 보장(자기 변호권, 스스로 선임한 변호인의 조력을 받을 권리, 공익의 필요상 무료의 법적 조력을 받을 권리, 방어할 충분한 시간과 편익에 대한 권리, 변호인과 자유로이 교통할 권리) iv)지체없는 재판 및 증인신문에 대한 권리 v)통역자의 조력에 대한 권리 및 피고인의 재판출석권 vi)피고인에 대한 유죄인정 또는 증언의 강요금지 vii)재판의 공개원칙 및 일사부재리 viii)상소의 기회 보장 등이다. 사법적 보장(공정한 재판)에 대한 권리는 1948 세계인권선언 제10조 및 제11조 제1항, 1949 제네바I-VI협약 공통 제3조(d), 제네바IV협약 제64조 내지 제78조, 자유권규약 제9조 및 제14조, 1949 제네바협약 추가의정서(I) 제75조, 국제형사재판소에 관한 로마규정 제8조 제2항 가(6)에도 규정되어 있다.⁷²⁾ 사법적 보장 원칙과 그 세부사항은 한국 헌법 제

70) 이세승, “법조인소송,” 일감법학 제44호(2019), 154-159쪽.

71) Matthias Etzel, *Die Aufhebung von nationalsozialistischen Gesetzen durch den Alliierten Kontrollrat(1945-1948)*(J.C.B.Mohr, 1992), 80쪽 이하.

12조 및 형사소송법에서도 충실히 반영되어 있다. 이러한 사법적 보장 원칙을 위배한 재판은 형사소송법상 재심사유에 해당할 것이다.

다음으로, 국제법의 원칙으로서 죄형법정주의⁷³⁾도 중요한 기준이다. 명확성의 원칙, 죄와 형벌 간의 균형 및 비례성, 사후처벌법의 금지 등이 그 세부 사항이다. 이러한 죄형법정주의는 1948 세계인권선언 제11조 제2항, 국제적십자사가 조문화한 〈국제관습인도법〉 규칙 제101조, 제네바 제3협약 제99조 제1항, 제네바 제4협약 제65조 및 제67조, 제1추가개정서 제75조 제4항 C, 제2추가개정서 제6조 제2항 C, 자유권규약 제15조, 유럽인권헌장 제49조, 국제형사재판소에 관한 로마규정 제22조 내지 제24조에 규정되어 있으며, 한국의 헌법과 형법의 기본원칙으로 정립되어 있다. 이미 순천지원은 헌법의 죄형법정주의를 기준으로 포고 제2호를 위헌으로 선언하고 무죄를 선고하였다. 그런데 죄형법정주의는 1948년 헌법에서 비로소 탄생한 형사법의 기본원칙이 아니라 포고 제2호가 선포된 당시에도 문명국가의 법원칙이고 동시에 국제관습법으로 확립되었다는 점을 주목한다면 죄형법정주의는 미군정법령에 대한 결정적인 통제원리가 된다.

미군정법령중 군정종료 후 가장 큰 악영향을 끼친 국방경비법의 문제성에 대해서는 죄형법정주의와 사법적 보장원칙과 관련해서 정리할 필요가 있다. 국방경비법이 관보에 정식으로 공포되지 않았음에도 법공포 방식의 다양성이라는 논리에 입각해 국방경비법의 성립 및 효력을 인정하는 헌법재판소의 결정⁷⁴⁾이나 이에 부합하는 듯한 자료발굴⁷⁵⁾에

72) Médecins Sans Frontières, “Fundamental Guarantees”, <<https://guide-humanitarian-law.org/content/article/3/fundamental-guarantees/>>, 검색일: 2023. 02. 18.

73) Gallant, Kenneth S., “Legality as a Rule of Customary International Law: Non-Retroactivity of Crimes and Punishments”. Juan Pablo Montiel(ed.) *Legality and Criminal law*, 2011, Available at SSRN:<<https://ssrn.com/abstract=1864930>>, 검색일: 2023. 02. 18; 국제법 영역에서 관습법의 발전에 대하여 반대하는 논리로서 죄형법정주의의 논의가 펼쳐지기도 한다. Beth Van Schaack, “Crimen Sine Lege: Judicial Lawmaking at the Intersection of Law and Morals,” *Georgetown Law Journal* Vol. 97(2008), 119-192쪽.

74) 헌재 2001. 4. 26. 98헌바79 등.

75) 최경욱, “미군정법령에 관한 연구-조선국방경비법과 조선해양경비법의 자료 발굴에 즈음하여-”, 법사학연구 제29호(2004), 135-173쪽.

불구하고 국방경비법의 효력 논쟁은 종결되었다고 보기 어렵다. 해당법령이 공포 이외의 방식으로 도입되었다고 하더라도 그러한 사실은 공포의 다양한 방식들을 허용해주는 것이 아니라 법이 공포되지 않았다는 사실만 증명해줄 뿐이다. 공포는 법으로 인정되기 위한 선행적인 필수요소이다.⁷⁶⁾ 더구나 국방경비법은 특별형법으로서 중차대한 법이기 때문에 어떤 식으로든 알려지지만 해도 좋은 하위법령이나 훈령⁷⁷⁾이 아니라는 점을 주목해야 한다. 국방경비법과 같은 자의적 처형의 도구가 된 법의 미공포는 죄형법정주의에 대한 명백한 위반이다. 명확성 원칙은 법의 적용 전에 이미 법이 공포되어 있음을 전제한다.⁷⁸⁾ 공포되지 않은 법은 비밀지령⁷⁹⁾이며 이는 법치국가에서는 더 이상 법으로서 효력이 없다. 또한 헌법상 근거가 없는 군사재판의 도입, 민간인에 대한 영장제도의 배제, 방어진의 보장이 전혀 없는 졸속적인 재판, 민간인에 대한 무분별한 적용 등은 헌법의 여러 원칙을 심각하게 위반하였고 이러한 위반상태는 최소한 한국 전쟁의 종료 시점까지 전혀 고쳐지지 않았다. 따라서 국방경비법 위반사건을 해결하기 위해서는 본질적으로 제도적이고 포괄적인 무효화 입법이 필요하다.

V. 해결방안

점령군은 점령지의 질서 있는 통치와 점령군의 안전을 위해 피점령국 주민을 처벌할 수 있다.⁸⁰⁾ 간첩행위, 점령군의 군사시설에 대한 중대한

76) 론 플러 지음, 박은정 옮김, 법의 도덕성(서울대학교출판문화원, 2015), 84쪽 이하; 실제로 토마퀴나스도 <신학대전>에서 공포를 법의 선행조건으로 파악하였다. R. J. Henle, S.J., *Saint Thomas Aquinas-The Treatise on Law*(University of Notre Dame, 1993), 295쪽 이하.

77) 실제로 연합국의 독일점령에서 모든 군정법령이 관보에 공포된 것은 아니다. 물론 내용적으로 중요한 법령이라면 관보에 게재되어야 한다. 점령법 폐지에 관한 제1차 법률(1956. 5. 30.) 제2조 참조.

78) 제네바 제4협약 제65조: 점령국이 제정한 형벌규정은 주민들이 사용하는 언어로 공포하고 또 주민들에게 주지시킨 후에 발효하며 효력은 소급되지 않는다.

79) 나치시대 안락사명령(1939)은 그러한 사례로 꼽힌다.

태업행위, 사망을 야기한 의도적인 공격 등 피점령국의 법상으로도 사형에 처해질 수 있는 행위라고 한다면 점령국은 이에 대해 사형을 선고할 수 있다.⁸¹⁾ 대체로 심각한 범죄에 대한 처벌이 아니라면 점령 당국에 의한 처벌은 점령의 종료와 동시에 일반적으로 사면으로 마무리된다. 점령 당국에 의한 처벌이 점령질서의 유지를 위한 한시적 조치이기 때문이다. 정부수립 후 건국대사령에 의한 사면조치는 바로 그러한 사례이다. 제네바 제4협약도 중대한 범죄가 아닌 경우에는 자유를 박탈하기 위한 유일한 수단으로서 억류(internment)나 단순 구금형(simple imprisonment)에 처하도록 규정한다. 구금이나 억류도 범행에 비례할 것을 요구하고 구금형을 재량에 따라 동일 기간의 억류로 변경할 수 있도록 규정한다.⁸²⁾ 점령 당국의 처벌이 본성상 점령질서의 유지를 위한 예방적인 구금이라는 점을 확인시켜준다.

그러나 한반도에서 미국과 소련은 단순히 점령질서의 유지라는 소극적인 목표를 실현하는 것에 그치지 않고 각자의 점령지에서 우호적인 정부를 수립하고자 하였기 때문에 이데올로기적으로 반발하는 정치세력을 폭력적으로 제압하였다. 점령군들은 현존질서의 존중 원칙을 내팽개치고 억압적인 정치형법과 평정 작업을 통해 한반도 전체에서도 정치적 양극화를 추구하였다. 정부는 1948년 일반사면령을 통해 군정재판의 문제점을 일단 봉합하였지만 현재로서 두 가지 미해결의 과제가 남아 있다. 첫째, 여전히 무죄를 주장하는 피해자들에게는 근본적인 법적 개선책이 필요하다는 점이다. 피해자들에게 재심의 기회를 제공하는 것은 하나의 방편이다. 둘째, 미군정의 시작부터 한국전쟁기까지 군정법령 위반자들은 보도연맹 등으로 엮이어 자의적 처형의 대상으로 정치적으로 내몰렸다는 점이다. 역사적 부정을 시정하는 차원에서 특별한 구제방안이 마련되어야 한다. 미군정법령 위반사건에 대한 재심사유는 세 가지 차원에서 재구성해야 한다.

첫째로, 위반행위의 정당화 가능성의 측면에서 군정법령 위반행위를 정치적 항의행위로 파악하여 특별재심을 시행하는 방식이다. 이미 특별재

80) 1949 제네바 제4협약 제64조.

81) 1949 제네바 제4협약 제68조.

82) 1949 제네바 제4협약 제68조.

심은 5·18민주화운동법(제4조), 부마항쟁보상법(제11조), 제주4·3사건법(제14조) 등에서 제도화되었다. 군정통치를 통한 양극화와 분단강화 과정에 대한 정치적 항거로서 군정법령 위반행위는 자결권의 행사로서 정당화할 수 있다.⁸³⁾ 미군정기의 형사재판 전체를 무효화하는 것은 곤란하겠지만 점령법원의 유죄판결에 대해 정치적 재심사유를 널리 인정해주는 것은 가능하다. 특히 군정기의 정치관계법에 따른 처벌에 대해서는 특별재심을 도입하는 것이 필요하다. 이미 1948년 미군정법령 위반에 대하여 일반대사면을 도입했다는 사정을 주목한다면 사면령에 적시된 군정법령 위반으로 인한 유죄판결은 모두 파기하는 것이 바람직하다.

둘째로, 헌법상의 기본권과 죄형법정주의의 시각에서 군정법령의 위헌성을 심사하는 방식이다. 이미 순천지원은 이러한 방식을 개척하였다. 죄형법정주의에 입각한 위헌판단은 헌법재판소법 제47조, 제75조나 형사소송법 제420조 제5호에 따라 재심사유가 될 것이다. 이 방식을 미군정기 전체에 확장시키는 것이 필요하다. 이미 폐지되었다고 하더라도 인권침해적인 군정법령에 대한 위헌결정이나 위헌선언을 활성화해야 한다.

셋째로, 사법적 보장, 공정한 재판의 시각에서 점령법원에 의한 재판의 인권침해 여부를 판단하는 방식이다. 아마도 형사소송법 제420조 제7호상의 재심사유가 이러한 유형의 사건에 도구적으로 활용될 것이다. 재심사유의 유무를 개별사건에서 낱낱이 검토하는 것은 벅찬 작업이다. 사건 관련 문서들이나 수사기록은 물론이고 판결문도 없고 증언자도 없는 상황에서 그러한 작업은 성과를 거두기 어렵다. 개별적 사건 조사를 통해 재심사유를 발견할 수 있다면 법원은 재심을 개시하고 심리에 착수함으로써 문제를 해결할 수 있지만, 관련 기록의 부재로 인해 해당 신청사건의 구체적 상황에 대한 개별적인 판단을 내리는 것이 불가능하다면 법원은 유형적 통찰과 관행의 분석에 기초한 새로운 방법론⁸⁴⁾을 전개해야 할

83) 이재승, “제주43항쟁론과 자결권”, 일감법학 제49호(2021), 323-368쪽.

84) 형무소 재소자 학살사건에서 창원지방법원 마산지원(2014. 8. 26. 2013제고합4)이 채택한 방법을 유형적 추론으로 부를 수 있다. 과거사 사건에서는 신청인의 주장사실을 직접적으로 검증해주는 증거자료를 획득하기가 곤란하기 때문에 직접적인 증명이나 검증을 요구하지 않는다. 그 대신 유사한 여건에서 발생한 유사한 사건 유형들에 대한 다각적인 조사를 통해 가설적 종합 판단을 수립한다.

것이다. 법원은 과거 대규모로 자행된 인권침해 및 그 은폐의 관행을 고려하여 유형적이고 유연한 판단기준을 확립해야 한다.

다음으로 이러한 가설적 종합 판단과 상충하는 반증사례를 수집하고 검토하고 재유형화한다. 마지막으로 반증사례가 거의 없거나 매우 드물거나 본래의 사건과 이질적이라고 여겨지는 경우 본래의 진실규명신청 사건이 가설적 판단의 범주에 속한다고 추론하는 방식이다.

<참고문헌>

- 송기춘, “미군정하 군정재판에 관한 소고”, 공법학연구 제12권 제5호, 2006, 275-300쪽.
- 안진, “미군정 사법체계의 재판에 관한 연구”, 민주법학 제25호, 2004, 454-480쪽.
- 안준형, “해방직후 주한미군정의 국제법적 성격-주류적 견해에 대한 비판적 접근”, 서울국제법연구 제25권 제2호, 2018, 51-88쪽.
- 윤진수, “헌법재판소가 군정법령의 위헌 여부를 심사할 수 있는가?(2021-02-15)”, <<https://m.lawtimes.co.kr/Content/Info?serial=167881>>, 검색일: 2023. 02. 18.
- 이재승, “법조인소송”, 일감법학 제44호, 2019, 139-174쪽.
- _____, “제주4·3항쟁론과 자결권”, 일감법학 제49호, 2021, 323-368쪽.
- 최경욱, “미군정법령에 관한 연구 - 조선국방경비법과 조선해양경비법의 자료 발굴에 즈음하여 -”, 법사학연구 제29호, 2004, 135-173쪽.
- 론 풀러 지음, 박은정 옮김, 법의 도덕성, 서울대학교출판문화원, 2015.
- Benvenisti, Eyal, *The International Law of Occupation*, Oxford University Press, 2012.
- Bötsch, Christine, *Die Nachbefolgung des westalliierten Besatzungsrechts im Lichte des Staats-und Völkerrechts*, Peter Lang, 2000.
- Engländer/Zimmermann, “Vorbemerkung zu §359”, *Münchener Kommentar zur StPO*, C.H Beck, 2019.
- Matthias Etzel, *Die Aufhebung von nationalsozialistischen Gesetzen durch den Alliierten Kontrollrat(1945-1948)*, J.C.B.Mohr, 1992.
- Gallant, Kenneth S., “Legality as a Rule of Customary International Law: Non-Retroactivity of Crimes and Punishments”. Juan Pablo Montiel(ed.) *Legality and Criminal law*, 2011, Available at SSRN:<<https://ssrn.com/abstract=1864930>>, 검색일: 2023. 02. 18.
- R. J. Henle, S.J., *Saint Thomas Aquinas-The Treatise on Law*, University of Notre Dame Press, 1993.
- Hutchinson, Robert, *After Nuremberg. American Clemency for Nazi War Criminals*, Cambridge University Press, 2022.
- ICRC, Occupation and international humanitarian law: questions and answers, 2 August 2004, <<https://www.icrc.org/en/doc/resources/documents/misc/634kfc.htm>>, 검색일: 2023. 02. 18.
- Klemp, Stefan & Hölzl, Martin, *Die Neufassung des §1a Bundesversorgungsgesetz: Streichung von Kriegsofferrenten für NS-Täter*, 2016.
- Médecins Sans Frontières, “Fundamental Guarantees”, <https://guide-humanitarian-law.org/content/article/3/fundamental-guarantees/>
- Perels, Joachim, *Das Juristische Erbe des >Dritten Reiches< Beschädigungen der*

demokratischen Rechtsordnung, Campus, 1999.

Roberts, Adam, "Transformative Military Occupation: Applying the Laws of War and Human Rights," *The American Journal of International Law*, Vol. 100, 2016, 580-622쪽.

Van Schaack, Beth, "Crimen Sine Lege: Judicial Lawmaking at the Intersection of Law and Morals," *Georgetown Law Journal*, Vol. 97(2008), 119-192쪽.

Werkentin, Falco, "Die Waldheimer 'Prozesse' der Jahre 1950/52," *Kritische Justiz*, Nomos, 1991, 849-79쪽.

Wilke, Gerhard & Wunderlich, Gerhard, *Soziales Entschädigungsrecht*, BOORBERG, 1994.

Withöft, Bernd, *Die Todesurteile der Waldheimer Prozesse*, Universität Wien, Diss., 2016.

<Abstract>

Retrial for decisions of American Occupation Courts

Lee, Jaeseung

Professor, Konkuk University

Currently, the Truth & Reconciliation Commission of Korea and some courts face the challenge of reviewing the criminal trial of the U.S. Military Occupation Court. This article aims to suggest a way to overcome the flawed judgment of the U.S. Military Government Court by examining German Court's experience in handling the rulings of the Allied Occupation Court after the end of the occupation regime. Two problems emerge when reviewing trials of American Occupation Courts. The first issue concerns the legal standards and criteria to control the criminal trial of the occupation court. The criteria for examination of the validity of a trial by the occupation court are, above all, principle of legality, due process, and fair trial. All of these principles were specifically reflected in domestic and international law, especially international customary humanitarian law at the time of U.S. military occupation. The second problem is to prove the reason for the retrial that exists in the trial process of the occupation court. If a trial was conducted without a lawyer or interpreter or based on illegal investigation by the police, it could be easily admitted that there was a reason for retrial. However, there is practically no records to prove the reason for this retrial, and few witnesses is available. If such specific reasons for retrial cannot be confirmed, it is necessary to introduce a special retrial for the purpose of normative control based upon classification of types.

key phrases: American occupation court, fair trial, grounds for retrial, special retrial, U.S. Military Government