

공범증인 면책제도에 대한 고찰*

이 승 호**

목 차

- | | |
|-----------------------|------------------|
| I. 들어가는 말 | III. 법무부의 증인면책제도 |
| II. 외국의 공범증인 면책제도 | 1. 과정 |
| 1. 개관 | 2. 내용 |
| 2. 미국의 증인면책-범죄면책 | IV. 평가와 방안 |
| 3. 독일과 프랑스의 증인면책-형벌면책 | 1. 평가 |
| 4. 영국의 증인면책-종합적 면책 | 2. 방안 |
| 5. 각국 법제의 비교 | V. 맺는말 |

I. 들어가는 말

모든 범죄가 다 그런 것은 아니다. 주목해야 할 특정 유형의 범죄가 있다. 가장 대표적인 것이 조직범죄이다. 주지하듯이 조직범죄는 다수가 개입하면서 단계별로 각자의 범죄역할이 달리 설정된다. 그러면서 범죄의 전 과정이 수괴와 핵심파트에 의해 기획·통제되는 것이다. 이렇게 계획적이고 전략적으로 수행되는 범죄의 경우 피해의 규모도 통상적인 개별 범죄보다 막대해진다. 다수의 일반인이 그들의 먹이가 되고 약탈과 살상에 준하는 악행이 자행될 뿐 아니라 한번 대상이 된 피해자는 반복적·지속적으로 피해를 당하게 되는 경우도 허다하다. 따라서 그러한 유형의 범죄를 앞에 놓고 온화한 형사사법을 이야기하는 것은 사리에 맞지 않다. 척결이 해답이며, 피해의 방지와 피해자 보호가 형사

* 이 논문은 2012학년도 건국대학교 연구년 교원 지원에 의하여 연구되었음.

** 건국대학교 법학전문대학원 교수

사법의 최우선적 임무로 설정될 수밖에 없다.

그런데 문제는 그러한 범죄일수록 방어의 벽이 강고하다는 데 있다. 조직범죄에 가담한 자들은 이해관계를 공유하고, 이를 바탕으로 구축된 공생의 네트워크는 견고한 연대를 만들어 낸다. 조직이 개인보다 앞서며, 조직의 유지와 확대를 위해 개인이 희생하는 것은 자연스럽게 그들의 문화이자 규율이 된다. 그래서 오메르타(Omerta)로 불리는 침묵의 계율이 준수되고, 형사사법의 망이 조여지면 꼬리 자르기의 방어 전략이 실행되기도 한다. 수단과 방법을 가리지 않는 그들의 숨바꼭질 앞에서는 제 아무리 공권력으로 무장된 형사사법이라 할지라도 조직의 뿌리를 쳐내는 일이 버거워지게 마련이다.

특단의 대책이 주문되는 것은 바로 그러한 특수성 때문이다. 통상을 벗어난 범죄유형과의 싸움이기 때문에 특수한 전략이 요청된다는 이야기이다. 그리고 그러한 특단의 기제 중 하나로서 이 글은 공범증인 면책제도를 제안한다. 특정 구성원에게 면책의 혜택을 부여함으로써 협조를 얻어내자는 기획은 분명 통상의 사안에서 실행할 수 있는 방안은 아니다. 대상자 역시 범행가담자이므로 면책의 혜택은 정의의 명령에 어긋나는 것이다. 하지만 대상이 거악(巨惡)이라면 소(小)를 주고 대(大)를 치는 전략의 선택도 배척할 일만은 아니라는 것이 이 글의 판단이다.¹⁾

문제는 용법(用法)을 명확히 정립하고 우려되는 부작용을 방지하는 일인데, 이를 위해 이 글은 우선 미국을 비롯한 다수 국가에서 실행 중인 공범증인 면책제도의 중심내용을 비교·정리하고자 한다. 나아가 최근 들어 법무부가 도입을 추진한 ‘내부증언자 소추면제 및 형벌감면제’가 왜 반대의 벽에 부딪히게 되었는지 검토한 후, 이를 바탕으로

1) 증인면책의 취지를 다음과 같이 설명하는 문헌도 있다. “증인면책은 정의의 실현을 일부 포기하고서라도 효과적으로 범죄인을 적발하고 처벌함으로써 범죄를 예방하고 사회일반인을 보호하겠다는 합목적적 사고 내지 실용주의적 사고가 반영된 제도라고 할 수 있다.”(오영근, 면책조건부 증인취득제도에 관한 연구(대검찰청 용역과제, 2005), 4쪽).

공범증인 면책제도에 대한 종합적인 평가와 바람직한 방안을 기획하게 될 것이다.

Ⅱ. 외국의 공범증인 면책제도

1. 개관

증언과 면책을 맞바꾸는 형사사법의 전략은 영국 보통법에 기원을 두고 있는 것으로 알려진다.²⁾ 하지만 이를 실정법상의 제도로 발전시킨 것은 미국의 법제이고, 뒤를 이어 독일과 프랑스 등의 대륙법계 국가들도 증인면책을 형사사법에 도입하였다. 그리고 마침내 2000년에 개최된 제55차 유엔총회에서는 국제조직범죄에 대한 대책의 일환으로 증인면책의 입법화를 요구하는 협약이 채택되었으며, 이에 영향을 받아 2005년에는 영국에서도 증인면책이 실정법상의 제도로 입법화되기에 이른다.

이렇게 볼 때 증인면책의 전략은 오늘날 영미와 대륙법계 국가의 법제에서 모두 사용되는 셈이다. 하지만 그 내용은 나라에 따라 차이를 보이는 것으로 분석된다. 우선, 미국의 증인면책은 범행 자체에 면죄부를 부여하는 소위 범죄면책(crime immunity)의 방법을 사용한다. 구체적

2) 12세기 초부터, 중죄 혐의자가 자백을 하면서 공범을 직접 기소하여 유죄판결을 받아내면 자신의 범행에 대하여 형을 감경 혹은 면제받는 절차가 실행되었다고 한다(김영기, “사범협조자 형벌감면제도에 대한 고찰”, 형사법의 신통향 제23호(대검찰청, 2009. 12), 380쪽). 그러다가 18세기에는 승인(Approvement)이라는 보통법상의 제도로 발전하였는데, 이는 피고인이 자백하면서 공범의 이름과 필요한 증거를 제공한 경우 그 공범에게 유죄판결이 선고되면 ‘왕의 은사’를 통해 피고인을 면책하는 제도이다(탁희성, 공범증인 면책제도에 관한 연구(한국형사정책연구원, 2004), 19쪽). 이러한 승인제도의 운영에 있어서 법원은 범행가담의 정도가 가장 약하다고 판단되는 자에게 ‘왕의 은사’를 약속하면서 자백을 유도했다고 한다.

인 방안으로는 증언을 제공한 공범에게 기소를 면제해 주는 소추면제와 증언을 본인에게 불리하게 사용하지 않는 증거사용금지가 있는데, 미국의 경우 혼용하다가 지금은 후자의 방안을 사용하는 것으로 파악된다. 반면, 독일과 프랑스의 증인면책 방법은 양형단계에서 형벌을 감면해주는 소위 형벌면책(punishment immunity)이다. 따라서 미국과는 달리 범행 자체에 대해서는 유죄가 선고된다. 하지만 형벌이 감면되니 대상자에게는 협조의 혜택이 실질적으로 주어지는 셈이다. 그런가 하면 영국의 법제는 범죄면책과 형벌면책을 모두 채택함으로써 증인면책의 백화점과 같은 양상을 지닌다. 항을 나누어 각국의 법제에 대한 구체적인 내용을 살펴보기로 한다.

2. 미국의 증인면책 - 범죄면책

2.1 전개

미국의 형사실무는 19세기 전반부터 사면 등의 방법으로 증인면책을 시행한 것으로 알려진다. 하지만 증인면책이 미국의 연방법전에 처음 등장한 것은 1857년의 면책법(immunity statutes)이다. 당시 미국사회는 연방의회의 조사활동을 통해 증대한 사회적 사건들을 해결하고 있었는데 조사의 실효성을 높이기 위해 증인면책의 전략을 차용하게 된 것이다. 그런데 문제는 면책의 방법이였다. 처음 채택한 방안은 증언과 불기소를 맞바꾸는 거래면책(transactional immunity)이었지만 이는 곧 ‘면책 목욕탕’(immunity bath)이라는 비판에 직면할 만큼 남용되었다.³⁾ 그리하여 1862년의 개정 면책법은 면책의 수위를 낮추어 거래면책을 사용면책(use immunity)으로 변경하게 된다. 즉, 소추면제가 아니라 증언의 증

3) Robert G. Dixon, "The Fifth Amendment and Federal Immunity Statutes", *George Washington Law Review* Vol. 22(1954), 450쪽.

거사용만을 금지하는 면책방안이 채택된 것이다.

하지만 사용면책에서는 증인에 대한 기소가 가능할 뿐 아니라 파생 증거에 의한 유죄판결의 선고까지 가능하기 때문에 증인의 협조를 유도하는 전략으로서의 가치가 현격히 떨어진다. 뿐만 아니라 증언강제가 가능한 미국의 법제에서 사용면책 수준의 보장만으로 증인에게 자신의 범행관련 증언을 강제하는 것은 자기부죄금지특권의 침해라는 주장도 제기되었다. 특히 후자의 비판은 연방대법원의 개입을 불렀고, 이후 100여 년의 세월을 거치면서 연방대법원은 마침내 거래면책보다 좁고 사용면책보다 넓은 새로운 면책의 개념을 제시하게 된다.⁴⁾ 이것이 곧 포괄적 사용면책(use and derivative use immunity)인데, 1970년에 제정되어 오늘날까지 시행되고 있는 조직범죄통제법(The Organized Crime Control Act)은 포괄적 사용면책에 입각한 증인면책을 입법화하였다.

2.2 내용

조직범죄통제법의 증인면책 관련규정은 미국 연방법전 제18장 제6001조 내지 제6005조이다. 우선 제6001조는 용어의 정의에 관한 규정이다. 제6002조가 일반사항을 규정하고 있고, 제6003조는 형사절차에서의 면책을, 제6004조는 행정절차에서의 면책을, 제6005조는 의회절차에서의 면책을 규정하고 있다. 중심내용을 정리하면 다음과 같다.

4) 1892년에 연방대법원은 *Counselman v. Hitchcock*(142 U.S. 547)에서 사용면책은 수정헌법 제5조에 반한다고 판단하였다. 그러면서 공범증인 면책의 법률이 수정헌법 제5조(자기부죄금지특권)에 위반되지 않기 위해서는 증인관련 범죄로부터의 완전한 면책이 보장되어야 한다고 판시하였다. 이에 따라 면책의 방법은 다시 거래면책으로 복귀하게 되었고, 1896년의 *Brown v. Walker*(161 U.S. 591)에서부터 1956년의 *United States v. Ullmann*(350 U.S. 422)에 이르기까지 연방대법원은 거래면책을 지지하였다. 하지만 1964년의 *Murphy v. Waterfront Commission of New York Harbor*(378 U.S. 52)에서 연방대법원은 포괄적 사용면책이라는 새로운 면책방법을 제시하게 된다.

첫째, 증언의 대상이 되는 범죄에는 제한이 없다. 통상 조직범죄나 테러범죄 등과 같은 중대범죄의 수사와 재판을 위해 증인면책이 사용되긴 하지만 법규정상으로는 대상을 제한하고 있지 않은 것이다. 아울러 증언이 제공되는 절차 역시 앞에서 적시한 바와 같이 형사절차 뿐 아니라 행정절차와 의회절차를 포함한다.

둘째, 면책의 방법은 증언 자체뿐 아니라 증언으로부터 파생된 증거까지 증인에 대한 형사재판에서 증거로 사용할 수 없도록 하는 소위 포괄적 사용면책이다. 따라서 이러한 방식의 증거사용금지 는 사용면책보다 혜택이 크다. 하지만 독립된 증거로 해당 증인을 소추·재판하는 것은 허용되는바, 이때 제출된 증거가 면책의 대상인 증언 및 파생증거와 관련이 전혀 없으면서 적법하게 수집된 증거라는 점은 당연히 검사가 증명해야 한다.⁵⁾

셋째, 형사절차에서의 면책의 경우 면책 여부 판단의 주된 권한은 검사에게 주어진다. 즉, 형식적으로는 검사의 청구를 거쳐서 법원이 결정하도록 되어 있지만⁶⁾ 검사가 증인면책을 법원에 청구할 경우 법원은 청구의 절차적 요건 충족 여부만 판단할 뿐 면책의 필요성에 대한 실질적 심사는 하지 않는다.⁷⁾ 따라서 검사의 증인면책 청구를 위한 요건과 절차가 중요한 의미를 가지는데, 구체적으로 정리하면 ① 증인으

5) 1972년의 *Kastiger v. United States*(406 U.S. 441)에서 연방대법원은 검사가 제출한 증거의 독립성을 입증하는 방법을 제시하였는바, 이에 따르면, 검사는 제출된 증거가 ① 직접사용(direct use 강제된 증언 자체를 증거로 사용함)과 ② 간접사용(indirect use 강제된 증언으로부터 수집된 증거를 사용함)뿐 아니라 ③ 증거외적 사용(non-evidentiary use 직·간접사용 이외의 방법으로 강제된 증언을 활용함. 예를 들어, 강제된 증언을 토대로 수사의 방향을 전환하고 이미 수집된 증거를 달리 해석하는 경우)도 아님을 입증해야 한다.

6) 여기서의 법원은 본안 사건의 재판을 담당하는 법원이 아니라 사법절차가 진행되는 지역을 관할하는 연방지역법원이다.

7) David Marshall Nissman, *Proving Federal Crimes* (Corpus Juris Publishing Co., 2001), 235쪽.

로부터 얻고자 하는 증언이 공공의 이익에 부합하고 ② 증인이 자기부죄금지특권을 이유로 증언을 거부하거나 거부할 가능성이 있다고 판단되는 경우에, ③ 법무부장관의 승인을 받아 법원에 면책을 조건으로 한 증언강제명령(immunity order)을 청구하게 되는 것이다.

넷째, 대상자가 면책의 조건을 이행하지 않는 경우 면책의 효력이 상실됨은 물론이다. 나아가 면책을 조건으로 증언강제명령이 발해지면 증인은 증언을 해야 한다. 증인이 이를 거부하거나 불충분하게 이행하면 법정모독죄로 처벌되며, 또한 증언의 내용이 허위이면 위증죄나 허위진술죄로 처벌하는 것도 가능하다.

3. 독일과 프랑스의 증인면책 - 형벌면책

3.1 전개

독일과 프랑스는 양형단계의 증인면책을 법제화하고 있는 대표적인 나라이다.⁸⁾ 즉, 형벌감면의 재판을 약속함으로써 증언을 유도하는 것이다. 우선 독일의 법제는 1980년대부터 증인에 대한 형벌감면을 제도화하기 시작하였다. 구체적으로 정리하면, 1981년에 마약범죄의 증인에 대한 형벌감면이 도입된 것을 필두로, 차츰 테러범죄(1989년)와 자금세탁범죄(1992년) 및 조직범죄(1994년)로 형벌감면의 적용대상이 확대되었다.⁹⁾ 그러다가 2009년의 형법개정을 통해 증인에 대한 형벌감면의 일반규정이 형법에 들어온다.

8) 독일의 경우 면책방법으로 소추면책을 허용하지 않는 이유는 기소법정주의를 채택하고 있기 때문으로 이해된다. 반면 프랑스는 독일과 달리 기소편의주의를 인정하지만, 면책의 방법은 소추면제가 아니라 독일과 같이 형벌감면의 방법만을 사용한다는 특색을 지닌다.

9) 테러범죄와 조직범죄에 대한 증인면책은 한시법으로 운용되어서 1999. 12. 31.에 폐지되었다.

프랑스는 독일보다 조금 늦은 1990년대 초부터 형벌감면의 증인면책을 시행하기 시작했는데, 대상범죄는 범죄단체조직가담, 테러, 통화위조, 도주, 비상시 범죄의 5개 유형이었다. 하지만 증인에 대한 형벌감면의 일반규정이 형법에 삽입된 시기는 독일보다 빠른 2004년이었고, 형벌감면의 혜택이 필요적이라는 점에서 임의적 형벌감면에 머무르는 독일보다 한 걸음 더 나아간다. 덧붙여서 증인면책에 관한 프랑스 형법의 규정은 증언의 증거사용에도 일정한 제약을 가하는 독특함을 지닌다. 양국의 법제를 구별하여 정리하면 다음과 같다.

3.2 독일의 형벌감면

증인면책에 관한 독일 형법의 규정은 제46조b이다. 2009년의 형법개정을 통해 삽입되었는데, 구체적인 내용은 다음과 같이 정리된다.

첫째, 증인면책은 하한이 명시된 유기자유형 내지 무기자유형에 해당하는 중죄를 범한 자가¹⁰⁾ 형사소송법 제100조a 제2항에 규정하는 통신감청이 허용되는 범죄의 규명이나 저지에 기여한 경우¹¹⁾ 허용된다. 여기서 증인면책을 통해 해결하려는 대상범죄인 형사소송법 제100조a 제2항의 범죄에는 내란·외환, 간첩, 통화위조·유가증권위조, 뇌물, 살인, 마약, 범죄조직, 세금포탈 등이 포함된다. 즉, 독일의 증인면책 제도는 증언대상의 범죄를 일정 범주로 제한하고 있는 것이다.

둘째, 면책의 방법은 형의 감경 혹은 면제이다. 감경은 유기자유형의 경우 형법 제49조 제1항의 법률상 감경의 기준을 따르고, 무기자유형의 경우에는 10년 이상의 유기자유형으로 감경한다. 아울러 면제는 유기징

10) 하한이 명시되지 않은 유기자유형의 경우에는 양형과정에서 형의 감면이 충분히 가능하기 때문에 증인면책의 대상에 굳이 포함시키지 않고 있는 것이다.

11) 구체적인 면책의 조건은 ① 자신이 알고 있는 내용을 자발적으로 폭로함으로써 범행 규명에 본질적으로 기여하였거나 ② 자신이 알고 있는 내용을 자발적으로 적절한 시기에 직무관서에 폭로함으로써 범죄수행을 저지할 수 있게 된 경우이다.

역형만 규정되어 있는 범죄로서, 대상자 자신이 징역 3년을 초과하는 범행을 저지르지 않은 경우에 가능하다. 그리고 이러한 형의 감경과 면제의 결정은 법원의 재량사항이다.

셋째, 법원이 면책여부를 결정함에 있어서는 ① 폭로된 범죄의 종류와 규모, 범죄의 규명 혹은 저지의 과정에서 수행한 역할의 의미, 폭로의 시점, 형사소추기관의 업무수행에 조력한 정도뿐 아니라 ② 그러한 점들과 증인의 범행 및 책임 간의 비례를 고려해야 한다.

3.3 프랑스의 형벌감면과 증언 사용의 제약

증인면책에 관한 프랑스 형법의 규정은 제132-78조이다. 2004년의 개정에서 삽입된 규정인데, 독일과 마찬가지로 형벌감면을 증인면책의 주된 기제로 사용하면서도 그에 덧붙여 증언의 증거사용을 제약하는 조항까지 포함하고 있다. 구체적인 내용을 정리하면 다음과 같다.

첫째, 증언의 대상이 되는 범죄에는 제한이 없다. 특히 경죄까지도 대상범죄에 포함시키는데, 이는 프랑스 형법이 증인면책을 자수에 대한 형벌감면의 일종으로 취급하기 때문이다.¹²⁾ 구체적으로는, 죄의 종류를 물문하고 범행에 가담한 자가 ① 범죄 실현의 방지 내지 ② 다른 정범 혹은 공범자들의 신원확인에 협조한 경우 면책의 혜택을 부여한다.

둘째, 면책의 방법은 형의 감경 혹은 면제이다. 양자의 차이는 범죄수행의 단계를 기준으로 구별된다. 즉, 기수의 단계에서 협조를 제공한 경우에는 형벌 감경으로 면책을 대신하지만, 실행에 착수한 단계에서 범죄 실현의 방지 내지 다른 범죄인의 신원확인에 협조하면 형벌 면제라는 우월한 혜택이 주어진다. 나아가 감경 혹은 면제가 필요적 사항으로 규정되어 있어서 독일의 증인면책보다 혜택의 정도가 크다고 할 수 있다.

셋째, 증인이 형사사법에 협조하면서 제공한 진술이 형사재판에 제

12) 해당 규정인 제132-78조는 표제 자체를 ‘자수’로 표현하고 있다.

출된 유일한 증거일 때에는 피고인에게 유죄판결을 선고할 수 없다. 즉, 유죄판결의 선고를 위해서는 증언 이외의 독립증거가 필요한데, 이는 증인면책의 악용을 방지하기 위한 전제로 이해된다.

4. 영국의 증인면책 - 종합적 면책

4.1 전개

영국은 18세기부터 보통법에 근거를 두고 증인면책의 정책을 시행해 왔으며 면책방법은 주로 검찰단계에서 실행되는 소추면제였다. 그러다가 2000년 유엔총회에서 ‘국제조직범죄에 대한 UN 협약’(UN Convention against Transnational Organized Crime 2000)이¹³⁾ 체결된 이후 증인면책의 성문법화에 착수하였고,¹⁴⁾ 2005년에 제정된 ‘중대조직범죄 및 경찰법 2005’(Serious Organized Crime and Police ACT 2005)가 증인면책을 본격적으로 규정하기에 이른다.¹⁵⁾ 그런데 여기서는 종래 사용하던 소추면제 이외에도 미국식의 증거사용금지와 대륙법계 국가들이 사용하는 형벌감면을 차용하고 그에 덧붙여서 형이 확정된 자에 대한 형 변경의 제도까지 신설함으로써 명실 공히 증인면책의 종합세트를 제시하게 된다.

13) 총 41개 조문으로 구성된 협약 중에서 제26조가 공범증인에 대한 면책을 규정하고 있는데, 대상범죄는 범죄단체가입, 범죄수익세탁, 부패범죄, 사법방해범죄, 국제적이고 조직화된 범죄조직과 관련이 있는 중대범죄이고, 면책방법으로는 소추면제와 형벌감면이 모두 제시되어 있다.

14) 우선 ‘기업법 2002’(Enterprise Act 2002)에서 처음의 시도가 행해지는데, 여기서는 카르텔 범죄의 수사 및 재판에 실질적으로 협조하는 경우 소추를 면제해 주는 규정(동법 제190(4))이 도입되었다.

15) 2004년 3월 영국 정부는 ‘One Step Ahead: A 21st Century Strategy to Defeat Organized Crime’을 발간하였고, 이 보고서에 기초하여 ‘중대조직범죄 및 경찰법 2005’가 제정된 것이다.

4.2 내용

증인면책에 관한 조문은 ‘중대조직범죄 및 경찰법 2005’의 제71조 내지 제75조인데, 주요내용을 정리하면 다음과 같다.

첫째, 사법협조의 대상이 되는 범죄에는 제한이 없다. 법률명에는 중대조직범죄가 명기되어 있지만, 실제로는 적용대상에 제한을 두고 있지 않은 것이다. 따라서 대상자가 자신의 죄를 인정하면서¹⁶⁾ 관련 범죄의 수사와 재판에 증언제공 등의 방법으로 협조하면 죄의 종류를 불문하고 면책의 혜택이 부여될 수 있다.

둘째, 면책의 방법에는 3가지가 있는데, 첫 번째가 소추면책이다. 즉, 검사는¹⁷⁾ 범죄의 수사 내지 소추를 위하여 필요하다고 판단하는 경우 협조자에게 소추면제의 약속을 할 수 있다. 그 내용은 면책장(immunity notice)에 기재되며, 소추면제의 면책장을 교부받은 사람은 면책장에서 특별히 정한 경우를 제외하고는 면책장에 기재된 범죄에 관하여 소추면제의 혜택을 받는다.

셋째, 두 번째 면책방법은 증거사용면책이다. 즉, 검사는 범죄의 수사 내지 소추를 위하여 필요한 경우 협조자에게 증거사용 면제의 약속도 할 수 있다. 사용하지 못하는 증거는 사전에 합의하여 면책장에 기재하는데, 해당 증언 및 그로부터 파생되는 증거가 그 예이다. 면책장을 교부받은 사람에 대해서는 면책장에서 특별히 정한 경우를 제외하고는 면책장에 기재된 증거를 형사절차 및 범죄수익 몰수절차에서¹⁸⁾ 그 사

16) 면책을 위해서는 대상자가 자신의 죄를 완전히 인정해야 하는데, 이를 ‘Cleansing’이라고 한다. 이는 법률이 명문으로 요구하는 요건은 아니지만 실무의 관행상 지켜지는 것으로 알려진다.

17) 여기에서 검사라 함은 검찰총장, 국세·관세 공소청장, 중대사기 수사국장, 북아일랜드 검찰총장 및 그들이 지정한 검사를 말한다.

18) 증거로 사용하지 못하는 절차에는 형사절차뿐 아니라 범죄수익 몰수절차가 포함된다. 이렇게 범죄수익 몰수를 피할 수 있다는 것은 범죄인에게 또 다른 인센티브가 된다.

람에게 불리한 증거로 사용할 수 없게 된다.

넷째, 세 번째 면책방법은 형의 감경이다. 즉, 피고인이 검사와의 서면합의에 따라 범죄의 수사 내지 소추에 협조함과 동시에 유죄인정 답변을 한 경우 법원은 유죄판결을 선고하면서 형을 감경할 수 있다. 또한 형의 감경은 형이 선고된 이후에도 행해질 수 있다. 즉, 형 선고 후에 새롭게 혹은 추가로 협조의 약속이 있었다면 검사가 사건을 법원에 다시 회부하여 형을 감경해주도록 요청할 수 있으며 이 경우 형이 변경될 수 있는 것이다. 아울러 감경의 폭은 법정형을 하회해도 무방하지만, 형의 면제가 인정되지는 않는다는 점에서 독일이나 프랑스의 법제와 구별된다.

다섯째, 소추면제 내지 증거사용금지의 면책을 받은 대상자가 면책장에 기재된 조건을 따르지 않은 경우에는 당연히 면책장의 효력이 상실된다. 또한 법원이 피고인에게 형 감경의 조치를 취했는데 피고인이 약속된 협조를 제공하지 않은 경우라면 검사가 법원에 요청하여 형을 변경하는 것이 가능하다. 나아가 면책을 받은 자가 허위로 증언하면 위증죄나 사범방해죄로 처벌될 수도 있다.

5. 각국 법제의 비교

지금까지 살펴본 4개국의 증인면책 법제를 표로 정리하면 아래와 같다. 증인면책의 정책에 적극성을 보이는 순서로 정리하면 영국 → 미국 → 프랑스 → 독일의 순으로 자리매김 될 수 있으리라 생각된다.

	미국	독일	프랑스	영국
법규정	조직범죄통제법 (연방법전 제18장 제6001조 내지 제6005조)	형법 제46조b	형법 제132-78조	중대조직범죄 및 경찰법 2005 제71조 내지 제75조
증인대상 범죄	제한 없음	통신감청이 허용되는 범죄	제한 없음	제한 없음
면책방법 및 면책절차	증거사용금지 (법원이 결정)	형의 임의적 감면 (법원이 결정)	형의 필요적 감면 (법원이 결정)	소추면책 (검사가 결정) 증거사용금지 (검사가 결정) 형의 임의적 감면 (법원이 결정)
규제	면책효력 상실 법정모독죄, 위증죄, 허위진술죄		증언이 유일증거이면 유죄판결 불가능	면책효력 상실 및 형의 변경 위증죄, 사법방해죄

Ⅲ. 법무부의 증인면책제도

1. 과정

1.1 개관

앞에서 소개한 바와 같이 유엔이 2000년 11월 제55차 총회에서 채택한 ‘국제조직범죄에 대한 UN협약’에는 공범증인 면책제도가 포함되었고, 우리나라는 2000년 12월 13일에 동 협약에 가입하였다. 그 후 법무부는 공범증인 면책제도의 도입 필요성과 도입 방법에 대한 검토를 진행하였으며, 2009년 1월에 신년도 입법계획을 발표하면서 도입의 추진을 밝힌 바 있다. 그리고 2010년 12월 ‘사법협조자 소추면제 및 형벌감면’이라는 명칭으로 공범증인 면책제도의 입법안을 예고하였다. 하지만 국무회의는 제도 도입을 위해 사회적 합의가 필요하다는 이유로 2011년 5월에 한 차례 입법을 유보한 후, 2011년 7월에 들어서야 ‘내부증언자 불기소처분 및 형벌감면’으로 제도의 명칭을 바꾸어 통과시켰다. 그러

나 국회에 제출된 동 법안은 찬반의 논의를 거치는 도중 제18대 국회의 임기가 끝나면서 폐기되기에 이른다. 이하에서는 이러한 입법과정의 우여곡절 중에서 중요사항을 정리하기로 한다.

1.2 입법예고

법무부는 2010년 12월 20일에 ‘사법협조자 소추면제 및 형벌감면’이 포함된 ‘형사소송법 일부개정법률(안)’과 ‘형법 일부개정법률(안)’을 입법예고하였다. 구체적으로는, 형사소송법 제247조의2를 신설하여 중요 범죄의 사법협조자에게 검사가 소추면제의 면책을 부여할 수 있도록 하고, 형법 제52조의2를 신설하여 기소된 사법협조자에 대하여 법원이 형벌을 감면할 수 있도록 한 것이다. 아울러 사법방해죄와¹⁹⁾ 중요참고인 출석의무제를²⁰⁾ 도입하고 조사과정의 영상녹화제도를 개편하며²¹⁾ 피해자의 공판절차 참가범위를 확대하는²²⁾ 등 핫이슈의 개정과제들을 한꺼번에 몰아서 전격 추진하였는데, 이 중에서 공범증인 면책제도와 관련된 내용을 정리하면 다음과 같다.

첫째, 소추면제의 면책이 부여될 수 있는 협조대상의 범죄는 조직·마약·부패·테러 범죄로 제한된다. 면책의 요건은 범죄규명에 없어서는 아니 될 증언을 하는 것이며, 면책 부여의 결정은 검사가 하고 결정내

19) 특히 수사기관에서 허위진술한 자를 처벌하도록 하였다. 즉, 위증죄뿐 아니라 수사기관 허위진술죄를 도입하여 이를 포괄하여 사법방해죄로 편제하는 것이다.

20) 형사소송법에 중요참고인 출석의무제를 도입하였다. 즉, 장기 5년 이상의 징역 등에 해당하는 죄의 수사에서 출석요구에 응하지 않는 참고인을 구인할 수 있도록 하였다.

21) 형사소송법을 개정하여 조사과정의 영상녹화제도를 개편하였다. 즉, 피의자 및 참고인에게 영상녹화 조사를 신청할 수 있도록 함과 동시에 검사나 사법경찰관이 조사과정을 촬영한 영상녹화물을 조서에 준하여 취급하며 탄핵증거로도 사용할 수 있도록 하였다.

22) 형사소송법을 개정하여 중요범죄(살인, 상해, 교통사고, 약취·유인, 성범죄, 강도)의 피해자가 공판절차에 참가할 수 있도록 하였다.

용을 서면으로 작성하여 대상자에게 교부한다. 면책의 내용은 거래면책의 일종인 소추면제이기 때문에 증언 이외에 다른 루트로 증거가 수집된 경우에도 소추할 수 없다.

둘째, 소추면제와 달리 형벌감면은 협조대상의 범죄에 제한이 없다. 즉, 통상의 범죄에 대해서도 처리과정의 협조가 인정되면 형벌감면의 혜택이 부여될 수 있다. 하지만 면책의 요건에는 일정한 성과가 요구됨에 주의를 요한다. 소추면제가 중요한 증언의 제공만을 면책의 요건으로 설정함에 반하여 형벌감면은 진술을 통해 구체적으로 범죄 규명이나 결과발생의 방지 내지 범인 검거 등에 도움이 주어져야 함을 요건으로 요구하는 것이다. 형벌감면 결정의 주체는 당연히 법원이며, 감면 여부의 결정에는 법원의 재량이 인정된다.

1.3 입법유보

법무부가 입법예고한 형사소송법과 형법의 개정안은 2011년 5월 3일 국무회의에서 입법 유보되었다. 그 이유는 국무회의를 통과하더라도 국회 처리과정에서 논란이 제기될 수 있고 사회적 파급도 상당할 것이라는 우려 때문이었다고 한다. 따라서 충분한 검토의 기간을 거쳐서 사회적 합의를 도출해야 할 필요가 있다는 것이 국무회의의 의견이었다. 또한 이렇게 국무회의에서 브레이크가 걸리게 된 배경에는 ① 공범증인 면책제도를 플리바게닝의 일종으로 인식하는 일부 여론의 부정적 입장이 고려되었을 뿐 아니라,²³⁾ ② 사법방해죄를 위시하여 논란이 많은 핫이슈의 입법과제들을 한꺼번에 개정안에 포함시킴으로써 부정적 여론을 배가시킨 무리수도 있었던 것으로 생각된다.

23) 당시 일부 국무위원들이 동 제도에 수사 편의적 측면이 있다는 점을 지적한 것으로 알려지는데, 여기서 수사 편의라는 비판이 곧 동 제도를 플리바게닝의 범주에서 이해하였음을 의미한다.

1.4 재심의

한 차례 입법이 유보되었지만 법무부는 일부 손질을 거친 형사소송법 및 형법 개정안을 2011년 7월 12일에 다시 국무회의에 상정하여 통과시켰다. 여기서 처음의 안에 변경이 가해진 부분을 정리하면 다음과 같다.

첫째, 명칭을 ‘사범협조자 소추면제 및 형벌감면’에서 ‘내부증언자 불기소처분 및 형벌감면’으로 변경하였다. 이렇게 명칭을 바꾼 것은 플리바게닝 제도와 혼동을 피하기 위한 것이라고 법무부는 설명하였다. 즉, 앞에서 언급한 바 있듯이 플리바게닝에 대한 반대여론이 공범자인 면책제도의 도입에 미치는 악영향을 차단하고자 한 것이다.

둘째, 불기소처분의 증언대상 범죄에서 테러범죄를 제외함으로써 조직·마약·부패범죄에만 국한하여 불기소처분의 면책을 사용할 수 있도록 하였다. 또한 법무부는 불기소 면책의 남용을 막기 위하여 내부증언자를 불기소처분하는 경우 검찰시민위원회의 의결을 거치는 방안도 마련했던 것으로 알려진다.²⁴⁾

셋째, 공범자인 면책제도 이외의 개정 아이টে에 있어서도 일부 보완이 이루어졌다. 즉, 중요참고인 출석의무제는 대상범죄를 축소하였으며,²⁵⁾ 허위진술죄의 구성요건을 보다 엄격하게 강화한 것이다.²⁶⁾

24) 한겨레신문, 2011.7.12.자 기사.

25) 처음의 안은 장기 5년 이상의 범죄에 대한 참고인을 출석의무의 대상으로 하였지만, 재심의로 통과된 안은 장기 7년 이상의 범죄에 대한 참고인으로 대상범죄를 축소하였다 이에 따라 뇌물, 절도, 횡령, 배임 등의 범죄는 적용대상에서 제외된 셈이다.

26) 처음의 안은 참고인이 ‘범죄를 구성하는 사실’을 허위로 진술하면 처벌하도록 하였는데, 재심의로 통과된 안은 ‘범죄를 구성하는 중요한 사실’을 허위로 진술한 경우 처벌되도록 하였다. 이에 따라 사소한 사항에 대한 허위 진술은 허위진술죄로 처벌하는 것이 불가능해졌다.

2. 내용

2.1 형벌감면의 증인면책-형법개정안

정부가 국회에 제출한 공범증인 면책제도의 입법안은 형법개정안과 형사소송법개정안으로 구성되며, 이 중에서 형법개정안에 포함된 것은 형벌감면의 증인면책이다. 즉 제52조의2를 신설하여 내부증언자에 대한 형벌감면의 가능성을 열어주었는데, 중요내용을 정리하면 다음과 같다.²⁷⁾

첫째, 형벌감면의 경우에는 증언대상의 범죄에 제한을 설정하지 않았다. 즉, 범죄의 종류를 불문하고 증언제공 등의 방법으로 형사사법에 협조하면 형벌감면의 혜택이 부여될 수 있는 것이다.

둘째, 면책대상 범죄는 증언대상 범죄와 반드시 공범이어야 하는 것이 아니고 형사소송법상 관련사건의 관계에 있으면 족하다. 따라서 공범(수인이 공동으로 범한 죄)과²⁸⁾ 공범유사범죄(범인은닉죄, 증거인멸죄, 위증죄, 허위감정통역죄 또는 장물에 관한 죄와 그 본범의 죄)뿐 아니라 동시범(수인이 동시에 동일 장소에서 범한 죄)까지도 면책대상의 범죄에 포함된다.

셋째, 면책을 위해서는 대상자가 수사절차나 재판절차에서 다른 사람의 죄에 대하여 진술을 할 뿐 아니라 이로 인하여 범죄의 규명이나 결과발생의 방지 또는 범인체포에 대한 기여가 인정되어야 한다. 즉, 진술에 덧붙여서 협조의 구체적인 성과가 요구되는 것이다.

넷째, 면책결정의 주체는 법원이며 형벌감면의 결정에는 법원이 재량이 인정된다. 즉, 임의적 형벌감면의 시스템이라고 할 수 있다.

27) 형법 제52조의2는 항의 구별 없이, 수인이 관련된 죄의 수사절차나 재판절차에서 그 죄에 대하여 진술함으로써 범죄 규명, 결과발생의 방지, 범인의 검거에 기여한 때에는 그 형을 감경 또는 면제할 수 있다고 규정한다.

28) 임의적 공범뿐 아니라 필요적 공범을 포함한다.

2.2 불기소처분의 증인면책－형사소송법개정안

정부가 도입을 추진한 증인면책의 핵심은 형벌감면보다 불기소처분에 있다고 할 수 있다. 주지하듯이 면책이 중요 증인의 적극적 협조를 얻어내는 전략으로서의 효과를 충분히 갖기 위해서는 부여하는 혜택이 커야 한다. 그리하여 형사소송법 제247조의2에 소추면제 규정의 신설을 추진하였는데, 중요내용은 다음과 같이 정리된다.²⁹⁾

첫째, 불기소처분을 위한 증언대상 범죄는 부패범죄와 조직범죄 및 마약범죄로 제한되었다. 즉, 소추면제라는 특단의 전략은 특수범죄의 처벌을 위해서만 사용할 수 있게 한 것이다.

둘째, 증언대상 범죄와 면책대상 범죄의 관계는 ‘여러 사람이 죄를 범한 경우’로 설정되었다. 즉, 형사소송법상 관련사건 중에서 ‘수인이 공동으로 범한 죄’의 경우로 국한하였는데, 그 이유는 대상범죄의 성격상 나머지의 관련사건은 성립가능성 자체가 낮기 때문인 탓으로 이해된다.

셋째, 면책을 위한 요건은 중요 사실에 대한 증언이다. 구체적으로는, 증언의 약속으로 불기소처분의 결정을 할 수 있고, 증언을 제공함으로써 공소제기가 불가능해진다. 다만 불기소처분의 결정 후에 대상자가 증언을 하지 않거나 허위의 증언을 하면 면책의 효력이 상실되어 공소제기가 가능함은 물론이다.

넷째, 면책결정의 주체는 검사이다. 법률의 문언에는 검찰총장이나 법

29) 형사소송법 제247조의2는 제1항부터 제3항까지로 구성된다. 우선 제1항은 강력·마약·부패범죄의 정범 또는 공범의 진술이 범죄규명에 없어서는 아니 될 것으로 인정되는 때 검사가 피의자의 형사재판절차에서의 증언을 조건으로 공소를 제기하지 아니할 수 있도록 규정하고 있다. 제2항은 공소를 제기하지 아니하기로 결정하였다면 불기소처분을 받을 자의 성명 기타 이를 특정할 수 있는 사항과 죄명, 범죄사실, 적용법조, 증언할 내용, 범죄사실에 대해 공소를 제기하지 아니한다는 취지를 기재한 서면을 작성하고 검사와 불기소처분을 받을 자가 각 서명 또는 기명날인한 후 그 부분을 불기소처분을 받을 자에게 교부하도록 규정하고 있다. 그리고 제3항은 서면을 교부받은 자가 증언한 때에는 공소를 제기할 수 없다고 규정하는 것이다.

무부장관 등의 허가가 요구되지 않으며, 다만 불기소처분의 대상과 기준 등에 관한 세부사항을 법무부령으로 정하도록 규정하고 있을 뿐이다.

2.3 보완규정

공범증인 면책제도에 대하여 제기되는 우려의 하나는 허위진술을 통해 무고한 사람에게 피해를 주는 부작용의 발생이다. 따라서 이 제도의 도입에는 허위진술의 처벌이 수반되어야 한다는 주장이 제기된다. 그런데 법정에서의 허위증언은 현행 법제에서도 위증죄로 처벌되므로 결국 그러한 주장은 수사절차에서의 허위진술을 처벌하는 규정의 도입에 집중될 수밖에 없다. 공범증인 면책제도의 도입을 추진하면서 정부가 국회에 제출한 형법개정안에 허위진술죄가 포함된 것은 이러한 인식을 바탕으로 한다. 즉, 당시의 형법개정안은 형벌감면의 증인면책과 더불어 수사절차에서 중요한 사실에 관해 허위진술한 자를 처벌하는 규정(제152조의2)과 허위증언이나 허위진술을 하도록 다른 사람을 폭행 내지 협박하거나 금품공여의 행위를 한 사람을 처벌하는 규정(제155조의2)의 신설도 추진하였던 것이다.

IV. 평가와 방안

1. 평가

1.1 반대의견

법무부가 도입을 추진한 공범증인 면책제도의 입법이 국무회의에서 일차 유보되기도 하고 급기야 국회에서 임기만으로 폐기되었다는 것은

그만큼 동 제도의 도입에 대한 입법 관계자들의 반응이 긍정적이지 않았음을 의미한다. 특히 대한변협은 공식적으로 반대의견을 내놓았으며 참여연대 등의 시민단체와 국회 입법조사처의 전문연구진도 부정적 의견의 개진으로 법무부의 도입추진에 브레이크를 걸었다. 따라서 공범 증인 면책제도의 도입을 우리사회에서 다시 추진하려면 지금까지 제기된 반대론을 설득하고 극복하는 작업이 필수적으로 요구된다. 이를 위하여 반대론의 핵심내용을 정리하면 다음과 같다.

첫째, 증인 등의 사법협조를 조건으로 대상자의 범행에 면책의 혜택을 부여하는 전략은 형사사법을 상거래와 유사한 시스템으로 전략시키는 위험을 지닌다는 비판이 제기되었다.³⁰⁾ 즉, 진력을 다하여 A에서 Z까지의 모든 범죄를 추적·진압해야 할 수사기관이 수월한 업무수행을 위해 범죄인과 타협을 추진하는 정의롭지 못한 전략이라는 것이다. 공범증인 면책제도를 플리바게닝의 일종으로 취급하는 관점이 이러한 비판에 깔려 있음은 물론이다.

둘째, 현행의 법제에서도 적극적 협조자에 대한 면책의 혜택이 가능하다는 주장 역시 반대론에 힘을 보탰다. 우선, 형벌감면의 증인혜택은 자수의 형벌감면으로 대체될 수 있을 뿐 아니라 양형참작사유라는 재량적 기제로도 해결될 수 있다고 한다.³¹⁾ 또한 불기소처분의 경우에도 현행의 법제에서 검사는 공소제기에 재량을 가지고 있기 때문에 소추면제가 요구되는 공범증인에 대하여 기소유예 등의 불기소처분을 내리는 것이 굳이 불가능하지 않다는 설명이다.

30) 대표적으로 대한변협은 정부가 국회에 제출한 입법안에 대하여 “수사와 재판이 상거래와 비슷한 양상으로 처리되는 것은 부적절하며 수사기관에서 수사를 제대로 하지 못한 책임을 범명화하는 결과가 된다”고 비판하였다(법률신문, 권용태, “재야 법조계 형사소송법개정안 왜 반대하나”, 2011.10.28).

31) 공범증인의 협조가 자수의 요건을 갖춘 경우 임의적 형벌감면의 사유가 되고(형법 제52조 1항), 그렇지 않더라도 다른 공범의 수사와 재판에 협조했다는 점은 양형조건 중 형벌감경에 해당하는 ‘범죄후의 정황’으로 취급될 수 있는 것이다(형법 제51조 4호).

셋째, 법무부가 추진한 면책의 기준과 방법이 남용의 위험을 지니고 있다는 비판도 제기되었다.³²⁾ 즉 형사사법에 과도한 권한을 부여하고 있다는 것인데, 우선 형벌감면의 면책은 대상범죄가 무제한이라는 점이 문제점으로 지적된다. 나아가 불기소처분의 경우는 혜택이 파격적일 뿐 아니라 법원의 통제도 거치지 않아 검찰권의 비대를 초래할 가능성이 농후하다는 점이 중요한 문제점으로 지적되었다.

넷째, 공범증인 면책제도가 야기할 수 있는 부작용에 대한 우려도 반대론의 중요한 논거이다. 먼저 면책 대상자의 허위증언이 문제된다. 자신의 범행을 면책받기 위해 다른 사람을 희생양으로 삼을 위험이 상존하기 때문이다.³³⁾ 이 경우 형사사법은 정작 단죄해야 할 대상자에게는 면죄부를 주고 무고한 사람을 논책하는 엉뚱한 실책의 가능성을 갖게 되는 것이다.

1.2 제도의 본질

공범증인 면책제도를 평가함에 있어서 가장 중요한 선결사항은 이 제도의 본질에 대한 정확한 이해이다. 앞에서 정리한 바와 같이 반대론은 공범증인 면책제도를 플리바게닝의 아류쯤으로 취급하고 있으며, 그에 덧붙여서 기소유예를 비롯한 현행의 제도에 의해서도 면책이 추구

32) 대표적으로 국회 입법조사처의 전문연구진은 법무부의 입법안 중 형법개정안의 경우 모든 범죄에 대하여 형벌감면을 할 수 있도록 규정하고 있는 점이 문제이며, 형사소송법개정안의 소추면제는 수사편의를 위하여 오·남용될 수 있는 문제점이 있다고 지적하였다(최석림/이재일, “사법협조자 형벌감면제도 도입방안과 주요논점”, 이슈와 논점 제198호(국회입법조사처, 2011. 2. 11)).

33) 대표적으로 참여연대에서는 법무부의 입법안에 대하여 “법무부의 도입 취지와 달리 오히려 조직범죄 등에서 피의자들이 더 큰 범죄를 감추기 위해서나 일부 조직원 보호 등을 목적으로 전략적 진술 또는 자백을 할 경우 사실상 이를 가려낼 방안이 없다”고 비판하였다(2011. 1. 8. 발표된 “형법 및 형사소송법 일부개정법률(안)에 대한 참여연대의 의견” 참조).

하는 효과가 충분히 달성될 수 있는 것으로 설명한다. 따라서 그러한 주장이 타당하다면 공범증인 면책제도는 유사품이자 무용한 물건이 되고 만다. 하지만 그렇지 않다는 것이 이 글의 인식인바, 구체적으로 설명하면 다음과 같다.

우선 플리바게닝은 공범증인 면책제도와 요건 자체를 달리 한다. 전자가 그저 자신의 범행을 인정한다는 조건만으로 형벌감면의 혜택을 부여하는 제도임에 반하여 후자는 타인의 범행에 대한 수사과 재판에 적극적으로 협조함을 면책의 조건으로 요구하는 제도이다. 따라서 플리바게닝에 대해서는 수사편의를 위한 기제라는 문제제기가 가능하지만, 공범증인 면책제도는 오히려 거악을 척결하겠다는 전투적인 의지가 담긴 기제인 셈이다. 그 결과 플리바게닝은 형사사법의 온건화에 조력하는 반면 공범증인 면책제도는 조직범죄를 비롯한 특수 범죄유형을 타깃으로 실행되는 강성 형사사법의 무기로 기능하게 된다.

이렇게 추구하는 형사사법의 성향이 다르다는 점은 반대론이 거론하는 현행의 대체 제도들과의 비교에서도 여실히 확인된다. 즉, 기소유예 및 자수의 형벌감면과 양형상의 감경사유는 모두 온건한 형사사법을 위한 기제라는 점에서 공범증인 면책제도와 궤를 달리 한다. 기소유예가 경미한 범죄에 국한하여 내려지는 온정적 처분이라는 점은 주지의 사실이다.³⁴⁾ 자수의 형벌감면이나 양형참작사유 역시 피고인의 반성적 태도를 사후적으로 판단하여 형사사법의 온화함을 보여주는 것이지 거악척결을 추진하는 강성 형사사법과는 거리가 멀다. 따라서 그러한 온건 형사사법의 기제들을 공범증인 면책제도의 대체수단으로 사용하자는 제안은 용도의 본말을 전도시키는 발상이라고 할 수 있다.

재언하거니와 공범증인 면책제도는 사회방위를 위해 형사사법이

34) 다만 마약범죄자의 수사 및 색출을 위해서는 공범의 수사에 협조한 자에게 기소유예 처분을 내리는 경우가 종종 있는데, 이를 ‘공적조서’라고 한다.

요구하는 특단의 방책 중의 하나이다. 방법이 면책이라는 점만을 부각시켜 형사사법의 온건화 수단들과 동렬로 취급한다면 이는 제도의 본질에 대한 왜곡이다. 그것은 거악의 원천을 척결하겠다는 의지의 산물이며 강성 형사사법의 효율적 운용을 추구하는 기제이다. 따라서 조직범죄 등의 거악에 대한 강경한 대응에 반대하는 입장이 아니라면 공범증인 면책제도의 취지 자체가 부정될 일은 아니라고 이 글은 판단한다.

나아가 공범증인 면책제도는 강성 형사사법을 추구하면서도 사용방법이 파괴적이지 않다는 특징을 지닌다. 즉, 침해적 무기가 아니라 외교적 기술인 셈이다. 수인이 조직적으로 관여한 범죄의 경우 공범이 증언 등의 제공으로 협조해 주지 않으면 수사기관은 증거 수집을 위해 침해적인 수사방법에 의존할 가능성이 높아진다.³⁵⁾ 이때 대상자의 인권침해와 거리가 먼 수사방법인 공범증인 면책제도의 가치가 발휘된다.³⁶⁾ 사실 면책제도는 뿌리를 쳐내면서도 가지에는 면책이 부여되니 활인(活人)의 방책이라는 설명도 가능하다. 바로 이러한 선진적 특징으로 인해 오늘날 유엔에서까지 조직범죄 등의 대처방안으로 공범증인 면책제도를 적극적으로 추천하고 있는 것이다.

35) 수인이 조직적으로 관여한 범죄에서는 공범이 증언 등을 통해 협조해 주지 않는다면 증거 수집을 위해 수사기관은 현행범 체포 내지 매우 침해적이고 비용이 많이 드는 수사방법에 의존하지 않을 수 없다. 즉, 증인면책의 방법을 사용하지 않는다면 오히려 더 많은 문제가 수사과정에서 발생할 수 있는 것이다.

36) 정부가 제17차 국회에 제출한 입법안은 동 제도의 입법취지를 “인권침해의 우려가 적은 방식으로 새로운 진술증거를 확보하고 형사사법의 경제성과 효율성을 제고하기 위한 것”이라고 설명한다. 즉, 형사사법의 경제성과 효율성을 제고하는 목표를 인권침해의 우려가 적은 방식으로 달성한다는 것이다.

1.3 염두에 둘 비판

공범증인 면책제도가 취지의 면에서 수용된다고 하여도 구체적인 내용의 기획은 면밀한 검토를 거쳐서 행해져야 한다. 이를 위해 정부의 입법안에 대하여 제기된 비판들 중에서 숙고할 가치가 있는 사항이 정리될 필요가 있는데, 구체적인 내용은 다음과 같다.

첫째, 대상범죄를 무제한으로 설정할 경우 면책제도의 본질이 흐려질 수 있다는 지적은 경정할 필요가 있다. 앞에서 언급한 바와 같이 공범증인 면책제도는 조직범죄를 비롯한 사회적 거악의 척결을 겨냥한 방책이고, 그렇기 때문에 범행가담자의 면책이라는 양보가 허용되는 것이다. 그런데 그러한 특단의 조치를 모든 유형의 범죄를 대상으로 실행한다면 이는 용처일탈(用處逸脫)이 된다. 설령 면책의 방법이 형벌 감면의 경우에도 범행가담자의 면책은 필요불가결한 형사사법의 영역으로만 국한시키는 것이 바람직하다.

둘째, 면책의 방법으로 불기소처분을 채택하는 것이 적절한지에 대한 문제제기도 숙고할 가치가 있다. 소추면제는 증인과 무관한 독자적인 증거가 수집된 경우에도 대상자의 처벌이 불가능해지는 면책방법이어서 혐조에 대한 대가치고는 과하다는 비판이 제기될 수 있는 것이다. 또한 법원의 통제가 전혀 없이 오롯이 검찰권의 재량에 맡겨진 처분이라는 점도 검찰권의 확대를 반대하는 관점에서는 탐탁하지 않을 수 있다.

셋째, 허위증언으로 인한 제도의 오염은 특히 염두에 두어야 할 부작용의 하나이다. 이를 방지하기 위해 정부의 입법안은 소위 허위진술죄의 도입을 추진하였는데, 과연 그것이 부작용 방지의 적절한 대책이 될 수 있는지 검토될 필요가 있다.

2. 방안

2.1 대상범죄³⁷⁾

공범증인 면책제도의 도입을 추진할 때 가장 먼저 결정해야 할 사항은 대상범죄의 범주를 설정하는 작업이다. 이는 곧 제도의 용처와 관련된 문제인데, 앞에서 수차례 언급한 바 있듯이 공범증인 면책제도는 통상적인 사안에서 실행되는 것이 아니라 소위 중대범죄의 수사와 재판에서 불가피한 경우 사용되는 방책일 뿐이다. 따라서 대상범죄는 일단 중대범죄로 국한해 놓는 것이 바람직하다. 구체적으로는 조직범죄와 마약범죄 및 부패범죄를 대상범죄로 설정하면 되리라고 판단한다.

2.2 면책방법

공범증인 면책제도의 구체적인 내용을 기획할 때 가장 중요한 사항은 면책의 방법이다. 앞에서 소개한 바 있듯이 외국의 법제가 사용하는 면책방법은 형벌감면과 증거사용금지 및 소추면제 등으로 정리된다. 그리고 이 중에서 정부가 제18대 국회에 제출한 입법안은 형벌감면과 소추면제의 2가지 방법을 채택한 바 있다. 과연 이러한 정부의 입법안이 타당한지 검토되어야 할 터인데, 구체적으로 설명하면 다음과 같다.

우선, 형벌감면은 채택하여도 무리가 없을 것으로 생각된다. 정부의

37) 이 글은 일단 형사절차에서 운용될 공범증인 면책제도에 대하여 기획하고자 한다. 이에 대하여 국회 청문회에서의 증인 등에 대해서도 면책을 인정해야 한다는 견해가 제시된 적도 있다(김학원, “국회청문회에 있어서 증인제도의 실효성 확보방안”, 국회보(국회, 1998. 3), 30쪽).

입법안에 대하여 제기된 그 동안의 비판도 형벌감면의 대상범죄가 무제한이라는 점에 대한 문제제기였지 형벌감면 자체를 반대하지는 않은 것으로 이해된다. 그리고 현행의 법제에서도 사법협조자에 대한 형벌감면은 이미 ‘특정범죄신고자 등 보호법(이하 ‘특신법’이라 칭함)’에 도입되어 있으니 생경한 제도도 아닌 셈이다.³⁸⁾ 따라서 특신법의 내용을 보완·수정하는 방향으로 형벌감면의 면책방법을 기획하면 되리라 생각하는데, 이 글이 제안하는 수선(修繕)의 사항은 다음과 같다. ① 특신법은 특정범죄를 적용대상으로 하는바, 특정범죄에는 부패범죄가 빠져 있다. 따라서 특정범죄에 덧붙여서 부패범죄도 형벌감면의 면책대상에 포함시키는 보완이 필요하다. ② 특신법의 형벌감면은 법원에 재량이 인정되는 임의적 감면이다. 그리고 이 점에서는 정부의 입법안 역시 마찬가지이다. 하지만 임의적 감면은 협조에 대한 사후적 보답의 차원이라면 몰라도 사전에 대상자의 협조를 적극적으로 이끌어내기 위한 유인으로는 부족한 점이 있다. 따라서 형벌감면이 면책의 효과를 실질적으로 갖기 위해서는 필요적 감면의 수준으로 격상시키는 것이 바람직하다고 이 글은 판단한다. ③ 특신법의 형벌감면은 여타의 양형사유와 마찬가지로 법원이 독자적으로 판단하며 시기의 점에서도 재판의 마지막 단계에 이르러서야 검토된다. 따라서 수사단계에서 대상자의 협조를 유도하는 기제가 될 수 없는바, 이를 수선하기 위해서는 형벌감면 결정의 절차를 수사단계로 앞당길 필요가 있다. 즉, 수사단계에서부터 판사가 개입하여 형사사법에 대한 협조를 조건으로 형벌감면의 혜택을 승인하고 그러한 판사의 승인에 구속력을 부여하는 방안인데, 구체적인 내

38) 특신법은 범죄신고 등을 함으로써 그와 관련된 자신의 범죄가 발견되면 범죄신고자 등에 대하여 형을 감경 또는 면제할 수 있다고 규정하는데(특신법 제16조), 여기서의 범죄신고 등이란 특정범죄에 관한 신고·진정·고소·고발 등 수사단서의 제공, 진술 또는 증언 기타 자료제출행위 및 범인검거를 위한 체포 또는 검거활동을 말하므로(특신법 제2조 3호), 대상이 특정범죄라면 그에 대한 공범의 진술 내지 증언에 대하여도 형의 감면이 가능해지는 것이다.

용은 후술하는 절차 부분에서 설명하기로 한다.

다음에, 형벌감면과 짝을 이루어 사용할 면책방법으로는 소추면제보다 증거사용금지가 적절할 것으로 생각된다. 미국의 법제를 검토하면서 살펴본 바 있듯이 소추면제는 남용의 부작용에서 자유롭기가 쉽지 않다. 아울러 법원의 통제에서 벗어나기 때문에 검찰권 확대를 비판하는 세간의 여론을 설득하는 작업도 만만하지 않다. 반면에 증거사용금지는 협조로부터 산출된 증거를 협조자의 재판에서 증거로 사용하지 않는다는 것이니 그리 과한 혜택으로 볼 수 없을 뿐 아니라 검찰권의 확대와도 무관한 면책방법이다. 그러면서 협조자에 대하여 무죄판결의 선고가 가능해지니 면책의 실질적인 효과는 충분히 담보되는 셈이다.³⁹⁾ 미국의 법제가 1970년대 이후 소추면제를 버리고 증거사용금지로 전환하였음에도 부족함이 호소되지 않았다는 사실은 효과의 면에서도 실무운용상의 문제가 없음을 보여주는 실례라 하겠다.

마지막으로 증거사용금지의 구체적인 내용이 문제되는데, 이 부분에서는 미국의 법제가 채택하고 있는 파생사용금지를 모델로 삼으면 될 것으로 생각된다. 즉, 면책을 조건으로 받아낸 증언이나 기타 정보 및 그로부터 파생된 증거까지를 협조자에게 형사상 불리한 증거로 사용할 수 없도록 하는 것이다. 따라서 협조가 제공자의 발목을 잡는 일은 금지된다. 하지만 협조와 무관하게 독자적으로 수집된 증거에 의해서는 공범증인을 기소하여 유죄판결을 받아내는 일이 완전히 봉쇄되지 않는데, 그렇더라도 후술하는 절차에 의할 경우 형벌감면이 또 다른 면책으로 주어질 수도 있다는 점을 지적하고자 한다.

39) 덧붙여서, 협조자에게 증거사용금지의 면책이 부여되는 경우 대부분의 사안에서는 검사가 불기소처분으로 사건을 해결하게 될 것이다. 왜냐하면 증거사용이 금지되므로 기소하더라도 증거불충분으로 무죄가 선고될 것이기 때문이다. 따라서 증거사용금지는 효과의 면에서 소추면제와 큰 차이가 없다.

2.3 절차

형벌감면이든 증거사용금지이든 면책이 협조유도의 효과를 갖기 위해서는 그것의 결정을 재판단계로 미룰 것이 아니라 수사단계에서 행할 필요가 있다. 그래야 대상자가 협조의 결심을 할 수 있을 뿐 아니라 제공되는 협조를 바탕으로 거약 체결의 수사가 성공적으로 수행될 수 있을 것이기 때문이다. 여기서 수사단계에서의 면책 결정을 어떤 절차로 진행할 것인지 문제되는데, 미국의 법제가 채택하는 증거사용금지의 결정절차를 모델로 삼는 것이 바람직하리라 생각한다.⁴⁰⁾

앞에서 설명한 바 있듯이 미국의 법제를 전형(典型)으로 삼을 때, 면책의 청구기관은 검사로 설정된다. 즉, 검사가 공범증인으로부터 협조를 받음에 있어서 공익을 위해 면책의 필요성이 있다고 판단하는 경우 형벌감면 내지 증거사용금지의 면책을 청구하게 된다. 아울러 그에 대한 결정은 미국의 경우 법원이 하게 되는데, 우리 법제에서는 판사에게 맡겨도 무방하리라 판단된다. 우리 형사소송법은 판사에게 증거보전 내지 증인신문청구의 심리권한을 부여하고 있는바, 공범증인에 대한 면책도 이와 같은 맥락에서 이해될 수 있는 사법업무(司法業務)라고 할 수 있기 때문이다. 나아가 검사의 청구나 판사의 결정에 있어서 채택하는 면책방법으로는 형벌감면과 증거사용금지의 택일(擇一)과 병용(並用)이 모두 가능하도록 열어주는 것이 바람직하다. 한쪽의 면책만으로도 협조의 유도가 가능한 사안이 있는 반면 양자를 모두 약속해야 협조를 이끌어 낼 수 있는 사안도 있을 것이기 때문이다.

40) 같은 취지의 글로는 이영상, “면책조건부 증언취득제도 도입 시론”, 참고인진술 확보방안 연구(검찰미래기획단, 2007), 214쪽 참조.

2.4 부작용 방지

공범증인 면책제도를 도입할 경우 우려되는 가장 큰 부작용은 무고한 자에 대한 모함이다. 따라서 그에 대한 대책이 있어야 하는데, 통상적인 규제방법인 면책효력의 상실⁴¹⁾ 이외에도 다음의 2가지 방안의 보완이 추천될 수 있을 것으로 생각된다. ① 모함의 구체적인 방법은 허위진술일 것이므로 허위진술죄의 신설을 통해 이를 규제할 필요가 있다. 즉, 허위증언을 처벌하는 현행의 위증죄에 덧붙여서 수사기관에 대한 허위진술도 처벌하도록 하는 것이다. 다만 적용범위가 제한될 필요가 있는데, 위증죄와 달리 허위진술죄는 공범증인 면책제도의 부작용을 방지하기 위한 처벌규정이므로 면책의 결정을 받는 자의 허위진술에 국한하여 구성요건을 설정하는 것이 바람직하다.⁴²⁾ ② 무고한 자의 처벌을 막기 위한 또 하나의 방안으로 프랑스의 법제가 채택하고 있는 소위 유일증언 유죄판결 배제의 원칙을 도입하는 것도 적극적으로 고려할만 하다. 즉, 협조자가 제공한 증언이 피고인의 유죄를 입증하는 유일한 증거인 경우 유죄판결을 선고하지 못하도록 하는 것인데, 이를 통해 모함으로 인한 오판의 위험이 감소될 수 있을 것이다.

2.5 운영

공범증인 면책제도를 위와 같은 내용으로 기획할 때, 그것의 구체적인 운영과 관련하여 적시할 사항은 다음과 같다. 우선 검사는 조직범죄

41) 대상자가 면책의 조건을 이행하지 않을 경우 면책의 효력이 상실됨은 당연한데, 이러한 규제는 당연히 허위진술의 경우에도 적용되어야 할 것이다.

42) 정부가 제18개 국회에 제출한 입법안의 허위진술죄는 적용범위에 제한을 두지 않으므로써 진술자에게 과도한 부담을 준다는 비판이 제기되었다. 하지만 허위진술죄의 구성요건을 면책의 결정을 받는 진술자에게만 적용되도록 제한하면 그러한 비판으로부터도 자유로울 수 있을 것으로 생각된다.

와 마약범죄 및 부패범죄를 수사함에 있어서 면책의 조건으로 범행가담자의 협조를 얻어내야 할 특수한 필요성이 있다고 판단하는 경우 판사에게 면책을 청구하게 될 터인데, 이때 결정될 수 있는 면책의 방안은 (경한 것으로부터 중한 것까지 열거하면) ① 필요적 형벌감면, ② 증거사용금지, ③ 필요적 형벌감면과 증거사용금지의 병용이 된다. 여기서 가장 경한 면책인 필요적 형벌감면이 단독으로 선택된 경우에는 검사가 협조자에 대하여 기소를 하게 되겠지만, 증거사용금지 내지 양자의 병용이 선택된 경우에는 특단의 사유가 없는 한 검사가 협조자에 대하여 불기소처분을 내리는 것이 합리적이다. 다만 독자적인 증거가 수집되었으며 협조자에 대한 소추가 불가피하다고 판단하는 경우라면 협조자를 소추할 수 있는바, 이때에도 가장 중한 면책인 양자의 병용이 선택되었다면 협조자에 대하여 필요적 형벌감면의 혜택이 주어지게 될 것이다. 마지막으로, 면책의 혜택이 결정된 후에 약속한 협조가 제공되지 않은 경우에는 면책의 효력이 상실된다. 따라서 검사는 대상자를 기소하고 법원은 정상적인 형벌을 선고해야 하며, 그에 덧붙여서 대상자에 대한 허위진술죄 내지 위증죄의 추가적 처벌도 가능하게 된다.

V. 맺는말

지금까지 이 글은 공범증인 면책제도를 소개하고 정부가 국회에 제출한 입법안을 평가해 보았다. 그 결과 제도 도입의 필요성은 수긍되지만, 정부의 입법안에는 전술한 바와 같이 나름의 보완이 요청된다고 이 글은 판단한다. 아울러 18대 국회에서 입법시도가 좌절된 또 다른 배경도 지적될 필요가 있는데, 그것은 정부가 당시의 입법안에서 너무 많은 욕심을 부렸다는 점이다. 공범증인 면책제도는 플리바게닝과의 혼동 등으로 인하여 그것 자체만으로도 도입의 설득이 쉽지 않은 아이

템인데, 정부의 입법안에는 면책제도에 덧붙여서 핫이슈의 여러 아이템들이 혼재되었던 것이다. 대표적으로 참고인 구인제도의 도입과 영상녹화물의 증거능력 부여 등이 그러한데, 이는 곧 검찰권의 강화와 직접적으로 연결되는 것이어서 만만치 않은 반론이 제기되는 논제인 것이다. 따라서 향후 제19대 국회에서는 공범증인 면책제도에 국한된 입법안으로 다시 도입을 추진하자는 것이 이 글의 제안이다.

(투고일 2012년 12월 31일, 심사(의뢰)일 2013년 1월 24일 게재확정일 2013년 2월 12일)

주제어 : 증인면책, 소추면제, 형벌감면, 내부증언자, 사법협조자

참고문헌

1. 단행본

탁희성, 공범증인면책제도에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2004.

2. 논문

김석우, “독일의 형벌감면부 진술제도 : 이른바 ‘공범증인 면책제도’에 대한 고찰”, 형사법의 신동향 통권 제4호, 대검찰청, 2006. 10, 45-66쪽.

김영기, “사법협조자 형벌감면제도에 대한 고찰”, 형사법의 신동향 통권 제23호, 대검찰청, 2009. 12, 376-462쪽.

김학원, “국회청문회에 있어서 증인제도의 실효성 확보방안”, 국회 정보 제377호, 1998. 3, 28-31쪽.

서창희, “Grand Jury 및 Immunity를 이용한 수사”, 해외연수검사연구 논문집 제11집 제1권, 법무연수원, 1995, 149-242쪽.

이선욱, “증인면책제도의 도입방안에 관한 연구”, 석사학위논문, 서울대학교, 2010.

이영상, “면책조건부 증언취득제도 도입 시론”, 참고인진술 확보방안 연구, 검찰미래기획단, 2007, 174-218쪽.

최성진, “사법협조자 형벌감면제도에 대한 소고”, 법학연구 통권 64호 제51권 제2호, 부산대학교 법학연구소, 2010. 5, 283-317쪽.

홍기만, “영국의 면책조건부 증언취득제도”, 사법 제13호, 사법발전재단, 2010. 9, 65-133쪽.

Dixon, Robert G., “The Fifth Amendment and Federal Immunity Statutes”, *George Washington Law Review*, Vol. 22, 1954, 447-480쪽.

- Menza, Alexander J., “WITNESS IMMUNITY: UNCONSTITUTIONAL, UNFAIR, UNCONSCIONABLE”, *Seton Hall Constitutional Law Journal* Vol. 9, 1999, 505-547쪽.
- Natapoff, Alexandra, “Deregulating Guilt: The Information Culture of the Criminal System”, *Cardozo Law Review* Vol. 30, 2008, 965-1021쪽.
- Rowland, Ann C., “Effective Use of Informants and Accomplice Witnesses”, *South Carolina Law Review* Vol. 50, 1999, 679-697쪽.
- Schreiber, Amanda J., “Dealing with the Devil: An Examination of the FBI’s Troubled Relationship with its Confidential Informants”, *Columbia Journal of Law and Social Problems* Vol. 34, 2001, 301-368쪽.

3. 기타

- 법률신문, 권용태, “재야법조계 형사소송법개정안 왜 반대하나”, 2011.10.28.
- 오영근, 면책조건부 증언취득제도에 관한 연구, 대검찰청 용역과제, 2005.

[Abstract]

A Study on the Witness Immunity as the Strategy for Defeating Crime Syndicate

Seung-Ho Lee*

Witness immunity is a new strategy for defeating such special crimes as organized crime, drug cartel and corruption offence. These crimes are committed by plural persons who have a closed network, so that we can achieve great success in rooting out underlying evils with the aid of a person involved. Meanwhile, if the conspirators are not willing to talk, investigators could not help catching criminals red-handed or using highly intrusive surveillance techniques. These difficulties have designed some innovative devices for investigation, one of them is so called witness immunity. Nowadays, witness immunity is accepted as the criminal justice weapon for eradicating syndicate crimes by many advanced countries involving U.S.A., Germany, France and the United Kingdom. While U.S.A. take a step forward by implementing crime immunity, France and Germany assume a relatively prudent attitude to remain in punishment immunity. The United Kingdom is the forefront nation that equips itself with not only crime immunity but also punishment immunity. This paper offers the introduction witness immunity into South Korean criminal justice system, and designs the concrete proposal as follows. Firstly, the target shall be clearly and limitedly made such as organized crime, drug cartel and corruption offence.

* Professor, Law School of Konkuk University

Secondly, the methods of immunity had better consist of crime immunity and punishment immunity, while evidence use immunity is recommended as the method of punishment immunity rather than transactional immunity. Thirdly, witness immunity shall be implemented by the prosecutors with the approval of judges. Lastly, we also need to make a full defensive preparation to minimize the side effects of witness immunity, the one of which is the new legislation to punish the obstructor of justice.

Key Words : witness immunity, immunity statutes, transactional immunity, use immunity, witness protection

