

검찰의 '사법협조자 조건부 형벌감경약속'(Plea Bargaining)에 대한 비판적 검토

A Critical Review on Prosecutorial Plea-Bargaining

이 상 윤*

차 례

- | | |
|----------------------------------|--------------------------------|
| I. 문제제기 | IV. '약속에 의한 자백'으로 바라본
플리바게닝 |
| II. 플리바게닝의 실태 | V. 결론 |
| III. 외국의 플리바게닝 제도에 대한
비교법적 고찰 | |

• 국 문 요 약 •

우리나라 헌법과 형사소송법은 자백배제법칙을 규정하고 있고, 사법협조에 대한 이익의 약속(자백·사법협조 협상)에 대해서는 대법원 판례를 통해 증거능력을 부정하고 있다.

플리바게닝(plea bargaining) 제도의 원래 의미와는 다소 상이하지만 형벌권의 협상으로 바라볼 때 '사법협조자 조건부 형벌 감경 약속'은 한국형 플리바게닝 제도라 할 수 있을 것이다.

일찍이 플리바게닝 제도를 취해 전체 형사사건의 80~90%를 적용하고 있는 미국을 비롯하여 영국, 독일, 프랑스 등과 최근 '18. 6.1. 시행한 일본까지 각국의 형사사법체계의 특성이 있는 플리바게닝을 실시하고 있다. 우리나라 역시 도입 논의에 대해 과거부터 최근까지 학계의 논쟁이 활발하다.

플리바게닝 제도를 시행하고 있는 나라들의

형사사법체계와 우리나라의 형사사법체계를 비교해 보았을 때 그들은 검사가 직접(인지) 수사를 하지 않는다는 사실을 확인할 수 있다.

그러나 현재 우리나라 수사검사는 1차 수사기관으로서 뇌물, 마약 등 특히 직접적 물증이 없는 사건에서 진술증거를 확보하기 위해 공판검사의 권한인 구형권한으로 수사대상자들에게 '형량'을 거래한다.

예컨대, 검사가 구형 권한을 이용하여 변호인을 배제한 채 수사과정에서 수사대상자에게 감형을 조건으로 '사건에 유리한 진술을 해주면 감형해 주겠다.'라고 피의자에게 약속에 의한 자백(진술)을 받고 있으며, 이것이 수사기법으로 치부되고 있는 현실이다.

최근, 많은 비판을 받고 플리바게닝 제도를 시행하게 된 일본 역시 협상은 변호인과 진행할 것, 그 결과에 대해 법원의 심의를 받을

* 경찰대학 치안대학원 수사학과 석사과정

것이라는 제한적 허용의 형태를 띠고 있음에도 수사편의주의라는 비판을 받고 있다.

그와 비교하여 법률적 근거 없이 수사편의 목적으로 플리바게닝 제도를 사용하고 있는 우리나라 검찰은 그 원래 목적인 ‘소송경제에 이바지’ 목적보다는 수사 성과를 목적으로 타인의 범죄를 제보하는 협조에 대한 조건부 형벌 감경 약속을 하고 있는 실정이다.

이미 법률상 약속에 의한 자백은 임의성 없는 자백이므로 증거능력이 없다는 것에 이견

이 없고, 피의자로 하여금 허위자백을 할 가능성이 높으며 헌법상 보장된 자기결정권을 위배하는 제도이다. 소송경제를 위한 플리바게닝 제도 도입은 향후 고려할 대상인 것은 사실이나, 현행 우리나라 형사사법체제에서 검사가 수사권·수사지휘권·영장청구권·기소독점권·기소재량권·형집행권 등 ‘무소불위(無所不爲)’의 권력을 갖고 플리바게닝 제도를 도입한다는 것은 인권 퇴행적 제도가 될 수밖에 없다.

◆ 주제어 : 수사권, 허위자백, 플리바게닝, 검찰의 권한남용, 약속에 의한 자백

I. 서론

‘사법 거래’, ‘유죄답변거래’라고 불리는 플리바게닝(plea bargaining)¹⁾ 제도는 복잡한 형사 사건에 협상을 통한 의사의 합치가 이뤄지면 절차적 효율성을 가져다준다는 것이 가장 큰 장점이며, 배심제도가 발달된 영미법계 국가와 일부 대륙법계 국가에서도 소송경제에 효율적 측면이 강조되어 법률적으로 인정되었다. 우리나라의 경우 플리바게닝 제도에 대한 법률적 근거가 없으나, ‘검찰청 조사실의 문 뒤에서 일어나는 존재 하지만 존재가 부정되는 비선절차’²⁾의 형태로 이뤄지고 있는 현실이다.

일찍이 플리바게닝(plea bargaining) 제도를 취해 전체 형사사건의 80~90%를 적용하고 있는 미국에서도 효과적인 배심재판의 목적으로

1) 플리바게닝(Plea Bargaining)은 국가별 특성이 있으며, 답변협상, 답변거래, 유죄협상 등 여러 가지 용어가 쓰이고 있으나 검사와 피고인간 협상이라는 점에 주목하여 이 논문에서는 플리바게닝이라는 용어로 통칭 하고자 한다.

2) 신현주, 형사소송법, 박영사, 2002, 836쪽(조국, “유죄답변협상 도입 필요성과 실현방안-자백감면절차 신설을 위한 제언-”, 재인용).

시행되고 있음에도 진실이 왜곡되고, 수사기관에 의한 권한 남용가능성이 높으며, 국가가 범죄자와 거래하는 것은 국민의 법감정에 반한다는 이유로 끊임없는 비판을 받고 있다. 이와 비교하면, '타인의 범죄사실 제보를 조건으로 구형 감형' 형태의 우리나라 검찰의 플리바게닝 수사 관행은 소송경제의 목적이 아닌 수사 성과의 목적으로 이뤄지는 것이다. 예컨대, 마약 범죄자들이나 뇌물 범죄자들은 검거된 후 구형을 적게 받거나 처벌을 받지 않을 목적으로 검찰 조사를 대비하여 일명 '작업' (범죄 정보를 제공할 수 있는 구체적 고발)을 하고 있으며, '작업'을 직업으로 삼는 일명 '야당'이 존재하고, 나아가 '야당'에게 돈을 주고 '작업'을 할 사건을 매수하는 등 또 다른 범죄를 양산하고 있다.³⁾

플리바게닝은 양당사자(검사 및 피고인)에게 사건의 처분 권한의 상당부분을 부여하기 때문에, 부득이하게 검찰 권한의 확대를 가져온다.⁴⁾ 우리나라와 같이 기형적 검찰의 수사, 기소 권력 독점 상황에서 검사의 구형 권한을 수사 과정에서의 압박으로 사용하면 비인권적 수사 방법으로 인해 피의자의 헌법·법률상 인정되는 자기결정권, 무죄추정의 원칙 등 정당한 권리를 침해하는 결과까지 발생할 수밖에 없는 제도이다.

우리나라의 플리바게닝 제도 도입에 대하여 학계에서는 반대 논거⁵⁾⁶⁾⁷⁾로 ①형사사법체계에 대한 공공의 기대가 훼손되는 점, ②자백을

3) 시사주간지, “마약의 덫보다 무서운게 바로 ‘검찰의 덫’”,

<http://blog.naver.com/jlist/10027303994> (2018. 8. 2. 검색).

4) 김면기, “플리바게닝 과정에서 검사의 실제 역할에 대한 이해 및 시사점 -미국에서의 플리바게닝 제도에 대한 논의를 중심으로-”, 서울법학 제25권 제2호, 2017, 134쪽.

5) 하태훈, “형사소송절차상의 협상제도”, 비교형사법연구 제6권 제2호, 2004, 211쪽, 233쪽.

6) 이용식, “유죄답변협상제도의 도입에 대한 비판적 검토-피해자의 관점에서 제기하는 반론-”, 형사법연구 제19권 제2호, 2007여름, 212쪽.

강요하고, 법관에 의한 재판을 받을 헌법상의 권리를 침해한다는 점, ③검사의 재량권 남용이 우려된다는 점 등의 이유로 도입의 필요성을 부정한 반면, 도입 찬성 논거⁸⁾로 ①합리적 소송을 위해 필요하다는 점, ②피의자의 헌법적 권리를 침해한다는 우려는 필요적으로 변호인을 참여시키면 된다는 점, ③검사의 재량권 남용이 우려된다는 점에 대해서는 시민단체, 언론, 국민의 법의식으로 볼 때 걱정할 필요가 없다는 점을 주장하고 있다. 하지만, 이는 수사 편의주의적 또는 기관 이기주의적 주장에 불과하다.

이러한 가운데, 효율적인 공판중심적 배심제도를 지향하고, 효율적인 수사에 도움을 준다는 명목으로 2011년 법무부는 한국판 플리바게닝 형식인 ‘내부증언자에 대한 불기소처분 및 형벌감면’ 제도⁹⁾ 법안 제출하였고 국무회의에서 의결된 적이 있으나 반대 여론이 거세 시행되지 못하였다. 그럼에도 불구하고, 대검찰청 검찰개혁위원회는 최근¹⁰⁾ 지속적으로 ‘사법협조자 형벌감면(플리바게닝) 제도안’을 도입하기 위해 추진하고 있는 것으로 보면 도입 찬반을 둘러싼 논쟁은 지속될 것으로 예상된다.

하지만, 기존 제도가 정착된 다른 나라와는 달리 우리나라는 검사가 수사권·수사지휘권·영장청구권·기소독점권·기소재량권·형집행권 등 ‘무소불위(無所不爲)’의 권한¹¹⁾을 갖고 있는 가운데 수사를 직접 담당하

7) 윤동호, 플리바게닝(Plea Bargaining) 도입론 비판, 형사법연구 통권40호, 2009가을, 3-22쪽.

8) 금태섭, “Plea Bargaining 제도와 그 도입문제”, 형사법의 신동향, 2006, 8쪽.

9) 이경렬, “내부증언자 형사면책입법의 필요성에 관한 연구”, 형사법의 신동향 통권 제53호, 2016, 29쪽.

10) 윤여진, “수사 협조하면 감형”...檢 한국형 플리바게닝 도입 추진,

http://www.edaily.co.kr/news/news_detail.asp?newsId=01305446619172512(2018. 8. 1.검색)

거나 개개의 수사행위에 과도하게 관여함으로써 발생하는 그간의 폐해를 볼 때 플리바게닝 제도가 검사의 권한을 부정하게 이용할 수 있는 수단이 될 가능성이 농후하다. 제도를 도입하기 이전에 플리바게닝 제도가 원래 가지고 있는 긍정적 영향이 우리나라만 가지고 있는 특수한 형사사법체계에서도 적용가능한지, 어떠한 오남용에 대한 위험이 있는지를 살펴보고, 플리바게닝 제도가 정착할 수 있는 현행 형사사법체계를 함께 변화하는 방법을 모색해야 할 것이다.

본 연구에서는 플리바게닝을 수사과정에서 사용하고 있는 검사의 수사 자료를 직접 접근하기 힘든 한계가 있어 가장 실현가능하며, 객관적인 자료를 취득하기 위해 ① 언론기사에서 확인된 사례와 ② 대법원 판례 검색으로 확인된 사례, ③ '2017년 검사평가사례집'¹²⁾으로 확인된 사례를 중심으로 현상을 확인하고자 하며, 플리바게닝 제도를 도입한 외국의 입법례와 시행 절차에 대해 비교 연구하고자 한다. 마지막으로 우리나라의 플리바게닝 형태와 같은 '약속에 의한 자백'에 대한 사법부의 결정에 대해 확인하고자 한다.

11) 김희수 외, 앞의 책, 142쪽.

12) 대한변호사협회, "2017년 검사평가 사례집", 대한변호사협회, 2017. '검사평가제'는 수사 및 공판과정에 직접 관여한 변호사가 수사검사와 공판검사에 대해 평가표를 통해 평가하는 구조이다. 검사평가표는 윤리성 및 청렴성, 인권의식 및 적법절차 준수, 공정성 및 정치적 중립성, 직무성실성 및 신속성, 직무능력성 및 검찰권 행사의 설득력, 친절성 및 절차진행의 융통성의 6개 평가항목에 A~E까지 5단계의 점수를 부여하도록 구성되었으며, 결과를 법무부와 대검찰청에 송부하여 인사자료로도 활용하도록 하였다. 본 연구에서는 1,146건의 사례 중 대표적 '플리바게닝' 사례를 중심으로 편집하였다.

II. 플리바게닝의 실태

최근 정부가 발표한 ‘검·경 수사권 조정 합의안’의 내용 중 검찰에게 인정된 직접수사 가능 범죄는 이른바 ‘특수사건’¹³⁾ 수사이다. 특수사건에는 크게 부패범죄, 기업형 경제범죄, 선거범죄로 나눌 수 있는데 형사사건의 물적 증거보다 진술증거 중요성이 높은 유형의 범죄라 할 수 있다. 최근 ‘검·경 수사권 조정 합의안’에서 정부가 검찰에게 특수사건 직접수사를 허용¹⁴⁾한 이유로 “특수사건에 관한 한 50년 넘게 쌓아온 검찰의 수사력을 경찰이 따라가기 어렵고, 사건 파일을 물리적으로 넘긴다고 수사 노하우나 정보력이 이전되는 것도 아니라서, 이 부분은 수사권 조정이 문제될 때마다 예외로 인식됐다.”라고 결론짓고 있다.¹⁵⁾ 하지만, 검찰의 특수사건을 처리하는 수사기법 노하우가 정말 경찰보다 뛰어난가? 이는 수사기법의 차이보다 권한의 차이라고 봄이 상당하며, 수사권한이 경찰보다 막강하기 때문에 진술증거 중요성이 높은 특수사건에서 우월한 존재가 될 수밖에 없는 것이다. 일련의 사례들로 살펴볼 때 검찰이 플리바게닝 관행을 유지하고 있는 최종은 특수사건

13) 이재덕, “[검경 수사권 조정안]검경 상호 균형·견제에 방점...막판 양측 ‘절충안’으로 타협”, 경향신문, 2018. 6. 21.

14) 「검·경 수사권 조정 합의문」 4-나-① 검사는 경찰, 공수처 검사 및 그 직원의 비리사건, 부패범죄, 경제·금융범죄, 공직자범죄, 선거범죄 등 특수사건 및 이들 사건과 관련된 인지사건(위증·무고 등)에 대하여는 경찰과 마찬가지로 직접적 수사권을 가진다.

15) 양원식, “특수수사는 누가 하나... 검·경 수사권 조정안의 모순”, <http://www.newdaily.co.kr/site/data/html/2018/06/22/2018062200096.html> (2018. 8. 1. 검색)

범위이며, 대검 검찰개혁위원회가 도입을 주장하는 죄종 역시 동일한 것으로 보면 특수사건의 수사기법 중 검찰의 플리바게닝의 방법이 차지하는 비중이 상당하다는 것을 확인할 수 있다.

1. 언론기사로 확인된 사례

1) KT&G 사장에 대한 뇌물사건 사례

각종 부정부패 사건에서 검찰의 가장 강력한 수사방법은 '타건 압박수사'이다. '타건 압박수사'는 A라는 범죄를 수사하고 싶는데 관련 증거가 부족한 경우 일단 B범죄를 먼저 수사한 증거를 확보하고, 이후 B범죄의 증거를 내세워 A범죄에 대한 수사를 진행하는 것이다.

이른바, 'PD수첩 검사'인 임수빈(前서울중앙지검 부장검사)은 '검사는 문관이다.'라는 저서에서 이러한 '타건 압박수사'는 '범죄'라는 논리로 수사과정에서 필연적으로 인권침해, 인권유린이 일어나는 살인적 수사방법이라고 주장하였다. 그 과정에서 '회사를 망가뜨리거나 가족까지 구속하겠다.'고 협박하는 것은 불리한 진술을 강요하는 것이¹⁶⁾고, 피의자의 진술거부권 행사를 방해한 것으로서 직권남용죄에 해당한다 하였으며, '타건 압박수사'로 피의자에게 견디기 어려운 심리적·정신적 고통을 가하는 것이기 때문에 '가혹행위'가 된다고 주장하였다.¹⁶⁾

이러한 '타건 압박수사' 방법으로 플리바게닝 제도를 오용한 대표적인 사례가 바로 2016년 'KT&G 사장에 대한 뇌물공여사건 사례'일 것이다.

KT&G 前 사장 K씨는 2009~2012년 협력업체, 부하 직원 등으로부터

16) 임수빈, 검사는 문관이다, 스리체어스, 2017, 98-103쪽.

각종 청탁 대가로 1억 7,900만원을 받아 챙긴 혐의(배임수재 등)와 2010년 자산매각 과정에서 관계 공무원에게 뇌물 전달을 지시한 혐의(뇌물공여)로 구속 기소되었는데, 서울중앙지방법원 재판부에서는 혐의 입증의 중요 증거인 전·현직 직원들의 진술, 협력업체들의 진술의 신빙성에 의문을 제기하였고, 신빙성이 없으며 이미 다른 혐의로 재판을 받던 관련자들이 추가 수사를 받게 되자 공박한 사정을 벗어나기 위해 허위 진술을 했을 가능성이 있다.”고 판단하여 무죄 선고를 하였다.¹⁷⁾ 검찰이 K 前사장에게 4,000만원을 줬다고 진술한 P씨는 더 큰 범죄혐의가 있었지만 검찰이 눈감았고, P씨에게 3억 6,700만원을 줬다는 진술이 있었지만 기소하지 않은 것이다. 또한 K 前사장에게 돈을 지급하는 심부름을 했다고 진술한 Y씨의 경우도 마찬가지로 별건 혐의가 있었지만 기소하지 않았다. ‘타건 압박수사’의 ‘허위 자백’의 가능성을 재판부가 인정한 사례로 검찰의 플리바게닝 수사기법을 부정한 것이다.

2) ‘피복’ 공공물자 사기사건¹⁸⁾ 피의자 방산비리 협조 사례

2014~2016년 군·경·관 등 공공물자 납품 과정에서 중국산을 국산으로 둔갑시켜 납품한 R씨의 혐의(입찰방해, 업무방해, 사기 등)에 대해 검찰은 R씨의 구형을 낮게 해 주는 대가로 R씨가 납품과정에서 군인·공무원들에게 뇌물을 공여한 진술을 다량 확보하였다.¹⁹⁾ 그

17) 정준영, “1심 무죄’ 민영진…檢, “즉시 항소할 것, 부패수사 불가”, <http://view.asiae.co.kr/news/view.htm?idxno=2016062316233384926> (2018. 8. 1. 검색)

18) 서울북부지방법원 2017. 8. 25. 선고 2017노969

19) 한재준, “군·경찰에 싸구려 중국産 납품한 브로커 항소심서 징역7년 중형”, <http://news1.kr/articles/?3087763>, (2018. 8. 1. 검색) ‘검찰은 R씨의 별건 수사에 대한 구형을 낮게 해주는 대가로 플리바게닝을 하였고 약속과 같이

후, R씨의 진술을 근거로 검찰은 수뢰자들을 구속기소하였으나 자동적으로 뇌물공여자가 된 R씨에 대해서는 실제 뇌물을 공여한 당사자이자 이익을 취득한 당사자임에도 기소하지 않고 나아가 뇌물 공여 사실에 대해 잘 알지 못하였던 바지사장 T씨를 뇌물공여자로 점찍어 구속 기소하였다.

2. 판례로 확인된 사례

검찰에서 플리바게닝수사로 가장 많은 수사 성과를 올리는 죄종은 '마약' 분야이다. 마약사범들 사이에는 검사와 플리바게닝 하는 것을 일명 '쇼당을 친다.'고 하며, 정보원 노릇을 하는 것을 '작업을 한다.'고 표현한다. 수사검사가 마약 투약사범을 검거하면 '구형량' 또는 '치료 입원'을 조건으로 또 다른 투약사범에 대한 제보를 받거나, 판매 책을 검거할 수 있도록 함정수사에 도움을 주는 행위를 하는 것이다. 과거에는 검찰에서 검거된 피의자들에게 검사가 구형권을 무기로 첩보를 제공받았다면, 현재는 '작업'만 전문으로 하는 일명 '야당'이 존재하고, 구속되어 있는 피의자가 서둘러 '야당'에게 손을 뻗어 '작업'을 한다.

이렇게 검찰이 생산한 사건의 자백 진술은 허위 자백의 유형 중 '강압에 의한 순응적 허위자백'에 속하는데²⁰⁾이 있는데, 허위자백의 위험

혐의의 중대성과는 달리 낮은 구형을 하였고 1심에서 2년 6월 선고받았으나, 항소심에서 원심을 파기하고 징역7년을 선고받았다.'

- 20) Kassin, S.M., & Wrightsman, L.S., The psychology of evidence and trial procedure. Beverly Hills, CA: Sage, 1985. (전미혜, "형벌의 감경약속과 범죄 심각성이 허위자백에 미치는 영향", 재인용), Kassin과 Wrightsman은 허위자백의 세 가지 유형을 자발적 허위자백, 강압에 의한 순응적 허위자백, 강압에 의한 내재화된 허위자백이라고 나눴으며, 무소불위의 권한을 갖은

성과 함정수사의 적법성에 대해 문제를 삼은 대표적 판결 사례는 다음과 같다.

- 1) 마약사건에서 Y가 검찰에 협조하는 과정에서 공소제기 된 사건 도중의 진술은 형사처벌이 임박한 상황에서 선처를 받기 위하여 피고인에게 불리한 허위 진술을 하였을 가능성이 적지 않을 뿐 아니라 대질 등을 통해 반대신문의 기회가 없었으므로 수사기관에서 한 진술은 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여진 것으로 인정할 수 없고, 결국 Y가 수사기관에서 한 진술이 기재된 서류들은 형사소송법 제314조에 의하여 증거능력을 인정할 수 없다.²¹⁾
- 2) 마약사건에서 피고인은 이 법정에 이르러 위 각 검찰 피의자신문조서는 약속에 의한 자백이라고 주장하면서 피고인에 대한 각 검찰 피의자신문조서에서의 각 진술기재는 구속된 피고인이 검찰의 수사에 협조 한 후 구속되어 있는 상황을 빨리 모면하기 위하여 사실과 달리 짜 맞추어 진술하였을 가능성이 있고, 그 진술에 부합하는 통화내역도 없는 바, 위 진술기재를 그대로 믿기 어렵다. 그렇다면, 믿을 수 없는 위 증거들을 제외한 검사가 제출 한 나머지 증거들만으로는 이 사건 공소사실을 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.²²⁾
- 3) 이미 범의를 가지고 있던 피고인들의 범행에 관한 정보를 알아내어 검거하였을 뿐이라는 취지의 검찰 마약수사주사와 제보자의 각

검사가 피의자에게 구형권력을 이용하여 또 다른 범죄에 대해 제보하라고 압박한다면 강압에 의한 순응적 허위 자백이 이뤄질 가능성이 있다.

21) 대법원 2011. 11. 10. 선고 2007도8552 판결.

22) 청주지방법원 2012. 2. 15. 선고 2011고단2116 판결.

진술을 믿기 어렵고 오히려 원래 중국까지 가서 메스암페타민을 구해 올 생각이 없었는데 위 마약수사주사와 제보자의 함정수사를 위한 이른바 작업에 의하여 비로소 이 사건 범행에 대한 범의를 일으켰다고 하는 피고인들의 진술이 더 신빙성이 있다.²³⁾

- 4) 수사기관(검찰)이 협조자로 하여금 피고인 甲에게 필로폰의 매수제의를 하게 한 후 필로폰을 구해 온 피고인 甲, 乙을 검거하여 필로폰 수수, 판매로 기소한 사안에서, 피고인들이 검찰수사의 대상이 된 경위, 피고인들의 전과 관계, 행위속성, 구체적 역할 등을 고려하여, 필로폰을 직접 구해 온 피고인 乙에 대하여는 이른바 '기회제공형 함정 수사'로 보아 유죄로 인정하고, 위 협조자와 피고인 乙을 알선한 정도에 그친 피고인 甲에 대하여는 이른바 '범의 유발형 함정수사'로 보아 공소를 기각하였다.²⁴⁾

3. '2017년 검사평가사례집'으로 확인된 사례

'2017년 검사평가사례집'은 대한변호사협회에서 국민의 기본권이 검찰에 의해 침해당하는 상황을 벗어나기 위해 2015년 10월 최초로 시행한 '검사평가제' 결과 확인된 1,146건의 사례를 모아 기록으로 남긴 최초의 검찰 수사사례집이다.

비록, '2017년 검사평가사례집'에서도 사건의 상세한 내용이나 조사 일시 등에 대한 사실관계를 파악하기 어렵지만 현행 검사의 권위적 수사행태가 적나라하게 나타나 있으며, 그 사례 중 검사가 수사단계에서부터 구형권한을

23) 대법원 2005. 10. 28. 선고 2005도1247 판결.

24) 서울북부지방법원 2006. 4. 13. 선고 2006노95 판결.

이용하여 피의자의 자백을 이끌어 내는 사례를 분리하여 소개하고자 한다.

- 1) 피의자신문 과정에서 피의자의 명예를 훼손하고 협박하는 발언들(구속, 실형을 언급하며 협박, 영업 못하게 하겠다고 협박)을 서슴지 않았습니다.²⁵⁾
- 2) 빨리 보고를 해야 된다는 이유로 피의자신문조서를 미리 작성한 후 피의자에게 그에 부합하는 진술을 요구하였습니다. 부합하지 않는 진술을 할 경우 피의자에게 불이익을 주겠다고 회유하였습니다.²⁶⁾
- 3) 수사과정에서 피의자에게 조폭들도 자기 앞에 와서 벌벌 떨면서 다 자백하고 갔다. 자백 안하면 가중처벌 한다고 유도하였고, “당신 가중 처벌될 것이다. 마음대로 해라.”등의 발언을 하였습니다.²⁷⁾
- 4) 밝혀진 범죄(배임증제) 이외 정보(납품업체들의 추가 비리에 대한 정보)를 조사할 때마다 피의자에게 요구하면서 사법적 딜(deal)을 하려는 모습을 자주 보였습니다.²⁸⁾
- 5) 검찰단계에서 객관적인 증거제시 및 구체적인 진술을 하고자 하자 진술을 번복하면 구형을 높이겠다고 하여 피의자의 방어권 행사를 방해하고 객관적 증거를 무시하였습니다.²⁹⁾

25) 대한변호사협회, 2017 검사평가사례집, 2017, 68쪽.

26) 위의 책, 72쪽.

27) 위의 책, 72쪽.

28) 위의 책, 73쪽.

29) 위의 책, 75쪽.

Ⅲ. 외국의 플리바게닝 제도에 대한 비교법적 고찰

1. 미국

미국은 2012년 통계에 의하면, 주 형사사건의 94%, 연방사건의 97% 정도가 플리바게닝에 의하여 해결되고 있다고 한다.³⁰⁾ 미국에 이러한 플리바게닝 제도가 정착된 것은 19세기부터³¹⁾인데, 공식적으로는 1967년 전미 변호사협회(The American Bar Association)가 플리바게닝 제도를 승인하였고,³²⁾ 1971년 미연방대법원은 Brady v. United States 사건 등에서 일정한 요건(임의성, 이해와 분별력, 사실적 기초)하에 유죄협상제도를 형사절차의 일부로서 인정하게 되었다.

미국의 플리바게닝(Plea Bargaining) 제도의 종류는 ①낮은 죄명으로 기소하는 경우, ②죄명은 그대로 두고 특정 양형이나 경한 양형을 약속하거나 또는 집행유예를 청구하거나 양형에 대한 반대의견을 제시하지 않는 경우, ③복수의 혐의 중 일부만 기소하고 나머지는 기소하지 않거나 혹은 일부에 대한 기소를 취하하는 경우로 발생하고 있으며, 유효 조건으로는 ①이해와 분별력 있는 피의자가 ②사실적 기초 하에 ③자

30) Katie Wynbrandt, From False Evidence Plot to False Guilty Plea: An Unjustified Path to Securing Convictions, 126 Yale LJ., 2016, p547(윤종행, “우리나라에서 유죄협상제도의 현실적 도입방안”, 법학연구 제51호, 316쪽, 재인용).

31) 윤종행, “우리나라에서 유죄협상제도의 현실적 도입방안”, 법학연구 제51호, 2017, 316쪽.

32) 박용철, “미국의 유죄협상제(Plea Bargaining)에 대한 제고”, 비교형사법연구 제7권 제1호, 2005.

발적이고 임의적으로 이뤄진 유죄답변일 것을 요한다.

즉, 피고인의 답변이 자발적이고 임의적으로 행해져야 하며, 검사의 부당한 위협, 압력, 약속, 기망 등에 의해 이뤄지지 않을 것을 요구하는 점, 피고인 스스로 공소사실(고의범, 과실범 구분 등)을 이해하고 있어야 하는 점, 플리바게닝(Plea Bargaining)으로 인해 직접적인 결과(형량에 대한 이해, 포기하게 되는 헌법·법률상의 권리 등)를 인식해야만 한다는 것이다.³³⁾

미국에서의 플리바게닝은 검사의 고유 업무이며, 당사자주의인 미국의 법제도의 특성과 같이 검사와 피고인간의 싸움에서 당사자들은 절차적 권리를 행사할 수도 있고 또 협상도 할 수 있다.³⁴⁾ 그러나 미국의 검사는 1차 수사를 진행하지 않는다. 미국의 경우 일반적인 범죄에 대한 1차적 수사는 경찰을 비롯한 수사기관이 담당하고 있다. 검사가 수사를 개시할 필요가 있다고 판단하는 경우에도 다른 수사기관에 수사를 요청하고 검사가 직접 수사를 하지 않는 것이 일반적이다.³⁵⁾ 검사는 경찰이 입건한 사건에 대하여 치안판사에 제출된 고소장과 이에 따른 증거를 검토하고 예비심문(preliminary hearing)에 참석하여 소추가 계속될 만한 상당한 혐의가 있다는 점을 입증하는 활동을 하고 기소가 부적절하다고 판단되면 사건을 종결한다. 기소가 적절하다고 판단되는 대배심재판인 경우에는 정식기소장(indictment)을, 배심재판이

33) 김행선, “특집 다시 사법개혁을 말한다 ; 검찰의 외국사법제도 도입방안에 대한 비판적 고찰 -사법방해죄, 허위진술죄, 플리바겐, 참고인구인제도, 영장항고제를 중심으로-”, 민주법학, 2010, 317-364쪽.

34) 박중순, “미국의 플리바게닝(Plea Bargaining, 답변협상)에 대한 연구 -발생원인을 중심으로-”, 협상연구 제19권 제1호, 2016, 7쪽.

35) 표성수, 미국의 검찰과 한국의 검찰, 육법사, 2000, 107쪽.

아닌 경우에는 통상기소장(information)을 작성하여 법원에 제출함으로써 기소(charge)가 이루어지게 된다. 이 과정에서 검사가 주체가 되어 플리바게닝을 하게 되는 것이다.

2. 영국

영국에서는 전통적으로 유죄협상제도가 광범하게 이루어져 왔는데, 근래 경미사건 재판의 경우는 90% 이상, 중범죄 사건의 경우는 80% 이상에서 플리바게닝이 이루어지고 있다.³⁶⁾

영국에서는 18세기부터 이미 플리바게닝 사례들이 존재하여 발전해 왔으나 실무상 필요에 의해 발생한 것이며, 1970년 터너(Turner)사건³⁷⁾에 대한 항소심 판례에서 비로소 처음으로 등장하였다. 그 후, 여러 시행착오와 발전을 거듭하였으며, 1994년 「형사사법 및 공공질서법」(Criminal Justice and Public Order Act)은 제48조 제1

36) 김동주, “영국의 Plea Bargaining 제도 고찰”, 형사법의 신동향, 통권 제27호, 2010, 112쪽.

37) 자동차 절도로 기소된 터너가 무죄를 주장하여 정식재판이 진행되었다. 재판 도중 터너의 변호인이 혐의를 인정할 것을 권유하였다. 그 과정에서 ‘유죄답변’ 시에는 징역형이 선고될 가능성이 적지만 무죄항변을 하다가 유죄 인정될 때는 징역형 선고가 될 것이라고 하였다. 고심 끝에 유죄 인정을 하였다. 이에 기초하여 판결이 선고되었으나 터너는 변호인이 부당한 압력을 하여 유죄답변을 했을 뿐이라고 항소하였다. 항소법원(Court of Appeal)은 터너의 주장을 배척하면서 터너가 변호인이 이야기 한 것을 판사가 이야기 한 것처럼 받아들였을 가능성이 있고, 자유로운 선택을 할 수 없었기 때문에 재판을 다시 진행하도록 결정하였다. 결정과정에서 Plea Bargaining을 다루는데 당사자들이 참고할 사항을 언급하였는데, 이를 소위 ‘터너규칙(Turner rules)’라고 한다.

항에서, 유죄답변을 한 피고인에게 선고할 형을 차등 규정하는 등 정식으로 법제화되었다.

영국의 플리바게닝은 ‘혐의에 관한 거래’와 ‘양형에 관한 거래’로 분류해볼 수 있다. ‘혐의에 관한 거래’는 ①피의자가 당초 제기된 여러 개의 혐의들 가운데 일부에 대해 자백 하는 대신 검사가 나머지 혐의들에 대한 기소를 면해주는 형태 또는 ②처음 부여된 혐의보다 가벼운 혐의를 자백하는 대신 검사가 보다 가벼운 그 혐의로 기소하는 형태, ③피의자가 혐의를 인정하는 대신 검사는 해당 범죄의 사실관계를 피의자와 합의된 내용에 따라 구성되며, ‘양형에 관한 거래’는 혐의의 내용에 아무런 변경이 가해지지 않는 상태에서 피고인이 이를 모두 자백하는 대신, 보다 가벼운 처벌을 받게 되는 형태의 거래를 말한다.³⁸⁾ 자연스럽게 ‘혐의에 관한 거래’에 대해서는 검사와 피의자측이 협상의 당사자로서의 지위를 갖게 되고, ‘양형에 관한 거래’는 판사와 피고인 측이 협상과정에서 주도적 역할을 하며, 검사는 적절한 결론이 도출되도록 조언하는 지위에 있다.

또한, 플리바게닝 협상 과정에서 투명성을 강화하고 검사의 제한규정을 <장관 지침>을 규정하여 혐의거래의 기초 사실관계는 다른 관련자들의 입장까지 포함해 매우 신중하게 고려되어야 할 것, 검찰은 허위이거나 또는 피해자의 이익에 방해가 되는 사실관계에 근거하여 혐의거래를 하면 안 될 것, 검찰은 혐의거래의 전제가 되는 기초 사실관계를 법원에 알려야 하며, 사실관계에 이견이 있는 경우 심리를 통해 결정하도록 법원에 요청할 것, 변호인은 유죄답변을 하고자 하는 사실관

38) 김동주, “영국의 Plea Bargaining 제도 고찰”, 형사법의 신동향, 통권 제27호, 2010, 128쪽.

계를 문서화 할 것, 명확성을 확실히 하기 위해 검찰측과 피고인 측은 가중, 감경요소를 문서화 할 것, 변호인에 의해 작성된 기초 사실관계에 대해 검찰 측이 동의하는 경우 서명하고, 서명된 문서 원본은 판사가 접근할 수 있도록 법원 서류와 함께 보관할 것³⁹⁾이라고 규정해 놓았다. 결국 검찰과 피고인 측 사이의 플리바게닝 협상은 법원의 승인을 받아 이뤄지는 것이다. 영국의 플리바게닝의 대상에 있어서 특별한 제한이 없으며, 시기에 있어서는 기소된 직후부터 재판이 끝나기까지 사이에 협상이 이루어질 수 있다.⁴⁰⁾ 예외적⁴¹⁾으로 2006년 중대 사기범죄에 한하여 수사과정에서의 플리바게닝을 할 수 있도록 신설 규정되었는데, 이 역시도 피의자의 범죄 실체(criminality)가 파악되기 전에 논의를 개시하여서는 안 된다.

영국에서도 미국과 같이 플리바게닝 제도의 당사자는 검사이다. 하지만, 영국도 검사는 1차 수사를 진행하지 않는다. 영국에서 범죄의 수사는 기본적으로 경찰의 책임 하에 이루어진다. 과거 영국의 경우 전통적으로 주민자치에 의한 권한 부여와 통제에 기반하여 경찰이 수사기관은 물론 기소권까지 행사해 왔으나 기소권 행사가 여러 폐단을 낳고 있다는 반성에 기인하여 1980년대 중반에 이르러 검찰조직이 탄생했다. 당시 경찰로부터 기소권을 분리시켜야 하는 주된 이유로서 수사를 담당할 경찰관이 기소여부에 대한 공정한 판단을 할 수 없다는 점이 문제로 지적되었다.⁴²⁾

39) 김동주, 앞의 글, 129쪽.

40) 위의 글, 131쪽.

41) [중하거나 복잡한 사기사건에 있어서의 Plea Discussion에 관한 법무부장관 지침 (Attorney General's Guidelines on Plea Discussions in Cases of Serious or Complex Fraud)]

42) 이동희, “모델론적 접근법에 의한 수사·기소권 체계의 개편방안 모색”, 경찰법연구 제10권 제2호, 2012, 234쪽.

3. 프랑스

프랑스에서는 2004년에 형사소송법에서 “유죄를 인정할 경우의 특례절차”에 관한 규정을 신설함으로써 소송결제를 위한 유죄협상을 제도화 하였다.⁴³⁾ 프랑스의 유죄협상제도를 살펴보면, 법정형이 장기 5년 이하의 구금형 또는 벌금형인 경죄사건에 대하여만 적용될 수 있고, 법정형이 장기 5년 이하인 경죄사건이라도 일부⁴⁴⁾ 예외적으로 적용대상에서 제외되는 등 그 적용대상 범죄가 제한적이다. 또한, 검사와의 플리바게닝 과정에서 변호인이 필수적이고,⁴⁵⁾ 피의자가 자신의 유죄를 인정하는 것이 선행조건이며, 당사자가 협상에 합의하더라도 판사의 승인결정을 받아야 하는데, 판사는 공개심리절차⁴⁶⁾에서 사실·법률관계의 검토의무가 있다.⁴⁷⁾ 판사의 승인결정은 판결과 동일한 효력을 갖지만, 판사는 양형의 적정성이 없다고 보아 거부할 수 있고, 검사와 피의자뿐만 아니라 사소당사자를 구성한 피해자 역시 승인결정에 대하여 항소할 수 있다는 점이 특징이다. 그리고 이러한 유죄인정 경우의 특례절차는 원칙적으로 검사의 기소 전에만 가능하다⁴⁸⁾는 점에서 이러한 제한이 없는 미국의

43) 김신규, “유죄협상제도에 대한 비판적 검토”, 미국헌법연구, 제22권 제2호, 2011, 102쪽.

44) 과실치사에 관한 경죄, 언론 관련 경죄, 정치 관련 경죄 및 특별법에 의하여 소추절차가 예정되어 있는 경죄 등은 예외적으로 적용대상에서 제외된다.

45) 프랑스 「형사소송법」 제495-8, 495-9 피의자의 범죄혐의 인정 진술, 검사의 형 제언, 피의자의 제언받은 형의 수락, 더 나아가 법원단계에서의 절차인 판사의 형의 승인을 위한 심리는 변호인이 참석한 가운데 이루어져야 한다.

46) 프랑스 「형사소송법」 제495-9 피의자가 검사로부터 제언 받은 형을 수락하는 경우 검사의 승인 요청에 따라 피의자는 즉시 지방법원장 또는 그에 의하여 지명된 수탁판사 앞에 출석하여야 한다.

47) 박성민, “프랑스의 신속한 사건처리절차와 시사점-프랑스의 유죄인정제도를 중심으로-”, 형사법의 신통향, 통권 제37호, 2012, 227쪽.

경우와 기소 후에만 가능한 영국과는 차이점이 있다. 결론적으로 프랑스에서 시행하고 있는 플리바게닝 협상 제도는 기소기관인 검찰의 기소 방식 중 하나의 수단이라는 성격이 강하다 할 수 있다.⁴⁹⁾

프랑스의 플리바게닝 시행 주체 역시 검찰이다. 대륙법계의 수사통제 감독모델⁵⁰⁾처럼 대표적 국가인 독일과 프랑스는 법적으로 수사권과 수사지휘권을 검사에게 부여하고 있다. 하지만, 독일이나 프랑스의 경우 기소기관인 검찰에 자체 수사 인력을 두지 않도록 함으로써 사실상 검사가 직접적인 수사를 할 수 없도록 하고 있으며, 프랑스의 경우 중죄와 복잡한 경죄사건의 수사는 수사판사가 이를 주재한다. 종합하면, 프랑스의 플리바게닝의 주체가 검사이며 기소 전 행위이지만 검사가 수사를 할 수단이 없는 수사구조로 인해 기소의 방법으로 사용하는데 그칠 뿐 아니라 판사의 승인을 받아 결정된다.

4. 독일

독일은 1970년대 후반 독일연방과 주 정부의 부채가 늘어 형사사법의 인적, 물적 확충이 어려워지고, 점점 증가하는 복잡한 사건들을 더 적은 인력으로 해결해야만 했기 때문에 소송절차를 간편하게 현저히 단축시킬 필요가 있었다. 이러한 과정을 거쳐 1997년과 2005년 독일연방 대법원의 판결로 플리바게닝 협상을 공식적으로 허용하게 되었고,⁵¹⁾

48) 일부 예외적으로 피의자의 요청에 따라 정식 기소 이후인 법원의 변론기일 전에 위 특별절차에 의하는 것이 가능하나 심리가 시작되면 허용되지 않는다.

49) 박성민, 앞의 글, 226쪽.

50) 이동희, 앞의 글, 235쪽.

51) 손미숙, “독일형사소송법의 최근 경향-협상에 관한 논의를 중심으로-”, 형사소송의 이론과 실무 제6권 제2호, 2014, 119쪽.

2009년 독일 형사소송법 제257c조(법원과 소송관계자들과의 협상)에 명문화 시켜 규정하게 되었다. 독일의 경우에는 기소이후 단계에서 형사절차 참여자들 간에 이루어지는 판사주도의 유죄협상이 주된 논의의 대상이었으며 수사 단계에서 정의가 거래의 대상이 될 수 없다는 대륙법계의 전통이 강하게 작용한 것으로 보여 진다.⁵²⁾

독일의 플리바게닝은 일반적 형사 소송이 장기화 될 가능성이 크고 복잡하며 쉽게 결말을 예측할 수 없는 사안들에 대해 변호인과 판사, 혹은 변호인과 검사 사이에서 이뤄지고 양측이 합의를 한다. 독일의 플리바게닝은 형사소송법의 대원칙인 무죄추정의 원칙이 아닌 유죄추정⁵³⁾에서부터 출발하며, 피고인이 자백을 하고 법원이 자백에 신빙성이 있다는 전제하에 일체의 증거조사를 생략하며 사전에 협의한 상한선을 넘지 않는 선에서 판결이 이뤄질 뿐 아니라, 피고인은 선고 이후 상소하지 않겠다는 다짐을 한다.

독일 형사소송법 제257c조의 조문을 보면, ①모든 협상의 구성요소는 자백이어야 하고, 유무죄 판단과 보안처분은 협상의 대상이 될 수 없다. ②협상의 내용이 되는 사안에 대해 법원이 고지해야 하고, 법원은 모든 정황과 양형 사유를 자유롭게 평가하여 형의 상한과 하한을 제시할 수 있다. ③피고인과 검찰이 법원의 제안에 동의할 때 협상은 성립한다는 내용이 주된 요지이다.

그래서 독일의 경우, 미국의 유죄협상제도와의 가장 큰 차이점이 소송관계자의 협상의 결과에 법원이 구속되지 않는다는 점이고, 검사가 아니라 법원이 협상을 주도한다는 점이다.⁵⁴⁾ 결국 독일의 협상

52) 김신규, 앞의 글, 97쪽.

53) 손미숙, 앞의 글, 115쪽.

제도는 미국과는 상이하게 유·무죄협상이 아니라 판결협상 및 양형협상의 성격을 띠고 있으며, 주도권자 역시 검사가 아니라 법원이 협상을 주도하고, 소송참여자가 협상에 동의하더라도 법원은 사실해명의 무가 있다는 점, 협상의 대상이 '유죄답변'이 아니라 '자백'이라는 점 등의 특징을 지닌다고 할 수 있다.

5. 일본

일본의 플리바게닝 제도에 대해서는 오래전부터 논의되어 왔지만 입법화되지 못하였다가 최근 '16. 5. 24. 형사소송법 개정안에 편입되어 법제화 되었고, '18. 6. 1. 정식 시행되었다. 기존에 일본에서 플리바게닝 도입을 논의한 이유는 조직범죄, 기업범죄, 뇌물사건 등 특히 밀행성이 높은 범죄유형에 있어서 공범자들이 진술거부권을 주장하는 경우에 더 이상 증언을 얻을 수단이 없고, 당연히 처벌해야 할 조직의 상위자에 대한 소추가 곤란해지기 때문이었지만, 이번 입법 논의 원인은 '과도한 조사 의존에서의 탈피'라는 이념, 즉 '조사를 대체하는 제도'로서 도입되었다.⁵⁴⁾

관련 입법 제도의 형태는 2가지로 나눌 수 있다. 첫째, '형사면책' 제도⁵⁶⁾이다. 이는 소추기관이 유죄입증에 필수불가결한 중요참고인의 증언을 확보하기 위해 강제하는 제도인데, 취득한 증언에 대해 진술자의 재판에서 사용하지 못하도록 '파생사용면책권'을 부여하는 제도이다. 둘

54) 김신규, 앞의 글, 99쪽.

55) 김범식·이경렬, "일본의 사법협조자에 대한 형벌감면제도", 형사법의 신통향 제53권, 2016, 308쪽.

56) 일본 형사소송법 제157조의2, 3.

재, 한국 검사의 관행적 플리바게닝과 유사한 ‘수사·공판 협력형 사법 협조’⁵⁷⁾이다. 피의자 또는 피고인이 제3자의 다른 사건 수사·공판에 협력하기 위해 증거나 정보를 제공하는 대가로 자신의 사건에 대해 불기소 또는 낮은 구형의 처분을 얻는 제도이다.

일본 플리바게닝 제도의 절차는 ‘형사면책’의 경우에는 검사의 청구와 법원의 결정으로 이뤄지는데 대상범죄가 한정되지 않았고, 증인신문에만 한정되어 있으며, 파생사용면책권이 파생증거에도 미치는 점이 특징이다.⁵⁸⁾ 다음으로 ‘수사·공판 협력형 사법협조’의 경우도 검사의 청구를 법원이 허가하는 방식으로 이뤄지며, 대상사건은 공무집행방해죄, 공문서위조죄, 사문서위조죄, 증수뢰죄, 사기, 배임, 횡령, 공갈 및 주로 약물·총기범죄를 중심으로 하고 조직범죄로 이뤄질 가능성이 높은 범죄와 재정 경제범죄이다. 합의는 검사와 피의자 간에 이뤄지고 변호인의 참여를 필수적으로 하고 있으며(제350조의3), 검사가 처리하는 사건의 대부분이 경찰에서 송치되는 사건이라는 점을 인정하여 일정 범위 내 경찰의 합의 가능성을 인정하고 있다.(제350조의6)

일본의 수사구조를 살펴보면, 경찰이 1차적 수사기관으로서 본래적 수사를 담당하고, 검찰은 당사자로서 공판정에서의 사실입증에 주력하는 동시에 공소유지에 필요한 범위 내에서 보충적·보정적 수사를 하는 2차적 수사기관 및 사후 통제자의 역할을 맡도록 되어져 있다. 예외적으로, 동경지검·오사카지검·나고야지검의 특별수사부는 제한된 사건(정치사범, 대형탈세사범, 경제사범)에 대해서만 독자적 수사가 가능하다. 과거 일본의 검사 역시 우리나라 현재 검사와 같이 폭넓은 직

57) 일본 형사소송법 제350조의2 - 제350조의15.

58) 김범식·이경렬, 앞의 글, 302쪽.

접수사와 독점적 수사권한을 사용해 왔었는데, 역사적으로 1960년대 이후 '공판전종론'⁵⁹⁾의 사회적 지지와 2009년 오사카지검 특별수사부 검사의 증거조작사건으로 검찰제도에 대한 대대적인 개혁이 이뤄졌다.

〈표 1〉 각국의 플리바게닝 형태 비교

	제도 유무 (도입연혁)	시행주체	검사의 1차적 수사 여부	시행시기
미국	연방형사소송규칙 제11조 (1967)	검사	×	제한×
영국	형사사법 및 공공질서법 제48조 (1994)	검사	×	기소 이후
프랑스	형사소송법 제495조 (2004)	검사	△ (자체수사력×)	기소 이전
독일	형사소송법 제257c조 (2009)	검사(구속력×)	△ (자체수사력×)	기소 이후
일본	형사소송법 제350조 (2016)	검사(경찰)	○ (제한된 사건, 제한된 부서)	제한×
한국	×	검사	◎	제한×

59) 이동화, 앞의 글, 240쪽, '검사여! 법정으로 돌아오라'라는 구호로 시작된 공판전종론은 시민사회 뿐 아니라 검찰 내부에서도 이를 지지하는 자가 적지 않았다. 이에 반대하는 주장이 '수사호지론'인데, 이를 주장하는 입장에서도 검찰의 수사 관여는 공소의 적정성을 유지할 수준에 그쳐야 하고, 법률의 전문성이 요구되는 공직비리사건이나 기업범죄에 한정된 수사권의 행사를 전제로 했다.

Ⅳ. ‘약속에 의한 자백’으로 바라본 플리바게닝

현행 검찰의 플리바게닝 관행 형태는 앞서 소개한 바와 같이 타인의 범죄를 제보하기로 약속하고 자신의 별건 혹은 본건 수사의 형량을 협상하거나 불기소, 기소유예 등 제보자에게 이익을 주기로 하는 것이다. 결국, 사회 정의를 바로잡고자 혹은 자신의 범행에 대한 반성의 의미가 아닌 ‘약속에 의한 자백’ 또는 ‘약속에 의한 제보’일 것이다.

약속에 의한 자백의 증거능력과 관련하여 검토되어야 할 것은 헌법과 형사소송법상 규정하고 있는 자백배제법칙⁶⁰⁾이다. 헌법에서는 헌법 제12조 제7항 “피고인의 자백이 고문·폭행·협박·구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법에 의하여 자의로 진술된 것이 아니라고 인정될 때 또는 정식재판에 있어서 피고인의 자백이 그에게 불리한 유일한 증거일 때에는 이를 유죄의 증거로 삼거나 이를 이유로 처벌할 수 없다.”라고 규정하고 있고, 그 중 ‘약속에 의한 자백’은 ‘기타의 방법’에 해당하고 있으며 이는 학설, 판례 모두 이견이 없다.⁶¹⁾ 대법원 판례도 “임의성 없는 자백의 증거능력을 부정하는 취지가 허위진술을 유발 또는 강요할 위험성이 있는 상태 하에서 행하여진 자백은 그 자체가 실체적 진실에 부합하지 아니하여⁶²⁾ 재판의 소지가 있을 뿐만 아니라,

60) 「형사소송법」 제309조 “피고인의 자백이 고문, 폭행, 협박, 신체구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법으로 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 이유가 있는 때에는 이를 유죄의 증거로 하지 못 한다.”

61) 주호노, “약속에 의한 자백의 증거능력”, 경희법학 제49권 제3호, 2014, 252쪽.

62) 수사기관의 약속에 의한 자백이 허위자백의 가능성이 높다는 국내외 실험연구는 Kassir, S.M., & McNall, K. .Police Interrogations and Confessions. Law and Human

그 진위 여부를 떠나서 자백을 얻기 위하여 피의자의 기본적 인권을 침해하는 위법·부당한 압박이 가하여지는 것을 사전에 막기 위한 것”⁶³⁾이라고 법의 목적성을 규정하였으며, 같은 논리로 ‘불기소 또는 경한 죄의 소추를 약속’하는 등 자백을 유도한 진술의 증거능력을 부인하고 있다.⁶⁴⁾⁶⁵⁾

자백배제법칙에 의하면 자백은 임의에 기한 자백일 것이 요구되고 있으며 이를 자백의 임의성의 법칙이라고 한다.⁶⁶⁾ 즉, 피의자가 수사과정

Behavior, 15(3), 1991; Russano, M. B., Meissner, C. A., Narchet, F. M., & Kassin, S. M., 2005. Investigating True and False Confessions Within a Novel Experimental Paradigm. Psychological Science, 16(6); 전미혜, “형벌의 감경 약속과 범죄 심각성이 허위자백에 미치는 영향”, 경기대 석사학위논문, 2008; 장훈도, “무죄 입증가능성과 형벌의 감경 약속 정도가 허위자백에 미치는 영향”. 연세대학교 대학원 석사학위논문, 2005.

63) 대법원 1998. 4. 10. 선고 97도3234 판결; 대법원 1999. 1. 29. 선고 98도 3584 판결; 대법원 2000. 1. 21. 선고 99도4940 판결; 대법원 2002. 10. 08. 선고 2001도3931 판결; 대법원 2005. 11. 10. 선고 2004도42 판결; 대법원 2006. 1. 26. 선고 2004도517 판결; 대법원 2012. 11. 29. 선고 2010도3029 판결; 대법원 2012. 11. 29. 선고 2010도11788 판결.

64) 전미혜, “형벌의 감경 약속과 범죄 심각성이 허위자백에 미치는 영향”, 경기대 석사학위논문, 2008.

65) 예를 들어, 뇌물 받은 금액을 낮추어 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물수수)을 적용하지 않고 단순수뢰죄의 가벼운 형으로 처벌받게 해 주겠다고 약속하고 자백을 유도한 사례(대판 1984. 5. 9. 선고 83도2782 판결), 별건의 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)및 사문서위조 등의 혐의로 수배중인 자에게 사기의 점에 대하여는 무혐의 처분하고 사안이 가벼운 사문서위조만을 기소하기로 약속하고, 본건에 있어 뇌물을 교부하였다는 자백을 유도한 사례(대판 2002. 6. 11. 선고 2000도5701 판결), 검찰주사가 피의사실을 자백하면 피의사실부분은 가볍게 처리하고 보호감호의 청구를 하지 않겠다는 각서를 작성하여 주면서 자백을 유도한 사례(대법원 1985. 12. 10. 선고 85도2182 판결).

66) 권영범, “현대심리신문기법과 허위자백 - 현대 심리신문기법에 의한 허위자백유발에 대한 원인분석과 형사소송법상 대응책의 검토를 중심으로-”,

에서 자백을 할 때 외부의 영향을 받지 않고 스스로 자유의사에 의해 자백하는 경우에 임의성이 있다고 판단할 수 있고,⁶⁷⁾ 반대로 자기결정이 아닌 외부적 간섭에 의해 이루어진 자백은 임의성에 의심이 있는 자백이라고 할 수 있다.⁶⁸⁾

위와 같은 논증으로 살펴본다면 현행 검찰의 플리바게닝 행태인 ‘낮은 형량을 선고받게 해준다거나, 집행유예선고를 받도록 도와준다.’는 약속에 의한 자백은 허용될 수 없으며, 검찰이 암암리에 구형 권한을 남용하는 수사관행으로 인한 허위자백의 가능성을 차단하고 수사기관의 위법수사를 억제하기 위해서 보다 엄격한 판례 기준이 필요하다. 법률상 허용되지 않는 이익의 제공을 약속하여 자백을 획득하는 것은 정당한 신문방법이 아니며, 약속된 이익이 위법하지는 않더라도 상당하지 않은 경우에도 약속한 이익이 불법한 경우와 달리 볼 것이 아니기 때문이다.

V. 결론

제도의 도입을 논의하기 이전에 우리나라 현재 형사사법체계의 특수성, 즉 검사의 무소불위 권한에서 나오는 오남용을 깊이 생각해야 한다. 앞서 살펴본 바와 같이 플리바게닝 제도를 도입한 나라들은 예외 없이 검사의 1차 수사권이 실재 하지 않으며, 일부 권한이 있더라도 수사

형사정책연구 제23권 제3호, 2012 가을, 100쪽.

67) 권영법, 위의 글, 111쪽.

68) 류전철, “자백배제법칙과 약속에 의한 자백”, 조선대 법학논총 제12권 제2호, 2005, 82쪽.

과정에서 플리바게닝을 하지 않는다. 반면, 우리나라의 특수사건(부패·경제·선거 범죄)에서의 검찰 수사와 최근 특별검사의 임명 등에 관한 법률(약칭 '특검법')에 의해 임명된 특검의 수사 행태를 보게 되면 '잃을 것이 많거나', '심약하거나', '별건으로 수사 중이거나'하는 주변의 공범 피의자에게 검사가 편의·감형·별건 불기소 등을 약속 등의 방법으로 구형권한을 오용한 수사가 이뤄지고 있는 것이 사실이다. 이 경우에 피의자는 '자기결정'을 하지 못한다. 올바른 자기 결정을 위해서는 정보제공자는 정보수령자에게 ①'정확하고', '진실하며', '실현가능한' 정보를 일정하게 제공해야 하며(고지의무), ②약속의 대상이 허용된 권한 내에 있어야 할 것이며, ③정확한 방법에 의해 제공되어야 올바른 자기 결정이 가능할 것⁶⁹⁾이지만, 현행 형사사법체계상 힘의 불균형으로 인해 피의자에게 올바른 자기결정을 기대하기 어렵다.

학계 일부에서는 비공식적이지만 실재하는 검찰의 플리바게닝에 대해 “법적 요건과 절차 없이 암암리에 은밀히 운영되고 있는 것보다 형사소송법에 규정하여 정형화·투명화 하는 것이 피의자의 인권보호와 검사의 재량남용에 도움이 된다고 주장하며,⁷⁰⁾ 실질적인 공판중심주의적 법정심리절차의 확립을 위해 플리바게닝 제도를 제도화해야 한다.”고 한다. 하지만, 지금까지 살펴본 것처럼 한국 수사구조 상 우월적 권한을 갖은 검사가 변호인 등 감시·통제 기능이 없는 상황에서 피의자에게 감형을 조건으로 진술을 얻어내는 플리바게닝 관행은 피의자로 하여금 올바른 자기결정을 하도록 기회를 주지 않고 그 진술은 허위일 가능성이 높으며, 수사기관으로 하여금 자백을 통해 수사를 마

69) 주호노, 앞의 글, 256-263쪽.

70) 조국, “유죄답변협상 도입 필요성과 실현방안-자백감면절차 신설을 위한 제안-”, 저스티스 통권 제90호, 2006, 224-249쪽.

무리하려는 유혹을 지울 수 없을 것이다. 만일, 플리바게닝 관행이 제도권 내에 들어오더라도 현재 우리나라의 수사구조 상 세계적으로 유례없이 수사권과 기소권한을 사실상 독점하고 있는 상황에서 플리바게닝 제도 시행 주체인 검사가 구형권을 무기 삼아 수사과정에서 오용할 우려가 높기 때문에 외국의 경우와 같이 검사의 직접 수사 기능을 폐지하는 수사구조개혁이 된 이후 제도 도입에 대해 검토하는 것이 바람직 할 것이다.

〈논문접수 : 2018. 8. 14, 심사개시 : 2018. 8. 17, 게재확정 : 2018. 9. 12.〉

참 고 문 헌

I. 국내문헌

1. 단행본

김희수 외, 검찰공화국, 대한민국, 삼인, 2011.

신현주, 형사소송법, 박영사, 2002.

임수빈, 검사는 문관이다, 스리체어스, 2017.

표성수, 미국의 검찰과 한국의 검찰, 육법사, 2000.

대한변호사협회, 2017년 검사평가 사례집, 대한변호사협회, 2017.

2. 논 문

권영법, “현대심리신문기법과 허위자백 - 현대 심리신문기법에 의한 허위자백유발에 대한 원인분석과 형사소송법상 대응책의 검토를 중심으로 -”, 형사정책연구 제23권 제3호, 2012 가을.

금태섭, “Plea Bargaining 제도와 그 도입문제”, 검찰미래기획단, 2006.

김동주, “영국의 Plea Bargaining 제도 고찰”, 형사법의 신통향, 통권 제27호, 2010.

김면기, “플리바게닝 과정에서 검사의 실제 역할에 대한 이해 및 시사점 - 미국에서의 플리바게닝 제도에 대한 논의를 중심으로 -”, 서울법학 제25권 제2호, 2017.

김신규, “유죄협상제도에 대한 비판적 검토”, 미국헌법연구, 제22권 제2호, 2011.

김행선, “특집 다시 사법개혁을 말한다 ; 검찰의 외국사법제도 도입방안에 대한 비판적 고찰 -사법방해죄, 허위진술죄, 플리바겐, 참고인구인

- 제도, 영장항고제를 중심으로-”, 민주법학, 2010.
- 류전철, “자백배제법칙과 약속에 의한 자백”, 조선대 법학논총 제12권 제2호, 2005.
- 박성민, “프랑스의 신속한 사건처리절차와 시사점-프랑스의 유죄인정제도를 중심으로-”, 형사법의 신동향, 통권 제37호, 2012.
- 박용철, “미국의 유죄협상제(Plea Bargaining)에 대한 제고”, 비교형사법연구, 제7권 제1호, 2005.
- 박종순, “미국의 플리바게닝(Plea Bargaining, 답변협상)에 대한 연구 -발생 원인을 중심으로-”, 협상연구 제19권 제1호, 2016.
- 손미숙, “독일형사소송법의 최근 경향-협상에 관한 논의를 중심으로-”, 형사소송의 이론과 실무, 제6권 제2호, 2014.
- 윤동호, “플리바게닝(PleaBargaining)도입론 비판”, 한국형사법학회 형사법연구, 2009가을.
- _____, “수사협조범죄자 기소면제 및 형벌감면 법제화 비판”, 비교형사법연구 제13권 제2호, 2011.
- 윤종행, “우리나라에서 유죄협상제도의 현실적 도입방안”, 법학연구 제51호, 2017.
- 이경렬, “내부증언자 형사면책입법의 필요성에 관한 연구”, 형사법의 신동향 통권 제53호, 2016.
- 이동희, “모델론적 접근법에 의한 수사기소권 체계의 개편방안 모색”, 경찰법연구 제10권 제2호, 2012.
- 이용식, “유죄답변협상제도의 도입에 대한 비판적 검토-피해자의 관점에서 제기하는 반론-”, 형사법연구 제19권 제2호, 2007여름.
- 장훈도, “무죄 입증 가능성과 형벌의 감경 약속 정도가 허위자백에 미치는

영향”, 연세대학교 대학원 석사학위논문, 2005.

전미혜, “형벌의 감경약속과 범죄 심각성이 허위자백에 미치는 영향”, 경기대학교 대학원 석사학위논문, 2008.

조국, “유죄답변협상 도입 필요성과 실현방안-자백감면절차 신설을 위한 제안-”, 저스티스 통권 제90호, 2006.

주호노, “약속에 의한 자백의 증거능력”, 경희법학 제49권 제3호, 2014.

하태훈, “형사소송절차상의 협상제도”, 비교형사법연구 제6권 제2호, 2004.

3. 기타

이재덕, “검경 수사권 조정안]검경 상호 균형·견제에 방점...막판 양측 ‘절충안’으로 타협”, 경향신문, 2018. 6. 21.

<http://blog.naver.com/jlist/10027303994> (2018. 8. 2. 검색).

http://www.edaily.co.kr/news/news_detail.asp?newsId=01305446619172512
(2018. 8. 1. 검색).

<http://www.newdaily.co.kr/site/data/html/2018/06/22/2018062200096.html>
(2018. 8. 1. 검색).

<http://view.asiae.co.kr/news/view.htm?idxno=2016062316233384926>
(2018. 8. 1. 검색).

II. 외국 문헌

1. 단행본

Kassin, S. M., & Wrightsman, L. S., The psychology of evidence and trial procedure. Beverly Hills, CA:Sage, 1985.

2. 논문

Kassin, S. M., & McNall, K.. "Police Interrogations and Confessions. Law and Human Behavior", 15(3): Russano, M. B., Meissner, C. 1991.

Katie Wynbrandt, "From False Evidence Plot to False Guilty Plea: An Unjustified Path to Securing Convictions", 126 Yale LJ., 2016.

Narchet, F. M., & Kassin, S. M.. "Investigating True and False Confessions Within a Novel Experimental Paradigm.", Psychological Science 16(6), 2005.

< ABSTRACT >

A Critical Review on Prosecutorial Plea-Bargaining

Lee, Sang-Yoon

The paper criticized various aspects of the prosecution's 'plea-bargaining investigation' into the case. Unlike other countries that implemented the system, the prosecution's plea-bargaining was confirmed through press reports, precedent and literature to confirm that it was not for the purpose of the 'procedure economy' but for 'investigation performance'.

The U.S., Britain, France and Germany, which already implement the system, do not conduct 'directly investigations', or define the process of implementing the system as a part of the prosecution. This is because the suspect, the right choice, fails to make a "self-determination" due to the imbalance of authority and inconsistency in the information delivery system.

In this context, "confession with promise" in the nation's criminal law system is classified as Confession without admissibility of evidence, and the prosecution's current investigation practices will increase the risk of false confession for suspects.

Therefore, it would be first for the prosecution to establish a criminal justice system that can restrain the prosecution's exclusive authority before discussing the need to introduce a screwdriver-logging system to enhance the efficiency of the legal economy.

◆ Key Words : Investigation Authority, False Confession, Plea Bargaining, abuse of the Prosecution's Authority, Confession with Promise

