

## 사법방해죄 도입가능성과 그 필요성 검토\*

박 달 현\*\*

### 국 | 문 | 요 | 약

최근 법무부와 검찰은 '사법방해죄의 도입'을 추진하였다. 이전의 '플리바게닝'과 최근의 '사법협조자 형벌감면제도'도 같은 맥락에서 도입 추진되었다. 하지만 '플리바게닝'은 사법을 협상의 대상으로 보고 '수사의 편의성'만 추구한다는 비판에 직면해 도입이 중단되었고, '사법방해죄' 역시 '수사의 편의성'과 '공판중심주의를 형해화'한다는 비판에 직면해 그 역시 도입추진이 중단되었다. 아주 최근에는 이전에 도입 중단되었던 '플리바게닝'은 '사법협조자 형벌감면제도'라는 이름으로 그 명칭만 바꾸어 재추진되었으나 이 역시 반대에 부딪쳐 중단된 상태이다.

이 글에서는 법제도의 도입대상으로서 '사법방해죄'라는 명칭이 적절한지, 사법방해죄 도입 논거와 그 반대 논거가 무엇인지, 그 논거들이 설득력을 갖는지 여부를 검토하였다. 범죄의 도입을 논하려면 도입대상 범죄를 구체적으로 특정할 수 있어야 한다. 그런데 '법과 정의를 정당하게 집행하는 것을 방해하는 일체의 행위'로 통칭되는 '사법방해죄'는 포괄적 개념이기 때문에 법제도로써 도입 대상이 될 수 없다. 더군다나 우리 형법에 이미 위계에 의한 공무집행방해죄, 위증죄, 무고죄, 범인은닉죄, 법정모독죄 등 사법을 방해하는 것을 내용으로 하는 범죄가 있음에도 '사법방해죄'를 도입된다면 그 범위가 중복되기 때문에 '사법방해죄'의 도입은 바람직하지 않다. 그리고 사법방해죄 도입 추진시 '사법방해죄'라는 명칭을 고수한 것이나, '사법방해죄'는 물론이고 '플리바게닝', '사법협조자 형벌감면제도'에 '선진(先進)법제'라는 명칭을 붙인 것은 아마 '그 명칭의 긍정적 효과' 때문인 것으로 보인다. 하지만 이 역시 적절치 않다. 왜냐하면 '선진법제'라고 하기 위해서는 '선진'의 사전적 의미대로 '발전의 단계나 진보의 정도 등이 다른 것보다 앞서거나 앞서 있어야' 하는데, 사법방해죄는 - 피의자의 인권보호 등과 관련해 볼 때 - 그렇지 않기 때문이다. 오히려 사법방해죄는 '수사의 편의성을 추구'하고 '공판중심주의를 형해화'한다는 지적을 받고 있다. 여기에서 사법방해죄의 도입 논거 가운데 어느 하나 제대로 논거 지워지는 것이 없다. 가령 사법방해죄

\* "이 논문은 2009년도 정부재원(교육과학기술부 인문사회 역량강화사업비)으로 한국연구재단의 지원을 받아 연구되었음"(KRF-2009-327-B00718).

\*\* 전남대학교 해양경찰학과 부교수법학박사

가 형사소송법의 기본원칙인 검사의 입증책임원칙을 후퇴시킨다는 것이 그것이다. 그 밖에 사법방해죄가 ‘피의자의 인권보호에 기여한다’는 것, ‘사회방위와 피해자 보호를 위해 필요하다는 것’, ‘일반국민의 형사사법절차에 대한 협조 의무의 결과라는 점’, ‘행정조사절차와 균형을 유지할 필요성이 있다’는 점, ‘국제협약 등의 취지를 존중할 필요성이 있다’는 점 등 사법방해죄의 도입 논거 역시 논증되지 않고 있다.

여기에서 법과 제도는 한 사회의 시대적·장소적 특성을 반영하고 있다는 점에서 볼 때, 사법방해죄가 아무리 미국에서 하나의 법제도로써 잘 정착되어 있다고 하더라도 우리나라의 법문화적 현실을 감안할 때 사법방해죄의 도입은 적절치 않다. 만약 사법방해죄가 도입된다면 공판중심주의나 검사의 입증책임원칙 등이 투영된 우리나라 형사사법구조와 우리 국민의 법인식과 충돌할 수 있기 때문이다.

- 
- ❖ 주제어 : 사법방해죄, 참고인의 허위진술, 선진법제, 실체적 진실발견, 수사의 편의성, 공판중심주의 형해화, 위계에 의한 공무집행방해죄, 무고죄, 범죄도피죄, 사법에 대한 협조 의무

## I. 들어가며

사건을 수사하여 피의자에게 범죄혐의가 있는지 여부를 규명하여 공소를 제기해야 하는 검찰이나, 검사에 의해 공소 제기된 피의사건의 실체적 진실을 규명하여야 할 법원이 가장 바라는 것은, 피의자나 피고인이 사건에 대한 실체적 진실을 진술하고 이에 대한 증거를 제시해 주거나, 참고인이나 증인이 양심껏 진술하거나 증언해 주는 것일 것이다. 그러나 피의자나 피고인은 ‘본성적으로’ 자신을 보호하려는 본능을 갖고 있으며,<sup>1)</sup> 우리 헌법과 형사소송법도 이를 반영하여 ‘적극적으로’ 피의자나 피고인이 자신을 방어할 수 있는 ‘진술권’을 규정하고, ‘소극적으로는’ 자신에게 불리한 사실에 대한 진술을 강제하지 못하도록 ‘진술거부권’을 규정하고 있다. 판례는 한발 더 나아가 피의자나 피고인이 수사과정이나 공판과정에 ‘적극적으로’ 허위의 진술을 하더라도 처벌할 수 없고, 피의자나 피고인은 자신을 방어하기

---

1) 같은 지적으로는 안성수, 피의자나 참고인 등의 허위진술, 증거조작 등 사법정의실현을 저해하는 죄, 저스티스 통권 제88호(2005. 12), 212쪽; 황만성, 사법방해행위의 형사법적 규제방안 - 참고인의 허위진술을 중심으로 -, 원광법학 제25권 제1호(2009. 3), 252쪽 참조.

위해 본능적으로 거짓말을 할 수 있으므로 그것을 밝혀야 할 책무는 검사에게 있다고 판시하고 있다.<sup>2)</sup> 우리 판례 또한 피의자나 피고인이 적극적으로 제3자에게 자신의 형사사건에 대해 허위의 진술을 하도록 교사한 경우를 제외하고는 처벌되지 않는다고 판시하고 한다.<sup>3)</sup> 증거인멸죄의 경우도 피의자나 피고인이 자신의 형사사건에 관한 증거를 인멸하도록 제3자에게 교사하는 경우<sup>4)</sup> 이외에 자기 자신을 위해 직접 허위의 진술을 하거나 증거를 인멸하더라도 처벌하지 않고 있다.

이런 사법실무와 형사사법구조에서 피의자나 피고인이 수사기관이나 공판정에서 스스로 자백한다면 모를까 그렇지 않다면 검사는 피의자나 피고인의 진술권이나 진술거부권이 인정되는 범위 내에서 피의자나 피고인으로부터 자백을 받아 내거나, 아니면 그에 대한 유죄의 증거를 찾아내어야 한다. 그런데 앞서 말한 바와 같이, 인간은 본능적으로 자기 자신을 보호하려는 속성을 갖고 있으므로 피의자나 피고인 스스로 자신의 범죄를 자백할 것을 기대하기란 쉽지 않다. 이런 점에서 범죄에 대해 중립적 위치에 있는 목격자나 증인의 진술이 필요하고 또한 중요하다. 그래서 우리 형법은 공판정에서 허위진술을 한 증인을 위증죄로 처벌함으로써 증인으로 하여금 법정에서 진실한 사실만 진술하도록 유도하고 있다. 하지만 우리 형법에 수사과정에서 허위진술을 한 참고인을 처벌하는 규정이 없다보니 참고인이 수사기관에서 허위진술을 하는 경우가 빈번히 발생한다. 이런 현실에서 수사과정에서 실체적 진실을 규명하고 공판정에서 그것을 입증해야 할 위치에 있는 검사로서는 피의자나 참고인이 있는 사실 그대로 진술할 것을 강제하는 ‘사법방해죄의 도입’에 관심이 갈 수 밖에 없을 것이다. 그래서 미국의 사법방해죄를 소개하거나 미국의 사법방해죄의 도입을 조심스럽게 피력하거나 아니면 적극적으로 주장하면서 사법방해죄의 도입을 주도하는 이들이 바로 검사들이다. 실제 법무부는 2002년 12월과 2010년 12월 두 차례에 걸쳐 ‘사법방해죄’ - 구체적으로는 ‘참고인의 허위진술죄’<sup>5)</sup> - 를 내용으로 하는 형법개정안을 만들어 국회에 상정하려고 시도하였다.

2) 대판 2011. 11. 10. 2011도7261.

3) 대판 1971. 3. 9, 71도186; 2007. 10. 11, 2007도6101.

4) 대판 2000. 3. 24, 99도5275.

5) 사법방해죄 도입 논의에서 대부분 ‘사법방해죄’라는 명칭을 사용하고 있지만 실제로는 ‘참고인의 허위진술죄’의 도입을 내용으로 한다. 하지만 대부분 ‘사법방해죄’라는 명칭을 그대로 사용하고 있

하지만 두 차례 모두 대법원, 대한변호사협회, 국가인권위원회, 형사법학회, 시민단체 등의 반대에 부딪쳐 국회에 상정조차 하지 못하였다.

이하에서는 먼저 사법방해죄의 도입을 위해 사법방해죄를 기본적으로 이해할 필요가 있으므로 사법방해죄의 개념과 내용 그리고 지금까지의 논의상황을 살펴보고(Ⅱ), 이어 사법방해죄의 도입 찬성 논거와 도입 반대 논거를 살펴본 다음, 어느 입장이 우리 형사사법의 기본구조와 원칙에 부합하는지 여부를 검토할 것이다(Ⅲ).

## II. 사법방해죄의 개관<sup>6)</sup>

### 1. 사법방해죄의 의의

#### 가. 사법방해죄란 개념은 법적으로 정의되었는가?

“사법방해죄”(Obstruction of Justice)란 법제는 우리나라에 없는 것이기 때문에 그것에 관한 도입논의는 도입가능성 여부에 초점이 맞추어질 수밖에 없을 것이다. 하지만 사법방해죄 도입 논의에 앞서 ‘사법방해죄’ 개념을 정리할 필요가 있다. ‘사법방해죄’는 영어권의 대표적인 법학사전인 블랙 로 디셔너리(Black's Law Dictionary)에서는 “법과 정의를 정당하게 집행하는 것을 방해하는 일체의 행위”(interference with the orderly administration of law and justice)<sup>7)</sup>로 정의되고

---

기 때문에 이하에서도 가급적 그 명칭을 그대로 사용한다. 따라서 이 글에서는 원문에서 비록 참고인의 허위진술죄를 다룬 것이라고 하더라도 ‘사법방해죄’라는 명칭을 사용하였다면 그 명칭 그대로 사용할 것이고 그 외의 경우에만 ‘참고인의 허위진술죄’라는 명칭을 사용할 것이다.

6) 전문학술논문의 서두에 ‘개관’이라는 용어를 사용하는 것은 적절하지 않게 보일 수 있다. 하지만 이 글의 핵심내용인 ‘사법방해죄의 도입 필요성’을 검토하는데 있어, 그 기본개념인 ‘사법방해’라는 용어와 ‘선진’의 의미가 학문적으로 정립된 것처럼 보이지만, 실제로 그렇지 않기 때문에 이들을 정리할 필요가 있어서 ‘개관’이라는 용어를 사용하였다.

7) Black's Law Dictionary(7th. edition), Bryan A. Garner Editor in Chief, 1999, P. 1105. 같은 지적으로는 이현철, 미국의 사법방해행위규제 제도 연구 - 미국의 허위진술죄와 사법방해죄를 중심으로 - 형사법의 신동향 통권 제6호(2007. 2), 114쪽; 우리나라 형사사법제도 이렇게 바뀝니다: 선진 형사사법제도 입법관련 Q&A, 법무부, 2010, 40쪽 참조.

있다. 실제로 ‘사법방해죄’라는 명칭을 대표적으로 사용하고 있는 미국의 법제에서도 ‘사법방해죄’는 구체적 죄명이 아니라 ‘사법방해를 내용으로 범죄군(群)’으로 통칭되고 있다.<sup>8)</sup> 이렇듯, 사법의 실현을 방해하는 일체의 행위가 사법방해죄에 해당하게 된다. 일반적으로 범죄의 도입을 논하자면 “어떤 범죄를 도입한다” 또는 “어떤 범죄는 도입할 수 없다”고 구체적인 대상이 지정되어야 하는데, 사법방해죄라는 개념 자체는 구체적인 도입대상을 지정하고 있지 않기 때문에 애초 직접적인 도입대상이 될 수 없다. 더군다나 우리나라에서 이미 사법을 방해하는 것을 내용으로 하는 위계에 의한 공무집행방해죄, 위증죄, 무고죄, 범인은닉죄, 증거인멸죄, 법정모독죄 등이 있기 때문에 만약 이것들을 아우르는 ‘사법방해죄’를 도입하게 되면, 기존의 위계에 의한 공무집행방해죄, 위증죄, 무고죄, 범인도피죄, 증거인멸죄, 법정모독죄와 중복되는 문제가 발생한다. 따라서 ‘사법방해죄’ 그 자체의 도입 논의는 적절하지 않다. 만약 이런 문제를 피하려면 기존의 사법방해를 내용으로 하는 범죄와 중복되지 않는 범위 내에서, 가령 ‘참고인의 허위진술죄’ 등과 같이 구체적인 범죄의 도입을 추진하던지, 아니면 기존의 사법을 방해하는 것을 내용으로 하는 범죄, 가령 위계에 의한 공무집행방해죄, 위증죄, 무고죄, 범인은닉죄, 증거인멸죄 등을 폐지하고 그 대신 이것들을 포괄하는 ‘사법방해죄’의 도입을 추진해야 할 것이다.

8) 미국에서 사법방해죄는 연방법 제18장 제73절의 약 20조 여 조문에 걸쳐 있으며, 모범형법 제242조에 규정되어 있다. 연방법에서 ‘사법방해죄’(Obstruction of Justice)는 구체적 죄명이 아니고 제73절(chapter)의 제목일 뿐이다. 연방법 제73절은 그 명칭을 “사법방해죄”(Obstruction of Justice)로 하면서 - 대표적인 몇 가지를 들면 - 제1503조는 “공무원 또는 배심원에 대한 방해죄”(Influencing or Injuring Officer or Juror generally)를, 제1505조는 “정부부처·관청·위원회에서의 절차방해죄”(Obstruction of Proceedings before Departments, Agencies, and Committees)를, 제1509조는 “법정질서방해죄”(Obstruction of Court Orders)를, 제1510조는 “수사방해죄”(Obstruction of Criminal investigation)를, 제1512조는 “증인·피해자·정보제공자 매수죄”(Tampering with a Witness, Victim, or an Informat)를 규정하고 있다. 모범형법 제240조부터 제243조까지 ‘국가기능에 관한 죄’라는 이름하에 제242.1조는 “법집행 또는 그 밖의 정부기능을 방해하는 죄”(Obstruction of Administration of Law or Other Governmental Function)를, 제241.6조는 “증인·정보제공자 매수죄”(Tampering with Witness and Informat: Retaliation Against Them)를, 제241.7조는 “증거 매수 및 증거 위·변조죄”(Tampering with or Fabricating Physical Evidence)를 규정하고 있다.

## 2) ‘선진법제’로서 사법방해죄 도입에 있어 ‘선진’(先進)의 의미?

지금까지 사법방해죄 도입필요성을 역설하고 있는 자료 가운데 일부는 ‘사법방해죄의 도입’을 ‘선진법제’(先進法制)라는 이름하에 추진하였다.<sup>9)</sup> 이런 명칭을 사용하게 된 데는 ‘선진’(先進)이라는 개념의 긍정적 의미 때문인 것으로 보인다. 즉 사법방해죄를 ‘선진법제’로 이해하게 되면 ‘그것의 도입필요성에 대한 심리적 효과’가 훨씬 강하게 된다는 것이다. ‘선진’의 사전적 의미는 “발전의 단계나 진보의 정도 등이 다른 것보다 앞서거나 앞서 있는 일”로 정의되고 있다.<sup>10)</sup> 만약 선진법제의 의미가 이러하다면 ‘선진국’이라고 지칭되는 국가에 단순히 채용되어 운영되고 있는 법제라고 해서 모두 선진법제라고 할 수 없고, 우리나라 사법현실에 비추어 - 피의자의 인권보호 등과 관련해 - 적어도 우리나라 보다 ‘더 앞서거나 앞서 있는 법제’라고 할 수 있어야 선진법제라고 할 수 있다. 그런데 오늘날 도입이 논의되고 있는 사법방해죄는 - 앞에서 지적되었던 도입대상으로서 사법방해죄의 개념이 적절한지 여부는 별론으로 하더라도 - ‘선진’의 본래적 의미와 같이, “발전의 단계나 진보의 정도 등이 다른 것보다 앞서거나 앞서 있는 법제도”라고 보기 어렵다. 오늘날 우리나라서 사법방해죄를 대변하는 ‘참고인의 허위진술죄’도 마찬가지이다. 왜냐하면 사법방해죄나 참고인의 허위진술죄는 - 물론 수사절차에서 허위진술을 한 참고인의 허위진술을 형사처벌함으로써 진실한 사실의 진술을 유도하고 그로 인해 실체적 진실발견에 기여하는 측면 또한 없지 않으나 - 참고인의 수사기관에서의 허위진술에 대한 처벌을 통해 참고인이 수사기관에서 ‘진실한 사실’을 진술하도록 유도 내지 강제하는 기능을 한다는 점에서 ‘수사의 효율성 추구’에 기여할 뿐, 선진의 본래적 의미처럼, 인권보호 등에 더 많이 기여하는 면을 찾기 어렵기 때문이다. 여기에다 사법방해죄는 검사로부터 범죄사실의 입증부담을 벗어나게 한다는 점에서 검사에게만 절대적으로 이익이 되며, 나아가 자유민주적 법치국가에서 지켜져야 할, 즉 검사의 입증책임원칙과도 충돌한다. 이런 면에서, 수사의 효율

9) “테마기획: ‘선진법제’ 도입연구(I)”: 김석우, 사법정의방해죄에 대한 고찰(형사법의 신경향 통권 제19호); “先進 형사사법 제도 개선방안 관련 설명 자료(대검찰청, 2009)”; “선진 형사사법제도 입법공청회 자료(법무부, 2010)”; “우리나라 형사사법제도 이렇게 바뀝니다: 선진형사사법제도 입법 관련 Q&A(법무부, 2010)”

10) 동아 새국어사전(제5판), 두산동아, 2005, 1305쪽.

성 추구에 최대 초점이 맞추어져 있고, 검사의 입증책임원칙을 포함한 형사소송법의 기본원칙을 무력화하고 공판중심주의를 훼손 내지 형해화한다는 지적을 받고 있는 사범방해죄를 ‘선진법제’라고 하기 어렵다.<sup>11)</sup>

## 2. 사범방해죄 도입에 관한 지금까지의 논의상황

사범방해죄의 도입 여부에 관한 지금까지의 논의는 크게 사범방해죄를 도입하자는 입장과 도입하지 말자는 입장으로 나뉘어졌으며, 전자는 다시 미국의 허위진술죄<sup>12)</sup>를 ‘전적으로’ 도입하자는 입장과 ‘제한적으로’ 도입하자는 입장<sup>13)</sup>으로 나뉜다. 후자는 다시 - 비록 소수이긴 하지만 - ‘피의자의 수사기관에서의 허위진술’까지 처벌하자는 입장<sup>14)</sup>과 피의자의 수사기관에서의 허위진술은 처벌하지 말고 ‘참고인의 수사기관에서의 허위진술’만 처벌하자는 입장<sup>15)</sup>으로 나뉜다. 후자, 즉

- 
- 11) 그 동안 두 차례 - 참고인의 허위진술죄를 내용으로 - 사범방해죄 도입을 추진하였던 법무부를 제외하곤 대법원, 대한변호사협회, 국가인권위원회, 형사법학회, 시민단체인 민변과 참여연대 모두 반대했다. 만약 참고인의 허위진술죄가 실제로 ‘선진법제’였다면 그렇게 반대되지 않았을 것이라는 사실이 사범방해죄가 선진법제가 아니라는 점을 간접적으로 뒷받침한다.
  - 12) 자세한 것은 박미숙, 미국의 사범방해죄에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1999; 이천현·도중진·권수진, 형법각칙개정연구[5], 한국형사정책연구원, 2007, 34쪽 이하; 김종구, 미국 연방법상 허위진술죄에 관한 고찰 - 우리 법체계에 대한 도입방안과 관련하여 -, 법조 통권 제610호(2009 4), 337쪽 이하; 안성수, 앞의 논문(주 1), 212쪽 이하; 최병천, 미국에 있어서 수사기관에 대한 허위진술의 법적 규제, 형사정책 제15권 제2호(2003), 이현철, 앞의 논문(주 7), 117쪽 이하 참조.
  - 13) 이현철 검사는 “미국의 사범방해행위규제 제도가 너무 광범위하고 애매하고, 피의자 자신의 사건에 대한 허위진술과 증거인멸의 경우도 처벌되는 등 처벌범위가 지나치게 광범위하다”는 점을 들어 ‘헌법상 보장되는 자기부죄금지특권과 균형을 유지하는’ 선에서 사범방해죄를 도입할 필요가 있음을 지적하면서, 구체적으로는 “미국의 광범위한 사범방해죄 자체를 도입하기 보다는 일단 법원의 통제가 가능한 형사재판과정에서 사범방해죄를 도입하여 행정절차에서 허위진술을 처벌하는 규정을 최대한 활용하여 사범방해죄를 처벌한다는 사실을 보편화”시킨 후 “수사과정에서 사범방해죄를 도입할 필요가 있다”고 한다. 자세한 것은 이현철, 앞의 논문(주 7), 150-151쪽 참조.
  - 14) 김종구, 앞의 논문(주 12), 362쪽. 다만 김종구 교수는 ‘살인죄 등 중대범위에서 허위진술로 적극적 증거조작이 있는 경우에 한 해, 피고인의 허위진술죄 신설을 고려할 필요가 있다’고 한다. 자세한 것은 같은 논문, 362쪽 참조.
  - 15) 최병천, 앞의 논문(주 12), 332쪽; 이현철, 앞의 논문(주 7), 151쪽; 조동석, 허위진술죄의 도입 제안, 법조 통권 제537호(2001. 6), 163쪽. 조동석 검사는 같은 논문 163쪽에서 “미국식의 허위진술죄를 도입하게 되면 거짓말이 일상화되어 있는 우리의 정서와 심하게 충돌할 수 있기 때문에 독일식 참고인의 허위진술죄를 도입하는 것이 거부반응도 적고 효율적이고, 그렇게 되면 개정작업

참고인의 허위진술행위만 처벌하자는 입장은 다시 참고인이 “적극적인 증거조작을 통해 ‘수사기관의 판단을 현저히 그르치게’ 하는 경우”,<sup>16)</sup> “수사에 필요한 중요한 사실”에 관해 허위진술을 한 경우”, “단순히 진술 또는 제출 자료의 내용이 허위라는 것만으로 처벌할 것이 아니라 ‘특정한 수사를 방해할 목적’이 있는 경우”,<sup>17)</sup> “처벌을 면하거나 가벼운 처벌을 받게 할 ‘목적’으로 ‘범죄의 성립 또는 양형의 조건에 관한 사실’에 대해 수사기관을 ‘적극적으로’ 기망한 경우”<sup>18)</sup>에 처벌하자는 입장 등으로 나뉜다. 여기에다 일부는 단순히 참고인의 허위진술을 처벌하는 규정만 신설한다면 그 의미가 반감되기 때문에, - 참고인이 허위진술을 하였을 때 처벌하기 위해서는 - 참고인의 출석이 담보되어야 하므로 참고인의 출석을 강제할 수 있는 ‘참고인 구인제(참고인 출석의무제)’의 도입을 동시에 추진할 것을 제안하였다.<sup>19)</sup> 실제로 법무부는 2002년 12월과 2010년 12월 두 차례에 걸쳐 사법방해죄, 즉 참고인의 허위진술죄 도입을 추진하였다.

지난 2002년 12월 법무부는 형법 제137조의2 제1항에 “타인의 형사사건을 수사하는 공무원에게 허위의 진술을 하거나 허위의 자료를 제출한 자 또는 타인의 형사사건을 재판하는 법원에 허위의 자료를 제출한 자는 3년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다”는 것을 내용으로 한 ‘허위진술 등에 의한 공무집행방해죄’(소위 사법방해죄 또는 참고인의 허위진술죄)의 도입을 추진하였으나,<sup>20)</sup> 대법원,

---

이 간명해질 것”이라고 하면서, 구체적 방법으로 무고죄를 규정하고 있는 제156조를 ‘제156조 제1항으로 하고 제2항에 “타인의 형사피의사건 수사절차에서 수사할 권한이 있는 공무원에 대하여 그 타인의 피의사실에 관하여 허위의 진술을 한 자도 전항과 같다”고 신설하고, 이것의 구체적 실현을 위해 “참고인의 강제소환제와 참고인의 진술거부에 대한 제재 제도”의 도입도 함께 추진할 것을 제안하였다. 여기서 참고인 강제소환제의 도입도 문제이지만, 참고인의 진술거부에 대한 제재 제도의 도입은 더욱 문제이다. 왜냐하면 헌법 제12조 제2항과 이것을 담고 있는 형사소송법 제244조 제1항 제2호와 제283조의2 제1항에 규정된 진술거부권을 부정하기 때문이다.

- 16) 김종구, 앞의 논문(주 12), 362쪽. 여기서 김종구 교수는 참고인의 허위진술이 적극적인 증거조작에 이를 정도라면 위계에 의한 공무집행방해죄에 해당할 수 있지만 그 성립범위가 분명하지 않기 때문에 허위진술죄의 도입이 필요하다는 것이다.
- 17) 박승환, 사법방해죄 도입론 - 수사절차에서의 허위진술을 중심으로 -, 법조 통권 제629호(2008. 2), 14쪽; 최병천, 앞의 논문(주 12), 332쪽.
- 18) 최병천, 앞의 논문(주 12), 332쪽.
- 19) 이현철, 앞의 논문(주 7), 151쪽. 이현철 검사는 추가적으로 1단계로 ‘참고인 구인제와 참고인에 대한 허위진술죄’를 도입하고, 2단계로 ‘행정절차에 규정된 사법방해행위 규제를 위한 일반조항’을 형법에 도입할 것을 제안하였다.

대한변호사협회, 형사법학회, 국가인권위원회, 시민단체 등의 강력한 반대에 부딪쳐 무산된 바 있다. 당시 대법원은 형법 및 형사소송법 개정초안에 대해 ‘수사편의 주의적 발상’에 치우쳐 있어 ‘인권침해 소지’가 많으며, 특히 참고인 구인제와 사법 방해죄를 동시에 시행하게 되면 ‘공판중심주의를 형해화’시켜 법정공방이 극도로 위축될 우려가 있다면서 반대의사를 분명히 하였고,<sup>21)</sup> 대한변호사협회도 피의자의 허위진술은 범죄가 성립하지 않는데 반해 참고인의 허위진술을 범죄로 규정하는 것은 불합리하다는 점, 형법 제137조의2에 규정된 참고인의 허위진술죄가 참고인의 진술강요를 위한 도구로 악용될 우려가 있다는 점, 참고인의 허위진술은 위계에 의한 공무집행방해죄, 무고죄, 증거인멸죄, 증인도피죄 등으로 처벌할 수 있다는 점 등을 이유로 반대의견을 분명히 하였다.<sup>22)</sup> 한국형사법학회와 한국형사정책학회도 참고인의 허위진술죄는 형법 제137조의 위계에 의한 공무집행방해죄나 형법 제156조의 무고죄에 의해서도 부분적으로 규율할 수 있어서 불필요하다는 점, 이를 도입할 경우 처벌의 범위가 부당하게 확대될 위험성이 높다는 점, 친인척의 범죄혐의에 대해서까지 그 진실을 밝히도록 강요될 수 있다는 점에서 반인륜적 규범이라는 점, 허위의 진술여부에 대한 판단기준은 법원의 재판을 거친 후에야 판단할 수 있는 것이라는 점을 들어 반대의사를 분명히 하였다.<sup>23)</sup> 국가인권위원회도 허위진술이나 허위자료의 제출에 대한 수사가 아니라 원래 사건의 수사를 위한 압박수단으로 변질될 우려가 있다는 점, 우리 형법체계상 위증죄의 경우 선서한 후의 허위진술만

20) “범죄의 수사에 없어서는 아니 될 중요한 사실을 안다고 명백히 인정되는 피의자 아닌 자가 제1항의 출석요구를 받고 정당한 이유 없이 2회 이상 출석 요구에 불응한 때에는 검사는 관할지방법원판사에게 청구하여 구인을 위한 구속영장을 발부받아 구인한 후 진술을 들 수 있고, 사법경찰관은 검사에게 신청하여 검사의 청구로 관할지방법원판사의 구속영장을 발부받아 구인한 후 진술을 들 수 있다”는 ‘참고인 구인제도’(형사소송법 제221조 제2항)의 도입을 함께 추진하였다. 2002년의 참고인 구인제도는 2010년 중요참고인 출석의무제와 많은 차이점이 있다. 2002년 안에서는 모든 참고인을 구인할 수 있는데 반해, 2010년 안에서는 ‘사형·무기·장기 5년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄와 관련된 참고인만을 구인할 수 있으며, 또한 2002년 안의 경우 “범죄수사에 없어서는 아니 될 중요한 사실을 ‘명백히’ 안다고 인정되는 참고인”을 구인할 수 있는데 반해, 2010년 안의 경우 “범죄의 수사에 없어서는 아니 될 사실을 ‘단순히’ 안다고 인정되는 참고인”을 구인할 수 있다는 것이다.

21) 경향신문 2002. 12. 27. 2쪽.

22) 자세한 것은 대한변호사협회 홈페이지([www.koreanbar.or.kr/data/data01\\_asp](http://www.koreanbar.or.kr/data/data01_asp)) 참조.

23) 형사법연구 제19호(2003), 419-420쪽.

처벌하는데 선서 없이 수사기관 앞에서 행한 허위진술을 처벌하는 것은 균형이 맞지 않는다는 점, 허위자료의 제출은 증거인멸죄로 대처할 수 있다는 점, 허위 여부를 피의자와 대립관계에 있는 수사기관이 판단하는 것은 무기대등의 취지에 맞지 않는다는 점, 허위진술죄를 처벌하고 있는 미국과 우리의 인권토양이 다름에도 불구하고 허위진술죄를 도입하고자 하는 것은 물증을 과학적으로 찾으려는 노력을 하지 않고 관계인의 진술과 자백에 의존하는 구시대적 수사기법에 안주하려는 발상이라는 점을 들어 반대의를 분명히 하였다.<sup>24)</sup> 이런 분위기 때문에 법무부는 참고인의 허위진술죄를 포함한 형법개정안을 국회에 상정도 못하고 차기 국회로 넘겼다.

그 후 8여년이 시간이 지난 2010년 12월 법무부는 다시 - 현행법상 참고인은 수사기관에 진실을 말한 의무가 없어 참고인의 허위진술로 인해 수사절차의 지연, 수사인력, 비용낭비 등의 문제가 심각하게 발생하고 있으므로 참고인의 진술의 진실성을 담보하여 실제적 진실발견을 위한 수사권행사가 왜곡되는 일이 없도록 하고, 수사기관에서 참고인 등을 동원한 거짓말을 통해 처벌을 회피하려는 자들을 엄중히 처벌하여 사법 불신을 해소하기 위해 - 사법방해죄의 도입 필요성을 역설하고, 형법 제152조의2 제1항에 “타인으로 하여금 형사처분을 받게 하거나 면하게 하여 줄 목적으로 수사하는 공무원에게 범죄를 구성하는 사실에 관하여 허위의 진술을 한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다”는 것을 내용으로 한 사법방해죄의 신설<sup>25)</sup>을 추진하였으나,<sup>26)</sup> 이 역시 대법원, 대한변호사협회,

24) 자세한 것은 법무부의 형사소송법·형법개정안에 대한 국가인권위원회 의견, 국가인권위원회공보 제1권 제2호(2003년 4월 15일), 28-30쪽 참조.

25) 이 때 ‘사법협조자 형벌감면제도’(형법 제52조의2), ‘증인 등에 대한 폭행·협박죄’(형법 제155조의2), ‘중요참고인 출석의무제도’(형사소송법 제221조 제2항), ‘사법협조자 소추면제제도’(형사소송법 제247조의2 제1항)의 도입도 함께 추진되었다. 형법 제52조의2는 ‘사법협조자에 대한 형벌감면’을 명칭으로 “여러 사람이 관련된 죄의 수사절차나 재판절차에서 그 죄에 대하여 진술함으로써 범죄 규명, 결과발생의 방지, 범인의 검거에 기여한 때에는 그 형을 감경 또는 면제할 수 있다”고 규정하고, 형법 제155조의2는 ‘증인 등에 대한 폭행·협박 등’이라는 명칭으로 “형사사건에 관하여 타인의 증언 또는 진술을 방해하거나 허위증언 또는 허위진술을 하게 할 목적으로 타인을 폭행 또는 협박하거나 타인에게 금품 기타 재산상 이익을 약속·공여 또는 공여의 의사표시를 한 자는 7년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금에 처한다”고 규정하고 있다. 형사소송법 제221조 제2항은 ‘제3자에 대한 출석요구와 구인 등’이라는 명칭으로 “검사는 사형·무기 또는 장기 5년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄에 있어 범죄의 수사에 없어서는 아니 될 사실을 알고 있다고

형사법학회, 국가인권위원회, 시민단체 등의 강력한 반대에 부딪쳐 무산된 바 있다. 당시 대한변호사협회는 사법제도와 이와 관련된 국민의식은 각 나라의 역사적·문화적 전통에 따라 다르고 서양 국가에 비해 온정주의적 성향이 강하고 편을 가르는 성향이 남아 있는 우리나라에서 참고인이 한 쪽 편을 들어 허위진술하는 경우가 많은 것은 부인할 수 없는 현실이지만, 이는 사법영역에서만 제도를 도입한다고 해

인정되는 피의자가 아닌 자가 출석요구를 받고도 정당한 사유 없이 출석을 거부하는 의사를 표시하거나 2회 이상 출석요구에 불응한 때에는 관할지방법원판사에게 청구하여 구인영장을 발부받아 피의자가 아닌 자를 구인할 수 있다”고 규정하고, 형사소송법 제247조의2 제1항은 ‘사법협조자에 대한 공소불제기’라는 명칭으로 “여러 사람이 다음 각 호의 죄를 범한 경우 그 정범 또는 공범관계에 있는 자의 진술이 범죄규명에 없어서는 아니될 것으로 인정되는 때에는 검사는 형사재판절차에서의 증언을 조건으로 공소를 제기하지 아니할 수 있다. 1. 형법 제129조부터 제133조까지(다른 법률에 따라 가중처벌되는 경우를 포함한다), 제357조, 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 제3조, 특정경제범죄가중처벌 등에 관한 법률 제5조부터 제7조까지, 범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률 제3조, 국제상거래에 있어서 외국공무원에 대한 뇌물방지법 제3조. 2. 폭력행위 등에 관한 법률 제4조. 3. 마약류관리에 관한 법률 제58조부터 제61조까지. 4. 항공안전 및 보안에 관한 법률 제39조부터 제42조까지, 국제항해 선박 및 항만시설의 보안에 관한 법률 제47조”고 규정하고 있다.

- 26) 2002년 형법개정초안과 2010년 형법개정초안에 규정된 사법방해죄는 의견상 차이점이 없는 것으로 보이지만 실제로는 그렇지 않다. 2002년 개정안은 “참고인의 수사기관에서의 허위진술과 허위자료 제출 및 법원에 허위자료 제출”을 구성요건으로 하는데 반해, 2010년 개정안은 “참고인이 피의자가 형사처분을 받거나 면하게 할 ‘목적’으로 수사기관에 ‘범죄를 구성하는 사실’에 관해 ‘허위진술’을 하는 것”을 구성요건으로 한다. 따라서 2002년 형법개정안에서는 “참고인의 수사기관에서의 모든 허위진술”과 “참고인의 수사기관과 법원에 대한 모든 허위자료 제출”을 구성요건으로 하므로, ‘참고인이 수사기관에서 허위의 진술을 하거나 수사기관이나 법원에 허위자료를 제출하기’만 하면 사법방해죄가 성립하는데 반해, 2010년 형법개정안에서는 범죄와 관련된 ‘모든 허위진술’이 아니라 “‘범죄를 구성하는 사실’에 관해 허위진술을 해야” 하므로, ‘범죄를 구성하는 사실’이 아닌 ‘양형사실’에 관해 허위진술을 한 경우에는 사법방해죄가 성립하지 않으며, 또한 ‘범죄를 구성하는 사실’에 관해 허위진술을 하였더라도 피의자가 형사처분을 받게 하거나 면하게 할 ‘목적’을 갖지 않을 경우에는 사법방해죄 역시 성립하지 않는다. 이것만 본다면 2010년 안에 규정된 사법방해죄의 성립범위는 2002년 안에 규정된 것에 비해 좁으며, 2010년 사법방해죄의 법정형(5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금)은 2002년 사법방해죄의 법정형(3년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금)에 비해 상향되었다. 또 다른 점은 - 2002년과 2010년 개정안이 약간 차이가 있지만 - 우리나라 사법방해죄는 미국의 사법방해죄에 비해 그 적용범위가 넓다. 미국의 사법방해죄는 ‘허위진술이 중요한 것’이어야 하고 허위라는 사실을 아는 것만으로 부족하고 ‘의도적’으로 허위의 진술을 할 것으로 요건으로 하는데 반해, 우리나라의 경우 ‘중요한 것에 대한 허위진술’은 물론이고 ‘의도적일 것’을 요구하지 않고(2002년 개정안), “형사처벌을 받게 하거나 면하게 할 목적을 필요로 하고 ‘범죄를 구성하는 사실’에 대해 허위진술을 할 것을 요건으로 하기 때문이다. 즉 미국의 경우 ‘중요한 것에 대한 허위진술’과 ‘의도성’을 요건으로 하는데 반해, 우리나라의 경우 이런 것을 요건으로 하지 않으므로 미국에 비해 그 적용범위가 넓다는 것이다.

서 해결될 수 없고, 국민 전체의 의식수준 향상과 함께 서서히 해소될 수밖에 없는 난제임에도 국민 전체의 의식수준 향상은 도외시한 채 수사기관의 일방적인 편의를 위하여 성급하게 사법방해죄를 도입할 경우 사법정의의 효과는 거두지 못한 채 결국 전과자만 양산하는 결과를 초래할 우려가 있다는 점, 여기에서 수사단계에서 참고인이 수사공무원에게 허위진술하는 것을 처벌하는 것은 과잉금지원칙에도 위배될 수 있다는 점을 들어 반대의사를 분명히 하였고,<sup>27)</sup> 국가인권위원회는 허위진술죄는 수사상 편의를 위해 수사기관의 실체적 진실발견의무를 참고인에게 전가하여 참고인에게 과도한 부담을 지운다는 점, 헌법 제12조 제2항, 자유권규약 제14조 제3항 제g호에서 보장하고 있는 ‘형사상 자신에게 불리한 진술을 강요당하지 않을 권리’, 즉 ‘진술거부권’과 헌법 제13조 제1항에 근거한 ‘죄형법정주의(법률의 명확성원칙)’를 침해할 우려가 있다는 점, 중요참고인 출석의무제와 결부될 경우 문제의 소지가 더욱 커질 수 있다는 점을 들어 반대의사를 분명히 했다.<sup>28)</sup> 시민단체인 민변은 헌법상 과잉금지원칙, 죄형법정주의 및 자기부죄금지원칙에 반한다는 점, 현재에도 강력한 수사권과 그 남용으로 인해 인권침해 시비가 발생하는 현실에서 자칫 ‘코에 걸면 코걸이 귀에 걸면 귀걸이’ 식의 무제한적 적용으로부터 피의자와 참고인의 인권을 보호하기 어렵다는 점, 참고인의 경우 선서하지 않는 진술에 대해 책임을 부과한다면 수사기관에서 보복 등 여러 가지 원인으로 사건의 진실을 말할 수 없는 상황인 경우, 뒤늦게 법정에서 증인보호가 이루어진 상태에서 실체적 진실을 밝힐 수 있는 기회가 박탈한다는 점에서 형사소송절차의 양대 목적 중 하나인 실체적 진실발견에 반하는 결과를 초래할 우려가 있다는 점, 참고인의 허위진술은 기존의 위증죄, 증거인멸죄, 무고죄, 범인은닉죄, 문서손괴죄 등 일반 형법규정의 적극적 활용으로 충분히 해결가능하기 때문에 별도의 사법방해죄를 신설할 필요가 없다는 점을 들어 반대의사를 분명히 하였다.<sup>29)</sup> 참여연대는 모든 실체적 진실이 법

27) 자세한 것은 대한변호사협회 홈페이지([www.koreanbar.or.kr](http://www.koreanbar.or.kr)) ‘형법 일부개정법률안(정부발의, 의안번호 12629호)에 대한 의견’ 참조.

28) 인권위, 형소법 등 개정안 의견표명 - 참고인 강제구인제, 허위진술죄 등 신설 바람직하지 않다 -, 국가인권위원회 보도자료(2011. 5. 4), 2쪽.

29) 자세한 것은 ‘민중사회를 위한 변호사 모임’ 홈페이지(<http://minbyun.jinbo.net>) ‘형법개정안(12629호) 및 형사소송법개정안(12633호)에 대한 민변 의견서’ 참조.

정에서 가려져야 한다는 공판중심주의원칙이 무너질 수 있다는 점, - 단순한 사법 협조자인 참고인을 고압적·권위적으로 다루거나, 심지어 참고인을 긴급체포형식으로 연행해 온 수사관행이 일부 상존하고 있음을 고려할 때 - 사법방해죄는 수사기관에 유리한 진술을 강요·유지하는 억압 장치로 될 가능성이 있다는 점, 참고인 스스로가 자발적이고 계획적으로 수사기관에 허위사실을 진술하여 수사를 방해한 경우에 위계에 의한 공무집행방해죄나 범인은닉죄를 적용할 수 있기 때문에 사법방해죄를 도입할 필요가 없다는 점, 법정에서 진술가능성이 높은 사건의 경우 형사소송법 제184조의 증거보전절차에 따른 증거보전제도를 적극 활용한다면 피고인의 진술변복 등으로 인한 수사력 약화 문제를 상당 부분 해결할 수 있다는 점을 들어 반대의사를 분명히 하였다.<sup>30)</sup> 2002년 개정안과 마찬가지로 법무부는 참고인의 허위진술죄를 포함한 형법 개정안을 국회에 상정도 하지 못하고 차기 국회로 넘겼다.

### III. 사법방해죄 도입 찬성 논거와 도입 반대 논거

#### 1. 사법방해죄 도입 찬성 논거

##### 가. 사법방해행위의 규율은 실제적 진실 발견 도모에 필요하다는 점

사건에 대해 제3자로서 객관적이고 공정하게 진술할 위치에 있는 참고인의 진술은 사건 해결에 결정적 역할을 하는 경우가 많다. 특히 고소사건에서 고소인과 피의자의 주장이 첨예하게 상반되는 경우에 고소인의 주장이 사실인지, 아니면 피의자의 주장이 사실인지 여부를 판단하는데 참고인의 진술이 결정적 역할을 한다.<sup>31)</sup>

30) 자세한 것은 ‘참여민주주의와 인권을 위한 연대’ 홈페이지([www.peoplepower21.org](http://www.peoplepower21.org)) ‘형법 일부 개정법률(안)(법무부 공고 제2010-251호) 및 형사소송법 일부 개정법률(안)(법무부 공고 제2010-250호)에 대한 참여연대 의견’ 참조.

31) 조동석, 앞의 논문(주 15), 155쪽. 여기서 조동석 검사는 “오늘날 피의자의 인권의식이 너무 강해 수사기관 종사자도 피의자의 인권을 건드려 가면서 실제적 진실을 발견하겠다는 무모한 생각을 하지 않으며 그렇게 할 동기가 인센티브도 없다. 반면 인권침해의 시비가 일어 문제가 생겼을 때 입게 되는 개인적인 화는 너무나 크다. 인사상 불이익뿐만 아니라 국가배상사건의 당사자가 되거나 ... 경제적 손실도 입게 된다. 따라서 수사기관으로는 주로 참고인의 진술을 수단으로 삼아 실제적

만약 참고인이 수사기관의 소환에 불응하거나 출석하더라도 허위로 진술한다면 실체적 진실발견에 중대한 장애가 될 수 있다.<sup>32)</sup> 그러나 현행 법률상 참고인에게는 수사기관에 출석할 의무는 물론이고 출석하여 진실을 말할 법적 의무가 없다.<sup>33)</sup> 따라서 참고인으로 하여금 사건에 관해 실체적 진실을 진술하도록 강제하기 위해, 수사과정에서의 허위진술을 한 참고인을 처벌할 필요가 있다는 것이다.<sup>34)</sup>

하지만 ‘참고인이 사실 그대로 진술하는 것이 실체적 진실을 규명하는데 도움이 된다’는 것과 ‘실체적 진실을 규정하는데 절대적 요건 가운데 하나인 참고인의 진실한 사실의 진술을 받아내기 위해 참고인의 허위진술죄를 도입한다’는 것은 전혀 별개의 문제이다. 참고인의 사실 그대로의 진실이 아무리 사건의 실체적 진실을 규명하는데 도움이 된다고 하더라도 참고인의 허위진술행위에 대한 처벌은 당연히 정당화되는 것이 아니라 그것의 정당성 여부는 다른 기준, 가령 우리 형사사법의 전체 체계와 현실에서 판단할 문제이기 때문이다. 사정이 이러함에도 참고인의 허위진술죄가 사건의 실체적 진실을 규명하는데 도움이 된다고 보는 전제에서 출발한 이 논거는 논거로서 타당하지 않다.

#### 나. 사법방해죄는 피의자의 인권보장에 기여한다는 점

참고인이 수사과정에 허위진술을 하더라도 처벌받지 않으므로 참고인이 허위진술을 할 가능성이 높고, 따라서 수사기관에서 한 참고인의 진술의 신뢰성이 법정에

---

진실에 접근할 수밖에 없다”고 주장하면서 “참고인의 허위진술죄 도입은 시대적 변화에 부응하는 것”이라고 지적하고 있다. 하지만 이 지적은 적절하지 않음은 물론 학술논문의 표현방법으로서도 적절하지 않은 것으로 보인다. 수사기관은 피의자의 인권을 침해하지 않으면서 수사를 하는 것이 헌법과 형사소송법의 기본이념임에도 ‘그것을 무모한 생각’이라고 한 것이라든가 수사기관은 합법적으로 수사하는 것이 당연함에도, ‘불법적 수사로 인권침해가 발생하는 것을 전제’로 피의자에게 인권침해 시비가 일어났을 때 수사관의 인사상 불이익과 국가배상사건의 당사자가 됨으로써 받는 경제적 손실 등 개인적인 화가 너무 크다고 한 것은 헌법과 형사소송법의 이념에 위배될 뿐만 아니라 형사소송법 구조에도 맞지 않기 때문이다.

32) 박승환, 앞의 논문(주 17), 124쪽. 박승환 검사는 여기서 참고인의 소환불응을 ‘소극적으로 실체적 진실발견에 장애’를 주는 것이고, 허위진술은 ‘적극적으로 사실관계를 왜곡’하는 것이라고 하였다.

33) 김석우, 앞의 논문(주 9), 44쪽.

34) 김석우, 앞의 논문(주 9), 앞의 논문(주 10), 44쪽; 조동석, 앞의 논문(주 15), 155쪽. 같은 취지로 이현철, 앞의 논문(주 7), 148-149쪽 참조.

서 배척당할 수 있다는 것이다.<sup>35)</sup> 이와 같은 상황에서 수사기관은 어렵게 참고인의 진술을 확보했다더라도 그 진술의 신빙성이 배척당할 수 있어서 피의자신문을 통한 자백확보에 주력할 수밖에 없으므로,<sup>36)</sup> 만약 참고인의 허위진술을 처벌하게 되면 참고인이 함부로 허위진술을 하지 않을 것이므로 참고인이 허위진술을 할 가능성이 대폭 줄어들 것이고,<sup>37)</sup> 그렇게 되면 수사기관은 피의자신문 위주의 수사절차에서 벗어나 ‘객관적이고 신빙성 있는 참고인에 대한 수사’에 주력할 수 있을 것이라는 것이다.<sup>38)</sup> 이에 따라 피의자신문 과정을 둘러싼 피의자 인권 침해 등의 각종 시시비비가 크게 감소하여 궁극적으로 ‘피의자의 인권을 침해할 위험성’보다는 ‘피의자의 인권보장’에 기여할 수 있다는 것이다.<sup>39)</sup>

하지만 이 논거는 논거로서 설득력이 부족하다. 첫째, 이 논거에는 “참고인을 통해 실제적 진실을 규명하게 되면 자연스럽게 피의자신문을 통해 실제적 진실을 규명하는 비중이 줄어들 것이고, 그렇게 되면 또한 피의자로부터 자백을 받아 내기 위해, 자연스럽게 있어왔던 가혹행위나 고문으로 피의자의 인권을 침해할 필요성과 위험성이 줄어들 든다”는 것<sup>40)</sup>이 전제되어 있는데, 이는 실제적 진실을 규명하는

35) 김석우, 앞의 논문(주 9), 44쪽. 이 논거는 ‘수사기관에서의 참고인 진술 대부분이 허위’라서 신뢰성이 배척당한다는 전제에서 출발한다. 그러나 참고인이 수사기관에서 한 진술 가운데 허위 진술이 차지하는 비중이 실제로 얼마나 되는지 지금껏 알려진 것이 없다. 만약 수사기관에서의 허위진술이 차지하는 비중이 아주 높다면 이 논거는 근거로서 뒷받침되었지만, 그 반대라면 이 논거는 근거로서 뒷받침되기 어렵다. 이런 점에서 이것을 사법방해죄의 도입 근거로 활용하고자 하는 사람들은 참고인의 수사기관에서의 진술 가운데 허위진술이 차지하는 비중이 얼마인지 확인하고 그 결과를 바탕으로 이 논거를 끌어들이었으면 더 좋지 않았을까 하는 아쉬움이 있다.

36) 김석우, 앞의 논문(주 9), 44쪽.

37) 참고인의 허위진술행위를 형사 처벌하게 되면 참고인의 허위진술이 줄어들 것이라는 전제는 논리 비약이다. 물론 참고인의 허위진술행위를 처벌하지 않는 것에 비해 줄어들 것임은 분명하다. 하지만 여기서 필요한 것은 참고인의 허위진술행위를 형사사처벌하였을 때 참고인의 허위진술행위가 의미있을 정도로 줄어들었는지 여부이다. 그런데 ‘참고인과 피의자의 관계’의 참고인의 허위진술죄와 같은 구조를 ‘증인과 피고인의 관계’의 위증죄의 경우를 보면 이 논거를 수증하기 어렵다. 가령 위증죄 처벌규정이 있음에도, 특히 최근 처벌이 강화되었음에도 의미있을 정도로 줄어든 것이 아니라 오히려 지속적으로 증가한 것을 보면(자세한 것은 강동석, 위증죄와 증거인멸죄의 발생·증가원인 및 방지대책, 법조 제47권 제10호(1998. 10), 33-35쪽 참조), 참고인의 허위진술행위를 사법방해죄로 형사 처벌하더라도 그것이 줄어들지 않을 것임이 추정된다는 것이 그것이다.

38) 김석우, 앞의 논문(주 9), 45쪽.

39) 김석우, 앞의 논문(주 9), 45쪽; 조동석, 앞의 논문(주 15), 158쪽.

40) 조동석, 앞의 논문(주 15), 159쪽.

데 ‘피의자의 진술’보다 ‘참고인의 진술’을 우선한다는 것으로 - 이는 일반적으로 형사소송에서 ‘실체적 진실’은 먼저 ‘피의자와 증거’를 통해 우선적으로 규명하고 만약 이것에 의해 제대로 규명되지 않을 경우에 참고인을 통해 보조적으로 규명해야 한다는 점에서 - 형사사법의 기본구조에 부합하지 않는다. 둘째, 이 논거에는 “참고인의 진술을 통해 사건의 실체적 진실을 규명하지 못하면 결국 피의자로부터 진술을 받아내기 위해 피의자에 대한 고문이나 가혹행위가 증가한다”는 점이 전제되어 있는데, 이 논거 역시 현행 헌법과 형사소송법의 이념에 반한다. 왜냐하면 현행 헌법과 형사소송법에 의하면 피의자가 아무리 사건에 관해 사실을 진술하지 않고 허위사실을 진술을 하였더라도 어떤 경우에도 고문이나 가혹행위를 통해 실체적 진실을 규명하는 것이 허용되지 않기 때문이다.

#### 다. 사회방위 및 피해자 보호를 위해 사법방해죄로 형사사법을 보완할 필요성이 있다는 점

지금껏 우리 형사소송법은 ‘피의자의 권리를 보장하기 위한 다양한 제도적 장치 마련’에 주력했으나, ‘범죄로부터 사회를 방위하고 피해자를 보호하기 위한 제도의 개선’에 미온적이다 보니, 형사사법제도의 균형성 문제가 발생한다는 것이다.<sup>41)</sup> 그래서 참고인의 허위진술행위를 처벌하는 법제도의 도입을 통해 사회방위를 위한 수사력을 강화하여 형사사법제도의 균형적인 선진화를 이룩할 필요가 있다는 것이다.<sup>42)</sup>

하지만 이 논거는 논거로서 설득력이 부족하다. 첫째, “오늘날 우리 형사사법의 현황은 피의자보호를 위한 다양한 장치가 마련되어 있지만 범죄로부터 사회보호와 피해자보호를 위한 제도의 개선은 미흡하다”는 이 논거는 외견상 그럴 듯하게 보이지만 실체도 없고 너무 추상적이어서 논거로서 적합하지 않다. 가령 ‘오늘날 피의자보호를 위한 다양한 장치가 마련되었다’는 경우 이렇게 판단한 근거가 무엇인지 분명하지 않으며, 그리고 그것이 주관적 판단에 의존한 것이 아닌지 의문이 들고, ‘피해자보호를 위한 제도개선이 미흡하다’는 것 역시 같은 평가가 가능하다는 것이

41) 김석우, 앞의 논문(주 9), 45쪽.

42) 김석우, 앞의 논문(주 9), 45쪽.

그것이다. 일반적으로 논거가 논거로서 설득력을 가지려면 그 논거를 근거 지을 수 있어야 하는데 이 경우 그것에 관해 아무런 근거지움 없이 단순히 ‘입장과 결론’만 있을 뿐이다. 둘째, “참고인의 허위진술죄를 도입하게 되면 사회방위를 위한 수사력이 강화되어 형사사법제도의 균형적인 선진화가 이룩된다”는 이 논거는 ‘참고인의 허위진술죄를 도입하게 되면 수사력이 강화된다는 것’과 ‘수사력이 강화되면 형사사법제도의 선진화가 이룩된다’는 등식으로 구성되어 있다. 물론 ‘참고인의 허위진술죄를 도입하게 되면 - 참고인이 허위진술을 하였을 때 처벌되므로 참고인의 허위진술이 줄어들 것이라고 추정된다는 점에서 - ‘사회방위를 위한 수사력이 강화’된다고 볼 수도 있을 것이다. 하지만 사회방위를 위한 수사력 강화도 헌법과 형사소송법의 이념 및 형사소송법의 체계에 반하지 않는 범위 내에서 정당성을 갖는다는 점과 - 수사력 강화가 사회보호에 얼마나 기여할 수 있는지 여부는 별론으로 하더라도 - ‘수사력을 강화’하는 참고인의 허위진술죄를 ‘선진법제’라고 보기 어렵다는 점에서 이 논거 역시 타당하지 않다.<sup>43)</sup>

#### 라. 일반국민에게 형사사법절차에 대한 협조의무가 있다는 점

선진 외국에서는 중요범죄에 대해 신고의무 내지 적극적인 증언의무까지 부과하는 등 ‘공동체 구성원인 국민에게 실체적 진실 규명을 위한 협조의무’를 부과하고 있지만,<sup>44)</sup> 우리나라의 경우 국가보안법 제10조에 규정된 불고지죄를 제외하곤 실체적 진실 규명을 위한 국민의 협조의무에 관한 어떤 규정을 두지 않고 있으며, 심지어 국가기관에 대해 허위진술을 하더라도 처벌할 수 있는 규정을 두고 있지 않다.<sup>45)</sup> 따라서 주권자인 국민은 - 형사사법 절차에 협조할 필요가 있지만, 굳이 선진외국과 같이 적극적인 협력의무를 부과하는 것이 아직 시기상조라 하더라도 - ‘수사절차에 개입하여 허위진술을 통해 형사사법절차를 방해할 권리’까지 국민에게 인정하는 것은 부당하다는 것이다.<sup>46)</sup> 즉 ‘수사절차에 적극적으로 협조하지 않을

43) 자세한 한 것은 II. 1. 2) 참조.

44) 그래서 참고인의 허위진술죄는 ‘국민 일반의 형사사법 협조의무’를 구체화한 것이라고 한다. 자세한 것은 조동석, 앞의 논문(주 15), 158쪽.

45) 김석우, 앞의 논문(주 9), 47쪽.

46) 김석우, 앞의 논문(주 9), 47쪽.

권리'가 있다고 하더라도 '악의적인 허위진술을 통해 수사절차를 방해할 권리와 자유'가 형사사법 절차 위임의 주권자인 국민에게 무제한 인정하는 것은 민주주의 사회의 정신에 반하므로 부당하다는 것이다.<sup>47)</sup>

하지만 이 논거 역시 논거로서 설득력이 부족하다. 첫째, 선진 외국에서는 중요 범죄에 대해 신고의무와 적극적인 증언의무를 부과하는 등 공동체 구성원인 국민에게 실체적 진실발견을 위한 협조의무를 부과하고 있다는 점을 사법방해죄의 도입논거로 삼고 있으나, 이것을 사법방해죄의 도입 논거로 보는데 한계가 있다. - 범죄에 대해 신고의무나 적극적인 증언의무를 부과하는 것 자체의 정당성 문제를 떠나 - 외국에서 '중요범죄'에 한정해 신고의무 내지 적극적인 증언의무를 부과하고 있는 것을 들어, 우리나라에서 '모든 범죄'에 대해 참고인의 허위진술을 처벌하고자 하는 것과 '신고 내지 증언을 통한 사법에 대한 협조의무'와 '진실한 사실에 대한 진술을 통한 참고인의 협조의무'는 그 성격이 다름에도 단순히 '사법에 대한 협조의무'의 범주에 넣어 정당화하는 것은 타당하지 않기 때문이다.<sup>48)</sup> 둘째, '수사 절차에 개입하여 허위진술을 통해 형사사법절차를 방해할 권리'까지 국민에게 인정하는 것은 부당하다는 논거 역시 설득력이 부족하다. 왜냐하면 여기에는 참고인이 수사기관에서 허위진술을 하는 것은 '단순한 사실'에 불과하지 '권리실현의 결과'로 볼 수 없기 때문이다. 만약 '참고인이 허위진술을 하는 것'을 '수사절차에 개입하여 허위진술을 통해 형사사법절차를 방해할 권리'로 본다면, 참고인은 오히려 허위진술을 적극적으로 할 수 있다는 모순이 발생한다. 셋째, "수사절차에 적극적으로 협조하지 않을 권리가 있다고 하더라도 '악의적인 허위진술을 통해 수사절차를 방해할 권리와 자유'가 형사사법 절차의 위임의 주권자인 국민에게 무제한 '인정'하는 것은 민주주의 사회의 정신에 반하므로 부당하다"는 논거 역시 설득력이 부족하다. 이 논거에서 '악의적인 허위진술을 통해 수사절차를 방해할 권리와 자

47) 김석우, 앞의 논문(주 9), 47쪽.

48) 여기서 김석우 검사는 국가보안법 제10조에 규정된 불고지죄를 국민의 사법에 대한 협조의무를 규정한 것으로 보면서 또한 참고인의 허위진술죄 도입 논거로 삼고 있다(김석우, 앞의 논문(주 9), 47쪽). 하지만 국가보안법상 불고지죄는 비록 헌법재판소에 의해 합헌판결을 받았으나(헌재결 1998. 7. 16. 96헌바35 전원재판부), 위헌의 논란에 휩싸인 적이 있다. 이와 같이 위헌의 논란에 휩싸인 것을 근거로 사법방해죄의 도입을 논하는 것 자체가 벌써 그 정당성을 감소시키는 요소이다.

유'라는 표현을 사용하고 있는데, - 물론 여기서 '악의적'이라는 표현은 외견상 참고인의 허위진술행위를 규율해야 할 필요성을 더욱 강화시키는 측면이 있긴 하지만 - 단순히 허위진술에 의해 수사절차가 방해될 뿐임에도 이를 '권리와 자유'라고 표현하는 것은 적절하지 않으며, 만약 그것을 '권리'로 이해한다면 적극적으로 주장할 수 있음은 물론이고 참고인에게 허위진술을 못하게 했다면 적극적으로 항변할 수도 있으며, 만약 그것을 '자유'로 이해한다면 다른 사람이 참고인이 허위진술을 하는 것을 제한할 수 없다는 것이 전제되어 있다는 점에서 전혀 타당하지 않기 때문이다.

#### 마. 허위자료 제출 등을 처벌하는 '행정조사절차'와 균형을 맞출 필요성이 있다는 점

'허위자료를 제출하거나 허위보고를 할 경우에 과태료 처분'을 할 수 있다는 건 축법 제113조 제2항 제5호 및 제8호, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제69조의2 제1항 제3호 및 제6호, 하도급거래 공정화에 관한 법률 제30조의2 제1항 제2호에 규정된 행정조사절차와 균형을 맞추기 위해, 참고인의 허위진술이나 허위자료 제출을 형사처벌할 필요성이 있다는 것이다.<sup>49)</sup> 즉 행정조사절차에서의 허위진술을 처벌하는데도 참고인의 수사절차에서의 허위진술을 처벌하지 않는 것은 잘못이라는 것이다.<sup>50)</sup>

하지만 우리 법체계가 형법이론상 행정벌적 제재와 형벌적 제재를 명확하게 구분하고 있다는 점에서 이것을 참고인의 허위진술죄 도입 논거로 삼기에는 설득력이 부족하다. 입법과 법률적용에 있어 기본원칙으로 작용하는 보충성원칙<sup>51)</sup>에 따르면, '민법'이 사회적 갈등을 해소하지 못할 경우에 '행정법'이 투입되고, '행정법'이 사회적 갈등을 해소하지 못할 경우야 비로소 '형법'이 투입될 수 있기 때문이다. 즉 형법은 사회통제의 최후의 수단(ultima ratio)으로서 민법이나 행정법 기타

49) 김석우, 앞의 논문(주 9), 48쪽; 조동석, 앞의 논문(주 15), 160쪽.

50) 조동석, 앞의 논문(주 15), 160쪽.

51) 자세한 것은 박달현, 보충성원칙, 법치국가와 형법, 홍문사, 1997, 105쪽 이하; 보충성원칙과 친고죄의 본질, 비교형사법연구 제3권 제1호(2001. 7), 252쪽 이하 참조.

법규범을 포함해 다른 사회통제수단으로 사회적 갈등을 해소하지 못할 경우에만 예외적으로 투입될 수 있다는 것이다. 제재의 효과적 측면에서도 형벌적 제재는 전과(前科)를 남기지만 행정벌적 제재는 전과를 남기지 않는다는 점에서 ‘과태료와 같은 행정벌적 제재’는 ‘형벌적 제재’와 구별된다. 거기에서 - 앞에서 논거로서 거론된 - 건축법, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률, 하도급거래 공정화에 관한 법률 등에서는 ‘- 업무상 법률에 근거해 - 진정한 자료를 제출하거나 사실 그대로 보고해야 할 법적 의무가 있는 사람’이 허위의 자료를 제출하거나 허위의 보고를 한 것인데 반해, 참고인의 허위진술죄에서는 - 적어도 진실한 진술을 해야 할 법률상 의무가 없는 - 피의자가 아닌 제3자, 즉 ‘참고인’이 허위진술을 한다는 측면에서 양자는 또 다른 차이점이 있다. 이런 점을 고려할 때, - 백변양보하여 - 설사 참고인의 수사기관에서의 허위진술을 형사처벌할 필요성이 긍정된다고 하더라도 단지 허위의 자료를 제출하거나 허위보고를 하는 것에 대해 ‘과태료 처분하는 행정조사절차’를 들어 참고인의 허위진술을 ‘형사처벌’해야 한다는 논거는 논거로서 설득력이 부족하다.

#### 바. 사법방해행위를 규율하는 국제협약 등의 취지를 존중할 필요성이 있다는 점

증인의 회유·협박 등에 의한 사법방해행위를 처벌하는 규정을 두고 있는 국제연합 부패방지협약 제25조, 국제형사재판소에 관한 로마규정 제70조, 국제형사재판소 관할 범죄의 처벌에 관한 법률 제16조<sup>52)</sup>의 취지를 존중하여 국제사회 일원으

- 
- 52) ○ 국제연합 부패방지협약 제25조(사법방해) 각 당사국은 다음의 사항을 고의로 범한 경우 이를 범죄로 구성하기 위하여 필요한 입법 및 그 밖의 조치를 채택한다.
- 가. 이 협약에 따라 규정된 범죄의 실행과 관련된 소송절차에서의 허위증언·감정을 유도하거나, 증언·감정 또는 증거의 제출을 방해하기 위하여 물리력의 행사, 협박이나 위협을 가하거나 부정한 이익을 약속·제의 또는 제공하는 행위
- 국제형사재판소에 관한 로마 규정 제70조(사법방해죄) ① 재판소는 사법운영을 침해하는 다음 범죄들이 고의적으로 범해진 경우 이에 대해 관할권을 가진다.
- 나. 증인에게 부정하게 영향을 미치거나, 증인의 출석이나 증언을 저지 또는 방해하거나, 증인의 증언에 대하여 보복 또는 증거를 인멸·조작하거나 증거의 수집 제한
- 국제형사재판소 관할 범죄의 처벌 등에 관한 법률 제16조(사법방해죄) ① 국제형사재판소에서 수사 또는 재판중인 사건과 관련하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금에 처하거나 이를 병과할 수 있다.

로서 세계적인 기준에 부합하는 선진 형사사법절차를 구현할 필요가 있다는 점을 들어 사법방해죄를 도입해야 한다는 것이다.<sup>53)</sup> 물론 사법방해행위를 규율하고 있는 국제협약은 사법방해죄의 도입논거로서 중요할 수 있다.

하지만 이 논거는 사법방해죄, 즉 참고인의 허위진술죄의 도입논거일 수 없다. 왜냐하면 위에서 예시된 ‘국제협약에 의해 규율되는 사법방해행위의 내용’과 ‘참고인의 허위진술에 의해 규율되는 사법방해의 내용’이 전혀 다르기 때문이다. 가령 사법방해죄, 즉 참고인의 허위진술죄는 ‘참고인의 수사기관에서의 허위진술에 의한 사법방해행위를 규율’하는 것을 내용으로 하는데 반해, 국제협약 등에 규정된 사법방해죄는 ‘참고인의 허위진술과는 전혀 다른 행위유형에 의한 사법방해행위를 규율’한다는 것을 내용으로 한다는 것이 그것이다. 가령 국제연합 부패방지법 제25조는 ‘허위증언·감정 유도’, ‘증언·감정·증거제출을 방해할 목적으로 물리력 행사·협박·위협하는 행위의 규율’을 통해 사법을 보호하는 것을 내용으로 하고, 국제형사재판소에 관한 로마규정 제70조는 ‘증인에게 부정하게 영향을 미치거나 증인의 출석·증언 저지 또는 방해 또는 증인의 증언에 대한 보복, 증거인멸·조작, 증거수집제한 등의 행위의 규율’을 통해 사법을 보호하는 것을 내용으로 하고, 국제형사재판소 관할 범죄의 처벌에 관한 법률 제16조는 ‘(피고인이) 거짓으로 증거를 제출하거나, 폭행·협박으로 참고인·증인의 출석·진술 또는 증거수집·제출을 방해한 행위의 규율’을 통해 사법을 보호하는 것을 내용으로 한다. 이렇듯, 사법방해의 주체는 국제협약의 경우 - 예외적으로 피의자 아닌 제3자인 경우도 있지만 - 거의 대부분 ‘피의자’인데 반해, 참고인의 허위진술죄의 경우 - 피의자나 그와 관련이 있는 제3자의 부탁이나 강요 또는 협박에 의할 수 있고, 경우에 따라 피의자와의 관계에 의해 자발적으로 허위진술을 할 수도 있지만 - ‘참고인’이며, 사법방해행위의 내용은 국제협약의 경우 “허위증언·감정을 유도”하거나, “증언 등을 방해하기 위해 물리력을 행사”하거나, “폭행·협박으로 참고인·증인의 출석을 방해하여 사법을 방해”하는 것을 내용으로 하는 것인데 반해, 참고인의 허위진

1. 거짓으로 증거를 제출한 자

2. 폭행 또는 협박으로 참고인 또는 증인의 출석·진술 또는 증거의 수집·제출을 방해한 자

53) 김석우, 앞의 논문(주 9), 51쪽; 선진 형사사법제도 개선방안 관련 설명 자료, 대검찰청(2009), 5쪽.

술죄의 경우 “참고인이 수사기관에서 ‘단순히’ 허위진술을 함으로써 사법을 방해” 하는 것을 내용으로 한다는 점에서 양자는 - 물론 사법방해행위를 규율한다는 점에서 공통점을 갖지만 - 전혀 성격을 달리한다. 사법방해행위의 내용이 같다면 모를까 전혀 그 내용을 달리하는 국제협약 등에 규정된 사법방해죄는 참고인의 허위진술죄의 도입논거가 될 수 없다.

## 사. 소결론

이상의 내용에 비추어 볼 때, 지금까지 논의되었던 참고인의 허위진술죄의 도입논거 가운데 - 형법이론적으로나 우리의 사법현실에 비추어 볼 때 - 어느 하나 제대로 논거지워지는 것이 없다. 실제로 참고인의 사법방해죄의 도입을 주장하는 사람들조차 사법방해죄의 도입을 말끔히 논거지우지 못하고 있다. 만약 참고인의 사법방해죄의 도입이유가, 그들이 주장하는 바와 같이, 실제적 진실을 발견하여 사법정의를 실현하는데 있다고 본다면, 사법방해죄를 굳이 ‘참고인’에 한정하지 말고 ‘피의자’까지 포함시키는 것이 오히려 논리적임에도 불구하고, 여러 가지 이유를 들어 ‘피의자의 허위진술’은 배제하고 ‘참고인의 허위진술’만 규율하고자 하는 것이 그것이다. 더군다나 사법방해죄를 두고 있는 미국에서도 ‘참고인’은 물론이고 ‘피의자’의 허위진술까지도 사법방해죄로 처벌하고 있는 상황에서는 더욱 그렇다.

## 2. 사법방해죄의 도입 반대 논거

### 가. 사법방해죄는 공판중심주의를 훼손 또는 형해화할 수 있다는 점

#### 1) 의의

참고인의 허위진술죄 도입 주장에 대해, 만약 참고인의 진술이 수사기관과 공판정에서 다를 경우 이를 허위진술죄로 처벌한다면 참고인이었던 증인이 수사기관에서 한 진술을 법정에서 반복하기 어려워져 공판중심주의가 훼손 또는 형해화될 수 있다고 비판된다.<sup>54)</sup>

54) 황만성, 앞의 논문(주 1), 256쪽; 이상희, 형사소송법 개정안에 대한 의견, JURIST 통권 제390호

## 2) 사법방해죄는 공판중심주의를 훼손 또는 형해화할 수 있다는 비판에 대한 ‘반’론

사법방해죄가 공판중심주의를 훼손 또는 형해화한다는 것에 대해 다음과 같은 반론이 있다. 첫째, 허위진술죄를 도입한다는 것은 ‘수사기관에서 허위의 진술을 한 경우 이를 처벌한다는 것’일 뿐이지 ‘수사기관에서의 진술과 공판정에서의 진술이 차이가 나는 경우와 같이 진술이 반복되는 경우에 있어 수사기관에서의 진술을 무조건 허위라고 보아 이를 처벌하겠다는 것이 아니기’ 때문에 참고인의 수사기관에서의 허위진술에 대한 처벌로 공판중심주의가 훼손되거나 형해화되는 것이 아니라는 점,<sup>55)</sup> 둘째, 추후 진술 반복을 전제로 수사기관에서 허위진술을 한 후 법정증언시 이를 반복함으로써 수사기관을 농락하면서도 위증의 벌을 면하려는 악의적인 자에게까지 면죄부를 주는 것은 부당하다는 점,<sup>56)</sup> 셋째, 실제적 진실발견을 위해 실질적인 공판이 이루어지도록 한다는 공판중심주의의 취지에 비추어 볼 때 허위진술행위를 규제하는 것은 실제적 진실발견을 위해서도 중요하다는 점,<sup>57)</sup> 넷째, 공판절차는 ‘당해 피고인의 유·무죄를 밝히기 위한 것이므로 실제적 진실에 따라 피고인의 유·무죄를 판단하면 되는 것’이고, 참고인(증인)으로 출석하여 진술한 자의 수사단계에서의 허위진술을 처벌하는 것은 별개의 문제라는 점<sup>58)</sup> 등이 있다.

## 3) 반론에 대한 ‘재’반론

하지만 ‘참고인의 허위진술죄가 공판중심주의를 훼손 또는 형해화하지 않는다’는 반론에 대해 다음과 같은 ‘재’반론이 가능하다. 먼저, 첫 번째 논거에서 참고인의 허위진술에 대한 처벌로 공판중심주의가 형해화되는 것이 아니라는 논거로 i) ‘허위진술죄를 도입한다’는 것은 ‘수사기관에서의 허위진술을 한 경우 이를 처벌한다’는 것, ii) 수사기관에서의 진술과 공판정에서의 진술을 무조건 허위라고 보아 이를 처벌하겠다는 것이 아니라는 점을 든다. 하지만 i)의 경우 ‘허위진술죄를 도

(2003. 3), 30, 31쪽.

55) 김석우, 앞의 논문(주 9), 54쪽.

56) 김석우, 앞의 논문(주 9), 54쪽.

57) 김석우, 앞의 논문(주 9), 55쪽.

58) 박승환, 앞의 논문(주 17), 140쪽.

입한다’는 것 = ‘수사기관에서 허위진술을 한 경우 이를 처벌한다’는 것라고 하는데, 여기서 후자, 즉 수사기관에서 허위진술을 한 경우 이를 처벌하게 되면 ‘수사기관에서 허위진술을 한 참고인이 공판정에서 진술을 반복하고 싶어도 처벌이 두려워 수사기관에서의 진술을 반복하지 못할 것’이고 그렇게 되면 법관은 결국 참고인의 진술이 허위임에도 허위인 줄 모른 채 그것에 기초해 심판할 것이고 그런 점에서 ‘참고인의 수사기관에서의 허위진술’이 ‘법관의 심증형성에 영향’을 미치므로 공판중심주의가 형해화된다고 보는데 전혀 문제없을 뿐만 아니라 오히려 실제적 진실규명에 장애가 된다. ii)의 경우 그 내용만 본다면 참고인이 수사기관에서 허위진술을 하였으나 나중에 공판정에서 허위진술을 반복하고자 하였더라도 수사기관에서 한 허위진술에 대한 처벌의 두려움 때문에 수사기관에서의 진술을 반복하지 못하는 것을 피할 수 있다는 점에서 공판중심주의의 형해화를 피할 수 있는 중요한 논거가 된다. 하지만 이 논거대로라면, 즉 공판중심주의가 형해화되는 것을 피하기 위해 수사기관에서 허위진술을 했더라도 무조건 ‘처벌’하지 않음으로써 수사기관에서 한 허위진술을 공판정에서 반복할 수 있도록 한다면 굳이 ‘참고인의 허위진술죄’를 도입할 이유가 없으며, - 설사 이 논거가 타당하다 하더라도, - 참고인이 그러한 사실을 알지 못한다면 - 실제로도 알 수 없다<sup>59)</sup> - 이 논거는 아무런 의미를 갖지 못한다. 두 번째 논거 역시 논거로서 설득력을 갖지 못하기는 마찬가지이다. 왜냐하면 이것은 단순히 진술반복을 통해 수사기관을 농락하면서 위증의 벌을 면하기 위해 수사기관에서 허위진술한 자를 처벌하지 않는다는 것은 부당하다는 ‘객관적 사실’만 지적하고 있기 때문이다. 여기에서 우리 형법은 행위규범으로서 수범자에게 ‘특정한 행위를 하게 하거나 하지 못하게’ 하며, 가령 ‘예비·음모 규정’을 통해 “예비·음모를 하지 마라!” “그러면 예비·음모죄로 처벌하지 않겠다”면서 “예비·음모 하지 말 것”을 요구하고, 그럼에도 불구하고 “예비·음모를 하였다”면 ‘미수 규정’을 통해 “실행에 착수하지 마라!” “그러면 미수범으로 처벌하지 않겠다”. 그럼에도 불구하고 “실행에 착수하였다”면, 우리 형법은 다시 수범자에게 “결과를 방지하거나 실행행위를 중단해라!” “그러면 기수범으로 처벌하지

59) 검사가 공판정에서 “수사기관에서 허위진술을 하였다면 진술을 반복해도 된다. 만약 진술을 반복하더라도 허위진술죄로 무조건 처벌하지 않겠다”고 말할 수도 없기 때문이다.

않겠다”. 그럼에도 불구하고 ‘결과를 발생시켰다’면 ‘기수범으로 처벌하겠다’라고 수범자에게 범행단계마다 끊임없이 범행의 중단을 요구한다. 이러한 구조에서 볼 때 참고인이 수사기관에서 허위진술을 했더라도 위증 처벌에 대한 두려움 때문에 공판정에서 수사기관에서 한 허위진술을 반복하였다면, 이것은 - 논거가 말하는 것처럼 - ‘수사기관을 농락하는 것’도 아니고 ‘위증의 벌을 면하기 위한 악의적인 자’도 아니고 ‘부당’하지도 않고, 오히려 ‘위증죄 규정의 행위규범으로서 기능’을 잘 실현하는 것이라 할 수 있다.<sup>60)</sup> 이 점에서 이 논거는 논거로 어떠한 설득력도 갖지 못한다. 세 번째 논거 역시 논거로서 설득력이 부족하다. “법관의 유·무죄에 대한 심증형성은 ‘공판기일’에 ‘공판정에서의 심리’에 의해야 한다”는 것을 내용으로 하는 공판중심주의는 ‘허위진술을 규제하는 것이 실제적 진실발견을 위해서 중요하다’는 것과는 아무런 관련성이 없기 때문이다. 그리고 또 그 후편인 ‘허위진술을 규제하는 것이 실제적 진실발견을 위해 중요하다’는 것 자체<sup>61)</sup>는 - 허위진술을 사법방해죄로 규제하게 되면 참고인이 진실한 사실을 진술할 가능성이 그렇지 않는 경우에 비해 그 만큼 높아진다는 점에서 - 물론 틀린 내용이 아니다. 하지만 여기서 논증해야 할 것은 ‘참고인의 허위진술에 대한 처벌이 공판중심주의를 형해화하는지 여부’를 규명하는 것이지, ‘허위진술에 대한 규제가 실제적 진실발견의 가능성을 높여준다’는 객관적 사실을 지적하고자 하는 것이 아니다. 만약 이 논리대로라면, 경우에 따라 자백을 받아내기 위한 고문이나 가혹행위도 실제적 진실발견가능성을 높여준다는 점에서 고문이나 가혹행위가 정당화되는 문제가 발생한다. 네 번째 논거도 논거로서 타당하지 않다. 논거의 내용과 달리, 오히려 ‘수사기관에서 허위진술하였던 참고인이 공판정에서 증인으로 참석해 진술을 반복하였을 때

60) 형법 제152조는 “허위진술을 하지 말 것”을 요구하면서, 제153조는 “위증을 하였더라도 재판이 확정되기 전에 자백하거나 지수한 때”에는 그 형을 감면할 수 있다고 한 것이라든가 위증을 했다고 하더라도 ‘심문이 종료되기 전에 진술을 반복하면 위증죄가 성립하지 않는다고 본 것도(대판 2008. 4. 24. 2008도1053) 같은 맥락에서 이해할 수 있다.

61) 물론 참고인이 허위진술행위에 대한 처벌의 두려움 때문에 수사기관에서 허위진술을 하지 않는다면 참고인의 허위진술행위에 대한 처벌이 실제적 진실발견에 중요한 기능을 수행하지만, 그 반대로 참고인의 허위진술행위를 형사 처벌하게 되면 수사기관에서 허위진술을 한 참고인이 공판정에서 그 허위진술을 반복하고 싶어도 허위진술에 대한 처벌의 두려움 때문에 진술을 반복하지 못한다면 오히려 실제적 진실발견에 장애가 되는 것은 물론이고 그로 인해 공판중심주의가 형해화된다. 그렇다면 이 논거는 현상의 일면만 본 것이다.

형사처벌된다는 우려 때문에 진술을 번복하지 않는다면 수사기관에서의 허위진술이 공판정에서도 그대로 유지돼, 법관의 심증형성에 장애가 될 수 있다는 점에서 공판중심주의가 형해화되기 때문이다.

## 나. 사법방해죄는 수사의 편의성만을 추구한다는 점

### 1) 의의

참고인의 허위진술죄 도입 주장에 대해, 우리 형사소송법 구조상 형사절차에서 실체적 진실을 규명해야 할 책임이 검사에게 있음에도, 참고인의 수사기관에서의 허위진술을 형사처벌함으로써 참고인으로 하여금 진실한 사실만 진술하도록 강제하는 것은 ‘수사의 편의성 추구’만 고려한 것이라고 비판된다.<sup>62)</sup>

### 2) 사법방해죄는 수사의 편의성만 추구한다는 비판에 대한 ‘반’론

하지만 참고인의 허위진술죄가 수사의 편의성만 추구한다는 비판에 대해 다음과 같은 반론이 있다. 첫째, - 국민의 인권을 보호하고 정의를 실현하기 위한 절차인 - 형사사법절차에서 실체적 진실 발견을 위한 권한과 책임을 수사기관에 위임한 국민은 - 수사절차에 적극적으로 협력해야 할 의무는 없다고 하더라도 - 적어도 ‘수사절차에 개입하여 허위의 진술을 함으로써 수사절차를 방해할 권리와 자유’까지 가진다고 할 수 없다는 점,<sup>63)</sup> 둘째, 설사 허위진술죄를 도입하더라도 수사기관은 참고인의 진술에 대한 신빙성 판단, 각종 증거수집 및 제출에 대한 책임은 여전히 검찰에 남아 있기 때문에 진실발견에 대한 책임이 전환되는 것이 아니라는 점<sup>64)</sup> 등이 있다.

62) 형법 일부개정법률안(정부발의, 의안번호 12629호)에 대한 대한변호사협회 의견(2011. 10. 12); 이상희, 앞의 논문(주 54), 32쪽. 같은 의견으로 강동세, 앞의 논문(주 37), 60쪽; 박기석, 참고인 허위진술의 사법방해죄 성립 여부, 청주법학 제33권 제1호(2011. 5), 194쪽.

63) 김석우, 앞의 논문(주 9), 55쪽.

64) 김석우, 앞의 논문(주 9), 55쪽.

### 3) 반론에 대한 ‘재’반론

하지만 이 반론에 대해 다음과 같은 ‘재’반론이 가능하다. 첫 번째 반론, 즉 “참고인의 허위진술죄가 수사의 편의성 추구만 고려한다”는 비판에 대해 제기된 “수사기관에 진실발견을 위한 권한과 책임을 위임한 국민에게 수사절차에 개입하여 허위의 진술을 함으로써 수사절차를 방해할 권리와 자유까지 가진다고 할 수 없다”는 반론은 참고인의 허위진술죄가 수사의 편의성만 고려한다는 ‘비판’에 대한 ‘반론’이 될 수 없다. 왜냐하면 이 반론이 정당성을 얻기 위해서는 참고인의 허위진술죄가 수사의 편의성 추구에 초점이 맞추어지지 않았다는 점이 논증되어야 하는데, 이 반론은 단순히 “실체적 진실을 규명할 권한과 책임을 수사기관에 위임한 국민에게 - 수사절차에 적극적으로 협력할 의무는 없다고 하더라도 - 수사절차에 개입하여 허위의 진술을 하는 등 수사절차를 방해할 권리와 자유까지 가진다고 할 수 없다”는 주장을 단순히 열거해 놓은 것에 불과하기 때문이다.<sup>65)</sup> 여기서 필요한 것은 ‘참고인의 허위진술죄가 수사의 편의성 추구에 기여하지 않는다는 것’을 규명하는 것이다. 그런데 “참고인의 허위진술죄는 수사의 편의성 추구에 절대 기여하지 않는다”는 것은 “실체적 진실을 발견할 권리를 수사기관에 위임한 국민은 수사절차에 개입해 허위진술을 하여 수사절차를 방해할 권리와 자유를 가진다고 할 수 없다”는 것과는 아무런 관련성이 없다. 우리 형사소송법은 증거책임은 검사에게 있음을 분명히 하고 있다. 만약 참고인은 물론 피의자가 항상 수사기관에서 진실한 사실만 진술해야 할 의무가 부여되어 있다면 검사에게 증거책임을 부여하지 않았을 것이다. 실제로 우리 형사실무도 피의자나 참고인이 허위의 진술을 하는 것을 자연스러운 현상으로 보고, 수사기관에서 허위의 진술을 하였더라도 형사처벌을 하지 않고 있다. 이런 점에서 “참고인에게 허위진술을 할 권리와 자유가 인정되지 않기” 때문에 “참고인의 허위진술죄가 수사의 편의성만 추구한다는 것을 잘못 되었다”고 하는 논거는 타당하지 않다. 두 번째 논거 역시 반론에 대한 재반론의 논거로서 적합하지 않다. 왜냐하면 허위진술죄를 도입한다고 하더라도 실체적 진실

65) 이는 참고인이 - 허위진술을 함으로써 - 수사절차를 방해할 권리와 자유를 갖는지 여부에 관한 문제로 이해할 수 있지만, 허위진술이 수사방해로 연결되고, 여기서 - 참고인의 입장에서 - 수사방해는 다시 ‘수사방해의 권리와 자유’로 연결되기 때문에 결국 ‘허위진술’이 핵심이 된다.

을 규명해야 하는 검찰의 역할이 여전히 남아있기 때문에 진실발견의 책임이 전환된다고 볼 수 없다는 논거는 - 여기서 필요한 - 참고인의 허위진술죄가 수사의 편의성을 추구하는지 여부를 규명하는 것과는 아무런 관련성이 없기 때문이다.

**다. 선서 없는 증인의 허위진술을 처벌하지 않음에도 불구하고 선서 없이 이루어지는 참고인의 허위진술을 처벌하는 것은 형평에 반한다는 점**

**1) 의의**

참고인의 허위진술죄 도입에 대해, 법정에서 ‘선서 없이’ 허위진술을 한 증인을 위증죄로 처벌하지 않는데, 수사기관에서 ‘선서 없이’ 허위진술을 한 참고인을 허위진술죄로 처벌하는 것은 형평에 반하므로 참고인의 수사기관에서의 허위진술을 처벌해서는 안 된다고 비판된다.<sup>66)</sup>

**2) 선서 없는 증인의 허위진술을 처벌하지 않음에도 불구하고 선서 없는 수사기관에서의 참고인의 허위진술을 처벌하는 것은 형평에 반한다는 비판에 대한 ‘반’론**

선서하지 않는 증인이 법정에서 허위진술을 하더라도 위증죄가 성립하지 않는데 반해, 수사기관에서 선서 없이 허위진술을 한 참고인을 형사처벌하는 것은 형평성에 어긋난다는 비판에 대해, ‘선서’가 위증죄의 구성요건으로 규정되어 있긴 하지만, 위증죄에서 ‘선서’를 구성요건으로 하는 것은 ‘신(神)에 대한 맹세를 위반한 자’를 위증죄로 처벌하기 위한 전통이 남아 있을 뿐 오늘날에는 ‘선서’를 위증죄의 절대적 구성요건에서 배제하는 것이 일반적인 추세이고,<sup>67)</sup> 실제로 독일, 오스트리아, 스위스 등지에서는 ‘선서 없는 위증죄’를 기본구성요건으로 하면서, ‘선서 있는 위증죄’를 가중처벌하고 있다는 점에 비추어 볼 때,<sup>68)</sup> 선서 없이 이루어지는 참고인의 허위진술죄를 처벌하더라도 선서를 요건으로 하는 위증죄와 형평성에 어긋나지

66) 대판 1971. 3. 9. 71도186; 이상철, 참고인의 허위진술과 증거위조죄, 형사판례연구 제5권(1997. 8), 301쪽; 강동세, 앞의 논문(주 37), 60쪽.

67) 김석우, 앞의 논문(주 9), 56쪽.

68) 자세한 것은 박달현, 독일형법상 위증죄에 관한 연구, 법학논총 제24호(2010. 7), 75쪽 이하 참조.

않는다는 반론이 있다.<sup>69)</sup> 따라서 ‘선서’를 위증죄의 절대적 구성요건으로 하는 현행 위증죄 규정을 변경하는 방안을 검토할 필요가 있으며, 만약 현행처럼 ‘선서’를 위증죄의 요건으로 유지하고자 한다면 - 선서 없는 허위진술을 처벌하지 않는 우리 법제도와 균형을 맞추기 위해 - ‘형사사법 절차를 방해할 목적으로 수사기관에 허위진술을 한 경우’에만 선별하여 처벌하는 것도 하나의 방법이라는 제안이 있다.<sup>70)</sup>

### 3) 반론에 대한 ‘재’반론

하지만 이 반론에 대해 다음과 같은 ‘재’반론이 가능하다. 독일, 오스트리아, 스위스 등지에서 ‘선서’를 위증죄의 절대적 요건으로 하지 않는다는 것은 맞는 말이다. 하지만 이 사실만 가지고 우리나라에서도 위증죄에서 ‘선서’를 절대적 요건에서 배제해야 한다고 주장할 수 없다. 왜냐하면 나라마다 문화적 특성을 가지고 있고, 그것들이 법제도에 반영되어 있기 때문이다. 단적으로 우리나라에서 존속범죄를 가중 처벌하는 것이라든가 친족상도례에 대한 형면제 또는 친고죄로 규정하고 있는 것이나, - 우리나라에서는 처벌하지 않는 - 피고인의 위증죄를 미국과 영국에서 처벌하는 것이라든가 - 우리나라에서 처벌하지 않는 - 피의자의 수사기관에서의 허위진술을 미국에서 처벌하는 것이나, - 우리나라에서 인정하지 않는 - 우연한 기회에 도로위에서 실신한 자를 발견한 자의 실신자에 대한 구조의무를 독일에서 인정하는 것 등이 그 예이다. 이러한 사실에 미루어 볼 때, 독일, 스위스, 오스트리아 등지에서 선서를 위증죄의 절대적 요건으로 하지 않는다는 사실은, 위

69) 김석우, 앞의 논문(주 9), 57-58쪽. 김석우 검사는 여기서 “위증죄의 구성요건에서 ‘선서’를 절대적 구성요건으로 하지 않고 이를 가중적 구성요건으로 하거나 아예 배제하는 방향으로 가고 있다는 점에서 오늘날 ‘선서’의 법적 의미가 상당히 퇴색하였으므로 ‘선서’라는 형식적인 절차에 지나치게 집착하는 것은 부당하다”고 한다. 하지만 김석우 검사의 주장처럼 오늘날 위증죄에서 ‘선서’를 절대적 요건으로 하지 않는 경향은 ‘선서’의 법적 의미가 퇴색해서가 아니다. 만약 ‘선서’의 법적 의미가 퇴색하였다면 선서 있는 위증죄를 가중처벌할 필요가 없을 것인데 그렇지 않는 것이라든가, ‘선서’를 요건으로 하지 않는 위증죄를 두고 있는 독일에서는 ‘선서에 갈음하는 위증죄’나 ‘선서에 갈음하는 허위보증죄’를 두고 있는 점이 그것을 잘 보여준다. 자세한 것은 박달현, 앞의 논문(주 66), 88쪽 이하 참조.

70) 김석우, 앞의 논문(주 9), 58쪽.

증죄의 요건으로서 ‘선서’에 그렇게 집착할 필요가 없음을 보여주며, ‘공판정에서 선서 없이 이루어지는 허위진술을 처벌하지 않음에도 불구하고 수사기관에서 선서 없이 이루어진 허위진술을 처벌하는 것은 형평에 반한다는 비판의 힘을 떨어뜨리는 반론으로 활용될 수 있지만, 참고인의 허위진술죄 도입을 반대할 수 있는 절대적 논거는 아니다.

**라. 사법방해죄는 위계에 의한 공무집행방해죄, 범인도피죄, 증거위조죄, 무고죄로 규율할 수 있기 때문에 별도의 참고인의 허위진술죄를 도입할 필요가 없다는 점**

**1) 의의**

참고인의 수사기관에서의 허위진술은 - 현행법상 사안에 따라 - ‘위계에 의한 공무집행방해죄’, ‘범인도피죄’, ‘증거위조죄’, ‘무고죄’로 규율할 수 있으므로 별도의 참고인의 허위진술죄를 도입할 필요가 없다고 비판된다.<sup>71)</sup> 물론 참고인의 수사기관에서의 허위진술에 대해, 위계에 의한 공무집행방해죄, 범인도피죄, 증거위조죄, 무고죄가 전적으로 적용될 수 있다는 입장도 있지만, 대부분은 위계에 의한 공무집행방해죄, 범인도피죄, 증거위조죄, 무고죄를 적극적으로 적용할 여지가 충분함에도 법원은 지금까지 ‘소극적 입장’에서 이 규정을 적용해 왔으므로<sup>72)</sup> 이 규정들을 보다 ‘적극적으로’ 활용한다면 굳이 참고인의 허위진술 처벌규정을 도입할 필요가 없다는 것이다.<sup>73)</sup>

**2) 참고인의 허위진술행위는 위계에 의한 공무집행방해죄, 범인도피죄, 증거위조죄, 무고죄 등으로 규율할 수 있으므로 참고인의 허위진술죄를 도입할 필요가 없다는 것에 대한 ‘반’론과 ‘재’반론**

이하에서는 참고인의 수사기관에서의 허위진술이 위계에 의한 공무집행방해죄,

71) 형법 일부개정법률안(정부발의, 의안번호 12629호)에 대한 대한변호사협회 의견(2010. 10); 형법 개정(안) 및 형사소송법개정(안)(법무부 공고 제2010-216호)에 대한 참여연대의 의견.

72) 김종구, 앞의 논문(주 12), 339쪽; 박승환, 앞의 논문(주 17), 145쪽.

73) 김종구, 앞의 논문(주 12), 145쪽; 황만성, 앞의 논문(주 1), 268쪽.

법인도피죄, 증거위조죄, 무고죄에 의해 규율될 수 있는지 만약 규율된다면 어느 정도의 범위까지 규율될 수 있는지 여부를 살펴본다.

#### 가) 위계에 의한 공무집행방해죄에 의한 규율 가능성 여부

참고인의 수사기관에서의 허위진술을 위계에 의한 공무집행방해죄(제137조)로 규율할 수 있는지 여부에 대해, 단순히 ‘참고인의 허위진술로 수사기관의 직무가 방해받을 위험이 발생한 경우’라면 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립한다는 소수설이 있지만,<sup>74)</sup> 우리 판례는 “참고인이 수사기관에서 단순히 허위진술을 하거나 피고인에게 불리한 증거를 은닉하는 것”만으로 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립하지 않고,<sup>75)</sup> ‘피고인이 타인의 소변을 마치 자신의 소변인 것처럼 건네주어 필로폰 음성반응이 나오게 한 행위’와 같이, (피의자나) 참고인이 수사기관에 ‘적극적으로 허위의 증거를 조작하여 제출’하였고, 그 증거조작의 결과 ‘수사기관이 그 진위에 관해 나름대로 충실한 수사를 하였다고 하더라도 제출된 증거가 허위임을 발견하지 못하여 잘못된 결론을 내리게 될 정도’에 이르렀다면 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립한다”<sup>76)</sup>는 입장을 취한다. 다수설도 같은 입장이다.<sup>77)</sup> 이에 대해 소수설을 취하는 사람은 우리 판례는 현재 참고인의 허위진술행위 모두가 아니라 ‘아주 제한된 범위에서’만 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립한다고 보기 때문에 위계에 의한 공무집행방해죄의 구성요건을 현재 ‘보다 더 적극적으로 해석한다면’ 참고인의 허위진술죄를 도입하지 않고서도 참고인의 수사기관에서의 허위진술 문제

74) 박상기, 형법각론(제8판), 박영사, 2011, 684쪽; 박승환, 앞의 논문(주 17), 128쪽; 윤대해, 수사기관에서 허위진술에 대한 처벌 문제: 대법원판례를 중심으로, 형사재판의 제문제 제6권(고현철대법관 퇴임기념논문집), 2009, 121쪽. 그런데 소수설에 의하면, 참고인이 어떤 작은 거짓말을 하였다라도 - 설사 수사기관이 자신의 직무에 충실하지 않아 허위진술임을 알지 못했더라도 - 수사기관의 직무가 - 구체적으로 방해받는 것이 아니라 - 단순히 ‘방해받을 위험’이 있는 것만으로 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립하므로, 참고인의 허위진술죄의 성립범위가 너무 넓어지는 문제점이 있다.

75) 대판 1971. 3. 9, 71도186; 1977. 2. 8, 76도3685.

76) 대판 2007. 10. 11. 2007도6101; 2002. 9. 4. 2002도2064.

77) 김일수·서보하, 형법각론(제7판), 박영사, 2007, 876쪽; 정영일, 형법각론(제3판), 박영사, 2011, 833쪽; 김성돈, 형법각론(제2판), 성균관대학교 출판부, 2009, 747쪽; 김종필, 피의자의 증거위조과 위계에 의한 공무집행방해죄의 성부, 대법원판례해설 제48호(2003년 하반기)(2004. 7), 389쪽.

를 해결할 수 있다는 것이다.

하지만 위계에 의한 공무집행방해죄를 보다 적극적으로 해석하면 별도의 참고인의 허위진술죄를 도입할 필요가 없다는 논거에 대해 다음과 같은 비판이 가능하다. 첫째, 참고인의 허위진술죄는 현행 형사소송법에 규정된 입증책임원칙에 위배된다는 것이다. 헌법과 형사소송법에 따르면 수사기관은 범죄를 수사함에 있어 피의자가 범행을 부인하거나 수사에 협조하지 않더라도 피의자를 확정하고 그 피의사실을 뒷받침할 만한 객관적인 (모든) 증거를 수집·조사해야 할 권리와 의무가 있으며,<sup>78)</sup> 피의자는 진술거부권, 자기에게 유리한 진술을 할 권리, 유리한 증거를 제출할 권리를 가질 뿐이고 수사기관에 대해 진실한 사실만 진술할 의무가 없다.<sup>79)</sup> 따라서 검사는 피의자의 진술거부권이나 자기에게 유리한 진술과 증거를 제출할 권리가 전적으로 보장되는 가운데, 모든 범죄사실을 증명해야 할 의무가 있다. 이런 의무에도 불구하고 참고인의 허위진술행위에 대한 처벌을 통해 피의자에게 진술을 강제하여 진술을 받아내는 것은 검사의 입증책임원칙을 부정하는 것이 된다. 둘째, 참고인의 허위진술행위를 위계에 의한 공무집행방해죄로 규율하기 위해 현행 ‘위계에 의한 공무집행방해죄의 구성요건을 보다 적극적으로 해석하는 것’은 판례의 입장과 상반된다. 왜냐하면 우리 판례는 범죄사실을 증명해야 할 책임이 있는 수사기관의 경우와 마찬가지로, 출원 등에 관한 인·허가처분을 해야 하는 행정관청에게, 출원사유가 사실과 부합하지 않는 경우가 있음을 전제로 심사·결정권을 주어졌으므로 인·허가시에는 항상 출원사유와 첨부된 소명자료가 진실인지 여부를 심사를 해야 하고, 만약 행정관청이 나름대로 ‘충실한 심사’를 했음에도 출원사유와 첨부된 자료가 허위임을 발견하지 못해 잘못된 인·허가를 하게 되었다면 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립하지만,<sup>80)</sup> 단순히 행정관청의 불충분한 심사에 기인해 출원사유와 첨부된 자료가 허위임을 발견하지 못하였다면 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립하지 않는다고 보기 때문이다.<sup>81)</sup> 이렇듯, 제출된 증거의 진위 여부를

78) 대판 2007. 10. 11. 2007도6101; 2011. 2. 10. 2010도15986.

79) 대판 2011. 2. 10. 2010도15986.

80) 대판 2002. 9. 4. 2002도2064; 2002. 9. 10. 2002도2131;

81) 대판 1982. 12. 14. 82도2207; 1997. 2. 24. 96도2825; 1985. 5. 10. 87도2079; 1989. 1. 17. 88도709; 1988. 9. 27. 87도2174.

발견해야 할 수사기관이나 각종 인·허가시 출원사유와 소명자료의 진위 여부를 심사해야 할 행정관청의 경우 충실한 수사 내지 충실한 심사를 하였더라도 그것의 잘못을 발견할 수 없었다면 참고인이나 출원자에게 위계에 의한 공무집행방해죄의 성립을 긍정하지만, 그 반대의 경우 위계에 의한 공무집행방해죄의 성립을 부정하는 일관된 입장을 취하고 있다.<sup>82)</sup> 만약 판례와 같은 입장을 취하지 않는다면, 수사기관의 불충분한 수사로 참고인의 허위진술이 허위임을 발견하지 못하거나 행정관청의 불충분한 심사로 출원자의 출원사유와 첨부된 자료가 허위임을 발견하지 못하였더라도 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립한다는 것으로서, 이는 제출된 증거의 진위 여부를 밝혀야 하는 수사기관과 인·허가시 ‘출원사유와 소명자료의 진위 여부를 심사해야 할 행정관청이 자신의 최소 의무조차 부정하는 결과’가 된다. 셋째, 참고인의 허위진술행위를 위계에 의한 공무집행방해죄로 규율하기 위해 ‘위계에 의한 공무집행방해죄의 구성요건을 보다 적극적으로 해석하는 것’ 역시 현실적으로 불가능함은 물론이고 헌법에도 반한다. 우리 헌법 제103조에 따르면 “법관은 ‘헌법과 법률에 의하여 양심에 따라’ 독립하여 재판”하여야 하므로, 만약 법원이 위계에 의한 공무집행방해죄의 구성요건을 보다 적극적으로 해석하여 참고인의 허위진술죄가 이것에 규율되도록 하는 것에 동의한다면 모를까, 그렇지 않다면 전혀 실현 불가능하기 때문이다.

이렇듯, 참고인의 허위진술행위 모두를 위계에 의한 공무집행방해죄로 규율할 수 있다고 한 것이나 위계에 의한 공무집행방해죄의 구성요건을 보다 적극적으로 해석한다면 별도의 참고인의 허위진술죄를 도입할 필요성이 없다는 제안 역시 현실성이 없다.

#### 나) 범인도피죄에 의한 규율 가능성 여부

참고인의 수사기관에서의 허위진술이 범인도피죄(제151조 제1항)로 규율될 수

82) 가령 주한외국영사관의 비자발급업무 담당자가 비자신청인이 허위주장을 하면서 제출한 허위의 소명자료를 나름대로 충분히 심사하였으나, 신청사유 및 소명자료가 허위임을 발견하지 못하여 그 신청을 수리하였다면, 이는 ‘업무담당자의 불충분한 심사’가 아니라 ‘신청인의 위계행위에 의하여 업무방해의 위험성이 발생된 것’으로 위계에 의한 업무방해죄가 성립된다(대판 2004. 3. 26. 2003도7927).

있는지 여부에 대해, 참고인이 범인으로 체포된 사람과 목격한 사람이 동일함에도 불구하고 동일하지 않다고 허위진술한 사안에서 - 진범의 발견을 곤란하게 할 것이라는 것을 인식한 상태에서 - 허위진술을 한 결과, 실제로 진범이 석방된다면 범인도피죄를 인정해야 한다는 입장이 있다.<sup>83)</sup> 하지만 우리 판례는 보증인이 수사기관에 신원보증서를 작성·제출하면서 그 보증서에 피의자의 인적 사항을 허위로 기재한 경우,<sup>84)</sup> 참고인이 실제의 범인이 누군지도 정확히 모르는 상태에서 수사기관에서 실제의 범인이 아닌 어떤 사람을 범인이 아닐지도 모른다고 생각하면서도 그를 범인이라고 지목하는 허위의 진술을 한 경우,<sup>85)</sup> 참고인이 수사기관에서 단순히 범인으로 체포된 사람이 자신이 목격한 범인과 동일한 사람임에도 불구하고 아니라고 한 경우,<sup>86)</sup> 피고인이 절도사건 관련하여 공범의 이름을 단순히 묵비한 경우<sup>87)</sup> 등과 같이, 참고인이 수사기관에서 조사를 받으면서 ‘단순히 알고 있는 사실을 묵비하거나 허위로 진술한 경우’에는 범인도피죄가 성립하지 않지만, 참고인이 범인 아닌 다른 사람을 진범이라고 내세우는 경우,<sup>88)</sup> 실제 게임장 업주가 아님에도 불구하고 단순히 실제 업주라고 한 정도를 넘어 실제 업주로부터 금전적 이익을 제공받기로 하고 단속이 되면 실제 업주를 숨기고 자신이 대신하여 처벌받기로 하는 등 수사기관을 착오에 빠뜨리기로 약속하고, 수사기관에서 단순히 자신이 실제 업주라고 진술하고 나아가 게임장 등의 운영경위, 자금출처, 점포 임대차 계약체결 경위 등에 관해서까지 적극적으로 진술하거나 허위자료를 제시하는 경우<sup>89)</sup> 등과 같이, ‘적극적으로’ 허위사실을 진술하여 수사기관을 기만하여 착오에 빠지게 하고, 그로 인하여 범인의 발견·체포를 곤란 또는 불가능하게 할 정도에 이르러야 범인도피죄에 해당한다”<sup>90)</sup>고 본다. 만약 판례의 태도대로라면 모든 참고인의 허위진술

83) 박승환, 앞의 논문(주 17), 131쪽

84) 대판 2003. 2. 14. 2002도5374.

85) 대판 1997. 9. 9. 97도1596.

86) 대판 1987. 2. 10. 85도897.

87) 대판 1984. 4. 10. 83도3288.

88) 대판 1987. 2. 10. 85도897.

89) 대판 2010. 2. 11. 2009도12164; 2010. 1. 28. 2009도10709.

90) 대판 2008. 12. 24. 2007도11137; 1997. 9. 9. 97도1596; 1991. 8. 27. 91도1441; 박미숙, 참고인의 허위진술과 형사책임, 형사정책연구소식 제75호(2003. 1/2), 16쪽.

이 범인도피죄의 적용을 받을 수 있는 것이 아니라 “참고인의 허위진술이 ‘적극적으로’ 수사기관을 기만하여 착오에 빠지게 하고, 그로 인하여 범인의 발견 또는 체포를 곤란하게 하거나 불가능하게 할 정도”에 이를 경우에만 범인도피죄의 성립이 긍정된다.

이렇듯, 참고인의 허위진술행위가 제한된 범위내에서만 범인도피죄에 의해 규율됨에도 모든 참고인의 허위진술행위가 범인도피죄로 규율할 수 있다는 것을 전제로 사법방해죄(참고인의 허위진술죄)를 도입할 필요가 없다는 논거는 타당하지 않다.<sup>91)</sup>

#### 다) 증거위조죄에 의한 규율 가능성 여부

참고인의 허위진술을 증거위조죄(제155조 제1항)로 규율할 있는지 여부에 대해, 이를 긍정하는 입장<sup>92)</sup>이 있지만, 우리 판례는 “형법 제155조 제1항의 증거위조죄에서 ‘타인의 형사사건에 관한 증거를 위조한다’함은 ‘증거 자체를 위조한다’는 것을 의미하므로<sup>93)</sup> ‘참고인이 수사기관에서 허위진술을 하는 것’은 증거위조죄를 구성하지 않는다”고 판시하고 있다.<sup>94)</sup> 또한 판례는 “참고인의 직접 진술을 기재한 진술조서나 그 진술에 앞서 제출한 허위의 사실확인서나 진술서는 ‘참고인이 수사기관에서 허위진술을 하는 것과 다름없다’는 점을 들어 그것의 증거위조죄 성립 역시

91) 추가적으로 지적할 수 있는 것은 범인도피죄의 구성요건상, 범인도피죄가 성립하기 위해서는 ‘벌금 이상의 형에 해당하는 죄를 범한 자를 도피하게 해야’ 하는데, 지금까지 ‘참고인의 허위진술이 범인도피죄로 규율될 수 있는지 여부’를 논하는 과정에 단순히 ‘참고인의 허위진술이 범인도피죄로 규율될 수 있는지 여부’만 논의되었을 뿐, “범인도피죄에서 ‘도피’의 대상인 범인이 ‘벌금 이상의 형에 해당하는 죄를 범한 자’인지 여부에 관해서는 전혀 다루어 지지 않았다는 점이다. 만약 적극적인 허위진술로 단순히 ‘벌금 미만의 형에 해당하는 죄를 범한 자’를 도피케 하였다면 범인도피죄는 성립하지 않는다.

92) 윤종행, 증거인멸죄에서의 주요 쟁점, 연세법학연구 제8집 제2권(2002. 6), 368쪽.

93) 배종대, 형법각론(제7전정판), 홍문사, 2010, §167/11; 박상기, 앞의 책(주 74), 701쪽; 김일수·서보학, 앞의 책(주 77), 922쪽. 증거위조죄에서 ‘위조’는, 문서죄에서 ‘위조’개념과 달리, “새로운 증거의 창조”를 의미한다. 따라서 ‘존재하지 하지 아니한 증거를 이전부터 존재하고 있는 것처럼 작출하는 행위’도 증거위조에 해당한다(대판 2011. 2. 10. 2010도15986).

94) 대판 2011. 7. 28. 2010도2244; 1998. 2. 10. 97도2961; 1995. 4. 7. 94도3412. 같은 입장으로 이상철, 앞의 논문(주 66), 302, 303쪽. 참조. 그러나 이상철 검사는 같은 논문(303쪽)에서 참고인이 자발적으로 수사기관에 문서를 작성하여 제출한 경우에 증거위조죄로 처벌하는 것이 타당하다고 한다.

부정한다.<sup>95)</sup> 증거위조죄에서 말하는 ‘증거’는 “타인의 형사사건 또는 징계사건에 관하여 수사기관이나 법원 또는 징계기관이 국가의 형벌권 또는 징계권의 유무를 확인하는데 관계있다고 인정되는 일체의 자료”<sup>96)</sup>를 말하므로, 참고인의 허위진술은 어떤 경우에도 ‘증거’에 해당하지 않기 때문이다.<sup>97)</sup> 따라서 참고인의 허위진술 행위를 증거위조죄로 처벌하는 것은 죄형법정주의에 위배된다. 이런 점에서 참고인의 허위진술을 형법 제155조 제1항의 증거위조죄로 규율할 수 있다면서 참고인의 허위진술죄 도입을 반대한 논거는 전혀 타당하지 않다. 더욱이 증거위조죄의 구성요건을 아무리 ‘적극적으로 해석’하더라도 참고인의 허위진술죄는 증거위조죄에 의해 포섭될 수 없다.

#### 라) 무고죄에 의한 규율 가능성 여부

참고인의 허위진술을 무고죄(제156조)로 규율할 수 있는지 여부에 대해, 참고인이 범인을 정확히 알지 못함에도 특정한 사람을 범인이라고 지목한 것과 관련해, 진범의 발견을 곤란하게 한다는 것에 대한 인식이 있었다고 보기 어렵다고 하더라도 그로 인해 무고한 사람이 구속 기소된 경우에는 - 위계에 의한 공무집행방해죄의 성립을 별론으로 하더라도 - 무고죄의 성립을 긍정해야 한다는 입장이 있다.<sup>98)</sup> 하지만 참고인의 허위진술에 대해 무고죄의 성립을 긍정하기 어렵다.<sup>99)</sup> 왜냐하면 무고죄가 성립하기 위해서는 ‘타인으로 하여금 형사처분 또는 징계처분을 받게 할 목적’으로 공무소 또는 공무원에게 허위의 사실을 ‘신고’해야 하는데, 수사기관에서 허위진술을 하는 참고인에게는, 무고죄의 목적인 ‘타인으로 하여금 형사처분 또는 징계처분을 받게 할 목적’이 부정되기 때문이다. 가령 수사기관에서 허위진술을 한 참고인은 ‘피의자를 위해서’ 허위진술을 했을 수도 있고, 그 반대로 ‘피의자에게 불리함을 주기 위해’ 허위진술을 했을 수도 있는데,<sup>100)</sup> 전자의 경우 무고죄의 목적

95) 대판 2011. 7. 28. 2010도2244. 같은 입장으로 박기석, 앞의 논문(주 62), 191쪽 참조.

96) 대판 2011. 7. 28. 2010도2244.

97) 박상기, 앞의 책(주 74), 701쪽.

98) 박승환, 앞의 논문(주 17), 131쪽; 박상기, 앞의 책(주 74), 685쪽.

99) 박종민, 허위진술죄와 위계에 의한 공무집행방해죄, 검찰 제117호(2006. 12), 256쪽.

100) 그러나 참고인이 ‘고소인을 위해’ 허위진술을 한 경우는 결론을 약간 달리한다. 가령 고소인이 참고인에게 허위진술을 부탁하여 참고인이 허위진술을 하였더라도 참고인에게 - 적극적 허위진

인 ‘타인으로 하여금 형사처분 또는 징계처분을 받게 할 목적’이 어떤 경우에도 부정되기 때문에 애초 무고죄가 성립할 여지가 전혀 없지만, 후자의 경우 그 목적이 긍정될 수도 있어 무고죄가 성립할 여지가 있다는 것이다. 하지만 후자의 경우도 무고죄의 또 다른 요건을 고려하면 무고죄의 성립을 긍정하기 어렵기는 마찬가지이다. 가령 “... 공무소 또는 공무원에 대하여 허위사실을 신고한 자는 ... 처한다”는 것을 요건으로 하는 무고죄에 따르면, 무고죄가 성립하기 위해서는 ‘허위사실’을 ‘신고’해야 하는데, 이 때 ‘신고’는 ‘자발적인 것’을 의미하므로, ‘수사기관의 추문’은 여기에 해당하지 않기 때문이다.<sup>101)</sup> 즉 수사과정에 수사관의 추문에 대해 허위사실을 진술하는 것은 무고죄의 신고에 해당하지 않는다는 것이다.<sup>102)</sup> 이렇게 보면, 참고인의 수사과정에서의 허위진술은 형법 구조적 측면에서 어떤 경우에도 무고죄로 규율될 수 없다. 따라서 참고인의 허위진술은 무고죄로 규율할 수 있기 때문에 별도의 사법방해죄를 도입할 필요가 없다는 논거는 전혀 타당하지 않다.

이렇듯, 우리 실무는 참고인의 수사기관에서의 허위진술행위는 ‘적극적으로 허위의 증거를 조작하여 제출’하였고, 그 증거조작의 결과 ‘수사기관이 그 진위에 관해 나름대로 충실한 수사를 하였다고 하더라도 제출된 증거가 허위임을 발견하지 못하여 잘못된 결론을 내리게 될 정도’에 이를 경우에만 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립한다고 보고, 범인도피죄도 참고인이 수사기관에서 조사를 받으면서 ‘적극적으로’ 허위사실을 진술하여 수사기관을 기만하고 그로 인해 수사기관이 착오

---

술에 의해 위계에 의해 공무집행방해죄의 성립을 긍정하는 것은 별론으로 하더라도 - 참고인이 자신이 진술하는 것이 허위라는 것을 알고 있다는 점에서 ‘진술한 사실의 허위성’을 긍정하는데 별 문제 없겠지만, 무고죄의 구성요건인 목적, 즉 “타인으로 하여금 형사처분 또는 징계처분을 받게 할 목적”을 긍정하기 어렵다. 무고죄의 ‘목적’을 ‘결과발생을 의욕하거나 적어도 확실하다고 인식하는 확정적 고의’가 있어야 한다는 입장(배종대, 앞의 책(주 93), §169/15; 임웅, 형법각론(제4정판), 법문사, 2012, 955쪽; 김일수·서보학, 앞의 책(주 77), 944쪽; 정영일, 앞의 책(주 77), 909쪽)과 ‘미필적 인식’으로 충분하다는 입장(대판 2006. 8. 25. 2006도3631; 박상기, 앞의 책(주 74), 707쪽; 김성돈, 앞의 책(주 77), 802쪽)으로 나뉘지만, 참고인이 단순히 고소인의 부탁에 의해 허위진술을 한다는 인식으로 허위진술을 한 경우 확정적 인식설에 의하면 그 목적이 부정되지만, 미필적 인식설에 의한 경우 그 목적이 긍정될 여지가 있지만, 그렇다고 해서 반드시 긍정되기 어렵기 때문이다.

101) 대판 2005. 12. 22. 2005도3203; 1996. 2. 9. 95도2652; 1988. 2. 23. 87도2454; 1985. 7. 26. 85도14..

102) 대판 1985. 7. 26. 84도14.

에 빠지게 하여, ‘범인의 발견· 체포를 곤란 또는 불가능하게 할 정도’에 이를 경우에만 범인도피죄가 성립한다고 본다. 그러나 참고인의 허위진술은 증거위조죄와 무고죄의 구성요건상 애초 증거위조죄나 무고죄에 의해 규율될 수 없다. 즉 참고인의 허위진술죄는 ‘제한적으로나마’ 위계에 의한 공무집행방해죄와 범인도피죄에 의해 규율될 수 있지만, 증거위조죄와 무고죄에 의해서는 어떤 경우에도 규율되지 않는다는 것이다. 상황이 이러함에도 위계에 의한 공무집행방해죄, 범인도피죄, 증거위조죄, 무고죄의 구성요건을 보다 적극적으로 해석한다면 참고인의 허위진술행위를 규율할 수 있다는 논거는 전혀 타당하지 않다. 뿐만 아니라 법원이 기존의 ‘허위에 의한 공무집행방해죄의 구성요건을 보다 적극적으로 해석하면’ 별도의 참고인의 허위진술죄를 도입할 필요가 없다는 논거에서 실제로 (위계에 의한 공무집행방해죄를) 법원이 “보다 적극적으로 해석”할 수 있는지 여부와 관련해 - 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 심판하는 법관으로서 특별한 이유 없이 기존의 판례를 변경하는 것을 기대하기 어렵다는 점에서 - 전혀 불가능하다는 결론이 나온다.

### 3. 소결론 : 형사소송법의 구조와 수사기관의 의무

이상에서 살펴본 바와 같이 사법방해죄 도입 찬성 논거는 물론이고 도입 반대 논거를 비판한 논거 가운데 어느 하나 제대로 논증되는 것이 없다. 사법방해죄 도입에 영향을 미친 결정적 근거는 미국에서 참고인의 허위진술에 대한 처벌을 포함해 광범위한 범위로 사법을 방해하는 행위를 처벌하고 있다는 데 있다. 하지만 다른 나라의 법제도의 도입을 논의하기에 앞서, 한 국가의 법제도에는 그 국가의 시대적·사회적·문화적 특성이 반영되어 있다는 점을 매우 심도 있게 고려하여야 한다.<sup>103)</sup>

우리나라 형사소송법 제195조는 “검사는 범죄의 혐의가 있다고 사료되는 때에는

103) 같은 지적으로 차용석, 사법제도개혁추진위원회의 형소법 개정안에 대한 비판적 검토, 법조통권 제586호(2005. 7), 23쪽 이하; 법무부의 형법·형사소송법개정안에 대한 국가인권위원회의 의견: 허위진술죄 등에 의한 공무집행방해죄(소위 사법방해죄), 국가인권위원회공보 제1권 제2호(2003. 4. 14); 형법 일부개정법률안(정부발의, 의안번호 12629호)에 관한 대한변호사협회 의견 참조.

범인, 범죄사실과 증거를 수사하여야 한다”고 ‘수사의무’를 규정하고 있으며, 이를 위해 제199조는 “수사의 목적을 달성하기 위해서 필요한 조사를 할 수 있다”고 ‘조사권’을 부여하고 있다. 검사 등 수사기관에 아무리 사건을 수사할 권리가 부여되어 있다고 하더라도 피의자가 수사에 응하지 않으면 이 수사권은 별 다른 의미를 갖지 못한다. 그래서 형사소송법 제200조는 다시 “- 수사에 필요한 때에는 - 피의자의 출석을 요구하여 진술을 들 수 있으며”라고 ‘출석요구권’을 두고 있다. 이 역시 피의자가 출석요구에 불응한다면 출석요구권은 별 다른 의미를 갖지 못하므로 우리 형사소송법 제200조의2 제1항은 피의자의 출석을 담보하기 위해 ‘구속영장제도’를 두고 있다. 여기에서 우리 형사소송법 제307조 제2항은 “범죄사실의 인정은 합리적인 의심이 없을 정도의 증명에 이르러야 한다”고 규정하고 있다. 이 규정과 형사소송법 기본원칙인 입증책임원칙에 따라, - 피의자나 피고인에게 스스로 자신의 범죄를 증명해야 할 의무가 없는 한, - 검사를 포함한 수사기관은 범죄사실을 ‘합리적 의심이 없을 정도’로 증명해야 한다. 우리 형사소송법 제307조 제1항은 합리적 의심이 없을 정도의 범죄사실은 ‘증거’로 증명할 것을 요구하면서 적법한 절차에 따라 수집하지 않는 증거(제308조의2)나, 피고인에게 불이익한 유일한 피고인의 자백(제310조), 임의성이 의심되는 피고인이나 참고인의 진술(제317조 제1항)은 증거로 사용할 수 없도록 하고 있다. 이는 검사를 포함한 수사기관은 이러한 형사소송법 규정을 준수하여, “합리적 의심이 없을 정도로 범죄사실을 증명”하라는 것이다. 이를 위해, 우리 형사소송법은 한편 ‘수사기관에 법률을 통해 수사권과 이를 실행할 수 있는 권리’를 부여하면서도, 다른 한편 ‘범죄사실은 합리적 의심이 없을 정도의 증명에 이를 것을 의무’지웠던 것이다. 이에 따라 우리 판례도 수사기관은 범죄사건을 수사하는데 피의자나 참고인의 진술에도 불구하고 피의자를 확정하고 그 피의사실을 인정할 만한 객관적인 제반 증거를 수집해야 할 권리와 의무를 갖는다고 판시한다.<sup>104)</sup>

이에 우리 형사소송법은 이러한 권리를 갖는 수사기관에 대해 피의자나 피고인에게는 자신을 방어할 수 있는 여러 가지 권리를 보장하고 있다. 형사소송법은 수

104) 대판 2011. 2. 11. 2010도15986; 2008. 12. 24. 2007도11137; 1977. 2. 8. 76도3685; 이승련, 참고인의 허위진술과 범인도피죄, 형사판례연구 제12호(2004. 7), 377쪽.

사기관에서나 공판정에서 자기 자신이 범죄를 저지르지 않았거나 만약 저질렀다면 저지른 이유를 설명해 자신을 ‘적극적으로 방어할 수 있는 권리’인 ‘진술권’을 부여하고 있으며, 여기에서 제244조의3 제1항 제1호와 제283조의2는 “모든 국민은 … 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니한다”는 헌법 제12조 제12조 제2항에 근거하여, “피고인은 진술을 하지 아니하거나 개개의 질문에 대하여 진술을 거부할 수 있다”고 피의자나 피고인이 수사기관에서나 공판정에서 ‘소극적으로 자기 자신을 방어할 수 있는 권리’인 ‘진술거부권’을 부여하고 있다. 하지만 피의자나 피고인에게 아무리 ‘진술권’이나 ‘진술거부권’이 보장되어 있다고 하더라도 법률문 외한인 피의자나 피고인은 언제 어떻게 진술권이나 진술거부권을 행사해야 하는지 잘 알지 못하므로 이를 위해 우리 헌법 제12조 제4항은 다시 “누구든지 … 변호인의 조력을 받을 수 있는 권리를 가진다”고 ‘변호인의 조력을 받을 수 있는 권리’를 부여하고 있다. 이 권리의 실현을 위해 형사소송법은 다양한 규정을 두고 있다.<sup>105)</sup> 형사소송법 제201조에 규정된 구속제도도 마찬가지이다.<sup>106)</sup> 우리 판례도 이것에

105) 가령 형사소송법 제30조 제1항은 “피고인 또는 피의자는 변호인을 선임할 수 있다”고 ‘변호인선임권’을 부여하고 있으며, 아무리 변호인선임권이 부여되어 있더라도 피의자나 피고인이 그와 같은 사실을 알지 못한다면 ‘변호인선임권’은 아무런 의미를 갖지 못한다. 그래서 형사소송법 제87조와 제88조는 ‘변호인선임권 고지의무’를 부여하고 있다. 이러한 변호인선임권이 부여되어 있다고 하더라도 만약 피의자나 피고인이 구속되어 있어 실제 변호인을 선임할 수 없다면 ‘변호인선임권’은 아무런 의미를 갖지 못한다. 그래서 형사소송법 제90조는 “구속된 피고인은 … 변호인의 선임을 의뢰할 수 있다”고 구속된 피고인에게 ‘변호인선임 의뢰권’을 부여하고 있다. 그러나 피의자나 피고인이 ‘변호인선임의뢰권’과 ‘변호인선임권’을 갖는다고 하더라도 돈이 없다면 역시 무용지물이다. 그래서 우리 헌법 제12조 제4항 단서는 “형사피고인은 스스로 변호인을 구할 수 없을 때에는 … 국가가 변호인을 붙인다”고 ‘국선변호인제도’를 규정하고 있다. 하지만 아무리 국선변호인제도를 두고 있다고 하더라도 피의자나 피고인이 국선변호인제도가 있다는 사실을 알지 못하면 아무런 의미를 갖지 못한다. 그래서 형사소송법규칙 제16조 제1항은 ‘국선변호인 고지의무’를 부여하고 있다. 여기에 그치지 않고 변호사제도의 취지대로 법률전문가인 검사나 수사관과 대등한 입장에서 변호인이 피의자나 피고인을 위한 방어활동을 하려면 사건에 대해 가장 잘 알고 있는 피의자나 피고인을 만나 사건내용에 관해 진술을 들어보아야 하며, 이를 위해 우리 형사소송법 제34조와 제89조는 ‘접견교통권’을 부여하고 있다. 하지만 이것만으로 변호인이 피의자나 피고인을 방어하는데 한계가 있다. 왜냐하면 접견교통권은 변호사에게 피의자나 피고인의 만남을 보장하여 그로부터 사건에 관한 구체적 내용 내지 상황을 들을 수 있는 기회를 줄 뿐이지, 검사가 피의자나 피고인에 대한 공격을 위해 가지고 있는 자료를 볼 수 있는 기회를 보장해 주지 않기 때문이다. 그래서 우리 형사소송법 제35조 제1항은 다시 “…변호인은 소송계속 중의 관계서류 또는 증거물을 열람하거나 등사할 수 있다”고 ‘변호인의 소송기록열람·등사권’을 부여하고 있다.

근거해, “피의자는 진술거부권과 자기에게 유리한 진술을 할 권리와 유리한 증거를 제출한 권리를 가질 뿐이고, 수사기관에 대해 진실만 말할 의무가 있는 것은 아니다”라고 판시하고 있다.<sup>107)</sup>

이 두 가지 입장, 즉 ‘검사를 포함한 수사기관에 관한 헌법과 형사소송법의 구조’와 ‘피의자나 피고인에 관한 헌법과 형사소송법의 구조’를 살펴보면 양자의 관계는 어느 정도 분명해진다. 우리 형사소송법은 검사를 포함한 수사기관에게 범죄사실에 관한 실제적 진실을 발견하는데 필요한 권리를 보장하고 있지만, 그것은 어디까지나 피의자 내지 피고인에게 진술권, 진술거부권, 변호인의 조력을 받을 권리를 포함한 권리가 철저히 보장되는 가운데 실제적 진실을 규명하라고 명령하고 있는 것이다. 이러한에도 피의자나 참고인에게 수사기관에서 ‘진실한 사실만 진술하도록 강제’하는 참고인의 허위진술죄를 도입하겠다는 것은 - 이것의 정당성은 별론으로 하더라도 - 수사기관은 가만히 앉아서 수사를 하겠다는 것으로 이는 우리 헌법의 이념에 반할 뿐만 아니라 형사소송법의 기본구조에 위배한다.

#### IV. 나가며

이상에서 사법방해죄의 도입과 관련하여 사법방해죄라는 명칭이 적절한지 그리고 ‘선진’법제라는 이름하에 도입이 추진된 ‘사법방해죄’에서 ‘선진’의 의미, 사법방해죄의 도입논거로 거론되었던 논거가 설득력을 갖는지 여부에 대해 살펴보았다. 이하에서는 이 연구에서 논의된 내용을 간략히 살펴보는 것으로 결론에 갈음할 것이다.

첫째, 그 동안 법무부와 검찰이 중심이 되어 도입을 추진하였던 사법방해죄는 그

106) 가령 형사소송법이 구속사유를 법제화해 두고 있으며, 이런 구속사유가 있다고 해서 무조건 구속할 수 있도록 한 것이 아니라 구속의 남용을 방지하기 위해 법관에 의해 발부된 구속영장에 의해서만 구속하도록 한 것이라든가(제70조), 더 나아가 검사가 요청한 구속영장의 구속사유가 제대로 되었는지 확인하기 위해 ‘구속영장실질심사제’를 두고 있는 것(형사소송법 제201조 제1항)이 그것이다.

107) 대판 2011. 2. 11. 2010도15986.

내용상 도입대상이 되기 어렵다. 왜냐하면 범죄를 도입하기 위해서는 그 대상이 ‘구체적 범죄’이어야 하는데, 사법방해죄는 ‘법과 정의를 정당하게 집행하는 것을 방해하는 일체의 범죄’를 의미하기 때문이다. 여기에다 이미 우리나라에는 이런 사법방해죄 개념에 포섭될 수 있는 위증죄, 무고죄, 법정모독죄, 위계에 의한 공무집행방해죄, 범인은닉죄, 증거인멸죄 등이 있는데, 만약 ‘사법방해죄’를 도입하게 되면 그 범위가 중복되는 문제가 발생하기 때문에 또한 타당하지 않다. 그래도 사법방해죄를 도입하려면 - 사법방해죄의 정당성 문제는 별론으로 하더라도 - 법무부의 형법개정안에서 표기된 바와 같이 ‘참고인의 허위진술죄’라는 명칭을 사용해야 바람직하다.

둘째, 사법방해죄는 그 도입의 긍정적 효과를 얻기 위해 ‘선진’법제라는 이름하에 도입추진되었다. 그런데 미국이라는 나라는 경제적 측면이나 정치적 측면에서 ‘선진’국이라고 할 수 있겠지만, 법제도적 측면에서 반드시 ‘선진국’이라고 할 수 없다. 특히 법제도는 매우 많은 지역적·시대적 특성을 갖고 있다는 점에서 더욱 그렇다. 이런 점에서 사법방해죄를 ‘선진’법제라고 하기 위해서는 적어도, ‘발전의 단계나 진보의 정도 등이 다른 것보다 앞서거나 앞서 있어야 한다’는 ‘선진’의 사전적 의미처럼, 사법방해죄로 현재 우리나라에서보다 ‘피의자의 인권이나 자유를 더 많이 보호할 수 있어야 하는데’, 실제로는 그렇지 않다.

셋째, 사법방해죄가 실제적 진실발견 도모에 필요하다는 점, 피의자의 인권보장에 기여한다는 점, 사회방위나 피해자보호를 위해 필요할 뿐만 아니라 행정조사절차와 균형을 맞추기 위해서도 필요하다는 점, 사법방해행위를 처벌하는 국제협약의 취지를 존중할 필요가 있다는 점 등을 사법방해죄의 도입논거로 들고 있으나 이 가운데 어느 하나 제대로 논증되는 것이 없다. 사법방해죄 도입반대 논거를 비판한 논거도 마찬가지이다.

넷째, 참고인의 허위진술행위는 기존의 위계에 의한 공무집행방해죄, 범인도피죄, 증거위조죄, 무고죄 등에 의해 규율될 수 있기 때문에 별도의 참고인의 허위진술죄를 도입할 필요가 없다는 논거 역시 타당하지 않다. 왜냐하면 우리 판례는 참고인의 허위진술이 적극적인 증거조작에 해당하고 그 결과로 수사기관이 충실히 수사했다라도 그 잘못을 발견할 수 없을 정도에만 위계에 의한 공무집행방해죄가

성립한다고 보고, 범인도피죄의 경우도 참고인이 적극적으로 허위사실을 진술하여 수사기관을 기망하여 착오에 빠지게 하고, 그로 인하여 범죄인의 발견·체포를 곤란 또는 불가능하게 할 정도에 이를 경우에만 범인도피죄가 성립한다고 보기 때문에 모든 참고인의 허위진술죄는 위계에 의한 공무집행방해죄나 범인도피죄에 의해 규율될 수 없기 때문이다. 더군다나 증거위조죄와 무고죄는 그 구성요건상 어떤 경우에도 참고인의 허위진술죄를 규율할 수 없다.

다섯째, 사법방해죄는 참고인의 허위진술행위에 대한 처벌을 통해 ‘진실한 사실’을 진술하도록 강제한다는 점에서 ‘수사의 편의성 추구’에 초점이 맞추어졌을 뿐만 아니라 형사소송법의 기본원인인 ‘공판중심주의를 형해화한다’는 점에서 도입필요성이 인정되지 않으며, 더 나아가는 형사소송법 제307조, 제308조의2, 제317조와 범죄사실의 증명에 대한 책임이 검사에게 있다는 입증책임원칙을 비롯하여 형사소송법 구조와 이념에도 반한다. 따라서 형사소송법의 이념과 구조는 물론이고 형사정책적 측면에서도 사법방해죄의 도입은 바람직하지 않다.

## 참고문헌

### [단행본]

- 김일수 · 서보학, 형법각론(제7판), 박영사, 2007
- 김성돈, 형법각론(제2판), 성균관대학교 출판부, 2009
- 박상기, 형법각론(제8판), 박영사, 2011
- 박미숙, 미국의 사법방해죄에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1999
- 배종대, 형법각론(제7전정판), 홍문사, 2010
- 이재상, 신형사소송법(제2판), 박영사, 2011
- 이천현 · 도중진 · 권수진, 형법각칙개정연구[5] - 국가적 · 사회적 법익에 관한 죄(1),  
형사정책연구원, 2007
- 임 용, 형법각론(제4정판), 법문사, 2012
- 정영일, 형법각론(제3판), 박영사, 2011
- Black's Law Dictionary(7th. edition), Bryan A. Garner Editor in Chief, 1999

### [논문]

- 강동세, 위증죄와 증거인멸죄의 발생 · 증가원인 및 방지대책, 법조 제47권 제10호(통권 제505호)(1998. 10)
- 김종필, 피의자의 증거위작과 위계에 의한 공무집행방해죄의 성부, 대법원판례해설 제48호(2003 하반기)(2004. 7)
- 김석우, 사법정의방해죄에 관한 고찰, 형사법의 신경향 통권 제19호(2009. 4)
- 김종구, 미국 연방법상 허위진술죄에 대한 고찰 - 우리 법체계에 대한 도입 방안과 관련하여 -, 법조 통권 제610호(2007. 7)
- 박기석, 참고인의 허위진술의 사법방해죄 성립 여부, 청구법학 제33권 제1호(2011. 5)
- 박달현, 독일형법상 위증죄에 관한 연구, 법학논총 제24집(숭실대학교 법학연구소)(2010. 7)
- \_\_\_\_\_, 보충성원칙, 법치국가와 형법, 홍문사, 1997
- \_\_\_\_\_, 보충성원칙과 친고죄의 본질, 비교형사법연구 제3권 제1호(2001. 7)

- 박종민, 허위진술죄와 위계에 의한 공무집행방해죄, 검찰 제117호(2006. 12)
- 박미숙, 참고인의 허위진술과 형사책임, 형사정책연구소식 제75호(2003. 1)
- 박승환, 사법방해죄 도입론: 수사절차에서의 허위진술을 중심으로 -, 법조 제58조 제2호(통권629호)(2009. 2)
- 안성수, 피의자나 참고인 등의 허위진술, 증거조작 등 사법정의실현을 저해하는 죄, 저스티스 통권 제88호(2005. 12)
- 윤대해, 수사기관에서 허위진술에 대한 처벌문제: 대법원판례를 중심으로, 형사사법의 제문제 제6권(고현철대법관 퇴임기념논문집), 2009
- 윤종행, 증거인멸죄에서의 주요쟁점, 연세법학연구 제8집 제2권(2002. 6)
- 이상철, 참고인의 허위진술과 증거위조죄, 형사판례연구 제5호(1997. 8)
- 이상희, 형사소송법 개정안에 대한 의견, Jurist 통권 제390호(2003. 3)
- 이승련, 참고인의 허위진술과 범인도피죄, 형사판례연구 제12호(2004. 7)
- 이현철, 미국의 사법방해행위규제 제도 - 미국의 사법방해죄와 허위진술죄를 중심으로 -, 형사법의 신동향 통권 제6호(2007. 2)
- 조동석, 허위진술죄의 도입 제안, 법조 통권 제527호(2001. 6)
- 조상준, 허위진술에 의한 형사사법 부실에 대한 대책, 비교형사법연구 제8권 제1호 특집호(2006. 7)
- 차용석, 사법제도개혁추진위원회의 형소법 개정시안에 대한 비판적 검토, 법조 통권 586호(2005. 7)
- 최병천, 미국의 수사기관에 대한 허위진술, 해외연수검사논문집 제19집(2004), 법무연수원

#### [자 료]

- 先進 형사사법 제도 개선방안 관련 說明자료, 대검찰청, 2009
- 선진 형사사법제도 입법공청회 자료, 법무부, 2010
- 우리나라 형사사법제도 이렇게 바뀔니다: 선진형사사법제도 입법관련 Q&A, 법무부, 2010
- 법무부의 형법·형사소송법개정안에 대한 국가인권위원회 의견: 4. 허위진술죄 등에

- 의한 공무집행방해죄(소위 사법방해죄), 국가인권위원회공보 제1권 제2호 (2003. 4. 15)
- 법무부 형법·형사소송법 개정안에 대한 한국형사법학회와 한국형사정책학회의 공동 의견, 형사법연구 제19호(2003)
- 참고인강제구인·허위진술죄 도입 여부, 법률행정서비스 개선방안연구, 국회법제사법위원회(2004. 12)
- 인권위, 형소법 등 개정안 의견표명 : 참고인 강제구인제, 허위진술죄 등 신설 바람직하지 않아(보도자료), 국가인권위원회(2011. 5. 4)
- 형법 일부개정법률안(정부발의, 의안번호 12629호)에 대한 대한변호사협회의 의견 (2011. 10)
- 형법개정안(12629호) 및 형사소송법개정안(12633호)에 대한 민주사회를 위한 변호사모임 의견서(2011. 9)
- 형법 일부 개정 법률안 및 형사소송법 일부 개정 법률안에 대한 의견표명, 국가인권위원회(2011. 3)
- 형법 일부개정법률(안)(법무부 공고 제2010-251호) 및 형사소송법 일부 개정법률(안)(법무부 공고 제2010-250호)에 대한 참여연대 의견

## A Study on the “Obstruction of Justice”\*

Park Dallhyun\*\*

Recently, Ministry of Justice and Prosecutor have tried to introduce “Obstruction of Justice” to Korea. Its introduction is continuously pushed on with the introduction of ‘Plea Bargaining’ and ‘Mitigation and Remission of people aiding the judicature’, in the name of realizing ‘judicial justice’. The criminal law reform including ‘Obstruction of Justice’ were pushed on twice in 2002 and 2010. The Propulsion of its introduction were unsuccessful because of “chasing facilities for investigation” and “injuring the trial centralism” by the opposition of the Supreme Court, Academic Circles of Criminal Law, National Human Rights Commission of the Republic of Korea, Korean Bar Association, Lawyers for Democratic Society(Minbyun)

So, it is discussed in this thesis, whether the title of ‘Obstruction of Justice’ proper is, what the grounds of an argument for and against its introduction is, whether the argument of its introduction persuasive are.

If we can discuss the introduction of ‘Obstruction of Justice’, the crime as the introduction object must be specified concretely. ‘Obstruction of Justice’ can not be the object of introduction, because ‘Obstruction of Justice’ are defined as ‘interference with the orderly administration of law and justice’. In addition, interference with a government official in the execution of his duties by a fraudulent stratagem, escape of criminals, forgery of evidence, perjury, false accusation

---

\* “This work was supported by the National Research Foundation of Korea Grant funded by Korean Government”(KRF-2009-327-B00718)

\*\* Professor, Department of Maritime Police Science, Chonnam National University. Ph. D in Law

belonging to ‘Obstruction of Justice’ can not be the object of its introduction. ‘Obstruction of Justice’ are defined as “the advanced legislation” by the people confirming its introduction, in order to gain the affirmative effect of its introduction. But it is not a advanced legislation. It have to possess more advanced or besser than another in the development and progress, in order to name a advanced legislation. We can not name ‘Obstruction of Justice’ as a advanced legislation, because it did not be more progressive than in Korea, in protection of human right and protection of freedom of a suspect

A legal regime has the regional and era property. So, this have to be considered, in order to introduce a legal regime of a foreign land to our land. ‘Obstruction of Justice’ do not fit the korean legal circumstance and is in opposition to the idea of korean constitution and korean criminal procedure act. So, ‘Obstruction of Justice’ can not be introduced to Korea.

- ❖ Key words : Obstruction of Justice, false statement, interference with a government official in the execution of his duties by a fraudulent stratagem, advanced legislation, convenience of investigation, substantive truth, damage of trial centralism