

한미주둔군지위협정(SOFA) 제22조 형사재판권의 형사법적 문제와 개선방안

박성민*

국 | 문 | 요 | 약

원래 형법의 적용에 있어 국제적으로 확립된 속지주의 원칙에 따르면 우리 땅에서 발생한 미군범죄는 당연히 우리의 형법을 적용하여야 한다. 하지만 접수국인 우리나라와 파견국인 미국은 재판관할권, 수사 및 공판절차에 대해 별도의 협정을 맺어 관리하고 있으며, 그 협정이 바로 한미주둔군지위협정(SOFA)이다.

한미주둔군지위협정은 본협정문의 내용만 보면 일본과 독일에 비해 불평등하다고 할 수 없지만, 합의의사록이나 양해사항 등의 부속문서에는 독소조항들이 산재해 있다. 본 논문에서는 한미주둔군지위협정에 관한 문제를 종래 협정의 성격 및 협정 전반의 불평등성이나 다른 국가와의 형평성의 관점에서 서술하거나, 단순히 재판관할권과 절차상의 문제를 피상적으로 취급하지 않는다. 본 논문에서는 각각의 절차를 세분화하여 협정문과 그 부속문서를 상세히 분석하였고 이에 따라 문제점과 개선책을 제시하고 있다.

먼저 재판관할권과 관련한 보편적인 문제를 살핀 후에 수사절차에 있어 구금의 문제, 심문 및 신문절차상의 문제, 증거개시제도와 관련한 문제, 공판절차에 있어서는 기소 후 구금요건의 엄격함과 구금기간의 문제, 피고인에 대한 신문의 문제, 검사의 상소권 및 법관의 양형판단을 제한하는 문제 및 공판절차의 정지와 관련한 문제를 다루었으며, 증거법과 관련해서는 증거능력을 부당히 제한하는 문제를 다루었다. 그리고 각각의 문제에 대한 개선책을 나름대로 실시하였다.

본 논문의 개선책들은 한미간의 역학관계를 고려하면서도 대체적으로는 우리 형사소송법의 수준에 맞는 절차를 구현하고자 하고 있다. 한미주둔군지위협정의 형사관할권 문제는 대한민국의 속지주의와 미국의 속인주의의 충돌점점에 대한 해결이라고 하지만, 결국은 어느 일방의 양보와 희생을 요구한다. 본 논문에서 한미주둔군지위협정에 대한 문제점과 그 개선방안에 대한 요구는 미국의 양보가 담보되어야 가능한 일이다.

❖ 주제어 : 한미주둔군지위협정, 재판관할권, 합의의사록, 양해사항

* 경북대, 목포대 강사, 법학박사

I. 서론

분단 후 미군이 우리나라에 주둔한지 60년이 넘었다. 이 기간동안 미군의 존재는 우리 사회계층간 갈등의 중요한 요인으로 작용하여 왔다. 외국군 주둔을 주권국가의 자주권이나 조국의 분단현실이라는 관점에서 접근하는 것은 언제나 그렇듯이 접점을 찾기 어렵다. 우리나라에서 미군의 존재는 한반도 주변을 둘러싼 열강의 역학관계를 고려한 정치적 결단이라고 할 수 있으며, 이런 점에서 미군주둔의 정당성이나 필요성을 논하는 것은 국제정세에 대한 이해가 필수불가결한 전제가 된다. 필자의 식견이 그에 미치지 못함으로 이 논문에서는 미군 주둔의 당위성은 고려하지 않는다.

그런데 미군의 주둔과 관련해서 국민생활에 직접적인 영향을 미치면서도 주권국가의 국민으로서 자존감에 상처를 입히는 문제가 있는데, 주둔군인 미군과 그 가족에 의한 범죄가 그 중 하나이다. 일부에서는 미군범죄(이하에서는 미군의 구성원과 군속 그 가족에 대한 범죄를 모두 미군범죄로 칭함)를 미군주둔의 당위성과 결부시키지만, 이와 같은 논리는 미군범죄로 인한 국민적 위화감을 정치적으로 이용하려는 것으로서 학문적 순수성을 훼손할 수 있다. 본 논문도 미군범죄의 처리과정에서 나타나는 여러 형사법적 문제를 비판적인 관점에서 고려하지만, 이러한 점 때문에 본격적인 논의에 앞서 학문적 순수성을 훼손하는 담론의 확장은 경계하고자 한다.

원래 형법의 적용에 있어 국제적으로 확립된 속지주의 원칙에 따르면 우리 땅에서 발생한 미군범죄는 마땅히 우리 사법체계 내에서 우리의 형법을 적용하여야 한다. 하지만 접수국인 우리나라와 파견국인 미국은 재판관할권, 수사 및 공판절차에 대해 별도의 협정을 맺어 관리하고 있는데, 그 협정이 바로 한미주둔군지위협정(SOFA)이다.

한미주둔군지위협정은 한국전쟁당시 주한미군범죄에 대하여 미군당국의 배타적 관할권을 인정한 「주한미군의 관할권에 관한 한미협정」(소위 대전협정)을 대체하기 위해 1966년 7월에 체결되어 1967년 2월에 발효되었다. 이후 1991년과 2001년 두 번의 개정을 거쳐 오늘에 이르고 있지만, 여전히 협정에 대한 국민의 개정요구는 계속되고 있다. 이는 개정 이후 발생한 미군범죄에 대해 국민들이 납득할 만한 결과

가 없었기 때문이다. 91년 협정개정후 발생한 윤금이씨 사건¹⁾이나 2001년 개정후 발생한 효순 미선양 사건²⁾은 새로운 협정의 시험대가 되었지만, 당시 보여준 미군 당국의 폐쇄적이고 비협조적인 태도, 그리고 우리 수사기관과 사법당국의 무기력한 모습은 개정된 협정에 대한 국민적 기대를 충족시키지 못하였다.

한편 학계에서는 한미주둔군지위협정은 불평등한 협정이라는 시각이 있는가 하면³⁾ 그렇지 않은 입장도⁴⁾ 있다. 후자의 입장에서는 한미주둔군지위협정의 내용이 독일이나 일본에 비해 불평등하지 않다는 것인데, 물론 본 협정문의 내용만 보면 이러한 견해도 타당성을 가질 수 있다. 그러나 한미주둔군지위협정은 합의의사록(Agreed Minutes)이나 양해사항(Understandings) 등의 부속문서가 본 협정문의 내용을 보완하고 있으므로 이를 면밀히 살펴보아야 그 허실을 제대로 짚어낼 수 있다.

종래 한미주둔군지위협정에 대한 논의는 주로 국제법 학자들에 의해 주도됨으로써 그 문제점이 협정의 성격 및 협정 전반의 불평등성이나 다른 국가와의 형평성의 관점에서 다루어져 왔다고 볼 수 있다. 그러나 본 논문에서는 협정의 불평등성이나 형평성보다는 우리 형사소송절차와의 차이점을 면밀히 살피고, 그 개선방안을 제시 하는데 중점을 두고자 한다.

- 1) 1992년 동두천에 거주하던 술집종업원 윤금이씨가 미군 케네스 마클에 의해 잔인하게 살해되었다. 이후 케네스 마클은 징역 15년을 선고받고 복역중, 미군당국이 배상금을 지급했다는 이유로 2006년 8월 가석방되어 출국하였다. 당시 케네스 마클은 수형태도가 좋지 못했음에도 인터넷을 통해 영자신문에 사과개정에 반대하는 글을 기고하거나 스스로 요리를 해서 먹을 수 있는 등 일반 수형자와 다른 대우를 받아 국민적 공분(公憤)을 사기도 하였다.
- 2) 2002년 6월 경기도 양주에서 당시 여중생이던 신효순·심미선양이 훈련을 위해 이동중이던 미군장갑차에 치어 사망한 사건이다. 당시 장갑차의 운전병과 관제병은 공무수행중에 발생한 사건이라는 이유로 우리 사법당국이 아닌 미군당국에 의해 재판을 받았고, 무죄가 선고되었다. 미군에 의한 공무수행중 발생한 사건이라는 점을 감안하더라도 무죄판결이 내려진데 대해 납득할 수 없다는 의견이 많았다.
- 3) 김병렬, “SOFA협정의 형사재판권에 관한 소고”, 국방연구 제36권 제1호, 211면 이하; 성재호, “한미주둔군지위협정의 형사관할권 문제”, 서울국제법연구 제5권 제2호, 1998, 45면 이하; 이장희, “한미SOFA와 타국SOFA의 비교·형사관할권과 시설, 구역의 불평등성을 중심으로”, 외법논집 제13집, 2002. 12, 1면 이하.
- 4) 손봉선, “한미 행정협정 형사재판권에 관한 연구”, 경찰법연구논집 제1호, 2007, 161면 이하.

II. 한미주둔군지위협정 제22조의 내용과 문제점

1. 재판관할권의 경합과 개선방향

가. 속지주의와 적극적 속인주의의 경합

한미 주둔군지위협정 제22조 제1항 (가)목과 (나)목을 보면, (가)목에서는 합중국 군 당국이 합중국 군대의 구성원, 군속 및 그들의 가족에 대하여 형사재판권 및 징계권을 형벌에 대한 집행권한을 포함하는 의미- 행사할 권리를 가진다고 규정하면서, (나)목에서는 대한민국 당국이 미군 등에 대한 재판권을 가진다고 규정하고 있다. (가)목은 적극적 속인주의에 따라 미군당국에 재판권이 있음을 규정하고 있고, (나)목은 속지주의에 따라 대한민국에 재판권이 있음을 밝힘으로써 재판권의 경합을 명문으로 인정하고 있다.

이러한 경합은 해당 국가의 형법적용법에 따르면 필연적인 결과라 할 수 있다. 일반적으로 개별 국가의 형법적용법은 재판관할권이 경합할 것을 예상하더라도 자국형법을 우선 적용하도록 규정하고 있고, 국제사회도 원칙적으로 이를 인정하고 있다.⁵⁾

이러한 입법태도는 기본적으로 타국의 형사사법체계의 불신과 자국민보호에 기인한 것이라 할 것이다. 그러나 실제 재판관할권이 경합하는 경우가 있으면 대개 속지주의에 따라 범죄지 국가의 재판권을 존중한다고 할 수 있다.⁶⁾ 하지만 한미주둔군지위협정처럼 실제로 경합을 예상해서 별도로 규정을 마련한 경우에는 재판권에 대한 적절한 조정이 필요하게 되고 이하의 조문은 이를 규정하고 있다.

5) 국제사법재판소는 1927년 선고한 Lotus호 판결을 통해 국제법상 명시적인 금지가 없는 한 외국관련 범죄에 대한 국내형법의 적용이 가능한 것으로 보았다. 반면에 해당 판결은 속지주의의 보충원칙인 기국주의를 원용한 결과일 뿐, 외국관련 범죄에 대해 개별국가의 광범위한 재판권을 인정한 것은 아니라는 입장도 있다.(조상제/천진호/류전철/이진국, 「국제형법」, 준커뮤니케이션즈, 2010, 13면 이하 참조)

6) 위 각주5)의 Lotus호 판결의 의미를 속지주의의 보충원칙인 기국주의를 원용한 결과로 제한적으로 해석하는 입장에 의하더라도 최소한 속지주의가 외국관련범죄에 대해 재판관할권의 준거점이라는 점은 부정하지 않는다.

나. 전속적 재판관할권의 배제

협정문과 부속문서 전반을 살펴보면 재판관할권이 경합하는 경우뿐만 아니라 우리나라가 전속적 재판관할권을 가지는 경우에도 미군당국에 양보하거나 미군의 재판관할권에 의해 대한민국의 재판관할권이 제한되고 있다.

먼저 협정문 제22조 제1항 (가)목에 관한 합의의사록의 내용을 보면 “합중국 법률의 현상태하에서 합중국 군당국은 평화시에는 군속 및 가족에 대하여 유효한 형사재판권을 가지지 아니한다고 하고 있다.” 이 규정대로라면 협정문의 규정에도 불구하고 평시에는 미군을 제외한 군속과 가족에 대한 대한민국의 전속적관할권을 인정하는 것으로 이해할 수 있다.⁷⁾ 그러나 해당규정에 대한 합의의사록 후단과 이에 대한 양해사항을 보면 추후 미국의 입법이나 헌법개정, 심지어 관계당국의 ‘결정’에 의해 재판권의 범위가 변경되면 대한민국 정부에 통고하고, 이러한 통고가 있으면 합중국 군당국이 재판권을 행사하는 것으로 합의함으로써 대한민국의 평시 미군군속과 그 가족에 대해 가지는 재판권이 절대적이지 않음을 천명하고 있다.

또한 협정문 제2항의 (나)목을 보면 대한민국의 법령에 의하여서는 처벌할 수 있으나 미국의 법령에 의해서는 처벌할 수 없는 범죄에 대해서 대한민국이 전속적 관할권을 가진다고 규정하면서도 합의의사록에서는 미군이 별도의 행정적·징계적 제재를 가하면 그 유효성을 인정하여 재판권을 포기할 수 있음을 규정하고 있다. 이는 1차적으로 대한민국의 전속적관할권을 인정하지만, 미군당국에 의한 제재의 유효성도 함께 인정해달라는 것이다. 예컨대 우리나라에서 한국국적의 여자와 간통한 미군에 대해 미군당국이 별도로 징계하고자하여 재판권포기를 요청하면, 대한민국은 재판권을 포기할 수 있다는 것이다. 물론 미군당국의 재판권포기요청에 대해서는

7) 협정문 제22조 제1항 (가)목의 내용-합중국 군 당국이 합중국 군대의 구성원, 군속 및 그들의 가족에 대하여 형사재판권 및 징계권을 행사할 권리를 가진다-과 이에 관한 합의의사록의 내용이 상충하는 것으로 이해해서는 안된다. 먼저 합의의사록에서 미군 군속과 가족에 대한 평시 재판관할권을 부인함으로써 상대적으로 대한민국의 전속적 재판관할권을 인정한 것(김민서, “주한미군지위협정과 전속적 관할권”, 국제법학회논총, 제51권 제2호(통권 제105호), 2006, 58면은 명백히 이와 같은 입장에 있다)는 Blackmer사건(Blackmer v. United States, 284 U.S. 421, 437) 이후 미 연방대법원의 확립된 입장에 기인한 것이다. 이 사건에서 법원은 자국민이 해외에서 저지른 범죄에 대해서는 별도의 법률이 존재하지 않는 한 미국법원의 형사재판권을 부인하고 있으며, 합의의사록의 내용은 이러한 입장을 반영한 것에 불과하다.

최대한 자제해 줄 것을 양해각서에 명시하고 있지만, 미군당국의 요청자체를 금지하거나 제한하는 것은 아니어서 그 실효성에 의문이 갈 수 밖에 없다.

다. 경합적 관할권의 양보 또는 배제

그리고 협정문 제3항은 경합적 관할권에 대해 규정하고 있는데 동항 (가)목의 (2)호에서는 원래는 대한민국이 관할권을 가지는 범죄라 하더라도 공무집행중의 작위 또는 부작위에 의한 범죄에 대해서는 미군이 재판관할권을 가진다고 규정하고 있다. 2002년 효순미선양 사건의 경우에도 공무상 발생한 사건이라는 점을 근거로 하여 미군이 재판권을 행사했다. 공무상 범죄에 대해 미군이 재판관할권을 가지는 것은 군무(軍務)가 가지는 은밀성과 독자성을 고려하면 충분히 수용가능한 일이다. 하지만 공무집행중이라 하더라도 임무수행과 직접적인 관련이 없는 행위에 대해서는 본조의 공무집행중의 범죄에서 제외해야 할 것이다. 다행히 이에 대해서는 합의의사록과 양해사항을 통해 명확히 규정하고 있다.⁸⁾ 따라서 임무수행 중 재물을 훔치거나 고의로 인명을 살상하는 경우에는 동조의 공무의 범위에 포함되지 않는다.

문제는 공무증명서의 발급권한이 미군의 장성급 장교에게만 있으며, 우리 법원은 공무판단에 관여할 여지가 없다는 점이다.⁹⁾ 이는 미일SOFA가 공무증명서를 발급할 때 일본 형사소송법 제318조(법관의 자유심증주의)에 반해서는 안된다는 규정을 둠으로써¹⁰⁾ 공무의 최종판단에 일본 법원이 관여할 수 있는 길을 열어두고 있는 것과는 대조적이다.¹¹⁾

한편 공무증명서의 발급에 대한민국 당국이 관여할 수 없다면 최소한 그 유효성 여부에 대해서는 이의를 제기할 수 있어야 할 것이다. 공무집행증명서의 유효성 판단에 대해서는 제3항 (가)목에 관한 합의의사록 제2호 및 양해사항 제3호에 자세히

8) 제3항 (가)목에 대한 합의의사록에는 “공무’라 함은 합중국군대의 구성원 및 군속이 공무집행중에 행한 모든 행위를 포함하는 것을 말하려는 것이 아니고, 그자가 집행하고 있는 공무의 기능으로서 행하여질 것이 요구되는 행위에만 적용되는 것을 말한다”고 하고 있고, 양해사항에는 “어떤 자가 특정한 임무수행을 요구하는 행위로부터 실질적으로 이탈한 경우, 이는 통상 그 자의 ‘공무’밖의 행위를 뜻한다”고 하고 있다.

9) 한미주둔군지위협정 제22조 제3항 (가)목에 관한 합의 의사록 및 양해사항 참조.

10) 미일SOFA 제17조 제3항 (가) ii 합의의사록.

11) 이장희, 앞의 논문, 18면.

규정하고 있다. 이를 살펴보면 대한민국 검찰총장에 의해 공무집행증명서에 대한 반증이 제시되면 합중국외교사절과 대한민국 관리가 해당증명서의 유효성을 재검토하지만, 검토에 의해 합의에 도달하지 않으면 증명서는 ‘결정적’이라고 본다. 또한 검사가 공무에 대한 이의를 제기하는 경우에도 협의를 할 수는 있지만, 해결에 도달하지 않으면 공무증명서가 제출된 날로부터 30일이 경과하는 시점에 미군이 임의로 재판할 수 있음을 규정하고 있다. 즉 대한민국에 미군의 공무판단에 대해 반증이나 이의가 있어도 미군과의 협의를 통해 합의에 도달하지 못하면 궁극적으로 해당공무집행증명서의 공무증명이 확정된다는 것이다. 이러한 협정문의 태도는 공무판단에 대해서는 미국의 입장을 수용하라는 것이나 마찬가지이다.

한편 협정문 제3항 (나)목에 따르면 미군의 미군에 대한 범죄와 공무집행중의 범죄 외에는 대한민국이 재판권을 가진다고 규정하고 있다. 그러나 합의의사록에는 합중국 군당국의 요청이 있으면, 대한민국 당국이 재판권을 행사함이 특히 중요하다고 결정하는 경우를 제외하고 대한민국의 재판관할권 포기가 규정되어 있다.¹²⁾ 협정문이 인정한 대한민국의 재판권에 대해 합의의사록은 예외적인 재판권 포기사유를 규정한 것이 아니라, 오히려 대한민국의 재판권포기를 일반화하고 예외적인 경우-대한민국 당국이 재판권을 행사함이 중요하다고 결정한 경우-에 대한민국의 재판권을 인정하는 것이다. 이는 주객이 전도되고 본말이 뒤바뀐 규정이라 할 수 있다. 또한 합의의사록은 미군당국의 요청에 대해 재판권의 포기를 고려하는 것이 아니라 재판권을 ‘포기한다’고 규정하고 있다. 이는 결국 미국의 적극적 속인주의에 대해 대한민국의 속지주의가 배제됨을 의미하는 것이며, 미군에 의한 전속적 재판관할권을 인정하는 것이라 평할 수 있다.

라. 개선방향

먼저 대한민국의 법령으로는 처벌할 수 있으나 미국의 법령에 의해서는 처벌할

12) 제3항 (내)에 관한 합의의사록 제1호 “대한민국 당국은, 합중국 군법에 복하는 자에 관하여 질서와 규율을 유지함이 합중국 군 당국의 주된 책임임을 인정하여, 제3항 (내)에 의한 합중국 군 당국의 요청이 있으면 대한민국 당국이 재판권을 행사함이 특히 중요하다고 결정하는 경우를 제외하고, 제3항 (내)에 의한 재판권을 행사할 제1차적 권리를 포기한다”.

수 없는 범죄에 대해 미군제재의 유효성을 인정하여 대한민국의 재판관할권을 제한하는 규정은 삭제하는 것이 바람직하다. 대한민국의 법령으로는 처벌할 수 있으나 미국법령에 의해서는 처벌할 수 없는 범죄구성요건들은 대부분 대한민국의 전통적인 정서와 관련있는 것이라 할 수 있다. 부부간의 정조의무를 보호법적으로 하는 간통죄나 사무처리자의 배신행위를 본질로 하는 배임죄 등이 그것인데, 이러한 범죄에 대한 재판관할권의 포기는 국민의 법감정을 해치는 결과를 가져올 수 있다. 특히 미군의 처벌이 형사제재 뿐만 아니라 단순히 행정적 제재나 징계를 포함하는 의미라는 점도 문제가 있다. 범죄에 합당한 제재가 이루어지지 않는다면 언제든지 동일범죄가 재발할 수 있다는 점을 염두에 두어야 한다. 이 경우 대안으로는 본 규정을 삭제하여 대한민국의 1차재판관할권을 확정하되, 판결이 확정되면 처벌을 유예하여 국외로 추방·추방의 형식이 미군당국의 입장에서는 다른 해외근무지로의 전출이 되었든, 불명예제대가 되었든 상관없다 하는 것이 있을 수 있다.

다음으로 공무집행중 범죄에 대해서는 미군당국의 1차재판관할권을 존중하되, 공무판단에 우리 법관이나 관리가 관여할 여지를 남겨둘 필요가 있다. 우선적으로 이러한 관여는 이미 발급된 공무증명서를 대상으로 하는 협의가 아니라, 공무증명서의 발급 이전에 우리 관리가 공무판단의 심사에 참관하는 형태가 되어야 할 것이다. 이러한 우선책이 받아들여질 수 없다면, 차선책으로 이미 발급된 공무증명서의 유효성판단에 개입하는 것도 고려되어 질 수 있다. 다만 이러한 경우 미군당국은 우리 관리가 제기한 이의나 반증을 유효성 판단에 우호적으로 고려할 것이 아니라 최대한 존중의 입장에서 처리하여야 할 것이다.

한편 공무증명서의 발급주체도 개정해야 한다. 현재 공무증명서의 발급주체는 장성으로 되어 있어 표면적으로는 보다 책임있는 자에 의한 공무증명의 형태를 갖추고 있다고 할 것이다. 그러나 그 이면에는 해당 업무에 대한 이해도가 낮은 일반 장성을 주체로 함으로써 정확한 공무판단을 저해하고 정치적이고 자의적인 판단이 개입될 여지가 있다. 따라서 해당미군의 공무여부를 가장 잘 이해하고 있는 부대지휘관에게 공무판단의 권한을 부여하는 것이 바람직하다.¹³⁾

13) 이장희 교수는 공무판단의 주체를 특정 장성으로 할 것을 주장하는데(이장희, 앞의 논문, 29면), 개선방향의 의미는 동일하다고 할 것이다.

마지막으로 대한민국이 1차재판관할권을 가지는 사건에 대해서는 전도된 본말을 바로잡을 필요가 있다. 우리가 1차재판관할권을 가지는 사건에 대해서는 미군당국의 재판권 포기요청에 따른 포기의무 규정을 삭제해야 하며, 예외적으로 미군 당국이 재판권을 행사함이 특히 중요하다고 판단하여 대한민국 당국에 재판권포기를 요청하면 우호적으로 고려하도록 해야 할 것이다. 종종 한미행정협정의 부속문서가 본 협정문의 내용을 형해화 시키는 경우가 있는데, 이러한 입법태도는 입법기술을 이용한 대국민 사기라 할 수 있다. 이러한 입법태도는 협정에 대한 불신을 조장한다는 점에서도 시정되어야 할 것이다.

2. 기소 전 수사절차상의 문제점과 개선방향

가. 구금절차에서의 문제점

1) 기소 전 구금요건의 강화

대한민국이 재판권을 행사함이 특히 중요하다고 결정하는 경우라 하더라도 예를 들면 살인이나 강간 등 대한민국의 수사기관이 피의자인 미군을 직접 수사하기란 쉽지 않다. 미군범죄에 대해서는 기소 전단계에서 피의자인 미군의 신병을 확보하기가 사실상 불가능하기 때문이다. 미군범죄에 있어 기소 전단계의 피의자의 구금과 관련해서는 합의의사록에 별도로 규정하고 있다.

먼저 우리 수사기관이 피의자를 범행현장이나 도주 직후 또는 미군통제구역으로의 복귀 전에 체포한 경우에 피의자를 계속 구금(구속)하기 위해서는 ‘살인과 죄질이 나쁜 강간죄를 범하였다고 믿을 상당한 이유가 있고’, ‘증거인멸, 도주 또는 피해자나 잠재적인 증인의 생명 신체 또는 재산에 대한 가해 가능성을 이유로 한 구금의 필요성이 있다고 인정’되어야 하며, ‘피의자에 대해 공정한 재판을 받을 권리가 보장’되어야 한다.¹⁴⁾ 여기서 피의자의 범죄혐의에 대한 상당성이나 구금필요성의 판단은 대한민국의 법령에 따른 사법적 결정에 따를 것을 규정하고 있다. 종래 협정문의 내용이 우리 사법부의 판단에 우호적이지 않은 점을 감안하면 이 규정은 상당히

14) 제5항 (다)목에 관한 합의의사록 참조.

인상적이다.

문제는 현행법 체포 후 구금이 가능한 대상범죄를 살인과 죄질이 나쁜 강간범죄에 국한시키고 있는 것이다. 각주 23)의 표에서 보듯이 살인이나 강간범죄는 미군범죄의 극히 일부분에 해당한다. 특히 강간범죄의 경우에는 죄질이 나쁜 경우로 한정함으로써 강간 범죄 일반에 대한 적용을 배제하고 있다. 이 조항의 실효성에 대한 의문이 생길 수밖에 없는 상황이다. 더구나 해당 합의의사록에서는 죄질이 나쁘다는 것이 무엇을 의미하는지 구체적으로 밝히고 있지 않다. 기준이 구체적이지 않다면, 본 규정에도 불구하고 대한민국의 수사기관이 이를 적용하여 피의자를 구금하는 것이 쉽지 않을 것이다. 결론적으로 본 규정은 기존의 관행 아닌 관행처럼 여론의 향배(向背)에 따라 구금여부를 결정하겠다는 것을 자인하는 것이다. 과거 윤금이씨 사건이나 최근 양주에서 발생한 청소년에 대한 강간사건처럼 국민의 여론이 미군에 불리하게 적용되고, 가해자의 처벌요구가 비등해지는 경우에 미군이 우리 수사기관에 협조하여 그 신병을 인도한 것을 보면 이 규정이 의미하는 바를 잘 알 수 있다.¹⁵⁾

2) 신병인도시기의 불확정

최근 동두천시에서는 미군이 17세의 미성년 여성을 강간한 사건이 발생했다. 이 사건에서는 비교적 이른 시간(?)인 12일 만에 미군으로부터 피의자의 신병을 인도 받아 구속하였다. 아마 여론의 악화를 부담스러운 미군당국의 조치에 따른 것으로 생각된다.

현행 한미주둔군지위협정 제22조에 따르면 살인, 강간 등 12개 범죄에 해당하고 구금에 상당한 이유와 필요성이 있는 경우에는 미군이 확보한 피의자의 신병을 우리 수사기관이 인도받을 수 있도록 규정하고 있다. 문제는 신병인도기한이 정해져 있지 않다는 것이다. 더욱이 동조항에 대한 양해사항 제4호에 따르면 대한민국의

15) 지난 2005년 경찰청이 당시 국회 행정자치위 위원인 민주노동당 이영순의원에게 제출한 국정감사 자료에 따르면 협정문이 개정된 2002년부터 2005년 8월말까지 주한미군에 의한 살인 2건을 포함하여 강력범죄에 대해 우리 수사기관에 미군이 구속된 사례는 단 한건도 없었다.(2005년 민주노동당 이영순 의원실에서 배포한 경찰청 자료 참조)

신병인도요구에 대해 미군당국이 충분히 고려한다는 규정을 둠으로써 인도기한에 대한 논란을 사전에 차단하고 있다. 그러나 신병인도기한의 확정은 중요한 문제이다. 왜냐하면 미군당국의 목인이나 방조하에 피고인이 죄증을 인멸하거나 해외로 도피할 우려를 사전에 차단할 필요가 있기 때문이다.

나. 심문 및 신문 절차에서의 문제점

일반적으로 피의자나 증인에 대한 조사절차에는 신문과 심문이 있으며, 우리 형사소송법은 양자를 구별하고 있다. 신문이 사실확인을 위해 신문대상을 조사하는 절차라면, 심문은 심문받는 자의 이익을 위해 의견진술의 기회를 주는 것이다. 전자의 대표적인 경우가 수사기관에 의한 피의자 신문이고, 후자의 대표적인 경우가 구속 전 피의자 심문제도, 즉 영장실질심사제도이다.

먼저 제5항 (다)목에 관한 합의의사록 제6호를 보면 “대한민국의 법령상 허용되는 모든 경우, 피의자의 체포·구금 또는 체포·구금을 위한 청구의 적법성을 심사할 구속 전 피의자 심문은 피의자에 의하여 그리고 피의자를 위하여 자동적으로 신청되고 개최된다. 피의자와 그의 변호인은 동 신문에 출석하며, 참여가 허용된다. 합중국 정부대표 또한 동 신문에 출석한다.”고 규정하고 있다. 동 조항을 분석해 보면 영장청구에 대한 적법성을 심사하는 절차인 영장실질심사가 자동적으로 개최될 것을 규정하고 있다. 그러나 우리 형사소송법 규정은 과거에는 피의자나 변호인의 신청이 있는 경우에만 영장실질심사가 가능하도록 되어 있었지만, 개정 형사소송법은 영장주의의 실효성을 확보하고 피의자의 법관대면권을 보장하기 위해 영장실질심사의 필요적 실시를 규정하고 있다.¹⁶⁾ 즉 협정문에서 미군당국이 우려하는 바와는 달리 구속 전 피의자 심문은 자동적으로 개최된다고 할 것이다.

문제는 영장실질심사의 시행절차에 있다. 우리 형사소송법상의 영장실질심사는 비공개할 수 있도록 하고 있으며,¹⁷⁾ 경우에 따라 판사가 피고인을 별도로 심문하고자 하는 경우에는 다른 관계자의 퇴실을 명할 수 있도록 하고 있다.¹⁸⁾ 이는 수사과

16) 형사소송법 제201조의 2.

17) 형사소송규칙 제96조의14.

18) 형사소송규칙 제96조의17 제7항.

정에서의 비밀보호를 위해 마련해 둔 것이지만, 미군범죄의 경우 변호인뿐만 아니라 합중국 정부대표가 절차에 참여할 수 있음을 규정하고 있으므로 법관은 피의자를 단독으로 심문할 수 없도록 되어 있다. 영장실질심사제도라는 것이 순수하게 피의자의 이익을 위한 것으로 변호인의 참여권 보장이 필수적인 것이 아님에도 불구하고 미군은 이를 절차적으로 보장할 것을 요구하고 있는 것이다. 더구나 변호인도 아닌 미국 정부대표의 입회를 요구하는 것은 한국 사법체계에 대한 불신이 반영된 것이라 할 것이다.

다. 증거개시와 관련한 문제

한편 제9항 (나)목에 관한 합의의사록의 내용을 보면 피의사실 통지와 함께 재판에 앞서 상당한 기간 전에 피고인에게 불리하게 이용될 증거의 내용을 통지받아야 한다고 규정하고 있다. 이는 우리 형소법이 규정하고 있는 증거개시제도에 비추어 보아도 피의자의 권리를 터무니 없이 강화하는 것이라 할 수 있다. 우리형소법상의 증거개시제도는 미국의 증거개시제도를 도입한 것인데, 변호인의 검사에 대한 증거개시를 절대적으로 허용하는 것이 아니라 국가안보, 증인보호의 필요성, 증거인멸의 염려, 관련사건의 수사에 장애를 가져올 것으로 예상되는 구체적인 사유 등 열람등사 또는 서면의 교부를 허용하지 아니할 상당한 이유가 있다고 인정되는 경우에는 증거개시를 거부하거나 그 범위를 제한할 수 있다.¹⁹⁾

반면에 한미주둔군지위협정은 피고인에게 불리한 증거에 대한 의무적 증거개시를 규정함으로써 우리 형소법의 규정을 무색하게 하고 있다. 피의자나 피고인의 방어권은 기소 전 절차나 공판절차에서 최대한 보장되어야 하지만, 절대적인 보장을 전제하지 않는다. 피고인의 방어권은 이익형량을 통해 제한 가능한 것이며, 국가안보상의 이익이나 수사절차상의 장애가 없는 한도에서 인정되어야 할 것이다.

19) 형사소송법 제226조의 3 제2항.

라. 개선방향

1) 기소 전 수사절차에 대한 개선책

기소 전 구금 요건에 있어 미군이 현행범일 경우에는 구금가능한 대상범죄를 제한하고 있는 규정은 삭제하는 것이 바람직하다. 다만 삭제가 미군당국과의 협의에서 원활하지 못한 경우에는 최소한 죄질이 나쁜 강간범죄를 구체화시키는 방향으로 개정할 필요가 있다. 즉 불법을 판단할 수 있는 구체적 기준을 제시할 필요가 있다. 예를 들면 행위객체 면에서는 폭력에 저항할 힘이 없는 미성년·장애인 또는 노약자를 대상으로 하는 경우가 있을 수 있다. 그리고 행위태양에 있어서는 흉기 및 위험한 물건을 소지하거나 2인 이상이 합동하여 간음하는 경우,²⁰⁾ 피해자에 대해 변태적이거나 가학적인 성행위를 강요한 경우를 생각해 볼 수 있다. 마지막으로 결과불법의 면에서는 강간으로 인해 상해나 사망의 결과가 발생한 경우를 그 구체적 기준으로 제시해 볼 수 있다.

그리고 기소 전 피의자의 신병인도기한은 협정문에 명문으로 규정할 필요가 있다. 이에 대해서는 미군당국을 신뢰하고 기다려야한다는 반론이 있을 수 있지만, 한미주둔군지위협정상상의 형사재판권의 문제는 미군에 의한 한국사법체계에 대한 불신이 전제되어 있다는 점에서 상호주의에 따라 우리도 신병인도기한의 확정을 미국측에 요구할 수 있어야 할 것이다. 신병인도기한은 우리측의 수사효율성과 미군의 충분한 방어권 보장이 가능한 선에서 서로 협의하여 정하여야 할 것이다. 한미주둔군지위협정은 파견국과 접수국간의 사법체계에 대한 상호신뢰가 아닌 상호불신을 전제로 하고 있다는 점을 잊어서는 안된다.

2) 심문 및 신문 절차에 대한 개선책

제5항 (다)목에 관한 합의의사록 제6호에서 나타난 구속전 피의자 심문절차의 자동개최조항은 과거 형소법 규정이 미비하던 시기에 규정된 것이다. 이에 대해서는 최근 우리 형사소송법의 개정을 통해 동 조항의 취지가 반영되어 있으므로 삭제하

20) 흉기나 위험한 물건을 소지하거나 2인 이상이 합동하여 간음하는 경우는 우리 성폭력처벌 등에 관한 특별법의 특수강간죄에 해당한다.

는 것이 바람직하다. 한편 영장실질심사의 시행절차에 있어 변호인이 참여하는 것은 피고인의 방어권 보장을 위해 필요하지만, 변호인 아닌 자-미국관리가 참여하는 것은 바람직하지 않다. 미국관리의 배제가 여의치 않다 하더라도 최소한 법관의 판단에 따라 피고인과 통역인 외에 관련자를 퇴장시킬 수 있도록 개정되어야 할 것이다.

3) 증거개시제도에 대한 개선책

증거개시제도와 관련해서도 피고인에게 불리하게 이용될 증거에 대해 통지할 것을 인정하는 것이 타당하다. 다만 이는 원칙적인 태도로써 해당 증거가 국가기밀과 관련이 있는 경우처럼 안보상의 이익을 위해서나, 해당 증거의 통지를 통해 피고인이 증거인멸을 시도할 우려가 있는 경우처럼 실제진실발견을 저해할 우려가 있는 때에는 증거통지를 제한하는 규정을 두는 것이 타당하다.

3. 기소 후 공판절차상의 문제점과 개선방향

가. 구금절차에서의 문제점

1) 기소 후 구금권한의 인정과 구금요건의 강화

과거 협정문 제4항 (다)목에는 대한민국에 재판관할권이 있다고 인정되는 경우에도 재판절차가 종결될 때까지 피고인에 대해 미국의 원칙적 구금을 인정하고 있었다. 이에 대해서는 2001년 협의를 통해 기소 후에는 대한민국에 피고인의 신병을 인도하도록 개정하였다.²¹⁾ 기소 이후 피고인의 신병을 인도받을 수 있도록 한 것은 재판의 원활한 진행과 형벌의 집행력이 보장되었다는 점에서 바람직한 일이라 할 수 있다.

문제는 기소 이후 신병인도를 받을 수 있는 범죄를 살인, 강간, 방화 등 12개 범

21) 개정협정 제1조 “제22조 제5항 (다)를 다음과 같이 개정한다”.

“대한민국이 재판권을 행사할 합중국군대의 구성원·군속 또는 그들의 가족인 피의자의 구금은 그 피의자가 대한민국에 의하여 기소될 때까지 합중국 군당국이 계속 이를 행한다.” 개정협정 제1조에 의하면 대한민국이 재판관할권을 가지는 범죄에 대해서는 기소 이전에는 미국이 피의자를 구금하고, 기소 이후에는 대한민국이 구금하도록 개정되었다.

죄에 제한하고 있다는 점이다.²²⁾ 일반적으로 미군의 범죄 중 많은 부분을 차지하고 있는 것은 살인, 강간, 방화가 아니라 절도와 폭력 등이다.²³⁾ 물론 사회적 이슈가 되는 범죄들이 대부분 살인이나 강간과 같은 흉악범죄지만 이들 범죄에 대해서는 미군도 국내 여론을 의식해 적극적으로 협조하는 편이다. 실제 국민생활과 밀접한 관련이 있는 범죄는 절도나 폭행·상해 등의 민생관련 범죄라고 할 것이다. 해당 범죄에 대해서 우리 사법 당국이 기소 이후에도 신병을 확보할 수 없다면, 사법당국에 대한 국민의 상실감이나 피로도는 증가할 수 밖에 없다.

2) 구금기간

제5조 제3항에 관한 양해사항 제11호를 보면 기소 전 수사기관에서의 구속기간은 최대 30일로 우리 형사소송법과 동일하다. 구금기간이 차이를 보이는 것은 기소 전 단계가 아니라 기소이후이다. 이를 살펴보면 제1심 재판의 구속기간은 우리 형사절차와 마찬가지로 6월이지만, 항소심과 상고심의 경우에는 4월씩으로 우리의 6월보다 2개월씩 짧다. 상대적으로 짧은 구속기간은 수사기관과 상소심재판부를 심리적으로 압박할 수 있다. 이는 뒤에서 살펴볼 상소심재판부의 양형판단 제한과 함께 상소절차 전반에 정상적인 판단을 저해하는 요소로 작용할 가능성이 크다 할 것이다.

22) 이 외에도 구금의 필요성과 상당한 이유를 요건으로 하고 있다.

23) 미군범죄 현황(2010년 경찰청)

연도	계	살인	강도	강간	절도	폭력	성범죄	지능범	기타
'00년	207	1	9	9	47	118	0	4	28
'01년	223	0	4	1	44	122	0	6	46
'02년	220	0	5	0	57	146	3	2	7
'03년	195	1	10	1	43	121	2	1	3
'04년	175	1	7	4	26	116	2	15	4
'05년	200	0	2	6	40	120	0	9	23
'06년	215	0	10	1	37	134	6	11	16
'07년	191	0	9	6	36	119	10	1	10
'08년	183	0	8	5	23	100	6	3	38
'09년	306	1	7	5	83	130	0	15	65

나. 공판절차에서의 문제점

1) 기소 이후 피고인에 대한 신문 금지

한미주둔군지위협정 제22조 제5항 (다)목에 관한 양해사항 제6호에 의하면 “대한민국 당국은 기소 후 그 구금하의 피고인을 상대로, 기소된 범죄사실 또는 그와 동일한 사실관계에 근거하여 기소될 수 있었던 범죄사실의 기초를 이루는 사실·상황 또는 사건에 관하여 신문하지 아니한다”고 규정하고 있다. 기소 후에는 법원의 잠재적 심판대상에 한해²⁴⁾ 피고인을 신문할 수 없다는 것으로 명문으로 피고인 신문제도를 부정하고 있다. 우리나라에서는 종래 피고인 신문제도의 존폐에 관해 논란이 있었으나²⁵⁾ 현행 형사소송법 제296조의 2에 그대로 존치시키고 있다.

문제는 미국의 공판절차를 보면 피고인 신문제도는 없지만, 피고인 증언제도가 있다는 것이다. 미국 공판절차에서 피고인은 공판정에서 피고인의 지위를 유지한 채로는 자기가 알거나 경험한 사실관계를 주장할 수는 없다. 피고인이 자신의 진술을 하려면 피고인의 지위를 포기하고 증인으로서 위증의 벌을 받을 각오를 해야 한다.²⁶⁾ 그러나 우리 형소법은 원칙적으로 피고인에 대해 증인적격을 인정하지 않는다. 피고인이 자신의 주장을 하는 것은 증인의 위치에서 하는 것이 아니므로 위증의 벌을 받지 않는다. 결국 협정문의 내용대로라면 미군범죄의 피고인은 우리 공판정에서 자신의 주장은 위증의 부담 없이 할 수 있는 반면에, 검사와 법원은 피고인을 신문할 수 없게 되어 있다.

한편 수사기관이 행하는 기소 후 공판정‘외(外)’의 피고인신문에 대해서는 마땅히 적법절차위반으로 불허해야 한다. 현행 형사소송법의 특징이 공판중심주의를 구

24) 기소된 범죄와 별개의 범죄사실의 기초를 이루거나 이를 수 있는 전혀 관련이 없는 사실·상황 또는 사건에 관해서는 대한민국 당국이 피고인을 신문할 수 있음을 규정하고 있다.

25) 폐지론의 근거는 형사소송에서 당사자주의의 실현과 피고인 신문을 통한 판사의 예단이나 심증형성을 방지해야 한다는 점에 있다. 그러나 존치론의 관점에서는 미국을 제외한 독일과 일본 등의 대륙법계 국가에서는 피고인 신문제도를 두고 있으며, 검사에 의한 피고인 신문을 통해 공판상의 쟁점을 정리하고 어떤 증거를 제출할 것인지를 결정할 수 있다는 점에서 소송경제의 이익이 있고, 피고인 역시 변호인에 의한 피고인 신문을 통해 알리바이나 정상 관계 등 자신에게 이익이 되는 진술을 위증의 부담 없이 상세히 할 수 있는 순기능이 있다고 강조한다.(피고인 신문제도에 대해 자세히는 안성수, “피고인신문제도와 미국의 피고인증언제도”, 법조 586호, 2005. 7, 134면 이하)

26) 안성수, 앞의 논문, 132면.

현하려 하고 있는 점에 비추어 보더라도 공판정 밖에서 피고인을 신문하는 것을 허용할 수는 없다. 하지만 우리 대법원 판례를 보면 기소 이후 피고인을 신문하여 작성한 피고인신문조서의 증거능력을 인정하고 있다.²⁷⁾ 이는 공판기일 전후를 불문하고 수사기관이 피고인을 임의로 신문할 수 있음을 인정하고 있는 것이다. 해당 판례의 당부(當否)를 떠나 한미주둔군지위협정은 명문으로 기소 후 수사기관의 신문을 금지함으로써 한국인 피고인과 미군 피고인과의 사이에 차별이 발생하고 있다.

2) 검찰의 상소권 제한

공소제기 후 피고인이 가지는 권리에 대한 협정문 제9항에 관한 합의의사록(카)호를 보면 “대한민국 당국이 소추하는 어떠한 경우에도 검찰측에서 유죄가 아니거나 무죄석방의 판결에 대하여 상소하지 못하며, 피고인이 상소하지 아니한 판결에 대하여 상소하지 못한다”고 규정하고 있다. 동호에 의하면 1심에서 무죄판결이 있더라도 검사는 상소할 수 없다. 결국 1심에서 무죄판결이 선고되면 그대로 판결이 확정된다. 일반적으로 미국에서는 피고인에게 불이익한 검사의 상소, 특히 무죄판결에 대한 상소는 이중위험금지의 원칙(double jeopardy)에 반한다는 이유로 허용하지 않는데, 동 조항은 이를 규정한 것으로 이해된다. 그러나 이중위험의 효력은 판결의 확정에 의하여 발생하는 것이므로 제1심부터 상소심까지는 하나의 위험이 있을 뿐이다. 따라서 무죄판결에 대한 검사의 상소도 이중위험금지의 원칙에 반하지 않는다고 해야 한다.²⁸⁾

과거 구한말 불평등한 형사재판권의 상징이라 할 수 있는 영사재판권²⁹⁾의 경우에도 조선인은 일본의 영사재판에 불복해서 상소를 할 수 없었다. 왜냐하면 상소심 재판부가 일본에 있어 조선인들이 일본법원에 상소하지 않는 한 실질적으로 상소의

27) 대판 1982. 6. 8, 82도754; 1984. 9. 25, 84도1646.

28) 이재상, 「형사소송법」, 박영사, 2011, 695면.

29) 조약을 통해 일본인과 조선인 사이에 분쟁이 있으면 일본과 조선은 모두 재판권을 가진다. 당시의 기준은 피고인의 국적을 기준으로 정하였는데, 피고인이 일본인이면 일본이 1차재판권(승심권)을 가지며, 조선관리가 재판에 임회할 수 있는 권리(청심권)를 인정하고 있다. 반대로 피고인이 조선인 이면 조선이 승심권을 가지고 일본은 청심권을 가진다. 문제는 당시 근대화된 사법체계를 도입하려던 조선의 입장에서는 근대화된 일본에 의존함으로써 승심과 청심의 구별이 크게 의미가 없었다는 것이다.

같은 막혀있었기 때문이다.³⁰⁾ 한미주둔군지위협정에서의 공판절차와 영사재판권의 절차가 세부적인 절차는 다를지라도, 협정이 명문으로 대한민국 검찰의 상소권을 제한한다는 점에서 과거 영사재판권과 오버랩(overlap)되는 것도 무리는 아니다.

3) 상소심재판부의 양형판단의 제한

협정문 제9항에 관한 합의의사록 (라)호를 보면 “협의를 받는 범죄의 범행시 또는 제1심 법원의 원판결 선고시에 적용되는 형보다도 중한 형을 받지 아니하는 권리”를 규정하고 있다. 일반적으로 형사재판에 있어 1심의 형량보다 항소심의 형량이 감해지는 경향이 있지만, 1심재판부의 양형판단에 항소심재판부를 전적으로 기속시키는 규정은 없다. 다만 우리 형소법 제368조는 불이익변경금지의 원칙을 규정하고 있으므로 ‘피고인이 항소한 사건이나 피고인의 이익을 위해 항소한 사건’에 대해 원심판결의 형보다 중한 형을 선고하지 못한다는 것을 규정하고 있을 뿐이다. 협정문에 따르면 피고인이 상소한 경우는 물론 검사가 미군피고인이 받은 유죄판결에 대해 양형부당을 이유로 상소하는 경우에도,³¹⁾ 우리 법원은 원판결보다 중한 형을 선고할 수 없게 되어 있다. 이는 하급심판결에 상급심재판부가 전적으로 기속되는 결과를 가져온다는 점에서 현대적 의미의 심급제도에 배치되는 규정이다. 이러한 협정내용은 우리 사법체계의 절차적 정당성을 심각하게 침해하는 것이라 할 수 있다.

4) 미국이 재판관할권을 가지는 경우의 판결지

제3항 (나)목에 관한 합의의사록 3(가)호에 따르면 미국이 1차재판권을 가지는 경우라 하더라도 그 재판은 대한민국에서 행해져야 한다고 명시하고 있다. 다만 예외적으로 합중국외의 법률이 달리 요구하거나 군사상 긴급사태의 경우 또는 사법상의 이익을 위한 경우에는 예외적으로 미국에서 재판할 수 있음을 규정하고 있다. 이와 관련하여 공무상의 범죄라 하여 미군이 재판관할권을 가진 효순·미선양 사건의 경

30) 당시에는 공판절차에 사소절차가 개입함으로써 피해자에게도 상소권이 있었다. 위와 같은 영사재판의 모습은 조선인 피해자의 상소권을 실질적으로 제한하는 것이었다.

31) 협정문 제9항에 관한 합의의사록 (카)호에 따르면 ‘유죄가 아니거나 무죄석방의 판결’에 대해 검찰의 상소권을 제한하고 있다. 즉 유죄판결에 대해서는 검사가 상소할 수 있는 것으로 이해된다.

우, 피고인들은 한국이 아닌 미국에서 재판을 받았는데 과연 위 예외적인 경우 어디에 해당하는지 의문이 들 수 밖에 없다. 이에 대해서는 우리 대한민국 당국에 의견을 진술할 수 있는 기회를 부여하도록 되어 있지만, 당시 미국에서 재판을 진행하도록 결정하는데 있어 우리 관계당국이 의견을 진술했다는 기록은 없다. 또한 미국에서 열린 재판에 대해 우리 관리가 입회할 수 있는 권리가 있지만, 입회했다는 기록도 없다. 이러한 무책임하고 무관심한 우리 정부의 태도가 두 미군병사에게 무죄판결이 내려지게 한 원인은 아닌지 고민해 볼 일이다.

5) 공판절차의 정지

제5항 (다)목에 관한 양해사항 제12호를 보면 재판절차가 정지되는 사유를 규정하고 있다. 이를 보면 먼저 “피고인이 판사에 대하여 기피신청을 하는 경우”, “피고인이 정신적 또는 육체적으로 무능력한 경우”가 있는데, 이에 대한 공판절차의 정지는 우리 형소법도 규정하고 있는 바이다.³²⁾ 문제는 “공소사실 또는 적용법조의 추가철회 또는 변경시 피고인의 방어준비를 위한 경우이다. 우리 형소법 제298조 제4항은 이를 임의적 정지사유로 보아 법원이 반드시 그 절차를 정지해야할 의무는 없다. 반면에 한미주둔군지위협정의 경우에는 이 경우 절차의 의무적 정지를 규정함으로써 우리 형소법과 차이를 보인다.

다. 개선방향

기소 후 피고인을 구금할 수 있도록 개정된 협정문의 내용은 과거에 비해 진일보한 것이라 할 수 있다. 2001년 개정당시에도 협정개정협상의 가장 큰 성과로 홍보되었던 것이기도 하다. 그러나 이웃 일본의 경우에는 기소 전에도 피의자를 구금할 수 있도록 하고 있다는 점³³⁾에서 우리 정부의 지속적인 협정개정요구가 있어야 할

32) 피고인의 심신상실이나 질병을 이유로 한 공판절차정지의 경우는 형사소송법 제306조 제1항 내지 제3항이 규정하고 있고, 기피신청의 경우에는 제22조가 규정한다.

33) 일본은 1995년 오키나와에서 발생한 초등학생강간사건을 계기로 미일 합동위원회 합의사항으로 살인, 강도, 강간과 같은 중대범죄의 경우에는 기소이전에도 신병인도가 가능하도록 개정하였다. (이장희, 앞의 논문, 20면)

것이다. 이러한 요구가 받아들여지지 않을 경우에는 최소한 구금가능 범죄의 제한을 삭제하도록 요구하는 것이 바람직하다. 그리고 구금기한 또한 우리 형사소송법의 규정을 원용할 수 있도록 하여야 할 것이다.

한편 공판절차에서 기소 후 피고인 신문을 금하고 있는 조항도 개정되어야 할 것이다. 즉 우리 형소법 규정대로 공판정에서의 피고인 신문을 허용하던지, 아니면 미국의 경우처럼 피고인증언제도를 두어 피고인이 자신의 주장을 하려면 피고인의 신문을 포기하고 증인으로서 선서하도록 해야 할 것이다. 미국의 공판절차에서는 철저한 책임분배의 원칙에 따라 피고인은 자신에게 불리한 신문을 받지 않을 수 있는 반면에, 자신에게 유리한 진술을 하기 위해서는 그에 상응하는 불이익-위증시 처벌에 대한 부담도 감수해야 하지만, 우리나라의 공판절차에서는 자신들에게 유리한 것만을 취하려는 것은 국가간의 협정으로서 그 균형을 심히 상실한 경우라 할 것이다.

그리고 검찰의 상소권을 제한하는 규정이나 1심의 양형판단에 상소심재판부를 지속시키는 규정은 독일이나 일본의 협정문에는 존재하지 않는다. 이는 우리 사법체계의 존엄을 침해하는 것으로 마땅히 삭제되어야 할 것이다.

재판지가 대한민국인 경우와 미국인 경우는 법원의 판단에 차이가 있을 수 있다. 효순미선양 사건에 대해 우리나라에서 재판을 했다면 미국이 재판권을 행사하더라도 재판부는 상당한 심리적 압박을 받았을 것이며, 쉽게 무죄판단을 할 수는 없었을 것이다. 따라서 미국이 재판관할권을 가지는 경우의 재판지와 관련해서는 열거한 사유의 판단에 있어 우리 사법당국과 협의하도록 규정해야 하며, 미국에서의 재판에 우리 관리가 적극적으로 입회함으로써 억울한 판결이 없도록 해야 할 것이다.

한편 공소사실 또는 적용법조의 추가 철회 또는 변경시 피고인의 방어준비를 위한 경우에 공판절차를 필요적으로 중지하도록 한 규정은 임의적 중지사유로 개정해야 한다. 공소사실이나 적용법조의 추가가 있더라도 기존의 증거조사만으로도 충분히 피고인이 방어권을 행사할 수 있다고 법원이 판단했다면 그 판단을 존중해야 할 것이다. 이 규정은 미군당국이 공판지연을 위해 악용할 수 있기 때문에 마땅히 개정되어야 할 것이다.

4. 증거법상의 특칙으로서 증거능력의 문제

가. 증거능력의 절대적 배제와 관련한 문제

제5항 (다)목에 관한 양해사항 제8호를 보면 “대한민국 당국은 이 항에 따라 변호인의 참여가 적절히 포기되지 아니하는 한, 변호인의 참여 없이 취득된 진술과 이러한 진술로부터 나온 증거는 어떠한 후속 절차에서도 채택되지 아니한다는 것을 보증한다.”고 하고 있다. 동호는 변호인의 참여 없는 피의자 진술과 이에 기초한 증거-예를 들면 피의자신문조서-의 증거능력을 부정하고 있다.

우리 형소법에는 이와 같이 변호인의 참여 없는 진술이나 이에 기초한 증거의 증거능력을 부정하는 규정은 없다. 일반적으로 피의자나 피고인이 행한 진술이나 이에 기초한 증거의 증거능력을 부정하기 위해서는 진술의 임의성이 인정되지 않거나 최소한 의심되는 경우를 말하고, 우리 형소법은 이와 같이 진술의 임의성이 문제되면 증거능력을 부정한다. 피고인의 진술에 있어 임의성이 문제되면 형소법 제309조나 제317조에 의해 증거능력이 부정된다. 그리고 피의자의 진술이나 이에 기초한 증거는 제309조와 제310조의 2에 의해 임의성이 의심되는 경우 증거능력을 부정하고 있다. 특히 피의자의 진술에 기초한 증거의 경우에는 전문증거로서 증거능력을 배제하는 규정을 두면서도, 한편으로는 제312조 이하에서 예외적으로 증거능력을 인정할 수 있는 규정들을 마련하고 있다. 이에 따르면 일정한 요건을 전제로 전문증거도 증거능력이 인정되지만, 위와 같이 변호인의 참여없이 취득된 진술을 기초로 한 조서에 있어서는 피의자가 성립의 진정을 부인하거나(검사작성 피의자신문조서) 내용을 부인하면(사법경찰관 작성 피의자 신문조서) 증거능력이 부정된다. 물론 예외적으로 성립의 진정이 객관적이고 과학적인 방법-예를 들면 영상녹화물-에 의해 증명되는 경우에는 피의자가 성립의 진정을 부정하더라도 피의자 진술의 증거능력이 인정되는 경우도 있고, 내용을 부인하더라도 조사자 증언제도를 통해 조사를 담당한 사법경찰관의 진술에 증거능력을 인정함으로써 간접적으로 피의자 진술이 의미를 가지는 경우도 있다³⁴⁾. 그러나 변호인의 참여 없는 피의자의 진술과 이에 기초

34) 조사자 증언제도는 직접적으로는 사법경찰관의 진술에 증거능력이 인정되는 경우로써 이 자체가 피의자의 진술이나 이에 기초한 증거가 증거능력을 가진다는 것은 아니다. 다만 사법경찰관의 공판

한 증거 일체에 대해 절대적으로 증거능력을 부정하는 것은 피의자에게 과도한 권리를 인정한 것이라 할 것이다.

나. 개선방향

한미행정협정상의 증거법관련 규정들은 모두 미군피의자에게 과도한 방어권을 인정하고 있다. 이는 우리 형사피의자나 피고인의 권리와 형평에 있어 차이가 있는 것이다. 특히 변호인의 참여없는 진술과 이에 기초한 증거의 증거능력을 원천적으로 부정하는 것은 단순히 진술의 임의성을 문제삼아 증거능력을 부정하는 차원이 아니라 우리 사법체계의 전반적 불신을 전제하고 있는 것이다. 결론은 미국이 접수국인 대한민국의 사법체계에 대해 가지고 있는 불신과 대한민국이 스스로의 사법체계에 대한 자존(自尊)을 조화시키는 방안을 찾아야 할 것이다. 따라서 협정문의 규정처럼 변호인의 참여없는 진술 등에 대해 증거능력을 배제하는 규정을 인정한다 하더라도(원칙적 배제), 그 불신을 불식시킬 수 있는 다른 예외적인 사유가 있다면 마땅히 증거능력이 인정된다(예외적 인정)고 해야 할 것이다.³⁵⁾ 즉 피의자가 공판정에서 진술을 기초로 한 증거의 진정성립을 인정하거나 내용을 인정한다면 증거능력을 인정할 수 있는 예외규정을 두는 것이 바람직하다. 만약 피의자가 부인한다고 하더라도 그 내용을 증명할 수 있는 다른 과학적이고 객관적인 방법이 있다면 증거능력을 부정해서는 안 될 것이다.

5. 기타

이외에도 재판이나 수사절차에 변호인도 아닌 미국의 정부대표를 입회시킬 권리

정에서의 진술이 증거능력을 가짐으로써 간접적으로 피의자의 진술이 법관의 심증형성에 기여를 하게 된다는 의미에 불과하다.

35) 이에 반해 이 조항을 폐지해야 한다는 입장(이장희, 앞의 논문, 29면)은 형평성만 강조한 것으로 현실성이 떨어진다고 할 것이다. 변호인의 참여없는 진술의 증거능력의 경우에는 미국의 입장을 배려하여 증거능력을 원칙적으로 부정하면서 다만 예외적인 경우에는 그 증거능력을 인정하는 규정을 두는 것이 타당할 것이다. 이는 추후 미국과의 협상에서도 전면적인 배제보다는 유리하게 작용할 수 있다.

를 인정하는 규정도 있다. 이는 과거 영사재판에 있어 인정된 청심권과 유사하다. 청심권이란 재판관할권을 가지는 국가의 재판에 관련국이 입회할 수 있는 권리를 말하는데, 과거 일본의 경우에는 이 청심권을 활용해 조선의 재판에 관여하였다. 미국 정부대표의 입회가 그러한 재판의 간섭까지는 볼 수 없다고 할 것이지만, 분명한 것은 이로 인해 법관의 자유로운 심증 형성이 저해될 개연성은 충분하다. 이에 대해서는 그 입회를 허용하는 대신 우리 법원에 대해서도 퇴정을 명령할 수 있는 권리를 인정해야 할 것이다. 즉 미국 정부 관리가 판결에 개입하거나 재판의 진행을 방해하는 등의 상당한 이유가 있는 경우에는 법원이 명령으로 미국정부대표의 퇴정을 요구할 수 있도록 협정문을 개정하여야 할 것이다.

그리고 제9항에 관한 합의의사록 (마)호를 보면 “범죄의 범행 후 피고인에게 불리하게 변경된 증거법칙이나 증명요건에 의하여 유죄로 선고받지 아니하는 권리”를 인정하고 있다. 증거법칙이나 증명요건 등 형사절차에 관한 규정들은 죄형법정주의의 파생원칙 중 형벌불소급원칙의 적용대상이라고 할 수 없으나, 해당 규정은 적용 대상이 됨을 분명히 하고 있다. 우리 형사법체계와는 배치되는 규정이지만, 미국의 형사사법체계에 따른 것으로 이를 수용하는 것은 당부를 떠나 관계당국의 선택사항이라 할 것이다.

III. 결론

국가간의 협정, 특히 한미주둔군지위협정처럼 외국군대의 지위와 관련한 협정은 법리적인 관점이 아니라 국가간의 역학관계나 정치적인 이해관계가 좌우하는 것이 사실이다. 그래서 종래 이에 대한 논의도 형사법보다는 국제법적인 관점에서 많이 다루어져 왔다. 그러나 실상 협정문 제22조의 형사재판관할권 규정은 재판관할권의 문제뿐만 아니라 수사절차 및 공판절차에 대해서도 상세히 다루고 있으므로 형사법 학자들이 관심을 가지고 논의할 필요가 있다. 이 논문은 이에 대한 아쉬움에서 출발하였다.

본문에서 살펴본대로 한미주둔군지위협정은 많은 문제점을 가지고 있다. 본 논문

에서는 단순히 재판관할권과 절차상의 문제를 피상적으로 다루는 것이 아니라, 각각의 절차를 세분화하여 협정문과 그 부속문서를 상세히 분석하였고 이에 따라 문제점과 개선책을 제시하고 있다. 먼저 재판관할권과 관련한 보편적인 문제를 살핀 후에 수사절차에 있어 구금의 문제, 심문 및 신문절차상의 문제, 증거개시제도와 관련한 문제, 공판절차에 있어서는 기소 후 구금요건의 엄격함과 구금기간의 문제, 피고인에 대한 신문의 문제, 검사의 상소권 및 법관의 양형판단을 제한하는 문제 및 공판절차의 정지와 관련한 문제를 다루었으며, 증거법과 관련해서는 증거능력을 부당히 제한하는 문제를 다루었다. 그리고 각각의 문제에 대한 개선책을 나름대로 실시하였다. 본 논문의 개선책들은 한미간의 역학관계를 고려하면서도 대체적으로는 우리 형사소송법의 수준에 맞는 절차를 구현하고자 하고 있다. 한미주둔군지위협정의 형사관할권 문제는 대한민국의 속주주의와 미국의 속인주의의 충돌점점에 대한 해결이라고 하지만, 결국은 어느 일방의 양보와 희생을 요구한다. 본 논문에서 한미주둔군지위협정에 대한 문제점과 그 개선방안에 대한 요구는 미국의 양보가 담보되어야 가능한 일이다.

그래서 본 논문의 논조가 한미간의 정치적인 역학관계에 비추어 이상적이라는 비판을 받을 수 있을지는 모르지만, 모름지기 학자라면 현실을 직시하면서 이상을 추구해야 한다고 생각한다. 이상없이 현실과 타협한다면 학문의 발전은 정체될 수밖에 없다. 이는 비단 학자들만의 문제는 아니다. 최근 동두천에서 발생한 성폭행사건에 대해 법원이 이례적으로 피고인에 대해 중형을 선고하였다. 우리 법원이 미군범죄를 엄단하려는 의지를 보였다는 세간의 평가에 대해서는 일견 수긍이 가지만, 국민들의 관심이 멀어지면 항소심이나 상고심에서 형벌이 대폭 감해질 수도 있다.³⁶⁾ 학자들의 비판의식 못지 않게 국민들도 단순히 지금의 상황에 안도하지 말고, 이상이 현실화될 때까지 끊임없이 감시하고 비판하고 견제해야 할 것이다. 이 논문이 그러한 이상을 달성하는데 일조했으면 하는 작은 바람을 가져 본다.

36) 과거 윤금이씨 살해사건의 경우 그 범행 수법의 잔혹함에도 불구하고 징역 15년을 선고하면서, 법원은 판결이유에 미군당국이 피해자의 유족에게 적절히 보상하였다는 것을 양형사유로 제시하였다. 문제는 최근의 사건에서도 피고인이 피해자에 대한 어떠한 보상도 없이 중형을 선고한다는 양형이유가 설시되었다. 결국 보상이 있으면, 항소심에서는 감형을 하겠다는 것이며, 국민의 관심이 뜸해지면, 그 감형의 폭이 확대될 개연성이 충분하다.

참고문헌

- 강성학, “주한미군과 한미관계: 중년의 위기인가 황혼이혼인가”, 국제관계연구 리뷰 제7권 제1호, 2002.
- 김민서, “주한미군지위협정과 전속적 관할권”. 국제법학회논총, 제51권 제2호(통권 제105호), 2006.
- 김병렬, “SOFA협정의 형사재판권에 관한 소고”, 국방연구 제36권 제1호, 1993.
- 박정원, “SOFA, 무엇이 달라져야 하나”, 통일한국 제21권 제7호, 2003.
- 성재호, “한미주둔군지위협정의 형사관할권 문제”, 서울국제법연구 제5권 제2호, 1998.
- 손봉선, “한미 행정협정 형사재판권에 관한 연구, 경찰법연구논집 제1호, 2007.
- 이장희, “한-미SOFA와 타국SOFA의 비교-형사관할권과 시설, 구역의 불평등성을 중심으로”, 외법논집 제13집, 2002.
- 이장희, “SOFA의 형사주권과 한미관계”, 고시계, 2003년 1월호.
- 안성수, “피고인신문제도와 미국의 피고인증언제도”, 법조 586호, 2005.
- 이재상, 「형사소송법」, 박영사, 2011.
- 임동규, 「형사소송법」, 법문사, 2010.
- 조상제/천진호/류전철/이진국, 「국제형법」, 준커뮤니케이션즈, 2010.
- 미군범죄 현황, 경찰청, 2010.

SOFA Article 22 Issue of Criminal Jurisdiction and Improvement Method

Park, Sung-Min*

In relation to stationing of US Force, one problem exists affecting nation's life, hurting dignity as national sovereignty. That is the crimes by US Force as occupying forces and the families thereof. Originally from the territorial principle which is the internationally erected application of criminal law, Korean law shall be applicable to crimes by US Force occurring in Korea. However, Korea and U.S. is managing this issue by a separate agreement on jurisdiction, process of investigation and trial. That is the SOFA.

SOFA was effected in 1962, and amended twice in 1991 and 2001. There are many demands for further revision as the SOFA cannot effectively respond to crimes by US Force. The reason is the existence of many unfair provisions in the agreement.

This paper reviews the issue of criminal jurisdiction pursuant to SOFA Article 22. For this purpose, this paper reviews not only the agreements, but also the addendum of Agreed Minutes and Understandings etc. closely. Existing studies have dealt with overall unfair points of the agreement or unfairness vis-a-vis other countries, but this paper focused on comparison with Korean criminal lawsuit process and suggesting improvement method.

Rather than simply and superficially covering the jurisdiction and procedural problems, this paper classified each process in detail, analyzing the Agreed Minutes and Understandings, and accordingly presents problems and improvement methods. First of all, this paper reviews common issues on jurisdiction, and then

* Lecturer, Kyungbuk National University & Mokpo National University, Ph. D. in Law

the investigative process such as detention, interrogation and the process thereof, disclosure of evidence, austerity and period of detention after conviction regarding trial process, interrogation on the accused, the issue of appeal right by prosecutor and limitation on judge's determination on assessment of the case, and stopping of trial process. In relation to evidential law, this paper dealt with the unfair limitation on evidential power. And then this paper made the best of the improvement method on each issues The improvements in this paper generally tries to realize the process in level with our Criminal Procedure Code, simultaneously considering the dynamic relationship between Korea and U.S.

❖ Key Words : SOFA, Criminal Jurisdiction, Agreed Minutes, Understandings