



제418회 국회(정기회)
제6차 법제사법위원회

형법 일부개정법률안

검 토 보 고

〈수사기관의 법외범죄 신설〉

■ 이견태의원 대표발의(의안번호 제2201568호)

2024. 9.

법 제 사 법 위 원 회

수석전문위원 정 환 철

목 차

I . 제안경위	1
II . 제안이유 및 주요내용	1
III . 검토의견	3

I. 제안경위

1. 발 의 자: 이견태의원 등 11인
2. 발 의 일: 2024. 7. 10.
3. 회 부 일: 2024. 7. 11.

II. 제안이유 및 주요내용

검사는 수사권, 기소권, 공소유지권, 사법경찰관에 대한 보완 수사요구권 등을 가지고 있고, 국가가 검사에게 이런 권한을 부여한 이유는 정치적 중립을 지켜서 공정하게 사건을 처리하고 정의와 인권을 지키라는 것임.

그럼에도 최근 검찰은 정치적 중립을 지키지 않고 편파적인 수사 와 기소를 자행하여 사건처리에 있어서 공정성을 상실하였고, 정의와 인권을 침해하였음.

이런 문제점은 비단 검찰에게만 있지 아니하고 사법경찰관 및 기타 수사업무에 종사하는 자에게서도 동일하게 발견되고 있음.

검사, 사법경찰관 및 기타 수사업무에 종사하는 자가 수사, 공소, 공소 유지, 형집행 등에 관한 직무를 수행함에 있어서 피의자, 피고인을 처벌하거나 처벌받지 않게 하거나 가볍게 처벌하기 위하여, 범죄혐의를 발견하고도 수사나 기소를 하지 아니하거나, 피의자, 피고인에게 유리, 불리를 불문하고 증거를 은닉, 불제출, 조작하거나 증

거해석, 사실인정, 법률적용을 왜곡하는 등 심각한 문제가 발생하고 있음.

이에 현행법으로는 위와 같은 법왜곡행위를 단속, 처벌하기 곤란한 경우가 많아 형법을 개정하여 검사, 사법경찰관 및 기타 수사업무에 종사하는 자의 법 왜곡행위를 단속, 처벌하고자 함(안 제123조의2 신설).

Ⅲ. 검토의견

- (1) 개정안은 검사, 사법경찰관 및 그 밖에 수사업무에 종사하는 자가 수사, 공소, 공소 유지, 형집행 등에 관한 직무를 수행함에 있어서 피의자, 피고인을 처벌하거나 처벌받지 않게 하거나 가볍게 처벌할 목적으로 범죄혐의를 발견하고도 수사를 하지 않는 경우, 범죄사실이 인정됨에도 기소를 하지 않는 경우, 증거를 조작하거나 증거해석, 사실인정, 법률적용을 왜곡하는 경우 등을 법외 곡죄로 처벌하는 규정을 신설하려는 것임(안 제123조의2 신설).

현 행	개 정 안
<신 설>	제123조의2(법외곡) ① 검사, 사법경찰관 및 기타 수사업무에 종사하는 자가 수사, 공소, 공소유지, 형집행 등에 관한 직무를 수행함에 있어서 피의자, 피고인을 처벌하거나 처벌받지 않게 하거나 가볍게 처벌할 목적으로 다음 각 호에 해당하는 행위를 한 때에는 10년 이하의 징역과 10년 이하의 자격정지에 처한다. 1. 범죄혐의를 발견하고도 수사를 하지 아니한 경우 2. 범죄사실이 인정됨에도 기소를 하지 아니한 경우 3. 피의자, 피고인의 유리, 불리를 불문하고 증거를 은닉, 불제출, 조작한 경우 4. 증거해석, 사실인정, 법률적용을 왜곡하거나 그 정을 알면서 묵인한 경우 ② 인사권자 또는 인사사무를 보조하는 자가 인사 대상자에 대하여 제1항의 죄를 범하도록 지시한 경우에도 제1항의 형과 같다. ③ 지휘, 감독을 하는 자가 지휘, 감독을 받는 자에 대하여 제1항의 죄를 범하도록 지시한 경우에도 제1항의 형

	과 같다.
	④ 제1항부터 제3항까지의 행위를 요구, 청탁한 자는 7 년 이하의 징역에 처한다.

(2) 개정안의 취지는 검사, 사법경찰관 등 공정하게 사건을 처리하여 정의와 인권을 수호해야 할 수사기관이 범죄혐의의 발견 또는 범죄사실의 인정에도 불구하고 수사나 기소를 하지 않거나, 증거를 조작하고 사실인정 또는 법률적용을 왜곡하여 오히려 국민의 기본권을 침해하고 억울한 피해자를 양산함으로써 법치주의의 근간을 흔드는 시도들에 대하여 엄중하게 단죄하려는 것으로 이해됨.

(3) 개정안의 죄명으로 사용되고 있는 “법왜곡”의 의미를 명확히 정의하기는 어렵지만, 독일 형법이나 선행연구에 따르면 “사실관계의 조작, 적용되어야 할 법규정의 부적용 혹은 법규정을 그릇되게 적용함”으로 일응 정의할 수 있음.¹⁾

이러한 연구에서는 법왜곡행위 유형으로 ① 사실관계의 조작, ② 부당한 법적용, ③ 재량권의 남용, ④ 편파적인 법적용, ⑤ 법률과 양심 외의 해석기준을 근거로 한 법적용, ⑥ 여론의 조작 등으로 나누고 있음.²⁾³⁾

1) 허일태, “법왜곡행위와 사법살인의 방지를 위한 입법정책”, 형사정책연구 제18권제2호(2007), 19면.

2) 강석구·주승희, 형사사법 분야의 법왜곡 방지를 위한 입법정책, 한국형사정책연구원(2019.6), 17~25면 참조.

“2007년, 허일태 교수가 ‘법왜곡행위’를 ‘사실관계의 조작, 적용되어야 할 법규정의 부적용 혹은 법규정을 그릇되게 적용함’으로 3분하여 정의한 이래 후속연구들도 대체적으로 이러한 구분에

(4) 선행 연구결과에 따르면⁴⁾ 외국 입법례와 관련하여 독일,⁵⁾ 러시아,⁶⁾ 스페인⁷⁾ 등에서 법왜곡죄 처벌 규정을 두고 있음.

<법왜곡죄 관련 외국 입법례>

○ 독일 형법

제339조(법률왜곡) 법관, 기타 공무원 또는 중재법관이 법률사건을 지휘하거나 재판을 함에 있어 당사자 일방에게 유리하거나 불리하게 법률을 왜곡한 경우 1년 이상 5년 이하의 자유형에 처한다.

○ 러시아 형법

제305조(고의적으로 부당한 판결, 결정 그 외 기타 사법적 행동)

1. 판사가 고의적으로 부당한 판결, 결정, 또는 그 외 기타 사법적 행동을 한 경우 300,000루블 이하의 벌금 또는 4년 이하의 자유형에 처한다.
2. 법원이 자유를 박탈하는 부당한 선고를 하거나 다른 심각한 결과를 초래하는 등의 행위를 하게 한 자는 10년 이하의 자유형에 처한다.

○ 스페인 형법

제446조 법관이나 치안판사가 의식적으로 불공정한 판결이나 결정을 내릴 경우,

따라 법왜곡행위를 설명하거나, 사건을 분류하고 있다. 이에 이 연구에서도 일단 이러한 구분에 따라 법왜곡 행위유형을 분류하였다.”

한편, 보다 앞선 허일태 교수의 선행연구에서는 법왜곡행위를 사실관계의 조작, 적용되어야 할 법규정의 불적용 혹은 법규정을 그릇되게 적용하는 것이라고 보고, 형사사법에서 이러한 왜곡행위는 ① 사실관계의 왜곡이나 조작, ② 법규의 부당한 적용, ③ 양형의 남용으로 나누고 있음(허일태, “법왜곡행위와 사법살인의 방지를 위한 입법정책”, 형사정책연구 제18권제2호(2007), 19면).

- 3) 한편, 21대국회에서도 개정안과 유사한 형법 개정안(김남국의원 대표발의, 의안번호 제2101090호)이 발의되어 법제사법위원회 전체회의에 상정되었으나, 21대국회 임기만료로 폐기된 바 있음.

형법 개정안(2020. 6. 26. 김남국의원 대표발의) 개정문

제123조의2(법왜곡) 판사, 검사 또는 경찰공무원 등 범죄수사나 재판에 관한 직무를 행하는 공무원이 그 직무를 행함에 있어 위법 또는 부당한 목적을 가지고 사실관계를 왜곡·조작하거나 법규를 부당하게 적용하는 등 법을 왜곡하는 때에는 7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 7천만원 이하의 벌금에 처한다.

- 4) 강석구·주승희, 앞의 글, 38~54면 참조.
- 5) 독일의 법왜곡죄의 직접적인 원형은 1851년 프로이센 형법 제314조에서 찾을 수 있고, 독일에서 법왜곡죄가 유지·적용되고 있는 것은 정치체제의 격변과정에서 극단적인 체제불법과 사법불법을 경험한 독일의 특수한 역사적 배경에서 근거하고 있음.(995. 11. 법과 사회 12권, 기획연재(과거청산법Ⅱ), 법관의 법왜곡 문제 - 과거청산의 대상으로서의 사법사의 반성에 부쳐, 이덕연).
- 6) 러시아는 사법절차에 의해 반복된 판결이 아닌 이상 법왜곡죄로 처벌할 수 없다는 취지로 그 적용을 제한하여 사실상 법왜곡죄 규정이 사문화되었다고 함.
- 7) 스페인형법은 독일형법에 비해 구성요건과 형벌을 구체적으로 정하고 있으며, 고의범 외에 과실에 의한 법왜곡죄도 처벌하고 있음(강석구·주승희, 앞의 글, 51면).

이하의 형벌이 부과된다.

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 공직임용금지형을 부과한다.
3. 기타 불공정한 판결이나 결정을 선고한 경우에는 12개월 내지 24개월의 벌금형 및 1년 이상 12년 이하의 공직임용금지형을 부과한다.

제447조 법관이나 치안판사가 중대한 과실이나 용납할 수 없는 무지로 명백하게 불공정한 판결이나 결정을 선고한 경우에는 2년 이상 6년 이하의 공직임용금지형을 부과한다.

(5) 개정안은 검사, 사법경찰관 등 수사기관이 일정한 목적을 가지고 수사, 기소를 하지 않거나 증거, 사실인정, 법률적용 등을 조작하는 행위 등을 10년 이하의 징역과 10년 이하의 자격정지에 처하도록 하는 것으로서 다음의 점에서 긍정적인 측면이 있음.

첫째, 검사, 사법경찰관 등 수사기관은 사법정의를 수호해야 할 지위에 있음에도 피의자, 피고인을 처벌하거나 처벌받지 않게 하거나 가볍게 처벌할 목적으로 수사 또는 기소를 하지 않거나 증거, 사실인정, 법률적용 등을 조작함으로써 오히려 범죄자에 대한 정당한 처벌을 방해하거나 그 반대로 억울한 피해자를 양산하여 법치주의의 근간을 흔드는 시도 등에 대하여 보다 엄중하게 단죄할 필요성이 인정됨.⁸⁾

둘째, 현행법상 수사기관의 법왜곡행위 제재수단과 관련하여,

「검사징계법」에 따른 검사의 징계가 있으나⁹⁾ 징계는 신분상·

8) 개정안의 법왜곡죄가 도입되는 경우 검사, 사법경찰관 등 수사기관으로 하여금 법률사건의 처리에 있어서 정치권력의 강압이나 사리사욕에 이끌리지 않고 오로지 법과 양심에 따라 맡은 바 직무를 수행하도록 경각심을 갖게 하는 등 형벌의 일반예방적 효과가 있을 수 있음.

9) 「검사징계법」 제2조(징계 사유) 검사가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 그 검사를 징계한다.

행정상의 제재수단이고, 그 사유도 “직무상 의무 위반”, “직무를 게을리한”, “체면이나 위신을 손상한” 등으로 막연하고 포괄적이라는 점에서 한계가 있고, 검사에 대한 탄핵제도¹⁰⁾ 역시 요건과 절차의 엄격성 등으로 일정한 한계¹¹⁾가 있다고 할 것임.

셋째, 현행 입법례에서도 개정안과 유사하게 범죄수사 또는 정보의 직무에 종사하는 공무원의 증거위변조 등 행위에 대하여 더욱 중한 법정형으로 처벌하도록 규정한 경우가 있음. 예컨대, 「국가보안법」 제12조제2항¹²⁾은 범죄수사 또는 정보의 직무에 종사하는 공무원이나 이를 보조하는 자 또는 이를 지휘하는 자가 직권을 남용하여 무고 또는 위증을 하거나 증거를 날조·인멸·은닉한 경우 그 날조 등을 한 범죄에 규정하고 있는 형에 처하도록 규정하고 있고, 「국민보호와 공공안전을 위한 테러방지법」 제18조제2항에서도 유사한 규정¹³⁾을 두었음.

-
1. 「검찰청법」 제43조를 위반하였을 때
 2. 직무상의 의무를 위반하거나 직무를 게을리하였을 때
 3. 직무 관련 여부에 상관없이 검사로서의 체면이나 위신을 손상하는 행위를 하였을 때
- 10) 「검찰청법」 제37조(신분보장) 검사는 탄핵이나 금고 이상의 형을 선고받은 경우를 제외하고는 파면되지 아니하며, 징계처분이나 적격심사에 의하지 아니하고는 해임·면직·정직·감봉·견책 또는 퇴직의 처분을 받지 아니한다.
- 11) 검사에 대해 최초로 국회에서 탄핵소추의결이 되었던 사건과 관련하여 헌법재판소는 재판관 5(기각) 대 4(인용) 의견으로 탄핵심판 청구를 기각한 바 있음. 『'검사탄핵 1호' 안동완 아슬아슬 파면 면했다…재판관 5대 4 기각』, 중앙일보(2024. 5. 30.) <https://www.jongang.co.kr/article/2525306>
- 12) 「국가보안법」 제12조(무고, 날조) ① 타인으로 하여금 형사처분을 받게 할 목적으로 이 법의 죄에 대하여 무고 또는 위증을 하거나 증거를 날조·인멸·은닉한 자는 그 각조에 정한 형에 처한다.
 ② 범죄수사 또는 정보의 직무에 종사하는 공무원이나 이를 보조하는 자 또는 이를 지휘하는 자가 직권을 남용하여 제1항의 행위를 한 때에도 제1항의 형과 같다. 다만, 그 법정형의 최저가 2년미만일 때에는 이를 2년으로 한다.
- 13) 「국민보호와 공공안전을 위한 테러방지법」 제18조(무고, 날조) ① 타인으로 하여금 형사처분을 받게 할 목적으로 제17조의 죄에 대하여 무고 또는 위증을 하거나 증거를 날조·인멸·은닉한 사람은 「형법」 제152조부터 제157조까지에서 정한 형에 2분의 1을 가중하여 처벌한다.
 ② 범죄수사 또는 정보의 직무에 종사하는 공무원이나 이를 보조하는 사람 또는 이를 지휘하

(6) 한편, 개정안에 대해서는 다음의 점을 고려하여 논의할 필요가 있음.

첫째, 개정안은 구성요건으로 “범죄사실이 인정됨에도 기소를 하지 아니한 경우”를 규정하고 있는바(안 제123조의2제1항제2호), 우리나라의 「형사소송법」은 기소법정주의를 취하는 독일과 달리 기소편의주의¹⁴⁾에 따라 검사에게 불기소처분권한을 인정한다는 점에서, 정당한 불기소처분권한 행사와 그렇지 아니한 경우를 구분하여 처벌할 필요성에 대한 논의가 필요할 것으로 보임.

둘째, 직무유기죄, 증거인멸죄 및 직권남용죄 등 현행 「형법」상 다른 범죄와의 관계가 문제됨. 예를 들어, 검사 등 수사기관이 범죄혐의를 발견하고도 수사를 하지 아니한 경우(안 제123조의2제1항제1호)는 직무유기죄¹⁵⁾로, 증거를 은닉·불제출·조작하였다면(안 제123조의2제1항제3호) 증거인멸죄¹⁶⁾ 및 허위공문서작성

는 사람이 직권을 남용하여 제1항의 행위를 한 때에도 제1항의 형과 같다. 다만, 그 법정형의 최저가 2년 미만일 때에는 이를 2년으로 한다.

14) 기소할 수 있는 권한을 가진 사람이 기소할 것인가 아닌가를 결정하는 방식에는 두 가지가 있음. 그 중 기소법정주의는 법률이 미리 일정한 전제조건을 정하여 두고 그 조건이 충족되면 반드시 기소하여야 하는 것이고, 기소편의주의는 일정한 조건이 충족된 후에도 여러 가지 사정을 고려하여 기소·불기소의 어느 것을 결정하여도 좋다고 하는 것을 말함.

「형사소송법」 제247조(기소편의주의) 검사는 「형법」 제51조의 사항을 참작하여 공소를 제기하지 아니할 수 있다.

15) 「형사소송법」 제196조(검사의 수사) ① 검사는 범죄의 혐의가 있다고 사료하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거를 수사한다. (이하 생략)

제197조(사법경찰관리) ① 경무관, 총경, 경정, 경감, 경위는 사법경찰관으로서 범죄의 혐의가 있다고 사료하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거를 수사한다. (이하 생략)

「형법」 제122조(직무유기) 공무원이 정당한 이유없이 그 직무수행을 거부하거나 그 직무를 유기한 때에는 1년 이하의 징역이나 금고 또는 3년 이하의 자격정지에 처한다.

16) 「형법」 제155조(증거인멸 등과 친족간의 특례) ①타인의 형사사건 또는 징계사건에 관한 증거를 인멸, 은닉, 위조 또는 변조하거나 위조 또는 변조한 증거를 사용한 자는 5년 이하의 징역 또는 700만원 이하의 벌금에 처한다. (이하 생략)

④ 친족 또는 동거의 가족이 본인을 위하여 본조의 죄를 범한 때에는 처벌하지 아니한다.

죄17)로 각각 처벌이 가능하고, 인사권자가 인사 대상자에 대하여 또는 지휘·감독권자가 지휘·감독을 받는 자에 대하여 위 행위를 하게 하였다면(안 제123조의2제2항·제3항) 직권남용죄18)로 처벌할 수 있는바, 개정안이 규정한 범죄와 현행 형법에 규정된 범죄의 상호관계와 조화에 대한 면밀한 검토가 필요한 것으로 사료됨.

셋째, 개정안은 구성요건으로 “증거해석, 사실인정, 법률적용을 왜곡”19)한 경우를 규정하고 있는바(안 제123조의2제1항제4호), 동 문언의 추상성으로 인해 다양한 해석이 가능하여 명확성의 원칙20)에 위반될 수 있음. 또한, 증거해석, 사실인정, 법률적용의 왜곡 여부 여부는 판단자의 관점에 따라 상대적일 수 있어서 이를 구성요건으로 하는 것이 적절한지에 대하여 좀 더 면밀한 검토가 필요한 것으로 보임.

덧붙여, 개정안의 구성요건을 넓게 해석하거나 주관적 가치판단이 개입되어 불리한 결과가 도출된 사건 당사자의 경우 법왜곡

17) 「형법」 제227조(허위공문서작성등) 공무원이 행사할 목적으로 그 직무에 관하여 문서 또는 도화를 허위로 작성하거나 변개한 때에는 7년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

18) 「형법」 제123조(직권남용) 공무원이 직권을 남용하여 사람으로 하여금 의무없는 일을 하게 하거나 사람의 권리행사를 방해한 때에는 5년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

19) ‘왜곡’이란 사전적으로 “사실과 다르게 해석하거나 그릇되게 함”을 뜻함(국립국어원 표준국어대사전).

20) 형사법이나 국민의 이해관계가 첨예하게 대립되는 법률에 있어서는 불명확한 내용의 법률용어가 허용될 수 없으며, 만일 불명확한 용어의 사용이 불가피한 경우라면 용어의 개념정의, 한정적 수식어의 사용, 적용한계조항의 설정 등 제반방법을 강구하여 동 법규가 자의적으로 해석될 수 있는 소지를 봉쇄하여야 한다(헌법재판소 1992. 2. 25. 선고 89헌가104 결정 등 참조).

을 주장하는 등 불필요한 고소·고발이 남발될 수 있고,²¹⁾ 이로 인해 수사기관의 정상적인 업무수행 위축과 수사의 독립성 침해 및 국가 수사역량 저하로 이어질 우려가 있으며, 법률관계 분쟁 지속이 불가피하여 법적 안정성을 저해할 수 있음. 나아가 수사기관의 수사가 외관상 특정 당사자에게 유리하거나 불리한 결과를 초래할 경우와 정치적 이슈 사안일 경우 수사기관의 소신 있고 공정한 직무수행에 대해서도 법왜곡죄의 혐의를 씌울 위험성도 배제할 수 없음.

(7) 이상의 논의를 정리하면, 수사기관의 공명정대한 법집행을 담보하고 국민의 인권보호의무를 강화할 필요가 있는 점, 징계나 탄핵 등 현행 제도만으로는 검사 등 수사기관의 법왜곡행위를 효과적으로 막는 데 한계가 있는 점, 현행 입법례도 유사 내용의 규정을 도입하고 있는 점 등을 고려할 때, 개정안의 입법취지는 인정될 것으로 보임.

다만, 검사의 불기소처분에 대해 처벌할 경우 「형사소송법」상 기소편의주의와의 관계 정리가 필요하다는 점, 개정안의 구성요건과 증거인멸죄, 직권남용죄 등 현행 「형법」상 범죄 체계와의 조화를 위한 면밀한 검토가 필요한 점, “증거해석, 사실 인정, 법률적용을 왜곡한 경우”와 같은 구성요건은 명확성 원칙

21) 예컨대, 검사가 직무상 주의의무를 다하였으나 기소한 사건이 재판에서 무죄판결 나는 경우 등에도 사건 당사자는 개정안의 법왜곡죄를 주장할 수 있음.

에 따라 보다 구체화할 수 있는 방안 모색을 논의할 필요가 있다는 점, 불명확한 구성요건은 수사기관에 대한 고소·고발 남용 등으로 이어져 수사기관의 정상적 업무수행 위축과 법률분쟁의 지속성을 초래하여 법적 안정성을 저해할 수 있다는 점 등을 종합적으로 고려하여 결정할 필요가 있을 것으로 사료됨.

문 의 처
02)6788-5056