

형사절차상 협상제도의 법적정당성 및 도입가능성에 대한 비교법적 검토

-미국(Plea Bargaining)과 독일(Verständigung) 제도를 중심으로-

A Comparative Review on the Legal Justification and Possibility of Introduction of the Agreement Systems on the Criminal Procedure

이 재 학*

Lee, Jae-Hak

목 차

- | | |
|----------------------|--------------------------|
| I. 서론 | III. 협상제도의 법적정당성 및 도입가능성 |
| II. 협상제도의 유형 및 주요 내용 | 검토 |
| | IV. 결론 |

본고는 협상제도, 특히 미국의 유죄담변협상과 독일의 자백협상제도의 법적정당성을 우리 형사소송법상 진술 및 자백과 관련된 제 원칙과의 문제를 살펴봄으로써 협상제도의 도입가능성 여부를 살펴보았다. 그 결과 형사절차상 협상제도 자체는 우리 형사소송법상 제 원칙과의 충돌 및 법적정당성에 있어서 상당한 문제점을 지니고 있는 것으로 평가되었다. 수사절차를 포함한 형사소송절차에서의 소송경제의 효율성이라는 장점에도 불구하고 협상제도를 도입할 경우 상당히 주의를 기울여야 되는 과거의 역사를 통해서 손쉽게 가늠할 수 있을 것이다. 만약 협상제도를 도입할 경우에는 협상과 관련된 모든 절차는 공판준비절차에서부터 엄격한 기준과 통제하에 행해져야 하고 협상의 대상은 판결 및 결정의 내용, 그리고 소송참여자들의 소송행위를 대상으로 하여야 한다. 그러나 어떠한 경우에도 미국의 유죄담변협상과 같이 유·무죄의 인정에 따른 양형에 있어서의 판단은 협상의 대상

투고일 : 2016. 12. 31. / 심사회의일 : 2017. 1. 16. / 게재확정일 : 2017. 2. 7.

* 건국대학교 법학연구소 책임연구원, 법학박사

Principal Researcher, Institute of Legal Studies, Konkuk University, Ph.D

이 되어서는 안 된다. 원칙과 법칙의 예외는 그 원칙과 법칙이 보호하고 선언하고 있는 이익과 예외의 이익의 형량을 통하여 진실로 불가피한 예외적인 경우에 최소한으로 인정되어야 한다. 협상을 통한 자백의 획득 및 그로 인한 소송경제의 효율성의 달성이 과연 진실로 불가피한 예외의 경우에 해당하는 지 신중하게 고민해볼 필요가 있다.

[주제어] 협상, 형사절차, 자백, 유죄답변협상, 자백협상, 기소협상, 양형협상

I. 서론

피의자·피고인의 인권에 대한 침해 가능성, 수사의 효율성을 높일 수 있는 반면 피고인 또는 참고인의 지위를 악화시킬 가능성, 진술에 의존하는 수사관행의 비탈피 및 고착화의 우려, 당사자가 인정한 사건의 신속한 종결 가능성, 수사 협조자의 조속한 사회복귀의 도모, 조직범죄 및 마약범죄 등의 지능화·거대화·세계화 및 조직화 추세에 따른 새로운 수사 기법의 필요성과 관련하여 공통의 요소로 등장한 것은 바로 형사절차상 협상제도로 대표되는 미국의 유죄답변협상인 Plea Bargaining 제도이다. 2000년대 중반 이후 동 제도 및 유사제도의¹⁾ 도입과 관련된 논의가 도입 반대론의 우세 속에 지속되어왔음은 주지의 사실이다.

그와 같은 종래의 논의에 최근 새로운 변화가 감지되고 있는 바, 2016년 5월 우리나라와 형사법 체계가 비슷한 일본이 자신의 죄에 대한 진술이 아닌, 즉 타인의 죄에 대한 진술의 대가로 진술자의 형량을 협상하는 유죄협상제도 절충안-엄밀한 의미에서 종래 논의된 공범증인 또는 사법협조자 면책 및 형벌감면제도와²⁾ 유사한-을 도입하면서 국내에서도 Plea Bargaining 제도의 도입의 필요성에 관한 목소리가 검찰을 중심으로 다시

1) 유죄답변협상인 Plea Bargaining 제도와 더불어 논의가 되었고 지금도 논의가 진행 중인 “사법협조자 감면제도”, “면책조건부 증언취득제도”, 또는 “공범증인 면책제도” 등 다양한 이름으로 논의가 되고 있는 ‘공범 및 관련된 자의 범죄에 대한 증언의 대가로 형의 감면에 관한 제도’에 대한 논의는 본고의 논의 대상인 협상제도, 특히 Plea Bargaining 제도 자체에 관한 논의의 초점을 불명확하게 할 소지가 있기에 논외로 하고자 하며 논의의 집중을 위하여 ‘공범의 범죄에 대한 협상이 아닌 자신의 범죄, 즉 자신의 사건에 대한 협상’으로 논의의 주제를 한정하고자 한다.

2) 공범증인에 대한 대표적인 면책 및 형벌감면제도로는 미국의 Immunity와 독일의 Kronzeugenregelung이 있다. 양 제도의 특징 및 요건에 대한 자세한 내용은 이재상, “미국 형사소송법상 공범증인 면책규정의 제도적 특성”, 형사정책연구 제8권 제4호, 한국형사정책연구원, 1997; 탁희성, 공범증인면책제도에 관한 연구, 연구총서(04-21), 한국형사정책연구원, 2004; 오영근, 면책조건부 증언취득제도에 관한 연구(최종보고서), 대검찰청, 2005; 전승수, “미국의 면책조건부 증언취득제도”, 해외연수검사 연구논문집 제22집, 법무연수원, 2006.

금 나오고 있다.³⁾ 그와 같은 최근의 상황을 고려하여 본고에서는 형사절차상 협상제도 중 세간의 관심의 중심에 있는 미국의 유죄담변협상인 *Plea Bargaining* 제도를 동 제도 자체에 대한 분석에 더하여 대륙법계의 대표국가인 독일의 자백협상제도인 *Verständigung* 제도와 비교하여 살펴보고자 한다.

그러나 그와 같은 논의에 앞서 우선적으로 유념해야 할 것이 있다. 즉 각 국가는 고유한 역사적·문화적·민족적 특성과 이념을 가지고 있으며 그와 같은 특성 및 이념은 제 규범 속에 내포되어 있을 뿐만 아니라 상위의 원칙 및 법칙으로 표현되어 있다. 비교법적으로 살펴볼 미국과 독일의 협상제도가 여러 장점으로 인하여 찬사와 지지를 받고 있을 지라도 -상반된 견해가 있음은 물론이다- 그 찬사와 지지를 우리의 것으로 착각해서는 안 된다. 특히 형사절차와 관련된 새로운 제도의 도입 및 시행은 직접적으로 헌법 및 형사소송법상 보장된 국민의 기본권 및 권리에 대한 침해로 초래할 수 있기에 그의 도입 및 시행에 대하여 상당한 주의를 기울일 필요가 있다. 실제적 진실의 발견, 적정절차의 원칙 및 신속한 재판의 원칙 등 형사소송의 목적 및 이념은 어느 하나를 위하여 다른 것이 절대적이건 상대적이건 희생되어서는 안 됨을 우리는 수많은 역사의 기록에서 확인할 수 있다. 물론 시대의 보편적 가치의 중심이 금전 등 물질적 효용성에 더 큰 중점을 둘 수는 있다.

그러나 어느 시대건 변하지 않는 것이 있으니 바로 격변의 세월 속에 수많은 제도 및 규범의 영향을 받는 것은 우리 인간이라는 것이다. 그러므로 인간의 본성에 반하며 인간을 수단화하는 제도와 규범의 창설 및 시행은 항상 경계해야 한다. 그 이유는 단기적인 이익과 효율성에 제도의 목적을 맞추다보면 종국적으로 그 이익과 효율성에 비할 수 없는 손실과 회복할 수 없는 폐해가 초래될 것이기 때문이다. 바로 그와 같은 목적의식 하에 본고의 논의를 진행하고자 한다. 우선 협상제도의 대표적 유형인 미국의 유죄담변협상과 독일의 자백협상의 의미와 연혁, 그리고 각각의 특징을 살펴볼 것이다. 다만 협상제도에 관한 선행연구에서 제도의 도입여부와 관련하여 헌법상의 제 원칙을 중심으로 찬반론의 논거를 상세히 제시하였기에 본고에서는 그에 대한 논의는 간략히 정리하는 선에서 그치고자 한다. 반면 자백에 대한 근본원칙인 *nemo tenetur* 원칙의 근본사상 및 이념의 측면에서 협상제도 자체의 법적정당성에 관한 논의에 초점을 맞추고자 한다.

3) 김경화/곽희양, “법원·검찰 ‘플리바게닝’ 갈등”, 경향신문, 2016.6.24.; 장혜진, “일본 이어 국내서도 ‘플리바게닝’ 도입 논의”, 법률신문뉴스, 2016.9.19.; 김홍록/진동영, “‘플리바게닝·사법방해죄’ 의원입법 추진...檢의 날, 더 날카로워지나”, 서울경제, 2016.10.25.

또한 동 원칙이 구체화된 진술거부권의 실질적 보장의 측면과 자백의 임의성법칙에 대한 위배여부의 관점에서 협상제도, 특히 미국의 유죄답변협상의 법적정당성 및 도입 가능성에 관하여 살펴보고자 한다.

II. 협상제도의 유형 및 주요 내용

형사절차상 협상제도의 대표적 유형으로는 기소편의주의를 특징으로 하는 미국의 유죄답변협상(Plea Bargaining)과 기소법정주의를 특징으로 하는 독일의 자백협상(Verständigung)이 있다. 이하에서는 협상제도의 법적정당성 및 도입가능성에 대한 논의에 앞서 양 협상제도의 주요 특징 및 내용을 살펴보고자 한다.

1. 미국의 유죄답변협상(Plea Bargaining)

1.1 유죄답변협상의 의의 및 연원

기소법정주의를 채택하고 있는 독일과는 달리 기소편의주의를 채택하고 있는 미국의 형사소송법 체계는 무제한의 재량권을 검사에게 인정하고 있다.⁴⁾ 경죄의 사안은 검사에 의한 약식기소(information)로 처리되도록 하고 있으나 중죄의 경우에는 그에 대한 정식 기소(indictment)를 대배심에서 승인토록 하고 있다. 기소된 피고인은 공소사실에 대한 답변을 요구받고 유죄(guilty), 불항쟁(nolo contendere), 무죄(not guilty) 등의 답변이 제시된다.⁵⁾ 유죄 또는 불항쟁 답변을 할 경우 공판절차는 생략되고 형선고절차를 거쳐 사건은 종결된다. 이때 검찰 측과 피고인 측은 기소혐의에 대한 협상을 진행하는데, 이를 Plea Bargaining이라⁶⁾ 한다. 피고인의 유죄나 불항쟁 답변을 받아들이기 전에 법원은

4) 미국의 형사사법제도에는 우리와는 다른 예비심문 즉 예비절차가 있다. Preliminary Hearing이라고 하는 예비절차는 피의자의 인권을 보장하는 좋은 제도임에도 불구하고 소송을 지체시킴으로써 부정적인 영향을 미치기도 한다. 예심으로 인한 소송지체현상을 완화하기 위하여 미국에서는 네 가지 방법을 고안·시도하였다. 첫째, 인력과 시설을 확충한다. 둘째, 재판절차를 신속히 진행한다. 셋째, 검사가 기소순위심사(prosecutorial screening)를 하도록 한다. 넷째, 플리바게닝을 하여 신속하게 간소한 절차로 사건을 처리한다. 가장 많이 쓰이고 효과적인 방법이면서 동시에 가장 문제가 많은 방법이기도 하다(이영란, 미국 플리바게닝(Plea Bargaining)제도의 운용현황, 대검찰청, 2006, 6쪽).

5) FRCP Rule 11 (a)(1).

후술하는 바와 같이 두 가지 심리, 즉 답변의 임의성과⁷⁾ 답변의 사실에의 기초를⁸⁾ 심리해야 한다. 정리하면, 유죄답변협상이란 피의자·피고인의 형사소추와 관련하여 검사의 무제한적인 재량권을 전제로 공소내용을 완화하거나 형량의 감경이라는 반대급부와 유죄인정이 교환대상이 되는 검사와 피의자·피고인 사이의 거래⁹⁾ 또는 범죄혐의사실에 대하여 유죄의 답변을 조건으로 피의자·피고인을 혐의사실보다 경한 범죄사실로 기소하거나 가벼운 형을 선고받을 수 있도록 구형량을 낮추어 주는 것을 약속하는 협상 제도로서 검사와 피의자·피고인 또는 변호인 사이의 유·무죄 여부와 양형에 관하여 협상하는 제도를 말한다.¹⁰⁾ 유죄답변협상의 진술은 강제된 것이 아니라 검사와의 약정에 따른 자발적 증언이고 협상의 범위를 결정하는 데에는 계약법상의 원칙이 적용되고,¹¹⁾ 미연방수정헌법 제6조의 변호인의 조력을 받을 권리는 형사절차의 개시와 더불어 적용되므로 유죄답변에 대한 요청을 받는 기소인부절차(Arraignment)에서도 적용된다.

연혁을 간략히 살펴보면, 유죄답변협상은 17세기 영국에서 부당하게 가혹한 형벌을 완화하는 수단으로 존재했던 제도에서 기원하였다. 동 제도는 제한된 형태로 존재하였고,¹²⁾ 18세기 중반 이전까지 미국 common law에서 효율성을 지니고 있던 배심재판은 변호사 없이 판사에 의해 주관되었기 때문에 동 제도는 불필요하였다. 그러나 18세기 중반 이후 당사자주의 소송절차와 증거법주의가 배심재판에 광범위하게 적용되면서 종래의 재판은 효율성을 잃게 되었고¹³⁾ 유죄답변절차가 시행되었다. 19세기 초반 일부

6) 유죄답변협상을 검사에 의한 형사절차의 중지와 판사의 양형에 의한 감경 등을 비공식적 면책제도라고 부르는 견해(이재상, 앞의 논문, 251-258쪽, 탁희성, 앞의 책, 44쪽 이하)가 있고, 반면에 또한 검사에 의한 형사절차의 중지는 피의자와 수사기관의 약정을 근거로 하는 이상 유죄답변협상을 통한 방법과 차이점을 구별하기 어렵고 실제로 별로 사용되지 않는다고 하면서 위 두 가지 방법을 검사의 직무권한에 기한 면책으로 분류하는 견해도 있다(전승수, 앞의 논문, 373-375쪽).

7) FRCP Rule 11. (b)(2).

8) FRCP Rule 11. (b)(3).

9) 이재상, 앞의 논문, 253쪽.

10) 김신규, “유죄협상(Plea Bargaining)제도에 대한 비판적 검토”, 미국헌법연구 제22권 제2호, 미국헌법학회, 2011, 89쪽.

11) *Mavry v. Johnson*, 467 U.S. 504 (1984); David Marshall Nissman, *Proving Federal Crimes*, Corpus Juris Publishing Co, 2001, p.230(전승수, 앞의 논문, 374쪽에서 재인용); 그러나 후술하는 바와 같이 *Brady v. United States* 사건에서 연방대법원은 유죄답변의 강압성에 대하여 우려를 표시하였다(*Brady v. United States*, 397 U.S. 751 (1970)).

12) Yale Kamisar, Wayne R. LaFave, Jerold H. Israel, Nancy J. King, *Modern Criminal Procedure*, 11th Edit., Thomson/West, 2005, p.1308; 19세기 중반 무렵까지 법원은 유죄답변을 하지 못하게 하는 법원 절차 실무를 지속하였으나 그 무렵 검사에 의한 Plea Bargaining이 등장하였다(Albert W. Alschuler, “Plea Bargaining and Its History”, *Colum. L. Rev.* Vol.79, Columbia University School of Law, 1979, p.5.)

지역에서 시행되던¹⁴⁾ 동 제도는 미연방대법원 판결의¹⁵⁾ 영향 하에 19세기 후반 미국의 특징적인 형사절차로서 자리를 잡게 되었다.¹⁶⁾

1.2 유죄답변협상의 유형

유죄답변협상의 유형은 형량의 포함여부에 따라 기소협상과 형량협상,¹⁷⁾ 반대급부의 명시성에 따라 묵시적 협상과 명시적 협상,¹⁸⁾ 그리고 절차의 선택 및 판결의 내용에 관한 것인지에 따라 절차협상과 판결협상으로 구분한다.¹⁹⁾ 여기서는 가장 일반적인 형태의 분류인 기소협상과 형량협상에 관하여 살펴보고자 한다.

1.2.1 기소협상(Charge Bargaining)

가장 광범위하게 사용되는 기소협상은 피고인의 구체적인 혐의 또는 범죄사실에 대한 협상이다. 즉 보다 경한 혐의에 대한 유죄의 답변에 대한 반대급부로 검사가 피고인을 중한 혐의로 기소하지 않기로 하는 협상을 의미한다. 그러나 양형에 의한 형량의 확정판사의 고유한 권한이기에 구체적 형량에 대한 협상은 기소협상의 거래 대상에서 제외된다. 변호사와 검사 사이에 합의대로 판사가 양형을 하는 것이 일반적인 관례이나 연방형사소송규칙(Federal Rules of Criminal Procedure Rule) 제11조 (c)는²⁰⁾ 합의된 협상의 내용을 거부할 수 있는 권한을 판사에게 부여하고 있기 때문에 판사가 이 권한을 사용할 경우 협상의 당사자는 판사에게 특정 형량을 강제할 수 없다. 그러나 검사는 완화된

13) John H. Langbein, "Understanding the short history of Plea Bargaining", *Law & Soc'y Rev.* Vol.13, Law and Society Association, 1979, p.262.

14) 19세기 초 미국 형사법원의 기록에 의하면 유죄답변의 비율을 극히 저조하였다(Albert W. Alschuler, *supra* note 18, p.5). 그러나 20세기 초 형사사건의 50퍼센트가 플리바게닝으로 처리되었고, 1960년대에는 80퍼센트로 그리고 현재에는 형사사건의 90퍼센트 이상이 플리바게닝으로 처리되고 있다고 한다(Stephen C. Thaman, "Plea-Bargaining, Negotiating Confessions and Consensual Resolution of Criminal Cases", *Electronic Journal of Comparative Law* Vol.11, EJCL, 2007, p.19).

15) *Brady v. United States*, 397 U.S. 742 (1970); *Santobello v. New York*, 404 U.S. 257 (1971); *Bordenkircher v. Hayes*, 434 U.S. 357 (1978).

16) John H. Langbein, *supra* note 18, p.261.

17) 이재상, 앞의 논문, 254-256쪽.

18) 박용철, 플리바게닝(Plea Bargaining) 기법 및 파급효과에 대한 연구, 법무부, 2011, 11쪽.

19) 윤동호, "형사절차에서의 협상에 관한 연구", 한국형사정책연구원, 2003, 26쪽.

20) FRCP Rule 11. (c)(3).

공소내용으로의 기소, 기본적 구성요건으로의 기소 및 특정된 범죄의 기소를 통하여 협상의 목표를 달성할 수 있다.²¹⁾

1.2.2 형량협상(Sentence Bargaining)

형량협상은 범죄구성요건과 더불어 형량도 협상의 대상에 포함시키는 유형이며, 전제 조건이 성립하는 경우에만 가능하다. 즉 양형에 대한 고유한 권한을 가진 판사가 그 협상절차에 참가하거나 권한을 포기하고 연방형사소송규칙 제11조 (c)의 규정에 근거하여 합의된 형량을 받아들일 경우에만 가능하다. 그러나 동 규칙 제11조 (c)는 합의된 형량에 대한 거부권을 판사에게 인정하고 있으므로 결국 그의 성패여부 역시 판사의 결정에 따라 좌우될 수 있다. 또한 상당수의 주는 판사에게 협상에의 참가를 금지하고 있으므로²²⁾ 형량협상의 효과는 미미하다고 할 수 있다. 판사의 협상에의 참가를 금지하는 이유는 양형에 대한 고유 권한을 가진 판사의 협상절차에의 참여행위가 피고인을 심리적으로 상당히 압박할 것이고, 협상절차에 참여한 판사 자신도 합의 내용에 구속될 수 있으므로 후일에 사실에 있어서의 자유로운 판단을 할 수 없을 것이고²³⁾ 또한 판사의 독립성과 중립성에 상당한 훼손을 초래할 수 있기 때문이라고 한다.²⁴⁾

1.3 유죄답변협상의 요건

1.3.1 연방형사소송규칙상 요건

미연방대법원은 1974년에 연방형사소송규칙에 대한 보충 제안을 위한 법률안을 연방 의회에 제출하였고, 유죄답변협상은 연방형사소송규칙 제11조에서 적법한 것으로 명시되었다. 동 규칙 제11조는 유효한 유죄답변의 요건을 규정하고 있는데 법원은 피고인이 유죄답변 또는 불항쟁의 답변을 받아들이기 전에 공개된 법정에서 직접적으로 피고인에게 말하는 방식으로 주요 사항을 피고인에게 알려주고 피고인이 이해하였는지를 확인해야 한다.²⁵⁾ 법원은 유죄의 답변 또는 불항쟁의 답변을 받아들이기 전에 답변이 자의적인

21) 이재상, 앞의 논문, 255쪽.

22) FRCP Rule 11. (c)(1).

23) Mirjan Damaska, *Der Austausch von Vorteilen im Strafverfahren-Plea-Bargaining und Absprachen*, Stv 1988, 398쪽 (이재상, 앞의 논문, 256쪽에서 재인용).

24) United States v. Gilligan, 256 F. Supp. 244 (S.D.N.Y 1966).

25) (a) 피고인이 선서 하에 한 진술이 위증죄 또는 허위진술로 기소가 될 경우에 피고인에게 불리하게 사용될

지 그리고 강요, 위협 또는 약속(답변협상에서의 약속을 제외한)의 결과가 아닌지 등을 피고인에게 직접 말하여야 하고(동 규칙 제11조 (b)(2)), 그리고 유죄답변에 관하여 판결 이전에 그 답변에 대한 사실적 기초가 있는 지를 확인하여야 한다(동 규칙 제11조 (b)(3)). 또한 유죄답변협상의 절차에 판사가 참여하는 것을 명백하게 금지하고 있다(동 규칙 제11조 (c)(1)).

1.3.2 답변의 합헌성 요건

답변을 하는 피의자 및 피고인은 미연방수정헌법 제5조의 자기부죄거부특권에 근거한 진술거부권, 미연방수정헌법 제6조의 배심에 의한 공정한 재판을 받을 권리, 합리적 의심을 넘어서 유죄의 입증이 없으면 무죄로 선고되는 적법절차의 권리, 자기에게 불리한 증인에 대한 반대신문권 등을 포기하게 된다. 그러므로 피의자 및 피고인이 자신의 헌법상의 권리를 포기하면서 행한 답변의 적법성에 대한 요건을 충족했는가에 대한 판단이 요구된다. 피고인의 답변에 대한 유효요건으로는 첫째, 답변이 임의적이었는지 (voluntarily), 둘째, 답변의 본질에 대한 인식 -알면서(knowingly) 그리고 이해하면서 (understandingly)- 여부,²⁶⁾ 셋째, 답변이 사실에 기초(factual basis)하고 있는 지가 본질적인 유효요건으로 거론되고 있다.²⁷⁾ 이에 관하여 미연방대법원의 판결과 관련하여 간략히 살펴보면 다음과 같다.

1.3.2.1 임의성

유죄답변협상에서 행한 답변은 임의적(voluntarily)으로 행해진 것이어야 한다. 답변의 임의성에 대한 대표적인 판결인 *Brady v. United States* 판결에서²⁸⁾ 피고인은 약취죄(kidnapping)와 인질을 풀어주지 않은 죄(failing to release the hostage)를 규정한 18 U.S.C 1201(a)조²⁹⁾ 위반으로 기소되었고 동 조문은 배심이 권고할 경우에만 법정최고형인 사형

수 있다는 점, (b) 유죄 답변을 하지 않을 권리, 배심재판을 받을 권리, 형사소송의 모든 단계에서 변호인의 조력을 받을 권리, 증인에 대한 반대신문권, 강요된 자기부죄로부터 보호받을 권리, 증거를 증명하고 제출할 권리 등이 있고 법원이 유죄답변 또는 불항쟁의 답변을 받아들이면 이 재판상의 권리들이 포기된다는 점, (c) 피고인이 답변한 기소된 범죄사실의 본질, (d) 자유형, 벌금, 보호관찰부 석방의 조건 등을 포함하는 법정최고형과 법정최저형, (e) 손해배상을 명할 법원의 권한, (f) 특별한 과세를 부과할 법원의 의무(FRPC Rule 11. (b)(1)).

26) *United States v. Gilligan*, 256 F. Supp. 244 (S.D.N.Y. 1966).

27) 조국, 유죄답변협상의 도입방안에 대한 연구, 대검찰청, 2005, 41-52쪽.

28) *Brady v. United States*, 397 U.S. 742 (1970).

29) 18 U.S. Code § 1201.

을 선고할 수 있음을 규정하고 있었다. 그러나 피고인은 공동피고인의 범죄에 대하여 자백하였고, 공동피고인이 자신에게 불리하게 증언하기로 한 것을 알게 된 후 답변을 무죄답변에서 유죄답변으로 변경하였다. 법원은 피고인에게 답변의 임의성에 관하여 물은 후 50년 징역형(이후 30년형으로 감형)을 선고하였다. 이후 1967년 피고인 Brady는 18 U.S.C 1201(a)조가 자신으로 하여금 답변을 강요하도록 하였고, 변호인이 자신에게 용인할 수 없을 정도의 압력을 가하였다고 주장하면서 구제를 청원하였으나³⁰⁾ 법원은 청원자의 답변은 자발적이었고 법률에 의해서가 아니라 공동피고인의 태도변화에 기인하여 행하여졌다고 하여 기각하였다. 그러나 *United States v. Jackson* 사건에서 헌법상의 권리를 주장하는 이에게 불이익을 줌으로써 권리의 행사를 위축시키는 행위는 헌법에 위반한다는 이유로 배심재판을 거치는 경우에만 사형을 선고할 수 있도록 규정한 법률은 위헌이라고 판결하였고,³¹⁾ 이에 동 피고인은 미연방대법원에 자신의 답변에 임의성이 없었음을 주장하였다. 미연방대법원은 유죄답변협상은 법의 집행에 내재된 것이고 배심재판을 받으면 사형을 선고받을 수 있는 경우에도 유죄답변이 자발적으로 분별력을 갖추고 행해지는 한 무효는 아니라고 판결하여 동 제도의 합헌성을 인정하였다.³²⁾

1.3.2.2 답변의 본질에 대한 인식

유죄답변을 하는 피고인은 자신이 답변하는 범죄의 실체, 답변의 결과, 답변을 함으로써 포기하게 되는 헌법상의 권리의 본질을 인식하지 못하면 그 유죄답변은 유효하지 않게 된다. 이유는 그러한 사정을 알지 못하고 이해하지 못한 상태에서 행한 답변은 임의성이 없기 때문이다. 인식의 정도에 대한 명확히 확립된 기준은 없으나 법원이 각 공소사실의 구성요소를 설명해 준 경우에는 이 요건이 충족되었다고 할 수 있고, 모든 사항을 알려주어야 하는 것은 아니다.³³⁾ *Henderson v. Morgan* 사건(1976)³⁴⁾에서 1급 살인죄로 기소된 평균 이하의 지능을 가진 피고인에게 변호인이 2급 살인죄가 성립하기 위해서는 살인의 고의가 필요하다는 점을 알려주지 않은 채 2급 살인죄에 대한 유죄답변을 하였다. 미연방대법원은 피고인이 이와 같은 중요 요건에 대하여 이해하지 못한 상태에서 유죄답변을 한 것은 적법절차의 위반이라고 하면서 그 유죄답변은 임의성이 없다고

30) *Brady v. United States*, 397 U.S. 744 (1970).

31) *United States v. Jackson*, 390 U.S. 570 (1968).

32) *Brady v. United States*, 397 U.S. 751 (1970).

33) Wayne R. LaFave et al., *Criminal Procedure*, 4th Ed, Thomson/West, 2004, pp. 1008-1009.

34) *Henderson v. Morgan*, 426 U.S. 637 (1976).

판결하였다. 또한 피고인이 유죄나 불항쟁의 답변을 하는 경우에 법원은 유죄답변의 결과를 피고인에게 알려주고 피고인이 이해하였는지를 확인해야 한다.³⁵⁾

1.3.2.3 사실에 기초한 답변

피고인이 행한 유죄답변은 사실에 기초하고 있어야 한다. 법원은 피고인에 대한 신문, 변호인 또는 검사에 대한 질문, 부수적인 합의사항에 대한 조사 등을 통하여 유죄답변의 사실적 기초 여부를 확인한다. *North Carolina v. Alford* 사건에서 피고인은 2급 살인죄에 대해 유죄답변을 한 후 사형 선고를 피할 목적으로 유죄답변을 했다고 주장하였다. 미연방대법원은 “유죄답변은 정식재판의 포기과 범죄 사실의 인정으로 구성되지만, 범죄 사실의 인정은 형벌 부과와 헌법상 전제조건은 아니며 범행 사실을 인정하지 않는 경우에도 임의적으로 유죄답변을 한 경우에 그 유죄답변은 유효하며, 피고인은 1급 살인죄로 정식재판을 받기 보다는 2급 살인죄에 대해 유죄답변하기로 합리적인 결정을 내린 것으로 고려되므로 그 답변은 유효하고 법원이 피고인의 유죄답변을 수용하는 것을 헌법이 금지하고 있는 것은 아니다.”라고 판시하였다.³⁶⁾

1.4 유죄답변협상의 효과

피고인이 합의하에 행한 유효한 유죄답변은 최종성 또는 종국성을 갖는다.³⁷⁾ 피고인이 정식재판의 경우에 파기 사유가 될 수도 있었을 하자를 유죄답변에 대하여 주장하여도 그 유죄답변이 파기되지 않는 경우가 있다. *McMann v. Richardson* 사건(1970)³⁸⁾에서 중범죄로 기소되어 유죄답변으로 형이 집행되고 있던 피고인들이 후에 자백을 강요당했고 이 강요된 자백에 따라 유죄답변을 하였다고 주장하며 구제를 청원하였다. 항소법원은 “유죄답변이 임의적이지 않은 자백의 결과물이라면 그 유죄답변은 임의적이지 않다”고 하면서 증거조사를 명하였으나 미연방대법원은 “유죄답변을 한 경우와 정식 재판을 받은 경우는 다르며, 또한 유죄답변 이전에 있었던 자백은 판결의 근거가 되지 않고 증거로서 제시된 적도 없기 때문에 그 하자에 대한 증거조사는 불필요하다”고 하였다. 이 후 유죄답변과 그 이전의 강요된 자백 및 헌법상의 권리의 박탈과 관련된 판례들이³⁹⁾

35) FRCP Rule 11. (b)(1).

36) *North Carolina v. Alford*, 400 U.S. 25 (1970).

37) FRCP Rule 11. (d).

38) *McMann v. Richardson*, 397 U.S. 759 (1970).

있었으나 유죄답변의 최종성에 대한 명확한 기준은 제시되지 않았다. 피고인이 유죄나 불항쟁의 답변을 한 후 법원이 그 답변을 받아들이기 전에는 철회 이유의 여부와는 상관없이 그 답변을 철회할 수 있다.⁴⁰⁾ 그러나 법원이 유죄나 불항쟁의 답변을 받아들였으나 형을 선고하기 이전에는 다음의 경우에만 철회를 할 수 있다.⁴¹⁾ 첫째, 검사가 혐의 사실 중 일부에 대하여 공소를 제기하지 않거나 철회의 약속을 했거나 또는 특정한 선고형 혹은 범위가 적절하거나 양형기준법의 특정조항, 양형정책, 양형요소의 적용여부에 관한 동의를 한 경우에 법원이 합의를 받아들이기를 거부한 경우에는 철회할 수 있다.⁴²⁾ 둘째, 철회의 요청에 ‘공정하고 정당한 이유(fair and just reason)’가 있는 경우에 철회할 수 있다.⁴³⁾ 판결 선고 후에는 철회는 불가능하며 항소와 ‘부대적 이익(collateral attack)’에 의해서만 이익을 제기할 수 있다.⁴⁴⁾

2. 독일의 자백협상(Verständigung)

2.1 자백협상의 의의 및 입법화

독일의 자백협상은 ‘소송당사자간 장래에 행할 소송행위에 관한 의견일치’로⁴⁵⁾ 정의할 수 있다. 기소법정주의가 원칙인 독일의 경우에는 미국의 유죄답변협상이 존재하지 않았다. 그러나 범죄의 증가로 인한 형사소송사건의 폭증 및 당사자 모두가 만족할 수 있는 결과에 대한 신속한 도출 등의 장점을 고려하여 협상제도가 논의되었고, 1990년대에 미국의 유죄답변협상제도를 공식화하는 방안이 모색되었다.⁴⁶⁾ 실무에서 행해지던 협상제도는 직권주의 소송구조, 책임주의 원칙 및 무죄추정 원칙에 반한다는 비판을 받았으나, 1987년 연방헌법재판소의 결정⁴⁷⁾을 통하여 동 제도의 존재가 공식적으로 인

39) Parker v. North Carolina, 397 U.S. 790 (1970); Tollett v. Henderson, 411 U.S. 258 (1973).

40) FRCP Rule 11. (d)(1).

41) FRCP Rule 11. (d)(2).

42) FRCP Rule 11. (d)(2)(A).

43) FRCP Rule 11. (d)(2)(B).

44) FRCP Rule 11. (e).

45) Otfried Ranft, Strafprozessordnung (3 Aufl), 1995., Rn. 1233(강해운, “독일 형사소송법상 Absprachen에 관한 논의 상황 소개”, 해외연수검사 연구논문집 제20-2집, 법무연수원, 2005., 81쪽에서 재인용).

46) 하태훈, “형사소송절차상의 협상제도”, 비교형사법연구 제6권 제2호, 한국비교형사법학회, 2004, 227쪽.

47) BVerfG, 1987. 1. 27. 선고(NSZ, 1987, 419).

정되었고, 1989년 판결,⁴⁸⁾ 1990년 판결,⁴⁹⁾ 1997년 판결⁵⁰⁾ 등 일련의 연방대법원의 판결을 통하여 동 제도의 유효요건에 대한 기본원칙이 제시되었다. 그리고 2005년 판결⁵¹⁾을 통하여 연방대법원은 동 제도의 입법을 촉구하였다.⁵²⁾ 이에 따라 연방의회는 2009년 7월 29일 “형사절차상 협상규정에 관한 법률(Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren)”을 제정·공포하였다.⁵³⁾

2.2 자백협상에 관한 주요 판결

자백협상과 관련한 주요한 판례로는 1987년 연방헌법재판소 결정, 그리고 연방대법원 1997년 판결과 2005년 판결 등이 있다. 주요 내용을 간략하게 살펴보면 다음과 같다.⁵⁴⁾ 독일 연방헌법재판소(BVerfG)는 1987년의 결정을⁵⁵⁾ 통해 협상제도의 존재를 인정하였다. 연방헌법재판소는 협상이 헌법정신에 위배되지 않는 한 가능하다고 하면서 “법치국가적인 최소기준이 보장되고, 공정한 재판의 원칙과 자의금지의 원칙을 존중하는 상태로 형사소송법이 해석되는 것을 전제로 협상은 헌법에 합치된다. 협상의 헌법합치여부의 헌법적 심사척도는 피고인이 공정한 법치국가적 재판을 받을 권리이며, 이 법치국가 원칙의 본질적 부분은 정의의 사상이다. 법치국가가 실현되기 위해서는 위법행위를 행한 범죄자는 법에 따라 수사의 대상이 되며 그의 결과에 따라 소추를 당하며 유죄판결을 받아 정의로운 형벌이 부과되는 것이다. 따라서 법원과 검찰은 형사소송의 목표인 사건의 실체적 진실을 밝힐 의무를 갖고, 의무를 충실히 이행할 때 실질적인 책임원칙이 실현되는 것이다. 그러므로 법원과 검찰은 판결의 형식으로 정의와 거래하여서는 안 된다.”고 하였다.

1997년 연방대법원(BGH)은 협상이 유효하게 성사되기 위한 당사자 사이에 협상의

48) BGH 1989. 6. 7. 선고 판결(BGHSt 36, 210).

49) BGH 1990. 4. 18. 선고 판결(BGHSt 37, 10).

50) BGH 1997. 8. 28. 선고 판결(BGHSt 43, 195).

51) BGH 2005. 3. 3. 선고 판결(BGHSt 50, 40).

52) 연방대법원의 협상에 대한 태도에 관한 자세한 사항은 강해운, 앞의 논문, 90-94쪽, 조상제 외, 독일 형사소송법상 협상제도의 도입과 정책적 함의, 연구총서(09-16), 한국형사정책연구원, 2009, 29-35쪽.

53) BGBl. 2009. I. S.2353.

54) 강해운, 앞의 논문, 89-94쪽; 김성룡, “독일 개정 형사소송법상 협상제도의 주요내용과 시사”, 법학연구, 제51권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 2010, 140-141쪽; 안원하, “유죄협상과 형사절차를 통한 정의의 실현”, 법학연구 제52권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 2011, 12-13쪽; 조상제 외, 앞의 책, 29-35쪽; 조국, 앞의 책, 99-101쪽.

55) BVerfG, 1987. 1. 27. 선고(NSZ, 1987, 419).

전제조건에 대한 기본원칙을 제시하였다.⁵⁶⁾ 그의 주요 내용은 다음과 같다.⁵⁷⁾ (a) 형사절차에서 피고인의 자백과 부과되는 형벌을 대상으로 하는 의사소통은 일반적으로 허용되지만, 공개된 공판절차에서 모든 절차참여자들의 참여하에 이루어져야 하고 비직업법관인 참심과 부대참여자들도 배제되어서는 안 된다. (b) 법원은 판결을 위한 심판의 합의 전에는 특정한 형벌을 약속해서는 안 된다. 법원은 피고인이 자백을 할 경우에는 법원이 지킬 수 있는 형벌의 상한을 제시할 수는 있다. 그러나 공판절차에서 피고인에게 새로운 불리한 중한 상황들이 밝혀지는 경우에는 법원은 형벌의 상한제시에 구속되지 않는다. (c) 법원은 형벌의 상한을 넘지 않는다는 약속을 하는 경우에도 일반적인 양형 요소들을 고려하여야 한다. 형벌은 책임에 상응하여야 한다. (d) 협상의 범위 내에서 자백이 이루어진 경우 그 자백을 고려하여 형벌을 감경할 수 있다. (e) 판결의 선고 이전에 피고인과의 상소포기 합의는 허용되지 아니한다. (f) 형사소송법 제136조⁵⁸⁾는 ‘어느 누구도 자기부죄의 책임을 지지 않는다’는 원칙(*nemo tenetur se ipsum accusare*)과⁵⁹⁾ 같이 협상을 위한 대화에서 동일하게 존중되어야 한다.

이와 같이 자백협상제도는 2009년 개정 형사소송법에 협상에 관한 규정이 도입되기 이전부터 판례를 통하여 존재가 공식적으로 인정되었고 협상의 유효요건에 관한 기본원칙들이 제시되며 행해졌다. 그러나 상기한 바와 같이 동 제도의 존재에 대한 공식적인 인정 및 협상의 전제조건에 대한 기본원칙의 제시에도 불구하고 협상제도 자체에 대한 논란은 계속되었고 마침내 연방대법원은 2005년 판결을 통하여 동 제도의 입법을 촉구하게 되었다. 2005년 판결에서 연방대법원은 1997년 판결에서 제시한 기본원칙을 보다 더 구체화하였고, 법적 근거가 없는 협상제도의 운영이 없이는 기능효율적인 형사사법

56) BGH 1997. 8. 28. 선고 판결(BGHSt 43, 195).

57) 조상제 외, 앞의 책, 31쪽.

58) 독일 형사소송법(SiPO) 제136조a(금지된 신문방법) ① 가혹행위, 혹사, 신체침해, 투약, 학대, 기망 또는 최면에 의하여 피의자의 의사결정 및 의사표현의 자유를 침해하여서는 안 된다. 형사절차법이 허용하는 경우에 한하여 강제수단을 허용한다. 형사절차규정에서 허용하지 않는 처분을 수반한 협박 및 법률로 규정하고 있지 않은 이익의 약속은 금지된다. ② 피의자의 기억력이나 통찰력을 침해하는 처분은 허용되지 않는다. ③ 제1항과 제2항의 금지는 피의자의 승낙과 관계없이 효력을 갖는다. 이들 금지에 위반하여 얻어진 진술은 설령 피의자가 동의할지라도 이를 증거로 사용할 수 없다.

59) *nemo tenetur* 원칙에 관한 상세한 내용은 박지현, “진술거부권에 관한 연구”, 서울대학교 박사학위논문, 2007; 이재학, “*Nemo Tenetur* 원칙에 관한 연구”, 건국대학교 박사학위논문, 2016; 홍영기, “*Nemo tenetur*-원칙”, 고려법학 제66호, 고려대학교 법학연구원, 2012; 협상제도의 동 원칙과의 관련된 논의는 후술하는 ‘III. 협상제도의 법적정당성 및 도입가능성 검토(2. 협상제도의 형사소송법상 법적정당성 및 주요 원칙과의 문제)’에서 상세히 논하고자 한다.

의 확보라는 의무를 형사사법기관이 행할 수 없다고 하였고, 그 결과 전술한 바와 같이 독일 연방의회는 2009년 7월 29일 형사절차상 협상규정에 관한 법률을 제정·공포하게 되었다.⁶⁰⁾

2.3 자백협상의 유형

자백협상과 관련된 독일 형사소송법상 조문으로는 제257조c(판결협상), 제160조b(검사에 의한 절차협상), 제202조a 및 제212조(판사에 의한 기소 후 공판 전 절차협상), 그리고 제257조b(판사에 의한 공판 중 절차협상) 등이 있다.⁶¹⁾ 이하에서는 관련 조문의 규정내용을 중심으로 자백협상의 주요 내용을 살펴보고자 한다.

2.3.1 판결(Urteil) 협상

독일 형사소송법 제257조c는 형사절차상 협상제도에 대한 기본적인 내용을 규정하고 있으며 협상에 관한 핵심조항의 성격을 가지고 있다. 조문을 중심으로 주요 내용을 살펴보면 다음과 같다. 협상의 주체는 검사가 아닌 법원이며, 소송참여자들인 검사와 변호인 및 피고인도 협상을 제안할 수 있으나 법원이 적절한 사안들에 관하여 소송참여자들과 합의를 제안하는 것을 원칙으로 한다(동법 제257조c 제1항).

합의의 대상은 판결이나 그에 상응하는 결정의 내용이 될 수 있는 법률효과, 여타 판결의 기초가 되는 사실 확인절차 및 절차관계인의 소송활동에 관한 것이어야 하고, 합의의 모든 구성부분은 자백으로 간주하며 죄책의 유무 및 보안처분은 합의의 대상이 될 수 없다(동법 제257조c 제2항). 법원은 합의가 어떠한 내용을 대상으로 할 수 있는지를 알려야 하며, 사안을 둘러싼 모든 상황이나 양형에서 고려되는 일반적인 사항들에 대해 법원의 자유로운 평가에 따른 형벌의 상한과 하한도 알려줄 수 있다(동법 제257조c 제3항 2문). 합의는 피고인과 검사가 법원의 제안에 동의함으로써 이루어진다(동법 제257조c 제3항 4문). 법적 또는 사실적으로 중요한 사정이 간과되었거나, 새로운 사정이 발생하여 법원이 그로 인해 정해진 형벌의 정도가 사실관계나 책임정도에 비추어 더 이상 적절하지 못하리라는 확신에 도달한 때 그리고 피고인의 여타의 소송활동이 법원이 예상했던 방식으로부터 벗어난 경우에 법원은 합의에 구속되지 아니한다(동법 제257조c 제4항).

60) BGBl. 2009. I. S. 2353.

61) 조상제 외, 앞의 책, 47-49쪽.

그리고 이 경우 합의는 피고인의 자백으로 이용할 수 없다(동법 제257조c 제4항 3문).

2.3.2 절차(Verfahren) 협상

법원은 공판과정에서 절차를 유지하는 데에 적절한 경우에 소송참가자들과 절차에 관하여 논의할 수 있다(독일 형소법 제257조b). 간략하게 조문의 규정에 따른 절차에 관한 협상을 살펴보면, 절차에 관한 협상은 독일 형소법 제160조b, 제202조a, 제212조, 및 제257조b에 규정되었다. 동법 제160조b, 제202조a, 제212조는 공판심리 외부에서의 절차에 관한 협상을, 그리고 제257조b는 공판심리에서의 절차에 관한 협상을 규정하고 있다. 좀 더 세분화하면 동법 제160조b는 검사에 의한 절차협상, 그리고 제202조a와 제212조는 판사에 의한 기소 후 공판 전 절차협상을 규정하고 있다.⁶²⁾ 소송참가자는 판사, 검사, 변호인 및 피고인이 될 것이며 사안에 따라 정부기관도 포함될 수 있으나, 원칙적으로 범죄피해자 및 증인은 소송참가자에 해당되지 않는다.⁶³⁾

3. 양 협상제도의 비교 및 평가

미국의 유죄답변협상은 피의자·피고인에 대한 검사의 무제한적인 재량권을 전제로 공소내용 완화 또는 형량 감경을 반대급부로 유죄인정이 교환대상이 되는 검사와 피의자 사이의 거래⁶⁴⁾ 또는 피의자·피고인이 검사와 범죄혐의사실에 대하여 유죄답변을 조건으로 혐의사실보다 경한 범죄사실로 기소하거나 가벼운 형을 선고받을 수 있도록 구형량을 낮추어 주는 것을 약속하는 협상제도로서 검사와 피의자·피고인 또는 변호인 사이의 유·무죄 여부와 양형에 관하여 협상하는 제도이다. 대표적인 유형으로 기소협상(Charge Bargaining)과 형량협상(Sentence Bargaining)이 있다. 기소협상은 가장 널리 사용되는 유죄협상의 형태이며, 구체적인 혐의 또는 범죄사실에 대한 협상이다. 형량협상은 더 가벼운 형을 선고받을 수 있도록 피고인의 범죄구성요건과 함께 형량도 협상의 대상에 포함시키는 유형이다.

직권주의 소송구조를 특징으로 하는 독일은 협상에 관한 명문 규정이 없었으나, 1980년대부터 소송당사자간의 협상논의가 시작되었다. 실무에서 시행되던 협상제도는 학계

62) 조상제 외, 위의 책, 47-49쪽.

63) 조상제 외, 위의 책, 48쪽.

64) 이재상, 앞의 논문, 253쪽.

의 많은 비판에도 불구하고 연방헌법재판소의 결정을 통해 공식화되었고, 연방대법원의 판결을 통하여 협상의 유효요건에 대한 기본원칙들이 제시되었다. 자백협상은 절차협상과 판결협상으로 구별된다. 절차협상은 검사에 의한 절차협상, 판사에 의한 기소 후 공판 전 절차협상, 그리고 판사에 의한 공판 중 절차협상 등이 있다. 판결협상은 판결의 내용에 관한 협상으로 미국의 유죄답변협상과는 달리 피고인의 답변은 자백이어야 하고 유죄의 선고나 상소의 포기과 같은 처분적 내용은 협상의 대상이 아니며, 법원은 합의의 내용과 선고형의 상·하한을 고지할 수 있고, 피고인과 검사가 법원의 제안에 동의함으로써 합의는 이루어지고 법원은 그 내용에 구속된다. 양 제도의 주요한 차이는, 미국과는 달리 독일의 협상과정에서는 검사가 아니라 법원이 주도적인 역할을 한다. 유죄답변협상은 주로 공판 전 단계에서 행해지지만, 자백협상은 공판절차의 일부를 구성할 뿐이다. 유죄답변협상이 유죄인정에 관한 것인 반면, 자백협상은 유죄답변이 아니라 자백에 관한 것이다. 즉 형사절차에서 피고인의 유죄답변은 법원에서의 재판절차에 대한 대체효과가 있으나, 자백협상을 통한 피고인의 자백은 재판절차의 일부분일 뿐이다.

III. 협상제도의 법적정당성 및 도입가능성 검토

지금까지 미국과 독일의 협상제도의 핵심적인 내용과 더불어 특징적인 요건 및 효과와 관련된 내용을 살펴보았다. 이하에서는 논의의 자연스러운 전개를 위하여 미국과 독일의 협상제도 각각에 대한 종래의 찬·반론의 논거를 간략히 정리한 후 자백에 대한 근본원칙인 *nemo tenetur* 원칙과 동 원칙이 구체화된 진술거부권 및 자백의 임의성법칙의 관점에서 협상제도, 특히 미국의 유죄답변협상의 법적정당성 및 도입가능성을 살펴보고자 한다.

1. 협상제도의 도입에 대한 종래의 찬·반론의 논거

1.1 유죄답변협상(Plea Bargaining)에 대한 찬·반론의 논거

유죄답변협상에 대한 찬성론의 논거로 가장 우선적으로 거론되는 것은 동 제도가 불공정하지 않고 소송경제상 효율적이라는 것이다. 동 제도의 지지자들은 유죄답변협상

은 ‘정의로의 허용된 지름길’⁶⁵⁾로서 적법하며 또한 이성적이며 효율적인 제도라고 한다. 미연방대법원 역시 “형사사법 절차에서 필수적인 요소이며 매우 바람직한 부분”이라고 하였다.⁶⁶⁾ 좀 더 상세히 살펴보면, 동 제도는 “사건에 대한 부담을 경감시켜주고, 한정된 자원을 절약하게 하며, 효율적으로 사건을 처리하게 해준다. 또한 재판의 불확실성을 줄여주거나 피하게 해주며 피고인이 재판에서 공개되는 것을 줄여줌으로써 피고인의 평판을 보호해준다. 의무적으로 그리고 정형화되어 있는 형벌의 부과를 피하여 처벌을 개별화할 수 있고 협조적인 피고인에게 더 가벼운 형량을 부과함으로써 보답을 해줄 수 있다. 또한 피고인에게 가벼운 형량이 부과되기 전에 죄를 인정하게 함으로써 개선에 도움을 줄 수 있다.”고 한다.⁶⁷⁾

소송경제의 효율성에 집중되는 찬성론의 논거와는 달리 반대론의 논거는 형사사법의 이념과 체계에 대한 왜곡 및 헌법상 기본권에 대한 침해 등의 측면에서 주로 제기되고 있다. 반대론의 논거에서 가장 강력하게 주장되는 것은 형사소송법상 판사의 기능이 검사에게로 이전된다는 것이다.⁶⁸⁾ 즉 유죄답변협상에서 피고인의 운명을 좌지우지 할 수 있는 검사의 막강한 권력의 행사, 특히 그와 같은 권력의 행사가 자의적으로 행사될 경우의 그 위험성에 관한 것이다. 즉 검사의 협상을 통한 피고인의 혐의에 대한 공소내용의 완화를 통하여 결국 양형의 결정에 영향을 끼치게 되고 따라서 형벌의 부과에 대한 독립적이고 중립적인 판사의 고유권한을 강탈하게 된다는 것이다⁶⁹⁾⁷⁰⁾ 또한 공소내용의

65) Heinz J Dielmann, *Guilty Plea und Plea Bargaining im amerikanischen Strafverfahren-Möglichkeiten für den deutschen Strafprozeß?*, (GA, 1981), s.566(이재상, 앞의 책, 258쪽에서 재인용).

66) Santobello v. New York, 404 U.S. 257, 261 (1971).

67) David T. Johnson, “거절할 수 없는 제안 : 미국의 플리바게닝”, 형사법의 신통향, 통권 제17호, 대검찰청, 2008, 111쪽.

68) 물론 형량협상(Sentence Bargaining)에서 일정한 조건, 즉 판사의 참여하에 협상이 이루어지도록 하고 있으나 전술한 바와 같이, 미국의 대부분의 주는 판사가 협상에 참여하는 것을 금지하고 있다. 그러므로 결국 미국에서 행해지는 Plea Bargaining은 검사가 공소완화를 조건으로 피고인과 협상을 하는 기소협상(Charge Bargaining)의 형태라 할 수 있다. 따라서 공소내용을 완화함으로써 양형 또한 완화하는 결과를 가져올 수 있다.

69) 이재상, 앞의 논문, 259쪽.

70) “미국인들은 검사가 기소결정을 하고, 판사나 배심원이 판결을 내리고, 판사가 양형을 하는 것으로 기대한다. 그러나 Plea Bargaining에서는 이러한 임무가 검사에게 과도하게 집중된다. Plea Bargaining은 검사로 하여금 자신의 사건에서 판사 및 배심원의 역할을 수행하게 한다. 이는 검사 한 사람에게 막대하고도 강력한 권한이 부여될 뿐 아니라 증거를 수집하고 만들어내기 위하여 국가의 엄청난 자원을 검사가 지휘할 수 있기에 상당한 위험성을 지니고 있다. 이러한 막대한 권한을 검사에게 허용한 이유는 미국의 형사재판절차가 검사의 권력과 자원의 남용으로부터 보호해줄 것이고 그와 같은 권력의 행사와 남용을 제어해줄 수 있으리라는 믿음 때문이다. 그러나 Plea Bargaining 제도는 그러한 보호장치를 무력화시키고 있다”고 하면서 Plea Bargaining 제도에

완화를 조건으로 하는 기소협상에서 그와 같은 공소내용의 완화는 형사소송법의 이념인 실체적 진실의 발견을 저해하게 되며⁷¹⁾ 이로 인하여 형사실체법의 가치를 하락시킨다는 것이다.⁷²⁾ 또한 유죄답변협상은 헌법상 보장된 피고인의 공개재판을 받을 권리를 포기하게 하며,⁷³⁾ 변호인이 사건에 대한 신속한 처리를 위하여 유죄답변을 수락하도록 권고할 경우 피고인의 권리는 침해될 것이며 죄 없는 사람이 유죄답변협상을 할 가능성이 있다는 것이다.⁷⁴⁾

1.2 자백협상(Verständigung)에 대한 찬·반론의 논거

자백협상제도에 대한 긍정론의 논거는 다음과 같다. 금지규정이 없는 한 자백협상은 합법이며 형사소송법상 소송관여자들 사이에 대화와 협상을 가능하게 하는 자백협상을 규정한 조문이 있고, 협력적인 절차인 협상을 통하여 공정하면서도 정당한 결과를 도출할 수 있다. 또한 자백협상은 형사사법체제의 부담을 경감시켜주고, 신속하면서도 효율적인 형사사법을 운용하게 해준다. 자백협상은 형사사법체제에서 실무적으로 자리를 잡고 있을 뿐만 아니라 법치국가 원리의 원칙이 준수되는 한 금지할 필요가 없다는 점 등을 그 근거로 제시하고 있다.⁷⁵⁾ 반면 자백협상제도에 대한 부정론의 논거는 다음과 같다. 종래의 부정론의 논거 중 하나였던 ‘자백협상은 명문의 법적근거가 없는 불법적 실무이며, 명문의 규정이 없는 자백협상을 통한 피고인의 처벌은 죄형법정주의의 원칙에 반한다’는 주장은 협상제도가 개정 형사소송법상 명문으로 규정된 이상 더 이상 논거로서의 타당성은 잃게 되었다. 그 외의 주요한 논거로는 자백협상은 법원의 실체적 진실의 발견 의무에 반하며, 재판에 있어 직접주의 및 공개주의의 원칙에 반한다. 또한 자백협상은 기소법정주의에 반하고 피고인이 유죄라는 추정에 근거하여 진행되기에 무죄추정

대한 대표적인 비판적 견해로는 John H. Langbein, “Torture and Plea Bargaining”, University of Chicago L. Rev. Vol.43, University of Chicago Law School, 1978, p.18.

- 71) 실체적 진실의 발견을 이상으로 하는 형사소송에 있어서 협상은 원칙적으로 인정되지 않는다는 견해로는 하태훈, 앞의 논문, 212쪽.
- 72) 박용철, “미국의 유죄 협상제(Plea Bargaining)에 대한 제고”, 비교형사법연구 제7권 제1호, 한국비교형사법학회, 2005, 452쪽; 이재상, 앞의 논문, 259쪽.
- 73) 광병선, “기소사실인부제도의 도입가능성 검토”, 법과 정책연구 제5집 제1호, 한국법정책학회, 2005, 228쪽.
- 74) 광병선, 위의 논문, 228쪽; 류전철, “형사소송에서 유죄협상제도(Plea Bargaining)의 도입 가능성”, 비교형사법연구, 제7권 제1호, 한국비교형사법학회, 2005, 210-211쪽; 박용철, 위의 논문, 453-454쪽.
- 75) Thomas Swenson, “The German ‘Plea Bargaining’ Debate”, *Pace Int’l L. Rev. Vol.7*, 1995, pp.392-400(조국, 앞의 책, 98-99쪽에서 재인용); 조상제 외, 앞의 책, 50-54쪽.

의 원칙에도 반한다. 자백협상은 피고인에게 자백을 강제하는 것과 마찬가지로 피고인의 기본권인 침묵권을 침해하고 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해하며, 명문화된 협상제도는 기존의 형사절차를 왜해하는 형태의 영향력을 미치게 될 가능성이 있고, 형벌의 응보적인 이해가 지배하는 법공동체에서 협상은 그러한 인식과 조화되기 어렵다고 한다.⁷⁶⁾

2. 진술(자백) 관련 제 원칙에 대한 협상제도의 근본적인 문제

형사절차와 관련된, 특히 형사피의자 및 피고인의 기본권 및 권리에 대한 침해의 가능성이 있고 헌법 및 형사소송법의 제 원칙에 위배될 소지가 있는 제도의 도입은 그 필요성이 절실하다 할지라도 도입여부를 결정함에 있어서 상당한 주의를 기울여야 한다. 특히 그러한 제도의 도입여부에 관한 논의의 과정에서 법적정당성에 대한 평가는 상당히 엄정해야 한다. 그 이유는 상술한 바와 같이 형사절차와 관련된 제도의 도입 및 시행은 직접적으로 국민의 권리 및 기본권에 대한 침해를 발생할 소지가 있기 때문이다. 그리하여 이하에서는 자백에 대한 근본원칙인 *nemo tenetur* 원칙과 동 원칙이 구체화된 헌법상의 기본권인 진술거부권 및 자백의 임의성법칙의 관점에서 협상제도, 특히 유죄답변협상의 법적정당성에 관하여 살펴보고자 한다.

2.1 ‘자유의사에 반하는 자백’과 *nemo tenetur* 원칙

자신의 범죄사실과 관련된 진술인 자백은 범죄혐의의 입증에 있어서 그 중요성이 상당함은 주지의 사실이다. 그와 같은 자백의 가치 및 중요성으로 인하여 그와 관련된 원칙이 인류의 역사에서 일찍이 등장하였다. *nemo tenetur seipsum accusare*⁷⁷⁾ 또는 *nemo tenetur* 원칙⁷⁸⁾으로 간략히 표현되는 동 원칙은 사실상의 강제를 포함한 강요적인 행위로 인한 인간의 본성에 반하는 강제적인 자기부죄에 대한 금지를 선언한 인간사회의 보편적

76) 조국, 위의 책, 98쪽; 조상제 외, 위의 책, 50-54쪽; 하태훈, 앞의 논문, 228-229쪽.

77) John. H. Wigmore, “Nemo Tenetur Prodere Seipsum”, *Harvard L. Rev.* Vol.5, Harvard Law Review Publishing Association, 1891, p.71; 유사한 의미의 다른 표현으로 *nemo tenetur seipsum prodere*라는 표현이 있다. 동 표현은 중세 로마카톨릭 교회에서 유래된 것으로 신도가 사제에게 고백한 내용을 형사절차에서 증거를 삼아서는 안 된다는 표현이었다(Hufen, F, *Staatsrecht* II, 3 Auf, 2011, s.179(홍영기, 앞의 논문, 308쪽에서 재인용)).

78) 동 원칙의 의미를 영어로 표현하면 “No man shall be compelled to criminate himself.” 또는 “No man is obliged to betray or produce against himself”로 표현할 수 있다.

인 원칙이다. *nemo tenetur* 원칙은 ‘인간은 인간의 본성 및 자유의사 -즉 의사결정의 자유-에 반하여 자신을 고발하거나 자신의 죄책을 드러내도록 강요받아서 안 됨’을 그 근본 사상 및 목적으로 한다. 즉 국가 및 소추기관은 피의자 및 피고인의 의사에 반하며 인간의 본성에 반하는 것을 강요 또는 강제할 수 없음을 천명한 것이다. 국가가 행사하는 형벌권은 피의자·피고인에게 상당한 심리적 압박감을 줄 것이고 그러한 심리적 압박감은 결국 피의자·피고인으로 하여금 자신의 의사결정의 자유 및 인간의 본성에 반하는 비자발적인 협력인⁷⁹⁾ 진술(자백)을 강요할 것이라는 것이다. 이와 같은 *nemo tenetur* 원칙의 근본 사상은 미연방수정헌법 제5조에 자기부죄거부특권으로⁸⁰⁾ 구체화되었고 또한 우리 실정법상 진술거부권과 자백의 임의성법칙으로 구체화되었다.⁸¹⁾ 우리 헌법 제12조 제2항은 “모든 국민은 고문을 받지 아니하며, 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니함”을 규정하고 있고 동조 제7항은 “피고인의 자백이 고문·폭행·협박·구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법에 의하여 자의로 진술된 것이 아니라고 인정될 때에는 유죄의 증거로 삼거나 이를 이유로 처벌할 수 없음”을 규정하고 있다.

이와 같이 헌법에 천명된 진술거부권과 자백의 임의성법칙의 기본권적 성격은 형사절차에서의 기본권 침해에 대한 방지 및 기본권에 대한 보장의 차원에서 형소법 제244조의 3과 제283조의2에서 피의자 및 피고인의 진술거부권으로, 그리고 형소법 제309조에서 자백의 임의성법칙으로 구체화되었다. *nemo tenetur* 원칙의 근본 사상이 우리 형사소송법에 규정된 이유는 주지하다시피 형사소송절차에서 행해진, 그리고 행해질 수 있는 강제적이며 인간의 본성에 반하며 인권 침해적인 자기부죄적 진술(자백)의 획득을 금지하고자 하였던 것이다. 인간의 본성에 반하는 자기부죄적 진술의 금지는 고문 및 폭력 등의 물리적 강제의 금지뿐만 아니라 근본적으로는 유죄담변협상과 같은 인간의 본성 및 의사결정의 자유에 반하는 자신의 유죄를 인정하는 대가로 형의 감경과 같은 다양한 혜택을 제공하는 것과 같은 사실상의 강요의 성격을 갖는 일체의 행위의 금지를 의미하

79) G. K. Schmelzeisen, *Recht und Rechtsdenken : Eine Einführung in die Grundlagen und Grundformen des Rechts*, München : Francke, 1968, s.103(홍영기, 앞의 논문, 324쪽에서 재인용).

80) 다만, 자기부죄거부특권은 면책의 부여로 포기할 수 있지만, 인간의 본성에 대한 보호인 *nemo tenetur* 원칙은 포기할 수 없다는 점에서 우리 헌법 제12조 제2항의 진술거부권과 동일하다 할 수 있다. 그러나 미연방수정헌법 제5조의 자기부죄거부특권과 *nemo tenetur* 원칙이 우리 헌법상의 진술거부권과의 가장 큰 차이점은 진술거부뿐만 아니라 물적증거의 제출도 거부할 수 있다는 것이다.

81) 또한 동 원칙은 실체법상 자기 변호의 개념 하에 위증죄, 증거인멸죄, 범인은닉·도피죄 등의 특정 범죄에 대한 형의 감면 및 불처벌의 형태로 구체화되어 있다. 이에 대한 상세한 내용은 이재학, 앞의 논문, 228-246쪽.

여 이에 동 원칙의 목적이 있다고 본다. 후술하는 바와 같이 자백의 증거능력을 인정함에 있어서의 임의성을 달리 표현하면 의사결정의 자유 또는 자유의사에 따른 진술(자백)을 의미하기에 결국 그와 같은 임의성의 의미는 *nemo tenetur* 원칙이 보장하고자 근본 사상의 의미를 내포하고 있다고 할 수 있다.

2.2 ‘사실상의 강요로서의 협상’과 진술거부권의 실질적 보장의 침해

전술한 바와 같이 인간의 본성에 대한 보호와 자유의사에 반하는 강요의 금지를 천명하고 있는 *nemo tenetur* 원칙은 미연방수정헌법 제5조의 자기부죄거부특권과 우리 헌법 제12조 제2항의 진술거부권으로 구체화되었다. 우리 헌법 제12조 제2항은 “모든 국민은 고문을 받지 아니하며, 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니한다”고 하여 헌법상 기본권으로서의 진술거부권을 규정하고 있다. 헌법재판소는 피고인 또는 피의자의 인권을 실제적 진실발견이나 사회정의의 실현이라는 국가 이익보다 우선적으로 보호함으로써 인간의 존엄성과 가치를 보장하고 나아가 비인간적인 자백의 강요와 고문을 근절하며, 피고인 또는 피의자와 검사 사이에 무기평등을 도모하여 공정한 재판의 이념을 실현하려는데 동 조항의 취지가 있다고⁸²⁾ 하였다. 이와 같이 헌법상 기본권으로서의 성격을 가지는 진술거부권은 형사소송법에 피고인의 진술거부권(제283조의2의 제1항)과 피의자의 진술거부권(제244조의3)으로 형사절차상 구체적 권리로서 규정되고 있다.

헌법 제12조 제2항에서 천명하고 있는 것은 전단에 규정된 신체적·물리적 강제인 고문뿐만 아니라 형사상 불리한 진술의 강요를 의미하는 폭행 및 협박에 의한 진술의 강요를 금지되며, 체포 및 구속을 통한 진술의 강요 역시 금지됨을 밝히고 있는 것이다. 여기서 금지하고 있는 것은 전술한 고문, 폭행, 협박, 체포 및 구속을 통한 진술의 강요뿐만 아니라 증언 및 자백에 대한 반대급부로 형사처벌을 감경하거나 면제하는 면책 및 형벌감면 역시 그 실질에 있어서는 정보의 획득에 대한 혜택의 부여를 의미하는 사실상의 강요 및 강제의 성질을 가지고 있기에 이 또한 금지하고 있다고 본다. 그와 같은 사실상의 강요 및 강제의 속성을 가지고 있는 것이 바로 미국의 유죄답변협상이다. 앞서 간략히 언급한 바와 같이 유죄답변협상은 공범 및 관련된 자의 범죄에 대한 증언의 대가로 면책이 제공되는 공범증인 면책제도와는 달리 자신의 범죄에 대한 유죄의 답변의 대가로 형이 감면되는 제도적 특성으로 인하여 자신의 범죄와 관련된 사실을 드러내기를

82) 헌법재판소 2005. 12. 22. 선고 2004헌바2 결정.

거부하는 인간의 본능에 반하는 자기부죄를 강제하는 성격을 가지며 또한 진술거부권의 당연한 행사를 피의자 및 피고인으로 하여금 주저하게 하는 속성을 가지고 있다고 본다. 그렇다면 결국 미국의 유죄담변협상은 신체에 대한 직접적인 강요는 아닐지라도 자신의 범죄혐의를 인위적으로 인정하도록 하는 사실상의 강요의 성격을 갖는 것이다. 그와 같은 자발적이며 내심에서 나온 자백이 아닌 사실상의 강요의 속성을 지닌 유죄담변에 따른 혜택의 제공으로 인하여 피의자 및 피고인은 본성에 반하는 자신의 범죄와 관련된 또는 불필요한 추가적인 자백을 하게 된다. 이와 같은 인간의 본성에 반하는 자백은 그 자백의 임의성에 의심을 가져옴과 동시에 *nemo tenetur* 원칙에서 연유한 헌법상의 기본권으로서의 진술거부권의 실질적 보장에 대한 침해의 가능성을 지니고 있다고 본다.

2.3 ‘협상에 의한 자백’과 자백의 임의성법칙의 위배

헌법 제12조 제7항은 “피고인의 자백이 고문·폭행·협박·구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법에 의하여 자의로 진술된 것이 아니라고 인정될 때에는 유죄의 증거로 삼거나 이를 이유로 처벌할 수 없음”을, 그리고 형소법 제309조는 “피고인의 자백이 고문·폭행·협박·신체구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법으로 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할만한 이유가 있는 때에는 이를 유죄의 증거로 하지 못한다”고 하여 자백의 임의성법칙을 규정하고 있다. 임의성이 없거나 의심스러운 자백의 증거능력 배제를 위하여 영·미의 실정법과 판례를 통하여 발전되었고 자백에 대한 근본원칙인 *nemo tenetur* 원칙이 구체화된 자백의 임의성법칙의 이론적 근거가⁸³⁾ 시대에 따라 변화했을 뿐 동 법칙이 보호하고자 하였던 것은 사실상의 강요를 포함한 일체의 강요, 신체에 대한 가혹한 고문⁸⁴⁾ 및 위법·부당한 수사방법으로⁸⁵⁾ 인한 인간의 본성에

83) 자백의 임의성법칙 또는 자백배제법칙의 이론적 근거로는 허위배제설, 인권옹호설, 절충설, 위법배제설(다수설) 등이 있다. 각 이론적 근거에 관하여 간략히 살펴보면, 허위배제설은 영국 *common law*의 태도로 임의적으로 자백이 행해지지 아니하면 허위의 개입 위험성이 있고 증명력이 빈곤하여 실제적 진실의 발견을 위하여 임의성이 없는 자백은 그 증거능력을 배제해야 한다는 것이다. 인권옹호설은 고문 및 강요로 인하여 획득된 임의성이 없는 자백의 증거능력을 인정하게 되면 고문 등의 위법한 수단이 반복될 위험성이 있고 불리한 진술을 강요할 위험성이 있으므로 인권보장의 측면에서 자백의 임의성을 요구하는 입장이다. 절충설은 허위배제설과 인권옹호설이 결합된 이론적 근거로 임의성이 없는 자백은 허위 진술의 가능성이 있는 상황에서 행해진 자백이거나 위법하고 부당한 압박 하에서 행해진 자유의사에 반하는 자백을 의미한다고 한다. 위법배제설은 자백을 획득하는 과정에서 위법 활동이 인정되면 임의성에 관한 판단은 고려할 필요 없이 그 자백의 증거능력을 배제해야 한다는 입장이다.

84) 피고인이 수사기관에서 한 자백이 고문에 의한 허위자백이라는 주장을 가볍게 신빙력 있는 것으로 보기

반하는 진술(자백)의 강요를 금지함으로써 인간의 존엄성을 존중 및 보호하고자 하였던 것이다.

우리 대법원 역시 “임의성 없는 자백의 증거능력을 부정하는 취지는 허위진술을 유발 또는 강요할 위험성이 있는 상태에서 행하여진 자백은 그 자체가 실제적 진실에 부합하지 아니할 소지가 있으므로 그 증거능력을 부정함으로써 오판의 소지를 없애려고 하는 데에 있을 뿐만 아니라, 그 진위 여부를 떠나서 임의성 없는 자백의 증거능력을 부정함으로써 자백을 얻기 위하여 피의자의 기본적 인권을 침해하는 위법·부당한 압박이 가하여지는 것을 사전에 막기 위한 것”이라고⁸⁶⁾ 하였다.

그와 같은 고문 및 위법한 수사방법뿐만 아니라 수사기관의 기망 또는 지킬 수 없거나 지킬 의사가 없는 약속 등에 의한 자백은⁸⁷⁾ 위법배제설에 따르면 위법하게 획득한 자백으로서 그 증거능력이 배제되어야 한다. 그러나 법률상 허용된 이익을 약속하고 자백을 얻는 경우 그 자백의 증거능력을 인정할 것인가가 문제된다. 다수설은 ‘이익의 약속에 의한 자백’이 형소법 제309조의 자백배제사유 중 비정형적 자백배제사유인 ‘기타 방법에 의한 자백’에 해당한다고 한다. 약속에 의한 자백이 배제되는 이유는 약속에 의한 자백이 기망에 의한 자백의 경우와 같다고 한다. 자백의 임의성법칙의 이론적 근거 중 다수설인 위법배제설은 법률상 허용되는 이익의 약속에 의한 자백은 신문방법의 위법성으로 인하여 그 자백의 증거능력이 배제된다고 한다. 수사기관에서 조사를 받는 피의자는 심리적 으로 위축되며 압박감을 느낄 것이고 그러한 심리적 위축 및 압박의 상태 하에 있는 피의자에 대한 선처의 약속을 피의자는 거부하기 힘들 것이다. 바로 그와 같은 외적 환경과 선처의 약속에 대한 내적 갈등 및 압박감 하에서의 자백은 진정한 의미의 임의성 있는 자백이 아니기에 자백의 임의성법칙은 임의성 없는 자백의 증거능력을 배제하고 있는 것이다. 이러한 자백은 자신의 잘못에 대한 진정한 뉘우침에서 나오는 자백과는

어려우나 피고인이 범행을 한 뚜렷한 동기가 없고 범인이라는 혐의를 받을 수사의 단서도 없으며 피고인의 자백진술이 객관적 합리성이 결여되고 범행현장과 객관적 상황과 중요한 부분이 부합되지 않는 등의 특별한 사정이 있는 경우 피고인이 수사기관에서 자백하게 된 연유가 피고인의 주장대로 고문이 아니라 할지라도 다소의 폭행 또는 기타의 방법으로 자백을 강요하여 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 사유가 있다 할 것이다.(대법원 1977. 4. 26. 선고 77도210 판결).

85) 형사소송법 제309조는 “피고인의 자백이 고문, 폭행, 협박, 신체구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법으로 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 이유가 있을 때에는 이를 유죄의 증거로 하지 못한다”고 규정하고 있는 바, 위 법조에서 규정된 피고인의 진술의 자유를 침해하는 위법사유는 원칙적으로 예시사유로 보아야 한다(대법원 1985. 2. 26. 선고 82도2413 판결).

86) 대법원 2000. 1. 21. 선고 99도4940 판결.

87) 대법원 1985. 12. 10. 선고 85도2182 판결.

분명히 구별되어야 한다. 법률상 허용되는 이익이든 허용되지 않는 이익이든 수사기관에 의한 피의자에 대한 약속은 허용되어서는 안 된다.

한편으로 검사의 기소여부에 대한 재량권을 상기한 약속의 측면에서 살펴보면, 형소법 제247조는 “검사는 형법 제51조의⁸⁸⁾ 사항을 참작하여 공소를 제기하지 아니할 수 있다”고 하여 검사에게 기소유예처분을 인정하는 제도인 기소편의주의를 규정하고 있다. 검사의 기소유예처분은 피의자의 자유의사 및 진정한 뉘우침에 따른 자백, 즉 범행후의 정황의 고려에 따른 유예이어야 한다. 검사가 먼저 기소유예의 약속을 하고 그 약속을 믿거나 심리적으로 영향을 받아 피의자의 자유의사에 따른 자백이 아닌 피의자의 자백을 인정하고 있는 것이 아니다. 법률상 허용된 이익이든 허용되지 않는 이익이든 수사기관 및 검사의 선처의 약속의 반대급부로서의 자백은 형사소송의 이념인 실체적 진실의 발견과의 괴리를 발생시키는 문제점을 지니고 있는 것이다. 그와 같은 이익 및 혜택의 제공에 대한 대가로 인한 자백의 획득은 자백중심의 수사관행을 심화 및 고착화시킬 위험성을 내포하고 있다. 그와 같은 위험성은 결국 인권침해 및 인간의 존엄성에 대한 침해를 방지하고자 하는 근대 형사법의 원칙인 자백의 임의성법칙을 훼손시킬 위험성을 지니고 있는 것이다.

그러나 약속에 의한 자백을 형소법 제309조의 ‘기타의 방법’에 의한 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 이유가 있는 자백으로 보고 그의 증거능력을 부정하는 통설과 달리 약속에 의한 자백이라 하더라도 경우에 따라서는 임의성 있는 자백인 경우가 있을 수 있기에 약속에 의한 자백의 경우 약속이 있었다는 사실만으로 일률적으로 증거능력을 부정하는 태도는 타당하지 않다는 견해가 있다.⁸⁹⁾ 물론 동 견해에서와 같이 약속에 의한 자백이더라도 임의성 있는 자백인 -진정한 의미에서의 임의성 있는 자백의 가능성은 적으나, 경우의 가능성도 있을 것이다. 그러나 동 견해에서 임의성 판단 기준으로 제시한 ‘의사결정의 자유’에 대한 침해여부의 기준이⁹⁰⁾⁹¹⁾ 전술한 *nemo tetetur* 원칙이

88) 형법 제51조(양형의 조건) 형을 정함에 있어서는 다음 사항을 참작하여야 한다. 1. 범인의 연령, 성행, 지능과 환경 2. 피해자에 대한 관계 3. 범행의 동기, 수단과 결과 4. 범행 후의 정황.

89) 주호노, “약속에 의한 자백의 증거능력”, 경희법학 제49권 제3호, 경희대학교 법학연구소, 2014, 247쪽; 동 견해에 따르면 종래의 통설은 약속에 의한 자백의 증거능력을 임의성의 유무보다는 약속의 유무에 따라 판단하여 왔다는 인상을 준다고 하며, 약속에 의한 자백의 증거능력의 여부는 ‘약속의 유무’가 아니라 ‘임의성의 유무’에 있다고 한다(주호노, 위의 논문, 247쪽, 252쪽). 그러나 ‘약속이 행해진 이후의 자백’과 ‘약속이 없는 상황에서의 자백’은 달리 평가되어야 한다. 동 견해에서 주장하는 바와 같이 ‘의사결정의 자유’에 대한 침해를 기준으로 임의성을 판단할 경우 ‘약속’이 행해진 이후의 피의자 및 피고인의 자백에 관한 의사결정의 자유는 이미 ‘약속의 행함’과 동시에 침해되고 있기 때문이다.

인간의 본성 및 자유의사에 반하는 강제적 자기부죄를 금지하는 것과 일맥상통한다는 측면에서 볼 때 문제점을 가지고 있다고 본다. 즉 약속과 의사결정의 자유를 연관시켜 살펴보면, 그 어떠한 약속이 없는 상황에서 자신의 잘못에 대한 뉘우침에서 나온 자백은 피의자 자신의 의사결정의 자유 및 자유의사에 따른 진정한 임의성 있는 자백이 될 것이다. 그러나 자유의사에 따른 자백에 대한 의사가 결정되기 이전에 피의자는 자백을 할 것인가에 관하여 갈등 상황에 놓이게 될 것이고 이후 약속의 제공으로 인하여 자백을 하는 방향으로 의사를 결정하게 될 것이다. 그와 같다면 의사결정의 침해여부를 기준으로 임의성을 판단할 경우에 약속에 의한 자백은 결국 의사결정의 자유를 침해한 것이므로 그에 의한 자백은 결국 진정한 의미에서의 임의성 있는 자백은 아닐 것이다. 또한 약속에 의한 자백의 경우에도 그것이 자기결정에 의하여 이루어지는 한 임의성을 인정하는 것이 타당하다고⁹²⁾ 하나 이 또한 문제가 있다고 본다. 물론 임의성의 유무에 관한 판단기준은 자유의사에 의한 자기결정의 유무에 달려있다는 주장은⁹³⁾ 당연 타당하고 자백을 하는 과정에서 피의자 및 피고인이 자기결정의 과정을 통하여 자백을 행할 것은 당연하다. 그러나 자기결정이라는 것은 결국 자백을 할 것인가에 관한 순수한 의미에서의 임의성 있는 의사결정을 의미하는 것이다. 외적요소인 약속이 개입된 상황에서, 그리고 그 약속의 영향으로 자기결정에 따른 자백을 하는 경우에 그와 같은 자기결정을 임의성 있는 자백을 하기로 한 순수한 의미에서의 자기의사결정으로 평가할 수 있는지는 의문이다.

90) 주호노, 위의 논문, 254쪽.

91) 독일 형사소송법(SiPO) 제136조a(금지된 신문방법) ① 가혹행위, 혹사, 신체침해, 투약, 학대, 기망 또는 최면에 의하여 피의자의 의사결정 및 의사표현의 자유를 침해하여서는 안 된다. 형사절차법이 허용하는 경우에 한하여 강제수단을 허용한다. 형사절차규정에서 허용하지 않는 처분을 수반한 협박 및 법률로 규정하고 있지 않은 이익의 약속은 금지된다. ② 피의자의 기억력이나 통찰력을 침해하는 처분은 허용되지 않는다. ③ 제1항과 제2항의 금지는 피의자의 승낙과 관계없이 효력을 갖는다. 이들 금지에 위반하여 얻어진 진술은 설령 피의자가 동의할지라도 이를 증거로 사용할 수 없다.

92) 주호노, 앞의 논문, 264쪽.

93) 주호노, 위의 논문, 264쪽; 자백의 임의성을 판단함에 있어서 자기결정의 기준과 자유의사에 의한 자기결정의 유무를 다른 의미로 파악하고 있다고 본다. 그러나 자백에 있어서 임의성을 판단함에 있어서의 자기결정을 자유의사에 의한 자기결정으로 이해할 경우에만 진정한 의미에서의 임의성의 의미를 파악할 수 있으리라고 본다.

IV. 결론

형사소송의 이념이며 목적인 실체적 진실의 발견과 적정절차의 원칙은 형사소송의 과정에서 준수해야 할 이념 및 절차를 천명하고 있다. 형사소송에서 피의자 및 피고인의 유죄입증에 있어서 증거의 왕으로서의 자백의 중요성 및 그 가치가 실로 상당함은 주지의 사실이다. 그와 같은 자백의 가치로 인하여 자백을 획득하는 과정에서 가혹한 고문 등을 포함한 위법 및 부당한 방법이 행해졌고, 그에 대한 반성 및 고찰의 과정에서 위법·부당한 자백 획득의 방법에 대한 통제를 통하여 인권 보호 및 인간의 존엄성에 대한 보호를 위한 다양한 원칙 및 법칙이 등장하게 되었다. 대표적인 것으로는 사실상의 강요를 포함한 일체의 강요에 의한 인간의 본성에 반하는 자기부죄적 행위 및 진술을 금하는 *nemo tenetur* 원칙, 임의성이 없거나 의심스러운 경우에 그 자백의 증거능력을 배제하는 자백의 임의성법칙, 자백이 유일한 증거일 경우에 오판 방지를 위하여 자백에 대한 보강 증거를 요구하는 자백보강법칙, 및 절차적 위법의 배제를 통하여 적법한 절차에 따르지 아니하고 수집된 자백의 증거능력을 배제하는 위법수집증거배제법칙 등이 바로 그것이다. 이름은 다르지만 상기한 원칙 및 법칙이 근본적으로 보호하고자 하였던 것은 위법·부당한 수단 및 법의 집행으로부터 인권 및 인간의 존엄성을 보호하고자 하였던 것이다.

자백에 있어서 임의성은 자백의 증거능력을 결정하는 데 있어서 핵심적인 구성요소임은 주지의 사실이다. 임의성이란 그 어떠한 외적 요소에 의해서가 아니라 피의자 및 피고인의 자유의사에 기한 내심의 뉘우침과 깨달음에서 비롯된 자백에서의 임의성을 의미하는 것이다. 협상제도, 특히 미국의 유죄답변협상은 결국 범죄 혐의에 대한 인정을 조건으로 다양한 혜택-경한 범죄사실로의 변경 또는 경한 형의 선고에 대한 약속-을 제공하는 것을 그의 근본구조로 하고 있다. 결국 그와 같다면 피의자 및 피고인에게 있어서 자신의 범죄에 대한 자백-순수한 의미에서의 임의성 있는 자백이 아니라-으로 인한 혜택을 조건으로 자백을 종용, 권유 또는 강요하는 것과 다름이 없다고 할 것이다. 과연 그와 같은 속성을 지닌 협상을 통한 자백의 증거능력을 인정하는 것이 우리의 형사소송의 이념 및 전술한 원칙의 선언내용과 일치하는지 의문이 드는 것이 사실이다. 원칙과 법칙의 예외는 그 원칙과 법칙이 보호하고 선언하고 있는 이익과 예외의 이익의 형량을 통하여 진실로 불가피한 예외적인 경우에 최소한으로 인정되어야 한다. 협상을 통한 자백의 획득 및 그로 인한 소송경제의 효율성의 달성이 과연 그러한 진실로 불가피한 예외의 경우에 해당하는 지 신중하게 고민해볼 필요가 있다. 그렇지 않다면 형사소송

에서 준수되어야 할 제 원칙 및 법칙은 반드시 준수되어야 한다. 과도한 업무량으로 인한 소송경제의 효율성을 추구하는 수단인 협상제도와는 그 속성이 다른 구조적·기능적 효율성이 있는 수단의 강구와 그의 실행을 통한 해결을 고민해보는 것이 인간의 삶의 역사에서 결과론적으로 좀 더 올바른 선택이 아닐까 한다.

참고문헌

1. 단행본

- 박용철, 플리바게닝(Plea Bargaining) 기법 및 파급효과에 대한 연구, 법무부, 2011.
- 이영란, 미국 플리바게닝(Plea Bargaining)제도의 운용현황, 대검찰청, 2006.
- 오영근, 면책조건부 증언취득제도에 관한 연구(최종보고서), 대검찰청, 2005.
- 윤동호, 형사절차에서의 협상에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2003.
- 조 국, 유죄답변협상의 도입방안에 대한 연구, 대검찰청, 2005.
- 조상제 외, 독일 형사소송법상 협상제도의 도입과 정책적 함의, 연구총서(09-16), 한국형사정책연구원, 2009.
- 탁희성, 공범증인면책제도에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2004.
- Yale Kamisar, Wayne R. LaFave, Jerold H. Israel, Nancy J. King, *Modern Criminal Procedure*, 11th Edit, Thomson/West, 2005.

2. 학술지

- 강해운, “독일 형사소송법상 Absprachen에 관한 논의 상황 소개”, 해외연수검사 연구논문집 제20-2집, 법무연수원, 2005, 827-863쪽.
- 곽병선, “기소사실인부제도의 도입가능성 검토”, 법과 정책연구 제5집 제1호, 한국법정책학회, 2005, 279-299쪽.
- 김성룡, “독일 개정 형사소송법상 협상제도의 주요내용과 시사”, 법학연구 제51권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 2010, 137-164쪽.
- 김신규, “유죄협상(Plea Bargaining)제도에 대한 비판적 검토”, 미국헌법연구 제22권 제2호, 미국헌법학회, 2011, 87-132쪽.
- 류전철, “형사소송에서 유죄협상제도(Plea Bargaining)의 도입 가능성”, 비교형사법연구, 제7권 제1호, 한국비교형사법학회, 2005, 203-226쪽.
- 박용철, “미국의 유죄 협상제(Plea Bargaining)에 대한 제고”, 비교형사법연구 제7권 제1호, 한국비교형사법학회, 2005, 439-469쪽.
- 안원하, “유죄협상과 형사절차를 통한 정의의 실현”, 법학연구 제52권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 2011, 257-281쪽.

- 이재상, “미국 형사소송법상 공범증인 면책규정의 제도적 특성”, 형사정책연구 제8권 제4호, 한국형사정책연구원, 1997, 239-272쪽.
- 전승수, “미국의 면책조건부 증언취득제도”, 해외연수검사 연구논문집 제22집, 법무연수원, 2006, 339-395쪽.
- 주호노, “약속에 의한 자백의 증거능력”, 경희법학 제49권 제3호, 경희대학교 법학연구소, 2014, 245-268쪽.
- 하태훈, “형사소송절차상의 협상제도”, 비교형사법연구 제6권 제2호, 한국비교형사법학회, 2004, 211-238쪽.
- 홍영기, “Nemo tenetur-원칙”, 고려법학 제66호, 고려대학교 법학연구원, 2012, 305-338쪽.
- David T. Johnson, “거절할 수 없는 제안: 미국의 플리바게닝”, 형사법의 신동향 통권 제17호, 대검찰청, 2008, 99-125쪽.
- Albert W. Alschuler, “Plea Bargaining and Its History”, *Colum. L. Rev.* Vol.79, Columbia University School of Law, 1979, pp. 211-245.
- John H. Langbein, “Torture and Plea Bargaining”, *University of Chicago L. Rev.* Vol.43, University of Chicago Law School, 1978, pp. 3-22.
- _____, “Understanding the short history of Plea Bargaining”, *Law & Soc’y Rev.* Vol.13, Law and Society Association, 1979, pp. 261-272.
- John. H. Wigmore, “Nemo Tenetur Prodere Seipsum”, *Harvard L. Rev.* Vol.5, Harvard Law Review Publishing Association, 1891, pp.71-88.
- Stephen C. Thaman, “Plea-Bargaining, Negotiating Confessions and Consensual Resolution of Criminal Cases”, *Electronic Journal of Comparative Law* Vol.11, EJCL, 2007, pp.1-54.
- Stephen F. Ross, “Bordenkircher v. Hayes: Ignoring Prosecutorial Abuses in Plea Bargaining”, *California L. Rev.* Vol.66, School of Law, University of California, Berkeley, 1978, pp.875-883.

3. 신문기사

- 김경학/곽희양, “법원 · 검찰 ‘플리바게닝’ 갈등”, 경향신문, 2016.6.24.
- 장혜진, “일본 이어 국내서도 ‘플리바게닝’ 도입 논의”, 법률신문뉴스, 2016.9.19.
- 김홍록/진동영, “‘플리바게닝 · 사법방해죄’ 의원입법 추진..檢의 날, 더 날카로워지나”, 서울경제, 2016.10.25.

[Abstract]

A Comparative Review on the Legal Justification and Possibility of Introduction of the Agreement Systems on the Criminal Procedure

Lee, Jae-Hak*

Plea Bargaining means any bargaining or negotiation between a prosecuting attorney(or judge) and a criminal defendant or his(or her) counsel, whereby the defendant agrees to plead guilty or nolo contendere, in exchange for promises, concessions, or considerations by the prosecuting attorney(or judge). Though there are many wide-ranging and negative criticisms on the Plea Bargaining System, criminal cases more than 95 percent in U.S.A are concluded easily and quickly through the system. However, the practical necessity and economic efficiency frequently stated on the views in favor of it can not be justified considering the value of justice and the purposes on the criminal procedure. In addition, the principle of nemo tenetur often expressed in a Latin maxim of 'nemo tenetur seipsum accusare' means that no one shall be compelled to be a witness against himself places the protection by the aid of self-protection act based on the privilege against self-incrimination and human nature as its essential part. Today the privilege against self-incrimination and Confession rule are regarded as having been originated from the principle of nemo tenetur. Considering this principle and Confession rule, Plea Bargaining should not be allowed to apply in our criminal procedure in order to strengthen the protection of the human nature and dignity which the principle of nemo tenetur seeks to protect and to protect the human's free will.

[Key Words] Agreement, Criminal Procedure, Confession, Plea Bargaining, Verständigung, Charge Bargaining, Sentence Bargaining

* Principal Researcher, Institute of Legal Studies, Konkuk University, Ph.D