



형사사법 분야의 법왜곡 방지를 위한 입법정책

Proposals for the Regulation of Perverting
the Course of Justice in Korea



강석구 · 주승희



머리말

이른바 국정농단 사태에 대한 국민적 항의로서 우리나라를 뜨겁게 달군 촛불민심은 대한민국을 ‘나라다운 나라’로 만들어줄 것을 요구했고, 이러한 민심을 반영하여 현 정부는 ‘국민이 주인인 나라’를 목표로 ‘적폐의 철저하고 완전한 청산’을 전면에 내세웠습니다. 또한, 검찰 등 일부 권력기관이 국민으로부터 위임받은 권력을 국민을 위해 온전히 사용하지 않고 부패한 권력자와 자신들의 불합리한 욕심을 충족하는 데 사용함에 따라 국가시스템 붕괴 사태를 방지하지 못한 결과를 반성하여 검찰개혁과 검찰개혁을 중심에 두는 ‘국민의, 국민을 위한 권력기관 개혁’도 함께 천명하였습니다.

그런데 출범 직후 현 정부가 천명한 청산과 개혁의 대상에 사법부가 포함되어 있지는 않았습니다. 하지만 국정농단 사태와 관련하여 당시의 사법부에 대해서도 사법행정권 남용 및 재판거래 등의 의혹이 불거졌고, 결국 2019년 1월 24일, 우리나라 헌정 사상 최초로 전직 대법원장이 구속되는 사태까지 발생하였습니다. 이것이 바로 이른바 ‘사법농단’ 사건이며, 검찰개혁에 주력해온 현 정부도 법원개혁을 향한 새로운 도전에 직면하게 되었습니다. 또한, 사법농단에 대한 대응책으로서 독일식의 법외범죄 도입까지 국회에서 추진되기에 이르렀습니다.

형사정책 분야의 국책연구기관인 한국형사정책연구원도 이른바 사법농단 또는 재판거래에 대한 대응 필요성에 공감하였고, 형사사법 분야의 법외범죄 방지를 위한 입법정책이 필요하다는 취지의 외부 제안을 채용하여 이 연구를 추진하게 되었습니다. 다만 2017년에 수시연구과제로서 수행한 “사법개혁에 관한 현안 정책과제 발굴 및 쟁점연구”를 통하여 권력의 사유화와 부정부패 등으로 얼룩진 대한민국을 구해내기 위해서는 ‘형사사법시스템 및 형사사법기관의 개혁’, 즉 사법개혁이 필요함을 강조한 바 있고, 사법개혁을 위해서는 검찰개혁, 경찰개혁뿐만 아니라 법원개혁도 중요하다는 사실을 이미 환기한 바 있습니다. 그런 만큼 단지 독일식의 법외범죄 도입 필요성에 연구의 초점을 묶어두지 않고, 사법부가 국민으로부터 신뢰를 회복할 수 있는 보다 근본적이고 거시적인 대책 마련도 함께 고민하였습니다. 현 정부가 천명한 대로 ‘두 국민’이 아닌 ‘한 국민’을 지향하는 협치와 통합으로 나아가기 위해 필요한 방향성에 대해서도 끊임없이 고민했습니다. 국민 모두를 만족시킬 수는 없겠지만, 이런 고민의

결과들이 대한민국의 개혁에 작은 밑거름이라도 될 수 있기를 기대합니다.

끝으로, 충분하지 않은 연구기간에도 불구하고 저와 함께 충실하게 연구를 마무리 해주신 덕성여자대학교 주승희 교수께 감사드리며, 이 연구를 제안해주신 아주대학교 이진국 교수께도 깊이 감사드립니다. 또한, 바쁘신 와중에도 이 연구의 심의위원으로 참여하여 고언을 아끼지 않은 동아대학교 허일태 명예교수와 법무법인 화우 신동훈 변호사, 그리고 한국형사정책연구원의 박미숙, 탁희성, 이천현 선임연구위원께도 감사드립니다.

2019년 6월

연구진을 대표하여
연구위원 강 석 구

목 차

| | |
|-----------------------------------|----|
| 국문요약 | 1 |
| | |
| 제1장 서 론 | 7 |
| 제1절 연구의 목적 | 9 |
| 제2절 연구의 범위와 방법 | 11 |
| | |
| 제2장 형사사법 분야의 법왜곡 행위유형 | 13 |
| 제1절 법왜곡의 의의 | 15 |
| 제2절 선행연구에 나타난 법왜곡 행위유형 | 17 |
| 1. 사실관계의 조작에 의한 법왜곡 행위유형 | 17 |
| 2. 부당한 법적용에 의한 법왜곡 행위유형 | 18 |
| 3. 재량권의 남용에 의한 법왜곡 행위유형 | 19 |
| 제3절 그 밖에 고려할 수 있는 법왜곡 행위유형 | 20 |
| 1. 형사사건화를 조장하는 행위 | 22 |
| 2. 형사합의를 중용하는 행위 | 22 |
| 3. 사건관계자와 비공식적으로 연락하는 행위 | 23 |
| 4. 학설을 해석기준으로 삼아 법을 적용하는 행위 | 24 |
| 5. 여론을 조작하여 법을 적용하는 행위 | 25 |
| | |
| 제3장 법왜곡에 대한 현행법적 대응과 한계 | 27 |
| 제1절 대응법제 분석의 의의 | 29 |

| | |
|-----------------------------|----|
| 제2절 선행연구상 대응법제 검증 결과 | 30 |
| 1. 불법체포·감금죄의 적용 가능성 | 30 |
| 2. 직권남용죄의 적용 가능성 | 31 |
| 3. 직무유기죄의 적용 가능성 | 32 |
| 4. 법관에 대한 탄핵 및 징계 가능성 | 32 |

| 제4장 | 주요 외국의 법외곡 대응법제

35

| | |
|--------------------------------------|----|
| 제1절 비교법적 고찰의 방향 | 37 |
| 제2절 독일 형법상 법외곡죄 | 38 |
| 1. 연 혁 | 38 |
| 2. 의 의 | 40 |
| 가. 행위주체 | 40 |
| 나. 행 위 | 41 |
| 다. 고 의 | 43 |
| 라. 위법성 | 43 |
| 마. 차단효과 | 43 |
| 바. 처 별 | 44 |
| 사. 법외곡죄 적용 통계 | 44 |
| 3. 주요 적용 사례 | 46 |
| 가. 구 동독법관 | 46 |
| 나. Schill 법관 사례 | 47 |
| 다. 프라이부르크 검사 사례 | 47 |
| 4. 관련 범죄 : 책임 없는 자 등에 대한 형사소추죄 | 48 |
| 제3절 법외곡죄 등 독자적 구성요건으로 규율하는 입법례 | 51 |
| 1. 스페인 | 51 |
| 가. 고의의 법외곡죄(제446조) | 51 |
| 나. 과실에 의한 법외곡죄(제447조) | 51 |
| 다. 기타 유형의 법외곡죄 | 52 |
| 2. 노르웨이 | 52 |

- 3. 덴마크 52
- 4. 러시아 53
- 5. 세르비아 54
- 제4절 그 밖의 입법례 54
 - 1. 미 국 54
 - 가. 판 사 54
 - 나. 검 사 56
 - 2. 일 본 58
 - 3. 오스트리아 58
 - 4. 스위스 59
 - 5. 프랑스 59
- 제5절 요약 및 소결 61

| 제5장 | 법왜곡적 사법일탈 방지방안 63

- 제1절 법왜곡적 사법일탈의 원인과 대응방향 65
 - 1. 법왜곡을 바라보는 관점의 차이 65
 - 2. 인사권에 취약할 수밖에 없는 구조적 난점 67
 - 3. 근본적 사법개혁의 필요성 69
- 제2절 권력결탁형 사법일탈 방지방안 70
 - 1. 법관의 실질적 독립을 위한 개헌 필요성 70
 - 2. 법관 징계사유의 실질화 71
 - 3. 대법원장 등의 징계 관여 최소화 71
 - 4. 직권남용죄 규정의 실질화 72
- 제3절 그 밖의 사법일탈 방지방안 73
 - 1. 성과지향적 승진제도 및 계급정년 제도의 재고 73
 - 2. 전관예우의 철폐 74

| | |
|-----------------|----|
| 제6장 결 론 | 75 |
| 참고문헌 | 79 |
| Abstract | 83 |
| 부록 | 85 |

국문요약

I. 연구의 목적

- 넓은 의미의 법왜곡행위 또는 사법일탈행위를 방지하고, 향후 형사사법기관 종사자들이 범할 수 있는 권력남용적 수사·재판 행태를 방지하기 위한 방안으로서의 법왜곡죄 신설 필요성 검토 및 우리나라의 형법질서에 부합하는 범죄구성요건 탐구

II. 주요 연구내용

1. 형사사법 분야의 법왜곡 행위유형

- ‘법왜곡’에 대한 정확한 정의를 찾기 어려운 만큼, 선행연구 등에 나타난 법왜곡행위 유형을 아래와 같이 조사·정리함으로써 법왜곡행위의 윤곽 또는 판단기준의 열개를 예상하거나, 직무범죄로서 구성요건화할 수 있는 행위유형 도출 기대

가. 선행연구에 나타난 법왜곡 행위유형

(1) ‘사실관계의 조작’에 의한 법왜곡 행위유형

- ① 고문이나 강압을 통해 사실관계를 왜곡하거나, 왜곡된 사실에 기초하여 법 적용한 경우
- ② 위계·회유를 통하여 자백을 강요한 경우
- ③ 법원이 사실관계에 대한 더 이상의 조사와 검토를 하지 않는 부작위로 사실관계를 조작한 경우
- ④ 증거에 의하지 않고 주요사실을 인정하거나, 확신의 정도에 이르지 않는 단순한 가능성만으로 피고인에게 불리한 사실관계를 확정된 경우

(2) ‘부당한 법적용’에 의한 법왜곡 행위유형

- ① 조작되거나 잘못된 사실관계에 법을 적용하여 유죄판결한 경우

2 형사사법 분야의 법왜곡 방지를 위한 입법정책

- ② 국가공안기관의 불법연행·불법감금, 고문과 진술강요 등 인권침해 정황이 드러났는데도 강요된 자백만을 근거로 유죄판결한 경우
- ③ 국가공안기관의 불법행위·사건조작에 형사사법기관이 동조한 경우
- ④ 사실관계의 부분에 대해서는 조작이나 왜곡이 없으나 법관이 부당하게 법 적용한 경우
- ⑤ 유신시절 긴급조치를 근거로 영장 없이 체포·구속·압수·수색한 사건에 대하여 유죄판결한 경우

(3) '재량권의 남용'에 의한 법왜곡 행위유형

- ① 범죄의 혐의를 포착하고도 수사를 개시하지 않는 경우
- ② 권력에 부역할 목적으로 수사한 경우
- ③ '혐의 없음'이 명백한 사건에 검사가 수사권을 남용하여 적극적으로 수사한 경우
- ④ 범죄의 객관적 혐의가 없음에도 불구하고 공소권을 남용하여 기소한 경우
- ⑤ 수사·기소를 방해한 경우
- ⑥ 조작·위조된 증거를 제출한 경우
- ⑦ 책임원칙에 위배하여 법관이 형량평가를 지나치게 남용한 경우
- ⑧ 기소유예의 한계를 초월한 경우
- ⑨ 특정 전관 변호사가 수임한 사건에 대하여 일방 당사자에게 유리하게 사건을 처리해준 경우(이른바 전관예우)
- ⑩ 소속기관 대상 사건에 대하여 기관 관계자에게 유리하게 사건을 처리해준 경우(이른바 제 식구 감싸기)

나. 그 밖에 고려할 수 있는 법왜곡 행위유형 : '사법의 공정성' 침해 관련

- (1) 형사사건화를 조장하는 행위
- (2) 형사합의를 증용하는 행위
- (3) 사건관계자와 비공식적으로 연락하는 행위
- (4) 학설을 해석기준으로 삼아 유죄를 선고하는 행위

- (5) 여론을 조작하여 법을 적용하는 행위

2. 법왜곡에 대한 현행법적 대응과 한계

- (1) 불법체포·감금죄의 적용 가능성 : 법관 처벌 선례 없음
- (2) 직권남용죄의 적용 가능성 : 문제된 사안의 상당수가 직권남용죄에 포섭될 수 있고, 직권남용죄 기수시기를 엄격히 제한한 대법원의 태도도 변경될 여지가 있지만, 법관·검사 처벌 선례는 사실상 없음
- (3) 직무유기죄의 적용 가능성 : 수사불이행 이유로 검사 처벌 선례 없음
- (4) 법관에 대한 탄핵 및 징계 가능성 : 사법농단 사건 이후로 법관 징계 가능성이 높아졌으며, 변호사법에 따라 자격을 제한하는 만큼 징계의 실효성도 담보되고 있음

3. 주요 외국의 법왜곡 대응법제

가. 독일형법상 법왜곡죄

- (1) 연원 : 법왜곡죄의 연원은 종교법 또는 로마법까지 거슬러 올라가며, 직권주의 소송구조를 취하고 있는 독일에서는 실익을 기대할 수 있음. 다만 나치에 부여한 법관에 대해서는 무력하여 법관특권규정이라고 비판받음
- (2) 행위주체 : 법왜곡죄의 규율대상인지 여부는 절차의 성격 및 목적에 따라 판단하며, 본질적으로 ‘법관으로서의 활동’인지 여부가 핵심. 검사 등 ‘법률 사건을 지휘하거나 결정하는 위치의 공무원’ 역시 법관으로서의 활동을 하는 경우 행위주체에 해당
- (3) 처벌범위 : 단순한 실정법규의 침해만으로는 법왜곡행위에 해당하지 않으며, ‘법질서 전체나 법치국가적 사법실무의 핵심적 원칙에 위반한 경우’, 즉 불법성이 중대한 경우로 처벌범위 제한
- (4) 통계 : 지난 15년 간(2002년-2017년) 재판건수는 총 73건(주로 구 동독 시절의 사법불법 관련)인데, 유죄판결이 선고된 비율은 높지만(73건 중 56건) 자유형 실형 선고를 받은 경우는 5%에 불과(56건 중 단 3건)

4 형사사법 분야의 법왜곡 방지를 위한 입법정책

나. 법왜곡죄 등 독자적 구성요건으로 규율하는 입법례 : 스페인, 노르웨이, 덴마크, 러시아, 세르비아

다. 기타 입법례 : 미국의 경우는 징계로써, 일본, 오스트리아, 스위스, 프랑스는 직권남용죄나 권리행사침해죄 등으로써 대응

Ⅲ. 정책제언

1. 법왜곡적 사법일탈에 대한 대응방향

- (1) 법왜곡죄는 연혁적으로 현대 민주주의의 산물로 볼 수 없으며, 권력에 부여한 사법관료를 단죄하기보다는 권력이 사법부를 장악·조종하기 위한 수단으로 악용될 가능성도 있음. 다만 부당한 과거사의 재발을 방지하기 위하여 ‘법왜곡적 사법일탈’에 대한 대응은 필요한 만큼, 인사권 등 다양한 원인적 요소를 고려하여 법왜곡적 사법일탈에 대한 대응방안 모색 필요

2. 법왜곡죄 도입 시 유의사항

- (1) 독일형법식의 법왜곡죄를 우리 형법에 도입할 경우 법관의 독립적인 사법권 행사 및 법원 판례를 통한 입법흡결의 보충기능 등에 유의하여 신중할 필요가 있음
- (2) 기소법정주의를 취하는 독일과 달리 우리나라는 기소편의주의를 취하고 있으므로 검사의 불기소처분권한 행사와 관련하여 구성요건을 명확히 할 필요가 있음
- (3) 검찰·경찰 간 수사권 조정 결과에 따라서는 경찰관의 대상 포함 여부를 고려할 필요도 있음

3. 권력결탁형 사법일탈 방지방안

- (1) 법관의 실질적 독립을 위한 개헌 : 법외범죄 신설을 위한 법률개정보다
개헌을 통한 근본적 사법개혁 필요. 단, 사법통제가 아니라 '법관의 실질적
독립'과 '사법부의 독립'을 지향하는 개혁이어야 하며, 만일 사법통제가 필요
하다면 입법부나 행정부에 의한 통제나 대법원장 등 인사권자에 의한 통제가
아니라 법관 스스로에 의한 통제여야 함
- (2) 법관 징계사유의 실질화 : '품위 손상' 등의 모호한 사유로 징계할 수 없도록
법관징계법상 징계사유(제2조)를 구체적인 유형을 열거하는 방식으로 변경
하는 한편, 변호사법상의 변호사결격사유(제5조)를 직무상 중대한 의무 위반
으로 징계된 경우에 한하여 제한 필요
- (3) 대법원장 등의 징계 관여 최소화 : 보직 법관인 대법원장 및 법원행정처장이
징계위원회 구성 및 징계절차에 관여할 여지 최소화 필요
- (4) 직권남용죄 규정의 실질화 : 직권남용죄의 미수범 처벌규정을 제한적으로
신설하거나, 독일형법상 형사소추죄를 참조하여 형사소추 공무원의 직권남
용죄 신설 등의 방안으로써 직권남용죄 규정 실질화 필요

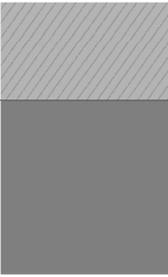
4. 그 밖의 사법일탈 방지방안

- (1) 성과지향적 승진제도 및 계급정년 제도의 재고 : 공직의 본분을 망각하게
할 위험성이 높은 성과지향적 승진제도와, 이에 따른 불이익 조치로서의
계급정년 제도의 폐지 필요
- (2) 전관예우의 철폐 : 전관예우의 철폐를 위하여 법조인 스스로 노력해야 하며,
최악의 경우 —성구매자를 처벌하는 것과 유사한 구조로서— 의도적으로
전관에게 사건을 위임하거나, 이를 알선한 자도 함께 처벌 필요

제 1 장



서 론



서론

제1절 연구의 목적

2019년 1월 24일, 우리나라 헌정 사상 최초로 전직 대법원장이 구속되었다.¹⁾ 대법원장 시절의 사법행정권 남용 및 재판 거래와 관련하여 제기된 의혹으로 인해 이른바 ‘사법농단’으로 불리게 된 이 사건은, 관련 사실의 진위 여부와 상관없이 이른바 비선 실세에 의한 국정농단 사태와 맞물려 사법부의 정치적 중립성, 독립성 및 재판의 공정성에 대한 국민의 불신(不信)을 심화시켰고,²⁾ 결국엔 사법부의 수장(首長)이 구속되는 사태에 이른 것이다. 뿐만 아니라 국정농단 사태 당시 검찰 출신 민정수석의 이른바 황제소환 사건,³⁾ 전직 부장판사·검사장에 대한 고액 수입료 등 전관예우의 실상이 적나라하게 드러난 이른바 정운호 게이트 사건⁴⁾ 등과도 맞물려 사법부뿐만 아니라 법조계 전반에 대한 불신이 팽배한 상황으로 이어졌다.⁵⁾

정치적 중립성과 직무수행의 독립성이 훼손되어 왔던 검찰의 개혁에 주력해온 현 정부도⁶⁾ ‘법원개혁’을 향한 새로운 도전에 직면했고, 국회에서도 사법기관에 대한 국민의 신뢰를 회복하기 위하여 독일식의 법왜곡죄 도입이 추진되기에 이르렀다.⁷⁾

1) 한겨레, “김명수 대법원장 ‘사법행정권 남용 의혹 고발 고려’”, 2018년 5월 28일자; 연합뉴스, “[일지] 양승태 사법부 ‘사법농단’ 사태”, 2019년 1월 24일자 참조.

2) 시사IN이 실시한 신뢰도 조사에서 대법원은 검찰에 대한 신뢰도 점수(3.47점)보다 낮은 3.42점(10점 만점)을 받았다(시사IN, “대법원 신뢰도, 확 떨어졌다”, 2018년 10월 4일자 참조).

3) 조선일보, “우병우를 대하는 검찰의 자세”, 2016년 11월 7일자.

4) 동아일보, “2심 보석기각 정운호, 변호인단에 30억 추가 내걸고 집유 독려”, 2016년 4월 25일자; 일요신문, “정운호 게이트 키맨 흥만표 변호사 연 91억 소득 미스터리”, 2016년 5월 16일자; TV조선, “부동산 재벌 흥만표…오피스텔 123채”, 2016년 5월 24일자 등.

5) 이 연구의 배경 중 하나인 국정농단 및 법조비리 등과 관련한 상세한 내용은 강석구 외, 사법개혁에 관한 현안 정책과제 발굴 및 쟁점연구, 한국형사정책연구원, 2017. 8. 11-18면 참조.

6) 국정기획자문위원회, 문재인정부 국정운영 5개년 계획, 2017. 7. 38면 참조.

이제 개혁의 칼끝이 검찰뿐만 아니라 법원까지도 향하게 된 것이다. 나아가, 김명수 현 대법원장은 전국법관대표회의 등의 건의를 받아들여 법원행정처를 폐지하겠다는 의지를 밝히기도 했다.⁸⁾

그런데 법원행정처의 사법행정권 남용에 항의하는 전국법관대표회의가 개최된 것은 현 정부 출범 직후인 2017년 6월 19일의 일이었을 뿐만 아니라⁹⁾ 법원 내부에 이러한 항명 사태가 발생한 것은 1971년 이후 최소 6차례나 있었다고 한다.¹⁰⁾ 또한, 짧지 않은 우리 역사에서 이른바 국가공안기관(예: 중앙정보부, 국가안전기획부, 국가정보원, 정보경찰 등)에 의해 불법연행·불법감금, 고문과 진술강요, 도청 등이 행해진 정황이 드러났음에도 불구하고 이러한 인권침해행위를 외면·묵인하고 유죄판결을 내린 사례들도 적지 않았다고 생각한다. 우리 국민들이 그간 몰랐거나, 새삼스럽게 알게 된 사실도 아닌 것이다.

다만 사회적 이슈로 등장한 사법부의 일탈행위에 대해 그간 개별 사안을 중심으로 처리·해결했을 뿐이고, 거시적·체계적 관점에서 사법부를 근본적으로 개혁하는 입법까지는 이어지지 못했다고 생각한다. 학계에서도 이러한 사법일탈행위를 대상으로 한 근본적인 입법정책은 마련되지 못했고, 독일식의 법왜곡죄 도입 논의 정도가 일부 학자들을 중심으로 산발적으로 진행되어 왔을 뿐이다.

만일 ‘법왜곡’이란 것이 사실관계의 왜곡이나 조작, 법규의 부당한 적용 또는 양형을 남용하는 행위를 의미하는 것이라면 법왜곡죄를 신설할 경우 사법기관의 직무유기나 직권남용 행위에 대한 우리 형법상 직무유기죄나 직권남용죄의 흠결을 보충해줄 수도 있을 것이지만, 대한민국 헌법은 “법관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다.”고 규정하고 있고(헌법 제103조), 여기서 “독립하여 심판한다”라는 문언의 의미가 법관이 재판할 함에 있어 헌법과 법률 그리고 자신의 양심 이외에는 어떠한 외부적 간섭이나 영향도 받지 않는다는 의미라고 한다면 법왜곡죄의 신설은

7) 법왜곡죄 신설을 주요 내용으로 하는 ‘형법 일부개정법률안’(의안번호 2015764)과 법왜곡 행위에 대한 공소시효 적용 배제를 주요 내용으로 하는 ‘형사소송법 일부개정법률안’(의안번호 2015765)이 심상정 의원 대표발의로 2018년 9월 28일에 발의되었다.

8) 경향신문, “김명수 대법원장 ‘법원행정처 폐지’…‘셀프 개혁’ 논란 차단”, 2018년 9월 20일자.

9) 한겨레, “전국 법관대표 100명 ‘사법부 블랙리스트 추가조사’ 결의”, 2017년 6월 19일자.

10) 위키백과, “사법 파동”, <https://ko.wikipedia.org/wiki/%EC%82%AC%EB%B2%20>(최종 방문 : 2019. 6. 19.) 참조.

‘법관의 독립’에 대한 중대한 침해가 될 수도 있기 때문에 신중할 필요도 있다고 생각한다. 더욱이 법왜곡의 문제는 법원 등 사법기관에 국한된 문제가 아니라 수사종결이나 기소에서 재량권을 갖는 검찰도 마찬가지이며, 검찰·경찰 간 수사권 조정 논의의 결과에 따라서는 사법경찰도 법왜곡죄의 규율대상이 될 수 있다. 이처럼 법왜곡죄의 신설은 결코 간단한 문제가 아니다.

이에 이 연구는 넓은 의미의 법왜곡행위 또는 사법일탈행위를 방지하고, 향후 형사사법기관 종사자들이 범할 수 있는 권력남용적 수사·재판 행태를 방지하기 위한 방안으로서의 법왜곡죄 신설 필요성을 검토하는 한편, 이들 범죄적 행태의 본질과 주요 내용 분석 및 비교법적 검토 등을 통하여 우리나라의 형법질서에 부합하는 범죄구성요건을 탐구하는 것을 목적으로 하였다. 즉, 법왜곡죄의 신설이 필요한지 여부를 검증하는 한편, 법왜곡죄의 신설이 필요하다면 구체적으로 어떻게 입법해야 하는지, 신설이 필요하지 않다면 그 대안이 무엇일지를 이 연구를 통해 도출해보고자 한다.

제2절 연구의 범위와 방법

이 연구는 ① 형사사법 분야의 법왜곡 행위유형(제2장), ② 법왜곡행위에 대한 법적 대응과 한계(제3장), ③ 주요 외국의 법왜곡 대응법제(제4장)를 분석한 바탕에서 ④ 법왜곡적 사법일탈 방지방안(제5장)을 도출하고자 하였다. 이 중 ‘형사사법 분야의 법왜곡 행위유형’과 관련한 내용은 구성요건 설계를 위한 실증자료로서, ‘법왜곡행위에 대한 법적 대응과 한계’와 ‘주요 외국의 법왜곡 대응법제’와 관련한 내용은 법왜곡적 사법일탈에 대응한 방안 설계를 위한 국내외 분석자료로서 활용하였다.

또한, 제2장과 제3장의 내용은 연구책임자인 강석구 선임연구위원(한국형사정책연구원)이, 제4장의 내용은 공동연구자인 주승희 교수(덕성여자대학교 법학과)가 법학적 방법론을 바탕으로 하여 주로 국내외 문헌연구를 중심으로 연구하였다. 다만 필요한 경우 언론기사, 판례 등을 가능한 한 활용하였고, 법원·검찰의 전·현직 종사자에 대한 면담을 병행하였지만, 법학적 연구방법론 및 —연구기간과 연구예산의 제약이 큰— 수사연구의 특성상, 조사방법론상 유의미한 범위까지 추진하지는 못했음을 미리

밝혀둔다.

나아가, 이 연구는 독일식의 법외곡죄를 소개하거나 법외곡죄 도입 필요성을 선전하는 데 있는 것이 아니라 이른바 법외곡행위 또는 사법일탈행위를 방지하기 위한 입법정책을 마련하는 데 목적이 있다고 할 것이다. 그런 만큼 一제4장에서 증시하여 다뤘지만 一 학술논문으로도 수차례 소개되고 법률안까지 마련된 독일식의 법외곡죄와 관련한 여러 논의는, 이미 알고 있는 기지(既知)의 사실로서 전제하고 논지를 전개하였음도 미리 밝혀둔다.

참고로, 이 연구는 이진국 교수(아주대학교 법학전문대학원)가 제안하였지만, 이 주제가 수시연구과제로 채택될 동안 제안자가 동일 주제의 학술논문을 이미 집필한 상황¹¹⁾ 연구윤리상 연구진에 참여하지 않았다. 다만 이 연구의 기본구도는 제안자의 당초 설계를 따른 것이므로 해당 논문과 유사한 논리구조가 있을 수 있음도 미리 밝혀둔다.

11) 이진국, “독일 형법상 법외곡죄의 구성요건과 적용”, 비교형사법연구(한국비교형사법학회) 제21권 제1호, 2019. 4.

제 2 장

○ —————

형사사법 분야의 법외곡 행위유형

형사사법 분야의 법왜곡 행위유형

제1절 법왜곡의 의의

‘왜곡(歪曲)의 사전적 의미는 “사실과 다르게 해석하거나 그릇되게 함”이다.¹²⁾ 그런 만큼 왜곡의 대상이 ‘사실’이라면 해석하는 데 큰 어려움은 없었을 것이다. 하지만 법왜곡죄에서 왜곡의 대상은 ‘법’이라는 규범이며, 사실과 규범을 엄격하게 준별하는 법학의 견지에서 “법을 왜곡한다”는 말의 해석은 해석자의 관점이나 경험에 따라 착잡(錯雜)해질 수밖에 없다고 생각한다.

실제로 대부분의 선행연구에서 ‘법왜곡’의 의미를 정의(定義)한 경우는 찾기 어렵다. ‘법왜곡행위’를 “사실관계의 조작, 적용되어야 할 법규정의 부적용 혹은 법규정을 그릇되게 적용함”으로 정의한 경우는 있지만,¹³⁾ 이것이 법왜곡행위로서 예상할 수 있는 3가지 발현형태를 제시한 것이라면 몰라도 서로 다른 대상을 준별하지 않은 이러한 정의를 정확한 정의로서 받아들이기는 어렵다. ‘법왜곡행위’란 일반적으로 “법관 등 공무원이 법사건을 처리하면서 그 정을 알면서 법과 법률을 위반하여 국가기관으로서의 자신의 행위를 법과 법률에 맞추지 아니하고 자기 자신의 사적인 기준에 맞추어서 처리하는 것”을 말한다는 주장도 있지만,¹⁴⁾ 이러한 정의를 일반적인 정의로 판단할 수 있는 어떠한 근거도 찾을 수 없다.¹⁵⁾

12) 표준국어대사전, <https://ko.dict.naver.com/#/entry/koko/f3823717462e4dacb4fdd1d67a194542> (최종 방문 : 2019. 6. 20.).

13) 허일태, “법왜곡행위와 사법살인의 방지를 위한 입법정책”, 형사정책연구 제18권 제2호, 2007 여름, 19면.

14) 이진국, 앞의 글, 164면.

15) 오히려 같은 글, 169면에서는 독일연방재판소(BGH)의 판례를 인용하여 ‘법의 왜곡’(Beugung des Recht)을 “현행 실체법과 절차법에 대한 위반”을 의미한다고 소개하기도 한다.

‘법왜곡’이라는 말이 애초에 외국법의 생경한 용어이기 때문에 우리말로써 정확한 정의를 내리기란 쉽지 않았을 것이라고 추측할 수도 있지만, 독일의 법왜곡죄를 소개한 선행연구 중에서 ‘법왜곡’에 대한 독일에서의 정의를 소개한 경우는 찾을 수 없었다. 행위자가 법이 아니라고 확신한 것을 확신에 반하여 법이라고 판결한 데서 왜곡행위의 본질을 찾거나(주관설) 판결이 객관적으로 지지할 수 있는 범위를 벗어나 이루어진 데서 왜곡행위의 본질을 찾는(객관설) 독일이론의 내용을 일부 소개한 경우도 있지만,¹⁶⁾ 이는 판단주체에 따른 차이를 설명한 것에 지나지 않는다고 생각한다. 더욱이 법왜곡죄의 연원을 성경이나 로마법에서 찾는 경우까지 있어¹⁷⁾ 독일에서의 논의가 전혀 중요하지 않을 수도 있다.

하지만 법왜곡죄는 강화상 또는 학문상의 논의로 그치고 있는 것이 아니라 제20대 국회에서 2018년 9월 28일에 심상정 의원(정의당)이 대표발의하여 ‘형법 일부개정법률안’(의안번호 2015764)[이하에서 “심상정 형법개정안”이라고 한다.]으로서 이미 발의된 바 있고, 이 법률안은 구성요건에 “법을 왜곡하여”라는 문언을 포함시켰다. 그런 만큼 법왜곡죄의 도입은 이미 현실이고, 법왜곡죄의 도입을 주장하는 이들이 법왜곡의 정의 또는 판단기준을 제시할 수 있어야 한다. 그렇지 못하다면 이러한 학설 또는 입법 자체가 또 다른 왜곡을 잉태할 수도 있다고 생각한다.

그래서 이 장에서는 형사사법 분야에서 그간 문제되었던 법왜곡행위나 사법일탈행위의 유형들을 선행연구, 판례, 언론보도 등을 통해 조사하여 간추려봄으로써 법왜곡행위의 윤곽 또는 판단기준의 열개를 예상하거나, 직무범죄로서 구성요건화할 수 있는 행위유형들을 도출해보고자 한다. 다만 예단을 방지하기 위해 그 대상을 판사 또는 검사에 한정하지 않고 수사·기소를 포함하여 형사사법 분야 종사자 전체를 대상으로 하였으며, 불필요한 오해 소지를 최소화하기 위하여 유형별 사례의 구체적 내용에 대해서는 별도로 소개하지 않았다.¹⁸⁾

16) 이재승, “법왜곡죄와 정치사법”, 민주법학 제14호, 1998, 187면.

17) 이재승, “법왜곡죄와 정치사법”, 184면의 주석 1) 참조.

18) 각 사례와 관련한 어떤 행위태양에 착안하여 선행연구자가 이러한 유형 분류를 한 것인지를 연구자가 알지 못하는 만큼, 유형별 사례의 구체적 내용은 이를 인용하거나 소개한 해당 학술 논문이나 이와 관련한 인터넷 정보를 참조하기 바람.

제2절 선행연구에 나타난 법외곡 행위유형

2007년, 허일태 교수가 ‘법외곡행위’를 “사실관계의 조작, 적용되어야 할 법규정의 부적용 혹은 법규정을 그릇되게 적용함”으로 3분하여 정의한 이래¹⁹⁾ 후속연구들도 대체적으로 이러한 구분에 따라 법외곡행위를 설명하거나, 사건을 분류하고 있다.²⁰⁾ 이에 이 연구에서도 일단 이러한 구분에 따라 법외곡 행위유형을 분류하였다.

1. 사실관계의 조작에 의한 법외곡 행위유형

사실관계의 조작에 의한 법외곡 행위유형으로서 선행연구는 4가지 유형 정도를 소개하고 있다.

- 1) 고문이나 강압을 통해 사실관계를 왜곡하거나, 왜곡된 사실에 기초하여 법적용한 경우. 이러한 사례로는 1981년 김시훈 사건, 1992년 김기응 순경사건을 예로 들고 있다.²¹⁾
- 2) 위계·회유를 통하여 자백을 강요한 경우. 이러한 사례로는 2007년 수원 노숙소녀 살인사건을 예로 들고 있다.²²⁾
- 3) 법원이 사실관계에 대한 더 이상의 조사와 검토를 하지 않는 부작위로 사실관계를 조작한 경우²³⁾
- 4) 증거에 의하지 않고 주요사실을 인정하거나, 확신의 정도에 이르지 않는 단순한 가능성만으로 피고인에게 불리한 사실관계를 확정된 경우. 이러한 사례로는 1980년 김대중 내란음모사건, 1979년 사형수 오휘웅 씨 사건을 예로 들고 있다.²⁴⁾

19) 허일태, “법외곡행위와 사법살인의 방지를 위한 입법정책”, 19면.

20) 심상정 형법개정안에 대한 전문위원 검토보고서에도 이러한 정의가 반영되어 있다[제367회국회(임시회) 제2차 법제사법위원회, 형법 일부개정법률안 검토보고, 2019. 3. 3면의 주석 1)].

21) 전지연, “법외곡죄의 도입을 위한 시론”, 형사법연구(한국형사법학회) 제20호, 2003 겨울, 195면.

22) 서보학, “판사 및 검사의 법외곡에 대한 대응방안 -법외곡죄의 도입을 중심으로”, 경희법학 제49권 제4호, 2014., 234면.

23) 전지연, 앞의 글, 195면.

24) 전지연, 앞의 글, 196면.

2. 부당한 법적용에 의한 법왜곡 행위유형

부당한 법적용에 의한 법왜곡 행위유형으로서 선행연구는 5가지 유형 정도를 소개하고 있다.

- 1) 조작되거나 잘못된 사실관계에 법을 적용하여 유죄판결한 경우. 이러한 사례로는 부친성고문사건을 예로 들거나,²⁵⁾ 1974년 민청학련 사건, 1980년 김대중 내란음모 사건, 이석기 의원 내란음모 사건을 예로 들고 있다.²⁶⁾
- 2) 국가공안기관의 불법연행·불법감금, 고문과 진술강요 등 인권침해 정황이 드러났는데도 강요된 자백만을 근거로 유죄판결한 경우. 이러한 사례로는 1959년 조봉암 사건, 1975년 인민혁명당재건위 사건을 예로 들고 있다.²⁷⁾
- 3) 국가공안기관의 불법행위·사건조작에 형사사법기관이 동조한 경우. 주로 검찰이 동조한 경우이며, 이러한 사례로는 1964년 인민혁명당 사건, 1967년 동백림 사건, 1968년 태영호 납북어부 사건, 1974년 민청학련 사건, 인민혁명당재건위 사건, 1987년 김근태 민청련 의장 고문경찰 무혐의, 1986년 부친성고문사건 기소유예, 1993년 전두환·노태우 내란죄·군사반란죄 기소유예를 예로 들고 있다.²⁸⁾
- 4) 사실관계의 부분에 대해서는 조작이나 왜곡이 없으나 법관이 부당하게 법적용한 경우. 이러한 사례로는 강신옥변호사 긴급조치위반사건, 강기훈 유서대필사건을 예로 들고 있다.²⁹⁾
- 5) 유신시절 긴급조치를 근거로 영장 없이 체포·구속·압수·수색한 사건에 대하여 유죄판결한 경우³⁰⁾

25) 전지연, 앞의 글, 197면.

26) 서보학, 앞의 글, 226면.

27) 서보학, 앞의 글, 224-225면.

28) 서보학, 앞의 글, 229면.

29) 전지연, 앞의 글, 197면.

30) 서보학, 앞의 글, 227면.

3. 재량권의 남용에 의한 법왜곡 행위유형

재량권의 남용에 의한 법왜곡 행위유형으로서 선행연구는 10가지 유형 정도를 소개하고 있다.

- 1) 범죄의 혐의를 포착하고도 수사를 개시하지 않는 경우³¹⁾
- 2) 권력에 부역할 목적으로 수사한 경우. 이러한 사례로는 사이버 명예훼손 전담수사반 편성을 예로 들고 있다.³²⁾
- 3) 혐의 없음이 명백한 사건에 검사가 수사권을 남용하여 적극적으로 수사한 경우³³⁾
- 4) 범죄의 객관적 혐의가 없음에도 불구하고 공소권을 남용하여 기소한 경우.³⁴⁾ 이 경우의 사례로서 예시하지는 않았지만, 이러한 사례로는 정연주 전 KBS 사장 배임죄 기소, 미네르바 구속기소를 예로 들 수 있다.³⁵⁾
- 5) 수사·기소를 방해한 경우. 이러한 사례로는 국정원 대선불법관여행위 수사팀 해체를 예로 들고 있다.³⁶⁾
- 6) 조작·위조된 증거를 제출한 경우. 이러한 사례로는 서울시 공무원 간첩사건 수사·기소를 예로 들고 있다.³⁷⁾
- 7) 책임원칙에 위배하여 법관이 형량평가를 지나치게 남용한 경우³⁸⁾

31) 전지연, 앞의 글, 200면.

32) 서보학, 앞의 글, 233면.

33) 전지연, 앞의 글, 200면.

34) 전지연, 앞의 글, 201면.

35) 서보학, 앞의 글, 231면.

36) 서보학, 앞의 글, 232-233면.

37) 서보학, 앞의 글, 233면.

38) 전지연, 앞의 글, 199면.

- 8) 기소유예의 한계를 초월한 경우³⁹⁾
- 9) 특정 전관 변호사가 수임한 사건에 대하여 일방 당사자에게 유리하게 사건을 처리해준 경우(이른바 전관예우)⁴⁰⁾
- 10) 소속기관 대상 사건에 대하여 기관 관계자에게 유리하게 사건을 처리해준 경우(이른바 제 식구 감싸기). 이러한 사례로는 총리실 공직윤리관실 민간인 불법사찰 사건, 그랜저검사 사건, 부산지검 스폰서검사 사건을 예로 들고 있고,⁴¹⁾ 경찰의 과잉진압에 대하여 면죄부를 준 용산참사 사건의 경우도 이러한 사례로 볼 수 있다고 한다.⁴²⁾

선행연구에서 소개된 10가지 유형 이외에도 이른바 사법농단 사건과 관련하여 재판 거래행위로 거론되었던 “의도적으로 재판을 지연한 경우” 역시 재량권을 남용한 법외곡 행위유형에 포섭된다고 생각한다.

제3절 그 밖에 고려할 수 있는 법외곡 행위유형

선행연구 중에는 앞서 살펴본 사실관계의 조작, 부당한 법적용, 재량권의 남용 외에도 ‘진실규명의무를 위반하는 경우’와 ‘허용되지 않는 처분을 명하는 경우’ 역시 법외곡행위의 대표적 사례로서 소개한 경우도 있었다.⁴³⁾ 다만 이들 유형에 대해서는 출처를 밝히거나, 특별히 문제된 구체적 사례를 별도로 소개하지 않아 유형화 대상에 포함시키지 않았음을 미리 밝혀둔다. 또한, 주로 제2절의 사례들을 대상으로 하여 이를 정치재판 또는 정치사법의 유형으로 소개한 선행연구도 있었지만,⁴⁴⁾ 정작 법외

39) 전지연, 앞의 글, 202면.

40) 서보학, 앞의 글, 237면; 전지연, 앞의 글, 199면.

41) 서보학, 앞의 글, 232면.

42) 서보학, 앞의 글, 230면.

43) 이진국, 앞의 글, 170면.

44) 이재승, “정치사법과 과거청산”, 민주법학 제29호, 2005, 23-31면은 우리나라의 정치사법을 ① 약식처형절차로서 정치재판(예: 제주 4·3사건 관련 군사재판, 한국전쟁 이후 민간인 대상 군사재판, 유신 이후 계엄재판, 신군부의 계엄재판), ② 정적 제거수간으로서 정치재판(예: 조봉암 사건, 김대중 내란음모사건), ③ 자기사면장치로서의 정치재판(예: 부산초원복집사건, 삼청교육

곡죄와 관련해서는 우리와 법제가 다른 독일의 사례들만 소개함에 따라 이들 정치사법 유형을 우리에게 문제된 법외곡 행위유형에 포함할 수 없었음도 미리 밝혀둔다.

그렇지만 선행연구 등에서 도출한 이들 행위유형이 법외곡 행위유형으로서 적합한 것인지 여부를 따지지 않더라도 이들 유형만으로 그간 일부 학자들이 주장해온 법외곡 행위유형의 윤곽을 어느 정도 그려볼 수 있다고 생각한다. 즉, 그 자체는 법외곡행위가 아닐지라도 우리 사회에서 주목한 문제상황들이 바로 이런 유형들일 수 있는 것이다. 다만 분류의 틀이 된 사실관계의 조작, 부당한 법적용, 재량권의 남용과 같은 유형군은 우리와 같은 직권남용죄를 형법전에 명문화하지 않은 독일학계의 시각 또는 독일연방재판소(BGH)의 관점이라고 볼 수 있다.⁴⁵⁾ 그래서 독일법제를 기반으로 한 해석론에 우리 역사를 억지로 꿰어 맞춘 것이라는 오해를 초래할 수도 있는 만큼, 우리의 경험과 시각에서 행위유형을 도출해볼 필요도 있다고 생각한다.

그런데 이러한 논의의 실마리가 될 수 있는 우리의 사법현실로는, 법조계에 뿌리 깊게 고착화된 ‘전관예우’, ‘법조비리’와 최근 문제된 ‘재판거래’ 정도를 생각해볼 수 있다. 그리고 전관예우, 법조비리, 재판거래 등으로 인해 공통적으로 침해받는 가치는 바로 “사법의 공정성”일 것이다.⁴⁶⁾ 심상정 형법개정안 역시 ‘불공정한 사법현실’을 문제 삼고 있고, “재판 또는 수사 중인 사건의 처리에 있어서 … 당사자 일방을 유리 또는 불리하게 만든 때”라는 문언을 구성요건에 포함시키고 있다.⁴⁷⁾ 그래서 이 연구에서도 일부 학자들이 문제를 제기한 정치적인 사건과는 무관할 수 있지만—우리나라 사법현실에서 흔히 접할 수 있는 ① 형사사건화를 조장하는 행위, ② 형사합의를 중용

책임자에 대한 형면제·사면 결정), ④ 진보세력의 배제수단으로 정치사법(사법파동, 민족일보 사건, 민청학련 사건, 인혁당 사건, 사노맹 사건, 한총련 사건), ⑤ 증오감정의 증폭기로서 정치 재판(강기훈 유서대필 사건), ⑥ 계급사법(예: 정의행위를 형법상 업무방해죄, 민사상 손해배상·가압류조치로 대응한 경우, 현대조선 노동자 김석진씨 복직소송), ⑦ 대항정치의 도구로서 정치 사법(예: 수도이전법 위헌판결, 토지공개념 3개법 위헌판결, 제24·3법 위헌심판사건)으로 7분하여 유형화하고 있다.

45) 이진국, 앞의 글, 170면의 주석 33)은 이러한 유형군의 원 출처를 ‘BGH, Urteil vom 04.09.2001 - 5 StR 92/01’과 ‘BGH, Urteil vom 23.05.1984 - 3 StR 102/84’에서 찾고 있다. 참고로, 전지연, “법외곡죄의 도입방안”, 형사법연구(한국형사법학회) 제22호 특집호, 2004 겨울, 888면도 부당한 법적용은 실체법뿐만 아니라 절차법 적용에도 인정된다고 주장하면서도 그 근거로서 독일 판례만을 제시하고 있다(같은 면, 주석 22) 참조.

46) 전지연, “법외곡죄의 도입방안”, 886면도 법외곡죄의 보호법익을 ‘사법기능의 공정한 행사’ 또는 ‘공정한 사법작용’으로 설정하고 있다.

47) 심상정 형법개정안, 의안원문, 1면 및 3면 참조.

하는 행위, ③ 사건관계자와 비공식적으로 연락하는 행위, ④ 학설을 해석기준으로 삼아 법을 적용하는 행위, ⑤ 여론을 조작하여 법을 적용하는 행위 정도를 사법의 공정성을 침해하는 행위유형으로서 포섭해보고자 한다.

1. 형사사건화를 조장하는 행위

사실관계의 조작이 법왜곡행위라면 반의사불벌죄나 친고죄와 같이 피해자의 의사가 매우 중요한 사건에서 수사기관 종사자가 양 당사자 사이에서 증립을 지키지 않고 피해자 또는 피해자라고 주장하는 자에게 “고소 여부를 확인하는 방법 등으로” 사실상 고소를 종용하는 경우 역시 사실관계의 조작에 준하는 법왜곡행위라고 볼 수 있다. 또한, 이러한 행위는 수사기관 종사자가 사건처리를 맡게 된 것을 기화로 의무 없는 일에 부당하게 개입(참견)하는 행위로서 재량권 남용에 준하는 법왜곡행위라고도 볼 수 있다.

성폭력범죄, 가정폭력범죄, 아동학대범죄 등의 여성·아동 대상 범죄, 사이버범죄, 저작권범죄 등 신종범죄에 대한 형사법적 대응이 강화되고 국민과 정치권의 관심을 증대된 이후 실무상 이런 사례들이 빈발할 수 있는데, 피해자의 선택권에 불필요한 영향을 미쳐 일방당사자를 불리한 지위에 놓이게 하는 이런 행위도 법왜곡행위의 유형으로서 포섭할 수 있을 것이다.

2. 형사합의를 종용하는 행위

우리 형법은 양형을 할 때에 범행 후의 정황을 참작하도록 하는 한편(형법 제51조 제4호), 범죄의 정상에 참작할 만한 사유가 있는 때에는 작량(酌量)하여 그 형을 감경할 수 있다(형법 제53조)는 규정을 두고 있다. 그러다 보니 범행 후에 잘못을 뉘우친 경우, 즉 이른바 개전(改悛)의 정(情)을 보인 경우 형을 감경하는 실무관행이 사법실무에서 이어져오고 있고, 자신의 뉘우침을 증빙하기 위해 형사합의를 하거나, 합의금을 공탁하는 관행이 공공연하게 행해지고 있다.

그런데 형을 감경할 때는 잘못을 뉘우친 정도로 감경하는 것이 아니라 감경사유가 있는 것만으로도 법정형으로 정한 형이나 다액의 2분의 1로 해주기 때문에(형법 제55조 참조)⁴⁸⁾ 형사사건에 있어 합의의 위력은 생각보다 크다. 그러다 보니 수사기관 종사자가

범죄피해자나 그 가족구성원 등에게 합의를 중용하거나, 형사합의를 목적으로 범죄피해자의 신원을 피의자·피고인이나 그 변호인에게 알려주는 경우도 그간 적지 않았다.

범죄피해자의 신변보호 제도가 강화되면서 범죄피해자의 신원을 상대방에게 알려주는 일은 현저히 줄어들었을 것으로 추정하지만, —쌍방 모두 피해자라고 주장하는 사건을 포함하여— 범죄피해자나 그 가족구성원 등에게 합의를 중용하는 일은 여전히 빈발할 수 있다고 생각한다. 수사기관 종사자의 개입은 사건당사자의 의사 형성에 영향을 미칠 수밖에 없으므로 사건브로커 여부를 의심할 수밖에 없을 뿐만 아니라 이 역시 수사기관 종사자가 부당하게 개입하여 기소 또는 재판의 전제사실을 왜곡하는 행위로 볼 수 있다.

3. 사건관계자와 비공식적으로 연락하는 행위

사법의 공정성을 확보하기 위해서는 재판에 앞서 법원 등 형사사법기관이 사건에 대한 예단이나 편견을 가질 수 없도록 시스템을 설계할 필요가 있다. 우리 형사소송법도 사건에 대한 예단 또는 편견을 발생하게 할 염려가 있는 진술을 제한하고 있고(형사소송법 제287조 제2항), 형사소송규칙에도 예단방지를 위한 규정을 마련하고 있다(제77조 제2항, 제118조 제2항, 제123조의9 제3항). 뿐만 아니라 법관이 사건에 관하여 전심재판 또는 그 기초되는 조사, 심리에 관여한 정도로도 해당 법관을 직무집행에서 제척하도록 하고 있다(형사소송법 제17조 제7호).

그런데 예단 방지를 위해 아무리 좋은 시스템을 마련해 뒀더라도 판사 등 사법기관 종사자가 “법정 외의 장소에서” 비공식적으로 검사나 피고인, 변호인, 범죄피해자 등의 이해당사자와 만나거나, 비공식적으로 통화하는 경우에는 아무런 의미가 없을

48) 특히 유기징역이나 유기금고의 경우 형기의 장·단기를 모두 감경하게 된다.

참조 : 형법 제55조(법률상의 감경) ① 법률상의 감경은 다음과 같다.

1. 사형을 감경할 때에는 무기 또는 20년 이상 50년 이하의 징역 또는 금고로 한다.
2. 무기징역 또는 무기금고를 감경할 때에는 10년 이상 50년 이하의 징역 또는 금고로 한다.
3. 유기징역 또는 유기금고를 감경할 때에는 그 형기의 2분의 1로 한다.
4. 자격상실을 감경할 때에는 7년 이상의 자격정지로 한다.
5. 자격정지를 감경할 때에는 그 형기의 2분의 1로 한다.
6. 벌금을 감경할 때에는 그 다액의 2분의 1로 한다.
7. 구류를 감경할 때에는 그 장기의 2분의 1로 한다.
8. 과료를 감경할 때에는 그 다액의 2분의 1로 한다.

것이고, 그 결과로서 예단이나 편견이 발생할 가능성도 매우 높다. 하지만 한정된 법조인력시장의 구조적 특성상 동창회·동기회 등의 명목으로 판사가 검사나 변호인과 접촉하는 경우는 비밀비재하고, 이러한 경우 공정한 재판을 기대할 수 없다.

사건관계자와 비공식적으로 연락할 정도의 사이라면 애초에 “법관이 불공평한 재판을 할 염려가 있는 때”(형사소송법 제18조 제1항 및 제24조 제1항)로 보아 스스로 회피하여야 할 것이고, 사건관계자와 비공식적으로 연락한 사실이 있었음에도 불구하고 스스로 회피하지 않고 직무에 임한 경우에는 “부당한 법적용을 할 미필적 고의가 있는 경우”로 보아야 할 것이라고 생각한다.

4. 학설을 해석기준으로 삼아 법을 적용하는 행위

법관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다(헌법 제103조). 따라서 법관이 판단의 척도로 삼을 수 있는 것은 오로지 헌법, 법률과 자신의 양심뿐이라고 할 것이다. 하지만 실제에 있어서 판결의 정당성을 강변하기 위해서라도 통설과 다수설을 인용하는 경우가 적지 않으며, 선결 판례를 인용하는 경우도 적지 않다.

물론, 이를 허용한 법규정은 존재하지 않지만, 이러한 실무관행을 반드시 잘못된 것이라고 말할 수는 없다. 하지만 통설 또는 다수설을 판결문에 적시한 판례의 경우에도, 해당 판례를 인용한 ‘관련 문헌’에 대해서는 대법원 종합법률정보(<http://glaw.scourt.go.kr>)를 통하여 관련 정보를 일일이 제공하면서도 정작 ‘참조 문헌’에 대해서는 밝히지 않고 있다. 이는 법관이 학설을 참조하여 심판하는 과정이 석연치 않기 때문일 수도 있다.

더욱이 통설이나 다수설을 해석기준으로 삼아 유죄를 선고하는 경우도 피고인의 이익과 배치될 수 있는데, 다수 학자의 지지를 얻지 못한 소수설을 해석기준으로 삼아 유죄를 선고하는 경우 피고인의 입장에서는 피고인을 현저히 불리하게 하는 부당한 법적용으로 받아들일 수밖에 없을 것이다. 또한, 통설이나 다수설을 해석기준으로 삼아 무죄를 선고하는 경우는 이러한 통설이나 다수설을 위법성 부존재판단의 척도가 되는 사회상규(형법 제20조)의 하나로 보아 법률에 근거한 판단으로 볼 수도 있지만, 다수 학자의 지지를 얻지 못한 소수설을 해석기준으로 삼아 무죄를 선고하는 경우 범죄피해자의 입장에서는 피고인을 현저히 유리하게 하는 부당한 법적용으로

받아들일 수밖에 없을 것이다.

전자(유죄판결)의 경우 정치범·사상범과 관련한 판결에서,⁴⁹⁾ 후자(무죄판결)의 경우 재벌과 관련한 판결에서⁵⁰⁾ 그 적정성이 문제될 소지가 있다. 국민의 관심이 모아지는 사건(예: 유명인에 의한 성폭력 사건)에서도 이런 사례가 발생할 가능성이 있다.

참고로, 형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정되며(헌법 제27조 제4항), 행위 시의 법률에 의하여 범죄가 성립하지 않으면 처벌할 수 없다(형법 제1조 제1항). 무죄추정의 원칙과 죄형법정주의는 형사법의 대원칙이라고 할 수 있는 만큼, —법률에 따라 처벌해야 할 행위를 학설의 존재를 구실로 방면하는 경우는 별로 —으로 하더라도— 적어도 ‘법률로써 차단할 수 없는 행위’를 그 반대해석과 관계된 일부 학설의 존재를 빌미로 차단하는 것은 직무책임을 학문에 전가하는 행위일 뿐만 아니라 무죄추정의 원칙과 법률주의에 정면으로 배치되는 만큼, 현대 법치국가라면 용인해서는 안 된다고 생각한다.

5. 여론을 조작하여 법을 적용하는 행위

우리나라의 독특한 수사관행 중 하나가 국민의 알권리나 범죄수사에 대한 대국민 협조 필요성 등을 명분으로 하여 수사상 비밀이라고 할 수 있는 피의사실이나 수사진행 과정을 언론 등을 통하여 공식적 또는 비공식적으로 공표해왔다는 점이다. 이렇게 피의사실이나 수사진행 과정이 공표될 경우 대상 사건과 피의자·피고인·피해자와 관련한 다양한 여론이 조성될 수밖에 없는데, 그러한 여론은 자유롭게 조성되는 것이 아니라 수사기관이 노출한 정보나 보도자료 등에 기속될 수밖에 없다.

결국 이렇게 조작된 여론이 사법기관의 결정이나 판결에 영향을 미치지 않을 수 없고, 사법기관 종사자들은 수사기관 등이 조작한 여론과 다른 결정을 내리기 어렵게 된다. 그런데도 불구하고 이런 관행은 비밀비제한데, 국민이 알고 싶은 것은 수사기관에 의해 의도적으로 조작되거나 왜곡된 피의사실이 아니며, 조작·왜곡된 피의사실에 근거한 이러한 수사에 국민이 협조할 이유가 없음도 물론이다.

49) 대법원 2008. 4. 17. 선고 2003도758 전원합의체 판결; 대법원 1985. 5. 28. 선고 81도1045 전원합의체 판결; 인천지방법원 2010. 6. 10. 선고 2009노4354 판결.

50) 서울고법 2007. 5. 29. 선고 2005노2371 판결.

제 3 장

법외곡에 대한 현행법적 대응과 한계

법외곡에 대한 현행법적 대응과 한계

제1절 대응법제 분석의 의의

제2장에 살펴본 법외곡의 행위유형은 크게 보아 ① 사실관계의 조작, ② 부당한 법적용, ③ 재량권의 남용, ④ 편파적인 법적용, ⑤ 법률과 양심 외의 해석기준을 근거로 한 법적용, ⑥ 여론의 조작 등 6개 유형군으로 나눌 수 있다. 이 중 앞선 3개의 유형군은 선행연구에서 도출한 것이고, 뒤따르는 3개의 유형군은 이 글에서 제시한 것이다.

그런데 앞서 밝힌 바와 같이 사실관계의 조작, 부당한 법적용, 재량권의 남용 등 선행연구에서 제시한 유형군은, 비록 우리나라의 사례를 접목하고 있지만 독일학계의 시각 또는 독일연방재판소(BGH)의 관점이라고 볼 여지가 크다. 독일은 우리와 달리 형법에 직권남용죄 규정을 마련하지 않고 있을 뿐만 아니라 기소편의주의가 아니라 기소법정주의를 채택하는 등 형사사법시스템에서도 상당한 차이가 있는 만큼 우리나라에 없는 법외곡죄를 판단하는 외국의 판단기준이 우리나라의 현실에 들어맞기를 기대할 수는 없다. 더욱이 그 외국이 우리보다 무언가 하나라도 앞선 선진국일 수는 있지만, 우리보다 정의로운 국가라고 단언할 수도 없다.

그래서 선행연구가 소개한 행위유형들은 —냉정히 말해— ‘법외곡죄를 도입해서라도 처벌하고 싶은 행위’라고 받아들일 수밖에 없고, 그런 만큼 법외곡 행위유형에 맞춰 이에 대응하는 현행 법제를 분석하는 일은 —냉정히 말해— 무용(無用)할 수 있다. 뿐만 아니라 행위유형군과 사례가 잘못 조합되어 있을 수도 있다. 실제로, 선행연구 간 행위유형별 사례 분석 결과에서도 편차가 상당하다.

이 글에서 제시한 유형들(④~⑥) 역시 —냉정히 말해— 법외곡죄를 도입해서라도

처벌하고 싶은 행위라고 볼 수 있다. 하지만 이 중 ‘여론을 조작하여 법을 적용하는 행위’는 이에 딱 들어맞는 구성요건인 피의사실공표죄(형법 제126조)가 이미 형법에 마련되어 있지만 여전히 처벌하지 못하고 있다. 어쩌면 법왜곡죄를 무리해서 도입해 봤자 —독일의 법왜곡죄 규정이 나치독재에는 무력했듯이— 정작 필요한 때에는 피의사실공표죄처럼 사문화된 규정이 될 수도 있다.

그래서 당초의 계획은 제안자의 제안을 수용하여 이 장에서 형법상 공무원의 직권범죄를 개관하는 한편, 직권남용죄와 직무유기죄의 본질을 바탕으로 적용한계를 도출하고자 하였지만, 존재하지 않는 법규정에 대응한 실정법상 대응법제에 대한 분석은, 결론을 이미 정해놓은 검증에 지나지 않을 수 있는 만큼 당초의 계획을 수정하여 이와 관련한 선행연구 성과를 소개·평가하는 정도로 이 장을 정리하고자 한다.

제2절 선행연구상 대응법제 검증 결과

1. 불법체포·감금죄의 적용 가능성

재판, 검찰, 경찰 기타 인신구속에 관한 직무를 행하는 자 또는 이를 보조하는 자가 그 직권을 남용하여 사람을 체포 또는 감금한 때에 형법은 이를 불법체포·감금죄로서 7년 이하의 징역과 10년 이하의 자격정지에 처하며, 미수범은 처벌한다(형법 제124조). 불법연행이나 불법감금을 자행한 수사기관 종사자는 이 규정에 따라 처단될 수 있다.

다만 부당한 구속영장 발부나 부당한 형을 선고한 판사를 불법체포·감금죄로서 처벌할 수 있을지는 의문인데, 선행연구 당시까지 법관을 불법체포·감금죄로 처벌한 선례는 없다고 한다.⁵¹⁾ 하지만 구속영장은 청구하는 자가 있어야 발부하는 것이고, 형은 구형하는 자가 있어야 선고하는 것인데, 검사와의 내통 여부를 불문하고 단지 영장이나 선고의 부당성만을 근거로 관여 법관을 처벌해야 한다는 취지에 대해서는 선뜻 동의하기 어렵다.

51) 전지연, “법왜곡죄의 도입을 위한 시론”, 203면.

2. 직권남용죄의 적용 가능성

공무원이 직권을 남용하여 사람으로 하여금 의무 없는 일을 하게 하거나 사람의 권리행사를 방해한 때에 형법은 직권남용죄로서 5년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다(형법 제123조). 직권남용죄의 경우 불법체포·감금죄와 달리 미수범 처벌규정이 마련되어 있지 않으며, 판례는 직권남용죄가 기수에 이르려면 의무 없는 일을 시키는 행위 또는 권리를 방해하는 행위가 있었다는 것만으로는 부족하다고 한다.⁵²⁾

그런데 직권남용죄의 해석·적용에 있어 '직권'은 위법·부당한 실질로서 판단할 수밖에 없으므로 '직권남용'의 외연은 매우 포괄적이며 광범위할 수밖에 없다. 그런 만큼 —냉정히 말해— 제2장에서 문제된 대부분의 사안은 직권남용죄에 미수범 규정을 마련하는 것만으로 법왜곡죄의 도입 없이도 직권남용죄의 범주에 포섭할 수 있고, 선행연구 역시 유형별 법왜곡행위의 상당수가 —미수범 규정을 마련하지 않더라도— 직권남용죄에 포섭될 수 있음을 인정하고 있다.⁵³⁾ 검찰총장이 내사 담당 검사로 하여금 내사를 증도에서 그만두고 종결처리토록 한 행위를 직권남용권리행사방해죄로 의율한 사례⁵⁴⁾ 이외에는 법관이나 검사의 법왜곡행위를 직권남용죄로서 처벌한 선례를 찾을 수 없었을 뿐이다.⁵⁵⁾

더욱이 직권남용죄의 기수시기를 엄격히 제한한 대법원의 판례는 유신정부의 절정기라고 할 수 있었던 1975년에 야당의 지구당 회의를 도청(盜聽)하려는 순경에게 직권남용죄를 적용하여 유죄판결한 '용기 있는' 원심⁵⁶⁾을 유신정부 말기인 1978년에 대법원에서 주거침입 부분만 인정하여 파기환송한 판례인 만큼 그 적정성을 의심하지 않을 수 없고, 대법원 스스로도 "지금 당장에 피해자의 의무 없는 행위가 이룩된 것 또는 권리방해의 결과가 발생한 것을 필요로 한다고 해석하여야 법문에 충실한 해석이라 하겠다."라는 어정쩡한 논리를 전개하고 있다.⁵⁷⁾ 그런 만큼 미수범 처벌규정을

52) 대법원 1978. 10. 10. 선고 75도2665 판결.

53) 전지연, "법왜곡죄의 도입을 위한 시론", 203면 참조.

54) 대법원 2007. 6. 14. 선고 2004도5561 판결.

55) 서보학, 앞의 글, 235면. 유사한 취지로는 전지연, "법왜곡죄의 도입을 위한 시론", 203-204면.

56) 대전지방법원 75. 6. 25. 선고 75노353 판결.

57) 대법원 1978. 10. 10. 선고 75도2665 판결 참조.

입법하지 않더라도 직권남용죄의 기수시기와 관련한 대법원의 애매한 입장을 명확하게 재정립하는 것만으로도 유사한 효과를 거둘 수 있을 것으로 기대한다.

3. 직무유기죄의 적용 가능성

공무원이 정당한 이유 없이 그 직무수행을 거부하거나 그 직무를 유기한 때에 형법은 직무유기죄로서 1년 이하의 징역이나 금고 또는 3년 이하의 자격정지에 처하도록 하고 있다(형법 제122조).

이와 관련해서는 수사기관 종사자의 수사불이행이 문제될 수 있는데, 직권남용죄의 경우와는 달리 수사불이행을 직무유기죄에 포섭하지 못할 해석상의 난점은 특별히 찾을 수 없었다. 다만 수사불이행을 이유로 검사를 처벌한 선례를 찾을 수 없었을 뿐이다.⁵⁸⁾

4. 법관에 대한 탄핵 및 징계 가능성

법관은 탄핵 또는 금고 이상의 형의 선고에 의하지 아니하고는 파면되지 아니하며, 징계처분에 의하지 아니하고는 정직·감봉 기타 불리한 처분을 받지 아니한다(헌법 제106조 제1항). 따라서 대통령과 마찬가지로 법관은 그 직무집행에 있어서 헌법이나 법률을 위배한 때에는 국회의 의결에 따라 탄핵소추될 수 있고(헌법 제65조 제1항·제2항), 헌법재판소의 탄핵 인용 결정에 따라(헌법 제113조 제1항) 공직에서 파면된다(헌법 제65조 제4항). 법관을 탄핵하거나 탄핵소추한 선례도 찾을 수 없다고 하지만,⁵⁹⁾ 법관이 탄핵소추기관인 ‘국회’나 탄핵심판기관인 ‘헌법재판소’의 구성원이라고 볼 수 없는 만큼 대통령도 탄핵한 나라에서 단지 법관이라는 이유로 탄핵되지 않았다고 볼 수 있는 합리적인 근거 역시 찾을 수 없다.

법관의 징계와 관련해서도 건국 후 2003년까지 법관징계법에 따라 징계받은 판사가 단 1명에 불과하다고 하지만,⁶⁰⁾ 언론기사에 의하면 이른바 사법농단 사건과 관련하여 최소 10명의 법관이 법관징계위원회에 회부되어 있다고 하는 만큼⁶¹⁾ 징계건수가

58) 전지연, “법외곡죄의 도입을 위한 시론”, 201면.

59) 전지연, “법외곡죄의 도입을 위한 시론”, 204면.

60) 전지연, “법외곡죄의 도입을 위한 시론”, 204면.

현저히 적다는 이유만으로 징계가능성이 낮다고 보기는 어려워졌다.

더욱이 탄핵이나 징계처분에 의하여 파면되거나 이 법에 따라 제명된 후 5년이 지나지 아니한 자의 경우 변호사법에 따라 변호사가 될 수 없고(변호사법 제5조 제4호), 징계처분에 의한 해임의 경우 3년, 징계처분에 의한 면직의 경우조차도 2년의 제약을 받는 만큼(동조 제5호·제6호) 법관에 대한 탄핵이나 징계처분에 실효성이 없다고 말할 수는 없다.

다만 법관징계법상 징계사유(법관징계법 제2조)에 재판의 공정성과 관련한 내용이 직접적으로 명시되지 못함에 따라 법외곡 행위유형들이 징계대상에서 누락될 가능성은 있다.⁶²⁾ 하지만 ‘사건관계자와 비공식적으로 연락하는 행위’와 같이 공정성이나 청렴성을 의심받을 행동을 한 경우 법관징계법 제2조 제1호의 규정에 따라 법관윤리강령상의 직무상 의무⁶³⁾ 위반을 이유로 징계할 수 있으므로 법관윤리강령이 전혀 실효성이 없다고 말하기도 어렵다.

61) 뉴시스, “대법원, ‘사법행정권 남용’ 추가징계 법관들 첫 심의”, 2019년 6월 24일자.

62) 법관징계법 제2조(징계 사유) 법관에 대한 징계 사유는 다음 각 호와 같다.

1. 법관이 직무상 의무를 위반하거나 직무를 게을리한 경우
2. 법관이 그 품위를 손상하거나 법원의 위신을 떨어뜨린 경우

63) 법관윤리강령 제3조 (공정성 및 청렴성) ① 법관은 공평무사하고 청렴하여야 하며, 공정성과 청렴성을 의심받을 행동을 하지 아니한다.

제 4 장



주요 외국의 법왜곡 대응법제

주요 외국의 법왜곡 대응법제

제1절 비교법적 고찰의 방향

서구법제사에 있어서 법왜곡죄의 연혁을 거슬러 올라가면 고대 이집트에서도 그 존재를 확인할 수 있고,⁶⁴⁾ 종교법 차원에서는 유대교의 경전인 구약성경에서도 재판관의 법왜곡행위를 범죄시하는 율법 내용을 여러 곳에서 확인할 수 있을 정도로 그 역사가 깊다고 할 것이다.⁶⁵⁾ 중세 유럽법 및 근대 시민법의 기초가 된 로마법에서도 재판관의 법왜곡죄를 발견할 수 있다. 초기 로마법에서는 법왜곡행위와 수뢰행위와 혼합되어 규정되었는데, 예컨대 기원전 105년경의 법률(*lex Servilia repetundrum*)에서는 뇌물을 받고 양심 없이 재판을 하거나 직무를 수행한 경우에는 관직을 내려놓는 형벌이 부과되었고, 기원전 81년의 법률(*lex Cornelia de sicariis*)에 이르러서는 법관이 뇌물을 받지 않은 경우에도 로마시민을 불법적으로 재판한 경우에는 사형에 처하는 형벌을 부과하기도 하였다.⁶⁶⁾ 시간이 흐르면서 법왜곡죄의 핵심표지가 '왜곡된 재판'으로 자리를 잡아 수뢰행위가 수반되지 않은 법왜곡행위를 별도로 처벌하는 경향이 18세기 말까지 이어지게 된다.⁶⁷⁾

이와 같은 로마법적 전통은 오늘날 독일 및 일부 국가에서 확인할 수 있다. 특히

64) Schmidt-Speicher, Ursula, Hauptprobleme der Rechtsbeugung unter besonderer Berücksichtigung der historischen Entwicklung des Tatbestandes, Berlin, 1982, S. 14.

65) 예컨대 출애굽기 23장 6절-8절에는 '너는 가난한 자의 송사라고 정의를 굽게 하지 말며 거짓 일을 멀리 하며 무죄한 자와 의로운 자를 죽이지 말라 나는 악인을 의롭다 하지 아니하겠노라', 신명기 27장 19절에는 '객이나 고아나 과부의 송사를 억울하게 하는 자는 저주를 받을 것이라 할 것이요 모든 백성은 아멘할지니라'라고 기술되어 있다(성경전서 개역개정판(대한성서공회, 2005)을 참고함).

66) Schmidt-Speicher, Ursula, a.a.O., S. 15 f.

67) Schmidt-Speicher, Ursula, a.a.O., S. 16.

직권주의 소송구조를 취하고 있는 독일의 경우 재판의 향방에 대한 법관의 영향력이 매우 크므로 법왜곡행위의 성립 가능성이 사법소극주의 및 당사자주의 소송구조를 취하고 있는 국가(대표적으로 미국)에 비해서 상대적으로 크다고 볼 수 있다. 더불어 독일은 과거청산이라는 역사적 사명, 그 중에서도 나치즘 및 구동독체제에서 부역한 법관들의 형사처벌 문제와 함께 법왜곡죄의 적용이 크게 부각된 바 있어 다른 국가들에 비해 관련 판례 및 이론적 논의가 활발하다.

그와 달리 당사자주의 소송구조를 취하고 있는 미국의 경우 법관의 법왜곡행위를 형사처벌하는 규정은 없지만, 법관윤리규정을 두어 법관의 법왜곡행위에 대한 징계규정을 두고 있는 등 나라마다 법왜곡죄의 유무 및 처벌 양태가 다양하다. 즉, 법왜곡죄 관련 외국 입법례를 살펴보면 독일과 같이 한편으론 판사 등 사법기관의 법왜곡행위를 독자적 구성요건으로 삼아 규율하는 입법례가 있고, 우리나라를 포함하여 다수의 국가들처럼 직무유기죄나 직권남용죄 등 공무원의 직무남용행위를 규율하는 포괄적인 구성요건에 의거해서 규율하고 있는 입법례가 있다.

이하에서는 대륙법계 국가로서 전통적으로 우리나라 형사법 체계 및 이론에 많은 영향을 끼치고 있고, 그 역사적 특수성상 법왜곡죄 범리가 발전한 독일의 입법례를 중점적으로 소개한 후에, 스페인이나 러시아 등 독자적 구성요건을 두고 있는 입법례를 차례로 소개하고자 한다. 이어서 미국이나 일본, 오스트리아, 프랑스 등 현행 우리나라 형법과 마찬가지로 법왜곡죄 없이 공무원의 직권남용죄나 직무유기죄 등의 구성요건의 적용이 가능하거나 기타 징계규정에 의존하는 입법례를 살펴보고자 한다.

제2절 독일 형법상 법왜곡죄

1. 연혁

독일은 형법 제339조에서 법왜곡죄(Rechtsbeugung)를 규율하고 있다. 즉, “법관, 기타 공무원 또는 중재법관이 법률사건을 지휘하거나 재판함에 있어 당사자 일방에게 유리하게 또는 불리하게 법률을 왜곡한 경우에는 1년 이상 5년 이하의 자유형에 처한다.”⁶⁸⁾

역사적으로 볼 때 법관의 비위행위에 대한 법적 처벌은 고대까지 그 기원이 거슬러

올라가지만, 독일 법제사에서 법외곡행위를 특정하여 처벌하는 것은 19세기에 처음으로 등장하며, 하노버왕조의 형법(제354조), 1851년 프로이센형법(제314조),⁶⁹⁾ 1871년 제국형법(제336조)⁷⁰⁾에서 유사한 규정들을 찾아볼 수 있다.⁷¹⁾ 특히 제2차 세계대전 이후에도 구 서독에서 계속 적용되었던 제국형법은 제336조에서 “공무원 또는 중재법관이 법률사건을 지휘 또는 결정함에 있어서 고의로 일방당사자에게 유리하게 또는 불리하게 법을 왜곡한 행위를 한 경우에는 1년 이상 5년 이하의 자유형에 처한다.”는 내용의 법외곡죄를 규율하고 있었다. 동 규정에 대해서는 일찍부터 개정 필요성이 제기되었지만 1974년 개정형법에서야 비로소 그 개정이 이루어졌는데, ‘공무원’(Beamte)을 ‘법관 또는 기타 공무원’(Richter oder anderen Amtsträger)으로 변경하고, ‘고의로’(vorsätzlich)라는 문구를 삭제한 것이 특징이다. 당시 정부안에서는 히틀러가 정치사범의 재판을 위해 설치한 민족법원(Volksgerichtshof)의 법관이었던 Rehse에 대한 연방대법원의 무죄판결의 법리에 상응하여 법외곡행위에 대해서 ‘의도적인 또는 인식있는 행위’(absichtliches oder wissentliches Handeln)로 명시적 제한을 두고자 했다. 그러나 연방의회의 법제소위원회는 당시 Rehse 법관의 무죄판결에 대한 비판여론을 고려하여 제336조에서 요구하는 고의로 충분하다는 이유에서 당해 문구를 삭제하였고, 1997년 부패방지법에 의거해서 현재의 제339조로 법조문 위치가 변경되었다.⁷²⁾

나치시대에 부역한 수백 명의 비밀경찰, 말단공무원, 정치사범들에 대해서는 당시

68) 법무부, 독일형법, 2008. 5. 번역 참조.

69) §314 Ein Beamter, welcher bei der Leitung oder Entscheidung von Rechtssachen vorsätzlich, zur Begünstigung oder Benachteiligung einer Partei, sich einer Ungerechtigkeit schuldig macht, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren bestraft.

Zu gleicher Strafe ist ein Schiedsrichter zu verurtheilen, welcher bei der ihm übertragenen Leitung oder Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten vorsätzlich, zur Begünstigung oder Benachteiligung einer Partei, sich einer Ungerechtigkeit schuldig macht(Carsten Thiel, Rechtsbeugung - §339 StGB, 2005, S. 185).

70) §336 Ein Beamter oder Schiedsrichter, welcher sich bei der Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache vorsätzlich zu Gunsten oder zum Nachtheile einer Partei einer Beugung des Rechtes schuldig macht, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren bestraft(Carsten Thiel, a.a.O., S. 213)

71) Kindhäuser/Neumann/Paeffgen(Hrsg.), Strafgesetzbuch, Bd.3, 5.Aufl., 2017, Rd. 1. 다만 당시 법외곡행위는 고의뿐 아니라 과실에 의한 경우도 포섭된다는 점이 오늘날과 차이가 있다(Schmidt-Speicher, Ursula, a.a.O., S. 38).

72) Kindhäuser/Neumann/Paeffgen(Hrsg.), a.a.O., Rd. 3.

실정법에 따랐음에도 ‘법률적 불법’이라는 라드부르흐 공식을 적용하여 유죄판결을 내렸던 법원이, 정작 나치법조에 부역한 법관에 대해서는 자신의 독립된 신념에 따랐다는 이유로 면죄부를 주었다는 점에서 법왜곡죄가 법관처벌규정이 아닌 법관특권규정이 되었다는 비판의 목소리가 높았다. 이를 의식한 듯 독일통일 이후 법원은 개정된 법왜곡죄를 적극 활용하여 동독법관과 검사를 처벌하게 되지만, 그와 같은 독일법원의 재판활동 역시 구 동독 시민들의 눈에는 단지 승리자법정(Siegerjustiz)의 모습으로 비추어져 그 정당성에 대한 논란이 적지 않았다.⁷³⁾

2. 의 의

법왜곡죄의 보호법익은 국내 사법실무, 특히 법률사건의 결정에 있어서 법질서효력 및 비당파성과 전횡금지에 대한 일반인의 신뢰이다. 즉, 재판참여자인 개인의 이익이나 법관의 독립성보다는 법질서 전체, 또한 헌법상 법관에게 부여된 국가권력의 통제, 법적 효력의 정당성 기초를 직접적인 보호법익으로 삼고 있다. 소송참여자의 개인적 이익을 보호법익으로 삼느냐 여부에 대해서 다툼이 있는데, 개인적 이익의 보호는 법왜곡죄의 반사효과에 불과하다는 것이 다수설이다.⁷⁴⁾ 동·서독 통일 이전에는 법왜곡죄를 통해 나치전범을 처벌한 예가 전혀 없었고, 구 서독에서의 법관에 대한 처벌에도 없어서 유명무실한 규정이었으나, 통일 이후 구 동독지역의 법관 및 검사를 법왜곡죄로 처벌함으로써 비로소 조명을 받게 되었다.⁷⁵⁾

가. 행위주체

법왜곡죄는 법관과, 법률사건을 지휘하거나 결정하는 위치의 기타 공무원, 그리고 중재법관(중재규칙상의 중재자는 제외됨)만이 행위주체가 될 수 있다. 법왜곡죄의 규율대상인지 여부는 절차의 성격 및 목적에 따라 판단하며, 본질적으로 법관으로서의 활동(richterliche Tätigkeit)인지 여부가 핵심적 판단기준이다. 따라서 법관이 사법행정상의 임무를 수행하는 경우에는 적용대상이 되지 않는다. 다만 행정부 소속이라

73) 관련하여 자세히 소개한 국내문헌으로는 이재승, “법왜곡죄와 정치사법”, 184면 이하.

74) Kindhäuser/Neumann/Paeffgen(Hrsg.), a.a.O., Rd. 15.

75) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch, 65 Aufl., 2018, §339, Rd. 3.

도 본질적으로 법관의 활동을 함에 따라 행정법규의 적용만을 받는 것이 아니라면 행위주체가 될 수 있다.

‘법률사건을 지휘하거나 결정하는 위치의 기타 공무원’의 대표적 예가 바로 검사이다. 검사는 형사사건을 지휘하며 그 결정이 검사의 손에 달려 있기 때문이다. 따라서 검사가 형사소추와 관련하여 법왜곡죄의 교사, 방조범이 될 수 있고, 공소제기 관련 규정인 형사소송법 제153조 이하의 규정에 의거한 활동이나 장기간의 사건방임의 경우에는 검사가 법왜곡죄의 정범이 될 수 있다. 통상적으로 기소나 약식명령청구는 사건의 전반에 대해 법원의 심사를 거치게 되므로 법왜곡죄에 해당할 여지가 드물지만, 검사와 법원의 협상이 이루어지는 사건은 경우에 따라서 법왜곡죄에 해당할 여지가 있다. 예컨대, 검사와 법관이 공범이 되어 법을 왜곡하는 내용의 협상을 한 경우이다.⁷⁶⁾

합의제 재판에서 법왜곡적인 판결에 반대한 법관은 공범으로 처벌받지 않는다. 법왜곡적인 판결에 서명을 한 법관의 경우에는 단순히 동의를 한 것만으로는 공범이 될 수 없고 재판의 전체 과정에서 다수의견의 논거를 주장·입증한 경우 처벌된다는 견해와 다수의견에 동의서명을 할 의무가 없으므로 합의과정에서 반대의사를 제시한 것이 법왜곡죄의 위법성조각사유가 될 수 없다는 견해가 대립하고 있다.⁷⁷⁾

나. 행위

법왜곡죄의 객관적 구성요건은 바로 법을 왜곡하는 행위이다. 즉 소송당사자의 이익이나 불이익을 위해서 법을 침해하는 것인데, ‘법왜곡’의 의미에 대해서는 실체법 또는 절차법을 위반하여 객관적으로 법규를 잘못 적용하는 경우로 이해하는 객관설이 다수설이다. 주관설에 따르면 행위자가 현행법을 위반하여 결정한다는 주관적인 확신을 가지고 행위한 경우에는 객관적으로 잘못된 판단을 내렸더라도 법률의 착오로서 법왜곡죄로 처벌하기가 어렵다. 한편, 의무위반설은 판단과정(Entscheidungs-Programm)을 갖대로 삼아, 만약 재판 결론이 납득할 만하여도 그 판단과정에 문제가 있다면 법왜곡행위의 구성요건을 충족시킨 것으로 본다. 독일 연방대법원의 판결은 객관설을 기초로 하지만, ‘의식적인 법왜곡’이라는 주관설의 요건을 언급하거나 의무위반설도

76) Thomas Fischer, a.a.O., Rd. 6.

77) Thomas Fischer, a.a.O., Rd. 8.

따름으로서 개별 사안마다 이론적 구성이 달라서 이해하기 난해하다는 면에서 ‘난해설’(Schwere-theorie)이라는 비판을 받기도 한다.⁷⁸⁾

(1) 행위유형

우선 실체법적 법외곡행위로서 무효인 법을 적용하거나 법규범을 그릇되게 적용하는 것, 명백한 법규를 벗어나거나 무죄임이 사실적으로 확인되었음에도 유죄판결을 내리는 행위, 법적용을 위해 사실관계를 조작하는 행위, 설명의무를 위반하거나 법관의 재량을 일탈하는 행위, 명백하게 과잉형벌을 부과하는 행위 등을 들 수 있다.⁷⁹⁾

절차법적 법외곡행위로는 위법한 증거조사를 들 수 있다. 예컨대, 피의자신문에 관한 규정을 위반하여 변호인선임권이나 증거조사신청권을 고지하지 않거나, 고문이나, 협박, 진술강요 등 위법한 증거수집 행위도 법외곡행위에 해당한다. 제척사유에 해당함에도 의도적으로 재판으로 참여하는 경우도 마찬가지이다. 체포기간이 도과된 피의자에 대한 구금상태에서의 피의자신문 등 기간을 준수하지 않는 경우도 법외곡행위에 해당한다. 형사재판상 협상에서도 법관이나 검사가 최소한 ‘미필적 고의’로 협상법규를 무시하거나 우회하여 불법적이거나 비공식적인 협상을 하는 경우에는 법외곡행위에 해당한다.⁸⁰⁾

실질적으로 소송당사자에게 이익이나 불이익을 입히지 않았더라도 그릇된 판결의 구체적 위험만 발생해도 법익침해를 인정한다. 구금사건과 같이 신속재판원칙의 준수가 특히 중요한 사안에서 재판절차를 지연시키는 것도 법외곡행위에 해당할 수 있다. 초실정법규의 위반도 법외곡행위에 해당할 수 있는가 논란이 되는데, 다수설은 실정법이 인간의 존엄성을 침해하는 등 명백하게 ‘합법적인 불법’에 해당하는 경우에는 제한적으로 인정할 수 있다고 본다.⁸¹⁾

(2) 처벌범위 제한

판례 및 다수설에 따르면 단순히 실정법규의 침해는 법외곡행위에 해당하지 않는다. 법외곡죄가 자유형이 부과되는 범죄이므로 법질서 전체나 법치국가적 사법실무의

78) Thomas Fischer, a.a.O., Rd. 14.

79) Thomas Fischer, a.a.O., Rd. 16.

80) Thomas Fischer, a.a.O., Rd. 17-19.

81) Thomas Fischer, a.a.O., Rd. 20-25.

핵심적 원칙에 위반한 경우, 즉 불법성이 중대한 경우로 처벌범위를 제한한다. 따라서 행위자는 '의식적으로' 그리고 '중대한 방식으로' 법과 원칙을 위반한 경우 또는 법의 불가침성에 대한 국민의 신뢰를 뒤흔드는 법익침해행위로 처벌범위가 제한된다.⁸²⁾

다. 고 의

당사자 일방에게 유리하도록 또는 불리하도록 법을 침해한다는 사실에 대한 인식과 의욕이 있으면 충분하고, '결과적으로는 옳은 결정'이라는 인식이 고의를 조각하지는 않는다고 본다. 미필적 고의만으로도 법왜곡죄가 성립할 수 있다. 예컨대, 행위자가 자신의 결정이 법률상 납득하기 어려울 수 있다는 가능성을 인식했고 이를 감수한 경우 미필적 고의가 인정되는데, 완전히 부적절한 동기를 전제로 하는 것이 아니기 때문이다. 만약 자신의 결정이 현행법에 저촉된다는 인식이 있다면 언제든 미필적 고의가 인정된다. 그러나 법관이 재판에 필요한 조사를 모두 마쳤으나 자신의 결정이 틀릴 수도 있다는 가능성을 인식한 상황에서 재판을 한 경우라도, 그 결정이 옳고 법적으로 납득이 가능한 경우라면, 훗날 그 결정이 틀린 것으로 되더라도 법왜곡죄의 고의가 부인된다. 재판실무나 상급법원의 재판에 어긋나는 결정을 하더라도 그 재판에 구속력이 없다면 고의가 부정된다.⁸³⁾

라. 위법성

정당방위나 피해자승낙에 의한 위법성 조각은 법왜곡죄의 보호법익을 고려할 때 애당초 성립하기가 어렵다. 다만 정치적으로 예외적인 상황이 발생할 경우 긴급피난에 의한 위법성조각이 가능하다는 견해가 있다.⁸⁴⁾

마. 차단효과

법왜곡죄는 사법의 독립성을 보호하기 위해서 차단효과를 갖는다. 만약 어느 법관

82) Schönke Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 27.Aufl., 2006, § 339, Rd. 27.

83) Thomas Fischer, a.a.O., Rd. 36-42

84) Schönke Schröder, a.a.O., Rd. 8a.

이 자신의 법왜곡행위와 관련된 다른 범죄, 예컨대 징역형 선고에 의한 감금죄로 기소되기 위해서는 당해 행위가 동시에 법왜곡죄의 구성요건을 충족해야만 하는 차단 효과(Sperrwirkung)를 갖는다.⁸⁵⁾

바. 처벌

독일 형법상 법왜곡죄는 '1년 이상 5년 이하의 자유형'에 처해지는 중죄 (Verbrechen)에 해당한다. 따라서 법왜곡죄로 유죄판결을 선고받은 법관은 형법 제45조에 의거해서 공무담임권이 상실되며, 다만 부작위범에 의한 법왜곡죄가 성립되는 경우에는 부작위범에 대한 감경규정에 따라 처단형의 범위가 줄어들어서 그 한도 내에서 공무담임권이 상실되지 않을 수도 있다고 한다.⁸⁶⁾ 죄수에 있어서 범인은닉죄(제332조 제2항)나 중수뢰죄(제258조a)와는 법조경합 관계에 놓이게 된다.

사. 법왜곡죄 적용 통계

독일에서는 거의 매년 법왜곡죄에 대한 재판이 진행되고 있고, 아래의 <표 1>에서 보는 바와 같이 유죄선고를 받은 예도 적지 않다.⁸⁷⁾

<표 4-1> 법왜곡죄에 대한 유·무죄 통계 (2002~2017)

| 연도 | 총재판건수 | 무죄(절차중단 포함) | 유죄판결 |
|------|-------|-------------|------|
| 2002 | 10 | 2 | 8 |
| 2003 | 15 | 1 | 14 |
| 2004 | 6 | 0 | 6 |
| 2005 | 10 | 1 | 9 |
| 2006 | 2 | 1 | 1 |
| 2007 | 2 | 1 | 1 |
| 2008 | 3 | 1 | 2 |
| 2009 | 4 | 1 | 3 |
| 2010 | 2 | 2 | - |

85) Schröder, a.a.O., Rd. 10a.

86) 이진국, 앞의 글, 165면.

87) 이진국, 앞의 글, 176면.

| 연도 | 총재판건수 | 무죄(절차중단 포함) | 유죄판결 |
|------|-------|-------------|------|
| 2011 | 2 | 2 | - |
| 2012 | 1 | 1 | - |
| 2013 | 3 | 2 | 1 |
| 2014 | 2 | 0 | 2 |
| 2015 | 2 | 0 | 2 |
| 2016 | 7 | 1 | 6 |
| 2017 | 2 | 1 | 1 |
| 계 | 73 | 17 | 56 |

* 출처 : Statistisches Bundesamt, Rechtspflege, Fachserie 10 Reihe 3, 2002년~2017년(이진국, “독일 형법상 법외곡죄의 구성요건과 적용”, 177면에서 재인용)

독일에서 법외곡죄 관련 대부분이 재판이 구 동독 시절의 사범불법에 관한 것이지만, 유죄판결이 선고된 건수가 차지하는 비율이 높다고 한다.⁸⁸⁾ 다만 유죄판결을 받은 경우에도 자유형 실형 선고를 받은 경우가 5%에 불과하고 대부분의 피고인에게는 집행유예가 선고되었고, 벌금형 선고를 받은 경우도 적지 않음은 아래의 <표 2>에서 보는 바와 같다. 법정형에 벌금형이 선택형으로 부과되어 있지 않음에도 불구하고 벌금형이 선고된 배경에는 독일 형법 제47조 제2항에서 찾으면서, 법외곡죄를 범한 피고인에게 벌금형을 선고했다는 사실이 피고인에게 부과될 징역형의 예상 선고형이 6월 이하에 해당했다는 것을 의미하고, 다른 한편으로는 독일 법원이 판사 또는 검사에게 비교적 관대한 양형을 선고한 것이 아닌가 하는 의문이 제기되기도 한다.⁸⁹⁾

<표 4-2> 법외곡죄 유죄사건 양형 통계 (2002~2017)

| 연도 | 총 유죄판결 건수 | 자유형 실형 | 자유형 집행유예 | 벌금형 |
|------|-----------|-----------|-------------|-----|
| 2002 | 8 | 1 | 2 | 5 |
| 2003 | 14 | 1 | 4 | 9 |

88) 이진국, 앞의 글, 177면.

89) 이진국, 앞의 글, 178면 이하. 참고로 독일 형법 제47조 제2항 ‘법률이 벌금형을 법정형으로 규정하고 있지 않으나 6월 이상의 자유형이 선고될 경우, 법원은 제1항에 따른 자유형의 선고가 불가피한 것으로 판단하지 않는 경우에는 벌금형을 선고한다. 법률이 자유형의 단기를 상향하여 규정하고 있는 경우 제1문의 사례에 해당하는 벌금형의 최저한은 법정형으로 명시된 자유형의 최저한에 따라서 결정한다. 이 경우 30일의 일수는 자유형 1월과 동일하다고 규정되어 있다.

| 연도 | 총 유죄판결 건수 | 자유형 실형 | 자유형 집행유예 | 벌금형 |
|------|-----------|-----------|-------------|-----|
| 2004 | 6 | - | 2 | 4 |
| 2005 | 9 | - | 1 | 8 |
| 2006 | 1 | - | - | 1 |
| 2007 | 1 | - | 1 | - |
| 2008 | 2 | - | 2 | - |
| 2009 | 3 | 1 | 2 | - |
| 2010 | - | - | - | - |
| 2011 | - | - | - | - |
| 2012 | - | - | - | - |
| 2013 | 1 | - | 1 | - |
| 2014 | 2 | - | 1 | 1 |
| 2015 | 2 | - | 2 | - |
| 2016 | 6 | - | 6 | - |
| 2017 | 1 | - | 1 | - |
| 계 | 56 | 3 | 25 | 28 |

* 출처 : Statistisches Bundesamt, Rechtspflege, Fachserie 10 Reihe 3, 2002년~2017년(이진국, “독일 형법상 법외곡죄의 구성요건과 적용”, 177면에서 재인용)

3. 주요 적용 사례

가. 구 동독법관

독일은 통일 이후 구 동독법조의 청산수단으로 법외곡죄를 적극 활용하였다. 다만 구 동독형법 제244조는 ‘법관, 검사, 또는 수사기관의 구성원이 재판절차나 수사절차에서 절차참여자에게 유리하도록 또는 불리하도록 고의로(wissentlich) 위법하게 결정을 내리면 5년 이하의 징역형에 처한다’는 내용의 법외곡죄를 두고 있었는데, 형법의 적용범위에 관한 독일형법 제2조 제3항에 의거해서, 주관적 구성요건이 더욱 엄격한—따라서 행위자에게 더욱 유리한— 구 동독형법상의 법외곡죄 규정(제244조) 및 집행유예 규정(구 동독형법 제72조)을 적용함에 따라 유죄판결 등 실질적 형벌을 면하게 된다. 당시 독일 법원은 구 동독형법상의 법외곡죄의 성립 여부에 있어서 구 동독법규범뿐만 아니라 ‘법의 핵심’이라 할 수 있는 국제법의 위배 여부도 검토하였는데, 1948년 세계인권선언 및 1966년 국제인권규약이 그 대표적 예이다.⁹⁰⁾

나. Schill 법관 사례

형사재판부 Schill 법관은 질서구금(Ordnungshaft) 명령에 대한 즉시항고 사건을 맡았으나 이를 동안 의도적으로 사건을 처리하지 않아 항고인이 3일간 구금되는 결과를 초래하였고, 그로 인해 법왜곡죄로 기소되어 지방법원에서는 유죄판결을 받았으나 연방대법원에서 당해 판결이 파기환송되어 파기환송심에서 무죄방면되었다. 당시 연방대법원은 법왜곡죄로 처벌되기 위해서는 심각한 범위반이 있어야 하고, 법관의 재판자연과 관련해서는 항고심에 의한 집행이 완전히 불가능해질 정도에 이른 경우에만 심각한 범위반을 인정할 수 있다고 하였다. Schill 법관의 사례의 경우, 신속재판원칙의 추상적 잣대를 가지로 법관의 업무를 심사하여 법관의 물적 독립성에 대한 심각한 침해를 초래해서는 안 되며, 법관에게는 자신의 업무와 사적 활동을 분배할 수 있는 재량이 있으므로 자유박탈형의 집행이 우려된다고 해서 그 사실만으로 법관의 즉각적 재판의 의무 짓는 것이 아니라는 이유로 법왜곡죄 성립을 부인했다.⁹¹⁾

다. 프라이부르크 검사 사례⁹²⁾

프라이부르크(Freiburg) 검찰청 소속 검사는 자신이 관여한 수사절차에서 해당 피의자가 피소 시 유죄판결을 받을 개연성 및 증거가 충분함에도 불구하고 공소제기를 하지 않았고, 또한 경찰에 의해 증인으로서 이후에는 피의자로서 수사 받게 또 다른 피의자에 대한 검찰단계의 수사를 부작위하였는데, 그 피의자는 검사가 이전에 처리했던 사건에의 공범사실을 자백하였다. 이에 대해서 연방대법원은 검사의 경우에도 법관처럼 법적으로 온전히 규율된 절차 속에서 결정을 해야 할 의무가 있고, 어느 정도 물적 독립성을 향유하는 경우에는 법왜곡죄의 행위주체가 될 수 있다고 판결하였다. 기소증지결정이나 기소결정이 이에 해당함을 이전 판결에서 확인한 바 있는데, 약식명령청구로 인해서 공소제기에 영향을 미칠 수 있는 결정 역시 법왜곡행위에 포함한다고 보았다.⁹³⁾

90) Thomas Fischer, a.a.O., Rd. 51-52.

91) Thomas Fischer, a.a.O., Rd. 29.

92) BGH, Beschluss vom 14. September 2017 - 4 StR 274/16 - LG Freiburg
(<https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/4/16/4-274-16.php>)(2019. 6. 16. 최종방문).

93) 해당 판결 및 그 의의를 자세히 소개한 국내 문헌으로는 허황, "독일의 검사에 의한 법왜곡죄

4. 관련 범죄 : 책임 없는 자 등에 대한 형사소추죄

전술한 바와 같이 독일 형법상 명문으로 법외곡행위를 규율하는 범죄는 제339조이며, 그 주요 내용은 앞서 소개한 바와 같다. 다만 형사상 무혐의자 등을 형사소추하거나 해당 절차에 관여한 자 등을 처벌하는 제344조 책임 없는 자 등에 대한 형사소추죄(Verfolgung Unschuldiger)(이하에서 ‘형사소추죄’라고 한다.) 역시 앞서 제2장에서 소개한 법외곡행위의 유형 가운데 포함되므로, 간략하게나마 소개하고자 한다.

독일 형법 제344조는 아래와 같다.⁹⁴⁾

제344조【책임 없는 자 등에 대한 형사소추】 ① 비자유박탈적 처분(제11조 제1항 제8호)의 명령절차 이외의 형사소송절차에 참여하는 공무원으로서 고의로 또는 그 정을 알면서 죄가 없는 자 또는 법률상 형사소추될 수 없는 자를 형사소추하거나 그러한 소추를 위해서 영향력을 행사한 자는 1년 이상 10년 이하의 자유형에 처하고, 그 행위가 중하지 아니한 경우에는 3월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다. 제1문은 관청의 유치명령절차에 참여하는 공무원에 대하여도 의미에 일치하도록 적용된다.

-독일 연방대법원 2017. 9. 14. 결정(4 StR 274/16)을 계기로 한 비교법적 연구-”, 형사법의 신동향 통권 제61호(2018/2), 257면 이하.

94) 법무부, 독일형법, 2008. 5. 번역 참조. 해당 원문은 아래와 같음.

StGB § 344 Verfolgung Unschuldiger

(1) Wer als Amtsträger, der zur Mitwirkung an einem Strafverfahren, abgesehen von dem Verfahren zur Anordnung einer nicht freiheitsentziehenden Maßnahme (§11 Abs. 1 Nr. 8), berufen ist, absichtlich oder wissentlich einen Unschuldigen oder jemanden, der sonst nach dem Gesetz nicht strafrechtlich verfolgt werden darf, strafrechtlich verfolgt oder auf eine solche Verfolgung hinwirkt, wird mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren, in minder schweren Fällen mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft. Satz 1 gilt sinngemäß für einen Amtsträger, der zur Mitwirkung an einem Verfahren zur Anordnung einer behördlichen Verwahrung berufen ist.

(2) Wer als Amtsträger, der zur Mitwirkung an einem Verfahren zur Anordnung einer nicht freiheitsentziehenden Maßnahme (§ 11 Abs. 1 Nr. 8) berufen ist, absichtlich oder wissentlich jemanden, demnach dem Gesetz nicht strafrechtlich verfolgt werden darf, strafrechtlich verfolgt oder auf eine solche Verfolgung hinwirkt, wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft. Satz 1 gilt sinngemäß für einen Amtsträger, der zur Mitwirkung an

1. einem Bußgeldverfahren oder

2. einem Disziplinarverfahren oder einem ehrengerichtlichen oder berufsgerichtlichen Verfahren berufen ist. Der Versuch ist strafbar.

② 비자유박탈적 처분(제11조 제1항 제8호)의 명령절차에 참여하는 공무원으로서 고의로 또는 그 정을 알면서 법률상 형사소추될 수 없는 자를 형사소추하거나 그러한 소추를 위해서 영향력을 행사한 자는 3월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다. 제1문은 다음 각 호의 1에 해당하는 절차에 참여하는 공무원에 대하여도 의미에 일치하도록 적용된다. 미수범은 처벌한다.

1. 과태료 부과절차
2. 징계절차 또는 명예법관이나 직업법관의 절차

상술한 법조문에 명문으로 규정한 바와 같이 독일은 형사소송절차에 참여하는 공무원으로서 고의로 죄가 없는 자(Unschuldiger) 또는 법률상 형사소추될 수 없는 자를 형사소추하거나 그러한 소추를 위해서 영향력을 행사한 자와 관청의 유치명령절차에 참여하는 공무원을 형사소추죄로 처벌하고 있다. 다만 형사처분의 종류가 비자유박탈적 처분의 경우에는 비자유박탈적 처분의 경우보다 상대적으로 경하게 처벌하는 동시에 행위주체를 관련 절차(과태료 부과절차, 징계절차, 명예법관이나 직업법관의 절차)에 참여하는 공무원으로 확대시키고 있다(동조 제2항).

형사소추죄의 주된 보호법익은 사법실무(Rechtspflege), 구체적으로 사법실무의 무흠결성(Integrität)이며, 피해자의 기본권도 부차적으로 보호하고 있기에 피해자의 동의가 위법성조각사유로 인정되지 않으며 단지 불법이 완화될 뿐이라고 본다.⁹⁵⁾ 형사소추죄의 행위주체는 법관이나 검사, 경찰관과 같이 그 직무상 형사소송절차에 관여하는 공무원이며, 법문에 명시한 바와 같이 특정범죄의 피고인(즉, 형사소추죄의 피해자)에게 형사책임이 없음을 알면서도 그를 형사소추하거나, 형사소추를 위해서 영향력을 행사한 경우에 구성요건이 충족된다. 거꾸로 —독일 형사소송법 제153조에 근거하여— 경미한 범죄의 행위자를 대상으로 그 책임이 경하거나 형사소추할 공공의 이익이 없다는 이유로 형사소추를 배제하거나, 이미 형사소추된 피고인에 대해서 앞의 이유로 절차를 중지하는 사례는 당연히 형사소추죄의 행위유형에서 배제된다.⁹⁶⁾ 거동범으로서 행위 결과를 요구하지 않으며, 따라서 형사소추를 위한 공소제기나 형

95) Kindhäuser/Neumann/Paeffgen(Hrsg.), a.a.O., §344, Rd. 4.

96) Kindhäuser/Neumann/Paeffgen(Hrsg.), a.a.O., §344, Rd. 6.

사소추를 위한 영향력 행사 등의 행위가 있는 경우 곧바로 범죄가 성립한다.⁹⁷⁾

본죄에서 ‘책임 없는 자’란 형사소추죄 피해자의 행위(공소사실)가 실제법상 범죄성립요소, 즉 3단계 범죄체계론에서 구성요건해당성, 위법성, 책임의 어느 하나라도 충족하지 못해 무죄에 해당하는 자를 말하며, ‘법률상 형사소추될 수 없는 자’란 범죄가 성립하더라도 절차법상 형사소추에 장애가 있는 경우, 예컨대 친고죄에서 고소권자의 고소가 없거나, 공소시효가 완성된 경우 등에 놓인 자를 뜻한다.⁹⁸⁾ 형사소추죄의 부당한 확대적용을 막기 위해서 다수학설은 형사소추죄의 구성요건을 좁게 해석하여, 형사소추대상자에게 범죄혐의가 없는 것이 명백한 경우나 잘못된 형사소추로 인해 장기간 자유가 박탈된 경우에만 구성요건이 충족된다고 보며, 단순한 절차법적 위반(예컨대 구속사유가 없음에도 구속영장을 청구하거나, 증거를 조작하는 경우)의 경우만으로는 본죄가 성립하지 않는다는 입장이다.⁹⁹⁾ 결과적으로 형사소추가 허용되지 않는 상황임에도 형사소추를 하거나, 그러한 소추를 위해서 영향력을 행사한 경우에만 구성요건이 충족된다. 따라서 대상자의 무혐의를 명확히 하기 위한 형사소추를 한 행위는 피고인의 범죄혐의가 충분한 상황이라면 형사절차상 허용되고(대상자의 동의 여부와 상관없이) 구성요건해당성이 배제된다.¹⁰⁰⁾

주관적 구성요건(‘고의로 또는 그 정을 알면서’)은 행위자의 행위가 국가소추권을 의도적으로 남용한 경우에 해당할 정도로 형사소추대상자의 무죄를 ‘확실히 인지’한 경우에만 충족된다.¹⁰¹⁾

형사소추죄로 유죄판결 받은 사례는 2000년 10건, 2001년 6건, 2002년 7건, 2003년 6건, 2004년 5건, 2005년 7건, 2008년 0건, 2009년 9건, 2010년 5건, 2011년 2건, 2012년 0건, 2013년 4건이며, 그 수치상 독일 형사사법에서 형사소추죄의 실무적 중요성은 낮은 것으로 평가되고 있다.¹⁰²⁾

97) Kindhäuser/Neumann/Paeffgen(Hrsg.), a.a.O., §344, Rd. 6.

98) Kindhäuser/Neumann/Paeffgen(Hrsg.), a.a.O., §344, Rd. 9.

99) Kindhäuser/Neumann/Paeffgen(Hrsg.), a.a.O., §344, Rd. 10.

100) Kindhäuser/Neumann/Paeffgen(Hrsg.), a.a.O., §344, Rd. 14.

101) Kindhäuser/Neumann/Paeffgen(Hrsg.), a.a.O., §344, Rd. 16-17.

102) Kindhäuser/Neumann/Paeffgen(Hrsg.), a.a.O., §344, Rd. 3, Fn. 6.

제3절 법왜곡죄 등 독자적 구성요건으로 규율하는 입법례

1. 스페인

스페인 형법¹⁰³⁾은 제20장에서 사법권 침해행위들(felonies against the Judicial Power)을 규율하고 있으며, 제446조 이하의 법왜곡죄가 이에 속한다. 아래에서 보는 바와 같이 과실에 의한 법왜곡행위를 처벌하고, 부작위에 의한 법왜곡행위를 구성요건에 명시한 점에서 앞서 소개한 독일 형법과 큰 차이가 있다.

가. 고의의 법왜곡죄(제446조)

법관이나 치안판사가 의식적으로(knowingly) 불공정한 판결이나 결정을 내릴 때 성립하는데, 아래와 같이 구체적인 행위 유형에 따라 형벌이 달라진다.

1. 형사피고인에 대한 불공정한 재판이 아직 집행되지 않은 경우에는 1년 이상 4년 이하의 징역에 처하며, 피고인에 대한 형집행이 완료된 경우에는 2년 이상 4년 이하의 징역 및 12개월 이상 24개월 이하의 벌금형을 병과한다.
2. 형사피고인에 대한 불공정한 재판이 경범죄절차에서 이루어진 경우에는 6개월 이상 12개월 이하의 벌금형 및 6년 이상 10년 이하의 (공직이나 공공기관에의) 임용금지형을 부과한다.
3. 기타 불공정한 판결이나 결정을 선고한 경우에는 12개월 내지 24개월의 벌금형 및 1년 이상 12년 이하의 (공직이나 공공기관에의) 임용금지형을 부과한다.

나. 과실에 의한 법왜곡죄(제447조)

스페인 형법상의 법왜곡죄는 독일형법과 달리 과실에 의한 법왜곡죄도 처벌하는 규정을 두고 있다. 법관이나 치안판사가 중대한 과실이나 용납할 수 없는 무지로 명백하게 불공정한 판결이나 결정을 선고한 경우에는 2년 이상 6년 이하의 공직임용

103) Criminal Code of the Kingdom of Spain (1995, as of 2013)(English version)
 (<https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/2/Spain/show>)
 (2019. 6. 16. 최종방문).

금지형을 부과한다(제447조). 과실에 의한 법왜곡죄는 고의범과 달리 '명백하게'(manifestly) 불공정한 재판에 한정하여 처벌하고 있는 점이 특색이다.

다. 기타 유형의 법왜곡죄

계속해서 법관이나 치안판사가 합리적 이유를 제시하지 않거나, 모호하거나 불충분하거나 법에 근거하지 않는 사유를 들어서 재판을 거부하는 경우에는 6개월 이상 4년 이하의 공직임용금지형을 부과한다(제448조).

법관이나 판사 또는 법원서기가 사법집행을 악의적으로 지연시킬 경우에는 제448조와 동일한 형을 부과하는데, '악의적인 지연'이란 그 지연이 불법적인 결과를 초래하는 경우를 의미한다(제449조 제1항). 만약 절차의 지연이 제1항에 기재된 사람 이외의 공직자에 의한 경우에는 6개월 이상 2년 이하의 공직임용금지형을 부과한다(제449조 제2항).

2. 노르웨이

노르웨이는 형법¹⁰⁴⁾ 제11장에서 공공직무상 중죄들을 규율하고 있다. 그 중 하나가 판사 등의 법왜곡행위에 관한 범죄이다. 노르웨이 형법 제110조에 따르면, 판사나 배심원 또는 보조판사 등 그와 같은 직무를 행하는 자가 미숙한 판단을 할 경우에는 5년 이하의 징역에 처해진다. 만약 미숙한 판단으로(against his better judgement) 피고인에게 부당하게 형벌을 선고하거나 과잉형벌을 부과하거나 이를 교사 또는 방조한 경우에는 2년 이상의 징역을 부과한다. 만약 당해 범죄가 사형 집행을 초래하거나 5년 이상의 징역형을 집행하게 된 경우에는 21년 이하의 징역형을 부과한다.

3. 덴마크

덴마크 형법에도 독일 형법상 법왜곡죄와 유사한 범죄가 있다. 우선 덴마크형법

104) Criminal Code of the Kingdom of Norway(1902, amended 2005)(English version)
(<https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/11/Norway/how>)(2019. 6. 17. 최종방문).

제146조는 사법권이나 기타 개인의 법적 권리에 영향을 미칠 수 있는 사안에 대해 결정할 수 있는 공적 권한을 부여받은 사람이 사건을 결정하거나 조사함에 있어서 불법(injustice)을 저지른 경우에는 6년 이하의 징역에 처하도록 하고 있다(제146조 제1항). 만약 상술한 행위가 개인의 복리를 해치기 위한 고의로 행해진 경우에는 16년 이하의 징역형을 부과하도록 하고 있다(제146조 제2항). 계속해서 제148조는 법률사안에 대해서 결정할 수 있는 사법권이나 기타 공적 권한을 부여받거나 국가의 형벌권을 집행하는 사람이 고의로 또는 중대한 과실로 사건조사나 체포, 구금, 압수, 수색, 기타 유사한 성격의 특정한 법적 활동과 관련한 법적 절차를 준수하지 못한 경우에는 벌금형이나 4개월 이하의 징역형에 처하도록 하고 있다. 즉 판사뿐만 아니라 형사절차상 압수, 수색 등의 수사권한이 있는 자들도 일종의 법왜곡행위로 처벌받게 되는 것이다.¹⁰⁵⁾

4. 러시아

러시아 형법¹⁰⁶⁾ 제31장은 사법권을 침해하는 범죄들(Crimes Against the Administration of Justice)이라는 제목 하에 사법방해죄 및 수사방해죄 등 사법권을 침해하는 다양한 범죄유형을 규율하고 있다. 이들 사법권을 침해하는 범죄유형 중 하나가 바로 같은 법 제305조의 법왜곡죄이다. 법관이 의식적으로(knowingly) 불공정한 판결이나 결정, 기타 사법행위를 한 경우 30만 루블 이하의 벌금형, 2년 이하의 일수벌금형, 4년 이내의 강제노역형, 또는 4년 이하의 징역형에 처하게 된다(제305조 제1항). 이와 법왜곡행위로 인해 타인의 자유를 박탈하는 부당한 판결이 선고되거나 기타 심각한 결과를 초래하는 경우에는 3년 이상 10년 이하의 자유형이 부과되도록 하고 있다(제305조 제2항).

105) Criminal Code of Denmark (as of 2005)(<https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/34/Denmark/show>)(2019. 6. 17. 최종방문).

106) Criminal Code of the Russian Federation (1996, amended 2012)(English version) (<https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/7/Russian%20Federation/show>)(2019. 6. 16. 최종방문)

5. 세르비아

세르비아의 형법에도 법왜곡죄가 독자적 구성요건으로 존재한다. 참고로, 세르비아는 몬테네그로, 크로아티아 및 슬로베니아 등의 남슬라브 민족들과 함께 구(舊) 유고슬라비아사회주의연방에 속했으나, 1991년 유고슬라비아 연방이 해체된 이후 몬테네그로와 함께 연방을 구성했다가 2006년 6월 다시 분리독립한 국가이다. 과거 유고슬라비아공화국의 형법에 법왜곡죄가 존재했던 점을 감안하면, 그 영향을 받아 세르비아 형법에도 법왜곡죄가 존속하는 것으로 추정된다. 세르비아 형법상의 법왜곡죄는 행위주체를 판사, 배심원, 검사, 또는 그 대리인으로 명시하고 있다. 이들 행위주체가 재판절차에서 이익을 획득하거나 기타 손해를 일으킬 고의를 가지고 불법한 행동을 하거나 달리 법을 위배하는 경우에 법왜곡죄가 성립하며, 6개월 이상 5년 이하의 자유형이 부과된다(제360조).¹⁰⁷⁾

제4절 그 밖의 입법례

1. 미국

가. 판사

익히 알려진 바와 같이 미국의 법체계는 범죄를 개인의 문제로 바라보는 사적 취급 전통에 따라 당사자주의라는 사법구조를 완성시킨 영국 사법구조에 뿌리를 내리고 있다. 다만, 식민지시대를 거치며 법률전문가 수의 절대적 부족 및 기존 법률가에 대한 불신으로 인해 영국에 비해서 배심의 권한이 더욱 강화된 반면, 판사의 권한이 상대적으로 적다는 점에서 차이가 있다.¹⁰⁸⁾ 즉, 직권주의 소송구조인 대륙법계 형사사법절차에서는 판사가 주도적으로(직권적으로) 자신의 전문적 법률지식을 바탕으로 실제적 진실을 발견해야 하는 임무를 갖지만, 사법절차의 본질을 양 당사자 사이의

107) Criminal Code of the Republic of Serbia (2005, amended 2014)
(<https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/5/Serbia/show>)
(2019. 6. 17. 최종방문)

108) 주승희, 당사자주의와 직권주의 소송구조 비교 연구, 한국형사정책연구원, 2006, 25면 이하.

분쟁의 해결로 이해하는 당사자주의 소송구조 하에서 원고(검사)와 피고가 소송절차에서 주도적 역할을 담당하기 때문에, 판사는 중립적으로 그 당부만을 판단하는 지위에 있고, 따라서 비당파적(impartial)이며 수동적(passive)일 수밖에 없다.¹⁰⁹⁾ 결국, 미국 형사절차에서 판사의 권한은 우리나라나 독일에 비해 소극적이고 제한적인 만큼, 불공정한 재판결과를 초래함에 있어서 판사의 역할 및 영향력은 상대적으로 적다고 볼 여지가 있다. 그와 같은 이유에서인지 미국의 경우 판사의 법률남용행위(misconduct)에 대해서 법왜곡죄와 같은 형사처벌 규정은 찾기 어렵고, 징계규정을 찾아볼 수 있을 뿐이다. 예컨대, 캘리포니아주 ‘법관수행위원회규칙’ 제111.4조(Rule 111.4)¹¹⁰⁾에 따르면, 단순한 “법률적 과오[실수](legal error)에 대해서는 법관에 징계가 부과되지 않지만, 법률적 과오를 행한 판사가 한 걸음 더 나아가 “명시적이고 확실히” 악의, 편견, 권한남용(abuse of authority), 기본권 무시, “의도적인 범무시”(intentional disregard of the law) 등을 보여준 경우에는 조사 및 징계에 해당된다고 규정하고 있다.¹¹¹⁾

연방법원에 속한 판사들의 경우에는 ‘미국법관위원회규칙’(Judicial Conference of the United States)에 의해 채택된 ‘미국법관행동윤리’(Code of Conduct for United States Judges)의 적용을 받는다. 2019년 3월 12일 시행 이전의 윤리규정 3(B)(5)에 따르면, “법관은 어느 법관의 행위가 당해 규정에 위배되거나 어느 법률가가 전문가윤리규정을 위배했을 가능성이 있다는 사실을 암시하는 믿을 만한 증거를 접한 경우에는 그에 맞는 적절한 조치를 취해야 한다.”¹¹²⁾는 윤리규정을 두었는데, 동 규정은

109) 주승희, 앞의 보고서, 112면.

110) RULES OF THE COMMISSION ON JUDICIAL PERFORMANCE
(https://cjp.ca.gov/wp-content/uploads/sites/40/2016/08/CJP_Rules.pdf)(2019. 6. 17. 최종 방문) Rule 111.4. Legal error.

“Discipline, including an advisory letter, shall not be imposed for mere legal error without more. However, a judge who commits legal error which, in addition, clearly and convincingly reflects bad faith, bias, abuse of authority, disregard for fundamental rights, intentional disregard of the law, or any purpose other than the faithful discharge of judicial duty is subject to investigation and discipline.”

111) 제367회 국회(임시회) 제2차 법제사법위원회, 앞의 검토보고, 15면.

112) Code of Conduct for U.S. Judges (effective before March 12, 2019)
(<https://www.uscourts.gov/judges-judgeships/code-conduct-united-states-judges>)(2019.6.30. 최종방문) Canon 3(B)(5) A judge should take appropriate action upon learning of reliable evidence indicating the likelihood that a judge’s conduct contravened this Code or a lawyer violated applicable rules of professional conduct.

2019년 3월 12일 시행 미국법관행동윤리 3(B)(6)로 위치를 옮기면서, 일부 내용이 추가되었다. 즉, “법관은 어느 법관의 행위가 당해 규정에 위배되거나, 어느 사법종사자의 행위가 사법종사자윤리규정을 위배했을 가능성이 있거나, 어느 법률가가 법률전문가윤리규정을 위배했다는 사실을 암시하는 믿을만한 증거를 접한 경우에는 그에 맞는 적절한 조치를 취해야 한다.”는 내용으로 변경함으로써 사법종사자(a judicial employee)의 위법행위에 대한 법관의 적절한 조치의무를 추가한 것이다.¹¹³⁾

당사자주의 소송구조 하에서 법관은 실제적 진실의 발견의 책임을 진 당사자들, 즉 검사나 변호인이 법외곡행위를 하지 않도록 감시해야 할 의무가 있으며, 이와 같은 의무를 해태하는 것이 윤리규정 위반¹¹⁴⁾으로서 법관의 법외곡행위로 해석될 여지가 있다. 따라서 판사들이 검사나 변호인, 동료 법관의 남용행위에 대한 오랜 침묵의 관행을 깨고 이들을 적극적으로 징계해야 한다는 의견이 제시되기도 한다.¹¹⁵⁾

나. 검사

미국의 검사는 지방공무원으로 지방의 관할권을 대표하고, 연방이나 지방 모두 각 관할구역 내에서 최고의 법집행관으로서 막강하고 통제받지 않는 재량을 행사하고 있다. 그 중에서 가장 중요한 임무가 공소제기 및 공소유지 권한이며, 대배심이 기소의 주체가 되는 경우에도 검사가 대배심의 수사 및 기소절차의 자신의 필요에 따라 활용함으로써 대배심을 주도한 것으로 알려져 있다. 중요한 사건의 경우 경찰이 거의 예외 없이 검사에게 수사상황을 보고하고 수사방향에 대한 조언과 지도를 받으며, 강제수사의 경우 그 통제가 더 강화된다는 점에서 그 권한이 적지 않다. 특히 당사자주의 소송구조 하에서 검사는 한편으론 일방 당사자로서 피고인(변호인)을 제압하여

113) Code of Conduct for United States Judges

(https://www.uscourts.gov/sites/default/files/code_of_conduct_for_united_states_judges_effective_march_12_2019.pdf)(2019. 7. 2. 최종방문) Canon 3(B)(6)A judge should take appropriate action upon receipt of reliable information indicating the likelihood that a judge's conduct contravened this Code, that a judicial employee's conduct contravened the Code of Conduct for Judicial Employees, or that a lawyer violated applicable rules of professional conduct.

114) Thomas P. Sullivan/Maurice Possley, The Chronic Failure to Discipline Prosecutors for Misconduct: Proposals for Reform, *The Journal of Criminal Law & Criminology*(2015), Vol. 105, No. 4. p. 902.

115) Thomas P. Sullivan/Maurice Possley, Id., pp. 904-913.

공판에서 승리할 것이 기대되지만 다른 한편으로 정의의 수호자로서 객관적이고 중립적으로 사건을 처리해야 할 임무를 갖고 있다는 점에서 2중적 지위를 갖는다.¹¹⁶⁾

미국 형사사법절차에서 미치는 검사의 권한이 증대한 만큼 검사의 법왜곡행위가 사법권의 불공정한 행사에 미치는 영향도 적지 않고, 따라서 검사에 대한 적절한 징계 및 처벌의 필요성이 지속적으로 제기되고 있다.¹¹⁷⁾

일례로 Carmen Marino라는 검사는 지난 2002년 오하이오주 클리브랜드, 쿡야호가 카운티에서 30년의 검사직을 마치고 퇴임을 하였는데, 30여년의 재임기간 동안 수십 건의 사건을 기소했고 상당수의 유죄평결을 이끌었다. 당시 Marino 검사는 그의 업무 성과의 공을 법집행기관을 신뢰하면서도 법정에서 증언을 하지 않은 피고인들을 불신했던 배심원들에게 돌렸고, 그의 퇴임에 맞추어서 쿡야호가 카운티 검찰청은 Carmen Marino 검사상을 만들어 매년 '정의추구를 위한 청렴성 및 전문성'을 갖춘 검사에게 수여하기도 하였다. 그로부터 6년이 지난 후에 그 상은 최상의 검사가 아니라 최악의 검사를 위한 상으로 변질되었는데, Marino 검사가 유죄평결을 이끌었던 수많은 사건들이 그의 법률남용행위(예: 핵심증거 수집에 실패, 법정에서 증인으로 하여금 거짓증언하도록 사주, 부적절하고 편견이 가득한 최후진술 등)에 비롯되었다는 것이 밝혀졌기 때문이다.

Marino 검사가 수행한 임무 중 가장 최악의 사건은 1989년 Joseph D'Ambrosio라는 살인혐의자에게 사형선고가 내려진 재판이다. 2001년 D'Ambrosio는 연방법원에 자신의 무죄를 입증할 증거를 Marino 검사가 공개하지 않았다는 이유로 청원을 냈고, 2006년 연방법원이 이를 받아들여 주법원으로 하여금 소를 기각하거나 180일 이내에 다른 평결을 내리라고 명령하였고, 2008년 주법원은 D'Ambrosio의 손을 들어주는 내용의 판결을 선고했다. 결국 D'Ambrosios는 미결구금시설에서 20년이 넘는 시간을 보낸 후에야 비로써 자유의 몸이 된 것이다. 그럼에도 불구하고 Marino 검사는 공식적으로 어떤 징계도 받은 바 없으며, 이와 같은 검사의 법률왜곡행위로 인해 무고한 시민이 오랜 기간 고통을 받았던 사례는 오하이오주뿐만 아니라 미국 다른 주에서도 다수 발생할 정도로 심각한 문제이지만, 이들 중 징계를 받을 경우는 거의 드물다는

116) 주승희, 앞의 보고서, 117면 이하.

117) Thomas P. Sullivan/Maurice Possley, Id., p. 884.

것이 관련 연구의 결과이다.¹¹⁸⁾ 2010년 USA Today의 법무국 조사에 따르면 과거 12년 동안 연방검사가 부적절하게 행위한 경우가 201건에 달하는데, 그 중 징계를 받은 경우는 단 1건에 불과했다는 것이며, 사선번호인에 대한 징계비율보다 더욱 낮다는 것을 보여준다.¹¹⁹⁾

2. 일본

일본의 경우 법관의 법외곡행위를 독자적으로 규율하는 규정이 없다. 다만 공무원이 그 직권을 남용하여 사람에게 의무 없는 일을 하게 하거나 권리의 행사를 방해한 때에는 2년 이하의 징역 또는 금고에 처하도록 하고 있으며(제193조), 특별공무원 직권남용죄라는 죄목하에 재판, 검찰, 경찰의 직무를 행하는 자 또는 이들의 직무를 보조하는 자가 그 직권을 남용하여 사람을 체포하거나 감금한 때에는 6월 이상 10년 이하의 징역 또는 금고에 처하도록 하여 가중처벌하고 있다(제194조).¹²⁰⁾ 따라서 법외곡죄는 없지만, 법관의 법외곡행위는 특별공무원 직권남용죄로 처벌될 여지가 있는 것이다.

3. 오스트리아

오스트리아 형법 제302조는 공무원이 타인의 권리를 침해할 의도 하에 연방, 주, 지방자치단체연맹(Gemeindeverband), 지방자치단체(Gemeinde) 또는 법률집행의 기관으로서 공적 임무를 수행하는 공적 권리를 지닌 사람의 이름으로 자신의 권한을 의식적으로(wissentlich) 남용하는 공무원을 6개월 이상 5년 이하의 징역형에 처하도록 규정하고 있다. 여기서 '권리를 침해'한다는 것은 재산권을 침해하는 경우뿐만 아니라 지식재산권이나 인격권을 침해하는 경우를 포함하는 것으로 이해되고 있다.¹²¹⁾ 주관적 요소로서 자신의 권한을 남용한다는 것에 대한 인식이 필요하며, '의식적으로(wissentlich)'라는 구성요건이 법문에 명시되었기에 미필적 고의만으로는 주관적 구성요건이 충족되지 못한 것으로 해석되고 있다.¹²²⁾

118) Thomas P. Sullivan/Maurice Possley, Id. p. 890.

119) Thomas P. Sullivan/Maurice Possley, Id., p. 892.

120) 법무부, 일본 형법전 번역본(2012)을 토대로 소개함.

121) Schmidt-Speicher, Ursula, a.a.O., S. 118.

122) Schmidt-Speicher, Ursula, a.a.O., S. 118.

4. 스위스

스위스의 경우 자기나 타인의 불법한 이익을 얻기 위해서 또는 타인의 권리를 침해하기 위해서 공적 권한을 남용하는 공무원을 5년 이하의 징역형이나 벌금형을 부과하는 규정을 두고 있으며(형법 제312조), 판사 등 사법기관의 법외곡행위는 권한을 남용하여 타인에게 해를 끼친 행위에 해당하므로 동법에 의거하여 처벌받게 된다. 동법에 따라 경우 이익의 취득 또는 권리침해에 대한 고의가 요구되며, 권리남용행위가 있는 경우 기수가 성립한다. 스위스의 경우에도 1942년 형법전을 제정할 때 법외곡죄를 독자적 구성요건으로 입법하자는 의견이 대두되었으나, ① 포괄적 구성요건으로 충분하며, ② ‘법외곡’(Rechtbeugung)이라는 표현이 스위스 형법전에서는 달리 적용되기 어렵고 법관들이 어떤 행위를 법외곡행위로 포섭할지 파악하기도 어렵다는 비판론에 의해 독일과 같은 독자적 범죄구성요건의 신설로는 이어지지 못했다.¹²³⁾

5. 프랑스

오늘날 프랑스 형법은 1994년 3월 1일부터 시행된 신형법전을 토대로 하며, 이전의 제국형법전과 그 내용상 상당 부분 차이가 있다.¹²⁴⁾ 참고로 1994년 2월말까지 시행되었던 제국형법전은 독일 형법상의 법외곡죄와 유사하게 판사 등의 법외곡행위를 독자적으로 처벌하는 규정이 있었으나(구 형법 제183조),¹²⁵⁾ 오늘날의 신형법전에서는 그와 같은 독자적 구성요건이 존재하지 않는다. 따라서 판사나 검사가 법적 사무와 관련한 직무처리에 있어서 위법을 저지른 경우에는 그 구체적인 행위 유형에 따라 이하의 범죄로 처벌될 여지가 있을 뿐이다.

우선 공무원 등 공공사무취급자가 직무수행 중 또는 이를 기화로 개인의 자유를 침해하는 행위를 자의적으로 명령하거나 또는 실행하는 경우, 권리행사방해죄가 성립하며, 7년의 구금형 및 100,000유로의 벌금에 처한다(제432-4조 제1항). 이러한 침해행위로 7일 이상의 체포 및 감금을 행한 때에는 30년의 징역형 및 450,000유로의 벌금형으로 형이 가중된다(제432-4조 제2항). 프랑스 형법은 공무원의 차별행위를

123) Schmidt-Speicher, Ursula, a.a.O., S. 119.

124) 법무부, 프랑스 형법, 2008, 3쪽.

125) Schmidt-Speicher, Ursula, a.a.O., S. 115.

범죄로 처벌하는 규정을 두고 있다. 공무원 등 공공사무취급자가 직무수행 중 또는 이를 기회로 자연인 또는 법인에 대하여 제225-1조에 규정된 차별¹²⁶⁾을 한 경우 그 행위가 ① 법률에 의하여 부여된 권리의 이익을 거부하는 경우 또는 ② 경제적 활동의 정당한 실행을 방해하는 경우에는 5년의 구금형 및 75,000유로의 벌금에 처한다. 법관이 성별이나 인종 등을 이유로 차별적인 재판을 하여 법률상 부과된 소송당사자의 이익을 거부한 경우에는 차별금지죄에 해당할 여지가 있다. 법관의 법외국행위에 대한 간접적 규율 규정으로는 재판거부죄(제434-7-1조)가 있다. 사법관, 기타 재판업무에 관여하는 자 또는 행정기관의 직에 있는 자가 청구를 받고 재판을 거부하고 상급자로부터 경고 또는 명령을 받고도 이를 계속 거부하는 때에는 7,500유로의 벌금 및 5년 이상 20년 이하의 공직활동금지에 처한다.

또한, 법관의 사법외국행위가 역사적으로 수뢰죄와 함께 행해졌음을 고려할 때, 사법업무관련자의 수뢰죄(제435-7조) 역시 법외국행위를 예방하는 효과적인 규정이 될 수 있다고 보인다. 동 조에 따른 경우, ① 외국 또는 국제법정에서 사법직을 행사하는 자, ② 외국법정 또는 국제법정에서 법원서기직을 행사하는 자, ③ 상기의 법정 또는 당사자에 의해 지정된 감정인, ④ 상기의 법정 또는 법원에 의한 화해나 조정의 임무를 맡은 자, ⑤ 중재에 관한 외국법의 영향 하에서 중재임무를 실행하는 자가 자신을 위해서든 타인을 위해서든, 권한 없이, 언제든지, 직접적 또는 간접적으로, 그의 직무나 임무를 통한 수월성에서 비롯하여 행위를 수행하거나 또는 반대로 그러한 수행을 자제할 목적으로 제의, 약속, 증여, 선물 또는 어떠한 이익의 제공을 청원하거나 그러한 이익을 수락하는 때에는 10년의 구금형 및 150,000유로의 벌금에 처하도록 하고 있다.

126) 프랑스형법 제225-1조【차별행위】 ① 출신, 성별, 가정상태, 임신, 신체외관, 성(姓), 건강상태, 신체장애, 유전적 특징, 품행, 성적 성향, 연령, 정치적 견해, 노동조합활동을 이유로 하거나 또는 사실 여부에 관계없이 특정 민족, 국민, 인종 또는 종교에의 소속 여부를 이유로 하여 자연인 사이에서 행하여지는 모든 구별은 차별행위를 구성한다.
② 법인의 구성원 전체 또는 일부 구성원의 출신, 성별, 가정상태, 임신, 신체외관, 성(姓), 건강상태, 신체장애, 유전적 특징, 품행, 성적 성향, 연령, 정치적 견해, 노동조합활동을 이유로 하거나 또는 그 사실 여부와 관계없이 동 구성원의 특정 민족, 국민, 인종 또는 종교에의 소속 여부를 이유로 하여 법인 사이에서 행하여지는 모든 구별도 차별행위를 구성한다.

제5절 요약 및 소결

지금까지 소개한 바와 같이 법관이나 검사 등 사법권을 행사하는 주체의 법률외곡 행위에 대한 처벌은 나라마다 조금씩 차이가 있다. 법외곡죄가 형법상 독자적으로 구성요건화되어 있으면서도 최근까지 그 적용실례를 찾아볼 수 있는 국가는 바로 독일인데, 독일형법상 법외곡죄의 특징은 그 주체가 법관과 기타 공무원, 중재법관에 한정되어 있으며, 기타 공무원에 검사도 포함시키는 것이 판례의 태도이다. 단순한 실정법규의 침해는 ‘법외곡’행위로 포섭하지 않으며 오로지 법질서전체나 법치국가적 사법실무상 핵심원칙에 위배되는 중대한 불법만을 그 처벌대상으로 삼고 있고, 과실범에 대한 처벌규정이 없다는 점이 특색이다.

반면, 스페인은 독일과 마찬가지로 형법상 독자적인 법외곡죄 처벌규정을 두고 있으면서도 구성요건이 독일법에 비해 세분화되어 있고, 고의범 외에 과실에 의한 법외곡죄의 처벌규정을 두고 있다는 점이 특색이다. 다만 과실에 의한 법외곡죄는 명백하게(manifestly) 불공정한 경우에 한정된다. 피해자의 법익침해 정도에 따라 명시적으로 형벌이 차등화되고 있다.

노르웨이의 경우 판사나 보조판사 외에 배심원도 법외곡죄의 행위주체로 설정하고 있다는 점이 특색이며, 덴마크의 경우 판사와 같이 사법권 등 개인의 법적권리에 영향을 미치는 행위주체가 실체법뿐만 아니라 절차법을 위반한 경우에도 처벌대상이 됨을 명시하고 있다. 반면 러시아 형법상 법외곡죄는 의식적으로 불공정한 재판을 행한 경우를 법외곡죄로 규율한다는 점에서 독일과 마찬가지로 고의에 의한 법외곡죄만을 규율하고 있음을 알 수 있었다.

구 유고슬라비아공화국에 속해 있었으나 최근 독립한 세르비아 형법에서도 법외곡죄를 찾아볼 수 있는데, 판사뿐만 아니라 배심원과 검사, 그 대리인도 행위주체로 삼으면서도 법외곡죄가 성립하기 위해서는 단순히 법외곡행위만을 행한 사실만으로는 부족하고 이익을 획득하거나 기타 손해를 일으킬 고의를 필요로 한다는 점에서 그 특색이 있었다.

한편, 미국이나 오스트리아, 프랑스, 스위스 등 형법에서는 우리나라와 마찬가지로 법외곡죄 규정을 찾아볼 수 없었고, 직무유기죄 등의 포괄적 구성요건에 의해서만 의율할 수 있었음을 확인할 수 있었다.

이처럼 법외죄는 각 나라마다 그 문화적 특수성이나 역사적 특수성, 사법구조에 따라 그 존재유무 및 형태, 내용에 차이가 크다. 우리나라도 분단국가로서 통일을 대비한다는 차원에서 법외죄의 신설 여부를 검토해볼 필요성이 크겠지만, 그에 앞서 1970-1980년대 군부독재 시절 우리 사법부가 '정치권의 시녀'로 사법정의 및 실체진실에 외면하고 폭압정치를 정당화시켰던 뼈아픈 역사와 여전히 진행 중인 법원 및 검찰의 권력남용에 대해서 법외죄의 신설을 적극 고려해야 한다는 목소리가 높다.¹²⁷⁾

이들 요청에 부응하여 국내법상 법외죄를 신설할 경우, 우선 법관 및 검사로 하여금 법률사건의 처리에 있어서 정치권력의 강압이나 사리사욕에 이끌리지 않고 오로지 법과 양심에 따라 맡은 바 직무를 수행할 의무에 대해서 경각심을 갖게 하는 순기능이 있을 것으로 예상된다. 다만 구체적인 법제화에 있어서 우리나라 법제 및 사법실무가 갖는 특수성을 고려해야 할 것으로 보인다. 우리나라 형법은 서구의 근대 형법을 계수하였다는 점에서 그 역사가 짧아 법이론 및 판례의 축적이 상대적으로 적고, 헌법 및 형법에서 죄형법정주의를 천명하고 있지만, 법원의 판례를 통한 입법흡결의 보충기능을 부인하기 어렵다. 특히 과학기술의 급속한 발달 및 급변하는 국제정세 속에서 기존 판례의 변경이 필요한 경우가 있는데, 이와 같은 법원의 판례 변경이 외관상 특정 소송당사자에게 유리하거나 불리한 결과를 초래할 경우 법외죄의 논란에서 자유롭기 어렵다. 특히 정치적 이슈가 되는 사안일 경우 법관의 소신 있는 재판에 대해서 법외죄의 혐의를 씌울 위험성이 있고, 이 경우 법관의 독립적인 사법권행사를 저해할 수 있다는 점에서 신중한 입법이 필요해 보인다.

검사의 경우에도 기소법정주의를 취하는 독일과 달리 우리나라는 기소편의주의에 따라 검사에게 불기소처분권한이 인정된다는 점에서 검사의 불기소처분권한 행사에 대한 법외죄 성립가능성 및 그 성립범위에 대해서도 불필요한 논란이 생기지 않도록 구성요건을 명확히 하여야 할 것으로 보인다. 최근 검·경 수사권 조정안에 대한 정부합의안의 내용과 같이 사법경찰관에게 1차적 수사종결권을 부여하는 등 경찰의 수사권이 대폭 강화되는 방향으로 개혁이 되는 경우에는 수사지휘권 및 종결권을 갖는 경찰관 역시 일정한 경우 행위주체로 고려해볼 여지가 있어 보인다.

127) 서보학, 앞의 글, 228면 이하; 전지연, "법외죄의 도입을 위한 시론", 207면 이하; 허황, 앞의 글, 281면 이하.

제 5 장



법외목적 사법일탈 방지방안

법외곡적 사법일탈 방지방안

제1절 법외곡적 사법일탈의 원인과 대응방향

1. 법외곡을 바라보는 관점의 차이

법이란 것이 무언가 실체가 있고, 목적이나 방향성도 분명하다고 생각하기 쉽지만, 법이란 것은 애초부터 결단 또는 타협의 산물에 지나지 않는다. 특히 다양한 가치가 공존할 수밖에 없는 현대 민주주의 사회에서 분명한 목적과 일관된 원칙을 가진 법은 존재하기 어렵고, 존재해서도 안 될 것이다. 그런 만큼 어떤 법이든 특정 가치에 매몰된 척도나 기준에서 바라볼 때는 왜곡되어 있을 수밖에 없고, 특정한 척도나 기준에서도 출한 해석은 그러한 척도나 기준을 수용하지 못하는 쪽의 관점에서는 왜곡되어 보일 수밖에 없는 것이다. 둘 중 어느 쪽이 왜곡되어 있는지는 관점에 따라 다를 수밖에 없다.

공정성이란 것도 그렇다. 만일 A와 B가 다툰 경우 법관이 A와 B를 동일하게 대했다는 사실을 접한다면 대개는 이를 공정했다고 말할겠지만, A가 국가, B가 일반국민일 경우인데도 무기평등을 이유로 양자를 동일하게 대했다면 관점에 따라서는 이를 공정하다고 보기 어려울 수도 있다. 경우에 따라서는 소수자 보호처럼 일방적으로 편파적인 것이 공정한 것일 수 있다. 이처럼 A와 B의 실질에 따라서는 공정성의 법적 기준은 언제라도 달라질 수 있다. 지금 기준으로는 진보적인 가치가, 다른 시점(時點)의 기준으로는 청산해야 할 반동(反動)적인 가치가 될 수 있는 것이 인류의 역사일지도 모른다.

그런 만큼, 법외곡이란 말은 그 자체로 이미 특정 가치의 기준에만 매몰하여 다른 가치를 적대시하는 교조적·원리적이거나 전체주의적인 관념일 수도 있다. 실제로,

법외곡이란 말은 연혁으로 볼 때는 현대 민주주의에서 도출된 관념이 아니라 신권(神權)이나 절대왕권을 지켜내기 위해 안출된 관념일 가능성이 매우 높다고 생각한다. 법외곡죄를 유지하고 있는 국가 역시 우리가 추종할 만한 사법역사를 가지고 있다고 말하기 어렵고, 제2차 세계대전의 전범국가였던 독일의 경우도 나치스 정권 앞에 법외곡죄는 무력했었으며, 러시아의 경우도 스탈린 독재 앞에 무력했었다. 그런 만큼, 법외곡죄를 통해 독재권력에 부역한 사법관료들을 단죄할 수 있었던 것이 아니라 독재권력이 사법부를 장악하고 조종하기 위한 수단으로서 법외곡죄를 악용한 것이 아닌지 의심할 수밖에 없는 것이다.

이와 관련하여 법외곡죄는 외부세력이 사법부에 개입하는 것을 내용으로 하는 것이 아니라 재판과 관련한 불법행위를 범한 법관 등을 처벌의 대상으로 삼는 구성요건이므로 법관의 독립을 침해하지 않는다는 주장도 있지만,¹²⁸⁾ 이를 추적·수사하는 것은 경찰과 공안기관일 것이고, 이를 기소하는 것은 검사일 것인 만큼 법외곡죄 도입이 법관의 독립을 침해하지 않는다는 주장에 대해서는 전혀 동의하지 않는다. 또한, 법외곡죄를 처벌하고 있는 독일에서도 법외곡죄 위반으로 실형을 선고받는 경우는 드문 만큼¹²⁹⁾ 그 실효성을 의심할 수밖에 없으며,¹³⁰⁾ 이런 구성요건을 마련할 경우 오히려 불복의 방법으로서 법외곡죄 고소를 남용하는 경우도 충분히 예상할 수 있다.¹³¹⁾ 더욱이 피의사실공표죄를 처벌함에도 피의사실공표행위를 처벌하지 않아온 것처럼 제2장 제2절에서 살펴본 법외곡 행위유형의 대부분은 형법의 규정에 따라 직권남용죄·직무유기죄 등으로 처벌할 수 있었지만 처벌하지 못한 것일 수 있고, 그런 만큼 독일식의 법외곡죄를 형법전에 도입한다고 해서 이러한 상황이 달라질 것으로 기대하기는 어렵다.

128) 이진국, 앞의 글, 180면.

129) 이진국, 앞의 글, 176-177면.

130) 사법살인에 대한 대응책으로서 법외곡죄를 도입하자는 주장도 있지만(허일태, “법외곡행위와 사법살인의 방지를 위한 입법정책”, 39-40면), 사법살인을 중한 살인죄로서 처벌하게 될 것이라는 기대와는 달리 독일의 경우 사법살인에 대해서도 경미한 법외곡죄만 적용하여 살인죄를 배제하므로 법관특권(法官特權)에 지나지 않는다는 반론도 있다(이재승, “정치사법과 과거청산”, 42면).

131) 심상정 형법개정안에 대하여 법관이나 검사를 상대로 하는 불필요한 고소·고발에 따라 수사·재판의 독립성이 침해될 우려가 있다는 전문위원 검토의견을 경찰청 필요가 있다고 생각한다 [제367회국회(임시회) 제2차 법제사법위원회, 형법 일부개정법률안 검토보고(법제사법위원회 수석전문위원 전상수), 2019. 3. 9면]. 법원행정처와 법무부의 의견도 이와 같다(같은 검토보고, 11면).

다만 —설혹 이러한 분류법을 독일학계의 시각 또는 독일연방재판소(BGH)의 관점이라고 본다면— 제2장 제2절에서 살펴본 법왜곡 행위유형들, 특히 사실관계의 조작, 부당한 법적용, 재량권의 남용의 경우에 법왜곡 사례로서 제시한 우리 현대사의 사건들은 법왜곡죄를 도입하여 처벌하고 싶을 만큼 억울하고 분노했던 사건들이었을 것이다. 이러한 과거사를 짚고 넘어갈 필요가 있다는 점에 대해서만은 전폭적으로 공감하고 지지하는 만큼, 제2장에서 소개하거나 제시한 법왜곡 행위유형군 또는 행위유형들을 아울러 이른바 “법왜곡적 사법일탈”로 명명하는 한편, 이에 대한 대응방안을 모색해보고자 한다.

2. 인사권에 취약할 수밖에 없는 구조적 난점

판사와 검사는 사법시험 또는 변호사시험을 합격한 법조인인 만큼 퇴직 후에도 변호사로 개업하여 생계활동을 지속할 수 있다. 그래서 일반국민의 관점에서는 퇴직 후를 염려할 필요가 없는, 이들의 자격이 그 어떤 신분보장책보다 든든해 보일 수 있다. 하지만 일선 판사와 검사의 입장에서는 전혀 그렇지 않다. 정운호 게이트에서 드러났듯이 —법원장급도 아닌— 부장판사 출신 전관변호사에게 주어진 수입료가 사건 1건당 100억 원에 이르는 상황에서¹³²⁾ 부장 직함도 달지 못한 채 개업하는 것은 판사나 검사의 입장에서는 상상하기도 싫을 수 있다. 만일 특정 사건에 불공정하게 개입한 대가로서 이러한 전관예우가 예정된 법원장이나 검사장으로 승진할 기회가 생기거나, 파격적인 연봉이 약속된 법무법인 대표변호사나 대기업 임원으로 퇴직 후 이직할 기회가 생긴다면 이런 유혹에서 벗어나기란 쉽지 않을 것이다. 눈 한 번 질끈 감으면 3대가 명문가라는 소리 들으며 호의호식할 수 있는 일생일대의 기회인 것이다.

마찬가지로, 법원장·검사장과 같은 고위직 법조인은 퇴직 후에도 이직의 기회는 끊이지 않는다. 국회의원, 장관, 자치단체장, 공공기관장부터 사외이사나 공기업 감사, 대학교의 석좌교수까지 단지 고위직 법조인이었다는 이유만으로 기회가 주어졌고, 이 역시 일반국민의 눈에는 전관예우나 특혜로 비칠 수밖에 없다. 판사나 검사는 동거나 후배가 대법원장이나 검찰총장으로 취임하게 된 경우 ‘용퇴’(勇退)라는 명목

132) 파이낸셜뉴스, “정운호 게이트’ 100억 부당수입료, 최유정 변호사 징역 5년6월 확정”, 2018년 10월 25일자.

아래 퇴직해야 하는 이른바 ‘기수문화’를 답습하고 있기 때문에 이들의 신분을 보장하기 위한 정년보장은 사실상 허울에 지나지 않는다.

그러다 보니 판사와 검사에 대한 인사권은 국민이 상상하는 이상으로 막강할 수밖에 없고, 판사에 대한 인사권을 장악하고 있다고 추정되는 대법원장과 법원행정처장, 검사에 대한 인사권을 장악하고 있다고 추정되는 대통령, 청와대 민정수석, 법무부장관, 법무부 검찰국장의 위세 역시 막강할 수밖에 없는 것이다. 특히 이들의 인사권은 승진뿐만 아니라 징계처분에까지 미치는데, 변호사법은 징계처분에 의하여 파면된 경우에는 5년간, 해임된 경우 3년간, 면직된 경우에는 2년간 변호사 개업을 제한되기 때문에(변호사법 제5조 제4호 내지 제6호) 이들의 인사권은 사실상 판사와 검사에 대한 생활여탈권에 가깝다. 더욱이 이들의 징계를 구할 징계사유는 직무의 공정성이라기보다는 품위손상(법관징계법 제2조 제2호)이나 체면·위신 손상(검사징계법 제2조 제3호)과 같은 사생활상의 약점을 노리고 있기 때문에 어느 누구도 징계로부터 자유로울 수 없을 것이다.

경찰의 사정도 이와 크게 다르지 않다. 판사나 검사처럼 변호사로 개업할 수 없는, 간부급 경찰관의 경우 제때 승진하지 못하면 ‘계급정년’이라는 명목으로 정년에 앞서 이른 나이에 퇴직해야 하기 때문에 승진 기회에서 놓친 경찰관은 승진에 목매 수밖에 없다. 그런데 경찰업무 발전에 대한 기여도 평가기준을 살펴보면, 살인·강도 등 강력범을 검거하면 1건당 3점이지만, 국가안전을 해치는 주모자급을 검거하면 1건당 10점을 부여하여 공안사범 검거에 높은 배점을 부여하고 있고, 강력범이나 절도범이 아닌 잡범들은 아무리 많이 검거해도 방법사범으로서 1건당 0.2점을 부여받거나, 아예 실적으로 인정받지 못한다. 더욱이 전국 일간지나 TV·라디오를 통해 경찰을 홍보한 경우 1회당 5점의 높은 배점을 받는다.¹³³⁾ 이런 기준에 맞춰 승진을 하기 위해서는 공안사범이나 강력범 검거에 주력하거나, 검거실적을 부풀리거나, 피의사실공표죄로 처벌받을 위험을 감수하고서라도 담당 사건을 언론에 홍보해야 할 수도 있다. 이러한 경찰의 인사권 역시 대통령, 청와대 민정수석, 행정안전부장관, 경찰청장 중 1명이 장악하고 있다고 추정된다.

133) 경찰공무원 승진임용 규정 시행규칙 [별표 1] 참조. 단, 이 글에 소개한 평가기준은 시 소재지 이상 지역 근무자에 대한 평가기준이다.

3. 근본적 사법개혁의 필요성

앞서 살펴본 상황들을 감안할 때 통상적인 사건 처리에 있어서도 법외곡적 사법일탈은 이미 빈발하고 있을 것이라고 예상하며, 권력이 결부된 중대사건과 관련한 법외곡적 사법일탈은 —선행연구자를 포함한— 국민이 알고 있는 것보다 훨씬 더 심각할 수준일 수도 있을 것이다. 그런 만큼 다른 나라의 사례에서는 쉽게 찾아볼 수 없는 이런 사례들이 우리나라에서는 “왜” 이렇게까지 빈발하는지부터 밝혀내야 할 것이다.

이와 관련해서는 여러 가지 생각을 해볼 수 있다. 사건을 만들거나 덮음으로써 조작하는 것은 사건의 종류와 경중, 처리 유형과 건수에 따라 성과나 실적이 달라질 수 있기 때문이라는 생각도 들고, 어쩌면 승진이나 봉급 인상 등 세속적인 이유와 직결되어 있을 수도, 뇌물이나 떳떳하지 못한 대가처럼 불법적인 이유와 관련되어 있을 수도 있다. 아니면, 높은 점수가 부여되는 중대범죄의 실질적 급감이나 업무 과중과 같은 현실적 문제와 관련되어 있을 수도 있고, 앞서 살펴본 전관예우와 같은 구조적 문제일 수도 있다. 즉, 권력이 이러한 상황을 악용할 수도 있지만, 단지 권력만의 문제는 아니라 형사사법시스템 자체가 권력이 악용하기에 용이한 구조로 운용되고 있을 수도 있다.

다만 이러한 문제들에 대한 정확한 해법을 찾아내기 위해서는 사법시스템 전반을 점검하고, 실태 조사 및 분석이 병행될 필요가 있는데, 단기간에 수행해야 하는 수시연구에서 할 수 있는 사안이 아니고, 해서도 안 된다고 생각한다. 하지만 그렇다고 해서 법관의 독립을 위태롭게 하면서까지 무리하여 독일식의 법외곡적을 도입할 일도 아니라고 생각한다. 법외곡적을 도입한다고 해도 실효성 없는 ‘엄포용’ 상징입법으로 전락할 수밖에 없을 것이며, 이를 후대의 독재권력이 악용할 경우 우리 시대의 무책임한 유물로 남게 될 수도 있다. 만일 사법부와 법관의 독립을 진작에 확보할 수 있었다면 적어도 독재권력과 결탁한 법외곡형 일탈행위는 발생하지 않았을 것인 만큼, 법외곡적을 도입하기 위해 들이는 노력을, 사법부와 법관의 독립을 확보하기 위한 노력으로 전환하는 발상의 전환도 필요하다고 생각한다.

중요한 것은 “개혁”이고, 개혁은 근본적인 처방이어야지 단지 겉을 주기 위한 미봉책이어선 곤란하다. 더욱이 입법부나 행정부에서 사법부를 겁주는 것은, 아무리 대의

명분이 서더라도 적절치 않다고 생각한다. 국민의 관점에서는 입법부, 행정부, 사법부 모두 국민이 지지하면서도 견제해야 할 ‘권력’에 지나지 않는다는 점을 잊어서는 안 될 것이다.

제2절 권력결탁형 사법일탈 방지방안

1. 법관의 실질적 독립을 위한 개헌 필요성

국민의 압도적인 지지를 받는 정권이 독재로 흐르지 않을 것이라고 누구도 장담할 수 없다. 20세기의 대표적 독재자였던 독일의 히틀러(Adolf Hitler), 이탈리아의 무솔리니(Benito Mussolini), 필리핀의 마르코스(Ferdinand Marcos) 모두 국민의 압도적인 지지를 바탕으로 집권한 후 독재권력으로 변질했다. 그런 만큼 국민의 힘이 결집된 시기일수록 이를 악용한 독재권력의 출현을 경계하지 않을 수 없다. 제2장 제2절에서 법외곡 사례로서 소개한 우리 현대사의 사건들이 발생할 당시의 집권세력 역시 —냉정히 말해— 표면상으로는 국민 절대 다수의 지지를 받고 있었다.

그런데 이러한 법외곡 사례는 누군가 권력과 결탁하거나 권력에 부역한 법관이 존재했다는 방증이 될 수도 있지만, 행정권력이 법관을 장악하고 있었다는 반증도 될 수 있다. 그렇다면 행정권력이 법관을 장악할 수 있었던 수단은 대의명분과 미사여구로 치장되어 이미 어딘가에 제도화되어 있을 수 있고, 일선 판사나 검사의 관점에서 일반국민들은 알지 못하는 그 무언가가 형사처벌보다 더 두려울 수 있다. 그런 만큼 그 무언가를 찾아내서 —이미 실질적으로 침해되어 있는— 법관의 독립부터 확보하는 것이 선결과제라고 생각한다.

법관의 독립은 국민의 힘이 결집되어 있는 지금이 아니면 이루기 어렵고, 반드시 국민투표를 전제로 한 개헌의 방법으로써 추진해야 할 것인 만큼 —이 글에서 그 구체적인 방안까지 제시하는 것은 적절하지 않지만— 진정으로 사법개혁을 바란다면 지금이라도 법관의 실질적 독립을 확보하기 위한 개헌안 마련에 정치권과 학계가 집중할 필요가 있다고 생각한다.

2. 법관 징계사유의 실질화

법관은 헌법에 의해 강력한 신분보장을 받는 만큼(헌법 제103조) 행정부 소속의 검사나 국가공무원과 동일한 잣대로써 재단하는 것은 적절하지 않다. 특히 법관 개개인의 약점을 들춰내 법관의 결정에 영향력을 행사하려는 모든 시도로부터 법관을 보호해야 한다. 그래서 법관에 대해 높은 청렴성을 요구하더라도 ‘품위 손상’ 등의 모호한 사유로 징계할 수 없도록 징계사유를 실질화할 필요도 있다. 그 방법으로서, 현행 법관징계법상의 징계사유(법관징계법 제2조)를 포괄적인 기준이 아니라 구체적인 유형을 열거하는 방식으로 변경할 필요가 있다.

이는 법관징계법, 검사징계법 등에 따른 징계처분과 연계한 변호사법상의 변호사결격사유(변호사법 제5조)도 마찬가지이다. 단지 징계처분을 받았다는 사실만으로 변호사가 되는 것을 제한하는 것은 적절치 않으며, 징계처분의 내용을 대한변호사협회에서 심사하여 직무상의 중대한 의무 위반으로 징계된 경우에 한하여 제한할 필요가 있다고 생각한다. 이는, 이들에 대한 특혜가 아니라 높은 책임이 있는 이들 법관이 일반공무원들처럼 복지부동하지 못하도록 하기 위한 최소한의 장치라고 생각한다.

이러한 의미에서 퇴직 희망 법관의 징계 사유를 대법원장이 확인하도록 정한 법관징계법 제7조의4의 규정은 재고할 필요가 있다고 생각한다.¹³⁴⁾ 당장은 사법농단 사건 처리에 쓸모가 있겠지만, 이른바 사법농단의 원인 중 하나였던 대법원장의 인사권을 오히려 강화시켰을 뿐만 아니라 법관의 독립까지 심각하게 침해할 가능성이 높다고 생각한다.

3. 대법원장 등의 징계 관여 최소화

앞서 살펴본 바와 같이 법관에 대한 징계 자체를 엄격하게 제한해야 할 뿐만 아니라 만일 법관을 징계한다고 하더라도 대법원장이 징계에 최대한 개입하지 못하도록 제한할 필요가 있다. 현행 법관징계법상 법관징계위원회와 같이 대법원장이 위원장을 임명하고, 대법원장이 위원 6명 중 6명에 대한 임명권과 위촉권을 모두 가지고 있으며, 예비위원까지 모두 대법원장이 임명한다면(법관징계법 제5조 제1항·제2항),¹³⁵⁾ 징계

134) 이 규정은 2017년 12월 19일에 신설되었다.

에 대한 대법원장의 개입을 최소화하기는커녕 대법원장이 직접 일선 판사를 징계하는 경우와 질적으로 특별히 다르지 않다고 할 것이다. 더욱이 대법원장은 징계청구권과 재징계청구권,¹³⁶⁾ 퇴직 희망 법관의 징계사유 확인권(법관징계법 제7조 제1항 제1호, 제7조의3 및 제7조의4 제1항)까지 가지고 있다.

이런 구조라면 법관이 헌법과 법률, 나아가 국민을 두려워해야 하는 것이 아니라 대법원장과 법원행정처장 등 보직 법관을 두려워할 수밖에 없을 것이다. 더욱이 특정 대법원장이 임명·위촉한 징계위원이 3년이나 임기를 보장받는 구조(법관징계법 제5조 제3항)도 납득하기 어렵다. 보장되어야 하는 것은 징계위원의 신분이 아니라 징계 처분으로 인해 침해될 수 있는 법관의 신분이다. 어찌면 법관징계 관련 제도의 인적 구조에서부터 이미 사법농단의 가능성이 엿보인다고 할 수 있다. 그런 만큼, 법관의 징계주체에 대해서는 원점에서 재고할 필요가 있다.

4. 직권남용죄 규정의 실질화

앞서 살펴보았듯이 제2장 제2절에서 제시한 법왜곡 사례들 중 상당수는 현행 형법상의 직권남용죄(형법 제123조)로 처벌할 수 있다고 생각한다.¹³⁷⁾ 처벌할 수 있었는데도 그간 처벌하지 않았을 뿐이다. 또한, 이들 사례 중 대부분은 직권남용죄에 미수범 규정을 신설하는 것만으로도 대부분 직권남용죄에 포섭된다.

그렇다면 무리하여 법왜곡죄를 신설하는 것보다는 직권남용죄의 미수범 처벌규정을 신설하는 것이 더 효과적일 수 있다고 생각한다. 만일 직권남용죄 적용이 남용될

135) 법관징계법 제5조(위원장 및 위원) ① 위원회의 위원장은 대법관 중에서 대법원장이 임명하고, 위원은 법관 3명과 다음 각 호에 해당하는 사람 중 각 1명을 대법원장이 각각 임명하거나 위촉한다.

1. 변호사
 2. 법학교수
 3. 그 밖에 학식과 경험이 풍부한 사람
- ② 예비위원은 법관 중에서 대법원장이 임명한다.

136) 참고로, 법관에 대한 징계청구권은 대법관도 가지므로(법관징계법 제7조 제1항 제2호) 법원행정처장도 징계청구권과 재징계청구권을 가진다고 볼 수 있다. 그럼에도 불구하고 법원행정처장의 징계청구권에 대해서는 별도의 규정으로 명시하고 있다(동 조항 제3호).

137) 참고로, 전지연, “법왜곡죄의 도입방안”, 884면은 공무원 직권남용에 대한 포괄적 구성요건으로써 법관이나 검사의 부당한 권리남용의 모든 발현형태를 규제할 수 있지만, 명확하지 않고 법적 안정성을 해칠 수 있어 이런 입법형식은 바람직하지 않다는 취지의 주장을 하고 있다. 또한, 법왜곡죄를 공무원 직권남용의 특수한 유형에 속한다고도 주장하고 있다(같은 글, 885면).

것이 우려된다면 “전항의 미수범은 …의 경우에 한하여 처벌한다.”와 같은 명시적인 제한사유를 구체적으로 마련하는 것만으로도 이러한 우려를 최소화할 수 있다고 생각한다.

또한, 독일형법상의 형사소추죄(제344조) 규정을 참조하여 형법 제123조 제2항으로서 “공무원이 직권을 남용하여 … 형사소추하거나, 이러한 형사소추를 위하여 영향력을 행사한 때에는 … 처한다.”는 규정을 마련하는 것도 직권남용죄 규정을 실질화하기 위한 방편이 될 수 있을 것이다.

제3절 그 밖의 사법일탈 방지방안

1. 성과지향적 승진제도 및 계급정년 제도의 재고

공공부문에 투입된 ‘성과’(成果) 관념이 여전히 공직자의 승진과 보상에 영향을 미치고 있다.¹³⁸⁾ 공(功)이 큰 사람에게는 몫을 크게, 작은 사람에게는 작게 나눔으로써 공평성을 확보하는 동시에 공공부문에 경쟁구도를 조성하겠다는 발상인지는 모르지만, 계량화된 성과 평가는 공직수행의 품질을 떨어뜨리고, 공직자로 하여금 본분을 망각하게 할 위험이 있다.

경찰청이 유지해온 성과주의 승진제도에 대해서도 마찬가지로 상황이 우려된다. 우수한 평가를 받기 위해서는 우수한 평가를 받을 수 있는 업무가 많은 중앙부서로 이동하기 위해 노력해야 하고, 중앙부서로 이동하기 위해서는 경찰청장 등 고위직 경찰관의 눈에 들어야 하는데, 계량화된 평가기준에 억지로 맞추거나, 고위직 경찰관의 눈에 들기 위해서 사건이나 사실을 조작할 가능성이 없다고 단언할 수 없기 때문이다. 더욱이 이러한 성과지향적 승진제도에서 나오된 경찰공무원에게 승진하지 못한 불명예뿐만 아니라 ‘계급정년’이라는 명목으로¹³⁹⁾ 고용상의 불이익까지 주어지는 것은 정당하다고 보기 어렵다고 생각한다.

138) 시민의소리, “공무원 직무급제 반대, 전공노 성과연봉제도 폐지 주장”, 2019년 5월 22일자.

139) 경찰공무원의 정년은 60세이지만, 치안감(4년), 경무관(6년), 총경(11년), 경정(14년)의 경우 계급정년의 적용을 받으므로(경찰공무원법 제24조 제1항) 승진하지 못할 경우 정년규정에도 불구하고 법정기간이 만료되는 때에 자동적으로 퇴직하게 된다.

그런 만큼, 본분에 충실해야 할 경찰을 본분 외의 다른 목적으로 내모는 성과지향적 승진제도 및 계급정년 제도에 대해서는 경찰 스스로 재고할 필요가 있다고 생각한다.

2. 전관예우의 철폐

‘예우’(禮遇)란 예의를 지키어 정중하게 대우하는 것을 말한다.¹⁴⁰⁾ 하지만 전관예우 관행은 전임자를 극진히 예우하는 수준을 넘어선 금전적·비금전적 대가를 퇴직한 고위법조인, 즉 전관(前官)에게 보장한다. 1건당 100억 원의 전관수임료가 보장되는 정도라면 —냉정히 말해— 전관예우를 기대할 수 있는 직급과 직위까지 승진하는 일이 일선 판사와 검사에게 매우 중요할 수밖에 없다. 그런 고수익이 보장된다면 징계처분에 따른 공무원연금 수급권 박탈이나 변호사자격 제한은 물론이고, 형사처벌 조차도 두렵지 않을 수 있다.

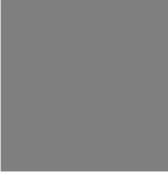
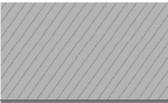
그래서 사법일탈을 방지하는 최선의 방안은 전관예우를 철폐하는 일이지만, 강력한 규제제도를 고안하고 법조인 스스로 아무리 자정활동을 펼치더라도 —막대한 수임료를 지불해서라도— 전관변호사를 수임하려는 사법고객이 사라지지 않는 한, 전관예우 관행은 결코 사라지지 않을 것이다. 즉, 국민 스스로 불매운동을 펼쳐야 해소할 수 있는 사안인 것이지만, 막상 본인에게 송사가 닥치면 전관부터 찾는 것이 현실일지도 모른다. 그런 만큼, —성구매자를 처벌하는 것과 유사한 구조로서— 의도적으로 전관에게 사건을 위임하거나, 이를 알선한 자도 함께 처벌하는 규정을 마련하는 극약처방이 필요할 수도 있다고 생각한다.

140) 네이버 국어사전 참조.

제 6 장



결 론



결론

입법자, 특히 전제군주나 독재자의 관점에서는 ‘법과 다르다’는 매우 간단한 기준만으로 법관 등을 통제할 수 있는 법왜곡죄 도입방안이 매우 매력적으로 보일 수 있다. 역사적으로도 법왜곡죄는 신권과 왕권, 또는 종교·이념의 수호를 위한 수단으로서 지속적으로 활용되어 왔고, 국민주권이 강조된 오늘날에도 그 잔재가 독일, 러시아, 스페인, 노르웨이, 덴마크, 세르비아 등 일부 국가의 형법전에 남아있다.¹⁴¹⁾ 우리나라의 경우도, 제2장 제2절에 소개한 법왜곡 행위유형에 유효하게 대응할 수 있었던 직권남용죄·직무유기죄 규정을 형법전에 이미 마련하고 있었으면서도 권력과 결탁한 사법일탈에는 이들 규정이 무력했던 경험을 가지고 있고, 법왜곡죄가 형법전에 명문화되어 있던 독일이나 러시아조차도 이들 규정이 히틀러나 스탈린의 독재에는 무력했던 만큼, 법왜곡죄를 도입한다고 해서 권력과 결탁한 사법일탈이 사라질 것으로 기대하기는 어렵다고 할 것이다. 더욱이 법왜곡죄는 구성요건에서 “법을 왜곡하여”라는 문언 자체를 지우지 못하는 한, 죄형법정주의의 대원칙인 ‘명확성의 원칙’을 극복하기 어려운 태생적 한계까지 가지고 있다.

그런 만큼 이 글에서는 독일형법식의 법왜곡죄 도입에는 신중할 필요가 있다는 점을 경고할 수밖에 없다. 다만 제2장 제2절에서 소개한 ① 사실관계의 조작, ② 부당한 법적용, ③ 재량권의 남용 등과 관련한 법왜곡 사례들 상당수가 법왜곡죄를 도입해 서라도 단죄하고 싶을 만큼 국민들이 분노했던 사건이며, 형사사법기관 종사자들이

141) 참고로, 북한형법에도 법왜곡죄라고 할 수 있는 ‘부당한 판결·판정죄’가 입법되어 있다.

북한형법 제244조(부당한 판결, 판정죄)

재판일군이 부당한 판결, 판정을 한 경우에는 1년 이하의 노동단련형에 처한다.

앞항의 행위가 정상이 무거운 경우에는 5년 이하의 노동교화형에 처한다(장명봉, 2015 최신

북한법령집, 북한법연구회, 2015, 246면 참조).

범할 수 있는 이런 반인권적 사건 또는 권력남용적 수사·재판 행태가 우리 역사에서 다시 재발할 수 없도록 방지할 필요가 있다는 점에는 전적으로 공감한다. 또한, 우리나라 사법현실에서 흔히 접할 수 있는 사법일탈 행위유형인 ④ 형사사건화를 조장하는 행위, ⑤ 형사합의를 중용하는 행위, ⑥ 사건관계자와 비공식적으로 연락하는 행위, ⑦ 학설을 해석기준으로 삼아 법을 적용하는 행위, ⑧ 여론을 조작하여 법을 적용하는 행위에 대응할 방안 마련도 필요하다고 생각한다.

이에 이 글에서는 이러한 행위유형들을 “법외곡적 사법일탈”이라고 명명하는 한편, 권력결탁형 사법일탈을 방지하기 위한 방안으로서 ① 법관의 실질적 독립을 위한 개헌, ② 법관 징계사유의 실질화, ③ 대법원장 등의 징계 관여 최소화, ④ 직권남용죄 규정의 실질화를 제안하는 한편, 그 밖의 사법일탈을 방지하기 위한 방안으로서 ⑤ 성과지향적 승진제도 및 계급정년 제도의 재고, ⑥ 전관예우의 철폐를 제안하였다. 물론, 권력자에 의해 남용되거나, 무력화되지 못하도록 독일형법식의 법외곡죄를 명확화하거나 실질화하는 방안도 이 글에서 배제하지는 않았고, 제4장 제5절에서 이를 위한 가능성을 열어두었다.

그런데 법외곡적 사법일탈에 대한 가장 근본적인 대책은 실질적이면서도 진정성을 가진 사법개혁이라고 할 수 있다. 그래서인지 선행연구들도 대체로 법외곡죄 도입방안뿐만 아니라 사법개혁 방안까지 함께 제시하고 있고, 이들뿐만 아니라 사법개혁을 위한 방안들은 이미 셀 수도 없이 다양하게 제안되었다. 다만 법외곡적 사법일탈에 대한 유효한 대응방안이 되기 위해서는 임시변통(臨時變通)적인 개혁이 아니라 진정성 있는 개혁이어야 하며, 사법통제를 위한 개혁이 아니라¹⁴²⁾ ‘법관의 실질적 독립’과 ‘사법부의 독립’을 지향하는 개혁이어야 할 것이다. 피상적인 사법개혁이 아닌 진정성 있는 사법개혁을 기대하며, 글을 맺는다.

142) 만일 사법통제가 필요하다면 입법부나 행정부에 의한 통제나 대법원장 등 인사권자에 의한 통제가 아니라 법관 스스로에 의한 통제여야 하며, 국민이 직접 법관을 통제할 수 있도록 —국 민소환제를 포함한— 대법원장·법원장 직선제의 도입을 고민해볼 필요도 있다고 생각한다.

참고문헌

1. 국내문헌

- 강석구·신의기·임석순·한민경·김정연, 사법개혁에 관한 현안 정책과제 발굴 및 쟁점 연구, 한국형사정책연구원, 2017. 8.
- 김성돈, “국가폭력과 형법, 그리고 헌법”, 법조(법조협회) 통권 제731호, 2018. 10.
- 김한균, “법질서정치(Law and Order Politics)와 형사사법의 왜곡”, 민주법학 제37호, 2008. 9.
- 문창재, “부끄러운 기억…인혁당 사건”, 관훈저널(관훈클럽) 제102호, 2007. 3.
- 박광섭, “사법방해죄에 관한 연구”, 법학연구(충남대학교 법학연구소) 제21권 제2호, 2010. 12.
- 법무부, 독일형법, 2008. 5.
- _____, 프랑스 형법, 2008. 11.
- _____, 일본 형법, 2007. 12.
- 서보하, “판사 및 검사의 법외범죄에 대한 대응방안 -법외범죄의 도입을 중심으로”, 경희법학 제49권 제4호, 2014.
- 이재승, “독일의 과거청산 -시효와 재심을 중심으로-”, 법학논총(전남대학교 법학연구소) 제27집 제1호, 2007. 6.
- _____, “반인권적 악법과 사법기구의 인권침해”, 법학논총(국민대학교 법학연구소) 제17집, 2005. 2.
- _____, “법외범죄와 정치사법”, 민주법학 제14호, 1998.
- _____, “정치사법과 과거청산”, 민주법학 제29호, 2005.
- 이진국, “독일 형법상 법외범죄의 구성요건과 적용”, 비교형사법연구(한국비교형사법학회) 제21권 제1호, 2019. 4.
- 장명봉, 2015 최신 북한법령집, 북한법연구회, 2015.
- 전지연, “법외범죄의 도입방안”, 형사법연구(한국형사법학회) 제22호 특집호, 2004 겨울.
- _____, “법외범죄의 도입을 위한 시론”, 형사법연구(한국형사법학회) 제20호, 2003 겨울.

- 제367회국회(임시회) 제2차 법제사법위원회, 형법 일부개정법률안 검토보고(법제사법위원회 수석전문위원 전상수), 2019. 3.
- 제367회국회(임시회) 제2차 법제사법위원회, 형사소송법 일부개정법률안 검토보고(법제사법위원회 수석전문위원 전상수), 2019. 3.
- 주승희, 당사자주의와 직권주의 소송구조 비교 연구, 한국형사정책연구원, 2006.
- 허일태, “법관의 법왜곡행위에 대한 대책”, 동아법학(동아대학교 법학연구소) 제21호, 1996. 12.
- _____, “법왜곡행위와 사법살인의 방지를 위한 입법정책”, 형사정책연구 제18권 제2호, 2007 여름.
- 허황, “독일의 검사에 의한 법왜곡죄 -독일 연방대법원 2017. 9. 14. 결정(4 StR 274/16)을 계기로 한 비교법적 연구-”, 형사법의 신동향 통권 제61호, 2018. 2.

2. 국외문헌

- Aicher - Hadler, Gabriele : Verantwortlichkeit bei Amtsmissbrauch und Korruption, Schriftenreihe Recht und Finanzierungspraxis der Gemeinden(RFG), Manz, 2003.
- Bertel in WK2 StGB : Höpfel/Ratz(Hrsg.), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Manz, 2014.
- Carsten Thiel, Rechtsbeugung - §339 StGB, Berlin, 2005.
- Code of Conduct for United States Judges
(https://www.uscourts.gov/sites/default/files/code_of_conduct_for_united_states_judges_effective_march_12_2019.pdf)(2019.7.2. 최종방문).
- Code of Conduct for U.S. Judges (effective before March 12, 2019)
(<https://www.uscourts.gov/judges-judgeships/code-conduct-united-states-judges>)(2019. 6. 30. 최종방문)
- Criminal Code of Denmark (as of 2005)
(<https://www.legislationonline.org/documents/section/criminal-codes/country/34/Denmark/show>)(2019. 6. 17. 최종방문).

- Criminal Code of the Kingdom of Norway(1902, amended 2005)(English version)
(<https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/11/Norway/show>)(2019. 6. 17. 최종방문).
- Criminal Code of the Kingdom of Spain (1995, as of 2013)(English version)
(<https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/2/Spain/show>)(2019. 6. 16. 최종방문)
- Criminal Code of the Republic of Serbia (2005, amended 2014)
(<https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/5/Serbia/show>)(2019. 6. 17. 최종방문)
- Criminal Code of the Russian Federation (1996, amended 2012)(English version)
(<https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/7/Russian%20Federation/show>)(2019. 6. 16. 최종방문)
- Denmark Criminal Code, 2005, (<https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/34/Denmark/show>)(2019. 6. 17. 최종방문)
- Fischer, Strafgesetzbuch, 65.Aufl., 2018.
- GRECO(Groupe d'Etats contre la corruption) : Gemeinsame erste und zweite Evaluierungsrunde, Evaluierungsbericht Österreich, 2008.
- Hoenigs, Maik : Zur Existenzberechtigung des Straftatbestandes der Rechtsbeugung : Korrelat oder Widerspruch zur richterlichen Unabhaengigkeit, Frankfurter kriminalwissenschaftliche Studien, Band 123, Peter-Lang, 2010.
- Kindhäuser/Neumann/Paeffgen(Hrsg.), Strafgesetzbuch, Bd.3, 5.Aufl. 2017.
- Lackner, Karl/Kühl, Kristian/Bearbeiter, Strafgesetzbuch(StGB), 29. Aufl., C.H.Beck, 2018.
- RULES OF THE COMMISSION ON JUDICIAL PERFORMANCE
(https://cjp.ca.gov/wp-content/uploads/sites/40/2016/08/CJP_Rules.pdf)
(2019. 6. 17. 최종방문).
- Schmidt-Speicher, Ursula : Hauptprobleme der Rechtsbeugung unter besonderer Berücksichtigung der historischen Entwicklung des Tatbestandes, Duncker&Humblot·Berlin, 1982.
- Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 27.Aufl., 2006.

Spain Criminal Code, Ministerio de Justicia, 2013

(<https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/2/Spain/show>)(2019. 6. 16. 최종방문).

Stratenwerth/Wohlers : Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, 2. Auf., Stämpfli, 2009, Art. 312. Rz. 3.

Thomas P. Sullivan/Maurice Possley, The Chronic Failure to Discipline Prosecutors for Misconduct: Proposals for Reform, The Journal of Criminal Law & Criminology(2015), Vol. 105, No. 4. pp.881-945.

藤田勇·畑中和夫·中山研一·直川誠藏, ソビエト法概論, 有斐閣, 1983.

Abstract

Proposals for the Regulation of Perverting the Course of Justice in Korea

KANG, Seok Ku · JU, Seung Hee

1. Background and Purposes of Study

The purpose of this study is to prevent legal distortions and to prevent the abuse of power that can be committed during judicial proceedings and trial proceedings.

2. Main Contents

a) Types of Legal Distortion in Criminal Justice

The types of legal distortions or perverting the course of justice that appear in previous studies include the manipulation of facts, the unjustifiable use of law, and the abuse of discretion. In addition to these, some judicial deviations in practice should also be included.

b) Current Laws on Legal Distortion

Although it could be punished for abuse of power, there is no precedent for punishment as abuse of power. Since the former Chief Justice of Supreme Court was arrested, the possibility of disciplining the judge has increased.

c) Related legislation in other countries

Germany, Spain, Norway, Denmark, Russia, and Serbia are governed by

independent penalties such as legal distortions or perverting the course of justice. In this case, the United States are governed by disciplining judges, and Japan, Austria, Switzerland and France are governed by punishing them for abuse of power or for infringement of the rights of others.

3. Summary of Suggestions

The punishment for the legal distortion or perverting the course of justice cannot be regarded as a product of modern democracy in history, and it is possible that power can be abused as a means to seize and control the judiciary rather than to condemn the judicial bureaucracy who is attached to the power. However, countermeasures are needed in order to prevent the recurrence of unjustified history.

These are needed as a countermeasure; a constitutional amendment for substantive independence of judges, pecification of reason for disciplinary jurisdiction, minimization disciplinary involvement of Chief Justice, specification of abuse of power, and so on.

부록

각국의 법외곡죄 입법례

| 국가 | 원문 또는 영문 | 국문번역 |
|-----|---|--|
| 독일 | <p>§ 339 (Rechtsbeugung) Ein Richter, ein anderer Amtsträger oder ein Schiedsrichter, welcher sich bei der Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache zugunsten oder zum Nachteil einer Partei einer Beugung des Rechts schuldig macht, wird mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu fünf Jahren bestraft.</p> | <p>제339조(법률왜곡) 법관, 기타 공무원 또는 중재법관이 법률사건을 지휘하거나 재판함에 있어 당사자 일방에게 유리하게 또는 불리하게 법률을 왜곡한 경우에는 1년 이상 5년 이하의 자유형에 처한다.</p> |
| 스페인 | <p>Article 446 A Judge or Magistrate who knowingly hands down an unfair judgement or ruling shall be punished: With a sentence of imprisonment of one to four years if an unjust judgement against the accused in a criminal case if the sentence has not yet been executed, and with the same punishment in its upper half and a fine of twelve to twenty-four months if it has been executed. On both cases, the punishment of absolute barring for a term of ten to twenty years shall also be imposed. With the punishment of a fine from six to twelve months and special barring from public employment and office for a term from six to ten years, if an unfair sentence against an accused person is handed down in misdemeanour proceedings. With the punishment of a fine from twelve to twenty-four months and special barring from public employment and office for a term of ten to twenty years, when any other unfair judgement or ruling is handed down.</p> <p>Article 447 A Judge or Magistrate who, due to serious negligence or inexcusable ignorance, hands down a manifestly unjust judgement or ruling shall incur the punishment of special barring from public employment and office for a term from two to six years.</p> <p>Article 448 A Judge or Magistrate who refuses to judge, without alleging a legal reason, or under the pretext of obscurity, insufficiency or silence</p> | <p>제446조 법관이나 치안판사가 의식적으로(knowingly) 불공정한 판결이나 결정을 내릴 경우, 이하의 형벌이 부과된다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 형사피고인에 대한 불공정한 재판이 아직 집행되지 않은 경우에는 1년 이상 4년 이하의 징역에 처하며, 피고인에 대한 형집행이 완료된 경우에는 2년 이상 4년 이하의 징역 및 12개월 이상 24개월 이하의 벌금형을 병과한다. 형사피고인에 대한 불공정한 재판이 경범죄절차에서 이루어진 경우에는 6개월 이상 12개월 이하의 벌금형 및 6년 이상 10년 이하의 (공직이나 공공기관에의) 임용금지형을 부과한다. 기타 불공정한 판결이나 결정을 선고한 경우에는 12개월 내지 24개월의 벌금형 및 1년 이상 12년 이하의 (공직이나 공공기관에의) 임용금지형을 부과한다. <p>제447조 법관이나 치안판사가 중대한 과실이나 용납할 수 없는 무지로 명백하게 불공정한 판결이나 결정을 선고한 경우에는 2년 이상 6년 이하의 공직임용금지형을 부과한다.</p> <p>제448조 법관이나 치안판사가 합리적 이유를 제시하지 않거나, 모호하거나 불충분하거나 법에 근거하지 않는 사유를 들어서 재판을 거부하는 경우에는 6개월 이상 4년 이하의 공직임용금지형을 부과한다.</p> |

| 국가 | 원문 또는 영문 | 국문번역 |
|------|---|--|
| | <p>of the Law, shall be punished with the penalty of special barring from public employment and office for a term of six months to four years.</p> <p>Article 449 1. The same punishment stated in the preceding Article shall be incurred by the Judge, Magistrate or Court Clerk found guilty of malicious delay in administering justice. Malicious delay shall be construed as that caused to achieve any unlawful end.</p> <p>2. When the delay is due to an officer other than those mentioned in the preceding Section, the lower half of the punishment stated shall be imposed on him.</p> | <p>제449조 법관이나 판사 또는 법원서기가 사법집행을 악의적으로 지연시킬 경우에는 제448조와 동일한 형을 부과한다. ‘악의적인 지연’이란 그 지연이 불법적인 결과를 초래하는 경우를 의미한다. 만약 절차의 지연이 제1항에 기재된 사람 이외의 공직자에 의한 경우에는 6개월 이상 2년 이하의 공직임용금지형을 부과한다(제449조 제2항).</p> |
| 노르웨이 | <p>§ 110. A judge, juror, or assessor who in such capacity acts against his better judgment shall be liable to imprisonment for a term not exceeding five years.</p> <p>If he thereby caused or was accessory to causing any person to be wrongfully subjected to a penalty or to a greater penalty than he deserved, he shall be liable to imprisonment for a term of not less than two years.</p> <p>If the felony has resulted in the execution of a death sentence or the serving of a custodial sentence for more than five years, imprisonment for a term not exceeding 21 years may be imposed.</p> | <p>제110조 판사나 배심원 또는 보조판사 등 그와 같은 직무를 행하는 자가 미숙한 판단을 할 경우에는 5년 이하의 징역에 처해진다.</p> <p>만약 미숙한 판단으로(against his better judgement) 피고인에게 부당하게 형벌을 선고하거나 과잉형벌을 부과하거나 이를 교사 또는 방조한 경우에는 2년 이상의 징역을 부과한다.</p> <p>만약 당해 범죄가 사형 집행을 초래하거나 5년 이상의 징역형을 집행하게 된 경우에는 21년 이하의 징역형을 부과한다.</p> |
| 덴마크 | <p>§146 (1) If any person vested with jurisdiction or other public power to make decisions in any matter affecting the legal rights of private persons commits an injustice in deciding or examining the case, he shall be liable to imprisonment for any term not exceeding six years.</p> <p>(2) If the act is committed with the intent to impair the welfare of any person, the penalty shall be imprisonment for any term not exceeding sixteen years.</p> <p>§147 If any person whose duty it is to enforce the punitive power of the state applies, for that purpose, unlawful means with a view to obtaining a confession or evidence, or if he</p> | <p>제146조 (1) 사법권이나 기타 개인의 법적 권리에 영향을 미칠 수 있는 사안에 대해 결정할 수 있는 공적 권한을 부여받은 사람이 사건을 결정하거나 조사함에 있어서 불법(injustice)을 저지른 경우에는 6년 이하의 징역에 처한다(제146조 제1항).</p> <p>(2) 만약 전항의 행위가 개인의 복리를 해치기 위한 의도로 행해진 경우에는 16년 이하의 징역형에 처한다.</p> <p>제147조 국가의 형벌권을 집행할 의무가 있는 자가 자백이나 증거를 수집하기 위해서 불법한 수단을 이용하거나 또는 불법한 체포나 구금, 압수 또는 수색을 실시한 경우, 벌금형이</p> |

| 국가 | 원문 또는 영문 | 국문번역 |
|------|---|--|
| | <p>undertakes any unlawful arrest, imprisonment, search or seizure, he shall be liable to a fine or to imprisonment for any term not exceeding three years.</p> <p>§148 If any person in whom jurisdiction or other public power to decide legal issues is vested or whose duty it is to enforce the punitive power of the state fails, intentionally or through gross negligence, to observe the procedure provided by law, as regards the examination of the case or the execution of certain juridical acts or in respect of arrest, imprisonment, search, seizure or measures of a similar nature, he shall be liable to a fine or to imprisonment for any term not exceeding four months.</p> | <p>나 3년 이하의 징역에 처한다.</p> <p>제148조 법률사안에 대해서 결정할 수 있는 사법권이나 기타 공적 권한을 부여받거나 국가의 형벌권을 집행하는 사람이 고의로 또는 중대한 과실로 사건조사나 체포, 구금, 압수, 수색, 기타 유사한 성격의 특정한 법적 활동과 관련한 법적 절차를 준수하지 못한 경우에는 벌금형이나 4개월 이하의 징역형에 처한다.</p> |
| 러시아 | <p>Article 305 (Knowingly Giving an Unjust Judgement, Decision, or any Other Juridical Act)</p> <p>1. Delivery by a judge (judges) of a knowingly unjust judgement, decision, or any other juridical act, Shall be punishable with a fine in an amount of up to 300 thousand roubles, or in the amount of the wage or salary, or any other income of the convicted person for a period of up to two years, or by compulsory labour for a term of up to four years, or by deprivation of liberty for a term of up to four years.</p> <p>2. The same deed related to the delivery by a court of law of an unjust sentence of deprivation of liberty, or entailing other serious consequences, Shall be punishable by deprivation of liberty for a term of three to ten years.</p> | <p>제305조 (의식적으로 불공정한 판결, 결정 또는 기타 사법행위를 실시한 경우)</p> <p>1. 법관(들)이 의식적으로(knowingly) 불공정한 판결이나 결정, 또는 기타 사법행위를 한 경우, 30만 루블 이하의 벌금형, 2년 이하의 일수벌금형, 4년 이내의 강제노역형, 또는 4년 이하의 징역형에 처하게 된다.</p> <p>2. 상술한 행위로 인해 타인의 자유를 박탈하는 부당한 판결이 선고되거나 기타 심각한 결과를 초래한 경우에는 3년 이상 10년 이하의 자유형에 처한다.</p> |
| 세르비아 | <p>Article 360 (Violation of Law by a Judge, Public Prosecutor or his Deputy)</p> <p>A judge or lay judge, public prosecutor or his deputy who in court proceedings with intent to acquire a benefit or to cause damages to another issues an unlawful act or otherwise violates the law, Shall be punished by imprisonment of six months to five years.</p> | <p>제360조 (판사, 검사 또는 그의 대리인에 의한 위법행위)</p> <p>판사, 배심원, 검사, 또는 그 대리인이 재판절차에서 이익을 획득하거나 기타 손해를 일으킬 고의를 가지고 불법한 행동을 하거나 달리 법을 위배하는 경우에는 6개월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다.</p> |

연구총서 19-AB-02

형사사법 분야의 법왜곡 방지를 위한 입법정책

발행 | 2019년 6월

발행처 | 한국형사정책연구원

발행인 | 한인섭

등록 | 1990. 3. 20. 제21-143호

주소 | 서울특별시 서초구 태봉로 114

전화 | (02)575-5282

홈페이지 | www.kic.re.kr

정가 | 7,000원

인쇄 | (주)케이에스센세이션 02-761-0031

I S B N | 979-11-89908-20-1 93360

• 사전 승인없이 보고서 내용의 무단 전재 및 복제를 금함.

