

【특집2: 과거사 해법의 모색】

긴급조치 제9호를 적용한 법관의 책임*

— 대법원 2022. 8. 30. 2018다212610 전원합의체 판결 —

이재승

건국대학교 법학전문대학원, 법철학

jslee@konkuk.ac.kr

<국문초록>

긴급조치 제9호에 대한 2022년 대법원 전원합의체 판결은 국가배상책임 법리에서 큰 변화를 가져왔다. 대법관들은 세부적인 쟁점에 대해서는 견해를 드러냈으나 국가책임을 인정하는 데에 의견일치를 보여주었다. 다수의견은 긴급조치의 적용과정에 관여한 공무원들의 개별적 책임을 특정하는 대신에 일련의 국가작용과 같은 마술적 우산 아래 국가의 책임을 개괄적으로 인정하였다. 긴급조치를 적용한 법관의 유죄판결이 독자적인 불법행위를 구성하는지를 둘러싸고 대법관들의 견해는 첨예하게 갈렸다. 대다수 대법관이 법관의 불법행위책임을 부인하거나 회피하는 반면, 김선수·오경미 대법관만 법관의 책임을 인정하고 법의 수호자로서 법관의 소명을 뚜렷하게 부각했다. 긴급조치 제9호의 위헌성이 중대하고 명백하다면 그러한 처벌법의 적용은 위법하고 유책이라는 점도 자명하다. 만일 법관이 생명의 위협 아래 유죄판결을 선고하도록 강요당했다고 한다면 이러한 사정은 법관의 책임을 조각할 수 있다. 그러나 그러한 사정은 실제로 존재하지 않았던 것으로 보인다. 그런데도 전원합의체 판결에서 대법관들이 악법을 적용했던 법관들의 책임을 인정하지도 않고, 법조의 대표자로서 공식적 사과조차 하지 않은 것은 법리적으로나 도의적으로도 의문스럽다.

주요어: 국가배상책임, 국제법상 명백한 불법성, 긴급조치 제9호, 법관의 불법행위 범죄, 중대하고 명백한 위헌성

* 심사위원: 이경주, 김종서, 신옥주

투고일자: 2023. 2. 4.

심사개시: 2023. 2. 8.

게재확정: 2023. 2. 21.

< 차 례 >

- I. 긴급조치
- II. 긴급조치 제1호의 피해자 오종상의 투쟁사
- III. 2022년 전원합의체판결
- IV. 주요한 이론적 쟁점들
- V. 공식적 사과

I. 긴급조치

2022년 8월 30일 대법원 전원합의체 판결¹⁾은 2010년 긴급조치에 대한 대법원의 위헌 선언으로 촉발된 국가책임 논쟁을 일단락지었다. 이 판결에서 국가배상책임에 관한 법리적 변화 이외에 법관의 불법행위에 대한 대법관들의 견해 차이도 눈여겨볼 만하다. 대법관들은 아마도 이 사건의 재판에 앞서 학창 시절에 겪었던 유신체제와 신군부의 압제를 떠올렸을 것이다. 공교롭게도 긴급조치 제9호가 발령되던 1975년에 이 평석의 밑바탕이 된 라드브루흐의 논문 ‘법률적 불법과 초법률적 법’²⁾이 최고교수에 의해 번역·출간되었다. 법학도라면 그 논문을 통해 뉘른베르크 법정에 선 법조인들에 대해 위화감을 느끼며 소명의식을 새로이 다졌을 것으로 짐작된다. 어쨌든 2022년 전원합의체 판결에서 법관의 사명에 대한 일부 대법관들의 적극적인 입장 표명은 법조윤리의 차원에서도 주목할만

1) 이 판결에 대한 공법학자들의 평석으로는 김중권, “긴급조치와 관련한 국가배상 책임에서 재판상의 불법의 문제”, 인권과 정의 510호(2022), 109-124쪽; 박성규, “긴급조치 제9호의 발령 및 적용·집행 행위로 인한 국가배상책임”, 사법 제6권 제1호(2022), 655-702쪽. 이 판결 이전 상황에 대한 논의로는 문병효, “대법원의 긴급조치 및 국가배상 관련 판결들에 대한 비판적 고찰”, 민주법학 제59호 (2015), 41-97쪽; 이재승, “긴급조치의 청산법리”, 민주법학 제71호(2019), 9-47쪽; 윤상원/윤혜연, “긴급조치 피해에 대한 국가배상에서 위법성과 소멸시효”, 민사법학 제94호(2021), 361-388쪽; 이영무, “유신헌법하의 긴급조치와 국가배상 청구의 요건”, 법학논총 42권 1호(2022), 117-151쪽.

2) Gustav Radbruch, “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht”, *Süddeutsche Juristenzeitung* Jahrg. 1(1946), 103-108쪽.

한 사건이다. 대법관들의 입장을 개별적으로 검토하기에 앞서 긴급조치 및 판결의 경과를 개관해 보겠다.³⁾

대통령 박정희는 유신체제의 수립 후 학생들의 저항을 받아 1974년 1월 8일 대통령 긴급조치 제1호를 시작으로 1975년 5월 13일 긴급조치 제9호까지 연이어 선포하였다. 그중 긴급조치 제1호, 제2호, 제4호, 제9호는 인권침해의 온상으로서 악명이 자자하였다. 긴급조치 제3호는 경제생활에 대한 조치이고 제7호는 고려대학교 휴교 조치에 관한 건이다. 긴급조치 제5호, 제6호, 제8호는 각기 긴급조치 제1호·제4호, 제3호, 제7호를 해제하는 긴급조치였다. 유신체제는 긴급조치 제2호와 긴급조치 제9호에 대한 해제조치를 취하지 않은 채 붕괴하였다. 제5공화국 헌법이 긴급조치라는 규범 형식을 두지 않았으므로 긴급조치 제2호 및 제9호는 1980년 10월 27일자(개정 헌법 시행일)로 실효하였다.⁴⁾

긴급조치 제1호, 제2호, 제4호, 제9호는 유신헌법이나 대통령에 대한 비판적인 언동을 범죄로 규정하고 소위 ‘바른말’ 하는 사람들을 영장 없이 체포·구속·압수·수색하고 이들을 중형에 처하도록 하였다. 심지어 긴급조치 제1호와 제2호는 민간인을 군사재판에 회부시킴으로써 공정한 재판에 대한 권리를 애당초 박탈하였다. 한편, 유신헌법 제53조 제4항은 대통령의 긴급조치에 대한 사법심사를 배제하고, 나아가 긴급조치 제9호 제13항은 긴급조치와 관련한 주무부장관의 명령이나 조치도 사법심사의 대상에서 제외하였다. 따라서 긴급조치는 법치국가의 정상적인 법령이 아니라 사실상 초헌법적 조치이고 법으로 분식된 국가폭력이었다. 라드브루흐의 용어로 말하면 법률적 불법이라고 할 수 있다.

긴급조치 피해자 중 긴급조치 제4호 위반으로 체포된 인혁당 재건위 사건의 관련자 8인(서도원, 하재완, 김용원, 송상진, 도예중, 이수병, 우홍선, 여정남)이 대법원에서 사형선고를 받고 불과 18시간 만에 처형되는 끔찍스러운 일도 있었다.⁵⁾ 자유 사회라면 당연히 허용되어야 할 정치적

3) 4·9통일평화재단, 긴급조치 위반사건의 재심 현황, 2016; 진실·화해를위한과거사정리위원회, 대통령 긴급조치 위반사건 재심 현황 자료집, 2022.

4) 긴급조치 제2호의 실효에 대한 판단은 대법원 1985. 1. 29. 74도3501 전원합의체 판결.

5) 천주교인권위원회, 사법살인: 1975년 4월의 학살(학민사, 2001), 221쪽 이하.

표현을 금지하고 항의자들을 대규모로 체계적으로 처벌하는 행위는 국제 인도법에서 말하는 인도에 반한 죄(crimes against humanity)⁶⁾에 해당한다. 즉 정치적 항의자들에 대한 대규모 박해는 “민간인 주민에 대한 광범위하거나 체계적인 공격의 일부로서” “그 공격에 대한 인식을 가지고” 자행된 “살해”, “국제법의 근본원칙을 위반한 구금 또는 신체적 자유의 다른 심각한 박탈”, “고문”, “정치적 사유에 근거하여 어떠한 동일시될 수 있는 집단이나 집합체에 대한 박해”에 해당하기 때문이다.⁷⁾ 한 마디로 유신시대에 긴급조치를 적용한 법관은 인도에 반한 죄를 범한 것이다. 오늘날 국제사회는 <제노사이드와 인도에 반한 죄의 공소시효의 부적용에 관한 협약>을 채택하였고 상당수 국가는 공소시효 부적용 원칙을 국제관습법이나 강행규범으로 간주하여 관련 범죄를 처벌하고 있다. 2017년 검사와 판사 4인을 인도에 반한 죄로 종신형을 선고한 아르헨티나 멘도사 법정은 법조인 소송의 가장 최근의 사례로서 주목할만하다. 아르헨티나 군부 독재자들은 거주장스러운 법원의 손을 빌리지 않고 군대와 보안경찰을 동원하여 자신의 정적과 운동권 세력을 은밀히 제거하는 방법(강제실종)을 택했다. 그런데 판사들이 인도에 반한 죄로 처벌받은 이유는 이들이 피해자 가족들의 인신 보호 청원을 묵살한 데에 있다. 아르헨티나 법제상 인신 보호 절차가 강제실종 피해자들에게 유일한 생존 희망이었기 때문에 인신 보호 청원의 묵살은 중대한 범죄로 다루어졌다.⁸⁾

긴급조치 위반 사건에서 무죄를 선고한 판사가 지방으로 발령 나가거나 승진에 탈락하는 경우도 있었지만 법관 대다수는 악법에 충실하고 체제에 순응하였다. 2006년 진실화해위원회는 긴급조치 위반 사건 판결문 1,412건을 분석한 후 당시 긴급조치 재판에 참여한 법관 492명 중 101명이 나중에 지방법원장급 이상의 고위법조인이 되었다고 발표하였다.⁹⁾ 한국 사회에서 긴급조치와 같은 정치적 재판에 참여한 법조인에 대한 형사

6) David Luban, “A Theory of Crimes Against Humanity”, *Yale Journal of International Law* Vol. 29(2004), 85-167쪽.

7) 국제형사재판소에 관한 로마규정 제7조 참조.

8) 이재승, “법조인소송”, *일감법학* 제44호(2019), 163-166쪽.

9) 진실·화해를위한과거사정리위원회, 긴급조치위반 판결분석 보고서, 2006년도 하반기 조사보고서(2006), 279쪽 이하.

책임은 전혀 추궁되지 않았다. 물론 이러한 불처벌 관행은 법리적 귀결이 아닌 신성동맹과 법조 특권의 발로라고 짐작된다.

Ⅱ. 긴급조치 제1호의 피해자 오종상의 투쟁사

최근까지 법무부가 직권으로 재심을 청구하여 긴급조치로 인해 유죄판결을 받은 피해자들 전원이 무죄를 선고받았다.¹⁰⁾ 긴급조치 피해자들의 명예회복 과정에서 오종상 선생의 투쟁사를 빼놓을 수 없다. 오종상은 1975년 어느 날 버스 안에서 옆에 앉은 고등학생에게 정부의 분식 장려 정책을 비판하는 말을 하였는데 학생은 학교 선생에게 신고하였고 해당 교사는 당국에 고발하였다. 오종상은 긴급조치 제1호에 따라 영장 없이 체포되어 긴급조치 제1호 및 반공법 위반(찬양고무)으로 보통군법회의에서 징역 7년 자격정지 7년을, 항소심인 비상고등군법회의에서 징역 3년 자격정지 3년을 선고받았고 상고가 기각되어 만 3년을 복역하였다.¹¹⁾

2007년 진실화해위원회는 직권으로 오종상 사건에 대한 조사개시를 결정하였다. 위원회는 긴급조치 제1호를 위헌으로 판단하고 이 사건에서 긴급조치의 위헌적 발동, 수사과정에서의 가혹행위, 위헌적 긴급조치에 의존한 기소 및 유죄판결을 해결하기 위해 재심을 권고하였다.¹²⁾ 이에 따라 오종상은 재심을 청구하였고 서울고등법원은 이를 인용하고 새로이 심리를 진행한 결과 반공법 위반 혐의에 대해서는 무죄를 선고하고,¹³⁾ 긴급조치 위반 혐의는 처벌 법령의 실효를 이유로 면소판결을 선고하였다.¹⁴⁾ 형사소송법 제326조에 따르면 확정판결이 있을 때, 사면이 있을 때, 공소의 시효가 완성되었을 때, 범죄 후의 법령개폐로 형이 폐지되었

10) 진실·화해를위한과거사정리위원회, 대통령긴급조치위반사건 재심현황 자료집(2022), 12쪽.

11) 비상고등군법회의 1974. 9. 23. 74비고군형항 제34호.

12) 진실화해위원회 2007. 10. 30. 직바10862.

13) 반공법은 1980년 국가보안법에 통합 폐지되었기 때문에 면소판결 사유가 아니다.

14) 서울고등법원(2010. 4. 30. 2009재노19)은 형법의 폐지·실효에 대한 기존의 판결(대법원 1985. 1. 29. 74도3501 전원합의체 판결)에 의존하여 면소판결을 내렸다.

을 때에는 각기 면소판결을 선고해야 한다. 이러한 조항으로 인해 설혹 사건의 실체와 관련하여 재심사유가 있다고 하더라도 형법이 실효 또는 폐지된 경우 면소판결을 선고하는 것이 당시까지의 관행이었다.¹⁵⁾ 그러나 2010년 대법원은 긴급조치 제1호를 위헌으로 선언하고, 처벌 법령이 폐지되었다고 하더라도 그 폐지된 법령이 위헌으로 선언된 경우 면소판결의 사유가 아닌 무죄판결의 사유라고 판단하고 긴급조치 제1호 위반 혐의에 대해서도 무죄를 선고하였다.¹⁶⁾ 보통 형식 법리를 우선시하는 1차 판단 국면과 달리 재판 피해를 구제하려는 2차 판단 국면에서는 역으로 실체 판단을 우선해야 하므로 대법원의 방향 전환은 적절한 것이었다.¹⁷⁾

한편, 긴급조치의 위헌성과 관련하여 오종상 사건의 변호인들은 유신 헌법 제53조 자체에 대해 위헌 심판 청구를 제기하여 확전을 노렸으나 헌법재판소는 ‘법률’의 위헌성을 심판하는 기구라는 점을 들어 이들의 청구를 각하하였다.¹⁸⁾ 긴급조치에 대한 대법원의 위헌 선언에 맞서 헌법재판소는 2013년 3월 21일 긴급조치에 대한 위헌 판단권이 헌법재판소에 전속한다고 전제하고, 긴급조치 제1호·제2호·제9호가 유신헌법 제53조상의 긴급조치 발동요건에 비추어볼 때 입법목적의 정당성이나 방법의 적절성을 갖추지 못했을 뿐만 아니라 죄형법정주의에 위배되고 국민의 기본권을 지나치게 제한하거나 침해하므로 헌법에 위반된다고 결정하였다.¹⁹⁾

오종상은 재심을 통해 무죄판결을 받은 후 형사보상금 및 민주화 보상금을 수령하고, 이와 별도로 국가배상을 청구하였다. 1심 법원은 민주화

15) “긴급조치가 이미 해제됐고 근거 헌법조항이 폐지됨으로써 효력을 상실했으므로 재심이 개시된다고 하더라도 면소판결을 할 수밖에 없으므로 심판청구가 재판의 전제성을 갖추지 못해 부적법하다”(헌법재판소 2010헌바97).

16) 대법원 2010. 12. 16. 2010도5986 전원합의체판결; 긴급조치 제4호에 대한 동일한 취지의 판결로는 대법원 2013. 5. 16. 2011도2631 전원합의체판결. 긴급조치 제9호에 대한 동일한 취지의 판결로는 대법원 2013. 4. 18. 2010도363.

17) 이세승, 국가범죄(엘피, 2010), 394-399쪽.

18) 헌법재판소 2010. 3. 9. 2010헌바97. 오종상의 청구 이전에도 유신헌법 및 헌법 제53조에 대한 위헌 선언을 구하는 헌법소원을 각하하였다. 헌법재판소 1998. 8. 26. 98헌마277.

19) 헌법재판소 2013. 3. 21. 2010헌바70·132·170(병합).

보상법에 따른 보상금 수령이 재판상 화해를 성립시킨다는 규정(제18조 제2항)에 따라 오종상의 청구를 각하하였고, 고등법원은 오종상의 청구를 인용하여 1억 1,500만 원의 위자료를 지급하라고 판결하였다. 그러나 2016년 대법원은 민주화 보상금의 지급결정에 대한 동의로 인해 재판상 화해가 성립했다며 1심법원과 마찬가지로 오종상의 청구를 각하하였다.²⁰⁾ 이에 오종상은 헌법재판소에 민주화 보상법 관련 조항에 대해 위헌법률심판제청을 신청하였다. 헌법재판소는 2018년 8월 민주화 보상법 해당조항에 대해 일부위헌 결정을 내리고 민주화 보상금을 받았더라도 국가를 상대로 한 손해배상(정신적 손해에 대한 위자료)을 청구할 수 있다고 판단하였다.²¹⁾ 이를 근거로 오종상은 2016년의 대법원 판결에 대해 재심을 청구하였고 대법원은 2021년 10월 21일 마침내 오종상에게 1억 1,500만 원을 배상하라는 원심법원의 판결을 확정하였다.²²⁾ 그러나 위자료 지급은 반공법 위반에 대한 국가의 불법행위에 한정된 것이었다. 오종상은 이 판결을 받고 사흘 후에 사망함으로써 긴급조치 위반으로 인한 처벌도 불법행위라는 법원의 판단을 끝내 듣지 못하였다.

Ⅲ. 2022년 전원합의체판결

1. 긴급조치 제9호의 위헌 선언, 위헌 결정 및 그 이후

긴급조치 제9호에 대한 헌법재판소의 위헌 결정²³⁾에 이어서 대법원도 긴급조치 제9호를 위헌으로 선언하고 동시에 긴급조치 제9호가 폐지되었다고 하더라도 폐지된 법령이 애당초 헌법에 위배되어 효력이 없는 것이었다면 형사소송법 제326조 제4호의 면소사유가 아니라 제325조 전단의 무죄사유에 해당한다고 판단하였다.²⁴⁾ 대법원과 헌법재판소의 위헌 선언

²⁰⁾ 대법원 2015. 5. 12. 2013다200759.

²¹⁾ 헌법재판소 2018. 8. 30. 2014헌바180 등.

²²⁾ 대법원 2021. 9. 30. 2018재다50230.

²³⁾ 헌법재판소 2013. 3. 21. 2010헌바70·132·170(병합).

²⁴⁾ 대법원 전원합의체판결 2013. 4. 18. 2011초기689.

또는 위헌 결정에 부응하여 하급심 법원 중 일부는 긴급조치에 입각한 영장 없는 체포를 불법행위로 규정하고 국가배상책임을 인정하는 한편,²⁵⁾ 다른 일부는 긴급조치에 따른 체포에 대해 국가배상책임을 인정하면서도 형사보상금을 공제하기도 하였다.²⁶⁾ 대법원은 2013년 위헌 선언 이후 이와 같은 하급심 법원의 경향에 제동을 걸었다.

2014년 대법원은 “긴급조치 제9호가 …… 위헌·무효라고 하더라도 당시 시행중이던 긴급조치 제9호에 의하여 영장 없이 피고인을 체포·구금하여 수사를 진행하고 공소를 제기한 수사기관의 직무행위나 긴급조치 제9호를 적용하여 유죄판결을 선고한 법관의 재판상 직무행위는 …… 긴급조치가 위헌·무효라고 선언되지 아니하였던 이상, 공무원의 고의 또는 과실에 의한 불법행위에 해당한다고 보기 어렵다”고 판시하였다.²⁷⁾ 이러한 판결은 일단 제정된 법률이 적법하게 폐지되지 않은 이상 법적으로 유효하다는 실증주의적 법관념에 입각할 때 가능한 것이다. 또한 2015년 대법원은 “유신헌법에 근거한 대통령의 긴급조치권 행사는 고도의 정치성을 띤 국가행위로서 대통령은 국가긴급권 행사에 관하여 원칙적으로 국민 전체에 대한 관계에서 정치적 책임을 질 뿐 국민 개개인의 권리에 대응하여 법적 의무를 지는 것이 아니므로, 대통령의 이러한 권력행사가 국민 개개인에 대한 관계에서 민사상 불법행위를 구성한다고는 볼 수 없다”고 판시하였다.²⁸⁾ 대법원은 사실상 통치행위의 논리를 활용하여 대통령의 민사적 면책특권까지 인정하였다.

앞의 두 판결을 통해 대통령의 긴급조치 발령도, 수사관의 집행도, 검사의 기소도, 법관의 유죄판결도 각기 불법행위에 해당하지 않게 되었다. 그 후 하급심 법원은 대법원의 판결을 수용하기도 하고²⁹⁾ 긴급조치의 발령, 집행, 유죄판결 등을 일련의 국가작용으로 규정하고 ‘전체적으로 위법’하다는 취지로 국가배상책임을 인정하기도 하였다.³⁰⁾

25) 긴급조치에 따른 체포에 대하여 국가책임을 인정한 사건(서울중앙지법 2014. 5.

28. 2013가합70205; 서울중앙지법 2014. 6. 27. 2013가합544065)

26) 서울중앙지법 2014. 8. 13. 2013가합543642.

27) 대법원 2014. 10. 27. 2013다217962.

28) 대법원 2015. 3. 26. 2012다48824.

29) 서울중앙지법 2014. 12. 11. 2013가합544423; 서울고등법원 2015. 2. 4. 2014나2033039.

2. 다수의견과 의견들

2013년 위헌 선언 및 위헌 결정 이후 긴급조치에 대한 2022년 전원합의체 판결 이전까지의 재판 관행은 ‘위헌합법론’으로 요약된다. 그 내용 인즉, 오종상 사건의 귀결에서 보듯이 긴급조치는 위헌 결정으로 발령 시부터 위헌·무효이지만, 위헌 결정 이전에 이루어진 긴급조치의 발령·적용 및 유죄판결은 불법행위가 아니므로 긴급조치 피해자들은 재심, 형사보상 또는 민중화 보상금을 청구 또는 신청할 수 있으나 불법행위를 이유로 한 국가배상은 허용되지 않는다는 것이다. 이 사건에서 원심법원의 판단³¹⁾도 이러한 위헌합법론을 따랐다.

2022년 8월 30일 대법원 전원합의체 판결에서 대법관들은 각기 다른 논리적 경로로 긴급조치 피해자들의 국가배상청구를 인정하면서 위헌합법론에서 벗어났다. 다수의견은 일련의 국가작용이라는 느슨한 관념에 기대어 ‘개괄적인 국가불법행위’를 인정하였다. 개괄적인 불법행위는 국가 자체를 공무원들과 구분되는 하나의 독자적인 행위자로 파악할 때 가능한 것이다. 김재형 대법관은 일련의 국가작용 관념 대신에 연쇄적 행위라는 용어를 제안하고 긴급조치의 발령을 원인적인 불법행위로 파악하면서 문제를 해결하였다. 안철상 대법관은 다수의견에 동조하면서 그 객관적 기초를 나름대로 보강하였다. 김선수·오경미 대법관은 일련의 국가작용이라는 관념을 취하지 않고 그 대신 대통령의 발령 행위와 법관의 유죄판결을 각기 독립적인 불법행위로 인정하였다. 민유숙 대법관은 다수의견에 동조하면서 긴급조치의 발령이나 유죄판결이 각기 독자적인 불법행위를 구성하지 않는다고 판단하였다. 그러나 판결에서 논의의 초점은 단연코 긴급조치를 적용하여 유죄판결을 선고한 법관의 불법행위책임이 성립하는지에 모아졌다. III장 2절에서는 대법관들의 의견을 개관하고, IV장에서 법관의 책임을 둘러싼 이론적 쟁점들을 검토해 보겠다.

30) 서울고등법원 2020. 7. 9. 2019나2038473; 서울고등법원 2021. 1. 29. 2015나2054897.

31) 서울중앙지법 2015. 5. 12. 2013가합544393; 서울고등법원 2018. 1. 10. 2015나2026588.

2.1. 다수의견

다수의견은 특정한 공무원의 불법행위나 고의·과실을 확정하지 않고서 에둘러 국가배상책임을 인정하였다.

첫째로, 긴급조치 제9호는 국민의 기본권을 지나치게 제한하여 헌법상 보장된 국민의 기본권을 침해하고 긴급조치권의 목적상 한계(제53조)를 벗어난 것이다. 긴급조치 제9호가 위헌·무효이고 그 위헌성이 중대하고 명백한 이상 대통령의 긴급조치 제9호 발령 행위는 객관적 정당성을 상실하였다.

둘째로, 처벌 법령에 대한 위헌 결정이나 위헌 선언이 내려지기 전에 그러한 법령에 따른 수사기관의 수사행위나 법관의 유죄판결은 국가배상법상 공무원의 고의·과실에 의한 불법행위라고 단정할 수 없다. 그러나 영장주의는 국민의 기본권을 보장하기 위한 핵심적인 제도이므로 장기간 영장주의를 배제한 긴급조치 제9호와 같은 조치는 허용될 수 없다. 영장 없이 이루어진 수사기관의 체포가 형식상 존재하는 당시의 법령에 따른 행위라고 하더라도 그 법령 자체가 위헌이라면 결과적으로 그 수사에 기초한 공소제기에 따른 유죄의 확정판결은 중대한 하자를 안고 있다.³²⁾

셋째로, 영장 없는 체포와 같은 수사과정에서의 기본권 침해를 살피지 않은 채 위헌·무효인 긴급조치를 적용하여 내려진 유죄판결도 국민의 기본권을 침해하는 것이다. 한편 법관의 재판상 직무행위에 대해 국가배상책임을 성립하기 위해서는 해당 법관이 위법 또는 부당한 목적을 가지고 재판을 하는 등 법관이 그에게 부여된 권한의 취지에 명백히 어긋나게 이를 행사하였다고 인정할 만한 특별한 사정이 있어야 한다.³³⁾ 하지만 재판상 직무행위를 포함하여 긴급조치의 발령 및 적용·집행이라는 일련의 국가작용이 전체적으로 객관적 정당성을 상실한 때에는 법관에게 특별한 사정이 있어서 불법행위가 성립하는지와 상관없이 국가배상책임이 성립한다.

결론적으로, 긴급조치 제9호의 발령부터 적용·집행에 이르는 일련의 국

³²⁾ 대법원 2018. 5. 2. 2015도3343.

³³⁾ 대법원 2001. 3. 9. 2000다29905; 대법원 2001. 10. 12. 2001다47290.

가작용은 전체적으로 보아 공무원이 직무를 집행하면서 객관적 주의의무를 소홀히 하여 그 직무행위가 객관적 정당성을 상실한 것으로 위법하다. 또한 다수의 공무원이 관여한 행위에서 객관적 주의의무 위반이 인정되면 국가배상책임을 인정하는 데에 충분하다. 긴급조치 제9호의 적용·집행으로 강제수사를 받거나 유죄판결을 선고받고 복역함으로써 개별 국민이 입은 손해에 대해서는 국가배상책임이 성립한다.

나아가 다수의견은 다수의 공무원이 관여한 일련의 국가작용에서 개별 공무원의 위법한 직무집행을 구체적으로 특정하거나 개별공무원의 고의·과실을 증명하거나 인정하는 것은 쉽지 않고, 개별공무원의 고의·과실의 증명을 구체적으로 요구한다면 일련의 국가작용이 국민의 기본권을 침해한 경우에 국가배상책임을 인정하는데 어려움에 봉착할 수 있다고 부연한다.

2.2. 김재형의 별개의견

김재형 대법관은 다수 공무원이 관여한 긴급조치의 발령, 적용, 집행행위가 전체적으로 보아 일련의 국가작용으로서 국가배상책임이 인정된다는 다수의견에 반대하고, 국가의 불법행위가 성립하려면 공무원의 행위가 위법하고 고의·과실도 존재해야 한다고 주장한다. 그러나 공무원 다수가 관여한 집합적인 불법행위에서는 공무원들의 고의·과실이 추정되므로 모든 공무원의 고의·과실을 구체적으로 증명할 필요는 없다. 나아가 김재형 대법관은 긴급조치의 발령 행위를 국가배상책임의 근간으로 규정한다.

2.2.1. 긴급조치의 발령

대통령의 긴급조치 발령과 국회 입법의 차이를 언급하자면 긴급조치는 독임제 기관의 결정이고 입법은 합의제 기관의 의결이다. 긴급조치는 일방성·추상성을 갖는다는 점에서 입법과 유사하지만 발령과정에 민주적 절차가 보장되어 있지 않다. 입법행위와 관련해서 국회는 국민에게 원칙적으로 법적인 책임을 지지 않는다. 그러나 국회의 입법 내용이 헌법의 문언에 명백하게 위배되는 경우 위법행위가 성립할 수 있다.³⁴⁾ 긴급조치

34) “국회의원의 입법행위는 그 입법 내용이 헌법의 문언에 명백히 위반되는데도

제9호의 규정 내용은 헌법의 문언(영장주의 원칙)에 명백히 위배한 것이다. 대통령에 의한 긴급조치 발령은 위법행위로서 국가배상책임이 발생한다. 또한 긴급조치의 발령이 고도의 정치성을 띤 국가행위라는 사정만으로 국가배상책임이 부정되지 않는다. 다수의 공무원이 관여한 연쇄적 행위의 맥락에서 긴급조치의 발령 행위는 원인적 행위이고 수사, 기소, 재판은 부수적인 사정에 해당한다.

2.2.2. 법관의 재판상 직무행위

다수의견이 법관의 유죄판결을 불법행위로 단정하지 않았으나 공무원의 객관적 주의의무를 위반하였다거나 위헌적인 법령의 적용은 결과적으로 객관적 정당성이 없다거나 중대한 하자가 있다고 했다면, 김재형 대법관은 긴급조치를 적용하여 유죄판결을 선고한 법관이 이에 적법하게 행위한 것으로 파악한다.

첫째, 긴급조치 제9호의 발령·적용·집행이라는 국가작용에 따른 손해의 범위에 재판으로 인한 손해도 포함되므로 긴급조치 제9호의 발령·적용·집행에 따른 국가배상책임을 인정하는 이상 법관의 재판이 독자적인 불법행위에 해당하는지 논의할 실익이 없다.³⁵⁾

둘째, 재판에 의한 불법행위책임을 인정한 국내 판례³⁶⁾와 법관의 불법행위와 배상책임을 매우 제한적으로 인정하는 외국의 법제³⁷⁾와 판례를 고려할 때 긴급조치 제9호에 따른 유죄판결과 관련하여 불법행위책임을 인정할 특별한 사정도 없다.

셋째, 유신헌법 제53조 제4항이 사법심사를 배제하는 이상 긴급조치의

국회가 굳이 입법을 한 것과 같은 특수한 경우가 아니라면 국가배상법 제2조 제1항에서 정한 위법행위에 해당하지 않는다.”(대법원 2008. 5. 29. 2004다33469).

35) 다수의견이 말하는 일련의 국가작용과 김재형 대법관의 연쇄적 행위가 동의어인지는 알 수 없다. 김재형 대법관은 행위의 연쇄라고 하지 않고 연쇄적 행위라고 말함으로써 연쇄적 행위가 행위의 연쇄를 만드는 원인행위를 가리키는 것처럼 보인다.

36) 대법원 2001. 3. 9. 2000다29905; 대법원 2001. 4. 24. 2000다16114; 대법원 2001. 10. 12. 2001다47290; 대법원, 2003. 7. 11. 2001다47290.

37) 독일 민법 제839조 ② 공무원이 소송사건의 판결에서 직무상 의무에 위반한 때에는 그 직무위반이 범죄행위인 경우에만 이로 인해 발생한 손해에 대하여 책임이 있다.

실질을 갖추지 못한 긴급조치에 대하여 위헌성을 심사하지 않고 유죄판결을 선고했다고 해서 그 행위가 평균적인 법관으로서 정상적인 주의의무를 위반한 것은 아니다. 긴급조치 제9호를 적용하여 유죄판결을 선고한 법관에게 고의·과실을 인정하기 어렵다.

넷째, 1977년 대법원의 전원합의체 판결³⁸⁾ 및 긴급조치를 합헌으로 선언한 대법원의 판결³⁹⁾에 비추어볼 때 후속사건에서 긴급조치 제9호를 적용한 법관들이 긴급조치의 위헌성을 제대로 판단하지 않았거나 평균적 법관으로서 주의의무를 위반한 것으로 볼 수 없다.

다섯째, 헌법재판이 활성화된 현재에도 대법원이 위헌 제청을 거의 하지 않는 것과 비교해 보면 당시의 대법관이 헌법을 올바르게 준수하지 않았다고 비난하기 어렵다.

여섯째, 법관들의 긴급조치 적용행위를 도덕적으로 비난할 수 있을지 몰라도 법적 책임을 물을 수 없다. 법관이 이상적인 법관상을 구현하지 못했다고 해서 위법한 직무수행을 했다고 평가할 수 없다.

일곱째, 긴급조치에 입각하여 유죄판결을 선고했다는 사정만으로 국가배상책임을 물을 수 없다. 재판 결과 및 담당 법관의 의견 등 구체적인 사정을 고려하지 않은 채 법관의 재판상 직무행위가 일률적으로 위법하다거나 고의·과실이 인정된다고 볼 수 없기 때문이다.

여덟째, 시대의 변화와 법리의 가변성을 고려할 때 긴급조치 사건들에 대한 현재의 전원합의체 판결도 나중에 옳지 않다고 평가되면서 재심리의 악순환이 우려되므로 법적 안정성과 판결의 기판력을 중시해야 한다.

아홉째, 사법권 독립은 오판에 대한 책임에서 법관을 보호하는 근거이며, 일정한 수준의 과오에 대한 법관의 책임을 면제함으로써 법관이 소신껏 재판하도록 해야 한다.

2.3. 안철상의 별개의견

안철상 대법관은 공법적 특수성을 강조하고 국가배상책임을 국가의 자

38) 대법원 1977. 5. 13. 77도19.

39) 대법원 1978. 5. 23. 78도813; 대법원 1978. 9. 26. 78도2071; 대법원 1979. 10. 30. 79도2142.

기책임으로 접근하면서 국가배상법상의 국가배상청구권으로부터 헌법상 국가배상청구권을 독자화하고, 국가배상청구권을 사권이 아니라 공권으로 파악할 것을 제안한다. 안 대법관은 전체적으로 다수의견의 취지를 더욱 객관화하려고 시도한다.

우선, 안 대법관은 국가책임의 인정을 위해서 공무원 개인의 불법행위 성립을 요구하고 또한 불법행위의 성립에 공무원 개인의 귀책사유를 요건으로 삼는 대위책임설을 배격하고, 자기책임설에 따라 공무원 개인의 귀책사유가 아니라 행정조직이나 운영상의 결함, 공무원의 공적 직무수행상 과실, 국가의 직무상 과실을 주시하여 문제를 해결하자고 제안한다.

안 대법관은 공무원 개인에게 책임을 귀속시키기 어려운 경우, 책임 있는 공무원의 특징이 불가능한 경우,⁴⁰⁾ 직무 전체의 집합적 과실이 문제되어 공무원의 특징이 불필요한 경우, 행정조직이 운영상의 결함으로 인해 국가의 직무에 요구되는 결과가 불발로 그친 경우에는 국가의 직무상 과실 개념이 유용하다고 강조한다.

나아가 이 사건과 관련해서 안 대법관은 긴급조치 제9호가 위헌·무효라고 하더라도 대통령에게 주관적 책임요소로서 개인의 고의·과실을 인정하기 어렵고, 또한 당시에 긴급조치 제9호가 위헌무효로 선언되지 않았고 긴급조치에 대한 사법심사가 배제된 이상 긴급조치 제9호를 적용·집행한 수사기관의 행위와 법관의 유죄판결은 비록 위법하더라도 개인적 고의·과실을 인정하기 어렵다고 판단한다. 바로 이와 같이 개별 공무원의 고의·과실을 인정하기 어려운 사례에서 국가의 직무상 과실 개념을 활용하면 국가배상책임을 인정할 수 있다고 한다.

2.4. 김선수, 오정미의 별개의견

김선수, 오정미 대법관은 일련의 국가작용으로서 국가의 불법행위책임을 개괄적으로 인정한 다수의견을 배척하고 개별 공무원의 불법행위 성립을 각기 인정한다. 긴급조치의 발령에서 대통령 개인의 고의·과실이 존

40) 집단희생사건 등에서 가해자 개인, 가해자가 속한 기관을 분명하게 알 수 없는 경우가 많다.

재하므로 불법행위가 성립하고 국가배상책임도 존재한다는 것이다. 나아가 긴급조치 제9호에 대한 위헌성 심사 없이 유죄판결을 선고한 법관의 판결행위에 대해서도 독립적인 불법행위로서 국가배상책임을 인정한다. 법관의 책임에 대한 견해는 김재형 대법관 및 민유숙 대법관의 견해와 철저히 대비된다.

2.4.1. 긴급조치의 발령 및 집행

긴급조치 제9호의 발령과 이에 따른 구속, 수사, 공소제기는 독립제 기관인 대통령이 의도한 연속적인 국가작용으로서 불가분적으로 결합되어 전체적으로 하나의 직무행위를 구성한다. 대통령은 긴급조치의 발령과 집행, 수사 및 공소제기 등 일련의 국가작용에 대하여 발령권자로서 그리고 행정부 수반으로서 국가배상책임이 인정된다.

2.4.2. 긴급조치에 입각한 유죄판결

첫째, 법관은 법과 양심에 따라 독립적으로 재판해야 한다. 긴급조치에 따라 재판하는 법관은 긴급조치의 위헌성을 심사하여 대통령의 긴급권 행사를 견제하고 국민의 기본권을 보호할 헌법적 명령 아래 있다. 긴급조치 제9호에 대한 위헌성 심사 없이 유죄판결을 선고한 법관의 재판상 직무행위는 긴급조치 제9호의 발령 및 집행을 아우르는 연속적인 국가작용에 포함되지 않고 별개의 독립적인 불법행위이다.

둘째, 영장주의를 배제하는 긴급조치의 위헌성은 자유민주적 기본질서의 근간을 해치는 것으로서 중대하고 명백하여 어느 일반 법령이 내포한 통상적인 위헌성과 차원이 다른 특수성이 있다. 영장주의를 배제한 긴급조치는 자유민주주의 체제에서는 결코 허용될 수 없다.

셋째, 헌법 제53조 제4항의 사법심사 배제조항은 긴급조치에 대한 일체의 사법심사를 배제하려는 것이 아니라 긴급조치의 요건을 갖춘 긴급조치에 대하여 사법 자제를 규정한 것이다.

넷째, 사법시스템이 정상적으로 작동하는 시기에 법관의 시정가능한 오류의 문제와 긴급조치 제9호에 따른 유죄판결과 같은 국가긴급권의 남용사례는 다르게 취급해야 한다. 긴급조치 제9호 위반으로 체포·구금된 피고인에 대하여 인신 보호 조치를 취하지 않는 법관의 직무행위는 법관

의 단순한 오판과 동일하게 취급할 수 없다.

다섯째, 법관은 국민의 기본권보장에서 최후의 보루이다. 법관 한 사람 한 사람은 민주주의 체제와 사법권의 수호자이며 인권의 옹호자로서 헌법에 의하여 송고한 권한과 사명을 부여받은 존재이다. 법관은 ‘거대한 기계의 톱니바퀴의 하나’가 아니라 ‘톱니바퀴들의 외부에 존재하는 제동장치’이어야 한다.

2.5. 민유숙의 보충의견

민유숙 대법관은 긴급조치의 역사와 다수의견의 의의에 대해 상세히 논의하고 과거사정리 문제 전반에 대한 의견을 제시하고 있으나 여기서는 이른바 불법행위의 성립과 관련해 대통령의 긴급조치 발령과 법관의 유죄판결에 한정한다.

2.5.1. 대통령의 긴급조치 발령

민 대법관은 대통령의 긴급조치 발령·수사 및 공소제기가 대통령의 위법한 직무행위로서 독립적 불법행위를 구성한다는 김재형, 김선수·오경미 대법관의 의견에 반대한다. 긴급조치 제9호의 위헌성이 중대하고 명백하며, 긴급조치의 발령요건에 해당하지 않고 장기간 존속했다는 사정은 긴급조치 제9호의 발령 행위가 객관적 정당성을 상실하였다고 볼 근거는 되지만 대통령으로서의 직무집행이 객관적 주의의무를 위반하여 독립적인 불법행위가 되었다고 판단할 근거는 아니라고 한다.

대통령이 수사 및 기소에 대해서 행정부 수반으로서 책임을 지고, 수사 및 기소행위가 대통령의 긴급조치 발령 행위에 포함된다는 김선수·오경미 대법관의 별개의견에 대하여 행정부 수반으로서 대통령의 지위는 ‘국가가 국민을 보호할 의무를 충실하게 이행할 수 있도록 대통령이 권한을 행사하고 직책을 수행해야 하는 의무’이지 ‘행정부 수반으로서 지위에 의하여 대통령에게 구체적이고 특정한 행위의무’가 발생하지 않으며,⁴¹⁾ 또한 공무원들의 개별적인 직무수행의 법적 효과가 대통령에 귀속

41) 헌법재판소 2017. 3. 10. 2016헌나1.

되는 것도 아니라고 한다. 따라서 대통령의 불법행위에 의한 국가배상책임은 성립하지 않으며, 다수의견과 마찬가지로 공무원의 행위가 국가의 배상책임을 충족하는 행위의 범위 안에서 평가되면 충분하다.

2.5.2. 법관의 직무상 재판 행위

민 대법관은 긴급조치의 위헌성을 심사하지 않은 채 영장 없이 체포된 사람에게 유죄판결을 선고한 법관의 직무행위가 불법행위를 구성한다는 김진수·오경미 대법관의 견해를 거부한다. 그 논거는 대체로 김재형 대법관의 그것과 중복된다.

첫째, 법관은 사건에서 제3자로서 소극적 수동적인 존재이고 검사의 공소제기 범위 안에서 판단하며, 판단 과정에서 오류는 불가피하므로 법원에 의한 불법행위의 성립을 인정하는 데에는 매우 신중해야 하고, 법적 안정성을 존중하는 가운데 심급제도와 재심을 통하여 그 오류를 시정하는 것으로 충분하다.

둘째, 법관은 여러 갈래 법해석이 가능한 경우 입법권을 존중하여 가급적 합헌적 법률해석을 해야 하고, 법관이 합헌적 해석의 방향을 택하였으나 사후적으로 해당법률이 위헌으로 선언되었다고 하여 그전의 재판권 행사가 소급적으로 위법하게 된다고 평가할 수 없다. 위헌성의 판단도 선형적으로 명백하거나 명료한 것이 아닐 뿐만 아니라 시대적·사회적 상황은 물론 국민의 의식변화에 따른 사후적·결과적인 것이어서 본질적으로 유동성·탄력성을 지닐 수밖에 없다.

셋째, 영장주의를 전면적으로 배제한 긴급조치의 집행으로 시작된 불법적인 체포·구금이 재판과정에게까지 영향을 미치고 있다고 하더라도 법관의 재판 활동은 일련의 국가작용으로서 위법한 것이지 그 자체로 독립적인 불법행위를 구성하지 않고 독립적인 국가배상책임을 발생시키지 않는다.

넷째, 법관에게 위헌 제청의 의무가 존재한다고 볼 수 없으며, 법관이 그렇게 하지 않고 스스로 합헌이라고 판단하고 긴급조치를 적용한 경우에는 그러한 재판 행위에 대해 더 이상 위법성이나 책임을 논할 수 없다.

다섯째, 긴급조치에 따른 유죄판결 선고에 앞서 대법원에 의한 다수의 유죄판결과 1977년 전원합의체 판결을 고려할 때 하급심 법관이 확립된

대법원의 판례를 따른 것은 위법하다거나 나아가 불법행위를 구성한다고 볼 수 없다.

여섯째, 당시에 긴급조치에 대한 합헌판결이 다수 존재하는 상황에서 담당 법관이 판례에 따라 유죄판결을 선고하되 양형에서 재량을 행사하는 것이 최선의 판단이라고 생각할 수 있으므로 유죄판결을 선고했다는 사정만으로 재판을 담당판사에게 고의·과실을 인정하는 것은 타당하지 않다.

IV. 주요한 이론적 쟁점들

대법관 전원은 긴급조치 피해자를 위해 국가의 배상책임을 인정하였다. 그러나 김선수·오경미 대법관을 제외한 나머지 대법관들은 국가배상책임을 두루뭇술하게 인정할 뿐 긴급조치를 적용하여 유죄판결을 선고한 법관의 책임을 외면하거나 치밀하게 부인하고 있다. 이 장의 쟁점들은 악법을 적용한 법관의 책임을 향하고 있다. 명백하게 위법한 명령을 따르는 군인의 책임을 확고하게 인정하면서⁴²⁾ 대법관들 대부분은 악법을 적용한 법관을 면책시키는 논리를 제시하거나 그에 동조하였다.

1. 근원적 불법성 대 제도주의적 불법성

헌법재판소의 위헌 결정 또는 대법원의 위헌 선언이 처벌 명령을 대상으로 하는 경우 해당 명령은 소급하여 효력을 상실한다.⁴³⁾ 위헌 결정(위헌 선언을 포함함)이 본질적으로 확인인지 또는 확정인지에 따라 의미구

42) 대법원은 대통령 살해사건에 관여한 중앙정보부 직원에게 다음과 같이 판사하였다. “공무원은 직무를 수행함에 있어서 소속 상관의 명백히 위법한 명령에 대해서까지 복종할 의무는 없을 뿐만 아니라 중앙정보부 직원은 상관의 명령에 절대 복종하여야 한다는 것이 불문율로 되어 있다는 점만으로는 이 사건에서와 같이 중대하고 명백한 위법 명령에 따른 범법행위까지 강요된 행위이거나 적법행위에 대한 기대가능성이 없는 경우에 해당한다고는 도저히 볼 수 없다.” 대법원 1980. 5. 20. 80도306.

43) 헌법재판소법 제47조 제3항 참조.

성은 차이가 나타난다. 확인은 위헌 사유를 원시적 사태로 파악하고 효력을 전면적으로 소급시키려고 한다면, 확정은 위헌 사유를 후발적 사태로 파악하고 효력을 제약하려고 한다. 전원합의체 판결에서 드러난 다양한 의견을 향해 우선 다음과 같은 질문을 던질 수 있다. “해당 법령의 위헌성(불법성)이 중대하고 명백하다면 하급심 법관은 규범통제기관의 합헌 판단에도 불구하고 해당 법령의 적용을 거부할 수 있는가 혹은 거부해야 하는가?”

이 질문에 대한 답변을 명료하게 하기 위해서는 근원적 불법성(위헌성) 관념과 제도주의적 불법성(위헌성) 관념을 구분하는 것이 필요하다. 이러한 관념은 각기 자연법적 법관념과 실증주의적인 법관념으로 불려도 무방할 것이다.⁴⁴⁾ 근원적 불법성 관념에 따르면 어떤 실정법이 도덕적 근본규범이나 근본적인 법원칙을 침해한 경우, 즉 ‘규범적 하자(잘못)’가 존재하는 경우 제도적인 위헌 결정(위헌 선언 포함)과 관계없이 해당 규범은 처음부터 효력을 상실한다. 라드브루흐의 법률적 불법이나 풀러의 절차적 자연법은 이러한 한계상황을 정돈하는 원칙이다.⁴⁵⁾ 정상적인 법치국가에서라면 시민에게 당연히 허용되는 행위를 범죄로 규정하고 영장주의를 전면적으로 배제하고 처벌하도록 한 긴급조치는 애당초 효력이 없다. 따라서 긴급조치의 발령, 적용 및 그에 따른 유죄판결은 처음부터 범죄이자 불법행위이다. 대법원이나 헌법재판소(헌법위원회)의 위헌 결정도 해당법령의 근원적인 불법성을 뒤늦게 확인하는 행위에 불과하다. 아마도 김선수·오경미 대법관의 견해는 이러한 근원적 불법성에 근접한다.

제도주의적 불법성 관념은 어떤 규범이 심각한 ‘규범적 하자’를 갖고 있더라도 법질서가 예정한 법적 절차에 따라 그 규범이 제거될 때 비로소 그 규범이 효력을 상실한다는 시각이다.⁴⁶⁾ 긴급조치 제9호가 국민의

44) 필자는 다른 글에서 긴급조치를 법률적 불법(헌법적 불법)으로 규정하고, 법률적 불법(헌법적 불법)과 단순한 위헌 법률을 구분하여 각기 다른 효과를 부여해야 한다고 제안하였다. 이랬든 양자간의 의미 차이를 인정하는 입장을 헌법자연법주의로, 통합적으로 다루려는 입장을 헌법실증주의로 불렀다. 이재승, “긴급조치의 청산법리”, 31-39쪽.

45) 구스타프 라드브루흐 지음, 최종고 옮김, 법철학(삼영사, 1994), 285-294쪽; 론 풀러 지음, 박은정 옮김, 법의 도덕성(서울대학교, 2015), 63쪽 이하.

46) 로버트 알렉시 지음, 이준일 옮김, 법의 개념과 효력(지산, 2000), 95쪽 이하.

기본권을 본질적으로 침해하고 죄형법정주의를 송두리째 위반한다고 하더라도, 긴급조치 제9호의 위헌성이 중대하고 명백하다고 하더라도, 긴급조치 제9호에 대해 최고법원이 위헌 결정을 내리기 전이라면 하급심 법원은 긴급조치 제9호를 유효한 법령으로 취급해야 한다는 관점이다. 해당 법령에 대한 위헌 결정이 내려지기 이전에 일어난 집행행위는 적법한 것이고, 위헌 결정이 내려진 후 과거의 집행행위는 기술적 하자를 갖게 될 뿐이다. 제도주의적 불법성 관념에 입각해서 헌법재판소법 제47조를 해명하면 위헌 결정의 효력은 원칙적으로 장래를 향하여 발생하고 피해구제를 위해 제한된 범위에서 소급할 뿐이다. 근원적 불법성 관념에 입각하면 위헌법령은 애당초 무효이지만, 제도주의적 위헌성 관념에 입각하면 과거의 적법행위가 후발적 위헌 결정으로 인해 불법행위에 준하는 행위로 의제될 뿐이다. 이러한 제도주의적 불법성 관념은 해당 법령의 집행에 참여한 공직자들을 강력하게 보호하는 작용을 한다. 2014년 대법원 판결은 바로 이러한 사고방식을 범례로 보여주었다.⁴⁷⁾ 법관의 유죄판결을 적법한 행위로 파악하는 김재형 대법관의 견해나 법관의 귀책사유를 완곡하게 부인하는 다수의견이나 여타 대법관의 견해도 이러한 사유방식에서 그리 멀리 있지 않다. 다수의견은 긴급조치의 적용이 결과적으로 또는 객관적으로 위법하다는 의미에서 ‘중대한 하자’⁴⁸⁾라는 용어를 사용한다. 이러한 ‘중대한 하자’는 규범적 하자(근원적 불법성)와 기술적 하자(제도주의적 불법성)의 중간에 서는 접근법이라고 여겨진다.

근원적 불법성 관념을 수용하는가, 제도주의적 불법성 관념을 수용하는가에 따라 위헌 판단의 효과 범위가 다르게 상정될 것이다. 제도주의적 불법성 관념에서 점차 근원적 불법성 관념으로 이행함에 따라 긴급조치나 여타 국가폭력의 청산과정도 다음과 같은 단계를 거쳤거나 거칠 것으로 예상된다. 위헌 판단이 내려지기 전이라도 피해자는 민주화 보상법에

47) 대법원 2014. 10. 27. 2013다217962.

48) “수사기관이 영장주의를 배제하는 위헌적 법령에 따라 체포·구금을 한 경우 비록 그것이 형식상 존재하는 당시의 법령에 따른 행위라고 하더라도 그 법령 자체가 위헌이라면 결과적으로 그 수사에 기초한 공소제기에 따른 유죄의 확정판결에는 수사기관이 형법 제124조의 불법체포·감금죄를 범한 경우와 마찬가지로 중대한 하자가 있다고 보아야 한다.” 대법원 2018. 5. 2. 2015도3243.

따라 보상을 신청하거나 고문·가혹행위 등을 이유로 재심과 형사보상을 청구할 수도 있다. 위헌 결정이나 위헌 선언이 내려진 이후에는 세 가지가 단계를 밟는다. 위헌 결정을 배경으로 포괄적인 직권재심과 형사보상의 단계, 불법행위를 전제로 한 국가책임의 단계, 마지막으로 개별공무원의 민·형사책임 추궁의 단계⁴⁹⁾ 등이다. 위헌 결정의 법적 효과에서 물질범위는 기본 관념과 그 심화 정도에 따라 정해진다.

2. 개괄적 책임 대 개별적 책임

공적인 행위가 공무원 한 사람의 단일 행위로 이루어지는 경우는 드물다. 다양한 권한 구조와 절차를 통해 다수의 공무원이 관여하여 하나의 행위, 또는 한 사람에 대한 인권침해가 이루어진다. 발령자로서 대통령, 부서한 국무위원들, 집행한 수사관, 기소한 검찰관, 유죄판결을 선고한 법관, 마지막으로 형집행관 등이 긴급조치 제9호의 발령·집행·재판에 관여한 공무원들이다. 긴급조치 제9호와 관련하여 국가배상책임을 발생시키는 공무원의 불법행위(위법행위)가 이른바 일련의 국가작용으로서 국가행위인지 아니면 공무원 각각의 행위인지에 대해 견해가 나뉘었다. 공무원의 개별적인 행위와 책임을 검토하는 경우 관련 공무원 모두를 살펴야 하는지 대통령이나 법관 정도만 주목하면 충분한 것인지에 대해서도 견해가 나뉘었다.

국가배상법 전통에 따르면 국가의 배상책임은 개별공무원의 고의·과실에 의한 불법행위로 인한 손해의 발생을 전제하므로 대통령, 수사관, 검사, 법관, 형집행관 등 개별 공직자들의 불법행위와 귀책사유가 낱낱이 규명되어야 한다. 그러나 다수의 공무원이 상이한 절차와 단계를 거쳐 집단적으로 관여한 사건을 전통적인 수법으로 접근할 경우 개별 공무원의 고의·과실을 증명할 수 없거나 면책사유 등이 인정되어 국가책임의 공백

49) 형사처벌에 있어서 죄형법정주의(소급효금지)의 장애를 극복하는 과제가 남는다. 우선, 처음부터 행위근거가 되는 법령이 형식적으로도 없는 상황과 행위근거가 되는 법령이 사후적인 위헌 결정으로 제거된 상황을 우선 구별할 것인가 또는 동일시할 것인가, 다음으로 국내법의 제약과 관계없이 국제인도법이나 국제관습법을 활용할 것인가 등등. 이재승, 앞의 책, 80-86쪽.

이 발생할 수 있다는 우려가 제기되었다. 그래서 다수의견은 일련의 국가작용이라는 모호한 용어를 선택함으로써 개별 공무원의 구체적인 귀책사유에 대한 논의를 생략하였다. 다수의견은 긴급조치의 발령, 적용, 재판을 각기 나누어 논의하는 대신에 긴급조치의 발령에서 수사, 유죄판결에 이르는 과정에 관여한 공무원들의 행위를 국가작용이라는 우산 아래 끌어들이고 그로써 더 이상 문제를 규명하지 않았다. 대통령, 수사관, 검사, 법관 등 모두가 각자의 자리에서 중대하고 명백하게 위헌적인 법령을 발령하고 적용하고 집행하고 재판하는 등 불법을 자행한 점은 분명하기 때문에 일련의 국가작용이라는 개념으로 모든 불법을 덮어버리는 것은 용인하기 어렵다.

이에 김재형 대법관은 일련의 국가작용 중 최소한 하나의 행위만큼은 불법행위임이 증명되어야 한다는 입장에서 대통령의 긴급조치 발령 행위를 모든 사태의 원인으로 파악한다. 김 대법관은 긴급조치의 발령만을 독자적인 국가행위로 인정하고 집행, 적용, 유죄판결을 원인행위의 부수적인 결과로 취급한다. 긴급조치의 발령자로서 대통령에게 모든 책임을 지우려는 논의 양식은 전쟁범죄에 대한 모든 책임을 상관에게 지우는 이론들(respondeat superior principle)⁵⁰⁾과 유사하다. 법관들도 단호하게 위헌 법령이라고 외치지 않은데 하물며 법감각이 총체적으로 결여된 대통령에게 불법성 인식을 어떻게 기대할 수 있을까! 대통령이든 법관이든 검사든 모두 책임을 인정하거나 부정하는 것이 일단 논리적이다. 어쨌든 김 대법관이 재판 행위의 독자성을 부인하고서 도달하려는 최종 목표가 무엇인지 궁금하다. 법관은 근대 법치국가의 설계상 여타 공직자와 달리 누구의 지시를 받지도 않으며 자신의 양심에 따라 판단해야 할 존재이다. 긴급조치 시대에 소위 쪽지 판결을 통해 짐작하듯이 서글프게도 당시에 법관보다는 검사가, 검사보다는 중앙정보부 직원이 재판의 향배를 좌우했을지도 모른다. 이와 같이 구차한 현실에도 불구하고 법관은 법과 양심에 따라 독립적으로 행동하고 자신의 판단에 대해 책임을 져야 하는 존재였

⁵⁰⁾ Stuart E Hendin, "Command Responsibility and Superior Orders in the Twentieth Century - A Century of Evolution", *Murdoch University Electronic Journal of Law* Vol. 10, No.1(2003), <<http://www5.austlii.edu.au/au/journals/MurUEJL/2003/4.html>>, 검색일: 2023. 02. 18.

다. 아마도 긴급조치의 집행과 관련된 공직자 중에서 면책이 가능한 유일한 공직은 형집행관이다. 나치 패망 후 검찰은 나치즘의 치세에 수백 건의 사형을 집행하여 막대한 수입을 거둔 망나니를 살인죄로 기소하였는데 라드브루흐는 판결의 합법성을 검토할 권리가 망나니에게는 없다는 이유로 책임을 물을 수 없다고 판단하였다.⁵¹⁾ 사형판결이 부당하다며 집행을 거부하는 망나니가 도리어 판결왜곡죄를 범하게 될 뿐이다. 망나니는 판결의 정의가 아니라 그 정확한 집행을 보증하는 자이기 때문이다.⁵²⁾

김선수·오경미 대법관은 긴급조치의 발령 행위와 재판을 나누어 각기 독자적인 행위로 다룬다. 두 대법관은 나머지 긴급조치의 집행 및 적용을 긴급조치 발령 행위에 흡수시킨다. 안철상 대법관과 민유숙 대법관은 다수의견의 모호한 절충주의에 동조하면서 대통령의 긴급조치 발령뿐만 아니라 법관의 유죄판결도 독자적인 불법행위가 성립하지 않는다고 판단한다. 그러나 공무원의 행위들이 일련의 국가작용인 것은 분명하지만 선택권이나 결정권을 가진 공무원의 중요한 행위는 독립적으로 평가해야 한다. 물론 민유숙 대법관의 지적처럼 중대하고 명백하게 위헌적인 법령의 집행을 거부해야 할 의무 또는 적법성을 수호해야 할 의무는 법관에게만 한정되지 않는다. 법치국가에서 모든 공직자는 명백한 불법을 집행해서는 안 되기 때문에 중대하고 명백하게 위헌적인 법률을 집행하는 수사관이나 검사도 독립적인 불법행위자로 고려할 수밖에 없다. 이제 불법적인 명령을 수행하는 군인의 책임론을 통해 법관 면책론의 불가능성을 확인해보자.

3. 명백한 위헌성과 귀책사유

라드브루흐는 뉘른베르크의 국제군사재판소를 지켜보며 ‘법률적 불법과 초법률적 법’에서 군인에게 ‘명령은 명령’이라는 항변이 전혀 통하지 않는데 법관에게는 ‘법률은 법률’이라는 항변이 여전히 통한다고 꼬집었

51) 라드브루흐, 앞의 책, 293-94쪽.

52) 17세기에 제작된 망나니의 참수용 칼날에 다음과 같은 자기 변론용 문구가 새겨져 있다. “악은 주인님께서 막으시고 나는 판결을 집행할 뿐이라네”. 라드브루흐, 위의 책, 293쪽.

다.⁵³⁾ 물론 정상적인 법을 합당하게 해석한 후 사실관계를 확정하고 법령의 범위 안에서 유죄판결을 선고한 법관을 비난하지는 않을 것이다. 그러나 사실관계를 날조하거나 법을 부당하게 왜곡하여 억지스러운 판결을 선고했다면 이는 범죄나 불법행위로 규탄당할 것이다. 심각한 악법을 적용한 행위도 범죄나 불법행위로 책임을 추궁할 수 있는지는 끝없는 논쟁의 대상이었지만⁵⁴⁾ 뉘른베르크 법조인 소송 이래로 현실화했다.

대법원은 입법적 불법행위를 인정하는 데에 대단히 소극적이었지만 예외적으로 중대명백성을 기준으로 삼아 입법적 불법행위를 인정하였다. “국회의원의 입법행위는 그 입법 내용이 헌법의 문언에 명백히 위반되는 데에도 국회가 굳이 입법을 한 것과 같은 특수한 경우가 아니라면 국가배상법 제2조 제1항에서 정한 위법행위에 해당하지 않는다.”⁵⁵⁾ 2022년 전원합의체 판결에서 중대명백성 또는 명백성은 간단히 ‘헌법의 문언에 명백히 위반되는 법령’, ‘중대하고 명백하게 위헌적인 법령’ 또는 ‘명백하게 위헌적인 법령’이라는 표현에서 확인할 수 있다. 긴급조치를 중대하고 명백하게 위헌적인 법령으로 만드는 위헌법령으로 규정하는 데에 영장주의의 위배가 두드러지게 강조되었다. 다수의견은 영장주의를 국민의 기본권 보장이나 법치국가적 사법질서의 핵심으로, 김전수오경미 대법관은 영장주의를 민주제도의 핵심으로 규정한다.

2018년 대법원은 긴급조치 제9호의 영장주의 위반을 다음과 같이 강조하였다. “수사기관이 영장주의에 어긋나는 체포·구금을 하여 불법체포·감금의 직무범죄를 범하는 상황은 일반적으로 영장주의에 관한 합헌적 법령을 따르지 아니한 경우에 문제된다. 이와 달리 영장주의를 배제하는 위헌적 법령이 시행되고 있는 동안 수사기관이 그 법령에 따라 영장 없는 체포·구금을 하였다면 법체계상 그러한 행위를 곧바로 직무범죄로 평가하기는 어렵다. 그러나 이러한 경우에도 영장주의를 배제하는 법령 자체가 위헌이라면 결국 헌법상 영장주의에 위반하여 영장 없는 체포·구금

53) 라드브루흐, 앞의 책, 285쪽.

54) 악법에 대한 법관의 책무에 대한 비교법적 및 역사적 고찰은 Hans-Ulrich Evers, *Der Richter und das unsittliche Gesetz*(Walter & de Gruyter, 1954), 특히 118쪽 이하.

55) 대법원 2008. 5. 29. 2004다33469.

을 한 것이고 그로 인한 국민의 기본권 침해 결과는 수사기관이 직무범죄를 저지른 경우와 다르지 않다.”⁵⁶⁾

일반적으로 형사재판의 재심사유로서 불법구금(형사소송법 제420조 제7호)을 판단하는 명료한 기준은 영장 발부 여부나 영장 발부 일자 등이다. 고문이나 허위자백 강요보다 불법구금을 증명하기가 상대적으로 용이하기 때문에 영장주의 위반을 가장 먼저 주목한다. 그러나 인권침해의 강도 측면에서는 황당한 죄목으로 청년들에게 형을 선고하는 법관이 영장 없이 체포·구금하는 수사관보다 훨씬 더 심각하다는 사실도 간과해서는 안 된다. 긴급조치는 영장주의를 배제한다는 사정만으로도 명확하게 위헌적인 법령이다. 그러나 영장주의뿐만 아니라 죄형법정주의, 나아가 정치적 표현의 자유, 신체의 자유, 공정한 재판에 대한 권리 등 헌법적 가치 기준⁵⁷⁾을 총체적으로 침해하였기 때문에 긴급조치는 위헌법령에 그치지 않고 법률적 불법이라고 규정해야 한다. 그 경우 법률적 상투어로서 중대하고 명백한 위헌성 관념은 진지한 의미에서 법적 효과를 발생시키기 시작한다.

긴급조치의 위헌성이 중대하고 명백하다는 관념은 다수의견이나 김재형, 김선수·오경미, 민유숙 대법관의 의견에서도 나타나지만 그 의미나 역할은 상이하다. 다수의견은 중대명백성을 이용하여 객관적 정당성의 상실, 중대한 하자, 객관적 주의의무 위반 등을 인정하지만 위법성 및 책임(고의·과실)까지 나아가지 않는다. 안철상 대법관은 국가적무상의 과실 개념을 강조하기 때문에 개별공무원의 귀책사유에 대한 논의가 불필요해진다. 김재형 대법관은 명백한 위헌성 관념에 기초하여 대통령의 긴급조치 발령을 불법행위로 규정하면서도 법관의 재판 행위에 대해서 같은 기준을 적용하지 않는다. 명백성은 개념상 누구에게나 동일한 것이기 때문에 그와 같은 선별적 적용은 자의적이다. ‘중대명백성’ 또는 ‘명백성’은 법적

56) 대법원 2018. 5. 2. 2015도3243.

57) “긴급조치 제9호는 입법목적의 정당성과 방법의 적절성을 갖추지 못하였을 뿐 아니라 죄형법정주의에 위배되고, 헌법개정권력의 행사와 관련한 참정권, 표현의 자유, 집회·시위의 자유, 영장주의 및 신체의 자유, 학문의 자유 등 국민의 기본권을 지나치게 제한하거나 침해하므로 헌법에 위반된다.” 헌법재판소 2013. 3. 21. 2010헌바132·2010헌바70·2010헌바170.

책임 판단 영역에서 결정적으로 중요하다. 긴급조치를 적용하여 유죄판결을 선고한 법관의 책임은 긴급조치가 중대하고 명백하게 위헌적이라는 점에 대한 인식과 그럼에도 긴급조치를 적용했다는 점에 있다. 대법관 다수가 긴급조치를 중대하고 명백하게 위헌적이라고 규정하면서도, 이러한 위헌적 요소에 대한 인식가능성을 법관의 귀책사유로 파악하지 않았다.

이제 긴급조치의 불법성을 군사법과 국제인도법의 차원에서 논의해보자. ‘(중대하고) 명백하게 위헌적인 명령’은 군사법과 국제인도법상 ‘명백하게 불법적인 명령’과 구조적으로 유사하다. ‘중대하고 명백한 위헌성’과 ‘명백한 불법성’(manifest illegality)⁵⁸⁾을 동일한 맥락에서 이해하는 경우에만 중대명백성의 체계상 지위가 확립된다. ‘명령을 따랐다’는 군인의 항변과 ‘법을 적용했다’는 법관의 항변을 다르게 취급할 이유는 없다. 복종을 직업적 생명으로 하는 군사문화를 고려할 때 복종하는 군인을 우호적으로 취급하고 법률전문가인 법관을 더욱 엄정하게 처우해야 할 것처럼 예상되지만 현실은 늘 그 반대이다.

군인의 복종과 그 한계에 관한 원칙은 시대적 부침을 겪지만 최소한 제1차세계대전 이후에는 명백하게 불법적인 명령에 복종해서는 안 된다는 것이다. 뉘른베르크 원칙도 도덕적 선택이 가능한 경우에는 정부나 상관의 명령에 따랐다는 이유로 국제법상 책임을 면할 수 없다고 천명한다(제4원칙).⁵⁹⁾ 미국의 균형법에 따르면 ‘명백하게 불법적인(palpably or obviously illegal) 명령’은 적법성의 추정을 누릴 수 없으며 부하도 이에 복종해서는 안 된다.⁶⁰⁾ 독일의 균형법에 따르면 명령이 직무상의 목적에 반하거나 인간 존엄을 침해하거나 범죄를 요구하는 경우 군인은 복종의 의무에서 해방된다.⁶¹⁾ 우리나라 판결도 이와 다르지 않다.⁶²⁾ 국제형사재

58) ‘명백한 불법성’의 의미에 대해서는 Bakker, Jeane L., “The Defence of Obedience to Superior Orders: The Mens Rea Requirement”, *American Journal of Criminal Law* Vol. 17(1989), 55쪽 이하; Gary D. Solis, *The Law of Armed Conflict*(Cambridge University Press, 2016), 390쪽 이하.

59) ‘Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nuremberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal’, *Yearbook of the International Law Commission*, 1950, Vol. II, 374-378 참조.

60) *United States v. Griffin*, 39 C.M.R. 596(1968). Davidson, Michael J., *A Guide to Military Criminal Law*(Naval Institute Press, 1999), 68쪽 참조.

판소규정도 군사법과 국제인도법의 발전을 대체로 반영하였다. 즉 부하가 상관의 명령이 불법적인지 아닌지를 명확하게 알지 못한 채 명령을 수행했다면 상관의 명령에 따랐다는 항변은 허용되지만 명백하게 불법적인 명령에 복종했다고 한다면 그러한 항변은 허용되지 않는다. 국제형사재판소규정은 ‘집단살해죄’와 ‘인도에 반한 죄’를 범하도록 하는 명령은 명백하게 불법적(manifestly illegal)이라고 규정한다.⁶³⁾ ‘명백한 불법성’은 명백하게 불법적인 명령을 수행한 군인의 면책을 허용하지 않는다는 것을 의미한다. 국제적십자사가 발간한 <국제관습인도법> 규칙 제155조에 따르면, “부하가 명령받은 행위가 불법적인 것을 알았다면 혹은 부하가 명령받은 행위의 명백한 불법성으로 인해 명령받은 행위가 불법적이라는 것을 알아야 했다면 상관의 명령에 대한 복종은 부하의 형사책임을 면제해주지 않는다.”⁶⁴⁾

군인이 명백하게 불법적인 명령을 수행한 경우 그 불법성을 알지 못했다고 하더라도 책임을 면할 수 없다는 원칙이 확립되었다. 그런데 악법을 적용한 법관이나 공직자는 왜 이 원칙의 예외가 되어야 하는지 이해할 수 없다. 명백한 불법성은 누구에게나 똑같은 것이다. 명백한 불법성은 그 위반자에게 특별히 위법성 의식 또는 불법 의식을 요구하지 않는 자연범(mala in se)의 본질이다. 명백하게 불법적인 명령에 복종하는 군인이 면책되지 않듯이, 중대하고 명백하게 위헌적인 법령을 적용하는 법관도 면책되지 않아야 한다. 도리어 군인보다 더 엄중한 책임을 법관에게 물어야 하는데 현실은 늘 그 반대이다. 철학자이자 대법관이었던 프란시스 베이컨은 ‘재판론’에서 범부들의 악행은 강의 지류를 흐려놓지만 판사의 불법 판결은 수원을 오염시킨다고 말했다.⁶⁵⁾

61) 독일군인법 제11조 및 독일군형법 제22조 참조.

62) 대법원 1980. 5. 20. 80도306.

63) 국제형사재판소규정 제33조 제2항.

64) 상관의 명령에 따랐다는 항변에 대한 국제인도법의 개관은 ICRC, “Practice relating to Rule 155. Defence of Superior Orders,” <<https://ihl-databases.icrc.org/en/customary-ihl/v2/rule155>>, 검색일: 2023. 2. 20.

65) 이재승, “법조인소송”, 140쪽.

4. 법조인의 심리: 순응, 열광, 강요

라드브루흐는 ‘법률적 불법과 초법률적 법’에서 불법 판결을 선고한 법관들의 법외범죄 성립 여부를 검토하였다. 라드브루흐는 <법철학>에서 일관되게 법의 내용적 정당성과 무관하게 실정법의 효력을 인정하는 입장을 법률적 효력이론으로 규정하였다.⁶⁶⁾ 오로지 법률적 효력만을 인정하는 철학적 입장이 법률실증주의다. 라드브루흐는 특이하게도 이러한 법률실증주의가 법률가들을 나치 악법 앞에서 무방비상태로 만들었다고 주장하였다. 나아가 실정법의 효력을 절대시하는 법관은 법외범죄의 특수한 고의를 갖지 못하므로 법외범죄가 성립하지 않는다고 주장하였다. 법률적 효력이론을 직업적 신앙으로 채택한 법조인에게는 이 말이 제법 그럴듯하게 들릴지 모른다. 그러나 악법 적용을 특정한 이론 탓으로 돌리는 사유방식은 역사적 또는 과학적 통찰로서 유효하지 않다.⁶⁷⁾ 또한 나치시대에 지배적인 법학은 법률실증주의와는 무관한 보수적이며 인종주의적인 자연법이었다.⁶⁸⁾ 한마디로 방어불능명제는 역사적 사실로서는 오류이고 직업적 신조로서는 미신이다.

실증주의는 법을 분석하는 하나의 이론일 뿐 복종의무를 결정짓는 궁극의 방식이 아니다. 따라서 악법 적용의 배경을 법철학에서 찾을 것이 아니라 당시의 정치적 풍토, 독일의 특수한 길, 좁게는 법조의 전통과 법관의 심리 등에서 찾아야 한다. 악법에 대한 무저항적 태도는 법조인의 소극적인 성향과 관료주의적 인성에서 비롯된다. 아렌트의 ‘악의 평범성’

⁶⁶⁾ 라드브루흐, 앞의 책, 116, 124쪽 이하.

⁶⁷⁾ 방어불능명제는 법률실증주의에 대한 정확한 진단이 아니라 맹목적 복종에 대한 편의적인 작명이다. 역사적 주장으로서 방어불능명제는 다음의 글에서 반박되었다. Ingo Müller, “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, Gustav Radbruch und die Kontinuität der deutschen Staatsrechtslehre”, *Leviathan: Zeitschrift für Sozialwissenschaft* Vol. 7(1979), 308-338쪽; Manfred Walther, “Hat der juristische Positivismus die deutschen Juristen wehrlos gemacht?”, *Kritische Justiz* Vol. 21(1988), 263-280쪽.

⁶⁸⁾ Fabian Wittreck, *Nationalsozialistische Rechtslehre und Naturrecht*(Mohr Siebeck, 2008), 특히 35쪽 이하; Jan Schröder, *Rechtswissenschaft in Diktatur. Die juristische Methodenlehre im NS-Staat und in der DDR*(Beck, 2016), 5-58쪽.

이나 ‘순전한 무사유(sheer thoughtlessness)’⁶⁹⁾ 레비의 ‘생각하지 않는 죄’⁷⁰⁾, 밀그램의 ‘권위에의 복종’⁷¹⁾ 또는 켈만과 해밀튼의 ‘복종범죄’⁷²⁾ 등은 이러한 순응적인 인간형에 대한 분석틀로서 적합하다. 이러한 개념어들은 아무런 생각 없이 법과 명령에 복종하고 타자의 고통에 무관심하고 주어진 직무만 성실히 수행하는 권위주의적 성격을 겨냥한다. 그런데 나치체제가 이와 같은 소극적인 유형의 인간들만으로는 유지될 수 없을 것이다. 라드브루흐도 일찍이 ‘법률인의 심리학’에서 정의와 질서 사이에서 타락한 인성 형태의 극단으로 정의 광신자와 질서 속물을 대비하였다.⁷³⁾ 또한 뉘른베르크 법조인 소송을 지켜보면서 순응적인 법조인 이외에도 나치에 열광적인 법조인을 주목하였다.⁷⁴⁾ 나치시대의 법조인들은 히틀러의 암살모의에 참여했던 소수의 저항자로부터 시작하여 대체로 나치 이데올로기, 열성과, 적극 가담자, 동조자, 모리배, 부화뇌동자에 이르기까지 다양한 인간 군상을 보여주었다.

마지막으로 라드브루흐는 ‘법률적 불법과 초법률적 법’에서 악법을 적용한 순응적인 법조인을 위해 탈출구를 마련하였다. “법관이 법외권의 고의를 가졌다고 하더라도 그들에게 마지막으로 치욕스러운 구제 수단이 남아있다. 즉, 그들이 재판과정에서 나치법을 법률적 불법이라고 선언했다라면 그들에게 드리워졌을 생명에 대한 위협, 즉 형법 제54조 긴급피

69) 한나 아렌트 지음, 김선옥 옮김, 예루살렘의 아이히만: 악의 평범성에 대한 보고서(한길사, 2006), 349쪽.

70) 예루살렘 재판의 최후진술에서 아이히만은 “나는 단지 명령을 따랐을 뿐이며, 신 앞에서는 유죄이지만 법 앞에서는 무죄다”라고 주장하였다. 검사는 “의심하지 않은 죄, 생각하지 않은 죄, 행동하지 않은 죄가 피고인의 진짜 죄”라고 언급했다. 레비는 그중 ‘생각하지 않은 죄’라는 제목으로 시를 지었다. 프리모 레비 지음, 이산하 옮김, 살아남은 자의 아픔(노마드북스, 2011), 30쪽.

71) 스탠리 밀그램 지음, 정태연 옮김, 권위에 대한 복종(에코리브르, 2009), 21쪽.

72) Herbert C. Kelman & V. Lee Hamilton, *Crimes of Obedience: Toward A Social Psychology of Authority and Responsibility*(Yale University Press, 1989), 307쪽 이하.

73) 라드브루흐, 앞의 책, 143쪽.

74) Gustav Radbruch, “Des Reichsjustizministeriums Ruhm und Ende ZUM NÜRNBERGER JURISTEN-PROZESS”, *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, Jahrg. 3(1948), 57-64쪽.

난⁷⁵⁾을 원용하는 길이다. 그러나 어떠한 대가를 치르더라도, 즉 목숨을 버려서라도 정의를 지켜야 하는 것이 법관의 윤리인 점을 감안할 때 긴급피난을 원용하는 것은 참으로 치욕스러운 일이다.”⁷⁶⁾ 라드브루흐는 악법의 적용을 거부한 법관에게 닥칠 생명에 대한 위협을 책임조각사유(면책적 긴급피난)로 파악했다. 나치시대의 법관들이 히틀러가 무서워서 악법을 적용했다는 주장은 설득력을 거의 갖지 않는다. 따라서 라드브루흐의 제안은 법조인을 위한 면책론이라기보다는 도리어 치욕적인 비난처럼 여겨진다. 그러나 긴급조치의 적용을 아예 적법한 행위로 규정한다면 라드브루흐의 비루한 면책론도 전혀 필요하지 않을 것이다.

5. 법관 특권과 법관의 책무

이제 법관의 특권과 법관의 책무에 대한 쟁점과 나머지 문제들을 언급해보겠다. 법관이 악법을 거부할 의무를 지는지, 그 의무가 법적인 의무인지 아니면 이상적인 도덕적 의무인지를 둘러싸고 김선수 오경미 대법관과 김재형, 민유숙 대법관이 크게 대립하는 것 같다.

김재형 대법관은 법관의 불법행위책임을 인정하는 데에 엄격한 외국의 법제와 관행을 주목한다. 어느 나라에서든지 법관의 책임을 묻는 데에는 통상적인 과오를 넘어 확정적인 고의, 부당한 목적, 중대한 과오 등 초과 주관적인 요소를 요구한다. 이로써 법관은 다른 공직자들과 달리 법적 책임에서 두텁게 보호받는다. 독일에서도 법관의 범죄가 성립하는 경우 비로소 불법행위책임을 인정한다.⁷⁷⁾ 우리나라 배상법은 법관의 불법행위 성립에 관해 독일법과 같은 특칙을 두고 있지 않지만 관행상 법관을 두텁게 보호한다. 사법권 독립과 법관의 특권은 성실하게 직무를 수행한 법관을 부당한 정치적 압박이나 소송공방에서 보호하려는 것이지 법왜곡과 악법 적용을 통해 지배권력에 봉사한 법조인을 위한 면책 보증수단이 아

75) 독일 형법 제54조상 면책적 긴급피난은 한국 형법 제23조 위법성조각사유로서 긴급피난과는 무관하며 기대가능성의 문제로서 제12조의 강요된 행위와 유사하다.

76) 라드브루흐, 앞의 책, 293쪽.

77) Marten Breuer, *Staatshaftung für judikatives Unrecht*(Mohr Siebeck, 2011), 204쪽 이하.

니다. 전후 독일법원도 나치법관의 죄책을 추궁하는 과정에서 법관의 특권을 자주 남용했다. 독일대법원은 정치범 도살장으로 악명이 높은 인민재판소의 재판소장 롤란트 프라이슬러의 배석판사로서 수백 건의 사형판결에 관여한 레에제를 단죄하는 자리에서 법관이 사법권의 독립 속에서 자신의 확신에 따라 판단했다면 살인죄의 고의가 없다고 하여 무죄를 선고하였다.⁷⁸⁾ 이랬던 독일법원이 동독의 재판은 법관의 독립이 보장되지 않은 행정적 말살 조치에 불과하기 때문에 동독 법관에게는 애당초 법관의 특권을 인정할 수 없다며 이들을 법외범죄로 처벌하였다.⁷⁹⁾

민 대법관도 위헌성 심사를 거쳤으나 스스로 긴급조치를 합헌적이라고 판단하고 적용한 법관의 책임은 물을 수 없다고 언급하였다. 독일법원이 판사가 광적인 확신 속에서 나치악법을 적용했다면 특별히 범죄적 고의가 없어 처벌할 수 없다고 판시한 유사한 예도 있다.⁸⁰⁾ 그런데 민 대법관의 면책론과 중대하고 명백하게 위헌적이라는 판단은 양립하기 어렵다. 긴급조치가 합헌적이라고 확신했다고 하더라도, 주관적 확신은 긴급조치가 명백하고 중대하게 위헌적이라는 사실에 대한 인식가능성은 사라지지 않기 때문이다. 김 대법관과 민 대법관은 긴급조치 위반자에게 경미한 유죄판결을 한 법관에게는 책임을 논하기 어렵다고 지적한다. 그러한 법관에게 정상참작의 여지가 있겠지만 악법을 적용했다는 사실은 결코 경미한 과오가 아니다.

김선수·오경미 대법관이 시사한 바대로 정상적인 법치국가와 독재국가에서 법관의 역할을 구분해야 할 필요가 있다. 정상적인 법치국가의 여건에서는 대법원의 합헌 취지의 결정을 존중하는 가운데 해당 법령을 적용하는 하급심 법관을 비난하기 어렵다. 설혹 그 판결이 부적절하더라도 심급제도를 통해 현실적으로 시정될 수 있고, 그러한 한에서 법치국가가 작

⁷⁸⁾ BGHSt. 30. 04. 1968 - 5 StR 670/67 (NJW 1968, 1339쪽).

⁷⁹⁾ Hans Peter Graver, *Judges Against Justice: On Judges When the Rule of Law is Under Attack*(Springer, 2014), 171쪽 이하.

⁸⁰⁾ Ingo Müller, *Justiz ohne Gewissen - Justiz "nach bestem Wissen und Gewissen" : Deutsche Richter von 1933 bis 1945 und die Bedeutung des Gewissens nach 1945*, Evangelische Akademie, 4-6. 5. 2007, <<https://www.ev-akademie-boll.de/fileadmin/res/otg/520507-Mueller.pdf>>, 검색일: 2023. 02. 18.

동하기 때문이다. 그러나 독재체제에서 더구나 극단적인 악법을 적용한 법관은 이미 허구화된 위헌심사제도나 심급 구조를 내세워 자신의 책임을 회피할 수 없다. 김재형 대법관은 긴급조치에 대한 사법심사를 배제하는 조항(제53조 제4항)과 당시 대법원이 위헌 제청 대신에 합헌 취지의 판단을 내렸다는 사실을 배경으로 하급심 법관의 책임을 부정한다. 이제 하급심 법관에 의한 판결의 책임을 합헌 취지의 결정을 내린 대법관에게서 찾아야 할 것처럼 보인다. 그런데 김 대법관은 당시에 헌법재판이 활성화되지 않았다는 이유를 내세워 대법관들도 탓할 수 없다며 대법관의 책임마저도 사소화하였다. 책임은 다시 미루어지고 희석되었다. 그러나 하급심의 법관은 유신체제 아래서도 상급법원의 합헌결정의 관행에서 이탈할 특권을 보유하고 있었다. 단지 긴급조치 시대의 법관들 대부분이 그 이탈권을 행사하기보다는 행사하지 않는 신중함을 발휘했을 뿐이다. 국초에 대법관들은 법관의 독립과 책임에 대해 다음과 같이 천명하였다.

“서울지방법원의 제청에 의하여 헌위[헌법위원회]에서 원판결 판시와 같이 합헌결정이 있었다 할지라도 법률 제120호⁸¹⁾가 윤리학상의 법칙, 환언하면 현대과학에 의하여 이 헌법 제100조, 제7조, 제15조 및 제76조에 각 위반됨이 엄연한 사실임에도 불구하고 일단 헌위에서 합헌결정이 있었다고 하여 이에 맹종하였다고 함은 사법권 독립의 법의에 위반되는 바이다. 따라서 이러한 경우에는 상술하면 상급법원이나 헌위에서의 견해와 상치되는 결론을 얻을 때에는 소신대로 판결하여야 하는 것이며 그렇지 않으면 이는 일반적인 견해의 표시이니만큼 다시 위헌 여부를 제청하여야 할 것이다. 만일 이렇게 하지 않으면 법률은 일시에 정치력 내지 행정부 앞에 언제든지 굴복하여야 하며 이렇게 하여서는 사법권의 독립 내지 헌법의 삼권분립제는 실질적 의미에서 폐기하는 결과를 가져올 것이다. 이리되면 법의 해석의 진화가 없고 헌법의 발전이 없으며 차로써 민주국가의 실현은 영구히 불가능하게 되는 것이다.”⁸²⁾

김재형, 민유숙 대법관은 위헌 판단도 상대적이고 유동적이라고 지적하면서 법적 안정성과 기관력을 강조한다. 인간의 모든 판단은 고정되지

81) 간이소청절차에 의한 귀속해제결정확인에 관한 법률

82) 대법원 1955. 5. 6. 4287행상84(필자가 일부 단어를 현재 쓰는 말로 바꾸었음).

않고 상대적이라는 통찰에 이의를 제기할 수는 없지만 이 재판의 쟁점 사항은 대다수 자유 사회에서 보장된 정치적 표현행위를 금지하고 항의자들을 영장 없이 체포·구금·압수·수색하고 이러한 터무니 없는 법을 적용하여 처벌하는 행위가 정당한 것인지 여부였다. 바로 중대하고 명백하게 위헌적인 악법과 그로 인한 인권침해의 심각성을 판단하는 자리에서 오늘의 판단도 내일에는 바뀔 수 있다고 우려하며 판결의 기판력을 강조하는 것은 법적 안정성이 아니라 불법의 안정성을 옹호하는 것이다. 그때 악법의 집행을 저지하지 못했던 나약한 법조를 한탄해야 할 자리에서 뜻밖의 발언이다. 아우슈비츠나 수용소 군도(群島) 이후 때로는 무질서가 질서보다 낫다는 판단은 이제 법철학의 통찰이 되었다.⁸³⁾

김재형 대법관은 악법을 거부할 의무를 일종의 도덕적 책무로 취급하고, 법관의 법적 의무를 평균적 직업윤리 속에서 수평화한다. 김 대법관은 평균적 법관의 외적인 직무수행 양태를 주목한다. 그런데 2022년 현재의 대법관이 참여자의 입장에서 무엇이 옳은 것인가를 단적으로 묻지 않고 국외자의 시선에서 법적용의 행태를 이리저리 살피는 것은 수행적 모순(이 법은 악법이지만 나는 적용한다)을 완화하려는 방편처럼 여겨진다.⁸⁴⁾ 또한 김 대법관이 유보적으로 거론한 법관의 도덕적 책임이나 도덕적 비난은 어떤 수준에서 이행 또는 해제되어야 하는지 궁금하다. 이와 같이 심각한 위헌법령을 적용한 법관의 도덕적 책임은 사적 언어에 속한 자책사항(법 앞에서는 무죄, 신 앞에서 유죄라는 분리주의자처럼)이 아니라 공적인 담론의 대상일 수밖에 없기 때문이다.

아만스러운 법 앞에서 법관에게 유효한 질문은 ‘다른 동료 법관이나 대법관들이 이 사건에서 법을 무엇이라고 말할까?’가 아니다. 법관은 관찰자가 아니라 참여자이다. 관찰자는 여행지의 내전에서 목숨을 걸지 않아도 되지만, 참여자는 육체적이든 정신적이든 목숨을 걸어야 한다. 악법을 적용하든 거부하든 법관은 본디 참여자의 운명을 피할 수 없다. 악법

⁸³⁾ Martin Kriele, *Recht und praktische Vernunft*(VR, 1979), 118쪽.

⁸⁴⁾ 극단적인 범법목론자는 악법을 적용하는 데에 아무런 모순을 겪지 않는다는 주장하겠지만 알렉시는 정당성의 요청을 전혀 만족시키지 않은 법의 적용을 수행적 모순으로 이해한다. 로버트 알렉시 지음, 이준일 옮김, *법의 개념과 효력*(지산, 2000), 29쪽 이하.

적용을 거부한 법관은 당장에 좌천, 해직, 박해, 심지어 처벌에 직면하지 만 원대한 공익과 함께 갈 것이고, 악법에 순응하는 법관은 사사로이 영달하겠지만 양심의 가책, 세상의 악평, 따가운 책임 공방 속에서 시들어 갈 것이다. 악법 앞에 선 법조인은 청명과 한식 중 죽을 날을 잡은 것이 나 마찬가지이다. 그러한 고통이 일시적인가 영원한가, 명예로운가 치욕스러운가에 차이가 있다. 한국 법조사는 “양심상 도저히 기소할 수 없으며 공소를 유지할 자신이 없다”면서 기소 요구를 거부하고 사직한 인혁당사건⁸⁵⁾ 담당 검사 이용훈, 김병금, 장원찬과 긴급조치 위반 사건에서 무죄를 선고하여 굴절을 겪었던 이영구, 양영태 판사를 기억할 것이다.

유병진 판사는 절도에 대해서도 무조건 10년 이상의 형으로 처벌하라는 <부역자처벌에 대한 비상조치령>의 규정을 중학생에게 차마 적용할 수 없어서 무죄를 선고하던 때를 회상하며 다음과 같이 말했다. “진실로 법에 사로잡혀야 할 지경이라면, 아니 법률의 노예가 될 지경이라면 나는 판사의 직에서 떠나버려야 한다.”⁸⁶⁾ 프랑스 혁명 후 바이에른 왕국에서 독일 법개혁자였던 포이어바흐는 안스바흐 고등법원장 취임 연설 ‘법관직의 고귀한 품격’에서 다음과 같이 발언하였다. “법관은 ... 왕으로부터 직책을 받는 것이지만, 이 직책은 정의 이외에 다른 주인에게는 봉사하지 않으며, 달리 말하면 법률의 의사 이외에 다른 의사에는 복종하지 않아야 한다. ... 법관은 법관직의 경계 안에서 최고 권력의 봉사자이기커녕, 최고 권력이 그러한 경계를 넘어오는 경우 법관은 복종을 거부할 권한을 지닐 뿐만 아니라 선서한 대로 복종을 거부해야할 의무를 진다. 정의에 봉사하도록 소명 받은 법관에게는 복종이 정의에 대한 배반이 되는 상황이라면 불복종이 신성한 의무이다. 오늘 법관에게 부정의를 명령한 왕은 내일이면 부정의에 복종했다는 이유로 법관을 법정에 세울 수도 있다.”⁸⁷⁾

악법 적용을 거부하는 법관도 찾기 어렵지만 악법 적용을 거부한 법관

85) 천주교인권위원회, 앞의 책, 164쪽 이하.

86) 유병진 지음, 신동운 편저, 유병진 법률논집: 재판관의 고민(법문사, 2008), 152쪽.

87) Paul Johann Anselm Feuerbach, “Die Hohe Würde des Richteramts(1817)”, Gerhard Haney 엮음, *Naturrecht und positives Recht*(Rudolf Haufe Verlag, 1993), 230쪽.

을 말 그대로 살해하는 독재자는 더 희귀하다.⁸⁸⁾ 독재자들은 마음 한가운데에 지사적인 법관을 법관 자신들보다 더 존경하고 더 두려워하는 것 같다. 악법 적용을 거부하는 법관이 존재하는 세상은 바로 그날부터 달라지기 시작한다. 악법 앞에 선 법관은 강건하다면 무죄판결을, 호방하다면 사직을, 소심하다면 가장 경미한 판결을 선고하고, 그도 저도 아니라면 병을 칭하고 침거해야 한다. 악법에 순응하는 법관은 그가 속한 가정의 수호자일 수 있지만 법의 수호자는 아니다. 나치 시대에 장관을 대행하던 법무부차관 쉴레겔베르거는 뉘른베르크 법조인 소송에서 자신이 물러났더라면 자신보다 더 악랄한 자가 와서 더 끔찍한 일이 벌어질 것이라 예상해서 사직하지 않았다고 주장하였다.⁸⁹⁾ 쉴레겔베르거의 주장은 사실이었지만 더 나쁜 인간의 더 나쁜 악행 때문에 자신의 악행을 변호할 수는 없었다. 재판부는 지식을 팔아 영달한 쉴레겔베르거를 팔죽 한 그릇에 장자 상속권을 야곱에게 팔아넘긴 에사오(창세기 25:27-34)에 견주었다.⁹⁰⁾

V. 공식적 사과

<유엔 피해자 권리장전>은 진실에 대한 권리, 정의(재판)에 대한 권리, 배상에 대한 권리를 국가폭력 피해자의 세 가지 기본적 권리로 천명한다.

⁸⁸⁾ 히틀러 치하에서 로타 크라이식(Lothar Kreyßig 1898-1986)이라는 전설적인 판사가 있었다. 베를린 지방법원 판사였던 크라이식은 안락사 명령(이른바 유전적 질환 등 살 가치가 없는 생명에 대한 말살 조치를 명한 명령)에 대해 금지명령을 발부한 유일한 인물이었다. 그는 안락사 프로그램의 책임자 필립 부울러(나치당 지도부의장으로서 1945년 포로로 붙잡히자 자살한 인물)를 살인죄로 처벌하려고 하다가 도리어 1940년에 해직되었다. 게슈타포는 크라이식을 수용소로 보내려고 했지만 히틀러는 크라이식을 퇴직시키고 연금을 부여하라고 지시하였다. 크라이식은 나치 패망 이후 판사직의 복귀를 제안받았으나 거절하고 NGO 활동에 주력하였다. Lothar Gruchmann, "Ein Unbequemer Amtsrichter im Dritten Reich. Aus den Personalakten des Dr. Lothar Kreyßig", *Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte* Jahrg. 32(1984), 463-490쪽.

⁸⁹⁾ George Fletcher, *Rethinking Criminal Law*(Oxford University Press, 2000), 774쪽 이하.

⁹⁰⁾ 이재승, "법조인소송", 149-150쪽.

피해자들은 누가 무엇을 잘못했는지에 대해 알 권리, 진실에 기초하여 재판을 청구할 권리, 잘못에 대하여 배상받을 권리를 가진다. 긴급조치 피해자들의 국가배상청구소송은 이러한 세 가지 권리를 범례로 실현하는 과정이었다.

전원합의체 판결에서 다수의견은 국가배상책임 법리를 재구성하는 대신 모호한 절충으로 봉합하였다. 일부 대법관들은 법관의 면책에 열정을 쏟으면서 정작 현재와 미래의 법관이 악법 앞에서 어떻게 행동해야 하는지, 나아가 시민은 어떻게 해야 하는지 등 중차대한 문제를 방치하였다. 2022년 대법관들의 임무는 악법에 순응했던 법관을 변명하는 역할이 아니라 한국의 법조를 대표하여 현재에도 미래에도 수용할만한 법조윤리의 정립이었다고 생각한다. 거의 50여년 전에 일어난 대량의 자의적인 정치 재판에서 법관들이 그다지 잘못된 것도 없다는 대법관들의 의론은 중대한 과오를 시정하고 반면교사로 삼자는 이행기 정의의 취지와 동떨어져 있다.

책임 문제로 다시 돌아가면 법관 개인의 책임뿐만 아니라 검사까지 포함한 법조⁹¹⁾ 전체의 책임도 거론하지 않을 수 없다. 법관이 선배나 동료 법관 또는 상급법원의 판단을 추종하는 한에서 법적 책임이 면제된다는 사고는 개인의 잘못을 제도나 직업집단에 떠넘기는 권위적인 심리이다. 한국 사회에서 악법에 대한 복종과 순응이 지배적 행태로 정착되었다면 그것도 법조단의 공업(共業)이다. 평균적 법관으로서 주의의무라는 관념은 악법 앞에 선 법관의 내적 변민에는 어울리지 않는다. 악법 앞에 선 법관은 평균적 법관의 길이 아닌 단독자의 길을 가야 한다.

2022년 전원합의체 판결은 당당한 법조윤리를 정립했어야 함에도 법관의 책임을 부인하거나 사소화함으로써 긴급조치 피해자들을 좌절시켰다.

91) 정치재판과 사법권력의 남용에 있어서 검사의 범죄도 빠짐없이 거론된다. 1947년 뉘른베르크의 법조인 소송(제3호), 2017년 아르헨티나 덴도사 법정, 동독의 정치재판에 대한 법외곡죄 소송이 대표적이다. 2017년 독일에서 직무수행을 과도하게 지체하여 일부 사건에서 공소시효를 초과시킨 검사가 법외곡죄로 처벌된 사례가 있다. BGH, Beschluss vom 14. September 2017, Az. 4 StR 274/16. 독일형법에는 법외곡죄(제339조) 이외에도 처벌방해죄(제258조 및 제258조의a)가 존재하는 데 주로 부당한 불기소, 기소지연, 과도한 협상, 부실한 공소유지 등 검사의 자의적 기소제량이나 소송수행이 처벌방해죄에 해당할 것이다.

긴급조치 피해자들은 과거의 극복과 참된 명예회복을 요구하였다. 참된 명예회복은 긴급조치 판결이 불법 판결이었다는 대법원의 인정에서 시작된다. 2022년 긴급조치 판결은 긴급조치로 인한 유죄판결이 법치국가의 판사로서는 있을 수 없는 일이었다고 유감이라도 표명했어야 했다.⁹²⁾ 그러나 도의적인 사과로 맺기에는 판결은 처음부터 경로에서 너무 벗어났다. 즉 대충 국가책임을 인정하는 데에는 합의했음에도 불구하고 대법관들 대다수가 문제의 원인이 악법 적용 자체에 있지 않고, 위헌 결정에 있으며, 그러한 하자도 규범적 하자가 아니라 후발적·기술적 하자라는 생각을 떨쳐버리지 못한 것처럼 보인다.

92) 독일 대법원은 나치판사들을 모조리 면책시키고 난 후 맞이한 통일 국면에서 이 데올로기적으로 치우친 판결을 한 동독법관을 상대로 법외공죄를 흔쾌히 적용하기 시작하였다. 그 과정에서 대법원은 “이러한 기준을 과거 나치에 물든 판사들에게 적용하였더라면 그들 중 다수가 법외공죄로 처벌될 수밖에 없었을 것이다.”라고 넉넉히 언급하였다. *BGH*, 16. 11. 1995 — 5 StR 747/94(=NJW 1996, 864쪽).

<참고문헌>

- 김중권, “긴급조치와 관련한 국가배상책임에서 재판상의 불법의 문제”, 인권과 정의 510호, 2022, 109-124쪽.
- 구스타프 라트브루흐 지음, 최종고 옮김, 법철학, 삼영사, 1994.
- 류병진 지음, 신동운 편저, 유병진 법률논집: 재판관의 고민, 법문사, 2008.
- 문병호, “대법원의 긴급조치 및 국가배상 관련 판결들에 대한 비판적 고찰”, 민주법학 제59호, 2015, 41-97쪽.
- 스탠리 밀그램 지음, 정태연 옮김, 권위에 대한 복종, 에코리브르, 2009.
- 박성구, “긴급조치 제9호의 발령 및 적용-집행 행위로 인한 국가배상책임”, 사법제6권 제1호, 2022, 655-702쪽.
- 4·9통일평화재단, 긴급조치 위반사건의 재심 현황, 2016.
- 하나 아렌트 지음, 김선욱 옮김, 예루살렘의 아이히만: 악의 평범성에 대한 보고서, 한길사, 2006.
- 로버트 알렉시 지음, 이준일 옮김, 법의 개념과 효력, 지산, 2000.
- 윤상원/윤혜연, “긴급조치 피해에 대한 국가배상에서 위법성과 소멸시효”, 민사법학 제94호, 2021, 361 - 388쪽.
- 이영무, “유신헌법의 긴급조치와 국가배상 청구의 요건”, 법학논총 42권 1호, 2022, 117 - 151쪽.
- 이재승, 국가범죄, 엘피, 2010.
- _____, “긴급조치의 청산법리”, 민주법학 제71호, 2019, 9-47쪽.
- _____, “법조인소송”, 일감법학 제44호, 2019, 139-174쪽.
- 진실·화해를위한과거사정리위원회, 긴급조치위반 판결분석 보고서, 2006년도 하반기 조사보고서, 2006.
- _____, 대통령긴급조치위반사건 재심현황 자료집, 2022.
- 론 폴러 지음, 박은정 옮김, 법의 도덕성, 서울대학교출판문화원, 2015.
- 천주교인권위원회, 사법살인-1975년 4월의 학살, 학민사, 2001.
- Bakker, Jeane L., “The Defence of Obedience to Superior Orders: The Mens Rea Requirement”, *American Journal of Criminal Law* Vol. 17, 1989, 55-80쪽.
- Breuer, Marten, *Staatshaftung für judikatives Unrecht*, Mohr Siebeck, 2011.
- Feuerbach, Paul Johann Anselm, “Die Hohe Würde des Richteramts(1817)”, Gerhard Haney 엮음, *Naturrecht und positives Recht*, Rudolf Haufe Verlag, 1993, 226-233쪽.
- Fletcher, George, *Rethinking Criminal Law*, Oxford University Press, 2000.
- Germann, Oscar Adolf, *Grundlagen der Rechtswissenschaft*, STÄMPFLI & CIE, 1968.
- Hendin, Stuart E., “Command Responsibility and Superior Orders in the Twentieth Century - A Century of Evolution”, *Murdoch University Electronic Journal of Law* Vol. 10, No.1(2003), <<http://www5.austlii.edu.au/journals/MurU>

- EJL/2003/4.html>, 검색일: 2023. 02. 18.
- Graver, Hans Peter, *Judges Against Justice: On Judges When the Rule of Law is Under Attack*, Springer, 2014.
- Gruchmann, Lothar, “Ein Unbequemer Amtsrichter im Dritten Reich. Aus den Personalakten des Dr. Lothar Kreißig”, *Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte* Jahrg. 32, 1984, 463 - 49쪽.
- ICRC, “Practice relating to Rule 155. Defence of Superior Orders,” <<https://ihl-databases.icrc.org/en/customary-ihl/v2/rule155>>, 검색일: 2023. 02. 20.
- Kelman, Herbert C. & V. Lee Hamilton, *Crimes of Obedience: Toward A Social Psychology of Authority and Responsibility*, Yale University Press, 1989.
- Kriele, Martin, *Recht und praktische Vernunft*, VR, 1979, 118쪽.
- Luban, David, “A Theory of Crimes Against Humanity”, *Yale Journal of International Law* Vol. 29, 2004, 85-167쪽.
- Müller, Ingo, “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, Gustav Radbruch und die Kontinuität der deutschen Staatsrechtslehre”, *Leviathan: Zeitschrift für Sozialwissenschaft* Vol. 7, 1979, 308-338쪽.
- _____, *Justiz ohne Gewissen - Justiz “nach bestem Wissen und Gewissen” : Deutsche Richter von 1933 bis 1945 und die Bedeutung des Gewissens nach 1945*, Evangelische Akademie, 4 - 6.5.2007, <<https://www.ev-akademie-boll.de/fileadmin/res/otg/520507-Mueller.pdf>>, 검색일: 2023. 02. 18.
- Osiel, Mark J., *Obeying Orders-Atrocity, Military Discipline & the Law of War*, Transaction Publishers, 1998.
- Radbruch, Gustav, “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht”, *Süddeutsche Juristenzeitung* Jahrg. 1, 1946, 103-108쪽.
- _____, “Des Reichsjustizministeriums Ruhm und Ende. ZUM NÜRNBERGER JURISTEN-PROZESS”, *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, Jahrg. 3(1948), 57-64쪽.
- Schröder, Jan, *Rechtswissenschaft in Diktatur. Die juristische Methodenlehre im NS-Staat und in der DDR*, Beck, 2016.
- Solis, Gary D., *The Law of Armed Conflict*, Cambridge University Press, 2016.
- Walther, Manfred, “Hat der juristische Positivismus die deutschen Juristen wehrlos gemacht?”, *Kritische Justiz*, Vol. 21, 1988, 263-280쪽.
- Wittreck, Fabian, *Nationalsozialistische Rechtslehre und Naturrecht*, Mohr Siebeck, 2008.

<Abstract>

Liability of Judges for Applying Emergency Measure No. 9

Lee, Jaeseung

Professor, Konkuk University

The 2022 Supreme Court *en banc* ruling on Emergency Measure No. 9 made a big change in the legal doctrine of state liability for compensation. The Supreme Court justices showed significant differences in detailed issues, but unanimously acknowledged the state liability for torts. The majority opinion did not specify the individual responsibilities of public officials involved in the application of Emergency Measure No. 9, but roughly recognized state liability under the magical umbrella of a series of state actions. Opinions of justices were sharply divided over whether a conviction by the judges applying Emergency Measure No. 9 constitutes an independent tort. While most of the justices denied or avoided the legal liability of the judges, two justices Kim and Oh acknowledged the liability of judges and clearly highlighted the calling of judges as guardians of the law. As long as the unconstitutionality of Emergency Measure No. 9 is serious and obvious, it is self-evident that the application of such unconstitutional criminal law is unlawful and culpable. If a judge were forced to sentence a conviction under the threat of life, this situation could exclude the responsibility of the judge. However, it seems that such circumstances did not actually exist. Therefore it is questionable, both legally and morally, that the Supreme Court justices neither acknowledged the responsibility of the judges who applied the bad law, nor even made an official apology on behalf of the entire legal profession.

Key phrases: Emergency Measure No. 9, manifest illegality under international law, serious & obvious unconstitutionality, state torts liability, torts or crimes by the judiciary.