

# 정책브리핑



정책브리핑 | 2022-48호 | 2022년 12월 9일 | 발행처 민주연구원 | 발행인 노웅래 | idp.theminjoo.kr

## 법외곡죄 도입은 사법신뢰의 이정표

- 검찰과 법원의 부당한 법적용 막아 억울한 사법피해자 없게 해야

박혁 연구위원(정치학 박사)

### 《 요약 》

#### ■ 국민들은 검찰과 법원 등 사법기관의 공정성 믿지 못해

- 국민의 신뢰도, 공정성 인식 바닥
  - 사법신뢰도 OECD 43개국 중 41위
- 사법기관의 법외곡 행위 방지, 사법시스템 불신 초래
  - 위법, 부당한 판결이나 법집행 행위 비일비재. 상응한 처벌 없어 국민불신 증가

#### ■ 판사와 검사의 부당한 법적용과 법집행에 책임 물어야

- 대통령도 당한 탄핵, 판검사는 탄핵불패
- 직권남용죄, 직무유기죄 등도 판검사에게는 무용지물
- 형법 상 법외곡죄 신설 필요
  - 위법, 부당한 판결이나 법집행 일체의 행위 처벌 조항 신설
  - 사실관계의 조작, 부당한 법적용, 재량권 남용, 여론을 조작하여 법을 적용하는 행위, 위법한 증거수집 행위 등

#### ■ 법외곡죄 반드시 도입해 사법신뢰 이정표 세워야

- 국민의힘의 법외곡죄 왜곡
  - 오래 전부터 여야 모두 추진해 온 법외곡죄를 이재명 방탄법 운운하는 것은 어불성설
- 21대 국회 내에 도입 의지 갖고 반드시 입법 추진 필요
- 독일 등 세계 많은 국가들도 형법 상 법외곡죄 규정하고 있음

▶ 키워드: 법외곡죄, 사법신뢰, 공정성

♣ 이 글의 내용은 연구자의 의견이며, 민주연구원의 공식 견해가 아님을 밝힙니다.

# 1. 다수 국민, 사법기관의 공정성 믿지 못해

## ○ 사법기관에 대한 국민의 신뢰도, 공정성 인식 바닥

- 사법기관이 법을 그릇되게 적용하거나 집행하고 있다는 국민의식이 팽배해 한국의 법치주의에 대한 국민신뢰는 땅에 떨어져 있는 상황
  - 2021년 OECD에서 발표한 사법 시스템에 대한 신뢰도 조사에서 한국인들의 사법시스템에 대한 신뢰도는 22%. 이는 OECD국가의 평균인 57%보다 훨씬 낮은 꼴찌 수준. 43개국 중 41위(2021. 한 눈에 보는 정부보고서, OECD)
  - 2021년 한국행정연구원의 ‘사회통합실태조사 기관별 신뢰도 조사’에서 국민이 신뢰하는 정부기관은 지방자치단체 > 군대 > 중앙정부 > 경찰 > 법원 > 검찰 순이었음 ,
  - 형사사법기관만의 신뢰도 조사에서 법원과 검찰은 경찰에 비해 뒤짐
  - 형사사법기관이 공정하게 재판과 법집행을 하느냐는 공정성 조사에서도 법원과 검찰은 6년 연속 경찰에 뒤짐(2021. 사회통합실태조사, 한국행정연구원)

## ○ 사법기관의 법외곡 행위 방치가 사법시스템 불신 초래

- 법을 적용하거나 집행하는 사법기관들이 위법 혹은 부당하게 법을 적용하는 법외곡행위 비일비재
- 위법하거나 부당한 목적으로 판결하거나 법집행하는 행위가 아무 처벌도 받지 않아 국민들의 억울함 가중
  - 지금까지 판결을 잘못했다고 처벌받은 판사, 기소를 잘못했다고 처벌받는 검사 없어 억울한 사법 피해자 양산
- 감시와 통제 받지 않는 권위주의적 사법시스템이 법치주의, 민주주의, 국민의 기본권 훼손해 국민불신 초래

<판·검사의 법외곡 사례>

유형	사건	내용	문제점
사실관계 조작	서울시 공무원 간첩조작 사건	· 서울시 공무원 유우성 씨를 국가보안법 위반 혐의로 구속기소한 사건. 국정원 합동심문센터에서의 협박과 출입경기록이 조작된 것으로 밝혀짐. 2015년 10월 대법원 무죄 판결	· 무고한 시민을 간첩으로 기소. 증거조작 등 범죄행위와 관련된 검사 및 검찰 책임자에 대한 기소 없음
사실관계 조작	강기훈 유서대필 사건	· 강기훈 씨가 노태우 정권을 비판하며 분신 자살한 김기설 씨의 유서를 대필했다며 자살방조죄로 기소된 사건. 2009년 재심 청구. 2015년 5월 무죄 판결	· 판사와 검사에 의한 법외곡 행위의 대표적 사례. 재심에 의한 진실규명에도 불구하고 형사책임은 진 판·검사 없음
보복성·가해성 기소	유우성 외국환거래법 위반사건	· 2014년 3월 국정원에 의한 증거조작이 사실로 드러난 직후 유우성씨 다시 기소. 기소유예 처분을 했던 사건을 검찰 스스로 다시 끄집어 냄. 서울고법 공소권남용으로 공소 기각	· 보복성·가해성 기소의 대표적 사례. 공소권 남용 검사에 형사책임 묻지 않음

유형	사건	내용	문제점
검찰 기소권 남용	집회참가자에 대한 무리한 기소	· 2014년 3월 청계광장 옥외집회 중 비를 가리던 천을 경찰이 뺏자 항의하는 집회 참가자를 모욕죄로 기소. 2017년 7월 서울중앙지법은 경찰의 부당행위에 대한 정당행위로 무죄 판결.	· 기존 법리상 범죄의 구성요건 충족하지 않거나 사회상규상 정당행위에 해당되지만 재량권 넘어선 기소 남발.
정치적 목적에 따른 수사·기소권 남발	국정원 직원 감금 사건	· 2012년 12월 국정원 심리전단 직원 김모 씨를 오피스텔에 감금혐의로 민주통합당 이종걸 의원 등 5명을 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반으로 기소. 무죄판결.	· 검찰은 불법 여론조작이라는 사실은 외면하고 야당의원들을 오히려 기소. 법률의 취지에 반해 짐구 집행한 행위.
정치적 목적에 따른 기소권 남발	민간인 불법사찰 사건 축소 기소	· 이명박 대통령의 정책을 비판한 동영상을 자신의 블로그에 올린 민간인을 국무총리실 산하 공직윤리 지원관실에서 불법 사찰한 사건.	· 위선과의 연관에 대한 명백한 증거에도 불구하고 실무자 3명만 기소. 정권 핵심인물이 관련되는 동의 사건에서는 축소하여 기소한다는 비판.
실체법 및 절차법 위반	용산참사 수사기록 공개명령 불이행 사건	· 서울중앙지법 검사에게 변호사의 수사서류의 열람·등사를 허용할 것을 명령. 검사는 상당부분에 대해 변호인의 열람·등사를 거부.	· 검사는 형사소송법 제266조의4를 정면으로 위반하는 직무집행. 피고인들의 방어권을 침해. 담당검사의 불이익 처리 없음.

자료: 내일신문, 2016.09.06.

## 2. 사법기관의 법왜곡 행위, 현실적으로 제재할 방법 없어

### ○ 대통령도 당한 탄핵, 판검사는 탄핵불패

- 재판과정, 법집행과정에서 많은 문제가 발생해 국민피해가 늘고 사법 불신이 높아지고 있지만 현행 제도에서는 법왜곡 행위의 감시, 경고, 처벌 불가능
- 헌법상 판사의 탄핵, 검찰청법 상 검사의 탄핵도 가능하지만 현실에서는 선례 없음
  - 지금까지 부당하고 불법적인 많은 판결과 법집행이 있었지만, 한 번도 탄핵 없었음
  - 역사상 2021년 단 한차례 국회의 법관 탄핵소추가 이루어졌으나 헌법재판소에서 각하
  - 헌법과 법률상의 탄핵제도에 의해서 법관의 법왜곡이 제지될 가능성 없다는 반증

### ○ 대한민국 헌법

- 제65조 ① 대통령·국무총리·국무위원·행정각부의 장·헌법재판소 재판관·법관·중앙선거관리위원회 위원·감사원장·감사위원 기타 법률이 정한 공무원이 그 직무집행에 있어서 헌법이나 법률을 위배한 때에는 국회는 탄핵의 소추를 의결할 수 있다.
- 제106조 ① 법관은 탄핵 또는 금고 이상의 형의 선고에 의하지 아니하고는 파면되지 아니하며, 징계처분에 의하지 아니하고는 정직·감봉 기타 불리한 처분을 받지 아니한다.

### ○ 검찰청법

- 제37조 검사는 탄핵이나 금고 이상의 형을 선고받은 경우를 제외하고는 파면되지 아니하며, 징계처분이나 적격심사에 의하지 아니하고는 해임·면직·정직·감봉·견책 또는 퇴직의 처분을 받지 아니한다.

○ 직권남용, 직무유기, 징계 등도 법외곡행위 처벌에는 무용지물

- 법과 양심에 반하는 불기소처분에 대한 재정신청제도, 공소권을 남용한 공소제기 시 공소기간 판결, 무고한 피고인의 유죄판결에 대한 재심 등의 구제절차가 있으나 법외곡행위에 대해 직접적으로 책임을 묻는 절차는 없음
- 형법 상 직권남용죄 규정은 법률 자체의 왜곡 행위를 처벌하기 보다는 체포나 감금, 가혹행위 등을 처벌한다고 규정하고 있기 때문에 법률 왜곡 행위에 대한 처벌로는 근본적인 한계
  - 실제로 판사와 검사가 직권남용으로 형사처벌을 받은 적은 지금까지 한 차례도 없음

○ 형법

- 제7장 공무원의 직무에 관한 죄
- 제123조(직권남용) 공무원이 직권을 남용하여 사람으로 하여금 의무 없는 일을 하게 하거나 사람의 권리행사를 방해한 때에는 5년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.
- 제124조(불법체포, 불법감금) ①재판, 검찰, 경찰 기타 인신구속에 관한 직무를 행하는 자 또는 이를 보조하는 자가 그 직권을 남용하여 사람을 체포 또는 감금한 때에는 7년 이하의 징역과 10년 이하의 자격정지에 처한다.
- 제125조(폭행, 가혹행위) 재판, 검찰, 경찰 기타 인신구속에 관한 직무를 행하는 자 또는 이를 보조하는 자가 그 직무를 행함에 당하여 형사피의자 또는 기타 사람에 대하여 폭행 또는 가혹한 행위를 가한 때에는 5년 이하의 징역과 10년 이하의 자격정지에 처한다.

- 판검사의 징계는 사법행위와는 별개의 사유들에 대해서만 이루어짐
  - 검사의 경우 2011년부터 2015년까지 5년 동안 징계 받은 수자는 46명이었음
  - 그들의 징계 사유는 금품·향응수수와 품위손상이 11명, 규정위반 7명, 음주운전·사고 6명, 직무태만 5명, 직무상 의무 위반 4명, 재산등록 관련 2명
  - 징계수위는 해임이 3명, 사표 제출로 인한 면직이 5명, 그 외는 모두 감봉이나 정직
  - 판사의 경우는 같은 5년 동안 모두 10명이 징계를 받았는데 징계 사유는 품위유지의무 위반이 8명이었으며 나머지 2명은 직무상 의무 위반이었음
  - 징계는 1건으로 그 수위도 정직 1년에 그침

○ 법관에 대한 징계사유(법관징계법 제2조)

- 법관이 직무상 의무를 위반하거나 직무를 게을리한 경우
- 법관이 그 품위를 손상하거나 법원의 위신을 떨어뜨린 경우

○ 검사에 대한 징계사유(검사징계법 제2조)

- 검찰청법 제25조의 규정에 위반(검사가 재직 중 국회 또는 지방의회의 의원이 되는 일, 정치운동에 관여하는 일, 금전상의 이익을 목적으로 하는 업무에 종사하는 일, 법무부장관의 허가 없이 보수를 받는 직무에 종사하는 일)
- 직무상의 의무에 위반하거나 직무를 태만하였을 때
- 직무의 내외를 막론하고 검사로서의 체면이나 위신을 손상하는 행위를 하였을 때

### ○ 형법 상 법왜곡죄 신설 필요

- 사실관계의 조작과 왜곡, 실체법과 절차법을 어긴 자의적 법 해석과 적용, 현저하게 불공정하고 편파적인 결정 등을 통제하고 책임 물을 수 있는 실효적인 법적 장치 필요
  - 헌법과 법률이 부여한 판사와 검사의 독립성과 권한만 누릴 수 있고, 그것을 오남용할 때 책임을 물을 수 없다면 주권자인 국민은 보호될 수 없고 진정한 법치주의 실현도 불가능해짐
- 법왜곡죄 도입이 사법권 독립을 해칠 것이라는 우려가 있지만 사법권 독립의 헌법원리는 사법권을 통해 국민주권과 법치주의를 실현하는 것이 목적이므로 그것 자체가 목적일 수는 없음
  - 사법기관이 사법권 독립을 등에 업고 제도적인 불법행위를 하여도 처벌되지 않는 것은 민주적 정당성 없는 권위적 법치주의로 퇴행할 위험이 큼
- 법왜곡죄의 적용대상은 법관과 법률사건을 지휘하거나 결정하는 위치의 기타 공무원(검사)
- 법왜곡죄의 구성요건은 적용해야 할 법규정을 적용하지 않거나 법규정을 그릇되게 적용하는 일체의 행위
  - ① 사실관계의 조작 ② 부당한 법적용 ③ 재량권 남용 ④ 여론을 조작하여 법을 적용하는 행위 ⑤ 위법한 증거수집 행위 등

## 3. 국회, 법왜곡죄 반드시 도입해 사법신뢰 이정표 세워야

### ○ 국민의힘의 법왜곡죄 왜곡

- 국민의힘은 민주당이 법왜곡죄 도입 추진을 밝히자 '이재명 방탄법'이라며 비판하지만 이는 어불성설
  - 법왜곡죄는 여야를 막론하고 유사한 형태로 발의해 온 법안
  - 20대 국회에서 국민의힘 전신인 자유한국당 주광덕 의원 법왜곡죄 대표발의
  - 20대 국회, 심상정 정의당 의원도 법왜곡죄 발의
- 국민의힘이 법왜곡죄를 반대하는 것이야말로 '검찰방탄'

### ○ 검찰과거사위원회 법왜곡죄 도입 적극 권고

- 검찰과거사위도 직권남용죄로는 검찰권 남용을 막을 수 없다는 사실 확인
  - 2019년, 검찰의 과거 검찰권 남용 의혹을 조사한 법무부 산하 검찰과거사위원회는 '정연주 전 KBS 사장 배임 사건'에 대한 조사 결과를 발표하면서 법왜곡죄 도입을 적극 검토할 것을 권고
  - 대검찰청도 검토 후 입법 건의 여부 논의하겠다는 입장 밝힘

### ○ 다수 국민과 학계, 시민사회의 요구

- 다수 국민들 법왜곡죄 도입에 찬성
  - 여론조사에서 법왜곡죄 도입에 '매우 필요하다'가 52.8%, '대체로 필요하다'가 24.7%로, '필요하다'는 의견이 전체의 77.5%에 달함(스트레이트 뉴스, 2021.12.27.)
- 사법개혁과 검찰개혁을 위해 학계와 시민사회가 해온 오래된 요구

○ 민주당은 21대 국회에서 법왜곡죄 도입 완수해야 함

- 21대 국회 시작과 함께 민주당 의원들 법 발의
  - 2020년 6월 민주당 김남국 의원 대표발의
  - 2020년 9월 민주당 김용민 의원 대표발의
  - 2022년 2월 판사출신인 최기상 의원도 대표발의
- 민주당 정기국회 50대 입법과제 선정
  - 지난 11월 15일 당 정책 의총에서 법왜곡 방지법 50대 중점 추진 법안 지정

<최기상 의원 법왜곡죄 발의 법안 내용>

○ 형법 일부법률개정안

- 판사가 위법 또는 부당한 목적을 가지고 법 왜곡을 해 판결 또는 결정을 한 때
  - '7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지' 또는 '7천만원 이하의 벌금'
- 판사의 법 왜곡 행위
  - 증거나 사실관계를 조작한 경우
  - 적용되어야 할 법령을 적용하지 않거나 부당하게 적용한 경우
- 검사가 위법 또는 부당한 목적을 가지고 법 왜곡 행위를 해 피의자를 기소하거나 하지 않은 때
  - '7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지' 또는 '7천만원 이하의 벌금'
- 검사의 법 왜곡 행위
  - 증거나 사실관계를 조작한 경우
  - 적용되어야 할 법령을 적용하지 않거나 부당하게 적용한 경우
  - 공소권을 현저히 남용한 경우

4. 해외 주요국, 형법상 법왜곡죄 두고 있어

○ 세계 많은 나라들의 형법상 법왜곡죄 규정

- 독일을 비롯해 덴마크, 러시아, 스페인, 노르웨이 등 적지 않은 국가들이 법을 왜곡해 기소하고 판결한 판·검사 처벌하는 법왜곡죄를 형법에 규정하고 있음
  - 독일의 경우 거의 매년 법왜곡죄에 대한 재판이 벌어지고, 유죄 선고도 적지 않음

<독일 법왜곡죄 유무죄 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	-
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: 형사사법 분야의 법왜곡 방지를 위한 입법정책, 형사정책연구원, 2019

- 미국 등 영미법 국가들이 법왜곡죄와 같은 형사처벌 규정을 두지 않은 이유는 배심제 등을 통해 검사와 판사의 재량권이 제한되기 때문

**○ 독일 형법 제339조**

- 법관, 기타 공직자 또는 중재인이 법률사건을 지휘하거나 재판할 때 당사자 일반을 유리하거나 법을 왜곡한 경우에는 1년 이상 5년 이하의 자유형에 처함

**○ 덴마크 형법 제146조**

- 법률사건을 판결하거나 심리시에 불공평하게 처리하는 판사 등은 6년 이하의 징역형에 처하고, 만일 이 경우 부당한 판결로 인해 피해자가 그의 경제상 존립을 손상하는 결과가 야기되거나 혹은 이런 손실이 고의로 야기되었다면 담당판사 등은 3년 이상 16년 이하의 형에 처하도록 규정

**○ 스페인 형법 제446, 447조**

- 스페인은 고의적인 법왜곡 뿐만 아니라 과실에 의한 법왜곡도 처벌
- 고의에 의한 법왜곡의 경우는 1년 이상 4년 이하의 벌금과 최대 12년 이하의 공직 임용금지
- 중대한 과실이나 용납할 수 없는 무지로 명백하게 불공정한 판결이나 결정을 선고한 경우에는 2년 이상 6년 이하의 공직임용금지

**○ 노르웨이 형법 110조**

- 미숙한 판단으로(against his better judgement) 피고인에게 부당하게 형벌을 선고하거나 과잉형벌을 부과하거나 이를 교사 또는 방조한 경우에는 2년 이상의 징역을 부과
- 만약 당해 범죄가 사형 집행을 초래하거나 5년 이상의 징역형을 집행하게 된 경우에는 21년 이하의 징역형을 부과

**○ 러시아 형법 제177조**

- 법관이 형사 혹은 민사재판에서 의식적으로 잘못된 판결이나 결정 혹은 처분을 내릴 때에는 3년까지의 자유형에 처한다.
- 그러한 행위로 중대한 결과를 야기한 때에는 3년 이상 10년까지 의 자유형에 처한다.

**○ 일본**

- 법왜곡 행위를 독자적으로 규율하는 규정은 없음
- 그러나 특별공무원 직권남용죄라는 죄목 하에 재판·검찰·경찰의 직무를 행하는 자 또는 이들의 직무를 보조하는 자가 그 직권을 남용했을 경우 가중처벌 하는 규정을 뒤 법관의 법왜곡 행위에 대해 처벌