

사법협조자 형벌감면제도에 관한 고찰

- 그 도입의 필요성과 관련하여

A general review on the necessity of the immunity for an accomplice

신 태 훈*

Shin, Tae-Hun

목 차

- I. 서론
- II. 사법협조자 형벌감면제도의 의의
- III. 사법협조자 형벌감면과 관련된 각국의 제도
- IV. 비판론에 대한 검토 및 제도의 도입필요성
- V. 형사소송법 및 형법 개정안에 대한 검토
- VI. 결론

국문초록

범죄는 사회의 발전 속도보다 빠르게 지능화, 전문화, 복잡화, 조직화, 국제화되어 가는 추세이고, 특히 부정부패 사범 등 화이트칼라 범죄, 조직범죄, 마약범죄 등은 대부분 그 범행이 은밀하고 조직적으로 이루어지기 때문에 범행에 직·간접적으로 가담한 자의 협조가 없이는 수사의 단서조차 확보하기 어려운 경우가 많다. 이러한 현상에 대응하기 위하여, 자신과 관련된 타인의 범행에 대해 진술함으로써 관련 범행의 전모를 규명하도록 현저한 기여를 한 자에 대하여 형벌을 감경하거나 면제해 주는 제도를 사법협조자 형벌감면제도라고 한다.

사법협조자 형벌감면제도와 유사한 현행법상의 제도로는 증거보전청구, 기소유예 등이 있으나 모두 사법협조자의 자발적인 협조를 유인하기에는 부족하다는 한계가 있다.

논문접수일 : 2009.12.30

심사완료일 : 2010.1.29

게재확정일 : 2010.2.1

* 제주지방검찰청, 검사

사법협조자 형벌감면제도는 영미법계의 공범증인 면책제도와 대륙법계의 형벌 감면 제도로 대별할 수 있고, 그 내용과 형식은 다양하나 미국, 영국, 독일, 프랑스 등 선진 각국에서는 이미 사법협조자 형벌감면제도를 시행하고 있고, 이 제도는 2000. 11. 15. 제55차 유엔총회에서 '국제조직범죄에 대한 UN협약'으로 이미 조약화된 상태이다.

이 제도에 대해서도 다양한 비판이 제기되고 있으나, 각각의 비판에 대하여는 합리적인 반론이 가능하고, 오히려 변화하는 수사환경에 대한 대응, 구조적·조직적 범죄 등 '거악'의 척결, 과학수사의 한계 보완, 형사사법 운용의 효율성 제고를 위해서는 이 제도의 도입을 보다 적극적으로 검토할 때가 되었다고 본다.

최근 법무부에서는 사법협조자 형벌감면제도를 도입하기 위하여 형법 및 형사소송법 개정안을 내놓았는데, 예상되는 문제점에 대해서는 다양한 논의를 거쳐 보다 구체적이고 명료한 내용으로 입법을 하고, 제도 시행 이후에 발생하는 문제점에 대해서는 운용과정에서 다시 논의하고 조정한다면 제도 본연의 성과를 충분히 거둘 수 있다고 본다.

주제어 : 기소면책, 형벌감면, 공범, 참고인, 자기부죄거부특권

1. 서론

현대 사회의 정보화, 다원화, 세계화가 심화될수록 범죄는 이보다 앞서 지능화, 전문화, 복잡화, 조직화, 국제화되어 가는 추세이고, 그러한 범죄들이 국가와 사회에 미치는 해악은 더욱 극심해지고 있음에도 불구하고, 현재의 제도 하에서는 그러한 범죄를 포착하는 것조차 쉽지 않고, 설사 포착하였다고 하더라도 범죄를 입증할 수 있는 증거의 확보가 어려워 이를 처벌하지 못하는 경우가 자주 발생하고 있다.

특히, 부정부패 사범 등 화이트칼라 범죄, 조직범죄, 마약범죄 등의 경우에는 대부분 그 범행이 은밀하고 조직적으로 이루어지기 때문에 범행에 직·간접적으로 가담한 자의 협조가 없이는 수사의 단서조차 확보하기 어려운 경우가 많다.¹⁾

만약 위와 같은 범죄에 관여한 자가 자발적으로 사법절차에 협조하여 범죄에 관하여

1) 검찰에서는 위와 같이 처벌의 필요성이 큼에도 불구하고 현 제도하에서는 처벌이 매우 어려운 중대범죄에 대응하기 위하여 각종의 선진 형사법제의 도입을 적극적으로 검토하고 있고, 특히 사법정의방해죄, 사법협조자 형벌감면제도, 참고인 구인제도, 제한적 폴리바게닝 제도 등을 중점 추진하고 있다.

진술하고 증거를 제공한다면, 보다 명확하게 범죄의 전모를 밝혀 범죄에 관련된 자들을 처벌할 수 있을 것이다. 그러나 범죄에 가담한 자들로 하여금 스스로 처벌을 받을 것을 감수하고 사법절차에 자발적으로 협조할 것을 기대하는 것은 매우 어렵다.²⁾ 또한 우리나라의 현행 제도 아래에서는 범죄에 가담한 자가 처벌받을 것을 감수하고 사법절차에 협조하였다고 하더라도 법률적인 혜택을 전혀 받지 못하는 상황에 처할 가능성이 상존하는 실정이고, 도리어 그가 형사처벌을 받을 가능성을 배제할 수 없으며 심지어 범죄를 주도한 자는 처벌받지 않고 사법절차에 협조한 자만 처벌받을 가능성도 없다고 보기는 어렵다.³⁾

이 글은 이러한 문제점을 해결하기 위하여 현재 법무부에서 도입을 시도하고 있는 '사법협조자 형벌감면제도'의 내용을 개략적으로 소개하는데 그 목적이 있다. 이하에서는 이 제도의 의의, 우리 현행법상 유사 제도와의 비교 및 선진 각국의 입법례에 대하여 일별하고, 이와 더불어 이 제도에 대한 비판론과 그에 대한 반론, 사법협조자 형벌감면제도의 도입 필요성 여부에 대한 검토를 거쳐 법무부에서 추진 중인 형사소송법 및 형법 개정안에 대하여 간략하게 살펴보기로 한다.

II. 사법협조자 형벌감면제도의 의의

1. 사법협조자 형벌감면제도의 정의

사법협조자 형벌감면제도를 광범위하게 정의한다면, “자신과 관련된 타인(공범 등)의 범행에 대해 진술을 하여 관련 범행의 전모를 규명하도록 현저한 기여 등을 자에 대하여 형벌을 감경하거나 면제해 주는 제도”라고 정의할 수 있다.⁴⁾⁵⁾ 이 제도가 우리나라에서 소개된 이후 종래에는 주로 ‘공범증인 면책제도’라는 용어가 사용되어 왔으

2) 형사소송법 제148조가 ‘자거나 근친자가 형사소추 또는 공소제기를 당하거나 유죄판결을 받을 사실이 발로될 염려있는 증언을 거부할 수 있다’는 취지로 규정하고 있는 것도 이러한 점을 고려한 것이라고 할 수 있다.

3) 내부고발자가 공개한 증거에 의하여 내부고발자만 처벌을 받고, 내부고발자의 고발에 의해 지목된 범죄의 주도자는 증거부족 등으로 처벌받지 않는 경우는 얼마든지 상정할 수 있다.

4) 김석우, ‘독일의 사법협조자 형벌감면제도(Kronzeugenregelung)에 대한 고찰’, 독일형사법연구회 2009년 제1회 발표회, 1면.

5) 김석우, 상계 논문, 2면 ; 김영기, ‘사법협조자 형벌감면제도에 대한 고찰’, 『형사법의 신동향』, 2009, 379면.

나, 이 제도의 적용 범위가 '공범'에만 국한하지 아니하고 관련 범행을 저지른 자도 포함되는 점, 공범이라는 개념의 해석상 논란이 있는 점 등을 고려할 때 '공범증인'이라는 용어보다는 관련 범인의 범행에 관한 진술을 통해 사법절차에 협조한 자에 대해 형사정책적인 혜택을 부여한다는 제도의 취지에 부합하도록 "사법협조자 형벌감면제도"라는 용어를 사용하는 것이 타당한 것으로 생각한다.⁶⁾

사법협조자 형벌감면제도라는 용어는 현재 영미법계의 이른바 '공범증인 면책제도' 또는 '면책조건부 증언제도'와 대륙법계 국가의 '형벌 감면제도'를 포괄하여 지칭하는 의미로 사용된다.⁷⁾⁸⁾ 보다 구체적으로 살펴보면, 영미법계의 공범증인 면책제도 또는 면책조건부 증언제도는 어느 공범에 대하여 기소를 면제해 주거나 공범의 증언을 본인에게 불리한 증거로 사용하지 않을 것을 조건으로 공범으로 하여금 다른 공범에 대하여 증언을 하게 하는 것임에 반하여, 대륙법계 국가의 형벌감면제도는 법원에 의한 형 선고의 감면을 통해 공범의 증언을 이끌어내는 것이라는 점에서 대비된다.⁹⁾

모든 범죄에 대한 증거를 확보하여 경중에 따라 그에 상응한 처벌 등의 조치를 취하는 것이 이상적인 국가형벌권의 실현인 것은 분명하나, 그것이 불가능한 경우, 경우에 따라 일부 범죄자를 처벌하지 않거나 가볍게 처벌하여서라도 그의 진술과 그가 제출한 증거 즉 사법절차에의 협조를 통해 다른 중요 범죄를 적발하고 그 범인들을 처벌해야 할 필요성이 있는 것이다.

특히, 범죄에 직·간접적으로 가담한 자 또는 범죄공모자의 그 범죄에 대한 진술 또는 협조가 없으면 범죄의 발견 자체가 어렵거나 증거의 확보가 불가능 또는 매우 곤란한 경우에는 위와 같은 차선의 선택을 하는 것이 실제진실의 발견 내지 정의실현의 차원에서 부득이하다고 볼 수밖에 없는 경우가 있는 것이다. 사법협조자 형벌감면제도는 위와 같은 경우 일정한 범위에서 그 가담자나 공모자에 대하여 형사처벌을 면제하거나 감면하여 주는 조건으로 그로부터 진술이나 협조를 유인하여 범행 전모에 대한 증거를 확보하고, 이를 통하여 더 큰 범죄를 처벌하기 위하여 고안된 제도라고 할 수 있다.

한편, 사법협조자 형벌감면 제도와 최근 이슈가 되고 있는 이른바 플리바게닝 제도

6) 김석우, 상계 논문, 2면, 위와 같은 개념상의 혼란을 피하기 위하여 '형벌감면부 진술제도'라는 용어를 사용하자는 제안도 있다. 김석우, "독일의 형벌감면부 진술제도(이른바 '공범증인 면책 제도')에 대한 고찰", 「대검찰청 미래기획단 연구총서 III」, 221면.

7) 김영기, 전계논문, 379면.

8) 이 글에서 '사법협조자 형벌감면제도'를 지칭하는 경우 광의의 사법협조자 형벌감면제도를 의미하고, 구별이 필요한 경우에는 협의 또는 광의의 사법협조자 형벌감면제도를 특정하여 사용하기로 한다.

9) 김영기, 상계논문, 378면.

는 개념상으로는 명확히 구분된다. 사법협조자 형벌감면제도는 자신의 범행과 관련된 '타인'의 범행에 대하여 진술함으로써 자신의 형사처벌을 감면받는 제도인 반면, 플리바게닝 제도는 자신의 범행을 인정함으로써 그에 따라 형사처벌 감경 등의 혜택을 얻는 제도이므로 양자는 제도의 취지 및 내용 등에 있어서 차이가 있다. 다만, 범죄의 가담자가 자신의 범행 사실을 자백함과 아울러 공범의 범행에 대하여 진술하는 경우, 사법협조자 형벌 감면제도와 플리바게닝 제도가 중첩적으로 적용될 수는 있을 것이다.¹⁰⁾

2. 현행법상 유사제도와 차이

범죄를 수사하여 처벌하기 위해서는 당해 피의자 뿐만 아니라 주변 인물에 대한 수사가 불가피한 경우가 있고, 그 주변인물 중에는 순수한 참고인도 있을 것이나 피의자의 범행에 직·간접적으로 관여한 이른바 '피의자성 참고인'도 있다. 사법협조자 형벌 감면제도는 주로 위 피의자성 참고인에 대하여 적용될 것이나, 위 자들도 법률적으로는 어디까지나 참고인에 불과하므로 피의자에 대해서와 같이 일반적인 강제수사를 동원하는 것은 한계가 있다.

더욱이 현재 우리나라 법제상, 범죄를 목격하였거나 범죄에 대하여 중요한 사항을 알고 있거나 그 범죄에 대한 증거를 갖고 있는 참고인의 경우에도 수사기관에 출석할 의무가 없고, 출석에 불응한다고 하더라도 출석을 강제할 수도 없으며, 또한 수사기관에서 진술을 거부하더라도 진술을 강제하거나 진술거부에 대하여 제재를 가할 수 있는 방법이 없다. 심지어 참고인이 수사기관에서 허위의 진술을 한 경우에도 매우 엄격한 요건 하에 위계공무집행방해죄나 범인도피죄가 성립하는 경우를 제외하고는 그 행위를 처벌할 수단이 없다. 또한, 참고인이 수사를 거쳐 결국 피의자가 되는 경우에도 피의자로서의 진술거부권이 있으므로 그 진술을 강요할 수 없다.

이러한 문제점을 보완하기 위하여 현행법은, 수사단계에서의 참고인에 대한 강제조사 방법으로 증거보전청구, 제1회 공판기일 전 증인신문청구, 국가보안법상 참고인 강제구인제도 등을 두고 있다.

그러나 증거보전청구, 제1회 공판기일 전 증인신문청구는 증인이 증언으로 인하여 형사처벌을 받을 가능성을 소명하여 증언을 거부하면 증언을 강제할 방법이 전혀 없는 등 실질적으로 필요한 진술을 이끌어낼 수 있는 유의미한 제도로 보기는 어렵고, 위 제도들은 실질상 수사라기 보다는 재판에 가까우며, 신문과정에서 수사기밀이 유출

10) 김석우, '독일의 사법협조자 형벌감면제도(Kronzeugenregelung)에 대한 고찰', 독일형사법연구회 2009년 제1회 발표회, 3면.

될 우려가 있는 등 여러 가지 문제점이 있어 실무에서의 활용도는 매우 낮은 실정이다. 또한 국가보안법에 규정된 참고인 구인·유치제도는 위 법에 정한 죄에만 적용된다는 근본적인 한계가 있다.

한편, 범행 규명 등에 기여한 자에게 형사처벌 감면의 혜택을 부여할 수 있는 기존의 제도로는 형법에 규정된 자수감면, 특정범죄신고자등보호법 제16조 및 부패방지및 국민권익위원회의설치와운영에관한법률 제66조에 규정된 신고, 형사소송법상 기소유예 제도를 들 수 있다.

그런데 특정범죄신고자등보호법, 부패방지법에 규정된 신고는 '신고를 함으로써 그와 관련된 자신의 범죄가 발견된 경우', 신고자에 대하여 임의적으로 형을 감경 또는 면제하는 것으로서 공범이나 전체 범행의 규명을 위해 고려되는 사법협조자 형벌감면 제도와는 본질적인 차이가 있다. 뿐만 아니라 자수, 신고는 수사 초기 단서의 제공에 불과하기 때문에 이미 수사를 통해 어떤 자의 범죄사실을 일부 밝혀낸 상태에서 더 큰 실체진실의 발견을 위해 고려되는 사법협조자 형벌감면제도와는 차원이 다른 제도라고 하지 않을 수 없다.¹¹⁾¹²⁾

또한, 형법상의 자수감면은 임의적 감면사유에 불과하여 재판과정에서 양형혜택을 받을 수 있을지 여부가 불확실하므로 실제적 진실발견에 필요한 공범의 진술을 유도해 내기에는 부족하다는 단점이 있다.¹³⁾

마지막으로, 사법협조자가 범행 규명에 기여한 정상을 참작하여 기소유예 처분을 할 경우, 사법협조자에 대한 형벌감면과 유사한 효과를 거둘 수는 있다¹⁴⁾. 그러나 검사가 범행 규명에 현저히 기여한 정상 등을 참작하여 사법협조자에 대하여 기소유예 처분을 할 경우 추후 기소재량의 일탈 여부가 문제될 수 있고, 자백의 임의성과 관련하여 사법협조자가 수사기관에서 행한 진술 자체의 증거능력 유무가 다투어질 가능성도 없지 않다.¹⁵⁾ 특히 사법협조자에 대하여 고소가 제기된 상태라면 기소유예 처분도 불기

11) 김영기, 전계논문, 451면.

12) 특히 특정범죄신고자등보호법에 의한 형벌감면은 대상범죄가 강력범죄 등 특정범죄로 한정되고, 범죄신고 등에 의하여 자신의 범죄가 발견되어야 하며, 범죄신고 등과 관련하여 보복을 당할 우려가 있는 경우에 한하여 적용된다는 점에서 한계가 있다.(같은 법 제2조, 제3조, 제16조).

13) 변필건, "사법협조자의 형벌감면제도의 절차적 투명성 확보에 관한 비교법적 고찰", 「법조」, 2009, 259면.

14) 실무에서는, 마약사범 수사 등에 있어, 마약 투약자가 그 마약의 제조책, 공급책 등을 검거할 수 있도록 현격하게 기여한 경우, 다른 정상을 종합적으로 참작하여 감경 구형하는 경우도 있고, 개전의 정이 현저한 경우에는 기소유예 처분을 하는 경우도 있다.

15) 판례의 태도가 분명하지는 아니하나, 대법원은 '자백의 약속이 검사의 강요나 위계에 의하

소 처분의 일종이므로 고소인은 기소유에 처분에 대하여 항고, 재정신청, 헌법소원 등으로 불복할 수 있고 사법협조자는 그 결과에 따라 얼마든지 처벌받을 가능성이 있으며 설사 최종적으로 처벌을 받지 않는 것으로 결정된다고 하더라도 불복절차가 종료될 때까지는 피의자로서의 불안정한 지위를 감수해야 한다. 또한 기소유에 처분에는 확정력이 없어 검사가 기소유에 결정을 취소하고 공소를 제기하는데 있어 아무런 법률적인 제한이 없다.

한편, 사법협조자의 입장에서도, 자신의 범죄에 대한 형벌감면이 제도적으로 보장되지 않는다면, 사법절차에 자발적이고 적극적으로 협조할 아무런 유인이 없다고 해도 과언이 아니다.

결과적으로 위와 같은 현행의 제도만으로는 자발적이고 적극적인 사법협조를 이끌어내는데 있어 한계가 있는 것이 명백하므로 그 근본적인 해결수단으로 사법협조자 형벌감면제도의 도입이 논의되는 것이다.

III. 사법협조자 형벌감면과 관련된 각국의 제도¹⁶⁾

1. 미국¹⁷⁾

미국의 면책조건부 증언취득제도는 '대배심절차를 비롯한 모든 재판절차, 행정절차, 의회에서의 증언절차에서 자기부죄거부특권에 근거하여 증언을 거부하는 자에 대하여 증언의 대가로 증언과 관련된 증인의 범죄에 대한 소추를 면제하거나 증언 그 자체를 또는 증언으로부터 파생된 증거까지를 증인에게 불리하게 사용하는 것을 금지하는 기소면책(Immunity)을 부여하고, 그 증언을 강제하여 취득하는 제도를 말한다.'

기소면책은 면책의 범위에 따라 행위면책, 사용면책, 직접사용면책으로 구별할 수 있다. 행위면책은 증언과 관련된 범죄의 소추면제를 의미하고, 사용면책은 증언과 그로부

여 이루어졌다면가 또는 불기소나 경한 죄의 소추등 이익과 교환조건으로 된 것이라고 인정되지 아니하므로 위와 같은 자백의 약속하에 된 자백을 곧 임의성이 없는 자백이라고 단정할 수는 없다.'(대판 1983.9.13. 선고 83도712 판결)고 판시한 바 있어, 기소유예를 조건으로 한 자백의 임의성을 부인하는 취지로 해석될 여지를 남기고 있다.

16) 이 글에서는 제도의 이해를 위해 필요한 범위에서만 각국의 제도를 간략하게만 살펴본다. 이 제도의 연혁 및 각국의 입법례에 대한 보다 상세한 논의는 김영기, 전계논문, 380면 이하 참조.

17) 전승수, "미국의 면책조건부 증언취득제도", 「해외연수검사논문집」, 2006, 342면 이하 참조.

터 파생된 증거의 사용금지를 뜻하며, 직접사용면책은 기소면책에 의하여 강제된 증언 그 자체만을 향후 증인에 대한 형사사건에서 증거로 사용하지 못하도록 금지하는 것을 의미한다.

과거에는 주로 행위면책이 헌법상의 확립된 원칙으로 유지되어 왔으나, 면책의 범위가 지나치게 넓어지면서 여러 가지 부작용이 우려되자 최근에는 주로 사용면책이 각종 법률에 규정되었고, 미연방 의회는 1970년 기존의 개별법안을 정리하고, 기소면책에 관한 포괄적인 기본법으로서 연방 증인에게 사용면책을 부여하는 조직범죄규제법(The Organized Crime Control Act)을 제정하였다.

위 법에 의하면 미연방 검사는 증인으로부터 얻고자 하는 증언이나 정보가 공공의 이익에 부합하고, 증인이 자기부죄거부특권을 근거로 증언이나 정보의 제공을 거부하였거나 거부할 가능성이 있다고 판단하였을 때에 증언강제명령을 청구할 수 있고, 이러한 청구를 받은 법원은 증언강제명령을 발하여야 한다.

일단 증언강제명령이 발하여지면 다른 증언거부사유가 없는 한 증인은 증언을 하여야 하고, 증언을 거부하는 경우 법정모욕죄로 처벌을 받을 수 있으며, 기소면책을 부여받았다고 하더라도 선서한 후 위증하면 위증죄로 처벌받게 된다.

2. 영국

영국은 오래 전부터 공범자에 대하여 불리한 증언을 한 자에게 형사상 특혜를 부여하는 제도 즉 왕관증인 제도를 통해 사법협조자 형벌감면제도를 활용하여 왔다. 그 후 2005년 중대범죄단속법에 명문규정을 두어 범죄의 수사나 소추를 위하여 필요한 경우 검사장이 서면으로 피의자에게 면책을 부여하거나 그에게 불리한 증거로의 사용을 금지할 수 있고 피의자와의 사이에 수사에 협조한다는 서면 합의를 하여 재판에서 형을 감경받도록 하거나 재심을 통해 감경된 형을 선고받도록 하는 등의 조치가 가능하도록 하고 있다.¹⁸⁾

영국의 면책조건부 증언취득제도는 크게 둘로 나눌 수 있다. 하나는 전면적 증인면책이고 다른 하나는 제한적 증인면책이다. 전면적 증인면책이란 검찰이 일정한 범죄에 대하여 기소하지 않거나 기소를 전면적 혹은 부분적으로 취소하는 것을 서면으로 합의하는 것이다. 다른 증거가 존재하거나 새로 수집되더라도 면책에는 영향이 없다. 제한적 증인면책이란 형사절차에서 어떤 사람이 제출한 정보나 서류, 또는 증거를 그 사

18) 보다 상세한 내용은 김영기, 전제논문, 391면 이하 참조.

람에게 불리하게 사용하지 않는 것을 서면으로 합의하는 것을 말한다. 제한적 증인면책에서는 새로운 기소를 해야 할 정당한 이유가 있고, 위 증거와 독립하여 확보된 증거가 존재하는 때에는 그 증인을 기소하는 것도 가능하다. 검찰총장은 증인면책에 대한 합의를 할 때 죄를 범하였다고 의심되는 사람을 피고인이 아닌 검찰측 증인으로 하는 것이 정의의 관점에서 좀 더 가치가 있는지, 개인을 처벌하는 것보다는 좀더 심각한 범죄들의 규모와 성격에 대한 정보를 얻어내는 것이 공공의 안전과 안녕이라는 관점에 부합하는지, 증인면책의 제공 없이는 증인으로부터 정보를 얻어내는 것이 거의 불가능하고 증인면책을 제공받는 사람에 대한 기소 역시 불가능한지 등을 고려해야 한다.¹⁹⁾

3. 독일²⁰⁾

독일에서도 범죄인이 '자신과 관련되어 있는 범행에 대해 진술을 함으로써 범죄규명에 결정적으로 기여한 때, 진술자에 대해 형벌을 임의적으로 감면해 주는 제도'를 인정하고 있다.

즉, 독일의 마약법 제31조는 "범인 자신이 알고 있는 내용을 자발적으로 폭로함으로써 자기 자신의 범행기여분을 넘어선 당해 범행 자체를 규명할 수 있도록 본질적으로 기여를 하였거나, 범인 자신이 알고 있는 내용을 자발적으로 적절한 시기에 직무관서에 폭로함으로써 마약범죄로서 자신이 그 계획을 알고 있는 범행들을 저지할 수 있게 된 경우"에 형벌을 감면할 수 있도록 규정하고 있고, 형법 제261조 제10항에서도 자금세탁범죄에 대하여 유사한 취지의 규정을 두고 있다.

조직범죄법, 테러방지법에서도 사법협조자에 대한 형벌감면에 관한 규정을 두고 있었으나 위 각 법률은 모두 한시법으로 기한 연장에 실패한 바 있다. 그러나 그 이후에도 독일에서는 이 제도의 필요성에 대한 주장이 끊임없이 제기되어 왔고, 이에 따라 연방정부는 2007. 5. 25. 사법협조자에 대한 형벌감면을 형법에 일반화하기 위한 형법 개정안을 제출하였고, 오랜 기간 심의한 끝에 2009. 5. 28. 개정 법률안이 연방의회를 통과하였다.²¹⁾

19) 보다 상세한 내용은 오영근, "면책조건부 증언취득제도에 관한 연구", 「대검찰청 정책연구용역과제 최종보고서」, 2005, 31면 이하 참조.

20) 보다 상세한 내용은 김영기, 전제논문, 408면 이하 참조.

21) 개정 법률안의 주요 내용은 아래와 같다. 김영기, 전제논문, 414면 이하 참조.

§46b (신설) : 중한 범죄의 규명 혹은 저지를 위한 협조

① 하한이 명시된 유기징역형 혹은 중신형에 해당하는 범행을 저지른 자가,

1. 범인 자신이 알고 있는 내용을 자발적으로 폭로함으로써, 형사소송법 제100조a 제2항

4. 프랑스²²⁾

프랑스에서도 사법협조자에 대한 형벌감면은 법률상 제도로 보장되어 있다. 즉 1990년대 초반부터 이미 '게임 등 비상시의 범죄, 테러, 도주, 통화위조, 범죄단체조직가담' 등 5개의 범죄에 대하여 사법에 협조한 자의 형벌감면이 형법에 명문화되었고 2004. 3. 9. 형법 및 형사소송법 개정시 사법협조자에 대한 형벌감면의 일반규정이라고 할 수 있는 형법 제132-78조가 총칙에 규정되었다.

위 총칙 규정은 범죄의 실행에 착수한 자가 범죄실현을 방지하게 하고 다른 공범 등의 신원을 확인하게 한 경우 필요한 형 면제를, 범죄를 범한 자가 범죄피해발생을 방지하게 하거나 다른 공범 등의 신원을 확인하게 한 경우 필요한 형 감경을, 이미 기소된 자가 관련된 범죄의 실행, 범죄피해발생을 방지하게 하거나 다른 공범 등의 신원을 확인하게 한 경우 필요적 형 면제 또는 감경을 규정하는 방식으로 사법협조자가 범죄의 실행에 착수한 경우, 기수에 이른 경우, 기소된 경우로 세분하여 필요적 형면제 또는 형감경을 허용하고 있다.

한편 형법 제132-78조는 사법협조를 형벌감면의 일반사유로 인정하면서도 아직은 '법률의 규정이 있는 경우'에만 형벌감면을 허용하고 있고, 위에서 언급한 5개의 범죄 외에, 2004. 3. 9.자 형법 개정시, 모살 등 범죄, 고문 등 범죄, 마약 관련 범죄, 체포·

에 해당하는 범행을 규명할 수 있도록 본질적으로 기여하였거나,

2. 범인 자신이 알고 있는 내용을 자발적으로 적절한 시기에 직무관서에 폭로함으로써, 형사소송법 제100조a 제2항에 해당하는 범행으로서 자신이 그 계획을 알고 있는 범행들을 저지할 수 있게 된 경우

법원은 형법 제49조 제1항에 의하여 형을 감경할 수 있다. 종신형에 해당하는 범죄에 대해서는 10년 이상의 유기징역형으로 감경한다. 다만, 하한이 명시된 유기징역형에 대해서는 특히 그 범죄의 중대성을 고려한다.

범죄자가 범죄에 공범으로 참가한 경우 제1항 제1호에 따라 자신의 범죄참가의 정도에 관한 자신의 기여도를 설명해야 한다.

오로지 유기징역형만이 규정되어 있고, 당해 범인이 징역 3년을 초과하는 범행을 저지르지 아니한 경우 법원은 형의 감경 대신 형을 면제할 수 있다.

- ② 제1항에 의한 결정에 있어서 법원은 특히 다음과 같은 사항을 고려하여야 한다.
 1. 폭로된 사실의 성질과 범위, 범행의 규명 혹은 저지를 위한 그 의미, 폭로의 시점, 형사소추기관에의 조력 정도 및 그 진술의 대상이 된 범행의 경중
 2. 제1호에 언급된 상황들과 범행 및 범인의 책임과의 비례
- ③ 공판절차 개시결정이 있는 후에서야 비로소 진술을 하는 경우에는 제1항에 의한 형의 감경 혹은 면제는 허용되지 아니한다.

이 외에 사법협조자 형벌감면과 관련된 범행가장죄, 무고죄가 추가되었으나 이 부분은 생략한다. 위 법률안은 향후 우리나라의 입법과정에서도 좋은 본보기가 될 것으로 본다.

22) 김영기, 전계논문, 417면 이하 참조.

감금 관련 범죄, 항공기탈취 등 범죄, 인신매매 등 범죄, 매춘 관련 범죄, 조직적 절도 범죄, 조직적 강요 범죄, 이적 및 간첩 범죄, 헌정파괴음모, 외국과의 내통 행위, 테러 범죄, 도주 범죄, 통화위조 범죄, 범죄단체조직 관련 범죄에 대한 형벌감면이 위 132-78조와 함께 신설되었다.

5. 국제조직범죄에 대한 UN협약²³⁾

UN은 마약, 테러, 위조, 자금세탁 등 국제조직범죄에 대한 국가간 공동대처를 위하여 2000년 11월 15일 제55차 총회에서 '국제조직범죄에 대한 UN협약(UN Convention against Transnational Organized Crime 2000)'을 채택하였다.

위 협약은 국제조직범죄에 대한 공범증인과 피해자 보호 및 면책을 규정하고 있고, 특히 전체 범행 규명 등에 기여한 공범을 위하여 소추면책 내지 형벌감면을 국내 제도로 입법화하도록 요구하고 있다.

2009년 4월 말 현재, 미국, 영국, 독일, 프랑스 등 147개 국가가 위 협약에 가입하였으며 그 중 119개국에서 비준이 이루어졌다. 우리나라도 2000. 12. 13. 위 협약에 가입하였으나 위 협약에 근거한 법률규정은 마련되어 있지 못한 상태이다.²⁴⁾

IV. 비판론에 대한 검토 및 도입의 필요성

이 제도에 반대하는 사람들은 이 제도가 법이론적인 측면 또는 형사정책적인 측면에서 여러 가지 문제점이 있음을 지적하고 있으므로 그 비판의 타당성에 대하여 살펴보고자 한다.

1. 비판론에 대한 검토

가. 자기부죄금지특권의 침해 여부

자기부죄금지특권에 근거하여 증언을 거부하는 자에 대하여 면책을 조건으로 증언

23) 김영기, 전계논문, 436면 이하 참조.

24) 위에서 언급한 국가 이외에도 이탈리아, 네덜란드, 오스트리아, 폴란드, 스위스 등에서도 사법협조자 형벌감면제도를 보유하고 있다. 상세한 내용은 탁희성, "공범증인면책제도에 관한 연구", 「한국형사정책연구원 연구총서」, 2004, 71면 이하 참조.

을 강제하는 미국에서는 면책조건부 증언취득제도의 합헌성을 인정하고 있다. 즉 1972년 미연방대법원은 *Kastiger v. United States* 판결에서 행위면책은 증인에게 자기부죄 거부특권보다 더 넓은 보호를 부여하며, 강제된 증언과 그것으로부터 파생된 증거의 사용을 금지하는 것은 자기부죄거부특권에 상응하는 보호를 보장하는 것이라고 판시하였다.²⁵⁾

한편, 영미에서의 자기부죄금지특권은 우리나라에서는 진술거부권으로 구체화되어, 헌법 제12조 제2항은 ‘모든 국민은 고문을 받지 아니하며, 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니한다.’라고 규정하고 있고 형사소송법 제244의3조도 피의자의 진술거부권에 대하여 상세하게 규정하고 있다.

그런데 사법협조자 형벌감면제도는 제도의 본질상 사법협조자 본인으로 하여금 자발적으로 자신의 범행에 대하여 자백할 것을 요구한다. 자신의 범행 가담 사실 자체를 부인하는 사람으로부터 다른 공범 또는 전체 범행에 대한 진술을 획득할 수는 없기 때문이다. 또 ‘다른 공범이나 전체 범행’에 대한 사법협조자의 진술이 반드시 사법협조자 자신에게 불리한 진술이라고 보기도 어렵다. 또한 자신의 범행을 인정하는 사법협조자에 대하여 면책이나 형벌의 감면을 조건으로 제시하고, 사법협조자 본인으로 하여금 그 조건을 받아들여 공범 혹은 전체 범행에 대하여 진술할 것인지 여부를 스스로 결정하게 하는 이상 이 제도가 헌법이나 형사소송법에 규정된 진술거부권을 침해하는 것이라고 평가할 수는 없다고 본다.²⁶⁾

나. 평등원칙 위반 여부

“평등의 원칙은 본질적으로 같은 것은 같게, 본질적으로 다른 것은 다르게 취급할 것을 요구한다. 그렇지만 평등은 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라 합리적인 근거가 없는 차별을 배제하는 상대적 평등을 뜻하고 따라서 합리적 근거가 있는 차별은 평등의 원칙에 반하는 것이 아니다”²⁷⁾

사법협조자에 대한 형벌감면이 합리적 근거가 있는 차별인지 여부에 대하여 논란의 여지가 있을 수는 있으나, 사법협조자의 협조로 인하여 다른 중요한 범죄나 범죄자를 발견하여 그 범죄를 입증함으로써 실체진실을 발견하고 정의의 실현에 기여하였다면, 사법에 협조하지 않은 자와 구별하여 사법협조자에 대하여 기소를 하지 않거나 형을 감면한다고 하더라도 이를 합리적인 근거가 없는 차별이라고 보기는 어렵다고 할 것

25) 전승수, 전계논문, 360면.

26) 김영기, 전계논문, 446면.

27) 헌재 2001. 6. 28. 99헌마516 전원재판부 등

이므로 이 제도가 평등원칙을 위반하였다고 비난할 수는 없다고 본다.

다. 실체적 진실주의에의 위배 여부

이 제도를 시행함으로써 인하여 일부 범죄자가 처벌받지 않게 되는 결과가 초래되는 것은 사실이므로 이 제도가 실체진실주의에 반한다는 비판이 있을 수 있다. 그러나 친족상도례나 자수, 자복의 특례에서와 같이 합리적 근거가 있는 경우 정책적으로 형감면 제도를 도입할 수 있다는 점에서 위와 같은 사유만으로 이 제도가 실체적 진실주의에 반하는 것으로 평가하기는 어렵고, 또한 오늘날 실체적 진실주의는 '죄를 벌한 자는 반드시 처벌한다'는 적극적 실체진실주의보다는 '무고한 자를 벌하지 않는다'는 소극적 실체진실주의를 의미하므로, 이러한 의미에서 본다면 위 제도는 실체진실주의에 반하지 않는 것으로 봄이 상당하다.²⁸⁾

라. 허위진술의 가능성에 대한 우려

사법협조자 형벌감면제도에 대한 가장 강력한 비판론은 사법협조자가 허위의 진술이나 증언을 할 가능성에 대한 염려이다. 즉 사법협조자가 자신의 형벌을 감면받기 위하여 자신의 범행은 축소하고 누락하는 반면에 공범의 범행은 과장 내지 왜곡하거나 심지어 무고한 사람을 범인으로 지목할 가능성이 있는 것이다. 그러나 사법협조자가 법정에서 위와 같은 취지로 위증을 할 경우 위증죄로 처벌을 받을 수 있음은 당연하고, 증인이나 참고인의 진술에 대한 신빙성 유무의 판단은 위 진술만을 두고 판단하는 것이 아니라 검사의 종합적인 증거판단과 법관의 자유심증, 그리고 그 증언이나 진술을 뒷받침하거나 탄핵하는 다른 증거를 총체적으로 고려하여 행해지는 것이므로 위와 같은 염려는 어느 정도 불식이 될 수 있다고 본다.

그리고 사법협조자가 이 제도에 의한 면책에 따라 진술하는 상황이라는 점을 고려하면, 검사나 법관이 그 진술이나 증언의 신빙성을 판단함에 있어서는, 보다 엄격한 심사 기준을 적용하게 될 것이고, 다른 진술에 비하여 보다 회의적인 시각으로 접근할 것이라는 점을 충분히 예상할 수 있다.²⁹⁾

또한 사법협조를 조건으로 면책을 받은 자가 법정에서 허위의 증언을 하거나 면책의 조건을 이행하지 않는 경우에는 면책을 취소할 수 있도록 함으로써 그를 다시 처벌할

28) 오영근, 전계논문, 51면.

29) 미국의 대배심절차에서도 배심원들이 면책특권 하의 증언에 대해서는 근본적으로 상당한 의심을 품고 접근한다는 사실을 확인할 수 있다고 한다. 이영상, "면책조건부 증언취득제도 도입 시론", 「대검찰청 미래기획단 연구총서 III」, 209면.

수 있는 길을 열어놓는 것도 대안이 될 수 있다.

그러나 궁극적으로는, 이 제도의 도입과 함께 허위진술죄나 사법정의방해죄 등을 도입하여 참고인에게 법정에서뿐만 아니라 수사기관에서도 진실을 말할 의무를 부과하는 방향으로 사법시스템을 개혁한다면 허위진술의 가능성에 대한 우려는 상당 부분 해소될 것으로 판단된다.

마. 제도의 남용우려

사법협조자 형벌감면제도 특히 면책조건부 진술제도를 도입하면, 검사나 수사기관이 기소면책을 남발하거나 수사의 편의를 위하여 이 제도를 자의적으로 운용할 가능성이 있다는 지적이 있다. 이미 기소된 자에 대하여 사법협조의 정상을 참작하여 형벌감면 여부를 판단하는 협의의 사법협조자 형벌감면은 그 행사주체가 법원이므로, 이 비판은 주로 검찰이 행사하는 기소면책에 대한 비판이다.

그러나 면책조건부 진술제도는 범죄자에 대한 소추를 포기하는 결과를 초래하므로 범죄의 소추를 담당하는 검사로서는 이 제도를 이용하는데 상당한 부담이 따를 수밖에 없고 특히 면책의 대상이 저명인사나 이른바 권력층에 해당하는 경우에는 형평성 시비와 사회적 파장을 우려하여 부득이하고 불가피한 경우에만 면책조건부 진술제도를 활용할 것이라는 점은 충분히 예상할 수 있다.³⁰⁾

오히려 이 제도가 도입되면 기소편의주의에 의거하여 불투명하게 이루어질 수도 있는 불기소약속을 제도권 내로 흡수하여 절차를 투명화하고 그에 대한 통제수단을 마련함으로써 검사의 불기소 재량을 적극적으로 제한하는 긍정적 의미가 있다는 점을 간과할 수 없다.³¹⁾

어떤 제도이든 사람이 만들고 이를 운용하는 이상 남용의 가능성이 없는 제도는 없다고 해도 과언이 아니고, 제도 자체가 도입할만한 가치가 있다면 남용가능성을 이유로 도입을 주저하는 것은 타당하다고 할 수 없다. 오히려 제도의 남용가능성을 사전에 차단할 수 있도록 상세하게 입법을 하고, 제도의 운용 과정을 얼마나 정밀하게 통제하느냐가 문제의 핵심이라고 본다.³²⁾

30) 이영상, 전계논문, 207면.

31) 이영상, 전계논문, 208면.

32) 검찰에서 사법협조자 형벌감면제도, 참고인 구인제도, 제한적 플리바게닝제도 등 선진 형사법제의 도입을 적극적으로 검토하고 있다는 사실이 언론에 보도되자 언론인이나 재야 법조계, 심지어 법원에서조차 검찰이 과학수사 또는 보다 적법한 수사로 나아가지 않고 진술 위주의 수사, 수사편의나 검찰권 강화만을 위하여 이러한 제도들을 도입하는 것이 아니냐는 취지의 비판이 있었다. 수사의 방향이 적법한 수사, 과학수사로 나아가야 한다는 점에

생각컨대, 그 요건을 정치하게 규정하고 제도의 행사 주체를 엄격하게 한정하는 등 재량을 합리적으로 통제할 수 있는 장치를 마련함으로써 제도의 남용가능성 자체를 줄이고, 작은 정의를 포기하더라도 보다 큰 정의를 실현하기 위하여 부득이 필요한 것이라는 이 제도 자체의 취지 및 기능에 대한 정확한 인식을 토대로 정밀하게 실무를 운용한다면 제도가 남용될 가능성에 대한 우려는 상당 부분 해소될 것으로 본다.

바. 효율성의 문제

이 제도를 도입한다고 하더라도 특히 증인의 보호가 철저하지 못한 경우에는 보복에 대한 두려움 등으로 공범에 대한 진술을 꺼리게 되는 등 그 효율성에 의문이 있다는 견해가 있으나, 효율성의 유무는 제도 시행 이후에야 제대로 검증이 가능하다는 점은 차치하고라도, 효율성이 의심된다는 이유만으로 제도 도입 전부터 제도 자체를 폄하하는 것은 부당하다고 하지 않을 수 없고 결국 이는 제도 시행 이후에 검증된 결과를 토대로 보완하면 족한 문제로 보이며, 다만 증인보호를 위한 프로그램 도입은 향후 검토할 만한 과제라고 본다.

사. 국민의 법감정

사법협조자 형벌감면제도는 범죄와 관련된 자의 이해와 직접 관련되어 있고 형사소송절차에 중대한 영향을 미치기 때문에, 그 도입 여부에 대하여는 우선적으로 국민적 공감대가 형성되어야 한다. 위에서 언급한 선진 각국들은 발전된 사법협조자 형벌감면제도를 보유하고 있는데, 이는 범죄수사와 관련된 오랜 경험, 효과적인 법집행과 개인의 인권보장 사이의 조화를 추구할 필요성뿐만 아니라 범죄와 형벌에 대한 일반 대중의 태도 등에도 기인한다. 위 제도의 도입 여부는 결국 문화적이고 역사적인 일반 국

대하여는 이론의 여지가 없고 검찰 등 수사기관에서도 최근 꾸준히 과학수사 역량을 강화하기 위한 노력을 기울이고 있다. 그러나 과학수사만으로 모든 범죄를 처벌할 수 있다는 것은 현실을 모르는 이상론이거나 애써 현실을 무시하려는 태도에 불과하다는 점을 지적하지 않을 수 없다. 최근 선풍적인 인기를 끌고 있는 과학수사를 소재로 한 'CSI' 등 미국 드라마를 보더라도 살인이나 강간 등 과학수사로 해결이 가능한 주요 강력범죄만 그 소재로 활용될 뿐, 그 이외에 뇌물, 사기, 횡령 등의 범죄가 주요 소재로 활용되는 것은 찾아보기 어렵고, 더욱이 과학수사를 통하여 결정적인 증거를 확보하더라도 그 증거와 범죄사실을 연결하기 위하여 피의자를 신문하는 절차는 반드시 등장한다는 점을 놓쳐서는 안된다. 요컨대, 선진 형사법제를 도입하려는 검찰의 시도는 과학수사나 적법한 수사를 포기하겠다는 것이 아니라 과학수사만으로는 해결하기 어려운 범죄가 갈수록 확산되고 있는 가운데 현재의 제도만으로는 이를 차단하는 것이 매우 어려우므로 이러한 문제점에 효과적으로 대응할 수 있는 법률적인 도구를 도입해 달라고 호소하는 것이라고 할 수 있다.

민의 법감정에 달려 있다고 할 것이다.³³⁾

이 제도가 분명히 범죄를 저지른 자임에도 불구하고 일정한 경우에는 처벌을 면하게 하는 부분이 있어 우리나라 국민의 법감정에는 다소 부합하지 않는 점이 있는 것은 사실이다. 그러나 사법협조자 형벌감면제도의 연원 자체가 원래부터 이러한 점을 안고 출발하는 것이고, 그럼에도 불구하고 보다 큰 정의를 실현하기 위하여 선진 각국에서 부터 먼저 발전시킨 제도라는 점을 분명히 인식해야 한다고 생각한다.

2. 도입 필요성

가. 변화하는 수사환경에 대한 대응

최근 강조되고 있는 공판중심주의는 공개된 법정에서 재판의 중심이 되어야 하고 공판 절차를 투명화해야 한다는 것이나, 근래의 논의는 그 본래의 의미와는 달리 주로 검찰 수사를 제한하는 방향으로 전개되고 있다. 또한 수사 환경도 급격하게 변화하여 점차 범죄의 발견과 처벌이 어려워지고 있다는 것도 주지의 사실이다. 이러한 시점에서 모든 변화가 검찰 등 수사기관의 수사력을 제한하는 방향으로만 전개된다면 범죄에 대한 투쟁력을 현저하게 저하시키는 결과가 될 것이고 이것이 바람직하지 않은 결과를 가져올 것은 명약관화한 사실이다. 검찰 등 수사기관의 능력을 제한하는 조치가 취해 졌다면 그에 따르는 수사력 약화에 상응하는 대응수단을 제공해 주는 것이 필요하다고 하지 않을 수 없다. 피의자가 수사기관으로부터 당할 염려가 있는 인권침해를 미연에 방지하는 것이 매우 중요한 것과 마찬가지로 범죄로부터 국민을 보호하는 것도 동일하게 중요하기 때문이다. 물론 새로이 제공되는 수단이 현대 형사사법의 기본원칙에 부합하고 헌법에 부합한다는 조건을 충족해야 한다는 점은 당연할 것이다.

나. 구조적·조직적 범죄 등 '거악'의 척결

이미 언급한 바와 같이 최근의 범죄는 조직적이고 은밀하게 이루어지는 경우가 많아 가담자 외에는 범죄에 관한 직접적인 증거를 제공해 주지 못하는 경우가 대부분이다. 구조적·조직적 범죄³⁴⁾의 경우, 범죄를 기획하고 범죄로부터 발생하는 수익의 대부분을 취득하는 '수괴'급 범죄자들은 범죄수사 자체를 회피하기 위하여 자신은 차단막 뒤에 숨은 채 직접적인 범죄의 실행은 부하조직원 등 하위의 가담자를 통해 실현하는 것

33) 전승수, 전계논문, 382면.

34) 특히 조직범죄의 특성과 수사에 관하여는, 최병각, "조직범죄수사의 협조자에 대한 양형과 형사면책", 「비교형사법연구」 제5권 제2호, 2003, 489면 이하 참조.

이 보편적인 현상이다.³⁵⁾

한편, 부하조직원 등 하위의 가담자들로 하여금 자신의 범행까지 드러나 형사처벌을 받을 것을 감수하고 '수괴'급 범죄자들의 범행에 대하여 진술하거나 그에 대한 증거를 제공하는 것을 기대하는 것이 사실상 무리라는 것도 부정하기 어려운 사실이다. 이러한 점에서 위와 같은 하위의 가담자 등에 대하여 제도적으로 형사처벌상의 혜택을 부여하고 사법절차에의 협조를 이끌어 낼 수 있다면, 조직범죄, 부패범죄, 구조적 범죄 등에 대한 구체적인 증거를 확보할 수 있고, 이를 통해 이른바 '거악'을 척결할 수 있는 단초를 마련할 수 있는바, 그 제도적인 장치로서 사법협조자 형벌감면제도가 요구되는 것이다.³⁶⁾

다. 과학수사의 한계 보완

유전자 감식, 음성분석, 영상분석, 심리·생리검사, 디지털 포렌식, i2 정보분석시스템 등 각종의 과학수사 기법의 발달로 이를 통해 수집할 수 있는 물적 증거의 범위는 대폭 증가하고 있고, 검찰 등 수사기관에서도 선진 과학수사기법을 도입하기 위하여 많은 예산을 투입하고 있으며, 실무에서 이를 활용하기 위하여 많은 노력을 기울이고 있다.

그러나 과학수사를 통하여 수집된 물적 증거는, 대부분 간접 증거로서 범죄사실을 직접 증명할 수는 없고 그 물적 증거와 범죄사실을 연결할 수 있는 진술이 뒷받침될 경우에만 비로소 진정한 가치를 인정받을 수 있다. 특히, 부정부패 사범 등 화이트칼라 범죄, 조직범죄, 마약범죄 등 복수의 범죄자가 범죄에 관련되어 있고 그 범죄자들 사이에 어느 일방이 다른 일방의 의사결정에 영향력을 행사할 수 있는 관계가 형성되어 있는 경우에는, 많은 물적 증거와 범죄사실을 추인하는 정황증거를 확보하였음에도 불구하고, 그 물적 증거 및 정황증거와 범죄사실 사이의 관련성을 입증할 수 있는 증거, 즉 직접증거로서의 진술을 확보하지 못하여 이를 처벌하지 못하는 사례가 수사실무에서 빈번히 발생하고 있다.

위 범죄들은 그 해악이 어느 개인이나 집단에 그치지 않고 국가와 사회 전체에 두루 미친다는 점에서 이러한 현상은 매우 우려스럽다고 하지 않을 수 없는바, 사법협조자 형벌감면제도는 이러한 과학수사의 본질적인 한계를 보완할 수 있는 장치로서 충분히

35) 앞서 언급한 부정부패 사범 등 화이트칼라 범죄, 조직범죄, 마약범죄 등의 경우에는 이러한 경향이 특히 심하다는 것은 주지의 사실이다.

36) 이 제도가 적용되는 범죄는 위와 같이 다수인이 관련되고 국가와 사회에 미치는 해악이 큰 조직범죄, 화이트칼라 범죄 등이고 형사사건의 대부분을 차지하는 개인간의 범죄에 적용될 여지는 상대적으로 적다.

검토할만한 가치가 있다고 본다.

라. 형사사법 운용의 효율성 제고

형사사법 운용의 효율성 측면에서도 이 제도는 유용한 것으로 판단된다. 즉 모든 자원과 수사력을 물적 증거 확보에 투입하는 것은 바람직하지도 않고 실제 가능하지도 않을 뿐만 아니라, 신속성과 적시성을 요구하는 수사실무에 있어서는, 시간적, 경제적 제약 등으로 인하여 물적 증거의 확보가 불가능하거나 어려운 경우도 허다하게 발생한다. 그리고, 가사 많은 인적, 물적 자원을 동원하여 여러 가지 물적 증거를 확보했다고 하더라도 위에서 언급한 바와 같이 물적 증거 또는 과학수사는 그 내재적인 한계가 분명히 존재한다. 이러한 점에서 일정한 요건하에 사법협조자에 대한 형벌감면을 조건으로, 범죄에 관여한 자로부터 직접 범죄에 관련된 진술이나 증거를 취득할 수 있다면 이는 형사사법 운용의 효율성 측면에서도 매우 바람직하다고 할 것이다.

V. 형사소송법 및 형법 개정안에 대한 검토³⁷⁾

법무부는 최근 면책조건부 진술제도 및 사법협조자 형벌감면제도의 도입을 내용으로 하는 형사소송법 및 형법 개정안을 내놓았다.

형사소송법 개정으로 추진하고 있는 면책조건부 진술제도는 범죄에 가담한 자가 형사소추될 것을 우려하여 가담 범죄에 대한 진술을 거부하는 상황에서 그 진술이 전체 범죄를 밝히는데 없어서는 안 될 것으로 인정되는 때, 범죄에 관한 법정증언을 하는 것을 조건으로 면책을 해주는 것으로, 영국의 입법례를 따라 검사장의 소추면책장 제도를 도입하여 소추면책장에 의해 공소를 제기하지 못하는 효과를 규정하고 있다. 이 개정안은 절차상의 신증을 기하기 위하여 단독관청으로서의 검사가 아니라 검사장이 소추면책장을 발부하도록 하고, 면책 요건을 엄격히 규정하고 있는바, 이러한 엄격한 요건은 이 제도의 남용가능성에 대한 비판의 여지를 상당 부분 해소할 수 있을 것으로 판단된다.

범죄에 가담한 자에는 예비·공모·교사·방조 및 그 대항범을 포함하고 소추면책장을 받은 내부가담자가 수사기관에서 진술하고 법정에서 증언하면 소추가 면책되어 공소권없음의 불기소 처분을 받게 된다. 차후에 다른 사람이 소추면책장을 받은 내부

37) 상세한 내용은 대검찰청, 「형사소송법 개정 설명자료집」, 2009, 참조.

가담자를 고소하는 경우에도 법으로 공소를 제기하지 못하는 효과가 규정되어 있으므로 공소권없음의 불기소 처분을 받게 된다.

한편 협의의 사법협조자에 대한 형벌감면에 관한 규정은 형사실체법에 관한 내용에 해당하므로 형법 개정으로 추진되고 있다. 이 제도는 어떤 사람이 수사나 재판절차에서 자신의 범죄와 관련된 다른 사람의 범행에 대하여 진술함으로써 범행을 밝히거나, 범행을 막거나, 범인의 인적 사항 혹은 그 소재를 확인하는데 현저하게 기여한 경우에 형을 필요적으로 감경하도록 하는 내용이다. 개정안의 사법협조자 형벌감면제도는 형을 필요적으로 감경하도록 하였고 단서조항에 형을 면제할 수도 있다고 규정하고 있어 그 실효성을 강화하였다.

한편, 위 형사소송법 및 형법 개정안은 사법협조자 형벌감면제도의 적용대상 범죄를 특별히 한정하지 않고 모든 범죄에 적용하는 일반조항 형식으로 성안되어 있는바, 그 점이 향후 입법 과정에서 문제가 된다면, 외국의 입법례를 참조하여 그 대상을 마약, 조직범죄, 기업범죄 등 중요범죄로 한정하는 것도 검토해 볼만 한 것으로 생각된다.

Ⅵ. 결 론

앞서 수차례 언급한 바와 같이, 수사실무에서는 중요 참고인이나 공범의 진술이 뒷받침되지 않으면 사건의 진상을 정확히 규명하기 어려운 경우가 매우 많다. 또한, 과학수사를 통하여 입증이 가능한 범죄들은 과학과 기술의 발전에 따라 수사기법도 발전하여 이를 활용한 증거의 수집 및 처벌이 가능해지고 있으나, 부정부패사범, 조직범죄, 마약범죄 등은 과학수사만으로 범행전모를 밝힐 수 없는 경우가 많고 심지어 내부 가담자나 중요 참고인의 진술이 없이는 이러한 범죄를 발견하기조차 쉽지 않은 것이 현실이다. 그럼에도 불구하고 현행 제도 하에서는 참고인의 수사기관 출석이나 진술을 강제할 방법이 없고 재판과정에서도 증인이 증언거부권을 행사하면 증언을 강제하기도 어려운 상황이다. 그 결과, 중대한 범죄를 저지른 범죄자를 처벌하지 못하는 불합리한 상황이 번번이 발생하고, 피의자 또한 참고인의 수사기관 불출석과 진술거부 등으로 인하여 불안정한 피의자의 신분을 종국적으로 해소하지 못하는 사례가 빈발하는 등³⁸⁾ 형사사법 정의의 실현이 저해되는 현상이 벌어지고 있다. 이러한 문제점을 해결하기 위해서는, 일정한 범위의 면책을 조건으로 참고인이나 공범의 진술을 유인해 낼

38) 대검찰청 발간 2009 검찰연감에 따르면 2008년에 참고인증지 처분된 인원은 23,071명에 이른다.

수 있는 법률적인 수단을 도입하는 것이 매우 시급하다고 본다.³⁹⁾

앞서 본 바와 같이 여러 선진 각국들은 이미 이러한 제도를 도입하여 시행되고 있다. 물론 각 나라마다 고유한 형사소송절차가 있고, 국민의 법감정 또한 다양하므로 제도의 내용 또한 각자의 특색이 있고 매우 다양하다. 이러한 점에서 외국의 입법례를 무조건 수용하는 것이 적절하지 않다는 점에 대해서는 이론이 있을 수 없다. 다만, 각국이 이러한 제도를 도입한 배경과 지금 우리나라의 사법현실이 처한 상황 사이에 유사한 점은 없는지, 우리가 도입할 경우 발생 가능한 문제점은 없는지 등에 대한 심도 있는 논의를 거쳐 도입할 필요성이 인정된다면 과감하게 받아들여 우리의 실정에 맞는 제도로서 가다듬고 재정립할 필요가 있다. 특히, UN협약이 국제조직범죄의 규명에 기여한 공범에 대하여 소추면책 내지 형벌감면을 국내 제도로 입법화하도록 요구하고 있다는 사실은 시사하는 바가 매우 크다고 할 것이다.

사범협조자 형벌감면제도를 도입하게 될 경우, 사실상 범죄를 저지른 자 중 일부에 대한 형사처벌을 포기할 수밖에 없다는 점에서 부득이 어느 정도 정의의 실현이 희생된다는 점은 부인할 수 없다. 그러나 이 제도의 도입으로 희생되는 정의보다 더 큰 정의를 실현하기 위해서는 이제는 이 제도의 도입을 적극적으로 검토할 때가 되었다고 생각한다. 작은 정의의 포기를 두려워하여 더 이상 이 제도의 도입에 대하여 주저한다면 작은 정의와 큰 정의를 모두 실현하지 못하는 우를 범하게 될 가능성이 크다고 하지 않을 수 없다. 다만, 모든 제도에 있어서 마찬가지로이듯 사범협조자 형벌감면제도 또한 시행과정에서 부작용이 발생할 여지가 없지 않을 것이므로, 예상되는 부작용에 대하여도 충분한 논의를 거쳐 보다 구체적이고 명료한 내용으로 입법을 하고, 제도 시행 이후에 발생하는 예상하지 못한 문제점에 대해서는 운용과정에서 다시 논의하고 조정하는 노력을 아끼어서는 아니 될 것이다.

참 고 문 헌

- 오영근, “면책조건부 증인취득제도에 관한 연구”, 「대검찰청 정책연구 용역과제 최종보고서」, 2005.
- 탁희성, “공범증인면책제도에 관한 연구”, 「한국형사정책연구원 연구총서」, 2004.

39) 아울러, 중요 참고인의 수사기관 출석을 강제할 수 있는 제도의 도입도 긍정적으로 검토해야 할 시점에 이르렀다고 생각한다.

- 최병각, “조직범죄수사의 협조자에 대한 양형과 형사면책”, 「비교형사법연구」, 제5권 제2호, 2003.
- 김영기, “사법협조자 형벌감면제도에 대한 고찰”, 「형사법의 신동향」, 2009.
- 김석우, “독일의 사법협조자 형벌감면제도(Kronzeugenregelung)에 대한 고찰”, 독일형사법연구회, 2009.
- 전승수, “미국의 면책조건부 증언취득제도”, 「해외연수검사논문집」, 2006.
- 김석우, “독일의 형벌감면부 진술제도(이른바 ‘공범증인 면책 제도’)에 대한 고찰”, 「대검찰청 미래기획단 연구총서 III」.
- 이영상, “면책조건부 증언취득제도 도입 시론”, 「대검찰청 미래기획단 연구총서 III」.
- 변필건, “사법협조자의 형벌감면제도의 절차적 투명성 확보에 관한 비교법적 고찰”, 「법조」, 2009.
- 대검찰청, 「형사소송법 개정 설명자료집」, 2009.
- 대검찰청, 「2009 검찰연감」, 2009.

[Abstract]

A general review on the necessity of the immunity for an accomplice

Shin, Tae-Hun

Public Prosecutor, Jeju District Public Prosecutor's Office

These days, crimes are growing sophisticated, specialized, organized, and international faster than the society is. Since crimes, especially white-collar crime, organized crime, drug-related crime, are committed confidentially and systematically, it is nearly impossible even to find the clues to them without the voluntary aid of criminal who got involved in those crimes.

In order to cope with this phenomenon, there is discussion about the system which gives a immunity or a less severe punishment to the criminal who contributed remarkably to determine the entire picture of the crime.

There are several systems which are analogous to that, such as perpetuation of evidence, suspension of indictment, however, they have too considerable drawbacks to derive a voluntary aid efficiently from the criminal .

Although the contents and forms are diverse, the developed countries such as the USA, the U.K., Germany, France already hold this system, moreover, the UN General Assembly passed 'UN Convention against Transnational Organized Crime 2000' in November 15, 2000, this means this system already became a treaty.

There are a couple of criticism against this system, however, it is obviously possible to set forth a reasonable counterargument to this criticism. As a matter of fact, this is the time when we consider positively the introduction of this system so as to react the change of environment around the investigation, to cope with serious crimes including structural and organized crimes, to make up for the weak points of forensic science, and to improve the efficiency of the operation of criminal justice system.

Recently, the ministry of justice proposed to amend the criminal law and the criminal procedure law. We will achieve the desired outcome if we make a law concretely and clearly through a full discussion about anticipated problems, and reconsider the problems that might occur after the implementation of this system.

Key words : immunity from prosecution, mitigating punishment, accomplice, reference witness, privilege against self-incrimination