

직권남용죄의 성립범위*

-법관·검사의 형사책임 논의를 위한 단초-

Abuse of Authority:

A Basis for Discussing Criminal
Responsibility of Judges and Prosecutors

오 병 두**

Oh, Byung-Doo

목 차

- | | |
|---------------------------|----------------------------|
| I. 시작하며 | III. 한국형법 제123조에 관한 판례와 학설 |
| II. 직권남용죄에 관한 연혁적·비교법적 검토 | IV. 맺으며 |

최근 ‘사법농단’ 사태와 검찰 과거사위원회의 활동 등으로 판사와 검사에 대한 직권남용죄(형법 제123조)의 적용 가능성이 논의되고 있다. 이 글은 그 논의의 단초로서 직권남용죄의 연혁, 비교법적 자료, 한국 대법원의 판결을 살펴보고, 직권남용죄의 핵심표지인 ‘직권의 남용’을 중심으로 그 성립범위의 해석론을 다루고 있다. 직권남용죄의 실효성과 예측가능성 확보를 위해 합리적 구율범위를 확보할 필요가 있고, 그 수단으로 ‘일반적 직무권한’과 ‘남용’의 단계적 검토와 양자의 적절한 구체화가 필요하다고 보았다.

일반적 직무권한의 외연을 확정하기 위해 형법의 보장적 기능의 관점에서 일정한 제한이 필요하다. 여기에서는 직권남용죄가 가지는 공무원범죄로서의 기본성격을 우선 고려하여야 한다고. 일정한 ‘직무’와 직권남용죄에서의 ‘직권’ 내지 ‘일반적 직무권한’으로 인

DOI: 10.35148/ilsilr.2019..44.105

투고일: 2019. 9. 15. / 심사완료일: 2019. 10. 1. / 게재확정일: 2019. 10. 17.

* 이 논문은 건국대학교 법학연구소 공익인권법센터가 주최한 “사법범죄와 사법과오” 학술대회(2019.6.26.)에서 “법관과 검사의 직권남용행위에 대한 형사책임”이라는 제목으로 발표한 원고를 수정·보완한 것이다.
이 논문은 2019학년도 홍익대학교 학술연구진흥비에 의하여 지원되었음.

** 홍익대학교 법과대학 교수

Professor, College of Law, Hongik University

정되기 위해서는 직무로서의 외관·형식을 일차적 기준으로 하면서 ‘직권’의 유형별로 엄격한 해석이 필요한 경우와 완화된 해석이 가능한 경우를 나누어 접근할 필요가 있다. 이때 공무원이 담당하는 ‘직권’과 관련된 ‘직무’의 기능과 성격(법률상의 명시적 근거가 있는지 아니면 법질서 전체를 종합적·합리적으로 판단하여야 하는지, 법령이 정한 엄격한 형식을 취하고 있는지, 상대방에게 침해적인지 아니면 수익적인지, 기속행위인지 아니면 재량행위인지 등), 그리고 실행하는 ‘직권’이 미치는 사실상·법률상 효과와 범위(공익적 효과와 그 범위와 크기, 정책결정의 영향력이 가지는 지속성, 대상자의 범위, 국민의 자유와 권리에 미치는 효과와 범위 등)가 고려될 수 있을 것이다.

최근 문제가 되고 있는 ‘판사 블랙리스트’ 등 사법농단 사태나 검찰의 과거사 문제에서 실제법적으로는 직권남용죄가 충분히 적용될 여지가 있다. 판사와 검사에게는 일반 공무원과 구별되는 광범한 재량과 큰 권한이 인정된다. 따라서 재량의 폭과 함께, 일반적 직무권한과 그에 대한 책임이 인정되는 영역이 넓어진다.

[주제어] 판사와 검사의 형사책임, 직권남용죄, 직권의 남용, 직무, 직권, 일반적 직무권한, 직무가탁형 권한남용

I. 시작하며

사법농단¹⁾ 그리고 검찰 과거사위원회 활동결과 등은 그간의 법관과 검찰의 탈법적·탈헌법적 행태를 대중 앞에 드러나게 하였다. 법원과 검찰을 주축으로 하는 형사사법권력은 ‘엄중한 보안권력’과 짝하여 탈법행위에 직·간접으로 개입한 것이다.²⁾ 이러한 사정은 형사사법의 개혁을 위해서는, 제도 내부에서 활동하는 개별행위자인 법관과 검사에 대해서도 직접적인 책임을 묻는 것이 필요함을 보여준다.

법관과 검사의 형사책임으로 문제될 수 있는 죄로는 직무유기죄(제122조)와 직권남용죄(제123조)가 대표적이다.³⁾ 최근 대법원은 ‘국정원 댓글 수사방해 사건’⁴⁾ 등에서 직권

1) 사법행정권 남용의혹 관련 특별조사단, 조사보고서, 2018.5.25. 참조.

2) 박근해 정권에서의 ‘블랙리스트’가 그 대표적인 예일 것이다. 이에 관한 비판적 검토로는 이재승, “블랙리스트 시대”, 민주법학 제66권, 민주주의법학연구회, 2018.3, 109-150쪽. 그 밖에도 ‘블랙리스트’라는 제목으로 검색되는 법학논문들은 조기영, “직권남용과 블랙리스트”, 비교형사법연구 제20권 제2호, 한국비교형사법학회, 2018.7, 27-59쪽; 이준일, “블랙리스트의 헌법적 쟁점”, 세계헌법연구 제23권 제1호, 세계헌법학회 한국학회, 2017.4, 53-72쪽.

3) 직무유기죄와 직권남용죄는 그간 독립적인 연구의 주제로서보다는 법왜곡죄 도입과 관련하여 연구되어 왔고 할 수 있다. 최근 이를 정면으로 다룬 논문이 나오고 있다. 이민걸, “직권남용죄에 있어서의 주체와 직권남용의 의미”, 형사판례연구회 편, 형사판례연구 제13호, 박영사, 2005, 388-412쪽; 조기영, 앞의 글, 27-59쪽; 최병천, “직권남용권리행사방해죄-공무원의 직권남용을 중심으로”, 경찰법연구 제17권 제2호, 한국경찰법학

남용의 점에 대해 무죄를 선고하는 등 직권남용죄의 판단을 엄격히 제한하고 있다.⁵⁾ ‘국정농단’ 사건의 하급심에서는 유죄의 결론을 내렸던 초기에 비하여 점차로 무죄판단 쪽으로 선회하는 추세라고 한다.⁶⁾ 더욱이 ‘국정농단’ 사건에서 법원이 보이는 엄격한 해석태도가 ‘사법농단’을 무죄로 이끌기 위한 사전포석이라는 분석까지 나오고 있다.⁷⁾ 이러한 상황을 고려할 때 법관과 검사의 형사책임을 묻기 위한 전제로서 형법상 직권남용죄 자체에 대한 이론적 검토가 필요하다고 판단된다.

II. 직권남용죄에 관한 연혁적·비교법적 검토

1. 형법 제123조의 입법경위

형법 제123조는 “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.”고 하여 직권남용죄를 규정하고 있다. 이는 공무원의 직권남용을 처벌하는 일반조항이고, 형법은 그 이외에도 형법 제124조(불법체포·감금), 제125조(폭행·가혹행위), 제126조(피의사실공표), 제128조(선거방해) 등과 같은 특수한 형태의 직권남용죄를 규정하고 있다.⁸⁾ 그런 의미에서 제123조를 ‘일반공무원 직권남용

회, 2019.6. 23-50쪽; 김성돈, “직권남용죄, 남용의 의미와 범위”, 법조 제68권 제3호, 법조협회, 2019.6. 205-232 쪽 등이 있다.

4) 대법원 2019. 3. 14. 선고 2018도18646 판결.

5) “국정농단 직권남용 29%가 무죄 판결”, 매일경제 2019.5.28., <<https://www.mk.co.kr/news/society/view/2019/05/354983>>, 검색일: 2019.9.1.; “국민공분에 춤춰나…檢은 휘몰이 수사, 法은 오락가락 판결”, 매일경제 2019.5.28., <<https://www.mk.co.kr/news/society/view/2019/05/354959>>, 검색일: 2019.9.1.

6) “들쭉날쭉한 직권남용죄… MB는 모두 무죄, 박근혜는 대부분 유죄”, 한국일보 2018.10.8., <<https://www.hankookilbo.com/News/Read/201810071695088187>>, 검색일: 2019.9.1. “국정농단 재판부와 다르게 법적 판단 엄격해져 ‘혼란’”스럽다고 지적한다.

7) “직권남용 무죄·무죄·무죄… ‘사법농단’ 재판 대비 포석?”, 한겨레 2018.10.8., <http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/864787.html>, 검색일: 2019.9.1.

8) 특별법상의 직권남용죄도 있다. 대표적인 것이 국가보안법 제18조 제2항, 테러방지법 제18조 제2항이다. 직권을 남용하여 범할 수 있는 행위유형이 “무고 또는 위증을 하거나 증거를 날조·인멸·은닉한” 것에 한정된다는 특색이 있다. 또한 국가정보원법 제19조(직권남용죄)는 체포·감금의 경우와 함께 일반적인 직권남용행위를 처벌하고 있다. 다만 주체가 국가정보원의 원장, 차장, 기타의 직원으로 제한된다. 이에 관한 최근 판결로는 대법원 2019. 3. 14. 선고 2018도18646 판결 <국정원 댓글 수사방해 사건>이 있다.

죄'로 부르기도 한다.⁹⁾

형법 제123조는 의용형법 제193조, 개정형법가안 제192조를 따른 것이다. 다만 형량을 대폭 상향하였다. 의용형법 제193조의 낮은 형벌은 전체주의적인 '관준민비'의 사상을 담고 있다는 비판을 받고 있었던 점¹⁰⁾과 관련이 있다. 형량을 상향조정하여 행위수단이 폭행·협박이 아님에도 강요죄(제324조)와 비슷한 법정형(5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금)으로 한 것은 이를 시정한 의미가 있다고 할 수 있다. 제정형법상의 이 조문은 1995년 형법개정으로 조문의 표제가 변경되고 벌금형이 추가된 것 이외 특별한 변화가 없었다.¹¹⁾ 조문의 연혁을 표로 정리하면 다음과 같다.

〈표 1〉

의용형법	改正刑法假案	제정형법	형법
1907. 4. 24. 제정 (법률 제45호)	1940. 3. 미정고 발표	1953. 9. 18. 제정 (법률 제293호)	1995. 12. 29. 개정 (법률 제5057호)
제193조 (공무원직권남용) 공무원이 그 직권을 남용하여 사람으로 하여금 의무 없는 일을 행하게 하거나 또는 행할 권리를 방해한 때에는 6월 이하의 징역 또는 금고에 처한다.	제192조 공무원이 그 직권을 남용하여 의무 없는 일을 행하게 하거나 타인이 권리를 행사하는 것을 방해한 때에는 2년 이하의 징역 또는 금고에 처한다.	제123조 (타인의 권리행사 방해) 공무원이 직권을 남용하여 사람으로 하여금 의무 없는 일을 행하게 하거나 사람의 권리행사를 방해한 때에는 5년 이하의 징역과 10년 이하의 자격정지에 처한다.	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.

비교법적으로 보면, 공무원의 직권남용을 일반적으로 처벌하는 규정을 두고 있는 입법례가 적지 않다. 대륙법계에서는 오스트리아 형법전 제302조,¹²⁾ 스위스 형법 제312조¹³⁾ 등이 공무원의 일반적 직권남용을 처벌하고 있다. 영미법계도 “직권남용죄”

9) 이재상/장영민/강동범, 형법각론 [제10판 보정판], 박영사, 2017, 43/28.

10) 이에 관하여는 유기천, 형법학 [각론강의 하](전정신판), 일조각, 1982, 273쪽.

11) 당시 형사법개정특별심의회 위원들은 직권남용죄를 “형법 제323조 내지 제324조의 권리행사방해죄와는 성질을 달리하는 직권남용을 본질로 하는 범죄”로 보았다(법무부, 형법개정법률안 제안이유서[형사법개정자료(XIV)], 1992.10, 256쪽). 그 논의결과와 내용은 형사법개정특별심의회, 형법개정요강 소위원회심의결과[형사법개정자료(VIII)], 1989.1., 341쪽 그리고 법무부, 형사법개정특별심의회 회의록[제6권], 1988, 315-316쪽.

12) 스위스 형법 제312조 관청의 구성원 또는 공무원으로서, 자기 또는 타인으로 하여금 위법한 이익을 얻도록 하기 위하여 또는 타인에게 불이익을 가하기 위하여 자신의 직권을 남용한 자는 5년 이하의 자유형 또는 벌금에 처한다. (한국형사정책연구원, 스위스형법전, 2009. 참조)

13) 오스트리아 형법 제302조(직권남용) ① 연방, 각주, 상위지방자치단체, 지방자치단체 또는 다른 공법인의 위임을 받아 그 법률집행기관으로서 공무를 수행하는 권한을 행사하면서 타인의 권리를 침해할 고의로 정을

(misconduct in office)에 관한 상세한 규정을 두고 있다.¹⁴⁾

이 글에서는 한국형법 제123조의 해석범위를 다루고자 하므로, 이하에는 현행 형법의 입법과 해석에 영향을 미치고 있는 독일과 일본의 규정과 해석론을 검토하기로 한다.

2. 독일형법상의 공무원 직권남용죄

2.1 현행 독일형법상 공무원 직권남용 처벌 조항

한국형법 제123조와 같이,¹⁵⁾ 공무원의 직권남용을 포괄적으로 규율하는 조항을 두고 있다. 독일형법¹⁶⁾ 제240조(강요죄) 제4항 제3호, 제267조(문서위조) 제3항 제4호,¹⁷⁾ 제263조(사기) 제3항 제4호¹⁸⁾ 등이 그것이다. 그 밖에도 독일형법은 개별적인 공무원의 직권남용범죄로서 제339조(법률왜곡),¹⁹⁾ 제340조(공무원에 의한 상해), 제343조(진술강

알면서 권한을 남용한 자는 6월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다.

② 공무를 수행하면서 외국권력이나 초국가적 또는 국가간 조직과 협력하여 범행한 자는 1년 이상 10년 이하의 자유형에 처한다. 범행을 통해 50,000유로 이상의 손해가 발생한 경우에 대한 처벌도 같다. (법무부, 오스트리아 형법, 2009.12. 참조)

14) 미국법상 직권남용죄에 관하여는 최병천, 앞의 글, 25-28쪽 참조. 영미법상 직권남용죄의 유형은 공직자가 “① 불법·부당한 행위를 하는 경우(malfesance), ② 적법한 행위를 부당한 방법으로 수행하는 경우(misfeasance), ③ 공직상 의무 있는 일을 하지 않는 경우(nonfeasance)” 등 3가지로 나누어진다고 한다(Perkins/Boyce, Criminal Law, 3th ed., 1982, p.540; 김일수, 한국형법V[각론 하], 박영사, 1995, 568쪽 각주3)에서 재인용).

15) 조기영, 앞의 글, 40쪽 각주40)은 현행 독일형법에서는 한국형법 제123조에 대응하는 규정은 없다고 본다. 한편 허황, “독일의 검사에 의한 법외폭좌: 독일 연방대법원 2017.9.14. 결정(4 StR 274/16)을 계기로 한 비교법적 연구”, 형사법의 신동향 제61호, 대검찰청, 2018.12, 275쪽은 독일형법 제339조(법률왜곡)에 대응하는 한국형법 규정으로 제122조(직무유기), 제123조(직권남용)을 든다.

16) 이하의 현행 독일형법 조문은 법무부, 독일형법, 2008.5.를 토대로 필요시 일부 수정한 것이다.

17) 독일형법 제267조 【문서위조】 ① 법적 거래 시의 기망의 목적으로 문서를 위조하거나 진정한 문서를 변조한 자 또는 위조·변조된 문서를 행사한 자는 5년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

③ 특히 중한 경우에는 6월 이상 10년 이하의 자유형에 처한다. 특히 중한 경우란 특별한 사정이 없는 한, 행위자가 다음 각 호의 1에 해당하는 경우를 말한다.

4. 공직자로서 자신의 권한 또는 지위를 남용한 경우

18) 독일형법 제263조 【사기】 ① 위법한 재산상의 이익을 자신이 취득하거나 타인으로 하여금 취득하게 할 의사로 허위의 사실로 기망하거나 진실을 왜곡 또는 은폐하여 착오를 야기 또는 유지시킴으로써 타인의 재산에 손해를 가한 자는 5년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

③ 특히 중한 경우에는 6월 이상 10년 이하의 자유형에 처한다. 특히 중한 경우란 특별한 규정이 없는 한, 행위자가 다음 각 호의 1에 해당하는 경우를 말한다.

4. 공직자로서 자신의 권한 또는 지위를 남용한 경우

19) 독일형법 제339조 【법률왜곡】 법관, 기타 공무원 또는 중재법관이 법률사건을 지휘하거나 재판함에 있어

요), 제344조(책임 없는 자 등에 대한 형사소추), 제345조(책임 없는 자 등에 대한 집행) 등을 규정하고 있다.

한국형법 제123조와 유사한 예의 하나인 독일형법 제240조(강요죄) 제4항 제3호는 강요죄에서 가중처벌하는 ‘특히 중한 경우’로서 “공직자로서 권한 또는 지위를 남용하는 경우”를 규정하고 있다.

독일형법 제240조 【강요】 ① 폭행 또는 상당한 해악을 고지한 협박에 의해 타인에게 작위, 수인 또는 부작위를 강요한 자는 3년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

② 의도한 목적을 위하여 폭행을 사용하거나 해악을 고지한 행위가 비난받아야 할 것으로 인정되는 경우에 그 행위는 위법하다.

③ 미수범은 처벌한다.

④ 특히 중한 경우에 6월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다. 특히 중한 경우란 특별한 사정이 없는 한, 행위자가 다음 각 호의 1에 해당하는 경우이다.

1. 타인에게 성적 행동 또는 부부관계를 강요하는 경우
2. 임산부에게 낙태를 강요하는 경우
3. 공직자로서 권한 또는 지위를 남용하는 경우

여기에서 공직자(Amtsträger)란, 독일형법 제11조(인적개념 및 물적 개념) 제1항 제2호²⁰⁾에 따라 공무원(Beamter), 법관(Richter), 기타 공법상의 직무관계에 있는 자, 관청이나 기타 관서 내에서 또는 그 위임에 의하여 공공행정의 임무를 담당하도록 하기 위하여 임명된 자 등을 말한다.²¹⁾ 폭행 또는 협박을 수단으로 하는 강요죄를 공직자가 자신의 권한 또는 지위를 남용하여 범하는 경우 가중처벌하는 것이므로 폭행·협박을 수단으로 하지 않는 한국형법의 직권남용죄와 구별된다.

본죄가 성립하기 위해서는 ‘권한 또는 지위의 남용’이 있어야 하므로 단순히 공직자로서 행위하는 것으로 족하지 않고, 해당 직위를 이용한 행위가 있어야 한다.²²⁾ 여기에서

당사자 일방에게 유리하게 또는 불리하게 법률을 왜곡한 경우에는 1년 이상 5년 이하의 자유형에 처한다.

20) 독일형법 제11조 【인적개념 및 물적 개념】 ① 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

2. 공직자(Amtsträger)란 독일법상 다음에 해당하는 자를 말한다.

a) 공무원(Beamter) 또는 법관(Richter)

b) 기타 공법상의 직무관계에 있는 자

c) 관청이나 기타 관서 내에서 또는 그 위임에 의하여 공공행정의 임무를 담당하도록 하기 위하여 임명된 자

21) Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, *Strafgesetzbuch*, 5. Aufl., 2017, § 240 Rn. 200(Friedrich Toepel).

22) Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, a.a.O.; Schönke/Schröder/Eser, *Strafgesetzbuch: Kommentar*, 30. Aufl., 2019, § 240

학설은 ‘권한의 남용’(Missbrauch der Befugnisse)과 ‘지위의 남용’(Missbrauch der Stellung)을 구별하여 설명한다. 즉, ‘권한의 남용’은 공직자가 자신에게 주어진 권한 범위 내에서 활동한 경우임에 반하여, ‘지위의 남용’이란 공직자가 자신에게 관할권이 인정되는 범위 밖에서 자신의 지위에서 가능한 수단을 이용하여 구성요건적 실행행위를 하는 것을 의미한다.²³⁾

2.2 독일형법 제240조(강요죄) 제4항 제3호 등의 입법경위

독일형법 제240조(강요죄) 제4항 제3호의 입법적 원형은 1871년 5월 15일 제정 당시 독일제국형법 제339조이다.²⁴⁾ 후술하는 바와 같이, 이 제339조는 일본형법, 개정형법가안과 현행형법의 입법적 모델이 되었고 그 해석도 일본과 한국 형법의 해석이 영향을 미치고 있다.

독일제국형법(1871) 제339조 ① 사람에게 대하여 자신의 직권(Amtsgewalt)을 남용함으로써 또는 일정한 남용을 하겠다고 협박함으로써 그 사람에게서 작위, 수인 또는 부작위를 하도록 위법하게 강요한 공무원(Beamter)은 경징역에 처한다.

② 미수범은 처벌한다.

③ 제106조[입법기관 구성원에 대한 출석·의결 방해], 제107조[선거방해], 제167조[종교행사방해] 및 제253조[공갈죄]에 해당하는 경우, 공무원의 행위가 자신의 직권(Amtsgewalt)을 남용하여 저질러지거나 일정한 남용을 하겠다는 협박에 의하여 저질러진 때에는 폭행 또는 협박이 없더라도 동일한 형으로 처벌한다.

이 규정은 제240조 강요죄(Nötigung)²⁵⁾의 특별규정인 “공무원에 의한 강요죄”

Rn. 38(Jörg Eisele).

23) Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, a.a.O.; Schönke/Schröder/Eser, a.a.O.

24) Schönke/Schröder/Eser, *Strafgesetzbuch: Kommentar*, 30. Aufl., 2019, § 240 Rn. 38(Jörg Eisele). Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, a.a.O., § 240 Rn.200(Toepel)에서는 이 규정이 독일형법 제240조 제4항 제3호 등의 선구적 형태이고, 여기에 구 조세범처벌법(Abgabenordnung, AO 1977) 제267조 제3항 제2호 그리고 독일형법 제264조 제2항 제2호 등이 입법적 모델이 되었다고 한다.

25) 독일형법 제240조(1871) ① 다른 사람을 불법하게 폭행하거나 중죄나 경죄로 협박함으로써 작위, 수인 또는 부작위를 하도록 강요한 자는 1년 이하의 경징역 또는 200 탈러 이하의 벌금형에 처한다.

② 미수범은 처벌한다.

③ 본죄는 고소가 있어야 논한다.

(Nötigung im Amte)로서 공무원이라는 신분으로 인하여 형이 가중되는 부진정신분범(Sonderdelikt)이었다.²⁶⁾ 이하에서는 구체적인 해석론을 보기로 한다.

첫째, 직권(Amtsgewalt)은 추상적 직무권한으로 이해되었다. 즉, 공무원이 추상적으로도(in abstracto) 권한이 없다면 문제되는 권한을 부여받은 것이라고 할 수 없어 본죄의 공무원에 해당하지 않는다고 보았다.²⁷⁾

다만 직권의 범위를 놓고는 견해가 대립하고 있었다.²⁸⁾ 우선, 직권의 범위를 가장 좁게 보는 협의설은, 직권을 “강제수단을 행사할 수 있는 일정한 전제조건 하에서 공무원에게 부여되는 권한(Befugnis)의 총체”(der Inbegriff derjenigen Befugnisse, die den Beamten berechtigen, unter gewissen Voraussetzungen Zwangsmaßregeln anzuwenden)로 이해하여, 집행권한(Exekutivgewalt)을 가진 공무원만이 본죄의 주체가 된다고 보았다.²⁹⁾

반대로, 가장 넓게 범위를 잡아 “특정 공무원에 위임된 모든 기능의 총체”(der Inbegriff aller einem Beamten anvertrauten Funktionen)로 보아야 한다는 광의설도 있었다. 국법학의 일반원칙에 의할 때, 공무원은 통상 자신에게 주어진 명령(Anordnung)을 직접 수행하거나 이를 행할 권한이 있는 관청을 매개하여 실현한다는 점이 근거였다.³⁰⁾

끝으로, 일종의 중간설로서 여기에서의 직무란 “직무와 관련된 권한의 총체로서, 그로 인하여 권한의 보유자인 공무원이 다른 사람에게 이익 또는 불이익을 선언할 수 있는 것”(der Inbegriff mit einem Amte verbundenen Befugnisse, kraft deren sein Inhaber berechtigt ist, einer Person vorteile oder Nachteile zuzusprechen)을 의미한다고 보는 입장(Frank)이 있었다.³¹⁾ 이에 의하면 본죄의 성립을 위해서 반드시 강제력을 가진 공무원이어야 하는 것은 아니지만 상대방에게 이익 혹은 불이익을 줄 수 있는 정도의 권한은 필요하다.

라이히법원 판결은 세무공무원이 조세사정액을 높게 책정하겠다고 위협한 경우를 직권의 남용으로 보아, 광의설 내지 중도설의 입장에 따랐다.³²⁾ Frank에 의하면, 시험출제위원회에 소속된 공무원이 응시자 혹은 그의 아버지에게 불합격시키겠다고 겁을 준

26) Reinhard von Frank, *Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze*, Tübingen: J.C.B. Mohr, 1908, § 339(S. 544); Ernst Schwartz, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich: Mit Kommentar*, Berlin Heidelberg: Springer, 1914., § 339(S. 738).

27) Schwartz, a.a.O.

28) 이하의 설명은 Frank, a.a.O., § 339(S. 545); Schwartz, a.a.O., § 339(S. 737f.)를 정리한 것이다.

29) Binding, Meyer/Allfeld, Rüdorff-Stenglein, Olshausen, Oppenhoff/Delius 등의 입장이다.

30) Schwartz, a.a.O., § 339(S. 738). 이 입장을 취한 사람은 Meves, Schwartz 등이다.

31) Frank, a.a.O.

32) RG 30/11. 83. E. 9 228.: Frank, a.a.O.에서 재인용.

경우도 위 판례의 취지에 따른다면 직권남용에 해당할 수 있다고 한다.³³⁾

둘째, 여기에서의 직권의 ‘남용’(Mißbrauch)이란, 그 직권행사를 위한 법률적인 전제를 갖추지 못하고서 행하는 모든 형태의 직무상 권한의 행사를 말한다고 보는 것이 통설이었다.³⁴⁾ 부작위로도 범할 수 있어서, 권한 없는 직권의 행사뿐만 아니라 직권의 불행사도 본죄를 구성한다고 보았다.³⁵⁾

셋째, 여기에서의 협박(Androhung)은 일정한 남용행위에 관한 내용을 포함하여야 하고, 그래서 일반적인 의미의 협박으로는 충분하지 않았다. 그러나 반드시 구두의 명시적 진술에 의하여야 하는 것은 아니고 상대방(피협박자)이 진술이 의도하는 의미와 맥락을 통해 추론할 수 있으면 협박으로 충분하다고 보았다.³⁶⁾

이 제339조는 나치스 때인 1943년 4월 29일 소위 “형법통일명령”(Strafrechtsangleichungsverordnung)³⁷⁾ 제10조에 의해 삭제된다. 그 후 1976년 7월 29일 「제1차 경제범죄대책법률」³⁸⁾에 의하여 제264조(보조금사기)³⁹⁾가 신설될 때, “공직자로서 자신의 권한 또는 지위를 남용한 경우”라는 표현이 독일형법전에 다시 도입되었고,⁴⁰⁾ 1998년 1월 26일

33) Frank, a.a.O.

34) Schwartz, a.a.O., § 339(S. 738).

35) Schwartz, a.a.O.

36) RG 30/11. 83. G. 9 228.: Schwartz, a.a.O.에서 재인용.

37) 정식명칭은 Verordnung zur Angleichung des Strafrechts des Altreichs und der Alpen- und Donau-Reichsgaue이다 (RGBl. 1943, S. 339).

38) Erstes Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität(1. WiKG), BGBl. I 1976 S. 2034. 그 입법이유서로는 BT-Drucks. 7/3441, S. 26. 위 문언의 취지 자체에 대해 특별한 언급은 없다.

39) 독일형법 제264조 【보조금사기】 ① 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 5년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

1. 보조금승인을 관할하는 관청 또는 기타 보조금지급절차에 관여하는 지위나 사람(보조금지급자)에 대하여 보조금지급에 중요한 사실에 대하여 자기 또는 타인을 위하여 자기 또는 타인에게 유리한 부정확하거나 불충분한 진술을 한 자
2. 보조금과 관련하여 법률규정 또는 보조금지급자를 통해 그 사용이 제한된 대상물 또는 금전지급을 사용제한에 반하여 사용한 자
3. 보조금지급에 관한 법률규정에 위반하여 보조금지급에 중요한 사실에 대하여 보조금지급자에게 고지하지 아니한 자
4. 보조금지급절차에서 부정확하거나 불충분한 진술을 통해 취득한 증명서를 보조금수령자격 또는 보조금지급에 중요한 사실에 대하여 사용한 자

② 특히 중한 경우에는 6월 이상 10년 이하의 자유형에 처한다. 특히 중한 경우란 특별한 규정이 없는 한, 행위자가 다음 각 호의 1에 해당하는 경우를 말한다.

2. 공직자로서 자신의 권한 또는 지위를 남용한 경우

3. 자신의 권한 또는 지위를 남용한 공직자의 협력을 악용한 경우 (이하 생략)

「제6차 형법개정법률」⁴¹⁾에 의하여 제240조(강요죄) 제4항 제3호, 제267조(문서위조) 제3항 제4호, 제263조(사기) 제3항 제4호 등이 신설되어 특히 중한 경우의 예시로서 위 표현이 추가되어 현재에 이르고 있다.

3. 일본형법상의 공무원직권남용죄

3.1 일본형법 제193조의 연혁과 초기 해석론과 입법론

현행 일본형법⁴²⁾ 제193조(공무원 직권남용)⁴³⁾는 “공무원이 그 직권을 남용하여 사람에게 의무 없는 일을 하게 하거나 권리의 행사를 방해한 때에는 2년 이하의 징역 또는 금고에 처한다.”고 규정하고 있다.⁴⁴⁾ 이 규정은 일본의 구(舊)형법(明治刑法, 1880년) 제276조에서 유래한다. 동조는 “관리[로서] 함부로 위권[威權, 위세와 권위_필자]을 써서 사람으로 하여금 그 권리 없는 일을 하게 하거나 그 행사할 수 있는 권리를 방해한 자는 11월 이상 2월 이하의 경징역에 처하고 2원 이상 20원 이하의 벌금을 부가한다.”고 규정하고 있었다. 여기의 “함부로 위권을 써서”라는 표지에는 “관리가 그 직무에 부수하는 위력을 남용”하는 경우가 여기에 해당한다거나,⁴⁵⁾ “법률상의 규정에 반하여 그 직권을 남용하거나, 직권을 남용하겠다고 협박함”을 의미한다⁴⁶⁾고 설명하고 있었다. 또한 “관리인 신분을 빙거(憑據)하게 하는 사실, 환언하면 미리 관리라는 신분을 알게 하여 위권을 남용했다는 사실”이 있어야 본죄를 구성한다고 보았다.⁴⁷⁾

그 후, 구형법상의 “함부로 위권을 써서”와 “그 권리 없는 일을 하게 하거나”라는

40) 독일형법 제264조의 입법연혁에 관하여는 Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, a.a.O., § 264 Rn. 1f(Hellmann). 이와 유사하게 공직자의 지위남용에 대한 규정의 일종으로 “자신의 권한 또는 지위를 남용한 공직자의 협력을 악용한 경우”를 명시한 예로는 제266조a(임금의 체불 및 횡령) 제4항 제3호가 있다.

41) Sechstes Gesetz zur Reform des Strafrechts(6. StrRG), BGBl. 1998, I S. 164.

42) 이하의 일본형법 조문은 법무부, 일본형법, 2007. 12.를 토대로 필요시 일부 수정한 것이다.

43) 일본형법은 공무원직권남용죄의 특수한 유형으로 제194조(특수공무원직권남용), 제195조(특수공무원 폭행·능학(凌虐)), 제196조(특수공무원 폭행·능학치사상) 등을 규정하고 있다.

44) 이 규정은 1947년(昭和22年)의 개정으로 법정형이 “6월 이하의 징역 또는 금고”에서 상향되고(법률 제124호), 1995년(平成7年) 평이화 개정으로 현재와 같은 문언으로 되었다.

45) 谷野格, 刑法各論(完), 中央大學, 1906, 381頁. 또한 같은 곳에서는 “사람으로 하여금 그 권리 없는 일을 하게 하거나”라는 표현이 타당하지 않다고 지적한다.

46) 江木衷, 現行刑法各論 [改正増補2版], 博聞社, 1889, 103頁.

47) 勝本勘三郎, 刑法各論(京都法政大学第1期第2学年講義録), 京都法政大学, 1903, 446頁.

표지는 1908년 형법(大正刑法) 제정시 “직권을 남용하여”와 “의무 없는 일을 하게 하거나”라는 것으로 각각 변경되었다. 이 조문의 취지는 대체로 독일조문과 유사하게 설명되었고 학설상향도 독일의 그것과 유사하였다. 종전의 ‘위권’이 ‘권한’으로 바뀌었지만 양자의 차이는 주목되지 않았다.

학설을 보면, 우선, 강요죄의 특별규정으로 보는 입장이 있었다. 예컨대, 大場茂馬(오오바 시게마)는 이 규정의 취지를 제223조 강요죄의 특수형태로서 행위수단이 달라지는 외에는 강요죄에서의 설명이 그대로 적용되고, 여기에서의 직권은 “직무에 부수한 권한으로 이를 보유한 자가 그 직능에 기초하여 다른 사람에게 이익 또는 불이익을 가할 수 있는 권한”⁴⁸⁾으로 직권의 남용은 “공무원이 보유한 직무상의 권능을 행사하는 것에 다름이 아니지만 권능을 행사할 법정의 조건을 구비하지 못하였음에도 이를 행사하는 것”⁴⁹⁾이라고 설명하였다. 이는 앞서의 Frank의 설명과 유사하다. 또한 滝川幸辰(타키가와 유키토기)는 이 죄를 “직권에 의한 강요죄”라고 설명하면서, “일의 성질상 여기에서의 공무원은 강제력을 수반하는 직무를 행하는 자에 한한다.”고 보았다.⁵⁰⁾

다음으로, 공무원범죄로서의 성격을 강조하여 강요죄와 무관한 규정으로 보는 입장도 있었다. 泉二新熊(모토지 신쿠마)는 본죄가 “일정한 직권을 가진 자가 이를 불법행위의 수단으로 이용하는 것을 의미한다. 따라서 원래 하등의 직권을 가지지 않은 자의 행위 또는 자기의 직권과 전연 상관없는[没交渉] 권위를 함부로 사용하는 행위와 같은 것은 본죄를 구성하지 않는다.”고 보았다.⁵¹⁾ 여기에서 “단순히 직무상의 의무에 위반하거나, 직무상의 지위, 명예를 더럽히는 행위는 징계문제”에 지나지 않는다고 보았다.⁵²⁾ 또한, 牧野英一(마키노 에이이치)는 여기서 직권의 남용이란, “직권행사의 형식으로 직권의 범위 밖에 속하는 행위를 하는 경우”라고 설명하였다.⁵³⁾

한편, 1940년 개정형법가안(改正刑法假案)은 직권남용죄의 공무원범죄로서의 성격을 강조하면서 구성요건의 변화 없이 형량만 높였고,⁵⁴⁾ 제2차 대전 이후, 1974년의 개정형

48) 大場茂馬, 刑法各論 [3,4版], 中央大学, 1911・1912, 669-670頁.

49) 大場茂馬, 앞의 책, 670-671頁.

50) 滝川幸辰, 刑法各論, 弘文堂書房, 1933, 33頁.

51) 泉二新熊, 刑法大要[訂19版], 有斐閣, 1923, 449頁.

52) 泉二新熊, 앞의 책, 448頁.

53) 牧野英一, 日本刑法: 下卷 各論[重訂版], 有斐閣, 1941, 257頁.

54) 개정형법가안 “제5장 직무에 관한 죄”의 심의는 주로 뇌물죄의 직무관련성 등이 논의되었다. 공무원의 직권남용죄에 대해서는 泉二新熊(모토지 신쿠마) 위원의 제안설명 중에 일부 언급이 있고 그것이 또한 전부이다. “제25장 독직의 죄”를 “제26장 살인의 죄” 바로 앞에 위치시켰던 당시 (그리고 현행) 일본형법과 달리, 개정형

법초안 제132조(공무원의 직권남용)에서도 당시 형법 제193조에 비하여 징역, 금고의 상한을 2년에서 3년으로 올리는 것으로 제안되었다.⁵⁵⁾

3.2 현행 일본형법 제193조의 학설과 판례

3.2.1 학설의 동향

제2차 세계대전 이후 일본의 학설은 대체로 그 이전과 크게 구별되지는 않는다. 우선, 공무원직권남용죄를 강요죄의 특별규정으로 볼 것인가 아니면 공무원에 고유한 범죄로 볼 것인가가 주요한 학설대립으로 등장한다. 이는 모델론적 접근으로 표현된다.⁵⁶⁾

첫째, 강요죄모델은 공무원직권남용죄와 강요죄를 유사한 범죄로 파악한다. 강요죄와 는 행위수단·방법에서만 차이가 날 뿐이므로 직권남용이 상대방의 의사·행동의 자유를 침해하여 의무 없는 일을 하게 하거나 권리행사를 방해하여야 한다고 본다. 공무원직권남용죄의 ‘권리’와 ‘의무’를 강요죄와 마찬가지로 법률상의 그것으로 파악하기 때문에 ‘직권’도 국민에 대하여 법령상 강제력을 미치는 것으로 파악한다. 따라서 공무원의 ‘직무’에 해당한다고 그것이 반드시 ‘직권’의 범위에 속한다고 보지는 않는다.

둘째, 비강요죄모델은 공무원직권남용죄의 독자성을 강조한다. 강요죄와 달리, 공무원직권남용죄는 행위수단이나 방법에 제한이 없고 상대방의 의사나 행동의 자유에 영향을 미칠 필요가 없으므로 직권남용행위 그리고 의무 없는 일의 강제나 권리행사의 방해 사이의 인과관계만 있으면 된다고 본다. 이 모델에 의하면 ‘직무’와 ‘직권’은 언제나 일치한다. 사실상의 부담을 지우는 것으로 족하기 때문에 상대방이 반드시 의무를 지워야 하거나 권리를 침해해야 되는 것은 아니다. ‘직권의 행사에 가탁하여 실질적, 구체적으로 실질적, 구체적으로 위법·부당한 행위를 한 경우’나 (압수·수색을 할 때 귀중품을

법가안은 “제5장 직무에 관한 죄”를 “제4장 국교에 관한 죄”와 “제6장 공(公)의 선거에 관한 죄” 사이에 위치시켰다. 이에 관하여 모토지(泉二)는 “공무원, 즉 국가의 기관으로서 직권을 행사하는 자가 그 직권을 남용한다고 하는 것은 국가에 대하여 대단히 누(累)를 끼치는 큰일입니다. 진정 국권을 행사한다는 점에서 볼 때 이는 중요시할 필요가 있다고 생각됩니다. 이러한 사고방식에서 이 안[개정형법가안 필자]에서는 내란, 외환, 국교, 그 다음에 독직으로 지위를 옮겼습니다. 내용은 대체로 현행법과 같은 원칙에서 출발한 것입니다.” 라고 언급하고 있다(法務大臣官房調査課, 刑法並びに監獄法改正調査委員會議事速記録, 法務資料 別冊 第22号, 1957, 256頁 이하 참조).

55) 형사법개정특별심의위원회, 일본형법개정작업결과와 내용[형사법개정자료(IX)], 법무부, 1989.5, 261쪽.

56) 이하의 설명은 堀内捷三, “公務員職權濫用罪の成否-盜聴事件-”, 松尾浩也/芝原邦爾/西田典之 編, 刑法判例百選(II): 各論[第4版], 有斐閣, 1997, 208-209頁 참조.

절도하는 것과 같이) ‘직권을 일탈한 경우’에도 직권남용을 인정할 수 있다.⁵⁷⁾

다음으로, 공무원직권남용죄에서의 ‘직권’의 범위를 놓고서도 학설의 대립이 있다.

① 강제력을 수반할 필요가 없다는 일반적 권한설(일반적 직무권한설) ② 직권행사의 “상대방에 대해 법률상, 사실상 부담 내지 불이익을 야기하기에 족한 특별한 직무권한” 이어야 한다는 특별권한설(특별직무권한설)이 대립하고 있다.⁵⁸⁾ 일반적 권한설에 의하면 그 범위가 추상적이어서 공무원직권남용죄의 성립범위가 불명확하고, 특별권한설에 의하면 충분한 처벌범위가 협소해지는 난점이 있다.⁵⁹⁾ 양설의 차이는 (1) “행위가 직무에 가탁(假托)하여 행해지는” 직무가탁형 직권남용, (2) 예컨대, 신청에 대한 허가·인가 권한을 가진 공무원이 부당하게 허가·인가를 지연하는 경우와 같은 권리부여형 직권남용, (3) 예컨대, 상대방 몰래 위법한 도청을 하는 경우와 같이 공무집행의 외형은 갖추었지만 상대방이 눈치 채지 못하게 이루어지는 밀행형 직권남용 등에서 나타난다.⁶⁰⁾ 일반적 직무권한설에 의하면 위 (1), (2), (3) 모두 본죄가 성립하나, 특별직무권한설에 의하면 인정이 용이하지 않다.⁶¹⁾ 일본의 최근 학설은 다음에 보는 판례를 자신의 입장에서 일관성 있게 설명하기 위해 양설의 대립영역을 좁히고 있어서 양설의 실제적인 차이는 좁혀지고 있다.

3.2.2 판례의 태도

공무원직권남용죄에서의 ‘직권남용’에 관한 일본의 대표적인 판결을 검토하기로 한다.⁶²⁾ 직무가탁형과 밀행형 직권남용 사례가 학설의 주목을 받고 있다.

우선, 직무가탁형의 직권남용 사례로 <미야모토(宮本) 신분장(身分帳) 사건>⁶³⁾이 있다. 이 판결에서 최고재판소는, 판사가 사법연구, 기타 직무상 참고하기 위한 조사·연구라는 정당한 목적에 따른 조사행위인 것처럼 가장하여 이와 무관한 목적으로 신분장부를

57) 이 견해가 일본에서는 일반적이라고 한다. 西田典之/山口厚/佐伯仁志 [編集], 注釈刑法 第2巻 各論(1), 有斐閣, 2016, 691頁(島田聡一郎).

58) 山中敬一, “職權濫用の義意”, 西田典之/山口厚 編, 刑法の争點[第3版], 有斐閣, 2000, 253頁.

59) 西田典之 外 [編集], 앞의 책, 703頁(島田聡一郎).

60) 山中敬一, 앞의 글, 253頁; 西田典之, 刑法各論[第5版], 弘文堂, 2010, 467頁.

61) 특별권한설 중에서는 권리부여형 권리남용은 권리를 부여하지 않은 부작위라는 점을, 밀행형 권리남용은 비강요죄모델에 따라 상대방의 의사에 영향을 미칠 필요가 없는 것이라는 점을 들어 직권남용죄가 성립한다고 설명하기도 한다. 예컨대, 山中敬一, 위의 글, 253頁.

62) 이 판결들에 대한 평석으로는 山中敬一, 위의 글, 252-253頁.

63) 最高裁判所 昭和57年(1982年) 1月 28日, 昭和55(あ)461 決定[刑集 第36卷1号1頁]. 판례원문은 <http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/196/051196_hanrei.pdf>, 검색일: 2019.9.1.

열람하고 그 사본의 교부 등을 요구함은 형무소장등이 이에 응하게 한 경우 공무원 직권남용죄가 성립한다고 보았다.

최고재판소는 일본형법 제193조의 “직권의 남용”은 “공무원이 그 일반적 직무권한에 속하는 사항에 대하여 직권의 행사에 가탁하여 실질적, 구체적으로 위법, 부당한 행위를 하는 것을 지칭하지만, 위 일반적인 직무권한은 반드시 법적 강제력을 수반하는 것을 필요로 하지 않고, 그것이 남용된 경우 직권 행사의 상대방으로 하여금 사실상 의무 없는 일을 하게 하거나, 행할 수 있는 권리를 방해할 만한 권한이면 여기에 포함된다.”고 판시하였다.⁶⁴⁾

최고재판소는 여기에서 법적인 근거를 강조하고 있다. 판사에게는 형무소 순시권이 있고(감옥법 제4조 제2항⁶⁵⁾), 사법연구를 위촉받은 경우 판사는 그 직무의 특성상 ‘부당한 평소의 연찬’이 필요하고, 연구제목에 따라 신분장부를 열람할 수 있는 점 등을 들어 일반적 직무권한의 범위에 속한다고 판단하였다.⁶⁶⁾

다음으로, <간이재판소 판사 사건>⁶⁷⁾이 있다. 이 사건은 직권가장형 사례이지만 <미

64) 이에 관한 상세한 소개로는 西田典之, 앞의 책, 465-466頁. 아래의 사실관계는 西田典之, 같은 곳; 山中敬一, 앞의 글, 252頁 등 참조하여 작성하였다.

[사실관계] 도쿄 지방재판소 하치오오지[八王子] 지부 판사보 A는 「도쿄지방재판소판사」라는 직함이 기재된 명찰을 착용하고서 1974. 7. 24. 아바시리[網走] 형무소를 방문하여, 형무소 소장실에서 형무소 소장에게 ‘치안 관계 사건을 연구하고 있다’, ‘사법연구(司法研究)라는 것이 있다’는 등의 이야기를 하여 소장에게 허가를 얻어 당시 일본 공산당위원장이었던 宮本顯治(미야모토 겐지)의 신분장부를 열람하고 사건을 촬영하였으며, 일부 사본을 입수하였다(미야모토는 “일본공산당 스파이 사건”(日本共産党スパイ査問事件)에서 치안유지법 위반으로 1945년 위 형무소에 복역한 적이 있었다).

[사건의 경과] A는 1976년 12월 3일 공무원직권남용죄로 고발을 당하였는데, 도쿄지검은 불기소처분을 하였다. 고발인은 부심판청구(일본 형사소송법 제262조 이하)를 하였으나 도쿄고등재판소는 청구를 기각하였으나, 항고심인 도쿄고등재판소는 원결정을 취소하고 부심판결정을 하였다. 이에 A가 최고재판소에 특별항고를 신청하였으나 기각되었다. 제1심(도쿄 지방재판소)은 A에 대해 무죄판결을 하였으나, 지정변호사가 항소하면서 도쿄 고등재판소는 원판결을 파기환송하였다. 이에 A는 상고하였으나 최고재판소는 상고를 기각하였다.

65) 현재의 「형사수용시설 및 피수용자들의 처우에 관한 법률」(刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律) 제11조(“법관과 검사는 형사시설을 순시할 수 있다.”)와 같다. 감옥법은 2006년 5월 24일 법률 제50호로 개정되어 현재의 명칭이 되었다.

66) “법관이 형무소장등에 대해 자료의 열람, 제공을 구하는 것은, (···) 양형 기타의 직무상 일반적으로 참고하기 위한 것인 이상, 법관에 특유한 직무에서 유래하여 감옥법상의 순시권(巡視權)과 관련된 정당한 이유에 기초하여 요구할 수 있는 것이므로, 법률상 강제력을 수반하지 아니하여도, 형무소장등에게 행형상 특단의 지장이 없는 한 이에 응하여야 할 사실상의 부담을 지우는 효과가 있는 것이어서 이를 남용한 경우 상대방으로 하여금 의무 없는 일을 하도록 하기에 족한 것이므로 직권남용죄에서 법관의 일반적 직무권한에 속한다고 인정하는 것이 상당하다.”

67) 最高裁判所 昭和60年(1985年) 7月 16日, 昭和58(あ)1309 決定[刑集 第39卷5号245頁]. 판례원문은 <http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=51854>, 검색일: 2019.9.1.

야모토 신분장 사건>과 달리, 최고재판소는 법적 권한의 존재를 강조하지 않았다. 최고 재판소는, 판사가 자신과의 사적인 교제를 요청할 의도로 자기가 담당하는 절도 피고사건의 피고인인 여성에게 야간에 전화로 ‘피해변상의 건으로 만나고 싶다’ 등을 이야기하여 찾집으로 불러내고, 같은 찾집에서 동석하게 한 것은 “직권행사로서의 외형”을 갖추고 있고 상대방에게 법관이 권한을 행사하여 자신을 출석하도록 요구하였다고 믿도록 하기에 족하다는 점을 들어 판사로서의 직권을 남용하여 의무 없는 일을 하게 한 행위에 해당한다고 판시하였다.⁶⁸⁾

끝으로, 밀행형 직권남용의 대표적인 사례로 <일본공산당 간부의 집 전화도청 사건>⁶⁹⁾이 있다. 최고재판소는 전화 도청행위가 경찰관이 직무로 행한 것이어도 시종일관하여 경찰관의 행위가 아닌 것으로 위장하여 행해진 것이라면 이는 직권을 남용한 것이라고 볼 수 없다고 판시하였다.⁷⁰⁾

이 사건에서 최고재판소는 “공무원의 불법한 행위가 직무와 관계없이 이루어졌다고 해도 직권을 남용하여 행해진 때에는 본죄가 성립할 수 있는 것”이라고 하여 ‘직무’와

[사실관계] 간이재판소의 판사인 X는 A에 대한 절도 피고사건을 담당하고 있었다. A에게 자신과의 교제를 요구할 의도로 A에게 전화하여 ‘법원의 X입니다’, ‘예(例)의 사건에서 배상은 어떻게 되었습니까?’, ‘이 변상의 건으로 잠깐 만날 수 있을까요’ 등을 말하여, 오전 9시경 찾집으로 A를 불러내어 9시 30분경까지 30분 정도 자신과 동석하게 하였다.

68) “형사사건의 피고인에게 출두를 요구하는 것은 법관의 일반적인 직무권한에 속하는 것이다. 법관이 담당 형사사건의 피고인을 위 시간에 전화로 찾집에 불러내는 행위는 그 직권행사의 방법으로서 이상한 일이라 하더라도, 당해 형사사건의 심리가 위의 상황이므로 변상의 건으로 만나고 싶다고 말하고 있다고 [A가] 생각하였다면, 소론과 같이 직권행사로서의 외형을 갖추지 못한 것이라고는 할 수 없고, 위 호출을 받은 형사사건의 피고인으로 하여금 법관이 그의 권한을 행사하여 자기에게 출두를 요구하였다고 믿게 하기에 족한 행위라고 인정하는 것이 상당하기 때문에 위 A로 하여금 그 취지 오신케 하여 찾집으로까지 나오게 하고 이 찾집에서 동석하게 한 피고인의 위 소위는 직권을 남용하여 여자로 하여금 의무 없는 일을 하게 한 것이라고 할 수 있다.”

69) 最高裁判所 平成元年(1989年) 3月 14日, 昭和63(ㄷ)76 決定[刑集43卷3号283頁]. 판례원문은 <http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=50383>, 검색일: 2019.9.1.

70) 아래의 사실관계와 사건의 경과는 西田典之, 앞의 책, 467-468頁; 山中敬一, 앞의 논문, 252頁; 堀内捷三, 앞의 논문, 208頁 등을 참조하여 작성하였다.

[사실관계와 사건의 경과] 카나가와(神奈川)현 경찰관 A와 B는 일본공산당에 대한 경비정보를 얻기 위해, 같은 당 중앙위원회 국제부장 C의 집 전화를 도청하였다. C가 경찰관들을 공무원 직권남용죄로 고소하였으나 도쿄지검은 불기소처분을 하였다. C는 도쿄 지방재판소에 부심판청구를 하였다. 도쿄 지방재판소는 이를 기각하였다. 이에 C는 항고하였는데, 항고심이 도쿄 고등재판소도 항고를 기각하자 최고재판소에 재항고하였다. 도쿄 지방재판소는 ‘상대방에게 직권의 행사가 있음을 인식케 할 외관을 갖추지 않았다’는 이유로, 도쿄 고등재판소는 ‘행위 상대방의 의사에 작용하여 그에 영향을 주는 직권행사를 구비한 것’이 없다는 이유로 각각 직권을 남용한 행위가 없다고 보았다. C측은 공무원의 불법한 행위가 직무로서 행하여지고 그 결과 개인의 권리, 자유가 침해된 때에는 당연히 공무원직권남용죄가 성립한다고 주장하여 재항고하였다.

‘직권’이 구별되고 전자가 아닌 후자를 기준으로 공무원직권남용죄의 성부를 판단해야 한다는 입장을 보인다. 여기에서 불법도청이 시종일관 ‘경찰관의 행위가 아닌 것’처럼 위장하여 행해졌고, 따라서 직무행위로서의 외형이 존재하지 않고 그로 인해 “직권행사의 상대방에 대해 법률상, 사실상 부담 내지 불이익을 야기하기에 충분한 특별한 직무”를 행한 것으로 볼 수 없어 ‘직권’의 범위에 속하지 않는다고 판단하였다.⁷¹⁾ “특별한 직무”라는 표현을 써서 특별권한설을 취한 것으로 볼 여지도 있으나, ‘직무’와 구별되는 ‘직권’만이 공무원직권남용죄의 성립에서 고려되어야 하고 상대방에 대한 부담·불이익을 강조하고 있으므로 일반적 직무권한설로 보인다.

이상의 판결을 볼 때, 최고재판소의 입장은 다음과 같이 정리해볼 수 있다. 우선, 직권남용죄에서의 ‘직권’은 ‘일반적 직무권한의 존재’를 전제로 한다. 이를 판단하기 위한 최소한의 조건은 ‘직권행사로서의 외형’을 갖추어야 한다는 것이다. 특히 직무의 외형을 고려할 때, “누구에 대해서도 [공무원]에 의한 행위가 아닌 것으로 가장하는 행동”은 남용할 수 있는 직권의 행사가 아니라는 것이다. 다음으로, ‘직무’와 ‘직권’은 다른 범주에 속하고 일반적 직무권한의 전부가 남용할 수 있는 ‘직권’에 해당하는 것은 아니라고 본다. 그 ‘직권’은 행사의 상대방에 대해 법률상, 사실상 부담 내지 불이익을 야기하기에 족한 ‘특별한 직무’이어야 한다. 이 때 해당 직무에 반드시 법적 강제력이 있어야 하는 것은 아니다.

4. 중간 정리

독일의 경우, 강요죄의 특수한 형태로 직권남용죄를 규율하고 있다. 현행 조문은 문언상 ‘권한의 남용’과 ‘지위의 남용’을 구별하고 있는데, 학설은 전자가 권한 있는 범위 내에서 이루어져야 하지만, 후자의 경우는 권한범위 밖에서 이루어지는 남용행위까지도 규율범위에 들어간다고 보고 있다.

71) “(…) 공무원직권남용죄에서 ‘직권’이란 공무원의 일반적 직무권한의 전부를 말하는 것이 아니라 그 중에서 직권행사의 상대방에 대해 법률상, 사실상 부담 내지 불이익을 야기하기에 충분한 특별한 직무를 말한다. (…) 본죄가 성립하려면 공무원의 불법한 행위가 위 성질을 가진 직무권한을 남용하여 이루어진 것임을 요한다. 즉, 공무원의 불법한 행위가 직무로서 행해졌다고 해도 직권을 남용하여 행해지지 않은 때는 본죄가 성립할 여지가 없고, 반면, 공무원의 불법한 행위가 직무와 관계없이 이루어졌다고 해도 직권을 남용하여 행해진 때에는 본죄가 성립할 수 있는 것이다. (…) 이를 본건에서 보면, 피의자들이 도청행위 전반을 통해 시종일관하여 누구에 대해서도 경찰관에 의한 행위가 아닌 것으로 가장하는 행동을 취하고 있었다는 것이기 때문에, 거기에 경찰관에게 인정되는 직권의 남용이 있다고 볼 수는 없다.”

일본형법의 공무원직권남용죄는 한국형법의 직권남용죄와 거의 같은 문언으로 되어 있는데, (구)독일형법 제339조의 영향을 받았다. 강요죄의 특수형태로서 규율하기보다는 폭행·협박을 대체하는 행위수단으로서 ‘직권의 남용’을 요소로 하고 있다. 그래서인지 일본의 학설은 대체로 독일과 유사하게 강요죄의 특수형태로 보는 논의도 있지만 공무원 범죄로서 독자적인 직권남용 개념을 발전시켜오고 있다. 일본판례는 일반적 직무권한을 전제로 하여 ‘직권의 가탁’ 개념의 경우까지 포함하여 넓게 공무원직권남용죄를 인정하고 있다.

III. 한국형법 제123조에 관한 판례와 학설 검토

1. 직권남용죄에 대한 판례와 학설

1.1 판례의 태도

대법원의 입장은 한국형법 제123조와 거의 같은 문언을 채택하고 있는 일본의 판례와 논증구조가 유사하다. 대법원은 직권남용죄가 성립되기 위해서는, 직권의 남용[①], 그리고 의무 없는 일을 하였거나 다른 사람의 구체적인 권리행사가 방해된 결과[②], 그리고 ①과 ② 사이의 인과관계[③]를 (객관적) 구성요건요소로 요구하고 있다. 대법원 판결에 나타난 직권남용죄의 (객관적) 구성요건요소는 구체적으로 다음과 같이 정리할 수 있다.

① ‘직권의 남용’이란,

④ 공무원이 일반적 직무권한에 속하는 사항을 불법하게 행사하는 것, 즉 형식적, 외형적으로는 직무집행으로 보이나 그 실질은 정당한 권한 이외의 행위를 하는 경우를 의미한다.⁷²⁾

⑤ [여기에는] 공무원이 그 일반적 직무권한에 속하는 사항에 관하여 직권의 행사에 가탁하여 실질적, 구체적으로 위법·부당한 행위를 한 경우[도 포함된다].⁷³⁾

② 현실적으로 다른 사람이 의무 없는 일을 하였거나 다른 사람의 구체적인 권리행사

72) 대법원 2011. 2. 10. 선고 2010도13766 판결; 2018. 2. 13. 선고 2014도11441 판결.

73) 대법원 1992. 3. 10. 선고 92도116 판결; 2004. 5. 27. 선고 2002도6251 판결; 2004. 10. 15. 선고 2004도2899 판결; 2005. 4. 15. 선고 2003도3453 판결.

가 방해되는 결과가 발생하여야 한다.⁷⁴⁾

② 직권남용죄에서 말하는 ‘의무’란 법률상 의무를 가리키고, 단순한 심리적 의무 감 또는 도덕적 의무는 이에 해당하지 아니한다.⁷⁵⁾

⑤ ‘의무 없는 일을 하게 한 때’란 ‘사람’으로 하여금 법령상 의무 없는 일을 하게 하는 때를 의미한다.⁷⁶⁾

③ 현실적으로 다른 사람이 의무 없는 일을 하였거나 다른 사람의 구체적인 권리행사가 방해되는 결과는 직권남용 행위로 인한 것이어야 한다.⁷⁷⁾

여기에서 해석상 첫 단계가 ‘직권남용’의 판단이다. 위의 ①부분을 정리하자면, 대법원은 ‘직권’과 ‘남용’을 구별하는 2단계의 논리구조를 갖고 있다. 먼저, ‘직권’에 속한다고 하기 위해서는 공무원이 행한 것이 ‘일반적 직무권한에 속하는 사항’이어야 한다. 이를 위해서는 일단 직무집행의 외형 내지 외관이 필요하다. ‘직권의 행사에 가탁한다’는 것은 실질적으로 직권이 없음을 뜻하지만 적어도 상대방 또는 제3자에게 그 외형·외관상 직권행사로 보여야 한다. 따라서 일반적 직무권한 밖에서는 직권남용을 논할 여지는 없다. 그리고 난 후, ‘직권’의 행사가 ‘남용’이라고 판단될 수 있으려면 ‘실질적으로 정당한 권한 이외의 행위’이거나 ‘실질적, 구체적으로 위법·부당한 행위’이어야 한다. ‘일반적 권한’과 ‘남용’을 구별하여 논하는 판례의 구체화기준은 이를 잘 보여준다.

① 어떠한 직무가 공무원의 일반적 권한에 속하는 사항이라고 하기 위해서는 그에 관한 법령상의 근거가 필요하다. 다만 법령상의 근거는 반드시 명문의 근거만을 의미하는 것은 아니고, 명문이 없는 경우라도 법·제도를 종합적, 실질적으로 관찰해서 그것이 해당 공무원의 직무권한에 속한다고 해석되고 그것이 남용된 경우

74) 대법원 1978. 10. 10. 선고 75도2665 판결; 1986. 6. 30.자 86모12 결정; 2005. 4. 15. 선고 2003도3453 판결.

75) 대법원 1991. 12. 27. 선고 90도2800 판결.

76) 대법원 2011. 2. 10. 선고 2010도13766 판결 <3배수 추천지시 사건>.

“직권남용권리행사방해죄에 있어서 ‘의무 없는 일을 하게 한 때’란 ‘사람’으로 하여금 법령상 의무 없는 일을 하게 하는 때를 의미한다. 따라서 공무원이 자신의 직무권한에 속하는 사항에 관하여 실무 담당자로 하여금 그 직무집행을 보조하는 사실행위를 하도록 하더라도 이는 공무원 자신의 직무집행으로 귀결될 뿐이므로 원칙적으로 직권남용권리행사방해죄에서 말하는 ‘의무 없는 일을 하게 한 때’에 해당한다고 할 수 없으나, 직무집행의 기준과 절차가 법령에 구체적으로 명시되어 있고 실무 담당자에게도 직무집행의 기준을 적용하고 절차에 관여할 고유한 권한과 역할이 부여되어 있다면 실무 담당자로 하여금 그러한 기준과 절차에 위반하여 직무집행을 보조하게 한 경우에는 ‘의무 없는 일을 하게 한 때’에 해당한다고 할 것이다.”

77) 대법원 1991. 12. 27. 선고 90도2800 판결; 2004. 5. 27. 선고 2002도6251 판결; 2005. 4. 15. 선고 2003도3453 판결.

상대방으로 하여금 의무 없는 일을 행하게 하거나 상대방의 권리를 방해하기에 충분한 것이라고 인정되는 경우에는 직권남용죄에서 말하는 일반적 권한에 포함된다.⁷⁸⁾

- ② 남용에 해당하는가의 판단 기준은 구체적인 공무원의 직무행위가 그 목적, 그것이 행하여진 상황에서 볼 때의 필요성·상당성 여부, 직권행사가 허용되는 법령상의 요건을 충족했는지 등의 제반 요소를 고려하여 결정하여야 한다.⁷⁹⁾
- ③ 직권남용은 공무원이 그의 일반적 권한에 속하지 않는 행위를 하는 경우인 지위를 이용한 불법행위와는 구별된다.⁸⁰⁾

‘직무’로서 하는 행위가 ‘일반적 직무권한’의 범위에 있는가를 판단함에는, -여기에 는 일본 판례에서 등장하는 ‘직무’와 ‘직권’의 구별론이 전제되어 있다 - 명문 또는 불문의 법령상의 근거가 있어야 하고, 불문의 근거가 있다고 하기 위해서는 법·제도의 종합적·실질적 관찰에 의해 직무권한에 속하고 그것의 남용으로 상대방의 권리행사 방해, 의무 없는 일의 강요에 충분한 행위이어야 한다. 한편, ‘남용’에 해당하기 위한 기준은 이와는 다르다. 일단 외형적, 형식적으로 직무에 해당하는 행위를 전제로 해당 직무행위의 목적, 그 필요성·상당성, 법령상의 허용요건 충족여부 등의 제반 요소를 통해 실질적으로 남용 여부를 판단한다.

문제는 ‘일반적 직무권한’과 ‘남용’에 관한 판례이론에 대한 학설의 비판은 주로 그 일관성 혹은 예측가능성 결여에 있다.⁸¹⁾ 판례를 구체적으로 보면, 법령의 근거를 검토한 사안으로는 “행정업무에 관한 행정상 보고의무”와 같이 법적 의무가 없다고 보아 심리적 의무 내지 스스로의 의사에 의한 것이므로 일반적 직무권한을 부정한 사례(<메모 지시 사건>⁸²⁾)나 “대검찰청公安부장인 한국조폐공사 사장에게 조폐공사의 정의행위·경영에

78) 대법원 2019. 3. 14. 선고 2018도18646 판결 <국정원 댓글 수사방해 사건>.

79) 대법원 2011. 2. 10. 선고 2010도13766 판결; 2013. 9. 12. 선고 2013도6570 판결; 2018. 2. 13. 선고 2014도11441 판결.

80) 대법원 1991. 12. 27. 선고 90도2800 판결; 2013. 11. 28. 선고 2011도5329 판결; 2019. 3. 14. 선고 2018도18646 판결.

81) 김성돈, 앞의 논문, 216쪽; 최병천, 앞의 논문, 42쪽.

82) 대법원 1991. 12. 27. 선고 90도2800 판결.

“(·) 위 G의 메모작성행위가 B연구소의 행정업무에 관한 행정상 보고의무라고 할 수 없고 피고인이 위 G에게 메모를 작성토록 한 행위가 피고인의 일반적 권한에 속하는 사항이라고도 볼 수 없다. 또 위 G가 피고인의 요청에 따라 작성해 준 메모는 정식 부검소견서가 아니고 피고인이 기자간담회를 할 때 참고하기 위한 것에 지나지 아니하여 동인이 피고인에게 위 메모를 작성하여 줄 법률상 의무가 있는 것도 아닐 뿐만 아니라, 그와 같은 메모를 작성하여 준 것도 단순한 심리적 의무감 또는 스스로의 의사에 기한 것으로 볼

관하여 어떠한 지시나 명령을 할 수 있는 권한”을 가지고 있지 않으므로 직권남용죄에 해당하지 않는다고 한 사례(<대검공안부장 조폐공사 파업유도 사건>⁸³⁾) 등과 같이 직권 남용죄를 부정한 사례도 있고, 일반적 직무권한을 속하는 인사권을 특정인의 승진 목적을 위해 행사하여 법령에 위반한 경우, “그 실질은 정당한 권한 행사를 넘어 직무의 행사에 가탁한 부당한 행위”이므로 직권남용에 해당한다고 한 사례(<3배수 추천지시 사건>⁸⁴⁾)도 있다. 또한 관련 법규정을 종합적으로 검토하여, “금융사무에 관하여 포괄적인 권한을 행사하는 재정경제원장관”의 일반적 직무권한을 도출한 사례(<진도그룹 사건>⁸⁵⁾)도 있다. 관련 규정의 검토 없이 사실상 업무수행이 계속된 사실을 종합적으로 검토하여 일반적 직무권한을 인정하고 해당 행위가 ‘상대방에게 직권행사로 볼 수 있는 충분한 외관’을 갖추었거나 그 권한에 ‘가탁’한 경우 직권남용죄를 인정한 사안(<민정수석비서관 사건>⁸⁶⁾)도 있다.

수 있을 뿐이어서 법률상 의무에 기인한 것이라고 인정할 수도 없으므로 피고인이 위 G에게 메모의 작성을 요구하고 이를 위 G의 내심 의사에 반하여 두 번이나 고쳐 작성하도록 하였다 하여도 이를 의무 없는 일을 하게 한 것이라고 볼 수는 없다.”

83) 대법원 2005. 4. 15. 선고 2003도3453 판결.

84) 대법원 2011. 2. 10. 선고 2010도13766 판결.

“서울특별시교육청 소속 교육공무원에 대한 인사권은 교육감인 피고인의 일반적인 직무권한에 속하는 사항이라고 할 것이지만, 피고인이 승진대상자를 특정한 후 그들을 승진시킬 목적으로 법령에 위반하여 위와 같은 행위를 한 것이라면 그 실질은 정당한 권한 행사를 넘어 직무의 행사에 가탁한 부당한 행위라고 할 것이므로 이는 직권남용에 해당한다. 그리고 피고인이 인사 실무를 담당하는 장학관이나 장학사로 하여금 법령에 위배되는 일을 하게 하여 그들이 앞서 본 바와 같은 역할을 수행한 것은 그들에게 법령상 의무 없는 일을 하게 한 것이고, 인사 실무를 담당하는 장학관이나 장학사가 피고인의 인사권 행사를 보조하는 사실행위를 한 것에 지나지 않는다고 볼 수 없다.”

이 판결의 “따름판례”로는 대법원 2011. 7. 28. 선고 2011도1739 판결; 2012. 1. 27. 선고 2010도11884 판결; 2013. 9. 12. 선고 2013도6570 판결; 2017. 10. 31. 선고 2017도12534 판결; 2018. 2. 13. 선고 2014도11441 판결. 또한 헌법재판소 2012. 3. 29. 선고 2011헌마254 전원재판부.

85) 대법원 2004. 5. 27. 선고 2002도6251 판결.

“국가경제 전반, 특히 금융사무에 관하여 포괄적인 권한을 행사하는 재정경제원장관이, 국민경제에 미치는 영향력이 심대한 대기업 등의 도산과 그로 인한 관련 기업들의 연쇄도산, 금융기관의 부실화, 대량실업의 발생 등 국가경제의 안정과 발전을 저해하는 사태의 발생을 방지하기 위하여, 국민경제에 미치는 영향력이 큰 기업으로서 희생 가능성이 있는 기업에 대하여는 자구계획의 수립과 실천 등 일정한 요건을 갖춘 것을 전제로 용자를 해 주도록 금융기관에 권고하거나 이를 요청하는 것은 그의 일반적 직무권한에 속하는 사항이라고 할 것이다.”

이 판결에 대한 평석으로는 이민걸, 앞의 논문, 388-412쪽. 이 대법원판결이 “처벌의 필요성을 강조한 나머지 직권남용죄에 있어서의 ‘일반적 직무권한’의 범위를 지나치게 넓게 해석”하였다고 평가한다(같은 글, 412쪽).

86) 대법원 1992. 3. 10. 선고 92도116 판결.

“(가) (민정수석비서관인) “피고인은 (···) 대통령의 지시에 따라 근친관리업무를 전담하게 되었는데 (···) 대통령의 6촌 이내의 친·인척 450여 명의 인적사항을 파악하여 그 명단을 경찰, 안전기획부 등 각 정보기관에

1.2 학설상의 논의

기존 국내학설은 대법원 판례의 태도를 대체로 수용하는 전제에서, 직권남용죄의 성립을 위해서는 ‘직권’의 존재가 필요하다는 생각이다. 직권의 행사 내지 남용이 있었는가를 결정하기 위해서는 소위 ‘일반적 직무권한에 속하는 사항인가’가 선결적으로 확인되어야 한다는 점,⁸⁷⁾ ‘직권의 남용’이란, “형식적, 외형적으로는 직무집행으로 보이나 그 실질은 정당한 권한 이외의 행위를 하는 경우”를 의미한다는 점, 직권남용죄가 성립하기 위해서는 직권의 남용, 그리고 의무 없는 일을 하였거나 사람의 권리행사가 방해된 결과, 그리고 양자 사이의 인과관계 등이 요구된다고 보는 점 등도 판례이론과 큰 차이가 없다.

최근 직권남용죄에 대한 판례이론에 대한 비판적 분석들이 나타나고 있어 주목된다.

배포하여 정보기관으로 하여금 대통령 친·인척의 이권개입 등 각종 비리에 대한 예방활동을 하면서 각종 문제점에 대한 정보를 수집, 보고케 함으로써 사전에 비리를 방지하는 한편 근본적인 예방책으로서 일정 범위의 근친들에 대하여는 그 생활대책을 강구해 주기 위하여 평소에 관련 정부부처에 협조요청 또는 지시를 해 온 사실이 있다.] 그렇다면 피고인은 위와 같은 근친관리업무와 관련하여 정부 각 부처에 대한 지시와 협조요청을 할 수 있는 일반적 권한을 갖고 있었음을 알 수 있다.] 이러한 점에 비추어 H 전 대통령의 매제인 공소의 I가 가까운 친척 중에서 가장 생활이 곤란하다고 하여 농수산물B시장 내 주유소와 써비스동을 위 I에게 수의계약으로 임대분양해 달라는 피고인의 요구는 상대방인 J시장인 공소의 K나 농수산물B시장 관리공사 대표이사인 공소의 L의 입장에서 볼 때 피고인이 A비서관으로서 수행하는 대통령근친관리업무에 관련된 협조요청이라고 받아들이기에 충분한 외관을 갖추었다고 인정된다 하여, 피고인이 위 L로 하여금 위 주유소와 써비스동을 당초 예정된 공개입찰방식이 아닌 수의계약으로 위 I가 설립한 공소의 M주식회사에 임대케 한 행위는 공무원이 그 일반적 직무권한에 속하는 사항에 관하여 직권의 행사에 가탁하여 실질적, 구체적으로 위법·부당한 행위를 한 경우에 해당하여 타인의 권리행사방해죄의 구성요건을 충족한다.](나) (···) 피고인은 [민정수석]비서관으로 재직하면서 감사원의 감사업무와 관련된 각종 정보를 취합, 분석하여 전반적인 공무원의 기강해이 상태가 드러나면 감사원 사무총장에게 정부기관 또는 공무원에 대한 전반적인 감사활동의 강화를 지시하고 특정기관에 대하여 감사를 요하는 사항의 정보를 입수하면 첩보형식으로 위 특정기관에 대한 감사를 실시한 뒤 그 결과를 보고하라고 지시한다거나 특정기관의 사기저하가 감사원의 지나친 감사로 인한 것이라는 정보가 있으면 감사원 사무총장에게 구두, 첩보통보 또는 전통지시 등의 방법으로 특정기관에 대한 편중감사의 중단 또는 감사기간의 단축을 지시하고 그 조치결과를 보고 받는 등의 직무를 수행해 온 사실]이 인정된다.] 비록 피고인이 평소 위와 같이 현실적으로 수행하여 온 직무집행 방식이 (···) 통치권자인 대통령을 직접 보좌하고 대통령특명사항에 대하여는 대통령을 대리하여 관리부처에 영향력을 행사할 수도 있는 A비서관의 직무의 특성에 비추어 위 인정과 같이 감사원의 감사업무와 관련하여 사실상 위와 같은 직무를 수행해 오던 피고인이 그러한 직무권한의 행사에 가탁하여 C시장에 대한 임대료인하 문제와 관련하여 진행중이던 감사원의 주식회사 한국냉장에 대한 감사를 중단케 하였다면 이는 역시 타인의 권리행사방해죄의 구성요건에 해당된다.]”

- 87) “외관상으로 공무원의 직무와 전혀 상관이 없는 사항, 당해 공무원의 일반적 직무권한과 전혀 무관한 사항, 직권을 사칭한 경우 또는 자기의 직권과 관계없는 권한을 모용한 경우에는 아예 직권사항에 해당하지 않으므로 본죄의 직권남용이 될 수 없다.”(김일수, 앞의 책, 567쪽)

현재의 판례이론에 의하면, “공무원이 권한도 없이 상대방으로 하여금 의무 없는 일을 하게 하거나 권리행사를 하지 못하도록 하는 행위”가 “공무원이 권한은 있지만 그 권한을 부당하게 행사함으로써 상대방으로 하여금 의무 없는 일을 하게 하거나 권리행사를 하지 못하도록 하는 행위”와 비교할 때, 전자는 불가벌이지만 후자는 직권남용죄로 처벌되는 판례이론이 부당하다는 지적이 그것이다. 또한 “최근 공직사회 내부에서 상[사]가 직무권한을 핑계 삼아 경계를 넘나드는 직무집행을 수행함에 있어, 거기에 복종하는 [부하]의 권리행사를 방해하거나 의무 없는 일을 하게 하는 일”에 대해 법령에 위배한 것이고 일반적 직무권한이 없음을 들어 처벌할 수 없다고 하는 것에 대해 이를 “준월권적 남용”으로 보아 직권남용죄를 적용하자는 주장⁸⁸⁾도 같은 문제의식으로 보인다. 개별적 사안에서 판례이론에 의하면 부정의한 결과가 도출되는 현실적 상황을 고려한 논의라고 할 수 있다. 쟁점은 ‘일반적 직무권한’과 ‘남용’을 어느 정도로 인정할 것인가 아니면 새로운 개념으로 대체·보완할 것인가라는 점에 있다.

2. 직권남용죄에서 ‘직권남용’의 해석

현재의 판례이론에 따르면 직권남용죄의 해석에 있어서 관건은 ‘직권’의 ‘남용’이다. 먼저, ‘직권’은 전제가 되는 ‘일반적 직무권한’을 확정하여야 한다. 이 ‘일반적 직무권한’의 범위와 구체화 가능성을 검토하면서 그 필요성을 살펴보기로 한다. 일반적 직무권한의 해석적 구체화와 관련하여 참고할 만한 예가 몇 가지 있다.

첫째, 공무집행방해죄(제136조 제1항)의 성립을 위한 ‘공무집행의 적법성’ 요건이다. 공무집행이 적법한 것으로 인정되기 위해서는 공무원의 직무집행행위가 ① 추상적(일반적) 직무권한에 속하는 행위이어야 하고, ② 구체적 직무권한이 있어야 하고, ③ 법령에 정한 방식과 절차를 준수하여야 한다(통설).⁸⁹⁾ 판례도 유사한 취지이다.⁹⁰⁾ 여기에서의 ‘추상적 직무권한’이란 일반적 직무권한과 같은 의미이다.⁹¹⁾ 이 ‘추상적(일반적) 직무권한’에 대한 해석기준으로는 다음의 4가지가 제시되고 있다. 직무집행행위가 ① 공무원에

88) 김성돈, 앞의 논문, 222쪽.

89) 이재상/장영민/강동범, 앞의 책, 44/11 이하; 신동운, 형법각론[제2판], 법문사, 2018, 174쪽 이하

90) 대법원 2000. 7. 4. 선고 99도4341 판결; 대법원 2006. 9. 8. 선고 2006도148 판결; 대법원 2008. 3. 27. 선고 2007도11400 판결; 대법원 2011. 5. 26. 선고 2011도3682 판결; 대법원 2017. 3. 15. 선고 2013도2168 판결 등.

91) 다만 김성돈, 앞의 논문, 216쪽은 일반적 직무권한을 “제도로서 해당 공무원”에 귀속하는 ‘추상적 직무권한’과 “그 공무원에게 구체적으로 귀속되는 직무권한”으로 정의되는 ‘구체적 직무권한’을 나누어 설명한다.

게 정해진 사물관할과 토지관할(사무적·장소적 직무범위)의 범위 내이어야 한다.⁹²⁾ 이 때 사물관할과 토지관할 중에서 -오늘날 공무집행방해죄의 성립에 있어서- 더 중요한 것은 사물관할이다.⁹³⁾ ② 공무원의 사무분장(내부적 사무분담)까지 있어야 추상적 직무권한이 인정되는 것은 아니다.⁹⁴⁾ ③ 이 추상적 직무권한은 반드시 법령에 명문의 근거가 있어야 하는 것은 아니다.⁹⁵⁾ ④ 공무원이 본래 독립적으로 행사할 수 있는 권한을 행사하는 경우 이외에 상사의 지휘·명령에 따라 그 직무를 수행하는 경우도 인정된다.⁹⁶⁾

둘째, ‘지위의 이용’과 ‘권한의 남용’의 구별론이다.⁹⁷⁾ 형법 제132조(알선수뢰)는 “공무원이 그 지위를 이용하여 다른 공무원의 직무에 속한 사항의 알선에 관하여 뇌물을 수수, 요구 또는 약속한 때에는 3년 이하의 징역 또는 7년 이하의 자격정지에 처한다.”고 규정하고 있다. 여기에서 “공무원이 그 지위를 이용하여”라 함은 “다른 공무원에 대한 임명권을 보유하거나 상명하복 관계와 같은 압력을 가할 수 있는 법적 존재는 필요 없어도 적어도 다른 공무원의 직무에 일반적으로 또는 구체적인 경우에 있어 영향을 미칠 수 있는 관계에 있어 이를 이용하는 경우”를 가리킨다.⁹⁸⁾ 대법원판결에 의하면, “지방법원장은 사법행정의 책임자로서 예하 법관에 대한 지휘감독권을 보유한 이상 소속 법관에 대하여 영향을 미칠 수 있는 지위에 있다”.⁹⁹⁾ 여기에서 말하는 ‘지위의 이용’은 ‘권한의 남용’보다는 넓은 것이 일반적일 것이다. 그러나 상급자 또는 권력기관에 의하여 이루어지는 상당수의 ‘지위 이용행위’는 동시에 ‘권한의 남용’이 될 여지가 클 것이다. 이와 관련하여 대법원이 취하고 있는 ‘권한의 남용’과 ‘지위를 이용한 불법행위’의 구별론도 그 의미를 다시 음미할 필요가 있다.¹⁰⁰⁾ 전자가 ‘일반적 직무권한’ 내에서 이루어지는 것이라면 후자는 그 외부에서 이루어지는 것이다. ‘지위를 이용한 불법행위’

92) 이재상/장영민/강동범, 앞의 책, 44/12; 김일수, 앞의 책, 679쪽; 신동운, 앞의 책, 175쪽.

93) 김일수, 앞의 책, 680쪽. “특히 범죄수사와 형사재판은 특정한 토지관할이나 관할구역을 논할 실익이 별로 없다.”

94) 이재상/장영민/강동범, 앞의 책, 44/12; 김일수, 앞의 책, 680쪽. “따라서 교통경찰관이 불심검문을 하는 것도 적법하다.”

95) 신동운, 앞의 책, 175쪽.

96) 김일수, 앞의 책, 679쪽; 신동운, 앞의 책, 175쪽.

97) 연혁적·비교법적 차원에서 보자면, 지위남용과 권한남용은 모두 직권남용의 분화형태로 볼 수 있다.

98) 대법원 1971. 4. 28 선고 71도1788 판결 등.

99) 대법원 1956. 3. 2. 선고, 4288형상179판결; 김대휘/김신 편, 주석 형법[제5판], 한국사법행정학회, 2017, 461쪽 (§ 132, 천대엽)에서 재인용.

100) 일본의 해석론으로는 團藤重光 編, 앞의 책, 374頁(香川達夫). 또한 대법원 1991. 12. 27. 선고 90도2800 판결을 인용하여 이 구별론을 제시한 것으로 이민걸, 앞의 글, 401-402쪽.

란 그 불법행위에 공무원의 직권행사로서의 외형·형식이 존재하지 않는 경우로 제한해서 읽을 수 있다.

셋째, 직권의 범위에 관한 기준으로 “직무를 행함에 당하여”와 “직권을 남용하여”의 대비론¹⁰¹⁾이 있다. 형법 제123조와 제124조는 “직권을 남용하여”라는 표현을 쓰고 있는 반면, 제125조(폭행·가혹행위죄)는 “직무를 행함에 당하여”라는 표현을 쓰고 있는데, 후자가 전자보다 넓다고 본다(통설).¹⁰²⁾ “폭행·가혹행위가 직무행위라고 할 수 없다”는 취지에서이다.¹⁰³⁾ 그러나 “직무를 행함에 당하여”라는 것은 ‘직무집행의 기회’라는 의미인데,¹⁰⁴⁾ 막연하게 직무 집행하는 때라는 의미만 있는 것은 아니고, 폭행, 가혹행위가 직무와 시간적, 사항적, 내적 관련성이 있어야 하는 제한이 있다(통설).¹⁰⁵⁾ 이 기준을 참고한다면, ‘직무’와 ‘직권’은 구별되고 ‘직무’가 ‘직권’에 해당하는지를 판단할 때는, 공무원에게 시간적, 사항적, 내적 관련성이 있는 ‘직무’가 있어야 하며 그 범위 내에서 ‘일반적 직무권한’을 판단한다는 기준을 도출할 수 있을 것이다. 이는 앞에서 본 일본과 한국의 판례에서 취하고 있는 태도이기도 하다.

이상의 논의에서 볼 때, 일반적 직무권한은 공무원이 공무원으로서 한 행위와 사인으로서 한 행위를 구별하는 최초의 기준으로서 직권남용죄에서 여전히 유지될 필요는 있다고 생각된다. 그러나 그 기준은 “직무를 행함에 당하여”와 “직권을 남용하여”의 대비론과 같은 형식적 것이 아닌, 국민의 입장에서 외관상, 외형상 자유의 제한을 초래할 만한 수준의 공권력행사로서의 외형·외관이 있었는가를 기준으로 할 필요가 있다. 그리고 난 후 ‘남용’ 여부의 검토를 통해 그 범위를 제한하여야 한다.¹⁰⁶⁾ 이후 추가적 구성요건요소의 검토를 통해 더 제한할 수 있음은 물론이다. 앞의 새로운 견해들이 주장

101) 團藤重光 [代表編集], 注釋 刑法(4): 各論(2), 有斐閣, 1975, 368-395頁, 370頁(香川達夫).

102) 이재상/장영민/강동범, 앞의 책, 43/40; 신동운, 앞의 책, 101쪽.

103) 이재상/장영민/강동범, 앞의 책, 43/40.

104) 김일수, 앞의 책, 580쪽; 이재상/장영민/강동범, 앞의 책, 43/40; 신동운, 앞의 책, 101쪽.

105) 김일수, 앞의 책, 580쪽; 이재상/장영민/강동범, 앞의 책, 43/40.

106) 이와 관련하여 “직권남용죄의 제한해석론의 하나로 독일형법상 강요죄에서 인정되고 있는 ‘비난가능성조항’(Verwerflichkeitsklausel)에 관한 해석론”, 즉, “강요목적과 강요수단 [사이의] 이른바 목적-수단 관계(Zweck-Mittel-Relation)”을 도입하자고 주장이 있다(조기영, 앞의 글, 40쪽 이하). 직권행사의 목적-수단관계로 ‘외형·형식상 수단(행위)’의 정당성/부당성과 ‘실질상 목적’의 정당성/부당성의 조합을 통해서 실질상 목적이 정당한 경우 직권남용죄의 적용을 배제하자고 제안한다(다만 ‘외형·형식상 수단(행위)’의 부당성이 있으면 다른 범죄의 성립이 검토될 여지는 있다). 주목할 만한 견해라고 생각된다. 그러나 이 문제는 일반적 직무권한이 확정된 이후 그 ‘남용’의 차원에서 판단할 사안이라고 생각된다. 또한 ‘외형·형식상 수단(행위)’의 경우 ‘정당성/부당성’ 판단보다는 ‘적법성/위법성’ 판단을 하는 것이 적절할 것으로 보인다.

하는 바와 같이, ‘일반적 직무권한’의 범위를 배제하거나 다른 개념으로 대체하기 보다는 일관된 판단기준을 설정하고 여기에서 걸러지지 않는 사례군은 일련의 구성요건요소의 포섭과정에서 정리하는 것이 동일한 결론을 가져오면서도 논리적 측면이나 예측가능성 측면에서 더 좋을 것이다.

그런데 이상의 논의만으로 직권남용죄에서의 ‘직권’과 ‘남용’의 범위를 확정하기는 쉽지 않다. 또한 단일한 기준으로 공무원 전체에 대한 일반적 직무권한을 확정하기도 어렵다. 그렇다면 어떠한 방법으로 일반적 직무권한을 확정할 것인가? 이는 형법해석의 기본적 방법을 원용하는 것에서 시작할 수 있을 것이다.

우선, 입법자의 의사와 연혁을 보자. 제정형법의 입법자는 이 규정을 공무원범죄에 대한 대책으로 보고 있었다. 형량을 구형법에 비하여 상향한 것은 그러한 의식의 발로이며, 그것은 1995년 개정시 조문의 표제를 “직권남용”으로 바꾸기까지 하였다. 우리 입법자는 행정권의 남용으로 인한 국민의 자유 침해가 가지는 불법성을 적어도 폭행·협박을 수단으로 하는 사인의 범죄(강요죄)와 같은 수준으로 파악하고 있다. 또한 제123조는 (구)독일형법 제339조의 영향을 받은 일본형법의 공무원직권남용죄에서 유래한다. 일본 형법과 한국형법은 독일과 달리, 직권남용죄를 강요죄와 분리된 독자적인 공무원범죄로 규율하였다. 또한 형법이 공무원의 직권남용행위를 규정한 체계도 고려하여야 한다. 형법이 제124조(불법체포·감금), 제125조(폭행·가혹행위), 제126조(피의사실공표), 제128조(선거방해) 등 특수한 형태의 직권남용죄를 규정하고 있으며 그 형량도 제123조보다 높다. 폭행·가혹행위죄가 “5년 이하의 징역과 10년 이하의 자격정지”로 유사하나, 1995년 형법개정으로 제123조에는 1천만원 이하의 벌금이 추가되어 형이 경하게 되었다. 여기에서 제123조는 이 규정들의 일반규정으로서 작동한다. 따라서 그 불법내용이 제125조 이하의 범죄에서 개별적 요건을 충족하지 못하더라도 제123조가 다시 적용될 수 있다고 보는 것이 조문체계에 부합한다(소위 “일반공무원 직권남용죄”).

다음으로, 일반적 직무권한의 외연을 확정하는 문제는 결국 개별적·구체적 사안별로 판단되겠으나 형법의 보장적 기능의 관점에서 어느 정도의 구체화와 유형화를 시도해볼 수 있을 것이다. 여기에서는 직권남용죄가 가지는 공무원범죄로서의 성격을 고려하여야 한다고 생각된다. 일정한 ‘직무’와 직권남용죄에서의 ‘직권’ 내지 ‘일반적 직무권한’으로 인정되기 위해서는 직무로서의 외관·형식을 일차적 기준으로 하면서 ‘직권’의 유형별로 엄격한 해석이 필요한 경우와 완화된 해석이 가능한 경우를 나누어 접근할 필요가 있다. 이 때 공무원이 담당하는 ‘직권’과 관련된 ‘직무’의 기능과 성격(법률상의 명시적

근거가 있는지 아니면 법질서 전체를 종합적·합리적으로 판단하여야 하는지, 법령이 정한 엄격한 형식을 취하고 있는지, 상대방에게 침해적인지 아니면 수익적인지, 기속행위인지 아니면 재량행위인지 등), 그리고 실행하는 ‘직권’이 미치는 사실상·법률상 효과와 범위(공익적 효과와 그 범위와 크기, 정책결정의 영향력이 가지는 지속성, 대상자의 범위, 국민의 자유와 권리에 미치는 효과와 범위 등)가 고려될 수 있을 것이다.

끝으로, 입법론 차원에서는 독일형법 제240조 제4항 제3호 등과 같이, ‘지위의 남용’과 ‘권한의 남용’을 개념적으로 구별하고 전자와 후자를 나누어 규정하는 것도 고려할 필요가 있다.¹⁰⁷⁾

3. 판사와 검사에 대한 직권남용죄 적용 가능성

법관과 검사의 형사책임을 묻기 위해 원용될 수 있는 형법상으로는 직무유기죄(제122조)와 직권남용죄(제123조)가 대표적이다. 이 규정의 실효성에 의문을 제기하면서 독일 형법 제339조 법왜곡죄를 도입하자는 논의로 활발하다. 그러나 형법 제122조와 제123조가 법관과 검사에게 잘 적용되지 않는 이유는 독일의 법왜곡죄와 같은 조문이 없기 때문이 아니라 검사가 검사를 수사하고 판사가 판사를 재판하는 상황에서 이 규정의 실효성을 담보할 절차법적 장치가 충분하지 않기 때문이다.¹⁰⁸⁾ 또한 법왜곡죄가 이 문제에 대한 유일하거나 논리 필연적인 것으로 보이지도 않는다.

최근 문제가 되고 있는 ‘판사 블랙리스트’ 등 사법농단 사태나 검찰의 과거사 문제에서 실체법적으로는 직권남용죄가 충분히 적용될 여지가 있다고 본다. 판사와 검사에게는 법적 결정을 함에 있어서 광범한 재량과 권한이 유보되어 있다. 그리고 그 행위는 내부자에게나 외부자에게나 법적 형식을 통해 이루어지는 것이 일반적이다.¹⁰⁹⁾ 소위

107) 같은 취지: 김성돈, 앞의 논문, 228쪽.

108) 그에 대한 문제제기와 대안으로는 오병두, “독립적 특별수사기구의 도입방안에 관한 연구 ‘고위공직자비리 수사처’ 법안들을 중심으로,” 형사정책 제24권 제2호, 한국형사정책학회, 2012.8., 31-56쪽, 특히 50쪽. 또한 이에 관한 언론의 최근 지적으로는 “사법농단 문건 공개 뒤집은 ‘사법농단 연루’ 항소심 판사”, 한겨레 2019.6.14., <http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/897832.html>, 검색일: 2019.9.1.; “사법농단 연루 판사, 항소심서 ‘법원행정처 문건 공개’ 1심 뒤집어”, 한겨레 2019.6.14., <www.hani.co.kr/arti/society/society_general/897737.html>, 검색일: 2019.9.1.

109) 일본의 <신분장 사건>에서 최고재판소가 중요하게 고려하였던 것은 법률상의 명시적 근거였다. 사법농단에 관여한 법관의 경우 사법행정권의 실행이라는 차원에 접근하면 확장된 일반적 직무권한을 인정할 여지가 커진다. 한국에서도 법관과 검사에게는 사법행정사무(대법원장, 대법관에게는 헌법 제5장과 법원조직법 전체의 취지에 의해, 판사에게는 법원조직법 제9조 제1항, 제2항에 의해), 검찰행정사무(검찰청법 제7조

‘직무가탁형 권한남용’ 사례로 마찬가지이다. 일반공무원과 구별되는 독특한 직무상 특징 중의 하나이다. 이 점에서 판사와 검사의 경우 광범한 재량권이 인정되는 정치적 공무원과 유사한 점이 있다. 권한과 재량의 폭과 함께, 일반적 직무권한과 그에 대한 형사책임영역이 넓어질 수 있다.¹¹⁰⁾

물론 직권남용죄를 판사나 검사에게 적용하는 경우에도 현실적으로 2중의 장애는 남아 있다. 우선, 검사가 제대로 수사할 것인가의 문제와 수사가 되어 기소된 때 법관에 의해 제대로 재판이 진행되어 소기 형사처벌이 가능할 것인가의 문제이다. 이러한 절차적 문제는 법왜곡죄 도입의 경우와 마찬가지로 여전히 숙제로 남는다.

IV. 맺으며

직권남용죄의 연혁, 비교법적 자료, 한국 대법원의 판결을 살펴보았다. 직권남용죄의 핵심표지는 ‘직권의 남용’이다. 형법 제123조의 적용에 있어서 그 범위를 넓게 잡으면 형법의 보장적 기능을 담보하지 못하여 공무원의 직무활동을 전반적으로 위축시킬 수 있고, 너무 좁게 잡으면 사회적 해악에도 불구하고 공무원의 직권남용행위를 제대로 처벌할 수 없어 형법의 보호적 기능을 다할 수 없다. 따라서 이 글에서는 직권남용죄의 실효성과 예측가능성 확보를 위해 합리적 규율범위를 확보할 필요가 있고, 그 수단으로 ‘일반적 직무권한’과 ‘남용’의 단계적 검토와 양자의 적정한 구체화가 필요하다고 보았다.

그리고 그 구체화 방안으로 직무로서의 외관·형식을 일차적 기준으로 하면서 ‘직무’와 ‘직권’의 성격, 대국민적 영향력을 고려하여 유형을 설정하고 각 유형별로 직무권한의 범위에 대한 개별적 접근방법을 제안하였다. 판사와 검사의 재량에 비례하여 그 일반적 직무권한을 넓게 잡아야 한다는 점도 지적하였다.

이 글에서는 그간 연구가 충분치 않았던 직권남용죄에 대하여 기초적인 자료소개와 분석에 상당한 분량을 할애하다보니 최근 문제되고 있는 사안에 있어서 판사와 검사에

제1항)에 따른 권리, 의무관계가 발생한다.

110) 이에 관하여 포괄적 뇌물죄를 인정한 대법원 1997. 4. 17. 선고 96도3378 판결 <전두환 대통령 비자금 사건>; 대법원 1997. 12. 26. 선고 97도2609 판결 <한보비자금 (국회의원 뇌물) 사건> 등에서 전개된 법리를 원용할 여지가 있을 것이다.

대한 형사책임에 대해서는 문제제기와 규율가능성 이상의 충분한 논의를 하지 못하였다. 더 상세한 판례와 학설의 분석은 후속연구를 통해 보완하고자 한다.

이 글이 현재 진행되고 있는 사법농단과 검찰의 과거 사건은폐 관련자들의 수사와 형사처벌을 위한 해석론상의 지침을 제공하고, 절차법적 제도보완을 위한 개혁입법에 도움이 되길 기원해본다.

참고문헌

1. 단행본

- 신동운, 형법각론[제2판], 법문사, 2018.
- 유기천, 형법학[각론강의 하](전정신편), 일조각, 1982.
- 이재상/장영민/강동범, 형법각론[제10판보정판], 박영사, 2017.
- 김대휘/김신 편, 주석 형법[제5판], 한국사법행정학회, 2017.
- Ernst Schwartz, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich: Mit Kommentar*, Berlin Heidelberg: Springer, 1914.
- Reinhard von Frank, *Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze*, Tübingen: J.C.B. Mohr, 1908.
- Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, *Strafgesetzbuch*, 5. Aufl., 2017.
- Schönke/Schröder/Eser, *Strafgesetzbuch: Kommentar*, 30. Aufl., 2019
- 江木衷, 現行刑法各論 [改正増補2版], 博聞社, 1889.
- 谷野格, 刑法各論(完), 中央大學, 1906.
- 勝本勘三郎, 刑法各論(京都法政大学第1期第2学年講義録), 京都法政大学, 1903.
- 大場茂馬, 刑法各論 [3,4版], 中央大学, 1911・1912.
- 泉二新熊, 刑法大要[訂19版], 有斐閣, 1923
- 滝川幸辰, 刑法各論, 弘文堂書房, 1933.
- 牧野英一, 日本刑法: 下卷 各論[重訂版], 有斐閣, 1941.
- 法務大臣官房調査課, 刑法並びに監獄法改正調査委員會議事速記録, 法務資料 別冊 第22号, 1957.
- 西田典之, 刑法各論[第5版], 弘文堂, 2010.
- 團藤重光 [代表編集], 注釋 刑法(4): 各論(2), 有斐閣, 1975.
- 西田典之/山口厚/佐伯仁志 [編集], 注釈刑法 第2卷 各論(1), 有斐閣, 2016.

2. 학술지

- 김성돈, “직권남용죄, 남용의 의미와 범위”, 법조 제68권 제3호, 법조협회, 2019.6, 205-232쪽.
- 오병두, “독립적 특별수사기구의 도입방안에 관한 연구- ‘고위공직자비리수사처’ 법안들을 중심으로-”, 형사정책 제24권 제2호, 한국형사정책학회, 2012.8, 31-56쪽.
- 이민걸, “직권남용죄에 있어서의 주체와 직권남용의 의미”, 형사판례연구회 편, 형사판례연구 제13호, 박영사, 2005, 388-412쪽.
- 이준일, “블랙리스트의 헌법적 쟁점”, 세계헌법연구 23권 1호, 세계헌법학회 한국학회, 2017.4, 53-72쪽.
- 이재승, “블랙리스트 시대”, 민주법학 66권, 민주주의법학연구회, 2018.3, 109-150쪽.
- 조기영, “직권남용과 블랙리스트”, 비교형사법연구 20권 2호, 한국비교형사법학회, 2018.7, 27-59쪽.
- 최병천, “직권남용권리행사방해죄-공무원의 직권남용을 중심으로-”, 경찰법연구 제17권 제2호, 한국경찰법학회, 2019.6, 23-50쪽.
- 허 황, “독일의 검사에 의한 법외곡죄: 독일 연방대법원 2017.9.14. 결정(4 StR 274/16)을 계기로 한 비교법적 연구”, 형사법의 신동향 제61호, 대검찰청, 2018.12, 257-287쪽.
- 山中敬一, “職權濫用の義意”, 西田典之/山口 厚 編, 刑法の爭點[第3版], 有斐閣, 2000, 252-253頁.
- 堀内捷三, “公務員職權濫用罪の成否-盜聴事件-”, 松尾浩也/芝原邦爾/西田典之 編, 刑法判例百選(II): 各論[第4版], 有斐閣, 1997, 208-209頁.

3. 기타자료

- 법무부, 독일형법, 2008.5.
- _____, 오스트리아 형법, 2009.12.
- 한국형사정책연구원, 스위스형법전, 2009.
- 형사법개정특별심의위원회, 일본형법개정작업경과와 내용[형사법개정자료(IX)], 법무부, 1989.5.
- 사법행정권 남용의혹 관련 특별조사단, 조사보고서, 2018.5.25.

- “국정농단 직권남용 29%가 무죄 판결”, 매일경제 2019.5.28., <<https://www.mk.co.kr/news/society/view/2019/05/354983/>>, 검색일: 2019.9.1.
- “국민공분에 춤췄나…檢은 휘몰이 수사, 法은 오락가락 판결”, 매일경제 2019.5.28., <<https://www.mk.co.kr/news/society/view/2019/05/354959/>>, 검색일: 2019.9.1.
- “들쭉날쭉한 직권남용죄… MB는 모두 무죄, 박근혜는 대부분 유죄”, 한국일보 2018.10.8., <<https://www.hankookilbo.com/News/Read/201810071695088187>>, 검색일: 2019.9.1.
- “직권남용 무죄·무죄·무죄… ‘사법농단’ 재판 대비 포석?”, 한겨레 2018.10.8., <http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/864787.html>, 검색일: 2019.9.1.
- “사법농단 문건 공개 뒤집은 ‘사법농단 연루’ 항소심 판사”, 한겨레 2019.6.14., <http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/897832.html>, 검색일: 2019.9.1.
- “사법농단 연루 판사, 항소심서 ‘법원행정처 문건 공개’ 1심 뒤집어”, 겨레 2019.6.14., <www.hani.co.kr/arti/society/society_general/897737.html>, 검색일: 2019.9.1.
- 最高裁判所 홈페이지 <<http://www.courts.go.jp/>>, 검색일: 2019.9.1.

[Abstract]

Abuse of Authority:
A Basis for Discussing Criminal
Responsibility of Judges and Prosecutors

Oh, Byung-Doo*

Recently, the criminal responsibility of judges and prosecutors, by way of applying the “abuse of authority”(Article 123, the Korean Criminal Code) to them, is being actively discussed, due to the Scandals of the Judicial and the Prosecution, such as Judge Blacklist cases and corruption cases in the Prosecution.

In this vein, this article deals with the interpretation of this provision. We make the historical and comparative study of “abuse of authority”, analyse the Korean Supreme Court’s rulings on this provision, and seek to find out more reasonable criteria for the Article 123.

It is needed to punish officials who abuse their authority and are criminally liable for it to prevent corruptions of officials and to enhance the function of the state. At the same time, it is important to set limitations on the requirements of this offense to guarantee functional autonomy of officials and effective operation of administration. These two values are conflicting in criminal law and enforcement system.

Hence, we endeavor to find out what criteria are advisable and practical for determining criminal responsibility of the officials. The central requirements of this provision are “abuse” and “authority”. Only when a public official “abuses” his authority in performing official duties within “general competency” allowed by law, he could be punished according to this provision. Thus, these two requirements should be examined in phase. First, the action of the official should be proved by its official characters in appearance whether they were done with “general competency”. And then the level of wrongfulness of this action also ought to be checked, and estimated that it could be considered as an “abuse” in a substantial and material sense.

* Professor, College of Law, Hongik University

The judges and prosecutors are also the subjects of the criminal liability, the same as the other officials, according to the Article 123, “abuse of authority”. Normally judges and prosecutors have broader discretion and more power in criminal justice system that distinguishes them from other public officials. Therefore, it is also reasonable that judges and prosecutors should have more legal responsibilities in proportion to the size of their discretions and powers.

[Key Words] Criminal Responsibility of Judges and Prosecutors, Abuse of Authority(Article 123, Korean Criminal Code), Official Duty, Competent, General Competent, Abuse of Authority de Facto

