

## 증언거부권불고지와 허위증언에 대한 위증죄\*

이 세 화

한국국제대학교 겸임강사·법학박사

- 대상판결1; 대법원 1987.7.7. 선고, 86도1724 전원합의체 판결.  
 대상판결2; 대법원 2010.1.21. 선고, 2008도942 전원합의체 판결.  
 대상판결3; 대법원 2010.2.25. 선고, 2007도6273 판결.

### < 목 차 >

- I. 서론
- II. 대상판결의 사실관계와 판결요지
- III. 대상판결 분석
- IV. 증언거부권불고지와 위증죄의 주체
- V. 증언거부권불고지와 적법행위에 대한 기대가능성
- VI. 결론

### I. 서론

형법과 형사소송법은 증언의 진실성을 담보하기 위한 방법으로 위증과 증언거부에 관한 규정을 두고 있다. 먼저, 형법은 제152조 제1항에서 ‘법률에 의하여 선서한 증인’이 허위의 진술을 함으로써 성립하는 범죄인 ‘위증죄’에 관하여 규정하고 있다. 이는 형사사건의 증인에게 증언 및 진실의무를 부여하고, 허위진술시 위증죄로 처벌함으로써 직접적으로 진실의무의 이행을 확보하고 있는 것이다. 여기서 증인의 선서는 증인으로 하여금 진실을 말해야 할 특별한 의무주체가 되게 하는 규범적 의미가 있는 것<sup>1)</sup>이고, 위증죄는 이러한 선서에 의하

\* 심사위원 : 성낙현, 이정원, 김혜정

투고일자 : 2010. 8. 11 심사일자 : 2010. 8. 22 게재확정일자 : 2010. 9. 13

1) 김일수·서보학, 형법각론 제7판, 박영사, 2009, 928면.

여 담보된 증인진술의 정확성을 확보함으로써 국가의 사법작용인 심판 또는 징계처분의 적정이 위태롭게 되는 것을 방지하는 기능을 수행한다.<sup>2)</sup> 따라서 보호법익은 국가의 사법작용 및 징계작용이고, 일반적으로 추상적 위험범으로 본다.<sup>3)</sup>

그 다음, 형사소송법 제148조와 제149조에서는 자신에 대한 소송절차가 아님에도 불구하고 법정에서 출석하여 선서하고 경험한 사실을 진술해야 하는 의무를 부담하는 증인을 위하여 일정한 경우에 침묵할 수 있는 증언거부권(Zeugnisverweigerungsrechte)을 인정하고 있다. 즉 증언거부권은 증인으로 채택되어 출석한 자가 허위의 진술을 하여 피고인에게 유리하게 하거나 증인의무에 따라 사실대로 진술하여 피고인에게 불리하게 할 수밖에 없는 상황에서 일정한 경우 위증죄의 처벌을 모면하면서 동시에 증인의무에 따라 피고인에게 불리한 진술을 하지 않아도 되게 하는 유일한 탈출구로서 증인을 보호하기 위하여 마련된 장치이다. 이로써 증언의 진실성을 간접적으로 담보하고, 형사소송의 최고이념인 실체진실발견과 인간의 존엄성 및 행복추구권이라는 초소송법적 이익간의 균형을 유지하는 것이다.

증언거부사유로는 형사소송법 제148조 ‘자기 또는 근친자의 형사책임과 증언거부’ 및 제149조 ‘업무상 비밀과 증언거부’가 있다. ‘자기의 형사책임을 면하기 위한 증언거부권’은 헌법 제12조 제2항의 불이익한 진술의 강요금지 및 영미법상의 자기부죄거부특권(privilege against self-incrimination)을 고려하여, ‘근친자를 위한 증언거부권’은 신분관계에 기한 정의를 고려하여 이들 경우에는 진실한 증언을 기대하기 어렵다는 것에 근거한다. ‘업무상 비밀에 대한 증언거부권’은 위탁자와 사이의 비밀 및 신뢰관계와 헌법 제17조 프라이버시권 보호에 근거한다.<sup>4)</sup>

2) Arzt/Weber LH 5, S.73; Rudolphi SK Rn.5; Wessels/Hettinger 1. Rn.738; 대법원 2010.2.25, 2007도6273 판결.

3) 반면 위증행위는 국가의 사법작용에 대한 구체적 위험을 수반할 것을 요한다 하여 구체적 위험범으로 보는 견해로는 배종대, 형법각론 제6전정판, 홍문사, 2007, 870면.

4) 권창국, 증인에 대한 증언거부권의 불고지와 위증죄의 성립, 법률신문 2008년 4월 17일; 박상열·박영규, 개정판 형사소송법, 형설출판사, 2009, 401면; 배종대·이상돈·정승환, 신형사소송법, 홍문사, 2008, 468-469면; 신동운, 형사소송법 제4판, 법문사, 2007, 641-643면; 이은모, 형사소송법, 박영사, 2010, 465-466면; 이재상, 신형사소송법 제2판, 박영사, 2008, 466-467면; 정웅석·백승민, 형사소송법 전정제2판, 대명출판사, 2008, 836-837면; 차용석·최용성, 형사소송법 제3판, 21세기사, 2008, 634-636면.

더불어 형사소송법 제160조에서는 “증인이 제148조나 제149조에 해당하는 경우에 재판장은 ‘신문 전’<sup>5)</sup>에 증언을 거부할 수 있음을 설명해야 한다.”라고 하여 ‘증언거부권 고지’에 관한 규정을 두고 있다. 이러한 증언거부권 고지제도의 취지는 증언거부사유에 해당하는 증인에게 그러한 권리의 존재를 알려주어 증언을 거부할 것인지 아니면 진술할 것인지에 관하여 심사숙고할 기회를 부여함으로써 증언을 거부할 수 있는 권리를 보장하고 증언거부권의 실효성을 확보하기 위한 것이다.

대상판결1·2·3은 각기 증언거부권을 가진 증인들이 증언거부권을 행사하지 않고 허위진술을 한 경우이고, 이러한 경우 위증죄의 성립여부가 문제된 사례들이다. 그런데 대상판결1은 증언거부권불고지에 대한 언급이 없는 것으로 보아 절차적 위법은 문제되지 않은 사례이고, 대상판결2·3은 증인(위증죄의 피고인)이 증언거부권을 고지 받지 못한 상태에서 증인신문이 이루어진 경우라는 차이점이 있다. 이와 같이 증언거부권을 가진 증인에게 증언거부권을 고지하지 아니한 채 선서를 시키고 증인신문을 하는 과정에서 증인이 허위진술을 하였다는 이유로 위증죄로 처벌하는 것이 가능한지 문제된다. 대상판결2·3은 증언거부권의 불고지로 인해 증인보호에 ‘사실상 장애’가 초래되지 않았다면 위증죄의 성립을 부정할 것은 아니라 하였다.

이에 아래에서는 증언거부권의 ‘사실상 장애’의 판단기준이 무엇인지, 증언거부권이 사실상 침해당하지 않았다는 것이 증인신문절차의 절차적 위법을 치유할 수 있는지(Ⅲ), 증언거부권을 고지 받지 못한 증인이 위증죄의 주체가 될 수 있는지(Ⅳ), 증언거부권의 고지를 받았음에도 자신의 권리를 포기하고 허위의 진술을 한 경우 증인에게 적법행위의 기대가능성이 존재하는지, 증언거부권의 불고지 상태에서 피고인에게 적법행위의 기대가능성이 존재하는지(Ⅴ)의 문제에 대해 살펴본다.

5) 증언거부권은 원칙적으로 신문 전에 고지되어야 한다. 그러나 신문 당초에는 거부권이 문제될 여지가 없어 이를 고지하지 아니하였더라도 신문 도중 이와 관련된 질문이 나온 경우라면 그 즉시 고지되어야 한다는 판결(대전고법 2009.4.8, 2008노280 판결)도 있다.

## II. 대상판결의 사실관계와 판결요지

### 1. 대상판결1

#### 1) 사실관계

피고인 甲은 고소인으로부터 자금을 융통하여 달라는 부탁을 받고, 고소인 소유의 건물에 대한 소유권이전등기 소요서류를 구비하여 주면 이를 타인에게 보이고 자금을 지원받아 주겠다고 거짓말을 하여 위 등기서류를 교부받은 다음 피고인의 처 이름으로 소유권이전등기를 마침으로써 사기, 공정증서원본불실기재, 동행사죄를 범하였다는 이유로 구속 기소되었다. 그러던 중 고소인에 대한 배임사건의 증인으로 소환을 받아 선서한 다음 증언함에 있어 피고인 甲은 "당시 고소인이 위 건물에 다른 채권자들이 압류하게 될지 모르고 또 인감시효도 만료되어가니 빨리 피고인 앞으로 명의를 이전해 가라고 독촉을 하여 위 건물의 소유권을 피고인의 처 앞으로 이전한 것이다"라고 기억에 반하는 허위진술을 하여 위증죄로 기소되었다.

#### 2) 대법원 판결요지

① 증인으로 선서한 이상 진실대로 진술한다고 하면 자신의 범죄를 시인하는 진술을 하는 것이 되고, 증언을 거부하는 것은 자기의 범죄를 암시하는 것이 되어 증인에게 사실대로의 진술을 기대할 수 없다고 하더라도 형사소송법상 이러한 처지의 증인에게는 증언을 거부할 수 있는 권리를 인정하여 위증죄로부터의 탈출구를 마련하고 있는 만큼 적법행위의 기대 가능성이 없다고 할 수 없으므로 선서한 증인이 증언거부권을 포기하고 허위의 진술을 하였다면 위증죄의 처벌을 면할 수 없다.

### 2. 대상판결2

#### 1) 사실관계

피고인 乙은 지난 2006년 8월 부산 해운대 근처에서 A와 시비가 붙어 팔을 잡아끌고 눈을 찌를 듯한 위협을 가해 A와 함께 쌍방상해혐의로 기소되었다. 피고인 乙은 변론이 분리된 이후 피해자로 법정에 출석해 증인신문과정 중 증언거부권의 고지를 받지 못한 상태에서 자신은 폭행한 사실이 없다고 허위진술을 하여 위증죄로 기소되었다.

## 2) 대법원 판결요지

① 위증죄와 형사소송법의 취지·정신과 기능을 고려하여 볼 때, 형법 제152조 제1항에서 정한 ‘법률에 의하여 선서한 증인’이라 함은 ‘법률에 근거하여 법률이 정한 절차에 따라 유효한 선서를 한 증인’이라는 의미이고, 그 증인신문은 법률이 정한 절차초항을 준수하여 적법하게 이루어진 경우여야 한다.

② 위증죄의 의의 및 보호법익, 형사소송법에 규정된 증인신문절차의 내용, 증언거부권의 취지 등을 종합적으로 살펴보면, 증인신문절차에서 법률에 규정된 증인보호를 위한 규정이 지켜진 것으로 인정되지 않은 경우에는 증인이 허위의 진술을 하였다고 하더라도 위증죄의 구성요건인 ‘법률에 의하여 선서한 증인’에 해당하지 아니한다고 보아 이를 위증죄로 처벌할 수 없는 것이 원칙이다. 다만, 법률에 규정된 증인보호절차라 하더라도 개별 보호절차 규정들의 내용과 취지가 같지 아니하고, 당해 신문과정에서 지키지 못한 절차규정과 그 경위 및 위반의 정도 등 제반사정이 개별사건마다 각기 상이하므로, 이러한 사정을 전체적·종합적으로 고려하여 볼 때 당해 사건에서 증인보호에 사실상 장애가 초래되었다고 볼 수 없는 경우에까지 예외 없이 위증죄의 성립을 부정할 것은 아니다.

③ 증언거부권제도는 증인에게 증언의무의 이행을 거절할 수 있는 권리를 부여한 것이고, 형사소송법상 증언거부권의 고지제도는 증인에게 그러한 권리의 존재를 확인시켜 침묵할 것인지 아니면 진술할 것인지에 관하여 심사숙고할 기회를 충분히 부여함으로써 침묵할 수 있는 권리를 보장하기 위한 것임을 감안할 때, 재판장이 신문 전에 증인에게 증언거부권을 고지하지 않은 경우에도 당해 사건에서 증언 당시 증인이 처한 구체적인 상황, 증언거부사유의 내용, 증인이 증언거부사유 또는 증언거부권의 존재를 이미 알고 있었는지 여부, 증언거부권을 고지 받았더라도 허위진술을 하였을 것이라고 볼 만한 정황이 있는지 등을 전체적·종합적으로 고려하여 증인이 침묵하지 아니하고 진술한 것이 자신의

진정한 의사에 의한 것인지 여부를 기준으로 위증죄의 성립 여부를 판단하여야 한다. 그러므로 증거거부사유가 있음에도 증인이 증거거부권을 고지 받지 못함으로써 인하여 그 증거거부권을 행사하는 데 사실상 장애가 초래되었다고 볼 수 있는 경우에는 위증죄의 성립을 부정해야 할 것이다.

### 3. 대상판결3

#### 1) 사실관계

도로교통법위반(음주운전)사건에 있어서 재판장은 B의 전처인 丙을 증인으로 신문함에 있어 근친관계를 확인하지 아니한 채 증거거부권을 고지하지 않고 선서를 시킨 후 증인신문을 하였다. 피고인 丙은 B의 음주운전사실에 관한 질문에 당시 조수석에 있다가 B와 자리를 교체하여 운전석으로 이동한 사실이 없으며 자신이 줄곧 운전하였다고 기억에 반하는 허위의 진술을 하여 위증죄로 기소되었다.

#### 2) 대법원 판결요지

① 재판장이 신문 전에 증인에게 증거거부권을 고지하지 않은 경우에도 당해 사건에서 증인 당시 증인이 처한 구체적인 상황, 증거거부사유의 내용, 증인이 증거거부사유 또는 증거거부권의 존재를 이미 알고 있었는지 여부, 증거거부권을 고지 받았더라도 허위진술을 하였을 것이라고 볼 만한 정황이 있는지 등을 전체적·종합적으로 고려하여 증인이 침묵하지 아니하고 진술한 것이 자신의 진정한 의사에 의한 것인지 여부를 기준으로 위증죄의 성립 여부를 판단하여야 한다.

② 전 남편에 대한 도로교통법위반(음주운전) 사건의 증인으로 법정에 출석한 전처가 증거거부권을 고지 받지 않은 채 공소사실을 부인하는 전 남편의 변명에 부합하는 내용을 적극적으로 허위진술한 경우, 증인으로 출석하여 증언한 경위와 그 증언 내용, 증거거부권을 고지 받았더라도 그와 같이 증언을 하였을 것이라는 취지의 진술내용 등을 전체적·종합적으로 고려할 때 선서 전에 재판장으로부터 증거거부권을 고지 받지 아니하였다 하더라도 이로 인하여 증거거부

권이 사실상 침해당한 것으로 평가할 수는 없으므로 위증죄가 성립한다.

### III. 대상판결 분석

대상판결 및 그와 유사한 사안에 있어서 위증죄의 성립여부에 대한 법원의 판결들을 정리하면 다음과 같다.

증언거부권 고지	기대가능성 無	1961.7.13, 4294형상194 판결 서울형사지방법원 1986.7.4, 85노6824 판결	
	기대가능성 有	대법원 1987.7.7, 86도1724 전원합의체 판결 (대상판결1)	
증언거부권 불고지	주체성 부정	서울북부지방법원 2007.4.3, 2006고단1590 판결	
		서울북부지방법원 2007.7.5, 2007노416 판결	
		대전고법 2009.4.8, 2008노280 판결	
	기대가능성 부정	인천지법 2009.8.19, 2009고단1294 판결	
증언거부권의 사실상 침해 여부	침해인정	부산지법 2008.1.16, 2007노3669 판결	
	침해부정	대법원 2010.1.21, 2008도942 전원합의체 판결 (대상판결2)	
		대법원 2010.2.25, 2007도6273 판결 (대상판결3)	

#### 1. 대상판결1; 대법원 1987.7.7. 선고, 86도1724 전원합의체 판결

이 사건의 경우 원심<sup>6)</sup>은 다음의 이유로 위증죄의 성립을 부정한다. 즉 형사소송법 제148조는 누구든지 자기의 유죄판결을 받을 사실이 발로될 염려 있는 증언을 거부할 수 있다고 규정하고 있으나, 제150조는 그 증언거부사유를 소명하여야 한다고 규정하고 있으므로 증인으로 소환된 피고인으로서 자기가 유죄판결을 받을 범죄사실을 암시함으로써 증언을 거부하거나, 또는 위 암시를 하지 아니하고 선서한 후 피고인의 범죄사실을 진술하거나, 또는 허위진술을 함으로써 위증죄의 처벌을 각오하든가의 삼자택일을 해야 하는데, 증언거부권을 인

6) 서울형사지방법원 1986.7.4, 85노6824 판결.

정한 입법취지나 형사소추된 피고인에게 묵비권을 인정한 인권의 기본원칙에 비추어 볼 때, 피고인이 증언을 거부하거나 혹은 진실한 증언을 한다는 것은 기대할 수 없으므로 마지막 남은 방법인 허위진술의 길을 택한 피고인의 행위는 적법행위의 기대가능성이 없어서 범죄가 되지 않는다는 것이다. 그러나 과연 제 150조 증언거부사유의 소명이 증인으로 하여금 자기가 유죄판결을 받을 범죄사실을 저질렀음을 암시하는 것이 되어 증인이 증언거부권의 행사라는 적법행위를 할 것을 기대할 수 없게 하는 것인지에 대해서는 후술한다.(V)

한편 대상판결1은 원심과 달리 위증죄의 성립을 인정하며, 그 근거는 다음과 같다. 즉 피고인과 같은 처지의 증인에게는 증언을 거부할 수 있는 권리를 인정하여 위증죄로부터의 탈출구를 마련하고 있는 만큼 적법행위의 기대가능성이 없다고 할 수 없고, 헌법 제12조 제2항에서 규정하는 자기에게 형사상 불리한 진술을 강요당하지 아니할 권리는 결코 적극적으로 허위의 진술을 할 권리를 보장한 취지는 아니므로 선서한 증인이 증언거부권을 포기하고 허위의 진술을 한 이상 위증죄의 처벌을 면할 수 없다는 것이다. 그러면서 본 견해에 저촉되는 1961.7.13, 4294형상194 판결을 폐기하였다. 대법원 1961.7.13, 4294형상194 판결은 증언거부권이 있는 자가 자신에 대한 형사소추를 모면하기 위하여 자신에게 불이익한 사항에 관하여 허위증언을 한 경우에는 적법행위에 대한 기대가능성이 없기 때문에 위증죄가 성립하지 않는다는 취지의 판결이다.

그런데 당시에 증언거부권 고지규정이 있었음에도 불구하고 대상판결1과 대법원 1961.7.13, 4294형상194 판결은 증언거부권 고지여부에 대한 언급이 없이 증언거부권 포기시의 허위진술을 문제 삼고 있는 것으로 보아 증언거부권 고지가 당연히 전제된 것으로 판단된다. 이는 증언거부권이 있는 증인에게 이를 고지하지 않은 상태에서 확보된 허위진술의 위증죄 성립여부가 문제된 경우인 대상판결2·3과는 그 전제를 달리하는 것임을 분명히 해야 할 것이다.<sup>7)</sup> 이러한 전제하에 대상판결1의 원심과 대법원 1961.7.13, 4294형상194 판결은 적법행위에 대한 기대가능성이 없기 때문에 위증죄가 성립하지 않는다고 하고, 대상판

7) 하태훈, 위증죄의 주체, 고시연구, 1997.3, 64면도 본 판결에서 선서나 증언의 절차적 결함은 문제되지 않았음을 밝히고 있다. 그런데 대법원 2010.1.21, 2008도942 전원합의체 판결은 “증언거부권 고지 여부를 고려하지 아니한 채 위증죄가 바로 성립한다는 취지로 대법원 1987.7.7, 86도1724 전원합의체 판결에서 판시한 대법원의 의견은 위 견해에 저촉되는 범위 내에서 변경한다.”라고 하여 혼란이 초래된다.



결1은 증언거부권이라는 위증죄로부터의 탈출구가 마련되어 있는 만큼 적법행위의 기대가능성이 있다는 다른 입장을 취하고 있다. 증언거부권의 고지를 전제로 할 때에 증인에게 적법행위의 기대가능성이 존재하느냐의 문제에 대해서는 후술한다.(V)

## 2. 대상판결2; 대법원 2010.1.21. 선고, 2008도942 전원합의체 판결

원심(항소심)<sup>8)</sup>은 다음의 이유로 무죄를 선고하였다. 즉 법률상 증언거부권이 있는 자의 허위증언에 대해 적법행위의 기대가능성이 없지 않다는 이유로 위증죄로 처벌하기 위해서는 신문에 앞서 법률상 증언거부권이 보장되어 있음을 그 증인에게 고지해서 증인으로 하여금 관련범죄 혹은 위증죄의 형사처벌의 위험을 감수하고서라도 선서 후 증언을 하거나 그렇지 아니하면 증언거부권을 행사해서 그와 같은 형사처벌의 위험을 모면할 수 있도록 선택할 수 있는 기회를 제공해야 한다는 것이다. 이러한 증언거부권의 고지가 이루어지지 않은 경우에는 그 신문의 경위, 내용, 신문에 대한 진실한 증언에 따라 증인이 입게 될 형사처벌의 우려의 정도 및 내용, 당해 재판의 경과 등에 비추어 절차위반의 신문으로 말미암아 증언거부권을 고지 받지 못한 증인에게 자기부죄의 우려 때문에 허위진술을 하지 아니할 것을 기대하기 어렵다고 인정되는 경우에는 그 처벌의 근거가 되는 적법행위의 기대가능성이 없어 위증죄로 처벌할 수 없다는 것이다.

이 판결에서 주목할 점은 후술할 판결들이 증언거부권 불고지 상태에서의 허위증언에 대해 ‘법률에 의하여 유효하게 선서한 증인’이 아니어서 위증죄가 성립하지 않는다고 하는 것과 달리 ‘적법행위의 기대가능성’이 없다는 이유로 위증죄의 성립을 부정하는 점에 있다. 이와 같이 증언거부권 불고지 상태에서의 허위증언의 위증죄 성립여부에 관한 판례의 태도는 크게 위증죄의 주체성에 관한 논의와 기대가능성에 대한 논의로 나눌 수 있다. 두 견해의 타당성 여부에 대해서는 후술한다.(IV, V)

한편 대상판결2는 증인신문절차에서 법률에 규정된 증인보호를 위한 규정이 지켜지지 않은 경우에는 증인이 허위진술을 하였다고 하더라도 원칙적으로 위증죄의 구성요건인 ‘법률에 의하여 선서한 증인’에 해당하지 아니한다고 보아

8) 부산지법 2008.1.16, 2007노3669 판결.

이를 위증죄로 처벌할 수 없다고 한다. 이는 위증을 했더라도 재판부가 법정증언을 거부할 수 있는 권리를 사전에 알려주지 않았다면 위증죄로 처벌할 수 없다는 것으로서 증언거부권 고지의 중요성, 즉 절차적 정의를 강조한 부분이라 할 수 있다.

그런데 대상판결<sup>2</sup>는 다음의 예외 또한 인정하고 있다. 증언거부권의 고지제도는 증인에게 증언의무의 이행을 거절할 수 있는 권리의 존재를 확인시켜 침묵할 것인지 아니면 진술할 것인지에 관하여 심사숙고할 기회를 충분히 부여함으로써 침묵할 수 있는 권리를 보장하기 위한 것임을 감안할 때, 재판장이 신문 전에 증인에게 증언거부권을 고지하지 않은 경우에도 당해 사건에서 ①증언 당시 증인이 처한 구체적인 상황, ②증언거부사유의 내용, ③증인이 증언거부사유 또는 증언거부권의 존재를 이미 알고 있었는지 여부, ④증언거부권을 고지 받았더라도 허위진술을 하였을 것이라고 볼 만한 정황이 있는지 등을 전체적·종합적으로 고려하여 증인이 침묵하지 아니하고 진술한 것이 자신의 진정한 의사에 의한 것인지 여부를 기준으로 위증죄의 성립 여부를 판단해야 한다는 것이다. 따라서 증언거부사유가 있음에도 증인이 증언거부권을 고지 받지 못함으로 인하여 그 증언거부권을 행사하는 데 '사실상 장애'가 초래되었다고 볼 수 있는 경우에만 위증죄의 성립을 부정해야 한다는 것이다.

대상판결<sup>2</sup>는 증언거부권 불고지 상태에서 허위증언의 위증죄 성립여부에 대해 증인보호의 '사실상 장애'의 초래여부라는 판단기준과 그러한 판단을 함에 있어서의 몇 가지 고려사항을 제시한다. 그런데 대법원이 제시하는 판단기준의 적정성에 대해서는 다음의 의문이 제기된다. 형사절차상 법에 의해 주어진 권리의 침해 여부를 논함에 있어 그 권리를 보호하기 위해 법에 의해 규정된 의무를 다하였는지가 우선 따져보아야 할 문제인 것이지, 그 의무의 이행여부는 문제 삼지 않고 기타의 사항들을 '전체적·종합적으로 고려하여' 피고인의 증언거부권이 '사실상' 침해되지 않았다고 판단하는 것은 문제의 핵심을 회피하는 것이다. 또한 증인보호의 '사실상 장애'의 초래여부 및 그것을 판단하기 위해 위에서 제시한 고려사항들은 위증죄의 범죄성립요건 중 어디에도 작용할 수 없는 모호한 기준이다. 그렇다면 법원이 제시한 기준 및 고려사항들은 다분히 작위적 판단기준이라 하지 않을 수 없다. 단지, 책임조각사유인 '기대가능성' 유무의 판단기준으로 삼을 수 있을지 검토해 볼 필요가 있다. ①'증언 당시 증인이 처한

구체적인 상황'이라는 판단기준은 일반적으로 위증죄의 성립여부 판단에 있어서 책임조각사유로서의 기대가능성의 판단기준이 될 수 있다. 그러나 증언거부권 불고지가 위증죄의 성립에 어떠한 영향을 미칠 수 있는지에 관한 문제에 있어서 '증인이 처한 구체적인 상황'이라는 기대가능성 판단기준은 증언거부권의 고지 여부라는 상황을 완전히 포함하여야 한다. 즉 증인에게 증언거부권이 고지되어 자기에게 증언거부권이 있다는 것을 알았으면서도 거부권을 행사하지 않고 허위증언을 하였느냐가 그 핵심이 되는 것이지, 증언거부권의 고지 여부를 배제한 채 증인이 진실을 말할 수 있는 상황이었느냐의 여부는 문제의 핵심을 벗어나는 것으로서 그야말로 증언거부권의 고지가 전제되었을 때에 작용가능한 기준이 되는 것이다. ②'증언거부사유의 내용'이라는 판단기준은 이미 형사소송법 제 148조와 제149조에 규정되어 있으므로 그것을 충족시키면 족한 것인데, 이 또한 대상판결의 사안과 관련하여 위증죄의 성립여부에 어떻게 더 작용할 수 있는 것인지 알 수 없다. ③'증인이 증언거부사유 또는 증언거부권의 존재를 이미 알고 있었는지 여부'는 증인신문절차에서 법원 스스로의 중대한 절차위반을 증인의 법적 인지력 여하로 치유하고자 하는 것으로서 옳지 않다. 마지막으로 ④'증언거부권을 고지 받았더라도 허위진술을 하였을 것이라고 볼 만한 정황'이라는 판단기준을 제시하는데, 이러한 기준에 의할 때에 대상판결2와 3을 달리 볼 근거는 무엇인지 알 수 없다. 즉 대상판결2는 증언거부권을 고지 받지 못함으로 인하여 그 증언거부권을 행사하는 데 사실상 장애가 초래되었다고 보아 위증죄의 성립을 부정한 반면, 후술하는 바와 같이 대상판결3은 증언거부권을 고지 받지 않았더라도 이로 인하여 피고인의 증언거부권 행사가 사실상 침해당한 것으로 평가할 수 없다하여 위증죄의 성립을 인정하였다. 그런데 대상판결2의 경우에도 위증죄와 상해죄의 형량을 비교해 보면 증언거부권을 고지 받았더라도 허위진술을 하였을 것이라고 볼 만한 정황으로 볼 수도 있을 것이다. 즉 대상판결2의 경우에도 증언거부권을 고지 받지 못했지만 증인보호에 사실상 장애가 초래되지 않은 경우로 볼 수도 있다는 것이다. 그렇다면 '증언거부권을 고지 받았더라도 허위진술을 하였을 것이라고 볼 만한 정황'이라는 것은 명확한 기준을 제시할 수 없는 애매한 판단기준이라 하지 않을 수 없다. 나아가 증언거부권의 고지를 받았더라도 마찬가지로 진술을 하였을 것이라는 가정적 판단에 따라 증언거부권 불고지의 위법성이 긍정되거나 부정되어서도 안 된다. 증언거부권을 고지 받았다면 피고인이 어떠한 선택을 하였을지는 단정하기 어려운 일일 뿐만

아니라, 법률적 문제를 논함에 있어 가설적 조건은 고려의 대상이 될 수 없고, 어떠한 작용도 할 수 없다.<sup>9)</sup> 결과적으로 범죄행위의 주체성이란 일률적으로 해석되어야 하는 것이고, 부정되었던 범죄행위의 주체성이 ‘증인보호에 사실상 장애’가 초래되었는지의 여부에 따라 다시 긍정된다는 것은 법해석적 측면에서 논리적이라 할 수 없다. 또한 ‘사실상 장애’의 초래 여부에 대한 판단기준도 명확치 않으며,<sup>10)</sup> 증인보호에 사실상 장애가 초래되지 않았다 하여 증언거부권을 고지하지 않은 절차적 위법이 치유된다는 근거 또한 찾아보기 힘들다.

### 3. 대상판결3; 대법원 2010.2.25. 선고 2007도6273 판결

1심<sup>11)</sup>은 피고인 丙이 전남편인 A의 전처로서 형사소송법 제148조 제1항 제1호 소정의 친족관계가 있었던 자임에도 불구하고 피고인에게 증언거부권을 고지함이 없이 선서를 시킨 후 증인신문을 하였으므로, 피고인은 법률에 의하여 유효하게 선서한 증인이 아니어서 위증죄가 성립하지 않는다고 하였다. 항소심<sup>12)</sup>도 증언거부권의 고지는 증언거부권에 대한 절차적 보장을 의미하므로 이를 고지하지 아니한 채 선서를 하게하고 증인신문을 한 경우에 이는 적정절차에 위배되는 것으로서 법률에 의한 유효한 선서가 아니라는 이유로 위증죄의 성립을 부정하였다. 즉 1심과 항소심 판결에서는 증언거부권의 불고지가 위증죄의 주체성을 부정하는 요소로 작용하고 있다. 이러한 입장의 타당성 여부에 대해서는 후술한다.(IV)

반면 대상판결3은 증인신문 전에 증언거부권을 고지하지 않은 경우에도 위증죄가 성립할 수 있다는 입장이다. 즉 형사소송법상 증언거부권의 고지제도는 증인에게 그러한 권리의 존재를 확인시켜 침묵할 것인지 아니면 진술할 것인지에

9) 예컨대 가설적 인과관계에서도 가설적 조건은 결과에 어떠한 작용도 할 수 없다.

10) 같은 맥락으로 대법원 2007.11.15. 선고 2007도3061 전원합의체 판결에서, 헌법과 형사소송법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집된 증거의 증거능력에 대하여 예외적으로 증거능력을 인정하기 위해 다수의견이 제시하는 조건인 ‘수사기관의 절차위반행위가 “적법절차의 실질적인 내용을 침해”하는 경우에 해당하지 아니한다.’는 것이 구체적으로 어떤 의미·내용인지 알기 어렵다는 대법관 양승태, 대법관 김능환, 대법관 안대희의 별개의견도 있다.

11) 서울북부지방법원 2007.4.3, 2006고단1590 판결.

12) 서울북부지방법원 2007.7.5, 2007노416 판결.

관하여 심사숙고할 기회를 충분히 부여함으로써 침묵할 수 있는 권리를 보장하기 위한 것임을 감안할 때, 재판장이 신문 전에 증인에게 증언거부권을 고지하지 않은 경우에도 당해 사건에서 증언 당시 증인이 처한 구체적인 상황, 증언거부사유의 내용, 증인이 증언거부사유 또는 증언거부권의 존재를 이미 알고 있었는지 여부, 증언거부권을 고지 받았더라도 허위진술을 하였을 것이라고 볼 만한 정황이 있는지 등을 전체적·종합적으로 고려하여 증인이 침묵하지 아니하고 진술한 것이 자신의 진정한 의사에 의한 것인지 여부를 기준으로 위증죄의 성립 여부를 판단해야 한다는 것이다. 그리하여 피고인이 위 형사사건의 증인으로 출석하여 증언을 한 경위와 그 증언 내용, 피고인이 이 사건 제1심 제8회 공판기일에 재판장이 증언을 하지 않을 수 있다는 사실을 알았다면 증언을 거부했을 것이냐는 신문에 대하여 그렇다 하더라도 증언을 하였을 것이라는 취지로 답변을 하였던 사실 등을 전체적·종합적으로 고려하여 보면 피고인이 선서 전에 재판장으로부터 증언거부권을 고지 받지 아니하였다 하더라도 이로 인하여 피고인의 증언거부권이 사실상 침해당한 것으로 평가할 수는 없다고 한다.

이 판결에서 주목할 점은 원칙적으로 대상판결2의 판단기준을 따르면서도 사전에 증언거부권을 고지 받지 못한 증인의 허위진술에 대해 증언거부권 행사에 장애가 있었다 하여 위증죄의 성립을 부정한 대상판결2와는 다른 결론을 취하고 있다는 점이다. 사실관계에서 보듯이 양 판결의 증인들이 처한 상황 등을 고려해 볼 때, 모두 처음부터 위증을 하기 위해 출석한 것으로 볼 수 있음에 차이가 없음에도 불구하고 같은 판단기준에 의해 다른 결론을 취함은 앞서 지적한 바와 같이 대법원이 제시한 판단기준의 적정성 및 고려사항들의 명확성에 대해 의문을 갖게 하는 점이라 하겠다. 더불어 제1심 제8회 공판기일에 재판장이 증언을 하지 않을 수 있다는 사실을 알았다면 증언을 거부했을 것이냐는 신문에 대하여 증인이 그렇다 하더라도 증언을 하였을 것이라는 취지로 답변한 사실을 가지고 법원의 중대한 형사절차위반을 치유할 도구로 사용하는 것은 옳지 않다. 증인은 위증죄의 피고사건에 있어서 피고인으로서 만약 법률적 지식이 있는 자라면 위증죄로의 판결을 피하고자 증언거부권의 존재를 알았다면 증언을 거부하였을 것이라고 답하였을 것임은 자명하다. 그러나 보통의 사람들이 이러한 법률적 지식을 갖고 있다고 보기는 어렵다. 따라서 증인보호에 필수적인 권리를 침해하고도 증인의 위와 같은 답변으로써 법원이 중대한 절차적 위반을 치유하고 증인을 위증죄로 처단하기 위한 근거로 삼는 것은 법리적으로 상당히 위험

한 태도이다.

이하에서는 증언거부권 불고지를 위증죄의 주체성을 부정하는 도구로 삼는 태도의 타당성 여부에 대해 검토해본다.

#### IV. 증언거부권불고지와 위증죄의 주체

##### 1. 위증죄 주체의 법적 성격

위증죄의 주체는 ‘법률에 의하여 선서한 증인’이므로 선서의 취지를 이해하지 못하는 선서무능력자는 위증죄의 주체가 될 수 없다. 증언거부권자가 증언거부권을 행사하지 않고 증언하기 위하여 선서한 후 허위의 진술을 한 경우에도 위증죄의 주체가 된다.<sup>13)</sup> 이는 증언거부권자에게 증언거부권의 고지가 적법하게 이루어진 것을 전제로 하는 것이며, 증언거부권은 권리이므로 얼마든지 그것을 행사하지 않을 수 있는 것이고, 증언거부권자도 일단 법률이 규정한 적법한 절차에 따라 선서한 증인에 해당하기 때문이다. ‘법률에 의한 선서’란 법률에 근거하여 법률에 규정된 절차에 따라 유효하게 행해진 선서를 말한다. 형사소송법에 의하면, 재판장은 증인이 선서무능력자에 해당하지 아니하는 한 신문 전에 선서하게 하여야 하며, 선서할 증인에 대하여 선서 전에 위증의 벌을 경고해야 하고, 원칙적으로 증인으로 하여금 기립하여 엄숙하게 “양심에 따라 숨김과 보탬이 없이 사실 그대로 말하고 만일 거짓말이 있으면 위증의 벌을 받기로 맹서합니다”라고 기재된 선서서를 직접 낭독하고 기명날인 또는 서명하는 방식으로 선서하게 하여야 한다.

13) 대법원 1961.7.13, 4294형상194 판결; 대법원 1987.7.7, 86도1724 전원합의체 판결; 권오걸, 형법각론, 형설출판사, 2009, 1414면; 김성돈, 형법각론 제2판, 성균관대학교출판부, 2009, 784면; 김성천·김형준, 형법각론 제2판, 동헌출판사, 2006, 1032면; 김일수·서보학, 형법각론 제7판, 929면; 박상기, 형법각론 제7판, 박영사, 2008, 688면; 배종대, 형법각론 제6개정판, 872면; 손동권, 형법각론 제2개정판, 을곡출판사, 2007, 830면; 이재상, 형법각론 제5판, 박영사, 2007, 776면; 이정원, 형법각론 제3판, 법지사, 2003, 807면; 이형국, 형법각론, 법문사, 2007, 850면; 임웅, 형법각론 개정판 제2보정, 법문사, 2009, 908면; 정성근·박광민, 형법각론 제3판, 삼지연, 2008, 898면; 정웅석·백승민, 형법강의 전정제1판, 대명출판사, 2008, 1521면; 진계호·이존걸, 형법각론 제6판, 대왕사, 2008, 924면.

## 2. 형사소송법규정의 위반과 위증죄의 주체

재판장이 ①선서할 증인에 대하여 선서 전에 위증의 벌을 경고하지 않은 경우, ②선서무능력자에게 선서하게 하고 허위의 진술을 받은 경우, ③대상판결 2·3과 같이 증언거부권자에게 증언거부권을 고지하지 않은 경우에도 위증죄의 주체성을 인정할 수 있을지가 문제된다. 이는 형사소송법규정의 위반이 위증죄의 성립여부에 어떠한 영향을 미치는가에 관한 문제이다.

이와 관련하여 종래 판례<sup>14)</sup>는 증인의 진술 후에 선서를 명하는 경우에는 선서가 종료한 때에 위증죄 기수가 된다고 하여 재판과정에 사소한 절차상의 하자가 있더라도 위증죄가 성립한다는 입장이다. 통설도 선서나 증언절차에 사소한 결함이 있다는 이유만으로 선서가 효력을 잃는 것은 아니라 한다. 따라서 위증의 벌을 경고하지 않은 경우, 선서한 법원에 관할위반이 있는 경우, 기소절차가 부적법한 경우에도 위증죄의 주체가 될 수 있다<sup>15)</sup>고 한다. 반면 재판장이 ①선서할 증인에 대하여 선서 전에 위증의 벌을 경고하지 않은 경우에 대해서, 위증의 벌에 대한 경고는 위증죄의 성립에 중요한 요소라고 할 수 있으므로 위증의 벌에 대한 경고 없이 선서한 증인은 본죄의 주체가 될 수 없다<sup>16)</sup>는 견해도 있다. 그러나 증인선서절차에서 증인 자신이 위증의 벌을 경고하는 내용의 선서서를 낭독하고 기명날인 또는 서명한 이상 이러한 객관적 사실에 근거하여 위증의 벌을 몰랐다고 할 수 없을 것이고, 이로써 위증의 벌 경고는 그대로 대체된다 할 것이므로 위증죄의 성립에 지장이 없다고 보아야 한다. ②선서무능력자에게 선서하게 하고 허위의 진술을 받은 경우는 선서 자체가 무효이므로 위증죄가 문제될 여지가 없다. ③대상판결2·3과 같이 증인에게 증언거부권을 고지하지 않고 증언하게 하여 절차상 하자가 있음에도 불구하고 허위진술을 한 증

14) 대법원 1974.6.25, 74도1231 판결 “증언은 그 전부를 일체로 관찰 판단하는 것이므로 선서한 증인이 일단 기억에 반한 허위의 진술을 하였더라도 그 신문이 끝나기 전에 그 진술을 취소 시정한 경우에는 위증이 되지 아니한다고 봄이 상당하며 따라서 위증죄의 기수시기는 신문 진술이 종료한 때로 해석할 것이다. 진술 후에 선서를 명하는 경우는 선서종료한 때 기수가 될 것이다.”

15) 권오걸, 형법각론, 1412면; 김일수·서보학, 형법각론 제7판, 928면; 손동권, 형법각론 제2개정판, 829면; 이재상, 형법각론 제5판, 775면; 이정원, 형법각론 제3판, 807면; 이형국, 형법각론, 849면; 임웅, 형법각론 개정판 제2보정, 908면; 정영일, 형법각론 개정판, 839면; 정용석·백승민, 형법강의 전정제1판, 1521면.

16) 오영근, 형법각론 제2판, 박영사, 2009, 1004면.

인에 대해서 위증죄의 주체성을 인정할 수 있을지에 대해서는 검토의 여지가 있다. 이와 관련하여 법원이 위증공소사실에 대한 유죄판결 이유에 범죄된 사실을 명시함에 있어서 피고인이 위증을 한 당해 사건의 재판장이 피고인에게 형사소송법 제148조에 해당하여 증언을 거부할 수 있음을 설명한 사실까지 기재할 필요는 없다는 판례<sup>17)</sup>가 있는데, 이에 대해서 증언거부권의 고지가 위증죄의 유무죄에 영향을 미칠 수 없다는 것으로서 증인에게 증언거부권을 고지하지 않은 경우에도 위증죄가 성립할 수 있다<sup>18)</sup>는 취지로 해석하는 견해가 있다. 그러나 대법원 판시내용에 의하면, “관계증거와 기록에 의하면, 피고인이 증인으로 선서하기 전에 당해 사건의 재판장들이 위 피고인에게 형사소송법 제148조에 해당하여 증언을 거부할 수 있음을 설명한 사실을 인정할 수 있다.”라고 하므로 본 판결을 증언거부권의 고지여부가 위증죄의 성립에 영향을 미치지 않는다는 것으로 이해하는 것은 타당하지 않다. 다수의 판결<sup>19)</sup>은 ③의 경우 위증죄의 주체성을 부정한다. 즉 증언거부권의 고지는 위증죄의 성립에 중요한 요소임에도 불구하고 증언거부권을 고지하지 아니한 채 증인으로 하여금 선서를 시킨 후 증언하게 하는 것은 ‘증인신문절차’에 중대한 절차적 위법이 존재하는 것이어서 그 증인신문절차는 무효이고, 무효인 증인신문절차에서의 증인의 선서 역시 법률에 의하여 유효하게 진행된 선서가 아니므로 증언거부권을 고지 받지 못한 증인이 허위의 진술을 한 경우 그 증인은 위증죄의 주체가 될 수 없다는 것이다.

이하에서는 대상판결<sup>2)</sup>에서 위증죄의 주체성을 부정하는 근거로 제시한 ‘증인신문절차’의 범위를 명확히 하고, 증언거부권 불고지라는 절차적 위법과 위증죄의 주체성 인정 여부에 대해 좀 더 자세히 살펴본다.

### 3. ‘증인신문절차’의 범위와 위증죄의 주체

대상판결<sup>2)</sup>는 ‘증인신문절차’에서 법률에 규정된 증인보호를 위한 규정이 지켜지지 않은 경우에는 증인이 허위의 진술을 하였더라도 위증죄의 구성요건인 ‘법

17) 대법원 1990.2.23, 89도1212 판결.

18) 오영근, 형법각론 제2판, 1004면.

19) 서울북부지방법원 2007.4.3, 2006고단1590 판결; 서울북부지방법원 2007.7.5, 2007노416 판결; 대전고법 2009.4.8, 2008노280 판결; 인천지법 2009.8.19, 2009고단1294 판결; 대법원 2010.1.21, 2008도942 전원합의체 판결.



를에 의하여 선서한 증인'에 해당하지 아니하여 위증죄로 처벌할 수 없는 것이 원칙이라고 한다. 반면 선서나 증언절차에 사소한 결함이 있다는 이유만으로 선서가 효력을 잃는 것은 아니라 하는 통설 중에는 '증인신문절차'가 부적법한 경우에도 위증죄의 주체가 될 수 있다<sup>20)</sup>는 견해도 있다. 여기서 '증인신문절차'가 증인선서를 포함한 전체로서의 증인신문절차를 의미하는 것인지, 증인선서절차와 별개의 (본래적)증인신문절차를 의미하는 것인지에 대해서 명확히 할 필요가 있다. 왜냐하면 '증인신문절차'의 범위를 어떻게 한정할 것인지에 따라 위증죄의 성립여부에 대한 판단이 달라질 수 있기 때문이다. 이 문제의 해결을 위해서는 우선 증인의 진술 후에 선서를 명하는 경우에는 선서가 종료한 때에 위증죄 기수가 된다는 종래 판례<sup>21)</sup>의 타당성에 대해서도 살펴보아야 한다. 왜냐하면 사후선서의 인정여부에 따라 '증인신문절차'의 범위 또한 달리 보아야 할 것이기 때문이다. 즉 판례와 같이 사후선서를 인정하게 되면 형사절차상 증인선서절차와 증인신문절차가 명확히 구분되지 않게 되고, 따라서 '증인신문절차'를 증인선서절차를 포함하는 전체로서의 증인신문절차로 이해해야 할 것이다. 그리하여 이에 따르면 증언거부권의 고지를 (사후)선서에 선행하는 절차로 보는 데에 무리가 없고, 따라서 증언거부권 불고지라는 위법한 '증인신문절차'는 위증죄의 주체성을 부정하는 요소로 작용할 수가 있게 된다. 그러나 사전선서만을 인정하는 것이 옳다고 한다면 증인선서절차와 증인신문절차는 명확히 구분지어지고, 그리하여 이에 따르면 현행 형사소송법상 증언거부권의 고지를 선서전의 절차로 보는 데는 무리가 있으므로 증인신문절차의 일부분으로 이해하게 될 것이다. 그렇다면 증언거부권의 불고지가 있더라도 증인선서절차에는 하자가 없으므로 위증죄의 주체성을 그대로 인정할 수 있게 된다. 일반적으로 통설은 사전선서뿐만 아니라 사후선서도 유효하다는 입장이라고 설명된다. 그러나 통설이라 불리는 대부분의 견해는 "사전선서가 원칙이나 형사소송법 제156조 단서 및 민사소송법 제319조와 같이 증언 후에 선서하는 경우도 있으므로 사전선서·사후선서를 불문한다."<sup>22)</sup>는 입장이다. 즉 서술의 형식만 놓고 볼 때 형사소송법 제156

20) 김성돈, 형법각론 제2판, 783면; 배종대, 형법각론 제6전정판, 871면; 정성근·박광민, 형법각론 제3판, 897면; 진계호·이준걸, 형법각론 제6판, 923면.

21) 대법원 1974.6.25, 74도1231 판결.

22) 김성돈, 형법각론 제2판, 783면; 김일수·서보학, 형법각론 제7판, 928면; 박상기, 형법각론 제7판, 687면; 손동권, 형법각론 제2개정판, 829면; 이재상, 형법각론 제5판, 775면; 정성근·박광민, 형법각론 제3판, 897면; 정용석·백승민, 형법강의 전정제1판, 1521

조에 의하여 사후선서를 한정하여 인정하고 있음을 분명히 할 필요가 있다. 단, 통설이라 불리는 이 견해들이 원칙적으로 사후선서를 인정한다는 것인지 형사소송법 제156조 단서 및 민사소송법 제319조의 경우에만 사후선서를 인정한다는 것인지 그 의도가 분명하지 않지만, 만약 전자라면 그것은 타당하지 않다. 왜냐하면 형사소송법 제156조는 “증인에게는 ‘신문 전’에 선서하게 하여야 한다. 단, 법률에 다른 규정이 있는 경우에는 예외로 한다.”라고 규정하고 있고, 따라서 위증죄의 주체는 법률에 의하여 ‘선서한’ 증인이자 ‘선서할’ 증인이 아니기 때문이다. 즉 법률의 특별한 규정 없이 사후선서를 유효한 선서로 인정하는 것은 증인보호의 측면에서 바람직한 태도가 아니다. 따라서 선서는 법률에 다른 규정이 있거나 민사소송법 제319조에 해당하는 경우를 제외하고는 신문 전에 해야 하며, 이렇게 이해하는 것이 현행 형사소송법 규정에 부합하는 해석이 될 것이다.<sup>23)</sup> 이에 따라 사전선서만 유효한 선서라고 한다면 증인선서절차와 증인신문절차는 명확히 구분되어 진다.

그런데 증언거부권 불고지를 ‘증인신문절차’의 중대한 위법으로 보고 무효인 증인신문절차에서의 증인의 선서는 법률에 의하여 유효한 선서라고 할 수 없어 그 증인은 위증죄의 주체가 될 수 없다는 판결에서의 ‘증인신문절차’는 아마도 증인선서를 포함한 전체로서의 증인신문절차를 의미하는 것일 거라 짐작된다. 왜냐하면 (본래적)증인신문절차가 위법한 경우에는 설사 증인선서절차가 적법하더라도 선서한 증인은 위증죄의 주체가 될 수 없다고 해석<sup>24)</sup>하는 것은 무리가 있기 때문이다. 즉 이러한 판결들이 증언거부권고지를 선서 전의 절차로 보고 있는 것이 아니라면, 단순히 증인선서절차만이 아니라 전체로서의 증인신문절차가 적법하게 진행된 상태라야만 허위진술에 대해서 위증죄가 성립할 수 있다고 보는 것이며, 이에 따라 증언거부권이 고지되지 않고 이루어진 허위진술에 대해 위증죄 성립을 부정하는 것으로 이해할 수 있을 것이다. 그러나 형법은 위증죄의 주체와 관련하여 ‘법률에 의하여 유효한 선서를 한 증인’일 것을 요할

면; 진계호·이준걸, 형법각론 제6판, 923면.

반면 이러한 경우에 한정하지 않고 진술 후 선서가 유효하다는 입장으로는 배종대, 형법각론 제6전정판, 871면; 이형국, 형법각론, 849면; 정영일, 형법각론 개정판, 박영사, 2008, 840면.

23) 김성천·김형준, 형법각론 제2판, 1031-1032면; 이정원, 형법각론 제3판, 807면.

24) 이와 같이 해석하는 견해로는 오영근, 증언거부권의 불고지와 위증죄의 성립여부, 고시계, 2010.5, 162면.

뿐이며, 전체 증인신문절차가 적법할 것을 요하지 않는다. 그렇다면 위증죄의 주체를 논함에 있어 증인선서절차와 증인신문절차는 명확히 구분해서 이해할 필요가 있다. 또한 대법판결<sup>2)</sup>와 같이 증언거부권의 고지가 있어야 '법률에 의해 선서한 증인'이 된다면 즉, 증언거부권의 고지가 증인선서 절차에 속한다고 하려면 증인선서에 앞서 재판장이 증언거부권을 고지하고 이후에 증인선서가 이루어져야 한다. 그래야만 증언거부권을 고지 받지 못하고 선서한 증인은 '법률에 의해 선서한 증인'이 되지 못한다. 그런데 형사소송법은 제156조에서 선서무능력자를 제외한 증인에게는 '신문 전'에 선서하게 하여야 한다고 규정하며, 증언거부권고지에 대해서는 제160조에서 증인이 제148조·제149조에 해당하는 경우 재판장은 '신문 전'에 증언을 거부할 수 있음을 설명하여야 한다고 규정할 뿐이다. 즉 형사소송법은 재판장의 증언거부권에 대한 고지시기를 '선서 전'이 아닌 '신문 전'이라고 규정하고 있다. 이와 같은 형사소송법의 규정을 종합하여 볼 때 증언거부권의 고지절차를 증인선서절차의 한 내용이라 하기에는 무리가 있고, 오히려 증인선서절차가 배제된 증인신문절차의 일부분을 이룬다고 보는 것이 옳다. 따라서 증언거부권을 고지하지 않은 경우는 증인선서절차가 아닌 증인신문절차가 위법한 경우로 보아야 하고, 이미 유효한 선서를 한 증인은 위증죄의 주체가 되며, '법률에 의해 선서한 증인'이 된다. 이와 같이 위증죄의 주체성이 인정된다면 그 이후 이루어진 증인신문절차가 위법하더라도 이것이 위증죄의 주체성 여부에 영향을 미칠 수는 없다. 이 경우 증언거부권을 고지 받지 못하고 증언을 한 증인은 '적법한 절차에 의해 신문받지 못한 증인'이라고 할 수 있을 뿐이다.<sup>25)</sup> 따라서 증언거부권을 고지하지 않아 증인신문절차가 무효라 하여 앞서 이루어진 선서절차도 무효이고 따라서 '법률에 의해 선서한 증인'이 아니라는 것은 명확히 구분하여 이해해야 할 형사절차를 타당한 근거 없이 하나의 절차로 개괄하여 이해하는 것이다. 이는 앞서 본 바와 같이 사전선서만을 유효한 선서로 인정할 때에 당연한 논리적 귀결이다.

이하에서는 증언거부권 불고지라는 위법한 형사절차를 통해 얻은 증언의 증거능력 인정여부와 위증죄 주체성의 상관관계에 대해 살펴본다.

#### 4. 위법수집증거의 증거능력과 위증죄의 주체

25) 同旨 오영근, 증언거부권의 불고지와 위증죄의 성립여부, 161-162면.

‘위법한 공판절차의 증언’이나 ‘증거능력이 없는 증언’도 위증죄의 성립에 영향을 미치지 않는다<sup>26)</sup>는 견해가 있는데, 이 견해의 타당성 여부를 살펴보면 다음과 같다. 먼저, ‘위법한 공판절차의 증언’이라 하여 바로 위증죄의 성립에 영향을 미치지 않는 것은 아니다. 선서절차의 위법은 위증죄의 성립을 부정하는 대표적인 위법한 공판절차가 되기 때문이다.

그 다음, 증인신문에 있어서 증언거부권 있음을 설명하지 아니한 경우라 할지라도 증인이 선서하고 증언한 이상 그 증언의 효력에 관하여는 영향이 없고 유효하다는 판례<sup>27)</sup>가 있다.<sup>28)</sup> 이 판결이 의미하는 것은 증언을 증거로 하는 당해 사건에서 그 증언에 증거능력이 있는지 여부에 관한 판단인 것이고, 이로써 증언거부권을 고지하지 아니한 채 이루어진 선서가 유효하다고 판단한 것은 아니라는 점이다. 그런데 증언거부권 고지규정은 훈시규정이나 임의규정이 아닌 필요적 규정이고, 강행법규적인 의무<sup>29)</sup>규정으로서의 성격을 갖는다. 따라서 법원으로서 증인이 증언거부권을 고지 받았다면 증언거부권을 행사하였을 것인지 여부와 상관없이 증언거부권을 고지할 의무가 있다. 증언거부권을 가지는 증인에게 증언거부권을 고지하지 않은 채 선서를 시키고 증인신문을 하는 것은 증인의 기억에 따른 증언의 기대가능성을 흠결시키거나 현저히 저하시킴으로써 증언거부권의 규정취지를 정면으로 몰각시키는 것이고, 피의자 및 피고인에 대한 진술거부권의 불고지와 마찬가지로 헌법 제12조 제1항 적정절차원리와 헌법

26) 배종대, 형법각론 제6전정판, 874면; 정성근·박광민, 형법각론 제3판, 903면; 진계호·이존걸, 형법각론 제6판, 927면.

27) 대법원 1957.3.8, 4290형상23 판결 “증인신문에 있어서 증언거부권의 설명을 한 형적이 없음은 소론과 같으나 선서능력자에 대하여 선서케 하고 신문한 경우라 할지라도 그 선서만이 무효가 되고 그 증언의 효력에 관하여는 영향이 없고 유효하다할 것이며 또 증인신문에 당하여 증언거부권 있음을 설명하지 아니한 경우라 할지라도 증인이 선서하고 증언한 이상 그 증언의 효력에 관하여는 역시 영향이 없고 유효하다고 해석함이 타당하다.”

28) 이에 반해 진술거부권 불고지와 관련하여서는 “형사소송법 제200조 제2항은 검사 또는 사법경찰관이 출석한 피의자의 진술을 들을 때에는 미리 피의자에 대하여 진술을 거부할 수 있음을 알려야 한다고 규정하고 있는바, 형사소송법이 보장하는 피의자의 진술거부권은 헌법이 보장하는 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 않는 자기부죄거부의 권리에 터 잡은 것이므로, 수사기관이 피의자를 신문함에 있어서 피의자에게 미리 진술거부권을 고지하지 않은 때에는 그 피의자의 진술은 위법하게 수집된 증거로서 진술의 임의성이 인정되는 경우라도 증거능력이 부인되어야 한다.”고 판시한다.(대법원 2009.8.20, 2008도8213 판결; 대법원 1992.6.23, 92도682 판결)

29) 서울북부지방법원 2007.4.3, 2006고단1590 판결; 대전고법 2009.4.8, 2008노280 판결.

제12조 제2항 자기부죄거부특권 원칙에 비추어 중대한 절차적 위법이다.<sup>30)</sup> 이에 따라 통설<sup>31)</sup>은 법원이 증인에게 증언거부권이 있음을 인지하였음에도 동 권리를 고지하지 않고 신문하여 얻은 증언은 헌법 제12조 제1항 적정절차원리에 비추어 위법하게 수집한 증거로서 동 진술의 임의성에 의문이 생기므로 증거능력을 부정해야 한다는 입장이다. 이에 대해서 그렇다면 진술의 증거능력이 부정된 이상 증언은 증거로서 평가되지 않는 것이고, 위증죄의 보호법익인 국가의 사법적 기능이 침해되거나 위태화 될 가능성이 없기 때문에 위증죄의 주체로 볼 수 없다는 견해<sup>32)</sup>가 있다. 그러나 이는 위증죄의 주체성과 결부지어 언급할 문제는 아니다. 위증죄는 추상적 위험범으로서 선서한 증인이 허위의 진술을 함으로써 성립하며, 허위진술의 내용이 반드시 당해 사건의 요증사실에 대한 것으로서 재판이나 징계처분의 결과에 영향을 미칠 수 있는 것임을 요하지 않는다.<sup>33)</sup> 따라서 증언거부권 불고지로 인한 증언의 증거능력인정 여부에 대한 문제와 위증죄의 주체성인정 문제는 별개이고, 여전히 위증죄의 주체성을 인정할 수 있음에 무리가 없다.

결과적으로 증언거부권의 불고지는 위증죄의 주체성을 부정하는 요소가 아니다. 즉 적법한 선서를 한 증인이 증언거부권을 고지 받지 못한 상태에서 증인신문과정 중 허위진술을 하였더라도 그러한 증인의 행위는 일단 위증죄의 주체성 및 기타 구성요건에 해당하고 위법하다고 해야 할 것이다. 이하에서는 증언거부권의 고지여부와 책임조각사유로서의 적법행위에 대한 기대가능성의 상관관계에 대해 살펴본다.

30) 서울북부지방법원 2007.4.3. 선고 2006고단1590 판결; 인천지법 2009.8.19. 2009고단1294 판결; 배종대·이상돈, 형사소송법 제7판, 홍문사, 2006, 498면.

31) 박상열·박영규, 개정판 형사소송법, 401면; 배종대·이상돈·정승환, 신형사소송법, 469면; 이은모, 형사소송법, 466면; 이재상, 신형사소송법 제2판, 467면; 정용석·백승민, 형사소송법 전정제2판, 837면; 하태훈, 위증죄의 주체, 64-65면.

32) Rudolphi, SK, Rdn. 33 ff, vor §153; 하태훈, 위증죄의 주체, 64-65면.

33) 대법원 1986.6.10, 85도117 판결; 대법원 1986.3.25, 86도159 판결; 대법원 1987.3.24, 85도2650 판결; 대법원 1988.5.24, 88도350 판결; 대법원 1990.2.23, 89도1212 판결; 권오걸, 형법각론, 1423면; 김성돈, 형법각론 제2판, 786면; 김성천·김형준, 형법각론 제2판, 1034면; 김일수·서보학, 형법각론 제7판, 933면; 권창국, 증인에 대한 증언거부권의 불고지와 위증죄의 성립, 법률신문 2008년 4월 17일; 박상기, 형법각론 제7판, 686면; 손동권, 형법각론 제2개정판, 834면; 오영근, 형법각론 제2판, 1008면; 이정원, 형법각론 제3판, 804면; 임웅, 형법각론 개정판 제2보정, 912면; 정성근·박광민, 형법각론 제3판, 902면; 진계호·이준걸, 형법각론 제6판, 926면.

## V. 증언거부권불고지와 적법행위에 대한 기대가능성

### 1. 증언거부권 고지와 기대가능성

증언거부권은 증인의 권리일 뿐 의무는 아니다. 따라서 자신의 권리를 포기하고 진술을 행할 수 있다. 대상판결<sup>1</sup>의 사안과 같이 증언거부권의 고지를 전제로 증언거부권자가 증언거부권을 행사하지 않고 선서한 후 위증한 경우에 있어서 위증죄의 주체성 인정에는 문제가 없다. 다음으로 고려해 볼 수 있는 것은 진실대로 증언하면 자신이나 근친자의 범죄사실이 드러나게 되고 형사소추를 당할 염려가 있음에도 불구하고 이를 감수하면서 진실에 부합하는 진술을 행할 것을, 또는 법에 의해 보장된 증언거부라는 권리를 행사할 것을 증인에게 기대할 수 있는가, 즉 적법행위에 대한 기대가능성이 있는가의 문제이다.

대상판결<sup>1</sup>의 원심인 서울형사지방법원 1986.7.4, 85노6824 판결과 대법원 1961.7.13, 4294형상194 판결은 증언거부권이 고지되더라도 형사소송법 제150조에 의해 증언거부사유를 소명해야 하는데, 그렇게 되면 유죄판결을 받을 범죄사실을 암시하는 것이 되고, 따라서 증인이 증언을 거부하거나 혹은 진실한 증언을 한다는 것은 기대할 수 없고, 마지막 남은 방법인 허위진술의 길을 택한 증인의 행위는 적법행위의 기대가능성이 없기 때문에 증언거부권을 행사하지 아니하고 허위진술을 하여도 위증죄로 처벌되지 않는다고 하였다. 그러면서 이것이 자기 범죄사실의 고백을 강요당하지 않는다는 인권의 기본원칙에 부합하는 것이라고 한다. 그러나 헌법 제12조 제2항의 형사상 불리한 진술을 강요당하지 아니할 권리는 묵비권을 인정한 것이지 결코 더 나아가 자신의 범죄사실을 은폐하기 위하여 적극적으로 허위의 진술을 할 것을 허용하는 것은 아니다. 또한 앞의 판례에 따르면 증인으로 출석한 범죄인이 선서에 따라 허위진술을 하지 않으려고 증언을 거부하고 소명하면 자신의 범죄를 암시하게 된다는 것인데, 과연 형사소송법 제150조에서 규정한 증언거부사유의 소명이 자신의 범죄를 암시하는 것인지 검토의 여지가 있다. 증언거부사유의 소명은 증언거부권의 행사가 증언을 거부하는 자의 정당한 이유에 의한 권리행사인지 아닌지를 확인하여 법률관계를 명확히 하고, 증언거부권 없는 증인이 증언거부권을 내세워 부당하게 증언을 거부하는 것을 방지하기 위하여 규정된 것이다. 따라서 증언거부권을 행사하기 위한 사유소명의 정도는 증언거부권이 없음에도 불구하고 증언

을 거부하는 것이 아니라는 점에 대해서 법관이 심증을 얻을 정도이면 족하며, 자신의 범죄사실을 노출해야 할 정도의 소명을 요구하는 것은 아니다. 즉 구체적인 범죄사실을 적시할 필요가 없으므로 증거거부사유의 소명으로 인해 자기의 범죄가 암시되는 것은 아니다.<sup>34)</sup> 따라서 앞의 판례는 증거거부권자가 자기의 범죄와 관련하여 증인으로 서게 되면 선서 후 위증하는 것이 최선의 방책인 것이 되는 부당한 결론을 도출하고 있으며, 법률이 보장한 증거거부권의 행사를 장려하지 않고 오히려 위증을 묵인하고 조장한 셈이고, 증인의 주관적 사정에 치중한 나머지 다른 사건의 당사자인 피고인이나 원피고 등의 이익을 외면하였을 뿐 아니라, 국가의 재판권·징계권을 그르침으로써 초래될 수 있는 사법권에 의 불신으로 인한 국가적 이익을 간과한 잘못이 있다.<sup>35)</sup>

결과적으로 증거거부권이 고지되었다면 적어도 법적으로 자기에게 불리한 증언을 거부할 수 있는 권리가 주어진 것을 증인이 인지하게 되므로 허위의 진술을 하지 않을 것, 즉 적법행위의 기대가능성이 인정된다. 그럼에도 불구하고 증인이 증거거부권을 행사하지 않고 허위증언을 한 이상 증인은 다시 진실의무에 구속되고, 위증죄가 성립한다.<sup>36)</sup> 대상판결<sup>1</sup>은 위증죄로부터의 유일한 탈출구인 증거거부권이 주어진 이상 적법행위의 기대가능성이 긍정된다고 하였고, 타당한 견해이다.

## 2. 증거거부권불고지와 기대가능성

대상판례<sup>2·3</sup>과 같이 증거거부권 불고지의 경우에도 위증죄의 주체성 인정에는 문제가 없으므로 위증죄 성립여부의 문제는 적법행위에 대한 기대가능성의 인정 여부에 따라 결론을 달리한다. 이에 대해 증거거부권을 고지 받지 못하였

34) 광동효, 자기의 범죄사실을 은폐하기 위한 허위진술과 위증죄의 성부, 대법원판례해설, 통권 제8호(1987년 하반기), 법원행정처, 443-444면; 박상열·박영규, 개정판 형사소송법, 403면; 이은모, 형사소송법, 466면; 이재상, 신형사소송법 제2판, 467면; 정웅석·백승민, 형사소송법 전정제2판, 837면; 차용석·최용성, 형사소송법 제3판, 637면; 하태훈, 위증죄의 주체, 67, 69면.

35) 광동효, 자기의 범죄사실을 은폐하기 위한 허위진술과 위증죄의 성부, 445면.

36) 김성돈, 형법각론 제2판, 784면; 김일수·서보학, 형법각론 제7판, 929면; 박상기, 형법각론 제7판, 689면; 배중대·이상돈·정승환, 신형사소송법, 469면; 손동권, 형법각론 제2개정판, 830면; 이재상, 형법각론 제5판, 776면; 이형국, 형법각론, 850면; 임웅, 형법각론 개정판 제2보정, 909면; 정성근·박광민, 형법각론 제3판, 897면; 정웅석·백승민, 형법각론의 전정제1판, 1521면.

다는 사정뿐만 아니라 허위진술의 내용, 허위진술을 하여 피고인들이 얻을 수 있는 이익과 허위진술을 하지 않을 경우 피고인에게 미치는 손해 등을 종합적으로 고려하여 허위진술을 하지 않을 기대가능성 유무를 따져야 한다고 하며, 이전 재판에 사소한 절차의 위법이 있다 하더라도 피고인의 위증재판에서 문제되는 것은 피고인의 허위진술에서 나타난 불법과 비난가능성이므로 이것이 이전 재판절차에서의 사소한 절차의 위법보다 훨씬 무거운 경우에는 위증죄를 인정할 수 있다<sup>37)</sup>는 견해가 있다. 그러나 원래 증언거부권은 영미법상의 자기부죄거부특권과 증인과 일정한 관계에 있는 자 사이의 친분관계를 고려할 때 진실한 증언을 기대하거나 요구할 수 없다는 입법정책적 고려에 의해 만들어진 것이다. 따라서 증언거부권이 고지되지 않았다면 증인은 증언거부라는 선택의 길을 알지 못하게 되므로 적법행위를 기대하기 어렵고, 진실대로 진술하여 자신이나 근친자의 범죄를 시인하든지 아니면 허위의 진술을 할 수밖에 없다. 즉 증언거부권의 불고지는 현실적으로 적법행위를 기대하기 어려운 일정한 경우에 적법행위로 나아갈 수 있도록 마련된 유일한 길을 법률의 규정에 반하여 차단하는 것으로서 증인보호에 대한 중대한 절차적 하자인 것이다. 이에 증언거부권 제도의 취지 및 증언거부권에 대한 고지를 의무적으로 규정한 형사소송법의 규정형식과 증언거부권의 실효성 확보 등을 고려하여 증언거부권 불고지 상태에서의 증인의 허위증언에 대해서는 위증죄의 성립을 부정하여야 하며, 이는 같은 이유로 허위진술의 증거능력을 부정하는 통설의 견해에도 부합하는 것이다.

## VI. 결론

형사소송법은 일정한 경우에 증인이 증언 및 진실의무로부터 자유로울 수 있도록 증언거부권 제도를 두고, 재판장으로 하여금 해당자에게 고지하도록 규정하고 있다. 그런데 증언거부권을 고지하지 않은 상태에서 증인신문과정 중 증인이 허위진술을 한 경우 위증죄가 성립할 수 있는지가 문제된다. 대상판결<sup>2·3</sup>은 판단기준이 명확치 않은 증인보호에 대한 '사실상 장애'의 초래여부에 따라 위증죄의 성부를 판단하고 있다. 따라서 이러한 기준을 배제한 채 먼저 위증죄의

37) 오영근, 증언거부권의 불고지와 위증죄의 성립여부, 165면.



주체성을 인정할 수 있을지를 검토해보면, “증인에게는 ‘신문 전’에 선서하게 하여야 한다.”라고 하는 형사소송법 제156조의 규정에 따라 선서는 사전선서만 유효하다 할 것이고, 이에 따라 ‘증인신문절차’를 ‘증인선서절차’와 구분해서 이해하는 것이 필요하며, 증인신문절차가 아닌 증인선서절차에 하자가 있다면 위증죄의 주체성이 부정된다고 해야 한다. 대상판결의 사안들은 증인선서절차상의 하자가 있는 것은 아니므로 위증죄의 주체성을 인정함에 무리가 없다. 그 다음 적법행위의 기대가능성을 인정할 수 있을지 검토해보면, 대상판결1과 같이 증언거부권의 고지가 있음에도 불구하고 적법행위로 나아갈 수 있는 길을 스스로 포기하고 허위의 증언을 한 경우라면 당연히 위증죄의 성립을 인정할 수 있다. 대상판결2·3과 같이 증인보호를 위해 마련된 증언거부권이 고지되지 않은 경우라면 적법행위로 나아갈 수 있는 길이 차단된 것이고, 그렇다면 애초에 증언거부권 제도가 만들어진 취지 및 형사소송절차에서 인권보호의 측면이 강조되는 시대적 요구를 고려해 볼 때, 증인에게 적법행위의 기대가능성을 인정하기는 어렵고, 위증죄의 성립을 부정하는 것이 타당하다. 따라서 증언거부권 고지의 경우에는 대상판결1과 같이 기대가능성을 인정하여 위증죄가 성립하고, 증언거부권 불고지의 경우인 대상판결2·3은 대상판결2의 원심인 부산지법 2008. 1. 16, 2007노3669 판결의 접근 방식과 같이 기대가능성을 부정하여 위증죄가 되지 않는다고 보는 것이 타당하다.

이와 같이 현재는 해석을 통한 해결에 의존할 수밖에 없다. 앞으로는 형법이나 형사소송법에 좀 더 명확한 규정을 두는 것이 필요하다. 방법적으로는<sup>38)</sup> 형사소송법에서 선서 전에 증언거부권을 고지하도록 규정하고, 그것이 지켜지지 않았을 경우에는 대상판결처럼 ‘법률에 의하여 선서한 증인’이 아니므로 위증죄의 주체성을 부정하는 것이 바람직할 것이다. 절차적 정의가 우선적으로 바로서야 실제적 정의를 기할 수 있을 것이다.

주제어 ; 증언거부권, 증언거부권 고지, 위증죄, 위증죄의 주체, 기대가능성

38) 증인보호를 위한 규정이 지켜지지 않은 경우 위증죄의 성립을 부정하기 위한 하나의 방법으로, 형법 제152조 1항을 “법률에 의하여 선서한 증인이 ‘적법한 증인신문절차에서’ 허위의 진술을 한 때”라고 해석(오영근, 증언거부권의 불고지와 위증죄의 성립여부, 162, 164면.)할 것을 제안하는 견해가 있다. 즉 ‘적법한 증인신문 절차에서’라고 하는 위증죄의 구성요건적 행위상황이 존재하지 않아 위증죄의 구성요건해당성을 부정하면 된다는 것이다.

## 참 고 문 헌

- 김일수·서보학, 형법각론 제7판, 박영사, 2009.
- 배종대·이상돈·정승환, 신형사소송법, 홍문사, 2008.
- 손동권, 형법각론 제2개정판, 율곡출판사, 2007.
- 신동운, 형사소송법 제4판, 법문사, 2007.
- 오영근, 형법각론 제2판, 박영사, 2009.
- 이재상, 신형사소송법 제2판, 박영사, 2008.
- 이정원, 형법각론 제3판, 법지사, 2003.
- 정웅석·백승민, 형사소송법 전정제2판, 대명출판사, 2008.
- Arzt/Weber, Strafrecht, Besonderer Teil, LH 5, 1985.
- Rudolphi/Horn/Samson, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 6. Aufl., 1993.
- Wessels/Hettinger, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 25. Aufl., 2001.

[Abstract]

## A Study on the Perjury on no Notice of Right to Refuse to Testify and Giving false testimony

Lee, Se-Hwa

Adjunct professor, International University

Case1 and Case2 is not proper because they made a judgement of perjury according to 'practical obstacle' which was a ambiguous standard of judgement, when the witness was not informed of the Right to Refuse to Testify.

So if we examine the problem whether the main agent of perjury is accepted or not, it is not accepted if the process of the oath of the witness is false, not the process of the examination of the witness according to the article 156 on the Code of Criminal Procedure.

As the faults of the process of the oath of the witness do not exist in these Cases, the main agent of perjury is accepted.

And then, we examine the problem whether the expectation-possibility is accepted, or not. In the case like Case1, if the witness passes up the chace of the Right to Refuse to Testify and gives false testimony notwithstanding his Right, the perjury is accepted naturally.

But, In the cases like Case2 and Case3, if the witness is not informed of the Right to Refuse to Testify, he is blocked to the legal act, so the expectation-possibility of the legal act does not exist, the perjury is not accepted.

Therefore, It is necessary that the accurate code should be regulated on the Penal Code and the Code of Criminal Procedure.

It is desirable that the notice of the Right to Refuse to Testify before the oath of the witness should be regulated on the Code of Criminal

Procedure, and if the rule is not observed, the main agent of perjury should be rejected because he is not 'the witness who have taken lawful oath', methodologically.

Key words : right to refuse to testify, notice of right to refuse to testify, main agent of perjury, expectation-possibility of the legal act.