

Rechtsbeugung im koreanischen Strafrecht*

Kyong-Ok, Ahn**

I. Einleitung

Nach dem Ende eines Unrechtsregimes stellt sich die Frage der “Aufarbeitung” oder “Bewältigung” der Vergangenheit. Aufarbeitung oder Bewältigung ist ein vielschichtiges Phänomen und Strafrecht kann dabei mit seinen Möglichkeiten keine umfassende Verarbeitung des staatlich begangenen Unrechts (Systemunrechts) leisten. Es ist nur ein sehr begrenztes Mittel zur Aufarbeitung der Geschichte.¹⁾

Bei der Vergangenheitsbewältigung gegen das Systemunrecht handelt es sich nicht nur um die Bestrafung der Politiker, die das Unrecht getan haben, sondern auch um die Aufarbeitung des “Justizunrechts”. Das bedeutet, daß Gericht oder Staatsanwalt absichtlich ein Recht unrichtig angewendet haben, um ein Unrechtsregime oder militärisches Regime zu erhalten. Unter der sog. Rechtsbeugung versteht man die absichtliche unrichtige Anwendung von Rechtsvorschriften. Umfaßt wird also der kriminelle Mißbrauch der Strafjustiz.²⁾

* 본고는 2000년 7월 19일 독일 Freiburg Max-Planck-Institut의 Kolloquium에서 행한 강연내용이다. 독일어 원고에 대한 한글 번역(요약문)은 본고의 끝 부분에 함께 실기로 한다.

** 영남대학교 법과대학 전임강사·법학박사

1) Hans-Ludwig Schreiber, Aufarbeitung staatlich gesteuerten Unrechts, ZStW 107(1995), S.158; Lampe, in ; ders. (Hrsg.), Die Verfolgung von Regierungskriminalität der DDR nach der Wiedervereinigung, 1993, S.4.

Da das Justizunrecht nach dem Systemwechsel oder Regierungswechsel bestraft werden muß, möchte ich hiermit die sog. Rechtsbeugungstaten in der koreanischen Strafrechtspflege schildern und gesetzgeberische Möglichkeiten in bezug auf den betreffenden Tatbestand vorschlagen.

II. Sog. Rechtsbeugungstaten

In der koreanischen Strafrechtspflege sind nicht selten sog. Rechtsbeugungstaten von Richtern oder Staatsanwälten begangen worden.

Zunächst möchte ich Rechtsbeugungstaten von Richtern nennen, wo durch verdrehte Auslegung eines Sachverhalts ein unerträgliches Mißverhältnis zwischen Tat und Strafe entstanden ist.³⁾ Als ein treffendes Beispiel dafür kann ich das Todesurteil gegen den damals oppositionellen Politiker Kim, Dae-jung anführen. Er wurde am 17. 05. 1980 zum Kommandeur der Belagerungsgruppen abgeführt. Erst am 04. 07. 1980 hat ein Staatsanwalt gegen ihn Haftbefehl erlassen. Im Zeitraum vom 17. 05. bis zum 04. 07. hat er sich rechtswidrig in Haft befunden. Er und andere Verdächtige mußten ihr Geständnis unter Zwang vor dem Staatsanwalt ablegen. Damals war der Bevölkerung einschließlich den Richtern bekannt, daß Menschen wegen politischen Intrigen 43 Tage lang rechtswidrig festgehalten werden und ihnen dabei Geständnisse abgepreßt werden.⁴⁾

Aufgrund einem erfundenen Sachverhalts wurde ihm vorgeworfen, die Unruhen in Kwangju vom Mai. 1980 unterstützt zu haben. Am 17. 09. 1980 verurteilte das Militärstrafrechtsgericht erster Instanz (wegen der damaligen Krigsrechtsordnung)

2) Es kommen namentlich in Frage : Sachverhaltsverfälschung, unrichtige Anwendung von Rechtsvorschriften und unzulässige Vereinbarungen mit den Parteien(Lackner/Kühl, StGB, §339 Rn.5).

3) Huh, Il-Tae, Rechtsbeugungstaten von Staatsanwälten und ihre Bekämpfung, Kriminal Law Journal 11(1999), S.348,349.

4) Huh, Il-Tae, Bekämpfung gegen Rechtsbeugeunstaten von Richtern, in : Dong-A juristisches Journal 21(1996/12), S.317ff.

Kim, Dae-jung zum Tode, da er den Hochverrat geplant und sich staatsfeindlich verhalten hätte. Das militärische Revisionsgericht bestätigte diese Verurteilung am 3. 11. 1980 und auch der KorOGH am 23. 01. 1981. Das damalige Militärstrafrechtsgericht ist –jedenfalls zu einem erheblichen Teil– kein Gericht im rechtsstaatlichen Sinne, sondern ein Instrument zur Durchsetzung der Willkürherrschaft des Ex-Präsidenten, Chun, gewesen.

Kim, Dae-jung und seine Strafverteidigerin behaupteten in der Hauptverhandlung, daß Kim gefoltert wurde und der Sachverhalt hinsichtlich des Hochverrats verdreht worden war. Aus der damaligen politischen Situation konnte das Gericht vermuten, daß das Geständnis durch Folter oder Bestechung erzwungen wurde und der Sachverhalt erfunden worden war. Obwohl das Gericht die Wahrheit hätte erkennen können, wenn es die Behauptungen des Angeklagten von Grund auf untersuchen hätte, hat es das ignoriert und auf Grund des erfundenen Sachverhalts das Todesurteil verhängt. Unter der damaligen politischen Situation war es nicht ungewöhnlich, daß die Polizei gewaltsam gegen politischen Verdächtige ermittelte, und anschließend den Sachverhalt erfand. Unter dem militärischen Regime haben viele Richter die Wahrheit nicht gründlich untersucht, und aufgrund des erfundenen Sachverhalts eine Strafe, und zwar eine schwere Strafe, verhängt.⁵⁾

In dem nun folgenden Abschnitt möchte ich auf die Rechtsbeugung der Staatsanwaltschaft bei Ermittlungsverfahrenseinleitung und Anklageerhebung eingehen. Als Rechtsbeugungstaten des Staatsanwalts kann das Unterlassen einer Ermittlung oder die willkürliche Einstellung einer Anklageerhebung genannt werden. Gemäß §§195, 196 KStPO soll ein Staatsanwalt untersuchen, wenn es einen hinreichenden Verdacht für eine Straftat gibt.

In Korea leitet der Staatsanwalt die Ermittlung bei Verdacht einer Straftat ein, erhebt Anklage und vollstreckt eine Strafe. Gemäß §246 der koreanische StPO ist die Staatsanwaltschaft zur Erhebung der öffentlichen Klage berufen. Nach §247 derselben Gesetzes darf er aber Ermittlung und Anklageerhebung mit Rücksicht auf §51 KStGB⁶⁾ fallen lassen, auch wenn es wahrscheinlich ist, daß der Verdächtige

5) Huh, Il-Tae, a.a.O., S.320.

schuldig gesprochen würde (Opportunitätsprinzip⁷⁾). Diese Einstellungsbefugnis eines Staatsanwalts ermöglicht es, den Beschuldigten so früh wie möglich aus dem Strafverfahren zu entlassen und hilft damit dem Verbrecher bei seiner Resozialisierung. Außerdem kann das Opportunitätsprinzip einen effektiven und schnellen Verfahrensvorgang fördern, falls es um eine geringfügige Rechtssache handelt.⁸⁾ Aber auch dadurch besteht die Gefahr, keine gerechte und gleiche Strafe für gleiche Taten zu verhängen, sondern willkürlich Anklage zu erheben.

Wenn die Staatsanwaltschaft die Ermittlung nicht aufnimmt, kann es zunächst der Tatbestand der Unterlassung einer Diensthandlung gemäß §122 KStGB erfüllt worden sein.⁹⁾ Nach der Auffassung des KorOGH erfüllt der einfache Nichtbeginn einer Diensthandlung dennoch diesen Tatbestand nicht. Denn §122 könne nur insofern angewendet werden, wenn ein Amtsträger absichtlich seinen Dienst aufgibt oder seine Stellung verläßt.¹⁰⁾ In letzten 50 Jahren haben Staatsanwälte nicht selten willkürlich einen bestimmten Fall untersucht oder es unterlassen, um ein Unrechtsregime oder einen bestimmten Politiker zu schützen. Aber niemand wurde bis jetzt wegen Pflichtversäumnis bestraft.

Die Gefahr der willkürlichen Ausübung der Einstellungsbefugnis hat sich tatsächlich realisiert, als die Anklage gegen die Täter des "12.12- Falles"¹¹⁾ und des

6) Der §51 KStGB schreibt die Maßstäbe der Strafzumessung vor (Alter, Geisteskraft und Umgebung des Straftäters, Beziehungen des Verletzten, Motivation, Mittel und Folgen der Straftat und Situationen nach der Straftat).

7) Gegenteil des Legalitätsprinzip nach §152 Abs. 2 der deutschen StPO.

8) Shin, Dong-Un, Vergangenheitsbewältigung und Zukunft der koreanischen Staatsanwaltschaft, in : Dong-A juristisches Journal 21(1995/12), S. 386; Lee, Jae-Sang, Strafprozeßrecht, 5.Aufl., S.324.

9) Shin, Dong-Un, a.a.O., S.385.

10) Das Urteil des KorOGH, 77 Do 325; 79 Do 31.

11) Am 12. 12. 1979 hat General Chun Doo-Hwan die damals vorläufige Residenz des Präsidenten besetzt und den Generalstabschef des Heeres, Chung Seung-Hwa unter Gewaltanwendung verhaftet. Zur Unterstützung Chuns marschierten Einheiten der von Generalmajor Roh Tae-Woo befehligten 9. Division in Seoul ein. Dadurch hat Chun Ergreifung zur Macht gelungen. Hierzu Byung-Sun Cho, Landesbericht Korea: Die Strafverfahren gegen zwei ehemalige Staatspräsidenten, in : Das deutsch-japanisch-koreanisches Strafrechtskolloquium, 2000, S.20.

“5.18-Falles”¹²⁾ fallengelassen wurde.

Am 13. 5. 1994 wurden die Ex-Präsidenten wegen Hochverrats und Tötung zum Zweck des Hochverrats angezeigt. Hinsichtlich dieser Anzeige beschloß die Bezirksstaatsanwalt Seoul am 18. 07. 1995, ihre Ermittlung einschließlich der Anklage gegen Ex-Präsidenten einzustellen. Als Grund dafür erklärte sie, ein gelungener Staatsstreich sei nicht strafbar(* Am 23. 01. 1996 nahm die BStA Seoul jedoch ihre früheren Einstellungsbeschlüsse zurück und die Klage gegen beide Ex-Präsidenten wegen Hochverrats sowie wegen Meuterei erhoben).¹³⁾

Da beide Ex-Präsidenten des Hochverrats verdächtig waren, hätte der Staatsanwalt die Ermittlung aufnehmen und die Anklage gegen beiden erheben müssen. Weil er aufgrund des gelungenen Hochverrates die Anklage nicht erhoben hat, kann das auch eine Rechtsbeugungstat sein.¹⁴⁾

-
- 12) Als sich Anfang Mai die Unruhen ausgedehnt hatten, wurde am 17. 05. 1980 das verschärfte Kriegsrecht über das gesamte Land verhängt. Dennoch demonstrierten am darauffolgenden Tag in der Stadt Kwangju Bürger und Studenten gegen die Herrschaft der Generale. Fallschirmtruppen lösten die Demonstrationen gewaltsam auf, bis die Armee am 27. Mai die Stadt wieder in ihrer Gewalt hatte. Bei der Niederschlagung der Demonstrationen in Kwangju gab es 240 Tote und 1800 Verletzte. Am 31. 05. 1980 übernahm ein Komitee für Notstandsmaßnahmen zur Nationalen Sicherheit die Macht. Hierzu Byung-Sun Cho, a.a.O., S. 21.
- 13) Das Bezirksgericht Seoul sah alle Tätigkeiten zur Machtergreifung als hochverräterische Tathandlungen an, auch wenn diese später formell legalisiert wurden. Es hielt den Arrest des Heeres-Oberbefehlshabers im sog. 12.12-Fall für keine legale Ermittlungstätigkeit, sondern für eine Meuterei(das Urteil des BG Seoul vom 26. 08. 1996). Auch das KorOGH hat am 17. 04. 1997 die Ex-Präsidenten Chun Doo-Hwan und Roh Tae-Woo wegen Hochverrats zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe bzw. zu 17 Jahren Zuchthaus verurteilt. Zugleich wurde wegen Korruption die Einziehung von 220 Milliarden Won für Chun bzw. 262 Milliarden Won für Roh angeordnet(Urteil des KorOGH, 96 Do 3376).
- 14) Nach dem gescheiterten Beschwerdeverfahren bei der Generalstaatsanwaltschaft Koreas legte Generalstabschef Chong am 24. 11. 1994 eine Verfassungsbeschwerde beim Verfassungsgericht ein. Aber das KorVerfG war der Meinung, daß die Einstellungsverfügung der BstA Seoul das Ermessen nicht überschreite, das das Opportunitätsprinzip gemäß §247 Abs. 1 vorsieht. Denn die Berücksichtigung der politischen Lage nach der Schaffung der neuen Republik gehöre auch zu den Umständen der Tatbegehung gemäß §51 KorStGB(Beschluß 94 HonMa 246 des korVerfG vom 20. 01. 1995). Dem KorVerfG wurde vorgeworfen, die politisch motivierte Entscheidung der Staatsanwaltschaft mit einer verfassungsrechtlich unbegründeten Interpretation zu

Es gibt auch andere Fälle, wo meines Erachtens der Staatsanwalt das Recht unrichtig angewendet hat. In einigen Fällen, die mit der Politik nichts zu tun haben (Kim, Sihun-Fall¹⁵) / Kim, Gieung-Fall), wurden die Angeklagten wegen Mordes zu Freiheitsstrafen verurteilt. Aber im Lauf des Widerspruchsverfahren wurden die echten Täter festgenommen und beide Kims freigelassen. Die Angeklagten behaupteten in der Untersuchung, sie seien vom Polizisten gefoltert und zum Geständnis gezwungen worden. Obwohl diese Behauptungen sehr glaubhaft waren, hat der Staatsanwalt darauf nicht acht gegeben und die nochmalige Untersuchung des Sachverhalts versäumt.¹⁶ Danach hat er den Sachverhalt willkürlich ausgelegt und die Anklage gegen sie erhoben.

III. Geltende Bestimmung des KStGB in bezug auf Rechtsbeugungstaten

Das Rechtsbeugungsproblem ist im koreanischen Schrifttum bis jetzt nicht so lebhaft diskutiert worden. Genauso wenig in der Strafverfolgungspraxis. Der Grund liegt vor allem darin, da wir keinen Rechtsbeugungstatbestand wie §339 des deutschen StGB haben. Darum gibt es keine unmittelbare Möglichkeit, Richter wegen seines unrichtigen Urteils zur strafrechtlichen Verantwortung zu ziehen, oder ebenfalls den Mißbrauch des Anklageerhebungsrechts zu kontrollieren.

Nur im §§122-125 des KStGB ist das amtliche Verbrechen geregelt und die Bestrafung gegen Richter oder Staatsanwälte wird ermöglicht, sofern ihre Taten diese Tatbestände erfüllen. Gemäß §122 (Unterlassen der Diensthandlung) ist strafbar, wer die Ausführung einer Diensthandlung ohne Grund abgesagt oder versäumt hat. Im §123(Amtsmißbrauch) wird derjenige Amtsträger bestraft, der einen

bestätigen. Zur Kritik an der staatsanwaltschaftlichen Einstellungsverfügung Huh Young, Rechtstheoretische Probleme über die Einstellungsverfügung des 5.18-Falles, Menschenrecht und Gerechtigkeit, 1995, 8ff.

15) Das Urteil vom höheren Gericht Kwangju von 20.05.1982.

16) Huh, Il-Tae, a.a.O., S.320,321.

anderen ohne Rechtsgrundlage zu einer Handlung zwingt oder dessen Rechtsverwirklichung verhindert. Nach den §§124 und 125 sind sowohl die ungerechte Festnahme und die Freiheitsentziehung als auch die Gewalttätigkeit und Mißhandlung im Amt strafbar (eine Zuchthausstrafe unter 5 Jahre).

Aber bei den obengenannten Paragraphen handelt es sich eigentlich nicht um die Bestrafung der Rechtsbeugung, sondern um die Bestrafung der rechtswidrige Handlung als solcher. Rechtsbeugungstaten können wir also mit diesen Vorschriften nicht bestrafen¹⁷⁾ und Amtsträger, die ihre Dienst willkürlich ausgeübt haben, sind bis jetzt nicht bestraft worden.

Nach der geltenden koreanischen Verfassung und dem Staatsanwaltsschaftsgesetz ist es möglich, die willkürliche Ausübung einer Anklage- oder Einstellungsbefugnis zu kontrollieren. Gegen die Einstellungsbeschlüsse kann man z.B. beim oberen Staatsanwalt Einspruch erheben oder beim Verfassungsgericht Verfassungsbeschwerde einlegen.

In der KStPO ist außerdem die Zwangsanklage geregelt, damit man gegen die Einstellungsbeschlüsse Einwendungen erheben kann. Aber der Gegenstand solcher Zwangsanklagen ist sehr begrenzt (in bezug auf §§123-125 des KStGB). Diese Bestimmung ist also nicht effektiv genug, um die Rechtsbeugungstaten zu kontrollieren.¹⁸⁾

Hier wäre es denkbar als Lösung der absichtlich unrichtigen Anwendung des Rechts, einen neuen Rechtsbeugungstatbestand oder ähnlichen Tatbestand zu regeln. Für diesen Zweck ist es hilfreich, hier kurz die Bestimmung des Begriffs der Rechtsbeugung im deutschen Strafrecht und die Analyse der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu schildern.

IV. Rechtsbeugungstatbestand in Deutschland

17) Huh, Il-Tae, Rechtsbeugungstaten von Staatsanwälten und ihre Bekämpfung, in : Kriminal Law Journal 11(1999), S. 317,318.

18) Huh, Il-Tae, a.a.O., S.320,330.

In einer Vielzahl von Verfahren werden heute Richter der früheren DDR wegen Rechtsbeugung zur Verantwortung gezogen. Ihnen wird vorgeworfen, das in der DDR geltende Recht zum Nachteil von Bürgern falsch angewandt zu haben.

Im früheren Recht der DDR war Rechtsbeugung im §244 StGB-DDR unter Strafe gestellt, in der Bundesrepublik galt und gilt für Rechtsbeugung §339(Alte Auffassung : §336) StGB. An die Stelle von §244 StGB-DDR ist nach dem Beitritt für das Gebiet der früheren DDR §339 StGB getreten. Sollen Richter der früheren DDR heute wegen Rechtsbeugung bestraft werden, so muß ihr Verhalten daher zunächst den Tatbestand des §244 StGB-DDR erfüllen, der verlangt, daß der Richter gesetzwidrig zugunsten oder zuungunsten eines Beteiligten entschieden hat. Ob Gesetzwidrigkeit gegeben ist, bestimmt sich dabei nach dem Recht der früheren DDR.¹⁹⁾ Das Verhalten muß zugleich nach §339 StGB strafbar sein. Eine Bestrafung nach dem heutigen §339 StGB hängt, nach Ansicht der Rechtsprechung, R-chung, davon ab, ob die Art des in den beiden Normen umschriebenen Unrechts im Kern gleich ist. Es fordert m.a.W. eine Kontinuität des Unrechts.²⁰⁾ Das jeweils im Vergleich mildere Recht hat dann Anwendung zu finden.²¹⁾

Der BGH will aber in Aufnahme von Tendenzen früherer Entscheidungen nicht schlechthin jede unrichtige Rechtsanwendung als die Erfüllung des §339 StGB ansehen.²²⁾ Die Bestrafung von Richtern der DDR wegen Rechtsbeugung solle auf solche Fälle beschränkt werden, in denen die Rechtswidrigkeit der Entscheidung offensichtlich sei und insbesondere die Recht anderer, vor allem die Menschenrechte, derart schwerwiegend verletzt worden sei, daß sich die Entscheidung als Willkürakt darstelle. Der BGH beschränkt die Bestrafung von Richtern und Staatsanwälten wegen Rechtsbeugung in der Regel auf Willkürakte.²³⁾

19) BGHSt. 40, 30,32.

20) BGHSt. 40, 30,33; BGHSt. 39,54.

21) Dreher/Tröndle, 46.Aufl. 1993, vor339 Rn, 47.

22) BGHSt. 34, 146,149.

23) Anm. 20.

V. Schlußfolgerung

Ein Richter oder ein anderer Amtsträger wird weisungsfrei tätig, also genießt richterliche Unabhängigkeit oder kann wenigstens in der Rechtssache unabhängig entscheiden. Er muß sich darum bemühen, richtiges Recht zu sprechen.

Daß ein Richter einen strafrechtlichen Sachverhalt verdreht, willkürlich ein Gesetz auslegt oder anwendet, und daß ein Staatsanwalt ohne angemessene Gründe eine Anklage erhebt oder einstellt, kann aber nicht nur in einem extremen Unrechtsstaat passieren, sondern auch in einem demokratischen Rechtsstaat. Und dadurch können Grundrechte des Bürgers schwer verletzt werden.

Die Verwirklichung der rechtsstaatlichen Demokratie hängt zunächst von der Festsetzung eines gerechten Gesetzes, der richtigen Anwendung eines Gesetzes und schließlich der gesetzlichen Kontrolle ab.²⁴⁾ Darum ist es unentbehrlich, gesetzliche Aufsicht über die Auslegung und die Anwendung eines Gesetzes zu führen und sog. Rechtsbeugungstaten der Richter und Staatsanwälte auszuschließen.

Für diese Kontrolle sind schon das Revisionsverfahren, die Verfassungsbeschwerde oder die Wiederaufnahme eines Verfahrens in unserem Rechtssystem geregelt.²⁵⁾ Aber darüber hinaus kann der Rechtsbeugungstatbestand als effektive Maßnahme gegen die Verletzung objektiven materiellen oder prozessualen Rechts bestehen und eingesetzt werden, um die Rechtspflege in ihrer Aufgabe, richtiges Recht zu sprechen, zu schützen.²⁶⁾

Aber dieser Tatbestand soll nur ausnahmsweise und restriktiv angewendet werden. Daher soll der neue Tatbestand der Rechtsbeugung nur zur Anwendung kommen, wenn Richter oder Staatsanwalt bei ihrer Gesetzesauslegung grob vom Wortlaut abweichen bzw. eigene Maßstäbe anwenden.²⁷⁾ Dabei sind in besonderem

24) Huh Young, Verfassungstheorie und Verfassung, 1 Bd., S.285.

25) Lee Duk-yeon, Rechtsbeugungsproblem vom Richter, in : Recht und Gesellschaft, 1995, 2 Bd., S.265,267.

26) Huh, Il-Tae, a.a.O., S.330,331; ders., a.a.O., S.356,357.

27) Lee, Duk-yeon, a.a.O., S. 271. 272.

Maße die Grundrechte zu verachten. Erst dieses Handeln kann als Willkürakt dargestellt werden. Und dazu müssen Amtsträger ihre Pflicht absichtlich unrichtig ausüben (* Abgrenzung des bedingten Vorsatzes gegenüber der bewußten Fahrlässigkeit : Hier wird wegen des Entscheidungszwangs, unter dem der Richter steht, mindestens zu fordern sein, daß er seine Rechtsanwendung auch für den Fall ihrer Fehlerhaftigkeit innerlich akzeptiert). Ein Amtsträger wird also wegen seiner Tätigkeit nur dann strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden, wenn er sich einer vorsätzlichen Verletzung des materiellen oder prozessualen Rechts schuldig gemacht hat (Sperrwirkung des Rechtsbeugungstatbestandes). Die Sperrwirkung des Rechtsbeugungstatbestand halte ich für sinnvoll, um die richterliche Unabhängigkeit und die Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidungen zu schützen. Dieser Tatbestand hat auch eine Schutzfunktion zugunsten des Richters. Denn dieser kann z.B. für Freiheitsberaubung, begangen durch richterliche Tätigkeit, nur bestraft werden, wenn dieser Tatbestand erfüllt ist.

Eine Rechtsbeugung liegt damit nicht schon vor, wenn das Verhalten des betreffenden Richters als unrichtig zu qualifizieren ist. Erforderlich ist vielmehr eine so schwerwiegende Verletzungen des Rechts anderer, daß sie sich als Willkürakt darstellt.

Ich möchte meinen Vortrag mit dem Wunsch beschließen, daß ein Rechtsbeugungstatbestand oder ein so ähnlicher Tatbestand, der den obengenannten Kriterien entspricht, so schnell wie möglich in unserem Strafrecht aufgenommen wird und damit Amtsträger ihre Pflicht noch sorgfältiger erfüllen werden.

<요약>

한국 형사법상의 법외곡의 문제

안 경 옥

I. 서론

불법정권이 종료된 이후에는 과거 “정리”나 “청산”의 문제가 생긴다. (과거)정리 혹은 청산은 다양한 현상을 내포하기 때문에 이에 대한 형사법적인 해결방안이 국가가 과거에 저지른 불법(체제불법)을 청산하는 포괄적인 해결책이 될 수는 없다. 형법은 역사를 청산하기 위한 단지 제한적인 수단일 뿐이다.

체제불법에 대한 과거청산은 불법을 자행한 정치가들에 대한 처벌 뿐만 아니라 “사법불법(Justizunrecht)”에 대한 청산의 문제이기도 하다. 사법불법은 판사나 검사가 불법정권이나 군사정권의 유지를 위해 의도적으로 법을 부당하게 적용하였음을 의미한다. 따라서 법외곡은 법규정을 의도적으로 부당하게 적용하는 것을 의미한다.

다음에서 법외곡행위로 볼 수 있는 경우를 서술하고, 관련 범죄 구성요건을 마련해야 할 필요성과 그 입법론적인 가능성을 간략하게 언급하고자 한다.

II. 소위 법외곡행위

한국 형사사법에 있어 소위 법외곡행위에 해당될 수 있는 경우를 살펴보자면, 먼저 판사의 법외곡행위로, 사실관계에 대한 왜곡된 해석으로 범죄행위와 형벌간에 상당한

불균형을 가져오는 경우를 들 수 있다. 그에 대한 예로는 야당 정치인이었던 김대중 대통령에게 내려진 사형선고를 들 수 있다. 당시 김대통령은 1980년 5월 17일 이미 계엄군 사령부 내에 구금되어 있었는데, 체포영장은 1980년 7월 4일에야 발부되어 5월 17일부터 7월 4일까지 불법구금 상태에 있었다. 당시 판사는 김대중 대통령이 43일간 불법으로 구금되어 있었고 자백을 강요당했다는 사실을 충분히 인식할 수 있었으나, 이에 대한 충분한 조사없이 1980년 9월 17일 내란죄 등의 명목으로 사형이 선고하였다. 다시 말해 김대통령과 그 변호인들은 법정에서 고문당한 사실과 고문으로 인한 자백임을 주장하였고, 당시 정치적 상황으로 보아 좀 더 정확한 사실조사를 했더라면 이러한 주장이 사실임을 알 수 있었음에도 불구하고 법원은 강요된 자백 등에 의해 조작된 사실에 근거해 사형을 선고하였다.

다음으로 검찰의 법외폭행위는 수사의 중지나 기소유예 처분과 관련이 있다. 한국 형소법 제195조, 제196조에 따르면 검사는 범죄에 대한 혐의가 있으면 수사하여야 한다. 아울러 검사는 피의자가 유죄판결을 받을 개연성이 있다 하더라도 정상을 참작하여(형법 제50조) 불기소처분을 할 수 있다(형소법 제247조). 이러한 검사의 불기소처분은 피의자를 가능한 한 일찍 형사절차에서 배제시킴으로써 피의자의 재사회화에 도움이 된다. 그러나 기소유예제도는 자의적인 공소권 행사라는 문제가 생길 수 있다.

지난 반세기 동안 검찰은 범죄의 혐의가 있음에도 불구하고 특정 사건을 수사하지 않거나 특정사건만을 수사하는 경우가 종종 있었다. 이는 물론 불법정권을 유지하거나 특정 정치인을 비호하고자 하는 목적에서였다.

검찰이 자의적으로 기소중지처분의 권한을 행사할 것이라는 우려가 실제로 실현된 대표적인 사례가 “12-12 사건”과 “5-18 사건”이라고 할 수 있다. 1995년 1월 23일 서울지방경찰청은 전 대통령들에 대한 수사를 중지하고 불기소처분을 하기로 결정하였다. 성공한 쿠데타임을 그 근거로 내란죄에 대해 불기소처분을 한 검찰의 행위는 법외폭행위 여부가 문제될 수 있다.

위의 경우 외에도 법외폭행위로 문제될 수 있는 사례는 다른 형사사건에서도 찾아볼 수 있다.

III. 법왜곡행위에 대한 현행 형법규정

법왜곡행위는 한국 학계에서나 실무에서 그리 활발하게 논의된 적은 없다. 그 이유는 무엇보다도 우리 형법은 독일 형법 제339조에 상응하는 법왜곡죄 구성요건이 없다는 데에 있다. 그러므로 판사가 자신의 판결로 인해 형사책임을 지거나 검사가 기소유예의 권한을 남용한 데에 대한 형사책임을 물을 수 있는 직접적인 가능성은 없다.

단지 형법 제122조부터 제125조는 공무원의 범죄를 규정하고 있다. 즉 형법 제122조의 직무유기죄와 제123조의 직권남용 그리고 제124조와 제125조의 공무원의 불법감금과 가혹행위에 대한 규정이 있다. 그러나 판사나 검사의 위의 행위가 이러한 규정에 해당될 가능성은 각 구성요건에 대한 현재의 해석상 없다고 하겠고 실제로 위의 규정에 근거해 처벌된 판사나 검사도 없다.

아울러 검찰의 불기소처분에 대해 헌법소원을 제기하거나 형소법상 준기소절차가 있기는 하지만 그리 실효성이 크지는 않다.

그러므로 법을 의도적으로 왜곡하는 행위에 대해서는 독일의 법왜곡행위 구성요건에 비교될 수 있는 구성요건이나 이와 유사한 구성요건을 제정하는 것을 고려해 볼 수 있다. 이를 위해서는 독일의 관련 구성요건상의 '법왜곡' 개념과 해당 판례를 검토하는 것이 유용할 것이다.

IV. 결

판사나 검사의 법왜곡행위는 극단적인 불법국가에서만 발생하는 것이 아니라 민주 법치국가에서도 일어날 수 있으며, 이를 통해 국민의 기본권이 심각하게 침해될 수 있다.

“법치국가”의 실현은 정당한 법률의 제정뿐만 아니라 법률의 정당한 적용 그리고 법적 통제에 달려 있다. 이러한 통제를 위해서는 우리 법이 규정하고 있는 헌법소원이나 재심절차 이외에도 법왜곡 구성요건을 마련하는 것이 효과적인 것이다.

그러나 이러한 구성요건은 단지 예외적으로 그리고 제한적으로만 적용되어야 한다. 즉 판사나 검사의 법률해석이 법문언과 상당히 일치하지 않을 때에만 법왜곡행위가 문

제될 수 있다. 또한 국민의 기본권을 상당히 침해하는 자의적인 행위여야 한다. 마지막으로 법왜곡행위가 되기 위해서는 공무원이 자신의 의무를 의도적으로 부당하게 집행하여야 한다. 물론 여기서 의도적이다라는 것은 미필적 고의 정도로도 족하다고 하겠다.

이러한 기준에 어느 정도 상응하는 법왜곡 구성요건이나 그와 유사한 구성요건을 우리 형법에 마련하여 공무원이 자신의 의무를 보다 더 신중하게 수행하도록 하는 것이 바람직하다고 하겠다.