

법왜곡행위와 사법살인의 방지를 위한 입법정책

허 일 태*

국문요약

우리 사법부는 구시대의 권위주의 정권 하에서 권력의 시녀로서 법왜곡을 통한 인권침해의 부끄러운 역사를 가지고 있다. 법관의 법왜곡행위는 그 특질이 공무원의 신분을 갖는 자만이 범하는 공무원범죄, 직무의무를 침해하는 의무침해범죄이자, 소송절차상에서 결정적 역할을 담당하는 자에 의해 빚어지는 소송범죄로서의 성질을 지녔기 때문에, 그런 행위는 일반범죄보다 범죄성에 대한 비난가능성이 크다. 그러나 현행 형법상의 공무원의 직무범죄는 법률 자체를 왜곡한 행위에 대한 처벌에 방향이 맞추어진 것이 아니다. 사법부의 관료주의와 과거사 문제는 반드시 문제시해야 한다는 점에서 법왜곡행위를 금지하는 규정을 신설해야 한다. 장차 형법전에 명시되어야 할 법왜곡죄는 “수사절차나 소송절차에서 어느 당사자에게 유·불리하게 고의로 법률을 왜곡한 법관 등에게는 소정의 형벌을 가한다”는 형식으로 입법되어야 한다.

* 동아대학교 법과대학 교수, 법학박사.

I. 문제제기

사람을 죽인 자들은 사형수가 되거나 아니면 적어도 살인의 전과자로 평생을 살아야 한다. 전과자의 삶은 무서운 것으로 이는 당사자의 인간적 삶을 초토화시키는 위력을 가진다. 특히 살인에 적극 관여한 자에 대한 우리의 시선은 냉혹하게 차갑고, 그런 자의 삶이 어떤 것인지 굳이 설명할 필요가 없을 것이다.

사람을 죽이는 방법에는 제한이 없다. 작위나 부작위, 아니면 사법살인으로도 가능하다. 그러기에 사법살인은 살인행위가 아니라고 주장할 수 없는 것이다. 그런데도 사법살인에 직·간접으로 간여한 사람들은 잘 먹고 잘 살고 있다. 그것은 정의가 아니다. 정의는 각자에게 자신의 몫을 돌려주는 데에 있음은 고금을 통하여 확인된 진리이며, 작위든 부작위든 아니면 사법살인이든 사람을 죽였으면 그 죄 값을 치렀어야 하는 것은 당연하기 때문이다.

우리나라에서는 ‘인혁당 재건위 사건’에 대한 재심재판에서 무죄를 선고하였고, 2004년도에도 ‘김대중 내란음모 사건’의 재심재판에서도 역시 무죄를 선고한 바 있다. ‘인혁당 재건위 사건’에서는 대법원의 확정판결이 있고 난 후 그 다음날 사형이 집행되어 이미 고인이 되어 버렸고, ‘김대중 내란음모 사건’은 미국의 개입으로 사형을 집행하지 못하고, 급기야 사면·복권되어 후에 대통령까지 되었다. 이처럼 우리나라에서 대법원에 의한 여러 차례의 사법살인이 있었음에도 불구하고 그런 살인행위에 대해서는 어떠한 형사처벌도 없었으며, 심지어 징계처분조차도 받은 자가 없다. 다시 말해 한국의 현행 법률 아래에서의 사법살인은 과실로 재물을 손괴하는 행위보다 가벼운 것으로 취급되고 있다. 즉 과실손괴는 손해배상의 대상이라

도 되지만, 한국에서의 사법살인은 그런 것의 대상조차도 되지 않았으며, 법관징계법¹⁾에 의한 처분을 받은 적도 없고, 형법 제123조의 직권남용, 제124조의 불법체포·불법감금, 제125조의 폭행·가혹행위에 의해 처벌된 적도 없다.²⁾ 더구나 사법살인자들 중의 일부는 사법부의 최고수장인 대법원장으로 영전되었던 분도 한 분만이 아니었다.³⁾

법관의 잘못으로 형사처벌을 받은 무고한 피해자는 재심을 통하여서도 항시 올바르게 회복되는 것은 아니며, 피해자에게 오는 명예훼손은 영원히 돌이킬 수 없는 것이며, 무고한 자에 대한 다소간의 금전적 피해보상도 그의 인생을 망친 법관의 실수를 보상받기에는 충분하지 않다.⁴⁾ 이처럼 법관의 잘못된 재판으로 인한 피해는 이해관계인에게 근본적인 것이 되며, 따라서 법관의 실수 중에서 성실한 법관이라면 피할 수 있었던 잘못은 가능한 회피하는 대책이 필요하다.⁵⁾ 더구나 법관의 불공정한 재판이나 의도적인 법외국행위, 특히 사법살인은 사법부의 신뢰를 본질적으로 떨어뜨려 사법부가 국민의 인권보장을 위한 최후 보루라는 국민의 믿음을 송두리

1) 법관징계법: 제2조 (징계사유) 법관에 대한 징계사유는 다음 각호와 같다. 1. 법관이 직무상 의무를 위반하거나 직무를 게을리 한 경우, 2. 법관이 그 품위를 손상하거나 법원의 위신을 실추시킨 경우.

제3조 (징계처분의 종류) ①법관에 대한 징계처분은 정직·감봉·견책의 3종으로 한다. ②정직은 1월 이상 1년 이하의 기간 동안 직무집행을 정지하고, 그 기간 중 보수를 지급하지 아니한다. ③감봉은 1월 이상 1년 이하의 기간 동안 보수의 3분의 1 이하를 감한다. ④견책은 징계사유에 관하여 서면으로 훈계한다.

2) 형법 제123조 이하는 공무원의 직권남용이나 가혹행위 등을 처벌하고 있으며, 이들 규정은 분명 사법살인을 면책시킨 규정이 아니라, 처벌대상행위일 가능성을 가짐에도 불구하고 이들 형법 규정에 의해 처벌된 적도 없으며, 처벌하기 위해 공소가 제기된 적도 심지어 수사된 적도 없었다. 법관의 사법살인행위는 용서할 수 없는 짓거리임에도 법관징계법에 의해서조차 처벌된 경우가 전혀 없다는 것은 법관은 잘못을 저질러도 수 없는 영역으로 남아 있는 셈이다.

3) 예컨대 김○철, 유○홍 등.

4) 오관과 법관의 자세에 관하여는 한승헌, 법과 인간의 항변, 범우사, 1984 참조.

5) Karl Peters, Fehlerquellen im Strafprozeß : eine Untersuchung der Wiederaufnahmeverfahren in der Bundesrepublik Deutschland, 1974, S. 19 ff, 24 ff.

채 앓아가게 하고, 국민의 법에 대한 준법정신조차 해이케 한다.

따라서 이러한 피해를 방지하거나 줄일 수 있는 형법상의 대책을 강구하는 것이 시급하다고 보여 진다. 그러므로 아래에서는 법관의 법외곡행위에 의한 사법살인의 현상과 원인을 검토하고, 그에 대해 현행법상의 대응가능성을 살펴본다. 현행법상의 대응만으로는 법외곡행위에 의한 사법살인의 근절이 어렵다면, 법관의 사법살인, 특히 법외곡행위에 대해 바람직한 입법정책을 제시해 보고자 한다.

II. 법외곡행위의 원인과 문제점

민주국가에서 사법권의 기능은 자유·민주주의 최후의 보루로서의 기능이라 할 수 있다. 건전하고 신뢰받는 사법부가 있는 한 우리의 장래가 있고 국민은 희망을 가질 수 있으며 사회양심이 살아날 수 있는 것이다. 이것은 평화롭고 질서 있는 삶의 기초가 된다. 다가올 미래의 통일시대에도 이것은 우리사회에 뿌리내려야 할 중요한 과제이다. 그럼에도 지난날의 우리의 사법부를 되새겨 볼 때 사법부와 법관의 권위에 대하여 언제나 신뢰와 존경의 대상으로보다는 회의적인 시각을 무시할 수 없을 정도로, 적지 않은 판결이나 결정이 정치적으로 행해졌거나 정실에 의해 이루어 졌음을 부인할 수 없을 것이다. 물론 어려운 여건 속에서도 권위적인 정권에 항거하여 때로는 집단적으로 때로는 개인적으로 이 땅에 법치주의가 뿌리내릴 수 있도록 힘써온 수많은 법조인이 있었으나, 그러나 불행하게도 그런 법관일수록 젊은 나이에 변호사로 나설 수밖에 없는 사정도 우리는 감안해야 할 것이다.

1. 사형제의 존치

사형제가 존치하였기 때문에 사법살인이 가능하였다. 즉 사형제가 존치하지 않았다면, 한국에서 사법살인은 원천적으로 불가능했기 때문이다. 다행스럽게 우리나라도 1998년 이후부터에서야 사실상 사형을 집행하지 않고 있고, 앞으로 9개월 정도 동안 사형집행이 없으면 사실상 사형제폐지국으로 분류돼 국제적인 시선 때문에 사형제의 부활은 어렵게 될 것이다. 필자는 오래 전부터 사형제를 폐지하는 운동에 관여하였으며, 그 대안으로서 절대적 종신형을 국내에서는 처음으로 주장하였다.⁶⁾

2. 권위주의적 정부의 존재와 정적제거 등 정치위기 탈출로

사사오입에 의한 개헌으로, 아니면 군사쿠데타로 정권획득에 성공한 권위주의적 정권들이 정의의 이념에 지향하는 법률을 제정하기보다는 형식적 법의 탈을 쓴 법률을 양산한 결과, 정의의 관념이 특별히 투철하지 않은 보통의 법관에게 위헌적인 법률을 무조건 적용하지 말라고 요구하는 것은 처음부터 무리이다. 더욱이 법원에 정보담당관이 상주했던 시절에 법관개인이 승진 등 人事上에 불이익을 감수하면서까지 국민의 편에서 정의로운 재판을 해달라고 무조건 요구할 수 있었을까? 그렇게 했다간 당장에 인사상에 불이익을 본 것은 그 당시에서는 당연한(?) 것으로 치부했다.⁷⁾

6) 이에 관해 자세한 문헌으로는 허일태, 사형의 대체형벌로서 절대적 종신형의 검토, 형사정책 제12권 제2호, 223쪽 이하 참조.

7) 1985년 봄 갓 임관한 인천지방법원의 박시환 판사는 가두시위 대학생에 대해 무죄를 선고했다가, 6개월 뒤 영월지원으로 좌천되는 변칙인사가 있었다. 같은 해 9월 서울민사지방법원의 서태영 판사는 이와 같은 인사의 부당성을 '법률신문'에 기고했다가 부임 하루 만에 울산지원으로 전보 발령되고 말았다.

게다가 김대중 내란음모사건의 경우 전두환 정권의 집권야욕에서 벗어난 작품이었으며, 인혁당재건위 사건은 10월 유신이라는 쿠데타로 독재정권의 집권연장을 위한 방편으로 이용된 살인극이었다.

권위주의적 정부는 결국 판사를 정치지향적으로 몰아갔다. 물론 말없는 다수의 판사는 가능하면 법과 양심에 따라 재판하려고 하였지만, 법관도 사람인지라 현실의 정치현황을 무시할 수 없었다. 그럼에도 지나치게 권력자의 의도대로 판결을 정치적으로 하는 법관이 존재하였다는 것은 불행한 일이었다.⁸⁾

법관의 법률왜곡행위 중 상당수가 수사기관의 고문 등 강압적 수사에 기해서 사실관계가 조작되었기 때문에 이루어 졌다. 물론 이 사실관계는 재판을 통해서 상당부분 그 진실을 드러내 놓을 수 있었음은 부인할 수 없을 것이다. 물론 당시의 정치적 상황에서 수사기관의 현명한 판단 아래서 수사와 공소제기는 어려운 측면을 십분 이해할 수 있다. 그러나 출세를 위해 정치권의 눈치를 보면서 형사사법을 왜곡·이용한 검찰도 상당수 있다는 것은 바람직한 일이 아니다.

3. 헌법정신과 법률 그리고 법원칙의 비준수

법관이 법과 양심에 따른 법적용을 제대로 하였다면, 무죄추정의 원칙을 제대로 준수하였다면, 발생한 사건에 대해 편견 없이 그 진실을 파악하려고 조금이라도 노력했더라면, 법관의 의식적 법왜곡행위나 중대한 과실에 의한 법왜곡행위는 일어날 수 없었을 것이다.

8) 전형적인 경우가 1980년의 ‘김대중 내란음모사건’과 1987년의 유성환 의원 ‘국시논쟁사건’, 14대 총선 때 ‘안기부원 흑색선전물배포사건’ 등을 들 수 있다.

4. 법외국행위에 대한 지나친 관대한 처분

우리 사회에서는 사법판결의 과오에 대하여 적어도 공공연하게는 공박을 삼가는 것이 관행이며, 심지어 법관이 법외국행위를 하여도 법관복을 벗는 것으로 사건을 마무리하는 것이 지금까지의 관례로 되어왔다.⁹⁾ 그러나 사법의 오류를 진단하는 것은 매우 중요한 일이며, 그에 대한 대책을 마련할 시점이라고 생각된다. 법외국행위의 문제도 이러한 논거에서 제외될 수 없는 것이다.

III. 법외국 관련 판결의 소개

1. 인민혁명당 재건위원회 사건¹⁰⁾

가. 사건의 경과

1964년 8월 14일 중앙정보부는 “대한민국을 전복하라는 북한의 노선에 따라 움직이는 인민혁명당이란 반국가단체가 각계각층의 인사들을 포섭, 당조직을 확장하려다가 발각되어 체포되었다”고 발표하였다. 사건 직후 한국인권옹호협회가 무료변호를 맡고 피고인에게 가해진 고문내용을 폭로하여, 1965년 1월 20일 선거공판에서 반공법 위반으로 도예중(都禮鍾), 양춘

9) 한승헌, 법과 인간의 항변, 71쪽 참조.

10) 대법원 1975.4.8. 선고 74도3323 판결(대통령 긴급조치위반·국가보안법위반·내란죄의 예비, 음모, 선동·반공법위반·뇌물공여). 이 사건에 대한 자세한 사항은 ‘천주교 정의구현 사제단’에 의해 편집된 ‘사법살인, 1975년 4월의 학살’이라는 단행본을 참조하기 바람.

우(楊春遇)는 각각 징역 3년, 징역 2년을 선고받고 나머지 11명은 무죄를 선고받았다.¹¹⁾

이와 같은 판결에 대하여 검찰은 불복, 항소심을 제기하였고, 그 해 5월 29일 열린 항소심 선고공판에서 재판부는 원심을 파기, 피고인 전원에게 유죄선고를 내리고, 도예중 · 양춘우 외에도 박현채를 비롯한 6명에게 징역 1년, 나머지 사람들에게는 징역 1년에 집행유예 3년을 선고하였다. 이를 속칭 ‘인혁당사건’이라고 한다.

1972년 10월 17일 유신헌법¹²⁾이 선포된 이후 유신반대투쟁이 전국으로 확산되었다. 중앙정보부는 투쟁을 주도하던 민청학련(전국민주청년학생연맹)의 배후로 이른바 ‘인민혁명당 재건위원회’를 지목했고, 인민혁명당 재건을 위한 반국가단체를 결성했다는 이유로 긴급조치 1호 및 국가보안법 위반 등의 혐의로 23명이 구속되었다. 이 중 도예중 · 하재완 · 여정남 · 김용원 · 서도원 · 송상진 · 이수병 · 우홍선 등 8명은 사형을 선고받았고, 나머지 15명도 무기징역에서 징역 15년까지 중형을 선고받았다. 사형선고를 받은 이들 8명은 대법원 확정판결이 내려진 지(1975.4.8) 불과 18시간 만인 1975년 4월 9일 형이 집행되었다. 이를 속칭 ‘인혁당재건위사건’이라고 부른다.

11) 이 사건과 관련하여 수사에 직접 관여하였던 당시 이용훈 부장검사는 후일에 “사필귀정의 심정으로”라는 자신의 회고록 95쪽 이하에서 1964년에 야기된 ‘인혁당 사건’이 중앙정보부의 조작극이었음을 밝히고 있다.

12) 유신헌법은 3공화국 헌법을 무시하고 국민의 대의기관으로서 입법권을 행사할 수 있는 국회를 강제로 해산시킨 가운데 비상국무회의에서 마련, 의결되었다는 점에서 성립 자체가 인정되지 않는다. 또한 유신 헌법에 의하면 국정감사권이 부인되고, 징계처분에 의해서 법관이 파면될 수 있게 되었으며, 대통령은 국회의원 정수의 3분의 1 추천권, 국회해산권, 긴급조치권, 국민투표 附議權, 헌법제안권, 모든 대법관의 임명권을 행사할 수 있게 되었다. 그리고 대통령의 임기는 6년으로 중임이나 연임제한이 없고, 대통령이 의장으로 있는 통일주체국민회의에서 대통령을 선출하게 되었다. 즉, 유신헌법에 의해서 대통령은 행정부, 입법부, 사법부 위에 군림하는 막강한 권한을 손아귀에 권채 죽을 때까지 권좌를 지킬 수 있게 되었는데, 이로 인해서 권력분립과 견제, 사법권의 독립, 민주적인 선거 제도 등 민주주의의 기본 원리는 철저하게 부정되었다.

나. 대법원 판결이유

1) 헌법위반의 주장에 관하여

헌법 제53조에 의거하여 선포된 긴급조치 제1호¹³⁾ 같은 제2호¹⁴⁾ 및 같은 제4호¹⁵⁾는 헌법규범에 위배되어 무효라든가, 소급적 처벌규정이어서 헌법 제11조 제2항에 위반한 것으로 무효라든가, 그 내용이 요건을 갖추지 못하여 무효라는 것, 긴급조치 제5호의 제2항의 경과규정¹⁶⁾이 헌법위반이라는 점 등의 소론에 대하여 우리 헌법해석상 받아드리지 못할 것이다.

13) 긴급조치 제1호(1974.1.8)

- (1) 대한민국 헌법을 부정 반대 왜곡 또는 비방하는 일절의 행위를 금한다.
- (2) 대한민국 헌법의 개정 또는 폐지를 주장 발의 제안 또는 청원하는 일절의 행위를 금한다.
- (3) 유언비어를 날조 유포하는 일절의 행위를 금한다.
- (4) 전 (1), (2), (3)호에서 금한 행위를 권유, 선동, 선전하거나 방송, 보도, 출판, 기타 방법으로 이를 타인에게 알리는 일절의 언동을 금한다. 이 조치에 위방한 자와 이 조치를 비방한 자는 법관의 영장없이 체포, 구속, 수색하며 15년 이하의 징역에 처한다. 이 경우에는 15년 이하의 자격 정지를 병과할 수 있다. ...
- (6) 이 조치를 위방한 자와 이 조치를 비방하는 자는 비상군법회의에서 심판 처단한다.
- (7) 이 조치는 1974년 1월 8일 17시부터 시행한다.

14) 긴급조치 2호: 긴급조치를 위반한 자를 처벌하는 비상군법회의의 설치, 중앙정보부 부장이 사건의 정보, 조사, 보안업무를 조정, 감독.

15) 긴급조치 제4호: “민청학련과 이것에 관련한 제 단체의 조직에 가입하거나, 그 활동을 찬동, 고무 또는 동조하거나 그 구성원에게 장소, 물건, 금품 그 외의 편의를 제공하거나 그 활동에 관한 문서, 도서, 음반, 그 외의 표현물을 출판, 제작, 소지, 배포, 전지, 판매하는 것을 일제히 금지한다. 이 조치를 위반한 자, 이 조치를 비방한 자는 영장 없이 체포되어 비상군법회의에서 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역형에 처한다. 학생의 출석거부, 수업 또는 시험의 거부, 학교 내외의 집회, 시위, 성토, 농성, 그 외의 모든 개별적 행위를 금지하고 이 조치를 위반한 학생은 퇴학, 정학처분을 받고 해당학교는 폐교처분을 받는다는 것. 군의 지구사령관은 서울특별시장, 부산시장 또는 도지사에게 학생탄압을 위한 병력출동 요청을 받을 때는 이에 응하고 지원해야 한다.”

16) 긴급조치 5호: 1974.8.23. 긴급조치 1·4호의 해제. 그러나 당시 1·4호로 재판 중이거나 처벌된 자에게는 효력을 미치지 않음.

2) 법률위반 내지 법리오해의 주장에 관하여

과거 이른바 ‘인혁당 사건’이 반공법위반으로 처단되었음에도 불구하고, 이를 다시 국가보안법 소정의 반국가단체로 인정하였음은 일사부재리의 원칙에 반한 주장에 대해서 대법원은 다음과 같은 입장을 취하였다. “원심이 유지한 제1심의 거시증거에 의하면 이 사건의 ‘인혁당재건단체’는 1964.9.5.에 기소된 소위 ‘인혁당’과는 별개의 단체인 반국가단체로 인정하였음이 명백하므로, 위 소위 ‘인혁당사건’의 피고인 등이 반공법 위반으로 처단되었다 할지라도 이 사건의 ‘인혁당재건단체’를 원심이 증거에 의하여 국가보안법 소정의 반국가단체로 인정하여 이에 관련된 피고인들을 국가보안법 제1조 제1항, 같은 제2항 위반으로 처단하였음은 소론과 같은 잘못이 없다 할 것이다.”

3) 비공개재판의 위법성에 관하여

원심과 각 1심은 법정요건을 갖춘 바도 없이 비공개재판을 강행함으로써 공개재판을 받을 피고인의 권리를 보장한 헌법 제24조를 위반하였으며, 군법회의법 제67조에 위배된 위법이 있다는 주장에 대해: 대법원에 따르면 재판의 심리과정에서 어떤 심급의 재판이 공개되었느냐의 여부는 공판조서의 기재사항을 규정한 군법회의법 제84조 제2항 제5호에 의하여 재판의 공개여부를 공판조서에 기재하여야 하게 되었고, 동법 제89조는 “공판기일의 소송절차로서 공판조서에 기재된 것은 그 조서만으로 증명한다”고 규정되어 있는 바, “소론의 재판공개여부는 이 사건의 공판조서에 의하여서만 인정할 수 있는 것으로 ‘인혁당재건단체’ 사건의 제1심 공판조서에 의하면 제1차(1974.6.17. 09:05: 동 공판조서 제310면)부터 제7차 공판(1974.7.11. 09:30:

동 공판조서 제739면)까지의 재판 ‘공개여부’란에 ‘법정공개’로 기재되어 있음을 볼 수 있다. 그렇다면 이 사건은 시중 공개된 법정에서 심리가 진행되었음을 인정할 수 있다.”

4) 공판심리절차상 위법이 있다는 주장에 관하여

‘인혁당재건단체’의 사건의 제1심 공판조서를 조사한 즉, 제1심에서는 각 피고인에게 대하여 필요하고도 충분한 진술의 기회와 각 변호인이 피고인 기타 소송관계인에 대한 필요한 訊問權을 부여하였음을 인정할 수 있고, 각 변호인에게 피고인을 변호할 수 있는 필요하고도 충분한 기회가 부여되어 그것이 실행되었음을 인정하기에 충분할 뿐 아니라, 각 피고인에게도 충분한 최후진술이 있었음을 공판조서상 명백히 인정할 수 있다.

5) 증거조사절차에 위법이 있다는 주장에 관하여

이 사건의 제1심은 피고인과 변호인에게 증인신문의 시일과 장소를 미리 통지한 바 없이 1974.7.5.과 1974.7.6. 수명법무사실에서 증인 62명에게 대한 증인 신문을 하므로써 피고인과 변호인에게 증인신문에 참여권 및 반대신문권을 박탈하거나 제한한 것으로 판결에 영향을 미친 위법이 있다는 주장에 대해: “... 각 소송관계인들에게 출석할 것을 명하였음은 기록상 명백한 바(제1심 공판기록 제1891면), ... 논지는 이유 없다.”

6) 채증법칙 위배의 주장에 관하여

진술의 임의성이 없는 검찰관의 피의자 신문조서, 진술조서 및 자필진술

서와 그것이 특히 신빙할 수 없는 상태에서 작성된 것임에도 불구하고 이것들을 유죄의 증거로 하였음은 증거능력 없는 증거를 유죄의 증거로 한 위법이 있다는 주장에 대해: 대법원은 “‘인혁당재건단체’ 사건의 피고인 김용원은 동 공판조서 제352면, 356면, 360면에서 ‘문: 검찰에서 피고인을 고문하면서 허위자백을 권유하던가. 답: 그렇지 않고 자유분위기였습니다.’… 자유스런 분위기 속에서 임으로 진술하였음을 볼 수 있다”고 판시하였다.

2. 김대중 내란음모 사건(대법원 1981.1.23. 선고: 대법원 전원합의체)

가. 사건의 경과

1980년 5월 17일 밤 동조세력 23명과 함께 김대중을 동교동 자택에서 체포한 후 동년 5월 22일 계엄사령부는 “김대중은 원래 공산주의자로서 정부 전복을 꾀하고, 이미 숨어서 정부 전복 후의 과도정부까지 조직해 놓고 있었다”는 중간 수사보고서를 발표했다. 동년 7월 4일, 그에게 내란음모, 국가보안법위반, 반공법, 외국환관리법 및 계엄포고령위반 등 혐의로 계엄보통군법회의의 검찰부에 구속 송치하였다.

군검찰은 이 사건을 즉시 비상보통군법회의에 기소하였다(소장 문○식 [재판장], 준장 박○철, 준장 이○홍, 준장 오○호, 법무사 중령 양○기).

이 재판부는 긴급조치 아래서의 비상군법회의처럼 수사기관이 형성해 놓은 틀을 그대로 유지하며 재판을 진행하였고, 김대중에게 내란음모, 국가보안법, 반공법, 외환관리법, 계엄법 위반으로 사형을 선고하였다. 이 사건은 1980년 11월 3일 비상고등군법회의에서와 1981년 1월 23일 대법원 전원합의체(재판장 이○섭, 주○황, 한○진, 안○수, 이○규, 나○조, 김○

철, 유○홍, 정○원, 김○현, 김○홍, 김○서, 윤○영 대법원판사)에서 모두 상고가 기각되어 김대중의 사형이 확정되었다.

나. 대법원 판결이유

1) 범죄사실을 부인하면서 국가를 變亂할 목적이나 국헌문란의 직접적인 목적이 없었다는 것, 국헌문란의 위험성이 없었다는 것, 범의가 없었다는 것, 위법성 및 그 인식이 없었다는 것들은 모두 원심의 사실인정을 탓하는 것이므로 이러한 사실오인은 적법한 상고이유가 될 수 없다.

2) 내란음모죄는 실행계획의 세부에 이르기까지 모의할 필요가 없고, 내란죄를 범할 목적으로 음모함으로써 족한 것이다.

3) 이 사건 공소 범죄사실을 유죄로 인정함에 있어 채택된 증거들 중 검찰관 작성의 피고인들 및 원심 공동피고인들에 대한 각 피의자 신문조서와 법무사의 각 증인신문조서는 모두 증거능력이 인정되고, 기타의 증거들도 증거능력이 있다.

4) 원심적용 증거들을 기록에 대조해 보면 피고인들에 대한 이 사건 공소범죄사실이 모두 인정되고, 원심의 법률적용 또한 정당하다.

5) 양형부당의 주장은 적법한 상고이유가 될 수 없다.

3. 인혁당 재건위 사건과 김대중 내란음모사건의 진실과 사범살인

가. 인혁당 재건위 사건에 대한 2007년 1월 23일 법원의 재심판결

법원은 ‘인민혁명당 재건위원회’ 사건 재심공판에서 이미 고인이 된 피고

인 8명 전원에게 적용된 긴급조치 위반, 국가보안법 위반, 내란 예비음모, 반공법위반 혐의의 모든 사안에 대해 무죄를 선고했다. 당시 수사기관이 작성한 피의자 신문조서와 진술서가 조작됐거나 강압적인 상태에서 작성됐다는 사실을 인정해 아예 증거로 채택하지 않았다. 즉 이 사건은 철저히 조작됐으며, 당시 법원의 판결도 잘못됐다는 점을 인정한 것이다. 1975년 4월 8일 대법원에서 상고가 기각된 이 사건 관련 피고인 8명이 유신체하의 법원에서 사형확정 판결과 함께 형이 집행된 지 무려 32년만의 일이다.

‘인민혁명당 재건위원회’ 사건은 스위스 국제법학자협회가 ‘사법사상 암흑의 날’이라는 성명을 내기도 했다. 정권안보 차원에서 정보기관이 고문과 조작을 통해 혐의를 날조하고, 검찰과 법원 또한 이에 동조한 ‘사법살인’이라는 점에서 부끄러운 사건이었다.

나. ‘김대중 내란음모 사건’ 재심재판에서 무죄

1980년 ‘김대중 내란음모 사건’으로 사형이 선고됐던 김 전 대통령이 2004년 1월 29일 재심을 통해 대법원 확정판결 이후 23년만에 무죄 선고 받았다. 서울고법 형사3부(신영철 부장판사)는 이날 내란음모와 계엄법 위반에 대해서는 무죄선고를 내리고 국가보안법 위반, 반공법위반, 외국환관리법 위반죄에 대해서는 “이미 사면을 받았고 5·18 특별법에 따른 재심 청구 대상이 아니다”는 이유로 면소 판결했다.

재판부는 “전두환 등이 1979년 12·12 군사반란 이후 행한 일련의 행위는 헌정질서파괴 범죄에 해당하는 사실을 인정할 수 있다”며, “따라서 이에 반대함으로써 헌법의 존립과 헌정질서를 수호하려 했던 피고인의 정당한 행위는 범죄로 볼 수 없다”고 밝혔다.¹⁷⁾

IV. 법외곡행위에 의한 사법살인의 판례분석

1. 법관의 법외곡행위의 개념

“법외곡행위”란 사실관계의 조작, 적용되어야 할 법규정의 不適用 혹은 법규정을 그릇되게 적용함을 말한다. 따라서 이러한 법외곡행위의 현상은 형사사법에서 다음의 3가지 형태로 나타난다. 첫째로 사실관계의 왜곡이나 조작, 둘째로 법규의 부당한 적용 그리고 끝으로 양형의 남용이 그것이다.

2. 대상사건에 대한 판례분석

가. 사실관계의 왜곡 내지 조작에 의한 법률왜곡 적용사례

법관의 재판과정을 살펴볼 때, 우선 무엇이 발생했느냐, 즉 사건의 내용이 무엇인지를 탐구하고 확립하는 것이 그 첫 과제이다. 검사의 공소사실에 대하여 피고인이 비록 다투지 않았다고 하여 그 공소사실이 진실이라는 것을 의미하지 않고, 법관은 어디까지나 사실의 인정은 증거능력 있는 증거에 의하여야 한다.¹⁷⁾ 이에 따라 형사소송은 민사소송과 달라 형식적 진실주의가 지배하는 것이 아니라, 오히려 실체적 진실주의가 지배한다. 즉

17) ‘김대중 내란음모 사건’의 재심에서 무죄를 선고받은 김대중은 국가로부터 형사보상금 9,490만원을 받게 됐다. 서울고법 형사3부(부장 신영철)는 지난 9월24일 김대중 전 대통령에 대한 형사보상재판에서 “국가는 구속된 기간을 하루 10만원씩 계산해 보상하라.”고 결정했다. 재판부는 결정문에서 “청구인은 내란음모 사건으로 1980년 5월17일 당시 중앙정보부 수사요원에게 끌려가 1982년 12월22일까지 949일 동안 수감됐다 풀려났다.”면서 “재산상 손해와 정신적 피해를 입었기에 국가는 형사보상법에 따라 보상해야 한다.”고 밝혔다.

18) 형사소송법 제307조.

법관은 실체적 진실을 탐구해야 할 의무를 지고 있다. 그렇다 하더라도 실체적 진실주의는 어떠한 한계가 없는 절대적 진실주의는 될 수 없다.¹⁹⁾ 법관도 역사가와 마찬가지로 과거의 사실을 탐구해야 되지만, 법관은 사회 질서를 유지하고 손해를 보상하고 장래의 손해를 예방해야 될 중요한 기능을 수행하기 위해 역사가가 해결하지 않고 제쳐두는 사건이라도 그 진상을 파악하지 않으면 안 된다.

그뿐 아니라 법관의 진실발견은 신속한 재판의 보장, 개인적 인격의 보장, 사적 내지 공적 이익 보호 그리고 적법절차 등에 근거하여 완전하게 밝혀질 수 없을 수 있다. 이 때문에 그 실체적 진실은 합리적 의심을 하지 않을 정도의 확신을 갖는 정도의 수준을 요구한다. 그러나 만일 법관이 공소범죄사실 등 주요사실을 증거능력 있는 증거에 의하지 않고 인정한 경우뿐만 아니라, 확신의 정도에 이르지 않는 단순한 가능성만으로 피고인에게 불리한 사실관계를 확정된 경우와 증거에 반한 사실관계를 확정하였다면 이는 법관이 준수해야 할 증거재판주의 내지 실체적 진실발견의 의무를 침해하게 된다.

특히 강압에 의한 피고인의 자백이나 허위·날조된 증거, 또는 강압에 의해 조작된 증거는 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 이유가 있는 때에는 이를 유죄로 할 수 없음을 형사소송법 제309조를 통해서 확인할 수 있다. 게다가 헌법 제27조 제4항과 형사소송법 제275조의2에 의해 천명하고 있는 ‘무죄추정의 원칙’은 사실관계의 확정의 경우에도 적용되기 때문에, 사실관계가 증거에 의해 의심스러운 경우 법관은 피고인에게 불리한 법적용을 할 수 없는 것이다.

그럼에도 우리 대법원은 법률위반이 아닌 사실관계의 문제는 상고심의

19) 실체적 진실주의에 관하여 자세히는 Günter Spendel, Wahrheitsfindung im Strafprozeß, JuS 1964, S. 465 f.

재판대상이 될 수 없다고 한다. 그렇다면 국가정보기관이나 수사기관이 의식적으로 사실관계를 조작해서 검찰이 이를 공소제기하고 하급심이 이를 근거로 무고한 피고인에게 사형을 선고하고, 대법원은 피고인 측의 상고를 사실관계의 문제라는 이유로 기각해 버릴 수 있게 된다. 그 결과 사법부에 의한 제도적 사법살인은 더욱 가능해 지고, 또한 그런 행위에 대해 형법상 면책될 수 있게 된다.

예컨대 ‘김대중 내란음모 사건’을 보자. 1980년 7월 3일 계엄사령부는 “광주사태’와 관련, 연행된 사람 가운데 1825명을 혼방하고 죄질이 무거운 375명에 대해서는 앞으로 더 조사를 할 방침”이라고 발표했다. 그리고 “죄질이 무거운 사람들은 김대중으로부터 데모자금 500만원을 받아 사태의 발단을 일으킨 정동년과, 역시 김대중으로부터 자금을 받아 현지 사태를 일으키도록 배후 조종을 한 홍남순 등”이라고 밝혔다. 광주에서 상황이 벌어지기 직전인 5월 17일 밤 연행된 김대중을 ‘광주사태’와 연계시키는 작업이 마무리 된 것이다. 그리고 1987년 7월 4일에 계엄사는 김대중 등을 내란선동죄 등의 혐의로 계엄보통군법회의에 송치하였다.²⁰⁾

김대중이 연행된 것은 5월 17일 밤이니까 43일 만에 국민들은 김대중 등에 대한 조사내용이 무엇이고, 어떤 기관에서 사법처리를 받게 되는지 알 수 있었다. 그러나 그들이 어디서 어떻게 혹독한 조사를 받았는지는 알 도리가 없었다. 그사이 김대중 등은 두 달 가량 중정 지하실에 불법구금 돼 있는 동안 거의 극한상황에 가까운 시련을 겪어야 했다. 김대중 등에 대한

20) 이렇게 해서 1987년 7월 4일 계엄사의 발표에 의하면 “김대중과 추종분자 일당은 국민연합을 주축으로 하고 복학생을 행동대원으로 내세워 학생선동→대중규합→민중봉기→정부전복→김대중을 수반으로 하는 과도정권수립을 목표로 비합법적 투쟁을 추구, 마침내 내란선동과 음모에까지 이르게 됐다.” 이에 계엄사는 김대중을 비롯한 37명을 내란음모 국가보안법, 반공법, 외환관리법, 계엄포고령위반 등 혐의로 계엄보통군법회의 검찰부에 구속·송치했다.

1심 재판이 끝난 뒤 구속자 가족들이 미 국무부 측의 요청에 따라 작성한 자료와 당사자들의 이야기에 따르면 고문의 실상을 이렇게 적고 있다.

“김대중: 한 줄기 햇빛도 없는 지하실에서 하루 18시간씩 조사를 받았으며 몇 차례나 옷을 발가벗기운 채 고문하겠다.”는 협박을 했다. “이해동: 김대중으로부터 돈 받은 것을 모두 대라고 해 진술을 거부하자 옷을 벗기고 두들겨 뺐다. 너무 맞아 엎드려 자야 했다. 결국은 병질 때 아이들 선물 값으로 5만원을 받는 등 50만원 정도를 받았다.”고 허위진술을 했다. “손주향: 처음 열흘 동안은 잠도 채우지 않았다. 자해를 못하도록 수저도 주지 않아 음식을 손으로 먹었다. ‘김대중은 빨갱이’라고 시인하라면서 엄청나게 매질하였다.”

이런 식으로 조작된 사실관계를 바탕으로 1980년 8월 14일 첫 재판이 열렸고, 고문과 회유에 의해 작성된 혐의사실에 대해 이태영씨가 김대중을 위해 진실을 이야기했지만, 신군부의 각본에 의해서 1980년 9월 11일 육군 보통군법회의의 김찰관 정모중령은 김대중에게 사형을 구형했다.²¹⁾ 1980년 9월 17일에 김대중 등에 대해 선고공판을 하였다.

김대중에 대한 양형이유는 다음과 같다. “...이 나라의 야당대통령후보까지 지낸 피고인이 복괴의 주장과 노선에 적극 동조하는 반국가적 행위

21) 80년 9월 13일 18차 공판에서 김대중씨는 최후진술을 하였다. “작년 12월 5일 박정희 대통령의 국장 때 ‘김수환 추기경이 하느님께서 우리 모두에게 이 죽음의 뜻을 깨닫게 해 주십시오’라고 한 말이 아직도 내 기억에 깊이 남아 있습니다.”를 서두로 “...적어도 내란음모를 했다면 어떤 활동흔적이 있어야 하는데 아무것도 없지 않습니까? 내란음모란 상상할 수도 없는 것입니다, 당국이 나의 형을 집행하려한다면 불가능한 것은 아닐 것입니다. 그러나 이것이 과연 법의 정의에 합당하며 민주국가로서 옳은 일인가를 심사숙고해 주시기 바랍니다. 나는 나에 대한 관대한 처분보다는 다른 피고인들에 대한 관용을 바랍니다. 이분들에 대한 혐의의 책임자는 나이기 때문입니다. ...”라고 최후진술을 하였다. 방청석은 숙연해졌으며, 모두들 소리 없이 울었다. 심지어 그 최후진술을 들었던 모니터실의 합수부사람들도 “그의 최후진술을 들으면서 왜 사람들이 그를 ‘선생님’이라고 부르는지 알게 되었습니다.”고 했다(이도성, 남산의 부장들, 제3권, 동아일보사, 1993, 261쪽).

를 자행했을 뿐 아니라, 선량한 학생들을 선동 오도하여 개인의 정치적 욕망달성의 도구로 이용... 피고인 김대중의 반국가단체 관련부분에 관해서는 우방국가의 외교관례상의 고려와 국제관계를 충분히 검토하였는바 피고인이 한민통 의장의 신분을 계속 유지하면서 국내에서 범한 범죄사실만을 검찰이 소추하고 있으므로 국내법상의 증거에 의해 본 건을 판단하였음” 그러면서 재판장 문모 소장은 “피고인 김대중 사형, ...”선고했다. 그러나 여기서 재판부가 언급한 사실관계는 고문과 협박에 의해서 조작과 날조되었다는 것을 재판부는 모를 리 없었고, 설사 몰랐다 해도 재판을 통해서 피고인과 변호인 측이 고문과 협박에 의해서 날조되었다는 굵히지 않는 주장을 했기에 그 점을 조금이라도 관심 있게 살펴보았다면, 그 진실을 쉽게 파악할 수 있었을 것이다. 그러나 재판부는 그 점을 철저히 외면하면서, 결국 사실관계를 왜곡하여 확정하고 거기다가 터무니없는 형벌을 가한 전형적인 법왜곡행위로 사법살인을 시도하였다.

그 후 김대중 등은 상소하였으나 사형이 확정되었다. 그러나 ‘김대중 내란음모사건’은 신군부가 정권탈취를 위한 조작극이었다는 것은 애초부터 알 만한 사람은 모두 알았던 것이다. 이런 사건이 만일 독일에서 일어났다면, 담당 재판관들은 사법살인미수로 처벌받았음에 틀림없었을 것이다. 이 사건은 이미 2004년에 재심재판을 통하여 무죄가 밝혀졌다.

2. 부당한 법적용(‘인혁당재건위사건’의 경우)

잘못된 법적용은 그 자체 독자적인 의미가 적지 않지만 많은 경우 강압에 의해 조작된 사실관계에 법을 적용함으로써 법적용의 왜곡을 빚는 경우가 그 대부분일 것이다. 즉 문제된 사실관계가 조작된 것이라면, 그 사

실관계에 걸맞은 법적용이라도 결과적으로 법적용의 부당성을 잃지 않는다. 더구나 법관이 형법을 피고인에게 불리하게 유추해석하거나 아니면 헌법상 법원리에 반하게 법률을 적용하거나²²⁾ 또는 법이 아닌 법을 적용하여 유죄를 인정하는 등 악의적인 법률해석과 왜곡을 통하여 무고한 자를 유죄로 하고 있음을 대상사건의 경우에서도 쉽게 볼 수 있다. 그것만이 아니다. 법이 아닌 법, 즉 불법적인 법률을 법실증주의적 차원에서 적용하여 실제적 진실을 억압하는 법관의 법률적용을 얼마든지 볼 수 있다.²³⁾

22) 예컨대 한강교 폭파사건(최창식 대령 사건): 최병덕 육군참모총장이 한강교 폭파를 26일에 최종결정하고, 그날 오후 공병감 최창식 대령을 불러 한강교 폭파를 명령하였다. 이에 따라 최창식 대령과 그 휘하 부관 일동은 1950년 6월 28일 새벽 2시 40분 경 그 명령을 충실히 실행하여 성공하였다. 이 사건을 계기로 같은 해 9월 10일 육군본부는 부산에서 한강교 폭파에 관련된 인사들의 책임을 묻기 위해 특명 제127호에 의거하여 계엄고등군법회의를 열었다. 이날의 군법회의에서는 전시에 상관의 명령을 충실히 이행한 행위라도 “...적정을 확인하고 아군부대가 완전히 渡橋한 뒤에 확인하고 폭파하는 것이 공병감의 책무인데 ...피고인이 폭파에만 급급하여 막대한 인명과 차량이 손실되는 결과를 초래했음은 적전에서 非行 또는 怠慢으로 인하여 부대의 안전을 위태롭게 하는 행위에 해당되므로 주문(사형)과 같이 판결함”이라고 하면서 사형을 선고했다. 전시 중이고 단심제이어서 최창식 대령은 며칠 뒤 형장의 이슬로 사라졌다. 그로부터 10년이 지난 61년 9월 육군본부에 최창식 대령에게 내려진 유죄판결에 대한 재심청구서가 접수되고, 이것이 심리되어 “원판결의 부인 및 무효”를 선언하기에 이르렀다. 이에 근거하여 재심공판이 64년 10월 23일에 열렸고, 재판장은 판결문을 통해 피고인을 다음과 같은 이유로 무죄로 선고했다. “피고인의 한강교 폭파시기가 너무 일러 아군의 장비 및 인마의 후퇴를 불능케 하고 이로 인해 막대한 손실이 있었음은 인정된다. 그러나 피고인은 절대적 구속력이 있는 상관의 작전명령에 따라 폭파한 것이므로 한강이 북의 我軍被害는 피고인의 책임일 수 없다고 인정된다. 따라서 공소사실은 인정이 안 되고 범죄의 증명이 없는 경우에 해당되므로 군법회의법 제370조를 적용, 무죄를 선고한다.” 이 얼마나 억울한 일인가? 전시에 상관의 작전명령이라는 절대적 명령에 충실하게 임무 수행한 것이 위법하고 유책한 행위가 된다는 논리는 의식적인 법왜곡행위가 아니고 무엇이겠는가?

23) 강신옥 긴급조치위반사건: 1974년 7월 9일 강신옥 변호사는 헌병들이 지키고 서있는 비상보통군법회의에서 민청학련사건관계자들을 변호했다. 이 법정에서 강신옥 변호사는 악법을 규탄하고 피고인의 입장을 옹호했다. 그 변론내용의 핵심을 보면 다음과 같다. “애국학생들을 내란죄니 국가보안법위반·반공법위반·긴급조치위반 등으로 몰아서 사형이나 무기를 구형하는 것은 사법살인행위다. 본 변호인은 기성세대이기 때문에 그리고 직업상 변호인석에 앉아 있으나 그렇지 않다면 차라리 피고인들과 뜻을 같이하여 피고

1) 유신헌법²⁴⁾ 제53조에 의거하여 선포된 긴급조치 제1호를 비롯한 제2호 및 제4호에 의하여 피고인을 처벌하였으나, 대통령의 긴급조치권을 규정한 유신헌법 제53조는 헌법상의 권력분립주의, 법치국가주의 등 헌법의 근본규범에 반하기 때문에 자유·민주국가에서 존재할 수 없는 불법적 헌

인식에 앉아 있겠다. 악법은 지키지 않아도 좋으며 악법과 정당하지 않은 법에 대하여는 저항할 수도 투쟁할 수도 있는 것이므로 애국학생들인 피고인에게 그 악법을 적용하여 다투는 것은 후일 역사적으로 심판을 받을 것이다.” 바로 이 대목이 강신옥 변호사를 13년 8개월 동안 속박해 온 범죄행위였다. 이 사건으로 강신옥 변호사는 1974년 7월 15일 연행되어 긴급조치 1,4호 위반 및 법정모욕으로 정식 구속되었다. 강신옥 변호사는 자신의 말대로 곧 법정에서 피고인으로 섰고 1, 2심에서 똑같은 실형을 선고받았다. “헌법을 비방하거나 헌법개정 발의만 해도 긴급조치 위반으로 징역 15년에 처해졌던 것이 당시 상황이었다.” 그 해 9월 20일 1심 선고공판에서 징역 10년에 자격정지 10년을 선고받고 그 다음 해인 1975년 2월 자신이 변호했던 사람들과 함께 형집행정지로 석방되었다. 그 후 사건발생 10년이 지난 1985년 1월 대법원 전원합의체에서 긴급조치 실효를 이유로 파기 환송되어 1988년 2월 12일 법정모욕죄만 적용, 검찰은 징역1년만 구형했으나, 3월 4일 선고공판에서 서울 고등법원 형사1부(재판장 최동웅 부장판사)는 “공정한 재판을 위협·방해하기 위한 목적이 증명되지 않는 한 법정모욕죄로 처벌할 수 없다”고 무죄선고를 내렸다. 이 사건을 맡은 재판장 최동웅 부장판사도 “이번 판결은 유신시대 악법에 대한 법원의 양심선언으로서 개인의 존엄과 가치를 최고이념으로 하는 헌법정신을 판결에 실현시켰다”고 말해 법의 근본이념을 확고히 했다. 이 사건에서 볼 수 있는 법외곡의 현상은 일반적으로 통용되는 ‘변호사의 법정면책권’에 대한 도전일 뿐만 아니라 군법회의법 제28호에 명기된 “변호인은 재판에 관한 직무상의 행위로 어떠한 처분도 받지 아니한다.”는 조항에 위배된 것이다. 그러나 1심 판결은 이러한 두 가지 원칙과 법을 적용하지 않았고 권력의 시녀로 전락하고 말았다. 다행히 서울 고등법원은 권력의 시녀와 정의의 사자의 갈림길에서 분명한 획을 그었다. 이것은 하나의 선례로 평가될 만하다. 이 사건이 남긴 법외곡행위의 문제는 징역10년과 무죄사이를 드나들며 엄청난 왜곡과 굴절이 횡횡했던 지난 14년(1974년부터 1988년까지)의 세월이 우리 사법사의 ‘질곡의 역사’이자, 그 역사가 남긴 정치형법의 흔적이기도 하다(김기설, 변호권 사수한 강신옥 변호사, 월간 법률 1988. 4월호, 87쪽 참조).

- 24) 유신헌법 제53조: ① 대통령은 천재, 지변 또는 중대한 재정·경제상의 위기에 처하거나, 국가의 안전보장 또는 공공의 안녕질서가 중대한 위협을 받거나 받을 우려가 있어, 신속한 조치를 할 필요가 있다고 판단할 때에는 내정·외교·국방·경제·사법 등 국정진반에 걸쳐 필요한 조치를 취할 수 있다. ② 대통령은 제1항의 경우에 필요하다고 인정할 때에는 이 헌법에 규정되어 있는 국민의 자유와 권리를 잠정적으로 정지하는 긴급조치를 할 수 있고, 정부나 법원의 권한에 관하여 긴급조치를 할 수 있다. ③ 제1항과 제2항의 긴급조치를 한 때에는 대통령은 지체없이 국회에 통고하여야 한다. ④ 제1항과 제2항의 긴급조치는 사법적 심사의 대상이 되지 아니한다. ⑤... ⑥...

법규정이라는 점에서 무효라고 함이 타당할 것이다. 이것이 효력을 갖지 못한다면 그것에 근거한 긴급조치도 무효인 셈이다. 설사 헌법 제53조가 유효하다고 할지라도 이것에 근거한 긴급조치는 그것을 발동시킬 수 있는 요건을 충족할 만한 사정을 구비하였다는 어떠한 징표도 없다는 점에서 무효라고 해야 할 것이다. 혹여 그런 요건을 충족했다고 하여도 국민의 기본적 인권을 광범위하게 무제한으로 침해한다는 점에서 유효한 긴급조치로 인정된다는 것은 자유·민주국가에서 상상할 수 없는 일이다.

2) 또한 피고인 등이 과거 ‘인혁당사건’에 의해 반공법위반으로 처단되었기 때문에 이를 다시 국가보안법 소정의 반국가단체로 이정한것은 일사부재리의 원칙에 반한 것이다.

3) 현실적으로 비공개재판을 하였음에 불과한 것²⁵⁾을 공판조서상에 법정공개라고 기록되어 있다는 이유만으로 비공개재판이 아닌 것이 아니라 판단도 문제가 있다고 할 것이다. 즉 대법원 판례에 따르면, “‘인혁당재건단체’의 사건의 피고인은 제1심이 21명이고, ‘민청학련’ 사건은 제1심이 32명이며, 항소심에서는 위 양건이 병합되어 총 피고인이 53명이었음은 기록상 명백하다. 그러므로 이와 같은 다수의 피고인의 재판심리에 있어서 재판장이 법정질서상 그의 재량권에 의하여 일정한 한도 내에서, 방청권을 발행하여 재판을 심리하되 그 입정이 허용된 범위가 피고인의 가족 중 1인 변호인과 보도기관인 국방부 출입기자단이 방청 내지 참여하였다면 이것은 소론이 지적한 바와 같이 국민으로 하여금 재판의 공정을 감시 담보케 하는 사명을 하였다고 인정할 수 있고, 따라서 이는 헌법이 보장한 공

25) 제1심 및 그 병합된 제2심 사건을 심리하는 법정에 실제로 입정하여 방청할 수 있었던 방청인은 피고인의 직계 존속 및 처 중의 1인, 국방부 출입기자의 일부 군법회의의 관계공무원, 수사기관원 등의 특정한 소수인과 변호인등이 출석하였을 뿐이다.

개재판을 받을 권리를 침해받았다고 볼 수 없는바 이를 가지고 공개재판 아닌 비밀재판이라는 취의로 비난하는 논지는 인용할 수 없다”고 판시하였다. 그러나 원래 재판의 공개라 함은 방청을 원하는 사람에게 장소의 형편이 허용하는 한도 내에서 방청을 원하는 모든 사람에게 방청을 가능케 하는 기회를 개방함으로써 국민으로 하여금 재판의 공정을 감시 담보케 하는 제도라는 점에서 원심 및 제1심의 재판의 심리는 위와 같은 취지를 몰각하는 심리를 하였으므로 이는 재판이 공개되었다고 볼 수 없는 위법이 있는 것으로 판단했어야 함에도 불구하고 공개재판이라고 우겼다.

4) 공판심리절차상 위법이 있었다. 이 사건의 심리에 있어서 피고인의 진술, 변호인의 訊問權과 변호인의 변호권을 박탈 내지는 심한 제한을 하였고, 피고인의 최후진술권마저도 박탈하고, 제2심에서는 사실심리가 전연 없었으므로 이 사건은 피고인 등이 방어권을 행사할 수 없는 적법한 사실 심리가 되어 있지 않았다.

5) 증인신문을 함에 있어 군법회의법 제202조, 제204조, 제340조의 위반이 있었다. 피고인과 변호인은 증인신문에 참여할 수 있고, 또 증인신문의 시일과 장소는 참여할 수 있는 자에게 미리 통지를 해야 함에도 불구하고 피고인 등이 참여하지 아니한다는 의사표시를 한바 없는 이 사건에서 제1심은 피고인과 변호인에게 증인신문의 시일과 장소를 미리 통지한바 없이 1974.7.5.과 1974.7.6. 수명법무사실에서 증인 62명에 대한 증인신문을 함으로써 피고인과 변호인에게 증인신문에 참여권 및 반대신문권을 박탈하거나 제한한 것으로 이는 동법 제202조, 제204조 및 제340조에 위배되어 판결에 영향을 미쳤다. 제1심 증거채부에도 위법이 있었다. 즉 제1심은 검찰관이 신청한 증거는 모두 채택되고, 변호인이 신청한 증거는 모두 기각하였다.

6) 채증법칙 위배가 있었다. 즉 진술의 임의성이 없는 검찰관의 피의자 신문조서, 진술조서 및 자필 진술서와 또 그것이 특히 신빙할 수 없는 상태에서 작성된 것임에도 불구하고 이에 의하여 피고인 등의 공소사실에 대하여 유죄의 증거로 하였음은 결국 증거능력 없는 증거를 유죄의 증거로 한 위법이 있는 것이다.

3. 잘못된 양형평가

구성요건의 요소는 형량의 산정 시에 다시금 고려되어서는 안 됨에도 불구하고 이를 고려하여 이중평가금지원칙²⁶⁾에 위반하여 그 결과 부당한 양형을 내렸다면, 이때는 법률적용의 잘못에 기인한 양형평가의 남용이 발생한다. 따라서 양형평가의 남용에 의한 법왜곡행위도 가능한 것이다. 대부분의 경우 잘못된 사실관계의 확정이나 법적용의 왜곡에 의하여 잘못된 양형이 발생함은 물론이다.

그러나 순전히 양형의 남용에 기인한 경우도 있을 수 있다. 왜냐하면 양형의 산정 시에 법관은 임의대로 양형을 정할 수 있는 것이 아니라, 법규범에서 근거한 가치나 목적에 의거하여 결정해야 할 것이다. 입법자가 모든 구체적인 사건을 예상해서 구체적인 양형을 예정해 놓는다는 것이 현실적으로 가능하지 않을 때 그 양형의 신장은 구체적인 경우에 그 타당성을 보장하기 위해서 법관에게 양형의 평가를 위임하였다고 볼 수 있고, 그밖에도 법관은 책임원칙, 인간의 尊嚴性 등등에 의거한 평가의 제약이 뒤따

26) 우리나라 형법에는 이중평가금지원칙(Doppelverwertungsverbot)을 명문으로 규정하지 않고 있지만, 학설은 일반적으로 수용되고 있다. 한편 독일형법 제46조 3항은 “기존의 법정구성요건의 요소들인 사정들은 고려되지 않는다”(Umstände, die schon Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes sind, dürfen nicht berücksichtigt werden)라고 규정하여 이중평가금지원칙을 명시하고 있다.

른다. 이러한 근거에서 양형의 평가는 법관의 자유로운 재량의 영역이 아니라 실질적 근거에 기초하여야 될 것이다. 따라서 책임원칙에 위배한 지나친 양형평가의 남용도 법률왜곡의 한 방식으로 파악될 수 있을 것이다.

‘인혁당재건위사건’ 뿐만 아니라 ‘김대중 내란음모사건’도 사실관계의 조작 내지 왜곡을 하였고, 게다가 이것에 기초하여 양형을 남용하여 사형을 선고하였으며, 인혁당재건위사건의 당사자들은 형장의 이슬로 사라지게 되었던 것이다.

V. 법관의 법왜곡행위에 대한 현행법적 대응의 한계

삼권분립에 근거를 두고 있는 사법제도는 법치주의를 핵심과제로 삼고 있다. 법치주의는 법관에 의해 구체적으로 구현된다. 법관은 국민이 법을 바르게 준수하고 있는가를 심사하는 지위에 있는 기관이다. 그러기에 법관은 오직 법률과 양심에 따라 재판한다. 이를 위해 법관은 인적으로도 독립해 있을 뿐만 아니라 물적으로도 독립해 있다. 바로 그런 점에서 법관은 자기의 행위에 대해 다른 감독기관의 지배를 받지 않기 때문에, 그에 비례하여 법관은 누구보다도 법규범에 근거하여 판단해야 할 의무가 있다. 따라서 법관이 직무수행 시 고의 혹은 중대한 과실로 직업상의 권리와 의무를 왜곡하였을 경우에는 당해 법관의 행위는 중대한 불법을 범한 것이 된다. 하물며 이런 법왜곡행위로 사법살인을 한 자에 대해서는 가차 없는 처벌만이 사법살인을 막을 수 있는 길이며, 사법에 대한 신뢰회복의 지름길이 될 것이다.

1. 헌법 제65조, 제103조, 제106조 및 문제점

법관은 탄핵 또는 금고 이상의 형의 선고에 의하지 아니하고는 파면되지 아니하며, 징계처분에 의하지 아니하고는 정직·감봉 기타 불리한 처분을 받지 아니한다(헌법 제106조). 이에 더하여 법관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다(헌법 제103조). 만일 법관이 그 직무집행에 있어서 헌법이나 법률을 위배한 때에는 국회는 탄핵소추를 의결할 수 있고, 탄핵소추의 의결을 받은 자는 탄핵심판이 있을 때까지 그 권한행사가 정지된다. 탄핵결정은 공직으로부터 파면함에 그친다(헌법 제65조). 이에 따라 법관은 헌법과 법률에 구속되어 재판을 해야 하기 때문에, 그것을 위배하면 헌법상론 탄핵소추를 받게 된다. 우리나라에서 적지 않는 법관이 판결을 정치적으로 하여 법을 왜곡한 경우가 있었음에도 불구하고 우리憲政上 법관은 한 번도 탄핵소추를 받아본 적이 없다는 점에서 헌법상의 탄핵소추에 의해서 법관의 법률왜곡을 저지할 수 있다는 생각은 금물이다.

2. 형법 제123조, 제124조, 제125조 및 문제점

형법 제124조에 의하면 법관 등 인신구속에 관한 직무를 행하는 자 또는 이를 보조하는 자가 그 직권을 남용하여 사람을 체포 또는 감금한 때에는 7년 이하의 징역 등에 처한다고 하고 있고, 제125조에서는 법관 등 인신구속에 관한 직무를 행하는 자 등이 그 직무를 행함에 당하여 형사피의자 또는 기타 사람에 대하여 폭행 또는 가혹한 행위를 가한 때에는 5년 이하의 징역 등에 처한다고 규정하고 있다. 이들 규정은 법관이 고의로 민사재판시에 특정한 당사자에게 법률을 왜곡하여 유리 또는 불리하게 하는 경우라

든가 혹은 형사사건에 대해 의도적으로 제정신청을 기각하거나 또는 유죄의 혐의가 뚜렷하게 있는 자에 대해서 자의적으로 무죄를 선고하거나, 상식을 초월한 경미한 형벌을 가한 경우 적용될 수 없음은 文言上 분명하다.

그러나 법관이 재판이나 결정을 행함에 있어서 형사피의자에 대하여 부당한 구속영장을 발부하여 피의자를 체포 또는 감금케 하면 형법 제124조에 해당될 가능성이 없지 않다. 그리고 법관이 無辜한 被告人에 대하여 부당한 형벌을 선고한 경우에도 형법 제125조의 가혹행위에 해당될 가능성이 있다. 문제는 그러나 법관이 의식적으로 사법살인의 행위에 가담하여 피고인에 대한 부당한 사형선고를 한다고 해도, 사형의 선고 그 자체만으로 곧바로 체포나 감금 또는 가혹행위가 되는 것인가에 의문이 다소 없지 않다. 왜냐하면 사형선고를 하였다고 해서 교도관이 사형을 언제나 집행해야 되는 것은 아니며, 항소심이나 상고심에 의해서 달리될 수도 있고, 또한 형을 집행하지 아니할 수 있기 때문이다. 더구나 형법 제124조나 제125조는 법관 등이 법률 자체를 왜곡하는 것을 처벌한다기보다는 법관이 체포나 감금 또는 가혹행위 등 행위 자체를 하는 경우를 처벌한다고 하고 있다. 바로 이런 점 때문에 지난 반세기에 걸쳐 법관에 의해 저질러진 적지 않은 수의 부당한 결정이나 부당한 형의 선고가 있었음에도 현행형법에 의해서 처벌된 법관은 한 명도 없었던 것이 이해될 수 있는 부분이다.

형법 제123조를 통해 공무원이 직권으로 사람으로 하여금 의무없는 일을 행하게 하거나 사람의 권리행사를 방해한 때에는 처벌되는 규정을 두고 있기 때문에, 법관이 형사재판시에 법률을 왜곡·적용하여 피의자나 피고인에게 부당하게 사형선고판결을 내린 경우에도 해당될 가능성은 없지 않다. 학설과 판례는 “의무없는 일을 행하게 한다”는 것은 일정한 작위의 의무가 없는 자에게 그것을 행하게 하는 것으로 이해하고 있다.²⁷⁾ 그러나 우리나라

라는 사범살인의 경우에도 형법 제123조가 적용된 사례가 하나도 없다.

3. 법관징계법 제2조, 제3조 및 문제점

불공정한 재판을 한 법관에 대한 제재는 법관징계법에 의하여 할 수 있다. 그러나 법관징계법은 그 징계사유가 “법관으로서 직무상의 의무에 위반하거나 법관 또는 법관으로서의 위신을 실추하게 하는 소행이 있는 경우”(제2조)로서 막연하고, 또한 징계종류는 견책, 감봉, 정직의 3종(제3조)으로서 그 실효성이 의심스럽다. 그리고 더욱 한심한 것은 건국 후 징계판사는 단 1명에 불과하다²⁸⁾는 사실은 법관징계법의 운용이 제대로 이루어지고 있지 않았다는 것을 입증한 것이다.

VI. 법관 등의 법왜곡행위에 대한 새로운 방향전환과 입법대책 - 법문화의 변동과 법치국가의 확보를 위한 사범감시의 요구 -

법관의 사범살인 등 법왜곡행위에 대한 새로운 방향전환과 입법대책은 오늘날 법치국가의 확보를 위한 사범감시에 근거하고 있다. 법관의 법률왜곡행위와 현행형법상의 문제점과 법관의 법률왜곡을 방지하기 위한 방안은 어떠한 것이 있는가? 통일과 세계화에 대비한 이 시점에 있어서 제도적 권력자로부터 법이 왜곡되어지는 행위는 막아져야 한다. 이는 한국 형

27) 황산덕, 형법각론, 방문사, 44-45쪽.

28) 대법원이 1996년 9월 29일 국회 법사위 소속 천정배의원 등에게 제출한 자료에 따르면 1948년 이래 지금까지 징계를 받은 판사는 지난해 6·27 지방선거 당시 무소속으로 대구시장에 출마했던 이해봉 전대구시장의 부인 이선희 판사 1명인 것으로 밝혀졌다.

법사를 반추해 볼 때 해방, 분단 그리고 독재의 시대 속에 담긴 교훈이다. 여기에서는 이러한 법문화의 변동과 민주법치국가로 가는 방향에서 법관의 법률왜곡행위에 대한 적극적 대응 필요성을 밝혀보고자 한다.

1. 법관의 법률왜곡행위에 대한 적극적 대응의 필요성

가. 형벌권과 형사법의 기본원칙

국가형벌권은 국가가 독점하고 있다. 그것은 각 개인이나 단체에 형벌권을 주게 되면, 결국 그 국가는 개인적인 복수의 장이 되어 사회질서는 불가피하게 문란해지기 때문이다. 그러나 입법 혹은 사법기관에 의한 국가권력의 증대는 항상 일반시민의 생활에 큰 위협이 된다. 그 때문에 국가의 형벌권은 항상 정의롭게 행사될 수 있도록 보장 장치가 마련되어 있어야 한다. 이를 위해 헌법상으로는 법관의 법률에 의한 재판과 국민의 법관에 의한 신속한 재판을 받을 권리, 적법절차와 무죄추정의 원칙, 법 앞의 평등, 각종의 기본적 인권의 천명과 그것의 본질적 침해의 금지를 규정하고 있고 그리고 소송법상으로는 공평한 법원의 구성, 상소와 재심제도 그리고 무죄선고를 받는 피고인의 피해보상 등을 통해서 정의로운 재판이 수행되어질 수 있도록 하고 있다. 그러나 이러한 제도만으로 법관이 고의나 중대한 과실에 의해서 법의 왜곡을 막을 수 있는 원천적인 제도인지는 자못 의문이 아닐 수 없다. 왜냐하면 헌법상 보장된 각종의 기본적 인권이 권위주의적 정권 하에서 숫하게 유린되고 있었고, 그것이 문제된 재판에 있어서도 법관이 언제나 헌법과 법률에 의하여 양심에 따라 충실하게 재판했다고 볼 수 없는 경우도 적지 않게 있었음은 부인할 수 없는 일이기 때문이다.

우리 헌법은 무죄추정의 원칙을 인정하고 있다. 강학상의 문구에 따르면 유죄로 확정될 때까지는 무죄추정을 받는다는 의미다. 그리고 이 무죄추정의 원리는 정말로 죄를 범한 사람에게는 별 의미가 없는 것이다. 왜냐하면 아무런 죄를 범하지 아니하였기 때문에 그 자에 대해서 無罪人으로 취급할 것은 당연하기 때문이다. 따라서 무죄추정의 원칙은 범죄혐의가 뚜렷한 또는 범죄혐의가 짙은 자에 대해서 의미가 있는 것이다. 그런 자에 대해서도 유죄가 확정될 때까지는 무죄인과 같이 취급할 수 있도록 함으로써 헌법상 보장된 기본적 인권보장에 조금도 소홀함이 없도록 하려는 것이다. 그러나 이러한 헌법적 규범은 실제의 법과 생활세계에서 지켜지지 않고 있다. 오늘날의 현실은 거꾸로 무죄로 확정되기까지는 유죄추정을 받는 경향이 있다. 신문 및 방송매체도 이러한 현상을 부추기고 있다. 이런 분위기 속에서는 피고인을 유죄로 하는데 합당한 증거만이 우대를 받고 선택되고 있으며, 그와 대립되는 다른 증거는 의도적으로 외면당하고 있다. 이것은 지난 五十年史의 형사법사에서 많은 사례를 통해 확인할 수 있다.

또한 “의심스러울 때에는 피고인의 이익으로”(in dubio pro reo)라는 원칙이 모든 선진문명국가에서 인정되고 있다. 그러나 우리의 현실에서 의심스러운 바는 피고인의 불이익이 되어 명백한 무죄의 증거라도 있기 전에는 유죄를 면하기 어렵다. 이러한 주장에 반론할 사람이 과연 얼마나 있는가?

법관이 헌법상의 기본원칙인 법과 양심에 따른 재판이나 무죄추정의 원칙을 제대로 실천했었다면 당연히 의식적인 법왜곡행위와 그로 인한 다수의 국민들의 인권침해와 사법부에 대한 불신을 막을 수 있었음이 분명하다. 그러므로 헌법상의 기본원칙인 무죄추정의 원칙이나 법치주의와 적법절차뿐만 아니라 법과 양심에 따른 재판을 위해서도 법관에 대한 법왜곡죄는 필요하다고 보겠다.

나. 법사회학적·정책적(형사정책적) 관점

법원의 과중한 업무자체가 법왜곡행위, 특히 오판의 위험성을 증대시키는 요인 중의 하나라 하겠다. 이른바 대량재판의 가중에서는 어쩔 수 없이 소홀해지고 따라서 실체적 진실발견이 어렵게 되기 때문이다. 실제 재판과정에서 보면 한 사안의 집중심리가 아닌 부분심리로서 이루어진다. 현행 한국의 실정은 한 재판에서 소요되는 시간은 통상 몇 분에서 30분 이내가 대부분이다. 왜냐하면 재판부는 당일 수십 개의 사건에 대해 재판을 진행해야 하기 때문이다. 구속기간과 미결건수에 쫓기는 만원 법정의 되풀이만 완화된 수 있다면, 피고인의 항변의 더욱 소상하고 친절한 배려가 미칠 것이며 신중한 재판이 가능할 것이다. 설령 지금과 같은 사법경제학이 그대로 강요된다 하더라도 피고인의 방어권행사가 법원의 시간관계 때문에 제약을 받는 이런 일은 없어야 한다.²⁹⁾

그리고 또 하나 법관이 스스로의 두뇌와 견식을 과신한 나머지 자기 식의 상상과 독단에 입각하여 재판하는 일이 있다면 이것 역시 오판의 우려가 크다. 자기 과신에 어긋나는 단하의 의견(변호사의 주장을 포함)을 잠재적인 우월감정의 작용으로 배척하는 사태는 정말 없는가. 간혹 어떤 유형의 사건에서는 자유심증주의를 법관 스스로 포기하고 법정증거주의로 투항하거나 재판이라는 것을 공소사실의 판결화를 위한 요식절차로 형해화 시켜버리는 듯한 인상을 주기도 한다.³⁰⁾

29) 한승헌, 법과 인간의 항변, 73쪽 참조.

30) 만약 현행 형사소송구조와 실무에서 인적·물적 조건들이 획기적으로 보완될 수 있다면, 피고인의 항변은 더욱 소상해 질 수 있으며, 법원의 이런 친절한 배려가 국민의 법문화와 법 생활에 영향을 미칠 것이다. 그렇다면 재판은 신중하게 진행될 수 있으며, 오판은 최소한으로 줄일 수 있다. 아직도 항소심에서 증거불충분으로 무죄가 선고되는 사례가 있으며, 1심 기간을 포함해 3년 6개월의 재판이 진행되어 왔다거나, 혹은 살인

우리나라는 법왜곡의 위험, 특히 오판을 예상했기에 삼심제를 두었다고 볼 수 있다. 따라서 하급심의 판결이 상소심에서 뒤집어지는 사례도 크게 시비할 바는 아닌 듯이 보인다. 물론 특정사건의 판결을 국외의 제3자가 함부로 오판이라고 지탄하는 데에는 때로는 사법제도의 몰이해와 사법권의 독립을 침해하는 것이다. 그렇다고는 하더라도 오판의 위험성이나 현실성이 사법권의 독립이란 명분아래 마냥 간과될 수는 없는 것이다.

법왜곡은 사실인정과 법률적용에서 일어나는 부당한 판단이나 결정이다. 그 가운데에서 인권문제와 직결되는 것은 형사사건에 있어서 사실인정상의 과오라 하겠다. 그러한 오판은 다행히 상소나 재심의 단계에서 바로 잡힌다 해도 무죄로 확정될 때까지 긴 시간이 걸린다. 그 기간의 수난은 보상할 길이 없으며, 때로는 회복할 수 없는 일생의 파멸을 초래한다. 이처럼 엄청난 합법감금, 심하면 사형이란 이름의 합법살인까지도 빚어내는 오판의 소지는 지금도 우리주변에 상존하고 있다. 이러한 오판, 즉 법왜곡을 제도적으로 피할 필요가 있다고 본다.

다. 비교법적 관점

외국의 여러 국가들은 법관의 도덕성과 청렴성을 확보하기 위하여 여러 가지 시도들을 하고 있다. 대체로 그 시도방안은 두 가지인데 하나는 사법윤리규정을 두어 법관윤리의 확립을 제도화하는 것이며, 다른 하나는 독일

누명을 쓰고 299일의 옥살이를 해서 국가가 598만원을 보상해야 한다는 판결이 나오고 있다. 따라서 지금과 같은 사법경제학은 개선되어야 한다. 적은 인력으로 재판을 진행 하면서 빠른 시일 내에 재판을 종결하는 일은 없어야 한다. 만약 피고인의 방어권행사가 법원의 시간관계 때문에 제약을 받는다면, 이러한 소송구조 형태는 구조적으로 개선이 되어야 한다. 다행히 이런 점을 감안하여 최근에 공판중심주의와 한국적 배심제 형태의 재판을 핵심으로 하는 형사소송구조를 중심으로 사법제도개선추진위원회에서 입안된 형사소송법개정안이 제17대 국회의 법사위에 상정되어 있다.

과 대만과 같이 법을 왜곡한 법관을 직접 처벌하는 규정을 형법규범 속에 제도화하는 것이다. 그 내용의 핵심은 법관의 직권남용과 법률왜곡행위에 대해 법적 책임을 묻는 것이다.

현행 독일 형법 제339조는 “법관, 법관 이외의 공무원 또는 중재인이 법률사건을 지휘하거나 재판함에 있어 법을 왜곡하여 당사자 일방을 유리하거나 불리하게 법을 왜곡한 경우에는 1년 이상 5년 이하의 자유형에 처한다”고 규정하고 있다.³¹⁾ 통일이전 구동독 형법 제244조도 “법관, 검사 혹은 수사기관원이 수사절차나 소송절차에서 의식적으로 위법하게 특정한 당사자에게 유리 또는 불리하게 결정을 한 때에는 5년 이하의 자유형에 처한다”고 규정하고 있다. 독일의 이러한 양 규정은 통일이후 구 사회통일당(SED-Regime)집권 하에서 저질러진 구동독 법관들의 법왜곡행위에 대한 불법청산의 법률적 근거가 되고 있다.³²⁾ 러시아 형법 제177조 제1항도 “법관이 형사 혹은 민사재판에서 의식적으로(고의로) 잘못된 판결이나 결정 혹은 처분을 내릴 때에는 3년까지의 자유형에 처한다”고 규정하고, 제2항에서는 “그러한 행위로 중대한 결과를 야기한 때에는 3년 이상 10년까지의 자유형에 처한다”고 규정하고 있다.³³⁾ 그 외 스페인,³⁴⁾ 포르투갈,³⁵⁾

31) 독일형법 제339조(종래에는 제336조에 규정되어 있었음)에 관해서 자세히는 Manfred Seebode, Das Verbrechen der Rechtsbeugung, 1969, S. 1 ff.; Ursula Schmidt-Speicher, Hauptprobleme der Rechtsbeugung unter besonderer Berücksichtigung der historischen Entwicklung des Tatbestandes, 1982, S. 1ff.

32) Lorenz Schulz, Rechtsbeugung und Mißbrauch staatlicher Macht, StV 1995, S. 206 ff.; Günter, Spindel, Rechtsbeugung und Justiz, JZ 1995, S. 375 ff. 참조.

33) 1921년에 제정된 아르헨티나 형법 제269조는 ‘법관이 민사재판에서 양당사자 중 한쪽 편을 편파적으로 유리하게 판단하거나, 적용하려는 법의 명백한 규정에 반하여 판결을 내릴 경우, 판결의 근거에서 허위사건이나 허위판결을 증거로 삼았다면, 그 법관은 이러한 행위에 대해 벌금형과 일정한 권리와 의무의 제한을 받는다. 만약 형사재판에서 부당한 판결이 일어났다면 3년 이상 15년까지의 징역 또는 금고형에 처하며, 부가형으로 일정한 권리와 자격제한을’ 받게 된다.

34) 스페인 형법 제351~356조.

핀란드,³⁶⁾ 노르웨이,³⁷⁾ 유고슬라비아³⁸⁾ 그리고 칠레³⁹⁾ 등에서도 법관의 법률왜곡행위를 독립된 범죄로서 형사처벌하고 있다.⁴⁰⁾

이러한 법률왜곡행위에 대해서 동양권에서도 관심을 가지고 있다. 특히 대만형법은 형법 제124조(枉法裁判仲裁罪)에서 “심판의 직무가 있는 공무원 또는 중재인의 枉法裁判 또는 중재한 때에는 1년 이상 7년 이하의 유기징역에 처한다”라고 하고 있다. 중국형법도 역시 법률왜곡행위를 형사처벌하고 있다. 즉 현행 중국형법 제399조에 의하면 “사법공무원이 사사로운 정에 얽매어 법을 어기거나 개인감정에 얽매어 법을 어겨 무죄임을 분명히 알면서도 고의로 비호하여 소추되게 하거나, 유죄임을 분명히 알면서도 고의로 비호하여 소추되지 않게 하거나 또는 형사심판활동 중에 고의로 사실과 법률을 위배하여 법을 어기고 재판한 경우에는 5년 이하의 유기징역에 처한다. 이하 중략”⁴¹⁾ 북한도 2004년 개정형법에 법률왜곡행위에 대한 법규정이 있다. 즉 북한 형법 제255조(부당판결, 판정죄)에 의하면 “재판일꾼이 고의적으로 부당한 판결, 판정을 한 경우에는 勞動敎化刑에 처한다. 정상이 무거운 경우에는 3년 이상 8년 이하의 勞動敎化刑에 처한다”라고 규정하고 있다. 위 규정과 관련한 정확한 통계자료가 제시되고 있지 않지만, 통일시대를 대비해 볼 때에 흥미있는 법규정이라고 볼 수 있다. 물론 북한체제는 당의 이념에 따른 법규정과 법해석이 많기 때문에 자유민

35) 포르투갈 형법 제284조.

36) 핀란드 형법 제40장 제2조 이하.

37) 노르웨이 형법 제110조.

38) 유고슬라비아 형법 제315조.

39) 칠레 형법 제223조, 제224조.

40) 프랑스 구형법도 법률왜곡죄를 규정하고 있었다. 즉 프랑스 구형법 제183조에 의하면 “법관이나 공무원이 어느 일방에 대한 친교나 혹은 그에 대한 혐오 때문에 법률을 왜곡한 판결을 내릴 때에는 직권남용죄로 공민권을 박탈한다”고 규정하였다.

41) 2002년 12월 28일 제9기 전국인민대표대회 상무위원회 제31차 회의에서 개정된 현행 중국형법.

주주의국가의 보편적 법이념에 따른 법률외곡행위관련 규정들과 단순 비교하기는 어려울 수 있다.

라. 법사학적 관점⁴²⁾

이조 말 갑오경장으로 유입된 서양문화의 영향에 따라 형법전도 서구적인 형식으로 1905년 형법대전이 제정되었다.⁴³⁾ 이 법률은 1906년과 1908년에 개정되었다. 즉 1905년 형법대전 제316조는 사법관이 자신의 친인척에 관련된 사건을 재판한 경우, 제317조는 사법관이 죄인을 심문할 때에 죄인의 유복친족이나 가장이나 雇工이나 80세 이상이나 10세 이하나 聾啞盲狂

42) 문헌상으로 나타난 것만을 참조해 보더라도 이미 조선시대에도 법관의 법외곡행위에 대해서는 엄한 벌을 가할 수 있도록 하고 있었다. 朝鮮時代는 경국대전이라는 법률에서 문제된 사안에 대해 해결근거규정이 없을 때에는 대명률에 근거했다. 이 대명률에 의하면 “관리가 어떤 사건 관계인으로부터 뇌물을 받고 법을 왜곡(枉法)하여 사건을 처리하면, 그 뇌물을 받은 것만큼의 처벌을 받는다”고 하였고, 官司出入人罪를 두어 “관리가 남의 죄를 고의로 加減하되 全罪를 加減한 자는 全罪로서 論罪한다”고 명시하고 있다. 이에 더하여 “관리가 남의 재물을 받거나, 法外의 惡刑으로 본래 無罪한 사람을 가지고 고의로 죄를 씌우며, 또 당연히 有罪한 사람을 고의로 無罪를 만들어 석방한 자는 모두 관리를 전죄로써 처벌한다” 이때의 “法外의 惡刑”이라 함은, 가령 불로 사람의 살을 태우거나 쇠를 달구어 단금 질하며, 또는 겨울철에 냉수를 가져다 사람의 몸에 뒤집어씌우는 따위와 같은 행위를 말한다. 물론 조선왕조에 있어서 수많은 백성이 고문이나 杖刑의 집행 등으로 불법하게 희생되어도 이로 인하여 그 濫刑을 자행한 관리들이 嚴刑을 받았다는 예는 자료에서 찾아보기 힘들다. 그렇지만 “중외의 관리가 대소의 송사를 곧 치결하지 아니하고 滯因(죄가 결정되지 아니하여 오래 갇혀있는 사람)한 것이 해를 넘기거나 한 번도 심문하지 아니한 것이 있으면 상세히 조사하여 논죄할 것을 정식으로 한다.”는 왕명이 있었음을 보면 장기간 滯獄하거나 杖死 등의 법외곡행위를 엄단하겠다는 의지는 분명하다. 특히 직무를 유기하여 법을 왜곡한 관리는 지위의 고하를 가리지 아니하고 처단한 사례는 많이 볼 수 있다. 그러기에 살인자를 법에 따라 재판하여 처벌하지 않아 법을 왜곡한 강원감사를 처단한 것을 보면 관리의 법외곡행위는 사실상으로도 형벌의 대상이었음은 분명하다. 이에 관해서는 허일태, 형법연구 I, 법관의 법외곡행위, 세종출판사, 1997, 365쪽 이하 참조.

43) 이에 관한 문헌으로는 문준영, 대한제국기<형법대전>제정에 관한 연구(석사학위 논문), 1998, 1쪽 이하 참조.

者를 증인으로 세울 수 없는데 이를 위반하여 증인으로 세울 때, 제318조는 사법관이 訴狀을 受理치 아니할 때, 제319조는 사법관이 권한 내의 應訴審을 他官司에 고의로 轉委할 때, 제320조에서부터 제322조까지는 사법관이 죄인을 잘못 처벌할 때, 제327조는 사법관 등이 無罪인 자를 고의로 구금한 경우, 제328조에서는 사법관이 죄수를 판결할 때에 그 죄를 고의로 出(없게)하거나 入(있게)한 경우에 대해서 그에 상당한 법정형을 두었다.⁴⁴⁾

그 후 일본인의 주도로 형법대전에 대한 개정작업이 이루어졌는데,⁴⁵⁾ 이 개정초안 제128조에 의하면 “재판관 내지 검사가 민형소송(民刑訴訟)을 무고히 수리치 아니하거나 지연하고 심판치 아니한 자는 20환 이상 백환 이하의 벌금에 처한다”고 규정하고, 제135조에서는 민사에 관하여 有賂를 하고 부정의 재판을 하는 경우에는 2년 이상 4년 이하의 징역에 처하고, 수뢰나 그 약속이 없어도 부정의 재판을 할 때에는 1년 이상 3년 이하의 징역에 처한다고 하고 있다. 제136조에서는 재판관 등이 刑事에 관하여 有賂를 受하거나 그 약속을 받고 피고인을 曲庇하면 역시 일정한 법정형에 처한다는 규정을 하고, 제137조에서는 재판관이 收賂를 하지 않고서도 개인적 감정으로 피고인을 曲庇한 경우에도 소정의 형벌에 처할 수 있게 하였다. 이처럼 우리 한국의 근세사에 있어서도 법관의 법외곡행위는 불가벌의 행위나 단순한 공무원의 직권남용으로 이해하지 아니하고, 직접적으로 처벌하고 있었음을 볼 수 있다.

2. 법관의 사법살인 등 법외곡행위에 대한 입법정책

법관의 사법살인에 대해서는 형법상 법외곡죄를 신설함으로써 처벌 가

44) 장도 편, 신구형사소송법규대전 하권, 민족문화, 1982, 385-386쪽 참조.

45) 문준영, 앞의 석사논문, 1쪽 이하 참조.

능하도록 하여야 할 것이다. 왜냐하면 법관은 검사의 공소제기가 없으면 재판할 수 없으며, 또한 사형을 선고하더라도 대법원 판결을 제외하고 곧 바로 확정판결이 되는 것이 아니며, 더구나 형의 집행은 법무부만이 할 수 있기 때문이다. 즉 법관은 사법살인의 원인을 제공하기는 하나 자발적으로 살인을 실현할 수 없고, 타인을 이용해야 하는 성질을 가지기 때문이다. 이에 따라 사법살인에 대해 법관에게 직접적으로 살인죄를 적용하기에는 적지 않은 어려움이 따르므로, 이를 타개하기 위해 법외공행위를 하는 법관에 국한해서 법외공행위와 살인죄를 상상적 경합으로 처벌하는 방안이 실익을 갖는다고 본다.

또한 법관의 재판활동은 법규범의 요구에 의해 강요되는 성질을 갖고 있으므로 법관이 자유스런 의사에 따라 직무수행을 중지하거나 변경하기가 쉽지 않으며, 직무를 수행해야만 하는 의무와 그 직무수행을 적정하게 행사할 이종의 의무 속에 처해 있다. 따라서 법관에 대한 형법상의 규제는 법평화를 위한 최후의 수단으로서 나타나야지 법관의 단순한 직권남용 모두를 처벌하는 것은 결국은 법관의 직무수행을 위축하게 할 것이다. 이런 점에서 법관의 사법살인 등 법관의 법외공행위를 방지하기 위해서는 법관의 고의에 의한 부당한 판결 등에 국한되어야지, 단순한 실수나 착오에 의한 오판의 경우까지 포섭할 수 없다고 할 것이다.

VII. 결 론

우리 사법부는 구시대의 권위주의 정권 이래 부분적이긴 하지만 권력의 시녀로 얼룩져 온 부끄러운 역사를 갖고 있다. 예컨대 사법부는 그런 정권

하에서 ‘김대중 내란음모사건’과 ‘인혁당재건위사건’ 등에서 보여주었던 사법살인에 적극적으로 협력했던 과거사를 갖고 있다. 다행히 이들 두 사건은 법원의 재심재판을 통하여 과거 권위주의 정권 하에서 자행되었던 법원의 사법살인행위를 스스로 인정하였다. 사법부가 국민의 신뢰를 회복하고 진정한 사법부개혁을 위해서는 이처럼 지난 60년 司法史의 과거에 대한 철저한 반성과 청산에서부터 시작해야 한다. 사법부는 더 이상 권위주의적 국가기관이 되어서는 안 된다. 사법부의 관료주의와 과거사 문제는 반드시 집고 넘어가야 한다. 법관의 진정한 권위는 우선 법관들의 민주적 의식의 개혁에서 회복될 수 있다. 법관들은 더 이상 판결 뒤로 숨지 말아야 한다. 진정한 사법부의 개혁을 위해선 도덕적으로 깨끗한 법관이 법률과 양심에 따른 엄정한 판결로 국민의 신뢰를 얻어야 한다.

정부도 법치국가실현과 국민의 기본권을 수호할 의지를 가져야 하며, 그 의지는 일반국민에게 설득력 있게 제시되어야 한다. 그리고 그것은 말이 아니라 행동을 통해서 정부 내지 수사기관이 국민에게 보여주어야 한다. 과거 법관의 법왜곡행위 중 상당부분이 수사기관의 부당한 수사나 정부의 부당한 압력에 기인하였기 때문이다. 즉 우리는 상당히 오랫동안 권위주의적 정부 하에 있었고, 그런 정부가 법의 왜곡을 하도록 직·간접적으로 법관에게 압박을 가한 것은 사실이었다. 게다가 권위주의적 정부 아래에서 수사기관의 가혹한 수사관행으로 사실관계를 잘못 확정하게 하는 면도 적지 아니하였다. 그러므로 이 나라가 법관의 법왜곡행위가 없는 진정한 법치주의가 이 땅에 꽃피울 수 있기 위해서는 법관의 용기와 아울러 수사기관의 적법절차에 따른 수사와 권력자의 준법정신이 무엇보다 중요하다 할 것이다.

형법 제123조를 비롯해서 제124조와 제125조에 의해서도 법관이나 검찰

의 법왜곡행위의 일부분이라도 막을 수 있을 것이다. 그런데도 지난 반세기 동안 피의자나 피고인이 법관의 부당한 법왜곡행위에 의한 사법살인 등 의무 없는 일을 행하게 하는 등 부당한 구속이나 가혹 행위가 적지 아니했음에도 이들 형법조항에 의해 처벌된 사례가 법관이 한 번도 없었다는 점이다. 참으로 기이한 일이다. 이런 기이한 현상을 타파하기 위해서라도 부당한 법왜곡행위로 불이익을 받는 피해자들은 해당법관들에 대하여 형법상의 해당된 법조문, 예를 들면 제123조나 제124조 또는 제125조에 근거해서 수사기관에 고소를 하는 등 이들 법조문의 적용의 활성화를 도모해야 할 것이다. 만일 수사기관이 이를 불기소 처분하는 경우에는 재정신청을 한다거나 헌법소원을 통해서 이들 법조문이 현실적으로 위력을 가질 수 있도록 우리 모두 노력해야 할 것이다. 그러나 현행 형법상의 조문만으로는 법왜곡행위의 일반을 근본적으로 억제할 수 없고, 현행 형법상 조문 형식이 법률 자체를 왜곡한 행위를 처벌하기보다는 체포나 감금 또는 가혹행위 같은 행위 자체를 처벌한다고 규정하고 있기 때문에, 이 범위에서 법률 자체의 왜곡행위에 대한 처벌의 한계를 갖는다.

법관의 법왜곡행위는 그 특질이 공무원의 신분을 갖는 자만이 범하는 공무원범죄, 직무의무를 침해하는 의무침해범죄이자, 소송절차상에서 결정적 역할을 담당하는 자에 의해 빚어지는 소송범죄로서의 성질을 지녔기 때문에, 그런 행위는 일반범죄보다 범죄성에 대한 비난가능성이 크다. 법치주의의 실현을 위해 그 직무를 수행해야 하는 자가 도리어 그 본분을 망각하여 범죄적 방법으로 시민의 인권을 침해한다는 것은 견딜 수 없는 법치국가 이념의 모순이며 수치이고, 그 피해자 쪽에서 본다면 회복하기 어려운 명예를 비롯한 기본권의 침해를 야기한다. 예를 들면, 무고한 자가 범죄혐의로 구속 기소되어 유죄판결을 받았다면 그로 인해 신체적으로나

정신적으로나 상상 이상의 충격과 수치심을 받는다. 유죄판결이 얼마나 고통스럽고 또 개인의 명예에 돌이킬 수 없는 오명과 불이익을 안겨다 준다는 점을 생각할 때, 法曹 關係者들에 대한 경각심을 불러일으킬 수 있는 충분한 제도적 장치가 요청되지 않을 수 없다. 특히 사법살인의 경우에 이르면 더 이상 무슨 말이 필요하겠는가.

그러나 앞에서 본 바처럼 현행 형법전은 법관이 사건의 내용을 조작 혹은 법규정의 의미를 왜곡해석·적용하여 민사소송에 참가하는 原·被告나, 형사소송절차에서 피고인에게 부당하게 불리한 결정이나 판결을 하는 경우에 대한 규제를 위한 명확한 제도적 보장장치가 충분하지 않다. 더구나 사법살인을 한 법관에 대해서도 엄단을 할 수 있는 적절한 수단을 갖고 있지 않다. 이런 점에서 법왜곡행위에 대한 일반적인 금지규정의 신설이 필요하다. 그러면 어떻게 규율하면 법관의 법왜곡행위에 대한 충분한 보장장치가 될 수 있을까? 민사소송의 경우 법관이 일방당사자에 대하여 고의로 유리하게 하거나 불리하게 하는 경우, 형사사건의 경우 어느 행위자의 범죄에 대한 혐의가 그의 주관적 확신에서 뿐만 아니라, 객관적으로 명백히 없는 사람에 대해 부당하게 판결이나 결정을 했다면, 이런 행위들은 法 歪曲罪로 처벌한다고 해야 할 것이다.

그러므로 장차 있어야 될 법왜곡죄의 윤곽은 “수사절차나 소송절차에서 어느 당사자에게 유·불리하게 고의로 법률을 왜곡한 법관 등에게는 소정의 형벌을 가한다”는 형식으로 입법되어야 하고, 이런 규정은 형법 제123조 제2항으로 삽입하는 것이 바람직하다고 생각된다.

참고문헌

- 김기설, 변호권 사수한 강신옥 변호사, 월간 법률 1988, 4월호.
- 문준영, 대한제국기<형법대전>제정에 관한 연구, 서울대학교 석사학위 논문, 1998.
- 이도성, 남산의 부장들, 제3권, 동아일보사, 1993.
- 장도 (편), 신구형사소송법규대전 하권, 민족문화, 1982.
- 한승헌, 법과 인간의 항변, 범우사, 1984.
- 허일태, 사형의 대체형벌로서 절대적 종신형의 검토, 형사정책 제12권 제2호.
- 허일태, 형법연구 I, 법관의 법외곡행위, 세종출판사, 1997.
- 황산덕, 형법각론, 방문사, 1984.
- Peters, Karl: Fehlerquellen im Strafprozeß : eine Untersuchung der Wiederaufnahme verfahren in der Bundesrepublik Deutschland, 1974.
- Schmidt-Speicher, Ursula: Hauptprobleme der Rechtsbeugung unter besonderer Berücksichtigung der historischen Entwicklung des Tatbestandes, 1982.
- Schulz, Lorenz: Rechtsbeugung und Mißbrauch staatlicher Macht, StV 1995.
- Seebode, Manfred: Das Verbrechen der Rechtsbeugung, 1969.
- Spendel, Günter, Rechtsbeugung und Justiz, JZ 1995.
- Spendel, Günter: Wahrheitsfindung im Strafprozeß, JuS 1964.

46 형사정책연구 제18권 제2호(통권 제70호, 2007 · 여름호)

Rechtspolitik für die Vorbeugung der Rechtsbeugung und des damit verbundenen Justizmord

Il-Tae, Hoh*

Die koreanische Justiz hat eine geschändete Geschichte, in der Vergangenheit unter dem autoritären Regime die Grundrechte der Bürger durch Rechtsbeugung und Willkür verletzt zu haben. Anders als nichtamtliche Delikte muss die Straftat der richtlichen Rechtsbeugung noch qualifizierter bestraft werden, weil die Tatsubjekte der Rechtsbeugung ein Richter und ein anderer Amtsträger sind und insofern das Delikt der Rechtsbeugung ein Pflichtverletzungsdelikt darstellt. Im koreanischen StGB sind zwar die Amtsdelikte vorgesehen, die aber nicht auf die Bestrafung gegen Rechtsbeugung als solche ausgerichtet. Das Unrecht der Justizwillkür und Justizmord in der Vergangenheit müssen unbedingt festgestellt werden. Insofern sollte ein Tatbestand "Rechtsbeugung" in das koreanische StGB eingeführt werden, die so vorzusehen wäre, "Ein Richter, ein anderer Amtsträger, welcher sich im Ermittlungs- und Hauptverfahren zugunsten oder zum Nachteil einer Partei einer Beugung des Rechts schuldig macht, wird mit Freiheitsstrafe von ...bestraft".

* Professor an der Universität Dong-A in Busan/Korea, Dr. iur.

주제어 : 법왜곡, 사법살인, 인혁당 사건, 김대중 내란음모사건

Keywords : Rechtsbeugung, Justizmord, “Inhyugdang”-Fall,
“Kimdaejung”-Fall