

법정모독에 관한 검토*

- 그 도입을 위한 제도적 모색을 중심으로 -

최 민 용**

차 례

- I. 서언
- II. 미국법상 법정모독
 - 1. 기원과 법제화
 - 2. 법정모독의 종류
 - 3. 우리 법제에 대한 시사점
- III. 법정모독의 도입 논의
 - 1. 필요성
 - 2. 기본권 침해의 문제
 - 3. 재판의 중립성 문제
 - 4. 감치, 법정 모욕죄와의 관계
 - 5. 관련 주체의 성숙성
- IV. 결어

* 이 글은 법원행정처 2014년 정책연구과제 보고서의 일부를 발췌하여 수정, 보완하였다.

** 경북대학교 법학전문대학원 부교수, 변호사

접수일자 : 2015. 10. 30. / 심사일자 : 2015. 11. 25. / 게재확정일자 : 2015. 11. 30.

I. 서언

최근 미국에서는 종교적 신념을 이유로 동성애자의 혼인신고 접수를 거부한 법원 서기를 법정 감치에 처한 사안이 발생하여, 사회적 논란의 대상이 되고 있다. 조금 멀리는 미국의 전 대통령인 클린턴이 성희롱 사건에서의 허위진술로 법정모독죄에 처하여졌으며, 변호사자격까지 정지된 것으로 유명하다. 당시 연방법원의 수잔 웨버 라이트 판사는 클린턴이 법원에 제출한 서면 증언이 고의적인 위증(intentionally false testimony)이었다고 판단, 미국 역사상 처음으로 현직 대통령에게 법정모독의 판결을 선고하였다.

근래에 이르러 우리나라에도 영미의 법정모독(Court Contempt)을 도입하자는 주장이 제기되고 있는데, 이러한 주장은 두 가지 방향성을 띠고 있다. 우선, 최근에 언론에 보도된 변호사에 대한 감치 대기, 감치 명령 사건을 바라보는 여러 가지 시각 중에 이러한 문제에 대한 해결책으로 법정모독을 도입하여야 한다는 주장이 제기되고 있다. 이때의 법정모독은 영미의 직접 법정모독에 해당한다. 즉 재판을 진행하는 과정에서 법관의 면전에서 발생한 재판 방해행위 또는 명령 불이행 행위를 법정모독으로 다스려 법의 집행과 재판의 권위를 회복할 필요가 있다는 주장이다. 다른 측면에서의 주장은 피고의 의무이행을 담보하기 위한 수단으로서 법정모독을 도입하자는 것이다. 우리법상 가처분 등의 결정을 이행강제할 실효성있는 방법이 충분하지 않고, 현행법상의 간접강제 수단을 이런 측면에서 보완하여야 한다는 주장과 연구도 활발하게 이루어지고 있는데,¹⁾ 이러한 이행강제 역시 영미의 법정모독에 해당한다. 다만, 본고에서

1) 김연학, “임시의 지위를 정하기 위한 가처분의 심리에 관한 몇가지 모색적 시도”, 「민사집행법 연구」 제4권(한국민사집행법학회, 2008년); 박진수, “잠정적 유지명령(Temporary Restraining Order)에 대한 이해 및 규율가능성” (법원행정처 사법지원실, 잠정적 유지명령제도 도입연구반, 2013년); 오상용/박진수.오홍록/범선윤, “미국의 TRO(Temporary Restraining Order)에 대한 이해 및 TRO 유사 잠정명령 도입에 관한 제안”, 「민사집행법 실무연구 3」 통권 제5권(민사집행법커뮤니티하계세미나 발표, 2011년); 이규호, “임시의 지위를 정하는 가처분과 관련하여 잠정명령 도입에 관한 연구”, 「민사소송」 제17권(한국민사소송법학회, 2013년); 이효제, “미국법상 임시적 유지명령의 발령요건에 관한 검토”, 「재판자료」 제119집(법원행정처, 2010년); 하태현, “미국법상 법원명령 위반에 따른 제재수단에 관한 연구: 간접강제의 실효성 확보를 위한 제재수단을 중심으로”, 「민사집행법연구」 제9권(한국민사집행법학회, 2013년) 등.

는 우리의 감치 제도를 보완하는 측면에서의 검토이므로 이 중 전자에 주안점을 두어 살피기로 한다.

이처럼 얼핏 보기에 전혀 다른 목적과 효용으로 현행 제도의 보완책을 논의함에 있어 영미의 법정모독이 공통적으로 언급되고 있다. 이러한 의미에서 영미의 법정모독에 대한 검토는 이처럼 우리법상 제기되는 다른 방향의 문제점과 그 해소책을 모색해 나가는 과정이라 할 수 있다. 법정모독은 영국에서 비롯되었지만 미국에서 특히 발전된 제도인데, 미국에서는 오랜 역사와 전통을 기반으로 그 어느 나라보다도 판례의 집적과 그를 중심으로 한 이론의 집대성이 이루어졌기 때문에 미국의 제도를 검토해 보는 것이 우리 제도를 도안하는 데 있어 큰 의미가 있다고 생각된다. 다만, 이러한 필요성에도 불구하고 이러한 두 가지 측면에서 영미의 법정모독을 상세하게 언급하고 우리에게 도입될 모습을 연구한 자료는 빈약한 듯하다. 이하에서는 영미의 법정모독을 소개하고자 한다.

II. 미국법상 법정모독

1. 기원과 법제화

법정모독은 일반적으로 사법부에 대한 불복종이나 사법 절차를 방해하는 행동을 일컫지만,²⁾ 여기에는 법원의 명령, 소환에 대한 불복종하는 행위, 법원에서 진행 중인 사건의 서류의 파괴·은닉, 법원 직원이 판사의 직무상 명령을 듣지 않는 행위 등 여러 유형의 행위가 포섭된다.³⁾ 영미의 법정모독은 왕권에 기초한 재판권의 권위와 형평법상의 유지명령이 결합된 산물이라 할 수 있는데, 여기에 재판권의 권위 확보와 피고의 채무이행의 담보라는 다른 목적이 공존하는 이유가 있다. 영국에서 재판권은 신으로부터 부여받은 권한으로 왕권 중 가장 중요한 권한의 하나라고 보아,⁴⁾ 법원의 명령에 대한 불복은 곧 국왕에 대한 저항으로 인식되어 매우 엄하게 처벌하였다.⁵⁾ 한편, 임시적 유지명령

2) Goldfarb, The Contempt Power 1(1963).

3) 이재홍, “법정모독죄와 법정소란죄”, 「사법논집」 제21집(법원도서관, 1990년), 558쪽.

4) Fox, Contempt of Court(1927) at 45-47.

(temporary injunction)은 보통법이 적용되지 않아 마땅한 법적 구제방법이 없는 영역에서 판사에게 재량을 부여하여 구체적 타당성을 이끌어내는 형평법(Equity Law)의 일환으로 시도되었다. 형평법은 “Equity act in personam”이라는 법언이 보여 주듯이 명령이 사물이 아닌 “특정한 사람”에게 내려지는 것이 원칙이었고, 집행 역시 법원의 제재 권한에 의해 이루어지는 것이 일반적이었다.⁶⁾ 이 두 방향의 기원에서 유래하여 영미 법원은 법원의 존엄과 권위에 도전하는 행위를 법정모독에 처할 수 있는 “고유한(inherent)” 권한을 행사하여 왔고, 이처럼 법률의 규정이 없이도 법원에 내재한 권한으로써 제재할 수 있다는 점에 대하여 영미의 학자들 사이에 이견이 없다.⁷⁾

현재 법정모독은 18 U.S.C. Ch. 21(Contempt)에 “미국 법원의 권위를 모욕하는 다음과 같은 행위에 대하여 벌금, 금고형 또는 그 병과형으로 처벌한다.”고 규정되어 있고, 미국의 많은 주(州)들은 이 법을 기초로 법정모독규정을 도안하고 있다. 구체적 행위의 태양은 다음과 같다.

- (1) 법정 내에서 또는 그 근처에서 사법 집행을 방해하는 부정한 행위 (misbehavior)
- (2) 공무원의 공무집행에서 공무원의 부정한 행위
- (3) 법원의 적법한 영장, 절차, 명령, 판결, 결정에 대한 불복종 또는 저항⁸⁾

법정모독은 이후 단순한 법률의 영역을 넘어 사회적, 정치적 문제로 발전하였다.⁹⁾ 미국 법원에서 노동쟁의 유지명령위반에 의한 모욕(Contempt by Labor Injunction) 사건 통하여 그 주요한 법리가 발전되었고, 인종 차별 사건 등의 소송에서 사법부의 유지명령의 실효성을 확보하는데 중요한 역할을 하였다. 법정모독은 노동쟁의와 괴리되어서 생각될 수 없을 정도로 긴밀히 연관되어, 적용되는 노동쟁의는 법정모독을 통하여 그 범주가 정하여졌으며 역으로 노동쟁의 행위는 법정모독의 구체화에 큰 영향을 미쳤다고 할 수 있다.¹⁰⁾

5) Gilbert Green et al. v. U.S. 356 U.S. 165, 170, 78 S. Ct. 632, 636(1958).

6) Luis Kutner, *Contempt Power: The Black Robe A Proposal for Due Process*, 39 Tenn. L. Rev. 1, 12(1791).

7) Dan B. Robins, *Law of Remedies-damages, equity, restitution*(1983) at 130.

8) 이는 형평법적 구제책인 유지명령을 이행하도록 하기 위함이다.

9) 이방기, “출판에 의한 법정모욕-미국에 있어서의 입법과 판례를 중심으로”, 「전남대학교 논문집」(전남대학교, 1963년), 103쪽.

2. 법정모독의 종류

(1) 제도 일반

미국의 법정모독 제도는 다음과 같이 분류되어 운용되고 있다. 법정모독은 직접 법정모독(Direct Contempt, 이하 “직접 모독”)과 간접 법정모독(Indirect Contempt, 이하 “간접 모독”), 형사 법정모독(Criminal Contempt, 이하 “형사 모독”)과 민사 법정모독(Civil Contempt, 이하 “민사 모독”)으로 분류하는 것이 가장 일반적이다. 직접 모독과 간접 모독의 구분은 문제된 행위가 법관의 면전에서 이루어진 것인지에 따른 구분이다. 형사 모독은 일정한 모독행위를 형사범죄로 보아 형벌로 제재하는데 반하여, 민사 모독은 민사절차에 따른 경제적 부담 등으로 의무의 이행을 강제하는 방법을 말한다. 형사 법정모독은 18 U.S.C. §401에서, 민사 법정모독은 28 U.S.C. §1826에서 각 규정하고 있다. 각 주는 연방법을 기본으로 각 주의 법에 해당 모독을 규정하고 있으며 이행강제적 모독의 경우 각 주의 집행법에 의무를 명하면서 의무 불이행시의 제재로 법정모독형을 기재하고 있다. 형사 모독은 법원의 명령에 불복종하거나 법원의 권위를 훼손한 자를 처벌하여 법정의 질서를 유지하고 법원의 권위와 그에 대한 신뢰를 수호하는데 제1차적 목적이 있으나, 민사 모독은 피신청인의 의무이행을 강제하여 신청인의 권리를 보호하는 것이 그 주된 목적이다. 민사 모독은 후술하는 바와 같이 강제하는 방법의 성격 등에 따라 다시 다양한 모독으로 분류된다.¹¹⁾

(2) 직접 모독(Direct Contempt)

사건을 진행하는 판사의 면전에서 발생한(in facie curiae) 법정모독은 직접 법정모독이다. 주로 판사에게 모욕적인 언사를 하거나 법정 내에서 소란을 피우는 등의 적극적 행동의 형태로 나타나지만, 법원 내에서 판사의 명령에 불응, 절차를 발행하는 등 소극적인 형태로 발현되기도 한다. 재판을 진행하는

10) Philip A. Hostak, *International Union, United Mine Workers v. Bagwell: A Paradigm Shift in the Distinction Between Civil and Criminal Contempt*, 81 Cornell L. Rev. 181, 191(1995).

11) Dan B. Robins, *supra* note 5, at 138-140.

법정 내에서 일어난 만큼 법원의 권위의 손상이 직접적이고 크다고 보아 처벌이 매우 엄격하다. 직접 모독은 법원이 기능을 수행하기 위하여 반드시 필요하므로 대륙법계 국가에서도 이를 제재하고 있다. 판사는 모독행위가 있는 현장에서 즉시 형을 선고할 수 있는 이른바 약식절차 회부권(Summary Contempt Power)을 갖는다. 이때 피고인의 자기부죄 금지의 원칙(privilege against self-incrimination), 변호인의 조력을 받을 권리(right to counsel), 무죄추정의 원칙(presumption of innocence) 등 헌법 및 법률에 보장된 제반의 권리를 피고인에게 부여하지 않을 수 있다. Ex parte Terry사건¹²⁾은 약식절차를 행사할 수 있는 권한은 모든 법원의 고유권임을 선언한 최초의 미연방 대법원 판결인데, 이후의 사안들에서 이 권한을 “판사를 위협하거나 심리를 교란하거나 법원의 절차를 방해한 경우”로 국한하고 있다.¹³⁾ 약식절차에서의 이러한 예외는 판사가 법정모독의 “바로 그 장소”에 있었으므로 직접 이를 보고, 판단할 수 있었기 때문이다. 피고인에게 보장되는 권리는 실제적 진실 발견 과정에서의 무기 불평등을 시정하기 위함인데, 이때 실제적 진실이 이미 밝혀져 이 장치들은 불필요하다는 것이다. 또한 판사는 절차의 중단없이 재판을 수행하여야 하는데, 모독자를 처벌하는 별도의 절차를 거쳐야 한다면 원래의 재판 절차는 중단되어야 할 것이기 때문이기도 하다.

(3) 간접 모독(Indirect Contempt)

간접 모독은 법정의 바깥에서 일어난 행위로서 법원의 명령에 복종하지 않는 행위이다.¹⁴⁾ 증인이나 배심원에게 뇌물을 교부하거나 계류 중인 사건에 대하여 편견을 담은 내용을 발행하는 등의 행위가 그 예이다.¹⁵⁾ 형평법상의 구제와 관련된 사건에서는 간접 법정모독은 판사가 배심원의 조력없이 법을 판단하고 집행하는 역할 또한 수행한다. 간접 법정모독은 형사 법정모독의 경우도 될 수 있고, 민사 법정모독에 해당할 수도 있다.¹⁶⁾ 간접 법정모독 중

12) 128 U.S. 289(1888).

13) In re Chaplain, 621 F.2d 1272(4th Cir. 1980).

14) Adams v. State 89 Ga. App. 882(1954).

15) Goldfarb, supra note 1, at 21.

16) Magit Livingston, Disobedience and Contempt, 75 Wash. L. Rev. 345, 351(2000).

형사 법정모독은 법원이 사실을 직접 인지한 경우가 아니므로 일반의 형사절차를 밟아야 하므로, 기소절차와 증거조사절차 등을 밟게 되고, 피고인은 변호인의 조력을 받을 권리를 포함하여 자기방어의 기회도 갖는다. 이러한 절차적 보장은 앞서 본 직접 모독과 가장 구별되는 점이다. 간접 모독의 행위자는 공소 통지를 받고, 청문의 기회가 보장되며, 법정모독 혐의를 부인하는 증거를 제출할 수 있다.

(4) 형사 모독(Criminal Contempt)

형사 모독죄는 피고인이 적극적으로 금지된 법정모독 행위를 하는 경우로, 보다 본질적인 법정모독죄이며, 그 전형적인 예는 법정에서 판사에게 폭언을 하거나 고함을 지르는 등의 불손한 행동을 하는 것이다. 많은 경우 위증죄(perjury)와 사법방해죄(obstruction of justice)로 추가로 처벌되며, 정식 배심절차를 거치게 된다.¹⁷⁾ 대부분의 민사 모독이 법원의 명령을 이행하지 않는 경우로서 소극적 부작위에 대한 처벌인 경우인 반면, 형사 모독은 적극적 행위에 대한 제제인 경우가 많다. 민사 모독은 피고 스스로가 잘못을 시정할 때까지 처벌이 계속되므로 벌금의 액수나 구금의 기간이 불확정적인 경우가 많은 데 반하여, 형사 모독은 벌금이나 구금의 일수가 확정적이다.¹⁸⁾ 또한 형사 모독은 과거의 문제된 행동을 제재하는 것이므로, 이후의 피고인이 보이는 반성적 행동은 죄의 성립에 영향을 미치지 못한다.

형사벌인 만큼 행위 구성의 모든 요건들이 명확하여야 한다. 따라서 법원의 명령의 조건이 특정한 행동을 요구하는지가 모호하다면 형사 모독으로 처벌할 수 없다.¹⁹⁾ 또한 명령의 의도적(willful) 불이행의 입증이 필요하다.²⁰⁾ “의도적”이라 함은 법원의 권위와 법을 악의로 무시하여 그 명령을 준수하지 않기로 고의적으로 선택한 경우를 의미한다. 이때 고의는 명령위반이 범죄가 된다는 점에 대한 인식이 아니라 법원의 명령을 위반하고 있다는 점에 대한 인식이다.²¹⁾

17) 원재천, “미국법원은 법정모욕죄를 포괄적으로 허용한다: 재판과정에서의 사적정보접근권”, 「시민과 변호사」 통권 제122권(서울지방법변호사회, 2004년), 54쪽.

18) Comment, 1966 U. Ill. L.F. 755.

19) People v. Balt, 34 A.D. 2d 932, 312 N.Y.S. 2d 587(1st Dep't 1970).

20) People v. Minor, 667 N.E.2d 538, 542(III. App. Ct. 1996).

일반적으로 의도는 고의보다 엄격한 주관적 요건을 의미하지만, 형사 모독으로 처벌하는 경우 항상 양자가 엄격히 구분되어 적용되지는 않는 듯하다.²²⁾ 이 요건은 변호사와 같이 높은 정도의 주의의무가 요구되는 직역 종사자의 경우 업무상 과실을 포함하기도 한다.²³⁾ 변호사가 자신의 행동이 위법임을 알거나, 자신이 법원의 판결 또는 명령, 법원에 대한 의무를 위반함에 대하여 무분별한 외면(a reckless disregard)²⁴⁾을 보인다면 그것으로 충분하다.²⁵⁾ 형사 범죄이므로 합리적 의심의 여지가 없을 정도로(beyond a reasonable doubt) 혐의가 입증되어야 하고, 입증이 되면 벌금이나 징역과 같은 형사적 제재가 가하여진다.²⁶⁾ 민사 모독과 달리 형사 절차에서 피고인에게 부여된 모든 권리가 모독자에게 적용된다. 연방 형사 모독죄에 해당하는 경우, 영방법원이 선고할 수 있는 양형에는 한계가 없고,²⁷⁾ 이는 법원이 필요한 경우 모독에 대해 형벌을 부과할 본래의 권력을 갖고 있다고 보기 때문이다.²⁸⁾ 각 주(州)는 위 조항을 근거로 구체적인 절차와 법정형을 정하고 있다. 양형에 있어 판사는 의도적 반항의 정도, 행동이 초래한 결과적 중대성, 장래에 그러한 행위를 억제할 중요성과 같은 사정들을 고려할 수 있다.²⁹⁾

1) 직접 형사 모독(Direct Criminal Contempt)

형사 모독은 직접 모독의 경우일 수도 있고, 간접 모독인 경우도 있다. 이 중 직접 모독은 법정 내에서 발생한 모독 행위나 법정 내에서 법원의 명령에 대한 불이행을 대상으로 한다. 주로 법정 질서를 유지하기 위하여 판사가 내린 특정의 작위 또는 부작위의 명령을 불이행한 경우 이 방법으로 다스려지나,

21) U.S. v. Mourad, 289 F.3d 174 (1st Cir. 2002), cert. denied, 537 U.S. 933, 123 S.Ct. 337, 154 L.Ed 232(2002).

22) Goldfarb, supra note 1, at 55-56.

23) U.S. v. Themy-Kotronakis, 140 F.3d 858(10th Cir. 1998).

24) 우리법 상의 개념으로는 미필적 고의와 유사하다.

25) U.S. v. Martin Linen Supply Co., 485 F.2d 1143(5th Cir. 1973).

26) Nicholas v. Commonwealth, 186 Va. 315(1947).

27) Goldfine v. U.S. 268 F.2d 941(1st Cir. 1959), U.S. v. Gracia 755 F.2d 984, 17 Fed. R. Evid. Serv. 804(2d Cir. 1985).

28) 17 Am. Jur. 2d. Contempt Sec. 195.

29) U.S. v. United Mine Workers of America, 330 U.S. 258, 67 S. Ct. 677, 911 L.Ed. 884(1947).

유지명령의 경우에도 일정한 부작용을 명한 유지명령에 대하여 법정 내에서부터 이를 준수할 의사가 없음을 명확히 하면서 이를 위반한 경우 이 제제를 가하기도 한다. 이때 판사는 약식절차를 통하여 형을 선고할 수 있다.

2) 간접 형사 모독(Indirect Criminal Contempt)

형사 간접 모독은 피신청인이 법원의 명령을 법정 바깥에서 불이행하였을 경우 이를 처벌하는 것이다. 형사 모독이기 때문에 “형사” 범죄로서의 위에서 설명한 요건들을 충족하여야 한다. 다만, 법원의 명령을 법정 바깥에서 불이행한 경우이므로 조금 더 주의를 요하는 사항들이 있다. 먼저, 명령이 적법절차를 거쳐야 하고, 내용이 분명하여야 한다.³⁰⁾ 모독자가 명령의 내용을 정확히 인지하였는지가 중요하므로, 긴급을 요하여 통지와 반박의 기회없이 내려진 임시적 금지명령(TRO)의 경우 이에 위반하더라도 형사적 제재를 가할 수 없다.³¹⁾ 또한 피신청인이 법원 명령의 구체적인 내용을 고지받았어야 하는데, 통지는 정황증거에 의한 개연성만으로도 이를 인정할 수 있으며,³²⁾ 전화에 의한 통지도 유효하다.³³⁾ 형사 범죄이므로 형사절차에서 피고인에게 보장된 권리를 부여하고 적법절차의 요건을 준수하여야 한다. 따라서 미국 연방형사소송규칙(Federal Rule of Criminal Procedure) 42(a)가 정하는 바에 따라 위반 사실을 피고인에게 통지하고 방어할 상당한 시간을 주어야 한다. 법원은 검사의 기소를 요청하여야 하고, 제재가 법원에 대한 모욕과 관련된 경우 그 법관을 제재 절차에서 배제시키고 있다. 변호인의 조력을 받을 권리, 배심재판을 받을 권리를 부여하여야 하며, 증명에 있어서도 합리적 의심의 여지없이 혐의 사실이 입증되어야 하고, 자기부죄 금지의 원칙, 이중처벌 금지의 원칙 등이 모두 적용된다. 이러한 점은 앞서 살핀 형사 직접 모독과 차별되는 점이다.

30) 직접 모독의 경우에도 그러하나, 직접 모독에 명령이 불분명한 경우는 드물 것이다.

31) *People v. Balt*, 34 A.D. 2d 932, 312 N.Y.S. 2d 587(1st Dep't 1970).

32) *Hill v. U.S.*, C.C.A. 8th, 1929. 33 F.2d 489.

33) *Backo v. Local 281, united Bhd. of Carpenters & Joiners of America*. D.C.N.Y. 1969, 308 F.Supp. 172-175.

(5) 민사 모독(Civil Contempt)

민사 모독은 피신청인이 법원의 명령을 알면서 위반한 경우이다. 민사 모독은 연혁적으로 영미법계 법원에 인정되었던 형평법적 구제책인 유지명령(Injunction)을 강제하도록 하기 위한 것으로 이 명령에 위반하는 자를 벌금 또는 금고로 처벌하면서 민사절차 또는 형사절차에 따르도록 하였다. 임시적 유지명령은 보통법이 매우 엄격한 요건 하에서 적용되기 때문에 마땅한 법적 구제방법이 없는 영역에서 판사에게 많은 재량을 부여하여 구체적 타당성을 이끌어내는 형평법(Equity Law)의 일환으로 시도되었다.³⁴⁾

위 18 U.S.C. Ch. 21(Contempt) (3) “법원의 적법한 영장, 절차, 명령, 판결, 결정에 대한 불복종 또는 저항”민사 법정모독이다. 그러나 모든 판결이 법정모독에 의하여 이행강제를 도모하지는 않는다. 법정모독은 형평법상 유지명령(Injunction)과 같은 형평법상의 재판을 집행하기 위한 수단이기 때문이다. 따라서 건물의 인도를 명하거나 금전채무의 이행을 명하는 판결에 관해서는 강제집행명령(Order of Execution)의 방법에 의하여 직접 강제함이 원칙이나, 부양료의 지급을 명하는 판결은 인적의무를 부과하는 명령(order in personal)의 성질을 가진다고 보아 법정모독에 의한 이행강제가 가능하다.³⁵⁾ 민사 모독은 구제적 모독(Remedial Contempt)과 이행강제적 모독(Coercive Contempt)으로 분류된다. 전자는 피고가 법원의 명령에 불응함으로 인하여 원고가 입은 손해를 보상해 주기 위한 제도이나,³⁶⁾ 후자는 피고에 대하여 명령을 이행강제하기 위한 것이다.³⁷⁾ 일 단위(per diem)의 벌금이나 기간이 개방된(indeterminate term) 구금은 피고가 명령을 준수하여 제재를 종결시킬 수 있으므로 피고를 “자신의 주머니 속에 감옥의 열쇠를 가진 자(keys to his prison in his own pocket)”로 부르기도 한다.³⁸⁾ 형평법상의 주된 소송의 일부를 구성하므로 배심원 재판은 적용되지

34) Luis Kutner, *supra* note 6, at 12.

35) 정영수, “민사소송에서의 법원모독”, 「법학연구」 제18권 제2호(연세대학교 법학연구소, 2008년), 150쪽.

36) Doug Rendleman, Compensatory Contempt; Plaintiff's Remedy When Defendant Violates an Injunction, 1980 U. Ill. L.F. 971.

37) Langingham v. Landinham, 685 So. 2d 946, 951(Fla. Dist. Ct. App. 1996).

38) Re Nevitt, 117 F. 448, 461(8th Cir. 1902).

않고,³⁹⁾ 피고는 형사 모독에서와 같은 강화된 법률적 보호를 받지 못하는 못한다. 입증은 증거의 우위(Preponderance of Evidence) 법칙에 따른다.⁴⁰⁾ 당사자의 신청에 의하여 절차가 진행되고, 당사자들이 화해에 의해 분쟁이 종결되면 관련 제재는 없던 것으로 된다. 이를 준모독(quasi-contempt)이라 부르기도 한다.

(6) 민사 모독과 형사 모독의 구분

미국의 법정모독에 대한 많은 논의는 모독 행위를 형사적인 것으로 볼 것인지, 민사적인 것으로 볼 것인지에 대단히 집중되어 있다. 그 이유는 형사 모독으로 분류될 경우 피고인은 적법절차와 관련된 제반의 규정을 향유할 수 있기 때문이다.

1) 구분의 기준-처벌의 목적과 성격(Purpose and Character)

연방대법원은 양자의 구분 기준으로 처벌의 목적과 성격을 들고 있는데, 민사 모독은 원고의 권리구제에 목적이 있는데 반하여, 형사 모독은 법원의 명령에 대한 불복종을 징벌하여 법원 명령의 권위를 세우기 위한 것이다.⁴¹⁾ 한편, Compers 판결에서는 작위의무를 명하는 명령(mandatory order)을 위반한 때에는 민사 모독에 해당하고, 부작위의무(prohibitory order)를 명하는 금지명령을 위반한 때에는 형사 모독에 해당한다고 보았다.⁴²⁾ 이처럼 개념상으로는 양자가 구분되지만 실제로 구분이 분명하지 않다. 법원조차 그 해석과 적용에 있어 많은 혼란을 겪어왔고,⁴³⁾ 하급심 법원에서는 징계적 성격을 띠어 형사 모독으로 보아야 함에도 이행강제적 민사모독으로 본 사례들이 드물지 않다.⁴⁴⁾ 형사 모독 뿐만 아니라 민사 모독에서도 모독자에게 재판부의 권한을 보여주기 위한 목적이 내재하고, 형사 모독에 있어서도 출석을 거부하는 증인을 제재하는 경우에 민사 모독과 같이 제재의 힘을 빌어 재판절차에의 협력하도록 하는

39) In re Department of Hous. Preservation & Dev. v. Deka Realty Corp., 620 N.Y.S. 2d 837, 843-44.

40) In re Harvey, 464 S.E. 2d, 34(Ga. Ct. App. 1995).

41) Compers v. Buck's Stove & Range Co. 221 U.S. 418(1911).

42) 이점에서 우리의 간접강제 방법보다 강제력이 더 크다고 할 수 있다.

43) People v. Gonzalez, 38 Cal. Rptr. 2d 235, 239-40(Cal. Ct. App. 1995), rev'd on other grounds, 910 P.2d 1366(Cal. 1996).

44) United States v. Powers, 629 F.2d 619, 626(9th Cir. 1980).

한 목적이 있다.⁴⁵⁾ 이처럼 양자가 상호 배타적인 것도 아니며, 이행강제적 민사모독과 형사 모독은 병존하는 경우가 많다. 명령에 불복종하는 피고에게 연속적인(successive) 형사 모독을 부과하는 경우, 피고는 명령을 준수할 수밖에 없으므로 이런 의미에서 이행강제적 성격을 띤다. 또 미확정 구금의 이행강제적 법정모독은 명령에 불응하는 피고에게는 징계적 성격을 갖는다. 가장 혼란스러운 경우는 법원이 피고가 “장래 명령을 위반하는 경우” 부과하게 될 벌금을 확정액으로 정하는 경우이다. 피고가 명령을 위반하는 경우 법원은 선언한 벌금을 부과하게 된다. 대부분의 하급심 판결은 이를 이행강제적 법정모독에 해당한다고 본 반면,⁴⁶⁾ 상급심 법원은 벌금 부과시를 기준으로 보면 부과는 과거에 대한 것이므로 이행강제적인 것이 아니라 징벌적 성격을 띤 것으로 본 경우들도 있다.⁴⁷⁾

2) International Union, United Mine Workers v. Bagwell 사건

미국 광업근로자 연합(이하 “연합”이라 한다)이 1989년 버지니아에 소재한 석탄회사에 대하여 노동쟁의를 하자, 회사는 버지니아주 법원에 불법적 쟁의의 금지명령을 신청하였고, 이에 광산 출입을 방해하는 등의 행동을 금하고 관리인을 두고 제한된 수의 피켓을 걸도록 하는 명령이 발부되었다. 쟁의행위가 계속되자 법원은 수백 건 달하는 별건의 금지명령 위반과 관련하여 연합을 총 6천 4백만 달러의 벌금에 처하면서 일부는 회사에 대하여, 나머지는 군(County)에 지급하도록 하였는데, 이를 민사 모독으로 보아 배심원 절차없이 재판을 진행하였다. 연합은 항소하였으나, 항소심에서 합의가 되어 벌금을 무효화하고 사건을 기각하여 줄 것을 법원에 청구하였다. 버지니아주 대법원은 법원의 의도는 금지명령을 이행하도록 강제하는 것이었으며 연합은 명령을 준수하여 벌금을 면할 수 있었으므로 장래 스케줄에 따라 부과된 벌금은 이행강제적 민사 모독이라 보았다.⁴⁸⁾ 그러나 연방대법원은 주 대법원의 판시를 번복하고, 양자의 구분이

45) Luis Kutner, *supra* note 6, at 9.

46) Hawaii Pub. Employee Relations Bd. v. United Pub. Workers, 667 P.2d 783, 795(Haw. 1983).

47) In re Schei, No. 37441-9 I, 1997 Wash. App. LEXIS 2019, at 13-14(Wash. Ct. App. Dec. 8, 1997).

48) Bagwell v. International Union, United Mine Workers, 423 S.E. 2d 349, 356059(Va. 1992).

어려움을 인정하면서도 명령이 “복잡한 경우라면” 미리 선고한 벌금이나 장래에 대한 징역의 부과는 모두 형사 법정모독에 해당하여 형사 피고인의 절차적 권리를 부여하여야 한다고 보았다.⁴⁹⁾ Bagwell 사건은 피처벌자의 절차적 보장의 영역을 확장하였다는 점에서는 긍정의 평가를 받기도 하지만, 이미 구분이 애매하여 해석상 많은 혼란을 초래하였던 민사 모독과 형사 모독의 구분에 “금지명령의 복잡성”이라는 더욱 애매한 기준을 추가하여 어려움을 배가하였다는 비판도 적지 않게 제기되고 있고, 이행강제적 민사 모독(Coercive Civil Contempt)을 위축되게 하는 결과를 초래하기도 하였다.

3. 우리 법제에 대한 시사점

이처럼 법원이 강력한 법정모독 처벌권을 갖는 미국의 경우 이를 둘러싸고 다양한 논의가 있으나,⁵⁰⁾ 법정모독 처벌의 필요성에 의문을 제기하는 견해는 거의 없다.⁵¹⁾ 논의는 민사 모독과 형사 모독의 구분에 집중되어 있는데, 이에 따라 i)법정모독의 행위가 발생한 재판을 진행하던 판사가 모독의 재판을 하는가 아니면 검사가 독립된 기소 절차를 밟아 다른 판사가 재판하는가, ii)무죄추정의 원칙 등 형사 피고인의 헌법상의 권리를 보장받는가, iii)누가 어느 정도의 입증책임을 부담하는가 등이 달라지기 때문이다.

한편, 현행 법제 하에서 법정모독의 기능을 하고 있는 우리 감치제도를 살펴보면 법정의 질서유지권을 재판장에게 부여하고(법원조직법 제58조 제1항), 재판장은 법정의 존엄과 질서를 해할 우려가 있는 자가 입정금지 또는 퇴정 등 법정의 질서유지에 필요한 명령을 발할 수 있으며(동조 제2항), 법정 내외에서 제58조 제2항의 명령에 위배하는 행위를 하거나 폭언, 소란 등의 행위로 법원의 심리를 방해하거나 재판의 위신을 현저하게 훼손한 자에 대하여 결정으로 20일 이내의 감치 또는 100만원 이하의 과태료에 처하거나 이를 명할 수 있다(법

49) International Union, United Mine Workers v. Bagwell, 114 S. Ct. 2552, 2563(1994).

50) Sandra L. Freeman, *The Supreme Court Test for Distinguish Civil and Criminal Contempt: A Distinction Without a Difference? Bagwell V. International Union, United Mineworkers of America*, 13 St. Louis U. Pub. L. Rev. 529, 529(1993).

51) 1824년 Louisiana주 형법전의 체계를 발표한 Livingston이 그 유일의 입장에 가까운 듯하나, 이는 직접 모독에 있어 모독자를 퇴정시켜 구속하는 것에 입장을 같이 하지만, 그 이후 통상의 형사 소송절차에 회부, 배심재판의 기회를 부여하자는 것이다.

원조직법 제61조). “법정의 존엄과 질서를 해할 우려가 있는 자”, “기타 법정의 질서유지에 필요한 명령을 발할 수 있으며”, “폭언 등의 행위로 법원의 심리를 방해하거나 재판의 위신을 현저하게 훼손한 자” 등 적어도 구성 요건상 미국의 법정모독과 같이 탄력적 운용이 가능하다. 그러나 처벌의 범위는 20일 이내의 감치 또는 100만원 이하의 과태료로 미국의 경우와 큰 차이가 있다. 또한 감치제도 후술하는 바와 같이 매우 소극적으로 운용되고 있고, 보다 강력한 제재를 도입하여야 한다는 주장부터 당사자와 변호사의 변론권을 지나치게 제한한다는 비판까지 다양한 비판에 직면하고 있다. 그렇다면 이즈음에 감치제도의 운용 방향을 새롭게 검토하여야 할 것으로 생각된다. 형사사법절차에서의 가장 선진적인 인권제도로 평가받는 미국의 제도가 대배심에서의 증언거부와 관련하여 법원의 권한인 법정모독을 확장하여 실체적 진실발견을 지원하고 있음은 “법원의 힘을 빌린 수사기관의 강제처분”이라는 수사기능 강화를 비판적으로 보는 우리의 현실에서 시사하는 바가 적지 않다고 생각한다.⁵²⁾

Ⅲ. 법정모독의 도입 논의

1. 필요성

우리의 감치제도가 본래의 기능을 다하지 못하고 있을 뿐만 아니라 여러 관점에서 비판에 직면하고 있다. 따라서 우리의 제도와 같은 기능을 담당하는 법정모독⁵³⁾의 도입은 현 제도의 비판적 검토와 장래의 제도 설계의 관점에서 필연적 검토를 요하는 부분이기도 하다. 사법의 독립과 그 권위가 인정되는 근대 내지 현대 민주국가에서는 사법의 권위와 그 기능을 침해하는 가장 표본적인 법정모독을 특별히 처벌하는 것이 일반화되어 있고,⁵⁴⁾ 민주정치에 있어서 법원은 법의 구체적 선언자로서 역할을 수행하므로 법정의 권위가 인정되어야

52) 이상현, 전계논문, 305면; 서창희, “미국 대배심에서의 증언거부와 법정모욕”, 「사법연수원 논문집」 2집 (사법연수원, 2005), 431쪽.

53) 실제로는 여기에 국한하지 않고 매우 광범위한 권한임은 앞서 설명하였다.

54) 한옥신, 영미법에서의 법정 모욕, 「검찰」 제25권(대검찰청, 1963년), 19쪽.

하고 또 법원은 폭력에 의하지 않고 당사자 간의 변론에 의하여 분쟁을 해결하는 곳이므로 공평한 재판을 하기 위하여서는 법원의 질서와 권위가 존중되어야 한다.⁵⁵⁾ 한편, 영미의 법정모독이 수호하고자 하는 것은 사건을 담당하는 개개의 법관의 권위가 아니라 사건을 집행하는데 적용되는 “법 그리고 법원칙의 권위”라는 점이다.⁵⁶⁾ 언어의 본질적인 다의성 때문에 모든 법문이 아무리 세밀하게 제정된다고 해도 법규범으로의 인식, 실행은 해석주체인 법관의 주관성에 의존하는 것이 불가피하다.⁵⁷⁾ 이러한 여백은 각 사건이 갖는 구체적 타당성 내지 구체적 정의를 위하여 의미있는 부분이기도 하다. 이러한 역할을 하는 법관의 판단행위를 존중하지 않고서는 이러한 법과 법원칙의 권위는 세워질 수 없다. 다만 이 제도가 신체에 대한 “구금”을 수반한다는 점에서 헌법적 관점의 검토가 필요하고, 법정모독에 비하여 처벌의 정도가 가볍고 질서벌의 형태로 도입되어 있지만, 감치제도 역시 동일한 관점에서 짚어볼 필요가 있다.

2. 기본권 침해의 문제

(1) 적법절차 원리로서 영장주의

헌법 제12조 제1항은 “모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌, 보안처분 또는 강제 노역을 받지 아니한다.”고 규정하고 있고, 동조 제3항은 “체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.”고 규정하여 적법절차의 원리를 규정하고 있다. 영미법에서 유래하는 이 원리를 제9차 개정헌법에서 처음으로 헌법상의 기속원리로 채택하여 공권력의 부당한 인신권의 침해로부터 국민을 보호하려는 의지를 담고 있다.⁵⁸⁾ 인신의

55) 김종수, “심판방해죄, 소위 법정모독죄에 관하여”, 「법학논총」 제4권(단국대학교부설법학연구소, 1963년), 34쪽.

56) In re Contempt of Morris, 674 N.E.2d 761,764(Ohio Ct. App. 1996).

57) 이덕연, “헌법 제103조에서 법관의 독립과 양심”, 「공법연구」 제38집 제2호(한국공법학회, 2009년), 354쪽.

58) 허영, 「헌법이론과 헌법」(박영사, 2013년), 430쪽.

자유는 수사단계에서 가장 위협을 받기 때문에 동조 제3항은 영장주의를 규정하고 있는데, 이는 수사기관의 형사절차상 강제처분은 법관이 발부한 영장에 의하도록 하는 제도이다.⁵⁹⁾ 형사 법정모독은 법관의 영장에 의하지 않고 인신을 구속하게 되므로, 여기에 위반되지 않는가의 의문이 제기된다. 이와 관련하여 헌법재판소는 “영장주의의 본질은 신체의 자유를 침해하는 강제처분은 중립적인 법관이 구체적 판단을 거쳐 발부한 영장에 의하여야만 한다는 데에 있다. 헌법 제12조 제3항이 검사의 신청에 의하여 영장을 발부하도록 한 것은 수사단계에서 영장신청자를 검사로 한정함으로써 다른 수사기관의 신청에서 오는 인권 유린의 폐해를 방지하고자 함에 있다.”고 판단하였다.⁶⁰⁾ 대법원 역시 “헌법상 영장제도의 취지에 비추어 볼 때 범죄수사를 위하여 구속 등의 강제처분을 함에 있어서는 수사기관 중 검사만 법관에게 영장을 신청할 수 있다는 데에 그 의의가 있다 할 것이고, 형사재판을 주재하는 법원이 피고인에 대하여 구속영장을 발부하는 경우에도 검사의 신청이 있어야 한다는 것이 규정의 취지라고 볼 수 없다”고 판시하였다.⁶¹⁾ 따라서 법정모독의 경우 사법권 독립에 의하여 신분이 보장되는 판사가 모독자의 행위를 판단하므로 영장주의의 취지에 반하지 않는다고 보아야 한다.⁶²⁾

(2) 비례의 원칙

기본권 영역에서 비례의 원칙은 국가의 조치가 기본권 제한의 목적과의 관계에서 적정하여야 한다는 원칙이다. 우리 헌법재판소는 이러한 의미의 비례의 원칙(혹은 과잉금지의 원칙)을 좀 더 확대, 세분화하여 네 개의 부분 원칙 즉, i) 목적의 정당성(입법의 목적이 헌법 및 법류의 체제상 그 정당성이 인정되어야 한다), ii) 방법의 적절성(목적 달성을 위한 방법이 효과적이고 적절하여야 한다), iii) 피해의 최소성(입법자가 선택한 기본권 제한의 조치가 입법목적 달성을 위하여 설사 적절하다 할지라도 보다 완화된 형태나 방법을 모색함으로써

59) 허영, 앞의 책, 485쪽.

60) 헌법재판소 결정 1997. 3. 27. 96헌바28, 31, 32.

61) 대법원 결정 1996. 8. 12. 96모46.

62) 법정 감치에 관하여 같은 견해로는 강태원, “민사소송절차에서 새로운 감치제도 도입”, 「대구법학」 제5권(대구대학교 법과대학 법학연구소, 2002년), 288쪽.

써 기본권의 제한은 필요한 최소한도에 그쳐야 한다), iv) 법익의 균형성(법익에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교 형량할 때 보호되는 공익이 더 커야 한다)의 원칙으로 정하고,⁶³⁾ 이를 기본권을 제한하는 법률의 위헌심사 기준으로 삼고 있다. 따라서 법정모독을 도입할 경우 이 비례의 원칙을 준수한 것인지를 검토하여야 한다.

우선 목적의 정당성을 살펴보면 헌법이 허용하는 기본권 제한의 목적은 “국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리”이다(헌법 제37조 제2항). 법정모독을 통하여 준수하려는 바는 법과 그 집행으로서의 질서유지에 해당하므로 이 요건을 충족한다. 다음으로 적절성 요건인데, 이때 수단은 최적의 것을 의미하는 것이 아니며 목적 달성에 유효한 수단이면 족하다.⁶⁴⁾ 재판 절차와 관련된 법정모독을 도입함으로써 법정 질서를 해하는 행동이 줄어들 것이고 위하적 효력을 발휘하게 될 것이다. 따라서 이 요건 또한 충족한다. 이와 관련하여 현행의 감치제도는 입법 목적 달성에 유효한 수단으로서의 기능을 하지 못하고 있다고 판단된다. 대법원 자료에 의하면 지난 2008년부터 2012년까지 5년간 감치가 접수된 283건 가운데 실제 재판을 통해 감치명령을 받은 것은 31.8%인 90건에 불과한 것으로 나타났다. 연도별로 감치사건 접수 대비 실제 감치명령이 이루어진 비율은 2008년에 45.6%, 2009년 24%, 2010년 41%, 2012년 29%이다. 2010년에는 접수된 사건 53건 가운데 12건만 감치결정이 내려졌다. 2009년부터 2012년까지 법정 내 사건과 사고 현황을 살펴보면, 총 162건으로 한해 평균 40.7건이 발생하였다. 2013년 8월까지를 기준으로 41건의 사건·사고가 발생하였다. 통계를 보면 법원은 법률상 감치결정권이 있음에도 그 발동에 관해 매우 신중한 태도를 보이고 있음을 알 수 있다. 그 이유는 무엇인가? 감치재판이 피감치자의 신체의 자유를 제한하기 때문이기도 하겠지만, 무엇보다도 감치 결정이 언론에 보도될 때의 부담감도 적지 않게 작용하는 것으로 판단된다. 일단에 언론에 보도될 경우 사안의 본질이 그를 둘러싼 이해관계인들의 목소리에 따라 왜곡되기 쉽다. 바로 이런 점 때문에 유치명령을 받고 감치재판에 출석한 자가 자신의 행동을 반성할 경우 대부분 선처하여 준다⁶⁵⁾고 한다.

63) 헌재 2006. 7. 27. 2004헌가13, 판례집 18-2, 1, 8.

64) 헌재 2008. 4. 24. 2007헌마1456, 판례집 20-1상, 720, 732.

65) 서울경제 2013. 6. 20.자 “법정소란 행위 앞에선 법원이 읊?”.

또한 침해의 최소성 요건을 충족하여야 한다. 이 원칙은 적절한 복수의 수단들 중 기본권에 보다 약한 제한을 가하는 수단을 택하여야 하는데, 가능한 모든 수단들 중 가장 제한 효과가 적은 방법을 선택하여야 한다면 문제된 수단보다 기본권 제한 정도가 약하면서 목적 달성에 적합한 수단들을 모두 검토하여야만 한다. 이러한 모든 수단들을 입법단계에서 고려하는 것은 현실적으로 불가능한 일이다. 따라서 최소성 심사는 보다 약한 제한을 부과하는 적절한 수단이 있는지 여부를 심사하는 기준으로 그 의미를 한정해야 할 것이다.⁶⁶⁾ 이러한 관점에서 법정모독의 도입을 검토한다면, 같은 목적을 위하여 도입된 현행의 감치제도가 그 적절한 비교수단이 될 것이다. 감치제도가 이를 통하여 달성하려는 바는 법정의 질서를 해하는 행위를 규제하여 법과 그 집행으로서 사법질서를 바로잡는 데 있고, 이점에서 양 제도는 추구하는 목표가 동일하다. 그러나 감치는 형벌이 아니라 질서벌로 최대 30일을 감치할 수 있는 제도로 법정모독과 비교할 때 기본권 제한의 측면에서 보다 적은 침해를 수반하는 규제 수단이다. 그런데, 현행의 감치제도가 과연 그 목적을 달성하는 유효한 수단인가? 그렇지 않음은 위에서 살핀 바와 같다. 형법상 법정 모욕죄(제138조)도 그러하다. 법원의 재판 또는 국회의 심의를 방해 또는 위협할 목적으로 법정이나 국회회의장 또는 그 부근에서 모욕 또는 소동하는 행위를 규제하는 목적범이고, 구체적 위협범이다. 일반의 형사벌이므로 검찰의 정식 기소절차를 밟아야 하는데, 이 죄에 관한 대법원 판례는 현재까지 없다. 고등법원 판결⁶⁷⁾은 “공정한 재판을 구하는 변호인의 변론행위는 비록 정당한 변호권의 범위를 일탈할지라도 명백하게 재판을 위협, 방해하기 위한 것임이 뚜렷한 고도의 모욕, 소동행위를 하지 않는 이상 본조의 법정모욕죄를 구성하기 어렵다”고 하여, 그 구성요건을 매우 엄격하게 해석하고 있다. 이 판시는 헌법상 기본적 인권보장 정신에서 형법법규의 명확성, 엄격해석의 원칙상 피고인에게 불리하게 확장해석되어서는 안된다는 취지로 이해되지만,⁶⁸⁾ 최근 수적으로나 정도의 측면에서 증가세 있는 재판 방해 행위를 전혀 실효성 있게 규제하지 못하고 있다.

66) 성정엽, “비례원칙과 기본권”, 「저스티스」 통권 제136호(한국법학연구원, 2013년), 13쪽.

67) 서울고등법원 1988. 3. 4. 84노503.

68) 김철수, “헌법제정과 구법령의 효력, 변호권과 법정모욕”, 「서울대학교 법학」 제29권 제1호(서울대학교 법학연구소, 1988년), 19쪽.

마지막으로 법익의 균형성 요건을 검토한다. 앞서 살핀 최소성 심사는 확정된 목적과 복수의 수단 사이의 관계를 고려하는데 반하여, 이 심사에서는 확정되지 않은 두 가지 변수를 고려하여 결정하게 되므로 심사가 매우 어렵다.⁶⁹⁾ 그렇다면 구체적인 상황에 따라 상대적인 우열관계를 결정할 수밖에 없는데, 결국 양 법익을 형량하는 방법에 의하여야 할 것이다. 이때 제한되는 기본권의 중요성이나 그 제한의 정도만큼이나 중요하게 고려되어야 할 것이 입법이 추구하는 “목적의 중요성 또는 긴급성”이다.⁷⁰⁾ 이점은 법정모독을 도입하는 것이 타당한가의 문제라기보다 구성요건을 어떻게 정하는가의 문제로 생각된다. 미국의 법정모독 중 약식절차에 의하는 직접 모독의 경우를 보면, 행위가 공개된 법정 내에서 판사의 면전에서 행하여졌을 것-이를 “개인적 인지 요건 (personal knowledge element)”이라 한다-의 요건 외에도 그 행동이 법의 실현에 임박한 위협이어서 약식절차로 처벌하지 않는다면 법원의 권위가 무력화될 것-이를 “임박한 위협의 요건(imminent threat)”이라 한다-의 요건을 추가로 요구한다.⁷¹⁾⁷²⁾⁷³⁾⁷⁴⁾ 개인적 인지 요건은 약식 절차의 사실판단(finding)을 정당화하고, 임박한 위협의 요건은 약식의 처벌(sanction)을 정당화하는 근거로 작용한다.⁷⁵⁾

이상의 논의에서 공권력의 행사 영역에서 기본권 제한의 예외를 인정하는 근거는 공익에 대한 “임박한(imminent)” 침해로 귀결됨을 알 수 있다. 따라서 우리의 경우에도 법정모독의 구성요건에 모독행위로 인하여 법의 집행과 사법 질서에 임박한 위협이 존재하거나 그 중대한 침해가 있을 것을 요건으로 둔다면, 기본권 침해와 관련하여 이익형량의 요건을 충족하였다고 볼 수 있을 것이다. 한편, 변호인의 자유로운 변호활동에 의한 변호권은 헌법상 피고인의 이익을

69) 성정엽, 앞의 논문, 15쪽.

70) E. Grabitz, "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", *AöR* 98(1973), S. 581, 성정엽, 앞의 논문, 17쪽에서 재인용.

71) *Ex parte Terry*, 128 U.S. 289, 307(1888); *Cookie v. United States*, 267 U.S. 517,536(1925); *In Re Oliver*, 333 U.S. 257, 275-76(1948).

72) 18 U.S.C. §401(1988).

73) *Harris v. United States*, 382 U.S. 162, 165(1965).

74) James Francis Oswald, *Contempt of Court, Committal, and Attachment and Arrest upon Civil Process* 8-9(Gaunt, Inc. 1997) at 12.

75) William F. Chinnock and Mark P. Painter, *The Law of Contempt of Court in Ohio*, 34 U. Tol. L. Rev. 309, 315-6(2003).

보호하기 위하여 헌법이 보장하는 권리이다. 따라서 기본권 제한에 관한 위의 논의가 그대로 타당하다.

3. 재판의 중립성 문제

법정모독 중 도입 논의의 주된 대상인 직접 모독은 행위가 법관의 면전에서 일어난 경우로, 법관이 행동을 목격하였기 때문에 사실을 확정하기 위한 제반의 증거법 규정이 적용되지 않는다는 것이 핵심이다. 따라서 재판의 중립성을 위하여 그 법관이 아닌 판사가 재판을 하는 것은 이 개념과 양립될 수가 없다. 스스로가 진행하던 재판에서 모독행위가 발생하여 본인의 재판이 침해를 입은 판사가 법정모독으로 처벌하므로 법관 개인의 불쾌한 감정에 대한 반응이라는 인상을 줄 여지가 있고, 실제로 이처럼 진행된다면 법관이 자신의 사건을 재판한다는 비판⁷⁶⁾을 면할 수 없을 것이다. 법원의 존엄성을 해하는 행동보다 법정질서를 해치는 행동을 규제하는 방향으로 나아가야 한다는 주장⁷⁷⁾ 또한 이러한 측면에서 제기된다. 이러한 중립성의 확보 문제는 법정모독을 제도적 측면에서 엄격하게 운용하는 것만으로 담보되지 않고, 역설적이게도 판사가 사람으로서 자연스럽게 가질 수 있는 분노나 응징의 욕구를 평균적인 사람보다 더욱 엄격하게 다스려야 가능하다. 이런 의미에서 법정모독의 운용은 법관의 양심에의 구속(헌법 제103조)과 연결된다. 법관의 독립과 양심은 철저히 구도자적 수행을 통해 접근될 수밖에 없다고 한 표현⁷⁸⁾도 같은 맥락에서 이해될 수 있다. 이 구도자적 수행에는 법의 객관성을 지향하는 관심과 법관 자신에 대한 구체적 반성이 포함되며, 겸손과 절제 그리고 용기와 열정의 덕목이 필요하다. 이러한 덕목을 갖추지 못한 법관의 양심은 독단과 편견의 위험을 피하기 어렵다⁷⁹⁾는 점도 명심할 필요가 있다.

76) Peter Gilles/호문혁 역, “자신에 관한 사건을 다루는 법관-법정모욕”, 「서울대학교 법학」 제 28권 제2호(서울대학교 법학연구소, 1987년), 133쪽.

77) Peter Gilles/ 호문혁 역, 앞의 논문, 139쪽.

78) H.Sendler, Die Methoden der Verfassungsinterpretation, in; B. Ziemske u.a.(Hg.), Staatsphilosophie und Rechtspolitik, Fs. f. M. Kriele zum 65. GT(1997), 481, 이덕연, 전제논문, 362면에서 재인용.

79) 이덕연, 앞의 논문, 363쪽.

4. 감치, 법정 모욕죄와의 관계

향후 법정모독을 도입한다면 현행의 감치제도나 형법상 법정 법정모욕죄는 어떤 관계에 있는지 의문이 제기된다. 감치는 일반적인 형사절차와 달리 검사의 관여없이 법원 스스로 심리를 개시하여 제재를 가하는 제도로, 종래의 형사적 처벌, 행정적 제재의 어느 범주에도 속하지 않고, 법조문에 의하여 설정된 특수한 제재수단 내지 불이익처분으로,⁸⁰⁾ 사법행정상의 질서벌이다. 한편, 형법 제138조의 법정 모욕죄는 법원의 재판을 방해 또는 위협할 목적으로 법정 또는 그 부근에서 모욕 또는 소동함으로써 성립하는 범죄로써 3년 이하의 징역 또는 7백만원 이하의 벌금에 처한다. 이 죄는 목적범으로서 국가의 기능 중 사법기관인 법원의 기능을 보호하는데 그 취지가 있다.

새롭게 법정모욕죄를 도입한다면 기존의 이 두 처벌과의 관계를 어떻게 볼 것인가? 새로운 법정모독은 직접 모독으로서 제재는 법원의 명령을 이행강제하는 것이 아니라 법질서 위반에 대한 제재이므로 그 성격은 형벌에 해당한다. 감치는 제도의 성격이 행정상 질서벌이므로, 처벌의 성격상 양자는 별개로 존재할 수 있다. 그러나 제도의 목적이 동일하므로 새롭게 법정모독을 도입한다면 감치제도를 별도로 존치시킬 이유를 발견하기 어렵다. 다만, 현행의 감치처벌이 비교적 가벼운 처벌임에도 불구하고, 현실적으로 법관들이 구체적 사안에서 제재발동에 지나칠 정도의 신중을 기울이고 있고, 법원과 법질서에 대한 권위를 훼손하는 사례들이 더욱 심각하고 빈번하게 발생하고 있음에도 이를 실효성적으로 규제하지 못하고 있음을 고려할 필요가 있다. 법정모독을 도입하면서 특히 신체적 구금과 관련하여 법정의 하한을 높게 잡는다면 오히려 이러한 점 때문에 법정모독의 제재를 사용하기 어렵게 될 수 있다는 점을 유념해야 한다. 따라서 기존의 감치를 새로운 법정모독에 흡수시켜 포괄적으로 규제하되, 법정모독의 구금 하한선을 현행의 감치기간 정도로 내려 설정하는 것이 타당하다고 생각된다. 규제의 상한선은 그 존재만으로도 위하적 효력을 발휘할 것이므로 엄격하게 책정하여도 될 것이다.

80) 법원행정처, 「감치재판실무」(법원행정처, 2005), 1면

또한 형법상의 법정 모욕죄는 목적범의 형식인 것이 도입을 검토하는 법정모욕죄와 다르다. 전자 역시 법정 “부근”을 장소적 요건으로 요구하는데 이는 심의에 영향을 미칠 수 있는 장소를 의미하므로 법정모욕의 분류에 의할 때 직접 모욕에 포함된다고 볼 수 있다. 전자의 행위태양으로 규정되어 있는 “모욕”이나 “소동”은 두루 법정모욕에 포섭될 수 있으므로 두 죄는 행위의 태양상 유사하고 후자가 도입되면 전자를 폐지하여야 한다고 볼 수도 있을 것이다. 그러나 법정모욕은 검찰의 기소 없이 법관이 직권으로 운용할 수 있는 제도이므로 양 제도는 운용에 있어 중대한 차이가 있다. 미국의 경우는 검찰의 기소없이 통상 피의자에게 부여되는 제반의 권리의 보장도 없이 처벌되는 직접 모욕을 소송 절차상의 특칙으로 다루어 운용하고 있다. 우리의 경우는 검찰의 기소에 의해 운용되는 현행의 법정 모욕죄는 현재까지 대법원 판례가 없고, 고등법원의 판결만 소수 존재할 정도로 드물게 사용되고 있고, 경우에 따라서는 법정모욕을 목격한 판사가 직접 법정모욕을 처벌하지 않고 검찰에 기소하도록 하는 경우도 있을 수 있으므로 양 제도는 병존함이 타당할 것으로 본다. 다만, 법정모욕으로 처벌된 경우 같은 사실관계로 다시 검찰이 이를 형법상의 법정 모욕죄로 기소하여 처벌한다면 이는 이중처벌에 해당하게 되므로 이와 관련된 특칙을 마련하여야 할 것이다.

5. 관련 주체의 성숙성

법정모욕은 관련되는 주체의 성숙성을 전제로 하기도 하며, 이 전제가 충족될 때에는 굳이 이 제도에 의존할 필요성이 없다는 점이 특징이다. 제도에 대한 비판에도 불구하고 공감과 지지를 얻기 위해서는 무엇보다도 이를 운용하는 법관의 중립성, 도덕성이 필수불가결하다. 특히 모욕을 직접 목격하거나 당한 법관이 바로 제재의 주체가 되어 절차를 진행하게 되므로, 그 절차에 법관 개인의 감정이 개입될 수밖에 없고, 이점에서 법정모욕은 중립성이 담보되기 어려운 제도라는 근원적 문제가 있다. 따라서 법정모욕에 처하는 재판은 가급적 문제된 모욕행위와 시간적 간격을 두고 행하여지는 것이 바람직하다. 이점에서 미국의 법관윤리전범의 제정과 운용이 우리에게 제시하는 바가 크다. 전범은 기준 3에서 법관의 직무행위로서 사법운영에서의 기준을 밝히고 있는데, 공평의

요청을 강조하여 선입관, 편견, 이해관계 등의 배제에 특히 주력하고 있다. 또한 그 운용과 관련하여서는 법조협회가 이를 제정하기는 하였지만, 미연방 및 주 사법부의 관심과 참여 아래 창출되어 사법부의 ‘제 집 단속(putting its own house in order)’을 위한 노력의 결과라는 성격을 띠고 있다는데 큰 의미가 있다.⁸¹⁾

한편, 변호사 역시 본인과 의뢰인의 이익만을 좇는 주체가 아니라 법과 질서를 수호하는 공익의 대변자로서 법과 정의를 실현하는 준엄한 지위에 있는 자로서, 구체적 정의의 집행이 법과 질서에 따라 이루어질 수 있도록 협력하여야 한다. 미국에서 변호사의 헌법상 표현의 자유를 제한하여 변호사의 표현을 징계하는 윤리규정의 근거를 사법부에 대한 공공의 신뢰를 유지하고 공평무사한 재판을 담보하여야 하는 주(州)의 이익에서 찾고 있음⁸²⁾은 우리에게 많은 함의를 제시한다. 우리나라는 이미 대한변호사 협회가 윤리장전을 제정하고 있고, 여기에 직무에 관한 윤리와 법원 등에 대한 윤리가 포함되어 있다. 제정에서 나아가 체계적 안착이 더욱 중요하다고 할 것인바, 미국변호사 협회(the American Bar Association) 법조윤리규칙의 준수 사례를 참고할 필요가 있다. 더불어, 향후 변호사 직역으로 진출할 학생들을 교육하는 법학전문대학원에서 민사소송법의 지식 이외에도 법정 내에서 변호사의 언행과 법조 윤리에 대한 교육이 강화되어야 할 것이다.⁸³⁾

IV. 결어

사회생활의 얽힌 실타래를 풀어나가야 하는 마당이 바로 법원이다. 다양한 소송지휘방법을 고안해 내고 적용하여 민사사건에서는 당사자 사이의 화합과 정확한 결론을 도출하고, 형사사건에서는 범죄에 대한 증거와 단죄가 이루어진다. 그러나 법원에서 당사자나 대리인의 잘못이든 재판부의 잘못이든 간에

81) 김승래, “한국 법조윤리와 윤리장전에 관한 소고”, 「정책과학연구」 제19집 제2호(단국대학교 정책과학연구소, 2010년), 74쪽.

82) *In re Graham*, 453 N.W.2d, 313, 320 (Minn. 1990).

83) Timothy Davis Fox, *Right back “In Facie Curiae”-A Statistical Analysis of Appellate Affirmance Rates in Court-Initiated Attorney-Contempt Proceeding*, 38 U. Mem. L. Rev. 1 (2007-2008).

더욱 풀기 힘든 매듭에 빠지게 되는 영역도 존재한다. 바로 법정모독이나 감치와 같은 분야가 아닌가 생각된다. 실제로 몇몇 사례에서 발생한 재판부와 대리인 사이의 날선 대립각은 아직도 가시지 않고 있는 듯하다. 법원에서 감치사건이 종종 발생하면서도 실제 감치에까지 이르지 않는 것이 바로 이런 불미스러운 결과를 꺼리기 때문인 것 같다.

본고에서는 이러한 문제의식에서 출발하여 현행의 감치제도의 바람직한 모색방향을 모색하여 보았다. 미국법에서 이 제도의 기능을 담당하고 있는 법정모독의 기원과 제도의 내용 그리고 제도를 둘러싼 논의를 소개하였다. 또한 이 제도를 도입하는 경우 제기될 수 있는 헌법상의 쟁점을 기본권 제한의 측면에서 검토하고, 도입되는 제도의 상을 그려보면서 이와 함께 제도가 실효성 있게 운용되기 위하여 관련인에게 요구되는 덕목 역시 짚어보았다. 법정의 권위를 앞세워 권리와 절차를 무시한다면 법원과 법관의 위상은 나락에 떨어질 것이 분명하다. 하지만 법원의 권위가 서지 않는다면 국민의 권리와 이익은 제대로 보호받지 못함을 유념할 필요가 있다. 영미법상의 법정모독이든 대륙법상의 소송지휘든 간에 그와 같은 절차는 국민의 권리와 인권보장, 범죄의 처벌과 사회복지라는 대원칙을 위한 것이다. 질서와 절차를 존중하는 것이 바로 이러한 대원칙을 최대한 실현할 수 있는 최소한의 준거점임을 각인하여야 한다.

참 고 문 헌

- 법원행정처, 「감치재판실무」, 법원행정처, 2005.
- 허영, 「헌법이론과 헌법」 신정6판, 박영사, 2006.
- 강태원, “민사소송절차에서 새로운 감치제도 도입”, 「대구법학」 제5권, 대구대학교 법과대학 법학연구소, 2002.
- 김승래, “한국 법조윤리와 윤리장전에 관한 소고”, 「정책과학연구」 제19집 제2호, 단국대학교 정책과학연구소, 2010.
- 김연학, “임시의 지위를 정하기 위한 가처분의 심리에 관한 몇가지 모색적 시도”, 「민사집행법연구」 제4권, 2008.
- 김중수, “심판방해죄, 소위 법정모독죄에 관하여”, 「법학논총」 제4권, 단국대학교부설법학연구소, 1963.
- 김철수, “헌법제정과 구법령의 효력, 변호권과 법정모욕”, 「서울대학교 법학」 제29권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 1988.
- 서창희, “미국 대배심에서의 증언거부와 법정모욕”, 「사법연수원논문집」 2집, 사법연수원, 2005.
- 성정엽, “비례원칙과 기본권”, 「저스티스」 통권 제136호, 한국법학연구원, 2013.
- 원재천, “미국법원은 법정모욕죄를 포괄적으로 허용한다: 재판과정에서의 사회적정보접근권”, 「시민과 변호사」 통권 제122권, 서울지방변호사회, 2004.
- 이덕연, “헌법 제103조에서 법관의 독립과 양심”, 「공법연구」 제38집 제2호, 2009.
- 이방기, “출판에 의한 법정모욕-미국에 있어서의 입법과 판례를 중심으로”, 전남대학교 논문집, 1963.
- 이상현, “미국법상 법원모욕죄와 우리 형법 제140조의 비교법적 분석”, 「비교형사법연구」 제11권 2호, 한국비교형사법학회, 2009.
- 이재홍, “법정모독죄와 법정소란”, 「사법논집」 제21집, 법원도서관, 1990.
- 정영수, “민사소송에서의 법원모욕”, 「법학연구」 제18권 제2호, 연세대학교 법학 연구소, 2008.
- 한옥신, “영미법에서의 법정 모욕”, 「검찰」 제25권, 대검찰청, 1963년.
- Peter Gilles/호문혁 역, “자신에 관한 사건을 다루는 법관-법정모욕”, 「서울대

학교법학」 제28권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 1987.

Dan B. Robins, Law of Remedies-damages, equity, restitution, hornbook,130 (1983).

Doug Rendleman, Compensatory Contempt; Plaintiff's Remedy When Defendant Violates an Injunction, U. III. L.F. 971(1980).

Fox, Contempt of Court(1927).

Goldfarb, The Contempt Power 1(1963).

James Francis Oswald, Contempt of Court, Committal, and Attachment and Arrest upon Civil Process 8-9, Gaunt, Inc., (1997).

Luis Kutner, Contempt Power: The Black Robe A Proposal for Due Process, 39 Tenn. L. Rev. 1, 8 (1971).

Magit Livingston, Disobedience and Contempt, 75 Wash. L. Rev. 345-355(2000).

Paul T. Wangerin, The Political and Economical Roots of the "Adversary System" of Justice and "Alternative Dispute Resolution". Ohio State Journal on Dispute Resolution(1994).

Philip A. Hostak, International Union, United Mine Workers v. Bagwell: A Paradigm Shift in the Distinction Between Civil and Criminal Contempt, 81 Cornell L. Rev. 181(1995).

Sandra L. Freeman, The Supreme Court Test for Distinguish Civil and Criminal Contempt: A Distinction Without a Difference? Bagwell V. International Union, United Mineworkers of America, 13 St. Louis U. Pub. L. Rev. 529(1993).

Timothy Davis Fox, Right back "In Facie Curiae"-A Statistical Analysis of Appellate Affirmance Rates in Court-Initiated Attorney - Contempt Proceeding(2007-2008).

William F. Chinnock and Mark P. Painter, The Law of Contempt of Court in Ohio, 34 U. Tol. L. Rev. 309(2003).

<국문초록>

최근 미국에서는 법원이 동성 커플에 대한 결혼증명서 발급을 거부한 미국의 한 법원 서기를 법정 모독에 처한 사건이 발생하여 사회적으로 반향을 일으키고 있다. 우리나라의 경우도 그간에 당사자나 방청객에게 내려진 법정 감치가 최근에는 변호사에게 내려져 사회적 주목을 끈 바 있다. 우리의 법정 감치제도는 법정 질서 유지를 위한 재판장의 질서유지권의 일환으로 도입되었으나, 실제로 운용은 매우 소극적인 현황이다. 이에 우리의 제도의 바람직한 운용 방안을 모색할 필요성이 있고, 이 검토에 있어 법원이 법정 감치보다 광범위하고 강한 권한을 행사하는 미국의 제도를 살펴보고자 한다.

영미의 법정 모독은 일반적 관념보다 훨씬 다양하고 광범위한 권한을 내포하고 있다. 법정의 질서 유지를 위한 목적 이외에 법원의 명령을 이행강제하여 당사자의 권리를 구제하는 목적으로도 이용된다. 이는 법정 모독이 연혁적으로 재판권이 왕권으로 유래하여 신성한 것이므로 침해할 수 없다는 방향 이외에도 형평법상 권리 구제 방법이라는 두 가지 다른 목적을 향하여 발전해 왔기 때문이다. 구체적으로는 직접 모독, 간접 모독, 형사 모독, 민사 모독으로 분류되며 민사 모독 내에서도 다양한 기준으로 세분된다. 이 중 직접 형사 모독의 경우는 법정 내에서 명령 불응이 발생한 경우로 그 위협이 임박한 때에는 모독자에게 형사 피고인에게 보장된 권리(자기부죄 금지 특권, 변호인의 조력을 받을 권리, 무죄추정의 원칙 등)를 부여하지 않고 그 자리에서 즉시 형을 선고할 수 있는 강력한 권한(이른바, Summary Contempt Power)이 부여되는데, 본고는 법정 감치의 향후 운용 방안을 모색하는데 목적이 있으므로 법정 감치가 주로 규제 대상으로 하는 형사 직접 모독이 주된 검토의 대상이다. 영미에서는 이러한 법원의 권한을 내재된 고유권한(inherent)으로 보는데 학자들 사이에 이견이 없다. 대부분의 논의는 민사 모독과 형사 모독의 구분에 집중되어 있는데, 이는 형사 모독에서 보장되는 모독자의 권리가 민사 모독으로 잘못 분류되어 그 권리 행사가 박탈되는 것을 막기 위함이다.

우리나라에서 법정 모독을 도입한다면 모독자의 신체를 구금하는 점 때문에 헌법상 기본권 침해의 문제를 적법절차의 원칙, 영장주의, 비례의 원칙 침해

여부의 순서로 살펴보고, 재판의 중립성 문제도 짚어 본다. 법정 모독이 도입된다면 기존의 법정 감치제도나 형법상의 법정 모독죄와 어떤 관계에 놓이게 되는지도 살펴본다. 제도의 성공적 운용 요건으로서 관련 주체의 성숙성(법조 윤리의 측면에서의 필요성)도 검토한다.

주제어 : 법정 모독, 법정 감치, 직접 형사 모독, 약식절차 회부권, 적법절차

Review on the Contempt of Court -Searching for its introduction-

Choi, Min-Yong*

Recently, the court clerk who refused to issue a marriage certificate to a same sex couple was imposed to a court contempt. The incident has attracted wide attention. In Korea, a court detention order was issued to a lawyer. Given such orders were usually issued to a party or court audience, that incident was a big social issue. Our court detention is endowed with a presiding judge to maintain a court order. However, it is rarely used in reality. Further it is criticized often. As such, we need to search more desirable system. For this, I would like to review the U.S system under which court contempt is widely used.

The U.S court contempt encompasses more varied and broad authority than we think. It is used not only to keep court order but also to enforce a court order for execution. It is because that court contempt is developed from the belief that jurisdiction is vested from sovereign and from equity court remedies as well. It is classified into direct court contempt, indirect court contempt, criminal court contempt and civil court contempt. In the case of a criminal contempt which the contemnor refused to a court order in the court, the presiding judge has a Summary Contempt Power when such threat is imminent. In accordance with the power, the accused can not enjoy the privilege against self-incrimination, the right to an attorney and presumption of innocence. The judge is also able to sentence in the place right away. This paper focuses on the direct criminal court contempt because I would like to search more desirable operation of court detention. There is a consensus among the Anglo-American scholars that such court authority is inherent. Most of discussion is on distinction between civil court contempt and criminal contempt. It is to protect contemnor's right. If a criminal contempt is considered as a civil one, such contemnor's rights are deprived.

* Professor, Kyungpook National University Law School

If court contempt is introduced to Korea, it involves issue related to infringement on fundamental rights because if the contemnor is physically confined. So I review the issues of due-process of law, warrant system and the principle of proportionality. I also look at neutrality of judgment. Further, I examine the relationship among and between court contempt newly introduced, court detention and the court contempt pursuant to our criminal code. Finally I accent importance of mature minds of related people including but not limited to code of ethics of legal profession.

Key Words : Court Contempt, Court Detention, Direct Criminal Contempt, Summary Contempt Power, Due process of law