

발간등록번호

11-1332522-000003-10

第 27 輯

ISSN 1738-2971

第二十七輯 治安論叢

2011 Police Science Journal

- 이주락** (경기대학교) 영·미 집회·시위 관리기법의 검토 및 그 시사점에 관한 연구
- 박현호** (웅인대학교) 방법용 CCTV의 사양표준 및 효율적 관리방안
- 김진태** (연세대학교) 교통운영체계선진화사업의 탄소감축 청정개발효과 연구
- 한상훈** (연세대학교) 사법개혁관점에서 바라본 수사효율성 제고 논의의 적정성에 관한 연구
- 이창훈** (미국 아칸소대) 민간조사관 활동이 경찰활동에 미치는 영향 연구

治安政策研究所

발 간 사

우리 경찰에서는 공명정대, 소통·화합, 공감치안을 목표로 '국가와 국민을 위한 경찰'로 거듭나기 위해 국민 중심의 맞춤형 치안활동을 전개하고자 여러 변화를 추진하고 있습니다.

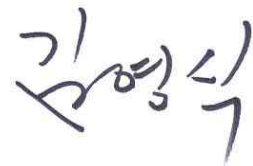
이에 국정과 사회적 요구를 반영한 '친서민 치안정책'을 최우선으로 하는 '기본과 원칙 구현을 위한 7대 과제'를 선정하여, 경찰 정책을 개선하고 있으며 이는 나아가 세계최고의 민생치안과 법질서 확립을 위한 디딤돌이 될 것이라고 생각합니다.

치안정책연구소는 경찰유일의 연구기관으로서 급변하는 치안환경 변화에 앞서가는 중장기 치안정책을 연구·개발하여 시의적절한 정책 대안을 제공하고 있으며, 이에 '사법개혁관점에서 바라본 수사효율성 제고 논의의 적정성에 관한 연구' 등 5편의 논문을 엄선하여 「치안논총」 제27집을 발간하게 되었습니다.

항상 「치안논총」에 관심과 성원을 보내주신 분들께 깊은 감사를 드리며 훌륭한 논문을 완성하여 주신 연구진과 논총발간에 애써주신 관계자 여러분들의 노고에 깊이 감사드립니다.

2011. 8

치안정책연구소장



총 목 차

- ◆ 영·미 집회·시위 관리기법의 검토 및 그 시사점에 관한 연구5
- ◆ 방법용 CCTV의 사양표준 및 효율적 관리방안115
- ◆ 교통운영체계선진화사업의 탄소감축 청정개발효과 연구213
- ◆ 사법개혁관점에서 바라본 수사효율성 제고 논의의 적정성에 관한
연구343
- ◆ 민간조사관 활동이 경찰활동에 미치는 영향 연구447

사법개혁관점에서 바라본 수사효율성 제고 논의의 적정성에 관한 연구

《 研究 陣 》

연구 위원 : 한 상 훈 (연세대학교 법학전문대학원)

목 차

제1장 서론	347
제2장 중요참고인 구인제와 공판중심주의	349
제1절 문제의 소재	349
제2절 현행법상 참고인 강제수사 방안	349
1. 서설	349
2. 공판 전 증거보전절차	350
3. 공판 전 증인신문의 청구	352
제3절 외국의 입법례	353
1. 미국의 참고인 구인제도	353
2. 독일의 참고인 구인제도	358
3. 프랑스의 참고인 구인제도	360
4. 일본의 공판전 증인신문제도	362
제4절 참고인 구인제도의 도입 논의	364
1. 찬성론	364
2. 반대론	365
3. 검토	366
제3장 사법방해죄의 도입여부와 공판중심주의	369
제1절 논의의 배경	369
제2절 외국의 입법례	370
1. 미 국	370
2. 독 일	387
3. 오스트리아	390
4. 스위스	393
5. 프랑스	396

제3절	우리나라의 사법방해행위에 대한 규제	401
1.	개 관	401
2.	형법에서의 사법방해행위 규제 관련 규정	401
3.	특정범죄가중처벌등에관한법률에서의 사법방해행위 규제 관련 규정	407
제4절	사법방해죄의 도입 논의	408
1.	찬성론	408
2.	반대론	409
3.	검토	410
제4장	유죄협상(Plea Bargaining)의 도입여부와 공판중심주의	414
제1절	서론	414
제2절	유죄협상의 개념과 형태	415
1.	유죄협상의 절차적 개념	415
2.	유죄협상의 실체적 개념	416
제3절	외국의 입법례	416
1.	미국의 유죄협상 제도	416
2.	영국의 유죄협상 제도	429
3.	이탈리아의 유죄협상제도	430
4.	스페인의 유죄협상제도	431
5.	프랑스의 유죄협상제도	432
6.	독일의 유죄협상제도	433
제4절	유죄협상제도의 도입여부 검토	436
1.	개 관	436
2.	결과의 적정성 문제	437
3.	공판중심주의와의 관계	437
제5장	결 론	439
참 고 문 헌	443

제1장 서론

2007년 개정되어 2008년부터 시행된 형사소송법과 국민의 형사재판 참여에 관한 법률 등 관련 법률은 제도상의 많은 변화를 가져왔다. 피의자, 피고인의 구속과 석방에 대한 절차, 범죄피해자의 권리 강화, 필요적 변호제도, 공판준비절차, 증거법 개정, 국민참여재판(배심원제)의 도입 등이 그것이다. 이를 통하여 피의자, 피고인의 인권이 한층 두텁게 보호되는 한편, 조서나 기록 중심의 형사절차는 공판중심주의로 변화하기 위한 토대를 마련하고, 실체적 진실의 발견에도 더욱 효율적으로 기여할 수 있게 되었다. 즉 과거 권위주의 시대의 인권침해적인 수사절차를 개선하여 피의자와 피고인의 인권보장책을 확충하고 수사에서 적법절차를 강조하는 바람직한 방향으로 이루어져 왔고, 이에 따라 수사기관의 수사업무에도 획기적인 개선이 있다고 평가되고 있다.

그러나, 최근 들어 일부에서는 실체진실의 발견과 수사의 효율성을 위한 대책 마련의 필요성을 주장한다. 2009. 1. 법무부·검찰에서는 형사법에서의 실체진실을 발견하고 국가 형벌권의 적정한 행사를 담보하기 위하여 여러 선진 각국에서 시행되고 있는 ① 제한적 유죄협상(plea bargaining)제도, ② 사법협조자에 대한 형벌감면제도, ③ 참고인 강제구인제도(중요참고인 출석의무제도), ④ 사법방해죄(참고인의 허위진술죄)의 도입을 적극 추진하겠다고 밝힌 바 있고,¹⁾ 이를 반영한 형법과 형사소송법 개정안을 2010년

1) 법무부는 2002. 12.경 실체적 진실 규명을 위하여 참고인의 허위진술을 처벌하는 내용의 사법방해죄의 신설, 참고인 강제구인제도의 신설 등을 내용으로 하는 형법 및 형사소송법 개정초안을 만들었으나, 대법원, 대한변협, 학계, 시민단체의 강한 반대에 부딪쳐 무산된 바 있다. 당시 대법원은 법무부가 제안한 개정초안에 대하여 수사편의적인 발상에 치우쳐 있어 인권침해 소지가 많고 특히 참고인 구인제와 사법방해죄를 동시에 시행하게 되면 공판중심주의를 해쳐 법정공방이 극도로 위축될 우려가 있다고 하여 반대의사를 표명하였고, 대한변호사협회는 수사기관에 대한 참고인의 진술이 허위이나 여부를 판단하는 기준이 문제되고 피의자의 허위진술이 범죄가 성립하지 않는데 반해 참고인이 허위진술을 범죄로 규정하는 것은 불합리할 뿐만 아니라 참고인의 진술강요를 위한 도구로 악용될 우려가 있고 기존의 위계에 의한 공무집행방해죄 등으로 처벌할 수 있는 사안이라고 하여 반대의견을 표명하였다. 박승환, “사법방해죄 도입론 -수사절차에서의 허위진술을 중심으로-”, 법조 통권 제 629호, 법조협회, 2009.2, 138면.

12월 20일에 입법예고하였다.²⁾

그러므로 이러한 상황에서 2007년 형사소송개혁의 의미를 되짚어 보고, 새로운 개정의 방향이 적절한지 검토할 필요가 있다. 본고에서는 특히 공판중심주의라고 하는 최근 형사소송의 기본정책의 관점에서 살펴보고자 한다.

공판중심주의는 공판절차를 중심으로 형사재판이 이루어져야 한다는 원칙을 의미한다. 공개주의, 변론주의, 당사자주의, 실체진실주의 등을 이론적 배경으로 한다. 검사와 피고인이라고 하는 양 당사자가 공판절차에서 서로 다투고 갑론을박하는 과정을 통하여 실체적 진실에 보다 쉽게 접근할 수 있다는 것이다.

2) 법무부 홈페이지 참조.

http://www.moj.go.kr/HP/COM/bbs_04/BoardList.do?strOrgGbnCd=100000&strRtnURL=MOJ__40203000&strFilePath=moj/&strNbodCd=foru0002

제2장 중요참고인 구인제와 공판중심주의

제1절 문제의 소재

살인, 강도, 강간 등 강력사건에서 물적 증거의 확보는 범죄를 밝히고 진상을 규명하는 데에 핵심적으로 중요하다. 특히 최근 과학적 수사를 강조하는 사회적, 법적 경향은 더욱 물적 증거의 중요성을 부각시킨다. 그런데 일반적인 형사사건에서 피의자 및 참고인의 진술에 의하여 실체가 규명될 수도 있고 이때 목격자, 이해관계인 등 참고인의 진술은 실체진실을 발견하기 위한 수사에서 필요한 때가 있다.³⁾ 따라서 일각에서는 중요참고인의 진술을 확보하기 위한 강제구인제 등의 도입이 필요하다고 주장한다. 이하에서는 각국의 참고인 진술 확보 방안에 대한 입법례를 검토한 후 우리 형사사법절차를 도입할 필요성이 있는지 공판중심주의의 관점에서 검토해보기로 한다.⁴⁾

제2절 현행법상 참고인 강제수사 방안

1. 서 설

우리나라의 형사소송법은 참고인에 대한 임의수사 원칙을 규정하고 있다. 따라서 현행 제도 하에서는 참고인이 출석요구에 불응하는 경우 출석을 강제할 수 있는 방안으로는

3) 조민우, 앞의 논문, 314-315면.

4) 참고인이란 피의자가 아니면서 수사기관에 대하여 피의사건에 관하여 진술하는 제3자를 말한다. 참고인은 제3자라는 점에서 넓은 의미에서는 증인이라고 말할 수도 있으나, 수사기관에 대하여 진술하는 자라는 점에서 법원 또는 법관에 대하여 경험한 사실을 진술하는 제3자인 증인과 구별된다. 따라서 참고인 구인제도란 수사목적상 범죄와 관련하여 그 범죄사실에 대한 지식을 가지고 있다고 여겨지는 피의자·피고인 이외의 제3자를 특정장소에 소환하고 진술을 강제할 수 있는 제도라고 정의될 수 있다. 고재엽, “참고인조사에 수반된 사법방해 논의에 관한 연구”, 전남대학교 박사학위논문, 2009, 30면.

형사소송법 제184조 제1항에서 검사, 피고인, 피의자 또는 변호인이 판사에게 압수, 수색, 검증, 증인신문 또는 감정을 청구할 수 있는 증거보전제도가 있고, 또한 제221조의2에서 검사가 제1회 공판기일 전에 한하여 판사에게 증인신문을 청구할 수 있는 제도가 있다.⁵⁾

2. 공판 전 증거보전절차

가. 의 의

증거보전이란 공판정에서의 정상적인 증거조사가 있을 때까지 기다려서는 증거방법의 사용이 불가능하거나 현저히 곤란하게 될 염려가 있는 경우에 검사, 피고인, 피의자 또는 변호인의 청구에 의하여 판사가 미리 증거조사를 하여 그 결과를 보전하여 두는 제도를 말한다. 형사소송법 제184조는 증거보전에 대하여 규정하고 있다. 수사기관이 아닌 판사가 행하고 증거를 보전하지 않으면 사용인 곤란한 사정이 있을 것을 요건으로 한다는 점에서 수사와는 성격을 달리한다. 또한 증거보전절차는 제1회 공판기일 전에 한하여 행하여지고 수소법원 이외의 판사가 주체가 된다는 점에서 제290조 이하에서 규정하고 있는 증거조사절차와는 구별된다.⁶⁾

나. 입법취지

증거보전절차는 기본적으로는 수사기관이 수사단계에서 강제수사를 할 수 있는 권한을 가지고 있음에 반하여 아무런 강제방법을 가지고 있지 아니한 피의자나 피고인을 보호하

5) 국가보안법 제18조는 “검사 또는 사법경찰관으로부터 동법 위반사건에 대한 참고인으로 출석을 요구 받은 자가 정당한 이유 없이 2회 이상 출석에 불응한 때에는 관할법원 판사의 영장을 발부받아 구인할 수 있으며, 필요한 때에는 구인된 참고인을 경찰서 기타 적당한 장소에 임시로 유치할 수 있다”고 규정하고 있다. 이에 대해 수사의 협조자에 불과한 참고인을 강제구인까지 할 수 있도록 한 것은 과잉형사입법이라는 비판이 있다. 박미숙, “참고인의 출석·진술강제와 수사상 증인신문청구제도”, 형사정책연구 제13권 제4호, 한국형사정책연구원, 2002, 44면.

6) 2007년의 개정 형사소송법 제290조는 쟁점정리 및 당사자의 진술 이후에 증거조사를 실시하고, 증거조사 이후에 피고인 신문은 하도록 규정하였다. 이는 증거조사를 실시하기 이전에 피고인신문을 먼저 하는 것은 피고인을 검사와 대등한 당사자가 아니라 절차의 객체 또는 신문의 대상으로 인식하게 할 우려가 있다는 점을 고려한 것이다.

기 위하여 마련된 장치인 것으로 해석되고 있다. 피의자, 피고인에게도 증거보전제도를 통하여 자기에게 유리한 증거를 수집, 보전할 수 있는 권리를 보장해 줌으로써 피의자, 피고인의 지위를 강화하여 공정한 재판의 이념을 실현하기 위한 제도로 볼 수 있다. 따라서 현행 형사소송법이 검사에게도 증거보전절차를 보장하고 있는 것은 제도의 취지에 어긋난다는 주장도 가능하다.⁷⁾

다. 증거보전의 요건

증거보전은 미리 증거를 보전하지 않으면 증거의 사용이 곤란할 것, 즉 증거보전의 필요성이 인정되어야 하고, 제1회 공판기일 전에 한하여 사용할 수 있다(제184조 제1항). 증거의 사용 곤란에는 그 증거의 증거조사가 곤란한 경우뿐만 아니라 증명력에 변화가 있는 경우도 포함된다.

개정 전의 형사소송법의 해석상으로는 “제1회 공판기일 전”의 의미에 관하여 피고인 신문이 개시되기 전이라는 견해와 검사의 모두진술이 끝난 때를 말한다는 견해가 대립되고 있었다. 그러나, 개정 형사소송법은 피고인신문시기를 증거조사 종료 후로 변경하였고(제296조의2), 피고인의 모두진술(제286조)과 재판장의 쟁점정리 및 검사·변호인의 증거관계 등에 대한 진술(제287)을 요구하고 있으므로 이들 견해는 더 이상 유지될 수 없게 되었다. 현행법상으로는 수소법원이 실질적인 증거조사를 할 수 있는 시점 이전까지 증거보전을 청구할 수 있다고 보는 것이 적절하다고 생각된다.

라. 증거보전의 내용

증거보전청구를 할 수 있는 처분은 압수, 수색, 검증, 증인신문 또는 감정에 한하므로 피의자신문 또는 피고인신문을 구하는 증거보전청구는 허용되지 않는다. 공범관계에 있는 피의자, 피고인에 대하여 증거보전방법에 의한 증인신문청구가 허용되는지 여부에 관하여 판례는 이를 인정하고 있다.⁸⁾

7) 현행 형사소송법과 달리 일본 형사소송법은 피의자 또는 피고인에게, 독일 형사소송법은 피의자에게만 증거보전청구권을 인정하고 있다.

8) 대법원 1988.11.8. 선고 86도1646 판결: “공동피고인과 피고인이 뇌물을 주고 받은 사이로 필요적 공

마. 증거보전절차에서 작성된 조서의 증거능력

증거보전절차에서 작성된 조서는 법원 또는 법관의 조서로서 당연히 증거능력이 인정되나, 증거보전절차에서 피의자와 변호인에게 참여의 기회를 주지 않은 때에는 증인신문 조서의 증거능력이 부정된다는 것이 학설과 판례이다.⁹⁾

3. 공판 전 증인신문의 청구

가. 의 의

형사소송법 제221조의2가 규정하고 있는 증인신문의 청구란 참고인이 출석 또는 진술을 거부한 경우에 제1회 공판기일 전까지 검사의 청구에 의하여 판사가 그를 증인으로 신문하는, 진술증거의 수집과 보전을 위한 대인적 강제처분을 말한다. 수소법원이 아닌 판사에 의한 참고인에 대한 증인신문이라는 점에서 수소법원의 증인신문과 구별된다. 증거의 수집과 보전을 목적으로 하는 판사에 의한 강제처분이라는 점에서는 증거보전과 유사하다. 그러나 증인신문의 청구는 청구권자가 검사로 제한되어 있을 뿐만 아니라 청구의 요건과 내용에 있어서도 증거보전과는 차이가 있다.

나. 법적 성격 및 문제점

증인신문청구제도의 법적 성격에 대하여는 제221조 참고인조사의 특칙으로 이해하여 참고인의 출석강제제도로 이해하는 견해, 증거보전의 한 형식으로 이해하는 견해, 수사진전을 도모하기 위한 강제처분으로 보는 견해 등이 있다. 진술번복의 염려가 있는 경우에 증인신문청구를 할 수 있도록 한 제221조 제2항의 규정이 위헌결정이 내려져 2007년 형사소송법 개정시 삭제됨에 따라 증인신문의 청구는 법관과 상대방의 참여가 필요하다. 제184조의 증거보전절차와는 달리 참고인 또는 증인의 진술을 확보하기 위한 수사기관의 절차라고 볼 수 있다.

법관계에 있다고 하더라도 검사는 수사단계에서 피고인에 대한 증거를 미리 보전하기 위하여 필요한 경우에는 판사에게 공동피고인을 증인으로 신문할 것을 청구할 수 있다.”

9) 대법원 1992.2.28. 선고 91도2337 판결.

다. 증인신문 청구의 요건

증인신문의 필요성과 제1회 공판기일 전이라는 요건이 필요하다. 형사소송법 제221조의2에 의하여 증인신문의 필요성이 인정되는 경우는 범죄의 수사에 없어서는 아니 될 사실을 안다고 명백히 인정되는 자가 수사기관의 출석요구에 대하여 출석 또는 진술을 거부하는 경우와 진술변복의 염려가 있는 경우 등 두 가지가 있었으나, 헌법재판소는 진술변복의 염려가 있는 경우에 대해서 적법절차의 원칙과 공정한 재판을 받을 권리에 위배된다는 이유로 위헌결정을 하였다.¹⁰⁾ 따라서 증인신문의 필요성이 인정되는 경우는 출석 또는 진술을 거부하는 경우로 한정된다.

범죄수사에 없어서는 아니 될 사실이란 범죄의 증명에 없어서는 아니 될 사실보다는 넓은 개념으로 범죄의 성부에 관한 사실뿐만 아니라 정상에 관한 사실로서 기소, 불기소의 결정과 형의 양정에 중대한 영향을 미치는 사실도 포함한다.

제3절 외국의 입법례

1. 미국의 참고인 구인제도¹¹⁾

가. 개 관

미국연방 수정헌법 제6조의 “누구든지 형사소추에서 자기에 유리한 증언을 확보하기 위하여 강제적 절차를 요구할 권리를 가진다”는 조항에 근거하여, 미국에서 비협조적인 참고인의 출석을 강제하는 방법으로는 대배심의 벌칙부 소환영장(Grand Jury Subpoena) 제도, 대배심이 시행되고 있지 않은 주에서의 검찰의 벌칙부 소환영장(Criminal Investigative Subpoena)제도, 중요참고인 체포(Detention of material witness)제도가 있다. 인권보장의 선진국으로 일컬어지는 미국에서는 자기부죄거부의 특권, 미란다

10) 헌법재판소 1996.12.26. 선고 94헌바1 결정.

11) 미국의 참고인 구인제도에 대한 자세한 설명은 조상준, “참고인 구인제도”, 참고인 진술 확보 방안 연구(미래기획단 연구총서 III), 대검찰청 검찰미래기획단, 2007, 4-24면 참조.

원칙, 위법수집증거배제의 원칙 등 피의자의 인권보호를 위하여 형사절차에 대하여 엄격한 제한을 두고 있으면서도, 다른 한편으로는 수사기능의 강화를 도모하고 사법정의 실현을 위하여 제도적 보완장치를 마련한 것이라고 볼 수 있다.¹²⁾

나. 대배심의 벌칙부 소환영장제도(Grand Jury Subpoena)

(1) 의의

검사가 대배심을 이용하여 참고인에게 소환장을 발송하여 대배심에 출석하게 하여 진술을 듣고, 소환된 참고인 가운데 이른바 자기부죄거부특권을 주장하는 자에게는 적극적으로 기소면제를 부여하여 진술하게 하는 제도를 말한다.¹³⁾

대배심은 혐의자에 대한 기소여부를 결정하기 위하여 필요한 수사를 할 권한이 있는데, 이러한 수사기관으로서의 기능을 제도적으로 뒷받침하기 위하여 벌칙부 소환영장의 발부권한이 부여되었다. 모든 시민은 대배심의 소환장에 응할 의무가 있으며, 이에 불응한 경우 법원으로부터 법정모욕에 따른 구금 등의 제제가 가해진다.¹⁴⁾

(2) 벌칙부 소환영장의 종류

대배심의 subpoena에는 증인소환영장(subpoena ad testificandum)과 문서지참소환영장(subpoena duces tecum)의 두 가지가 있다.

증인소환영장은 소환장을 받은 사람으로 하여금 특정 일시, 장소에 출석하여 증언하도록 하는 내용의 소환장을 말한다. 이는 대배심에서의 증언을 강제할 뿐이며 검찰에서의 신문에 강제로 응하도록 하는 것은 아니다. 그리고 일반적인 압수·수색영장과는 달리 상당한 이유(probable cause)가 있어야 하는 것은 아니다.¹⁵⁾

12) 김영철, “수사절차에서의 개선입법론”, 형사법연구 제22호, 한국형사법학회, 2004, 246면.

13) 비슷한 개념으로 일부 주에서 채택하고 있는 검찰의 벌칙부 소환영장제도가 있으나 그 내용 및 요건은 대배심의 벌칙부 소환영장제도와 대동소이하고 연방에 의한 규정이 아니므로 자세한 검토를 생략한다.

14) 김영철, 앞의 논문, 246-247면. 이런 점으로 인하여 이 제도는 규문주의적 제도라는 평가도 있다. LaFave et al., Criminal Procedure, § 1.5(c) Adversary adjudication, n. 104 참조.

15) 조상준, 앞의 논문, 9면.

문서지참소환영장은 영장을 발부받은 사람으로 하여금 책, 서류, 문서 기타 물적 증거를 제출하도록 명하는 소환장을 말한다. 이 소환영장을 이용하여 제출을 명할 수 있는 증거에는 음성표본, 필적표본, 모발표본 등이 포함된다. 다만 개인이 자기의 사적인 기록 등을 제출함으로써 유죄를 받을 가능성이 있는 경우에는 자기부죄거부특권이 적용되므로 제출을 거절할 수도 있다.¹⁶⁾

(3) 벌칙부 소환명령의 강제성

정당한 소환장(subpoena)에 정해진 일시에 피소환자가 출석을 거부하거나 출석하지 못하는 경우 또는 그 소환영장에 규정된 문서의 제출을 이행하지 않거나 고의적으로 불충분하게 이행한 경우 피소환자는 법원에 의하여 처벌을 받게 된다. 증인소환영장의 경우 소환장을 받고도 출석하지 않은 것만으로도 법정모욕죄가 성립할 수 있다.¹⁷⁾ 형사적 법정모욕죄의 경우 벌금 또는 구금형을 부과할 수 있으며, 구금형의 경우 그 상한은 없으나 6월을 넘는 형을 선고하기 위해서는 소배심에 의한 재판을 받아야 한다.¹⁸⁾ 문서지참소환영장의 경우 단순 불출석만으로도 사법방해죄에 해당한다는 판례도 있다.¹⁹⁾

주의할 점은 소환장에 의한 강제는 미국 지방법원에 부여되어 있는 권한이지 검사나 대배심에 부여된 것이 아니라는 점이다. 즉 소환장에 의한 출석의무위반을 이유로 한 유죄판결은 법원의 권한이고 법원이 결정을 내리게 된다. 법원이 법정모욕죄 등을 선고하기 위한 전제로서 소환장의 발부가 적법한 요건을 갖춘 것인지를 먼저 심사해야 한다.²⁰⁾

다. 중요참고인 체포제도

(1) 의의

전통적으로 미국에서 구금은 범죄행위로 기소되거나 유죄가 확정된 개인에 대하여 행하여졌다. 그러나 특별한 요건 하에서 연방과 각 주 법규는 집행기관에게 범죄를 범하지

16) 조상준, 앞의 논문, 10면.

17) 김영철, 앞의 논문, 247면.

18) 18 U.S.C. §401.

19) U.S. v. Weiss, 491 F. 2d 460(1974); 조상준, 앞의 논문, 14면.

20) 조상준, 앞의 논문, 14면.

않은 사람들을 체포하여 구금하는 것을 허용하고 있는데, 이러한 구금을 허용하는 근거가 중요참고인 체포조항이다. 미국연방법률 18편 3144조는 어떤 사람이 범죄를 목격하였거나 범죄에 대하여 잘 알고 있어서 중요한 증인인데 별칙부 소환영장에 의하여는 그의 출석을 확보하는 것이 곤란할 때 이러한 구금방식을 허용하고 있다.²¹⁾

이 제도는 범죄의 수사, 증거의 수집, 공소유지를 위한 제도로서 그 활용 시기나 목적에 제한이 없으나 검찰이나 경찰에서의 증언거부에 대해 법정모욕죄에 의한 처벌이 수반되지 않는다는 점에서, 기소 전 단계에서만 이용되고 소환거부나 증언거부시에 법정모욕죄에 의한 제재 외에 별다른 체포, 구금 등의 강제조치를 취할 수 없기 때문에, 별칙부 소환영장제도와는 차이가 있다.²²⁾

(2) 이론적 근거

중요참고인 체포제도에 관한 법규들은 당해 참고인의 자유권을 적절히 제한하지 아닐 경우 공판절차에 출석하여 증언할 가능성이 희박한 참고인에 대한 체포 및 구금까지 이를 수 있도록 규정하고 있는데, 그 이론적 근거를 다음의 세 가지에서 찾을 수 있다.²³⁾

첫째, 미연방헌법 수정조항 제6조의 형사피의자 또는 피고인이 자신에게 불리한 증언을 하는 증인과 대면할 수 있는 권리 및 자신에게 유리한 증언을 확보함에 있어서 강제적인 절차를 취할 수 있는 권리에서 그 근거를 찾을 수 있다.

둘째, 연방대법원의 판례에서 밝힌 바와 같은 범죄공개 의무(the duty to disclose

21) 18 U.S.C. § 3144. Release or detention of a material witness

If it appears from an affidavit filed by a party that the testimony of a person is material in a criminal proceeding, and if it is shown that it may become impracticable to secure the presence of the person by subpoena, a judicial officer may order the arrest of the person and treat the person in accordance with the provisions of section 3142 of this title. No material witness may be detained because of inability to comply with any condition of release if the testimony of such witness can adequately be secured by deposition, and if further detention is not necessary to prevent a failure of justice. Release of a material witness may be delayed for a reasonable period of time until the deposition of the witness can be taken pursuant to the Federal Rules of Criminal Procedure.

22) 김영철, 앞의 논문, 248면.

23) 김영철, 앞의 논문, 249면.

knowledge of crime)에서 찾을 수 있다. 연방대법원은 “모든 국민은 범죄를 인지하였을 경우 이를 공개하여야 할 의무가 있고, 동 의무의 중대성으로 말미암아 비록 죄를 범하지 아니한 사람일지라도 보석보증금을 제출하지 아니하면 중요참고인으로 구금될 수 있다”고 보았다.²⁴⁾

셋째, 당해 사건의 재판시까지 증인의 신변보호를 위해서 중요참고인 체포제도의 목적을 찾기도 한다. 이에 따르면 이 제도는 증인의 신변보호가 문제될 경우 더욱 더 이용가능성이 높을 것이고 나아가 증인이 피의자로부터 위협받고 있다는 사실만 입증된다면 본 제도를 활용할 요건이 충족되었다고 판단할 수 있을 것이다.

(3) 중요참고인 체포의 요건과 절차

중요참고인을 체포하기 위해서는 첫째, 참고인이 그 사건의 해결에 있어 중요한 인물이어야 하고(materiality), 둘째, 그 참고인의 출석을 벌칙부 소환영장에 의하여는 보장할 수 없는 경우(impracticability of securing presence by subpoena)라야 한다.

중요참고인의 체포는 당사자, 즉 검사나 피의자(피고인)이 모두 선서진술서(affidavit)에 의하여 신청하여야 한다. 따라서 검사에게만 신청권이 제한되는 것이 아니라, 피의자나 피고인도 자신에게 유리한 증인의 체포를 신청할 수 있다. 중요참고인의 체포는 원칙적으로 법관이 발부한 체포영장에 의하여야 하며, 영장을 발부하기 위하여는 상당한 이유가 제시되어야 한다.²⁵⁾

중요참고인의 증언은 진술녹취서에 의하여 적절하게 보존될 수 있고, 사법정의의 실현을 위하여 더 이상의 구금이 필요하지 아니한 경우에는 그 어떤 중요참고인도 석방조건을 이행할 수 없다는 이유로 구금되어서는 안 된다. 다만 중요참고인의 석방은 연방형사

24) Stein v. New York, 346 U.S. 184(1953); 김영철, 앞의 논문, 249면 참조.

25) U.S. v. Coldwell, E.D.Okla,1979, 496 F.Supp. 305; In Perkins v. Click, 148 F. Supp. 2d 1177 (D.N.M. 2001), the court held that a material arrest warrant under 18 U.S.C.A. §§ 3144 must be supported by probable cause, the judicial officer issuing an arrest warrant for a material witness must have probable cause to believe that the testimony of the person is material, and the judicial officer must have probable cause to believe that it may become impracticable to secure the person's presence by subpoena, because the arrest and detention of a potential witness is just as much an invasion of the person's security as if she had been arrested on a criminal charge, the court said.

소송규칙이 정한 바에 따른 진술녹취서의 작성에 필요한 합리적인 기간 동안 지연될 수 있다.²⁶⁾

(4) 체포된 참고인의 권리

중요참고인으로 체포된 모든 사람은 변호인의 조력을 받을 권리가 있고, 국가는 변호인을 선임해주어야 한다.²⁷⁾ 검사는 체포되어 있는 중요참고인의 명단과 구금되어 있는 이유를 2주마다 법원에 보고하여야 하며(미국형사소송규칙 제46조), 또한 보석의 가능성도 다른 피구금자에 비하여 크다. 이러한 절차적 보장장치로 인하여 중요참고인 체포조항이 헌법에 위반되지 않는다고 한다.²⁸⁾

2. 독일의 참고인 구인제도

가. 개 관

독일의 형사소송법은 국가기관인 검사가 수사의 주재자로서 범죄를 수사하여 공소를 제기하고, 공판절차에서 심판의 주체인 법원이 진실규명의 책무를 수행하는 대륙법계 직권주의를 채택하고 있다. 1975년 개정된 형사소송법은 예심제도를 폐지하고 예심판사가 가지고 있던 피의자나 참고인의 구인권 등을 검사에게 부여하였다. 이 조문은 종래 예심판사와 검사에 의해 분점되고 있던 수사절차를 검사에게 집중시킨 조문으로 평가된다.²⁹⁾

따라서 수사절차에서는 검사가 증인³⁰⁾을 소환하여 조사하는데, 특히 참고인의 일반적인 출석 및 진술의무를 규정하고 있는 독일 형사소송법 제161조a 제1항은 검사의 소환

26) 18 U.S.C. §3144.

27) 2 A.L.R. Fed. 2d 425; In re Class Action Application for Habeas Corpus on Behalf of All Material Witnesses in Western Dist. of Texas, 612 F. Supp. 940 (W.D. Tex. 1985).

28) U.S. v. Awadallah, 349 F.3d 42, 2 A.L.R. Fed. 2d 705 (2d Cir. 2003), cert. denied, 125 S. Ct. 861, 160 L. Ed. 2d 781 (U.S. 2005) 참조.

29) Kleinecht/Meyer-Großner, StPO, 47Aufl, §161a. Rn. 1; 조상준, 앞의 논문, 24면 참조.

30) 독일 형사소송법에서의 증인은 자신과 관련이 없는 형사소송절차에서 사실관계에 대한 정보를 제공할 수 있는 제3자로 이해된다. 우리 형사소송법과는 달리 법원 또는 법관에 대한 개념이 아니므로 증인과 참고인의 구별 없이 모두 증인(eine Beweisperson)으로 통칭된다. 서보학, “참고인 강제 구인제도에 대한 비판적 고찰”, 형사법연구 제21권 제3호, 한국형사법학회, 2009, 60면.

에 의한 증인 및 감정인의 출석 및 진술의무를 규정하면서 동법 제1편 제6장과 제7장의 증인과 감정인에 관한 규정을 준용하고 있다. 또한 동조 제2항은 증인이나 감정인의 정당한 이유 없는 불출석이나 증언거부에 대하여 동법 제51조(불출석의 효과), 제70조(이유 없는 증언거부 또는 선서거부), 제77조(감정인 의무의 위반)에 규정된 처분권한을 검사에게 부여하고 있다.³¹⁾ 그러나 이 중에서 출석이나 진술을 거부하는 증인에 대한 감치(Ordnungshaft)의 권한은 오직 법관만이 행사할 수 있다(동법 제161a조 제1항 참조).

나. 참고인 출석 및 진술의무 제도

독일 형사소송법 제161a조 제1항은 “증인과 감정인은 검사의 소환에 응해 출석하여 사건에 관하여 진술하거나 감정을 행할 의무가 있다”고 규정하고 있다. 이에 따라 검사의 적법한 소환에 응하지 않은 증인은 동법 제51조에 의하여 그 불출석이나 진술거부로 인하여 유발된 비용이 부과되는 동시에 벌금의 질서벌(Ordnungsgeld)이 부과될 수 있다. 이를 동시에 부과할 수 없는 때에는 감치에 의한 질서벌(Ordnungshaft)에 처할 수도 있으나, 검사가 참고인을 소환하였음에도 정당한 이유 없이 이에 응하지 않은 경우 강제 구인명령을 내릴지 여부는 법관이 결정한다.³²⁾ 불출석이 반복되는 경우에는 다시 질서벌을 부과할 수도 있다. 다만 동법 제51조 제3항은 구류의 질서벌에 대한 처분권을 소송준비절차에서의 판사 및 수명법관, 수탁판사에게 귀속시키고 있으며 선서를 전제로 한 신문은 판사에게 유보된다(제161a조 1항 참조). 이 경우, 판사가 부과할 수 있는 제재의 범위는 형법시행법(EGStGB) 제6조에 의하여 범칙금(Ordnungsgeld)은 5에서 1000 Euro까지, 감치(Ordnungshaft)는 1일에서 6주까지 이다.³³⁾

한편 독일형사소송법은 위와 같은 증인 및 감정인의 출석의무 및 진술의무를 검사에 대하여만 규정하고 있기 때문에 경찰에 대하여는 출석하여 진술할 의무가 없다.

31) 이밖에 독일은 우리의 제1회 공판기일 전 증인신문청구제도와 유사한 수사판사에 대한 증인신문청구제도가 있으나(독일 형사소송법 제162조), 여기서는 언급을 생략한다. 자세한 내용은 조상준, 앞의 논문, 26-27면 참조.

32) Kleinecht/Meyer-Großner, 앞의 책, §161a, Rn. 1; 조상준, 앞의 논문, 25면 참조.

33) 도중진, 수사절차상 참고인조사제도의 효율화방안, 307면; Claus Roxin, a.a.O., S.187f. ; Gerald Grünwald, a.a.O., S.21 참조.

다. 공판전 증인심문제도

독일의 형사소송법은 제162조 제1항에서 검사는 판사에 의한 조사행위(Untersuchungshandlung)가 필요하다고 인정하는 경우에는 그 조사가 수행되어야 할 지역의 지방법원에 이를 청구하도록 규정하고 있다. 검사의 신청에 대하여 조사를 담당하는 판사를 수사판사(Ermittlungsrichter)라 칭한다. ‘형사절차 및 과료부과절차에 관한 지침(Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren)’에 따르면, 수사판사는 검사의 청구에 의해, 증거자료의 보전(동법 제251조, 제254조), 증인 및 감정인의 선서에 의한 신문(제161조a 제1항 제3문, 제65조), 신원확인 대상자의 신원확인을 위한 자유박탈의 허용과 지속에 관하여 법관의 판단이 필요한 경우(제163조c 제1항 제2문), 미결구금의 명령(제114조 제1항)이나 책임무능력자 또는 한정책임능력자의 가수용(제126조a 제1항, 제114조 제1항의 준용을 규정하고 있는 제2항), 비공개수사관의 투입에 대한 동의(제110조b 제2항 제1호, 제2호), 운전면허의 가취소결정(제111조a 제1항), 제97조 제5항 제2문에 의한 편집국·출판사·인쇄소 또는 방송시설 내에서의 압수 등 특별한 경우의 압수명령(제98조 제1항 제2문, 제11조n제1항 제1문), 제3자에 대한 신체검사 및 혈액표본의 채취에 대한 명령(제81조c 제5항, 제81조a 제2항)등을 담당한다.³⁴⁾

3. 프랑스의 참고인 구인제도

가. 개 관

프랑스의 형사소송법은 기소, 예심 그리고 재판의 3단계로 나뉘어 있는 것이 특징이다. 검사의 기소에 의하여 예심절차가 진행되고 예심절차에서 예심판사가 재판회부 여부를 결정하게 되어 있다. 이 과정에서 검사와 사법경찰관은 초동수사를 담당하고 기소여부를 결정하며, 본격적인 수사권한은 수사의 독립성 및 공정성을 보장하기 위하여 정치권력으로부터 중립적인 지위에 있는 예심판사에게 부여하고 있어 사실상 예심이 수사절차의 한 부분을 이루고 있다. 예심을 담당하는 예심판사에게는 폭넓은 대인적, 대물적 강제처분권이 부여되어 있다. 소송법상으로는 검사에게도 수사권이 부여되어 있으나, 검사

34) 도중진, 308면 이하 참조.

는 사실상 수사를 담당하지 않고 사법경찰에 대한 수사지휘, 수사판사에 대한 수사청구를 통한 본격적인 수사의 착수여부 결정, 수사판사의 수사과정 중 중요한 수사행위에 대한 의견제시, 수사범위의 조정 등을 통하여 수사를 주재하는 역할을 담당한다.³⁵⁾

프랑스 형사소송법은 참고인에 대한 출석 및 진술과 관련하여 참고인의 예심판사 앞에서 출석 및 진술의무, 검사 또는 사법경찰관의 현행범에 대한 참고인 출석강제, 그리고 이와 관련한 강제적 보호유치를 규정하고 있다.

나. 현행범 사건에 있어서 참고인의 출석·진술의무

프랑스 형사소송법 제62조는 현행범에 대한 참고인의 출석·진술의무를 규정하고 있다. 사법경찰관은 중죄의 현행범(crime flagrant)인 경우에 범죄사실이나 압수된 물건에 관한 정보를 제공할 수 있다고 인정되는 자를 소환하여 그 진술을 들을 수 있고, 사법경찰관에 의하여 소환된 자는 출석하여 진술할 의무를 진다(동조 제1항). 만약 피소환자가 이에 불응한 때에는 사법경찰관은 검사에게 보고하고 검사는 공권력에 의하여 출석을 강제할 수 있다(동조 제2항). 그리고 이러한 사법경찰관의 권한은 사법경찰리(동조 제4항) 및 검사에게도 인정된다(제41조 제3항). 동 규정의 입법취지는 소환되어 조사받는 자들 가운데 용의자가 있을 수 있고 수집된 정보에 비추어 비로소 현행범의 죄책이 명백해질 수 있을 것이라는 데 있다.³⁶⁾

다. 참고인의 보호유치

사법경찰관은 현행범의 수사와 관련하여 신체의 자유에 관한 두 가지 처분, 즉 보호유치(La grade a vue)와 체포(arrestation)를 할 수 있다. 사법경찰관은 진술한 제62조의 출석요구에 불응한 자에 대하여 수사상 필요한 경우, 즉 진술의 청취가 필요한 경우에는 24시간 동안 유치할 수 있다(제63조 제1항). 이와 같은 보호유치는 경찰의 수사절차를 용이하게 할 뿐만 아니라 수사행위를 합법화하기 위하여 인정된 것으로서, 검사 또는 사법경찰관이 일정한 범죄행위로 혐의를 받고 있거나 범행의 증인으로 생각되는 자를

35) 조상준, 앞의 논문, 29-30면.

36) 서보학, 앞의 논문, 61면.

법관의 영장 등 관여 없이 24시간 동안 유치할 수 있는 권한을 말한다. 사법경찰관의 경우에는 검사 또는 예심판사의 서면허가에 의하여 24시간의 유치기간을 연장할 수 있다(제68조).

비현행범의 수사에 있어서는 임의수사를 원칙으로 하지만 수사상 필요한 경우는 범죄를 범하거나 범하려고 하였음을 추정할 수 있는 이유가 있는 자를 24시간 동안 보호유치할 수 있다. 이 경우 보호유치를 하면 이를 검사에게 보고하여야 하고 24시간 만료 전에 검사에게 인치하여야 하며, 연장이 필요한 때에는 검사가 인치 후 24시간 연장할 수 있지만 계속 구금할 것인지 여부는 예심판사가 결정한다(제77조, 제41조 제3항).

사법경찰관은 원칙적으로 예심이 개시된 사건에 대하여는 수사를 할 수 없으나, 예심판사는 소추의 대상이 된 범죄의 처벌에 직접 관련되는 예심행위를 관할구역 내의 사법경찰관에게 촉탁할 수 있으며(제151조 제1항), 촉탁수사를 수행하는 사법경찰관은 수탁 예심행위를 수행하는데 필요한 경우 관계인에 대하여 보호유치할 수 있다.

라. 예심판사 면전의 출석 및 진술의무

증인으로 소환된 자는 언론보도 관계자로서 그의 직무수행 중 얻은 정보에 대해서 묵비권을 가지는 경우를 제외하고는 누구라도 출석하여 선서하고 진술할 의무가 인정되며, 이에 불응하면 예심판사가 검사의 청구에 따라 경찰력에 의해서 출두를 강제할 뿐만 아니라 제5급 경미범죄(10,000프랑 이하)에 대해서 부과되는 벌금형을 선고할 수도 있다(제109조). 다만 증인이 그 후에 출석하여 불출석에 대한 정당한 이유를 입증하면 예심판사는 검사의 청구에 따라 그 형을 면제할 수 있다. 증인이 출석한 후 선서에 불응하거나 진술을 거부하는 경우에도 같은 형이 선고된다. 출석하지 않은 증인에 대한 강제처분은 증인청구의 방법에 의하며, 증인은 처분을 명한 예심판사에게 직접, 신속하게 인치된다.

4. 일본의 공판전 증인신문제도

가. 개 관

일본 헌법 제37조 제2항은 증인신문과 관련하여 “형사피고인은 모든 증인에 대하여 신

문할 기회를 충분히 부여받고, 자신을 위하여 공비로 강제적인 절차에 따라 증인을 요구할 권리를 갖는다”고 규정하여 전단의 증인신문권과 후단의 증인요구권을 피고인에게 인정하고 있을 뿐이다. 이에 따라 형사소송법에서도 수사기관의 참고인 강제구인제도는 인정하고 있지 않다.³⁷⁾

일본의 형사절차에서 해석상 참고인의 출석 및 진술을 간접적으로 강제하는 제도로는 검사만을 청구권자로 하는 증인신문청구제도³⁸⁾와 피고인, 피의자 또는 변호인을 청구권자로 하는 증거보전제도³⁹⁾를 들 수 있는데, 증거보전제도는 변호권의 확대 및 강화를 전제로 당사자주의를 강화하고 증인신문청구제도에 대항하기 위하여 피고인 측에 판사에 대한 강제처분 신청권을 인정한 제도라 할 수 있다.⁴⁰⁾

나. 증인신문의 청구

일본 형사소송법에 의하면 범죄의 수사에 없어서는 아니 될 지식을 가지고 있음이 명백히 인정되는 자가 동법 제223조 제1항의 규정에 의한 조사에 출두 또는 진술을 거부하는 경우(일본 형사소송법 제226조) 그리고 동법 제223조 제1항의 검찰관, 검찰사무관 또는 사법경찰직원의 조사에 있어 임의의 진술을 한 자가 공판기일에 있어서는 압박을 받아 전에 행한 진술과 다른 진술을 할 우려가 있고 또 그자의 진술이 범죄의 성립에 없어서는 아니 된다고 인정되는 경우(동법 제227조)에 제1회 공판기일 전에 한하여 검찰관은 재판관에게 그 자에 대한 증인신문을 청구할 수 있으며, 그 신문절차에서 재판관은 수사에 지장이 생길 우려가 없다고 인정되는 경우에는 피고인, 피의자 또는 변호인을 그 신문에 입회하게 할 수 있다(동법 제228조).

일본의 공판기일 전 증인신문제도는 그 요건과 절차의 면에서 우리의 공판기일 전 증인신문제도와 거의 비슷한 것이다. 그러나 일본의 경우에는 일본 헌법 제37조 제2항에서

37) 조상준, 앞의 논문, 35면.

38) 일본 형사소송법 제226조 내지 제228조.

39) 일본 형사소송법 제179조.

40) 일본의 증거보전제도는 그 청구권자를 피고인 측에 제한하고 있는 점에서 우리나라의 증거보전제도와 다르고, 열람등사에 관한 규정에 있어서는 변호인이 있는 피고인, 피의자에게는 판사의 허가를 얻을 필요가 없다고 규정되어 있는 점에서 피의자, 피고인 또는 변호인 모두에게 판사의 허가를 요하는 우리나라의 형사소송법 규정과 다르다고 할 수 있다. 조상준, 앞의 논문, 36면.

“형사피고인은 모든 증인에 대하여 신문할 기회를 충분히 부여받아야 한다”고 규정하고 있어 법원의 직권에 의하여 또는 소송당사자의 청구에 의하여 환문한 증인에 대하여 반대신문의 기회를 충분히 부여하지 않으면 안 된다는 원칙을 대전제로 하고 있고, 이에 따라 원진술자가 공판정에 출석하지 않으면 법관의 조서일지라도 원칙적으로 증거로 사용할 수 없다. 따라서, 공판기일 전 증인신문절차에서 작성된 조서는 그 진술자가 사망, 정신 또는 신체의 고장, 소재 불명 또는 국외에 체류 중이어서 공판준비 또는 공판기일에서 진술을 할 수 없거나 진술자가 공판준비 또는 공판기일에 종전의 진술과 다른 진술을 한 경우에 한하여 이를 증거로 할 수 있을 뿐이다(제321조). 우리나라의 경우에는 공판기일 전 증인신문절차에서 작성된 조서는 당연히 증거로 사용될 수 있다는 점에서 그 증거법상의 효과에 차이가 있다.⁴¹⁾

제4절 참고인 구인제도의 도입 논의

1. 찬성론

그동안 참고인 강제구인제도의 도입에 찬성하는 여러 문헌들과 법무부·검찰이 제시한 주요 찬성논거는 다음과 같다.⁴²⁾

첫째, 참고인 강제구인제도는 수사단계에서 실체적 진실규명 및 신속한 사건처리를 위해 필요하다. 수사실무상 객관적 물증이나 당사자의 자백 확보가 여의치 않은 경우 참고인의 진술이 사건해결의 결정적인 역할을 하는 경우가 많은데, 형사소송법상 참고인의 수사기관에의 출석의무나 진술의무가 없기 때문에 수사에 협조하지 않는 사례가 늘고 있어 사건의 실체를 규명하지 못하거나 사건의 신속처리에 장애가 되고 있다는 것이다.

둘째, 참고인이 출석이나 진술을 거부하는 경우 검사는 다른 물적 증거가 존재하지 않거나 물적 증거가 존재하여도 제대로 된 것인지 확신하기 어려운 상황에서는 충분한 증거 없이 사건을 처리해야 하는데, 이럴 경우 불충분한 증거로 인하여 피의자가 억울하게

41) 조상준, 앞의 논문, 36-37면.

42) 서보학, 앞의 논문, 58-59면 참조.

기소되거나 반대로 수사미진으로 피의자가 불기소 처분되어 피해자나 고소인에게 불이익을 줄 수도 있기 때문에 적절한 기소권 행사를 위해서는 반드시 참고인의 출석과 진술을 확보해야 할 필요성이 있다.

셋째, 사회방위 및 피해자보호를 위해 필요하다. 개정 형사소송법은 각종 보석석방조건의 다양화, 피의자 신문시 변호인참여제의 도입, 위법수집증거배제법칙의 명문화, 구속영장실질심사제의 도입 등 피의자의 권리를 보장하기 위한 각종 제도적 장치를 도입한 반면, 범죄로부터 사회를 방위하고 피해자보호를 위한 제도개선은 미온적으로 진행되어 형사사법제도의 균형성에 문제가 발생하였기 때문에, 미국·독일·프랑스 등 참고인의 출석의무를 강제하고 있는 나라와 같이 우리나라도 사회방위를 위한 수사력 강화와 형사사법제도의 균형적인 선진화를 도모할 필요가 있다는 것이다.

넷째, 실체진실발견을 위해 재판과정과의 균형을 맞추기 위해 필요하다. 즉 재판과정에서는 증인으로 채택된 참고인에 대하여 강제구인을 할 수 있고(형사소송법 제152조) 출석에 불응하는 증인에 대해서는 과태료와 비용배상을 과하는 제재수단이 존재함에 반하여, 수사과정에서는 참고인이 소환에 불응하는 경우 이에 대한 효과적인 제재수단이 없어 실체진실의 발견이 어려운 상황에 봉착하는 경우가 많으므로 제도 보강을 통해 수사과정과 재판과정의 균형을 도모할 필요가 있다는 것이다.

다섯째, 허위고소의 남발을 막기 위해 참고인 강제구인제도가 필요하다. 수사실무에서 악의적인 무고사범들이 허위고소를 한 후 수사가 착수되면 그 후 출석이나 대질조사에 불응하여 무고한 고소인의 혐의를 입증하지 못하고 수사력이 낭비되는 사례가 많기 때문에, 허위고소시 고소인이 언제든지 수사기관에 강제소환될 수도 있음을 알게 함으로써 무고예방이 가능해 진다는 것이다.

2. 반대론

참고인 강제구인제도의 도입을 반대하는 견해는 대체로 수사편의주의적인 발상이며 인권침해의 가능성이 크다는 점을 논거로 든다. 그 논거를 분설하면 다음과 같다.⁴³⁾

첫째, 이미 우리 형사소송법에 수사단계에서 참고인의 출석과 진술을 확보할 수 있는

43) 이하 내용은 서보학, 앞의 논문, 66-78면에서 발췌·정리한 것이다.

제도적 장치가 마련되어 있기 때문이라고 한다. 우리 형사소송법이 수사의 협조자에 불과한 참고인의 지위와 공익적 목적을 수행하는 수사에 협조해야 할 국민으로서의 의무를 적절히 절충하기 위한 제도적 장치로서 증거보전절차(제184조)나 증인신문청구제도(제221조의2)를 이미 마련해 놓고 있는 이상 별도로 남용의 우려가 큰 참고인 강제구인제도를 신설할 필요는 없다는 것이다.

둘째, 참고인에 대한 인권침해의 위험성이 크다는 것을 이유로 한다. 우선 참고인 강제구인이 현실화될 경우, 혐의를 두고 있는 공범피의자가 출석을 거부하고 있고 그에 대해서는 체포영장 또는 구속영장을 발부받을 수 있을 만큼 혐의가 확인되지 않는 경우에는 참고인조사를 빙자하여 구인영장으로 강제구인한 뒤 피의자수사로 이어질 수 있는 가능성이 있다. 게다가 우리 검찰은 피의자가 범행을 부인하거나 청구된 구속영장이 기각될 경우 그 혐의를 확인할 목적 또는 다른 사실로라도 구속하기 위하여 무차별적인 참고인조사를 벌이는 경우가 드물지 않은데, 이러한 수사관행이 강제구인제도와 결부될 경우 가장 기본적인 임의수사가 강제수사로 정착될 위험성이 크다고 한다.

셋째, 참고인 강제구인제도는 진술(조서)에 의존하는 기존의 수사관행을 지속·고착화시킬 가능성이 매우 크다고 한다. 수사실무상 객관적인 물증이나 당사자의 자백 확보가 여의치 않은 사례에서 참고인의 진술이 사건해결의 결정적인 역할을 하는 경우가 많은데, 참고인 진술조서는 의사교환적인 상호활동의 산물로서 그 신문과정 및 작성과정에서 많은 오류가 발생하므로 이를 공판절차에서 무비판적이고 검증 없이 받아들이는 것은 판사의 실제적 진실발견에 결정적인 실수를 초래할 위험성이 있다는 것이다.

넷째, 참고인 강제구인제도가 참고인의 허위진술죄와 결합되는 경우에 모든 실제적 진실이 법정에서 가려져야 한다는 공판중심주의가 형해화될 수 있다고 한다. 참고인이 수사기관에서의 거짓진술을 처벌이 두려워 추후 법정에서 번복할 수 없게 된다면 재판정에서의 진실발견에 사실상 족쇄를 채우는 꼴이 되고 말기 때문이다.

3. 검토

미국의 경우, 대배심의 광범위한 수사권은 역사적 발전과정에서 획득된 것이며, 특히 독립적 기구로서 활동하던 당시에 얻어진 것이다. *Hale v. Henkel* 판결⁴⁴⁾, *Blair v.*

United States 판결⁴⁵⁾, 그리고 United States v. Williams 판결⁴⁶⁾ 등에서 대배심은 검사의 지시에 기속되지 않는 독자적 수사권을 갖고 있음을 인정하였다.

많은 주에서 일반국민은 경찰이나 검찰을 통하지 않고 직접 대배심에 형사사건을 신고하고 기소를 청구할 수 있다. 나아가 대배심이 법원에 특별검사나 수사관의 임명을 요청할 수도 있다.⁴⁷⁾ 이는 대배심이 검사로부터 독립적이며, 검찰의 권한과 기능을 견제하는 역할을 수행할 수 있다는 의미이기도 하다.

대배심의 수사권에는 법원이 관여하고 개입할 수 있기 때문에 종종 대배심의 수사는 법정심리의 연장 또는 공판전 증거개시와 유사하다고 보기도 한다.⁴⁸⁾ 연방대법원은 전술한 U.S. v. Williams 사건에서 대배심은 보다 광범위한 독립성을 갖는다고 판시하였다. 수정헌법 제5조가 대배심제도를 기본권으로 규정하고 있으므로, 대배심의 기능은 독립적이어야 하고, 적법한 권한을 남용하지 않는 한 대배심이 외부의 간섭 없이 자유로이 수사하고 그에 따라 기소여부를 결정할 권한은 수정헌법 제5조에서 도출된다는 것이다.

또한 연방형사절차규칙 17조 (c)(2)항은 압수수색소환장이 비합리적이거나 강압적이라고 인정되면 이의제기시 취소해야 한다고 규정한다. 미국에서 참고인구인제도는 검찰의 권한이나 수사편의를 위한 것이라기보다는 증인보호프로그램의 목적이 강하다.

독일의 경우, 검사의 공판전 증인신문청구 제도가 없으므로 참고인 구인절차가 필요할 수도 있으나, 우리나라는 공판전 증인신문절차가 있으므로 상황이 다르다.

일본의 경우에도 공판전 증인신문제도가 있는 반면 참고인구인제도는 갖고 있지 않다. 현행법상으로도 수사상 필요한 참고인은 증인으로 공판전에 소환하여 조사할 제도적 장치가 마련되어 있으므로 독자적인 참고인 구인제도의 필요성은 거의 없다.

더군다나 우리나라의 검찰은 외국의 입법례를 찾기 어려울 정도로 수사권, 수사지휘권, 기소권, 공소유지권을 독점하고 있으므로, 검찰의 비대한 권한을 배분, 조정해야 할 필요성이 크다. 이에 반하여, 검사의 참고인구인제는 오히려 이러한 검찰의 권한을 강화하고 피고인의 방어권을 약화시켜 공정한 재판을 받을 헌법상의 권리를 침해할 위험이

44) 201 U.S. 43 (1906).

45) 250 U.S. 273 (1919).

46) 504 U.S. 36 (1992).

47) LaFave et al, Criminal Procedure, p. 447.

48) LaFave et al, Criminal Procedure, p. 448.

지적될 수 있다. 피고인은 자신에게 불리한 참고인이 강제로 구인되어 신문을 받음에도 불구하고 아무런 대응책을 강구할 수 없는 상황이 된다.

현행법상 검사는 피의자, 피고인에 대하여 영장을 발부받아 체포, 구속할 수 있지만 이외의 참고인, 증인에 대하여는 체포, 구인할 권한이 없다. 다만, 형사소송법 제184조에 의하여 증거보전절차나 증인의 구인을 신청할 수 있다. 이는 형사소송의 대립 당사자인 피고인이나 변호인의 관점에서든 마찬가지이다. 강력한 공권력을 가진 검찰에 대하여 자신의 무죄를 주장, 입증해야 하는 개인의 입장에서도 동일하게 제184조에 의한 강제절차가 허용되고 있을 뿐이다. 이를 통하여 무기대응의 원칙, 공정한 재판의 원칙이 힘겹게 유지되고 있다. 만약 검사의 참고인구인제가 허용될 경우 이러한 균형의 추는 흐트러질 수 있다.

또한 형사소송법 제221조의2에 의하여 범죄의 수사에 없어서는 아니 될 사실을 안다고 명백히 인정되는 자가 수사기관의 출석요구에 대하여 출석 또는 진술을 거부하는 경우에 검사는 공판전 증인신문을 청구할 수 있다. 그런데 참고인구인제를 도입하게 되면, 이 조항과 중복될 뿐 아니라 이 조항은 사문화될 것이다. 현행제도도 충분히 활용하지 않으면서 법정도 아닌 검찰청에서 비공개로 참고인을 신문하는 것은 밀실수사로 인한 가혹행위, 협박, 회유의 위험성을 증대시킬 뿐이다.

더군다나, 허위진술죄 및 사범방해죄의 신설과 결합될 경우, 참고인의 진술은 검사의 참고인진술조서를 통하여 공판정에 현출될 뿐, 공판정에서 참고인, 증인의 진술을 생생하게 청취하고 공개적으로 검증할 수 있는 기회가 사라질 것이다. 이는 사법개혁의 중요목표인 공판중심주의에 반하는 결과를 가져온다.

참고인구인제도는 공판중심주의에 역행하며, 공정한 재판과 실체적 진실의 발견이라는 헌법과 형사소송의 대원칙에도 부합하지 않을 우려가 크다.

제3장 사법방해죄의 도입여부와 공판중심주의

제1절 논의의 배경

최근 형사사법절차에 있어서 피의자 및 피고인의 인권보장을 위한 입법적 조치들이 강화되어 왔다. 형사절차에 있어 피의자·피고인의 방어권 보장 강화는 그 자체로 바람직한 방향임이 분명할 것이나, 피의자·피고인의 방어권이 강화됨에 따라 상대적으로 형사사법을 담당하고 있는 국가기관의 실체적 진실발견에는 제약을 가져오게 된다는 점도 고려할 필요가 있다. 특히 형사사법절차에서 거짓말이 난무하고 있는 우리나라의 현실에서는 형사사법기능의 적정성 확보 대책이 필요하다.

이러한 상황 인식 하에 우리나라에서 형사사법기능의 적정성 확보 차원에서 논의되고 있는 것 중의 하나가 사법방해죄⁴⁹⁾의 도입이다.

우리나라 형법에 산재되어 있는 공무집행방해죄(제136조, 제137조), 범인은닉·도피죄(제151조), 위증죄(제152조), 증거인멸 및 증인은닉·도피죄(제155조), 무고죄(제156조) 등도 사법작용의 형법적 보호차원에서 규정된 것이므로 본질상 사법방해죄의 범주에 포함된다고 할 것이다. 이와 같이 사법방해죄를 어느 범위에서 어떻게 처벌할 것인지, 입법형식에 있어 포괄조항을 둘 것인지, 사법방해의 범주에 속하는 범죄들을 모아서 규정할 것인지, 개별적으로 규정할 것인지 등은 입법정책에 달려 있다.⁵⁰⁾

우리나라에서 사법방해행위와 관련하여 주로 논의되고 있는 문제는 피의자 또는 참고

49) '사법방해죄'라는 용어는 미국의 'Obstruction of Justice'를 번역한 것인데, "미국의 'Obstruction of Justice'에서 말하는 'Justice'는 단순히 우리나라의 '사법'이라는 의미만을 가지고 있는 것이 아니라 '법의 공정하고 적정한 집행(The fair and proper administration of justice)'의 의미도 아울러 가지고 있으므로, 이를 단순히 '사법방해죄'로 해석하는 것은 원래의 의미 전달이 충분하지 아니하다고 할 것인바, '사법정의방해죄'로 함으로써 사법절차 방해행위 중 '정의' 실현을 방해하는 행위에 한하여 처벌한다는 의미 전달이 가능하다고 할 것이다"라는 견해가 있다(김석우, "사법정의방해죄에 대한 고찰", 형사법의 신동향 통권 제19호, 대검찰청, 2009.4, 3면).

50) 박승환, "사법방해죄 도입론 -수사절차에서의 허위진술을 중심으로-", 법조 통권 제629호, 법조협회, 2009.2, 113면.

인의 수사기관에서의 허위진술 및 허위자료제출에 대한 것이다. 우리나라에서는 재판단계의 증인의 허위진술에 대하여는 위증죄(형법 제152조)로 처벌할 수 있으나, 수사단계의 참고인의 허위진술에 대하여는 별도의 처벌규정을 두고 있지 않지만, 위계에 의한 공무집행방해죄, 범인도피죄, 증거인멸죄, 무고죄 등으로 처벌할 수 있는 가능성은 있다.

이하에서는 피의자, 피고인의 방어권 강화가 바람직하다는 전제 하에 사법방해죄의 도입을 수사기관에서의 허위진술 또는 허위자료제출을 중심으로 논하고자 한다.

제2절 외국의 입법례

1. 미 국

미국의 경우 연방법(U.S.C.) 제18장(범죄와 형사절차에 관한 규정)에 피의자나 참고인 등 진술인의 신분 여하를 불문하고 국가기관에 대해 허위 진술을 하는 행위 자체를 처벌하는 허위진술죄 규정이 별도로 존재하고, 이와 함께 사법정의를 방해하는 행위들을 처벌하는 규정이 존재한다.

가. 허위진술죄

(1) 의의

허위진술죄는 연방기관에 대해서 허위의 진술, 기재를 하는 행위와 중요한 사실을 숨기는 행위를 처벌하는 것으로 국민들이 정부 기관에 대해서 신뢰할 만한 정보를 제공하도록 요구함으로써 정부기관의 원활한 작용과 정부 업무의 신속한 진행을 도모하기 위해 규정된 것이다. 연방법 제18장 제1001조의 허위진술죄는 미 연방정부에 대하여 행하여진 허위진술을 처벌하는 조항이다.⁵¹⁾⁵²⁾

51) 제1001조는 1996년 행정, 입법, 사법 등 미 연방정부의 모든 관할에 속하는 사건에 적용되도록 개정되었다. 또한 위 개정은 제1001조의 적용범위를 제한하여 '중요성'을 (2)(3)호 범죄의 구성요건요소로 추가했다.

52) 미국 연방법률(U.S.C.) 제18장에는 제1001조 외에도, 제1014조(대출과 신용거래 신청에 영향을 미치는 허위진술을 처벌), 제1027조(종업원퇴직소득보증법상 서류와 관련된 허위진술을

(2) 규정

18 U.S.C. §1001 (Statements or entries generally)⁵³⁾

(a) 이 조에서 달리 규정된 경우를 제외하고는 미 연방행정부, 입법부, 사법부의 관할에 속하는 어떠한 사항에 대하여 알면서 의도적으로(knowingly and willfully)⁵⁴⁾ 다음 각 호의 행위를 한 자는 이 장에서 정한 벌금이나 5년 이하의 징역 또는 양자의 병과에 처한다.

- (1) 위계, 계략 또는 계책으로 중요한 사실을 위조, 은닉 또는 은폐하는 행위
- (2) 중요한 사실에 관하여 허위, 가공 또는 기망의 진술이나 표현을 하는 행위
- (3) 중요한 사실에 관하여 허위, 가공 또는 기망의 진술이나 기재를 포함하고 있다

처벌) 규정이 있지만, 제1001조는 그 자체로만 집행되거나 보다 구체적인 다른 법령과 함께 집행될 수도 있기 때문에 다른 조항보다 더 자주 적용된다. *United States v. Wilkinson*, 443 F.2d St(1971) {뇌물수수와 공금횡령 사건에서 제1001조와 제666조 (a)항 (1)호, 제1163조의 중첩적용을 허용함}. 이현철, “미국의 상 서류와 규제 제도 연구 -미국의 허위진술죄와 사법 방해죄를 중심으로-”, 형사법의 신동향 통권 제6호, 대검찰청, 2007.2, 118면 참조.

53) 원문은 다음과 같다.

- (a) Except as otherwise provided in this section, whoever, in any matter within the jurisdiction of the executive, legislative, or judicial branch of the Government of the United States, knowingly and willfully -
- (1) falsifies, conceals, or covers up by any trick, scheme, or device a material fact;
 - (2) makes any materially false, fictitious, or fraudulent statement or representation; or
 - (3) makes or uses any false writing or document knowing the same to contain any materially false, fictitious, or fraudulent statement or entry; shall be fined under this title or imprisoned not more than 5 years, or both.
- (b) Subsection (a) does not apply to a party to a judicial proceeding, or that party's counsel, for statements, representations, writings or documents submitted by such party or counsel to a judge or magistrate in that proceeding.
- (c) With respect to any matter within the jurisdiction of the legislative branch, subsection (a) shall apply only to -
- (1) administrative matters, including a claim for payment, a matter related to the procurement of property or services, personnel or employment practices, or support services, or a document required by law, rule, or regulation to be submitted to the Congress or any office or officer within the legislative branch; or
 - (2) any investigation or review, conducted pursuant to the authority of any committee, subcommittee, commission or office of the Congress, consistent with applicable rules of the House or Senate.

54) 이 주관적 구성요건은 주관적으로 정부기관을 기망할 의사는 없다 하더라도 정부기관의 기능을 조작하고 왜곡할 의사가 있으면 충분하다고 해석된다. 김석우, 앞의 논문, 5면.

는 정을 알면서 허위의 문서 또는 자료를 작성하거나 사용하는 행위

(b) 위 (a)항은 사법절차에 있어서 소송의 당사자나 대리인이 그 절차 내에서 판사나 치안판사에게 진술, 표현, 문서나 자료를 제출한 경우 그 당사자나 대리인에 대해서는 적용하지 아니한다.

(c) 입법부의 관할에 속하는 사항에 관하여 전 (a)항은 오직 다음과 같은 경우에만 적용된다.

- (1) 지급 청구를 포함한 행정적인 문제, 재산과 용역의 확보, 인사 혹은 고용 관행, 조달 행정, 또는 법률이나 명령·규칙에 의하여 의회나 입법부의 공무원에게 제출하도록 되어 있는 서류
- (2) 위원회, 소위원회 기타 의회 공무원의 권한 내에서 상하 양원의 규정에 맞추어 실시되는 조사 또는 재심리

(3) 범죄 구성요건

허위진술을 했다는 이유로 제1001조의 적용을 받는 피고인을 유죄로 하기 위하여 정부는 다음의 다섯 가지 요건을 입증해야 한다. ① 피고인이 진술을 할 것, ② 그 진술이 허위일 것, ③ 그 진술이 중요한 것일 것, ④ 그 진술이 “알면서 의도적으로” 이루어질 것, ⑤ 그 진술이 행정, 입법, 사법의 관할권 안에 있을 것 등이 그것이다.⁵⁵⁾

(4) 적용 범위

위 조항에 의해 미국에서는 사법절차는 물론이고 행정절차 등에 있어서도 허위 진술을 하는 경우 처벌되는데, 위 조항은 선서 여부나 구두로 진술하는지 여부를 불문하고 진술이나 표현 등을 허위로 하는 경우 처벌하는 바, 참고인이 수사기관에 허위 진술하는 경우에도 이에 의해 처벌된다.

특히 타인의 형사사건인 경우에 한하여 증거인멸죄가 성립하고, 친족 등의 관계가 존재하는 경우 책임이 조각되는 우리나라 법제와 달리 미국은 이와 같은 제한이 없어 친족 등에 있는 자라 하더라도 증거인멸이나 허위진술을 할 경우 처벌될 뿐만 아니라 피의자

55) United States v. Gaudin, 515 U.S. 506(1995); 이현철, 앞의 논문, 120면 참조.

가 자기 사건에 대해 증거를 위조하는 행위 등을 하는 경우라도 처벌되는 점에 특색이 있다.⁵⁶⁾

피의자가 적극적으로 알리바이를 내세우며 허위의 진술을 하는 경우도 처벌됨은 이론의 여지가 없으나, 피의자가 범행을 저지른 것임에도 수사기관의 질문에 대해 소극적으로 부인의 진술을 하는 경우에 대해서까지도 허위진술죄의 책임을 부담하는지를 둘러싸고 많은 논란이 있었다. 이러한 경우 형사책임을 면제해 주는 이론이 바로 ‘면책적 부인 이론(Exculpatory ‘No’ Doctrine)’으로 일부 법원이 채용하기도 하였다.

미국연방대법원은 1998년 *Brogan v. United States* 사건에서 피의자가 단지 자신의 범행을 부인하는 진술을 부인하더라도 허위진술죄가 성립할 수 있다고 판시⁵⁷⁾함으로써 면책적 부인(exculpatory “no”) 이론을 부정하였다. 이 판결의 사실관계는 다음과 같다. 연방노동부와 국세청의 연방조사관은 JRD 경영회사의 뇌물증여 사건을 조사하기 위하여 노동조합 간부였던 상고인 Brogan을 방문하였고, 협조를 요청하였다. 협조하고자 하면, 변호사를 선임하고 만약 곤란하면 정부가 변호사를 선임해줄 수 있다고 말하였다. 그리고 몇 가지 질문을 해도 좋은지 묻자 상고인은 동의하였다. 처음 질문은 “노동조합간부로 재직할 당시에 JRD사로부터 현금이나 선물을 받은 적이 있는가?”라는 질문을 받고 “아니다”라고 답변하였다. 이 시점에서 연방조사관은 JRD사를 압수수색한 결과 관련 증거가 나왔다고 말하고, 만약 허위진술을 할 경우 처벌받을 수 있다고 경고하였다. 그럼에도 상고인 Brogan은 부인한 진술을 번복하지 않았고, 이에 연방법상 뇌물수수죄와 허위진술죄로 기소되어⁵⁸⁾ 1심과 2심에서 유죄판결을 받았다.

상고심에서 연방대법원은 18 USC 제1001조는 아무런 조건 없이 연방 기관에 대한 허위 진술을 처벌한다고 규정하고 있으므로 상고인이 단순히 연방기관에 대하여 단순히 부인하는 허위의 진술을 하여도 허위진술죄에 해당된다는 것이고, 피의자가 놓이는 ‘삼자택일의 궁지(Cruel Trilemma)’⁵⁹⁾는 전적으로 범행을 저지른 피의자 스스로 만든 것이

56) 김석우, 앞의 논문, 5면.

57) *Brogan v. United States*, 522 U.S. 398, 118 S.Ct. 805(1998).

58) 적용법조는 29 U.S.C. §§ 186(b)(1), (a)(2) and (d)(2), and 18 U.S.C. § 1001.

59) 피고인측에서 주장한 ① 범행을 자백하거나 ② 묵비권을 행사함으로써 수사기관으로부터 강한 의심을 받거나 ③ 허위로 범행을 부인하여 허위진술죄로 처벌받는 것 중에 하나를 선택해야 하는 처

며, 연방 수정헌법 제5조의 자기부죄금지 특권은 침묵할 권리를 부여할 뿐 ‘거짓말을 할 특권(Privilege to Lie)’까지 부여하고 있는 것은 아니라고 판시하였다.

그러나, 이러한 판례에도 불구하고 실무상 미국 연방검사 매뉴얼(U.S. Attorneys' Manual) 9-42.160에 의하면 허위진술죄 규정을 엄격히 해석하여, 적극적이거나 자발적으로 허위진술을 한 경우에 기소를 하고, 단지 소극적으로 부인하는 진술을 허위로 한 경우에는 기소를 하지 않는 정책을 취하고 있다.

나. 사법방해죄

(1) 의의

연방법상 사법방해죄는 사법절차의 완전성을 보장하기 위한 것으로 사법절차에 부당하게 관여함으로써 그 순수성을 해칠 염려가 있는 일체의 행위를 금지하는 포괄적 규정이다.⁶⁰⁾ 사법방해죄의 기본이 되는 규정은 연방법 제18편 제1501조에서 제1520조까지이다. 그 중 사법방해죄의 일반조항으로서의 성격을 가진 제1503조(적법한 법집행에 대한 사법방해)가 핵심적인 조항이다. 그 외에 제1505조(정부부처, 기관 그리고 위원회에서 의 절차방해), 제1512조(증인·피해자 또는 정보제공자에 대한 회유), 제1513조(증인·피해자 또는 정보제공자에 대한 보복) 등이 있다.

(2) 사법방해죄(제18편 제1503조)

1) 의의

미국연방법률 18 U.S.C. 제1503조는 배심원이나 사법공무원에 대한 영향력을 행사하거나 가해행위를 한 경우에 처벌하는 규정이다. 이 규정은 일차적으로 배심원이나 사법공무원에 대한 위해를 처벌함을 목적으로 하고 나아가 공정한 사법을 보장하기 위한 것이다.⁶¹⁾ 이 규정은 사법방해죄의 일반조항으로서 민·형사재판절차에 모두 적용되고,

지를 말한다.

60) 미국의 사법방해죄는 연방법상의 사법방해죄와 모범형법상의 사법방해죄로 구별할 수 있는데, 모범형법상의 사법방해죄는 각 주법에 규정하고 있으며, 미국 헌법상 대통령에 대한 탄핵사유로서 중대범죄와 경죄로 규율하고 있다. 도중진, “사법방해죄의 입법화 방안”, 형사정책 제20권 제2호, 한국형사정책학회, 2008, 278면.

사법절차의 모든 단계에서 광범위하게 적용된다.⁶²⁾

2) 규정

18 U.S.C. §1503 (Influencing or injuring officer or juror generally)⁶³⁾

(a) 누구든지 다음 중 하나의 행위를 한 자는 (b)항에 규정된 대로 처벌한다.

- 부정한 방법으로 또는 협박, 위력을 사용하거나 위협적인 편지 기타 통신에 의해 대배심 혹은 소배심의 배심원, 연방법원의 공무원, 치안판사나 다른 예비심문 담당판사 앞에서 이루어지는 심문 혹은 다른 절차에 종사하는 공무원에 대해 그 직무집행과 관련하여 영향력을 행사하거나 위협 또는 방해하려고 노력하는 행위,
- 대배심 혹은 소배심의 배심원에 대해 그가 내린 평결 혹은 그가 동의한 기소를 이 유로 하거나 그가 그러한 배심원이라거나 배심원이었다는 것을 이유로 하여 신체

61) 박미숙, 미국의 사법방해죄에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1999, 45면 참조.

62) 박미숙, 앞의 책, 47면.

63) 원문은 다음과 같다.

§§ 1503. Influencing or injuring officer or juror generally

(a) Whoever corruptly, or by threats or force, or by any threatening letter or communication, endeavors to influence, intimidate, or impede any grand or petit juror, or officer in or of any court of the United States, or officer who may be serving at any examination or other proceeding before any United States magistrate judge or other committing magistrate, in the discharge of his duty, or injures any such grand or petit juror in his person or property on account of any verdict or indictment assented to by him, or on account of his being or having been such juror, or injures any such officer, magistrate judge, or other committing magistrate in his person or property on account of the performance of his official duties, or corruptly or by threats or force, or by any threatening letter or communication, influences, obstructs, or impedes, or endeavors to influence, obstruct, or impede, the due administration of justice, shall be punished as provided in subsection (b). If the offense under this section occurs in connection with a trial of a criminal case, and the act in violation of this section involves the threat of physical force or physical force, the maximum term of imprisonment which may be imposed for the offense shall be the higher of that otherwise provided by law or the maximum term that could have been imposed for any offense charged in such case.

(b) The punishment for an offense under this section is--

- (1) in the case of a killing, the punishment provided in sections 1111 and 1112
- (2) in the case of an attempted killing, or a case in which the offense was committed against a petit juror and in which a class A or B felony was charged, imprisonment for not more than 20 years, a fine under this title, or both; and
- (3) in any other case, imprisonment for not more than 10 years, a fine under this title, or both.

나 재산에 위해를 가하는 행위,

- 상기 공무원, 치안판사 혹은 다른 예비심문 담당판사에 대해 그의 공적인 직무수행을 이유로 신체나 재산에 위해를 가하는 행위,
- 부정한 방법으로 또는 협박, 위력을 사용하거나 위협적인 편지 기타 통신에 의해 사법절차의 적정한 집행에 대해 영향력을 행사하거나 방해 또는 저지하는 행위 혹은 이러한 영향력을 행사하거나 방해 또는 저지하기 위해 노력하는 행위(이하 생략)

(b) 이 조항에 의한 범죄의 처벌은 아래에 의한다.

- (1) 살인의 경우에는 §1111 및 §1112에 규정된 처벌⁶⁴⁾
- (2) 살인미수의 경우 또는 A나 B 등급의 중죄를 대상으로 한 사건의 소배심 배심원에 대한 범죄의 경우에는 20년 이하의 징역이나 벌금 또는 양자의 병과
- (3) 그 밖의 다른 경우에는 10년 이하의 징역이나 벌금 또는 양자의 병과

3) 성립요건

연방법률 제18편 제1503조의 사법방해죄가 성립하기 위해서는 ① 연방 사법절차가 계속 중이어야 하고, ② 피고인이 위 사법절차의 계속 사실을 알고 있어야 하며, ③ 피고인이 사법절차를 방해할 의도가 있고, ④ 사법절차를 방해하거나 방해하려고 노력해야 한다.⁶⁵⁾

① 계속 중인 사법절차

사법절차는 통상 검사가 피고인을 기소하거나 예심청구서가 치안판사에게 접수됨으로써 개시된다.⁶⁶⁾ 대배심이 행하는 조사는 제1503조의 계속 중인 사법절차에 해당한다. 또한 피고인은 그의 행위가 사법절차에 계속 중이라는 사실을 알고 있어야 한다. 즉 사법절차가 진행 중이라는 사실을 알았거나 통지받아야만 사법방해죄가 성립한다.⁶⁷⁾

64) §1111는 '모살(Murder)', §1112는 '고살(Manslaughter)'을 각각 규정하고, 각 유형에 따라 사형, 중신형, 유기징역형 등을 규정하고 있다.

65) 이현철, 앞의 논문, 132면.

66) 정상환, "사법방해와 허위진술", 해외연수검사논문집 제13집, 법무연수원, 1997, 311면.

67) 박미숙, 앞의 책, 55면.

② 고의로 부정하게 행위할 것

이 규정의 “부정하게(corruptly)”는 사법방해죄의 주관적 구성요건에 해당한다. 이 때 “부정하게”는 일반적인 고의나 의도를 의미한다. 다만 구체적 의미에 대해서는 견해가 갈릴 수 있지만, 대체로 공정한 사법절차(due administration of justice)를 방해(obstruction)할 의도로 행위가 이루어진 경우에는 “부정하게”의 요건이 갖추어진다고 본다.⁶⁸⁾ 따라서 이 견해에 의하면 법집행을 지연시킬 의도로 대배심에서 피고인이 거짓 말을 한 경우는 부정한 행위이고 사법방해죄에 해당하게 된다.⁶⁹⁾ 또한 사법방해죄가 성립하기 위해서 피고인은 법이 적정하게 집행되고 있고 자신의 행위가 금지된 행위라는 사실을 알고 있어야 한다.⁷⁰⁾

③ 사법방해 혹은 동 기도행위

제1503조의 사법방해행위는 크게 첫째 증거서류 기타 증거물의 은닉, 변조 또는 손괴하는 행위, 둘째 위증 혹은 허위진술을 하거나 이를 교사하는 행위, 셋째 기타의 사법방해행위로 나뉘고, 위 각 행위를 기도하는 행위도 처벌의 대상이 된다. 증거서류를 은닉, 변조, 손괴하거나 법원이나 대배심으로부터 제출명령을 받은 증거서류를 제출하지 않거나 은닉하는 행위,⁷¹⁾ 소환전 또는 대배심이 증거서류를 제출을 명할 것이라고 예상하면서 증거서류를 훼손한 행위도 모두 사법방해죄에 해당한다.⁷²⁾

연방절차에 영향을 미칠 위증 또는 허위진술도 사법방해죄에 해당한다. 따라서 대배심에서 피의자가 허위로 진술한 경우에도 사법방해죄로 처벌될 수 있다.⁷³⁾ 법률에 의하여 선서한 경우에만 사법방해죄가 성립하는 것은 아니다. 다만, 사법절차가 계속되어 있을 것을 필요로 하므로 수사기관에서 한 허위진술 등은 그 범위가 제한된다.

68) U. S. v. Rasheed, C.A.9 (Cal.) 1981, 663 F.2d 843, certiorari denied 102 S.Ct. 1031, 454 U.S. 1157, 71 L.Ed.2d 315.

69) 박미숙, 앞의 책, 57면.

70) U. S. v. Rasheed, C.A.9 (Cal.) 1981, 663 F.2d 843, certiorari denied 102 S.Ct. 1031, 454 U.S. 1157, 71 L.Ed.2d 315.

71) U. S. v. Cohn, C.A.2 (N.Y.) 1971, 452 F.2d 881, certiorari denied 92 S.Ct. 1196, 405 U.S. 975, 31 L.Ed.2d 249.

72) 정상환, 앞의 논문, 319면; 박미숙, 앞의 책, 67면.

73) U. S. v. Griffin, C.A.5 (Fla.) 1979, 589 F.2d 200, certiorari denied 100 S.Ct. 48, 444 U.S. 825, 62 L.Ed.2d 32.

사범방해죄가 성립하기 위해서 실제로 사범방해의 결과가 발생할 필요는 없고 피고인이 사범방해를 하려고 기도한 경우로 족하다. 즉 제1503조에서 규정된 금지행위를 하려는 어떠한 기도행위도 처벌되고, 이때의 기도행위는 사범을 방해할 목적으로 행해지는 일체의 행위를 의미한다. 기도는 미수보다 광범위한 개념으로 착수행위에 미치지 못하더라도 사범방해죄에 해당될 수 있다.⁷⁴⁾

행위의 대상은 미국연방의 대배심이나 소배심의 배심원, 사법기관의 공무원 등이므로 워싱턴 DC의 지방법원은 연방법원이라기보다는 주 법원에 해당한다고 볼 것이므로 본조에 해당되지 않고, FBI의 수사관도 수사기관이지 사법기관이 아니므로 본조의 보호대상이 아니다.⁷⁵⁾

4) 적용 범위

사범방해행위 태양 중 '부정한 방법으로'라는 광범위한 내용의 문구를 두고 있는 점, (a)의 맨 마지막에 규정된 바와 같이 부정한 방법 등에 의한 사범의 정당한 집행 방해행위를 처벌하도록 하는 포괄적 규정을 두고 있는 점, 실행의 착수가 아니라 사범방해행위를 시도하려고 노력하는 것만으로도 처벌할 수 있도록 한 점에 의해 이 조항의 적용영역은 광범위하다.

다만 이러한 경우라고 하더라도 사범방해의 고의가 필요할 뿐만 아니라 이러한 행위로 인하여 이러한 행위와 계속 중인 사범절차와의 연관성이 존재하여야 한다는 제한은 존재한다.⁷⁶⁾

(3) 수사방해죄(연방법 제1510조)

1) 규정

18 U.S.C. §1510 (Obstruction of criminal investigation)⁷⁷⁾

74) 박미숙, 앞의 책, 59-61면.

75) U. S. v. Scoratow, W.D.Pa.1956, 137 F.Supp. 620.

76) 김석우, 앞의 논문, 9면.

77) 원문은 다음과 같다.

(a) Whoever willfully endeavors by means of bribery to obstruct, delay, or prevent the communication of information relating to a violation of any criminal statute of the United States

- (a) 누구든지 의도적으로 뇌물을 이용하여⁷⁸⁾ 미 연방형사법률 규정 위반행위에 관한 정보를 범죄 수사관에게 제공하는 것을 방해, 지연 혹은 방지하기 위해 노력한 경우 5년 이하의 징역이나 벌금 또는 양자의 병과에 처한다.
- (b) (1) 누구든지 금융기관 임직원으로서 종사하면서 형사소송절차를 방해할 의도로 금융기관에 대해 내려진 대배심에 의한 문서제출명령의 존재 혹은 그 내용이나 문서제출명령에 의해 제공된 정보에 관하여 다른 사람에게 직접 또는 간접적으로 알려준 경우 5년 이하의 징역이나 벌금 또는 양자의 병과에 처한다.
- (2) 누구든지 금융기관 임직원으로서 직접 또는 간접적으로 아래의 사람에게 대배심에 의한 문서제출명령의 존재 혹은 그 내용이나 문서제출명령에 의해 제공된 정보에 관하여 알려준 경우 1년 이하의 징역이나 벌금 또는 양자의 병과에 처한다.
- (A) 대배심의 문서제출명령 대상이 된 기록을 보유한 금융기관의 고객
- (B) 문서제출명령에 기재된 다른 사람
- (3) (생략)
- (c), (d) (생략)

2) 적용 범위

이 조항은 사법방해죄에 관한 일반조항인 제1503조가 대배심이나 소배심, 그리고 법원의 절차에 대하여 적용되는 것과 달리, 이미 수사가 개시되기 위한 조건으로서 피해자나 증인이 수사기관에 범죄에 관한 정보를 제공하는 것을 방해하거나 지연하려는 행위를 처벌하는 것이며, 또한 수사 과정에서 금융기관이 정보제공 요청 사실을 누설함으로써 수사의 기밀이 공개되는 것을 막기 위해 그러한 누설행위를 처벌함에 취지가 있다.⁷⁹⁾

본죄가 성립하기 위해서는 행위자가 피해자나 증인이 범죄에 관한 정보를 연방수사기관에 제공한다고 믿으면서 그러한 정보제공을 방해하려고 시도하였어야 한다.⁸⁰⁾ 피고인

by any person to a criminal investigator shall be fined not more than \$5,000, or imprisoned not more than five years, or both.

78) 원래 (a)의 경우 '뇌물'을 이용한 경우뿐만 아니라 '위협, 협박' 등에 의한 정보제공 방해 행위도 처벌하도록 하였으나, 1982년 법 개정을 통해 이 부분은 삭제되고 '뇌물'을 이용한 경우만을 남게 하였다. 김석우, 앞의 논문, 10면.

79) 18 U.S.C.A. 1510; 김석우, 앞의 논문, 10면 참조.

이 자기 부하에게 제3자로 하여금 수사기관에 범죄 정보를 제공하지 못하도록 하라고 자금을 제공하였다면 이는 본조 소정의 사법방해죄에 해당한다. 동조가 적용되기 위해서는 수사가 직접 행해지고 있어야 할 필요는 없다. 다만 피고인은 적어도 문제된 범죄정보의 수령인이 수사관이라는 사실은 알고 있을 것을 요한다.⁸¹⁾

(4) 증인·피해자 또는 정보제공자에 대한 회유죄(연방법 제1512조)

1) 규정

18 U.S.C. §1512 (Tampering with a witness, victim, or an informant)⁸²⁾

80) U.S. v. Leisure, C.A.8 (Mo.) 1988, 844 F.2d 1347, rehearing denied, certiorari denied 109 S.Ct. 324, 488 U.S. 932, 102 L.Ed.2d 342, certiorari denied 109 S.Ct. 403, 488 U.S. 960, 102 L.Ed.2d 392.

81) U.S. v. Lippman, 492 F.2d 314(1974) 등; 이현철, 앞의 논문, 135면 참조.

82) 원문은 다음과 같다.§ 1512. Tampering with a witness, victim, or an informant

- (a)(1) Whoever kills or attempts to kill another person, with intent to--
- (A) prevent the attendance or testimony of any person in an official proceeding;
 - (B) prevent the production of a record, document, or other object, in an official proceeding; or
 - (C) prevent the communication by any person to a law enforcement officer or judge of the United States of information relating to the commission or possible commission of a Federal offense or a violation of conditions of probation, parole, or release pending judicial proceedings; shall be punished as provided in paragraph (3).
- (2) Whoever uses physical force or the threat of physical force against any person, or attempts to do so, with intent to--
- (A) influence, delay, or prevent the testimony of any person in an official proceeding;
 - (B) cause or induce any person to--
 - (i) withhold testimony, or withhold a record, document, or other object, from an official proceeding;
 - (ii) alter, destroy, mutilate, or conceal an object with intent to impair the integrity or availability of the object for use in an official proceeding;
 - (iii) evade legal process summoning that person to appear as a witness, or to produce a record, document, or other object, in an official proceeding; or
 - (iv) be absent from an official proceeding to which that person has been summoned by legal process; or
 - (C) hinder, delay, or prevent the communication to a law enforcement officer or judge of the United States of information relating to the commission or possible commission of a Federal offense or a violation of conditions of probation, supervised release, parole, or release pending judicial proceedings; shall be punished as provided in paragraph (3).
- (3) The punishment for an offense under this subsection is--

-
- (A) in the case of a killing, the punishment provided in sections 1111 and 1112;
- (B) in the case of--
- (i) an attempt to murder; or
 - (ii) the use or attempted use of physical force against any person; imprisonment for not more than 30 years; and
- (C) in the case of the threat of use of physical force against any person, imprisonment for not more than 20 years.
- (b) Whoever knowingly uses intimidation, threatens, or corruptly persuades another person, or attempts to do so, or engages in misleading conduct toward another person, with intent to--
- (1) influence, delay, or prevent the testimony of any person in an official proceeding;
 - (2) cause or induce any person to--
 - (A) withhold testimony, or withhold a record, document, or other object, from an official proceeding;
 - (B) alter, destroy, mutilate, or conceal an object with intent to impair the object's integrity or availability for use in an official proceeding;
 - (C) evade legal process summoning that person to appear as a witness, or to produce a record, document, or other object, in an official proceeding; or
 - (D) be absent from an official proceeding to which such person has been summoned by legal process; or
 - (3) hinder, delay, or prevent the communication to a law enforcement officer or judge of the United States of information relating to the commission or possible commission of a Federal offense or a violation of conditions of probation supervised or release pending judicial proceedings; shall be fined under this title or imprisoned not more than 20 years, or both.
- (c) Whoever corruptly--
- (1) alters, destroys, mutilates, or conceals a record, document, or other object, or attempts to do so, with the intent to impair the object's integrity or availability for use in an official proceeding; or
 - (2) otherwise obstructs, influences, or impedes any official proceeding, or attempts to do so, shall be fined under this title or imprisoned not more than 20 years, or both.
- (d) Whoever intentionally harasses another person and thereby hinders, delays, prevents, or dissuades any person from--
- (1) attending or testifying in an official proceeding;
 - (2) reporting to a law enforcement officer or judge of the United States the commission or possible commission of a Federal offense or a violation of conditions of probation supervised release, parole, or release pending judicial proceedings;
 - (3) arresting or seeking the arrest of another person in connection with a Federal offense; or
 - (4) causing a criminal prosecution, or a parole or probation revocation proceeding, to be sought or instituted, or assisting in such prosecution or proceeding; or attempts to do so, shall be fined under this title or imprisoned not more than 3 years, or both.
- (e) In a prosecution for an offense under this section, it is an affirmative defense, as to which

- (a) (1) 누구든지 아래 중 어느 하나의 의도로 다른 사람(another person)을 살해하거나 살해 기도를 한 경우 아래 (3)항에 규정된 대로 처벌된다.
- (A) 공식절차에서 어떠한 사람의 출석 또는 증언을 방지
 - (B) 공식절차에서 기록, 문서 또는 다른 물건의 제출을 방지
 - (C) 법집행기관 또는 연방판사에게 연방범죄 행위나 집행유예, 가석방 또는 사법절차상의 석방에 관한 조건위반 행위의 발생 혹은 발생 가능성에 관한 정보를 제공하는 것을 방지
- (2) 누구든지 아래 중 어느 하나의 의도로 다른 사람에게 물리적인 폭력을 사용하거나 이를 협박한 경우 혹은 이러한 행위를 기도한 경우 아래 (3)항에 규정된 대로 처벌된다.
- (A) 공식절차에서 어떠한 사람의 증언에 대한 영향력 행사, 증언의 지연 또는 방지
 - (B) 어떠한 사람으로 하여금 아래 중 어느 하나를 하도록 하거나 권유
 - (i) 공식절차에 있어서 증언 거부나 기록, 문서 또는 다른 물건의 제출 거부
 - (ii) 공식절차에 있어서 사용될 물건의 온전성 혹은 이용가능성을 손상시킬 의도로 그 물건을 변경, 파괴, 훼손 또는 은닉
 - (iii) 공식절차에 있어서 증인으로 출석하거나 기록, 문서 또는 다른 물건의 제출을 하도록 명령하는 법적 절차의 회피
 - (iv) 법적 절차에 의해 소환된 공식절차에의 불출석
 - (C) 법집행기관 또는 연방판사에게 연방범죄 행위나 집행유예, 감독부 석방, 가석방 혹은 사법절차상의 석방에 관한 조건위반 행위의 발생 혹은 발생 가능성에 관한 정보를 제공하는 것을 방해, 지연 또는 방지
- (3) 이 조항에 의한 범죄의 처벌은 아래에 의한다.
- (A) §1111에 규정된 모살죄의 경우에는 사형 또는 종신형, 그리고 다른 살인죄의 경우 §1112에 규정된 처벌
 - (B) 아래 중 어느 하나의 행위의 경우에는 30년 이하의 징역
 - (i) 모살죄의 기도

the defendant has the burden of proof by a preponderance of the evidence, that the conduct consisted solely of lawful conduct and that the defendant's sole intention was to encourage, induce, or cause the other person to testify truthfully.

- (ii) 어떤 사람에 대한 물리적 폭력의 사용 혹은 그 기도
 - (C) 어떤 사람에 대한 물리적 폭력의 위협의 경우에는 20년 이하의 징역
- (b) 누구든지 알면서 아래 중 어느 하나의 의도로 다른 사람을 위협, 협박하거나 부정하게 설득 혹은 이러한 행위를 기도하거나 다른 사람으로 하여금 착오에 빠뜨리게 하는 행위를 하는 경우 20년 이하의 징역이나 벌금 또는 양자의 병과에 처한다.
 - (1) 공식절차에서 어떠한 사람의 증언에 대한 영향력 행사, 증언의 지연 또는 방지
 - (2) 어떠한 사람으로 하여금 다음의 행위를 하도록 하거나 권유
 - (A) 공식절차에 있어서 증언 거부나 기록, 문서 또는 다른 물건의 제출 거부
 - (B) 공식절차에 있어서 사용될 물건의 온전성 혹은 이용가능성을 손상시킬 의도로 그 물건을 변경, 파괴, 훼손 또는 은닉
 - (C) 공식절차에 있어서 증인으로 출석하거나 기록, 문서 또는 다른 물건의 제출을 하도록 명령하는 법적 절차의 회피
 - (D) 법적 절차에 의해 소환된 공식절차에의 불출석
 - (3) 법집행기관 또는 연방판사에게 연방범죄 행위나 집행유예, 감독부 석방, 가석방 혹은 사법절차상의 석방에 관한 조건위반 행위의 발생 혹은 발생 가능성에 관한 정보를 제공하는 것을 방해, 지연 또는 방지
- (c) 누구든지 부정하게 아래 중 어느 하나의 행위를 하는 경우 20년 이하의 징역이나 벌금 또는 양자의 병과에 처한다.
 - (1) 기록, 서류 혹은 다른 물건에 관하여 공식절차에 있어서의 사용을 위한 그 온전성 혹은 이용가능성을 손상시킬 의도로 변경, 파괴, 훼손 또는 은닉
 - (2) 그 밖의 다른 방법에 의한 어떠한 공식절차의 방해, 이에 대한 영향력 행사 혹은 공식절차의 저지 또는 이러한 행위의 시도
- (d) 누구든지 의도적으로 다른 사람을 괴롭힘으로써 아래 중 어느 하나의 행위를 방해, 지연, 방지하거나 이러한 행위를 하지 않도록 설득하는 경우 혹은 이러한 행위를 기도하는 경우 3년 이하의 징역이나 벌금 또는 양자의 병과에 처한다.
 - (1) 어떠한 공식절차에 참가 또는 증언하는 행위
 - (2) 법집행기관 또는 연방판사에게 연방범죄 행위나 집행유예, 감독부 석방, 가석방 혹은 사법절차상의 석방에 관한 조건위반 행위의 발생 혹은 발생 가능성에 관한 정보를 제공하는 행위

- (3) 연방범죄 행위와 관련하여 다른 사람을 체포하거나 체포를 하려는 행위
- (4) 형사소추나 가석방 혹은 집행유예 취소절차를 구하거나 개시되도록 하는 행위 혹은 이러한 것을 도와주는 행위
- (e) 이 규정에 의한 범죄의 소추에 있어서 그 행위가 단지 적법한 행위로만 이루어져 있고 다른 사람으로 하여금 진실되게 증언하도록 권유, 유도 혹은 교사하는 것이 그 행위의 유일한 목적이었다는 점은 피고인의 적극적 항변으로서 증거의 우월에 의한 증거제출책임을 피고인이 부담한다.
- (f)-(k) (생략)

2) 법률 연혁

당초 §1503에 규정된 일반적인 사범방해규정을 통해 재판부나 배심원뿐만 아니라 증인에 대한 협박 등으로 인한 사범방해행위가 한꺼번에 규제되었으나, 1982년 법률개정을 통해 §1512 규정을 신설하여 증인에 대한 각종 영향력을 행사하는 행위를 이 규정으로 규율함으로써 §1512 규정이 증인보호를 위한 규정으로 자리잡게 된다.

1982년 §1512 규정이 제정될 당시 이 규정은 증인을 보호하기 위한 규정으로서 증인에 대한 폭행이나 협박행위 등과 같은 강압적인 영향력 행사 유형만이 규제대상으로 규정되어 있었으나, 1988년 법 개정을 통해 §1512 규정의 행위태양에 비강압적인 영향력 행사 행위도 포함되게 되었는바, 그것이 바로 (b)에 신설된 '부정한 설득(corrupt persuasion)'의 행위태양이다. 이와 같은 '부정한 설득'에 의한 영향력 행사는 증인에 대한 뇌물 제공 등을 비롯하여 부정한 목적에 의한 비강압적인 영향력 행사를 광범위하게 포함하는 개념으로 해석된다.⁸³⁾

2002년 개정 전까지 §1512 규정은 증인 방해 등을 목적으로 증인을 폭행, 협박하는 행위를 (b)에 모두 규정하였으나, 2002년 법 개정을 통해 폭행 및 이에 관한 협박행위를 나머지와 분리하여 규정하게 되어, 물리적 폭력행사 및 이의 협박행위에 의한 증인 방해행위 등과 나머지 방법에 의한 증인 방해행위(일반 협박, 부정한 설득 등에 의한 것)가 구분되어 전자는 (a)(2), 후자는 (b)로 규정되게 된다.⁸⁴⁾

83) 김석우, 앞의 논문, 12-13면.

84) 김석우, 앞의 논문, 12-13면.

이후 2008년 개정에서는 동조 (a)(3)의 형량을 20년에서 30년으로, (b)항의 형량을 10년에서 20년으로, (d)항의 형량을 1년에서 3년으로 상향하는 등 법정형을 상향조정하였다.

(3) 적용범위

제1512조 (b)항이 성립하기 위해서는 ① 알면서, ② 증언에 영향을 미칠 의도로, ③ 협박 등 구체적으로 열거된 행위를 하였을 것이 요구된다. 여기서 증인(witness)의 개념을 판례는 넓게 해석하여 중요한 사실을 알거나 알고 있다고 인정되는 증인잠재적 증인(즉 참고인), 대배심 증인, 출석이 면제된 증인, 증언거부권을 행사한 증인이 모두 포함되지만, 경우에 따라서는 수사관을 의미하기도 한다.⁸⁵⁾

제1512조에서 규정하고 있는 행위태양은 위협, 협박하거나, “부정하게”(corruptly) 타인을 설득하거나, 타인으로 하여금 착오에 빠뜨리는 행위를 포괄한다. 주관적 요소로서 “알면서”는 ‘부정한 목적’을 가지고 행동할 필요가 없고 단지 증언에 영향을 미칠 의도로 충분하므로 그 적용범위가 상당히 넓다.⁸⁶⁾

(4) 증인·피해자 또는 정보제공자에 대한 보복죄(연방법 제1513조)

1) 규정

18 U.S.C. §1513 (Retaliating against a witness, victim, or an informant)⁸⁷⁾

85) U.S. v. Risken, C.A.8 (Iowa) 1986, 788 F.2d 1361, certiorari denied 107 S.Ct. 329, 479 U.S. 923, 93 L.Ed.2d 302 참조.

86) 이러한 범문이 너무 광범위하거나 모호하여 위헌일 수도 있으나, 판례는 위헌이 아니라고 한다. U.S. v. Porter, M.D.Pa.1997, 977 F.Supp. 679.

87) 원문은 다음과 같다.

(a) Whoever knowingly engages in any conduct and thereby causes bodily injury to another person or damages the tangible property of another person, or threatens to do so, with intent to retaliate against any person for-

(1) the attendance of a witness or party at an official proceeding, or any testimony given or any record, document, or other object produced by a witness in an official proceeding; or
 (2) any information relating to the commission or possible commission of a Federal offense or a violation of conditions of probation, parole, or release pending judicial proceedings given by a person to a law enforcement officer; or attempts to do so, shall be fined not more than

- (a) (1) 누구든지 아래 중 어느 하나를 이유로 하여 어떠한 사람에게 보복의 의도로 살해 하거나 살해 기도를 한 경우 아래 (2)항에 규정된 대로 처벌된다.
 - (A) 공식절차에서의 증인 혹은 당사자로서의 출석, 증언, 증인에 의해 제출된 기록, 서류 또는 다른 물건
 - (B) 법집행기관 또는 연방판사에게 연방범죄 행위나 집행유예, 가석방 또는 사법절차상의 석방에 관한 조건위반 행위의 발생 혹은 발생 가능성에 관한 정보를 제공
- (2) 이 조항에 의한 범죄의 처벌은 아래에 의한다.
 - (A) 살인의 경우에는 §1111, 1112에 규정된 처벌
 - (B) 살인기도의 경우에는 30년 이하의 징역
- (b) 누구든지 알면서 아래 중 어느 하나를 이유로 하여 어떠한 사람에게 보복의 의도로 어떠한 행위를 하여 그 결과로 신체적 상해 또는 유형의 재산에 손상을 가한 결과를 초래하거나 이러한 행위를 협박하는 경우 혹은 이를 기도하는 경우 20년 이하의 징역이나 벌금 또는 양자의 병과에 처한다.
 - (1) 공식절차에서의 증인 혹은 당사자로서의 출석, 증언, 증인에 의해 제출된 기록, 서류 또는 다른 물건
 - (2) 법집행기관 또는 연방판사에게 연방범죄 행위나 집행유예, 가석방 또는 사법절차상의 석방에 관한 조건위반 행위의 발생 혹은 발생 가능성에 관한 정보를 제공
- (c)-(e) (생략)

2) 적용 범위

이 조항도 2008년 개정으로 형량이 상향되었다. 연방절차에서 증인 혹은 당사자로서의 출석, 증언하거나, 기록, 서류 또는 다른 물건을 제출한 데 대하여 살인, 살인미수, 협박, 폭행, 재물손괴와 같은 보복행위를 처벌하는 규정이다. 전술한 제1503조나 제1512조가 수사나 증언, 증거의 제출을 방해하는 행위를 처벌하는 것과 달리, 본조는 증언이나 증거제출 행위 이후의 보복행위를 처벌한다는 점에서 차이가 있다.

다. 검토

\$250,000 or imprisoned not more than ten years, or both.

이상을 종합하여 살펴건대 미국의 연방법률은 허위진술죄를 통해 참고인의 허위진술을 처벌하는 등 사법방해행위를 넓게 처벌하고 있다. 또한 증언에 영향을 미칠 목적 등으로 위협, 협박, 부당한 설득과 증인의 증언, 증거제출 등을 이유로 하는 보복범죄 행위에 대한 처벌규정도 두고 있으며, 2008년 일부 범죄의 형량을 강화하였다.

2. 독일

독일의 경우 미국과 달리 피의자나 참고인의 허위진술 일반을 처벌하는 규정은 존재하지 아니하나, 후술하는 바와 같이 우리나라의 무고죄, 범인은닉죄 외의 다양한 구성요건 등을 통해 허위진술행위를 광범위하게 처벌하고 있다.

가. 무고죄

(1) 규정

형법 §164 (Falsche Verdächtigung)⁸⁸⁾

① 타인에 대한 관청의 절차 혹은 관청의 다른 조치를 유발하거나 유지하게 할 목적으로 관청이나 신고를 수리할 권한 있는 직무담당자 또는 군 상급자에게 혹은 공공연하게 확실한 인식에 반하여 위법한 행위 또는 직무위반 사실에 관하여 무고한 자는 5년 이하의 징역 또는 벌금에 처한다.

② (생략)

(2) 적용 범위

독일은 형사절차 등을 ‘유발’하기 위한 목적뿐만 아니라 ‘유지’하기 위한 목적에서 허위

88) 원문은 다음과 같다.

① Wer einen anderen bei einer Behörde oder einem zur Entgegennahme von Anzeigen zuständigen Amtsträger oder militärischen Vorgesetzten oder öffentlich wider besseres Wissen einer rechtswidrigen Tat oder der Verletzung einer Dienstpflicht in der Absicht verdächtigt, ein behördliches Verfahren oder andere behördliche Maßnahmen gegen ihn herbeizuführen oder fortdauern zu lassen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

진술을 하는 경우도 무고죄로 처벌하도록 하고, '신고'라는 요건을 규정하지 아니하고 있어 참고인으로서 피의자의 범행에 대해 허위진술을 하는 경우 무고죄로 처벌할 수 있다.

나. 형벌방해죄

(1) 규정

형법 §258 (Strafvereitelung)⁸⁹⁾

① 의도적 혹은 고의적으로 타인이 위법한 행위로 인하여 형법에 따라 처벌되거나 형법 제11조 제1항 제8호 소정의 조치에 처해지게 되는 것을 완전히 또는 부분적으로 방해한 자는 5년 이하의 징역 또는 벌금에 처한다.

②-⑥ (생략)

(2) 적용 범위

이 규정은 우리나라의 범인은닉죄 및 증거인멸죄를 모두 포괄하는 넓은 유형의 범죄에 대한 규정이다. 독일은 별도로 증거인멸죄가 존재하지 아니하고, 단지 형법 제257조에 따라 범행으로 발생한 이익을 확보하도록 도움을 주는 행위를 '비호죄(Begünstigung)'로 처벌하고, 형법 제259조에 따라 '장물죄(Hehlerei)'를 처벌하고 있는 것 외에 이와 같은 '형벌방해죄'를 두어 범인에 대한 사후적인 각종 방조행위를 규율하고 있다.

독일 형법상 형벌방해죄는 구체적인 행위태양을 제한하고 있지 아니하므로 그 적용범위가 광범위하다. 따라서 범인을 보호해 주거나 교통수단 제공을 통해 도피하게 하는 행위, 증거의 인멸, 수사서류의 폐기 외에 참고인이 피의자에게 유리한 허위진술을 하거나 부당한 증언거부권을 행사하는 경우, 경찰에 대해 아무것도 모른다고 허위진술을 하는 경우 등도 이를 통해 피의자에 대한 형벌부과가 방해가 된 때에는 이 규정이 적용된다고 보고 있다.⁹⁰⁾

89) 원문은 다음과 같다.

① Wer absichtlich oder wissentlich ganz oder zum Teil vereitelt, daß ein anderer dem Strafgesetz gemäß wegen einer rechtswidrigen Tat bestraft oder einer Maßnahme (§11 Abs. 1 Nr 8) unterworfen wird, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

90) Tröndle/Fischer, 1614면; Schönke/Schröder, 2136면; 김석우, 앞의 논문, 23면 참조.

한편 이 규정이 적용되기 위해서는 방해행위로 인하여 형벌부과절차가 사실상 혹은 법률상 중극적으로 방해된 경우뿐만 아니라 상당한 시간 동안 지연된 경우도 포함된다고 해석된다.⁹¹⁾

다. 범죄가장죄⁹²⁾

(1) 규정

형법 §145d (Vortäuschen einer Straftat)⁹³⁾

- ① 확실한 인식에 반하여 관청이나 신고를 수리할 권한 있는 관서에 대해 아래 사항을 가장한 자는 3년 이하의 징역 또는 벌금에 처한다. 다만 제164조, 제258조, 제258조의a에 의하여 처벌되지 아니하는 경우에 한한다.
1. 위법한 행위가 저질러졌었다는 점
 2. 형법 제126조 제1항에 규정된 위법한 행위의 실현이 임박해 있다는 점

② (생략)

(2) 적용 범위

위 규정은 무고죄의 규정을 보충하는 규정으로, 실제 범행이 저질러지지 아니하였음에도 불구하고(일정한 범죄의 발생에 대한 불고지를 처벌하는 유형에 있어서는 일정한 범죄의 발생이 임박해 있지 아니하였음에도 불구하고) 마치 범행이 저질러진 것처럼 허위로 신고하는 행위를 처벌하는 규정이다.

91) 김석우, 앞의 논문, 23면.

92) 독일 형법상으로는 우리나라와 같은 위계에 의한 공무집행방해죄 자체가 없음에도 국내 일부 문헌들에서 독일 형법 제145조의d를 위계에 의한 공무집행방해죄라고 소개하는 것은 오역이라는 지적이 있다. 김석우, 앞의 논문, 3면.

93) 원문은 다음과 같다.

- ① Wer wider besseres Wissen einer Behörde oder einer zur Entgegennahme von Anzeigen zuständigen Stelle vortäuscht,
1. daß eine rechtswidrige Tat begangen worden sei oder
 2. daß die Verwirklichung der in §126 Abs. 1 genannten rechtswidrigen Taten bevorstehe, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wenn die Tat nicht in §164, §258 oder §258a mit Strafe bedroht ist.

무고죄의 경우 형벌기능의 적정한 행사라는 국가적 법익을 주로 보호함과 아울러 무고하게 처벌받지 아니하는 개인의 권리를 보장하는 측면도 있으나, 이 규정은 허위 신고를 통한 수사권의 부당한 행사에 따른 수사력 약화를 방지하기 위한 국가적 법익만을 보호하는 범죄로서,⁹⁴⁾ 무고죄 및 형벌방해죄 등이 적용되지 아니하는 경우에 보충적으로 적용되는 규정으로서의 성격을 지니고 있다.

‘타인’에 대한 허위진술을 요건으로 하는 무고죄와 달리 이 규정은 이러한 제한이 없어 자신이 범행을 저지른 바가 없음에도 자기 무고를 하는 경우와 피의자가 특정되지 아니한 무고를 하는 경우도 이 규정에 의하여 처벌이 가능하고, 반드시 진술을 하여야만 이 규정에 해당하는 것이 아니므로 진술 외에 의심스러운 행동을 하는 경우에도 이에 해당할 수 있다고 해석된다.⁹⁵⁾

라. 검토

독일은 미국 연방법률과 같은 일반적인 허위진술죄를 두고 있지 않다. 그러나 피의자에게 불리한 참고인의 허위진술에 대해서는 무고죄와 범죄가장죄를 통해, 피의자에게 유리한 참고인의 허위진술에 대해서는 형벌방해죄를 통해 처벌할 가능성이 있다.⁹⁶⁾ 독일은 증거인멸죄를 별도로 두지 않고, 범인도피은닉죄나 증거인멸죄를 포괄하는 형벌방해죄를 두고 있다.

3. 오스트리아

오스트리아의 경우도 독일과 같이 미국식의 허위진술 일반을 처벌하는 규정은 존재하지 않는다. 다만 무고죄, 범죄가장죄, 범인비호죄 등의 다양한 구성요건 등을 통해 사법 방해행위를 처벌하고 있다.

94) Tröndle/Fischer, Strafgesetzbuch(53. Auflage), Verlag C.H.Beck, 2005, 952면 ; Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch(27. Auflage), C.H.Beck, 2006, 1384면. 김석우, 앞의 논문, 21면 참조.

95) 김석우, 앞의 논문, 21면.

96) 또한 독일 형법은 일부 중요범죄에 대한 정보를 지득하고 있는 자가 그 실행 및 결과발생을 방지할 수 있었던 시기에 수사기관이나 피해자에게 이를 고지하지 않은 경우를 처벌하여(제138조) 사법절차에의 협력의무를 엄격히 규정하고 있으며, 위증죄에 해당하는 구성요건을 셋으로 나누어 선서 없는 허위진술(제153조), 선서위반(제154조)을 규정하는 외에 선서에 같은 허위보증(제156조)을 별도로 규정하고 있다.

가. 무고죄

(1) 규정

형법 §297 (Verleumdung)⁹⁷⁾

- ① 직무상 형사처벌되어야 할 행위나 직무 혹은 신분적 의무위반 행위에 관하여 무고를 함으로써 타인을 관청의 소추 위험에 빠지게 한 자는 그 내용이 허위인 점을 알고 있는 이상 1년 이하의 징역에 처하고, 무고의 대상이 된 범죄가 1년을 초과하는 징역형이 규정된 경우에는 6월 이상 5년 이하의 징역에 처한다.
- ② 관청이 혐의자에 대한 형사소추 절차를 개시하기 전에 자발적으로 그러한 소추의 위험성을 제거한 자는 제1항에 의하여 처벌받지 아니한다.

(2) 적용 범위

무고의 대상이 된 범죄의 법정형에 따라 무고죄의 법정형이 차등 부과되어 있음이 특색이고, 무고 이후 자백하는 등으로 무고에 의한 위험성을 제거한 경우 형사처벌을 하지 아니하도록 한 규정도 두고 있다.

나. 범죄가장죄

(1) 규정

형법 §298(Vortäuschung einer mit Strafe bedrohten Handlung)⁹⁸⁾

97) 원문은 다음과 같다.

① Wer einen anderen dadurch der Gefahr einer behördlichen Verfolgung aussetzt, daß er ihn von Amts wegen zu verfolgenden mit Strafe bedrohten Handlung oder der Verletzung einer Amts- oder Standespflicht falsch verdächtigt, ist, wenn er weiß (§5 Abs. 3), daß die Verdächtigung falsch ist, mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr, wenn die fälschlich angelastete Handlung aber mit einer ein Jahr übersteigenden Freiheitsstrafe bedroht ist, mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen.

② Nach Abs. 1 ist nicht zu bestrafen, wer freiwillig die Gefahr einer behördlichen Verfolgung beseitigt, bevor eine Behörde etwas zur Verfolgung des Verdächtigten unternommen hat.

98) 원문은 다음과 같다.

① Wer einer Behörde (§151 Abs. 3) oder einem zur Entgegennahme von Anzeigen zuständigen

- ① 관청이나 신고를 수리할 권한 있는 공무원에 대해 형사처벌이 이루어지는 범죄행위를 고의적으로 가장한 자는 6월 이하의 징역 또는 360일에 해당하는 벌금에 처한다. 다만, 형법 제297조 제1항에 의하여 처벌되지 아니하는 경우에 한한다.
- ② 이러한 행위를 통해 관청의 수사가 이루어지지 아니하는 경우에는 제1항에 의하여 처벌하지 아니한다.

(2) 적용 범위

이 규정은 독일의 경우와 같이 무고죄를 보충하는 규정으로서 실제 범행이 저질러지지 아니하였음에도 불구하고 마치 범행이 저질러진 것처럼 허위신고하는 행위를 처벌하는 규정이다. 본죄의 경우에도 허위신고를 통해 수사활동이 이루어지지 아니하는 경우에는 처벌하지 아니한다고 규정하고 있다.

다. 범인비호죄

(1) 규정

형법 §299 (Begünstigung)⁹⁹⁾

- ① 형사처벌되는 범행을 저지른 타인을 형사소추 혹은 형 집행이나 예방적 조치들로부터 의도적으로 전부 혹은 일부 벗어나도록 한 자는 2년 이하의 징역 또는 360일에 해당하는 벌금에 처한다.
- ②-④ (생략)

Beamten die Begehung einer mit Strafe bedrohten Handlung wissentlich vortäuscht, ist, wenn er nicht nach dem §297 Abs. 1 mit Strafe bedroht ist, mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen.

- ② Nach Abs. 1 ist nicht zu bestrafen, wer freiwillig bewirkt, daß die Tat keine behörliche Ermittlung zur Folge hat.

99) 원문은 다음과 같다.

- ① Wer einen anderen, der mit Strafe bedrohten Handlung begangen hat, der Verfolgung oder der Vollstreckung der Strafe oder vorbeugenden Maßnahme absichtlich ganz oder zum Teil entzieht, ist mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen.

(2) 적용 범위

오스트리아는 형법 제295조에서 '증거인멸죄'를 별도로 규정하고 있고, 그 외에 범인의 형사처벌을 면하도록 도와주는 행위를 '범인비호죄'로 보아 처벌하고 있다. 본죄의 규정형식이나 내용은 독일 형법상 형벌방해죄와 거의 대동소이한 바, 오스트리아 역시 범인비호죄의 구체적인 행위태양을 제한하고 있지 아니하므로 광범위한 적용이 가능하다.

제295조(증거인멸죄)는 증거인멸행위를 처벌하고 있다.¹⁰⁰⁾

라. 검토

오스트리아는 증거인멸죄 이외에도 무고죄, 범죄가장죄, 범인비호죄를 통해 사법방해죄행위를 처벌하고 있다.

4. 스위스

스위스의 경우도 독일, 오스트리아와 같이 미국식의 허위진술 일반을 처벌하는 규정은 존재하지 않는다. 범죄가장죄, 범인비호죄 등의 다양한 구성요건 등을 통해 사법방해행위를 처벌하고 있다.

가. 무고죄

(1) 규정

형법 §303 (Falsche Anschuldigung)¹⁰¹⁾

100) 제295조(Unterdrückung eines Beweismittels)

Wer ein Beweismittel, das zur Verwendung in einem gerichtlichen oder verwaltungsbehördlichen Verfahren bestimmt ist und über das er nicht oder nicht allein verfügen darf, vernichtet, beschädigt oder unterdrückt, ist, wenn er mit dem Vorsatz handelt, zu verhindern, daß das Beweismittel im Verfahren gebraucht werde, mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr zu bestrafen, wenn die Tat nicht nach den §§ 229 oder 230 mit Strafe bedroht ist.

101) 원문은 다음과 같다.

① Wer einen Nichtschuldigen wider besseres Wissen bei der Behörde eines Verbrechens oder

- ① 형사소추를 유발할 의도로 확실한 인식에 반하여 무고한 자를 관청에 신고한 자 또는 위와 같은 의도로 다른 방법에 의해 악의적인 조치를 취한 자는 징역 또는 벌금에 처한다.
- ② 무고의 대상이 된 범죄가 경미범죄인 경우에는 3년 이하의 징역 또는 벌금에 처한다.

(2) 적용 범위

스위스는 오스트리아의 경우와 같이 무고의 대상이 된 범죄에 따라 무고죄의 법정형이 일부 차등 부과되어 있음이 특색이다. 독일의 경우와 달리 형사소추 절차를 '유발'하기 위한 경우에만 한정되어 있으나, 관청에 신고하는 외에 다른 유형에 대해서도 무고죄를 인정하고 있어 무고죄의 성립범위가 우리나라보다 더 넓다.¹⁰²⁾

나. 범죄가장죄

(1) 규정

형법 §304 (Irref hrung der Rechtspflege)¹⁰³⁾

- ① 확실한 인식에 반하여 형사처벌이 가능한 범죄가 발생하였다는 점을 관청에 신고하는 자, 관청에 자기 자신을 형사처벌이 가능한 범인으로 허위신고하는 자는 3년 이하의 징역 또는 벌금에 처한다.
- ② (생략)

eines Vergehens beschuldigt, in dler Absicht, eine Srafverfolgung gegen ihn herbeizuführen,

Wer in anderer Weise arglistige Veranstaltungen trifft, in der Absicht, eine Strafverfolgung gegen einen Nichtschuldigen herbeizuführen, wird mit Freiheitsstrafe oder Geldstrafe bestraft.

② Betrifft die falsche Anschuldigung einen Übertretung, so ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe.

102) 김석우, 앞의 논문, 28면.

103) 원문은 다음과 같다.

① Wer bei einer Behörde wider besseres Wissen anzeigt, es sei eine strafbare Handlung begangen worden,

wer sich selbst fälschlicherweise bei der Behörde einer strafbaren Handlung beschuldigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.

(2) 적용 범위

이 규정 역시 독일, 오스트리아와 같이 무고죄를 보충하는 규정으로, 실제 범행이 저질러지지 아니하였음에도 불구하고 마치 범행이 저질러진 것처럼 허위신고하는 행위를 처벌하는 규정인바, 자기무고죄도 이 규정에 의하여 처벌한다고 명확한 규정을 두고 있음이 특색이다.¹⁰⁴⁾

다. 범인비호죄

(1) 규정

형법 §305 (Begünstigung)¹⁰⁵⁾

- ① 타인으로 하여금 형사소추나 형 집행 또는 제59-61조, 제63조, 제64조에 규정된 조치들의 집행에서 벗어나도록 한 자는 3년 이하의 징역 또는 벌금에 처한다.

(이하 생략)

(2) 적용 범위

스위스는 독일과 마찬가지로 증거인멸죄가 별도로 없고, 범인은닉죄 및 증거인멸죄를 모두 포괄하는 넓은 유형의 범죄인 '범인비호죄'를 위 조항으로 규정하고 있는바, 구체적인 행위 태양이 제한적으로 규정되어 있지 아니하여 다양한 유형의 범행이 가능하여 증거인멸행위, 허위의 범죄단서 제시행위, 보증인지위에 있는 자가 신고를 하지 아니하는 부작위행위 등이 이 규정에 의해 처벌 가능하다고 해석하고 있다. 다만 단순히 방해하는 행위 정도만으로는 부족하고 현저한 시간적 혹은 내용상의 어려움을 야기할 정도의 방해행위가 되어야 한다고 보는데, 이는 단순히 방해행위만으로 충분하다고 할 경우 추상적 위험범에 불과하게 되어 위 규정상의 '벗어나도록 하는(entziehen)'이라는 용어와도 배

104) 김석우, 앞의 논문, 29면.

105) 원문은 다음과 같다.

① Wer jemanden der Strafverfolgung, dem Strafvollzug oder dem Vollzug einer der in den Artikeln 59-61, 63 und 64 vorgesehenen Massnahmen entzieht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

치되기 때문이라고 한다.¹⁰⁶⁾

한편 독일, 오스트리아와 달리 범인비호죄의 대상이 진범에 한하지 아니하고 무고한 자라 하더라도 혐의를 받고 수사 중에 있는 경우 비호하면 처벌한다는 것이 다수설 및 실무의 입장인바, 이는 위 규정을 통해 형사사법의 정확한 절차진행이 보호되어야 하기 때문이라고 한다.¹⁰⁷⁾

라. 검토

스위스는 오스트리아와 유사하게 무고죄, 범죄가장죄, 범인비호죄를 통해 사법절차를 방해하는 행위를 처벌하고 있다.

5. 프랑스

프랑스는 미국과 같은 유형의 피의자나 참고인의 허위진술 일반을 처벌하는 규정은 존재하지 않는다. 증인에 대한 회유, 협박행위 등을 처벌하는 규정을 두고 있다.

가. 무고죄

(1) 규정

형법 §266-10¹⁰⁸⁾

106) 김석우, 앞의 논문, 30면 참조.

107) 김석우, 앞의 논문, 30면 참조.

108) 원문은 다음과 같다.

La dénonciation, effectuée par tout moyen et dirigée contre une personne déterminée, d'un fait qui est de nature à entraîner des sanctions judiciaires, administratives ou disciplinaires et que l'on sait totalement ou partiellement inexact, lorsqu'elle est adressée soit à un officier de justice ou de police administrative ou judiciaire, soit à une autorité ayant le pouvoir d'y donner suite ou de saisir l'autorité compétente, soit aux supérieurs hiérarchiques ou à l'employeur de la personne dénoncée, est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende.

La fausseté du fait dénoncé résulte nécessairement de la décision, devenue définitive, d'acquiescement, de relaxe ou de non-lieu déclarant que la réalité du fait n'est pas établie ou que celui-ci n'est pas imputable à la personne dénoncée.

En tout autre cas, le tribunal saisi des poursuites contre le dénonciateur apprécie la pertinence

사법, 행정 또는 징계절차를 개시할 수 있는 사실이 전체 또는 부분적으로 허위임을 알고 있으면서도 사법공무원 또는 사법적, 행정적 경찰공무원, 관할기관에 이를 이첩할 권한이 있는 기관, 직급상 상급자나 관련자의 고용인에게 이러한 내용을 보낸 자는 징역 5년 및 벌금 45,000유로에 처한다.

무고의 대상이 된 범행의 허위성은 주장된 사실이 근거가 없거나 그 사람에게 귀속되는 것이 아니라는 내용을 선언하는 확정적인 무죄결정으로부터 필연적으로 도출된다.

다른 경우에 있어서는 무고사건을 담당하는 재판부가 그 내용의 정확성 여부를 고려한다.

형법 §266-11109)

무고의 대상이 된 범행에 대해 형사절차가 진행 중인 경우 그 사건에 대한 절차가 종국적으로 결정되기 전까지는 무고사건에 대한 형사소추절차에 관하여는 결정이 이루어질 수 없다.

(2) 적용 범위

프랑스의 경우도 다른 나라와 같이 허위고소 등에 의한 무고죄 규정을 두고 있는데, 특이한 것은 무고죄 대상 사건이 무죄로 확정된 경우 일정한 경우 바로 허위고소 등에 해당하는 것으로 보고, 무고죄 대상 사건이 계속 중일 경우 무고죄 사건 자체에 대해서는 판단을 보류하도록 하는 점이다.¹¹⁰⁾

나. 범죄가장죄

(1) 규정

형법 §434-26111)

des accusations portées par celui-ci.

109) 원문은 다음과 같다.

Lorsque le fait dénoncé a donné lieu à des poursuites pénales, il ne peut être statué sur les poursuites exercées contre l'auteur de la dénonciation qu'après la décision mettant définitivement fin à la procédure concernant le fait dénoncé.

110) 김석우, 앞의 논문, 32면.

사범 혹은 행정기관에 대해 사법기관으로 하여금 불필요한 수사를 하도록 하는 범죄를 허위로 신고하는 자는 징역 6년 및 벌금 7,500유로에 처한다.

(2) 적용 범위

프랑스 역시 독일, 오스트리아, 스위스 등 다른 나라들과 마찬가지로 범죄를 허위 신고하여 수사기관으로 하여금 불필요한 수사를 하도록 하는 행위를 처벌하고 있다.

다. 범인비호죄

(1) 규정

형법 §434-6¹¹²⁾

10년 이상의 징역형이 부과되는 중죄나 테러범죄의 범죄자 또는 공범에게 숙소, 은신처, 자금, 생활수단, 수색이나 체포를 면할 다른 방법을 제공한 자는 징역 5년 및 벌금 75,000유로에 처한다.

(이하 생략)

(2) 적용 범위

프랑스는 오스트리아와 같이 증거인멸죄를 처벌하는 별도의 규정(형법 제434-4조)이 존재하는바, 물적인 비호죄인 증거인멸죄 외에 이와 같이 인적 비호죄를 두고 있다. 다만 중죄에 한하여 이와 같은 범인비호죄를 처벌하고, 행위태양도 구체적으로 유형화하여 그

111) 원문은 다음과 같다.

Le fait de dénoncer mensongèrement à l'autorité judiciaire ou administrative des faits constitutifs d'un crime ou d'un délit qui ont exposé les autorités judiciaires à d'inutiles recherches est puni de six mois d'emprisonnement et de 7500 euros d'amende.

112) 원문은 다음과 같다.

Le fait de fournir à la personne auteur ou complice d'un crime ou d'un acte de terrorisme puni d'au moins dix ans d'emprisonnement un logement, un lieu de retraite, des subsides, des moyens d'existence ou tout autre moyen de la soustraire aux recherches ou à l'arrestation est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende. Les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75000 euros d'amende lorsque l'infraction est commise de manière habituelle.

적용범위가 제한된다고 볼 수 있다.

라. 위증죄

(1) 규정

형법 §434-13113)

판사 또는 위임을 받은 사법경찰관 앞에서 선서를 하고 거짓 증언을 한 자는 징역 5년 및 벌금 75,000유로에 처한다.

다만 수사판사 혹은 판사에 의하여 그 절차를 종료하는 결정이 내려지기 전에 그 증언을 자발적으로 철회한 경우에는 처벌이 면제된다.

(2) 적용 범위

프랑스는 예심수사제도가 존재하고, 예심수사판사가 우리나라의 검사에 해당하는 역할을 담당하여 판결법원에 대한 기소여부를 결정한다. 예심수사판사의 경우 일반적으로 직접 수사를 하지 아니하고 사법경찰관에게 위임하여 그로 하여금 참고인 수사 등을 하게 하는데, 이러한 경우 선서 후 허위진술시 위증죄로 처벌하는 규정을 두고 있음이 특색이다.¹¹⁴⁾

마. 증인회유죄 등

(1) 규정

형법 §434-8115)

113) 원문은 다음과 같다.

Le témoignage mensonger fait sous serment devant toute juridiction ou devant un officier de police judiciaire agissant en exécution d'une commission rogatoire est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende.

Toutefois, le faux témoin est exempt de peine s'il a rétracté spontanément son témoignage avant la décision mettant fin à la procédure rendue par la juridiction d'instruction ou par la juridiction de jugement.

114) 김석우, 앞의 논문, 34면.

115) 원문은 다음과 같다.

Toute menace ou tout acte d'intimidation commis envers un magistrat, un juré ou toute autre

판사나 검사, 배심원, 법원의 다른 직원, 통역인, 감정인 또는 당사자의 변호인에 대하여 그 직무수행과 관련하여 영향을 미치기 위해 협박이나 위협을 한 자는 징역 3년 및 벌금 45,000유로에 처한다.

형법 §434-15116)

소송절차에서 혹은 청구 또는 재판에서의 변호를 고려하여 다른 사람으로 하여금 허위로 진술이나 선언, 증언을 하거나 이를 제출하도록 혹은 이러한 행위를 하지 않도록 설득하기 위해 약속이나 이익제공, 선물, 압력, 협박, 폭력 또는 계략이나 계책을 한 자는 징역 3년 및 벌금 45,000유로에 처한다. 이러한 교사가 효과가 없다고 하더라도 마찬가지이다.

(2) 적용 범위

프랑스는 국가에 대한 죄 중 제3편(국가의 권위에 대한 침해)에 '사법기능에 대한 침해'라는 장(제4장)을 두면서 그 아래에 위증죄 등을 비롯한 여러 가지 사법기능에 대한 침해 범죄들을 규정하고 있다.¹¹⁷⁾

personne siégeant dans une formation juridictionnelle, un arbitre, un interprète, un expert ou l'avocat d'une partie en vue d'influencer son comportement dans l'exercice de ses fonctions est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende.

116) 원문은 다음과 같다.

Le fait d'user de promesses, offres, présents, pressions, menaces, voies de fait, manoeuvres ou artifices au cours d'une procédure ou en vue d'une demande ou défense en justice afin de déterminer autrui soit à faire ou délivrer une déposition, une déclaration ou une attestation mensongère, soit à s'abstenir de faire ou délivrer une déposition, une déclaration ou une attestation, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende, même si la subornation n'est pas suivie d'effet.

117) 제4장은 '사법작용 개시방해', '사법권의 행사에 대한 방해', '사법권의 권위에 대한 침해'로 나누어져 각각의 범죄를 규정하고 있다. 관련조항이 총 47개나 되고 사법방해죄로 규정된 내용도 다양하다. 특히 중죄를 방지할 수 있다는 것을 아는 자(제434-1조), 중죄 또는 경죄로 구금되거나 재판을 받고 있는 자의 결백을 알고 있는 자(제434-11조)가 그 사실을 사법기관 내지 수사기관에 통보하지 아니한 경우(불고지)를 처벌하고 있어 일반 국민에게 사법절차에 협력할 의무로써 적극적인 고지의무까지 부과하고 있다.

바. 검토

프랑스의 경우 무고죄, 범죄가장죄, 범인비호죄 등으로 사법절차를 방해하는 행위를 처벌하고 있고, 예심수사판사의 위임에 의한 경찰수사에서의 참고인 조사시에도 위증죄의 적용이 가능하며, 증인회유 등을 형사처벌하고 있는 등 여러 가지 유형의 사법방해죄를 처벌하고 있다.

제3절 우리나라의 사법방해행위에 대한 규제

1. 개 관

우리나라에서 사법방해죄가 국가기능 및 사법절차의 완전성을 보장하기 위하여 그 순수성을 해하는 행위를 의미한다고 볼 때 우리나라 형법 제136조와 제137조의 공무집행방해죄, 제138조의 법정모욕죄, 제151조의 범인은닉죄, 제152조 이하의 위증과 증거인멸의 죄, 특정범죄가중처벌등에관한법률 제5조의9 보복범죄 등이 미국의 사법방해죄와 관련이 있다고 볼 수 있다. 이들은 각각 그 구체적 보호법익을 달리하지만 사법에 대한 국가기능의 보호와 관련되었다는 점에 공통점이 있다.

2. 형법에서의 사법방해행위 규제 관련 규정

가. 위계에 의한 공무집행방해죄

(1) 의의

형법 제8장 '공무방해에 관한 죄'의 제136조와 제137조가 미국의 연방법 제1503조와 같은 사법방해죄의 일반조항은 아닐지라도 우리나라 형법에서 사법방해행위에 관한 처벌을 할 수 있는 일반조항의 역할을 수행하는 조문이다. 즉 형법 제136조와 제137조는 공무원이 수행하는 국가기능에 대한 범죄로서 모든 국가기능을 포함시키고 있으므로 수사기관 및 사법부에 대한 방해행위도 당연히 포함된다고 하겠다.¹¹⁸⁾ 이 중 참고인의 허위

진술과 직접적으로 관련되는 것은 형법 제137조의 위계에 의한 공무집행방해죄이다.

형법 제137조에서 '위계'라 함은 행위자의 행위목적을 이루기 위하여 상대방에게 오인, 착각, 부지를 일으키게 하여 그 오인, 착각, 부지를 이용하는 것을 말하는 것으로 상대방이 이에 따라 그릇된 행위나 처분을 하였다면 본죄가 성립한다.¹¹⁹⁾

(2) 적용범위

대법원 판례는 재판기관, 수사기관, 인·허가기관 등과 같이 일정한 사항에 대하여 그 진위를 수사 또는 심리해야 할 책무를 지고 있는 공무원에게 허위진술을 하거나 허위신고를 하였다는 것만으로 바로 위계에 해당한다고 할 수 없다고 한다. 왜냐하면 재판과정이나 수사에서 실제적 진실발견은 법관 또는 수사기관의 고유임무이며 참고인 등 이해관계인들에게 반드시 진실만을 진술하여야 할 법적 의무가 부과되어 있는 것은 아니기 때문이다.¹²⁰⁾

다만 대법원은 "수사기관이 범죄사건을 수사함에 있어서는 피의자나 참고인의 진술 여하에 불구하고 피의자를 확정하고 그 피의사실을 인정할 만한 객관적인 제반 증거를 수집·조사하여야 할 권리와 의무가 있는 것이고, 한편 피의자는 진술거부권과 자기에게 유리한 진술을 할 권리와 유리한 증거를 제출할 권리가 있지만 수사기관에 대하여 진실만을 진술하여야 할 의무가 있는 것은 아니며, 또한 수사기관에서의 참고인은 형사소송절차에서 선서를 한 증인이 허위로 공술을 한 경우에 위증죄가 성립하는 것과 달리 반드시 진실만을 말하도록 법률상의 의무가 부과되어 있는 것은 아니므로, 피의자나 참고인이 피의자의 무고함을 입증하는 등의 목적으로 수사기관에 대하여 허위사실을 진술하거나

118) 고재엽, "참고인조사에 수반된 사법방해 논의에 관한 연구", 전남대학교 박사학위논문, 2009, 105-106면.

119) 대법원 2003.2.11. 선고 2002도4293 판결.

120) 대법원 1977.2.8. 선고 76도3685 판결: "형사 피의자와 수사기관이 대립적 위치에서 서로 공격방어를 할 수 있는 취지의 형사소송법의 규정과 법률에 의한 선서를 한 증인이 허위로 진술을 한 경우에 한하여 위증죄가 성립된다는 형법의 규정 취지에 비추어 수사기관이 범죄사건을 수사함에 있어서는 피의자나 피의자로 자처하는 자 또는 참고인의 진술여하에 불구하고 피의자를 확정하고 그 피의사실을 인정할 만한 객관적인 제반증거를 수집 조사하여야 할 권리와 의무가 있는 것이라고 할 것이므로 피의자나 참고인이 아닌 자가 자발적이고 계획적으로 피의자를 가장하여 수사기관에 대하여 허위사실을 진술하였다 하여 바로 이를 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립된다고 할 수 없다."

허위의 증거를 제출하였다 하더라도 수사기관이 충분한 수사를 하지 아니한 채 이와 같은 허위의 진술과 증거만으로 잘못된 결론을 내렸다면, 이는 수사기관의 불충분한 수사에 의한 것으로서 피의자 등의 위계에 의하여 수사가 방해되었다고 볼 수 없어 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립된다고 할 수 없을 것이나, 피의자나 참고인이 피의자의 무고함을 입증하는 등의 목적으로 적극적으로 허위의 증거를 조작하여 제출하였고 그 증거 조작의 결과 수사기관이 그 진위에 관하여 나름대로 충실한 수사를 하더라도 제출된 증거가 허위임을 발견하지 못하여 잘못된 결론을 내리게 될 정도에 이르렀다면, 이는 위계에 의하여 수사기관의 수사행위를 적극적으로 방해한 것으로서 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립된다”고 판시한 바 있다.¹²¹⁾

이러한 판례에 따르면, 피의자나 참고인이 적극적으로 허위의 증거를 조작하여 제출하였고 그 증거 조작의 결과 수사기관이 그 진위에 관하여 나름대로 충실한 수사를 하더라도 제출된 증거가 허위임을 발견하지 못하여 잘못된 결론을 내리게 될 정도에 이르렀다면, 이는 위계에 의하여 수사기관의 수사행위를 적극적으로 방해한 것으로서 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립된다는 것이므로, 그 위계나 기망의 정도가 심각하여 수사기관으로 하여금 잘못된 판단을 하게 할 정도라면 증거제출이나 허위진술도 위계에 의한 공무집행방해죄로 처벌할 수 있게 된다.

나. 범인은닉·도피죄

(1) 의의

형법 제151조 제1항은 벌금 이상의 형에 해당하는 죄를 범한 자를 은닉 또는 도피하게 하는 행위를 범인은닉죄로 처벌하고 있다. 이는 국가의 형사사법을 보호하기 위한 것으로서 형사사법기능 자체의 보호를 본질로 보는 견해와 정당한 형벌청구권의 방해를 본질로 보는 견해로 나뉘고 있다.

121) 대법원 2003.7.25. 선고 2003도1609 판결: 음주운전을 하다가 교통사고를 야기한 후 그 형사처벌을 면하기 위하여 타인의 혈액을 자신의 혈액인 것처럼 교통사고 조사경찰관에게 제출하여 감정하도록 한 경우 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립한다고 한 사례이다.

(2) 적용범위

본죄의 행위는 은닉 또는 도피하게 하는 것이다. 은닉이란 수사기관의 발견, 체포를 곤란하게 하거나 면할 수 있는 장소를 제공하여 범인을 감추어 주는 행위를 말하다. 이에 비하여 도피란 범인은 은닉 이외의 방법으로 범인에 대한 수사, 심판 및 형집행 등 형사사법의 작용을 곤란하게 하는 일체의 행위를 말하는 것으로 그 수단과 방법에는 어떠한 제한이 따르지 않는다. 다만 판례는 도피행위는 범인을 도주하게 하는 행위 또는 도주하는 것을 직접적으로 용이하게 하는 행위에 한정되므로 그 자체가 도피를 직접 목적으로 한 것으로 볼 수 없는 행위로 말미암아 간접적으로 범인이 안심하여 도피할 수 있도록 한 행위는 이에 해당하지 않는다고 판시하고 있다.¹²²⁾

대법원은 참고인이 범인 아닌 다른 자를 진범이라고 내세우는 경우 등과 같이 적극적으로 허위의 사실을 진술하여 수사관을 기만, 착오에 빠지게 함으로써 범인의 발견 체포에 지장을 초래케 하는 경우와 달리 참고인이 수사기관에서 진술을 함에 있어 단순히 범인으로 체포된 사람과 동인이 목격한 범인이 동일함에도 불구하고 동일한 사람이 아니고 허위진술을 한 정도의 것만으로는 참고인의 그 허위진술로 말미암아 증거가 불충분하게 되어 범인을 석방하게 되는 결과가 되었다 하더라도 바로 범인도피죄를 구성한다고는 할 수 없다고 판시하였고,¹²³⁾ 참고인이 실제의 범인이 누군지도 정확하게 모르는 상태에서 수사기관에서 실제의 범인이 아닌 어떤 사람을 범인이 아닐지도 모른다고 생각하면서도 그를 범인이라고 지목하는 허위의 진술을 한 경우에는 참고인의 허위 진술에 의하여 범인으로 지목된 사람이 구속기소됨으로써 실제의 범인이 용이하게 도피하는 결과를 초래한다고 하더라도 그것만으로는 그 참고인에게 적극적으로 실제의 범인을 도피시켜 국

122) 대법원 2003.2.14. 선고 2002도5374 판결: “형법 제151조 소정의 범인도피죄에서 ‘도피하게 하는 행위’는 은닉 이외의 방법으로 범인에 대한 수사, 재판 및 형의 집행 등 형사사법의 작용을 곤란 또는 불가능하게 하는 일체의 행위를 말하는 것으로서 그 수단과 방법에는 어떠한 제한이 없고, 또한 위 죄는 위험범으로서 현실적으로 형사사법의 작용을 방해하는 결과가 초래될 것이 요구되지 아니하지만, 같은 조에 함께 규정되어 있는 은닉행위에 비견될 정도로 수사기관의 발견·체포를 곤란하게 하는 행위, 즉 직접 범인을 도피시키는 행위 또는 도피를 직접적으로 용이하게 하는 행위에 한정된다고 해석함이 상당하고, 그 자체로는 도피시키는 것을 직접적인 목적으로 하였다고 보기 어려운 어떤 행위의 결과 간접적으로 범인이 안심하고 도피할 수 있게 한 경우까지 포함되는 것은 아니다.”

123) 대법원 1987.2.10. 선고 85도897 판결.

가의 형사사법의 작용을 곤란하게 할 의사가 있었다고 볼 수 없어 그 참고인을 범인도피죄로 처벌할 수는 없다고 판시한 바 있다.¹²⁴⁾

범인도피은닉죄가 성립하기 위하여는 적극적으로 범인을 도피, 은닉한다고 하는 주관적 요소가 존재하여야 하며, 단순히 진실이 아닐 수도 있는 사실을 진술한다고 하여 곧바로 범인은닉, 도피죄가 성립하지는 않는다. 이는 오스트리아, 스위스 등에서 규정하고 있는 의도나 목적 정도의 주관적 확실성을 요구한다고 보인다.

다. 위증죄

(1) 의의

형법 제152조 제1항은 법률에 의하여 선서한 증인이 허위의 진술을 한 때, 동조 제2항은 타인을 모해할 목적으로 제1항과 같은 허위진술을 한 때 각각 위증과 모해위증으로 처벌하고 있다.

(2) 적용범위

우리나라 위증죄는 행위의 주체를 법률에 의하여 선서한 증인에 한정을 두고 있다. 따라서 피고인이 법정에서 허위진술을 하는 경우 위증죄가 성립하지 않는다. 또한 범죄의 주체를 법률에 의하여 선서한 증인에 한정을 하므로 그 귀결로서 위증죄가 성립하기 위해서는 그 절차가 피고사건의 형사재판절차 또는 피의사건에 있어서 증거보전절차(형소법 제184조)와 증인신문청구에 의한 절차(형소법 제221조의 2)에서만 위증죄가 가능하게 된다.

라. 증거인멸죄 및 증인은닉·도피죄

(1) 의의

형법 제155조 제1항은 타인의 형사사건 또는 징계사건에 관한 증거를 인멸·은닉·위조 또는 변조하거나 위조 또는 변조한 증거를 사용한 경우 증거인멸죄로 처벌하고 있고,

¹²⁴⁾ 대법원 1997.9.9. 선고 97도1596 판결.

동조 제2항은 타인의 형사사건 또는 징계사건에 관한 증인을 은닉 도피하게 한 경우 증인은닉·도피죄로 처벌하고 있다. 본죄의 보호법익은 사법작용에 대한 국가기능으로서 위증죄와 그 본질을 같이한다고 할 수 있다.

(2) 적용범위

우리나라 형법상의 증거인멸죄, 증인은닉도피죄는 타인의 형사사건 또는 징계사건에 관한 증거 및 증인에 대한 범죄이므로 결국 자기사건에 있어서 피고인이 증거를 인멸하거나 증인을 은닉한 경우에는 본죄가 성립하지 않는다. 이는 독일이나 오스트리아와 동일한 입장이라고 할 수 있다. 증거의 인멸행위에는 특별한 제한이 없으므로 증거물을 제거, 파괴하거나 서류를 조작, 변조하는 경우도 포함한다. 타인의 문서를 위조, 변조한 경우에는 별도로 문서에 관한 죄가 성립할 수도 있다.

우리 판례가 단순히 타인의 형사피의사건에 관하여 수사기관이나 법정에서 허위의 진술을 하거나 허위의 진술을 하도록 교사하는 것으로는 타인의 형사사건에 관한 증거 자체를 위조, 변조한 것에 해당하지 않아 증거인멸죄는 성립되지 않는다고 한다.¹²⁵⁾ 이런 경우에는 위증교사죄가 성립할 수 있다고 할 것이다.

마. 무고죄

(1) 의의

형법 제156조는 타인으로 하여금 형사처분 또는 징계처분을 받게 할 목적으로 공무소 또는 공무원에 대하여 허위의 사실을 신고한 자를 무고죄로 처벌하고 있다. 위증죄가 사법작용의 중추인 심판작용에 대한 침해인 것에 비해서 무고죄는 심판에 이르기 전 단계인 수사 또는 조사 작용을 침해하는 범죄라고 할 수 있다. 무고죄는 기소 전 수사단계에서의 국가기능을 보호하는 범죄이므로 현행법에서 규정하고 있는 사법방해 관련 범죄가

125) 대법원 1998.2.10. 선고 97도2961 판결: “형법 제155조 제1항에서 타인의 형사사건에 관하여 증거를 위조한다 함은 증거 자체를 위조함을 말하는 것으로서, 선서무능력자로서 범죄 현장을 목격하지도 못한 사람으로 하여금 형사법정에서 범죄 현장을 목격한 양 허위의 증언을 하도록 하는 것은 위 조항이 규정하는 증거위조죄를 구성하지 아니한다.”

운데 참고인 등의 허위진술 문제와 가장 밀접하게 관련되어 있다.¹²⁶⁾

무고죄에서 허위의 사실을 신고하는 행위에 있어 '허위'의 의미에 대하여 통설과 판례는 일치하여 신고의 내용이 객관적 진실에 반하는 것을 의미하는 것으로 보고 있다.¹²⁷⁾ 이와 같이 보는 이유는 객관적 진실에 합치되는 사실을 신고하였다면 애당초 국가의 심판기능이 침해될 수 없기 때문이다.

무고죄에서 신고란 자진하여, 즉 자발적으로 사실을 고지하는 것을 말한다. 신고의 수단과 방법에는 제한이 없다. 신고는 자발성을 요건으로 하기 때문에 수사기관에서 조사 받는 과정에서 참고인의 허위진술에 대하여 무고죄 성립은 일반적으로는 성립하지 않는다. 다만, 당초 고소장에 기재하지 않은 사실을 수사기관에서 고소보충조서를 받을 때 자진하여 진술 하였다면 이 진술 부분까지 신고한 것으로 보아야 한다.¹²⁸⁾

3. 특정범죄가중처벌등에관한법률에서의 사법방해행위 규제 관련 규정

가. 의 의

특정범죄가중처벌등에관한법률(이하 '특가법'이라 한다) 제5조의9에 의하면 자기 또는 타인의 형사사건의 수사 또는 재판과 관련하여 고소·고발 등 수사단서의 제공, 진술, 증언 또는 자료제출에 대한 보복의 목적 또는 고소·고발 등 수사단서의 제공, 진술, 증언 또는 자료제출을 하지 못하게 하거나 고소·고발을 취소하게 하거나 허위의 진술·증언·자료제출을 하게 할 목적으로 사람을 살해하거나, 상해를 가하거나, 폭행을 가한 경우, 체포·감금하거나, 협박을 가한 경우 또는 이로 인하여(협박죄 제외) 사망에 이르게 된 경우 형법에 정한 법정형보다 가중하여 처벌하고 있다. 또한 동조 제4항에 의하면 자기 또는 타인의 형사사건의 수사 또는 재판과 관련하여 필요한 사실을 알고 있는 자 또는 그 친족에게 정당한 사유 없이 면담을 강요하거나 위력을 보인 자를 처벌하고 있다. 이는 형법에 규정되어 있는 범죄를 행한 자가 위와 같은 특정한 목적을 가진 때에 이를 가중처벌함으로써 증인 등을 보호하는 동시에 사법기능을 보호하기 위한 것이다.

126) 고재엽, 앞의 논문, 126면.

127) 대법원 1991.10.11. 선고 91도1950 판결.

128) 대법원 1996. 2. 9. 95도2652 무고·사문서위조·동행사

나. 미국의 사법방해죄와 비교

이 규정은 미국의 모범형법 및 연방법상 증인 등 회유죄 및 보복죄에 대응하는 규정이라고 할 것이다. 본죄는 행위의 주체에 제한을 두고 있지 아니하고, 행위의 객체도 증인 뿐만 아니라 고소인 등 수사단서를 제공하거나 또는 진술하는 자 등이다.

제4절 사법방해죄의 도입 논의

1. 찬성론

사법방해죄의 도입에 찬성하는 견해는 그 주된 논거로 실체적 진실발견의 중요성을 들고 있다. 그동안 진행되어 온 사법개혁을 통해 엄격한 증거법칙과 피의자 및 피고인의 인권보장을 위한 제도들이 다수 도입된 것에 비해 형사사법시스템을 정상적으로 작동시키는데 필수적인 실체적 진실발견을 위한 제도들은 사실상 도외시되었기 때문에 실체적 진실발견에 직접적으로 기여할 수 있는 제도로서 사법방해죄의 도입은 국가적으로 시급한 과제라는 점을 강조한다. 즉 사회전반에 인권의식이 향상되어 수사의 패러다임이 피의자로부터 참고인으로 옮겨감에 따라 수사기관으로서는 주로 참고인의 진술을 수단으로 삼아 실체적 진실발견에 접근할 수밖에 없으므로 참고인 진술의 진실성을 담보할 수 있는 제도적 장치가 마련되어야 한다는 것이다.¹²⁹⁾

또한 증거법상의 법리에 비추어 보더라도 참고인에 대한 허위진술죄는 필요하다고 주장한다. 즉 수사기관에서 작성한 참고인 진술조서는 일정한 요건을 갖추면 증거로 쓰이게 되는데 현재와 같이 참고인의 거짓진술에 관하여 아무런 제재가 없다면 그 참고인 진술의 진실성을 믿고 그 진술을 증거로 채택하는 것은 불합리하므로 사법방해죄 및 허위진술죄의 도입을 주장하고 있다.¹³⁰⁾

또한 위증죄와 비교해보더라도 증인의 증언내용이 지엽적인 사항에 관한 것이라도 기억에 반하는 허위의 진술이면 위증죄가 성립하는데 반하여, 수사기관에서의 진술은 아무

129) 도중진, 앞의 논문, 187-188면.

130) 고재엽, 앞의 논문, 150면에서 내용 참조.

리 허위이더라도 처벌되진 않는 것은 균형이 맞지 않을 뿐만 아니라,¹³¹⁾ 사회공동체의 유지와 존속을 위하여 국가의 형벌권 행사에 협력해야 할 시민의 의무는 이러한 협력의무를 광범위하게 인정하면서 이를 형벌로써 강제하고 있는 미국과 같이 법적 의무로 보아야 한다는 점에서 사건의 실체를 발견하려는 수사기관에 대하여 허위진술을 하는 것은 가벌적이라는 것이다.¹³²⁾

2. 반대론

사법방해죄의 도입을 반대하는 입장은 허위진술죄를 도입하려는 것은 수사편의주의적 발상이며, 오히려 허위진술죄를 처벌하게 되면 참고인에 대한 인권침해의 우려가 크고, 공판중심주의가 훼손될 수 있다는 점을 지적한다. 법정에서 선서하지 않고 허위진술을 한 증인도 처벌할 수 없는데 하물며 수사기관에 대하여 출석 또는 진술을 거부할 자유를 가지는 참고인의 허위진술을 처벌한다면 균형상 맞지 않고, 참고인의 진술이 허위이냐 여부를 판단하는 기준과 시점이 문제될 뿐만 아니라 참고인의 진술강요를 위한 도구로 악용될 소지가 있다는 것이다.¹³³⁾

또한 참고인이 공판정에서 진술을 번복할 경우 이를 허위진술죄로 처벌한다면 공판절차가 유명무실해질 수 있고, 수사기관이 참고인 진술의 허위 여부를 가려내야 하는 거증 책임을 부담하는 것인데 그러한 부담에서 벗어나기 위하여 형사처벌의 수단을 이용하는 것은 수사권의 과잉을 불러와 또 다른 인권침해라는 지적도 있다.¹³⁴⁾

131) 조동석, “허위진술죄의 도입방안”, 법조 통권 제537호, 법조협회, 2001, 154-155면.

132) 조동석, 앞의 논문, 157면.

133) 고재엽, 앞의 논문, 150-151면에서 내용 참조.

134) 법무부는 2002. 12.경 실제적 진실 규명을 위하여 참고인의 허위진술을 처벌하는 내용의 사법방해죄의 신설, 참고인 강제구인제도의 신설 등을 내용으로 하는 형법 및 형사소송법 개정초안을 만들었으나, 대법원, 대한변협, 학계, 시민단체의 강한 반대에 부딪쳐 무산된 바 있다. 당시 대법원은 법무부가 제안한 개정초안에 대하여 수사편의적인 발상에 치우쳐 있어 인권침해 소지가 많고 특히 참고인 구인제와 사법방해죄를 동시에 시행하게 되면 공판중심주의를 해쳐 법정공방이 극도로 위축될 우려가 있다고 하여 반대의사를 표명하였고, 대한변호사협회는 수사기관에 대한 참고인의 진술이 허위이냐 여부를 판단하는 기준이 문제되고 피의자의 허위진술이 범죄가 성립하지 않는데 반해 참고인이 허위진술을 범죄로 규정하는 것은 불합리할 뿐만 아니라 참고인의 진술강요를 위한 도구로 악용될 우려가 있고 기존의 위계에 의한 공무집행방해죄 등으로 처벌할 수 있는 사안이라고 하여 반대의견을 표명하였다. 박승환, 앞의 논문, 138면.

그리고 참고인으로 하여금 수사기관에서의 진술에 대하여 진실의무를 부담시키고자 한다면 이와 동시에 참고인 보호제도가 충분히 마련되어야 한다는 견해도 있다. 수사기관에서 허위진술을 하는 참고인을 처벌하고자 한다면 반대급부로 참고인으로 하여금 수사기관에서 진실을 말할 수 있는 여건을 조성해 주어야만 한다는 것이다. 이는 주로 증인 보호제도라는 주제로 논의되어 왔으나 여기서의 증인에 협의의 재판상 증인만이 해당된다고 보아서는 안 되고 수사절차의 참고인 또한 보호의 대상에 포함시켜야 한다. 증인과 참고인은 실제상 동일인인 경우가 많고 다만 형사절차의 단계적 측면에서 차이가 있을 뿐이기 때문이다.¹³⁵⁾

현행 법률에 규정되어 있는 위계에 의한 공무집행방해죄, 범인도피죄, 증거인멸죄, 증인은닉죄, 무고죄 등도 모두 미국이나 유럽에서 볼 수 있는 사범방해죄에 해당되는 유형의 범죄이므로 별도로 사범방해죄를 규정할 필요성은 없다는 의견도 가능하다.¹³⁶⁾

3. 검토

먼저 사범방해죄의 실질적 내용 또는 함의를 면밀히 분석해보아야 한다. 통상 미국, 독일 등에서 사범방해죄(obstruction of justice)로 규정하고 있는 것은 증거인멸, 범인도피은닉, 증인협박, 보복, 무고와 같은 유형의 범죄들이다. 이러한 범죄들은 이미 우리 형법에도 충실하게 규정되어 있다. 물론 비교법적으로 보면, 나라마다 약간씩의 차이는 있다. 미국, 독일, 프랑스, 스위스, 오스트리아 등의 경우에도 규정방식이나 내용상 차이가 있기는 하지만 기본적으로는 전술한 범위의 사범방해죄를 규정하고 있다.

법무부, 대검찰청은 우리나라에 사범방해죄가 결여되어 있는 것처럼 주장하기도 하지만, 실제로는 현행 형법상의 위증죄, 증거인멸죄, 범인도피은닉죄, 증인협박죄, 무고죄 등은 이미 우리 법에 포함되어 있는 것이다. 일부 세부적인 내용에 있어서 차이가 있지만 중요한 부분은 아니라고 생각된다. 결국 사범방해죄 논의는 허위진술죄의 신설여부에 달려있다고 보인다.

범인은닉죄는 행위의 주체에 제한을 두지 않지만 구성요건의 구조상 범인 자신의 행위

135) 고재엽, 앞의 논문, 151면.

136) 고재엽, 앞의 논문, 150-151면에서 내용 참조.

는 본죄를 구성하지 않는다. 그러나 범인이 제3자를 교사하여 자기를 은닉하게 한 경우 판례는 범인은닉죄를 인정하고 있고, 이러한 경우 미국 모범형법 및 연방법상 사법방해죄에 해당할 수 있다.

반면 미국 연방법상 사법방해죄에서는 계속 중인 사법절차를 그 요건으로 하고 있다. 그러나 이때의 계속 중인 사법절차란 대배심이 스스로 행하는 조사뿐만 아니라 대배심원이 선출되고 증인이 증언하기로 서명날인하였다면 이는 연방법 제1503조의 계속 중인 사법절차에 해당한다고 본 판례,¹³⁷⁾ 사법절차는 공소기각 되었어도 이에 대한 항소절차가 남아 있는 한 여전히 계속되는 것으로 본 판례¹³⁸⁾ 등에 비추어 연방법상 사법방해죄도 우리나라의 위증죄보다 그 성립범위가 조금 넓을 수는 있다.¹³⁹⁾

증인은닉·도피죄의 경우에는 증인이 형사재판절차에 있어서의 증인에 한정하지 않고, 그 은닉 및 도피의 수단에 관하여 제한을 두고 있지 않고 있으므로 폭행을 가하거나, 거짓말을 하여 착오에 빠지게 함으로써 증인을 은닉한 경우에도 본죄가 성립할 것이다. 이러한 경우 미국의 사법방해죄 및 증인회유죄가 성립할 수 있을 것이며, 우리나라의 경우에도 법문상 제한이 없으므로 동일한 해석이 가능할 것이다.

미국의 사법방해죄는 사법방해행위에 대한 기도행위도 처벌하고 있어 증거인멸 및 증인은닉·도피죄의 미수 및 예비죄를 처벌하지 않는 우리와 차이를 보이고 있으나¹⁴⁰⁾ 우리나라의 경우에도 위증죄, 증인은닉도피죄 등을 추상적 위협범으로 파악하므로 기수의 범위가 상당히 넓어지게 되므로 큰 차이는 없다. 또한 음모나 모의를 처벌하는 미국은 사법방해죄 이외에도 통상적으로 음모나 모의를 폭넓게 처벌하는 입법례를 갖고 있으므로, 예비나 음모를 제한적으로 처벌하는 우리나라와 동일선상에서 비교할 수는 없다. 같은 대륙법국가인 독일, 오스트리아, 스위스 등도 예비, 음모는 처벌하지 않는다.

우리나라의 현행법상 위계에 의한 공무집행방해죄나 무고죄는 수사기관에서의 허위진술에 적용될 수 있으며, 전술한 바와 같이 실제로 적용한 경우도 있다. 그럼에도 판례나 학설이 수사기관에서의 단순한 허위진술을 처벌하는 것에 조심스러운 이유는 실체적 진실의 발견과도 관계가 있다고 생각된다. 사건의 실체적 진실을 궁극적으로 공적인 공판

137) U.S. v. Vesich, 724 F.2d 451, 455(6th Cir.,1984). 박미숙, 앞의 책, 54면.

138) U.S. v. Fernandez, 837 F.2d 1031,1034(11th Cir.,1988). 박미숙, 앞의 책, 54면 참조.

139) 이현철, 앞의 논문, 137-138면.

140) 이현철, 앞의 논문, 139-140면.

정에서 검찰과 피고인측의 변론과 공격방어를 통하여 규명되지 않으면 안된다. 이를 위하여 법정에서 증인은 사실을 진술할 것이 요청되고, 선서를 하고도 허위진술을 하면 위증죄로 처벌된다. 그런데 수사기관에서 허위진술을 처벌할 경우, 공판정에서의 진술이 영향을 받을 수 있다. 초기 수사단계에서 당혹이나 두려움으로 허위진술하였다고 하여 이를 처벌한다고 한다면, 이후의 수사단계나 공판정에서 진술을 번복하여 진실을 말하는 것이 위축될 수 있다. 이는 결국 공판정에서 실체적 진실을 발견하려고 하는 공판중심주의에 반하게 된다. 수사기관의 밀행적이고 일방적인 수사절차는 공판정에서의 진실발견을 위한 준비단계일 뿐이다. 기존의 형사재판에서 진실이 왜곡되거나 강압적 수사가 가능했던 것은 조서중심, 수사중심의 형사소송에 그 원인이 있다고 할 수 있다.

미국연방법상 허위진술죄가 처벌되지만 이러한 미국의 허위진술죄를 이해하기 위하여는 몇 가지 그 배경을 알아야 한다. 첫째, 미국은 연방국가라는 점이다. 실제로 형사사건의 90% 이상은 주의 사법체계에서 처리되고, 연방은 5% 정도의 사건만을 처리한다.

많은 주에서 단순한 허위진술은 처벌되지 않는다. 예를 들어, 캘리포니아 주 형법 제 118조(위증죄)에서도 적법한 절차에 따라 선서한 후에 위증하여야 위증죄가 성립될 수 있다.¹⁴¹⁾ 즉 캘리포니아 형법과 코몬로에 의하면 선서를 하고 기억에 반하는 허위의 진술을 한 경우에 위증죄(Perjury)가 인정된다.¹⁴²⁾ 위조, 변조된 증거를 제출하는 것은 캘리포니아 형법 제132조에 의하여 처벌된다.¹⁴³⁾

둘째, 피의자, 피고인, 참고인에 대한 변호인의 조력을 받을 권리가 철저히 보장되고 있다. 미국연방 수정헌법 제6조를 통하여 변호사의 조력을 받지 않거나 진술거부권을 침해하는 상태에서 얻은 진술은 증거능력이 부정된다. 그러나 우리나라의 경우에는 피의자

141) Under California law, the elements of perjury are willful statement, under oath, of any material matter which the witness knows to be false. *Chein v. Shumsky*, C.A.9 (Cal.)2004, 373 F.3d 978, certiorari denied 125 S.Ct. 415, 543 U.S. 956, 160 L.Ed.2d 318.

142) ""Perjury"" is false material statement by person who, before giving statement, has taken oath he will testify truly. *People v. Gilbert* (App. 3 Dist. 1963) 31 Cal.Rptr. 920, 217 Cal.App.2d 662; *People v. Macken* (App. 2 Dist. 1939) 32 Cal.App.2d 31, 89 P.2d 173 참조.

143) Cal. Penal Code § 132. Offering forged, altered, or ante-dated book, document, or record
Offering false evidence. Every person who upon any trial, proceeding, inquiry, or investigation whatever, authorized or permitted by law, offers in evidence, as genuine or true, any book, paper, document, record, or other instrument in writing, knowing the same to have been forged or fraudulently altered or ante-dated, is guilty of felony.

신문시에 피의자가 요청하면 언제든지 변호인이 입회, 참여할 수 있는 정도에 이르지 못하고 있다. 변호인의 충분한 조력을 받지 못한 채 피의자, 참고인은 무방비상태에 형사 처벌의 위험 아래 놓이게 된다. 더군다나, 법무부 개정형법안에 의하면, 위증죄의 처벌을 고지할 필요도 없게 되는데, 이는 많은 무고한 사람을 전과자로 만들거나, 검사의 기소편의주의의 희생양이 되게 할 염려가 크다.

셋째, 미국의 수사절차는 경찰과 검찰의 수사권조정, 치안판사에 의한 철저한 사법통제, 대배심과 같은 시민에 의한 통제 등에 의하여 수사나 기소가 남용 또는 악용되지 않도록 하는 많은 제도적 보장장치를 두고 있다. 이에 비하여, 우리나라는 검찰의 권한은 지나치게 막강하고 비대하여 수사단계에서 공정하고 민주적인 통제가 거의 이루어지지 않고 있다. 검사작성 피의자신문조서의 증거능력이 인정되는 현상황에서 허위진술죄까지 도입될 경우, 공판중심주의는 형해화되고 다시 조서재판으로 회귀할 위험성이 크다.

제4장 유죄협상(Plea Bargaining)의 도입여부와 공판중심주의

제1절 서론

우리나라는 2008년 1월 1일부터 국민이 형사재판에 참여하는 배심제도를 시행함으로써 공판중심주의를 구현하기 위한 초석을 놓게 되었다. 그러나 배심제를 중심으로 한 공판중심주의의 구현은 형사재판실무에 커다란 부담을 가져온다는 것이 공통된 의견이다. 이 때문에 검찰을 중심으로 한 실무자들은 형사절차의 효율성을 위해 형사절차 참여자의 적극적인 협조를 이끌어낼 수 있는 새로운 방법을 도입할 것을 요구하였고, 그 방안이 바로 유죄협상(Plea Bargaining)¹⁴⁴⁾ 제도이다.

2005년 초 검찰에서 유죄협상 제도의 도입을 검토하겠다고 밝힌 이후¹⁴⁵⁾ 이 제도의 도입과 관련하여 학계 및 언론 등으로부터 여러 의견이 제기되었다. 특히 실제적 진실을 추구하여야 할 형사절차에서 '범죄자와의 협상'이 이루어진다는 점에 주목한 일부 언론들은 상당히 비판적인 시각을 보여주었다.

그러나 제도의 도입에 대해서 어떠한 입장을 취하기 위해서는 일단 제도 자체에 대한 정확한 이해가 선행되어야 할 것이다. 이하에서는 유죄협상의 개념과 외국의 입법례에 대해 살펴본 후 우리나라에의 도입 가능성을 검토하고자 한다.

144) Plea Bargaining은 기소협상, 유죄협상, 답변협상, 유죄답변협상, 유죄인정협상 등 다양하게 번역되고 있다.

145) 검찰은 2005년도에 피의자(피고인)의 권리가 대폭 향상돼 수사와 기소에 애로를 겪고 있다는 점을 토로하면서 유죄협상은 형사사법의 효율성을 위해서는 불가피한 제도로서 이를 합법화하겠다고 선언한 바 있다. 이 방침에 따라 검찰은 배심재판을 통한 형사재판의 부담증가를 상쇄하는 수단으로 사법제도개혁추진위원회에 유죄협상제도를 제안하였다. 박노섭, "유죄협상제도 도입 가능성에 대한 연구", 형사법연구 제20권 제1호, 한국형사법학회, 2008, 116면.

제2절 유죄협상의 개념과 형태

우리나라에 소개된 유죄협상에 대한 개념은 크게 유죄협상을 진행하는 절차적 개념과 계약 혹은 거래를 의미하는 실체적 개념으로 구분할 수 있다.¹⁴⁶⁾

1. 유죄협상의 절차적 개념

절차적 개념에 중점을 두는 입장에 의하면 유죄협상은 형사사건에 있어서 피의자(피고인)와 검사가 재판부의 승인에 따라 상호 만족스러운 사건의 종결에 이르는 절차이며, 그 절차에서 통상적으로 피고인이 경한 형을 선고받기 위하여 약한 범죄 또는 기소 가능한 많은 범죄사실 중 일부 범죄사실에 대하여 유죄를 시인하게 된다는 것이다.¹⁴⁷⁾ 이러한 절차적 개념정의는 사법기관의 적극적인 개입보다는 피의자 내지 피고인의 자백이 있는 경우 그에 따른 '절차의 간이화'에 그 중점을 두고 있다. 절차적인 관점에서의 유죄협상은 수사절차, 공판준비절차, 공판절차별로 구분이 가능하다.

첫째, 수사절차상 유죄협상은 수사 중에 피의자의 자백이 있거나 범죄사실에 동의하는 경우 검사는 기소유예처분을 하거나 혹은 약식명령 등의 처분을 행하는 경우이다. 그 대표적인 예가 독일 형사소송법 제153조에 의거하여 경미한 범죄에 대해 검사가 행하는 '조건부 기소유예제도'이다.

둘째, 기소 후 공판준비절차상 유죄협상은 검사와 피고인(변호인) 간, 때로는 법관이 참여하여 피고인이 행한 자백을 조건으로 실체판단을 위한 공판절차를 진행하지 않고 곧바로 형을 선고하는 경우이다. 미국의 유죄인정절차(guilty plea)가 그 대표적인 예이다.

셋째, 공판절차에서 판사가 공판심리 중에 피고인에게 협상을 제안하는 경우로서 피고인이 공판정에서 협상내용을 받아들일 때 공판심리절차를 더 이상 진행하지 않거나 간소화하여 유죄를 선고하는 경우이다. 독일 형사재판실무상 판결협상(Urteilabsprache)이 그 대표적인 예이다.

146) 이하의 내용은 박노섭, 앞의 논문, 117-118면을 참조하였다.

147) 박형관, "미국 유죄협상제도(Plea Bargaining)의 의의 및 기능", 해외연수검사논문집 제18집, 법무연수원, 2003, 245-246면.

2. 유죄협상의 실제적 개념

실체적 개념에 중점을 두는 입장에 의하면 유죄협상은 국가기관(검사 또는 판사)과 피의자 간의 일종의 약정 내지 거래라는 것이다. 이러한 유죄협상의 형태는 참여자의 범위, 협상의 조건 등에 따라 몇 가지로 나누어 볼 수가 있다.¹⁴⁸⁾

첫째, 검사는 피의자가 현재 조사대상인 범죄에 대한 혐의를 시인하는 조건으로 나머지 범죄를 기소하지 않을 것을 약정하는 방식이다. 조세범 등 경제사범과 같이 수년간에 걸쳐 반복되는 범죄 중 일부에 대한 자백을 조건으로 나머지 범죄에 대해서는 형사소추를 하지 않는 경우가 여기에 해당된다.

둘째, 검사와 피의자(피고인) 간에 이미 확보된 증거에 의한 입증이 가능한 범죄보다 가벼운 죄로 기소하기로 하고 유죄답변을 하는 형태이다.

셋째, 피고인은 원래의 혐의를 시인하고 이에 대하여 검사(판사)는 장차 피고인에게 보다 경한 형을 선고하기로 약속하는 방식이다. 뇌물공여죄에 같이 뇌물을 수수한 공범에 대한 자백을 대가로 자신의 범죄에 대해서는 감형을 약속받는 것이 그 예다.

유죄협상을 약정으로 보아 계약법의 일반원칙을 적용하기에는 다소 모호한 부분이 있다고 생각되기 때문에 이 제도를 형사사법상 하나의 절차로 이해하는 것이 타당하다고 보여진다. 따라서 유죄협상이란 검사와 피의자(또는 변호인)가 피의자에 대한 기소혐의를 정식공판절차를 거치지 않고 해결하려는 합의에 의한 협상의 한 형태라고 할 수 있다.¹⁴⁹⁾

제3절 외국의 입법례

1. 미국의 유죄협상 제도

가. 제도의 역사¹⁵⁰⁾

148) 류전철, “형사소송에서 유죄협상제도(Plea Bargaining)의 도입 가능성”, 비교형사법연구 제7권 제1호, 한국비교형사법학회, 2005, 207-208면.

149) 류전철, 앞의 논문, 206면; 박형관, 앞의 논문, 247면.

150) 이하의 내용은 금태섭, “Plea Bargaining 제도와 그 도입문제”, 형사법의 신동향 통권 제1호, 대검찰청, 2006.4, 10-12면을 참조하였다.

유죄협상제도의 기원은 영국의 코론로로 거슬러 올라간다. 12세기부터 영국에서 초보적인 형태로 유죄협상이 존재하였다고 한다. 하지만, 미국의 법원은 피고인에게 유죄답변의 철회를 권유할 정도로 보수적인 입장을 취하고 있었다가 1804년 매사추세츠 법원은 Commonwealth v. Battis 사건에서 처음으로 유죄를 시인한 피고인에게 답변을 숙고할 시간을 하루 더 부여하고 피고인의 정신상태가 정상이라는 점, 유죄답변에 이르는 과정에서 부당한 약속, 설득 등이 없었다는 사실을 확인하고서 유죄답변을 인정하였다.¹⁵¹⁾ 미국연방대법원은 1892년 Hallinger v. Davis 사건에서 처음으로 피고인이 무죄를 다툰 권리를 완전히 알고 있었고, 변호인의 조력을 받았으며, 유죄답변에 대하여 숙고할 충분한 시간을 가졌다면, 유죄답변이 수정헌법 제14조의 적법절차 조항을 위반하지 않는다고 판시하였다.¹⁵²⁾

1920년에 접어들자 유죄협상은 형사사범의 한 절차로서 확고히 자리잡기 시작하였다. 예를 들어, 보스턴 경찰의 경우, 1830년에는 유죄협상이 15% 미만이었으나, 1840년 28.6%, 1850년 52%, 1860년 55.6%, 그리고 1980년에는 88%로 급격히 증가하였고, 현재에는 연방사건의 경우 95%정도에 이를 것으로 추산된다.¹⁵³⁾

유죄협상제도는 적법절차에 못지 않게 배심재판을 받을 권리와도 관련된다. 연방대법원은 유죄협상으로 인하여 배심재판을 받을 헌법상 권리가 침해될 수 있는 위험성을 경계하기도 하였다. United States v. Jackson 사건¹⁵⁴⁾에서는 배심재판을 거치는 경우에만 사형을 선고할 수 있도록 규정한 약취죄에 관한 연방법률은 수정헌법 제6조가 규정하고 있는 배심재판을 받을 권리를 주장하는 사람들에게 불이익을 줌으로써 그 행사를 위축시킬 수 있으므로 헌법에 반한다고 보았다. 그러나 Brady v. United States 사건¹⁵⁵⁾에서는 유죄협상이 검찰과 피고인 양측에 이점이 있다고 판시하였으며, 배심재판을 받으면 사형을 선고받을 수 있는 경우에도 유죄답변이 분별력 있고 임의적으로

151) Commonwealth v. Battis, 1 Mass. 94, 95, 1 Will. 95, 95-96 (1804); Kristen N. Sinisi, THE CHENEY DILEMMA: SHOULD A DEFENDANT BE ALLOWED TO APPEAL THE FACTUAL BASIS OF HIS CONVICTION AFTER ENTERING AN UNCONDITIONAL GUILTY PLEA?, 59 Cath. U. L. Rev. 1171, n. 17 참조.

152) 146 U.S. 314, 324 (1892)

153) Kristen N. Sinisi, 59 Cath. U. L. Rev. 1171, n. 17 참조.

154) 390 U.S. 570 (1968).

155) 397 U.S. 742 (1970).

(intelligent and voluntary) 이루어진 한 반드시 무효인 것은 아니라고 판결하였다.

1971년 *Santobello v. New York* 사건¹⁵⁶⁾에서 연방대법원은 주정부에는 빠르고 효율적으로 형사사건을 처리해야 할 이해관계가 있으며 유죄협상이 정식 배심재판에 비해서 비용이 적게 들고 신속하므로 불가피하다는 점을 지적하면서도, 유죄협상에 내재해있는 사법적 성격을 감안할 때 안전장치가 확보되어야 한다고 보았다. 즉 유죄협상은 공정하고 객관적 범죄사실에 근거해야 하며, 피의자(피고인)은 변호인의 조력을 받아야 하고, 협상은 임의적이고 충분한 정보를 가진 상태에서 이루어져야 하며, 만약 유죄인정의 대가로 어떤 약속을 받았다면 약속의 중요사항은 공개되어야 하며, 검사는 그 약속을 이행해야 한다는 것 등이다.¹⁵⁷⁾ 이런 기준에 의할 때, 당해 사건에서 피고인은 변경된 변호인과 상의 후 유죄협상을 철회하고자 하였으나 1심 법원은 이를 기각하고 중형을 선고한 사건을 파기하였다.

그 후 *Bordenkircher v. Hayes* 사건¹⁵⁸⁾에서 적절하게 운영된다면 유죄협상제도는 “주고 받는 협상”(give and take negotiation)으로서 모두에게 이익이 되며,¹⁵⁹⁾ 능력 있는 변호인의 조력을 받고 다른 절차적 장치의 보장을 받는 피의자는 검사의 설득에 대하여 분별력 있는 선택(intelligent choice)을 할 수 있을 것으로 추정되며, 허위의 유죄인정으로 인정될 것으로는 보이지 않는다고 판시하였다.¹⁶⁰⁾ 따라서 검사가 피의자의 유죄인정을 받아내기 위하여 다른 범죄로 기소할 것이라고 공개적으로 협박하였다고 하여도 그 자체만으로 보복적(vindictive)이 아니므로 수정헌법 제14조의 적법절차조항을 위반하였다고 볼 수 없다는 것이다.¹⁶¹⁾ 이처럼 유죄협상에서는 검사의 재량권이 넓게 인정되므로 검사의 권한남용이 문제될 수 있으나,¹⁶²⁾ 당해 사건에서는 그러한 남용이 보이

156) 404 U.S. 257 (1971).

157) 404 U.S. 262 참조.

158) 434 U.S. 357 (1978).

159) 또한 *Blackledge v. Allison*, 431 U.S. 63, 71, 97 S.Ct. 1621, 1627 참조.

160) 434 U.S. 363 참조.

161) *North Carolina v. Pearce*, 395 U.S. 711, 725, 89 S.Ct. 2072 (1969); *Blackledge v. Allison*, 431 U.S. 63, 71, 97 S.Ct. 1621 (1974) 사건에서는 이러한 보복적 수사나 기소가 문제되었다.

162) ALI Model Code of Pre-Arrestment Procedure for Criminal Justice §§§§ 350.3(2)-(3) (1975); ABA Project on Standards for Criminal Justice, *The Prosecution Function* §§§§ 2.5, 3.9 (App. Draft 1971); *Abrahms, Internal Policy: Guiding the Exercise of Prosecutorial Discretion*, 19 *UCLA L.Rev.* 1 (1971) 참조.

지 않는다고 하였다.

나. 유죄협상의 구체적인 절차

유죄협상제도의 필요상을 한편으로는 인정하면서도, 다른 한편 유죄협상으로 인하여 피고인의 권리가 침해될 수 있다는 점도 부정할 수 없다. 미국의 유죄협상제도로 인하여 피고인의 몇 가지 헌법상의 권리가 위협을 받을 수 있다. 우선 수정헌법 제5조의 자기부죄금지의 원칙, 진술거부권이 그것이며, 수정헌법 제6조의 배심원에 의한 재판을 권리 등이다.¹⁶³⁾ 이러한 이유로 인하여 유죄협상의 절차적 요건과 보장책은 신중하게 마련되어 있다.

유죄협상의 구체적인 절차는 연방 및 주에 따라 다양하지만 여기에서는 연방의 형사절차를 위주로 본다.¹⁶⁴⁾ 연방형사절차에서 유죄협상은 연방형사소송규칙 제11조가 규정하고 있다. 이 조항은 여러 가지 필요한 보장책을 규정하고 있다.¹⁶⁵⁾

(1) 협상의 절차

검사와 변호인, 혹은 변호인이 없는 경우에 피고인은 답변에 관한 협상을 할 수 있다. 이 협상에는 법원이 관여할 수 없다. 검사는 피고인이 입건된 범죄나 그보다 가벼운 범죄 혹은 관련성 있는 범죄에 대해서 유죄의 답변을 하는 경우에는 다음과 같은 반대급부를 제공하겠다는 약속을 할 수 있다.¹⁶⁶⁾ 첫째, 일부 혐의사실에 대한 공소를 제기하지 않거나 철회하겠다는 약속,¹⁶⁷⁾ 둘째, 특정한 선고형 혹은 그 범위를 추천하거나 양형기준법의 특정 조항, 양형정책 혹은 양형요소의 적용여부에 관한 의견을 제시하겠다는 약속 또는 이러한 점에 대한 피고인의 의견 제시에 반대하지 않겠다는 약속(이러한 약속은 법원에 대한 구속력이 없음),¹⁶⁸⁾ 셋째, 특정한 선고형 혹은 그 범위가 적절하다거나 양형기준법의 특정 조항, 양형정책, 양형요소의 적용여부에 관한 동의(이러한 약속은 법원

163) Boykin v. Alabama, 395 U.S. 238, 89 S.Ct. 1709 (1969)

164) 이하의 내용은 금태섭, 앞의 논문, 14-19면을 참조하였다.

165) McCarthy v. United States, 394 U.S. 459, 465 (1969).

166) 연방형사소송규칙: Federal Rules of Criminal Procedure for the United States District Court(이하 FRCrP로 약칭한다) rule 11 (c) (1).

167) FRCrP rule 11 (c) (1) (A).

168) FRCrP rule 11 (c) (1) (B).

이 답변 합의를 받아들이는 경우 법원을 구속함) 등이다.¹⁶⁹⁾

검사와 피고인 사이의 협상에 법원이 관여해서는 안 된다는 것은 다음과 같은 이유를 근거로 한다.¹⁷⁰⁾ 첫째, 양형에 관한 전권을 가지고 있는 판사가 협상에 개입할 경우 피고인은 판사의 제안을 거부하기 어렵게 되고 따라서 유죄답변을 강요받을 위험성이 있다고 한다.¹⁷¹⁾ 둘째, 판사가 협상에 관여하였는데도 유죄의 답변이 이루어지지 않을 경우에 재판과정이 공정해지기 어렵다고 한다. 셋째, 판사가 협상에 관여하는 경우에는 기소인부절차(Arraignment)에서 피고인의 자발성 등을 심리할 때 중립적인 태도를 기대할 수 없다고 한다. 넷째, 판사가 협상과정에서 양형에 관한 일정한 약속을 하는 것은 선고 전 양형조사를 하는 것과 모순된다고 한다. 다섯째, 판사의 관여는 사법의 순수성을 해치고 피고인은 법원도 자신과 반대되는 입장에서 서 있는 공무원의 한 사람으로 인식하게 된다고 한다.¹⁷²⁾

(2) 기소인부절차(Arraignment)

연방형사소송규칙은 제4장 Arraignment and Preparation for Trial에 기소인부절차에 관한 규정을 두고 있다. 피고인은 공개법정에서 공소장¹⁷³⁾의 낭독을 듣거나 공소사실의 요지를 들은 후 이에 대한 답변 기회를 제공받는다. 답변을 하기 전에 피고인에게 공소장 사본을 교부하여야 한다.¹⁷⁴⁾ 무죄답변을 하는 경우에는 법원의 허가를 얻어 법정에 출석하지 않고 피고인과 변호인이 각각 서명한 서면을 제출할 수 있다.

(3) 피고인의 답변

기소인부절차에서 피고인은 무죄, 유죄, 혹은 불항쟁(nolo contendere)의 답변을 할 수

169) FRCrP rule 11 (c) (1) (C).

170) LaFave et al, Criminal Procedure, 1002-1003면, 금태섭, 앞의 논문, 15면 참조.

171) United States ex rel. Elksnis v. Gilligan, 256 F.Supp. 244 (1966).

172) 이러한 논리에 대하여는 검사와 피고인 사이의 협상력의 차이로 인한 유죄답변의 강요 위험성이 판사의 경우보다 오히려 더 크며, 판사가 협상에 관여하였는데 유죄의 답변이 이루어지지 않은 경우에도 배심재판에 있어서는 판사의 영향력이 크지 않고 필요한 경우 회피할 수 있다는 점을 근거로 한 반대 의견이 있다. 금태섭, 앞의 논문, 15면 참조.

173) 대배심에 의한 공소장은 indictment, 검사에 의한 공소장은 information이라고 한다.

174) FRCrP rule 10.

있다. 피고인이 답변을 거부하거나 혹은 개인이 아닌 피고인(a defendant organization)이 불출석하면 무죄의 답변을 한 것으로 간주한다.¹⁷⁵⁾ 불항쟁의 답변은 사실상 유죄답변과 같은 효과가 있지만, 후에 민사소송 등에서 피고인의 책임을 인정하기 위한 증거로 사용될 수 없다는 점에 차이가 있다.

피고인은 법원과 검사의 동의가 있는 경우 조건부 유죄답변(conditional plea)을 할 수 있다. 이는 피고인의 재판 전 신청에 관한 제1심의 결정에 대하여 항소심의 판단을 받을 권리를 유보하면서 답변을 하는 것이다. 항소심 재판부가 재판 전 신청에 관한 제1심의 결정을 파기할 경우 피고인은 답변을 철회할 수 있다.¹⁷⁶⁾

검사와 피고인 사이에 답변과 그 조건에 관한 합의가 있는 경우 이는 법정에서 공개되어야 한다. 그러나 특별한 사정이 있는 경우 법원의 허가를 얻어 공개하지 않고 판사실에서 제시할 수 있다.¹⁷⁷⁾

(4) 법원의 고지의무

피고인이 유죄 혹은 불항쟁의 답변을 한 경우에 법원은 다음의 사항을 고지하고 피고인이 이를 이해하고 있는지 확인하여야 한다.¹⁷⁸⁾

- ① 피고인이 선서 하에서 행한 진술은 위증죄로 기소될 수 있다는 사실(기소인부절차에서 법원은 피고인에게 선서를 명할 수 있다)
- ② 무죄의 답변을 할 수 있으며, 이미 무죄의 답변을 하였다면 이를 유지할 권리가 있다는 사실
- ③ 배심에 의한 재판을 받을 수 있는 권리가 있다는 사실
- ④ 재판을 비롯한 형사 절차에서 변호인을 선임할 권리가 있으며, 필요한 경우 법원에 변호인의 선임을 요청할 권리가 있다는 사실
- ⑤ 불리한 증언을 하는 증인을 대면할 권리, 자기부죄금지의 원칙, 증언하거나 증거를 제출할 권리, 증인을 소환할 권리가 있다는 사실

175) FRCrP rule 11 (a) (1).

176) FRCrP rule 11 (a) (2).

177) FRCrP rule 11 (c) (2).

178) FRCrP rule 11 (b) (1).

- ⑥ 법원이 유죄나 불항쟁의 답변을 받아들이는 경우 피고인이 이러한 권리를 포기하게 된다는 사실
- ⑦ 피고인이 답변을 한 공소사실의 내용
- ⑧ 법정 최고형(maximum possible penalty)
- ⑨ 의무적인 최저 형량(mandatory minimum penalty)
- ⑩ 적용 가능한 몰수형
- ⑪ 손해배상을 명할 수 있는 법원의 권한
- ⑫ 특별부과금(special assesment)을 부과하여야 하는 법원의 의무
- ⑬ 18 U.S.C. §3553(a)에 따라서, 양형기준을 적용하여야 하는 법원의 의무 및 특정한 상황에서 이를 벗어날 수 있는 법원의 재량
- ⑭ 상소권이나, 판결에 대한 부수적 이의제기권의 포기에 관한 합의 내용

검사가 피고인에게 특정한 선고형 혹은 그 범위를 추천하거나 양형기준법의 특정 조항, 양형정책 혹은 양형요소의 적용여부에 관한 의견을 제시하겠다는 약속 또는 이러한 점에 대한 피고인의 의견 제시에 반대하지 않겠다는 약속을 하고 피고인이 이에 따라 유죄 또는 불항쟁의 답변을 한 경우에는 법원은 피고인에게 법원이 그러한 추천을 따르지 않더라도 답변을 철회할 수 없다는 경고를 해야 한다.¹⁷⁹⁾

(5) 법원의 심리 사항

피고인이 무죄답변을 한 경우에는 기소인부절차는 종결되고 배심재판이 시작되므로 특별한 절차가 요구되지 않는다. 그러나 피고인이 유죄나 불항쟁의 답변을 할 경우에는 법원은 이를 받아들이기에 앞서 두 가지 점을 심리하여야 한다.

첫째는 답변이 임의적(voluntary)이라는 점에 대한 확인이다.¹⁸⁰⁾ 피고인이 유죄나 불항쟁의 답변을 한 경우에는 법원은 공개법정에서 피고인을 심문하여 답변이 위력(force)이나 위협(threat), 또는 유죄에 관한 합의 내용 이외의 약속(promise)에 의하여 이루어진 것이 아니라는 점을 확인하여야 한다.

179) FRCrP rule 11 (c) (3) (B).

180) FRCrP rule 11 (b) (2).

둘째는 답변이 사실에 기초하였는지 여부(factual basis for plea)를 판단하여야 한다.¹⁸¹⁾ 피고인이 유죄의 답변을 한 경우에는 법원은 답변에 사실적인 기초가 있는지 확인하여야 한다.

(6) 법원의 결정

피고인이 공소사실에 대한 답변을 하면 법원은 이에 대한 결정을 한다. 무죄답변의 경우에는 특별한 절차가 필요 없고 유죄나 불항쟁의 경우에도 협상에 따른 합의사항이 없을 때에는 마찬가지로, 합의사항이 있을 때는 별도의 절차가 필요하다.

검사가 일부 혐의사실에 대한 공소를 제기하지 않거나 철회하겠다는 약속을 했거나 혹은 특정한 선고형 혹은 그 범위가 적절하다거나 양형기준법의 특정 조항, 양형정책, 양형요소의 적용여부에 관한 동의를 한 경우에 법원은 이러한 합의사항을 승인하거나 거절하거나 혹은 양형보고서를 검토할 때까지 결정을 유보할 수 있다.¹⁸²⁾ 이러한 합의사항을 승인할 경우에는 피고인에게 그 합의내용이 판결에 포함된다는 사실을 고지하여야 한다.¹⁸³⁾ 승인하지 않는 경우에는 원칙적으로 공개법정에서 다음의 조치를 취하고 이를 기록에 남겨야 한다.¹⁸⁴⁾ 첫째, 양 당사자에게 법원이 합의사항을 승인하지 않는다는 사실을 고지해야 한다. 둘째, 피고인에게 법원이 합의에 따른 의무가 없음을 설명하고 답변을 철회할 기회를 부여하여야 한다. 셋째, 피고인이 답변을 철회하지 않는 경우 합의된 내용보다 불리한 처분을 받을 수 있음을 알려야 한다.

답변이 이루어진 절차는 기록되어야 하며 유죄나 불항쟁의 답변이 있었을 경우에는 법률에 규정된 고지의무가 이행되었다는 사실도 기록되어야 한다.¹⁸⁵⁾

다. 답변의 유효요건

피고인의 답변이 유효하기 위한 요건으로는 흔히 임의성(voluntariness), 이해와 분

181) FRCrP rule 11 (b) (3).

182) FRCrP rule 11 (c) (3) (A).

183) FRCrP rule 11 (c) (4).

184) FRCrP rule 11 (c) (5).

185) FRCrP rule 11 (g).

별력(knowing and intelligence), 그리고 사실적 기초(factual basis)가 거론된다.¹⁸⁶⁾

(1) 임의성(자발성)

피고인의 답변은 임의적이고 자발적이어야 한다. 임의성 여부를 판단하여야 하는 것은 법원의 의무이지만, 지나치게 형식적인 기준에 따라 판단할 경우 오히려 피고인의 이익에 반하는 경우가 생길 수 있다.¹⁸⁷⁾ United States v. Martinez 사건¹⁸⁸⁾에서 피고인은 마리화나 수입 음모, 마리화나 수입, 양도 목적 마리화나 소지, 연방 공무원에 대한 폭행 혐의로 기소되었다. 피고인은 나머지 공소사실을 철회하겠다는 검사의 약속에 따라 마리화나 수입 혐의에 대해 유죄의 답변을 하였다. 그런데, 1심 법원은 피고인이 조사자로부터 유죄협상에 따라 기소하지 않겠다고 하는 약속을 받고 유죄답변을 했다는 사실을 확인하고, 유죄답변을 인정하지 않고 배심재판에 회부하였다. 피고인은 네 가지 혐의 전체에 대하여 배심재판을 거쳐 유죄평결을 받게 되었고, 항소하였다. 제5 연방항소법원은 두 번째 공소사실을 제외한 나머지 유죄부분을 파기하면서 임의성을 심리하는 법원은 피고인이 협상을 통하여 얻은 이익을 상실하지 않도록 주의하여야 한다고 판시하였다.

(2) 이해와 분별력

유죄답변을 하는 피고인은 우선 그에 대한 공소사실을 이해하고 있어야 한다. 공소사실을 이해하지 못하는 상태에서의 유죄답변은 임의적이라고 할 수 없기 때문이다. 적어도 공소사실의 중요한 부분에 대하여는 피고인이 인식하여야 한다. 법원이 각각의 공소사실의 구성요소를 피고인에게 설명해 준 때에는 이 요건을 충족시켰다고 할 수 있지만, 항상 모든 사항을 알려주어야 하는 것은 아니다.¹⁸⁹⁾ Henderson v. Morgan 사건¹⁹⁰⁾에서 1급 살인죄로 기소된 피고인은 2급 살인죄에 대하여 유죄답변을 하였다. 그러나,

186) 하홍식, “유죄협상에 관한 연구”, 해외연수검사논문집 제12집, 법무연수원, 1995, 17-23면.

187) LaFave et al, 앞의 책, 1007-1008면; 금태섭, 앞의 논문, 20면 참조.

188) 486 F.2d 15 (5th Cir, 1973).

189) LaFave et al, 앞의 책, 1008-1009면; 금태섭, 앞의 논문, 21면 참조.

190) 426 U.S. 637 (1976).

피고인은 유죄답변 당시에 2급 살인죄에는 사망을 야기하려는 고의가 필요하다는 점을 몰랐고, 법원이니 변호인도 이를 설명해주지 않았다. 이후 피고인은 자신의 유죄답변이 임의적이지 않아서 취소되어야 한다고 소를 제기하였다. 연방대법원은 피고인이 2급 살인죄에서 사망을 야기한다는 점에 대한 고의가 필요하다는 사실을 이해하지 못하고 유죄답변을 한 것은 임의적이지 않고 적법절차를 위반했다고 하여 유죄판결을 파기하였다.

피고인이 유죄나 불항쟁의 답변을 하는 경우에 법원은 그로 인한 결과를 피고인에게 설명해 주어야 한다.¹⁹¹⁾ 여기서의 결과는 직접적인 결과만을 말하며 부수적인 결과는 포함되지 않는다. 직접적인 결과는 확정적이고 즉각적이며 대체로 자동적인 결과를 말한다고 한다. 선고형에 관한 사항은 직접적인 결과에 해당한다. 전통적으로 판례는 법정 최고형에 대한 고지의무만을 강조해 왔으나, 연방의 경우에는 법정 최고형뿐만 아니라 최저형량도 고지해야 한다.¹⁹²⁾

또한 피고인은 유죄나 불항쟁의 답변으로 인해서 포기하게 되는 헌법상의 권리를 이해하고 있어야 한다. 연방대법원은 *Boykin v. Alabama* 사건¹⁹³⁾을 통해서 이를 명백히 했다. 유죄답변은 단순한 자백이 아니다. 자백은 일정한 범죄사실을 인정하는 진술이다. 이에 반하여 유죄답변은 그 자체로 판결이며, 유죄답변이 있으면 공판절차는 필요하지 않고 단지 법관의 양형절차만이 남아있을 뿐이다. 그러므로 유죄답변을 인정할 때에는 엄밀한 심사가 필요하다.

(3) 사실적 기초

답변에는 사실적 기초가 있어야 한다. 통상적으로 법원은 피고인에 대한 신문이나 검사 또는 변호인에 대한 질문, 답변에 부수된 합의사항에 대한 조사, 기록 등을 통하여 자유롭게 사실적 기초 여부를 확인한다. 연방을 비롯하여 많은 주에서 이 요건에 관한 규정을 두고 있으나 사실적 기초를 인정하기 위해 필요한 증명의 정도를 특정하고 있지는 않다.¹⁹⁴⁾

191) LaFave et al, 앞의 책, 1010-1011면; 금태섭, 앞의 논문, 21면 참조.

192) FRCrP rule 11 (b) (1) (I) 참조.

193) 395 U.S. 238 (1969).

194) LaFave et al, 앞의 책, 1013면; 금태섭, 앞의 논문, 22면 참조.

유죄의 답변을 하면서도 동시에 혐의를 부인하는 경우 사실적 기초가 문제될 수 있다. North Carolina v. Alford 사건¹⁹⁵⁾에서 피고인은 2급 살인죄에 대해 유죄답변을 한 후에 증언대에서 자신은 살인죄를 저지르지 않았으며 단지 사형선고를 피하기 위해서 유죄답변을 하였을 뿐이라고 진술하였다. 피고인은 자신이 무죄라고 주장하였지만 검찰이 제출한 증거는 1급살인이 유죄임을 입증할 수 있는 증거와 증인이 있었다. 증인의 증언을 청취한 후에 1심법원은 피고인의 2급살인죄에 대한 유죄답변을 받아들였다. 하지만, 항소심법원은 1급살인죄와 사형선고의 위협에 직면한 피고인이 사형을 피하기 위하여 2급살인에 유죄답변한 것은 자의적이지 않다고 판시하였다. 상고심에서 연방대법원은 범행을 인정하지 않는 경우에도 임의적으로 상황을 이해하면서 유죄답변을 하는 경우에 답변은 유효하며 이 경우에 피고인은 1급 살인죄로 재판을 받을 것인지 2급 살인죄에 대해 유죄답변을 할 것인지 숙고한 후에 합리적인 결정을 내린 것이므로 유효한 답변을 한 것이라고 판단하였다.¹⁹⁶⁾ 따라서 피고인이 유죄답변을 하면서 범행을 부인하는 경우에도 법원은 범죄사실에 관한 사실적 기초가 존재하는 경우 유죄답변을 승인할 수 있다.

라. 답변의 효력

법원이 피고인의 유죄답변을 받아들이면 배심재판에서 유죄평결을 받은 것과 마찬가지로 절차는 양형단계로 이전된다. 그러나 정식재판에 의해서 유죄평결을 받았다면 파기사유가 될 수도 있었을 하자가 있는 때에도 유죄답변의 경우에는 파기사유가 되지 않는 경우가 있다. McMann v. Richardson 사건¹⁹⁷⁾에서는 수년 전에 유죄답변을 하였던 기결수들이 자신들은 자백을 강요당했고 이에 따라 유죄답변에 이르게 되었다고 주장하면서 구제를 청원하였다. 연방항소법원은 증거조사를 명하였으나, 연방대법원은 유죄답변을 한 경우는 정식재판을 받은 경우와 다르다고 하면서 청원자들이 구제받을 수 없다고 판시하였다. 즉, 유죄답변에 앞서서 있었던 자백은 판결의 기초가 되지 않았고 증거로 제시된 적도 없었기 때문에 그 하자에 대한 조사가 이루어질 필요도 없다는 것이다. 이렇게 해석하지 않을 경우에는 유죄답변의 최종성에 관한 주 정부의 이해가 침해된다고

195) 400 U.S. 25 (1970).

196) 이는 전술한 Brady v. U.S. 판결에서도 판시된 바이기도 하다.

197) 397 U.S. 759 (1970).

보았다.

유죄답변과 관련하여 문제되는 것은 협상위반의 문제, 유죄답변의 철회 또는 이의제기의 문제, 그리고 기소인부절차 과정에서 있었던 진술 등의 증거능력의 문제이다.

(1) 협상위반의 문제

유죄답변에 이르는 과정에서 합의된 검사와 피고인 사이의 약속은 원칙적으로 지켜져야 하며 피고인의 신뢰는 보호된다. Santobello v. New York 사건¹⁹⁸⁾에서 피고인은 검사로부터 양형에 관한 의견을 제시하지 않는다는 약속을 받고 무죄답변을 철회한 후 보다 가벼운 범죄에 대해서 유죄의 답변을 하였다. 그 후 여러 달 후에 이루어진 양형절차에는 피고인과 협상을 한 검사가 아닌 다른 검사가 출석하였고 법정최고형을 구형하였다. 피고인은 유죄답변을 철회하려 하였으나 법원은 이를 불허하고 검사의 구형에 따라 법정최고형을 선고하였다. 연방대법원은 양형을 한 1심 판사가 검사의 구형에 영향을 받았는지 여부에 관계없이 검사의 약속 불이행을 이유로 유죄판결은 취소되어야 한다고 판시하였다.

이와 달리 피고인이 협상에 따른 약속을 지키지 않았을 경우에는 검사도 약속을 지킬 의무가 없다. Ricketts v. Adamson 사건¹⁹⁹⁾에서 1급 살인죄로 기소되었던 피고인은 2급 살인죄에 대하여 유죄답변을 하고 공범에 대하여 증언을 한다는 조건으로 형량에 대한 협상을 하였다. 협상 문안에는 피고인이 증언을 거부하는 경우에는 “협상은 무효가 되고 원래의 기소가 자동적으로 복원되며, 당사자는 합의 이전의 상태로 돌아간다.”고 명시적으로 기재되어 있었다. 법원은 피고인의 유죄답변을 받아들이고 구형에 따라 징역형을 선고했으며, 피고인은 공범에 대해서 증언을 했고 그 공범은 1급 살인죄로 유죄판결을 받았다. 그러나 공범에 대한 유죄판결이 파기되고 새로운 재판이 열리게 되자 피고인은 이미 협상에 따른 자신의 의무를 다했다는 이유로 다시 증언하는 것을 거부했다. 검사는 피고인을 1급 살인죄로 기소했고 법원은 이중위험금지 위반이라는 피고인의 주장을 배척하고 2급 살인죄의 유죄판결을 무효로 한 다음 피고인에게 사형을 선고하였다. 연방대법원은 피고인의 의무는 새로운 재판에서 증언하는 것까지 포함하며 이러한 의무위반으로

198) 404 U.S. 257 (1971).

199) 481 U.S. 1 (1987).

인해서 이중위험금지의 원칙은 적용되지 않는다고 하면서 상고를 기각하였다.

(2) 답변의 철회 및 이의 제기

법원이 유죄 또는 불항쟁의 답변을 받아들이기 전에는 피고인은 언제든지 답변을 철회할 수 있다.²⁰⁰⁾ 법원이 유죄 또는 불항쟁의 답변을 수용하였으나 형을 선고하기 전에는 다음과 같은 경우에 답변을 철회할 수 있다. 첫째, 검사가 일부 혐의사실에 대한 공소를 제기하지 않거나 철회하겠다는 약속을 했거나 혹은 특정한 선고형 혹은 그 범위가 적절하다거나 양형기준법의 특정 조항, 양형정책, 양형요소의 적용여부에 관한 동의를 한 경우에 법원이 이러한 합의를 거부한 경우에는 답변을 철회할 수 있다.²⁰¹⁾ 둘째, 공정하고 정당한 이유가 있는 경우에 답변을 철회할 수 있다.²⁰²⁾

판결 선고 이후에는 유죄답변의 철회는 불가능하며, 경우에 따라서 판결에 대한 항소와 부대적 이의절차(collateral attack)에 의해서만 다룰 수 있다.²⁰³⁾

(3) 답변 및 이와 관련된 진술의 증거능력

유죄답변이 철회된 경우에 그 과정에서 이루어진 피고인의 자백이나 진술의 증거능력을 인정할 것인지 문제된다. 예전에는 이러한 피고인의 진술도 증거로 인정할 수 있다는 견해도 있었으나, 현재는 연방형사소송규칙에 명문의 규정을 두어 증거능력을 부정하고 있다. 연방형사소송규칙 제11조 (f)항은 연방증거규칙(Federal Rules of Evidence) 제410조에 의한다고 규정하고, 연방증거규칙 제410조²⁰⁴⁾는 유죄협상과정에서의 피고인

200) FRCrP rule 11 (d) (1).

201) FRCrP rule 11 (d) (2) (A).

202) FRCrP rule 11 (d) (2) (B).

203) FRCrP rule 11 (e).

204) FRE 410조: Except as otherwise provided in this rule, evidence of the following is not, in any civil or criminal proceeding, admissible against the defendant who made the plea or was a participant in the plea discussions:

(1) a plea of guilty which was later withdrawn;

(2) a plea of nolo contendere;

(3) any statement made in the course of any proceedings under Rule 11 of the Federal Rules of Criminal Procedure or comparable state procedure regarding either of the foregoing pleas; or

(4) any statement made in the course of plea discussions with an attorney for the prosecuting

의 자백이나 진술은 유죄답변이 철회된 경우, 피고인에게 불리하게 증거로 사용될 수 없다. 즉 증거능력이 없다고 규정하고 있다. 다만, 예외적으로 ① 유죄협상의 내용 중 다른 진술이 증거로 제출된 경우 공정을 위하여 동시에 심리되어야 하는 진술은 증거능력이 있으며, 또한 ② 피고인이 선서하고 진술한 부분에 대하여 위증죄나 허위진술죄로 기소되는 경우 당해 사건에서도 증거능력이 인정된다. 이는 유죄협상이나 유죄답변이 실제법적인 자백과 다르며 순수히 절차법적인 내용임을 다시 확인시켜주는 것이다.

2. 영국의 유죄협상 제도²⁰⁵⁾

영국에서도 유죄협상은 형사절차에서 큰 비중을 차지하고 있다. 통계에 따르면 2000년도에 경죄를 약식재판으로 진행하는 치안판사법원(Magistrates' Court)의 경우 유죄답변율은 90% 이상이며, 중죄에 대하여 배심재판을 진행하는 왕립형사법원(Crown Court)에서의 유죄답변율은 70% 이상으로 알려져 있다. 미국과 마찬가지로 영국도 한정된 인적·물적 자원을 이용하여 사건을 신속하게 처리하는 방안으로 유죄협상을 받아들이고 있는 것이다.

영국도 미국과 마찬가지로 다수의 범죄 중 일부를 기소하지 않거나 중한 범죄 대신 경한 범죄로 기소하는 공소사실협상이 허용되고 있다. 검사는 기소에 있어서 전적인 권한을 가지므로 공소사실의 추가, 변경, 삭제의 권한 및 기소유예의 권한을 기초로 피고인측과 협상을 진행한다.²⁰⁶⁾

미국과 달리 영국은 유죄협상의 요건과 효과 등을 상세히 규율하는 법률이나 판례가 없다.

authority which do not result in a plea of guilty or which result in a plea of guilty later withdrawn.

However, such a statement is admissible (i) in any proceeding wherein another statement made in the course of the same plea or plea discussions has been introduced and the statement ought in fairness be considered contemporaneously with it, or (ii) in a criminal proceeding for perjury or false statement if the statement was made by the defendant under oath, on the record and in the presence of counsel.

205) 이정배, “플리바게닝, 사법협조자 형벌감면제 도입 필요성에 관한 고찰”, 경남법학 제25집, 경남대학교 법학연구소, 2010, 197-198면 참조.

206) 검사는 치안판사법원 사건의 경우는 사무변호사(solicitor)와, 왕립형사법원 사건의 경우는 법정변호사(barrister)와 협상을 진행한다.

대신 공소사실협상에 대한 관련 규정으로 왕립검찰청(Crown Prosecution Service)의 지침이 있다.

동 규정 제10조에 따르면²⁰⁷⁾ 검사는 법원이 피고인이 유죄답변을 하는 범죄의 심각성에 대응하는 선고를 내릴 수 있다고 생각하는 경우에만 이를 받아들여야 하고, 단지 유죄답변을 수용하는 것이 편리하다는 이유만으로 그것을 수용해서는 안 된다. 또한 피해자의 이익과 답변 수용이 공공의 이익에 부합하는지 여부를 고려하여야 하고, 어떠한 근거에서 답변이 제출되고 수용되었는지를 법원에 명백히 밝혀야 한다. 검사는 공소사실협상을 할 권한을 가지고는 있지만, 판사의 양형권한이 침해되지 않도록 유념하면서 공소사실협상을 진행해야 한다.²⁰⁸⁾

한편 동 규정 제12조에 따르면²⁰⁹⁾ 영국은 미국과 달리 공소사실 협상시에 피고인에게 압력을 가하는 초과기소는 허용되지 않는다. 유죄협상에 대하여 보다 상세히는 법무총재의 가이드라인이 규정한다(Attorney General's guidelines on the acceptance of pleas and the prosecutor's role in the sentencing exercise).

영국의 형량협상은 미국과 차이가 있다. 먼저 영국 검사는 양형에 대한 권고를 하지 못하며 양형은 전적으로 판사의 권한이며, 판사는 판결시에 검사의 기소에 기속되지 않는다. 그러나 통상 유죄답변을 한 피고인에게는 사안별로 다르지만 예상되는 양형의 1/3 또는 1/4 정도가 선고되고 있고, 유죄답변을 한 피고인에게는 법정최고형이 선고되지 않는다.²¹⁰⁾ 하지만 이러한 양형의 혜택이 권리는 아니다.

3. 이탈리아의 유죄협상제도²¹¹⁾

이탈리아에서는 1989년 형사소송법을 개정하면서 제444조 이하에서 검사의 주도 아래 피의자·피고인이 유죄를 인정하는 경우 양 당사자가 합의하여 판사에게 감경된 형량

207) Code for Crown Prosecutions, para. 10.

208) 실제 왕립형사법원 사건에서의 공소사실협상 대부분은 판사의 승인을 받고 있다고 한다.

209) Code for Crown Prosecutions, para. 12.

210) 2003년 형사사법법 제144조 등에 근거하여 양형기준이 양형기준위원회에 의하여 제정되게 되면서 유죄답변을 한 피고인이 받을 수 있는 감경의 정도가 보다 명확해졌다. 예를 들면 최초의 합리적 기회에 유죄답변을 한 때에는 1/3 감경, 공판기일지정 후에는 1/4 감경, 공판심리 개시 후에는 1/10 감경된다. 법원행정처, 외국사법제도연구(3) -각국의 형사사건 기소절차-, 2008, 254면.

211) 이정배, 앞의 논문, 201면 참조.

을 선고해줄 것을 신청하는 영미식 유죄협상 제도를 전격적으로 도입하였다.²¹²⁾

형벌에 대한 당사자 공동신청제도(application della pena su richiesta delle parti)라고 불리는 이 제도는 3년 이하의 자유형이 선고될 수 있는 범죄에 대해 공판이 열리기 전에 검사와 피고인이 선고형량에 대해 합의를 하고 판사에게 선고를 요청하면, 판사는 공소사실과 형량에 대한 당사자의 결정이 정확한지 확인하고 그 결정이 상당하고 협상된 형량이 피고인을 사회복귀 시키는데 필요한 형량이라고 판단하면 당사자가 합의한 대로 형벌을 선고한다.²¹³⁾ 이 경우 5년을 넘지 않는 범위 내에서 통상의 선고형은 1/3 만큼 감경되고, 피고인은 이 협상에 동의한 이상 항소권이 포기된다.²¹⁴⁾

이러한 '형벌에 대한 당사자 공동신청제도'는 영미식 유죄협상과는 달리 피고인은 반드시 자신의 유죄를 공개적으로 인정할 필요는 없고, 영미식의 형량협상(sentencing bargaining)만을 허용할 뿐 공소사실협상(charge bargaining)은 허용하지 않는다. 형량협상의 범위 또한 형량감경은 1/3로 정해져 있고, 최종선고형은 5년의 자유형을 넘어 서서는 안 되는 등 영미에 비하여 훨씬 제한되어 있다.

4. 스페인의 유죄협상제도²¹⁵⁾

스페인에서도 유죄협상제도가 존재한다. 검사가 구체적인 기소를 행할 때 공소장에 6년 이하의 형벌을 요구한 경우에 피고인과 협상할 수 있는 가능성을 규정하고 있었다. 물론 이 제도에서 피고인은 협상이라기보다는 조건 없이 자신의 혐의를 인정하는 것이었기 때문에 협상의 역할을 하지는 못하였다. 그러나 스페인 형사절차가 많은 범죄의 영역에서 유죄협상제도를 인정하고 있었으며, 이는 당사자주의가 아닌 직권주의 형사절차에 근거를 두고 있었다는 점에 특색이 있다.²¹⁶⁾

212) 1989년 10월 24일 효력이 발생한 이탈리아 신형사소송법은 종전까지의 직권주의 구조의 형사절차를 포기하고 뚜렷하게 미국식 당사자주의에 기울어진 소송절차로 나아가게 되었다. 그리고 이러한 개정 형사소송법의 틀 안에 유죄협상제도를 이식하였다. 류전철, 앞의 논문, 213면.

213) 협상된 형벌의 신청을 받으면 법관은 피고인에게 그 형벌을 선고할 수도 있지만, 무죄를 선고할 수도 있고, 만일 그러한 형벌이 법률에 위반된다고 판단한 때에는 신청을 거절하고 공판절차를 진행할 수 있다.

214) 이탈리아 형사소송법 제444-448조.

215) 류전철, 앞의 논문, 213-214면 참조.

216) 류전철, 앞의 논문, 214면.

1989년 형사소송법 개정으로 스페인의 형사절차에서 검사는 피고인에 대하여 감경된 범죄혐의로 기소하거나 경한 형벌을 법원이 인정할 수 있게 함으로써 유죄협상제도의 길을 열어 놓았다. 피고인의 유죄인정은 여전히 조건 없는 것이어야 하고, 이탈리아처럼 법이 명문으로 양형상의 혜택을 인정한 것은 아니므로 기존의 것과 달라진 것이 없는 것처럼 보이지만, 이러한 개정만으로도 유죄협상을 유도하는 결과를 가져왔다. 즉 스페인 형사소송법 제791조 제3항에 따르면 검사의 구형량이 당사자들 사이에 합의된 것이라는 것을 암시하는 내용이 공소장에 기록될 수 있고, 피고인은 공판의 개시단계에서 최초에 행한 유죄인정을 변경할 수 있다(동법 제739조 제3항).²¹⁷⁾

스페인 형사절차에서 피고인의 협상은 피고인에게 형벌감경이라는 이익은 없지만, 피고인에게 공판절차의 부담을 줄여준다는 이익은 존재한다. 따라서 이탈리아와 비교해보면 스페인의 형사절차에서 유죄협상은 혐의형벌의 성격을 갖는 것이 아니라 피고인을 통한 소송경제를 수용한 점이 다르다.²¹⁸⁾

5. 프랑스의 유죄협상제도²¹⁹⁾

프랑스에서는 2004년에 형사소송법을 개정하여 제495-7조 이하에서 양형협상을 제도화했다.²²⁰⁾ 소송경제를 이유로 유죄협상제도를 도입한 것이다. 공소사실의 협상을 명문화했다고는 볼 수 없기 때문에 이탈리아에서처럼 유죄협상의 제한적 도입이라고 할 수 있다.²²¹⁾

유죄협상제도는 피의자가 피의사실을 인정하고 벌금형 또는 5년 이하의 구금형에 해당하는 경죄일 경우에 적용되는데, 검사는 직권 또는 피의자나 변호인의 신청에 의하여 자유롭게 판단한 후 ‘미리 유죄를 인정한 경우의 기소절차’를 개시할 수 있다.²²²⁾ 피의자의

217) 윤동호, 형사절차와 협상, 한국형사정책연구원, 2003, 69면 참조.

218) 류전철, 앞의 논문, 214면.

219) 보다 상세한 내용은 이철희, “프랑스의 유죄인정(plaider coupable)제도”, 형사법의 신동향 통권 제1호, 대검찰청, 2006.4 참조.

220) 실제 개정법률에서는 “la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité(미리 유죄를 인정한 경우의 기소)”라는 용어가 사용되었으나, 실무상으로는 영미법상의 용어인 plea bargaining과 이를 불어로 번역한 plaider coupable을 혼용하고 있다. 법원행정처, 앞의 책, 482면.

221) 윤동호, “플리바게닝(Plea Bargaining) 도입론 비판”, 형사법연구 제21권 제3호, 한국형사법학회, 2009, 6면.

자백은 기록되어지고, 검사의 형벌 제안은 변호인이 참석한 가운데 이루어지며,²²³⁾ 검사가 구금형을 제안할 경우 그 기간은 1년을 초과할 수 없고 그가 받게 될 구금형의 1/2을 초과해서는 안 되고, 벌금형을 제안할 경우에는 그 액수가 그가 받게 될 벌금형을 초과할 수 없고 벌금형의 집행유예를 유예할 수 있다.²²⁴⁾ 피의자는 자백에 앞서 검사가 참석하지 않은 가운데 변호인과 자유롭게 이야기할 수 있으며, 피의자는 10일의 기간을 부여하여 줄 것을 요청할 수 있다.²²⁵⁾

피의자는 제안된 형을 수용하면 검사의 신청에 따라 지방법원장 또는 수탁판사 앞에 출석하여야 하고, 지방법원장 또는 수탁판사는 피의자와 변호인의 진술을 청취하고 사실관계와 법적 처분을 확인한 후 제안된 형을 승인할 것인지 여부를 결정한다.²²⁶⁾ 제안된 형을 승인하는 경우 변호인의 참여 하에 피의자가 유죄를 인정하였고 검사의 제안을 수용하였으며 그 형이 정당하다는 것을 확인하는 내용으로 결정한다.²²⁷⁾ 이 결정은 판결과 동일한 효력이 있고, 즉시 집행될 수 있다.²²⁸⁾ 이에 대하여 피고인은 항소할 수 있고, 검사도 같은 조건에서 부대항소할 수 있다.²²⁹⁾

피의자가 제안된 형의 수용을 거부하거나 지방법원장 또는 수탁판사가 제안된 형의 승인을 불허하는 경우 검사는 경죄법원에 기소하거나 예심수사개시청구를 할 수 있다.²³⁰⁾ 피의자가 검사의 제안을 받아들이지 않거나 제안된 형이 불승인된 경우 이 절차에서 작성된 조서는 수사법원이나 판결법원에 제출할 수 없으며, 검사와 당사자는 그 절차에서 이루어진 진술이나 서류를 법원에서 원용할 수 없다.²³¹⁾

6. 독일의 유죄협상제도²³²⁾

222) 프랑스 형사소송법 제495-7조. 다만 이 절차는 18세 이하 소년, 언론관련 경죄, 과실치사에 관한 경죄, 정치관련 경죄, 다른 특별법에 별도의 소추절차를 정하고 있는 경죄에 대하여는 적용하지 아니한다(제495-16조).

223) 피의자는 변호인의 조력을 받을 권리를 포기하지 못한다(프랑스 형사소송법 제495-8조 제4항).

224) 프랑스 형사소송법 제495-8조 제1항-제3항.

225) 프랑스 형사소송법 제495-8조 제5항.

226) 프랑스 형사소송법 제495-9조.

227) 프랑스 형사소송법 제495-11조 제1항.

228) 프랑스 형사소송법 제495-11조 제2항.

229) 프랑스 형사소송법 제495-11조 제3항.

230) 프랑스 형사소송법 제495-12조.

231) 프랑스 형사소송법 제495-14조.

가. 논의의 배경과 경과

형사재판에서 유무죄 판단은 당사자인 검사와 피고인의 합의의 대상이 된다는 영미법계 전통과는 달리 대륙법계 국가인 독일에서는 정의는 거래의 대상이 아니라는 기본관념이 뿌리 깊게 자리 잡고 있다. 그러한 중에도 실무상 기소 후 법원에 의하여 유죄협상이 계속하여 이루어져 왔는데 독일의 특이한 상황은 다음과 같다. 우선 법원 판사들이 업무과중을 해결하기 위한 소송경제적인 이유로 실무상 유죄협상을 행하여 왔던 것을 연방헌법재판소와 연방대법원에서 일정한 요건 하에 인정하게 되었다는 것이다. 둘째로는 독일에서 형사소송법의 개혁을 준비하면서 유죄협상이 논의되고 있는데 기본적으로 실무상 행하여지는 유죄협상을 어느 정도 승인하면서, 법치국가원리가 손상되지 않도록 유죄협상의 적법성과 한계에 관한 일정한 기준을 제시하려는 것이다. 마지막으로 공판절차에서의 유죄협상에 관한 논의는 광범위하게 이루어지는 반면 수사절차에서의 유죄협상은 아직 거의 논의되고 있지 않다는 것이다.

독일에서 협상이 본격적으로 실무상 행하여진 시기는 1970년대부터이며, 1987년 연방헌법재판소 판결,²³³⁾ 1997년 연방대법원 형사4부 판결,²³⁴⁾ 2005년 연방대법원 형사연합부 판결²³⁵⁾을 통하여 그 요건이 정립되었다. 이를 기초로 연방정부는 2006년 5월 18일 전문가 초안을 마련하였고, 의견수렴을 거친 후 2009년 1월 21일에 “형사절차에서의 협상에 관한 입법안(Gesetzentwurf zur Verständigung in Starfverfahren)”을 최종 결정하여 연방의회에 제출하였는데, 지난 2009년 5월 28일에 연방의회가 동법률안을 통과시킴으로써 협상의 관행이 명문으로 규정되기에 이르렀다.²³⁶⁾

232) 보다 상세한 내용은 이인석, “독일의 유죄협상제도에 관한 연구”, 법조 통권 제623호, 법조협회, 2008.8 참조.

233) BVerG(Kammer), Bschluß vom 27. 1. 1987 - 2 BvR 1133/86.

234) BGH, Urteil vom 28. 8. 1997 - 4 StR 240/97 (LG Dortmund).

235) BGH, Bschluß vom 3. 3. 2005 - GSSt 1/04 (LG Lüneburg, LG Duisburg), NJW 2005, 1400, 1447.

236) 윤지영, 신속처리절차의 도입 방안에 관한 연구 -미국의 기소인부절차(Arraignment)를 중심으로-, 이화여대 박사학위논문, 2009, 67면. 유죄협상에 관한 독일학계의 논의전개에 관하여는 최기식, “독일의 협상(Absprache)제도에 관한 논의”, 미래기획단연구총서 1 -Plea Bargaining 제도에 관한 연구-, 검찰미래기획단, 2006, 212면 이하 참조.

나. 협상에 관한 입법내용²³⁷⁾

(1) 절차에 대한 논의

검사는 소송절차를 촉진시키는데 적합한 경우에 한하여 소송절차에 대해 소송참여자²³⁸⁾와 논의할 수 있고(독일 형사소송법 제160조의b), 법원도 공판절차의 개시를 검토함에 있어 절차를 촉진시키기에 적절하다고 판단될 경우 절차의 상태를 소송참여자²³⁹⁾와 논의할 수 있다(동법 제202조의a). 이러한 논의의 본질적인 내용은 문서로 기록되어야 한다(동법 제160조의b, 제202조의a). 공판절차에서 재판장은 공판절차 개시 전후에 이러한 논의가 있었는지, 논의 대상에 대한 협상 가능성이 있었는지에 대한 본질적인 내용을 통지하여야 한다(동법 제243조 제4항). 또한 법원은 공판절차에서도 소송절차를 촉진시키는데 적합한 경우에 한하여 소송참여자²⁴⁰⁾와 절차에 대해 논의할 수 있다(동법 제257조의b).

(2) 형사절차에서의 협상에 대한 내용

법원은 적절한 사안에서 절차의 계속적인 진행과 결과에 관하여 일정한 기준에 따라서 소송참여자²⁴¹⁾와 협상할 수 있다(독일 형사소송법 제257조의c 제1항 전문). 그런데 법원과 소송참여자가 협상의 절차를 선택하였다고 하더라도 법원의 사실관계에 대한 해명 의무(동법 제244조 제2항)는 그대로 존속하는바(동항 후문), 협상 그 자체는 결코 판결의 근거가 될 수 없고 법원에 의해 확정된 사실관계를 근거로 판결이 이루어져야 한다.

협상의 대상은 판결과 이에 수반된 결정이 될 수 있는 법률효과, 그 밖에 기초가 되는 소송절차에서의 절차와 관련된 조치 및 소송참여자의 소송태도이며(동조 제2항 제1문),²⁴²⁾ 모든 협상은 자백이 전제되어야 한다(동항 제2문). 협상의 내용은 원칙적으로 증거수집

237) 윤지영, 위의 논문, 73-76면 참조.

238) 소송참여자(Verfahrensbeteiligten)의 개념은 기본적으로 법률에 의하여 소송의 역할을 수행하는 자로서, 소송절차상 독자적인 의사표시를 통해 소송의 주체로서 협력해야 하거나 할 수 있는 사람과 기관을 의미한다. 따라서 소송참여자에는 형사절차 각 단계에서의 피의자나 피고인 또는 그의 변호인, 공판이 개시된 경우의 검사 등이 포함된다. 윤지영, 위의 논문, 74면.

239) 이는 공판절차의 개시 이후에도 동일하다(독일 형사소송법 제212조).

240) 다만 무죄나 상소포기의 통지 및 보안처분은 협상의 대상이 되지 않는다(동항 제3문).

과 같은 선고법원이 내릴 수 있는 절차관련 조치나 피고인이 할 수 있는 증거신청의 포기나 자백 등과 같은 행위 및 검사나 공소참가자가 소송 진행과정에서 할 수 있는 각종 신청의 포기 등이다.

협상에 있어서 중요한 절차의 진행과정도 규정되어 있는데, 먼저 법원은 협상이 어떠한 내용을 가질 수 있는지에 대하여 고지하여야 한다(동조 제3항 제1문). 이 경우 법원은 사안의 제반사정을 자유로이 평가하고 일반적인 양형평가를 하여 형벌의 상한과 하한을 고지한다(동항 제2문). 소송참여자는 이러한 법원의 의견표명에 대하여 자신의 의견을 진술할 수 있는 기회를 가지고(동항 제3문), 피고인과 검사가 법원의 제안에 동의하면 협상이 성립한다(동항 제4문). 이에 대해 소송참여자의 이의제기는 협상의 성사를 방해할 수 없는데, 양형은 협상의 본질적인 대상이 아니며 무죄에 대한 협상은 불가능하다.

한편 협상이 성사되었으나 약속한 형량이 피고인의 행위나 책임에 적합하지 아니하다고 법원이 확신하게 되면 더 이상 그 협상은 법원을 구속할 수 없고(동조 제4항 제1문), 협상 성사 후의 피고인의 소송태도가 법원 평가의 기초가 된 태도와 일치하지 아니할 때에도 그러하다(동항 제2문). 요건이 구비되지 않아 협상이 법원을 구속하지 않을 경우 그러한 합의의 요건을 신뢰하여 행한 피고인의 자백은 평가되지 않아야 한다(동항 제3문). 또한 법원은 약속한 결과로부터 이탈할 경우에 이를 지체없이 알려야 한다(동항 제4문).

나아가 개정 형사소송법은 법원의 지도의무를 규정하고 있는 바, 피고인의 약속된 결과로부터 법원이 이탈할 수 있는 요건과 그 효과에 대하여 지도받아야 한다(동조 제5항).

제4절 유죄협상제도의 도입여부 검토

1. 개 관

유죄협상 제도는 그 본고장인 미국에서도 아직까지 뜨거운 논쟁의 대상이 되고 있다. 이미 뿌리 깊게 자리 잡은 제도이고 판례나 실무가들에 의해 현실적인 필요성이 주장되고 있음에도 불구하고 거의 모든 학자들이 이 제도에 대해서 반대한다고 알려져 있을 만큼 반대의견도 거세다. 우리나라에서도 제도의 도입과 관련하여 반대하는 의견이 많다.

찬성하는 견해는 당사자가 다투지 아니하는 사건을 신속하게 종결하여 중요한 사건에 수사력 등을 집중시키고, 죄를 뉘우치고 수사에 적극 협조하는 사람에 대하여는 혜택을 줄 필요가 있으며, 증거확보가 어려운 범죄에 대한 효율적인 수사기법이라고 한다. 그러나 반대하는 입장은 이 제도가 사법적 정의를 실현한다는 형사재판시스템의 연결성을 훼손하고, 공적 재판이 추구하는 가치들(실체적 진실발견, 범죄에 상응하는 형벌의 실현 등)을 상실하게 한다고 비판한다.²⁴¹⁾ 이하에서는 결과의 적정성 문제, 협상을 통한 자의적 사건처리의 문제, 효율성의 문제에 대해 검토해 보겠다.

2. 결과의 적정성 문제

유죄협상 제도가 가장 많이 공격을 받는 이유 중의 하나는 협상을 통한 답변의 정확성 또는 적정성을 담보할 수 없다는 것이다. 유죄협상에 의한 유죄결정은 충분하고 완전한 수사가 이루어지지 않아 증거에 의하여 사실관계가 확인되지 않고 판사나 검사의 업무과중, 변호사들의 적극성 등과 같은 요소에 의하여 좌우되므로 중한 죄를 저지른 범죄자가 과도한 혜택을 받아 위기를 모면하거나 혹은 무고한 사람이 유죄판결을 받게 되는 바람직하지 못한 결과가 나타날 수 있다.²⁴²⁾

유죄협상제도의 도입을 주장하는 주된 논거가 경제성, 효율성이라고 한다면, 이는 경미사건의 신속처리절차를 정비함으로써 해결될 수 있는 것이지, 문제가 많은 유죄협상제도를 도입하려고 해서는 안될 것이다.

3. 공판중심주의와의 관계

미국의 경우, 유죄답변이 제출되고 법원이 승인하면 공판절차(trial) 자체가 생략되고 곧바로 양형절차로 이행된다. 실체적 진실을 국민 앞에 공개되지 않고 밀실협상에 의한 형량합의만이 남게 된다. 범죄, 특히 국민적 관심사가 큰 공적 사건에서조차도 사건의 정보는 충분히 공개되지 않으므로 슬한 의혹과 의문만이 남게 될 우려가 크다. 공판중심주의는 공개된 법정에서 법정변론을 통하여 진실을 규명해야 한다는 원칙이므로, 유죄협상

241) 유죄협상 제도에 대한 찬반 논쟁의 자세한 소개는 박형관, 앞의 논문, 255-268면 참조.

242) 하홍식, 앞의 논문, 9면.

제도는 그 자체로 공판중심주의, 공개주의에 반한다.

증거를 밝혀내기 어려운 뇌물범죄, 횡령, 배임과 같은 경우에는 범죄자가 처음부터 유죄협상을 염두에 두고 범죄에 가담할 가능성이 있으며, 수사기관도 철저한 진상규명에 소극적으로 나올 위험성도 있다. 실제적 진실과 사법정의의 자리에 타협과 협상이 들어서 사법에 대한 국민의 신뢰를 더욱 저하시킬 우려가 크다. 더군다나 유죄협상제도에서는 유무죄의 판단과 양형에 대하여 검사의 영향력이 더욱 커질 것은 명약관화한바, 지금과 같이 검찰이 국민의 불신을 받고 있는 상황에서는 더욱 그렇다.

현행 제도하에서도 약식명령제, 간이공판절차 등으로 보다 효율적으로 사건을 처리할 수 있는 대안이 있으므로 그러한 방식을 활용하면 족하며, 필요할 경우 경미범죄를 신속히 처리할 수 있는 절차를 보완하는 방향을 선택해야 할 것이다. 근시안적인 수사상의 편의나 효율성을 위하여 하여 실제적 진실의 발견이라고 하는 형사소송의 대전제를 희생하거나 공정한 재판을 받을 권리를 침해하는 잘못을 범해서는 안될 것이다.

제5장 결론

형사소송절차는 각국의 특수한 역사적, 문화적 경험과 다른 법제도와의 체계성에 영향을 많이 받는다고 할 수 있다. 우리나라의 경우, 권위주의적 정권하에서 국민의 인권과 기본권이 상당히 침해받았으나, 다행히 20여년 민주화를 거치면서 인권은 상당히 신장되었다. 형사절차는 어느 나라에서든 국가권력과 개인이 침해하게 부딪치는 영역이므로 한 나라의 인권의 척도로 평가된다. 형사소송법을 개정함에 있어서는 이러한 의미와 방향을 염두에 두어야 할 것이다.

본 보고서에서는 최근 논의가 되고 있는 참고인구인제, 사법방해죄, 유죄협상제 등을 외국의 입법례를 중심으로 검토해보았다. 참고인구인제의 경우, 미국의 대배심이 참고인을 구인할 수 있다고 해석하는 견해도 있으나, 대배심은 검찰과는 독립된 기관으로 오히려 검찰의 기소권과 수사권을 통제하기 위한 기구이므로, 법원의 공판전 심리의 연장으로 해석하는 것이 적절할 것이다. 따라서 미국의 참고인구인제를 검사의 권한으로 보는 것은 무리이다. 최근 들어 실무상 대배심이 검사의 보조자로 전락하는 경우도 있다면, 이는 제도의 실패이지 우리가 추구해야 할 바는 아니라고 생각된다.

독일의 경우, 검사의 공판전 증인신문청구 제도가 없으므로 참고인 구인절차가 필요할 수도 있으나, 우리나라는 공판전 증인신문절차가 있으므로 상황이 다르다. 일본의 경우에도 공판전 증인신문제도가 있는 반면 참고인구인제도는 갖고 있지 않다. 이러한 외국의 입법례를 검토해 볼 때, 우리나라의 현행법도 공판전 증인신문제, 증거보전절차 등을 갖추고 있으므로, 독자적인 참고인 구인제도의 필요성은 없다고 본다. 오히려 이러한 현행 법상의 제도를 활용하지 않는 실무가 문제라면 문제이므로 이를 논거로 우리의 법체계하에서 적합하지 않은 기형적 제도를 자꾸 만들려는 것은 바람직하지 않다. 현행 형사소송법상의 공판전 증인신문청구제도는 이미 참고인구인제와 동일한 기능을 담당할 수 있고, 다만 차이는 신문이 법정에서 이루어지는가, 아니면 검사실에서 이루어지는가 하는 점뿐이다. 중요참고인에 대한 증명력과 신빙성의 논란이 끊이지 않고, 참고인에 대한 회유,

협박과 그와 관련된 자살도 적지 않은 상황을 고려할 때 참고인의 강제구인제는 더욱 큰 논란을 가져올 것으로 본다.

더구나, 우리나라는 현행법상으로도 외국의 입법례를 찾기 어려울 정도로 검찰이 수사권, 수사지휘권, 기소권, 공소유지권을 독점하여 그 권한이 비대하여 여러 사회적, 법적 문제를 야기하고 있다. 이러한 검사의 비대한 권한을 적절히 조정해야 하는 시점에 오히려 검사의 수사권한을 강화하고 피고인의 방어권을 약화시키려는 시도는 공정한 재판을 받을 헌법상의 권리를 침해할 위험이 크다는 점도 지적될 수 있다.

공판중심주의는 현행 형사소송법이 추구하는 대전제이다. 검사작성 참고인진술조서의 증거능력에 관한 현행법을 고려할 때, 참고인의 진술은 검사의 참고인진술조서를 통하여 공판정에 현출될 뿐, 공판정에서 참고인, 증인의 진술을 생생하게 청취하고 공개적으로 검증할 수 있는 기회가 사라질 것이다. 이는 사법개혁의 중요목표인 공판중심주의에 반하는 결과를 가져오며, 검사의 수사편의 이외에 긍정적 가치를 발견하기 어렵다. 참고인 구인제도는 공판중심주의에 역행하며, 공정한 재판과 실체적 진실의 발견이라는 헌법과 형사소송의 대원칙에도 부합하지 않을 우려가 크다.

사범방해죄도 외국의 입법례와 우리의 현실을 고려할 때 문제가 많다. 통상 미국, 독일 등에서 사범방해죄(obstruction of justice)로 규정하고 있는 것은 증거인멸, 범인도피, 증인협박, 보복, 무고와 같은 유형의 범죄들이다. 이러한 범죄들은 이미 우리 형법이나 관련 특별형사법에도 충실하게 규정되어 있다. 물론 비교법적으로 보면, 나라마다 약간씩의 차이는 있다. 미국, 독일, 프랑스, 스위스, 오스트리아 등의 경우에도 규정방식이나 내용상 차이점이 있기는 하지만 기본적으로는 전술한 범위의 사범방해죄를 규정하고 있다.

법무부, 대검찰청은 우리나라에 사범방해죄가 결여되어 있는 것처럼 주장하기도 하지만, 실제로는 현행 형법상의 위증죄, 증거인멸죄, 범인도피, 증인협박죄, 무고죄 등은 이미 우리 법에 포함되어 있는 것이다. 일부 세부적인 내용에 있어서 차이가 있지만 중요한 부분은 아니라고 생각된다. 결국 사범방해죄 논의는 허위진술죄의 신설여부에 달려있다고 보인다.

우리나라의 현행법상 위계에 의한 공무집행방해죄나 무고죄는 수사기관에서의 허위진술에 적용될 수 있으며, 실제로 적용한 경우도 있다. 그럼에도 허위진술죄를 신설하게 되

면, 수사의 결론에 아무런 영향을 미치지 않은 허위진술 자체만으로도 추상적 위협범으로 처벌하게 되어 무고한 전과자가 양산될 위험이 있다. 또는 검찰의 기소편의주의하에서 피의자, 참고인에 대한 또다른 협박과 회유로 악용될 가능성만 있다.

사건의 실제적 진실은 궁극적으로 공적인 공판정에서 검찰과 피고인측의 변론과 공격방어를 통하여 규명되지 않으면 안된다. 이를 위하여 법정에서 증인은 사실을 진술할 것이 요청되고, 선서를 하고도 허위진술을 하면 위증죄로 처벌된다. 그런데 수사기관에서 허위진술을 처벌할 경우, 공판정에서의 진술이 영향을 받을 수 있다. 초기 수사단계에서 당혹이나 두려움으로 허위진술하였다고 하여 이를 처벌한다고 한다면, 이후의 수사단계나 공판정에서 진술을 번복하여 진실을 말하는 것이 위축될 수 있다. 나아가 허위진술죄에 대한 기소편의주의를 무기로 강압적 수사나 부당한 기소가 이루어질 수도 있다. 이는 결국 공판정에서 실제적 진실을 발견하려고 하는 공판중심주의에 반하게 된다.

미국연방에서 허위진술죄를 처벌하지만 연방사건의 비율은 극히 일부분이다. 상당수의 주에는 선서를 전제로 한 위증만을 처벌한다. 미국연방의 경우에는 진술거부권과 변호인의 조력을 받을 권리가 철저히 보장되고 있으므로 진술거부권을 행사함으로써 허위진술죄의 처벌에서 벗어날 수 있다. 그러나 우리나라는 어떠한가. 피의자가 진술을 거부할 경우 온갖 방법을 동원하여 진술을 얻어내려고 하고, 경우에 따라서는 소환과 대기를 반복하게 하여 피의자를 모욕주기도 한다. 이처럼 진술거부권을 행사함에도 불구하고 반복적으로 집요하게 질문하고 또 질문하여 결국 답변을 강제하고, 이러한 진술 중에 일부러도 허위가 있으면 처벌하겠다는 것은 지극히 수사기관 위주의 위헌적 발상이 아닐 수 없다. 철저히 진술거부권과 변호인의 조력을 받을 권리가 보장되는 미국연방절차의 예를 우리나라에 인용하는 것은 처음부터 타당하지 않은 것이다.

유죄협상제도도 마찬가지로 역사적, 문화적, 법적 배경을 도외시해서는 안될 것이다. 먼저 미국에서 유죄협상제도는 헌법상의 권리인 배심제도를 유지하기 위한 불가피한 제도로 이해되고 있다. 실제적 진실에 반하는 유죄답변이라고 하여도 최소한의 증거만 있으면 유죄답변의 진실성을 묻지 않고 유죄를 인정하는 것은 모든 형사사건을 모두 배심재판으로 하게 되면 사법적 자원과 비용을 감당할 수 없기 때문인 것이다. 우리의 경우에는 아직 국민참여재판이 활성화되지 않아 그러한 필요성은 별로 없다. 미국의 경우, 유죄답변이 제출되고 법원이 승인하면 공판절차(trial) 자체가 생략되고 곧바로 양형절차로

이행된다. 실체적 진실을 국민 앞에 공개되지 않고 밀실협상에 의한 형량합의만이 남아, 국민적 관심사가 큰 공적 사건에서조차도 사건의 정보는 충분히 공개되지 않으므로 술한 의혹과 의문만이 남게 될 우려가 크다. 공판중심주의는 공개된 법정에서 법정변론을 통하여 진실을 규명해야 한다는 원칙이므로, 유죄협상제도는 그 자체로 공판중심주의, 공개주의에 반한다. 실체적 진실과 사법정의의 자리에 타협과 협상이 들어서서 사법에 대한 국민의 신뢰를 더욱 저하시킬 우려가 크다. 더군다나 유죄협상제도에서는 유무죄의 판단과 양형에 대하여 검사의 영향력이 더욱 커질 것은 명약관화한 바, 수사권과 방어권의 공정한 균형이라는 적법절차의 원칙에서 볼 때 문제가 있다.

현행 제도하에서도 약식명령제, 간이공판절차 등으로 보다 효율적으로 사건을 처리할 수 있는 대안이 있으므로 그러한 방식을 활용하면 족하며, 유죄협상제도가 대안이 될 수는 없다고 할 것이다. 필요하다면 약식명령, 간이공판절차 등을 보완하는 방향을 선택해야 할 것이다. 눈 앞의 편의를 위하여 실체적 진실의 발견이라고 하는 형사소송의 대전제를 포기하거나, 공정한 재판을 받을 권리를 침해하는 잘못을 범해서는 안될 것이다.

참 고 문 헌

- 검찰미래기획단, 미래기획단연구총서 1 -Plea Bargaining 제도에 관한 연구-, 2006.
- 고재엽, “참고인조사에 수반된 사법방해 논의에 관한 연구”, 전남대학교 박사학위논문, 2009.
- 금태섭, “Plea Bargaining 제도와 그 도입문제”, 형사법의 신동향 통권 제1호, 대검찰청, 2006.4.
- 김석우, “사법정의방해죄에 대한 고찰”, 형사법의 신동향 통권 제19호, 대검찰청, 2009.4.
- 김영철, “수사절차에서의 개선입법론”, 형사법연구 제22호, 한국형사법학회, 2004.
- 김중구, “미국 연방법상 사법방해죄에 관한 고찰”, 법학연구 제34집, 한국법학회, 2009.
- 도중진, “사법방해죄의 입법화 방안”, 형사정책 제20권 제2호, 한국형사정책학회, 2008.
- 도중진, “수사절차상 참고인조사제도의 효율화방안”, 형사정책연구 제17권 제3호, 한국형사정책연구원, 2006.
- 류전철, “형사소송에서 유죄협상제도(Plea Bargaining)의 도입 가능성”, 비교형사법연구 제7권 제1호, 한국비교형사법학회, 2005.
- 박노섭, “유죄협상제도 도입 가능성에 대한 연구”, 형사법연구 제20권 제1호, 한국형사법학회, 2008.
- 박미숙, “참고인의 출석·진술강제와 수사상 증인신문청구제도”, 형사정책연구 제13권 제4호, 한국형사정책연구원, 2002.
- 박미숙, 미국의 사법방해죄에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1999.
- 박승환, “사법방해죄 도입론 -수사절차에서의 허위진술을 중심으로-”, 법조 통권 제629호, 법조협회, 2009.2.
- 박용철, “미국의 유죄 협상제(Plea Bargaining)에 대한 제고”, 비교형사법연구 제7권 제1호, 한국비교형사법학회, 2005.
- 박형관, “미국 유죄협상제도(Plea Bargaining)의 의의 및 기능”, 해외연수검사논문집 제18집, 법무연수원, 2003.
- 법원행정처, 외국사법제도연구(3) -각국의 형사사건 기소절차-, 2008.

- 서보학, “참고인 강제구인제도에 대한 비판적 고찰”, 형사법연구 제21권 제3호, 한국형사법학회, 2009.
- 안성수, “피의자나 참고인 등의 허위진술, 증거조작 등 사법정의실현을 저해하는 죄”, 저스티스 통권 제88호, 한국법학원, 2005.12.
- 안태근, “미국 형사소송법상 중요참고인 체포제도”, 해외연수검사파견논문집 제15집, 법무연수원, 1999.
- 운동호, “플리바게닝(Plea Bargaining) 도입론 비판”, 형사법연구 제21권 제3호, 한국형사법학회, 2009.
- 운동호, 형사절차와 협상, 한국형사정책연구원, 2003.
- 윤지영, 신속처리절차의 도입 방안에 관한 연구 -미국의 기소인부절차(Arraignment)를 중심으로-, 이화여대 박사학위논문, 2009.
- 이근우, “플리바게닝제도의 도입가능성에 관한 비판적 검토”, 경남법학 제25집, 경남대학교 법학연구소, 2010.
- 이용식, “유죄답변협상제도의 도입에 대한 비판적 검토 -피해자의 관점에서 제기하는 반론-”, 형사법연구 제19권 제2호, 한국형사법학회, 2007.
- 이인석, “독일의 유죄협상제도에 관한 연구”, 법조 통권 제623호, 법조협회, 2008.8.
- 이정배, “플리바게닝, 사법협조자 형벌감면제 도입 필요성에 관한 고찰”, 경남법학 제25집, 경남대학교 법학연구소, 2010.
- 이철희, “프랑스의 유죄인정(plaider coupable)제도”, 형사법의 신동향 통권 제1호, 대검찰청, 2006.4.
- 이현철, “미국의 사법방해행위규제 제도 연구 -미국의 허위진술죄와 사법방해죄를 중심으로-”, 형사법의 신동향 통권 제6호, 대검찰청, 2007.2.
- 정상환, “사법방해와 허위진술”, 해외연수검사논문집 제13집, 법무연수원, 1997.
- 정웅석, “수사 초기단계에서 효과적인 진술의 확보방안에 관한 연구 -미국법과 비교법적 관점에서-”, 법학연구 제19권 제2호, 연세대학교 법학연구소, 2009.
- 정웅석, “참고인진술의 확보방안에 관한 연구”, 저스티스 통권 제111호, 한국법학원, 2009.6.
- 조 국, “유죄답변협상 도입의 필요성과 실현 방안 -‘자백감면절차’ 신설을 위한 제언-”, 저스티스 통권 제90호, 한국법학원, 2006.4.

- 조동석, “허위진술죄의 도입방안”, 법조 통권 제537호, 법조협회, 2001.
- 조민우, “중요참고인 출석의무제와 사범방해죄 도입 필요성에 대한 고찰”, 경남법학 제25집, 경남대학교출판부, 2010.
- 조상준, “참고인 구인제도”, 참고인 진술 확보 방안 연구(미래기획단 연구총서 III), 대검찰청 검찰미래기획단, 2007.
- 조상준, “허위진술에 의한 형사사범 부실에 대한 대책”, 비교형사법연구 제8권 제1호, 한국비교형사법학회, 2006.
- 하태훈, “형사소송절차상의 협상제도”, 비교형사법연구 제6권 제2호, 한국비교형사법학회, 2004.
- 하홍식, “유죄협상에 관한 연구”, 해외연수검사논문집 제12집, 법무연수원, 1995.
- LaFave, Wayne/Jerold Israel/Nancy King/Orin Kerr, Criminal Procedure, 5 ed., 2009
(LaFave et al, Criminal Procedure)
- Kleinecht/Meyer-Großner, StPO, 47Aufl.
- Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch(27. Auflage), C.H.Beck, 2006 (Schönke/Schröder)
- Tröndle/Fischer, Strafgesetzbuch(53. Auflage), Verlag C.H.Beck, 2005 (Tröndle/Fischer)

治安論叢 (제27집)

2011년 8월 발행

2011년 8월 인쇄

발행인 : 김 영 식

발행처 : 치안정책연구소
경기도 용인시 기흥구 언동1길 29

인쇄처 : 제이케이컴퍼니

이 책의 무단 복제를 금합니다.

이 책자에 게재된 내용은 연구자 개인 의견이며
치안정책연구소 공식 견해와 다를 수 있습니다.

[제27집 **치안논총** 2011 Police Science Journal]

치안정책연구소 Police Science Institute

경기도 용인시 기흥구 언동1길 29 Tel, 031-285-0183 Fax, 031-285-0184

이 책에 게재된 내용은 연구자 개인 의견이며 치안정책연구소 공식 견해와 다를 수 있습니다.