

동경재판과 ‘평화에 反한 죄’

-라다비노드 팔의 죄형법정주의-

김석연*

karajan@kookmin.ac.kr

Contents

- I. 머리말
- II. 뉘른베르크와 ‘관습의 혁신’
- III. 국제관계의 현상유지에 反한 세계관
- IV. ‘조약’이라는 전제와 ‘자위권’ 행사의 조건
- V. 맺음말

Abstract

Echoing the Nuremberg precedent, the majority of the judges at the Tokyo Trial ruled that its Charter did not violate the principle of legality in light of the Kellogg-Briand Pact and other interwar pronouncements renouncing war as an instrument of national policy. In his dissenting opinion, Radhabinod Pal of India contended that those international efforts fell short of creating a customary law to the effect of outlawing “aggressive” war. Instead, he continued, national sovereignty was intact as the fundamental basis of international relations: the use of force remained a legitimate means of self-defense, to be exercised as long as the state in question had a “bona fide belief in the existence of some sufficient objective condition.” Japan’s war, in his view, was essentially justifiable in that regard. Apart from the legal technicalities, he seems to have at least retrospectively resonated with Japan’s wartime slogan of “liberating” Asia, too. His sympathy for Japan betrayed his disapproval of the international status quo which, plagued with imperialism, had long been forged through the violence of the victor nations. The Western powers’ call for peace, then, loomed as a hypocritical ruse for preserving their own interests. In the end, Pal was an ideologically partisan judge in his own right. In defending Japan’s cause, moreover, he was unconscionably indulgent in interpreting the

* 국민대학교 국제학부 전임강사. 본고는 2010년도 국민대학교 신진교수 연구지원금으로 수행된 연구임. 초고를 읽고 유익한 조언을 주신 서울대 박훈 선생님과 익명의 『일본연구』 심사자 세분께 감사한다.

conditions and scope of self-defense. On the ex post facto nature of the Crimes against Peace per se, as it remains a contentious issue even today, Pal may have made a valid point; the paucity of individual indictments for aggression in the postwar years further suggests its incomplete state as a justiciable crime. All the same, as advocates of the Trial argue, the slow yet persistent pursuit of a viable mechanism for punishing aggression in and of itself may vindicate the legal minds behind Nuremberg and Tokyo. One might also note that, with practical and ideological prerequisites of war crimes trials brought off, the end of World War II had occasioned a rare and auspicious moment for the growth of international criminal law.

Key Words : 東京裁判、平和に反する罪、ラダ비노드·파울、罪刑法定主義
(Tokyo Trial, Crimes against Peace, Radhabinod Pal, principle of legality)

I. 머리말

2차 세계대전 종전 후 일본의 주요전범을 심판한 극동국제군사재판(1946.5~1948.11: 이하, 동경재판)은 뉘른베르크재판과 더불어 침략행위의 범죄화를 향한 국제형법의 획기적 사건으로 일컬어지면서도 그 역사적 의의와 정당성은 적잖이 도전받아왔다. 그 반론의 전형적인 논리전개는 세간에 ‘A급 전쟁범죄’로 알려진 ‘평화에 반한 죄’의 심판이 사후입법의 소급적용이므로 근대형법의 근간을 이루는 죄형법정주의에 어긋나고, 일본의 전시 지도자들이 ‘공동모의’를 통해 ‘침략전쟁’을 일으켰다는 판단은 사실과 다르며, 전쟁과 관련한 국가의 행위에 대해 개인에게 책임을 물을 수 없다는, 재판 당시 변호인단의 주장과 궤를 같이 한다. 이는 최근 수년간 논란을 일으킨 후소사의 『새로운 역사교과서』등에서도 거론될 만큼 동경재판을 일방적인 ‘승자의 심판’으로 폄하하고 청소년들에게도 일본의 억울함을 호소하겠다는 일본 내 자국중심사관의 기본의제이면서, 일본의 전쟁책임을 강조하는 연구자들도 쉽사리 무시하기 어려운 문제이다.¹⁾

1) 예컨대 오누마 야스아키의 경우, 동경재판의 미래지향적인 의의를 기본적으로 평가하는 한편, 죄형법정주의의 문제는 명쾌한 정리가 어렵다는 점 또한 언급하고 있다. 大沼保昭(2007) 『東京裁判, 戦争責任, 戦後責任』東信堂, pp.35-36.

후자의 경우, 전체적으로는 전범 심판의 필요성을 어느 정도 긍정하면서도, '문명'을 자처한 연합국의 독선, 특히 월남전 등을 통해 군사적 개입을 확대한 전후 행보에 거부감을 보이며, 동경재판이 천황의 불기소 및 아시아 경시로 인해 전쟁책임과 식민통치의 죄과를 다루는데 너무나 미흡했다는 시각으로 기우는 편이다. 그러다가 2008년에 이르러 그러한 전후처리론의 틀을 훌쩍 뛰어넘고자하는 저술이 도타니 유마(戸谷由麻)에 의해 출간되었다.²⁾ 도타니는 맥아더 중심의 분석에서 탈피, 재판의 주체가 정치적 편의주의에 치우치기보다 법적 심판에 진력한 흔적을 폭넓게 재조명하고, 냉전 후 재개된 전범 처벌의 흐름에 준거하여 동경재판의 역사적 위상을 명확히 하였다.

물론 그로써 법리적인 쟁점에 중지부가 찍힌 것은 아니다. 도타니는 오늘날 돌이켜볼 때 침략전쟁의 심판이 국제법의 변천과 발맞추고 있다는 점을 부각시키고 있고³⁾ 그러한 결론은 필자를 포함한 전범재판 긍정론자들이 공유하는 인식이긴 하지만, '평화에 반한 죄' 조항의 적법성을 완전히 추인하는 데는 논란의 여지가 있다. 동경재판 당시 11개국에서 파견된 판사들 사이에서도 이견은 있었고,⁴⁾ 부분적인 조율을 거쳐 최종판결문이 확정되었을 때도 재판장을 포함한 5명이 개별의견을 내었는데, 그 중 인도의 라다비노드 팔(Radhabinod Pal, 1886~1967)은 피고 전원이 무죄라고 결론지어 연합국을 당혹케 했다. 그 후 일본에서는 팔 판사를 칭송하는 저술활동이 역사인식의 틈새를 노려왔으며, 2005년에 이르러서는 야스쿠니 신사 경내에 그를 기리는 기념비('パール博士顕彰碑')가 세워지기도 했다. 1966년 팔이 마지막으로 일본을 방문했을 때는 "세계의 정의와 평화에 공헌한 공적"을 인정받아 천황이 수여하는 서훈을 받은 바 있으며, 일본정부는 일찍이 샌프란시스코 강화조약 11조에서 동경재판 및 그

2) Yuma Totani(2008), *The Tokyo War Crimes Trial: The Pursuit of Justice in the Wake of World War II* Harvard University Asia Center. 저자가 직접 쓰고 재판집한 일본어판도 곧이어 출간되었다. 戸谷由麻(2008)『東京裁判-第二次大戦後の法と正義の追求』みすず書房.

3) Totani(2008), *The Tokyo War Crimes Trial*, pp.78-80, 218-222.

4) '평화에 반한 죄'의 국제법적 근거에 대한 이의는 애초에 뉘른베르크 재판의 준비과정인 런던회의 당시에도 제기되었다. Matthew Lippman(1991), "Nuremberg: Forty Five Years Later," *Connecticut Journal of International Law* 7:1, reprinted in Guénaél Mettraux, *Perspectives on the Nuremberg Trial*, pp.510-512.

밖의 전범재판의 결과를 받아들인다고 명시하였음에도, 그가 타계하자 동경의 한 사찰에서 열린 추도식에 정무차관까지 출석하여 미키 다케오(三木武夫) 외상의 추도사를 대독하였다: “박사가 전 인류에 보여준 진리의 가르침은 그의 죽음에도 불구하고 조금도 약해지지 않으리.”⁵⁾

이렇듯 일본에서 추앙받고 있는 팔 판사를 일본만의 이슈로 치부하기에는 그가 품었던 문제의식이 20세기 국제법의 진화에서 차지하는 비중이 너무나 크다. 침략과 반인도적 행위의 범죄화라는 명제는 2차 대전 이후 유엔과 같은 국제협회의 장에서 꾸준히 인류가 공유하는 법적 관념으로 논의되어왔으며, 냉전 이후 시도된 특별국제형사재판과 같은 일련의 움직임은 로마규약과 그에 기초한 국제형사재판소(ICC)의 상설화로 이어져 전쟁범죄와 그에 대한 개인책임의 소추를 제도화하기에 이르렀다. 그럼에도 불구하고 극동지역에서 그 전환점이 된 동경재판과 그에 대한 팔의 부정론은 일본을 제외하곤 영미권의 국제법 학자들 사이에서 산발적으로나마 연구되어온 한편, 국내에서는 그냥 외면되어왔다 해도 과언이 아니다. 본고 역시 ‘평화에 반한 죄’와 팔의 문제의식에 대해 참신한 시각을 제공하기에는 턱없이 모자라지만, 2차 대전의 종전에 즈음하여 침략전쟁의 범죄화가 어떠한 혁신을 의미했고 그 노력이 극복해야했던 걸림돌이 얼마나 지난한 문제였는지 고찰하는 소박한 작업부터 시도해보고자 한다.

제국일본의 무력행사를 자위권의 범주로까지 연장하였던 팔의 논리란 이미 뉘른베르크 재판에서 기각되었던 바에 다름없다고 도타니는 일축하고 있으나, 팔의 의견서가 원천적으로 뉘른베르크 판결문 자체의 반박이었다는 점에서 그 세부적인 내용은 다시금 검토해볼 가치가 있다. 더욱이 같은 해에 출간된 닐 보이스터(Neil Boister)와 로버트 크라이어(Robert Cryer)의 저서는 ‘평화에 반한 죄’ 조항이 사후법이었던 것만큼은 맞았으며 부분적으로 팔의 손을 들어주고 있기에⁶⁾ 그 법리적 이슈가 재판의 총체적 부정으로 이어질 수 있는지 눈여겨볼 필요가 있다. 팔 의견서가 법실증주의에 기초하고 있지만 그 이념적 요소도 아

5) 戸谷由麻(2008)『東京裁判-第二次大戦後の法と正義の追求』, pp.329-330. (일본 내에서도 팔이 영용시된 것만은 아니다. 팔 의견서에 대한 초기 논쟁의 기록은 pp.344-350 참조.)

6) Neil Boister and Robert Cryer(2008), *The Tokyo International Military Tribunal: A Reappraisal*, Oxford University Press, pp.136-137.

올려 되새겨 보아야한다. 팔이 재판관으로 동경에 파견된 경위를 추적해온 나카자토 나리아키(中里成章)는 최근 출간한 단행본에서 인도식민통치말기의 정치사적 맥락에서 형성된 인물상을 균형감 있게 그려내며 팔 의견서의 논점까지 명료히 정리하고 있다.⁷⁾ 팔을 이해하는 데 있어서 가장 실증적이고 포괄적인 안내서로 자리 잡으리라 생각된다. 그럼에도 때마침 나카자토 자신이 보이스터와 크라이어의 저서를 법리적 쟁점을 두루 정리한 수작으로 환영하면서도 두 저자의 ‘평화에 반한 죄’ 관련 기술은 거의 거론하지 않고 있고, 그 한편, 보이스터와 크라이어의 저서 또한 일본학자들이 기록하고 있는 팔의 행적을 충분히 반영하지 못하고 있어, 연구의 상호참조를 이끌어내 논의할 여지가 많이 남아있다고 생각된다. 국제재판이란 그 기록과 의의를 평가하는 단계에서도 국제협업을 철실히 요구하고 있다 하겠다.

II. 뉘른베르크와 ‘관습의 혁신’

일곱 파트로 구성된 팔 의견서는 1,200여 쪽(타이프라이터 원고)에 달하는 장문으로 동경재판의 판결문만큼 긴 분량인데, 죄형법정주의에 접하여서는 뉘른베르크 판결과 저명 국제법 학자들의 저술을 논박하면서 ‘평화에 반한 죄’⁸⁾가 국제법상 근거가 없는 사후법의 부당한 소급적용이며 전후에 설치된 국제군사

7) 中里成章(2011)『パル判事—インド・ナショナリズムと東京裁判』岩波書店. 이 신간은 본고의 초고 완성 후에 입수하여 뒤늦게나마 서둘러 읽을 수 있었다. 팔 의견서의 이념적 논지를 정리한 제3장은 본고의 해당 부분과 중복되는데 나카자토씨의 구성이 더 명료한 것 같다. 굳이 차별화하자면 본고는 팔이 논박했던 뉘른베르크재판의 논거 그리고 전후 국제법 저술을 부분적으로나마 보다 구체적으로 참조하고 있다는 점이겠다.

8) 事後, 즉, 전쟁이 끝나고 나서야 성문화되었으니, 극동국제군사재판헌장 5조 (a)항에 다음과 같이 규정되어 있다: “Crimes against Peace: Namely, the planning, preparation, initiation or waging of a declared or undeclared war of aggression, or a war in violation of international law, treaties, agreements or assurances, or participation in a common plan or conspiracy for the accomplishment of any of the foregoing,” *Charter of the International Military Tribunal for the Far East* (26 April 1946), reprinted in Neil Boister and Robert Cryer, eds(2008), *Documents on the Tokyo International Military Tribunal: Charter, Indictment and Judgments*, Oxford University Press, p.8.

재판소는 애초부터 관할권이 없다는 주장을 펼쳤다. 그럼 먼저 뉘른베르크 판결이 그와 관련하여 무어라 하였는지 간략히 정리할 필요가 있겠다. 우선 뉘른베르크의 국제군사재판소는 피고인 변호의 근거로 죄형법정주의가 적용될 수 없다고 못 박았다. ‘법이 없다면 범죄도 없고, 법이 없다면 형벌도 없다’(nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege)라는 법언은 “주권의 제약이 아니라 정의 구현의 일반적 원칙”으로서(“not a limitation of sovereignty, but is in general a principle of justice”), 국가 간의 조약 및 보증을 무시하고 이웃 나라를 침략하는 행위가 그릇된 행위임은 보편적으로 인지해야 하는 바, 이를 단죄하지 않는 것이야말로 부조리이며, 죄형법정주의는 하등의 관련성을 갖지 아니한다고 단언한 것이다.⁹⁾

판결문은 또, 설사 죄형법정주의가 적용된다 하더라도 ‘평화에 반한 죄’를 사후법의 소급적용으로 볼 수 없으며, 기존의 국제법적 근거로 1차 대전 후 국제사회가 보여준 일련의 움직임을 열거하였다. “침략전쟁은 국제범죄”라고 규정된 1923년의 상호협력조약 초안을 29개국 중 절반이 찬성을 표명하였는데 나머지도 침략행위의 범죄성 자체에 이의를 제기했다기보다는 ‘침략’을 어떻게 정의할 것인가를 문제 삼았을 뿐이었다는 점을 언급하고, 이듬해 같은 취지로 국제연맹이 추진한 국제분쟁 평화적 처리 의정서 역시 비록 비준되지는 못했지만 회원국 만장일치의 결의로 제안되었고 국제사회를 주도하는 정치가들이 엄연히 서명하였으며, 1927년의 국제연맹 총회 등에서도 침략전쟁의 범죄화는 국제사회가 공유하는 명제로서 자리 잡아, 이윽고 그 의지의 표현은 1928년의 파리부전조약(General Treaty for the Renunciation of War)으로 구체화되어, 독일, 이탈리아, 일본을 포함한 63개국에 구속력을 갖기에 이르렀다는 것이다.

파리부전조약을 통해 조인국들이 국가정책의 수단으로 전쟁을 방기(“renunciation”)하기로 선언하였을 뿐 법리적으로 전쟁을 범죄화하거나 명시적으로 재판절차를 설정하는데 미치지 못했다는 비판에 접해서는, 국제법의 관습법적 효력에 착목하였다. 예컨대 1907년의 헤이그협정이 특정 교전행위를 범죄로 규정

9) 여기서 요약하고 있는 뉘른베르크 판결문의 관련 부분은 예일 로스쿨 아발론 프로젝트 웹사이트에서 열람한 텍스트이다. “The Law of the Charter,” *Judgment of the International Military Tribunal*: <http://avalon.law.yale.edu/imt/judlawch.asp>.

하거나 재판절차를 명시하지 않았지만 그 행위는 오래전부터 엄연히 금지되었고 또 군사법정에서 단죄되어왔던 것처럼, 모름지기 파리부전조약과 같은 국가 간의 합의는 절차상의 행정적 문제로서가 아니라 법의 일반적 원칙으로서 다루어져야한다고 전제하였다. 근본적으로 국제법이란 국제입법기관의 산물이 아니기에, 변화하는 국제사회의 요구에 부단히 순응해야하며, 조약이란 기존의 법리를 구체적으로 표현하는 것에 지나지 않는다고 본 것이다. 국가의 행위에 대한 지도자 책임론에 대해서는, 베르사이유조약에서 빌헬름 2세를 연합국 대표단으로 구성된 특별재판에 회부하려한 선례 등을 상기시키며, 여느 범죄와 마찬가지로 국제법에 거스르는 범죄 역시 인간이 저지르는 것이지 추상적인 기구가 아니라고 언명하였다. 그에 따라, 뉘른베르크 국제군사재판헌장 6조와 7조에서 개인의 공적 지위를 면책사유로 보지 않겠다고 명시한 것은 기존 국제법의 표현이며, 헌장의 법은 결정적이고 재판소를 구속하는 것으로서 관할권을 부여한다고 결론지었다.

이와 같은 국제법의 진보적 해석은 뉘른베르크 재판에 수석검찰관으로 파견된 미국의 대법관 로버트 잭슨(Robert H. Jackson) 등에 의해 전개되어 온 터였다. 잭슨은 명연설로 자주 인용되는 재판의 모두발언에서, 재판의 헌장이 설사 새로운 법을 포함한다하더라도 그것을 엄정히 적용함으로써 법의 지배를 재건해야한다고 역설하였다. 국제법이란 추상적인 불변의 원칙이 아니라 국가 간의 조약과 관습의 소산으로서, “관습의 새로운 근원이 되는 혁신”이란 변화하는 상황에 능동적으로 대처하는 국가들이 그 주체가 되어야하며, 그것은 또 당대의 권리이기도 하다는 입장을 펼쳐나갔다.¹⁰⁾ 잭슨은 그에 앞서 뉘른베르크재판의 준비과정인 런던회의에 참가 중 귀국하여 루즈벨트 대통령에 제출한 보고서에서도 국제법 진화의 당위성을 주장하며, 궁극적으로 나찌의 만행에 공분하고 맞선 “선악의 본능적 관념”을 범죄성의 시금석으로 삼아야한다고 주장했다.¹¹⁾

10) Robert H. Jackson(1946), *The Case against the Nazi War Criminals*, New York: Alfred A. Knopf, pp.76-78.

11) 이 보고서는 백악관에 의해 언론에 공개되었고 대통령의 재가를 받아 유럽에서도 널리 출판되어 미국의 공식입장으로서 런던회의 참가국 대표단에 제출되었다. "Report to the President by Mr. Justice Jackson, June 6, 1945,"(1945) in *Report of Robert H. Jackson United States Representative to the International Conference on Military*

동경재판의 수석검찰관 죠셉 키난(Joseph Keenan)은 더 강한 어조로 피고인들의 도발은 문명에 대한 선전포고였다고 동경재판은 “세계를 구원하기 위한 문명의 투쟁”이라 선언하였다.¹²⁾ 그런데 양 재판의 검찰단이 ‘평화에 반한 죄’의 근거로 딱히 자연법에 호소하는 것은 아니었다. 그들의 부연설명은 국제법의 구체적 근거로서 인정되어야 할 관습의 진화 방향을 제시하는 언설이었으며, 그 점에 있어서 위에 정리했듯이 뉘른베르크의 최종판결도 마찬가지였다. 동경재판의 판결문도 뉘른베르크의 선례를 답습하게 되는데, 특히 재판 관할권에 대한 부분에서 뉘른베르크 판결문을 그대로 인용하고 그에 대한 지지를 표명하였다. 우선 극동국제군사재판 현장의 법은 결정적이고 재판소를 구속하는 것으로서, 재판소는 그로부터 관할권을 부여받는다고 단언하였다. 현장은 승전국의 자의적 권력행사가 아니며 기존 국제법의 표현으로서 전쟁 방기의 선언은 전쟁의 범죄화와 개인 책임을 수반하며 죄형법정주의 원래의 정신은 정의 구현이라는 점을 재차 강조하고, 포츠담선언을 받아들인 일본정부는 전쟁에 책임이 있는 지도자들이 재판에 회부될 것이라는 점을 확실히 인지하고 있었다고 덧붙였다.¹³⁾

변호인단의 입장은 시작부터 달랐다. 1946년 5월 동경재판 개정 직후 변호인단은 전범의 준엄한 단죄를 천명한 포츠담선언 10조가 포로 학대 등의 통례적 전쟁범죄에 국한된다는 해석을 전제로 재판소의 관할권을 부정하는 動議를 제출했다. 도죠 히데키(東條英機)의 변호인이었던 기요세 이치로(清瀬一郎)는, 포츠담선언이 발생한 시점인 1945년 7월 현재 전쟁의 계획, 개시, 수행 자체를 범죄시하는 것은 “문명국 공통의 관념이라 볼 수 없다”며, 최후의 저항 끝에 붕괴된 독일과는 달리 일본의 항복은 기술적으로 포츠담선언의 수락이라는 조건 하에 이뤄졌고 그 선언에 명시된 “전범”이란 통례적 의미에 머문다고 주장했다.¹⁴⁾

닷새 후 윌리엄 웹(William Webb) 재판장은 動議를 각하하며 그 이유는 “추후에 밝히도록 하겠다”고 얼버무렸는데, 재판 당시의 영상을 보면 기요세의

Trials, London, pp.48-52.

12) Arnold C. Brackman(1989), *The Other Nuremberg: The Untold Story of the Tokyo War Crimes Trials*, London: Collins), p.119.

13) *Judgment of the International Military Tribunal for the Far East*, reprinted in Boister and Cryer, *Documents on the Tokyo International Military Tribunal*, pp.79-81.

14) 清瀬一郎(1986)『秘録 東京裁判』中央公論新社, pp.46-49.

문제제기를 웹 재판장이 고압적인 태도로 목살하는 인상을 받는다.¹⁵⁾ 그런데 실은 웹 자신도 헌장의 적법성, 그러니까, 파리부전조약으로 거슬러 올라가볼 때 과연 전쟁의 범죄화가 명시되었다고 볼 수 있는지, 조약의 법적 효력에 대해 의구심을 품고 있었다.¹⁶⁾ 고민 끝에 그는, 침략은 보편적 이성에 거스르며 부정 한 전쟁은 위법으로 보아야한다는 해법을 모색하였는데, 타 판사들의 이의에 부딪혀 그러한 자연법적 논리에서 한발 물러서게 된다.¹⁷⁾

그러면서도 웹은 재판현장의 국제법적 근거에 대해 불안한 마음을 떨치지 못하고 항복문서를 헌장의 정당성을 보장하는 지배적 문서로 취급하려 했는데, 영국의 패트릭卿(Lord Patrick), 뉴질랜드의 에리마 노스크로프트(Erima Northcroft), 캐나다의 에드워드 맥두걸(Edward McDougall) 세 판사는 항복문서라는 특별계약에 관할권의 근거를 두면 동경재판의 보편적 유효성이나 선례가치가 훼손된다며 이의를 제기했다. 이들은 침략전쟁이 범죄라고 규정한 헌장이 항복문서 조인 시점에 존재한 국제법을 표현한 것으로서 재판소에 권한을 부여하는 유일의 권위라 보고, 재판소는 사실인정기관에 불과하기 때문에 헌장을 재검토할 권한은 없다고 맞섰다.¹⁸⁾ 그들의 주장은 최종판결에 반영되어, 동경의 재판소는 뉘른베르크의 판결을 따라 헌장의 법은 결정적이고 당 재판소를 구속한다고 단언함으로써 침략 전쟁은 범죄이며 그에 따른 책임을 개인에게 묻겠다는 결론을 도출하였다. 재차 특기할 점은 동경재판의 최종판결도 관습법의 축적을 강조하고 그 정점에 파리부전조약이라는 문서를 근거로 제시하며 기본적으로 법실증주의를 견지하였다는 것이다.

팔은 그 기초를 잘 파악하고 있었고 그 역시 법실증주의로 무장하고 있었다.

15) 小林正樹 監督(1983)『東京裁判』講談社, Disc 1: Chapters 44, 46. 2년 반이 지난 후, 판결 문은 “추후에 밝히도록 하겠다”던 각하이유를 이제 밝히겠다며, 위와 같은 뉘른베르크 판결 문을 인용하였다. *Judgment of the International Military Tribunal for the Far East*, pp.80-81.

16) Boister and Cryer(2008), *The Tokyo International Military Tribunal: A Reappraisal*, p.130.

17) Boister and Cryer(2008), *The Tokyo International Military Tribunal: A Reappraisal*, p.282. 프랑스의 앙리 베르나르(Henri Bernard) 판사의 경우, 파리부전조약 이전부터 침략전쟁이 보편적 양심에 비추어 엄연히 범죄였다는 보다 확고한 자연법적 입장을 취하고 있었다. p.131.

18) 日暮吉延(2002)『東京裁判の国際関係：国際政治における権力と規範』木鐸社, pp.412-416.

‘평화에 반한 죄’에 대한 팔의 의견을 결론부터 말하자면, 극동국제군사재판 헌장 5조의 (a)항은 죄형법정주의에 위배됨으로 그와 관련한 소인은 모두 각하해야 한다는 것이었다. 그 입장을 팔 자신이 요약한대로 정리하자면 다음과 같다: 첫째, 극동국제군사재판 헌장은 해당 범죄를 정의하지 않았다; 둘째, 헌장의 저자는 범죄를 정의할 권한을 갖고 있지 아니하기에, 설사 어떤 정의를 제시했다 하더라도 그것은 월권행위이며 구속력이 없다; 셋째, 그러한 권한을 검토할 수 있는 권한이 재판소의 판사에게 있다; 넷째, 본 재판에 적용될 수 있는 법은 오직 재판소의 판사가 인정하는 국제법뿐이다. 그렇다면 본 재판의 판사가 궁극적으로 결정해야 할 사항은 과연 ‘평화에 반한 죄’ 항목에서 언급된 행위가 국제법상 범죄인가라는 문제이다.¹⁹⁾ 이에 대한 그의 답은, 파리부전조약 이후에도 국제법상 전쟁은 불법이 아니었으며 혹, ‘평화에 반한 죄’가 소추 가능한 국제범죄였다 할지라도, 일본의 무력행사는 그 범주에 들어가지 않는다는 것이었다.

동경재판 초기 변호인단이 재판소의 관할권에 대해 취한 동의와 마찬가지로 팔은, 포츠담선언, 항복문서, 모스크바선언에 이르기까지의 문건을 살펴보건대, 연합국이 전범 재판소에 기존의 통례적 전쟁범죄 이상의 ‘범죄’에 대한 관할권을 부여하도록 구상하고 있었다는 해석은 무리라고 보았다.²⁰⁾ 뉘른베르크 판결은 재판소의 헌장을 기존 국제법의 ‘표현’으로서 관련 법률의 의미를 명확히 한 문건일 뿐이라고 규정했지만, 팔은 그와 관련한 승전국의 권력행사를 법적으로 인정하지 않았다.²¹⁾ 여기서 팔은 뉘른베르크재판의 이론적 토대 구축에 큰 영향을 끼친 하버드대의 셸든 글룩(Shelden Glueck) 교수를 직접 인용하고 반박하고 나섰는데, 글룩은 1946년의 저서에서 뉘른베르크재판의 헌장은 “정복자의 의지에 따른 행위이며, 유엔이 재판의 헌장을 고안하고 채택할 권한이 있다”고 쓴 바 있다.²²⁾ 팔은 국제법 어디에서도 정복자가 전쟁범죄에 관한 기존 범위 밖

19) Pal, Radhabinod(1948), *Judgment of the Hon'ble Mr. Justice Pal, Member from India*, reprinted in Boister and Cryer, *Documents on the Tokyo International Military Tribunal*, p.840.

20) Pal, Radhabinod(1948), *Judgment of the Hon'ble Mr. Justice Pal, Member from India*, pp.825-827.

21) Pal, Radhabinod(1948), *Judgment of the Hon'ble Mr. Justice Pal, Member from India*, p.829.

22) Sheldon Glueck(1946), *The Nuremberg Trial and Aggressive War*, New York:

의 새로운 법을 제정하고 공포할 권한을 부여받고 있지 않으며, 어떤 경위로 구성되었든 간에 국제재판소는 정복자의 의지에 구속되지 않는다고 주장했다.²³⁾

팔은 그 연장선상에서 현장의 법이 결정적이며 기존 국제법의 표현이라는 다수의견에 맞서, 재판소는 단순한 사실인정기관에 머무를 수 없으며 현장의 적법성을 검토할 권한이 있다고 주장했다.²⁴⁾ 그가 판단하기에 세상의 규범, 특히 다수의견이 전쟁 불법화의 근거로 내세운 파리부전조약의 위상은 매우 애매했다. 우선 팔은 파리부전조약 이후 이 세상의 나라들이 전쟁이 불법인 것처럼 행동하지 않았고, 전쟁은 그 이전과 다름없이 법의 범주 밖에 머물렀으며, 그 외의 조약들도 침략전쟁의 범죄화라는 관습법의 생성에 도달하지 못했다고 결론지었다.²⁵⁾ 여기서 팔의 표적으로서 글룩이 다시 등장하는데, 그는 위에 언급한 저서에서 “바야흐로 문명국가들 사이에 침략전쟁을 국제범죄로 취급하는 관습의 성숙기가 도래했다”며, 뉘른베르크 판결처럼, 1907년의 헤이그협정, 1923년의 상호협력조약, 1924년의 국제연맹의 국제분쟁 평화적 처리 의정서, 1933년의 라틴아메리카부전조약 등의 “엄숙한 국제적 선언”을 그 근거로 든 바 있다.²⁶⁾

팔은 “엄숙한 선언만으로 법이 생기는 것은 아니다”라고 일축했다. 침략전쟁의 범죄화라는 명제가 하나의 인식으로서 싹틔는지는 몰라도 현실적으로 법정에서 적용 가능한 범위로 가늠해보자면 그 관습법이란 결국 “진 전쟁만 범죄”로 규정할 것이라고 깎아내렸다.²⁷⁾ 그리고 1차 대전 종전 후 빌헬름 2세를 단죄하려했던 구상도 구상에 머물렀을 뿐, 전간기 4반세기 동안 그러한 구상이 실행에 옮겨지지 않은 것이 부인하지 못할 사실이며, 파리부전조약 역시 합의사항의 위반을 법적 심판이 가능한 범죄로 만들지는 않았다고 다시금 강조했다.²⁸⁾

Alfred A. Knopf, p.25.

23) Pal, Radhabinod(1948), *Judgment of the Hon'ble Mr. Justice Pal, Member from India*, pp.829-830, 835, 839.

24) Pal, Radhabinod(1948), *Judgment of the Hon'ble Mr. Justice Pal, Member from India*, p.826.

25) Pal, Radhabinod(1948), *Judgment of the Hon'ble Mr. Justice Pal, Member from India*, pp.858-859.

26) Glueck(1946), *The Nuremberg Trial and Aggressive War*, pp.26-34.

27) Pal, Radhabinod(1948), *Judgment of the Hon'ble Mr. Justice Pal, Member from India*, pp.861-863.

28) Pal, Radhabinod(1948), *Judgment of the Hon'ble Mr. Justice Pal, Member from*

파리부전조약의 한계와 전쟁의 범죄화 여부를 둘러싼 해석의 대립은 새로운 이야기가 아니었고 셸든 글룩 자신도 이미 인지하고 있던 바였는데, 사실 본인도 과거엔 회의적인 입장이었음을 토로하기도 했다.²⁹⁾ 다만 팔과는 달리 글룩은 점차 관습의 인정으로 기울게 되었고, 로버트 잭슨과 마찬가지로 2차 대전 종전에 즈음하여 관습의 근원을 찾는 작업은 당대의 절실하고도 정당한 권리라고 본 것이다.³⁰⁾ 유엔전범위원회 위원장으로 활약했던 라이트卿(Lord Wright)도 국제법 진화의 당위성을 공유한 당시 국제법의 권위로서 팔 의견서에 인용되었는데, 그는 국제법은 원래 “진보적”이고 “세계의 변혁기에 성장하는 것”으로서 “인류애의 관념이 널리 퍼지고 있는 오늘날 국제법이 실효를 발휘하려면 더욱 진보해야 한다”며, “관습을 문명화된 인류의 윤리와 양심에 합치도록 해야 한다”고 설파한 인물이었다. 그에 대해 팔은, 국제법의 진보적 성격에 대한 논급은 법제도의 진화를 모색하는데 중요한 실마리를 제공한다고 평가하면서도, 그러한 법의 근원이 진정한 법으로 성숙하기에는 아직 충분한 “사회적 과정”을 거치지 못했을 뿐더러, 패전국 지도자를 재판하는 행위는 그 정당한 과정이 될 수 없다고 선을 그었다.³¹⁾

재판 관할권에 관한 문제의식이 구체화되면서, 팔의 표적은 로버트 잭슨의 고문이자 국제법 권위자인 퀸시 라이트(Quincy Wright)로 옮겨간다. 그는 뉘른베르크 판결 직후 발표한 논문에서, 교전국은 관습적으로 적국의 전범 용의자를 군법회의에 회부하거나 적국 선박을 전시포획심판소를 통해 재판해왔다면, 국제법 위반행위에 대한 책임소추를 위해 개인에게 규범적으로 적용되는 국제형법의 등장은 국가주권을 잠식할 수밖에 없다고 설명했다.³²⁾ 이어서 그는, 뉘른베르크재판이란 독일의 무조건 항복에서 말미암은 주권 이양을 토대로 연합국이 유엔의 권익에 부합하는 입법 주권을 행사한 것으로, 유엔이 국제사회

India, pp.879-880.

29) Glueck(1946), *The Nuremberg Trial and Aggressive War*, pp.3-7, 14-23.

30) Glueck(1946), *The Nuremberg Trial and Aggressive War*, p.45.

31) Pal, Radhabinod(1948), *Judgment of the Hon'ble Mr. Justice Pal, Member from India*, p.865.

32) Quincy Wright(2008), "The Law of the Nuremberg Trial," *American Journal of International Law* 41 (1947), reprinted in Guénaël Mettraux, *Perspectives on the Nuremberg Trial*, Oxford University Press, p.327.

전체를 대변하여 재판을 열도록 합의함으로써 보편적 국제법을 창출한 사건이라고 규정했다.³³⁾ 팔은 그러한 행위 자체가 적법하지 않다고 바로 반박했다. 왜냐하면 승전국에 의한 전범 재판이 허용된다 하더라도 뉘른베르크 재판은 단순히 법의 적용범위를 확장하는데 그치지 않고 새로운 법을 만들어 법 자체를 확대하였고, 그것은 국제법상 인정될 수 없다고 보았기 때문이다.³⁴⁾

즉, 팔은 기요세 이치로보다도 한걸음 더 나아가 패전국의 무조건 항복도 승전국의 입법주권으로 이어지지 않는다고 본 것이다. 그는 국가 간에 새로운 범죄의 개념이 성립하기 위해서는 “법이 지배하는 국제사회”의 구성이 선행되어야 하는데, 아직 그러한 국제사회는 존재하지 않는다고 단언했다.³⁵⁾ 더구나 1차 대전 후의 상황을 돌이켜보건대 라이트卿이 이야기한 ‘인류애의 관념’과는 꽤나 거리가 있었다며, 국제연맹은 예전과 다름없이 주권을 온전히 보전한 국가들의 무리였을 뿐이며 인종평등조항을 규약에 삽입해달라는 일본의 요구도 거부되었던 한편, 강대국이라면 예외 없이 타국 위에 군림하는 행태가 지속되었던 세상이었다고 반박했다.³⁶⁾ 그러한 국제관계의 현실에서 뉘른베르크재판의 지지자들이 되풀이해서 내세운 ‘관습’도 국가를 단위로 성장한 것이지 개인은 그 법역 밖에 존재했으며 국제관계는 기본적으로 각국의 주권과 국익추구에 기초하고 있었다는 것이 팔의 시각이었다.³⁷⁾

III. 국제관계의 현상유지에 反한 세계관

이렇게 뉘른베르크 판결에 맞서 국가주권의 적극적 해석을 배경에 깔고 난

33) Wright(1947), "The Law of the Nuremberg Trial," p.332.

34) Pal, Radhabinod(1948), *Judgment of the Hon'ble Mr. Justice Pal, Member from India*, pp.834-835, 839.

35) Pal, Radhabinod(1948), *Judgment of the Hon'ble Mr. Justice Pal, Member from India*, p.854.

36) Pal, Radhabinod(1948), *Judgment of the Hon'ble Mr. Justice Pal, Member from India*, p.866.

37) Pal, Radhabinod(1948), *Judgment of the Hon'ble Mr. Justice Pal, Member from India*, pp.885-888.

팔은 본론에 들어가면서 더욱 대담한 논지를 전개한다. 일본은 “자위전”을 치렀다는 것이다. 그는 계속해서 파리부전조약의 불명확성에 초점을 맞췄다. 조약의 당사자들은 일종의 계약관계를 맺은 것으로, 합의된 의무의 이행은 조인국의 의지에 달려있었는데, 어떠한 행위가 정당방위에 해당하는지 판단하는 권한도 각 조인국의 몫으로 유보되어있었으며, 각국이 그 판단의 특권을 소유한 이상, 파리부전조약은 ‘법’의 범주에 들어갈 수 없다고 주장했다.³⁸⁾

그렇다면 각국은 어떠한 경우에 무력행사를 정당화할 수 있는가. 팔은 정당방위의 조건으로 “어떤 충분한 객관적 상황이 존재한다는 성실한 확신”(“bona fide belief in the existence of some sufficient objective condition”)이라는 외려 평장히 주관적인 기준을 제시했다.³⁹⁾ 그리고 그 자위권 해석의 주관성은 애초부터 파리부전조약 조인국 사이에 조율된 사항이라고 덧붙였는데, 이는 이미 동경재판의 변호인단이 강력히 제기한 문제였다. 그 근거로 팔과 변호인단은 파리부전조약을 주도한 장본인인 미 국무장관 프랭크 켈로그(Frank Kellogg)를 내세웠다. 당초 미국과 프랑스 사이의 논의로 시작된 파리부전조약을 다국간의 합의로 끌어올려 노벨평화상을 수상한 켈로그는, 1928년 4월 미국국제법학회 강연에서 미국 측의 조약 초안은 자위권을 전혀 제약하지 않으며 조인국은 스스로 상황을 판단하여 자위권을 발동할 수 있다고 발언하고, 이어서 12월 미 의회의 비준과정에서 열린 상원외교위원회의 질의에 대해서도 같은 취지의 답변을 한 바 있다.⁴⁰⁾

동경재판의 변호인단은 켈로그의 4월 발언 및 그에 동의를 표한 일본 외무상의 각서를 언급하고 추가로 1929년 6월 추밀원이 작성한 내부 보고서를 인용했는데, 그 내용인즉슨, “미정부 측의 안을 수령한 제국정부는 자위권 행사가 영토방위에 국한되지 않고 중국, 특히 만주와 몽고 지역에 걸친 중대한 이권의 보호에까지 확장된다는 보다 광의적인 해석을 취했다”는 것.⁴¹⁾ 팔도 이 점을 놓치

38) Pal, Radhabinod(1948), *Judgment of the Hon'ble Mr. Justice Pal, Member from India*, pp.848-849.

39) Pal, Radhabinod(1948), *Judgment of the Hon'ble Mr. Justice Pal, Member from India*, p.919.

40) Richard H. Minear(1971), *Victor's Justice: The Tokyo War Crimes Trial*, Princeton University Press, pp.51-52.

41) Minear, *Victor's Justice*, p.52.

지 않았고 과거 켈로그가 언급한 자위권의 범위에 주의를 환기시켰다. 켈로그 역시 말하기를 자위권이란 단지 영토방위에 머무르지 않고 경제적 봉쇄 상황에도 적용된다고 했다는 것이다.⁴²⁾ 그렇다면 중일전쟁의 배경을 되짚어볼 때, 일본은 ‘어떤 충분한 객관적 상황이 존재한다는 성실한 확신’ 하에 무력을 행사했다고 볼 수 있는가. 우선 팔은 공산주의의 부상을 그 예로 들었다. 중국의 공산 세력은 국민당 정부를 위협했으며, 중국 내에 이권을 가진 나라는 옹당 국익을 보호할 권리를 가졌다는 논리이다.⁴³⁾ 팔이 실제로 일본의 대륙정책을 부분적으로나마 공산주의와의 투쟁으로 파악했는지는 확실치 않다. 어쩌면 그가 동경재판 말기 고조되는 냉전 분위기에 편승하여 일본에 대한 공감을 유도하려 한 것은 아닐까하는 추측은 해봄직하다.⁴⁴⁾

나아가 팔은 국민당 정부를 원조한 미국의 개입을 비교전국으로서 지켜야 할 중립 원칙의 위반으로 보았다. 아울러, 대 중국 지원을 통해 미국은 이미 분쟁에 참여하고 있었다고 볼 수 있으며 1941년 7월의 금수 조치 이후엔 일본의 미국 공격이 오직 시간과 장소의 문제였을 뿐이라고 결론지었다. 즉, 위협에 처한 일본의 국익, 그를 둘러싼 분쟁, 그리고 미국의 개입으로 인한 분쟁의 확대로 이어지는 ‘객관적 상황’에 직면하여 ‘성실한 확신’을 갖고 반응한 일본의 군사행위는 ‘침략적’이라고 볼 수 없다는 것이다.⁴⁵⁾ 이렇게 광의적인 자위권 해석의 바탕에는 ‘평화’의 관념을 ‘현상유지’에 고정해놓을 수 없다는 생각이 깔려 있었으니, 그 이유인즉슨,

현재의 국제관계 하에서 평화의 情態的 관념은 절대로 옹호될 수 없다. 오늘날의 現狀에서 피지배국으로 전락해 있는 나라들이 단지 평화의 이름으로 영구적 지

42) Pal, Radhabinod(1948), *Judgment of the Hon'ble Mr. Justice Pal, Member from India*, pp.848, 916.

43) Pal, Radhabinod(1948), *Judgment of the Hon'ble Mr. Justice Pal, Member from India*, p.917.

44) 팔은 이 이야기를 꺼내며, “공산주의의 테러로부터 자유세계를 지키려 타국에 개입하는 것은 세계적으로 합당하다고 여겨지는 듯하다”며, 이러한 경우에 “오늘날 세계가 어떤 행태를 보이는지는 그 개입의 범위를 가늠하는데 도움이 되리라”고 넉넉히 언급하고 있다. Pal, Radhabinod(1948), *Judgment of the Hon'ble Mr. Justice Pal, Member from India*, pp.917, 919.

45) Pal, Radhabinod(1948), *Judgment of the Hon'ble Mr. Justice Pal, Member from India*, pp.1295-1296.

배에 순응토록 강요될 순 없다. 국제법은 여태껏 거의 전쟁을 통해서 이루어진 인류의 정치적, 역사적 진화를 사법적 범위 안으로 이끌어 들이는 과정에 정면으로 부딪힐 준비가 되어 있어야한다. 이 문제가 해결되었을 때 비로소 전쟁 및 그 외 무력에 의한 自助의 수단은 유효하게 배제될 수 있는 것이며, 아울러 그때서야 비로소 비평화적 조정 시도에 대한 형사책임의 도입을 구상해 볼 수 있는 것이다. 국제법은, 그러한 시도에 대한 형사책임의 도입에 앞서, 평화적 변화의 규칙을 성공적으로 확립해야한다. 그때까지는, 순전히 기회주의적인 ‘가진 자’들이 오직 무력으로써 편성하고 유지해왔을 그 現狀을 인류와 정의의 이름 아래 직접적, 간접적으로 유지하려는 시도는 정당화될 수 없을뿐더러, 우리 역시 감히 그 現狀이 그릇되지 않다고 판단할 수 없다는 것은 우리 자신이 잘 알고 있는 바와 같다. 운 좋게도 정치적 자유를 누려온 부류는 지금 당장 결정론적이고 금욕적인 인생관을 가질 여유가 있으니 정치적 現狀의 틀에서 평화를 구상할 수도 있겠으나, 온 인류가 그들과 똑같이 운이 좋았던 것은 아니며 아직도 많은 이들이 정치적 지배로부터 벗어나기를 간절히 회귀하고 있다. 그들에게 현 시대란 전체주의의 위협뿐 아니라 현실적인 제국주의의 禍에 직면하고 있는 시대인 것이다.⁴⁶⁾

인류의 정치적, 역사적 진화는 여태껏 전쟁을 통해 이루어졌을진대, 이제 와서 전쟁의 ‘침략성’을 누가 어떻게 판단할 수 있을까, 이러한 문제의식 하에 팔은 억압받는 나라들의 권익이 ‘평화’라는 이름의 현상유지에 묻히도록 독자적 무력행사를 법적으로 부정하기엔 아직 국제관계가 평등하지 못하다는 논지를 펴고 있다.⁴⁷⁾ 결국 팔은 무력행사를 도덕적으로 중화시킴으로써 기존질서를 조정하는 정당한 인류 진화의 수단으로 용인하려 했으니, 이러한 인식은 당시 국제법 추세에 대한 반발이기도 했다. 엘리자베스 카펠먼(Elizabeth Kopelman)이 관찰하듯, 17세기 이후 전쟁법규를 통한 실용적 규제로 흐르던 국제법이 1차 대전 이후의 반전 분위기와 함께 正戰論으로 회귀하는 시점에서 파리부전조약이 탄생했다고 볼 때, 공격을 한 나라와 공격을 받은 나라는 더 이상 법 앞에 동등하지 않았고, 이러한 맥락에서 ‘문명’과 ‘인류애’를 내세우며 ‘정의로운 전쟁’

46) Pal, Radhabinod(1948), *Judgment of the Hon'ble Mr. Justice Pal, Member from India*, p.910.

47) Pal, Radhabinod(1948), *Judgment of the Hon'ble Mr. Justice Pal, Member from India*, pp.907-910.

이라면 원폭을 써도 무방하다는 연합국의 태도가 팔에게는 위선으로 비쳤다.⁴⁸⁾ 정의를 내세운 서구열강의 영토 대부분이 과거 무력으로 얻어졌다는 점도 혐오스럽기는 마찬가지였다.⁴⁹⁾ 더욱이나 무력행사를 정당화하는 이유로 팔이 지목한 불평등 국제관계의 오래된 주범이 다름 아닌 그들의 제국주의였다.

서구 제국주의의 고발이라는 관점에서, 카펠먼은 팔 의견서가 유럽중심의 국제질서에 반발하여 대두할 제3세계 국제법 관념의 전조였다고도 평가하였는데,⁵⁰⁾ 탈식민지 시대에 즈음하여 팔의 재판 참여는 실로 꺾박받던 아시아의 목소리를 대변할 중요한 기회였고 모국에서도 많은 이들이 성원하고 있었다.⁵¹⁾ 반면, 또 한 명의 아시아인 판사였던 필리핀의 델핀 하라니아(Delfin Jaranilla)는 자신의 개별의견에서 팔 의견을 직접적으로 공격했는데, 그 태도는 일본과 관련하여 개인이 경험한 역사의 차이에 기인했다고 봐도 되겠다. 일본의 전쟁포로였던 하라니아는 악명 높은 '바탄 죽음의 행진'의 생존자였으니, 판사로서는 재판을 기피했어야 한다고 자주 지적받는 인물이다.⁵²⁾ 그렇다면 인도 출신의 팔은 어떠했을까.

동경재판에서 팔의 옆자리에 앉았던 네덜란드의 버트 뢰링(B. V. A. Röling) 판사는 팔이 도착 직후 반대의견서를 쓰겠다는 의도를 명확히 했다고 회고한

48) Elizabeth S. Kopelman(1991), "Ideology and International Law: The Dissent of the Indian Justice at the Tokyo War Crimes Trial," *New York University Journal of International Law and Politics* 23:2, pp.398-401, 406.

49) Pal, Radhabinod(1948), *Judgment of the Hon'ble Mr. Justice Pal, Member from India*, p.840.

50) Kopelman(1991), "Ideology and International Law," *New York University Journal of International Law and Politics* 23:2, p.428. 나카자토는 이를 과대평가로 보고 있다. 팔의 학문적 영역이 서구적 법 관념의 문제화에는 이르지 못했다는 것이다. 中里成章(2011)『パール判事—インド・ナショナリズムと東京裁判』岩波書店, p.154.

51) 팔 의견서의 내용이 인도 언론에 알려졌을 때, 인도인이 역사적인 재판에 참여했다는 단순한 자긍심은 물론, 인도독립운동에 대한 과거 일본의 원조에 대한 부채의식까지 더해져서, 인도 식자층의 반응은 대체로 긍정적이었다고 전해진다. Ashis Nandy(1993), "The Other Within: The Strange Case of Radhabinod Pal's Judgment on Culpability," *New Literary History* 23, p.47. 신문의 논조도 팔을 지지한 것으로 보인다. 日暮吉延『東京裁判の国際関係：国際政治における権力と規範』, p.447; 中里成章『パール判事—インド・ナショナリズムと東京裁判』, p.157.

52) 이에 대한 변호인단의 動議는 기각되었지만, 하라니아 자신은 필리핀 관련 심리에는 자신해서 불참하였다. Boister and Cryer, *The Tokyo International Military Tribunal: A Reappraisal*, p.84.

바 있는데⁵³⁾ 재판기간 내내 장문의 의견서 작성에 몰두했기 때문인지 팔은 공판결석이 매우 빈번하였다.⁵⁴⁾ 윌링은 또, 1983년 동경에서 열린 심포지엄에서, “팔은 일본이 싸운 전쟁이 처음부터 아시아해방전쟁이었으며 침략전쟁으로 볼 수 없다는 입장이었고 그것은 침략전쟁을 통해 식민지체제를 확립한 서구열강에 대한 반발이었다”고 증언하고 있다.⁵⁵⁾ 윌링은 일찍이 1977년 국제법 학자이자 판사인 안토니오 카세세(Antonio Cassese)와의 인터뷰에서도, 팔은 식민통치에 분개하고 ‘아시아인을 위한 아시아’라는 슬로건에 찬동한 끝에 일본의 원조를 받은 인도국민군(INA)에 관여한 일까지 있다고 언급한 바 있다.⁵⁶⁾

그의 회고는 아와야 겐타로(粟屋憲太郎)⁵⁷⁾ 티모시 브룩(Timothy Brook)⁵⁸⁾ 등에 인용되며 팔이 급진적 무장독립운동과 그 리더였던 찬드라 보슈(Chandra Bose)의 열렬한 지지자였다는 설의 근거로 자리 잡았다. 팔자가 이는 한 윌링이 구체적인 근거를 제시한 적은 없는데, 여하간 팔 의견서의 당파성을 인도 내 셔널리즘의 맥락에서 파악하는 시도는 무분별해보이지 않으며, 팔의 이념적 성향을 되짚어보는데 적당한 상상력은 필요하다고 생각된다. 인도의 저명한 정치심리학자 아쉬스 난디(Ashis Nandy)는, 팔의 출신지인 벵골만큼 러일전쟁의 결과에 열광한 곳은 남반구에 없었다며, 그 지역의 반제/친일 커넥션에 주목하고 하급 캐스트의 가난한 집안 외아들인 팔이 고생하는 홀어머니의 모습에서 식민통치에 신음하는 인도의 비극을 보았을 것이라 추리한 바 있다.⁵⁹⁾ 나카자토 나리아키는 팔과 친분이 두터웠던 비몰 레이(Bimal Ray)라는 인물로부터 팔이 자신의 아버지와 함께 인도 국민회의파의 민족운동에 관여했다는 증언을

53) Brackman(1989), *The Other Nuremberg*, London : Collins, p.78. 각주 74번 추가참조.

54) 병상의 부인을 간병하려 장기 귀국한 적도 있는데, 팔의 결석일수는 공판 466일 중, 109일에 달했다. 日暮吉延(2002)『東京裁判の国際関係 : 国際政治における権力と規範』木鐸社, p.408.

55) 細谷千博, 安藤仁介, 大沼保昭 篇(1989)『国際シンポジウム 東京裁判を問う』講談社, pp.271-272.

56) B. V. A. Röling and Antonio Cassese, *The Tokyo Trial and Beyond: Reflections of a Peacemaker*, Cambridge, UK: Polity Press, p.28.

57) 粟屋憲太郎『解説』, B. V. A. レーリンク & A. カッセーゼ, 小菅信子訳(1996)『レーリンク判事の東京裁判』新曜社, pp.249-250.

58) Timothy Brook(2001), "The Tokyo Judgment and the Rape of Nanking," *Journal of Asian Studies* 60.3, p.692.

59) Nandy(1993), "The Other Within," *New literary History*, pp.53-55. 난디는 박사과정에서 전통 힌두법을 전공한 팔이 일종의 “상호침투적” 관념의 양비론을 전제로 재판에 임했으리라는 추측까지 제시한다. Nandy, "The Other Within," *New literary History*, pp.60, 65.

확보하고 있지만,⁶⁰⁾ 동경재판 이전 그가 주요 민족운동에 직접적으로 참여한 확증은 없다고 조사를 잠정 마무리하고 있다.⁶¹⁾ 다만 대학시절의 팔이 벙골분 할반대운동이나 인도국민군에 관여한 친구들을 두었고, 그 후 인도국민군에 심정적으로 동조하게 되었던 것만은 틀림없어 보인다.⁶²⁾

팔의 장남 프로산타 쿠마르 팔(Prasanta Kumar Pal)은 부친이 인도국민군에 관여한 적이 없고 정당이나 정치사상에 치우침 없이 이성과 법에 기초하여 의견서를 썼다고 항변한 바 있는데⁶³⁾ 일본인 연구자들 사이에서도 팔 의견서를 보다 중립적인 시각에서 접근하기를 원하는 목소리는 있다. 팔이 오로지 소인의 법리적 측면을 문제 삼아 피고들의 형사책임을 면제해준 것이지, 결코 일본의 행태를 용인하고 면죄부를 준 것은 아니라는 시각이다.⁶⁴⁾ 사실 팔은 아시아 각지에서 저질러진 일본군의 잔학행위에 대해 그 “극악무도한 성격을 부인할 순 없다”고 의견서 후반부에서 언급하고 있어,⁶⁵⁾ 보이스터와 크라이어도 팔 의견서를 순전히 ‘일본무죄론’으로 읽는 것은 오독이라고 설명하고 있다.⁶⁶⁾ 카펠먼 또한 팔이 반대의견을 제출하면서 그 이념적 함의에 그다지 유념하지 않았으며 오히려 전후의 일본 국가주의자들과 맹렬히 대립했을 것이라고까지 언급하고 있다.⁶⁷⁾

이와 같은 유보적 시각은 유감스럽게도 설득력이 낮아 보인다. 이미 살펴본 바와 같이 ‘평화에 반한 죄’에 대한 팔의 논고는 법실증주의에 근거하면서도 서

60) 中里成章(2007)『訳注 <ラダビノド・パル博士(1886~1967)略伝>』『東洋文化研究所紀要<東京大学>』155号, p.188.

61) 中里成章(2011)『パル判事—インド・ナショナリズムと東京裁判』岩波書店, pp.80-81.

62) 中里成章(2011)『パル判事—インド・ナショナリズムと東京裁判』岩波書店, pp.35, 39, 80-81. 아울러 나카자토는 팔이 연구자로서 헌두법의 발전사에 몰두하여 인도 정체론에 반발한 면은 팔 의견서의 반식민주의적 성향과 연결지을 수 있으리라 언급하고 있다. p.65.

63) 中里成章(2009)『訳注 <ラダビノド・パル博士(1886~1967)略伝>』『東洋文化研究所紀要』155号, pp.176, 189.

64) 일레로, 角田 順(1984)『パル判決書と昭和史』東京裁判研究会『共同研究 パル判決書』上巻 講談社, pp.199-202.

65) Pal, Radhabinod(1948), *Judgment of the Hon'ble Mr. Justice Pal, Member from India*, p.1354.

66) Boister and Cryer(2008), *The Tokyo International Military Tribunal: A Reappraisal*, Oxford University Press, pp.202-203.

67) Kopelman(1991), “Ideology and International Law,” *New York University Journal of International Law and Politics* 23:2, p.431.

국제국주의에 대한 반감을 법리적 언어로 정리한 요소가 강했는데, 그러한 세계관이 이념적 당파성으로 그리고 일본 옹호론으로 자리 잡게 된 모습이, 재판 이후 팔의 언동에 의해 뚜렷이 확인되기 때문이다. 보이스터, 크라이어, 카펠먼 등의 국제법 학자들은 아마도 언어문제로 인해 재판 종결 후 팔이 세 차례에 걸친 일본방문에서 남긴 기록에 접근하지 못한 모양인데, 모두에 소개한 도타니 유마의 저술이 영어와 일어로 출간되면서 이들도 이제 팔에 대해 사뭇 다른 인상을 받을 듯하다. 점령기가 끝나고 반년이 흐른 1952년 10월 26일에 ‘팔 박사 환영 위원회’의 초청으로 일본에 돌아온 팔은 한 달간 체류하며 각지에서 동경재판의 부당성을 호소하였는데, 특히 히로시마 변호사협회 리셉션에서의 발언이 도발적이다: “자신의 의견서를 읽으면 서구열강이야말로 아시아 침략의 장본인이었음을 알 수 있는데, 일본의 지식인들은 그걸 읽지도 않고 자식들에게 일본이 ‘침략자’라고 . . . 가르치며 왜곡된 죄의식을 안기고 있으니, 이제 연합국의 전시선전과 기반으로 비롯된 역사의 오해를 바로잡아야한다.”⁶⁸⁾

게다가 팔은 B/C급 전범과 그 가족을 만나서는 “전원무죄”라며 위로한 것으로 전해지는데, 이는 도타니가 지적하는 바와 같이 팔 자신이 의견서 후반부에서 보인 통례적 전쟁범죄에 대한 사실인정과 모순된다고 볼 수도 있다.⁶⁹⁾ 그런데 관련 부분의 텍스트를 보면, 일본군의 ‘극악무도한 성격을 부인할 순 없다’고 언급한 절은 부차적인 위치에 있으며,⁷⁰⁾ 주된 포인트는 이미 B/C급 전범재판에서 그에 대한 처벌이 충분히 이뤄졌고 동경재판에 피고로 선 지도자들에게까지 책임을 묻는 것은 합당치 않다는 결론에 있다고 판단된다. 결국 잔학행위에 대한 팔의 언급은 판관으로서 어쩔 수 없이 지켜야할 명목적인 엄밀성이며 그것도 이미 법적처리가 완료되었다고 전제하였기에 별 부담 없이 양보할 수 있는 사항이었으리라 풀이된다.

위에서 도타니가 발췌하고 있는 팔의 방일 당시 발언은 팔과 친교가 깊었고

68) Totani(2003), *The Tokyo War Crimes Trial*, Harvard University Asia Center, p.226. 일본어판의 관련부분은 戸谷由麻(2008)『東京裁判-第二次大戦後の法と正義の追求』みず書房, p.325

69) 戸谷由麻(2008)『東京裁判-第二次大戦後の法と正義の追求』みず書房, pp.326-327.

70) Pal, Radhabinod(1948), *Judgment of the Hon'ble Mr. Justice Pal, Member from India*, p.1354.

그의 대변인 역할을 한 다나카 마사아키(田中正明)가 모으고 퍼뜨린 강연록의 일부인데, 팔이 다나카에게 1953년 2월에 보낸 애정 넘치는 편지를 보면 자신의 강연을 “맘대로 활용하고 출판하시라”(“You have my unqualified permission to publish and utilize my lectures in any way you like.”)며 화답하고 있어, 일본의 특정세력이 팔을 의도적으로 오전하고 이용한다는 비판을 무색케 한다.⁷¹⁾ 국제합동통신사(UPI)의 특파원으로 동경재판을 취재한 아널드 브랙먼(Arnold Brackman)은 팔이 공판에 출석할 때면 판사석에 착석하기 전 어김없이 피고들을 향해 절을 했으며, 이어서 재판종료 후 스가모 형무소를 찾은 팔이 종신형을 선고받은 사토 겐료(佐藤賢了)에게 “여러분은 일본의 리더였으며 그 리더십을 통해 아시아가 해방되었습니다. 이를 기억하는 나는 경의를 표합니다”고 말했다는 사토의 회고를 전하고 있다.⁷²⁾ 젊은 날의 팔이 2차 대전에 대해 어떠한 생각을 갖고 있었는지는 확인하기 어렵지만, 위의 기록, 증언, 전언을 종합하여 팔 의견서의 자위권 논리에 비추어보건대 적어도 그가 동경재판에 참여한 시점부터는 일본의 아시아해방 슬로건에 진정으로 찬동한, 편향적인 판사였다고 보아야할 것 같다.

IV. ‘조약’이라는 전제와 ‘자위권’ 행사의 조건

지난 3월 케냐의 양민학살용의자 소환 과정에서 국제형사재판소 내의 소수의견이 화제가 된 바 있는데,⁷³⁾ 국제형사재판에서 판사의 독립권은 기본적으로 인정되어가는 추세인 것 같다. 동경재판 당시에는 재판소가 단순한 사실인정기관에 머무를 수 없으며 그 관할권을 판사가 검토할 권한이 있다는 팔의 입장부

71) ラダビノード・ハパール, 田中正明 編著(1953)『ハパール博士「平和の宣言」』東西文明社, 復刊(2008)小学館, pp.310-313의 「あとがき」의 바로 다음 쪽에 첨부된 편지사본 참조.

72) Brackman(1987), *The Other Nuremberg*, London:Collins, pp.382-383.

73) 다만 이 소수의견은 팔 의견서와 같은 관련 실체법 자체의 근본적 부정이 아니라 단순히 그 관할권에 대한 제한적 해석이었다. “The Dissent of Judge Kaul: A Challenge for the Prosecution’s Evidence?” *The International Criminal Court Kenya Monitor* (14 April 2011): <http://www.icckeny.org/2011/04/the-dissent-of-judge-kaul-a-challenge-for-the-prosecution%e2%80%99s-evidence/>.

터 논란거리였다. 다수의견에 구속되지 않겠다는 팔의 의지는 재판초기부터 알려져 있던 터였는데,⁷⁴⁾ 개별의견을 낸 타 판사 중, 판결이 너무 관대하다고 불평했던 필리핀의 델핀 하라니야는 팔을 직접 거명하면서 그가 감히 헌장의 적법성을 검토하겠다는 그야말로 월권행위라고 비판하였다. 판사로서 취임선서를 하고 재판에 임한 이상, 팔은 헌장의 조항을 이미 무조건적으로 인정했다고 봐야하며, 그가 헌장을 무효화하는 순간 그의 임명 자체도 무효화되는 것이라고 반박한 것이다.⁷⁵⁾

그러나 반면에, 프랑스의 베르나르 그리고 네덜란드의 뢰링은 판사임명이 재판과 관련한 실체법의 전적인 인정으로 이어질 수 없다는데 팔과 입장을 같이 했다.⁷⁶⁾ 앞서 언급했듯, 웹 재판장도 헌장의 적법성에 대해 고뇌하였던 것이 사실이다. 그는 결국 개별의견에서 판결의 골자를 지지하는 입장을 표하기는 하였으나 ‘평화에 반한 죄’에 대해서만큼은 완전히 내면화하지 못한 모습을 보였다. 그는 뉘른베르크 판결에서 ‘평화에 반한 죄’가 “首位의 국제범죄”(“supreme international crime”)라고 낙인찍혔지만 정작 형량에 있어서는 그 항목과 관련한 소인의 유죄판정만이 사형선고로 이어지지 않는다고 하며, 이는 “침략전쟁이 발발 당시 보편적으로 사법판단이 가능한 범죄로 인식되지 않았다는 사실을 재판

74) 뢰링은 재판 초기 판사들 사이에 반대의견을 불허하려던 움직임이 있었으나 팔이 도착 직후 타 판사의 의견에 구애받지 않겠다고 선언했기에 합의가 이뤄지지 않았다고 증언하고 있다. Röling and Cassese, *The Tokyo Trial and Beyond*, p.29. 개정 며칠 전인 4월 25일에는 재판소의 심리에 관한 동료판사의 의견을 누설하지 않겠다는 비밀서약이 이뤄졌는데, 6월에 서야 동경에 도착한 하라니야 판사의 서명은 서약서에 추가되어있지만 그보다 더 일찍 5월에 온 팔의 서명은 없는 것으로 확인되었다. Brackman, *The Other Nuremberg*, pp.78-79. 팔의 장례식 때 가족이 만들어 배포한 略伝에도 팔이 재판소의 심리를 기밀에 부쳐야한다는 서약에 저항, 통례적 취임선서만을 했다는 점이 부각되어 있다. 中里成章(2009)『訳注 <ラダビノド>の博士(1886~1967)略伝』、『東洋文化研究所紀要<東京大学>』, pp.200, 204.

75) *Concurring Opinion by the Honorable Mr. Justice Delfin Jaranilla, Member from the Republic of the Philippines*, reprinted in Boister and Cryer, *Documents on the Tokyo International Military Tribunal*, p.657. 하라니야 자신은 항복문서가 연합국최고사령부에 전범재판을 열 권한을 부여했고 포츠담 선언이 그 권한을 전혀 제한하지 않았으며 승전국이 패전국의 전범을 재판하고 처벌하는 행위는 과거부터 인정되어왔다는 기본 입장을 밝히고, 죄형법정주의와 관련하여서는 세부적인 범실증주의적 근거를 찾기보다, 보편적인 국제사회의 법과 정의가 실현되어야한다는 일종의 규범론을 선택했다. *Concurring Opinion by the Honorable Mr. Justice Delfin Jaranilla*, pp.649, 651.

76) Boister and Cryer(2008), *The Tokyo International Military Tribunal: A Reappraisal*, p.38.

소가 고려”하였기때문이라고 추측하였는데,⁷⁷⁾ 실제로 동경재판에서도 ‘평화에 반한 죄’ 관련 소인만이 유죄로 인정된 피고 중 사형을 언도받은 경우는 없다.⁷⁸⁾

결국 뉘른베르크와 동경재판 판사들의 다수는 침략전쟁의 범죄화라는 소명을 떠안으면서도 형량을 결정하는 마지막 단계에서는 輕勘하는 중간적 선택을 한 것으로 보인다. 그리고 오늘날에 이르러서도 그 고민은 어느 한쪽으로 명쾌하게 정리될 기미를 보이지 않는다.⁷⁹⁾ 오래전부터 회의론자들은 관습법이 확립되어 침략행위가 벌받아야했다면 파리부전조약 체결 후 국제사회는 왜 1946년까지 기다렸는가라고 물어왔다.⁸⁰⁾ 뉘른베르크와 동경재판 이후의 양상을 보더라도 ‘평화에 반한 죄’로 한 나라의 지도자가 기소된 예가 있는가. 냉전으로 대립하던 양 블록은 군사적 충돌의 개연성 앞에 ‘침략’의 개념규정이나 제재보다는 자위권 확보에 몰두하였으니⁸¹⁾ 잭슨이 회구하고 팔이 회의하였던 ‘법이 지배하는 국제사회’는 요원한 이상일지 모른다. 냉전 후 시도된 유고슬라비아, 르완다의 특별국제군사재판에서도 침략행위에 대한 관할권은 제외되었고, 어렵사리 신설된 국제사법재판소에 미국, 러시아, 중국은 가입을 꺼려하고 있으니, 팔이 살아 있었다면 냉소했을 것이다.

그렇다면 제국일본의 무력행사는 미성숙한 국제사회의 질서에서 용인되어야 할 자위전이였는가. 여기서 짚고 넘어가야할 점은 팔이 일본의 국가주권과 자위권은 옹호하면서 그로 이해 침해된 중국의 주권은 도외시하고 있다는 것이다. 본고의 초점에서 조금 벗어나지만, 팔은 사령관으로서 잔학행위를 방지하지 못

77) *U.S.A. and Others v. Araki and Others: Judgment of the President*, reprinted in Boister and Cryer(2008), *Documents on the Tokyo International Military Tribunal*, p.638.

78) 그중 도쿄 시게노리(東郷茂徳)의 경우, 금고 20년형을 선고받았다. ‘평화에 반한 죄’가 형량 결정에서 비중이 작았다는 분석은 Boister and Cryer(2008), *The Tokyo International Military Tribunal: A Reappraisal*, pp.253-254 그리고 日暮吉延(2008)『東京裁判の国際関係：国際政治における権力と規範』, pp.459-461 참조. 뢰링의 회고도 이 부분을 강조하고 있다. Röling and Cassese(1993), *The Tokyo Trial and Beyond*, pp.67, 99.

79) 최근 저술 중 유보적 입장의 예로, Kirsten Sellars(2011), "Imperfect Justice at Nuremberg and Tokyo," *European Journal of International Law* 21:4 (2011).

80) Boister and Cryer(2008), *The Tokyo International Military Tribunal: A Reappraisal*, p.136.

81) Constantine Antonopoulos(2001), "Whatever Happened to Crimes against Peace?" *Journal of Conflict and Security Law* 6:1 (2001), pp.34-39.

한 마츠이 이와네(松井石根)에게 부작위의 죄를 적용한 다수의견에 이의를 제기했는데, 난징학살과 관련한 소인에 대해 전체적으로 소극적인 모습을 보였다.⁸²⁾ 동경재판의 헌장이 증거에 대해 너무나 엄밀하지 못한 기준을 설정했다고 불편해하던 그는 난징과 관련한 증언의 신뢰성에 대해서도 강한 의구심을 표했다.⁸³⁾ 판관으로서 마땅히 그럴 수 있다. 그러나 마찬가지로 그 의구심이 순전히 기술적인 문제였는지 독자 역시 의구심을 가질 수 있다. 의견서의 난징 관련 부분을 숙독한 티모시 브룩의 경우, 그 논리의 국제법적 가치는 평가할 수 있는 면이 있다고 하면서도, 증거의 검증에 있어서는 팔 또한 어떤 증거가 나와도 자신의 기호에 맞게 해석하려 했을 편향성이 엿보인다고, 어찌되었든 팔의 이야기에 중국인이거나 미국인이 설 자리는 없다고 관찰하고 있다.⁸⁴⁾

중국의 주권은 차치하고라도, 파리부전조약이 자위권을 제약하지 않았다는 해석 또한 성급하다. 자위권을 보장했다는 켈로그의 발언에 동의를 표한 일본 외무상의 각서와 추밀원의 내부 보고서는 위에서 언급한 바와 같이 변호인단에 의해 인용되었고 동경재판에 비판적인 리차드 마이니어(Richard Minear)는 이러한 문제제기를 재판의 국제법적 결함을 정리하는 맥락에서 언급하는데 그쳤는데, 최근 보이스터와 크라이어는 이 보고서가 본질적으로 비밀문서로서 조약 해석의 의견일치를 의미하지는 않는다고 지적하고 있다.⁸⁵⁾ 그럼 애초에 자위권을 보장했다는 켈로그의 발언은 어떻게 소화해내야 할 것인가. 보이스터와 크라이어는 일찍이 뉘른베르크 판결도 자위권의 독자적 해석을 부정하지 않고 오히려 지지했다며, 자위권의 행사에 궁극적으로 정당성의 법적 심리와 판결이 전제되었음을 아울러 지적한다. 이는 1928년 이후 파리부전조약 조인국들에 의해 공유된 인식이며, 더욱이 켈로그 또한 자신의 발언에 그러한 단서를 엄연히 달고 있었다는 것이다.⁸⁶⁾

82) Pal, Radhabinod(1948), *Judgment of the Hon'ble Mr. Justice Pal, Member from India*, p.1367.

83) Pal, Radhabinod(1948), *Judgment of the Hon'ble Mr. Justice Pal, Member from India*, pp.1341-1343.

84) Brook(2001), "The Tokyo Judgment and the Rape of Nanking," pp.686, 693-695.

85) Boister and Cryer(2008), *The Tokyo International Military Tribunal: A Reappraisal*, p.126.

86) Boister and Cryer(2008), *The Tokyo International Military Tribunal: A Reappraisal*,

팔 의견서에 인용된 켈로그의 발언들에도 그 단서가 눈에 띄는데, 그에 대한 설명은 보이지 않는다. ‘법이 지배하는 국제사회’의 부재라는 전제 하에 전개된 것이 팔의 논리였기에 아마도 그는 반론이 불필요하다고 생각했는지도 모르겠다. 어쨌든 파리부전조약이 독자적인 자위권을 보장했다는 주장은 켈로그가 국제사회의 승인이라는 조건을 덧붙였다는 사실을 극복해야한다. 설사 켈로그가 주권국가를 자위권의 독자적 판단의 주체로 의도했다 하더라도, 그의 발언이 ‘조약’이라는 대전제에 비추어 해석되어야한다는 점도 중요하다. 이언 브라운리(Ian Brownlie)는, 어차피 파리부전조약은 조인국 사이에서 국제관계를 지배하는 법적 문서로 의도되었고 이해되었던 바, 조약의 해석은 일국 관할이 아닌 엄연히 국제법과 합치되어야하는 국제 차원의 문제였다고 지적하고 있다. 비준과정에서 각국이 자위권의 소멸을 우려했던 기록까지 일종의 관습법으로 허용한다면, 이는 조약이 엄숙히 천명한 분쟁의 평화적 해결 및 전쟁 방기 조항과 원천적으로 모순된다는 것이다.⁸⁷⁾

팔의 자위권 논리가 내포하고 있는 도덕적 양비론 또한 법리적으로 옹호되기 힘든 입장이다. 팔은 현대전의 참혹함을 전제로 일본군의 잔학행위를 은근히 면탈시키는 한편, 미국의 원폭을 나찌의 만행에까지 견주어가면서까지 형평법상 서로 피장파장하다는(*tu quoque*) 논리를 삽입하면서⁸⁸⁾ 일본 대 서구열강이라는 대결구도 위에 상대적 약자의 무력행사를 탈식민주의적 조정수단으로 합리화하는 어법을 구사했다. 그러나 카펠먼, 보이스터, 크라이어 등이 지적하듯⁸⁹⁾ 그러한 양비론은 일본의 제국주의와 식민통치를 자동적으로 상쇄하지 못하며, 근대형법에서 심판자의 부적격 사유로 확립된 바도 없었다.⁹⁰⁾ 다만, 결론적으로

p.127.

87) Ian Brownlie(1963), *International Law and the Use of Force by States* Oxford University Press, pp.237-240.

88) Pal, Radhabinod(1948), *Judgment of the Hon'ble Mr. Justice Pal, Member from India*, p.1355. 팔은 1953년 켈카타에서 사적으로 출판한 의견서에 원폭 희생자들의 화보를 첨부하기도 하였다. Brook(2001), "The Tokyo Judgment and the Rape of Nanking," p.692.

89) Boister and Cryer(2008), *The Tokyo International Military Tribunal: A Reappraisal*, p.135; Kopelman(1991), "Ideology and International Law," p.420.

90) Wright(1947), "The Law of the Nuremberg Trial," *American Journal of International Law*, p.328.

연합국이 심판의 주체로서 기능하는데 법적인 문제가 없었다 해도, 팔의 자위전 논리가 그릇된 것이었다 해도, 침략의 범죄화가 전쟁이 끝난 후 성문화되었다는 문제제기만큼은 여전히 논쟁거리이다. 그렇다면 과연 팔이 요구한 성숙한 국제 사회가 출현할 때까지 국제법은 정체되어야 하는가. 국제법 진화의 당위성을 역설한 로버트 잭슨의 문제의식으로 이야기가 일순한다.

V. 맺음말

사실, '선악의 본능적 관념'에 호소할 수밖에 없었던 형편이 방증하듯, 로버트 잭슨 자신도 '평화에 반한 죄'가 어느 정도 새로운 것이라는 점은 의식하고 있었다. 그러면서도 그는 당대의 동지들과 발맞춰 파리부전조약의 법적 위상을 제고함으로써 '관습의 새로운 근원이 되는 혁신'을 모색하였고 그 소명의식은 곧이어 동경에서 계승되었다. 동경재판의 변호인 측은, 과거 나찌독일이 정치적 편의에 맞게 국제법을 뜯어고치려했던 예를 들어가며, 문명세계의 형법이 사회적 요구에 종속되어야 한다는 검찰의 주장을 반박하였다.⁹¹⁾ 재판 종결 후에도 그러한 법 관념은 독선적이고 불분명하다는 비판에 노출되어왔는데, 리차드 마이니어도 잭슨이 제시한 '본능'이란 너무나 자의적이어서 나찌의 형법이 전제로 한 "인민의 건전한 지각"과 크게 다를 바 없다고까지 평론한 바 있다.⁹²⁾

동경재판의 변호인단도, 리차드 마이니어도, '관습의 혁신'이 정의에 거스를 수 있다는 극단적 예로 나찌즘을 들고 있다는 것은 시사하는 바가 크다. 나찌가 저지른 전대미문의 흉행 앞에 '선악의 본능적 관념'은 분기하였고 2차 대전의 종전과 함께 침략에 대해 법적 책임을 물어야 한다는 공감대 그리고 그 가능성이 어느 때보다도 확실한 시대가 왔던 것이다. 국제법이 성장할 수 있는 '세계의 변혁기'가 도래했던 것이다. 국제법의 진보적 해석이 폭넓게 지지받는 전환기에, 무조건항복으로 손쉽게 확보한 용의자의 신병, 게다가 전례 없는 다국적

91) Boister and Cryer(2008), *The Tokyo International Military Tribunal: A Reappraisal*, pp.272-275.

92) Minear(1971), *Victor's Justice*, Princeton University Press, pp.16-17.

검사단, 변호인단, 재판정의 구성. 이렇게 현실적인 조건이 마련된 기회는 쉬이 오지 않는다. 뉘른베르크와 동경에서 이룬 혁신은 국제사회의 의제로서 면면히 살아남아, 유엔총회의 연이은 결의안으로 확인되었고 마침내 작년에는 국제형사재판소에 의해 ‘침략’이라는 범죄가 공식적으로 정의되기에 이르렀다.⁹³⁾

팔은 그 과정에 소요된 60여년이라는 세월을 반증으로 들지 모르나, 오히려 관습의 혁신이란 집요하며 또 그에 공명하는 국제사회 역시 더불어 성장해나가고 있음을 동경재판 그리고 이후의 역사는 웅변하고 있다. 이를 반영하듯, 『새로운 역사교과서』마저도, 2005년 현재, 아주 새로운 주장은 삼가는 태도를 보인다. ‘평화에 반한 죄’와 그에 대한 지도자 처벌이 전례 없는 일이라 언급하며 팔의 반대의견을 소개하면서도, “동경재판에 대해서는 국제법상의 정당성을 의문시하는 견해도 있고, 역으로 세계평화를 향한 국제법의 새로운 발전을 제시했다 하여 긍정하는 의견도 있다”며 최종적인 결론은 미루고 있다.⁹⁴⁾ 파리부전조약이 과연 침략전쟁을 개인책임소추를 수반하는 범죄로 만들었는지에 대한 문제제기는 앞으로도 동경재판의 흠결내기와 ‘A급 전범’ 부당론으로 이어질 테지만 그에 맞서는 국제법 진보의 당위론 또한 확고할 것이다. 적어도 이 논쟁에 임하는데 있어서, 국제법이란 국제입법기관의 부재라는 현실에서 시대의 요구에 부단히 답해야 한다는, 죄형법정주의는 궁극적으로 정의 구현의 일반적 원칙으로서 지켜져야 한다는 뉘른베르크와 동경의 다수의견 역시 팔 판사의 소수의견 못지않은 고민의 산물이었음은 기억되어야 하겠다.

참고문헌

- 『新しい歴史教科書-市販本』改訂版(2005) 扶桑社.
 粟屋憲太郎 (1996)『解説』B. V. A. 레링크 & A. 카ッセーゼ (小菅信子 訳)『レ
 リンク判事の東京裁判』新曜社.

93) 1998년 로마규약 채택 당시에 유보되었던 침략의 정의는 2010년 여름 우간다의 캄팔라에서 열린 심리회의를 거쳐 확정되었고 2017년부터 그에 대한 관할권이 행사될 예정이다. 침략의 정의가 추가된 로마규약 개정판은 국제형사재판소 웹사이트의 범문서 항목(“Legal texts and tools”)에서 확인할 수 있다: <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/0D8024D3-87EA-4E6A-8A27-05B987C38689/0/RomeStatuteEng.pdf>.

94) 『新しい歴史教科書-市販本』改訂版(2005)扶桑社, p.215.

- 大沼保昭 (2007)『東京裁判, 戦争責任, 戦後責任』東信堂.
- 清瀬一郎 (1986)『秘録 東京裁判』中央公論新社.
- 小林正樹 監督 (1983)『東京裁判』講談社 (DVD).
- 角田 順 (1984)『パール判決書と昭和史』東京裁判研究会『共同研究 パール判決書』上巻 講談社.
- 戸谷由麻 (2008)『東京裁判-第二次大戦後の法と正義の追求』みすず書房.
- 中里成章 (2009)『訳注 <ラダビノド・パール博士(1886~1967)略伝>』『東洋文化研究所紀要 <東京大学>』155号.
- 中里成章 (2011)『パール判事-インド・ナショナリズムと東京裁判』岩波書店.
- 日暮吉延 (2002)『東京裁判の国際関係: 国際政治における権力と規範』木鐸社.
- 細谷千博, 安藤仁介, 大沼保昭 篇 (1989)『国際シンポジウム 東京裁判を問う』講談社.
- ラダビノド・パール (1953)『パール博士『平和の宣言』』(田中正明 編著) 東西文明社. 復刊 (小学館 2008).
- Antonopoulos, Constantine (2001). "Whatever Happened to Crimes against Peace?" *Journal of Conflict and Security Law* 6:1.
- Boister, Neil, and Robert Cryer (2008). *The Tokyo International Military Tribunal: A Reappraisal*. Oxford University Press.
- Brackman, Arnold C. (1989). *The Other Nuremberg: The Untold Story of the Tokyo War Crimes Trials*. London: Collins.
- Brook, Timothy (2001). "The Tokyo Judgment and the Rape of Nanking," *Journal of Asian Studies* 60.3.
- Brownlie, Ian (1963). *International Law and the Use of Force by States*. Oxford University Press.
- Charter of the International Military Tribunal for the Far East* (1946). Reprinted in Neil Boister and Robert Cryer, eds. (2008). *Documents on the Tokyo International Military Tribunal: Charter, Indictment and Judgments*. Oxford University Press.
- Glueck, Sheldon (1946). *The Nuremberg Trial and Aggressive War*. New York: Alfred A. Knopf.
- Jackson, Robert H. (1945). *Report of Robert H. Jackson United States Representative to the International Conference on Military Trials*.
- _____, (1946). *The Case against the Nazi War Criminals*. New York: Alfred A. Knopf.
- Jaranilla, Delfin (1948). *Concurring Opinion by the Honorable Mr. Justice Delfin Jaranilla, Member from the Republic of the Philippines*. Reprinted in Neil Boister and Robert Cryer, eds. (2008). *Documents on the Tokyo*

- International Military Tribunal: Charter, Indictment and Judgments.* Oxford University Press.
- Judgment of the International Military Tribunal for the Far East* (1948). Reprinted in Neil Boister and Robert Cryer, eds. (2008). *Documents on the Tokyo International Military Tribunal: Charter, Indictment and Judgments.* Oxford University Press.
- Kopelman, Elizabeth S. (1991). "Ideology and International Law: The Dissent of the Indian Justice at the Tokyo War Crimes Trial," *New York University Journal of International Law and Politics* 23:2.
- Lippman, Matthew (1991). "Nuremberg: Forty Five Years Later," *Connecticut Journal of International Law* 7:1. Reprinted in Guénaél Mettraux, ed. (2008). *Perspectives on the Nuremberg Trial.* Oxford University Press.
- Minear, Richard H. (1971). *Victor's Justice: The Tokyo War Crimes Trial.* Princeton University Press.
- Nandy, Ashis (1993). "The Other Within: The Strange Case of Radhabinod Pal's Judgment on Culpability," *New Literary History* 23.
- Pal, Radhabinod (1948). *Judgment of the Hon'ble Mr. Justice Pal, Member from India.* Reprinted in Neil Boister and Robert Cryer, eds. (2008). *Documents on the Tokyo International Military Tribunal: Charter, Indictment and Judgments.* Oxford University Press.
- Röling, B. V. A., and Antonio Cassese (1993). *The Tokyo Trial and Beyond: Reflections of a Peacemonger.* Cambridge, UK: Polity Press.
- Sellars, Kirsten (2011). "Imperfect Justice at Nuremberg and Tokyo," *European Journal of International Law* 21:4.
- Totani, Yuma (2008). *The Tokyo War Crimes Trial: The Pursuit of Justice in the Wake of World War II* Harvard University Asia Center.
- Webb, William (1948). *U.S.A. and Others v. Araki and Others: Judgment of the President.* Reprinted in Neil Boister and Robert Cryer, eds. (2008). *Documents on the Tokyo International Military Tribunal: Charter, Indictment and Judgments.* Oxford University Press.
- Wright, Quincy (1947). "The Law of the Nuremberg Trial," *American Journal of International Law* 41. Reprinted in Guénaél Mettraux, ed. (2008). *Perspectives on the Nuremberg Trial.* Oxford University Press.
- Judgment of the International Military Tribunal*
<http://avalon.law.yale.edu/imt/judlawch.asp>.

Rome Statute of the International Criminal Court

<http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/0D8024D3-87EA-4E6A-8A27-05B987C38689/0/RomeStatuteEng.pdf>.

- ❖ 투고일 : 2011.06.30
- ❖ 심사일 : 2011.07.26
- ❖ 심사완료일 : 2011.07.28