

변호인, 변론으로 구속되다



강신옥

*강신옥 변호사님은 1974년 민청학련 사건시 고 여정남 피고인 등을 변호하던 중, 변론 내용이 문제되어 구속되었다. 이 사건은 변론중인 변호사를 구속한 세계 법조사상 초유의 일로, 전 세계에 유신 폭압체제를 실감케 한 계기가 되었다. 대법원은 1988년에야 이 사건을 무죄로 판결하였다. 이 글은 강 변호사님의 상고이유서로, 이 사건의 전모와 유신 독재의 폭압성을 극명하게 밝혀준다.

▲ 상고이유 제1점

원심판결은 군법회의법 제345조(변론)에 따른 변호인의 변론 행위는 변론인의 직무행위로서 그 행위는 같은 법 제28조에 의하여 법률상 절대적 면책특권이 부여되고 있는 법리를 위반한 잘못이 있습니다.

제 1 / 변호인은 헌법기관

변호사는 형사피고인을 조력할 권리와 의무를 가진 헌법상의 공적기관으로서 우리 헌법의 기본이념인 자유민주적 기본질서를 공고히 하기 위해 입법·행정·사법의 삼권을 분립하여 사법권은 법원에 속하도록 하였고, 누구든지 법률에 의하지 않으면 형벌을 받지 않게 되어 있고, 법률에 위반한 사람에 대한 형벌을 부과하는 데는 독립하여 헌법과 법률 및 양심에 따라 심판하는 법관에게 소추관인 검찰관이 공소를 제기하여야 하고, 이 공소사실에 대하여 검찰관과 피고인의 변호인은 대등한 지위에서 공격과 방어를 하게 한 뒤 법관이 공정하게 심판하는 당사자주의 원칙에 따른 재판제도를 마련해 놓은 것입니다.

사법권이 법원에 있다거나, 재판제도로 법원의 법관에게 심판권이 맡겨져 있다는 것은 다른 말로 표현하면 헌법이나 모든 법률의 해석권은 법원에 있다고 하는 것이며, 법원의 법률적용과정이 바로 재판과정이며, 이 과정을 통하여 법원의 법률해석 및 사실인정에 따라 피고인이 처벌받도록 되어 있는 것입니다.

피고인을 위해 조력하는 형사변호인은 바로 위 재판에 관여하여 검찰관과 대등한 지위에서 법관의 직무인 법률해석과 공소사실 인정에 관여하는 것이고, 이 공적 직무 중에는 피고인에게 적용될 법률에 관한 전문적인 법률지식이나 사실인정에 관한 전문적 의견을 갖고 반대 당사자인 검찰과 대결하여 법관이 올바른 공증을 형성토록 설득하는 헌법상의 공적인 단독기관의 직무를 행하는 자입니다.

제 2 / 군법회의법상의 변호인의 지위

1. 형사피고인이 법에 의하지 않고는 처벌받지 않는다고 할 때의 '법'이라고 하는 것은 형사피고인을 처벌할 실제적 법규뿐 아니라 피고인에게 구체적 정의가 실현되기 위하여 규정되어 있는 여러 가지 형사절차법 상의 권리규정까지 말하는 것으로서 피고인을 변호하는 변호사는 바로 이 인권보장상 필요불가결한 절차법적 제규정이 실질적으로 피고인에게 적용되어질 것을 지켜보고, 이것이 반드시 시행되어지도록 피고인을 위해 싸워주는 파수꾼인 것입니다.

2. 군법회의법도 형사소송법과 같이 피고인에 대하여 공소장 1본(本)만을 심판부에 재판을 위하여 보내도록 되어 있고, 따라서 심판부는 사전에 사건에 관한 선입견을 갖지 않게 하여 백지의 상태에서 재판에 임하도록 하여, 피고인에 대하여서는 판결선고 시까지 무죄인 것으로 추정하여 주도록 하였을 뿐 아니라, 검찰관은 입증책임을 지고 적법한 증거방법으로 피고사건에 대해

합리적 의심이 일어나지 않을 때까지 그 입증을 다 하여야 하고, 전문증거는 원 진술자의 진술로 그 성립의 진정함이 증명되어야 그 증거능력이 비로소 있게 되게 되어 있고,

원 진술자의 진술로 그 성립의 진정함이 증명되어야 한다고 하는 것은 형식적으로 그 진술조서에 적힌 날인이나 무인이 당신의 것이냐 하는 것만 증명되면 되는 것이 아니고, 그 진술의 내용 전부가 자기 자의로 이루어진 것인지가 밝혀져야 하는 것이고, 이것은 바로 근대 형사소송법상 진실 발견을 위해 가장 중요한 제도적 보루라고 하는 반대심문권의 보장을 위한 것임은 법률가의 공통된 해석이고 판례로 확립된 견해인 것입니다.

피고인들의 증인심문에의 참여권도 법률이 명정하고 있고, 또 변호인은 검찰관의 증거신청에 의한 증거조사가 끝나면 변호인 측에서 피고인을 위한 방어권을 행사하여 반증으로 증거신청을 할 수 있는 권리를 갖고 있고, 심판부는 이와 같은 피고인을 위한 제반 보장 규정들이 그 법의 기본정신에 따라 실효적으로 재판과정 속에 나타나도록 지켜줄 소송법상의 의무가 있는 것입니다.

3. 군법회의법 제 345조에는 피고인 심문과 증거조사가 끝난 후 변호인에게 범죄사실과 법률 적용에 관해 최종으로 의견을 진술할 수 있는 변론권을 부여하였고, 같은 법 제344조에는 재판장이나 법무사는 변호인의 변론행위에 대해 그것이 중복된 진술이거나 그 사건에 관계가 없는 것이거나 기타 상당하지 아니한 때에 제한할 수 있으나, 이러한 제한도 변호인의 본질적 권리를 해하지 아니하는 한도에서 행해져야 한다고 되어 있으며,

또 같은 법 제368조에는 유죄판결에 명시될 이유로서 ①형의 선고를 할 때에는 판결 이유에 범죄된 사실 증거의 요지와 법령의 적용을 명시하여야 한다. ②법률상 범죄의 성립을 조각하는 이유가 되는 사실상의 진술이 있을 때에는 이에 대한 판단을 명시하여야 한다고 규정하여,

이러한 법률의 규정의 취지로 보면 변호인의 최종 변론권은 형사피고사건에 대한 사실조사가 끝난 뒤 변론 종결 전 최후로 그 형사피고인에 대한 지금까지의 재판과정 중에 나타난 모든 증거에 대한 평가와 지금까지 제출된 증거자료로서는 검찰관이 소송법상 지고 있는 거증책임을 다하였는지 못하였는지에 대한 변호인의 의견을 표시하여 법원이 앞으로 하게 될 사실인정에서 변호인의 의견을 받아들일도록 설득하는 것이며,

피고인들의 행동에 대한 법적 평가 및 나아가서는 피고인들에 대하여 적용될 법률에 관하여 그 법률이 형사피고인들에 대하여 적용될 적법한 법률인지 여부, 그 법률이 피고에게 적용될 수 없다면 그 이론적 근거는 무엇인지 등에 관하여 피고인이 법률지식을 알았으면 주장하게 될 모든 법률이론을 전개하여 피고인이 정당한 법에 의하여 보호받을 수 있도록 재판부에 논증을 하는 것이 포함될 것이며,

마지막으로 피고인에게 공소사실 전부가 가사 재판부에서 인정되고 적용 법률도 다 정당하다고 하는 경우에는 동인에 대한 양형을 함에 있어 참작할 모든 유리한 사정들을 제시하여 관대한 형이 내려지기를 법원에 호소하는 것이 포함될 것입니다.

4. 위와 같이 변호사의 최종변론권의 내용이 될 수 있는 범

위는 형사피고사건과 피고인에 관계가 있는 모든 유리한 사실과 증거 및 법률상의 문제에 관해 변호사는 진술할 수 있는 것이며, 이러한 주장들이 재판부에서 채택하여주지 않을 것이란 걱정으로 어떤 주장을 하지 않는 경우가 있어도 안되는 것이고, 변호사는 유리한 방어방법의 여러 가지를 자기의 전 지식과 경험을 동원하여 상상할 수 있는 모든 방법을 다해야 하는 것입니다.

이렇게 하여야만 구체적 정의나 실제적 진실에 도달할 수 있는 것이란 것이 바로 우리 소송법이 당사자주의를 인정한 근거이기 때문입니다

또 이것은 변호인의 직무는 일방 당사자를 위하여 변호인일 뿐이고, 또 그것을 위하여 변호함이 그의 기본책무이고 마지막 판단은 재판관의 직무인 것이기 때문입니다.

지금까지 말한 것은 피고인의 방어를 위해서 하는 변론에 대하여 말했는데 변호인은 반대 당사자로서 검찰관과 대결하여 동인의 공소사실을 두고 피고인을 위해 싸우는 일종의 전사와 같아서 때로는 검찰관이 국가의 이익을 대표하는 자여서 그의 지위는 국가권력의 뒷받침을 받으며 권력의 도움을 받아 정치적 이유로 피고인을 소추하는 때도 있는 것이어서, 이런 경우에는 변호사는 불쌍한 피고인을 위하여 한 사람의 법률가로서 국가 그 자체와 대결하는 어려움을 갖는 수도 있게 되어 대단한 용기가 없이는 변호까지 하기 어려운 때도 있는 것입니다.

변호사는 위와 같은 때에도 두려움없이 과감하게 검찰권의 부당한 행사에 대하여 도전하여야 하고, 때로는 그 배후에 있는 권력악적 요소에 대한 고발적 변호도 불사해야 할 때도 있는 것

입니다.

다시 말하면 공격적 변호를 할 각오까지 있어야 하고, 이와 같은 변호의 필요에 대하여 미국의 유명한 변호사 크라렌스 데로우(Clarance Darrow)는 피고인을 변호하는 방법으로 소추한 검찰관을 법원과 배심원에게 소추하는 것을 하나의 변호의 기술로까지 들고 있는 것입니다.

5. 변론의 대상은 어디까지가 재판부를 설득하여 궁극적으로 재판부로 하여금 변호인의 사실상 및 법률상의 제 주장을 채택하여 피고사건이 정의롭게 판결되어지기를 바라면서 호소하는 마지막 의견으로서 이것은 어디까지나 재판부를 향해서 하는 진술일 뿐 이와 같은 변론 중에는 반대 당사자인 검찰에 대한 공격은 있을 수 있을지언정 이것이 변론인 한 설득을 하려고 하는 법원은 공격의 대상이 아닌 것이므로 법원모독죄에 해당될 수는 성질상 상상할 수도 없는 것입니다.

제 3 / 변호인의 변론의 면책특권

1. 변호인의 변론 중에는 형식상 일반인을 규율하는 법률에 저촉되는 경우를 상상할 수 있는 바, 예를 들면 타인의 명예를 훼손한다든가 모독하는 경우가 그것이다.

이것에 대해서는 현재의 법률학설은 재판업무 자체가 정의의 구현이라는 고도의 국가적·공공적 이익을 추구하고 있는 것으로서 이와 같은 고차적 이익이 보장되게 하기 위해서는 국가의 권력을 분립하여 사법제도를 독립시키는 데까지 이르렀고,

변호사를 재판에 관여시켜 구체적 정의의 실현에 조력할 권리까지 인정하였으며, 사법권의 독립은 재야법조인의 독립이 없으면 진정한 것일 수 없다는 것을 역사상 경험하여 변론행위만은 정의의 위하여 자유를 인정하고 변호인의 윤리가 허용하는 한 제한이 없는 것으로 이해하고 있고, 여기에 대해서는 논란의 여지가 없는 상식적 범주의 문제로 간주되어 있다.

따라서 직무행위를 수행하는 중에 생기는 실정법 위반의 변론행위는 다른 변론의 위반사실에 대하여 문책할 수 없는 절대적 면책행위로 보고 있는 것이다.

본 피고인이 알고 있는 역사적 지식으로서 동서양 어디서나 변론 자체가 법률상 문제되어 유죄판결을 받은 것은 없는 것이고, 역사가 있고 난 뒤 변론 자체로 범죄행위가 된 예는 없는 것입니다. 이것을 보더라도 변호인은 변론의 자유를 누려왔다는 객관적 증거가 아니겠는가?

2. 면책특권에 관한 영국 법원의 판례 하나를 소개하면, 1943년에 있었던 메이어 대 리바즈(Mayr V. Rivaz) 사건에서 브라그덴 판사가 쓴 판결문에 의하면 다음과 같은 것을 볼 수 있다.

“영국의 역사는 대체로 국내에 있어서나 외국간에 있어 독재와 항거한 투쟁의 역사이다. 영국의 보통법은 영국 역사의 결실인 관계로 모든 국민들은 누구나 문명국에서는 법 앞에 평등하다는 원칙을 당연한 것으로 여기고 있는 것이다. 실제로 그 원칙은 영국 법정에서 무혈의 쟁투로 확립된 것으로서 원래 독특한 영국적인 것이었다. 위 원칙은 계속 그 나라에 전승되어 현재까지 통

용되고 있고, 또 다른 나라에 수출되어 통용되고 있는 것이다.

이와 같은 보통법의 기본원칙이 있기 때문에 누구의 말이나 행동이 법률적 문제로부터 전적으로 면책되는 경우를 인정하는데 몹시 인색한 것은 사실이다. ... 그러나 영국법이 절대적 면책특권 (absolute privilege)을 인정할 경우에는 내가 믿기로는 그것은 전적으로 언제나 공공의 이익을 위한 고려로 인정된 것이었다.

17세기 말도 되기 전에 이때도 사법부는 이념적으로는 어떤 경우에도 행정부의 압력으로부터 자유로운 때였는데, 보통법은 법관은 법관의 직무를 행함에 있어서 아무런 두려움이나 여하한 특혜를 고려함이 없이 자기가 하고 싶은 말을 할 수 있음을 인정하였다.

이와 같은 원칙이 인정되게 된 이유는 벌써 1676년 바르나디스톤 대 솜(Barnadiston V. Soame) 사건에서 대법관 노드 판사 (Chief Justice North)가 아래와 같이 분명히 밝힌 것이다.

‘재판할 권리를 맡긴 자에게는 두려움없이 결정할 수 있어야 할 텐데 하는 걱정같은 것이 없어야 하고, 법률은 법관이 용기를 갖기를 바라면서 그 용기를 지지하기 위해 보장을 해준 것이다.’

이 구절은 뒤에 스크러튼 대법관(Lord Justice Scrutton)에 의해서 다른 사건(More V. Wearer)에서 판결하면서 다시 확인되었고, 스크러튼 대법관 자신은 오랜 법관생활을 통해서 솔직하게 때로는 점잖은 예의의 한계를 넘을 정도로 전혀 두려움없이 의견을 표시하여 정부나 국민간에 아주 공정한 태도를 지켰던 사람이다.

그의 이와 같은 인품은 행정관료들로부터 미움을 받는 때는 있었으나 이 위대한 판사에 대한 추억은 그 앞에서 변론했던 많

은 변호사들로부터 존경의 념을 오랫동안 간직하게 했고, 비록 불쌍하고 비난받는 피고인들이라도 그들 자신들이 분명하고 대담한 변소를 하는 한 공정한 판결을 받을 수 있도록 해준 사람이다.

대법관 스크러튼의 표현에 의하면, 법관이라도 경솔하고 악의에 찬 말을 할 특권이 있는 것은 아니고, 찬넬 대법관(Justice Channel)이 다른 사건(Bottomley V. Brougham)에서 말한 바와 같이 다만 그가 악의로서 그랬는가 하는 법률상의 물음으로부터 면책될 뿐인 것이다.

더욱 그 특권은 법관의 지위를 가진 개인의 특권은 아닌 것이고, 그가 차지하고 있는 높은 지위나 특권을 갖고 있는 것도 아니다. 만약에 어떤 사람이 다른 사람에 대해서 자기가 하고 싶은 어떤 말이라도 할 수 있는 까닭으로 법관이 되어야겠다는 생각을 하면 그는 법관이 될 자격이 없음을 표시할 뿐인 것이다.

우리 법관들은 위와 같은 면책특권을 수탁받은 자에 지나지 않고, 그 특권은 진실로는 국민들의 분쟁이 특혜나 두려움으로부터 자유로운 사람들에 의해서 해결되어야 할 필요에 따른 공공의 특권인 것이다. 이론적으로는 아무도 법관들의 이 특권의 남용을 막을 자가 없다는 것이 불행한 것이기는 하나, 재판관을 하자면 누군가가 우월한 지위에 있지 않고서는 재판을 끌고 나갈 수가 없고, 누군가가 법관이 되지 않으면 안되는 것이다. 민주정치는 이런 것을 원래 바라는 바는 아니지만 필요는 이런 것을 인정하지 않을 수 없는 것이다.

똑같은 절대적 면책특권이 언제부터 사건에 관계하고 있는 변호인에게까지 적용되게 되었는가는 분명치는 않으나, 그것을

인정하는 이유는 위와 같은 것임은 명백하고 변호인에게도 적용된다고 함은 오래 전부터 인정된 법률이다.

똑같은 이유로 면책특권은 자기 자신이 변호인으로 활동하는 소송 당사자 본인에게도 적용되어야 함은 틀림없는 바, 이는 전문적인 변호사나 소인(素人)인 당사자의 지위는 똑같은 것으로 같은 대우를 받는 것이 공정한 것이기 때문이다.

여기서도 역시 그 특권이란 공공의 것인 것이다. 단순히 변호사나 소송 당사자라는 이유로 다른 사람에 대해서 자기 멋대로 말할 권리가 있는 것이 아니라 그들의 분쟁을 재판할 법관에게 자기들이 말하고 싶은 것을 분명하게 당사자 본인으로서 변호인으로서 소송에 관계하는 한 말할 수 있는 공공의 권리인 것이다. 소송 당사자나 변호인은 이 면책특권이 남용되지 않도록 주의하여야 할 것이다.”(위 판결은 I.L.R[1943] 1. Cal.250인 바, 여기 인용은 Louis Blom-Cooper가 편집한 *The Language of the Law* pp.244~6에서 함)

3. ① 군법회의법 제 28조는 재판관의 독립이라는 제하에 ㉠ 군법회의의 재판관은 헌법과 법률에 의하여 독립하여 심판한다. ㉡ 재판관, 검찰관 및 변호인은 재판에 관한 직무상의 행위로 인하여 징계 및 여하한 처분도 받지 아니한다고 규정하여, 위에서 인용한 영국의 판결 예에서 그 이유로 밝힌 것과 같이 원래 변호인의 면책특권이 인정된 근거는 사법권의 올바른 행사를 담보하기 위한 것이었고,

사법권이 옳게 행사되자면 사법권이 독립되어야 한다는 데

까지 이르렀고, 사법권의 독립이란 변호인의 독립성까지 보장되지 않으면 진정한 사법상의 정의는 이룩될 수 없다는 필요에 의하여 된 것이란 역사적 연원을 잘 나타내주는 실증적인 법조문이 라고 할 수 있겠습니다.

다만 이 법조문에 의하여 변호인의 면책특권이 창설된 것이라고는 할 수 없고, 변호인의 면책특권은 훨씬 전부터 의심할 수 없는 권리로 인정되어 온 것을 선언한 것임을 주의해야 할 것입니다.

② 본 사건에 관한 제1심인 비상보통군법회의의 판결문에 의하면, 위 조문에 의하면 직무상의 행위로 인하여 징계 및 여하한 처분도 받지 아니한다고 규정된 것을 보면 징계처분을 받지 아니한다는 것일 뿐이지 형사처분까지 받지 않는다고 하는 의미는 아니라고 해석하고 있습니다.

그러나 이와 같은 위 조문의 해석은 변호인을 비롯하여 사법 재판에 관계하는 자들의 면책특권이 있어야 할 필요는 형사처벌까지 받지 않을 것이란 것이 보장되는데 그 의미가 있는 것이란 것을 이해하면, 제1심의 해석은 결국 위 조문의 존재 의미를 상실케 한 자의적 법률해석으로 볼 수밖에 없습니다.

위 조문의 내용을 잘 살펴보면 징계 및 여하한 처분도 받지 아니한다고 하여 ‘여하한’이란 형용사를 사용하고 있는 바, 제1심과 같은 해석은 이 여하한 처분이란 법문의 취지를 완전히 무시한 잘못을 저지르고 있는 것입니다.

결국 위 조문의 객관적 의미는 변호인이 변호를 하는 직무행위로 인하여 행정상의 징계처분뿐만 아니라 기타 여하한 형사처

분도 받지 아니한다는 뜻으로 해석될 수밖에 없는 것이라 할 것
입니다.

이와 같은 해석은 위 변호인의 면책특권에 관한 법조문은 국
회위원의 원내발언의 면책특권을 규정하고 있는 헌법 제 80조에
적한 법조문, 즉 국회의원은 국회에서 직무상 행한 발언과 표결
에 관하여 국회 외에서 책임을 지지 아니한다는 규정과 그 입법
취지가 같은 것이고, 또 조문의 표현방법도 유사하여 이를 해석
함에 참작할 수 있는 경우라 하겠습니다.

국회의원의 면책특권이 형사처벌까지 받지 않는 것은 분명
한 것으로 되어 있습니다.

국회의원에게 면책특권이 주어진 것은 변호인이나 법관에게
면책특권이 허용된 것과 같은 이유에서인 것으로서, 외국 판결문
에 의하면 미국의 대법원 판사 프랑크푸터(Justice Frankfurter)가
테니 대 브란드호브(Tenney V. Brandhove) 사건에서 국회의원의
면책특권은 국회의원이 입법활동의 범위 내에서 하는 행동을 보
호하려는 것이고, 이는 그들이 민사나 형사상의 책임을 져야 할
지도 모른다는 두려움으로부터 자유롭게 의사를 표시하고 행사
할 것을 보장하기 위한 것이라고 하고,

계속하여 프랑크푸터 대법원 판사는 “국회의원은 그들 자신
들의 개인적 만족을 위해서가 아니라 공공복리를 위하여 그들의
입법활동을 함에 거리낌없이 행동하는데 장애가 되는 모든 법률
상의 책임으로부터 면책된다. 국회의원이라고 보통사람 이상의
초인적 용기를 가질 것으로 기대할 수는 없다. 만약 그들이 소송
을 당하여 재판비용과 불편 및 신경을 써야 하거나, 배심원들이

그들의 형법상의 고의를 함부로 추측하여 그들에게 불리한 사실 인정을 기하여 한 판결에 복(服)하여야 한다면 그들의 면책특권은 별 가치있는 것이 못되는 것이다”고 설명하고, 위 판사는 이 특권이 삼권분립의 법이론과도 관계있는 것임을 그 판결에 나타내었다.

제 4 / 변호인의 사명과 윤리에 관해서

형사변호인은 피고인의 범죄사실이 아무리 흉악한 것이라도 변호할 의무와 권리가 있는 것이며, 일단 변호를 수임한 이상 변호인은 공정하고 명예를 더럽히지 않을 한도 내에서 생각할 수 있는 모든 방어방법을 자유롭게 행사하여서 피고인이 공정한 절차와 법에 의하지 않고서는 생명이나 자유를 잃지 않도록 하는데 전심전력하여야 하는 것이 직업인 것입니다.

영국의 유명한 변호사 파트릭 헤스팅의 말을 빌리면 “그는 마치 택시운전수와 같아서 차비를 거절할 수도 없고, 자기 피고인이 과연 무실한지 죄인인지, 거짓말쟁이인지 진실한가 하는 것을 판단할 권리가 없다. 다만 그는 피고인의 주장의 범위 내에서 자기 능력의 최선을 다하여 피고인을 위해 투쟁할 뿐인 것이다. 그러나 언제나 그가 지켜야 할 행동규범은 언제든지 변호인은 자기 사생활에 있어서 행동하는 바와 같이 정직하고 솔직하여야 한다는 것이다. 그렇게만 하면 그는 잘못할 수가 없다”고 한 바 있고,

같은 영국의 어스킨 변호사는 “만약 변호인이 피고인에 대한

공소사실이나 방어방법들을 생각해보고 변호를 거절한다면 그는 재판관의 직무를 행사하는 것이 되고, 더욱 그는 판결도 나기 전에 판사의 지위를 행사하는 셈이 되는 것이다. 그렇게 되면 그 변호인의 사회적 지위나 명성의 정도에 비례하여 그의 그릇된 의견이 피고인에게 불리하게 심한 영향을 주게 되는 것이다. 우리나라의 법은 무죄의 추정을 하고 있어 이 추정은 법관들까지 바로 피고인의 변호인이 되게 할 정도로 관용을 베풀고 있는 것이라고 한 바 있고,

영국의 상식의 노대가라고 존경받았던 사무엘 존슨 박사는 그의 전기를 집필하여 유명한 보스웰 변호사가 “박사님, 옳지 않다고 생각되는 사건을 변호해 주는 데 대하여 어떻게 보십니까?”란 질문을 한데 대하여 “판사가 사건을 판결하기까지 사건이 옳은 것인지 그른 것인지를 모르는 걸세. 자네는 사실을 공정하게만 밝히면 되는 것이고, 자네가 사건이 나쁘다고 알고 있는 생각은 자네의 변론이 약하게 보이고 자신이 없는 것같은 데서 일어난 것일세. 그러나 그것만으로는 충분치 않네. 자네를 설득시키지 못하는 변론도 자네가 설득하고자 하는 법관을 설득시킨다면 그땐 자네가 틀린 것이고 법관이 옳은 것일세. 그것이 바로 판사의 직무이니까. 그러니 사건이 나쁘다는 자네의 견해에 너무 건방진 정신을 해서 안되고, 자네는 자네의 피고인을 위해 할 수 있는 모든 것을 변론한 뒤 법관의 판결을 들어봐야 하는 것일세”라는 말은 변호사의 윤리를 잘 설명한 고전적인 것으로 우리 변호사들은 취급하고 있는 것입니다.

또 영국의 브러감 변호사는 당시 캐롤라인 여왕을 변호하면

서 최종변론에서 “변호사는 자기 피고인에게 대해지고 있는 신성한 의무를 수행하기 위해서는 이 세상에서 다른 사람이 아닌 피고인만을 생각해야 하고, 그 피고인을 구하기 위하여 생각할 수 있는 모든 방법을 동원해야 하고, 그 피고인을 보호하기 위해서 다른 모든 것을, 그 중에는 자기 자신까지도 어떤 희생이나 감수해야 하는 것은 가장 고귀하고 명백한 의무이다”는 것을 천명하바 있습니다.

법률가의 전통은 고상하고 명예로운 역사로 빛나 있으며, 변호사로서 고귀한 사명을 다하기 위하여 훌륭하게 싸웠던 존경할 만한 법조인을 우리 변호사들은 언제나 추억하고 있으며, 우리 자신들이나 법조 후배들에게 이와 같은 전통을 상기하여 그 모범을 따를 것을 강조하고 가르치고 있는 것입니다.

영국의 빅크 마스터 대법관은 1945년 9월 2일 미국의 변호사협회 연례총회에 초청을 받아 강연하는 자리에서 변호사의 이상상이라고 할까 본보기의 예로 세 사람을 들어서 미국 변호사들에게 설명하여 주었습니다.

첫째 경우로, 중세의 ‘세일스의 프란시스’란 사람이 있었는데, 현재는 성인이 되어 그의 성열의 자리에 매일 수천 명의 인간들이 자기들의 괴로움을 위로받기 위해 찾고 있는 사람이 되었습니다만 그는 최초로 변호인이었습니다.

그가 사건을 맡아 변론하는 중에 실수로 어떤 서류의 내용을 잘못 인용하였습니다. 그때 상대방 변호인은 위 변론에 반론을 펴면서 프란시스에게 당신의 사건은 당신이 옳게 알아야 할 서증의 내용을 잘못 알고 있는 것에 그 근거를 두고 있는 것이라고

반박하게 되자, 위 변호사는 자기가 하마트면 재판부를 기만할 뻔 하였다는 생각에 놀라고 크게 양심의 가책을 느껴 변호사직을 그만뒀 버리고 말았습니다.

물론 이때 재판부에서나 상대방 변호인은 단순한 실수에 불과한 것으로 변호사를 그만둘 필요까지야 없지 않느냐고 설득하였지만, 그는 변호업을 깨끗이 걷어치우고 종교에 귀의하여 위대하고 유명한 성인이 된 것입니다.

둘째로는 위대한 이태리의 변호사 파리나치입니다. 여러분들이 바티칸 교황청을 방문하면 벽에 그려있는 그림을 볼 수 있는데, 본인이 알기로는 예술적 가치라고는 대단한 것으로 보이지 않지만 본인에게는 훌륭한 그림이나 더 귀한 동상이 줄 수 없는 감흥을 주는 힘이 있었습니다.

그 그림은 형편없는 옷을 입은 사람이 열려 있는 큰 문으로 들어가는 그림인 바, 이분이 바로 파리나치 변호인으로서 그는 자기의 불쌍한 피고인인 베아트리체 썬치가 세상에서 버림받고 또 교회에서 파문을 당했을 때, 당시 세계의 흥분한 여론과 법왕의 분노에도 불구하고 감연히 피고인을 위해 정의와 은총을 얻기 위해 계속하여 투쟁한 것입니다.

셋째 경우로는 불란서의 말쉐버 변호사입니다. 그는 18세기의 불란서 변호사로서 당시 그는 불란서 전역에서 그의 선행으로 인하여 국민들로부터 사랑을 받고 있던 사람이었고, 과학과 문학에 경도하고 있던 분이었습니다.

그는 변호인의 독립과 존엄성을 침해하려는 여하한 기도에 대해서나 최대한으로 투쟁했던 사람입니다. 그는 변호인의 독립



▲ 2003년 11월, 『1974년 4월』 제1집 출판기념회에서 1974년의 구속을 회고하는 강신욱 변호사

과 존엄성이 없고서는 사법권의 독립도 없다는 것을 알고 있기 때문이었습니다. 그는 두 번이나 장관이 되었다가 두 번 다 그 자리를 자기 의사에 의해 박차고 나왔었습니다.

그는 그 당시의 권력의 남용에 대해서 가장 격렬한 고발자였고, 그 자신은 종교의 자유와 공평한 과세와 왕의 비밀영장제도의 폐지를 주장했던 사람이었습니다. 그의 의견을 들었었다라면 불란서 혁명 공포도 없었을지 모릅니다. 그러나 그의 고발은 무시되어 결국 폭풍이 일어난 것입니다.

그 자신은 혁명이 일어났을 때 안전한 스위스에서 그가 좋아하는 식물학과 문학에 열중하고 있었습니다. 그때 그의 왕이었던 루이 16세가 재판을 받게 되었습니다. 그때의 그 나이는 74세의 노령이었습니다.

루이 16세의 변호를 맡아달라고 부탁받은 사람들은, 어떤 사람은 자기 나이를 핑계로, 다른 사람들은 다른 핑계를 대면서 변

호를 거절했습니다. 그때 그는 자진해서 변호에 나섰습니다. 그는 그때 두 번이나 세상 사람들이 다 봉사하는 것을 명예로 생각할 때 왕의 부름을 받았었는데, 지금 세상이 모두 그것을 위협하게 생각하고 있을 때 그를 도와야 할 것이 아닌가하고 하면서 자진한 것입니다. 그는 루이 16세를 변호하는 무섭고 불가능한 일을 자진한 것입니다.

오랫동안 부정으로 고생하여 극도로 광란과 분노에 떨면서 굶주림에 정신이 나간 여인들이 꽂차있는 법정에서, 그들에게 지금까지 불행의 원인이라고 생각되던 왕이 왕좌를 뺏긴 채 피고석에서 있었으며, 재판석에는 전문적인 법관도 아닌 심판관을 왕을 고발한 자들이 심판관으로 앉아 있고, 그 뒤에는 많은 흥분한 군중들이 둘러싸여 있고, 혁명군들, 정신이 나간 군중들의 소동과 아우성 속에서도 늙은 말쉴버 변호사는 평소의 위엄과 우아를 잃지 않은 채 자기 피고인에 대해 베르사이유 궁전에서 부르는 왕의 칭호를 붙여주면서 변호하기 위해 서있는 것입니다.

결국 그의 왕에 대한 대접이 재판관의 신경을 건드리게 되어 재판장은 그에게 “어떤 근거로 변호인은 루이 카페를 우리가 폐지한 칭호로 부르는 것인가?”는 질문을 던졌고, 늙은 변호인은 재판부에 대해 “어떤 근거라니? 너희들에 대한 경멸과 내 생명을 걸고 하는 것이다”고 대답하였는 바 그 결과는 뻔한 것이었으니, 그는 그의 피고인인 왕과 같이 사형을 당하였고, 그 자신의 생명뿐 아니라 자기의 딸, 사위, 손자들까지 자기 눈앞에서 처형당하게 되었던 것입니다.

이 말쉴버는 자기가 충성을 바쳤던 옛 주인을 위해 자기 생

명까지 바칠 것을 각오하였던 것입니다. 이 왕은 그의 충언을 거절함으로써 자기 자신이 이와 같은 위험한 지경을 자초한 왕에게 자기가 가진 용기와 지식과 학문 전부를 거리낌없이 바쳤던 것입니다.

위에 든 세 사람의 변호사에 대한 이야기는 법률가 모두가 그의 사명을 존귀한 것으로 알아야 할 좋은 본보기인 것입니다.

제 5 / 법률상의 저항권이론에 관하여

법학에 있어 어떤 법률이나 그 수범자인 국민을 구속하는 것이냐, 아니면 법률 중에는 정당한 것도 있고 정당치 못한 법률이 있어 정당한 법률만이 국민을 구속하는 것이지, 그렇지 않은 법률에 대해서는 준수할 의무가 없고, 오히려 악한 법률에 대해서는 저항할 권리가 있다는 두 견해가 대립되어 있는 바 자연법이론과 실증주의자들의 견해가 바로 그것이다.

저항권이냐 자연법이 실정법에 우월하다는 이론은 일찍이 희랍의 비극 소포크레스의 「안티고네」란 작품에서 벌써 주장된 바 있다. 크레온이라는 왕이 테베를 침략하다가 죽은 포리니케의 시체를 누구든지 묻어서는 안된다는 명령을 내렸는 바, 당시의 희랍 종교에 의하면 죽은 자의 가족은 죽은 자를 위하여 장례를 해주어야 할 절대적인 의무가 있고, 이 의무에 반하면 후세에 재화를 당할 것으로 되어 있었다.

이 비극의 주인공 안티고네는 죽은 자의 누님으로서 왕의 법을 고의로 복종하지 않고 하나님의 법을 지켰다. 이 딜레마를 소

포크레스는 멋있게 표현하였는데, 왕은 말하기를 “왕의 명령은 적은 일에든 큰 일에든 옳든 그르든 복종되어야 한다”고 하였고, 안티고네는 “왕의 명령이 인간들의 불문을이기는 하나 언제나 지켜야 하는 하나님의 법을 어길 힘을 가진 것으로 믿지는 않는다”고 하였다.

이 비극은 안티고네가 인간의 법에 저항한 것이 옳았다고 자신있게 규정하면서 끝을 맺고 있는 것이다.

아리스토텔레스도 정의가 성문법에 우선한다고 하면서 위소포크레스의 비극을 인용하였고, 키케로도 같은 견해를 표시하였고,

성 토마스 아퀴나스도 『신학대전(Summa Theologica)』에서 “독재적 법은 이성에 따라서 만들어진 것이 아니기 때문에 법이 아니라”고 말하였고, 절대적 표현을 하면 “오히려 법을 왜곡하는 것이라”고 했고, “인간의 법은 그것이 정당한 이성에 따른 것인 한 법의 성질을 가진 것이고, 이때는 이것은 영원한 법에서 도출된 것이 분명하기 때문이라”고 하였으며, “이성에서부터 어긋난 것인 한 그것은 정당치 못한 법이 되고, 그것은 법의 성질을 가진 것이 아니라 폭력의 성질을 가지게 되는 것”이라고 하였고,

그로티우스(Grotius)도 그의 『홀랜드의 법학』이란 책에서 법이 도덕성이 없으면 법이 아니고, 인간은 두려움 때문에 법을 지켜서는 안되고, 자기 양심 때문에 법을 지키는 것이라고 하였으며,

존 록크(John Locke)는 그의 『시민정부론』에서 입법권이나 생명권은 자의적 명령을 할 권한을 갖고 있는 것이 아니라 정의에 따를 의무가 있는 것이다. 어떤 정부형태에서나 입법권은 그

사회의 자연이나 하나님의 법에 의해서 그 한계가 주어져 있는 바, 그 한계는, 첫째 기존의 법률에 반해서는 안되고, 특별한 경우에 달리 취급한다든지 가난한 자와 부자에게나 왕이 좋아하는 사람에게나 농촌에서 밭 갈고 있는 촌민에게나 똑같은 법률이어야 하고, 둘째 법률은 오로지 국민의 복지만을 위한 것이어야 한다고 하였으며,

위와 같은 자연법학자들의 견해는 근세에 들어와서 토마스 제퍼슨, 알렉산더 해밀튼, 아브라함 링컨, 헨리 데이비드 소로우같은 사람들에 의하여 정당한 것이라고 계승되었으며, 미국법의 기본정신은 이루고 있을 뿐만 아니라, 독일의 경우에는 히틀러의 나치 정권하의 악법에서 실제로 고생해 본 결과 종전 후에 만든 주헌법에서 저항권을 실정화하여 명문으로 해놓은 것도 있는 것이다.

즉, 1946년 12월 1일 헷센 헌법에는 “헌법에 위반해서 행사된 공권력에 대한 저항은 각인의 권리이고 의무인 것이다”고 규정하였고, 1947년 10월 12일 브레멘 헌법 제 19조에는 “헌법에서 확정된 인권이 헌법에 반한 공권력에 의해서 침해되었을 때에는 저항은 각인의 권리이며 의무이다”고 하고, 1947년 1월 31일 마르그 브란덴부르크 헌법 제6조 2항에는 “도덕과 인간성에 반하는 법률에 대해서는 저항권이 성립한다”고 규정되어 있습니다.

뿐만 아니라 서독 대법원에서는 본인이 이 사건에서 공소되어 있는 사실 중의 하나인 판례 소개를 한 바와 같이, 나치스 때 휴가 온 남편이 자기 부인에게 히틀러의 욕을 한 사실이 있었는데, 그 부인은 자기 남편을 당국에 고발하여 징역을 살게 한 사실

이 있는데, 남편은 나치스가 망한 뒤 그 처를 상대로 고소를 제기하여, 그 처는 당시 악법은 법률상 효력이 없는 것인데 그 악법으로 남편을 고소하여 형을 살게 한 것은 불법감금의 불법행위가 된다는 판례까지 있는 것입니다.(이 판례는 미국의 프리드만 교수가 쓴 『법이론』 책에서 인용한 것이며, 이 책은 현재 이 사건에 관한 증거로 제출되어 있음)

독일의 저명한 법철학자인 라드브르흐도 법률에 의한 불법과 법률 위에 있는 법과의 대립을 인정하고 후자의 우월성을 인정하였으며, 각 법적인 규정보다도 강한 법규가 있고, 따라서 그 규정에 반하는 법률은 효력이 없다고 하고, 그 원리를 이성법 또는 자연법이라고 하였다.

그 자연법의 내용이나 이성법의 구체적인 내용은 수세기에 걸친 사고의 성과로 하나의 확고한 내용은 이루고 있고, 그것은 소위 인권선언 중에서 비상하게 일치되어 있고, 그와 같은 권리의 대부분은 의심하려는 자만이 의문을 표시하는 상태에 있다고 하고 있는 것입니다.

일본의 궁택준의(宮澤俊義)란 헌법학자도 그의 헌법교과서에서 저항권의 이론을 근 42페이지에 걸쳐서 다루고 있고(법률학전집 『헌법II』 궁택 교수의 저서를 보라), 이 궁택 교수는 이 저항권이야말로 사회질서와 인간양심의 충돌에서 빛어지는 인간사회의 딜레마로서 인간에 의한 인간에 대한 압제가 있는 한 없을 수 없는 기본권이고, 이 저항권의 존재는 다른 모든 기본권을 담보해 주는 최고의 권리로 이해해야 하고, 저항권이 어떤 때에 있다고 봐야 할 것인가는 어려운 문제이다.

함부로 법을 악법이라고 하면서 순종하지 않는다면 무정부 상태로 전락할 가능성이 있으므로 저항권을 행사할 때는 그의 전 인격적 판단에 의하여 순교자적 결단으로 이를 냉정히 생각하여야 한다고 주장하고 있는 것입니다.

최근의 저항권이나 시민의 불복종 의무를 주장한 실제 예로서는 미국의 마틴 루터 킹 목사가 미국에서 시행되는 법률 중 흑인 차별을 하고 있는 법률 등은 도덕적으로 정당치 못한 것으로 도덕적인 명령에 따라 이런 법을 순종하다는 것은 오히려 도덕상 의무에 반하는 것이기 때문에 도덕상 의무를 다하기 위해서는 이와 같은 법에 저항하여야 한다고 하고 있고,

최근 사우스 아프리카 정부의 인종차별정책(Apartheid)에 의해서 만들어진 법률들에 대해서 현지 흑인들이 이런 법은 진정한 의미의 법이 아니라고 하면서 저항한 예들이 있습니다.

어떻든 현재의 법철학에서는 자연법학자들의 견해가 통설이라고 봄이 옳은 형편이고, 민주국가의 민주제도 그 자체는 바로 저항권을 기초로 그 제도가 보장되어 있다고 본 피고인은 믿고 있는 것입니다.

제 6 / 공소사실과 재판의 경과에 대해서

1. 피고인이 변호를 수임한 문제된 소위 민청학련 관련 피고인 등에 대한 공소사실은 모두 600페이지가 넘는 정도이고, 본인이 수임한 사건에 관한 부분은 근 200페이지에 이르는 복잡한 것이나, 요약하면 피고인 여정남은 인민혁명당이란 반국가단체를

구성하였다는 것과 나머지 피고인 등과 동 여정남 등은 전국민주 청년학생총연맹이란 반국가단체를 구성하여 폭력적 방법에 의한 정부전복을 기도하여 공산주의 국가를 건설하려고 함으로써 내란음모, 반공법 및 국가보안법 위반 등의 죄를 범하였고, 또 긴급조치 제1호 및 제4호를 각 위반하였다는 것으로 구속 기소되어 동 피고인 등은 공동 피고인들 21명과 같이 공동 피고인이 되어 모두 32명의 피고인들이 기소된 사건이었던 것이었습니다.

2. 동 피고인들 중 본 피고인이 수입한 11명의 피고인들은 그들에게 공소된 범죄사실 중 국가보안법과 반공법 위반, 내란음모 및 긴급조치 제4호 위반의 점에 대해서는 모두 공소사실을 부인하였을 뿐 아니라 본인이 수입하지 않은 다른 21명의 피고인 등도 모두 위 공소사실들을 부인하였습니다.

3. 다만 피고인 등은 긴급조치 제1호 위반의 점에 대해서는 이를 인정하나 그 범행동기로서 피고인 등은 우리나라의 유신헌법이 장기집권을 위한 것이며, 개인의 기본권을 무시하였고, 사법의 독립이 위협할 정도로 되었고, 대통령의 권한이 지나치게 강화되어 헌법이 너무 독재주의를 지향한 것이 되어서 이는 우리나라의 장래를 위해 지극히 위험스러운 일이고, 진실로 우리나라를 위해서는 헌법상 개악된 부분은 개정되어 민주헌정으로 회복이 되어야 하는 것이란 것을 그들의 애국적 신념으로 하고 있었으므로,

비록 긴급조치 제1호가 이 헌법에 대한 반대를 금하였고, 긴급조치 그 자체에 대한 비방을 형사별로 규정하여 금하였다고 하더라도 그들은 나라를 걱정하는 마음에서 긴급조치 1호를 위반하

여 처벌받는 한이 있더라도 나라의 장래를 바로잡는 데는 옳다고 생각되는 것, 진리라고 보는 것을 위해 학생들이 압력단체로서 결속이 되어 학생운동을 통해서 여론에 그들의 의사를 반영시켜 보려고 한 것 뿐이며, 이와 같은 도덕적으로 옳은 행동을 하는 것이 범죄가 된다면 그들은 차라리 구속되어서라도 법정에서 바른 소리를 할 수밖에 없을 것으로 알고 긴급조치를 위반한 것이었다 변소하고,

그 방법으로 피고인들은 추호도 폭력을 사용하거나 또 궁극적으로 공산주의 국가를 건설키 위해 현 정부를 타도하려는 음모를 한 적도 없고, 다만 뜻있는 대학생들과 기독교인으로서 기성세대들은 무기력하여 아무런 행동도 하지 않으므로 할 수 없이 단결하여 평화적인 시위를 하려 하였고, 학생운동을 통하여 정부에 대해 의사를 호소해 보려던 것이 자기들 행동의 전부라고 주장하였던 것입니다.

4. 이에 대하여 동인 등에 대한 재판과정에서 검찰이 제시한 증거는 상 피고인 등 전부에 대한 검찰관이 작성한 피의자 신문조서 등이 가장 필요한 증거였던 바, 이에 대해서는 동 피고인 등은 모두가 다 검찰관이 작성한 신문조서 중 평화적인 데모를 위해서 연락한 사실만 인정하고, 반국가단체 구성, 폭력으로 정부 전복, 공산주의 국가 건설 등에 대해서는 검찰관들이 피고인들을 신문할 시 전부 피고인 등의 대답을 무시하고 자기들 멋대로 데모를 하려던 객관적 사실 위에 적어 넣어서 무인을 강요하였기 때문에 강요된 상태에서 무인을 해주었을 뿐이라고 법정에서 모두가 한결같이 진술하였고,

검찰관이 작성한 참고인에 대한 진술조서 역시 변호인 등이 전부 증거로 함에 동의하지 않게 되자 검찰관은 이 참고인 진술조서가 진정으로 성립되었음을 입증하기 위해서 동인 등을 검찰측 증인으로 신청하여 이가 채택되어 증인 신문기일에 참석하였던 바, 채택된 증인이 무려 6, 70명이나 되었는데도 동 신문기일에 피고인들을 소환도 하지 않아 이것을 변호인 전부가 정식으로 이의하여 피고인들의 참여권이 박탈된 증인신문을 부당한 위법이라고 하였으나 이유없는 것으로 받아들이지 않았으며,

또 증인신문을 하는 데도 처음에 시작한 약 10여명 등에 대해서는 검사의 직접신문이 끝난 후 곧 변호인이 반대신문을 하여 모든 증인들이 검사 앞에서 참고인진술조서를 작성할 때 데모를 하려는 점을 제외한 폭력행사, 정부전복, 공산주의 국가 건설, 반국가단체 구성의 점에 대해서는 증인 등이 진술한 사실이 없는데 검찰관들이 참고인 등의 진술과는 반대로 그것을 임의로 기재하였고, 무인 또는 날인을 하라고 하여 참고인들의 의사에 반하여 강요된 상태에서 무인 또는 날인한 것이다라고 증언하게 되자,

그때 검찰관은 동 증인 등은 검찰관이 참고인진술조서의 진정성립만을 입증키 위하여 채택된 증인이므로 변호사의 반대신문권도 무인이나 날인이 사실인가에 대한 것만 할 수 있고, 진술의 내용에 대해서는 반대신문 범위 밖이라 주장하고 반대신문에 이의를 제기하자 법무사는 이 이의를 받아들이고, 변호사의 반대신문의 제한이므로 변호인 전원은 이와 같은 이의는 법률상 그 근거가 없고 무인이나 날인만을 묻는다면 변호인이 증인신문에 참여할 아무런 의미도 없다면서 검찰관의 이의는 받아들여서는

안되지 재고려를 요구하였으나, 역시 변호인의 애걸은 목살당하여 변호인들은 모두 그 자리를 퇴장하고 말았던 것입니다.

그런데 이튿날 법정에 와보니 어제 남은 참고인 등 약 60여명은 모두 조사가 되었다는 것을 알았고, 할 수 없이 본 피고인은 그날 법정에서 변호인측 증인을 신청하였던 바 그 증인 채택 여부를 다음날에 고지하겠다고 하여 다음날에 출정하였더니 피고 등을 위하여 신청한 증인 등은 모두 기각한다고 하고, 그 자리에서 증거조사를 마친다며 검사의 의견진술을 하게 하였던 것입니다.

5. 본 피고인이 민청학련 피고인 등의 변호를 의뢰받은 후 변호인으로서 한 일이라고는 1974년 6월 15일 오전 첫 기일이 있을 것이란 통지를 받고 6월 14일 오후에 피고인에 대한 접견이 허가되어 접견을 한 사실이 있고(무슨 근거로 피고인 등에 대한 접견이 변호인에게 금지되는지 알 수 없는 바, 본건의 경우에는 피고인 등이 3월 말 경에 대개 구속되어 6월 14일까지 변호인을 만날 수가 없었다),

공판기일인 6월 15일부터 거의 매일 오전 9시부터 개정하여 재판관을 속행하였으나 피고인을 위한 기록열람도 꼭 하루밖에 허용되지 않았으며, 피고인을 반대신문해 본 것과 위에 이미 말한 10명의 증인신문에서 반대신문하고 7월 9일 변호인들의 예상과는 반대로 변호인의 모든 증거신청이 기각된 채 전격적으로 결심되어 당황하면서 최종변론을 한 것밖에 없습니다.

제 7 / 본인의 변론내용에 관해서

1. 피고인이 수임한 당시의 피고인 등에 대한 구형은 놀랍게도 시인인 김지하가 사형, 서울대학 재학생인 나병식도 사형, 또 여정남도 극형의 구형이 있었고, 나머지 피고인 등은 무기이거나 20년씩이었습니다.

당시 변론하기 직전의 본인의 심정은 지금까지 법을 정의의 학문으로 믿고 배우고 연구해온 것을 크게 후회하게 되었고, 법의 목적에 대해 큰 회의를 품었을 뿐 아니라 본인이 변호인으로서 이런 사건에서 얼마나 무력한가를 뼈저리게 통감하였고, 이 사건의 변호인이 되었었던 것 자체를 어리석게 생각하였던 것이 사실입니다.

그래도 이제 남은 변론의 기회만이 피고인 등을 위해서는 본인에게 주어진 마지막 호소의 기회이고 변론에서라도 심판관들이 이 사건을 판단함에 그들에게 맡겨진 재판권을 정말로 법이 정한 대로 헌법과 법률 및 양심에 따라서 공정하게 행사해 줄 것을 바라는 마음에서 그들의 양심과 정의감에 애소할 작정으로 변론을 시작하면서, 본인이 법률가로 이 사건에 관해서 본 순수하고 진지한 법률상 및 사실상의 의견을 솔직하게 진술한 것입니다.

2. 변론의 내용은 공소사실에 적힌 것보다는 훨씬 분량이 많은 것이고, 공소장은 변론내용을 거두절미하여 검찰이 필요하다고 생각되는 부분만 공소내용으로 제시하였는 바, 공소사실에 나타난 변론내용을 본인이 설명하면 다음과 같습니다.

‘법은 권력의 시녀 정치의 시녀’라는 용어를 사용한 경위는

“본인이 법과대학에 다닐 때 법의 임무에 관해서 현실주의적 사고방식을 가진 자들이 법은 권력의 시녀이고 정치의 시녀일 뿐이라고 편견하고 냉소적으로 법을 이야기하는 것을 들은 것이 있으나, 본인은 법의 임무는 정의를 실현시키려는 데 있는 것이며, 이는 결국 법률가들이 법의 집행에 관여할 것이니 각자가 자기가 맡은 분야에서 법의 목적을 생각하면서 노력하면 법이 그렇게 전락할 것은 아니지 않겠는가란 이상주의적 견해를 믿고 왔으나, 이번에 이 사건에 관여해 본 본인은 법의 기능에 대해서 크게 실망하였고, 과연 법은 정치나 권력의 시녀가 아닌가 느끼게 되었다”고 말하고,

“이 이유는 이 피고인 등에 대해서는 중죄로 기소되어 그들의 생명까지 걸린 사건인데도 피고인의 인권을 위해서 규정된 근대 소송법상의 제반 보장규정들은 하나도 법적 효과를 발휘하지 못한 반면에 검찰은 수사과정에서부터 공판단계에 이르기까지 법의 해택을 만끽하여 왔으며, 심지어 법률상 근거도 없이 피고인 등에 대해서는 공판기일 하루 전에 겨우 접견을 하였을 뿐이고 접견이 금지된 채 수사가 종결되었을 뿐 아니라, 기록열람도 하루밖에 허락되지 않았고 법률에 규정된 반대신문도 하지 못했다”는 취지의 변론을 하여,

법이란 검찰이나 피고인의 양 당사자를 공평하고 대등하게 취급하도록 되어 있는데, 이 사건에서는 정부의 배경을 갖고 일하는 검찰만을 위한 법으로 전락된 감을 느끼며, 특히 이 사건은 바로 현 행정부에 대해서 개혁을 요구하는 정치적 반대자들에 대한 재판으로서 현 행정부의 정치적 목적에 법이 이용당하는 것은

아닌가 하는 것을 상기시키고, 심판관들은 법의 기본적 목적이 정의의 구현이며 공평이 그 이념임을 상기하여 정의로운 판결을 하여 달라는 뜻의 애소이고,

“지금 검찰관들은 나라 일을 걱정하는 애국학생들을 내란죄, 국가보안법 위반, 반공법 위반 등을 걸어 빨갱이로 몰고 사형이니 무기니 하는 형을 구형하고 있으니 이는 법을 악용하여 저지르는 사법살인행위라 아니할 수 없고”란 표현은 이와 같은 말을 단도직입적으로 한 것은 아니고,

본건 공소 사실에 대해서는 증거가 있다면 검찰관이 적성한 각 피고인들에 대한 신문조서와 참고인 등에 대한 진술조서들밖에 형식적 증거능력이 있는 것뿐인데, 피의자들에 대한 신문조서 등은 피고인들 전부가 당 법정에서 피고인들의 자의에 의해서 작성된 것이 아니고 수사기관의 강요에 의하여 작성된 신문조서와 의견서를 근거로 검찰이 일방적으로 작성하여 무인을 강요함으로써 어쩔 수 없이 무인하였다고 항변하고 있고,

동 피고들은 전부가 대학 재학생이든지 기독교인들로서 법정에서의 그들의 태도는 진실하였고 거짓이라고는 전혀 보이지 않을 뿐더러 변호인 각자가 맡은 피고인들 이외의 피고인 신문조서에 대하여는 반대신문을 경유하지 않은 조서들이어서 증거능력마저 없는 것이고, 또 참고인 진술조서 역시 위 재판과정을 설명할 때 말한 대로 반대신문을 허용치 않아서 이것 역시 증거능력이 없는 것이며, 더욱 검사의 피고인들에 대한 신문조서 작성은 접견까지 금지된 상태에서 한 것으로서 그 신빙성이 더욱 의심스럽다고 할 수밖에 없고,

여정남에 대한 참고인 등은 인민혁명당사건으로 이 법정에서 멀리 떨어지지도 않은 곳에서 재판받고 있는 피고인 등으로서 이들에 대한 변호인의 증인신청을 모조리 기각한 것은 이해할 수 없는 일이라 하겠고, 이렇게 되면 피고인 등에 대한 재판은 피고인 신문만을 거친 실정뿐이어서 형식이 재판일 뿐이지 실질적으로는 소송법상의 소위 적법절차의 보장은 전연 무시한 것으로서 이와 같은 형식적인 절차로 피고인 등에 대해 사형까지 구형한다면 이것은 우리들의 기초적인 법감정인 정의관념에 너무나 동떨어진 재판이어서 결과적으로 검찰은 피고인을 형식적인 재판을 통하여 법의 이름으로 처단하려는 사법살인의 비난을 면치 못할 것이 아니냐고 변론하였는 바,

사법살인(judicial murder)이란 용어는 우리 법률가들이 사형선고를 받아 집행까지 끝난 뒤 그 재판이 오판인 것이 드러나 재판이란 형식을 통해서 법의 이름으로 사람을 죽인 것을 두고 지칭하는 하나의 경구로서,

본 변호인이 이 말을 사용한 것은 위에 누차 밝힌 바와 같이 증거도 충분치 않고 공정한 사법절차에도 위배된 재판을 하였을 뿐 아니라 피고인들은 젊은 학생들로서 단순히 반정부적인 비판자들일 뿐 애국하는 충성심에 불타 행동하였을 뿐인데, 이런 젊은이들에 사형을 구형하는 것을 보니 본 변호인이 생각하고 있는 구체적 타당성이나 정의관념에 너무도 배치되어 이것이 결국 후일 사법살인이란 과오를 범하는 판결을 하게 되지 않을까란 의구심을 느끼고, 심판부에서는 사형이란 돌이킬 수 없는 생명을 끊어버리는 것이니 이와 같은 엄청난 구형은 지나친 것이니 진실로

심사하여 사형에 이르는 일은 없어야 할 것을 호소한 것입니다.

이는 어디까지나 검찰의 구형이 우리 상계에 벗어난 것으로 공격하여 재판부의 양심에 어필해 보려는 본인의 진지한 법률가적 양심의 소리였고, 정의를 부르는 소리에 지나지 않았으며, 재판부를 모욕하려는 의사는 추호도 없었던 것입니다.

“본 변호인은 기성세대이기 때문에, 그리고 직업상 이 자리에서 변호를 하고 있으나 그렇지 않다면 차라리 피고인들과 뜻을 같이하여 피고인석에 앉아 있겠다”란 부분의 공소사실은 사실과 어긋난 것으로서 본 변호인은 피고인들이 기성세대가 무력하여 민주헌정으로의 회복을 위해 아무런 행동도 취하지 않고 있어 학생들인 자기들이 이와 같은 과감한 행동을 하지 않을 수 없었다는 것을 보고, 피고인들은 대부분 학생들로서 이와 같은 어린 학생들이 공부하는 못하고 이런 일을 하기까지 이른 것은 기성세대인 우리들이 도의적으로 일종의 책임감을 느끼는 바라고 변론한 것입니다.

“악법은 지키지 않아도 좋으며” 부터 “…… 나치스 정권 하의 … 처에게 처벌을 받게 한 사실이 있으며”란 부분에까지 이르는 변론은 피고인들이 위에서 밝힌 바와 같이 긴급조치 1호나 긴급조치 제4호는 피고인들의 양심상 지킬 수 없는 법이라고 보고 범행하였다는 것이며, 그 이유로는 자기들이 긴급조치에 정한 형을 받더라도 우리나라의 민주헌정으로의 회복을 위해 투쟁하는 애국심 때문이며, 헌법의 단점을 자유로이 토론하는 것이 국가안보와 무슨 관계가 있는 것인지 모르며, 긴급조치를 할 객관적 정세는 없었다는 것을 주장하였는 바,

이 피고인 등의 긴급조치 위반에 대한 변소에 대해서는 법률학적으로 보면 바로 본인이 위에서 자세히 논술한 바 있는 저항권을 피고인들이 주장하는 것으로 판단하여 이에 대해 본인이 법률전문가로서 이들의 행동을 법률학적으로 변론한 것입니다.

이에 따라 긴급조치 1호와 4호는 자연법이나 이성법에 반하는 정당치 못한 악법으로서 이와 같은 악법은 저항할 권리가 피고인 등에 있는지 없는지는 검토하여 보면,

① 긴급조치 1호는 유신헌법을 반대하면 징역 15년의 형사벌을 받게끔 되어 있는 바 자유민주주의 국가와 전체주의 국가와의 중요한 차이점의 하나는 시민의 반정부적 언론이 허용되느냐 안되느냐에 있다할 것이고, 반정부적 비판이 자유롭지 못하면 벌써 그 나라는 자유민주주의 국가의 특질을 잃은 것이라고 볼 것인데,

위 긴급조치에 의하면 자유민주주의의 상징적인 자유로운 행위가 범죄가 되는 것으로, 그것도 15년이라는 극히 중한 형에 처해질 것으로 되어 있음은 이 조치로서 국가의 이념인 자유민주주의를 버리고 우리가 적대시하고 있는 전체주의나 국가지상주의를 우리 시민들에게 강요하는 것이 되고, 이런 자유민주적 기본권을 정부가 긴급조치라는 이름으로 당분간이라도 유보하는 것이 허용될 수는 없는 것입니다.

우리나라의 이념은 자유민주주의를 표방하고 있고, 이 이념 때문에 반공을 국시로까지 보고 있는 우리가 아무리 국가의 수장인 대통령이라도 긴급조치라는 명목으로 우리의 이념인 자유민주주의를 최소한도의 정치적 자유권을 말살시킬 절대적 권력이 부

여될 수는 없는 것입니다.

대통령의 긴급조치는 적어도 위와 같은 우리나라의 이념적 동일성을 유지해나가는 한도 내에서 행사되어야 하는 것이고, 우리나라의 국가목적이나 자유민주주의 그 자체의 부인에 이를만한 명령에 대해서는 자유민주주의의 최후의 수호자인 국민들이 자기방어로서 저항할 수밖에 없는 것입니다.

헌법에 반대한다는 것은 지금 우리들의 정치적 현실에서는 현 정부의 정책에 반대한다든가 정치적 자유를 달라는 주장에 불과할 뿐인데, 이와 같은 행위가 중대한 범죄로 규정된 것은 결국 하루아침에 대통령은 우리나라의 자유민주적 기본질서를 뒤집어엎고 우리 국민들 모두가 싸우고 있는 전체주의, 국가지상주의의 정치질서를 우리 국민들에게 강요한 것으로 밖에 볼 수 없는 것입니다.

따라서 이와 같은 명령은 정당치 못한 명령으로서 저항할 권리와 의무가 있는 것입니다.

대통령의 긴급조치권의 한계가 우리나라의 피치자의 자동성(自同性)이라든지 자유민주적 정치질서의 동질성의 한도 내에서만 행사되지 않고 법률상 아무런 제한이 없는 주어진 절대적 권력이라면 후일 어떤 좋지 못한 지도자가 한국의 정체를 공산주의나 전체주의제든지 전체주의 국가로 선언하고 이에 따를 것을 강요하는 경우, 긴급조치권은 헌법상 근거가 있고, 이 권리는 형식적 법률에 아무런 제한규정을 발견할 수 없어 통치행위로밖에 볼 수 없고, 악법도 법이니 모든 국민은 이에 맹목적으로 순종해야 한다고 말할 수 있을 것일지를 생각해보면 이 문제는 더욱 분명

해질 것입니다.

② 법률이란 자연법학자들의 견해에 따르면 공평한 것으로 제정되어야 하는 것인데, 긴급조치 제1호는 현재 정부의 정책에 찬동하는 자와 정치적으로 견해를 달리하는 자들간에 법적 평등을 해하여 반정부적 견해를 가진 자들은 처벌을 받지 않을 수 없도록 되어 있으며

③ 인간은 정치적 동물로서, 동물과는 달리 밥만 먹고 사는 것이 아닌 사유하는 인간으로서 누구든지 헌법에 대해서 어느 정도 문화국민으로서 견해를 갖고 있고, 이 생각들은 사석에서 토론하기 마련이고, 이런 행동은 인간의 최소한도의 자유의 범위로서 이와 같은 자유가 국가안보와 아무런 충돌이 있을 수가 없고, 이것은 오히려 국가의 장래를 위해서나 새로운 것과 보다 더 나은 것을 향해 전진하는 인류의 행복을 위해 필요불가결한 자유로서 이를 금지한 행위는 우리 인간들의 도덕적·윤리적 감정에 반하는 것으로서 이해할 수 없고,

범죄란 사회적 해악으로서 최소한도의 도덕에 반하는 것을 말하는데, 이 경우에는 도덕상 정당한 행위이고 윤리적으로 칭찬할 수 있는 행위가 국가의 자의적 명령으로 범죄로 된 것이라고 볼 것이고,

④ 더욱 이와 같이 지나친 명령을 하면서 이 법 자체에 대한 비방도 안된다고 하는 것은 민주주의의 철학적 기초는 상대주의에 입각해 있고 절대적 진리를 회의하는 것을 허락하는 정치제도 및 법제도를 갖고 있는 것을 정면으로 무시하고, 옛날 왕은 잘못할 수 없다라든가, 너는 아무 것도 아니다, 민족이 전부다라는 시

대착오적인 사상을 근거로 한 법률로서 국민들의 윤리적 존엄성을 모독하는 내용의 법률일 뿐 아니라 우리가 채용하고 있는 민주사상에 근본적으로 배치되는 법이라 할 것이고,

⑤ 원래 법이란 권력을 잡고 있는 왕이나 행정부도 구속하는 것이고, 오히려 역사적으로 권력을 잡고 있는 자의 권력의 남용을 방지하기 위하여 발달하여온 역사적 경험을 갖고 있는 것인데, 법의 궁극적 목적인 정의나 국민의 복지와는 거리가 먼 행정부가 그의 정권유지를 위해 전제적이고 자의적인 법률을 명령하는 것이 인간의 도덕적 감정에 일치하는 법인지 의심스럽습니다.

⑥ 현재의 문명국가의 법률 중에 그 법률을 공포하면서 이 법률 자체에 대해서 비방을 하면 사형이나 무기징역, 15년 이하의 형벌에 처한다는 법률이 있는지 알지 못합니다. 이는 바로 이와 같은 법률규정은 문명국가의 일반적으로 통용되고 있는 최소한도의 법감정에 반하는 입법태도라 보아도 무방할 것이고, 이런 것을 정당한 법으로 볼 수 없습니다.

도대체 이 법에 대해 몇몇한 자신이 있으면 정부가 굳이 이와 같은 조항을 넣을 필요가 없었을 것으로 볼 것인데, 이런 부득이한 조항을 삽입하게 된 동기는 결국 국민들이 필시 이에 대한 비방이 있을 것으로 보고, 이 비방을 국가적 권력으로 형벌의 위협으로라도 막아보자는 것으로밖에 볼 수 없습니다.

이는 결국 국가의 권위로 진리를 누르려 하는 것이고, 권력으로 국민의 양심을 누르려는 것입니다. 권력과 권위와 진리나 양심의 괴리가 바로 저항권이 생기게 하는 것입니다.

⑦ 우리나라의 과거의 역사에도 전제군주하의 법률에도 이

와 같은 가혹한 법률은 없는 것으로 알고 있고, 왕에게 적어도 진실을 이야기할 권리는 누구에게나 있었던 것입니다.

⑧ 긴급조치 제4호에 관해서는 행정부가 본 피고인이 맡고 있는 피고인들의 공소사실 중의 일부로서 이는 재판과정을 통해서만 밝혀질 반국가단체 구성에 관해서 재판도 있기 전에 일반적으로 어떤 단체를 반국가적인 것으로 단정하고 이에 대해 형벌까지 부과한 것은 사법부의 권한을 행정부가 침해한 것으로서 문명국가에 일치된 헌법원리인 삼권분립의 기본을 뒤흔드는 법률이고,

⑨ 또 긴급조치 제4호는 1974년 4월 3일에 선포되었는 바, 피고인 등은 거의 대부분 벌써 3월 말 경에 모두 구속된 자들로서 이들에 대해 구속 후에 긴급조치를 발포하고 그것에 의해서 형벌이 새로 추가되게 한 것은 법정신으로부터 보아 일종의 사후 형법이라고 보아야겠고,

⑩ 이 긴급조치 등이 없었더라도 문제된 사건의 피고인 등을 구속할 법률은 이미 당시의 현존 법률로도 충분하였고, 새로운 조치를 할 객관적 정세는 없었던 것이며, 새로운 조치를 한 결과 선량한 시민들, 국민의 과반수 이상을 공포 속에 넣어버리는 결과가 되었으며,

⑪ 이 긴급조치 등은 국민들로 하여금 자기 양심에 따라 법을 지켜야 한다는 것을 바라는 것이 아니라 국민들이 형벌을 무서워서 지키지 않을 수 없게 한 조치로서 문화민족의 체면에 반한 법률인 것입니다.

⑫ 긴급조치란 그야말로 '긴급'한 경우에 취할 비상권의 발

동으로서 허락되는 것으로서 법에 의하지 않으면 형벌을 받지 않는다는 죄형법정주의의 기본정신에 비추어 긴급조치의 방법으로서는 국민에게 사형이나 장기의 징역같은 것은 할 수 없다고 봐야 할 것입니다.

말하자면 일종의 응급처치로서 몇 개월 정도의 구금같은 것은 이해할 수 있을 경우가 있겠으나 입법기관인 국회가 엄연히 소집될 수 있는 경우인데도 항구적인 효과가 주어질 수 있는 사형이나 유기징역형을 법률상 부과할 수 있다는 것은 역시 삼권분립의 원리로서 용납할 수 없다. 불란서의 드골 행정부의 알제리아 사태 때의 긴급조치를 보아도 2개월 이내의 구류 및 벌금을 부과했을 따름인 것을 보면 이 문제도 심각한 검토를 해야 할 것이 아닌가 봅니다.

어떻든 본 변호인이 당시 피고인 등을 위하여 변론하면서 저항권의 범이론을 들어준 것은 피고인들의 범행이 자유민주주의의 수호를 위해서 순교자적 저항행위로서 나왔다고 변호하기 때문에 피고인들이 변호사와 같은 법률학에 대한 소양이 있었다면 주장했을 법률상의 주장을 변호를 위해서 해준 것이며,

이와 같은 변호인의 주장에 대해서는 심판부에서는 판결 중에 범죄의 성립을 조각하는 사유로서 긴급조치 1호와 4호는 자연법에 반하는 범으로서 법적 효력을 발생할 수 없다는 사유로 주장하는 것을 판단해 주기를 바랐고,

이 주장에 대해서 심판부 5명 전부가 이를 받아들이지 않는 경우에는 계속 항소심이나 대법원에서까지 이 저항권의 이론에 대한 우리 법원의 태도를 관례로 알기 위해서 주장 변론했으며,

이는 긴급조치 위반사건의 변호를 맡은 피고인으로서 주장하지 않을 수 없는 변론이었던 것입니다.

더 나아가서는 위 법률상의 주장을 재판부에서 받아들이지 않는다고 할 때에는 적어도 피고인의 행위는 자연법학자들의 견해에 의한 권리로서까지 봐주는 행위를 한 자들로서 이들을 대한 범죄 정상은 충분히 고려되어야 할 것이라는 주장도 포함되는 것입니다.

“러시아인이 당시 러시아는 후진국이라고 말한 관계로 러시아 황제로부터 엄중한 처벌을 받은 바 있다”는 부분중 엄중한 처벌을 받았다는 것은 사실과 틀리고 미친놈이라는 평을 받았다고 하였는데, 이와 같이 말한 것은 본 변호인이 피고인들의 범행은 단순히 정치적 의견이 현 정부 당국자들과 다른데서 기인된 것으로서, 피고인들이 비록 어린 대학생들이긴 하지만 그들 나름대로 애국심에 불타는 자들이고, 그들의 소견으로는 현 당국자들이 우리나라 민주공화국의 이념인 자유민주주의의 기본질서를 파괴하고 있는 것으로 보아 이 나라에 민주헌법의 기초를 확실히 세워야 한다는 애국자적 반대자에 불과하다고 보고,

러시아의 니콜라스 황제 치하에 차다예프란 귀족이 당시 자기나라가 후진국이라 한마디 한 것을 황제가 미친놈이라는 비난을 하자, 그는 ‘미친놈의 변사’란 짤막한 글을 발표하였는 바, 그 글 속에서 그는 “자기도 내 나라를 다른 사람만큼 사랑하고 있다. 다만 나는 다른 사람이 나라를 사랑하는 방법과 달리 내 나라를 사랑하고 있을 뿐이라면서, 자기는 나라를 사랑하되 눈을 감고 사랑하는 것이 아니라, 눈을 바로 뜨고 현실을 직시하며 나라

를 사랑하고 있고, 입을 다물고 나라를 사랑하는 것이 아니라 할 말을 하면서 나라를 사랑하는 것이며, 머리를 숙이고 나라를 사랑하지 않고 떳떳하게 나라를 사랑한다”고 하면서 당시 그 나라의 안이하고 맹목적인 애국심에 경고를 한 글입니다.

이 글은 미국의 플브라이트 상원의원이 미국 국회에서 월남 전쟁에 반대하는 연설을 하면서 반대하는 자의 높은 차원의 애국심을 잘 나타낸 글로 서두에 인용한 것을 본인이 변호를 위해 인용한 것입니다.

또 피고인들에 대한 이번의 판결은 후일 역사적으로 문제가 될 것이라는 뜻의 공소사실은, 이 사건은 피고인의 수에 있어서나 그들이 모두 대학생이든지 기독교인들이고, 또 젊은 시인이거나 순수한 젊은이로서 우리나라의 헌법을 개정해야겠다는 애국적 반대자들에 불과한데 세계사상 유례가 없는 가혹한 긴급조치로서 사형이니 무기징역이니 하는 중형이 구형된 우리나라 사법사상 보기 드문 역사적 사건으로서, 또 정치적 사건으로서 이런 중대한 사건을 판결하는 심판부는 역사적 안목을 갖고 정말 신중하게 하여야 할 것이란 것을 강조한 진부한 표현일 뿐이고, 심판부에 거듭 중요성을 각성시키려는 변론이었던 것입니다.

제 8 / 결론

1. 변호사는 법을 모르는 피고인을 변론해 주는 헌법상의 기관이고, 그의 직무는 단순히 개인적인 것이 아니라 자유민주주의의 기본질서를 지켜나가기 위하여 인간이 가장 최선의 방법이라

고 생각하는 삼권분립 원칙에 기하여 사법부에 의한 재판제도가 만들어져 이 재판에 관여하는 공공의 직책에 종사하는 전문가인 것입니다.

재판이 올바른 결론을 얻기 위해서는 당사자주의의 원칙이 제일 바람직하다는 인간의 오랜 경험에 의하여, 또 법관의 독립이 없으면 피고인의 인권을 지킬 수 없다는 인간의 해지에 의하여 재판부는 오로지 헌법과 법률 및 양심에 따라 재판하여야 한다는 사법권의 독립원칙을 천명하였고,

진정한 사법권의 독립은 재판에 관여하는 변호인이 직무를 행하는데 어떠한 두려움도 없이 피고인을 위해 자기 양심에 따라 하여야 할 변호를 마음대로 하여야 이루어질 수 있다는 깊은 신념이 변호인의 피고인을 위한 변론은 일반인의 행동을 규정하기 위한 다른 법률에 위반할 수 없다는 법원칙을 확립한 것이고, 이것이 변론행위의 절대적 면책특권이라고 하는 것입니다.

따라서 위 법률에 따라 피고인에 대한 원심판시 사실은 죄가 될 수 없는 것으로서 공소기각의 결정이 있어야 할 것입니다.

2. 만약에 원심판결이 한 바와 같이 피고인이 한 변론이 긴급조치 1호와 4호에 위반한다 하여 이것을 문제시한다면 민청학련사건의 심판부가 그 사건의 피고인 등에 대하여 긴급조치 1호나 4호가 자연법에 반하는 법률이고, 이는 무효의 법률이란 법적 판단 아래 이 점에 대해 무죄판결을 하였다면, 이 판결을 한 심판관도 또 긴급조치에 위반한 것이라 하여 문책할 수 있을지 의문입니다.

이렇게 심판관이 자기 양심에 따라 자연법론자의 법철학을

신봉하는 자가 되어 자기의 직무로서 무죄판결을 할 경우에 말입니다. 만약 이와 같은 결론을 내려야 한다면 긴급조치는 재판제도, 사법권 독립의 원칙, 삼권분립, 법관의 기능 등을 근본적으로 부정하는 것으로 볼 밖에 없고, 이와 같은 우리 헌법 정신에 가장 기초적인 이념을 잠정적으로나마 정지시키려면 적어도 긴급조치 중에 그와 같은 일반원칙이 무시된다는 예외를 명백히 규정했어야 할 것인데, 긴급조치 1,2,4호를 보아도 그런 해석이 가능한 규정은 조금도 찾아볼 수 없습니다.

오히려 긴급조치 2호가 절차법을 규정하면서 이번 긴급조치에 위반된 피고인들에게 대해서는 오직 군법회의법 132조, 238조, 239조 및 241조의 규정만 적용되지 않고, 이 규정 외에는 군법회의법이 그대로 준용된다고 명정하여 두었던 것을 보면 법관이나 변호인의 권리는 조금도 제한된 것이 아니니, 군법회의법 제28조는 그대로 적용될 뿐 아니라 긴급조치법 자체가 동법에 의한 변론을 하는 것은 긴급조치에 정한 비방에 해당하지 않을 것을 상정하고 있다 할 것입니다.

3. 변호인은 피고인의 대언자이고 그의 입으로서 변호업무 자체가 피고인의 과거의 범죄사실을 변호하는 자로서 피고인이 자기 자신의 범행을 변명함에 필요하다고 생각할 때에는 여하한 변명도 할 수 있는 것을 변호인의 전문지식으로 대신 말해 주는 자입니다.

이런 때 피고인에게 적용될 법률은 이런 근거로 진실한 의미의 법이 아니라고 한 것이 범죄가 된다고 하면 피고인이 자기에 적용될 법률이 무효라고 항변할 때에는 공소사실 외 또 긴급조치

위반의 죄를 범하는 것이 된다는 결론에 도달되는 명백한 논리적 모순에 봉착합니다. 이렇게 된다면 피고인의 변소가 바로 범죄가 되어 공소가 또 추가되어야 하고, 무수한 범행이 예견되어 한없는 연쇄범행이 이루어질 것으로 될 것입니다.

4. 어떤 범죄에 대해 재판을 한다 할 때에는 그 사실만이 재판의 대상인 것이 아니고, 적용법률 그것도 당연히 재판의 대상이 되는 것이고, 법률이 재판의 대상이 될 때에는 당연히 그 법률에 대한 이론적 검토, 해석상의 논란 등이 뒤따르기 마련인 것이고, 이 논의는 재판에 따르는 필요불가결한 요소라고 생각되는 것이므로, 이와 같은 변론이 긴급조치 1호와 4호에서 '본법을 비방하는 자는'이란 비방에 해당될 수 없습니다.

긴급조치가 이렇게 무차별하게 적용될 성질의 법률이라고는 보기 어렵고, 만일 이런 경우까지 적용될 것으로 제정된 것이라 하면 본인이 위에 긴급조치가 악법인 것이란 논거를 든 이유에 또 이것을 한 개의 근거로 제시하는 것입니다. 사법부에서 판단을 받지 못할 법이란 우리 권력구조상에선 허용될 수 없습니다.

5. 본 변호인은 변호사의 사명이 위에 말한 바와 같이 실로 고귀한 것이고, 피고인을 위해서는 모든 충성을 다 바쳐야 하는 것으로 알고 있고, 법의 목적은 정의의 구현에 있고 하늘이 무너져도 정의는 시행되어야 한다는 것을 신념으로 생각하고, 이를 실천코자 노력하는 진지한 법학도입니다.

법정이란 정의의 전당에서 법관과 같이 피고인의 정의를 위해 봉사하는 제관과 같은 엄숙한 일에 전념하는 자로 자처하고 있고, 법률학과 정의에 대한 연구를 평생의 학문으로 생각하고,

정열을 갖고 본인의 분야를 추구하고 있는 사람이기를 바라고 노력하는 사람입니다.

이와 같은 피고인에게 “피고인 등을 변론하게 됨을 기화로 긴급조치 등을 비방할 것을 결의하고 재판을 위협할 목적으로” 마치 변론한 것 같이 원심이 판시한 것은 본인의 인격과 존엄성에 대한 모욕과 모독으로 간주할 수밖에 없습니다. 이런 식의 자의적 판단은 법률가적 양식이나 인간의 경험칙에 반하는 것이고, 이는 변호사 전체에 대한 권력기관의 부당한 간섭을 시작하려는 전체주의적인 위험한 변호권의 침해로 간주되어야 할 것입니다.

이렇게 법을 형식적으로 다루어서 인간을 처벌하려고 할 때에는 인간이 법을 선용할 때에만 법은 건전한 것이 된다는 성정에 나타난 구절이 생각날 뿐입니다.

6. ‘재판을 위협할 목적으로’란 말만 모두에 붙이고 변론내용을 공소사실로 하면 범정부모욕이 된다고 생각하면 형사소송에 관여한 변호사를 권력기관이 박해하기 위해서는 이것보다 더 좋은 방법은 없는 것입니다.

일본 법학자들도 형사변호사에 대한 박해 문제로 학자들이 걱정하고 있는 것을 본 적이 있으나 그들이 상정하고 있는 박해 방법은, 피의자가 임의출두에 응할까란 의견을 물어서 대답해 준 것이 범인인식이 되는가, 피의사건의 증거를 검토해서 묵비권을 권고한 것이 증거인멸이 되는가, 증인이나 감정인과의 신문 준비가 위조교사가 되는가 등의 것을 활용할지 모른다고 걱정할 뿐이고, 최종변론의 내용이 범죄가 될 것은 상상도 않고 있습니다.

법정부모욕에 관해서는 영국의 다음 예는 좋은 참고가 될 것임

니다.

영국의 어스킨 변호사와 불러 판사(Buller J.) 사이에 일어난 일로서 법정에서 다음과 같은 언쟁이 있었는데, 어스킨이 말하기를 “본인은 여기 동료 시민의 변호인으로 출석하고 있기 때문에 본인은 ‘오직’이란 낱말을 기록해주기를 바랍니다.”

이에 대해 불러 판사는 “앉으시오, 변호사님. 귀하의 의무를 상기하십시오. 그렇지 않으면 본관은 다른 방법으로 소송을 진행할 수밖에 없소”라고 대꾸하고, 이에 대해 어스킨 변호사는 “재판장님은 재판장이 옳다고 생각하는대로 진행해 주시오. 본인은 재판장이 법관의 의무를 이해하듯이 본인의 의무를 알고 있으므로 본인의 의사를 굽힐 수가 없습니다.”

불러 판사는 이 대답에 대해 아무 언급이 없었으며, 후일 캄벨 대법관은 어스킨의 위와 같은 법정태도는 “재야법조인의 독립성을 표시하는 고귀한 본보기”라고 칭찬한 바 있습니다. (오스왈드 저 『법정모독』에서)

다음은 미국의 스트라이커 변호사에 관한 예를 들어보겠습니다

미국의 홀머스 대법관은 하급법원에서 검찰이 도청과 함정수사를 하여 수집한 증거에 의하여 공소한 사건에서 위 증거를 사실인정의 자료로 하여 유죄판결을 한 사건에 대해 반대의견을 집필하면서, 검찰의 처사에 대해 ‘더러운 짓(dirty business)’이라고 나무란 바가 있는데,

위 스트라이커 변호사는 어떤 사건의 변론 중에 하급법원에서 증거로 믿은 것이 바로 도청과 함정수사에 의해서 취득된 것

이었기 때문에 위에 말한 홀머스 대법관의 반대의견을 인용하면서 ‘더럽고 추잡하고 비열한 짓’이란 것을 강조하기 위해 이 용어를 되풀이 사용하고, 점점 소리를 높여가면서 계속함으로써 결국 법정이 시끄러울 정도가 되자 재판관은 “좀 조용히 말하시오. 무슨 말인지 들립니다”는 꾸중을 한 바 있습니다.

이때 스트라이커 변호사는 “본인의 언성이 재판관님들을 불쾌하게 한 것을 대단히 죄송하게 여깁니다. 이와 같은 일이 생긴 것은 본인은 지금까지 본인에게 분노를 일으키게 하는 불의를 보고 점잖게 견뎌 적이 없었기 때문입니다. 본인은 위증으로 우리 국민 한 사람의 자유가 침해되는 것을 보고 태연한 언조로 말할 수 있는 정도의 수양이 못되었습니다. 그렇지만 나도 위로받는 경우가 있습니다. 그것은 1976년 2월 보스톤의 조그만 법정에서의 일입니다. 그때 제임스 오티스 변호사는 적대감에 싸여있는 법정에서 일반 수색영장의 부당성에 대해서 우리와 같은 맹박을 한 일입니다. 본인은 그때 오티스 변호사도 그의 어조를 높였다는 것을 알고 만족하고 있는 것입니다.”

7. 본인의 본건 변론도 위 스트라이커나 어스킨 변호사와 같은 고귀한 사명감에 따라 오직 피고인 등을 위해 하였을 뿐이고, 이것이 원심판사와 같이 문제가 된다면 본건 재판은 변호인의 자랑스러운 전통과 사법권의 독립 그것이 심판을 받는 것이며, 궁극적으로는 자유민주주의의 기본질서가 위협받을 지도 모르는 중대한 결과가 될 판례가 될지도 모릅니다.

▲ 상고이유 제2점

긴급조치 제1호, 4호 중에 '본법을 비방한 자'란 범문의 비방행위는 동 조치 위반자를 변호하는 변호인의 변호행위까지 금한다고 볼 수 없음에도 이 해석을 잘못하여 법률해석을 그르친 잘못이 있다.

▲ 상고이유 제3점

긴급조치 제1호와 4호는 자연법에 반하는 법률로서 아무런 효력이 없는 것이고, 무효한 법률에 의하여 원심이 피고인에 대하여 효력이 있는 것으로 오해하여 적용한 것은 잘못이다.

위 상고이유 제3점이나 제2점에 대한 자세한 이유는 이미 위 제1점의 상고이유 중에 자세히 진술되어 있는 것을 채용함.

위와 같은 이유로 상고하오니 위원에서는 위 이유를 검토하시고 원심판결을 파악한 뒤 무죄나 공소기각의 자판을 바랍니다.

1974. 12

상고인 강신욱