

Global Standard 마련을 위한 쟁점별 주요국 형사법령 비교연구(V)

Setting up global standards:

issue-based comparative study on criminal law of major countries (V)

최민영 · 배상균 · 강우예 · 강효원 · 김성규
김택수 · 손병현 · 이동희 · 이성기 · 정배근

KICJ

Global Standard 마련을 위한 쟁점별 주요국 형사법령 비교연구(V)

연구책임자

최 민 영 한국형사·법무정책연구원 선임연구위원, 법학박사

공동연구자

배 상 균 한국형사·법무정책연구원 부연구위원, 법학박사
강 우 예 한국해양대학교 해사법정학부 교수
강 효 원 서울대학교 인권센터 선임연구위원
김 성 규 한국외국어대학교 법학전문대학원 교수
김 택 수 계명대학교 법학과 교수
손 병 현 한라대학교 경찰행정학과 교수
이 동 희 경찰대학 법학과 교수
이 성 기 성신여자대학교 지식산업법학과 교수
정 배 근 중앙대학교 법학연구원 전임연구위원

연구지원

김 광 수 한국형사·법무정책연구원 조사연구위원

그동안 형법, 형사소송법, 행형법 등 주요 외국의 형사법령 연구는 법령의 단순번역에만 중점을 두어 수행되어 왔습니다. 물론, 형사법 및 형사정책 연구에서 비교법적 연구방법론은 주요한 연구방법으로 확립되어 왔으나, 일부 국가를 대상으로 일부 협소한 쟁점만을 파편적으로 연구함으로써 사고와 관점의 확장을 도모하는 비교법 연구의 원래취지에는 부합하지 않았습니다. 형사법령의 입법 및 개정, 관련 실무 및 제도의 형성 및 개혁을 위해서는 포괄적이고 체계적인 범주에서 형사법 쟁점별로 다양한 외국의 입법례와 이론, 판례, 제도 등을 소개하고 비교분석하여 우리 형사사법 체계에 적절하게 통합될 수 있는 방안을 모색할 필요가 큼니다. 또한, 최근 국경 없는 범죄나 다국적 기업·해외법인에 의한 범죄가 급증하고 있고, 해외에서의 범죄나 범죄피해, 또는 외국인의 범죄나 범죄피해에 대응하기 위해 국제형사사법공조나 범죄인인도가 필요한 경우도 늘어나고 있습니다. 하지만, 공조국의 형사법령과 관련절차에 대한 정보부족으로 인해 국제형사사법공조 및 범죄인 인도 등이 쉽지 않은 경우가 증가하고 있어 공익적 목적을 고려하여 주요국의 형사법령을 비교 연구할 필요성은 날로 높아지고 있다고 볼 수 있습니다.

위와 같은 연구 필요성을 고려하여 본 연구는 다음과 같은 목적을 지향합니다. 우선, 이론적 관점에서 형법의 일반이론 발견을 목적으로 합니다. 즉, 형사법에서 있어서 Global Standard 마련 및 발견이 가능한지 여부를 타진하고, 그에 맞는 시사점 및 결론을 쟁점별로 도출하고자 합니다. 다음으로, 입법 혹은 개정, 관련제도 및 실무 개혁 등의 현실적 필요로 인하여 도구적 견지에서 실정법규 및 판례, 관련 제도를 비교분석하고자 합니다. 뿐만 아니라, 국제형사사법공조 시, 유익한 국제표준 및 절차를 제시하고, 수배 및 수사에 참조할 만한 규범이나 기본방향을 제시하고자 합니다. 마지막으로, 이러한 기본적인 연구 성과를 토대로 차후에는 체계적이고 입체적인 해외형사법령정보시스템을 구축하여 운영하고자 합니다.

위와 같은 목적을 지향하며 본 연구는 우선, 영국, 미국, 프랑스, 독일, 일본을 중심으로 형법총론과 각칙, 형사소송법, 국제 형사사법공조와 관련한 전체 시스템 및 내용을 소개하여 비교분석하고자 합니다. 관련 쟁점별로 그에 해당하는 법령을 번역하고, 주요내용을 비교분석하며, 관련 제도와 판례를 소개할 예정입니다. 여러 현실적 한계로 인하여 대상 국가는 우리에게 익숙한 주요 5개국으로 한정되었으나, 여건이 조성된다면 차후에 지리적으로 인접한 아시아 국가를 시작으로 그 연구대상이 확대될 수 있습니다. 물론, 본 연구는 대상국가인 주요 5개국의 형사법 전체 시스템이 법률, 이론, 판례, 관련제도 등을 대상으로 연구된다는 점에서 이전의 주요 외국 비교연구들 과도 차별성을 보입니다.

특히, 올해에는 작년에 구축된 비교형사법 데이터베이스(Comparative Criminal Law Database, CCLDB)의 내용을 업데이트하고, 검색엔진의 기능을 개선하여 데이터베이스의 이용편의성이 증대되도록 하였습니다. 그리고 새로이 5개 국가의 형사소송법 중 증거, 재판 부분을 소개하고 비교분석하였습니다. 이를 위해 국가 간에 상이한 형사소송의 절차를 어느 정도 통일시키면서 큰 틀을 잡고, 특정 국가의 상이한 부분은 상이한 부분대로 기술하였습니다. 또한 각 국가의 주요용어를 정리하면서 이를 일관성 있게 우리말로 번역하여 정리하고자 하였습니다.

지난 5년간의 비교형사법 연구는 이렇게 일단락을 마무리하지만, 차후년도부터는 조세, 경제, 의료, 노동 등의 주요 분야별로 특별법법을 비교 연구하고, 구축된 데이터베이스를 업데이트하며 고도화하는 작업을 계속하여 수행할 예정입니다. 모쪼록 이 연구가 비교형법 연구의 저변을 넓히고, 관련 입법 및 제도 개혁에 미약하나마 기여할 수 있게 되길 바랍니다. 끝으로 이 연구를 함께 수행해 주신 강우예 교수님, 강효원 박사님, 김성규 교수님, 김택수 교수님, 배상균 박사님, 손병현 교수님, 이동희 교수님, 이성기 교수님, 정배근 박사님께 진심어린 감사의 인사를 전합니다. 그리고 연구진 간의 회의를 준비하고, 데이터베이스화 작업을 지원하며, 모든 집필진의 원고를 취합하여 교정·편집하는 일을 충실히 수행해 준 김광수 조사연구원에게도 감사의 인사를 전합니다.

2023년 12월

연구진을 대표하여 최 민 영



목 차

국문요약	1
------------	---

제1장 (최민영)

서론	3
----------	---

제1절 연구의 목적과 방법	5
----------------------	---

1. 연구의 목적	5
-----------------	---

2. 연구의 방법	6
-----------------	---

제2절 연구의 대상과 수행방법	8
------------------------	---

1. 전년도 연구의 소개	8
---------------------	---

2. 본 연구의 대상	8
-------------------	---

3. 본 연구의 수행방법	8
---------------------	---

4. 향후 연구의 전망	17
--------------------	----

제2장 (강우예·강효원·김택수·이동희·이성기·정배근)

증거	21
----------	----

제1절 영국	27
--------------	----

1. 개관	27
-------------	----

2. 증거의 인정 기준	39
--------------------	----

3. 증거의 배제	61
-----------------	----

4. 소결	81
-------------	----

제2절 미국	82
--------------	----

1. 개관	82
-------------	----

2. 증거의 허용기준	102
3. 증거의 배제	130
4. 비교 및 시사점	164
제3절 프랑스	168
1. 개관	168
2. 증거의 허용기준	188
3. 증거의 배제	199
4. 무효절차(la nullité)	210
5. 소결	218
제4절 독일	222
1. 개관	222
2. 증거허용의 기준	222
3. 증거의 배제	231
4. 소결	260
제5절 일본	262
1. 증거법 개관	262
2. 증거의 허용기준	274
3. 증거의 배제	288
4. 소결	309

제3장 (강효원·김성규·배상균·손병현·이성기)

재판 317

제1절 영국	322
1. 개관	322
2. 재판의 종류와 형식	322
3. 공판 전 절차	326
4. 공판 절차	332
5. 판결의 확정과 이중위험금지 원칙(Autrefois Acquit and Autrefois Convict)	344

6. 상소와 특별절차	345
7. 소결	352
제2절 미국	354
1. 개관	354
2. 상소와 특별절차	355
3. 수사·공판·상소절차에서의 보석	368
4. 보론(補論): 언론보도로 인한 공정한 재판을 받을 권리의 침해	378
5. 비교 및 시사점	386
제3절 프랑스	389
1. 개관	389
2. 재판(le jugement)의 종류	390
3. 재판의 확정 : 기판력	404
4. 상소 절차(les voies de recours)	409
5. 간이 특별절차	427
6. 소결	432
제4절 독일	436
1. 개관: 재판의 종류	436
2. 실체재판과 형식재판: 본안판결과 소송판결	440
3. 판결의 확정	441
4. 상소와 특별절차	444
5. 참심재판	479
6. 소결	481
제5절 일본	483
1. 개관	483
2. 제1심의 중국적 재판: 실체재판과 형식재판	489
3. 재판의 효력(재판의 확정)	497
4. 상소와 특별절차	502
5. 재판원제도(裁判員制度)	527
6. 소결	535

제4장 (최민영)

결론 539

제1절 증거 541

1. 증거법 일반 541

2. 증거의 허용기준 543

3. 증거의 배제 545

제2절 재판 549

1. 상소제도 549

2. 재심 551

참고문헌 553

1. 국내문헌 553

2. 국외문헌 555

Abstract 567

표 차례

[표 1-1] 연차별 연구내용 및 데이터베이스 구축 및 운영 계획	7
[표 1-2] 영국 증거 목차	9
[표 1-3] 미국 증거 목차	9
[표 1-4] 프랑스 증거 목차	9
[표 1-5] 독일 증거 목차	10
[표 1-6] 일본 증거 목차	10
[표 1-7] 영국 공판 및 재판 목차	10
[표 1-8] 미국 재판 목차	11
[표 1-9] 프랑스 재판 목차	11
[표 1-10] 독일 재판 목차	11
[표 1-11] 일본 재판 목차	12
[표 2-2-1] 입증기준	89
[표 2-5-1] 일본형사소송법상 증거법 조문체계	271
[표 2-5-2] 한·일의 (협회의) 증거법 조문 체계의 비교	273



그림 차례

[그림 1-1] CCLDB 형사소송법 자료	13
[그림 1-2] CCLDB 상세검색 기능	14
[그림 1-3] CCLDB 통합검색 기능 사용 결과(‘수사권’ 단어 입력)	15
[그림 1-4] 개선된 검색엔진에 따른 검색 결과(‘정당방위와 긴급피난’ 입력)	16
[그림 2-4-1] 증거금지 개관	233
[그림 3-5-1] 일본 형사재판의 종류	483



그림 차례

[그림 1-1] CCLDB 형사소송법 자료	13
[그림 1-2] CCLDB 상세검색 기능	14
[그림 1-3] CCLDB 통합검색 기능 사용 결과(‘수사권’ 단어 입력)	15
[그림 1-4] 개선된 검색엔진에 따른 검색 결과(‘정당방위와 긴급피난’ 입력)	16
[그림 2-4-1] 증거금지 개관	233
[그림 3-5-1] 일본 형사재판의 종류	483



국문요약

형법, 형사소송법, 행정법 등 주요 외국의 형사법 연구는 그동안 법령의 단순번역에 치중하거나 그때그때 사회적 이슈가 되는 주제별로 다소 협소한 범주에서 입법례가 제시되었다. 하지만, 입법 및 개정, 관련 실무 및 제도의 형성 및 개혁을 위해서는 포괄적이고 체계적 범주에서 쟁점별로 다양한 외국의 법률과 이론, 판례를 소개하고 비교분석하여 우리 형사법 체계에 적절하게 통합될 수 있는 방안을 모색해야 한다. 이 같은 연구의 필요성을 고려하여 본 연구는 다음과 같은 목적을 지향한다.

우선, 이론적 관점에서 형법의 일반이론 발견을 목적으로 한다. 즉, 형사법에서 있어서 Global Standard 마련 및 발견이 가능한지 여부를 타진하고, 그에 맞는 시사점 및 결론을 쟁점별로 도출하고자 한다. 다음으로, 입법 혹은 개정, 관련제도 및 실무개혁 등의 현실적 필요로 인하여 도구적 견지에서 실정법규 및 판례, 관련 제도를 비교분석하고자 한다. 뿐만 아니라, 국제형사사법공조 시, 유익한 국제표준 및 절차를 제시하고, 수배 및 수사에 참조할 만한 규범이나 기본방향을 제시하고자 한다. 마지막으로, 이러한 기본적인 연구 성과를 토대로 차후에는 체계적이고 입체적인 해외형사법령정보시스템을 구축하여 운영하고자 한다.

본 연구는 주요 5개 국가, 즉 영국, 미국, 프랑스, 독일, 일본을 중심으로 형법총론과 각론, 형사소송법, 국제 형사사법공조와 관련한 내용을 소개하여 비교분석하고자 한다. 형사법 비교연구의 체계 구축을 목적으로 관련 쟁점별로 그에 해당하는 법령을 번역하여 소개하고, 주요내용을 비교분석하며, 관련 제도와 판례를 소개한다. 이와 같은 형사법 비교연구를 위하여 중점에 두고 있는 것은 다양한 국가 간에 비교가 가능하도록 국가 간에 논의되는 틀과 목차를 통일시키는 것이다. 즉, 연구진 상호간의 논의를 통하여 도출된 공통의 목차를 기초로 내용을 기술하고, 관련 용어와 개념을 통일시키고 정리한다. 그리고 이를 기초로 수행된 연구 성과를 데이터베이스화하여

2 Global Standard 마련을 위한 쟁점별 주요국 형사법령 비교연구(V)

큰 체계적 틀 안에서 일목요연하게 제시할 예정이다.

특히, 올해에는 구축된 비교형사법 데이터베이스(Comparative Criminal Law Database. CCLDB, www.kicj.re.kr/ccldb)의 내용을 업데이트하고, 검색엔진의 기능을 개선하여 데이터베이스의 이용 편의성이 증대되도록 하였다. 그리고 새로이 5개 국가의 형사소송법 중 증거, 재판 부분을 소개하고 비교분석하였다. 이를 위해 우선 국가 간에 상이한 형사소송의 절차를 어느 정도 통일시키면서 큰 틀을 잡고, 특정 국가의 상이한 부분은 상이한 부분대로 기술하였다. 다음으로, 각 국가의 주요용어를 정리하면서 이를 일관성 있게 우리말로 번역하여 정리하고자 하였다. 각 용어와 개념은 앞으로의 논의와 연구를 통해 언제든지 수정되고 보완될 수 있다. 마지막으로 각 5개 국가의 증거, 재판 절차의 내용이 우리에게 시사하는 바를 개괄적으로 비교분석하여 결론을 도출하였다.

제 1 장

Global Standard 마련을 위한 쟁점별 주요국 형사법령 비교연구(V)

서 론

최 민 영

제1절 | 연구의 목적과 방법

1. 연구의 목적

형법, 형사소송법, 행형법 등 주요 외국의 형사법 연구는 그동안 법령의 단순번역에 치중하거나 그때그때 사회적 이슈가 되는 주제별로 다소 협소한 범주에서 입법례가 제시되었다. 하지만, 입법 및 개정, 관련 실무 및 제도의 형성 및 개혁을 위해서는 포괄적이고 체계적 범주에서 쟁점별로 다양한 외국의 법률과 이론, 판례를 소개하고 비교분석하여 우리 형사법 체계에 적절하게 통합될 수 있는 방안을 모색해야 한다. 이 같은 연구의 필요성을 고려하여 본 연구는 다음과 같은 목적을 지향한다.¹⁾

가. 이론적 관점

우선, 이론적 관점에서 형법의 일반이론 발견을 목적으로 한다. 즉, 형사법에서 있어서 Global Standard 마련 및 발견이 가능한지 여부를 타진하고, 그에 맞는 시사점 및 결론을 쟁점별로 도출하고자 한다.

1) 아래 연구목적은 2019년 보고서에서도 동일하게 제시되었다. 이에 대해서는 최민영/김재현/허황/강효원/김택수/박용철/손병현/이동희/이성기, Global Standard 마련을 위한 쟁점별 주요국 형사법령 비교연구(I), 한국형사정책연구원, 2019, 19면 이하.

나. 실천적 관점

입법 혹은 개정, 관련제도 및 실무개혁 등의 현실적 필요로 인하여 도구적 견지에서 실정법규 및 판례, 관련 제도를 비교분석하고자 한다. 뿐만 아니라, 국제형사사법공조시, 유익한 국제표준 및 절차를 제시하고, 수배 및 수사에 참조할 만한 규범이나 기본 방향을 제시하고자 한다.

다. 비교형사법데이터베이스(Comparative Criminal Law Database, CCLDB) 시스템 구축

이러한 기본적인 연구 성과를 토대로 체계적이고 입체적인 비교형사법데이터베이스 시스템을 구축하여 운영하고자 한다.

2. 연구의 방법

본 연구는 주요 5개 국가, 즉 영국, 미국, 프랑스, 독일, 일본을 중심으로 형법총론과 각론, 형사소송법, 국제 형사사법공조와 관련한 내용을 소개하여 비교분석하고자 한다. 형사법 비교연구의 체계 구축을 목적으로 관련 쟁점별로 그에 해당하는 법령을 번역하여 소개하고, 주요내용을 비교분석하며, 관련 제도와 판례를 소개한다. 이와 같은 형사법 비교연구를 위하여 중점에 두고 있는 것은 다양한 국가 간에 비교가 가능하도록 국가 간에 논의되는 틀과 목차를 통일시키는 것이다. 즉, 연구진 상호간의 논의를 통하여 도출된 공통의 목차를 기초로 내용을 기술하고, 관련 용어와 개념을 통일시키고 정리한다. 그리고 이를 기초로 수행된 연구 성과를 데이터베이스화하여 큰 체계적 틀 안에서 일목요연하게 제시한다. 전체 연구의 대략적 내용은 다음과 같다.

▶▶▶ **【표 1-1】** 연차별 연구내용 및 데이터베이스 구축 및 운영 계획

구 분	내 용
1/5년차 (2019년)	- 형법개관, 형법의 연원, 적용범위, 기본원칙 - 범죄성립요건 비교분석
2/5년차 (2020년)	- 기수 전 범죄, 공범, 죄수 및 형벌 - 형법각론 : 살인, 상해폭행, 절도사기, 성폭력 범죄 비교분석
3/5년차 (2021년)	- 형법각론 : 문서위조죄, 뇌물죄, 위증죄 비교분석 - 데이터베이스 구축 시작
4/5년차 (2022년)	- 형사소송법 : 개관, 수사, 공소제기, 공판절차 - 데이터베이스 구축 및 보완
5/5년차 (2023년)	- 형사소송법: 증거법, 재판 - 데이터베이스 보완 및 업데이트

제2절 | 연구의 대상과 수행방법

1. 전년도 연구의 소개

본 연구는 연속과제로, 올해 연구는 5차 년도에 속한다. 1-2차 년도에는 영국, 미국, 프랑스, 독일, 일본의 범죄성립요건과 형사책임의 문제, 기수 전 범죄, 공범을 주로 다루고, 죄수 및 형벌을 간략하게 소개하였다. 2-3차 년도에서는 각 5개국의 형법각칙 내 범죄 중에 가장 대표적이고 보편적인 범죄를 선정하여 살인, 상해 및 폭행, 절도 및 사기, 성폭력 범죄, 문서위조죄, 뇌물죄, 위증죄를 소개하고 비교분석하였다. 그리고 4차 년도에는 지난 3년간의 연구 성과를 체계적으로 제시하여 보여줄 수 있는 데이터베이스를 구축하여 공개하였고, 각 5개국의 형사소송법 중 수사, 공소제기, 공판절차의 내용을 다루고 이를 비교분석하였다.

2. 본 연구의 대상

전년도에는 각 5개 국가의 형사소송법을 개관하고, 수사, 공소제기, 공판절차의 내용을 다루었다. 올해는 이어서 증거와 재판제도를 소개하여 비교분석하였다. 그리고 작년의 연구 성과를 비교형사법데이터베이스에 업로드하여 그 내용을 업데이트하고, 데이터베이스의 검색엔진을 향상시켜 검색기능을 개선하였다.

3. 본 연구의 수행방법

가. 큰 목차의 통일

본 연구는 주요 5개국 형사소송법의 비교분석을 연구의 방법이자 내용으로 하고 있기 때문에 비교분석의 준거 틀로서 각 쟁점별로 5개국의 목차를 통일시키는 작업을 중시하였다. 이 작업이 선행되지 않으면, 개별 국가의 형사소송법을 단순히 소개하는 연구에 그칠 수 있기 때문이다. 이로 인해 때에 따라서는 해당 국가 내에서는 일반적으로 통용되지 않는 목차의 순서가 나오기도 하였다. 하지만, 연구진은 수차례의 회의와

논의를 통하여 상호간에 수용가능한 공통의 목차를 다음과 같이 도출하였다. 참고로, 아래 목차는 각 주제의 집필 전, 집필 중, 그리고 집필 이후에도 수시로 수정되고, 조정되었다.

1) 증거

(1) 영국

» [표 1-2] 영국 증거 목차

1. 개관
2. 증거의 인정기준: 물적 증거와 인적 증거
3. 증거의 배제: 위법수집증거, 전문증거, 공공정책에 따른 배제, 증언거부특권

(2) 미국

» [표 1-3] 미국 증거 목차

1. 개관
2. 증거의 허용기준: 물적 증거와 인적 증거
3. 증거의 배제: 위법수집증거, 전문법칙, 증언거부특권

(3) 프랑스

» [표 1-4] 프랑스 증거 목차

1. 개관
2. 증거의 허용기준: 물적 증거와 인적 증거
3. 증거의 배제: 위법수집증거, 전문증거, 자백
4. 무효절차

(4) 독일

» [표 1-5] 독일 증거 목차

1. 개관
2. 증거허용의 기준: 증거, 증거방법, 증거신청
3. 증거의 배제: 증거금지, 증거와 직접성 원칙, 자유심증주의

(5) 일본

» [표 1-6] 일본 증거 목차

1. 개관
2. 증거의 허용기준: 증거의 의의·분류·요건, 물적 증거와 인적 증거, 증거조사 절차
3. 증거의 배제: 위법수집증거, 전문증거, 자백

2) 재판

(1) 영국

» [표 1-7] 영국 공판 및 재판 목차

1. 개관²⁾
2. 재판의 종류와 형식
3. 공판 전 절차
4. 공판 절차
5. 판결의 확정과 이중위험금지 원칙
6. 상소와 특별절차

2) 영국은 4차 년도에 다루지 못한 공판절차와 함께 재판을 다루기로 한다.

(2) 미국

▶▶ [표 1-8] 미국 재판 목차

1. 개관³⁾
2. 상소와 특별절차
3. 수사·공판·상소절차에서의 보석
4. 보론: 언론보도로 인한 공정한 재판을 받을 권리의 침해

(3) 프랑스

▶▶ [표 1-9] 프랑스 재판 목차

1. 개관
2. 판결의 종류
3. 재판의 확정: 기판력
4. 상소절차
5. 간이 특별절차

(4) 독일

▶▶ [표 1-10] 독일 재판 목차

1. 개관: 재판의 종류
2. 실체재판과 형식재판: 본안판결과 소송판결
3. 판결의 확정
4. 상소와 특별절차
5. 참심재판

3) 미국은 4차 년도에 집필된 공판 부분에서 재판의 종류, 판결의 확정, 상소절차에 대해 개괄적으로 기술한 바 있다. 올해는 이어서 상소와 특별절차를 자세히 다루고, 특별히 보론으로서 언론보도와 재판을 다루기로 한다.

(5) 일본

▶▶ [표 1-11] 일본 재판 목차

1. 개관
2. 제1심의 종국적 재판: 실체재판과 형식재판
3. 재판의 효력(재판의 확정)
4. 상소와 특별절차
5. 재판원제도

나. 용어의 정리

대부분의 주요개념들은 영미법과 대륙법 간에 유사하게 존재하여 때로는 미묘한 차이가 있음에도 불구하고, 동일한 용어로 소개하고자 하였다. 그러나 영미법에 있는 개념이나 대륙법에서 유사한 개념을 찾기 어려울 경우에는 이 용어도 역시 고유의 의미대로 번역하여 정리하였다. 본 보고서에서 번역되어 소개되는 용어들은 잠정적인 성과임을 밝힌다. 각 용어와 개념은 앞으로의 논의와 연구를 통하여 언제든지 수정되고 보완될 수 있다.

다. 결론의 도출

각 5개 국가의 증거와 재판 제도를 국가별, 쟁점별 - 증거법 일반, 증거의 허용기준, 증거의 배제, 상소제도, 재심 - 로 다시 간략하게 개관하고 우리 법과의 유사점과 차이점을 기술하였다. 그리고 쟁점별로 우리에게 시사하는 바가 있다면, 이에 대한 논의를 도출하였다.

라. 비교형사법데이터베이스(이하, CCLDB) 보완 및 업데이트

2022년 5월 19일 시연회를 기점으로 CCLDB가 구축되어 일반에게 공개되었다. 올해는 작년의 연구 성과를 아래와 같이 업로드하고, 검색기능을 향상시켰다.

1) 내용 업데이트

우선, 비교형사법DB 기능을 통하여 형사소송법의 내용을 ‘형사소송의 법원 및 형사절차 개관’, ‘수사’, ‘공소제기’, ‘공판’이라는 큰 목차별로 내용을 찾을 수 있게 구성하였다. 또한 상세검색 기능을 통하여 찾고자 하는 국가를 선별하고, 형법총론 및 각론, 형사소송절차의 범위를 처음부터 지정하여 검색할 수도 있다. 이외에도 통합검색기능을 통하여 찾고자 하는 형사법 관련 용어를 검색하면, 아래와 같이 국가별로 검색어에 해당하는 내용이 나온다.

» [그림 1-1] CCLDB 형사소송법 자료

형법총론 형법각론 **형사소송법**

4차년도

Global Standard 마련을 위한 쟁점별 주요국 형사법령 비교연구 (IV)

5개 국가의 형사소송법 중 수사, 공소의 제기, 공판 부분을 소개하고 비교분석하였습니다. 이를 위해 국가 간에 상이한 형사소송의 절차를 어느 정도 통일시키면서 큰 틀을 잡고, 특정 국가의 상이한 부분은 상이한 부분대로 기술하였습니다.

제1절 형사소송의 법원 및 형사절차 개관 제2절 수사 제3절 공소제기 제4절 공판

14 Global Standard 마련을 위한 쟁점별 주요국 형사법령 비교연구(V)

» [그림 1-2] CCLDB 상세검색 기능

상세 통합검색을 통해
궁금하신 **형사법 정보** 를 확인하세요!

검색도움말 다국어입력

통합검색 어떤 형사법 정보를 찾으시나요? Q 검색 상세검색

최근검색어 #수사권 조정 #공소사실동일성 #공소사실 동일성

전체

영국

미국

프랑스

독일

일본

형법총론 ☒ 전체 ☒ 법원 및 관할 ☒ 죄형법정주의 ☒ 범죄성립요건 ☒ 범죄의 객관적 요소 ☒ 범죄의 주관적 요소 ☒ 형사책임 배제사유
☒ 범인의 형사책임 ☒ 기수 전 범죄 ☒ 공범론 ☒ 죄수 및 형법론

형법각론 ☒ 전체 ☒ 살인죄 ☒ 상해·폭행죄 ☒ 절도·사기죄 ☒ 성폭력범죄 ☒ 문서위조죄 ☒ 뇌물죄 ☒ 위증죄

형사소송법 ☒ 전체 ☒ 형사소송의 법원 및 형사절차 개관 ☒ 수사 ☒ 공소제기 ☒ 공판

발행연도 ~

C 초기화

Q 검색

》 [그림 1-3] CCLDB 통합검색 기능 사용 결과('수사권' 단어 입력)

🔍 검색도움말 🌐 다국어입력

통합검색

수사권

Q 검색

상세검색

📖

수사권에 대한 검색결과 136건

통합검색 (136)	목차 (9)	내용 (126)	주석 (1)	자료실 (0)	게시판 (0)
------------	--------	----------	--------	---------	---------

목차 9

▷ 보기 ≡

	영국	제2절 수사 > 5. 피의자 방어권			
	• 일본	제2절 수사 > 6. 피의자의 방어권 > 나. 변호인조력권			
	• 일본	제2절 수사 > 6. 피의자의 방어권			
	미국	제2절 수사 > 4. 기타 피의자 방어권			
	프랑스	제2절 수사 > 6. 피의자 방어권			
	• 일본	제2절 수사 > 6. 피의자의 방어권 > 가. 묵비권(진술거부권)			
	미국	제2절 수사 > 3. 강제수사 > 가. 기본권(fundamental right) 침해로서의 강제수사			
	프랑스	제2절 수사 > 6. 피의자 방어권 > 가. 변호인의 조력권			
	영국	제2절 수사 > 5. 피의자 방어권 > 나. 진술 거부 또는 묵비권 관련 피의자의 권리			

내용 126

▷ 보기 ≡

독일

독일의 **중심** 절차에서는 검사가 **중심**의 주체로서 **중심** **중심**지휘권, **중심**총괄권을 가지고 있다. **중심**은 법률상 검찰이 가지고 있는 것으로 되어 있으나 사실상의 **중심**는 대부분 경찰이 수행하고 있다. 오 늘날 예전과는 다르게 경찰을 경찰의 **중심**보조관(Hilfsbeamte der Staatsanwaltschaft)이라 부...

■ 제2절 수사 > 6. 소결

독일

피의자는 **중심**단계에서 절차의 주체로서 다음과 같은 중요한 방어권을 가지고 있다. 진술거부권(Das Aussageverweigerungsrecht), 제136조 제1항 제2문에 따라 피의자에게는 피의사실 및 사건에 대하여 진술하지 않을 자유가 있다. 최초의 신문에서 이러한 권리...

■ 제2절 수사 > 5. 피의자의 권리와 의무, 금지된 신문방법 > 가. 권리

독일

... 갖는다. 본 체포권한은 검사와 모든 경찰직무공무원에 있다. 제127조 제2항의 체포권이 인정되기 위해서는 체포영장이나 수용영령을 받기 위해 시간을 지체하면 체포가 불가능하거나 한자의 곤란해지는 긴박한 상황에서 구속영장을 위한 실질적 요건이 충족된 상황이어야 한다. **중심**기관의 임시체포를 위해서는 체포상황에 일정 조건이 요구되는데, 유력한 혐의(dringender Tatverdacht), 체포이유, 비례성원칙과 같은 구속영장을 위한 실질적 요건 혹은 제126조a에 따른 임시수용영령(Einstweilige Unterbringung)을...

■ 제2절 수사 > 3. 강제처분 > 가. 임시체포

2) 검색기능 개선

사용자들의 다양한 개선 의견을 반영하여 기존 검색엔진의 미비점을 보강하고 여러 개의 단어를 동시에 입력한 결과가 반영될 수 있도록 새로운 검색엔진을 도입하였다. 이러한 개선을 통해 비교형사법DB의 이용편의성이 증대될 수 있을 것으로 보인다.

16 Global Standard 마련을 위한 쟁점별 주요국 형사법령 비교연구(V)

▶▶ [그림 1-4] 개선된 검색엔진에 따른 검색 결과(‘정당방위와 긴급피난’ 입력)

통합검색
정당방위와 긴급피난
Q 검색
상세검색

 정당방위와 긴급피난에 대한 검색결과 21건

통합검색 (21)	목차 (0)	내용 (21)	주석 (0)	자료실 (0)	게시판 (0)
-----------	--------	---------	--------	---------	---------

목차 0

더보기 ≡

검색된 결과가 없습니다.

내용 21

[더보기](#) ≡

 Japan

… 조 제4항, 일본정보사소송규칙 제197조. 이 진술기록본 등의 고지는 일본법원 제38조 제1항에 근거한 것이다. 이어 재판장은 피고인과 변호인에게 피고사건에 대해 진술할 기회를 준다(제291조 제4항). 이 때 피고인과 변호인은 공소사실의 인정 여부(죄상인정 여부), **정당방위 긴급요청**, 심신상실 등의 실체에 관한 진술 외에 소소조건의 존재 여부에 대한 주장, 소송절차에 관한 신청 등을 할 수 있다. 또한 이러한 피고인의 사건에 관한 진술은 사실 인정의 증거가 될 수 있다. 피고인이 공소장에 기재된 소인에 대하여 유죄라는 취지를 진술…

제4절 공판 > 3. 공판절차 > 나. 모두절차

프랑스

...라 법정이 무엇인지를 규정하고 있다는 점에서 법원 성립의 전제조건에 불과하다는 비판도 제기된다. 이와 함께 매우 다른 학자들은 위법성 요소(élément injuste)를 성정요소와 혼동하고 있다. 위법성 요소는 우리의 위법성에 해당하는 것으로 법률에 의한 행위, 정당방위, 긴급피난 등의 문제를 다룬다. 이와 관련하여 위법성 요소는 모든 불법 행위의 위법성 여부를 판단하는 데 필요한 요소라는 점에서 위법성 요소의 독자성을 인정할 수 있다는 비판도 제기된다.

제3절 범죄성립요건 > 2. 범죄성립요소 > 가. 범죄체계론의 개관

 Japan

일본 형법 제36조 (정당방위) ① 급박 부당한 침해에 대하여 자기는 타인의 권리를 방위하기 위하여 어쩔 수 없이 한 행위는 벌하지 아니한다. ② 방위의 정도를 초과한 행위는 정당에 의해 그 힘을 감경하거나 면제될 수 있다.판례요지, 판결요지, 파기자판문 피고인에게 무죄 선고 ...

제6절 형사책임 배제사유 > 1. 위법성조각사유 > 나. 정당방위(제36조)

● **인간**

→ 차를 빌려 국가의 것에 불과하기란 구조를 가리키면, 그 국적이 불가늠하거나 현재적 곤란한 경우에 자력으로 그 회복을 도모하는 정의를 말한다. 자정권이 문제가 되는 것은 권리가 이미 침해된 후이고, 그 상태가 존속하고 있다는 것에 불과하므로 급박성이란 현재성이 없기 때문에 **불가늠하거나 곤란성**은 예초에 성립할 수 있다는 점이다. 법치국가에 있어서는 권리의 구제는 부당결핵의 이해와 하므로 자정권위는 원칙적으로 현행의 법질서와 병립하기 어렵지만, 이는 전연적으로 부정할 것은 아니라라. 특히 국가는 자정권을 도외치 않았으면 후일의 국가가 사정할

제6절 형사책임 배제사유 > 1. 위법성조각사유 > 라. 그 밖의 정당행위

4. 향후 연구의 전망

가. 지속적 연구

비교형사법DB 연구가 지속된다면, 차후년도에는 각 대상국가의 주요 분야별 - 조세, 경제, 의료, 노동, 환경 형사법 등 - 로 특별법범을 비교 연구하고자 한다. 특별히, 주요 외국의 특별법뿐만 아니라 우리의 특별법도 함께 비교 분석하여 국내 입법의 기초 자료로 제공할 수 있도록 할 예정이다.

나. 데이터베이스 업데이트 및 고도화

차후년도에는 올해 수행한 연구 성과인 증거와 재판제도의 내용을 데이터베이스화할 예정이다. 그리고 가능하다면, 이미 업로드되어 있거나 관련되어 있는 법률의 제·개정 사항과 주요 판례변경 사항을 알림기능을 통하여 제공받을 수 있도록 데이터베이스 고도화 작업을 수행할 예정이다. 기본적으로 법률의 개정이나 판례 변경에 대한 알림 기능은 검색·분석 및 시각화 절차를 통해 사용자에게 안내 가능한 AI 기반 디지털 시스템으로 구현될 수 있을 것으로 판단한다.

다. 내용 수정 및 보완

본 연구 사업이 지향하고 있는 비교형사법 연구는 분량이 방대하고 긴 시간을 요하나, 실제로 연구가 수행될 수 있는 기간은 상당히 짧은 편이다. 이로 인해 지금까지 수행된 연구 성과들은 앞으로의 논의와 보완을 통하여 지속적으로 수정될 예정이고, 관련 법률의 제·개정 및 주요판례의 변경을 반영한 보완 작업도 정기적으로 수행될 것이다.

제 2 장

Global Standard 마련을 위한 쟁점별 주요국 형사법령 비교연구(V)

증 거

강우예·강효원·김택수·이동희·이성기·정배근

제1절 영국

1. 개관

가. 주요 개념

- 1) 요증사실
- 2) 공식적 인정(Formal Admission)
- 3) 입증가치/중요도(weight/probative value)

나. 증거능력 및 관련성

다. 재판상 증명이 불필요한 사실로서 '주지의 사실(Judicial Notice)'

- 1) 커먼로에서의 조화없는 불요증사실 채택 - 널리 알려진 상식
- 2) 법령에 따른 조화없는 불요증사실 채택
- 3) 조화 이후의 불요증사실 채택
- 4) 법관 또는 배심원의 개인적 지식

- (1) 법관
- (2) 치안판사
- (3) 배심원

라. 입증책임 및 입증기준

- 1) 증거능력에 영향을 미치는 사실관계에 대한 입증책임(Burden of Proof)
- 2) 증거능력에 영향을 미치는 사실관계에 대한 입증기준(Standard of Proof)

마. 추정(presumption) 및 추론(inference)

2. 증거의 인정 기준

가. 물적증거

- 1) 문서(Documentary evidence)

(1) 정의 및 적용범위

- (2) 최우량 증거법칙(The Best Evidence Rule)
- (3) 기억을 환기하기 위한 문서 참조
- (4) 적법한 집행(due execution)의 입증

2) 물리적 증거(real evidence)의 일반 증거능력 요건

3) 특수한 물리적 증거

- (1) 사진, 동영상, 녹음증거 등의 증거능력 요건
- (2) DNA, 및 지문 증거 등

나. 인적증거

1) 증인

- (1) 개관
- (2) 의견증거(전문가증언)
- (3) 적대적 증인 탄핵

2) 성격증거

- (1) 개관
- (2) 형사재판에서의 선량한 성격 (good character) 증거
- (3) 형사재판에서의 피고인의 나쁜 성격 증거
- (4) 배심원을 위한 피고인의 성격 관련 지침 (Direction to the Jury)
- (5) 성범죄 피해자 보호 특례

3. 증거의 배제

가. 위법수집증거

1) 일반법칙

- (1) 위법한 수단에 의한 자백
- (2) 증언거부특권의 대상이 되는 문서

2) 커먼로상 재량에 의한 배제 3) 성문법 규정에 의한 배제 (1) 1984년 경찰 및 형사사법법(PACE 1984) (2) 통신감청 (3) 기타 법령에 의한 배제 나. 전문증거(Hearsay Rule) 1) 원칙 2) 예외 (1) 증인의 확보 불가능(unavailability)에 따른 허용 (2) 사법정의상 이익을 위해 허용되는 전문 진술 (3) 커먼로 원칙의 적용 여부 문제 (4) 공범의 자백과 전문 진술 증거 (5) 과거의 일관성 없는 진술 (6) 과거의 일관성 있는 진술 (7) 과거의 식별 및 묘사 진술 다. 공공 정책에 따른 배제 라. 증언거부특권 1) 개관 2) 자기부죄거부특권 3) 변호인-의뢰인간 기밀유지특권 4. 소결 제2절 미국 1. 개관 가. 미국 증거법의 특징 나. 연방증거규칙의 내용-적용범위 다. 증거법 일반원칙 1) 자유심증주의(Free Proof) 2) 증거조사 관련 일반 규정 (1) 재판장(judge)과 배심의 역할 (2) 증거능력 인정을 위한 사전 질문 (preliminary questions) (3) 특정인 또는 특정 목적을 위해 제출되는 증거의 제한	(4) 일부 또는 관련된 문서 또는 녹음진술 3) 입증책임(burden of proof) (1) 입증기준(standards of proof) (2) 거증책임 (3) 증거의 종류 4) 증거능력과 증명력 (1) 관련성(relevancy) (2) 제403조의 배제사유 5) 최우량증거원칙(Best Evidence Rule) (1) 개념 및 적용범위 (2) 사본(duplicate)의 증거능력 (3) 원본증거의 내용에 관한 2차 증거의 증거 능력 (4) 공문서·기록의 사본 (5) 요약증거(summaries) 6) 사법적 주지 사실(Judicial Notice) 7) 추정(presumption) 2. 증거의 허용기준 가. 물적증거 1) 문서·저장기록·사진증거 (documentary evidence) (1) 정의 및 적용범위 (2) 진정성립(authentication) (3) 물적 증거의 증거능력 인정절차 2) 물리적 증거(real evidence)의 일반 증거 능력 요건 (1) 증거능력 요건 (2) 보관의 연계성(chain of custody) 3) 특수한 물리적 증거(real evidence)의 증거 능력 요건 (1) 사진, 동영상의 증거능력 요건 (2) 녹음증거·문자메시지의 증거능력 요건 나. 인적증거 1) 증인 일반 (1) 개요 (2) 내용 2) 전문가 증언
--	--

(1) 개요 (2) 내용 (3) 전문가 증인에 대한 신문 3. 성격증거 (1) 개요 (2) 종류 (3) 내용 (4) 성격증거의 형태와 입증방법 3. 증거의 배제 가. 위법수집증거배제의 원칙 (exclusionary rule) 1) 원칙 2) 예외 (1) 선의 예외 (good-faith exception) (2) 탄핵증거 (3) 공동피고인 나. 전문법칙 1) 개요 2) 원칙 3) 예외 (1) 과거 법정 밖의 진술 (2) 반대당사자의 진술(statements of party opponent) (3) 기타 전문법칙의 예외 다. 증언거부특권 1) 개요 2) 증언거부특권의 종류와 내용 (1) 자기부죄거부특권(the privilege against self-incrimination) (2) 가족간비밀보호특권 (intrafamilial privileges) (3) 변호인-의뢰인비밀유지특권 (attorney-client privilege) (4) 의사-환자비밀유지특권(the privilege for confidential information secured in the course of the physician-patient relationship)	(5) 공무상비밀유지특권(state secrets privilege, executive privilege) (6) 성직자-신도비밀유지특권 (clergy-penitent privilege) (7) 회계사-고객비밀유지특권 (accountant-client privilege) (8) 정보원비밀유지특권(informant privilege) (9) 언론 기자 특권(news reporters privilege) 4. 비교 및 시사점 제3절 프랑스 1. 개관 가. 증거법의 주요원칙과 개념 1) 증거자유 원칙(le Principe de la liberté de la preuve) (1) 원칙 (2) 증거자유 원칙의 한계 2) 거증책임(증거부담)(la charge de la preuve) (1) 원칙 (2) 거증책임의 분배 (3) 거증책임의 전환 3) 자유심증주의 (1) 원칙 (2) 예외 (3) 조서의 증명력에 관한 특례 나. 증거조사의 절차적 원칙(증명의 법리) 1) 증거조사 절차 개관 2) 대심주의 3) 구두주의(la oralité) 2. 증거의 허용기준 가. 물적 증거 1) 디지털증거(la preuve numérique) 2) 조서(les procès-verbaux) (1) 조서의 증거능력 (2) 조서의 형식적 요건
---	--

(3) 영상녹화물(l'enregistrement audiovisuel) 의 증거가치 3) 유전자지문(l'empreinte génétique) 나. 인적 증거 1) 감정인 진술청취(audition) 2) 증언 3. 증거의 배제 가. 위법수집증거 1) 개관 2) 함정수사 3) 사인이 위법하게 수집한 증거 4) 수사기관이 관련된 사인의 위법한 증거수집 행위의 특수문제 나. 전문증거 다. 자백(aveux) 1) 자백배제의 법칙 2) 자백보강의 법칙 4. 무효절차(la nullité) 가. 무효절차의 이론적 체계 1) 무효의 개념과 법적 근거 2) 무효사유의 유형 (1) 법정무효와 실질무효 (2) 공적질서무효와 사적질서무효 나. 무효절차의 절차적 체계 1) 무효절차의 방식 (1) 청구에 의한 방식 (2) 직권에 의한 방식 2) 무효청구의 기간 및 제한 3) 고등법원 예심부에서의 절차 4) 무효의 대상 및 효과 (1) 무효의 대상과 범위 (2) 후속조치와 불복수단 5. 소결 가. 증거자유원칙과 대심주의 나. 자유심증주의와 예외	다. 위법수집증거의 배제와 예외 제4절 독일 1. 개관 2. 증거허용의 기준 가. 증거 1) 의의 2) 증거의 종류 나. 증거 방법 1) 증명절차의 구분 2) 개별 증거방법 (1) 증인 (2) 감정인 (3) 문서 (4) 검증 (5) 피고인 진술 다. 증거신청 1) 의의 2) 증거신청의 개념 (1) 증거신청(Beweisantrag) (2) 직권조사신청(Beweisermittlungsantrag) (3) 증명촉구(Beweisanregung) 3) 증거신청의 내용 (1) 신청(Antrag) (2) 증명사실 (3) 증거방법 (4) 연결성(Konnexität) 4) 증거신청 기각 (1) 증거신청 기각의 구조 (2) 필요적 기각 사유: 제244조 제3항 제2문, 제245조 제1항 제1문 및 제2항 제2문 (3) 임의적 기각 사유 (4) 기타 기각사유 5) 증거신청 기각 결정 3. 증거의 배제
--	---

가. 증거금지(Beweisverbot)

1) 증거수집금지와 증거사용금지의 개관

2) 증거수집금지

(1) 주제금지: 허용되지 않는 증거 내용

(Beweisthemenvorboten;
Unzulässige Beweisinhalt)

(2) 방법금지: 금지된 증거방법

(Beweismittelverbote)

(3) 수단금지: 금지된 증거수집 수단

(Beweismethodenverbote)

3) 증거사용금지

(Beweisverwertungsverbote)

(1) 법률상 규정되어 있는 증거사용금지

(2) 일반적으로 인정되는 증거사용금지(법률에 규정되지 아니한 증거사용금지)

4) 개별적 증거사용금지의 사례

(1) 제136조a의 금지된 신문방법: 고문 등에 의한 증거 수집

(2) 사적 영역 형성의 핵심영역에 대한 증거수집(§ 100 d Abs.2 (Kernbereich))

(3) 사인에 의한 증거수집 (Ausforschung durch Privatpersonen)

(4) 위장수사의 피의자: 소위 청취사례

(Hörfälle: 위장감방동료사건)

5) 증거금지의 효과

(1) 증거금지의 원거리 효과 (Fernwirkung)

(2) 고지의무 위반의 확장효 (Fortwirkung)

나. 증거와 직접성의 원칙(제250조 이하)

1) 인증 우위(Vorrang des

Personalbeweises)의 예외

(1) 법관조서 및 그 이외의 조서의

낭독(Nicht-richterliche und
richterliche Protokolle)

(2) 법관조서(Richterliche Protokolle)의 낭독

(3) 기억을 돕기 위한 조서의 낭독(제253조)

(4) 자백의 증거를 수집하고 진술의 불일치를 해소하기 위한 피고인 진술의 낭독(제254조)

(5) 증인신문에 대한 화상 및 음성의 녹화의 재생(제255조a)

(6) 행정기관과 의사의 진술 낭독 (제256조)

2) 증언거부의 경우 낭독의 금지

3) 비밀수사관(Verdeckte Ermittler)

다. 자유심증주의

1) 자유심증주의의 의의(제261조)

2) 자유심증주의의 원칙

3) 자유심증주의의 한계

(1) 논리(Logik)의 한계(논리법칙)

(2) 일반적이고 과학적인

경험칙(Erfahrungssätze)에 대한
고려(경험법칙)

(3) 증거에 대한 충분한 평가(erschöpfende Beweiswürdigung)

(4) 법문의 증거규칙

(5) 증거사용금지원칙 준수

4) 확실성의 정도 – in dubio pro reo

5) 피고인의 침묵

(1) 피고인의 묵비권

(2) 부분적인 침묵

4. 소결

제5절 일본

1. 증거법 개관

가. 기본원칙

1) 사실인정과 증거

2) 증거재판주의

(1) 의의

(2) 증거능력과 증명력

(3) 증명의 종류

(4) 증명의 정도 (심증)

3) 자유심증주의

(1) 개념

(2) 적용범위

(3) 재판원과 자유심증주의

4) 거증책임 (1) 실질적 거증책임 (2) 형식적 거증책임 나. 한 일의 증거법 조문체계의 비교 1) 일본의 증거법 조문체계 2) 한 일의 비교 2. 증거의 허용기준 가. 증거의 의의와 분류 1) 의의 2) 증거의 분류방법 (1) 직접증거와 간접증거 (2) 본증과 반증 (3) 실질증거과 보조증거 (4) 인적증거와 물적증거 (5) 인증, 물증, 서증 (6) 진술증거와 비진술증거 나. 증거의 요건 1) 증거능력 2) 관련성 (1) 자연적 관련성 (2) 법률적 관련성 다. 물적증거의 허용기준 1) 증거물 2) 과학적 증거 라. 인적증거의 허용기준 1) 증인 (1) 개념 및 증인적격 (2) 증인의 의무 및 권리 (3) 증인신문의 방식 (4) 공판기일 외의 증인신문 2) 감정인 (1) 개념 (2) 절차 마. 증거조사의 절차 1) 증거조사의 청구 2) 증거조사의 결정 3) 증거조사의 실시	3. 증거의 배제 가. 위법수집증거 1) 위법수집증거배제법칙의 의의와 근거 (1) 의의 (2) 근거 2) 적용범위 (1) 증거배제의 기준 (2) 구체적 적용에 있어서의 증거배제 여부 나. 전문증거 1) 전문법칙 (1) 의의 및 근거 (2) 전문법칙의 부적용 (3) 간이공판절차의 특례로서 전문법칙의 부적용 2) 전문법칙의 예외 : 전문증거의 허용범위 (1) 진술녹취서 (2) 진술서 (3) 그 밖의 서면 (4) 전문진술(증언) 3) 관련 문제 (1) 당사자의 동의와 합의서면 (2) 탄핵증거 : 증명력을 다투는 증거 다. 자백 : 자백의 증거능력 및 증명력 제한 1) 자백의 의의 및 증거법상의 규제 (1) 자백의 의의 (2) 증거법상의 규제 2) 자백배제법칙 (1) 의의 (2) 자백법칙의 근거 (3) 적용범위 (4) 자백의 임의성의 판단 3) 자백보강법칙 (1) 의의 (2) 보강증거의 자격 (3) 적용범위 4. 소결
--	--

제1절 | 영국

1. 개관

증거란 법원과 배심원단이 범행이 발생했는지 여부를 결정할 수 있도록 주어진 정보이며, 법원 또는 배심원이 판단해야 할 사실관계에 관한 진실 또는 진실의 개연성을 입증하는 경향이 있다.⁴⁾ 따라서 증거는 일반적 용어로 하면, 쟁점상 판단되어야 할 사실적 명제에 대한 사실심리자의 믿음을 변화시킬 가능성이 있는 모든 자료라고 정의될 수 있으며, 좀 더 공식적인 용어로는 다음과 같이 정의될 수 있을 것이다. (1) 증거가 참이고, (2) 증거가 가설을 필요로 하지 않으며, (3) 증거에 대한 가설의 개연성이 상당하고, (4) 가설과 증거 사이의 설명적 연결 가능성이 상당할 경우에 한해서만 증거는 가설에 대한 잠재적 증거가 될 수 있다. 이 정의는 가설을 입증하는데 있어서 증거의 논리적 역할을 분명히 하고 있다.⁵⁾ 일부 증거법칙은 더 오래전부터 존재해 왔지만, 영국에서 커먼로상 증거법칙은 18세기에 본격적으로 형성되기 시작되었다. 영국에서 촘촘한 증거 규칙이 발전하게 된 것은 특정한 역사적 상황과도 연관이 있는데, 이 중에서도 가장 큰 영향을 미친 것은 민간인들로 구성되는 배심재판의 확산, 증거 조작과 위증에 대한 공포, 18-19세기의 가혹한 형사사법의 영향이라고 할 수 있다.⁶⁾

18세기 당시 증거법상 유일한 일반 원칙으로 여겨지던 것은, 사건의 성격이 허용하는 가장 최선의 증거를 제출해야 한다는 최우량 증거법칙(The Best Evidence Rule)이었다.⁷⁾ 나중에 다시 살펴 보겠지만 오늘날 최우량 증거법칙은 서면, 기록, 사진 등의 증거와 관련하여 원본이 멸실되거나 취득불가한 상황이 아닌 한, 원본을 증거로 제출

4) Home Office, Immigration Enforcement, Evidence in criminal investigations, Ver. 5.0, Home Office, 2020, 5면.

5) Richard Glover/Peter Murphy, Murphy on Evidence, 13th ed. Oxford University Press, 2013, 2면.

6) Richard Glover/Peter Murphy, Murphy on Evidence, 13th ed. Oxford University Press, 2013, 5-7면.

7) Richard Glover/Peter Murphy, Murphy on Evidence, 13th ed. Oxford University Press, 2013, 5면.

하여야 한다는 의미로 사용되고 있다. 그 이후 최우량 증거법칙은 관련성 개념으로 대체되었지만, 여러 비판에도 불구하고 여전히 사법적 추론 체계의 기초로 남아 있다. 관련성 개념은 19세기에 개발된 것으로, 어떤 증거가 입증을 요하는 어떤 사안에 대하여 논리적으로 입증하거나 반증이 되는 경우 그 증거는 당해 사건과 관련성이 있다고 본다.⁸⁾ 즉, 증거가 필요한 사안의 개연성을 어느 정도 높여주는 증거이기만 하면 관련성 있는 증거가 되기에 충분하다.

가. 주요 개념

1) 요증사실

요증사실(the facts in issue)은 쟁점상 증명을 요하는 사실로 검사가 입증책임을 부담하는 사실관계와, 예외적인 경우지만 (항변을 주장하기 위하여) 피고인이 입증책임을 지는 사실관계로 이루어진다.⁹⁾ ‘무죄 변론 (plea of not guilty) 이 있을 때마다 모든 사실관계들이 쟁점이 되며, 검사는 피고인, 행위의 속성, 그리고 범죄 성립에 요구되는 의도 또는 악의의 존재를 포함한 사건 전체를 입증해야 한다.’¹⁰⁾ 따라서 특정 사건에서 요증사실의 속성은 기소된 범죄의 법적 요소 및 제기된 항변에 달려 있다. 요증사실의 입증과 관련하여, 법은 이원적 시스템으로 운영되고 있다. 만약 요구되는 입증기준이 충족되면, 사실은 일어났던 것으로 취급된다. 만약 입증기준을 충족하지 못한다면, 일어나지 않은 것이 되며, 일어났을지도 모른다고 볼 여지는 없다.¹¹⁾

2) 공식적 인정(Formal Admission)

1967년 형사사법법 제10조에 따라 공식적으로 인정된 사실은 더 이상 쟁점이 아니게 된다. 즉, 동 조항에 따라 공식적으로 받아들여진 사실은 입증된 것으로 간주되어야

8) DPP v Killbourne [1973] AC 729.

9) David Ormerod/David Perry ((eds)), Blackstone's Criminal Practice 2023, Oxford University Press, 2023, 2883면.

10) R v Sims [1946] KB 531, 139.

11) 사실관계에서의 입증기준에 관한 대표 판례, Re B (children) (sexual abuse: standard of proof) [2008] UKHL 35; [2009] 1 AC 11).

하며, 이에 모순되는 증거가 제출될 수 없다.¹²⁾ 동법 제10조 제(1)항에서는 공식적인 인정이 '형사 절차에서 구두 증거로 제시될 수 있는 모든 사실'에 대해 이루어질 수 있다고 규정하고 있으며, 이는 곧 본 조항이 증거능력이 인정되지 않는 전해 들은 말과 같이 배제 대상에 해당하는 것을 인정하는 데에는 적용될 수 없다는 점을 분명히 밝히고 있다.¹³⁾

통상적으로 서면 인정서는 배심원단에게 제출되어야 하며, 최소한 배심원단 앞에 제출될 쟁점과 관련이 있고, 배심원단에 제출해서는 안 되는 내용이 포함되어서는 안 된다.¹⁴⁾ 법정에서 공식 인정은 변호인 측에 의해 구두로 이루어지게 된다.¹⁵⁾ 1967년 형사사법법 제10조에 따라 공식적으로 인정한 방식이 무엇이든, 인정한 사실관계의 내용은 속기록에 명확하게 기록되어야 한다. 공식적으로 인정된 사실관계의 내용을 배심원단이 명확히 알 수 있어야 한다는 것은 중요하기 때문이다.¹⁶⁾

3) 입증가치/중요도(weight/probative value)

증거의 중요도(가중치: weight)는 요증사실을 입증하는 가치 또는 설득력을 뜻한다. 증거의 가치를 가늠하는 판단은 제출된 다른 증거들에 의해 보강되거나 대조되는 정도, 증인의 신빙성, 모든 정황 등 다양한 요소들에 달려있는 상식과 경험으로 판단하는 정도(degree)의 문제다. 관련 증거의 가중치는 다음에서 살펴볼 증거물의 증거능력과 구별되는 것으로, 증거의 중요도는 사실의 문제이고, 증거능력 즉, 증거의 인정 여부는 법률의 문제이다. 따라서 배심재판에서 법관은 증거 항목의 관련성 유무와 증거능력 인정여부를 결정하고, 증거능력이 인정되어 증거로 채택되면 배심원이 해당 증거에 어떤 가중치를 부여할 것인지(가중치가 있는 경우) 중요도를 판단한다. 그러나 증거의 가중치가 전적으로 사실심리자의 소관인 것만은 아니다. 여러가지 목적에 비

12) R v Drummond [2020] EWCA Crim 267.

13) Criminal Justice Act 1967, 제10조 제(1)항 "이 조항의 규정에 따라 형사 절차에서 구두 증거로 제시될 수 있는 모든 사실은 검사 또는 피고인에 의해 인정될 수 있으며, 이 조항에 따라 당사자가 인정한 사실은 해당 소송 절차에서 당사자에게 불리한 사실을 증명하는 결정적인 증거가 된다".

14) R v Pittard [2006] EWCA Crim 2028.

15) Criminal Justice Act 1967, 제10조 제(2)항, (b)와 (d).

16) David Ormerod/David Perry(eds)), Blackstone's Criminal Practice 2023, Oxford University Press, 2023, 2884면.

추어 판사가 증거의 관련성 유무를 판단하는 것은 어느 정도 판사의 증거의 중요도 평가에 따라 달라질 수 있으며, 특정 증거의 증거능력에 대한 전제 조건으로 입증되어야 하는 예비적 사실을 입증하기 위해 제출된 증거를 검토할 때에도 증거의 중요도를 고려해야 한다. 또한 당사자가 해당 쟁점을 뒷받침하는 '불충분한 증거'를 제출한 경우 판사는 배심원이 고려할 사실 판단에서 해당 쟁점을 철회해야 한다. 판사는 특정 증거를 배제시킬 수 있는 재량권을 가지며, 이러한 재량권 행사를 위해 특히 해당 증거의 중요도를 고려할 수 있다. 판사는 배심원의 사실심리자로서의 기능을 침해하지 않는 한, 증거능력이 인정된 증거의 일관성에 대해 사건요지(summing up)¹⁷⁾에서 언급할 수 있다.¹⁸⁾

나. 증거능력 및 관련성

증거법의 가장 기본적인 원칙은 증거배제법칙 하에서 요증사실과 충분히 관련 있는 모든 증거는 증거능력이 인정되어야 하며, 요증사실과 무관하거나 충분히 관련되어 있지 않은 증거는 배제되어야 한다는 것이다. Stephen's Digest of the Law of Evidence (12th edn, 1936) Article 1에 나와 있는 관련성에 대한 고전적인 개념 정의에 따르면 관련성은 '법이 적용되는 두 가지 사실이 서로 밀접하게 관련되어 있어 일반적인 사건의 경과에 따라 자체적으로 또는 다른 사실과 연결하여, 과거, 현재 또는 미래에 다른 사실이 존재 또는 부존재함을 증명하거나 증명할 가능성을 부여하는 것'을 뜻한다.¹⁹⁾ 관련성에 또 다른 개념 정의로는 '두 가지 사실관계가 서로 매우 연관되어 있어 통상의 사건 진행 과정에 따르면 하나의 사실이 독자적으로 또는 다른 사실과 함께, 다른 사실이 과거, 현재, 또는 미래에 존재했거나 존재하지 않았음을 증명하거나 존재/부존재 가능성을 제시하는 것'이라는 정의도 있다.²⁰⁾ 따라서 관련성 있는 증거란 법원이나 배심원이 쟁점이 되는 사실을 판단하는 데 도움이 되는 증거로

17) 배심원의 평결을 위해 판사가 사건의 주요 사실관계 및 적용법규를 요약하여 배심원에게 전달하는 지침.

18) Adrian Keane/Paul McKeown, *The Modern Law of Evidence*, 14th ed. Oxford University Press, 2022, 34-35면.

19) David Ormerod/David Perry(eds), *Blackstone's Criminal Practice 2023*, Oxford University Press, 2023, 2888면.

20) R v Dolan [2003] 1 Cr App R 18; R v Stevens [1995] Crim LR 649.

서 증거적 가치가 있는 증거를 의미한다. 즉, 증거를 요하는 사안에 대해 어떤 증거가 논리적 의미에서 어느 정도 요증사실을 입증하거나 반증하는 데 기여할 수 있다면, 해당 증거는 관련성이 있는 것이고, 그렇지 않다면 관련성이 없다고 할 수 있다.²¹⁾

관련성은 법적 개념이라기보다는 논리적 개념이며, 증거와 해당 증거가 지향하는 증거와 쟁점이 되는 사실 사이의 관계를 설명하는 것이므로, 통상 상식이나 경험으로 결정되어야 하는 정도(degree)의 문제가 된다.²²⁾ 관련성이 있든 없든, 만약 관련성이 있다면, 다른 정도의 증명력을 지니고 있다고 하는 것이 더 정확할 것이다.²³⁾ 주요 증거가 아니더라도 일단 증거로 인정되려면 관련성이 있어야 한다는 것은 증거법의 기본 원칙이지만, 증거 채택에 영향을 미치는 증거규칙들에 따라 많은 관련 증거들이 배제될 수 있으므로 그 반대는 성립하지 않는다.²⁴⁾ 가장 흔하게 반복되는 증거의 관련성 사례는 성범죄 사건에 있어서 피해자의 SNS 계정에 관한 증거의 관련성이다. 예컨대 친구에게 보낸 페이스북 메시지 내용이나 그들이 삭제했는지, 삭제했다면 언제, 왜 그랬는지 등의 증거가 사건과 관련성이 있는지 여부는 사건의 정확한 정황에 따라 달라질 것이며, 만약 피해자와 피의자가 서로 아는 사이였거나 사귀는 사이였다면 관련성이 있는 것으로 여겨지게 될 가능성이 더 높다.²⁵⁾

다. 재판상 증명이 불필요한 사실로서 ‘주지의 사실(Judicial Notice)’

일반적으로 주지의 사실(Judicial Notice: 불요증 사실)의 원칙은 사실심에서 이를 입증할 수 있는 증거가 제시되었는지 여부를 불문하고, 일정한 사실관계를 이미 확립된 것으로 취급해 주는 것이다.²⁶⁾ 과거에는 형사재판의 경우 민사사건과는 달리 이러한 불요증 사실 채택을 인정하지 않았으나, 1967년 형사사법법 제10조가 제정되면서 법원의 재량으로 배척되지 않는 한, 본 조항의 요건을 충족하는 사실은 증명 없이도

21) DPP v Killbourne [1973] AC 729.

22) R v Randall [2003] UKHL 69.

23) David Ormerod/David Perry(eds)), Blackstone's Criminal Practice 2023, Oxford University Press, 2023, 2892면.

24) Richard Glover/Peter Murphy, Murphy on Evidence, 13th ed. Oxford University Press, 2013, 26면.

25) R v McPartland [2019] EWCA Crim 1782; [2020] 1 Cr App R (S) 51 (383).

26) Michael McConville, "The doctrine of judicial notice and its relationship to evidence", The Liverpool Law Review Vol. 1, 1979, 62-63면.

확정된 사실, 즉 불요증사실로 인정될 수 있게 되었다.²⁷⁾

이러한 주지의 사실은 당사자의 양보가 아니라 당사자 일방의 요청에 따라, 그리고 때에 따라서는 상대방의 이의 제기에 따라 사법적으로 고지된 사실이 사실로 인정된다는 점에서 이후에 살펴보게 될 자백이나 공식적/비공식적 사실 인정과는 구별되는 것이다.²⁸⁾ 주지의 사실은 대략 3가지 다른 형태를 띠는데, 첫 두 가지 형태는, 조회 없는 불요증 사실 채택과 조회 이후의 불요증 사실 채택이라고 불리는 것으로, 판사가 일반적으로 알고 있는 사실 또는 판사가 참고하는 것이 적절하다고 판단되는 출처로부터 스스로 정보를 얻기 위해 문의한 후 판사가 받아들인 사실이 이에 해당한다.²⁹⁾ 또한 불요증 사실 채택은 배심원이나 치안판사가 요증사실이나 이와 관련성 있는 사실에 대한 그들의 개인적 지식으로 받아들일 때에도 사용되며, 경우에 따라 각각 다른 접근법의 분석이 필요하다.³⁰⁾

1) 커먼로에서의 조회없는 불요증사실 채택 - 널리 알려진 상식

만약 특정 사실이 증명을 요하지 않을 만큼 충분히 널리 알려져 공공의 상식 수준이라면, 판사는 정보에 대한 외부 출처에 대한 의뢰 없이 불요증 사실로 취급할 수 있으며, 배심원에게 입증 없이도 증명된 사실로 취급하도록 지시할 수 있다.³¹⁾ 이러한 예로는 인간의 임신기간으로 2주는 너무 짧은 기간이라는 사실,³²⁾ 런던은 교통량이 많다는 사실,³³⁾ 코카인 염화수소산염은 코카인의 한 형태라는 사실³⁴⁾ 등이 해당된다. 형사사건에서 외국법은 통상 적절한 자격을 갖춘 전문가의 증언을 요하는

27) Criminal Justice Act 1967, 제10조 제(1)-(4)항.

28) Richard Glover/Peter Murphy, Murphy on Evidence, 13th ed. Oxford University Press, 2013, 709면.

29) Commonwealth Shipping Representative v Peninsular and Oriental Branch Service [1923] AC 191, 212.

30) David Ormerod/David Perry((eds)), Blackstone's Criminal Practice 2023, Oxford University Press, 2023, 2884면.

31) David Ormerod/David Perry((eds)), Blackstone's Criminal Practice 2023, Oxford University Press, 2023, 2885면.

32) R v Luffe [1807] 8 East 193.

33) Dennis v AJ White & Co. [1916] 2 KB 1.

34) Attorney General for the Cayman Islands v C.R.Roberts [2002] UKPC 18; [2002] 1 WLR 1842.

사실관계의 문제이므로, 불요증 사실 채택의 대상이 될 수 없다.³⁵⁾

2) 법령에 따른 조회없는 불요증사실 채택

법률에 의해 불요증 사실이 채택되는 경우가 있는데, 판사가 서명한 사법문서 또는 공문서가 해당 판사의 서명을 받았다는 사실은 불요증사실로 인정되도록 규정하고 있는 1845년 증거법 제2조와,³⁶⁾ 1850년 이후 통과된 영국의 성문법 규정은 법률에 따라 명백히 그렇지 않다고 규정되어 있지 않는 이상 불요증 사실로 인정된다고 규정한 1978년 해석법 제3조³⁷⁾가 가장 대표적인 경우라고 할 수 있다.

3) 조회 이후의 불요증사실 채택

많은 사건들에서 법관들은 장관이나 공직자들의 확인, 알려진 학술 주석서, 참고 문헌, 전문가 증인 등, 정보의 외부 출처에 조회해 본 이후에 불요증 사실을 인정한다. 이러한 조회는 통상적인 방식으로 이루어지는 증거에 의한 입증과는 다른 것이므로 여기에 증거 규칙들은 적용되지 않으며, 일관성을 결여한 사실(예컨대 외국 정부의 지위 등)이 법적 선례를 구성하는 경우를 제외하고는 조회의 결과는 증거 반박 절차의 대상이 되지 않는다.³⁸⁾ 조회 후 불요증사실 채택의 정당성은 일부 사실이 문의 없이 불요증 사실 채택의 대상이 될 만큼 널리 알려져 있지는 않지만 사실상 논쟁의 여지가 없는 출처를 통해 손쉽게 입증할 수 있거나, 지나치게 자주 발생하여 비용과 판결의 일관성 때문에 통상적인 방식의 입증이 바람직하지 않다는 데 있다.³⁹⁾ 조회 후 불요증 사실 채택은 주로 다음의 세 가지 종류의 사실관계에 대하여 이루어져 왔다. 첫째, 영국과 외국 정부와의 관계나 영토 주권의 범위 등과 같은 정치적 성격의 사실,⁴⁰⁾ 둘째, 권위있는 적절한 참고문헌이나 학계 논문을 참조하면 쉽게 입증할 수 있는

35) R v Ofori [1994] 99 Cr App R 219.

36) Evidence Act 1845, s.2.

37) Interpretation Act 1978, s.3.

38) David Ormerod/David Perry(eds)), Blackstone's Criminal Practice 2023, Oxford University Press, 2023, 2885면.

39) David Ormerod/David Perry(eds)), Blackstone's Criminal Practice 2023, Oxford University Press, 2023, 2886면.

40) Duff Development Co.Ltd v Government of Kelantan [1924] AC 797.

사실⁴¹⁾ 셋째, 자격을 갖춘 전문가와 상의한 이후 관습 및 직업상 관행⁴²⁾이 그것이다. 그러나, 특정한 사실이 다른 사건에서 입증되었다는 근거만으로는 법원이 불요증 사실로 받아들일 수는 없다.⁴³⁾

4) 법관 또는 배심원의 개인적 지식

(1) 법관

법원의 재판은 사실의 문제와 법률의 문제로 이루어져 있다. 배심 재판의 경우, 법률상 문제는 법관이 판단하고, 사실에 관한 문제는 배심원이 판단하는 것이 일반 원칙이다. 법률상 문제에는 실체법, 증인의 증언능력, 증거능력, 배심원으로부터 쟁점 철회 등에 관한 것들이 포함된다. 형사재판의 법관은 피의자의 공정한 재판을 받을 권리를 보장하기 위해 필요할 경우 검찰 측이 제시한 적법하게 증거능력이 있지만, 피의자에 대한 편견을 가지게 하는 증거를 배제시킬 수 있는 재량권을 가지는 것으로 이해되어 왔다.⁴⁴⁾ 여기서 중요한 것은 관련성이 있고, 적법하게 증거능력이 인정되는 증거에 대해서 판사가 재량으로 배제시킬 수 있지만, 반대로 법적으로 증거능력이 인정되지 않는 증거를 재량으로 인정할 수는 없다는 점이다.⁴⁵⁾ 이러한 재량권은 주관적인 것으로 판사는 해당 증거가 피고인에 대해 배심원에게 미칠 수 있는 부정적 영향과, 제출된 목적에 따른 입증 가치 등을 형량하여 판단하여야 한다.⁴⁶⁾ 또한, 법관은 해당 지역 사람들의 상식에 속하는 사안에 대한 개인적 지식을 활용할 수 있는 것으로 여겨져 왔다. 이러한 원칙은 카운티 법원 판사들이 증재자로 참여하여 보상을 산정할 때 노동 시장, 작업 조건, 임금 등에 대한 개인적 지식을 고려했던 산재 보상법에 따라 결정된 사건들에서 유래한 것이다.⁴⁷⁾

41) R v Secretary of State for the Home Department [2011] EWCA Civ 616.

42) Heather v P-E Consulting Group Ltd [1973] 1 Ch 189.

43) Lazard Brothers & Co. v Midland Bank [1933] AC 289; Jankowski v District Court Wroclaw (Poland) [2016] EWHC 3782 (Admin).

44) R v Christie [1914] AC 545; R v Sang [1980] AC 402.

45) R v Sparks [1964] AC 964.

46) Adrian Keane/Paul McKeown, The Modern Law of Evidence, 14th ed. Oxford University Press, 2022, 48-55면.

47) David Ormerod/David Perry(eds), Blackstone's Criminal Practice 2023, Oxford University Press, 2023, 2886면.

(2) 치안판사

대다수 치안판사들은 법률가가 아닌 무보수로 봉사하는 일반 시민이며, 소수만 법률가의 자격을 갖추고 월급을 받는 지방판사인데, 치안판사는 국왕을 대신하여 Lord Chancellor에 의해 임명된다.⁴⁸⁾ 민간인 치안판사의 경우 2인 이상이 공개법정에 참여하여 결정해야 하지만, 법률가의 자격을 갖춘 지방판사의 경우 단독으로 심리하는 것도 허용된다.⁴⁹⁾ 민간인인 치안판사의 경우, 예컨대 혈액샘플 채취에 실패한 데 대해 합리적 사유가 있었는지 여부가 쟁점이 된 사건에서 피고인이 혈액채취 실패는 일종의 경련 증상 때문이라고 검찰 측이 인정하지 않는 사유를 제시한 것에 대해, 현역 의료인인 치안판사 중 1인이 전시 접종을 실시했던 개인적 경험에서 볼 때 충분히 그럴 수 있다는 지식을 공유하는 경우처럼, ‘특히 그들이 의사나 엔지니어, 회계사 등 전문직일 경우 그들의 전문직 훈련을 받지 않은 것처럼 사건에 접근하는 것은 불가능하며, 그렇게 해야 한다면 오히려 불행한 일’이라고 여겨졌다.⁵⁰⁾ 지역의 치안판사들이 그들 자신의 지식으로 아는 내용, 특히 해당 지역에 관한 사안이라면 이를 고려해야 한다/할 수 있다는 것은 언제나 인정되어 왔다.⁵¹⁾

(3) 배심원

법률심과 사실심 중에서 배심원이 결정하는 것은 사실에 관한 문제이다. 배심원들이 판단하는 사실에 관한 문제에는 소환된 증인의 신빙성, 제출된 증거의 중요도/가치, 요증사실의 존부 여부 등이 해당된다. 일반적으로 사실 문제는 배심원이 판단함에도 불구하고, (증거능력을 결정하기 위한) 예비 사실에 관한 조사, (배심원으로부터 쟁점을 철회할 것인지 여부를 결정하기 위한) 증거의 충분성 판단, 제출된 증거의 평가 등은 여전히 사법부에 속한다.⁵²⁾ 불요증사실 채택의 원칙은 일상 지식과 경험의 영역에 해당하는 사안인 한, 배심원단에게도 적용된다.⁵³⁾ 그러나 배심원단이 그들의

48) Courts Act 2003, 제10조.

49) 최민영/배상균/강효원/강우예/이성기/김택수/손병현/정배근/이동희, Global Standard 마련을 위한 쟁점별 주요국 형사법령 비교연구(IV), 한국형사·법무정책연구원, 2022, 31-32면 참조.

50) Wetherall v Harrison [1976] QB 773.

51) Ingram v Percival [1969] 1 QB 548.

52) Adrian Keane/Paul McKeown, The Modern Law of Evidence, 14th ed. Oxford University Press, 2022, 35면.

53) R v Rosser [1836] 7 C & P 648; R v Jones (Reginald Watson) [1968] 54 Cr App R 63.

일반적 지식(*general knowledge*)을 사용할 수 있다고 하더라도, 사건에 제시된 증거를 보충하거나 반박하기 위하여 개인적 지식(*personal knowledge*)을 사용할 수는 없다.⁵⁴⁾ 따라서, 사안에 관한 특정한 지식을 지닌 배심원은 증인으로 선서하거나, 통상적인 방식으로 증거를 제시해야 한다.⁵⁵⁾

라. 입증책임 및 입증기준

영국 커먼로는 Woolmington 판결 이후 무죄추정의 원칙에 따라 검찰 측은 피의자의 유죄를 입증해야 하는 책임을 부담한다는 원칙을 확립해 왔다.⁵⁶⁾ Woolmington 판결에 따르면, 검찰은 범죄의 객관적 구성요건(*actus reus*)과 주관적 구성요건(*mens rea*)의 모든 요소들을 합리적 의심을 넘어서는 수준으로 입증할 법적 책임을 부담한다. 그리고 한 번 검찰이 입증하고 나면, 피고인은 검찰 측이 제시한 증거에 대해 합리적 의심을 제기하거나, 검찰 측 증거가 합리적 의심을 넘어서는 수준으로 충분히 입증했는지 여부에 의심을 제기하는 추가 증거를 제시한다. 아니면 대안적으로 피고인은 신빙성 있는 항변 가능성을 시사하는 어떤 증거도 제기할 수 있는 증거상 부담을 지게 된다. 이렇게 되면 검찰은 관련있는 항변이 이 사건에서는 해당없음을 합리적 의심을 넘어서는 수준으로 입증할 법적 책임을 부담하게 된다.⁵⁷⁾

1) 증거능력에 영향을 미치는 사실관계에 대한 입증책임(Burden of Proof)

입증책임은 말 그대로 입증해야 하는 부담을 뜻한다. 입증책임에는 법적 부담(*legal burden*)과 증거상 부담(*evidential burden*) 두 가지 종류가 있다. 법적 부담은 설득 부담 또는 설득하지 못했을 때의 위험 등으로 불리며 사실관계나 요증사실을 입증해야 하는 당사자가 지는 부담이다. 이러한 법적 부담을 지는 당사자는 요구되는 증명 수준에 해당하는 입증을 해내지 못할 경우 해당 요증사실에 대해 패소하게 된다.

54) David Ormerod/David Perry((eds)), Blackstone's Criminal Practice 2023, Oxford University Press, 2023, 2887면.

55) R v Rosser [1836] 7 C & P 648; Manley v Shaw [1840] Car & M 361.

56) Woolmington v DPP [1935] AC 462.

57) A. P. Simester/J. R. Spencer/F. Stark/G. R. Sullivan/G. J. Virgo, Simester and Sullivan's Criminal Law: Theory and Doctrine, 7th ed., Hart Publishing, 2019, 64면.

법적 부담을 벗어날 수 있는 입증 기준은 해당 입증책임을 검찰 측이 부담하는지, 아니면 피고인 측이 부담하는지에 따라 달라지는데, 만약 검찰 측이 부담하는 경우 입증 기준은 합리적 의심을 넘어서는 수준(beyond reasonable doubt)이며,⁵⁸⁾ 피고인이 부담하는 경우 요구되는 입증기준은 개연성의 균형(balance of probabilities)이다.⁵⁹⁾ 당사자가 법적 입증 부담을 해소했는지 여부는 모든 증거가 제시된 이후 공판 마지막에 배심원이든 치안판사든 사실심리자가 결정한다.⁶⁰⁾ 형사재판에서는 범죄가 성립하기 위해 필요한 핵심적 구성요건을 입증할 법적 부담은 검찰이 부담하며, 피의자는 이에 대해서는 어떤 것도 입증할 책임을 지지 않는 것이 원칙이다.⁶¹⁾

반면, 증거상 부담은 입증 부담이 아니며 법관 앞에 주장을 입증할 수 있는 증거를 충분히 제출할 의무를 뜻한다. 보통 쟁점에 대한 법률상 입증책임을 부담하는 측에서 증거상 부담도 지게 되는 것이 일반적인 원칙이지만,⁶²⁾ 정당방위 등과 같이 항변에 관한 사건의 경우에는 항변에 관한 증거상 부담은 피고인 측이, 항변에 관한 법적 부담은 검찰 측이 지게 된다.⁶³⁾ 재판 중이나 재판 준비 과정에서 판사가 내려야 하는 일부 판결들은 입증 책임과 입증 기준의 측면에서 분석하기는 어려운 면이 있지만, 경합하는 요소들을 비교하고 판단해야 한다. 그러나, 특정 증거 항목의 증거능력 인정 여부에 다툼이 있는 경우, 예비적 사실 즉 다툼이 있는 증거능력 인정을 위한 전제조건으로 증명되어야 하는 사실에 대한 입증책임은 해당 증거의 증거능력을 주장하는 당사자 측에서 부담하여야 한다.⁶⁴⁾ 따라서 커먼로에서는 자백의 증거능력을 인정할 수 있는 전제조건이 되는 사실에 대한 입증책임을 검찰이 부담하는 것을 원칙으로 하였으며,⁶⁵⁾ 이 원칙은 현재 성문법 규정으로 계승되어 이어지고 있다.⁶⁶⁾

58) Woolmington v DPP [1935] AC 462.

59) R v Carr-Briant [1943] KB 607.

60) David Ormerod/David Perry((eds)), Blackstone's Criminal Practice 2023, Oxford University Press, 2023, 2929면.

61) Woolmington v DPP [1935] AC 462.

62) Adrian Keane/Paul McKeown, The Modern Law of Evidence, 14th ed. Oxford University Press, 2022, 60면.

63) R v Cameron [1973] Crim LR 520; R v Khan [1995] Crim LR 78.

64) David Ormerod/David Perry((eds)), Blackstone's Criminal Practice 2023, Oxford University Press, 2023, 2950면.

65) R v Thompson [1893] 2 QB 12.

66) 경찰 및 형사증거법 (이하, PACE) 1984, 제76조 제(2)항.

2) 증거능력에 영향을 미치는 사실관계에 대한 입증 기준(Standard of Proof)

특정 증거 항목의 증거능력을 입증할 책임을 검찰이 부담하는 경우, 검찰이 충족해야 할 입증 기준은 형사 기준 상 '확실'하여야 한다. Ewing 판결에서 법원은 1865년 형사절차법 제8조가 문서 견본의 진정성에 관하여 판사를 납득시킬 수 있는 입증 기준을 다루고 있지 않았기 때문에, 이 문제에 커먼로를 적용하였고, 이에 따라 검찰이 해당 서면 견본의 증거능력을 인정해 달라고 하려면 합리적 의심을 넘어서는 수준으로 진정성을 입증해야 한다고 판시했다.⁶⁷⁾ 이 문제에 관한 기존 판결은 거의 없지만, 원칙적으로 특정 증거 항목의 증거능력을 입증할 책임은 피고인 측에 있으며, 이 때 충족시켜야 할 입증 기준은 개연성의 균형에 따른 증명이어야 한다.⁶⁸⁾

마. 추정(presumption) 및 추론(inference)

추정이란 당사자가 특정 사실(1차 사실)을 증명하고 나면, 상대방이 그 추정을 '반박'하는 증거, 즉 추정된 사실과 모순되는 증거를 제시하지 않는 한, 다른 사실(추정된 사실)도 증명된 것으로 간주하는 원칙을 말한다.⁶⁹⁾ 한편, 1994년 형사사법 및 공공질서법(CJPO) 제35조에 따르면, '적절한' 추론은 피고인이 증거를 제공하지 않거나 정당한 이유 없이 질문에 대한 답변을 거부한 결과로 이루어진다. '신체적 또는 정신적 상태로 인해 증거를 진술하는 것이 바람직하지 않은' 피고인은 '유죄가 쟁점조차 아닌' 피고인과 함께 선정 운영에서 제외된다.⁷⁰⁾ 동법 제35조 제(5)항에 따라 피고인은 특권 또는 법적 자격을 근거로 또는 법원의 재량에 따라 특정 질문에 대한 답변이 면제될 수 있다. 이러한 예외에 따라 피고인은 모든 적절한 질문에 답변하지 않으면 불리한 추론이 도출될 위험을 감수해야 하며, 판사는 강압적인 방식은 아니더라도 피고인에게 이러한 의무를 상기시킬 수 있다.⁷¹⁾ 동법 제36조와 제37조도, (a) 피고인이 체포된

67) R v Ewing [1983] QB 1039.

68) David Ormerod/David Perry((eds)), Blackstone's Criminal Practice 2023, Oxford University Press, 2023, 2951면.

69) Richard Glover/Peter Murphy, Murphy on Evidence, 13th ed. Oxford University Press, 2013, 75면.

70) Criminal Justice and Public Order Act 1994, 제35조 제(1)항.

71) R v Ackinclose [1996] Crim LR 747,

경우 (b) 경찰관이 해당 장소의 물건, 물질 또는 표시 또는 피고인의 존재가 피고인의 범죄 가담에 기인할 수 있다고 합리적으로 판단한 경우; (c) 경찰관이 피고인에게 자신이 합리적으로 믿고 있음을 알리고 왜 거기 있는지에 대해 설명하도록 요청한 경우; 그리고 (d) 요청에 응하지 않거나 거부할 경우의 결과를 경찰관이 평이한 언어로 피의자에게 알려준 경우, 상기 4가지 요건이 충족되지 않는 한, 추론을 허용하지 않는다.⁷²⁾ 이 4가지 조건은 체포된 자가 경찰서로 연행되어 조사를 받기 전 범죄 혐의가 있는 상황에 직면한 경우 표면적으로 충족될 수 있지만, 두 조항에 따른 정보 요청은 신문의 한 형태로 보일 수 있으며, 체포된 용의자는 경찰서 또는 기타 허가된 구금 장소에서 신문을 받는 경우를 제외하고는 일반적으로 범죄 연루 여부에 대한 질문을 받아서는 안 된다.⁷³⁾ 동법 제34항과 더불어 '적절한' 추론만 도출할 수 있다. 피고인이 관련 사안에 대해 '설명'하지 못했다는 사실과 피고인이 제시한 모든 설명이 믿을 수 없는 것으로 배심원이 납득하고 배척된 후에만 추론을 이끌어내는 것이 적절하다고 할 수 있다.⁷⁴⁾

2. 증거의 인정 기준

가. 물적증거

1) 문서(Documentary evidence)

(1) 정의 및 적용범위

증거법에서 사용되는 “문서(document)” 개념에 대한 통일된 정의는 없지만, 형사절차에서만큼은 문서가 엄격한 의미에서 문자로 쓰여진 문서에 한정하여 좁은 의미로 해석되는 경향이 있었던 반면,⁷⁵⁾ 민사절차에서는 문자로 쓰여진 서면 뿐만 아니라, 지도, 도표, 그림, 사진, 테이프 등 영상물, 필름, 저장장치 등 모든 형태의 기록물이 포함되는 것으로 여겨져 왔다. 그러나, 2003년 형사사법법(CJA) 하에서 문서의 의미는

72) David Ormerod/David Perry((eds)), Blackstone's Criminal Practice 2023, Oxford University Press, 2023, 3370면.

73) PACE법 시행세칙 (PACE Code of Practice C), para 11.1.

74) R v Compton [2002] EWCA Crim 2835.

75) Kajala v Noble [1982] 75 Cr App R 149.

컴퓨터로 생성된 문서를 포함하고 있으며, 문자로 쓰여진 서면에 한정되지 않는 것으로 이해되고 있다.⁷⁶⁾ 문서 증거는 통상 법원에서 검증할 수 있도록 제출된 문서 또는 문서의 사본으로 이루어져 있다. 그러나, 어떤 경우에는 법정 모니터를 통해 모든 당사자들 앞에서 동시 상영이나 모든 관련 당사자가 동시에 동일한 증거물을 볼 수 있도록 보장하여 전자 형태로 제시될 수도 있다. 이러한 방식의 증거 제출은 시간 절약 차원에서도 사기 등 복잡한 형사사건에서 권장되고 있다.⁷⁷⁾ 문서에 포함된 진술은 관련성, 전문법칙, 의견, 특권 등에 관한 것들을 포함한 증거능력 일반원칙의 적용 대상이 된다. 당사자가 증거로 제출하고자 하는 내용을 담고 있는 문서에 관해서는 두 가지 요건이 추가적으로 요구되는데, 하나는 내용의 입증이고, 또 다른 하나는 적법한 집행의 입증이다.⁷⁸⁾ 당사자가 증거로 제출하고자 하는 문서의 내용에 대한 입증은 2003년 형사사법법(CJA) 제133조와 1984년 경찰 및 형사 증거법(PACE) 제71조에 따른다. 단순히 문서가 존재한다는 사실이나 문서의 물리적 외관(어떤 재질로 만들어진 것인지 등)을 입증하기 위해 제출하는 문서의 경우에는 뒤에서 살펴보게 될 물리적 증거(real evidence)의 한 형태에 해당하며, 이 경우에는 문서의 내용을 증거로 채택할 경우에 적용되는 전문법칙이나, 원본법칙 등이 적용되지 않는다.⁷⁹⁾

(2) 최우량 증거법칙(The Best Evidence Rule)

소위 최우량 증거법칙은 한 때 증거법의 근본적인 원칙으로 여겨지던 때도 있었지만, 현재는 사실상 사라진 것처럼 매우 드물게 적용된다.⁸⁰⁾ 커먼로 하에서 현재 유일하게 남아 있는 최우량 증거법칙의 예로 여겨지는 일반원칙은 문서의 내용을 증거로 사용하고자 하는 당사자는 해당 내용을 담고 있는 일차 증거를 제시하여야 한다는 것이다. 이러한 일차 증거에는 당해 문서의 원본, 등록된 문서의 사본, 내용에 관한

76) Adrian Keane/Paul McKeown, *The Modern Law of Evidence*, 14th ed. Oxford University Press, 2022, 126면.

77) Adrian Keane/Paul McKeown, *The Modern Law of Evidence*, 14th ed. Oxford University Press, 2022, 12면.

78) David Ormerod/David Perry((eds)), *Blackstone's Criminal Practice 2023*, Oxford University Press, 2023, 3044면.

79) Adrian Keane/Paul McKeown, *The Modern Law of Evidence*, 14th ed. Oxford University Press, 2022, 13면.

80) Adrian Keane/Paul McKeown, *The Modern Law of Evidence*, 14th ed. Oxford University Press, 2022, 32면.

당사자들의 비공식적 시인, 3가지 범주가 해당되며, 이 중 가장 최선의 형태인 일차 증거는 원본이라고 할 수 있다.⁸¹⁾ 따라서 원본을 수중에 지니고 있는 경우에는 반드시 원본을 제출하여야 하며, 복사본 등의 2차 증거를 제출할 수 없다. 문서가 애초에 여러 부 만들어진 경우에는 각각 원본이라고 할 수 있으며, 따라서 관련 당사자가 모두 서명한 날인증서의 복사본들은 모두 원본이 된다.⁸²⁾ 형사재판에서 이 원칙은 엄격한 문언상 의미에서 기록된 문서(written document)에 한정되며, 음성녹음이나 영상물에는 적용되지 않는다.⁸³⁾ 이 때 ‘수중에 지니고 있다(available in one’s hands)’는 의미는 당사자가 법정에서 원본을 소지하고 있거나, 어려움 없이 법정에 가져올 수 있다는 뜻이다.⁸⁴⁾ 그러나 요증사실이 문서에 기록되어 있음에도 불구하고, 해당 내용이 다른 증거로도 입증될 수 있는 경우,⁸⁵⁾ 단순히 문서가 존재한다는 사실 자체를 확인하기 위한 목적으로 교부된 경우,⁸⁶⁾ 문서가 증거로 제출되지 않고 단지 증인의 기억을 환기시키기 위해서만 사용된 경우⁸⁷⁾에는 이러한 일반원칙이 적용되지 않는다. 이러한 일반원칙에 대해 2차 증거들에 의한 문서의 내용 입증을 허용하는 무수한 예외들이 커먼로상, 그리고 성문법상 존재한다. 통상 이러한 2차 증거들은 사본, 사본의 사본 또는 구두 증거 등의 형태를 띠는데, 2차 증거 간 등급의 차이는 없다고 본다.⁸⁸⁾ 따라서 더 나은 사본이 있더라도 더 좋지 않은 사본을 증거로 제출할 수 있으며,⁸⁹⁾ 마찬가지로 문서 사본이 존재하는 경우라 하더라도 내용에 관한 구두 증거 또한 증거능력이 있다.⁹⁰⁾ 다만 2차 증거간 가치의 등급 차이가 없다는 이 원칙은 원본이나, 사본이 존재하는지 입증하는 구두 증거가 뒷받침되지 않은 유서, 사법 문서나 은행장부, 검토 후 인증되었거나 다른 사본이 입수 불가능한 경우에만 구두 증거로 입증될 수 있는 다양한 형태의 공문서 등에는 적용되지 않는다.⁹¹⁾

81) Adrian Keane/Paul McKeown, *The Modern Law of Evidence*, 14th ed. Oxford University Press, 2022, 128면.

82) *Forbes v Samuel* [1913] 3 KB 706.

83) *Kajala v Noble* [1982] 75 Cr App R 149.

84) *R v Governor of Pentonville Prison, ex parte Osman* [1990] 3 All ER 701.

85) *R v Inhabitants of Holy Trinity, in the Town of Kingston-upon-Hull* [1827] 7 B & C 611.

86) *Boyle v Wiseman* [1855] 11 Exch. 360.

87) *DPP v Sugden* [2018] EWHC 544 (Admin).

88) *Doe D. Gilbert v Ross* [1840] 7 M & W 102.

89) *Lafone v Griffin* [1909] 25 TLR 308.

90) *Brown V Woodman* [1834] 6 C & P 206.

문서의 내용을 증거로 제출하고자 하는 당사자는 일차 증거를 제시해야 한다는 일반원칙에 대한 예외로는 커먼로상 다음과 같은 것들이 인정되어 왔다. 문서의 원본이 소송 상대방 측에 있어 제출 통지를 송부했음에도 확보하지 못한 경우,⁹²⁾ 원본을 소지한 제3자가 법원의 문서제출명령을 적법하게 거부한 경우,⁹³⁾ 원본이 멸실 또는 손상된 경우,⁹⁴⁾ 원본 확보가 불가능하거나 부득이하게 용이하지 않은 공문서인 경우⁹⁵⁾ 등이 이에 해당한다. 그러나, 최우량증거법칙에 관한 대표적 성문법규인 2003년 형사사법법(CJA) 제133조⁹⁶⁾가 시행된 이래로, 당해 문서의 사본이 존재하지 않아 이들 내용의 구두 증거를 제출하고자 할 때에만 이러한 예외에 의존하는 것이 필요하게 되었다. 2003년 형사사법법(CJA) 제133조에서의 ‘진술’은 수단을 불문하고 사람이 표현한 사실이나 의견의 재현을 뜻하며, 스케치나, 몽타주사진, 어떤 그림 형태도 포함한다.⁹⁷⁾ 또한 동 조의 ‘문서’는 어떤 묘사 정보가 기록된 것이라면 무엇이든 해당되며,⁹⁸⁾ ‘사본’의 의미는 어떤 수단으로든 직접적이든 간접적이든 문서에 기록된 정보가 복사된 것이라면 무엇이든 해당된다.⁹⁹⁾ 제133조가 문서에 포함된 전문(hearsay) 진술 증거에만 적용될 수 있으며, 문서의 내용 자체가 진실이라는 증거가 될 수는 없다는 입장과, 이 조항이 문서상 전문 진술의 증거능력에만 한정되는 것은 아니며 문서에 포함된 어떤 진술에도 적용되어 증거로 인정할 수 있는 규정이라는 입장으로 나뉘어져 있다.¹⁰⁰⁾

또한 1984년 경찰 및 형사 증거법(PACE) 제71조에서는 ‘어떤 절차에서든 (문서가 여전히 존재하는지 여부를 불문하고) 법원이 승인하는 어떤 방식으로든 진정이 성립

91) David Ormerod/David Perry((eds)), Blackstone's Criminal Practice 2023, Oxford University Press, 2023, 3045면.

92) R v Hunter [1829] 3 C & P 591.

93) Mills v Oddy [1834] 6 C & P 728.

94) R v Wayte [1983] 76 Cr App Rep 110.

95) Mortimer v McCallan [1840] 6 M & W 58.

96) ‘형사절차에서 문서에 담긴 진술의 증거능력이 인정되는 곳에서 진술은 (a) 문서, 또는 (b) 문서의 존재여부와 상관없이) 법원이 승인하는 방식으로 인증된 문서의 사본 또는 내용 중 중요 부분의 사본을 제출함으로써 입증될 수 있다.’고 규정되어 있다. Criminal Justice Act (CJA) 2003, 제133조.

97) Criminal Justice Act 2003, 제115조, 제(2)항.

98) Criminal Justice Act 2003, 제134조, 제(1)항.

99) Criminal Justice Act 2003, 제134조, 제(1)항.

100) David Ormerod/David Perry((eds)), Blackstone's Criminal Practice 2023, Oxford University Press, 2023, 3046면.

된 해당 문서나 문서 주요 부분의 마이크로필름 사본 확대본을 제출하여 문서의 내용은 입증될 수 있다¹⁰¹⁾고 규정하고 있다. 위의 두 법규에서 법원이 승인하는 방식으로 ‘진정이 성립된다(authenticated)’는 것은, 통상적인 사건의 경우, 법원은 커먼로상 일반원칙에 대한 예외 중 하나에서 2차 증거를 제출하고자 할 때 필요한 것과 동일한 수준의 입증, 즉 이것이 원본에 대한 진정한 사본이라는 사본 소지자 (또는 다른 적절한 자)의 증거에 의한 증명을 요구하는 것으로 받아들여지고 있다.¹⁰²⁾

(3) 기억을 환기하기 위한 문서 참조

기억 환기에 대한 커먼로 원칙을 완화시킨 2003년 형사사법법 제139조 제(1)항은 증인이 증언하는 과정에서 증인이 기록된 당시 자신의 생각을 기록한 문서에 관해 증언하는 중이고, 당시의 기억이 증언하는 시점보다 훨씬 더 나았다는 두 가지 조건 하에 기억을 환기시키기 위해 문서를 참조할 수 있다는 규정이다. 본 조항에 따른 신청은 법률상 요건이 충족되었다 하더라도 판사에게 거부할 수 있는 재량이 있다.¹⁰³⁾ 본 조항상 ‘문서’에는 묘사 정보가 기록된 것이라면 어떤 것이든 다 포함되지만, 음성 녹음이나 영상 이미지는 포함되지 않는다.¹⁰⁴⁾ 본 조항에 따라 문서는 증인 자신이나 증인이 문서를 인증(verification)한다는 전제 하에 타인이 준비하게 된다. 증인은 경찰이 받아적은 진술이나 공술서를 작성자가 읽어주는 것을 들으면서 기억을 되살릴 수 있으며,¹⁰⁵⁾ 동법상 문서는 반드시 원본이거나 최우량 사본이어야 한다는 요건은 적용되지 않는다.¹⁰⁶⁾

(4) 적법한 집행(due execution)의 입증

사문서의 내용을 증거로 사용하고자 할 때, 적법한 집행은 공식적으로 인정되거나 추정된다. 공문서나 사법문서의 경우, 일반적으로 ‘모든 문서는 정당한 절차에 따라 작성되어야 한다’는 법언에 따라 허용되는 사본을 작성하는 것만으로도 문서의 적법

101) Police and Criminal Evidence (PACE) Act 1984, 제71조.

102) David Ormerod/David Perry(eds)), Blackstone's Criminal Practice 2023, Oxford University Press, 2023, 3046면.

103) R v McAfree [2006] EWCA Crim 2914.

104) Criminal Justice Act 2003, 제140조.

105) R v Richardson [1971] 2 QB 484.

106) David Ormerod/David Perry(eds)), Blackstone's Criminal Practice 2023, Oxford University Press, 2023, 2991면.

한 집행에 대한 증명 요건을 충족하기에 충분하다. 물론 이러한 추정은 반박될 수 있지만, 사문서의 경우, 20년 이상 된 문서이고 적정한 보관자로부터 나온 경우를 제외하고는¹⁰⁷⁾ 적법한 집행이 증거에 의해 입증되어야 하며, 이 경우 적법한 집행이 추정되어 형식적 유효성이 발생하게 된다. 적법한 집행은 문서에 서명해야 하는 자가 서명했다는 증거와, 당해 문서에서 요구되는 경우 증빙 증거에 의해 입증된다. 형사소송에서 적법한 집행은 1967년 형사사법법의 공식 인정(formal admission) 규정에 의거하여 인정될 수 있으며,¹⁰⁸⁾ 커먼로에서도 상대방이 문서 제출을 통지한 후 문서 제출을 거부하는 경우 적법한 집행의 증명은 생략된다. 자필 증거, 적용되는 추정에 의한 증빙이 적법한 집행의 증명수단이다.¹⁰⁹⁾

2) 물리적 증거(real evidence)의 일반 증거능력 요건

물리적 증거는 통상 법원이 이러한 증거의 존부, 상태, 또는 가치를 살펴보고 추론을 이끌어낼 수 있도록 제출된 물리적 대상물(material object)의 형태를 의미한다.¹¹⁰⁾ 물체를 식별하고 쟁점 사실과 연결하는 증언이 동반되지 않는 물리적 증거에 부여되는 가중치는 거의 미미하다. 또한 구술 증거를 제출하기 전에 반드시 물리적 증거를 제출해야 한다거나, 제출하지 않은 사유에 대해 해명해야 한다는 등의 법 규정은 없다. 다만, 문제의 물리적 증거를 제출하지 않은 당사자에게 불리한 추론을 야기할 수는 있으며, 제공된 구두 증거에 더 가중치가 부여될 수는 있다.¹¹¹⁾

일단 한 번 증거물(exhibit)이 되면 법원은 사법의 목적을 위하여 재판종결시까지 증거물을 보존 및 보관하거나, 보존 및 보관 절차를 마련할 책임이 있으며, 통상적인 절차는 법원이 증거물을 경찰 또는 DPP(Director of Public Prosecutions: 검찰총장)¹¹²⁾에 위탁하는 것이다. 재판 계류 중인 증거물을 위탁받은 경우 검찰은 (a) 증거물

107) 커먼로상으로는 30년이었으나, Evidence Act 1938 제4조에 의해 20년으로 단축된 것이다.

108) Criminal Justice Act 1967, 제10조.

109) Richard Glover/Peter Murphy, Murphy on Evidence, 13th ed. Oxford University Press, 2013, 692면.

110) Adrian Keane/Paul McKeown, The Modern Law of Evidence, 14th ed. Oxford University Press, 2022, 13면.

111) Armory v Delamirie [1722] 1 Str 505.

112) 왕립소추청(CPS)의 최고책임자로, 편의상 검찰총장으로 번역하였으나, 우리나라 검찰총장 개념과는 많이 다르다. 최민영/배상균/강효원/강우예/이성기/김택수/손병현/정배근/이동희,

을 분실 또는 손상으로부터 안전하게 보존하기 위해 모든 적절한 주의를 기울여야 하며, (b) 검사와 조사에 협조하여야 하고, (c) 재판에서 증거물을 제출할 의무를 진다. 다만, 이 경우는 검찰이나 변호인이 재판에서 사용하고자 하는 증거물일 경우에만 제출 의무가 적용된다.¹¹³⁾

3) 특수한 물리적 증거

(1) 사진, 동영상, 녹음증거 등의 증거능력 요건

증인이 사람이나 사물을 식별할 수 있게 해주는 사진은 증거로 인정될 수 있다. 당해 사진이 촬영된 정황에 대해 개인적으로 알고 있는 누군가의 증언에 의해 관련성이 인정된 사진이나 필름은 범행이나 범죄자의 신원을 증명하는 증거로 인정될 수 있다. 법원은 무장 강도 미수 사건 현장인 건물 관리사무소에 설치된 보안 카메라에 0.5초 간격으로 찍힌 사진은, 아무도 사진 속 사람들을 식별하기 위한 증인으로 소환되지 않았다고 하더라도, 범죄가 저질러졌는지 여부, 즉 만약 저질러졌다면 범행을 저지른 자가 누구지에 관한 증거로 인정된다고 판시한 바 있다.¹¹⁴⁾

법원에서 제출되고 틀어진 음성 녹음의 내용은 (a) 전문법칙 예외가 적용되는, 녹음된 불리한 대화내용의 진실을 입증하는 증거로,¹¹⁵⁾ 또는 (b) 예컨대 녹음되었음을 보여주는 등의 다양한 원본 증거로 증거능력이 인정될 수 있다. 어느 쪽이든, 녹음된 목소리는 반드시 적절하게 확인되어야 한다.¹¹⁶⁾ 커먼로에서는 그것이 듣는 내용을 보여주는 한, 적절하게 입증된 녹음내용의 녹취록을 배심원단 앞에 제출되는 것에 대해 이의를 제기할 수 없다는 판결이 내려졌다.¹¹⁷⁾ 또한 2003년 CJA (형사사법법) 제133조는 당해 법률 제정 전에 유효했던 커먼로 판례들에 비추어 해석되어야 한다. 커먼로 하에서는 검찰이 녹취록을 증거로 채택하려면 배심원이 없는 상태에서 검찰은

Global Standard 마련을 위한 쟁점별 주요국 형사법령 비교연구 (IV), 한국형사법무정책연구원, 2022, 26면 참조.

113) David Ormerod/David Perry(eds)), Blackstone's Criminal Practice 2023, Oxford University Press, 2023, 3058면.

114) R v Dodson [1984] 1 WLR 971.

115) R v Senat [1968] 52 Ct App R 282.

116) R v Ali (Maqsood) [1966] 1 QB 688.

117) R v Rampling [1987] Crim LR 823.

법정에서 녹취록의 출처와 제작 시점까지의 이력을 정의하고 설명하는 증거를 통해 독창성과 진정성에 대한 1차적 증거를 제시했음을 판사에게 입증해야 했었다.¹¹⁸⁾

재판상 사진 또는 동영상 증거 사용과 관련하여, 법원은 다음과 같이 정리하고 있다.¹¹⁹⁾ 배심원단이 범죄 현장의 사진 이미지를 근거로 피고인이 범죄를 저질렀다고 결론을 내리려면 최소한 아래와 같은 네 가지 정황이 요구되며, 이를 배제할 수 있는 사법부의 재량에 따라 적절한 수정이 이루어질 필요가 있다. 즉, (i) 사진 이미지가 충분히 선명한 경우, 배심원은 이를 피고인석의 피고인 모습과 비교할 수 있다.¹²⁰⁾ (ii) 증인이 사진 이미지 속 범죄자로 알아볼 수 있을 만큼 피고인을 충분히 잘 알고 있는 경우, 증인은 이에 대한 증거를 제시할 수 있으며,¹²¹⁾ 사진 이미지를 더 이상 배심원이 볼 수 없는 경우에도 그렇게 할 수 있다.¹²²⁾ (iii) 피고인을 모르는 증인이 현장의 사진 이미지를 보고 분석하는 데 상당한 시간을 투자하여 배심원이 가지고 있지 않은 특별한 지식을 습득한 경우, 배심원이 이용할 수 있는 해당 이미지와 피고인의 합리적일 만큼의 최근 사진을 비교하여 신원 확인의 증거로 제시할 수 있다.¹²³⁾ (iv) 안면 인식 기술을 지니고 적절한 자격을 갖춘 전문가는 배심원이 해당 이미지와 사진을 이용할 수 있는 경우 현장의 이미지(전문적으로 보정했는지 여부에 관계없이)와 피고인의 합리적일 만큼 최근 사진을 비교하여 신원 확인에 대한 의견을 증거로 제시할 수 있다.¹²⁴⁾

(2) DNA, 및 지문 증거 등

DNA 증거는 20년 이상 영국에서 형사 재판 및 수사에 사용되어 왔다. 이러한 증거의 입수 및 평가와 관련된 절차는 항소법원 판례 등을 통해 여러 차례 실시한 바 있으나, 과학기술이 빠른 속도로 크게 발전했기 때문에 1세대 기술과 관련된 초기 기록 중 일부는 이를 염두에 두고 읽어야 한다.¹²⁵⁾ 기본 원칙은 변하지 않았지만,

118) David Ormerod/David Perry(eds)), Blackstone's Criminal Practice 2023, Oxford University Press, 2023, 3060면.

119) A-G's Ref (No 2 of 2002) [2002] EWCA Crim 2393.

120) R v Dodson [1984] 79 Cr App R 220.

121) Kajala v Noble [1982] 75 Cr App R 149.

122) Taylor v Chief Constable of Cheshire [1987] 84 Cr App R 191.

123) R v Clare [1995] 2 Cr App R 333.

124) R v Clark [1995] 2 Cr App R 425; R v Hookway [1999] CrimLR 750.

125) 영국에서 DNA 분석에 관한 가이드로는 Royal Society, Forensic DNA Analysis: a primer for

최신 'DNA-17' 프로파일링(그리고 이를 대체하는 SGM+ 방법론)은 훨씬 더 정밀한 매칭이 가능하며 극소량의 조직에서 DNA 프로파일을 얻을 수 있다. 범죄 현장에서 회수된 DNA가 범인이 남긴 것이 분명하고 그 프로파일이 10억 분의 1의 무작위 일치 확률로 범인의 프로파일과 일치하는 경우(DNA-17 프로파일링에서는 불완전한 DNA 프로파일에서도 가능할 수 있음), 다른 증거가 없는 경우에도 유죄를 인정할 수 있는 반면, 1세대 경우에서와 같이 100만 분의 1의 일치 확률로는 유죄를 인정하지 못할 수도 있다.¹²⁶⁾ 개인의 DNA 정보가 범죄 증거와 일치하는 것으로 나오면, 이 일치의 상당성을 평가해야 한다. DNA 증거는 대부분의 사건에서 다른 증거들에 의해 보강되거나 배치될 것이고 따라서 DNA 증거의 증명 가치는 다른 증거들에 비추어 평가되어야 한다.¹²⁷⁾

1984 PACE법, 제63T조 제(2)항은 지문, DNA 프로파일, 신발 자국 또는 기타 샘플이 동법 제63D조, 제63R조 또는 제63S조에 따라 파기되어야 하는 경우, 그 이후에는 해당 자료를 사용해서는 안 된다고 규정하고 있다. (a) 해당 자료와 관련된 사람에 대한 증거로 사용할 수 없으며, (b) 다른 어떤 범죄 수사를 위한 목적으로도 사용할 수 없다. 제63U조에 명시된 여러 예외 조항은 테러 범죄 혐의자와 관련된 경우와 한 사람에게서 가져온 자료가 다른 사람과 관련된 경우인 제63D조부터 제63T조까지는 효과적으로 적용되지 않는다. 이러한 예외가 적용되는 경우를 제외하고, 제63T조 제(2)항은 부적절하게 보관되거나 부적절하게 사용된 자료를 기소 증거로 채택할 수 없도록 규정하고 있지만, 제73T조 제(2)항은 불법적으로 보관되거나 불법적으로 사용된 자료로 신원을 확인한 후 용의자로부터 채취한 신선한 DNA 표본이나 지문 등의 증거 채택 여부에 대해서는 구체적으로 다루고 있지 않다. 법원은 수사 중 그러한 자료를 불법적으로 보유하거나 사용한 것이, 비록 이러한 증거는 뒤에서 살펴보게 될 1984년 PACE 법 제78조의 재량적 권한에 배제될 수도 있지만, 신원 확인 후 피의자로부터 채취한 신선한 샘플(또는 기타 증거)의 증거 채택을 배제하지는 않는다

courts, 2017

<https://royalsociety.org/~media/about-us/programmes/science-and-law/royal-society-forensic-dna-analysis-primer-for-courts.pdf> (최종검색: 2023. 9. 1.)

126) R v Reed [2009] EWCA Crim 2698.

127) David Ormerod/David Perry(eds)), Blackstone's Criminal Practice 2023, Oxford University Press, 2023, 3343-3346면.

고 보았다.¹²⁸⁾

지문 증거는 이러한 증거를 검증하고 비교해 본 경험과 적절한 자격을 갖춘 전문가에 의해 제시되어야 한다.¹²⁹⁾ 경찰은 해외에서 자격을 취득한 자의 전문가 자격을 인정하지 않고 있지만, 증인이 역량있는 전문가인지 여부는 경찰이 아닌, 법원이 판단하고 결정할 일이다.¹³⁰⁾ 마지막으로, 독순술(Lip-reading) 전문가가 CCTV 녹화본을 통해 누군가가 말하는 것을 본 뒤 무슨 말을 하는 것인지 내용에 대해 의견 증거를 제시하는 것은 다양한 물리적 증거의 해석을 돕는 것에 해당한다. 이러한 증거는 관련성과 신뢰성의 일반적인 심사기준을 통과할 수 있으므로, 잠재적으로 증거능력이 인정된다. 그러나 전문가가 완전히 정확한 것은 아니라는 한계와 더불어 이에 부수되는 오류 위험에 관한 판사의 특별한 경고가 주어져야 한다.¹³¹⁾

나. 인적증거

1) 증인

(1) 개관

만약 어떤 사람이 증언할 수 있고, 법원에 증인으로 소환되면 증언해야 한다면, 그 증인은 증인적격과 증언능력이 있는 것으로 여겨진다. 증인적격과 증언능력이 있음에도 불구하고 증인 소환장을 무시한다면 법정모독죄로 처벌될 수 있다.¹³²⁾ 커먼로 상 이러한 증언능력과 증인적격은 두 가지 원칙으로 이루어져 있는데, 하나는 누구나 어떤 절차에서든 증인이 될 수 있다는 것으로 이 원칙은 성문법으로도 규정되었고,¹³³⁾ 두 번째 원칙은 증언능력을 갖춘 모든 사람은 증인으로 소환될 수 있다는 것이다. 이러한 원칙에 대한 예외로서 증인으로 소환될 수 없는 사람은 피고인의 배우자 및 파트너, 증인으로서의 질문을 이해할 수 없고 따라서 답변할 수 없는 어린이¹³⁴⁾나

128) A-G's Ref (No.3 of 1999) [2002] 2 AC 91.

129) R v Barnes [2005] EWCA Crim 1158.

130) R v Smith (Craig Anthony) [2011] EWCA Crim 972.

131) R v Luttrell [2004] EWCA Crim 1344.

132) R v Yusuf [2003] EWCA Crim 1488.

133) Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999, 제53조 제(1)항.

134) Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999, 제53조 제(3)항.

노인,¹³⁵⁾ 국가원수 및 외교관¹³⁶⁾ 그리고 특수한 경우의 은행원¹³⁷⁾ 등이다. 피고인 자신도 자기부죄금지원칙의 적용을 받는다는 전제 하에 증인이 될 수 있으며, 증언을 할 것인지를 여부는 피고인 스스로 결정한다.¹³⁸⁾

형사절차에서 증언은 경우에 따라 생방송 링크를 활용하여 이루어질 수도 있다. 예컨대, 해외에 있는 피고인 이외의 자는 법원의 허가를 받아 생방송 링크를 통해 증거를 제공할 수 있으며,¹³⁹⁾ 이 조항은 정식기소에 따른 형사법원 또는 청소년 법원의 재판에만 적용된다. 또한 아동이나 기타 취약한 증인이 생방송 링크를 통해 증거를 제공할 수 있도록 특별 조치가 제공될 수 있다.¹⁴⁰⁾ 이외에도 피고인이 아닌 다른 사람이 법률에 명시된 기타 상황에서 생방송 링크를 통해 증거를 제출할 수 있는데, 이러한 특권을 허용할지 여부를 결정할 때, 법원은 (a) 증인의 출석 가능 여부, (b) 증인이 직접 출석해야 할 필요성, (c) 증인의 증거가 소송 절차에서 차지하는 중요성, (d) 증인의 견해, (e) 증인이 생방송 링크를 통해 증거를 제공할 장소의 시설 적합성, (f) 소송 당사자가 증인의 증거를 효과적으로 검증하기에 지장이 있는지 여부, 등을 고려해야 하며, 법원이 허용하지 않기로 결정한 경우에는 반드시 그 사유를 알려야 한다.¹⁴¹⁾

(2) 의견증거(전문가증언)

a. 일반원칙

증인은 오직 개인적으로 지득한 사실에 관한 증거를 제시할 수 있을 뿐, 이러한 사실로부터 추론한 증거와 같은 의견 증거는 제출할 수 없다는 것이 의견 증거 (opinion evidence)의 일반 원칙이다.¹⁴²⁾ 전문가로 분류되는 증인이 법적으로 중요한

135) R v Sed [2005] 1 Cr App R 55.

136) 이에 대한 규정은 Diplomatic Privileges Act 1964, Consular Relations Act 1968, International Organisations Act 1968, 및 State Immunity Act 1978 등 여러 법률에 산재해 있다.

137) Bankers' Books Evidence Act 1879, 제6조.

138) David Ormerod/David Perry(eds)), Blackstone's Criminal Practice 2023, Oxford University Press, 2023, 2180면.

139) Criminal Justice Act 1988, 제32조.

140) Youth and Criminal Justice Act 1999, 제24조.

141) Criminal Justice Act 2003, Part 8.

142) David Ormerod/David Perry(eds)), Blackstone's Criminal Practice 2023, Oxford University Press, 2023, 3101면.

것은, 전문가의 경우 의견 증거를 인정하지 않는 원칙의 예외가 될 수 있다는 데 있다.¹⁴³⁾ 이처럼, 의견 증거는 일반적으로 증거가 없거나 허용되지 않는 증거에 근거하여 가치가 없거나 재판부의 역할(증거로부터 결론을 도출하는 역할)을 침해할 수 있기 때문에 허용되지 않지만, 판사나 배심원이 증거에서 드러난 사실로부터 효과적으로 추론하는 데 필요한 경험이 부족한 경우 전문가 의견은 예외로 인정될 수 있다. 이 경우, 필요한 전문 지식을 갖춘 사람은 판사 또는 배심원이 올바른 평결을 내리는 데 도움이 되는 범위 내에서 사실에 대한 의견을 제시할 수 있으며, 전문가는 사실심 재판부에 자신의 의견의 근거를 설명하여 재판부/배심원이 전문가 의견을 채택할지 여부를 자체적으로 결정할 수 있도록 해야 한다.¹⁴⁴⁾ 형사소송시행규칙에 따르면, 전문가는 자신의 전문 분야 내에 해당하는 사안에 대해 객관적이고 편향되지 않은 의견을 제공하고, 법원의 지침을 준수하며 요구되는 지침을 준수하지 못했을 경우 법원에 통보함으로써 법원이 상위 목적을 달성하도록 도울 의무가 있으며,¹⁴⁵⁾ 이러한 의무는 자신의 전문 서비스를 이용하는 고객이나 의뢰인에 대한 의무보다 앞서는 의무이다.¹⁴⁶⁾

법원은 형사재판에서 전문가 증언의 증거능력이 인정되는 요건으로 (a) 소송절차의 쟁점 사안과 관련성이 있고, (b) 의견을 제시할 수 있을 만큼 증인이 능력을 갖추고 있으며 (c) 재판부의 지식과 경험 이상의 정보를 법정에 제공할 필요가 있을 때, 전문가 증언을 증거로 인정할 수 있다고 본다.¹⁴⁷⁾ 전문가 증언에서 전문가의 자격은, - 예컨대 등록된 전문 의료진 2인 이상과 적어도 1인 이상의 정신 질환 진단과 치료에서 특수한 경험을 지닌 것으로 장관의 승인을 받은 자를 요구하는 정신이상 판정의 경우¹⁴⁸⁾와 같이 - 법으로 정해져 있는 경우도 있고, 이전의 학업이나 훈련, 경험 등으로부터 인정받는 경우도 있다.¹⁴⁹⁾ 전문가 증언이 증거로 인정되기 위해서는 충분히 신뢰성이

143) 물론, 목격한 범인을 묘사하여 사진과 대조하는 신원확인 절차나, 나이나 차량의 속도 가늠처럼 비전문가의 의견 증거를 청취하는 경우도 있다 Lucas v Williams & Sons [1892] 2 QB 113.

144) Beverley Brown/Amber Marks, Evidence, University of London Publication Office, 2019, 132면.

145) 형사소송시행규칙(CrimPR) 제19.2조 제(1)항.

146) 형사소송시행규칙(CrimPR) 제19.2조 제(2)항.

147) R v AAD [2022] EWCA Crim 106.

148) Criminal Procedure (Insanity and Unfitness to Plead) Act 1991, 제1조 제(1)항 및 제2조.

149) R v Oakley [1979] 70 Cr App R 7.

있어야 하는데 영국 법원은 호주의 대법원 판결에서 채택한 ‘의견의 주제가 신뢰할 수 있는 지식 또는 경험으로 받아들여질 수 있을 만큼 충분히 조직화되고 인정되는 지식 또는 경험의 일부를 구성하는지 여부’¹⁵⁰⁾ 로 판단한다는 기준을 널리 받아들여 적용하고 있다.¹⁵¹⁾

법원은 전문 분야가 관련성과 신뢰성에 대한 일반적인 심사기준을 통과하기에 충분한 이상, 강화된 증거 채택 가능성 기준을 적용해서는 안 되며, 다른 곳에 적용되는 것과 동일한 당사자주의적 포렌식 기법에 의해 증거의 가중치가 적용되어야 한다고 보고 있다.¹⁵²⁾ CPD V. 증거에 관한 형사소송의 실무 지침 제19A항은 전문가 증거의 인정 여부에 대한 기준의 근거는 커먼로지만, 법원이 제19A.5항과 제19A.6항에 열거된 8가지 요소를 참조하여 제시된 전문가 의견의 신뢰성을 평가하지 못하도록 금지된 것은 아니라고 규정하고 있다.¹⁵³⁾ 법으로 이러한 요소를 사용하도록 강제하는 규정은 없지만, 실무 지침은 이를 적극적으로 권장하고 있다. 특히 전문가의 의견이 과학적 증거로 기술되는 경우, 배심원이 전문가 의견을 너무 쉽게 받아들이게 될 위험이 있으므로,¹⁵⁴⁾ 법원은 전문가가 배심원에게 의견을 표현할 때 사용할 수 있는 단어 선택에 대한 통제권을 행사할 수도 있다.¹⁵⁵⁾ 또한, 형사소송시행규칙에는 형사법원과 치안법원에서 당사자간 전문가 증언의 공판전 공개를 규정하는 조항을 두고 있는데, 당해 규칙에 따르면, 상대방이 전문가의 결론을 사실로 받아들이기를 원하는 당사자는 해당 결론 요지를 법관과 해당 인정을 요청하고자 하는 각 당사자에게 제출해야만 한다.¹⁵⁶⁾ 또한, 인정된 사실 이외의 전문가 증거를 제출하고자 하는 당사자는 전문가 보고서를 법원 공무원과 각 당사자에게 가능한 조속히 그리고 어떤 경우에도 해당 당사자가 해당 증거에 의존하는 모든 신청서와 함께 보고서를 송달해야 한다.¹⁵⁷⁾

150) R v Bonython [1984] 14 ACR 364.

151) David Ormerod/David Perry(eds)), Blackstone's Criminal Practice 2023, Oxford University Press, 2023, 3107면.

152) R v Luttrell [2004] EWCA Crim 1344.

153) Criminal Practice Directions 2015, Amendment No. 8, [2019] EWCA Crim 495, 2019, 3-4면.

154) R v Doheny & Adams [1997] 1 Cr App R 369.

155) R v South [2011] EWCA Crim 754; 전문가 증언이 증거능력을 인정할 수 있을 만큼 충분히 신뢰성이 있는지 여부를 판단하는 데 있어서 판사와 배심원의 차이에 대해서는 Reed and Reed [2009] EWCA Crim 2698 참조.

156) 형사소송시행규칙(CrimPR), 제19.3조 제(1)항.

157) 형사소송시행규칙(CrimPR), 제19.3조 제(3)-(4)항.

그러나 이러한 형사소송시행규칙은 변호인의 요청과 관계없이 존재하고, 변호인을 도울 수 있는 모든 것에 적용되며, 발견 가능한 자료가 있는지 확인하기 위해 전문가에게 완전하고 적절한 문의를 해야 할 의무를 검사에게 부과하고 있는, 과학적 증거에 대한 검사의 일반적 증거 공개 의무를 대체하거나 박탈하는 것은 아니다.¹⁵⁸⁾

b. 궁극적 쟁점(ultimate issue) 법리

1972년 증거법 (일반)에 관한 11차 보고서에서 형법 개정위원회는 증인이 최종 쟁점, 즉 법원이 판단해야 할 바로 그 쟁점에 대해 의견을 표명해서는 안 된다는 기존 커먼로 규정은 아마도 더 이상 존재하지 않게 되리라는 의견을 표명한 바 있다. 실무상 이 원칙은 거의 무시되거나 의미론적 효력만 있는 것으로 취급되어, 전문가가 사용하는 실제 용어가 법원에서 해당 사안을 고려할 때 사용하는 용어와 현저히 동일하지 않은 이상 전문가가 궁극적 쟁점에 대한 의견을 표명할 수 있기 때문이다. 따라서 이 규칙은 '실질보다는 형식의 문제'가 되었다.¹⁵⁹⁾ 그러나 법원은 전문가가 사건 결과의 핵심이 되는 사안에 대한 최종 의사 결정권자로서 사실 확인자의 역할을 빼앗아서 는 안 되며, 따라서 심리학자는 피고인이 신뢰할 수 없는 자백을 할 수 있는 성향에 대한 전문가로서의 의견 증거를 제시할 수는 있지만, 자백이 실제로 신뢰할 수 없다고 주장할 권리는 없다고 본다.¹⁶⁰⁾

(3) 적대적 증인 탄핵

일반적으로 당사자는 증인의 나쁜 성격, 과거의 유죄 판결, 편견 또는 과거의 일관성 없는 진술과 같은 사안에 관한 증거를 제출하거나 이에 대해 질문하는 방식으로 증인의 신빙성을 탄핵할 수 없다.¹⁶¹⁾ 그러나 증인의 나쁜 성격에 대한 증거가 증언과 관련하여 증인의 신빙성을 탄핵하기 위한 것이 아니라 기소된 사건의 다른 내용을 뒷받침하기 위해 제시되는 경우에는 이 일반 원칙이 적용되지 않는 것으로 보인다.¹⁶²⁾

158) David Ormerod/David Perry((eds)), Blackstone's Criminal Practice 2023, Oxford University Press, 2023, 3124면.

159) David Ormerod/David Perry((eds)), Blackstone's Criminal Practice 2023, Oxford University Press, 2023, 3117-3118면.

160) Pora v the Queen [2015] UKPC 9; R v Sellu [2016] EWCA Crim 1716.

161) David Ormerod/David Perry((eds)), Blackstone's Criminal Practice 2023, Oxford University Press, 2023, 3002면.

162) R v Ross [2007] EWCA Crim 1457.

'적대적인' 증인, 즉 증인을 부른 당사자에게 적대감을 드러내지는 않으나, 단지 증거를 제출하지 않거나 당사자에게 불리한 증거를 제시하는 증인의 경우, 당사자가 이용할 수 있는 유일한 구제책은 가능하다면 다른 증인을 부르는 것뿐이다. 마찬가지로, 검찰은 증인을 불러 믿을 만한 가치가 있다고 판단되는 일부만 증거로 제출하도록 요청할 수 있으며, 증인의 증거 중 부정확하거나 허위라고 판단되는 부분에 모순되는 다른 증거를 제출하여 배심원단에게 해당 증인의 증거를 배척하도록 요청할 수도 있다. 이는 증인을 적대적 증인으로 취급하는 신청을 하지 않고도 할 수 있다. 그러나 증인이 적대적이라고 선언되지 않는 한, 증인과 모순되는 증거에 과거의 일관되지 않은 진술이 포함되지 않을 수도 있다.¹⁶³⁾

2) 성격증거

(1) 개관

영국의 형사재판에서 성격 증거의 증거능력에 대해 규율하는 주요 법규는 2003년 형사사법법 (CJA)인데,¹⁶⁴⁾ 이 법이 제정되기 전까지는 과거 커먼로에 의해 규율되어 왔다. 성격증거는 좋은 성격일 경우와 나쁜 성격의 경우에 따라 다른데, 형사재판에서 주로 문제가 되는 것은 피고인이나 증인의 나쁜 성격에 대한 증거의 경우이다. 커먼로 하에서 오랫동안 피고인의 나쁜 성격에 대한 증거는 피고인의 신뢰성 결여, 신빙성을 탄핵하기 위한 증거로만 사용되어 왔다. 실제로 2003년 CJA가 제정되기 전까지 나쁜 성격 증거는 범죄 성향에 대한 증거보다는 피고인의 신뢰성 부족에 대한 증거로 활용되어 왔다.¹⁶⁵⁾ 동 법은 나쁜 성격에 대한 기존의 커먼로 원칙들을 대체하기 위해 제정된 것으로 '나쁜 성격'이 무엇인지 정의하고 있다. 따라서 본 법은 좋은 성격증거에는 해당사항이 없으며, 민사상 성격증거에 대해서도 해당이 없다.

CJA 2003은 나쁜 인격 증거에 대하여 포괄적으로 규정하고 있지만, 풍부한 판례에 의해 상당히 정교화되어 왔다. CJA 2003은 형사소송절차에서 나쁜 성격 증거의 채택 가능성에 대한 급진적인 변화를 가져왔는데, 이 조항의 효과는 증인의 신뢰성에 대한

163) R v Cairns [2002] EWCA Crim 2838.

164) Criminal Justice Act 2003, Part 11, Chapter 1.

165) Mike Redmayne, Character in the Criminal Trial, Oxford University Press, 2015, 195면.

광범위한 법정 공격을 막을 수 있는 법원의 권한이 거의 없었던 이전보다 피고인 아닌 증인이 인격에 대한 공격으로부터 보호받게 되었다. 피고인의 나쁜 성격과 관련된 증거는 이제 사건의 수사과 기소에서 더 큰 역할을 하게 되었고, 피고인에게 불리한 증거의 핵심적인 부분을 구성할 수 있게 되었다. 가장 중요한 변화는 이전에는 피고인이 현재 기소된 범죄 성향에 대한 증거로는 원칙적으로 인정되지 않았지만, 이제는 요건을 충족하면 원칙적으로 인정된다는 것이다.¹⁶⁶⁾ 이는 신빙성을 탄핵하기 위한 증거로만 성격증거를 사용할 수 있었던 과거 영국 커먼로 접근법이나, 피고인의 악한 성격의 증거능력을 원칙적으로는 인정하지 않고 예외적으로만 허용하는 미국 증거법의 성격증거에 대한 접근법¹⁶⁷⁾과는 매우 다른 것이다. 예컨대, 과거에는 성벽(disposition)을 입증하기 위해 과거 유죄판결을 증거로 사용하는 것이 허용되지 않았으나, 2003년 CJA에 의해 개정된 1984 PACE 법 제74조 제(3)항은 유죄 판결 증거의 관련성이 단지 성벽(disposition)을 보여주기 위한 것일지라도 피고인이 해당 범죄를 저질렀다는 추정을 인정하고 있다.¹⁶⁸⁾ 따라서 2003년 CJA가 제정되기 전에 적용되던 커먼로의 개요를 살펴볼 필요가 있다. 이들 중 상당수는 폐지되었지만 일부는 여전히 적용되고 있기 때문이다. 2003년 CJA가 제정되기 전 성격증거에 대한 규율은 커먼로와 성문법규에 의해 이루어지고 있었다. 예컨대 여전히 효력이 있는 규정인 1865년 형사절차법 제3조에 따르면, 당사자는 증인의 나쁜 성격을 이유로 자신의 증인의 신빙성을 탄핵할 수 없다.¹⁶⁹⁾ 반면, 커먼로에서는 피고인 이외의 증인은 신뢰성을 탄핵하기 위한 과거 자신의 비행에 대한 반대신문을 받을 수 있었다.¹⁷⁰⁾

(2) 형사재판에서의 선량한 성격(good character) 증거

형사재판에서 피고인은 자신의 선량한 성품에 대한 증거를 제출할 수 있으며, 자신의 좋은 성품을 증언해 줄 증인을 소환하는 것은 17세기 말부터 통상적으로 인정되어 온 아주 오랜 전통이다.¹⁷¹⁾ 이러한 좋은 평판은 피의자가 진실을

166) R v Chopra [2006] EWCA Crim 2133.

167) Federal Rule of Evidence, 제404조.

168) David Ormerod/David Perry(eds)), Blackstone's Criminal Practice 2023, Oxford University Press, 2023, 3169면.

169) Criminal Procedure Act 1965, 제3조.

170) Adrian Keane/Paul McKeown, The Modern Law of Evidence, 14th ed. Oxford University Press, 2022, 565면.

말할 것이라는 증인의 신빙성에 대한 증거로 사용될 수도 있고, 당해 범죄를 저질렀을 가능성이 낮다는 것을 보여주는 증거로서도 관련성이 인정된다.¹⁷²⁾ 또한 피고인 본인 또는 다른 변호인 측 증인의 증거 또는 검찰이 요청한 증인에 대한 반대 신문은 통해 입증될 수 있다. 피고인이 좋은 성품을 가진 경우 판사는 배심원에게 좋은 성품에 대한 지침을 내릴 의무가 있다.¹⁷³⁾ 형사 절차에서 개인의 선량한(또는 나쁜) 성품을 증명하기 위해 개인의 평판에 대한 증거를 인정하는 커먼로 원칙은 2003년 CJA 제118조 제(1)항에 의해 규정되어 법적 근거가 마련되었다.¹⁷⁴⁾

(3) 형사재판에서의 피고인의 나쁜 성격 증거

커먼로에서 나쁜 인격(bad character)에 대한 정의는 따로 없지만 잠재적으로 넓은 범위를 가진 것으로 이해되고 있었으며 주로 평판에 중점을 두었다. 그러나, CJA 2003이 제정되면서, 나쁜 성격 증거를 규율하는 커먼로 법원칙들은 일단 폐지되었다.¹⁷⁵⁾ 동법 제99조는 편견의 효과가 증거가치를 뛰어넘는 경우 검찰 측 증거를 배제할 수 있는 일반적인 커먼로상 재량에 영향을 미치지 않는 것으로 보인다. CJA 2003은 과거 유죄 판결을 포함하는 새로운 나쁜 성격의 정의를 제공하는데, 훨씬 더 광범위하고 피고인과 피고인 아닌 증인 모두에게 적용된다. CJA 2003는 ‘이 법의 목적상’ 개인의 ‘나쁜 성격’에 대한 증거를 ‘자신의 비행(misconduct)에 대한 또는 그러한 성향에 대한 증거’라고 정의하고 있다.¹⁷⁶⁾ 여기서 동법은 또한 비행(misconduct)을 ‘범죄 또는 기타 비난받을만한 행동’이라고 규정하고 있는데,¹⁷⁷⁾ 여기서 범죄는 중한 범죄를 포함하는 것이다. 따라서 동법상 나쁜 성격의 증거는 적법/불법 여부를 불문한 모든 비행을 포함하는 것이며, 위법일 경우 기소 여부를 불문하고, 국내/해외 발생 장소 및 유무죄 판결 여부를 불문하고 적용될 수 있다.¹⁷⁸⁾ ‘나쁜 성격’ 증거란 피고인이

171) David Ormerod/David Perry(eds)), Blackstone's Criminal Practice 2023, Oxford University Press, 2023, 3194면.

172) R v Aziz [1996] AC 41.

173) R v Vye [1993] WLR 471.

174) Adrian Keane/Paul McKeown, The Modern Law of Evidence, 14th ed. Oxford University Press, 2022, 550면.

175) Criminal Justice Act 2003, 제99조.

176) Criminal Justice Act 2003, 제98조.

177) Criminal Justice Act 2003, 제112조 제(1)항.

178) Adrian Keane/Paul McKeown, The Modern Law of Evidence, 14th ed. Oxford University

기소된 범죄의 혐의 사실과 관련 있는 증거 이외의, 그의 비행이나 성향에 관한 증거 및 범죄 수사나 기소와 관련된 비행의 증거를 뜻한다. 이 조항에서 규정한 ‘나쁜 성격’의 정의는 넓게 규정한 커먼로의 관념을 반영된 것으로 피고인과 피고인 이외의 자 모두에게 적용된다.¹⁷⁹⁾ 또한 주의조치를 받은 행위나,¹⁸⁰⁾ 이전 재판에서 무죄판결을 받은 행위 등¹⁸¹⁾ 피고인이 과거 유죄판결을 받지 않았으나, 형사사법 시스템에서 처리된 바 있는 행위도 비행 또는 비난받을 만한 행위의 확장된 범주에 속하며, CJA 2003 해설서(Explanatory Note)에 따르면 이러한 증거는 CJA 2003에 따라 증거능력이 인정될 수 있다.¹⁸²⁾ CJA 2003 제정으로 나쁜 성격증거의 증거능력에 대한 커먼로의 원칙들은 폐지되었지만,¹⁸³⁾ 몇몇 커먼로 원칙은 여전히 살아남아 있는데, 예컨대 비록 해당 정의가 비행에 대한 당사자의 평판을 포함하고 있지는 않지만, 평판을 그의 나쁜 성격을 입증하기 위한 목적으로 사용하는 경우에는 증거능력이 있다고 보는 것이 커먼로의 원칙이며, 이는 성문법상으로도 여전히 그러하다.¹⁸⁴⁾

CJA 2003의 나쁜 성격 정의에 해당하는 증거는 피고인에 대한 성격인지 여부에 따라 각각 제101조(피고인의 나쁜 성격)와 제100조 (피고인 아닌 자의 나쁜 성격)에 명시된 증거능력 인정 규정에 의해 규율된다. 그러나 CJA 2003에서 정의한 나쁜 성격에 해당하지 않는 행동이라고 해서 자동적으로 증거능력이 인정되지 않는 것은 아니며, 오히려 커먼로에 따라 따라 관련성이 있는 한 증거로 인정될 수 있다.¹⁸⁵⁾ 동법 제98조는 잠재적으로 나쁜 인격 증거가 (a) 피고인이 기소된 범죄 혐의 사실과 관련이 있거나 (b) 해당 범죄의 수사 또는 기소와 관련된 비행의 증거인 경우, 어떤 정당화 사유(gateway)¹⁸⁶⁾에 따라 허가를 신청할 필요 없이 자동으로 허용된다고 명시하고

Press, 2022, 567-568면.

179) Adrian Keane/Paul McKeown, *The Modern Law of Evidence*, 14th ed. Oxford University Press, 2022, 567면.

180) *R v Weir* [2005] EWCA Crim 2866.

181) *R v Edwards* [2005] EWCA Crim 3244.

182) Explanatory Notes to Criminal Justice Act 2003, 354.

183) Criminal Justice Act 2003, 제99조 제(1)항.

184) Criminal Justice Act 2003, 제118조 제(1)항. 2.

185) *R v Manister* [2005]

EWCA Crim 2866.

186) 비록 법률 용어는 아니지만, 법정 허용 요건/사유를 뜻하는 의미로 판례에서 많이 사용된다.

David Ormerod/David Perry(eds)), *Blackstone's Criminal Practice 2023*, Oxford University Press, 2023, 3141면.

있다.

우선, 제101조는 피고인의 나쁜 성격에 대한 증거능력을 인정할 수 있는 7가지 관문을 규정하고 있는데, 이 중 두 가지 관문은 (a) 소송의 모든 당사자가 증거 채택에 동의하는 경우¹⁸⁷⁾ 또는 (b) 피고인이 성격 증거를 직접 제출했거나, 피고인이 반대신문에서 질문한 내용에 대한 답변으로 증거를 이끌어내기 위해 제출한 경우¹⁸⁸⁾로, 이 두 가지는 내용에 관한 증거가 아니기 때문에 특별히 어렵지 않지만, 두 번째 항목은 좋은 성격에 대해 배심원에게 알리는 지침의 맥락에서 중요하다. 나머지 다섯 개의 관문은 나쁜 성격 증거가 어떻게 관련성이 있는지에 따라 정의되는데, (c) 중요한 설명 증거인 경우,¹⁸⁹⁾ (d) 피고인 검찰 사이에 쟁점이 되는 중요한 사안과 관련성이 있는 경우,¹⁹⁰⁾ (e) 피고인과 공동 피고인들 사이에 쟁점이 되는 중요 사안과 관련하여 상당한 증거 가치가 있는 경우,¹⁹¹⁾ (f) 피고인 측에서 제공한 잘못된 인상을 정정하는 경우,¹⁹²⁾ (g) 다른 사람에 대한 피고인의 공격에 대응하기 위한 것인 경우¹⁹³⁾에 증거능력이 인정된다. 위에서 (d) 및 (g)와 관련하여 법원은 피고인의 증거 배제 신청에 따른 증거를 인정하지 않아야 할 만큼, 증거능력 인정하는 것이 절차의 공정성에 부정적인 영향을 미칠 것으로 보이는 경우, 즉 증거를 허용하는 것이 부당한 경우 이러한 증거들을 배제할 수 있는 재량권을 가진다.¹⁹⁴⁾ 그러나, (c) 의 요건을 충족하는 증거에 관해 법원이 재량으로 배제시킬 수 있는 명시적 권한이 법규상 없다.¹⁹⁵⁾

나쁜 성격 증거와 관련하여 유의할 것은 성향 증거이다. 2003년 CJA는 성향 증거가 인정될 수 있는 두 가지 방법을 규정하고 있는데, 하나는 해당 성향이 피고인이 해당 범죄에 대해 유죄일 가능성을 높인다고 여겨지는 경우, 직접 기소된 범죄에 대한 피고인의 유죄를 입증하기 위해 허용될 수 있고,¹⁹⁶⁾ 또 다른 하나는 정직하지 않은

187) Criminal Justice Act 2003, 제101조 제(1)항 (a).

188) Criminal Justice Act 2003, 제101조 제(1)항 (b).

189) Criminal Justice Act 2003, 제101조 제(1)항 (c).

190) Criminal Justice Act 2003, 제101조 제(1)항 (d).

191) Criminal Justice Act 2003, 제101조 제(1)항 (e).

192) Criminal Justice Act 2003, 제101조 제(1)항 (f).

193) Criminal Justice Act 2003, 제101조 제(1)항 (g).

194) Criminal Justice Act 2003, 제101조 제(3)항.

195) David Ormerod/David Perry((eds)), Blackstone's Criminal Practice 2023, Oxford University Press, 2023, 3156면.

196) Criminal Justice Act 2003, 제103조, 제(1)항 (a).

성향에 대한 증거는 피고인의 진실성이 쟁점이 되는 모든 사건에 허용되는데, 이 경우 증거는 주로 신빙성 문제와 관련성이 있지만, 간접적으로는 유무죄라는 궁극적 쟁점에 대한 증명 가치도 갖게 된다.¹⁹⁷⁾ 전자는 본질적으로 이미 커먼로에서 확립된 원칙을 성문법으로 채택한 것에 지나지 않지만, 후자는 완전히 새로운 증거 인정의 근거를 창설한 것으로, 다소 혼란의 여지도 있다.¹⁹⁸⁾

동법 제100조에서는 피고인 아닌 다른 자의 성격증거에 대해서도 증거능력이 인정될 수 있는 제한적인 상황을 규정하고 있다. 동조에 따르면 다음 세 가지 조건 중 하나를 충족하는 경우에만 증거로 제출할 수 있는데, 첫째, 중요한 설명 증거인 경우, 둘째, 소송에서 쟁점이 되는 사안과 관련하여 상당한 증거 가치가 있고 해당 사안이 사건 전체의 맥락에서 실질적으로 중요한 경우, 셋째, 소송의 모든 당사자가 해당 증거 채택에 동의한 경우가 그 조건이다.¹⁹⁹⁾ 여기서 무엇이 '중요한 설명 증거'인지의 정의는 피고인의 경우와 동일하며, 증인의 동기를 드러내는 나쁜 성격 증거는 중요한 설명 증거가 될 수 있다.²⁰⁰⁾

법원이 증거 채택 가능성을 고려하기 위해 증거가치를 판단하는 데 있어서 적용되는 동법 제109조의 진실 추정과 관련하여 증거배제에 대해 추가적으로 고려할 사항이 있다. 피고인은 과거 유죄 판결을 포함하여, 재판에서 인정된 모든 나쁜 성격 증거의 진실성에 대해 이의를 제기할 수 있다. 과거 유죄판결과 관련하여, PACE 1984의 제74조 제(3)항은 반박할 수 있는 진실 추정에 해당한다. 나쁜 성격 증거가 재판 절차나 경찰의 주의 조치에 기록되지 않은 '단순한' 주장으로 이루어져 있는 경우, 재판에서 피고인이 이의를 제기할 가능성은 더 높다.²⁰¹⁾

(4) 배심원을 위한 피고인의 성격 관련 지침(Direction to the Jury)

재판 과정에서 피고인에 관한 나쁜 성격증거가 인정된 경우, 판사는 항상 배심원단에게 해당 증거에 대해 잠재적으로 관련성이 있는 쟁점과 관련성이 없는 쟁점을 안내

197) Criminal Justice Act 2003, 제103조, 제(1)항 (b).

198) Richard Glover/Peter Murphy, Murphy on Evidence, 13th ed. Oxford University Press, 2013, 173면.

199) Criminal Justice Act 2003, 제100조 제(1)항.

200) R v Miller [2010] EWCA Crim 1153.

201) R v Edwards [2005] EWCA Crim 3244.

하는 지침을 내려야 한다. 또한 배심원단에게 나쁜 성격 증거는 해당 사건의 증거들 중 일부일 뿐 그 자체로 유죄를 입증하는 것은 아니라는 점도 주지시켜야 하며, 배심원단에게 피고인이 부당하게 편견으로 인한 불이익을 입지 않도록 지나치게 강조하지 않아야 한다는 지침도 포함되어 한다. 이는 성향 증거의 경우에 더욱 필요하다.²⁰²⁾ 피고인이 좋은 성품을 가진 경우에도 판사는 배심원에게 좋은 성품에 대한 지침을 내릴 의무를 가진다.²⁰³⁾ 법원은 좋은 성격 지침에 대한 두 가지 요소를 명시했는데, 첫째는 피고인의 선량한 품성과 신빙성 사이의 관련성에 관한 것으로, 피고인이 재판에서 증언하거나 재판 전 무죄 진술을 한 경우에만 주어질 수 있다. 두 번째 요소는 성향에 관한 것으로, 피고인이 검찰이 주장한 대로 행동했을 가능성이 있는지에 대한 쟁점과 선량한 성격의 관련성을 다루는 것으로, 피고인의 성품이 선량한 모든 경우에 지침이 주어져야 한다.²⁰⁴⁾ 이러한 지침 의무에 대한 악용 가능성도 문제가 되어 왔는데, 착한 성격의 경우 지침 제시 의무가 지나치게 확장되어 나쁜 범죄 기록을 가지고 있거나 선량한 인격이 아닌 피고인도 그러한 지침에 대한 자격을 성공적으로 주장하고 있다는 문제가 제기되어 왔다.²⁰⁵⁾

Hunter 판결은 좋은 성격 지침의 범위를 재개념화하고, 피고인을 '절대적으로 좋은 인성', '효과적인 좋은 인성', '나쁜 인성'으로 분류하여, 절대적으로 선량한 성품 또는 효과적인 선량한 성품인 피고인의 경우, 당연히 좋은 성격이라는 지침을 받을 권리가 있다고 하여 이 문제를 해결하고 있다. 그러나 피고인이 선량한 성품인지 여부를 결정할 재량과, 피고인이 나쁜 성격을 가질 경우 좋은 성품 지침을 내릴지 여부와 그 형태를 결정할 수 있는 재량은 전적으로 판사에게 있다.²⁰⁶⁾

(5) 성범죄 피해자 보호 특례

성범죄에 대한 소송 절차에서 피고인이나 타인과 관련된 자신의 성적 행동이

202) R v Hanson [2005] EWCA Crim 824.

203) Adrian Keane/Paul McKeown, *The Modern Law of Evidence*, 14th ed. Oxford University Press, 2022, 553면.

204) R v Vye [1993] WLR 471.

205) R v Hunter [2015] EWCA Crim 631.

206) Nicola Monaghan, "Reconceptualising good character: Hunter v R; Saruwu v R; Johnstone v R; Walker v R; Lonsdale v R", *The International Journal of Evidence & Proof* Vol. 19 No. 3, 2015, 193-195면.

나 경험에 대해 증거를 제출하거나, 피고인 또는 피고인을 대신하여 반대 신문
을 받을 수 있는 상황을 규율하는 것은 1999년 청소년사법 및 형사사법법
(YJCEA)이다.²⁰⁷⁾ 추측을 수반하거나 단순히 사건의 쟁점과 관련없는 피해자의
성적 행동에 대한 증거나 질문은 일반적인 증거 원칙에 따라 허용되지 않는다.
동법 제41조 제(1)항에 따라 성범죄로 기소된 사람이 재판을 받는 경우 피해자
(complainant; 고소인)의 성적 행동에 대한 (a) 어떤 증거도 제시될 수 없으며
(b) 법원의 허가를 받은 경우를 제외하고는 재판 중 반대신문에서 피고인이 또
는 피고인을 대리하여 고소인의 성적 행동에 대한 질문을 할 수 없다. 이 조
항은 유죄판결과 선고 사이에 열리는 심리를 포함하여 다른 모든 재판 절차에
도 적용된다.²⁰⁸⁾ 본 조항에서 '성범죄'는 2003년 성범죄법(SOA), Part 1에 따른
범죄 또는 관련 대체 범죄, 즉 강간이나 강간 의도를 가진 절도 등의 범죄를
모두 포함하는 것으로 광범위하게 정의된다. 이러한 성범죄 피해자 보호 조항
의 의도는 '순결하지 않은 여성은 성관계에 동의할 가능성이 높고 어떤 경우에
도 믿을 만한 가치가 낮다'고 묘사되어 온 두 개의 편견에 대응하기 위한 것
이다.²⁰⁹⁾ 또한 성범죄 피해자가 과거의 성 경험에 대한 질문으로 부당하게 괴
롭힘을 당하도록 허용하게 되면 피해자가 고소를 두려워하게 되어 가해자가
기소와 처벌을 피할 수 있기 때문에 피해자와 사회에 부당하다는 인식에서 비
롯된 규정이기도 하다.²¹⁰⁾ 1999년 YJCEA 제41조 제(1)항은 피해자가 이전의
성 경험에 대해 거짓으로 부인하는 증거 또는 의문점(예: 강간 혐의가 제기된
당시 처녀였다고 거짓 주장한 반면, 같은 날 과거에 피고인이 아닌 다른 사람
과 성관계를 가졌다는 진술을 한 경우)이 있는 경우에도 적용될 것으로 보인
다. 한편, 일반적으로 고소인이 이전에 성폭행에 대해 허위 고소를 한 적이 있
거나 다른 성폭행에 대해 고소할 때 고소의 대상이 되는 폭행에 대해 고소하
지 않은 것에 대한 증거나 질문은 제41조 제(1)항의 '고소인의 성적 행위에 관
한 것'에 해당하지 않는다고 본다.²¹¹⁾

207) Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999, 제41-43조.

208) Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999, 제42조 제(3)항.

209) R v A (No.2) [2001] UKHL 25.

210) David Ormerod/David Perry(eds), Blackstone's Criminal Practice 2023, Oxford University Press, 2023, 3021-3023면.

211) David Ormerod/David Perry(eds), Blackstone's Criminal Practice 2023, Oxford University Press, 2023, 3024면.

3. 증거의 배제

가. 위법수집증거

1) 일반법칙

충분히 관련성 있는 증거의 증거능력은 인정되어야 하나, 충분히 관련성 있는 증거는 증거법 원칙이나 사법적 재량의 행사에 의해 배제되지 않는 경우에만 증거능력이 인정된다. 이 결과는 일부 관련성 있는 증거들이 배제된다는 것이다.²¹²⁾ 위법하게 수집한 증거의 경우, 법원은 적절한 상황에서 직권으로 소송절차를 중단시킬 수 있다. 그러나 소송 절차가 중단되지 않은 경우, 불법으로 부적절하게 또는 불공정하게 취득한 증거는 법적으로 인정될 수 있다.²¹³⁾ 비록 일반적으로 법원은 해당 증거가 어떻게 취득된 것인지 관여하지 않지만, 유죄 판결을 위해 법령에 규정된 절차에 따라 증거를 수집하였을 것을 요하는 경우에는, 법에 정해진 절차 이외의 방법으로 취득한 증거, 즉 위법하게 수집한 증거의 증거능력은 인정되지 않는다.²¹⁴⁾ 위법하게 수집한 증거의 유형에는 다음과 같은 것들이 있다.

(1) 위법한 수단에 의한 자백

만약 피고인의 자백이 1984년 PACE법 제76조 제(2)항에 열거된 수단, 즉, 자백한 사람에 대한 억압/압박에 의해 이루어졌거나, 자백을 신뢰할 수 없게 만들 가능성이 있는 말이나 행동의 결과로 획득한 것일 경우, 그러한 자백을 증거로 법원에 제출한다면, 해당 자백이 1984년 PACE법 제76조 제(2)항에 열거된 수단으로 취득한 증거가 아니라고 합리적 의심을 넘어서는 수준으로 검찰이 법원에 입증한 정도가 아닌 이상, 법원은 이러한 자백을 피고인에 대한 증거로 인정할 수 없다. 예컨대, 고문이나 비인간적 처우를 통해 취득했거나 취득했을 수도 있는 증거라면 그렇게 취득한 것이 아님을 검찰이 합리적 의심을 넘어서는 수준으로 입증하지 않는 한, 법원은 증거로 채택할

212) Adrian Keane/Paul McKeown, *The Modern Law of Evidence*, 14th ed. Oxford University Press, 2022, 31면.

213) 이렇게 획득한 증거를 배제할 수 있는 재량권의 범위에 관해서는 PACE 1984 제78조 참조.

214) David Ormerod/David Perry ((eds)), *Blackstone's Criminal Practice 2023*, Oxford University Press, 2023, 2908면.

수 없다. 그러나 커먼로에는 헌법 원칙상 타인을 고문하여 취득한 증거는 신뢰할 수 없고, 불공정하며 통상적인 인도주의의 기준을 손상시키는 것으로 법원이 사법 집행을 통해 추구하고자 하는 원칙들과 합치될 수 없는 것이므로 증거로 받아들일 수 없다는 더 광범위한 일반원칙도 있다.²¹⁵⁾ 유럽인권협약 제3조에 반하는 비인간적 처우로 취득한 증거와 자기부죄금지특권 위반으로 취득한 증거 역시 배제될 수 있다.²¹⁶⁾

(2) 증언거부특권의 대상이 되는 문서

만약 문서가 뒤에서 살펴보게 될 변호사의 업무상 비밀유지특권의 보호대상이거나 (또는 이에서 파생된 2차 증거)인 어떤 문서가 특권을 주장할 수 있는 당사자의 상대방에 의해 취득된 경우, 해당 문서와 여기서 파생된 2차 증거는 증거로 채택될 수 있다. 법원은 그들이 고려하는 증거를 어떻게 취득했는지의 방법에는 관여하지 않는다는 것이 형사법원의 일반 원칙이다. 특권을 주장하는 당사자가 무심코 당해 문서를 취득했거나 당사자의 상대방의 위법한 행위로 문서를 취득한 경우에도 이 원칙은 적용된다.²¹⁷⁾

2) 커먼로상 재량에 의한 배제

커먼로상의 재량은 모든 피의자들의 공정한 재판을 받을 권리를 보장해야 할 판사 또는 치안판사의 의무에서 찾아볼 수 있다. 비록 형사법원이 위법증거수집배제법칙 하에서는 채택될 수 없는 증거를 재량의 문제로 인정할 수 있는 권한을 가지고 있다고 시사하는 커먼로 판례는 없지만, 판사는 내재적 권한의 일부로 언제나 검찰 측 증거를 배제할 수 있는 재량이 있다는 원칙은 잘 확립되어 있다.²¹⁸⁾ 이러한 재량 행사는 절차가 아니라 실체적 문제로 각각의 개별적인 사실 관계의 맥락에서 판단되어야 한다.²¹⁹⁾ 판사가 재량 행사를 고려하는 것조차 실패한 경우²²⁰⁾ 또는 원칙에 오류가

215) A v Secretary of State for the Home Department (No.2) [2006] UKHL 71; [2006] 2 AC 221.

216) Jalloh v Germany [2007] 44 EHRR 32 (667).

217) Calcraft v Guest [1898] 1 QB 759; R v Tompkins [1977] 67 Cr App R 181.

218) Noor Mohamed v The King [1949] AC 182.

219) R v Sang [1980] AC 402.

220) R v Cook [1959] 2 QB 340.

있거나 적절하게 결정할 자료가 없는 경우라면²²¹⁾ 재량권 행사에 관한 이러한 사유들은 항소의 근거가 될 수도 있다.²²²⁾ 커먼로상 재량권은 1984년 PACE법 제82조 제3항에 의해 보존되기는 했지만, 제78조에 규정된 재량권의 광범위한 범위를 고려할 때 예전처럼 복원되어 적용되기는 어려울 것으로 보인다. 제82조가 적용될 가능성이 높은 상황은 자백이 있어서는 안 되는 정황에 대한 증거로 자백이 인정된 후 판사가 이를 알게 되는 경우라고 할 수 있는데 이 상황에는 PACE 법 제76조나 제78조가 적용되지 않으므로 법원은 커먼로의 권한으로 해결하게 된다. 커먼로에서의 재량은 신뢰할 수 없음으로 인한 배제²²³⁾와 불공정성으로 인한 배제²²⁴⁾로 나누어 볼 수 있다. 불공정성으로 인한 재량권은 자백 증거와 관련하여 커먼로에 잘 확립되어 있으며, 자백 증거가 '강압에 의해 또는 피고인의 의사에 반하여 또는 속임수 등의 행위에 의해 억압적인 방식으로 획득된 경우 피고인에게 불리하게 작용할 수 있다'고 판시하고, 재판부가 재량권을 행사할 수 있다고 판시한 바 있다.

3) 성문법 규정에 의한 배제

(1) 1984년 경찰 및 형사사법법(PACE 1984)

PACE 1984법 제78조 제(1)항은 검찰 측 증거를 배제할 수 있는 가장 중요한 재량권을 규정하고 있다. 제78조는 검사가 의존할 것을 제안하는 증거에 적용되므로 해당 조항에 따른 증거배제 신청은 증거가 제시되기 전에 이루어져야 한다. 엄격하게 따지면 제78조 제(1)항은 재량권 행사와는 관계가 없다. 왜냐하면, 만약 법원이 문제가 된 증거를 채택하는 것이 절차의 공정성에 악영향을 미칠 수 있다면, 논리적으로 증거능력을 인정하는 재량권을 행사할 수 없기 때문이다. 비록 때때로 재량이라고 묘사되지만, 유럽인권협약 제6조에 합치하는 공정한 재판을 받을 권리를 보장하기 위한 평가적 판단이라고 설명하는 것이 더 정확할 것이다.²²⁵⁾

221) R v Burke [1985] 82 Cr App R 156.

222) Selby v DPP [1970] AC 304.

223) 피고인이 말한 내용이 망상과 환각의 산물일 수 있다는 이유로, 자백 증거를 배제한 사례 R v Miller [1986] 3 All ER 119.

224) R v Sang [1980] AC 402; R v Houghton [1978] 68 Cr App R 197.

225) David Ormerod/David Perry ((eds)), Blackstone's Criminal Practice 2023, Oxford University Press, 2023, 2909면.

1984년 PACE법 제78조 제(1)항은 법령상 재량 권한을 행사할지 여부를 결정하는데 있어서, 모든 정황에 대하여 신경쓰도록 법원을 안내했다. 피고인의 행위에 대한 증거가 도리어 해로운 효과를 가져올 수도 있다는 단순한 사실은 제78조에 따른 배제 사유가 아니다.²²⁶⁾ 단지 피고인의 행위에 대한 증거가 편향적으로 불리한 효과를 가져올 수도 있다는 사실만으로 PACE법 제78조에 따른 배제 사유는 아니지만, 증명 가치에 비해 불균형하게 편견을 야기할 수 있는 증거, 그리고 범행 직후 부적절하고 불공정한 수단으로 피고인으로부터 취득한 시인, 자백이나 기타 증거 등 커먼로에서 배제 대상이었던 증거는 커먼로에 의해서든 동법에 의해서든 배제될 수 있으며, 커먼로에서 배제대상인 증거는 제78조에서는 거의 배제대상일 것이라는 점에서,²²⁷⁾ 1984년 PACE 법 제78조의 배제범위는 커먼로보다 더 넓은 것으로 여겨진다. 그러나, 본 조항의 일차적 중요성은 커먼로와 겹치는 정도가 아니라 이 조항이 불법적이고 부당하게, 불공정하게 취득한 증거의 배제 가능성을 커먼로의 권한을 확장시켰다는 데 있다. 즉, 커먼로에서는 위법수단으로 취득한 증거의 배제가 시인과 자백 기타 증거에 한정되어 있었다면, 제78조는 불법, 부당, 불공정하게 취득한 것이라면 어떤 형태의 증거든, 어디서 취득한 증거든, 출처와 형태를 불문하고 배제시킬 수 있기 때문이다. 배제의 판단기준은과 관련하여 동법 제78조 1항은 법원이 법에서 부여한 재량권을 행사할지 여부를 결정할 때 증거를 입수한 상황을 포함한 모든 상황을 고려하도록 지시하고 있다.²²⁸⁾ 법원이 증거 취득 과정에서 중대하고도 비난가능한 행위가 있었다고 보아 증거를 배제한 사건들에서 경찰관을 징계하기 위한 수단으로 이러한 결정이 내려져서는 안 된다.²²⁹⁾ 즉 제78조에 대한 심사기준은 증거 취득 과정의 부적절성이 절차의 공정성에 영향을 미치는지 여부이며, 법원은 단순히 증거 입수방식에 동의하지 않는다는 이유로 해당 조항에 따른 증거 배제 권한을 행사할 수는 없다.²³⁰⁾

(2) 통신감청

2016년 수사권법(IPA)은 프라이버시를 간섭하는 데 사용할 수 있는 특정 수사 권한

226) R v Hunter [2021] EWCA Crim 1875.

227) Matto v Wolverhampton Crown Court [1987] RTR 337.

228) David Ormerod/David Perry ((eds)), Blackstone's Criminal Practice 2023, Oxford University Press, 2023년. 2910-2912면.

229) R v Mason [1988] 3 All ER 481.

230) R v Chalkley [1998] QB 848.

의 범위를 설정하고 있으며, 동법에 따르면 영국에서 적법한 권한 없이 공공, 사적 통신 수단 시스템이나 공공 우편 서비스를 통해 통신을 감청하는 것은 범죄이다.²³¹⁾ 그러나, 동법 제56조 제(1)항은 통신 감청으로 얻은 내용이나 통신 감청 관련 행위가 이루어졌거나 이루어지고 있다고 볼 만한 어떠한 증거도 공판 절차 목적으로 증거로 제출되거나 신문의 대상이 되거나 공개가 이루어질 수 없다고 규정하여 감청된 자료의 사용에 대하여 중대한 제한을 가하고 있다.²³²⁾ 제56조의 목적상 ‘감청 관련 행위(interception-related conduct)’는 특히 제3조에 위배되는 불법 감청 범죄에 해당하는 행위, 제9조 또는 제10조의 금지 규정 위반, 영장 신청 또는 법률에 따른 영장 발부 행위를 의미한다. 이 때, 전송 시점에 감청된 통신내용은 저장장치에서 복구된 통신 내용과는 구별되어야 하며, 전자는 증거로서 인정되지 않지만, 후자는 적절한 영장이 있는 경우 증거로 채택될 수 있다.²³³⁾ 한편, 교도소 재소자들이 하는 전화 통화의 묻지마 감청 녹음은 IPA 2016에 위반되지 않는다. 소관부처 장관에게는 전체 교도소 재소자들이나 특정 재소자의 전화통화 등을 제한할 수 있는 권한이 부여되어 있으므로, 동법 제49조 제(1)항과 (2)항 하에서, 만약 이것이 Prison Act 1952 제47조에 의해 부여된 권한 행사라면, 통신 감청은 허용된다.²³⁴⁾

(3) 기타 법령에 의한 배제

일반적 적용 규정인 1984년 PACE 법 제78조 제(1)항과 달리, 법원이 특정 정보에 한해 배척할 수 있도록 해주는 다른 법률 규정들도 있다. 예컨대, 2003년 형사사법법(CJA 2003)은 피고인의 성격증거를 배제할 수 있는 재량을 부여하는 규정과,²³⁵⁾ 증거를 전문증거로 배제시킬 수 있는 재량적 권한을 부여하는 규정²³⁶⁾ 등을 두고 있다. 이에 대해서는 뒤에서 각각 성격증거와 전문증거 항목에서 별도로 상세히 살펴보기로 한다.

231) Investigatory Powers Act (IPA) 2016, 제3조 제(1)항.

232) Investigatory Powers Act (IPA) 2016, 제56조 제(1)항.

233) R v A [2021] EWCA Crim 128; Investigatory Powers Act (IPA) 2016, sch. 3, para 2.

234) R v Mahmood [2013] EWCA Crim 3456.

235) Criminal Justice Act 2003, 제101조 제(3)항.

236) Criminal Justice Act 2003, 제126조.

나. 전문증거(Hearsay Rule)

1) 원칙

전문증거는 재판절차상 구두증언으로 이루어지지 않은 진술을 의미한다. 여기서 진술이라 함은 진술한 내용에 대한 증거로서의 진술이다. 전문증거의 본질은 이것이 직접 증거가 아니라 간접적으로 전달된 증거라는 데 있으며, 이러한 면에서 형사재판의 공정성을 침해하는 위험이 될 수 있다. 2003년 형사사법법이 제정되었지만 이러한 본질은 바뀌지 않았다. 영미의 형사절차에서는 공판이 중요하고 이 중에서도 법정에서 이루어지는 증언이 가장 중요하기 때문에 증언 내용의 청취에 관심이 집중된다.²³⁷⁾ 전문증거를 일반적으로 직접 증거보다 열등한 것으로 간주하는 근거도 변하지 않았다.²³⁸⁾ 2003년 형사사법법(CJA) 제114조 제1항은 전문진술을 정의하면서 '현재 진행 중인 소송 절차에서 이루어지는 구두 증언', 이외의 다른 곳에서 이루어진 진술을 의미한다고 명시하고 있다. 이러한 진술을 '법정 외' 진술이라고 부르기도 하지만, 이 문구는 다른 소송절차에서 증거를 제시하는 과정에서 법정에서 이루어진 진술도 포함되므로 오해의 소지가 있다. 즉, 두 개의 소송절차가 밀접한 관련이 있는 경우 이전의 절차에서 선서한 진술은 증언에 해당하게 된다. 예컨대, 증인이 서면 증언 진술을 하는 경우 명시적으로 위증죄의 처벌을 받는다고 하더라도 이는 증언에 해당하며 전문법칙에 대한 법적 예외가 적용되는 재판에서만 증거로 인정될 수 있다.

전문법칙은 해당 증거를 인용하는 목적이 진술된 사실의 진실을 입증하기 위한 것일 경우에만 증거 항목에서 제외된다. 즉, 당사자가 진술한 내용의 진실을 입증하기 위한 목적이 아닌 다른 이유로 법정 밖에서 말한 내용을 증거로 채택하고자 하는 경우에, 해당 진술은 전문법칙의 적용 대상이 아니다. 이러한 진술은 때때로 '원본' 증거라고도 하는데, 이러한 진술에 관련성이 있는 것은 진술의 담고 있는 진실이 아니라 진술이 이루어졌다는 사실이기 때문이다. 전문법칙은 '용도 원칙 (rule of use)'이라고도 하는데, 이 규칙이 배제하는 것은 법정 밖 진술이라는 증거의 형태가 아니라 해당 형태의 증거를 사용하는 목적(즉, 진술된 사실의 진실을 증명하는 데 사용되는

237) 표성수, 영미 형사사법의 구조, 비봉출판사, 2004, 147면.

238) David Ormerod/David Perry ((eds)), Blackstone's Criminal Practice 2023, Oxford University Press, 3222면.

것)이기 때문이다. 전문 법칙의 정당성은 공정한 재판을 받을 권리와 이에 수반되는 반론권이라는 유럽 인권 차원에서도 인정할 수 있다.²³⁹⁾ 전문법칙은 문제의 전문진술 증거가 제기된 실제 소송 절차에서 증거를 제시하는 경우를 제외하고 한 사람이 한 모든 진술에 적용된다. 전문증거배제법칙은 증인이 재판에서 반복하여 진술한 증인 본인의 예전 진술에도 적용되나, 이러한 진술은 나중에 살펴보겠지만, 이전 진술이 재판에서 증인의 증언과 일치하는지 아니면 불일치하지 않는지에 따라 별도의 규칙이 적용된다.

2003년 형사사법법(CJA)은 ‘소송 절차에서 구두 증거로 작성되지 않은 진술’은 ‘진술된 사항에 대한 증거’로 인정하지 않는다는 일반 원칙을 규정하고 있다.²⁴⁰⁾ 또한 동법 제114조 제(1)항에서의 증거는 ‘진술된 사항에 대한 증거’, 즉 해당 사안의 진실을 규명하기 위한 경우에만 증거로 인정된다. 동법 제115조 제(3)항은 ‘진술된 사항 (matter stated)’을 ‘진술을 하는 사람의 목적 또는 목적 중 하나가 법원에 (a) 다른 사람으로 하여금 그 사항을 믿게 하거나 (b) 다른 사람으로 하여금 그 사항에 근거하여 행동하거나 작동하는 것’으로 보이려는 경우로 규정하고 있다. 예컨대, 법원은 수감 중인 피고인이 받은 편지에 그가 갯단 조직원임이 언급되어 있는 내용은 그의 갯단 가입 사실에 대한 전문 증거가 아니라고 판시한 바 있는데, 해당 편지가 피고인으로 하여금 자신이 갯단원이라고 믿게 하거나 갯단원이라는 사실을 근거로 행동하게 할 목적으로 작성된 것은 아니었다고 보았기 때문이다.²⁴¹⁾ 2003년 형사사법법이 가져온 가장 큰 변화는 ‘증거가 인정되어야 하는 것이 공정한 경우에만 증거로 인정되도록 보장하기 위해 만들어진 법규’를 통해 전문증거를 체계적인 방식으로 처리할 수 있도록 전문법칙을 성문화했다는 점이다. 업무 기록처럼 본질적으로 신빙성이 있는 증거는 증거능력이 인정되도록²⁴²⁾ 전문법칙의 예외를 체계화했으며, 재판 전에 사망한 증인의 진술과 같은 증거(따라서 현재 취득할 수 있는 최선의 증거)는 절차의 공정성에 부정적인 영향을 미치는 경우를 제외하고 인정할 수 있도록 했다.²⁴³⁾ 증언은 모든

239) Beverley Brown/Amber Marks, Evidence, University of London Publication Office, 2019, 111-113면.

240) Criminal Justice Act 2003, 제114조 제(1)항.

241) R v Elliott [2010] EWCA Crim 2378.

242) Criminal Justice Act 2003, 제117조.

243) Criminal Justice Act 2003, 제116조.

당사자의 합의에 의해 인정될 수 있으며, 제114조에 ‘사법정의상 이익’이라는 예외 조항이 있어 반드시 들어야 할 내용이 누락되지 않도록 보장한다. 이러한 예외들에 대해서는 다음 장에서 더 구체적으로 살펴보도록 하겠다.

2) 예외

전문증거는 배제한다는 원칙에 대한 예외는 다음과 같이 크게 네 가지 범주로 나누어 볼 수 있는데, 이러한 예외는 2003년 CJA 제114조에 규정되어 있으며 동법 제2장의 여러 조항에서 합의에 의해 인정된 전문 진술,²⁴⁴⁾ 원진술자 증인을 확보 불가능한 전문 진술,²⁴⁵⁾ 사법정의상 이익을 위해 허용되는 전문진술,²⁴⁶⁾ 남아있는 커먼로 원칙에 따라 허용되는 전문진술²⁴⁷⁾ 등으로 나누어 상세하게 설명되어 있다. 전문 증거를 4가지 항목 중 하나에 해당하는 증거로 채택하는 것은 재판의 공정성에 부정적인 영향을 미치지 않도록 하는 데 필요한 긴 절차의 첫 단계에 불과하다는 점에 유의해야 한다. 대법원은 적용될 다른 안전장치의 중요성을 강조했는데, 이 중 일부만 CJA 2003에 드러나 있다.²⁴⁸⁾ 이 법에는 세 가지 관련 조항이 있는데, 우선 전문 진술의 작성자가 증언을 위해 출석하지 않을 경우 신빙성 심사를 규정하는 제124조, 증거가 설득력이 없는 경우 소송을 중지할 수 있는 권한을 다루는 제125조, 전문 증거를 배제할 수 있는 구체적인 재량권을 규정하는 제126조가 그것이다. 또한 모든 기초 증거는 법원의 일반적인 재량 배제 권한의 적용을 받는데 그 중 PACE 1984, 제78조가 가장 중요하다. 특히 제114조 제(2)항에 따른 ‘사법정의상 이익’에 대한 증거 인정 기준이 법의 다른 증언 예외 규정에 따라 인정되는 증거의 재량 배제 기준의 핵심이 되었다. 또한 판사는 전문 증거가 접수된 배심원단에게 그 증거에 따라 행동할 경우의 위험성에 대해 지침으로 안내할 의무가 있다. ²⁴⁹⁾

244) Criminal Justice Act 2003, 제114조 제(1)항 (c).

245) Criminal Justice Act 2003, 제116조.

246) Criminal Justice Act 2003, 제114조 제(1)항 (d).

247) Criminal Justice Act 2003, 제114조 제(1)항 (b); 제118조.

248) R v Horncastle [2009] UKSC 14.

249) David Ormerod/David Perry ((eds)), Blackstone's Criminal Practice 2023, Oxford University Press, 3236면.

(1) 증인의 확보 불가능(unavailability)에 따른 허용

동법 제116조는 형사재판에서 재판 중 구두 증거로 제공되지 않은 진술은 (a) 진술자가 재판에서 해당 내용을 구두로 증언한다면 해당 사안의 증거로 인정될 수 있는 경우, (b) 진술자(관련자)의 신원이 법원이 만족할 만큼 확인되고 (c) 제(2)항에 규정된 다섯 가지 조건 중 하나라도 충족되는 경우, 진술된 내용에 대한 증거로 인정될 수 있다고 규정하고 있다. 동조 제(2)항에 규정된 다섯 가지 조건은 원진술자(관련자)의 사망,²⁵⁰⁾ 원진술자의 신체적·정신적 조건상 증인이 되기에 맞지 않는 경우, 관련자가 영국 외부에 있으며 출석을 확보하는 것이 합리적으로 실행 가능하지 않은 경우,²⁵¹⁾ 관련자를 찾기 위해 합리적으로 실행 가능한 모든 조치를 취했음에도 관련자를 찾을 수 없는 경우, 마지막으로 관련자가 두려움으로 인해 재판절차에서 진술 주제와 관련한 구두 증거를 전혀 또는 계속 제공하지 않는 경우에 진술이 증거로 제출될 수 있도록 법원이 허가하는 경우가 이에 해당된다.²⁵²⁾ 이 때, 두려움은 주관적 기준으로 판단한다.²⁵³⁾

(2) 사법정의상 이익을 위해 허용되는 전문 진술

전문 진술을 증거로 받아들이는 것이 사법정의상 이익에 부합한다고 법원이 판단하는 경우 전문 진술의 증거능력이 인정될 수 있다.²⁵⁴⁾ 소위 ‘안전 밸브’ 조항이라 불리는²⁵⁵⁾ 이 조항에 따라 진술의 증거능력을 인정할지 여부를 결정할 때 법원은 동조 제(2)항에 명시된 요소들과 관련성이 있다고 판단되는 다른 요소들을 고려해야 한다. 제(2)항의 요소들은 전문 진술의 작성 경위를 둘러싼 정황으로 볼 때 반대신문 없이도 이를 인정할 수 있을 만큼 신빙성이 있다고 취급할 수 있는지 여부에 초점을 둔 것이다.²⁵⁶⁾ 이 때, 동법 제116조를 우회하기 위한 수단으로 제114조 (1)항 (d)를 이용할

250) 본 조항에 관한 대표적인 판례는 R v Riat [2012] EWCA Crim 1509.

251) 구두증언을 위한 증인 출석 확보가 합리적으로 실행 가능한지 여부를 판단할 때 법원은 증거의 잠재적 중요성, 증인 출석 확보에 수반되는 비용 및 불편함, 증인 출석이 실행 불가능하거나 편리하지 않은 이유에 대해 제시된 특정 사유 등 여러 가지 요소를 고려해야 한다. R v Gyima[2007] Crim LR 890.

252) Criminal Justice Act 2003, 제116조, 제(2)항.

253) R v Doherty [2006] EWCA Crim 2716.

254) Criminal Justice Act 2003, 제114조, 제(1)항 (d).

255) Beverley Brown/Amber Marks, Evidence, University of London Publication Office, 2019, 119면.

수는 없다. 법원은 제116조에 따라 증거능력을 인정받지 못한 증거를 제114조에 의해 인정할 수 있는지 여부를 고려하면서, 제116조는 증인 불출석의 경우 전문 증거를 인정할 수 있는 경우를 의회가 신중하게 고려하여 만든 규정이므로 이를 무효화하기 위해 제114조를 적용할 수도 없고 적용해서는 안 된다고 판시한 바 있다.²⁵⁷⁾

(3) 커먼로 원칙의 적용 여부 문제

2003 CJA, 제118조는 비단 전문법칙에 관한 내용 뿐만 아니라, 증거법 전반에 걸쳐서 2003이라는 성문 법규 제정 이후에도 여전히 유효하게 적용되는 커먼로 원칙들을 규정하고 있다. 동조 제(1)항에서는, 공문서나 공적 기록에 담긴 공공정보의 증거능력 인정,²⁵⁸⁾ 형사재판에서 법원이 평판이 관련 증거를 증명하는 증거로 취급할 경우, 평판을 좋은 성격 또는 나쁜 성격을 증명하기 위한 증거로 사용할 수 있다는 원칙,²⁵⁹⁾ 부대상황사실 (res gestae)는 충동적 발언으로 전문 진술이지만 행동의 일부분이므로 전문법칙이 적용되지 않는다는 res gestae 원칙,²⁶⁰⁾ 자백,²⁶¹⁾ 전문가 증언²⁶²⁾ 등에 관한 커먼로 원칙들은 여전히 유효하게 준수할 것을 규정되어 있으며, 따라서 이 조항에 의해 보존되는 규칙을 제외하고는, 형사소송에서 전문 증거의 인정 여부에 관한 커먼로 원칙들은 모두 폐지된다고 규정하고 있다.²⁶³⁾

(4) 공범의 자백과 전문 진술 증거

위에서 살펴 본, CJA 2003 제114조에 규정된 예외 사유와, 제118조의 여전히 유효한 커먼로 원칙 적용 여부를 둘러싸고 문제가 되는 것은 공동 피의자 중 1인의 자백에 담겨 있는 전문 증거를 다른 1인의 재판에 증거로 사용할 수 있는지의 문제로,²⁶⁴⁾ 예컨대, 공동 피고인 X와 Y 중 X가 먼저 재판을 받고 이후에 Y가 재판을 받는 과정에

256) R v Minchin [2013] EWCA Crim 2412.

257) R v O'Hare [2006] EWCA Crim 2512.

258) Criminal Justice Act 2003, 제118조, 제(1)항, 1.

259) Criminal Justice Act 2003, 제118조, 제(1)항, 2.

260) Criminal Justice Act 2003, 제118조, 제(1)항, 4.

261) Criminal Justice Act 2003, 제118조, 제(1)항, 5.

262) Criminal Justice Act 2003, 제118조, 제(1)항, 8.

263) Criminal Justice Act 2003, 제118조, 제(2)항.

264) PACE 1984, 제76A조에서는 같이 재판 받고 있는 공동 피고인 중 1인의 자백이 사안의 쟁점과 관련성이 있는 한, 다른 1인에 대한 증거로 사용할 수 있다고 규정하고 있다.

서, 법정 밖에서 이루어진 X의 자백이 Y의 재판에서 전문법칙의 예외로서 증거로 사용될 수 있는지의 문제이다. 형사절차에서 자백에 관한 법 원칙은 2002 CJA 도입 이후에도 커먼로 원칙이 여전히 적용되는 영역 중 하나이다.²⁶⁵⁾ 검찰은 동법 제114조 (1)항 (d)의 사법정의상 이익에 기반한 예외로서 X의 법정 외 자백을 증거로 인정해 달라고 신청했지만, 법원은 동 조항이 타인의 자백에 포함된 전문 진술에는 적용되지 않는다고 판결하자 검찰이 항소한 사건이다. 제114조 제(1)항 (b)는 제118조에 의해 보존되는 커먼로 원칙에 따라 허용되는 모든 증거를 허용하고 있고, 여기서 적용되는 커먼로 원칙은 자백 증거도 전문법칙의 예외에 해당하면 증거능력이 인정될 수 있으며, 다만 자백을 한 당사자에 대해서만 증거로 사용될 수 있다는 원칙이다.²⁶⁶⁾ 또한 제114조 제(1)항 (d)는 증거능력을 인정하는 것이 사법 정의의 이익에 부합한다고 판사가 확신하는 경우 원래는 허용할 수 없는 전문 증거도 인정할 수 있다는 새로운 규정을 도입한 것이므로, 자백에 포함된 전문 진술은 다른 전문 증거와 마찬가지로 제114조 제(1)항 (d)에 따라 증거로 인정될 수 있으며 제118조가 이를 무효화시키지는 않는다고 보았다. 그러나 법원은 사법정의상 이익에 의해 전문 진술의 증거능력을 인정하는 예외조항이 존재한다고 해서, 어느 한 피고인에 대한 경찰 신문 내용이 다른 피고인에 대한 경찰 신문에서도 일상적으로 인정되는 것은 아니며, 사법정의의 이익을 위해 예외를 인정하기 전에 항상 신중하게 고려해야 한다고 덧붙였다.²⁶⁷⁾ 공범의 자백이 피고인의 공소사실에 대한 유일한 증거일 때 자백의 보강법칙 적용 여부로 해결하는 우리나라의 접근법²⁶⁸⁾과 달리, 영국의 경우 공범의 자백을 전문법칙의 예외로 인정할 것인지 여부로 해결하려고 한다는 점에서 다른 접근법을 취하고 있는 것 같지만, 결국 그 배경에는 피고인이 아닌 공범의 자백을 받아내기 위한 편중 수사를 막기 위해 공범의 자백을 피고인에게 불리한 증거로 사용하는 것을 제한해야 하는 현실적 필요와 문제의식만큼은 동일하다고 할 수 있겠다.

265) Criminal Justice Act 2003, 제118조, 제(1)항, 5.

266) R v Myers [1997] UKHL 36.

267) R v Y [2008] EWCA Crim 10.

268) 배종대/홍영기, 형사소송법 제2판, 홍문사, 2020., 404-407면; 김정한, “증거능력 제한 규정으로 재해석한 형사소송법 제310조의 의미와 적용범위”, 법학연구 제23권 제1호, 경상대학교 법학연구소, 2015, 97-121면.

(5) 과거의 일관성 없는 진술²⁶⁹⁾

증인이 이전에 일관성 없이 진술한 내용은 동법 제119조에 따라 진술한 내용의 진실성에 대한 증거로 인정된다. 일관되지 않은 진술은 증인의 구두 증거에 첨부할 가증치의 문제에만 적용될 수 있고 그 내용의 진실성에 대한 증거가 될 수 없다는 종래 커먼로의 입장을 변경한 것이다.²⁷⁰⁾ 여러 증인으로부터 신원확인에 대한 상세한 진술을 통해 신원이 확인된 피고인의 재판에서 증인들이 이전 진술과 달리 신원이 불확실하다고 주장한 경우, 판사는 이전 진술을 신원 확인 증거로 인정했고 배심원단은 이 진술이 사실임을 근거로 유죄판결을 내린 바 있다.²⁷¹⁾

(6) 과거의 일관성 있는 진술

원래 커먼로에서는 증인이 이전에 현재 증거와 일치하는 진술을 한 적이 있다는 증거를 제시할 수 없었다. 이러한 진술이 법정에서 선서한 증인의 증거에 어떠한 개선 효과도 더할 수 없다는 논리에 근거하고 있었는데, 이러한 진술은 법정 밖 진술로서 전문법칙 위반으로서도 증거 채택을 반대할 수 있다.²⁷²⁾ 따라서 커먼로에서는 일관성의 증거와 진술된 사실의 진실성에 대한 증거로서 일부 예외를 제외하고는 이러한 진술은 배제되었다.²⁷³⁾ 그러나, 2003년 CJA 제정으로, 일관성 없는 진술 이외에도 증인이 이전에 한 진술은 최근의 조작 주장을 반박하기 위해; 또는 증인이 기억을 되살리기 위한 문서에 대하여 반대신문을 받은 결과; 또는 증인 자신이 진술을 하였고 사람, 장소 또는 사물의 신원과 관련된 것이거나, 지금은 기억나지 않는 사안이 아직 기억에 생생할 때 작성된 경우, 또는 범죄 피해자의 최근 고발 사건에서 피해자가 이미 해당 범죄에 대한 구두 증거를 제공한 경우라면 그 진술이 진실임을 확인하기 위해 증거로 제출된 경우, 진술 내용의 증거로 인정될 수 있는 법률상 근거를 마련하게 되었다.²⁷⁴⁾ 이전 진술에 자세한 설명이 포함되어 있는 경우 검사는 항상 이전 진술의

269) Criminal Justice Act 2003, 제119조.

270) CPS, 검찰법무지침 (전문법칙), 2021. 9. 10.,

<https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/hearsay> (최종검색: 2023. 9. 1.)

271) R v Joyce [2005] EWCA 1785.

272) Richard Glover/Peter Murphy, Murphy on Evidence, 13th ed. Oxford University Press, 2013, 602면.

273) R v Roberts [1942] 1 All ER 187.

274) Criminal Justice Act 2003, 제120조.

도입을 고려해야 한다.²⁷⁵⁾

(7) 과거의 식별 및 묘사 진술

전문법칙과 과거의 일관성 있는 진술에 대한 예외를 규정한 2003년 CJA, 제120조 제(1)항, 제(4)항, 제(5)항에 따라, 특정인이나 사물, 장소 등을 식별하고 묘사했던 증인의 과거 진술은 그가 진술이 사실이라고 믿고 진술한 이상 증거능력이 인정된다.²⁷⁶⁾

다. 공공 정책에 따른 배제

증거를 공개하는 것이 국가이익에 반하거나, 공공 서비스의 정상적 기능을 해할 수 있다면, 증거를 비공개하는 것이 공공의 이익에 부합하는 것이다. 또한, 모든 관련 증거를 받아들여 정의가 실현되어야 하고, 공개적으로 정의가 실현된 것으로 보여야 하는 것도 공공의 이익에 부합한다. 이러한 두 가지 이익이 상충하는 경우, 공공의 이익을 위해 허용 가능한 증거를 보류해야 하는지 여부는 결국 이익형량의 문제이며, 이는 행정부가 아닌 법원이 결정한다. 증거가 배제되는 경우 공공의 이익 면책 사유에 의해 증거가 보류되는 것이다.²⁷⁷⁾ 공공의 이익에 따른 면책은 국가안보, 외교 관계 및 국제 친선, 공공서비스의 적절한 운영, 경찰관 사이의 소통, 범죄 탐문 수사를 위한 정보원과 정보 등이 여기에 해당한다. 커먼로에서는 당시 소송을 의도한 것인지의 여부를 불문하고 어떤 문제에 관해서든 법적 조언을 주고받기 위한 것이 주된 목적(dominant purpose)으로 이루어진 의뢰인과 변호인 사이의 대화이고,²⁷⁸⁾ 두 번째 유형은 수입 예정인 소송이나 현재 진행중인 소송을 준비하기 위한 것을 주된 목적으로 변호인 등 법률전문가와 제3자 그리고 의뢰인 사이에 이루어진 대화이다. 비록, 커먼로상 기밀 대화 자체에 특권이 부여되지는 않지만, 적절한 상황에서 예컨대, 당사자가 부부 조정 과정에서 이루어진 대화에 부여되는 특권(공공의 이익에 기반한 면책 특권으로 취급되기도 함)과 같은 다른 특권에 의지할 수 있다. 또는 공익 면책특

275) Criminal Justice Act 2003, 제120조, 제(5)항.

276) David Ormerod/David Perry ((eds)), Blackstone's Criminal Practice 2023, Oxford University Press, 2997면.

277) R v Lewes Justices, ex parte Secretary of State for the Home Department [1973] AC 388.

278) R (on the application of Jet2.com Ltd) v Civil Aviation Authority [2020] EWCA Civ 35, [2020] QB 1027.

권 청구가 성공할 수도 있다. 따라서 치료 목적으로 기밀로 진행되는 성범죄 피해 아동과의 면담은 공공의 이익이 특별히 요구하지 않는 한 공개되어서는 안 된다. 또한, 1967년 낙태법에 따라 수행된 낙태와 관련된 기밀 문서에 대해서도 이와 유사하게 면책특권이 주장될 수 있다.²⁷⁹⁾

라. 증언거부특권

1) 개관

관련성 있고, 증거능력이 있는 증거라 하더라도 증언거부특권을 근거로 배제될 수 있다. 영국 법에서 인정되는 증언거부 특권은 매우 적고 제한적으로, 자기부죄거부 특권이나 변호인-의뢰인 간 비밀유지특권 정도가 커먼로에서 오랫동안 인정되어 온 특권이라고 할 수 있다. 증언거부 특권과 관련하여 일반적으로 적용되는 원칙은 다음과 같다. (a) 증언거부 특권을 주장할 수 있는 자는 질문에 대한 답변이나 자료 제출 요청을 거부할 수 있다. 이 때, 판사는 특권의 주장과 재판 관련 증거의 중요성을 형량해서는 안된다.²⁸⁰⁾ (b) 만약 증언거부 특권을 주장할 수 있는 자가 그렇게 하지 못하거나, 특권을 포기한 경우, 다른 누구도 이에 대해 이익을 제기할 수 없다. 증언거부 특권은 해당 증인의 것이며, 어느 당사자도 이로부터 이득을 취할 수 없다. 따라서, 판사가 소송 당사자가 아닌 증인이 주장하는 특권을 부당하게 거부할 경우, 어느 쪽 당사자의 권리도 침해된 것이 아니므로 항소할 수 없다.²⁸¹⁾ (c) 소송 상대방이나 증인이 주장하는 특권과 관련한 특정 사안을 증명하고자 하는 당사자는 다른 증거를 통해 이를 입증할 수 있다. (d) 당사자나 증인이 특권을 주장한다고 해서 어떤 불리한 추론도 이끌어 낼 수 없다.²⁸²⁾ (e) 특권 주장은 국내법에 따라 결정되며, 따라서 다른 나라에서는 특권이 인정되었으리라는 이유만으로 특권이 인정될 수는 없다.²⁸³⁾

279) David Ormerod/David Perry ((eds)), Blackstone's Criminal Practice 2023, Oxford University Press, 3076면.

280) 그러나, 이에 대한 예외도 있다. Rank Film Distribution Ltd. v Video Information Centre [1982] AC 380 참조.

281) R v Kinglake [1870] 11 Cox CC 499.

282) Wentworth v Lloyd [1864] 10 HL Cas 589.

283) David Ormerod/David Perry ((eds)), Blackstone's Criminal Practice 2023, Oxford University Press, 2023, 3078면.

그러나, 1994년 형사사법 및 공공질서법(Criminal Justice and Public Order Act) 제34조부터 제38조에 따라 특정 상황에서 피고인이 기소된 범죄와 관련하여 증언거부 특권을 행사하기로 선택했다면, 형사사건에서 피고인에게 대한 불리한 추론이 도출되는 것을 더 이상 막을 수 없다. 즉, 동법 제34조는 기소 및 신문 단계에서, 그리고 제35조는 재판 단계에서 묵비권을 행사하는 경우, 불리한 추론이 이루어질 수도 있다고 규정하고 있다. 다만, 피고인의 신체적 또는 정신적 상태로 볼 때 증언하는 것이 바람직하지 않다고 법원이 판단하는 경우에는 불리한 추론을 할 수 없도록 하고 있다. 법원은 제35조에 따라 불리한 추론을 하기 전에 취해야 하는 5가지 단계를 명시하고 있는데, 첫째, 판사가 배심원에게 입증책임이 전체적으로 검찰에 있으며 요구되는 입증기준이 무엇인지 알려야 한다는 점, 둘째, 판사는 피고인에게 묵비권을 행사할 권리가 있음을 배심원단에게 명확히 알려야 한다는 점, 셋째, 증언 거부로 인한 추론이 그 자체로 유죄를 입증할 수는 없다는 점, 넷째, 배심원이 피고인의 증언거부를 통해 어떤 불리한 추론을 이끌어 내기 전에 검찰에 의한 입증이 충분히 이루어져야 한다는 점, 마지막으로 배심원이 피고인 측의 주장을 고려했을 때 피고인의 증언거부가 반대 심문에 견딜 만한 답변이 없기 때문이라고 합리적으로 결론을 내릴 수 있을 경우, 배심원은 불리한 추론을 도출할 수 있다.²⁸⁴⁾ 이러한 맥락에서 증언거부특권이 계속 존재하고 있음을 항소법원이 확인했음에도 불구하고 증언거부특권의 중요성은 그 의미가 많이 감소했다고 할 수 있다. 자기부죄거부특권이나 변호인-의뢰인 간 비밀유지특권 이외에, 미국에서 중요하게 인정되고 있는 배우자간 비밀보호특권,²⁸⁵⁾ 성직자-신도간 비밀유지특권, 의료인과 환자간 비밀유지특권 또는 변호인 이외의 다른 전문직역의 비밀유지 특권 등은 영국법에서 인정되고 있지 않다.²⁸⁶⁾ 따라서, 이론상으로는 의사, 성직자, 회계사, 배우자 등과 오간 기밀 대화도 증거공개 요청을 받으면 결국 증거로 제출해야만 하나, 실무상으로는 법원도 기밀 관계의 보장에 따른 공공의 이익을 인정하고 있으므로 정당한 목적이 없을 때에는 굳이 신뢰관계를 깨는 증언을 강요

284) R v Cowan [1996] QB 373.

285) 과거에 Criminal Evidence Act 1898, 제1조 제(d)항, Matrimonial Causes Act 1965, 제43조 제(1)항에 의해 배우자간 대화의 비밀유지특권은 PACE 1984, 제80조 제(9)항에 따라 더 이상 존재하지 않게 되었다.

286) Richard Glover/Peter Murphy, Murphy on Evidence, 13th ed. Oxford University Press, 2013, 501-502면.

하지 않는 경향이 있다.²⁸⁷⁾ 검찰 측이 이러한 증언을 증거로 사용하고자 한다면, 법원은 PACE 법 제78조에 따른 재량적 권한 행사를 통해서만 이를 배제할 수 있다.²⁸⁸⁾

증언거부 특권과 관련하여 일반적으로 적용되는 원칙은 다음과 같다. (a) 증언거부 특권을 주장할 수 있는 자는 질문에 대한 답변이나 자료 제출 요청을 거부할 수 있다. 이 때, 판사는 특권의 주장과 재판 관련 증거의 중요성을 형량해서는 안된다.²⁸⁹⁾ (b) 만약 증언거부 특권을 주장할 수 있는 자가 그렇게 하지 못하거나, 특권을 포기한 경우, 다른 누구도 이에 대해 이의를 제기할 수 없다. 증언거부 특권은 해당 증인의 것이며, 어느 당사자도 이로부터 이득을 취할 수 없다. 따라서, 판사가 소송 당사자가 아닌 증인이 주장하는 특권을 부당하게 거부할 경우, 어느 쪽 당사자의 권리도 침해된 것이 아니므로 항소할 수 없다.²⁹⁰⁾ (c) 소송 상대방이나 증인이 주장하는 특권과 관련한 특정 사안을 증명하고자 하는 당사자는 다른 증거를 통해 이를 입증할 수 있다. (d) 당사자나 증인이 특권을 주장한다고 해서 어떤 불리한 추론도 이끌어 낼 수 없다.²⁹¹⁾ (e) 특권 주장은 국내법에 따라 결정되며, 따라서 다른 나라에서는 특권이 인정 되었으리라는 이유만으로 특권이 인정될 수는 없다.²⁹²⁾

2) 자기부죄거부특권

1898년 형사증거법에서는 ‘증인으로 소환된 형사재판에 기소된 자는 반대신문에서 그가 기소된 범죄에 관해 그에게 불리한 내용에 대한 어떤 질문도 받을 수 있다.’라고 규정되어 있다.²⁹³⁾ 본 조항 하에서, 어떤 증인도 만약 법정에서 답변하거나 자료를 제시하는 것이 증인의 형사기소나 처벌 등의 위험에 노출시킬 수 있다고 판사가 판단할 경우, 증인이 답변하거나 자료를 제출할 의무는 없다.²⁹⁴⁾ 법원은 증인이 증거공개

287) R v Elleray [2003] 2 Cr App R 11; Attorney-General v Mulholland [1963] 1 QB 477.

288) Richard Glover/Peter Murphy, Murphy on Evidence, 13th ed. Oxford University Press, 2013, 503면.

289) 그러나, 이에 대한 예외도 있다. Rank Film Distribution Ltd. v Video Information Centre [1982] AC 380 참조.

290) R v Kinglake [1870] 11 Cox CC 499.

291) Wentworth v Lloyd [1864] 10 HL Cas 589.

292) David Ormerod/David Perry ((eds)), Blackstone's Criminal Practice 2023, Oxford University Press, 2023, 3078면.

293) Criminal Evidence Act 1898, 제1조 제(2)항.

294) Blunt v Park Lane Hotel Ltd [1942] 2KB 253.

명령을 따라야 할 때, 검찰당국이 명백히 해당 정보를 사용하지 않겠다고 동의하는 등 적절한 보호수단이 존재하는 경우에 한해, 특권을 다른 보호로 대체할 수 있다. 이러한 명령에 선서한 진술서는 이후의 형사재판에서 선서한 자에 대한 증거로는 사용될 수 없지만, 그 사람의 진술의 비밀관성을 보여주기 위한 용도나 신빙성을 탄핵하기 위한 용도로 사용하는 것까지 법원이 금하는 것은 아니다.²⁹⁵⁾ 만약 이것이 사실상 증인에 의해 거부된다면, 형사기소에 노출될 가능성은 없을 것이다. 그러나 증인이 자신의 답변이 자신을 민사배상책임에 노출시킬 위험이 있다는 이유로 특권을 주장할 수는 없으며, 다른 나라에서의 형사책임을 지게 될 위험을 이유로 특권을 주장할 수도 없다. 또한 형사사건에서 자기부죄거부 특권은 본인만 주장할 수 있으며, 증인의 배우자에게 불리한 증언이라고 하여 거부할 수는 없다.²⁹⁶⁾ 회사 또한 개인과 동일한 방식으로 증언거부특권을 주장할 수 있으나,²⁹⁷⁾ 해당 특권은 회사의 것이므로 회사 임원들에게 형사책임을 미칠 수 있다는 이유로 답변을 거부할 수는 없다.²⁹⁸⁾

또한, 증인은 선서하고 나서 질문을 받은 이후에 특권을 주장할 수 있으며, 특권을 이유로 선서 자체를 거부할 수는 없다.²⁹⁹⁾ 증인은 재판 중 어느 단계에서든지 특권을 주장할 수 있으며, 심지어 증인이 답변할 의무 없는 질문에 이의없이 이미 답변한 뒤에도 특권을 주장하면 해당 답변은 증거로 사용될 수 없다.³⁰⁰⁾ 만약 증인이 특권을 요구하지 않은 채 답변한 내용은 해당 재판과 이후 증인에 대해 제기된 형사기소 사건에서 증거로 사용될 수 있겠지만,³⁰¹⁾ 만약 판사가 부당하게 특권을 허용하지 않은 경우라면, 증인의 답변은 비자발적으로 강요된 답변으로 취급되어 이후 어떤 형사절차에서도 배제될 것이다.³⁰²⁾

이러한 자기부죄거부특권은 여러 성문 법규에 의해 제한되기도 하는데, 주로 민사 절차와 관련하여 법률상 답변 의무가 규정된 경우이다. 자기부죄거부특권을 명시적으

295) R v Martin [1998] 2 Cr App R 385.

296) Rio Tinto Zinc Corporation v Westinghouse Electric Corporation [1978] AC 547.

297) Rio Tinto Zinc Corporation v Westinghouse Electric Corporation [1978] AC 547.

298) David Ormerod/David Perry ((eds)), Blackstone's Criminal Practice 2023, Oxford University Press, 2023, 3079-3080면.

299) Boyle v Wiseman [1855] 10 Exch. 647.

300) R v Garbett [1847] 1 Den CC 236.

301) R v Sloggett [1856] Dears CC 656; R v Coote [1873] LR 4 PC 599.

302) R v Garbett [1847] 1 Den CC 236.

로 배제하는 규정들은 통상 특정 범죄로 기소된 형사 절차에서 답변자에게 불리하게 답변이 사용되지 않도록 하고 있다. 예컨대, 자산 회복이나 관리 또는 자산 거래에 대한 절차에서 질문에 대한 답변이나 명령을 준수할 경우 증인이나 증인의 배우자 또는 동거인이 절도법 위반으로 기소될 수 있음에도 불구하고 답변할 것을 요구하고 있는 1968년 절도법³⁰³⁾ 하에서, 해당 답변은 당해 범죄 위반에 대한 재판 절차에서 사용될 수 없다. 특권의 철회나 답변의 사용 제한 모두 절도법 이외의 범죄에는 적용되지 않는다.³⁰⁴⁾ 그러나 질문 등에 대한 답변으로 인해 관련자가 절도법 위반 혐의가 될 위험이 있고, 절도법 이외의 법에 따른 범죄 혐의에도 노출될 수 있다고 주장하는 경우, 후자에 대한 판단은 질문에 답변하는 것이 절도법 위반과는 별개의 해당 범죄 위반에 대한 기소 위험을 초래하거나 증가시킬 수 있는지 여부에 달려있다. 절도법 이외의 범죄 기소 위험을 초래하거나 증가시키지 않는다면 특권이 없지만, 초래하거나 증가시킬 수 있다면 후자의 범죄 혐의 관련해서는 특권이 존재하는 것이다.³⁰⁵⁾ 이와 유사하게 2006년 사기법 제13조³⁰⁶⁾에서도 자산 등의 회수 또는 관리를 위한 절차에서 본 법률에서 요구하는 대로 준수할 경우, 사기법 또는 관련범죄로 기소될 수 있음에도 불구하고 질문에 답변하고 명령서를 작성해야 하지만, 이러한 답변은 해당 범죄에 대한 절차에서 증거로 사용될 수 없다. 동조 제(4)항에서 '관련 범죄'란 사기 공모 및 모든 형태의 사기 행위나 목적과 관련된 기타 범죄를 의미하며, 뇌물 제공 또는 공여 및 2002년 범죄수익몰수법(POCA)에 따른 자금 세탁을 포함하는 것이다. 또한, 1987년 형사사법법(CJA)에서는 중대범죄수사청(SFO)의 청장(Director)는 중대하고 복잡한 범죄에 연루된 혐의로 수사를 받고 있는 자에게 답변을 요구할 수 있으며, 이러한 요건에 따른 진술이 위증이거나, 제출된 증거와 불일치할 때 다른 범죄로 인해 기소되었을 때 한해 작성자에게 불리하게 사용될 수 있다고 규정하고 있다.³⁰⁷⁾ 이외에도 1989년 아동법³⁰⁸⁾ 등에서도, 법원이 아동 보호, 감독, 돌봄에 관한 신청을 심리하는 절차에서는 누구도 자기부죄거부특권을 이유로 증거 제시나 질문

303) Theft Act 1968, 제31조 제(1)항.

304) Sociedade Nacional de Combustiveis de Angola UEE v Lundqvist [1991] 3 All ER 283.

305) Renworth v Stephansen [1996] 3 All ER 244.

306) Fraud Act 2006, 제13조.

307) Criminal Justice Act 1987, 제2조.

308) Children Act 1989, 제98조.

답변을 거부할 수 없다고 규정하고 있다.³⁰⁹⁾

3) 변호인-의뢰인간 기밀유지특권

변호인/법률 대리인은 구두 증언의 제공, 또는 다음 두 가지 유형의 기밀 대화에 관한 서류 제출을 거부해야(must) 하며, 변호인/법률 대리인의 의뢰인은 이러한 내용에 관한 구두 증언이나 서류 제출을 거부할 수(may) 있다. 첫 번째 유형은 법률상 자문 특권(legal advice privilege)이라 불리는 것으로 당시 소송을 의도한 것인지의 여부를 불문하고 어떤 문제에 관해서든 법적 조언을 주고받기 위한 것이 주된 목적(dominant purpose)으로 이루어진 의뢰인과 변호인 사이의 대화이고,³¹⁰⁾ 두 번째 유형은 변호인이 법률 대리인으로 활동할 수 있게 할 것을 유일한 또는 주된 목적으로, 또는 현재 진행중이거나 수입할 예정인 소송에 관한 대리인 자격으로 의뢰인 또는 변호인과 제3자 사이에 오간 대화에 적용되는 소송 특권(litigation privilege)이다.³¹¹⁾ 이러한 특권을 인정하는 정책적 근거는 법원에 따르면 법치주의에 대한 신뢰에 기반하여 제약과 통제의 틀이 구축된 사회에서, 의뢰인이 자신의 업무 관리에 있어 변호사의 법률적 지식의 도움을 기대하는 의뢰인과 변호사 간의 의사소통이 타인의 감시 가능성으로부터 자유롭게 보호될 필요가 있기 때문이다.³¹²⁾

본 특권의 적용대상인 변호인/법률대리인(legal adviser)에는 사무변호사(solicitor), 법정변호사(barrister), 회사나 정부에 고용된 변호사³¹³⁾ 및 해외 변호사³¹⁴⁾까지 모두 포함된다.³¹⁵⁾ 특권의 적용 대상이 되려면 해당 대화 내용이 기밀이어야 한다. 의뢰인이 자신의 변호인에게 상대방에게 말하도록 지시한 의뢰인과 변호인 간의 대화 내용은 기밀이 아니므로 특권이 적용되는 대상이 아니며,³¹⁶⁾ 변호사가 의뢰인에게 전달한

309) David Ormerod/David Perry ((eds)), Blackstone's Criminal Practice 2023, Oxford University Press, 2023, 3082면.

310) R (on the application of Jet2.com Ltd) v Civil Aviation Authority [2020] EWCA Civ 35, [2020] QB 1027.

311) Waugh v British Railways Board [1980] AC 521.

312) Three Rivers District Council v Governor and Company of the Bank of England (No. 6) [2004] UKHL 48, [2005] 1 AC 610.

313) Alfred Crompton Amusement Machines Ltd v Customs and Excise Commissioners (No.2) [1974] AC 405.

314) Re Duncan [1968] P 306.

315) McMahon v Irish Aviation Authority [2016] IEHC 221.

사실이 의뢰인의 사건과 관련이 있더라도 기밀 대화의 대상이 될 수 없는 사실에 대해서는 특권이 적용되지 않는다.³¹⁷⁾ 이 특권은 또한 법률 자문 제공이나 법적 소송과 관련하여, 이러한 소송 목적을 위한 대화에 포함되거나 언급된 항목에도 적용된다.³¹⁸⁾ 주된 목적이라는 요건을 충족하는지 여부를 입증할, 즉 문서나 대화가 특권의 적용 대상이라는 입증 책임은 특권을 주장하는 당사자가 부담한다.³¹⁹⁾ 문서가 특정 목적을 위한 것이라는 단순한 주장만으로는 결정적인 증거가 될 수 없으며, 법원이 모든 관련 증거들을 고려하여 객관적인 관점에서 목적을 판단한다.³²⁰⁾

이러한 법률자문에 따른 비밀유지특권에는 몇 가지 예외가 있는데, 먼저 범죄나 사기를 도모하기 위한 대화내용에 대해서는 이 특권이 적용되지 않는다.³²¹⁾ 이러한 예외는 범죄 또는 사기를 도모할 목적으로 법률 자문을 구한 것이 의뢰인의 의도였다는 일응의(*prima facie*) 증거가 있는 경우에만 적용될 수 있다.³²²⁾ 또 다른 예외로는 변호인 자신의 생명, 신체에 대한 해악 위험이 실존하는 경우로, 이 특권은 절대적인 권리가 아니라 개인의 생명이 위험에 처하는 등 정당한 사유가 있을 때에는 제한할 수 있는 권리라는 유럽인권법원의 법해석에 따라 변호인의 생명권³²³⁾을 보호하기 위해 비밀유지특권의 예외를 인정한 바가 있다.³²⁴⁾

문서는 특권을 포기하지 않고도 제한된 목적으로 공개할 수 있지만, 자발적으로 문서나 대화 내용을 공개하는 경우에는 통상 특권은 상실되는 것으로 본다.³²⁵⁾ 경찰의 조사 전 피의자와 변호인 간 이루어진 대화는 비밀유지 특권의 적용 대상이며, 피의자가 답변하지 않는 이유로 변호인으로부터 답변하지 말라는 조언을 받았다는 것을 제시하는 경우, 이러한 조언은 특권 포기해 해당하지 않는다. 그러나 피고인이 1994년 CJPO법 제34조에 따른 불리한 추론을 이끌어내지 말아줄 것을 법원에 요청하고자

316) *Conlon v Conlons Ltd* [1952] 2 All ER 462.

317) *Foakes v Webb* [1884] 28 Ch. D 287.

318) PACE 1984, 제10조 제(1)항 (c).

319) *Westminster International BV v Dornoch* [2009] EWCA Civ 1323.

320) David Ormerod/David Perry ((eds)), *Blackstone's Criminal Practice* 2023, Oxford University Press, 2023, 3092면.

321) *R v Derby Magistrates' Court, ex parte B* [1996] AC 487.

322) *O'Rourke v Darbishire* [1920] AC 581.

323) ECHR, Article 2.

324) *R v Brown (Edward)* [2015] EWCA Crim 1328.

325) *R v Ahmed* [2007] EWCA Crim 2870.

한다면, 조언의 근거 또는 이유를 명시해야 한다. 이는 특권 포기에 해당할 수 있으며, 피고인 또는 피고인의 변호인에게 조언의 성격과 다른 이유가 있었는지 여부를 질문하여 전략상 이유로 조언이 제공되었는지 여부를 조사할 수 있다.³²⁶⁾

4. 소결

당사자들이 증거제출 증거조사 등을 주도하는 방식으로 구조화된 영미법계의 당사자주의적 형사재판 모델로 인해 대륙법 체계에 비해 증거법이 더 세분화되어 발전해 온 것으로 알려져 있다. 특히 영국과 미국은 비슷한 전통에서 출발하여 유사한 개념을 많이 사용하고 있음에도 불구하고, 영국의 증거법은 통일된 성문 연방 규칙으로 집대성하여 정리한 미국의 증거법과는 형식과 내용에서도 많은 차이가 있음을 볼 수 있었다. 특히, 증언거부 특권의 인정 범위 등과 관련하여 미국에 비해 증거의 인정 여부를 판단하는 데 있어서 영국은 더 폭넓게 법관의 재량을 허용하고 있음을 알 수 있었다. 또한, 미국 헌법에 기초하여 자동적, 의무적으로 위법수집 증거를 배제하는 미국이나, 2007년부터 우리 형사소송법 제308조의2에 명문으로 규정되어 있는 위법수집증거배제원칙과 달리, 영국의 경우 성문법 규정들을 제정했음에도 불구하고 여전히 많은 영역에서 증거의 배제 여부를 법관의 재량에 맡겨 다소 비정형적으로 운용하고 있음을 보았다. 이뿐만 아니라 성격증거에 관해서도 신빙성을 탄핵하기 위한 증거로만 성격증거를 사용할 수 있었던 과거 영국 커먼로 접근법이나, 피고인의 악한 성격에 대한 증거능력을 원칙적으로는 인정하지 않고 예외적으로만 허용하는 미국 증거법상 성격증거에 대한 접근법과는 매우 다른 실정법 체계를 갖춰 나가고 있는 것으로 보인다.

326) David Ormerod/David Perry ((eds)), Blackstone's Criminal Practice 2023, Oxford University Press, 2023, 3098면.

제2절 | 미국

1. 개관

가. 미국 증거법의 특징

초창기 미국이 계수한 영국의 증거법칙은 요증사실과 관련성이 있는 모든 증거의 증거능력을 인정하되, 배심원의 편견을 방지하기 위해 허위 증언, 관련성이 없는 증거를 배제하는 등 증거배제법칙의 형태로 발전되어 왔다. 미국은 지난 2세기 동안 영국과 다른 독자적인 증거법을 발전시켜 현재는 연방증거규칙(the Federal Rules of Evidence)으로 대표되는 독자적인 증거법을 적용하고 있다.³²⁷⁾ 특히 미국은 20세기 중반부터 연방차원에서 증거법을 제정하기 위한 노력을 해왔다. 미국법조협회(the American Law Institute)가 만들었던 모델증거법(Model Code of Evidence)과 일부 주에서 적용되고 있던 통합증거규칙(the Uniform Rules of Evidence)을 바탕으로 특별위원회가 연방증거규칙 초안을 마련하여 연방대법원이 확정하였고 1972년에 공포하여 연방증거규칙(the Federal Rules of Evidence)이 제정되었다. 이것을 1974년에 미국 의회가 승인한 것이다. 연방의 경우 비교적 최근에 와서야 증거법이 성문화된 것인데, 당시 이 규칙의 초안을 마련한 사람들은 연방법이나 연방판결에서 결정된 증거법칙에 의존하지 않고, 주에서 적용하던 증거법칙을 합리적으로 성문화하는 데에 집중하였다.³²⁸⁾ 다만, 당시 주에서 적용되던 증거법칙은 기본적으로 영국 커먼로의 증거법을 바탕으로 하고 있었지만 20세기까지 미국에서 독자적으로 발전되어왔거나 수정된 커먼로 증거법칙을 명문화하였다.³²⁹⁾

연방법에 따르면, 연방대법원은 연방법원 사건에 적용되는 절차 및 증거에 관한 규칙제정권이 인정되는데,³³⁰⁾ 이 경우 미국 의회의 승인을 받아야 한다.³³¹⁾ 따라서

327) Jefferson L. Ingram, *Criminal Evidence*, 13th ed, Routledge, 2018, 12면.

328) Charles A. Wright/Arthur R. Miller/Edward H Cooper/Kenneth W. Graham, Jr., *Federal Practice and Procedure* Vol. 31, 2nd ed, Thomson West, 2021, §5001.

329) Charles A. Wright/Arthur R. Miller/Edward H Cooper/Kenneth W. Graham, Jr., *Federal Practice and Procedure* Vol. 31, 2nd ed, Thomson West, 2021, §5001.

330) 28 U.S.C.A. §2072.

증거규칙이라고 부르지만 의회에서 제정한 법률의 지위를 갖고 있다. 연방증거규칙은 의회가 직접 발의할 수도 있지만 주로 연방대법원이 제정하며, 이 경우 자문위원회(the Evidence Rules Advisory Committee)가 사법회의(Judicial Conference)에 제안하여 연방대법원이 확정하는 절차를 밟는다.³³²⁾ 연방과는 달리, 현재 미국 각 주에 공통으로 적용되는 증거법은 없다. 다수의 주가 연방증거규칙을 도입하였지만 각 주의 형편에 따라 이를 수정하여 적용하고 있다. 다만, 각 주에서 지명한 법조인으로 구성된 통일법위원회(the Uniform Law Commission)가 마련한 통일증거규칙(Uniform Rules of Evidence)이 연방증거규칙의 형식과 내용과 매우 유사하고, 이에 따라 각 주가 증거법을 제·개정하기 때문에 각 주의 증거법도 연방증거규칙과 크게 다르지 않다고 할 수 있다.³³³⁾ 따라서 이하에서는 연방증거규칙을 중심으로 미국 증거법에 관한 구체적인 설명을 하고자 한다.

나. 연방증거규칙의 내용·적용범위

연방증거규칙(이하 ‘증거규칙’)은 총 11개의 절(Article)로 구성되어 있다. 제1절은 일반조항(general provisions)에 관한 6개 조문, 제2절은 재판상 증명이 불필요한 사법적 주지사실(judicial notice)에 관한 1개 조문, 제3절은 간주(presumptions)에 관한 2개 조문, 제4절은 관련성 및 그 한계(relevancy and its limits)에 관한 15개 조문, 제5절은 증언 특권(privileges)에 관한 2개의 조문, 제6절은 증인(witness)에 관한 15개 조문, 제7절은 의견 및 전문가 증언(opinions and expert testimony)에 관한 6개 조문, 제8절은 전문법칙(hearsay)에 관한 7개 조문, 제9절은 증거의 진정성립 또는 동일성(authenticating or identifying evidence)에 관한 3개 조문, 제10절은 서류, 녹음, 사진(contents of writings, recordings, and photographs)에 관한 8개 조문, 제11절은 기타 규칙(miscellaneous rules) 3개 조문으로 구성되어 있다.

331) 28 U.S.C.A. §2074.

332) Charles A. Wright/Arthur R. Miller/Edward H Cooper/Kenneth W. Graham, Jr., Federal Practice and Procedure Vol. 31, 2nd ed, Thomson West, 2021, §8092.

333) 2000년까지 약 42개 주가 연방증거규칙을 바탕으로 새로운 증거법을 제정하였으며, 2023년 기준 약 6개의 주가 커먼로 증거법을 적용하고 있다고 한다. Charles A. Wright/Arthur R. Miller/Edward H Cooper/Kenneth W. Graham, Jr., Federal Practice and Procedure Vol. 21, 2nd ed, 2005, Thomson West, §5009.

미국 증거법은 원칙적으로 민사소송과 형사소송에 모두 적용된다. 따라서 증거규칙에서 일부 예외를 제외하고는 민사소송과 형사소송에 공통으로 적용된다. 다만, 형사소송의 경우 헌법상 적정절차의 원칙에 따른 증거배제법칙, 형사재판에만 적용되는 검사의 거증책임, 입증기준(합리적인 의심없는 증명) 등으로 인해, 민사소송에 동일하게 적용되는 규칙이라고 해도 다른 해석이 적용되는 경우가 있다.³³⁴⁾ 증거규칙은 연방지방법원, 항소법원(연방대법원은 규정되어 있지 않지만 증거규칙을 적용함), 연방파산법원(bankruptcy), 괌, 버진아일랜드 지방법원 등에 적용되며, 민사사건, 형사사건, 법정모독과 관련한 재판에도 적용된다.³³⁵⁾ 다만, 증거능력의 기초사실에 관한 법원의 결정, 대배심 절차, 추방 또는 범죄인 인도절차, 영장 및 소환장 발부절차, 형사재판에서의 사전 절차, 형선고, 집행유예 선고 및 취소, 보석 결정 절차 등에서는 적용되지 않는다.³³⁶⁾

다. 증거법 일반원칙

1) 자유심증주의(Free Proof)

대륙법계 형사법시스템에서 자유심증주의가 중요한 법원칙으로 강조되는 것과 달리, 커먼로의 형사재판에서 자유심증주의 용어는 그다지 중요하게 논의되지는 않았다. 배심재판에서는 증명력에 대한 판단이 전적으로 배심원들에게 맡겨져 있고 그 결과도 공개되지 않는다는 점에서 자유심증주의가 재판의 당연한 전제가 되어왔기 때문이다.³³⁷⁾ 배심재판에서 법원이 배심원 설시(jury instruction)를 통해 증명력 판단에 있어서 주의할 점을 고지하는 것도 배심원들의 논리적이고 합리적인 증명력 판단을 돕기 위한 것이므로, 오히려 자유심증주의를 보장하기 위한 것으로 이해한다.³³⁸⁾ 증거배제법칙으로 인해 영·미의 증거법이 유럽 국가에 비해 제약이 많아 자유심증주의를 제한한다고 볼 수도 있다.³³⁹⁾ 그러나 커먼로 증거법은 오히려 사실인정자의 자유심증

334) Jefferson L. Ingram, *Criminal Evidence*, 13th ed, Routledge, 2018, 35면.

335) 증거규칙 제1101조 a, b.

336) 증거규칙 제1101조 a, b.

337) Mirjan Damaska, 43 Am. J. Comp. L. 343, 346(1995).

338) Mirjan Damaska, 43 Am. J. Comp. L. 343, 351(1995).

339) Andrew L-T Choo, *Evidence*, 3rd ed, Oxford, 2012, 17면.

주의를 보장한다고 볼 수도 있다. 소수의 법관이 사실인정을 하는 대륙법계 형사재판과 달리 영미는 증거능력을 판단하는 법관과 사실을 인정하는 절차가 이분화되어 법적으로 증거능력이 없는 증거가 법관에 의해 차단되므로 절차가 분화되어 있지 않은 대륙법계 국가의 법관에 비해 배심원에게 더욱 폭 넓은 자유심증주의가 보장된다고 평가한다.

2) 증거조사 관련 일반 규정

(1) 재판장(judge)과 배심의 역할

배심제도로 인해 증거조사에서 재판장과 배심원의 역할은 분명하게 구분된다. 재판장(judge)은 공판절차 운영에 있어서 공정성 확보 및 법정 질서유지를 위해 소송 전반에 관한 절차를 지휘한다. 증거조사와 관련, 재판장의 가장 큰 역할은 증거능력 유무를 판단하는 것이며, 배심원은 제출된 증거의 증명력 판단 및 유무죄를 결정한다. 증거규칙 제103(d)는 배심재판에서 법원은 증거능력 없는 증거가 배심원에게 제시되지 않도록 운영할 것을 규정하고 있다.

재판장은 공판 전 증거능력 유무 결정, 공판 진행 중 증거능력 및 증거조사에 관한 이의제기 결정, 압수수색 등 법 집행 과정에서의 위법수집증거 여부 판단, 증인의 증인적격 및 증언능력 판단, 사법적 주지사실(judicial notice) 여부 판단, 법령에 대한 해석 및 배심원 실시 등의 역할을 한다.³⁴⁰⁾ 만약 피고인이 배심재판을 포기하면 재판장은 배심원의 사실인정 기능도 함께 담당한다. 증거능력 여부를 결정하는 것이 재판장의 주요 역할이기는 하지만 증거능력과 증명력 판단의 문제는 매우 밀접한 복합적인 문제이고, 지나치게 엄격한 증거능력 배제는 오히려 배심원의 사실인정 기능을 침해하기 때문에 재판장은 배심원의 사실인정에 있어서 분명하게 문제가 될 수 있는 증거를 사전에 걸러내는 문지기(gate keeper) 역할을 한다.

(2) 증거능력 인정을 위한 사전 질문(preliminary questions)

증거규칙 제104조는 증거능력 판단을 위한 사전요건을 규정하고 있다. 우선, 입증하고자 하는 사실과 증거 사이의 관련성(relevance)이 인정되어야 한다. 그리고 그

340) Jefferson L. Ingram, Criminal Evidence, 13th ed, Routledge, 2018, 96면.

관련성이 어떤 사실이 존재하는지 여부에 의해 결정되는 경우 그 사실이 존재한다는 충분한 증거가 제시되어야 한다. 이와 같이 요증사실을 입증하기 위해 제출할 증거의 관련성, 중요성, 증인의 증인 자격등에 관한 증거를 강화상 기초증거(foundation)라고 하며³⁴¹⁾, 증거규칙에 규정되어 있지는 않지만 공판준비기일에서 기초증거를 제출(lay a foundation)하여 법원이 증거능력 여부를 결정하도록 하는 것이 증거법상 중요한 기능을 한다. 다만, 이 경우 재판장은 해당 사실에 대한 입증을 차후에 하는 조건으로 증거의 증거능력을 인정할 수 있다(104(a)). 예컨대, 어떤 문서의 진정성립을 인정하기 위해서는 그 문서작성자의 증언을 들어야 하는데, 향후 공판절차에서 그 증언을 하게 하는 것을 조건으로 증거의 관련성을 인정할 수 있다.

한편, 증거의 관련성과 관련된 모든 기초증거의 사실관계를 재판장이 결정하게 되면 배심원의 사실인정기능이 매우 제한될 수밖에 없게 된다. 따라서 재판장은 사전 질문 단계에서 제출되는 증거가 증거능력 인정요건을 충족시킬 수 있는지에 관한 기본적인 사항만을 사전에 판단하는 역할을 하고, 그 요건이 충족되었는지는 배심원이 공판절차에서 합리적으로 판단하도록 한다.³⁴²⁾ 그러나 이후 공판단계에서 그 요건을 충족하지 못하면 재판장은 해당 증거의 증거능력 결정을 철회하고 배심원에게 평결과정에서 해당 증거를 고려하지 않도록 배심원 설시를 하여야 한다.

증거능력 인정을 위한 사전질문은 배심원이 듣지 못하도록 별도의 심사 절차(sidebar conference)를 진행해야 하는 경우와 배심원 앞에서 할 수 있는 경우로 구분할 수 있다. 배심원이 듣지 못하도록 따로 기일을 열거나 절차를 운영해야 하는 경우는 제104(c)에서 규정하는데, (1) 자백의 증거능력,³⁴³⁾ (2) 피고인이 자신을 증인으로 신청하고 별도 심사기일을 열 것을 요청한 경우, (3) 그 외에 정의(justice)의 관점에서 필요한 경우이다. 세 가지 이외의 경우 재판장의 판단하에 증거능력 심사를 배심원이 듣는 공판절차에서 할 것인지, 아니면 배심원과 떨어진 곳에서 별도로 할 것인지를 결정할 수 있다.

제104(d)는 피고인이 증거인정에 관한 사전질문과 관련한 증언을 할 경우에도, 그 이외의 쟁점에 대하여는 반대신문을 당하지 않는다고 규정하고 있다. 피고인은 증거

341) Bryan A. Garner, Black's Law Dictionary, 11th ed, 2019, laying a foundation.

342) Notes of the Advisory Committee on Proposed Rules for Subdivision(b).

343) Jackson v. Denno, 378 U.S. 368(1964).

능력 인정을 위한 사전심사 절차에서 자기부죄거부특권(privilege against self-incrimination)을 포기하고 배심원 앞에서 증인으로 증언을 할 것을 선택할 수 있는데, 이때 검사가 다른 사안에 대하여 반대신문을 한다면 피고인에게 불리하게 되므로 피고인은 증거능력 인정을 위한 목적으로 증언을 선택할 수 없게 된다. 이러한 경우를 예방하기 위해 증거능력 인정과 관련한 쟁점 이외에는 반대신문을 하지 못하도록 규정한 것이며, 따라서 피고인도 증거능력과 관련한 쟁점을 넘어 스스로 다른 사안에 대한 증언을 해서는 안 된다.³⁴⁴⁾ 한편, 제104조는 증거능력의 인정에 관한 사전질문에 대하여만 적용되고, 증거능력이 이미 인정된 증거의 증명력 또는 신빙성을 다투기 위한 탄핵증거를 배심원에게 제출할 경우에는 적용되지 않는다(e).

(3) 특정인 또는 특정 목적을 위해 제출되는 증거의 제한

특정 증거가 당사자 중 특정인 또는 특정 목적에 관련하여 증거능력이 인정되고 다른 당사자나 다른 목적을 위한 증거에는 관련되지 않은 경우, 법원은 당사자의 신청으로 그 증거를 해당 범위 내에 한정하여야 하고, 배심원에게 그에 따른 설시를 하여야 한다(증거규칙 제105조).

(4) 일부 또는 관련된 문서 또는 녹음진술

당사자가 문서(writings) 또는 녹음진술(recorded statements)의 일부 또는 전체를 증거로 제출한 경우, 형평의 관점에서 제출된 증거의 나머지 일부 또는 관련된 문서, 녹음진술을 동시에 고려해야 할 필요성이 있는 경우, 반대편 당사자는 해당 증거의 제출을 요구할 수 있다(증거규칙 제106조).

3) 입증책임(burden of proof)

입증책임은 우리의 실질적 거증책임에 해당하는 개념이다. 요증사실을 주장하는 당사자가 해당 사실을 입증하지 못했을 때 지게 되는 최종적인 불이익으로서, 거증책임을 지는 당사자가 입증에 실패할 경우 반대편 당사자에게 유리한 결정을 하게 된다.³⁴⁵⁾ 입증책임은 당사자가 어떤 주장을 할 때 증거를 제출할 부담을 지는 개념으로

344) Notes of Committee on the Judiciary, Senate Report No. 93-1277.

도 사용되었지만, 오늘날에는 거의 거증책임의 개념으로 사용된다.³⁴⁶⁾

입증책임의 개념은 증거제출부담(the burden of producing evidence)과 설득부담(burden of persuasion)을 포함한다.³⁴⁷⁾ 전자는 요증사실을 주장하는 사람이 그 사실을 입증하기 위해 증거를 제출할 부담을 지는 것으로서, 증거제출 당사자의 주장사실을 인정할 수 있는 정도의 일단의 증거를 제출할 부담을 진다.³⁴⁸⁾ 예컨대, 당사자가 A를 주장하면서 A를 인정하기에 충분한 신빙성 있는 증거를 제출하면 이를 반박할 증거제출부담은 상대방 당사자에게 넘어가게 된다. 대체로 우리나라의 입증부담과 같은 개념이라고 할 수 있다. 증거제출부담은 특히 배심재판에서 의미를 가진다. 어떤 사실을 주장하는 당사자가 증거제출부담을 이행하지 못하는 경우 배심원이 아닌 재판장이 직권으로 해당 사안을 결정하여 공소를 기각하는 등의 결정을 할 수 있기 때문이다.³⁴⁹⁾ 설득부담은 당사자가 요증사실을 입증할만한 신뢰 있는 증거를 제출하여 증거제출의 부담을 이행한 후, 모든 증거를 고려할 때 최종적으로 승소할 수 있는 정도로 사실인정자를 설득해야 하는 책임을 의미한다.³⁵⁰⁾ 따라서 형사재판(배심재판 또는 법관에 의한 재판 모두 포함)에서 모든 증거조사가 완료된 후 설득부담을 지는 당사자가 그 부담의 이행에 실패할 경우 반대편 당사자에게 유리한 결정을 하게 된다. 형사재판에서는 검사가 거의 모든 사항에 대하여 거증책임을 지게 되므로 설득부담도 검사가 지는 것이 일반적이지만 정신이상(insanity) 항변과 같이 항변사유 중 피고인이 입증책임을 지는 경우 피고인이 설득부담에 실패하면 피고인의 항변주장을 인정하지 않게 된다. 설득부담의 정도에 관한 입증기준은 이하에서 설명하는 바와 같이 일반적으로 세 가지로 구분한다.

(1) 입증기준(standards of proof)

일반적으로 민사소송에서는 주장 당사자가 ① 우위의 증거(by a preponderance evidence)에 의한 설득부담을 지며, 형사재판에서는 검사가 ② 합리적인 의심 없는

345) Bryan A. Garner, Black's Law Dictionary, 11th ed, 2019, burden of proof.

346) Bryan A. Garner, Black's Law Dictionary, 11th ed, 2019, burden of proof.

347) Bryan A. Garner, Black's Law Dictionary, 11th ed, 2019, burden of proof.

348) Sydney Beckman/Susan Crump/Fred Galves, Evidence: A Contemporary Approach, 2nd ed, West Academic Publishing, 2012, 65면.

349) Kenneth S. Broun, McCormick on Evidence, 6th ed, Thomson West, 2006, 562면.

350) Kenneth S. Broun, McCormick on Evidence, 6th ed, Thomson West, 2006, 563면.

정도(beyond a reasonable doubt)로 증명해야 한다.³⁵¹⁾ ①은 사실이 아닐 가능성보다 사실일 가능성이 더 높은 것으로서, 이해를 돕기 위해 수치로 나타내면 대략 50%를 초과하는 개연성을 의미한다.³⁵²⁾ 미국 헌법상 ②는 헌법상 인정되는 형사재판의 유죄 입증기준이다. 연방대법원은 ②에 대하여 적정절차의 원리에 의해 헌법적으로 인정되는 원칙이라고 판시한 바가 있다.³⁵³⁾ 다만, 그 개념에 대한 배심원 설시의 내용에 대하여는 실무상 상당한 논란을 유발한다. 캘리포니아 형법은 합리적인 의심이란 배심원이 모든 증거를 고려했을 때 유죄에 대한 매우 강한 확신(abiding conviction)이 있다고 말할 수 없는 상태를 의미한다고 규정하고 있다.³⁵⁴⁾ 일반적으로 유죄가 아닐 수 있다는 실질적인 가능성 또는 구체적인 근거나 증거에 의한 의심을 합리적인 의심이라고 설명한다.³⁵⁵⁾ ①과 ②의 사이에 있는 기준으로서 ③분명하고 설득력 있는 증거(clear and convincing evidence)에 의한 입증이 있다. ③은 사실인정자의 요증사실에 대한 확고한 믿음 또는 확신(firm belief or conviction)을 뜻하고,³⁵⁶⁾ 고도의 개연성(highly probable) 또는 합리적인 확신(reasonably certain)이라고도 이해한다.³⁵⁷⁾ 수치로 나타내면 대략 75%를 초과하는 개연성을 의미한다. ③의 기준은 형사재판에서도 쓰이는데, 대표적으로 형법상 정신이상 항변(insanity defense)과 같은 항변사유의 입증기준으로 사용된다. 이를 간단히 정리하면 아래 <표 2-2-1>과 같다.

» [표 2-2-1] 입증기준

입증기준	내용
①우위의 증거에 의한 입증	사실일 가능성이 50%를 초과하는 경우
②분명하고 설득력 있는 입증	요증사실에 대한 확고한 믿음(사실일 가능성이 75%를 초과하는 가능성)
③합리적 의심 없는 입증	구체적인 근거나 증거에 의한 무죄의 의심이 없는 상태

351) Bryan A. Garner, Black's Law Dictionary, 11th ed, 2019, burden of persuasion.

352) Jefferson L. Ingram, Criminal Evidence, 13th ed., Routledge, 2018, 53면.

353) In re Winship, 397 U.S. 358(1970).

354) Cal. Penal Code §1096.

355) Bryan A. Garner, Black's Law Dictionary, 11th ed, 2019, reasonable doubt

356) Jefferson L. Ingram, Criminal Evidence, 13th ed, Routledge, 2018, 53면.

357) Bryan A. Garner, Black's Law Dictionary, 11th ed, 2019, reasonable doubt.

(2) 거증책임

형사재판에서 거증책임은 기본적으로 검사에게 있으므로 피고인에게 거증책임을 전환하지 않는다. 따라서 검사가 범죄구성요건에 대한 증거를 제출하더라도 피고인은 무죄판결을 받기 위해 합리적인 의심을 제기할만한 증거를 제출하면 되는 것이 일반적이다.³⁵⁸⁾ 그러나 적극항변(affirmative defense)의 경우는 주(州)별로 다르다. 피고인이 적극항변을 주장하기 위해 일단(prima facie)의 증거를 제출하면, 거증책임이 검사에게 있어서 검사가 적극항변 사유가 없음을 합리적 의심없는 정도로 입증해야 하는 주와 적극항변에 관한 거증책임을 피고인에게 지워 피고인이 우위의 증거 또는 분명하고 설득력 있는 증거로 입증하는 경우 적극항변을 인정하는 주로 구분된다.³⁵⁹⁾

(3) 증거의 종류

증거는 우리와 유사하게 인증과 물증으로 나눌 수 있다. 인증은 증인의 증언을 의미하며 물증은 문서, 흉기 등 그 자체 또는 내용이 증거가 되는 물리적 증거(real evidence)와 사진, 실험 결과, 컴퓨터 시뮬레이션 등과 같은 지시증거(demonstrative evidence)로 나눌 수 있다. 물리적 증거와 달리 지시증거는 그 자체로서는 증명력을 갖지 못하며 사실인정자료 하여금 증언을 이해하는데 보조적인 증거로 사용된다는 점에서 차이가 있다. 다만 실무상 이 구분이 분명한 것은 아니다.

증거는 요증사실과 관련하여 직접증거(direct evidence)와 간접증거(circumstantial evidence)로도 구분할 수 있다. 직접증거와 간접증거의 개념은 우리와 거의 같다. 전자는 직접적인 경험이나 지식으로서 해당 사실로부터의 별도 추론이 필요하지 않으나 후자는 별도의 추론이나 추정을 거쳐야 하는 증거를 의미한다.³⁶⁰⁾ 직접증거는 관련성이 있는 증거이며 별도의 추론이나 추정 절차가 필요 없어 증거의 신빙성(credibility)을 이유로 하는 경우가 아니면 증거능력을 부정할 수 없고, 증거의 신빙성 판단은 배심재판의 경우 법원이 아닌 배심원이 담당하므로 재판장은 증인의 신빙성을 이유로 증언 증거를 배제할 수 없다.³⁶¹⁾ 연방을 포함하여 대다수 주는 직접증거와 간접증거에 차별을 두지 않는다. 그러나 양자에 차이를 두는 주도 있다. 예컨대, 캘리

358) Jefferson L. Ingram, Criminal Evidence, 13th ed, Routledge, 2018, 68면.

359) Jefferson L. Ingram, Criminal Evidence, 13th ed, Routledge, 2018, 68면.

360) Bryan A. Garner, Black's Law Dictionary, 11th ed, 2019, evidence.

361) Western Industries, Inc. v. Newcor Canada Ltd., 739 F.2d 1198, 1202(7th Cir. 1984).

포니아 배심원 설시 규정을 보면, 간접증거에 의한 유죄인정은 (1) 피고인이 유죄라는 가정에 부합하고, (2) 그 이외의 다른 합리적인 결론과 양립할 수 없는 경우에만 인정된다고 규정하고 있다.³⁶²⁾ 플로리다 법원도 간접증거만을 근거로 한 유죄판결은 피고인의 무죄에 관한 합리적인 가정과 양립하지 않을 때만 허용된다고 판시한 바 있다.³⁶³⁾ 그러나 정황증거와 다른 합리적인 결론이 양립하는 경우는 유죄에 대한 합리적인 의심이 있는 상태이므로 실질적으로 양자를 구별할 실익은 크게 없는 것으로 보인다.

4) 증거능력과 증명력

증거능력은 요증사실을 입증하기 위해 증거로 제출할 것을 허용할 수 있는지에 관한 문제이다.³⁶⁴⁾ 법원의 증거능력에 관한 결정은 제출 당시에 주로 이루어지지만 배심제도의 특수성으로 인해 제출 후에도 탄핵증거에 의해 증거능력이 부정될 수 있다. 즉, 증거제출 이후 반대 당사자의 이의제기에 따라 제출증거가 증거배제규정을 위반한다고 판단하면 법원은 증거능력을 부정하고 배심원이 해당 증거를 고려하지 않도록 배심원 설시를 해야 한다.

증명력(weight of evidence)은 증거능력 있는 증거의 설득의 정도,³⁶⁵⁾ 즉 증명가치를 의미한다. 배심재판에서는 배심원들이 어떤 증거를 어느 정도 신뢰하였는지를 알 수 없으므로 유죄판결에서의 증명력을 사후에 판단하기가 쉽지 않다. 따라서 당사자들이 다투는 주요 항소 사유 중 하나가 법원의 증거능력의 인정에 관한 문제가 될 수밖에 없다.

미국 증거법에서 요증사실과 관련성이 있는 모든 증거는 원칙적으로 증거능력이 인정된다. 증거규칙 제402조는 관련성이 있는 증거는, 미국헌법, 연방법, 증거규칙 또는 연방대법원규칙에 따라 달리 정하는 경우를 제외하고 증거능력이 인정되고, 반면에 관련성이 없는 증거는 증거능력이 없다고 규정한다. 관련성이 있는 모든 증거의 증거능력을 인정하는 정책적 이유는 사실관계에 대하여 사실인정자가 더 많이 알수록 진실을 확인할 가능성이 더 높아진다고 보기 때문이다.³⁶⁶⁾ 제402조에 명시되어 있지

362) Cal. Jury Instr.--Crim. 2.01.

363) Franke v. State, 188 So.3d 886, 888(2016).

364) Bryan A. Garner, Black's Law Dictionary, 11th ed, 2019, admissibility.

365) Bryan A. Garner, Black's Law Dictionary, 11th ed, 2019, weight of the evidence.

는 않지만 당사자의 유효한 증거동의(stipulation)가 있는 경우에도 증거능력은 인정될 수 있다.³⁶⁷⁾ 이하에서는 증거능력 요건으로서 관련성의 개념, 그리고 관련성이 있는 증거의 배제 사유를 검토한다.

(1) 관련성(relevancy)

증거능력의 요건으로서 관련성은 증거규칙 제401조에서 다음과 같이 규정하고 있다.

증거규칙 제401조

증거는 다음과 같은 경우라면 관련성이 있다.

- (a) 해당 증거가 없을 때보다 있을 때 어떤 사실의 개연성을 보다 높이거나 낮추는 경향이 있고,
- (b) 그 사실이 소송행위를 결정하는 데 있어서 중요한 경우.

제401조에서 ‘중요한’의 개념은 증거규칙에 의해 결정되는 것이 아니라 요증사실과 관련된 실체법상의 요건에 의해 결정된다.³⁶⁸⁾ 관련성은 논리적 관련성(logical relevancy)과 법적 관련성(legal relevancy)으로 구분할 수 있는데, 전자는 요증사실의 존재 또는 부존재와 관련하여 증거가 사실인정자의 결정에 영향을 미칠 가능성이 있는 논리적인 연관성을, 후자는 증거가 사실인정자에게 부정적인 영향력을 미칠 가능성이 있는지 여부로 결정한다.³⁶⁹⁾ 논리적 관련성이 있는 증거라도 법적 관련성이 부정되면 관련성이 부정된다. 법적 관련성이 부정되는 요건은 이하 증거규칙 제403조에서 규정하고 있다.

(2) 제403조의 배제사유

관련성 있는 증거를 배제할 수 있는 일반적인 사유를 규정하고 있는 제403조의 내용은 다음과 같다.

366) Jack B. Weisstein/Margaret A. Berger, Weinstein's Evidence Manual Student Edition, 8th ed, LexisNexis, 2007, §1.01[1].

367) Charles A. Wright/Arthur R. Miller/Edward H Cooper/Kenneth W. Graham, Jr., Federal Practice and Procedure Vol. 31, 2nd ed, Thomson West, 2021, §5194.

368) Jack B. Weisstein/Margaret A. Berger, Weinstein's Evidence Manual Student Edition, 8th ed, LexisNexis, 2007, §6.01[2].

369) Jefferson L. Ingram, Criminal Evidence, 13th ed, Routledge, 2018, 211면.

증거규칙 제403조

법원은 증거의 증명가치(probative value)가 다음 중 어느 하나의 위험성에 의해 상당한 정도로 압도되는 경우 관련성 있는 증거를 배제할 수 있다: 부당한 편견(unfair prejudice), 쟁점의 혼란(confusing the issues), 배심원에 대한 호도(misleading the jury), 절차의 부당한 지연(undue delay), 시간 낭비(wasting time), 또는 불필요한 증거의 중복제출(needlessly presenting cumulative evidence).

여기서 증명가치는 요증사실을 입증하거나 부정하는 데 도움이 되는 개연성의 정도로 의미하므로, 증거로 인한 요증사실을 입증할 개연성의 정도가 높을수록(즉 증명력이 클수록), 그리고 제403조에서 열거한 위험성이 낮을수록 법원이 증거능력을 인정할 가능성은 높다.³⁷⁰⁾ 예컨대, 검사가 잔혹한 범행 장면을 찍은 사진을 증거로 제출하려는 경우, 그 증거로 인한 증명가치는 높지 않은 반면, 배심원들이 그 사진을 보고 피고인에 대한 매우 부정적인 감정이나 반응을 보이거나 편견을 가질 위험성이 매우 높은 경우 법원은 해당 증거의 증거능력을 배제할 수 있다. 다만, 편견 등의 위험성이 증명가치보다 상당한 정도로 커야 하므로 범행의 잔혹성과 폭력성을 보여주기 위해 제출되는 부검사진, 현장사진 등은 특별한 사유가 없으면 증거능력이 인정된다.³⁷¹⁾ 다만, 피고인의 과거 범죄기록은 피고인의 범죄와 논리적인 관련성이 있다고도 볼 수 있지만 쟁점에 대한 혼란이나 배심원을 호도할 수 있다는 이유로 증거능력을 인정하지 않는 경우가 종종 있다.³⁷²⁾

제403조와 관련한 쟁점에 관련하여 항소하는 경우 상급법원은 1심법원이 증거의 관련성과 증명가치를 가장 잘 판단할 수 있는 위치에 있다고 보기 때문에 1심 법원의 폭넓은 재량을 인정한다. 그러나 아래 메사추세츠주 항소법원 판례와 같이 가끔 그 재량을 현저하게 일탈하여 원심이 파기되는 경우도 있다.

370) Charles A. Wright/Arthur R. Miller/Edward H. Cooper/Kenneth W. Graham, Jr., Federal Practice and Procedure Vol. 31, 2nd ed, Thomson West, 2021, §5214.

371) Old chief v. United States, 519 U.S. 172(1997); United States v. Bennafield, 287 F.3d 320(4th Cir. 2002)(이 사건은 연방대법원에서 상고 신청이 기각됨).

372) Jefferson L. Ingram, Criminal Evidence, 13th ed. Routledge, 2018, 221면.

□ 편견의 위험성이 상당히 큰 경우(Commonwealth v. Prashaw, 2003)³⁷³⁾

■ 사실관계

1999년 12월 피고인(여성)이 친정집에 가 있는 동안 남편만 있던 집에 화재가 발생하여 수사가 진행되었다. 그 와중에 피고인은 해당 집에 몰래 들어가려고 시도하다가 체포된 후 몸수색 과정에서 코카인 흡입기 등이 발견되었다. 이후 경찰이 피고인의 차량을 수색하던 중에 마약 관련 증거와 함께 피고인이 나체 상태에서 총기로 보이는 물건을 가지고 성적 행위를 묘사하는 장면이 촬영된 사진 여러 장을 압수하고 그중 두 사진을 불법총기소지, 마약소지 등에 관한 증거로 제출하였다. 피고인은 마약소지 등의 혐의로 유죄판결을 받고 법원이 자신의 나체사진을 증거를 인정한 것에 대하여 항소하였다.

■ 결정요지

메사추세츠주 항소법원은 증거능력에 대한 1심법원의 합리적인 재량을 존중하지만, 해당 사진은 기소범죄와 관련성이 매우 약하여 증명가치는 낮은 반면, 배심원들로 하여금 피고인이 성적으로 매우 음란하여 기소된 범죄를 저지를 여성이라고 믿게 할 편견의 위험성이 있다. 따라서 1심법원이 이를 증거로 인정한 것은 재량을 일탈한 예외적인 사례에 해당하므로 1심 판결을 파기한다.³⁷⁴⁾

■ 판례해설

메사추세츠주 항소법원 피고인이 나체 상태에서 성적 포즈를 취한 사진은 기소된 범죄와 관련성이 매우 낮은 반면, 배심원이 피고인을 매우 음탕한 여성으로 보고 마약범죄를 저지를만한 여성으로 믿게 할 위험성이 크다고 판단하였다. 따라서 1심법원은 증거능력의 판단에 있어서 재량을 현저히 일탈한 경우 연방증거규칙 제403에 따라 증거능력을 배제할 사유에 해당하여 원심판결의 파기할 필요가 있다고 보았다.

373) Commonwealth v. Prashaw, 57 Mass App. Ct. 19, 781 N.E. 2d 19(2003).

374) Commonwealth v. Prashaw, 57 Mass App. Ct. 19, 781 N.E. 2d 19(2003).

5) 최우량증거원칙(Best Evidence Rule)

(1) 개념 및 적용범위

증거규칙 제1001조부터 제1008조까지는 커먼로에서부터 인정되어온 최우량증거원칙을 규정하고 있다. 원래 커먼로에서의 최우량증거원칙은 문서의 내용이 요증사실이 되는 경우 원본 문서가 제출되어야 한다는 것을 의미했지만, 제1001조는 최신 기술을 반영하기 위해 사진이나 녹음도 포함한다. 다만 이 원칙은 문서, 사진, 녹음 등의 내용이 문제가 될 때만 적용된다(이에 대한 개념은 이하 관련 부분에서 설명함). 최우량증거(best evidence)는 원칙적으로 원본증거를 제출하라는 의미에 불과하고 최고로 신빙성이 있는 증거를 제출하라는 것은 아니다.³⁷⁵⁾ 또한, 원본증거가 어떤 이유로 부존재하는 경우 일정한 조건에서 사본의 제출도 가능하다.

제1001조는 문서, 녹음, 사진, 원본 및 사본 등에 대하여 정의하고, 제1002조는 원본증거 제출 원칙, 제1003조는 사본(duplicate) 제출이 허용되는 요건을 규정하고 있다. 제1002조는 문서, 기록, 사진의 내용을 증명하기 위해서는 이 규칙 또는 다른 법률에 의하지 않고서는 원본 증거를 제출해야 한다고 규정한다. 그러나 이는 문서의 내용이 문제가 되는 경우에만 적용되므로, 문서의 상태 등 문서 자체의 특징에 관한 것이나 문서의 과거 기록(예컨대, 우편의 발송 일자 등), 문서의 존재에 대한 것이 요증사실인 경우는 이 원칙이 적용되지 않는다.³⁷⁶⁾ 문서의 내용에 관한 것이 대상이므로, 그 문서와 독립적으로 존재하는 증거도 이 원칙의 적용을 받지 않는다. 예컨대, 살인사건의 범죄 현장을 녹화한 CCTV 녹화테이프가 경찰의 보관과정에서 분실된 경우, 그 녹화장면을 확인한 형사들의 증언은 문서와는 별도로 증거능력이 인정된다.³⁷⁷⁾ 또한, 증인이 자신이 직접 경험하거나 알고 있는 사실을 증언하면서 해당 사건 또는 현장을 촬영한 사진을 제출하거나 확인하는 경우, 증언 그 자체가 증거이고 사진 등은 지시증거에 불과하므로, 이 원칙이 적용되지 않는다.³⁷⁸⁾ 그러나 명예훼손과

375) Sydney Beckman/Susan Crump/Fred Galves, *Evidence: A Contemporary Approach*, 2nd ed, West Academic Publishing, 2012, 661면.

376) Charles A. Wright/Arthur R. Miller/Edward H. Cooper/Kenneth W. Graham, Jr., *Federal Practice and Procedure* Vol. 31, 2nd ed, Thomson West, 2021, §7184.

377) *Blake v. Maruscello*, 2013 WL 3456958.

378) Notes of Advisory Committee on Proposed Rules to §1002.

관련한 문서, 강도 등 범행 현장이 녹화된 CCTV 등은 해당 내용이 독립된 증거가 되므로 이 원칙이 적용된다.

(2) 사본(duplicate)의 증거능력

제1003조는 (1) 원본의 진정성립에 의문이 들지 않거나, (2) 원본 대신에 사본을 제출하는 것이 불공정한 것이 아닌 경우, 사본(duplicate)은 원본과 같은 증거능력이 있다고 규정하고 있다. 즉, 원본증거만큼이나 사본증거도 정확성과 진정성이 확보된다면 원본증거에 해당하는 증거능력을 인정할 수 있다.³⁷⁹⁾ 사본은 원본과 동일하게 작성되어야 한다는 점에서 복사기 등 기계적인 방법으로 작성하는 것을 의미하는 반면, 카피(copy)는 사람이 필사하거나 타이핑 등 오류 가능성이 높은 방법에 의한 것까지 포함하는 넓은 개념이다. 원본과 동일한 취급을 받는 것은 전자에 의한 사본(duplicate)을 의미한다.³⁸⁰⁾

컴퓨터 자료나 기록을 프린트한 경우 원칙적으로 제1002조의 원본증거로 본다.³⁸¹⁾ 수신자가 해당 메일을 경찰관에게 보내고 그 이메일을 경찰관이 사무실 컴퓨터에서 프린트하여 제출한 경우, 이메일 발신자가 그 발신에 대하여 부인하더라도 이메일에 대한 진정성립은 수신자의 증언으로 충분하므로 증거능력을 인정할 수 있다.³⁸²⁾ 다만, 사본증거가 원본증거를 대신하여 증거로 인정되기 위해서는 일반적으로 해당 증거의 분실이나 멸실 등에 본인의 잘못이 없거나, 해당 증거가 법원의 관할밖이어서 증거제출이 불가능한 경우에 가능하다.³⁸³⁾ 녹음테이프가 원본증거라도 그 녹음테이프의 사본이나 속기록도 사본으로서 원본증거를 대신할 수 있다.

(3) 원본증거의 내용에 관한 2차 증거의 증거능력

원본, 사본증거가 아니면서 원본증거의 내용을 입증하기 위한 증거를 2차 증거(secondary evidence)라고 한다. 증거규칙 제1004조는 문서, 녹음, 사진 등의 원본증

379) Jefferson L. Ingram, *Criminal Evidence*, 13th ed., Routledge, 2018, 590면.

380) Charles A. Wright/Arthur R. Miller/Edward H Cooper/Kenneth W. Graham, Jr., *Federal Practice and Procedure* Vol. 31, 2nd ed, Thomson West, 2021, §7167.

381) Sydney Beckman/Susan Crump/Fred Galves, *Evidence: A Contemporary Approach*, 2nd ed, West Academic Publishing, 2012, 675면.

382) *People v. Whicker*, Cal. App. 2007 WL 1822435(2007), 23.

383) Jefferson L. Ingram, *Criminal Evidence*, 13th ed, Routledge, 2018, 587면.

거가 없는 경우 원본증거나 사본증거를 제출하지 않고서도 그 내용을 증거로 인정할 수 있는 2차 증거의 증거능력 요건을 다음과 같이 규정하고 있다.

증거규칙 제1004조

문서(writing), 저장기록(recording), 사진(photograph)의 내용 증거는 다음의 경우 원본 증거가 요구되지 않으며 증거능력이 인정된다.

- (a) 모든 원본증거가 멸실되었고 그 이유가 제출자의 악의에 의한 것이 아니거나,
- (b) 다른 어떤 사법 수단에 의하더라도 원본증거의 입수가 되지 않거나,
 - © 원본증거가 소송 등의 절차에 사용될 수 있음을 알고 있던 시점에 그 증거가 상대방의 통제하에 있었고 그 상대방이 재판에 그 증거를 제출하지 못하는 경우, 또는
- (d) 문서, 저장기록, 사진이 중요 쟁점과 밀접하게 관련이 없는 경우

위 규정에도 불구하고, 원본증거가 있거나 원본증거의 멸실 사유에 대하여 검사가 소명하지 않는 경우는 2차 증거를 원본증거에 갈음하여 사용할 수 없다. 예컨대, 가게 점원이 피고인의 절도 행위를 직접 목격하지 못한 상태에서 CCTV를 통해 피고인의 절도 현장을 확인한 경우 원본증거의 멸실 이유가 소명되지 않는 한, 그 점원의 증언만으로 CCTV 녹화장면을 대체할 수 없다.³⁸⁴⁾ 반면에 피고인이 살인 현장에서 차량을 몰고 경찰서를 지나가는 장면이 경찰서 CCTV에 녹화되어 담당 경찰관이 이를 확인하면서 캡코더로 녹화하였는데, CCTV 원본은 해당 경찰관이 고령이고 기술적인 문제로 저장하지 못하여 법정에 제출하지 못한 경우, 해당 원본증거의 멸실 사유가 증거를 제출하지 않거나 어떤 이득을 보기 위한 경찰관의 악의에 의한 것이 아니며, 캡코더 장면의 정확성에 대하여 다툼의 여지가 없다면 제1004조에 의해 캡코더 녹화는 원본이나 사본은 아니지만 그 내용에 대한 증거로서 증거능력이 있다.³⁸⁵⁾ 거의 모든 주가 이 규정과 같이 원본증거의 내용에 대하여 2차 증거형식으로 증거로 제출할 수 있다. 다만, 그 제출자는 원본증거가 멸실 또는 다른 이유로 입수가 불가능하고 멸실 등의 이유가 자신의 악의로 의한 것이 아니라는 점을 소명하여야 한다. 다만, 이때 2차

384) *People v. Jimenez*, 8 Misc.3d 803(2005).

385) *Ostalaza v. People of the Virgin Islands*, 2013 WL 3233244(V.I.)(2013).

증거는 원본증거 다음으로 우량의 증거일 필요는 없으므로, 진정성(authentication)이 인정되고 관련성이 있다면 어떤 형태이든지 증거능력을 인정할 수 있다.³⁸⁶⁾

(4) 공문서·기록의 사본

증거규칙 제1005조는 공문서 또는 공기록의 경우 원본증거를 제출하도록 하는 것은 매우 번거롭고 공무에 대한 부당한 침해가 될 수 있으므로 사본을 제출할 수 있도록 규정하고 있다. 원본 공문서 또는 공기록이 증거능력이 있는 경우 사본이 원본과 다름이 없음에 대한 관계 공무원 등의 확인서가 있거나 원본과 사본을 대조한 사람의 증언이 있는 경우 공문서 등의 사본을 증거로 제출할 수 있다. 그러나 만약 합리적인 노력에도 불구하고 그 사본도 입수하지 못하는 경우는 그 문서 등의 내용을 입증하기 위해 다른 증거를 제출할 수도 있다. 이 조항은 일반적인 공공 기록에 적용된다.³⁸⁷⁾

(5) 요약증거(summaries)

증거규칙 제1006조는 분량이 많은 문서나 녹음기록 등의 경우 법정에서 쉽게 확인하기 어려운 경우에 차트(chart), 요약(summary) 등의 형태로 제출할 수 있다고 규정하고 있다. 다만, 이 경우, 상대방 당사자가 합리적인 시간과 장소에서 원본이나 사본 증거에 대하여 열람 및 등사할 수 있어야 한다. 요약증거는 증언과 같은 다른 증거조사의 이해를 돕기 위해 제출되는 지시증거와는 달리 그 자체로서 독립된 증거로서 증거능력이 있다.³⁸⁸⁾

6) 사법적 주지 사실(Judicial Notice)

우리와 마찬가지로 사법적 주지 사실은 법원에 현저한 사실로서 입증이 불필요하다. 모든 사실에 대한 입증요구는 소송경제를 해칠 수 있기 때문이다. 사법적 주지 사실은 직권 또는 당사자의 신청으로 법원이 인정하는 사실이라는 점에서 당사자의 증거동의(stipulations)와는 다른 개념이다. 증거규칙 제201조는 그 요건에 대하여 다

386) Jefferson L. Ingram, Criminal Evidence, 13th ed., Routledge, 2018, 593면.

387) Notes of Advisory Committee on Proposed Rules to §1002.

388) Sydney Beckman/Susan Crump/Fred Galves, Evidence: A Contemporary Approach, 2nd ed., West Academic Publishing, 2012, 676면.

음과 같이 규정하고 있다. 사법적 주지 사실은 재판상 사실(adjudicative facts)의 인정에 적용되고 입법적 사실(legislative fact)에는 적용되지 않으며, 해당 사법 관할 내에서 일반적으로 알려진 사실 또는 정확성이 합리적으로 의문시되지 않는 출처를 통해 정확하고 손쉽게 결정할 수 있는 사실로서 합리적인 논쟁의 여지가 없는 사실을 말한다. 재판상 사실은 특정 사건의 사실을 의미하며 입법적 사실은 법적인 추론이나 입법 작용에 관계된 것으로서, 법원이 재판 및 판결에서 적용하는 법 원칙이나 해석에 관한 내용이다.³⁸⁹⁾ 또한 주지 사실은 법원이 직권으로 인정할 수 있으며, 당사자의 신청과 필요한 정보제공이 있는 경우에는 주지 사실을 인정하여야 한다. 다만, 법관 개인의 지식과는 다르다. 법관이 개인적으로 알고 있다는 사유로 주지 사실을 인정하는 것은 위법이다.³⁹⁰⁾ 주지 사실을 인정한 경우 법원은 배심원에게 해당 사실을 종국적인 사실로 인정할 수도, 하지 않을 수도 있음을 설시해야 한다. 외국법에 대한 것은 증거규칙이 아닌 연방형사소송규칙에서 규정하고 있는데, 법원이 필요한 증거나 정보를 바탕으로 결정할 수 있도록 규정하고 있다(Federal Rules of Criminal Procedure, 26.1). 주지 사실에 대한 인정은 법원의 합리적인 범위 내에서 상당한 재량이 인정되므로 상급법원은 법원의 재량권 남용이 분명한 경우가 아니라면 1심법원의 결정을 대체로 존중해야 한다.³⁹¹⁾

7) 추정(presumption)

간접증거에 의해 인정된 사실로부터 합리적인 결론을 도출해내는 방법으로 추론과 추정이 있다. 추론은 귀납적 방법에 의해 인정사실로부터 결론을 도출하는 것을 의미하며, 추정은 우리의 간주와 같은 개념으로 법적 추론(legal inference)이라고도 부른다.³⁹²⁾ 추론은 사실상 추정(presumption of fact), 추정은 법률상 추정(presumption of law)으로 불리기도 하는데, 이하에서는 혼동을 방지하기 위해 사실상 추정과 법률상 추정이라는 용어를 사용한다. 증거규칙은 제301조에서 민사재판에서의 법률상

389) Charles A. Wright/Arthur R. Miller/Edward H. Cooper/Kenneth W. Graham, Jr., Federal Practice and Procedure Vol. 21B, 2nd ed, Thomson West, 2005, §5143.

390) Commonwealth v. Howlett, 328 S.W.3d 191(2010).

391) Jefferson L. Ingram, Criminal Evidence, 13th ed., Routledge, 2018, 148면.

392) Sydney Beckman/Susan Crump/Fred Galves, Evidence: A Contemporary Approach, 2nd ed, West Academic Publishing, 2012, 69면.

추정 규정을 두고 있지만 형사재판에서의 법률상 추정에 대하여는 관련 규정을 두지 않았다. 이는 증거규칙 초안 마련 당시, 형사재판에서의 법률상 추정이 검사의 증거책임을 피고인에게 전환하는 것이기 때문에 헌법상 합리적 의심 없는 증명 원칙에 반한다고 보았기 때문에 형사재판에서의 법률상 추정에 관한 정책은 의회나 법원의 판결에 맡겨두었다.³⁹³⁾

한편, 반증이 전혀 허용되지 않는 중국적인 추정(conclusive presumption)은 위헌이다.³⁹⁴⁾ 예컨대, 살인의 고의에 대하여 재판장이 “사람은 자발적인 행위의 결과를 의욕하는 것으로 법률상 추정된다”고 배심원 설시한 것과 관련, 미국연방대법원은 이와 같은 설시는 배심원으로 하여금 피고인의 살인죄 고의를 중국적으로 추정하게 하거나 증거책임을 피고인에게 전환하게 할 수 있으므로 적정절차를 위반한 것이라고 판시하였다.³⁹⁵⁾

법률상 추정과 적극적 항변(affirmative defense)은 원칙적으로 구분할 필요가 있다. 주에 따라서는 범죄구성요건 이외의 위법성조각사유나 책임조각사유에 대한 항변사유를 피고인이 입증하도록 규정하는 경우가 있다. 예컨대, 피고인의 정신이상 항변에 관하여, 연방은 ‘분명하고 설득력 있는’ 증거에 의한 입증책임을 피고인이 지도록 규정하고 있다.³⁹⁶⁾ 이 경우 피고인이 정신이상을 입증할 때까지 피고인은 정상적인 사리분별의 책임능력이 있는 사람으로 법률상 추정되는 효과가 있다.³⁹⁷⁾ 반면에 피고인이 정신이상 항변을 주장하기 위해 정신이상 항변에 관한 일단의 증거를 제출할 의무를 지지만, 그 이후 정신이상 항변에 대한 입증책임은 검사가 지도록 하는 사법관할에서는 이와 같은 법률상 추정이 발생하지 않는다. 이 경우 피고인의 증거제출부담은 ‘모든 사람은 정상인이다’는 법률상 추정을 반증하기 위한 것이 아니라 사람은 자신의 범죄행위에 대한 책임능력이 있다는 사실상 추정에 대한 항변을 뒷받침하기 위한 증거의 제출 부담에 불과하다고 본다.³⁹⁸⁾

393) Jefferson L. Ingram, *Criminal Evidence*, 13th ed., Routledge, 2018, 155면.

394) Jefferson L. Ingram, *Criminal Evidence*, 13th ed., Routledge, 2018, 165면; Charles A. Wright/Arthur R. Miller/Edward H Cooper/Kenneth W. Graham, Jr., *Federal Practice and Procedure* Vol. 21B, 2nd ed, Thomson West, 2005, §201.

395) *Sandstrom v. Montana*, 442 U.S. 510(1979).

396) 18 U.S.C. §17(b).

397) *Clark v. Arizona*, 584 U.S. 738(2006)(Jefferson L. Ingram, *Criminal Evidence*, 13th ed., Routledge, 2018, 173면).

□ 잘못된 배심원 설시와 설득부담의 전환(Williams v. State, 2013)³⁹⁹⁾

■ 사실관계

2010년 7월 피고인은 의도적인(willfully) 살인죄로 기소되었다. 2012년 2월에 열린 배심재판에서 피고인은 피해자와 말다툼을 하던 중 자신이 방아쇠를 당겨 피해자가 사망하였지만, 그것은 사고였다고 주장하였다. 그러나 현장에 있던 목격자들은 피고인이 피해자와 다투던 중에 총을 들어 피해자의 얼굴을 겨냥하고 방아쇠를 당겼다고 증언하였다. 피고인은 배심원으로부터 유죄평결을 받고 무기징역을 선고받았다. 피고인은 재심(new trial)을 신청하였으나 기각을 당하자 1심법원의 배심원 설시가 오류라는 것을 이유로 항소하였다. 1심법원이 배심원에게 설시한 내용 중 쟁점이 된 것은 다음의 내용이다. “사람은 자발적이고 고의적인 행위에 따른 자연스럽고 기대가능한 결과를 통해 그 의도가 간주된다.”

■ 결정요지

미시시피 대법원은 ‘간주된다(presumed)’는 것은 다른 반대증거가 있을 때까지 간주사실이 인정되는 것을 의미하는데, 이와 함께 원심법원이 설시한 “고의적인 행위는 사고 또는 불행으로 면책되지 않는다.”는 내용과 함께 이해하면, 피고인은 자신의 행위에 대한 자연스럽고 기대가능한 결과를 의도한 것으로 간주되고, 다른 증거가 없는 한 피고인의 고의적인 행위는 사고일 수 없다는 결론에 이르게 된다. 이는 설득부담이 피고인에게 전환되어 위법하므로 1심 유죄판결을 파기하고 다시 재판할 것을 명하였다.⁴⁰⁰⁾

■ 판례해설

이 사건에서 핵심 쟁점은 피고인에게 살인의 사전고의(intent)가 있었는지 여부인데, 1심법원은 고의는 그 행동에 따른 결과로 간주된다고 설시하였다. 어떤 증거가 있을 때 사실이 추정되는 것과 달리 간주는 반대사실의 입증이 있을 때까지 그 사실이 인정되므로 피고인이 다른 반대증거를 제시하지 않는 한 사고나 불행으로 그러한 결과가 발생할 가능성이 부정되므로 미시시피 대법원은 설득의 부담이 피고인에게 전환된 결과가 발생하였다고 보았다.

398) Commonwealth v. Lawson, 475 Mass. 806, 807(2016).

399) Williams v. State, 111 So.3d 620(2013).

2. 증거의 허용기준

가. 물적증거

1) 문서·저장기록·사진증거(documentary evidence)

(1) 정의 및 적용범위

증거규칙 제1001조는 문서(writings), 저장기록(recordings), 사진(photographs)으로 세분화하여 규정하고 있다. 제1001조의 내용 중 문서, 저장기록, 사진에 대한 규정은 다음과 같다.

증거규칙 제1001조(정의)

이 절에서:

- (a) 문서(writing)는 문자(letters), 낱말(words), 숫자(numbers), 또는 그에 준하는 것이 어떤 형식으로든지 기록(set down)된 것으로 이루어진 것이다.
- (b) 저장기록(recordings)은 문자(letters), 낱말(words), 숫자(numbers), 또는 그에 준하는 것이 어떤 방식으로든지 저장(recorded)된 것으로 이루어진 것이다.
- © 사진(photograph)은 사진 이미지(phtographic image) 또는 그에 준하는 것이 어떤 형식으로든지저장(stored)된 것을 말한다.

제1001조에 따른 문서, 저장기록은 수기(手記), 타이프인쇄(type writings), 프린팅(printings), 복사(photostating), 자기임펄스(magnetic impulse), 기계적·전자적 기록 또는 기타 데이터의 집적형식에 의해 기록된 것을 의미한다. 설계도면과 같이 건축시공자 등에게 의사전달을 하기 위한 것도 문서에 해당한다고 볼 수 있다. 그러나 구체적으로 유형화된 형태(tangible form)로 존재해야 하므로 구두(口頭)에 의한 것은 해당하지 않는다. 문서와 저장기록의 차이점은, 전자는 문자, 단어, 숫자 또는 이에 준하는 것으로 활자화하여(set down) 사람의 육안으로 읽을 수 있는 것을 말하는 반면에, 후자는 문자, 단어, 숫자 또는 이에 준하는 것으로 저장되어 있기는 하지만 육안으로

400) Williams v. State, 111 So.3d 620(2013).

확인할 수 없고 컴퓨터와 같이 기계나 전자장치 등의 도움을 받아야 구현이 가능한 것을 말한다.⁴⁰¹⁾ 그러나 양자는 사람 간 또는 사람과 장치 사이의 커뮤니케이션이 가능하다는 점에서는 공통된 특징을 갖고 있고, 양자 모두 유형화된 물적 증거로서 최우량증거원칙이 적용된다.

사진(photographs)은 정지사진, X-ray, 필름(films), 비디오테이프, 그리고 동영상을 포함하지만 이에 제한되지 않는다. 문서, 저장기록, 사진에 대한 규정은 향후 발전할 수 있는 기술을 고려한 매우 폭넓은 개념을 정의한 것이다. 따라서 반드시 문자가 아니더라도 진술(verbal)의 의미를 갖는 어떤 형태의 상징이나 기호도 유형화된 형태라면 문서나 저장기록에 포함될 수 있다.⁴⁰²⁾ 이 절에 따른 문서, 저장기록, 사진증거는 계약서나 편지와 같은 일반적인 문서뿐만 아니라 사진, 컴퓨터데이터, 디지털 데이터, 문자메시지를 원칙적으로 모두 포함하며, 이들 증거에 대하여는 앞서 설명한 최우량 증거원칙이 모두 적용된다.

(2) 진정성립(authentication)

a. 진정성립 요건

진정성립은 물적 증거에 관한 동일성을 입증하는 것으로서, 증거능력 인정 요건 중 관련성의 특별표지이다.⁴⁰³⁾ 증거규칙 제901(a)조는 물적 증거의 진정성립 또는 동일성 확인 요건을 충족하기 위해서는 증거제출자가 해당 증거가 자신이 주장하는 바로 그 증거라는 것을 입증하기에 충분한 증거를 제시해야 한다고 규정하고 있다. 이 일반적인 규정 이외에 증거규칙 제901(b)조는 다음과 같은 10가지 진정 성립 요건의 충족 수단을 예시로 규정하고 있다.

(1) 해당 증거에 대하여 알고 있는 증인의 증언, (2) 해당 필적에 대하여 평상시 알고 있거나 친숙한 사람(전문가 아닌 사람)의 의견, (3) 전문가 또는 사실인정자가 진본과 비교하는 방법, (4) 외형, 내용, 재질, 내부 패턴, 또는 기타 증거의 특징을 모두 고려하는 방법, (5) 특정인의 목소리에 대한 의견, (6) 전화통화 증거의 경우,

401) Charles A. Wright/Arthur R. Miller/Edward H. Cooper/Kenneth W. Graham, Jr., Federal Practice and Procedure Vol. 31, 2nd ed, Thomson West, 2021, §7164.

402) Jack B. Weisstein/Margaret A. Berger, Weinstein's Evidence Manual Student Edition, 8th ed, LexisNexis, 2007, 9.01[3].

403) Advisory Committee Notes(1972 Proposed Rules) to Subdivision(a).

자신을 포함한 특정인이 전화를 건 상대방임을 확인하거나, 영업장과 관련한 전화 통화인 경우 해당 영업장에 전화를 걸었고 그 영업업무와 관련한 통화가 전화상으로 처리된 것이라는 점, (7) 공공기록과 관련해서는, 해당 문서가 법적 절차에 따라 공무소에 기록 또는 저장된 것 또는 해당 기록이나 기록에 포함된 진술의 출처가 그와 같은 기록이 보관된 사무소인 경우(따라서 공무소에 보관된 것임을 증명하면 충분하다.⁴⁰⁴⁾) (8) 고문서 또는 저장된 데이터의 경우, 진정성에 의문이 가는 상황이 없고, 그 문서 또는 데이터가 있을 만한 장소에 있었으며, 제출 당시 기준 최소 20년 이상이 되었을 것,⁴⁰⁵⁾ (9) 시스템(system)이나 프로세스(process) 증거는 이를 설명하는 증거 및 그에 따른 결과가 정확하다는 증거, (10) 그 이외에 다른 법률이나 판례에 의해 인정되는 방법이라고 규정하고 있다.

특별히 복잡하거나 이해하기 어려운 내용이 없는 조항에 대한 구체적인 설명은 생략하고, (4), (5), (6), (8), (9)에 대하여 보충 설명을 하고자 한다. (4)의 경우, 증거의 특징을 모두 고려하여 동일성을 판단하는 것이므로, 문서의 특징뿐만 아니라, 전화통화의 경우에도 상대방의 개인 고유의 특징을 고려하여 인정할 수 있다.⁴⁰⁶⁾ 물론, 전화통화의 경우 (6)에 의해 인정할 수도 있다. (5)의 경우 전문가의 감정에 의한 증언이 아닌 그 소리에 익숙한 사람의 증언에 의해 목소리의 동일성을 확인하는 것이므로 해당 사건 이전이나 이후에도 대상 목소리에 익숙한 사람이라면 그 사람의 증언을 통해 확인할 수 있다.⁴⁰⁷⁾ (6)의 경우, 전화통화 상대방의 신원을 진술하는 것만으로는 충분하지 않고 추가적으로 상대방의 음성, 답변 특징 등을 통해 상대방이 전화통화 상대방이라는 점에 대한 추가 증거가 제시되어야 한다.⁴⁰⁸⁾ (8)의 경우, 고문서뿐만 아니라 전자 또는 기타 형태의 저장정보도 포함되는데, 고문서나 데이터의 경우 외형의 중요성보다는 그것이 발견되었거나 보관된 장소가 중요하기 때문에 장소를 중요한 요건으로 규정한 것이다. 커먼로의 고문서에 관한 진정성 요건은 30년이지만, 이 규칙에서는 임의로 20년으로 규정하였는데, 증인의 존재 가능성에 중점을 둔 전자에 비해 후자는 사기죄의 처벌 가능성을 고려한 것이라고 한다.⁴⁰⁹⁾ (9)의 시스템이나 프로세스

404) Advisory Committee Notes(1972 Proposed Rules) to Subdivision(b), Example(7).

405) 주에 따라서 30년으로 규정하는 곳도 있다.

406) Advisory Committee Notes(1972 Proposed Rules) to Subdivision(b), Example(4).

407) Advisory Committee Notes(1972 Proposed Rules) to Subdivision(b), Example(5).

408) Advisory Committee Notes(1972 Proposed Rules) to Subdivision(b), Example(6).

증거는 컴퓨터, X-ray 등과 같이 산출 결과의 정확성이 그 프로세스나 시스템에 의존하는 경우를 의미한다.⁴¹⁰⁾

한편, 글에 의한 문서(writings)의 경우, 자체로 진정성립이 인정되는 문서(이하에서 설명)가 아니라면 증거제출 당사자는 진정성립을 입증하기 위해 최소한의 진정성립이 필요한데, 일반적으로 (1) 사인(signing) 대한 입증, (2) 서명(signature)에 대한 입증, (3) 서명의 비교, (4) 정황증거 중 어느 하나의 방법을 사용한다.⁴¹¹⁾ 다만, 요증사실과 관련하여 문서가 문서 본래의 목적이 아닌 다른 목적으로 증거가 제출되는 경우 이와 같은 진정성립을 요하지 않는다.⁴¹²⁾

b. 자체로 진정성립이 인정되는 경우(self-authentication)

증거규칙 제902조는 별도의 진정성립을 필요로 하지 않는 증거를 규정하고 있다. 그 대상은 (1) 인장(sealed) 및 서명된 국내 공문서, (2) 인장처리되는 되지 않았지만 서명된 확인서, (3) 외국 공문서, (4) 원본 확인된 공공기록물 사본, (5) 공개된 출판물, (6) 뉴스 및 정기간행물, (7) 무역관련 사인, 라벨, 태그(tag) 등 문양, (8) 공정증서, (9) 일반적으로 상법에서 허용되는 상사문서, (10) 연방법령에서 진정성을 인정하는 문서 등, (11) 일상적으로 업무상 작성되는 국내·외 확인문서이다. 이와 같은 문서는 우리 형사소송법 제315조의 당연히 증거능력 있는 서류와 유사한 것으로서 그 구체적인 적용 범위에 있어서는 차이가 있다.

(3) 물적 증거의 증거능력 인정절차

지금까지 논의한 물적 증거의 증거능력 요건을 절차순서에 따라 설명하면 다음과 같다. 우선, ① 제104조의 사전질문 절차에 따른 증거의 관련성 등이 기초증거(foundation)를 통해 인정되어야 한다. 관련성이 인정되면, ②물적 증거의 진정성립 요건을 충족해야 한다. 진정성립 요건을 충족한 경우, ③제403조에 따른 심사를 거쳐 최종 증거능력이 인정된다. 물론 이 절차는 순차적으로 또는 동시에 일어날 수도 있다.

409) Advisory Committee Notes(1972 Proposed Rules) to Subdivision(b), Example(8).

410) Advisory Committee Notes(1972 Proposed Rules) to Subdivision(b), Example(9).

411) Jefferson L. Ingram, Criminal Evidence, 13th ed., Routledge, 2018, 577면.

412) Jefferson L. Ingram, Criminal Evidence, 13th ed., Routledge, 2018, 577면.

2) 물리적 증거(real evidence)의 일반 증거능력 요건

(1) 증거능력 요건

물리적 증거는 범행도구 등과 같이 그 물건을 법정에 직접 제시하여 배심원 등 사실인정자의 오관 작용을 통해 형상, 성질 등을 판단하게 하는 증거이다. 문서증거와 마찬가지로 증거의 관련성, 진정성립이 인정되어야 한다. 물리적 증거는 제출자가 ① 해당 문서가 피고인, 피해자 등 범죄와 관련이 있고, ② 제출되는 증거가 범죄현장 또는 범인과 관련된 바로 그 동일한 증거여야 함을 입증해야 한다. ②와 관련한 증거물의 동일성은 두 가지 방법에 의해 입증할 수 있다. 하나는 해당 증거에 대하여 알고 있는 증인이 증언을 통해 제출된 증거물이 바로 그 증거라고 확인하는 방법이다. 예컨대, 증거물의 특징이나 형상에 대하여 잘 알고 있는 증인이 법정에서 증언을 통해 해당 증거물의 동일성을 확인하는 것이다. 둘째, 증거물 수집과 보관에 관련된 사람이 다수인 경우 증거물 보관의 연계성(chain of custody) 입증을 통해 해당 증거가 물리적 손상, 변형 등의 가능성 없음이 입증하는 것이다.

(2) 보관의 연계성(chain of custody)

형사재판에서 증거물 보관의 연계성에 관한 입증책임은 증거를 제출할 부담을 지는 검사가 주로 지게 되는데, 이는 증거물의 수집, 보관, 법정 제출 단계에서 변형, 손상, 교체 등의 가능성이 없음을 입증하는 것이다. 모든 단계에서의 연계성이 입증되는 것이 바람직하지만 그렇지 않다고 해서 증거능력이 반드시 부정되는 것은 아니다. 보관의 연계성은 범행과 관련된 물리적 증거가 현재 법정에서 제출되는 증거와 동일한 것이라는 동일성(identification)을 입증하기 위한 것인데, 동일성은 그 증거가 범죄와 관련되어 있을 가능성이 아닐 가능성에 비해 높은 경우에 인정되며, 그 판단은 결국 사실인정자의 증명력 판단에 해당하기 때문이다.⁴¹³⁾

어느 정도의 연계성이 입증되면 되는가에 대하여 법원은 해당 증거물이 압수된 증거물이라는 합리적인 확실성(reasonable certainty)이 있으면 입증된 것이라고 한다.⁴¹⁴⁾ 따라서 해당 증거물을 보관한 모든 사람이 반드시 법정에서 증언할 필요는

413) State v. Castro, 40 So.3d 1036, 1049(2010).

414) Boyer v. State, 178 Ga.App. 372, 373(1)(1986).

없다. 예컨대, 마약을 피고인으로부터 압수한 형사(1)가 해당 마약을 용기에 넣어 다른 형사(2)에게 주고 형사(2)가 분석을 위해 그 용기를 과학수사센터 분석관에게 맡긴 사건에서, 형사(1)과 분석관이 법정에서 마약압수 및 용기에 들어있던 마약의 분석 결과를 증언하면, 형사(2)가 증언하지 않았더라도 보관의 연계 링크가 깨어지지 않았다는 합리적인 확실성이 인정된다.⁴¹⁵⁾ 따라서 증거물이 훼손되었거나 변경되었다는 별도의 다른 증거가 없는 한 증거물 보관의 연계 링크 중 일부가 입증되지 않았다는 이유만으로 증거능력을 배제하지는 않는다.⁴¹⁶⁾ 이처럼 증거물 보관의 연계성은 제출되는 증거물이 범치현장에 있던 증거물일 것이라는 데 대하여 법원이 합리적으로 납득할 수 있을 정도로 입증되면 되는 것이므로 증거제출의 당사자가 증거물의 변경, 훼손 등의 모든 가능성이 없음을 입증할 필요는 없다.⁴¹⁷⁾ 따라서 보관의 연계성이 적절히 입증되고 그 이외에 증거물의 변경, 훼손 등에 대한 다른 증거가 없으면 일반적으로 증거능력은 인정된다.

보관의 연계성 입증과 관련해서는, 증거물이 수사기관의 관리나 통제하에 있으면 통상적인 보관 및 처리가 추정된다.⁴¹⁸⁾ 그리고 증거물 보관의 연계성에 대한 치명적인 오류가 없는 한, 나머지 문제는 증명력 판단의 문제라고 보아 증거능력을 배제하지 않는 것이 일반적인 법원의 태도이다.⁴¹⁹⁾

3) 특수한 물리적 증거(real evidence)의 증거능력 요건

(1) 사진, 동영상의 증거능력 요건

증거규칙 제1001(c)에서 사진(photograph)은 사진 이미지(photographic image)나 그에 준하는 형태로 저장된 것을 말한다고 규정하고 있다. 2011년 개정 이전 제 1001(2)는 정지사진, X-Ray사진, 비디오테이프(video tape), 동영상사진을 포함한다고 규정하고 있었으나, 2011년 개정 시 기술의 발달에 따른 모든 형태의 이미지 증거

415) Maldonado v.State, 268 Ga. App. 691(2004).

416) Maldonado v.State, 268 Ga. App. 691, 693-694(2004).

417) State v. Bradshaw, 680 P.2d 1036, 1039 (Utah 1984).

418) State v. Wynia, 754 P.2d 667, 671(Utah Ct. App. 1988); State v. Griffin, 384 P.3d 186, 196(2016).

419) Jefferson L. Ingram, Criminal Evidence, 13th ed., Routledge, 2018, 611면.

를 사진의 개념에 포함하기 위해 보다 더 넓은 개념으로 정의한 것이므로, 이 조항에 따른 사진증거는 특정한 사건이나 형태를 시각적 정보에 의해 표현하는 모든 형태의 증거라고 볼 수 있다.⁴²⁰⁾

문서(writings)나 저장기록(recordings)도 사진 형태로 생성될 수도 있으나 이들이 문자나 숫자 등 상징기호에 의해 표현되는 반면, 사진은 정보를 시각적 표현으로 전달하는데 차이가 있다.⁴²¹⁾ 다만, 사진은 시각적 표현으로만은 부족하며 물리적 형태로 존재해야 한다는 점에서 컴퓨터 스크린에 정보형태로 저장되는 등 시각정보가 항구적인 형태로 저장된 것이 아니면 사진증거라고 할 수 없다.⁴²²⁾ 시각정보가 디지털 형태로 저장된 경우는 그것이 사진인지, 문서나 저장기록에 해당하는지에 대하여는 일반적인 기준이 정립되지는 않았으나 대체로 그 용법에 따라 구분한다. 예컨대, 밀수 사건에서 세관공무원이 해당 밀수범이 사용한 배의 GPS위치 기록을 장치의 스크린에서 확인하고 이를 증언하는 경우 이는 문자적 증거에 해당하므로 최우량증거원칙이 적용되며, 그 기록 증거 또는 사본을 제출하거나 그렇지 않으면 해당 증거가 멸실된 이유를 합리적으로 설명하지 못하면 증거능력을 인정할 수 없다.⁴²³⁾

사진증거의 경우에도 일반 증거원칙에 따라 요증사실과의 관련성뿐만 아니라 해당 증거의 증명가치의 관점에서 부당한 편견이나 사실인정자에 대한 호도의 위험성 등 403조에 열거된 사유가 없다는 점에 대하여 재판장을 설득해야 한다. 증거능력의 인정에 대하여 재판장은 재량이 허용되므로 그 재량권을 남용하지 않는 이상 위법이 아니다. 사진의 진정성립과 관련해서는 증거규칙 제901조의 요건에 따라 해당 사진이 증거로 제출하려는 바로 그 증거라는 점이 입증되어야 한다. 이 경우 해당 사진을 촬영한 사람이 언제, 어디서, 어떤 조건에서 촬영하였는지 증언함으로써 진정성립을 인정할 수 있다. 직접 촬영을 한 사람이 아닌 경우도 사진의 묘사 대상이나 내용을 잘 알고 있는 사람의 증언으로 확인하는 방법으로 진정성립을 인정할 수 있다.⁴²⁴⁾

420) Charles A. Wright/Arthur R. Miller/Edward H. Cooper/Kenneth W. Graham, Jr., Federal Practice and Procedure Vol. 31, 2nd ed., Thomson West, 2021, §7165.

421) Charles A. Wright/Arthur R. Miller/Edward H. Cooper/Kenneth W. Graham, Jr., Federal Practice and Procedure Vol. 31, 2nd ed., Thomson West, 2021, §7165.

422) Chicago, R.I. & P. Ry. Co. v. Howell, 401 F.2d 752, 756(10th Cir. 1968).

423) U.S. v. Bennett, 363 F.3d 947, 953, (9th Cir. 2004).

424) Jefferson L. Ingram, Criminal Evidence, 13th ed., Routledge, 2018, 631면.

이 경우 증인은 사진의 내용에 대한 증언을 하는 것이 아니라 자신이 체험한 사실(사진의 내용)을 증언하는 것이므로 증거규칙 제1002조에 따른 최우량증거원칙이 적용되지 않는 것이다.⁴²⁵⁾ 그러나 증인의 체험 사실이 해당 사진의 내용에 따른 것이라면 제1002조의 최우량증거원칙이 적용된다. 따라서 이 경우 재판정에서 보고 있는 사진이 이전에 자신이 본 사진이라는 것을 확인하여야 진정성립이 인정된다.⁴²⁶⁾ 전자는 자신의 체험 사실을 증언하는 것에 사진이 지시증거로 사용되는 반면에 후자는 사진 그 자체가 증거로서 원본 또는 사본 형태로 제출되는 것이므로 제1002조가 적용되는 것이다. 예컨대, 칼에 찔린 상처가 찍힌 사진을 경찰관이 증거로 제출하는 경우 비록 그 사진을 경찰관이 촬영하지 않았더라도 범죄현장과 병원의 치료현장에 있어서 해당 상처에 대하여 알고 있고 사진의 상처가 그 상처인지를 확인할 수 있다면 그 경찰관의 증언에 의해 진정성립을 인정할 수 있다.⁴²⁷⁾

사진이나 비디오촬영물의 경우 일반적으로 증거물 보관의 연계성 입증이 요구되지 않는다. 증인이 해당 사진이나 동영상물의 진정성을 입증하면 되기 때문이다. 따라서 경찰관이 동영상을 배심원 앞에서 보여주거나 그 동영상에서 일부 사진을 캡처하여 보여주더라도 해당 동영상이나 사진에 대하여 알고 있는 사람이 그 촬영내용을 확인해 주면 진정성립이 인정된다.⁴²⁸⁾

인터넷 서버 회사에 대한 수색·압수를 통해 취득한 아동포르노 증거를 검사가 피고인에 대한 증거물로 제출하는 경우, 인터넷 회사의 직원이 해당 시스템의 저장 절차에 대한 신뢰도와 정확도 및 그에 따라 압수된 사진임을 인정하는 것으로 진정성립 요건은 충족된다.⁴²⁹⁾ 은행 등 방법 목적으로 설치되어 일상적으로 작동하는 CCTV에서 촬영된 영상물이나 사진의 경우 ‘조용한 증인 이론(silent witness theory)’에 의해 해당 장면의 촬영과정에 대한 충분한 신빙성이 인정되면 촬영자나 관리자 등이 해당 녹화장면의 정확성에 대하여 증언하지 않더라도 진정성립이 인정될 수 있다. 이 경우 해당 녹화장치의 성능, 녹화과정의 신뢰도 등을 고려하여 법원이 진정성립을 인정하는데 합리적인 재량이 인정된다. 그러나 이 이론이 적용되지 않는 경우는 앞서 설명한

425) Advisory Committee Note, Fed. R. Evid. 1002.

426) U.S. v. Levine, 546 F.2d 658, 668 (5th Cir. 1977)

427) State v. High Elk, 127 P. 3d 432, 436(2006).

428) U.S. v. Cameron, 762 F. Supp. 2d 152(2011).

429) U.S. v. Cameron, 762 F. Supp. 2d 152(2011).

바와 같이 해당 장면의 촬영자나 그 장면의 내용을 알고 있는 사람이 출석하여 증언함으로써 진정성립 요건이 충족된다. 이 이론은 일정한 장소에 설치되어 일상적으로 관리되는 녹화시설이나 장치에 주로 적용된다. 그러나 수사기관이 비밀정보원에게 녹화 또는 녹음장치를 설치해주고 그를 감시하는 상태에서 정보원이 범죄자와 대화 내용을 녹음하거나 거래 장면을 녹화할 때와 같이, 녹화 장치, 녹화과정, 그 이후 보관에 있어서의 신뢰성이 인정되는 사건에도 이 이론이 적용될 수 있다. 이 경우 수사관이 법정에서 해당 장치의 설치 경험, 당시 장치의 설치 과정, 감시상황, 녹화 장치의 제거 및 보관 등에 있어서 증거물 보관의 연계성 등을 증언하는 경우 해당 정보원의 진정성립이 없더라도 증거능력이 인정될 수 있다.⁴³⁰⁾

(2) 녹음증거·문자메시지의 증거능력 요건

소리가 녹음된 증거는 컴퓨터나 재생기를 사용하여야 하는 저장기록(recordings)에 해당한다. 공공장소에서의 녹음은 보호법익인 프라이버시의 합리적인 기대가능성이 없다고 보아 연방대법원은 수정헌법 제4조가 적용되지 않는다고 판결해왔다. 따라서 공공장소에서의 녹음은 일반적인 증거 기준을 충족하면 특별히 증거능력 인정과정에서 법적인 문제가 되지 않는다. 즉, 녹음자 또는 녹음된 내용(목소리 또는 현장소음 등)을 잘 아는 사람의 증언으로 진정성립을 인정할 수 있다.

몰래 대화한 일방 당사자가 녹음한 녹음증거의 경우 주의 입법에 따라 증거능력이 달라질 수 있다. 연방을 포함한 많은 주가 대화 당사자 중 한 일방이 다른 당사자의 동의를 받지 않고 녹음을 한 경우 우리나라와 같이 통신비밀보호법상 위법이 아닌 것으로 보고 증거능력을 인정한다. 그러나 대화 당사자 모두가 녹음에 동의하지 않은 경우, 이를 불법 감청으로 보고 위법이라고 규정하는 주도 있다. 예컨대, 조지아주의 경우 어떤 활동이나 대화에 참여하는 사람들 모두의 동의를 받지 않고 몰래 촬영하거나 녹음하는 것은 위법하다고 규정하고 있다.⁴³¹⁾ 다만, 이러한 주에서도 교도소 등의 구금시설에서 보안목적으로 녹음 또는 녹화하는 경우, 사유지 소유자가 범죄예방 목적으로 녹음, 녹화하는 경우 등은 불법이 아니다.⁴³²⁾ 타인의 동의 없이 대화 일방

430) *People v. Vaden*, 336 Ill. App. 3d 893(2003).

431) Ga. Code Ann., §16-11-62.

432) Ga. Code Ann., §16-11-62(2),

당사자가 녹음하는 것이 허용되는 주에서는 수사관이 피의자의 진술을 몰래 녹음하는 경우에도 피의자가 구금된 상태에서 신문을 당하는 것이 아닌 자유로운 상황에서 임의로 한 진술이라면 증거능력이 인정된다.⁴³³⁾

녹음 일부의 상태가 불량하여 잘 들리지 않는 경우는 해당 부분이 요증사실과 관련하여 중요하여 전체 녹음증거를 신뢰할 수 없는 정도인가 여부로 판단하며, 이때는 법원의 합리적인 재량이 보장된다.⁴³⁴⁾ 녹음증거를 제출하는 경우 일반적으로 녹취록을 함께 제출하며 해당 녹음증거의 증거능력이 인정되면 녹취록을 보조증거로 받아들일 것인가 여부는 법원의 재량에 속한다.⁴³⁵⁾

한편, 타인의 대화를 포함한 문자메시지, 이메일 등이 실시간 이루어지는 경우 우리의 통신비밀보호법과 같이 연방감청법(the Federal Wiretap Act)⁴³⁶⁾이 적용되지만 이미 송·수신이 종료된 문자메시지는 전자통신프라이버시법(Title II of the Electronic Communication Privacy Act of 1986)⁴³⁷⁾이 적용되어 법원의 영장을 통해 압수할 수 있다.⁴³⁸⁾ 따라서 수사기관이 이미 송수신된 문자메시지나 이메일을 통신회사 등으로부터 압수하기 위해서는 법원으로부터 영장을 발부받아야 한다. 그리고 압수한 문자메시지나 이메일은 통신회사 등의 직원을 통해 진정성립을 인정할 수도 있고, 법과학 분석이나 다른 정황증거를 통해서도 해당 메시지 등이 피고인의 휴대전화나 이메일 계정에서 송신되었음을 입증하면 진정성립이 인정될 수 있다. 그 이외에도 법관이나 배심원이 해당 메시지가 피고인 또는 피해자 등으로부터 송수신되었다는 점을 합리적으로 인정할 수 있는 다른 충분한 근거가 있다면 진정성립을 인정할 수 있다.⁴³⁹⁾

433) Bolton v. State, 2011 WL 241970(2011).

434) United States v. De La Torre, 907 F.3d 581(8th Cir. 2018)

435) People v. Dalton, 164 A.D.3d 1645, 84 N.Y.S.3d 295(4th Dep't 2018).

436) 18 U.S.C.A. §2510 이하 조문.

437) 18 U.S.C.A. §2701 이하 조문.

438) Jefferson L. Ingram, Criminal Evidence, 13th ed., Routledge, 2018, 651면.

439) State v. Damper, 223 Ariz. 572(Ct. App. Div. 1 2010).

나. 인적증거

1) 증인 일반

(1) 개요

미국의 증인의 증언과 관련한 증거법은 여러 가지 법리가 결합된 형태로 볼 수 있다. 증인의 증언의 증거능력에 대한 판단은 소위 전문법칙(hearsay rule)과 문서의 원본주의 법리(original document rule)와 연관이 있다. 즉, 마치 전문법칙에서 증인은 법원절차 밖의 진술을 전달하는 방식으로 증언해서는 안되고 자신이 직접 경험한 사실에 대해 진술해야 증거능력이 있다고 보는 것처럼, 증인의 증언과 관련된 법리는 증인이 증언한 사실은 자신이 실제로 경험한 것이어야 한다는 내용을 지니고 있다. 다만, 증인의 증언과 관련된 법리에서는 진술의 객관적인 성질뿐만 아니라 증언하는 증인의 상태를 고려하는 접근법을 취한다는 차이가 있다. 증인이 실제로 사실을 관찰 할 기회가 없었으며 실제 정확하게 관찰하지 못했다는 주장을 하며 증인의 증언을 반박할 수도 있는 것이다.⁴⁴⁰⁾

커먼로 전통에서는 증인이 직접 보고 들은 것에 대하여 진술해야 한다는 법리가 형성되었다. 증인이 경험한 사실이 아닌 단순한 의견(opinion)을 진술하는 것은 허용 되지 않아야 한다고 본 것이다.⁴⁴¹⁾ 이 법리는 사실과 의견은 명확히 구분될 수 있다는 가정을 전제하고 있다. 특히, 전문가 증인과 달리 일반인 증인은 배심원의 사실관계 관한 심증형성에 도움이 될 만한 의견을 전달하는 것이 힘들다는 접근법이 우세했다.⁴⁴²⁾ 즉, 일반인 증인이 배심원의 역할을 대신할 수 없다는 것이다.⁴⁴³⁾ 현재에도 일부 주 법원은 일반인 증인이 의견을 진술할 수 없다고 판시하기도 한다.⁴⁴⁴⁾

그러나, 현재 미국 연방과 상당수의 주의 증거법리는 오히려 일반인 증인이 의견의

440) Kenneth S. Broun, McCormick on Evidence, 6th ed, Thomson West, 2006, § 10.

441) State v. Pendelton, 696 So. 2d 144 (La. Ct. App. 5th Cir. 1997); People v. Hackett, 228 A.D.2d 377, 646 N.Y.S.2d 89 (1st Dep't 1996); Com. v. Tiexeira, 29 Mass. App. Ct. 200, 559 N.E.2d 408 (1990); Oxenberg v. State, 362 P.2d 893 (Alaska 1961).

442) Barbara E. Bergman/Nancy Hollander/Theresa M. Duncan, Wharton's Criminal Evidence Vol. 3, 15th ed, Clark Boardman Callaghan, 1999, § 12:1.

443) See, e.g., Bell v. State, 114 Md. App. 480, 691 A.2d 233 (1997); State v. Winston, 959 S.W.2d 874 (Mo. Ct. App. E.D. 1997); Caruso v. State, 645 So. 2d 389 (Fla. 1994).

444) See, e.g., State v. Shuck, 953 S.W.2d 662, 70 A.L.R.5th 743 (Tenn. 1997); State v. Pendelton, 696 So. 2d 144 (La. Ct. App. 5th Cir. 1997).

형태로 증언하는 것도 가능하다는 입장으로 선회했다고 볼 수 있다. 미국 연방대법원은 레이니 판결(Beech Aircraft Corp. v. Rainey)에서 사실과 의견의 구분은 정도의 문제일 뿐이라고 지적하며 증인이 사실만을 증언할 수 있다는 법리를 폐기했다. 즉, 증인이 사실에 대해 묘사하는 것은 객관적 진실 그 자체와는 항상 일정 정도의 거리가 있으며 다소간에 항상 자신의 주관적인 의견이 개입되기 마련이라는 것이다.⁴⁴⁵⁾ 이러한, 미국 연방대법원의 접근법과 마찬가지로, 미국 연방증거규칙 제701조는 증인이 증언 시 의견을 진술할 수 있다고 규정하고 있다. 즉, 증인은 자신의 지각에 기초하여 합리적으로 형성되었으며 증인의 증언을 이해하거나 문제된 사실을 결정하는데 조력할 수 있는 의견의 형태로 진술할 수 있다는 내용을 담고 있는 것이다.⁴⁴⁶⁾ 통일증거규칙 제701조 역시 유사한 내용을 규정하고 있다.⁴⁴⁷⁾ 대다수의 주들도 연방증거규칙과 동일한 증인의 증언에 관한 증거법 규정을 마련해 놓고 있다.⁴⁴⁸⁾

(2) 내용

특별한 경우가 아니면 증인은 자신이 경험한 바에 대하여 진술할 수 있다. 즉, 증인은 타인의 감정과 의사 상태, 신체적 특징과 조건, 자동차의 운행 시 명칭, 물체의 속도, 거리 및 움직임, 사람과 사물의 식별, 증인의 신뢰성, 등을 증언할 수 있다.

445) Beech Aircraft Corp. v. Rainey, 488 U.S. 153, 168 (1988).

446) Fed. R. Evid. § 701. 동 조항은 크게 두가지 측면으로 분석할 수 있다. 첫째, 증인이 자신의 관찰에 기초하는 한 스스로 형성한 인상(impression)을 그에 결부시켜 증언할 수 있다. See, Hanson v. State, 232 Ga. App. 352, 501 S.E.2d 865 (1998); People v. Jones, 907 P.2d 667 (Colo. Ct. App. 1995); Robinson v. State, 168 Ga. App. 569, 309 S.E.2d 845 (1983). 둘째, 증인의 진술에 의견을 포함시키는 것이 배심원이 보다 나은 이해에 도달하는데 조력할 수 있어야 한다.

447) Uniform Rules of Evidence § 701. 통일증거규칙(Uniform Rules of Evidence)은 미국변호사협회(American Bar Association)에 의하여 1974년 최초 수립되었다. 그 이후 1986년 대폭 개정이 이루어졌으며 1988년 소규모의 개정이 있었다. 1999년에 다시 새로운 조항들이 추가되어 현재의 모습으로 형성되었다. 통일증거규칙의 구성은 사법적 통지(Judicial Notice), 추정(Presumption), 관련성과 그의 한계(Relevancy and its Limits), 증인(Witness), 의견과 전문가 증언(Opinions and Expert Testimony), 전문진술(Hearsay), 진본과 식별(Authentication and Identification), 기술의 내용(Contents of Writings), 기록과 사진(Recording and Photographs)으로 이루어져 있다.

Uniform Law Commission, Evidence, Rules of

<https://www.uniformlaws.org/committees/community-home?CommunityKey=c4191969-1a09-4e4c-90bd-a56d3534e1de>. (최종검색: 2023. 10. 1.)

448) See, e.g., Ariz. R. Evid. § 701; Conn. Evid. Code § 7-1; Ind. R. Evid. § 701; Mich. R. Evid. § 701; Tex. R. Evid. § 701.

우선, 일반적으로 증인은 타인의 감정상태에 대해 증언하는 것이 허용된다.⁴⁴⁹⁾ 예를 들어, 부모인 경우 자신의 자녀의 감정상태를 증언한다든지,⁴⁵⁰⁾ 피고인이 아무런 반성과 후회를 하지 않는다는 것을 증언할 수 있다.⁴⁵¹⁾ 또한, 증인은 자신의 개인적 지식 및 경험과 결부한 합리적 추론에 기초하여 피고인, 피해자 등의 의사 상태에 대해 증언할 수 있다.⁴⁵²⁾ 나아가, 증인은 나이, 외모, 상해나 건강상태, 주취 등 명정상태와 같은 신체적 특징과 조건에 대하여 증언할 수 있다. 예를 들어, 증인은 자신의 관찰에 기초하여 타인의 나이에 대한 의견을 증언할 수 있다.⁴⁵³⁾ 그런데, 증인은 외모에 대해서는 의견의 형태가 아니라 관찰한 사실을 증언하는 것이 일반적이다.⁴⁵⁴⁾ 증인은 자신의 관찰에 기반하여 타인과 자신의 상해와 건강상태에 대해서도 증언할 수 있다.⁴⁵⁵⁾ 통상, 경찰관을 포함한 증인은 타인의 주취, 약물 등에 의한 명정상태에 대해 증언할 수 있다.⁴⁵⁶⁾ 다만, 증인은 피고인의 명정상태가 진실이라거나 혹은 혈중알콜농도 측정을 회피하기 위해서 명정상태를 가장했다는 주장과 같이 자신의 지식을 넘어선 사항을 증언할 수 없다.⁴⁵⁷⁾ 또한, 일반인 증인은 시각적 관찰에 기초하여 자동차와 같이 움직이는 물체의 속도를 추측한 것에 대하여 증언할 수 있다.⁴⁵⁸⁾ 물론, 증인은 자동차가 운행 시 보여준 움직임의 특성에 대해서도 증언할 수 있다.⁴⁵⁹⁾ 게다가, 거리의 정확한 측정이 쟁점이 되지 않는 사건에 있어 대략적으로 추측한 거리에 대한 증언 또한 허용된다.⁴⁶⁰⁾

449) See, e.g., *Fore v. State*, 858 So. 2d 982 (Ala. Crim. App. 2003); *Markgraf v. State*, 12 P.3d 197 (Alaska Ct. App. 2000).

450) See, e.g., *State v. Duhan*, 38 Conn. Supp. 665, 460 A.2d 496 (Super. Ct. Appellate Sess. 1982).

451) See, e.g., *State v. Braxton*, 352 N.C. 158, 531 S.E.2d 428 (2000).

452) See, e.g., *State v. Ayala*, 178 Ariz. 385, 873 P.2d 1307 (Ct. App. Div. 1 1994); *Diffie v. State*, 319 Ark. 669, 894 S.W.2d 564 (1995).

453) See, e.g., *People v. Patterson*, 149 A.D.2d 966, 540 N.Y.S.2d 626 (4th Dep't 1989).

454) See, e.g., *Com. v. Smith*, 350 Mass. 600, 215 N.E.2d 897 (1966).

455) See, e.g., *State v. Tiscareno*, 190 Ariz. 542, 950 P.2d 1163 (Ct. App. Div. 1 1997); *Callahan v. State*, 769 P.2d 444 (Alaska Ct. App. 1989).

456) 타인의 주취상태에 대한 증언을 할 수 있다는 판례로, see, e.g., *State v. Murphy*, 451 N.W.2d 154 (Iowa 1990). 타인이 약물에 취한 상태에 대한 증언을 할 수 있다는 판례로, *Moore v. United States*, 675 A.2d 71 (D.C. 1996).

457) *People v. Massong*, 105 A.D.2d 1154, 482 N.Y.S.2d 601 (4th Dep't 1984).

458) See, e.g., *Wright v. State*, 220 Ga. App. 233, 469 S.E.2d 381 (1996).

459) See, e.g., *State v. Hill*, 812 S.W.2d 204 (Mo. Ct. App. W.D. 1991).

460) *Ellison v. State*, 233 Ga. App. 637, 504 S.E.2d 779 (1998).

나아가, 피고인이 자신이 목격한 범인이라는 증언이 허용된다는 법리와 다른 입장을 취한 미국 연방과 주의 관할은 존재하지 않는다. 일반적으로, 증인은 자신의 관찰에 기초하여 범인 식별에 관한 증언을 할 수 있지만,⁴⁶¹⁾ 자신의 의견이 일부 개입되는 형태의 범인식별에 관한 증언도 경우에 따라 가능하다. 예를 들어, 피부나 머리카락 색깔을 직접 목격하지는 못했지만 흑인에게 미국인과 같이 말하고 행동했다는 증언을 할 수 있다.⁴⁶²⁾ 덧붙여, 증인은 사진, 비디오, 목소리,⁴⁶³⁾ 족적,⁴⁶⁴⁾ 필적,⁴⁶⁵⁾ 윤흔, 등이 특정인의 것과 유사하다는 증언을 할 수 있다. 또한, 일반인 증인은 냄새에 대해서도 전문적인 지식에 기초한 추론이 결부되지 않았다면 상식 수준에서 의견의 형태로 증언할 수 있다.⁴⁶⁶⁾ 게다가, 폭력 범죄 사건에서 증인은 과학적인 분석기법이 아닌 자신의 관찰에 기초하여 현장에서 목격한 것이 혈액이었다는 사실을 증언할 수 있다.⁴⁶⁷⁾

다만, 미국의 다수 주는 원칙적으로 일반인 증인이 특정인의 신뢰성에 대해 진술하는 것을 허용하지 않는다. 왜냐하면, 증인의 타인의 신뢰성에 대한 추론이 법원절차의 사실판단자가 행하는 것 보다 우월하다고 보기 힘들기 때문이다.⁴⁶⁸⁾ 반면, 일부 주는 증인이 특정인의 신뢰성에 대하여 진술하는 것을 허용하고 있다. 예를 들어, 미시시피 주 대법원은 검사가 신청한 증인이 아동의 상해에 대한 피고인의 설명을 신뢰하지 않는다고 증언한 것은 적법한 증거라고 판시했다.⁴⁶⁹⁾ 또한, 노스캐롤라이나 주 대법원은 경찰이 자신의 직접적 관찰과 지식에 기초하여 증인이 거짓말을 하고 있다고 증언한 바가 적법하다고 판시했다.⁴⁷⁰⁾

한편, 미국의 현대 증거법에서 유무죄 판단과 긴밀한 연관이 있는 궁극적 쟁점

461) State v. Hanks, 236 Kan. 524, 694 P.2d 407 (1985).

462) United States v. Card, 86 F. Supp. 2d 1115 (D. Utah 2000).

463) See, e.g., State v. Burnison, 247 Kan. 19, 795 P.2d 32, 17 A.L.R.5th 1084 (1990).

464) See, e.g., White v. State, 375 So. 2d 622 (Fla. Dist. Ct. App. 4th Dist. 1979).

465) Fed. R. Evid. § 901(b)(2).

466) See, e.g., State v. Brooks, 126 N.H. 618, 495 A.2d 1258 (1985); State v. Marden, 673 A.2d 1304 (Me. 1996).

467) See, e.g., People v. Mathews, 176 A.D.2d 1135, 575 N.Y.S.2d 952 (3d Dep't 1991).

468) See, e.g., Putnam v. State, 231 Ga. App. 190, 498 S.E.2d 340 (1998); Charles v. State, 683 So. 2d 583 (Fla. Dist. Ct. App. 4th Dist. 1996); State v. Savory, 893 S.W.2d 408 (Mo. Ct. App. W.D. 1995).

469) See, e.g., Weatherspoon v. State, 732 So. 2d 158 (Miss. 1999).

470) See, e.g., State v. Westall, 116 N.C. App. 534, 449 S.E.2d 24 (1994).

(ultimate issue)에 대한 증인의 증언이 금지되어 있지 않지만 증언 대상 및 형태에 따라 법리가 세분화되어 있다. 우선, 일반인 증인은 의견의 형태로 피고인의 정신장애 상태(insanity)인지에 대하여 증언할 수 있다.⁴⁷¹⁾ 이 경우 증인이 근래 피고인의 행위를 충분히 관찰할 기회를 가진 경우에만 그와 같은 증언이 정당화 된다.⁴⁷²⁾ 또한, 대체로 법원들은 증인은 피고인이 유죄평결에 필요한 주관적 요건을 충족하는 의사상태이었는지, 극도의 감정적 장애상태이었는지, 혹은 법정에서 출석할 수 있는 상태인지에 대해 증언할 수 있도록 하고 있다.⁴⁷³⁾ 게다가, 흥미롭게도 일부 법원들은 사형여부가 쟁점이 되는 사건에서 일반인 증인이 장래 피고인이 계속적인 위협이 될 수 있는지에 대하여 증언할 수 있도록 하고 있다.⁴⁷⁴⁾ 물론, 나머지 다른 법원들은 충분한 전문적 지식을 가진 자만이 그와 같은 증언을 하도록 하고 있다.⁴⁷⁵⁾ 그렇지만, 증인은 피고인의 유무죄에 관해서는 증언하는 것이 허용되지 않는다. 예를 들어, 증언대에선 경찰관은 피고인이 유죄라고 증언할 수 없다.⁴⁷⁶⁾ 그럼에도, 상당히 많은 법원들은 증인의 증언에 피고인의 유무죄에 관한 내용이 포함되었는지 혹은 그것이 무엇인지에 대하여 상당히 신중하게 판단한다. 특히, 증인이 피고인의 유무죄에 관한 믿음을 간접적으로 표현하는 의견을 진술한 경우에는 적법한 것으로 평가되는 경우가 많다.⁴⁷⁷⁾

2) 전문가 증언

(1) 개요

전문가 증언을 신청하는 자는 몇 가지 요건이 충족되었음을 제시해야 한다. 무엇보다, 전문가 증언을 신청하기 위해서는 문제 된 사항이 일반인이 쉽게 알 수 없는

471) See, e.g., *McGregor v. State*, 885 P.2d 1366 (Okla. Crim. App. 1994); *Brown v. Com.*, 934 S.W.2d 242 (Ky. 1996).

472) See, e.g., *Brown v. Com.*, 934 S.W.2d 242 (Ky. 1996).

473) See, e.g., *State v. Person*, 236 Conn. 342, 673 A.2d 463 (1996); *People v. Medina*, 51 Cal. 3d 870, 274 Cal. Rptr. 849, 799 P.2d 1282 (1990); *People v. Rubanowitz*, 673 P.2d 45 (Colo. Ct. App. 1983).

474) See, e.g., *Bell v. State*, 938 S.W.2d 35 (Tex. Crim. App. 1996).

475) See, e.g., *People v. Ruiz*, 44 Cal. 3d 589, 244 Cal. Rptr. 200, 749 P.2d 854 (1988).

476) See, e.g., *State v. Colbert*, 257 Kan. 896, 896 P.2d 1089 (1995).

477) See, e.g., *State v. Taveras*, 49 Conn. App. 639, 716 A.2d 120 (1998).

것이며, 과학, 지식, 사업 또는 직업적인 전문성과 분명히 관계되어야 한다. 그런데, 미국 연방증거규칙 제702조는 설령 배심원이 스스로의 능력으로 이해될 수 있는 사항이라고 할지라도 만일 특별한 지식이 도움이 될 수 있다면 전문가 증언을 허용할 수 있다는 매우 관대한 접근법을 취하고 있다. 미국 연방증거규칙 제702조의 이러한 태도로 인하여 목격자 증언의 신뢰성(reliability of eyewitness testimony)에 대하여 심리학자가 증언하는 것이 대체로 허용되며 사람을 연구대상으로 하는 과학자(human factors engineers)가 평균적인 사람의 행위에 대해 의견을 제시하는 것 또한 법원절차에 현출되는 경향이 있다. 이뿐만 아니라, 전문가 증언을 신청하는 자는 해당 전문가가 전문지식으로 사실을 입증할 만큼 충분한 전문지식이 있다는 것을 교육적 경력과 경험을 통해 입증해야 한다.⁴⁷⁸⁾

(2) 내용

A. 도버트 기준(Daubert standard)

i. 도버트 판결과 그 후속 판결의 의미

미국 연방대법원은 전문가 증언의 기준과 관련하여 1990년대에 입장을 새롭게 정립하고 그 내용을 구체화했다. 우선, 미국 연방대법원은 1923년 프라이 판결(*Frye v. United States*)⁴⁷⁹⁾을 통하여 유지해 오던 전문가 증언의 일반적 승인(general acceptance) 기준을 1993년의 도버트 판결(*Daubert v. Merrell Dow Pharmaceutical, Inc.*)의 4가지 기준으로 전환했다. 즉, 연방대법원은 도버트 판결에서 ‘일반적 승인’뿐만 아니라 검증가능성(testability), 오류율(error rate), 동료심사와 출판(peer review and publication)의 요건들을 고려하여 과학증거의 신뢰성과 증거능력을 판단해야 한다고 판시했다.⁴⁸⁰⁾

그런데, 전문가 증언의 신뢰성 판단을 위해 도버트 판결의 기준으로 제시된 사항들이 어떻게 적용될 것인지는 상당한 논란의 대상이었다. 사실, 도버트 판결은 과학계의 주류 견해가 승인하지 않는 소수의 견해라고 할지라도 과감히 채택해야 할 필요성이

478) Kenneth S. Broun, McCormick on Evidence, 6th ed, Thomson West, 2006, § 13.

479) *Frye v. United States*, 293 F. 1013 (D.C. Cir. 1923).

480) *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceutical, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993).

있는 경우를 염두에 두고 제시된 것이다. 당시 도버트 판결은 당해 사건에서 문제된 벤덱틴(Bendectin)이라는 약품이 기형아를 출생하는 데 인과관계가 있는지에 관한 동물 실험은 이미 이루어졌지만 사람에 대한 실증적 조사결과가 없는 상태에서도, 단지 동물 실험으로 일부 입증된 기형아 출산의 가능성을 인정하는 소위 과학계 비주류의 의견을 받아들인 것이다. 도버트 판결은 과학계 다수의 인정을 받지 못한 소수 전문가의 관점이라고 할지라도 권리와 이익의 배분에 관한 사법절차에서 활용될 수 있다는 것을 표면적으로 엄격하게 보이는 4가지 기준을 활용해 표현했다.⁴⁸¹⁾

미국 연방대법원은 제너럴 일렉트릭 판결(*General Electric Co. v. Joiner*)에서 전문가 증언의 신뢰성 판단 시 사실심 법원은 도버트 기준 중 어떤 사항을 고려할지에 대해서는 폭넓은 재량을 지닌다고 보았다. 항소심 법원은 이러한 사실심 법원의 전문가 증언의 신뢰성 판단에 대하여 재량 남용 기준을 바탕으로 심사할 수 있을 뿐이다.⁴⁸²⁾ 이후, 미국 연방대법원은 금호타이어 판결(*Kumho Tire Co. v. Carmichael*)은 제너럴 일렉트릭 판결의 사실심 법관의 재량에 관한 입장을 흡수했다. 금호타이어 판결에서는 도버트 판결의 신뢰성 기준이 과학적 지식을 기초로 한 전문가 증언뿐만 아니라 다른 모든 종류의 전문가 증언에도 적용될 수 있다고 판시했다. 또한, 전문가 증언이 과학적 지식에 관한 것이 아닐 경우에는 도버트 판결의 4가지 기준을 엄격하게 적용할 것이 아니라 상당히 가변적으로 고려하여 증거능력을 판단하면 된다고 보았다. 즉, 실제 대중이 증언 이외의 맥락에서라도 해당 전문지식에 기초한 서비스를 받는 것을 선호하고 법원에서 문제된 사항과 유사한 경우에 대체로 전문가 집단은 유사한 기준에 따라 판단한다는 것을 보이게 되면 해당 전문가 증언은 과학적 기준에 관한 도버트 기준을 충족하지 않는다고 하더라도 증거능력이 있다고 볼 수 있는 것이다. 따라서, 도버트 기준 이외에도 쟁점의 성격(the nature of the issue), 전문가의 전문성(the expert's particular expertise), 전문가 증언의 주제(the subject of his testimony)와 같은 점들을 적절히 고려하여 증거능력 판단을 할 수 있다는 입장을 취했다.⁴⁸³⁾

사실, 도버트 기준은 사회과학적 증거와 관련해서는 더 느슨해지는 모습을 보여준

481) *Id.*

482) *General Electric Co. v. Joiner*, 522 U.S. 136 (1997).

483) *Kumho Tire Co. v. Carmichael*, 526 U.S. 137 (1999).

다. 미국의 상당히 많은 법원들이 피학대여성증후군(battered woman syndrome)이나 강간외상증후군(rape trauma syndrome)에 대해서 상당히 관대하게 증거능력을 인정하는 경향을 보이고 있다.⁴⁸⁴⁾ 반면 일부 주 법원의 판결에서는 그와 같은 임상심리학자들의 견해가 견고한 기반이 없으며 학계의 일반적인 승인이 없다는 이유로 증거능력을 부인한 바 있다.⁴⁸⁵⁾ 사실, 피학대여성증후군이나 강간외상증후군은 과학적 신뢰성이 낮지만 피해 여성의 관점을 보다 구체적으로 전달하는 유효한 수단으로 받아들여야 한다는 해석론이 존재한다.⁴⁸⁶⁾

ii. 미국국립학술원(NAS Report)의 보고서와 패턴 증거의 법리 전개

미국국립학술원은 2009년 과학적 증거의 실태를 조사하여 “미국에서의 법과학의 강화(Strengthening Forensic Science in the United States)”라는 명칭의 보고서를 발간했다. 동 보고서는 유전자분석 기법과 같은 눈부신 과학의 발전이 수사현장에도 상당한 혁신을 가져온 것은 사실이지만, 불충분하고 부적절하게 사용된 과학적 분석이 오히려 무고한 이를 유죄로 오판하게 하는 데 상당한 기여를 했다는 사실을 기술하고 있다.⁴⁸⁷⁾ 특히, 지문, 탄흔, 족흔, 윤흔, 혈흔, 필적, 치흔 등 패턴 증거가 피고인에게서 유래했는지를 분석하는 기법들은 동료평가, 출판, 오류율, 검증가능성 등 도버트 판결에서 제시한 과학적 기준과 상관이 없지만 여전히 과학적 증거 혹은 전문가 진술이라는 명칭으로 법원에 제출되고 있다고 지적되었다.⁴⁸⁸⁾ 나아가, 모발에 대한 유전자 분석 이외의 화학적 분석은 방법론적인 문제뿐만 아니라 분석결과의 오류로 판명된

484) 피학대여성증후군의 법원절차에 현출을 허용한 예로, *State v. Nemeth*, Ohio St. 3d 202, 694 N.E.2d 1332, 1337 (1998); *State v. Kelly*, 685 P.2d 474, 476 (Wash. 1984). 강간피해증후군의 법원절차에 현출을 허용한 예로, *People v. Wheeler*, 602 N.E.2d 826 (1992).

485) *State v. Guthrie*, 627 N.W.2d 401, 419 (2001); *State v. Saldana*, 324 N.W.2d 227, 229-230 (Minn. 1982).

486) Robert P. Mosteller, “Syndromes and Politics in Criminal Trials and Evidence Law”, *Duke Law Journal* Vol. 46 No. 3, 1996, 486-487면; Stephen J. Schulhofer, “The Feminist Challenge in Criminal Law”, *University of Pennsylvania Law Review* Vol. 143, 1995, 2152면; Lenore E. Walker, “A Response to Elizabeth M. Schneider’s Describing and Changing: Women’s Self-Defense Work and the Problem of Expert Testimony on Battering”, *Women’s Rights Law Reporter* Vol. 9, 1986, 223면.

487) Committee on Identifying the Needs of the Forensic Sciences Community, *Strengthening Forensic Science in the United States*, The National Academies Press, 2009, 7-8면.

488) Committee on Identifying the Needs of the Forensic Sciences Community, *Strengthening Forensic Science in the United States*, The National Academies Press, 2009, 7-8면.

경우 역시 상당한 빈도로 나타난다고 보고하고 있다.⁴⁸⁹⁾

예를 들어, 미국 연방 법원들은 미국국립학술원이 지문증거의 분석기법이 반복가능성, 투명성, 신뢰성이 매우 낮다고 하며 지문분석 결과의 오류율을 0%로 표기하는 방식에 대해 상당한 의문을 표한 것에 영향을 받았다. 사실, 연방 법원들은 도버트 판결에 비추어 본다면 패턴 증거가 문제가 있다는 것을 인지했음에도 법과학의 관행을 존중하여 증거능력을 부인하지 않는 입장을 취했지만,⁴⁹⁰⁾ 지문분석관의 증언 방식을 규율하는 법리를 상당히 수정했다. 즉, 사건현장에서 채취한 지문에 대한 분석결과와 오류율이 0%라고 하거나 정확하게 일치(exact-match)한다고 하거나 동일인으로 지목된 자 이외의 모든 자를 혐의가 없다고 배제할 수 있다는 지문분석관의 증언을 금지시켰다.⁴⁹¹⁾ 일부 법원은 지문분석관의 지문분석 결과를 교호신문(cross-examination)하도록 하여 이 문제에 대응했다.⁴⁹²⁾

유사하게, 상당수 주 법원들은 필적 감정은 도버트 기준에 부합하지 못하므로 증거능력이 없다고 보았다.⁴⁹³⁾ 설령 필적 감정의 증거능력을 인정하는 주 법원⁴⁹⁴⁾조차 필적감정은 몇 가지 기본적인 요건을 충족해야 한다고 보았다. 다만, 필적 분석에 대해서는 의무적으로 오류율을 명시한다든지 특정 형태로 증언하는 것을 금지한다는 방식을 취해야 한다든지 하는 요건이 법리로 발전하지 않았다. 이는 지문 증거에 비하여 필적 증거의 과학적 엄밀성과 확실성이 현저히 낮은 데 비하여 역설적인 현상이라고 할 수 있다. 통상의 주 법원의 접근법에 따르면, 필적 분석을 한 자는 전문가로서의 자격을 갖추어야 하며 필적감정 전문가가 문제된 문서의 필적을 비교 분석할 필적은 피고인을 비롯한 특정인에게서 유래해야 한다는 요건을 충족해야 한다. 나아가, 만일 필적 감정에 대한 전문가의 의견이 모호하고 불확실한 경우에는 사실심

489) Brandon L. Garrett, "Judging Innocence", Columbia Law Review Vol. 108, No. 1, 2008.

490) Jennifer L. Mnookin/Simon A. Cole/Itiel E. Dror/Barry A. J. Fisher/Max M. Houck/Keith Inman/David H. Kaye/Jonathan J. Koehler/Glenn Langenburg/D. Michael Risinger/Norah Rudin/Jay Siegel/David A. Stoney, "The Need for a Research Culture in the Forensic Sciences", UCLA Law Review Vol. 58, 2011, 758-759면.

491) United States v. Cantoni, 2019 WL 1259630 (E.D.N.Y. Mar. 19, 2019); United States v. Lundi, 2018 WL 3369665 (E.D.N.Y. July 10, 2018);

492) United States v. Bonds, 2017 WL 4511061 (N.D. Ill. Oct. 10, 2017).

493) Almeciga v. Center for Investigative Reporting, Inc., 185 F. Supp. 3d 401, 416-27 (S.D.N.Y. 2016); U.S. v. Hildago, 229 F. Supp. 2d 961, 968 (D. Ariz. 2002).

494) United States v. Adeyi, 165 Fed. Appx. 944, 945 (2d Cir. 2006).

법원은 재량하에 배심원의 사실발견에 도움이 되지 않는다는 이유로 증거능력을 부인할 수 있다.⁴⁹⁵⁾

유사하게, 도버트 판결이 있는 후에 탄흔, 도구흔, 치흔을 분석한 감정에 관한 진술 방식 또한 문제되었다. 메사추세츠를 관할하는 연방 사실심 법원은 특정 탄흔이 다른 탄흔과 구분되는 유일한 것이라고 증언해서는 안되며 해당 탄흔이 다른 특정 탄흔과 유사성을 지닌다는 정도로 증언할 수 있다고 판시했다.⁴⁹⁶⁾ 학계에서는 치흔 감정에 대한 과학적 유효성이 상당한 문제가 있다고 지적하는 목소리가 높았다.⁴⁹⁷⁾

iii. 기타 과학적 증거에 관한 법리

종래 미국의 법원에서는 거짓말탐지기 검사결과는 신뢰성이 낮기 때문에 증거능력이 부인되었다. 프라이 판결에서는 증거능력이 없다고 하여 배척된 거짓말탐지기 검사 결과가 과학계의 일반적인 승인을 받지 못했다는 논거가 제시되었다.⁴⁹⁸⁾ 일반적인 승인 기준은 여러 가지 고려요소 중의 하나에 지나지 않는다고 본 도버트 판결 이후에도 거짓말탐지기의 신뢰성에 대한 회의적인 시각으로 인하여 증거능력은 부인되는 것이 일반적인 경향이다.⁴⁹⁹⁾

B. ‘궁극적 쟁점(ultimate issue)’ 법리

궁극적 쟁점 법리란 증인의 증언은 사건의 유무죄 판단과 직결된 실체진실 자체에 대해 언급해서는 안된다는 개념이다. 즉, 궁극적 쟁점 법리는 특히 전문가의 전문적 지식에 기초한 증언에 법판단자의 사실판단의 주도권이 넘어가는 것을 경계한다는 의미를 담고 있다.⁵⁰⁰⁾

그러나, 최근에는 이 궁극적 쟁점 법리를 고수하지 않고 포기하는 것이 일반적인

495) *People v. Sargeant*, 292 Ill. App. 3d 508, 226 Ill. Dec. 501, 685 N.E.2d 956 (1st Dist. 1997); *Fassi v. State*, 591 So. 2d 977 (Fla. Dist. Ct. App. 5th Dist. 1991).

496) *United States v. Green*, 405 F.Supp 2d 104 (D. Mass. 2005).

497) *See, e.g.*, Paul C. Giannelli, “Bite Mark Analysis”, *Criminal Law Bulletin* Vol. 43, 2007, 932면; Iain A. Pretty/David J. Sweet, “The Scientific Basis for Human Bitemark Analyses—A Critical Review”, *Science & Justice* Vol. 41 No 2, 2001, 86면.

498) *Frye v. United States*, 293 F. 1013, 34 A.L.R. 145 (App. D.C. 1923).

499) *People v. Jackson*, 202 Ill. 2d 361, 269 Ill. Dec. 481, 781 N.E.2d 278 (2002); James R. McCall, “Misconceptions and Reevaluation —Polygraph Admissibility After Rock and Daubert”, *University of Illinois Law Review* Vol. 1996 No 2, 1996, 363면.

500) Kenneth S. Broun, *McCormick on Evidence*, 6th ed, Thomson West, 2006, § 12.

경향이다. 전문가 증언에 관한 다른 요건이 모두 충족된다면 전문가는 궁극적 쟁점에 해당하는 사항에 대해서 증언할 수 있게 된 것이다. 미국 연방증거규칙 제704조는 궁극적 쟁점에 관한 사항을 포함하고 있다고 하더라도 의견 혹은 추론의 형태로 이루어지는 증언을 배척할 수 없다. 전문가 증인이건 일반 증인이건 간에 미국 연방증거규칙 제403조의 부당한 편향 요건에 해당하지 않는 한 궁극적 쟁점이라고 하더라도 얼마든지 증언을 할 수 있다는 방향으로 정리가 된 것이다.⁵⁰¹⁾

다만, 미국 연방증거규칙 제704조(b)는 살인죄의 사전계획(premeditation) 요건, 함정수사의 사전성향(predisposition) 요건, 혹은 심신상실(insanity) 요건과 같이 피고인의 정신적 상태나 조건이 쟁점이 된 경우 전문가 증인은 해당 사항에 대해 증언할 수 없다고 규정하고 있다. 동 규정은 의학전문가가 다툼의 여지가 있는 궁극적 쟁점에 대하여 증언하지 못하도록 하여 해당 사항에 대한 혼란을 방지하기 위한 목적을 지니고 있다. 다만, 이 규정하에서도 정신의학자는 피고인에 정신 질환이나 결함이 있는지와 같은 질문에는 자신의 전문적 소견을 바탕으로 증언을 할 수 있다.⁵⁰²⁾

C. 법적 사항에 대한 전문가 증언

외국의 법에 관한 사항이 아니면 법적 사항에 대한 증인의 증언을 허용하지 않았다. 미국 연방증거규칙 또한 동일한 입장을 유지하고 있다. 이는 한 연방법원의 판결에서 법원절차에서는 법관만이 유일한 법전문가라는 표현으로 제시되었다.⁵⁰³⁾

(3) 전문가 증인에 대한 신문

전문가 증인에 대한 신문은 다른 증인에 대한 신문과 크게 다르지 않다. 전문가 증인에 대한 신문은 상당부분 사실심 법원의 재량하에 조율된다.⁵⁰⁴⁾

전문가 증인이 증언은 해당 전문가 증인의 전문영역으로 제한되게끔 세심하게 조율해야 한다. 즉, 특정한 영역에 전문성이 있는 증인이라고 할지라도 다른 영역에 대해서 전문가 증인으로 증언할 수 있는 것은 아니다.⁵⁰⁵⁾ 예를 들어, 아동학대사건에서 증언하게 된 전문가 증인은 아동이 진실을 진술하는지에 대해서는 다른 사람 보다 더

501) Kenneth S. Broun, McCormick on Evidence, 6th ed, Thomson West, 2006, § 12.

502) Kenneth S. Broun, McCormick on Evidence, 6th ed, Thomson West, 2006, § 12.

503) Pivot Point Intern., Inc. v. Charlene Products, Inc., 932 F.Supp. 220, 225 (N.D.Ill. 1996).

504) Anderson v. State, 786 So. 2d 6 (Fla. Dist. Ct. App. 4th Dist. 2000).

505) Com. v. Frangipane, 433 Mass. 527, 744 N.E.2d 25 (2001).

나은 전문성을 가지고 증언할 능력이 있다고 보기 힘들다. 따라서, 전문가 증인은 아동이 보이는 증상이 학대당한 아동의 증상과 일치한다는 것만 증언할 수 있다.⁵⁰⁶⁾ 전문가 증인의 증거가치는 배심이 재량껏 판단하게 되지만,⁵⁰⁷⁾ 전문가가 자신의 고유한 전문영역을 벗어난 진술을 하게 되면 배심원이 전문가 진술이라는 이유로 부적절하게 과도한 존중을 할 가능성이 있게 된다.⁵⁰⁸⁾

전문가 증인에 대한 반대신문에 있어 증인의 능력과 자격에 대한 의문을 제기할 목적으로 학술자료가 활용될 수 있다. 그러나, 전문가 증인이 자신의 의견을 뒷받침하기 위해 학술자료를 제출해야 하는 것은 아니다.⁵⁰⁹⁾ 사실, 커먼로에서는 학술서 자체는 전문진술로서 직접 증거로 사용될 수 없다고 보았으나 미국 연방증거규칙은 이러한 커먼로 법리를 전환했다. 즉, 증인의 증언이나 다른 전문가의 증언 혹은 사법적 고지에 의하여 신뢰할 수 있는 권위가 인정되면, 권위있는 학술자료는 전문법칙의 예외에 해당되며 실제적 증거로서 증거능력이 있다.⁵¹⁰⁾ 많은 주들은 미국 연방 증거규칙과 같은 규정을 채택 하고 있지만,⁵¹¹⁾ 일부 주는 그와 같은 학술자료의 전문법칙의 예외를 인정하는 규정을 두지 않고 있다. 미국 연방증거규칙의 접근법을 따르면, 그와 같은 학술자료는 권위가 입증되는 경우에는 반대신문에서 사용될 수 있고 실제적인 증거로 증거능력이 인정된다.⁵¹²⁾

전문가 증인은 다른 증인들과 마찬가지로 편향가능성을 입증하여 탄핵될 수 있다. 전문가 증언에 대한 탄핵을 허용할지 여부는 다른 반대신문의 경우와 마찬가지로 사실심 법원의 재량하에 있다.⁵¹³⁾ 다만, 반대당사자의 변호인이 전문가 증인을 탄핵한 경우에는 전문가 증인을 신청한 변호인은 재반박 신문에서 전문가 증언의 신뢰성을 회복시키는 신문 기회가 허용되어야 한다.⁵¹⁴⁾

506) *Com. v. Federico*, 425 Mass. 844, 683 N.E.2d 1035 (1997); *State v. James*, 211 Conn. 555, 560 A.2d 426 (1989); *State v. Lindsey*, 149 Ariz. 472, 720 P.2d 73 (1986).

507) *Jenkins v. United States*, 307 F.2d 637 (D.C. Cir. 1962).

508) *Romano v. State*, 909 P.2d 92 (Okla. Crim. App. 1995).

509) *Stinson v. England*, 69 Ohio St. 3d 451, 633 N.E.2d 532 (1994); *People v. Beasley*, 43 Colo. App. 488, 608 P.2d 835 (1979).

510) Fed. R. Evid. § 803(18).

511) Fla. Stat. Ann. § 90.706; Ohio R. Evid. § 803(18).

512) *People v. Fierer*, 260 Ill. App. 3d 136, 631 N.E.2d 1214 (3d Dist. 1994); *Kirkpatrick v. State*, 574 So. 2d 1025 (Ala. Crim. App. 1990).

513) *People v. Bull*, 185 Ill. 2d 179, 705 N.E.2d 824 (1998).

514) *Power v. State*, 605 So. 2d 856 (Fla. 1992).

3) 성격증거

(1) 개요

성격증거는 일정한 사안에서 행위자가 성격적 특성(a trait of character)에 따라 행위했다는 것을 증명하기 위해 제출되는 증거를 가리킨다. 성격 증거는 일정한 특성이 특정한 행위를 예측하는 경향성 추론에 기초하여 요증사실에 대하여 논리적으로 증명력이 있다.⁵¹⁵⁾ 다만, 형사소송의 당사자나 증인의 일반적인 성격에 대한 증거는 약간의 증거가치(probative value)가 있지만 대체로 상당한 정도로 부당한 편견(prejudice)의 가능성을 지니고 있다. 미국의 증거법에서는 대체로 이러한 성격증거에 대해 연방증거규칙 제401조가 채택하고 있는 바와 같은 사안별 형량(case-by-case balancing)에 기초하여 접근하는 것을 지양하고, 일정한 규준적 기준 및 그에 대한 예외를 설정하여 증거능력 판단을 하도록 하고 있다. 따라서, 성격 증거는 원칙적으로 증거능력이 없으며, 개념적 기준에 따라 증거능력 없는 성격증거로 규정할 수 없는 경우에는 증거가치와 편견 간의 사안별 형량에 기초하여 증거능력 판단을 할 수 있다.⁵¹⁶⁾

성격 증거는 경향성 추론에 근거하지만 습관 증거(habit evidence)와 구분된다. 미국 연방증거규칙 제406조는 습관 증거를 별도로 규정하고 있다. 성격증거는 다소 일반적이며 추상적인 규범적 평가를 내용으로 한다는 점에서⁵¹⁷⁾ 구체적인 행위사실의 반복적 패턴을 가리키는 습관증거⁵¹⁸⁾와 구분해야 한다. 미국 연방증거규칙은 성격 증거는 원칙적으로 증거능력이 부인되지만 습관증거는 증거능력을 적극적으로 인정하고 있다.⁵¹⁹⁾ 보다 구체적으로는, 연방증거규칙은 정직성, 평온함, 폭력성과 같은

515) Edward J. Imwinkelried, "Reshaping the Grotesque Doctrine of Character Evidence: The Reform Implication of the Most Recent Psychological Research", Southwestern University Law Review Vol. 36, 2008, 742면.

516) Kenneth S. Broun, McCormick on Evidence, 6th ed, Thomson West, 2006, § 186.

517) Edmund L. Pincoffs, "Legal Responsibility and Moral Character", Wayne Law Review Vol. 19, 1973, 906면; Paul F. Rothstein, "Intellectual Coherence in an Evidence Code", Loyola of Los Angeles Law Review Vol. 28, 1995, 1264-1265면; State v. Ferguson, 803 P.2d 676, 685 (N.M. Ct. App. 1990)(윤리적 의미가 결부되지 않으면 의심과 같은 편집증 상태를 성격으로 볼 수 없다고 판시했다).

518) 연방 제4항소법원은 습관에 대하여 많은 횟수로 충분히 일상적으로 동일한 형태의 행위를 하는 것을 가리킨다고 판시한 바 있다. Wilson v. Volkswagen of Am., Inc., 561 F.2d 494, 511-12 (4th Cir. 1977).

성격적 특성의 예를 기술하고 있다.⁵²⁰⁾ 반면, 습관, 정신질병, 유전적 특성, 기술과 능력, 감정이나 동기 등이 일정한 방향으로 행위하는 경향성을 보인다면 습관 증거에 해당한다고 보는 것이 유력한 시각이다. 따라서, 피해자가 망각하는 경향성이 심하다고 했을 때 이는 성격적 특징이기 보다는 의학적으로 문제 있는 상태로서 습관 증거에 해당한다고 보아야 한다.⁵²¹⁾

(2) 종류

성격 증거는 제출하는 목적에 따라 분류할 수 있다. 첫째로, 성격 증거가 요증사실 증명에 직접 기여하는 경우가 있다. 예를 들어, 명예훼손 사건에서 ‘물건을 훔치는 버릇이 있다’는 언급이 문제가 되었는데 절도죄의 전과를 제시하는 경우가 이에 해당한다. 나아가, 과실사건에 있어 피고인이 자동차나 다른 위험한 물건을 사용하는데 있어 적합하지 않거나 위험한 성격의 자를 관여시키거나 고용한 바가 있다고 제시하는 것도 이러한 유형에 해당한다. 미국 연방증거규칙 제404조와 통일증거규칙 제404조는 이러한 유형의 성격증거에 대하여 예외적으로 증거능력을 부여하고 있다.⁵²²⁾ 둘째로, 성격 증거가 정황사실을 입증하기 위한 증거로 제시되는 경우가 있다. 예를 들어, 정당방위를 주장하는 피고인이 자신이 방위행위를 하기 위해 유형력을 사용이 필요하다고 믿은 것이 합리적이었다고 주장하는 데 있어 피해자의 폭력적인 성격을 인식(knowledge)하고 있었다고 제시하는 것이 이에 해당한다. 역으로, 피해자의 의사상태(state of mind)에 대한 정황 증거로 피고인의 폭력성에 대한 평판 증거가 제시되는 것 역시 허용되는 성격증거로서의 정황증거 해당한다. 마찬가지로, 미국 연방증거규칙 제404조와 통일증거규칙 제404조는 이러한 유형의 성격증거에 대하여 예외적으로 증거능력을 부여하고 있다.⁵²³⁾ 셋째로, 성격증거가 증인에 대한 탄핵의 목적으로 제출되는 경우가 있다. 즉, 피고인이 거짓을 진술하고 있다는 것을 입증하기 위하여 진실에 관한 나쁜 성격(bad character) 증거를 제출하는 것이 허용될 수 있는 것이다.

519) Fed. R. Evid. § 406.

520) *Id.* § 404.

521) Roger C. Park/David Leonard/Aviva Orenstein/Dale Nance/Steven Goldberg, *Evidence Law: A Student's Guide to the Law of Evidence as Applied in American Trials*, 4th ed., West Academic Publishing, 2017, §5.04, 130-135면.

522) Fed. R. Evid. § 404(b)(2); Uniform Evid. Rule § 404(b).

523) Fed. R. Evid. § 404(b)(2); Uniform Evid. Rule § 404(b).

미국 연방증거규칙은 제404조에서 성격 증거의 현출을 일반적으로 금지하고 있지만 동 규칙 제607조, 제608조, 609조의 증인에 대한 탄핵 목적으로 제출하는 것은 예외적으로 허용되는 구조를 취하고 있다.⁵²⁴⁾

이뿐만 아니라, 성격 증거는 그 형태 및 성격에 따라 분류될 수도 있다. 우선, 증인이 개인적인 관찰(personal observation)에 기초하여 제시할 수 있는 성격증거가 있다. 이 경우, 성격 증거는 증인의 의견(opinion)의 형태로 제시될 수 있다. 여기서 그치지 않고, 성격 증거는 일정한 증인에 대하여 다른 목격자 증인이 해당 증인의 성격적 특성(a trait of character)을 드러낼 수 있는 특정 행위(specific act)에 대한 증언을 하는 것으로 제시될 수도 있다. 또한, 성격증거는 일반적인 평판(general reputation)의 형태로 제시될 수 있다. 대체로, 행위 정황을 입증하기 위해서 사용되는 성격 증거는 평판 증거의 형태로 제시된다.⁵²⁵⁾

나아가, 성격 증거는 좋은 성격증거(good character)와 나쁜 성격증거(bad character)로 구분할 수도 있다. 우선, 피고인은 자신이 범죄를 범했을 가능성이 없다는 것을 보이기 위해 자신의 좋은 성격에 관한 증거를 제출할 수 있지만,⁵²⁶⁾ 검사는 피고인이 범죄를 범했을 가능성이 높다는 것을 입증하기 위하여 피고인의 나쁜 성격에 관한 증거를 현출할 수 없다.⁵²⁷⁾ 다만, 피고인이 자신의 좋은 성격 증거를 무죄 입증을 위해 제출하였다면 검사는 이를 반박하기 위하여 피고인의 나쁜 성격 증거를 제출할 수 있다.⁵²⁸⁾ 유의할 것은 검사는 피고인이 제출한 좋은 성격 증거를 반박하기 위하여 나쁜 성격 증거를 현출할 수 있을 뿐 피고인의 유죄 입증을 위해서 나쁜 성격 증거를 사용할 수 없다는 사실이다.⁵²⁹⁾

(3) 내용

a. 원칙

원칙적으로 성격 증거는 문제된 사안의 행위사실을 입증하기 위해서 제시될 수

524) Fed. R. Evid. §§ 404, 607, 608, 609.

525) Kenneth S. Broun, McCormick on Evidence, 6th ed, Thomson West, 2006, § 186.

526) Fed. R. Evid. § 404(a)(2)(A).

527) *Id.*, § 404(a)(1).

528) *Id.*, § 404(a)(2)(A).

529) Kenneth S. Broun, McCormick on Evidence, 6th ed, Thomson West, 2006, § 191.

없다. 미국 연방증거규칙은 특정한 사실 입증에 성격이나 성격적 특성은 증거능력이 없다고 규정하고 있다.⁵³⁰⁾

또한, 미국 연방증거규칙은 특정한 사건에서 피고인이 자신의 성격에 따라 행위했다는 것을 보여주기 위해 범죄, 위법행위 혹은 기타 특정 행위에 관한 증거를 피고인의 성격을 증명할 용도로 사용하게 되면 해당 증거는 증거능력이 없다고 규정했다.⁵³¹⁾

b. 예외

피고인은 자신의 성격 증거를 제출할 수 있으며 이는 증거능력이 부인되지 않는다.⁵³²⁾ 또한, 피고인은 피해자의 관련된 성격적 특성에 관한 증거를 현출할 수 있다.⁵³³⁾

대체로, 피고인 혹은 증인의 성격증거가 한 당사자에 의하여 적법하게 제출되게 되면 반대신문 등의 통로를 통하여 해당 피고인 및 증인의 다른 성격 증거 또한 법원에 현출될 수 있게 된다. 예를 들어, 피고인이 자신이 그와 같은 범죄를 범할 사람이라는 것을 입증하기 위하여 선한 성격증거를 제시하게 되면, 검사는 그를 반박하기 위해 피고인의 악한 성격 증거를 제출할 수 있게 된다.⁵³⁴⁾ 이뿐만 아니라, 피고인이 피해자의 성격 증거를 제출한 경우 검사는 그것을 반박하는 피해자의 성격증거를 제출할 수 있으며 피고인의 성격증거를 현출할 수 있다.⁵³⁵⁾ 나아가, 살인사건에 있어 검사는 피해자가 먼저 공격했다는 증거를 반박하기 위하여 피해자의 평화로운 성격을 제출할 수 있다.⁵³⁶⁾

미국 연방증거규칙은 피고인의 성격에 따른 혐의사실을 입증하기 위하여 제출되는 과거의 범죄 등 행위에 관한 증거는 증거능력이 없지만, 동기(motive), 기회(opportunity), 의도(intent), 준비(preparation), 계획(plan), 지식(knowledge), 신원(identity), 착오의 부재(absence of mistake), 또는 우연의 부재(lack of accident)와 같은 다른 목적에 기초한 다면 증거능력이 있다는 예외적 규정을 두고 있다.⁵³⁷⁾ 나아가, 미국 연방증거

530) Fed. R. Evid. § 404(a)(1).

531) *Id.*, § 404(b)(1).

532) *Id.*, § 404(a)(2)(A).

533) *Id.*, § 404(a)(2)(B).

534) *Id.*, § 404(a)(2)(A).

535) *Id.*, § 404(a)(2)(B)(i).

536) *Id.*, § 404(a)(2)(C).

규칙은 검사가 공판정에 제출하고자 하는 범죄 등 행위 관련 증거에 대해서는 합리적으로 통지하여 피고인이 그에 대처할 공정한 기회를 보장해야 한다고 규정하고 있다. 검사가 그와 같은 통지를 할 때에는 성격 증거를 제출하는 목적과 이유를 명시해야 한다. 통지는 공판 전에 서면으로 하는 것이 원칙이며 상당한 이유가 있는 경우에는 공판 중에도 할 수 있다.⁵³⁸⁾

c. 강간피해보호법(rape shield law)의 특칙

성격 증거의 증거능력을 부인하는 일반적인 원칙에도 불구하고 미국 연방증거규칙 제413조는 성폭행 사건으로 기소된 피고인의 과거 다른 성폭행 범죄를 범했다는 증거를 현출시킬 수 있다는 예외 규정을 두고 있다. 연방증거규칙 제413조로 인하여 피고인의 성격증거 현출을 위해서는 앞서 기술한 연방증거규칙 제404조의 성격증거 배제의 예외 요건들을 충족할 필요가 있다. 따라서, 성폭행 범죄로 기소된 피고인의 다른 성폭력 이력은 당해 사건의 어떠한 요증사실을 입증하는 목적으로도 사용될 수 있다. 흥미로운 것은 미국 연방증거규칙 제413조가 연방증거규칙 제403조의 증명 가치(probative value)와 부당한 편향(unfair prejudice)의 사안별 형량이라는 원칙론으로 다시 회귀하는 모습을 보여준다는 사실이다.⁵³⁹⁾ 연방 제10항소법원은 피고인이 과거에 행한 성폭행이 당해 피고사실을 입증하는 데 상당한 기여를 할 수 있다고 하더라도 상세한 측면에서 유사성을 지닐 경우에만 증거능력이 있는 것으로 인정되며 이는 곧 연방증거규칙 제403조의 관점이 관철된 결과라고 판시했다.⁵⁴⁰⁾

나아가, 미국 연방증거규칙 제404조를 비롯하여 피해자의 성격증거가 예외적으로 현출될 수 있다는 법리는 성범죄 피해자에게는 적용되지 않는다. 연방증거규칙 제412조는 성폭력 피해자의 성적 이력이나 성적 성향과 관련된 증거의 현출을 허용하지 않는다고 명시하고 있다. 연방증거규칙 제412조는 연방증거규칙 제403조의 형량 원칙의 중요성에도 불구하고 피해자의 성적 이력에 관한 증거는 부당한 편향의 가능성이 너무 높아서 내린 입법적 결단이다. 연방증거규칙 제412조에 따라 피해자가 가해자의 성적 요구에 응할 성적 성향을 지닌 사람이라는 것을 입증하기 위한 목적뿐만

537) *Id.*, § 404(b)(2).

538) *Id.*, § 404(b)(3).

539) *Id.*, § 413.

540) *United States v. Enjady*, 134 F.3d 1427 (10th Cir. 1998).

아니라 피해자와 관련된 증언을 탄핵하기 위한 목적으로도 피해자의 성적 성향은 증거로 제출될 수 없다.⁵⁴¹⁾ 주의할 것은 연방증거규칙 제412조는 성범죄 피해자 아닌 증인에 대해서나 성적 비행을 담은 표현과 관련된 명예훼손 사건에서는 적용되지 않는다는 사실이다.⁵⁴²⁾ 다만, 연방증거규칙 제412조는 피고인 아닌 다른 사람이, 정액, 손해 혹은 다른 물적 증거에 관련되어 있다는 것을 입증하기 위한 용도로는 피해자의 과거 특정 성행위가 증거로 제출될 수 있다고 규정하고 있다.⁵⁴³⁾ 이뿐만 아니라, 연방증거규칙 제412조는 검사가 주장하거나 피고인이 동의를 입증하기 위해 제시한 경우 피해자의 피고인과의 과거 특정 성행위가 증거로 제출될 수 있다고 명시했다.⁵⁴⁴⁾ 게다가, 연방증거규칙 제412조는 피해자의 성적 이력에 대한 증거능력 배제 법리가 피고인의 헌법상의 권리 침해가 되어서는 안 된다고 기술하고 있다.⁵⁴⁵⁾ 피고인의 헌법상 권리침해 방지에 관한 연방증거규칙 제412조의 규정은 사실상 연방증거규칙 제403조의 법리가 고려될 수 있도록 하는 재진입 통로가 된다. 미국 연방대법원은 올덴 판결(*Olden v. Kentucky*)에서 연방증거규칙 제412조에도 불구하고 피고인이 자신에 불리한 진술하고 있는 백인 피해자가 다른 남성과 동거하고 있다는 사실을 피해자의 동거를 입증하기 위하여 신문할 수 있도록 해야 연방헌법상의 대면권 조항이 구체화된 반대신문권을 침해하지 않은 것이라고 판시했다.⁵⁴⁶⁾

d. 아동추행사건의 특칙

미국 연방증거규칙 제414조에는 연방증거규칙 제412조와 유사한 내용의 규정이 존재한다. 연방증거규칙 제414조는 피고인이 아동추행죄로 기소되었을 경우 법원은 피고인이 과거 다른 아동추행행위를 범했다는 사실을 증거로 허용할 수 있다고 명시하고 있다. 다만, 연방증거규칙 제414조는 제403조가 관철되는 것을 전제로 적용되어야 헌법상의 적정절차 원칙과 무죄추정의 원칙에 위배되지 않는다.⁵⁴⁷⁾

541) Fed. R. Evid. § 412.

542) *Id.*, § 412, Advisory Committee Note.

543) *Id.*, § 412(b)(1)(A).

544) *Id.*, § 412(b)(1)(B).

545) *Id.*, § 412(b)(1)(C).

546) *Olden v. Kentucky*, 488 U.S. 227 (1988).

547) *United States v. LeMay*, 260 F.3d 1018 (9th Cir. 2001).

(4) 성격증거의 형태와 입증방법

미국 연방증거규칙 제405조는 성격 증거가 평판과 관련된 증언 혹은 의견을 증언하는 형태로 입증될 수 있다고 규정했다. 나아가, 성격 증거를 증언하는 증인에 대한 반대신문에 있어 해당 증인의 행위사실에 대한 신문할 수 있다고 명시했다.⁵⁴⁸⁾

또한, 미국 연방증거규칙 제405조는 성격 증거가 공소사실 혹은 항변사유의 핵심적인 요건인 경우에, 해당 성격 증거는 관련된 자의 특정 행위사실로 입증될 수 있다고 기술하고 있다.⁵⁴⁹⁾

3. 증거의 배제

가. 위법수집증거배제의 원칙(exclusionary rule)

1) 원칙

위법수집증거배제의 원칙은 커먼로 전통에는 존재하지 않는 법리였지만 미국 연방 대법원을 비롯한 연방법원이 형성한 법리이다. 즉, 위법수집증거배제의 원칙은 위법하게 수집한 증거는 증거능력이 없다는 내용을 지니고 있다. 사실, 위법수집증거배제의 법리는 증거의 증명력을 고려하는 증거법의 원리를 적용하는 대신에 위법한 수사를 방지하기 위한 목적의 공리주의적인 사회정책적 목적을 달성하기 위하여 수립되었다.⁵⁵⁰⁾

우선, 위법수집증거배제의 원칙은 미국 연방 수정헌법 제4조에 반하는 위법한 수색과 구금, 압수가 있었을 때 적용되는 것으로 가장 잘 알려져 있다. 그러나 여기에 한정되지 않고, 위법수집증거배제의 원칙은 위법한 전자적 감시에 의해 수집된 증거,⁵⁵¹⁾ 부적절한 범인식별,⁵⁵²⁾ 위법한 체포와 결부된 진술,⁵⁵³⁾ 위법한 체포와 결부되

548) Fed. R. Evid. § 405(a).

549) *Id.*, § 405(b).

550) *United States v. Goins*, 157 F. Supp. 3d 148, 156 (D. Conn. 2016).

551) 18 U.S.C.A. § 2515; *United States v. Donovan*, 429 U.S. 413 (1977).

552) *See, e.g., Simmons v. United States*, 390 U.S. 377 (1968).

553) *See, e.g., Taylor v. Alabama*, 457 U.S. 687 (1982); *Wong Sun v. United States*, 371 U.S. 471 (1963).

어 채집한 증거,⁵⁵⁴⁾ 체포된 자를 치안판사에 구인하는데 불필요한 지연,⁵⁵⁵⁾ 임의성 없는 진술,⁵⁵⁶⁾ 미란다 고지의 부재,⁵⁵⁷⁾ 등에 적용된다.

한편, 미국 연방대법원은 실버드론 럼버 판결(*Silverthorne Lumber Co. v. United States*)에서 수사기관이 위법하게 수집한 증거 혹은 다른 위헌적 행위로부터 취득한 정보에 기초하여 발견한 증거는 독수독과(poisonous tree doctrine) 개념에 따라 형사 절차에서 증거능력이 없다고 판시한 것은 이미 잘 알려져 있다.⁵⁵⁸⁾ 연방대법원은 엘더만 판결(*Alderman v. United States*) 등에서 독수독과의 법리를 계속 확인하고 있다.⁵⁵⁹⁾ 애초 독수독과 원칙은 미국연방 수정헌법 제4조의 위반과의 관련에서 출발했지만, 이후 모든 헌법적 기본권 침해와 연관이 되는 방향으로 발전했다.⁵⁶⁰⁾ 예를 들어, 피고인의 헌법상의 권리를 침해하는 형태로 받은 진술을 기초로 찾아낸 물적 증거는 독수독과에 해당하여 증거능력이 없다.⁵⁶¹⁾ 피고인은 위법한 사항과 문제되는 증거 간에 관계가 있다는 사실을 먼저 입증해야 한다. 그 이후, 검사가 문제되는 증거가 독수독과에 해당하지 않는다는 사실을 입증해야 한다.⁵⁶²⁾ 독수독과 원칙이 적용되어 증거능력이 부인되는 증거는 물적증거와 진술증거 모두 해당한다.⁵⁶³⁾

2) 예외

(1) 선의 예외 (good-faith exception)

‘선의 예외’ 법리는 위법수집증거배제 원칙의 일반적인 기준과 마찬가지로 수사기관이 고의없이 행한 위법한 행위가 증거채집의 원인이 된 경우에 적용된다. ‘선의

554) See, e.g., *Davis v. Mississippi*, 394 U.S. 721 (1969).

555) See, e.g., *Mallory v. United States*, 354 U.S. 449 (1957).

556) See, e.g., *Kaupp v. Texas*, 538 U.S. 626 (2003); *Davis v. North Carolina*, 384 U.S. 737 (1966).

557) See, e.g., *Dickerson v. United States*, 530 U.S. 428 (2000); *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

558) *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 U.S. 385 (1920).

559) *Alderman v. United States*, 394 U.S. 165 (1969).

560) *Murray v. United States*, 487 U.S. 533, 536-37 (1988).

561) *United States v. Kandik*, 633 F.2d 1334 (9th Cir. 1980); *Alderman v. United States*, 394 U.S. 165 (1969).

562) *United States v. Kandik*, 633 F.2d 1334 (9th Cir. 1980).

563) *United States v. Herrold*, 962 F.2d 1131 (3d Cir. 1992).

예외' 법리는 헌법적 권리가 침해되었는지에 관한 것이 아니라 위법수집증거배제 법리가 실제로 위법한 경찰 행위의 방지에 관한 이익을 증진시키는지 여부를 고려하여 판단하게 된다.⁵⁶⁴⁾ 우선, 미국 연방대법원은 리온 판결(*United States v. Leon*)에서 오류인 컴퓨터 기록에 기초한 수색영장에 의존하여 수집된 증거의 증거능력은 부인되지 않는다고 판시했다.⁵⁶⁵⁾ 이뿐만 아니라, 연방대법원은 셰퍼드 판결(*Massachusetts v. Sheppard*)에서 영장의 물수 대상물이 잘못 기재되어 있는 경우에도 이 영장에 기초하여 압수한 증거물의 증거능력을 인정했다.⁵⁶⁶⁾ 또한, 연방대법원은 크릴 판결(*Illinois v. Krull*)에서는 이후 위헌으로 효력을 잃게 된 법률에 기초한 수사기관의 행위에도 위법수집증거배제 원칙이 적용되지 않는 것으로 판단했다.⁵⁶⁷⁾ 게다가, 연방대법원은 에반스 판결(*Arizona v. Evans*)에서 법원 서기가 실수로 치안판사에 영장의 효력이 소멸되었다는 사실을 통지하지 않아서, 영장이 저장된 데이터 베이스를 확인한 경찰이 이에 기초하여 피고인을 체포하고 체포에 부수한 수색을 통하여 찾아낸 마리화나의 경우에 증거능력이 부인되지 않는다고 판단했다.⁵⁶⁸⁾ 덧붙여, 연방대법원은 데이비스 판결(*Davis v. United States*)에서 비합리적인 수색과 압수(unreasonable search and seizure)를 행하는 과정에서 구속력이 있는 항소심 판결에 기초하여 수사관이 행위한 경우에는 비록 위법하다고 할지라도 위법수집증거배제의 원칙이 적용되지 않는다고 판시했다.⁵⁶⁹⁾ 심지어, 연방대법원은 허드슨 판결(*Hudson v. Michigan*)에서 영장을 집행하는 데 있어 요구되는 노크와 고지 기준을 준수하지 않은 위법이 있는 경우에도 위법수집증거 배제의 원칙이 적용되지 않는다고 판시한 바 있다.⁵⁷⁰⁾ 더욱이, 연방대법원은 헤링 판결(*Herring v. United States*)에서 위법수집증거배제의 원칙이 적용되기 위해서는 수사기관의 행위가 충분히 고의적이고 충분히 유책해야 한다고 다시 한 번 더 확인 했다. 수사기관의 행위가 과실에 그친 경우에는 위법수집증거배제의 원칙에 의하여 압수한 증거물의 증거능력이 부인되지 않는다. 이는 과실인

564) *United States v. Massi*, 761 F.3d 512, 525 (5th Cir. 2014).

565) *United States v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984).

566) *Massachusetts v. Sheppard*, 468 U.S. 981 (1984).

567) *Illinois v. Krull*, 480 U.S. 340 (1987).

568) *Arizona v. Evans*, 514 U.S. 1 (1995).

569) *Davis v. United States*, 131 S. Ct. 2419 (2011).

570) *Hudson v. Michigan*, 547 U.S. 586 (2006).

경우에 위법수집증거배제의 원칙이 적용된다고 하더라도 수사기관의 위법한 수사행태를 의미있게 견제할 수 없다는 이유에 근거한 것이다. 헤링 판결은 위법수집증거배제의 원칙은 고의적인 경우뿐만 아니라 무모(reckless), 중과실(grossly negligent), 반복적인 과실(recurring negligent)에 기초한 행위를 방지하기 위해 사용되는 경우도 있다고 덧붙였다.⁵⁷¹⁾

이외에도, ‘선의 예외’ 법리는 독립적인 원인(independent source), 인과관계의 약화(attenuated causation), 불가피한 발견(inevitable discovery), 등의 개별적인 요건들이 추가로 형성되며 발전되었다. 우선, 사실에 대한 인식이 부절직한 행위 이외에 독립적 원인(independent source)으로부터 얻을 수 있어야 한다.⁵⁷²⁾ 즉, 위법한 행위와 문제된 증거 간에 인과적 연관이 절단되었다고 평가되면 위법수집증거배제 원칙의 예외가 될 수 있다. 이 인과적 연관의 절단여부를 판단하기 위해서는 위법한 행위와 증거 취득 간의 시간적 경과, 두 가지 간의 개입요인, 수사기관의 위법행위의 목적과 악성 정도와 같은 것들을 고려해야 한다.⁵⁷³⁾ 예를 들어, 미국 연방대법원은 코스텔로 사건(*Costello v. United States*)에서 오래된 위법한 감청이 피고인을 대배심 절차로 불러올 수 있었다고 하더라도, 검사가 보유하고 있는 다른 자료로 피고인이 진실을 자백하도록 했다면 선의 예외 법리가 적용된다고 볼 수 있다고 판시했다.⁵⁷⁴⁾ 연방대법원은 웅선 판결(*Wong Sun v. United States*),⁵⁷⁵⁾ 크류 판결(*United States v. Crews*)⁵⁷⁶⁾ 등에서 독립적 원인이 있는 경우 위법수집증거배제 원칙의 예외가 될 수 있다고 지속적으로 재확인했다. 이 독립적 원인 법리가 아래 기술하는 불가피한 발견(inevitable discovery)의 법리와 매우 밀접한 관계가 있다는 사실은 매우 흥미롭다.⁵⁷⁷⁾

둘째, 경찰의 위법한 행위와 문제된 증거의 발견 간의 연관이 느슨해져서 위법행위에 의한 오염을 소멸시킬 정도에 이른 경우 증거능력이 부인되지 않는다. 예를 들어, 영장에 기한 유효한 수색은 과거의 위법한 진입과 그 진입으로 발견한 증거의 오염상

571) *Herring v. United States*, 5 U.S. 135, 144 (2009).

572) *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 U.S. 385, 392 (1920).

573) *United States v. Ienco*, 182 F.3d 517 (7th Cir. 1999).

574) *Costello v. United States*, 365 U.S. 265, 278-280 (1961).

575) *Wong Sun v. United States*, 371 U.S. 471 (1963).

576) *United States v. Crews*, 445 U.S. 463 (1980).

577) *Nix v. Williams*, 467 United States 431, 443, (1984).

태를 충분히 제거할 수 있는 요인이 된다.⁵⁷⁸⁾ 연방대법원의 크류 판결(*United States v. Crews*)과 연방제8항소법원의 위프 판결(*United States v. Wipf*) 등에서 계속해서 위법한 행위와 문제되는 증거 간의 연관이 약화된(attenuated) 경우 증거능력이 인정될 수 있다고 판시하여 ‘독립적 원인’ 기준의 의미의 확장을 확인했다.⁵⁷⁹⁾

셋째, 실제로는 그렇게 하지 못했다고 하더라도 수사가 적절히 진행되었다면 국가기관이 증거를 발견할 수 있었을 경우인 불가피한 발견(inevitable discovery) 가능성이 있어야 한다.⁵⁸⁰⁾ 미국 연방제10항소법원은 특히 위법한 수색이 없었다고 하더라도 수색영장이 취득되었을 경우에 해당하여 불가피한 발견 가능성을 판단하는데 있어 다음 네가지 사항이 고려되어야 한다고 판시했다. 첫째, 수색영장을 신청한 자가 문제의 수색에 대해서 인식했을 때 이미 수색영장과 관련된 절차가 완료되었을 것, 둘째, 문제의 수색을 할 때 상당한 이유 요건이 충족되었을 것, 셋째, 위법한 수색 후라도 영장이 발부되었는지 여부, 넷째, 상당한 이유를 입증할 확신이 부족해서 수사기관이 경솔하게 행동했다는 증거가 이에 해당한다.⁵⁸¹⁾

(2) 탄핵증거

미국 연방대법원은 왈더 판결(*Walder v. United States*)에서 위법하게 수집한 증거를 탄핵증거로 사용하는 것을 허용한 적이 있었다. 동 판결의 사건에서 문제된 증거는 위법하게 수집된 헤로인이었다. 피고인이 헤로인에 대하여 증언을 할 때 헤로인과 자신과의 관련성을 부인하자 검사가 두 명의 증인을 불러 피고인의 진술에 반하는 증언을 받아냈다. 연방대법원은 피고인 왈더에 대한 유죄평결을 지지하며 비록 위법하게 수집한 증거라고 할지라도 피고인의 진술의 탄핵 목적으로 사용할 경우 예외적으로 증거능력이 부인되지 않을 수 있다고 판시했다.⁵⁸²⁾ 이뿐만 아니라, 미국 연방제7항소법원은 로트 판결(*United States v. Lott*)에서 예비청문절차에서 효과적인 변호인의 조력을 받을 권리를 받지 못한 채 받은 피고인의 진술 역시 이후 피고인의 증언의 신빙성을 탄핵하기 위한 목적으로 사용할 수 있다고 판시했다.⁵⁸³⁾ 이러한 접근법은

578) *Segura v. United States*, 468 U.S. 796 (1984).

579) *United States v. Wipf*, 397 F.3d 677 (8th Cir. 2005).

580) *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431 (1984).

581) *United States v. Christy*, 739 F.3d 534 (10th Cir. 2014).

582) *Walder v. United States*, 347 U.S. 62 (1954).

미국 연방대법원의 해리스 판결(*Harris v. New York*)⁵⁸⁴과 리온 판결(*United States v. Leon*)⁵⁸⁵에서도 계속해서 지지되었다.

그런데, 이후 미국 연방대법원은 제임스 판결(*James v. Illinois*)에서 위법하게 수집한 증거를 피고인이 소환한 증인의 진술을 탄핵하기 위한 목적으로 사용할 수 있는지 여부를 다룰 기회를 가지게 되었다. 미국 연방대법원은 동 판결에서 피고인이 소환한 증인의 진술의 신빙성을 탄핵하기 위하여 위법하게 수집한 증거의 증거능력을 인정하는 것은 잘못된 판단이라고 하며 유죄평결을 파기했다. 우선, 연방대법원은 위법하게 수집한 증거로 피고인의 진술에 대한 탄핵을 허용하는 것은 위증을 방지하는 효과가 다소 있지만, 위증 방지의 목적은 위증죄로 처벌하는 것으로 충분히 목적을 달성할 수 있다고 기술했다. 또한, 연방대법원은 만일 위법하게 수집한 증거를 탄핵증거로 사용하도록 허용하게 되면 위법하게라고 증거를 수집하여 기소하고자 하는 수사기관의 동기가 장려될 가능성이 있다고 했다.⁵⁸⁶ 유사하게, 콜로라도 주 대법원은 위법수집증거배제 원칙의 목적과 실효성을 현저히 떨어뜨릴 수 있다고 판시했다.⁵⁸⁷

(3) 공동피고인

미국 연방제4항소법원은 페터슨 판결(*United States v. Peterson*)에서 특정한 피고인에 대한 위법행위를 기초로 수집한 증거는 공동피고인에 대해서는 사용할 수 있다고 판시했다. 심지어, 사건이 병합되어 피고인과 공동피고인이 함께 재판을 받는 경우에도 피고인에 대한 위법행위를 기초로 수집한 증거를 사용할 수 있다.⁵⁸⁸

나. 전문법칙

1) 개요

미국연방증거규칙에 따르면, 전문진술(hearsay)이란 주장되는 사실을 증명하기 위

583) *United States v. Lott*, 854 F.2d 244 (7th Cir. 1988).

584) *Harris v. New York*, 401 U.S. 222 (1971).

585) *United States v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984).

586) *James v. Illinois*, 493 U.S. 307 (1990).

587) *People v. Trujillo*, 49 P.3d 316 (Colo. 2002).

588) *United States v. Peterson*, 524 F.2d 167 (4th Cir. 1975).

하여 법원절차 이외에서 행해진 진술을 가리킨다.⁵⁸⁹⁾ 따라서, 법원절차 이외에서 행해진 행위는 전문진술이 아니며, 이 경우 설령 진술적인 요소가 있는 행위라고 할지라도 주장되는 사실을 증명하기 위해 제공된 것이 아니기 때문에 역시 전문진술이라고 할 수 없다. 사실, 일부 주에서는 법원절차 이외의 진술을 전문법칙 이면의 정책적 이유에 비추어 전문진술인지 여부를 판단하고 있다. 즉, 진술의 증거법적 가치가 출석, 선서, 또는 반대신문 없이 진술자의 신뢰성(credibility)에 의존하는 경우에 전문진술로 분류하는 것이다. 미국 연방증거규칙의 접근법과 그 밖의 접근법은 동일한 결론으로 귀결되는 경우가 많다.⁵⁹⁰⁾

만일, 진술이 사실에 관한 주장이 아닐 경우 전문법칙의 적용대상이 아니다. 따라서, 계약서나 유언장에 작성된 진술은 전문법칙이 적용되지 않는다. 즉, 거래상의 진술은 그 자체로 일정한 내용과 의미를 지니며 그 진술적 언명 외부의 사실을 지칭하는 것이 아니기 때문이다. 나아가, 명예훼손이나 모욕과 같은 표현 또한 전문법칙이 적용되는 전문진술로 보지 않는다. 표현의 수취자에 대해 일정한 효과를 전달하기 위한 진술과 문서적 기술은 전문진술이 아닌 것이다.⁵⁹¹⁾

2) 원칙

미국 증거법에서는 증인의 진술이 적법하기 위해서는 선서(oath), 법정출석(personal presence at the trial), 교호신문(cross-examination)과 같은 사항들이 확보되어야 한다. 이 세 가지 요건이 모두 충족되게 되면 전문진술이 아니지만, 특히 법정출석이나 교호신문이 결여된 경우에는 전문진술이 된다.⁵⁹²⁾

선서는 증인이 진실을 진술하는 것을 유도할 수 있지만 현대 전문법칙에서는 필요한 요건으로 취급되지 않는다. 다만, 법정출석에 기초한 진술이라는 요건은 필수적인 요건으로 고려된다. 법정출석에 기초한 진술을 요구하는 이유는 진술의 근본적인 오류가능성 때문이다. 법원절차 밖의 진술은 구두 진술과 문서에 기재된 진술로 나눌 수 있는데, 일부 학자들은 문서에 기재된 진술은 부정확성(inaccuracy)에서 다소 자유

589) *Id.*, § 801(c).

590) Kenneth S. Broun, McCormick on Evidence, 6th ed, Thomson West, 2006, § 246.

591) Kenneth S. Broun, McCormick on Evidence, 6th ed, Thomson West, 2006, § 249.

592) Kenneth S. Broun, McCormick on Evidence, 6th ed, Thomson West, 2006, § 245.

로울 수 있다고 보아 구두 진술과 차별적으로 취급될 수 있다고 보고 있다. 그렇지만, 설령 명예훼손이나 모욕의 맥락에서 전문법칙과 관계없는 것으로 취급되는 구두 진술조차 상당한 오류가능성에 노출이 되어 있다.⁵⁹³⁾

오늘날, 교호신문의 부재는 전문진술의 증거능력을 부인하는 가장 중요한 요인으로 받아들여진다. 즉, 진술한 증인에 대해 교호신문을 할 수 없는 경우에는 해당 진술, 즉 전문진술은 증거능력을 획득하지 못하게 된다. 미국 증거법에서 교호신문 기회를 부여하는 것은 진술이 지닐 수도 있는 불확실성과 오류가능성을 검증하도록 하며 이를 통하여 실제진실을 발견하는 중요한 기제로 받아들여 진다.⁵⁹⁴⁾ 특히 미국 연방대법원은 크로포트 판결(*Crawford v. Washington*)에서 미국 연방수정헌법 제6조의 대면권은 전문법칙의 예외에 해당할지라도 증거능력 판단을 위해서 반드시 관철되어야 한다고 판시했다. 크로포트 판결에서는 수사과정에서 피고인의 아내가 경찰관에게 피고인이 피해자를 살해했다고 진술한 바가 문제되었다. 법원 절차에서 피고인의 아내는 배우자비밀보호특권(marital privilege)으로 인하여 증언이 불가능한 상태였다. 이에 대해, 주 법원은 경찰관이 피고인 아내의 진술을 법정에서 증언한데 대하여 신뢰성을 징표할 수 있으므로 증거능력이 있다고 판시했다. 그런데, 문제는 피고인의 아내의 그와 같은 진술에 대하여 피고인이 교호신문의 기회를 가질 수가 없었던 부분에서 발생했다. 미국 연방대법원은 피고인 아내의 법정밖의 증언적 진술(testimonial statement)은 반대신문권이 보장되지 않은 상태에서 이루어져서 연방헌법상 대면권의 위반이라고 판시했다.⁵⁹⁵⁾

이후, 미국 연방대법원은 데이비스 사건(*Davis v. Washington*)에서 가정폭력 피해자가 911 직원과 전화로 나눈 통화 내용의 경우 증언적 진술이 아니라 긴급상황의 해결을 조력하기 위한 것이었으므로 연방헌법상 대면권의 적용대상이 아니라고 판단했다.⁵⁹⁶⁾ 마찬가지로, 연방대법원은 브라이언트 판결(*Michigan v. Bryant*)에서 피해자가 경찰에게 총격을 가한 자의 인상착의, 총격 장소와 시간을 진술한 것 역시 긴급상황 대처를 위한 것이므로 증언적 진술이 아니라고 판단했다.⁵⁹⁷⁾ 그렇지만, 연방대법원은

593) Kenneth S. Broun, McCormick on Evidence, 6th ed, Thomson West, 2006, § 245.

594) Kenneth S. Broun, McCormick on Evidence, 6th ed, Thomson West, 2006, § 245.

595) *Crawford v. Washington*, 541 U.S. 36, 40, 60-62 (2004).

596) *Davis v. Washington*, 547 U.S. 813, 818-820, 827-831 (2006).

597) *Michigan v. Bryant*, 137 S. Ct. 1143 (2017).

해먼 판결(*Hammon v. Indiana*)에서 신고를 받고 출동한 경찰관이 가정폭력 피해자를 가해자와 다소간에 격리시킨 후 받은 피해자의 진술은 긴급상황에 대처하기 위한 것이 아니라 증언적 목적을 지닌 진술이라고 판시하여 증거능력을 인정하지 않았다.⁵⁹⁸⁾

나아가, 미국 연방대법원은 멜렌데즈-디아즈 판결(*Melendez-Diaz v. Massachusetts*)에서 연방헌법 제6조의 대면권이 법과학적 분석을 담은 보고서에도 적용된다고 판시했다. 연방대법원은 코카인 분석하여 증명서(*certificate*)를 작성한 분석관을 증언대에 세워 피고인에게 반대신문할 기회를 주지 않은 것은 위헌이라고 판시했다. 연방대법원은 해당 분석관이 작성한 분석보고서는 증명서라는 명칭을 지니고 있지만 증언적 성격을 지니는 진술서(*affidavit*)로 보아야 한다고 기술했다.⁵⁹⁹⁾ 연방대법원은 볼커밍 판결에서 법과학적 감정보고서를 직접 작성한 사람 대신에 분석책임자 및 기타 다른 자가 출석하여 증언대에 선 경우 해당 감정보고서의 증거능력을 인정할 수 있는지를 다루었다. 연방대법원은 감정보고서에 서명하지 않았거나 감정을 실제 수행하지 않은 자가 증언하였다고 하여 해당 감정보고서와 관련된 대면권 요건이 충족되었다고 볼 수 없다고 판단했다.⁶⁰⁰⁾ 그런데, 이후 연방대법원은 윌리엄스 판결(*Williams v. Illinois*)에서 유전자분석 보고서를 작성한 자에 대한 대면권 적용 여부를 다루면서 다소 입장을 전환한다. 연방대법원은 유전자분석보고서 선서진술서, 진술서, 자백과 같은 진술과는 성격상 매우 다르므로 대면권의 적용대상이 아니라고 보았다. 즉, 유전자분석은 단지 의뢰된 유전자에 대해 객관적인 분석을 하는 것이었지 법원에 특정인의 혐의사실을 입증하기 위해 제출되기 위한 목적으로 진술된 것이 아니라고 본 것이다.⁶⁰¹⁾ 다만, 임상심리학적 증거가 활용되는 목적에 따라 증거능력 판단이 달라지는 부분을 유의깊게 보아야 한다. 예를 들어, 아동성학대적응증후군이 아동 진술의 신빙성을 뒷받침하거나 탄핵할 목적으로 제출된 경우는 증거능력이 부여될 가능성이 높지만, 아동이 실제 성적 학대를 당했다는 것을 입증할 목적으로 사용되는 것은 부정적인 평가를 받을 가능성이 높다.⁶⁰²⁾

598) *Hammon v. Indiana*, 547 U.S. 813 (2006).

599) *Melendez-Diaz v. Massachusetts*, 129 S.Ct. 2527, 2527 (2009).

600) *Bullcoming v. New Mexico*, 564 U.S. 647, 647-649 (2011).

601) *Williams v. Illinois*, 567 U.S. 50, 57-58 (2012).

602) Robert P. Mosteller, "Syndromes and Politics in Criminal Trials and Evidence Law", Duke

3) 예외

(1) 과거 법정 밖의 진술

A. 불일치진술

증인의 신뢰성을 탄핵하기 위한 흔한 방법이 법원절차에서의 증인의 진술이 과거의 증인의 진술과 불일치한다는 사실을 보여주는 것이다. 즉, 이 경우 법원절차 밖에서 행해진 진술의 진실성 여부가 문제되는 것이 아니라 불일치한 진술들로 인한 신뢰성 판단의 한 자료로 사용되기 때문에 전문진술이라고 할 수 없다는 것이다. 따라서, 법원절차밖에서 행한 진술이라도 실제적인 증거로서 사실 입증에 위한 목적으로 사용되지 않고 탄핵 목적으로 사용되는 경우에는 증거능력이 부인되지 않는다. 유사하게, 증인의 진술이 다른 사유로 탄핵된 경우 그 신뢰성을 회복(rehabilitation)하기 위하여 법원절차 밖의 진술을 활용할 수 있다.⁶⁰³⁾ 미국 연방증거규칙은 제801조에서 과거의 불일치 진술은 전문증거가 아니며 따라서 증거로 사용될 수 있다고 명시하고 있다.⁶⁰⁴⁾ 이 과거의 불일치 진술은 탄핵 증거로도 사용할 수 있고 요증사실을 입증하는 증거로도 사용될 수 있다.⁶⁰⁵⁾

한편, 미국 연방대법원은 그린 판결(California v. Green)에서 연방 수정헌법 제6조의 대면권 조항(the confrontation clause of the Sixth Amendment)은 과거의 불일치 진술의 현출을 위법으로 하여 증거능력을 부인하지 않는다고 판시했다. 다만, 과거의 불일치진술을 한 자를 예비신문절차(preliminary hearing)나 공판정에서 반대신문할 수 있는 기회를 부여해야 한다는 단서를 제시했다.⁶⁰⁶⁾ 대부분의 주는 연방증거규칙과 연방대법원의 접근법과 동일한 취지의 규정을 두고 있다.⁶⁰⁷⁾

Law Journal Vol. 46, 1996, 468면.

603) Kenneth S. Broun, McCormick on Evidence, 6th ed, Thomson West, 2006, § 249.

604) Fed. R. Evid. § 801(d)(1)(A).

605) *Id.*, § 801(d)(1)(A).

606) California v. Green, 399 U.S. (1970).

607) 미국 연방증거규칙과 동일한 내용의 법률규정을 채택하고 있는 주로, *see, e.g.*, Ind. R. Evid. § 801(d)(1)(A); Mich. R. Evid. § 801(d)(1)(A); Miss. R. Evid. § 801(d)(1)(A). 연방증거규칙과 다소 다르지만 연방대법원의 그린 판결의 취지를 담고 있는 법률규정을 마련 한 주로, *see, e.g.* Ark. R. Evid. § 801(d)(1); Cal. Evid. Code § 1235; Tex. R. Evid. § 801(e)(1)(A) (2015).

B. 일치진술(consistent statement)

미국 연방증거규칙 제801조는 두 가지 경우에 변호인이 탄핵된 증인의 진술의 신빙성을 회복하기 위하여 현재 법정에서의 진술과 일치하는 과거 진술을 현출시킬 수 있다고 규정하고 있다. 첫째, 증인의 증언이 부적절한 영향과 동기에 의하여 최근에 조작되고 변경되었다는 주장을 반박하기 위하여 증인의 과거 일치 진술을 제시할 수 있다. 둘째, 증인의 증언이 첫째 사유 이외의 다른 이유로 증인의 증언의 신빙성을 회복하기 위하여 증인의 과거 일치 진술을 제시할 수 있다.⁶⁰⁸⁾ 한 때, 미국 연방대법원은 1994년 톰 판결에서 증인의 증언의 신빙성 회복을 위한 증인의 과거 일치 진술은 부적절한 영향과 동기가 개입된 시점 보다 앞서 이루어져야 한다고 보았다. 연방대법원은 연방증거규칙 제801조는 단지 증인의 진술의 신빙성을 회복하기 위한 것이 아니라 증인의 증언이 부적절한 영향과 동기 하에 이루어졌다는 주장을 반박하기 위해 존재한다고 판시했다.⁶⁰⁹⁾ 그러나, 2014년에 개정된 연방증거규칙 제801조는 조작, 부적절한 영향 혹은 허위진술할 동기 이외의 이유로 탄핵된 증인의 진술의 신빙성을 회복하기 위하여 과거 일치 진술을 제시할 수 있도록 하기 위한 목적을 지녔다. 이 점은 권고위원회의 개정이유서(Advisory Committee Notes)에 명시되었다.⁶¹⁰⁾

C. 범인식별진술(statements of identification)

연방증거규칙 제801조는 특정인을 과거에 진술자가 인식하였던 자로 지목하는 진술에 대해서는 전문진술로 보지 않는다.⁶¹¹⁾ 대부분의 주는 이 연방증거규칙과 동일한 규정을 마련해 놓고 있으나⁶¹²⁾ 일부 주는 그렇지 않다.⁶¹³⁾ 이러한 규정은 의사에게 가해자를 지목하는 발언을 한 것은 의학적 진단이나 치료의 목적으로 행해지지 않았기 때문에 전문법칙의 예외에 해당하지 않는다.⁶¹⁴⁾

608) Fed. R. Evid. § 801(d)(1)(B).

609) Tome v. U.S., 513 U.S. 150 (1995).

610) Fed. R. Evid. § 801(d)(1)(B)

611) *Id.*, § 801(d)(1)(C).

612) *See, e.g.*, Fla. Stat. Ann. § 90.801(2)(c); Mich. R. Evid. § 801(d)(1)(C); Tex. R. Evid. § 801(e)(1)(C); Wis. Stat. Ann. § 908.01(4)(a)(3).

613) 미국 연방증거규칙과 다소 유사하지만 일부 수정된 내용을 담고 있는 주 증거법으로 *see, e.g.*, Cal. Evid. Code § 1238; Ind. R. Evid. § 801(d)(1)(C); Minn. R. Evid. § 801(d)(1)(C). 연방증거규칙과 다른 내용을 규정하고 있는 주 증거법으로 *see, e.g.*, Neb. Rev. Stat. Ann. § 27-801.

614) *See, e.g.*, State v. Frazier, 753 So. 2d 644, 646 (Fla. Dist. Ct. App. 5th Dist. 2000).

(2) 반대당사자의 진술(statements of party opponent)

미국 연방증거규칙 제801조는 의사능력이 있는 자가 반대 당사자에 대해 한 진술인 경우 전문진술로 보지 않는다는 규정을 담고 있다.⁶¹⁵⁾ 나아가, 동 규정은 피고인이 출석한 상태에서 유죄입증할 수 있는 진술에 대해서 피고인이 부인하지 않았다면 해당 진술의 진실성을 인정한 것으로 증거능력이 있다고 규정하고 있다.⁶¹⁶⁾ 단순한 피고인의 침묵은 진술의 진실성에 대한 인정으로 볼 수 없지만, 피고인이 이해한 상태로 이루어진 유죄 입증할 수 있는 진술에 대한 침묵은 해당 진술의 진실성을 인정한 것으로 증거능력이 있다.⁶¹⁷⁾

사실, 피고인이 수사기관에 의해 구금된 상태인 경우, 수사관은 피고인이 연방헌법 제5조의 진술거부권을 행사할 수 있다는 사실, 즉 미란다 고지를 해야 한다. 만일 피고인이 진술거부권을 행사하는 경우에는 유죄 입증할만한 진술에 대하여 피고인이 부인하지 않고 침묵했다고 하더라도 이를 바탕으로 유죄 추론할 수 없다. 미국 연방대 법원은 도일 판결(*Doyle v. Ohio*)에서 이 점을 명확히 했다.⁶¹⁸⁾ 다만, 미란다 고지와 관련이 없는 경우, 즉 구금상태가 아닌 경우에는 수사관의 진술에 대한 피고인의 침묵은 해당 진술을 인정한 것으로 받아들여질 수 있다.⁶¹⁹⁾

(3) 기타 전문법칙의 예외

A. 원진술자의 출석불가(unavailability of declarant)

미국 연방증거규칙 제804(b)의 전문진술의 예외 규정에 따라 증거능력이 있다고 판단하기 전에 해당 원진술을 제출하려는 자가 원진술자가 출석하지 못했다는 것을 입증해야 한다. 첫째 법원이 일정한 특권이 적용된다고 판단했기 때문에 원진술자가 진술 사항에 관한 증언으로부터 면제된 경우 원진술자가 출석할 수 없다고 본다. 둘째 법원이 그와 같이 명령했음에도 불구하고 원진술자가 증언을 거부한 경우에 원진술자가 출석할 수 없다고 본다. 셋째 원진술자가 증언사항에 대해 기억을 하지

615) Fed. R. Evid. § 801(d)(2)(A).

616) *Id.*, § 801(d)(2)(B).

617) *People v. Armstrong*, 111 Ill. App. 3d 471, 478, 67 Ill. Dec. 237, 444 N.E.2d 276, 281 (4th Dist. 1983);

618) *Doyle v. Ohio*, 426 U.S. 610, 617-18 (1976).

619) *Jenkins v. Anderson*, 447 U.S. 231, 240 (1980).

못한다고 증언한 경우 원진술자가 출석할 수 없다고 본다. 넷째 사망, 쇠약, 육체적 질병, 또는 정신질환 때문에 공판 혹은 청문 절차에서 출석하거나 증언할 수 없는 경우 출석할 수 없다고 본다. 다섯째, 원진술자가 공판이나 청문절차에 불출석하고 해당 진술을 증거로 제출한 자가 절차나 다른 합리적인 수단을 통해 연방증거규칙 제804(b)(1) 또는 (6)에 따라 원진술자를 증언대에 세울 수 없을 때 혹은 연방증거규칙 제804(b)(2), (3), 또는 (4)에 따라 원진술자를 증언대에 세울 수 없거나 증언을 받아낼 수 없을 때 출석할 수 없다고 본다. 다만, 본 규정은 원진술자의 증언을 받으려는 자가 원진술자가 출석하거나 증언하는 것을 방지하기 위하여 원진술자의 불출석을 야기하는 위법한 원인행위를 한 경우에 적용하지 않는다.⁶²⁰⁾

B. 현재 지각한 인상 (present sense impression)

미국 연방증거규칙은 원진술자가 지각한 즉시 행한 사건이나 상황에 대한 묘사나 설명에 대한 진술은 원진술자가 증인으로서 증언대에 설 수 있는지 여부를 막론하고 전문법칙의 예외로 한다고 규정하고 있다.⁶²¹⁾ 동 규정은 상황과 진술의 즉시성(the substantial contemporaneity of event and statement)은 의도적이고 의식적인 오인 가능성을 회피하게 하는 요인이라는 배경을 지니고 있다.⁶²²⁾ 대부분의 주의 증거법이 연방증거규칙의 동 규정과 유사한 내용을 지니고 있다.⁶²³⁾ 다만, 일부 주는 정황에 비추어 신뢰성이 부족한 경우(lack of trustworthiness)에는 증거능력을 부인할 수 있다는 단서조항을 두는 경우도 있다.⁶²⁴⁾

C. 사망 시 진술(dying declaration)

전문법칙의 예외요건으로서의 ‘사망 시 진술’ 개념은 죽음이 임박했다고 믿는 경우 원진술자가 믿고 있는 원인과 상황에 관한 것을 가리킨다. 미국 연방증거규칙은 이 전문법칙의 예외요건이 살인사건(homicide case)에서만 적용된다고 규정하고 있다.⁶²⁵⁾

620) Fed. R. Evid. § 804(b)

621) *Id.*, § 803(1).

622) Notes of Advisory Committee for Fed. R. Evid. 803(1).

623) See, e.g., Mich. R. Evid § 803(1); Tex. R. Evid § 803(1); Wash. R. Evid. § 803(1).

624) Fla. Stat. Ann. § 90.803(1).

625) Fed. R. Evid. § 804 (b)(2).

D. 흥분상태에서의 발언(excited utterances)

i. 기본 원칙

미국 연방증거규칙과 대부분의 주 증거법은 원진술자가 놀라운 사건이나 상황의 압력에 결부된 흥분된 상태에서 진술한 것은 전문법칙의 예외로서 증거능력이 없다고 규정하고 있다.⁶²⁶⁾ 본래, 커먼로에서는 범죄행위와 매우 근접한 시간에 흥분상태에서 이루어진 발언에 대해 조작의 가능성이 낮아 전문법칙의 예외로 했으나 현재 그와 같은 관점과 규정을 유지하고 있는 미국의 증거법리는 존재하지 않는다.⁶²⁷⁾ 많은 주가 연방의 접근법을 따르고 있으나⁶²⁸⁾ 일부 주는 동 전문법칙의 예외 요건을 형사사건에는 적용하지 않는다.⁶²⁹⁾

ii. 성범죄에 있어 흥분상태에서의 발언(excited utterance relating to sex crime)

아동이 성범죄 피해와 관련한 흥분된 발언은 범죄행위가 발생한 후 상당기간이 경과한다고 하더라도 전문법칙의 예외에 해당한다고 보는 경우들이 많다. 즉, 통상의 ‘흥분된 발언’의 법리와는 달리 범죄행위가 막 발생한 시점이 아니라 몇 시간 후,⁶³⁰⁾ 며칠 후,⁶³¹⁾ 심지어 몇 주 후⁶³²⁾라고 할지라도 전문법칙의 예외라고 인정되는 경우들이 있었다.

E. 현존하는 정신적, 감정적, 혹은 육체적 상태(the existing mental, emotional or physical condition)

미국 연방증거규칙에서는 전문법칙은 원진술자의 당시에 나타난 의사상태(동기, 의도, 혹은 계획), 감정, 지각, 혹은 육체적 상태(정신적 느낌, 고통, 혹은 정신적 건강)

626) Fed. R. Evid. § 803(2); Ind. R. Evid. § 803(2); Mich. R. Evid. § 803(2); Tex. R. Evid. § 803(2); Wash. R. Evid. § 803(2); Wis. Stat. Ann. § 908.03(2).

627) See, e.g., United States v. Elem, 845 F.2d 170, 173-74 (8th Cir. 1988); Fla. Stat. Ann. § 90.803(1)(2); State v. Burdette, 335 S.C. 34, 515 S.E.2d 525 (1999).

628) See, e.g., State v. Onofrio, 179 Conn. 23, 425 A.2d 560 (1979).

629) See, e.g., Fla. Stat. Ann. § 90.804(2)(b); Ind. R. Evid. § 804(b)(2); Pa. R. Evid. § 804(b)(2); Utah R. Evid. § 804(b)(2).

630) Harmony v. State, 88 Md. App. 306, 594 A.2d 1182 (1991); State v. Hy, 458 N.W.2d 609 (Iowa Ct. App. 1990); People v. Nevitt, 135 Ill. 2d 423, 142 Ill. Dec. 854, 553 N.E.2d 368 (1990); People v. Sandoval, 709 P.2d 90 (Colo. Ct. App. 1985).

631) Greenlee v. State, 318 Ark. 191, 884 S.W.2d 947 (1994); State v. Garay, 453 So. 2d 1003 (La. Ct. App. 4th Cir. 1984).

632) State v. Huntington, 216 Wis. 2d 671, 575 N.W.2d 268 (1998).

에 관한 진술의 증거능력은 부인되지 않는다고 규정했다. 하지만, 부인되는 진술에는 원진술자의 의지의 유효성과 조건과 관련되어 있는 사실에 대한 기억과 믿음을 입증하기 위한 기억과 믿음에 관한 진술을 포함하지는 않는다.⁶³³⁾ 대부분의 주는 동일한 증거법 규정을 두고 있다.⁶³⁴⁾ 동 규정은 원진술자가 자신의 의사상태 혹은 육체적 증상에 대하여 부정확하게 진술할 가능성이 낮으므로 그와 같은 진술은 신뢰가치가 있다는 의미를 지니고 있다. 다만, 동 규정은 앞서 기술한 흥분상태에서의 진술의 ‘흥분상태’를 요건으로 하지 않는다.

예를 들어, 동 연방증거규칙 제803(3)의 규정은 형사 피고인이 스스로의 의사상태에 관한 자신의 발언을 현출시키고자 할 때 유용하다. 사실, 연방증거규칙 제801조의 반대당사자의 발언 예외 조항은 검사가 피고인 스스로의 의사상태에 관한 발언을 현출시킬 수 있는 통로가 되지만, 피고인은 자신의 의사상태에 관한 발언을 연방증거규칙 제801조에 기초하여 증거능력이 있다고 주장하지 못한다.⁶³⁵⁾ 이 경우, 피고인은 연방증거규칙 제803(3)의 규정에 기초하여 자신의 의사상태에 관한 법원절차 밖의 발언이 전문법칙의 예외가 되는 바를 활용할 수 있는 것이다.⁶³⁶⁾

또한, 동 연방증거규칙 제803(3)의 규정에 기초하여 피고인의 의사상태 혹은 육체상태에 대해 입증하는 진술의 증거능력을 인정하는 것이 가능하다. 단, 그러한 경우 피해자의 의사상태와 육체상태에 관한 진술이 쟁점에 관련성이 있어야 된다.

F. 기억환기용 기록(recorded recollection)

전문법칙의 증거능력력 배제에 대한 또 하나의 예외는 기억 보완 목적의 기록이라는 개념과 관련이 있다. 미국 연방증거규칙 제803(5)은 기록된 기억 개념에 대하여 다음과 같이 정의 하고 있다. 즉, 기록은 첫째 증인이 과거에는 알고 있었으나 완전하고 정확하게 증언하기에 충분할만큼 잘 기억하고 있지 못하는 사항에 관한 것이며, 둘째 일정한 사항이 증인의 기억에 생생할 때 증인이 만들거나 채택한 것이며, 증인의 기억을 정확하게 반영하고 있는 것이어야 한다. 또한, 기록이 법원절차에 현출될 경우

633) Fed. R. Evid. § 803(3).

634) Cal. Evid. Code §§ 1250, 1251, 1252; Fla. Stat. Ann. § 90.803(3); Ind. R. Evid. § 803(3); Mich. R. Evid. § 803(3); Tex. R. Evid. § 803(3); Wash. R. Evid. § 803(3).

635) Fed. R. Evid. § 801(d)(2)(A); State v. Sutphin, 195 W. Va. 551, 466 S.E.2d 402 (1995).

636) See, e.g., United States v. Partyka, 561 F.2d 118, 125, 2 Fed. R. Evid. Serv. (LCP) 1126 (8th Cir. 1977).

증거로서 열람될 수 있으나 반대당사자가 제공한 경우에만 공개될 수 있다.⁶³⁷⁾ 대부분의 주에서는 증거법의 규정으로 혹은 판례로 동일한 규정을 마련하고 있다.⁶³⁸⁾

G. 업무 기록(business record)

미국 연방증거규칙 제803(6)은 원진술자가 출석할 수 있는지를 별론으로 하고 다음의 사항에 관한 업무기록을 전문법칙의 예외로서 증거능력이 있다고 보고 있다. 정기적으로 행해지는 행위에 대한 기록으로서 일정한 행위, 사건, 상황, 의견 혹은 진단이 이에 해당한다. 연방증거규칙은 다음과 같은 요건을 설정하고 있다. 첫째 일정한 지식을 지득한 자 혹은 일정한 자가 전달한 정보로 해당 사항이 발생한 때 혹은 그와 근접한 시점에 기록되어야 하고, 둘째 영리목적이지 아니든, 업무, 조직, 직무, 직업의 정기적으로 행해지는 활동 중에 기록되어야 하며, 셋째 그러한 활동에 대하여 정기적으로 기록이 수행되어야 하며, 넷째 이 모든 상황이 관리인 혹은 다른 자격있는 증인의 증언에 의하여 혹은 연방증거규칙 제902(11), (12) 또는 관련 법률을 따르는 증명서에 의하여 입증될 수 있어야 하며, 다섯째 반대당사자가 증거의 출처 혹은 증거가 작성될 때의 방법 또는 정황이 신뢰가치가 없다고 입증하지 않아야 한다.⁶³⁹⁾ 또한, 이 업무 기록의 작성에 기여한 자는 해당 정보를 제공하는 데 있어 업무상 의무가 있어야 한다. 만일 업무상 의무가 없는 자가 해당 정보를 제공한 경우, 다른 전문법칙의 예외에 속하지 않는 이상 해당 부분에 대한 기록은 증거로 사용되지 못한다.⁶⁴⁰⁾

이 전문법칙의 예외로서 업무 기록에 해당하는 것으로 병원 기록(hospital records), 일기(diary), 경찰 보고서(police report), 지급 기록(payroll record), 컴퓨터 출력물(computer printouts), 경찰서의 무선통신기록(radio log of police department), 전화 회사의 기록(telephone company record), 피고인의 대학 기록(college records of defendants) 등이 있다. 주의할 것은 업무 중 작성된 모든 기록이 전문법칙의 예외는 아니라는 사실이다. 예를 들어, 연방 제1항소법원은 은행환 회사에 기록된 송금자의 이름, 주소, 전화번호는 전문법칙의 예외로서의 업무기록 요건이 적용되어 현출될

637) Fed. R. Evid. § 803(5).

638) Cal. Evid. Code § 1237; Ind. R. Evid. § 803(5); Mich. R. Evid. § 803(5); Tex. R. Evid. § 803(5); *see also* Dexheimer v. Industrial Com'n, 202 Ill. App. 3d 437, 441, 147 Ill. Dec. 694, 696, 559 N.E.2d 1034, 1036 (1st Dist. 1990).

639) Fed. R. Evid. § 803(6).

640) United States v. Vigneau, 187 F.3d 82 (1st Cir. 1999).

수 있는 증거가 아니라고 보았다.⁶⁴¹⁾ 또한, 경찰 보고서에 경찰 자신의 체험에 관한 것이 아니라 제3자의 삭제되지 않은 전문진술이 포함되어 있는 경우 역시 전문법칙의 예외로서의 업무기록 요건이 적용되지 않는다.⁶⁴²⁾

한편, 유의할 점은 연방대법원이 크로포트 판결(*Crawford v. Washington*)에서 일반적인 업무 기록은 대면권 조항의 목적에 비추어 증언성(testimonial)이 없다고 했지만⁶⁴³⁾ 멜렌데즈-디아즈(*Melendez-Diaz v. Massachusetts*) 판결에서는 법과학 분석관의 보고서가 전문법칙의 업무기록이라고 할지라도 해당 보고서를 작성한 분석관에 대하여 대면조항의 적용이 면제되지 않는다고 판시했다. 따라서 검사가 보고서를 작성한 원진술자인 분석관이 출석할 수 없고 피고인에 의하여 반대신문을 받았다면, 대면권 조항은 해당 보고서의 증거능력을 부인하는 근거가 될 수 있다.⁶⁴⁴⁾

H. 공공기록(public record)

공공기록 개념은 공직자가 자신의 임무를 규정에 따라 수행한다는 가정과 그 기록에 독립해서 상세를 기억할 가능성이 낮다는 점에 기초하여 전문법칙의 예외로 채택되었다.⁶⁴⁵⁾ 미국 연방증거규칙 제803(8)은 원진술자가 증인으로 출석할 수 있는지를 불문하고 다음요건 하에서는 전문법칙의 예외인 공공기록에 해당한다고 규정했다. 즉, 공공기관의 활동에 관한 사항, 형사사건에서 수사기관이 관찰한 사항 이외에 법적 보고 의무가 있는 사항, 그리고 법적 권한에 기초하여 이루어진 조사로부터 발견된 사실로서 형사사건에 있어 정부에 대항하기 위한 사항이 공공기관의 기록이나 진술이 이 공공기록에 해당한다고 기술되어 있다.⁶⁴⁶⁾

흥미로운 것은 공공기록에 관한 전문법칙의 예외와 기억환기 목적의 기록에 관한 전문법칙의 예외가 경합하는 부분이다. 즉, 앞서 기술한 바와 같이 미국 연방증거규칙 제803(8)는 형사사건의 경찰관이나 기타 수사기관의 공직자가 관찰한 사항에 대해서는 적용되지 않는다고 규정하고 있고 다만 형사사건에서 국가기관에 대항하기 위한 목적으로는 사용될 수 있다고 규정하고 있다. 그런데, 연방증거규칙 제803(6)은 기억

641) *United States v. Vigneau*, 187 F.3d 70, 75 (1st Cir. 1999).

642) *Baughman v. Collins*, 56 Conn. App. 34, 740 A.2d 491, 495 (1999).

643) *Crawford v. Washington*, 541 U.S. 36 (2004).

644) *Melendez-Diaz v. Massachusetts*, 557 U.S. 305 (2009).

645) Notes of Advisory Committee for Fed. R. Evid. 803(8).

646) Fed. R. Evid. § 803(8).

환기하기 위해 작성한 기록의 경우 일정한 요건을 충족하면 증거능력이 있다고 명시하고 있다. 문제는 검사가 연방증거규칙 제803(8)에 따라 증거능력이 부인되는 증거를 연방증거규칙 제803(6)을 기초로 제출하려고 할 때 발생한다. 미국 연방제2항소법원은 오테스 판결(*United States v. Oates*)에서 정부기관에서 근무하는 화학전문가가 마약 의심 물질을 분석한 것을 기재한 공문서의 증거능력이 다투어졌다. 당시 해당 화학전문가는 병으로 인하여 출석할 수 없는 상태여서 검사는 다른 화학전문가를 증언대에 세웠다. 피고인은 이 화학분석 보고서가 자신의 연방헌법상의 대면권을 침해했다고 주장했다. 연방제2항소법원은 연방증거규칙 제803(8)의 기준에 부합하지 않아 증거능력이 부인되는 경찰 보고서 및 분석 보고서는 연방증거규칙 제803(6)이나 다른 전문법칙의 예외규정을 통해서도 증거능력이 인정되지 않는다고 판시했다.⁶⁴⁷⁾

I. 권위있는 학술서(learned treatises)

미국 연방증거규칙 제803(18)에는 전문법칙의 예외로 ‘권위있는 학술서’ 요건이 규정되어 있다. 첫째 반대 신문에서 전문가 증인의 출석이 필요한 것으로 요청되거나 주 신문에서 전문가 증인에 의존하게 되는 주석서, 정기간행물 혹은 팜플렛에 포함된 진술, 둘째 전문가의 승인 혹은 증언에 의하여 신뢰할만한 권위를 지니는 것으로 인정된 출판물에 대해서는 전문법칙의 예외가 된다.⁶⁴⁸⁾ 많은 주들의 증거법에도 유사한 규정이 존재한다.⁶⁴⁹⁾

J. 과거 증언(former testimony)

미국 연방증거규칙 제804(b)(1)에 전문법칙의 예외로서 ‘과거 증언’ 요건이 규정되어 있다. 즉, 현재의 절차 혹은 다른 절차였던 간에, 공판, 청문 혹은 합법적 진술에서 증언에 의한 진술, 그리고 직접 신문, 반대신문, 재반박신문으로 전개한 기회 혹은 유사한 동기를 지니는 자에 대해 주어지는 진술은 전문법칙으로 증거능력이 부인되지 않는다.⁶⁵⁰⁾

그런데, 이 증인의 과거 증언이 현재의 피고인의 미국 연방헌법상의 대면권을 침해

647) *United States v. Oates*, 560 F.2d 45 (2d Cir. 1977).

648) Fed. R. Evid. § 803(18).

649) Ark. R. Evid. § 803(18); Del. R. Evid. § 803(18); Ind. R. Evid. § 803(18); Minn. R. Evid. § 803(18); Wash. R. Evid. § 803(18).

650) Fed. R. Evid. § 804(b)(1).

하는지 여부가 문제된다. 미국 연방대법원은 크로포트 판결(*Crawford v. Washington*)에서 만일 피고인이 증인의 진술에 대하여 반대신문할 적절한 기회를 가졌다면 해당 진술을 법원절차에 현출시키는 것은 피고인의 헌법상의 대면권을 위반하지 않는다고 판시했다.⁶⁵¹⁾

K. 이익에 반하는 진술(forfeiture by wrongdoing)

미국 연방증거규칙 제804(b)(3)에는 ‘이익에 반하는 진술’ 요건이 전문법칙의 예외로 규정되어 있다. 이익에 반하는 진술이란 첫째 원진술자의 소유 혹은 금전적 이익에 반하거나 제3자에 대한 원진술자의 청구의 효력을 상실하게 할 수 있는 가능성이 있거나 원진술자를 민사적 혹은 형사적 책임에 노출시킬 수 있는 것으로 합리적인 사람 기준에 부합하는 진술자가 진실이라고 믿고 행한 진술, 둘째 형사사건에서 원진술자를 형사적 책임에 노출시킬 수 있는 경우 신뢰가치가 명확히 있는 추가적인 정황으로 뒷받침되는 진술을 가리킨다.⁶⁵²⁾ 대부분의 주 또한 연방과 동일한 규정을 두고 있다.⁶⁵³⁾

한편, 미국 연방대법원은 윌리엄슨 판결(*Williamson v. United States*)에서 연방증거규칙 제804(b)(3)의 진술은 타인을 제외한 자신의 형사책임에 불리한 진술(*inculpatory statement*)을 의미한다고 판시했다. 즉, ‘이익에 반하는 진술’ 요건은 일반적으로 원진술자가 자신의 형사책임에 불리한 진술을 하지 않는다는 상식에 기초한 것이다.⁶⁵⁴⁾

L. 위법행위에 기초한 박탈(forfeiture by wrongdoing)

비교적 근래에 미국 증거법에는 사범방해의 일환으로 증인의 불출석을 야기할 수 있는 행위를 방지하기 위한 전문법칙의 예외가 도입되었다. 즉, 누구도 증인의 출석을 방해하는 것으로 이익을 얻어서는 안된다는 법리가 확립된 것이다. 미국 연방증거규칙 제804(b)(6)은 증인으로 원진술자를 출석시키지 못하도록 위법행위를 행하거나 위법행위에 침묵한 자에 불리한 내용을 담은 진술은 전문진술로 증거능력이 배제되지

651) *Crawford v. Washington*, 541 U.S. 36 (2004).

652) Fed. R. Evid. § 804(b)(3).

653) Ariz. R. Evid. 804(b)(3); Colo. R. Evid. 804(b)(3); Del. R. Evid. 804(b)(3); Mich. R. Evid. 804(b)(3); Utah R. Evid. 804(b)(3); Wash. R. Evid. 804(b)(3).

654) *Williamson v. United States*, 512 U.S. 594, 602 (1994).

않는다고 규정하고 있다.⁶⁵⁵⁾ 대부분의 주에서는 미국 연방증거규칙과 동일한 내용을 규정을 마련해 놓고 있다.⁶⁵⁶⁾

M. 기타

미국 연방증거규칙은 연방증거규칙 제807조에 잔여 예외 사항에 대하여 기술하고 있다. 연방증거규칙 제807조는 먼저 전문진술에 대한 신뢰가치의 정황적 보장이 있고, 또한 물적 사실에 대한 증거로 제출되었고, 나아가 제안자가 합리적인 노력을 통해 획득할 수 있는 다른 증거보다 증거가치가 높으며, 증거능력의 인정이 사법적 정의에 부합하는 것인 경우가 전문진술의 증거능력이 인정되는 경우라고 규정하고 있다. 단, 그와 같은 전문진술은 공판정이나 기타 청문절차에서, 제안자가 반대당사자에게 해당 전문진술을 제출하려고 한다는 사실과 원진술자의 이름과 주소를 포함한 상세 정보에 관하여 합리적인 고지를 하고 반대당사자가 그것에 대처하기 위한 합리적인 기회를 부여받은 경우에 증거능력이 인정될 수 있다.⁶⁵⁷⁾

다. 증언거부특권

1) 개요

증언거부특권에 관한 법적 기준은 커먼로 법리, 미국 연방헌법, 미국 연방법률, 미국연방대법원 규칙 등 다양한 법원에서 발견된다.⁶⁵⁸⁾ 증언거부특권에는 자기부죄 거부특권(the privilege against self-incrimination), 배우자비밀보호특권(the privilege for marital communications), 변호인-의뢰인비밀유지특권(the client-lawyer's privilege), 의사-환자비밀유지특권(the physician-patient's privilege), 성직자-신도 비밀유지특권(the clergyman-patient's privilege), 공무상비밀유지특권(the privilege for governmental secrets)이 있다.

이러한 증언거부특권 제도는 분명히 순수한 실체진실주의와는 거리가 있다. 즉,

655) Fed. R. Evid. § 804(b)(6).

656) Colo. R. Evid. 804(a); Del. R. Evid. 804(a); Miss. R. Evid. 804(a); Ohio R. Evid. 804(a); Utah R. Evid. 804(a).

657) Fed. R. Evid. § 807.

658) Fed. R. Evid. § 501.

증언거부특권 제도는 설령 사법정의를 달성하기 위해 유용하게 활용될 수도 있는 증거를 포기한다고 하더라도 하더라도 특정한 이익, 권리 및 관계를 보호하기 위해서 존재하는 것이다. 무엇보다, 증언거부특권제도는 중요한 인간관계와 결부된 핵심적인 프라이버시를 보호하는 목적을 지니고 있다.⁶⁵⁹⁾ 이처럼, 증언거부특권제도는 프라이버시 혹은 자기결정권과 같은 사전 권리 및 기본권 보호에 주된 초점이 맞추어져 있다는 점에서 일반적인 증거법의 법리와는 다소 차이가 나는 성격을 보여준다고 할 수 있다.

2) 증언거부특권의 종류와 내용

(1) 자기부죄거부특권(the privilege against self-incrimination)

자기부죄거부특권은 형사사건에서 누구도 자신에게 불리한 진술을 강요당하지 않을 미국 연방수정헌법 제5조에 기재된 권리이다. 미국 연방수정헌법 제5조의 자기부죄거부특권은 형사사건의 법원절차에서의 진술이든, 법원절차 밖의 진술이든 아니면 형사사건 아닌 절차에서의 진술이든 모두 사용될 수 있다. 즉, 자기부죄거부특권은 피고인이 자신이 기소된 사건에서 불리한 진술을 하지 않을 권리뿐만 아니라 자신이 피고인이 된 형사사건 혹은 형사절차 이외의 사건에서 증인으로서 불리한 진술을 하지 않을 권리까지 포함한다.⁶⁶⁰⁾ 자기부죄거부특권은 이처럼 증거법적 기준일뿐만 아니라 적법하지 못한 국가기관의 행위를 예방적으로 통제하는(prophylactic) 법리로서의 성격도 지닌다. 즉, 자기부죄거부특권은 피고인에게 자기에 불리한 진술을 강요하는 일체의 행위를 금지하고 있는 것이다.⁶⁶¹⁾

자기부죄거부특권은 피고인의 진술 거부를 유죄입증에 사용해서는 안 된다는 내용으로 발전했다. 즉, 미국 연방대법원은 그리핀 판결(*Griffin v. California*)에서 검사가 배심원에게 피고인이 자기부죄거부특권에 기초하여 진술을 거부하는 것을 유죄임을 추론하는 데 참고해야 한다고 주장한 바에 대하여 연방 헌법 제5조 위반이라고 판시했

659) Kenneth S. Broun, McCormick on Evidence, 6th ed, Thomson West, 2006, § 72.

660) *McCarthy v. Arndstein*, 266 U.S. 34, 40 (1924); *McCarthy v. Arndstein*, 266 U.S. 34, 40 (1924).

661) Kenneth S. Broun, McCormick on Evidence, 6th ed, Thomson West, 2006, § 115.

다.⁶⁶²⁾ 연방대법원은 미첼 판결(*Mitchell v. United States*)에서 그리핀 판결을 다시 지지하며 국가기관은 피고인의 헌법상의 권리를 존중하며 공소사실을 입증해야 한다고 기술했다.⁶⁶³⁾

자기부죄거부특권은 피고인에게 귀속되는 권리이지만 자신의 범죄혐의가 인정될 수도 있는 위험성이 발생했다는 객관적인 조건이 충족되어야 효력이 있다. 따라서, 타인의 범죄사실에 대하여 해당인의 진술거부권을 침해할 우려가 있다고 진술을 거부하는 것은 자기부죄거부특권의 보호대상이 아니다. 심지어, 형사 피고인은 증인, 공동 피고인, 혹은 공범의 범죄사실에 대한 진술에 있어서도 자기부죄거부특권을 주장하지 못한다.⁶⁶⁴⁾

자기부죄거부특권은 적절한 시점에 주장되어야지 효력이 발생하는 적극적 의미가 있는 반면, 국가기관의 진술 강요에 의한 침해를 거부하는 소극적 의미 또한 지니고 있다. 예를 들어, 납세자가 자기부죄거부특권에 기초하여 자신의 범죄에 대한 정보의 제공을 거부하지 않고 범죄에 대한 자인을 납세보고서에 기재했다면 이후 해당 진술이 강요되었다고 하여 증거능력이 없다고 주장할 수 없다.⁶⁶⁵⁾ 또한, 미국 연방대법원에서 자기부죄거부특권이 일정한 정보를 제공하는 것을 거부할 경우 처벌하는 제도를 위헌이라고 보도록 하는지가 쟁점이 되었다. 미국 연방대법원은 히벨 판결(*Hiibel v. Sixth Judicial Dist. Court of Nev., Humboldt City*)에서 연방 수정헌법 제5조가 히벨이 자신의 성명을 이야기 하지 않았다는 이유로 기소되는 것을 막을 수 있는지 여부를 다루었다. 히벨은 자신의 성명을 이야기 할 경우 자신의 범죄가 밝혀질 중요한 요인이 될 수 있었다는 이유로 자신에 대한 기소가 자기부죄거부특권의 침해라고 주장했다. 그러나, 미국 연방대법원은 히벨이 연방 수정헌법 제5조의 자기부죄거부특권에 기초하여 그와 같이 자신의 성명을 언급하지 않은 것이 아니라 경찰관이 자신의 성명을 아는 것은 공무와 관계없다는 이유로 자신의 성명을 진술하지 않은 것이므로 자기부죄거부특권과 관계가 없다고 판시했다.⁶⁶⁶⁾ 다만, 형사절차의 피고인은 자기부죄거부특권을 명시적으로 주장하지 않았다고 하더라도 특정한 국가기관의 조치가

662) *Griffin v. California*, 380 U.S. 609 (1965).

663) *Mitchell v. United States*, 526 U.S. 314 (1999).

664) Kenneth S. Broun, *McCormick on Evidence*, 6th ed, Thomson West, 2006, § 119.

665) *Roberts v. United States*, 445 U.S. 552, 559 (1980).

666) *Hiibel v. Sixth Judicial Dist. Court of Nev., Humboldt City*, 542 U.S. 177 (2004).

자기부죄거부특권을 당연히 침해했다고 인정되는 경우들이 있다. 이는 자기부죄거부 특권의 소극적 측면이 드러난 효과라고 볼 수 있다. 예를 들어, 피고인이 진술을 거부한 사실을 배심원들이 평결 시 참조해야 한다는 법원의 설시는 피고인의 주장 없이도 당연히 자기부죄거부특권의 침해로 이해된다.⁶⁶⁷⁾

자기부죄거부특권은 강요된 진술이 유죄입증하는 내용을 지녔을 때만 적용된다. 따라서, 자기부죄거부특권은 형사적 책임과 관련해서 그 효력이 있다. 자기부죄거부 특권은 형사소추의 위험이 사라진 경우에는 주장될 수 없다. 따라서, 혐의사실에 대한 유죄판결 혹은 무죄방면이 이미 있었거나, 시효가 만료되었거나, 사면, 형면제가 있었던 경우에는 자기부죄거부특권을 제기할 수 없다. 또한, 자기부죄거부특권은 형사절차에 실제로 증거로 제출되는 강요된 진술에만 한정되어 적용되지 않고, 기소하는 데 사용될 가능성이 있는 진술 일체에 적용된다. 다만, 미국 연방대법원은 기소될 위험이 중대하지 않고 단지 추측에 지나지 않을 때는 자기부죄거부특권을 주장할 수 없다고 판시했다.⁶⁶⁸⁾ 즉, 형사 소추에 문제의 진술이 사용될 수 있다는 사실을 믿은 것이 합리적일 때에 자기부죄거부특권이 적용된다.⁶⁶⁹⁾

미국 연방대법원은 민사 몰수 절차에서도 자기부죄거부특권을 주장할 수 있다고 판시했다. 연방대법원은 보이드 판결(*Boyd v. United States*)에서 몰수 절차가 위법행위와 결부되어 진행될 경우 형식적으로는 민사절차라고 할지라도 형사적인 성격을 지닐 수 있다고 판시했다. 민사몰수 절차에서 행한 진술은 이후 형사절차에서 사용될 수 있으므로 자기부죄거부특권이 적용되어야 한다는 것이다.⁶⁷⁰⁾ 또한, 연방대법원은 골트 판결(*In re Gault*)에서 소년에 대한 보호처분 절차 또한 해당 소년의 자유를 박탈할 수 있기 때문에 구금형과 유사한 효과를 지니므로 자기부죄거부특권이 적용될 수 있다고 판시했다.⁶⁷¹⁾ 나아가, 증인은 다른 관할에서 진행될 수 있는 형사절차에 사용될 것을 예상하고 당해 법원의 절차에서 자기부죄거부특권을 주장할 수 있다.⁶⁷²⁾ 게다가, 미국 연방대법원은 자기부죄거부특권은 양형절차에서도 주장할 수 있다고

667) Kenneth S. Broun, McCormick on Evidence, 6th ed, Thomson West, 2006, § 118.

668) *Brown v. Walker*, 161 U.S. 591, 608 (1896).

669) *Hiibel v. Sixth Judicial Dist. Court of Nev., Humboldt City*, 542 U.S. 177 (2004).

670) *Boyd v. United States*, 116 U.S. 616, 634 (1886).

671) *In re Gault*, 387 U.S. 1 (1967).

672) Kenneth S. Broun, McCormick on Evidence, 6th ed, Thomson West, 2006, § 124.

판시했다.⁶⁷³⁾ 따라서, 이미 유죄평결을 받고 양형절차가 진행 중인 경우 피고인에 대하여 법원은 자백을 강요할 수 없다. 다만, 연방대법원은 박스터 판결(*Baxter v. Palmigiano*)에서 수형자에 대한 징계 절차에는 자기부죄거부특권을 주장할 수 없다.⁶⁷⁴⁾

자기부죄거부특권은 진술에 대해서만 적용될 수 있다. 미국 연방대법원은 홀트 판결(*Holt v. United States*)에서 비진술적 증거에 대해서는 연방 수정헌법 제5조가 적용되지 않는다고 판시했다.⁶⁷⁵⁾ 연방대법원은 허벨 판결(*United States v. Hubbel*)에서도 자기부죄거부특권은 의사소통에 대해서만 적용된다고 판시했다.⁶⁷⁶⁾ 연방대법원은 도 판결(*Doe v. United States*)에서 일정한 행위가 사실과 관련된 지식이나 믿음을 의도적으로 표현하는 경우에 진술이라고 보아야 한다고 판시했다.⁶⁷⁷⁾ 연방대법원은 머니즈 판결(*Pennsylvania v. Muniz*)에서 주취로 인하여 말이 어눌한지를 파악하기 위하여 경찰이 피고인에게 이름, 주소, 키, 몸무게, 눈동자 색깔, 나이, 생년월일을 질문하여 피고인이 행한 대답은 자기부죄거부특권으로 보호가치 있는 진술이 아니라고 보았다.⁶⁷⁸⁾ 연방대법원은 길버트 판결(*Gilbert v. California*)에서 필적 증거 또한 진술이 아니므로 연방수정헌법 제5조의 적용대상이 아니라고 보았다.⁶⁷⁹⁾ 그런데, 흥미로운 것은 연방 제1항소법원을 비롯한 상당 수의 연방 법원들이 특정 단어가 잘못된 철자로 기술되었을 때 피고인이 해당 단어의 철자를 언급해 보라고 요구하는 경우는 피고인의 사고과정을 거쳐서 나온 진술에 해당한다고 본 사실이다.⁶⁸⁰⁾

673) *Mitchell v. United States*, 526 U.S. 314 (1999).

674) *Baxter v. Palmigiano*, 425 U.S. 308 (1976).

675) *Holt v. United States*, 218 U.S. 245, 250-253 (1910).

676) *United States v. Hubbell*, 530 U.S. 27 (2000).

677) *Doe v. United States*, 487 U.S. 201 (1988).

678) *Pennsylvania v. Muniz*, 496 U.S. 582, 594-595 (1990).

679) *Gilbert v. California*, 388 U.S. 263, 266-267 (1967).

680) *United States v. Campbell*, 732 F.2d 1017, 1021 (1st Cir. 1984); *United States v. Matos*, 990 F. Supp. 141, 144 (E.D.N.Y. 1998). 그러나, 연방 제11항소법원과 연방 제9항소법원은 철자법에 관한 조사는 연방 수정헌법 제5조의 적용대상이 아니라고 판시했다. *United States v. Paul*, 175 F.3d 906 (11th Cir. 1999); *United States v. Pheaster*, 544 F.2d 353, 2 Fed. R. Evid. Serv. (LCP) 593 (9th Cir. 1976).

(2) 가족간비밀보호특권(intrafamilial privileges)

A. 배우자비밀보호특권(the privilege for marital communications)

배우자비밀보호특권은 과거에 배우자를 반대 당사자의 증인으로 증언대에 설 수 없도록 하는 내용을 지녔으나 현재에는 배우자를 증언대에 세워 배우자 간의 대화나 결혼 생활 중에 지득한 정보에 대한 질문 등 특정한 종류의 신문을 할 수 없도록 하는 형태로 발전했다.⁶⁸¹⁾ 미국의 통일증거규칙(Uniform Rules of Evidence) 제504조는 피고인이 배우자가 사적 대화를 증언하는 것을 막을 수 있는 권리뿐만 아니라 배우자가 피고인의 이익에 반하는 증언을 하는 것을 거부할 수 있는 권리까지 인정하고 있다. 다만, 동 규칙 동 조는 배우자가 공범이거나 배우자에 대해 범죄행위가 있는 경우에는 예외로 하고 있다.⁶⁸²⁾ 미국 연방증거규칙(Federal Rules of Evidence)에서는 배우자비밀보호특권에 대하여 별도의 규정을 두지않고 있다. 다만, 미국 연방증거규칙 제501조에서 미국 연방헌법, 연방법률, 연방대법원의 규칙으로 달리 정하지 않는 한 커먼로의 법리를 적용한다고 규정하고 있다.⁶⁸³⁾

배우자비밀보호특권으로 보호되는 배우자 간의 대화는 법적으로 유효한 혼인 상태에서 이루어져야 한다. 따라서, 배우자 간의 대화라고 하더라도 혼인 전 혹은 혼인이 해소된 상태에서 나눈 대화는 배우자비밀보호특권의 적용대상이 아니다. 별거 중의 배우자 간의 대화에 대해서는 주와 연방에 따라 배우자비밀보호특권의 적용 여부가 달라진다. 별거 중의 배우자 간에 배우자비밀보호특권이 적용을 결정할 배우자 상호 간의 적대성이 확고한 시점을 결정하는 것은 매우 어려운 문제이다.⁶⁸⁴⁾ 혼인 중의 대화가 혼인이 해소되었거나 배우자 일방이 사망한 경우 배우자비밀보호특권이 적용될 것인지에 대해서는 다소간에 의견이 갈라진다. 즉, 혼인 중의 대화에 대해서는 혼인이 해소되거나 배우자 일방이 사망했다고 하더라도 배우자비밀보호특권의 적용대상이라고 보는 시각이 있는 반면 혼인이 해소된 경우에는 예외적으로 배우자비밀보호특권이 적용되지 않는 경우가 있다고 보는 접근법 또한 존재한다.⁶⁸⁵⁾

681) Kenneth S. Broun, McCormick on Evidence, 6th ed, Thomson West, 2006, § 78.

682) Uniform Rules of Evidence § 504.

683) Fed. R. Evid. § 501.

684) Kenneth S. Broun, McCormick on Evidence, 6th ed, Thomson West, 2006, § 81.

685) Kenneth S. Broun, McCormick on Evidence, 6th ed, Thomson West, 2006, § 85.

또한, 배우자비밀보호특권으로 보호되는 것은 배우자 간의 비밀성(confidentiality)이 있는 대화이다. 비밀성 요건이 충족되는지 여부는 여러 가지 요소들을 고려하여 판단해야 한다. 예를 들어, 제3자나 심지어 자녀가 현존하는 상태에서의 대화는 비밀성이 있는 것으로 평가되지 못한다. 나아가, 배우자 간의 재산과 재산양도, 사업적 거래의 합의 혹은 한 배우자의 대리인으로 한 사업적 거래를 내용으로 하는 대화 또한 비밀성이 없다고 본다. 또한, 공개를 염두에 두고 나눈 대화 또한 비밀성 개념에서 제외된다.⁶⁸⁶⁾

B. 부모-자녀간비밀보호특권(the privilege for parent-child communication)

대부분의 연방 법원과 대다수의 주 법원은 부모-자녀간비밀보호특권을 인정하지 않는다. 다만, 아이다호 주, 매사추세츠 주, 미네소타 주에서는 부모와 자녀 간의 대화의 비밀을 보호하는 특권을 부여한 바 있다.⁶⁸⁷⁾ 일부 주 대법원은 일정한 경우 미성년자가 부모에 불리한 증언을 하는 것을 허용하고 있지 않다.⁶⁸⁸⁾

(3) 변호인-의뢰인비밀유지특권(attorney-client privilege)

변호인과 의뢰인 간에 비밀유지특권이 있다는 법리는 로마법의 전통으로까지 거슬러 올라갈 수 있다. 18세기 이후 커먼로 전통에서도 객관적 정의의 실현보다 변호인과 의뢰인 간에 비밀유지의 이익이 더 크다는 법리가 확립되었다. 변호인이 의뢰인의 비밀을 누설하지 않을 권리가 인정되어야 의뢰인의 이익을 위한 법적 투쟁을 효과적으로 수행할 수 있기 때문에 변호인-의뢰인비밀유지특권이 필요하다는 것이다.⁶⁸⁹⁾ 현재, 미국 연방증거규칙 제502조에서는 변호인-의뢰인비밀유지특권에 기초하여 변호인 의뢰인 간에 나눈 비밀가치 있는 대화는 보호된다는 규정을 명시하고 있다.⁶⁹⁰⁾

또한, 통일증거규칙 제502조는 의뢰인은 변호인과 나눈 비밀가치 있는 대화의 공개를 거부하거나 제3자에게 공개를 거부하도록 요구할 수 있다고 명시하고 있다. 이뿐만

686) *Id.*, § 80.

687) *See, e.g.*, Idaho R. Evid. 514 (effective July 1, 2018); Mass. Gen. Laws Ann. ch. 233, § 20 (effective April 13, 2018); Mass. Guide to Evid. 504(c); Minn. Stat. § 595.02(1)(j).

688) *See, e.g.*, *People v. Hilligas*, 175 Misc. 2d 842, 670 N.Y.S.2d 744 (Sup. Ct. 1998); *Cabello v. State*, 471 So. 2d 332 (Miss. 1985).

689) Kenneth S. Broun, *McCormick on Evidence*, 6th ed, Thomson West, 2006, § 87.

690) Fed. R. Evid. § 502.

아니라, 통일증거규칙 제502조에 따르면, 변호인-의뢰인비밀유지특권은 의뢰인과 변호인뿐만 아니라, 의뢰인의 보호자, 사망한 의뢰의 대리인, 단체의 대표 또한 주장할 수 있다.⁶⁹¹⁾ 다만, 변호인-의뢰인비밀유지특권은 범죄나 사기를 하기위한 목적으로 나눈 대화, 변호인 또는 의뢰인의 의무위반과 관련된 대화, 공동 의뢰인 중 한 의뢰인과 나눈 대화를 다른 의뢰인과의 대화에서 소재로 삼는 경우, 공공의 이익을 위한 수사, 소송, 절차진행을 하는 데 부당한 영향이 없는 한 공직자와 그의 변호인과 나눈 대화에 대해서는 변호인-의뢰인비밀유지특권이 적용되지 않는다고 규정하고 있다.⁶⁹²⁾

통일증거규칙 제502조에 따르면 변호인-의뢰인비밀유지특권의 의뢰인 개념에는 자연인뿐만 아니라 공직자, 회사, 협회, 기타 단체 등도 포함된다고 규정하고 있다.⁶⁹³⁾ 그런데, 변호인이 법인과 같은 일정한 단체의 사건을 수임한 경우 변호인-의뢰인비밀유지특권이 적용되는 구성원의 범위에 대해 상당한 논쟁이 있었다. 미국 연방대법원은 업존 판결(*Upjohn Co. v. United States*)에서 변호인은 의뢰인인 단체의 통제그룹(control group)에 속하는 자와의 의사소통 일반에 대하여 변호인-의뢰인비밀유지특권이 적용된다는 법리를 거부했다. 대신에, 연방대법원은 문제의 의사소통이 변호인이 해당 단체에 대한 법적 조언을 하기 위한 목적으로 이루어졌고, 의사소통하는 단체의 구성원이 준수해야 할 의무와 연관이 있으며, 단체 내부에서도 비밀가치 있는 것일 경우에 변호인-의뢰인비밀유지특권의 적용범위에 속한다고 판시했다.⁶⁹⁴⁾ 나아가, 미국 연방제5항소법원은 회사의 경영진 이외에도 주주가 충분한 이유를 제시한다면 그 외의 자에 대해서도 변호인-의뢰인비밀유지특권이 적용될 수 있다고 판시한 바 있다.⁶⁹⁵⁾

(4) 의사-환자비밀유지특권(the privilege for confidential information secured in the course of the physician-patient relationship)

의사-환자비밀유지특권은 환자가 의사에게 질병 및 상해의 진단과 치료에 필요한 사항들을 자유롭게 의사소통할 수 있도록 독려하기 위한 목적을 지니고 있다. 다른

691) Uniform Rules of Evidence § 502(b).

692) Uniform Rules of Evidence § 502(d).

693) *Id.*, § 502(a)(1).

694) *Upjohn Co. v. United States*, 449 U.S. 383 (1981).

695) *Garner v. Wolfenbarger*, 430 F.2d 1093 (5th Cir. 1970).

한편으로, 의사-환자비밀유지특권은 환자가 의사의 설명의무 이행에 기반한 적합한 진료를 선택할 수 있도록 하는 프라이버시 개념과 관련이 있다.⁶⁹⁶⁾

원래, 의사-환자비밀유지특권은 오랜 커먼로 전통에서는 발견되지 않는 것이지만 1776년 영국의 판결을 통해 처음으로 인정되었다. 맨스필드 대법원장(Chief Justice Lord Mansfield)은 의사는 환자의 비밀을 누설할 경우 그에 대한 책임을 져야 하며 설령 사법절차에 직면했다고 하더라도 의사는 비밀누설을 할 의무가 없다고 판시했다.⁶⁹⁷⁾ 미국의 경우, 1872년 캘리포니아 주 법률에서 의사는 환자의 진료과정에서 지득한 정보에 대해서는 환자의 동의가 없는 한 신문을 거부할 수 있다는 규정이 발견된다.⁶⁹⁸⁾ 현재, 다른 형태의 비밀유지특권과 마찬가지로 미국 연방증거규칙 제 502조에는 의사-환자비밀유지특권에 관한 상세 규정이 없이 일반조항만을 두고 있는 상태이다. 다만, 대부분의 주들은 의사-환자비밀유지특권에 관한 구체적 규정을 두고 있다.⁶⁹⁹⁾

특히, 정신과전문의의 경우 진료를 위해서는 환자의 자발적인 협조와 소통이 절대적으로 필요하다는 관점에서 보다 강화된 비밀유지특권이 보장되어야 한다는 관점이 나타났다.⁷⁰⁰⁾ 의사-환자비밀유지특권을 마련하지 않은 상당히 많은 주들이 정신과의사-환자비밀유지특권을 마련했다.⁷⁰¹⁾ 이 비밀유지특권의 적용범위가 심리치료사 및 사회복지사 등에게도 확장되는 경우도 있다.⁷⁰²⁾ 심지어, 치료에 참여한 가족과의 대화 또한 이 특권의 보호대상이 되는 경우가 있다.⁷⁰³⁾ 다만, 치료센터의 자원봉사자는 의사환자비밀유지특권의 적용대상이 될 수 없다.⁷⁰⁴⁾ 이와 같이 여러 주가 별도로 정신과의사-환자비밀유지특권을 인정하는 흐름은 미국 연방대법원 역시 정신과의사, 심리치료사, 그리고 사회복지사에게 비밀유지특권을 인정하는 판결을 하는 데 영향을

696) 환자의 비밀특권에 대해 프라이버시권의 결부를 다른 판결로, *Whalen v. Roe*, 429 U.S. 589 (1977).

697) *The Duchess of Kingston's Trial*, 20 How.St.Trials 573 (1776).

698) *The California Code of Civil Procedure of 1872*, §1881.

699) Kenneth S. Broun, *McCormick on Evidence*, 6th ed, Thomson West, 2006, §98.

700) Report No. 45, *Group for the Advancement of Psychiatry* 92 (1960).

701) *See, e.g.*, Del. R. Evid. 503(a).

702) *See, e.g.*, Kenneth S. Broun, *McCormick on Evidence*, 6th ed, Thomson West, 2006, §98; Neb. Rev. Stat. § 504(b).

703) Del. R. Evid. § 503(b).

704) *U.S. v. Schwensow*, 151 F.3d 650 (7th Cir. 1998).

주었다.⁷⁰⁵⁾

미국의 주의 증거법 중에는 의사-환자비밀유지특권의 보호대상이 되는 것에는 의사가 환자와의 대화뿐만 아니라 의사가 환자를 진료하면서 행한 여러 가지 의학적 분석에서 유래한 정보 또한 포함될 수 있다는 접근법을 채택한 경우도 있다. 물론, 일부 주의 증거법은 의사와 환자 간의 대화만을 비밀유지특권의 보호대상이라고 보기도 한다. 해당 증거법의 비밀유지특권에 기초하여 보호가능한 대화의 범위를 넓게 보면 환자에 관한 여러 가지 의료 정보가 포함될 수 있다. 비밀보호특권으로 보호되는 정보는 의료적 지식과 기법으로 추출한 것만 해당된다는 해석론도 존재한다.⁷⁰⁶⁾ 사실, 1996년 건강보험이동및책임법(the Health Insurance Portability and Accountability Act of 1996)에는 역시 환자의 프라이버시 보호에 관한 규정을 두고 있지만, 수사절차나 사법절차에서 보호되는 의료정보의 공개에 관한 내용을 포함하고 있어 기존의 의사-환자비밀유지특권에 충격이 예견되기도 했으나, 동법에도 불구하고 법원들은 전통적인 의사-환자비밀유지특권이 그대로 관철되고 적용되는 것으로 보았다.⁷⁰⁷⁾

주의할 것은 의사-환자비밀유지특권은 보호대상이 되는 대화나 정보 자체에 적용되는 것이 아니라 환자에게 부여되어되어 있는 권리라는 사실이다. 의사-환자비밀유지특권은 환자뿐만 아니라 환자의 대리인(representative), 보호자(guardian), 의료진(health care provider)이 주장할 수 있으며, 사법절차에 있어 사법절차의 반대당사자에게는 직접 적용되는 효과가 없다.⁷⁰⁸⁾ 즉, 의사-환자비밀유지특권은 부당한 편견(unfair prejudice)을 방지하여 실체진실에 대한 일정한 효과를 직접 의도하는 것이 아니라 환자의 효과적인 진료상의 이익을 뒷받침하기 위한 것이다.

(5) 공무상비밀유지특권(state secrets privilege, executive privilege)

국가기관이 그 활동 중 생성한 여러 가지 자료와 정보들에 대하여 분쟁 당사자의 열람과 활용 필요성과 이익과 해당 자료와 정보들이 공무상비밀로 지정되거나 비밀가치 있는 것으로 취급되어 공개 금지하는데 있어 공익이 충돌한다. 이러한 법익의

705) Jaffee v. Redmond, 518 U.S. 1 (1996).

706) Kenneth S. Broun, McCormick on Evidence, 6th ed, Thomson West, 2006, § 100.

707) Kenneth S. Broun, McCormick on Evidence, 6th ed, Thomson West, 2006, § 98.

708) Kenneth S. Broun, McCormick on Evidence, 6th ed, Thomson West, 2006, § 102.

충돌을 해소하기 위해서 상당히 주의 깊은 검토가 필요했고 이를 바탕으로 한 입법적·사법적 기준이 제시되어야 했다. 커먼로의 증거법에서 공무상 비밀유지특권이 애초 문제되었던 영역은 국가안보와 관련된 군사기밀이었다. 그런데, 국가 안보와 관련된 경우 비밀유지에 대한 이익이 매우 높은 것으로 받아들여져 군사기밀을 넘어 정보기관이 수집한 기밀이나 타국과의 외교적 관계에서 생성된 기밀에도 비밀유지특권이 적용된다. 즉, 문제의 정보나 기록이 공개될 경우 국가 안보를 위협할 수 있다는 사실이 제시될 수 있는 경우 공개를 요청하는 당사자의 이익이 발견된다고 하더라도 비밀유지특권은 거의 절대적으로 인정된다. 공개가 요청된 정보나 기록의 부분이 비밀가치가 없는 경우 다른 정보와 기록과 분리하여 비밀해제 될 수 있으나 공개 요청된 정보나 기록이 전체 비밀가치 있는 정보나 기록에 있어 모자이크적 그림을 형성하는 일부이거나 실질적으로 비밀가치 있는 정보나 기록을 공개하는 것과 같은 효과를 가져올 경우 비밀해제되지 않는다.⁷⁰⁹⁾

공무상비밀유지특권은 형사절차에서는 민사절차보다는 제한적으로 적용된다. 미국 연방대법원은 닉슨 판결(*United Staes v. Nixon*)에서 대통령과 그의 보좌관 사이의 대화에 대하여 전통적인 외교 기밀과 군사 기밀에 관한 법리가 적용될 수 있는지에 대해 다루었다. 미국 연방대법원은 해당 쟁점에 헌법에 기반한 비밀유지특권이 적용될 수 있다고 보았으나 형사절차에서 증거 제출에 관한 상당한 필요성(*demonstrable need*)이 제시된 경우에는 비밀유지특권은 제한될 수 있다고 보았다.⁷¹⁰⁾ 반면, 연방대법원은 민사사건을 다룬 레이놀드 판결에서 설령 법원이 공개를 명령했다고 하더라도 공무상비밀유지특권에 기초하여 국가기관은 이를 거부할 수 있다고 판시했다. 연방대법원은 레이놀드 판결에서 B-29기가 추락하여 사망한 군인들의 가족들이 국가의 과실을 주장하며 공군의 사고조사에 관한 기록과 생존 승무원들의 진술을 공개할 것을 요구하였으나 정부가 거부한 데 대해 적법하다고 보았다.⁷¹¹⁾ 한편, 연방대법원은 주베이다 판결(*United States v. Zubaydah*)에서 이미 대중에 알려져 있어 비밀이 더 이상 아닌 사항에 대해서는 비밀유지특권이 적용되지 않는다고 판시했다.⁷¹²⁾

709) Kenneth S. Broun, *McCormick on Evidence*, 6th ed, Thomson West, 2006, §107.

710) *United Staes v. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974).

711) *United States v. Reynolds*, 345 U.S. 1, 7 (1953).

712) *United States v. Zubaydah*, 142 S. Ct. 959, 212 L. Ed. 2d 65 (2022).

미국 연방의회가 제정한 정보자유법(the Freedom of Information Act)⁷¹³⁾과 비밀 정보절차법(the Classified Information Procedures Act)에서 전통적 커먼로의 공무상 비밀유지특권을 흡수하여 규정했다. 예를 들어, 비밀정보절차법은 형사 피고인이 보유하고 있는 기밀 정보의 공개에 관하여 규정하고 있다. 즉, 형사 피고인이 보유한 기밀 정보를 공개하겠다고 의사표시를 국가기관에 통지하게 되면, 해당 국가기관은 해당 정보의 증거제출을 단지 동의하거나, 해당 정보를 보다 민감하지 않은 형태로 요약할 것을 요청하거나, 해당 정보의 일부 혹은 전부가 비밀가치에 있어 중요하지 않다고 결정할 수 있다.⁷¹⁴⁾

그런데, 정부기관이 보유한 다량의 정보에 대한 비밀유지가 쟁점이 되는 경우들이 많다. 미국 연방주거보호법(the Federal Housekeeping Act)은 공직자는 보관하고 있는 정부의 문서와 기록을 설령 법원의 소환장이 발부된 경우에도 제출하는 것을 거부하도록 하는 규정을 두고 있다. 동 법률은 공무상비밀유지특권을 명시하고 있지는 않지만 사인이 정부기관이 보관하고 있는 정보와 기록을 획득하기 어렵게 만들었다. 다만, 1958년 개정을 통해 동 법률은 법률상 비밀유지특권을 포함하는 것으로 해석되어서는 안된다는 규정을 삽입했다.

이후 1966년 제정된 미국 연방의 정보자유법(the Freedom of Information Act)⁷¹⁵⁾은 사인과 언론이 정부기관 보유 정보와 기록에 대해 특별한 필요성(special need)의 입증없이 접근할 수 있다는 입장을 취했다. 그럼에도, 미국 연방 의회는 정보자유법 개정을 통해 수사 목적으로 수집된 정보와 기록은 정보 공개 원칙의 예외로 하도록 하는 규정을 두었다. 수사기관은 해당 정보와 기록의 제출이 부당한 해악으로 귀결될 수 있다는 바가 합리적으로 예견된다는 사실을 제시해야 한다고 하고, 이에 대해 충분한 필요성(sufficient need)이 제시되거나 수사기관이 해당 정보와 기록에 대하여 먼저 조치를 취할 경우 비밀유지특권이 적용되지 않을 수 있다는 단서를 두었다.⁷¹⁶⁾ 경찰에 범죄와 관련된 정보를 제공한 정보원(informant)의 신원에 대해서는 일반적으로 비밀유지특권이 적용된다. 이 정보원에 대한 비밀유지특권은 해당 정보를 받은

713) 5 U.S.C. § 552(b)(1).

714) 18 U.S.C. App. 3.

715) 5 U.S.C.A. § 552.

716) 5 U.S.C.A. § 552(b)(7).

수사관이 제기할 수도 있다.⁷¹⁷⁾ 또한, 사인이 법률에 따라 국가기관에 제출하도록 의무지워진 세무, 사회보장, 건강, 실업급여, 인구조사 보고에 대해서도 비밀유지특권이 적용된다. 이는 만일 비밀유지가 되지 않을 경우 사인이 국가기관에 진실된 보고를 할 유인이 사라질 수 있다는 이유에서 성립된 기준이다.⁷¹⁸⁾

일반적으로, 공무상비밀유지특권은 국가기관이 주장할 때 인정될 수 있으며 사인에 의하여 주장되거나 포기될 수 없다.⁷¹⁹⁾ 사법부는 국가기관의 장이 일정한 문서와 정보에 대하여 국가 안보에 기초한 공무상비밀유지특권의 필요성과 정당성을 주장하게 되면 그에 대한 실제적인 판단을 하지 않고 절차적인 부분이 정당했는지에 대한 심사를 하는데 그친다.⁷²⁰⁾ 그렇지만, 문제의 정보와 기록이 국가 안보와 결부되어 있지 않으면 사법부는 국가기관이 주장하는 비밀유지에 관한 공공의 이익과 그것의 공개를 주장하는 사인의 이익을 적절히 형량하여 판단해야 한다.⁷²¹⁾

(6) 성직자-신도비밀유지특권(clergy-penitent privilege)

전통적으로 커먼로에는 성직자-신도비밀유지 특권이 존재했다.⁷²²⁾ 미국 연방증거 규칙의 초안에는 포함되어 있었으나⁷²³⁾ 이후 연방의회 논의과정에서 삭제되었다.⁷²⁴⁾ 대부분의 주들은 성직자-신도비밀유지특권에 관한 규정을 보유하고 있다.⁷²⁵⁾

성직자-신도비밀유지특권은 성직자와 신도와의 대화가 있었다는 것만으로는 적용되지 않으며 영적인 사항(spiritual matter)에 관한 대화가 적용대상이 된다.⁷²⁶⁾ 즉, 성직자의 성직수행과 결부된 고해성사나 영적인 도움이나 조언이어야 하며,⁷²⁷⁾ 사적 관계나 거래 관계에서 발생한 대화는 보호대상이 아니다.⁷²⁸⁾ 성직자-신도비밀유지특

717) Kenneth S. Broun, McCormick on Evidence, 6th ed, Thomson West, 2006, § 111.

718) Kenneth S. Broun, McCormick on Evidence, 6th ed, Thomson West, 2006, § 112.

719) Kenneth S. Broun, McCormick on Evidence, 6th ed, Thomson West, 2006, § 107.

720) United States v. Reynolds, 345 U.S. 1 (1953).

721) Kenneth S. Broun, McCormick on Evidence, 6th ed, Thomson West, 2006, § 110.

722) *In re Grand Jury Investigation*, 918 F.2d 374 (3d Cir. 1990).

723) See Proposed Rules of Evidence for the United States Court and Magistrates, 56 F.R.D. 183 (1973).

724) See H.R. 93-650, S.R. 93-1277, H.R. Conf. R. 93-1597, 93rd Cong. 2d Sess. 4, reprinted in 1974 U.S. Code Cong. & Admin. News 7051, 7075, 7098, 7100.

725) See, e.g., Cal. Evid. Code §§ 1030-1034; Mass. Gen. Laws Ann. ch. 233, § 20A.

726) State v. Boling, 806 S.W.2d 202 (Tenn. Crim. App. 1990); People v. Reyes, 144 Misc. 2d 805, 545 N.Y.S.2d 653 (Sup. Ct. 1989).

727) Cal. Evid. Code §§ 1033, 1034; Fla. Stat. Ann. § 90.505(2).

권은 대화뿐만 아니라 행위와 기록에도 적용된다.⁷²⁹⁾ 다만, 동 특권은 자연인만을 보호하며 법인은 보호대상이 아니다.⁷³⁰⁾

(7) 회계사-고객비밀유지특권(accountant-client privilege)

미국 연방대법원은 코치 판결(*Couch v. United States*)에서 회계사와 고객 간의 대화는 연방법에 기초하면 비밀유지특권으로 보호할 대상은 아니라고 보았다.⁷³¹⁾ 따라서, 검사가 피고인의 회계사를 증인으로 소환한 경우, 연방법의 비밀유지특권은 적용되지 않는다.⁷³²⁾ 이뿐만 아니라, 미국 연방대법원은 피셔 판결(*Fisher v. United States*)에서 회계사가 고객을 위해 작성한 회계장부를 고객에게 보내고 다시 고객이 변호인에게 해당 장부를 보낸다고 하더라도 변호인-고객비밀유지특권의 적용대상이 될 수 없다고 판시했다.⁷³³⁾ 다만, 변호인과 고객이 회계사를 사건에 대한 방어를 목적으로 고용하여 그와 관련하여 나눈 대화는 변호인-고객비밀유지특권의 적용대상이 될 수 있다.⁷³⁴⁾

일부 주는 회계사-고객비밀유지특권을 인정하여 법률에 명시적으로 규정하고 있다.⁷³⁵⁾ 몇몇 주 법원은 주 법률에서 회계사-고객비밀유지특권을 명시하고 있지만 그 규정이 형사사건에는 적용되지 않는다는 입장을 취하고 있다.⁷³⁶⁾ 또한, 플로리다 주 법률과 아이다호 주 법률에서는 회계사-고객비밀유지특권을 인정하고 있다고 하더라도 일방의 의무위반이 쟁점이 된 사건과 고객이 범죄의 목적으로 회계사의 서비스를 받은 경우 관련된 대화 내용은 보호대상이 아니라고 명시하고 있다.⁷³⁷⁾

728) *People v. Edwards*, 203 Cal. App. 3d 1358 (1st Dist. 1988); *United States v. Gordon*, 655 F.2d 478 (2d Cir. 1981).

729) *See, e.g., State v. Franklin*, 267 S.C. 240, 226 S.E.2d 896 (1976); *Com. v. Zezima*, 365 Mass. 238, 310 N.E.2d 590, 71 A.L.R.3d 788 (1974).

730) *See, e.g., United States v. Luther*, 481 F.2d 429 (9th Cir. 1973).

731) *Couch v. United States*, 409 U.S. 322 (1973).

732) *United States v. Adlman*, 68 F.3d 1495 (2d Cir. 1995); *United States v. Wainwright*, 413 F.2d 796 (10th Cir. 1969).

733) *Fisher v. United States*, 425 U.S. 391 (1976).

734) *See, e.g., United States v. Cote*, 456 F.2d 142 (8th Cir. 1972).

735) *See, e.g., Colo. Rev. Stat. § 13-90-107(1)(f)*; *Fla. Stat. Ann. § 90.5055*.

736) *See, e.g., State v. O'Brien*, 123 Ariz. 578 (Ct. App. Div. 2 1979); *State v. McKinnon*, 317 So. 2d 184 (La. 1975).

737) *Fla. Stat. Ann. § 90.5055(4)*; *Idaho R. Evid. § 515(d)*.

(8) 정보원비밀유지특권(informant privilege)

미국 연방대법원은 로비아로 판결(*Roviaro v. United States*)에서 국가기관은 위법 행위에 대한 정보를 제공한 자의 신원의 공개를 거부할 수 있다고 판시했다. 다만, 연방대법원은 로비아로 판결에서 만일 정보제공자와 정보의 내용을 공개하는 것이 피고인의 방어권행사와 관련이 있고 도움이 될 수 있거나 사건의 공정한 사실관계 판단을 위해 필수적인 경우에는 정보원비밀유지특권은 효력이 없게 된다고 적시했다.⁷³⁸⁾ 이 요건에 해당하는 경우, 사실심 법원은 공개를 요구할 수 있으며 만일 검사가 이를 거부한 경우 공소기각을 할 수 있다. 연방과 주의 많은 법원, 그리고 주 법률들이 연방대법원의 입장을 그대로 따르고 있다.⁷³⁹⁾

(9) 언론 기자 특권(news reporters privilege)

미국 연방대법원은 브란즈버그 판결(*Branzburg v. Hayes*)에서 언론 기자 특권을 인정할 것인지 여부를 다루었다. 기자인 브란즈버그가 한 잡지에 위법한 해쉬쉬 제조에 관한 기사를 작성했다. 그는 해쉬쉬 제조과정을 직접 목격했다. 대배심은 브란즈버그를 소환하여 해당 사항에 대한 증언을 할 것을 요구했다. 브란즈버그는 대배심에 출석했으나 불법 약물을 생산한 자들의 신원에 대해 미국 연방수정헌법 제1조에 기초한 증언거부특권을 주장하며 진술을 거부했다. 연방대법원은 브란즈버그의 주장을 기각하며 형사사건에 있어 대배심 절차에서 연방수정헌법 제1조에 기초한 증언거부특권을 인정할 수 없다고 판시했다. 즉, 연방수정헌법 제1조의 권리 보다는 대배심 절차에 있어 형사사건에 대한 효과적인 수사에 대한 공익이 훨씬 더 중요하다고 본 것이다.⁷⁴⁰⁾

일반적으로, 주 법원들도 연방수정헌법 제1조에 기초한 증언거부특권을 인정하는 경우는 매우 드물다.⁷⁴¹⁾ 다만, 상당 수의 주들은 법률로 언론 기자에 대하여 특권을 부여하는 기준을 채택하고 있다.⁷⁴²⁾ 동 법률에 기초한 증언거부특권은 언론 기자에만

738) *Roviaro v. United States*, 353 U.S. 53, 59 (1957).

739) *See, e.g., Roviaro*, 353 U.S., at 60-61; *see also, United States v. Toro*, 840 F.2d 1221 (5th Cir. 1988); *People v. Roy*, 723 P.2d 1345 (Colo. 1986). *see Kan. Stat. Ann. § 60-436; Mont. R. Evid. § 502; Utah R. Evid. § 505.*

740) *Branzburg v. Hayes*, 408 U.S. 665 (1972).

741) *See, e.g., In re Grand Jury Proceedings*, 5 F.3d 397, 402-03 (9th Cir. 1993); *Vaughn v. State*, 259 Ga. 325, 381 S.E.2d 30 (1989).

부여되는 것이며 피고인이 언론기자를 대신하여 이를 주장할 수 없다.⁷⁴³⁾

언론기자 특권은 기자의 뉴스 취재원을 보호하기 위하여 주장될 수 있지만⁷⁴⁴⁾ 이미 해당 정보에 대하여 출판을 한 경우에는 그러하지 아니하다.⁷⁴⁵⁾ 그러나 뉴스를 취재하고 기사를 작성하는 기자가 아닌 도서의 저자는 언론기자특권을 주장할 수 없다.⁷⁴⁶⁾

(10) 기타 특권

일부 주 법원은 선거에 투표한 바에 대하여 공개하는 것을 거부할 수 있는 규정을 두고 있는 경우들이 있다. 다만, 그 투표가 위법적으로 행해진 경우에는 그렇지 않다.⁷⁴⁷⁾

일부 주는 영업비밀의 보유자는 영업비밀의 공개를 거부할 수 있으며 다른 사람에게도 자신의 영업비밀의 공개를 거부할 수 있다고 규정한 법률을 두고 있다.⁷⁴⁸⁾

또한, 일부 주는 외국어나 장애인의 표현을 통역하는 자는 증언을 거부할 권리가 있다는 것을 규정하고 있는 경우가 있다.⁷⁴⁹⁾

4. 비교 및 시사점

미국 연방증거규칙은 1974년에 미국 의회가 승인하여 성문화된 것으로서 연방 차원의 성문화는 늦었지만, 그 내용은 영국 커먼로의 증거법과 미국독립 이후 발전되어 온 증거 법칙을 적용한 것이다. 연방증거규칙은 자문위원회에서 각 조항 별 타당성을 논의하여 규정화하였고 이에 대한 자문위원회의 해설을 통해 그 입법 취지와 적용

742) See, e.g., Cal. Evid. Code § 1070; Nev. Rev. Stat. § 49.275; 12 Okla. Stat. Ann. § 2506.

743) State v. Boiardo, 82 N.J. 446, 414 A.2d 14 (1980); Shindler v. State, 166 Ind. App. 258, 335 N.E.2d 638 (1st Dist. 1975).

744) Rancho Publications v. Superior Court, 68 Cal. App. 4th 1538, 1543, 81 Cal. Rptr. 2d 274, 276-77 (4th Dist. 1999); People v. Troiano, 127 Misc. 2d 738, 486 N.Y.S.2d 991 (County Ct. 1985).

745) In re Grand Jury Witness Subpoena of Abraham, 92 Ohio App. 3d 186, 634 N.E.2d 667 (11th Dist. Trumbull County 1993).

746) Matera v. Superior Court In and For County of Maricopa, 170 Ariz. 446, 825 P.2d 971 (Ct. App. Div. 1 1992).

747) See, e.g., Ala. R. Evid. § 506; Cal. Evid. Code § 1050.

748) See, e.g., Cal. Evid. Code § 1060; N.M.R. Evid. § 11-508.

749) 외국어 통역자의 증언거부특권에 대하여, see, e.g., Or. Evid. Code § 509-2. 장애인의 표현에 대한 통역자의 증언거부특권에 대하여 see, e.g., 12 Okla. Stat. Ann. § 2503.1.

범위를 이해할 수 있다는 점에서 실무상 매우 유용한 지침이 된다. 지금까지 살펴본 증거법 일반원칙과 물적 증거의 기준에 대한 특징을 정리하면 다음과 같다.

첫째, 미국 증거법은 배심재판을 염두에 두지 않고서는 그 세밀한 규정의 필요성을 이해하기 힘들다. 배심원들이 증거능력이 없는 증거를 판단하여 편견을 가지지 않도록 증거능력 여부를 판단하는 재판장의 역할이 중요하다. 특히, 요증사실과의 관련성은 물론 관련성이 있는 증거라고 하더라도 불필요하게 배심원에게 편견을 불러일으키거나 배심원을 호도할 수 있는 증거를 배제할 필요가 있다. 다만, 재판장이 증거능력을 인정하기 위한 기초증거(foundation)를 엄격하게 요구하면 배심원이 판단할 증거의 범위는 지나치게 줄어들게 된다. 따라서 재판장의 증거능력 판단은 배심원들이 해당 증거의 증명력 판단에 있어서 지나친 부작용을 초래할만한 증거만을 배제하도록 규정하고 있다. 연방증거규칙에서 증거능력 인정을 위한 사전질문에 대한 상세한 규정을 두고 있는 것은 바로 이러한 재판장의 역할과 한계를 고려하도록 한 취지이다. 증거능력을 인정하여 배심원이 그 증거를 판단하였더라도 사후 증거능력이 없다고 판단되면 배심원 설시를 통해 이를 고려하지 않도록 규정하고 있는 것 또한 증거능력과 증명력 판단의 불가분성을 인정하고 그 부작용을 최소화하기 위한 규정이다.

입증책임과 관련하여 적극항변 사유에 대하여는 피고인에게 거증책임을 전환하면 서도 입증기준은 합리적인 의심 없는 증명보다 낮은 분명하고 설득력 있는 입증으로 족하다고 규정하는 주가 있다는 점도 특징이다. 우리도 거증책임전환 규정을 두는 경우가 있지만 우리와 달리 형사재판에서 입증기준을 다양하게 두는 점은 우리와 다른 특징이라고 할 수 있다. 다만, 이러한 입증기준을 배심원에게 어떻게 설명하였는 지에 따라 항소 및 원심파기의 이유가 되고 있다는 점에서 이와 같은 다양한 입증기준을 우리가 도입할 필요가 있는지 검토할 필요는 없는 것으로 보인다.

증거의 관련성 판단과 관련, 연방증거규칙 제403조에 따른 증거의 증명가치와 편견 등 위험성을 고려하여 증거능력을 배제하는 요건은 미국의 모든 증거능력 요건에 적용되는 공통된 증거 법칙으로서 배심재판의 특수성으로 인해 발전되어 온 특징이다. 우리의 경우도 증거조사에 있어서 법원의 재량이 폭넓게 인정된다는 점에서 결과적으로 소송 운영상의 큰 차이는 없다고 할 수 있다. 그러나, 미국의 경우 증거능력의 기본요건으로서 증거능력 인정을 위한 주요 논점이 될 뿐만 아니라 그 결과에 따라

종종 상소의 이유가 된다는 점에서 큰 차이가 있다고 할 수 있다.

문서, 저장기록, 사진의 정의에 있어서 향후 기술 발달을 고려하여 비교적 폭넓은 규정을 두고 있는 것은 우리와 다르다고 할 수 있지만, 실제 그 증거능력의 인정에 있어서는 우리와 큰 차이를 보이지는 않는다. 다만, 문서, 저장기록, 사진의 경우 원본·사본 제출이 어려운 경우 그 내용을 잘 알고 있는 증인의 증언이 가능하다는 것을 명확하게 규정하여 증거능력의 인정범위를 넓게 규정하고 있다는 점은 우리 규정과 다른 특징이라고 할 수 있다.

전통적인 영미법의 전통에서는 원칙적으로 증인은 직접 보고 들은 것에 대해 진술해야 한다. 이는 전문법칙과 문서의 원본주의 법리와 맥락을 같이 한다. 다만, 증인의 진술에서 경험한 사항과 의견을 구분하기 힘들다는 이유로 현재 미국 증거법에서는 증인이 의견의 형태로 진술할 수 있다고 보고 있다. 나아가, 과거에는 증언이 허용되지 않았던 유무죄 판단과 관련된 궁극적 쟁점에 대해서는 특별한 경우가 아니면 이제 증언할 수 있도록 허용하고 있다. 최근 미국연방대법원은 전문가 증언에 대한 기준으로 과거 프라이 판결 이래 유지해 오던 일반적 승인 기준을 도버트 판결에서 일반적 승인, 출판, 동료 심사, 검증가능성, 오류율과 같은 기준으로 전환했다. 그런데, 도버트 판결은 이후 엄격한 기준이 아니라 가변적으로 전문가 증언의 증거능력을 판단하는 기준으로 활용되었다. 한편, 미국 국립학술원에서 전문가 증언이나 감정에 대해서 그 과학적 가치의 재검토를 요구하는 충격적인 보고서가 제출된 이래 미국 법원들 일부는 민감하게 반응하였으나 일부 법원들은 큰 변화없이 과학적 증거와 관련된 증거법리를 유지했다.

성격증거는 미국 증거법에서 원칙적으로 증거능력이 인정되지 않는다. 그런데, 성격증거에 대대하여 당사자 일방이 먼저 제시한 경우에는 반대당사자는 이를 반박하기 위하여 다른 성격증거를 제출할 수 있다. 또한, 성격증거는 동기, 기회, 의도, 준비, 계획, 지식, 신원, 착오의 부재, 또는 우연의 부재와 같은 다른 목적에 기초하는 경우 증거능력이 인정된다. 한편, 미국의 연방과 주에서 채택하고 있는 강간피해보호법에서는 피고인의 성범죄 이력에 대해서는 증거능력을 부여하고 있지만 피해자의 성행위 이력에 대해서는 증거능력을 부여하지 않는 예외적 접근법을 택하고 있다.

미국에서 전문진술은 원칙적으로 증거능력이 없다. 이 전문법칙은 미국연방대법원

의 크로포트 판결에서 대면권, 즉 반대신문권과 강하게 결합하게 된다. 따라서, 증언적 진술은 거의 예외없이 반대신문권이 보장되어야 한다. 한편, 전문법칙에는 폭넓은 예외가 존재한다. 이에 해당하는 것으로 과거 법정 밖의 불일치 진술, 일치 진술, 범인식별진술, 반대당사자에 대한 진술, 원진술자의 출석불가, 현재 지각한 인상, 사망 시 진술, 흥분상태의 발언, 현존하는 정신적, 감정적, 혹은 육체적 상태, 기억환기용 기록, 업무 기록, 공공기록, 권위있는 학술서, 과거 증언, 이익에 반하는 진술, 위법행위에 기초한 박탈 등이 연방과 주 증거법에 존재한다.

증언거부특권은 사법정의를 달성하기 위해 유용하게 활용될 수도 있는 증거를 포기한다고 하더라도 하더라도 특정한 이익, 권리 및 관계를 보호하기 위해서 존재한다. 증언거부특권에는 자기부죄거부특권, 배우자비밀보호특권, 부모-자녀간비밀보호특권, 변호인-의뢰인비밀유지특권, 의사-환자비밀유지특권, 공무상비밀유지특권, 성직자-신도비밀유지특권, 회계사-고객비밀유지특권, 정보원비밀유지특권, 언론 기자 특권 등이 존재한다.

위법수집증거배제의 원칙은 커먼로 전통에는 존재하지 않는 법리였지만 미국 연방 대법원을 비롯한 연방법원이 적극적으로 형성한 법리이다. 위법수집증거배제의 원칙은 위법하게 수집한 증거는 증거능력이 없다는 내용을 지니고 있다. 나아가, 미국 연방대법원은 수사기관의 위법행위와 직접 결부된 증거뿐만 아니라 그로부터 유래한 증거까지 증거능력을 부인하는 독수독과 원칙을 채택했다. 다만, 독수독과 원칙에는 여러 가지 예외가 있다. 이에 해당하는 것으로 선의예외, 탄핵증거의 예외, 공동피고인의 예외가 있다.

제3절 | 프랑스

1. 개관

가. 증거법의 주요원칙과 개념

프랑스 형사소송법은 영미법계의 국가들이나 우리나라와 달리 증거능력과 증명력 등 증거법의 일반원칙과 규칙에 대하여 별도의 장(章), 절(節)에서 규정하고 있지 않으며, 법원별로 여러 조문에 분산하여 규정하고 있는 특징이 있다. 즉, 중죄법원, 경죄법원, 경찰법원에서의 절차와 관련하여 증거 관련 규정을 두고 있으며, 중죄법원편에서는 ‘증거의 제출과 토의(Section 3 : De la production et de la discussion des preuves)(제323조부터 제346조까지)’라는 제하로, 경죄법원편에서는 ‘증거수집(Paragraphe 3 : De l'administration de la preuve)(제427조부터 제457조까지)’라는 제하로, 경찰법원편에서는 별도의 제목 없이 몇 개의 조문에서 규정하고 있다.

중죄법원편에서 규정하는 증거법의 규칙은 주로 증언에 관한 것(제324조부터 제345조까지)으로 한정되며, 실질적인 증거법의 규칙들은 경죄법원편의 여러 규정들에서 찾을 수 있다. 이 규정들은 원칙적으로 중죄법원, 경죄법원, 경찰법원에도 공통적으로 적용되는 것으로 이해된다. 판례는 이 규정들과 헌법블록(bloc de constitutionnalité) 및 유럽인권협약에 근거한 보장책들을 결합하여 형사증거법의 원칙들과 일반이론을 제시하고 있다.⁷⁵⁰⁾ 경죄법원에 적용되는 제427조 제1항 및 제2항의 규정에 따라 판사는 변론과정에서 자신 앞에 제출되어 대심적으로 다투어진 증거를 토대로 결정의 근거를 삼을 수 있으며(증거재판주의),⁷⁵¹⁾ 범죄는 모든 증거방법에 의하여 입증 가능하며(증거자유 원칙), 판사는 자신의 내적 확신에 따라 판단을 한다(자유심증주의).

프랑스도 우리 법과 마찬가지로 형벌권 실현의 전제가 되는 진실규명을 형사소송의 주된 목적으로 삼고 있으며, 증거에 의해 범죄사실과 법적 사실이 규명될 것을 요구하고 있다. 다만, 우리 법과 큰 차이를 보이는 부분은 엄격한 증명의 자료로 사용될

750) François Fourment/Eric Camous, Procédure pénale, 15^e éd, Paradigme, 2021, 16면.

751) Bernard Bouloc, Procédure pénale, 27^e éd, Dalloz, 2019, 115-116면.

수 있는 법적 자격을 의미하는 증거능력이라는 개념이 희박하다는 것이다. 증거능력을 지칭하는 법률용어가 없으며, 단순히 증거의 허용성(admissibilité) 또는 수리가능성(recevabilité)의 범주에서 접근이 된다. 이는 공소장일본주의가 적용되지 않아 모든 수사서류와 증거물이 원칙적으로 법원에 제출되며, 당사자들도 모든 증거들을 자유롭게 법원에 제출할 수 있는 증거자유 원칙에 따른 결과라고 할 수 있다. 더욱이 전문법칙과 관련한 규정이 없으며 전문증거라고 하더라도 증거로 제출되는 것이 금지되지 않는다는 점도 작용한다. 우리 법의 입장처럼 증거능력과 증명력의 엄격히 구분되는 것은 아니지만 증명력 판단에 증거능력의 문제가 반영되는 구조라고 할 수 있다.

1) 증거자유 원칙(le Principe de la liberté de la preuve)

(1) 원칙

진실발견의 책무가 법원에 부여된 직권주의 소송구조의 관념에 따라 원칙적으로 모든 증거방법(mode de preuve)이 허용된다는 증거자유 원칙⁷⁵²⁾은 증거법의 핵심 축을 이루고 있다. 증거자유 원칙은 프랑스 형사소송법 제427조 제1항“법률이 달리 규정한 경우를 제외하고 범죄들은 모든 증거방법에 의해 입증될 수 있다.”는 규정에서 선언되고 있다. 이 조항은 본래 경죄의 재판에 관한 것이지만 판례는 경죄에 국한하지 않고 모든 예심법원 및 판결법원 그리고 수사를 담당하는 경찰에 대하여도 적용되는 원칙으로서 인정하고 있다.⁷⁵³⁾ 증거자유 원칙은 단순히 모든 증거들이 자유롭게 제출될 수 있다는 의미로 그치는 것이 아니라 판사는 제출된 증거의 증명력(증명가치)을 자유롭게 평가할 수 있다는 의미를 지닌다. 우리 법과 비교할 때 증거로 제출될 수 있는 증거의 범위가 훨씬 광범위하다고 볼 수 있으며 신의칙에 반하는비열한(déloyaux) 절차 또는 위법한 절차를 통하여 수집된 증거가 아닌 이상 전문증거와 과학적 증거들이 모두 증거로 제출될 수 있음을 의미한다.

제427조 제1항에서 규정하고 있는 ‘모든 증거방법’에는 대표적으로 징표(indice), 조서(procès-verbaux), 증언(témoignage), 자백(aveux) 등이 있다. 증거법상 징표

752) 증거자유 원칙에 대한 소개로는 유주성, “프랑스 형사증거법상 증거자유주의에 관한 연구”, 비교형사법연구 제16권 제2호, 한국비교형사법학회, 2014, 97-126면 참조.

753) Jean Pradel, Procédure pénale, 14^e éd, Cujas, 2008, 365면.

(indice)는 증거요소로서 어떤 사실, 사건, 물건, 흔적 등 그것의 확인이 입증하여야 할 사실의 존재를 추정케 하는 것이다.⁷⁵⁴⁾ 사실상의 추정(présomption de fait)은 실제적 사실들로서 하나의 사실과 다른 사실에 대한 대조를 통하여 판사가 어떤 사건이 발생하였다는 것을 추론하는 것을 말한다. 징표는 사실상의 추정과 밀접하게 관련되어 있다. 사실상의 추정은 확인된 사실 또는 객관적 징표에 근거해서 특수한 고의 등과 같이 증명이 용이하지 않은 사실에 대한 증명을 가능하게 한다. 예를 들어 살인죄에 있어서 살해의 의사는 수사기관에 의해 수집된 여러 가지 징표들, 즉 사용된 무기, 조준의 방향이나 세밀함, 발사 횟수 등에 의해서 추론된다. 마찬가지로 장물죄에 있어서 거래의 조건, 시장에서의 가격과 비교한 지불금액, 물건을 취득한 장소, 피고인의 태도, 구매자와 판매자의 직업 등 징표의 총체(un faisceau d'indice)로부터 장물범이 대상 물건을 취득할 당시 부정한 출처에 대하여 모를 수 없었다는 장물죄의 고의를 증명한다.⁷⁵⁵⁾ 판례도 이러한 증거방법이 무죄추정의 원칙에 관한 유럽인권협약 제6조 제2항의 규정에 반하지 않는다고 본다. 머리카락, 혈흔 등 신체적 흔적과 현장에서의 물리적 확인, 증거물에 대한 검사, 감정인에 의한 감정은 징표들의 대표적 원천이 된다.⁷⁵⁶⁾

조서⁷⁵⁷⁾는 사법경찰관리 또는 일정 영역에서의 사법경찰의 직무를 수행하는 자가 작성하는 서류로서 사법경찰보조리가 상급자에게 자신의 활동을 보고하거나 수사결과를 종합하여 작성한 보고서(rapport)와는 구별된다. 증언은 양심에 따라 진실을 말하겠다는 선서하에 법원에 대하여 행해지는 진술로서 거짓 진술을 하면 형법 제434-13조가 규정하는 위증죄로 처벌된다.⁷⁵⁸⁾ 자백은 법정에서의 구두진술 또는 법정 외에서 편지 형태의 자백, 전기통신의 녹취 형태 또는 다른 서면 등에 의해 행해지는 진술을 포함한다. 서면증거의 경우 반드시 원본을 제출하여야 하는 것은 아니며 사본의 제출도 허용된다.⁷⁵⁹⁾ 증거방법이 매우 다양하지만 이러한 자료들은 소송행위 또는

754) Gérard Cornu, Vocabulaire juridique, 14^e éd., PUF, 2022, « Indice »

755) Serge Guinchard/Jaques Buisson, Procédure pénale, 15^e éd, LexisNexis, 2022, 481면.

756) Bernard Boulloc/Haritini Matsopoulou, Droit pénal général et procédure pénale, 21^e éd, Sirey, 2018, 333면.

757) 조서의 증거능력 및 증명력에 대한 설명은 후술참조.

758) François Fourment/Eric Camous, Procédure pénale, 15^e éd, Paradigme, 2021, 26면.

759) Cass. crim., 28 avr. 1980, n°79-92.877.

소송서류(기본적으로 조서)에 항상 담길 수 있도록 원칙적으로 서면에 의한다.

(2) 증거자유 원칙의 한계

증거자유 원칙에는 일정한 한계가 따른다. 첫 번째 한계는 제출되어야 할 증거가 형법적 성격의 것이 아니라 예를 들어 민법이나 상법의 문제처럼 형사소송에 있어서 범죄성립의 여부를 판단하는데 먼저 해결되어야 하는 사실에서 비롯된다. 즉, 횡령죄(l'abus de confiance)에 대한 소추의 근거가 되는 계약의 존부처럼 민사상 행위에 대한 증거는 민사법의 증거방법에 따라 제출되어야 한다.⁷⁶⁰⁾ 두 번째 한계는 인류문명의 기본적 가치에 대한 존중에서 비롯되는 한계이다. 진실의 발견이 형사절차의 중요한 목적이지만 이를 위해 모든 수단을 동원할 수 없으며, 인간의 기본권 또는 방어권을 침해하는 어떠한 수단도 사용해서는 안 된다는 것이 중요하다.⁷⁶¹⁾ 이 한계는 실체적 진실발견을 목적으로 하는 수사나 예심활동과 상충될 수 있다. 형사소송법 제81조 제1항은 “법률에 부합하게 예심판사는 진실의 발견에 유용하다고 판단하는 모든 예심행위를 실행할 수 있다”고 규정하고 있다. 이 규정은 단순히 예심행위에 대하여만 적용되는 것이 아니라 경찰수사에 있어서도 진실발견을 위하여 필요한 수사를 할 수 있으며, 과학적 수사기법의 활용이 허용될 수 있음을 의미한다. 이와 관련하여 우리의 경우 수사실무상 일정한 요건하에 최면수사나 거짓말탐지기(polygraphe) 검사가 허용되고 있으나, 프랑스는 인간의 존엄성과 신의칙에 반하는 수사방법을 금지하고 있다. 판례는 형사절차의 규정을 위반하여 증거를 수집할 수 없으며 당사자의 이익을 침해할 수 없다는 것을 확인하면서 관련인의 진술을 청취할 수 있는 법적 형태는 증언과 감정밖에 존재하지 않으며 여기에 해당하지 않는 최면조사는 사용될 수 없다고 보았다.⁷⁶²⁾ 마찬가지로 거짓말탐지기 검사도 프랑스 수사기관에서 활용되고 있지 않다.⁷⁶³⁾

760) Bernard Boulloc, Procédure pénale, 27^e éd, Dalloz, 2019, 134면.

761) Bernard Boulloc, Procédure pénale, 27^e éd, Dalloz, 2019, 134면.

762) Cass. crim., 12 déc. 2000, n°00-83852.

763) Virginie Bensoussan-Brulé/François Gorriez, “Le neurodroit à la lumière des principes fondamentaux d'administration de la preuve pénale”, RLDI, n°140, 2017, 42면.

2) 거증책임(증거부담)(la charge de la preuve)

(1) 원칙

우리 법에서 거증책임이 “요증사실의 존부에 대하여 증명이 불충분한 경우에 불이익을 받을 당사자의 법적 지위”라는 개념으로 사용되고 있는 것과 달리 프랑스 법에서 거증책임은 단순히 증거법상 어떠한 사실을 증명해야 할 지위 또는 부담으로서 설명된다. 직권주의를 근간으로 하는 프랑스의 형사소송체계에서 진실발견의 주도적 역할은 판사에게 있으며, 구체적으로 예심판사(제81조 및 제201조)와 판결법원의 판사(제283조, 제310조, 제434조, 제456조, 제463조)가 여기에 해당한다.⁷⁶⁴⁾

진실발견의 책임이 판사에게 있다고 해서 곧 법원이 거증책임을 부담하는 것은 아니며, 민법 제1353조가 규정하는 것과 같이 청구인이 거증책임을 부담한다는 원칙(actori incumbit probatio)은 형사소송법에도 그대로 적용된다. 하지만 이 원칙의 적용은 형사소송의 특수성, 즉 형사소송에서는 당사자들 사이에 증거수집 능력의 불평등을 이유로 무죄추정이 요구된다는 점에서 비롯된다.⁷⁶⁵⁾ 무죄추정의 원칙은 헌법상의 원칙⁷⁶⁶⁾으로서 1789년 인권선언 제9조⁷⁶⁷⁾에 명시되어 있으며, 프랑스 형사소송법 모두조문(l'article préliminaire)에 명시되어 있다. 또한 유럽인권협약 제6조 제2항에 규정되어 있다. 만일 미성년자가 범죄를 범한 경우에 법정대리인을 처벌할 수 있도록 하는 규정을 두는 것은 법정대리인에게 불가역적인 유죄추정을 만드는 것으로 무죄추정의 원칙과 병립될 수 없다.⁷⁶⁸⁾

무죄추정의 원칙에 따라 소추측이 거증책임을 진다. 구체적으로 공소관(검사)과 사소당사자(la partie civile)의 구성 또는 직접소환(citation directe)의 방식을 통하여 사인소추를 제기하는 피해자가 거증책임을 진다.⁷⁶⁹⁾ 헌법재판소와 유럽인권재판소도 유죄판결을 위해서 충분한 증거를 제공해야 할 부담이 소추측에 있다는 입장에 있다. 거증책임의 문제는 무죄추정의 원칙뿐만 아니라 “의심스러울 때는 피고인의 이익으

764) Serge Guinchard/Jaques Buisson, Procédure pénale, 15^e éd, LexisNexis, 2022, 471면.

765) Serge Guinchard/Jaques Buisson, Procédure pénale, 15^e éd, LexisNexis, 2022, 471면.

766) Cons. const. 20 janv. 1981, n°80-127 DC, sécurité et liberté

767) “Tout homme est présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable”

768) Cons. const. 10 mars 2011, n°2011-625 DC.

769) Bernard Boulloc, Procédure pénale, 27^e éd, Dalloz, 2019, 116면.

로”(in dubio pro reo)라는 원칙과도 밀접하게 관련된다. 헌법적 가치를 지니는 이 원칙에 근거하여 증거가 불충분한 경우에 판사는 무죄를 선고해야 하며, 피고인은 자신의 방어를 위해 완전한 무죄를 증명할 것이 아니라 단순히 판사에게 충분한 의심을 불러 넣기만 하면 된다.⁷⁷⁰⁾

유럽인권재판소는 2022년 6월 28일의 결정⁷⁷¹⁾에서 이 원칙이 거증책임에 미치는 결과를 상기시키고 있다. 공무집행방해죄와 관련한 사건에서 유럽인권재판소는 ‘의심스러울 때는 피고인의 이익으로’라는 원칙의 위반이 없도록 청구인에 대한 체포를 실행한 경찰관들의 진술에 대한 의심을 확인하기 위하여 모든 가능성을 사용해야 함에도 항소법원이 청구인에게 유리한 증인들의 진술을 배척하면서 독립적이지 않은 다른 경찰 동료들의 진술에 근거해 유죄를 인정한 것은 잘못이라고 보았다. 유럽인권재판소는 유럽인권협약 제6조가 규정하고 있는 절차의 공평성은 제6조 제2항이 보장하고 있는 무죄추정의 준수와 분리될 수 없다고 보면서, ‘의심스러울 때는 피고인의 이익으로’라는 원칙에 따라 거증책임은 소추측이 지며 피고인은 자신의 결백을 증명할 것을 강요받지 않는다고 지적하였다.

(2) 거증책임의 분배

범죄의 성립요건인 법률적 요건, 객관적 구성요건, 주관적 구성요건에 대해서는 원칙적으로 소추측이 거증책임을 진다. 먼저 공소관은 작위, 부작위, 가중사유 등 객관적 구성요건을 입증하여야 하며, 위경죄를 적발하는 조서는 범죄의 존재를 추정케 하며, 위반자는 서면 또는 증인에 의해서만 반대증거를 제출할 수 있다.⁷⁷²⁾ 피고인이 범죄의 객관적 요소를 없앨 수 있는 사실을 주장하는 경우에 피고인이 그에 대한 증거를 제시하여야 한다.⁷⁷³⁾ 따라서 단순히 반대되는 사실을 주장하는 것으로 그치는 것이 아니라 이를 뒷받침할 수 있는 일정한 자료를 제출하여야 한다.

주관적 구성요건인 고의 또는 과실에 대해서도 원칙적으로 소추측(공소관)이 입증을 하여야 하며, 증거를 면제시키는 법률상 추정이 존재하지 않는 한 마찬가지로

770) Serge Guinchard/Jaques Buisson, Procédure pénale, 15^e éd, LexisNexis, 2022, 473면.

771) CEDH 28 juin 2022, Boutaffala c/Belgique, n°20762/19

772) Bernard Boulloc, Procédure pénale, 27^e éd, Dalloz, 2019, 122-123면.

773) Bernard Boulloc, Procédure pénale, 27^e éd, Dalloz, 2019, 123면.

공소관이 입증하여야 한다.⁷⁷⁴⁾ 고의범의 경우에 공소관은 정범의 범의를 입증하여야 하며, 공범의 경우에는 정범의 고의뿐만 아니라 공범의 개별적 고의도 입증하여야 한다. 과실범의 경우에 공소관은 부주의(imprudence) 또는 경솔(négligence)의 불법(faute)에 대한 증거를 제시하여야 한다.⁷⁷⁵⁾ 반면에 위경죄는 거동범'infractions matérielles'으로서 고의 또는 과실을 전제로 하지 않기 때문에 원칙적으로 공소관은 위경죄를 구성하는 객관적 사실에 대한 증거를 제시하면 족하다.⁷⁷⁶⁾

반면에 “방어자가 항변을 하면 청구인이 된다(le défendeur devient demandeur en excipant).”는 민법상의 일반원칙은 일정 부분 형사증거법에도 적용이 된다.⁷⁷⁷⁾ 피고인은 우리 법의 위법성조각사유에 해당하는 정당화 사유, 예를 들어 정당방위, 정당행위, 긴급피난 등을 주장하는 경우에 이에 대한 증거를 제출할 부담을 진다. 마찬가지로 책임을 조각시키는 사유(비귀책성 사유)나 책임을 감경하는 사유에 대하여도 이를 주장하는 피고인이 증거를 제출하여야 한다.⁷⁷⁸⁾

판례는 비귀책성 사유(les causes de non-imputabilité)를 정당화 사유에 준하는 것으로 보면서 피고인이 강요(contrainte)의 증거를 제시하고 심신상실(démence)을 입증하거나 적어도 주장하여야 한다고 판단하였다.⁷⁷⁹⁾ 1881년 7월 29일의 언론자유에 관한 법률 제35조에 규정된 명예훼손죄에 있어서 진실성의 예외(l'exception de vérité)⁷⁸⁰⁾와 형법상 법률의 착오(erreur de droit)에 대하여도 피고인이 증거를 제출할 부담을 진다.⁷⁸¹⁾

이와 함께 명문의 규정이 없음에도 불구하고 판례는 객관적 구성요건과 주관적 구성요건 사이에 밀접한 관계가 존재한다는 것을 이유로 추정을 인정하고 있다.⁷⁸²⁾ 행위자가 금지된 행위를 범한다는 인식(일반고의)이나 과실이 있었는지에 대한 증명

774) Bernard Boulloc, Procédure pénale, 27^e éd, Dalloz, 2019, 124면.

775) Bernard Boulloc, Procédure pénale, 27^e éd, Dalloz, 2019, 124-125면.

776) Bernard Boulloc, Procédure pénale, 27^e éd, Dalloz, 2019, 124-125면.

777) Serge Guinchard/Jaques Buisson, Procédure pénale, 15^e éd, LexisNexis, 2022, 471면.

778) Serge Guinchard/Jaques Buisson, Procédure pénale, 15^e éd, LexisNexis, 2022, 482면; François Fourment/Eric Camous, Procédure pénale, 15^e éd, Paradigme, 2021, 17면.

779) Bernard Boulloc, Procédure pénale, 27^e éd, Dalloz, 2019, 125면.

780) 진실성의 예외는 피고인에게 명예를 훼손하는 행위에 대하여 적시한 사실의 진실성을 증명함으로써 형사책임에서 벗어나도록 한다.

781) Serge Guinchard/Jaques Buisson, Procédure pénale, 15^e éd, LexisNexis, 2022, 482면.

782) Cass. crim., 11 mai 1995, n°94-82.748.

과 관련하여 사실의 객관적 확인으로부터 사실상의 추정(la présomption de fait)에 의해 그 존부가 추론된다.⁷⁸³⁾ 예를 들어, 미성년자타락유인죄(형법 제227-22조), 명예 훼손죄, 배임죄 등이 그러하다.⁷⁸⁴⁾ 살인죄에 있어서 다섯 발의 총알이 피해자의 자동차를 향해 발사되었고 이 중에 네 발이 치명상을 입혔다는 사실은 살인의 고의에 대한 강한 추정을 구성한다.⁷⁸⁵⁾ 그런데 살인죄에 있어서 살해의사와 같은 확정적 고의에 관한 것이거나, 장물죄(제321-1조)에서 장물의 부정한 출처에 대한 인식 또는 구조불이행죄(제223-6조)에서 제3자의 위험상태에 대한 인식과 같이 처벌되는 행위에 선행하는 상황에 대한 인식과 관련된 경우에 증거의 문제는 어려움이 생긴다. 실상 증거는 행위 자체로부터 추론되는 것이 아니라 소추측이 자백이나 거증책임의 전환을 통하여 구체적으로 명시적 고의 또는 사전상황의 존재에 대한 증거를 제시하여야 한다.⁷⁸⁶⁾

(3) 거증책임의 전환

거증책임의 어려움은 입법자들과 판례로 하여금 사회의 우월적 이익을 보호하기 위하여 유죄추정의 법리를 창설하도록 이끌었으며, 소송의 일반원칙을 적용하여 피고인은 자신이 주장하는 사실이나 면책요소의 입증을 부담하여야 한다.⁷⁸⁷⁾ 모든 피의자 및 피고인이 향유하는 무죄추정의 원칙과의 관계에서 유죄추정은 예외적인 것으로서, 소추자가 입증할 수단의 부재로 인하여 법률상 또는 사실상 피고인에게 입증의 책임을 부담시키게 된다.⁷⁸⁸⁾

프랑스 헌법재판소는 1999년 6월의 도로안전에 관한 법률이 일정한 요건하에 법규를 위반한 운전자에 의해 범해진 범칙행위에 대하여 자동차 소유자가 운전자의 신원을 신고하지 않은 경우에 형사책임을 물을 수 있도록 한 규정이 합헌이라고 판단하였다.⁷⁸⁹⁾ 이 사안에서 헌법재판소는 특별히 위경죄 분야에서 불가역적 성격을 갖고

783) Serge Guinchard/Jaques Buisson, Procédure pénale, 15^e éd, LexisNexis, 2022, 475-476면.

784) Bernard Boulloc, Procédure pénale, 27^e éd, Dalloz, 2019, 125면.

785) Cass. crim., 22 mai 1989, n°89-81.397.

786) Serge Guinchard/Jaques Buisson, Procédure pénale, 15^e éd, LexisNexis, 2022, 476면.

787) Serge Guinchard/Jaques Buisson, Procédure pénale, 15^e éd, LexisNexis, 2022, 476면.

788) Serge Guinchard/Jaques Buisson, Procédure pénale, 15^e éd, LexisNexis, 2022, 477면.

789) Déc. 16 juin 1999, n°99-411, DC: Serge Guinchard/Jaques Buisson, Procédure pénale, 15^e éd, LexisNexis, 2022, 475면.

있지 않으며, 방어권을 보장하고, 사실이 합리적으로 귀책성의 개연성(vraisemblance)을 추론케 하는 한 유죄추정이 마련될 수 있다고 보았다.⁷⁹⁰⁾ 대법원도 사실상 또는 법률상 추정이 반대증거의 가능성을 유보하고 방어권을 보장하는 한 유럽인권협약이 이러한 추정을 금지하고 있지 않다고 보면서 결론적으로 추정이 방어권과 무죄추정의 원칙을 침해하지 않는다고 보았다.⁷⁹¹⁾

법률상 추정(présomption de droit)은 구체적으로 객관적 구성요건의 존재에 대한 추정과 주관적 구성요건의 존재에 대한 추정으로 구분된다. 객관적 구성요건과 관련한 법률상 추정의 예로서 성매매알선죄에 관하여 형법 제225-6조는 일상적으로 성매매에 나가는 사람과 같이 생활하거나 성매매에 나가는 사람들과 일상적인 관계를 맺고 있는 자가 삶의 수준에 부합하는 수입원을 정당화하지 못할 때 구성요건이 증명된 것으로 본다. 이러한 형태의 추정은 장물죄, 미성년자불법이득죄(제321-6조), 마약류사범이득죄(구 제222-39-1조), 범죄단체조직죄(제450-2-1조), 범죄자이득죄(제321-6조) 등에서 찾을 수 있다.⁷⁹²⁾ 마찬가지로 관세법은 수입이 금지된 물품에 대한 밀매 기도에 대한 추정 규정(관세법 제418조)을 두고 있으며, 판례는 피고인이 자신의 선의(bonne foi)에 대하여 증명하여야 하며, 이러한 추정이 거증책임의 부분적 전환만을 규정한 것이라고 본다.⁷⁹³⁾⁷⁹⁴⁾ 주관적 구성요건과 관련한 법률상 추정의 예로서 1881년 7월 29일의 언론자유에 관한 법률 제35조의⁷⁹⁵⁾ 규정은 판결에 의하여 이미 명예훼손에 해당하는 것으로 확인된 비방을 재생산하는 행위에 대하여 악의를 추정하도록 하면서 행위자에게 반대증거를 제시하는 것을 허용하고 있다.⁷⁹⁶⁾

3) 자유심증주의

(1) 원칙

구체제의 형사절차에서는 법률이 증거의 가치를 결정하는 시스템인 증거법정(la

790) Déc. 16 juin 1999, n°99-411 DC.

791) Serge Guinchard/Jaques Buisson, Procédure pénale, 15^e éd, LexisNexis, 2022, 477면.

792) Serge Guinchard/Jaques Buisson, Procédure pénale, 15^e éd, LexisNexis, 2022, 478-479면.

793) Cass. crim., 26 janv. 2022 n°21-84.228.

794) Serge Guinchard/Jaques Buisson, Procédure pénale, 15^e éd, LexisNexis, 2022, 479면.

795) Toute reproduction d'une imputation qui a été jugée diffamatoire sera réputée faite de mauvaise foi, sauf preuve contraire par son auteur.

796) Serge Guinchard/Jaques Buisson, Procédure pénale, 15^e éd, LexisNexis, 2022, 480-481면.

preuve légale)주의가 적용되었다. 따라서 판사는 자신의 개인적 신념과 양심에 따라 판결을 할 수 있는 평가의 자유가 없었으며, 증명력이 미리 법률에 정해진 증거가 제출된 때에는 유죄판결을 선고하여야 했다. 이 시스템은 프랑스 혁명기에 폐지되고 자유심증(내적 확신)주의로 대체되었다.⁷⁹⁷⁾ 자유심증주의의 시스템에서는 판사는 완전한 자유를 가지고 자신 앞에 제시된 증거의 가치를 평가한다. 판사는 자신의 양심에 따라 결정하며 자신이 택한 증거들에 부착된 증명력에 대하여 어떠한 이유를 제시할 필요 없이 유죄 여부에 대하여 설득되었는지를 기준으로 유죄판결을 하거나 무죄판결을 하게 된다(제353조, 제427조, 제536조).⁷⁹⁸⁾ 민법에서 법률이 증거방법, 증거의 허용성 및 증명력을 정하고 있는 것(민법 제1358조 이하)과 달리 형사분야에서는 형사소송법 제427조의 규정에 따라 모든 증거방법이 허용된다.⁷⁹⁹⁾ 프랑스 형사소송법 제427조 제1항 전단이 증거자유 원칙을 규정하고 있다면, 후단은 “판사는 자신의 내적확신에 따라 결정한다.”고 규정하여 자유심증주의를 천명하고 있다. 자유심증주의에 관한 규정은 경죄의 재판에 관한 제427조뿐만 아니라 참심제에 의한 중죄재판에 관한 제353조 및 위경죄 재판에 관한 제536조에서도 찾아볼 수 있다. 판사는 범죄 또는 형벌의 중대성과 관계없이 변론의 기회에 제출된 증거자료를 토대로 심증을 형성하게 되며, 사소한 자료에 의해 설득될 수 있다. 예를 들어, 참고를 위해 행해진 진술이나 증언을 판단의 근거로 취할 수 있으며, 단순한 진술을 증언보다 더 중요하게 평가할 수 있다. 자백에 대하여도 다른 자료들과 동등하게 증명력을 평가하며 더욱이 자백을 배척하거나 이미 철회된 자백을 취할 수 있다.⁸⁰⁰⁾ 그렇지만 자유심증주의가 자의적 판단까지 허용하는 것은 아니다. 형사소송법은 판사의 자의적 판단에 대한 억제장치로서 판결이유를 명시할 것을 규정하고 있다(제485조, 제543조, 제593조). 특히 2011년 형사소송법 개혁 이전에는 경죄법원 및 경찰법원의 판결에 대하여만 판결이유를 명시할 것을 요구하였으나, 개혁 이후 참심재판인 중죄법원의 판결에 대하여도 재판장 또는 재판장이 지명하는 배석판사가 판결이유서(feuille de motivation)를 작성하도록 하고, 범죄사실을 인정하게 된 각각의 사실에 대한 주요증거(물증, 증언, 피고인진술

797) Bernard Bouloc, Procédure pénale, 27^e éd, Dalloz, 2019, 142면.

798) Bernard Bouloc, Procédure pénale, 27^e éd, Dalloz, 2019, 142면.

799) Bernard Bouloc, Procédure pénale, 27^e éd, Dalloz, 2019, 126면.

800) Bernard Bouloc, Procédure pénale, 27^e éd, Dalloz, 2019, 143면.

등)들을 기재하도록 하였다(제365-1조).⁸⁰¹⁾

(2) 예외⁸⁰²⁾

프랑스 형사소송법 제427조는 ‘법률이 달리 규정한 경우’를 제외하고 판사가 증거에 의하여 내적확신에 따라 유무죄를 판단하도록 규정하고 있다. 자유심증주의의 예외가 인정되는 경우로는 대표적으로 다음의 두 가지가 있다. 첫째, 형사소송법 제537조 제1항은 위경죄의 경우 범죄를 적발하는 조서 또는 보고서에 의하여 증명될 수 있으며, 이것이 없는 경우에는 증인에 의하여 증명될 수 있음을 규정하고 있다. 반대로 피고인은 위경죄에 대하여 서면 또는 증인에 의해 반박이 가능하다. 따라서 판사의 유무죄 판단에 고려될 수 있는 증거요소들은 일정한 증거들로 한정되 된다. 예를 들어, 속도위반과 관련하여 속도측정기에 의한 결과를 기재한 조서는 장치가 1년 이내에 점검되었다는 조건으로 증거로 채택될 수 있으나, 측정기에 의한 속도를 명시하지 않거나 서명이 누락된 때에는 증언에 의한 증명이 가능하다.⁸⁰³⁾

둘째, 도로법(Code de la route) 제234-3조의 규정에 따르면 음주운전자가 성립하기 위해서는 음주상태에 대한 사전 음주감지, 이른바 음주테스트가 음주측정기 또는 혈액분석에 의한 측정에 선행되어야 한다. 도로법 제235-1조는 마찬가지로 마약류의 영향하에서 운전하는 행위를 처벌하고 있으며, 마약류의 투약여부는 혈액분석에 의하여, 이것이 없는 경우 판사는 피고인의 자백에 의하여 유죄를 인정할 수 없다. 이는 법률이 정한 증거가 법관의 자유심증보다 우월하다는 증거법정주의를 내용으로 하는 것이다.⁸⁰⁴⁾

셋째, 범죄의 사전적 요건에 관한 것으로서 범죄의 성립여부를 판단하는데 있어 다른 법분야의 문제가 관련된 경우에 그에 관한 증거는 해당 법분야의 증거방법을 따라야 한다. 예를 들면, 민법상의 문제는 민법의 증거방법을 통해서만 증명될 수 있다. 만일 계약의 위반을 구성요건 요소로 하는 횡령죄의 경우에 민사계약은 750유로

801) 김택수, “프랑스 참심재판의 개혁과 시사점”, 법학논총 제31집 제2호, 한양대학교 법학연구소, 2014, 84-87면.

802) 필자가 참여한 연세대학교 산학협력단, 국민참여재판에서의 증거조사방식에 관한 연구, 법원행정처 연구용역보고서, 2016, 173-174면의 내용을 일부 수정함.

803) Jean Pradel, Procédure pénale, 14^e éd, Cujas, 2008, 367면.

804) François Fourment/Eric Camous, Procédure pénale, 15^e éd, Paradigme, 2021, 27면.

이상의 경우 서면에 의한 계약체결이 없거나 서면증거의 획득이 물질적 또는 도덕적으로 불가능한 경우를 제외하고 서면에 의하여 증명되어야 한다(민법 제1341조, 1347조, 제1348조).⁸⁰⁵⁾ 따라서 계약내용과 상반되는 증언이나 진술이 있는 경우에도 판사는 민법상의 사실인정에 배치되는 결론을 도출할 수 없다.

(3) 조서의 증명력에 관한 특례

형사소송법 제427조는 “법률이 달리 규정한 경우”에 증거방법뿐만 아니라 증명력 판단에 제한이 가해질 수 있음을 규정하고 있다. 형사소송법은 조서의 증명력과 관련하여 모든 범죄에 공통적으로 적용될 수 있는 규정을 두고 있지 않으며, 사건이 중죄, 경죄, 위경죄에 해당하는지에 따라 판사의 증명력 판단에 제한을 가하고 있다.

첫째, 형사소송법에 근거하여 사법경찰관리는 수사과정에서 조서를 작성할 권한이 있다. 조서와 유사한 것으로 보고서(rapport)가 있으며, 보고서는 조서의 작성 권한이 없는 사법경찰보조리가 자신의 상급자에게 보고하기 위한 목적으로 작성하거나 수사 결과를 종합하기 위하여 작성된다.⁸⁰⁶⁾ 이외에도 다수의 개별법은 사법경찰의 직무를 수행하는 관리(이른바 특별사법경찰관리에 해당)에 대하여 소관 범죄에 대하여 조서로서 적발할 수 있는 권한을 부여하고 있다. 형사소송법 제430조⁸⁰⁷⁾는 “법률이 달리 규정한 경우를 제외하고 경죄를 적발하는 조서 및 보고서는 단순한 참고자료의 가치를 지닌다.”라고 규정하고 있다.⁸⁰⁸⁾ 따라서 원칙적으로 조서 또는 보고서는 유죄를 인정할 수 있는 증거가 아니며 단순한 참고자료서의 가치를 지닌다. 조문이 경죄로 한정하고 있지만 중죄에 대하여도 동일하게 적용되는 것으로 해석되며, 특히 중죄에 대하여는 법률의 규정에 따른 예외가 인정되지 않는다. 따라서 중죄 및 일반적인 경죄에 대하여 판사는 조서 또는 보고서를 근거로 피고인의 유죄를 인정할 수 없으며, 조서의 증명력 판단이 제한된다. 조서가 단순한 참고자료의 가치를 지닌다는 의미는 유죄를 인정할 수 있는 직접적 증거로서 채택될 수 없다는 의미이며, 다만 다른 증거에

805) Jean Pradel, Procédure pénale, 14^e éd, Cujas, 2008, 367-368면.

806) François Fourment/Eric Camous, Procédure pénale, 15^e éd, Paradigme, 2021, 26면.

807) Sauf dans le cas où la loi en dispose autrement, les procès-verbaux et les rapports constatant les délits ne valent qu'à titre de simples renseignements.

808) 단순한 참고자료의 의미가 반대증거를 허용한다는 것을 뜻한다는 의견으로는 François Fourment/Eric Camous, Procédure pénale, 15e éd, Paradigme, 2021, 85면.

대한 보강증거로 사용하는 것은 허용된다. 판례도 법률이 달리 규정한 경우를 제외하고 경찰의 조서 및 보고서는 원칙적으로 단순한 참고자료의 가치만을 가진다고 판시하고 있어, 조서에 의한 유죄인정을 부정하고 있다.⁸⁰⁹⁾ 아울러 익명의 제보자로부터 경찰관이 수집한 정보를 기록한 첩보조서(procès-verbal de renseignements)⁸¹⁰⁾는 증인에 대한 진술조서로 취급되지 않으며 증거방법으로 인정되지 않는다.⁸¹¹⁾

둘째, 형사소송법 제431조는 “사법경찰관리 또는 사법경찰의 일정한 직무를 수행하는 관리가 법률의 특별규정으로부터 조서 또는 보고서에 의해 경죄를 적발할 수 있는 권한을 부여 받은 경우에 반대증거는 서면 또는 증인에 의해서만 제시될 수 있다.”고 규정하고 있다. 이 규정은 원칙적으로 조서 또는 보고서가 참고자료의 가치를 지닌다는 제430조의 규정과의 관계에서 예외에 해당하는 규정이다. 제431조가 경죄에 관한 규정이라면 형사소송법 제537조는 위경죄에 대하여 유사한 규정을 두고 있다. 즉, 형사소송법 제537조⁸¹²⁾ 제1항은 “위경죄는 조서 또는 보고서에 의하거나 이것이 없는 경우에는 증인 또는 그에 준하는 것(à leur appui)에 의하여 증명된다.”고 규정하여 원칙적으로 위경죄를 입증할 수 있는 증거방법으로 조서 또는 보고서에 의하도록 하면서 예외적으로 증인에 의한 증명을 허용하고 있다. 또한 같은 조 제2항은 “법률이 달리 규정하는 경우를 제외하고, 사법경찰관리 또는 법률에 의하여 위경죄에 대한 적발권한을 부여받은 일정한 사법경찰의 직무를 수행하는 관리에 의해 작성된 조서 또는 보고서는 반대증거가 없는 한 진정한 것이다(font foi).”라고 규정하고 있다. 또한 같은 조 제3항은 “반대증거는 서면 또는 증인에 의해서만 제시될 수 있다.”고 규정하고 있다. 즉, 제1항에서 증거방법을 제한하면서 제2항에서 조서 또는 보고서에 대하여

809) Cass. crim., 3 décembre 2008, n° 08-82.179; Cass. crim., 28 oct. 2014, n° 13-84840 : Bull. crim., n° 219(불출석 피고인); V. par ex., Cass. crim., 6 oct. 2015, n°15-82247; 이와 상반되는 판례로는 Cass. crim., 15 juin 2010, n° 09-85.715.

810) 우리나라의 수사보고서에 해당한다.

811) Cass. crim., 9 juill. 2003, Bull. crim., n°138.

812) Les contraventions sont prouvées soit par procès-verbaux ou rapports, soit par témoins à défaut de rapports et procès-verbaux, ou à leur appui.

Sauf dans les cas où la loi en dispose autrement, les procès-verbaux ou rapports établis par les officiers et agents de police judiciaire et les agents de police judiciaire adjoints, ou les fonctionnaires ou agents chargés de certaines fonctions de police judiciaire auxquels la loi a attribué le pouvoir de constater les contraventions, font foi jusqu'à preuve contraire.

La preuve contraire ne peut être rapportée que par écrit ou par témoins.

강화된 증명력을 부여하고 있다. 이처럼 일부 경죄와 일반적인 위경죄에 대하여 원칙적으로 수사기관이 작성한 적발조서에 기재된 내용은 그 진정성이 추정되며, 이와 같은 법률상 추정을 깰 수 있는 반대증거는 서면 또는 증인으로 한정된다. 결과적으로 판사는 서면 또는 증인에 의한 반대증거가 없는 한 조서에 기재된 내용과 상반되는 사실을 인정할 수 없으며, 조서는 증명력(강화된 증명력)을 갖게 된다. 예를 들어 유료 주차장에서의 주차료 미납의 위경죄로 적발된 피고인에 대하여 법원이 당일 주차료 지불장치 대한 기술자의 점검이 있었다는 사실로부터 이 기계가 고장이 났을 개연성이 있다고 판단하여 무죄를 선고하는 것은 허용되지 않는다.⁸¹³⁾ 더불어 판례는 이러한 추정이 유럽인권협약 제6조에 위반되지 않는다는 입장에 있다.⁸¹⁴⁾

반대로 조서에 기재된 사실에 대한 반대증거는 서면 또는 증인들(par témoins)에 의해서 제시될 수 있으므로 단수의 증인이 아닌 복수의 증인이 있어야 하는 것인지에 대한 논란이 있다. 판례는 운전 중 휴대폰 사용으로 기소된 피고인에게 유리한 증언을 한 증인이 단수라는 이유로 반대증거를 배척하고 유죄를 인정한 하급심 판결에 대하여 공평한 재판을 받을 권리와 방어권을 근거로 단수의 증인에 의해서도 조서의 진정성이 반박될 수 있다고 보아 파기하였다.⁸¹⁵⁾ 다만 피고인은 증인이 아닌 서면증거를 반대증거로 제출할 수 있지만 서면증거는 공공기관이 발부한 공식문서로 제한된다. 증인이 수사나 예심절차에서 작성한 진술서는 서면증거로 볼 수 있지만 증인(참고인)이 작성한 단순한 확인서(attestation écrite)는 제537조에 명시된 서면증거로 볼 수 없다.⁸¹⁶⁾ 특히 사실과 다른 내용의 확인서를 작성하는 행위는 1년 이하의 구금 또는 1,500유로의 벌금에 처해진다(형법 제441-7조).

경죄 및 위경죄분야에서 조서 또는 보고서가 강화된 증명력을 갖게 되는 경우들은 일반적으로 기술적 분야에 속하는 범죄들로서, 우리나라에서 특별사법경찰관리의 직무범위에 속하는 범죄들과 유사하다. 예를 들어, 삼림 및 전원 감시원(형사소송법 제22조), 근로감독관(노동법 제8113-7조), 수렵 및 어업분야에서 수렵감시원과 어업

813) François Fourment/Eric Camous, Procédure pénale, 15^e éd, Paradigme, 2021, 33면.

814) Cass. crim., 14 mars 2001, n°00-85.377.

815) Cass. crim., 28 mars 2017, Bull. crim. n°86; François Fourment/Eric Camous, Procédure pénale, 15^e éd, Paradigme, 2021, 86면.

816) Étienne Vergès/Géraldine Vial/Olivier Leclerc, Droit de la preuve, 2^e éd, PUF, 2022, 631-632면.

감시원(환경법 제428-21조 및 제437-13조), 세무공무원(세법 제238조)이 작성한 조서 또는 보고서 등이 여기에 해당한다. 권한을 부여하면서 반대증거가 없는 경우에 범죄 적발 권한을 부여하고 있다.

셋째, 경죄에 관하여 형사소송법 제433조 제1문⁸¹⁷⁾은 “기재의 허위가 입증될 때까지 조서의 진정성이 인정되는 분야는 특별법에 의해 정해진다.”라고 규정하여, 조서의 내용이 허위임이 확인될 때까지 조서의 절대적 증명력을 인정하고 있다. 여기에 해당하는 조서로는 관세법전 제336조, 환경법전 제437-3조 등이 있다. 이러한 조서들에 대하여는 반대증거에 의해 증명력을 배척할 수 없으며 반대 당사자가 조서의 작성자가 허위로 작성하였다는 사실을 입증하여야 한다. 더욱이 같은 조 제2문은 별도의 규정이 없는 경우 허위작성에 대한 입증을 형사소송법 제4권 제2편에 규정된 절차에 따를 것을 규정하고 있다.⁸¹⁸⁾ 조서의 진정성에 대한 추정을 깨기 위해서 단순히 서면이나 증인에 의한 반대증거의 제시를 허용하지 않고 조서의 위조사실을 입증하여야 한다는 점에서 더욱 강화된 증명력을 인정하고 있다고 할 수 있다. 일정한 조서에 대한 강화된 증명력의 부여는 제출된 증거에 대한 대심적 토론을 제한하는 효과를 가져오며, 이는 법률이 사법경찰의 구성원이나 사법경찰의 직무를 수행하는 일정한 공무원에게 부여한 특별한 신용으로 설명된다. 또한 피고인의 범행 부인이 범죄 적발과 배치되는 경우에 발생할 수 있는 무의미한 토론을 피하기 위한 입법자들의 고민으로 설명된다.⁸¹⁹⁾

나. 증거조사의 절차적 원칙(증명의 법리)

1) 증거조사 절차 개관

경죄법원에서의 공판절차는 피고인 인정신문(제406조), 피고인신문(제442조), 증인 진술청취(제436조, 제437조, 제444조), 증거물의 제시 및 의견청취(제45조), 사소당사

817) Les matières donnant lieu à des procès-verbaux faisant foi jusqu'à inscription de faux sont réglées par des lois spéciales. A défaut de disposition expresse la procédure de l'inscription de faux est réglée comme il est dit au titre II du livre IV.

818) 관세법 제336조는 조서가 두 명의 관리에 의해 작성된 경우 문서위조의 입증절차를 규정하고 있다.

819) La Cour de cassation, La preuve, Rapport annuel 2012, 230면.

자의 의견진술(제460조 제1항), 결심절차 등의 순서로 진행된다. 우리 법과 비교할 때 피고인신문이 증인진술청취(증인신문)에 앞서 이루어지며, 재판장이 소송지휘권에 근거하여 증거조사의 순서를 변경할 수 있는 특징이 있다. 증거신청과 관련하여 일괄 신청주의의 제약이 없으며, 재판장은 증거제출이 법률에 위배되어서는 안 된다는 유일한 조건하에 진실발견에 유용하다고 판단되는 모든 새로운 증거를 제출하게 할 수 있다.⁸²⁰⁾ 다만 변론에 새롭게 제출된 증거들은 당사자들에 의하여 대심적인 토의를 거쳐야 한다. 따라서 새로운 증거들은 열람되어야 하거나(soient communiqué) 공개적으로 낭독되어야 한다. 만일 서면의 양이 많고 당사자들이 요구하면 그것들을 검토할 수 있는 기간을 주어야 한다.⁸²¹⁾ 증인신청과 관련하여 당사자들이 신청한 증인이 정상적으로 소환되지 않고 변론의 개시시점에 출석한 경우에 법원의 허가를 받아 증언하는 것이 허용된다(제444조 제3항). 증인신문 후에 법원은 감정인을 출석시켜 질문을 할 수 있으며(제168조, 제169조) 필요한 경우 법원서기로 하여금 조서를 낭독하게 하거나 증거물에 대한 조사를 실시한다.⁸²²⁾ 우리 법이 증거서류와 증거물에 대한 증거조사의 방식을 각각 제시와 열람 등의 방법으로 규정한 것과 비교할 때 프랑스는 피고인 또는 증인에게 증거물을 제시하도록 규정하고 있을 뿐 증거서류와 증거물인 서면 등의 조사방식에 대하여는 명시적 규정을 두고 있지 않다.

참심재판으로 진행되는 중죄법원에서의 공판절차도 경죄법원의 공판절차와 유사한 방식으로 진행된다. 다만, 재판장은 최초 설명의 절차로서 간결한 방식으로 공판회 부결정문으로부터 도출되는 범죄사실을 피고인신문에 앞서 낭독한다(제327조 제1항). 이때 재판장은 피고인에게 불리한 증거뿐만 아니라 유리한 증거들에 대해서도 설명을 하며(제2항), 적용되는 죄명을 낭독한다(제5항). 중죄법원에서의 공판은 사전에 예심절차를 거치며 공소장일본주의의 적용이 없으므로, 혐의 없음(non-lieu)으로 종결된 사건을 포함하여 전체 소송서류와 증거물이 법원에 제출이 된다. 그러나 참심원들은 공판기일에 앞서 수사기관이나 예심판사가 작성한 서류나 조서의 내용에 대하

820) 증거제출이 법률에 위배되어서는 안 된다는 유일한 조건하에 재판장은 모든 증거들을 그것의 성질, 출처 및 대상을 불문하고 변론에 부칠 수 있으며, 이것은 유럽인권협약 제6조를 위반하는 것이 아니다. Henri Angevin, *La pratique de la cour d'assises*, LexisNexis, 6^e éd, 2016. 32-33면.

821) Henri Angevin, *La pratique de la cour d'assises*, LexisNexis, 6^e éd, 2016. 32면.

822) Jean Pradel, *Procédure pénale*, 14^e éd, Cujas, 2008, 817면.

여 알지 못한다. 형사소송법 제333조부터 제346조까지는 중죄법원에서의 증거제출 및 증거조사의 절차에 대하여 규정하고 있다. 재판장은 피고인신문 도중에 신문을 중단하고 감정인에 대한 진술청취, 피고인의 진술이 기재된 조서와 출석 증인의 진술 청취조서의 전체 또는 일부에 대한 낭독, 불출석 감정인의 보고서에 대한 낭독 등의 절차를 진행할 수 있다.⁸²³⁾

2) 대심주의

증거자유 원칙에 따라 모든 증거방법이 제출될 수 있지만 이것이 곧 제출된 증거가 곧바로 유죄의 증거로 사용될 수 있음을 의미하는 것은 아니다. 제출된 증거가 유죄의 자료로 사용되기 위해서는 반드시 대심적 토론을 거쳐야 한다는 점에서 단순히 서류나 물건에 대하여 제시와 열람 등의 증거조사의 방식을 따르도록 하는 우리 법과 차이가 있다.

프랑스 형사소송법 제427조 제2항은 “판사는 변론과정에서 자신 앞에 제출되어 면전에서 대심적으로 토론된 증거에 의해서만 자신의 결정에 대한 근거로 삼을 수 있다.”라고 규정하고 있으며, 형사소송법 모두조문(article préliminaire) I 제1항은 “형사절차는 공평하고 대심적이어야 하며 당사자들의 권리의 균형을 유지하여야 한다.”라고 규정하여 대심주의의 원칙을 밝히고 있다. 또한 대심주의는 유럽인권협약 제6조에서 보장하고 있는 ‘공평한 재판(procès équitable)’의 본질적 조건이 되며, 유럽인권협약 제6조 제3항 d는 구체적으로 “모든 피고인이 특히 불리한 증인들에 대하여 질문을 하거나 하게 할 수 있는 권리를 가진다”고 규정하고 있다. 이 규정에 근거하여 불가능한 경우를 제외하고 법원은 증인신청을 받은 때에는 형사절차의 어떠한 단계에서도 피고인과 대면하지 못한 불리한 증인들에 대한 대심적 심리를 명하여야 한다. 불리한 증인에 대한 증인신청은 증인에 대한 협박, 압력, 보복 등의 사유로 방어권의 침해가 없는 범위 내에서 기각할 수 있으나 그 사유를 설명하여야 한다.⁸²⁴⁾ 대심주의는 반대 당사자에게 반론의 기회를 제공하여야 한다는 원칙으로서, 만일 제출된 증거에 대하여 피고인에게 반론의 기회를 제공하지 않았다면 이를 판결의 근거

823) Henri Angevin, La pratique de la cour d'assises, LexisNexis, 6^e éd, 2016. 214면.

824) Cass. crim., 12 janv. 1989, n°88-81.592

로 삼을 수 없다. 따라서 판사는 세평에 의하거나 개인적인 경험을 근거로 판결하여서는 안 된다.

판사는 새롭게 변론에 부쳐지지 않은 과거의 소송서류나 대심적 토론 없이 평의 중에 전달된 서류에 근거하여 판결해서는 안 된다. 재판장은 변론과정에서 필요한 경우 피고인 또는 증인에게 증거물을 제시하게 하고 의견을 들어야 한다(제455조 및 제341조). 증거는 정상적으로 변론에 부쳐져 당사자들의 자유로운 토론을 거쳐야 한다. 하지만 토론이 실제로 이루어질 것을 요구하는 것은 아니다.⁸²⁵⁾

또한 대심주의의 구체적 실현은 공판 이전 단계에서 모든 당사자에게 소송서류가 열람(communiqué)될 것을 전제로 하며, 판사는 제출된 증거들에 대한 대심적 토론을 보장할 수 있도록 필요한 조치를 취해야 한다.⁸²⁶⁾ 즉, 대심주의는 공판정에 제출된 증거에 대하여 반대당사자에게 사전에 열람이 보장될 것을 요구한다.⁸²⁷⁾ 그렇지만 공판심리 이전에 반대 당사자에게 반드시 증거가 열람될 것을 요구하는 것은 아니다.⁸²⁸⁾ 판례는 피고인의 변호인이 법정에서 제출한 증거가 사전에 검사에게 열람되지 않아 대심주의의 원칙을 위반하였다고 본 원심법원의 판단과 달리 이러한 경우에 대심주의가 보장되도록 하는 것은 법원의 의무에 해당하며 단순히 제출된 증거에 대하여 증거조사를 거부할 것이 아니라 검사에게 증거를 열람토록 하는 조치를 취하여야 한다고 보았다.⁸²⁹⁾ 아울러 변론과정(또는 진술 이후)에서 재판장은 필요한 경우 피고인 또는 증인에게 증거물을 제시하도록 하여 의견을 청취한다(제455조, 제341조). 재판장은 재량적 권한을 행사하여 변론에 부쳐진 증거들이 대심적으로 토론될 수 있도록 당사자들에게 열람토록 해야 하며, 공판조서에 이를 기재하여야 한다. 과거의 판례는 피고인 또는 변호인이 제출된 새로운 증거에 대한 열람(communication)이 전혀 불가능하거나 열람이 거부된 경우에만 방어권의 침해가 있다고 판시하였다. 하지만 최근의 판례들은 공판조서에 명시적으로 대심주의의 준수사실을 적시하여야 한다고 판시하고 있다.⁸³⁰⁾

825) Bernard Boulloc, Procédure pénale, 27^e éd, Dalloz, 2019, 143면.

826) François Fourment/Eric Camous, Procédure pénale, 15^e éd, Paradigme, 2021, 31면.

827) Henri Angevin, La pratique de la cour d'assises, LexisNexis, 6^e éd, 2016, 210-211면.

828) Cass. crim., 10 nov. 2004, n°03-87.628.

829) Cass. crim., 18 février 2015, n°13-84000

830) Henri Angevin, La pratique de la cour d'assises, LexisNexis, 6^e éd, 2016, 32면.

원칙적으로 제출된 모든 증거방법들이 대심적 토론을 거쳐야 하지만 일부 증거들에 대해서는 대심주의의 적용이 제약될 수 있다. 예를 들어 범죄를 적발하는 조서에 대하여 서면 또는 증인을 통해서만 반대증거를 제출하도록 하거나, 조서의 위조가 밝혀지지 않는 한 조서에 기재된 내용과 상반되는 사실을 인정할 수 없도록 하는 경우에 결과적으로 대심주의가 제한을 받게 된다. 또한 익명증인의 경우 직접 반대신문을 할 수 있는 대면심문권에 대한 제한이 초래될 수 있으며, 유럽인권재판소는 최근 익명증인에 대한 대질심문권의 제한이 곧바로 공평한 재판을 받을 권리를 침해하는 것은 아니며 피고인에 대한 다른 절차적 보장장치에 의해 보완될 수 있다는 입장에 있다.⁸³¹⁾

3) 구두주의(la oralité)⁸³²⁾

증거의 가치가 판사에 의하여 자유롭게 평가될 것을 요구하는 자유심증주의로부터 구두주의의 원칙이 도출된다. 구두주의를 통하여 판사는 직접적으로 또한 즉각적으로 변론에 부쳐지는 증거에 의해서만 유무죄를 판단할 수 있다. 형사소송법 제427조 제2항은 “면전에서 대심적으로 토론된 증거”에 의해서 심증을 형성하도록 규정하여 구두주의를 명시하고 있다. 따라서 경찰의 수사 및 예심에서 작성된 조서들을 직접적인 증거로 사용하는 것은 제한된다.⁸³³⁾ 구두주의는 또한 예를 들어 수사절차에서 작성된 조서에 기재된 증인의 진술과 법정에서 구술로 행해진 진술이 상반된 경우 법정에서의 구두진술이 우월하다는 것을 의미한다. 프랑스법에서 논해지는 구두주의는 우리 법의 직접주의와 유사한 개념이라고 할 수 있다. 구두주의에 따라 변론에 부치고자 하는 소송서류는 낭독을 하여야 한다.

중죄법원에서 구두주의는 더욱 강화된다.⁸³⁴⁾ 재판장이 증인의 구두진술이 종료되기 전에 또는 더 나아가 구두진술에 앞서 예심단계에서 행해진 진술을 기재한 조서를

831) CEDH, Grande Chambre, 15 décembre 2011, n°26766/05 et 22228/06, Al-Khawaja et Tahery c/ Royaume-Uni.

832) 필자가 참여한 연세대학교 산학협력단, 국민참여재판에서의 증거조사방식에 관한 연구, 법원행정처 연구용역보고서, 2016, 190-191면의 내용을 수정, 정리한 것임.

833) Jean Pradel, Procédure pénale, 14^e éd, Cujas, 2008, 795면

834) Serge Guinchard/Jaques Buisson, Procédure pénale, 15^e éd, LexisNexis, 2022, 1351면.

낭독하는 것은 허용되지 않는다. 마찬가지로 변론에 출석한 감정인이 법정에서 진술(audition)하기 이전에 감정보고서를 낭독하는 것이 금지된다.⁸³⁵⁾ 또한 변론이 종결된 경우 예외적인 경우를 제외하고 평의실에 소송관련 서류를 가져가는 행위도 금지된다(제347조 제3항).

그러나 구두주의에는 몇 가지 예외가 인정된다. 중죄법원 및 경죄법원에서 재판장은 예외적으로 증인이 메모를 참조하는 것을 허가할 수 있으며(제331조, 제452조), 경찰법원에서도 동일하다. 감정인이 구두로 감정보고를 하는 경우 보고서와 부록을 참조할 수 있다(제168조). 또 다른 예외로는 증인이 출석하지 않은 경우 재판장은 증인의 진술을 기재한 서면을 낭독할 수 있다.⁸³⁶⁾ 또한 변론의 구두주의의 원칙은 변론과정에서 서면의 제출에 대한 장애가 되지 않는다. 반면에 이 서면들은 소송서류의 발췌이거나 새로운 것인 경우에도 구두에 의한 대심적 변론에 부쳐져야 한다. 또한 명시적 법규정의 부재에도 불구하고 판례는 증인이 정당한 사유로 출석을 하지 않거나 출석한 경우에도 진술청취 후 수사절차 또는 예심절차에서 작성된 증인의 진술이 기재된 서면의 낭독을 허용하여 왔다.⁸³⁷⁾

구두주의의 원칙은 공적질서(l'ordre public)에 해당하므로 이에 대한 위반은 절대적 무효사유가 되며 피고인의 침묵 또는 동의에 의해 치유될 수 없다.⁸³⁸⁾ 무엇보다도 구두주의의 중요한 예외는 서면재판의 방식을 따르는 약식명령(l'ordonnance pénale) 절차이다. 2002년에 도입된 약식명령은 도입 당시에 도로교통법 위반의 경죄사건을 신속하게 처리하기 위한 목적이 있었으나 이후 형사소송법 개정을 통하여 일정한 경죄(제495조)로 대상을 확대하였다.

835) Henri Angevin, La pratique de la cour d'assises, LexisNexis, 6^e éd, 2016. 212면

836) Jean Pradel, Procédure pénale, 14^e éd, Cujas, 2008, 795면

837) Étienne Vergès/Géraldine Vial/Olivier Leclerc, Droit de la preuve, 2^e éd, PUF, 2022, 631면.

838) Henri Angevin, La pratique de la cour d'assises, LexisNexis, 6^e éd, 2016. 210-211면.

2. 증거의 허용기준

가. 물적 증거

1) 디지털증거(la preuve numérique)⁸³⁹⁾

디지털증거의 범위에는 좁게는 컴퓨터 등 전산 장치나 저장장치에 보관된 문서, 사진, 그림, 음성, 동영상 등의 디지털정보를 포함하지만 넓게는 실시간으로 이루어지는 전기통신, 통신접속자료, 위치정보에 대한 디지털정보를 포함한다. 살인이나 강간 등 일반적인 형법범의 경우와 마찬가지로 사이버범죄를 포함하여 디지털형태의 증거를 수집하고 분석하는데 있어서 수사관들과 분석관들이 관련 절차를 위반한 경우에는 수사(예심)행위의 무효로 인하여 수집된 증거를 사용할 수 없는 문제가 발생한다. 단계적으로 살펴볼 때, 우선 디지털증거를 구성하는 요소들을 수집하고 분석하는 작업이 선행된다. 디지털정보의 수집은 현행범수사, 예비수사 또는 예심판사의 촉탁에 의한 위임수사의 과정에서 전산자료에 대한 수색(perquisition), 바이러스의 침투, 잠입수사(l'infiltration) 등 다양한 수사기법이 활용된다.

전산자료에 대한 수색은 형사소송법 제56조에 규정된 절차에 따라 소유자의 참여하에 소유자의 주거지에서 실시되거나 경찰시설 내에서 실행될 수 있다. 특히 형사소송법 제57-1조는 수색의 대상이 되는 장소에 설치된 전산장치를 통하여 접근할 수 있는 다른 전산시스템에 저장된 자료에 대한 이른바 '원격지 압수수색'을 허용하고 있다. 또한 국제법 수준에서 부다페스트 협약에 근거하여 증거수집은 실시간으로 행해질 수 있다. 수사관들이 장치에 대한 접근코드를 가지고 있지 않은 상황에서 코드의 통보를 거부하는 행위는 형법상의 범죄를 구성한다. 수사관들은 최대한 수색영장을 발부받아 코드를 확보하고 장치에 접근하게 된다. 대법원 판례는 소유자가 수색현장에 없는 상태에서 현장에서 발견한 코드를 통하여 원격지에 위치한 서버에 접근하는 행위는 단순한 조사이며 석방구금판사의 결정을 요구하거나 형사공조절차의 시행을 정당화하는 수색이 아니라고 판단하였다.⁸⁴⁰⁾ 또 다른 판례는 전산자료에 대한 대량의

839) 이하의 내용 중 일부는 Mahougnon Franc KAI, "La preuve numérique à l'épreuve de la cybercriminalité, Mémoire de stage", Université de Limoges, Année académique 2020/2021의 내용을 참조하여 정리한 것임.

압수는 전산자료가 식별되고 목록이 만들어졌으며, 또한 관련성이 있는 자료로 한정되었다는 점 등을 근거로 적법하다고 판단하였다.⁸⁴¹⁾ 다음 단계로 휴대폰이나 컴퓨터를 인터넷망으로부터 분리하여 외부의 공격으로부터 보호한다. 그리고 샘플링(procéder à l'échantillonnage)을 진행하고 봉인을 한다. 다음 단계는 샘플에 있는 자료를 복사하는 것이다. 복사는 자료가 삭제되었는지에 따라 그 방식을 달리하며, 삭제된 때에는 물리적 복제를 하며, 그렇지 않은 경우에는 논리적 복제 기법을 이용한다. 수사관이나 감정인이 수사에 유용한 다양한 요소들에 대하여 보안처리된 조건하에서 접근, 수집, 복사를 하여야 하며, 획득한 증거를 법정에 현출시키기 위해서는 자료의 완전성(intégrité)이 확보되어야 한다.⁸⁴²⁾ 그렇지 않은 경우에 방어측이 이러한 증거요소들에 대해서뿐만 아니라 이를 근거로 한 후속 행위들에 대하여도 전부 무효를 주장하게 된다. 디지털수사의 범주에서 완전성의 보존(la préservation de l'intégrité)은 소위 해싱 기법(la technique dite de hachage)의 이용을 통해 행해진다. 디지털증거에 대한 현출은 통상 예심판사가 감정인에게 디지털자료의 내용을 눈으로 확인할 수 있도록 하는 임무를 부여한다. 판사는 감정의 신뢰성을 확보하기 위하여 반대감정(contre-expertise)을 명령하기도 한다. 감정인이 제출한 감정보고서에 대해서는 다른 증거물과 마찬가지로 대심적 토론을 거쳐 유무죄 판단의 증거로 활용이 된다.

2) 조서(les procès-verbaux)

(1) 조서의 증거능력

직권주의 소송구조를 따르는 프랑스의 법체계 하에서 조서를 포함한 전문증거의 증거능력에 관한 규정이 존재하지 않으며, 실무상으로도 조서의 증거능력 문제가 특별한 논란의 대상이 되지 않는다. 이러한 증거법의 특징은 우리 법의 시각에서 다소 생소할 수 있으나 이에 대해서는 여러 각도의 설명이 가능하다.

먼저 조서의 작성주체의 문제와 관련하여 검사의 공소제기(예심개시의 청구)를 받

840) Cass. crim., 6 nov. 2013, n°12-87.130

841) Cass. crim., 14 nov. 2013, n°12-87.346

842) Cass. crim., 19 jan. 2016 n° 15.81.041, Bull. crim. n°14

아 예심판사는 진실발견을 위하여 필요한 모든 조사행위를 할 수 있으며, 구체적으로 예심대상자에 대한 신문, 증인에 대한 진술청취, 압수수색, 현장입장, 현장검증 등의 다양한 예심행위(수사)를 하며, 이에 관한 각종의 조서가 작성된다. 마찬가지로 예심이 개시되지 않은 경우 예외적으로 검사가 직접 피의자를 신문하고 압수수색을 할 수 있으나, 두 경우 모두 조서의 작성주체는 예심판사나 검사가 아닌 법원서기(greffier)가 된다. 법원서기가 작성한 조서는 성립의 진정성과 공신력이 인정되며, 결과적으로 적법한 절차에 따라 작성된 조서가 그 형식적 요건을 충족하였다면 증거로 제출될 수 있다. 사법경찰관리의 경우에도 범죄에 대한 적발조서, 참고인 등에 대한 진술조서 등 각종 조서를 작성할 있으나, 현행범수사 및 예비수사를 제외하고 피의자에 대한 신문조서를 작성할 권한이 없다. 예심판사의 촉탁(commission rogatoire)을 받아 위임수사를 하는 경우에 원칙적으로 사법경찰관은 예심판사로서의 자격으로 권한을 행사하며, 위임수사 과정에서 작성한 조서는 예심과정에서 작성한 조서와 동등한 취급을 받게 된다. 다만, 위임수사에서 예심대상자(피의자)에 대한 신문은 허용되지 않는다. 사법경찰관리 작성의 조서도 절차의 적법성과 형식적 요건을 갖추었다면 증거로 제출되는데 제한을 받지 않는다.

다음으로 수사절차나 예심절차에서 작성한 조서의 증거능력이 특별히 논란이 되지 않는 이유는 뒤에서 논해질 무효절차를 통하여 예심을 거친 사건에 대하여는 공판절차에 앞서 증거수집의 적법성 여부에 대한 심사가 이루어지고 위법하게 수집된 증거는 증거에서 배제된다는 점이 작용한다. 다만 예심을 거치지 않은 경우에는 우리의 공판절차와 유사하게 일단 증거로 제출된 후에 증거배제를 할 것인지 아니면 변론에 부칠 것인지의 여부를 결정하게 된다. 따라서 조서의 증거능력의 문제는 피고인 또는 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 조서가 전문서류로서 전문법칙과 같은 법 규정이나 원칙의 적용을 받는 것인지에 초점이 맞춰진다. 그러나 앞의 설명처럼 진술을 기재한 각종의 조서를 포함한 전문서류에 대한 전문법칙과 유사한 규정은 존재하지 않는다. 결국 증거자유의 원칙에 따라 진술이 기재된 조서들도 원칙적으로 증거로 제출될 수 있다고 보아야 할 것이다. 다만, 유의할 점은 조서가 증거로 제출될 수 있다고 하더라도 법률이 달리 규정한 경우를 제외하고 이것이 곧바로 유죄의 근거가 될 수 있는 것은 아니다. 모든 증거들은 대심적 토론을 거쳐야 한다는 점에서 원진술자가

변론에 출석하지 않은 경우에는 수사기관에서 행해진 증언에 대하여 진술 당시 또는 이후에 충분히 반박할 기회를 제공하지 않았다면 유죄의 근거가 될 수 없으며⁸⁴³⁾ 출석을 하였으나 수사기관이나 예심판사 앞에서의 진술을 반복하는 경우에 공판정에서의 진술이 더 우선한다는 점은 일반적으로 조서의 증거로서의 활용가능성을 축소시킨다고 하겠다.

(2) 조서의 형식적 요건

증거자유의 원칙에 따라 각종의 조서가 법정에 제출되어 열람 또는 낭독될 수 있지만 일정한 형식적 요건을 갖추어야 한다. 형사소송법 제429조 제1항은 “모든 조서 또는 보고서는 그것이 형식상 적법하고 작성 주체가 자신의 직무수행에 과정에서 행위하고 자신의 권한에 속하는 사항으로서 개별적으로 보고, 듣고 확인한 것을 기록한 경우에만 증명가치(valeur probante)가 있다.”고 규정하면서, 제2항은 “모든 신문 조서 또는 진술조서는 질문에 대한 답변을 포함하여야 한다.”고 규정하고 있다. 이 규정의 요건을 결하는 경우 조서 또는 보고서는 증거가치를 상실하게 되며 결과적으로 판결 또는 결정의 근거로 사용될 수 없다.⁸⁴⁴⁾

제429조 제2항의 규정은 2000년 6월 15일의 법률에 의해 신설된 것으로 질문에 대한 답변을 명확히 하기 위하여 기존의 서술식의 조서 기재 방식을 문답식으로 변경한 것이다.⁸⁴⁵⁾ 그러나 이러한 법 개정에도 불구하고, 판례는 문답식의 작성방식이 무효(nullité)의 제재로서 요구된 것도 아니며 관련인이 이러한 작성방식으로 인하여 어떠한 이익침해가 발생하였는지를 제시하지 못하였다고 하여 조서가 무효가 아니라고 판시한 바가 있다.⁸⁴⁶⁾ 또한 형사소송법 제107조 제2항은 “절차에 따라 서명되지 않은 조서는 무효이다.”라고 규정하고 있다. 또한 현행법 수사와 관련하여 조서는 현장에서 또는 가능한 즉시 작성되어야 하며 조서의 각 면에 서명하여야 한다(제66조). 사법경찰관의 세부적 조서 작성방법에 대하여는 형사소송법 규칙편 단순 데크레(제D.9조부터 제D.11조까지)에서 규정하고 있다.⁸⁴⁷⁾

843) 예를 들어, CEDH 19 décembre 1990, Delta c/ France.

844) François Fourment/Eric Camous, Procédure pénale, 15^e éd, Paradigme, 2021, 83면.

845) Serge Guinchard/Jaques Buisson, Procédure pénale, 15^e éd, LexisNexis, 2022, 491면

846) Cass. crim., 21 septembre 2005, n°04-85149.

847) 조서작성의 형식적 요건에 대한 자세한 설명으로는 François Fourment/Eric Camous,

(3) 영상녹화물(l'enregistrement audiovisuel)의 증거가치

2000년 6월 15일의 법률에 의해 경찰유치된 소년범에 적용되었던 의무적 영상녹화 제도는 2007년 형사소송법을 개정하여 경찰유치된 중죄의 피의자 및 예심대상자까지 그 적용이 확대되었다. 형사소송법 제64-1조는 현행범 수사에서 피의자에 대한 영상 녹화에 관하여 규정하고 있다. 원칙적으로 모든 경찰유치된 피의자에 대한 진술청취 (audition)과정을 영상녹화하여야 하며, 기술적으로 불가능하거나 인적 한계로 불가능한 경우에 예외가 인정된다. 기술적으로 불가능한 경우에는 조서에 그 사유를 기재하고 지방검찰청 검사장에게 즉시 보고해야 하며, 인적 한계로 불가능한 경우에는 지방검찰청 검사장에게 보고하여 영상녹화의 대상에서 제외할 자를 선별하여야 한다.⁸⁴⁸⁾ 과거 조직범죄(제706-73조)에 적용되는 특별절차의 범주에서 지방검찰청 검사장의 결정이 없는 경우에 피의자신문에 대한 영상녹화를 배제하도록 규정되었으나 헌법재판소와 대법원은 이러한 제한이 '법 앞에 평등의 원칙'(le principe d'égalité devant la loi)에 반한다고 결정하였다.⁸⁴⁹⁾ 예심절차에서의 영상녹화에 관하여는 형사소송법 제116-1조가 규정하고 있다. 인적 한계로 모든 예심대상자에 대한 영상녹화가 불가능한 경우에는 예심판사가 영상녹화의 대상을 선별하며, 기술적 문제로 불가능한 경우에는 조서에 그 사유를 기재한다. 예심과정 또는 판결법원에서의 영상녹화물 열람은 신문(진술청취)조서의 내용에 대한 반박의 경우에만 허용되며, 공소관 또는 당사자의 신청을 받아 예심판사 또는 판결법원이 결정한다. 공소시효가 완성된 날로부터 5년이 경과하면 영상녹화물은 파기된다.

영상녹화물의 증거법상의 가치를 살펴보면 조서작성을 대신하여 영상녹화가 허용된다는 명문의 규정이 없으며, 예심과정 또는 공판절차에서 진술청취조서의 내용에 대한 반박의 경우에만 그 열람(재생)이 허용된다. 즉, 법적으로 영상녹화물은 증거물의 하나로서 조서의 정확성을 확인하기 위해서 열람될 수 있으며 신문(진술청취)조서에 대한 추가적 보장장치가 된다.⁸⁵⁰⁾ 최근 판례는 녹음된 피고인의 진술을 부정확하게

Procédure pénale, 15^e éd, Paradigme, 2021, 82-84면.

848) François Fourment/Eric Camous, Procédure pénale, 15^e éd, Paradigme, 2021, 151면.

849) Cons. const. décision n°2012-228/229 QPC du 6 avril 2012 et Cass. crim., 10 mai 2012, Bull.crim. n°116.

850) Rapport sur le projet de la loi(n 3393) tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale, Assemblée nationale, 2006, 188면.

녹취한 조서에 대하여 무효의 청구가 제기된 사안에서 무효의 원인이 될 수 있으나 진실발견이 근본적으로 변경되지 않았으므로 그 자체만으로는 무효의 사유에 해당하지 않는다고 보았다.⁸⁵¹⁾

우리 법의 관점에서 보면 프랑스 형사소송법상 영상녹화물은 조서를 대체하는 증거 방법이 될 수 없다. 또한 예심절차 또는 공판절차에서 기억을 환기하기 위한 목적의 재생도 허용되지 않으며, 조서의 증거능력 부여를 위한 실질적 진정성립의 증명 또는 확인의 수단이 되는 것도 아니다. 다만 조서에 기재된 진술이 진술한 대로 기재되지 않았다는 주장의 근거로서 영상녹화물에 대한 재생이 허용될 수 있으므로 예심절차 또는 공판절차에서 증거 또는 참고자료로 사용되는 조서의 증명력을 감쇄시키기 위한 보조증거로서의 기능을 수행한다고 볼 수 있다.

일정한 성범죄(형사소송법 제706-47조)의 피해자인 미성년자에 대하여는 1998년 6월 17일의 ‘성범죄예방 및 처벌에 관한 법률’(la loi du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles)에 의하여 수사부서 및 예심판사 앞에서의 조사과정에서 영상녹화 또는 음성녹화가 의무화되었다. 이후 형사소송법 개정을 통하여 그 대상범죄가 일반 괴롭힘(제222-33-2-2조) 및 학교내 괴롭힘(제222-33-2-3조)에까지 확대되었다. 미성년 피해자에 대한 영상녹화는 특별한 체계가 적용된다. 2007년 법 개정 이전에는 피해자의 동의 또는 법정대리인의 동의를 얻어 영상녹화를 실시하도록 하였으나 이를 삭제하였다.⁸⁵²⁾ 피해자의 이익을 위하여 지방검찰청 검사장 또는 예심판사의 결정에 의하여 영상녹화가 아닌 음성에 대한 녹음이 허용될 수 있다. 영상녹화물의 원본은 봉인이 되며, 복사본은 장차 소송절차에서 열람이 될 수 있도록 소송서류에 첨부된다(제706-52조). 이 경우에도 조서의 작성이 배제되는 것은 아니다.

3) 유전자지문(l'empreinte génétique)

1994년 7월 29일의 ‘인체의 존중에 관한 법률’은 유전자지문의 활용에 관한 규정을

851) Cass. crim., 8 mars 2022, n°21-84.524.

852) Rapport n°177 sur le projet de loi tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale, Sénat, 24 janvier 2007, 108-110면.

민법전 제16-11조에 삽입하였으며, 이에 따르면 유전자지문에 의한 사람의 식별은 “사법절차에서 수행된 수사 또는 예심상의 처분의 범주(제1호)”, “성명불상의 사망자의 신원확인 목적(제3호)”으로 실행될 수 있다. 이 법률은 식별과 관련된 몇 가지 제한을 규정하고 있을 뿐 증인, 혐의자 또는 예심대상자에 대하여 대조시료를 채취할 수 있는지에 대하여는 규정하지 않았다. 2003년 3월 18일의 내부치안에 관한 법률은 범죄혐의자에 대한 외부적 시료채취를 허용하였으며, 거부행위를 경죄로 규정하여 1년 이하의 구금 또는 15,000유로의 벌금에 처하도록 하였다. 성범죄의 경우에 의료적 검사 및 채혈은 필요한 경우 검사 또는 예심판사의 결정에 의하여 명령될 수 있다. 유전자분석은 감정의 대상이 되며, 감정인은 법정에 출석하여 진술을 할 수 있으며 질문을 받고 답변을 한다. 유전자테스트(le teste génétique)에 대하여 일부는 과학적 증거라는 평가를 하지만 이 테스트는 채취의 대상이 된 사람이 특정 시점에 범죄현장에 있었다거나 반대로 DNA의 형태가 범죄현장에서 수집된 것과 다르다는 확신을 준다. 그렇다고 하여 범죄의 책임에 대한 과학적 증거가 되는 것은 아니다.⁸⁵³⁾

이와는 별개로 1998년 6월 17일의 법률은 유전자 흔적 및 성범죄자들의 유전자지문을 집중화하기 위한 국가전산시스템을 설치하도록 하였다(제706-54조).⁸⁵⁴⁾ 이후 2003년 3월 18일의 법률은 전산시스템의 적용분야를 대인적 범죄 및 재산에 대한 범죄에까지 확대하였다(제706-55조). 2004년 3월 9일의 법률은 기본적으로 유죄판결을 받은 성범죄자들에 대한 특화된 전산시스템을 창설하였다(제706-53-2조).⁸⁵⁵⁾

2014년 프랑스 대법원(파기원)은 감정의 일환으로 가중강간죄의 피해자인 여성의 신체로부터 채취된 용의자의 유전자(DNA)를 분석하여 신원을 확인할 목적으로 신체적 특징을 추출하여 작성된 몽타쥬(portrait-robot)에 대하여 예심판사로부터 무효청구가 제기된 사건에서 고등법원 예심부가 청구를 기각한 것이 정당하다고 보았다.⁸⁵⁶⁾ 대법원은 판단의 근거로서 현장에서 발견된 생체시료로부터 분석된 유전자지문에

853) Bernard Bouloc/Haritini Matsopoulou, Droit pénal général et procédure pénale, 21^e éd, Sirey, 2018, 321면.

854) 프랑스 유전자정보데이터베이스에 대한 세부적 설명으로는 김택수, “디엔에이신원확인정보 데이터베이스의효용성 강화를 위한 법정책”, 비교형사법연구 제17권 제3호, 한국비교형사법학회, 2015, 100-102면.

855) Bernard Bouloc, Procédure pénale, 27^e éd, Dalloz, 2019, 141면.

856) Cass. crim., 25 juin 2014, n°13-87.493.

의해 범인의 신원을 확인할 수 없었으며, 진실발견을 위하여 예심판사가 모든 유용한 행위를 할 수 있다는 형사소송법 제81조에 근거하여 내려진 감정명령이 범죄현장에 남겨진 DNA로부터 신원불상의 범죄자의 신체적 특징을 밝혀내기 위한 것으로서 오로지 신원확인을 용이하게 할 목적이라는 점을 제시하였다. 판례가 적법한 것으로 판단함에 따라 명시적인 법적 근거가 없음에도 불구하고 유전적 특질을 나타내는 유전자 부위에 대한 분석을 통하여 눈의 색, 피부색, 머리카락 색 등 신체적 특징을 도출하여 용의자의 신원확인을 용이하게 하는 이러한 감정기법은 현재 수사실무에서 활용되고 있다.⁸⁵⁷⁾

나. 인적 증거

1) 감정인 진술청취(audition)

감정인의 위촉이나 감정명령은 수사절차, 예심절차, 공판절차에서 사법경찰관, 검사, 예심판사, 판결법원에 의해 이루어진다. 수사절차에서의 감정위촉은 형사소송법 제60조 및 제77-1조에 따르며, 예심절차에서의 감정은 제156조부터 제169-1조까지의 규정을 따른다. 공판절차에서의 감정은 법원의 종류별로 분산되어 규정되어 있다. 예심단계에서 감정의 시행여부는 예심판사에게 맡겨져 있지만 예심대상자(피고인), 사당사자, 공소관은 판사에게 감정을 명하도록 신청할 수 있으며, 최초의 감정결과를 확인한 후 반대감정(contre-expertise)을 신청할 수도 있다.⁸⁵⁸⁾ 형사소송법 제156조 이하는 예심절차에서의 감정인의 선택, 감정인의 수, 감정의 절차, 감정보고서 및 후속조치들에 대하여 규정하고 있다.

공판절차에서 판결법원은 감정인을 출석시켜 진술을 들을 수 있다. 감정인에 대한 진술청취는 공판이 진행되는 법원의 종류에 따라 다소 차이가 있다. 경죄법원에서의 감정절차에 대해서는 형사소송법 제434조가 규정하고 있으며 기본적으로 예심에서의

857) Le Parisien, 2017. 4. 28., Le portrait-robot génétique, technique de pointe de la police scientifique

<https://www.leparisien.fr/faits-divers/le-portrait-robot-genetique-technique-de-pointe-de-la-police-scientifique-28-04-2017-6897879.php> (최종검색: 2023. 10. 5.)

858) Rapport annuel 2012 sur la preuve dans la jurisprudence de la Cour de cassation, 2013, 295면.

감정절차를 준용하도록 하고 있다. 경찰법원에서의 감정절차 및 감정인 진술청취에 대하여는 제536조가 규정하고 있으며, 중죄법원에서의 감정인 진술청취는 제312조가 규정하고 있다. 모든 법원에서 감정인에 대한 진술청취는 공통적으로 경죄법원에서의 피고인 및 증인에 대한 진술청취절차(제442-1조)를 준용하고 있다.

감정인은 형사소송법 제168조의 규정에 따라 자신의 명예 및 양심에 따라 사법에 협조하겠다는 선서를 하며, 진술과정에서 자신이 작성한 보고서나 부록을 참조할 수 있다. 프랑스 형사소송법 제312조 및 제442-1조에서 규정한 세부절차에 따라 감정인에 대한 진술청취 후에 감정인의 임무수행과 관련하여 재판장은 직권 또는 검사, 당사자 또는 그 변호인들의 신청을 받아 질문을 할 수 있다. 감정인의 진술 도중 또는 진술 후에 재판장은 직권 또는 검사나 당사자의 신청을 받아 피고인 또는 증인에게 증거물을 제시하게 하고 의견을 들을 수 있다(제455조). 중죄법원에서 검사 및 당사자들의 변호인들은 재판장에게 발언권을 요구한 후 직접 감정인(증인 포함)에게 질문을 할 수 있으며, 피고인과 사소당사자는 재판장을 경유하여 질문을 할 수 있다(제312조).

법정에 출석한 감정인들은 기본적으로 두 가지 분야에 대하여 진술을 한다. 총기 감정인 및 법의관과 같은 ‘기술적(technique)’ 감정인은 가장 가능성 있는 범죄상황 또는 특정 과학적 증거들의 요소들에 대하여 명확히 한다. 심리학자, 정신병리학자와 같은 ‘인격(personnalité)’ 및 정신(moralité)에 관한 감정인은 피해자 진술의 신빙성(범죄사실이 강간의 죄명이 적용되는 경우 필수적), 피고인의 심리 및 의식(심신상실 또는 심신미약 등), 범죄행위에 대한 인식, 유죄의 경우에 있어서 재화의 가능성 및 치료의 필요성 등에 관한 중요한 정보들을 법원에 제공한다.⁸⁵⁹⁾

자유심증주의에 따라 판사는 감정인의 감정결과에 기속되지 않으며, 감정결과는 대심주의에 따라 공개된 법정에서 당사자들의 토론을 거쳐야 유죄의 증거로 채택될 수 있다. 판례에 따르면 예심판사에 의해 부여된 임무에 부합하는 기술적 분야의 문제에 대한 감정인의 평가는 당사자의 토론과 판사의 평가를 거쳐야 한다.⁸⁶⁰⁾ 따라서 판사는 소송자료에 대한 평가와 기술적 자료에 대한 자신의 이해만을 근거로 감정결

859) 연세대학교 산학협력단, 국민참여재판에서의 증거조사방식에 관한 연구, 법원행정처 연구용 역보고서, 2016, 187면.

860) Cass. crim., 13 octobre 2009, n°09-83.669, Bull. crim. 2009, n°167

과를 배척할 수 있다.⁸⁶¹⁾

2) 증언

우리의 공판절차와 비교할 때 프랑스는 피고인신문을 한 후에 증인신문을 실시한다는 특징이 있다(제442조). 공판심리의 구두주의의 원칙에 따라 증인은 구두로 진술을 한다(제351조 및 제452조). 중죄법원의 경우와 달리 경죄법원 및 경찰법원에서 증인을 출석시켜 신문하는 것은 일반적이지 않으며 드문 편이다. 다만 복잡한 사안에 있어서는 증인을 소환하여 재판장과 제442-1조의 요건하에 검사와 당사자들이 필요한 질문을 하게 된다.⁸⁶²⁾ 증인신문의 방식은 우리와는 큰 대조를 보인다. 주신문과 반대신문이 교차로 이루어지는 교호신문의 방식을 따르지 않으며, 증인이 자유롭게 진술하는 방식을 취한다. 특히 양형의 중요한 고려요소로 작용하는 인격(personnalité)과 범죄사실에 대한 진술을 분리하여 증언을 한다(제444조 제1항). 증인신문의 순서는 원칙적으로 소추측에서 신청한 증인에 대하여 먼저 실시하며 사전에 신청이 없었더라도 당사자의 신청에 의하여 변론기일에 출석한 사람을 증인으로 신문할 수 있다(제444조 제2항).

증거가 공개된 법정에서 제시되고 대심적으로 다투어져야 한다는 원칙은 증언에 대하여도 동일하게 적용되며, 미성년자를 보호하기 위한 예외가 인정된다.⁸⁶³⁾ 유럽인권재판소의 판례에 따르면 불리한 증언에 대하여 반박하는 것뿐만 아니라 즉시 또는 이후의 절차에서 대질하는 등 피고인에게 적합하고도 충분한 기회가 제공되어야 한다.⁸⁶⁴⁾ 유럽인권재판소는 대면심문권을 피고인의 권리로서 인정하고 있다. 자백과 마찬가지로 증언도 그 신빙성에 대하여 의심이 생길 수 있다. 유럽인권재판소는 피고인과 증인을 대질하는 것이 허용되지만 판사는 증인의 증언에 대한 신용성의 수준을 평가해야 한다는 입장을 취하고 있다.⁸⁶⁵⁾

861) Rapport annuel 2012 sur la preuve dans la jurisprudence de la Cour de cassation, 2013, 295면.

862) Christian Guéry/Bruno Lavielle, Le guide des audiences correctionnelles, Dalloz 2015, 1015면.

863) Serge Guinchard/Jaques Buisson, Procédure pénale, 15^e éd, LexisNexis, 2022, 519면.

864) CEDH, Delta c. France, Série A, vol. 191, par. 36 (1990).

865) Bernard Boulloc, Procédure pénale, 27^e éd, Dalloz, 2019, 128-129면.

증인신문과 관련하여 증거법상 익명증언(témoignage anonyme)의 허용성⁸⁶⁶⁾이 논란이 된다. 프랑스 형사소송법상 익명증언에 대한 특별한 보호는 2001년 11월 15일의 ‘일상안전에 관한 법률’에 의해 도입되었다.⁸⁶⁷⁾ 형사소송법 제706-57조부터 제706-63조까지의 규정들을 통하여 일정한 요건하에 방어권을 보장할 것과 범죄에 참가한 증인에게 혜택을 부여하지 않을 것의 유보하에 익명증언을 허용하고 있다. 유럽인권재판소도 유럽인권협약 제6조가 규정하고 있는 공평한 재판을 받을 권리와 특히 “모든 피고인은 자신에게 불리한 증인에 대하여 신문할 하거나 신문을 하게 할 권리와 동일한 조건 하에 유리한 증인을 출석시키고 신문을 할 권리를 갖는다.”는 같은 조 제3항 d의 규정의 관점에서 유사한 조건하에 익명증언의 방식을 인정하고 있다. 즉, 익명증언이 금지되는 것이 아니라면 소송진행에 미치는 영향, 특별히 대심주의와 공평한 재판의 보장에 미치는 영향이 평가된다.⁸⁶⁸⁾ 유럽인권재판소는 익명증언이 유죄를 근거 짓는 주요하고 결정적 증거를 구성하는 경우에 방어측에게 이를 반박할 기회를 제공함이 없이 익명증언을 유일한 근거로 하여 유죄를 선고하는 것은 유럽인권협약 제6조를 위반한 것이라고 판단하였다.⁸⁶⁹⁾ 따라서 법원이 증인의 증언만을 근거로 하여 유죄판결을 선고한 것이 아니라면 증인과의 대질을 허용하지 않더라도 공평한 재판을 받을 권리를 침해하는 것은 아니다.⁸⁷⁰⁾ 이러한 맥락에서 형사소송법 제706-62조는 어떠한 유죄판결도 제706-58조 및 제706-61조에 규정된 요건들하에서 수집된 진술만을 근거로 선고될 수 없다고 규정하고 있다. 유럽인권재판소도 대면심문권을 침해한 경우에 일관되게 유럽인권협약 제6조 공평한 재판을 받을 권리를 침해한다고 판단하였으나, 최근의 판례에서는 대면심문권을 보장하지 않는 것을 보완할 만한 다른 절차적 권리가 충분히 보장되었는지를 검토하도록 하여 대면심문권을 절대적 권리가 아닌 상대적 권리로 변경하였다.⁸⁷¹⁾ 즉, 일정한 요건하에 증인의 진술이 유죄판결

866) Christian Guéry/Bruno Lavielle, *Le guide des audiences correctionnelles*, Dalloz 2015, 1000-1005면 참조.

867) RAPPORT SUR LE PROJET DE LOI (n° 3473) renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale., 142면.

868) CEDH, 20 nov. 1989, Kostovski c/Pays-Bas.

869) CEDH, 19 décembre 1990, n° 11444/85, Delta c/ France; CEDH, 20 septembre 1993, Said c/ France.

870) Serge Guinchard/Jaques Buisson, *Procédure pénale*, 15^e éd, LexisNexis, 2022, 519면.

871) CEDH 15 déc. 2011, Al-Khawaja et Tahery c. Royaume-Uni, req. nos 26766/05 et 22228/06.

의 유일하거나 결정적인 증거가 될 수 있음을 인정하고 있다.

3. 증거의 배제

가. 위법수집증거

1) 개관

실체적 진실발견에 유용한 모든 증거들의 제출이 허용되지만 원칙적으로 증거수집의 적법성이 지켜질 것이 요구된다. 즉, 증거자유의 원칙은 절대적 원칙은 아니며 증거의 적법성 원칙(légalité de preuve)에 의하여 일정한 제한을 받게 된다. 증거의 적법성은 넓게는 법의 일반원칙을 포함한 적법절차의 준수를 의미하지만 좁게는 법률이 규정한 증거수집의 세부적 절차를 준수해야 한다는 것을 의미한다. 우선적으로 판사는 무효화된 행위에 포함된 요소들을 증거로 취할 수 없으며, 압수수색과 같이 적법하지 않은 절차를 통해서 획득된 자백은 유효하게 취해질 수 없다. 범죄를 통하여 획득된 자료 또는 문서를 사용할 수 없으며, 자백에 있어서는 변호인과의 접견이 없고 변호인의 조력을 받음이 없이 이루어진 피고인의 진술만을 근거로 유죄판결을 할 수 없다.⁸⁷²⁾ 프랑스 법에서 증거의 적법성과 관련하여 주로 논의되는 문제는 함정 수사와 같이 신의칙을 위반하여 수집된 증거의 허용성과 사인에 의해 불법하게 수집된 증거의 허용성 문제이다.

2) 함정수사⁸⁷³⁾

증거법상 대표적인 원칙 중에 하나가 증거의 신의칙(le principe de loyauté)이다. 증거의 신의칙은 일정한 ‘사법의 윤리’라는 이름으로 판례에 의해 도출된 개념으로서 명확한 정의를 내리고 있지 않지만⁸⁷⁴⁾ 학설에 따르면 신의칙은 “증거수집에 있어서

872) Bernard Bouloc, Procédure pénale, 27^e éd, Dalloz, 2019, 143면.

873) 이하의 내용은 김택수, “조직범죄 대처를 위한 잠입수사기법의 허용성과 법적 체계: 프랑스 사례를 중심으로”, 경찰법연구 제14권 제1호, 한국경찰법학회, 2016, 3면 이하의 내용을 요약, 수정한 것임.

874) 다만 대법원은 1996년 2월 27일의 판결(Cass. crim., 27 fevr. 1996, Bull. crim. n°93)에서 “위법적 행위를 결정지으며, 계략에 의하여 진실의 발견 및 입증의 절차를 왜곡한 조작

개인의 권리와 사법의 위엄성의 보장에 부합하는 방식을 의미한다.”⁸⁷⁵⁾ 신의칙의 반대 개념인 비열성(déloyauté)은 증거요소를 획득하기 위하여 법적질서의 기본적 원칙에 부합하지 않는 절차를 이용하는 것을 의미한다. 구체적으로 증거수집의 신의칙은 증거를 수집하는 자가 비열(déloyaux), 속임수(ruses) 또는 계략(stratagèmes)의 방법을 이용하는 것을 금지하는 것을 의미한다.⁸⁷⁶⁾ 비열한 형태의 것을 배제하는 것은 사법의 정당성을 확보하는 것과 직결된다. 신의칙에 반하는 것으로는 크게 계략에 의한 정보 획득과 함정수사로 구분할 수 있으며, 전자가 수사관 또는 예심판사가 자신의 신분을 위장하여 제3자 행세를 하여 범죄수사에 필요한 정보를 획득하는 것을 의미한다면, 후자는 범죄의 실행에 직접적 또는 간접적으로 가담함으로써 범죄를 유인하는 것을 의미한다는 점에서 구별된다.

프랑스에서 함정수사라는 표현은 이미 그것이 불법이며 허용되지 않는 수사기법이라는 법적 평가를 내재하고 있다. 그런데 함정수사의 개념요소인 유발(provocation)에 대하여는 법률이나 판례가 그 정의를 내리고 있지 아니하며, 학계 일부에서는 유발의 몇 가지 사례들과 공범의 형태인 교사(provocation)와 관련한 형법총론에서의 지식을 토대로 유발(교사)은 수사관 또는 정보원이 이익의 제공과 같은 기만적 수단을 사용하여 직접적으로 타인으로 하여금 범죄를 범하도록 유인하는 것을 의미하며 유발자는 통상적으로 속임수를 쓰고 신분을 속여 비밀스럽게 행동한다고 본다.⁸⁷⁷⁾

위법한 수사방법인 함정수사는 합법적인 수사방법인 잠입수사와 구별하여야 한다. 잠입수사는 그 본질에 있어서 수사관이 신분을 속여 비밀스럽게 행동한다는 점에서 함정수사와 공통점을 가지고 있으며, 다만 잠입수사가 범행의 결의를 초래하거나 단순히 범행을 실행하는 자의 범행의사를 강화하여 달리 범행을 범하지 않았을 자로 하여금 범행을 하도록 이끄는 경우⁸⁷⁸⁾에는 위법한 함정수사로 평가된다.

결국 허용되는 잠입수사인지 아니면 금지되는 함정수사인지의 판단은 수사관이

(machination)에 의하여 획득한 증거는 허용될 수 없으며, 증거의 신의칙을 침해한 것이다.”고 판시하고 있다. Rapport annuel 2004 de la Cour de Cassation - La vérité, La documentation française, 2005, 144면.

875) Jean Pradel, Procédure pénale, 14^e éd, Cujas, 2008, 372-373면

876) Serge Guinchard/Jaques Buisson, Procédure pénale, 15^e éd, LexisNexis, 2022, 590면.

877) Jean Pradel, Procédure pénale, 14^e éd, Cujas, 2008, 376면.

878) Jean Pradel, Procédure pénale, 14^e éd, Cujas, 2008, 376면.

피고인의 의사(volonté)를 말살시킴으로써 범죄의 정신적 주체가 될 수 없거나 행동의 자유를 박탈함으로써 범죄의 실행을 유발(provocation)하는 것으로 특징되는 ‘강요된 행위’를 구성하는지의 여부에 따른다.⁸⁷⁹⁾ 이러한 입장은 프랑스 대법원이 잠입수사관 또는 그 하수인의 행위가 범인의 범죄실행을 ‘결정짓는’(déterminant) 것이었는지를 기준으로 함정수사의 해당여부를 판단하는 것과 동일한 맥락이다.⁸⁸⁰⁾ 따라서 경찰의 개입 이전에 마약류 밀매가 이미 존재하고 있었다면 범죄의 유발이 없었던 것으로 평가된다.

경찰의 개입이 피고인이 범죄를 범하는데 결정적인 것이 아니라 단지 이미 범해지 마약류의 밀매를 적발하고 종식시키도록 하는 효과만을 가져온 경우에 그러한 수사는 적법하다고 평가된다.⁸⁸¹⁾ 그러나 위법한 함정수사와 합법적인 잠입수사의 경계는 매우 모호하며, 한 국가에서 적법한 것으로 평가되는 수사기법이 다른 국가에서는 허용될 수 없는 위법한 수사기법으로 평가될 수 있다. 함정수사의 허용성에 대한 국가간의 법적 평가의 차이를 극명하게 보여주는 사례가 있다.

프랑스 대법원은 비록 외국의 수사기관이라고 하더라도 인터넷 이용자에게 아동포르노그래피 사이트에 접속하도록 유인한 것은 유럽인권협약 제6조 제1항, 형사소송법 모두조문, 증거의 신의칙을 위반한 것이라고 전제하면서, 프랑스 사법당국이 미국의 사법당국으로부터 수사기관이 개설한 불법사이트에 접속한 프랑스인의 인적사항을 제공받아 수색을 통하여 아동포르노 영상물을 발견하였더라도 함정수사라는 불법적인 절차에 후속하는 절차에 따른 것이므로, 피고인이 함정수사 이전부터 소지하고 있었던 것이라고 하더라도 위와 같이 수집된 증거는 무효라고 판시하였다.⁸⁸²⁾ 이처럼 프랑스 대법원은 외국의 수사기관이 범죄를 적발하기 위하여 불법 인터넷 사이트를 개설하여 범인의 접속을 유도한 것은 허용되지 않는 함정수사로 보았다.⁸⁸³⁾

879) Serge Guinchard/Jaques Buisson, Procédure pénale, 15^e éd, LexisNexis, 2022, 590면.

880) 예를 들어 Cass. crim., 5 mai 1999, Bull. crim. n°87

881) Rapport annuel 2004 de la Cour de Cassation - La vérité, La documentation française, 2005, 146면.

882) Cass. crim., 7 févr. 2007, n°06-87.753. 및 Cass. crim., 4 juin 2008, Bull. crim. n°141.

883) 사실관계 및 법원의 판단에 대한 자세한 설명으로는 Serge Guinchard/Jaques Buisson, Procédure pénale, 15^e éd, LexisNexis, 2022, 504-505면 참조.

3) 사인이 위법하게 수집한 증거

증거수집의 적법성 원칙은 그 적용에 있어 공권력에 소속된 관리의 경우와 일반 사인의 경우가 달라진다. 즉, 사법경찰관이나 예심판사에게 적법성의 원칙이 엄격하게 적용된다면 사인에게는 원칙적으로 적법성의 원칙은 적용되지 않는다.⁸⁸⁴⁾ 대법원은 2010년 1월 27일의 판결에서 “어떠한 법규정도 법원으로 하여금 사인이 수사기관에 제출한 증거가 불법적이거나 비열한(déloyale) 방식으로 수집되었다는 사유만으로 증거방범을 배척하는 것을 허용하지 않으며, 제427조의 규정을 적용하여 대심적 토론을 거친 후에 그에 대한 증명력을 판단하는 것은 법원의 권한에 속한다.”고 판시한 바가 있다.⁸⁸⁵⁾ 이것은 과거 20년 동안 증거수집의 신의칙은 사인에게는 적용되지 않으며, 대심주의가 준수된 경우에는 증거로 사용할 수 있다는 대법원 판례의 입장을 재차 확인한 것이다. 이처럼 법원은 사인에 의하여 불법적으로 수집된 증거의 경우에도 그에 대한 증명력을 유보하여 증거요소들을 고려할 수 있으며, 다만 다른 소송절차에서 무효가 된 증거에 기초하여 판단하는 것은 허용되지 않는다.⁸⁸⁶⁾ 사인이 위법하게 수집한 증거가 실체판단의 증거로 사용될 수 있는지가 논란이 되는 대표적인 사례는 상대방 몰래 대화를 녹음한 녹음물과 그 녹취서(transcriptions)이다.⁸⁸⁷⁾ 참고로 우리법과 달리 프랑스에서는 사적 대화에 참여하고 있는 당사자라고 하더라도 대화의 상대방 몰래 대화를 녹음하는 행위를 1년 이하의 구금 또는 45,000유로의 벌금에 처하도록 규정하고 있다(형법 제226-1조). 공공기관에 의해 명령될 수 있는 통신감청에 관한 형사소송법 제100-5조의 규정을 벗어나는 변호인과 의뢰인 사이의 대화를 몰래 녹음하는 행위도 마찬가지이다. 따라서 사인이 형벌법규를 위반하여 증거를 수집한 경우에 형사법원에서 증거로 제출되는 것이 허용되더라도 위반행위에 대하여 별도로 처벌을 받을 가능성이 열려 있다.⁸⁸⁸⁾

884) 공권력에 소속된 관리에 의한 위법수사의 문제는 뒤에서 다뤄질 무효절차에서 상술하기로 한다.

885) Cass. crim., 27 janvier 2010, Bull. crim. n°16.

886) Bernard Bouloc, Procédure pénale, 27^e éd, Dalloz, 2019, 875면.

887) 마찬가지로 명예훼손죄로 기소된 피고인이 사실의 적시가 선의에 의한 것이며, 적시된 사실이 진실이라는 것을 증명할 수 있는 증거가 피해자의 무죄추정의 권리를 침해할 소지가 있는 경우에도 증거의 제출이 허용된다. Cass. crim., 11 févr. 2003, n°01-86.696.

888) 이에 대한 자세한 설명으로는 Étienne Vergès/Géraldine Vial/Olivier Leclerc, Droit de la preuve, 2^e éd, PUF, 2022, 692-693면 참조.

대법원은 녹음물 그 자체는 형사소송법 제170조에서 규정하고 있는 예심상의 행위나 증거물에 해당하지 않기 때문에 무효화될 수 없으며, 오히려 대심적으로 토론될 수 있는 증거방법이며 더욱이 녹음물에 대한 녹취서는 단순히 그 내용을 시각화하기 위한 것이므로 무효의 대상이 되지 않는다고 판단하였다.⁸⁸⁹⁾

사인이 수집한 증거와 관련하여 논란이 되는 다른 주제는 이른바 ‘testing’(테스팅)의 허용성에 관한 것이다. 테스팅은 차별행위에 대한 증거수집의 곤란함으로 인하여 영업자 등에게 출신이 다른 여러 사람들을 제시하여 청약 또는 신청을 하도록 한 후 출신에 따라 서로 다른 반응을 기록하여 차별의 현실을 입증하는 것을 말한다.⁸⁹⁰⁾ 신의칙의 측면에서 이러한 증거방법이 적법한 것인지에 대한 문제가 제기되었고, 이에 대해 대법원은 “어떠한 법률상의 규정도 형사법원의 판사에게 당사자가 제출한 증거방법이 오로지 위법적 또는 비열한 방식으로 수집되었다는 이유만으로 이를 배척하는 것을 허용하지 않는다. 형사법원의 판사는 대심적 토론을 거친 후에 그에 대한 증명력을 평가하여야 한다.”판시하면서 ‘테스팅’의 절차가 투명성을 제공하지 않음으로써 증거발견에 필요한 신의칙을 준수하지 않았다는 이유로 위법하다고 선언하면서 방어권을 침해하고 공평한 재판을 받을 권리를 침해하였다고 판단한 고등법원의 판결을 파기하였다.⁸⁹¹⁾

4) 수사기관이 관련된 사인의 위법한 증거수집 행위의 특수문제

프랑스 대법원은 일관되게 형사소송 이외의 분야에서 사인이 위법하거나 비열한 절차를 통하여 수집된 증거들을 허용하지 않았으며, 이러한 입장은 2011년 대법원 전원합의체 판결⁸⁹²⁾을 통하여 재확인되었다.⁸⁹³⁾ 하지만 형사법원은 사인이 제출한 증거방법이 공권력이 직접 또는 간접적으로 개입이 되었는지를 확인한다. 1996년 대법원 판결⁸⁹⁴⁾은 공권력을 대표하는 자가 은밀한 방식으로 구체적인 정보를 제공하

889) Cass. crim., 31 janv. 2012, n°11-85.464.

890) Serge Guinchard/Jaques Buisson, Procédure pénale, 15^e éd, LexisNexis, 2022, 510면.

891) Serge Guinchard/Jaques Buisson, Procédure pénale, 15^e éd, LexisNexis, 2022, 510면.

892) Cass. ass. plén. 7 janv. 2011, n-09.14.667, Bull. ass. plén, n1.

893) Bernard Bouloc/Haritini Matsopoulou, Droit pénal général et procédure pénale, 21^e éd, Sirey, 2018, 328면.

894) Cass. crim., 27 févr. 1996, Bull. crim. n93.

거나 도움을 제공함으로써 사인을 매개로 행위를 한 경우에 그러한 행위는 증거의 신의칙을 위반한 것이므로 무효의 대상이 된다고 판단하였다. 이후 대법원은 예심판사의 승인을 받아 예심대상자의 구금장소에서 은밀하게 이루어진 대화를 녹음한 것은 증거수집이 비열한 절차를 구성하는 계략으로 특정될 수 있는 공권력의 적극적 행위가 없이 이루어진 것이므로 증거수집의 신의칙을 침해하지 않는다고 판단하였다.⁸⁹⁵⁾ 그런데 최근의 판례는 수사기관의 계략이 개입된 경우에도 수사기관의 절차위반의 내용과 정도를 검토하여 증거의 허용여부를 판단해야 한다는 다소 관대한 입장을 취하였다.⁸⁹⁶⁾ 예를 들어, 2019년 대법원 전원합의체 판결은 범죄를 적발하거나 범인의 신원을 밝히기 위하여 공권력의 관리에 의해 사용된 계략은 그 자체로 증거의 신의칙에 반하지 않는다고 전제하면서, 절차 규칙의 우회 또는 남용에 의하여 피의자 또는 피고인의 핵심적 권리 또는 기본권 보장에 대한 침해를 가져오는 것을 목적으로 하거나 그러한 결과를 발생시키는 계략만이 금지된다고 보았다.⁸⁹⁷⁾

나. 전문증거

전문증거는 통상 직접 체험자의 진술이 서면의 형태로 법정에 제출되거나 타인의 구두진술의 형태로 법정에서 현출되는 증거를 의미한다. 좁은 의미의 전문증거는 후자의 형태인 전문진술을 의미하지만 넓은 의미에서 서면의 형태와 구술의 형태를 모두 포함한다. 프랑스 형사법령에서 전문증거(preuve par ouï-dire)를 지칭하는 용어나 그 개념을 찾기 어렵다. 학계 일부에서 비교법적인 차원에서 전문증거에 대하여 소개하고 있지만⁸⁹⁸⁾ 통상 전문서류가 아닌 전문진술로 논의가 한정된다. 프랑스 법에서 전문증거에 대한 논의가 이루어지지 않는 이유는 프랑스 증거법의 특징에서 찾을 수 있다. 우리 법에서 전문증거가 주로 증거능력의 차원에서 논해지고 있다면 증거자유 원칙을 따르고 있는 프랑스 법에서 그 논의의 실익이 작다고 하겠다. 전문증거가 통상 전문서류와 전문진술로 구분되는 체계를 따른다면 프랑스에서 전문증거는 서면

895) Cass. crim., 14 avr. 2015, n14-87.914.

896) 이에 대한 구체적 설명으로는 Serge Guinchard/Jaques Buisson, Procédure pénale, 15^e éd, LexisNexis, 2022, 508-510면 참조.

897) Cass. ass. plén. 9 déc. 2019, n-18.86.767.

898) Jean Pradel, Droit pénal comparé, 4^e éd, Dalloz, 2016, 303-3012면.

증거(preuve par écrit)와 간접증언(témoignage indirect)으로 구분되어 접근될 수 있다. 다만 우리 법에서 진술을 기재된 각종의 조서도 전문서류에 포함되어 증거능력의 문제가 다루어지는 것과 달리 프랑스 법에서 조서는 기본적으로 전문서류로 취급되지 않는다는 점에 유의해야 한다.⁸⁹⁹⁾ 이는 직권주의 소송구조하에서 조서의 작성주체가 사법경찰관이며, 검사와 예심판사 등 사법관이 수행하는 소송행위(신문, 진술청취, 압수수색 등)는 법원에 소속된 법원서기(greffier)가 작성을 하므로 조서의 진정성이나 공신력의 문제는 특별히 발생하지 않기 때문이다.

다만 형사소송법 제429조의 규정에 따라 조서의 형식은 적법하여야 하며, 작성주체가 직접 직무수행 과정에서 자신의 권한에 속하는 사항에 대하여 개인적으로 듣고 본 것을 기재하여야 한다. 조서에 피해자나 목격자의 진술이 기재된 경우에 제427조가 규정하고 있는 대심주의의 원칙에 따라 대심적 토론을 거쳐야 하므로 원진술자는 법정에 출석하는 것이 원칙이다. 하지만 경찰법원이나 경죄법원에서 증인이나 감정인이 직접 출석하는 경우는 다소 예외적이며 복잡한 사안의 경우에 출석이 이루어진다.

공판기일에서 사건관계인의 진술이 기재된 서류(조서 포함)는 법정에서 낭독될 수 있다. 특히 수사 또는 예심에서 피고인의 진술을 기재한 조서는 전체 또는 일부가 낭독될 수 있으며, 불출석 증인의 진술조서(procès-verbaux d'audition)와 불출석 감정인의 감정보고서에 대한 낭독이 행해질 수 있다.⁹⁰⁰⁾ 피고인신문 및 증거조사의 방식과 관련하여 소환된 증인이 출석한 때에는 재판장은 구두주의 원칙에 따라 증인이 법정에서 진술하기 이전에는 당해 증인의 진술이 기재된 조서를 낭독할 수 없다. 이러한 금지는 대질조서, 입장조서, 현장입장조서, 증인으로 출석한 사법경찰관의 수사보고서, 출석하였으나 아직 증언을 하지 않은 증인의 진술을 기재한 설명문이 포함된 사진 등과 같이 출석한 증인의 진술을 포함하거나 인용하는 소송서류의 낭독 또는 열람(communication)에까지 확대된다. 종합하면 피고인의 진술 또는 증인의

899) 프랑스 형사법 분야의 저명한 학자인 Jean Pradel 교수는 영미법계의 국가들과 일부 대륙법 국가에서 경찰의 피의자신문조서를 포함하여 법정에서 증인으로서 진술하지 않는 자의 서면상의 주장이 넓은 의미의 전문증거에 포함된다고 하면서 이는 유럽 대륙법계의 법률가들에 매우 특이한 것이라고 평가를 하였다. Jean Pradel, Droit pénal comparé, 4^e éd, Dalloz, 2016, 304면.

900) Henri Angevin, La pratique de la cour d'assises, LexisNexis, 6^e éd, 2016. 214면.

진술이 기재된 서류는 법정에서 원진술자가 진술을 한 후에 그 서류를 낭독하는 것이 허용되며, 불출석의 경우에도 낭독이 허용된다.⁹⁰¹⁾ 다만 불출석의 경우에 진술이 기재된 서류는 참고자료로 사용될 뿐 피고인의 유죄를 입증하는 직접적인 증거로 사용될 수 없다.

수사기관이나 사법관(검사, 예심판사)이 작성한 조서가 아닌 일반 사인이 작성한 서면증거는 증거물로서 취급되며 증거자유주의에 따라 원칙적으로 자유롭게 제출된다. 다만 형사소송법 제432조가 규정하고 있는 피고인과 변호인 사이에 주고받은 서신(correspondance)에서 비롯된 서면증거는 제외된다. 반면에 검사 이외의 사적 당사자는 이러한 서신을 자유롭게 제출할 수 있다.⁹⁰²⁾ 대심주의에 따라 진술이 기재된 서면증거가 제출된 경우 사전에 열람 및 등사가 허용되어야 하며, 변론 중에 토론을 거쳐야 하므로 원칙적으로 원진술자의 출석을 요한다. 반대신문권 또는 대면신문권의 보장이라는 관점에서 타인의 진술이 기재된 서면증거만을 근거로 유죄를 인정하는 것은 허용되지 않는다. 전문진술의 형태를 취하는 간접증언은 동일한 원리에 따라 유죄를 입증하는 증거로 사용될 수 없다.

다. 자백(aveux)⁹⁰³⁾

증거자유 원칙에 따라 자백도 다른 증거방법과 마찬가지로 유죄를 근거 짓는 증거의 요소(les éléments de preuve)가 될 수 있다.⁹⁰⁴⁾ 자백의 증거법적 문제는 우리 법의 관점에서 고문 등 강압적 방법에 의하여 획득된 자백이 피고인에 대한 유죄의 증거로 사용될 수 없다는 이른바 ‘자백배제의 법칙’의 측면과 피고인의 자백이 유일한 증거가 되는 경우 이를 근거로 유죄판결을 할 수 없다는 ‘자백보강의 법칙’의 측면으로 구분하여 살펴볼 필요가 있다.

901) Étienne Vergès/Géraldine Vial/Olivier Leclerc, Droit de la preuve, 2^e éd, PUF, 2022, 631-632면.

902) Juris-Classeur, procédure pénale Art. 427 à 457, n°61.

903) « reconnaissance devant la police ou l'autorité judiciaire, par une personne soupçonnée ou poursuivie, de l'exactitude de tout ou partie des faits qui lui sont reprochés », Gérard Cornu, Vocabulaire juridique, 7^e éd., PUF, 2005, 98면.

904) Cass. crim., 18 décembre 1969, Bull. crim. n°352.

1) 자백배제의 법칙

증거수집을 위하여 신체적이든 정신적이든 여하한 형태의 폭력 행사는 어떠한 필요성에 의해서도 정당화될 수 없으며 절대적으로 금지된다. 이러한 금지는 공권력에 속한 관리뿐만 아니라 사인에 의한 증거수집에 있어서도 동일하게 적용된다. 초기에 인간의 존엄성(*la dignité humaine*)은 법의 일반원칙에 의해 보호되었지만 장차 유럽인권협약 제3조에 의해 보호받게 되었으며, 이 조항에 따르면 인간의 존엄성에 반하는 처우를 받지 않을 권리는 테러리즘 및 조직범죄의 경우를 포함하여 형사상 증거수집에 있어서 모든 폭력에 대한 절대적 금지를 의미한다.⁹⁰⁵⁾ 따라서 순수한 고문에 해당하지 않더라도 휴식 없이 비정상적으로 피의자신문을 연장하는 등의 정신적 폭력을 행사하거나 자백을 얻어내기 위하여 거짓말탐지기, 최면분석과 같은 과학적 수사기법을 동원하는 것은 허용되지 않는다.⁹⁰⁶⁾ 국내법에서 최면수사가 수사실무상 허용되는 것과 달리 프랑스에서는 허용되지 않는다. 프랑스 대법원은 최면수사를 통하여 용의자의 자동차번호를 회상하도록 한 수사기법이 적법하다고 판단한 하급심 판결에 대하여 비록 관련인의 동의를 얻어 최면수사가 이루어졌다고 하더라도 증거수집에 관한 법규정을 위반함으로써 방어권을 침해한다고 보아 파기하였다.⁹⁰⁷⁾

유럽인권재판소는 유럽인권협약 제6조가 증거법체계에 대하여 규율하고 있지 않지만 국내법원이 고문의 금지에 관한 유럽인권협약 제3조⁹⁰⁸⁾의 규정에 반하는 처우에 의해서 획득된 증거를 소송절차에서 사용하는 것은 유럽인권협약 제6조 제1항을 위반하여 소송의 공평성을 침해한다고 판단하였다.⁹⁰⁹⁾ 아울러 유럽인권재판소는 최근 판례에서 진술거부권의 불고지, 변호인으로부터 조력을 받을 권리 등의 고지를 받지 못하는 등 방어권을 침해하는 방법으로 행해진 비공식적 신문절차에서 획득된 자백을 주된 근거로 하여 수사 초기부터 불리한 위치에 놓여 있는 피고인에 대하여 유죄를 선고하는 것은 전체적으로 소송의 공평성을 침해한다고 판단하였다.⁹¹⁰⁾

905) Serge Guinchard/Jaques Buisson, *Procédure pénale*, 15^e éd, LexisNexis, 2022, 498-499면.

906) Serge Guinchard/Jaques Buisson, *Procédure pénale*, 15^e éd, LexisNexis, 2022, 498-499면.

907) Cass. crim., 12 décembre 2000, Bull. crim. n°369; 같은 취지로 Cass. crim., 28 novembre 2001, Bull. crim. n°248.

908) Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants.

909) Serge Guinchard/Jaques Buisson, *Procédure pénale*, 15^e éd, LexisNexis, 2022, 500-501면.

2) 자백보강의 법칙

구체제의 형사재판에서 자백은 증거의 여왕으로서 최고의 증거로 간주되었기 때문에 규문판사나 법원은 자백을 얻어내려고 노력하였으나, 오늘날 다른 증거방법들과 마찬가지로 증거요소 중 하나에 불과하다. 형사소송법 제428조는 “자백이 모든 증거요소와 마찬가지로 판사의 자유로운 평가에 맡겨진다.”라고 규정하고 있다. 따라서 판사는 피고인의 자백을 배척할 수도 있으며 유죄의 증거로 채택할 수도 있다. 자백은 절대적 성격이 없으며 그 주체가 철회할 수 있다. 판례에 따르면 자백은 변론종결시까지 언제든지 철회될 수 있으며, 반면에 그러한 철회의 가치에 대해서는 판사가 독자적으로 판단한다.⁹¹¹⁾

우리 법의 태도와 마찬가지로 피고인의 자백만으로 유죄판결을 할 수 있는지가 프랑스 법에서도 논란이 된다. 프랑스 형사소송법은 명시적으로 자백보강의 법칙에 관한 규정을 두고 있지 않다. 따라서 제428조의 규정만을 놓고 보면 자백만으로 유죄를 인정할 여지가 있다. 하지만 명시적 규정의 부재에도 불구하고 판례에 따르면 우리법의 자백보강의 법칙과 유사하게 자백은 신빙할 만한 정황이 있거나 다른 징표에 의해 보강되는 경우에 심증의 자료로서 채택될 수 있다.⁹¹²⁾

자백의 증거법상의 지위에 관련하여 2011년 4월 14일의 법률은 유럽인권재판소의 판결 등에 영향을 받아 경찰유치(la garde à vue)의 체계에 대한 중대한 개혁을 단행하였다. 경찰유치된 피의자에 대한 변호인의 접견권과 조력권이 크게 강화되었으며, 더불어 형사소송법 모두조문 III 제8항⁹¹³⁾은 경찰유치된 피의자가 변호인과 접견을 할 수 없었으며 변호인의 조력을 받지 못한 경우에 그의 진술만으로 유죄를 선언할 수 없다는 것을 규정하였다.⁹¹⁴⁾ 이 규정의 해석과 관련하여 수사기관이 변호인의

910) CEDH 11 mai 2023, Lalik c/ Pologne, n° 47834/19;

<https://www.dalloz-actualite.fr/flash/aveux-recueillis-en-violation-des-droits-de-defense-et-meconnaissance-du-proces-equitable> (최종검색: 2023. 10. 5.)

911) Cass. crim., 18 décembre 1969, Bull. crim. n°352.

912) Bernard Bouloc, Procédure pénale, 27^e éd, Dalloz, 2019, 128면; Crim., 6 décembre 2011, Bull. crim. n°247.

913) En matière criminelle et correctionnelle, aucune condamnation ne peut être prononcée contre une personne sur le seul fondement de déclarations qu'elle a faites sans avoir pu s'entretenir avec un avocat et être assistée par lui.(중죄 및 경죄 분야에서 어떠한 유죄판결도 변호인의 접견 없이 그리고 변호인의 조력 없이 행해진 자신의 진술을 유일한 근거로 유죄판결을 선고할 수 없다.)

접견을 실제로 실현시켜야 하는 것은 아니며 그 수단을 제공하면 족하다. 만일 피의자가 변호인의 동석을 거부한 경우라면 경찰유치 동안 행해진 자백만을 유일한 근거로 유죄판결을 선고할 수 없다.⁹¹⁵⁾ 형사소송법 모두조문 III 제8항의 규정을 반대해석하면 변호인과의 접견의 기회가 부여되고 변호인의 조력을 받아 진술을 행해진 때에는 그 진술, 즉 자백만으로도 피고인의 유죄를 인정할 수 있게 된다. 이때 변호인과의 접견과 변호인의 조력은 선택적인 것이 아니라 모두 충족되어야 한다. 따라서 만일 피의자가 변호인의 참여를 거부하여 조력을 받지 못하였다면 피의자의 자백만을 근거로 유죄판결을 할 수 없게 된다.⁹¹⁶⁾

자백이 유효하려면 형사소송법 제429조⁹¹⁷⁾가 규정하는 것과 같이 적법한 절차와 방식에 따라 조서에 기재되어야 한다. 따라서 피의자가 사법경찰관에게 개인적으로 행한 진술을 후에 사법경찰관이 조서에 기록한 경우에 자백으로 볼 수 없다.⁹¹⁸⁾ 또한 제략에 의하여 자백이 이루어진 경우에 경찰유치 자체가 무효가 될 뿐만 아니라 결과적으로 자백 자체도 무효가 된다.⁹¹⁹⁾ 우리 형사절차에 없지만 플리바기닝의 구조를 취하고 있는 유죄인정조건부출석(Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité) 절차와 관련하여 요건의 불비로 최종적으로 불성립된 경우에 피고인이 유죄를 인정한 사실을 근거로 통상재판에서 유죄판결을 하는 것은 허용되지 않는다.⁹²⁰⁾

법원은 자백의 정확성에 대하여 신중하게 확인하여야 하며, 자백은 다른 증거(보강 증거)에 의해 확인되어야 한다. 자백이 다른 사람을 보호하기 위한 목적으로 또는 자신에 대한 관심을 끌기 위해 이루어질 수 있기 때문이다.⁹²¹⁾ 따라서 판사는 자백에 구속되지 않으며 철회된 자백을 근거로 유죄판결을 할 수 있으며, 반대로 철회되지 않은 자백을 근거로 유죄판결을 할 수 있다. 또한 민사소송의 원리인 자백의 불가분성

914) Bernard Bouloc, Procédure pénale, 27^e éd, Dalloz, 2019, 128면.

915) Cass. crim., 11 mai 2011, Bull. crim. n°97 ; Cass. crim., 17 mars 2015, Bull. crim. n°54.

916) Cass. crim., 11 mai 2011, Bull. crim. n°97.

917) tout procès-verbal ou rapport n'a de valeur probante que s'il est régulier en la forme, si son auteur a agi dans l'exercice de ses fonctions et a rapporté sur une matière de sa compétence ce qu'il a vu, entendu ou constaté personnellement

918) Cass. crim., 5 mars 2013, Bull. crim. n°56.

919) Cass. Ass. plén., 6 mars 2015, Bull. crim. Ass. plén., n°2.

920) Cass. crim., 17 septembre 2008, n°08-80.858.

921) Bernard Bouloc, Procédure pénale, 27^e éd, Dalloz, 2019, 128면.

과 반대로 자백의 일부만을 채택할 수 있다.⁹²²⁾

4. 무효절차(la nullité)⁹²³⁾

가. 무효절차의 이론적 체계

1) 무효의 개념과 법적 근거

프랑스의 무효절차에 대해서는 우리나라에 일부 소개되었으나 학계의 관심을 받고 있지 못하다. 무효절차는 쉽게 이해하면 우리 법에서 위법하게 수집된 증거에 대하여 증거능력을 부정하여 증거로 사용될 수 없도록 하는 위법수집증거배제의 법리와 수사기관의 일정한 처분에 대하여 그 위법성을 이유로 처분의 취소 또는 변경을 구하는 수사상 준항고 절차를 결합한 형태의 독립적인 절차로 설명될 수 있다. 프랑스는 이미 1810년 치죄법에 공판절차와 관련하여 몇 가지 무효사유를 두고 있었으며, 1958년 형사소송법은 이전의 판례를 통하여 인정되었던 예심행위에 대한 무효체계를 명문화하였다.⁹²⁴⁾ 무효는 소송행위의 유효성 요건을 준수하지 않은 것에 대하여 행위 자체뿐만 아니라 그로 인해 파생된 결과에 대하여 법률상의 효력을 제거함으로써 적법성을 담보하는 장치로서 기능하게 된다. 무효가 된 행위는 성립하지 않았던 것으로 간주되지만 무효절차를 통하여 법원의 판단을 받아야 한다는 점에서 법률행위가 성립한 때부터 특별한 의사표시를 하지 않더라도 법률상 당연히 효력이 없는 것으로 확정된 것으로 설명되는 우리 법의 무효 개념과는 다소 차이가 있다.

프랑스 형사소송법상 무효에 대한 개념과 무효체계에 대한 규정은 존재하지 않으며, 판례와 학설을 통하여 형성되었다. 무효절차에 관한 근거는 형사소송법 제802조와 제170조 이하에서 찾을 수 있다. 제802조가 형사절차 전반에 걸치는 규정이라고 한다면, 제170조 이하의 규정은 예심절차에만 적용되는 규정이라고 하겠다.

922) Bernard Bouloc/Haritini Matsopoulou, Droit pénal général et procédure pénale, 21^e éd, Sirey, 2018, 320면.

923) 이하의 내용은 김택수, “프랑스법상 무효절차에 의한 증거배제에 관한 연구”, 비교형사법연구 제18권 제1호, 한국비교형사법학회, 2016, 85-110면의 내용을 수정, 정리한 것임.

924) 이에 대한 소개로는 김택수 “프랑스법상 무효절차에 의한 증거배제에 관한 연구”, 비교형사법연구 제18권 제1호, 한국비교형사법학회, 2016, 87면.

형사소송법 제802조는 “법률에 의하여 무효의 제재로써 부과되는 형식의 위반 또는 실질적 형식의 미준수의 경우에 무효의 청구를 받거나 직권으로 그러한 절차위반을 심사하는 대법원을 포함한 모든 법원은 절차위반이 관련 당사자의 이익을 침해하는 효과를 가져오는 경우에 한하여 무효를 선언할 수 있다.”고 규정하고 있다. 또한 제171조는 “형사소송법 및 다른 형사절차에 관한 규정에 명시된 실질적 형식의 위반이 관련 당사자의 이익을 침해하는 때에는 무효이다.”라고 규정하고 있다. 이처럼 무효절차의 체계를 이해하기 위해서는 제802조 및 제170조 이하의 규정들에 대한 종합적 분석이 필요하다.⁹²⁵⁾

2) 무효사유의 유형

(1) 법정무효와 실질무효

무효의 사유에 대하여 형사소송법은 개별조문에서 직접 규정하는 방식을 취하고 있다. 증거수집과 관련하여 무효사유가 명시된 수사 및 예심행위의 예로는 가택수색, 신체수색 및 압수에 관한 규정(제56조, 제56-1조, 제57조, 제59조⁹²⁶⁾, 제95조, 제96조, 제706-28, 32, 35, 92, 93조), 불심검문(제78-3조), 국회의원 및 변호사에 대한 통신감청(제100-5조, 제100-7조), 잠입수사(제706-81조 및 제706-83조) 등이 있다. 이처럼 법률에 명시된 경우를 법정무효(nullité textuelle)라고 부른다. 그러나 무효가 형사소송법이나 특별법에 명시되어 있지 않더라도 판례상 당사자의 본질적 이익을 보호하기 위하여 무효사유로 인정되는 경우가 있다. 이 경우를 실질무효(nullité substantielle)라고 부른다. 판례에서 인정되는 실질무효의 사유에는 ‘법의 일반원칙’, ‘수사의 신의칙(loyauté)’, ‘방어권의 보장’ 등의 위반이 있으며, 특히 유럽인권협약 제6조 제1항이 보장하고 있는 ‘공정한 재판을 받을 권리’의 위반이 포함된다. 법정무효의 사유는 통상 형사소송법 규정에 ‘무효의 제재로써’(à peine de nullité)라는 문구를 표기하는 방식을 따른다. 강학상 두 개념이 구분되고 있지만 무효의 사유가 형사소송법 등에

925) François Fourment/Eric Camous, Procédure pénale, 15^e éd, Paradigme, 2021, 34면.

926) 예를 들어 현행범수사에 있어서 가택방문 및 수색에 관한 조항인 프랑스형소법 제59조 제3항은 “제56조, 제56-1조, 제57조 및 본조에 무효의 제재로서 요구되는 형식”이라는 표현을 사용하고 있다.

명시적으로 규정되어 있지 않더라도 고등법원 예심부와 판결법원은 무효여부를 판단할 수 있으므로 실제로 이 두 개념을 구분할 뚜렷한 실익은 없다. 유의할 점은 당사자가 항고를 할 수 있는 소송행위, 특히 구속과 관련한 결정이나 구속을 대체하는 사법통제에 대한 결정에 대하여는 무효절차가 적용되지 않는다.⁹²⁷⁾

(2) 공적질서무효와 사적질서무효

법정무효와 실질무효의 개념구분에도 불구하고 당해 절차가 무효인지를 판단함에 있어서 더욱 중요한 기준으로 작용하는 것은 형사소송법 제802조와 제171조에서 명시하고 있는 것과 같이 절차위반이 ‘관련 당사자의 이익을 침해(atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne)’하였는지의 여부이다. 즉, 법정무효사유와 실질무효사유에 공통적으로 요구되는 조건에 해당한다. 무효사유를 명시적으로 규정하고 있는 개별조문에 대한 해석은 일응 해당 절차위반의 경우 자동적으로 법원은 무효를 선언해야 할 것처럼 보이지만 실제로는 절차위반이 당사자의 이익을 침해하였다는 것을 입증해야 하는 것으로 귀결되며 이러한 무효사유를 사적질서무효(nullité d'ordre privé)라고 부른다. 반대로 이와 대비되는 개념으로서 당사자가 이익침해를 입증하지 않더라도 절차위반의 공적 성격으로 인하여 당연히 무효가 되는 공적질서무효(nullité d'ordre public)라는 개념이 도출된다. 형사소송법 규정은 공적질서 또는 사적질서라는 용어를 사용하고 있지 않지만, 판례는 ‘공적질서’라는 개념을 통하여 일정한 절차위반에 대하여 당사자로부터 무효청구를 받지 않더라도 직권으로 무효를 선언해야 한다는 입장을 취하고 있다. 공적질서가 아닌 사적질서와 관련된 경우에 관련 당사자는 무효청구의 권리를 포기할 수 있으며, 이 경우 변호인의 참여가 필요하다(제172조).

공적질서무효는 다시 혐의의 공적질서무효와 공적질서에 준하는 무효로 세분되며, 전자는 법원의 권한, 조직, 구성 및 불복장치의 형식과 기간에 관한 것들이 해당되며, 후자는 방어권의 침해를 가져오는 절차상의 권리보장을 위반한 경우이다. 예를 들어 피고인이 공판심리에서 최후진술권을 가져야 한다는 원칙의 위반이나 경찰유치(garde à vue)와 관련한 진술거부권을 포함한 권리고지,⁹²⁸⁾ 유치기간의 연장 위반

927) Bernard Bouloc/Haritini Matsopoulou, Droit pénal général et procédure pénale, 21^e éd, Sirey, 2018, 540면.

928) Cass. crim., 17 janvier 2012, Bull. crim. n°15.

등이 여기에 해당한다.⁹²⁹⁾ 그러나 학설과 판례는 어떠한 절차규정이 공적질서에 관련 된 것인지에 대한 명백한 기준을 제시하고 있지 못하며 일관적이지 못한 문제점을 보여주고 있다. 부수적으로 사적질서와 관련된 무효에 있어서 절차위반으로 인하여 직접적으로 이익의 침해를 받은 자가 아닌 제3자가 무효를 주장할 수 있는지에 대한 논란이 발생하는데 2012년 대법원은 과거의 입장을 반복하여 당해 소송행위로 인하여 이익의 침해가 발생하더라도 제3자는 무효를 주장할 수 없다고 판시하였다.⁹³⁰⁾

나. 무효절차의 절차적 체계

1) 무효절차의 방식

(1) 청구에 의한 방식

형사소송법 제170조는 예심행위에 대한 무효청구의 주체를 예심판사, 지방검찰청 검사장, 당사자 및 조력참고인(témoin assisté)으로 규정하고 있다. 아울러 제173조는 각 주체별 구체적 청구절차를 규정하고 있다. 먼저 예심판사는 지방검찰청 검사장의 의견을 들은 후 당사자들에게 통보한 후에 무효청구를 할 수 있으며(제173조 제1항), 지방검찰청 검사장은 무효사유에 해당하다고 판단하는 경우 예심판사에게 소송서류에 대한 송부를 요구하고 무효청구를 한 후 당사자에게 통보한다(제2항). 사적당사자인 예심대상자, 조력참고인, 사소당사자는 이유를 기재한 무효청구서를 법원서기국에 제출한다(제3항). 사적당사자의 무효청구는 고등법원 예심부장의 형식심사를 거쳐야 하며, 예심부장은 청구요건이 갖춰지지 않은 경우에 기각할 수 있다(제5항).

형사소송법 제174조 제1항은 고등법원 예심부(la chambre de l'instruction)가 제173조 또는 제221-3조에 근거하여 무효청구를 받은 때에는 모든 무효원인이 제시되어야 한다고 규정하고 있다. 즉, 무효를 청구하는 자는 무효청구를 하는 때에 절차위반의 행위들에 대한 무효청구를 일괄적으로 제기하여야 하며, 이를 분리하여 무효청구를 할 수 없다.

929) Serge Guichard et Jaques Buisson, Procédure pénale, LexisNexis, 15éd., 1318면.

930) Cass. crim., 14 fév. 2012, n°11-84694.

(2) 직권에 의한 방식

제173조에서 열거하는 주체들이 무효를 청구하는 경우 일괄청구를 하여야 한다는 원칙은 고등법원 예심부가 직권에 의하여 예심행위에 대하여 무효를 선언하는 데에 장애가 되지 않으며, 청구가 되지 않더라도 무효원인을 발견한 때에는 무효를 선언할 수 있다. 고등법원 예심부에 의한 직권판단은 무효청구를 받지 않더라도 예심종결명령에 대한 항고나 예심절차에 대한 통제를 위하여 개입해야 하는 상황⁹³¹⁾에서 행해질 수 있다(제206조).⁹³²⁾ 다만 예심부의 직권에 의한 판단이 의무사항인지 아니면 재량사항인지에 대하여는 학계의 입장이 나뉜다.⁹³³⁾

2) 무효청구의 기간 및 제한

프랑스 형사소송법은 무효청구의 남발을 억제하기 위한 여러 장치를 두고 있다. 먼저, 형사소송법 제173-1조는 예심대상자에 대한 최초신문과 사소당사자(조력참고인 포함)의 최초진술 이전의 행위에 대한 무효청구는 최초신문 또는 최초 진술일로부터 6개월 이내에 하도록 규정하고 있으며, 동일한 방식으로 이후의 신문 또는 진술 사이에 발생한 무효원인에 대하여도 당해 신문 또는 진술일로부터 6개월 이내에 청구하도록 규정하고 있다. 따라서 이 기간을 경과하면 당사자들은 더 이상 무효청구를 할 수 없다. 다음으로, 형사소송법 제174조 제1항은 무효청구를 함에 있어서 절차무효에 관한 모든 원인들이 일괄적으로 제시될 것을 요구하면서, 무효의 사유를 몰랐던 경우를 제외하고 수리가 불가능하다고 규정하고 있다. 따라서 어느 하나의 행위에 대한 무효청구는 원칙적으로 다른 행위들의 절차상의 하자를 치유하는 효과를 발생시킨다. 이에 따라 무효를 주장하는 당사자들(예심판사와 검사는 제외)은 청구일에 인식할 수 있는 모든 무효의 원인들에 대하여 권리를 주장하여야 한다.⁹³⁴⁾ 문제는 어느

931) 제221-3조는 예심대상자가 구속된 상태에서 3개월이 경과하였으나 종결되지 않은 경우에 예심부가 전체 소송서류를 검토할 수 있도록 규정하고 있다.

932) 제206조 제2항 예심부는 심사의 대상이 되는 절차들의 적법성에 대한 심사를 하며, 무효원인을 발견한 경우 행위에 대한 무효 및 경우에 따라 후속절차의 전체 또는 일부에 대하여 무효를 선언한다.

933) Serge Guichard/Jaques Buisson, *Procédure pénale*, 15^e éd., LexisNexis, 2022, 1317면.

934) Bernard Bouloc/Haritini Matsopoulou, *Droit pénal général et procédure pénale*, 21^e éd, Sirey, 2018, 542면.

일방의 당사자가 무효를 청구하면 치유메카니즘에 따라 다른 당사자들을 개입시키며 이들도 인식할 수 있는 모든 하자 있는 행위들의 무효를 주장하여야 한다는 것이다. 이를 위반하여 나중에 무효청구가 제기되면 청구는 기각된다.⁹³⁵⁾ 마지막으로 고등법원 예심부에 의한 무효판단의 시행여부는 당해 사건이 예심절차를 거쳤는지의 여부에 따라 결정된다. 중죄와 복잡한 경죄의 경우에 통상 예심을 거치므로 수사 및 예심절차에서 발생한 절차위반에 대하여는 예심종결 이전에 무효청구를 하여야 하며(제175조 제2항), 공판회부결정 이후의 단계에서 판결법원에 무효청구를 하는 것은 허용되지 않는다. 구체적으로 당사자가 예심종결 의견에 대한 통지를 받은 때로부터 예심대상자가 구속된 때에는 1개월, 불구속된 때에는 3개월 이내에 무효청구를 하지 않으면 수리될 수 없다(제175조 제3항). 따라서 이 기간을 경과하면 절차의 하자는 치유되며 더 이상 무효를 주장할 수 없다. 무효청구의 기간을 경과하거나 무효청구를 통한 예심부의 판단은 이전에 행해진 모든 예심행위들의 하자를 치유하는 효과는 가져오며 이는 증거법상 중요한 의미가 있다. 이후의 공판절차에서 절차위반을 이유로 예심행위나 소송서류의 무효가 주장되더라도 법원은 이를 증거에서 배제할 수 없으며 결국 유무죄의 판단 자료로 사용될 수 있게 된다.

이와 달리 예심을 거치지 않은 경죄와 위경죄에 대하여는 경죄법원 또는 경찰법원이 무효여부에 대한 판단을 하게 된다. 즉, 경죄분야에서 예심판사 또는 예심부로부터 공판회부 결정에 의해 사건을 맡게 된 경우를 제외하고 경죄법원이 절차의 무효를 확인할 권한이 있다(제385조). 이 경우 무효항변은 실체에 대한 방어에 들어가기 이전, 즉 공판심리의 초기인 인정신문 및 공소장낭독 후에 제시되어야 하며, 범죄사실에 대한 피고인신문 과정에서 제시되는 경우 수리가 불가능하다.⁹³⁶⁾ 다만 법원은 무효항변에 대하여 즉각적인 결정이 요구되지 않는 한 실체심리와 병합하여 판단한다(제459조). 경죄법원에 적용되는 무효절차의 규정들은 경찰법원에서의 절차에 준용된다(제522조).

3) 고등법원 예심부에서의 절차

예심절차에서의 무효청구에 대한 재판은 고등법원 예심부의 권한에 속한다. 무효청

935) Jean Pradel, Procédure pénale, 14e éd, Cujas, 2008, 742면.

936) Jean Pradel, Procédure pénale, 14e éd, Cujas, 2008, 818면.

구를 제기하고자 하는 관련 당사자는 이유를 명기한 청구서를 예심부 서기과에 제출하여야 한다. 예심대상자가 구금된 경우에 교정시설의 장에게 청구서를 제출할 수 있으며, 교정시설의 장은 지체 없이 원본 또는 사본을 여하한 방법을 통하여 예심부 서기과에 송부한다. 고등법원 예심부에서의 심리는 대심적으로 진행되며 당사자 및 변호인들에 대하여 최소 5일의 유예기간을 두고 소환한다. 변호인과 사소당사자에게 열람 및 등사가 허용된다. 원칙적으로 당사자들은 심리에 출석하지 않으나 신청에 의하여 출석할 권리를 갖는다. 다만 심리는 원칙적으로 비공개이다.⁹³⁷⁾

4) 무효의 대상 및 효과

(1) 무효의 대상과 범위

형사소송법 제170조는 “모든 분야에서 예심부는 예심 중에 예심판사, 지방검찰청 검사장, 당사자들 또는 조력참고인에 의해 소송행위 또는 소송서류의 무효를 구하는 청구를 받는다.”고 규정하고 있다. 이 규정에 따르면 무효청구의 대상은 예심행위 또는 소송서류로 한정된다. 하지만 예심판사에 의해 직접 수행되는 예심행위(예심대상자에 대한 신문, 증인에 대한 진술청취, 압수수색, 현장임장 등)가 주된 대상이 되지만 예심판사의 촉탁을 받아 사법경찰관이 수행하는 위임수사도 포함되며, 예심의 범주를 벗어나는 예비수사 및 현행범 수사에서 개별 수사행위도 대상이 된다.⁹³⁸⁾ 무효의 대상을 예심행위에 한정시키지 않고 그 결과물인 소송서류를 포함시키는 것은 증거법의 관점에서 볼 때 중요한 의미를 갖는다. 우리 법의 수사상 준항고 절차와 유사하게 취소된 행위로부터 수집된 증거를 무효화시켜 증거로 제출될 수 없도록 한다. 그런데 무효의 효과가 미치는 예심행위 및 소송서류의 범위에 대하여 의문이 생길 수 있다. 이와 관련하여 형사소송법 제174조 제2항 및 제206조 제2항은 예심부가 절차를 위반한 예심행위 또는 소송서류의 전체 또는 일부로 제한하여 무효화할 것인지, 아니면 후속하는 소송행위의 전체 또는 일부까지 포함하여 무효화할 것인지에 대하여 판단하도록 규정하고 있다. 따라서 예심부는 절차를 위반한 행위 또는 소송서류의 전체

937) François Fourment/Eric Camous, Procédure pénale, 15^e éd, Paradigme, 2021, 324면.

938) Jean Dumont, “Les nullités de l’information procédure”, Juris-Classeur Procédure pénale, Art. 170 à 174-1, LexisNexis, 2012, n°129-132.

또는 일부분에 대하여 무효를 결정하거나, 더 나아가 후속하는 소송서류의 전체 또는 일부에 한정하여 무효를 결정할 수 있다.⁹³⁹⁾ 그런데 절차를 위반한 행위뿐만 아니라 외형상 적법하게 행해진 후속 행위까지 무효화하기 위해서는 두 행위 사이에 인과관계가 성립하여야 하며, 그 판단의 기준은 후속행위가 선행행위로부터 ‘필요한 지원’(support nécessaire) 받았는지의 여부에 달려 있다. 판례도 마찬가지로 무효인 행위에 후속하는 행위는 절차를 위반한 행위로부터 필요한 지원을 얻는 경우에만 무효가 된다는 일관된 입장을 취하고 있다.⁹⁴⁰⁾

이러한 법리는 우리 법에서 위법수집증거 배제법칙과 유사하게 적법절차를 위반하여 수집한 일차적 증거뿐만 아니라 이를 토대로 수집한 이차적 증거까지도 증거에서 배제할 수 있도록 한다.

(2) 후속조치와 불복수단

형사소송법 제174조 제2항에 따라 무효로 선언된 행위 또는 소송서류는 예심서류에서 제거되며 부분적으로 무효가 된 예심행위 또는 소송서류는 사본을 고등법원 서기국에 보관조치한 후 삭제된다. 또한 무효가 된 행위 및 서류 또는 일부 무효된 행위 또는 서류로부터 당사자에게 불리한 어떠한 정보도 도출되어서는 안 되며, 이를 위반하는 경우 변호인 및 법관은 징계절차에 회부된다. 따라서 압수절차를 위반한 소송서류에 근거하여 그에 대한 판단권한이 있는 법원이 유효한 형사적 결정을 내리는 것은 허용되지 않는다.⁹⁴¹⁾

프랑스 무효절차의 특징 중 하나는 예심이 종결되지 않은 경우에 절차위반을 이유로 소송행위가 무효가 되더라도 갱신하여 절차위반을 시정할 수 있다는 점이며, 이는 우리 법과 비교할 때 공판절차에서 증거수집의 적법성과 관련한 증거능력의 심리로 발생하는 과도한 공판지연을 억제하여 실제심리에 집중할 수 있게 한다는 장점이 있다. 아울러 프랑스의 무효 절차는 우리 법의 수사상 준항고 절차와 일부 유사한 면이 있으며, 예심부의 결정에 대하여 다양한 주체들이 대법원에 상고(pourvoi)를 할 수 있다. 고등법원 예심부의 결정과 판결은 검사, 당사자가 제기한 상고에 의하여

939) Jean Pradel, Procédure pénale, 14^e éd, Cujas, 2008, 745면.

940) Cass. crim., 23 juin 1999, Bull. crim. n°149; Cass. crim., 5 fevr. 2013, n°12-80.573.

941) Bernard Bouloc, Procédure pénale, 27^e éd, Dalloz, 2019, 887면.

무효가 될 수 있다(제567조). 검사 및 모든 당사자들은 결정 선고일로부터 5일 이내에 상고를 하여야 한다(제568조). 상고를 제기한 자 또는 변호인은 상고이유를 적시한 의견서(mémoire)를 결정문의 접수일로부터 1개월 이내에 제출하여야 하며, 이 기간이 경과하면 의견서의 제출이 불가능하다. 의견서가 제출되면 대법원 형사부장이 즉시 심리일자를 지정한다(제567-2조 제3항).

5. 소결

가. 증거자유 원칙과 대심주의

프랑스도 우리와 유사하게 증거재판주의, 자유심증주의를 증거법의 골격으로 삼고 있다. 우리 법과 비교할 때 중요한 절차위반을 통하여 수집한 증거를 제외하고 전문증거를 포함한 모든 증거들의 자유로운 제출을 허용하는 증거자유 원칙을 채택하고 있다는 특징이 있다. 이는 국가 형벌권의 실현을 위해서는 실체적 진실규명이 필수적이라는 점이 반영된 것이라고 볼 수 있다. 또한 직권주의적 성격이 강한 소송구조에 따라 공소장일본주의의 적용이 없으며 수사서류와 예심서류가 모두 법원에 제출된다는 점도 일정한 역할을 한다. 모든 증거들이 자유롭게 제출될 수 있으므로 자유심증주의에 따라 법관이 내적 확신에 따라 증명력을 판단하는 구조를 취하게 되고, 결과적으로 증거능력의 개념이 정립되어 있지 않으며 그에 대한 논의도 미비한 실정이다. 대표적인 증거방법에는 사실상 추정의 근거로 사용되는 징표, 자백, 조서, 증언, 자백 등이 있다. 하지만 증거자유 원칙에는 일정한 한계가 있다. 우선 범죄의 성립여부에 대한 판단의 전제가 되는 사실이 다른 법분야에 속하는 문제인 경우에 해당 분야의 증거법이 적용된다. 또한 수사나 예심 등 증거수집의 절차가 인간의 존엄성과 신의칙에 반해서는 안 된다는 원칙을 준수해야 한다. 그 결과 이른바 과학적 수사기법이라고 할 수 있는 ‘최면조사’나 ‘거짓말탐지기 검사’는 허용되지 않는다.

프랑스에서 증거자유 원칙이 곧 제출된 증거가 곧바로 유죄의 자료로 사용될 수 있다는 것을 의미하지는 않는다. 증거조사의 절차에 따라 사전에 증거가 당사자에게 열람될 것이 요구되며 무엇보다도 판사의 면전에서 대심적 토론을 거칠 것이 요구된다. 이에 따라 우리의 공판중심주의와 유사하게 피고인과 증인이 법정에서 출석하여

법원, 검사, 피고인, 사소당사자, 변호인 등으로부터 신문을 받아 구두로 진술하여야 하며, 반대신문권이 보장되어야 한다. 하지만 이러한 구두주의와 반대신문권의 보장은 일부 예외가 있다. 수사절차나 예심절차에서 작성된 조서나 제출된 서면은 원진술자(피고인, 증인 등)의 구두진술 이후에 낭독이 허용되며, 불출석한 경우에는 구두진술 없이 낭독될 수 있다. 또한 구두주의에 따라 조서 등 서면에 기재된 진술과 상반되는 구두진술이 있는 경우에 구두진술의 증거가치가 우월하게 평가된다. 서면증거와 구두증거가 간접증언이나 익명증언에 해당하는 경우에도 유럽인권협약이 보장하는 대면심리권에 근거하여 공판절차 또는 그 이전 절차에서 직접 대면하여 반박할 수 있어야 증언이 증거로 사용될 수 있다. 다만 최근에 유럽인권재판소는 대면심문권을 침해한 경우에도 이를 보완할 수 있는 다른 절차적 권리가 충분히 보장된 경우에 증인의 진술이 유죄판결의 유일하거나 결정적인 증거가 될 수 있음을 인정하여 대면심문권을 절대적 권리가 아닌 상대적 권리로 파악하였다.

나. 자유심증주의와 예외

수사기관이나 예심판사가 작성한 각종의 조서는 통상 전문증거로 취급되지 않으며, 적법한 절차에 따라 조사가 진행되고 조서의 형식적 요건을 갖춘 경우에 변론에 부쳐질 수 있다. 조서의 증거가치와 관련하여 프랑스 형사소송법은 경죄 및 중죄분야에서 원칙적으로 참고자료로서 인정하고 있으며, 이를 유죄의 직접증거로 인정하고 있지 않다. 다만, 법률이 달리 규정한 경우에 그 예외가 인정된다. 즉, 형사소송법 및 개별법에서 규정하는 일정한 경죄를 적발하는 조서 또는 보고서에 대해서는 서면 또는 증인의 증거방법에 의해서만 반대증거가 제출될 수 있다. 마찬가지로 위경죄를 적발하는 조서 또는 보고서도 원칙적으로 서면 또는 증인의 방법에 의한 반대증거가 허용된다. 더 나아가 법률이 명시한 일부 경죄의 경우에는 허위의 기재가 입증될 때까지 조서의 진정성이 추정되며, 판사도 허위의 기재에 대한 입증이 없는 경우에 조서에 기재된 내용과 상반되는 사실을 인정할 수 없다. 그 결과 일정한 조서들에 대해서는 대심적 토론을 거쳐야 한다는 원칙을 제한하는 효과가 발생한다. 이처럼 조서의 증명력을 단계화한 것은 범죄의 중대성과 입증의 곤란을 고려한 정책적 판단에 따른 결과라고 하겠다.

증거의 증명력과 관련하여 영상녹화물의 증거가치에 대한 의문이 생길 수 있다. 수사기관이나 예심판사의 신문과정을 녹음, 녹화한 영상녹화물은 유죄를 뒷받침하는 증거로 사용될 수 없으며, 예심절차 또는 공판절차에서 신문(진술청취)조서의 내용에 대한 반박의 경우에 열람(재생)이 허용되며, 조서에 증거능력을 부여하기 위한 수단으로 활용되지 않는다. 우리 법에서 자백은 유죄의 유일한 증거가 될 수 없으며 다른 증거에 의해 보강이 되어야 한다는 자백보강법칙이 존재하며, 프랑스에서는 이와 같은 내용의 명시적 규정이 없으며 오히려 다른 증거요소들과 마찬가지로 판사의 자유로운 평가에 맡겨지도록 규정하고 있어 일응 자백만으로 유죄를 인정할 수 있는 것처럼 비춰진다. 하지만 판례는 자백을 신빙할 만한 정황이 있거나 다른 징표에 의해 보강되는 경우에 유죄의 자료로 사용될 수 있다는 입장을 취하고 있으며, 형사소송법 모두조문은 경찰유치된 피의자가 변호인과 접견할 수 있었으며 변호인의 조력을 받은 경우에 그의 진술만으로 유죄를 선고할 수 있도록 규정하고 있다. 결론적으로 프랑스에서도 사실상 자백보강법칙이 적용된다고 할 수 있으며, 자백이 있거나 철회된 경우라고 하더라도 그 신빙성에 대해서는 자유심증주의에 따라 판사가 자유롭게 판단한다.

다. 위법수집증거의 배제와 예외

프랑스는 우리의 위법수집증거배제법칙에 해당하는 명시적 규정을 두고 있지 않지만, 적법절차를 위반한 경우에 증거에서 배제하도록 하는 장치가 마련되어 있다. 먼저 수사기관이 신의칙에 반하는 방법으로 범죄를 적발하거나 증거를 수집한 경우에 이를 유죄의 증거로 사용할 수 없다. 우리 법과 마찬가지로 신의칙에 반하는 수사행위의 대표적인 것이 함정수사이다. 함정수사는 합법적인 수사방법인 잠입수사와 구별되며 기만적 수단을 통하여 직접적으로 타인으로 하여금 범죄를 범하도록 유인하는 방법을 가리킨다. 우리 법과 유사하게 범행의 기회를 제공하는 것이 아니라 범의를 유발하는 함정수사는 위법한 것으로 판단된다. 수사기관이나 예심판사의 위법한 증거수집 행위에 대해서는 우리의 수사상 준항고제도와 위법수집증거배제법칙의 법리가 결합된 형태의 무효절차가 마련되어 있다. 예심을 거친 중죄사건이나 복잡한 경죄사건은 고등법원 예심부가 절차의 무효여부에 대한 심리와 결정을 하며, 예심을 거치지 않은 경죄나 위경죄의 사건은 판결법원이 유무죄에 대한 판결과 병행하여 결정한다. 무효

의 원인으로 공적질서에 해당하는 위반의 경우에는 당사자의 신청이나 법원의 직권에 의하여 절차의 무효가 확인되고 그 절차에서 수집된 증거뿐만 아니라 일정한 범위의 파생증거도 증거로 사용할 수 없게 된다. 그러나 사적질서에 해당하는 위반의 경우에는 절차위반이 항상 절차의 무효로 연결되는 것은 아니며 당사자의 이익을 침해하는 경우에만 무효가 된다. 무효절차는 공판회부 결정에 앞서 사전에 절차를 위반한 예심행위나 수사행위의 유효성을 판단함으로써 공판절차에서 불필요한 증거의 허용성 논란을 제거할 수 있다는 이점이 있다.

프랑스에서 위법수집증거의 배제와 관련하여 주로 논란이 되는 것은 사인이 위법하게 수집한 증거의 허용성 문제이다. 증거의 신의칙 원칙과 적법절차의 원칙이 수사기관이나 예심판사에게 엄격하게 적용된다고 한다면 사인에 대해서는 증거자유의 원칙에 따라 불법적이거나 비열한 방식으로 수집된 증거라고 하더라도 원칙적으로 증거제출을 허용하고 있다. 여기에는 사인의 증거수집의 능력이 수사기관과 다르며 무기대등의 원칙이 실현되어야 한다는 논리가 내재되어 있다. 반면에 수사기관이 사인의 위법한 증거수집에 개입한 경우에 증거의 허용성 문제가 다소 까다로울 수 있으나 최근의 판례는 수사기관이 절차를 우회 또는 남용하는 방식으로 피의자 또는 피고인의 핵심적 권리 또는 기본권 보장에 대한 침해를 목적으로 하거나 결과를 발생시킨 경우에 무효의 대상이 된다고 보았다.

제4절 | 독일

1. 개관

형사절차에서 수사기관과 법원은 직권으로 사건의 사실관계를 조사해야 하는 이른바 직권주의(Untersuchungsgrundsatz) 원칙이 적용된다. 이미 형사소추기관이 사용할 수 있는 수단, 특히 수사단계에서의 강제처분에 대해서는 이전의 연구에서 다룬 바 있다. 무엇보다 이러한 사실관계 조사라는 실체적 진실 추구는 헌법적 절차 내에서 이루어져야 함은 자명한 원칙이다. 따라서 어떠한 대가를 치르고서라도(um jeden Preis) 진실을 추구하는 것은 배제된다. 고문의 사용 또는 협박과 같은 특정 심문 방법을 금지하는 제136조a에서 이러한 절차적 정의의 의미를 가장 명확하게 발견할 수 있다. 제136조a에서 규정하고 있는 증거수집 및 사용 금지 외에도 다양한 형태의 금지가 작동하고 있으며, 그 중 일부는 법률에 규정되고 일부는 판례 및 학설에 의해 발전되어 왔다.

본 편에서는 독일 형사절차상 증거금지(Beweisverbote)라는 증거법상의 핵심 개념을 조문과 판례 및 학설의 논의를 중심으로 개관해보도록 한다. 대륙법을 계수한 우리나라는 전체적으로 독일과 유사한 공판절차를 가지고 있다. 따라서 불필요한 중복을 피하기 위해 증거법의 기초 및 기본원칙에 대한 고찰을 생략하기로 한다. 다만 증거법 분야에서 사용되고 있는 용어의 대부분이 독일의 형사소송체계의 그것과 유사하기 때문에, 증거금지에 들어가기에 앞서 증거조사의 기본적인 용어 사용에 대해 간략하게 짚고 넘어가도록 하겠다.

2. 증거허용의 기준

가. 증거

1) 의의

범죄의 규명과 그 법적 결과에 대한 다툼은 공판절차에서 엄격한 증명절차에 대한

규정을 통해 허용되는 증거를 제시함으로써 이루어진다. 이를 위해 형사소송법상 허용되는 방법으로 증거방법이 수집되어야 하고 그러한 증거방법에 대한 사용성을 검토하여 사용가능한 증거방법이 판결에 고려되어야 한다. 독일 형사소송법상 허용되는 증거방법은 검증, 증인, 감정인, 문서 및 피의자의 진술이 있다. 증거신청(Beweisantrag)은 검사, 보조기소인, 사소인(Privatklager), 피고인 그리고 그의 변호인이 할 수 있다. 증거는 공판절차에서 그 주장이 진실인지 아닌지를 판단하고 특정 사실관계에 대해 합리적 의심 없는 법관의 확신에 이르러야 한다.

2) 증거의 종류

형사소송법은 네 가지 (혹은 넓은 의미에서는 다섯 가지) 증거방법을 규정하고 있다. 이러한 증거방법은 다시금 인증과 물증으로 분류되어 질 수 있다. 증인과 감정인은 인증에 속하며, 문서와 검증은 물증에 속한다.

인증과 물증의 관계에 대해서, 제250조는 물증이 인증을 대체하는 것을 허용하지 않는다.⁹⁴²⁾ 이는 공판의 직접성의 원칙으로부터 도출되는 자명한 결론이다. 이에 따르면 사실관계조사를 위해서는 항상 범죄행위에 가장 근접한 증거방법이 사용되어야 한다. 그리고 법원은 이를 스스로 자유롭게 확신을 형성하여 판결에 고려해야 한다.

나. 증거 방법

증거방법은 사실인정의 자료가 되는 물건이나 사람 자체를 말한다. 이는 Beweis(증거)와 Mittel(방법)이 합쳐진 용어로, 법적 다툼의 당사자들이 법원 앞에서 자신들의 주장을 증명하기 위해 사용할 수 있는 수단을 의미한다.⁹⁴³⁾ 하지만 모든 증거방법이 공판절차에서 허용되는 것은 아니다. 소송절차상 공판심리에서 이루어지는 증거조사를 위해 사용될 수 있는 증거방법은 제한된다.

942) 인증의 증거가치에 대해서는 BVerfG NJW 1975, 1046 BGHSt 32, 115

943) 이러한 의미에서 증거방법 보다는 증명수단이라는 번역이 더 자연스러울 것이다.

1) 증명절차의 구분

수사의 일반원칙에 근거하여 법원은 직권으로 진실을 규명해야 할 의무를 지닌다. 이에 증거절차와 관련하여 엄격한 증거절차(엄격한 증명; Strengbeweisverfahren)와 자유로운 증거절차(자유로운 증명; Freibeweisverfahren)는 구분되어야 한다.

① 엄격한 증명은 공판절차 내에서 이루어지는 모든 증거수집에 적용되는데, 이는 범행의 성립 여부와 법적 결과의 종류와 정도에 대한 실체재판을 위하여 필요한 사실 증명에 관한다. 따라서 엄격한 증명이 요구되는 증거방법은 법적으로 엄격하게 그 허용여부가 규정되어 있다. 예를 들어 ‘피고는 범행 당시 어디에 있었는가?’라는 물음에 대한 증거 수집이다. 엄격한 증명은 오로지 증인(Zeugen), 감정인(Sachverständige), 문서증거(Urkundsbeweis)와 검증(Augenscheinsbeweis)만이 허용된다.

② 자유로운 증명은 증거방법에 대한 구속이 없으며, 따라서 어떠한 방식으로든 증거를 제시할 수 있다. 즉 증거방법을 엄격하게 제한하는 원칙뿐만 아니라 그 사용에 관한 제한도 없다. 이는 공판절차 내에서의 실체 판단에 관한 것이 아니라, 특히 ‘피의자는 자신에 대한 신문에 앞서 충분히 고지 받았는가?’와 같은 절차적 물음에 대한 것이다. 즉 실체 판단에 대한 질문에 대해서는 엄격한 증거가, 실체 판단이 아닌 소송 조건과 소송상 중요 사실의 확정에 대한 질문에 대해서는 자유로운 증거절차가 적용된다.

2) 개별 증거방법

(1) 증인

증인에 대한 규정은 특히 제48조 이하에서 발견할 수 있다. 자신을 향한 것이 아닌 범죄 사건에서 사실에 대한 인식을 표현해야 하는 모든 자연인은 증인으로 간주될 수 있다. 공동피고인의 증인적격 문제에 관해서는, 독일 판례에 따르면 소송절차가 분리된 경우에는 증인이 될 수 있다.

증인은 세 가지 기본적인 의무를 지닌다. 원칙적으로 증인은 출석을 해야 하며(erscheinen), 진술을 해야 하고(aussagen), 그 진술에 대하여 선서가 요구되는 경우, 선서를 해야 한다(beeiden).

제52조 이하에서는 증언거부권(die Zeugnisverweigerungsrechte)에 대하여 규정하고 있다. 특히 그러한 “말하지 않을 권리”는 연인관계, 배우자 또는 동거인, 피의자의 친족 및 직업상 비밀유지 의무를 지닌 자 등에게 인정되고 있다. 증언거부권은 모든 이에게 해당되는, 자신의 답변이 본인 또는 친족에게 불리하게 작용될 수 있는 질문에 대해 진술을 거부할 수 있는 권리와 구분된다. 이는 정보제공거부권(Auskunftsverweigerungsrecht)이다.

전문증인 역시 증인이 될 수 있다. 단 그들이 신문의 내용에 관하여 진술할 때이어야 한다.

(2) 감정인

감정인과 관련한 규정은 제72조 이하에서 찾을 수 있다. 감정인은 법원에 의해서 지정된다. 그들에게는 원칙적으로 감정서(Gutachten)를 작성할 의무가 있다. 감정거부권(Gutachtenverweigerungsrecht)에 관하여 제76조는 제52조에 따른 증언거부권의 경우와 동일한 근거를 지시하고 있다.

(3) 문서

소송법상 문서(Urkunde)의 개념은 실체법상의 그것과 동일하지 않다. 형사소송 절차의 관점에서 볼 때 문서는 읽을 수 있는 모든 생각의 내용(verlesbare Gedankeninhalt)을 담고 있는 모든 문건(Schriftstücke)을 의미한다. 서증에 관한 규정은 특히 제249조 이하에서 찾을 수 있다. 법에 의해 금지되지 않는 한, 서증은 언제나 허용된다. 특히 이때 직접성의 원칙으로부터 도출되는 인증의 우선(Vorrang des Personalbeweises)이 고려되어야 한다.

또한 서증은 검증과 구별되어야 한다. 예를 들어, 문건의 내용이 낭독되는 것이 아니라 문건의 필적이 비교되어야 하는 것이라면, 이는 서증이 아니라 검증에 의한 증거방법(Augenscheinsbeweis)이다.

(4) 검증

검증은 모든 감각기관에 의한 인지(alle sinnlichen Wahrnehmungen)를 말한다. 검증에 관한 규정은 특히 제86조 이하에서 찾을 수 있다. 검증 증거(Augenscheinsbeweis)

는 법원의 재량에 따라 결정되며, 소송절차의 모든 단계에서 허용된다.

(5) 피고인 진술

피고인의 진술(die Einlassung des Angeklagten)은 원칙적으로 단지 광의의 의미에서만 증거방법이 될 수 있다. 그러나 그것은 법관의 자유심증주의 맥락에서 고려되어야 하며, 따라서 이러한 의미에서 일반적인 증거방법으로 간주되곤 한다.

다. 증거신청

1) 의의

공판절차에서 가장 중요한 단계는 증거조사이다. 제244조 제2항에 따라 법원은 판결에 중요한 모든 증거방법에 대하여 직권으로 증거조사를 수행해야한다.⁹⁴⁴⁾ 이는 판결에 관련된 모든 적절하고 허용되는 판결에 중요한 증거방법을 고려해달라는, 법원의 의무에 상응하는 소송 당사자들의 주장을 따른다. 이처럼 법원의 직권에 의한 진실규명의무(Amtsaufklärungspflicht)외에도 당사자들은 증거절차에 참여할 수 있다. 즉 당사자들은 증거를 신청할 수 있으며 혹은 다른 제안을 할 수 있다. 이러한 권리는 검사와 피고인뿐만 아니라 나아가 변호인, 사소인(Privatkläger) 및 보조기소인(Nebenkläger)에게도 있다. 이는 직권주의 색채가 강한 독일 형사소송법 체계에서 법원의 권한을 통제하고 균형을 유지할 수 있게 하는 장치로서 기능한다.⁹⁴⁵⁾

증거신청에 대해 입법자는 제244조 제3항, 제4항 및 제245조, 제246조에서 엄격한 요건을 설정하고 있다. 이에 따르면 증거신청은 그 한계가 명확한 일정 요건 하에서 기각될 수 있으며, 법원은 증거신청에 대하여 결정으로 판단해야 한다. 기각사유가 잘못 적용된 경우에, 이는 절차상 흠결이 되고(제337조) 그 흠결이 확정될 경우 대부분 판결 파기사유가 된다.⁹⁴⁶⁾

944) 법원의 조사 의무 혹은 진실규명의무 : Untersuchungsgrundsatz, die Amtsaufklärungspflicht des Gerichts: §244 II.

945) Klaus Volk/Armin Engländer, Grundkurs StPO, 10. Aufl., C.H. Beck, 2021, §25 Rn. 1. ; 클라우스 볼크/김환수·문성도·박노섭(역), 독일 형사소송법, 박영사, 2009, 299면.

946) Werner Beulke/Sabine Swoboda, Strafprozessrecht, 14. Aufl., C.F. Müller, 2018, §22 Rn. 434.

2) 증거신청의 개념

증거신청은 입법자가 설정한 한계 요건을 설정한 제244조 제3항 및 제4항, 제245조 f에서 정의되고 있지 않다. 오히려 법은 증거신청의 개념을 전제로 규정되고 있다. 이에 판례는 다음과 같은 구별을 내리고 있다.⁹⁴⁷⁾

(1) 증거신청(Beweisantrag)

증거신청은 입증될 사실과 사용할 증거를 명시하여 증거를 수집하고자 하는 당사자의 바람(Begehren)이다.⁹⁴⁸⁾ 이는 제244조 제3항 내지 제5항, 제245조 제3항 제2문 및 제3문에서 규정하고 있는 기각 사유 중 하나가 개입되는 경우에만 거부될 수 있다.⁹⁴⁹⁾

(2) 직권조사신청(Beweisermittlungsantrag)

직권조사신청이란 증거신청에 하나 혹은 그 이상의 결격사유가 존재할 때, 특정 방식으로 조사를 요구하는, 법원에 대한 신청자의 요구를 의미한다.⁹⁵⁰⁾

(3) 증명촉구(Beweisanregung)

증명촉구는 단지 ‘바람’(Begehren)의 강도에 의해서만 차이가 난다. 증명촉구는, 증거신청과는 달리, 법원에 증거수집을 단지 권유하거나(nahe gelegt) 넘겨주는(anheim gegeben) 정도일 뿐이다.⁹⁵¹⁾

단순한 직권조사신청과 증명촉구는 법원의 진실규명의무(제244조 제3항)의 범위 내에서만 결정할 수 있다.⁹⁵²⁾ 따라서 증거신청과는 달리 증거신청의 기각사유에 구속되지 않는다. 이러한 경우 재판장의 기각은 적절하지만 또한 필요적일 수 있다. 물론 이 경우 제238조 제2항에 따라 이의를 제기할 수 있다.⁹⁵³⁾

947) BGH NStZ 2012, 280; BGH NStZ 2008, 109; 2009, 401

948) 증거조사에 대한 신청, 즉 요구가 있어야 한다. 증거신청에 상응하는 증거조사가 법원의 재량에 맡겨두는 것으로는 안 된다. : Klaus Volk/Armin Engländer, Grundkurs StPO, 10. Aufl., C.H. Beck, 2021, §25 Rn. 3. ; 클라우스 볼크/김환수·문성도·박노섭(역), 독일 형사소송법, 박영사, 2009, 300면.

949) Werner Beulke/Sabine Swoboda, Strafprozessrecht, 14. Aufl., C.F. Müller, 2018, §22 Rn. 435

950) Werner Beulke/Sabine Swoboda, Strafprozessrecht, 14. Aufl., C.F. Müller, 2018, §22 Rn. 435

951) Werner Beulke/Sabine Swoboda, Strafprozessrecht, 14. Aufl., C.F. Müller, 2018, §22 Rn. 435

952) BGH NStZ 2012, 280

953) BGH NStZ 2008, 109; 2009, 401

3) 증거신청의 내용

증거신청은 신청자가 유·무죄 또는 그 법적 결과에 중요한 의미가 있는 특정 사실에 대한 증거를 제공하도록 진지하게 요청할 때 허용되며, 따라서 해당 증거가 증거신청을 통해 신청자의 주장을 입증할 수 있음을 증거신청서에 명시해야 한다.(제244조 제3항 제1문)

따라서 증거신청에는 다음의 네 가지 요소가 필수적이다.

- 신청(Antrag)
- 증명사실: 특정 사실관계주장(eine bestimmte Tatsachenbehauptung)
- 증거방법: 구체적으로 표시되고, 형사소송법상 인정된 증거방법
- 연관성(Konnexität)

(1) 신청(Antrag)

증거신청은 단순한 제안이나 요구(Anregung)가 되어서는 안 된다. 또한 신청의 대상이 분명하고 특정된 구체성을 띠어야 하며, 신청의 적절한 진지성(Ernsthaftigkeit)이 결여된 “아무거나 무작위(aufs Geratewohl und ins Blaue hinein)”한 증거 주장은 증거신청으로 다루어지지 않는다.

(2) 증명사실

증거신청은 특정 사실(bestimmte Tatsache), 즉 증명주제(Beweisthema)에 관하여야 한다. 어떠한 증거가 수집되어야 하는지에 대한 구체적이고 정확한 사실이 언급되어야 한다. 예를 들어 ‘피고인의 “무죄”를 증명하기 위해 어떠한 증거를 신청합니다.’ 식의 신청은 받아들여지지 않는다. 판례에 따르면 ‘피고인의 무죄’와 같은 신청자가 자신이 기대하는 증거의 목적(Beweisziel)만을 언급하는 것은 증거신청이 요구하는 구체적인 증명사실의 주장으로 인정되지 않는다.⁹⁵⁴⁾ 마찬가지로 증거신청의 대상물에 대한 가치판단도 배제된다. 예를 들어 ‘증인을 믿을 수 없기 때문에 어떠한 증거를 신청합니다.’ 또한 마찬가지이다.⁹⁵⁵⁾

954) BGHSt 39, 251, 253 f; BGHSt 43, 321, 329 (Fall Wienand); vgl. Werner Beulke/Sabine Swoboda, Strafprozessrecht, 14. Aufl., C.F. Müller, 2018, §22 Fn. 5

955) BGHSt 37, 162, 164.

(3) 증거방법

증거방법은 구체적으로 언급되어야 한다. 여기에서는 엄격한 증명의 증거방법만이 고려된다. 그 증거방법은 정확하게 명시되어야 하며, 증인의 경우⁹⁵⁶⁾에는 증인의 이름과 소환할 수 있는 주소가 요구된다.

(4) 연결성(Konnexität)

최근의 판례에 따르면, 증거신청에 대해 연결성이라는 추가적 표지를 요구한다.⁹⁵⁷⁾ 이에 따르면 명시된 증거가 증거주장을 뒷받침할 수 있도록, 신청한 증거가 주장하고자 하는 증명사실을 입증할 수 있다는 [증거방법]과 [증명사실] 사이에 연결성을 확립할 것을 요구한다(sog. „Konnexität“). 하지만 연관성의 결여가 증거신청에 대한 추가적인 기각사유가 되어서는 안 된다.⁹⁵⁸⁾

마지막으로 증거신청서에 명시된 증거는 새로운 것이어야 한다. 증거조사의 반복에 대한 요청은 단지 직권조사신청(Beweisermittlungsantrag)에 불과할 뿐이다.⁹⁵⁹⁾

4) 증거신청 기각

(1) 증거신청 기각의 구조⁹⁶⁰⁾

증거신청의 기각과 관련하여 독일 형사소송법은 현출한(präsente) 증거방법과 현출하지 않은(nicht präsente) 증거방법을 구별하고 있다. 제245조는 현출한 증거방법을 통한 증거조사에 관한 것이다. 나아가 현출한 증거방법 내에서 법은 어떤 증거가 관련되고 있는지, 어떤 당사자가 증거를 제공했는지를 구별하고 있다.(동조 제1항-제2항)

이에 반해 제244조 제3항 내지 제6항은 현출되지 않은 증거방법에 대해 규정하고 있는데, 이때 제244조 제3항의 기각사유는 모든 증거방법에 적용되며, 동조 제4항 내지 제6항은 추가적인 기각가능성을 규정하고 있다.

956) 증인 증거방법의 개별요소에 대해서는 BGHSt StV 2010, 556; BGH JR 2010, 456

957) BGH, NJW 2021, 3404

958) BGH NStZ 2013, 476

959) BGHStV2001.98

960) Werner Beulke/Sabine Swoboda, Strafprozessrecht, 14. Aufl., C.F. Müller, 2018, §22 Rn. 439

(2) 필요적 기각 사유: 제244조 제3항 제2문, 제245조 제1항 제1문 및 제2항 제2문 위반한 증거수집은 허용되지 않는다. 따라서 증거수집이 허용되지 않는 경우라면 증거신청은 기각되어야 한다.(제244조 제3항 제2문) 허용되지 않는 증거수집이란 형사소송법에 규정되어 있지 않는 증거방법 또는 소송절차에 부합하지 않는 증거주제에 대한 증거수집을 의미한다.

(3) 임의적 기각 사유

증거신청은 아래의 경우 기각될 수 있다. 이는 법원의 재량범위에 속한다.

- 공지의 사실 (§§ 244 III 3 Nr. 1, 245 II 3 Var. 2): 공지된 사실의 경우 증거신청은 기각된다. 왜냐하면 공지사실은 애초에 처음부터 증거수집이 불필요(überflüssig)하기 때문이다.
- 무의미(Bedeutungslosigkeit)(§§ 244 III 3 Nr. 2, 245 II 3 Var. 3): 증명되어야 하는 사실이 재판에 영향을 미치지 않는 경우 그 증명사실은 재판에 의미가 없으며, 따라서 그 증거신청은 기각되어야 한다.
- 명백성(Erwiesenheit)(§§ 244 III 3 Nr. 3, 245 II 3 Var. 1): 이미 증명된 사실을 증명해야하는 증거신청은 기각되어야 한다. 예를 들어 피고인이 이미 세금신고서를 제출하였는데, 피고인의 수입액을 알아보기 위해 세무사를 신문하여 달라는 증거신청은 기각된다.
- 부적합(Ungeeignetheit)(§§ 244 III 3 Nr. 4, 245 II 3 Var. 4): 증거방법이 완전히 부적합 경우 증거신청은 기각된다. 신청한 증거방법으로는 의도하고 있는 결과가 도출될 가능성이 전혀 없는 것이 확실할 때 부적합(Ungeeignet)하다고 판단한다.⁹⁶¹⁾
- 불가능(Unerreichbarkeit)(§ 244 III 3 Nr. 5): 증거방법이 달성될 수 없는 경우 증거신청은 기각된다. 법원이 가능한 모든 노력을 다했음에도 수포로 돌아가거나 그렇게 될 가능성이 있는 경우 증거방법은 달성될 수 없다.⁹⁶²⁾
- 사실확정(Wahrunterstellung)(§ 244 III 3 Nr. 6): 피고인에게 유리한 사실이 진실로(als wahr)가정될 수 있다면 증거수집은 불필요하다.

961) 이와 관련하여 거짓말탐지기(Lügendetektor)가 문제되는데, BGHSt 44, 308에 따르면 이를 완전히 부적절한 증거방법으로 판단하고 있다.

962) 이는 당연히 현출되지 않은 증거방법에만 적용된다.

(4) 기타 기각사유

- 제244조 제4항 제1문의 감정신청(Sachverständigenbeweis): 법원이 이미 스스로 전문지식을 가지고 있다는 이유로 감정인신문에 대한 증거신청을 기각할 수 있다.
- 제244조 제4항 제2문의 감정신청(Sachverständigenbeweis): 추가적인 감정신청에 대하여 그 이전에 행해진 감정결과에 의할 때 이미 입증된 사실인 경우, 그 증거신청을 기각할 수 있다.
- 제244조 제5항 제1문의 검증신청(Augenscheinsbeweis): 검증신청에 대하여 법원은 반드시 증거조사를 해야하는 사정이 없을 경우 기각할 수 있다.
- 제244조 제5항 제2문의 증인신청: 외국 소재의 증인에 대하여 증인신문이 반드시 외국에서 이루어져야 한다면 이를 기각할 수 있다.

5) 증거신청 기각 결정

제244조 제6항 제1문에 따라 증거신청의 기각은 법원의 결정(Gerichtsbeschluss)으로 이루어진다.⁹⁶³⁾ 이는 제245조 제2항의 경우에도 적용된다. 기각 사유는 종종 상호 배타적일 수 있기 때문에, 기각은 원칙적으로 한 가지 이유에만 근거할 수 있으며, 주의를 기하여 여러 사유를 근거로 이루어지지 않는다.⁹⁶⁴⁾

기각결정은 일반적으로 증거조사(Beweisaufnahme) 단계가 끝나기 전에 이루어져야 한다. 이에 반해 중국재판의 경우를 대비하기 위하여 이루어지는, 소위 보조적 증거신청(Hilfsbeweis Antrag)은 판결을 내린 후에 판결이유에서 이루어질 수 있다.⁹⁶⁵⁾

3. 증거의 배제

가. 증거금지(Beweisverbot)

제224조 제2항에 따른 직권탐지주의(Untersuchungsgrundsatz)는 판결의 기초가

963) 제34조 참조

964) Werner Beulke/Sabine Swoboda, Strafprozessrecht, 14. Aufl., C.F. Müller, 2018, §22 Rn. 452

965) Klaus Volk/Armin Engländer, Grundkurs StPO, 10. Aufl., C.H. Beck, 2021, §25 Rn. 10. ; 클라우스 볼크/김환수·문성도·박노섭(역), 독일 형사소송법, 박영사, 2009, 302면; Werner Beulke/Sabine Swoboda, Strafprozessrecht, 14. Aufl., C.F. Müller, 2018, §22 Rn. 452

되는 사실관계에 대한 완전한 규명을 요구한다. 이에 원칙적으로 가능한 모든 증거방법을 사용해야 한다. 공판심리에서 제224조 제2항에 의거하여 수집된 모든 증거가 자유심증주의 원칙의 대상이 되어야 하는 제261조(자유심증주의)는 제224조 제2항으로부터 도출되는 사실규명의무(Sachaufklärungspflicht)에 대응하여 작동한다. 하지만 모든 증거가 증거평가의 대상이 될 수 없다. 형사소송법은 오직 실체적 진실 추구(Wahrheitserforschung)만을 목적으로 하지 않는다.⁹⁶⁶⁾ 오히려 이는 헌법에서 정한 가치체계와 일치해야한다. 따라서 헌법이 추구하는 가치에 따라 사실규명의무와 자유심증주의는 더 높은 법익과 이익을 위해 증거금지원칙(Beweisverbote)을 통해 후퇴되어야 한다. 이러한 맥락에서 증거금지는 개인의 권리를 보호하는 장치이다. 사실조사 그리고 무엇보다 수사기관의 강제처분에 대한 위험으로부터의 보호는 기껏해야 증거금지가 갖는 부차적인 기능이다.⁹⁶⁷⁾

1) 증거수집금지와 증거사용금지의 개관

독일 형사소송법상 일반적으로 증거수집금지⁹⁶⁸⁾와 증거사용금지는 개념적으로 구별된다. 증거수집금지원칙에 따르면 증거수집에 있어서 증거주제, 증거방법 및 증거수단으로 구분하여 각각 특정한 유형의 증거수집을 금지하고 있다.

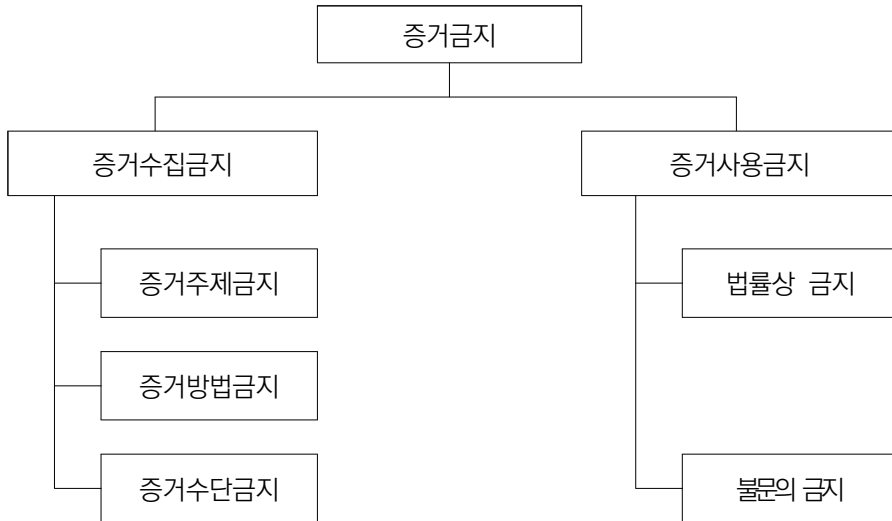
이와는 반대로 증거사용금지는 재판에 있어서 특정한 증거결과들을 배제하는 것을 말한다. 증거사용금지는 법률에 명시된 경우도 있고, 법률에 명시되어 있지는 않지만 개별적 사안에 있어서 이익형량을 통하여 일반적으로 증거사용을 금지하는 경우가 있다.

966) BVerfG JZ 2011, 249, 250; BGHSt 14, 358, 365; 52, 11, 17

967) 증거금지의 본질에 대한 문헌으로는 vgl. Werner Beulke/Sabine Swoboda, Strafprozessrecht, 14. Aufl., C.F. Müller, 2018, §23 Fn. 2

968) Beweiserhebungsverbot를 증거“조사”금지로 번역하여 사용되기도 하지만 공판절차상의 증거조사(Beweisaufnahme)와의 구별을 위해 여기에서는 증거“수집”금지로 소개하기로 한다.

» [그림 2-4-1] 증거금지 개관



2) 증거수집금지

(1) 주제금지: 허용되지 않는 증거 내용(Beweisthemenverboten; Unzulässige Beweisinhalte)

증거주제금지로 직역되는 ‘금지되는 증거주제’는 특정한 사실의 규명을 금지하는 것이다. 일부 내용(Inhalte)(또는 증거주제: Themen)에 대한 증거는 수집되어서는 안 된다. 예를 들어 형사소송법 제244조 제3항 제3문 제1호는 공지된 사실(Offenkundigkeit)에 대해서는 증거수집이 불필요하며(überflüssig) 이러한 사실에 대해서는 증거신청이 기각된다. 이처럼 증명의 대상에서 배제되는 경우를 의미하는데, 또 다른 예로 연방중앙등록법(BZRG: Bundeszentralregistergesetz) 제51조에 따라 이미 삭제된 유죄판결 기록은 공판심리 중 재차 다루어질 수 없기 때문에 이에 대한 증거수집도 금지된다. 제100조d 제4항 제1문에 따라 사적 생활 형성의 핵심영역에 속하는 통화기록도 허용되지 않는 증거주제이므로 증거수집이 금지된다.

(2) 방법금지: 금지된 증거방법(Beweismittelverbote)

이는 증거수집의 대상이 되기는 하지만 어떤 특정한 증거방법에 의한 규명을 배제

하는 것이다. 예를 들어 제250조에 따라 스스로 공판정에서 청취되어 질수 있는 증인 심문에 대한 신문조서의 낭독은 금지된다. 공판정에서 증인 심문을 통해 얻을 수 있음에도 불구하고 이전에 작성한 증인 신문 조서를 낭독하는 것이 금지되는 것이다.

허용되지 않는 증거방법과 관련해서 제52조 이하의 증언거부권을 언급할 수 있는데, 증언거부권이 있는 자가 증언 또는 진술을 거부한다면, 그러한 증거방법은 형사소송에서 배제되어야 하며, 또한 증인은 진술을 강요받을 수 없다. 이와 관련하여 그의 권리를 고지 받지 못한 증언거부권자의 진술이 증거사용성이 있는지의 문제가 발생한다. 나아가 직접성의 원칙(Unmittelbarkeitsgrundsatz)을 위반한 증거방법은 허용되지 않는다. 그리하여 인적 증거는 문서증거보다 우선한다.

(3) 수단금지: 금지된 증거수집 수단(Beweismethodenverbote)

증거방법은 사용할 수 있으나 특정한 방법으로 증거를 수집하는 것을 금지하는 것을 말한다. 증거수집금지의 가장 중요한 범주로 제136조a에서 규정하고 있는 금지된 신문방법이 그 예이다. 동조에 따르면

- 학대, 신체침해, 고문
- 심문대상자에 대한 약물의 투여, 최면 실시 또는 혹사
- 강요, 형사절차상 용인될 수 없는 조치 혹은 허용될 수 없는 거래를 사용하는 협박
- 사술, 기망⁹⁶⁹⁾에 의한 증거수집은 금지된다.

특히 최근 고문 금지는 다쉬너 사건(Daschner Fall)⁹⁷⁰⁾ 및 테러공격의 위협으로

969) BGHSt 40, 66: 은행강도협의를 받고 있는 A는 범행당시 복면을 했기 때문에 목격자에 의한 식별이 불가능했지만, 목격자는 A의 목소리를 통해 식별할 수 있을 것이라고 진술하였다. 이에 수사기관은 목격자가 있는 옆방에 A를 소환하여 신문의 본 목적을 알리지 않고 신문을 실시한 사안에 대하여, BGH는 제136조a에 따라 증거수집금지에 해당하며 결국 증거사용을 허용하지 않았다.

970) LG Frankfurt, NJW 2005, 692 ff. (사실관계: 2002년 가을 프랑크푸르트 은행가의 아들이 한 대학생에 의해 납치되었고 몸값으로 100만 유로가 지불되었다. 며칠 후 법대생 Magnus Gäfgen이 긴급체포되었고 그는 자신의 혐의를 인정하였으나 구금장소를 실토하지 않았다. 이에 프랑크푸르트 경찰 부국장이었던 Daschner는 부하 직원으로 하여금 위협적인 방법을 지시하였는데, Gäfgen에 따르면 경찰은 자신에게 “이전에 경험해보지 못한 고통”을 고지하여 협박하였으며 “성적으로 상당히 흥미가 많은 커다란 흑인 두 명과 같은 공간”에 있게 만들 것이라고 했다. 나중에 이러한 협박이 모두 인정되지 않았지만, Gäfgen은 피해자를 살해하여 묻은 장소를 실토하였다. 고문할 것이라고 위협한 경찰은 협박죄(형법 제240조)와 이를 명령한 지휘관 Daschner는 범죄유인죄(형법 제347조)로 기소되었다.)

인해 점점 더 논의의 대상이 되고 있다. 그러나 어찌되었던 이는 인간의 존엄성을 따른다. 과연 다쉬너의 명령과 같이 범죄 및 테러의 위협에 대한 협박이 긴급피난 혹은 정당방위를 이유로 위법성이 조각될 수 있는지에 대하여, 법원은 그러한 가능성을 부정하였다. 범죄피의자를 자유로운 의사결정의 주체로 보지 않고 단순히 객체화, 수단화하여 그의 인간존엄성을 침해하였기 때문이라고 한다. 이처럼 인간의 존엄성에 대한 침해가 있는 경우 정당방위나 긴급피난으로 정당화하는 구조는 성립하지 않는다고 보았다.⁹⁷¹⁾

3) 증거사용금지(Beweisverwertungsverbote)

증거사용금지는 판결에서 특정 증거결과를 배제한다. 그럼에도 불구하고 증거방법이 유죄판결을 위해 사용되었다면, 그것은 법관의 자유심증주의 원칙을 위배하는 것이다. 만약 하나의 증거방법과 관련하여 증거사용금지가 인정되었다면, 그 효과는 포괄적이며 다른 증거방법을 통해 우회할 수 없다.⁹⁷²⁾

(1) 법률상 규정되어 있는 증거사용금지

형사소송법에는 증거사용금지에 대해서는 몇 가지 금지사항만 명시되어 있다. 앞서 언급한 허용되지 않은 증거수집수단인 제136조a의 허용되지 않는 신문방법(Vernehmungsmethode)은 증거사용금지로 이어진다. 특히 동조 제3항 제3문에서는 본 조에서 금지하고 있는 수단에 의해 얻어진 진술에 대해 피의자가 동의했더라도 증거로 이용할 수 없다고 규정하고 있다. 이는 제69조 제3항에 따라 증인신문과 감정인에게도 준용된다.

이외에 법률상 명시적인 증거사용금지는

- 제81조a 제3항 당해 혈액 채취의 근거가 되는 형사 절차 또는 다른 계속중인 형사절차의 목적을 위한 혈액표본의 증거사용
- 제81조c 제3항 법정대리인의 승낙에 의한 미성년자 혈액표본의 증거사용
- 제100조d 제2항 대상자의 내밀한 영역에 해당하는 사실의 증거사용금지

971) LG Frankfurt, NJW 2005, 694.

972) 예를 들어 사경 면전에서 이루어진 피의자 진술이 증거사용금지에 해당되었다면, 그 당시의 사법경찰관을 당시의 피의자가 말한 것에 대해 증인으로서 신문하는 것은 허용되지 않는다.

- 제100조e 제6항 제1호 제100조b 또는 제100조c의 조치를 명령할 수 있는 근거가 되는 범죄를 규명하거나 혹은 그러한 범죄의 혐의를 받고 있는 자의 거주지를 조사하기 위한 경우, 감시된 자의 동의 없는 우연 습득된 정보의 증거사용
- 제108조 제2항 인공임신중절과 관련하여 우연습득된 사항에 대한 증거사용금지
- 제161조 제3항 및 제479조 제2항 비공개수사 혹은 국가기관에 의해서 제공된 정보는 범죄사실의 규명을 위해서만 증거사용허용
- 제51조 BZRG 삭제된 기록의 증거사용 금지

이외에도 제257조c 제4항 제3문에서는 동조에서 이루어진 법원과의 합의에서 나중에 벗어날 경우 그 합의에서 이루어진 피고인의 자백의 증거사용을 금지하고 있다.

형사소송법 이외에 증거사용금지는 법원조직법(GVG) 제169조 제2항 제3문, 연방 중앙등록물관리법(BZRG) 제51조, 조세규정(AO) 제393조 제2항, 파산법(InsO) 제97조 제1항 제3문, 구독일슈타지문서관리법(StUG) 제4조 이하 및 기본법 제13조 제5항 제2문에서 규정되고 있다.⁹⁷³⁾

(2) 일반적으로 인정되는 증거사용금지(법률에 규정되지 아니한 증거사용금지)

a. 원칙

증거사용금지가 항상 명시적인 법조문에 근거해야하는 것은 아니다. 증거수집금지와 증거사용금지의 위반에는 종종 조치가 취해지지만 항상 의무적인 것은 아니다. 위법한 증거수집이 항상 수집된 증거방법의 불사용성(Unverwertbarkeit)으로 이어지는 않는다.⁹⁷⁴⁾ 반대로 말하면 증거수집의 위법성(Unzulässigkeit)이 증거사용금지를 위한 절대적인 전제조건이 되는 것은 아니다. 이는 또한 합법적으로 수집된 증거의 사용이 허용되지 않을 수도 있다는 것을 의미한다.⁹⁷⁵⁾

973) Werner Beulke/Sabine Swoboda, Strafprozessrecht, 14. Aufl., C.F. Müller, 2018, §23 Rn. 456

974) BGH 19, 325, 331; BVerfG JZ 2011, 249; BVerfG NJW 2011, 2783; BGHSt 38, 372; vgl. auch Werner Beulke/Sabine Swoboda, Strafprozessrecht, 14. Aufl., C.F. Müller, 2018, §23 Rn. 457; Klaus Volk/Armin Engländer, Grundkurs StPO, 10. Aufl., C.H. Beck, 2021, §28 Rn. 4; 클라우스 볼크/김환수·문성도·박노섭(역), 독일 형사소송법, 박영사, 2009, 342면.

증거사용금지는 증거수집과의 관계에 따라 구분되어진다. 증거수집금지로부터 도출된(파생된) 증거사용금지는 파생적인 증거사용금지(unselbstständiges Beweisverwertungsverbot)로 불린다.⁹⁷⁶⁾ 반면에, 만약 증거수집이 합법적이며 단지 이용만이 허용되지 않는다면, 그것은 독자적인 증거사용금지(selbstständiges Beweisverwertungsverbot)로 일컫는다.

증거금지는, 적어도 대부분의 경우에 있어서, 일차적으로 피고인에게 불리하게 작동하는 것을 금지하고 있다. 반면에, 형사소송절차에서 심각한 절차위반의 경우에 피고인에 대한 무죄판결을 무시할 수 없도록 되어있다.

마지막으로 증거금지와 관련하여, 우리에게 시사해주는 아주 중요한 것은 현재 독일 형사소송법상 증거수집금지의 위반이 증거사용금지를 초래하는 일반적인 규칙은 현재까지 아직 개발되지 않았다는 점이다.⁹⁷⁷⁾

b. 증거사용금지 확정을 위한 기준

A. 권리영역설(Rechtskreistheorie)

증거사용금지는 항상 명시적인 법조문에 근거할 필요는 없다. 상술한 법률상 증거사용금지의 경우 외에 증거사용금지는 개별 사례에서 구체적으로 다루어진다. 이를 위해 다양한 기준들이 전개되었다. 제55조 제2항의 사전고지 없는 신문과 관련하여 BGH는 소위 권리영역설(Rechtskreistheorie)을 발전시켰다. 이 이론에 따르면 침해가 당사자의 권리영역에 실질적으로 영향을 미치고 있는지를 심사한다.⁹⁷⁸⁾ 하지만 이 이론은 오늘날 이익형량이론(Abwägungslehre)의 기초를 제공한다는 점에서만 의의를 찾을 수 있다. 다른 견해에 따르면 침해된 증거수집에 관한 규범의 보호목적에 근거하여 판단하고자 한다.(규범의 보호목적설)

이익형량설과 규범의 보호목적설을 결합하여 증거규범의 보호목적에 따라 우선적

975) 예를 들어 제100조d 제2항과 관련하여 허용된 통신감청이라 하더라도 이를 통해 지득된 내용이 언제나 증거사용을 인정받는 것은 아니다. 허용된 수사방법이더라도 특정 내용(bestimmte Kenntnisse)은 증거로서의 사용이 금지된다.(제100조d 제2항 제1문, 제161조 제2항)

976) Klaus Volk/Armin Engländer, Grundkurs StPO, 10. Aufl., C.H. Beck, 2021, §28 Rn. 4; 클라우스 볼크/김환수·문성도·박노섭(역), 독일 형사소송법, 박영사, 2009, 341면.

977) Werner Beulke/Sabine Swoboda, Strafprozessrecht, 14. Aufl., C.F. Müller, 2018, §23 Rn. 457

978) 고지의무위반에 대한 권리영역설 입장: BGHSt 11, 213; 고지의무위반에 대한 이익제기설 입장: BGHSt 38, 214

으로 기초하되, 헌법으로부터 도출되는 독자적인 증거사용금지의 경우에는 이익형량 설에 따라 판단한다.

B. 증거권한설(Beweisbefugnislehre)

또 다른 이론으로는 증거권한설(Beweisbefugnislehre)이 있다. 이에 따르면 증거사용을 위해서는 증거규범이 필요하다. 부분적으로 위법한 증거의 사용을 허용하지 않는 증거수집에 관한 규범도 그러한 증거권한으로 간주되며, 또한 제244조 제2항⁹⁷⁹⁾의 법관에 의한 증거조사로부터 얻어진 증거를 증거사용에 대한 비례성 심사를 통해 그러한 증거권한의 지위를 획득할 수 있다.

특히 판례의 입장이자 다수설인 이익형량설(Abwägungslehre; normative Fehlerfolgenlehre)은 이익형량을 통해 증거금지를 결정하고자 한다. 이때 형사소추라는 공익과 당사자의 권리 및 범죄 혹은 절차위반의 중대성을 비교한다.

C. 이의제기설(Widerspruchslösung)

나아가 BGH는 증거사용금지는 경우에 따라서는 처분가능(disponibel)하다는 입장에 있다. 즉 변호인이 있는 피고인은 증거의 사용에 대해 적기에 이의제기(widersprechen)를 해야 한다. 마찬가지로 변호인이 없는 피고인 역시 법정에서 이의제기와 관련하여 고지를 받았다면 그 역시 시기에 맞게 증거사용에 대해 이의를 제기해야한다. 변호인 혹은 피고인의 이의제기가 이루어지지 않았다면, 증거는 사용가능하다.⁹⁸⁰⁾(이의제기설; sog. Widerspruchslösung)

증거사용금지는 법원이 금지된 증거를 판결에 고려해서는 안 된다는 것을 의미한다. 그럼에도 불구하고 판결이 증거사용금지를 위반한 오류에 근거하여 이루어졌다면 피고인 혹은 검사의 항소 이유가 되며, 다음 심급에서 그 판결은 번복되어 새로운 판결을 위해 이전 심급으로 파기 환송된다. 따라서 증거사용금지가 인정되는지 여부는 일반적으로 2심에서 명확해지기 마련이다.

하지만 BGH는 BVerfG의 소위 이의제기설(Widerspruchslösung)⁹⁸¹⁾에 근거하여 이

979) 법원의 직권에 의한 증거조사

980) 주거감청에 있어서 이익형량설과 이의제기설에 따른 판단이 헌법합치적이라는 연방헌재의 결정으로 BVerfGE 130, 1

981) BVerfG NJW 2012, 907

에 반대하고 있다. BGH는 판결문에서 “[...] 피고인 (그리고 기타 증거금지에 의해 영향을 받는 당사자)에게는 사법자원 보호의 이익을 위해서 보충성원칙에 기반하여 1심법원의 공판과정에서 증거사용금지의 문제를 자세히 심사하고 필요한 경우 해당 문제를 시정할 수 있게 하기 위하여 가능한 한 빨리 법익침해 상황을 주장하여 그 효력을 요구할 수 있도록 [...]” 해야 한다고 판시하고 있다.⁹⁸²⁾

이러한 이의제기설에 따르면 무수한 증거사용금지의 경우에도 잘못된 증거방법의 사용을 적시에 이의제기해야만 한다. 이러한 의무는 법원이 사전에 이의제기의 가능성을 피고인에게 고지하였다면, 변호인 없이 공판심리에 참가한 피고인에게도 예외는 아니게 된다. 이의제기는 제257조에서 언급되고 있는 시점까지 이루어져야 한다. 즉 늦어도 증거조사가 끝나기 전까지는 이루어져야 한다는 의미이다. 이의제기가 이루어지지 않거나 혹은 지체되었다면 2심에서는 절차위반에 대한 이의제기가 더 이상 가능하지 않다.⁹⁸³⁾

BGH의 견해에 따르면 이의제기는 증거사용금지의 전제조건이다. 적시에 이루어지지 않으면 증거사용금지는 더 이상 유효하지 않고 법원은 해당 증거방법을 사용할 수 있다.⁹⁸⁴⁾ 이에 더하여 단지 이의를 제기하는 것만으로는 충분하지 않다. 이의제기는 공격방향을 제시하고 어떠한 증거를 어떠한 이유로 사용해서는 안 되는지 설명할 수 있어야 한다.⁹⁸⁵⁾

하지만 어떠한 증거사용금지가 반론되어야 하는지는 여전히 의견이 분분한 상태이다. 다만 아래와 같은 개별적 판례의 예시를 통해 BGH가 원하는 방향을 짐작할 수 있을 뿐이다.⁹⁸⁶⁾

- 제136조 제1항 제2문 이하에서 요구하는 고지의 부작위 BGH NJW 1996, 1547.
- 제100조a 이하에 따른 강제처분 수행시 위반사항 BGH StV 2008, 63.
- 제102조 이하의 수색 혹은 제81조 제2항에 따른 수사조치의 경우 법권유보의 결여 OLG Hamburg StV 2008, 486.

982) BGH Beschluss vom 9.5.2018, AZ 5 StR 17/18

983) BGH Urteil vom 6.10.2016, 2 StR 46/15

984) BGH NStZ 2017, 367

985) BGH NJW 2007, 3587

986) Werner Beulke/Sabine Swoboda, Strafprozessrecht, 14. Aufl., C.F. Müller, 2018, Rn. 460.

하지만 학설은 이러한 BGH의 입장에 거센 비판을 가하고 있다. 특히 법률적 근거 없이 법원이 수행해야할 규명 의무와 보호 의무(gerichtliche Aufklärungs- und Fürsorgepflichten)를 변호인에게 넘겨버려 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해하고 있다는 비판을 피할 수 없다.⁹⁸⁷⁾

독일 형사소송법상 증거사용금지는 확고한 부동의 일반원칙으로부터 도출되어 자리매김한 개념이 아니다. 예외 없는 법칙으로, 증거법상 모든 증거사례의 경우에 적용하여 정형적인 결과를 예정하고 있는 것이 아니다. 따라서 증거사용금지의 기준이 모든 경우에 동일하게 적용시킬 수 있는 것이 아니다. 이러한 특질은 법률에 규정되어 있지 않은 증거사용금지에서 더욱 그러하다. 따라서 위에서 열거한 각 기준은 사건의 성격에 따라 선별적으로 적용된다. 또한 위법한 증거수집이 곧바로 증거사용금지로 이어지지 않는다. 결국 증거수집금지의 원칙은 사건의 성격에 따라 우선 적용될 수 있는 이론에 따라 증거금지가 결정되는 구조를 갖는다.

4) 개별적 증거사용금지의 사례

(1) 제136조a의 금지된 신문방법: 고문 등에 의한 증거 수집

법치주의원칙(Rechtsstaatsprinzip)과 유럽인권협약 제6조 제1항으로부터 도출되는 공정한 재판(fair trial)의 원칙 및 인간의 존엄성 존중에 대한 요청은 어떠한 수단을 써서라도 실체적 진실을 추구하는 것을 금지한다.⁹⁸⁸⁾ 가혹행위, 기망, 고문이 위험한 범죄자에게 유죄 판결 할 수 있는 유일한 수단이더라도 이는 금지되어야 한다.

제136조a는 그러한 목적을 달성하고자 금지된 신문 방법에 대해 규정하고 있다. 본 조에 따르면 어떤 경우라도 피의자의 의사결정과 의사형성의 자유가 침해되어서는 안 된다. 본조에 따른 금지는 피의자의 동의 여부와 상관없이 적용된다(제136조a 제3항 제2문).⁹⁸⁹⁾

987) Werner Beulke/Sabine Swoboda, Strafprozessrecht, 14. Aufl., C.F. Müller, 2018, Rn. 460.

988) BGHSt 5, 332, 333; 38, 215, 219; BGH NStZ 1993, 142.

989) 이러한 법문의 명확한 규정에도 불구하고 일부 문헌에서는 목적론적 환원(eine teleologische Reduktion)을 통해 제136조 제3항 제2문을 이익형량하고자 한다. (vgl. Claus Roxin/Gerhard Schäfer/Gunter Widmaier, "Die Mühlenteichtheorie. Überlegungen zur Ambivalenz von Verwertungsverboten", Festschrift zu Ehren des Strafrechtsausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer, Luchterhand, 2006, S.435; ebenso: Amelung, Prinzipien,

본 조에 따른 금지는 오직 신문(Vernehmung)에만 적용된다. 하지만 수사 초기 단계에서 이루어지는 정보 조회(sog. informatorischen Befragungen)적 성격으로 이루어지는 물음도 이에 속하는 것으로 본다. 이는 피의자 신문의 성격을 띄고 있진 않지만 제136조a의 금지가 적용된다.

본 조에서 금지하고 있는 방법은 사인(예를 들어 피해자에 의해 고용된 사설 탐정)에 의해 법원의 명령 없이 이루어지는 강요 혹은 기망을 통해 얻어진 피의자의 자백 경우와는 관계가 없다. 이러한 경우 그 사인은 자신이 얻은 정보를 수사기관에 제공할 수 있으며, 그 자백은 간접적으로 사용될 수 있다. 물론 고문과 같이 존엄성을 해하는 경우나, 함정 수사와 같이 수사기관이 사인을 도구로서 사용하는 경우에는 증거사용 금지가 폭넓게 인정되어야 할 것이다.⁹⁹⁰⁾

본 조에 따른 금지는 증인 신문이나 감정인에 대해서도 준용된다(제69조 제3항, 제72조).

(2) 사적 영역 형성의 핵심영역에 대한 증거 수집(§ 100 d Abs.2 (Kernbereich))

a. 영역구분설(Spährentheorie)

수사과정에서 증거를 수집할 때 피의자의 사생활이 침해되는 경우가 매우 빈번히 발생한다. 주거지에 대한 도청, 통화 녹음, 사진촬영, 일기장 압수 등과 같은 수사단계에서의 강제처분은 무수한 사생활 침해가 불가피하다. 이때 그러한 증거방법의 증거 사용성(Verwertbarkeit)에 대한 특별한 문제가 발생한다. 이러한 문제와 관련해서 사생활 침해와 증거사용의 이익형량은 BVerfG의 3단계 이론(sog. Drei-Stufen-Theorie)에서 출발한다. 이에 따르면 사적 영역(die Privatsphäre)은 원칙적으로 기본법 제2조 제1항과 함께 제1조 제1항의 일반적 인격권의 일종으로 헌법상 보호된다. 그러나 이때에도 국가의 형사소추이익(Strafverfolgungsinteresse)을 고려하지 않을 수 없다. 따라서 사생활 보호는 항상 불가침인 것은 아니며, 다만 단계별로 차등적으로 보호된다. 3단계 이론 혹은 영역구분설(Spährentheorie)이라 불리는 이론에 따른 단계 구분

S.54f; Erb,GA2017,113; Jahn, Gutachten, C 113.) 이에 따르면 금지된 방법을 사용하여 얻어진 증거가 전적으로 피고인의 이익으로 사용될 수 있으며, 또한 피고인이 자발적이고 진지하게 증거신청을 통해 제136조a에 의한 보호를 포기하는 경우 제136조a의 금지를 우회할 수 있다고 본다. 이에 대해 BGH는 아직까지 명확하게 입장을 보이고 있지 않다.(BGHStV2008,11)

990) BGHSt 34, 362, 363

은 다음과 같다.

- 일단계(Die erste Stufe): 사회영역(Sozialsphäre)의 단계로서, 우리가 일반적인 사회생활을 영위하면서 이루어지는 사회적 접촉(allgemeine soziale Kontakte)을 의미한다. 사업상 이루어지는 비즈니스적 대화가 이에 속할 수 있고, 이 영역은 특별한 보호를 받지 않으며 국가의 이익이 우선한다.
- 이단계(Die zweite Stufe): 사소한 사적영역(die schlichte Privatsphäre)의 단계로서, 예를 들어 주거지 내외에서 이루어지는 사적인 대화 같은 사적영역이 이에 해당한다. 이 단계에서는 국가의 형사소추 이익은 당사자의 인격권과 균형을 이루어야 하며, 다만 심각한 범죄의 경우에는 국가의 이익이 우선되어야 한다.
- 삼단계(Die dritte Stufe): 내밀한 영역(Intimsphäre)으로서 원칙적으로 불가침이다. 모든 시민은 사생활 형성의 핵심영역(Kernbereich privater Lebensgestaltung)을 유지해야 하기 때문에, 이 단계에서 국가의 이익은 완전히 후퇴되어야 한다.

하지만 개별 영역에 대한 할당은 문제가 될 수 있다. 사생활과 관련된 몇몇 영역들은 현재 입법부의해서 규제되고 있는데, 이때 필요한 이익형량을 부분적으로 고려하였다. 제100조a 이하 조문에 규정되어 있는 도청조치들이 그렇다. 이처럼 입법자에 의해 이익형량이 고려된 규정에 해당되는 사안이 아닌 경우, 즉 법률에 규정되어 있지 않은 분야에서는 개별 사례에서 위의 3단계 이론에 따라 판단되어야 한다. 최근 BGH는 밀행적 강제수사와 관련해서는 공정한 재판 원칙(Fair-Trial-Grundsatz)에 기초하고 있다. 991)

b. 개별적 사례

A. 통신감청 (Überwachung der Telekommunikation)

강제수사는 피의자 및 제3자의 사적 영역에 대한 상당한 침해를 수반한다. 이에 입법부는 이를 보호하고자 개별 조문에서 몇몇 매커니즘을 규정하고 있는데, 제100조a 및 제100조e에서는 전기통신의 감청과 기록에 대한 강제수사의 허용 조건을 담고 있다.

예를 들어 통신 감청은 제100조a에서 열거된 카탈로그 범죄에 대해서만 가능하며,

991) BGHSt 53, 294

개별 사건에서 그 범죄행위가 매우 심각하고 사실관계 조사나 피의자의 거주지 조사하는 것이 상당히 어렵거나 불가능할 경우에만(Subsidiaritätsklausel) 가능하다고 규정하고 있다. 변호인과의 대화는 제148조 제1항에 따라 절대 도청되어서는 안 된다. 제100조e는 당해 조치가 오직 검사의 신청에 의한 법원의 명령에 의해서만 가능하다. 물론 지체될 위험이 있다면 제100조e 제1항 2문에 따라 검사가 직접 명령을 내릴 수 있다. 또한 이러한 명령은 서면으로 이루어질 것이 요구된다. 사실 인정을 위한 실질적인 근거가 사적 생활형성의 핵심영역으로부터 얻어지는 것이라면 그 처분은 허용되지 않는다.(제100조d 제1항)

증거사용금지와 관련해서 전기통신 감청을 통해 사실(Erkenntnisse)에 대해서는 다음 사항이 적용된다: 제100조d 제2항 제1문은 내밀한 영역으로부터 나오는 표현에 대한 기록에 대한 증거사용을 명시적으로 금지한다. 그 외의 영역과 관련해서 판례는 실질적 전제조건인 심사에 대해 수사당국에게 재량권을 인정하고 있다. 제100조a의 실질적 요건들이 인정되는지에 대해 심각한 오판 혹은 자의(Willkür)가 있는 경우 증거사용이 금지된다. 반면 형식적인 전제조건 위반이 곧바로 증거사용금지에 이르지 않는다. 법관 혹은 검사의 명령이 완전히 결여된, 즉 영장이 없이 통신감청이 이루어진 때 그 형식적 전제조건 위반이 증거사용금지에 이른다.⁹⁹²⁾

나아가 우연발견(Zufallsfunde)과 관련한 제161조 제3항, 제479조 제2항 제1문에 따른 일반적인 증거사용제한이 있다. 통신감청 등 기술적 수단을 이용하여 얻어진 인적 관련 정보는 당해 조치의 당사자 동의 없이도 범죄행위의 규명을 위한 증거목적으로만 사용될 수 있다.

B. 소도청과 대도청

제100조c 이하는 피의자 감청을 위한 기술적 수단의 투입에 대해 규정하고 있다. 특히 소도청(Kleiner Lauschangriff)과 대도청(Großer Lauschangriff)이 중요하다. 소도청은 주거지 외에서 이루어지는 대화의 감청과 녹음을 의미하는데, 이에 대한 실질적 전제조건은 제100조a의 그것과 같다. 따라서 소도청에는 카탈로그와 보충조항(Subsidiaritätsklausel)이 고려된다. 소도청 과정에서 우연히 지득된 정보는 앞서 말한

992) BGHSt 31, 304(전화감청시 형식적 요건의 결여에 대한 사용금지)

제161조 제3항과 제479조 제2항 제1문이 추가되어야 한다.

더 심각한 문제는 주거지 내에서 이루어지는 대화의 감청과 녹음이 있다. 이러한 대도청(제100조c)은 1) 제100조b 제2항의 카탈로그 범죄를 저질렀거나 중죄에 대한 미수를 범하였을 경우, 2) 개별사례와 관련하여 범행이 특별히 중대한 경우, 3) 충분한 근거가 있는 사실에 비추어 도청을 통해 사안의 탐문 또는 공범의 소재지를 수사하는데 중요한 의미가 있는 피의자의 발언을 포착할 수 있으리라고 인정될 수 있는 경우, 4) 보충조항의 조건이 충족되는 경우에 허용된다. 하지만 대도청 과정에서 내밀한 사적 영역의 대화가 관련된다면 다시금 제100조d 제2항 제1문이 적용되어 증거사용이 금지된다.

나아가 명백한 증거사용금지는 증언거부권자의 진술과 관련하여 제100조d 제5항 제1항 제1문 전단, 제100조d 제2항 제1문에서도 나타난다. 이때 실질적 요건의 결여는 당연히 증거사용금지로 이어진다. 하지만 형식적 요건과 관련하여 BGH는 단지 소도청 수준의 형식적 전제조건만 준수되었을 때에는 증거사용금지를 인정하고 있다. 대도청 과정에서의 우연습득에 대해서는 제100조e 제6항의 특별규정이 적용된다.

C. 사진과 영상 녹화 및 관찰 목적의 기타 기술적 수단

제100조h는 사진촬영(제1항 제1호) 및 관찰 목적의 기타 특별한 기술적 수단의 투입(제2항 제2호)을 규정하고 있다. 전자의 조치는 보충조항이 충족된다면 허용되며, 후자의 조치는 보충조항 충족 이외에 당해 범죄행위가 중대한 범죄(eine Straftat von erheblicher Bedeutung)일 것을 요구한다. 이러한 실질적 요건이 충족되지 않는다면 해당 조치로 인하여 얻어진 증거는 사용할 수 없다.⁹⁹³⁾

D. 일기/독백

일기(Tagebuchaufzeichnungen)에 대한 증거사용성에 대한 문제는 다소 흥미진진하다. 일기에 대한 강제처분은 법률에 규정되어 있지 않다. 따라서 기본적으로 수사일반조항(Ermittlungsgeneralklausel; 제161조 제1항 및 제163조 제1항)에서 일기에 대한 개입의 수권 근거를 찾을 수 있다. 일반조항에 의해 일기에 대한 강제처분이 정당화

993) BVerfG NJW 2011, 2783(비디오촬영: 증거수집금지가 항상 증거사용금지로 이어지지 않음)
- Videoüberwachung (aus einem Beweiserhebungsverbot folgt nicht stets ein Beweisverwertungsverbot)

되었다면, 그 다음은 3단계 이론에 따라 처리되어야 한다. 이때 일기가 2단계의 영역에 속하는지 3단계의 영역에 속하는지, 영역 할당의 문제가 중요해질 것이다. 3단계의 내밀한 영역에 속한다면 증거사용성은 부정될 것이다. 영역 분류에 일기를 일반화하여 확실적인 결론으로 판단하는 것은 옳지 않다. 오히려 그 분류는 일기의 구체적인 내용에 기초하여 개별적으로 판단해야 한다.⁹⁹⁴⁾ 판례 역시 구체적인 사건에 따라 달리 판단하고 있으며, 불가침적 핵심영역이 독립적으로 존재하여 그로부터 특정되는 것이 아니라 결과적 측면에서 제3단계의 영역에 속하는지 여부를 판단해야 한다는 입장이다.⁹⁹⁵⁾ 이와는 반대로 독백(Selbstgespräche)은 항상 가장 내적인 인격권의 핵심(innerste Persönlichkeitskern)에 속하며 따라서 3단계의 내밀한 영역으로 분류되어야 한다.⁹⁹⁶⁾

(3) 사인에 의한 증거수집(Ausforschung durch Privatpersonen)

a. 원칙: 증거사용금지의 배제

원칙적으로 StPO의 규정은 오직 국가의 수사기관 수사관을 대상으로 한다. 따라서 증거사용금지는 오직 StPO의 규범을 위반하여 획득한 증거방법에 대해서만 위법일 뿐임을 말해준다.

사인이 피의자에 대한 증거방법을 입수하여 관계 기관에 제출하는 경우, StPO의 규정은 이러한 증거수집에 적용되지 않으며, 따라서 그로부터 도출될 수 있는 증거사용금지는 원칙적으로 존재하지 않는다. 게다가 사인의 주도하에 국가수사기관은 어떠한 흠결적인 행위가 이루어진 점이 없기 때문에, 형사소송법 규범의 유추적용 또한 배제된다. 사인의 행동은 형사소송절차를 봉쇄시킬 수 없다.

그럼에도 불구하고 이러한 원칙은 특정 사례군에서는 예외적으로 적용되어야 한다. 예를 들어 사인에 의해 불법적으로 획득된 탈세에 대한 데이터를 구매할 때 이러한 문제가 발생한다.⁹⁹⁷⁾ LG Bochum은 “증거방법에 대한 가별적인 구매행위는 법치국가의 원칙에 따라 규정된 절차로서의 수사절차가 영구적으로 손상되고 사용가능성이

994) 일기의 증거사용가능성을 인정한 판결로는 BGHSt 34, 397

995) BGHSt 19, 325, 331, 334; BGHSt 34, 397; vgl. BVerfG 80, 367 ff.

996) BGHSt 57, 71(자동차 내에서의 독백에 대해 인격권을 이유로 증거사용을 금지); 거실에서 도청장치를 통해 지득된 독백에 대해서는 BGHSt 50, 206

997) BVerfG NStZ 2011, 103 (세금데이터의 구매; 절대적 사용금지의 부정)

확인된다는 사실로 이어지지 않음”⁹⁹⁸⁾을 명확히 하였다.⁹⁹⁹⁾ 어떤 경우든 이는 국가 당국이 이후 단계에서만 이용하는 개인의 범죄 관련 행위가 존재하는 경우에만 적용된다. 따라서 원칙적으로 사인에 의해 위법하게 수집된 증거는 사용가능하다.

그러나 계산될 이익형량의 결과는 항상 본안에 존재하는 절차위반의 경중에 따라 결정적으로 영향을 받는다. OLG Stuttgart는 도로교통법 과태료 처분에 있어서 사적으로 장착된 대시캠 비디오의 활용과 관련하여 유사하게 주장하였다: 연방정보보호법 제6조의 정보보호법적 금지를 위반한 대시캠 사용으로 인한 도로교통사용자(Verkehrsteilnehmer)의 위반행위가 형사절차 및 과태료 처분 절차에서 필연적으로 증거사용금지의 결과를 가져오는 것은 아니다.¹⁰⁰⁰⁾ 증거사용금지의 존재 여부는 개별적 사례에서 상충되는 이해관계를 고려하여 결정되어야 한다. 그 결과 기본적으로 더 좁은 사적영역을 보장하지 않는 비디오 녹화의 사용은 허용되지 않는다. 반면에 단지 교통상황을 기록화하는 비디오 녹화는, 특히 교통안전에 부정적인 영향을 미치는 행정위반을 기소하는 데 사용되는 경우라면, 그 증거사용이 금지되지 않는다고 본다.

b. 예외: 증거사용금지 인정

아래와 같은 특정 사례에서는 사인에 의해 위법한 방식으로 획득된 증거는 사용될 수 없다.

A. 공익적 사유

국가 기관이 개인의 행동에 책임져야 하는 경우 증거사용금지를 인정할 중요한 예외 사유가 존재한다. 이는 검사 혹은 경찰이 사인의 행동을 유도했거나 적어도 고의로 이를 용인하고 승인한 경우에 인정될 수 있다. 이러한 경우 소송법 규정, 특히 제136조a가 유추 적용될 수 있다. 이러한 방식으로 증거수집을 금지하는 이유는 그렇지 않으면 수사기관이 개인을 개입시킴으로써, 예를 들어 V-Leuten이나 정보원, 형사 소송 규정을 우회할 수 있기 때문이다. 예를 들어 피의자 대화의 말을 엿들어 비밀을 알아내기 위해 미리 작업한 동료죄수를 피의자와 같은 감방에 투입하는 경우가 그러

998) LG Bochum Beschluss vom 22.4.2008, 2 Qs 10/08

999) 이는 BVerfG NStZ 2011, 103과 반대되는 것은 아니다.

1000) OLG Stuttgart Beschluss vom 4.5.2016, 4 Ss 543/15 = OLG Stuttgart NJW 2016, 2280

하다. 그러나 제136조a의 기망의 개념은 좀 더 높은 요구조건을 설정하고 있다: BGHSt 42, 139(Hörfalle)는 제3자에게 피의자에게 전화를 걸게하여 단순히 두 번째 청자(Zweithörer)로서 함께 엿들은 것만으로는 충분치 않다고 판단하였다. 더욱이 수사당국이 유죄정보를 단독으로 입수하고, 그것이 증인이 피고인을 속여 얻은 증거라고 해서 증거사용이 금지되는 것은 아니다. 원칙적으로 이를 방지하기 위한 의무는 수사기관이 부담하지 아니한다.¹⁰⁰¹⁾

B. 인간의 존엄성에 대한 침해

개인이 국가의 어떠한 간섭도 받지 않고 자발적으로 행동하는 경우, 증거사용금지는 오직 절대적으로 예외적인 경우에만 고려될 수 있다. 예를 들어, 국가 수사기관이 아니라 사인에 의해서 이루어진 고문 및 기타 심각한 불법행위와 같이 피의자의 인간의 존엄성을 침해하는 개인의 행위가 이에 해당한다. 흥미로운 것은 OLG Hamburg가 미국 정부기관에 의해 자행된 고문에 대하여 제136조a를 유추적용 했다는 점이다.¹⁰⁰²⁾

C. 녹음 혹은 일기 등 내밀한 영역(Intimsphäre)에 대한 보호

피의자의 사적 영역 보호에 관한 사건도 유사하다. 여기서는 해당 개인의 사적 영역 침해가 국가 기관에 의해서 이루어졌든 사인에 의해서 이루어졌든 아무런 차이가 없다. 특히 녹음 혹은 기록의 사용이 소송절차상 어차피 내밀한 영역을 건드리기 때문에 동일하게 적용될 수 있다. 따라서 그 적법성의 평가는 앞서 살펴본 BGH의 영역이론(3단계 이론)을 기반으로 한다. 이에 따라 중요한 것은 녹음 혹은 일기를 2단계 또는 3단계에 할당시킬 수 있는지 판단하는 일이다.¹⁰⁰³⁾ 왜냐하면 2단계에서는 이익형량이 이루어져야하고, 3단계에서는 증거사용이 원칙적으로 허용되지 않기 때문이다. 이러한 분류는 사안의 구체적인 내용을 기준으로 이루어진다. 녹음의 경우, a) 사업거래에서 표준화된 대화, b) 피고인이 소송절차에 그 증거를 사용함에 동의한 경우, c) 심각한 범죄의 경우 증거사용금지의 예외가 허용된다.

1001) BGH NJW 2017, 1828, 1831

1002) OLG Hamburg NJW 2005, 2327(sog. Motassadeq Fall: 미국 정부기관이 알카에다 일원이었던 외국 국적자 엘모타사데크에 대해 자행한 고문에 제136조a를 유추적용하여 증거사용을 금지)

1003) BGH JR 2016, 542: 비밀스런 비디오, 오디오 기록 데이터에 대한 증거사용금지 부정

(4) 위장수사의 피의자: 소위 청취사례(Hörfälle: 위장감방동료사건)

a. 일반

증거법의 가장 중요한 주제인 증거사용금지 영역에서 매우 중요한 특수문제로서, 대개 경찰에 의해 형성된 Hörfälle로 불리며 논의되고 있다. 1996년 BGH 대형사부의 Hörfallen 판결¹⁰⁰⁴⁾은 학계의 커다란 반향을 불러일으켰다. 나아가 본 판결은 몇 가지 기본적인 형사절차의 원칙들을 통합시켰다. 본 판결은 여러 가지 면에서 매우 놀랍지만, 특히 형식적인 관점에서 그러하다. 예를 들어 신문(Vernehmung), 기망(Täuschung), 전기통신 감청(Überwachung)의 개념을 다루고 있다. 반면에, 법치주의 원칙과 관련하여 다소 느슨한 전체 이익형량을 포함하였다. 하지만 명심해야 할 것은, 이후 연방헌법재판소뿐만 아니라 유럽인권법원은 유사한 구조에서 서로 다른 견해를 표명했으며, 따라서 BGH가 위 판례에서 보여준 기본입장들을 고수할지에 대해서는 명확하지 않다.

또 다른 사건에서 BGH는 구속 상태에서 분리된 별도의 맞이방에서 피의자와 그의 아내 사이의 대화를 비밀리에 도청하는 것은 공정한 재판의 원칙에 위반되는 것으로 판단하였다.¹⁰⁰⁵⁾

b. BGH 대형사부의 청취판결(BGHSt GrS 42, 139)¹⁰⁰⁶⁾

간략한 사실관계는 다음과 같다. 경찰 P는 은행강도의 용의자 D를 의심하여 D의 친구 F에게 전화통화를 부탁하였다. P의 부탁과 지시에 준비된 F는 D에게 전화를 걸어 은행강도사건에 대하여 이야기하였다. P는 F의 동의하에 D가 F에게 모든 범행 사실을 인정하는 전화통화를 청취하였다.

본 사건에서 F가 P의 공청(Mithören)을 허락하였기 때문에 제100조a 이하에서 규정하고 있는 통신감청 위반으로 인한 증거사용금지는 탈락한다. 그러나 (F 혹은 P의 '신문'에 의해 이루어진) D의 진술 사용은 그렇지 않다. 왜냐하면 D는 제163조a 제4항 제2문 및 제136조에 따라 고지 받지 않았기 때문이다. 하지만 이러한 규정이 직접적으로 적용될 여지는 적다. 왜냐하면 공식적인 신문의 상황이 아니었기 때문이다. 만약

1004) BGHSt 42, 139

1005) BGHSt 53, 294

1006) 이하의 내용에 대해서는 Werner Beulke/Sabine Swoboda, Strafprozessrecht, 14. Aufl., C.F. Müller, 2018, §23 Rn. 481g 참조

D가 외부에 공개되지 말아야 할 것을 공개한다면, 이는 원칙적으로 자신의 책임이다. 따라서 그는 F가 후에 모든 것을 말한다 해도 그로부터 보호받지 못한다. 본 사건과 같이 F의 주도하에 제3자의 청취를 허락하고 있는 경우에도 마찬가지이다.

그러나 수사기관은 “사적”신문자(„private“ Vernehmungspersonen)를 개입시켜 제136조의 고지의무를 의도적으로 훼손해서는 안 된다. 구체적인 증거수집임무를 받은 F의 개입과 같은, 이러한 허용되지 않는 우회방법을 통해 수집된 D의 진술은 제136조를 유추적용하여 증거로 사용할 수 없다. 이러한 문제는, 최근 EGMR의 판례에 따르면 EGMR 제6조와 합치되지 않는 소위 “자기부담도발(Selbstbelastungsprovokation)”¹⁰⁰⁷⁾이 인정되는 것이다. 만약 F가 아무것도 속이지 않았다면 제136조 유추적용은 고려사항이 아니다. 하지만 F가 그러한 기망으로부터 대화를 시작하였고 이에 청취사례의 구조가 인정되고 있다면 제136조의 유추적용으로 증거사용금지가 당연히 도출될 수 있다.

반면에 BGH 대형사부는 다음과 같은 판단근거로 이와 같은 수사절차와 수집된 증거사용을 허용하였다.

- 제163조a 제4항, 제136조, 제136조a 제1항 위반 여부: 형식적 신문개념에 따라 본 사건에서는 신문이 이루어진 것으로 볼 수 없다.
- 제163조a 제4항, 제136조 위반에 대한 유추적용: 피의자에 대한 고지는 그의 진술의무가 없음을 알리기 위한 것이다.
- 제163조a 제4항, 제136조a 제1항 위반에 대한 유추적용: 기망(Täuschung)의 개념은 좁게 해석되어야 한다.
- 수사처분의 기밀성(Heimlichkeit)으로 인한 절차상 하자: 형사소송법은 비밀수사에 대해 일괄적으로 금지하고 있지 않다.
- 제100조a,b의 위반: 제100조a, b는 기술적 침해(technische Eingriff)를 전제하고 있다.
- 자기부죄금지원칙(Nemo-tenetur-Grundsatz)의 위반: 이는 강요로부터의 자유를 의미하는 것이기 기망을 포함하고 있는 것은 아니다.

이처럼 연방대법원 대형사부는, 증거사용금지를 인정하는 대부분의 학설과는 달리,

1007) EGMR StV 2003, 257; EGMR StV 2004, 1 m. Bespr. Gaede, StV 2004, 46.

범죄를 규명하는 것이 매우 중요하며, 다른 수사방법을 사용하여 그 사실을 조사하는 것이 성공할 가능성이 낮거나 혹은 현저히 어려울 경우 증거사용금지를 인정하지 않았다.

c. EMRK의 입장

연방대법원 논거와는 반대로 EMRK는 피의자가 미리 자신의 묵비권을 명시적으로 표명한 경우, 묵비권과 자기부죄거부권리는 일차적으로 수사기관의 부당한 압력과 부당한 방법으로 증거를 수집하는 것으로부터 피의자를 보호하는데 기능한다는 있다는 것을 확인하고 있으며, 아울러 단지 “그러한 권리의 적용범위는 피의자가 강압에 저항해야만 하는 상황에만 제한되지 않는다”¹⁰⁰⁸⁾고 한다. 공정한 재판의 핵심이 되는 묵비권(das Schweigerecht)은 원칙적으로 수사기관의 조사과정에서 진술할지 침묵할지를 결정할 수 있는 피의자의 자유이다. EMRK의 그러한 입장은 강압적인 방법에 한정되는 것이 아니라 원칙적으로 기망(Täuschung)의 경우까지도 포괄할 수 있는, 기본원칙의 보다 넓은 적용범위를 수용하려는 것으로 보인다. 인권재판소는 묵비권과 자기부죄거부 특권이 피의자신문과의 형식적인 기능적 동등성을 갖고 있음에도 불구하고 이 둘에 대한 우선적인 보호가 적절하다고 보고 있는 것이다. 이러한 기능적 동가성은 국가가 책임져야 하는 정보원의 행위, 특정 사인에 대한 국가의 이용행위에도 인정될 수 있다.

종합적으로 볼 때 BGH가 오늘날 청음사례(Hörfälle)를 예전과 같이 판단할지는 매우 의문스럽다. BGH 역시 최근 비밀수사관이 문제된 사안에서 비밀수사관과 피의자 사이의 대화의 비밀스런 녹음을 자기부죄원칙(Nemo-tenetur-Grundsatz)을 침해하였다고 보았다.¹⁰⁰⁹⁾

d. BVerfG의 입장

연방헌법재판소는 최근 전화통화의 내용에 대한 증언의 민사법적 증거사용가능성에 대해 판결하였는데, 본 사안은 비록 민사소송이었지만 전화통화의 당사자 중 한 사람만이 두 번째 청자(Zweithörer)에 대해 알고 있었으며 이러한 청취방법을 통해 듣게 된 통화 내용의 증언이 문제가 되었다.¹⁰¹⁰⁾ 통화 및 대화 비밀에 대한 권리는

1008) EGMR StV 2003, 257

1009) BGHSt 52, 11

일반적인 인격권의 일부이며, 따라서 통화 상대방이 모르게 제3자(두 번째 청취자)를 통화에 참여시키는 것으로부터 보호된다. 하지만 이익 형량의 단계에서는 제대로 된 (funktionstüchtig) 형사 및 민사 사법이라면 그것이 갖는 일반적인 이익은 원칙적으로 일반적 인격권과 대치되지 않는다. 오히려 인격권의 침해에도 불구하고 증거수집의 이익은 보호받아야 한다는 또 다른 관점이 개입될 여지가 있다. 이는 중대한 범죄나 정당방위와 유사한 상황에서 인정될 수 있다. 하지만 민사소송의 증거 확보를 위한 이익만으로는 충분하지 않다.

5) 증거금지의 효과

(1) 증거금지의 원거리 효과(Fernwirkung)

특정 증거와 관련하여 증거사용이 금지되는 경우, 첫 번째 증거방법으로부터 간접적으로 획득된 증거의 사용 허용 여부라는 중요한 문제가 발생한다.

예를 들어, 다슈너 사건¹⁰¹¹⁾에서 고문의 위협 아래 자신의 살인범행을 인정하고 또한 시체를 유기한 곳을 실토 했다면, 제136조a 제3항 제2호에 따라 그러한 자백은 당연히 증거로 사용할 수가 없다. 하지만 실토한 유기장소 그리고 거기서 발견한 시체를 부검해서 얻은 흔적(Spuren)도 마찬가지로 증거사용금지의 대상이 되는지가 문제된다. 이것이 원거리 효과 문제(독수독과이론)이다. 이에 대해선 다음과 같은 견해들이 제시되고 있다.

- a. 판례는 원칙적으로 원거리효과를 부정한다. 하나의 절차적 흠결이 전체 형사절차를 마비시킬 수는 없다는 논리에 근거하고 있다.(효율적인 형사절차의 보장) 또한 원거리 효과를 부정하지 않으면, 실제로 경찰이 다른 방법으로 증거를 확보할 수 있었는지 여부를 판단하기 어렵다는 점도 그 이유가 된다.
- b. 학설은 부분적으로 원거리효과를 긍정한다. 향후의 위반사항을 미리 방지하기 위해, 제재기능을 부여할 수 있는 미국법상의 “독수독과이론(fruit-of-the-poisonous-tree-doctrine)”을 받아 들이고 있다. 또한 독일 학계의 지지자들의

1010) BVerfG, 09.10.2002 - 1 BvR 1611/96, 1 BvR 805/98 (BVerfGE 106, 28)

1011) Daschner-Fall(LG Frankfurt StV 2003, 325)

주요 주장은 원거리 효과를 긍정하지 않으면 증거사용금지 원칙을 피하는 것이 더 쉬워진다는 점이다. 무엇보다 증거사용금지의 의미와 목적은 원거리 효과를 말하고 있다. 피의자의 기본권을 심각하게 침해하는 것은 그러한 방법으로 획득된 증거에 대한 완전한 금지로 이어진다. 하지만 일부 견해에 따르면 만약 그 증거절차의 위반 없이 획득되었을 고도의 개연성(höchstwahrscheinlich)이 인정되는 경우에는 그 예외를 인정한다(적법한 가정적 수사진행; sog. hypothetischer rechtmäßiger Ermittlungsverlauf).

- c. 또 다른 견해에 따르면 원거리효과 문제는 증거사용금지의 일반적 이론에 따라 해결하고자 한다. 따라서 부분적으로 절차규범의 보호목적에 초점을 맞추고 있다. 이와는 반대로 다른 경우에는 원거리 효과를 개별 사례의 이익형량의 문제로 취급한다. 이때는 절차위반의 경중과 규명된 범죄의 중합을 서로 교량한다. 다쉬너 사건에서 LG Frankfurt는 원거리 효과를 거부했는데, 납치된 아이가 살해되었을지도 모르는 범행이 특히 중했기 때문이었다.
- d. EGMR¹⁰¹²⁾의 입장을 보자면, 이 역시 다쉬너 사건의 경우에서, 절차위반으로 인해 간접적으로 얻어진 증거의 사용은 공정한 재판의 원칙(Grundsatz des fair trial)을 위반하고 형사 절차의 전체를 불공평하게 만들 수 있다고 한다. 전체 형사절차가 불공평했는지 아닌지에 대한 문제는 사건의 모든 정황에 비추어 결정되어야 한다. 이때 특히 다음과 같은 사항이 고려되어야 한다: 결함 없는 증거로 증명된 상황, 문제가 된 증거에 대한 중요도 및 피의자의 방어권이 보장되었는지 여부. EGMR은 이러한 모든 상황을 평가한 후 다쉬너 사건의 절차와 피고인의 유죄판결이 종합적으로 공평하지 않았다는 결론에 이르렀다.
- e. OLG Düsseldorf는 증거사용금지의 원거리효과를 예외적으로 인정하는 결정을 내린 바 있다.¹⁰¹³⁾ 본 사건에서 경찰은 가택을 수색하였고 이 때 수색의 요급상황(Eilkompetenz)을 위법하게 인용하였다. 지체의 위험(Gefahr im Verzug)을 근거 짓는 사실적 요건을 경찰 스스로 유도하였다. 재판부는 경찰의 그러한 행동에

1012) EGMR, NStZ 2008, 699

1013) OLG Düsseldorf Beschluss vom 23.6.2016 (NStZ 2017, 177, 178)

대해 제105조 제1항 제1문¹⁰¹⁴⁾에서 규정한 법관유보에 대한 심각하고 의도적인 위반으로 보았다. 게다가 이에 더해 사용금지의 원거리효과를 인정하였다. 이것은 주거지에서 발견된 증거뿐만 아니라 수색을 통해서 얻어진 증거를 통해 얻어진 피고인에 대한 정보에까지 미친다.

재판부는 본 사건에서 피고인에 대한 신문이 그의 주거에 대한 수색 범위 내에서, 그리고 그 과정에서 부당한 방법으로 획득된 사실에 의해 행해졌다는 특수성을 근거로 원거리 효과 정당화하였다. 본 사건에서 피고인은 수색과 그에 파생된 증거들로 인하여 명백히 유죄로 보여지는 피고인은 자신의 묵비권을 행사할 이유가 없었다. 또한 그는 발견된 증거방법들이 사용가능하지 않다는 점을 알 방법도 없었고, 경찰이 그의 주거에서 발견한 사실들을 부정하거나 그에 대해 침묵하는 것이 그에게는 아무런 의미가 없는 상태였던 것이다.

(2) 고지의무 위반의 확장효(Fortwirkung)

만약 용의자가 처음에 증인의 자격으로 위법하게 신문 받았다면, 그는 이어지는 피의자로서 이루어지는 후속 심리가 시작될 때 제136조 제1항 제2문과 관련하여 이전 정보의 불사용성(Unverwertbarkeit)에 대해 고지 받아야 한다.(가중된 고지: qualifizierte Belehrung) 묵비권과 자기부죄거부(Nemo tenetur)는 EMRK 제6조 제1항에서 보장하고 있는 공정한 재판의 핵심사항이다.¹⁰¹⁵⁾

따라서 법치국가의 질서는 “가중된(qualifizierte)” 고지의 형태로 예방적 조치(Vorkehrungen)를 취해야 한다. 왜냐하면 피의자가 고지의무 위반 아래 이루어진 이전의 자기에게 불리한 진술이 제거될 수 없다고 믿을 수도 있기 때문에, 그가 거의 진술거부권을 포기하는 것을 막을 수 있는 예방적 조치가 유럽인권협약 및 기본법에서 추구하는 공정한 재판의 본질적인 요구사항이 된다.

이러한 가중적 고지의 장치가 없는 경우, 판례에 따르면 적시의 이의제기(rechtzeitige Widerspruch)에도 불구하고 고지 이후에 피의자로부터 얻어진 정보는 개별 사례에서 이익형량의 기준에 따라 사용가능할 수도 있다고 본다. 이때 이익형량

1014) 법관만이 수색을 명할 수 있으나, 긴급을 요하는 경우에는 검사 및 그 수사요원에 의해서도 가능하다.

1015) EGMR NJW 2002, 499, 501

에 관계된 절차위반과 사건규명의 이익의 중요도 외에, 피의자에 대한 고지가 이루어진 후 그가 이전의 진술에서 벗어날 수 없다고 생각했는지 여부가 결정적으로 고려되어야 한다.¹⁰¹⁶⁾

나. 증거와 직접성의 원칙(제250조 이하)

우리나라 증거법상 비중 있게 논의되는 전문법칙은 제250조 이하의 조문에서 발견할 수 있는 직접성의 원칙(Unmittelbarkeitsgrundsatz)으로부터 논의된다. 이러한 원칙은 법원이 증거를 스스로 수집할 것을 요구하며 대리(Surrogate)를 통해서 대체되어서는 안 된다고 명시하고 있다. 예를 들어 증인은 공판정에서 직접 심문을 받아야 하며, 이전 조서를 낭독하거나 그 조서를 문서로 제출하는 형식으로 이루어져서는 안 된다.(제249조) 이러한 점에서 직접성의 원칙에 따르면 인적 증거가 서증보다 우선한다. 이는 또한 신문 내용 그 자체에 대한 이전의 전문인(die frühere Verhörsperson)을 신문하는 것을 배제하지 않는다.(소위 전문증인: Zeuge vom Hörensagen) 왜냐하면 이는 인증(Personalbeweis)이기 때문이다.

이처럼 제251조 이하에서는 직접성의 원칙에 대한 예외로서 조서 낭독을 통한 인적 신문에 대한 대체 가능성을 규율하고 있다.

1) 인증 우위(Vorrang des Personalbeweises)의 예외

제251조 이하에서는 서증의 방법으로 낭독의 가능성에 대해 규정하고 있다. 여기에서는 증인, 감정인 또는 공동피고인의 신문 조서를 낭독하고 서증을 증거로 사용할 수 있는 사건의 경우를 나열하고 있다. 하지만 피고인이 피의자였을 당시에 이루어진 이전의 피의자 신문조서에는 적용되지 않는다. 본조 제1항에서는 법관 조서 및 그 이외의 조서에 대한 낭독을, 제2항에서는 법관심문조서의 낭독에 관한 특별 규정을 담고 있다.

1016) BGHSt 53, 112

(1) 법관조서 및 그 이외의 조서의 낭독(Nicht-richterliche und richterliche Protokolle)

제251조 제1항에 따르면,

- 검사, 변호인 그리고 피고인이 낭독에 동의했을 때,
- 낭독이 단지 피고인의 기억을 상기시키는데 기능하고 변호인이 없는 피고인 및 검사가 그 낭독에 동의했을 때,
- 증인, 감정인 혹은 공동피고인이 사망하였거나 혹은 기타 다른 이유로 재판상 신문을 받을 수 없는 경우,
- 조서 혹은 문서가 재산상의 손해 여부 및 정에 관련되어 있을 경우에, 조서 혹은 문서의 낭독이 허용된다.

(2) 법관조서(Richterliche Protokolle)의 낭독

제251조 제2항에 따르면,

- 질병, 노쇠 기타 피할 수 없는 장애를 이유로 증인, 감정인 또는 공동피고인이 공판정에 출석하는 것이 장기간 또는 불확실한 기간 동안 불가능한 경우,
- 증인 또는 감정인의 진술의 중요도 등을 고려해 볼 때 원거리로 인하여 공판정에 추력하는 것이 지나치다고 판단될 때,
- 검사, 변호인 또는 피고인이 낭독에 동의하는 경우에, 낭독이 허용된다.

(3) 기억을 돕기 위한 조서의 낭독(제253조)

상술한 낭독과 제253조의 낭독의 중요한 차이점은 제253조의 경우에는 낭독된 조서가 서증으로서 받아들여진다는 점이다.

(4) 자백의 증거를 수집하고 진술의 불일치를 해소하기 위한 피고인 진술의 낭독(제254조)

제254조에서 언급하고 있는 피고인의 진술은 법관조서나 혹은 영상 혹은 음성 녹화에 기록되어 있는 진술이어야 한다.

(5) 증인신문에 대한 화상 및 음성의 녹화의 재생(제255조a)

영상물의 상영은 제251조, 제252조, 제253조 및 제255조에 의하여 조서의 낭독이 허용되는 경우에는 항상 허용된다.

(6) 행정기관과 의사의 진술 낭독(제256조)

이와 관련해서는 높은 수준의 권위와 객관성이 인정되고, 따라서 문서의 특별한 증거의 질(Beweisqualität)을 기대할 수 있다. 하지만 제256조 제5호와 관련하여 특별한 문제점이 있다.

본조는 신문과 관련되지 않는 수사 행위에 관한 문서가 담고 있는 수사기관의 조서와 문서에도 적용된다. 따라서 본조 제1호 내지 제4호에서 언급되는 기관과는 달리 수사기관이 피고인의 처벌에 큰 관심을 가지고 있다는 점이 문제가 되지 않을 수 없다. 따라서 문헌에서는 본 규정에 대해 엄격한 잣대를 가지고 해석하고자 한다. 수색목록이나 혹은 증거보전과 같이 절대적으로 정형화된 과정(Routinevorgänge)이 담보될 수 있는 경우라야만 낭독이 가능하다고 본다.

최근 BGH 판결에서 장기관찰(längerfristige Observation)목록을 정형화된 과정에 해당된다고 보았으며, 또한 제256조의 자구에 한정하지 않고 정형화된 절차를 넘어서는 낭독까지 허용하고 있다.¹⁰¹⁷⁾

2) 증언거부의 경우 낭독의 금지

제252조는 공판 전에 신문한 증인이 공판정에서 증언거부권(Zeugnisverweigerungsrecht)을 행사하는 경우 이전에 작성된 증인에 대한 조서의 낭독을 금지하고 있다. 본 조와 관련하여 다수설은 문언의 의미를 넘어 이전에 이루어진 진술과 관련된 법관이 아닌 신문(bei nicht-richterlichen Vernehmungen)에 대해서도 증거사용금지를 인정하여 그 이전의 신문을 한 사람을 증인으로 신문하는 것도 금지하고자 한다. 하지만 증언거부권이 있는 자가 이전에 이루어진 신문에 대해서는 그 증거사용을 동의하고 반면에 법관의 심문에 대해서는 증언거부권을 행사하는 경우에는 적용되지 않는다.

판례는 증언거부권자에게 절차 규정에 따라 증언거부권이 고지되었으며 그가 유효하게 그 권리를 포기한 경우에 법관에 의해 이루어진 신문에 대해서는 증거사용을

1017) BGH NStZ 2016, 301

허용하고 있다. 왜냐하면 “법률이 매우 일반적인 고도의 신뢰(ganz allgemein höheres Vertrauen)를 부여하고 있고¹⁰¹⁸⁾, 무엇보다 이익형량의 관점에서 볼 때 적법한 증거 부권 고지 후 명시적인 권리 포기는 효율적인 형사사법이라는 공익이 증인의 이익에 비해 더 큰 의미를 부여¹⁰¹⁹⁾”하기 때문이다.

3) 비밀수사관(Verdeckte Ermittler)

직접성의 원칙과 관련해서 비밀수사관 투입과 같은 경우 특별한 문제가 발생한다. 왜냐하면 국가의 안보 이익이라는 특수성이 발생하기 때문이다. 따라서 국가기관은 제110조b 제3항 및 제96조에 따라 그들의 수사요원을 공판정에서 배제시킬 수 있다. 하지만 완전한 배제를 의미하는 것은 아니다. 이때에는 특정요건에 따라 신문을 할 수 있는 소위 삼단계 이론이 적용된다.

다. 자유심증주의

1) 자유심증주의의 의의(제261조)

제261조는 “법원은 심리에 따라 형성된 자유로운 심증에 따라 증거조사의 결과에 관하여 재판한다.”¹⁰²⁰⁾고 법관의 자유심증주의를 규정하고 있다.

2) 자유심증주의의 원칙

법관은 자유롭게 심증형성을 할 수 있다. 피고인의 유·무죄와 관련하여 법관은 자신의 개인적인 심증에 따라(nach seiner eigenen persönlichen Überzeugung) 재판한다. 특히 법관이 피고인 혹은 증인을 믿을지 말지에 관해서는 그의 자유이다. 즉

1018) BGHSt 21, 218, 219

1019) BGHSt 45, 342; vgl. Klaus Volk/Armin Engländer, Grundkurs StPO, 10. Aufl., C.H. Beck, 2021, §27 Rn. 10.; 클라우스 볼크/김환수·문성도·박노섭(역), 독일 형사소송법, 박영사, 2009, 324면.

1020) § 261 [Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung] Über das Ergebnis der Beweisaufnahme entscheidet das Gericht nach seiner freien, aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften Überzeugung.

법관은 - 물론 예전에는 증거규정에 구속되는 경우가 부분적으로 존재하였지만¹⁰²¹⁾
- 확고한 증거규정에 얽매이지 않는다. 따라서 증인의 증언에 대해 신뢰성을 평가하는
일은 판사의 가장 중요한 임무가 된다.

3) 자유심증주의의 한계

증거를 평가할 때 판사는 다음과 같은 자유심증주의의 한계를 고려해야 한다.

(1) 논리(Logik)의 한계(논리법칙)

판사의 논거는 명확하고 논리적이며 모순이 없어야 한다.

(2) 일반적이고 과학적인 경험칙(Erfahrungssätze)에 대한 고려(경험법칙)

여기에서는 일반적인 경험이나 과학적 지식에 근거하여 얻어진 규칙이며, 이러한
규칙은 예외 없이 적용될 수 있어야 하며 그로부터 얻어진 내용은 확신에 가까울
정도의 높은 개연성을 가지고 있다.¹⁰²²⁾

(3) 증거에 대한 충분한 평가(erschöpfende Beweiswürdigung)

판사는 전체 공판심리를 통해 논의된 모든 증거를 충분히(erschöpfend) 평가해야하
며 개별증거에 국한되어서는 안 된다.¹⁰²³⁾

(4) 법문의 증거규칙

몇 가지 경우에서 판사는 법문에 기술된 특정한 증거규칙을 따라야 한다. 예를
들어 제274조 조서의 증명력, 형법 제190조 형사판결을 통한 진실입증 등이다.

(5) 증거사용금지원칙 준수

법관은 증거의 증명력을 판단함에 있어서 상술한 증거금지원칙을 고려해야 한다.

1021) 이에 대한 연혁적인 설명으로는 Klaus Volk/Armin Engländer, Grundkurs StPO, 10. Aufl.,
C.H. Beck, 2021, §28 Rn. 17; 클라우스 볼크/김환수·문성도·박노섭(역), 독일 형사소송법,
박영사, 2009, 235면

1022) BGHSt 37, 89

1023) BGHSt 44, 256

4) 확실성의 정도 - in dubio pro reo

절대적으로 확실한 확실성을 갖는 경우는 매우 드물 것이다. 따라서 어느 정도까지 확실성이 충족되어야 하는지가 문제된다.¹⁰²⁴⁾ 이에 대해선 다음과 같은 원칙들이 고려된다.

- 단지 사건이 다르게 일어났다는 이론적인 가능성은 유죄판결을 방해하지 못한다.
- in dubio pro reo 원칙¹⁰²⁵⁾ : 이와는 대조적으로 특정 사건 진행과정에 대한 판사의 합리적인 의심은 in dubio pro reo 원칙에 따라 유죄판결을 배제한다. 그러나 in dubio pro reo 원칙은 종합적인 전체 증거수집과 평가가 끝난 후에 적용될 수 있다. 만약 판사가 피고인의 유죄에 대하여 확신하지 못한다면, 그는 무죄를 선고받아야 한다.¹⁰²⁶⁾ 반대로 모든 증언들이 in dubio pro reo 원칙에 따라 개별적으로 고립되어 평가될 수는 없다. 게다가 in dubio pro reo 원칙은 피고가 실제 사건에 대해 기소될 수 있는지 여부에 대해서만 적용된다. 그 원칙은 확정된 사실관계에 대한 법적인 평가(die rechtliche Würdigung)에는 적용되지 않는다.

5) 피고인의 침묵

판사의 심증형성의 제한으로 피의자의 침묵을 고려해볼 수 있다.¹⁰²⁷⁾ 피고인의 묵비권 행사가 심증 형성에 일방적으로 작용해서는 안 된다.

(1) 피고인의 묵비권

피의자 혹은 피고인이 단지 법에 의해 보장된 권리만을 행사하는 경우, 그에게 부정적인 결론을 도출할 수 없다. 그렇지 않으면 그는 간접적으로 그러한 권리의 행사를 포기하도록 강요받는 결과가 되기 때문이다.¹⁰²⁸⁾

1024) BGHSt 10, 208

1025) BGH NJW 1999, 1562

1026) BGH NStZ-RR 2013, 20; BGH NStZ-RR 2016, 54

1027) 이외에도 증인의 부분적 침묵, 감정인의 의견 차이, 피고인에게 불리한 유일한 목격자 진술의 부분적 신뢰성의 경우도 판사의 자유로운 심증 형성에 대한 한계문제로 다루어질 수 있다 : BGH NStZ 2013, 180; BGH NStZ 2019, 691; BGH NStZ 2020, 240

1028) 제55조 증인의 정보제공거부권에 대한 자유심증주의의 문제에 대해서는 BGHSt 38, 302

따라서 공판절차에서 묵비권을 행사하는 것이 그에게 불리하게 작용되어서는 안 된다. 이는 선택적 묵비권(zeitweises Schweigen)의 경우에도 마찬가지이다.¹⁰²⁹⁾ 예를 들어 수사절차에서 일부에 대해 정보를 제공하고 혹은 침묵하였다가 공판절차에서 이를 부인하는 경우와 같이, 이는 절차의 각 단계에 관계하여 적용된다. 피고인의 그러한 표명은 완전한 침묵과 동의어이며, 이를 통해 피고인은 범죄에 대하여 부인하거나 자신은 무죄라고 주장하는 것이다.

(2) 부분적인 침묵¹⁰³⁰⁾

피고인이 사건과 관련하여 일부 질문에 대해서만 정보를 제공하여 부분적으로 관여하는 경우, 그는 자발적으로 증거방법을 만들어서 이를 통해 증거에 대한 판사의 자유로운 심증형성에 노출하는 의미를 가진다.¹⁰³¹⁾ 물론 여기에서 판사는 부분적인 침묵으로부터 피고인에게 불리한 결정을 도출할 수도 있다. 이는 증인의 선택적 침묵에도 동일하다.¹⁰³²⁾ 그렇지만 여러 가지 범죄 혐의 중 하나에 대해서만 진술한다면, 부분적 침묵이 인정되지 않는다.¹⁰³³⁾

만약 피고가 수사단계에서 나중에 공판절차에서 철회될 광범위한 자백 정보를 제공한다면, 이는 부정적인 심증형성에 영향을 미칠 수 있다. 이러한 모순적인 진술은 법관의 자유로운 심증형성에 대한 제한의 원리로 작용하기는 힘들다.

4. 소결

독일 형사소송절차상 증거법의 논의는 증거수집의 금지와 증거사용의 금지 사이에서 이론상 도출되는 금지의 결과에 대한 형사소송의 이념과 목적에 대한 고려가 주된 대상이 된다. 이는 우리나라와 다르지 않다. 비진술 증거에 대한 원칙적 배제, 예외적 허용의 구조를 통해 절차적 정의와 함께 실체적 진실 추구와 그에 근거한 형사소추의 실현을 모색하고자 하는 증거법상의 노력이 독일의 상황에서도 유사하게 발견된다.

1029) BGHSt 20, 281

1030) BGHSt 20, 298; BGH NStZ 2016, 59

1031) BGH NJW 2013, 2612

1032) BGHSt 22, 113

1033) BGHSt 32, 140

하지만 그 속을 들여다보면 위법수집 증거의 “원칙적 배제”는 독일의 형사소송법상 자명한 진리가 아님을 알 수 있었다. 나아가 증거사용금지는 실제 사례에서 독자적 증거사용금지가 대부분인데, 증거사용금지의 원칙과 기준에 있어서 우리나라의 그것과는 달리 “적법절차”가 “실체적 진실”과 대등한 지위를 갖고 있는 모습은 그리 흔하지 않다. 또한 판례와 학설의 입장은 매우 극명하게 대립되고 있는 모습을 발견할 수 있는데, 대표적으로 앞서 소개하고 있는 Hörfall이 그러하다. 또한 증거사용금지의 기준에 대한 입장과 관련하여 연방대법원이 전개하고 있는 이의제기설에서도 그러한 경향을 엿볼 수 있다.

형사절차는 증거법상 실체적 진실을 발견을 위한 직권조사주의(Untersuchungsgrundsatz)와 절차의 정당성을 확보하고자 하는 직접주의 원칙의 균형관계를 거쳐 최종적으로 법관의 자유심증을 통해 사법적 정의를 달성한다. 이러한 과정에서 증거사용금지이론은 핵심적인 기능을 하고 있는데 앞서 살펴보았듯이 이는 하나의 기본개념에서 도출되어 발전된 것이 아니다. 증거사용금지내서 법문에 의한 금지보다 불문의 증거사용금지에 대한 논의가 대부분이자 핵심적인 이론을 형성하고 있다는 점에서도 알 수 있다. 개별적 사례에서 유형별로 구체적인 해결을 제시한다. 그 해결과정에 있어서 독일 형사절차는 법원의 직권조사의무가 더 강하게 강조되고 있으며 이에 따라 실체적 발견의 의무 역시 우위에 위치해 있음을 알 수 있다. 이는 독일 판례가 오랜 기간 동안 견지해 오고 있는 기본적인 입장이라고 받아들여도 무방할 것이다.

제5절 | 일본

1. 증거법 개관

소송절차에 있어서 증거에 기초하여 사실을 인정하는 과정을 규율하는 법체계를 증거법이라 부르며, 소송(절차)법의 중요한 영역을 형성하고 있다.¹⁰³⁴⁾ 증거법은 형사소송과 구분하여 그 자체로서 어느 정도 독립적인 취급이 가능하기에 '증거법'이라고 하는 법 분야로서 연구, 논술이 이루어지고 있다.¹⁰³⁵⁾¹⁰³⁶⁾ 또한, 일본의 경우 형사소송에 있어서의 증거법은 민사소송에 있어서의 증거법과는 그 양상을 달리하고 있어 양자를 별개로 논술하는 것이 통례이고,¹⁰³⁷⁾ 이를 일체적으로 논술한 것은 드물다는 점은 우리나라와 유사하다.

가. 기본원칙

1) 사실인정과 증거

일본에 있어서 형사소송의 목적은 ①공소제기된 사건에 대하여 피고인에게 형벌을 부과할 수 있는 것인지 여부를 확정하는 것, 즉 구체적 형벌권의 존부를 확정하는 것과 ②형벌을 부과한다면 어떠한 형벌을 과하는 것이 상당한 것인지를 양정(量定)하는 것, 즉 양형(量刑)의 2가지로 요약되고 있다.¹⁰³⁸⁾ 특히 위 ①과 관련해서는, 검사의

1034) 河上和雄/中山善房/古田佑紀/原田國男/河村博/渡辺咲子 [編], 大コンメンタール刑事訴訟法 [第2版] 第7卷, 青林書院, 2012, 297면.

1035) 河上和雄/中山善房/古田佑紀/原田國男/河村博/渡辺咲子 [編], 大コンメンタール刑事訴訟法 [第2版] 第7卷, 青林書院, 2012, 297면.

1036) 일본에서 형사증거법을 별도로 정리한 문헌으로서는 石井一正, 刑事実務証拠法 [第5版], 判例タイムズ社, 2011; 白井滋夫, 刑事法重要講座 改訂証拠, 立花書房, 1997; 鴨良弼, 刑事証拠法, 日本評論社, 1962; 鴨良弼, 刑事証拠法の新展開, 日本評論社, 1973; 栗本一夫, 改訂新版新刑事訴訟法, 立花書房, 1950; 江家義男, 刑事証拠法の基礎理論 (訂正版), 有斐閣, 1952; 熊谷弘外 [編], 証拠法大系 (全4卷), 日本評論社, 1970; 田中和夫, 新版証拠法 [増補第3版], 有斐閣, 1972; 土本武司, 証拠法の理論と實際, 東京法令出版, 1992; 安富潔, 演習講座証拠法, 東京法令出版, 2001; 山崎清, 証拠法序説, 明治大学, 1961 등이 꼽힌다.

1037) 河上和雄/中山善房/古田佑紀/原田國男/河村博/渡辺咲子 [編], 大コンメンタール刑事訴訟法 [第2版] 第7卷, 青林書院, 2012, 297면.

1038) 三井誠/河原俊也/上野友慈/岡慎一 [編], 別冊法学セミナー 新基本法コンメンタール 刑事訴訟

주장과 피고인·변호인의 주장을 검토·평가하여 검사가 주장하는 사실이 합리적인 의심 넘어서는 정도로 입증되었는지 여부를 판단하는 것, 즉 사실인정이 그 작용의 핵심을 이룬다고 본다.

사실인정이란, 과거에 발생한 사건의 흔적, 즉 증거로부터 어떠한 사실이 존재하거나 존재하지 않는다는 것을 경험법칙에 기초하여 추측하는 작용을 말한다. 일본형사소송법 제317조에서 사실의 인정은 증거에 의해야 한다는 증거재판주의의 원칙을 규정하고 있다. 형사소송에 있어서의 증명은 다수의 개별적인 사례를 바탕으로 하여 일반적인 법칙을 도출하는 추론하는 방식인 이른바 귀납에 의한 추론의 방식을 따르고 있다.¹⁰³⁹⁾ 귀납에 의한 추론은 그것이 반드시 진실임을 보장하지는 않지만, 형사재판에서의 사실인정은 파악된 사실관계와 증거를 바탕으로 건전한 사회 상식에 비추어 납득할 수 있는 합리적인 이유에 기초하여 도출된 결론이므로 이를 진실로서 승인하는 것이라 본다.¹⁰⁴⁰⁾

2) 증거재판주의

제317조 【증거재판주의】

제317조 사실의 인정은 증거에 의한다.

(1) 의의

일본형사소송법 제317조는 “사실의 인정은 증거에 의한다.”라고 규정하여 형사소송법에 있어서의 기본이념의 하나인 이른바 증거재판주의를 선언하고 있다.¹⁰⁴¹⁾ 입법사적으로 보면, 일본 최초의 근대적 형사소송법인 1880년의 치죄법이 제정되기 이전의 과도기적 입법에 해당하는 1873년(明治6년)의 개정율례(改定律例)에서는 “모든 죄

法〔第2版追補版〕, 日本評論社, 2017, 462면.

1039) 三井誠/河原俊也/上野友慈/岡慎一〔編〕, 別冊法学セミナー 新基本法コンメンタール 刑事訴訟法〔第2版追補版〕, 日本評論社, 2017, 462면.

1040) 三井誠/河原俊也/上野友慈/岡慎一〔編〕, 別冊法学セミナー 新基本法コンメンタール 刑事訴訟法〔第2版追補版〕, 日本評論社, 2017, 462면.

1041) 松尾浩也(監修)/松本時夫/土本武司(編集), 條解刑事訴訟法〔新版増補版〕, 弘文堂, 2001, 612면.

를 차단하는 것은 자백¹⁰⁴²⁾에 의한다.”라고 규정하고 있었다. 이 규정이 1876년(明治9년)에 “모든 죄를 차단하는 것은 증거에 의한다.”라고 개정되었으며, 이 규정이 구법을 거쳐 현행 형사소송법으로 이어진 것이다.

이 조문은 어떠한 사실을 인정하기 위해서는 증거에 의해 증명되어야 한다는 소극적 의미에 그치지 않고, 범죄사실의 인정은 증거능력이 있고, 또한 적법한 증거조사절차(제304조~제307조)¹⁰⁴³⁾을 거친 증거에 의해야 한다는 적극적인 의미를 가지는 것으로 해석되고 있다. 여기서 말하는 증거능력이 있고, 또한 적법한 증거조사절차를 거친 증거에 의한 증명을 「엄격한 증명」이라고 부르며,¹⁰⁴⁴⁾ 반면 이와 같은 제약이 가해지지 않는 증명을 「자유로운 증명」이라고 부른다.¹⁰⁴⁵⁾

일반적으로 증의 종류는 ①엄격한 증명, ②자유로운 증명, ③소명(疎明)의 3가지로 분류된다.

(2) 증거능력과 증명력

증거능력이란, 엄격한 증명의 자료로서 사용될 수 있는 증거의 법률상 자격이라고 정의되고 있다. 증거능력이 없는 증거는 사실인정의 근거로 사용될 수 없고, 증거조사를 하는 것 자체가 허용되지 않는다.¹⁰⁴⁶⁾ 증거능력이 있다고 말하기 위해서는 증거와 요증사실 사이에 자연적 관련성이 있을 것, 법률적 관련성이 있을 것, 증거 자체가 증거금지에 해당되지 않을 것의 3가지 요건을 모두 갖추어야 한다.¹⁰⁴⁷⁾

증명력이란, 증거가 가지는 실질적인 증거가치를 말하며, 이는 ①증거의 신용성—요증사실과는 일단 별개로 증거 그 자체가 거의 신용할 수 있는지 여부—과 ②협의를 증명력—요증사실과의 관계에서 어느 정도 증명할 수 있는 것인지—으로 구분된다.¹⁰⁴⁸⁾

1042) 동 개정물례에서는 일본의 고어체 한자표현으로서 「口供結案」라는 용어를 사용하고 있는바, 현대적 형사재판에서의 「자백」을 의미한다. 田宮裕, 刑事訴訟法 [新版], 有斐閣, 1999, 287면 참조.

1043) 일본형사소송법 제304조 【인적증거의 증거조사방법】, 제305조 【증거서류등의 증거조사방법】, 제306조 【증거물의 증거조사방법】, 제307조 【증거물인 서면의 증거조사방법】

1044) 最高裁判所 判決 1963年(昭和38年) 10월 17일 最高裁判所刑事判例集 第17卷 第10號 1975면.

1045) 後藤昭/白取祐司, 新・コンメンタル刑事訴訟法 [第3版], 日本評論社, 2018, 903면.

1046) 三井誠/河原俊也/上野友慈/岡慎一 [編], 別冊法学セミナー 新基本法コンメンタル 刑事訴訟法 [第2版追補版], 日本評論社, 2017, 463면.

1047) 증거능력을 갖추기 위한 요건으로서 「관련성」에 관한 자세한 내용은 후술하는 “증거의 허용 기준” 부분 참조.

(3) 증명의 종류

a. 엄격한 증명의 대상이 되는 사실

제307조에서 말하는 「사실」에는 형사재판에서 문제가 되는 일체의 사실을 의미하는 것은 아니고, 형벌권의 존부와 범위를 정하는 사실을 가르킨다.¹⁰⁴⁹⁾¹⁰⁵⁰⁾ 공소제기에 관련되는 범죄사실, 즉 구성요건에 해당하고 위법하고 유책한 사실이 그 중심이 된다. 범죄구성요건의 수정형식인 미수와 공범, 위법성 및 유책성을 근거 지우는 사실인 위법성조각사유·책임조각사유의 부존재도 엄격한 증명의 대상에 포함되는 것으로 해석되고 있다. 그리고 형법상 처벌조건—일본형법 제197조 2항의 사전수뢰죄에 있어서의 공무원이 되는 것 등—의 존재, 처벌조각사유—일본형법 제244조 1항 및 제257조 1항의 친족상도례에 있어서의 근친자의 신분 등—의 부존재도 범죄사실에 준하는 사실이므로 엄격한 증명의 대상이 된다고 본다. 또한 범죄사실 그 자체는 아니지만, 법률상의 형의 가중사유—예컨대 누범전과—의 존재¹⁰⁵¹⁾나 감면사유—예컨대 자수 등—의 부존재도 엄격한 증명의 대상이 된다고 보는 것이 통설의 입장이다.¹⁰⁵²⁾

b. 자유로운 증명의 대상이 되는 사실

① 소송법적 사실¹⁰⁵³⁾, ② 범죄사실에 속하지 아니하는 정상에 관한 사실, ③ 결정·명령의 판단의 기초가 되는 사실 등은 자유로운 증명으로 족하다고 보는 것이 통설이다. 다만, 자유로운 증명의 대상이 되는 사실이라고 하더라도, 그 구체적인 증명의 방법은 증명의 대상이 되는 사실이나 절차의 종류, 당사자의 요청 등을 고려하여

1048) 三井誠/河原俊也/上野友慈/岡慎一 [編], 別冊法学セミナー 新基本法コンメンタール 刑事訴訟法 [第2版追補版], 日本評論社, 2017, 392면.

1049) 三井誠/河原俊也/上野友慈/岡慎一 [編], 別冊法学セミナー 新基本法コンメンタール 刑事訴訟法 [第2版追補版], 日本評論社, 2017, 464면.

1050) 한편, 일본의 경우 심판의 대상은 소인(訴因)으로 해석되고 있는바, 소인의 사실에 포함되는 구성요건해당사실, 위법성·책임을 근거 지우는 사실 및 조각하는 사실, 법류상의 형을 가중·감면하는 사실이 제307조의 「사실」에 해당하는 해석하고 있으며, 특히 위 사실들을 '주요사실'이라고 부른다. 後藤昭/白取祐司, 新・コンメンタール刑事訴訟法 [第3版], 日本評論社, 2018, 903면.

1051) 누범전과의 존재에 대하여 엄격한 증명이 필요하다고 보는 판례로서 最高裁判所 決定 1958年(昭和33年) 2월 26일 最高裁判所刑事判例 第12卷 第2號 316면.

1052) 三井誠/河原俊也/上野友慈/岡慎一 [編], 別冊法学セミナー 新基本法コンメンタール 刑事訴訟法 [第2版追補版], 日本評論社, 2017, 464면.

1053) 소송법적 사실에 대하여 자유로운 증명으로 족하다고 보는 판례로서 最高裁判所 決定 1983年(昭和58年) 12월 19일 最高裁判所刑事判例集 第37卷 第10號 1753면 참조.

결정해야 한다고 본다. 예를 들어 소송법적 사실의 경우에도 중요성이 높은 소송조건
의 유무나 증거능력 판단의 기초가 되는 사실은 상대방에게 반증의 기회를 부여하기
위해 적어도 공판정에서 적당한 증거조사를 거친 증거에 의해 증명할 것이 요구된다
고 해석하고 있다.¹⁰⁵⁴⁾ 자백의 임의성에 관한 사실에 대하여는 이론적으로는 자유로
운 증명으로 족하다고 보지만, 실무적으로는 통상 엄격한 증명에 따르고 있다고 한
다.¹⁰⁵⁵⁾

c. 소명의 대상이 되는 사실

소송법상의 사실의 일부에 대하여는 일본형사소송법에서 명문으로 소명으로 족하
다고 규정하고 있다. 제19조 제3항¹⁰⁵⁶⁾, 제206조 제1항¹⁰⁵⁷⁾, 제227조 제2항¹⁰⁵⁸⁾ 등이
이에 속한다. 또한 명문규정은 없지만, 해석상으로 소명으로 족하다고 보는 것으로서
공판기일예의 피고인 등의 불출석과 진단서의 제출(제278조) 등이 꼽히고 있다.¹⁰⁵⁹⁾

d. 증명을 요하지 아니하는 사실

증명을 요하지 아니하는 사실로는 ① 공지의 사실, 즉 통상의 지식과 경험을 가진
자가 의심을 하지 않을 정도로 널리 알려져 있는 사실이 대표적이다.¹⁰⁶⁰⁾ 일본최고재
판소 판례¹⁰⁶¹⁾는 공지의 사실 이외에 법원의 직무상 현저한 사실(재판상의 현저한
사실)에 대하여도 증명이 필요 없다는 입장을 취하고 있다. 이에 대하여는 학설상

1054) 三井誠/河原俊也/上野友慈/岡慎一 [編], 別冊法学セミナー 新基本法コンメンタール 刑事訴訟法 [第2版追補版], 日本評論社, 2017, 464면.

1055) 三井誠/河原俊也/上野友慈/岡慎一 [編], 別冊法学セミナー 新基本法コンメンタール 刑事訴訟法 [第2版追補版], 日本評論社, 2017, 464면.

1056) 제19조 【사건의 이송】 ①② (생략) ③ 이송의 결정 또는 이송의 청구를 기각하는 결정에 대하여는, 그 결정에 의해 현저하게 이익을 침해받는 경우에 한하여, 그 사유를 소명하여 즉시항고를 할 수 있다.

1057) 제206조 【제한시간의 준수불능】 ① 검사 또는 사법경찰관이 어쩔 수 없는 사정에 의해 전 3조의 시간의 제한에 따를 수 없는 때에는 검사는 법관에게 그 사유를 소명하여 피의자의 구속을 청구할 수 없다. ② (생략)

1058) 제227조 【제1회 공판기일 전의 증인신문의 청구】 ① (생략) ② 전항의 청구를 함에 있어서는 검사는 증인신문을 필요로 하는 이유 및 그것이 범죄의 증명에 빠트릴 수 없는 것이라는 것을 소명하여야 한다.

1059) 三井誠/河原俊也/上野友慈/岡慎一, 別冊法学セミナー 新基本法コンメンタール 刑事訴訟法 [第2版追補版], 日本評論社, 2017, 464면.

1060) 일본최고재판소가 공지의 사실에 속하는 것으로 본 사례로서는 最高裁判所 判決 1956年(昭和31年) 5月 17日 最高裁判所刑事判例集 第10卷 第5號 685면; 最高裁判所 決定 1966年(昭和41年) 6月 10日 最高裁判所刑事判例集 第20卷 第5號 365면이 있다.

1061) 最高裁判所 判決 1955年(昭和30年) 9月 13日 最高裁判所刑事判例集 第9卷 第10號 2059면.

비판이 적지 않다.¹⁰⁶²⁾

한편, 법률의 규정에 의해 일정한 전제사실이 증명된 때에는 증명의 대상이 되는 사실이 존재하는 것으로 추정되는 경우가 있는바, 이를 “법률상의 추정”이라고 부른다. 이와 같이 법률상의 추정규정이 있는 경우에는 검사는 전제사실을 증명하면 족하고, 추정된 사실에 대하여는 증명할 필요가 없게 된다. 형벌에 관하여 법률상의 추정규정을 두는 예는 드물며, 공해범죄법 제5조와 마약소지법 제14조 등이 꼽힌다.

(4) 증명의 정도 (심증)

법관의 심증으로서 증명의 정도는 ① 합리적인 의심을 개입시킬 여지가 없을 정도로 진실이라는 심증을 의미하는 「확신」, ② 긍정 증거가 부정 증거를 상회하는 정도의 심증을 의미하는 「증거의 우월」, ③ 일단 그럴 것 같다는 심증을 의미하는 「추측」의 3단계로 구분되고 있다.¹⁰⁶³⁾ 일본최고재판소는 위 ①에 있어서 합리적인 의심을 개입시킬 여지가 없다는 의미는 “반대사실이 존재할 의심을 전혀 남기지 않는 경우를 말하는 것은 아니고, 추상적인 가능성으로서는 반대사실이 존재한다는 의심을 품을 여지가 있다고 하더라도, 건전한 사회상식에 비추어, 그 의심에 합리성이 없다고 일반적으로 판단되는 경우에는 유죄의 인정이 가능해진다는 취지”라고 판시하고 있다.¹⁰⁶⁴⁾ 한편, 판례는 정황증거에 의해 사실을 인정하는 경우에는 “정황증거에 의해 인정된 간접사실 중에 피고인이 범인이 아니라고 한다면 합리적으로 설명할 수 없는 사실관계가 포함되어 있을 것이 요구된다”고 판시하고 있다.¹⁰⁶⁵⁾

증명의 종류와 증명의 정도에 관계에 대하여는, 엄격한 증명의 대상이 되는 사실은 확신까지 요구되고, 자유로운 증명의 대상이 되는 사실은 확실상 대립이 있으나 그 중심을 차지하는 소송법적 사실의 경우 증거의 우월로서 족하다고 해석되고 있다.¹⁰⁶⁶⁾ 그리고 소명의 대상이 되는 사실은 추측으로 족하다고 본다.

1062) 後藤昭/白取祐司, 新・コンメンタール刑事訴訟法 [第3版], 日本評論社, 2018, 904~905면.

1063) 三井誠/河原俊也/上野友慈/岡慎一 [編], 別冊法学セミナー 新基本法コンメンタール 刑事訴訟法 [第3版], 日本評論社, 2018, 507면

1064) 最高裁判所 決定 2007年(平成19年) 10月 16日 最高裁判所刑事判例集 第61卷 第7號 677면.

1065) 最高裁判所 判決 2010年(平成22年) 4月 27日 最高裁判所刑事判例集 第64卷 第3號 233면.

1066) 三井誠/河原俊也/上野友慈/岡慎一 [編], 別冊法学セミナー 新基本法コンメンタール 刑事訴訟法 [第2版追補版], 日本評論社, 2017, 466면.

3) 자유심증주의

제318조 【자유심증주의】

제318조 증거의 증명력은 법관의 자유로운 판단에 맡긴다.

(1) 개념

일본 형사소송법 제318조는 증거의 증명력의 평가에 있어서 법관의 자유로운 판단에 맡긴다고 하는 이른바 자유심증주의를 채용하고 있다는 점을 명확히 밝히고 있다. 법관의 이성과 양심을 신뢰하여 증거의 증명력의 평가를 법관의 자유로운 판단에 맡기는 것은 실체적 진실의 발견에 부합한다고 보는 사고에 의한 것이다.

(2) 적용범위

자유심증주의는 법정증거주의와 대립하는 개념으로 이해되고 있다. 법정증거주의란, ① 일정한 증거가 없으면 사실의 인정하면 안 된다거나 ② 일정한 증거가 있으면 반드시 사실을 인정해야 한다는 사고를 의미한다. 일본형사소송법상 자유심증주의에 대한 유일한 예외로서 자백의 보강법칙(제319조 2항)이 있다.¹⁰⁶⁷⁾

여기서의 「자유」는 법률에 의한 형식적인 구속을 받지 않는다는 뜻이지, 법관이 마음대로 심증을 형성하는 것을 허용하는 것은 아니다. 증거의 실질적 가치인 증명력의 판단을 법관의 이성적인 판단에 맡기는 것이므로, 법관의 판단은 논리법칙, 경험법칙에 기초한 합리적인 것이어야 한다고 보며, 판례도 이러한 해석을 취하고 있다.¹⁰⁶⁸⁾

(3) 재판원과 자유심증주의

재판원재판에 있어서 재판원은 법관과 마찬가지로 독립하여 그 직무를 행하며(재판원법 제8조), 사실인정 등의 판단에 관여한다(동법 제6조 1항). 따라서 재판원도 법관과 마찬가지로 자유심증주의에 의해 판단을 행하도록 되어 있다(동법 제62조).

1067) 後藤昭/白取祐司, 新・コンメンタール刑事訴訟法 [第3版], 日本評論社, 2018, 908면.

1068) 最高裁判所 判決 1956年(昭和31年) 1月 31日 最高裁判所刑事判例集 第10卷 第1号 119면 등 참조.

4) 거증책임

거증책임은 실질적 거증책임과 형식적 거증책임으로 구분된다. 일반적으로 「거증책임」이라고 말하면, 이는 실질적 거증책임을 의미한다.

(1) 실질적 거증책임

실질적 거증책임이란, 증명이 필요한 사실에 대하여 조사된 증거에 의해 그 존부가 진위불명인 때에 불이익한 판단을 받을 당사자의 지위—위험, 부담—을 말한다. 형사소송에서는 범죄사실과 이에 준하는 사실에 대하여는 원칙적으로 검사에게 거증책임이 있다.¹⁰⁶⁹⁾ 위법성조각사유, 책임조각사유, 법률상의 형의 감면사유가 되는 사실이 부존재에 대하여도 검사에게 거증책임이 있다고 본다. 다만, 예외적으로 피고인에게 거증책임이 전환되는 예로서는 법률상의 추정규정이 있는 경우, 그리고 형법 제230조의2 제1항의 명예훼손죄에 있어서의 적시된 사실이 진실이라는 것, 형법 제207조의 이른바 동시 상해의 특례에 있어서 자신이 상해를 가하지 않았다는 것 등이 꼽힌다.

(2) 형식적 거증책임

형식적 거증책임이란, 소송절차의 구체적인 장면에 있어서 실제로 증거를 제출해야 할 책임을 지위를 말한다. 법률상의 의무가 아니고, 불이익한 판단을 받는 것을 피하기 위한 사실상의 부담이기 때문에 「입증의 부담」이나 「거증의 필요」라고도 불린다.¹⁰⁷⁰⁾ 실질적 거증책임을 부담하고 있는 당사자가 제일차적인 형식적 거증책임을 지는바, 이를 완수하면 반대당사자가 반증을 할 필요가 생기므로 형식적 거증책임이 이동하게 된다.

나. 한·일의 증거법 조문체계의 비교

1) 일본의 증거법 조문체계

일본형사소송법의 편장 및 조문체계를 개괄적으로 보면, 제1편에 ‘총칙’을 규정하

1069) 後藤昭/白取祐司, 新・コンメンタール刑事訴訟法 [第3版], 日本評論社, 2018, 907면.

1070) 河上和雄/中山善房/古田佑紀/原田國男/河村博/渡辺咲子 [編], 大コンメンタール刑事訴訟法 [第2版] 第7卷, 青林書院, 2012, 418면.

고 있으며, 그 이하에 수사절차, 공소절차, 공판절차(이상 제2편), 상소절차(제3편), 재심(제4편) 및 비상상고(제5편), 약식절차(제6편), 형집행절차(제7편)의 순으로 조문을 배열하고 있다.

이 중 좁은 의미(협의)의 증거법은 제2편 '제1십'의 제3장 '공판'에 속하는 하나의 절(節)로 규정되어 있다. 동 장의 제4절 '증거'가 그것이다. 조문의 번호로서는 제317조부터 제328조까지이고, 조문의 수는 최근 신설된 제321조의2 [비디오링크방식에 의한 증인신문조서의 증거능력]를 포함하여 총 13개로 구성되어 있다. 그 주요 내용을 축차적으로 보면, 제317조 [증거재판주의], 제318조 [자유심증주의], 제319조 [자백배제법칙과 자백보강법칙], 제320조 [전문증거배제의 원칙], 제321조 내지 제324조는 전문서류, 제325조는 전문의 진술(증언), 제326조 [당사자의 동의와 서면·진술의 증거능력], 제327조 [당사자의 합의에 의한 서면의 증거능력], 제328조 [증명력을 다투기 위한 증거 : 탄핵증거]의 순으로 규정되어 있다.¹⁰⁷¹⁾

한편, 증거법 조문체계를 보다 넓은 의미(광의)로 보면, 위 협의의 증거법 규정 이외에도 공판절차에서의 증인신문 및 감정에 관한 규정(제1편 총칙 제11장 '증인신문' 및 제12장 '감정')과 증거조사절차에 관한 규정, 그리고 나아가 공판절차에서의 압수·수색·검증의 절차에 관한 규정이나 통역·번역에 관한 규정 등이 이에 포함될 수 있다. 현행 일본형사소송법상으로는 이와 관련된 규정은 제1편 '총칙'을 구성하는 '장(章)', 그리고 제2편 '제1십'의 제3장 '공판'의 장에 다소 산재되어 있는 형태이다(아래 <표 1> 참조). 이러한 증거법 조문체계는 아래에서 살펴보는 바와 같이 우리나라 형사소송법에서의 증거법 관련 규정의 조문체계와 비교하면 서로 유사한 면이 있다.

1071) 현행 일본형사소송법의 경우, 각 조문별로의 조문 제목이 별도로 규정되어 있지 않고, 조문 번호와 조문내용만 규정되어 있다. 다만, 여기서는 이해의 편의를 위해 일본형사소송법상 각 조문별로 표제어를 임의로 붙여서 "[]" 안에 기재하여 표기하도록 하며, 이 임의적인 표제어는 일본의 대중적인 법전에서 사용하는 조문 설명어를 참조한 것임을 밝혀둔다. 이는 우리나라 형사소송법이 각 조문별 표제어를 명문으로 규정하고 있는 것과 차이나는 점이다. 우리나라의 경우 법률의 정식적인 조문별 표제어는 일반적으로 "()" 안에 표기하고 있는바, 여기서도 이러한 방식에 따른다.

▶▶ [표 2-5-1] 일본형사소송법상 증거법 조문체계

구분	증거법 관련 주요규정 (굵은글씨 밑줄체)	내용
제1편 총칙	제1장 재판소의 관할 (2조~19조) 제2장 재판소직원의 제척 및 기피 (20조~26조) 제3장 소송능력 (27조~29조) 제4장 변호 및 보좌 (30조~42조) 제5장 재판 (43조~46조) 제6장 서류 및 송달 (47조~54조) 제7장 기간 (55조·56조) 제8장 피고인의 소환, 구인 및 구류 (57조~98조) 제9장 압수 및 수색 (99조~127조) 제10장 검증 (128조~142조) 제11장 증인신문 (143조~164조) 제12장 감정 (165조~174조) 제13장 통역 및 번역 (175조~178조) 제14장 증거보전 (179조·180조) 제15장 소송비용 (181조~188조) 제16장 비용의 보상 (188조의2~188조의7)	공판절차에서의 압수·수색·검 증의 절차에 관한 규정 증인신문에 관한 규정 감정에 관한 규정 통역·번역에 관한 규정
제2편 제1심	제1장 수사 (189조~246조) 제2장 공소 (246조~270조) 제3장 공판 (271조~350조) 제1절 공판준비 및 공판절차 (271조~316조) 제2절 쟁점 및 증거의 정리절차 (316조의2~316조의32) 제3절 피해자참가 (316조의33~316조의39) 제4절 증거 (317조~328조) 제5절 공판의 재판 (329조~350조) 제4장 증거수집 등에의 협력 및 소추에 관한 합의 제5장 즉결재판절차	증거조사절차에 관한 규정 협력의 증거법 규정
제3편 상소 제4편 재심 (435조~453조) 제5편 비상상고 (454조~460조) 제6편 약식절차 (461조~470조) 제7편 재판의 집행 (471조~507조)		

2) 한·일의 비교

전문법칙에 관한 기본조항은 제320조에 규정되어 있는바, “제321조 내지 제328조에 규정한 경우를 제외하고는 공판기일에 있어서의 진술을 대신하여 증거로 하거나 또는 공판기일 외에 있어서의 다른 사람의 진술을 내용으로 하는 진술을 증거로 할 수 없다.”라고 규정하고 있다. 전문증거를 증거로 할 수 없다는 원칙을 규정함과 동시

에 그 예외로서 제321조 내지 제328조의 경우에 증거로 할 수 있음을 허용하고 있는 형식이다. 이 중 제321조 내지 제325조까지의 규정에서는 진술녹취서와 진술서, 전문 진술인 증언의 예외적인 허용기준 등을 규정하고 있고, 그리고 제326조 이하에서는 당사자인 검사와 피고인 측에서의 동의가 있는 경우(제326조)나 합의서면(제327조)에 관한 전문증거의 증거능력 허용기준, 증명력을 다투기 위한 증거인 탄핵증거(제328조)에 관한 규정을 두고 있다. 이는 아래 <표 2>에서 확인되는 바와 같이 우리나라 형사소송법과 비교하여 유사한 점이 적지 않다.¹⁰⁷²⁾

한편 일본형사소송법 제320조[전문증거배제의 원칙]에 상응하는 우리나라의 경우 전문법칙에 관한 기본규정인 제310조의2(전문증거와 증거능력의 제한)는 1954년 형사소송법 제정 당시에는 없었던 규정이었고, 1961년의 제1차 형사소송법 개정 시에 추가된 조문이기도 하다. 또한 일본형사소송법 제321조의2[영상 등의 송수신에 의한 통화의 방법(비디오링크방식)에 의한 증인신문조서의 증거능력]¹⁰⁷³⁾는 2000년에 신설된 규정이며, 이후 2007년 및 2016년에 일부 개정이 있었다.

그리고 주지하다시피 우리나라의 경우 사법개혁의 일환으로 지난 2007년에 단행되었던 형사소송법의 전면적인 개정 시에 이른바 위법수집증거 배제법칙이 형사소송법에 명문으로 규정되었다(한국형사소송법 제308조의2 참조). 일본형사소송법의 경우 우리나라 형사소송법과 비교하면, 위법수집증거 배제법칙에 관한 명문의 규정이 없다는 점에서 차이가 있다.¹⁰⁷⁴⁾

1072) 일본형사소송법 제320조에서는 전문법칙을 규정하면서 그 예외에 해당하는 것으로 “제321조 내지 제328조”를 언급하고 있다. 여기서의 <표 2>에서는 보다 정확한 개념 구분을 위해 제321조 내지 제325조는 전문법칙의 예외로 분류하고, 제326조 내지 제328조는 전문법칙의 “관련 규정”으로 분류하였다.

1073) 일본형사소송법 제321조의2 [영상 등의 송수신에 의한 통화의 방법(비디오링크방식)에 의한 증인신문조서의 증거능력] ①피고사건의 공판준비 또는 공판기일에서의 절차 이외의 형사 절차 또는 다른 사건의 형사절차에 있어서 제157조의6 제1항 또는 제2항[비디오링크방식의 증인신문]에 규정하는 방법에 의해 행해진 증인의 신문 및 진술, 그 상황을 기록한 기록매체가 그 일부가 된 조서는 전조 제1항의 규정에도 불구하고, 증거로 할 수 있다. 이 경우에 있어서 법원은 그 조서를 조사한 후 소송관계인에 대하여 그 진술자를 증인으로 하여 심문할 기회를 부여하여야 한다. ②전항의 규정에 의해 조서를 조사한 경우에 있어서는 제305조 제5항 단서[기록매체의 재생을 대신하는 절차]의 규정은 적용하지 아니한다. ③제1항의 규정에 의해 조사된 조서에 기록된 증인의 진술은 제295조 제1항 전단[신문·진술의 제한] 및 전조 제1항 제1호 및 제2호의 적용에 있어서는 피고사건의 공판기일에 있어서 행해진 것으로 간주한다.

1074) 이상에 언급한 한·일의 증거법상 차이점 이외에 보다 자세한 내용은 이하의 일본의 증거법 규정에 관한 구체적인 설명 부분 및 소결 부분을 참조.

▶▶▶ [표 2-5-2] 한·일의 (협약의) 증거법 조문 체계의 비교

구분		일본 형사소송법	우리나라 형사소송법
[증거재판주의]		제317조 [증거재판주의]	제307조 (증거재판주의)
[자유심증주의]		제318조 [자유심증주의]	제308조 (자유심증주의)
[자백배제법칙]		제319조 1항 [자백의 증거능력]	제309조 (강제등 자백의 증거능력)
[자백보강법칙]		제319조 2항 [자백의 증명력]	제310조 (불이익한 자백의 증거능력)
[전문 법칙]	원칙	제320조 [전문증거배제의 원칙]	제310조의2 (전문증거와 증거능력의 제한)
	예외	제321조 [피고인 이외의 자의 진술서·진술녹취서의 증거능력]	제311조 (법원 또는 법관의 조서)
		제321조의2 [영상 등의 송수신에 의한 통화의 방법(비디오링크방식)에 의한 증인신문조서의 증거능력]	제312조 (검사 또는 사법경찰관의 조서 등)
		제322조 [피고인의 진술서·진술녹취서의 증거능력]	제313조 (진술서등)
		제323조 [전 3조 이외의 서면의 증거능력] ¹⁰⁷⁵⁾	제314조 (증거능력에 대한 예외)
		제324조 [전문진술의 증거능력]	제315조 (당연히 증거능력이 있는 서류)
	관련 규정	제325조 [진술의 임의성의 조사]	제316조 (전문진술)
		제326조 [당사자의 동의와 서면·진술의 증거능력]	제317조 (진술의 임의성)
		제327조 [당사자의 합의에 의한 서면의 증거능력]	제318조 (당사자의 동의와 증거능력)
		제328조 [증명력을 다투기 위한 증거]	제318조의2 (증명력을 다투기 위한 증거)
특칙	제320조 2항 [간이공판절차의 특칙]	제318조의3 (간이공판절차에서의 증거능력에 관한 특칙)	
[위법수집증거 배제법칙]		(해당조문 없음)	제308조의2 (위법수집증거의 배제)

1075) 일본형사소송법 제323조 [전 3조 이외의 서면의 증거능력] 전 3조에 열거한 서면 이외의 서면은 다음에 열거한 경우에 한하여 이를 증거로 할 수 있다. 1. 호적등본, 공정증서원본, 그 밖에 공무원(외국의 공무원을 포함한다.)이 그 업무상 증명할 수 있는 사실에 대하여 그 공무원이 작성한 서면 2. 상업장부, 항해일지, 그 밖에 업무의 통상의 과정에서 작성된 서면 3. 전 2호에 열거한 것 이외에 특히 신용해야 할 정황 하에서 작성된 서면

2. 증거의 허용기준

가. 증거의 의의와 분류

1) 의의

일본형사소송법상 「증거(證據)」는 증거방법(證據方法)과 증거자료(證據資料)라고 하는 2가지 의미로 사용되고 있다. 전자의 증거방법이란, 사실인정의 소재가 되는 사람 또는 물건을 말한다. 증거방법은 그 성격에 따라 ① 인증(구두증거), ② 물증(증거물), ③ 서증(증거서류)으로 구분되며, 그 구분의 실익은 법정에서의 증거조사 방법의 차이에 있다.¹⁰⁷⁶⁾ 후자의 증거자료란, 증거방법으로부터 얻어진 내용을 말한다. 그 내용의 차이에 따라 ④ 진술증거—사실의 흔적이 사람의 기억에 남아서, 그것이 언어에 의해 표현된 것—와 ⑤ 비진술증거—사실의 흔적이 물건의 형상으로 남은 것—로 구분된다. 이 중 진술증거는 오류가 발생할 여지가 있기 때문에 전문법칙의 적용이 문제가 되다는 점에서 양자의 구분의 주된 실익이 있다. 증거방법과 증거자료는 예를 들어 「증인」에 대한 증거조사를 통해 「증언」을 얻게 되는 것과 같이 증거방법을 조사하면 증거자료를 얻게 되는 관계에 있다.

2) 증거의 분류방법

(1) 직접증거와 간접증거

증거자료와 요증사실과의 관계에 의한 분류인바,¹⁰⁷⁷⁾ 증거와 증명해야 할 대상과의 관계에 따라 직접증거와 간접증거로 나눈다. 직접증거란, 증명하고자 하는 사실인 요증사실을 직접적으로—추인의 과정을 거치지 않고—증명하는 증거를 말한다.¹⁰⁷⁸⁾ 예컨대 살인사건에서 피고인의 범행을 목격한 증인의 증언이 이에 해당한다. 간접증

1076) 三井誠/河原俊也/上野友慈/岡慎一 [編], 別冊法学セミナー 新基本法コンメンタール 刑事訴訟法 [第2版追補版], 日本評論社, 2017; 三井誠/酒巻匡, 入門刑事手続法 [第7版], 有斐閣, 2017; 酒巻匡, 刑事訴訟法 [第2版], 有斐閣, 2020; 田口守一, 刑事訴訟法 [第3版], 弘文堂, 2001, 270면.

1077) 河上和雄/中山善房/古田佑紀/原田國男/河村博/渡辺咲子 [編], 大コンメンタール刑事訴訟法 [第2版] 第7卷, 青林書院, 2012, 303면.

1078) 河上和雄/中山善房/古田佑紀/原田國男/河村博/渡辺咲子 [編], 大コンメンタール刑事訴訟法 [第2版] 第7卷, 青林書院, 2012, 303면.

거란, 요증사실의 간접사실을 증명하는 증거를 말한다. 간접사실은 요증사실의 존재를 추인하게 하는 사실을 의미하며, 정황증거라고도 부른다.¹⁰⁷⁹⁾

(2) 본증과 반증

요증사실에 대하여 거증책임을 지고 있는 자가 그 사실을 증명하기 위해 제출하는 증거를 본증이라고 하고, 상대방이 그 사실을 부정하기 위해 제출하는 증거를 반증이라고 한다.¹⁰⁸⁰⁾ 형사소송에서는 일반적으로는 검사가 제출하는 증거를 본증, 피고인 측이 제출하는 증거가 반증이 된다.¹⁰⁸¹⁾

(3) 실질증거과 보조증거

요증사실의 존부를 직접 또는 간접적으로 증명하는 증거를 실질증거라고 하고, 이와 같은 실질증거의 증명력에 영향을 미치는 보조사실을 증명하는 증거를 보조증거라고 한다.¹⁰⁸²⁾ 보조사실이란, 실질증거의 신용성을 추인하게 하는 사실을 의미한다. 예컨대 범행 목격 증언의 신용에 관한 목격자의 시력을 증명하는 진단서 등이 이에 해당한다. 보조증거는 신용성을 약화시키는 탄핵증거, 신용성을 강화시키는 증강증거, 약화된 신용성을 재차 강화시키는 회복증거 등으로 구분된다.¹⁰⁸³⁾

(4) 인적증거와 물적증거

증거방법의 물리적 성질에 의한 분류인바, 증거방법의 물리적인 형태가 생존하고 있는 사람인 경우에는 이를 인적증거라고 하며, 이 이외의 경우가 물적증거이다.¹⁰⁸⁴⁾ 양자는 이를 취득하는 강제처분의 유형에 차이가 있고, 전자는 소환(제132조) 및 구인(제152조)에 의하며, 후자는 압수(제99조 등)에 의한다.

1079) 田口守一, 刑事訴訟法 [第3版], 弘文堂, 2001, 271면.

1080) 伊藤栄樹/亀山継夫/小林充/香城敏磨/佐々木史朗/増井清彦, 注釈刑事訴訟法 [新版] 第5卷, 立花書房, 1998, 5면.

1081) 三井誠/河原俊也/上野友慈/岡慎一 [編], 別冊法学セミナー 新基本法コンメンタール 刑事訴訟法 [第2版追補版], 日本評論社, 2017, 463면.

1082) 河上和雄/中山善房/古田佑紀/原田國男/河村博/渡辺咲子 [編], 大コンメンタール刑事訴訟法 [第2版] 第7卷, 青林書院, 2012, 307면.

1083) 田口守一, 刑事訴訟法 [第3版], 弘文堂, 2001, 271면.

1084) 河上和雄/中山善房/古田佑紀/原田國男/河村博/渡辺咲子 [編], 大コンメンタール刑事訴訟法 [第2版] 第7卷, 青林書院, 2012, 304면.

(5) 인증, 물증, 서증

증거조사의 방법(제304조 내지 제307조)에 대응하는 분류이다.¹⁰⁸⁵⁾ 인증이란 증인, 감정인, 피고인과 같이 구술로서 증거를 제출하는 증거방법이고, 증거조사의 방법은 신문 또는 질문이다. 물증이란, 범행에 사용된 흉기 등과 같이 그 물건의 존재 및 상태가 증거로 사용되는 물체를 말하며, 증거조사의 방법은 제시 또는 검증이다. 서증이란, 그 기재내용이 증거가 되는 서면을 말하며, 증거조사의 방법에 따라 증거서류와 증거물인 서면으로 다시 나누어져 있다(제305조).¹⁰⁸⁶⁾

(6) 진술증거와 비진술증거

이 분류는 전문법칙과 자백법칙과의 관계에서 중요한 의미를 가진다.¹⁰⁸⁷⁾ 진술증거란, 언어에 의해 표현된 사상(진술)을 증거로서 사용하는 경우를 말한다. 증인의 증언, 참고인의 진술조서 등은 진술증거가 그 예이다. 이와 달리 범죄의 흔적이 사람의 지각 이외의 물건에 남아 있는 것을 비진술증거라고 한다. 양자의 구분은 반드시 명확한 것은 아니며, 예를 들어 사진이나 비디오테이프 등은 진술증거로 볼 것인지 비진술증거로 볼 것인지 다툼이 있다.¹⁰⁸⁸⁾

나. 증거의 요건

1) 증거능력

증거가 사실인정을 위한 자료로서 법정에 현출되기 위해서는 증거능력을 갖추어야 한다. 전술한 바와 같이 증거능력이 있다고 말하기 위해서는 ① 증거와 요증사실 사이에 자연적 관련성이 있을 것, ② 법률적 관련성이 있을 것, ③ 증거 자체가 증거금지에 해당되지 않을 것의 3가지 요건을 모두 갖추어야 한다. 이 중 ③의 증거금지란,

1085) 河上和雄/中山善房/古田佑紀/原田國男/河村博/渡辺咲子 [編], 大コンメンタール刑事訴訟法 [第2版] 第7卷, 青林書院, 2012, 305면.

1086) 三井誠/河原俊也/上野友慈/岡慎一 [編], 別冊法学セミナー 新基本法コンメンタール 刑事訴訟法 [第3版], 日本評論社, 2018, 505면.

1087) 河上和雄/中山善房/古田佑紀/原田國男/河村博/渡辺咲子 [編], 大コンメンタール刑事訴訟法 [第2版] 第7卷, 青林書院, 2012, 306면.

1088) 三井誠/河原俊也/上野友慈/岡慎一 [編], 別冊法学セミナー 新基本法コンメンタール 刑事訴訟法 [第3版], 日本評論社, 2018, 505면.

자백배제법칙, 위법수집증거배제법칙, 전문법칙 등에 의해 증거능력이 배제되는 경우를 말한다. 이하에서는 ①②의 관련성에 대하여 살펴보도록 한다.

2) 관련성

관련성(relevancy)이란, 증거가 요증사실의 존부를 추인할 수 있게 하는 개연성(probability)을 의미한다.¹⁰⁸⁹⁾ 관련성이 없는 증거는 법정에서 증거조사를 하더라도 사실인정의 관점에서 아무런 의미가 없을 뿐만 아니라 오히려 부당한 편견을 야기할 우려 등이 있으므로 법정에 현출하는 것이 허용되지 않는다고 보는 것이 통설이다.¹⁰⁹⁰⁾ 일본의 형사소송법이나 형사소송규칙에 「관련성」의 요건이 직접적으로 규정되어 있지는 않지만, 형사소송법상 “사건에 관계가 없는 사항”에 관한 신문이나 진술을 제한할 수 있도록 하고 있다는 점(동법 제295조)¹⁰⁹¹⁾과 형사소송규칙상 당사자가 증거를 청구할 때는 “증거와 증명해야 할 사실과의 관계”를 구체적으로 명시해야 하도록 요구하고 있다는 점(동 규칙 제189조 1항)에서 위 관련성 개념이 도출된다고 본다.¹⁰⁹²⁾

(1) 자연적 관련성

자연적 관련성이란, 증명하려고 하는 사실에 대한 필요최소한도의 증명력¹⁰⁹³⁾이 있다는 것을 의미한다.¹⁰⁹⁴⁾ 이는 논리적 관련성이라고도 부른다. 따라서 증거의 성질상 필요최소한도의 증명력도 없는 경우는 증거의 자연적 관련성이 없다고 본다. 자연

1089) 白取祐司, 刑事訴訟法 [第2版], 日本評論社, 2001, 310면; 江家義男, 刑事証拠法の基礎理論 [訂正版], 有斐閣, 1952, 224면.

1090) 田宮裕, 刑事訴訟法 [新版], 有斐閣, 1999, 325면 이하; 白取祐司, 刑事訴訟法 [第2版], 日本評論社, 2001, 310면.

1091) 일본형사소송법 제295조 ① 재판장은, 소송관계인이 하는 심문 또는 진술이 이미 행한 심문 또는 진술과 중복되는 때, 또는 사건에 관계가 없는 사항에 걸치는 때 그 밖에 상당하지 아니한 때에는, 소송관계인의 본질적인 권리를 해하지 아니하는 한, 이를 제한할 수 있다. 소송관계인의 피고인에 대한 진술을 구하는 행위에 대하여도 이와 같다. ② (이하 생략)

1092) 田宮裕, 刑事訴訟法 [新版], 有斐閣, 1999, 325면.

1093) 자연적 관련성은 증거조사를 할 수 있는지를 판단하기 위해 필요최소한도의 증명력이 있는지를 사전에 판단하는 의미이며, 이에 비하여 증거의 증명력은 증거조사를 마친 이후에 이루어지는 법관이나 배심원의 심증형성을 의미하는바, 이와 같이 양자는 근원적으로 다른 개념이다.

1094) 河上和雄/中山善房/古田佑紀/原田國男/河村博/渡辺咲子 [編], 大コンメンタール刑事訴訟法 [第2版] 第7卷, 青林書院, 2012, 427면 및 430면; 三井誠/河原俊也/上野友慈/岡慎一 [編], 別冊法学セミナー 新基本法コンメンタール 刑事訴訟法 [第3版], 日本評論社, 2018, 508면..

적 관련성의 유무가 문제가 되는 것으로서는 사진이나 동영상의 증거능력, 과학적 증거의 증거능력 등이 대표적으로 꼽힌다.

(2) 법률적 관련성

자연적 관련성이 인정되면, 나아가 신용성에 대해 법원의 심증형성에 대하여 유형적으로 잘못된 영향을 미칠 위험이 없어야 하는바, 이를 증거의 법률적 관련성이라고 부른다.¹⁰⁹⁵⁾ 자연적 관련성이 인정되더라도, ① 부당한 편견의 배제, ② 쟁점의 혼란의 방지, ③ 부당한 예상 밖의 결과의 배제 등의 요청으로부터 법률적 관련성이 부정된다고 본다.¹⁰⁹⁶⁾ 즉, 법률적 관련성을 결한 증거는 부당한 편견을 야기하여 쟁점을 혼란시키는 등의 우려가 있어 유해하므로 증거능력이 부정되는 것이다. 자백배제법칙이나 위법수집증거배제법칙은 법률적 관련성의 측면에서 증거능력이 배제되는 것으로 이해되고 있으며, 이 이외에 법률적 관련성의 요건이 문제가 되는 것으로서 악성격·전과(前科)·여죄의 입증 등이 대표적으로 꼽힌다.¹⁰⁹⁷⁾

이와 관련하여, 일본최고재판소는 다수의 환자에게 고의로 세균을 감염시킨 것으로 기소된 치과의사인 피고인에 대하여 범행동기를 입증하기 위해 제출된 이상성격의 증거를 채택한 항소심의 논지를 인정한 바 있다.¹⁰⁹⁸⁾ 한편, 전과를 유죄 인정의 증거로 사용하는 것에 대하여는 유사사실에 의한 인정이므로 부당한 편견, 쟁점의 혼란을 방지하기 위해 금지된다고 본다.¹⁰⁹⁹⁾

다. 물적 증거의 허용기준

1) 증거물

물적증거인 증거물의 증거능력 인정 여부와 관련해서는, 앞에서 살펴본 바와 같이

1095) 河上和雄/中山善房/古田佑紀/原田國男/河村博/渡辺咲子 [編], 大コンメンタール刑事訴訟法 [第2版] 第7卷, 青林書院, 2012, 427면; 三井誠/河原俊也/上野友慈/岡慎一 [編], 別冊法学セミナー 新基本法コンメンタール 刑事訴訟法 [第3版], 日本評論社, 2018, 508면.

1096) 白取祐司, 刑事訴訟法 [第2版], 日本評論社, 2001, 310면.

1097) 河上和雄/中山善房/古田佑紀/原田國男/河村博/渡辺咲子 [編], 大コンメンタール刑事訴訟法 [第2版] 第7卷, 青林書院, 2012, 435면..

1098) 最高裁判所 決定 1982年(昭和57年) 5月 25日 判例時報 第1046號 15면. 동 항소심은 東京高等裁判所 判決 1976年(昭和51年) 4月 30日 判例時報 第851號 21면.

1099) 大審院 判決 1918年(大正7年) 5月 24日 大審院刑事判決録 第24號 647면.

자연적 관련성이 중요한 의미를 가진다. 즉, 요증사실에 대한 필요최소한도의 증명력을 가져야만 증거로서 채택될 수 있다. 한편, 물적 증거의 증거신청에 대한 채부의 결정이나 물적 증거의 세부적인 유형별로의 증거조사의 방식 등에 관하여는 아래의 「5. 증거조사의 절차」 부분에서 후술한다.

2) 과학적 증거

과학기술의 발전과 더불어 수사와 재판에 있어서 과학적 성과의 활용도가 높아지고 있다. 과학적 증거란, 특정한 학문이나 지식의 영역에 있어서의 원리·기술을 응용하여 수집한 증거로서, 그 영역의 전문가나 기술의 습득자 등에 의해, 검사의 실시나 결과의 해석 등이 이루어지는 것을 말한다.¹¹⁰⁰⁾ 이러한 다양한 과학적 증거를 둘러싸고는, 형사소송에서 이를 ‘증거’로 사용할 수 있는지가 논점으로 제기되어 왔고, 주로 자연적 관련성과의 관계로 논의가 이루어져 왔다.¹¹⁰¹⁾

이러한 특색을 가진 과학적 증거에 대하여는, 증거능력 인정요건인 관련성 이외에 별도의 증거능력의 요건을 갖추어야 하는지에 대하여 논란이 있다. 이와 관련하여 책임무죄사건을 유명한 이른바 아시카가사건(足利事件)¹¹⁰²⁾에 있어서 2000년에 일본 최고재판소는 DNA 감정의 증거로서의 허용성에 대하여 다음과 같이 판시하였다.¹¹⁰³⁾ “본 건에서 증거의 하나로서 채택된 MCT118 DNA형 감정은 과학적 원리가 이론적 정확성을 가지며, 구체적인 실시의 방법도, 그 기술을 습득한 자에 의해, 과학적으로 신뢰가 되는 방법으로 행해진 것으로 인정된다. 따라서 위 감정의 증거 가치에 대하여는 그 후의 과학기술의 발전에 의해 새롭게 해명된 사항 등도 가미하여 신중하게 검토되어야 하지만, 또한 이를 증거로서 이용하는 것이 허용된다고 한 원판단은 상당하다.”고 판시하였다. 이는 일본에서 DNA검사의 증거능력을 인정한 최초의 사례였으

1100) 三井誠/河原俊也/上野友慈/岡慎一 [編], 別冊法学セミナー 新基本法コンメンタール 刑事訴訟法 [第3版], 日本評論社, 2018, 506면.

1101) 河上和雄/中山善房/古田佑紀/原田國男/河村博/渡辺咲子 [編], 大コンメンタール刑事訴訟法 [第2版] 第7卷, 青林書院, 2012, 446면.

1102) 아시카가사건이란, 1990년 아시카가시에서 발생한 당시 4세 여아가 성범죄 후 살해된 사건을 말한다. 범인으로 지목되어 상고심까지 유죄 판결을 받았으며, 그 가장 유력한 증거가 DNA 감정 결과였으나, 이후 2009년에 실시된 DNA 재감정에서 불일치 판정을 받았다.

1103) 最高裁判所 決定 1987年(平成12年) 7月 17日 最高裁判所刑事判例集 第54卷 第6號 550면.

나, 2009년의 새로운 기술에 의한 DNA 재감정에서 불일치 판정이 나온 이후에 이루어진 재심에서 본 판단은 부정되었다.

판례는 과학적 증거라고 통칭되는 증거에 대하여 종래 개개의 검사·감정의 기초가 되는 원리나 경험법칙 등의 일반적 신뢰성, 그리고 구체적인 사안에 있어서의 검사·감정기법 자체의 신뢰성·정확성을 점검하여, 증거능력의 유무 및 증명력을 판정·평가한다는 방법을 취해왔다.¹¹⁰⁴⁾ 구체적인 판례로서는 DNA 감정¹¹⁰⁵⁾, 경찰견에 의한 취기(臭氣)선별결과¹¹⁰⁶⁾, 성문감정¹¹⁰⁷⁾, 거짓말탐지기 검사¹¹⁰⁸⁾, 전통적인 필적감정¹¹⁰⁹⁾ 등이 이러한 예에 속한다. 이러한 사례에 과학적 증거에 관한 판례에 있어서는 이하의 3가지 공통적인 특색이 인정된다. ① 모두 당해 증거가 전문적인 지식이나 기능을 가진 자에 의해 제공된 것이라는 점, 즉 사실인정자의 지식·경험을 보충하기 위해 특별한 전문적인 지식·경험이 이용되고 있다는 점, ② 위 ①의 한 측면이기도 하지만, 사실인정자가 증거의 내용을 직접 인식·파악하여 그 정확성을 실질적으로 평가하는 것에 어려움이 수반된다는 점, ③ 이 때문에 전문가의 판정이라는 점, 따라서 과학의 성과인 경우에는 사실인정자에게 전문성에 대한 과도한 신뢰나 객관적으로 확실하다는 오신을 일으키기 쉬운 측면이 있다는 점이 그것이다.¹¹¹⁰⁾

라. 인적 증거의 허용기준

1) 증인

(1) 개념 및 증인적격

증인이라나 법원 또는 법관에 대하여 자신이 과거에 경험한 사실을 진술하는 제삼자를 말한다. 그 진술을 증언이라고 한다. 증언사항은 ①자기의 경험에 기초하여 알게

1104) 酒巻匡, 刑事訴訟法 [第2版], 有斐閣, 2020, 504면.

1105) 最高裁判所 決定 2000年(平成12年) 7月 17日 最高裁判所刑事判例集 第54卷 第6號 550면.

1106) 最高裁判所 決定 1987年(昭和62年) 3月 3日 最高裁判所刑事判例集 第41卷 第2號 60면.

1107) 東京高等裁判所 判決 1980年(昭和55年) 2月 1日 判例時報 第960號 8면.

1108) 最高裁判所 決定 1968年(昭和43年) 2月 8日 最高裁判所刑事判例集 第22卷 第2號 55면 및 동결정의 원심인 東京高等裁判所判決 1967年(昭和42年) 7月 26日 高等裁判所刑事判例集 第20卷 第4號 471면.

1109) 最高裁判所 決定 1966年(昭和41年) 2月 21日 判例時報 第450號 60면.

1110) 三井誠/河原俊也/上野友慈/岡慎一 [編], 別冊法学セミナー 新基本法コンメンタール 刑事訴訟法 [第3版], 日本評論社, 2018, 506면.

된 사실인바, 그 중에는 특별한 지식에 의해 알게 된 사실(제174조), 경험한 사실로부터 추측한 사실(제156조 1항), 그리고 경험사실로부터 특별한 지식에 기초하여 추측한 사실(제156조 2항)이 포함된다.

증인적격이란, 증인이 될 수 있는 자격을 말한다. 원칙적으로 누구든지 증인적격이 있다(제143조). 다만, 피고인에 대하여는 증인적격을 부정하는 것이 통설의 입장이며, 그 논거로서는 피고인과 증인의 지위는 양립하지 않는다는 점, 묵비권 침해가 우려가 있다는 점, 현행법은 피고인으로부터의 진술 청취에 대하여 「피고인질문」(제311조)의 절차를 별도로 두고 있다는 점 등이 제시된다.

(2) 증인의 의무 및 권리

a. 증인의 출석의무·선서의무·증언의무와 그 의무위반에 대한 제재

증인에게는 형사소송법상 출석의무, 선서의무, 증언의무가 부과되어 있다. 소환을 받은 증인은 출석할 의무를 지며, 정당한 이유가 없이 출석하지 않으면, 과태료(제150조),¹¹¹¹⁾ 또는 징역이나 벌금의 형사제재를 받거나(제151조),¹¹¹²⁾ 구인(제152조)¹¹¹³⁾ 될 수 있다. 이와 관련하여 일본최고재판소는, 일본형사소송법 제150조에서 부과하고 있는 과태료 처분은 소송절차상의 질서유지를 위해 법원이나 서기관에 의해 직접 과해지는 질서벌인바, 동법 제151조에서 부과되는 형벌인 벌금이나 구류(拘留)와는 목적, 요건, 절차가 다르기 때문에, 양자를 병과하는 것이 가능하며, (일본)헌법 제31조 및 제39조 후단(이중처벌금지)에 반하지 않는다고 본다.¹¹¹⁴⁾ 최근 2016년 형사소송법 제151조의 개정에 의해 종전의 출석불응에 대한 형벌이었던 “10만엔 이하의 벌금 또는 구류(拘留)”에서 법정형이 “1년 이하의 징역 또는 30만엔 이하의 벌금”으로 상향되었다.

증인으로서 출석하면, 원칙적으로 선서의무가 있다(제154조), 다만, 선서의 취지를

1111) 일본형사소송법 제151조 증인으로서 소환을 받고 정당한 이유 없이 출두하지 않은 자는 1년 이하의 징역 또는 30만엔 이하의 벌금에 처한다.

1112) 일본형사소송법 제150조 ① 소환을 받은 증인이 정당한 이유 없이 출두하지 않은 때에는, 결정으로 10만엔 이하의 과태료에 처하며, 또한 출두하지 않았기 때문에 발생한 비용의 배상을 명할 수 있다. ② 전항의 결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다.

1113) 일본형사소송법 제152조 법원은, 증인이 정당한 이유 없이 소환에 응하지 아니한 때 또는 응하지 아니할 우려가 있는 때에는, 그 증인을 구인할 수 있다.

1114) 最高裁判所 判決 1964年(昭和39年) 6月 5日 最高裁判所刑事判例集 第18卷 第5號 189면.

이해하지 못하는 자에 대하여는 예외적으로 선서 없이 신문할 수 있다(제155조). 선서는 신문 전에 실시하며(형사소송규칙 제117조), 선서서를 낭독하고, 이에 서명날인하는 방식으로 행해진다(형사소송규칙 제118조). 정당한 이유 없이 선서를 거부하면, 과태료(제160조) 또는 1년 이하의 징역이나 30만엔 이하의 벌금의 형사제재(제161조)가 과해질 수 있다.

증인은 선서가 끝나면, 증언할 의무를 진다. 정당한 이유 없이 증언을 거부하면, 위 선서 거부의 경우와 동일한 제재가 가해질 수 있다(제160조, 제161조). 또한 선서한 다음 허위의 진술을 하면, 위증죄(형법 제169조)로 처벌된다.

우리나라와 비교하면, 특히 증인이 의무를 위반했을 경우에 가해지는 제재가 다소 차이가 있다는 점은 특기할 부분이다. 일본의 경우 증인의 출석의무·선서의무·증언의무의 위반에 대하여 질서벌인 과태료와 형벌인 벌금 이외에도 “1년 이하의 징역”이라는 자유형까지 처할 수 있는바, 우리나라의 경우 증인의 의무위반에 대하여는 과태료 내지 벌금으로 제한되어 있다는 것과 비교된다(한국형사소송법 제1편 총칙 제12장 증인신문 참조).

한편, 증인에 대한 구인제도를 비교하면, 양국 공히 증인에 대한 구인 자체를 인정한다는 점에서 동일하지만, 일본의 경우 최근 2016년도 형사소송법 개정을 통해 종전의 증인이 “소환에 응하지 않았을 때”뿐만 아니라 추가로 “소환에 응하지 아니할 우려가 있는 때”에도 구인장을 발부할 수 있도록 했다는 점에서 차이가 있다. 그리고 ‘구인’된 증인에 대하여 당해 재판에 증인으로 출석시키기 위한 목적으로 일정한 기간 동안 강제로 신병을 확보할 수 있는지에 관하여도 양국의 법해석의 측면이나 제도적 측면에서의 차이가 존재한다. 주지하다시피 우리나라의 경우 2007년 형사소송법 개정 시에 법원의 결정으로 과태료 재판을 받고도 다시 소환에 불응한 증인에 대하여 7일 이내의 ‘감치’에 처할 수 있도록 하는 제도를 도입하였다(한국형사소송법 제151조 참조). 이에 비하여 일본의 경우에는 ‘구인’의 효력의 범위 내에서 증인을 일정한 기간 동안 강제로 ‘유치’해둘 수 있는지를 둘러싸고 법 제정 이후에 논란이 있었는바, 이에 대하여는 이미 1953년의 형사소송법 개정을 통해 제153조의2¹¹¹⁵⁾를 신설함으로써

1115) 일본형사소송법 제153조의2 “구인장의 집행에 받은 증인을 호송하는 경우 또는 인치한 경우에 있어서 필요가 있는 때에는, 일시(적으로) 가장 가까운 경찰서, 그 밖의 적당한 장소에 이를 유치할 수 있다.”

입법적 해결을 도모하였다. 이러한 개정에 따라 증인에 대한 구인의 목적에 비추어 합리적으로 필요하다고 인정되는 시간 내의 유치는 허용되는 것으로 해석하고 있다.¹¹¹⁶⁾

b. 증인의 권리로서의 증언거부권 등

증인에게는 아래의 3가지 사유에 해당하는 경우에 증언거부권이 있다. ① 자기부죄 거부특권이 인정되는 경우(제146조), ② 자기의 배우자, 3촌 이내의 혈족, 그 밖의 일정한 근친자 등이 형사소추를 받거나 또는 유죄판결을 받을 우려가 있는 경우(제147조), ③ 업무상의 비밀에 해당하는 경우(제149조)가 그것이다. 한편, 증인에게는 여비, 일당, 숙박료를 청구할 권한이 있다(제164조).

(3) 증인신문의 방식

증인신문은 동일인 여부를 확인하기 위한 인정신문(형사소송규칙 제115조), 선서(제154조 및 동 규칙 제118조), 위증죄의 고지(동 규칙 120조), 증인신문의 순서로 진행된다. 증인신문의 방식은 당사자주의 소송구조의 특성에 따라 양당사자가 상호 교대로 주신문과 반대신문을 이어가는 이른바 교호신문의 방식으로 진행된다는 점(형사소송규칙 제199조의2 내지 제199조의14 참조)은 우리나라와 유사하다. 그러나 일본의 경우 이러한 교호신문에 관한 규율을 최고재판소규칙에 해당하는 「형사소송규칙」에 그 근거를 마련하였고, 형사소송법상으로는 1948년 제정 당시부터 현재까지 재판장 또는 배석판사가 먼저 신문한 이후에 당사자가 신문하는 순서로 되어 있다는 점에서 우리나라와 차이가 있다(한국형사소송법 제161조의2 참조).¹¹¹⁷⁾ 형사소송법상으로는 법원이 증인신문을 주도하는 직권주의 소송구조의 방식으로 되어 있으나, 형사소송규칙에 의해 당사자주의 소송구조의 방식으로 진행되는 셈이며, 실제의 재판 실무도 후자의 방식으로 진행하는 것이 통례라고 한다.¹¹¹⁸⁾

1116) 三井誠/河原俊也/上野友慈/岡慎一 [編], 別冊法学セミナー 新基本法コンメンタール 刑事訴訟法 [第3版], 日本評論社, 2018, 179~180면.

1117) 우리나라의 경우 1961년 제1차 형사소송법 개정 시에 제161조의2 (증인신문의 방식)을 신설하여, 원칙적으로 먼저 당사자가 교대로 증인을 신문하는 교호신문의 방식을 법률화하였다.

1118) 三井誠/河原俊也/上野友慈/岡慎一 [編], 別冊法学セミナー 新基本法コンメンタール 刑事訴訟法 [第3版], 日本評論社, 2018, 417면.

(4) 공판기일 외의 증인신문

증인신문은 원칙적으로 공판기일에 법정에서 행해지며(제281조), 이는 헌법상의 공개재판의 원칙과 형사소송법상의 공판중심주의 이념 등과 결부된다. 그러나 다음의 2가지 경우에는 증인이 공판기일 외에서도 행해질 수 있다. 첫째는 공판기일 외에 법정에서 행해지는 경우이다. 예를 들어 피고인이 공판기일에 결석한 경우, 당해 기일에 출석한 증인을 공판준비의 형태로 신문하는 경우를 말하며, 이를 ‘기일 외 신문’이라고 부른다. 둘째는 법정 이외의 장소에서 행해지는 경우이다. 예를 들어 증인이 질병으로 출석할 수 없을 때, 수명법관 등이 그 현재지를 찾아가서 증인을 신문하는 경우를 말하며, 이를 ‘법정 외 신문’이라고 부른다. 한편, 위와 같이 공판기일 외에서 작성된 증인신문조서는 차회의 공판기일에 법원이 직권으로 이를 조사하여야 하며(제303조), 당해 조서는 법원 또는 법관에 의해서 작성된 조서이므로 무조건적으로 증거능력이 인정된다(제321조 2항 전단). 다만, 피고인에게 증인신문의 일시를 통지하지 않고, 이에 참여할 기회를 제공하지 아니한 경우에는 피고인의 헌법상 권리인 반대신문권을 침해한 것이므로 위헌, 위법하고, 따라서 당해 조서도 증거능력이 부정된다고 본다.¹¹¹⁹⁾¹¹²⁰⁾

2) 감정인

(1) 개념

감정인이 법정에서 구두로 감정의 결과를 보고하는 경우, 이를 감정인 심문이라고 한다. 감정인은 특별한 지식, 경험에 기초하여 법원의 판단을 보조하는 자이면 누구든지 가능하며, 이 점에 있어서 자신의 고유한 체험에 기초하여 기억하는 사실이나 추측을 진술하는 증인과 차이가 있다.

증인과 달리 소환에 불응하는 감정인에 대한 강제구인의 절차는 마련되어 있지 않다. 이 이유로는 대체성의 유무에 있어서의 차이가 있다는 점, 법원의 지식이나

1119) 後藤昭/白取祐司, 新・コンメンタール刑事訴訟法 [第3版], 日本評論社, 2018, 318면.

1120) 한편, 하급심 판례로서 반대신문권을 보장하지 않고 작성된 증인신문조서의 증거능력을 부정한 것으로 東京高等裁判所 判決 1950年(昭和25年) 7月 7日 高等裁判所刑事判決特報 第10號 34면이 있다.

경험을 보조하는 감정인의 지위와 구인은 어울리지 않는다는 점 등이 꼽히고 있다.¹¹²¹⁾

(2) 절차

감정의 결과를 법원에 보고하는 방식은 ① 구두에 의한 경우와 ② 서면(감정서)에 의한 경우로 구분된다(규칙 제1329조 1항). 감정서에 의한 보고의 경우에는 감정사가 진정하게 작성된 것인지에 대하여 심문을 받는다(제321조 4항). 구두에 의한 감정인 심문에 대하여는 기본적으로 증인신문의 규정이 준용되고 있다(제171조).

마. 증거조사의 절차

1) 증거조사의 청구

증거조사는 당사자가 청구하는 것이 원칙이다(제298조 1항). 패전 이후 일본의 형사 소송은 당사자인 검사와 피고인 측이 주도하는 영미식의 당사자주의 소송구조로 전환되었는바, 따라서 일차적인 증거 제출의 책임은 당사자에게 부과되어 있다. 다만, 예외적으로 “필요가 있다고 인정하는 때”에는 보충적으로 법원의 직권에 의한 증거조사가 이루어진다(제298조 2항). 증거조사의 청구를 할 것인지 여부는 당사자가 결정해야 하지만, 검사는 증인의 자기모순 진술을 내용으로 하는 검사면전조서(검사의 면전에서 작성된 조서, 제321조 1항 2호 참조)에 대하여는 반드시 그 조사를 청구하여야 한다(제300조).¹¹²²⁾

증거조사의 청구는 변론 종결 전까지 언제든지 가능하다. 일본에서의 사법개혁의 결과물로서 단행되었던 2004년 형사소송법 개정 시에 재판원재판과 더불어 새롭게 도입된 공판전 정리절차 또는 기일간 정리절차에 있어서도 이루어질 수 있다(제316조의5, 제316조의28 참조).¹¹²³⁾ 증거조사는 공판기일뿐만 아니라, 공판기일 외에서도

1121) 三井誠/河原俊也/上野友慈/岡慎一 [編], 別冊法学セミナー 新基本法コンメンタール 刑事訴訟法 [第3版], 日本評論社, 2018, 201면.

1122) 後藤昭/白取祐司, 新・コンメンタール刑事訴訟法 [第3版], 日本評論社, 2018, 738면.

1123) 2004년 형사소송법 개정(법률 제62호)에 의해 일본형사소송법 제2편 제3장 「공판」 중에 「쟁점 및 증거의 정리절차」라고 하는 절이 새롭게 신설되었다. 본 절은 제1관 ‘공판전 정리절차’, 제2관 ‘기일간 정리절차’, 제3관 ‘공판절차의 특례’의 3개 관(款)으로 구성되어 있다.

허용된다. 다만, 위 공판전 정리절차를 제외하고는, 제1회 공판기일 전에는 허용되지 않는바(형사소송규칙 제188조), 이는 예단을 배제하는 것에 그 취지가 있다.¹¹²⁴⁾ 청구의 순서는 최초로 검사가 심판에 필요하다고 인정되는 모든 증거의 조사를 청구하여야 한다(동 규칙 제193조 1항). 형사소송규칙에서 검사에게 “모든 증거”를 제출하도록 요구하는 것은 중요한 증거를 숨겨두었다가 나중에 불시에 제출하는 것은 피고인측에 불공정하다고 보기 때문이다. 증거를 청구할 때에는 증거를 특정할 필요가 있다(동 규칙 제188조의2, 제189조 2항 참조). 또한 증거조사 청구에 있어서는 증거와 증명해야 할 사실과의 관계, 즉 입증취지를 구체적으로 명시할 필요가 있다(동 규칙 제189조 1항). 이는 그 증거에 의해 어떠한 사실을 입증할 것인지를 명확하고, 법원이 증거조사의 채부를 결정함에 참고하며, 또한 상대방의 방어에 불이익을 주지 않기 위한 것이다.¹¹²⁵⁾

2) 증거조사의 결정

증거조사의 청구에 대하여는 증거조사를 실시하는 결정 또는 그 청구를 기각하는 결정을 할 수 있다. 증거조사의 청구에 대하여 (수소)법원은 결정으로 그 채부를 정해야 하는바(규칙 제190조 1항), 이를 증거조사의 결정 또는 증거결정이라고 부른다. 재판원재판의 경우, 증거결정의 주체는 재판원을 제외한 직업법관만에 의한 합의체가 된다(재판원법 제6조 2항 참조).

증거결정을 함에 있어서는 상대방 또는 그 변호인의 의견을 청취하여야 하며(규칙 제190조 2항), 필요가 있다고 인정하는 때에는 소송관계인에게 증거서류와 증거물의 제시를 명할 수 있다(규칙 제192조). 당사자가 증거조사를 청구한 경우, 당사자주의 소송구조의 귀결에 따라 법원은 원칙적으로 당해 증거를 조사해야 할 의무가 있다고 본다.¹¹²⁶⁾ 다만, 청구의 절차가 부적법한 경우, 증거능력이 없는 경우, 사건과의 관련

1124) 三井誠/河原俊也/上野友慈/岡慎一 [編], 別冊法学セミナー 新基本法コンメンタール 刑事訴訟法 [第3版], 日本評論社, 2018, 388면.

1125) 三井誠/河原俊也/上野友慈/岡慎一 [編], 別冊法学セミナー 新基本法コンメンタール 刑事訴訟法 [第3版], 日本評論社, 2018, 389면.

1126) 三井誠/河原俊也/上野友慈/岡慎一 [編], 別冊法学セミナー 新基本法コンメンタール 刑事訴訟法 [第3版], 日本評論社, 2018, 391면.

성이 없는 경우, 이미 증거조사가 행해야 중복되는 경우 등과 같이 명백히 증거조사가 불당·불필요한 경우에는 법원이 그 청구를 기각할 수 있다.

3) 증거조사의 실시

증거조사의 실시 방법은 증거의 성질에 따라 구분된다. 인적증거의 경우는 앞에서 살펴본 바와 같이 증인신문과 감정인에 대한 심문의 절차에 따라 진행된다.

그리고 물적증거의 경우에는 ① 증거물인지, ② 증거서면인지, ③ 증거물인 서면인지에 따라 증거조사의 실시 방법에 차이가 있위 ①의 먼저 서면의 기재내용이 증거가 되는 증거서류에 대하여는, 이를 법정에서 낭독을 하도록 되어 있다(제305조). 한편, 형사소송규칙에서는 소송관계인의 의견을 들어, 상당하다고 인정하는 때에는 낭독에 대신하여 요지의 고지의 방법에 의할 수 있도록 하고 있다(동 규칙 제203조의2). 위 ②의 물건의 존재 또는 상태가 증거가 되는 증거물에 대하여는, 이를 법정에서 소송관계인에게 제시하도록 되어 있다(제306조). 현행법상 증거물 중에는적절한 증거조사방법이 규정되어 있지 않은 경우도 있는바, 예컨대 DVD나 그 밖의 기록매체에 대하여는 실무상 '제시'와 함께 음성이나 영상의 재생 등이 이루어지고 있다고 한다.¹¹²⁷⁾ 그리고 위 ③의 증거물인 서면이란, 증거물과 증거서류의 양자의 성격을 모두 가진 것인바, 서면의 기재내용 외에도 그 존재 및 상태 자체가 증거로 되는 것을 말한다. 이에 대하여는, 제시와 더불어 낭독을 하도록 되어 있다(제307조).

이상의 증거조사 실시방법은 우리나라 형사소송법상의 증거조사 실시방법과 비교하면 대동소이하다고 평가할 수 있다. 다만, 우리나라 형사소송법은 그간 법령의 개정을 통해 영상, 디지털 기록매체 등의 새로운 저장매체에 대한 증거조사 실시방법에 관하여 그 특성에 맞춘 증거조사의 방법에 관한 규정을 형사소송법 내지 형사소송규칙에 마련해두고 있다는 점은 일본과 차이 나는 부분이다.

1127) 三井誠/河原俊也/上野友慈/岡慎一 [編], 別冊法学セミナー 新基本法コンメンタール 刑事訴訟法 [第3版], 日本評論社, 2018, 423면.

3. 증거의 배제

가. 위법수집증거

1) 위법수집증거배제법칙의 의의와 근거

(1) 의의

위법수집증거, 즉 위법한 절차에 의해 수집된 증거에 대하여, 그 증거능력을 일정한 경우에 배제하여, 사실인정의 자료로부터 배척한다고 하는 원칙이 이른바 위법수집증거배제법칙이다. 이는 영미법에서 판례를 축적하면서 발전되어온 이 원칙은 일본에 있어서는 헌법이나 법률상(자백배제법칙을 규정하고 있는 것을 제외하고는 위법하게 수집한 인적·물적 증거에 대하여 이를 배제한다는 별도의) 명문의 규정을 두고 있지는 않다는 점에서 2007년 형사소송법 개정을 통해 이를 명문화한 우리나라와는 차이가 있다.

그러나 일본의 경우에도 명문의 규정은 없지만, 1978년(昭和53년) 일본최고재판소가 판례를 통해 위법하게 수집한 증거물 등에 대하여도, 일정한 경우에 한하여 증거능력을 부정할 수 있다는 입장을 판시한바 있다.¹¹²⁸⁾ 이는 종전의 판례가 위법하게 수집한 증거물의 증거능력에 대하여는 압수절차가 위법하더라도 물건 그 자체의 증거로서의 가치는 변함이 없다고 하는 이른바 성상불변론을 명분으로 그 증거능력을 인정해 온 것¹¹²⁹⁾에 비하면, (비록 동 판례의 구체적 사례에서는 실제로 증거를 배제하지는 않았지만) 큰 변화라고 평가할 수 있을 것이다. 이 1978년의 판례 이후로 위법수집증거배제법칙은 구체적인 사안별로 판례를 통해 그 적용의 요건이나 범위 등이 정립되어 온 상황이다.

(2) 근거

위 일본최고재판소의 1978년 판결은 위법수집증거배제법칙을 긍정하는 근거와 관련하여 “사안의 진상 규명도, 개인의 기본적 인권의 보장을 이행하면서 적정한 절차 하에서 행해지지 않으면 안 되는 것이며, 특히 헌법 35조가 헌법 33조의 경우 및

1128) 最高裁判所 判決 1978年(昭和53年) 9月 7日 最高裁判所刑事判例集 第32卷 第6號 1672면.

1129) 最高裁判所 判決 1949年(昭和24年) 12月 23日 最高裁判所裁判集刑事 第15號 349면 참조.

영장에 의한 경우를 제외하고, 주거의 불가침, 수색 및 압수를 받지 않을 권리를 보장하며, 이를 이어받은 형소법이 수색 및 압수 등에 대하여 엄격한 규정을 마련하고 있다는 점, 또한 헌법 31조가 법의 적정한 절차를 보장하고 있는 점 등에 비추어 보면, 증거물의 압수 등의 절차에 ... (중략) 영장주의의 정신을 몰각하는 것과 같은 중대한 위법이 있고, 이를 증거로서 허용하는 것이, 장래에 있어서의 위법한 수사의 억제에 견지에서 상당하지 않다고 인정되는 경우에는, 그 증거능력은 부정되는 것으로 해석해야 한다”고 판시하고 있다.¹¹³⁰⁾ 이를 정리하면, ① 적정절차의 보장(일본헌법 제31조), ② 영장주의가 보장하는 위법한 수색·압수 등을 받지 않을 권리(헌법 제35조), ③ 위법수사의 억제의 3가지를 주된 근거로 요약할 수 있다.

2) 적용범위

(1) 증거배제의 기준

일본최고재판소가 제시한 위법수집증거배제를 위한 기준에 따르면, ① 증거물의 압수 등의 절차에 헌법 354조, 형소법이 정하는 영장주의의 정신을 몰각하는 중대한 위법이 있고, ② 당해 증거물을 증거로서 허용하는 것이 위법수사의 억제의 견지에서 상당하지 않은 경우, 당해 증거물은 증거로서 배제되게 된다. 즉, ①의 요건이 충족되더라도 구체적인 사정에 비추어 ②의 요건이 충족되지 못하면 배제되지 않게 되는데, 이에 대하여는 배제법칙의 적용이 극히 한정된다는 비판이 있다.¹¹³¹⁾ 또한 “중대한 위법”이라는 요건에 대하여도, 판례는 이를 인정하기 위해서는 주관적 요건으로서 경찰관에게 영장주의 잠탈(潛脫)의 의도가 있어야 한다고 하고 판시하고 있다. 동 판례에서 제시한 위법수집증거의 배제 여부에 관한 고려요소로는 위법의 중대성과 위법수사의 억제(배제의 상당성)의 양면에서 증거배제의 여부를 결정하게 되며(상대적 배제론), 위법행위의 객관적 측면(위법한 절차로부터의 일탈의 정도, 이에 따라 침해된 이익의 성질·정도 등), 위법행위의 주관적 측면(위법행위의 조직성·계획성·반복성, 위법의 인식의 유무·정도 등), 위법행위와 증거수집과의 관련성, 증거의 중요성, 사안의 중대성 등이다.¹¹³²⁾

1130) 最高裁判所 判決 1978年(昭和53年) 9月 8日 最高裁判所刑事判例集 第32卷 第6號 1672면.

1131) 白取祐司, 刑事訴訟法 [第2版], 日本評論社, 2001, 321면.

(2) 구체적 적용에 있어서의 증거배제 여부

위법수집증거배제법칙의 적용을 인정한 선구적 판례인 1978년의 최고재판소 판결은 이른바 상대적 배제론의 입장을 취한 것인바, 당해 사건의 구체적 적용에 있어서도 증거능력이 배제되지 않았다. 이후의 최고재판소의 판례에서도 수사의 위법은 인정하면서도 증거능력은 배제하지 않았던 판례가 이어졌다. 이러한 예에 해당하는 것으로서 1987년 4월 25일 판결, 1988년 9월 16일 결정, 1995년 5월 30일 결정 등이 있다.¹¹³³⁾ 예컨대 위 1988년(昭和63년) 9월 16일 결정에서, 위법하게 연행한 후에 소지품검사를 실시하여 얻은 증거물(각성제 등)의 증거능력을 긍정하면서, “적어도 긴급체 포하는 것이 허용된다고 할 수 있었으므로, 경찰관이 법집행의 선택 내지 수사의 절차를 실수한 것에 불과하며, 법규로부터의 일탈의 정도가 실질적으로 크다고는 말할 수 없다”고 판시하였다.¹¹³⁴⁾

한편, 하급심 판례 중 위법수집증거배제법칙을 적용한 사례로는, 변호인의회권의 침해를 이유로, 그 이후의 강제채뇨에 의해 얻어진 감정서의 증거능력을 부정한 사례,¹¹³⁵⁾ 채뇨절차에 선행하는 임의동행 등의 절차가 위법이라는 점을 들어 소변에 대한 감정서의 증거능력을 부정한 사례¹¹³⁶⁾ 등이 있다.

일본 최고재판소가 위법수집증거로서 물적 증거의 증거능력을 실제로 배제한 사례로서 최근 2017년의 판결이 주목된다. 1심은 법관의 영장을 받지 않은 채로 경찰에 의해 피고인의 위치를 추적하는 GPS수사가 이루어진 사안에 있어서 1심이 GPS수사에 중대한 위법이 있고, 동 수사에 의해 직접 얻은 증거 및 이와 밀접한 관련되는 증거의 증거능력을 부정한 다음, 해당 증거 이외의 남은 증거만으로 유죄를 인정했다.¹¹³⁷⁾ 항소심은 피고인의 항소를 기각했지만, 본건 GPS수사에 중대한 위법이 있다

1132) 三井誠/河原俊也/上野友慈/岡慎一 [編], 別冊法学セミナー 新基本法コンメンタール 刑事訴訟法 [第3版], 日本評論社, 2018, 509면.

1133) 最高裁判所 判決 1987年(昭和61年) 4月 25日 最高裁判所刑事判例集 第40卷 第3號 215면; 最高裁判所 決定 1988年(昭和63年) 9月 16日 最高裁判所刑事判例集 第42卷 第7號 1051면; 最高裁判所 決定 1995年(平成7年) 5月 30日 最高裁判所刑事判例集 第49卷 第5號 703면.

1134) 最高裁判所 決定 1988年(昭和63年) 9月 16日 最高裁判所刑事判例集 第42卷 第7號 1051면.

1135) 大阪地方裁判所 判決 1989年(平成1年) 12月 7日 判例タイムズ 第744號 215면.

1136) 札幌高等裁判所 判決 1982年(昭和57年) 12月 16日 判例時報 第1104號 152면; 松山地方裁判所 判決 平成9年 7月 3日 判例時報 第1632號 159면 등.

1137) 大阪地方裁判所 決定 2015年(平成27年) 6月 5日 判例時報 第2288號 138면; 大阪地方裁判所 判決 2015年(平成27年) 7月 10日 判例時報 第2288號 144면.

고는 볼 수 없다는 취지를 판시했다.¹¹³⁸⁾ 이에 대하여 최고재판소는 피고인의 상고를 기각한 다음, GPS수사는 강제처분이며, 항소심의 상기 판단은 수긍할 수 없고, 1심 판단이 정당하다는 취지를 판시하였다.¹¹³⁹⁾ 본 판례는 일본최고재판소가 경찰의 새로운 수사방법인 GPS수사에 대하여 강제처분에 해당한다는 점을 명확히 했다는 점에서도 중요한 의미가 평가되고 있다.

나. 전문증거

1) 전문법칙

제320조 【전문증거배제의 법칙】

제320조 ① 제321조 내지 제328조에 규정하는 경우를 제외하고는 공판기일에 있어서의 진술에 대신하여 서면을 증거로 하거나, 또는 공판기일 외에 있어서의 다른 사람의 진술을 내용으로 하는 진술을 증거로 할 수 없다.
 ② 제291조의2의 결정이 있는 사건의 증거에 대하여는 전 항의 규정은 이를 적용하지 아니한다. 다만, 검사, 피고인 또는 변호인이 증거로 하는 것에 이의를 진술한 것에 대하여는 그러하지 아니하다.

(1) 의의 및 근거

전문법칙(hearsay rule)이란, 전문증거의 증거능력을 원칙적으로 부정하며, 일정한 예외에 해당하는 경우에만 그 증거능력을 부여하는 원칙을 말한다.¹¹⁴⁰⁾ 전문증거(hearsay evidence)는 일반적으로 반대당사자의 반대신문의 기회가 부여되지 않은 진술증거를 의미한다. 일본의 경우 일본헌법 제37조 제2항¹¹⁴¹⁾에서 피고인의 증인에 대한 반대신문권을 헌법적 권리로서 보장하고 있으며, 이를 이어받아 일본형사소송법

1138) 大阪高等裁判所 判決 2016年(平成28年) 3月 2日 判例タイムズ 第1429號 148면.

1139) 最高裁判所 決定 2017年(平成29年) 3月 15日 最高裁判所刑事判例集 第71卷 第3號 13면.

1140) 河上和雄/中山善房/古田佑紀/原田國男/河村博/渡辺咲子 [編], 大コンメンタール刑事訴訟法 [第2版] 第7卷, 青林書院, 2012, 318면.

1141) 일본헌법 제37조 ②형사피고인은 모든 증인에 대하여 신문할 기회를 충분히 부여받으며, 또한 공적 비용으로 자기를 위해 강제적인 절차에 의해 증인을 요구할 권리를 가진다.

은 전문증거의 증거능력을 원칙적으로 부정하면서(제320조), 아울러 예외적으로 전문 증거의 증거능력이 인정되는 경우에 관하여 제 규정을 두고 있다(제321조 내지 제328조).¹¹⁴²⁾

(2) 전문법칙의 부적용

a. 요증사실과의 관계

어떠한 경우가 전문법칙의 부적용에 해당하는지, 사실인정의 기초가 되는 사실을 체험한 자가 그 체험에 의해 진술하려고 하는 진술에 의하여 증명하고자 하는 사항(요증사실)이 무엇인가에 따라서 결정된다.

b. 사진, 비디오테이프 등의 과학적 기계장치에 의한 기록

사진, 비디오테이프, 녹음테이프, CD, DVD 등의 과학적 기계장치에 의해 기록된 것—일본형사소송법에서는 이를 ‘기록매체’라 칭한다.—은 일반적으로 전문법칙이 적용되지 않는 비진술증거로 이해되고 있다. 위 기록매체는 해당 장치에 의한 기록의 과정이 과학적·기계적이며, 사람에 의한 지각, 기억, 진술과는 달리 기록의 정확성이 담보되는 비진술증거의 성격의 것이기 때문이다. 따라서 기록매체의 내용이 요증사실과의 관련성이 인정되면 증거로서 제출될 수 있다. 이와 관련하여, 일본최고재판소는 범행의 상황 등을 촬영한 이른바 현장사진은 비진술증거에 속하고, 당해 사진 자체 또는 다른 증거에 의해 사건과의 관련성을 인정할 수 있는 한 증거능력을 가지며, 이를 증거로서 채용하기 위해서는 반드시 촬영자들에게 현장사진의 작성과정 내지 사건과의 관련성을 증언시켜야 하는 것은 아니다라고 해석하고 있다.¹¹⁴³⁾

(3) 간이공판절차의 특례로서 전문법칙의 부적용

일본형사소송법 제320조 제2항에서는 간이공판절차(제291조의2)에 의해 심리하는 취지의 결정이 있는 사건의 증거에 대하여는 전문법칙을 적용하지 아니한다고 규정하고 있다. 따라서 간이공판절차에서는 전문증거도 원칙적으로 증거능력을 가지게 된다. 판례는 간이공판절차에 의해 심판하는 취지의 결정이 내려진 사건에 있어서는

1142) 河上和雄/中山善房/古田佑紀/原田國男/河村博/渡辺咲子 [編], 大コンメンタル刑事訴訟法 [第2版] 第7卷, 青林書院, 2012, 318면.

1143) 最高裁判所 決定 1984年(昭和59年) 12月 21日 最高裁判所刑事判例集 第38卷 第12號 3071면.

검사가 제출한 증거에 대하여 피고인 또는 변호인이 증거로 하는 것에 이의를 진술하지 않는 한, 그 동의가 없더라도 증거조를 하거나 또는 이에 증거능력을 인정하여 사실인정의 자료로 제공할 수 있다고 했다.¹¹⁴⁴⁾

2) 전문법칙의 예외 : 전문증거의 허용범위

전문법칙의 증거능력은 원칙적으로 부정되지만, 형사소송법 제321조부터 제328조까지의 조문에서 서면 등의 성질에 따라 전문법칙의 예외를 구체적으로 규정해두고 있다. 전문법칙의 예외를 체계적으로 분류하는 방법으로는 ① 진술녹취서, ② 진술서, ③ 그 밖의 서면, ④ 전문진술의 4가지로 구분하는 것이 일반적이다. 이하에서는 이러한 분류의 순서에 따라 기술하도록 한다.

제321조

【피고인 이외의 자의 진술서·진술녹취서의 증거능력】

제321조 ① 피고인 이외의 자가 작성한 진술서 또는 그 자의 진술을 녹취한 서면으로서 진술자의 서명 또는 날인 있는 것은, 다음에 열거한 경우에 한하여, 이를 증거로 할 수 있다.

1. 법관의 면전(제157조의6 제1항 및 제2항에 규정한 방법에 의한 경우를 포함한다.)에 있어서의 진술을 녹취한 서면에 대하여는, 그 진술자가 사망, 정신 또는 신체의 고장, 소재불명 또는 국외에 있기 때문에 공판준비 또는 공판기일에서 진술할 수 없는 때, 또는 진술자가 공판준비 또는 공판기일에서 이전의 진술과 다른 진술을 한 때
2. 검사의 면전에 있어서의 진술을 녹취한 서면에 대하여는, 그 진술자가 사망, 정신 또는 신체의 고장, 소재불명 또는 국외에 있기 때문에 공판준비 또는 공판기일에서 진술할 수가 없는 때, 또는 공판준비 또는 공판기일에서 이전의 진술과 상반되거나 또는 실질적으로 다른 진술을 한 때. 다만, 공판준비 또는 공판기일에서의 진술보다도 이전의 진술을 신용해야 할 특별한 정황이 존재하는 때에 한한다.
3. 전 2호에 열거한 서면 이외의 서면에 대하여는 진술자가 사망, 정신 또는 신체의 고장, 소재불명 또는 국외에 있기 때문에 공판준비 또는 공판기일에서 진술할 수 없고, 또한 그 진술이 범죄사실의 존부의 증명에 바트릴 수 없는 것인 때. 다만, 그 진술이 특히 신용해야 할 정황 하에서 된 것인 때에 한한다.

② 피고인 이외의 자가 공판준비 또는 공판기일에서의 진술을 녹취한 서면 또는 법원이

1144) 最高裁判所 決定 1955年(昭和30年) 7月 7日 最高裁判所刑事判例集 第9卷 第9號 1863면.

나 법관의 검증의 결과를 기재한 서면은, 전항의 규정에도 불구하고, 이를 증거로 할 수 있다.

③ 검사, 검찰사무관 또는 사법경찰관의 검증의 결과를 기재한 서면은, 그 진술자가 공판기일에서 증인으로서 신문을 받고, 그것이 진정하게 작성된 것임을 진술한 때에는, 제1항의 규정에도 불구하고, 이를 증거로 할 수 있다.

④ 감정의 경과 및 결과를 기재한 서면으로서 감정인이 작성한 것에 대하여도, 전항과 같다.

제322조

【피고인의 진술서·진술녹취서의 증거능력】

제322조 ① 피고인이 작성한 진술서 또는 피고인의 진술을 녹취한 서면으로서 피고인의 서명 또는 날인이 있는 것은, 그 진술이 피고인에게 불이익한 사실의 승인을 내용으로 하는 것인 때, 또는 특히 신용해야 할 정황 하에서 행해진 것인 때에 한하여, 이를 증거로 할 수 있다. 다만, 피고인에게 불이익한 사실의 승인을 내용으로 하는 서면은, 그 승인이 자백이 아닌 경우에 있어서도, 제319조의 규정에 준하여, 임의로 된 것이 아니라는 의심이 있다고 인정하는 때에는, 이를 증거로 할 수 없다.

② 피고인의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술을 녹취한 서면은, 그 진술이 임의로 된 것이라고 인정하는 때에 한하여, 이를 증거로 할 수 있다.

(1) 진술녹취서

전문법칙의 예외에 관한 규정은 제321조부터 제328조까지이지만, 그 중에서 중핵을 이루고 있는 것은 제321조와 제322조이다.¹¹⁴⁵⁾ 여기서 다루고 있는 것은 진술서와 진술녹취서인바, 전자의 진술서는 자신이 작성한 서면—예를 들어 일기나 피해신고서 등—, 후자의 진술녹취서는 타인에게 말한 것을 그 타인이 받아적은 서면—예를 들어 사법경찰에 의한 참고인의 진술조서—을 말한다. 이 중 진술녹취서는 A의 말을 B가 들은 후 B가 서면으로 하는 것이므로 이중(二重)의 전문에 해당하지만, 형소법은 A의 서명 또는 날인을 요구하므로, 이에 의해 기재가 진술한 대로라는 점이 확인되어

1145) 田宮裕, 刑事訴訟法 [新版], 有斐閣, 1999, 376면.

진술서와 동일한 취급을 받는 것으로 본다.¹¹⁴⁶⁾

원진술자가 피고인인지, 피고인 이외의 자인지에 따라 취급이 기본적으로 달라지므로, 일본형사소송법은 후자를 제321조에, 전자를 제322조에 각각 구분하여 규정하고 있다. 그리고 피고인 이외의 경우, 누구의 면전에서 진술인지, 즉 녹취자가 누구인지에 따라 신용성의 내용에 차이가 있을 수 있기 때문에, 녹취자를 3가지—제1호 법관, 제2호 검사, 제3호 사법경찰관리—로 구분하여 그 요건을 규정하고 있다. 이 중 원칙적인 요건은 사법경찰관리의 면전에서 작성된 진술녹취서인 제3호로 이해하며, 세부적으로는 ① 진술불능, ② 특신성, ③ 증거의 중요성이 그 요건으로 되어 있다. 이에 대한 특수한 형태로서 제1호에서 법관의 면전에서 작성된 진술녹취서, 제2호에서 검사의 면전에서 작성된 진술녹취서가 각각의 신용성의 정도에 따라 요건을 달리하고 있다. 또한, 공판준비·공판기일에서 법원의 면전에서 작성된 경우에는 제1호에 비하여도 더욱 신용성이 높은 특수한 형태로 보아 무조건적으로 증거능력을 인정하고 있다(제321조 제2항 참조).

한편, 피고인이 진술자인 경우는, 진술 그 자체의 성질이 문제가 되는 것이므로—① 불이익한 사실의 승인이라면 진실을 추인할 수 있고, 혹은 ② 자신에 대한 반대신문은 무의미하다고 하는 당사자주의적 원리를 이유로 삼을 수 있지만, 양자 모두 무조건적으로 허용되고 있다.—, 누구의 면전에서 행해졌는지를 불문하고, 진술내용의 이익·불이익에 기준으로만 요건을 구별하고 있다(제322조 1항 참조). 또한, 공판준비·공판기일의 진술이라면, 피고인 이외의 경우와 마찬가지로, 무조건적으로 허용된다(동조 2항).

(2) 진술서

진술서에 대하여도, 피고인과 피고인 이외의 자를 구분하여 전문법칙의 예외 요건을 규율한다는 기본적인 방식은 동일하다. 다만, 진술서의 경우는 진술의 상대방이 존재하지 않기 때문에, 진술녹취서와 같은 녹취자에 따른 구분은 없다. 피고인 이외의 경우는 그 원칙형인 제321조 제1항 제3호에 규정되어 있고, 피고인의 경우는 제322조 제1항에 규정되어 있다.

1146) 田宮裕, 刑事訴訟法〔新版〕, 有斐閣, 1999, 377면.

나아가 피고인 이외의 자의 진술서의 특수한 형태로서, ① 법원·법관의 검증조서(제321조 2항), ② 수사기관의 검증조서(동조 3항), ③ 감정인의 감정서(동조 4항)가 있는바, 각각의 성질에 대응하여 요건이 규정되어 있다. 구체적으로 보면, ①은 당사자의 입회도 보장되며, 또한 법원의 증거조사활동의 실체를 가지는 검증의 성질에 비추어 무조건적으로 허용되며, ②③은 고 그 진술자가 공판정에서 증인으로서 신문을 받고, 진정하게 작성된 것임을 진술한 때에 허용된다.

(3) 그 밖의 서면

제323조 【전 3조 이외의 서면의 증거능력】

제323조 전 3조에 열거한 서면 이외의 서면은, 다음에 열한 것에 한하여, 이를 증거로 할 수 있다. 1. 호적등본, 공정증서등본, 그 밖에 공무원(외국의 공무원을 포함한다.)이 그 직무상 증명할 수 있는 사실에 관하여 그 공무원이 작성한 서면 2. 상업장부, 항해일지 그 밖에 업무의 통상의 과정에서 작성된 서면 3. 전 2호에 열거한 것 외에 특히 신용해야 할 정황 하에서 작성된 서면

위에서 살펴본 1)(진술녹취서)과 2)(진술서)에서 허용된 서면 이외에, 특히 신용성이 있다고 보아 제323조에서 증거능력을 인정하는 서면도 있다. 이를 특신문서(特信文書)라고 부른다. 이는 유형적으로 볼 때, 고도의 신용성과 서면 이용의 필요성이 있다고 형사소송법이 판단하여, 무조건적으로 증거능력을 인정한 경우이다(제323조). 대별하여 ① 공무문서, ② 업무문서, ③ 그 밖의 특신문서의 3가지의 유형으로 구분하고 있다. ①의 공무문서는 호적등본, 공정증서등본, 그 밖에 공무원(외국공무원을 포함한다.)이 직무상 증명할 수 있는 사실에 관하여 그 공무원이 작성한 서면을 말한다. 예를 들어 호적등본의 경우 관념적으로는 출생 등의 사실에 대한 재전문증거의 복사본에 해당하지만, 그 기재사항에 대하여 그 이상 확실한 증명자료가 없는 것으로 일반적으로 인정되어 있다. ②업무문서는 상업장부, 항해일지 그 밖에 업무의 통상의 과정에서 작성된 서면을 말한다. 이들 문서는 영업 등의 필요에서 기계적으로 계속해서 서기입이 이루어지므로 허위가 개입할 우려가 적다고 볼 수 있기 때문이다. ③ 그 밖의 특신문서는 ①②와 마찬가지로 신용성이 높은 서면을 의미하는바, 판례가 인정

한 예로서는 전과조회서의 전신문서,¹¹⁴⁷⁾ 복역중인 자와 그 처와의 일정한 편지¹¹⁴⁸⁾ 등이 있다.

(4) 전문진술(증언)

제324조 【전문진술의 증거능력】

제324조 ① 피고인 이외의 자의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술로서 피고인의 진술을 그 내용으로 하는 것에 대하여는 제322조의 규정을 준용한다. ② 피고인 이외의 자의 공판준비 또는 공판기일에 있어서의 진술로서 피고인 이외의 자의 진술을 그 내용으로 하는 것에 대하여는 제321조 제1항 제3호의 규정을 준용한다.

a. 의의

일본형사소송법 제324조는 전문법칙의 예외로서 이른바 전문증언에 대하여, 2가지로 구분하여 규정해두고 있다. 첫째는 피고인 이외의 자의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술로서 피고인의 진술을 그 내용으로 하는 것에 대하여는, 제322조가 준용되어 그 요건 하에서 증거능력이 부여된다. 둘째는 피고인 이외의 자의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술로서 피고인 이외의 자의 진술을 그 내용으로 하는 것에 대하여는, 제321조 제12항 제3호가 준용되어, 그 요건 하에서 증거능력이 부여된다.

b. 재전문

원진술자의 진술내용이 이를 들었던 자의 진술 대체 서면 중에 나타나 있는 경우에 증거능력이 인정되는지 여부에 대하여는 다툼이 있다. 일본최고재판소는 제321조 제1항 제2호에 의해 증거능력이 인정된 서면은 “공판기일에서의 진술에 대신하여” 이를 증거로 할 수 있기 때문에(제320조 제1항 참조), 그 서면 중의 전문진술부분(재전문부분)에는 전문진술에 관한 제324조가 유추적용되어, 원진술자가 피고인이면 제322조가, 피고인 이외의자라면 제321조 제1항 제3호가 준용된다고 한 원심의 결론 및 이유를 인정했다.¹¹⁴⁹⁾

1147) 最高裁判所 決定 1949年(昭和25年) 9月 30日 最高裁判所刑事判例集 第40卷 第2號 175면.

1148) 最高裁判所 判決 1954年(昭和29年) 12月 2日 最高裁判所刑事判例集 第8卷 第12號 1923면.

c. 전문증언

일본최고재판소는 전문증언이라고 하더라도, 이의신청이 없는 채로 증인에 대한 신문이 종료한 경우에는, 즉시 이의신청할 수 없는 등의 특단의 사정이 없는 한, 묵시적 동의가 있었다고 보아 증거능력이 인정된다는 보았다.¹¹⁵⁰⁾

3) 관련 문제

(1) 당사자의 동의와 합의서면

a. 증거로 하는 것의 동의

검사 및 피고인이 증거로 하는 것에 동의한 서면 또는 진술은, 그 서면이 작성되거나 또는 진술이 행해진 때의 정황을 고려하여 상당하다고 인정하는 때에 한하여, 제321조 내지 제325조의 규정에도 불구하고, 증거로 할 수 있다. 이 동의의 본질에 대하여는 원진술자에 대한 반대신문권의 포기로 이해하는 것이 통설이다.¹¹⁵¹⁾

제326조 【당사자의 동의와 서면·진술의 증거능력】

제326조 ① 검사 및 피고인이 증거로 하는 것에 동의한 서면 또는 진술은, 그 서면이 작성되거나 또는 진술이 행해진 때의 정황을 고려하여 상당하다고 인정하는 때에 한하여, 제321조 내지 전조의 규정에도 불구하고, 이를 증거로 할 수 있다.

② 피고인이 출두하지 않더라도 증거조사를 할 수 있는 경우에 있어서, 피고인이 출두하지 아니한 때에는, 전항의 동의가 있었다고 간주한다. 다만 대리인 또는 변호인이 출석하지 아니한 때에는 그러하지 아니하다.

동의의 방법은 구두로 하는 것이 통상이지만, 서면을 제출하는 경우도 있다.¹¹⁵²⁾

1149) 最高裁判所 判決 1957年(昭和32年) 1月 22日 最高裁判所刑事判例集 第11卷 第1號 103면.

1150) 最高裁判所 決定 1974年(昭和59年) 2月 29日 最高裁判所刑事判例集 第38卷 第3號 479면.

1151) 田宮裕, 刑事訴訟法 [新版], 有斐閣, 1999, 392면; 三井誠/河原俊也/上野友慈/岡慎一 [編], 別冊法学セミナー 新基本法コンメンタール 刑事訴訟法 [第3版], 日本評論社, 2018, 529면. 한편, 반대신문권의 포기로 이해하는 판례로서는 最高裁判所 決定 1951年(昭和26年) 5月 25日 最高裁判所刑事判例集 第5卷 第6號 1201면.

1152) 三井誠/河原俊也/上野友慈/岡慎一 [編], 別冊法学セミナー 新基本法コンメンタール 刑事訴訟

증거조사의 청구가 있는 경우에는 상대방 또는 그 변호인의 의견을 들어야 하고(형사소송규칙 제190조 제2항 전단), 법원이 직권으로 증거조사를 하려는 경우에는 증거결정 전에 검사와 피고인·변호인의 의견을 들어야 하는바(제299조 제2항, 형사소송규칙 제190조 제2항 후단), 통상 이 때 동의 여부를 말하게 된다.¹¹⁵³⁾

b. 합의서면

법원은 검사와 피고인 또는 변호인이 합의한 다음, 문서의 내용 또는 공판기일에 출석하면 진술할 것이 예상되는 그 진술의 내용을 서면으로 기재하여 제출한 때에는, 그 문서 또는 진술해야 할 자를 조사하지 않더라도, 그 서면을 증거로 할 수 있다(제327조). 위 서면을 합의서면이라고 하며, 이는 미국법에서 유래한 것으로 이해되고 있다.¹¹⁵⁴⁾

실무상 합의서면이 사용되는 경우로서는, 예를 들어 조세사건에 있어서 장부 등의 방대한 원자료가 있어서, 그 자료로부터 요약된 계산관계 등의 대하여 다툼이 없는 경우, 당사자가 합의한 다음 서면을 작성하여 증거로 하는 사례 등이 꼽힌다.¹¹⁵⁵⁾ 실무에서는 다툼이 없는 경우에는 통상 진술한 증거동의에 의한 동의서면으로서 취급되는 것이 일반적이기에 합의서면은 실무상 거의 사용되지 않는 것으로 평가되고 있다.¹¹⁵⁶⁾

제327조 【합의에 의한 서면의 증거능력】

제327조 법원은 검사 및 피고인 또는 변호인이 합의한 다음, 문서의 내용 또는 공판기일에 출석하면 진술할 것이 예상되는 그 진술의 내용을 서면으로 기재하여 제출한 때에는, 그 문서 또는 진술해야 할 자를 조사하지 않더라도, 그 서면을 증거로 할 수 있다. 그 경우에 있어서도, 그 서면의 증명력을 다투는 것을 방해하지 않는다.

法 [第3版], 日本評論社, 2018, 529면.

1153) 三井誠/河原俊也/上野友慈/岡慎一 [編], 別冊法学セミナー 新基本法コンメンタール 刑事訴訟法 [第3版], 日本評論社, 2018, 529면.

1154) 三井誠/河原俊也/上野友慈/岡慎一 [編], 別冊法学セミナー 新基本法コンメンタール 刑事訴訟法 [第3版], 日本評論社, 2018, 531면.

1155) 三井誠/河原俊也/上野友慈/岡慎一 [編], 別冊法学セミナー 新基本法コンメンタール 刑事訴訟法 [第3版], 日本評論社, 2018, 531면.

1156) 三井誠/河原俊也/上野友慈/岡慎一 [編], 別冊法学セミナー 新基本法コンメンタール 刑事訴訟法 [第3版], 日本評論社, 2018, 531면.

※ (일본)형사소송규칙 제198조의2 (다툼이 없는 사실의 증거조사) 소송관계인은 다툼이 없는 사실에 대하여는 유도신문, 법 제326조 제1항의 서면 또는 진술 및 법 제327조의 서면의 활용을 검토하는 등 하여, 당해 사실 및 증거의 내용 및 성질에 상응한 적절한 증거조사가 행해지도록 노력하여야 한다,

(2) 탄핵증거 : 증명력을 다투는 증거

제328조 【증명력을 다투기 위한 증거】

제328조 제321조 내지 제324조의 규정에 의해 증거로 할 수 없는 서면 또는 진술이라고 하더라도, 공판준비 또는 공판기일에서의 피고인, 증인, 그 밖의 사람의 진술의 증명력을 다투기 위해서는, 이를 증거로 할 수 있다.

a. 의의

일본형사소송법 제328조는, 동법 제321조 내지 제324조에 의해 증거로 할 수 없는 전문증거라고 하더라도, 공판준비 또는 공판기일에서의 피고인, 증인 그 밖의 사람의 진술의 증명력을 다투기 위한 이른바 탄핵증거로는 사용할 수 있도록 하고 있다(제328조).

b. 자기모순의 진술에 한정되는지 여부

“제321조 내지 제324조의 규정에 의해 증거로 할 수 있는 서면”이란, 공판기일 외의 진술인바, 구체적으로 어떠한 것을 의미하는지에 관하여는, 학설상 ①동일인의 불일치 진술에 한정된다고 보는 한정설, ②증명력을 다투기 위한 것이라면 제한이 없다고 하는 비한정설이 대립하고 있다. 후자에 대하여는 탄핵의 명목으로 제한 없이 (사실인정의 주체인) 법관이나 재판원에게 증거능력이 없는 전문증거가 제출될 수 있어 실질적으로 전문법칙이 형해화될 우려가 있다는 비판이 가해지고 있다. 이와 관련하여, 일본최고재판소는 신용성을 다투는 진술을 한 자의 모순된 내용의 진술이 동인(同人)의 진술서, 진술을 녹취한 서면, 동인의 진술을 들었다고 하는 자의 공판기일의 진술 또는 이들과 동일시할 수 있는 증거 중에 드러나 있는 부분에 한정된다고 판시하여 위 ①의 한정설의 입장임을 명백히 했다.¹¹⁵⁷⁾

c. 증명력을 다룬다는 의미

일본형사소송법 제328조에서 말하는 증명력을 다룬다는 것은 증명력을 감쇄시킨다는 의미로 본다.¹¹⁵⁸⁾ 따라서 탄핵증거로서의 사용은 어디까지나 증명력을 다투는 한도에서의 증거이며, 사실인정을 위한 실질증거로서의 사용은 허용되지 않는다.¹¹⁵⁹⁾

다. 자백 : 자백의 증거능력 및 증명력 제한

제319조 【자백의 증거능력·증명력】

제319조 ① 강제, 고문 또는 협박에 의한 자백, 부당하게 장기간 억류 또는 구금된 후의 자백, 그 밖에 임의로 된 것이 아니라는 의심이 있는 자백은 이를 증거로 할 수 없다.

② 피고인은 공판정에 있어서의 자백인지를 불문하고 그 자백이 자기에게 불이익한 유일한 증거인 경우에는 유죄로 할 수 없다.

③ 전 2항의 자백에는 기소된 범죄에 대하여 유죄임을 자인하는 경우를 포함한다.

1) 자백의 의의 및 증거법상의 규제

(1) 자백의 의의

자백이란, 자신의 범죄사실—그 전부 또는 중요부분—을 인정하는 피고인의 진술을 말한다.¹¹⁶⁰⁾ 자백은 피고인의 진술인 이상 그것이 행해진 시기, 장소, 방법을 불문하는 바, 공판정에서 행해진 것은 물론 공판정 외에서 수사기관에 대하여 피의자 또는 참고인으로서 행해진 것도 포함된다.¹¹⁶¹⁾ 당해 피고인의 진술에 한정되며, 다른 공범자의 자백이나 공동피고인의 자백은 당해 피고인과의 관계에서는 자백에 해당하지 않는다.¹¹⁶²⁾ 한편, 수사와 관계없이 이익·불이익을 불문하고 일상적으로 작성된 서면은 자백이 아니라고 본다.¹¹⁶³⁾

1157) 最高裁判所 判決 2006年(平成18年) 11月 7日 最高裁判所刑事判例集 第60권 第9號 561면.

1158) 三井誠/河原俊也/上野友慈/岡慎一 [編], 別冊法学セミナー 新基本法コンメンタール 刑事訴訟法 [第3版], 日本評論社, 2018, 532면.

1159) 最高裁判所 決定 1953年(昭和28年) 2月 17日 最高裁判所刑事判例集 第7卷 第2號 237면.

1160) 田宮裕, 刑事訴訟法 [新版], 有斐閣, 1999, 343면.

1161) 田宮裕, 刑事訴訟法 [新版], 有斐閣, 1999, 343면.

1162) 三井誠/河原俊也/上野友慈/岡慎一 [編], 別冊法学セミナー 新基本法コンメンタール 刑事訴訟法 [第3版], 日本評論社, 2018, 510면.

한편, 일본헌법 제38조 제1항¹¹⁶⁴⁾은 이른바 묵비권(黙秘權)—내지 자기부죄거부특권—을 동조 제2항에 규정된 자백배제법칙에 앞서 규정하고 있다. 묵비권과 자백배제법칙의 차이점에 관하여는, 일반적으로 ① 묵비권은 17세기 영국에서 탄핵주의가 확립되면서 함께 성립했고, 자백배제법칙은 18세기부터 19세기에 걸쳐 영국 커먼로(Commom Law)에서 태동하여 발전했다는 점, ② 묵비권은 법원에서 진술자를 증인으로서 취급할 때에 문제가 되었던 것에 비하여, 자백배제법칙은 법정 외에서, 특히 수사절차에서의 자백에 관한 것이라는 점, ③ 묵비권은 피고인 이외의 제3자에게도—따라서 형사절차 이외의 절차의 관여자에 대하여도—적용이 되는 것에 비하여, 자백배제법칙은 오로지 형사의 피의자·피고인에 관한 것이라는 점의 3가지가 꼽히고 있다.¹¹⁶⁵⁾

(2) 증거법상의 규제

자백은 피고인 자신이 인정하는 직접증거이므로, 그 신용성이 보장된다면 유죄의 결정적인 증거가 될 수 있다.¹¹⁶⁶⁾ 이러한 자백을 취득하기 위해 고문, 강압 등을 행사해온 역사적 경험을 바탕으로 근대 형사절차에서는 자백의 취득과 이용에 상당한 제약을 가하고 있다. 일본의 형사소송법은 ①자백의 취득에 있어서 고문, 강압 등이 개입되지 않도록 하기 위해 자백의 증거능력을 제한하고 있으며(제319조 1항), 아울러 ②오판이 발생하지 않도록 하기 위해 자백 이외에 반드시 보강증거를 요구하도록 하는(제319조 2항) 증거법상의 규제를 가하고 있다.¹¹⁶⁷⁾

2) 자백배제법칙

(1) 의의

일본헌법 제38조 제2항¹¹⁶⁸⁾은 “강제, 고문 또는 협박에 의한 자백이나 부당하게

1163) 예를 들어, 범죄와 관계없이 비망록으로서 작성된 메모의 경우 자백에 포함되지 않는다는 보았다. 最高裁判所 決定 1957年(昭和32年) 11月 2日 最高裁判所刑事判例集 第11卷 第22號 3947면.

1164) 일본헌법 제38조 ① 누구든지 자기에게 불이익한 진술을 강요당하지 아니한다. ②③(생략)

1165) 平野竜一, 捜査と人権, 刑事法研究 第3卷, 有斐閣, 1981, 93면; 白取祐司, 刑事訴訟法 [第2版], 日本評論社, 2001, 325면.

1166) 田宮裕, 刑事訴訟法 [新版], 有斐閣, 1999, 345면.

1167) 田宮裕, 刑事訴訟法 [新版], 有斐閣, 1999, 345면.

장기간 억류 또는 구금된 후의 자백은 이를 증거로 할 수 없다”고 규정하고 있고, 일본형사소송법 제319조 제1항은 이에 더하여 “그 밖에 임의로 된 것이 아니라는 의심이 있는 자백”의 경우를 추가하여 자백의 증거능력을 제한하고 있는바, 이를 자백 배제법칙이라고 부른다. 나아가 자백을 내용으로 하는 피고인의 진술뿐만 아니라, 자백이 아닌 불이익한 사실의 승인을 내용으로 하는 진술에 대하여도 임의성에 의심이 경우에는 마찬가지로 그 증거능력을 제한하고 있다(제322조 1항 단서).¹¹⁶⁹⁾

(2) 자백법칙의 근거

자백배제법칙의 근거 내지 존재이유에 관하여는, 허위배제설, 인권옹호설, 위법배제설의 3가지 학설이 대립하고 있다.¹¹⁷⁰⁾ 이 학설적 대립은 법해석론적으로는 일본헌법 제38조 제1항 및 일본형사소송법 제319조 제1항의 해석에 관한 대립이다.¹¹⁷¹⁾

허위배제설은 강제, 고문 등으로 부당하게 유인된 자백은 허위의 우려가 있기 때문에 오판 방지를 위해 사전에 배제할 필요가 있다고 보는 설이다. 이 학설은 형사소송의 목적을 진실발견으로 이해하고, 증거법칙도 진실발견이라고 하는 목적에만 봉사하기 위해 존재한다고 본다. 인권옹호설은 일본헌법에서 묵비권(제38조 제1항)과 공무원의 고문 금지(제36조)를 규정하고 있지만 이로써는 충분하지 않으므로, 묵비권을 중심으로 하는 피고인의 인권 보장을 담보하기 위해 강제, 고문 등 인권을 침해하는 방법으로 얻어진 자백을 배제하는 것으로 이해하는 학설이다. 위법배제설은, 자백을 배제하는

1168) 일본헌법 제38조 ① (생략) ② 강제, 고문 또는 협박에 의한 자백이나 부당하게 장기간 억류 또는 구금된 후의 자백은, 이를 증거로 할 수 없다. ③ 누구든지, 자기에게 불이익한 유일한 증거가 본인의 자백인 경우에는, 유죄로 되거나 또는 형벌을 받지 아니한다.

1169) 일본형사소송법 제322조 ① 피고인이 작성한 진술서 또는 피고인의 진술을 녹취한 서면으로서 피고인의 서명 또는 날인이 있는 것은, 그 진술이 피고인에게 불이익한 사실의 승인을 내용으로 하는 것인 때, 또는 특히 신용해야 할 정황 하에서 행해진 것인 때에 한하여, 이를 증거로 할 수 있다. 다만, 피고인에게 불이익한 사실의 승인을 내용으로 하는 서면은, 그 승인이 자백이 아닌 경우에 있어서도, 제319조의 규정에 준하여, 임의로 된 것이 아니라는 의심이 있다고 인정하는 때에는, 이를 증거로 할 수 없다.

1170) 河上和雄/中山善房/古田佑紀/原田國男/河村博/渡辺咲子 [編], 大コンメンタール刑事訴訟法 [第2版] 第7卷, 青林書院, 2012, 544면.

1171) 위 학설적 대립에 대하여는, 본질적으로는 무엇 때문에 대립하고 있는지가 반드시 명확한 것은 아니라는 평가를 받기도 한다. 田宮裕, 刑事訴訟法 [新版], 有斐閣, 1999, 347면은 본 학설 대립의 실익적인 측면과 관련하여, 특히 위법배제설을 취하는 경우에는 그 논리적 추급에 따라 일본형사소송법 제319조 제1항에서 열거한 “강제, 고문 또는 협박에 의한 자백, 부당하게 장기간 억류 또는 구금된 후의 자백, 그 밖에 임의로 된 것이 아니라는 의심이 있는 자백”을 넘어서서 배제시켜야 할 자백이 있는지의 문제로 연결된다는 점을 지적하고 있다.

것은 허위를 배제하거나 묵비권을 보장하기 위한 것이 아니라, 자백 취득의 과정에서의 적법절차를 담보하는 위한 수단이라고 이해하는 학설이다. 구체적인 신문방법이 위법·부당하면, 그것만으로 그 절차에 획득된 자백은 배제된다고 본다.

판례는, 위 자백법칙의 근거에 관하여 어떠한 학설의 입장에 있는지, 일의적으로 판단하기는 어렵다. 허위배제설의 입장을 취한 판례도 있지만, 위법배제설의 입장을 취한 것으로 이해되는 판례도 적지 않게 존재한다. 일본최고재판소는 “피의자가 기소 불기소의 결정권을 가진 검사의, 자백을 하면 기소유예로 하겠다는 취지의 말을 믿고, 기소유예가 되는 것을 기대하고 한 자백은, 임의성에 의심이 있는 것으로서 증거능력을 결한 것으로 보는 것이 상당하다”고 판시한바 있다.¹¹⁷²⁾ 그리고 일본최고재판소 전원합의체는 위계에 의한 신문에 의해 자백을 획득한 사안에 있어서 “수사절차라고 하더라도, 헌법의 보장 하에 있는 형사절차의 일환인 이상, 형소법 제1조 소정의 정신에 입각하여, 공공의 복지의 유지와 개인의 기본적 인권의 보장을 완수하면서 적정하게 행해져야 한다”라고 한 다음, 피의자신문 중에 “위계를 이용하여 피의자를 착오에 빠트려 자백을 획득하는 것과 같은 신문방법은 엄격하게 피해야 한다”라고 하며 취득한 자백의 증거능력을 배제하였다.¹¹⁷³⁾ 동 판결은 수사의 적정성을 강조하면서, 수사관의 신문방법 그 자체를 문제화하였다는 점에서 위법배제설적인 판례로 평가되고 있다.¹¹⁷⁴⁾

(3) 적용범위

일본형사소송법 제319조 제1항은 임의성에 의심이 있는 자백의 유형을 열거하면서, 이를 증거로서 사용하는 것을 금지하고 있다. 자백의 임의성의 유무를 판단함에 있어서는 일차적으로는 유형적으로 임의성에 의심을 갖게 하는 외부적 정황의 존재가 판단 대상이 된다.¹¹⁷⁵⁾

a. 강제, 고문 또는 협박에 의한 자백

“강제, 고문 또는 협박에 의한 자백”은 물리적 또는 심리적인 고통을 가하는 모든

1172) 最高裁判所 判決 1966年(昭和41年) 7月 1日 最高裁判所刑事判例集 第20卷 第6號 537면.

1173) 最高裁判所 大法廷 判決 1970年(昭和45年) 11月 25日 最高裁判所刑事判例集 第24卷 第12號 1670면.

1174) 白取祐司, 刑事訴訟法 [第2版], 日本評論社, 2001, 328면.

1175) 三井誠/河原俊也/上野友慈/岡慎一 [編], 別冊法学セミナー 新基本法コンメンタール 刑事訴訟法 [第3版], 日本評論社, 2018, 511면.

형태의 강제행위에 의한 자백을 의미하는 것으로 해석되고 있다.¹¹⁷⁶⁾ 예를 들어 수사 과정에서의 조사관에 의한 폭행 등이 그 전형적인 예에 해당한다.¹¹⁷⁷⁾

b. 부당하게 장기간 억류 또는 구금된 후의 자백

“부당하게 장기간”인지 여부는 단순히 그 억류나 구금의 기간만으로 판단되는 것이 아니라, ① 당해 사안의 범죄사실의 회수 및 그 성질·내용, 억류·구금의 필요성, 증거수집·조사의 필요성 및 상황, 절차의 경과라고 하는 객관적 상황, ② 피의자·피고인 측의 사정—연령, 건강상태 등— 등의 제반의 사정을 감안하여 판단된다.¹¹⁷⁸⁾

판례가 이에 해당하는 것으로 인정하여 자백의 증거능력을 배제한 사례로는, 단순한 절도사건에서 기소전 및 기소후를 합하여 109일간 구속된 후의 자백,¹¹⁷⁹⁾ 단순한 절도사건에서 체포 이후 약 190일간 구금된 후의 자백이고, 피고인이 병약하여 치료를 위해 신병의 석방을 호소하고 있었던 경우,¹¹⁸⁰⁾ 16세미만의 소년이 7개월 여의 구속 후에 한 자백이고, 구속의 필요성이 없었던 경우¹¹⁸¹⁾ 등이 있다.

c. 그밖에 임의로 된 것이 아니라는 의심이 있는 자백

위 a. b.의 요건 이외에도, 판례가 임의성에 의심이 있다고 보아 자백의 증거능력을 배제한 사례로는 이하의 사례들이 있다. 수사단계에서 피의자에 대한 신문이 양 손에 수갑을 채운 채로 이루어진 때에는 반증이 없는 한 그 진술의 임의성에 대하여 일단 의심을 품을 수밖에 없다고 판시했다.¹¹⁸²⁾ 반면, 한 쪽의 손에만 수갑을 채운 경우에는 양 손에 수갑을 채운 경우에 비하여 심리적 압박의 정도가 낮고, 곧바로 그 진술의 임의성에 의심을 품는 것은 아니라고 판시한 것이 적지 않다.¹¹⁸³⁾ 약속·위계 등에 의한 자백으로서, 자백을 하면 기소유예하겠다는 취지의 검사의 말을 믿은 피의자가

1176) 三井誠/河原俊也/上野友慈/岡慎一 [編], 別冊法学セミナー 新基本法コンメンタール 刑事訴訟法 [第3版], 日本評論社, 2018, 511면.

1177) 最高裁判所 大法廷 判決 1951年(昭和26年) 8月 1日 最高裁判所刑事判例集 第5卷 第9號 1684면.

1178) 三井誠/河原俊也/上野友慈/岡慎一 [編], 別冊法学セミナー 新基本法コンメンタール 刑事訴訟法 [第3版], 日本評論社, 2018, 511면.

1179) 最高裁判所 大法廷 判決 1948年(昭和23年) 7月 19日 最高裁判所刑事判例集 第2卷 第8號 944면.

1180) 最高裁判所 大法廷 判決 1949年(昭和24年) 11月 2日 最高裁判所刑事判例集 第3卷 第11號 1732면.

1181) 最高裁判所 判決 1952年(昭和27年) 5月 14日 最高裁判所刑事判例集 第6卷 第5號 769면.

1182) 最高裁判所 判決 1963年(昭和38年) 9月 13日 最高裁判所刑事判例集 第17卷 第8號 1703면.

1183) 最高裁判所 決定 1977年(昭和52年) 8月 9日 最高裁判所刑事判例集 第31卷 第5號 821면.

기소유예를 기대하고 한 자백의 증거능력을 배제한바 있다.¹¹⁸⁴⁾ 한편, 일본최고재판소는 장시간 또는 심야에 걸친 피의자신문의 사례로서, 오후 11시 지나서 임의동행된 다음 익일 오후 9시까지 조사가 이어졌으나, 본인의 적극적인 승낙 하에서 조사가 개시되었고, 당초의 진술의 핵심부분에 허위가 있다고 판단되어 조사가 길어졌으며, 본인으로부터 귀가나 휴식의 요구가 없었다는 점 등을 이유로 임의수사의 한계를 일탈하였다고는 말할 수 없어 진술의 임의성을 상실하지 않는다고 판시한 사례가 있다.¹¹⁸⁵⁾

(4) 자백의 임의성의 판단

자백의 임의성은 자백을 한 당시의 상황에 비추어 판단되는 것인바, 판례는 적당하다고 인정되는 방법으로, 즉 자유로운 증명으로 방법으로 진술조서의 임의성을 조사하면 족하다는 입장이다.¹¹⁸⁶⁾ 임의성에 대한 입증의 책임은 검사에게 있으며, 자백이 임의로 행해진 것인지 여부에 대한 합리적인 의심의 존부에 대하여, 어느 쪽으로든 결정하기 어려운 때에는 피고인에게 불이익하게 판단해서는 안 된다.¹¹⁸⁷⁾

3) 자백보강법칙

(1) 의의

일본헌법 제38조 3항은 “누구든지, 자기에게 불이익한 유일한 증거가 본인의 자백인 경우에는, 유죄로 되거나 또는 형벌을 받지 아니한다”고 규정하고 있으며, 일본형사소송법은 이를 이어받아 위와 거의 같은 취지의 규정을 두고 있다(제319조 2항). 이와 같이 자백을 보강하는 증거가 없으면, 유죄 인정을 금지하는 증거법칙을 자백보강법칙이라고 한다.¹¹⁸⁸⁾

1184) 最高裁判所 判決 1966年(昭和41年) 7月 1日 最高裁判所刑事判例集 第20卷 第6號 537면.

1185) 最高裁判所 決定 1988年(平成1年) 7月 4日 最高裁判所刑事判例集 第43卷 第7號 581면.

1186) 最高裁判所 判決 1954年(昭和29年) 6月 22日 最高裁判所裁判集刑事 第96號 397면.

1187) 最高裁判所 判決 1957年(昭和32年) 5月 31日 最高裁判所刑事判例集 第11卷 第5號 1579면.

1188) 河上和雄/中山善房/古田佑紀/原田國男/河村博/渡辺咲子 [編], 大コンメンタール刑事訴訟法 [第2版] 第7卷, 青林書院, 2012, 559면.

(2) 보강증거의 자격

보강증거의 자격과 관련해서는, 판례는 증거능력이 있는 증거라고 하면, 인증·물증·서증의 어느 것인지, 직접증거·간접증거의 어느 것인지를 불문하고, 보강증거가 될 수 있다고 본다.¹¹⁸⁹⁾ 그리고 자백으로부터 실질적으로 독립된 증거가 아니라면 보강증거가 될 수 없다.¹¹⁹⁰⁾ 다만, 수사를 의식하지 않고 작성했던 일기, 비망록 등에 대하여는 보강증거가 될 수 있다.¹¹⁹¹⁾

피고인의 자백을 내용으로 하는 제3자의 진술 등도 실제로는 피고인의 자백의 반복에 불과하므로 보강증거가 될 수 없다.¹¹⁹²⁾ 한편, 판례는 절도사건에 있어서 피고인이 자백한 후에 피해자가 작성한 피해신고서나 피해전말서에 대하여는, 그 내용에 따라서는 보강증거가 될 수 있다고 판시한바 있다.¹¹⁹³⁾ 또한, 피고인이 A로부터 선거운동을 의뢰받고, 그 보수로서 1,000엔의 공여를 받은 공직선거법위반죄에 있어서, 피고인의 처가 “피고인으로부터 「A로부터 돈을 받아왔는데, 너한테도 줄게」라며 500엔을 쥐여 받았다”고 하는 진술에 대하여, 피고인의 자백의 보강증거가 된다고 한 사례가 있다.¹¹⁹⁴⁾

그리고 공범자나 공동피고인의 자백이 보강증거가 될 수 있는지와 관련해서는, 판례는 이러한 자백이라고 하더라도, 독립적이고 완전한 증명력을 가지며, 보강증거가 될 수 있다고 해석하고 있다.¹¹⁹⁵⁾

(3) 적용범위

a. 공판정에서의 자백에 적용되는지 여부

자백보강법칙의 적용범위와 관련해서, 우선 보강법증거를 필요로 하는 자백에는 공판정에서의 자백이 포함되는지 여부가 주요한 논점으로 꼽힌다. 일본형사소송법 제319조 제2항은 피고인의 자백이 “공판정에 있어서의 자백인지를 불문하고” 자기에

1189) 最高裁判所 判決 1951年(昭和26年) 4月 5日 最高裁判所刑事判例集 第5卷 第5號 809면.

1190) 最高裁判所 大法廷 判決 1950年(昭和25年) 7月 12日 最高裁判所刑事判例集 第4卷 第7號 1298면.

1191) 最高裁判所 決定 1957年(昭和32年) 11月 2日 最高裁判所刑事判例集 第11卷 第12號 3047면.

1192) 最高裁判所 判決 1955年(昭和30年) 6月 17日 最高裁判所刑事判例集 第9卷 第7號 1153면.

1193) 最高裁判所 決定 1957年(昭和32年) 5月 23日 最高裁判所刑事判例集 第11卷 第5號 1531면.

1194) 最高裁判所 決定 1965年(昭和40年) 10月 19日 最高裁判所刑事判例集 第19卷 第7號 765면.

1195) 最高裁判所 大法廷 判決 1958年(昭和33年) 5月 28日 最高裁判所刑事判例集 第12卷 第8號 1718면.

게 불이익한 유일한 증거인 경우에는 유죄로 할 수 없다고 규정하고 있으므로 보강증거가 필요하다는 점은 명백하다.¹¹⁹⁶⁾ 다만, 문제는 이론적 논의로서 일본헌법 제38조 제3항의 자백에 공판정에 있어서의 자백이 포함되는지 여부이다. 이에 대하여 통설은 헌법상 공판정에서의 자백에 대하여도 보강증거가 필요하다는 적극설의 입장이지만, 일본최고재판소 판례는 공판정에서 행해진 자백에 대하여는 이를 적용하지 않는다는 소극설의 입장을 취하고 있다.¹¹⁹⁷⁾ 공판정에서의 자백은 공판정 외의 것에 비하여, 임의성·신용성에 큰 차이가 있으므로 헌법에 의해 보강이 요구되는 ‘자백’에는 포함되지 않는다는 것이다.¹¹⁹⁸⁾ 양자의 차이는 상고심 단계의 불복신청과의 관계에서 실익이 있는바, 적극설을 취할 경우 공판정에서의 자백만을 가지고 유죄를 인정했을 때에는 “헌법의 위반이 있거나 헌법의 해석에 잘못이 있다는 것”(제405조 1호)을 상고이유로 삼을 수 있는 것이다.¹¹⁹⁹⁾

b. 보강증거가 필요한 범위

그리고 보강증거는 범죄사실과의 관계에서 어느 정도의 보강을 필요로 하는지에 대하여는, 대별하여 형식설(내지 죄체설)과 실질설이 대립해왔다. 전자의 형식설(죄체설)은 범죄사실의 객관적 측면(의 중요부분), 즉 죄체(罪體)에 대하여 보강이 필요하다고 보는 입장으로 통설적 지위를 점하고 있다. 한편, 죄체설은 죄체의 내용을 둘러싸고 ①객관적인 피해의 발생(예를 들면 사체), ②누군가의 범죄행위에 의한 피해의 발생(예를 들면 타살사체), ③피고인의 행위에서 비롯된 피해의 발생(예를 들면 피고인의 살해행위에 의한 사체)의 3가지 해석이 있는바, 위 ②와 같이 해석하는 것이 통설이다.¹²⁰⁰⁾ 그리고 후자의 실질설은 어느 범위의 사실인지는 중요하지 않고, 자백의 진실성을 담보할 수 있는 증거가 있으면 족하다고 보는 입장이다.

1196) 河上和雄/中山善房/古田佑紀/原田國男/河村博/渡辺咲子 [編], 大コンメンタル刑事訴訟法 [第2版] 第7卷, 青林書院, 2012, 559~560면.

1197) 河上和雄/中山善房/古田佑紀/原田國男/河村博/渡辺咲子 [編], 大コンメンタル刑事訴訟法 [第2版] 第7卷, 青林書院, 2012, 560면.

1198) 最高裁判所 判決 1948年(昭和23年) 7月 29日 最高裁判所刑事判例集 第2卷 第9號 1012면.

1199) 河上和雄/中山善房/古田佑紀/原田國男/河村博/渡辺咲子 [編], 大コンメンタル刑事訴訟法 [第2版] 第7卷, 青林書院, 2012, 560면은 위 일본최고재판소의 소극설 입장은 영미식의 이른바 유죄답변제도(arraignement: 피고인이 유죄를 답변을 하면, 증거조사를 거치지 않고 유죄를 선고할 수 있는 제도의 도입에 있어서 헌법을 개정하지 않고 형사소송법의 개정만으로도 도입이 가능하다는 점을 배려한 측면이 있다고 평가하고 있다.

1200) 田宮裕, 刑事訴訟法 [新版], 有斐閣, 1999, 356면.

일본의 판례는 일반적으로 실질설에 입각한 것으로 이해되고 있지만, 죄체설을 취한 것으로 평가되는 사례도 있다.¹²⁰¹⁾ 전자에 속하는 예로서, 일본최고재판소 1949년(昭和24년) 4월 30일 판결은 강도살인사건에서 피고인의 자백을 경찰관의 사정청취서 중의 “피해를 입었다”고 한 피해자의 진술로서 보강하여 유죄를 인정했고,¹²⁰²⁾ 피고인의 도품을 유상 양도했다는 자백은 피해자의 도난피해신고서에 의해 보강할 수 있다고 보았다.¹²⁰³⁾ 후자에 속하는 예로서는, 도로교통법상의 무면허운전에 있어서 운전행위뿐만 아니라 운전면허를 취득하지 않았다는 점에 대하여도 보강증거가 필요하다고 판시한바 있다.¹²⁰⁴⁾

4. 소결

이상에서 일본의 증거법의 전체적인 체계 및 내용 등을 비교법적 관점에서 살펴보았다. 이를 보다 구체적으로 보면, 제1절의 「증거법 개관」에서는 증거법의 기본원칙을 살펴보고, 아울러 우리나라 형사소송법상의 증거법 조문체계와 비교하여 유사점 및 차이점을 확인해보았다. 제2절의 「증거의 허용기준」에 있어서는 특히 증거의 요건으로서 증거능력 및 관련성(relevancy)에 대한 일본에서의 논의 상황 및 판례 등을 살펴보았다. 그리고 증거의 허용기준과 관련하여, 인적 증거에 관하여는 증인과 감정인에 관한 사항을 살펴보고, 물적 증거에 관하여는 증거물 외에 과학적 증거에 관한 논의와 판례를 덧붙여 두었다. 나아가 증거조사의 청구, 증거조사의 결정, 증거조사의 실시라는 일련의 증거조사 절차를 확인함으로써 증거의 결정과 배제 등에 관한 사항을 종합적으로 파악하고자 했다. 여기에서는 물적 증거의 세부적인 유형에 따른 증거조사의 실시 방법도 정리되어 있다. 제3절의 「증거의 배제」에서는 자백의 증거능력 및 증명력의 제한원리로서 자백배제법칙과 보강법칙을 자세히 살펴보고, 전문법칙과 그 예외에 관하여도 구체적인 조문에 대한 해석을 가미하여 정리해두었다. 특히 전문법칙의 예외의 체계에 대하여는 본고의 서두에서 우리나라와의 그것과 비교해두

1201) 河上和雄/中山善房/古田佑紀/原田國男/河村博/渡辺咲子 [編], 大コンメンタル刑事訴訟法 [第2版] 第7卷, 青林書院, 2012, 561~562면.

1202) 最高裁判所 判決 昭和24年 4月 30日 最高裁判所刑事判例集 第3卷 第6號 691면.

1203) 最高裁判所 決定 昭和29年 5月 4日 最高裁判所刑事判例集 第8卷 第5號 627면.

1204) 最高裁判所 判決 1949年(昭和24年) 7月 19日 最高裁判所刑事判例集 第3卷 第8號 1348면.

었고, 이하의 소결에서도 비교해두도록 한다. 또한 위법수집증거배제법칙과 관련해서도 의의와 근거 이외에 일본에서의 구체적인 적용범위 및 최근의 판례에 대하여도 정리해두었다.

이하에서는 일본의 증거법에 관한 주된 내용을 축차적으로 요약·정리하고, 아울러 우리나라와의 주요한 차이점을 중심으로 양국의 제도에 대한 비교·분석을 가미해두도록 한다.

첫째, 일본형사소송법은 증거법의 기본원칙으로서 증거재판주의(제317조), 자유심증주의(제318조)를 명문으로 채택하고 있는바, 이 점에서 우리나라 형사소송법과 동일하다(한국형사소송법 제307조 및 제308조 참조). 다만, 일본의 경우 근대적인 형사법을 도입하던 과도기적 시기의 입법이었던 1873년의 개정율례에서는 “모든 죄를 처단하는 것은 자백에 의한다”고 규정했던 부분에서 ‘자백’이 현행법의 ‘증거’로 대체되었다는 연혁적 의미를 가지고 있다는 점도 특기할만 하다. 그리고 거증책임에 관하여는, 우리나라와 유사하게 개념상 실질적 거증책임과 형식적 거증책임으로 구분하고 있고, 또한 전자의 요증사실에 대한 실질적 거증책임은 원칙적으로 검사가 진다고 보는 것이 통설이자 판례이기도 하다.

둘째, 증거재판주의(제317조)와 관련하여, 증명의 종류는 엄격한 증명과 자유로운 증명으로 구분되며, 범죄사실을 비롯한 형벌권의 존부와 범위를 정하는 사실에 대한 증명은 증거능력이 있는 증거에 의한 증명, 즉 엄격한 증명에 의한다고 본다. 또한 범죄사실 그 자체는 아니지만, 형벌상 처벌조건의 존재, 처벌조각사유의 부존재, 법률상의 형의 가중사유의 부존재도 엄격한 증명의 대상이 된다는 해석되고 있다.

셋째, 증명의 정도와 관련하여, ① 확신, ② 증거의 우월, ③ 추측의 3단계로 구분되고 있으며, 엄격한 증명의 대상이 되는 사실은 ‘확신’까지 요구되고, 자유로운 증명의 대상이 되는 사실은 ‘증거의 우월’로 족하며, 소명의 대상이 되는 사실은 ‘추측’으로 족하다고 본다.

넷째, 한·일의 증거법 조문체계를 비교하면, ① 기본원칙에 관한 규정의 조문 배치 및 그 내용이 유사하고, ② 자백의 증거능력과 증명력의 제한으로서 자백배제법칙과 보강법칙도 다소의 세부적인 차이점만 있어 대동소이하다. ③ 전문법칙에 있어서는 ‘원칙’ 규정과 그 ‘예외’ 규정을 두고 있는 규율방식은 흡사하지만, 예외의 구체적인

내용이나 법정 요건 등에 있어서는 차이가 있다. 한편, 위법수집증거배제법칙에 대하여는 우리나라 형사소송법이 2007년 개정에 따라 명문의 규정을 두고 있다는 점에서 이에 관한 명문규정이 없는 일본과 차이가 있다.

다섯째, 증거의 허용기준과 관련하여, 증거의 요건으로서 증거능력 이외에 (법률에 명문의 규정은 없지만) 영미법에서 유래하는 이른바 관련성(relevancy)의 개념을 사용하고 있다. 이는 자연적 관련성(논리적 관련성)과 법률적 관련성의 2가지를 포함하는 개념인바, 전자는 증명하려고 하는 사실에 대한 필요최소한도의 증명력이 있다는 것을 의미하고, 후자는 자연적 관련성이 인정되더라도 부당한 편견의 배제, 쟁점의 혼란의 방지 등을 위해 이를 부정함으로써 증거능력을 배제하는 것을 의미한다.

여섯째, 인적 증거의 허용기준과 관련하여, 원칙적으로 누구든지 증인적격이 있지만(제143조), 피고인에 대하여는 증인적격이 부정된다고 본다. 그리고 증인에 대하여는 출석의무, 선서의무, 증언의무를 부과하고 있고, 그 위반행위에 대하여는 질서벌인 과태료와 형벌인 벌금 이외에도 최근 2016년의 형사소송법 개정으로 '1년 이하의 징역'에 처할 수 있도록 하고 있다는 점도 특기할 부분이다. 우리나라의 경우 과태료나 벌금에 한정된다는 점에서 차이가 있다. 한편, 증인에 대한 구인은 한·일 양국이 모두 허용하고 있지만, 구인한 이후에 재판에 출석하기 위해 일정 기간 동안 실질적으로 유치하는 방식과 그 성격에 있어서는 차이가 있다. 일본의 경우 1953년 개정 시에 '일시'적으로 '유치'할 수 있는 근거규정을 신설하였고, 우리나라 형사소송법은 2007년 개정 시에 법원에 의한 행정적 처분으로서 이른바 '감치'제도가 신설·활용되고 있다.

일곱째, 인적 증거인 증인에 대한 신문 방식은 형사소송규칙을 근거로 삼아 양당 사자가 교대로 주신문과 반대신문을 이어가는 이른바 교호신문의 방식을 채택하고 있으며(동 규칙 제199조의2 내지 제199조의14 참조), 실무도 이에 따르는 것이 통례이다. 한편, 형사소송법 규정상으로는 법원이 증인신문을 먼저 주도하는 형식으로 규정되어 있는 반면, 우리나라의 경우 1961년의 제1차 형사소송법 개정 시에 교호신문제도가 법률적으로 원칙화되었다(한국형사소송법 제161조의2).

여덟째, 증인신문과 관련하여, 공판기일 외의 신문은 '기일 외 신문'과 '법정 외 신문'의 2가지가 허용되지만, 어느 경우이든지 피고인의 참여가 보장되지 않으면 위

헌·위법이고, 그 조서의 증거능력이 부정된다. 이는 일본의 경우 우리나라와 달리 증인에 대한 피고인의 반대신문권이 헌법상의 권리(제37조 2항)로 되어 있다는 점에서 유래한다.

아홉째, 물적 증거의 증거능력 인정 여부와 관련해서, 자연적 관련성이 요구되며, 이러한 요건은 특히 과학적 증거의 증거능력을 둘러싸고 이론적 논의와 판례가 이어져 왔다. 일본의 판례는 과학적 증거라고 통칭되는 증거에 대하여 종래 개의 검사감정의 기초가 되는 원리나 경험법칙 등의 일반적 신뢰성, 구체적인 사안에 있어서의 검사감정기법 자체의 신뢰성·정확성을 점검하여 증거능력의 유무 및 증명력을 판정·평가한다는 방법을 취해왔다.

열째, 증거조사의 청구는 변론 종결 전까지 언제든지 가능하며, 사법개혁의 산물로서 재판원재판과 더불어 2004년에 도입된 공판전 증거정리절차 또는 기일간 정리절차에서도 이루어질 수 있다(제316조의5, 제316조의289). 그러나 위 경우를 제외하고는, 제1회 공판기일 전에는 증거조사의 청구가 허용되지 않으며(형사소송규칙 제188조), 이는 예단을 배제하는 것에 그 취지가 있다. 증거조사의 청구에 대한 채부의 결정은 수소법원이 행하지만, 재판원재판의 경우 재판원을 제외한 직업법관만에 의한 합의체가 이를 담당한다. 한편 증거조사의 실시와 관련해서는, 물적 증거의 경우 그 성격이 ① 증거물, ② 증거서면, ③ 증거물인 서면이 어디에 해당하는지에 따라 실시 방법이 정해진다. 우리나라 형사소송법의 경우 이와 대동소이하지만, 디지털 기록매체 등의 새로운 저장매체에 대한 증거조사의 실시 방법에 관하여는 그 특성에 맞춘 증거조사의 방법을 형사소송법과 형사소송규칙에 마련해두고 있다는 점다는 점에서 일본과 차이가 있다.

열한째, 증거의 배제와 관련해서는 자백의 증거능력과 증명력을 제한하는 자백배제법칙과 보강법칙을 채택하고 있으며, 이는 헌법적인 근거를 함께 가지고 있다는 점에서 우리나라와 비견된다. 자백배제법칙에 관하여는 학설상 허위배제설, 인권옹호설, 위법배제설 등이 대립하고 있다는 점도 우리나라와 유사하다. 한편, 자백보강법칙의 적용범위와 관련하여, 공판정에서의 자백에 대하여도 명문규정 있기 때문에 보강증거가 필요하다고 해석하지만(제319조 2항), 다만 헌법 조항(제38조 3항)의 해석의 측면에서는 판례는 이를 부정하는 소극설의 입장이다.

열두째, 자백보강법칙에 있어서, 보강증거가 필요한 범위와 관련해서 범죄사실의 객관적 측면에 대한 보강이 필요하다는 형식설(죄체설)과 자백의 진실성을 담보할 수 있으면 족하다고 보는 실질설이 대립해왔다. 전자가 통설이고, 판례는 일반적으로 실질설에 입각한 것으로 이해되지만, 죄체설을 취한 것으로 평가되는 사례도 있다.

열셋째, 일본형사소송법 제320조는 전문증거의 증거능력을 원칙적으로 배제한다는 전문법칙을 규정하고 있고, 그 예외로서 제321조 내지 제328조를 규정하고 있다. 일본의 경우 피고인의 반대신문권은 헌법적 기본권으로서의 성격이라는 점(일본헌법 제37조 2항)이 특기할 부분이다. 한편, 간이공판절차의 특례로서 전문법칙의 적용을 배제한다는 점(제320조 2항)은 우리나라와 동일하다(한국형사소송법 제318조의3 참조).

열넷째, 전문법칙의 예외는 일본형사소송법 제321조부터 제328조까지에 규정되어 있는바, 이를 체계적으로 분류할 때 일반적으로 ①진술녹취서, ②진술서, ③그 밖의 서면, ④전문진술의 4가지로 나눈다. 이 가운데 중핵을 이루는 것으로서 위 ①②를 다루고 있는 제321조와 제322조가 꼽힌다. 원진술자가 피고인인지, 피고인 이외의 자인지에 따라 진술녹취서와 진술서를 각각 구분하여 규율하는 방식을 취하고 있다. 다만, 피고인 이외의 자에 대한 진술녹취서에 한해서는 녹취자가 누구인지에 따라 그 신용성에 차등을 두어 규정하고 있다는 점이 특기할 부분이다.

열다섯째, 전문증거라고 하더라도 당사자의 증거로 하는 것에 동의한 서면 또는 진술은, 서면이 작성되거나 진술이 행해진 때의 정황을 고려하여 상당하다고 인정하는 때에 한하여, 이를 증거로 할 수 있다. 위 동의의 본질은 반대신문권의 포기로 이해하는 것이 통설이다.

열여섯째, 전문증거의 탄핵증거로서의 사용과 관련해서, 판례는 동일인의 불일치 진술에 한정된다고 보는 한정설의 입장을 취하고 있다. 증명력을 다투기 위한 것이라면 제한이 없다고 하는 비한정설에 대하여는 탄핵의 명목으로 제한 없이 법관이나 재판원에게 증거능력이 없는 전문증거가 제출되어 전문법칙이 형해화될 수 있다는 비판이 가해지고 있다.

끝으로 위법수집증거배제법칙과 관련해서 보면, 일본은 1978년의 최고재판소 판례를 통해 물적 증거를 포함하여 위법수집증거의 증거능력을 배제할 수 있다는 취지를 판시하면서도 위법의 중대성과 위법수사의 억제라는 증거배제의 상당성의 양 측면을

고려하여 배제 여부를 결정하는 이른바 상대적 배제론의 입장을 취했다. 동 판례 이후에도 최고재판소는 수사의 위법성을 인정하면서도 구체적 적용에 있어서는 증거능력을 배제하지 않은 판례가 이어져 왔다. 하급심 판례에서 위법수집증거의 증거능력을 배제한 사례가 일부 있었고, 최근 2017년에 최고재판소는 경찰의 무영장 GPS수사에 대하여 강제처분에 해당한다고 판시하면서 위법수집증거의 증거능력을 배제한 바 있다.

제 3 장

Global Standard 마련을 위한 쟁점별 주요국 형사법령 비교연구(V)

재 판

강효원·김성규·배상균·손병현·이성기

제1절 영국

1. 개관

2. 재판의 종류와 형식

가. 재판의 주체

나. 범죄 종류에 따른 재판의 형식

다. 배심 재판(Jury Trial)

1) 배심원 구성

2) 배심원 평결

3. 공판 전 절차

가. 기소인부(arrainment)

나. 증거공개(disclosure)

1) 개관

2) 증거개시 관련 커먼로 및 성문법 규정

3) 검찰 측 증거공개 의무

4) 변호인 측의 증거공개 신청

5) 법원의 역할

4. 공판 절차

가. 공개재판 원칙(Open Justice)

1) 일반원칙

2) 공개재판 원칙의 제한

3) 재판 절차를 보도할 언론의 자유

나. 피고인 출석

다. 모두진술

라. 증거인부절차 및 증거조사

1) 검찰의 계속적 증거공개 의무

2) 서면 진술의 증거능력

3) 증인신문

4) 검찰 측 증거에 대한 이익제기 절차

마. 최후진술

바. 유무죄 판결 및 형선고

1) 유무죄 판결

2) 형선고절차

5. 판결의 확정과 이중위험금지 원칙

(Autrefois Acquit and Autrefois Convict)

6. 상소와 특별절차

가. 항소

1) 개관

2) 항소심 권한

3) 항소 근거로서의 항소사유

4) 항소 포기

5) 유죄 판결에 대한 항소의 효과

나. 재심(retrial)

1) 개관

2) 요건

다. 인신보호영장(Habeas Corpus)

7. 소결

제2절 미국	
1. 개관	(5) 보석요건 위반 행위에 대한 제재
2. 상소와 특별절차	2) 공판 진행 중 보석
가. 이중위험금지원칙(double jeopardy)과 상소	3) 유죄판결 후 형선고 전 또는 항소 중의 보석
나. 재심(new trial)	4) 중요 증인에 대한 구금 및 보석
1) 개념	5) 보석 절차에서의 피해자의 권리
2) 법원의 권한	
3) 재심 절차 및 요건	4. 보론(補論): 언론보도로 인한 공정한 재판을 받을 권리의 침해
4) 상소 중의 재심 신청	가. 헌법상의 원칙
다. 상소와 관련한 추가 쟁점	나. 연방대법원 판결 기준
1) 항소심 계류 중의 원심법원의 구제 결정(indicative Ruling)	1) 본질적으로 예단을 초래하는 언론보도
2) 항소심 계류 중의 형 집행	2) 법원의 사전 보도 제한
	3) 비공개 재판
	다. 예단적 언론보도에 대한 구제조치
	1) 관할 이전
	2) 배심원에 대한 조치
	라. 법조윤리규정에 의한 언론보도 제한
라. 인신보호재판	5. 비교 및 시사점
1) 개념 및 연혁	
2) 신청 요건 및 절차	제3절 프랑스
(1) 신청권자	
(2) 신청요건	1. 개관
(3) 관할	
(4) 대상	2. 재판(le jugement)의 종류
(5) 심사절차	가. 공판예비결정(les décisions avant-dire droit)
(6) 구제조치	나. 관할없음결정(les décisions d'incompétence)
3) 관련 판례	다. 실체판결(les décisions sur le fond)
3. 수사·공판·상소절차에서의 보석	1) 무죄판결(les décisions de relaxe ou d'acquittement)
가. 개관	(1) 무죄판결의 근거
나. 연방보석개혁법(the Federal Bail Reform Act)	(2) 무죄판결의 효과
1) 공판 전 보석	2) 형면제 판결(les décisions d'exemption de peine)
(1) 구금심사(Detention Hearing)	(1) 미성년범죄자 대상 재활교육처분의 경우
(2) 일정 범죄에 있어서 특정 보석요건의 의무화	(2) 마약중독자의 경우
(3) 이의신청	
(4) 보석에 의한 석방 후 불출석에 대한 제재	

3) 유죄판결

(les décisions de condamnation)

(1) 공소에 관한 판결

(les décisions sur l'action publique)

(2) 사소에 관한 판결(les décisions sur l'action civile)

3. 재판의 확정 : 기판력

가. 형사에 관한 기판력

1) 근거

2) 적용조건

나. 민사에 관한 기판력

1) 근거

2) 적용조건

4. 상소 절차(les voies de recours)

가. 일반상소절차

1) 이의신청(l'opposition)

(1) 이의신청의 조건

(2) 이의신청의 효과

(3) 이의신청 사건에 대한 판결

2) 중죄피고인 결석(le défaut criminel)

3) 항소(l'appel)

(1) 항소의 조건

(2) 항소의 효과

나. 특별상소절차

1) 상고(le pourvoi en cassation)

(1) 당사자 이익을 위한 상고

(2) 법률의 이익을 위한 상고

2) 재심 및 유럽인권법원판결의 재검토(les demandes en révision et réexamen)

(1) 재심 및 유럽인권법원판결 재검토의 요건

(2) 재심 및 유럽인권법원판결에 대한 재검토의 절차

(3) 재심 및 유럽인권법원판결 재검토의 효과

5. 간이 특별절차

가. 약식명령(l'ordonnance pénale) 절차

1) 약식명령의 조건

2) 약식명령의 처리절차

나. 범칙금(l'amende forfaitaire) 절차

1) 범칙금 절차의 유형

2) 범칙금 절차의 행정적 국면

3) 범칙금 절차의 사법적 국면

4) 범칙금 절차의 효과

6. 소결

제4절 독일

1. 개관: 재판의 종류

가. 서설

나. 판결의 도출 및 선고

2. 실체재판과 형식재판: 본안판결과 소송판결

3. 판결의 확정

가. 형식적 확정력과 실체적 확정력

나. 확정력의 배제

다. 무효의 판결(Nichturteil)

라. 판결의 정정(訂正)

4. 상소와 특별절차

가. 상소

1) 일반론

(1) 법적 구제의 형식

(2) 이심효(移審效)(Devolutiveffekt) / 정지효(Suspensiveffekt)

(3) 상소의 기능

2) 상소에 관한 일반 원칙

(1) 허용조건

(2) 불이익 변경의 금지

(3) 일부상소

(4) 상소의 취하 및 포기

3) 항소

(1) 의의

(2) 항소의 인용(認容)(Annahme) (3) 관할권 (4) 항소의 형식과 기한 (5) 재판 4) 상고 (1) 의의 (2) 관할권 (3) 상고의 형식 및 기한 (4) 상고이유의 제시 (5) 상고이유 (6) 재판 5) 항고 (1) 의의 (2) 항고의 배제 (3) 관할 (4) 항고의 제기 (5) 재판 (6) 즉시항고 (7) 재항고(제310조) 나. 재심 1) 의의 2) 재심사유 3) 절차 (1) 허용성의 심사(제366조 내지 제368조) (2) 이유성의 심사(제369조, 제370조) (3) 새로운 공판(제370조 제2항, 제373조) 다. 약식명령절차(Verfahren bei Strafbefehlen) 1) 허용성 2) 약식명령과 확정력 라. 신속처리절차(Beschleunigtes Verfahren) 1) 요건 2) 신속처리절차의 특수성 5. 참심재판 6. 소결 제5절 일본	1. 개관 가. 재판의 의의와 종류 1) 재판의 의의 2) 중국재판과 비중국재판 3) 실체적 재판과 형식적 재판 4) 판결·결정·명령 나. 재판의 성립과 내용 1) 재판의 성립 (1) 내부적 성립 (2) 외부적 성립 2) 재판서 2. 제1심의 중국적 재판: 실체재판과 형식재판 가. 실체적 재판 1) 유죄판결 (1) 형 선고와 면제 (2) 주문(主文) 2) 유죄판결의 이유 (1) 이유 (2) 죄가 되는 사실 (3) 증거 목록 (4) 적용 법조 (5) 위법성조각사유 등에 관한 판단 3) 무죄판결 나. 형식적 재판 1) 관할위반 판결 2) 공소기각 판결 3) 공소기각 결정 4) 면소판결 3. 재판의 효력(재판의 확정) 가. 확정력 1) 재판의 성립에 따른 효력 2) 재판의 확정 3) 내용적 확정 나. 기판력 1) 일사부재리 효력
---	--

2) 기판력의 범위

4. 상소와 특별절차

가. 상소(上訴)

- 1) 상소의 의의와 종류
- 2) 상소권
 - (1) 상소권자
 - (2) 상소이익
 - (3) 상소 포기 및 취하, 상소권의 회복
 - (4) 상소 청구
 - (5) 상소 범위
- 3) 상소심의 심판 범위
- 4) 불이익 변경 금지
- 5) 파기판결의 구속력

나. 항소

- 1) 항소심의 구조
- 2) 항소 이유
- 3) 항소심 절차
- 4) 심리절차
- 5) 항소이유 조사 및 사실 조사
 - (1) 항소이유 조사
 - (2) 사실조사
- 6) 항소심 재판

다. 상고

- 1) 상고이유
- 2) 심리 절차
- 3) 상고심 재판
 - (1) 상고기각
 - (2) 원심판결 파기판결
 - (3) 공소기각 결정
 - (4) 정정(訂正)판결

라. 항고

- 1) 항고의 의의와 성질
- 2) 일반항고
- 3) 특별항고
- 4) 준항고

마. 특별절차

- 1) 재심
 - (1) 의의
 - (2) 재심 이유
 - (3) 재심 청구
 - (4) 재심 결정 및 심판
- 2) 비상상고
 - (1) 의의
 - (2) 비상상고 절차
 - (3) 비상상고 판결

바. 약식절차

- 1) 의의
- 2) 약식절차의 청구
- 3) 정식재판 청구
- 4) 약식명령과 효력

사. 교통사건즉결재판절차

5. 재판원제도(裁判員制度)

가. 제도의 취지

나. 기본구조

- 1) 대상 사건
- 2) 합의체 구성
- 3) 재판원의 권한
- 4) 평의 및 평결

다. 재판원 선임

라. 재판원이 참가하는 공판절차

- 1) 공판전정리절차(=공판준비절차)
- 2) 모두진술
- 3) 증거조사
- 4) 부분판결
- 5) 항소심 및 파기환송

마. 재판원 보호 및 벌칙

바. 재판원제도의 합헌성

6. 소결

제1절 | 영국

1. 개관

영국에서 성인의 형사재판은 정식기소에 의해 형사법원(Crown Court)에서 이루어지거나 아니면 약식기소에 의해 치안법원(Magistrates' Court)에서 이루어진다. 어린이나 청소년의 형사사건인 경우 소년법원(youth court)이라고 불리는 특수한 형태의 치안법원에서 재판이 이루어진다.¹²⁰⁵⁾ 형사사건의 대다수를 차지하는 경미한 사건의 경우 치안법원에서 약식재판으로 이루어지고 있지만,¹²⁰⁶⁾ 이하에서는 정식기소 이후 재판이 진행되는 형사법원의 절차에 초점을 두고 살펴보고자 한다. 또한, 수사와 기소를 다룬 지난 연구에서 영국 형사법원 및 치안법원의 구조와 관할에 대해서 다루었으므로, 이 장에서는 작년 연구에서 다루지 못한 영국 형사재판 과정에서 공판 전 절차와 공판절차, 그리고 유죄 판결 이후의 상소제도, 재심제도 등을 중심으로 간략히 살펴보고자 한다.

2. 재판의 종류와 형식

가. 재판의 주체

영국 형사재판의 당사자가 검찰과 피고인이라면,¹²⁰⁷⁾ 재판의 주체는 판와 배심원이 라고 할 수 있다. 모든 재판절차가 법률상 쟁점과 사실관계의 쟁점을 확정짓기 위한 것으로, 사건에서 제기된 법률 문제를 법관이 판단하고, 사실관계의 문제는 배심원이 판단하는 구조인 셈이다. 여기서 법률상 쟁점은 기소 사유에 관한 실체법 문제, 증거 인정 여부, 사실심에서 고려할 충분한 증거가 있는지 여부 등으로 이루어져 있으며

1205) 최민영/배상균/강효원/강우예/이성기/김택수/손병현/정배근/이동희, Global Standard 마련을 위한 쟁점별 주요국 형사법령 비교연구 (IV), 한국형사·법무정책연구원, 2022, 29-32면 참조.

1206) 영국의 약식재판에 의한 경미사건 처리절차에 관해서는 이경재, “영국 치안판사법원의 경미사건처리제도”, 형사정책 제20권 제1호, 한국형사정책학회, 2008, 127-151면 참조.

1207) David Ormerod/David Perry ((eds)), Blackstone's Criminal Practice 2023, Oxford University Press, 2023, 1612면.

재판 자체에 부수적인 문제들도 포함된다. 다만 민사재판이나 치안법원의 경우 법원은 사실상 그리고 법률상 모든 쟁점을 검토하고 판단할 수 있다.¹²⁰⁸⁾

나. 범죄 종류에 따른 재판의 형식

지난 연구에서 소개한 바와 같이, 영국의 형사재판은 정식기소에 의해 형사법원(Crown Court)에서 치르는 재판과 약식기소에 의해 치안법원(Magistrates' Court)에서 치르는 재판으로 나누어지는데, 정식기소 범죄는 성인이 저지른 범죄로서 정식기소를 통해서 소추될 수 있는 성범죄, 강도, 살인 등 중범죄를 의미하고, 약식기소 범죄는 성인이 저지른 범죄 중 약식기소를 통해서만 재판이 진행될 수 있는 경범죄를 의미한다.¹²⁰⁹⁾ 정식기소, 약식기소 양자 모두 가능한 범죄란 성인이 저지른 범죄로서 1988년 형사사법법 제40조상 정식기소로만 소추할 수 있는 범죄 이외의 범죄, 즉, 정식기소와 약식기소 모두 가능한 범죄를 의미하는 바, 정식기소를 통해 재판되어야 하는지, 약식기소를 통해 재판이 이루어져야 하는 범죄인지, 아니면 양자 모두 가능한 범죄인지는 범죄의 구분에 따라 어느 범죄에 해당하는지에 달려있다.¹²¹⁰⁾ 대부분의 경범죄는 치안법원에서 약식재판에 의해서 처리되며, 때로는 법원 절차까지 가지 않고 유죄 인정이나 경찰의 대체 처분 등의 조치들을 통해 처리되기도 한다.¹²¹¹⁾ 대다수 중범죄는 형사법원에서 정식기소에 의해서만 재판이 이루어질 수 있으며, 중간적 범주에 속하는 범죄들은 치안법원이나 형사법원에서 약식기소 또는 정식기소를 통해 재판이 가능하다.¹²¹²⁾

다. 배심 재판(Jury Trial)

영국의 민사재판에서는 배심재판이 드물어졌지만, 여전히 정식기소 형사재판에서

1208) Richard Glover/Peter Murphy, *Murphy on Evidence*, 13th ed. Oxford University Press, 2013, 34면.

1209) Interpretation Act 1978 Sch. 1.

1210) Magistrates' Courts Act 1980, 제17조-25조.

1211) Chris Lewis, *The Prosecution Service Function within the English Criminal Justice System, Coping with Overloaded Criminal Justice Systems*, Springer, 2006, 155면.

1212) 영국 범죄 구분에 따른 재판의 종류와 형식에 관한 내용은 최민영/배상균/강효원/강우예/이성기/김택수/손병현/정배근/이동희, *Global Standard 마련을 위한 쟁점별 주요국 형사법령 비교연구 (IV)*, 2022, 16면 참조.

는 거의 언제나 배심재판이 이루어지고 있다.¹²¹³⁾ 그럼에도 불구하고 배심제에 대한 활용도나 의존도는 많이 축소되었다. 영국에서는 1933년에 법으로¹²¹⁴⁾ 대배심 제도를 폐지하였고,¹²¹⁵⁾ 배심원에 관해 규율하는 법률은 Juries Act 1974이다. 배심원 명부 항목에서는 배심원단이 될 수 있는 자격, 배심원 소집 및 특정 사건을 위한 배심원 선정 절차 등을 다루고, 배심 운영 항목에서는 공판 중 배심원의 행위와 배심원단을 해산시킬 수 있는 법원의 권한에 대해 다룬다. 또한 판결 불복의 근거가 될 수도 있는 배심원단 구성의 하자 범위와, 특정 범주의 사건에서 배심재판을 법원에 의한 재판으로 대체하기 위한 최근의 입법상 조치¹²¹⁶⁾에 대해서 다룬다.

1) 배심원 구성

배심원이 될 수 있는 기본적인 자격은 (a) 의회선거명부 또는 지방선거 명부에 등록되어 있거나 또는 (b) 13세 이후 최소한 5년의 기간 동안 영국에 통상 거주해 온 18세부터 75세 사이의 모든 사람들은 배심원으로 복무할 수 있으며, 따라서 배심원단 소집시 이에 응할 의무를 지닌다.¹²¹⁷⁾ 그러나 이러한 일반 의무에는 많은 예외가 있다. 첫 번째 범주의 예외는 배심원법 규정에 의해 봉사할 자격이 박탈된 사람이고,¹²¹⁸⁾ 두 번째 범주의 예외는 법률상 권리로 또는 또는 형사소송 시행규칙¹²¹⁹⁾에 따른 담당 법원 직원의 재량에 따라 배심원 의무를 면제받을 수 있는 사람이다. 또한 HM Courts and Tribunal Service에서 발간한 연기 및 면제 신청할 때 고려할 점이라는 법관 소환 지침에 나와 있는 예외도 있다. 여기에는 영어를 충분히 이해하지 못하는 사람, 전문직 및 공공 서비스를 약속한 배심원, 경찰관, 교도관 또는 검찰 기관의 직원 등이 포함된다.¹²²⁰⁾

1213) Richard Glover/Peter Murphy, Murphy on Evidence, 13th ed. Oxford University Press, 2013, 34면.

1214) Administration of Justice (Miscellaneous Provisions) Act 1933, 제1조.

1215) 표성수, 영미 형사사법의 구조, 비봉출판사, 2004, 130면.

1216) Criminal Justice Act 제43조-50조는 영국(England & Wales)에서 최초로 배심원 없는 정식 기소재판을 도입하였다. 이 규정에 따르면 검찰은 중대한 사기 사건이나 배심원 매수 사건인 경우 검찰은 형사법원에 배심원 없는 재판을 신청할 권리가 있다.

1217) Juries Act 1974, 제1조.

1218) Juries Act 1974, (CJCA 2015 에 의해 개정된) 제77조.

1219) 형사소송시행규칙 Criminal Procedure Rule 2020 (이하 CrimPR), 제26B.2 및 26C.1 ~ 26C.10.

배심원단은 무작위로 선정되어야 하지만, 사법 정의의 이익을 위해 무작위 선정 과정에 어느 정도 개입이 필요한 상황이 있을 수 있으며, (a) 검찰 또는 변호인이 제척·기피사유를 들어 이의를 제기하는 경우, (b) 검찰이 배심원에게 대기할 것을 요청하는 경우, (c) 판사가 배심원을 퇴장시키는 재량권을 행사하는 경우에는 배심원이 교체될 수 있다.¹²²¹⁾ 다만 다른 편견이나 부적절한 행위의 증거 없이, 배심원단이 단순히 인종적으로 또는 종교적으로 불균형하게 구성되었다는 이유만으로는 배심원 제척·기피의 사유로 충분하지 않다.¹²²²⁾ 또한 판사는 ‘명백한 필요성이 있을 경우에 한해’ 재량으로 배심원단 전체를 평결에서 제외할 수 있는 권한이 있다. 그 경우 피고인은 무죄 판결을 받는 것이 아니라 동일한 기소에 대해 새로운 배심원단 앞에서 재판을 다시 받을 수 있게 된다. 판사가 이러한 재량권을 잘못 행사한 경우, 항소심은 대상이 아니며 따라서 항소심에서 이를 바로잡을 권한이 없다.¹²²³⁾

2) 배심원 평결

커먼로 하에서 배심원 평결은 만장일치여야만 했다. 그러나 오늘날에는 반드시 만장일치여야만 하는 것은 아니며, 배심원단이 11명 이상일 경우에는 10명이 동의해야 하고, 10명일 경우에는 9명이 평결에 동의해야 하는 것으로 법률로 규정하고 있다.¹²²⁴⁾ 통상 판사는 배심원의 평결에 동의하지 않더라도 평결 결과를 받아들이도록 되어 있지만,¹²²⁵⁾ 평결이 지나치게 모호하거나, 여러 개의 혐의에 대한 각각의 평결이 일치하지 않는 경우, 또는 그 평결이 기소장에 있을 수 없거나 합법적으로 내릴 수 없는 상황인 경우, 판사는 배심원이 첫 번째 평결을 고수하거나 거부하지 않는 한 배심원에게 문제를 재고하도록 요청하고 두 번째 평결만 기록하도록 평결을 변경할 수 있는 권한이 있다.¹²²⁶⁾

1220) David Ormerod/David Perry ((eds)), *Blackstone's Criminal Practice* 2023, Oxford University Press, 2023, 2013.

1221) 형사소송시행규칙 (CrimPR), 25.8.

1222) R v Danvers [1982] Crim LR 680; R v Broderick [1970] Crim LR 155.

1223) Windsor v R [1866] LR 1 QB 390.

1224) Juries Act 1974, s.17.

1225) R v Robinson [1975] QB 508.

1226) R v Harris [1964] Crim LR 54.

배심원이 평결에 합의하지 못하면 판사는 그들을 해산하고, 새로운 배심원단과 함께 다시 재판받게 된다. 이 때, 재심을 요구하는 것은 검찰의 재량이며, 예외적인 사유가 없는 한 다시 재판을 받게 된다. 두 번의 재판에서 배심원단이 평결에 도달하지 못한 경우 두 번째 재심을 금지하는 법 규정은 없다는 것이 법원의 입장이다.¹²²⁷⁾ 첫 번째 재심에서 평결에 도달하지 못한 경우, 검사는 모든 관련 고려사항을 고려하여 증거를 제시하지 않거나 추가 재심을 요청하는 것이 공익에 더 부합하는지 여부를 판단해야 한다. 그리고 나서 판사는 제안된 두 번째 재심이 부당하고 억압적인지 여부를 고려해야 한다. 두 번째 재심은 '의심할 여지 없이 발생한 극도로 중대한 범죄를 다루기 위해 배심원단을 소집해야 하는, 그리고 공정하고 객관적으로 판단할 때 피고인이 범죄를 저질렀다는 증거가 매우 강력하게 남아있는 극소수의 사건에 국한되어야 한다.'¹²²⁸⁾

3. 공판 전 절차

가. 기소인부(arraignment)

기소인부절차는 법원 서기가 피고인에게 공소장을 낭독하고 피고인에게 공소장에 기재된 공소사실을 인정하는지 여부를 묻는 절차이다.¹²²⁹⁾ 만약 공소장에 여러 범죄의 혐의가 기재되어 있는 경우 낭독 직후에 각각 개별적으로 인정 여부에 대한 답변이 이루어져야 한다.¹²³⁰⁾ 구금 중인 피고인은 원격 화상 연결로 기소인부절차를 진행하는 것이 허용된다.¹²³¹⁾ 배심원들의 예단, 선입견 형성을 방지하기 위해 기소인부를 마칠 때까지 배심원단은 입회하지 않고 대기하는 것이 현재의 표준적인 관행이다.¹²³²⁾ 기소인부는 피고인이 법원으로 소환된 후 최소한 10일에서 최대 80일 이내에 이루어져야 한다.¹²³³⁾ 법원에 소환된 피고인에 대한 기소인부절차는 형사소송규칙에 규정된

1227) R v Bell [2010] EWCA Crim 3.

1228) David Ormerod/David Perry ((eds)), Blackstone's Criminal Practice 2023, Oxford University Press, 2023, 2228면.

1229) 형사소송시행규칙 Criminal Procedure Rule 2020 (이하 CrimPR), 3.32.

1230) R v Boyle [1954] 2 QB 292.

1231) 형사실무지침(CrimPD) I para 3N.9.

1232) David Ormerod/David Perry ((eds)), Blackstone's Criminal Practice 2023, Oxford University Press, 2023, 1988면.

1233) 형사소송시행규칙(CrimPR) 제3.32조 제(5)항.

최소기한 이전에는 시작될 수 없다.¹²³⁴⁾ 그러나, 형사법원은 형사소송절차를 중지시킬 수 있는 재량을 지니고 있으므로, 기소된 당사자가 여전히 재판 준비가 되어 있지 않다면, 재판절차를 연기할 수 있다.¹²³⁵⁾ 법원에서 피고인에 대한 기소인부절차를 진행하지 않았다고 해서 이후의 소송절차가 반드시 무효가 되는 것은 아니다.¹²³⁶⁾ 따라서, 피고인 측 변호인은 명시적으로 혹은 기소인부절차 없이 이루어진 재판 동안 이에 대해 언급하지 않음으로써 묵시적으로 피고인의 기소인부 권리를 포기할 수 있다.¹²³⁷⁾

피고인이 기소가 확정되면 여러 가지 변론 취지(plea) - 예컨대, 무죄, 기소된 범죄에 대한 유죄, 기소된 혐의보다 경미한 범죄에 대한 유죄 등 - 을 할 수 있으며, 기소인부 후에 검찰이 증거를 제시하지 않거나 공소장 변경을 요청하는 등 여러 가지 결과가 있을 수 있다. 이 단계에서부터 유죄답변협상(plea bargaining)이 적절하게 활용될 수 있다. 대다수 사건에서 피고인들은 단순 유죄나 무죄를 인정한다. 그러나 중한 혐의에 대해 무죄를 주장하고, 이보다 경미한 다른 범죄에 대한 유죄를 인정하는 것도 가능하다.¹²³⁸⁾ 마지막으로, 변론취지가 변경될 수도 있고, 이외에도 기소에 대한 대안으로 피의자 측 변호인과 검찰 측이 합의하여 기소를 유예할 수 있으며 정해진 기간이 끝나면, 궁극적으로는 기소를 면하게 된다.¹²³⁹⁾ CCA 2013 부칙 17에 도입된 이러한 기소유예협정은 합의 전에 형사법원의 승인을 받아야 하며 법원은 사전심문절차를 통해 당해 기소유예 합의가 '사법정의의 이익에 부합하는지' 그리고 유예 합의 조건이 '공정하고, 합리적이며, 비례성을 충족하는지'를 기준으로 판단하여 승인하게 된다.¹²⁴⁰⁾

1234) Senior Courts Act 1981, 제77조 제(2)항.

1235) David Ormerod/David Perry ((eds)), Blackstone's Criminal Practice 2023, Oxford University Press, 2023, 1988면.

1236) R v Williams (Roy Brian [1978] QB 373.

1237) R v K (John) [2007] EWCA Crim 1339.

1238) David Ormerod/David Perry ((eds)), Blackstone's Criminal Practice 2023, Oxford University Press, 2023, 1989면.

1239) David Ormerod/David Perry ((eds)), Blackstone's Criminal Practice 2023, Oxford University Press, 2023, 2007면.

1240) Crime and Courts Act 2013, sch. 17, para. 17.

나. 증거공개(disclosure)

1) 개관

형사재판에서 다투기 전에, 재판 당사자는 각 상대방에게 사건과 관련한 특정 정보들을 공개할 의무가 있다. 이러한 의무는 검찰 측과 피고인 측에 따라, 그리고 형사 절차 단계별로 상이하다. 통상적으로 검찰 측은 피고인 측에게 (a) 재판에서 활용할 그들의 주장을 뒷받침하는 판례, 그리고 (b) 검찰이 활용할 의도가 없는 사건 관련 기타 자료들을 공개해야 한다. 피고인 측이 공개하도록 요구되는 범위는 검찰 측에 대한 요건에 비해 훨씬 제한적이다. 이렇게 차이를 둔 이유는 검찰 측과 일반 개인인 피고인에게 주어진 자료 접근 가능성의 불균형 때문이다.¹²⁴¹⁾ 1996년의 형사 절차 및 수사법(CIPA)의 실무규범(Code of Practice)에 따르면, 수사관은 반드시 수사와 관련이 있을 수 있고 아직 기록되지 않은 모든 증거자료를 찾아볼 수 있는 견고한 형태로 기록해야 한다(제4.1항). 또한, 수사관은 범죄 수사에서 얻은 자료들 중 수사와 관련이 있을 수 있는 모든 증거 자료를 보관할 책임이 있다(제5.1항).

또한, CIPA 실무규범(제6.2항)은 보유한 증거자료들 중 수사와 관련이 있을 수 있음에도, 증거공개 담당관(disclosure officer)이 기소 사건의 일부에 포함되지 않을 것으로 판단한 자료들을 목록표에 기재하는 절차를 규정하고 있다. 형사 법원에서 심리되거나 심리될 가능성이 있는 모든 사건과 피고인이 무죄를 주장할 가능성이 있는 치안판사법원의 모든 사건에서 목록표 작성의무가 존재한다. 형사법원 사건의 경우, 증거공개 담당관은 보유하고 있는 증거자료가 나열된 MG6C라는 양식에 따라 목록표를 준비해야 한다. 피고인이 무죄를 주장할 가능성이 있는 치안법원 사건의 경우에는 약식 증거공개 증명서를 준비한다. 검사가 관련 법정 심사기준을 적용하여 변호인에게 자료를 공개할지 여부를 결정할 때 검토하는 것이 이러한 목록표들이다.¹²⁴²⁾

1241) David Ormerod/David Perry ((eds)), Blackstone's Criminal Practice 2023, Oxford University Press, 2023, 1843면.

1242) David Ormerod/David Perry ((eds)), Blackstone's Criminal Practice 2023, Oxford University Press, 2023, 1850면.

2) 증거개시 관련 커먼로 및 성문법 규정

검찰에 의한 미사용 자료 증거의 공개 및 변호인 개인의 증거 공개에 관한 법적 제도는 1996년의 형사 절차 및 수사법(CIPA)에 명시되어 있으며, 1996년 CIPA, 제23조 및 기타 다양한 출처에 따라 발행된 실무 규범이 보충적으로 적용되고 있다.¹²⁴³⁾ CIPA 1996 이전에는 기소 자료의 공개에 관한 커먼로 원칙들이 발전되어 왔으나, 그러나 증거 공개 실패가 오심의 원인으로 작용한 여러 가지 유명한 사건¹²⁴⁴⁾이 발생한 후, 성문법상 제도로 발전하였다. CIPA 1996는 기소 재판을 받기 위해 왕립 법원에 송치된 사건과 관련하여 의무적으로 적용되는 것이다.¹²⁴⁵⁾ 1996년 CIPA는 증거를 공개하는 것이 공공의 이익에 부합하는지 여부에 관한 커먼로 원칙이 적용되는 사건에서 커먼로를 대체한다고 명시적으로 규정하고 있다.¹²⁴⁶⁾ 그러나 커먼로의 입장은 여전히 유효하며, 검사가 커먼로에 기반하여 CIPA 1996에 규정된 제도 이상으로 변호인에게 자료를 공개해야 하는 상황이 발생할 수 있다는 점에 유의해야 한다. 법정 의무는 (어떤 경로를 통해서든) 사건의 관할법원 도착과 함께 시작되며,¹²⁴⁷⁾ 유죄 판결, 기각 또는 절차 중단과 관계없이 재판이 종결될 때 종료된다.¹²⁴⁸⁾ 이 제도는 피고인이 무죄를 주장하는 소년 법원 재판을 포함한 모든 약식 재판에도 적용되며,¹²⁴⁹⁾ 곧 무죄 판결이 예상되는 약식 재판에 적합할 것으로 예상되는 사건 관련 공개 의무도 존재한다.¹²⁵⁰⁾

피고인이 변론을 준비할 수 있는 충분한 시간과 시설을 갖출 권리 또한 유럽인권규

1243) 증거공개를 규율하는 성문법규와 실무 규범들은 Criminal Procedure and Investigations Act 1996 as amended ('the CPIA'); CPIA 1996 제23조에 따라 제정된 Code of Practice ('the Code of Practice'); Criminal Procedure Rules 2020, ('the CrimPR')의 Part 15; CPIA 1996 제12조에 따라 제정된 Criminal Procedure and Investigations Act 1996 (Defence Disclosure Time Limits) Regulations ('the Regulations'); Magistrates' Courts (Criminal Procedure and Investigations Act 1996) (Disclosure) Rules 1997/703; Covert Surveillance and Covert Human Intelligence Sources Code of Practice 등으로 매우 다양하다.

1244) R v Ward [1993] 1 WLR 619.

1245) Criminal Procedure and Investigations Act (CPIA) 1996, 제1조.

1246) Criminal Procedure and Investigations Act 1996, 제21조.

1247) Criminal Procedure and Investigations Act 1996, 제1조 제(2)항.

1248) Criminal Procedure and Investigations Act 1996, 제74조 제(1)항 (b).

1249) Criminal Procedure and Investigations Act 1996, 제1조 제(1)항.

1250) David Ormerod/David Perry ((eds)), Blackstone's Criminal Practice 2023, Oxford University Press, 2023, 1844면.

약(ECHR) 제10조에 의해 명시적으로 보호된다. 여기서 검사가 고려해야 할 사항은 사법 정의상 이해나 공정성의 이익을 감안했을 때, 변호인에게 어떤 자료를 공개하는 것이 가장 필요하겠는지 여부이다. 공정성 원칙이 절차의 모든 단계에서 증거공개 의무를 요구하고 있지만, 공정성이 각 단계에서 동일한 수준의 공개를 요구하는 것은 아니라는 점에도 유의해야 한다.¹²⁵¹⁾

3) 검찰 측 증거공개 의무

증거공개 담당관이 제공한 증거 목록표(schedule)를 검토하고 변호인에게 기초 자료를 공개할 필요성을 평가하는 것은 검사의 임무다. 이러한 임무를 수행하는 데 있어서 검사는 법에서 정한 증거공개에 대한 심사기준¹²⁵²⁾을 적용하여 평가한다. CPIA 1996 제3조에 따라 검사는 ‘피고인에 대한 기소 사유를 약화시키거나 피고인의 변론에 도움이 된다고 합리적으로 간주될 수 있는’ 경우 이전에 공개되지 않은 자료를 피고인에게 공개해야 한다. 이 제3조에 따라, 미사용 자료를 공개 절차의 일부로 변호인에게 공개해야 하는지 여부를 결정할 때 적용되는 법적인 기준은 합리적으로 (1) 피고인에 대한 검찰의 기소사유를 약화시킬 수 있는지 또는 (b) 피고인을 위한 변호에 도움이 된다고 간주될 수 있는지 여부이다. 이 심사기준은 객관적인 기준이며 공정하게 접근해야 한다.¹²⁵³⁾ 동법 제3조에 따라 자료를 제공하는 것 이외에도, 검사가 CPIA 실무규범에 따라 경찰관으로부터 미사용 자료의 목록표를 받았다면, 검사는 제3조에 따라 미사용 자료를 공개할 때 해당 목록표를 피고인에게 송달해야 한다.¹²⁵⁴⁾

검찰이 적절하게 증거공개를 하지 않을 경우, 이로 인해 초래된 결과가 심각한 경우 피고인이 절차 남용, 특정 증거 배제 또는 항소를 이유로 소송 절차 중단을 신청할 수 있는 근거가 될 수 있다.¹²⁵⁵⁾ 얼마 전 항소법원은 검사¹²⁵⁶⁾가 증거 조사

1251) CPIA 1996 제정 이전의 커먼로 입장은 R v DPP, ex parte Lee [1999] 2 All ER 737.

1252) Criminal Procedure and Investigations Act 1996, 제3조.

1253) David Ormerod/David Perry ((eds)), Blackstone's Criminal Practice 2023, Oxford University Press, 2023, 1854면.

1254) Criminal Procedure and Investigations Act (CPIA) 1996, 제4조.

1255) David Ormerod/David Perry ((eds)), Blackstone's Criminal Practice 2023, Oxford University Press, 2023, 1860면.

1256) 단, 이 사건은 민간기업인 회사 측이 검사(기소주체)가 된 사인소추 사건이었다.

및 공개를 제대로 하지 못한 것이, 컴퓨터 시스템 데이터가 신뢰할 수 없는 경우 '기소의 근거가 없는' 상황에서, 항소인이 이러한 컴퓨터 시스템 데이터의 신뢰성에 대해 이의를 제기하거나 효과적으로 이의를 제기할 수 없었던 이유가 된다고 판단한 바 있다. 증거공개 실패에 대해 직접적으로 이의가 제기된 사안이었고, 검찰이 명백히 관련성이 있고 공개할 수 있는 증거의 공개를 억제하는 조치를 취했다는 의혹이 제기되었다. 이러한 상황에서 39명의 항소인이 해당 데이터의 신뢰성 여부에 대한 공정한 재판을 받지 못한 것으로 밝혀져, 법원은 검찰의 증거조사 및 공개 실패가 법정 모독 수준으로 심각하다고 확인했던 사건이었다.¹²⁵⁷⁾

4) 변호인 측의 증거공개 신청

피고인이 변론요지서를 제출하고¹²⁵⁸⁾ 검찰이 추가적인 증거 공개 절차를 따르거나 따를 의사를 밝혔거나, 따르지 않은 경우, 피고인은 CPIA 1996, 제8조에 따라 제7A항에 규정된 공개대상 자료들, 즉 검사의 기소혐의를 약화시키거나 피고인에게 도움이 될 수 있다고 합리적으로 여겨질 수 있는 자료로서 공개했어야 하는 증거들에 대한 공개 명령을 신청할 수 있다. 이러한 신청은 검사가 실제로 보유하고 있거나 검토한 자료들과¹²⁵⁹⁾ 요청이 있을 경우 검사가 확보할 수 있거나 검토할 수 있는 모든 자료들¹²⁶⁰⁾에 대해 신청할 수 있다. 영국 법원의 증거공개 규칙(Judicial Disclosure Protocol)¹²⁶¹⁾ 제26항에 따르면, 상기 CIPA 1996 제8조 절차는 변호인 측에게 일괄적인 요청을 허용하려는 것이 아니며, 변호인 변론요지서에 명시된 사건의 쟁점과 관련이 없는 미사용 검찰 측 자료의 특정 공개 요청은 거부되어야 한다.¹²⁶²⁾ 또한 이 제8조에 따른 증거 공개 신청은 변호인이 적절한 변론요지서를 제공한 경우에 한해 신청할 수 있다. 모든 신청서에는 공개 신청의 대상 증거 자료를 적시하고 검사가

1257) Hamilton v Post Office Ltd [2021] EWCA Crim 577.

1258) Criminal Procedure and Investigations Act (CPIA) 1996, 제5조에 따라 사건이 형사법원에 기소되면, 피고인 측은 반드시 변론요지서 (defence statement)를 법원과 검찰 측에 제출해야만 한다.

1259) Criminal Procedure and Investigations Act (CPIA) 1996, 제8조 제3항.

1260) Criminal Procedure and Investigations Act (CPIA) 1996, 제8조 제4항.

1261) Judiciary of England and Wales, Judicial Protocol on the Disclosure of Unused Material in Criminal Cases, 2013, 제26항.

1262) DPP v Wood [2006] EWHC 32 (Admin).

해당 증거자료를 보유하고 있다고 믿을 만한 합리적인 이유와 해당 자료가 증거 공개 요건을 충족하는 이유를 설명해야 한다. 검찰 측은 모든 증거 공개 신청서를 신중하게 검토하고 신청서에 기술된 항목이 공개 요건을 충족하는지 여부를 고려해야 한다.¹²⁶³⁾

5) 법원의 역할

영국 법원의 증거공개 규칙(Judicial Disclosure Protocol)¹²⁶⁴⁾ 제6항에 따르면, 공개 절차가 ‘강력한 사법 관리의 지원을 받아 포괄적인 변호인 참여를 촉발할 수 있도록 검찰이 주도’해야 한다고 명시하고 있다. 이 규칙에 따르면 변호인 측에 자료를 공개하지 않는 것이 오심(miscarriage of justice)의 가장 큰 원인임을 인정하면서도, 잘못되거나 부적절한 증거 공개 또는 잘못된 적용으로 인해 재판절차가 과중한 부담을 받거나 우회되어서는 안 되고, 증거 공개에 대한 부담으로 인해 사건의 기소가 불가능하게 되어서는 안 된다고 명시하고 있다. 따라서 해당 규칙은 모든 관련자가 법적 요건을 이해하고 적시에 자신의 역할을 엄격하게 수행해야 할 필요성을 강조한다.¹²⁶⁵⁾ 여기서 적용되어야 할 가장 중요한 원칙은 ‘미사용 자료는 더 우선적인 공익을 고려하면서 당해 재판에 적용되는 증거공개 요건을 충족하는 경우에만 공개 대상에 해당한다’라는 것이다.¹²⁶⁶⁾

4. 공판 절차

가. 공개재판 원칙(Open Justice)

1) 일반원칙

법원과 재판소의 모든 절차는 공개적으로 진행되어야 한다는 일반 원칙이 바로

1263) Attorney General's Office, Attorney General's Guidelines on Disclosure, 2022, 제131-133항.

1264) Judiciary of England and Wales, Judicial Protocol on the Disclosure of Unused Material in Criminal Cases, 2013, 제6항.

1265) Judiciary of England and Wales, Judicial Protocol on the Disclosure of Unused Material in Criminal Cases, 2013, 제1-3항.

1266) Judiciary of England and Wales, Judicial Protocol on the Disclosure of Unused Material in Criminal Cases, 2013, 제4항.

공개 사법 원칙이며, 형사재판이 공개 법정에서 이루어져야 하고 자유롭게 보도되어야 한다는 것은 커먼로에서 오랫동안 인정된 원칙이다.¹²⁶⁷⁾ 형사소송 시행규칙 또한 형사재판의 경우 재판을 공개적으로 진행해야 한다는 일반 원칙을 규정되어 있다.¹²⁶⁸⁾ 치안법원에서도 동일한 원칙이 적용되어, 치안법원은 피고인을 재판하거나 징역형을 선고할 때 반드시 공개 법정에서 심리를 진행해야 한다.¹²⁶⁹⁾ 또한 전문가 증인을 포함한 증인의 서면 진술서가 증거로 인정되는 경우, 법원이 달리 지시하지 않는 한, 진술서의 각 관련 부분을 소리내어 읽거나 요약해야 한다고 규정하고 있다.¹²⁷⁰⁾ 치안판사 법정에서도 유사한 의무가 발생하지만, 이는 기사를 포함한 일반인이 출석한 경우에만 적용된다.¹²⁷¹⁾

2) 공개재판 원칙의 제한

형사절차는 공개적으로 진행되어야 하는 것이 일반적인 원칙이지만 그럼에도 불구하고 이러한 원칙을 제한하는 여러 가지 예외가 있다. 예컨대, 청소년 법원에 대한 일반인의 접근에는 특별 규칙이 적용된다.¹²⁷²⁾ 또한, 법원은 재판에서 일반인을 배제하도록 명령할 수 있는 권한을 가지고 있는데, 이러한 권한의 행사는 공개 사법 원칙을 훼손하는 다른 모든 경우와 마찬가지로 일반 대중의 참석이 '사법 행정을 좌절시키거나 불가능하게 만드는' 경우에 한해 엄격하게 적용되고 해석되어야 한다.¹²⁷³⁾ 따라서 모든 법원은 자신의 절차를 통제할 수 있는 일반적 권리에 따라 비공개 (in camera) 재판을 진행할 수 있는 고유한 권한을 가지고 있다. 그러나, 위에서 분명히 밝힌 바와 같이, 이러한 방식을 채택하려면 반드시 설득력 있는 이유가 있어야 한다. '비공개' 결정은 개인을 당혹감으로부터 구하거나, 보다 일반적인 근거에서 비밀로 하는 것이 바람직할 수 있는 사실을 은폐하기 위해서만 정당화시키는 것만은 아니다.¹²⁷⁴⁾ 공개

1267) A-G v Leveller Magazine Ltd [1979] AC 440; R v Sarker [2018] EWCA Crim 1341.

1268) 형사소송시행규칙(CrimPR) 제25.2조.

1269) Magistrates' Court Act 1980, 제121조 제(4)항.

1270) 형사소송시행규칙(CrimPR) 제25.12조.

1271) 형사소송시행규칙(CrimPR) 제24.5조.

1272) Children and Young Persons Act(CYP) 1933, 제47조 제(2)항; 형사소송시행규칙(CrimPR) 제24.2조 제(1)항(c).

1273) A-G v Leveller Magazine Ltd [1979] AC 440.

1274) R v Malvern Justices, ex parte Evans; R v Evesham Justices, ex parte McDonagh [1988]

심리에서 일어나는 일의 보도 또는 공개 심리에 대한 대중의 접근을 제한하거나, 공개 심리 중에 대중에게 정보를 공개하지 않거나, 재판을 비공개로 진행하도록 명령할 수 있는 법원의 권한은 치안법원의 치안판사에게도 동일하게 적용된다.¹²⁷⁵⁾

3) 재판 절차를 보도할 언론의 자유

법적 절차에 대한 언론 보도는 공개 사법 개념의 연장선상에 있는데 1981년 법정모독법은 언론이 ‘동시에 선의로(contemporarily and in good faith)’ 보도하는 한,¹²⁷⁶⁾ 재판 절차에 대한 ‘공정하고 정확한’ 보도를 할 자유를 보호하는 규정을 두고 있다. 법원은 해당 소송 또는 계류 중이거나 임박한 다른 소송에서 사법 집행 편견을 줄 수 있는 상당한 위험을 피하기 위해 필요해 보이는 경우에 한해, 해당 재판의 보도나 소송 내용의 일부 공개를 법원이 필요하다고 판단하는 기간 동안 연기하는 명령을 발부할 수 있다.¹²⁷⁷⁾ 제4조 제(2)항이 법원에 부여된 권한이 유용하게 사용될 수 있는 상황의 예로는 (a) 피고인이 별도의 기소에 대해 연속적으로 재판을 받아야 하는 경우 (또는 여러 명의 피고인이 연결된 범죄에 대해 개별적으로 재판을 받아야 하는 경우) 먼저 열린 재판에서 주어진 증거에 대한 보도가 이후 재판에서 배심원들에게 편견을 줄 가능성이 있는 경우, (b) 기소에 따른 정식 재판에서, 더 이상 증거능력이 인정되지 않는 증거 등에 의해 편견을 갖는 것을 방지하기 위한 목적으로 배심원을 내보낸 상태에서, 증거나 변론이 판사 앞에 제출되는 경우가 있을 것이다.¹²⁷⁸⁾

법원은 보도 제한을 부과하는 재량권을 행사하기 전에 무엇을, 누구에 의해, 어떤 기준으로 설정해야 하는지 특히 유의하여 명령의 근거가 되는 법률 조항을 정확하게 따라야 한다.¹²⁷⁹⁾ 형사실무 지침은 모든 보도제한명령은 재판 절차는 공개되어야 하고 자유롭게 보도되어야 한다는 일반 원칙에서 유래한 것이라는 사실을 항상 염두에 두어야 하고, 다른 덜 중한 조치로는 이러한 보도제한이 달성하고자 하는 목적을

87 Cr. App. R. 19.

1275) 형사소송시행규칙(CrimPR) 제24.2조.

1276) Contempt of Court Act 1981, 제4조 제(1)항.

1277) Contempt of Court Act 1981, 제4조 제(2)항.

1278) David Ormerod/David Perry ((eds)), Blackstone's Criminal Practice 2023, Oxford University Press, 2023, 1659면.

1279) 형사실무지침 Criminal Practice Directions (이하 CrimPD) 6B.3.

달성할 수 없다는 조건이 충족해야 한다는 점, 또한 보도제한 명령의 조건은 비례성이 충족되어야 한다는 점, 보도제한 명령은 명령의 권한, 정확한 범위와 목적, 효력 정지 시기를 명시하는 정확한 조건으로 작성되어야 한다는 등의 여러 일반 원칙 또한 제시하고 있다.¹²⁸⁰⁾

나. 피고인 출석

원칙적으로 피고인은 재판의 전 과정에 걸쳐 출석해야 한다. 피고인의 형사법원 출석은 사건이 재판을 위해 형사법원으로 송치될 때 재구금 또는 보석으로 치안판사가 보증하는 것이다. 보석 중인 피고인이 재판 기일로 통지된 날에 출석하지 않는 경우, 피고인의 체포를 위한 구인 영장이 즉시 발부될 수 있다.¹²⁸¹⁾ 정식 기소 재판에 회부된 형사피고인은 변론을 위해 재판 시작부터 출석해야 하며,¹²⁸²⁾ 이후에도 피고인이 재판 내내 출석하는 것이 불변의 관행이다.¹²⁸³⁾ 이 원칙이 시사하는 바는 피고인이 물리적으로 출석해야 할 뿐만 아니라 필요한 경우 통역이 있어야 한다는 뜻이다. 피고인이 재판 진행 상황을 이해할 수 없다면, 공정한 재판을 받을 피고인의 권리를 침해하는 것이기 때문이다.¹²⁸⁴⁾ 법원은 피고인이 출석할 권리를 포기했거나, 피고인의 불출석에도 불구하고 재판이 공정하게 진행될 것이라고 법원이 확신하는 경우를 제외하고는 피고인이 불출석한 상태에서 재판을 진행해서는 안 된다.¹²⁸⁵⁾ 이는 또한 판사가 피고인 측 변호인이 없는 경우 재판 절차의 일부를 구성하는 사안을 다루지 않아야 한다는 의미이기도 하다.¹²⁸⁶⁾ 이러한 원칙에도 불구하고, 예외적인 상황에서 피고인의 출석 의무는 면제될 수 있다.¹²⁸⁷⁾

1280) 형사실무지침 (CrimPD) 6B.4.: 재판에 대한 보도제한에 적용되어야 하는 커먼로와 성문법 원칙을 보려면 이하 자료 참조 HM Courts and Tribunals Service, Reporters' Charter (May 2022).

https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1132180/HMCTS702_Reporters_Charter_A4P_v5_Dec_22.pdf (최종검색: 2023. 9. 30.)

1281) Bail Act 1976, 제6조.

1282) R v Hamou [2019] EWCA Crim 281.

1283) David Ormerod/David Perry ((eds)), Blackstone's Criminal Practice 2023, Oxford University Press, 2023, 2134면.

1284) Kunnath v The State [1993] 4 All ER 30.

1285) 형사소송시행규칙(CrimPR). 제25.2조 제(1)항 (b).

1286) R v Coolledge [1996] Crim LR 748.

다. 모두진술

피고인이 유죄 인정 없이 무죄 변론을 하고 배심원단이 구성되면, 검찰 측이 먼저 공소사실을 제시한다. 이 단계는 모두진술로 시작하여 증거 조사와 증인신문 단계로 이어지게 된다. 형사법원에서 기소 주체 측을 대리하는 자는 공판 검사(prosecution counsel)로, 공판 검사는 배심원단 앞에 기소사건을 제시하고, 공소유지를 위해 필요한 모든 활동을 하며, 법원 뿐만 아니라 일반 대중들에 대한 의무를 지는 공익의 수호자이기도 하다.¹²⁸⁸⁾

정식기소에 따른 형사재판에서 검찰의 모두진술은 모든 검찰 측 증거의 상세한 내용까지 다루려는 것은 아니며, 단지 뒤에 대한 어떤 사건인지 배심원들이 이해할 수 있도록 돕기 위한 것이다.¹²⁸⁹⁾ 모두진술을 통해 검찰은 사건의 쟁점을 확인하고 검찰이 신청할 증거들에 대한 간결한 개요를 제공한다. 동일한 방식으로, 판사는 기소 개시 후 배심원들이 쟁점이 무엇인지 간결하게 파악하도록 돕기 위해 검찰 측 모두진술에 이어 피고인 측 변호인단을 불러 쟁점에 대한 변호인 측 입장을 밝히도록 요청하거나,¹²⁹⁰⁾ 대안으로 변론요지서를 배심원에게 제공하도록 할 수 있다.¹²⁹¹⁾ 이 때, ‘이 단계에서의 쟁점 확인이 피고인 측 변론요지를 대체하거나 일환으로 여겨져서는 안 된다’는 문구를 포함해야 하며, 법원은 일반적으로 피고인에게 모두진술을 요청하지만, 요청하지 않을 재량권도 보유하고 있다.¹²⁹²⁾

피고인이 제출한 증거 외에 추가로 사건의 사실관계에 관한 증거를 제출하고자 할 때, 피고인 측 변호인은 변론이 시작될 때 모두 진술(변론 개시 연설)을 할 권리가 있다.¹²⁹³⁾ 그러나 유일한 방어 증거가 피고인으로부터 나온 증거인 경우, 변호인은

1287) 판례에서 피고인 없이 법원이 재판을 진행하는 것이 정당화될 수 있는 상황이라고 보는 경우는 다음과 같다. (a) 피고인의 잘못된 행동의 결과로 법원이 불출석을 명한 경우, (b) 피고인의 불출석이 자발적인 경우, (c) 피고인의 질환으로 출석할 수 없는 경우, (d) 피고인이 사망한 경우. R v Lee Kun [1916] 1 KB 337.

1288) 공판 검사의 역할에 대한 Farquharson 위원회의 가이드라인 내용은 CPS, 검찰법무지침 (공판절차) 2021. 1. 31.에 요약되어 있다.
<https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/farquharson-guidelines-role-prosecuting-advocates>
 (최종검색: 2023. 10. 1.)

1289) 형사실무지침 (CrimPD) VII. 25A.1.

1290) 형사소송시행규칙 (CrimPR), 제25.9조 제(2)항 (c).

1291) Criminal Procedure and Investigations Act (CPIA) 1996, 제6E조 제(4)항.

1292) 형사실무지침 (CrimPD) VII. 25A.2~25A.6.

기소 개시 후 판사가 배심원에게 쟁점이 무엇인지 간결하게 밝히기 위해 변호인을 부르는 경우를 제외하고는 모두진술을 할 수 없다.¹²⁹⁴⁾ 모두진술에서 변호인은 예상되는 사건의 개요를 설명하고 기소를 위해 이미 제출된 증거를 비판할 수 있지만, 그러나 앞으로 제출될 증거에 의해 입증되지 않을 사실을 모두진술에서 주장해서는 안 된다.¹²⁹⁵⁾

라. 증거인부절차 및 증거조사

이 단계에서는 본격적으로 증인신문을 포함한 증거조사가 이루어진다. 그러나, 한정된 지면에서 방대한 관련 내용을 모두 다룰 수는 없으므로, 증거인부 절차 및 증인신문을 둘러싼 주요 쟁점들을 중심으로 간략히 서술하고자 한다.

1) 검찰의 계속적 증거공개 의무

앞에서 검찰은 ‘피고인에 대한 기소 사유를 악화시키거나 피고인의 변론에 도움이 된다고 합리적으로 간주될 수 있는’ 증거 자료를 피고인에게 공개해야 한다는 CPIA 1996 제3조에서 규정하고 있는 검찰의 증거 공개 의무에 대해 살펴본 바 있다. 이러한 자료를 검토하고, 필요한 경우 해당 자료의 공개를 지시하는 검사의 의무는 계속적 의무이며, 제3조의 기준에 따라 증거를 공개해야 할 것인지 여부는 재판절차가 진행되는 내내 계속 검토되어야 한다. 검사의 법률상 증거공개 의무는 치안판사 법정에서 무죄 판결이 내려진 시점부터 적용되며, 사건이 형사법원으로 송치된 시점부터 적용된다.¹²⁹⁶⁾ 검사는 기소부터 선고, 유죄 판결 이후까지 사건의 모든 단계에 적용되는 커먼로상 의무도 고려해야 하며, 이는 예상한 또는 실제 변론 여부와 무관하다. 이러한 의무에 따라 검사는 사법 정의와 공정성의 이익을 고려하여 법률에 규정된 것 이상까지 피고인에게 자료를 공개해야 할 수도 있다. 예컨대, 변론 전이나 예상 변론에 관계

1293) 형사소송시행규칙 (CrimPR), 제25.9조 제(2)항 (g).

1294) 형사소송시행규칙 (CrimPR), 제25.9조 제(2)항 (c).

1295) David Ormerod/David Perry ((eds)), Blackstone's Criminal Practice 2023, Oxford University Press, 2023, 2179면.

1296) Criminal Procedure and Investigations Act (CPIA) 1996, 제1조 제(1)항(a) 및 제(2)항(c).

없이 피고인의 변론 준비에 도움이 될 수 있는 모든 자료가 이에 해당한다. 여기에는 보석 신청, 피고인이 절차 남용에 따른 절차 중단 조기신청을 하고자 할 때 도움되는 자료, 재판 장소 또는 혐의 감소에 대해 진술하는 데 도움되는 자료, 피고인의 효과적인 재판준비에 도움이 되는 자료가 포함된다.¹²⁹⁷⁾ 즉, 검사는 구형 시 양형 과정에서 공정성을 보장할 수 있다고 합리적으로 판단될 수 있는 모든 자료를 공개해야 하며, 이러한 자료에는 범죄의 심각성 또는 피고인의 관여 수준을 완화할 수 있는 정보가 포함될 수 있다. 또한 소송 절차 종료 이후에 어느 단계든지 유죄 판결의 확실성에 의문을 제기할 수 있는 것으로 여겨지는 것이 합리적인 자료가 밝혀지면, 검사는 해당 자료를 공개해야 한다.¹²⁹⁸⁾ 항소 법원 역시 사건의 쟁점을 파악하고 증거공개 담당관이 검사의 지시에 따라 행동하게 하는 것도 검사의 임무이고, 공개담당관이 단순히 목록표를 작성하는데 그치는 것이 아니라 무엇이 가장 관련성 있고 중요한 것인지 판단을 통해 사안에 접근하도록 검사가 지시하지 않는 한 증거 공개제도는 실무에서 제대로 작동하지 않을 것이라고 판시한 바 있다.¹²⁹⁹⁾

법원은 대량의 디지털 자료가 연루된 사건들과 관련하여 현행 법과 기존 지침들을 고려하여 다음과 같은 명제들, 즉, (a) 일차적인 증거공개 단계는 검찰이 주도권을 가지고 이끌어야 한다. (b) 검찰은 변호인과의 대화와 신속한 참여를 장려해야 한다. (c) 법은 증거 공개 결과를 규정하는 것일 뿐 공개 절차의 운영 방식을 규정하는 것이 아니다. (d) 증거공개절차는 모든 영역의 사건관리 권한을 활용하여 판사의 강력한 사건 관리하에 진행되어야 한다. (e) 효과적이고 실용적인 증거공개를 위해 유연성이 중요하다는 다섯 가지 명제를 도출한 바 있다.¹³⁰⁰⁾

2) 서면 진술의 증거능력

공판이 시작되면, 공판 검사는 증인을 부르고 전문법칙의 예외 하에서 허용되는 서면 진술을 낭독하게 된다.¹³⁰¹⁾ 형사 절차에서 서면 진술의 증거능력에 대해서는

1297) Attorney General's Office, Attorney General's Guidelines on Disclosure, 2022, 제77-78항.

1298) Attorney General's Office, Attorney General's Guidelines on Disclosure, 2022, 제137-138항.

1299) R v Olu [2010] EWCA Crim 2975.

1300) R v R [2015] EWCA Crim 1941.

1301) 형사소송시행규칙(CrimPR) Part 16.

형사사법법 (CJA) 1967 제9조에 규정되어 있는데, 이 규정은 정식 기소 재판에서 검찰이 사건 송치 절차에 따라 제공했던 증거 이외에 추가적인 증거를 채택하고자 할 때 또는 그 이후에 추가증거통지를 통해 증거를 채택하고자 할 때 적용되는 것이다. 제9조 진술서를 증거로 제출하고자 하는 당사자는 그 사본을 다른 당사자에게 각각 송달해야 하며, 이 진술서는 사실상 모든 당사자가 동의하는 경우에만 증거로 채택할 수 있다.¹³⁰²⁾ 또한, 증인 진술서를 다시 낭독하는 대신, 증인 진술서에서 도출된 사실을 모든 당사자가 사실이라고 인정할 경우 법에 정해진 대로 합의된 증거로 제시할 수 있다.¹³⁰³⁾ 이러한 인정은 서면으로 작성되어야 하며, 사건의 쟁점과 관련성이 있고, 허용되지 않는 증거를 포함하지 않는다는 조건하에 배심원에게 제공되어야 한다.¹³⁰⁴⁾

3) 증인신문

증인신문은 주신문(Examination-in-Chief)과 반대신문(Cross-Examination)으로 이루어져 있으며, 각각에 적용되는 다양한 규칙들이 있고, 검찰의 증인 소환과 관련하여 다양한 쟁점이 발생할 수 있는데, 첫 번째 단계는 증인이 선서 또는 확인을 하는 것이고, (a) 특별 조치 조항의 사용,¹³⁰⁵⁾ (b) 증인이 영국 외부에 있는 경우, 상황에 따라 텔레비전 생중계 링크 활용,¹³⁰⁶⁾ (c) 유도신문 사용 제한, (d) 기억의 환기시키는 것과 관련된 규칙,¹³⁰⁷⁾ (e) 적대적 증인 취급에 관한 규칙¹³⁰⁸⁾ 등 다양한 상황에 따른 여러 쟁점들이 있지만, 여기서는 피고인 신문에 대한 쟁점에 국한해 논의하고자 한다.

증인으로서 피고인과 관련된 특별 증거 규칙, 예컨대 자기부죄거부금지원칙 적용 등의 특별 증거규칙이 적용된다는 점은 유사하지만, 직권주의 소송구조 하에서 법원이 행하는 피고인 신문제도를 두고 있는 우리나라와는 달리, 당사자주의에 기반한 영국 소송 구조에서는 피고인 신문이 필수적인 것이 아니다.¹³⁰⁹⁾ 즉, 피고인이 증인으로

1302) David Ormerod/David Perry ((eds)), Blackstone's Criminal Practice 2023, Oxford University Press, 2023, 2157면.

1303) Criminal Justice Act 1967, 제10조.

1304) R v Pittard [2006] EWCA Crim 2028; 형사소송시행규칙 (CrimPR) 제25.13조.

1305) Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999, Part II, 부칙 1.

1306) Criminal Justice Act 1998, 제32조 또는 Criminal Justice Act 2003, 제51조.

1307) Criminal Justice Act 2003, 제139조.

1308) Criminal Procedure Act 1865, 제3조.

1309) 배종대/홍영기, 형사소송법 제2판, 홍문사, 2020, 279면.

로 증언할지 여부는 피고인이 결정한다. 판례에 따르면, 피고인이 증인석에 들어가지 않기로 결정한 경우, 그 결정을 기록하도록 하고 피고인이 기록에 서명하도록 하여 (a) 스스로 증거를 제공하지 않기로 결정했다는 사실과 (b) 변호인이 제공한 조언을 염두에 두고 그렇게 했다는 사실을 명확하게 표시하는 것이 변호인의 변함없는 관행이어야 한다고 적시하고 있다.¹³¹⁰⁾ 피고인이 증언의 타당성에 대해 적절하게 조언받지 못했을 경우 항소법원이 유죄 판결의 근거가 취약하다고 판단할 수 있는 근거가 될 수 있기 때문이다.¹³¹¹⁾

4) 검찰 측 증거에 대한 이의제기 절차

변호인이 검찰 측 증거(‘다툼이 있는 증거’)의 증거능력에 대해 이의를 제기하고자 하는 경우 따르게 되는 표준적인 절차는 다음과 같다.¹³¹²⁾

- (a) 변호인은 검찰에 해당 증거 채택에 대한 반대 의사를 통지해야 한다.¹³¹³⁾
- (b) 추가적으로 또는 대안으로, 변호인은 검찰이 배심원단에게 기소 사건을 공개하기 전에 공판 검사에게 이의제기 사실을 알려야 한다. 이에 따라 공판 검사는 모두 진술에서 (사건 시작 전에 증거 채택 여부 문제가 해결되어야 하는 상황과 관련하여) 다툼이 있는 증거에 대해서는 언급하지 않는다.
- (c) 증거 채택 여부를 고려해야 하는 시점이 되면 판사가 단독으로 이 문제를 결정할 수 있도록 배심원은 퇴장한다.
- (d) 다툼이 있는 증거의 인정 여부가 그 증거의 입수 경위에 대한 부차적인 사실에 대한 문제를 제기하는 경우, 배심원이 없는 상태에서 판사 앞에서 해당 사실에 대한 증거를 제출할 필요가 있다.

‘재판 내 재판’이라고도 불리는 이 예비적 심리 절차(voir dire hearing)¹³¹⁴⁾에서는, 증인은 특별한 형태의 선서를 통해 증언을 한다. 이 단계에서는 검찰과

1310) R v Bevan [1994] 98 Cr App R 344; R v Anderson [2010] EWCA Crim 2553.

1311) R v Clinton [1993] 2 All ER 998.

1312) 이하의 절차는 David Ormerod/David Perry ((eds)), Blackstone's Criminal Practice 2023, Oxford University Press, 2023, 2158-2160면의 내용을 정리한 것이다.

1313) 형사소송시행규칙 (CrimPR), 제16.4조 제(4)항.

1314) 이는 증거 인정 여부 확정을 검토하기 위한 사전 절차로, 배심원 선정을 위해 질문하는 절차와 이름은 같지만 다른 절차이다.

변호인 모두 증인을 부를 수 있지만, 직접 신문 또는 반대 신문이든 증인의 증언은 다툼이 있는 증거의 인정 여부와 관련된 사항에 국한되어야 한다. 즉, 이 예비적 심리 절차는 사전쟁점으로서 증거채택여부를 확정짓기 위한 것으로, 판사가 허용되는 증거라고 판단하기 전까지는 배심원이 증거로 인정할 수 없는 증거를 검토할 수 없도록 하기 위해 고안된 제도이다. 따라서 변호인이 허용되지 않을 가능성이 있는 증거와 그 증거가 어떻게 입수되었는지에 대한 모든 증거를 일반 소송의 일부로 판사와 배심원단 앞에 제출하는 것이 피고인의 이익에 더 부합한다고 판단하는 경우 이 절차를 강제로 채택해야 하는 것은 아니며, 전략적으로 이 절차를 회피하기도 한다.¹³¹⁵⁾

- (e) 예비 심리에서 증거의 유무와 관계없이, 당사자들은 판사에게 다툼이 있는 증거의 증거능력에 대해 논변한다.
- (f) 판사는 사실관계, 증거능력에 관한 관련 법규 및 법적으로 증거능력 있는 증거를 배제할 수 있는 재량권에 비추어, 예비 심리에서 제기된 사실관계의 쟁점과 다툼이 있는 증거의 인정 여부에 관한 판단 결과를 공표한다.
- (g) 배심원단은 법정으로 복귀한다. 판사가 다툼이 있는 증거의 증거능력을 인정하지 않았다면, 배심원은 이에 대해 아무것도 알 수 없다. 증거가 인정된다면, 변호인은 여전히 예비심리에서 제기했던 문제에 대해 반대신문을 할 수 있지만, 이 단계에서 반대신문은 해당 증거의 증거능력 인정 여부가 아니라 배심원이 당해 증거에 부여해야 하는 가증치에 관한 것이 될 것이다. .
- (h) 판사는 추후 단계에서 증거 채택 여부에 대한 결정을 재검토할 수 있는 재량적 권한이 있다.¹³¹⁶⁾

마. 최후진술

예외가 있지만, 검찰 측과 변호인 측 모두 각각의 사건을 요약하고 상대 측 주장을 비판하며 증거에 대해 의견을 남기는 최후 변론을 할 권리가 있다. 최후변론은 검찰이 먼저 하도록 되어 있으나,¹³¹⁷⁾ 법원은 배심원이 있는 상태에서 최후진술을 방해하면

1315) *Ajodha v The STATE* [1982] AC 204.

1316) *R v Watson* [1980] 2 All ER 293.

안 되고, 연설이 끝났을 때 또는 휴식 시간에 개입하여 연설에서 언급된 내용에 대한 해명이나 정정을 요구해야 한다.¹³¹⁸⁾ 피고인이 변호사의 변호를 받는 경우 검찰은 최종진술을 할 법적 권리를 가진다.¹³¹⁹⁾ 다만, 검찰은 피고인이 출석하지 않거나, 증거를 전혀 제시하지 않았거나 (인격 증거를 제외하고), 피고인이 유일한 증인이었다면 최종진술권을 가지지 못한다. 이제 이러한 입장은 형사소송법 25.9(2)(j)에 명확히 명시되어 있는데, 이 조항은 피고인이 대리인이거나 적어도 한 명의 증인(피고인 외)을 불러 사건 사실에 대해 직접 증거를 제출한 경우 또는 법원이 허용하는 경우 검사가 최종 진술을 할 수 있다고 규정하고 있다.¹³²⁰⁾ 최종진술의 내용과 관련하여, 변호인이거나 검찰 측 모두 증거의 대상이 되지 않은 사실 주장이나 기타 사안을 언급할 수 없으며,¹³²¹⁾ 양 당사자 측 모두 최종진술을 통해 배심원단에게 평결이 유죄인 경우 평결에 자비의 권고를 추가하도록 권유할 수 없다.¹³²²⁾

바. 유무죄 판결 및 형선고

1) 유무죄 판결

정식 기소 재판의 경우 유무죄 평결은 배심원이 내리게 된다. 평결이 유죄인 경우에는 (유죄인 경우에만) 배심원단 대표는 공개된 법정에서 유죄 평결에 동의한 배심원 수와 반대한 배심원 수를 각각 명시하여 밝혀야 한다.¹³²³⁾ 공개법정에서 유죄 평결에 동의/반대한 배심원 수를 밝히지 않았을 경우, 유죄파기를 위한 항소 사유가 될 수 있다.¹³²⁴⁾ 배심원단은 때때로 피고인이 기소된 범죄 혐의에 대해서는 무죄를 선고하면서 다른 대체 범죄 (더 경한 범죄)에 대해 유죄를 선고할 수 있다.¹³²⁵⁾ 배심원단의 평결은 피고인이 참석한 가운데 공개 법정에서 이루어진다.¹³²⁶⁾ 일반적으로 판사는

1317) 형사소송시행규칙(CrimPR) 제25.9조 제(2)항 (j)(k).

1318) R v Tuegel [2000] 2 All ER 872.

1319) Criminal Procedure Act 1865, 제2조.

1320) R v Cojan [2014] EWCA Crim 2512.

1321) R v Shimmin [1882] 15 Cox CC 122.

1322) R v Black [1963] 3 All ER 682.

1323) Juries Act 1974, 제17조 제(3)항.

1324) R v Barry [1975] 2 All ER 760.

1325) R v Sauders [1988] AC 148; Criminal Law Act 1967, 제6조 제(3)항.

1326) 형사소송시행규칙(CrimPR) 제25.14조.

배심원의 평결이 아무리 마음에 들지 않더라도 이를 받아들여야 할 의무가 있다는 것이 원칙으로 여겨지지만,¹³²⁷⁾ 이러한 일반원칙에 대한 예외로 (a) 배심원단이 기소에 대해 합법적으로 내릴 수 없는 평결인 경우, (b) 평결이 지나치게 모호한 경우,¹³²⁸⁾ (c) 여러 혐의에 대한 평결 간 불일치가 있는 경우에 한해 판사는 배심원의 평결을 거부할 수 있다.¹³²⁹⁾

치안법원이 약식 범죄 재판에서 피고인에게 유죄 판결을 내릴 때 이러한 판결을 설명할 수 있는 충분한 이유를 제시해야 한다.¹³³⁰⁾ 그러나 피고인에게 무죄를 선고하는 경우에는 치안법원이 해당 결정에 대한 이유를 설명할 수는 있지만, 반드시 해야 하는 의무는 아니다.¹³³¹⁾ 치안법원의 판사는 실제 기소된 혐의에 대해 유죄 또는 무죄 판결을 내릴 수 있는 권한이 제한된다. 피고인에게 기소된 혐의에 대해 무죄를 선고할 권한은 없지만 더 경한 범죄에 대해 유죄를 선고할 수 있다.¹³³²⁾

2) 형선고절차

양형 절차는 유죄 인정(a plea of guilty)을 했는지 여부에 따라 달라지는데, 유죄 인정 없이 재판을 받고 유죄 판결을 받은 경우, 법원은 검찰 측의 사실관계와 선행증거 요약 보고서에 이어, 범죄자에 대해 작성된 모든 보고서를 고려한다. 여기에는 선고 전 보고서,¹³³³⁾ 의료 및 정신과 보고서,¹³³⁴⁾ 사회복지 적합성 평가 등 기타 보고서¹³³⁵⁾ 등이 포함될 수 있다. 법원은 형 선고전, 피고인 측 변호인이 양형 감경과 관련된 진술과 증거를 제시할 기회를 제공해야 한다.¹³³⁶⁾ 변호인 측의 감경 사유 제시 후, 판사는 형을 선고한다. 이 때 판사는 법에 의해 형이 정해져 있거나 달리 의무적으로

1327) R v Robinson [1975] QB 508.

1328) R v Hawkes [1931] 22 Cr App R 172.

1329) David Ormerod/David Perry ((eds)), Blackstone's Criminal Practice 2023, Oxford University Press, 2023, 2224면.

1330) 형사소송시행규칙(CrimPR) 제24.3조.

1331) 형사소송시행규칙(CrimPR) 제24.3조 제(6)항 (a).

1332) Lawrence v Same [1968] 2 QB 93; Criminal Law Act 1967, 제6조 제(3)항.

1333) Sentencing Act 2020, 제31조.

1334) Mental Health Act 1983, 제35-37조.

1335) Sentencing Act 2020, 제204조.

1336) 형사소송시행규칙(CrimPR) 제25.16조, 제(6)항.

선고해야 하는 경우를 제외하고, 선고된 형을 결정한 이유와 판결의 효력 및 판결을 준수하지 않을 경우 초래될 효과를 설명해야 할 의무가 있다.¹³³⁷⁾

피고인이 유죄 판결을 받은 범죄에 대해서만 형을 선고하고 그 외의 모든 범죄에 대해서는 형을 선고하지 않는 것이 기본 원칙이지만, 이 원칙에는 세 가지 예외가 있는데, (a) 기소되지는 않았지만 덜 심각한 2차 범죄를 고려하는 경우, 그 범죄가 더 심각한 1차 범죄에 내포되어 있고 그 범죄의 가중적 특징을 나타내는 경우,¹³³⁸⁾ (b) 범죄자가 다른 범죄를 고려할 것을 명시적으로 요청하는 경우; 그리고 (c) 기소장에 기재된 범죄가 단지 지속적인 행위 과정의 샘플에 불과하고 변호인이 이를 인정하는 경우가 그 법원에 공식적으로 제기되지 않은 다른 범죄에 의해 형량이 적절하게 영향을 받을 수 있는 예외에 해당한다.¹³³⁹⁾

5. 판결의 확정과 이중위험금지 원칙(Autrefois Acquit and Autrefois Convict)

Autrefois acquit and autrefois convict는 각각 "이전에 무죄 판결을 받은 사람"과 "이전에 유죄 판결을 받은 사람"을 의미하는 프랑스어 표현으로, autrefois acquit는 이전에 무죄 판결을 받은 적이 있는 범죄에 대해 재판을 받을 수 없다는 의미인 반면 마찬가지로 autrefois convict는 이전에 유죄 판결을 받은 적이 있는 동일한 범죄에 대해 재판을 받을 수 없다는 것을 의미하는데, 이 두 가지 원칙이 결합되어 이중 위험 방지 규칙이 탄생한 것이다. 이 규칙은 이전에 유죄 판결을 받거나 무죄 판결을 받은 사람은 동일한 범죄에 대해 다시 재판을 받을 수 없다는 것을 의미한다.¹³⁴⁰⁾ 두 가지 원칙의 기본 목적은 동일한 범죄에 대한 반복적인 기소로부터 보호하기 위한 것이다. 이 항변에 의존할 수 있는 구체적인 상황들이 무엇인지 보여주는 판례들이 많이 나왔지만, 실제로는 피의자가 이미 기소될 범죄에 대해 유죄 판결을 받았거나

1337) Sentencing Act 2020, 제52조; 형사소송시행규칙(CrimPR) 제25,16조, 제(7)항.

1338) R v Rubinstein [1982] 4 Cr App 4 (S) 202.

1339) David Ormerod/David Perry ((eds)), Blackstone's Criminal Practice 2023, Oxford University Press, 2023, 2244면.

1340) David Ormerod/David Perry ((eds)), Blackstone's Criminal Practice 2023, Oxford University Press, 2023, 1970-1975면.

유죄가 확정된 경우에 기소가 이루어지는 경우는 매우 드물다고 할 수 있으며, 무고¹³⁴¹⁾나 재심¹³⁴²⁾ 등과 관련하여 중요한 법적 예외 상황을 규정하고 있다. 또한 이중위험의 과거의 무죄나 유죄에 해당하지는 않지만, 기소유예 합의의 대상이 된 범죄에 대해 기소유예 기간이 만료된 피고인에 대해 기소를 진행할 수 없도록 규정하고 있다.¹³⁴³⁾

이중위험금지 법리에 관한 대표적인 판례인 *Connelly v DPP*에서는 이 원칙 적용의 효과를 다음과 같은 명제로 요약하여 제시하고 있다. (a) 이전에 무죄 또는 유죄 판결을 받은 범죄에 대해서는 재판을 받을 수 없다. (b) 이전에 기소된 범죄에 대해 유죄 판결을 받은 적이 있는 사람은 재판을 받을 수 없다. (c) 이전에 무죄 또는 유죄 판결을 받았거나 대체 평결에 의해 유죄 판결을 받을 수 있었던 범죄와 사실상 동일하거나 실질적으로 동일한 범죄에 대해 재판을 받을 수 없다. (d) 고려되어야 하는 것은 이후의 공소장에서 기소된 범죄 또는 범죄 혐의가, 이전에 기소된 범죄와 동일하거나 실질적으로 동일한지 여부이며, 이후 절차에서 조사 중인 사실 또는 소환되는 증인이 이전 절차에서 조사 중인 사실과 동일하다는 것은 중요하지 않다.¹³⁴⁴⁾ 두 번째 범죄가 첫 번째 범죄와 동일하거나 실질적으로 동일한 일련의 사실로부터 발생한 경우, 원래의 소송이 종결될 때까지 검사가 합리적으로 알 수 있었던 것을 참고하여 법원은 사법적 재량권을 행사해야 한다.¹³⁴⁵⁾

6. 상소와 특별절차

가. 항소

1) 개관

형사재판 결과에 대한 항소는 (1)치안법원에서의 결정에 대해 형사법원(Crown Court)이나 고등법원(High Court)에 항소하는 절차와, (2)형사법원(Crown Court)의

1341) Criminal Procedure and Investigations Act (CPIA) 1996, 제54-57조.

1342) Criminal Justice Act (CJA) 2003, 제75-91조.

1343) Crime and Courts Act (CCA) 2013, 제17조 11항.

1344) *Connelly v DPP* [1964] AC 1254.

1345) *R v Beedie* [1998] QB 356.

결정을 항소법원 (Court of Appeal)에 항소하는 절차로 나누어 생각해 볼 수 있다. 이 중에서 전자에 대한 규정은 1980년 치안법원법(Magistrates' Courts Act) 제108조에 규정되어 있으며, 후자를 규율하는 법령은 1968년 형사항소법 (Criminal Appeal Act) 와 형사소송규칙(CrimPR) Parts 36-42이다. 이 중에서 형사소송규칙 Part 36은 항소법원(형사부)에 항소하는 데 적용되는 일반 규칙을 규정하고 있으며, Parts 37~42에서는 다른 유형의 항소에서 채택한 절차의 기초를 형성하는 동일한 일반 원칙을 다룬다. 항소 통지서(재판 판사가 해당 사건이 항소하기에 적합하다는 증명서를 발급한 경우) 또는 항소 허가 신청 통지서(그 외 모든 사건에 필요한)는 항소 대상에 따라 유죄 판결시 또는 형 선고일로부터 28일 이내에 제출해야 한다.¹³⁴⁶⁾ 동법 제18A조에 따라 법정모독죄에 대해서도 동일한 규정이 적용된다. 단, 항소의 대상이 유죄 판결인 경우, 이 시한은 형 선고일이 아닌, 유죄판결 선고일로부터 기산한다.¹³⁴⁷⁾ 항소권한은 (a) 항소법원의 허가를 받은 경우; 또는 (b) 유죄 판결일로부터 28일 이내에 원심법원의 판사가 해당 사건이 항소하기에 적합하다는 증명서를 발급하는 경우에만 항소가 가능하다.¹³⁴⁸⁾

2) 항소심 권한

유죄 판결 및 형량에 대한 항소심은 대부분 법정 관할지의 항소법원 (Courts of Appeal) 형사부에서 담당한다. 1981년 고등법원법 제15조 2항에 따라 행사될 수 있는 주요 법정 권한과 근거 조항은 다음과 같다: 기소에 대한 유죄 판결에 대한 항소를 결정할 권한,¹³⁴⁹⁾ 기소 유죄 판결 후 선고된 형량에 대한 항소를 결정할 권한,¹³⁵⁰⁾ 유죄 판결에 대한 항소를 결정하는 권한,¹³⁵¹⁾ 중대 사기 사건의 공판준비기일 판결에 대한 항소를 결정하는 권한,¹³⁵²⁾ 부당하게 관대한 형량 또는 기소에 의해서만 재판할

1346) Criminal Appeal Act 1968, 제18조 제(2)항.

1347) David Ormerod/David Perry ((eds)), Blackstone's Criminal Practice 2023, Oxford University Press, 2023, 2489면.

1348) Criminal Appeals Act 1968, 제1조 제(1)-(2)항.

1349) Criminal Appeal Act 1968, 제1조 및 제2조.

1350) Criminal Appeal Act 1968, 제9조 및 제11조.

1351) Criminal Justicel Act 1972, 제36조.

1352) Criminal Justicel Act 1987, 제9조 (11)-(14).

수 있는 범죄에 대한 A-G의 참조에 따라 형량을 증가시킬 수 있는 권한.¹³⁵³⁾ CCRC의 참조에 대한 항소를 결정하는 권한.¹³⁵⁴⁾ Senior Court Act 1981 제55조에 따르면, (a) 유죄 판결에 대한 항소, (b) 1988년 형사사법법 Part 4 (A-G reference)에 따른 양형 심사 (c) 장애인이라 1964년 Criminal Procedure (Insanity) Act 제4조에 따라 변론 자격이 없다는 결정에 대한 항소 (d) 이전에 단독 재판부에서 거부하지 않은 1964년 Criminal Procedure (Insanity) Act 제4조에 따라 심신 미약 또는 심신 미약을 이유로 내려진 무죄 판결에 대한 항소 허가 신청, (e) 대법원에 대한 상고 허가 신청에 대한 사안은 3인 이상의 홀수 인원의 판사로 구성된 재판부에서 심리하고 결정해야 한다. 그러나 예외적으로, 결정해야 할 사안이 매우 중요하고, 동일 논점에 항소법원의 상반된 판결이 있는 경우, 5명 또는 7명까지도 판사가 심리에 참여할 수 있다.¹³⁵⁵⁾ 동조 제(4)항에 따라, 앞에서 언급된 4가지 사안 이외의 사건은 2인의 판사로 이루어진 재판부에서 심리할 수 있다.¹³⁵⁶⁾ 또한, 항소 허가 결정, 항소 통지 기한 연장, 항소인의 절차 참여 허용, 증인 출석 명령, 보석 명령 등에 관한 절차는 단독재판부에서도 심리할 수 있다.¹³⁵⁷⁾ 항소법원은 다수결로 항소 사건을 심리·결정할 수 있다. 2인의 판사로 구성된 법원의 의견이 똑같이 분열된 경우, 3인 이상의 홀수 인원의 판사로 재구성된 재판부에서 사건을 다시 심리해야 한다.¹³⁵⁸⁾ 공개 법정에서 결정이 발표되면 아직 이유가 제시되지 않았더라도 판사에게 적절한 기속력이 있으므로¹³⁵⁹⁾ 사건은 최종적으로 확정된다. 따라서 법원이 판결을 선고하기 전에 판결문을 회람한 경우, 판결이 선고될 때 원 구성원이 모두 출석하지 않았더라도 항소심 판결이 확정되었다고 판시한 바 있다.¹³⁶⁰⁾ 판결의 선고는 단지 형식적인 공포에 불과하다는 것이다. 1981년 고등법원법 제59조는 특정 사건에 대해 항소법원이 통상적으로 하나의 판결만을 선고해야 한다고 규정하고 있지만, 사건에 법률 문제가 포함되어 있고 재판장이 두 개의 판결을 선고하는 것이 편리하다고 판단하는 경우에는 예외로 한다.¹³⁶¹⁾

1353) Criminal Justice Act 1988, 제35조 및 제36조.

1354) Criminal Appeal Act 1995, 제9조.

1355) R v Newsome [1970] 2 QB 711.

1356) Senior Court Act 1981, 제55조, 제(4)항.

1357) Criminal Appeal Act 1968, 제31조 및 제44조.

1358) Senior Courts Act, 1981, 제55조, 제(5)항.

1359) R v Coates [2004] EWCA Crim 2253.

1360) R v Steele [2006] EWCA Crim 2000.

3) 항소 근거로서의 항소사유

항소의 사유와 근거는 법원 담당 공무원 및 항소법원이 근거 사유를 확인할 수 있을 만큼 충분히 상세해야 한다.¹³⁶²⁾ 항소 통지 요건에는 유죄, 평결 및 선고형, 항소인이 항소하고자 하는 명령이나 명령 부과 실패 등이 명시되어야 하며, 각각에 대한 항소 근거, 선고형에 대해 항소할 경우에는 형사법원의 양형 권한 등이 특정되어야 하며, 항소 허가, 증거신청, 증인 신청 명령 등의 신청서를 첨부하여야 한다.¹³⁶³⁾ 유죄판결에 대한 항소심에서 항소법원이 판단해야 하는 문제는 유죄 판결이 확실하고 믿을 만한지(safe) 여부이다.¹³⁶⁴⁾ 유죄판결을 불안정하게 만드는 오류의 사유는 일일이 다 열거할 수 없을 만큼 반대하지만, 흔히 항소 사유로 제시되는 오류로는 증거능력 인정이나 배제에 있어서의 오류,¹³⁶⁵⁾ 판사의 재량권 행사 또는 불행사에 있어서의 오류,¹³⁶⁶⁾ 변호인의 불충분한 변호로 인한 오류,¹³⁶⁷⁾ 공소장 기재 오류,¹³⁶⁸⁾ 배심원의 평결 오류¹³⁶⁹⁾나 배심원단의 행위로 인한 오류¹³⁷⁰⁾ 재판부의 과도한 개입,¹³⁷¹⁾ 배심원에게 적용 법규를 잘못 안내하거나,¹³⁷²⁾ 사건의 쟁점을 잘못 안내한 경우,¹³⁷³⁾ 등이 있다. 구체적인 항소 근거로는 (1) 새로운 증거 신청¹³⁷⁴⁾ (2) 검찰 당국의 조력에 대한 불충분하게 부여된 가증치에 의한 양형 (3) 법의 변경으로 인해 중대한 불공정을 겪게 될 우려가 있는 경우¹³⁷⁵⁾ 등이 해당된다.¹³⁷⁶⁾ 이러한 항소 근거는 관련 사실과 절차의

1361) David Ormerod/David Perry ((eds)), Blackstone's Criminal Practice 2023, Oxford University Press, 2023, 2463면.

1362) Judiciary of England and Wales, The Court of Appeal Criminal Division Guide to Commencing Proceedings, 2021. A3-1항.

1363) 형사소송실무규칙(CrimPR) 제39.3조 제(1)항; Judiciary of England and Wales, The Court of Appeal Criminal Division Guide to Commencing Proceedings, 2021. A3-2항.

1364) Criminal Appeals Act 1986, 제2조.

1365) Stirland v DPP [1944] AC 315.

1366) R v Moghal [1977] 65 Cr App R 56; R v Quinn [1996] Crim LR 516.

1367) R v Clinton [1993] 2 All ER 998.

1368) DPP v Bhagwan [1972] AC 60; R v Whitehouse [1972] 65 Cr App R 33; R v Cain [1983] Crim LR 802.

1369) R v Durante [1972] 3 All ER 962.

1370) R v Young [1995] QB 324.

1371) R v Hulusi [1974] 58 Cr App R 378.

1372) R v Edwards [1983] 77 Cr App R 5.

1373) R v Sheaf [1925] 19 Cr App R 46.

1374) Criminal Appeals Act 1968, 제23조.

1375) R v Johnson & Ors [2016] EWCA Crim 1613; R v Ordu [2017] EWCA Crim 4.

특성, 근거에 관한 주장 요약 등을 하나의 문서에 정확히 명시하여 첨부하여야 한다.¹³⁷⁷⁾ 일반적으로 항소 근거가 충족되면 해당 사건은 단독재판부에 회부되어 항소 허가 여부를 검토하게 되며, 단독 판사는 허가 여부를 결정할 때 항소 근거에 대한 검찰의 답변서를 통해 도움을 받을 수 있다.¹³⁷⁸⁾

4) 항소 포기

항소인은 심리 개시 전에는 법원의 담당 공무원 및 피항소인에게 항소 포기 통지서를 송달함으로써 허가없이 항소를 포기할 수 있지만, 항소 심리 중에는 법원의 허가를 받은 경우에만 항소나 항소신청을 포기할 수 있다.¹³⁷⁹⁾ 항소가 개시된 이후에도 항소인은 항소를 포기할 수 있지만, 이 때에는 항소법원의 허가를 받아야 한다.¹³⁸⁰⁾ 또한, 항소포기를 철회할 수는 없지만, 법원의 허가를 받아 포기를 무효화하고 다시 항소를 다시 제기할 수 있으며, 포기한 항소나 항소 신청의 포기신청이 무효인 사유를 명시하여 법원 담당공무원에게 서면으로 제출하여야 한다.¹³⁸¹⁾

5) 유죄 판결에 대한 항소의 효과

유죄 판결에 대한 항소가 허용되어 법원에서 인정되면, 사법정의의 이익을 위해 그렇게 필요하다고 법원이 인정하는 경우 항소인에게 재심을 명령하거나,¹³⁸²⁾ 원심 법원에 유죄 판결 기록 대신 무죄 판결 및 평결을 입력하라는 명령의 방식으로 유죄판결이 취소된다.¹³⁸³⁾ 검찰이나 변호인 측 둘 다 항소법원의 결정에 대해 대법원에 상고할 수 있지만, 다만 항소법원이나 대법원이 해당 상고가 대법원이 고려해야 할 만큼

1376) Judiciary of England and Wales, The Court of Appeal Criminal Division Guide to Commencing Proceedings, 2021. A5항.

1377) Judiciary of England and Wales, The Court of Appeal Criminal Division Guide to Commencing Proceedings, 2021. A3-3항.

1378) David Ormerod/David Perry ((eds)), Blackstone's Criminal Practice 2023, Oxford University Press, 2023, 2491면.

1379) 형사소송실무규칙(CrimPR) 제36.13조, 제(2)항.

1380) R v De Courcy [1964] 3 All ER 251.

1381) 형사소송실무규칙(CrimPR) 제36.13조, 제(5)항.

1382) Criminal Appeals Act 1968, 제7조.

1383) Criminal Appeals Act 1968, 제2조.

일반 대중들에게 중요한 법리에 관한 사안이라고 판단한 경우에 한해서만 허용된다.¹³⁸⁴⁾

나. 재심(retrial)

1) 개관

CJA 2003은 이중 위험 방지 원칙에 대한 주요 법적 예외를 규정하고 있는데, 피고인이 이전에 무죄 판결을 받은 '적격 (qualifying)' 범죄에 대해 이전 항소법원이 무죄 판결을 취소한 후 새로운 유죄 증거가 있는 경우 피고인을 재심할 수 있도록 허용하는 조항이다.¹³⁸⁵⁾

2) 요건

항소법원은 재심을 명령하기 위해서는 다음의 조건을 충족시켜야 한다. (a) '사건에 새롭게(new) 설득력 있는(compelling) 증거가 있는 경우'¹³⁸⁶⁾; 그리고 (b) '재심 명령을 내리는 것이 사법 정의의 이익에 부합하는 경우'¹³⁸⁷⁾ 가 그 조건이다. 2003년 CJA 제78조의 '새로운' 증거는 무죄방면된 자의 원래 재판 때 제출되지 않았던 증거여야 하며, 이러한 증거에는 앞의 재판 때에도 제출 가능하였으나 제출되지 않았던 증거 역시 포함된다. 만약 증거를 사용하지 못한 것이 검사의 태만이나 조사 부족 때문이라면 이는 제79조 제(2)항의 사법정의상 이익을 기준으로 판단할 문제이다. 그러나 일부러 증거를 사용하지 않기로 한 결정에 '새로운 증거' 기준을 적용하는 것은 적절하지 않다.¹³⁸⁸⁾ 동법 제78조 제(5)항은 원심에서 채택할 수 없었던 증거가 '새로운' 증거로서 재심 신청의 근거가 될 수 있음을 명확히 규정하고 있으며, 이는 또한 적격 범죄와 직접 관련이 없지만 해당 범죄에 대한 재심에서 인정될 수 있는 증거에도 적용된

1384) Criminal Appeal Act 1968, 제33-34조.

1385) Criminal Justice Act 2003, 제75조부터 제97조.

1386) Criminal Justice Act 2003, 제78조.

1387) Criminal Justice Act 2003, 제79조.

1388) David Ormerod/David Perry ((eds)), Blackstone's Criminal Practice 2023, Oxford University Press, 2023, 1980면.

다.¹³⁸⁹⁾

또한, '설득력 있는' 증거는 신뢰할 만하고 구체적이며 피고인의 사건에 있어서 높은 증거가치를 가진 증거를 뜻하며, 무엇이 설득력 있는지는 이전 재판의 맥락에 따라 달라진다. 예컨대 만약 범인의 신원이 원래 재판에서 쟁점이 아니라면, 새로운 재판에서도 신원에 대한 증거는 재심을 정당화할만큼 설득력 있는 증거는 되지 못한다.

항소법원은 재심 신청을 둘러싼 문제들에 관해 보도를 제한하는 명령을 내릴 수 있으며, 이러한 보도제한 명령의 효력은 재심이 종결될 때까지, 또는 무죄로 풀려난 사람이 더 이상 재심의 대상이 아닌 것이 명확한 때까지 유지된다.¹³⁹⁰⁾ 재심 명령 또는 거부 신청은 대법원에 대한 상고의 대상이 될 수 있다.¹³⁹¹⁾ 재심명령이 내려지면, 재심은 항소법원의 지시에 의해 회부된 공소장에 대한 것이어야 한다. 기소는 더 긴 기간을 명시하지 않는 한, 항소법원이 재심을 명령한 날로부터 2개월 이내에 이루어져야 한다.

다. 인신보호영장(Habeas Corpus)

인신보호영장(Writ of Habeas Corpus)은 법원이나 판사가 다른 사람을 구금하고 있는 사람에게 특정 목적을 위해 그 사람을 법정에 출두시키도록 지시하는 옛 커먼로 상 영장이다. 다양한 종류의 영장이 존재해왔고 지금도 존재하지만, 가장 중요한 영장은 구금의 적법성에 대한 사법 조사를 지시하여 개인의 자유 침해를 시정하는 데 사용되는 영장이라고 할 수 있다. Habeas Corpus를 문자 그대로 번역하면 '(법적 절차가 충족되면) 신체를 가질 수 있다'는 뜻으로, 중세 시대에 죄수를 법정에 데려올 때 사용되던 표현이었으나, 이후에는 당국의 자의적인 구금에 맞서 싸우는 데 사용되었다.¹³⁹²⁾ 1215년 대헌장 (Magna Carta)은 누구도 불법적으로 구금될 수 없다고 명시했으며,¹³⁹³⁾ 이 조항이 처음으로 기록된 것은 1305년이지만 오늘날 우리가 알고 있는

1389) R v Andrews [2008] EWCA Crim 2908.

1390) Criminal Justice Act 2003, 제82조.

1391) Criminal Justice Act 2003, 제81조.

1392) Neil Douglas McFeeley, The Historical Development of Habeas Corpus, Southwestern Law Journal Vol. 30 No. 3, 1976, 586면.

1393) 대헌장 (Magna Carta) 제39조 "자유인은 동료시민들의 적법한 판결이나 이 땅의 법에 의하지 않고는 체포되거나, 구금되거나, 해부되거나 추방되거나 어떤 식으로든 파괴되지 않을 것

인신보호법은 1679년에야 법으로 제정된 것이다. 인신보호법¹³⁹⁴⁾은 오늘날에도 여전히 유효한 의회 법으로, 공권력에 대항하여 개인의 자유를 보호하기 위한 장치로서, 누구도 불법적으로 구금될 수 없도록 보장하기 위한 법이다.¹³⁹⁵⁾ 인신보호법은 여전히 유효하지만 1679년 이후 인신보호법이 지속적으로 적용되지는 않았고, 프랑스 혁명이 영국까지 번질 수 있다는 우려가 제기되면서 1793년에 중단되기도 하였다. 20세기에도 여러 차례 중단되었고, 제1차 세계대전과 제2차 세계대전, 그리고 20세기 후반 북아일랜드 분쟁의 여러 시기에 (기소없는) 구금이 사용되기도 했다. 오늘날 테러방지법을 둘러싼 논쟁에서도 기소 없는 구금이 다시 정치적 의제로 떠오르고 있다.¹³⁹⁶⁾

7. 소결

지금까지 영국의 형사재판 종류와 관할, 기소인부, 증거공개 등 공판 전 절차와 모두진술부터, 피고인 출석, 증거조사, 최후진술, 형선고절차로 이어지는 공판의 전 과정과 이후의 절차 등에 대해서도 살펴 보았다. 당사자주의에 기반한 모델로 구축된 영국의 형사절차는 직권주의 모델을 택하고 있는 우리 법과는 여러 가지 면에서 접근 방법도, 개념화하는 맥락도 다르다고 할 수 있는데, 제도적 기반과 개념 자체가 다른 나라의 이론과 제도가 우리의 법 이해와 실천에 과연 어떤 유익을 가져올 수 있을까 의문을 가질 수도 있지만, 결국 서로 다른 접근법들도 비슷한 고민과 문제를 해결하기 위한 노력에서 발전해 온 것으로 보인다. 예컨대, 공범의 자백이 피고인의 공소사실에 대한 유일한 증거일 때 자백의 보강법칙 적용 여부로 해결하는 우리나라의 접근법¹³⁹⁷⁾과 달리, 영국은 공범의 자백을 전문법칙의 예외로 인정할 것인지 여부로 해결하려고 한다는 점에서 다른 접근법을 취하고 있는 것 같아 보이기도 한다. 그러나 피고인이 아닌 공범의 자백을 받아내고자 하는 편중 수사를 막기 위해 공범의 자백을 피고인에

이며, 우리는 그에게 가거나 그를 보내지 않을 것이다."

1394) Habeas Corpus Act 1679.

1395) Neil Douglas McFeeley, "The Historical Development of Habeas Corpus", Southwestern Law Journal Vol. 30 No. 3, 1976, 589면.

1396) Amanda, L. Tyler, Habeas Corpus: A Very Short Introduction, Oxford University Press, 2021, 95면.

1397) 배종대/홍영기, 형사소송법 제2판, 홍문사, 2020., 404-407면.

게 불리한 증거로 사용하는 것을 제한해야 하는 현실적 필요와 문제의식만큼은 동일하다고 할 수 있다. 또 다른 예로는 상소제도 역시 우리나라의 경우에는 상소권자, 상소이익 등 추상적인 개념을 전제로 이론을 구축하여 실무에 적용하고 이해해 가는 반면 영국의 경우 편의를 위해 실무절차를 상세히 규정한 규칙 등을 적용하여 해결하려 한다는 점에서, 비슷한 개념도 완전히 다른 틀로 이해하고 적용하려 시도하지만 근원에 깔린 해결하고자 하는 문제의식 자체는 유사하다는 것을 알 수 있다.

제2절 | 미국

1. 개관

지난 연구에서는 수사 및 형사재판의 일반적인 원칙과 절차에 대하여 검토하고, 미국 연방형사소송규칙을 중심으로 상소절차에 관한 일반적인 규정을 살펴보았다. 따라서 이번 연구에서는 지난 연구에서 생략하였거나 간략하게 소개한 내용을 보다 구체적으로 설명하고자 한다. 특히 유죄판결 이후 구제절차로서 재심제도(new trial)와 인신보호영장(Habeas Corpus)제도를 구체적으로 살펴보려고 한다. 전자는 유죄의 확정판결 후 일정한 기간 내에 새로운 증거가 발견되면 재판을 담당하였던 원심법원에 다시 재판을 요청할 수 있다는 점에서 우리의 재심제도와 유사하지만 1심 판결 후 재판이 확정되기 이전인 상소심 중에도 제기할 수 있다는 점에서 유죄의 확정판결에 대한 구제제도인 우리 재심제도와는 다르다. 인신보호영장제도는 확정판결 이후 수형자의 위법한 구금을 구제하기 위한 목적으로 영국의 커먼로에서 발전해온 제도인데, 미국의 재심제도와 차이점을 중심으로 살펴보려고 한다.

지난 연구에서 다루지 못한 추가 쟁점으로서, ① 보석제도, ② 공정한 재판을 위한 언론보도에 대한 제한 제도에 대하여 검토하고자 한다. ①과 관련, 미국 연방형사소송규칙은 구금된 상태에 있는 피고인의 석방에 관한 일반적인 규정을 제46조에서 규정하고 있는데, 구체적인 요건 및 절차는 「연방보석개혁법(the Federal Bail Reform Act)」(이하 보석개혁법)을 적용하도록 규정하고 있다. 연방법상 보석제도는 수사-재판-상소의 단계에서 각각 다른 규정이 적용되고 주의 경우는 연방보석개혁법과 다소 다른 규정이 적용되기도 하는데, 이번 연구에서는 주(州)보다는 연방 관할에 적용되는 연방보석개혁법을 중심으로 미국의 보석제도를 살펴보려고 한다. 보석개혁법은 수용시설의 과밀화와 보증금을 납부할 여력이 없는 피의자(피고인)에게 불리한 보석보증금 제도의 폐해를 해결하기 위해 1966년에 제정되고 1984년에 개정되었는데, 피해자 등 제3자에 대한 위해 방지의 측면도 고려하여 보석 여부를 결정하고 있으므로 이에 관련된 내용을 검토한다. ②와 관련해서는, 재판 전 또는 재판 도중 언론보도에 대하여 법원은 피의자·피고인의 공정한 재판을 받을 권리와 언론의 표현의 자유와의 관점에

서 언론보도의 제한 근거를 도출하고 있다. 이 쟁점은 수사 및 공판과정에서 주로 발생하므로 엄밀하게 보면 상소 및 기타 특별절차에는 해당하지 않는다. 다만, 그 구제는 인신보호영장제도 등을 통해 논의되므로 유죄판결 후의 구제절차 수단과 관련하여 보론으로 검토하고자 하며, 그 내용은 법원의 언론보도 제한 조치의 한계를 중심으로 살펴보고자 한다.

2. 상소와 특별절차

가. 이중위험금지원칙(double jeopardy)과 상소

이전 연구에서 검토한 바와 같이 미국의 항소 및 상고제도는 우리와 몇 가지 점에서 크게 다르다. 우선, 상소가 헌법상 피고인의 권리로 인정되지는 않지만 연방 및 각 주는 피고인의 항소 권리를 법률로 인정하고 있으면서도, 상고의 경우 상고허가 제도로 인해 우리와 같은 3심제도가 보장되지는 않는다.¹³⁹⁸⁾ 둘째, 피고인이 무죄판결을 선고받으면 이중위험금지의 원칙상 검사가 상소할 수는 없고, 피고인이 배심원이나 법원으로부터 유죄판결(또는 평결)을 선고받은 경우 피고인은 상소할 수 있으며 이 경우 검사도 상소할 수 있다. 또한 배심원이 유죄평결을 하였으나 재판장이 무죄판결(judgment of acquittal)을 한 경우에도 검사는 항소할 수 있다. 이 경우 항소이유가 인정되면 피고인에 대하여는 배심원의 유죄평결이 적용되고 이후 양형절차로 이전한다. 양형에 관하여 피고인은 물론 검사도 항소할 수 있다. 수정헌법 제5조의 이중위험금지원칙은 배심재판의 경우 배심원이 구성되고 선서하기 전까지, 법관재판의 경우는 첫 번째 증인이 선서하기 전까지 적용되지 않고, 항소법원에 의해 원심이 파기되는 경우에도 이 조항이 적용되지 않으므로 다시 재판할 수 있다.¹³⁹⁹⁾

이중위험금지원칙으로 인해 피고인이 1심법원에서 무죄판결을 받는 경우 검사가 항소할 수 없으므로 미국의 상소 절차는 피고인에게 유리하게 운영된다. 다만, 피고인

1398) 자세한 내용은, 최민영/배상균/강효원/강우예/이성기/김택수/손병현/정배근/이동희, Global Standard 마련을 위한 쟁점별 주요국 형사법령 비교연구(IV), 한국형사법무정책연구원, 2022, 241면 이하.

1399) 구체적인 내용은, 최민영/배상균/강효원/강우예/이성기/김택수/손병현/정배근/이동희, Global Standard 마련을 위한 쟁점별 주요국 형사법령 비교연구(IV), 한국형사법무정책연구원, 2022, 217면 이하.

이 무죄판결을 받더라도 검사는 피고인의 무죄 여부를 다투는 상소를 할 수는 없어도, 법률상 쟁점과 관련하여 통일된 해석을 위해 자문적 상소(advisory appeal)를 하는 것은 허용된다.¹⁴⁰⁰⁾ 따라서 법률적인 쟁점을 다투는 상고심의 경우 항소심과는 달리 검사의 상고에 대한 상고법원의 상고 허가 비율이 피고인의 상고 허가 비율보다 훨씬 높은 것으로 나타난다.¹⁴⁰¹⁾

나. 재심(new trial)

1) 개념

일반적인 상소와 구별할 개념으로서 재심제도가 있다. 피고인이 유죄의 판결을 선고받고 형을 선고받은 경우 피고인은 항소를 제기하는 것과 별도로 재심(new trial)을 청구할 수 있다. 다만, 우리의 재심과는 그 성격이 매우 다르다. 배심원의 유죄평결에 대한 피고인의 재심은 ① 증거의 증명력 판단을 이유로 하는 경우, ② 절차상 오류가 유죄판결에 영향을 미쳤음을 이유로 하는 경우,¹⁴⁰²⁾ ③ 무죄에 관한 새로운 증거가 발견된 경우에 청구할 수 있다. ①, ②는 연방형사소송규칙에 의하면 배심원의 평결 또는 법원의 유죄판결 선고 후 14일 이내에 청구하여야 한다.¹⁴⁰³⁾ ③은 원 판결의 선고 후 3년 이내에 하여야 한다(다만, 주에 따라서는 별도의 기한을 정하지 않기도 한다).¹⁴⁰⁴⁾ 유죄판결에 대한 재심 중 일반적으로 ①, ②는 양형을 선고하기 전에 재심을 청구하고 결정되기 때문에 재판이 최종 확정되기 이전에 이루어진다. 따라서 항소를 제기하기에 앞서 재심을 신청하는 경우가 일반적이다. 반면에 ③의 경우는 유죄판결이 확정된 후 일정 기간 내에 신청해야 한다는 한계가 있기는 하지만, 원칙적으로 우리의 재심의 개념과 유사하다.

1400) Wayne R. LaFave/Jerold H. Israel/Nancy J. King/Orin S. Kerr, Criminal Procedure Vol 7, 4th ed., Thomson West, 2022, §27.3(a).

1401) Wayne R. LaFave/Jerold H. Israel/Nancy J. King/Orin S. Kerr, Criminal Procedure Vol 7, 4th ed., Thomson West, 2022, §27.3(a).

1402) 이와 같은 사유로서, 변호인의 변론이나 조력이 충분하지 않았다는 주장, 검사의 재판상 진술이 객관적 증거없이 배심원에게 불필요한 암시나 추정을 불러일으켰거나, 배심원의 부적절한 재판상 행동 등을 들 수 있다.

1403) Fed. R. Crim. P. 33(b)(2).

1404) Fed. R. Crim. P. 33(b)(1).

2) 법원의 권한

연방형사소송규칙 제33(a)조는 피고인의 신청이 있으면 법원은 정의(interest of justice)의 관점에서 필요한 경우 유죄판결을 무효화하고 재심을 할 것을 결정할 수 있으며, 배심재판이 아닌 법원에 의한 재판인 경우는 해당 법원이 증언 등 필요한 증거조사를 거쳐 자체적으로 판결할 수 있다. 다만, 재심에 대한 신청은 피고인에 대한 불리한 유죄판결이 유효하다는 것을 전제로 하므로 재심사유가 있음에 대하여는 피고인 등 신청자에게 입증책임이 있다. 재심을 신청하는 경우 선서진술서(affidavit)로 해당 주장이 사실임을 뒷받침해야 하는데, 이때 신청을 받은 법원은 심사기일을 열 수도 있고, 열지 않을 수도 있다. 재심을 허가할 것인지의 여부를 판단할 때는 연방형사소송규칙 제52조에 따라 원심판결에 피고인의 기본적인 권리를 침해하는 명백한 오류가 있어야 하므로 그렇지 않은 경우는 재심을 불허해야 한다.¹⁴⁰⁵⁾

3) 재심 절차 및 요건

피고인은 증거의 증명력에 비추어 유죄판결이 타당하지 않다고 판단하는 경우 재심을 청구할 수 있다. 이 경우 법원은 증거의 증명력을 판단하여 증거가 유죄판결을 담보할 정도가 아니라고 판단하면 재심을 결정할 수 있다. 법원이 배심원의 유죄평결을 무효화하는 것이므로 극히 예외적인 경우에만 인정되는 것이다.¹⁴⁰⁶⁾

새로운 증거의 발견을 이유로 하는 재심의 경우, 대략 11개의 주와 콜롬비아 지구가 연방과 같이 3년의 기한을 규정하고, 17개 주는 1년에서 3년, 16개 주는 확정판결 후 60일 이내에, 캘리포니아, 뉴욕주와 같이 기한을 정하지 않거나, 3년을 초과하여 규정하는 주도 있다.¹⁴⁰⁷⁾ 다만, 유죄판결 이후 DNA 검사를 통한 새로운 증거의 발견은 대체로 이 기간의 제한을 받지 않는다.¹⁴⁰⁸⁾ 재심사유로서 새로운 증거발견이 인정되

1405) Charles A. Wright/Arthur R. Miller/Edward H. Cooper/Kenneth W. Graham, Jr., Federal Practice and Procedure Vol. 3, 5th ed., 2022, Thomson West, § 581.

1406) U.S. v. Crittenden, 46 F.4th 292, 297 (5th Cir. 2022).

1407) Wayne R. LaFare/Jerold H. Israel/Nancy J. King/Orin S. Kerr, Criminal Procedure Vol 6, 4th ed., Thomson West, 2022, §24.11(d).

1408) Wayne R. LaFare/Jerold H. Israel/Nancy J. King/Orin S. Kerr, Criminal Procedure Vol 6, 4th ed., Thomson West, 2022, §24.11(d).

기 위해서는 베리(Berry) 판결¹⁴⁰⁹⁾에서 제시된 6가지 요건(the Berry rule)을 충족하여야 하는데, 이를 핵심적으로 요약하면 ① 피고인에게 새롭게 발견된 증거일 것, ② 증거의 존재를 알지 못한 것이 피고인의 과실이 아닐 것, ③ 해당 증거가 원심판결의 다른 증거와 관련하여 중요한 의미를 가질 것이다.¹⁴¹⁰⁾ ①과 관련, 원심재판 이후 피고인이 처음 알게 된 증거일 것을 요구하고, ②와 관련, 피고인이 적절한 노력을 하였더라도 재판 도중 그와 같은 증거를 발견하지 못하였다는 점이 인정되어야 한다.¹⁴¹¹⁾ ③과 관련해서는, 새로운 증거가 설득력이 있어서 그 증거가 있었다면 피고인에게 유리한 판결이 선고될 확률이 그렇지 않을 확률보다 높다고 인정할 수 있어야 한다.¹⁴¹²⁾

법원이 재심 여부를 결정함에 있어서는 상당한 재량이 인정된다. 일반적으로 기일을 열지 않고 선서진술서나 진술조서 등으로 재심 여부를 결정하지만 공개된 법정에서 결정해야 하며, 새로운 증거의 증명력 판단도 법관의 책임과 권한이다.¹⁴¹³⁾

4) 상소 중의 재심 신청

피고인이 상소를 제기한 뒤 증거발견을 이유로 재심을 신청한 경우, 연방형사소송 규칙은 원심법원은 상소 결정이 있을 때까지 재심여부 결정을 하지 않을 수 있다고 규정하고 있다.¹⁴¹⁴⁾ 이 경우 법원은 재심 신청을 기각하거나 결정을 연기할 수도 있지만, 1) 재심신청을 인용한다거나 2) 원심판결에 상당한 법적 쟁점이 있다고 밝힐 수도 있는데, 1), 2)의 경우 재심 신청자는 항소법원에 이를 통지해야 하고, 항소법원은 그 사유에 따라 원심법원이 다시 판결할 것을 명할 수 있으며, 이 경우 원심법원은 다시 재판해야 한다.¹⁴¹⁵⁾

1409) Berry v. State, 10 Ga. 511 (1851).

1410) Wayne R. LaFave/Jerold H. Israel/Nancy J. King/Orin S. Kerr, Criminal Procedure Vol 6, 4th ed., Thomson West, 2022, §24.11(d).

1411) United States v. Johnson, 519 F.3d 478(D.C.Cir.2008)

1412) Wayne R. LaFave/Jerold H. Israel/Nancy J. King/Orin S. Kerr, Criminal Procedure Vol 6, 4th ed., Thomson West, 2022, §24.11(d)(그러나 이보다는 낮은 합리적인 개연성(reasonable probability)으로 족하다고 보는 연방법원 판결도 있다(People v. Soojian, 190 Cal.App.4th 491, 118 Cal.Rptr.3d 435(2010)).

1413) U.S. v. Wilkerson, 251 F.3d 273, 278 (1st Cir. 2001).

1414) Fed. R. Crim. P. 33(b)(1).

1415) Fed. R. Crim. P. 37(a)~(c).

다. 상소와 관련한 추가 쟁점

1) 항소심 계류 중의 원심법원의 구제 결정(indicative Ruling)

연방항소규칙 제4조(b)에 의해, 유죄판결에 대한 피고인의 항소는 원칙적으로 최종 판결 선고 또는 검사의 항소가 가능한 경우는 검사의 항소가 제기된 날 중 더 늦은 날로부터 14일 이내에 해야 한다. 검사의 항소가 허용되는 경우는 최종 판결 선고 또는 피고인의 항소제기일 중 더 늦은 날을 기준으로 30일 이내에 원심법원에 항소장을 제출해야 한다. 다만, 재심을 신청한 경우(새로운 증거의 발견을 이유로 하는 재심은 제외)에는 재심신청의 기각결정 후 14일 이내에 항소를 제기해야 한다.¹⁴¹⁶⁾

연방형사소송규칙 제33(b)(2)조는 새로운 증거발견을 이유로 하는 재심의 경우 항소 재판이 계류 중인 경우는 항소법원이 새로운 재판을 명하는 결정을 내리기 전까지 원심법원이 재심결정을 할 수 없다는 취지로 해석되어왔다. 그러나 2012년 연방형사소송규칙 제37조가 새로이 도입되면서 원심법원도 일정한 결정을 할 수 있게 되었다. 즉, 항소 제기 이후 원심판결에 재심과 같은 신청이 접수된 경우, 이전에는 항소심 법원의 결정전까지 원심법원은 해당 결정을 할 수 없었지만, 이제는 제37조에 따라 원심법원이 재심사유에 대하여 항소심 법원에서 다시 판단할 것 명하면 재심의 개시를 하겠다는 의사를 표시하거나 해당 신청에 대한 법률상 쟁점이 상당함을 확인할 수 있고, 이 경우 신청인은 그 사실을 항소심 법원에 통지하여 항소법원이 이를 판단하여 원심법원의 의사표시에 따른 재심을 하도록 할 수 있다.

2) 항소심 계류 중의 형 집행

피고인이 사형을 선고받고 항소한 경우 법원은 사형집행을 보류해야 하며, 자유형의 경우 항소재판 중 보석으로 석방되면 자유형 집행은 정지되지만 만약 보석이 불허된 경우(유죄판결 후의 보석에 관하여는 후술함) 법원은 피고인이 항소재판을 준비하기 위해 필요한 기간 동안 법원과 가까운 구금시설에 구금할 것을 법무부장관에게 권고할 수 있다.¹⁴¹⁷⁾ 피고인이 벌금을 선고받은 경우 원심법원이나 항소법원에게는

¹⁴¹⁶⁾ Fed. R. App. P. 4(b)(3)(A).

¹⁴¹⁷⁾ Fed. R. Crim. P. 38(a)~(b).

필요하다고 인정되는 범위 내에서 폭넓은 재량이 인정된다. 법원은 벌금형 집행을 보류할 수 있고, 벌금 및 비용의 전부 또는 일부를 예치하거나 보증서를 제출하거나 피고인에게 재산조사서를 제출하게 하고 피고인에게 관련 재산을 처분하지 않도록 명할 수 있다.¹⁴¹⁸⁾ 그러나 벌금이나 비용을 예치하였더라도 벌금을 납부한 것은 아니므로 만약 피고인이 재판 도중에 사망하면 예치된 금원에 대한 벌금을 징수할 수 없다.¹⁴¹⁹⁾

라. 인신보호재판

1) 개념 및 연혁

앞서 살펴본 바와 같이, 미국의 재심은 시간상의 제약이 있고, 새로운 무죄의 증거가 발견된 경우와 관련해서는 그 요건과 범위가 제한적이기 때문에 재심의 활용 범위가 넓지 않다. 따라서 이하에서 살펴보는 바와 같이 피구금자의 구제절차 측면에서 적용 범위가 더 넓은 인신보호재판이 활성화되면서 오늘날 미국에서는 오히려 인신보호제도가 재심제도의 기능을 대체한다는 평가를 받는다.

Habeas Corpus는 원래 1679년 국왕이나 국가의 불법 구금으로부터 시민을 보호하기 위해 사법부의 통제를 허용하는 인신보호법(Habeas Corpus Act of 1679)에서 유래된 제도로서 미국 제헌헌법 당시부터 헌법상의 권리로 규정되었다.¹⁴²⁰⁾ 미국 연방헌법 제1조 제9항 제2절은 “인신보호영장의 특권은 내란 또는 외환 시 공공의 안전에 의해 요구되는 경우가 아닌 한 정지되어서는 안된다.”고 규정하고 있다. 미국 연방법원은 연방뿐만 아니라 주의 구금시설에 구금된 사람의 구금의 적법성을 판단하기 위해 피구금인을 법원으로 구인한 뒤 증언을 청취하는 등의 재판을 진행하기 위해 인신보호영장을 발부할 수 있다. 따라서 이 인신보호제도는 피구금자가 구금인(교도소장 또는 간수 등)을 상대로 구금시설의 관할법원에 제기하는 민사소송의 성격을

1418) Fed. R. Crim. P. 38(c).

1419) U.S. v. Morton, 635 F.2d 723, 725 (8th Cir. 1980).

1420) 이 제도의 역사적 유래와 발전에 대한 국내논문으로는, 이상현, “미국 형사소송법상 인신보호영장(a Writ of Habeas Corpus) 제도에 대한 연구”, 법학논총 제30집, 숭실대학교 법학연구소, 2013, 21면 이하 참조.

갖는다. 다만, 그 내용은 구금의 원인이 된 판결의 적법성을 다투는 재심으로서 형사소송절차의 성격도 갖고 있다. 그러나 반드시 형사절차에 의해 구금된 사람만을 대상으로 하지 않는다. 예컨대, 정신병원에 구금된 사람도 이 절차를 통해 구금의 적법성을 다툴 수 있다. 현재 연방법에 법적 근거를 두고 있으며 모든 주에서 형사재판으로 구금된 사람에게 적용될 뿐만 아니라 연방 관할의 경우 확정된 유죄판결로 구금된 사람에 대한 재심의 근거도 된다.

인신보호재판은 헌법, 법률, 조약의 위반으로 불법 구금된 사람을 구제하기 위한 것이므로 형사사건의 경우 원칙적으로 구금된 피고인에게만 허용된다. 다만, 유죄의 확정판결을 받은 피고인뿐만 아니라 공판 전 구금이나 추방 명령과 같이 공판 전 단계에서도 적용될 수도 있다. 구금된 사람을 대상으로 하며, 상소절차 등을 모두 거친 후에 신청할 수 있기 때문에 상소와 별도로 신청할 수 있는 재심과 원칙적으로 다르다. 반면에 인신보호재판의 목적은 오직 구금이 불법인지 여부를 판단하는 부수적인 구제절차(collateral remedy)이므로, 구금의 목적이 된 법원 판결의 당부를 함께 판단할 수는 있지만 재심과 같이 그 판결을 파기하는 효과는 없다.¹⁴²¹⁾ 다만, 주법에 의해 구금된 자는 구금된 장소의 관할 연방법원에 신청하는 것과 달리, 연방법에 의해 구금된 경우에는 그 신청을 원심판결 법원에 하게 되어 있고 해당 연방법원은 피구금자의 석방뿐만 아니라 원심판결을 파기하고 새로운 형을 선고하거나 재심을 개시할 권한이 있으므로 원심판결을 파기할 수 있다. 주법에 따른 구금의 경우는 연방법원이 해당 신청을 인용하는 경우 구금된 자를 석방하거나 새로운 재판을 하도록 명할 수 있다.

2) 신청 요건 및 절차

인신보호영장을 신청하는 사람은 두 가지 요건이 충족되어야 한다. 첫째, 구금된 자여야 한다. 둘째, 주의 관할에 구금된 자는 주의 가능한 모든 구제 절차를 거쳤어야 한다. 이 경우 모든 연방법원(연방대법원, 연방항소법원, 연방지방법원)은 해당 관할 내의 구금된 자의 인신보호영장신청에 대한 관할권이 있다.¹⁴²²⁾ 관할권이 있는 연방

1421) Ex parte Morris, 171 Tex. Crim. 499, 352 S.W.2d 125, 129(1961).

1422) 28 U.S.C. §2241(a).

법원의 판사는 인신보호영장이 신청되면 해당 사유를 판단하여 신청인을 해당 법원으로 인치하라는 명령을 내릴 수 있다.

(1) 신청권자

연방법에 의한 인신보호제도는 헌법, 법률, 조약에 위반되어 구금된 자에게만 적용된다.¹⁴²³⁾ 다만, 그 구금의 범위는 유죄판결로 인한 형 집행만을 의미하는 것은 아니다. 실제 물리적으로 구금된 자뿐만 아니라 신체적 제약을 받는 경우를 포함한다. 따라서 가석방 중인 사람도 구금된 자에 해당할 수 있다.¹⁴²⁴⁾ 구금 여부는 신청 당시를 기준으로 한다. 따라서 신청 후라면 석방된 자도 해당 심사를 받을 수 있다.¹⁴²⁵⁾ 미국 내에 구금된 자라면 미국 시민이 아닌 외국인도 그 적용을 받는다.¹⁴²⁶⁾ 공판 전 구금에 대하여도 적용되는지 여부에 대하여는, 적용된다는 연방 제9 항소법원의 판결¹⁴²⁷⁾과 공판 전 구금에 대하여는 오직 보석에 관한 규정만 적용된다는 연방 제3 항소법원 등의 판결¹⁴²⁸⁾이 엇갈리고 있다. 치료감호로 구금된 자도 대상이 된다.¹⁴²⁹⁾ 원칙적으로 인신보호영장은 본인이 신청해야 하므로 제3자는 신청 자격이 없지만, 본인이 스스로 신청할 수 없는 정당한 이유가 있고 신청자가 본인의 이익을 위할 정도의 가까운 관계인 경우에는 허용될 수 있다.¹⁴³⁰⁾

(2) 신청요건

주법에 의해 구금된 자가 인신보호영장을 신청하는 경우 보충성의 원칙에 의해 주법에 따른 구제절차를 모두 거쳐야 한다.¹⁴³¹⁾ 따라서 항소나 재심이 가능한 경우 이러한 보충성의 원칙을 충족하지 않는다. 다만, 주의 법률에 따른 적절한 구제절차가 마련되어 있지 않거나 절차가 마련되어 있다고 하더라도 그 절차가 신청인의 권리를 보호하기에 효과적이지 않은 경우는 예외로 한다. 연방법에 따른 구금의 경우 1년의

1423) 28 U.S.C. §2241(c).

1424) Jones v. Cunningham, 371 U.S. 236(1963).

1425) Carafas v. LaVallee, 391 U.S. 234(1968).

1426) Rasul v. Bush, 542 U.S. 466(2004).

1427) Dominguez v. Kernan, 906 F.3d 1127(9th Cir.2018).

1428) Reese v. Warden Philadelphia FDC, 904 F.3d 244(3d Cir.2018)

1429) Stanbridge v. Scott, 791 F.3d 715(7th Cir.2015)

1430) 28 U.S.C. §2242.

1431) 28 U.S.C. §2254.

제척기간이 적용되는데, ① 유죄판결이 확정된 날, ② 주 정부의 행위로 신청을 방해받은 경우 그 장애가 제거된 날, ③ 새로운 헌법적 권리가 인신보호신청에 소급 적용되는 경우 그 권리가 연방대법원에 의해 인정된 날, ④ 신청사유를 뒷받침하는 사실관계가 선량한 주의의무(due diligence)에 의해 발견될 수 있었던 날 중 가장 최근의 날로부터 1년이다.¹⁴³²⁾ 다만, 보충성의 원칙이나 제척기간의 적용에는 다양한 예외가 존재하는데 이에 대한 자세한 설명은 생략한다.

(3) 관할

주법에 의해 구금된 자는 해당 구금 장소를 관할하는 법원에 신청해야 하지만, 연방법에 의해 구금된 자는 연방법 제2255조에 따라 형을 선고한 법원에 신청한다. 제2255조는 신청자의 구금이 헌법이나 연방법을 위반한 경우, 구금된 자가 형을 선고한 법원에 그 형의 취소 등을 선고할 것을 신청할 수 있다고 규정하는데,¹⁴³³⁾ 주 구금시설에서 구금된 자의 인신보호영장 신청 관할이 구금 장소의 연방관할법원인 점과 구분된다. 이 조항은 연방시설에 구금된 사건의 경우 해당 형을 선고한 연방법원이 사실관계 및 재판 경과를 잘 알기 때문에 재판을 더 효율적으로 진행하도록 고려한 것이다.¹⁴³⁴⁾ 연방법에 따라 구금된 자는 제2255조가 적용되므로, 이 조항에 따라 인신보호영장 심사를 하는 법원은 해당 판결을 무효화하고 피구금자에 대한 석방을 명하는 것뿐만 아니라, 재심을 개시하는 등 필요한 조치를 취할 수도 있다.¹⁴³⁵⁾

(4) 대상

주법이나 연방법에 의해 구금된 자 모두 해당 구금이 연방헌법, 연방법률, 조약을 위반한 것이어야 한다. 따라서 주의 경우 연방헌법의 위반에 해당하지 않는 주법위반에 관한 사유는 연방의 인신보호영장 신청 대상이 아니다.¹⁴³⁶⁾ 주 대법원이 주의 법률을 잘못 해석하였다는 이유로 인신보호영장을 신청한 경우도 연방법상 인신보호영장 대상이 아니다.¹⁴³⁷⁾ 다만, 주법의 적용이나 해석이 매우 작위적이거나 일관성이 없어

1432) 28 U.S.C. §2255(f).

1433) 28 U.S.C. §2255.

1434) Brian R. Means, *Federal Habeas Manual*, 2023 ed, Thomson West, 2023, § 1:28.

1435) 28 U.S.C. §2255(b).

1436) *Estelle v. McGuire*, 502 U.S. 62(1991).

1437) *Farrar v. Raemisch*, 924 F.3d 1126, 1133–34(10th Cir. 2019).

서 그 자체가 적정절차를 위반한 경우로 인정된다면 연방헌법위반이 될 수 있다.¹⁴³⁸⁾ 헌법이나 연방법률 위반과 무관하게 무죄를 이유만으로 신청할 수는 없다. 따라서 이러한 헌법이나 법률위반의 주장이 없이 재판에 제출된 바 없는 신규 증거를 이유로 무죄를 주장하는 경우는 인신보호영장 신청 대상이 아니다.¹⁴³⁹⁾ 그러나 무죄라고 판단할 만한 개연성이 높은 증거가 있는 경우에도 불구하고-특히 사형선고 사건의 경우-이를 무시하고 형을 집행하는 것은 적정절차의 원리에 반하므로 인신보호영장 신청이 될 수 있다는 점에서, 헌법 등의 위반과 독립된 무죄의 주장을 근거로 하는 인신보호영장 신청이 완전히 배제되는 것은 아니다.¹⁴⁴⁰⁾

(5) 심사절차

신청을 받은 법원은 신청이 적법한 경우 신청인의 신병을 구금하고 있는 피신청인에게 구금 사유를 소명하도록 하고, 이 명령을 받은 피신청인은 3일 이내에(부득이한 경우 20일 이내에) 소명하여야 한다.¹⁴⁴¹⁾ 주의 법에 따라 구금된 자의 인신보호영장 신청의 경우 법원은 주 검찰총장 등 관계자에게 해당 사실을 통보해야 한다.¹⁴⁴²⁾ 법원은 소명을 받은 후 특별한 경우가 아니면 5일 이내에 심리기일을 열어야 한다.¹⁴⁴³⁾ 인신보호영장 신청 사유가 법적 쟁점에 한정된 것이 아닌 한 법원은 구금된 자의 출석을 명하여야 하며, 그에 따라 출석한 자는 선서하고 피신청인이 소명한 바에 대하여 증언할 수 있다.¹⁴⁴⁴⁾ 심시기일에 법원은 원심법원의 사실확인서를 제출받아 증거로 삼을 수 있고,¹⁴⁴⁵⁾ 당사자의 구두 진술 또는 선서진술서를 증거로 채택할 수 있다.¹⁴⁴⁶⁾ 법원은 필요한 경우 증거조사를 할 수 있으며 구체적인 절차는 주법에 의한 구금인지, 연방법에 의한 구금인지 여부에 따라 연방규칙으로 달리 정하고 있다.¹⁴⁴⁷⁾

1438) Lyons v. Brady, 666 F.3d 51, 55-56(1st Cir. 2012)

1439) Herrera v. Collins, 506 U.S. 390, 400(1993).

1440) Davis v. Humphrey, 131 S. Ct. 1787 (2011)(Brian R. Means, Federal Habeas Manual, 2023 ed, Thomson West, 2023, § 1:16).

1441) 28 U.S.C. §2243.

1442) 28 U.S.C. §2252.

1443) 28 U.S.C. §2243.

1444) 28 U.S.C. §2243.

1445) 28 U.S.C. §2245.

1446) 28 U.S.C. §2246.

1447) 28 U.S.C. §2254 & §2255에 대한 규칙.

이 연방 규칙에 규정되어 있지 않은 사항에 대하여는 규칙에 어긋나지 않는 범위 내에서 민사소송규칙이 적용될 수 있다. 심사결과 법원이 신청인의 석방 등 필요한 조치를 명한 경우, 연방법에 의해 구금된 자에 대한 결정은 원칙적으로 연방항소법원에 항소할 수 있다.¹⁴⁴⁸⁾

(6) 구제조치

원래 인신보호영장은 부당한 구금을 구제하기 위한 절차로서 인신보호신청이 받아들여지면 석방을 명하는 구제조치를 하였지만, 연방대법원은 구제조치가 반드시 석방이어야 하는 것은 아니므로 연방법원은 구제에 필요한 다른 적절한 조치를 할 수 있다고 판시하였다.¹⁴⁴⁹⁾ 이중위험금지의 원칙을 위반한 경우와 같이 원심재판의 정당성을 전혀 인정하기 어려운 경우에는 당연히 피고인의 석방을 명하여야 하지만, 그렇지 않고 피고인의 헌법적 권리를 침해한 경우에는 피구금인을 석방하기보다는, 다시 심리를 열어 해당 쟁점에 대한 결정을 하도록 할 수도 있고, 그럼에도 불구하고 원판결의 법원이 다시 재판을 하지 않을 때 석방하도록 조건부 석방명령을 할 수도 있다.¹⁴⁵⁰⁾ 인신보호재판신청 이후 피고인이 위법을 이유로 이미 석방된 경우에도 인신보호재판법원은 유죄판결로 인한 불명예와 불이익을 제거하기 위해 유죄판결이 무효임을 선언하는 결정을 할 수도 있다.¹⁴⁵¹⁾ 또한, 연방관할에서의 구금인 경우 원심법원인 연방법원에서 인신보호재판을 진행하므로 인신보호신청 사유가 인정되면 다시 재판을 할 수 있고, 주 관할에서의 구금인 경우에는 연방법원이 주 법원에 다시 재판하거나 그렇지 않으면 피고인을 석방하도록 명할 수 있다.¹⁴⁵²⁾ 구금시설의 비인간적인 처우에 대한 인신보호영장의 신청도 가능하므로 만약 신청사유가 인정되는 경우 그 처우를 개선하도록 명할 수 있고, 만약 개선되지 않으면 석방하도록 명하는 것도 가능하다.¹⁴⁵³⁾

1448) 28 U.S.C. §2253.

1449) Peyton v. Rowe, 391 US 54(1968); North Carolina v. Pearce, 395 US 711(1969).

1450) Ronald P. Sokol, "Federal Habeas Corpus Practice", American Jurisprudence Trials Vol. 20, Lawyers Cooperative Publishing, 1973, §54.

1451) Ronald P. Sokol, "Federal Habeas Corpus Practice", American Jurisprudence Trials Vol. 20, Lawyers Cooperative Publishing, 1973, §55.

1452) Rogers v. Richmond, 365 US 534(1961).

1453) Ronald P. Sokol, "Federal Habeas Corpus Practice", American Jurisprudence Trials Vol. 20, Lawyers Cooperative Publishing, 1973, §55.

3) 관련 판례

□ 자백의 임의성 관련 사례(Rogers v. Richmond, 1961)¹⁴⁵⁴⁾

■ 사실관계

1961년 연방대법원 판결은 피고인 자백의 임의성에 관한 것이 쟁점이었다. 피고인 A는 살인죄로 기소되어 경찰 수사관에게 자백을 하였고 그 자백이 유죄로 인정되어 유죄의 선고를 받았다. 주 법원에 항소하였지만 기각을 당하자 A는 연방법원에 인신보호영장을 신청하였으나 기각을 당하였고, 항소법원도 원심 연방법원의 기각에 대한 항소를 기각하였다.

■ 결정요지

연방대법원은 적정절차의 원칙에 비추어 볼 때, 자백의 임의성에 관한 판단은 해당 자백이 진실인지 여부에 대한 것이 아니라, 수사관의 자백취득과정에서의 행위가 A의 자유로운 의지를 압도하여 피고인이 자백에 대한 자의적인 결정을 하지 못한 결과를 초래한 것인지를 여부를 판단하는 것이므로, 항소법원은 해당 쟁점을 다시 판단하여 주 법원이 합리적인 시간 내에 다시 재판하고 그 결과에 따라 A에 대한 석방여부를 결정할 것을 명하는 판결을 하였다.¹⁴⁵⁵⁾

■ 판례해설

연방대법원은 피고인에 대한 수사기관의 자백 취득과정의 위법성을 판단하는 기준이 자백이 진실에 부합하는지 유무가 아닌 자백취득 과정이 피고인의 자유로운 의사를 침해한 것인지를 판단하는 것이 헌법상 기준임을 명확히 하였다. 헌법상 적법절차 기준에 따른 인신보호재판이 결과적으로 주 법원의 유무죄 실체 재판에 영향을 미칠 수도 있음을 보여준다.

1454) Rogers v. Richmond, 365 US 534, 549(1961).

1455) Rogers v. Richmond, 365 US 534(1961).

□ 양형판단과 관련한 사례(Abdul-Kabir v. Quarterman, 2007)

■ 사실관계

피고인 A는 텍사스주에서 살인죄로 사형을 선고받았다. 양형재판에서 A는 자신의 불우했던 생활환경 및 신경장애를 형의 감경사유로 제출하였다. 그런데 법원은 사형선고에 있어서 범죄의 고의 및 향후 피고인의 위험성에 대하여만 결정하도록 배심원설시를 하였다. 사형을 선고받은 A는 배심원들이 모든 양형 감경사유를 고려하도록 배심원설시를 하지 않았다는 이유로 연방법원에 인신보호제판을 신청하였으나 기각되었고, 항소하였으나 연방항소법원은 양형의 감경사유는 위헌 관련성이 없다는 이유로 기각하였다. 그러나 연방대법원은 항소법원의 위헌 관련성 결정을 파기하고 다시 판결하도록 하였다. 그런데 항소법원은 A의 모든 감경사유에 대하여 배심원이 고려할 기회를 부여받은 것이라고 판단하고 A의 인신보호신청을 다시 기각하였다.

■ 결정요지

배심원들이 사형을 결정함에 있어서 법원이 피고인의 고의성과 장래 위험성만을 고려하도록 설시한 것은 피고인이 원하는 감경사유를 고려하도록 한 것이 아니므로 원심법원의 판단은 사형을 선고함에 있어서 모든 감경요건에 대하여 의미 있는 고려가 있어야 한다는 연방대법원의 판결 취지에 반하여 헌법에 위배된다. 따라서 연방항소법원의 결정을 파기하고 다시 결정할 것을 명한다.

■ 판례해설

연방대법원은 텍사스 배심원 설시 규정이 사형의 양형 사유 판단에 있어서 모든 감경요건에 대한 의미 있는 고려를 하도록 한 연방대법원의 판결 취지에 반하는 것이라고 보고 다시 양형을 판단할 것을 요구하였다. 인신보호영장 재판이 유무죄 뿐만 아니라 양형판단에 있어서도 유효한 구제수단이 될 수 있음을 보여준다.

3. 수사·공판·상소절차에서의 보석

가. 개관

피고인이 법정형이 사형이 아닌 범죄로 기소된 경우 공판이 진행되기 전 보증금 납입을 조건으로 석방될 권리는 미국의 건국 후 전통적으로 인정되어 왔다. 보석에 관한 피고인의 권리는 수정헌법 제8조에서 보장하고 있다.¹⁴⁵⁶⁾ 유죄판결 전 피고인에 대한 구금은 공판절차 및 형 집행에 단계에서 피고인의 출석을 담보하기 위한 것이었는데, 1970년대부터는 피고인이 석방될 경우에 지역사회에의 위해 가능성 등 피고인의 잠재적 위험성에 따른 ‘예방적 구금(preventive detention)’이 보석요건으로 추가되었다. 1970년에 컬럼비아 지구(the District of Columbia)에서 예방적 구금을 보석요건으로 처음 규정하기 시작하면서 현재는 보석개혁법에도 규정되어 운영되고 있다. 기존의 보석목적은 피고인에 대한 향후 재판에의 출석을 담보하는 것이었지만, 예방적 구금은 일정한 중대범죄를 저지른 피고인의 위험성을 판단하여 보석을 불허할 수 있는 것으로서, 위험성을 이유로 하는 보석불허 결정은 일반 보석불허 요건보다는 강화되어 있다(이에 대하여는 후술한다).

1946년에 연방형사소송규칙이 제정되면서 제46조에서 보석에 관한 규정을 두었으나 1966년 연방보석개혁법이 제정되면서 구체적인 보석요건은 보석개혁법에 의하도록 규정하고 있다. 1966년 연방보석개혁법의 제정취지는 경제적 여건과 관계없이 모든 피고인이 불필요한 구금을 당하지 않도록 하는 것이었다. 그러나 공판 전 보석으로 석방된 피고인의 재범이 사회적으로 문제가 되자 보석요건에서 피고인의 재범 등 위험성을 고려하면서도,¹⁴⁵⁷⁾ 보석보증금을 납부할 여력이 없는 피고인에게도 보석을 허용할 수 있도록 피고인의 출석을 합리적으로 담보할 정도의 보석금을 부과할 수 있게 보석요건을 현실화하는 것을 목적으로 1984년에 연방보석개혁법이 전면 개정되었다.

1456) “과다한 보석금은 요구되지 않으며, 과도한 벌금도 부과되지 않으며, 잔인하고 이례적인 형벌도 가할 수 없다(Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted.).”

1457) 이 규정의 합헌성은 연방대법원에 의해 인정되었다(United States v. Salerno, 481 U.S. 739(1987)).

현행 연방보석개혁법에 따르면, 피고인은 보석 보증금을 내지 않고 출석서약서나 신원보증 등의 요건에 따라 보석허가를 받을 수 있으며, 보증금을 공탁하거나 보증보험에 가입하여 보증보험을 제출하고 허가를 받을 수도 있다. 보증금을 납부한 경우 출석요건을 위반하지 않으면 보증금을 돌려받고, 위반한 경우에는 법원이 보증금을 몰취할 수 있다는 점에서 우리와 크게 다르지 않다. 다만, 용의자가 체포되어 경찰관서에 인치되면 구치소(jail)에 수감되어 입건(booking)절차를 밟은 후, 일반적으로 체포 시부터 24시간 이내에 이루어지는 최초출석절차에서 치안판사(magistrate judge)¹⁴⁵⁸⁾ 등 법관으로부터 구금심사(detention hearing)를 받고 석방되는 것이 일반적이라는 점에서 공소제기 후 피고인의 보석을 원칙으로 하는 우리와는 적용대상이 다르다. 구금심사는 향후 재판의 출석가능성과 타인에 대한 위해가능성을 고려하여 결정한다.¹⁴⁵⁹⁾ 다만, 연방과 주에 따라 요건 및 절차에 다소 차이가 있다. 연방보석개혁법은 연방관할에만 적용되며 주에는 원칙적으로 적용되지 않지만, 미국 보석제도의 일반적인 특징을 소개하기 위한 목적에서 연방보석개혁법을 중심으로 미국의 보석제도를 검토하고자 한다.

나. 연방보석개혁법(the Federal Bail Reform Act)

연방형사소송규칙 제46조는 공판이 진행되기 전 단계, 공판진행 단계, 판결 선고 및 항소단계, 집행유예 요건에 대한 위반 심사 등에 대하여 각각 별도의 보석 규정을 적용하도록 규정하고 있다. ① 공판 진행 전 단계에서는 연방보석개혁법 제3142조부터 3144조까지의 규정을, ② 공판진행 단계에서는 수소법원의 재량에 따라 보석조건을 변경하거나 취소할 수 있도록 허용하고, ③ 판결 선고 및 항소단계에서는 연방보석개혁법 제3143조를 적용하도록 규정하고 있다. 집행유예 요건 위반 심사 등에 대하여는 연방형사소송규칙 제32.1(a)(6)을 적용하도록 규정하고 있다. 이하에서는 우리 공판절차 단계에서의 보석에 비교할 수 있는 ①~③에 대하여 검토하고자 한다.

1458) 일반적으로 치안판사로 번역되지만, 판사를 보좌하는 역할을 담당한다는 점에서 부판사라고도 번역된다.

1459) 18 U.S.C. §3142(f)(2).

1) 공판 전 보석

향후 피고인에게 형사절차의 출석이 담보되지 않거나 제3자나 공동체의 안전을 위협하게 할 가능성이 있는 경우가 아니면, ① 판사 또는 치안판사는 보석기간에 범죄를 저지르지 않을 것과 DNA 샘플 채취-특정 연방범죄에 해당하여 보석 요건으로서 디엔에이 샘플 채취가 의무적으로 요구되는 경우-를 조건으로 서약서(personal recognizance) 또는 무담보출석보증서(unsecured appearance bond)¹⁴⁶⁰⁾를 제출하게 하고 보석을 허가할 수 있다.¹⁴⁶¹⁾ 그러나 이러한 서약서 등만으로 출석이 담보되지 않거나 제3자에 대한 위협의 우려가 있는 경우에는, 지정된 자의 관리감독하에 있을 것을 조건으로 하거나, 피고인의 고용유지 또는 무직자의 경우 적극적인 취업 활동, 교육·훈련프로그램의 참가 유지, 접근이 가능한 사람, 장소, 거주, 여행 등의 제한, 기타 출석을 담보하기 위해 합리적으로 필요한 요건을 ①에 추가하여 보석을 허가할 수 있다.¹⁴⁶²⁾ 또한 법원은 어느 때라도 보석조건을 추가하거나 변경할 수 있다.¹⁴⁶³⁾ 이 법에서 법원은 금전적 보석조건 부과로 인해 결과적으로 피고인이 구금되도록 하는 것은 금지된다고 규정하지만,¹⁴⁶⁴⁾ 금전적 요건 이외의 다른 보석요건을 고려하여¹⁴⁶⁵⁾ 법원이 금전적 요건 이외의 어떠한 요건으로도 피고인의 출석을 담보할 합리적인 수단이 없다고 판단할 때는 보석을 불허할 수 있다고 해석된다.¹⁴⁶⁶⁾ 법원이 보석을 결정하기 전에 연방법원에 소속된 공판 전 서비스부서(pretrial service office)에서 피고인의 과거 기록, 기소된 범죄의 성격, 보석에 대한 의견 등을 서면으로 판사, 검사, 변호인에게 제공한다.¹⁴⁶⁷⁾

1460) 사전에 보석보증금을 납부하지 않고 불출석 시에 보증금을 납부할 것을 서약하는 형태로 진행된다. 때에 따라서는 연대보증인의 서명을 받는 경우도 있다.

1461) 18 U.S.C. §3142(b).

1462) 18 U.S.C. §3142(c)(연방법에는 모두 14가지 요건을 규정하고 있으며 이 중 가장 규제가 덜한 어느 한 요건 또는 복수 요건에 따라 보석을 허가할 수 있다. 요건의 구체적인 설명은 생략한다).

1463) 18 U.S.C. §3142(c)(3).

1464) 18 U.S.C. §3142(c)(2).

1465) United States v. Infelise, 934 F.2d 103(7th Cir.1991).

1466) 18 U.S.C. §3142(e); U.S. v. Fidler, 419 F.3d 1026, 1028(9th Cir. 2005).

1467) 18 U.S.C. §3152

(1) 구금심사(Detention Hearing)

폭력 범죄, 법정형이 사형 또는 무기징역인 범죄, 마약범죄, 2회 이상의 중범죄 전과 피고인 등의 경우 검사의 신청에 의해 피고인에 대한 도주의 우려 및 위험성을 판단하기 위한 구금심사기일을 열어야 한다.¹⁴⁶⁸⁾ 그 이외의 범죄에 있어서는 도주의 우려가 중대할 때 및 피고인이 증인이나 배심원에 대한 위협을 가하려고 하였거나 가할 중대한 위험성이 있을 때 검사의 신청 또는 법원의 직권에 의해 구금심사기일을 열어야 한다.¹⁴⁶⁹⁾

법원의 결정은 크게 ① 서약서나 무담보출석보증서를 제출하게 하고 보석을 허가하는 경우, ② 그 이외의 보석요건에 따른 보석허가, ③ 보석요건 위반을 이유로 보석을 취소하는 결정, ④ 심사 후 보석을 불허하고 구금하는 것으로 구분할 수 있다.¹⁴⁷⁰⁾ 일반적인 법원의 보석결정은 피고인이 ①의 요건에 해당하지 않을 때는 ②요건에 따라 보석을 허가할지 여부를 결정하고 ①, ②요건 어느 것도 피고인의 출석과 타인 또는 지역사회에 대한 안전을 합리적으로 담보하지 못한다고 판단할 때에만 피고인을 계속 구금할 수 있다.¹⁴⁷¹⁾

1984년 연방보석개혁법을 개정할 당시 미국 의회는 보석요건이 적절한 수단이 되지 않는 위해 가능성이 있는 일부 피고인에 대하여만 한정하여 재판 전 구금이 이루어질 것을 기대하였지만 그러한 기대는 빗나간 것으로 평가받고 있다. 연방의 경우, 1988년에는 공판 전 체포된 피고인 중 대략 33% 정도가 보석불허결정을 받고 구금되었지만, 2018년 기준으로는 그 수가 75%에 달하는 것으로 분석되었다.¹⁴⁷²⁾ 연방의 경우 주보다 보석률이 더 낮은 것으로 보고되는데, 그 이유는 연방범죄가 주 범죄에 비해 비교적 중대한 범죄이고 연방정부가 연방범죄에 대하여 엄격한 처벌 태도를 보이는 것 이외에도, 피의자의 도주 및 지역사회에 미칠 위험성의 증가가 복합적으로 작용하는 것으로 분석된다.¹⁴⁷³⁾ 체포된 피고인은 피고인 본인 또는 검사가 5일의 영업

1468) 18 U.S.C.A. §3142(e)(1)(2).

1469) 18 U.S.C.A. §3142(f)(2); United States v. Byrd, 969 F.2d 106(5th Cir.1992).

1470) 18 U.S.C. §3142(a) (1)~(4).

1471) 18 U.S.C. §3142(c).

1472) Matthew G. Rowland, "The Rising Federal Pretrial Detention Rate, in Context", Federal Probation Vol. 82 No. 2, 2018, 13면.

1473) Matthew G. Rowland, "The Rising Federal Pretrial Detention Rate, in Context", Federal Probation Vol. 82 No. 2, 2018, 20면.

일을 넘지 않는 기간 내에서 연기를 요청하지 않는 이상 최초출석기일에서 구금심사 기일을 열어 계속적인 구금 여부를 결정하여야 한다. 구금심사에서 피고인은 변호인의 조력을 받을 권리가 인정되며, 피고인이 변호인을 선임하지 못하는 경우 법원이 변호인을 임명해주어야 한다.¹⁴⁷⁴⁾ 피고인은 해당 기일에 증언할 수 있고, 증인을 신청할 수 있으며, 증인에 대한 반대신문도 할 수 있고, 보석과 관련한 유리한 증거를 제출할 수 있으며, 다만, 해당 절차에서는 엄격한 증거법칙은 적용되지 않는다.¹⁴⁷⁵⁾

보석 불허 결정과 관련, 피고인의 도주 우려 등에 대한 입증책임은 검사가 지며 그 입증의 정도는 우위의 증거(preponderance of evidence)에 의하는 것이 일반적이다.¹⁴⁷⁶⁾ 그러나 제3자 또는 지역공동체에 대한 안전을 담보할 합리적인 수단이 없음에 대한 입증책임은 법원이 지는데, ‘분명하고 설득력 있는 증거(clear and convincing evidence)’¹⁴⁷⁷⁾로 입증하여야 한다.¹⁴⁷⁸⁾ 법원은 보석을 허가할 때 ① 범죄의 성격과 정황(폭력범죄, 테러, 마약, 총기, 폭발물 범죄, 청소년에 대한 범죄 등), ② 유죄 증거의 증명력, ③ 피고인의 성향과 과거 기록, ④ 피고인의 재범 위험성을 고려해야 한다.¹⁴⁷⁹⁾ 1984년 연방보석개혁법은 특별한 경우가 아니면 피고인의 보석허가 요건이 충족된다는 것을 추정하고 있지만, 중대범죄로 기소된 피고인이 보석 기간 중 범죄를 저지른 경력이 있는 경우에는 보석허가 요건을 충족하지 않는 것으로 추정하는 규정을 두고 있다.¹⁴⁸⁰⁾ 이는 우리 형사소송법 제95조가 보석 허가의 예외 규정을 두는 것과 유사하다. 다만, 우리에게 비해 그 적용 범위가 좁고 요건이 엄격하다는 점이 차이가 있다. 법원이 보석허가 결정을 하는 경우 보석기간 중 범죄를 저지르지 않을 것을

1474) 18 U.S.C. §3142(f)(2)(그러나 주(州)의 경우 최초출석절차에서 공공변호인(public defender)의 임명이 제도적으로 보장되지 않아 최초출석절차에서 주로 진행되는 구금심사에서 공공변호인의 지원이 보장된 주가 그다지 많지 않다고 한다(John P. Gross, “The Right to Counsel But Not the Presence of Counsel: A Survey of State Criminal Procedures for Pre-Trial Release”, Florida Law Review Vol. 69 No. 3, 2018, 841면.).

1475) 18 U.S.C. §3142(f)(2).

1476) Wayne R. LaFave/Jerold H. Israel/Nancy J. King/Orin S. Kerr, Criminal Procedure Vol 4, 4th ed., Thomson West, 2022, §12.1)(d)(이 기준은 수치로 표현하면 50%를 초과하는 것을 의미하는데, 일반적인 민사재판의 입증기준에 해당한다).

1477) 이 기준에 대하여 합리적인 확신을 갖는 정도라고도 판결하며, 이해를 돕기 위해 수치상으로는 대략 75%의 개연성을 의미한다고 설명하기도 한다. 입증기준에 대하여는 이 연구보고서 증거부분 참조.

1478) 18 U.S.C. §3142(f)(2).

1479) 18 U.S.C. §3142(g).

1480) 18 U.S.C. §3142(e)(2).

요건으로 분명히 하여야 하는 것¹⁴⁸¹⁾과 보석 후 불출석 행위에 대한 엄격한 처벌 규정을 두고 있는 것¹⁴⁸²⁾도 1984년 연방보석개혁법의 특징이다.

(2) 일정 범죄에 있어서 특정 보석요건의 의무화

피의자 및 피고인의 보석은 수정헌법 제8조에서 보장되는 권리이지만 2006년 제정된 「아담 월시 아동보호 및 안전 법(Adam Walsh Child Protection and Safety Act of 2006)」은 1984년 연방보석개혁법에 특정 보석요건을 의무화하도록 규정하였다. 2006년 ‘아담 월시 법(Adam Walsh Act)’은 아동·청소년에 대한 성폭력 범죄 등 일정한 범죄를 저지른 피고인에 대한 보석 허가 시에 법원이 전자감시(electric monitoring), 대인접촉 제한, 거주 및 여행의 제한, 일정한 보고 의무 등을 필수요건으로 규정하고 있다.¹⁴⁸³⁾ 그러나 이 강화된 보석요건에 대하여 위험과 합헌이라는 상반된 결정을 내린 판결이 있다. 예컨대, 네브라스카 지구 연방법원 치안판사는 아동포르노 소지 혐의로 체포된 피고인에게 전자감시 등의 의무적 보석요건을 적용하는 규정과 관련, 피고인이 범한 범죄는 아동을 접촉하는 등 직접적인 위해를 가한 것이 아니며, 전자감시 등을 한다고 해서 이 사건 범죄를 예방할 수 있는 것도 아니라는 점에서 연방보석개혁법의 해당 조항은 적정절차를 위반한 위헌조항이라고 판단한 바 있다.¹⁴⁸⁴⁾ 반면에 연방 제9 항소법원은 앞서 네브라스카 사건과 유사한 아동포르노 소지 등의 사건과 관련하여 이 조항에 따라 보석을 결정하는 판사가 피고인의 개인 사정에 따라 규정된 범위 내에서 전자감시 등의 의무적 요건을 최소화하여 적용할 수 있는 재량이 인정되므로 의무적 규정 자체만으로 위헌은 아니라고 판시하였다.¹⁴⁸⁵⁾ 현재 연방법원은 위 규정이 포괄적으로 위헌이라고 보기보다는 구체적인 사안에서 증거에 의해 그 필요성이 입증되면 합헌이라고 보고 있다. 예컨대, 공동피고인 A와 B 간의 상호 접촉금지를 보석요건으로 한 법원의 결정에 대하여 연방법원은 ‘아담 월시 법(Adam Walsh Act)’에 따른 보석요건 중 접촉 제한은 피해자나 증인 등에 대한 위해 방지를 위한 것으로서 피고인 간 접촉금지를 의무적인 보석요건으로 부과할 근거는 아니므로, 보석요건을

1481) 18 U.S.C. §3142(b),(c)(1).

1482) 18 U.S.C. §3147.

1483) 18 U.S.C. §3142(c)(1)(B)(xiv).

1484) United States v. Merritt, 612 F. Supp. 2d 1074(D. Neb.2009).

1485) United States v. Peeples, 630 F.3d 1136(9th Cir.2010).

피해자나 증인에 대한 직접 또는 간접적인 접촉금지로 요건을 변경하도록 하였지만 해당 조항을 위헌이라고 보지는 않았다.¹⁴⁸⁶⁾

(3) 이의신청

1966년 연방보석개혁법과 달리 1984년 연방보석개혁법은 피고인뿐만 아니라 검사의 이의신청도 허용한다. 사건이 계류 중인 법원이나 연방항소법원 이외의 법원(일반적으로 최초출석기일에서의 치안판사가 보석결정을 한 법원)에서 내린 보석결정에 대하여는 피고인 또는 검사가 보석결정 및 보석요건에 대하여 이의신청을 할 수 있으며, 이때 이의신청은 보석을 결정한 법원이 아닌 해당 사건이 계류 중인 연방지방법원에 제기해야 한다.¹⁴⁸⁷⁾ 다른 관할에서 체포된 경우 최초 출석이 체포된 장소의 관할법원에서 이루어지는 경우가 있으므로 보석도 피의자가 체포된 지역의 관할법원에서 할 수는 있지만, 그 보석결정에 대한 이의신청은 해당 사건이 계류된 법원에서 관할하도록 규정한 것이다. 이의신청을 받은 연방법원은 해당 이의신청에 관한 결정뿐만 아니라 직권으로 구금심사기일을 열어 피고인의 보석여부를 다시 결정할 권한이 있다.¹⁴⁸⁸⁾ 이의신청에 따른 연방법원의 석방 또는 구금 명령, 보석취소 또는 보석요건 변경 요청의 기각결정에 대한 항고는 연방항소법원에 하여야 한다.¹⁴⁸⁹⁾

(4) 보석에 의한 석방 후 불출석에 대한 제재

보석에 의해 석방된 피고인이 보석요건에 따른 출석의무를 위반하거나 형 집행을 위한 법원의 출석명령을 위반한 경우, 공소 제기된 사건의 법정형이 사형, 무기, 또는 15년 이상의 유기징역인 경우에는 10년 이하의 징역형 및(또는) 벌금, 5년 이상의 유기징역인 경우에는 5년 이내의 징역형 및(또는) 벌금, 그 이외의 중죄는 2년 이내의 징역형 및(또는) 벌금 등으로 처벌할 수 있다.¹⁴⁹⁰⁾ 다만, 불출석이 피고인이 통제할 수 없는 상황에 의한 것이었고 그 상황에 대하여 피고인의 중과실이 없음이 인정되면 출석위반죄에 대한 항변사유에 해당하여 면책된다.¹⁴⁹¹⁾ 피고인이 재판기일 또는 형

1486) United States v. Lillemoe, Crim. No. 3:15CR00025(JCH)(D. Conn. May. 28, 2015).

1487) 18 U.S.C. §3145(a),(c).

1488) U.S. v. Maull, 773 F.2d 1479, 1482-1483 (8th Cir. 1985).

1489) 18 U.S.C. §3145(c); 18 U.S.C.A. §3731.

1490) 18 U.S.C. §3146(a),(b).

1491) 18 U.S.C. §3146(c).

집행에 불출석한 경우 법원은 피고인의 출석위반행위에 대한 공소제기 여부와 관계없이 보석보증금을 몰취할 수 있다.¹⁴⁹²⁾ 불출석뿐만 아니라 보석요건 위반에 대하여도 보석보증금을 몰취할 수 있다.¹⁴⁹³⁾

(5) 보석요건 위반 행위에 대한 제재

보석으로 석방된 피고인이 보석요건을 위반한 경우 법원은 보석을 취소하고 구금을 명할 수 있으며, 검사는 피고인에 대하여 법정모독죄(contempt of court)로 기소할 수 있다.¹⁴⁹⁴⁾ 검사가 피고인이 보석요건을 위반하였다고 판단한 경우 연방법원에 보석취소 신청을 할 수 있고, 검사가 보석요건 위반죄에 대하여 공소를 제기하는 경우 법원은 피고인의 체포를 명하는 영장을 발부할 수 있다.¹⁴⁹⁵⁾ 이때 체포된 피고인의 인치는 법원이 명한 장소로 하지만 피고인이 별도의 다른 범죄를 저질르지 않고 보석요건 위반 행위로만 기소된 경우에는 가능하면 해당 보석요건을 결정한 법원으로 인치한다.¹⁴⁹⁶⁾ 인치 후, ①피고인이 보석기간 중 별도의 범죄를 저질렀다고 믿을만한 상당한 이유가 있거나 보석요건을 위반한 데 대한 분명하고 설득력 있는 증거가 있고,¹⁴⁹⁷⁾ ②피고인의 도주 또는 위해 방지를 담보할만한 적절한 수단이 없거나 피고인이 보석요건을 준수하지 않을 것으로 판단되면 법원은 보석을 취소하고 구금을 명하여야 한다.¹⁴⁹⁸⁾ 피고인의 보석요건 위반 행위에 대하여는 검사뿐만 아니라 법원도 법정모독죄로 공소제기를 할 수 있다.¹⁴⁹⁹⁾

2) 공판 진행 중 보석

연방형사소송규칙 제46조에 따르면, 재판 전 보석허가를 받은 피고인은 재판이 진행되더라도 같은 요건에 의해 계속 보석이 유지되지만, 수소법원은 보석요건을 변경할 수 있고 필요한 경우 보석을 취소할 수도 있다.¹⁵⁰⁰⁾ 연방보석개혁법도 유사한

1492) 18 U.S.C. §3146(d).

1493) U.S. v. Vaccaro, 51 F.3d 189, 192-193(9th Cir. 1995).

1494) 18 U.S.C. §3148(a).

1495) 18 U.S.C. §3148(b).

1496) 18 U.S.C. §3148(b).

1497) 18 U.S.C. §3148(b)(1).

1498) 18 U.S.C. §3148(b)(2).

1499) 18 U.S.C. §3148(c); 18 U.S.C.A. §401.

규정을 두고 있다. 공판이 시작된 경우 재판장은 공판절차의 질서와 신속한 재판을 위한 권한을 가지므로, 이러한 목적을 위해 피고인의 보석을 취소하고 구금할 수 있다.¹⁵⁰¹⁾ 예컨대, 피고인이 증인을 협박하거나¹⁵⁰²⁾ 재판에 방해되는 행위를 하는 경우 보석을 취소할 수 있다.¹⁵⁰³⁾ 다만 그 취소 절차와 관련해서 재판장이 보석취소 사유를 목격한 경우가 아니라면 적정절차의 원리에 의해 심사기일을 열어 그 사유 유무를 결정하여야 한다.¹⁵⁰⁴⁾

3) 유죄판결 후 형선고 전 또는 항소 중의 보석

유죄의 선고를 받고 형선고 전이거나 항소 중인 피고인에 대한 보석은 연방보석개혁법 제3143조에서 규정하고 있다. 이 경우 피고인의 보석에 대한 권리는 공판 전 보석보다 엄격하다. 우선, 피고인이 유죄판결을 선고받았으나 아직 양형을 선고받지 않은 경우는 도주의 우려가 없고 위험성이 없다는 데에 대한 분명하고 설득력이 있는 증거로 피고인이 입증하는 경우에 한해 석방이 가능하다.¹⁵⁰⁵⁾ 즉, 이 경우에는 입증책임이 피고인에게 있는 것이다. 중대 범죄에 대하여는 더 엄격한 기준이 적용된다.¹⁵⁰⁶⁾ 피고인이 무기징역을 선고받고 항소 중인 경우에는 구금이 원칙이며, ①피고인이 도주의 우려가 없거나 위험성이 없다는 점에 대한 분명하고 설득력 있는 증거가 있고, ②피고인의 항소가 지연을 목적으로 한 것이 아니며 그 항소로 인한 파기판결이나 양형이 무기징역에서 감경될 가능성 등이 있는 경우에 한해 보석이 가능하다.¹⁵⁰⁷⁾

4) 중요 증인에 대한 구금 및 보석

당사자의 선서진술서(affidavit)에 의해 증인(피고인을 포함)의 증언이 형사재판에 있어서 중요하고 법원의 소환장에 의해 증인의 출석을 담보하기 어려운 경우, 법원은

1500) Federal Rules of Criminal Procedure, 46(b).

1501) Bitter v. United States, 389 U.S. 15, 88 S.Ct. 6, 19 L.Ed.2d 15(1967).

1502) Carbo v. United States, 82 S.Ct. 662, 7 L.Ed.2d 769(1962).

1503) Fernandez v. United States, 81 S.Ct. 642, 5 L.Ed.2d 683(1961).

1504) Parker v. State, 277 Ga.App. 155, 626 S.E.2d 152(2006).

1505) 18 U.S.C. §3143(a).

1506) 18 U.S.C. §3143(a)(2).

1507) 18 U.S.C. §3143(b).

그 사람의 체포 및 구금을 명하고 보석 규정에 따라 신병처리를 할 수 있다.¹⁵⁰⁸⁾ 다만, 당사자 앞에서 증언을 청취하고 작성하는 증인신문조서(deposition)¹⁵⁰⁹⁾의 작성 이 가능하고 그 이외에 별도의 구금 조치가 필요하지 않은 경우는 증인에 대한 구금이 허용되지 않는데, 증인신문조서의 작성을 하는 동안 증인의 석방이 지연될 수는 있다.¹⁵¹⁰⁾ 증언을 위해 구금된 중요 증인은 연방형사소송규칙 제15조에 따라 법원에 석방을 신청할 수 있다. 이 경우 법원은 당사자들의 출석과 반대신문이 보장된 상태에서 증인이 증언하고 작성된 증인신문조서에 서명하면 석방하게 할 수 있다.¹⁵¹¹⁾ 연방 형사소송규칙에 따르면 증인의 불필요한 구금을 방지하기 위해 관할 내 주요 증인이 구금된 경우 구금의 필요성을 감독하는 것은 관할 법원의 책무이며, 검사는 2주마다 10일을 초과하여 구금된 주요 증인의 명단과 구금의 필요성을 보고해야 한다고 규정 하고 있다.¹⁵¹²⁾ 한편, 주요 증인이 위 보석 규정에 따라 석방된 후 고의로 출석하지 않는 경우는 1년 이내의 구금 및(또는) 벌금형에 처할 수 있다.¹⁵¹³⁾

5) 보석 절차에서의 피해자의 권리

연방의 경우 2004년 제정된 「Justice for All Act」¹⁵¹⁴⁾에 의해 보석절차에서 피해자의 진술권이 보장된다.¹⁵¹⁵⁾ 피해자가 해당 절차에 출석하여 다른 사람의 증언을 청취 하는 경우 피해자의 증언이 영향을 받을 것으로 판단되어 법원이 배제를 결정하지 않는 한, 범죄 피해자의 출석이 배제되지 않는다.¹⁵¹⁶⁾ 그리고 이 경우 법원은 피해자의 출석을 보장하기 위하여 다른 대안을 고려하는 등 최선의 노력을 다하여야 하며,

1508) 18 U.S.C. §3144.

1509) 이 증인신문은 주로 법정 외에서 진행되는 경우가 많으며 당사자가 신청하여 법원의 허가를 받으면 반대 당사자에게 증인에 대한 출석 및 반대신문의 기회를 부여한다. Federal Rules of Criminal Procedure §15(a).

1510) 18 U.S.C. §3144.

1511) Federal Rules of Criminal Procedure §15(a)(2).

1512) Federal Rules of Criminal Procedure §46(h).

1513) 18 U.S.C. §3146(b)(B).

1514) 18 U.S.C. §3771(a)(2)(범죄피해자는 피고인의 보석, 도주 등에 대한 사실을 포함한 모든 형사절차 또는 가석방절차에 대한 합리적이고, 정확한, 그리고 시기적절한 통보를 받을 권리를 가진다. 또한).

1515) 18 U.S.C. §3771(a)(4)

1516) 18 U.S.C. §3771(a)(3).

그 결정 이유를 재판기록에 기재하여야 한다.¹⁵¹⁷⁾ 재판절차에 관한 권리침해를 이유로 범죄 피해자가 이의신청을 하는 경우 법원은 이에 대하여 지체없이 결정하여야 하며,¹⁵¹⁸⁾ 그 결정에 대하여 범죄 피해자는 10일 이내에 연방항소법원에 해당 결정의 취소 또는 시정명령을 구하는 이의신청을 할 수 있다.¹⁵¹⁹⁾

4. 보론(補論): 언론보도로 인한 공정한 재판을 받을 권리의 침해

언론보도에 의한 피고인의 공정한 재판을 받을 권리의 침해는 수사 및 재판 도중에 주로 발생하지만, 그 구제는 유죄판결 이후 인신보호제도를 통해 이루어지는 경우가 많다. 따라서 이 쟁점은 유죄판결 이후 구제 절차의 관점에서 논의할 필요가 있다.

가. 헌법상의 원칙

미국 수정헌법 제6조는 피고인의 신속한 재판, 공개재판, 공정한 배심재판의 권리를 규정하고 있다. 피고인의 공개재판에 관한 헌법상의 권리는 범죄 사건에 대한 언론의 자유로운 보도를 통해 보장되기도 하지만, 과도한 범죄 사건 보도는 오히려 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해하기도 한다. 미국 연방대법원은 범죄 사건에 대한 선정적, 감정적 보도가 배심원 또는 법관에게 지나친 편견을 유발할 수 있는 경우 공정한 재판을 받을 권리가 침해되었다고 인정하고, 제한된 요건에서 재판부가 일정한 보도 제한을 할 수 있다고 판시해왔다. 이러한 논의는 특히 배심제도와 관련이 있으며, 수정헌법 제6조에서 보장하는 피고인의 공정한 재판을 받을 권리와 수정헌법 제1조가 보장하는 언론인 또는 사건관계자의 표현의 자유가 충돌하는 지점에서 발생한다.

공개재판을 받을 피고인의 권리는 크게 두 가지 관점에서 문제가 된다. 첫째, 형사 재판을 특정인이나 일반 사람으로부터 비공개할 때의 문제이다. 둘째, 언론보도로 인한 재판의 공정성이 침해받을 위험성이 있을 때 법원이 그 보도를 제한할 수 있는지 여부이다. 이하에서는 언론보도 제한과 관련한 일반적인 기준을 제시한 연방대법원

1517) 18 U.S.C. §3771(b).

1518) Federal Rules of Criminal Procedure §60(b)(1).

1519) 18 U.S.C. §3771(d)(3).

판결을 중심으로 언론보도 제한에 대한 미국의 법 제도를 간략히 소개한다.

나. 연방대법원 판결 기준

1) 본질적으로 예단을 초래하는 언론보도

수정헌법 제1조에서 보장하는 언론의 자유도 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해할 정도의 예단을 초래하는 보도는 제한될 수 있다. 피고인의 수사과정에서의 자백을 생방송으로 보도하거나 공판준비기일, 공판기일의 텔레비전 생방송 장면은 본질적으로 예단(inherent prejudice)을 초래하는 것으로서, 그 예단을 최소화하기 위한 법원의 조치가 없었다면 공정한 재판을 받을 피고인의 권리가 침해되었다고 본다. 예컨대, 1961년 피고인이 구치소 내에서 수사관에게 한 인터뷰(조사) 장면이 동영상으로 방영되어 피고인이 배심원 관할이전(change of venue)의 신청을 하였으나 1심법원이 거절한 사건에서, 1963년 연방대법원은 해당 방송으로 인한 현실적인 예단의 발생이 입증되지 않았더라도 방송 그 자체가 본질적인 예단을 초래하는 것이므로 피고인의 공정한 재판을 받을 권리가 침해되었다고 판단하고 유죄판결을 파기하였다.¹⁵²⁰⁾ 또한, 이를 동안 진행된 공판 전 기일에서 심리 과정, 배심원과 증인들의 모습이 반복하여 방송된 셰퍼드 판결에서, 1965년 연방대법원은 피고인의 매우 악질적이고 대중의 감정을 자극하는 사건을 보도하는 행위는 본질적으로 예단을 초래하는 것이라는 이유로 유죄판결을 파기하였다.¹⁵²¹⁾ 연방대법원은 언론보도가 재판 전 공정한 재판을 해칠 합리적인 가능성이 있는 경우 법원은 그러한 위협이 완화될 때까지

1520) *Rideau v. Louisiana*, 373 U.S. 723(1963)(이 판결의 사실관계는 다음과 같다. 피고인은 은행 강도 및 살인죄 등으로 체포되었고, 구치소에서 수사관(sheriff)이 자신을 신문하는 과정에서 피고인은 강도, 유괴, 살인죄를 인정하는 자백을 하였는데, 해당 장면이 음성녹음과 함께 동영상으로 촬영되었고 그 장면이 텔레비전을 통해 세 차례 보도되면서 해당 지역의 주민 15만 명 중 약 10만 명이 시청하였다. 변호인은 언론보도로 인한 배심원단의 편견을 이유로 배심관할을 이전해달라는 요청을 하였으나 1심법원은 이를 기각하였다. 또한 배심원 선정 절차(voir dire)에서 3명의 배심원이 해당 방송을 시청하였음이 확인되어 변호인이 그 배심원들을 재판에서 배제할 것을 요구하였음에도 1심법원은 이를 기각하였다. 피고인은 배심원으로부터 유죄평결을 받고 사형을 선고받았으며 주 대법원에서 해당 판결이 확정되었다. 피고인은 연방대법원에 상고하였고, 연방대법원은 해당 지역의 대다수 주민이 자백 장면을 시청한 상황에서 공정한 재판을 위해서는 그러한 장면을 보지 않은 배심원들로 구성할 필요가 있다는 점에서 적정절차를 위반한 것이라고 보고 원심판결을 파기하였다.

1521) *Estes v. Texas*, 381 U.S. 532(1965).

재판을 연기하거나, 다른 관할에 이송하거나, 배심원의 편견방지를 위한 새로운 배심원을 구성하도록 필요한 조치를 취하여야 함에도 이를 이행하지 않았다고 판단함으로써,¹⁵²²⁾ 법원의 공정한 재판을 위한 현실적인 조치 의무를 구체적으로 강조하였다.

□ 본질적으로 예단을 초래하는 언론보도(Sheppard v. Maxwell, 1966)¹⁵²³⁾

■ 사실관계

1954년 임신한 아내를 살해한 혐의로 수사를 받던 피고인에 대하여 담당 검사가 피고인의 수사상 비협조적인 태도에 대하여 비판한 내용이 언론에 보도되면서 유사한 보도가 연이어졌고, 피고인이 거짓말탐지기 수사에 동의하지 않은 사실과 현장검증 과정에서 피고인의 모습이 그대로 보도되기도 했으며, 피고인의 유죄에 관한 증거가 공개되는가 하면, 수사 과정에서 피고인의 진술이 언론에 그대로 보도되면서 피고인의 유죄를 예단하는 보도가 재판 전부터 재판이 진행되는 동안 내내 지속되었다. 또한 배심 공판기일이 판사 선출 선거일 몇 주 전에 열렸는데, 당시 담당 검사와 판사는 해당 선출직 선거에 입후보한 상황이므로 지역 여론으로부터 자유롭지 못한 상황이었다. 그리고 배심후보자 명단이 지역신문에 보도되어 배심원 후보들이 자신들의 지인뿐만 아니라 익명의 사람들로부터 편지 및 전화를 받게 되었다. 한편, 9주 동안 진행된 재판 과정이 생중계되었고, 배심원 평의가 4박 5일간 진행되었는데 배심원들은 격리되기는 했지만 이들이 외부와의 통화가 가능한 상태임에도 법원은 외부 통화를 금지하는 조치를 하지 않았다.

■ 결정요지

연방대법원은 1심법원이 본질적으로 예단을 유발하는 언론보도로부터 피고인을 보호하기 위해 필요한 조치를 다하지 않아서 피고인의 공정한 재판을 받을 권리가 침해되었으므로 피고인의 인신보호신청을 받아들이고, 1심 재판이 다시 재판을 하지 않는다면 신청인을 할 것을 명하였다.

1522) Sheppard v. Maxwell, 384 U.S. 363(1966).

1523) Sheppard v. Maxwell, 384 U.S. 333(1966).

■ 판례해설

연방대법원은 본질적으로 예단을 초래하는 언론보도에 대하여 법원이 재판을 연기하거나 관할을 이송하는 등의 조치를 해야 함을 분명히 하였다. 다만, 본질적으로 예단을 초래하는 언론보도의 기준을 명확히 제시하지 않았다. 이후에도 연방대법원은 본질적으로 예단을 초래하는 언론보도가 어떤 것인지에 대하여는 구체적인 기준을 제시하지 않았는데, 셰퍼드 판결과 같이 매우 악의적이고 편파적인 보도로 인해 공정한 재판을 해칠 위험성이 구체적으로 확인될 때 인정되는 것으로 이해된다.

2) 법원의 사전 보도 제한

셰퍼드 판결에서 공판 전 또는 공판 중 언론보도를 제한 할 수 있는 법원의 예방적 명령(protective order, gag order) 권한이 인정됨에 따라 배심원의 예단 방지 등 공정한 재판을 위해 피고인과 변호인은 법원에 보도 제한 명령을 요청할 수 있다. 다만, 이 명령은 극히 예외적인 경우에만 허용된다. 미국 판례를 보면, 법원의 보도 제한 조치는 대체로 공판 중 보도에 집중되었다. 언론보도와 관련하여 법원의 직접적인 사전 보도 제한 조치는 표현의 자유에 대한 침해라는 추정을 받는다. 따라서 그 제한 조치 이외에는 다른 유효한 조치가 없었음을 법원이 입증해야 한다. 예컨대, 특정 사건에서 피고인의 법정 증언이나 제출된 증거, 수사기관에 한 자백이나 범죄사실 인정에 관한 진술 등과 관련하여 법원이 언론에 한 보도 제한 명령은 공정한 재판을 위해 다른 유효한 수단이 없었음을 법원이 입증하여야 한다.¹⁵²⁴⁾ 이처럼 연방대법원의 기준은 매우 엄격하다. 예컨대, 11세 소년인 피고인의 살인사건과 관련하여 법원이 신문회사에 대하여 피고인의 사진 등의 촬영 및 보도를 금지한 사건에서 연방대법원은 수정헌법 제1조 등을 침해하였다고 판단하였다.¹⁵²⁵⁾ 마찬가지로 수사기관에 대한 일률적인 보도 제한은 위헌 가능성이 높다. 예컨대, 피의자의 체포 이후 체포 일시, 장소, 범죄명 등 기본적인 사건정보 이외의 수사상황에 대하여 보도를 금지하도록 한 법원의 조치는 위헌이라는 결정을 받았다.¹⁵²⁶⁾ 다만, 담당 검사, 수사경찰관 등에

1524) Nebraska Press Assn. v. Stuart, 427 U.S. 539(1976).

1525) Oklahoma Publishing Co. v. District Court, Oklahoma County, 430 U.S. 308(1977).

1526) Los Angeles v. Superior Court (Monroe), 253 C.A.2d 670, 679(1967),

대한 보도 제한 조치에 대한 심사는 비교적 완화된다. 구체적인 사건에서 예단적인 보도가 예상되는 경우 법원이 검사에게 보도 제한 명령을 한 것이 허용된 바 있다.¹⁵²⁷⁾ 다만, 앞서 소개한 바와 같이 본질적으로 예단을 초래하는 보도가 아닌 경우, 구체적인 사건에서의 보도 제한이 허용되기 위해서는 공정한 재판에 대한 분명하고 현존하는 위험성이 인정되어 해당 언론보도가 공정한 재판을 침해할 가능성이 있다고 인정되어야 한다.¹⁵²⁸⁾

3) 비공개 재판

공개된 재판은 원칙적으로 재판이 언론과 일반 대중에 공개되는 것을 말한다. 피고인이 공개된 재판을 받을 권리는 가장 기본적인 헌법상의 권리이므로 절차상 오류로 피고인이 그 권리를 침해받았다면 그 자체로서 위법하다.¹⁵²⁹⁾ 그러나 피고인은 이 권리를 포기할 수 있으므로 피고인이 재판의 공개가 공정한 재판을 침해한다고 판단하는 경우 법원에 재판의 비공개 결정을 요청할 수 있다. 다만, 재판의 비공개는 피고인에게 헌법상 인정되는 권리가 아니므로, 특별한 사유가 없는 한 공개재판에 대한 적법성이 추정되어, 법원은 언론 및 대중의 표현에 관한 자유의 보호를 고려하여 중대한 공공의 이익이 있는 경우에 한해, 최소한의 범위 내에서 재판의 비공개를 결정하여야 한다.¹⁵³⁰⁾

형사재판에서 인정되는 수정헌법 제6조에 따른 공개재판을 받을 권리는 형사재판에서 피고인에게만 인정되는 것이므로 형사재판에 대한 언론의 액세스권은 수정헌법 제6조에서 도출되지 않는다는 것이 연방대법원의 입장이다.¹⁵³¹⁾ 형사재판에 대한 언론의 액세스권은 수정헌법 제1조에서 인정되는 것으로서 피고인의 공정한 재판을 받을 권리와 충돌하는 경우 법원이 충돌하는 기본권을 비교형량하여 제한할 수 있는 권리에 해당하므로, ①중대한(compelling) 공익을 위해 필요한 경우, ②그 침해가 가

1527) *Younger v. Smith*, 30 C.A.3d 138(1973).

1528) B. E. Witkin/Justice Norman L. Epstein, *California Criminal Law* Vol. 5, 4th ed, Witkin Legal Institute, 2012, §416.

1529) *Thompson v. People*, 156 Colo. 416, 399 P.2d 776(1965).

1530) *Press-Enterprise Co. v. Superior Court*, 464 U.S. 501, 509(1984).

1531) *Gannett Co. v. De Pasquale*, 443 U.S. 368(1979).

급적 최소화되는 수단을 택할 경우에 공판에서의 보도 제한이 허용된다.¹⁵³²⁾ 증인에 대한 위해 방지,¹⁵³³⁾ 위장수사관의 신원 비밀보장,¹⁵³⁴⁾ 기업피고인의 영업비밀 보장, 아동 증인에 대한 보호¹⁵³⁵⁾ 등이 중대한 공익을 위해 필요한 사례에 해당한다. 그러나 중대한 공익에도 불구하고 그 비공개범위가 필요한 범위 내에서 최소화되지 않으면 위법하다. 예컨대, 18세 미만의 성폭력 피해자의 2차 피해 등을 보호하기 위해 피해자의 증언을 언론 및 일반 대중에게 비공개하도록 한 메사추세츠주법에 대하여, 연방대법원은 미성년 성폭력 범죄자를 보호하기 위한 공익이 중대하다고 해도 구체적 사건에서 법원이 판단하도록 하지 않고 일률적으로 비공개 재판을 의무화한 것은 공익 목적을 달성하기 위해 반드시 필요한 조치라고 볼 수 없고, 이후 언론이 재판기록을 통해 피해자의 증언을 보도할 수도 있기 때문에 비공개조치가 유효한 수단이라고 보기도 어렵다는 이유로 해당 조항은 헌법상 정당화될 수 없다고 판결하였다.¹⁵³⁶⁾ 이처럼 법원의 비공개 재판을 정당화하는 요소는 구체적 사건에서 ①과 ②의 요건을 충족해야 하는데, 특히 ②의 요건과 관련해서는 그 제한 범위가 적절하게 제한되었는지, 공정한 재판에 관한 우려가 해소된 후 즉시 비공개된 재판기록에 대한 언론의 접근이 현실적으로 가능한 지 등이 쟁점이다.¹⁵³⁷⁾ 다시 말해, 전자와 관련해서는 예단을 유발할 수 있는 부분을 제외한 나머지 부분을 공개하였는지, 후자와 관련해서는 공정한 재판의 우려 원인에 따라서 그 원인이 해소되는 즉시 대중에게 재판기록의 공개가 가능한지를 기준으로 삼는다.¹⁵³⁸⁾ 특히, 연방대법원은 1984년 판결에서 비공개재판의 요건으로서, ① 비공개 재판을 원하는 피고인에게 예단의 가능성에 대한 중대한 이익이 있고, ② 재판 비공개가 필요한 범위 내로만 한정되며, ③ 법원이 재판 비공개 이외의 다른 조치가 있는지를 검토하여야 하고, ④ 재판 비공개를 뒷받침하는 구체적인 증거가 있어야만 한다고 판시하였다.¹⁵³⁹⁾

1532) *Globe Newspaper Co. v. Superior Court*, 457 U.S. 596, 606-607(1982).

1533) *People v. Irving*, 2019 COA 1, 2019 WL 150511(Colo. App. 2019).

1534) *United States v. Lucas*, 932 F.2d 1210(8th Cir.1991).

1535) *Stamincarbone, N.V. v. American Cyanamid Co.*, 506 F.2d 532 (2d Cir.1974).

1536) *Globe Newspaper Co. v. Superior Court*, 457 U.S. 596, 606-607(1982).

1537) Wayne R. LaFave/Jerold H. Israel/Nancy J. King/Orin S. Kerr, *Criminal Procedure* Vol 6, 4th ed., Thomson West, 2022, § 23.1(e).

1538) Wayne R. LaFave/Jerold H. Israel/Nancy J. King/Orin S. Kerr, *Criminal Procedure* Vol 6, 4th ed., Thomson West, 2022, §23.1(e).

1539) *Waller v. Georgia*, 467 U.S. 39, 46(1984)

언론보도를 이유로 하는 재판 비공개 이전에 법원은 다른 조치를 먼저 강구하여야 한다. 예컨대, ①언론보도로 인해 배심원의 예단의 위험성이 있는 경우는 배심원 선정 절차를 강화하고, ②관할을 이전하거나, ③재판기일을 연기하거나, ④배심원에게 예단의 위험성을 분명하게 고지하고 증거에 의해서만 판단하도록 하는 등의 재판장 설시가 그 예이다.

연방형사소송규칙 제53조는 다른 법률이나 이 규칙에 의하지 않고서는 법원은 공판 중 법정 내에서의 사진 촬영이나 방송을 금지하여야 한다고 규정하고 있다. 이와 달리 주에서는 대다수 이를 허용하고 몇 개 주에서만 이를 금지하고 있다.¹⁵⁴⁰⁾ 방송 등을 허용하는 주 중에서는 약 7개를 제외한 3/4의 주가 피고인의 반대에도 불구하고 법원이 허가하면 증좌의 재판에서의 방송이 가능한 것으로 규정하고 있다.¹⁵⁴¹⁾ 다만, 이러한 사전 제한도 재판에 직접적인 위해나 방해가 되는 행위에 한정하여야 한다. 또한 공판정 이외의 장소에서도 법원은 질서유지나 피고인 등을 보호하기 위해 언론의 과도한 취재 행위를 제한할 수 있지만 구체적인 사안을 떠나 사전에 일반적인 제한을 하는 것은 허용되지 않는다.¹⁵⁴²⁾

다. 예단적 언론보도에 대한 구제조치

1) 관할 이전

언론보도로 인해 공정한 재판이 우려되는 경우 또는 언론보도로 인해 피고인에 대한 예단이 발생한 경우는 공정한 재판을 보장하기 위해 관할이전이 허용되어야 한다. 따라서 경죄(misdemeanor)의 배심재판에서도 관할이전을 불허하는 주의 법률은 위헌이므로¹⁵⁴³⁾ 모든 주에서는 피고인의 신청에 의한 관할이전을 허용한다. 연방 형사소송규칙은 관할 내에서 피고인에 대한 불리한 예단 효과가 너무 커서 공정한 재판을 기대하기 어렵다고 법원이 인정하는 경우, 피고인의 신청에 따라 관할이전을

1540) Wayne R. LaFave/Jerold H. Israel/Nancy J. King/Orin S. Kerr, Criminal Procedure Vol 6, 4th ed., Thomson West, 2022, §23.3(b).

1541) Wayne R. LaFave/Jerold H. Israel/Nancy J. King/Orin S. Kerr, Criminal Procedure Vol 6, 4th ed., Thomson West, 2022, §23.3(b).

1542) Dorfman v Meiszner (1970, CA7 Ill) 430 F2d 558.

1543) Groppi v. Wisconsin, 400 U.S. 505(1971).

하여야 한다고 규정하고 있다.¹⁵⁴⁴⁾ 공정한 재판에 대한 기대 가능성의 기준은 주마다 다른데 공정한 재판의 기대 가능성이 50% 미만인 경우가 일반적이다.¹⁵⁴⁵⁾ 이와 같은 제도의 취지상 검사의 관할이전 신청은 허용되지 않는다. 피고인의 신청이 없거나 피고인이 반대하는 경우 법원이 직권으로 관할이전을 할 수 있는지에 대하여는 일반적인 기준은 없다. 다만, 2015년 기준으로 대략 10여 개 주에서 법원의 직권 관할이전을 허용하고 있다.¹⁵⁴⁶⁾

2) 배심원에 대한 조치

언론보도 등으로 인해 배심원에게 발생한 예단을 제거하기 위한 수단으로는 배심원 선정절차(voir dire)에서의 이유 및 무이유기피 제도가 있다.¹⁵⁴⁷⁾ 관할이전을 하지 않고 배심원단만 다른 관할에서 구성하는 배심관할 이전(change of venire)도 일부 주에서 허용된다.¹⁵⁴⁸⁾ 이 경우 사건은 해당 관할법원에 계속되지만 배심원단은 다른 관할의 배심원 명부에서 구성된다. 배심원이 구성된 이후에도 언론보도에 의해 배심원이 예단을 가질 수도 있다. 따라서 이러한 경우 재판이 진행되어 판결이 끝날 때까지 배심원을 격리할 수 있다. 앞서 세퍼드 판결에서 이러한 조치가 가능하다는 점은 연방대법원이 확인한 바 있다. 다만, 그 요건은 주마다 다소 다르다. 예컨대, 17개 주가 사형선고가 가능한 사건에서 당사자의 요청이 있으면 배심원을 격리하도록 하는 규정이 있으나, 대다수 주에서는 피고인의 요청에도 불구하고 법원이 공정한 재판을 해칠 가능성이 없다고 판단하면 허용하지 않을 수 있다는 점에서 이 결정은 수소법원의 재량에 속한다.¹⁵⁴⁹⁾

1544) Federal Rules of Criminal Procedure, §21.

1545) Wayne R. LaFave/Jerold H. Israel/Nancy J. King/Orin S. Kerr, Criminal Procedure Vol 6, 4th ed., Thomson West, 2022, §16.3(b).

1546) American Law Reports, Power of state trial court in criminal case to change venue on its own motion, 74 A.L.R.4th 1023(2015)(Wayne R. LaFave/Jerold H. Israel/Nancy J. King/Orin S. Kerr, Criminal Procedure Vol 6, 4th ed., Thomson West, 2022, §16.3(f)).

1547) 이에 대하여는, 최민영/배상균/강효원/강우예/이성기/김택수/손병현/정배근/이동희, Global Standard 마련을 위한 쟁점별 주요국 형사법령 비교연구(IV), 한국형사법무정책연구원, 2022, 214면 이하 확인.

1548) Wayne R. LaFave/Jerold H. Israel/Nancy J. King/Orin S. Kerr, Criminal Procedure Vol 6, 4th ed., Thomson West, 2022, §23.2(c).

1549) Wayne R. LaFave/Jerold H. Israel/Nancy J. King/Orin S. Kerr, Criminal Procedure Vol

라. 법조윤리규정에 의한 언론보도 제한

각 주마다 법조윤리(professional Conduct rule) 규정에서 재판에 관여하는 법조인에게 언론인터뷰 등에 의한 보도를 제한하는 규정을 두고 있다. 예컨대, 콜로라도 변호사 윤리규정에는 재판에 참여하고 있는 또는 참여한 변호사는 언론에 보도되어 재판에 중대한 예단을 초래할 상당한 가능성이 있음을 알거나 알 수 있었던 경우 법정 외에서 공개적인 진술을 해서는 안 된다고 규정하고 있다.¹⁵⁵⁰⁾ 이때 변호사는 재판에 관여하는 변호사뿐만 아니라 검사에게도 적용된다. 검사의 경우, 기소 및 정당한 법집행을 위해 공중에 공개해야 할 필요가 있는 경우를 제외하고는, 피고인에 대하여 대중의 비난이 가중될 수 있는 언동을 삼가야 한다고 별도로 규정하고 있다.¹⁵⁵¹⁾ 다만, 이 규정에 따르면, 검사를 포함한 변호사는 소송대상물, 공소제기된 범죄, 소송관련인 인적 사항(법에서 금지하는 경우는 제외), 공공기록에 포함된 정보, 수사가 진행 중인 사실, 소송 일정 및 소송 단계별 진행 결과, 사건에 필요한 증거 및 정보에 대한 도움을 요청하는 행위, 소송 관련자의 위험성에 대한 경고(개인 또는 공중에 대한 상당한 위해 가능성이 합리적으로 인정되는 경우), 그리고 형사사건의 경우 피고인(피의자)의 인적 사항, 거주지, 직업 및 가족관계, 용의자가 체포되지 않은 경우는 그 체포에 필요한 정보, 체포 사유 및 시간, 장소, 수사 및 체포 수사관의 인적 사항 및 수사 기간의 공개가 허용된다.¹⁵⁵²⁾

5. 비교 및 시사점

상소 제도와 관련, 이중위험금지원칙으로 인해 피고인이 무죄판결을 선고받으면 원칙적으로 검사가 항소를 할 수 없다. 이 점에서 피고인에 비해 검사의 상소는 제한적이다. 배심원의 평결과정이 공개되지 않기 때문에 유죄판결에 대한 피고인 또는 검사의 항소이유는 유죄의 증거로 사용된 증거의 증거능력이나 증명력의 판단, 절차위반 등을 주로 다투기 때문에 우리의 항소 재판과 달리 사후심적 성격을 갖는다. 재심

6, 4th ed., Thomson West, 2022, §23.2(g).

1550) Colorado Rules of Professional Conduct, §3.6(a).

1551) Colorado Rules of Professional Conduct, §3.6(f).

1552) Colorado Rules of Professional Conduct, §3.6(b).

제도는 우리와 달리 재판이 확정된 이후는 물론 확정되기 이전에 신청할 수도 있고, 항소 재판 중에도 신청할 수 있다. 항소재판 중 재심신청이 있는 경우 원심법원은 재심 개시의 의사를 표시할 수 있고, 항소법원은 이를 고려하여 재심을 명할 수도 있다. 그러나 재심신청 기간에 대한 시간적 제약이 강해 재심보다는 인신보호영장제도를 이용하여 유죄의 확정판결 후 권리구제를 신청하는 경향이 크다. 인신보호제도는 민사소송의 성격을 갖지만 구금된 사람의 석방뿐만 아니라 새로운 재판을 명할 수도 있다는 점에서 우리와 같은 재심의 수단이 된다고 평가할 수 있다.

보석제도와 관련해서는, 범죄혐의가 인정되면 대다수 피의자가 체포되어 최초출석 등의 형사절차에서 보석결정이 이루어지는데, 피의자가 체포되면 소추(complaint)가 청구되어 검사의 정식 기소가 있기 훨씬 이전부터 당사자의 지위가 인정되기 때문에 공소제기 후 보석이 허용되는 우리와 달리 보석제도가 빨리 적용된다. 다만, 미국은 체포와 구속을 구분하지 않고 체포된 후 보석으로 석방되지 않으면 계속 구금되어 구속과 같은 효과가 있고, 심지어 수사 단계에서의 구속기간도 따로 정해져 있지 않다는 점에서 이른 보석 결정이 우리의 제도와 비교할 때 반드시 피의자 또는 피고인에게 유리하다고 볼 수는 없다. 보석제도의 특징을 보면, 보석에 관한 권리가 헌법상 권리로서 인정된다. 공판 전, 공판 중, 공판 이후 단계로 구분하여 공판 전 단계에서는 보석요건을 다양화하여 필요적 보석을 확대하기 위한 제도적 장치를 두고 있지만, 공판절차가 진행 중이거나 그 이후 단계에서는 수소법원에 보석 결정의 재량을 공판 이전 단계보다 더 넓게 인정한다. 또한 피고인(피의자)이 보석조건을 위반하거나 불출석한 경우 별도로 처벌을 할 수 있도록 규정하고 있는 점, 보석절차에서 피해자의 권리를 강화한 점도 특징이라고 할 수 있다. 그러나 연방보석개혁법 개정을 통해 보증금제도를 개선하여 필요적 보석을 확대함으로써 수용시설의 과밀화를 해소하고자 하였지만 2018년 기준 보석불허결정이 75%를 넘는 조사 결과를 볼 때, 입법 취지와는 달리 미국 내 보석은 매우 엄격하게 운영된다고 평가할 수 있다. 이러한 결과는 피의자·피고인의 위험성을 고려하는 예방적 구금이 미국 사회 내에서 지지를 받고 있는 것이 주요 원인이라고 할 수 있다. 또한, ‘아담 월시 법(Adam Walsh Act)’제정을 통해 일정 성범죄자에 대하여는 전자감시 등 의무적 보석요건을 부과하도록 한 점은 범죄피의자·피고인에게 헌법상 인정되는 보석의 권리를 인정하면서도 사회방위를

함께 고려하는 형사정책이라고 평가할 수 있다.

연방대법원의 판례를 통해 언론보도에 의한 공정한 재판의 권리가 침해하는 경우 법원은 적극적인 조치를 해야 한다는 것은 미국 내 확립된 원칙이다. 피의사실공표죄를 통해 공소가 제기되기 이전 단계에서 수사기관의 피의사실 공표를 금지하는 우리와 달리, 미국에서는 수사단계에서의 시민의 안전보장과 협조, 알권리 보장 등을 위해 일정한 피의사실을 공표하는 것이 크게 제한되지 않는다. 반면에 공판 전 또는 공판 진행 도중의 언론보도가 공정한 재판을 해칠 구체적인 염려가 있는 경우 법원은 배심원 등의 예단을 방지하기 위해 일정한 조치를 취할 의무가 있다. 이 경우 예외적이기는 하지만 사전 언론보도 제한 명령도 가능하다. 물론, 문제가 되었던 미국의 연방대법원 사건은 대다수가 1960~1970년대 사건으로서, 오늘날의 언론보도 환경에서 볼 때는 사전 언론보도 제한 조치가 정당화되기는 어려울 것으로 보인다. 다만, 검사, 수사관 등에게 일정한 사안에 대하여 언론인터뷰 등에 의한 보도를 하지 않도록 일정 부분 제한할 수 있고, 법조인 윤리규정을 통해 변호사, 검사, 법관 등에 의한 언론보도를 어느 정도 제한할 수 있는 제도가 마련되어 있다고 평가할 수 있다. 우리나라도 변호사의 언론보도와 관련하여 미국과 같이 변호사윤리장전에 이와 같은 규정을 도입할 것을 검토할 필요가 있다.

제3절 | 프랑스

1. 개관

형사재판에서 판결의 국면은 형사소송의 중국 절차에 해당하는 것으로 프랑스 형사소송절차에서 중죄판결은 특히 예심의 결과로 나타나며 경죄 및 위경죄는 일반적으로 예심절차를 거치지 않고 직접 판결에 도달한다. 재판은 공판절차의 기본원칙인 공개주의와 구두변론주의에 입각하여 진행되므로 판결절차는 형사소송에 있어 가장 역동적인 국면을 나타내며 중국판결에 의해 구체화되므로 그러한 이유로 형사소송법의 해석에 있어 결정적인 법적 견해를 구성하게 된다.¹⁵⁵³⁾ 판결법원의 공정하고 합리적인 절차에 따라 중국판결에 도달하기 위해서 형사소송법은 법원의 조직 및 구성과 판결의 효력 등에 대해 상세히 규정하고 있다.

법령해석의 통일성을 추구하는 법률심인 상고심에 비해 피고사건의 실체에 관한 유·무죄의 중국재판을 담당하는 사실심인 제1심 또는 항소심은 더욱 공정성의 보장이 강조되며 이러한 공정한 재판을 받을 권리는 “유럽인권협약(la Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales(CESDH))” 제6조 제1항에 의해 보장된다. 또한 형사소송법 서조(序條 ; l’article préliminaire) I. 제2항에서 규정하는 ‘공소와 판결의 분리원칙’에 의해서 보장된다. 이러한 공정성에 대한 필요성으로부터 형사절차는 정의롭고 형평에 맞아야 하며 당사자의 권리보장에 더 치중하여야 한다.

판결법원에서는 사건을 ‘대물적(*in rem*)’이면서 아울러 ‘대인적(*in personam*)’으로 다루게 된다. 대물적으로 법원은 범죄사실 즉 범죄행위를 판단해야 하는 것으로 기소, 예심, 판결의 분리 원칙이 적용된다. 대인적으로는 중죄 또는 경죄에 가담한 것으로 여겨지는 모든 혐의자에 대해 예심을 행할 수 있는 예심법원과는 달리, 판결법원은 오직 공소제기된 행위자인 피고인에 대해서만 판결할 수 있는 것이다.¹⁵⁵⁴⁾ 공소

1553) Claude Garcin. Procédure pénale, 3^e éd., L’Hermès, 1998, 151면.

1554) Thierry Garé/Catherine Ginestet, Droit pénal-Procédure pénale 2023, 14^e éd., Dalloz, 2022, n°577, 421면.

(l'action publique)에 따른 판결법원의 실제 종국판결은 유죄판결 또는 중죄대상 무죄판결, 경죄나 위경죄 대상 무죄판결이며 부가적으로 사소(l'action civile)에 대한 판결도 해야 한다. 이러한 판결법원의 이중의 목적 달성을 위해서 프랑스 형사소송법은 사건관할법원을 조직적으로 운용하며 공개주의, 구두변론주의와 반론 가능한 반대신문권의 보장과 같은 형사절차상 기본원칙을 실현한다.¹⁵⁵⁵⁾

아래에서는 프랑스 형사법원의 판결과 관련된 일사부재리의 효력 또는 기판력과 이의신청 및 항소와 같은 일반상소절차 그리고 상고, 재심 또는 유럽인권법원 판결에 대한 재검토와 같은 특별상소절차에 대해 순차적으로 알아보고 약식명령 절차, 범칙금 절차와 같은 간이특별절차에 대하여 서술한다.

2. 재판(le jugement)의 종류

재판과정에서 판결법원의 재판은 아래의 세 가지 형태로 나누어 구분하는데 첫째, 공판예비결정, 둘째, 관할없음결정, 셋째, 무죄판결, 형면제 판결이나 유죄판결과 같은 실제판결을 든다.¹⁵⁵⁶⁾

가. 공판예비결정(les décisions avant-dire droit)

공판예비결정은 법원이 결정 권한을 포기하지는 않으면서 형사재판의 실체에 대한 판결을 하지 않는 단계에서 내리는 일반적 소송조건의 검토나 법원의 직권증거조사 등을 명하는 이른바 실제판결로 이행하기 위한 선제적 준비결정이다.¹⁵⁵⁷⁾ 범죄피해자의 경우 예심단계는 물론 판결단계에서도 사소당사자를 구성할 수 있으므로(형소법 제418조) 사소당사자 구성을 인용하는 것과 같이 재판단계에서 발생할 수 있는 우연적 요소에 대해 결정을 내리거나 법원의 관할이 아닌 경우, 공소시효가 완성되었을 경우, 사면이 있는 경우와 같은 특별한 사정이 있게 되면 법원은 직권으로 공판예비결정을 한다.¹⁵⁵⁸⁾ 그밖에 예심처분을 명하거나 형사소송법 제138조에서 규정한 '사법통제(le

1555) Claude Garcin, Procédure pénale, 3^e éd., L'Hermès, 1998, 153면.

1556) Bernard Bouloc, Procédure pénale, 28^e éd., Dalloz, 2021, n°1132, 1022면.

1557) Bernard Bouloc, Procédure pénale, 28^e éd., Dalloz, 2021, n°1133, 1022면.

1558) Bernard Bouloc, Procédure pénale, 28^e éd., Dalloz, 2021, n°1133, 1022면.

contrôle judiciaire)’의 변경이나 철회, 구속의 사유가 없거나 소멸된 때에는 피고인의 구속을 취소하는 결정을 법원이 내린다(형소법 제141-1조와 제148-1조). 3개월 기간의 단기 공소시효에 해당하는(1881년 7월 29일자 법률 제65조) 출판 및 보도에 관한 법률 위반의 경죄와 위경죄에서 공소시효의 중단 결정을 내리는 것도 공판예비결정에 해당된다.¹⁵⁵⁹⁾ 소년법원은 본안실체판결을 내리기 전 상대적 부정기형의 부과를 위해 여러 차례에 걸쳐 잠정적 감시를 조건으로 하는 석방조치를 명하는 예비결정을 내릴 수 있다(2019년 3월 23일자 법률 제2019-222호 제94조 제8항).

나. 관할없음결정(les décisions d’incompétence)

모든 법원은 검사 또는 당사자의 요구나 직권으로 사건에 대한 관할을 판단한다.¹⁵⁶⁰⁾ 경죄법원 또는 경찰법원이 관할하게 된 사건이 아직 심리가 개시되지 않았고 공소사실이 기소된 범죄보다 중한 죄에 해당된다고 인정하는 때에는, 고등검사장(le procureur général)은 소송기록 제출을 명하고 조사 준비를 한 뒤 의견서를 첨부하여 항소법원 예심부(고등법원 예심부 ; la Chambre de l’instruction)에 사건을 송치한다(형소법 제195조). 이러한 경우는 오직 항소법원 예심부가 예심관할에 대한 결정을 하며 결정에 따라 사건을 담당하지 않게 된 법원의 공소사실에 대한 처리는 법원의 관할없음결정으로 귀결된다.¹⁵⁶¹⁾ 위에서 공판예비결정사유에 해당하는 법원의 관할이 처음부터 아닌 경우와는 달리 이러한 관할없음결정에 대해서는 당사자의 불복이 가능하다.¹⁵⁶²⁾ 항소법원은 범죄행위가 중죄에 해당한다고 판단하여 판결을 취소하는 때에는 관할없음결정을 선고하고 검사에게 이송하여 그 의견에 따른 조치를 취하게 한다(형소법 제519조 제1항). 만약 그 관할없음결정이 법률이 규정한 방식에 위반하거나 이를 보정하지 아니함으로 인하여 파기되면 항소법원은 이러한 파기결정을 언급하고 실체본안사건에 대해 판결한다(형소법 제520조). 피고인이 구속된 상태에서 관할없음결정이 내려진 경우나 사건이 어느 법원에서도 계속되고 있지 아니한 경우에는

1559) Bernard Bouloc, *Procédure pénale*, 28^e éd., Dalloz, 2021, n°1133, 1023면.

1560) Cass. crim., 1er février, 2005, *Bull. crim.*, n°32 ; Cass. crim., 11 juin 2014, *Bull. crim.*, n°13-83375.

1561) Cass. crim., 26 mars 1990, *Bull. crim.*, n°132.

1562) Cass. crim., 29 avril 1996, *Bull. crim.*, n°167 ; Cass. crim., 13 septembre 2016, *Bull. crim.*, n°15-86163.

항소법원 예심부가 피고인의 석방여부에 대해서 결정한다(형소법 제148-1조 제4항). 경죄법원에 공소제기된 경죄사건이 중죄에 해당한다고 경죄법원이 판단을 하게 되면 경죄법원은 관할없음결정을 하고 사건을 검사에게 회송하고(형소법 제469조 제2항), 동시에 피의자의 구속여부에 따라 구금영장(le mandat de dépôt) 또는 체포영장(le mandat d'arrêt)을 발부한다.¹⁵⁶³⁾ 그러나 상급법원의 환송결정에 의해 법원이 사건을 관할하게 되었거나 범죄피해자가 변호인의 조력하에 사소당사자를 구성한 경우 법원은 이 관할없음결정 권한을 가질 수 없으나 공소가 제기된 고의 아닌 과실경죄가 고의범죄로 드러난 경우에는 예외적으로 관할없음결정 권한을 가진다.¹⁵⁶⁴⁾ 사소당사자 만의 항소에 의한 것이 아닌 한¹⁵⁶⁵⁾ 관할없음결정 권한은 항소법원(le cour d'appel)에게도 주어진다(형소법 제519조). 경죄법원 합의부에서 심의를 한 후에 당해 사건이 단독판사 관할로 결정된 경우에는 경죄법원 합의부 재판장이 형벌을 선고할 수 있으나 반대로 단독판사에게 공소제기된 사건이 형사소송법 제398-1조에 열거한 단독판사관할사건에 해당하지 않는 경우에는 검사에게 고지한 후에 합의부로 사건을 되돌려 보내야 한다(형소법 제398-2조). 관할없음에 해당하여 사건에 대하여 더 이상 관할이 없게 된 판사에게서 진행된 절차에 따른 비용은 그러한 법원에 제소한 당사자의 책임이다.¹⁵⁶⁶⁾

다. 실체판결(les décisions sur le fond)

1) 무죄판결(les décisions de relaxe ou d'acquittement)

(1) 무죄판결의 근거

프랑스는 무죄에 대하여 법기술적으로 두 가지 용어로 나누어, ‘무죄(l'acquittement)’라는 용어는 중죄법원 또는 전쟁시의 군사법원(군사법원법(le Code de justice

1563) Cass. crim., 25 mai 2005, *Bull. crim.*, n°161 ; 이 같은 상황에서 법원은 동기를 고지할 필요가 없으며 검사의 영장청구에 따라 발부여부를 정하면 되며 피의자가 구금상태라 하여 구금의 계속을 명하여야 하는 것도 아니다(Cass. crim., 8 février, 1989, *Gaz. Pal.*, 1er août 1989).

1564) Cass. crim., 21 juin 2011, *Bull. crim.*, n°145.

1565) Cass. crim., 25 novembre 1992, *Bull. crim.*, n°388.

1566) Bernard Bouloc, *Procédure pénale*, 28^e éd., Dalloz, 2021, n°1135, 1024면.

militaire(CJM)) 제L.222-69조에 국한하여 사용하며, 그 밖의 법원에서는 ‘무죄(la relaxe)’로 표기하여 용어를 달리하여 사용하는 것이 원칙이기는 하나 실무상 법률가들도 무관심하게 혼용하여 사용하는 실정이다.¹⁵⁶⁷⁾ 두 용어상의 차이에도 불구하고 결국 무죄판결은 피고인의 유책성이 존재하지 않다는 것을 인정하거나 피고인에 대한 공소가 제대로 수립되지 않았다는 것을 판결하여 형벌이나 범칙금, 소송비용의 부과를 하지 않는 것이다.¹⁵⁶⁸⁾ 무죄판결은 피고사건이 범죄로 되지 않는 경우에 해당하여 적용할 어떠한 형벌을 찾아내지 못한 것을 확인하였거나 공소가 소멸된 경우와 같은 법률적 근거로부터 도출된다.¹⁵⁶⁹⁾ 아울러 무죄판결은 피고인에 대한 유책성 또는 유죄를 입증할만한 증거가 구비되지 못한 경우의 사실적 근거로부터도 도출된다.¹⁵⁷⁰⁾ 무죄판결을 정당화되기 위해서는 범죄사실의 존재에 대한 합리적 의심으로 족하며 어떠한 구성요건요소에서 그러한 합리적 의심이 비롯된 것인지는 중요하지 않다.¹⁵⁷¹⁾ 경죄법원은 피고인이 공소사실에 부합되는 범죄를 범하였는가를 확인하지 않고서는 석방할 수 없다(형소법 제470-2조). 사물분별능력을 상실한 심신장애의 책임무능력자에 대해 경죄법원은 형사소송법 제706-133조에 의거하여, 심신상실을 이유로 책임이 조각된다는 판결을 선고하면서 사건에 따라 아래 각 호의 선고(형소법 제706-133조 제1항 제1호 내지 제4호)를 내린다.

1. 피고인이 당해 범죄를 범하였다는 선고
2. 피고인에게 분별능력의 결함 또는 행위 시 통제력을 상실케 하는 정신의학적 혹은 신경 정신의학적 결함(un trouble psychique ou neuropsychique)이 있다는 선고
3. 사소당사자의 청구가 있는 경우 민법 제414-3조에 따라 행위자의 민사상 책임에 대해 선고하고 필요한 경우 사소당사자가 청구한 손해배상액에 대한 선고
4. 필요한 경우, 형사소송법 제706-135 내지 제706-139조에서 정한 하나 또는 복수의

1567) Bernard Bouloc, *Procédure pénale*, 28^e éd., Dalloz, 2021, n°1136, 1025면.

1568) Thierry Garé/Catherine Ginestet, *Droit pénal-Procédure pénale* 2023, 14^e éd., Dalloz, 2022, n°514, 366면.

1569) Cass. crim., 31 mai 2005, *Bull. crim.*, n°166 ; Cass. crim., 11 mai 2006, *Bull. crim.*, n°131.

1570) Cass. crim., 1er septembre 2015, *Bull. crim.*, n°14-85916 ; Cass. crim., 25 mars 2015, *Bull. crim.*, n°14-85916 ; Cass. crim., 20 novembre 1996, *Bull. crim.*, n°414(형사책임의 부재).

1571) Cass. crim., 14 mars 2017, *Bull. crim.*, n°16-83093.

보안처분의 선고

검사가 기소편의주의에 의한 소추재량권을 가지는 데 비해서 법원은 법률로 인정된 형 면제 이외의 형사제재에 대한 판결재량권이 원래 없는 것이기는 하나 실무상 중죄 법원의 몇몇 평결에 있어서는 재량을 이유로 설명하는 경우도 있다.¹⁵⁷²⁾ 또한 법원은 노동 관련 사고에서 건강과 안전에 대한 중대한 해태와 계속적인 규칙 위반으로 작업 시 발생한 사건에 관해 건강과 안전의 정상적인 상태를 재건하기 위한 모든 필요한 조치를 기울일 의무를 사건이 발생된 법인에게 부과하면서 해당 사건으로 기소를 당한 자연인인 피고인에게 무죄선고를 할 수 있다(노동법 제L.4741-11조).¹⁵⁷³⁾

(2) 무죄판결의 효과

a. 공소에 대한 효과

중죄법원에서의 무죄판결은 경죄법원이나 경찰법원의 무죄판결보다 결정적인 특성이 있으므로 중죄법원 제1심, 검사가 항소한 중죄법원 제2심에서 무죄판결이 선고가 되고 나면, 검사가 제기한 법률의 이익을 위한 상고에 의해 파기원에서 이 원심판결이 파기가 된다 할지라도¹⁵⁷⁴⁾, “무죄판결을 받은 피고인은 동일한 범죄사실로 재차 체포되거나 기소될 수 없다”(형소법 제368조). 반면에 중죄법원이 아닌 그 밖의 법원에서 선고된 무죄판결은 불복한 상소에 의해 파기될 수 있다.¹⁵⁷⁵⁾ 구속 상태의 피고인이 무죄판결을 선고받은 때에는 다른 사유가 없는 한 피고인은 즉시 석방된다(형소법 제367조 제1항)¹⁵⁷⁶⁾. 심리 중 피고인에 대한 다른 범죄사실이 드러나고 검사가 그 다른 범죄사실에 대한 기소를 보류하고 있는 경우 재판장은 공권력을 동원하여 무죄 선고된 피고인을 지체없이 중죄법원에 부치된 검사에게 인치할 것을 명하고 검사는

1572) Bernard Bouloc, *Procédure pénale*, 28^e éd., Dalloz, 2021, n°1136, 1025면.

1573) 이러한 법원의 권한이 수사를 개시하는 예심판사에게는 속하지 않는다(Cass. crim., 24 février 1981, *Bull. crim.*, n°73).

1574) Bernard Bouloc, *Procédure pénale*, 28^e éd., Dalloz, 2021, n°1137, 1026면.

1575) Bernard Bouloc, *Procédure pénale*, 28^e éd., Dalloz, 2021, n°1137, 1026면.

1576) 결합된 경죄로 이미 금고형을 선고받은 피고인이 중죄 정범에 관한 무죄판결을 선고받으면 그 피고인이 파기원에 상고를 제기하는 즉시 석방되어야 하며 석방은 구금에 대한 정지효를 갖는다(Cass. crim., 29 septembre 2004, *Bull. crim.*, n°227).

즉시 피고인에 대한 예심 개시 신청을 하여야 한다(형소법 제369조). 형사소송법 제 471조는, 경죄 혐의로 재판하여 무죄판결이 선고된 구속피고인에게는 ‘사법통제(le contrôle judiciaire)’를 종료하고 상소 제기 여부에 불문하고 석방하여야 한다는 것을 규정한다.

b. 민사이익에 대한 효과

사소당사자(la partie civile)가 구성된 사건의 경우, 피고인을 무죄판결한 법원은 공소에 대한 피고인의 유책성을 인정하지 않는 이상 사소에 대해 판결할 수 없으므로 범죄피해자를 위한 손해배상을 선고할 수 없고 법원은 이 경우 공소에 부대하여 제기 된 사소에 대하여 관할없음을 결정하여야 한다.¹⁵⁷⁷⁾ 파기원 판례에서도 피고인에 대해 무죄판결을 선고한 경죄법원에서 사소당사자에 대하여 관할없음결정을 통해서 명시적으로 손해배상사소를 기각함으로써 이 점에 대한 법원의 관할을 인정할 수 없다고 판시하였다.¹⁵⁷⁸⁾ 2000년 6월 15일자 법률로 보완을 한 ‘범죄피해자 보호 강화’를 위한 1983년 7월 8일자 법률¹⁵⁷⁹⁾은 고의가 아닌 과실범죄(l'infraction non intentionnelle)를 전제로 한 공소에서 가해자 석방의 경우에도 손해배상의 허용 가능성을 도입하였다.¹⁵⁷⁹⁾ 본 법률에 의거하여 형사소송법에 제470-1조가 새로이 삽입되어, “검사의 요구 또는 예심법원의 이송 결정에 의하여 형법 제121-3조 제2항, 제3항 및 제4항에서 정한 과실범죄의 소추를 수리한 경죄법원이 무죄판결을 선고하는 경우에도 법원은 사소당사자 또는 그의 보험대리인이 변론 종결 전 청구를 한 경우 민법에서 정한 규칙을 적용하여 공소사실을 기초로 한 모든 손해배상을 명할 수 있다(형소법 제 470-1조 제1항)”. 즉 소추된 과실범죄가 무죄로 판결이 되더라도 손해배상을 받으려면 본조에서 규정한 두 가지 요건이 필요한데, 우선 변론 종결 전 사소당사자 또는 그의 보험대리인이 작성한 손해배상신청서로 손해배상청구를 하여야 하며 다음으로는 본 조의 제2항에 따라 청구된 사소가 제3자의 책임으로 귀속되지 않아야 한다는 것이다.

1577) Bernard Bouloc, Procédure pénale, 28^e éd., Dalloz, 2021, n°1138, 1027면.

1578) Cass. crim., 5 mai 1976, *Bull. crim.*, n°143 ; B. Cukier, “La partie civile, recevabilité de la constitution et recevabilité de l'action civile. En cas de relaxe, irrecevabilité ou incompétence ?”, *Gaz.Pal.* 1985.1.Doc., 95면 ; Michèle-Laure Rassat, Procédure pénale, 3^e éd., Ellipses, 2017, 706면.

1579) 2000년 6월 15일자 법률 이전의 법률은 살인죄(l'homicide)와 과실치상죄(les blessures involontaires)의 손해배상을 다루었다(Cass. crim., 22 mars 1990, *Bull. crim.*, n°127).

만약 “사소가 제3자에게 귀속되는 것으로 판단되는 경우, 경죄법원은 사건을 관할권이 있는 민사법원으로 이송 결정을 하며 이 결정에 대해서는 불복할 수 없고, 이 경우 민사법원은 즉시 국사원령(*le décret en Conseil d'Etat*)에 정한 간이절차에 따라 사건을 심판한다(형소법 제470-1조 제2항, 민소법 제826-1조)”. 경죄법원에 관한 상기의 규정들은 경찰법원에도 적용된다(형소법 제541조). 그리고 기소를 당한 피고인도 무죄판결 결과에 따라 손해배상을 사소당사자를 상대로 청구할 수 있는데, 그 근거 조문으로 형사소송법 제371조에 따라, “중죄법원은 공소에 대하여 판결을 선고한 후, 당사자 및 검사의 의견을 듣고 참심원의 참여 없이 사소당사자의 피고인에 대한 손해배상청구 또는 무죄판결 받은 피고인의 사소당사자에 대한 손해배상청구에 대하여 재판한다(형소법 제371조 제1항).” 손해배상청구가 수리되려면 민사상 책임을 구성하는 요소들이 실현되어야 한다.¹⁵⁸⁰⁾ 형사소송법 제472조는 사소당사자가 특히 주도적으로 공소 제기한 경우를 규정하고 있다.¹⁵⁸¹⁾ 본조는 국고행정이 아닌 사인인 사소당사자를 전제로 한다.¹⁵⁸²⁾ 무죄판결은 압수물에 대한 처분도 아울러 명하여야 하므로 원칙상 압수물은 기소된 범죄의 세무적 특성이나 목적물의 불법적 특성에 의한 압수라는 것이 증명되지 않는 한 무죄판결이 선고된 피고인을 포함하여 소유자 기타 적법한 권리자에게 환부되어야 한다.¹⁵⁸³⁾ 그러나 예외적으로 형사소송법 제481조에서, “법원은 환부가 사람들 또는 재산에 위험을 초래할 때 또는 압수물이 범죄의 직접적이거나 간접적인 도구 또는 산출물인 경우 환부를 거부할 수 있다”고 규정하고 있다.

c. 민사이익에 대한 약식명령이나 형사상 합의의 개별효과

법원의 ‘약식명령(*l'ordonnance pénale*)’의 부과로 범죄피해자의 손해배상청구권이 박탈되지는 않는다.¹⁵⁸⁴⁾ 범죄피해자는 경죄법원 또는 경찰법원에 피의자를 직접적으로 지명하여 소환시키면서 형사법원에 피고인을 대상으로 한 손해배상을 청구하는

1580) 대부분의 민사상 책임은 과실책임(*une faute d'imprudence*)과 관계된다(*Cass. crim.*, 28 avril 1971, *Bull. crim.*, n°125).

1581) 형사소송법 제472조는 경찰법원에는 적용되지 않는다(*Cass. crim.*, 21 novembre 1991, *Bull. crim.*, n°423).

1582) *Cass. crim.*, 7 décembre 1992, *Bull. crim.*, n°404.

1583) *Cass. crim.*, 5 décembre 2001, *Bull. crim.*, n°254.

1584) Bernard Bouloc, *Procédure pénale*, 28^e éd., Dalloz, 2021, n°1140, 1029면.

사소를 제기할 수 있다(형소법 제495-6조, 제528-2조). 법원의 약식명령의 부과 전에 피해자의 피의자에 대한 직접소환(la citation directe)이 있으면 약식명령절차는 정지되어야 하며 공소와 함께 사소가 제기된다(형소법 제525조). 약식명령의 부과 후 그 약식명령이 검사 또는 피고인의 이의신청의 대상이 된 경우에도 마찬가지이다(형소법 제528-2조). 피해자는 공판심리가 개시되기 전까지 사소당사자를 구성할 수 있다(형소법 제528-2조). 그리고 약식명령에 따라 피고인이 자신에게 부과된 벌금을 자발적으로 납부하여 결과적으로 약식명령에 불복할 수 있는 권리를 포기한 경우에는 피해자가 피의자를 직접 거명하는 직접소환형태로 제소된 경죄법원은 사소에 대해서만 판결한다(형소법 제528-2조 제3항). 단독판사가 판결을 담당하는 경죄법원에서도 동일하다(형소법 제495-6조 제2항). 약식명령에 대해 이의신청이 없거나 검사가 경죄법원의 공판으로 회부하지 않은 경우 공소에 대한 약식명령은 기판력이 있으나, 범죄로 초래된 손해를 회복하는 사소에 대해서 약식명령은 기판력이 없다(형소법 제495-5조, 제528-1조 제2항).¹⁵⁸⁵⁾ 결과적으로 무죄의 약식명령에도 불구하고 피고인의 손해배상을 인정할 수 있고, 사전에 개입된 유죄의 약식명령에도 불구하고 피해자의 손해배상청구를 기각할 수도 있는 것이다.¹⁵⁸⁶⁾ ‘형사상 합의(la composition pénale)’가 인용되었을 때에도 사소당사자는 경죄법원에 직접소환의 형태로 제소할 수 있다.¹⁵⁸⁷⁾ ‘사전유죄인정 후 출두(la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité)’의 경우에도 피해자가 피고인의 이러한 절차 실행에 대한 정보제공을 받지 못하였을 경우에는 직접소환의 형태로 경죄법원에 제소할 수 있다(형소법 제495-13조).

2) 형면제 판결(les décisions d'exemption de peine)

형면제는 법원에 의해 유책성을 인정받았다는 전제하에서 어떠한 형벌도 선고하지 않는 것이다(형법 제132-59조). 무죄판결과 혼동할 수 있는 형면제 판결은 피고인의 범죄사실에서 유책하다는 점이 인정되지만 형사정책적 이유에서 피고인을 범죄억제 조치로부터 벗어나도록 하는 것으로서 피고인의 민사책임은 존속하며 필요한 경우

1585) Cass. crim., 3 février 1998, *Bull. crim.*, n°41(법원은 심지어 약식명령이 종국적으로 확정이 되더라도 제소가 이뤄진 때부터 사건에 대한 관할이 유지된다).

1586) Bernard Bouloc, *Procédure pénale*, 28^e éd., Dalloz, 2021, n°1140, 1029면.

1587) Cass. crim., 24 juin 2008, *Bull. crim.*, n°162.

보안처분의 대상이 될 수 있다.¹⁵⁸⁸⁾ 형면제 판결을 받은 피고인은 모든 주형의 부과에서 벗어날 수는 있으나 간혹 몰수와 같은 보안처분을 부과받을 수 있다.¹⁵⁸⁹⁾ 또한 사소당사자 구성이 있게 되면 손해배상판결을 받게 된다(형소법 제372조, 제468조). 형면제 대상의 피고인은 다른 특별한 이유로 구속되지 않은 한 즉시 석방된다(형소법 제367조, 제471조 제1항). 1975년 7월 11일자 법률 제27조에 의해 형법 제132-59조가 신설되어, “피고인의 사회복귀 절차가 이루어졌고 범죄로부터 발생한 손해가 회복되었으며 범죄로 인한 사회적 혼란이 종식되었다고 판단되는 경우에는 형을 면제할 수 있다.” 경죄법원이나 경찰법원은 이 같은 요건이 갖추어지면 피고인의 유책성을 인정하더라도 반드시 형을 부과하는 판결을 할 필요는 없고 형면제 판결과 아울러 사소에 대한 판결을 할 수 있다.¹⁵⁹⁰⁾ 형면제 판결의 요건은 상기의 세 가지(형법 제132-59조)이며 이러한 판단의 시점은 법원이 형면제 판결을 명하는 판결일이 되므로 그것이 재판절차를 과도하게 서두르지 않도록 하여 생길 수 있는 이익이 된다.¹⁵⁹¹⁾ 형면제 판결은 피고인의 유책성을 인정하였지만 유죄판결은 아닌 것이다.¹⁵⁹²⁾

(1) 미성년범죄자 대상 재활교육처분의 경우

미성년범죄자에게 재사회화 처분을 부과하는 형면제 판결을 들 수 있는데, 미성년범죄자는 형법상 형벌은 모면하였을지라도 이러한 재사회화 처분은 엄연한 보안처분(la mesure de sûreté)에 해당한다.¹⁵⁹³⁾ 이 보안처분은 소추된 범죄에 대해서는 형법적인 처벌이 이루어져야 하는데 그 행위자가 미성년범죄자인 경우이므로 형벌 대신 부과하는 것이다(소년형사재판법 제L111-6조, 제L121-3조). 소년법원은 판결을 통해서 미성년자에게 제재를 경고하고 미성년범죄자를 그의 부모 등 친권자 또는 후견인의 관리하에 위탁시키면서 당해 범죄의 피해자인 사소당사자의 손해배상청구를 인용할 수 있다(소년형사재판법 제L112-8조).

1588) Bernard Bouloc, “La tradition juridique française relativement au statut des repentis”, RSC, 1986, 771면.

1589) Bernard Bouloc, Procédure pénale, 28^e éd., Dalloz, 2021, n°1141, 1030면.

1590) Cass. crim., 30 octobre 2012, *Bull. crim.*, n°230.

1591) 형 면제판결은 법원의 재량권에 속한다(Cass. crim., 20 novembre 1985, *Bull. crim.*, n°368).

1592) CE 16 juin 2004, D. 2005, 2516면(운전면허증의 별점부과를 하지 않음.) ; Cass. crim., 9 avril 2008, *Bull. crim.*, n°97(유전자정보 등록부에 등록을 하지 않음.).

1593) Bernard Bouloc, Procédure pénale, 28^e éd., Dalloz, 2021, n°1143, 1031면.

(2) 마약중독자의 경우

마약중독자에게 범죄억제를 하기보다는 중독에 대한 치료를 가하여야 한다는 의도에서 1970년 12월 31일자 법률의 입법자는 판결법원에게 특별한 권한을 부여하였다.¹⁵⁹⁴⁾ 공중보건법 제L3424-2조는 판결법원이 마약 복용피고인의 유책성을 인정하고서 동법 제L3424-1조에서 규정한 형벌을 부과하는 대신에 마약중독치료를 이행할 것을 강제할 수 있다는 것을 규정한다. 이 판결은 보호처분의 명목으로서 종국판결 이전 가판결에 의한 집행으로서 선고될 수 있다.¹⁵⁹⁵⁾ 피고인이 중독치료에 따른 요법을 실효성있게 이행하였다는 것을 조건으로 법원은 형면제 판결을 하고 관련사법기관은 이러한 중독치료요법의 진행 상황을 정기적으로 보고해야 하는 의무를 진다(공중보건법 제L3424-4조).

3) 유죄판결(les décisions de condamnation)

판결법원의 실제 판결 중에서 일반적으로 가장 많은 선고가 이뤄지는 판결이 유죄판결이다.

(1) 공소에 관한 판결(les décisions sur l'action publique)

유죄로 선고된 피고인에게 적용되는 형벌을 정하는 판결절차에서 피고인은 형 면제의 경우가 아니라면 유죄판결에 의해 주형이 부과되고 일정한 경우 의무 또는 선택적 면허취소 또는 면허정지와 같은 보충형이 추가될 수 있으며 또한 몰수와 같은 부가형이 가능하다.¹⁵⁹⁶⁾ 파기원은 실형인 금고형을 부과할 경우 특별히 형법 제132-19조에서 정하는 형선고의 이유를 붙인 판결을 내려야 한다고 판시한다.¹⁵⁹⁷⁾ 주형의 부과시에는 형법 제131-5조 내지 제131-11조에서 정한 금고의 대체형의 부과도 가능하다.¹⁵⁹⁸⁾ 형사소송법 제471조는 형법 제131-6조 이하에서 규정한 금고의 대체형이

1594) Bernard Bouloc, Procédure pénale, 28^e éd., Dalloz, 2021, n°1144, 1031면.

1595) Bernard Bouloc, Procédure pénale, 28^e éd., Dalloz, 2021, n°1144, 1032면.

1596) Bernard Bouloc, Procédure pénale, 28^e éd., Dalloz, 2021, n°1145, 1032면.

1597) Cass. crim., 6 janvier 2016, *Bull. crim.*, n°2 ; Cass. crim., 4 mai 2016, *Bull. crim.*, n°138 ; Cass. crim., 3 mars 2017, *Bull. crim.*, n°16-83838 ; Cass. crim., 12 décembre 2017, *Bull. crim.*, n°16-87230.

1598) Bernard Bouloc, Procédure pénale, 28^e éd., Dalloz, 2021, n°1145, 1032면.

중국판결 이전 가판결에 의한 집행으로 선고될 수 있다는 것을 규정한다.¹⁵⁹⁹⁾ 법관은 단순집행유예 또는 보호관찰부 집행유예가 부가될 수 있는 형을 선고하는 재량권을 행사한다.¹⁶⁰⁰⁾ 유죄판결을 선고하는 법원은 선고 시 또는 형 선고를 받은 자의 청구로 형사소송법 제702-1조 및 제703조에 정한 관할 및 절차에 따라 ‘수형인명부 제2호(ie bulletin n°2 du casier judiciaire)’에 대한 기재를 명시적으로 배제할 수 있다(형소법 제775-1조).¹⁶⁰¹⁾ 2년을 넘지 않는 실형의 금고형의 경우 법원은 ‘형의 조정(l’aménagement de la peine)’을 결정해야 한다.¹⁶⁰²⁾ 유죄판결은 중국적 확정판결로서 형법상 기판력(l’autorité de la chose jugée)을 가지므로 동일한 범죄사실을 이유로 동일한 자에 대하여 새로운 공소제기를 할 수 없고, 피해자에 의한 손해배상 사소시 민사법관에게 피고인의 유죄판결이 인용될 수 있다.¹⁶⁰³⁾ 유죄판결은 피고인에 대해서 영장의 집행, 보완 또는 사법통제에 따르도록 한다.¹⁶⁰⁴⁾ 중죄법원에서 유죄판결이 선고되면 피고인에 대한 구속은 사전에 발부된 구금영장에 의하거나 구속 집행정지의 실효를 통해 이루어진다(형소법 제367조). 결합된 경죄를 범하여서 중죄법원으로 기소된 자에게 선고된 형이 금고형 1년 이상이면 구금영장(le mandat de dépôt)의 대상이 될 수 있다.¹⁶⁰⁵⁾ 경죄법원은 범죄사실에 대해 경죄가 아닌 중죄라고 판단한 경우에 관할없음¹⁶⁰⁶⁾으로 결정하고 기소된 자에 대해서 구금영장 또는 체포영장(le mandat d’arrêt)을 발부할 수 있다(형소법 제469조, 제519조). 경죄에 해당하는 피고인은 자유로운 상태로 출정할 수 있다.¹⁶⁰⁷⁾ 형사소송법 제465조는 경죄법원과 경죄하소법원에서 선고된 형이 집행유예 없는 1년 이상의 금고형이면 영장발부를 허가한다.¹⁶⁰⁸⁾ 도망 중인 피고인에게는 동일한 요건 하에서 체포영장 발부가 가능하다.¹⁶⁰⁹⁾ 즉시출두(la

1599) Cass. crim., 6 janvier 2016, *Bull. crim.*, n°2.

1600) Bernard Bouloc, *Droit pénal général*, 27^e éd., Dalloz, 2021, n°808, 635면.

1601) Cass. crim., 4 mai 2006, *Bull. crim.*, n°119.

1602) Cass. crim., 20 avril 2017, *Bull. crim.*, n°110.

1603) Bernard Bouloc, *Procédure pénale*, 28^e éd., Dalloz, 2021, n°1145, 1033면.

1604) Bernard Bouloc, *Procédure pénale*, 28^e éd., Dalloz, 2021, n°1146, 1033면.

1605) Cass. crim., 7 mai 2008, *Bull. crim.*, n°108.

1606) Cass. crim., 15 février 2005, *Bull. crim.*, n°56.

1607) Bernard Bouloc, *Procédure pénale*, 28^e éd., Dalloz, 2021, n°1146, 1033면.

1608) Cass. crim., 11 juin 2013, *Bull. crim.*, n°134.

1609) 형소법 제465조 제4항과 제6항과 관련하여, 사건관계인은 피고인의 구속에 대해 이의신청할 수 있으며 그 경우 법원은 제1회 공판기일 그리고 이의신청 일주일 후에 사건을 심리하여야 하고 그렇지 않으면 피고인은 직권으로 석방되어야 한다(Cass. crim., 26 mars 1991, *Bull.*

comparution immédiate)에 의해 제소를 받은 경죄법원이 피의자에게 구속을 명하지 않은 상태에서 실형인 금고형을 선고하면 영장발부의 가능성이 주어진다(형소법 제397-4조).¹⁶¹⁰⁾ 사건의 수사종결시 예심판사가 이유를 붙인 결정으로 구속을 명한 사건(형소법 제179조 제3항)에서 피고인이 구속상태로 법원에 출정하기 위해서는 출석확보의 개별처분 연장을 이루는 요소가 정당화될 때 법원은 이러한 구속상태 연장을 결정할 수 있다(형소법 제464-1조).¹⁶¹¹⁾ 예심판사는 피의사실이 경죄를 구성한다고 판단하는 경우 사건을 경죄법원으로 이송한다는 취지의 결정을 하는데(형소법 제179조 제1항), 이송 결정일로부터 2월 이내에 경죄법원이 본안에 대한 심리를 개시하지 않는 때에는 구속피고인은 즉시 석방된다(형소법 제179조 제4항). 구속 연장은 판결법원에서 선고된 형기가 구속기간을 초과하여 상소가 이루어지면서 상소심법원이 심판을 하는 동안에 구속기간이 만료되는 경우에 유용하다.¹⁶¹²⁾ 피고인이 사법통제처분 하에서 불구속상태로 출정한 상태에서 법원은 피고인에게 실형인 금고형을 선고하거나¹⁶¹³⁾ 보호관찰부 집행유예를 선고하는 경우 사법통제가 계속된다는 것을 결정할 수 있다(형소법 제471조 제3항). 판결법원은 공판정에서 범죄를 범하거나 질서를 훼손시킨 행위에 대하여 법정경찰권에 따라 신체구속 등의 처분을 위한 영장을 발부할 수 있다(형소법 제321조, 제404조, 제677조 제1항과 제2항, 제678조). 피고인 행위에 대한 민사적 책임을 지는 자가 유죄판결을 받으면 그러한 자 역시 지급 의무를 지는데, 심지어 법인재산의 청산 중인 회사라 할지라도 절차상 법정 지급 의무를 진다.¹⁶¹⁴⁾

(2) 사소에 관한 판결(les décisions sur l'action civile)

기소된 자에 대한 유죄판결은 피고인이 범한 형사책임을 나타낸다. 사소당사자는 범죄로 입은 손해가 개인적이고 실질적이며 직접적인 결과로부터 기인한 경우 손해배

crim., n°144). 외국에서의 피고인 체포의 경우(*Cass. crim.*, 1er février 1994, *Bull. crim.*, n°46).

1610) *Cass. crim.*, 13 avril 2010, *Bull. crim.*, n°65.

1611) 이 원칙은 군사범죄의 판결에도 적용된다(*Cass. crim.*, 26 juin 1991, *Bull. crim.*, n°280).

1612) 구속기간 만료일이 되었는데 구속의 갱신 또는 유지가 법원에 의해 명해지지 않으면 당해 피고인은 자동적으로 석방된다(Bernard Bouloc, *Procédure pénale*, 28^e éd., Dalloz, 2021, n°941, 831면).

1613) 당해 피고인은 형이 종국적으로 결정되어 집행이 이루어질 때까지는 불구속 상태를 유지한다(Bernard Bouloc, *Procédure pénale*, 28^e éd., Dalloz, 2021, n°1146, 각주 5), 1034면).

1614) *Cass. Ch. mixte* 27 février 1981, *Bull. crim.*, n°205.

상을 받을 수 있다.¹⁶¹⁵⁾ 유책성의 인정을 내포하는 형면제 판결의 경우에도 마찬가지이다.¹⁶¹⁶⁾ 사소에 대한 판결을 선고하는 법원에서는, ‘원상회복’이라 지칭하기도 하지만 사소당사자에게는 자주 손해배상의 형태로 인용되는 것이다.¹⁶¹⁷⁾ 법원은 판결시 침해된 전체 피해를 파악하고¹⁶¹⁸⁾ 보상방식에 대해서는 전권을 행사하여 결정하여야 한다.¹⁶¹⁹⁾ 피해자의 잠재적 책임을 고려하여, 즉 피고인의 고의적 폭행의 경우에도 피해자가 야기한 상황은 아니라 할지라도 어느 정도 잘못된 행위가 있었다는 것이 드러나게 되면 법원은 피해자의 책임을 인정하는 것이다.¹⁶²⁰⁾ 재산에 대한 죄는 전적인 손해배상이 원칙이며¹⁶²¹⁾ 고의범죄에서 범죄인이 어떠한 이익도 얻지 않았다고 하더라도¹⁶²²⁾ 피해자가 행한 의도된 위반사항¹⁶²³⁾이나 부주의한 과실에 대한 고려를 금하는 것이 아니다.¹⁶²⁴⁾ 형사법원은 피해자가 입은 손해인 사소에 대해 최종적으로 판결을 하고¹⁶²⁵⁾ 특별히 국민건강보험기금(la Caisse de sécurité sociale)자체의 계산에 구속되지 않는다.¹⁶²⁶⁾ 형사법원은 사면유예기간¹⁶²⁷⁾, 사소당사자에 대항하는 피고인의 담보의 청구¹⁶²⁸⁾나 공동정범들 간의 책임 분할을 인정할 수 없다.¹⁶²⁹⁾ 1981년 2월 2일자 법률은 형사법원에게 사소에 대하여 민사소송법 제700조의 적용을 허가하도록 하여 보험업자가 아닌 오직 피해자만이 본조 적용의 혜택 대상이 됨을 규정하였다(형소법 제375조). 유죄판결은 민사적으로 책임이 있는 피고인에게도 마찬가지로 결부된다(형소법 제475-1조). 공소에 대하여 명확한 판결을 한 형사법원이 사소에

1615) 경찰법원이 약식명령의 부과에 착수한 후 또는 약식명령의 불복절차에서도 마찬가지이다 (Cass. crim., 10 février 1976, *Bull. crim.*, n°47)

1616) 법원이 피고인의 유책성을 확인하는 선고유예판결을 내렸을 때 범죄피해자는 검사가 형벌의 구형을 할 때까지 사소당사자를 구성할 수 있다(형소법 제421조),

1617) Cass. crim., 8 novembre 1982, *Bull. crim.*, n°243.

1618) Cass. crim., 8 août 2018, *Bull. crim.*, n°135(유상 지급된 활동의 사후적 실행의 경우).

1619) Cass. crim., 2 novembre 2011, *Bull. crim.*, n°224.

1620) Cass. crim., 8 janvier 2008, *Bull. crim.*, n°1 ; Cass. crim., 24 février 2009, *Bull. crim.*, n°43.

1621) Cass. crim., 8 mars 2011, *Bull. crim.*, n°48.

1622) Cass. crim., 7 novembre 2001, *Bull. crim.*, n°230.

1623) Cass. crim., 18 février 1998, *Bull. crim.*, n°65.

1624) Cass. crim., 23 septembre 2014, *Bull. crim.*, n°194 ; Cass. crim., 10 février 2016, *Bull. crim.*, n°43.

1625) Cass. crim., 9 février 1982, *Bull. crim.*, n°46.

1626) Cass. crim., 18 novembre 1970, *Bull. crim.*, n°302.

1627) Cass. crim., 17 janvier 1991, *Bull. crim.*, n°31.

1628) Cass. crim., 1er décembre 1993, *Bull. crim.*, n°365.

1629) Cass. crim., 26 février 2013, *Bull. crim.*, n°47.

대해서는 그러한 판결을 내리지 못하는 경우가 종종 있는 이유로는 범죄로 인한 손해의 정확한 폭이나 범위가 아직 측정될 수 없었기 때문이다.¹⁶³⁰⁾ 피해자에 대한 배상을 더 용이하고 신속하게 하기 위해서 1981년 2월 2일자 법률, 1983년 6월 10일자 법률과 1983년 7월 8일자 법률에 의한 법조문의 제정이 이루어졌다.¹⁶³¹⁾ 형사법원은 인정된 손해배상의 전부, 일부 또는 분할 지급의 가집행 선고 권한을 가진다(형소법 제464조 제3항). 상소심 계속 중, 급속심리에 의한 약식재판을 명한 경죄항소부의 수석부장판사는 가집행이 명백하게 과도한 결과를 가져올 것으로 판단될 경우 가집행을 정지시킬 수 있으나 수석부장판사는 가집행 정지는 물적 또는 인적 담보의 제공에 따르도록 종속시킬 수 있다(형소법 제515-1조 제1항). 반대로, 법원이 가집행을 거부하였거나 가집행이 청구되지 않았던 경우 또는 가집행 청구에 대해 법원이 판단하지 않았던 경우에 수석부장판사는 급속심리에 의한 약식재판을 통해 가집행을 명할 수도 있다(형소법 제515-1조 제2항). 지급보증인 인정된 경우, 보증금의 일부에 해당하는 공탁금은 예심수사피의자의 동의 없이도 즉시 집행되어 지급이 될 수 있다(형소법 제142-1조 제2항). 공소에 대한 판결이 확정되면 법원은 아직 완전한 해결이 도출되지 않은 사소에 대한 판결에 집중하게 되어 전문가 참여와 보고서 제출에 따라 사건은 동일 법원의 심리단계로 되돌아와서 실체판결이 선고된다.¹⁶³²⁾ 사소에 대한 판결을 할 때 법원이 인정한 범죄침해의 중대성 정도가 공소에 대한 확정판결 당시 산정된 침해의 중대성 정도를 초과한다 하더라도 그 점이 별로 문제될 것은 아니고 법원은 여전히 분쟁의 소지가 있는 손해가 차지하는 비중이 상응하는 배상금 지급의 결정 권한을 지닌다.¹⁶³³⁾ 피해에 대한 관련정보 요소들이 모아지면 법원은 범죄피해의 정도가 장래에 다시 변경될 수도 있다는 점을 근거로 하여 판결을 다시 연기할 수는 없으며 법원은 장래의 유보조항을 두는 것을 제외하고는 실제 피해에 따라 판결하여야 한다.¹⁶³⁴⁾ 범죄피해가 악화될 경우 피해자는 새로운 손해배상사소의 청구를 이행

1630) Bernard Bouloc, Procédure pénale, 28^e éd., Dalloz, 2021, n°1150, 1038면.

1631) Bernard Bouloc, Procédure pénale, 28^e éd., Dalloz, 2021, n°1150, 1038면.

1632) 만약 피고인의 변호인이 사소에 대한 방어도 변호하는 것으로 법원에 의해 허가된 경우 피고인이 개인적으로 다시 출정할 필요는 없다(Cass. crim., 7 novembre 1977, D.1978, I.R.(Informations rapides du recueil Dalloz), 319면).

1633) Bernard Bouloc, Procédure pénale, 28^e éd., Dalloz, 2021, n°1151, 1039면.

1634) Cass. crim., 9 novembre 1976, Bull. crim., n°319.

할 수 있다.¹⁶³⁵⁾ 사소당사자에게 지급되는 피해금액의 징수를 위해 동일한 중죄 또는 경죄로 유죄판결을 선고받은 자는 연대적으로 원상회복과 손해배상에 대한 의무를 진다(형소법 제375-2조, 제480-1조, 제543조)¹⁶³⁶⁾.

3. 재판의 확정 : 기판력

법률이 정한 모든 불복절차가 사용되었거나 상소제기기간이 경과하면 재판의 확정 단계에 도달하고 확정재판은 일사부재리의 효력 또는 기판력(*l'autorité de la chose jugée*)이 발생되고, 이 효력의 의미를 “법률의 결정적인 추정효과에 의한 진실(*res judicata pro veritate habetur*)¹⁶³⁷⁾”의 표현으로 본다.¹⁶³⁸⁾ 이러한 기판력은 부정적인 면과 긍정적인 면을 아울러 지니는데, 부정적인 면은 동일한 사실에 대해서 형사소추를 재개할 수 없도록 막는 것이며 긍정적인 면은 형사법관의 판결을 민사법관이 판결 시 고려하여 따르도록 강제하는 것이다.¹⁶³⁹⁾ 아래에서는 형사와 민사에 관한 기판력을 두 가지 면으로 나누어 고찰한다.

가. 형사에 관한 기판력

1) 근거

법언인 “*non bis in idem*”으로 표현되는 형사에 관한 기판력 또는 일사부재리의 효력은 형사소송법 제6조 제1항에서, “형벌 적용을 위한 공소는 피고인의 사망, 공소 시효의 완성, 사면, 형벌 법규의 폐지 및 확정판결이 있을 때에 소멸한다”라고 규정되어 공소 소멸조건의 하나이다. 이미 판결받은 범죄사실로 인하여 시민들이 새로운 공소제기의 위협에 놓여서는 안 된다고 하는 이 원칙은 민주사회 내에서의 법적 안전, 자유와 정의를 위한 명령에 부합하는 한 공공질서에 해당하는 것이다.¹⁶⁴⁰⁾

1635) Cass. crim., 9 juillet 1996, *Bull. crim.*, n°286.

1636) 형사법관이 형사책임의 분할을 실현시키는 것은 아니다(Cass. crim., 2 octobre 2012, *Bull. crim.*, n°205).

1637) 본 라틴어 법언은 영문으로 “*A thing adjudged is regarded as truth.*”로 해석(Ballentine's Law Dictionary)할 수 있음.

1638) Claude Garcin. *Procédure pénale*, 3^e éd., L'Hermès, 1998, 188면.

1639) Claude Garcin. *Procédure pénale*, 3^e éd., L'Hermès, 1998, 188면.

2) 적용조건

본 원칙의 적용은 프랑스 법원판결의 종류에 따라서 예심판결의 기판력과 최종판결의 기판력으로 구분하는 것이 타당하다. 예심수사 후 면소(*le non-lieu*)에 해당한다고 판단을 한 예심판사의 명령(*l'ordonnance*)이나 예심법원의 결정(*l'arrêt*)인 예심판결의 기판력과 관련하여, 예심판사가 이유를 부기한 면소명령 또는 이유를 부기한 예심법원의 면소결정이 내려진 경우, 그 이유가 법적인 것인지 사실적인 것인지를 구별하여야 한다.¹⁶⁴¹⁾ 이유 부기의 종류에 따라서 위법성조각사유, 사면, 공소시효와 같은 법적 이유인 경우는 확정적으로 기판력을 지니며 새로운 공소제기에 절대적 장애를 구성한다.¹⁶⁴²⁾ 이에 반해서 증거불충분과 같은 사실적 이유인 경우는 잠정적 기판력을 지니며 새로운 증거가 발견되면 검사의 청구에 따라 그 증거에 대한 예심을 재개할 수 있다(형소법 제188조 내지 제190조). 그리고 유책성을 결정하지 못하는 상태인 예심절차에서 이송 명령 또는 이송 결정(*les ordonnances ou arrêts de renvoi*)이 내려지면 판결법원으로 피고인이 출정해야 하는 책임의 존재를 확인하는 데에 그치므로 어떠한 기판력도 지니지 못한다.¹⁶⁴³⁾ 특성상 예심판결의 기판력보다 더 확고한 기판력을 보유하는 최종판결의 기판력이 유지되려면 민사에 관한 기판력을 규정한 민법 제1351조의 내용처럼, 최초의 소추와 추후 제기된 소추 사이에서 판례상 요구되는 ‘범죄 대상(*l'objet*), 양 당사자(*les parties*)와 범죄사유(*la cause*)의 동일성’의 세 가지 조건이 모두 갖추어져야 하는데¹⁶⁴⁴⁾, 범죄 대상이나 양 당사자는 순수사실관계에 대한 사항이므로 현실적인 문제가 제기되지 않으나 범죄사유의 동일성은 개별사례에 따른 구분에 있어 동일성을 파악하는 어려움이 있다.¹⁶⁴⁵⁾ 기판력이란 피고인이 어떠한 범죄사실로 유죄판결 또는 무죄판결을 받게 되면 동일한 사실에 대해 새로운 소추를 제기하는 것이 불가능하다는 것인데, 형사법령의 인플레이션 현상으로 동일한

1640) Claude Garcin. *Procédure pénale*, 3^e éd., L'Hermès, 1998, 189면.

1641) Cass. crim., 3 février 1998, *Bull. crim.*, n°38.

1642) Cass. crim., 11 octobre 2011, *Bull. crim.*, n°09-87926.

1643) Cass. crim., 27 février 2001, *Bull. crim.*, n°50 ; Cass. crim., 6 septembre 2006, *Bull. crim.*, n°208.

1644) Cass. crim., 2 avril 1990, *Bull. crim.*, n°141.

1645) Claude Garcin. *Procédure pénale*, 3^e éd., L'Hermès, 1998, 190면.

범죄사실이 여러 범죄구성요건에 해당될 수 있다는 점 역시 기지의 사실이다.¹⁶⁴⁶⁾ 동일한 범죄사실이지만 적용법조를 달리하여 다른 범죄의 구성요건에 해당하여 소추할 수 있을 것인가에 대해 형사소송법 제368조는, “적법하게 무죄가 선고된 자에 대하여는 적용법조를 달리하는 경우라 할지라도 동일한 범죄사실로 재차 체포를 하거나 기소할 수 없다”라고 규정한다. 이에 대한 판례의 태도는 원칙적으로 형사소송법 제368조를 따르면서도 조문의 내용처럼 확고하기보다는 법조문의 일반적인 보편화에 서 벗어나려는 모습을 나타낸다.¹⁶⁴⁷⁾ 파기원 형사부는 “동일한 범죄사실로는 명백히 구분되는 형사소송을 야기할 수 없다”¹⁶⁴⁸⁾ 또는 “구성요건상 다른 것으로 특정된 동일한 범죄사실에서 복수의 유책성을 끌어낼 수 없다”¹⁶⁴⁹⁾라는 표현으로 판시한다. 아울러 유럽인권협약(la Convention européenne des droits de l'Homme(CESDH)) 제7 의정서(le protocole) 제4-1조는 유럽연합의 동일 회원국의 법률과 형사절차에 의한 확정재판에서 무죄판결 또는 유죄판결을 받은 자는 유럽연합 동일 회원국 법원에서 재차 공소제기 또는 형사처벌을 받지 아니한다고 하는 일사부재리의 원칙을 채택하고 있다.

나. 민사에 관한 기판력

1) 근거

형사에 관한 기판력 또는 일사부재리의 효력에 대해서는 강행적 필요성이 있는 데 비해 민사에 관한 기판력은 논쟁의 여지를 보이고 있다.¹⁶⁵⁰⁾ 민사에 관한 기판력을 명시한 근거 조문은 없으며 단지 형사소송법 제4조 제2항에서, “손해배상을 청구하는 사소를 민사법원에 제기한 경우, 동일한 행위로 제기된 공소에 대한 확정판결이 있을 때까지 연기한다”라고 규정할 뿐이다. 즉 피해자에 대한 손해배상 사소에 대해서 판결

1646) Thierry Garé/Catherine Ginestet, Droit pénal-Procédure pénale 2023, 14^e éd., Dalloz, 2022, n°635, 465면.

1647) Cass. crim., 8 octobre 1959, *Bull. crim.*, n°418 ; Cass. crim., 2 avril 1990, *Bull. crim.*, n°141.

1648) Cass. crim., 9 mai 1961, JCP 1961.II, 12223, note Chambon.

1649) Cass. crim., 13 décembre 1990, *Bull. crim.*, n°433.

1650) Bernard Bouloc, Procédure pénale, 28^e éd., Dalloz, 2021, n°1252, 1150면.

하는 민사법관은 피고의 행위에 대하여 형사절차상 광범위한 증거 수집 등으로 입증
이 된 형사재판의 판지에 부합되는 민사판결을 선고하기 위해 공소에 관한 형사법관
의 확정판결을 기다리는 것이다.¹⁶⁵¹⁾

2) 적용조건

당해 범죄에 대한 형사판결이 동일 사실에 바탕을 둔 민사판결에 대해서 정당성을
갖는다는 근거는 공소의 사소에 대한 우위적 특성에 기인한다.¹⁶⁵²⁾ 이렇게 우위적
특성을 인정하는 이유로는 우선 공소는 개인의 사적 이익을 만족시키고자 하는 사소
에 비해 사회의 공익옹호를 주장하기 때문이며, 또 한편으로는 수소법원의 압수·수색
등의 강제처분을 통한 증거 수집이 민사 법관보다 더 광범위하면서 원활하다는 점에
서 일반적으로 형사재판이 피해자와 피고인 간 사건의 진실규명에 더 가까운 것으로
간주될 수 있다는 것이다.¹⁶⁵³⁾ 그러나 이러한 주장이나 간주가 결정적이라고 할 수는
없는 것이 우선 형사법원이 추구하는 범죄억제를 통한 궁극의 목적을 민사법원이
추구하는 원상회복을 통한 궁극의 목적과 비교할 것은 아니며, 다음으로 비록 형사법
관이 보유하는 증거수집에 관한 권한이 광범위하다고 하여 민사법관이 행할 수 있는
오류를 형사법관은 범하지 않을 것이라는 보장 또한 없는 것이다.¹⁶⁵⁴⁾ 그래서 형사판
결의 민사에 관한 기판력은 개별사예에 따라서 제한적 방식으로 적용될 수밖에 없으
므로 예를 들어, 피해자가 형사법원을 통해 사소당사자를 구성하여 손해배상사소를
청구한 경우처럼 최종판결에 부대적으로 사소에 대한 판결이 선고되었을 때 그러한
사소에 대한 판결은 기판력이 적용되지 않는다.¹⁶⁵⁵⁾ 게다가 이러한 기판력은 프랑스
국내에서 선고된 최종판결에 한하여 적용되므로 그 결과 민사에 대한 예심법원 판결
은 기판력이 적용되지 않는다.¹⁶⁵⁶⁾ 이러한 상황에서 형사법원이 유죄판결을 하거나

1651) Claude Garcin. Procédure pénale, 3^e éd., L'Hermès, 1998, 191면.

1652) Thierry Garé, Catherine Ginestet, Droit pénal-Procédure pénale 2023, 14^e éd., Dalloz, 2022, n°641, 468면.

1653) Thierry Garé, Catherine Ginestet, Droit pénal-Procédure pénale 2023, 14^e éd., Dalloz, 2022, n°641, 468면.

1654) Claude Garcin. Procédure pénale, 3^e éd., L'Hermès, 1998, 191면.

1655) Claude Garcin. Procédure pénale, 3^e éd., L'Hermès, 1998, 191면.

1656) 예심법원에서의 기판력에 있어서 보통법원 관할이든지 예외법원 관할이든지 구분 지을 필요는 없다(Claude Garcin. Procédure pénale, 3^e éd., L'Hermès, 1998, 191면).

무죄판결을 하느냐의 여부에 따라서 민사에 관한 기판력의 결과도 달라진다.¹⁶⁵⁷⁾ 먼저 형사법관의 유죄판결 선고는 이 판지를 존중하는 민사법관에 의해 범죄행위의 존재, 구성요건, 피고인의 유책성에 대한 형사판결과 모순되지 않는 범위에서 피해자를 위한 손해배상이 이루어지도록 한다.¹⁶⁵⁸⁾ 경죄법원 또는 경찰법원에서 범죄사실 존재의 하자, 피고인의 범죄행위 미참가 또는 정범 동일성에 대한 확신이 없어서 무죄판결이 선고된 경우 민사법관은 범죄피해자인 원고에 대한 손해배상을 하도록 피고에게 명할 수 없다.¹⁶⁵⁹⁾ 예외적으로 형법 제222-11조에 규정된 1주 초과 노동불능을 초래하는 폭행죄는 무죄판결을 선고하더라도 민사과실책임(민법 제1382조, 제1383조)에 기인한 손해배상을 선고할 수 있는데, 여기서 형사법관이 폭행의 고의나 유책성을 인정할 수 없다는 판결을 하였다고 하더라도 민사법관은 행위자에게 민사책임을 유발한 부주의에 의한 과실이 있다고 판단할 수 있는 것¹⁶⁶⁰⁾이므로 형사법원의 판결과 민사법원의 판결에 있어서 모순이 있는 것은 아니다.¹⁶⁶¹⁾ 반면에 피고인에게 형법 제221-6조, 제222-19조와 제R.625-2조에 규정된 형사과실책임(*la faute pénale d'imprudence*)의 결여로 무죄판결을 한 경우 파기원에 의해 인정된 '형사과실과 민법 제1382조와 제1383조가 규정하는 민사과실의 동일성 원칙'에 따라서 민사법관은 민사과실에 의한 손해배상을 선고할 수 없다.¹⁶⁶²⁾ 그럼에도 불구하고 민사법관이 무죄판결을 받은 피고인에게 손해배상의 선고를 하기 위해서는 과실책임에 대한 증거를 요하지는 않으나 과실책임에 대한 추정 인정을 하는 민법 제1384조 제1항, 제1243조, 제1244조와 제1386조에 의거한 판결을 할 수 있다.¹⁶⁶³⁾ 이는 교통사고에 관한 법률의

1657) Bernard Bouloc, *Procédure pénale*, 28^e éd., Dalloz, 2021, n°1262, 1160면.

1658) Cass. civ., 1er 30 mars 2005, *Bull. civ.*, I, n°156 ; 사회적 재산의 남용으로 유죄판결을 받은 경우 중과실책임을 구성한다(Cass. soc., 2 juin 2017, *Bull. soc.*, n°15-28115).

1659) 과실치상죄 정범에 대한 무죄판결은 과실책임의 부존재를 내포한다(Cass. civ., 3 mars et 28 avril 1993, *Bull. civ.*, II, n°81 et n°152).

1660) 배임죄 정범의 고의에 대한 하자를 이유로 한 무죄판결에도 불구하고 민사법관은 행위자의 중대한 직업적 위반을 인정할 수 있다(Cass. civ., 14 janvier 1987, *Bull. civ.*, II, n°13).

1661) Claude Garcin, *Procédure pénale*, 3^e éd., L'Hermès, 1998, 192면.

1662) 무죄판결로 석방된 업무상과실치상죄 정범에게서 교통사고와 관계된 과실을 범하였다는 증거가 수집되지 않았으므로 손해배상청구에 대해 민사법관은 차량운전자의 책임을 채택할 수 없다(Cass. civ., 1er avril 1974, JCP 1974. IV. 185면). 그러나 교통사고원인이 결정되지 않았다는 선고가 결부된 무죄판결이 내려진 경우 손해배상의 사소청구를 받은 민사법관은 그 원인을 규명할 수 있다(Cass. civ., 6 décembre 1995, *Bull. civ.*, II, n°303).

1663) Bernard Bouloc, *Procédure pénale*, 28^e éd., Dalloz, 2021, n°1264, 1164면.

적용에 있어서도 마찬가지로 될 수 있다.¹⁶⁶⁴⁾ 그밖에 형사법원에서 무죄판결을 선고 시 피고인에게서 손해배상을 받아내기 위한 수단으로 민사법원으로의 제소를 피하기 위해 형사소송법 제470-1조 제1항은, “형법 제121-3조 제2항 및 제3항, 제4항에 정한 과실범의 소추를 수리한 경죄법원이 무죄를 선고하는 경우에도 법원은 사소당사자 또는 그의 보험대리인이 변론 종결 전에 신청한 청구에 대해 민법 규정을 적용하여 공소사실에 기인한 모든 손해에 대한 배상을 명할 수 있다”라고 규정한다. 중죄법원에 서의 무죄판결은 손해배상을 받아내는데 있어 필연적 장애가 되지 않는데, 참심원이 참여하는 중죄법원에서 오로지 유책성의 문제에 관하여 참심원의 반대 1표 차이에 의한 무죄 평결이 내려진 경우라 할지라도 결국 이 사건에서 중죄법원은 피고인의 형사고의에 대해 부정한 것이고 따라서 민사과실책임에 기인한 손해배상을 인정할 수 있는 것이다.¹⁶⁶⁵⁾ 형사소송법 제372조에서도, “중죄재판에서 사소당사자는 피고인의 형 면제나 무죄판결이 선고된 경우 피고인의 귀책사유로 발생한 손해가 공소사실의 결과인 한, 손해배상을 청구할 수 있다”라고 규정한다.

4. 상소 절차(les voies de recours)

민사법원 또는 형사법원의 판결 모두 사실의 착오 또는 법률의 착오 등으로 오류에 빠질 수 있으므로 보다 신뢰를 주는 법원이 되기 위해 재판절차상 동일한 사건에 대해서 상급법원에 판단을 구하는 상소제도를 도입한 것이다.¹⁶⁶⁶⁾ 형사사건에서의 상소권은 유럽인권협약 제7 의정서 제2-1조에, “법원에서 형사 범죄로 유죄판결을 받은 사람은 자신에 대한 평결이나 선고를 상급심에 의하여 재검토받을 권리를 갖는다. 이 권리가 행사될 수 있는 근거를 포함하여 이 권리의 행사는 법률에 의해 규율된다.”라고 천명한다. 따라서 원칙적으로 모든 형사판결은 상소기간 내에서 불복신청을 거치는 상소구제가 가능하므로 이러한 모든 상소구제가 행해졌거나 상소제기기간을 경과하면 상소권이 소멸되면서 재판은 확정이 되고 그 시점부터 재판확정의 기판력을 갖게 된다.¹⁶⁶⁷⁾ 상소의 종류로 일반상소와 특별상소로 나눌 수 있는데 그러한 구분은

1664) Cass. civ., 25 mars 1998, *Bull. civ.*, II, n°104 ; Cass. civ. 2e, 5 juillet 2018, *Bull. civ.*, n°17-22453.

1665) Bernard Bouloc, *Procédure pénale*, 28^e éd., Dalloz, 2021, n°1263, 1161면.

1666) Bernard Bouloc, *Procédure pénale*, 28^e éd., Dalloz, 2021, n°1156, 1044면.

일반상소가 상소개시에 대한 제한이 없고 동일사건에 대해 사실적 부분과 법률적 부분을 다시 심사하는 것을 목적으로 삼는데 반해, 일반상소절차로는 더 이상 심사할 수 없는 상태에서 행해지는 특별상소는 법률에 의해 제한적으로 정해진 경우에 한하며 이미 선고된 판결에 대한 통제를 그 목적으로 삼는다.¹⁶⁶⁸⁾

가. 일반상소절차

형사법원을 통한 판결의 일반적인 불복 또는 상소절차로는 이의신청, 중죄피고인 궐석과 항소로 나눌 수 있다.¹⁶⁶⁹⁾

1) 이의신청(l'opposition)

피고인 또는 변호인이 공판심리에 출석하지 아니한 경우는 형사소송의 기본원칙인 직접주의에 따르는 대심주의에 입각한 반대신문권의 보장이 이루어지지 못한 것이 된다.¹⁶⁷⁰⁾ 이의신청은 특히 범죄의 중대성에 따르는 범죄삼분법 중에서 경죄 또는 위경죄의 궐석재판 판결이 일방적인 기판력을 갖지 못하도록¹⁶⁷¹⁾ 하려는 일반 불복절차인데, 이는 판결 당시 불출석한 소송당사자의 권리인 동시에 피고인의 궐석으로 인한 판결을 선고했던 동일 수소법원에서 행해지는 철회 절차에 해당한다.¹⁶⁷²⁾

(1) 이의신청의 조건

이의신청의 신청권자는 피고인, 사소당사자인 피해자, 피고인행위에 대해 손해배상 의무를 지는 민사책임자이다(형소법 제493조). 형사소송법은 두 가지 경우에 있어서의 궐석판결을 정하고 있다. 첫째는, 정당한 절차에 따라 법원으로부터 직접 소환을 받은 피고인이 법원이 정당하다고 인정하는 결석사유를 제시한 경우(형소법 제410조

1667) Bernard Bouloc, Procédure pénale, 28^e éd., Dalloz, 2021, n°1155, 1044면.

1668) Bernard Bouloc, Procédure pénale, 28^e éd., Dalloz, 2021, n°1157, 1045면.

1669) Thierry Garé, Catherine Ginestet, Droit pénal-Procédure pénale 2023, 14^e éd., Dalloz, 2022, n°606, 443면.

1670) Claude Garcin, Procédure pénale, 3^e éd., L'Hermès, 1998, 178면.

1671) Corinne Renault-Brahinsky, L'essentiel de la procédure pénale, 22e éd., Gualino, 2022, 125면.

1672) Bernard Bouloc, Procédure pénale, 28^e éd., Dalloz, 2021, n°1161, 1048면.

제1항)와 둘째는, 소환장이 피고인에게 직접 전달되지 못하였고 피고인이 법원의 소환 사실에 대해 인지하였다는 것이 증명되지 아니한 경우(형소법 제412조 제1항)를 든다. 이러한 두 가지를 제외한, 다른 모든 판결은 비록 피고인이 궐석상태이었다 할지라도 대심구조에 준하는 통상재판으로 여겨지므로 따라서 공판기일을 인지하고서도 궐석을 한 재판은 이의신청이 불가능하다. 이의신청 대상이 되는 판결의 조건으로는 궐석상태의 판결이 출정하지 않은 피고인의 이익을 침해하여야 하고 그에 대한 상소제기는 이루어지지 않아야 하며 검사를 제외한 모든 소송당사자는 이의신청을 하기 위해서는 필수적으로 참석을 하여야 한다. 출정하지 않은 피고인은 이의신청과 상소 중에 선택권¹⁶⁷³⁾을 가지는데, 상소를 선택하면 변경할 수 없으며 이의신청으로 되돌아올 수 없다.¹⁶⁷⁴⁾ 이의신청의 제기기한은 피고인이 프랑스 본국 내에 거주하는 경우는 선고된 판결이 고지되거나 또는 판결의 내용을 피고인이 실질적으로 알게 된 날로부터 10일 이내, 그 외의 경우는 1월 이내에 제기하여야 한다(형소법 제491조, 제492조 제2항, 제493조, 제545조). 사소당사자 또는 피고인에 대한 민사책임자의 경우도 피고인의 경우와 이의신청 제기기한은 동일하지만 시점이 선고된 판결의 고지일로부터만 기산한다는 점이 차이점이다(형소법 제493조). 구속상태가 아닌 이의신청인은 이의신청을 희망한다는 단순한 의사 표명으로 족하며 구두로도 가능하다(형소법 제490조). 검사는 사소당사자에게 내용증명우편으로 통보하고, 구속상태인 이의신청인은 교도소장에게 이의신청제기의 의사표명을 할 수 있다(형소법 제491-1조).

(2) 이의신청의 효과

이의신청이 철회 절차로서 작용함에 따라 당해 사건으로 이미 선고된 최초의 판결을 소멸시킨다.¹⁶⁷⁵⁾ 피고인이 출석하지 않은 상태에서 선고된 판결에 대해 피고인이 판결의 집행에 대해 이의를 제기한 때에는 규정에 따라 그 효력을 상실한다(형소법 제489조 제1항). 이러한 이의신청은 당해 사건판결을 했던 최초법원에 새롭게 제소가

1673) Cass. crim., 11 janvier 2012, *Bull. crim.*, n°7 ; 출정하지 않은 피고인이 이의신청을 포기하지 않고서 상소를 한 경우 항소법원에서는 그 피고인의 이의신청은 인용될 수 없는 것이라고 선고할 뿐이다(Cass. crim., 27 mai 1961, D. 1961. 626면).

1674) 궐석판결에 대한 상고는 받아들여지지 않는다(Cass. crim., 2 mars 2010, *Bull. crim.*, n°41).

1675) Thierry Garé/Catherine Ginestet, *Droit pénal-Procédure pénale* 2023, 14^e éd., Dalloz, 2022, n°607, 444면.

되는 귀속효과(un effet dévolutif)를 가지므로 이의신청을 접수한 법원은 최초 결석재판 판결에 대한 변경이 자유롭게 가능하여 기존판결의 취소나 선고되었던 형의 감경 또는 가중을 할 수 있다. 그러나 만약 이의신청을 제기할 당시 구두 또는 조서로 고지한 추후의 공판기일에 이의신청인이 또 다시 출석을 하지 않거나 이의신청했던 피고인이 출석한 상태에서 선고된 두 번째 판결의 집행을 거부하게 되면, 이의신청의 효과는 무효로 간주되어 종전의 첫 번째 판결의 효력이 유지되는데, 이를 형사소송법상 결석재판과 이의신청(형소법 제487조 내지 제494-1조)부분의 세부 항목으로 '반복적 결석(l'itératif défaut)'이라 칭한다(형소법 제494조). 그리고 형사상 제기되는 상소와 마찬가지로 이의신청이 제기되면 종전의 결석재판의 집행을 중지하는 중지효과(un effet suspensif)를 가져온다(형소법 제489조, 제545조). 그러나 체포영장은 이의신청이 제기되어도 영장을 발부했던 법원이 이유를 부기한 결정으로 영장을 철회하지 않는 한 그 영장의 효력은 지속된다(형소법 제465조 제2항, 제4항). 이의신청이 제기되고 1주일 이내에 이의신청에 의한 재판이 속개되어야 하고 그렇지 않으면 피고인은 직권으로 석방된다.¹⁶⁷⁶⁾ 이의신청의 다른 효과로 최초 판결도 이의신청으로 중지되는 효과가 나타나면서 최초판결의 내용이 효력을 잃게 되는 종료효과(un effet extinctif)를 산출한다(형소법 제489조, 제545조). 그러나 역시 예외가 존재하는데, 결석재판의 피고인에 집행된 체포영장의 효력(형소법 제465조 제2항, 제4항)¹⁶⁷⁷⁾과 피해자에 대한 공탁금(형소법 제464조 제3항)의 경우는 이의신청에 따른 종료효과의 영향을 받지 않는다. 결국 이의신청은 이러한 효과들을 발휘하면서 당해 사건의 최초 판결을 선고한 법원에 새로운 제소로서 작용한다.¹⁶⁷⁸⁾

(3) 이의신청 사건에 대한 판결

이의신청인이 이의신청한 재판에 출정하면 법원은 당해 사건에 대해 새로이 심리에 착수하여 최초 판결을 그대로 유지할 수 있으며 형을 감경 또는 강화할 수도 있다.

1676) Cass. crim., 26 mars 1991, *Bull. crim.*, n°144 ; 이의신청의 제기로부터 정해진 기일 내에 이의신청 재판이 속행되지 않으면 체포영장은 무효가 되고, 외국에서 체포된 경우는 프랑스 사법당국에 인계된 날로부터 기산한다(Cass. crim., 2 février 1994, *Bull. crim.*, n°46).

1677) 예심판사의 체포영장과 결석재판에 의해 인정된 체포영장은 집행력이 유지된다(Cass. crim., 29 septembre 1992, *Bull. crim.*, n°290).

1678) Corinne Renault-Brahinsky, *L'essentiel de la procédure pénale*, 22^e éd., Gualino, 2022, 126면.

반대로 이의신청인이 이의신청한 재판에 출정하지 않으면 '반복적 궐석'이 있는 것으로 이 두 번째 궐석판결에 대해서는 이의신청을 할 수 없다. 이 '반복적 궐석'은 피고인에 대한 선고형이 집행유예 없는 금고형이 아닌 경우면 최초판결과 같은 판결을 유지한다(형소법 제494조 제1항). 만약 '반복적 궐석'이 이루어졌는데 최초 판결은 집행유예 없는 금고형을 선고한 경우면 법원은 따로 날짜를 정하여 사건을 반송하면서 반복적인 궐석피고인에게 법정 출두를 위한 최고장을 발부한다. 이러한 법정출두 최고장 등이 효과를 가져오지 못하면 법원은 이의신청이 더 이상의 효력이 없음을 선고하고 최초판결의 효력을 다시 발휘하게끔 하는데, 이에 대한 예외로 특히 참작할 만한 사유가 있는 때에는 법원은 이유부기의 특별결정으로 형을 가중하지 않는 한도에서 이의신청 대상 판결을 변경할 수 있다(형소법 제494-1조).

2) 중죄피고인 궐석(le défaut criminel)

중죄피고인의 궐석¹⁶⁷⁹⁾은 형사소송법 제379-2조 내지 제379-6조에서 첫째, 중죄피고인이 공판개시 당시 유효한 이유 없이 궐석을 한 경우와 둘째, 중죄피고인이 출정할 수 있을 때까지 공판을 정지할 수 없으며 중죄피고인의 궐석이 심리과정에서 밝혀진 경우 이송을 할 수도 없는 경우에 한하여 체포영장을 발부하는 것을 규정하고 있다. 이 경우 법원은 재판일자를 확정하여 체포영장 발부를 통해 신변을 확보하고 다음 공판기일에 사건에 대한 심리를 할 수 있다(형소법 제379-2조 제2항). 중죄피고인이 출정을 거부한다든지(형소법 제319조) 법정을 소란케한 것을 이유로 중죄법원 재판장에 의해 퇴정명령이 내려졌다든지(형소법 제322조) 공판심리가 개시되어 범죄사실과 성격에 대해 중죄피고인에게 신문이 이미 진행되다가 궐석상태임이 증명된 경우에는

1679) 중죄피고인의 궐석재판에 대해서 예전에는 '궐석인 조치(la purge de la contumace)'의 표현으로 다루었음. 즉 중죄피고인의 주거지로 기소장이 송달된 후 그 피고인이 도주하는 등 공판정에 출정하지 않아 예정된 공판기일에서 10일이 경과되면 중죄법원의 재판장은 궐석을 확인하였다는 조서의 작성을 명하고, 이 조서에 따라 중죄피고인은 새로운 10일 후에 공판정에 출석하여야 하는 의무를 지며 그러한 의무를 이행하지 않는 경우 법률에 대한 항거로 선고되며 법정기간을 도과하면 중죄피고인은 궐석재판 판결을 받는 궐석인이 되는 것임 (Claude Garcin. Procédure pénale, 3e éd., L'Hermès, 1998, 179면). 2004년 3월 9일자 범죄성의 변화에 대한 사법의 적응에 관한 법률(Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité(la loi PERBEN ii))에 의해 '궐석인 조치' 절차를 폐지하고 새로이 '중죄피고인궐석(le défaut criminel)' 절차(형소법 제379-2 내지 제379-6조)를 설치함.

중죄피고인 궤석절차가 적용될 수 없다(형소법 제379-2조 제3항). 이러한 세 가지 경우에는 중죄법원이 원칙적으로 참심원의 참여 없이, 중죄피고인의 변호인이 참석한 상태라면 중죄피고인이 출석한 것과 마찬가지로 심리를 속행한다(형소법 제379-7조). 중죄피고인의 변호인마저 참석하지 않으면 중죄법원은 사소당사자 또는 그의 변호인의 증언과 검사의 논고를 들은 후 선고 절차로 진행하는데, 궤석한 중죄피고인이 실형인 금고형 또는 징역형을 선고받은 경우 법원은 불구속피고인에 대해서는 체포영장을 발부한다.¹⁶⁸⁰⁾ 이미 궤석판결로 형의 선고를 받은 중죄피고인이, 수형자를 구성하거나 형의 시효의 완성 전에 체포된 자인 경우에는 최초 궤석재판에 의한 판결은 무효가 되고 중죄법원은 새로이 사건을 일반적 중죄재판절차에 따라 판결을 선고한다.¹⁶⁸¹⁾ 이 경우 중죄피고인이 중죄법원에 출정하기까지 이미 체포영장발부가 되었다면 그 체포영장은 구금영장에 해당하는 것으로 그리고 중죄피고인은 수형자와 같이 간주가 되는데 적어도 인신구속이 이루어진 후 1년 이내(인신구속은 6개월 연장이 가능하며 한 번에 한하여 갱신 가능)에 중죄법원으로서의 출두가 이루어져야 하고 그렇지 않을 경우는 즉시 석방된다(형소법 제379-4조, 제181조).¹⁶⁸²⁾ 중죄재판에서 궤석판결을 받은 자는 상소할 수 없다(형소법 제379-5조).¹⁶⁸³⁾ 위에서 체포되거나 수형자를 구성하는 중죄피고인은 한 달 이내에 중죄법원의 판결에 따르며 변호인의 참석 하에 자신의 사건에 대한 새로운 판단을 포기할 수 있다(형소법 제379-4조 제3항).

3) 항소(l'appel)

재판의 일반적 불복절차로 위에서 언급한 이의신청과 항소를 들 수 있는데 이 두 절차는 당해 사건을 법적으로나 사실적으로 재검토하는 것을 목적으로 하며 원심에 대한 불복개시에 그 어떤 제약을 받지 않는다.¹⁶⁸⁴⁾ 항소가 이의신청이나 중죄피고인

1680) Corinne Renault-Brahinsky, *L'essentiel de la procédure pénale*, 22^e éd., Gualino, 2022, 127면.

1681) Cass. crim., 19 janvier 2011, *Bull. crim.*, n°10 ; Cass. crim., 9 juillet 2014, *Bull. crim.*, n°172.

1682) 피고인에게 자유형을 부과한 재판에 있어서, 형 선고 이전에 체포영장을 발부한 경우는 구금영장에 해당하는 것으로 간주될 수 없으므로 피고인은 석방구금판사(le juge des libertés et de la détention)에게 출석하여야 한다(Cass. crim., 22 janvier 2013, *Bull. crim.*, n°21).

1683) Cass. crim., 30 janvier 2008, *Bull. crim.*, n°26.

1684) Corinne Renault-Brahinsky, *L'essentiel de la procédure pénale*, 22^e éd., Gualino, 2022, 123면.

결석과 다른 점은 최초판결을 선고했던 동일 법원이 아닌 그 상급법원에 구제를 구하는 ‘법원의 이중 심급 원칙(la règle du double degré de juridiction)’이 적용된 불복신청제도로서 항소는 상급법원에 의한 재판의 수정경로를 구성한다.¹⁶⁸⁵⁾

(1) 항소의 조건

경죄법원의 판결에 대한 항소는 가능하며 그 항소는 항소법원(la cour d'appel)에 제기한다(형소법 제496조). 제1심법원이 무죄판결 또는 유죄판결을 선고하였든지 반대신문권이 보장된 대심구조의 통상재판이었든 결석재판이었든 모두 항소 가능하다.¹⁶⁸⁶⁾ 항소권자는 피고인, 민사상의 이익만을 가진 민사책임자, 민사상의 이익만을 가진 사소당사자, 검사, 항소법원 부치 검사장(le Procureur général près la Cour d'appel), 공소권을 행사하는 행정청이다(형소법 제497조). 그밖에 피고인과 사소당사자의 보험대리인도 보험으로 보장하는 부분과 관련된 사소판결에 대해서는 항소가 가능하다(형소법 제388-1조 제3항). 위경죄에 대해서는 형사소송법 제546조가 규정한 기준에 따라 제5급 위경죄에 대한 벌금형이 선고된 경우, 형법 제131-16조 제1호에 규정된 형이 선고된 경우 또는 선고된 벌금형이 제2급 위경죄의 벌금의 상한을 초과하는 경우에는 피고인, 민사상의 이익만을 가진 민사책임자, 민사상의 이익만을 가진 사소당사자, 검사, 항소법원 부치 검사장, 경찰법원의 공소관(l'officier du ministère public près le tribunal de police)은 항소가 가능하다(형소법 제546조 제1항). 원칙적으로 항소는 원심법원판결의 불복이므로 원심법원의 서기에게 제기하며 반대신문권이 보장된 대심구조의 통상재판은 10일의 항소제기기간 내에 제기하여야 항소제기의 효력이 있다(형소법 제498조 제1항). 결석재판에 의한 경우의 항소제기기간은 판결이 어떠한 형태로든 통지가 된 날로부터 기산한다(형소법 제498조 제2항).

(2) 항소의 효과

항소가 제기되면 우선적으로 제1심판결의 집행이 중단되는 중지효과가 발생하는데 이에 대한 예외로 제1심판결이 무죄판결, 집행유예판결 또는 벌금형 판결인 경우에는 구속 중인 피고인을 즉시 석방한다(형소법 제471조 제1항). 사소에 관하여도 항소가

1685) Bernard Bouloc, Procédure pénale, 28^e éd., Dalloz, 2021, n°1170, 1056면.

1686) Bernard Bouloc, Procédure pénale, 28^e éd., Dalloz, 2021, n°1171, 1057면.

제기되면 중지효과가 발생하지만 피해자의 이익보호를 위해 사소판결이 종국판결이 아닌 가판결에 의한 집행력을 발휘할 수 있다(형소법 제464조 제3항). 항소는 상급법원에 제1심사건을 배당하는 귀속효과를 가져오므로 경죄법원 항소부(la chambre des appels correctionnels)는 원칙적으로 제1심사건인 경죄법원판결이나 경찰법원판결의 모든 사실적 요소와 법률적 요소에 대해 다시 심판한다(형소법 제509조와 제515조 제2항, 제3항). 그러나 항소인은 자신의 항소 범위를 제한하여 항소할 수 있으며 항소법원의 판사도 제한된 심판범위, 항소의 목적과 항소인의 특성에 제약된다.¹⁶⁸⁷⁾ 이러한 원칙은 형사소송법 제509조 제1항에 의거하여, “사건은 항소인의 특성에 따라 항소법원에서 계속된다”고 규정한다. 예를 들면 검사만이 항소한 경우 상급법원은 오직 공소부분에 대해서만 심판하고, 사소당사자가 항소를 제기하면 귀속효과는 사소에 국한하며, 피고인이 항소한 경우는 공소와 사소에 대한 판결에 동시에 항소제기할 수 있는 것이다. 항소의 목적을 고려한다면 항소를 통해서 절대 스스로 피해를 입지 않으려는 항소인의 목적을 고려하는 것이 필요하다.¹⁶⁸⁸⁾ 형사소송법 제515조 제2항은, “항소법원은 피고인, 민사상 손해배상책임을 지는 자, 사소당사자 또는 이들의 보험대리인이 단독으로 항소를 제기하였을 때에는 항소인에게 불이익한 변경을 할 수 없다”고 규정한다. 그러므로 피고인에 의한 항소에 대해 항소법원은 형벌을 감경하거나 무죄판결을 할 수는 있으나 제1심판결의 형벌보다 가중하여 형을 부과할 수는 없다는 “불이익변경금지(non reformatio in pejus)”원칙¹⁶⁸⁹⁾은 공소뿐만 아니라 사소판결에도 적용된다.¹⁶⁹⁰⁾ 마찬가지로 사소당사자가 단독으로 항소한 경우 항소법원은 제1심판결에서 인용되지 않았던 손해배상액을 인정하거나 배상비율을 증가시키는 사소판결을 할 수 있다(형소법 제515조 제2항).¹⁶⁹¹⁾ 그러나 검사의 항소에 대해 형사소송법 제515조 제1항은, “항소법원은 검사의 항소가 있는 때에는 원심판결을 확인하거나 피고인에게 유리하게 또는 불리하게 그 전부 또는 일부를 파기할 수 있다”라고

1687) Cass. crim., 6 septembre 1980, *Bull. crim.*, n°236.

1688) Claude Garcin, *Procédure pénale*, 3^e éd., L'Hermès, 1998, 182면.

1689) 프랑스에 불이익변경금지원칙의 도입은 정부의 행정·입법의 자문 기관 및 최고 행정 재판소 기능을 담당하는 국사원(Le Conseil d'Etat)의 1806년 11월 12일자 의견서(l'avis)에서 비롯됨.

1690) Cass. crim., 29 janvier 1991, *Bull. crim.*, n°48 ; P.D. de Boisvilliers, “La règle de l'interdiction d'aggraver le sort du prévenu”, RSC, 1993, 694면.

1691) 피고인의 무죄판결이 확정된 후, 항소법원은 사소당사자의 항소에 대한 심판권을 가진다 (Cass. crim., 30 octobre 2006, *Bull. crim.*, n°257).

규정한다. 이러한 점에서 항소법원은 공소에 관하여 제1심법원보다 폭넓은 심판권을 지닌다.¹⁶⁹²⁾

나. 특별상소절차

특별상소절차에는 상고(파기신청)와 재심이 있는데 이들 절차는 판결에 있어서의 통일적 정확성(*la régularité*)의 재검토를 목적으로 하고 절차 개시에 있어 법률에서 정한 바에 따라 제한적으로 운용된다.¹⁶⁹³⁾

1) 상고(*le pourvoi en cassation*)

우리나라의 대법원에 대응하는 프랑스의 파기원(*la Cour de cassation*)은 법률의 일률적 해석의 보장기능을 수행하는 상고관할법원으로 사실문제를 판단하여 집행을 명하는 판결을 선고하지 않고 오직 법률문제를 심리하여 판단하는 법률심이다.¹⁶⁹⁴⁾ 파기원 형사부(*la chambre criminelle de la Cour de cassation*)가 관할하는 파기신청 즉 상고는 판결의 적법성(*la légalité*)에 대한 통제를 위해 형사소송법 제567조 이하에서 규정하는데, 상고 대상 판결은 항소법원 예심부(*la chambre de l'instruction*)의 결정과 중죄법원, 경죄법원, 경찰법원의 종국적 결정과 판결이다(형소법 제567조). 상고는 당사자 이익을 위한 상고와 법률의 이익을 위한 상고의 두 가지로 나눈다.¹⁶⁹⁵⁾

(1) 당사자 이익을 위한 상고

일반상고 또는 보통법상 상고로 불리는 당사자 이익을 목적으로 하는 상고는 하급 법원의 심판에서 이루어진 법률의 오류와 같이 법률이 사안에 제대로 적용되었는가의 여부를 심판하기 위함이므로 엄밀한 의미에서 파기원은 제3심급의 법원이 아니다.¹⁶⁹⁶⁾ 파기원의 재판은 사실의 잠재적 오류를 교정할 수가 없으며 법의 해석에 있어

1692) Claude Garcin, *Procédure pénale*, 3^e éd., L'Hermès, 1998, 183면.

1693) Corinne Renault-Brahinsky, *L'essentiel de la procédure pénale*, 22^e éd., Gualino, 2022, 127면.

1694) Corinne Renault-Brahinsky, *L'essentiel de la procédure pénale*, 22^e éd., Gualino, 2022, 128면.

1695) Bernard Bouloc, *Procédure pénale*, 28^e éd., Dalloz, 2021, n°1196, 1086면.

1696) Bernard Bouloc, *Procédure pénale*, 28^e éd., Dalloz, 2021, n°1196, 1086면.

서 판례로서의 일관성을 보장하기 위하여 오로지 사법적 결정과 판결의 적법성 확보를 목적으로 한다.¹⁶⁹⁷⁾ 즉 이의신청이나 항소 제기를 받은 법원과 달리 파기원은 범죄 사실이나 범죄인의 유책성에 대해서는 판단하지 않는다.¹⁶⁹⁸⁾ 상고가 특별상소절차에 해당하므로 상고개시가 되기 위해서는 아래의 제한적 조건 또는 상고이유가 갖추어져야 한다(형소법 제591조 이하).

1. 판결법원의 변칙적 법관 구성 또는 판결공시의 하자(형소법 제592조)
2. 판결법원의 관할 없음¹⁶⁹⁹⁾ 또는 권한 남용¹⁷⁰⁰⁾
3. 법정 형식의 미준수¹⁷⁰¹⁾
4. 판결 이유가 명시되지 아니하거나 불충분하거나 모순되는 경우(형소법 제593조 제1항)¹⁷⁰²⁾
5. 실체형법의 위반¹⁷⁰³⁾

상고는 일반상소절차를 모두 거친 최종판결에만 가능한 특별상소절차이므로 아직 이의신청이나 항소와 같은 일반상소절차를 미쳐 거치지 않은 판결에 대해서는 상고를 제기할 수 없다(형소법 제567조). 그러나 최종심급을 모두 거친 판결에 대해서도 상고를 할 수 없는 예외가 존재하는데, 최고정치법원(la Haute Cour)¹⁷⁰⁴⁾판결과 중죄법원

1697) Claude Garcin, Procédure pénale, 3^e éd., L'Hermès, 1998, 183면.

1698) Bernard Bouloc, Procédure pénale, 28^e éd., Dalloz, 2021, n°1196, 1086면.

1699) 경합범의 처벌에서 형벌의 비병과(흡수주의)에 관한 경죄항소법원의 권능(Cass. crim., 9 janvier 2013, *Bull. crim.*, n°12).

1700) 파기신청개시의 조건에 따르면, 당해 사건에 대해 관할권이 있는 법원에서 적법하게 구성된 법관의 판결이 있었다고 할지라도 권한 없는 행위를 법원이 하면 파기신청의 대상이 되는 것임. 중죄법원의 기소항소부(la chambre d'accusation) 재판장의 무효(la nullité)에 관한 권한 남용(Cass. crim., 17 décembre 1996, *Bull. crim.*, n°68).

1701) 이러한 법정형식은 수사단계에서부터 판결의 확정에 이르기까지 모두 준수되어야 하며 법정 형식의 미준수와 관련되는 예로, 경죄사건의 피고인은 제1심법원이 범한 무효 사유에 대해 항소법원에 항소를 제기하지 아니한 때에는 이를 파기 신청의 개시사유로 제출할 수 없다(형소법 제599조 제1항).

1702) 따라서 파기원이 적법한 법률적용을 위한 통제를 하려면 원심법원은 판결이유를 제시하여야 하는 것임.

1703) 예를 들어, 해당 사건에 대한 법원의 판단에서 정범과 공범의 구분과 같은 형법총론 영역이나 사기죄가 절도죄(또는 그 반대의 경우)로 잘못 규명된 형법각론 영역이 관련됨.

1704) 2007년 헌법개정으로 예전의 la Haute Cour de justice에서 현재의 la Haute Cour로 명칭이 바뀐 단일법원인 최고정치법원은 대통령의 임기 중 동시에 성립할 수 없는 즉 양립 불가능한 의무의 위반에 대하여 심판하는 데 최고정치법원을 구성하는 하원은 의무를 위반한 대통령

의 무죄판결(형소법 제572조)¹⁷⁰⁵⁾을 든다.¹⁷⁰⁶⁾ 형사소송법 제572조는, “중죄법원이 선고한 무죄판결에 대하여는 법률의 이익을 위한 상고만 제기할 수 있으며 무죄판결을 선고받은 피고인의 이익을 침해할 수 없다”라고 규정한다. 스스로 지키고자 하는 이익이 있는 한 형사소송의 당사자인 피고인과 검사는 원칙적으로 파기원에 상고 제기를 할 수 있다.¹⁷⁰⁷⁾ 상고를 제기하려면 상소제기권자는 소송의 당사자여야 하며, 상고 대상 판결인 원심판결이 상고인의 개별적 이익을 침해하여야 한다(형소법 제567조 제1항). 결과적으로 검사는 공소에 대해서만 상고할 수 있고, 사소당사자는 사소에 대해서만 상고할 수 있으며, 오직 피고인만이 선고받은 공소와 사소 모두에 대해서 상고를 할 수 있다. 검사와 모든 당사자는 상고 대상인 원심판결의 선고일부터 5일 이내에 파기원에 파기 신청 즉 상고를 제기할 수 있다(형소법 제568조 제1항). 상고의 제기는 원심법원의 서기에게 하여야 한다(형소법 제576조 제1항). 항소와 마찬가지로 상고도 중지효과(형소법 제569조)와 귀속효과(형소법 제567조 제2항)를 갖는다.¹⁷⁰⁸⁾ 상고는 파기원 형사부의 상고심 판결선고가 있을 때까지 원심판결의 집행을 중지한다. 하지만 예외적으로 원심판결 중에서 운전면허 정지처분 또는 운전면허 취소처분과 같은 보충형은 즉시 집행된다(도로교통법 제1224-13조). 그리고 원심판결 중 피해자의 이익보호를 위한 민사에 관한 판결은 즉시 집행력을 갖는다(형소법 제569조 제1항). 파기원 상고심의 관할로 보아 상고의 귀속효과가 범죄사실에 대해서 판단하는 사실심이 아니므로 필연적으로 항소심에 비하면 범위상 보다 제한적이다.¹⁷⁰⁹⁾ 귀속효과로 파기원 형사부는 상고를 직접적으로 관할하여(형소법 제567조 제2항) 결과적으로 상고대상 판결의 적법성을 통제하여야 한다.¹⁷¹⁰⁾ 상고는 상고인이 원심판결 전체가 아닌 부분적 내용을 파기의 대상으로 삼으려 하므로 성격에 있어서 부분적 특성을 띠거나 위에서 언급한 것처럼 상고 제기를 통한 목적은 상고인의 개별적 이익에 따라

의 탄핵을 선고함.

1705) Cass. crim., 21 février 2007, *Bull. crim.*, n°53.

1706) Bernard Bouloc, *Procédure pénale*, 28^e éd., Dalloz, 2021, n°1202, 1095면.

1707) Corinne Renault-Brahinsky, *L'essentiel de la procédure pénale*, 22^e éd., Gualino, 2022, 128면.

1708) Cass. crim., 7 juin 2000, *Bull. crim.*, n°214.

1709) Claude Garcin, *Procédure pénale*, 3^e éd., L'Hermès, 1998, 183면.

1710) Annie Beziz-Ayache, *Dictionnaire de droit penal général et procedure penale*, 6^e éd., Ellipses, 2016, 206면.

공소에 대한 상고 또는 사소에 대한 상고로 구분할 수 있으므로 상고 자체는 일반적인 면서 광범위한 특성을 나타낸다.¹⁷¹¹⁾ 피고인만이 원심판결의 공소와 사소 모두에 대해서 동시에 상고할 수 있는데, 파기원 형사부는 항소심에 적용되는 불이익변경금지의 원칙이 상고심에도 적용될 수 있도록 적용 범위를 확장하였다.¹⁷¹²⁾ 상고인은 상고를 제기한 원심법원에 상고 접수일로부터 10일 이내에 상고이유서를 제출할 수 있다(형소법 제584조). 상고심인 파기원에서의 특별변호인은 사소당사자의 변호에 대해서만 의무적이다.¹⁷¹³⁾ 파기원 형사부는 상고인 또는 사소당사자와 같은 당사자가 제출한 의견서와 검사의 논고가 포함된 보고 담당 법관의 보고서를 요구하며 보고서 수리 후 10일이 경과한 즉시 상고사건에 대해 재판할 수 있다(형소법 제604조 제1항). 본안 실체판결을 하기 전에 파기원 형사부는 상고의 적법 제기 여부를 심사하여 상고 접수 요건이 충족되지 않았다고 인정하는 때에는 불수리 결정(l'arrêt d'irrecevabilité) 또는 상고권 상실 결정(l'arrêt de déchéance)을 내린다(형소법 제605조). 상고가 수리된 후 파기원 형사부는 상고의 심판대상이 소멸¹⁷¹⁴⁾된 때에는 각하 결정(l'arrêt de non-lieu)을 내린다(형소법 제606조). 예외적으로 상고가 본안실체에 대해 판결을 할 것은 더 이상 없지만 합당한 법적 근거에 기초한 경우 환송 없는 파기판결(l'arrêt de cassation sans renvoi)을 선고한다(형소법 제617조). 파기원 형사부도 파기원의 다른 부와 마찬가지로 원심판결이 법률 위반이 없어 상고의 이유가 없다고 인정한 때에는 상고기각판결(l'arrêt de rejet)을 선고하여(형소법 제607조) 중지되었던 원심판결은 집행이 되며, 상고의 이유가 있다고 인정한 때에는 원심에 대해 파기환송판결(l'arrêt de cassation)을 선고한다(형소법 제609조, 제609-1조, 제610조).¹⁷¹⁵⁾ 파기원 형사부의 이 파기판결이 선고되면 파기는 원심판결의 부분 또는 전체적인 무효로 될 수 있으며 원심법원과 동일 심급 법원으로 환송하여 새로이 심판하도록 하는데, 심판에 있어서 상고심 판결으로부터 자유로운 환송심에서 파기원 형사부가 선고한

1711) Bernard Bouloc, Procédure pénale, 28^e éd., Dalloz, 2021, n°1211, 1109면.

1712) Bernard Bouloc, Procédure pénale, 28^e éd., Dalloz, 2021, n°1211, 1110면.

1713) Corinne Renault-Brahinsky, L'essentiel de la procédure pénale, 22^e éd., Gualino, 2022, 128면.

1714) 예를 들면, 상고 제기 후 사면이 이루어진 경우를 들 수 있음(Thierry Garé, Catherine Ginestet, Droit pénal-Procédure pénale 2023, 14^e éd., Dalloz, 2022, n°623, 452면).

1715) Thierry Garé, Catherine Ginestet, Droit pénal-Procédure pénale 2023, 14^e éd., Dalloz, 2022, n°623, 452면.

상고심 판단을 채택하지 않을 경우 동일한 절차로 재상고가 가능하며 그 경우 파기원 전원합의체(l'Assemblée plénière de la Cour de cassation)가 관할하여 심판한다.¹⁷¹⁶⁾ 재상고심인 전원합의체에서는 환송심 판결에서 잘못 판단한 부분이 있다는 것을 확인하게 되면 이 전원합의체의 판결에 부합될 다른 법원으로의 파기환송판결(l'arrêt de cassation avec renvoi)을 선고한다(형소법 제619조).¹⁷¹⁷⁾

(2) 법률의 이익을 위한 상고

우리나라의 비상상고에 준하는 법률의 이익을 위한 상고는 일명 '예약된 상고'로 불리며¹⁷¹⁸⁾, 상고제기기간 내에 상고가 제기되지 않아서 판결이 확정되어 이미 기판력이 발생한 판결의 법령위반을 시정해야 하는 경우 또는 오류가 발견되었음에도 상고가 받아들여질 수 없는 경우에 제기하는 것이다.¹⁷¹⁹⁾ 여기서 상고가 받아들여질 수 없는 경우라는 것은 앞에서 당사자 이익을 위한 일반상고에서, 중죄법원이 선고한 무죄판결에 대하여는 법률의 이익을 위한 상고만 제기할 수 있으며 무죄판결을 선고 받은 피고인의 이익을 침해할 수 없다(형소법 제572조)는 규정에 따라서 형사소송법은 파기원 부치 검사장(le Procureur général près la Cour de cassation)에게 법률의 이익을 위한 상고를 제기할 가능성을 부여하여 판결의 일관성(la unité) 확보를 목적으로 삼는다.¹⁷²⁰⁾ 형사소송법 제620조와 제621조에서 두 종류의 법률의 이익을 위한 상고를 규정한다. 형사소송법 제620조는, "법무부장관의 형식적 명령(l'ordre formel)에 따라 법률에 위반된 사법상 처분 또는 판결에 대하여 파기원 부치 검사장이 파기원 형사부에 상고를 청구한 경우 그 처분이나 판결은 파기될 수 있다"라고 규정한다. 이러한 법률의 이익을 위한 상고로서 피고인의 이익을 해칠 수는 없으므로 결국에는 피고인의 이익이 될 수 있다.¹⁷²¹⁾ 그 이유는 법률의 이익을 위한 상고에서 원심인

1716) Thierry Garé, Catherine Ginestet, Droit pénal-Procédure pénale 2023, 14^e éd., Dalloz, 2022, n°623, 452면.

1717) Annie Beziz-Ayache, Dictionnaire de droit penal général et procedure penale, 6^e éd., Ellipses, 2016, 207면.

1718) Thierry Garé, Catherine Ginestet, Droit pénal-Procédure pénale 2023, 14^e éd., Dalloz, 2022, n°623, 452면.

1719) Bernard Bouloc, Procédure pénale, 28^e éd., Dalloz, 2021, n°1221, 1123면.

1720) Claude Garcin, Procédure pénale, 3^e éd., L'Hermès, 1998, 186면.

1721) 개별적으로 특정화되지 않은 누범표로 징역형 20년에서 25년으로 대체한 경우(Cass. crim., 6 novembre 2013, Bull. crim., n°221).

무죄판결의 무효가 선고된다고 하여도 이미 무죄판결을 선고받은 피고인이 불리해질 수는 없는 것이므로¹⁷²²⁾ 파기대상 판결이 무죄판결이면 그 파기는 전적으로 법이론적인 것이 되며, 파기대상 판결이 유죄판결이면 그 파기로 인한 원심판결의 무효는 법률의 이익인 동시에 피고인의 이익이 되어¹⁷²³⁾ 판결할 부분이 잔존 되어 있는 경우¹⁷²⁴⁾ 불이익변경이 금지되는 원심법원의 동급법원으로 환송될 것이기 때문이다.¹⁷²⁵⁾ 그리고 형사소송법 제621조는, “항소법원, 중죄법원, 경죄법원 또는 경찰법원이 최종심으로 선고한 판결에 대해 파기 이유가 있음에도 불구하고 어느 당사자도 법정기간 내에 상고를 제기하지 아니한 때에는 파기원 부치 검사장은 기간 경과 후에도 직권으로 당해 판결에 대해, 다만 법률의 이익만을 위한 경우에 한하여 상고할 수 있다. 파기원은 상고의 수리 가능성(*la recevabilité*) 및 정당성(*le bien-fondé*)에 대하여 선고한다. 상고가 수리된 때에는 파기가 선고된다. 다만 당사자는 판결이 파기되었음을 원용하여 무효로 된 판결의 집행을 거부할 수 없다”라고 규정한다. 본조가 규정하는 상고는 법률의 이익을 위한 상고 중에서 법무부장관의 형식적 명령이 아니라 오직 파기원 부치 검사장의 주도로 제기되는 상고이며 법률의 이익만을 위한 경우에 한하므로 원심판결에 대한 파기가 선고되어도 이 법률의 이익을 위한 상고판결을 원용하여 파기로 무효로 된 판결에 대한 집행을 거부할 수는 없으므로 당사자 이익에 대한 변경은 없는 것이다.¹⁷²⁶⁾

2) 재심 및 유럽인권법원판결의 재검토(*les demandes en révision et réexamen*)

재심(*la révision*)은 사실의 오류(*les erreurs de fait*)에 대한 시정 절차이다.¹⁷²⁷⁾ 만약 사실의 오류로 인해 피고인의 무죄판결을 가져왔다면 기판력으로 인해 선고된 무죄판결의 변경에 절대적 장애가 되지만, 반대로 사실의 오류로 무고한 사람에게 유죄판결이 선고되었다면 유죄판결의 기판력에도 불구하고 사법적 오류를 회복하기

1722) 법률의 이익을 위한 상고는 무죄판결받은 피고인에게 이익침해를 가할 수 없다(Cass. crim., 21 novembre 1979, JCP 1980, IV, 43면).

1723) Cass. crim., 28 octobre 1975, *Bull. crim.*, n°225.

1724) 보호관찰 조건부 집행 유예기간 오인의 경우(Cass. crim., 9 janvier 1991, *Bull. crim.*, n°12).

1725) Bernard Bouloc, *Procédure pénale*, 28^e éd., Dalloz, 2021, n°1223, 1125면.

1726) Claude Garcin, *Procédure pénale*, 3^e éd., L'Hermès, 1998, 187면.

1727) Bernard Bouloc, *Procédure pénale*, 28^e éd., Dalloz, 2021, n°1225, 1126면.

위한 비상구제절차인 재심이 가능하다.¹⁷²⁸⁾ 기판력을 지니지 않은 판결을 대상으로 법률적용 위반에 대한 판단을 하는 상고와 달리 재심은 사실의 오류가 포함된 기판력 있는 유죄판결을 대상으로 제기되는 것이다.¹⁷²⁹⁾ 재심과 아울러 유럽인권협약 또는 유럽인권협약 부가의정서(protocoles additionnels) 위반으로 유럽인권법원으로부터 유죄판결을 선고받은 자의 재심에 대해서도 2014년 6월 20일자 “형사확정판결의 재심과 재검토 절차개혁에 관한”법률 제2014-640호에 의거하여 형사소송법 개정이 이루어져 일반법원판결의 재심과 유럽인권법원판결에 대한 재검토를 통합적으로 규정하였다.¹⁷³⁰⁾

(1) 재심 및 유럽인권법원판결 재검토의 요건

a. 재심의 요건

중죄 또는 경죄¹⁷³¹⁾로 유죄의 확정판결을 받은 모든 자의 이익을 위한 포괄적 이익 재심의 형태로 형사소송법 제622조는 재심사유를 열거적으로 제한하기보다는, “유죄 판결 후 새로운 사실이 발생하거나 재판일에 법원에서 알 수 없었던 요소가 발견되어 피고인의 결백을 조성하거나 유책성에 대한 의심이 생겨나도록 한 경우” 재심청구가 가능하다. 재심의 청구권자에 대해서 형사소송법 제622-2조는 아래 각 호로 나누어 규정한다. 유럽인권법원판결에 대한 재검토의 청구권자는 항소법원 부치 검사장들을 제외하고는 재심과 동일하다(형소법 제622-2조).

1. 법무부 장관(le ministre de la justice)
2. 파기원 부치 검사장(le procureur général près la Cour de cassation)
3. 유죄판결 받은 자 또는 그 자가 무능력자인 때에는 그의 법정대리인
4. 유죄판결 받은 자가 사망 또는 실종선고를 받은 후에는 그 배우자, 시민연대 협약(le pacte civil de solidarité((Pacs))에 의한 파트너, 내연 상대방, 자녀, 부모, 손자녀,

1728) Claude Garcin. Procédure pénale, 3^e éd., L'Hermès, 1998, 187면 ; Bernard Bouloc, Procédure pénale, 28^e éd., Dalloz, 2021, n°1225, 1126면.

1729) Bernard Bouloc, Procédure pénale, 28^e éd., Dalloz, 2021, n°1225, 1127면.

1730) Thierry Garé/Catherine Ginestet, Droit pénal-Procédure pénale 2023, 14^e éd., Dalloz, 2022, n°626, 453면.

1731) 위경죄에 대한 재심청구는 제외되어 있음(형소법 제622조).

증손자녀, 포괄수증자 또는 포괄승계인
그밖에 복수의 항소법원 부치 검사장(les procureurs généraux près les cours d'appel)

b. 유럽인권법원판결에 대한 재검토의 요건

재심 및 재검토의 청구는 파기원 형사부의 장(le président de la chambre criminelle)을 재판장으로 한 파기원 판사 18명으로 구성된 “재심 및 재검토 법원(la cour de révision et de réexamen)”에 전해지며, 파기원 법관총회(l'assemblée générale de la Cour de cassation)가 파기원 형사부의 장을 제외한 나머지 17명의 재심 및 재검토 법원의 법관을 지명하는데 이 지명된 법관들의 임기는 3년으로 한 번에 한하여 연임이 가능하다(형소법 제623조 제1항). 재심 및 재검토 법원은 내부적으로 임기 3년으로 한 번에 한하여 연임이 가능한 5명의 전담법관과 5명의 대리법관으로 구성되는 “재심 및 재검토 청구수사위원회(la commission d'instruction des demandes de révision et de réexamen)”를 두고, 청구수사위원회의 장은 호선으로 선출하며 이 청구수사위원회에 참여한 전담법관과 대리법관들은 재심 및 재검토 법원의 판결에는 참여할 수 없다(형소법 제623-1조 제1항). 5명의 전담법관을 제외한 나머지 13명의 재심 및 재검토 법원의 법관은 재심 및 재검토에 대한 판결을 선고하며, 파기원 형사부의 장은 “재심 및 재검토 법원판결구성(la formation de jugement de la cour de révision et de réexamen)”을 주재한다(형소법 제623-1조 제2항). 파기원 부치 검사장은 재심 및 재검토 청구수사위원회와 재심 및 재검토 법원판결구성에서 검사의 기능을 담당한다(형소법 제623-1조 3항). 형사소송법은 유럽인권협약 위반으로 유죄를 선고한 유럽인권법원(la Cour européenne des droits de l'homme)의 확정 판결에 대한 재검토(le réexamen)를 청구할 수 있는 요건에 대한 규정을 마련하였다.¹⁷³²⁾ 형사소송법 제622-1조는, “유럽인권협약 또는 부가의정서 위반으로 유럽인권법원으로부터 유죄판결을 선고받은 자가, 확인된 협약위반이 그 특성과 중대성 면에서 피고인이 유럽인권협약 제41조¹⁷³³⁾의 적용을 허용하는 공정한 만족으로 종료되지

1732) Corinne Renault-Brahinsky, *L'essentiel de la procédure pénale*, 22^e éd., Gualino, 2022, 129면.

1733) 유럽인권협약 제41조(정당한 구제조치) 유럽인권협약 또는 부가의정서의 위반이 있었으나

않는 손해를 입은 결과에 처한 경우에는 누구든지 재검토를 청구할 수 있다. 이 재검토는 유럽인권법원 판결이 선고된 1년 이내에 청구할 수 있다. 파기원에 청구하는 재검토는 재심과 동일한 절차로 제기될 수 있다”라고 규정한다.

(2) 재심 및 유럽인권법원판결에 대한 재검토의 절차

재심 및 유럽인권법원판결에 대한 재검토의 청구권자는, 재심의 경우는 항소법원 부치 검사장이 청구권자에 해당되나 재검토의 청구권자에는 해당되지 않는다(형소법 제622-2조). 재심 및 재검토를 위해서 청구수사위원회와 법원판결구성은 유죄판결의 집행중지요청을 형사부에 청구하며, 유죄판결이 선고된 자도 판결의 집행중지를 청구 수사위원회와 법원판결구성에 청구할 수 있다(형소법 제625조). 이후의 절차는 먼저 청구수사위원회를 거친 연후에 법원판결구성으로 나아가게 된다.

a. 수사위원회(la commission d'instruction)

“재심 및 재검토청구 수사위원회”는 청구수리를 결정할 수 있다(형소법 제624조 제1항). 본 위원회는 추가정보의 집행을 위원회 소속 법관에게 위임하여 요구할 수 있다(형소법 제624조 제3항). 재검토 청구의 경우 본 위원회는 유죄판결선고인에게 적용하는 유럽인권협약 위반을 선고한 유럽인권법원판결의 존재를 확인하였을 때 본 위원회의 장은 1년 이내에 재심 및 재검토 법원판결구성에 명령서를 통해 제소한다(형소법 제624-1조). 재심청구의 경우 본 위원회는 그 청구가 본 위원회가 보기에 수리할만하다고(형소법 제624조 제4항) 즉 본 새로운 사실이 발생하였거나 재판일에 법원에서 알 수 없었던 요소가 발현되었다고 본 위원회에서 판단되면 재심 및 재검토 법원 판결구성에 제소한다(형소법 제624-2조 제1항). 재심 및 재검토청구 수사위원회는 이유를 부기한 결정을 고지하고 이에 대해서는 불복할 수 없다(형소법 제624조 제4항).

b. 판결구성(la formation de jugement)

상기 위원회와 마찬가지로 “재심 및 재검토법원 판결구성”도 원판결 대상 사건이 그대로인 상태가 아니라고 판단하면 추가정보의 집행을 판결구성 소속 법관에게 위임하여 요구할 수 있다(형소법 제624-3조 제1항). 재심 및 재검토공판을 마친 후 판결구

해당 협약국의 국내법이 부분적 보상만을 허용하고 있는 경우, 유럽인권법원은 필요한 경우 피해자에게 정당한 구제 조치를 제공하여야 한다.

성은 이유를 부기한 판결을 선고하고 이에 대해서는 불복할 수 없다(형소법 제624-3조 제2항). 재심 및 재검토법원 판결구성에서 재심 및 재검토청구가 이유없음으로 판단되면 청구기각결정한다(형소법 제624-7조 제1항). 만약 재심 및 재검토법원 판결구성이 재검토의 청구가 유럽인권협약에 부합되는 조건에서 볼 때 유럽인권법원에 의해 판결된 위반을 본질상 회복시킬 수 있는 것으로 판단이 되면 재심 및 재검토법원 판결구성은 해당 청구인을 파기원 전원합의체(l'Assemblée plénière de la Cour de cassation)¹⁷³⁴⁾으로 이송결정하여 판단하도록 한다(형소법 제624-7조 제2항). 재심 및 재검토법원 판결구성에서 재심 및 재검토청구가 이유 있다고 판단하면 원판결의 효력을 무효로 한다(형소법 제624-7조 제1항). 재심 및 재검토절차를 거친 후 청구인의 무죄가 인정되는 경우 청구인은 형사보상청구권을 갖는다.¹⁷³⁵⁾ 만약 사면, 사망, 궤석, 유죄판결을 선고받은 청구인의 하자, 형사면책사유, 공소시효 등으로 새로운 심리에 착수하는 것이 불가능한 경우 재심 및 재검토법원 판결구성은 사소당사자의 참여 하에 실체판결을 선고할 수 있다.¹⁷³⁶⁾ 이 경우 재심 및 재검토법원 판결구성은 부당한 판결로 판단이 된 원판결을 무효로 하고 필요에 따라 사망한 자의 평판을 위해 재심무죄판결을 공시한다.¹⁷³⁷⁾ 만약 이송결정 후 새로운 심리에 착수하는 것이 불가능하다는 것이 드러난 경우 재심 및 재검토법원 판결구성은 실체판결을 선고할 수 있으며, 재심 및 재검토청구인이 생존하는 경우 원판결의 무효는 다른 구성요건의 존속을 남기지 않으며 그 어떤 이송결정도 선고되지 않는다.¹⁷³⁸⁾

(3) 재심 및 유럽인권법원판결 재검토의 효과

재심이나 유럽인권법원판결의 재검토로 인한 효과로서 첫째, 원판결이었던 유죄판결의 소급적 무효가 발생하며 특히 수형인명부(le casier judiciaire)에서의 삭제(형소법 제624-7조 제6항) 둘째, 원판결이었던 유죄판결 집행의 정지 셋째, 사법적 오류로 발생된 손해에 대한 배상으로 원판결이었던 유죄판결이 야기한 물적 피해에 대한

1734) ass. plén. 4 octobre et 22 novembre 2002, *Bull. A.P.* n°2 et n°3 ; ass. plén. 8 juillet 2005, *Bull. A.P.* n°1.

1735) Bernard Bouloc, *Procédure pénale*, 28^e éd., Dalloz, 2021, n°1236, 1134면.

1736) Cass. crim., 25 juin 1991, *Bull. crim.*, n°284.

1737) Bernard Bouloc, *Procédure pénale*, 28^e éd., Dalloz, 2021, n°1236, 1135면.

1738) Bernard Bouloc, *Procédure pénale*, 28^e éd., Dalloz, 2021, n°1236, 1135면.

금전적 손해배상¹⁷³⁹⁾과 재심 및 유럽인권법원판결 재검토청구인이 요구할 경우 정신적 피해에 대한 보상¹⁷⁴⁰⁾을 든다(형소법 제626-1조).

5. 간이 특별절차

가. 약식명령(l'ordonnance pénale) 절차

1) 약식명령의 조건

주로 위경죄에 대한 간이한 신속절차에 해당하는 약식명령은 형사소송법 제524조 이하에서 규정하는데 검사는 대심구조의 공판절차를 거치지 않고 이유를 부기할 의무 없이 경찰법원에 사건을 송부하여 벌금형과 보충형의 선고를 구할 수 있다.¹⁷⁴¹⁾ 그러나 경찰법원 판사는 심리가 필요하다고 판단하면 일반공판절차에 회부할 수 있도록 검사에게 사건 서류를 회송할 수 있다(형소법 제525조 제3항). 약식명령을 활용할 수 없는 경우로 첫째, 경찰법원 판사가 약식명령을 부과하기 전에 위경죄의 피해자가 피의자를 직접 거명하여 직접소환이 이뤄진 경우(형소법 제524조 제3항) 둘째, 범행 당시 나이가 18세 미만의 소년이 제5급 위경죄를 범한 경우(형소법 제524조 제2항)이다. 경찰법원 판사는 대심구조의 심리가 필요하다고 판단하지 않는 한 심리 없이 범죄실체에 대해 약식명령을 선고한다(형소법 제525조). 선고된 약식명령에 대해서 검사는 10일 이내에, 피고인은 30일 이내에 경찰법원 사무국에 이의를 신청할 수 있다(형소법 제527조 제1항, 제5항).

2) 약식명령의 처리절차

약식명령으로 위경죄 피고인의 무죄 또는 벌금형의 부과가 가능하다(형소법 제495-1조, 제525조 제2항). 형 선고의 일반원칙과 달리 약식명령은 당해 위경죄에 대한

1739) Com. rév. 5 décembre 2005, *Bull.* n°75(건강 상태의 악화, 사소당사자에게 지불된 손해배상금의 반환, 변호사비용).

1740) 기존의 유죄판결을 선고했던 지역, 범죄 발생지역, 재심을 통해 오류였음이 밝혀진 피해자의 출생소재지에 벽보 또는 공고게시 및 관보와 국고 비용으로 5개의 일간지에 재심 결과를 게재.

1741) Thierry Garé/Catherine Ginestet, *Droit pénal-Procédure pénale* 2023, 14^e éd., Dalloz, 2022, n°473, 336면.

이유 부기 없이 선고할 수 있다(형소법 제526조 제2항). 약식명령에는 피고인의 성명, 생년월일 및 장소, 주소, 죄명, 범죄 행위장소와 일시, 적용법조, 유죄의 경우 선고형(형소법 제495-2조)과 벌금형의 금액 및 사법적 강제가 명시되어야 한다(형소법 제526조 제1항). 검사가 경찰법원 사무국에 이의신청할 수 있는 기한인 약식명령이 결정된 후 10일이 지나면 약식명령은 배달증명부 등기우편으로 피고인에게 통지된다(형소법 제495-3조, 제527조). 등기우편 발송 후부터 30일 이내에 이의신청을 하지 않은 피고인은 부과된 벌금을 납부하여야 한다(형소법 제527조 제4항).¹⁷⁴²⁾ 동일 기간 내에 피고인은 약식명령에 대한 이의신청을 할 수 있으며(형소법 제527조 제3항), 죄명이 위경죄가 아닌 경죄인 경우 이 기간은 45일 이내로 늘어난다(형소법 제495-3조 제3항). 검사 또는 피고인에 의한 이의의 신청은 범죄의 중대성에 따라 경죄법원 또는 경찰법원의 일반 공판절차로 진행된다(형소법 제495-4조, 제528조).¹⁷⁴³⁾ 공판심리개시일 전까지 피고인은 이의의 신청을 명시적으로 포기할 수 있으며 그 경우 약식명령은 집행력을 다시 발휘한다(형소법 제495-4조 제2항, 제528조 제2항). 만약 이의신청을 한 피고인이 궤석하면 궤석재판의 판결에 대해 이의신청할 수 있다(형소법 제495-4조). 검사 또는 피고인에 의한 이의가 신청되지 않은 약식명령은 집행된다(형소법 제495-3조 제4항, 제527조 제4항).¹⁷⁴⁴⁾ 약식명령은 피고인에 대한 기판력을 갖지만, 범죄피해의 회복을 위해 형사적 또는 민사적 소송절차를 사용할 수 있는 피해자에 대해서는 기판력을 갖지 않는다(형소법 제495-6조, 제528-1조).¹⁷⁴⁵⁾

나. 범칙금(l'amende forfaitaire) 절차

1) 범칙금 절차의 유형

범칙금 절차는 내국 및 유럽연합이 정한 도로교통법 위반 범죄를 포함하여 국사원령에 열거되거나 법령에서 명문으로 정한(환경법 제L.226-6조, 공중보건법 제

1742) 법정 된 1월 이내의 자발적인 벌금 납부시 벌금액의 20%를 경감한다(형소법 제R.42조 제2항).

1743) Cass. crim., 9 juin 1980, *Bull. crim.*, n°181.

1744) 위경죄의 중첩인 경우에도 하나의 약식명령이 부과된다(형소법 제R.44조).

1745) 약식명령의 세부적 적용에 대하여는 국사원령(Partie réglementaire-Décrets en Conseil d'Etat)으로 정해진 형소법 제R.41-3조 이하 및 제R.42조 이하에서 규정한다.

L.3423-1조 등) 제1급 위경죄에서부터 제4급 위경죄에 대한 규율을 위해 사법기관의 개입을 요하지 않는 행정적 간이 특별절차이다.¹⁷⁴⁶⁾ 제1급 위경죄부터 제4급 위경죄까지의 위반에 대하여 정해진 범칙금의 납부로 공소는 소멸한다(형소법 제R.48-1조). 위경죄의 누범은 하나의 경죄를 구성하므로 기소를 위한 일반형사절차의 적용이 필요하다(형소법 제529조 제2항).¹⁷⁴⁷⁾ 위경죄 범행은 도로교통법 위반의 경우 교통 공무원(l'agent verbalisateur)에 의해 확인되거나 육로운송 공공서류 위반의 경우 운송통제 공무원(l'agent assermenté de l'exploitant)에 의해 확인된다.¹⁷⁴⁸⁾ 도로교통법 위반의 경우, 교통 공무원은 범칙 임시확인서를 발부하면서 위반자가 범칙금을 납부함으로써 공소를 면할 가능성을 알려주는데, 발부된 범칙 임시확인서의 수용을 거부하거나 해당 위경죄를 범한 범칙자가 나타나지 않을 경우 교통 공무원은 위경죄 증명서를 남기거나 범칙금 납부를 위한 안내사항이 적힌 위경죄 증명서를 범칙자에게 도달하도록 조치한다.¹⁷⁴⁹⁾ 육로운송 공공서류 위반의 경우, 일괄배상 범칙금(l'indemnité forfaitaire)으로 일컬어지며 운송통제공무원은 해당 범칙자에게 정해진 범칙금 납부 외에 부가적 화해(la transaction)을 제시하여, 범칙금은 운송통제공무원에게 납부를 하여야 하는데 2개월의 기한 내에 화해 제의서에서 정한 운송통제기관으로부터 적법한 서류를 발급받을 것을 조건으로 소요되는 비용이 추가된다.¹⁷⁵⁰⁾ 만약 비용납부를 즉시 하지 않으면 운송통제공무원은 범칙자의 성명과 주소를 요구할 권한이 부여되며 이를 위해 사법경찰관에게 지원 요청할 수 있다(형소법 제529-4조 제3항). 형사소송법 제529-11조에 의해, 위경죄 증명서는 공인된 자동통제장치에 의한 위경죄확인 이후에 발송된다. 이의제기의 경우 사법경찰리의 보고서 또는 조서가 사건 관련 통제의 결과를 구성하며 이 경우 일련번호를 매겨 서명할 수 있다(형소법 제529-11조).

1746) Annie Beziz-Ayache, Dictionnaire de droit penal général et procedure penale, 6^e éd., Ellipses, 2016, 17면

1747) 검사는 보통법에 따라 공소를 제기할 수 있다(Cass. crim., 12 mars 2002, *Bull. crim.*, n°61).

1748) Thierry Garé, Catherine Ginestet, Droit pénal-Procédure pénale 2023, 14^e éd., Dalloz, 2022, n°595, 429면.

1749) Bernard Bouloc, Procédure pénale, 28^e éd., Dalloz, 2021, n°1070, 959면.

1750) Bernard Bouloc, Procédure pénale, 28^e éd., Dalloz, 2021, n°1070, 960면.

2) 범칙금 절차의 행정적 국면

범칙금 부과 대상인 위경죄를 범한 자(*le contrevenant*)가 범칙금을 즉시 납부하지 않으면 납부수용 여부에 대해 숙고할 수 있는 시간이 주어진다.¹⁷⁵¹⁾ 일반적 범칙금의 경우, 범칙금은 위경죄 증명서에 명시된 기관에 위경죄가 확인되거나 위경죄 증명서가 발송된 날로부터 45일 이내에 납부되어야 한다(형소법 제529-1조, 제529-2조, 제529-9조). 일괄배상 범칙금의 경우, 화해 제의서에 명시된 운송통제기관에 위경죄가 확인된 날로부터 2개월의 기한 내에 납부되어야 한다(형소법 제529-4조 제2항, 제3항). 그 기간 동안 당해 범칙자는 해당 관련기관에 범칙금 면제를 위한 청원을 할 수 있다(형소법 제529-2조 제1항). 이러한 청원은 검사에게 이송¹⁷⁵²⁾되고 공소시효의 중단사유가 된다.¹⁷⁵³⁾ 부과된 범칙금의 납부를 수락하면 공소는 소멸하게 된다(형소법 제529조, 제529-3조). 45일 이내에 범칙금 납부 또는 면제 청구가 있지 않은 때에는 범칙금은 필요적으로 가산되어 검사로부터 집행권을 위임받은 국고에 의해 징수된다(형소법 제529-2조 제2항). 일괄배상 범칙금 제의 이후 범칙자의 납부불이행의 경우에도 마찬가지이다(형소법 제529-5조).¹⁷⁵⁴⁾ 서류구성 비용 및 범칙금, 일괄배상 범칙금, 감결 또는 가산된 범칙금의 금액은 국사원령이 정한다.¹⁷⁵⁵⁾ 범칙금의 징수는 경찰법원 판결의 집행과 마찬가지로 다루어진다(형소법 제530조 제1항). 법인에게 부과되는 범칙금, 감결 또는 가산된 범칙금의 금액은 개인 대상 범칙금의 5배이다(형소법 제530-3조 제2항). 검사는 형벌시효 개시 시점을 구성하는 범칙금 징수 요약 일람표에 서명한다.¹⁷⁵⁶⁾ 도로교통법상 위경죄에 대해 1989년 7월 10일자 법률은 위험하거나 방해되거나 남용된 주차에 관한 위경죄를 제외한 제2급, 제3급, 제4급 위경죄

1751) Bernard Bouloc, *Procédure pénale*, 28^e éd., Dalloz, 2021, n°1071, 960면.

1752) 경찰법원은 검사의 기소결정 이전에 전해진 청구의 유효타당성(*la validité*)에 대해 결정할 수 없다(*Cass. crim.*, 2 mars 2011, *Bull. crim.*, n°45).

1753) *Cass. crim.*, 11 juin 1992, *Bull. crim.*, n°231.

1754) 국고의 담당회계원에 의한 통지가 전해진다(형소법 제R.49-6조). 가산된 범칙금을 통지가 발송된 날로부터 1월 이내에 자발적으로 위반자가 납부를 하게 되면 범칙금 액수의 20%를 감액받는다(형소법 제R.49-6조 제2항).

1755) 제1급 위경죄에 대한 범칙금 11유로에서부터 제4급 위경죄에 대한 범칙금 135유로 정하고(형소법 제R.49조), 제1급 위경죄에 대한 가산된 범칙금 33유로에서부터 제4급 위경죄에 대한 가산된 범칙금 375유로 정한다(형소법 제R.49-7조).

1756) 이러한 권한은 공소시효 이전에 개입되어야 한다(*Cass. crim.*, 18 octobre 2006, *Bull. crim.*, n°252).

의 위반자가 교통 공무원에게 납부하거나 위반 확인 후 3일 이내에 범칙금을 납부한 경우 범칙금의 금액이 감경된다는 것을 규정하였다.¹⁷⁵⁷⁾

3) 범칙금 절차의 사법적 국면

경죄나 제5급 위경죄에 비해 상대적으로 경미한 제1급 위경죄 내지 제4급 위경죄를 위반한 범칙자는 부과된 범칙금이나 일괄배상 범칙금에 기재된 해당 기관에 이의를 신청할 수 있다.¹⁷⁵⁸⁾ 범칙자가 이의를 신청한 서류는 의무적으로 검사에게 전해지며 검사 역시 가산된 범칙금 납부고지서의 발송 이후에 이유를 부기하여 이의를 신청할 수 있다.¹⁷⁵⁹⁾ 결국 검사는 기소편의주의를 발휘하여 불기소처분을 내리거나 약식명령 (l'ordonnance pénale) 절차를 이용하여(형소법 제524조 내지 제528-2조) 소추하거나 경찰법원의 보통법절차를 이용한다(형소법 제531조 이하). 유죄판결의 경우 선고되는 벌금형은 범칙금, 일괄배상 범칙금이나 가산된 범칙금의 액수보다 적은 금액으로 선고될 수 없다(형소법 제530-1조 제2항).

4) 범칙금 절차의 효과

범칙금이나 일괄배상 범칙금의 납부는 공소를 소멸한다.¹⁷⁶⁰⁾ 형사소송법 제529조 제1항에서, “범칙금에는 누범 규정이 적용되지 않는다”라고 규정한다. 따라서 이러한 방식은 간이 할 뿐만 아니라 범칙자에게도 이익이 되는 것으로, 범칙금을 납부해야 하는 의무를 범칙자가 지는 것은 아니며 범칙금 절차가 범칙자로 하여금 사법질서에 의한 검사 또는 경찰법원에 의한 절차를 인정할 수 있도록 하는 것이다.¹⁷⁶¹⁾ 범칙자가 무죄판결을 선고받지 못하면 범칙금, 일괄배상 범칙금 또는 가산된 범칙금보다 높은 액수의 벌금형을 선고받게 된다.¹⁷⁶²⁾ 범칙금 절차가 약식명령의 형태 또는 일반 공판

1757) 제2급 위경죄에 대한 감경된 범칙금은 22유로, 제3급 위경죄에 대한 감경된 범칙금은 45유로, 제4급 위경죄에 대한 감경된 범칙금은 90유로 정한다(형소법 제R.49-9조).

1758) Bernard Bouloc, Procédure pénale, 28^e éd., Dalloz, 2021, n°1073, 962면.

1759) Cass. crim., 8 septembre 2009, Bull. crim., n°153 ; Cass. crim., 3 mars 2009, Bull. crim., n°48.

1760) Cass. crim., 8 décembre 1992, Bull. crim., n°405.

1761) Bernard Bouloc, Procédure pénale, 28^e éd., Dalloz, 2021, n°1074, 963면.

1762) Bernard Bouloc, Procédure pénale, 28^e éd., Dalloz, 2021, n°1074, 963면.

절차를 통해서 법원에 의해 벌금형으로 선고되는 사법적 국면까지 늦춰지는 경우라 할지라도 독점적으로 국가가 징수한다.¹⁷⁶³⁾

6. 소결

본 절에서는 프랑스 판결법원의 재판으로 공판예비결정, 관할 없음 결정 그리고 무죄판결, 형면제 판결이나 유죄판결과 같은 실체판결의 선고를 하면서 부가적으로 사소에 대한 판결도 선고하는 것을 확인하였다. 아울러 판결과 관련된 일사부재리의 효력 또는 기판력이 작용하는 부분과 불복수단에 해당하는 이의신청이나 항소와 같은 일반상소절차 및 상고 및 재심과 같은 특별상소절차를 서술하였고 간이특별절차에 해당하는 약식명령 절차와 범칙금 절차를 알아보았다.

법원은 소송조건의 검토, 법원의 직권증거조사 결정, 사소당사자의 구성 인용 결정, 사법통제의 변경이나 철회 결정, 구속취소 결정 등의 이른바 공판예비결정을 통해서 실체판결로 이행하기 위한 선제적 준비를 행한다. 법원의 관할이 처음부터 아닌 경우에 내리는 결정은 당사자의 불복이 가능하지 않은 공판예비결정사유에 해당하나, 예심법원의 관할판단에 있어서 공소사실이 기소된 죄보다 중한 죄에 해당된다고 인정하여 고등법원 예심부가 사건관할에 대해 결정을 내리는 경우 또는 경죄법원에 공소제기된 사건이 중죄에 해당한다고 판단하여 경죄법원에서 관할 없음 결정을 한 경우에 대해서는 당사자의 불복이 가능하다는 차이점을 보인다. 따라서 법원의 판단을 굳이 요하지 않는 사실적 요소에 해당하는 소송조건의 검토는 공판예비결정을 하고 법원의 판단을 요하는 경우로 더 이상 사건에 대한 관할을 할 수 없게 된 법원에서는 관할 없음 결정을 내리는 것이다. 피고인에 대한 공소가 제대로 수립되지 않았다고 판단하는 무죄판결은 피고인에 대해 형벌이나 범칙금, 소송비용의 부과를 하지 않으며 이러한 무죄판결을 정당화되기 위해서는 요증사실의 존재성에 대한 합리적 의심으로 족하며 어떠한 구성요건요소로부터 그러한 의심이 비롯된 것인지는 중요하지 않다. 피해자가 사소당사자를 구성한 사건에서 피고인을 무죄판결한 법원은 공소에 대한 피고인의 유책성을 인정하지 않았으므로 사소에 대해서 판결할 수 없고 피해자를 위한 손해

1763) Bernard Bouloc, Procédure pénale, 28^e éd., Dalloz, 2021, n°1074, 963면.

배상을 선고할 수 없으므로 법원은 공소에 부대하여 제기된 사소에 대해서는 관할 없음을 결정해야 한다. 무죄판결과 어느 정도 혼동될 수 있는 형면제 판결은 피고인의 범죄사실에서 유책성은 인정이 되지만 형사정책적 이유로 범죄억제조치로부터 피고인을 벗어나도록 하는 것이므로 피고인의 민사책임은 존속되며 필요한 경우 보안처분 대상도 될 수 있다. 공소에 대한 유죄판결의 효과로 피고인에게는 주형이 부과되고 선택적 보충형 또는 부가형이 추가될 수 있다. 사소에 대한 유죄판결의 효과로 사소당 사자는 범죄로 입은 손해가 개인적, 실질적, 직접적인 결과로부터 기인한 경우 손해배상을 받을 수 있게 된다.

법률에서 정한 모든 불복절차가 사용되었거나 상소제기기간이 경과를 하면 재판의 확정단계에 도달하고 확정재판은 일사부재리의 효력 또는 기판력을 발생한다. 기판력을 인정하는 근거로 “법률의 결정적 추정효과에 의한 진실”에 따르는 효력이라는 것인데, 이 기판력은 부정적인 면과 긍정적인 면을 아울러 가지고 있다. 부정적 요소는 동일 사실에 대해 형사소추를 재개할 수 없도록 막는 것이며 긍정적 요소는 공소의 사소에 대한 우위적 특성을 고려하여 민사법관의 판결시 형사법관이 내린 판결에 따르도록 강제한다는 점이다. 일반적 상소절차로 이의신청, 중죄피고인 궤석과 항소를 드는데, 범죄삼분법에 따라 경죄 또는 위경죄의 피고인 궤석재판에서의 판결이 일방적 기판력을 갖지 못하게끔 하려는 불복절차가 이의신청으로 불출석한 피고인의 권리인 동시에 피고인 궤석판결을 선고한 수소법원에서 행해지는 철회 절차로 볼 수 있다. 중죄피고인 궤석은 공판개시 당시 유효한 이유 없이 중죄피고인이 궤석을 한 경우와 중죄피고인이 출정할 수 있을 때까지 공판 정지를 할 수 없으며 이러한 궤석이 심리과정에서 밝혀진 경우 이송을 할 수도 없는 경우에 체포영장을 발부하여 신변확보를 하고 다음 공판기일에 심리할 수 있도록 하기 위한 것이다. 원심 사건을 법적 또는 사실적으로 재검토하는 항소는 원심에 대한 불복개시에 그 어떤 제약을 받지 않으므로 일반상소절차에 해당하며, 최초판결을 선고한 동일 법원이 아닌 그 상급법원에 구제를 구하는 ‘법원의 이중 심급 원칙’이 적용되는 불복신청제도로 상급 법원에 의한 재판의 수정경로가 되는데 우리나라의 항소제기 기간인 7일(우리나라 형소법 제358조)과 달리 10일로 기간이 더 길다. 상고는 당사자 이익을 위한 일반상고

와 우리나라의 비상상고에 준하는 법률의 이익을 위한 상고로 나뉘는데 일반상고의 경우, 이의신청이나 항소제기를 받은 법원과 달리 상고심인 파기원은 범죄사실이나 범죄인의 유책성에 대해서는 판단하지 않고 원심에서 행해진 법률의 오류를 찾아 사안에 법률이 타당하게 적용되었는 지 여부를 심판하므로 제3심급의 법원이 아니라 는 점이 특색이며 아울러 우리나라의 상고제기기간인 7일(우리나라 형소법 제374조) 과 달리 상고대상판결의 선고일부터 5일로 기간이 더 짧다. 또한 법률의 이익을 위한 상고는 상고제기기간 내에 상고가 제기되지 않아서 판결이 확정되어 기판력을 갖게 되는 판결의 법령위반을 시정해야 하는 경우나 오류가 발견되었음에도 상고가 받아들 여질 수 없는 경우를 대비하는 절차로서 판결의 일관성 확보를 목적으로 한다. 사실의 오류가 포함된 기판력 있는 유죄판결을 대상으로 제기되는 비상구제절차인 재심과 유럽인권협약 또는 유럽인권협약 부가의정서 위반으로 유럽인권법원의 유죄판결을 선고받은 자에 대한 재심이라 할 수 있는 이른바 재검토에 대하여 프랑스는 형사소송 법 개정을 통해 일반법원판결에 대한 재심과 유럽인권법원판결에 대한 재심을 절차에 있어서 통합적으로 규율하고 있다. 우리나라에서 재심의 청구는 원판결의 법원이 관 할하지만(우리나라 형소법 제423조) 프랑스는 재심의 청구를 파기원 형사부의 장을 재판장으로 하는 파기원 판사 18명으로 구성된 재심 및 재검토 법원이 관할하는 차이 가 있다.

범죄의 중대성은 상대적으로 경미하지만 대량으로 발생하는 위경죄에 대한 처벌을 위해서는 약식명령이나 범칙금과 같은 간이한 특별 신속절차를 채택하여 운영한다. 위경죄에 대한 간이 신속절차인 약식명령은 공판절차를 거치지 않고 이유 부기의 의무 없이 경찰법원으로 사건을 송부하여 벌금형과 보충형의 선고를 구할 수 있으며 물론 심리가 필요하다고 경찰법원 판사가 판단하면 일반공판절차에 회부할 수 있다. 가장 경미한 범죄유형에 해당하는 제1급 위경죄부터 제2급, 제3급, 제4급 위경죄까지 불복을 하지 않으면 굳이 사법기관의 개입을 요하지 않는 행정적 간이 특별절차에 해당하는 범칙금의 종류로, 도로교통법 위반 등의 고정된 범칙금과 범칙금 납부 외에 법정기준에 부합되는 문서발급을 조건으로 하는 추가적 화해를 위한 소요경비를 추가 하여 부과되는 일괄배상 범칙금으로 나뉘는데, 이들 범칙금에 대해서도 이의신청을

통한 불복은 가능하므로 사법적 국면으로의 전환가능성이 존재한다. 경찰법원의 일반 절차에 따라 유죄판결이 선고되는 경우 그 벌금형은 이미 부과되었던 고정된 범칙금, 일괄배상 범칙금이나 가산된 범칙금의 액수보다 소액으로 선고될 수 없다는 특징을 나타낸다.

제4절 | 독일

1. 개관: 재판의 종류

가. 서설

법원 또는 법관의 판단으로서의 재판(richterliche Entscheidung)은 그 형식에 따라 판결(Urteil), 결정(Beschluss) 및 명령(Verfügung)으로 구분된다.

- 판결은 법원이 공개구두변론을 거쳐 내리는 것이며, 심급을 종결시키는 효과를 가진다¹⁷⁶⁴. 이에 대한 상소는 항소(Berufung) 또는 상고(Revision)다.
- 결정은, 법관의 기피에 관한 재판(「형사소송법(Strafprozeßordnung)」¹⁷⁶⁵ 제28조 참조) 등 소송에 부수하는 재판, 또는 절차의 중지(제153조 제2항) 등 소송을 종결시키는 재판이다. 이에 대한 상소는 항고(Beschwerde)다. 항고에는 즉시항고(sofortige Beschwerde)와 보통항고(einfache Beschwerde)가 있다.
- 명령이란 법관이 공판기일의 지정하거나 강제처분 등을 명하는 것이다. 명령에 대해서는 불복신청이 인정되지 않거나 항고 또는 소속 법원에 대한 이의신청으로 불복신청을 하게 된다.

재판은 심급을 종결시키는 것인지에 따라 종국재판(instanzerledigende/prozessbeendende Entscheidung)과 중간재판(prozessbegleitende Entscheidung)으로 구별된다. 중간재판에서는 원칙적으로 소송관계인의 의견이 청취된다(제33조 제1항). 다만, 구속이나 압수 등에서와같이 사전에 의견을 청취하는 것이 당해 처분의 유효성을 저해하는 것이 될 때는 의견의 청취가 반드시 요구되지는 않는다(제33조 제4항).

재판은 법관이 이에 서명한 시점에서 효력을 가지는데, 외부적으로는 선고에 의해 비로소 효력이 생긴다. 재판에는 원칙적으로 이유가 제시되어야 한다(제34조). 다만, 판결 이외의, 상소가 허용되지 않는 재판에 관해서는 그렇지 않다. 「형사소송법」은

1764) Karl Peters, Strafprozeß. Ein Lehrbuch, 4. Aufl, C.F. Müller, 1985, §52, I, 1,

1765) 이하에서 법률의 명칭이 없이 조항만 기재된 경우는 「형사소송법(Strafprozeßordnung)」을 가리킨다.

판결의 이유(제267조) 등에 관해서는 상세한 규정을 두고 있다.

독일 형사소송법 제267조(판결의 이유)

- ① 피고인이 유죄판결을 받는 경우 입증된 것으로 여겨지는 사실을 적시하여야 하며, 그 사실은 범죄의 법률적 표지에 상응하는 것이어야 한다. 다른 사실로부터 증거를 추론하는 경우에는 이들 사실을 적시하여야 한다. (…)
- ② 형법상 특별히 규정한 가벌성의 배제, 감경 또는 가중 사유를 심리 중에 주장한 경우, 이들 사유가 확인된 것으로 여겨지는지 여부를 판결이유에 밝혀야 한다.
- ③ 또한 형사판결의 이유에서는 적용된 형법규정을 적시하여야 하고, 형의 양정을 결정한 사정을 밝혀야 한다. 형법에 감경사유가 규정되어 있어 경한 형의 규정이 적용된 경우 판결의 이유는 이들 사정을 받아들이는 이유 또는 심리 중에 제기된 신청을 거절한 이유를 밝혀야 하며, 이는 「형법」 제47조에 따라 자유형을 부과하는 경우에도 준용한다. 또 판결의 이유에는 형법상 일반적으로 특히 중한 경우에 해당하는 요건이 충족되었음에도 이를 인정하지 않은 이유도 밝혀야 하며, 이들 요건이 존재하지 않음에도 불구하고 특히 중한 경우로 인정한 경우에는 제2문을 준용한다. 더 나아가 판결의 이유는 보호관찰부 집행유예를 선고한 이유 또는 심리 중에 제기된 신청에 반하여 이를 유예하지 않은 이유를 밝혀야 하며, 이는 형의 선고유예나 형의 면제의 경우에도 준용한다. 판결이 합의(제257조의c)를 전제로 한 경우에도 판결의 이유에 이를 명시해야 한다.
- ④ 불복할 권리 있는 자가 모든 상소를 포기하거나 기간 내에 상소를 제기하지 않은 경우, 범죄행위의 법률적 표지를 포함하는 입증 사실 및 적용된 형법규정을 밝혀야 하며, 벌금형만을 부과하거나 벌금형에 부가하여 운전금지 또는 운전면허취소 및 운전면허증의 회수를 함께 명하는 판결에서는 법원이 받은 기소문, 제418조 제3항 제2문에 의한 소추 또는 약식명령 및 약식명령의 신청을 참고하도록 할 수 있다. (…)
- ⑤ 상소제기를 위한 실기(失期)의 회복을 허용하는 경우, 판결이유의 여타 내용을 제275조 제1항에 정한 기간 내에 보충할 수 있다.
- ⑤ 피고인에게 무죄판결을 선고하는 경우, 피고인의 유죄가 인정되지 않았는지 또는 증명된 사실을 가벌성이 없다고 보는 것인지 및 어떠한 근거로 그와 같은 판단에 도달한 것인지를 판결의 이유에 밝혀야 한다. 불복할 권한 있는 자가 상소를 포기하거나 기간 내에 상소를 제기하지 않은 경우에는 피고인의 책임을 묻는 범죄행위가 확인되지 않은 것이 사실적 근거에 의한 것인지 아니면 법적 근거에 의한 것인지를 밝히는 것으로 족하다. (…)
- ⑥ 판결의 이유에는 또한 보안처분을 명한 이유, 유보조건부 보호감호를 선고한 이유 또는

심리 중의 신청에 반하여 이를 명하지 않은 이유도 밝혀야 한다. 범죄행위의 종류에 비추어 볼 때 운전면허취소 또는 「형법」 제69조의a 제1항 제3문의 정지를 고려하였음에도 이를 명하지 않은 경우 판결의 이유에 당해 처분을 명하지 않은 이유를 반드시 밝혀야 한다¹⁷⁶⁶⁾.

재판의 고지는, 판결이나 구속 명령 등에서와같이 대상자가 재정(在廷)하는 경우에는 선고에 의해, 부재하는 경우에는 송달로써 행해진다(제35조). 재판의 선고에서는, 이에 대한 상소가 가능한 경우라면, 그 신청의 방법 및 기간이 고지되어야 한다(제35조의a)

나. 판결의 도출 및 선고

판결 도출의 대상은 소에서 제시된 행위이며, 심리의 결과 판명된 것이다(제264조 제1항). 소란 개시결정(Eröffnungsbeschuß)(제207조)에서 허용된 기소사실(제200조 제1항 제1문 참조)을 말한다.

독일 형사소송법 제264조(판결의 대상)

①판결은 공소장에 기재된 행위(Tat)가 심리의 결과 어떠한 의미를 갖는지를 대상으로 한다. (...) ¹⁷⁶⁷⁾

「형사소송법」 제264조의 의미에서의 ‘행위(Tat)’에는, 사회통념상, 형사소추기관에 의해 공소 내지 개시결정에서 제시된 사건과 단일을 이루는 사건을 형성하는 모든 행위가 포함된다. 다만, 법원은 개시결정의 기초가 된 행위의 평가에는 구속되지 않는다(제264조 제2항). 법원은 개시결정으로 허용된 소에서 제시된 형벌법규와 다른 벌조(罰條)에 따라 유죄로 하려면, 즉 사실에 대한 실체법상 평가를 개시결과와 달리하려면, 피고인에게 이를 고지하고 방어 기회를 주어야 한다(제265조 1항). 한편, 법원이

1766) 법무부, 독일 형사소송법, 2012의 번역문.

1767) 법무부, 독일 형사소송법, 2012의 번역문.

개시결정에서 허용된 것과는 다른 행위를 심판의 대상으로 하려면 추가기소(제266조)가 필요하다.

판결의 도출에 앞서 법원의 평의(評議) 및 평결이 행해진다(제260조 1항 참조). 법원의 평의에 관해서는 「법원조직법(Gerichtsverfassungsgesetz)」 제192조 이하 및 「법관법(Deutsches Richtergesetz)」 제43조 및 45조가 규정을 두고 있다. 법원이 최종 변론 및 평결 후에 재차 심리로 돌아갈 때는(예컨대 제265조¹⁷⁶⁸⁾ 참조) 판결의 선고 전에 다시 평의하여야 한다.¹⁷⁶⁹⁾ 법률에 특별한 규정이 없다면 법원은 단순다수결로 재판한다(「법원조직법」 제196조 제1항). 예컨대, 증거청구에 관한 재판 등의 경우가 그렇다. 그 예외로서 중요한 것은 죄책의 문제(예컨대, 피고인의 정범성)와 행위의 법적 효과(예컨대, 자유형의 기간)에 관한 재판이다. 이들에 대해서는, 피고인에게 불리한 결론을 얻기 위해서는, 3분의 2 이상 다수의 결정이 요구된다(제263조 제1항).

「형사소송법」 제268조에 따르면, 판결은 심리가 종결된 후 재판장에 의해(제238조 제1항) “국민의 이름으로(im Namen des Volkes)” 선고된다. 이때 판결의 주문(主文)이 낭독되고, 판결의 이유는 그 본질적인 내용에 관해 개시(開示)된다. 피고인은 판결선고 후 「형사소송법」 제35조의a에 따라 허가되는 항소에 관하여 고지를 받게 된다.

주문(主文)의 낭독에 이어지는 판결 이유의 구두 고시는 잠정적이고 불완전한 것인 점에서 서면으로 기록된 판결서가 중요하게 된다. 그 내용을 이루는 것은 다음과 같다.¹⁷⁷⁰⁾

㉠ 표제(標題, Rubrum): 모두(冒頭)에는 판결의 선고임이 표시된다. 판결은 “국민의 이름으로(im Namen des Volkes)” 선고되며(제68조 제1항), 이어서 피고인의 성명과 인정(人定)사항이 기술된다(「형사절차 및 질서위반금절차에 관한 지침(Richtlinien für

1768) 제265조(법적 관점의 변경) (...) ③ 법원이 허용한 공소에서 제시한 형법규정보다 더 중한 형법규정을 피고인에게 적용하는 것을 허용하거나, 제2항에서 규정한 사유에 속하는 새로운 사정의 출현에 대해 변호를 충분히 준비하지 못하였다는 주장과 함께 피고인이 이의를 제기하는 경우 그의 신청에 따라 공판을 연기하여야 한다. ④ 그 밖에도 사실상태의 변경으로 인하여 공소 또는 변호의 충분한 준비를 위해 공판을 연기하는 것이 상당하다고 인정되는 때에는 법원이 신청에 기하여 또는 직권으로 공판을 연기하여야 한다. - 법무부, 독일 형사소송법, 2012의 번역문.

1769) BGH, 14. 07. 1971 - 3 StR 73/71; BGH, 27. 08. 2009 - 3 StR 250/09.

1770) Michael Huber, Das Strafurteil, 2. Aufl, C.H.Beck, 2004, 26면 이하; Gerhard Schäfer/Thomas Freseman/Hauke Hinrichs, Die Praxis des Strafverfahrens, 7. Aufl, Kohlhammer, 2023, Rn. 1381 이하.

das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren)」 제141조, 제110조 제2항 참조). 「형사소송법」 제275조 제3항에 따르면, 공판기일 및 공판에 관여한 자의 성명도 기재된다.

㉠ 주문(主文, Tenor): 주문(主文)은 판결의 가장 중요한 부분이며, 간결한 형태로, 피고인의 유무죄 및 법률효과에 관한 법원의 판단이 제시된다. 판결의 주문(主文)은 「형사소송법」 제268조 제2항에 따른 판결선고에서 낭독된 것과 동일하게 기재된다(제260조 제2항 내지 제4항 참조).¹⁷⁷¹⁾

㉡ 판결의 이유: 판결의 이유는, 개시결정에서 제시된 행위가 증명되었는지와 그것이 범죄를 구성하는지를 기술한다. 그 필요적 내용은 「형사소송법」 제267조에서 도출된다¹⁷⁷²⁾. 피고인이 무죄로 되는 경우나 그 절차가 중단되는 경우에도 각각에 대한 사실적 내지 법률적 이유가 심사가능한 형태로 판결에 서술되어야 한다.¹⁷⁷³⁾

㉢ 서명: 판결은 재판에 관여한 직업법관의 서명을 필요로 하지만, 참심원(Schöffen)의 서명은 그렇지 않다(제275조 제2항 제1문 및 제3문).

2. 실체재판과 형식재판: 본안판결과 소송판결

재판의 형식 가운데 판결은, 본안, 즉 사건의 실체에 관해 내려지는 본안판결(Sachurteil)과 절차의 중단을 선언하는 소송판결(Prozessurteil)로 구별된다.

본안판결은 실제적인 공소사실에 대해 무죄 또는 유죄로 하는 견해를 기술하는 것이다. 한편, 소송판결은 절차의 장차의 계속을 불허한다고 선고하는 것이다. 예컨대, 소송조건을 결하거나 소송장해에 해당하면, 「형사소송법」 제260조 제3항에 의해 절차가 중단된다.

1771) 「형사소송법」 제260조 제4항 제1문에서의 “범행의 법률적 표기(rechtliche Bezeichnung der Tat)”의 의미에 관해서는, BGH, 27. 05. 1998 - 3 StR 204/98

1772) Ekkehard Appl, “Über die „Kunst des Urteilschreibens”, in: Thomas Fischer/Klaus Bernsmann (Hrsg.), Festschrift für Ruth Rissing-van Saan zum 65. Geburtstag am 25. Januar 2011, De Gruyter, 2011, 35면; Peter Riess, “Die schriftlichen Urteilsgründe des Tatrichters - Materialien zur Reform des § 267 StPO”, in: Thomas Fischer/Klaus Bernsmann (Hrsg.), Festschrift für Ruth Rissing-van Saan zum 65. Geburtstag am 25. Januar 2011, De Gruyter, 2011, 492면.

1773) BGH, 19. 10. 2010 - 1 StR 266/10; BGH, 03. 08. 2011 - 2 StR 167/11.

3. 판결의 확정

가. 형식적 확정력과 실체적 확정력

판결의 종국성과 권위성을 가리켜 판결의 확정력(Rechtskraft)이라고 한다. 소송상 탐지된 결과는 확정력의 발생에 의해 기본적으로는 더는 변경될 수 없으며, 구속력을 발휘한다.

형식적 확정력은, 판결이 당해 절차에서 더는 다룰 수 없게 된 시점에서 발생한다. 즉, 다음의 경우이다.

- 유효한 항소가 제기되지 않은 채 항소 기간이 경과한 경우¹⁷⁷⁴⁾
- 모든 상소권자가 상소를 유효하게 포기한 경우, 또는 일단 제기한 상소를 유효하게 취하한 경우(제302조 참조).
- 상고심 법원이 재판한 경우(제354조 1항).

형식적 확정은 두 가지의 효과를 가진다. 즉,

- 판결을 집행할 수 있게 된다(제449조).
- 실체적 확정력 - 이른바 차단효(Sperrwirkung) - 을 발생시킨다.

실체적 확정력은 형식적 확정을 전제로 한다. 이는 재판의 내용에 관해서, 이미 형사판결에 의해 종결된 절차의 대상이 된 소송상 의미의 행위는 더는 다시 형사절차 및 형사판결의 대상으로 되는 것이 허용되지 않는다는 것을 의미한다. 이를 일컬어 차단효(Sperrwirkung)라고 한다. 이러한 일사부재리(ne bis in idem)의 원칙은 독일의 「기본법(Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland)」 제103조 제3항에 따라 헌법상의 지위를 가진다. 확정재판의 존재는 그 대상이 된 사실에 대한 그 후의 절차에 관해서는 소송장애(Verfahrenshindernis)의 사유가 된다.¹⁷⁷⁵⁾ 이는 유죄의 확정판결 뿐만 아니라 무죄의 확정판결에서도 마찬가지다.¹⁷⁷⁶⁾ 다만, 확정력은 재판의 주문(主文)에만 미치고 판결의 이유에는 미치지 않는다.¹⁷⁷⁷⁾

1774) 항소에 관해서는 「형사소송법」 제314조 및 제319조 참조, 상고에 관해서는 제341조 및 제346조 참조.

1775) Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Band 3, 248면 이하. 또한, BGH, 09. 12. 1953 - GSSt 2/53 참조.

1776) 소송판결에 관해서는, BGH, 20. 12. 1983 - 1 StR 821/83 참조.

1777) Werner Beulke/Sabine Swoboda, Strafprozessrecht, 16. Aufl., C.F. Müller, 2022, §24 Rn.

확정력의 본질에 관해서는 견해의 차이가 있다. 일찍이 주장된 <실체법적 확정력 이론(materiell-rechtliche Rechtskrafttheorie)>에 따르면, 확정판결은 새로운 실체법을 창설한다. 이에 따르면, 실제로는 무죄인데도 유죄로 된 자에 대해서도 실체적 형벌권이 존재하게 된다.¹⁷⁷⁸⁾ 오늘날에도, 무고하게 유죄가 된 자에 대해 실체적 가벌성이 생기지는 않더라도 유죄가 선고된 자의 지위가 형성된다는 견해가 있지만,¹⁷⁷⁹⁾ 통설에 따르면, 판결은 순수한 소송상의 효력만을 지닌다. 즉, 그것은 소송법상의 구속력을 가진다(이른바 <소송법적 확정력 이론(prozessrechtliche Rechtskrafttheorie)>).¹⁷⁸⁰⁾ 이에 따르면, 잘못된 판결의 집행은 확실히 위법한 것이지만, 무고하게 유죄로 된 자에 대해 정당방위권이 인정되지는 않는다.

판결의 일부에 대해서만 이의가 제기된 경우, 또는 복수의 공동 피고인 가운데 1인만이 항소한 경우, 부분적 확정력도 생각될 수 있다.¹⁷⁸¹⁾

나. 확정력의 배제

판결에 관해 특히 다음에 의해 확정력이 배제된다.

- 재심절차(제359조 이하)
- 실기(失期)의 회복(Wiedereinsetzung in den vorigen Stand)(제44조)
- 상고심에서의, 공동피고인의 이익을 위한 원판결 파기(제357조)
- 헌법항고(Verfassungsbeschwerde)가 인용된 경우의 헌법재판소에 의한 판결 파기¹⁷⁸²⁾(「연방헌법재판소법(Gesetz über das Bundesverfassungsgericht)」 제95조

503. 다른 견해로서, Rainer Zaczyk, "Bindungswirkungen eines rechtskräftigen Strafurteils für das materielle Strafrecht", Goldammer's Archiv für Strafrecht, 1988, 371면.

1778) Karl Birkmeyer, Deutsches Strafprozeßrecht mit eingehender Bezugnahme auf die preußischen und bayerischen Ausführungsbestimmungen und unter Berücksichtigung des österreichischen Strafprozeßrechtes, Müller, 1898, 680면.

1779) Andreas Popp, Verfahrenstheoretische Grundlagen der Fehlerkorrektur im Strafverfahren, Duncker & Humblot, 2005, 267면. 또한, Claus Roxin/Bernd Schünemann, Strafverfahrensrecht, 30. Aufl., C.H.Beck, 2022, §52 Rn 9 참조.

1780) Otfried Ranft, Strafprozeßrecht: Systematische Lehrdarstellung für Studium und Praxis, 3. Aufl., Boorberg, 2005, Rn. 1875 참조.

1781) Werner Beulke/Sabine Swoboda, Strafprozessrecht, 16. Aufl., C.F. Müller, 2022, §24 Rn. 505.

1782) Matthias Jahn, "Die Aufgaben des Strafverteidigers im Verfassungsbeschwerdeverfahren", Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 2009, 511면 참조.

제2항)

다. 무효의 판결(Nichturteil)

판결이 내용적으로 잘못되었거나 소송상 오류로 성립되어버린 경우에도 그 확정력이 발생한다. 이는 판결이 EU법을 위반한 때도 마찬가지다.¹⁷⁸³⁾ 그로 인해 불이익을 받는 자는 상소로써 그러한 잘못된 판결을 시정하여야 한다. 이 점은, 중대한 절차 위반이 있었던 경우에도 마찬가지다. 그런데 판례 및 통설은, 법치국가적 관점에서, 극단적인 경우에는 그 예외를 인정한다. 즉, 법적 안정성과 법적 평온의 이익을 고려하더라도, 정의의 관점에서, 법원의 재판이 옳다고 인정하는 것이 더는 지지할 수 없는 경우에는 그 예외가 인정된다.¹⁷⁸⁴⁾

특히 다음의 판결은 무효가 된다.

- 법률이 예정하지 않고 있는 제재(예컨대, 신체형)가 선고된 판결
- 형사미성년자(예컨대, 12세의 아동)에 대한 판결
- 피고인 대신 공판에 출두한 자에 대한 판결¹⁷⁸⁵⁾
- 일사부재리의 원칙에 반하여, 새로운 독립된 절차에서 내려진 판결¹⁷⁸⁶⁾
- 이미 사망한 자에 대한 판결¹⁷⁸⁷⁾
- 허용되지 않는 위탁 심문 가운데에서, 공개의 공판에 의하지 않고, 장소적 관할권을 가지지 않는 법원에 의해 내려진 판결¹⁷⁸⁸⁾

형식상으로조차 판결로서의 자격을 갖추지 못한 경우도 무효판결이 되어야 한다.

1783) Helmut Satzger, Die Europäisierung des Strafrechts: Eine Untersuchung zum Einfluß des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das deutsche Strafrecht, Heymann, 2001, 670면 이하.

1784) BGH, 22. 03. 2002 - 4 StR 485/01.

1785) Werner Beulke/Sabine Swoboda, Strafprozessrecht, 16. Aufl., C.F. Müller, 2022, §24 Rn. 507. 이에 대해서는 견해의 차이가 있다. Claus Roxin/Bernd Schünemann, Strafverfahrensrecht, 30. Aufl., C.H.Beck, 2022, §52 Rn 26 이하 참조. 그와는 달리, 진정한 피고인이 허위의 성명 으로 공판에 참여한 때 그 피고인에 대한 판결을 유효하다(BGH, 09. 08. 1995 - 2 StR 385/95).

1786) BGH, 24. 01. 1984 - 1 StR 874/83. 또한, OLG Hamm, 02. 06. 2008 - 2 Ss 190/08. 이에 대해서는 다툼이 있다.

1787) OLG Schleswig, 23. 01. 1978 - 1 Ss 534/77.

1788) OLG Köln, 02. 08. 2002 - Ss 290/02 (B) - 139 B.

예를 들면 서기관이 판결을 한 경우 등이다.¹⁷⁸⁹⁾

라. 판결의 정정(訂正)

소송관계인 누구에게나 명백한 기술상 또는 형식상의 하자가 있는 경우에는 사후적(事後的) 정정(訂正)이 가능하다.¹⁷⁹⁰⁾

4. 상소와 특별절차

가. 상소

1) 일반론

(1) 법적 구제의 형식

법적 구제의 수단은 크게 보면 두 가지 유형으로 구분된다. 즉, 통상의 법적 구제와 특별한 법적 구제다. 후자는 확정력을 깨트리는 특색을 가진다.

통상의 법적 구제의 수단에는 항소(Berufung)(제312조 내지 제332조), 상고(Revision)(제333조 내지 제358조) 및 항고(Beschwerde)(제304조 내지 제311조의a)가 있다. 이들을 일컬어 상소(Rechtsmittel)라고 한다(제296조 이하). 약식명령에 대한 이의신청도 통상의 법적 구제의 수단에 해당한다(제410조).

특별한 법적 구제의 방식으로서는, 실기(失期)의 회복(Wiedereinsetzung in den vorigen Stand)(제44조 내지 제47조), 재심(Wiederaufnahme des Verfahrens)(제359조 내지 제373조의a) 및 헌법항고(Verfassungsbeschwerde)(「기본법」 제93조 제1항 a호; 「연방헌법재판소법」 제90조 이하)를 들 수 있다. 「유럽인권조약(Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms; Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten)」 제34조 이하에 따른 개인 항고(individual application; Individualbeschwerde)도 법적 구제의 형식에 해당한다.

¹⁷⁸⁹⁾ Werner Beulke/Sabine Swoboda, Strafprozessrecht, 16. Aufl., C.F. Müller, 2022, §24 Rn. 507.

¹⁷⁹⁰⁾ BGH, 08. 11. 2005 - VI ZR 332/04.

(2) 이심효(移審效)(Devolutiveffekt) / 정지효(Suspensiveffekt)

「형사소송법」상의 상소는, 그 밖의 법적 구제와는 달리, 절차를 상급심으로 옮긴다는 점에서 공통된다(이심효(移審效)(Devolutiveffekt)). 또한, 상소는, 항고(제307조 제1항)를 제외하고는, 집행을 정지시키는 효과를 가진다(정지효(Suspensiveffekt)). 즉, 「형사소송법」 제316조 및 제343조에 의하면, 항소 또는 상고가 적시에 제기되었을 때 이에 따라 판결의 확정(確定)이 저지된다. 즉, 그 판결은 아직은 집행되어서는 안 된다.

(3) 상소의 기능

항소(제312조 내지 제332조)에 의해, 제1심 판결은 사실의 점 및 법률의 점에서 사후적(事後的)으로 심사된다. 즉, 항소심은 두 번째 사실심으로서, 여기에서는 새로운 사실과 증거가 채택될 수 있다.

상고(제333조 내지 제358조)는 제1심 및 제2심 판결에 대하여 행해진다. 상고는 원판결에 법률의 점에서 하자가 있다는 것에 근거해서만 행해질 수 있다(제337조 및 제338조).

항고(제304조 내지 제311조의a)에 의해, 결정 및 명령이 법률의 점 및 사실의 점에서 사후적(事後的)으로 심사된다.

2) 상소에 관한 일반 원칙

(1) 허용조건

항소는 형사법관 및 참심법원(Schöffengericht)의 (제1심) 판결에 대하여 행할 수 있다(제312조). 상고는 상고심의 당해 판결을 제외하고 모든 판결에 대하여 할 수 있다(제333조 및 제335조). 항고는 「형사소송법」 제304조 및 제305조 이하의 기준에 따라 법원의 결정 또는 재판장의 명령에 대하여 행할 수 있다. 재판이 잘못된 형식으로 행해진 경우(예컨대, 결정의 형식으로 행해져야 할 것이 판결로써 행해지거나 그 역(逆)의 경우), 상소권자에게는 올바른 형식의 재판에 대해 허용된 상소만이 가능하다¹⁷⁹¹⁾. 그 이유로서, 「형사소송법」 제300조가 상소의 허용성에 관해 표시상의 오류

1791) Hans-Heiner Kühne, Strafprozessrecht: Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts, 9. Aufl, C.F. Müller, 2015, Rn 1026. BGH, 20.

는 아무런 장애가 되지 않는 점을 밝히고 있는 점이 제시된다. 그런데 이에 대해서는 반론도 제기된다. 즉, 상소권자가 상소 수단의 선택에 있어서 법원에 의해 잘못 제시된 재판형식에 따랐기 때문에 불이익을 받는 것은 공정하지 않으므로, 그러한 경우에는 상소권자에게 어떠한 상소를 제기할지 선택할 수 있도록 해야 한다는 것이다.¹⁷⁹²⁾

상소가 허용되기 위해서는 법적 보호의 이익(Rechtsschutzinteresse)이 존재해야 한다. 피의자피고인 - 그 법정대리인 또는 변호인 - 은 유죄판결 등 자신에게 불리한 재판이 행해진 때 법적 보호의 이익, 즉 불복을 주장할 수 있다. 검사는 피의자피고인에게 유리하게도 불리하게도 상소할 수 있다(제296조 제2항 참조). 즉, 검사는 재판이 잘못되었다고 주장하는 한 항상 불복할 수 있다. 이에 대하여 사소(私訴) 원고와 공소 참가인은 피의자피고인에게 유리하게 상소를 제기할 수 없다.¹⁷⁹³⁾ 법적 보호의 이익이 존재하는지, 즉 불복을 주장할 수 있는지를 판단함에는 판결의 주문(主文)만이 문제가 된다. 즉, 판결의 이유가 피의자피고인에게 불리하다는 것만으로는 불복을 주장할 수 없다. 따라서 무죄판결에 대한 상소는, 판결의 이유에 피고인이 무죄인 것이 범죄사실이 충분히 증명되지 않았기 때문이라고 기재되어 있더라도 허용되지 않는다.¹⁷⁹⁴⁾ 또한, 판결에서 피고인이 구성요건에 해당하는 위법한 행위를 실행했는지가 확정되지 않았는데, 그 이유가 피고인은 어차피 범행 당시 책임무능력이었음이 확인되기 때문이었다고 할 때도, 마찬가지로 이에 대한 상소는 허용되지 않는다.¹⁷⁹⁵⁾ 법적 보호의 이익이 존재하지 않는 경우, 즉 불복을 주장할 수 없는 경우에는, 상소는 - 이유 없음(unbegründet)이 아니라 - 불허(unzulässig)로서 기각된다.¹⁷⁹⁶⁾ 상소권이 남용되는 때는 정당한 법적 보호의 이익이 존재하지 않는다¹⁷⁹⁷⁾. 한편, 상소의 제기가 허용되지 않는 것을 인정함에는 소송관계인의 권리가 부당하게 제한되지 않도록 신중할 필요가 있다는 점이 지적된다.¹⁷⁹⁸⁾

12. 1955 - 5 StR 363/55; BGH, 30. 10. 1973 - 5 StR 496/73.

1792) Werner Beulke/Sabine Swoboda, Strafprozessrecht, 16. Aufl., C.F. Müller, 2022, §27 Rn. 536.

1793) Werner Beulke/Sabine Swoboda, Strafprozessrecht, 16. Aufl., C.F. Müller, 2022, §27 Rn. 537.

1794) BGH, 18. 01. 1955 - 5 StR 499/54. 다른 견해로서, Ralf Krack, Rehabilitierung des Beschuldigten im Strafverfahren, Mohr Siebeck, 2002, 180면.

1795) BGH, 24. 11. 1961 - 1 StR 140/61. 소송판결에 대한 불복에 관해서는, BGH, 04. 05. 2011 - 2 StR 524/10.

1796) BGH, 24. 11. 1961 - 1 StR 140/61; BGH, 21. 03. 1979 - 2 StR 743/78.

1797) BGH, 04. 12. 2007 - 5 StR 404/07.

상소 제기에 관해서는 특히 다음의 자에게 그 권한이 있다.

- 검사: 피의자·피고인에게 유리한 상소도 가능하다(제296조 제1항 및 제2항).
- 피의자·피고인(제296조 제1항)
- 변호인: 다만, 피의자·피고인의 명시한 의사에 반해서는 할 수 없다(제297조).
- 법정대리인: 피의자·피고인의 명시한 의사에 반해서도 할 수 있다(제298조).
- 사소(私訴) 원고: 검사를 대신하는 자로서, 사소(私訴)가 제기된 때에 할 수 있다(제390조 제1항).
- 공소참가인: 원재판에 의해 공소참가인으로서의 지위에 놓여 불복을 주장할 수 있는 경우에 상소할 수 있다(제395조 제4항 제2문, 제400조 및 제401조 제1항 제1문).

즉시항고(제311조 제2항), 항소(제314조) 및 상고(제341조)는 1주 이내에 제기되어야 한다. 보통항고에는 기한이 없다. 상소는 불복의 대상이 되는 재판을 한 법원 - 상소심 법원이 아니라 원심법원 - 에 대하여, 사무국의 조서에 기재하게 하거나 서면 제출의 방법으로 제기되어야 한다(제306조 제1항, 제314조 및 제341조). 상고의 경우에는 그 이유가 제시되어야 한다(제344조).

(2) 불이익 변경의 금지

항소 또는 상고의 대상이 된 판결은, 피고인만이 항소한 때, 검사가 피고인의 이익을 위하여 항소한 때, 법정대리인이 상소한 때는, 범죄사실에 대한 법적 효과의 형식 및 정도에 있어서 피고인에게 불리하게 변경되어서는 안 된다(불이익 변경의 금지 (Verbot der reformatio in peius))(제331조 제1항 및 제358조 2항 1문). 이는, 피고인이 상소를 제기할지를 판단함에 있어 상소함으로써 오히려 불리해지는 것을 우려하여 상소를 단념하는 것을 막기 위한 것이다.¹⁷⁹⁹⁾ 검사만이 피고인에게 불리하게 상소한 때는 원재판은 피고인에게 불리하게 변경되거나 파기될 수 있을 뿐만 아니라 유리하게 변경되거나 파기될 수도 있다(제301조).

불이익 변경의 금지에는 제한이 있다. 우선, 금지되는 것은 ‘법적 효과의 형식 및

1798) Lutz Meyer-Goßner/Bertram Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2023, §337 Rn 47.

1799) BGH, 29. 04. 1958 - 1 StR 68/58.

정도'에 관한 불리한 변경만이다(제331조 제1항 및 제358조 제2항 제1문), 즉, 죄책 인정의 변경은 가능하다.¹⁸⁰⁰⁾ 예컨대, 피고인이 절도죄로 20일의 벌금형에 처해져 피고인만이 항소한 경우, 법원은 죄책을 강도죄로 변경할 수는 있는데, 양형에 관해 20일의 벌금형보다 중한 형을 선고할 수는 없다.¹⁸⁰¹⁾ 다음으로, 불이익 변경의 금지는 정신병원 또는 보안시설에의 수용 명령을 방해하지는 않는다(제331조 제2항 및 제358조 제2항 제2문).¹⁸⁰²⁾

(3) 일부상소

항소(제318조), 상고(제344조), 약식명령에 대한 이의신청(제410조 제2항)에서 불복의 대상을 특정해서 그 일부에 한정하는 것이 가능하다(일부상소). 이러한 일부상소는 불복의 대상이 원재판의 내용 가운데에서 그 밖의 부분으로부터 분리되어 개별적으로 독립적인 심사 및 평가가 가능한 경우에 허용된다(이른바 분할 가능한 주문¹⁸⁰³⁾). 「형사소송법」 제318조 제2문에 따르면, 항소가 불복의 대상을 한정하지 않고 제기된 때는 판결 전체의 내용이 항소심의 대상이 된다. 항소가 재판의 일부에 한정되었더라도 그 한정이 무효일 때는 그 전체에 대해 불복이 있는 것으로 취급된다. 「형사소송법」 제318조 제2문은 상고 및 약식명령에 대한 이의신청에도 마찬가지로 적용된다.¹⁸⁰⁴⁾

공동피고인은 독립적으로 상소를 제기할 수 있다. 모든 피고인은 당해 상소를 소송법적 의미에서의 개별 행위에 한정할 수 있다(이른바 수직적 한정). 항소 및 상고의 대상을 양형에 한정할 수도 있다(양형항소(Strafmaßberufung), 양형상고(Strafmaßbreivision)). 죄책의 문제는 원칙적으로 양형의 문제와 분리될 수 있기 때문이다(이른바 수평적 한정¹⁸⁰⁵⁾). 한편, 법적 효과 내에서도 일부상소가 가능하다. 실무상 종종 행해지는 것은 보호관찰을 위한 집행유예에 대한 상소다.¹⁸⁰⁶⁾

1800) BGH, 14.10.1959 - 2 StR 291/59.

1801) Werner Beulke/Sabine Swoboda, Strafprozessrecht, 16. Aufl., C.F. Müller, 2022, §27 Rn. 541.

1802) Joachim Kretschmer, "Der neue § 358 Abs. 2 Satz 2 StPO - oder: Das Verschlechterungsverbot bei den Maßregeln der Besserung und Sicherung zwischen Freiheit und Sicherheit", Strafverteidiger, 2010, 161면.

1803) BGH, 29. 02. 1956 - 2 StR 25/56.

1804) Werner Beulke/Sabine Swoboda, Strafprozessrecht, 16. Aufl., C.F. Müller, 2022, §27 Rn. 542.

1805) BGH, 24. 07. 1963 - 4 StR 168/63.

1806) BGH, 03. 06. 1971 - 1 StR 189/71; BGH, 15. 05. 2001 - 4 StR 306/00.

판결에 대한 유효한 일부상소에 의해 그 대상이 되지 않은 나머지 부분은 확정된다.¹⁸⁰⁷⁾ 예컨대, 차량 운전에 의한 과실치사로 유죄가 된 A가 자신에게 선고된 단기 자유형이 부적법하다고 생각해서 양형에 한정하여 항소하였다면, 항소심에서, 자신은 사건 당시 아예 운전하지 않았다고 주장하더라도 이는 심사의 대상이 되지 않는다. 죄책에 대한 선고는 이미 확정되었기 때문이다. 항소심 법원으로서서는 불이익 변경의 금지를 고려한 후에 법적 효과만을 심사해서 확정하여야 한다.

(4) 상소의 취하 및 포기

「형사소송법」 제302조 제1항 제1문에 따르면, 상소의 취하 및 상소의 포기는 상소 기간이 경과하기 전에도 유효하게 할 수 있다.¹⁸⁰⁸⁾ 다만, 검사만이 피의자·피고인의 이익을 위해 상소했을 때는 피의자·피고인의 동의 없이는 이를 취하할 수 없고(제302조 제1항 제2문), 상소에 관한 재판이 구두변론을 거쳐 이루어져야 할 때는 그 공판 개시 후에는 상대측의 동의가 있었던 경우에만 취하할 수 있다(제303조 제1문).

상소의 취하 및 포기는 소송행위로서, 그것에 조건을 붙이거나 그것을 철회할 수 없다.¹⁸⁰⁹⁾ 필요적 변호 사건에서 변호인의 관여 없이 피고인에 의해 상소의 포기가 표명되었을 때는, 그 포기는 무효다.¹⁸¹⁰⁾ 변호사 자격을 박탈당한 이른바 겉보기변호사(Scheinverteidiger)가 필요적 변호 사건에 관여했을 때도 마찬가지다.¹⁸¹¹⁾ 한편, 상소권의 고지가 없었던 것이 상소의 유효한 포기에 영향을 미치지 않는다.¹⁸¹²⁾

3) 항소

(1) 의의

「형사소송법」 제312조에 따르면, 항소는 (제1심인) 구(區)법원(Amtsgericht)의 판결, 즉 형사법관 및 참심법원의 판결에 대하여 허용된다. 지방법원(Landgericht/

1807) BayObLG, 21. 04. 1999 - 4St RR 85/99. 또한, BGH, 27. 08. 2009 - 3 StR 250/09 참조.

1808) 이에 대한 비판적 견해로서, Volker Erb, "Überlegungen zum Rechtsmittelverzicht des Angeklagten im unmittelbaren Anschluß an die Urteilsverkündung", GA 2000, 511면.

1809) BGH, 03. 05. 1957 - 5 StR 52/57. 이에 대해서는 다툼이 있다.

1810) OLG Naumburg, 19. 09. 2011 - 2 Ws 245/11. 또한, OLG Koblenz, 10.10.2007 - 1 Ss 267/07 참조.

1811) BGH, 05. 02. 2002 - 5 StR 617/01.

1812) BGH 10. 01. 2006 - 4 StR 490/05.

Strafkammer) 또는 고등법원(Oberlandesgericht/Strafsenat)의 제1심판결은 항소가 아니라 상고에 의해서만 이의를 제기할 수 있다.¹⁸¹³⁾

항소는 원심판결의 법률적 측면 및 사실적 측면에 대한 심사다. 즉, 항소심은 제2의 사실심이며, 여기에서는 제1심판결이 사실의 점 및 법률의 점에서 적절한 것인지가 심사의 대상이 될 뿐만 아니라 새로운 사실 및 증거가 채용될 수도 있다(제323조 제3항).

(2) 항소의 인용(認容)(Annahme)

「형사소송법」 제313조에 따르면, 항소는 다음의 경우에는 사전에 법원에 의한 인용(認容)이 필요하다.

- 부과된 법적 효과가 15일 이하의 일수벌금형 또는 선고유예(Verwarnung mit Strafvorbehalt)(「형법전(Strafgesetzbuch)」 제59조) 또는 질서위반벌인 경우(제313조 제1항 제1문). 이는 피고인 및 검사의 항소에 동일하게 적용된다.
- 무죄판결 또는 절차의 중단에서, 검사가 30일 이하의 벌금형을 신청한 경우(제313조 제1항 제2문). 「형사소송법」 제313조 제1항 제2문은, 검사의 항소에 관하여, 검사가 제1심 공판에서 무죄를 신청한바 가령 새로운 증거를 이유로 항소를 요구하는 때는 적용되지 않는다¹⁸¹⁴⁾.

항소는, 이유 없음이 명백하지 않은 한 인용된다(제313조 제2항 제1문).¹⁸¹⁵⁾ 인용에 대해서는 항소심 법원이 결정으로 재판하고, 이 재판에 대해 기본적으로는 이의신청할 수 없다(제322조의a 제1문 및 제2문). 다만, 애초에 항소의 인용이 문제가 되지 않는 사안에 대한 결정을 이유로 하는 때는 즉시항고(제322조 제2항 참조)로써 이의를 제기할 수 있다. 예컨대, 피고인이 15일이 넘는 일수벌금형에 처해져 있었던 경우처럼 「형사소송법」 제313조의 요건이 갖추어지지 않았을 때는 즉시항고할 수 있다.¹⁸¹⁶⁾

1813) 이에 관해서는, 김성룡, “독일 형사상소제도 개혁논의의 시사”, 형사정책연구 제31권 제4호, 한국형사정책연구원, 2020, 46면 이하 참조.

1814) OLG Karlsruhe, 29. 02. 1996 - 3 Ws 42/96. 다른 견해로서, Lutz Meyer-Goßner/Bertram Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2023, §313 Rn 4a.

1815) Gerhard Fezer, “Zum Verständnis der sog. Annahmeverurteilung (§ 313 StPO)”, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht, 1995, p. 265. 또한, BVerfG, 29. 05. 1996 - 2 BvR 725/96 참조.

1816) OLG Hamburg, 17. 09. 1998 - 2 Ws 246/98.

항소를 인용하는 결정에는 이유를 제시할 필요는 없다(제322조의a 제3문). 항소를 인용하지 않는 경우, 항소는 허용되지 않는 것으로서 기각된다(제313조 제2항 제2문).

(3) 관할권

항소심 관할권은 지방법원의 소(小) 형사부(kleine Strafkammer)에 있다. 이는 재판장과 2명의 참심원으로 구성된다(「법원조직법」 제74조 제3항 및 제76조 제1항 제1문). 확대 참심법원(erweitertes Schöffengericht)(「법원조직법」 제29조 제2항)의 판결에 대하여 항소가 제기되었을 때는 제2의 직업법관이 관여하게 된다(「법원조직법」 제76조 제3항 제1문).

(4) 항소의 형식과 기한

항소는 판결선고로부터 1주 이내에 원심법원에 서면의 제출 또는 사무국의 조서에 기재를 요구하는 형태로 제기하여야 한다(제314조 제1항). 판결선고가 피고인 부재의 장소에서 이루어졌을 때는 이 기간은 원칙적으로 판결송달의 시점부터 기산된다(제314조 제2항).

유효한 항소의 제기에 의해 판결의 확정력은 이의가 신청된 범위에서 저지된다(제316조 제1항 = 정지효). 항소는 판결의 개별 사항에 대한 이의에 한정될 수도 있다(제318조). 항소가 특정 사항에 한정되지 않았거나 한정이 무효일 때는 항소심은 판결 전체에 대해 행해진다. 항소의 이유를 제시하는 것은 가능한데, 형사소송에서는 필요적이지는 않다(제317조).

(5) 재판

a. 제1심 법원에 의한 적법성 심사

제1심 법원은 항소가 적시에 제기되었는지를 심사하여야 한다. 제기가 시기에 늦은 것으로 인정될 때는 항소는 부적법으로서 기각된다(제319조 제1항). 제1심 법원은 적시성 이외의 허용성의 관점에 대해서는 심사하지 않는다.

b. 항소심 법원에 의한 사전(事前) 심사

「형사소송법」 제322조 제1항 제1문에 따르면, 항소심 법원은 허용성 조건이 충족되

지 않는다고 판단하는 때는, 공판을 열지 않고 결정으로 항소를 불허용으로 기각할 수 있다.

c. 항소의 인용(認容)에 관한 재판

항소 법원은 일반적인 허용성 조건이 충족되어 있다고 판단하는 때는, 필요하다면 항소의 인용(認容)에 관해 재판한다(제313조 및 제322조의a).

d. 절차의 중단 (공판 개시 전)

항소심 법원은, 공판 외에서 소송장애가 판명되었을 때는, 결정으로 절차를 중단할 수 있다. 이는 「형사소송법」 제206조의a에서 도출된다. 본 조는, 절차의 모든 단계에 적용되며, 따라서 항소심 절차에도 적용된다.¹⁸¹⁷⁾

e. 항소심의 공판

공판의 진행은, 기본적으로 제1심에서와 마찬가지로(제323조, 제324조 및 제325조 참조).

f. 피고인의 불출석

공판 개시에서의 피고인의 불출석에 따른 결과(이 점은 피고인에 대하여 이미 소환에서 명시적으로 고지된다. 제323조 제1항 제2문)는 피고인 자신이 항소한 경우인지 혹은 검사가 항소한 경우인지에 따라 다르다.

- 피고인이 항소를 제기하고 공판에 출두하지 않았을 때는 사건에 관한 재판을 하지 않고 소송판결이 내려진다. 이 경우 항소심 법원은 사건에 관한 변론을 하지 않고 피고인의 항소를 기각한다(제329조 제1항 제1문). 다만, 피고인이 「형사소송법」 제329조 제1항 제1문에 따른 충분한 변명을 하는 때에는 그렇지 않다.¹⁸¹⁸⁾
- 검사가 항소를 제기하고 피고인이 공판 개시에 출두하지 않았을 때는 피고인이 없어도 심리할 수 있다(제329조 제2항 제1문). 이 경우 검사는 원칙적으로 피고인의 동의 없이도 항소를 취할 수 있다(제329조 제2항 제2문).

1817) BGH, 16. 09. 1971 - 1 StR 284/71. 다른 견해로서, Lutz Meyer-Goßner/Bertram Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, 62. Aufl, C.H.Beck, 2019, §206a Rn 6.
1818) BayObLG, 24. 02. 1999 - 5St RR 237/98.

g. 공판에 근거한 항소심 법원의 재판

항소심 법원은, 허용성 조건이 충족되지 않은 것이 공판의 도중에 비로소 판명되었을 때는 판결로써 항소를 기각한다. 항소가 허용되고 공판의 도중에서야 소송요건을 결하고 있는 것이 판명되었을 때는 절차는 판결로써 중단되어야 한다(제260조 제3항).¹⁸¹⁹⁾

항소가 허용되고 이유가 제시되었으면, 항소심 법원은, 제1심 판결을 파기하고 사건에 대하여 스스로 재판한다(제328조 제1항). 항소심 법원이 원재판이 잘못이라고 판단하고 죄책의 인정 또는 법적 효과에 대하여 제1심 법원과는 다른 판단에 이른 경우에는, 항소의 이유가 인정된다. 항소 일부에 관해서만 이유가 있다고 하는 것도 가능하다. 이 경우 판결은 부분적으로 파기된다.

항소심 법원이 제1심 판결을 파기하였을 때는, 그 효과는, 항소를 제기한 피고인 또는 그 이익을 위해 항소가 제기된 피고인에게만 미친다. 항소심의 재판의 효력은 다른 공동피고인에게는 미치지 않는다.¹⁸²⁰⁾

제1심 법원이 그 관할권을 잘못 인정한 것으로 판명되었을 때는 항소심 법원은 제1심 판결을 파기하고 사건을 관할 법원으로 환송한다(제328조 제2항).

이상과는 달리, 항소심 법원이 제1심 판결을 옳다고 판단하였을 때는, 허용된 항소를 이유를 붙이지 않고 기각한다.

4) 상고

(1) 의의

「형사소송법」 제333조 및 제335조에 따르면, 상고는, 모든 제1심 판결(구(區)법원, 지방법원, 고등법원)과 모든 항소심 판결(지방법원 소(小) 형사부)에 대하여 허용된다. 구(區)법원의 제1심 판결에 대해서는 선택적으로 항소도 허용되기 때문에, 이 판결에 대한 상고는 비약상고(Sprungrevision)로 불린다(제335조).

항소심은 제2의 사실심인 데에 반해 상고심에서는 사실인정은 사후 심사의 대상에

1819) 항소를 불허하는 소송장애의 존재에 관해서는, BGH, 16. 06. 1961 - 1 StR 95/61; BGH, 17. 07. 1968 - 3 StR 117/68.

1820) Werner Beulke/Sabine Swoboda, Strafprozessrecht, 16. Aufl., C.F. Müller, 2022, §28 Rn. 557.

서 제외된다. 상고심 법원은, 판결이 절차법상 제대로 성립했는지, 실체법이 바르게 적용되었는지만을 심사한다. 상고심의 목적은 법 해석 및 법 적용의 통일과 개별사건에서의 정의의 실현이다.

(2) 관할권

상고에 대한 관할권은 다음의 재판에 대한 상고의 경우에는 3명의 직업법관으로 구성되는 고등법원에 있다(「법원조직법」 제116조 제1항 및 제122조 제1항).

- 지방법원의 항소심 판결(「법원조직법」 제121조 제1항 제1호의b)
- 구(區)법원의 제1심 판결(비약상고)(제335조 제2항, 「법원조직법」 제74조 제3항 및 제121조 제1항 제1호의b)
- 지방법원의 제1심 판결에 대해, 상고가 전적으로 주(州)법상의 규정 위반에 근거하고 있는 경우(「법원조직법」 제121조 제1항 제1호의c)

이상과는 달리, 지방법원(고등법원이 재판하지 않는 한에서) 및 고등법원의 제1심 판결에 대한 상고에 대한 관할권은 5명의 직업법관으로 구성되는 연방법원(Bundesgerichtshof)(「법원조직법」 제130조 및 제139조 제1항)에 있다(「법원조직법」 제135조 제1항).

(3) 상고의 형식 및 기한

상고는, 원판결을 내린 법원, 요컨대 원심법원에, 판결선고 후 1주 이내에 사무국의 조서에 기재하게 하거나 서면의 제출로 제기하여야 한다(제341조 제1항). 판결의 선고가 피고인 부재의 장소에서 행해졌을 때는 상고의 기한은 원칙적으로 판결의 송달 시부터 기산된다(제341조 제2항). 적시의 상고 제기에 의해 판결의 확정은 이의가 제기된 범위에서 저지된다(제343조 제1항 = 정지효).

(4) 상고이유의 제시

상고인은 상고의 신청을 함에 그 이유를 제시하여야 한다(제344조 제1항). 상고의 이유는 상소기간이 지나고부터 1개월 이내에 원심법원에 제출하여야 한다(제345조 제1항 제1문). 상고의 이유는 사무국의 조서에 기재하거나 서면으로 제출함으로써 제시하여야 한다. 후자의 경우에는 변호인 또는 변호사가 상고장에 서명하여야 한다

(제345조 제2항).¹⁸²¹⁾

상고인은 상고의 신청으로 원심판결에 대하여 어느 범위에서 이의를 제기하고 그 파기를 요구하는지를 밝혀야 한다(제344조 제1항). 즉, 신청에서부터 상고의 범위를 나타내야 한다. 또한, 상고의 이유에서는, 판결의 절차법 규정 위반을 이유로 이의가 제기된 것인지 또는 기타 규정 위반을 이유로 이의가 제기된 것인지가 밝혀져야 한다(제344조 제2항 제1문). 절차위반을 주장할 때는 절차적 하자를 포함하는 사실이 적시되어야 한다(제344조 제2항 제2문). 그 사실의 적시는, 상고심 법원이 상고장의 기재만을 통해서도 그 사실이 증명되면 절차적 하자의 존재 여부가 판단될 수 있을 정도로 완전하고 상세하게 행해져야 한다.¹⁸²²⁾ 절차위반에 관한 상고의 이유가 그 자체로 절차적 하자를 나타내지 못하는 때는 상고는 부적법한 것이 된다.¹⁸²³⁾

(5) 상고이유

a. 법령위반

원판결이 법령위반(Verletzung des Gesetzes)에 근거한 것이라는 점만이 상고의 이유가 될 수 있다(제337조 제1항). 이는, 상고의 대상은 법률문제만이며 사실문제는 여기에서 제외된다는 것을 의미한다. 그러므로 상고인은 자신이 범행을 실행하지 않았다는 점, 즉 무고하다는 것을 주장하거나, 법원이 자신에게 불리한 증인을 부당하게 신용하고 유리한 증인에 대해 그 의의를 간과하였다고 주장할 때는 성과를 얻지 못하게 된다.¹⁸²⁴⁾ 증거평가는 기본적으로 사실심 법원의 소관 사항이다.¹⁸²⁵⁾ 새로운 증인 등 새로운 증거도 상고심의 절차에서는 더는 제시할 수 없다. 상고심 법원은 사실심 법원에서 인정된 사실에 대해 심사하지 않는다. 증거조사의 반복 또는 보충은 행해지지 않는다(증거조사 재시도의 금지).¹⁸²⁶⁾

법 규정이 전혀 적용되지 않았거나 정확하게 적용되지 않았으면 법령위반이 인정된다(제337조 제2항). 「형사소송법」 제337조에서 말하는 법령이란 모든 법규범을 말한다

1821) OLG Nürnberg, 07. 12. 2006 - 2 St OLG Ss 260/06.

1822) BGH, 03. 11. 2010 - 1 StR 497/10.

1823) BGH, 25. 03. 1998 - 3 StR 686/97.

1824) Werner Beulke/Sabine Swoboda, Strafprozessrecht, 16. Aufl., C.F. Müller, 2022, §29 Rn. 563.

1825) BGH, 18. 01. 2011 - 1 StR 600/10.

1826) BGH, 03. 09. 1997 - 5 StR 237/97.

다(「형사소송법 시행법(Einführungsgesetz zur Strafprozeßordnung)」 제7조). 여기에는 「유럽인권조약」을 포함해서 연방 및 주(州)의 절차법과 실체법뿐만 아니라 관습법, 국제법의 일반 원칙, 조약 등도 국내법이 되어 있는 한 포함된다. 이에 반해 내부적인 업무규정이나 관리 규정 등은 법규범이 아니다.¹⁸²⁷⁾

상고를 가능하게 하는 법령위반은 절차법 또는 실체법과 관련한다. 이에 따라 절차 위반의 주장과 실체위반의 주장이 구별되어야 한다(제344조 제2항 제1문).

b. 절차위반의 주장

A. 절차위반

상고인이 원판결 성립에서의 절차법에 반하는 형식 및 형태에 대하여 이의를 제기하는 경우는 절차위반의 주장이다. 실체법과 절차법의 구별에 대해서는 다툼이 있는데¹⁸²⁸⁾, 대체로 말하면, 법관이 어떠한 방식으로 판결에 이르러야 하는지를 정한 규정은 모두 절차법에 해당하고, 그 이외의 규정은 실체법에 해당한다.¹⁸²⁹⁾ 법이 정한 행위가 행해지지 아니하거나 잘못 행해진 경우 및 당해 행위가 원래 부적법한 경우가 절차법 위반에 해당한다.¹⁸³⁰⁾ 상고이유에는 절차적 하자를 포함하는 사실이 적시되어야 한다(제344조 제2항 제2문). 판결의 심사는 이 사실에만 미칠 수 있다(제352조 제1항).

절차적 하자는 증명을 요한다. 공판에 관하여 규정된 형식의 준수는 조서로써만 증명할 수 있다(제274조). 예외적으로, 조서를 사용하는 것이 불가능하거나(예컨대 분실된 경우 등) 조서가 오해를 일으키는 것일 경우¹⁸³¹⁾에는 자유로운 증명으로 족하다.¹⁸³²⁾ in dubio pro reo 원칙은 적용되지 않는다. 즉, 절차위반의 존재가 궁극적으로 해명되지 않으면 절차는 적법한 것으로 간주된다.¹⁸³³⁾

1827) Werner Beulke/Sabine Swoboda, Strafprozessrecht, 16. Aufl., C.F. Müller, 2022, §29 Rn. 563.

1828) Rainer Hamm, "Die (Verfahrens-)Rüge in der (Sach-)Rüge", in: Thomas Fischer/Klaus Bernsmann (Hrsg.), Festschrift für Ruth Rissing-van Saan zum 65. Geburtstag am 25. Januar 2011, De Gruyter, 2011, 195면.

1829) BGH, 24. 03. 1964 - 3 StR 60/63. 또한, BGH, 11. 11. 2004 - 5 StR 376/03 참조.

1830) Lutz Meyer-Goßner/Bertram Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2023, §337 Rn 9.

1831) BGH, 08. 08. 2001 - 2 StR 504/00.

1832) BGH, 14. 10. 2008 - 4 StR 260/08.

1833) BGH, 28. 06. 1961 - 2 StR 154/61; BGH, 17. 07. 2008 - 3 StR 250/08.

B. 상대적 상고이유

상고가 이유 있음으로 되기 위해서는, 절차위반의 인정에 더하여 판결이 법 위반에 근거하고 있을 것, 즉 법 위반과 판결이 인과적으로 연결되어 있을 것이 필요하다. 피고인에 대한 유죄판결이 절차적 하자에 근거하고 있는 것이 배제될 수 없는 경우가 이에 해당한다.¹⁸³⁴⁾ 즉, 관련성의 증명은 불필요하고, 오히려 법령이 올바르게 적용되었다면 판결이 달리 되었을 가능성이 있으면 충분하다.¹⁸³⁵⁾

재판장의 소송 지휘에 관한 절차위반에서는, 피고인이 공판 중에 「형사소송법」 제238조 제2항에 따른 법원의 결정을 요구하고 있었던 때에만 상고가 허용된다고 이해된다.¹⁸³⁶⁾ 이른바 ‘조서에 근거한 이의’도 허용되지 않는다. 즉, 단순히 공판조서로부터 도출되는 절차적 하자를 지적하는 것만으로는 상고의 이유가 될 수 없다. 오히려 절차위반 자체가 존재한 것으로 주장되어야 한다. 판결은 조서의 오류가 아니라 절차적 하자에만 근거할 수 있기 때문이다.¹⁸³⁷⁾ 판례에 따르면, 변호인이 공판조서의 증명력을 원용해서 절차위반이 존재에 관해 이의를 제기하거나, 그러한 절차위반의 주장을 유지하고 있지만, 변호인은 절차위반이 실제로는 없었다는 것을 알고 있었던 - 그것이 일반적으로도 분명했던 - 경우는 권리 남용으로서 허용되지 않는다.¹⁸³⁸⁾

C. 절대적 상고이유

입법자는, 특히 중대한 절차적 하자에 관해, 「형사소송법」 제338조에서, 법 위반과 판결의 인과적 관련성에 대해 반증을 허용하지 않는 추정을 정하고 있다. 즉, 절대적 상고이유에 있어서는 인과성의 심사는 행해지지 않는다. 즉, 위반이 있는 것 자체로 당해 절차는 법치국가성을 상실하기 때문이다.¹⁸³⁹⁾

특히 중요한 절대적 상고이유(제338조)¹⁸⁴⁰⁾로서는, 법원조직에 관한 규정 위반(제1호);

1834) BGH, 03. 07. 2007 - 1 StR 3/07; BGH, 05. 03. 2003 - 2 StR 405/02.

1835) BGH, 02. 10. 1951 - 1 StR 434/51; BGH, 15. 11. 1968 - 4 StR 190/68; BGH, 20. 07. 2011 - 3 StR 44/11. 또한, BGH, 03. 05. 1960 - 1 StR 155/60; BGH, 13. 03. 1963 - 2 StR 570/62 등 참조.

1836) BGH, 17. 07. 2008 - 3 StR 250/08.

1837) BGH, 01. 02. 1955 - 5 StR 678/54; BGH, 13. 07. 2011 - 4 StR 181/11.

1838) BGH, 11. 08. 2006 - 3 StR 284/05. 이에 대한 비판적 견해로서, Werner Beulke/Sabine Swoboda, Strafprozessrecht, 16. Aufl., C.F. Müller, 2022, §29 Rn. 565.

1839) Bernd Schünemann, "Grundfragen der Revision im Strafprozeß", Juristische Arbeitsblätter, 1982, 128면.

1840) Stephan Barton, "Absolute Revisionsgründe, Rechtspraxis und Verfahrensgerechtigkeit",

법률상 제척 또는 예단의 우려를 이유로 적법하게 기피된 법관의 관여(제2호 및 제3호); 관할권의 부재(제4호); 검사, 피고인, 필요적 변호인 등 공판에의 관여가 필요적으로 되어 있는 자의 부재(제5호), 공개주의 위반(제6호), 판결이유의 결여(제7호)(판례에 따르면, 복수의 법관 중 1명의 서명이 결여된 경우도 포함된다¹⁸⁴¹⁾); 「형사소송법」 제238조 제2항¹⁸⁴²⁾의 경우 등의 법원의 결정에 의한 변호의 제한(제8호)을 들 수 있다.

판례는 절대적 상고 이유를 상대화하는 경향이 있다¹⁸⁴³⁾. 특히 「형사소송법」 제338조 제5호, 제6호, 제8호의 적용 범위는 판례에 따르면 현저하게 제한되어 있다. 예컨대, 「형사소송법」 제338조 제5호에 관하여, 필요적 관여가 공판의 본질 부분에 있어서 결여된 것이 요구된다.¹⁸⁴⁴⁾ 또한, 「형사소송법」 제338조 제6호에 관해서는, 공개성의 제한이 법원의 책임으로 돌아갈 수 있는 것이 요구된다.¹⁸⁴⁵⁾

c. 실체위반의 주장

실체법상의 하자가 있는 경우에는, 당해 판결로부터 곧바로, 그 결론이 잘못된 법적 견해에 근거하고 있는지를 읽어낼 수 있다. 따라서 「형사소송법」은, 상고인에 대하여, 그 상고이유에서 실체법 위반을 주장하는 것인지를 밝힐 것만을 요구하고 있으며, 그 하자를 포함하는 사실의 적시까지 요구하지는 않는다(제344조 제2항 제1문).

실체법 위반의 주장에 관해서는 법률이 이유의 제시를 명문으로 요구하고 있지는 않으므로 그것을 결한 때도 상고가 부적법한 것이 되지는 않는다.¹⁸⁴⁶⁾ 이에 관해서는 견해의 차이가 있다.¹⁸⁴⁷⁾

실체법 위반의 주장에 대해 법원은 특히 다음 사항을 심사한다.¹⁸⁴⁸⁾

in: Stefan Hiebl/Nils Kassebohm/Hans Lilie (Hrsg.) Festschrift für Volkmar Mehle zum 65. Geburtstag am 11. 11. 2009, Nomos, 2009, 17면 참조.

1841) BGH, 21. 11. 2000 - 4 StR 354/00; BGH, 01. 04. 2010 - 3 StR 30/10.

1842) 제238조(소송의 지휘) (...) ② 심리에 관여하는 자가 소송의 지휘와 관계된 재판장의 명령이 법률상 허용되지 않는다는 이유로 그 명령에 불복하는 경우 이에 관하여는 법원이 재판한다.

1843) Werner Beulke/Sabine Swoboda, Strafprozessrecht, 16. Aufl., C.F. Müller, 2022, §29 Rn. 566.

1844) BGH, 21. 02. 1975 - 1 StR 107/74; BGH, 11. 07. 2006 - 3 StR 216/06; BGH, 28. 07. 2010 - 1 StR 643/09.

1845) BGH, 26. 05. 1981 - 1 StR 48/81; BGH, 23. 02. 2010 - 4 StR 599/09.

1846) OLG Oldenburg, 03. 11. 2008 - Ss 370/08.

1847) Werner Beulke/Sabine Swoboda, Strafprozessrecht, 16. Aufl., C.F. Müller, 2022, §29 Rn. 567 참조. 또한, RG, 21.03.1907 - I 216/07 참조.

1848) Lutz Meyer-Goßner/Bertram Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen,

㉠ 증거평가의 타당성, 특히

- 판결의 인정에 모순은 없는지, 불명확한 점은 없는지, 불완전한 점은 없는지¹⁸⁴⁹⁾
- 사유(思惟)의 법칙 및 확립된 경험칙에 대한 위반은 없는지
- 순환논법에 빠지지 않는지(예컨대, 진술 자체로부터 그 신용성이 추정되는 등¹⁸⁵⁰⁾)
- 전체적 평가에 설득력이 있는지¹⁸⁵¹⁾

㉡ 인정된 사실에 실체법이 올바르게 적용되고 있는지(법률의 해석 / 포섭), 즉,

- 죄책 문제에 관하여(구성요건해당성, 위법성, 책임, 형벌면제·조각사유, 감경·가중사유 등)
- 법 효과 문제, 특히 양형에 관하여(예를 들면, 자유형의 경중, 보호관찰을 위한 집행유예의 부정에 관해 이유가 적절하게 제시되어 있는지)¹⁸⁵²⁾

(6) 재판

a. 원심법원에 의한 사전(事前) 심사

원심법원은 기한 및 형식이 준수되었는지를 심사한다. 이것이 준수되지 아니한 경우에는 상고는 원심법원의 결정으로, 불허로서 기각된다(제346조 제1항). 상고가 「형사소송법」 제346조 제1항에 열거된 것과는 다른 이유로 불허로서 기각되어야 할 때는 그 권한은 상고심 법원에만 있다.¹⁸⁵³⁾

b. 상고심 법원에 의한 사전(事前) 심사

A. 상소가 불허인 경우의 재판

상고심 법원에 기록이 도착한 후 다시 허용성 조건이 심사된다. 상고의 제기 및 이유의 제시에 관한 규정이 준수되지 아니한 경우에는, 상고심 법원은 결정으로, 상소를 불허로서 기각할 수 있다(제349조 제1항). 그런데 상고심 법원은 그러한 경우에

66. Aufl., C.H.Beck, 2023, §337 Rn 20 이하.

1849) BGH, 07. 01. 2010 - 4 StR 413/09; BGH, 18. 01. 2011 - 1 StR 600/10.

1850) BGH, 08. 12. 2004 - 2 StR 441/04.

1851) Armin Nack, "Die Revisibilität der Beweiswürdigung", Strafverteidiger, 2002, 510면 이하 및 558면 이하.

1852) BGH, 17. 03. 2009 - 1 StR 627/08.

1853) BGH, 21. 01. 2009 - 1 StR 722/08; BGH, 17. 02. 2011 - 4 StR 691/10.

기각 결정 대신에 판결로(즉, 공판을 거쳐) 재판할 수도 있다(제349조 제5항).

B. 명백하게 이유 없음으로서의 기각(제349조 제2항)

항소심 법원과는 달리(예외로서 제313조 제2항) 상고심 법원은, 검사의 상고심 법원에의 신청에 근거하여, 전원 일치의 결정으로 상소를 명백히 이유 없음으로 기각할 수 있다(제349조 제2항). 이 기각 결정은 가망이 없는 상고를 신속하게 처리함으로써 법원의 부담을 경감하고자 하는 것이다. 상고심 법원은 전문가에게 장시간 심사하게 하지 않더라도 상고의 주장이 이유를 제시할 수 없는 것을 인식할 수 있는 경우에는 명백히 이유 없음으로 상고를 기각한다.¹⁸⁵⁴⁾ 특히, 제기된 법률문제가 새로운 관점을 포함하는 것이 아니라 이미 판례에 의해 충분히 해명되어 있어서 확실히 답할 수 있는 경우가 이에 해당한다.¹⁸⁵⁵⁾

C. 결정에 의한 판결 파기

상고심 법원은 피고인에게 유리하게 제기된 상고를 전원일치로 이유가 있다고 판단하였을 때는 결정으로 원판결을 파기할 수 있다(제349조 제4항).

D. 절차의 중단

항소심 법원과 마찬가지로 상고심 법원도 「형사소송법」 제153조 제2항, 제154조 제2항, 제154조의a 제2항의 조건 아래에서 절차를 중단할 수 있다. 이에 대하여, 「형사소송법」 제153조의a 제2항에 따른 절차의 중단은 법률의 명문상 사실심에서만 허용되고 상고심에서는 인정되지 않는다. 그러나 법원은 소송장애가 판명되었을 때는 「형사소송법」 제206조의a에 따라 공판 외에서 절차를 중단할 수 있다.¹⁸⁵⁶⁾

c. 상고심 법원에서의 공판

상고심 절차에서 결정에 의한 재판이 행해지지 않을 때는 공판이 열리는데, 그 형식은 「형사소송법」 제350조, 제351조에 따른다.¹⁸⁵⁷⁾

1854) Henning Rosenau, "Die offensichtliche Ungesetzlichkeit der „ou“-Verwerfung nach § 349 Abs. 2 StPO in der Spruchpraxis des BGH", Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik 2012, 195면 이하.

1855) OLG Düsseldorf, 28. 12. 2011 - III-2 RVs 113/11 참조.

1856) BGH, 16. 09. 1971 - 1 StR 284/71.

1857) Werner Beulke/Sabine Swoboda, Strafprozessrecht, 16. Aufl., C.F. Müller, 2022, §29 Rn. 571.

독일 형사소송법 제350조(공판)

- ① 피고인과 변호인에게는 공판의 장소와 시간을 통지하여야 한다. 피고인에 대한 통지가 불가능한 경우에는 변호인에 대한 통지로 족하다.
- ② 피고인은 직접 공판에 출석하거나 위임장을 소지한 변호인으로 하여금 대리하도록 할 수 있다. 인신구속중인 피고인에게는 출석에 대한 청구권이 없다.
- ③ 인신구속중인 피고인이 변호인을 선임하지 않은 경우 피고인이 공판에 구인되지 않는 때에는 그의 신청에 따라 재판장이 피고인에게 공판을 위한 변호인을 임명하여 준다. 변호인 임명에 대한 신청권의 지도와 함께 피고인에게 공판기일을 통지한 후 1주일 내에 제1문의 신청이 이루어져야 한다.

독일 형사소송법 제351조
(상고심공판의 진행)

- ① 공판은 주임판사의 보고(Vortrag eines Berichterstatters)와 함께 시작된다.
- ② 이에 뒤이어 상소인의 의견을 청취한 후 검사 및 피고인과 변호인의 설명과 신청을 포함한 의견을 듣는다. 피고인에게는 최후진술의 기회를 부여한다.

d. 공판을 거친 상고심 법원의 재판

상고의 제기에 관한 규정이 준수되지 않은 경우, 상고심 법원은 판결에 의해 상고를 불허로 기각한다.

상고가 허용되는 것인바 공판의 과정에서 소송조건을 결하는 것이 판명된 경우, 판결에 의해 절차가 중단되어야 한다(제260조 제3항). 소송장애가 존재하는 때, 상고의 허용성이 충족되지 않는 때도 절차가 중단되어야 하는지를 두고서는 다툼이 있다.¹⁸⁵⁸⁾

상고심 법원이 원판결에 위법한 점은 없다고 판단한 경우, 상고는 이유 없음으로 기각된다.¹⁸⁵⁹⁾ 이와는 달리, 상고심 법원이 상고에 이유가 있다고 판단할 때는, 절대적

1858) BGH, 16. 06. 1961 - 1 StR 95/61.

1859) Werner Beulke/Sabine Swoboda, Strafprozessrecht, 16. Aufl., C.F. Müller, 2022, §29 Rn. 572.

상고이유 또는 상대적 상고이유가 타당할 수 있는 한, 원판결은 파기된다(제353조 제1항).¹⁸⁶⁰⁾ 판결의 기초가 된 사실인정도 파기되지만, 그 전체가 아니라 법 위반의 대상이 된 점에 한정된다(제353조 제2항).

e. 상고에 이유가 인정되는 경우의 환송

상고심 법원은 기본적으로는 새로운 재판을 위해 사건을 원 심급으로 환송한다(제354조 제2항). 즉, 동일 법원의 다른 재판부 또는 동일 심급의 다른 법원으로 환송한다. 하급심 법원은 판결 파기의 기초가 된 한에서 상고심 법원의 법적 평가에 구속된다(제358조 제1항). 상고심 법원은 예외적으로는 스스로 재판할 수도 있다. 그 가장 중요한 예가 「형사소송법」 제354조 제1항에 규정되어 있다. 이에 따르면 다음의 경우가 이에 해당한다.

- 실체법적 하자 또는 소송장애의 존재에 의해 원판결이 파기되는 경우.
- 새로운 사실적 검토를 요하지 않고서 무죄판결 또는 절대적 법정형을 인정하거나 소송장애가 존재하는 경우에서의 절차의 중단을 인정하는 경우
- 법정형의 하한에 해당하는 형 또는 형의 면제를 요구하는 검사의 신청에 동조하는 경우

그 외에 생각될 수 있는 상고심 법원의 재판은 이른바 죄책 인정의 수정(修正)이다 (예를 들어, 단순상해죄 대신에 상해치사죄로 하는 경우). 법률이 이러한 경우를 명시적으로 정하고 있지는 않지만, 판례 및 통설은 「형사소송법」 제354조 제1항의 유추적 용을 인정한다.¹⁸⁶¹⁾

「형사소송법」 제354조 제1항의a 제1문에 따르면, 법 효과에 관한 결정에서의 법 위반이 인정되지만 선고된 법 효과 자체는 상당하다고 하는 때도, 상고를 이유 없음으로 기각할 수 있다.¹⁸⁶²⁾ 또한, 「형사소송법」 제354조 제1항의a 제2문에 따르면, 상고

1860) BGH, 23. 10. 2002 - 1 StR 234/02.

1861) BGH, 24. 06. 1993 - 4 StR 33/93. Werner Beulke, "Schuldspruchersetzung - Berichtigung oder Benachteiligung? - Der Austausch der Straftatbestände im Urteilstenor durch das Revisionsgericht unter Aufrechterhaltung des Strafausspruchs", in: Dieter Dölling/Bert Götting/Bernd-Dieter Meier/Torsten Verrel (Hrsg.), Verbrechen - Strafe - Resozialisierung: Festschrift für Heinz Schöch zum 70. Geburtstag am 20. August 2010, De Gruyter, 2010, 963면 이하.

1862) BGH, 11. 08. 2009 - 3 StR 175/09; BGH, 17. 02. 2010 - 2 StR 524/09.

심 법원은 검사의 신청에 따라 피고인에게 의견진술의 기회를 주는 것을 조건으로 해서 형을 스스로 양정할 수도 있다.¹⁸⁶³⁾ 이 경우 법원은 공판을 거쳐 판결에 의하여 재판한다.(제349조 제5항)¹⁸⁶⁴⁾ 절차가 장기화되었기에 이를 상쇄하는 과정에서 사실 심 법원에 하자가 있었던 경우에 관하여 판례는 「형사소송법」 제354조 제1항의a 제2문을 유추적용한다. 즉, 상고심 법원은 원심으로 환송해서 더 장기화시키는 것이 아니라 상쇄를 위한 적절한 조치를 스스로 결정한다.¹⁸⁶⁵⁾ 죄책 인정의 수정(修正)(제354조 제1항 유추)과 양형재판(제354조 제1항의a)의 조합은 허용되지 않는다. 이는, 「형사소송법」 제354조 제1항의a의 합헌적 해석으로부터 도출된다.¹⁸⁶⁶⁾ 그렇게 해석하지 않으면, 상고심 법원은 사실을 심사하는 것이 아니라 포괄적인 새로운 재판을 내리게 되는 결과가 되기 때문이다.¹⁸⁶⁷⁾

f. 공동피고인에게로의 상고 확장(제357조)

상고심 법원에 의한, 피고인에게 유리한 방향으로의 원판결 파기는, 다음의 3가지 조건 아래에서, 상고를 제기하지 않은 공동피고인에게도 효력을 가진다.

- 상고하지 않은 자가 동일한 판결에 의해 유죄로 되었을 것
- 소송상 동일한 행위일 것
- 상고가 실체법적 하자를 이유로 인용되었을 것, 또는 직권으로 심사되어야 할 절차 조건이 결여되고, 그것이 상고하지 않은 자에게도 효과를 가지는 것이었던 것¹⁸⁶⁸⁾

이 경우 공동피고인은 자신이 상고를 제기한 것처럼 취급되며, 확정력이 사후적으로 깨지게 된다. 이에 반하여, 상고심 법원이 그 밖의 절차적 하자를 이유로 원판결을 파기하였을 때는, 상고 확장의 효과는 생기지 않는다(제357조).¹⁸⁶⁹⁾ 「형사소송법」 제

1863) Stefan Maier/Carsten Paul, "Anwendungsbereiche des § 354 Ia und Ib StPO in der Rechtsprechung des BGH". Neue Zeitschrift für Strafrecht, 2006, 82면 이하.

1864) BGH, 28. 07. 2005 - 3 StR 368/02.

1865) BGH, 22. 09. 2009 - 5 StR 363/09.

1866) BVerfG, 14. 06. 2007 - 2 BvR 1447/05, 2 BvR 136/05.

1867) BGH, 20. 06. 2007 - 2 StR 493/06.

1868) BGH, 26. 02. 1957 - 5 StR 411/56.

1869) Lutz Meyer-Goßner, "Abschaffung des §357 StPO", in: Bernd Schünemann/Hans Achenbach/Wilfried Bottke/Bernhard Haffke/Hans-Joachim Rudolphi (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, De Gruyter, 2001, 1345면 이하.

357조는 법치국가에 반하는 절차지연의 상쇄와 관련해서는 적용되지 않는다.¹⁸⁷⁰⁾

5) 항고

(1) 의의

항고(제304조 내지 제311조의a)는 다음의 재판에 대하여, 법률상 이들의 결정 또는 처분에 대하여 명시적으로 이의신청이 배제되지 않는 한, 허용된다(제304조 제1항).

- 제1심 또는 항고심에서 내린 모든 결정
 - 재판장에 의한, 사전(事前) 절차에서의 법관, 수탁판사 등에 의한 모든 명령
- 항고는 다음의 종류로 나눌 수 있다.
- 보통(무기한) 항고(제304조)
 - 즉시(기한부) 항고(제311조)
 - 재항고(제310조)

신청인은 항고로써 재판의 파기 또는 그 집행을 구한다. 항고는 원재판에 대해 법률 및 사실의 점에서 사후 심사를 가능하게 한다. 항고에는 불이익 변경의 금지가 - 이에 관한 명문의 규정이 없는 점에서 - 적용되지 않는다.¹⁸⁷¹⁾ 항고에도 이심효(移審效)가 있다. 그런데 항고는 상고 및 항소와는 달리 기본적으로는 정지효를 가지지 않는다(제307조 제1항. 그 예외로서, 예컨대, 제81조 제4항 제2문).¹⁸⁷²⁾ 다만, 원심법원 또는 항고심 법원(상소심 법원)이 집행의 정지를 명할 수는 있다(제307조 제2항).

항고권자에는, 검사 및 피의자피고인 외에도, 「형사소송법」 제304조 제2항에 따르면, 증인과 감정인 기타 결정 및 명령의 대상자, 즉 법관의 재판으로 이익 또는 권리의 행사를 제한받은 자가 포함된다.¹⁸⁷³⁾

1870) BGH, 21. 10. 2008 - 4 StR 364/08.

1871) Werner Beulke/Sabine Swoboda, Strafprozessrecht, 16. Aufl., C.F. Müller, 2022, §30 Rn. 577 참조.

1872) 제81조(관찰을 위한 감호처분) ① 피고인의 정신상태에 대한 감정을 준비하기 위하여 법원은 감정인과 변호인의 의견을 청취한 후 피고인을 국공립정신병원에 유치하여 관찰하도록 명할 수 있다. (...) ④ [이]에 대해서는 즉시항고가 허용된다. 본 항고는 집행을 정지하는 효력이 있다. (...) - 법무부, 독일 형사소송법, 2012의 번역문.

1873) BGH, 06.04.1977 - StB 76/77.

(2) 항고의 배제

판결의 도출에 선행하는 공판법원의 재판은 항고의 대상이 되지 않는다(제305조 제1문). 구금, 임시 수용, 압수, 운전면허증의 일시적 박탈, 일시적 직업금지, 질서유지 수단 및 강제수단의 부과에 관한 재판 및 기타 제삼자를 대상으로 하는 재판은 여기에서 제외된다(제305조 제2문). 제2문의 규정이 그 대상을 한정적으로 열거하고 있는 것은 아니다. 예를 들면, 제2문에는 열거되어 있지 않지만, 「형사소송법」 제81조의 a¹⁸⁷⁴⁾에 의한 처분에 대해서는 이를 공판법원에서 명하였더라도 이의신청을 할 수 있다. 다만, 당해 처분은 그 정도에 있어서 제2문에 열거된 강제수단에 필적하는 것이어야 한다.¹⁸⁷⁵⁾

「형사소송법」 제305조는, 공판법원의 판결 도출에 선행하는 재판으로서, 판결 도출의 준비에 이바지하는 것도 포함해서 판결의 도출과 내용적·실체적으로 관련하는 것, 항소심 또는 상고심으로 사후 심사 가능한 것, 이후의 절차의 유효성에 영향을 주지 않는 것 모두를 항고의 대상에서 제외한다.¹⁸⁷⁶⁾ 재판장의 재판도 그와 같은 관점에서 이의신청의 대상에서 제외된다.¹⁸⁷⁷⁾ 예컨대 증거 청구 기각의 사안은 「형사소송법」 제305조 제1문에 해당한다. 그런데 「형사소송법」 제305조 제1문의 의미에서의 판결 도출과의 내적 관련성이 존재하는지를 두고서는 흔히 다툼이 있다. 다만, 법원이 공판에서, 국선 변호인의 임명 신청, 기일 변경의 신청(재판장의 재량 행사에 위법한 점이 인정되는 한에서),¹⁸⁷⁸⁾ 변호인의 기록 열람 신청을 기각한 때는 이에 대한 이의신청의 기회가 주어지는 것으로 이해된다.¹⁸⁷⁹⁾

연방법원의 결정 및 명령, 고등법원의 결정 및 명령에 대한 항고는 허용되지 않는다

1874) 제81조의a(신체검사-혈액표본) ① 소송절차상 중요한 사실의 확인을 위하여 피의자에 대한 신체검사를 명할 수 있다. 혈액표본의 채취 또는 기타 신체적 침해가 이러한 목적을 위하여 이루어진 경우, 이들 침해가 의사에 의하여 의학적 기술법칙에 따라 검사목적에 위하여 수행되고, 피의자의 건강손상이 우려되지 않는 때에는, 피의자의 승낙 없이도 이를 허용한다. - 법무부, 독일 형사소송법, 2012의 번역문.

1875) OLG Düsseldorf, 30. 08. 2011 - III-4 Ws 488/11.

1876) Lutz Meyer-Goßner/Bertram Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2023, §305 Rn 1.

1877) Lutz Meyer-Goßner/Bertram Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2023, §305 Rn 3. 이에 대해서는 다툼이 있다.

1878) OLG Celle, 18. 11. 2011 - 1 Ws 453/11, 1 Ws 458/11; OLG Celle, 03. 11. 2011 - 1 Ws 434/11.

1879) Werner Beulke/Sabine Swoboda, Strafprozessrecht, 16. Aufl., C.F. Müller, 2022, §30 Rn. 578.

(제304조 제4항 참조). 또한, 연방법원 및 고등법원의 수사판사(Ermittlungsrichter)의 명령에 대한 항고는 예외적으로만 허용된다(제304조 제5항). 항고의 대상에서 제외되는 그 밖의 사례는 특히 「형사소송법」 제28조 제1항,¹⁸⁸⁰⁾ 제46조 제2항,¹⁸⁸¹⁾ 제153조 제2항 제4문,¹⁸⁸²⁾ 제201조 제2항 제2문,¹⁸⁸³⁾ 제310조 제2항¹⁸⁸⁴⁾에 따른 재판이다.

(3) 관할

항고심의 관할 법원은 지방법원(「법원조직법」 제73조 제1항) - 즉 「법원조직법」 제76조 제1항에 따라 대(大) 형사부(große Strafkammer) - 고등법원(「법원조직법」 제120조 제3항, 제4항, 제121조 제1항 제2호), 연방법원(「법원조직법」 제135조 제2항)이다.

(4) 항고의 제기

항고는 원심법원에 대하여 서면의 제출 또는 사무국의 조서에 기재시키는 형태로 제기하여야 한다(제306조 제1항). 이유의 제시에 관해서는 규정이 없다.

-
- 1880) 제28조(상소) ① 기피가 이유 있다는 결정에 대하여는 불복할 수 없다. (...) - 법무부, 독일 형사소송법, 2012의 번역문.
- 1881) 제46조(재판-상소) ① 실기의 회복 신청에 관해서는 제 때에 행위를 했다면 사안 자체의 재판을 담당했을 법원이 재판한다. ② 신청을 인용하는 결정에 대해서는 불복할 수 없다. (...) - 법무부, 독일 형사소송법, 2012의 번역문.
- 1882) 제153조(경미사건에 대한 절차배제) ① 경미한 범죄를 대상으로 하는 소송절차에서 행위자의 책임이 경하다고 볼 수 있고 또한 형사소추로 인한 공공의 이익이 존재하지 않는 경우, 검사는 공판개시의 관할권이 있는 법원의 동의를 얻어 형사소추를 배제할 수 있다. (...) ② 이미 소가 제기되었다면 법원은 절차의 모든 단계에서 제1항의 요건을 갖추어 검사와 피고인의 동의를 얻어 절차를 중지할 수 있다. 공판이 제205조에서 인용한 사유로 인하여 절차를 진행할 수 없거나 제231조 제2항, 제232조 및 제233조에 해당하는 경우와 관련하여 피고인이 출석하지 않은 채로 공판이 진행된 때에는 피고인의 동의를 필요로 하지 않는다. 이 판단은 결정에 의한다. 당해 결정에 대해서는 불복할 수 없다. - 법무부, 독일 형사소송법, 2012의 번역문.
- 1883) 제201조(공소장의 송달) ① 재판장은 공소장을 피고인에게 송달하고, 이와 동시에 공판절차 개시결정에 앞선 일정 기간 내의 개별 증거조사의 신청 여부 또는 공판절차의 개시에 대한 이의제기 여부의 의사를 표명할 것을 피고인에게 요구한다. 공소장은 또한 소를 제기한 보조 기소인 및 보조기소의 권한 있는 자에게도 송달해야 하며, 이에 대해서는 제145조의a 제1항과 제3항을 준용한다. ② 신청과 이의에 관하여는 법원이 결정한다. 이 결정에 대해서는 불복할 수 없다. - 법무부, 독일 형사소송법, 2012의 번역문.
- 1884) 제310조(재항고) ① [지방]법원 또는 법원조직법 제120조 제3항에 따라 관할을 갖는 [고등]법원이 제기된 항고에 관하여 내린 결정에 대해서는 그것이 다음의 각 호에 해당하는 경우 재항고를 할 수 있다. 1. 구금. 2. 임시수용. 3. 제111조의d와 관련하여 제111조의b 제2항에 따른 물건의 압류가 가액 20,000유로 이상의 물건을 대상으로 한 경우. ② 여타의 항고심 결정에 대해서는 재차 불복할 수 없다. - 법무부, 독일 형사소송법, 2012의 번역문.

(5) 재판

a. 원심법원의 재판

원재판을 내린 법원이 항고를 이유가 있다고 판단하였을 때는 하자를 시정하여야 한다(제306조 제2항 전단). 그렇지 않은 경우, 항고는 즉시, 늦어도 3일 이내에 관할 항고법원에 회부하여야 한다(제306조 제2항 후단). 항고가 불허인 경우에도 원심법원은 이를 불허로 기각할 수 없다.¹⁸⁸⁵⁾ 원심법원은 상반되는 관점에서 이를 심사하여야 한다.¹⁸⁸⁶⁾

b. 항고심 법원의 재판

항고의 허용성 조건이 갖추어지지 않은 경우, 항고심 법원은 항고를 불허로 기각하여야 한다. 항고심 법원은, 항고가 허용되고 이유도 있다고 판단하면 기본적으로는 사건에 대하여 스스로 재판한다(제309조 제2항).¹⁸⁸⁷⁾ 예외적인 경우에만, 예를 들면 원재판이 법이 정하고 있는 바와 다른 재판부에서 행해져 그 하자를 항고심의 절차로는 제거할 수 없는 경우에는 사건을 환송한다.¹⁸⁸⁸⁾

(6) 즉시항고

즉시항고는 그 기한이 있는 점에서 보통항고와 구별된다. 즉시항고는 1주일 이내에 원심법원에 제기하여야 한다(제311조 제2항). 원심법원은, 보통항고의 경우와 달리, 예외적인 경우에만 항고에 따라 하자를 시정할 수 있다(제311조 제3항).¹⁸⁸⁹⁾

항고는 통상의 경우에는 보통항고다. 법률에 명시되어 있는 경우에만(예컨대 제28조 제2항 제1문)¹⁸⁹⁰⁾ 즉시항고로 취급된다.

1885) Werner Beulke/Sabine Swoboda, Strafprozessrecht, 16. Aufl., C.F. Müller, 2022, §30 Rn. 581.

1886) Lutz Meyer-Goßner/Bertram Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2023, 306 Rn 12.

1887) OLG Hamburg, 17. 11. 1997 - 2 Ws 255/97.

1888) BGH, 28. 02. 1979 - 3 StR 14/79.

1889) 제311조(즉시항고) (….) ③ 법원은 항고를 통하여 불복된 자신의 결정을 변경할 권한이 없다. 그러나 사실이나 증거조사의 결과에 관하여 항고인의 의견을 청취하기 전에 사실이나 증거조사의 결과를 항고인에게 불리하게 평가하는 경우 및 사후적 진술에 근거하여 항고가 이유 있다고 보는 경우, 법원은 항고를 받아들여 재판을 경정한다. - 법무부, 독일 형사소송법, 2012의 번역문.

1890) 제28조(상소)(…) ② 기피가 허용되지 않는다거나 기피가 이유 없다고 기각하는 결정에 대해서는 즉시항고가 허용된다. (….) - 법무부, 독일 형사소송법, 2012의 번역문.

(7) 재항고(제310조)

재항고, 즉 항고법원의 재판에 대한 상소는 예외적인 경우에만 허용된다. 재항고는 「형사소송법」 제310조에 따라, 지방법원의 또는 「법원조직법」 120조 3항에 따라 관할을 가지는 고등법원의 항고 재판에 대하여, 그들이 구금 또는 임시 수용을 대상으로 하는 한, 즉 특히 중대한 처분의 경우에만 제기할 수 있다. 항고에 응하여 내려진 그 밖의 재판은 재항고로써 이의를 제기할 수 없다(제310조 제2항).

나. 재심

1) 의의

재심 절차는 실체적 확정력을 깨기 위한 가장 중요한 제도 가운데 하나다. 실체적 확정력은 법적 평온을 보장하는 데 필요하다. 그런데 법치국가원리에 근거한 정의의 관점은, 확정판결에 감수할 수 없는 하자가 있어서 아무도 그 판결을 지지하려고 하지 않을 때는 예외적으로 법적 평온 내지는 법적 안정성의 관점에 우선한다.¹⁸⁹¹⁾ 이에 따라 재심은 매우 좁은 범위에서만 가능하다. 따라서 입법자는 재심사유를 그 사례 유형을 한정적으로 열거하는 형태로(특히 제359조, 제362조) 규정하고 있다. 재심은 판결에 대해서만 규정되고 있다.

2) 재심사유

한정적으로 열거된 재심사유는 피고인에게 유리한 것과 불리한 것으로 구별된다.¹⁸⁹²⁾

유죄판결을 받은 자에게 유리한 재심은 「형사소송법」 제359조 제1~6호에 정해진 사유가 있는 경우에 한정된다.

1891) BVerfG, 19. 07. 1972 - 2 BvL 7/71; BVerfG, 08.10.1974 - 2 BvR 747/73, 2 BvR 748/73, 2 BvR 749/73, 2 BvR 750/73, 2 BvR 751/73, 2 BvR 752/73, 2 BvR 753/73.

1892) Nicole Hanne, Rechtskraftdurchbrechungen von Strafentscheidungen im Wechsel der politischen Systeme, Duncker & Humblot, 2005, 161면 참조.

독일 형사소송법 제359
(유죄판결을 받은 자를 위한 재심)

다음 각 호의 경우에 유죄판결을 받은 자를 위하여, 확정판결에 의해 종결된 절차의 재심을 허용한다.

1. 공판에서 유죄판결을 받은 자에게 불리하게 제출된 문서가 진정한 것이 아니었거나 변조된 것이었던 경우
2. 증인 또는 감정인이 고의 또는 과실로 선서의무를 위반하거나 또는 선서 없는 고의의 허위진술의 죄를 범하여 유죄판결을 받은 자에게 불리한 증언이나 감정을 행한 경우
3. 사건과 관련하여 가벌적인 직무상 의무위반을 범한 법관이나 배심판사가 판결에 관여하였고, 그 위반을 유죄판결을 받은 자가 직접 야기한 것이 아닌 경우
4. 형사판결의 근거가 되는 민사판결이 다른 확정판결에 의해 파기된 경우
5. 단독으로 또는 과거에 조사된 증거와 관련하여, 피고인에 대한 무죄판결이나 감경규정의 적용에 의한 형의 감경 또는 보안처분에 관한 본질적으로 상이한 판단의 근거가 되는 새로운 사실이나 증거방법이 제출된 경우
6. 유럽인권재판소가 인권과 기본적 자유의 보호를 위한 유럽협약 또는 그 의정서를 위반한 사실을 확인하고 판결이 그러한 위배에 기초했던 경우¹⁸⁹³⁾

실무상 특히 중요한 것은 「형사소송법」 제359조 제5호의 유형이다. 이는, 새로운 사실 또는 증거가 제출되어 이것이 단독으로 또는 원판결에서 조사된 증거와 결부되어 피고인의 무죄판결 또는 보다 가벼운 형벌규정의 적용에 의한 감형 또는 개선·보안처분에 관한 본질적으로 다른 재판을 기초 짓기에 적합한 경우에 재심을 허용하는 것이다.

「형사소송법」 제359조 제5호의 의미에서의 ‘사실’이란, 현재 또는 과거의 구체적 사실이며, 증명될 수 있는 것을 말하지만, 적용되어야 할 법률 또는 판례의 변경은 이에 해당하지 않는다.¹⁸⁹⁴⁾ 증거란 형사소송법상의 형식에 따른 증거를 말한다. 사실 및 증거는, 그것이 원판결 후에 비로소 판명되었을 경우, 또는 사실심 법원에 그 당시에는 인지되어 있지 않았던 경우, 또는 사실심 법원이 그것을 사용하지 않았던 경우에 신규성을 인정받게 된다.¹⁸⁹⁵⁾ 새로운 사실이란, 예를 들어 새로운 면죄 증인의 등장

1893) 법무부, 독일 형사소송법, 2012의 번역문.

1894) BVerfG, 10. 05. 1961 - 2 BvR 55/61; BGH, 03.12.1992 - StB 6/92.

1895) BVerfG, 19. 07. 2002 - 2 BvR 18/02, 2 BvR 76/02.

— 그 존재가 이미 공판 중에서 피고인에게 알려졌어도 상관없다¹⁸⁹⁶⁾ —, 제삼자에 의한 범행의 자백, 새로운 감정인이 새로운 감정 소견을 가지고 있는 경우¹⁸⁹⁷⁾ 등을 말한다. 피고인이 이전 단계에서의 자백을 철회하는 것도 새로운 증명 사실로 볼 수 있다.¹⁸⁹⁸⁾ 그런데 이 경우에는 설명 의무가 가중된다. 즉, 피의자·피고인이 합리적인 동기를 가지고 허위 자백을 했다는 설명되어야 한다.¹⁸⁹⁹⁾

피고인에게 불리한 재심은 「형사소송법」 제362조의 엄격한 요건 아래에서만 허용된다.

**독일 형사소송법 제362조
(피고인에게 불리한 재심)**

다음의 경우에는 확정판결에 의하여 종결된 절차에 대해 피고인에게 불리한 재심을 허용한다.

1. 공판에서 피고인에게 유리하게 제출된 문서가 진정한 것이 아니었거나 변조된 것이었던 경우
2. 증인 또는 감정인이 고의 또는 과실로 선서의무를 위반하거나, 선서 없는 고의의 거짓진술의 죄를 범하여 피고인에게 유리한 증언이나 감정을 행한 경우
3. 사건과 관련하여 가별적인 직무상 의무위반을 범한 법관이나 배심판사가 판결에 관여한 경우
4. 무죄판결을 받은 자가 법정에서 또는 법정 밖에서 범죄행위사실을 자백하였고, 그 자백의 신빙성이 있는 경우
5. 단독으로 또는 과거에 조사된 증거와 관련하여, 무죄판결을 받은 자에 대한, 중(重)살인(Mord)(「형법전」 제211조), 집단살해(Völkermord)(「국제형법전(Völkerstrafgesetzbuch)」 제6조 제1항), 인도(人道)에 반한 죄(「국제형법전(Völkerstrafgesetzbuch)」 제7조 제1항 제1호 및 제2호) 또는 사람에 대한 전쟁범죄(「국제형법전(Völkerstrafgesetzbuch)」 제8조 제1항 제1호)를 이유로 하는 유죄판결의 긴급한 근거가 되는 새로운 사실이나 증거방법이 제출된 경우¹⁹⁰⁰⁾

1896) OLG Düsseldorf, 14. 12. 1992 - 2 Ws 508/92.

1897) OLG Hamm, 24. 01. 2002 - 2 Ws 7/02.

1898) BGH, 07. 07. 1976 - StB 11/74.

1899) Werner Beulke/Sabine Swoboda, Strafprozessrecht, 16. Aufl., C.F. Müller, 2022, §31 Rn. 586.

1900) 제4호까지는, 법무부, 독일 형사소송법, 2012의 번역문.

피고인에게 불리한 재심의 사유 가운데에는 특히 중요한 것은 「형사소송법」 제362조 제4호다. 이에 따르면 무죄판결을 받은 자가 범행에 대해 신용할 수 있는 자백을 한 경우에는 새로운 절차가 개시될 수 있다.

「형사소송법」 제362조 제5호의 사유는 2021년 12월 21일의 「형사소송법 개정 법률(Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung – Erweiterung der Wiederaufnahmemöglichkeiten zuungunsten des Verurteilten gemäß §362 StPO und zur Änderung der zivilrechtlichen Verjährung (Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit)」¹⁹⁰¹⁾에 의해 도입되었다.¹⁹⁰²⁾ 그 이전까지는 새로운 사실 및 증거의 제출은 피고인에게 불리한 재심사유로 정해져 있지는 않았다. 이와 관련해서, 적어도 중(重)살인(Mord) 및 집단살해(Völkermord)에서 무죄판결을 받은 자에게는 불리한 방향으로 확정력을 깨는 절차의 도입을 요구하는 개정안이 여러 차례 제시되었다.¹⁹⁰³⁾ 2021년 6월 8일의 법률안은, 새로운 사실 및 증거의 발견을 재심사유로 정하고 있는 이익재심에서와 마찬가지로, 불이익재심에서도, 특히 중대한 범죄의 경우에는 그것을 재심사유로 인정하는 것이 실체적 정의에 부합한다고 본 것이다. 그 취지는 대체로 다음과 같다.

『(...) 과거 과학적 지식의 부족으로 제대로 검증되지 않은 증거에 대하여 1980년대 후반에 이르러서 시행한 DNA 분석과 같은 새로운 기술과 검사방법을 사용하여 피고인에게 형사책임을 지울 수 있는 새로운 증거가 발견되거나, 재심대상판결의 소송진행 당시 이미 존재했거나 수사당국이 이미 알고 있었던 증거가 새로운 기술로 재평가되어 재심대

1901) Bundesgesetzblatt, Jahrgang 2021 Teil I, Nr. 86, ausgegeben am 29. 12. 2021, 5252면.

1902) Theresa Schweiger, “Aktuelle Entwicklungen im Wiederaufnahmerecht des deutschen Strafprozessrechts”, Zeitschrift für Internationale Strafrechtswissenschaft, 2022, 400면 이하 참조.

1903) Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Strafprozessordnung – Erweiterung der Wiederaufnahmemöglichkeiten zuungunsten des Verurteilten gemäß § 362 der Strafprozessordnung (Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit), in: Deutscher Bundestag, Drucksache 19/3039908, 08. 06. 2021. 그 이전의 논의 및 제안에 관해서는, Klaus Marxen/Frank Tiemann, “Aus Wissenschaft und Praxis: Die geplante Reform der Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten”, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 2008, 188면 이하; Simon Pabst, “Wider die Erweiterung der Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten: Eine zu Recht unterbliebene Reform”, in: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 2010, 126면 이하.

상판결과 상반된 결과를 야기하는 경우에는 재심대상판결의 결과가 수정되는 것이 불가 피하다(…). 특히, 독일 형사소송법 제362조 제4호에 따르면 ‘무죄판결을 받은 자가 법정에서 또는 법정 밖에서 범죄행위사실을 자백하였고 그 자백의 신빙성이 있는 경우’에 불이익재심이 허용되는데, 지문이나 DNA 분석을 통하여 사후에 새롭게 특정되는 범인에 비하여 오히려 순진하게 범행을 자백하는 피고인만이 더 나쁘게 취급되어 다시 유죄판결을 선고받는 것도 의문스럽다(…). 살인, 대량학살과 같은 반인도적 범죄와 같이 공소시효의 적용을 받지 않는 중대한 범죄가 발생하였고, 이를 유죄로 인정할만한 새로운 증거나 사실이 확인되었음에도 무죄판결의 법적 효력을 고수한다는 것은 실질적 정의 관념에 비추어 용납할 수 없다(…).」¹⁹⁰⁴⁾

「형사소송법」 제362조 제2호의 재심사유에 관해서는 그 결함이 지적되기도 한다. 제2호에 따르면, 증인이 피고인에게 유리하게 되는 형태로 고의로 허위의 진술을 한 것에 책임이 있는 경우에는 절차의 재개가 인정될 수 있다. 이 사안에서 「형사소송법」 제364조 제1문에 의한 재심은 당해 범죄에 대해 유죄판결이 확정된 경우에만 허용되는 것이므로, 본 규정은, 범인이 자신에게 유리한 증언을, 증인 자신이 「형법전」 제35조 제1항 제1문에 의한 면책적 긴급피난 상황에 놓여 있어 처벌되지 않는다고 할 정도로 강한 협박(예컨대 살인 경고)으로 끌어냈을 때, 그 범인을 보호하는 것이 되고 만다는 것이다.¹⁹⁰⁵⁾

약식절차의 특별한 경우에는 유죄로 된 자에게 불리하게 되는 부가적인 재심의 절차가 있다(제373조의a¹⁹⁰⁶⁾).¹⁹⁰⁷⁾ 그 밖의 재심사유는, 특히 형사판결이 헌법위반이라고 선언된 규정에 근거하고 있는 경우에 관하여 「연방헌법재판소법」 제79조 제1항으로부터 도출된다.¹⁹⁰⁸⁾

1904) 차승민, 형사재심의 대상확대와 활성화에 관한 연구, 숙명여자대학교 대학원, 박사학위논문, 2021, 124면.

1905) Werner Beulke/Sabine Swoboda, Strafprozessrecht, 16. Aufl., C.F. Müller, 2022, §31 Rn. 586 참조.

1906) 제373조의a(약식명령과 관련된 절차) ① 확정력 있는 약식명령에 의해 종결된 절차의 재심이 유죄판결을 받은 자에게 불리한 경우, 그 자체만으로 또는 과거의 증거와 결합하여 범죄행위로 인한 유죄판결의 근거가 될 수 있는 새로운 사실 또는 새로운 증거방법이 제출되었을 때에는 이를 허용한다. (…)- 법무부, 독일 형사소송법, 2012의 번역문.

1907) Karin Weber-Klatt, Die Wiederaufnahme von Verfahren zu Ungunsten des Angeklagten, Peter Lang, 1997, 322면.

1908) BVerfG, 10. 01. 1995 - 1 BvR 718/89, 1 BvR 719/89, 1 BvR 722/89, 1 BvR 723/89 참조.

3) 절차

재심 절차에서의 재판 관할은 통상은 그 재판에 대하여 재심을 신청받은 것과는 별개의 동등한 사물관할을 가지는 법원에 있다(「법원조직법」 제140조의a 및 「형사소송법」 제367조 제1항 제1문).

(1) 허용성의 심사(제366조 내지 제368조)

「형사소송법」 제368조에 따르면, 재심 법원은, 이른바 제1단계의 절차에서, 제출된 신청의 허용성(제366조)을 법이 정한 재심사유에 관한 소정의 형식 및 진술 또는 신청의 논리성에 비추어 심사한다. 이 단계에서 이미 어느 정도 증거평가의 선취가 이루어져야 하는지를 두고서는 다툼이 심하다. 유력한 견해에 따르면, 논리성의 관점에서, 사실심 법원으로서 새로운 증거를 고려했을 때 원판결이 달라질 것인지가 심사되어야 한다. 그 경우에 재심 법원은 제출된 증거를, 증거조사의 형식에 의하지는 않더라도, 가능한 한 평가한다.¹⁹⁰⁹⁾ 여기에서 *in dubio pro reo* 원칙은 적용되지 않는다.¹⁹¹⁰⁾ 그렇지만 「형사소송법」 제359조 제5호의 경우에는, 이미 사실의 점에서 유죄판결의 정확성에 대한 ‘진지한 의심(*ernsthafte Zweifel*)’으로 족하거나 죄책의 선고를 지지하는 판결의 인정이 ‘동요’됨으로써 족하다고 한다.¹⁹¹¹⁾ 학설 가운데에는, 허용되는 재심의 목적이 달성될 ‘구체적 가능성’이 존재하는지에 주목하는 견해¹⁹¹²⁾도 있다. 어쨌든 전통적인 증거평가, 예컨대 증인 진술의 신용성에 관한 판단 등은 재심 절차의 제2단계에 맡겨진다는 것에는 다툼이 없다.¹⁹¹³⁾ 재심의 신청은 형의 집행 후나 유죄판결을 받은 자의 사망 후에도 할 수 있다(제361조).¹⁹¹⁴⁾

재심의 허용성과 관련하여 특히 다음의 제한이 중요하다.

- 같은 형벌 규정에 따라 양형의 변경을 요구하는 재심은 그 어느 재심사유에 관해

1909) OLG Karlsruhe, 21. 12. 2004 - 1 Ws 211/04; OLG Koblenz, 15. 12. 2004 - 1 Ws 759/04.

1910) BGH, 03. 12. 1992 - StB 6/92; BGH, 22. 10. 1999 - 3 StE 15/93-1 (4-Ref. 5), StB 4/99.

1911) Werner Beulke/Sabine Swoboda, Strafprozessrecht, 16. Aufl., C.F. Müller, 2022, §31 Rn. 587 참조.

1912) Klaus Wasserburg/Ralf Eschelbach, “Die Wiederaufnahme des Verfahrens propter nova als Rechtsschuttmittel”, Goldammer's Archiv für Strafrecht, 2003, 350면.

1913) BVerfG, 07. 09. 1994 - 2 BvR 2093/93; OLG München, 09. 03. 2010 - 3 Ws 109 - 112/10, 3 Ws 109/10, 3 Ws 110/10, 3 Ws 111/10, 3 Ws 112/10.

1914) LG Köln, 19. 12. 1997 - 113 - 33/97.

서도 허용되지 않는다(제363조 제1항).¹⁹¹⁵⁾

- 한정책임능력을 이유로 하는 감형(「형법전」 제21조)을 요구하는 재심도 배제된다(제363조 2항).

불허용의 경우에는 「형사소송법」 제368조 제1항에 따라 신청은 기각되지만, 허용의 경우에는 이른바 허가 결정(Zulassungsbeschluss)이 내려진다.

(2) 이유성의 심사(제369조, 제370조)

허가 결정이 내려지면 이른바 제2단계의 절차에서 신청의 이유성이 심사된다. 필요하다면 재심 법원에서 위탁된 법관이 재심사유에 대해 증거조사를 한다(제369조).¹⁹¹⁶⁾ 그리고 재심 법원 스스로 이유성에 대해 판단을 내린다. 신청은, 특히 거기에서 제시된 주장이 충분히 입증되지 않을 때는, 「형사소송법」 제370조 제1항에 의해 이유 없음으로 기각된다. 「형사소송법」 제359조 제5호의 재심 주장은 — 「형사소송법」 제170조 제1항을 유추하여 — 새로운 공판에서 유죄판결을 받은 자에게 유리한 재판이 내려지는 것이 ‘충분히 개연적(hinreichend wahrscheinlich)’이라고 판단되면 ‘충분히 입증되었다(genügend bestätigt)’고 할 수 있다.¹⁹¹⁷⁾

(3) 새로운 공판(제370조 제2항, 제373조)

재심 결정이 내려지면, 통상은 「법원조직법」 제140조의a에 따라 관할권을 가지는 법원에서 새로운 공판이 열린다. 유죄판결을 받은 자가 이미 사망하였으면 공판은 열리지 않는다. 이 경우 재심 절차를 완전한 무죄판결로 종결하거나 신청을 각하한다(제371조 제1항). 즉시로 무죄판결을 내리기에 족한 증거가 존재하는 때도 새로운 공판은 불필요하다(제371조 제2항). 그 이외에는 전적으로 새로이 판결이 도출되어야 한다. 그 경우 다시금 in dubio pro reo 원칙이 적용된다. 「형사소송법」 제373조 제2항에 따라 재심 절차에서도 불이익 변경의 금지가 적용된다. 이는, 재심이 피고인의 이익만을 위해 신청된 경우, 판결은 그 사람에게 불리한 것으로 변경되어서는 안 된다는 것을 의미한다. 그러나 정신병원이나 보안구금시설에의 수용은 가능하다(제373조 제2항 제2문).

1915) BGH, 20. 12. 2002 - StB 15/02.

1916) BVerfG, 30. 04. 2003 - 2 BvR 2045/02.

1917) OLG Frankfurt, 04. 12. 1995 - 1 Ws 160/95(이른바 Weimar 사건).

다. 약식명령절차(Verfahren bei Strafbefehlen)

1) 허용성

약식명령절차는 일종의 간이절차로서, 특히 경미한 범죄 사안을 빠르고 쉽게 처리하는 데에 그 의의가 있다.¹⁹¹⁸⁾ 약식명령의 발부는, 「형사소송법」 제407조 제1항 제1문에 따르면, 단독 형사법관의 면전에서 심판되어야 할 경죄(「형법전」 제12조 제2항)에 대해 허용된다. 「형사소송법」 제407조 제1항 제1문은 참심법원의 관할에 속하는 경죄도 그 대상으로 하고 있지만, 「법원조직법」 제25조에 따른 형사법관의 권한이 확장됨에 따라 그 규정은 더는 의미를 지니지 않게 되었다. 즉, 현재 약식명령의 대상이 되는 것은 모두 형사법관의 관할에 속하게 되었다.

피의자에 대하여 대상 범죄에 관한 「형사소송법」 제170조 제1항에서 말하는 충분한 범죄 혐의가 인정될 때는, 검사는 관할 법관에게 약식명령 발부의 청구를 할 수 있다. 약식명령 발부의 청구는 법률효과를 특정하는 것이어야 한다(제407조 제1항 제3문). 「형사소송법」 제407조 제2항에 따르면, 약식명령에 의해 관할 법관은 다음의 법률효과만을 단독으로 또는 병과하여 확정할 수 있다.

벌금형, 선고유예, 운전금지, 몰수, 추징, 물건의 폐기, 사용불능화, 유죄판결의 고지, 법인 또는 단체에 대한 질서위반금 부과

- 운전면허증의 박탈(2년 이하의 기간 재취득금지)
- 형의 면제
- 1년 이하의 자유형. 다만, 그 집행이 보호관찰을 위해 유예되고, 피고인에게 변호인이 부쳐져 있는 경우에 한한다(제408조의b 참조).¹⁹¹⁹⁾
- 약식명령의 청구에 의해 공소가 제기된 것이 된다(제407조 제1항 제4문). 그 외의

1918) Wolfgang Heinz, "Der Strafbefehl in der Rechtswirklichkeit", in: Guido Britz/Heike Jung/Heinz Koriath/Egon Müller (Hrsg.), Grundfragen staatlichen Strafens: Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag, C.H.Beck, 2001, 271면 이하 참조.. 약식명령절차에 대한 비판적 견해로서, Kai Ambos, "Verfahrensverkürzung zwischen Prozeßökonomie und „fair trial“. Eine Untersuchung zum Strafbefehlsverfahren und zum beschleunigten Verfahren - Rechtspolitische Empfehlungen", Jura, 1998, 281면 이하..

1919) 대상 범위의 확대에 관해서는 논의가 있다. 예컨대, Klaus Leipold/Michael Wojtech, "Strafbefehl bis zu zwei Jahren Freiheitsstrafe", Zeitschrift für Rechtspolitik, 2010, 243면 이하.

경우는 공소장의 수리에 의한다(제170조 제1항).

관할 법관은 특히 다음의 재판을 할 수 있다.

- 충분한 범죄 혐의를 부정하고 약식명령의 발부를 각하한다(제408조 제2항).
- 청구에 의문이 없는 때, 즉 충분한 범죄 혐의를 인정하고 제재가 상당하다고 판단할 때는 약식명령을 발부한다(제408조 제3항 제1문).¹⁹²⁰⁾
- 공판기일을 지정한다(제408조 제3항 제2문).

공판이 이미 개시되었으면, 약식명령은 「형사소송법」 제408조의a의 조건 아래에서만 발부될 수 있다(이 경우 기본적으로는 참심법원에도 권한이 있다).

2) 약식명령과 확정력

피고인은 발부된 약식명령에 대하여 그 송달 후 2주 이내에 서면의 제출 또는 사무국의 조서에 기재시키는 방법으로 이의를 제기할 수 있다(제410조 제1항). 이의신청은 형벌의 청구나 운전면허증의 박탈 처분 등 일정한 불복 사항으로 한정할 수도 있다(제410조 제2항). 이의신청에 대한 재판에는 다음 세 가지의 경우가 생각될 수 있다.

- 신청이 기한을 초과했거나 적법하지 않으면 공판을 열지 않고 결정으로 기각한다(제411조 제1항 제1문).

- 그렇지 않으면 공판의 기일을 지정한다(제411조 제1항 제2문). 이의제기에 의해 약식명령은 공판개시결정의 기능을 갖게 된다.¹⁹²¹⁾ 공판은 기본적으로 일반 규정(제212조 이하)에 따라 행해지지만, 증거조사의 직접성은 제411조 제2항 제2문, 제420조 제1항 내지 3항에 따라, 그리고 증거청구권은 제411조 제2항 제2문 및 제420조 제4항에 따라 각각 제한을 받는다. 공판이 종결되면 이의신청이 제기된 한에서 약식명령과 완전히 독립적으로 판결이 내려진다(제411조 제4항). 불이익 변경의 금지(제331조 및 제358조 제2항)는 - 이의신청이 법정대리인에 의해 제기된 경우를 제외하고 - 적용되지 않는다.¹⁹²²⁾ 검사가 공소를, 또는 피의자피고

1920) VerfGH Berlin, 19. 01. 2000 - VerfGH 34/99.

1921) OLG Düsseldorf, 26. 05. 1988 - 3 Ws 85/87.

1922) Werner Beulke/Sabine Swoboda, Strafprozessrecht, 16. Aufl., C.F. Müller, 2022, §26 Rn. 528. 다른 견해로서, 견해로서, Claus Roxin/Bernd Schünemann, Strafverfahrensrecht, 30. Aufl., C.H.Beck, 2022, §68 Rn 12.

인이 이의신청을 취하한 경우, 판결에는 이르지 않는다. 취하는 제1심 판결이 선고될 때까지 가능하지만(제411조 제3항) 공판 개시 후에는 피고인 등의 동의가 필요하다(제411조 제3항 제2문 준용. 제303조 제1문).

- 피고인이 이의신청을 벌금형의 일액에만 한정할 경우, 법원은, 모든 관계인의 동의를 얻어, 공판을 열지 않고 결정으로 재판할 수 있다. 이 경우 약식명령으로 확정된 금액을 피고인에게 불리하게 변경해서는 안 된다. 이 결정에 대하여는 즉시항고가 가능하다(제411조 제1항 제3문).

약식명령에 대하여 적시의 이의신청이 제기되지 않은 경우에는 약식명령은 확정판결과 같은 효과를 가진다(제410조 제3항에 따른 약식명령의 확정력).

「형사소송법」 제264조의 의미에서의 ‘행위(Tat)’에 대한 새로운 평가는 확정력 발생 후에는 재심의 관점에서만 가능하다. 「형사소송법」 제373조의a는 피고인에게 불리한 방향으로의 부가적인 재심사유를 정하고 있다. 즉, 새로운 사실 또는 새로운 증거가 존재할 것, 그것이 중죄에 대한 유죄판결의 근거가 되기에 적합할 것이 요구된다.

라. 신속처리절차(Beschleunigtes Verfahren)

1) 요건

신속처리절차는 특수한 절차형식으로서, 단순한 사건에서 그 범죄에 맞는 심판을 가능하게 하는 것이다. 신속처리절차에 대해서는, 그것이 지나치게 간단한 절차를 허용하고 있는 점에서 – 사정에 따라서는 24시간 이내에도 심판이 행해지는 것으로서¹⁹²³⁾ –, 법치국가의 관점에서 비판이 제기되기도 한다.¹⁹²⁴⁾

신속처리절차의 실시에 관해서는 「형사소송법」 제417조에 따라 다음과 같은 요건이 있다.

1923) Kai Ambos, “Verfahrensverkürzung zwischen Prozeßökonomie und „fair trial“. Eine Untersuchung zum Strafbefehlsverfahren und zum beschleunigten Verfahren – Rechtspolitische Empfehlungen”, Jura, 1998, 289면 참조.

1924) Eike Schröder, Das beschleunigte Strafverfahren gem. §§ 417 ff. StPO, Duncker & Humblot, 1998, 429면 참조.

- 구(區) 법원 - 단독 법관(「법원조직법」 제25조) 또는 참심법원(「법원조직법」 제24조) - 의 제1심 관할에 속하는 사건
- 검사로부터의 서면 또는 구두에 의한 신청. 그 밖의 모든 조건이 갖추어져 있다면 검사에게는 신속처리절차를 신청할 의무가 있다. 검사의 신청은 소송조건이다. 신청의 취소는, 이에 대해서는 다툼이 있기는 하지만, 증거조사가 종료된 후에도 가능하다.¹⁹²⁵⁾
- 사실관계가 단순하거나 증거 상황이 명확한 점에서의, 즉시 심판의 적격성. 이에 따라 공판은 즉시 또는 통상의 경우에 비해 상당히 짧은 기간 내에 실시되며, 1회의 기일로 종결될 수도 있다.¹⁹²⁶⁾
- 피의자·피고인이 성인 또는 청년(Heranzwachsener)에 해당할 것(「소년법원법」 제109조 제1항 제1문 및 제2항 제1문 참조). 「소년법원법」 제79조 제2항에 따라 소년에 대한 신속처리절차는 허용되지 않는다.

2) 신속처리절차의 특수성

- ㉠ 중간절차(공판 개시 결정을 포함)의 생략: 검사가 피의자에 대한 심판을 신속처리절차로 실시할 것을 청구한 경우, 「형사소송법」 제418조 제1항에 따르면, 공판은 즉시 또는 단기간에 실시되며 공판 개시에 관한 재판은 필요 없다. 즉, 중간절차는 완전히 생략된다.
- ㉡ 기소에 관한 서면주의의 생략: 「형사소송법」 제418조 제3항 제1문에 따라 공소장은 불필요하다. 「형사소송법」 제418조 제3항 제2문에 따르면, 공판 개시까지 구두로 소를 제기해서, 그 본질적 내용을 공판조서에 기재시키는 것으로 족하다.
- ㉢ 법률효과의 부과에 관한 권한의 제한: 「형사소송법」 제419조 제1항 제2문에 따르면, 주형(主刑)으로서는 벌금형 및 1년 이하의 자유형까지 과할 수 있다. 보안·개선처분은 운전면허증의 박탈(「형법전」 제69조)을 제외하고는 허용되지 않는다(제419조 제1항 2문 및 3문).
- ㉣ 피고인 소환의 생략, 소환기간의 단축: 「형사소송법」 제418조 제2항 제1문에

1925) BayObLG, 18. 12. 1997 - 5St RR 147/96.

1926) OLG Düsseldorf, 03. 12. 2002 - 2a Ss 299/02 - 93/02 II.

따르면, 피고인의 소환은, 피고인이 자신의 의사로 공판에 출두하지 않는 경우 또는 법원에 인치되어 있지 않은 경우에만 필요하다. 소환이 필요한 경우에는 소환기일은 「형사소송법」 제418조 제2항 제3문에 따라 24시간으로 정해져 있다.

- ㉠ 공판의 특수성: 「형사소송법」 제420조 제1항 및 제2항에 따라 낭독의 기회가 넓게 인정된다(직접주의의 제한). 절차가 형사법관의 면전에서 이루어지는 경우, 증거 청구는 「형사소송법」 제244조 제3항 내지 제5항의 기각 사유에 구애되지 않고 기각될 수 있다.
- ㉡ 임시 체포(vorläufige Festnahme), 구금 명령(Haftbefehl): 「형사소송법」 제127조의b 제1항은 제127조 제2항에 비해 임시 체포의 요건을 완화하고 있으며, 「형사소송법」 제127조의b 제2항은 구금 명령에 관해 제112조에 더하여 새로운 구금 사유를 정하고 있다.
- ㉢ 「형사소송법」 제418조 제4항은, 신속처리절차에서 피고인의 상당한 방어를 보장하기 위해, 필요적 변호에 해당하는 경우로서, 6개월 이상의 자유형이 예측되는 경우를 정하고 있다. 「형사소송법」 제418조 제4항에 대한 위반은 제338조 제5호로서의 절대적 상고사유에 해당한다.

5. 참심재판

배심원제도와 함께 국민사법참여제도의 전형을 이루는 것으로서 참심원 제도가 있다. 참심재판은 독일, 프랑스, 이탈리아 등에서 행해지고 있다. 독일에서는 직업법관과 함께 일정한 임기를 가지고 선임된 시민, 즉 참심원이 재판에 관여한다. 「기본법」 제92조는 재판권이 법관에게 위임되는 것을 규정하고 있으며, 같은 법 제101조 제1항에 따르면, 누구나 법률이 정하는 법관의 재판을 받을 권리를 가진다. 여기에서 말하는 법관에는 직업법관과 함께 시민법관, 즉 참심원도 포함되는 것으로 이해된다. 따라서 「기본법」이 보장하는 법관의 물적·인적 독립성은 직업법관뿐만 아니라 시민법관인 참심원에게도 보장된다고 해석된다.¹⁹²⁷⁾

참심원 제도가 틀을 갖춘 것은 1974년의 「형사절차법의 개혁을 위한 법률(das Erste

1927) OLG Oldenburg, 14. 05. 2020 - 1 Ws 190/20 참조.

Gesetz zur Reform des Strafverfahrensrechts)」에 의해서였다. 그 이전에는 시민법관이 재판에 관여하는 법원의 명칭도 배심법원(Schwurgericht)이었으며, 그 법률에 따라 시민법관의 수도 과거 6명에서 현재와 같이 2명으로 되었다. 과거에는 직업법관의 독립성에 관한 국민의 신뢰가 확고하지 않았기 때문에 피고인이 배심에 의해 비로소 공권력의 영향으로부터 벗어날 수 있다는 관점이 중요했다. 그런데 시민법관이 형사 사법에 참가해 판결의 내용에 영향을 미칠 수 있고, 법률적 소양이 없는 일반 시민으로서도 재판의 논리를 음미할 수 있는 제도가 보장됨으로써, 국민이 이해할 수 없거나 이해하기 어려운 재판의 결과가 초래되는 것이 방지된다면, 굳이 시민법관의 의견에 우위를 인정해야 할 이유는 없고, 오히려 시민법관과 직업법관의 협동, 즉 사실인정과 양형판단에 관한 의사결정에서 양자(兩者) 사이의 협력관계가 형성될 수 있는 법원의 구성이 중요하게 생각되었다. 그래서 피고인에게 불리한 판단이 내려지기 위해서는 최소한 관여 법관 ⅔에 의한 찬성이 필요하고 유죄가 인정되기 위해서는 거기에 최소한 시민법관 1명의 찬성이 포함되어 있어야 한다는 요건을 통해서 그러한 협동이 충분히 이루어질 수 있다고 보았다.

독일에서의 참심재판은 구(區)법원 및 지방법원 관할 사건에 대해서 행해진다. 구(區)법원의 참심법원은 직업법관 1명과 참심원 2명으로 구성되며, 직업법관이 재판장이 된다(「법원조직법」 제29조 제1항). 사건의 성질에 따라서는 검사의 신청에 의해 2명의 직업법관이 재판에 관여할 수도 있지만(「법원조직법」 제29조 제2항), 실제로 그러한 구성은 드물다고 한다. 한편 지방법원에는 구(區)법원의 판결에 대한 항소사건을 관할하는 소(小) 형사부와 구(區)법원 및 고등법원의 관할에 속하지 않는 중대사건이나 보안처분이 기대되는 사건 등을 관할하는 대(大)형사부가 있다. 전자는 1명의 직업법관과 2명의 참심원으로 구성되고, 후자는 3명 또는 2명의 직업법관과 2명의 참심원으로 구성된다(「법원조직법」 제76조 참조). 참심원은 25세 이상 70세 미만의 독일 국민 가운데에서 선출되며, 그 임기는 5년이다(「법원조직법」 제36조 이하 참조). 법률이 예외를 두지 않는 한, 공판에서 직업법관과 동등한 권한을 가지는 참심원은 공소사실의 유무, 인정된 사실에 관한 법령의 적용, 유죄의 경우에는 양형에 관한 판단에 관여한다. 이처럼, 배심재판에서의 배심원이 법관과는 별개의 존재인 것과는 대조적으로, 독일에서의 참심원은 직업법관과 병렬하는 일종의 명예직법관이다(「법

원조직법」 제31조 참조). 참심원이 직무가 명예직이라는 점에서 참심원에게는 보수가 지급되는 것이 아니라 보상이 주어진다.

참심법원이 사실인정 및 양형에서 피고인에게 불리한 판단을 내리기 위해서는 관여 법관 ⅔ 이상의 찬성이 필요하다(「법원조직법」 제196조 제1항 및 「형사소송법」 제263조). 따라서 직업법관의 수가 참심원의 그것을 상회하는 지방법원 대(大) 형사부에서도 참심원 2명이 반대하면 피고인에게 유죄의 판결을 내릴 수 없다. 이 점에서 독일의 참심원 제도는, 국민의 대표가 일치해서 유죄라고 하지 않는 한에서는 유죄의 판결이 내려지지 않는 제도적 담보를 통해, 형벌권을 행사하는 국가와 그 대상이 되는 시민 사이의 대립·긴장 관계를 완화하는 구실을 하게 된다.¹⁹²⁸⁾

배심원 제도와 대비되는 참심원 제도의 특징은, 직업법관과 시민대표가 협동해서 사실인정 및 양형판단에 관여하는 것이다. 직업법관에게는 시민대표인 참심원에 대한 설득의 의무가 있는 점에서 결과적으로 더 신중한 판단이 행해질 수 있고 판결의 내용도 일반 시민이 이해하기 쉽게 설명된다. 참심원이 직업법관의 직무를 감시할 수 있는 점은 형사사법의 투명성 확보 및 이에 대한 국민의 신뢰도 향상에 이바지하게 된다. 그렇지만 예컨대 참심원에게 법률 이외의 전문지식이 없는 경우가 적지 않다거나 재판에 소극적인 자세를 보이는 참심원이 적지 않다는 등의 비판은 참심원 제도의 개선을 요구하는 근거가 되기도 한다.¹⁹²⁹⁾

6. 소결

독일의 「형사소송법」 등이 정하고 있는 형사재판의 및 이에 대한 상소의 절차는 적지 않은 부분에서 우리나라의 그것과 유사한 모습을 취하고 있지만, 특히 상소 제도나 재심 제도와 관련해서는 특이점을 드러내고 있다.

독일의 상소 제도를 보면, 구(區) 법원의 판결에 대해서는 사실인정 내지 양형부당을 이유로 해서 지방법원에 항소할 수 있고, 항소심의 판결에 불복할 때는 고등법원에 대해 법령위반을 이유로 해서 상고할 수 있는 한편, 지방법원 및 고등법원이 제1심으

1928) 형사절차에서의 참심원의 지위와 기능에 관해서는, 하태영, “독일 형사소송에서 참심원”, 비교형사법연구, 제16권 제1호, 한국비교형사법학회, 2014, 199면 이하.

1929) 참심원 제도에 대한 독일 내에서의 평가에 관해서는, 하태영, “독일 형사소송에서 참심원”, 비교형사법연구, 제16권 제1호, 한국비교형사법학회, 2014, 208면 이하.

로서 선고한 판결에 대해서는 사실인정 등을 이유로 하는 항소는 인정되지 않고 법령 위반을 이유로 하는 상고만이 인정되며, 그 한에서는 형사재판이 이심제(二審制)라고 할 수 있다. 이 경우 상고심으로서의 연방법원은 제1심에서 인정된 사실에 구속되고 법령위반 유무만을 판단하게 된다.

독일의 재심 제도와 관련해서는, 이익재심뿐만 아니라 불이익재심도 허용되고 있는 점이 주목된다. 불이익재심의 사유와 관련해서는 비교적 최근에 도입된 재심사유, 즉 중(重)살인 등의 중대범죄에 관한 재심사유가 특히 주목된다. 무죄 판결을 받은 사람이 법정에서 또는 법정 밖에서 범행에 대한 신빙성 있는 자백을 하는 경우 불이익재심이 허용되는 것에 비추어, 중대한 범죄행위가 무죄 판결로 종결된 이후 DNA 증거 등에 의해 사실로 밝혀진 경우에도 무죄 판결을 받은 사람이 범행에 대해 신빙성 있는 자백을 하지 않는 한 무죄 판결이 그대로 유지되는 것은 실체적 정의에 반한다고 본 것이다. 이 점은 불이익재심의 도입에 관한 우리나라에서의 논의에도 참고될 수 있을 것이다.

제5절 | 일본

1. 개관

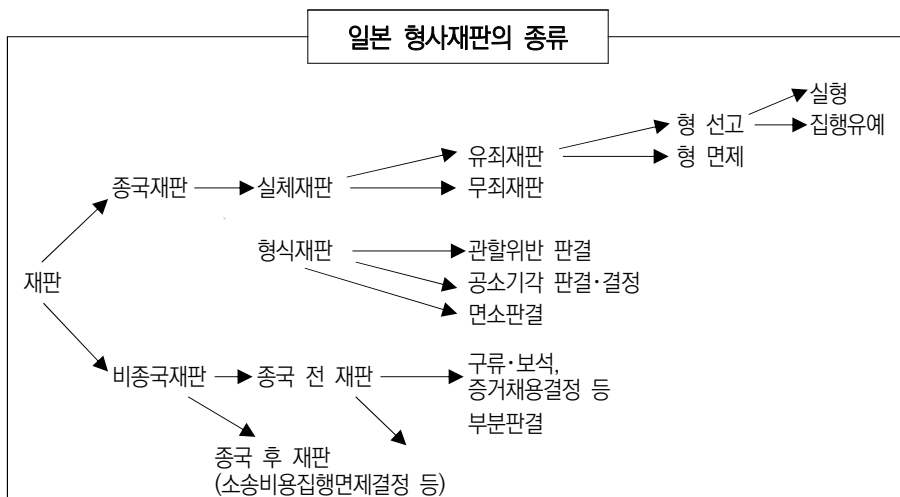
가. 재판의 의의와 종류

1) 재판의 의의

일본에서도 ‘재판’이란 일상용어로서는 소송에서 심리절차 전반을 관할하는 즉 증인신문 등의 법원의 사실행위도 포함한 일체의 절차를 의미하는 경우가 많지만, 소송법상으로는 법원 또는 법관의 판단을 내용으로 하는 의사표시적 소송행위를 의미하는 것으로 이해된다.¹⁹³⁰⁾

이는 소송행위 중 법률행위적 성질을 가지기 때문이며, 따라서 재판에는 이유를 설시(說示)하지 않으면 안된다(일본 형사소송법(이하 형사소송법은 범명생략) 제44조 제1항). 이러한 형사재판은 다음과 같이 분류할 수 있다.

» [그림 3-5-10] 일본 형사재판의 종류



* 출처: 安富潔, 刑事訴訟法講義 [第5版], 慶應義塾大学出版会, 2021, 366면.

1930) 池田修/前田雅英, 刑事訴訟法講義 [第7版], 東京大学出版会, 2022, 504면.

2) 중국재판과 비중국재판

재판은 그 기능에 따라 중국재판과 비중국재판으로 분류할 수 있다. 우선 중국재판은 소송을 그 심급에서 종료시키는 효과를 가진 재판을 말한다. 예를 들어, 유죄 또는 무죄의 실체적 재판뿐만이 아니라, 관할위반, 공소기각, 면소의 형식적 재판도 중국재판의 한 유형이다.¹⁹³¹⁾

이에 대해서, 중국재판에 이르는 과정에서 발생하는 절차상의 문제를 처리하기 위한 재판(중국 전의 재판)과 중국재판을 한 후에 발생하는 부수적 문제를 처리하기 위한 재판(중국 후 재판)을 합쳐서 비중국재판이라고 한다. 중국 전 재판의 예로서는 재판원재판에서 사용될 수 있는 부분판결¹⁹³²⁾ 외에 구류·보성에 관한 재판, 이송결정, 증거채용결정 등이 있다. 중국 후 재판의 예로서는 소송비용집행면제 결정(제500조, 형사소송규칙 제295조의2), 판결문에 대하여 의문이 있을 때(이른바 ‘재판의 해석에 의문이 든 때’란, 재판 주문의 취지가 명확하지 않아 그 해석에 관하여 의심이 든 경우를 말한다)¹⁹³³⁾에는 선고를 한 재판소에 재판의 해석을 구하는 청구를 할 수 있고, 이러한 신청에 대한 결정(제501조) 등이 있다.¹⁹³⁴⁾

3) 실체적 재판과 형식적 재판

실체적 재판이란 피고사건의 실체 그 자체를 판단하는 재판으로 신청의 이유유무에 관하여 판단하는 재판이다. 유죄판결(제333조, 제334조) 및 무죄판결(제336조)을 말하고, 확정되면 일사부재리효력이 발생한다. 또한 앞서 언급한 재판원재판에서 사용

1931) 池田修/前田雅英, 刑事訴訟法講義 [第7版], 東京大学出版会, 2022, 505면.

1932) 구분 사건을 담당한 재판에서 선고하는 판결이다. 유죄 또는 무죄만을 판단하고 형의 경중은 결정하지 않는 재판을 **부분판결(部分判決)**이라 한다. 예를 들어, AB 두 연쇄살인사건에 대해 구분심리(구분심리란, 피고인이 여러 사건에 대해 기소되었을 때, 그 사건을 여러 개로 나누어 각 사건마다 다른 재판관이 담당하여 다른 법정에서 순차적으로 심리하는 것을 말한다)로 진행하기로 결정되면, A사건의 재판에서는 재판관(3명)과 X재판원(6명)이 심리를 진행하고, 이 판결에서는 형량을 정하지 않고 유죄 또는 무죄만 결정하는 것으로, 이를 **부분판결**이라 한다. 이후 B사건의 재판에서는 같은 재판관(3명)과 Y재판원(6명)이 재판을 진행하여 유죄 또는 무죄를 판단한 후, A사건의 부분판결을 바탕으로 AB를 포함한 사건 전체에 대한 양형을 결정한다.

1933) 最高裁判所 昭和30年(1960年) 8月 18日 決定 集刑 第108号187頁.

1934) 池田修/前田雅英, 刑事訴訟法講義 [第7版], 東京大学出版会, 2022, 505면.

되는 부분판결의 경우에 실체적 재판이지만, 중국재판은 아니기 때문에 이에 대한 불복신청은 인정되지 않는다. 형식적 재판이란 신청 자체의 유효·무효에 관하여 판단하는 재판으로, 피고사건의 실체에 관하여 판단하지 않고 소송절차를 종료하는 재판이다. 관할위반 판결(제329조), 공소기각 판결·결정(제338조, 제339조), 면소판결(제337조) 등이 있다.¹⁹³⁵⁾

재판소에 의한 재판과 재판관에 의한 재판

재판의 주체에 의한 분류 중 하나이다. 우선 재판소에 의한 재판에는 합의체의 경우가 명확하고, 단독체의 경우는 1인 재판관으로 재판소가 구성되는 것이기 때문에, 재판소로서의 재판인지 재판관으로서의 재판인지를 그 성질과 형식 등에 따라 구별할 필요가 있다. 이에 따른 불복신청 방법도 다르기 때문이다. 다음으로, 재판관에 의한 재판으로서는 재판관에 의한 각종 영장의 발부, 재판장의 처분(법 제288조 제2항, 제294조), 수명재판관 수탁재판관에 의한 재판 등이 있다.

* 출처: 池田修/前田雅英, 刑事訴訟法講義 [第7版], 東京大学出版会, 2022, 505면.

4) 판결·결정·명령

재판을 형식에 따라 분류하면, 판결·결정·명령으로 구분된다. 우선 판결은 재판소에 의한 재판이고, 특별하게 규정하고 있는 경우를 제외하고는 구두변론에 근거해야 한다(제431조). 판결은 소송상 중요한 사항을 내용으로 하는 중국재판이고(재판원재판의 부분판결을 제외함), 반드시 이유를 설시(說示)해야 한다(제44조 제1항). 판결에 대한 불복신청방법은 항소 및 상고가 있다(제372조, 제405조).¹⁹³⁶⁾

이에 대하여 결정은 마찬가지로 재판소에 의한 재판이지만, 그렇다고 해서 구두변론에 근거할 필요는 없다(제43조 제2항). 중국 전 재판 등이 이러한 형식으로 진행된다. 결정은 신청에 의해 공판정에서 하는 경우와 공판정에서의 신청에 의해 하계될 경우에는 소송관계인의 진술을 필수적으로 들어야 하지만, 그 외의 경우에는 특별하게 규정하고 있는 경우를 제외하고 소송관계인의 진술을 듣지 않아도 결정을 내릴

1935) 池田修/前田雅英, 刑事訴訟法講義 [第7版], 東京大学出版会, 2022, 505면.

1936) 後藤昭/白取祐司, 新・コンメンタール刑事訴訟法 [第3版], 日本評論社, 2018, 1071면.

수 있다(형사소송규칙 제33조 제1항). 또한 결정을 함에 있어 필요하다고 인정되는 경우에는 사실신문(訊問)을 할 수 있다(제43조 제3항). 사실신문으로서, 증인신문 또는 감정을 할 수 있으며, 필요하다고 인정되는 경우에는 그 신문 또는 처분에 검사, 피고인, 피의자 또는 변호인을 출석시키게 할 수 있다(형사소송규칙 제33조 제3항, 제4항). 사실신문은 수명재판관 또는 수탁재판관에게도 시킬 수 있다(제43조 제4항). 그리고 상소를 불허하는 결정에는 이유를 설시하지 않아도 된다(제44조 제2항). 결정에 대한 불복신청방법은 항고(제419조)가 있다.¹⁹³⁷⁾

마지막으로 명령은 재판관에 의한 재판이며, 수사단계에서 영장발부나 제1회 공판기일 전 구류에 관한 처분으로서 대부분 쓰인다. 명령도 결정과 마찬가지로, 구두변론에 근거할 필요가 없으며, 소송관계인의 진술을 듣지 않아도 선고할 수 있다. 또한 사실신문을 할 수도 있다. 명령에 대한 불복신청방법은 준항고(제429조)가 있다.

판결·결정·명령의 특징				
구분	종류	구두변론	이유	상소
재판소에 의한 판결	유·무죄판결, 면소판결, 공소기각 판결 등	필요	필요	항소·상고
재판소에 의한 결정	공소기각 결정 등	불요	불요(상소 불허의 경우)	항고
재판관에 의한 명령	수사단계에서의 영장발부, 제1회 공판기일 전 구류처분, 소송지휘권 등	불요	불요(상소 불허의 경우)	준항고

* 출처: 安富潔, 刑事訴訟法講義 [第5版], 慶應義塾大学出版会, 2021, 366면.

1937) 安富潔, 刑事訴訟法講義 [第5版], 慶應義塾大学出版会, 2021, 367면.

나. 재판의 성립과 내용

1) 재판의 성립

(1) 내부적 성립

재판의 내용이 재판소의 내부에서 객관적으로 형성되어 외부에 고지하는 절차만을 남겨두고 있는 상태를 재판의 내부적 성립이라고 한다. 내부적 성립에 그친 경우에는 그 재판의 내용을 자유롭게 변경할 수 있다. 합의체에 의한 재판은 합의(평의)를 종료한 시점에 내부적으로 성립한다. 재판은 합의체의 과반수의 의견에 의해 결정된다(일본 재판소법 제77조, 예외로서 일본헌법 제82조 제2항). 다만 재판원재판의 경우는 재판관과 재판원 각 1명을 포함한 과반수가 되지 않으면, 피고인에게 불이익한 재판을 할 수 없다(일본 재판소법¹⁹³⁸⁾ 제66조).¹⁹³⁹⁾

합의체의 의견 형성

합의체의 경우 합의를 거듭하여 논의하더라도 재판관의 의견일치를 보지 못할 때도 있기 때문에, 다수결에 의해 평결(評決)로 정한다. 일본 재판소법 제77조 제2항 제2호에서는 형사재판 합의체의 의견 형성의 과정에 관하여 “과반수가 될 때까지 피고인에게 가장 불리한 의견의 수를 순차적으로 유리한 의견의 수에 더하여 그 중 가장 유리한 의견”에 의하도록 규정하고 있다. 예를 들어, 재판관 A가 징역 5년, B가 징역 3년, C가 징역 2년으로 견해가 갈린 경우에 A의 견해를 B에 더하여 과반수가 된 B의 견해에 따라 징역 3년으로 합의체의 의견을 형성할 수 있다는 것이다. 다만 실무적으로는 논의가 충분히 이루어지기 때문에, 평결로 의견을 형성하기 보다는 합의에 의해 전원일치로 결론을 내고 있다고 한다.

* 출처: 미츠이 마코토/사카마키 타다시·신동운(역), 입문 일본형사수속법, 법문사, 2003, 301~302면.

(2) 외부적 성립

내부적으로 성립한 재판의 내용이 재판소 외부로 표출된 상태를 재판의 외부적 성립이라 한다. 일반적으로 고지(告知)에 의해 외부적으로 성립하게 된다. 고지(告知)

1938) 裁判員の参加する刑事裁判に関する法律(平成十六年法律第六十三号).

1939) 池田修/前田雅英, 刑事訴訟法講義 [第7版], 東京大学出版会, 2022, 507면.

는 공판정에서는 재판장의 선고(宣告)에 의하게 되고, 공판정 밖에서는 재판서의 등본(謄本)을 송달하는 것으로 성립한다(형사소송규칙 제34조). 이처럼 공판정 밖에서의 재판의 고지는 재판서의 등본을 송달하는 것이 원칙이나 특별한 규정이 있는 경우에는 예외가 인정된다. 예를 들어, 구인 또는 구류의 재판은 구인장 또는 구류장을 발할 때 외부적으로 성립한다.¹⁹⁴⁰⁾

재판이 외부적으로 성립한 후에는 변경 또는 철회할 수 없다. 다만, 고지된 재판에 명백한 오기나 계산상의 실수가 있는 경우에는 재판의 내용을 변경하는 것이 아니라면, 그 부분을 경정(更正)하는 결정을 할 수도 있다(이른바 경정결정(更正決定)). 판결은 반드시 공판정에서 선고에 의해 고지되어야 한다(제342조). 물론 상소심에 의해 취소되거나, 변경될 수 있다.¹⁹⁴¹⁾

판결 선고 방식

판결을 선고할 때는 주문 및 이유를 낭독하거나, 주문의 낭독에 이유의 내용까지 함께 고지하도록 하고 있다(형사소송규칙 제35조 제2항). 따라서 판결 선고 시에는 판결의 내용을 기재한 서면이 필요하지만, 판결 원본까지 작성해야만 하는 것은 아니다(最高裁判所 昭和25年(1950年) 11月 17日 判決 刑集 第4卷第11号2328頁). 판결은 선고에 따라 외부적으로 성립하기 때문에, 선고한 내용과 판결서에 기재한 내용이 다를 경우에는 선고한 내용에 따라 효력이 발생한다. 다만, 판결은 선고를 위한 공판기일이 종료되기 전까지는 판결서 또는 그 원고의 낭독 오류의 정정은 물론, 선고한 내용을 변경하여 다시 이를 선고하는 것도 위법한 것이 아니며, 정정(訂正)이 있었을 때에는 그 내용대로 효력을 발생한다(最高裁判所 昭和51年(1976年) 11月 4日 判決 刑集 第30卷第10号 1887頁).

* 출처: 池田修/前田雅英, 刑事訴訟法講義 [第7版], 東京大学出版会, 2022, 507면.

2) 재판서

재판을 할 때에는 원칙적으로 재판서가 필요하다(형사소송규칙 제53조). 그리고 이러한 재판서는 재판을 한 재판관이 작성하여 서명날인해야만 성립한다.

1940) 池田修/前田雅英, 刑事訴訟法講義 [第7版], 東京大学出版会, 2022, 507면.

1941) 池田修/前田雅英, 刑事訴訟法講義 [第7版], 東京大学出版会, 2022, 507면.

다만, 결정 또는 명령의 경우에는 공판정에서 선고할 경우, 재판서를 작성하지 않고 공판조서에 기재하게 할 수 있다. 지방법원 또는 간이재판소의 판결에 관해서도 상소의 청구가 없는 경우에는 법원서기에게 판결주문, 범죄사실의 요지, 적용한 형벌조항을 판결선고를 한 공판기일의 조서에 기재한 후, 재판관도 기명날인하면 판결서에 갈음할 수 있다. 이를 이른바 조서판결이라고 한다.¹⁹⁴²⁾ 다만, 판결선고일로부터 14일 이내에 그리고 판결확정 전에 판결서 등본의 청구가 있는 때에는 판결서를 작성해야 한다(형사소송규칙 제219조).

재판서에는 재판을 받는 사람의 성명, 연령, 직업 및 주거를 기재해야 하며, 판결서의 경우에는 공판기일에 출석한 검사의 소속 및 성명도 기재해야 한다(형사소송규칙 제56조).

2. 제1심의 중국적 재판: 실체재판과 형식재판

가. 실체적 재판

1) 유죄판결

(1) 형 선고와 면제

일본 형사재판에서 기소된 사건에 대하여 범죄의 증거가 있다고 인정될 때에는 유죄판결을 선고해야 한다(제333조 제1항). 유죄판결에는 형 선고의 판결(제333조 제1항)과 형 면제의 판결(제333조 제4항)이 있다. 형 선고 판결이 현실적으로 유죄판결의 압도적 다수를 차지하고 있고, 형 면제가 선고되는 경우는 매우 드물다.¹⁹⁴³⁾

(2) 주문(主文)

주문은 재판에서 의사표시를 하는 부분을 말한다. 다만, 형 선고를 하는 경우에는 사건의 내용에 따라 재판의 집행에 관계되는 다음 각 호의 사항에 대하여 선고해야 한다. 형 면제의 판결의 경우에는 형을 면제한다는 취지를 선고하는 것으로 충분하다.

우선 ① 징역형, 금고형, 벌금형 등(일본 형법 제9조)의 구체적인 선고형(주형) 또는

1942) 池田修/前田雅英, 刑事訴訟法講義 [第7版], 東京大学出版会, 2022, 510면.

1943) 池田修/前田雅英, 刑事訴訟法講義 [第7版], 東京大学出版会, 2022, 511면.

② 형 집행의 경감·면제(일본 형법 제5조 단서)¹⁹⁴⁴⁾가 게재되어야 한다(제333조 제1항). 다음으로 ③ 미결구금일수 산입(일본 형법 제21조)이 필요에 따라 선고된다.¹⁹⁴⁵⁾ 그리고 ④ 노역장 유치(벌금·과료의 환형처분, 일본 형법 제18조 제4항), ⑤ 형 집행유예·보호관찰(일본 형법 제333조 제2항), ⑥ 몰수·추징(일본 형법 제19조, 제19의2 등), ⑦ 압수물의 피해자 환부(일본 형법 제347조), ⑧ 가납(일본 형법 제348조), ⑨ 소송비용의 부담(일본 형법 제181조, 제182조), ⑩ 공민권의 불정지 또는 정지기간의 단축(일본 공직선거법 제252조) 등에 대한 선고가 적절히 이루어진다.¹⁹⁴⁶⁾

2) 유죄판결의 이유

(1) 이유

유죄판결에는 그 이유로서 죄가 되는 사실, 증거 목록 및 적용 법조를 기재해야 한다. 또한 피고인 측 등에 의해 법률상 범죄의 성립을 방해하는 사유 또는 형의 가중감면의 사유가 되는 사실이 주장된 경우에는 이에 대한 판단도 기재해야 한다(제335조).¹⁹⁴⁷⁾

(2) 죄가 되는 사실

죄가 되는 사실이란 객관적 구성요건에 해당하는 구체적 사실, 주관적 구성요건 요소(고의·과실)의 존재, 미수 및 공범에 해당하는 경우 그 사실, 처벌조건이 문제되는 경우 그 존재 등을 말한다. 이러한 사실은 일시·장소·방법 등을 적시(摘示)하는 것에 의해 특정된 구체적인 사실이어야 한다. 또한 죄가 되는 사실 그 자체는 아니지만

1944) 형 집행의 감경 또는 면제에 관해서는 일본 형사소송법에 규정은 없지만, 재판실무상 형 선고와 동시에 주문으로 선고하는 것으로 운용되고 있다(最高裁判所 昭和29年(1954年) 12月 23日 判決 刑集 第8卷第13号228頁).

1945) 산입할 수 있는 미결구금일수는 구금영장이 집행된 날부터 판결선고 전일까지이며, 보석 등으로 석방된 경우에는 석방일까지 현실적으로 구금된 일수이다. 기소 전 구금기간도 포함된다. 피고인에 대하여 복수의 형을 선고하는 경우, 어느 형에 미결구금을 산입할 것인지를 명확히 할 필요가 있다. 기본적으로 구금영장이 발부된 죄에 대한 형을 본형으로 하여 산입해야 한다. 다만, 형의 집행, 노역장 유치의 집행과 중복되는 미결구금은 본형에 산입할 수 없다.

1946) 池田修/前田雅英, 刑事訴訟法講義 [第7版], 東京大学出版会, 2022, 511-512면.

1947) 일본 형사소송법 제335조 ① 유죄의 선고를 함에는 죄가 되는 사실, 증거의 목록 및 법령의 적용을 표시하여야 한다.

② 법률상 범죄의 성립을 방해하는 사유 또는 형의 가중감면의 이유가 되는 사실이 주장된 때에는 이에 대한 판단을 표시하여야 한다.

이에 준하여 유죄판결에 기재되어야 하는 것으로는 법률상 형의 가중감면 사유가 되는 사실로서 예를 들어 심신미약, 과잉방위나 누범가중의 이유가 되는 전과(前科) 등이 있다.¹⁹⁴⁸⁾

이에 반하여 위법성조각사유·책임조각사유의 부존재나 정황 등은 죄가 되는 사실이 아니다.¹⁹⁴⁹⁾ 몰수, 추징, 환부(還付) 등의 사유는 이를 선고한 경우에만 법령의 적용을 나타내는 정도로 충분하고, 자수(自首)와 같이 형의 재량적 감면사유가 되는 사실은 형의 감면을 하였을 때만 그 사실을 나타내면 된다.¹⁹⁵⁰⁾

a. 개괄적 인정(概括的認定)

죄가 되는 사실은 기판력의 범위를 명확히 하기 위해, 다른 행위와 구별할 수 있을 정도로 특정되어야 한다. 또한 특정 형벌법규에 의해 범죄를 구성한다는 것이 명확히 되기 위해, 해당 법령을 적용하는 실체적 근거를 확인할 수 있을 정도로 구체적이고 명확히 기재해야 한다.¹⁹⁵¹⁾ 따라서, 일반적으로는 일시·장소·방법 등에 의해 특정되지만, 이에 어느 정도 폭(幅)이 있는 개괄적 인정밖에 할 수 없는 경우라도 다른 범죄사실과의 식별(識別)이 가능한 경우라면 허용된다(예를 들어, 판례는 살인미수죄의 범죄행위 판단에 관하여, 유형력을 행사하여 피해자를 옥상에서 떨어뜨렸다는 사실관계를 판단한 것에 불과하지만, 추락시킨 수단·방법이 더는 구체적으로 적시되어 있지 않더라도 불충분하다고 할 수 없다고 하였다.¹⁹⁵²⁾).

b. 택일적 인정(択一的認)

택일적 인정에 대해서는 경우를 나누어 검토해야 한다. 우선 첫째, 택일적 관계에 있는 A사실과 B사실이 동일 구성요건 안에 있는 경우에는, 개괄적 인정의 한 부분으로 볼 수 있으므로, 구성요건에 해당하는지 여부를 판단할 수 있을 정도로 구체적이라면(最高裁判所 昭和24年(1949年) 2月 10日 判決 刑集 第3卷第2号155頁 참조), 택일적 인정이 허용된다. 예를 들어, 살인죄의 공동정범에서 실행행위자의 인정이 'X 또는

1948) 池田修/前田雅英, 刑事訴訟法講義 [第7版], 東京大学出版会, 2022, 512-513면.

1949) 最高裁判所 昭和24年(1949年) 3月 10日 判決 刑集 第3卷第3号281頁; 最高裁判所 昭和24年(1949年) 9月 1日 判決 刑集 第3卷第10号1551頁.

1950) 最高裁判所 昭和23年(1948年) 2月 18日 判決 刑集 第2卷第2号104頁.

1951) 最高裁判所 昭和24年(1949年) 2月 10日 判決 刑集 第3卷第2号155頁.

1952) 最高裁判所 昭和58年(1983年) 5月 6日 決定 刑集 第37卷第4号375頁.

Y, 혹은 모두'라는 택일적인 것일지라도, 그 사건이 X와 Y 2명의 공모에 의한 범행인 경우에는 공모공동정범의 법리에 따라 실행행위를 담당한 사람이나 담당하지 않은 사람이나 모두 공동정범으로 처벌되므로, 살인죄의 죄가 될 만한 사실관계의 판단으로 불충분하다고 할 수 없다(最高裁判所 平成13年(2001年) 4月 11日 決定 刑集 第55卷 第3号127頁).¹⁹⁵³⁾

둘째, A사실과 B사실이 구성요건을 달리하더라도, 양자의 구성요건에 포섭관계가 있는 경우(예를 들어, 살인과 상해치사의 경우)는 '의심스러운 때는 피고인의 이익으로'의 원칙에 따라, 이른바 축소인정으로서 경미한 사실의 한도 내에서 인정해야 한다. 이를 '예비적 인정'이라고 하는 견해도 있다.¹⁹⁵⁴⁾ 문제가 되는 것은 구성요건을 달리하는 A사실과 B사실이 포섭관계에 있지도 않은 제3의 경우이며(현실적으로 문제가 된 사례로서, 피해자의 사망시기가 불분명하여 보호의무자 유기인지, 사체유기인지 확정할 수 없었던 사안 등이 있다), 이러한 경우 택일적 인정은 새로운 구성요건을 만들어 내는 결과를 낳게 되므로 허용되지 않는 것으로 해석된다.¹⁹⁵⁵⁾

(3) 증거 목록

죄가 되는 사실에 대해서는 그것을 인정한 증거 목록을 제시해야 한다. 증거재판주의(제317조)에 따른 요구이다. 증거 목록이란 그 증거를 특정하는 표제·종목을 말하며, 적어도 그 사건의 다른 증거와 구별할 수 있을 정도로 특정되어야 한다. 법률상 형의 가증감면사유가 되는 사실에 대해서도 증거 목록을 표시하는 것이 일반적이다. 예외적으로 심신미약 사실이나 누범전과 사실에 관해서는 증거목록을 제출하지 않아도 된다는 판례¹⁹⁵⁶⁾가 있기는 하나 실무에서는 일반적으로 제출하고 있다.¹⁹⁵⁷⁾

범죄의 동기는 죄가 되는 사실도 아니며 이에 준하는 사실도 아니기 때문에 판결에 제시할 필요는 없다. 다만, 살인, 방화 등의 범죄유형과 같이 동기가 중요한 의미를 갖는 경우가 있기 때문에, 판결문에 기재하는 것이 바람직한 경우도 적지 않다. 이러한

1953) 安富潔, 刑事訴訟法講義 [第5版], 慶應義塾大学出版会, 2021, 375면.

1954) 安富潔, 刑事訴訟法講義 [第5版], 慶應義塾大学出版会, 2021, 375면.

1955) 安富潔, 刑事訴訟法講義 [第5版], 慶應義塾大学出版会, 2021, 375면.

1956) 最高裁判所 昭和23年(1948年) 7月 6日 判決 刑集 第2卷第8号785頁; 最高裁判所 昭和39年(1964年) 5月 23日 判決 刑集 第18卷第4号166頁.

1957) 池田修/前田雅英, 刑事訴訟法講義 [第7版], 東京大学出版会, 2022, 514면.

사정으로 동기 등이 죄가 되는 사실로서 판결문에 기재된 경우에는 이를 인정한 증거 목록도 제시해야 한다. 이에 반해, 단순한 정상(情狀)에 관한 사실은 사실의 적시를 필요로 하지 않으므로, 설령 이러한 사실이 판결문에 기재되더라도 증거를 제시할 필요는 없다.¹⁹⁵⁸⁾

(4) 적용 법조

주형(主刑)에 관한 법령상의 근거에 대해서도 제시해야 한다. 주형을 도출하게 된 법령상의 근거란 인정한 범죄사실에 대한 실체법의 적용을 말하는데, 실제 적용한 법령이라 하더라도 관련 법령을 모두 표시할 필요는 없고, 처단형을 도출하는 데 필요한 범위에서 명시하면 된다. 또한 주문(主文)에서 부수적인 처분이 선고된 때에는 그 법령상의 근거도 제시해야 한다.¹⁹⁵⁹⁾

한편으로 형법 총칙규정에 대해서는 형벌의 종류 및 처단형의 범위에 영향을 미치는 것이 아닌 한, 실제로 적용한 것을 판결문상에서 알 수 있다면 그 기재가 반드시 필요한 것은 아니다. 따라서 실무상 일반적으로 기재하고 있으나, 일본 형법 제10조, 제48조 제1항, 제50조, 제59조, 제65조 등은 기재하지 않더라도 위법하지는 않다. 그러나 일본 형법 제14조, 제45조, 제47조, 제48조 제2항, 제57조, 제68조 등은 형벌의 종류 및 처단형의 범위에 영향을 미치므로 기재해야 하며, 이는 일본 소년법 제52조도 마찬가지이다.¹⁹⁶⁰⁾

(5) 위법성조각사유 등에 관한 판단

법원은 법률상 범죄의 성립을 방해하는 사유가 되는 사실이나 형의 가중감면사유가 되는 사실이 피고인으로부터 주장된 경우에 이를 판단을 해야 한다(제335조 제2항). 물론, 이러한 주장 사실에 대해서는 형사재판이라는 점에서 당사자가 입증의 책임을 지는 것은 아니다.¹⁹⁶¹⁾

여기서 법률상 범죄의 성립을 방해하는 사유가 되는 사실의 주장이란, 구성요건 해당성, 위법성 및 책임의 각 조각사유에 해당하는 사실의 주장이다. 정당행위, 정당방

1958) 池田修/前田雅英, 刑事訴訟法講義 [第7版], 東京大学出版会, 2022, 514면.

1959) 池田修/前田雅英, 刑事訴訟法講義 [第7版], 東京大学出版会, 2022, 514면.

1960) 池田修/前田雅英, 刑事訴訟法講義 [第7版], 東京大学出版会, 2022, 514-515면.

1961) 池田修/前田雅英, 刑事訴訟法講義 [第7版], 東京大学出版会, 2022, 515면.

위, 긴급피난, 자력구제, 심신상실, 기대불가능성 등의 주장이 이에 해당한다.¹⁹⁶²⁾ 이에 반해 죄가 되는 사실의 부존재의 주장(단순부인)이나 죄가 되는 사실과 양립할 수 없는 사실의 주장(적극적 부인)은 모두 다 부인(否認)일 뿐, 일본 형사소송법 제335조 제2항의 주장은 아니다. 예를 들어, 실무상으로는 불능범인 것, 주거침입에 피해자의 승낙이 있었던 것, 고의가 아닌 과실에 불과한 것, 착오가 있었던 것, 공동정범의 공소사실에 대한 중범이라는 것, 업무상 과실치사 사건에서 예견 불가능했다는 것 등의 주장이 있었는데 이러한 사례들은 사실관계를 부인한 것일 뿐, 법률상 범죄의 성립을 방해하는 사유가 되는 사실은 아니다.¹⁹⁶³⁾

법률상 형의 가중감면사유가 되는 사실의 주장은 누범, 중지미수, 심신미약, 친족상 도제 등의 필요적 가중감면사유가 되는 사실의 주장이다. 이에 대해 자수, 과잉방위, 과잉피난 등 임의적 가중감면사유가 되는 사실의 주장은 물론, 형사절차에 관한 주장이나, 위헌 주장 등도 일본 형사소송법 제335조 제2항의 주장에 해당하지 않는다.¹⁹⁶⁴⁾ 본항의 주장에 대한 법원의 판단은 일반적으로 그 주장을 요약한 후, 적절히 증거를 검토하여 형성된 추론의 과정과 그 결론을 기술하는 방식으로 제시된다.

3) 무죄판결

피고사건이 죄가 되지 아니하는 때 또는 피고사건에 관하여 범죄의 증거가 없는 때에는 판결로 무죄의 선고를 해야 한다(제336조). 피고사건이 죄가 되지 아니하는 때란 공소사실(소인)에 기재된 사실의 존재가 그대로 입증되더라도 범죄를 구성하지 아니하거나 구성요건에 해당해도 위법성조각사유 또는 책임조각사유가 있어 범죄가 성립하지 아니하는 경우를 말한다. 다만, 공소장 기재 자체에 의하여 공소사실이 범죄를 구성하지 않는 것이 명백한 경우에는 결정으로 공소(公訴)를 기각해야 한다(제339조 제1항 제2호). 피고사건에 대하여 범죄의 증거가 없는 때란 공소사실(소인)에 기재된

1962) 일본 실무상 기대불가능성 주장 사실 대해서는 예를 들어, 일본 형법 제185조의 단서(도박죄의 오락성)나 제230조의2(명예훼손죄의 진실성), 그리고 일본 아동복지법 제60조 제4항 단서(아동 연령 미확인 과실)나 행정형벌상의 양벌규정에서 감독상의 과실이 없다는 등의 주장이 법률상 범죄의 성립을 방해하는 사유가 되는 사실에 해당된다.

1963) 池田修/前田雅英, 刑事訴訟法講義 [第7版], 東京大学出版会, 2022, 515면.

1964) 池田修/前田雅英, 刑事訴訟法講義 [第7版], 東京大学出版会, 2022, 515면.

사실의 존재가 합리적인 의심을 넘어서는 정도까지 입증되지 않은 경우를 말한다. 또한 자백에 보강증거가 없는 경우도 이에 해당한다.

한편으로, 무죄판결의 이유 기재에 대해서는 일본 형사소송법상 유죄판결처럼 상세한 규정이 없다. 따라서 일반규정인 일본 형사소송법 제44조¹⁹⁶⁵⁾에 근거하여 작성하게 되므로, 최소한 앞서 살펴본 ① 피고사건이 죄가되지 아니하는 때에 해당하는지, 또는 ② 피고사건에 대하여 범죄의 증거가 없는 때에 해당하는지에 따라 무죄를 선고하는 것을 기재하면 충분하지만,¹⁹⁶⁶⁾ 재판실무상 그러한 판단에 이르게 된 추론 과정을 그 사안에 따라 적절히 명시하고 있다.¹⁹⁶⁷⁾

또한 무죄판결은 피고인의 무죄가 적극적으로 증명된 경우와 유죄를 증명하지 못한 경우를 포함하며, 그 심리에는 구별이 없다. 무죄판결이 확정되면 신병을 구속한 것에 대한 형사보상을 받을 수 있고(일본 형사보상법), 재판에 소요된 비용(피고인과 변호인의 여비·일당·숙박비와 변호인의 보수)의 보상을 받을 수 있다(제188조의2).

나. 형식적 재판

1) 관할위반 판결

관할위반 재판으로는 관할위반 판결과 이송 결정이 있다. 피고사건이 법원의 관할(토지관할 및 사물관할)에 속하지 않는 때에는 원칙적으로 관할위반 판결을 해야 한다(관할위반 판결, 제329조 본문). 다만, ① 부심판결정(付審判決定, 제266조 제2항)에 의하여 심판에 회부된 사건에 대해서는 관할위반의 선고를 할 수 없다(제329조 단서). 또한, ② 고등법원은 그 특별권한에 속하는 사건에 관하여 공소의 제기가 있는 경우에, 그 사건이 하급법원의 관할에 속한다고 인정하는 때에는 결정으로 관할법원에 이송해야 한다(제330조). 더욱이 ③ 토지관할에 관해서는 피고인의 신청이 없으면 관할위반 선고를 할 수 없고, 게다가 그 신청은 증거조사 개시 후에는 허용되지 않는다(제331조).¹⁹⁶⁸⁾

1965) 제44조 ① 재판에는 이유를 기재하여야 한다.

② 상소가 허용되지 아니하는 결정 또는 명령에는, 이유기재를 요하지 아니한다. 단 제428조 제2항의 규정에 의하여 이의신청을 할 수 있는 결정에 대하여는 그러하지 아니하다.

1966) 東京高等裁判所 昭和27年(1952年) 10月 23日 判決 高刑集 第5卷第12号2165頁.

1967) 池田修/前田雅英, 刑事訴訟法講義 [第7版], 東京大学出版会, 2022, 516면.

1968) 池田修/前田雅英, 刑事訴訟法講義 [第7版], 東京大学出版会, 2022, 517면.

한편, 간이법원(簡易裁判所)은 비교적 간단한 사건을 간편신속하게 처리하도록 되어 있으므로 사건의 내용이 복잡하거나, 형벌권의 한계를 넘는 형(刑)을 부과하는 것이 상당하다고 인정되기 때문에, 이를 지방법원에서 심판하는 것이 상당하다고 인정하는 때에는 결정으로 관할 지방법원에 사건을 이송할 수 있다(재량이송, 제332조).¹⁹⁶⁹⁾

2) 공소기각 판결

판결로 공소를 기각해야 하는 경우는 ① 피고인에 대하여 재판권이 없는 경우, ② 공소 취소 후 새로운 중요한 증거를 발견한 경우가 아닌데도 공소가 제기된 경우(제340조 참조), ③ 공소가 제기된 사건에 대하여 동일 법원에 추가로 공소가 제기된 경우(이른바, 이중 기소), ④ 공소제기 절차가 그 규정을 위반하여 무효인 경우(제338조) 등이다. 이들은 소송조건의 결여(缺如)가 비교적 중대한 경우이며, 구두변론을 거쳐 공소기각 판결이 내려지게 된다.¹⁹⁷⁰⁾

3) 공소기각 결정

공소기각 결정이 필요한 경우로는 ① 일본 형사소송법 제271조 제2항(2개월 이내에 공소장 등본이 송달되지 아니한 때)에 의하여 공소제기가 그 효력을 잃은 때, ② 공소장에 기재된 사실이 진실이라 하더라도 죄가 되는 사실을 포함하고 있지 아니한 때, ③ 공소가 취소된 때, ④ 피고인이 사망한 때, 또는 피고인인 법인이 존속하지 아니하게 된 때, ⑤ 일본 형사소송법 제10조 또는 제11조의 규정에 따라 심판할 수 없는 때(동일 사건이 여러 법원에 계류(繫留) 중인 때) 등이다(제339조 제1항). 한편, 이러한 법원의 공소기각 결정에 대하여 즉시항고를 할 수 있다(제339조 제2항).

4) 면소판결

면소판결이 필요한 경우로는 ① 확정판결을 받은 때, ② 범죄 후 법령에 의해 형이 폐지된 때, ③ 사면이 있을 때, ④ 시효가 완성된 때(제337조)이다. 다만, 면소사유는

1969) 池田修/前田雅英, 刑事訴訟法講義 [第7版], 東京大学出版会, 2022, 517면.

1970) 池田修/前田雅英, 刑事訴訟法講義 [第7版], 東京大学出版会, 2022, 517면.

이에 한정되지는 않는다. 즉 유추해석도 허용된다(예를 들어, 신속한 재판의 보장규정에 위반한 경우 등).

한편, 면소판결이 형식적으로 확정되면 기판력(既判力)이 발생하기 때문에 실체(實體)에 대한 판단까지 포함되는지에 대하여 논의가 있다. 즉 면소판결의 성질에 관해서는 실체관계적 형식재판설, 형식재판설의 대립이 있다. 과거에 면소판결에 기판력이 있는 것은 면소판결이 피고사건의 실체에 관한 판단에 따라 절차를 종결하는, 이른바 실체관계적 형식재판이기 때문이라는 실체관계적 형식재판설도 유력하였다. 그러나 공소기각의 사유인 형식적 소송조건의 존재 여부라 할지라도 사건의 실체에 포함되지 않는다고 판단하기 어려운 경우도 있기 때문에, 이런 의미에서 면소판결도 공소기각과 같은 형식적 재판이지만, 이에 기판력을 인정한 것은 정책적 필요에 따른 판단으로 해석해야 한다(형식재판설, 판례 및 다수설). 그리고 그 정책적 판단의 실질적 근거는 면소판결이 선고되는 경우가 대체로 해당 소인(訴因)에 대하여 공소를 제기할 수 없는 전형적인 사유를 선별하는 데 있다.¹⁹⁷¹⁾ 따라서 실체적 소송조건을 결여한 때에는 비록 범죄사실이 존재하지 않는 것으로 판명되더라도 면소를 선고해야 하고 무죄판결을 선고해서는 안 된다.¹⁹⁷²⁾

3. 재판의 효력(재판의 확정)

가. 확정력

1) 재판의 성립에 따른 효력

종국적인 재판이 외부적으로 성립하면, 변경 또는 철회할 수 없게 된다(불가변경력). 그리고 상소를 허용하는 재판에 대해서는 상소권이 발생한다.

그 부수적인 효과로서 ① 금고 이상의 형에 처하는 판결(일부 집행유예 판결을 포함한 실형(實刑) 판결)의 선고를 받은 때에는 보석 또는 구금의 집행정지는 그 효력을 상실하고, 따라서, 실형판결이 선고되면, 새로운 보석 또는 구금의 집행정지 결정이 없는 한 피고인은 일본 형사소송법 제98조에 따라 형사시설에 수용된다(제343조

1971) 池田修/前田雅英, 刑事訴訟法講義 [第7版], 東京大学出版会, 2022, 518면.

1972) 最高裁判所大法廷 昭和23年(1948年) 5月 26日 判決 刑集 第2卷第6号529頁.

).¹⁹⁷³⁾ 그 이후에는 구금갱신의 제한 및 필요적 보석의 규정은 적용되지 않게 된다(제344조). 반대로 ② 무죄, 면소, 형의 면제, 형의 전부 집행유예, 공소기각(제338조 제4호의 경우는 제외), 벌금 또는 과료 재판의 고지가 있는 때에는 구금장은 그 효력을 잃는다(제345장).¹⁹⁷⁴⁾

1심 무죄판결 후의 구금 허용 여부

구금장이 실효된 경우에도 상소(上訴)가 있으면, 재구금하는 것은 가능하다. 다만, 1심 판결이 무죄인 경우에 재구금할 수 있는지에 대해서는 다툼이 있다. 실무상 1심 판결이 파기되어 실형이 선고될 가능성이 높은 경우 등에 대해서는 예외적으로 재구금이 허용된다. 이 점에 관하여 최고재판소는 ‘제1심 법원이 범죄의 증거가 없음을 이유로 무죄판결을 선고한 경우라도 항소심은 기록 등의 조사를 통하여 무죄판결의 이유에 대한 검토를 거쳐, 피고인에게 여전히 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있다고 인정하는 때에는 구금사유가 인정되고, 또는 항소심에서의 적법하고 신속한 심리를 위해서도 구금의 필요성이 있다고 인정하는 한 그 심리단계에 관계없이 피고인을 구금할 수 있다.’⁹ 하였다(最高裁判所 平成12年(2000年) 6月 27日 決定 刑集 第54卷第5号461頁). 또한, 최고재판소는 구금사유에 관하여 ‘제1심법원에서 범죄의 증거가 없다고 하여 무죄판결을 받은 피고인을 항소심이 구금하는 경우에는, 일본 형사소송법 제60조 1항에서 규정한 “피고인이 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유”의 유무에 대한 판단은 무죄판결의 존재를 충분히 고려하여 신중하게 이루어져야 하며, 혐의의 정도에 관해서도 제1심의 단계보다 더 강한 것이 필요하다’고 판시하였다(最高裁判所 平成19年(2007年) 12月 13日 決定 刑集 第61卷第9号843頁).

이후에도 최고재판소는 ‘제1심이 범죄의 증거가 없다는 이유로 무죄판결을 한 경우라도 항소심은 제1심의 판결 내용, 특히 무죄판결의 이유 및 관련 증거를 검토한 결과, 피고인에게 여전히 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고, 일본 형사소송법 제345조의 취지 및 항소심이 사후심(事後審)이라는 점을 고려하더라도 구금사유와 필요성이 인정되는 경우에는 그 심리단계에 관계없이 피고인을 구금할 수 있다’고 판시하여(最高裁判所 平成23年(2011年) 10月 5日 決定 刑集 第65卷第7号977頁) 재구금 허용 여부에 대해 통일된 견해를 보이고 있다.

* 출처: 池田修/前田雅英, 刑事訴訟法講義 [第7版], 東京大学出版会, 2022, 519-520면.

1973) 제343조 금고 이상의 형에 처하는 판결의 선고가 있는 때에는 보석 또는 구류의 집행정지는 그 효력을 상실한다. 이 경우에는 새로이 보석 또는 구류의 집행정지의 결정이 없는 때에 한하여 제98조의 규정을 준용한다.

1974) 池田修/前田雅英, 刑事訴訟法講義 [第7版], 東京大学出版会, 2022, 519면.

2) 재판의 확정

외부적으로 성립한 재판이 상소 또는 이에 준하는 불복신청 방법으로는 소송절차를 진행할 수 없게 된 상태를 재판의 확정(형식적 확정)이라고 한다. 상소를 허용하지 않는 재판은 고지와 동시에 형식적으로 확정되고, 상소를 허용하는 재판은 상소기간의 경과, 상소취하, 상소기각판결의 확정 등에 의해 형식적으로 확정된다.¹⁹⁷⁵⁾

3) 내용적 확정

재판이 형식적으로 확정되면, 그 의사표시 내용도 확정된다(내용적 확정). 유죄, 무죄 및 면소판결이 형식적으로 확정되면, 내용적 확정력 외에 일사부재리의 효력(기판력)도 생긴다. 이러한 기판력을 수반한 내용적 확정력을 실체적 확정력이라고도 한다. 형식재판에 관해서도 내용적 확정력이 인정된다.¹⁹⁷⁶⁾

재판은 내용적 확정에 의해 집행력이 생긴다(제471조). 그 예로서 결정, 명령은 원칙적으로 고지(告知)에 의해 집행력이 생긴다(제424조, 제432조, 제434조).

판결이 당연 무효인 경우에는 형식적으로 확정되어도, 그 내용에 명백하고 중대한 오류가 있기 때문에, 내용적 확정력은 생기지 않는다. 판결의 당연 무효는 재판의 불성립은 아니기 때문에 내용적 확정력은 생기지 않지만, 형식적 확정력은 생긴다. 따라서 이러한 판결에 대해서도 상소기간 내라면, 상소할 수 있고, 형식적으로 확정되었다면 비상상고의 대상이 될 수 있다. 당연 무효가 되는 경우로는 예를 들어, 항소취하 후의 항소심 판결, 동일 사건에 대한 이중으로 실체판결이 확정된 경우에 후자의 판결, 사자(死者)에 대한 판결 등이 있다.¹⁹⁷⁷⁾

나. 기판력

1) 일사부재리 효력

재판의 내용이 확정되면 다른 소송에서 동일사항에 관하여 이와 다른 판단을 하는

1975) 池田修/前田雅英, 刑事訴訟法講義 [第7版], 東京大学出版会, 2022, 520면.

1976) 最高裁判所 平成12年(2000年) 9月 27日 決定 刑集 第54卷第7号710頁.

1977) 安富潔, 刑事訴訟法講義 [第5版], 慶應義塾大学出版会, 2021, 377면.

것은 허용되지 않는다. 민사소송에서 기판력이라고 할 때는 주로 이 효력을 의미한다.

이에 대하여 형사소송에서는 유죄, 무죄 및 면소판결이 형식적으로 확정되면, 이와 동일사건에 관하여 재차 공소제기는 허용되지 않으며, 공소제기가 되었다고 하더라도 실제적 소송조건이 없는 것이 되어 면소판결을 선고해야 하는 것으로 되어 있다(제337조 제1호). 이를 일사부재리 효력이라고 한다. 형사소송에서 기판력이라고 할 때 주로 이 효력을 의미하게 된다. 이처럼 동일사건에 관해서는 일사부재리 효력이 인정되기 때문에 내용적 확정력의 유무가 문제되는 경우는 거의 없다. 일본에서도 기판력의 의미에 관한 학설대립이 있는데, 확정재판에 의해 해당사건에 관하여 ‘법(구체적 규범)’이 형성되었다고 보는 구체적 규범설과 확정재판 후의 재판에 대한 영향력일 뿐 불가변경력(구속력)이라고 봐야 한다는 소송법설이 대립하고 있다.¹⁹⁷⁸⁾

무죄, 유죄, 면소판결 이외의 재판, 예를 들어, 공소기각판결은 형식적으로 확정되었다고 해도 기판력이 발생하지 않으므로, 절차상의 미비점을 보완하면 다시 공소제기할 수 있다.¹⁹⁷⁹⁾

일사부재리의 원칙

일사부재리의 원칙은 누구나 같은 범행에 대하여 두 번 이상 죄의 유무에 관한 재판을 받을 위험에 노출되어서는 안 된다는 근본사상에 근거하는 것임은 분명하다. 그리고 그 위험이란 동일사건에 있어서는 소송절차의 개시부터 종료(확정)까지 하나의 계속적인 상태로 보는 것이 타당하다. 그렇다면 제1심 절차 및 항소심 절차와 상고심 절차 또한 동일사건에 있어서는 계속되는 하나의 위험에 관한 각각의 부분일 뿐이다. 따라서 동일사건에서는 어떠한 단계에서도 유일한 위험이 있을 뿐이며, 거기에는 이중위험은 존재하지 않는다(最高裁判所大法廷 昭和25年(1950年) 9月 27日 判決 刑集 第4卷第9号1805頁).

* 출처: 池田修/前田雅英, 刑事訴訟法講義 [第7版], 東京大学出版会, 2022, 521면.

2) 기판력의 범위

기판력의 범위에 관해서는 주관적(인적) 범위, 객관적(물적) 범위 및 시간적 범위로

1978) 池田修/前田雅英, 刑事訴訟法講義 [第7版], 東京大学出版会, 2022, 521면.

1979) 最高裁判所大法廷 昭和28年(1953年) 12月 9日 判決 刑集 第7卷第12号2415頁.

구분된다. 우선 주관적(인적) 범위는 그 판결을 선고받은 피고인에 한정된다. 예를 들어, A가 절도죄로 유죄가 되었는데, 이와 유사한 사건에서 B가 진범으로 기소되었더라도 A에 대한 확정판결의 효력은 B에게는 미치지 않는다. 따라서 공범자라도 판결을 선고받은 피고인 이외의 사람에게는 기판력은 미치지 않는다(제249조).¹⁹⁸⁰⁾

다음으로 객관적(물적) 범위는 소인(訴因)만이 아닌 이를 단일하고 동일 관계에 있는 공소사실 전체에 미친다.¹⁹⁸¹⁾ 공소사실의 동일성 범위 내에 있는 범죄사실에 관해서는 검사는 1회의 소송으로 해결해야 하는 의무로서 동시소추의 의무를 진다고 한다. 왜냐하면, 소인 이외의 범죄사실에서도 소인과 공소사실의 동일성이 있다면 검사는 통상 이를 인식할 수 있고, 1개의 기소로 심판을 청구할지(예비적·택일적 공소제기, 제256조), 소송 도중에도 소인을 변경, 추가할 수 있기 때문이다(제312조).¹⁹⁸²⁾ 따라서 이 범위 내에서의 사실에 관해서는 ‘거듭하여 형사상의 책임을 묻지 않는다’라는 일본 헌법 제39조에 따른 합리성이 인정될 수 있다.

이처럼 객관적(물적) 범위는 공소사실의 동일성의 범위와 같기 때문에 A사실에 대한 판결의 기판력이 B사실에 미치는지 여부는 A와 B가 공소사실 동일성의 범위 내에 있는지 여부에 따라 판단된다. 한편, 기판력의 객관적(물적) 범위에서 문제가 되는 것이 바로 상습범에 관한 것이다. 즉 상습범이나 계속범 등이 판결 전후에 걸쳐 이루어진 경우에도 그것이 일죄인 이상 단일사건으로서 판결 후의 범행에까지 기판력이 미쳐 처벌할 수 없게될 수밖에 없으므로, 이에 대해서는 객관적(물적) 범위의 예외를 인정하여 기판력의 범위를 제한할 수밖에 없다. 이를 기판력의 시간적 범위의 문제라고 한다.¹⁹⁸³⁾

시간적 범위는 사실심리의 법률적 가능 범위까지가 기준이 된다. 이에 대해서는 구체적으로 ① 변론종결 시, ② 제1심 판결 선고 시, ③ 원칙적 제1심 판결 선고 시, 예외적으로 항소심 파기자판 판결 시로 견해가 대립하고 있다.¹⁹⁸⁴⁾ 판례는 전소(前訴)에서 주거침입절도죄에 관하여 유죄의 제1심 판결이 선고 되었고 항소·상고가 기각되어 확정된 후에 기소된 상습특수절도 피고사건에 대한 판결로서, 상습특수절도죄를

1980) 히라라기 토키오·조균석(역), 일본형사소송법, 박영사, 2012, 509면.

1981) 酒巻匡, 刑事訴訟法 [第2版], 有斐閣, 2020, 627-628면.

1982) 池田修/前田雅英, 刑事訴訟法講義 [第7版], 東京大学出版会, 2022, 522면.

1983) 히라라기 토키오·조균석(역), 일본형사소송법, 박영사, 2012, 511-513면.

1984) 安富潔, 刑事訴訟法講義 [第5版], 慶應義塾大学出版会, 2021, 382면.

구성하는 주거침입·절도 각 행위가 전소(前訴)의 제1심 판결 이후에 이루어진 것인 경우, 전소의 소인(訴因)이 상습성의 발로로서 이루어졌는지 여부는 검토할 필요도 없이,¹⁹⁸⁵⁾ 전소 확정판결에 의한 일사부재리 효력은 후소(後訴)에 미치지 않는다고 판시하고 있다.¹⁹⁸⁶⁾ 이러한 판례의 취지는 원칙적 제1심 판결 선고 시, 예외적으로 항소심 파기자판 판결 시와 같은 해석이라고 할 수 있다.¹⁹⁸⁷⁾

기판력의 범위와 검사의 소추재량

기판력의 객관적(물적) 범위는 공소사실의 동일성의 범위와 동일하므로, 전소(前訴)의 공소 사실과 후소(後訴)의 공소사실이 과형상일죄(상상적 경합), 포괄일죄 등 일죄의 관계에 있다면, 기판력이 미치게 된다. 따라서 상습절도죄의 확정판결이 있는 경우에 그 소송 이전에 범한 절도사실을 추가로 기소하는 것은 그것이 상습절도죄는 물론이고 단순절도죄라도 재소금지에 반하게 된다. 또한 절도죄의 확정판결이 있는 경우에 그와 동시에 상습절도를 기소하는 것도 마찬가지이다. 그러나 전소가 단순절도죄의 확정판결이고 후소도 단순절도죄의 기소라면, 설령 양자가 실체적으로는 1개의 상습절도죄를 구성한다고 하더라도 전소의 확정판결에 의한 재소금지의 효력은 후소에는 미치지 않는 것으로 해석된다(最高裁判所 平成15年(2003年) 10月 7日 判決 刑集 第57卷第9号1002頁).

* 출처: 池田修/前田雅英, 刑事訴訟法講義 [第7版], 東京大学出版会, 2022, 523면.

4. 상소와 특별절차

가. 상소(上訴)

1) 상소의 의의와 종류

기본적으로 법원의 판단은 공정성과 합목적성, 법적 안정성에 근거한다. 따라서

1985) 이는 법원은 그 소인의 범위내에서 재판을 해야 하고, 소인에 없는 실체적 사실관계(상습절도죄의 상습성)까지 개입하여 양자의 죄수관계에 관한 사항을 심리하는 것은 부적절하기 때문이다(酒巻匡, 刑事訴訟法 [第2版], 有斐閣, 2020, 631면).

1986) 最高裁判所 令和3年(2021年) 6月 28日 決定 刑集 第75卷第7号909頁. 또한 이 판례는 만약 후소(後訴)의 소인(訴因)을 구성하는 행위가 전소(前訴)의 제1심 판결 이전에 이루어진 것이라면 재소금지의 효력이 미치는데, 해당 사건에서는 제1심 판결 이후의 행위이므로 애초에 재소금지의 효력이 미치지 않는다는 것을 명시한 것이기도 하다.

1987) 池田修/前田雅英, 刑事訴訟法講義 [第7版], 東京大学出版会, 2022, 523면.

사건에 관하여 법원에 의해 공권력 있는 법적판단이 선고된 때 이를 임의로 삭제 또는 변경하는 것은 법적 안정성 요청이나 형사사법에 대한 국민적 신뢰확보에 합당하지 않으며, 당사자의 이익을 해칠 수도 있다. 그래서 형사소송법에서는 잘못된 재판이 이루어지지 않도록 제1심 절차에 대해 공판중심주의, 증거재판주의 등 엄격한 규정을 두고 있으나, 오판의 가능성을 부정할 수는 없기 때문에 재판의 오류를 시정하기 위한 수단으로서 상소제도를 두고 있는 것이다.¹⁹⁸⁸⁾

상소는 미확정 재판에 대하여 상급법원에 불복(不服) 신청을 하는 것을 말한다. 판결에 대한 상소에는 항소(抗訴)와 상고(上告)가 있다. 제1심 판결에 대한 고등법원의 상소를 항소(제372조, 일본 재판소법 제16조 제1호)라고 하고, 고등법원 판결에 대한 최고재판소의 상소를 상고(제405조, 일본 재판소법 제7조 제1호)라고 한다. 또한 약식명령에 대한 정식재판 청구에 관해서도 같은 취지에서 상소에 관한 규정이 준용되고 있다(제467조).

최고재판소는 그밖에 법령해석에 관한 중요한 사항이라고 인정된 사건에 관해서는 판결확정 전에, 재판소규칙의 정한 바에 따라 스스로 상고심으로서 그 사건을 수리할 수도 있다(제406조). 이 규정에 따라 이른바 ‘비약상고’(형사소송규칙 제254조) 및 ‘사건수리 신청’(형사소송규칙 제257조)이 인정된다.¹⁹⁸⁹⁾

판결 이외의 재판에 대한 상소로서 일반항고, 특별항고, 준항고가 있다. 일반항고는 법원의 결정에 대한 불복 신청(일본 재판소법 제16조 제2호)으로서, 원칙적으로 고등법원에 신청한다. 이러한 일반항고는 통상항고와 즉시항고로 구분된다(제419조, 제420조).

특별항고는 일반항고로서는 불복을 신청할 수 없는 결정 또는 명령에 대하여 헌법 위반 또는 판례위반을 이유로 최고재판소에 항고하는 것이 허용되는 불복신청방법이다(제433조, 일본 재판소법 제7조 제2호).

준항고는 재판관의 명령 또는 수사기관의 처분에 대한 불복신청이다(제429조, 제430조). 준항고는 본래 상소와는 다른 것이지만, 실질적으로는 항고에 준하는 기능을 가지기 때문이다. 즉 수사기관의 처분에 대한 준항고(제430조)는 ‘재판’에 대한 불복신

1988) 安富潔, 刑事訴訟法講義 [第5版], 慶應義塾大学出版会, 2021, 392면.

1989) 安富潔, 刑事訴訟法講義 [第5版], 慶應義塾大学出版会, 2021, 391면.

청이 아니며, 재판관의 명령에 대한 준항고(제429조)는 '상급 법원'에 대한 불복신청이 아니기 때문이다.

한편, 고등법원의 결정에 대해서는 항고가 허용되지 않지만(제428조 제1항), 이를 대신하는 이의신청(제188조의4 제3항, 제385조 제2항, 제386조 제2항, 제403조 제2항, 제428조 제2항)이나 최고재판소 판결에 대한 정정(訂正)신청(제415조)도 '상급 법원'에 대한 불복신청이 아니라는 점에서 상소와는 다른 불복신청이다.¹⁹⁹⁰⁾

2) 상소권

(1) 상소권자

상소권자는 재판에 대한 불복신청을 할 수 있는 자격이 있는 사람이므로 당연히 해당 재판의 당사자이어야 한다. 따라서 판결에 대한 불복신청권을 가지는 것은 원칙적으로 피고인과 검사이다(제351조). 또한 원심의 변호인, 법정대리인 등 피고인과 관련이 있는 사람도 피고인을 위해 불복신청하는 것이 가능하고(제353조, 제355조, 제356조, 제439조), 더욱이 제1심 판결 후 선임된 변호인은 그 선임자가 항소권을 갖지 않은 경우라도 피고인을 대리하여 상소할 수 있다.¹⁹⁹¹⁾

변호인의 상소

변호인은 피고인이 할 수 있는 소송행위에 관하여 그 성질상 허용되는 것을 제외하고는 개별적인 특별한 수권(授權)이 없어도, 피고인의 의사에 반하지 않는 한 피고인을 대리할 수 있고, 이는 그 선임자(選任者)가 피고인 본인인지 피고인 외의 선임권자인지에 따라 달라지지 않는다. 따라서 원심판결 후 피고인을 위하여 상소를 할 권한이 없는 선임권자에 의하여 선임된 변호인도 제351조 제1항에 의한 피고인의 상소청구를 대리할 수 있다(最高裁判所大法院 昭和63年(1988年) 2月 17日 決定 刑集 第42卷第2号299頁).

* 출처: 安富潔, 刑事訴訟法講義 [第5版], 慶應義塾大学出版会, 2021, 392면.

1990) 安富潔, 刑事訴訟法講義 [第5版], 慶應義塾大学出版会, 2021, 391면.

1991) 安富潔, 刑事訴訟法講義 [第5版], 慶應義塾大学出版会, 2021, 392면.

준기소절차에서 심판이 청구된 사건에 관해서는 검사의 직무를 담당하는 변호사가 상소권을 가진다(제268조 제2항, 제351조 제2항).

검사에 의한 피고인에게 불이익한 상소 청구에 관하여, 판례는 ‘일사부재리 원칙은 누구라도 동일한 범죄에 대하여 2회 이상 반복하여 범죄의 유무에 관한 재판을 받을 위험에 노출되어서는 안 된다는 근본사상에 기초하고 있으며, 그 위험은 동일 사건에 있어서는 소송절차의 개시부터 종결에 이르기까지 1개의 계속된 상태라고 보는 것이 타당하고, 제1심·항소심·상고심 절차는 어느 절차든 계속되는 1개의 위험의 각 부분에 불과하므로, 하급심에서의 무죄 또는 유죄판결에 대하여 검사가 상소를 제기하여 유죄 또는 더 무거운 형의 선고를 구하는 것은 헌법 제39조에 위반되지 않는다’고 하였다.¹⁹⁹²⁾

(2) 상소이익

상소는 재판에 대한 불복신청 제도이기 때문에, 상소를 하기 위해서는 상소이익이 필요하다. 검사는 공익의 대표자로서 피고인의 정당한 이익을 옹호하고, 법원에 법의 정당한 적용을 청구할 임무(일본 검찰청법 제4조)가 있으므로, 피고인의 이익을 위해서도 상소할 수 있다.¹⁹⁹³⁾ 또한 상소의 목적은 피고인의 구제에 있기 때문에, 자기에게 불이익한 재판을 청구하는 상소는 허용되지 않는다. 따라서 무죄판결에 대하여 유죄를 주장하거나, 경한죄에 대하여 중한죄를 주장하는 상소는 허용되지 않는다.¹⁹⁹⁴⁾ 이는 면소, 공소기각¹⁹⁹⁵⁾ 또는 관할위반과 같은 형식재판에 대해서도 상소가 허용되지 않는다.

다만, 형 면제 판결은 유죄판결이기 때문에, 이에 대해서는 상소가 허용된다.

(3) 상소 포기 및 취하, 상소권의 회복

피고인, 검사는 상소권의 포기 또는 상소 취하를 할 수 있다(제359조, 제360조). 다만, 원심 변호사가 피고인을 위해 청구한 항소를 취하하는 것은 허용되지 않는다.¹⁹⁹⁶⁾

1992) 最高裁判所大法廷 昭和25年(1950年) 9月 27日 判決 刑集 第4卷第9号1805頁.

1993) 大阪高等裁判所 昭和27年(1952年) 7月 17日 判決 高刑集 第5卷第7号1151頁.

1994) 最高裁判所 昭和37年(1962年) 9月 18日 決定 判時 第318号34頁.

1995) 最高裁判所 昭和53年(1978年) 10月 31日 決定 刑集 第32卷第7号1793頁.

1996) 最高裁判所 昭和25年(1950年) 7月 13日 決定 刑集 第4卷第8号1356頁.

상소 취하의 효과

사형선고를 받은 피고인이 사형판결의 충격 및 공판심리의 중압감에 따른 정신적 고통으로, 구금반응 등 정신장애를 일으켜 고통에서 벗어나기 위한 목적으로 상소를 취하한 경우에는, 자신의 권리를 보호할 능력이 현저히 제한받은 것이므로, 상소 취하는 무효이다(最高裁判所 平成7年(1995年) 6月 28日 決定 刑集 第49卷第6号785頁).

* 출처: 安富潔, 刑事訴訟法講義 [第5版], 慶應義塾大学出版会, 2021, 393면.

사형 또는 무기 자유형을 선고한 판결에 대한 상소권은 포기할 수 없다(제360조의2). 상소포기 신청은 서면으로 해야한다(제360조의3). 상소 취하 신청도 서면으로 하는 것이 원칙이나 공판정에서는 구두(口頭)로 해도 허용된다(형사소송규칙 제224조).

상소 포기, 상소 취하 후의 재상소는 허용되지 않는다(제361조). 다만, 일본 형사소송법 제361조는 동일 심급에서만 적용된다고 해석되므로, 항소 취하를 한 피고인이 검사의 항소를 기각한 항소심 판결에 대해 상고하는 것까지 금지되는 것은 아니다.¹⁹⁹⁷⁾

상소권자는 자신 또는 대리인의 귀책사유가 아닌 사유로 인해 상소제기 기간 내에 상소를 제기할 수 없었던 때에는 원심법원에 상소권 회복을 청구할 수 있다(제362조). ‘귀책사유가 아닌 사유’란 상소불능의 사유가 상소권자 또는 그 대리인의 고의 또는 과실에 기인하지 않은 것을 말한다.¹⁹⁹⁸⁾

상소권회복 청구는 사유가 정지된 날로부터 상소제기 기간에 해당하는 기간 내에 청구를 해야 한다(제363조 제1항). 또한 상소권회복 청구를 하는 자는 그 청구와 동시에 상소 청구도 해야 한다(제363조 제2항).

상소권회복 청구에 관한 결정에 대해서는 즉시항고를 할 수 있다(제364조). 또한 상소권회복 청구가 있을 때에는 원심법원은 전조의 결정이 있을 때까지 재판의 집행정지를 결정 할 수 있다(제365조).

(4) 상소 청구

상소를 하려면 상소제기 기간 내에 상소법원에 대한 청구서를 원심법원에 제출해야 한다(제374조, 제414조, 제423조 제1항, 제434조). 형사시설에 수용되어 있는 피고인

1997) 最高裁判所 昭和42年(1967年) 5月 24日 決定 刑集 第21卷第4号576頁.

1998) 最高裁判所 昭和31年(1956年) 7月 4日 決定 刑集 第10卷第7号1015頁.

에 대해서는 특칙이 적용된다(제366조, 일본 형사소송규칙 제227조, 제228조).

상소 청구를 하게 되면 정지 효력과 이심(移審) 효력이 발생한다. 구체적으로 상소를 제기하면 재판의 확정 및 집행이 정지된다(정지의 효력). 다만 항고는 즉시항고를 제외하고는 원칙적으로 집행정지의 효력을 갖지 않는다(제424조, 제425조). 이는 준항고(제429조 제5항과 제432조)와 특별항고(제434조 참조)도 마찬가지이다. 또한 가납(假納)명령의 집행은 상소에 의해 정지되지 않는다(제348조 제3항).

항소 또는 상고가 있었을 때는 소송계속이 상소심에 이전되고, 항고가 있을 때에는 불복신청이 있는 재판의 심사를 항고법원에서 하게된다. 다만, 항소 또는 상고가 명백히 상소권 소멸 후에 이루어진 것인 때에는 원심 법원에서 기각된다(제375조, 제414조). 또한 원심법원은 항고에 이유가 있다고 인정할 때에는 결정을 경정(更正)해야 한다(제423조 제2항).

상소제기는 재판 고지일부터 할 수 있지만(제358조), 기간은 익일부터 계산한다(제55조 제1항). 항소, 상고는 14일(제373조, 제414조), 증기항고는 3일(제422조), 통상항고는 제한이 없다(제421조), 준항고는 3일인 경우와 취소 또는 변경의 실익이 있는 한 언제든지할 수 있는 경우가 있다(제429조). 특별항고는 5일(제433조 제2항)이다.

(5) 상소 범위

상소는 재판의 일부에 대한 상소(부분상소)도 허용된다. 다만, 부분을 한정하지 않고 상소한 때는 재판의 전부에 대하여 한 것으로 간주된다(제357조). 예를 들어, 병합죄로 기소된 사실을 일부유죄, 일부무죄로 한 제1심 판결에 대하여 검사측에서 무죄부분에 관해서만 항소를 청구한 경우에 항소 청구가 되지않은 유죄부분에 대해서도 심리하여 병합죄로서 1개의 형을 선고하는 것은 위법이다.¹⁹⁹⁹⁾

일부 사실만을 불복하여 상소하더라도, 그 효력은 전체에 대해 발생한다. 일부 상소가 있었을 경우 상소 청구되지 않은 부분은 상소심에 이심(移審)되지 않고 확정된다. 이는 죄수판단에 있어서 과형상일죄(상상적 경합)나 포괄일죄의 경우도 마찬가지이다.²⁰⁰⁰⁾

1999) 最高裁判所 昭和28年(1953年) 9月 25日 判決 刑集 第7卷第9号1832頁.

2000) 名古屋高等裁判所 昭和32年(1957年) 12月 25日 判決 高刑集 第10卷第12号809頁.

3) 상소심의 심판 범위

상소 청구가 있었을 경우에 원칙으로서 상소심에 이심된 부분의 전부가 심판의 대상이 되고, 상소심은 그 전부에 관하여 직권조사를 할 수 있다. 그러나 과형상일죄(상상적 경합)나 포괄일죄의 경우와 같이, 일죄라도 수개의 사실을 구성하는 경우에는 상소심의 직권조사의 범위가 이심된 부분의 전부에 미치지 않고 일부에 한정되는 경우도 있다.²⁰⁰¹⁾ 예를 들어, 포괄일죄 또는 과형상일죄(상상적 경합)의 일부인 A사실에 대하여 유죄, B사실에 대하여 무죄가 선고되어 A사실에 관해서는 피고인만이 상소를 한 때는 B사실은 공방(攻防)의 대상에서 제외되므로 상소심의 직권조사 범위는 A사실에 한정된다.²⁰⁰²⁾

이 경우, 무죄가 선고된 B사실에 대해서는 피고인에게 항소의 이익이 없고, 또한 검사도 상소하지 않았는데(사실상 소송절차 진행을 포기한 상태), B사실의 일부가 상소심에 이심되었다고 해서 사후심(事後審)인 상소심이 직권으로 조사하고 유죄 자판(自判)을 하는 것은 피고인에게 예상하지 못한 불의타(不意打)를 주는 것이기에 직권의 발동이 허용되지 않는다. 따라서, 반대로 검사만이 B사실에 대하여 상소한 경우에 A사실은 공방(攻防)의 대상에서 제외되었다고 할 수 없으므로, 따라서 상소심은 A사실에 대하여 직권으로 조사를 추가하여 무죄의 자판(自判)을 할 수 있다.²⁰⁰³⁾

4) 불이익 변경 금지

피고인이 항소를 하거나 피고인을 위해 항소를 한 사건에 관해서는 원심판결의 형 보다 중한 형을 선고하는 것은 허용되지 않는다(제402조). 이는 상고에 관해서도 마찬가지이다(제414조). 이를 ‘불이익변경금지 원칙’이라고 한다. 불이익변경금지 원칙은 피고인측이 한 상소의 결과 오히려 피고인에게 불이익한 결과를 초래할 수 있다면, 상소권의 행사를 주저할 우려가 있다는 점을 고려하여 규정하고 있는 것이다.²⁰⁰⁴⁾

2001) 後藤昭/白取祐司(編), 新・コンメンタール刑事訴訟法 [第3版], 日本評論社, 2018, 1053-1054면.

2002) 最高裁判所大法廷 昭和46年(1971年) 3月 24日 決定 刑集 第25卷第2号293頁; 最高裁判所 平成元年(1988年) 5月 1日 決定 刑集 第43卷第5号323頁.

2003) 安富潔, 刑事訴訟法講義 [第5版], 慶應義塾大学出版会, 2021, 395-396면.

2004) 最高裁判所大法廷 昭和27年(1952年) 12月 24日 判決 刑集 第6卷第11号1363頁.

검사가 항소한 사건은 예를 들어 그 청구사유가 피고인에게 이익된 것이라도, ‘피고인을 위해 항소한 사건’에 해당되지 않는다.²⁰⁰⁵⁾ 또한 ‘원심판결의 형보다 중한 형’에 해당하는 여부는 구체적으로 전체를 종합적으로 관찰하여 항소심 판결의 형이 제1심 판결보다도 실질적으로 피고인에게 불이익한지 여부를 판단해야 한다.²⁰⁰⁶⁾ 예를 들어, 징역 6월, 집행유예 3년의 형을 금고 3월로 변경한 경우라면 이는 불이익변경에 해당한다.²⁰⁰⁷⁾ 이는 제1심 판결과 항소심 판결의 자판(自判)부분이 양쪽 모두 징역형과 벌금형을 병과하는 경우에도 마찬가지이다. 따라서 제1심에서 ‘피고인을 징역 1년 6월 및 벌금 7,000엔에 처한다. 그 벌금을 완납할 수 없을 때는 7,000엔을 1일으로 환산한 기간 동안 피고인을 노역장에 유치한다.’라고 판결한 것에 대해 항소심에서 ‘피고인을 징역 1년 2월 및 벌금 1만엔에 처한다. 그 벌금을 완납할 수 없을 때는 5,000엔을 1일으로 환산한 기간 동안 피고인을 노역장에 유치한다.’라고 판결한 형에 대해서는 일본 형사소송법 제402조에서 규정한 ‘원심판결의 형보다 중한 형’에 해당하지 않는다.²⁰⁰⁸⁾

5) 파기판결의 구속력

상급심 법원 재판에서의 판단은 그 사건에 관한 하급심 법원을 구속한다(일본 재판소법 제4조). 이 구속력을 인정 근거는 상급심 판단은 기판력이 있는 것으로 보아 이를 다룰수 없는 것으로 하여, 이에 따라 상급심과 하급심 간에 끊임없는 사건의 반복을 피하고 사건의 악의적 지연을 방지하는 점에 있다. 따라서 구속력을 인정할 필요가 있는 것은 상급심 재판이 있는 후에 재차 하급심 재판이 이루어지는 경우이기 때문에, 상급심이 원심재판을 파기하여 사건을 하급심으로 환송 또는 이송한 경우에 구속력이 발생하게 된다(제398조, 제399조, 제400조, 제412조, 제413조).²⁰⁰⁹⁾

이 구속력의 법적 성질에 관해서는 ① 확정판결의 내용적 확정력(기판력)과 다를바 없다는 견해와 ② 성문법상의 특수 규정이라는 견해가 있다. 기판력과 같다는 견해는

2005) 最高裁判所 昭和53年(1978年) 7月 7日 判決 刑集 第32卷第5号1011頁.

2006) 最高裁判所 昭和39年(1964年) 5月 7日 決定 刑集 第18卷第4号136頁.

2007) 最高裁判所 昭和26年(1951年) 8月 1日 判決 刑集 第5卷第9号1715頁.

2008) 最高裁判所 平成18年(2006年) 2月 27日 決定 刑集 第60卷第2号240頁.

2009) 酒巻匡, 刑事訴訟法 [第2版], 有斐閣, 2020, 648면.

파기환송 및 이송을 받은 하급심만이 아니라 파기한 상급심도 자신의 파기판단에 구속된다. 더욱이 항소심의 파기환송 판결이 상소되지 않고 확정되어 그 파기판단에 따른 환송 후 제1심의 판결과 환송 후 항소심의 판결에 대해 상고가 있는 경우에 상고심도 항소심의 파기판단에 구속된다고 한다. 그러나 이에 대하여 성문법상의 특수 규정이라는 견해에서는 상고심에 대한 구속력은 인정되지 않는다.²⁰¹⁰⁾

파기판결 구속력의 범위

구속력의 범위에 관하여, 파기판결의 파기이유가 된 사실상의 판단은 구속력을 가지나, 파기판결의 구속력은 파기의 직접적인 이유, 즉 원심판결에 대한 소극적 부정적 판단에 관해서만 발생하는 것이며, 그 소극적 부정적 판단을 뒷받침하는 적극적 긍정적 사실관계에 대한 판단은 파기이유에 대하여 동기적 관계에 있을 뿐 어떠한 구속력도 인정되지 않는다(最高裁判所 昭和43年(1968年) 10月 25日 判決 刑集 第22卷第11号961頁).

* 출처: 安富潔, 刑事訴訟法講義 [第5版], 慶應義塾大学出版会, 2021, 398면.

나. 항소

1) 항소심의 구조

항소는 지방법원 또는 간이법원이 내린 제1심 판결에 대한 고등법원에서의 상소(불복 신청)이다. 항소심은 제1심 판결의 당부(當否)를 사실적 및 법률적 문제에 걸쳐 사후적으로 심사하는 사실심·사후심이다. 원칙적으로 원심의 증거에 의하여 원심판결이 선고된 시점을 기준으로 심사하게 되며, 항소이유서에는 소송기록 및 원심에서 조사된 증거에 나타난 사실을 원용(援用)해야 하며(제378조, 제379조, 제381조, 제381조, 제382조), 그 외의 사실의 원용은 예외적으로만 인정된다(제382조의2). 다만, 원심판결 후의 사정이라도 형의 폐지·변경 및 사면(제383조 제2호)과 양형사정(제393조 제2항, 제397조 제2항)에 관해서는 고려할 수 있다.²⁰¹¹⁾

2010) 安富潔, 刑事訴訟法講義 [第5版], 慶應義塾大学出版会, 2021, 397-398면.

2011) 池田修/前田雅英, 刑事訴訟法講義 [第7版], 東京大学出版会, 2022, 530면.

2) 항소 이유

항소심이 사후심이기 때문에 항소한 사람은 항소이유로서 원심판결의 하자(瑕疵)를 주장해야 한다. 항소이유는 한정되어 있지만(제377조, 제378조, 제379조, 제380조, 제381조, 제382조, 제383조), 그 사유가 인정되면 바로 원심판결 파기이유가 되는 절대적 항소이유와 그 사유의 존재가 판결에 영향을 미친 것이 명백한 때에 한하여 원심판결 파기이유가 되는 상대적 항소이유로 구분된다.

절대적 항소이유로서 제377조와 제378조는 법령위반 중에서도 특히 하자가 큰 것으로서 판결에 영향을 미쳤는지 여부를 불문하고 항소이유가 된다. 그 존재자체가 재판의 공정성, 유효성 등에 의심이 들게하기 때문이다.²⁰¹²⁾

- ① 법률에 따라 판결법원을 구성하지 않은 경우(제377조 제1호).
- ② 법령에 따라 판결에 관여할 수 없는 재판관이 판결에 관여한 경우(제377조 제2호).
- ③ 재판의 공개에 관한 규정을 위반한 때(제377조 제3호).
- ④ 불법하게 관할 또는 관할위반을 인정할 때(제378조 제1호).
- ⑤ 불법하게 공소를 수리하거나 또는 이를 기각한 때(제378조 제2호).
- ⑥ 심판의 청구를 받은 사건에 대하여 판결을 하지 않거나 또는 심판의 청구를 받지 않은 사건에 대하여 판결을 한 때(제378조 제3호).
- ⑦ 판결에 이유를 붙이지 않거나 이유에 착오가 있는 때(제378조 제4호).

한편, 상대적 항소이유로는 소송절차의 법령위반, 사실오인, 법령적용의 오류, 양형 부당, 재심사유 등이 있다. 또한 주장된 위반이 없었다면 실제로 내려진 원심판결과 다른 판결이 내려졌을 개연성이 있는 경우에도 파기사유가 된다.²⁰¹³⁾

소송절차의 법령위반은 원심판결의 직접적인 기초가 된 심리 및 판결 절차에 위법 이 있는 것을 말한다(제379조). 수사절차에 위법이 있다고 해서 곧바로 소송절차의 법령위반이 있는 것은 아니다. 또한 수사절차의 위법이 반드시 공소제기 효력에 영향을 미치는 것도 아니다.²⁰¹⁴⁾ 이른바 심리미진은 그로 인해 초래된 사실오인으로서 파기이유가 되기도 하지만, 소송절차의 법령위반으로서 파기이유가 되기도 한다.

2012) 後藤昭/白取祐司, 新・コンメンタール刑事訴訟法 [第3版], 日本評論社, 2018, 1079, 1081면.

2013) 最高裁判所大法廷 昭和30年(1955年) 6月 22日 判決 刑集 第9卷第8号1189頁.

2014) 最高裁判所 昭和44年(1969年) 12月 5日 判決 刑集 第23卷第12号1583頁.

사실오인은 죄가 되는 사실 등 엄격한 증명의 대상이 되는 사실의 오인을 말하며, 단순한 정황사실이나 소송법적 사실은 이에 해당하지 않는다(제382조). 제1심에서 조사된 적법한 증거에 의하면, 인정할 수 없는 사실을 인정한 경우와 인정할 수 있는 사실을 인정하지 않은 경우가 있다. 즉 항소사유로서 사실오인은 제1심 판결의 사실인정이 경험칙, 논리칙 등에 비추어 불합리한 것을 말하며, 항소심이 사실오인을 이유로 제1심 판결을 파기하기 위해서는 그 사실인정이 경험칙, 논리칙 등에 비추어 불합리한 것임을 구체적으로 밝혀야 한다.²⁰¹⁵⁾

법령적용의 오류는 인정된 사실에 적용되어야 할 실체법규의 적용을 잘못된 경우를 말한다(제380조). 법령적용의 오류 여부는 제1심 판결 당시를 기준으로 판단하지만, 원심 판결 후 형의 폐지·변경 또는 사면은 항소이유가 된다(제383조 제2호).

양형부당은 제1심의 양형판단이 합리적인 재량의 범위를 벗어난 경우를 말한다(제381조). 주형 외에 재량에 의해 결정되는 것으로서 부가형, 미결구금일수 산입 등도 양형문제가 된다.

재심사유 등은 재심사유에 해당하는 사유(제435조)가 존재하는 경우, 그 사유가 원심판결 이후에 발생한 경우라도 항소이유가 된다. 원심판결 후에 형의 폐지·변경 또는 사면이 있었던 경우에도 마찬가지이다(제383조). 이는 사후심인 항소심의 예외이다.²⁰¹⁶⁾

3) 항소심 절차

항소제기는 원심판결이 선고된 날로부터 14일 이내(항소 제기기간 제373조)에, 항소제기서를 제1심 법원에 제출해야 한다(제374조). 제1심법원은 항소 제기가 명확히 항소권 소멸 후에 이루어진 경우에는 결정으로 항소를 기각해야 한다(제375조).

항소제기자는 항소법원이 지정한 항소이유서 제출기간(통지가 도달한 후 21일 이상의 기간) 내에 항소이유서를 제출해야 하며(제376조), 항소이유서에는 항소이유를 간결하게 명시하여야 한다(형사소송규칙 제240조). 이에 대해 항소 상대방은 답변서를 제출할 수 있고(형사소송규칙 제243조), 항소법원도 필요하다고 인정할 때에는

2015) 最高裁判所 平成24年(2012年) 2月 13日 判決 刑集 第66卷第4号482頁.

2016) 池田修/前田雅英, 刑事訴訟法講義 [第7版], 東京大学出版会, 2022, 532면.

답변서 제출을 명할 수 있다.²⁰¹⁷⁾

항소이유서가 ① 지정된 기간 내에 제출되지 않은 경우나 ② 제출방식을 위반하거나 필요한 소명자료 또는 보증서를 첨부하지 않은 경우, ③ 항소이유서에 기재된 사유가 명백히 항소이유에 해당하지 않는 경우에는 결정으로 항소를 기각한다(제386조 제1항).

항소이유에 관하여 소송절차의 법령위반, 사실오인 또는 양형부당을 주장할 때에는 항소이유서에 소송기록 및 원심에서 조사한 증거에 나타난 사실로서 그러한 사유가 있다고 믿기에 충분한 것을 원용(援用)하여야 한다(제379조, 제381조, 제382조). 다만, 사실오인 또는 양형부당을 주장하는 경우에는 부득이한 사유로 제1심 변론종결 전에 조사청구할 수 없었던 증거에 의하여 증명할 수 있는 사실로서 항소이유가 있다고 믿기에 충분한 것은 그 사실을 소명할 자료를 첨부하는 한에서(제382조의2 제3항), 소송기록 및 원심에서 조사된 증거에 나타나 있지 않은 사실이라도 이를 원용할 수 있다(제382조의2 제1항, 제2항).²⁰¹⁸⁾ 관련하여 판례는 변호인이 항소심에서 새로운 증거조사를 청구함에 있어 ‘그 사정’으로서 피고인이 1심에서 양형상 유리하게 참작되었으면 좋겠다고 생각하여 사실을 인정하였으나, 징역형 선고를 받아 사실관계를 다투게 되었다고 주장하더라도, ‘그러한 사정’은 형사소송법 제382조의2에서 말하는 ‘부득이한 사유’에 해당하지 않는다고 하였다.²⁰¹⁹⁾

4) 심리절차

항소심의 공판절차에는 원칙적으로 제1심 공판에 관한 규정이 준용된다(제404조). 또한 항소심은 사후심이기 때문에, 공판기일에는 검사 및 변호인이 항소이유서 또는 답변서에 근거한 범위 내에서 변론을 한다.²⁰²⁰⁾

변호인은 변호사이어야 하며(제387조), 피고인은 변론능력이 인정되지 않는다(제388조). 원칙적으로 공판기일에 출석할 의무는 없다(제390조). 다만, 항소심은 피고인의 권리보호를 위해 중요하다고 인정할 때는 피고인에게 출두를 명할 수 있다.

2017) 池田修/前田雅英, 刑事訴訟法講義 [第7版], 東京大学出版会, 2022, 533면.

2018) 池田修/前田雅英, 刑事訴訟法講義 [第7版], 東京大学出版会, 2022, 533면.

2019) 最高裁判所 昭和62年(1987年) 10月 30日 決定 刑集 第41卷第7号309頁.

2020) 後藤昭/白取祐司(編), 新・コンメンタール刑事訴訟法 [第3版], 日本評論社, 2018, 1125-1126면.

항소심에서도 소인변경이 허용된다.²⁰²¹⁾ 변경된 소인을 기준으로 원심판결에 하자가 있다고 판단해서는 안되지만,²⁰²²⁾ 원심판결이 파기된 때는 변경된 소인이 심판대상이 된다. 따라서 항소심에서 소인변경을 인정할 때에는 원심판결의 파기를 정지조건으로 하는 실질적 효력이 있는 것으로 이해되고 있다.²⁰²³⁾ 그러므로 원심판결에 사실오인 또는 법령위반이 없는 경우 및 원심판결을 파기할 사유가 양형부당한 경우에는 소인변경이 허용되지 않는다.²⁰²⁴⁾

5) 항소이유 조사 및 사실 조사

(1) 항소이유 조사

항소심은 항소이유서에 포함된 사항에 관해서는 이를 조사해야한다. 이를 의무적 조사라고 한다(제392조 제1항). 또한 항소심은 항소이유서에 포함되어 있지 않은 사항에 관해서도 항소이유가 될 수 있는 사유라면 직권으로 조사할 수 있다(동조 제2항). 이를 직권조사라고 한다. 또한 제1심에서와 달리 예단배제원칙이 적용되지 않기에 항소심에서는 공판기일 변론 전이라도 이를 조사할 수 있다.²⁰²⁵⁾

이러한 직권조사는 항소심의 성격을 고려할 때, 당사자가 심사대상을 설정하는 것이 원칙이므로 직권조사는 의무적인 것은 아니지만, 원심판결 자체에서 법령적용의 잘못이 명백한 경우나 소송기록에서 당연히 중대한 절차적 위반이 발견되는 경우에는 예외적으로 직권으로 조사할 의무가 있다고 한다.²⁰²⁶⁾

(2) 사실조사

항소심의 조사방법에 제한은 없다. 일반적으로 제1심 소송기록과 증거물의 점검·조사가 중심이 되지만, 필요한 경우 당사자의 청구 또는 직권으로 사실조사(事實の取調べ)를 할 수 있다. 제1심 변론종결 전에 증거조사를 청구할 수 없었던 부득이한 사유(제382조의2)에 관한 소명이 있는 때에는 사실오인 또는 양형부당 여부를 확인하기 위해

2021) 最高裁判所 昭和29年(1954年) 9月 30日 決定 刑集 第8卷第9号1565頁.

2022) 最高裁判所 昭和42年(1967年) 5月 25日 判決 刑集 第21卷第4号705頁.

2023) 池田修/前田雅英, 刑事訴訟法講義 [第7版], 東京大学出版会, 2022, 536면.

2024) 安富潔, 刑事訴訟法講義 [第5版], 慶應義塾大学出版会, 2021, 403면.

2025) 酒巻匡, 刑事訴訟法 [第2版], 有斐閣, 2020, 644면.

2026) 最高裁判所大法廷 昭和46年(1971年) 3月 24日 決定 刑集 第25卷第2号293頁.

사실조사를 해야 한다. 또한 예외적으로 양형에 영향을 미칠 수 있는 정황에 대해서는 원심판결 이후에 발생한 사정도 직권으로 사실조사를 할 수 있다(제393조). 또한 제1심에서 증거로 삼을 수 있었던 증거는 항소심에서도 증거능력이 인정된다(제394조).²⁰²⁷⁾

6) 항소심 재판

우선 항소제기가 부적법한 경우, 즉 항소제기가 법령상의 방식에 위반하거나 항소권이 소멸한 후에 이루어진 것임이 명백한 경우에는 결정으로 항소를 기각한다(제385조). 또한 항소이유서가 제출기간 내에 제출되지 않은 경우, 항소이유서가 부적법한 경우, 주장된 사유가 법정 항소이유에 해당하지 않는 경우에도 결정으로 항소가 기각된다(제386조). 다음으로 항소제기가 법령상의 방식을 위반하거나 항소권이 소멸한 후에 이루어진 것인 때에는 판결로 항소가 기각된다(제395조). 이는 항소기각 결정과 유사하나, 그 사유가 명백한 경우에는 변론을 거칠 필요없이 결정으로 기각되고, 명백하지 않은 경우에는 변론을 거쳐 판결로 기각된다. 또한, 항소이유서에서 주장한 이유에 모두 이유가 없고, 직권조사 결과를 통해서도 항소이유가 없는 경우에도 판결로 항소가 기각된다(제396조).²⁰²⁸⁾

한편, 항소심은 항소이유가 있는지를 확인하기 위해 제1심 판결 후 양형에 영향을 미칠 만한 정황을 조사한 결과, 제1심 판결을 파기하지 않으면 명백히 정의에 반한다고 인정될 때는 판결로 제1심 판결을 파기한다(제397조).

파기하는 경우에 제1심 판결 이전의 상태로 소송계속이 되므로, 항소심은 파기환송(제398조, 제400조), 파기이송(제399조, 제400조), 파기자판(제400조 단서) 중 어느 하나의 판결을 선고해야 한다. 항소심이 사후심이라는 전제에서 파기환송은 원칙이 되고, 파기자판은 소송기록과 원심 및 항소법원에서 조사한 증거에 의하여 신속하게 판결할 수 있는 경우에 한하게 된다.²⁰²⁹⁾ 또한 원심법원이 위법하게 공소를 기각하지 않은 경우에는 원심판결을 파기하는 것이 아니라, 결정으로 공소기각을 해야 한다.(제403조). 이 경우에는 제385조 제2항의 규정이 준용된다.

2027) 池田修/前田雅英, 刑事訴訟法講義 [第7版], 東京大学出版会, 2022, 535면.

2028) 池田修/前田雅英, 刑事訴訟法講義 [第7版], 東京大学出版会, 2022, 536-357면.

2029) 安富潔, 刑事訴訟法講義 [第5版], 慶應義塾大学出版会, 2021, 405면.

파기자판의 범위

고속도로 또는 자동차전용도로 이외의 도로에서 지정 최고속도를 시속 30킬로미터 이상 초과하는 속도로 일반승용차를 운전하여 이동하였다는 공소사실에 대하여, 위 속도초과에 대한 증명이 없고, 범칙금납부 통지 절차도 거치지 않은채 이루어진 공소제기 절차가 위법하다며 공소가각한 제1심 판결에 대하여, 항소심에서 공소사실과 같은 사실이 인정되어 이를 파기하는 경우, 제398조를 적용하지않고 자판할 수 있다(最高裁判所 平成19年(2007年) 3月 19日 決定 刑集 第61卷第2号25頁).

* 출처: 安富潔, 刑事訴訟法講義 [第5版], 慶應義塾大学出版会, 2021, 405면.

다. 상고

우선 상고심의 기능으로는 ① 위험심사 기능, ② 법령해석의 통일 기능, ③ 구체적 구체 기능 3가지가 있는데, 실무상으로는 당사자의 구체적 구체수단으로 일본 형사소송법 제411조의 직권발동을 요구하는 상고가 대부분을 차지하고 있다.²⁰³⁰⁾

1) 상고이유

상고이유는 사법부 판단의 법적 안정성을 보장하기 위해 원칙적으로 ① 헌법위반 또는 헌법해석의 오류, 그리고 ② 최고재판소판례 위반, ③ 대심원판례·고등법원판례 위반에 한정되어 있다(제405조). 또한, 최고재판소는 형사소송법 제405조에 의해 상고할 수 있는 경우 이외에도 법령해석의 통일을 위해 직접 상고심으로서 사건을 접수할 수 있다(제406조, 일본 형사소송규칙 제257조부터 제264조까지). 상고수리 신청(上告受理申立て)은 고등법원이 한 판결에 대하여 그 사건이 법령해석에 관한 중요한 사항을 포함하고 있는 경우에, 최고재판소에 대하여 상고심으로서 사건을 접수하도록 신청할 수 있는 제도를 말한다(제406조).²⁰³¹⁾

예를 들어, 「법령해석에 관한 중요한 사항」으로 판단된 판례로는 피고인의 검찰조서에 대한 증거조사 청구를 각하한 제1심 소송절차에 대하여, 임의성에 관한 주장입증

2030) 安富潔, 刑事訴訟法講義 [第5版], 慶應義塾大学出版会, 2021, 406면.

2031) 安富潔, 刑事訴訟法講義 [第5版], 慶應義塾大学出版会, 2021, 406면.

을 충분히 하지 못한 점에 심리미진이 있다고 판단한 항소심 판결이 형사소송법 제294조, 제379조, 형사소송규칙 제208조의 해석적용을 잘못된 것으로 본 사례,²⁰³²⁾ 선박에서 해상으로 투하하여 회수하는 방법으로 각성제를 수입하려고 한 행위에 대하여, 각성제단속법 및 관세법상 수입죄의 실행행위로서 선박에서 해상으로 투하하여 회수하는 방법으로 각성제를 수입하려고 한 행위에 실행행위의 착수를 인정할 수 없다고 한 사례²⁰³³⁾ 등이 있다.

상고를 제기한 사람은 법원이 지정한 일자까지 상고이유서를 상고법원에 제출해야 한다(제414조, 제376조 제1항). 상고이유서에는 상고이유를 간결하게 명시해야 한다. 또한 상고심은 상고이유(제405조)에 해당하지 않더라도 상고목적에 이유가 있다면 제411조에 근거하여 직권으로 상고이유서 기재 내용에 관하여 판단할 수 있다.²⁰³⁴⁾

상고심에서는 항소심 규정이 준용된다(제414조, 제392조, 제393조). 따라서 원심판결의 위반여부를 판단할 자료로서 변론을 열어 서증 등을 공판정에 현출하여 사실조사를 하는 것도 가능하다.²⁰³⁵⁾

2) 심리 절차

특별한 규정이 없는 한 항소심의 규정이 준용되며(제414조), 공판기일에는 피고인을 소환할 필요가 없다(제409조). 공판기일에는 검사 및 변호인이 상고이유서에 따라 변론한다(제414조, 제388조, 제389조).

상고심이 원심판결을 파기할 때에는 반드시 구두변론이 열려야 하며, 재판실무상 사형사건에 대해서도 구두변론이 열려야 한다. 또한 위헌판결은 다른 사건에 우선하여 심판해야 한다(형사소송규칙 제256조).²⁰³⁶⁾

2032) 最高裁判所 平成21年(2009年) 10月 16日 判決 刑集 第63卷第8号937頁.

2033) 最高裁判所 平成20年(2008年) 3月 4日 判決 刑集 第62卷第3号123頁.

2034) 最高裁判所 平成20年(2008年) 10月 16日 判決 刑集 第62卷第9号2797頁.

2035) 最高裁判所 平成24年(2012年) 12月 11日 決定 裁判集 第309号77頁参照.

2036) 安富潔, 刑事訴訟法講義 [第5版], 慶應義塾大学出版会, 2021, 407면.

3) 상고심 재판

(1) 상고기각

상고기각에는 결정에 의한 상고기각(제414조, 제385조 제1항, 제386조 제1항)과 판결에 의한 상고기각(제408조, 제414조의 준용규정으로서 제395조, 제396조, 제410조 제1항)이 있다. 상고이유서 및 기타 서류에 의해 상고제기의 이유가 없다고 인정된 경우에는 변론을 거치지 않고 상고를 기각할 수 있다(제408조). 구두변론을 열었으나 결과적으로 이유가 없었던 경우에는 판결로서 상고를 기각한다(제414조, 제396조).²⁰³⁷⁾

(2) 원심판결 파기판결

형사소송법 제405조 각호에서 규정하는 이유(① 헌법위반 또는 헌법해석의 오류, 그리고 ② 최고재판소판례 위반, ③ 대심원판례·고등법원판례 위반)가 있고, 그것이 판결에 영향을 미쳤을 때는 판결로서 원심판결을 파기한다(제410조).

다른 한편으로 제405조의 상고이유가 없는 경우더라도, ① 판결에 영향을 미친 법령위반, ② 양형부당, ③ 판결에 영향을 미친 중대한 사실오인, ④ 재심청구사유의 존재, ⑤ 판결 후 형의 폐지, 변경, 사면과 같은 5개의 사유 중 어느하나가 있어서, 원심판결을 파기하지 않으면 현저히 정의에 반하는 때에는 판결로서 원심판결을 파기할 수 있다(제411조). 원심판결을 파기할 때는 파기환송 또는 이송(移送)이 원칙이나 자판도 가능하다(제412조, 제413조).²⁰³⁸⁾

(3) 공소기각 결정

원심법원이 위법하게 공소기각의 결정을 하지 않았을 때는 결정으로 소송을 기각해야 한다(제414조, 제403조).

(4) 정정(訂正)판결

상고심은 그 판결의 내용에 오류가 있음을 발견한 때에는 검사·피고인 또는 변호인의 신청에 의하여 판결로 이를 정정(訂正)할 수 있다(제415조 제1항). 다만 정정의 대상은 판결에 한정된다.²⁰³⁹⁾

2037) 安富潔, 刑事訴訟法講義 [第5版], 慶應義塾大学出版会, 2021, 407면.

2038) 安富潔, 刑事訴訟法講義 [第5版], 慶應義塾大学出版会, 2021, 408면.

정정판결의 신청은 판결이 선고된 날로부터 10일 이내에 해야 하고(제415조 제2항), 정정판결은 변론을 거치지 않고도 할 수 있다(제416조).

상고심은 정정판결을 하지 않을 때에는 즉시 결정으로 청구를 기각해야 한다(417조 1항). 또한 정정판결에 대한 정정 청구는 허용되지 않는다(제417조 제2항).

상고기각 결정에 대해서는 피고인에게 결정서가 송달된 날로부터 3일 이내에 이의 신청을 할 수 있다.²⁰⁴⁰⁾

라. 항고

1) 항고의 의의와 성질

항고는 결정에 대한 상소이다. 항고에는 일반항고와 특별항고가 있고, 일반항고는 통상항고와 즉시항고로 구분된다. 항고는 고등법원이 관할하고, 특별항고는 최고재판소가 관할한다. 고등법원의 결정에 대한 항고를 대신하는 이의신청(제428조)²⁰⁴¹⁾과 재판관의 재판에 대한 준항고(제429조)는 상급심에 의한 판단이 아니기 때문에 상소에 해당하지 않지만, 같은 기능이 있기 때문에 항고에 관한 규정이 준용된다.²⁰⁴²⁾

항고심의 구조에 관해서는 기본적으로 사후심이며, 원심재판의 당부(當否)를 사후적으로 심사하는 것이지만,²⁰⁴³⁾ 새로운 자료나 원심재판 후에 발생한 사정에 관해서도 예외적으로 고려하는 것도 허용된다. 그 예외는 항소·상고에 비교하여 엄격하지는 않는데, 이는 항고가 원래 간이·신속하게 이루어져야 하는 절차이기 때문이다.²⁰⁴⁴⁾

2) 일반항고

통상항고는 즉시항고를 할 수 있는 경우를 제외한 결정에 대하여 허용된다(제419조).

2039) 安富潔, 刑事訴訟法講義 [第5版], 慶應義塾大学出版会, 2021, 408면.

2040) 最高裁判所 昭和30年(1955年) 2月 23日 判決 刑集 第9卷第2号372頁.

2041) 고등법원의 결정에 대해서는 항고는 허용되지 않기 때문에, 항고를 대신하여 이의신청이 인정된다(제428조). 최고재판소의 부담을 경감시키기 위한 것으로 원결정을 한 고등법원의 다른 재판관으로 구성된 법원이 판단하게 된다.

2042) 미즈이 마코토/사카마키 타다시·신동운(역), 입문 일본형사수속법, 법문사, 2003, 348면.

2043) 最高裁判所 平成26年(2014年) 11月 18日 決定 刑集 第68卷第9号1020頁.

2044) 池田修/前田雅英, 刑事訴訟法講義 [第7版], 東京大学出版会, 2022, 545면.

예외로서 법원의 관할이나 소송절차에 관하여 판결 전에 한 결정에 대해서는 허용되지 않는다(제420조). 이들 결정에 관해서는 판결에 대한 상소로서 다투면 되기 때문이다. 따라서 일반적 통상항고는 피고인의 신병에 관한 결정에 대한 것과 부수적 절차에 관한 결정이 대부분이다. 통상항고에는 제기기간의 제한이 없고, 원심판결을 취소할 실익(實益)이 있는 한 허용된다(제421조). 통상항고에는 집행정지 효력이 없으나, 원심 법원 또는 항고법원이 결정으로 집행을 정지시킬 수 있다(제424조).

즉시항고는 형사소송법에 즉시항고를 할 수 있다는 규정이 있는 경우에 한하여 허용된다(제419조). 신속하게 법률관계를 확정시킬 필요가 있는 경우에 인정되며 예를 들어, 기피신청 각하결정(제25조), 공소기각결정(제339조 제2항) 등이 있고, 제기기간은 3일이다(제422조). 제기기간 내 및 즉시항고에 대한 재판이 있을 때까지의 기간 동안 원결정의 집행은 정지된다(제425조).²⁰⁴⁵⁾

항고가 무효 또는 이유가 없는 때는 결정으로 기각한다(제426조 제1항). 항고에 이유가 있다면 결정으로 원심재판을 취소하고 필요하다면 다시 재판을 한다(제426조 제2항). 이러한 항고법원의 결정에 대해서는 일반항고는 허용되지 않는다(제427조).²⁰⁴⁶⁾

3) 특별항고

형사소송법의 규정상 불복신청을 할 수 없는 결정이나 명령에 대해서는 헌법위반 또는 판례 위반을 이유로 하는 경우에만 최고재판소에 특별항고를 할 수 있다(제433조). 판례는 특별항고에 대해서도 상고에 관한 형사소송법 제411조의 준용을 인정한다.²⁰⁴⁷⁾

4) 준항고

준항고는 재판(명령), 처분의 취소·변경을 청구하는 불복신청으로서, 재판관의 명령에 대한 것과 수사기관의 처분에 대한 것 2가지로 구분된다. 상소의 성격을 가지는 것은 이중 후자의 경우이다.

재판관의 명령에 대한 준항고에 관해서 살펴보면, 재판관이 한 ① 기피신청을 각하

2045) 池田修/前田雅英, 刑事訴訟法講義 [第7版], 東京大学出版会, 2022, 546면.

2046) 安富潔, 刑事訴訟法講義 [第5版], 慶應義塾大学出版会, 2021, 409면.

2047) 最高裁判所 昭和26年(1951年) 4月 13日 決定 刑集 第5卷第5号902頁.

한 재판, ② 구류, 보석, 압수, 압수물 환부에 관한 재판, ③ 감정유치(鑑定留置)에 관한 재판, ④ 증인, 감정인 등에 대해 과료·비용배상명령 재판, ⑤ 신체검사를 받는 사람에 대해 과료·비용배상명령 재판에 대해서는 준항고를 제기할 수 있다(제429조). 간이법원 재판관의 명령에 의한 경우는 관할지방법원, 기타 재판관의 명령에 의한 경우는 그 재판관이 소속한 법원이 담당하고, 합의체에서 재판하게 된다. ④와 ⑤는 즉시항고의 성격을 가지기 때문에 청구기간(3일)의 제한이 있고, 집행정지 효력이 인정된다. 이에 대하여 ①~③은 통상항고의 성격을 가지기 때문에, 기간의 제한이 없고 집행정지의 효력도 인정되지 않는다.²⁰⁴⁸⁾

수사기관의 처분에 대한 준항고에 관해서 살펴보면, 검사, 검찰수사관, 사법경찰직원이 한 ① 형사소송법 제39조 제3항의 변호인과 피의자 간의 접견 등의 일시·장소·시간의 지정, ② 압수 또는 압수물 환부에 관한 처분에 대해서도 준항고를 제기할 수 있다(제430조). 검사 및 검찰수사관의 처분에 관해서는 그 소속된 검찰청에 대응한 법원, 사법경찰직원의 처분에 관해서는 그 직무집행지를 관할하는 간이법원 또는 지방법원이 담당한다. 재판관의 명령에 대한 준항고와 달리 단독재판관이 심판할 수 있다. 다만 이들 처분에 대한 행정소송의 제기는 허용되지 않는다.²⁰⁴⁹⁾

마. 특별절차

1) 재심

(1) 의의

재심은 유죄 확정판결에 대하여, 피고인의 이익을 위해 주로 사실인정의 부당에서 구제하기 위하여 마련된 비상구제절차이다. 상소가 미확정 재판에 대한 구제절차라는 점에서 상소와 다르다. 3심제 하에서 불복신청을 하지 않거나 그 방법을 다하여 재판이 확정되었다면, 이를 변경시키지 않는 것이 법적 안정성의 측면에서 가치가 있지만, 확정판결에 중대한 잘못이 있음에도 이를 시정할 수 없다면 당연히 구체적 타당성이 결여되었다고 볼 수밖에 없다. 따라서 양자의 요청을 균형 있게 충족시키기 위해

2048) 池田修/前田雅英, 刑事訴訟法講義 [第7版], 東京大学出版会, 2022, 547면.

2049) 池田修/前田雅英, 刑事訴訟法講義 [第7版], 東京大学出版会, 2022, 547-548면.

일정한 사유가 있는 경우에만 재심청구가 인정되고 있다. 또한, 이중처벌을 금지하는 일본 헌법 제39조의 취지에 따라 피고인의 이익 재심만을 인정하고 있다.²⁰⁵⁰⁾

(2) 재심 이유

재심청구사유는 크게 세 가지로 나뉘는데(제435조), 실무적으로 중요한 것은 ① ‘무죄 등을 선고해야 할 명백한 증거를 새로이 발견한 경우’(제435조 제6호)에 의한 경우이다. 명백한 증거(명백성)란 원심판결의 사실인정에 대하여 합리적인 의심을 갖게 하여 그 인정을 반복하기에 충분한 개연성이 있는 증거를 말한다.²⁰⁵¹⁾ 새로이 발견한 경우(신규성)란 원심판결 이후에 발견된 경우뿐만 아니라 원심판결 이전부터 존재하고 있었던 경우도 포함된다. 법원에 대하여 신규성이 있으면 되는 것인지, 당사자에게도 신규성이 있을 것이 요구되는지에 대해서는 학설상 다툼이 있다. 이외에도 ② ‘원심판결의 증거가 허위인 경우’(제435조 제1호~제5호)로서 예를 들어, 원심판결의 증거가 된 증거물이 위조된 것이거나, 증언이 위증이었던 것이 확정판결에 의해 증명된 경우이다. ③ ‘원심판결에 관여한 재판관이나 수사관이 사건에 관련하여 직무상 범죄를 저지른 경우’(제435조 제7호)로서 재판의 공정성을 확보하는 관점에서 인정된다.²⁰⁵²⁾

(3) 재심 청구

재심청구는 검사, 유죄판결을 받은 사람 또는 그 사람의 법정대리인 등²⁰⁵³⁾이 재심의 목적인 확정판결을 한 법원에 청구한다(제438조, 제439조). 재심에는 명예회복, 형사보상 등의 효과도 있기 때문에 청구에 기간 제한이 없으며, 형 집행이 끝나거나 그 집행을 받지 않게 된 후에도 할 수 있다(제441조). 재심청구를 하는 경우에는 변호인을 선임할 수 있다(제440조). 청구를 한다고 해서 형 집행을 정지되는 것은 아니지만, 검사는 청구에 대한 판단이 있을 때까지 형 집행을 정지할 수 있다(제442조).

2050) 池田修/前田雅英, 刑事訴訟法講義 [第7版], 東京大学出版会, 2022, 550면.

2051) 最高裁判所 昭和50年(1975年) 5月 20日 決定 刑集 第29卷第5号177頁.

2052) 池田修/前田雅英, 刑事訴訟法講義 [第7版], 東京大学出版会, 2022, 550면.

2053) 재심에는 명예회복 기능도 있기 때문에 유죄판결을 받은 사람이 사망한 경우에는 그 배우자, 직계존비속, 형제자매, 자녀, 친족에게 청구권이 인정된다(제439조 제1항 제4호).

(4) 재심 결정 및 심판

재심청구를 받은 법원은 필요하다고 인정할 때에는 사실조사를 할 수 있다(제445조). 조사범위·방법 등은 법원의 합리적인 재량에 맡겨져 있다. 청구가 부적법한 때와 이유가 없는 때에는 청구를 기각하고, 청구의 이유가 있는 때에는 재심개시결정이 내려진다(제446조, 제447조, 제448조). 법원은 재심개시결정을 한 때에 형의 집행정지를 결정할 수 있다(제448조 제2항).

재심개시결정이 확정되면 확정판결의 심급에 따라 재심이 이루어진다(제451조). 원심판결의 절차와는 별도로 절차를 다시 시작하게 된다. 다만, 재심에서는 원심판결보다 더 중한 형을 선고할 수 없다(제452조). 이는 불이익 재심의 금지이며, 이중의 형사상 책임을 묻지 않는다는 일본 헌법 제39조에 근거한 것이다. 재심에서 무죄를 선고한 때에는 형사보상의 대상이 되며, 또한 관보 및 신문등 언론미디어에 그 판결을 공고하여야 한다(제453조).

2) 비상상고

(1) 의의

비상상고제도는 위법한 확정판결을 방지하는 것은 정의에 반하기 때문에 그 위법을 시정하는 수단으로 인정되고 있다. 비상상고는 법령해석의 통일을 주된 목적으로 하나 피고인의 구체적 구제도 중요한 임무라 할 수 있다. 확정판결에 대한 비상구제절차지만 확정판결이라면 심급을 불문하고 유죄, 무죄의 실체적 판결뿐만 아니라 공소기각·관할위반·면소판결도 포함되고, 확정판결과 동일한 효력을 갖는 약식명령,²⁰⁵⁴⁾ 상고 기각결정도 포함된다. 또한 사실오인이 아닌 법령위반을 이유로 하는 경우로 한정된다는 점 등에서 재심과는 차이가 있다.²⁰⁵⁵⁾

비상상고는 확정판결에 법령 위반이 있는 경우 검찰총장이 대법원에 제기한다(제454조, 제455조). 법령위반은 실체법 위반뿐만 아니라 절차법 위반도 포함한다. 한편, 전제사실의 오인을 이유로 하는 법령위반에 대하여 판례는 기본적으로 비상상고의

2054) 약식명령에 대한 비상상고도 인정된다(最高裁判所 平成23年(2011年) 12月 9日 判決 刑集 第65卷第9号1371頁).

2055) 安富潔, 刑事訴訟法講義 [第5版], 慶應義塾大学出版会, 2021, 420면.

대상이 되지 않는다고 한다.²⁰⁵⁶⁾

(2) 비상상고 절차

검찰총장의 신청이 있으면 대법원은 신청서에 기재된 사항에 한하여 조사해야 하며, 법원의 관할, 공소제기 및 소송절차에 관하여는 사실조사를 할 수 있다(제460조). 비상상고 신청기간에 제한은 없으나, 집행정지 효력도 인정되지 않는다.²⁰⁵⁷⁾

(3) 비상상고 판결

대법원은 심리 결과에 따라 신청에 이유가 없는 때는 판결로 청구를 기각해야 한다(제457조). 원심판결에 법령위반이 있다고 인정할 때는 그 위반한 부분을 파기하되(제458조 제1호), 원심판결이 피고인에게 불리한 것인 때에는 이를 파기한 후 다시 판결하여야 한다(동호 단서). 또한 소송절차에 법령위반이 있다고 인정할 때는 그 위반한 절차를 파기해야 한다(제458조 제2호). 비상상고의 판결은 일본 형사소송법 제458조 제1호 단서에 의한 경우 외에는 피고인에게 효력이 미치지 않는다(제459조).²⁰⁵⁸⁾

바. 약식절차

1) 의의

약식절차는 간이법원이 검사의 청구에 따라 공판절차를 거치지 않고 검사가 제출한 증거를 심사하여 일정 금액 이하의 벌금 또는 과태료를 부과하는 간이재판절차이다. 검사가 간이법원에 대하여 공소제기와 더불어 약식명령 청구를 하는 것이 약식기소, 이 절차에 따라 법원이 내리는 명령을 약식명령이라고 하며, 일본 형사소송법 제6편(제461조~제470조)에 규정되어 있다.²⁰⁵⁹⁾

약식절차를 할 수 있는 요건에는 ① 간이법원의 관할에 속하는 사건(사안이 명백하고 간이한 사건), 그리고 ② 100만엔 이하의 벌금 또는 과태료가 부과될 수 있는

2056) 最高裁判所大法廷 昭和25年(1950年) 11月 8日 判決 刑集 第4卷第11号2221頁.

2057) 安富潔, 刑事訴訟法講義 [第5版], 慶應義塾大学出版会, 2021, 421면.

2058) 酒巻匡, 刑事訴訟法 [第2版], 有斐閣, 2020, 665면.

2059) 裁判所ウェブサイト, 簡易裁判所の刑事事件について, https://www.courts.go.jp/saiban/syurui/syurui_keizi/keizi_04/index.html (최종검색: 2023. 9. 15.).

사건, ③ 약식절차에 의한 처분에 대하여 피의자가 이의를 제기하지 아니할 것이 있다.²⁰⁶⁰⁾

2) 약식절차의 청구

검사의 약식명령 청구는 관할 간이법원에 공소제기와 더불어 서면으로 해야 한다(제462조 제1항). 검사는 피의자에게 미리 약식절차를 이해시키는데 필요한 사항을 설명하고, 통상적인 규정에 따라 재판을 받을 수 있음을 고지한 후 약식절차에 의한 것에 대해 이의가 없는지 확인해야 한다. 피의자는 약식절차에 의한 재판에 대하여 이의가 없는 때에는 서면으로 그 취지를 밝혀야 하며, 검사가 약식명령을 청구할 때 이를 첨부한다(제461조의2, 제462조 제2항).

3) 정식재판 청구

약식명령을 받은 자 또는 검사는 그 통지를 받은 날로부터 14일 이내에 재판을 청구할 수 있다. 이 청구는 약식명령을 한 간이법원에 서면으로 하여야 한다. 청구가 있으면 법원은 즉시 그 취지를 검사 또는 약식명령을 받은 자에게 통지하도록 되어 있다(제465조). 또한 청구는 제1심 판결이 있을 때까지 이를 취하할 수 있다(제466조).

간이법원은 사건의 내용이 복잡하여 서면심리만으로는 진상규명이 어려운 경우나 벌금형 이외의 형벌이 상당하다고 법원이 판단하는 경우에는 정식재판을 해야 한다(제463조 제1항).

4) 약식명령과 효력

간이법원은 검사의 청구에 따라 그 관할에 속하는 사건에 대하여 공판 전 약식명령으로 100만엔 이하의 벌금 또는 과태료를 과할 수 있다. 이 경우 형 집행을 유예하고 몰수를 부과하며 그 밖에 부수처분을 할 수 있다(제461조).

간이법원의 약식명령에는 ① 죄가 될 만한 사실, ② 적용법령, ③ 과형 및 부

2060) 検察庁ホームページ, 略式裁判について, <https://www.kensatsu.go.jp/gyoumu/ryakushiki.htm> (최종검색: 2023. 9. 15.).

수처분과 ④ 약식명령의 고지가 있는 날로부터 14일 이내에 정식재판을 청구할 수 있다는 취지를 기재해야 한다(제464조).

약식명령은 정식재판 청구기간의 경과로 확정판결과 동일한 효력이 발생한다. 정식재판의 청구를 취하한 때나 정식재판의 청구를 기각하는 재판이 확정된 때에도 마찬가지이다(제470조). 한편, 간이법원이 정식재판 청구에 의하여 판결을 한 때에는 해당 약식명령은 그 효력을 상실한다(제469조).

사. 교통사건즉결재판절차

특별형사절차로서 약식절차와 교통사건즉결재판절차법²⁰⁶¹⁾에 의한 즉결재판절차²⁰⁶²⁾가 마련되어 있다. 그리고 사법개혁에 따른 2004년의 법개정에 의해 형사소송법 제2편 제1심 부분에 “제4장 즉결재판절차”가 추가되었다. 동 개정에 의해 새롭게 도입된 즉결재판절차는 다툼이 없는 간이하고 명백한 사건에 대하여 공소제기 후 최대한 조기에 공판기일을 열어 간이한 방법으로 증거조사를 행한 다음 원칙적으로 당일 즉결에서 판결을 선고하는 절차이다.²⁰⁶³⁾ 한편, 우리와 달리 약식절차가 제1심 공판절차는 아니므로 불이익변경금지의 원칙이 적용되지 않는다.²⁰⁶⁴⁾

이처럼 교통사고즉결재판절차는 교통에 관한 형사사건의 신속하고 적절한 처리를 도모하기 위해 실시되는 즉결재판절차로서 교통사건즉결심판절차법에 의한 절차를 의미하였으나, 앞서 언급하였으나 본 법률의 제정 이후부터 교통사건즉결재판절차에 회부하는 비율이 감소하는 문제가 있었다. 이는 교통사건즉결재판절차가 절차간소화를 지향하기는 하나, 직접주의·구술주의를 규정하고 있어 급증한 도로교통법 위반사건의 신속한 처리 수단으로는 이용하기가 제한되었기 때문이다.²⁰⁶⁵⁾

2061) 交通事件即決裁判手続法(昭和二十九年法律第百十三号)。

2062) 간이법원의 관할에 속하는 동 즉결재판은 검사의 청구를 요건으로 하고 있으므로(교통사건즉결재판절차법 제3조 제1항) 기소독점주의의 예외가 아니다. 사건이 발생한 즉일에 기일을 열어 즉결한다는 편의는 있으나, 피고인의 출석을 요건으로 하고 있고 공개법정에서 행해져야 하기 때문에 오히려 약식절차보다 부담이 적지 않아 1979년 이후로는 이용되고 있지 않다고 한다(미즈이 마코토/사카마키 타다시·신동운(역), 입문 일본형사수속법, 법문사 2003, 374면).

2063) 三井誠/酒巻匡, 入門刑事手続法 [第7版], 有斐閣, 2017, 339면.

2064) 우리 형사소송법은 제457조의2를 통해 약식명령에 불복하여 정식재판을 청구한 피고인에게도 불이익변경 금지의 원칙을 적용한다.

2065) 法務総合研究所, 平成5年版 犯罪白書,

이에 약식절차로서 삼자(경찰·검찰청·법원)즉일처리방식(三者即日処理方式)이 현재까지 널리 사용되고 있다. 삼자즉일처리방식은 피의자가 출석하여, ① 경찰관의 조사(사건 송치)→② 검사의 조사(약식명령 청구 또는 즉결재판 청구)→③ 재판관의 약식명령 발부 또는 즉결재판 선고→④ 피고인에 대한 송달(벌금 또는 과태료의 가납)이라는 일련의 절차를 하루 만에 동일한 장소에서 순환작업처럼 완료하는 것으로, ‘도로교통법’ 위반, ‘자동차 보관장소 확보 등에 관한 법률’ 위반에 따른 벌금 또는 과태료에 해당하는 사안에 대해서만 실시되고 있다.²⁰⁶⁶⁾

5. 재판원제도(裁判員制度)²⁰⁶⁷⁾

가. 제도의 취지

재판원이 참가하는 형사재판이 일본에서 2009년 5월 21일부터 시행되었다.²⁰⁶⁸⁾ 재판원재판은 국민 중에서 선임된 재판원(裁判員)이 재판관과 함께 형사소송절차에 관여하는 것에 의해 사법에 대한 국민의 이해 증진과 그 신뢰 향상에 이바지하는 것을 고려하여 창설되었다(재판원이 참가하는 형사재판에 관한 법률(이하, 재판원법) 제1조).

재판원재판 절차에서는 사건의 쟁점과 증거의 정리를 위해 공판전정리절차(=공판 준비절차)가 진행되고, 원칙적으로 연일(連日) 개정을 통해 집중심리(이에 따른 신속화)의 실현과 엄선된 증거에 따른 쟁점 중심의 입증 절차가 진행된다. 재판원재판의 도입에 따라 대상사건이 아닌 범죄사건을 포함하여 공판중심주의를 기본으로 하는 형사재판절차로 변화함으로써 재판실무에 큰 영향을 주고 있다.²⁰⁶⁹⁾

https://hakusyo1.moj.go.jp/jp/34/nfm/n_34_2_4_3_2_2.html (최종검색: 2023. 9. 15.).

2066) 検察庁ホームページ, 道路交通法違反の三者即日処理について,

https://www.kensatsu.go.jp/gyomu/dokoho_ihan.htm (최종검색: 2023. 9. 15.).

2067) 일본 재판원제도에 관해서는 한인섭/김대홍/김현숙/임보미/우지이에 히토시/김영중, 일본의 재판원제도, 서울대학교출판문화원, 2021; 김용세, “일본 재판원제도의 구조와 특성”, 형사정책연구 제16권 제2호, 한국형사정책연구원, 2005, 279-314면; 이마이 테루유키, “일본의 재판원제도의 실정”, 법조 제62권 제4호, 법조협회, 2013, 201-240면 등을 참조할 것.

2068) 裁判員の参加する刑事裁判に関する法律(平成16年5月28日法律第63号).

2069) 安富潔, 刑事訴訟法講義 [第5版], 慶應義塾大学出版会, 2021, 215면.

나. 기본구조

1) 대상 사건

재판원제도의 대상사건은 ① 사형 또는 무기징역, 금고에 해당하는 사건, ② 법정합의사건(재판원법 제26조 제2항 제2호) 중에서 고의적인 범죄행위로 피해자를 사망에 이르게 한 사건이다(재판원법 제2조 제1항).²⁰⁷⁰⁾ 다만, 재판원의 생명, 신체, 재산에 위해가 가해질 우려가 있는 등의 사정이 있는 경우에는 대상 사건에서 제외된다(동법 제3조). 또한, 심판기간이 현저하게 장기간이 되거나 공판기일이 현저하게 많아 재판원 선임 등이 곤란한 사건은 재판관만으로 심판이 이루어진다(동법 제3조의2). 한편, 대상사건이 아닌 범죄사건이라도 변론의 병합결정에 의해 대상사건의 합의체에서 다뤄질 수 있다(동법 제4조, 제5조).

최근 현황으로는 2020년 1월 1일부터 12월 31일까지의 재판원제도 대상사건의 신규인원은 1,005명이고, 이는 동년 지방법원 통상 제1심사건 전체 신규인원(66,939명) 중 1.5%정도이다.²⁰⁷¹⁾

2) 합의체 구성

재판원제도에서는 재판원이 재판관과 함께 합의체를 구성하고, 원칙적으로 합의체는 재판관 3명과 재판원 6명으로 구성된다(재판원법 제2조 제2항). 다만 공소사실에 다툼이 없고 사건의 내용 등을 고려하여 상당하다고 인정되는 것에 대해서는 재판관 1명과 재판원 4명으로도 구성구성할 수 있다(동법 제2조 제3항). 또한 재판원이 병환 등으로 재판에 참가할 수 없게 된 경우에는 보충재판관을 둘 수 있다(동법 제10조).²⁰⁷²⁾

3) 재판원의 권한

재판원재판 사건에서 유죄 및 무죄 등 중국재판에 관한 사실인정, 법령의 적용

2070) 한편, 피고인에게는 재판원제도의 대상사건에 해당될 경우 이를 거부할 권리가 인정되지 않다.

2071) 最高裁判所事務総局, 令和2年における裁判員裁判の実施状況等に関する資料,

<https://www.saibanin.courts.go.jp/vc-files/saibanin/2021/R2-103-1.pdf> (최종검색: 2023. 9. 15.).

2072) 安富潔, 刑事訴訟法講義 [第5版], 慶應義塾大学出版会, 2021, 217면.

및 형의 양정 판단은 재판관 및 재판원이 협동하여 합의하고, 이를 위한 심리도 양자가 함께 한다(재판원법 제6조 제1항, 제3항). 한편, 법령의 해석에 관한 판단이나 소송절차에 관한 판단은 전문성이 강하기 때문에 재판관 간의 합의에 의하게 되어 있다(동법 제6조 제2항). 따라서 이를 위한 심리도 재판관만으로 진행한다(동조 제3항). 다만, 이렇게 재판관만으로 진행되는 사건도 합의를 위한 평의 시 재판원의 방청을 허용하여 그 의견을 들을 수 있고(동법 제68조 제3항), 그 심리에 관해서도 재판원 및 보충재판원의 입회를 허용할 수 있다(동법 제60조).²⁰⁷³⁾

재판원재판 사건의 심리는 재판원이 출석하지 않으면 개정(開廷)할 수 없고(재판원법 제54조), 또한 재판소가 증인 기타의 사람을 신문하는 경우에는 재판원은 재판장에게 요청하여 재판원이 관여하는 판단에 필요한 사항에 대하여 신문할 수 있다(동법 제56조). 피해자의 의견진술이 이루어진 경우에 재판원은 그 진술 후에 그 취지를 명확히 하기 위하여 피해자 등에게 질문할 수 있다(동법 제58조). 또한 피고인이 임의로 진술을 하는 경우(일본 형사소송법 제311조)에도 재판원은 재판장에게 요청하여 언제든지 재판원이 관여하는 판단에 필요한 사항에 대하여 피고인의 진술을 요구할 수 있다(재판원법 제59조). 재판원이 관여하는 판단에 대해서는 증거의 증명력도 각 재판관 및 재판원의 자유로운 판단에 맡겨진다(동법 제62조).²⁰⁷⁴⁾

또한 보충재판원도 재판원과 마찬가지로 심리에 참가한다(동법 제10조 제2항). 보충재판원은 소송에 관한 서류나 증거를 볼 수 있고(동조 3항), 평의를 방청할 수 있으며(동법 제69조 제1항), 재판관에게서 의견을 요청받을 수도 있다(동법 제69조 제2항).

4) 평의 및 평결

앞서 살펴본 바와 같이 재판원의 판단이 요구되는 평의에서는 재판관과 재판원이 협력하여 진행해야 한다. 재판장은 필요한 설명을 정중하면서 알기 쉽게 해야 하고 평의를 진행하면서 재판원이 발언할 수 있는 기회를 충분히 부여하는 등 재판원이 그 직책을 충실히 수행할 수 있도록 배려해야 한다. 평결은 기본적으로 단순다수결로 결정되지만(재판원법 제67조 제1항), 재판관과 재판원의 협동이라는 본 제도 도입

2073) 安富潔, 刑事訴訟法講義 [第5版], 慶應義塾大学出版会, 2021, 217면.

2074) 安富潔, 刑事訴訟法講義 [第5版], 慶應義塾大学出版会, 2021, 217면.

취지에 따라, 재판관 또는 재판원만의 다수결로는 피고인에게 불리한 판단을 할 수 없다(동법 제77조).²⁰⁷⁵⁾

배심제와의 차이

배심제(陪審制)를 채택하고 있는 미국에서는 사실인정은 일반시민인 배심원만이 하고, 법령의 해석과 양형은 재판관이 하는 것으로 되어 있다. 또한, 배심원 평결에 대해서는 결론만 있고 이유가 제시되지 않기 때문에, 사실오인에 대한 상고는 인정되지 않는다. 반면에 일본의 재판원제도는 ① 일반시민인 재판원과 재판관이 함께 사실인정과 양형을 하고, ② 판결에서도 기존 형사재판과 같이 이유를 제시하며, ③ 사실오인에 대한 항소도 인정한다는 점에서 미국의 배심제와는 차이가 크다.

* 출처: 池田修/前田雅英, 刑事訴訟法講義 [第7版], 東京大学出版会, 2022, 366면.

다. 재판원 선임

재판원은 중의원 의원 선거권을 가진 국민 중에서 무작위 추출의 방법으로 선출된 후보자 중에서 선임된다. 그 후보자 중에서 재판원제도 취지상 재판원이 되는 것이 타당하지 않은 사람, 즉 법에서 정한 결격사유(예를 들어, 의무교육을 마치지 않은 사람, 금고 이상의 형을 받은 사람, 심신장애로 직무수행에 현저한 지장이 있는 사람 등)에 해당하는 사람은 제외되며, 취업금지사유 및 결격사유에 해당되는 사람도 제외된다.

또한 국민에게 과도한 부담을 지울 수 없으므로 사퇴를 신청한 사람 중 재판소가 사퇴사유(예를 들어, 70세 이상인 사람, 상시 통학하는 학생 외에, 질병, 동거 친족의 간병 및 양육, 스스로 처리하지 않으면 현저한 손해를 초래하는 중요한 용무, 일시를 변경할 수 없는 사회생활상 중요한 용무 등이 있어 재판원의 직무를 수행하기 곤란한 사람 등)에 해당한다고 인정하는 사람도 제외된다.

한편, 재판원이 그 의무를 위반한 상태로 계속해서 직무를 수행하게 하는 것이 타당하지 않은 경우나 그 자격을 가지고 있지 않은 것이 판명된 경우 등에는 당사자의 청구 또는 직권으로 해임된다.²⁰⁷⁶⁾

2075) 池田修/前田雅英, 刑事訴訟法講義 [第7版], 東京大学出版会, 2022, 366면.

2076) 池田修/前田雅英, 刑事訴訟法講義 [第7版], 東京大学出版会, 2022, 366-367면.

라. 재판원이 참가하는 공판절차

1) 공판전정리절차(=공판준비절차)

재판원재판 사건에서는 제1차 공판기일 전에 공판준비절차에 회부하여야 한다(재판원법 제49조). 재판관, 검사 및 변호인은 재판원의 부담을 고려하여 가능한 한 연일(連日) 개정으로 진행하기 위해 사전에 쟁점정리 및 증거채택을 충실히해야 하고, 또한 재판원이 그 직책을 충분히 수행할 수 있도록 심리 내용을 빠르고 쉽게 이해할 수 있게 노력해야 한다(재판원법 제51조).²⁰⁷⁷⁾

특히 일본 형사재판에서 심리가 장기화되는 큰 요인 중 하나가 감정(鑑定)에 관한 것이며, 특히 정신감정이 문제가 되었다. 재판원이 참여한 심리에서는 재판원의 부담을 고려하여 감정으로 인해 장기간 심리가 중단되는 사태를 최대한 피하는 것이 바람직하다. 따라서 재판이 시작되기 전에 감정을 결정하여 조사 등의 감정작업을 실시하게 하고(감정절차 실시결정), 그 결과를 예정된 공판심리 기간에 보고하도록 할 수 있게 되었다(재판원법 제50조).²⁰⁷⁸⁾

2) 모두진술

검사가 모두진술(제296조)을 통해 증거로 증명해야 할 사실을 밝히는 경우에는 공판준비절차에서의 쟁점정리 및 증거채택의 결과에 기초하여 증거와의 관계를 구체적으로 명시해야 한다(재판원법 제55조). 이는 피고인 또는 변호인의 경우에도 모두진술(제316조의30)을 통해 증거로 증명해야 할 사실을 밝히는 경우에도 마찬가지이다.

3) 증거조사

증거조사에 관해서도 전문가가 아닌 일반인 재판원을 배려하기 위해 새롭게 일본 형사소송규칙이 신설되었다. 우선 쟁점을 중심으로 한 공판심리를 실현하기 위하여 증거조사 청구에 서는 필요한 증거를 엄선해야 한다((형사소송규칙 제189의2). 또한

2077) 安富潔, 刑事訴訟法講義 [第5版], 慶應義塾大学出版会, 2021, 218면.

2078) 池田修/前田雅英, 刑事訴訟法講義 [第7版], 東京大学出版会, 2022, 368면.

소송관계인은 다툼이 없는 사실에 대해서는 동의서면, 합의서면 등을 활용하여 합리적인 증거조사가 이루어지도록 노력해야 한다(형사소송규칙 제198의 2). 나아가 범죄 사실에 관한 것이 아님이 명백한 정황에 관한 증거조사는 가능한 한 범죄사실에 관한 증거조사와 구별하여 실시하도록 노력해야 한다(형사소송규칙 제198의3). 또한 기존의 피의자 등 신문조서의 임의성 및 신용성 등이 다투어지는 사건에서는 신문 상황에 관한 증거조사에 시간이 소요되는 경우가 많아 심리가 장기화되는 원인이 되므로, 특히 입증책임이 있는 검사에게 피고인 또는 피고인 이외의 자의 진술에 관하여 신문 상황을 입증하고자 할 때에는 신문상황기록서면 등의 자료를 제출할 수 있도록 하였다(형사소송규칙 제198의4).²⁰⁷⁹⁾

이와 관련하여, 재판원제도 대상 사건에 대해서는 제도 시행 이전부터 검사 및 경찰의 피의자신문에서 재량에 의한 영상녹화가 시도되었고, 이후 적용 범위가 확대되어 검찰의 단독수사 사건의 피의자신문에 대해서는 본격적으로 실시되었다. 이러한 수사실무에 기초하여 2016년 5월 일본 형사소송법을 개정함으로써, 재판원재판 대상 사건에 대해서도 체포 및 구금 중인 피의자에 대한 피의자신문에 관하여 영상녹화의 의무화되었다(제301의2). 한편, 피의자신문 영상녹화의무가 면제되는 예외사유는 일본 형사소송법 제301조의2 제4항에서 규정하고 있는데, ① 기기의 고장, 그 밖의 어쩔 수 없는 사정에 의해 기록을 할 수 없는 때, ② 피의자가 기록을 거부하거나 기타 피의자의 언행으로 인하여 영상녹화를 할 경우 피의자가 충분하게 진술을 할 수가 없다고 인정되는 때, ③ 해당 사건이 폭력단 구성원에 의한 범죄와 관련된 것(피의자가 폭력단원인 경우나 공범이 폭력단원인 경우 등)으로 인정되는 때, ④ 피의자의 진술과 그 상황이 공개될 경우에는 피의자 또는 그 친족의 신체, 재산에 위해를 가하거나 공포에 빠뜨리게 하거나 곤혹스럽게 할 행위가 행해질 우려가 있어, 영상녹화를 하면 피의자가 충분한 진술을 할 수 없다고 인정되는 때이다.²⁰⁸⁰⁾ 이러한 예외사유에

2079) 池田修/前田雅英, 刑事訴訟法講義 [第7版], 東京大学出版会, 2022, 368-369면.

2080) 배상균, “일본의 피의자신문 영상녹화제도”, 법학논고 제74집, 경북대학교 법학연구원, 2021, 369-383면 참조. 이러한 제도 변화로 인하여 피의자신문 상황을 영상녹화한 DVD를 재판원재판에서 증거조사하는 사례도 점차 증가하고 있다. 이러한 영상녹화물(DVD)을 자백의 임의성 입증뿐만 아니라 범죄입증의 실질증거로 사용한 사례도 있지만, 공판중심주의의 요청 등을 고려한다면 그 필요성 판단에는 신중을 기할 필요가 있다는 것이 일본 재판실무의 입장이다(東京高等裁判所 平成28年(2016年) 8月 10日 判決 高刑集 第69卷第1号4頁).

해당하는지에 관해서는 피의자신문 시점을 기준으로 판단하고, 검사가 입증해야 한다.

4) 부분판결

재판원제도에서는 법원에 동일 피고인에 대한 복수의 사건이 계류되어 있는 경우를 상정한 구분심리제도(区分審理制度)가 마련되어 있다. 즉 동일 피고인에 대하여 재판원재판의 대상 사건을 포함한 복수의 사건이 기소되어 그 변론이 병합된 경우에는, 재판원의 부담 등을 고려하여 일정한 경우에 일부 사건을 구분하여 순차적으로 심리하고(구분심리결정), 사실인정에 관한 부분판결을 한 후 새롭게 선임된 재판원이 합류한 합의체가 나머지 사건을 심리한 후 병합된 사건 전체에 대하여 형의 선고를 포함한 종국 판결을 내릴 수 있다.²⁰⁸¹⁾ 이러한 구분심리제도는 구분사건심판 및 병합사건심판 전체에 대하여 공정한 법원에 의한 법과 증거에 기초한 적정한 재판이 제도적으로 보장되어 있기 때문에, 합헌성을 인정받고 있다.²⁰⁸²⁾

재판원법에서는 구분심리결정이 이루어진 경우의 심리 및 재판의 특례 등의 장(章)에서 심리 및 재판의 특례로서 구분심리결정(재판원법 제71조~제76조), 구분사건심판(동법 제77조~제85조) 및 병합사건심판(동법 제86조~제89조)을 규정하고 있으며, 선임(選任) 예정 재판원의 선정 및 그 재판원 등에 대한 선임 등(동법 제90조~제99조)에 대해서도 규정하고 있다.²⁰⁸³⁾

5) 항소심 및 파기환송

재판원재판에 대한 항소심에 관해서는 일본 재판소법 및 형사소송법상에 특별한 규정을 두고 있지 않기 때문에, 일반적인 재판관에 의한 심판을 받게된다. 파기하는 경우의 자판(自判, 제400조 단서)에 대해서도 특별히 금지되어 있지는 않지만, 재판원제도의 취지에 비추어 환송(제400조 본문)이 적절하지 않은지가 고려되어야 한다. 환송심에 대해서도 일본 형사소송법상 특별한 규정은 없으므로 새롭게 재판원을 선임하고 파기 이유에 대응하여 필요한 심리 및 재판을 하면 된다.²⁰⁸⁴⁾

2081) 安富潔, 刑事訴訟法講義 [第5版], 慶應義塾大学出版会, 2021, 219면.

2082) 最高裁判所 平成27年(2015年) 3月 10日 判決 刑集 第69卷第2号219頁.

2083) 安富潔, 刑事訴訟法講義 [第5版], 慶應義塾大学出版会, 2021, 219면.

마. 재판원 보호 및 벌칙

재판원의 자유로운 참여를 보장하기 위해 근로자가 재판원의 직무를 수행하기 위하여 휴가를 사용한 경우에 이를 이유로 해고 그 밖의 불이익한 처우를 하는 것을 금지하고, 재판원이나 보충재판원을 특정 및 식별할 수 있는 정보를 공개하는 것을 금지한다. 또한 사건 계류 중 해당 사건과 관련하여 재판원 및 보충재판원과 접촉하는 것을 금지하는 등 재판원 등을 보호하기 위한 규정이 마련되어 있다. 한편으로, 재판원법에서는 재판원 등에 대한 청탁죄, 협박죄와 재판원 등의 성명누설죄를 신설하는 등 재판원 등을 보호하는 규정을 두고 있다. 또한 재판원 등에 대해서도 직무상 알게 된 비밀 등을 누설한 경우나 보충재판원이 질문지에 허위 기재한 경우 등에 대한 처벌규정을 두고 있다.²⁰⁸⁵⁾

바. 재판원제도의 합헌성

재판관제도에 대해서는 논의 초기부터 위헌론도 존재하여 이를 의식한 제도 설계가 진행되었으나, 그럼에도 불구하고 그 우려가 종식되지는 않았다. 결국 최고재판소는 재판원법의 위헌이 주장된 사건에 대하여 일본 헌법이 채택하고 있는 통치의 기본원리와 형사재판의 여러 원칙, 헌법 제정 당시의 역사적 상황을 포함한 헌법 제정 경위, 헌법 관련 규정과의 체계적 해석 등을 통하여 재판원제도의 합헌성을 긍정하였다.²⁰⁸⁶⁾

합헌 판결의 주요 내용

국민의 사법참여는 적절한 형사재판을 실현하기 위한 여러 원칙과 충분히 조화를 이룰 수 있고, 헌법상 국민의 사법참여가 원천적으로 금지되어 있다고 해석할 이유가 없으며, 국민의 사법참여에 관한 제도의 합헌성은 구체적으로 마련된 제도가 적절한 형사재판을 실현하기 위한 여러 원칙에 위배되는지 여부에 따라 결정되어야 한다. 즉, 헌법은 일반적으로 국민의 사법참여를 허용하고 있으며, 이를 채택하는 경우에는 적절한 형사재판을 실현하기 위한 여러 원칙이 확보되는 한 배심제로 할 것인지 참심제로 할 것인지를 포함하여 그 내

2084) 安富潔, 刑事訴訟法講義 [第5版], 慶應義塾大学出版会, 2021, 219면.

2085) 池田修/前田雅英, 刑事訴訟法講義 [第7版], 東京大学出版会, 2022, 370면.

2086) 池田修/前田雅英, 刑事訴訟法講義 [第7版], 東京大学出版会, 2022, 370면.

용을 입법정책에 맡기고 있는 것으로 해석된다. 재판원제도의 구조를 고려하면, 공정한 '재판소'에서 법과 증거에 기초한 적법한 재판(일본 헌법 제37조, 제38조, 제39조, 제40조, 제41조)은 제도적으로 충분히 보장되어 있고, 재판관은 형사재판의 기본적 담당자로 인정되고 있으며, 헌법이 규정한 형사재판의 제반원칙을 확보하는데 있어 지장은 없다고 할 수 있다. 따라서 일본 헌법 제31조, 제32조, 제37조 제1항, 제76조 제1항, 제80조 제1항의 위반이라는 주장은 이유가 없다.

일본 헌법 제76조 제2항에 따르면, 재판관은 헌법과 법률에 구속된다. 그렇다면 이미 언급한 바와 같이 헌법이 일반적으로 국민의 사법참여를 허용하고 있고, 재판원법이 헌법에 부합하도록 이를 법제화한 것이므로, 재판원법이 규정하는 평결제도하에서 재판관이 때때로 자신의 의견과 다른 결론에 이를 수밖에 없는 경우가 있다고 하더라도 이는 헌법에 부합하는 법률에 구속된 결과로서 동향의 위반으로 평가될 것은 아니다.

마지막으로, 재판원제도에 의한 재판체(裁判体)는 지방법원에 속하는 것이고, 그 제1심판결에 대해서는 고등법원에 대한 항소 및 최고재판소에 대한 상고가 인정되므로, 재판관과 재판원으로 구성된 재판체가 특별법원에 해당하지 않음이 분명하다.

* 출처: 最高裁判所大法廷 平成23年(2011年) 11月 16日 判決 刑集 第65卷第8号 1285頁.

6. 소결

여기서 살펴본 바와 같이 일본 형사소송법상 재판의 종류와 재판의 확정, 상소절차로서 항소, 상고, 항고절차 등과 재판원제도까지 폭넓게 검토하였다. 일본 법제도의 특징은 다음과 같이 요약할 수 있다.

일본에서도 1948년에 제정된 현행 형사소송법²⁰⁸⁷⁾은 제정된 이래 시대의 변화에 따라 많은 조문을 삭제 및 신설하는 형식으로 개정이 되었다. 이러한 변화를 거치면서 우리 형사소송법과 일본 형사소송법은 큰 틀에서는 동일한 체계를 유지하면서도 세부적인 조문체계나 규정 내용에 관해서는 상당히 다른 모습을 보이게 되었다. 이러한 변화와 차이가 잘 들어나는 부분이 바로 수사제도 부분과 증거법 분야라 할 수 있다. 한편으로 일본에서도 재판분야는 법적 안정성과 절차적 정의가 특히 중시되는 영역으로서 오랜기간 변화가 크게 나타나지 않은 영역이기도 하다. 물론 우리 형사소송법과 비교할 때 세부적인 부분에서 다소 차이가 있지만, 헌법재판소가 없어, 위헌법률심사를 최고재판소가 담당하는 부분과 재판원제도를 제외하고

2087) 刑事訴訟法(昭和二十三年法律第三十一号).

전반적으로 형사사법절차에서 그 차이를 크게 느낄 수 있는 것은 아니다. 이중 재판원제도에 관해서는 앞서 상세히 검토하였기에 여기서는 작지만 분명히 차이는 제도에 관해서 간단하게 정리하도록 한다.

① 예를 들어, 일본 형사소송법상 조서판결제도가 있는데, 우리 형사소송법에는 도입되지 않았다. 조서판결제도는 결정 또는 명령의 경우에 공판정에서 선고할 경우, 재판서를 작성하지 않고 공판조서에 기재하게 할 수 있는 제도를 말한다. 지방법원 또는 간이재판소의 판결에 관해서도 상소의 청구가 없는 경우에는 법원서기에게 판결 주문, 범죄사실의 요지, 적용한 형벌조항을 판결선고를 한 공판기일의 조서에 기재한 후, 재판관도 기명날인하면 판결서에 갈음할 수 있다. 이는 절차의 간소화의 측면에서 주로 단독사건에서 활용되고 있는 제도이다.²⁰⁸⁸⁾

② 또한 우리 형사소송법상에는 일본의 간이법원과 같은 하급법원이 없는데 이 또한 작지만 분명한 차이점이다. 간이법원은 일상생활에서 발생하는 경미한 민사사건·형사사건을 신속·간이 처리하기 위한 일본의 하급법원으로 통상 제1심 사건 관할 지방법원에 청구금액이 일정금액 이하인 민사사건(소송금액이 140만엔 이하)이나 벌금형(구류, 과료 포함)에 해당하는 형사사건(상습도박죄, 도박장 개설 등죄(일본 형법 제186조), 횡령죄, 장물양수죄(일본 형법 제252조, 제256조) 등 비교적 경미한 사건을 주로 담당한다.

③ 항소심 구조도 우리 형사소송법과 차이가 있다. 항소심 구조에 관해서는 입법론상 복심주의(覆審主義)·속심주의(續審主義)·사후심주의(事後審主義)로 구분되는데, 일본은 원칙적으로 사후심제를 우리의 경우에는 속심제를 취하고 있어 차이가 나타난다. 물론 항소법원이 항소이유에 포함된 사유에 관하여 심판해야 하나 판결에 영향을 미친 사유에 관해서는 항소이유서에 포함되지 않은 부분도 직권으로 심판할 수 있다는 점에 한국과 일본의 형사소송법은 차이가 나타나지 않는다. 그러나 일본의 경우에는 항소에 이유가 있어 원심판결을 파기할 경우에는 원칙적으로 파기환송 또는 원심과 동급법원에 파기이송해야 하지만, 한국의 경우에는 원칙적으로 항소심에서 원심판결을 파기하고 재판하는 것이 원칙이라는 점과 항소심에서 공사장변경을 인정²⁰⁸⁹⁾하

2088) 미즈이 마코토/사카마키 타다시·신동운(역), 입문 일본형사수속법, 법문사, 2003, 304면.

2089) 대법원 1983. 4. 26. 선고 82도2829 판결

고 있어 차이가 있다.

④ 특별절차로서 교통사건즉결재판절차가 있다는 점도 우리와 다르다. 물론 앞서 검토한 바와 같이 교통사건즉결재판절차법은 그간 거의 활용되지 못하였으나, 약식절차로서 삼자(경찰·검찰청·법원)즉일처리방식(三者即日处理方式)이 현재까지 널리 사용되고 있다. 삼자즉일처리방식은 피의자가 출석하여, ① 경찰관의 조사(사건 송치)→② 검사의 조사(약식명령 청구 또는 즉결재판 청구)→③ 재판관의 약식명령 발부 또는 즉결재판 선고→④ 피고인에 대한 송달(벌금 또는 과태료의 가납)이라는 일련의 절차를 하루 만에 동일한 장소에서 순환작업처럼 완료하는 것을 특징으로 한다. ‘도로교통법’ 위반 등에 따른 벌금 또는 과태료에 해당하는 사안에 대해서만 실시되고 있다. 다만, 이러한 약식절차는 제1심 공판절차가 아니기 때문에 우리와 달리 불이익변경금지의 원칙이 적용되지 않는다.

제 4 장

Global Standard 마련을 위한 쟁점별 주요국 형사법령 비교연구(V)

결 론

최 민 영

제1절 | 증거

1. 증거법 일반

영미법 체계에서는 당사자들이 증거제출, 증거조사 등을 주도하는 방식으로 구조화된 당사자주의적 형사재판 모델로 인해 대륙법 체계에 비해 증거법이 더 세분화되어 발전해 온 것으로 알려져 있다. 미국의 연방증거규칙은 1974년에 미국 의회가 승인하여 성문화된 것으로서 연방 차원의 성문화는 늦었지만, 그 내용은 영국 커먼로의 증거법과 미국독립 이후 발전되어 온 증거 법칙을 적용한 것이다. 연방증거규칙은 자문위원회에서 각 조항 별 타당성을 논의하여 규정화하였고, 이에 대한 자문위원회의 해설을 통해 그 입법 취지와 적용 범위를 이해할 수 있다는 점에서 실무상 매우 유용한 지침이 된다. 반면, 영국의 증거법은 통일된 성문 연방 규칙으로 집대성하여 정리한 미국의 증거법과는 달리, 형식과 내용에서 많은 차이를 보인다.

프랑스는 우리와 유사하게 증거재판주의, 자유심증주의를 증거법의 기본으로 삼는다. 그러나 우리 법과 비교할 때 중요한 절차위반을 통하여 수집한 증거를 제외하고 전문증거를 포함한 모든 증거들의 자유로운 제출을 허용하는 증거자유 원칙을 채택한다. 또한 직권주의적 성격이 강한 소송구조에 따라 공소장일본주의의 적용이 없고, 수사서류와 예심서류가 모두 법원에 제출되는데, 이러한 측면도 증거자유 원칙에 한 몫을 차지한다. 이렇게 모든 증거들이 자유롭게 제출될 수 있으므로 자유심증주의에 따라 법관이 내적 확신에 따라 증명력을 판단하는 구조를 취하게 되어 결과적으로

증거능력의 개념이 정립되어 있지 않은 상황이다. 하지만 프랑스에서 증거자유의 원칙이 곧 제출된 증거가 곧바로 유죄의 자료로 사용될 수 있음을 의미하지는 않는다. 증거조사의 절차에 따라 사전에 증거가 당사자에게 열람될 것이 요구되며, 무엇보다도 판사의 면전에서 대심적 토론을 거칠 것이 요구된다. 이에 따라 우리의 공판중심주의와 유사하게 피고인과 증인이 법정에서 출석하여 법원, 검사, 피고인, 사소당사자, 변호인 등으로부터 신문을 받아 구두로 진술하여야 하며, 반대신문권이 보장되어야 한다.

독일의 형사절차는 증거법상 실제적 진실을 발견을 위한 직권조사주의와 절차적 정당성을 확보하고자 하는 직접주의원칙 간의 균형을 거쳐 최종적으로 법관의 자유심증주의를 통해 사법적 정의를 달성한다. 이 과정에서 증거사용금지이론은 핵심적인 기능을 하고 있는데, 이것은 하나의 기본개념에서 도출되어 발전된 것이 아니다. 즉, 증거사용금지 이론은 법문에 의한 금지보다 불문의 증거사용금지에 대한 논의가 대부분이며, 개별적 사례에서 유형별로 구체적인 해결방안을 제시한다. 이 해결과정에서 독일의 형사절차는 법원의 직권조사의무가 더 강하게 강조되며, 이에 따라 실제적 진실발견의 의무도 우위를 차지하게 된다. 이는 독일의 판례가 오랜 기간 견지해 오고 있는 기본적인 입장이라고 볼 수 있다.

일본의 형사소송법은 증거법의 기본원칙으로서 증거재판주의, 자유심증주의를 명문으로 채택하고 있다는 점에서 우리의 형사소송법과 동일하다. 다만, 일본의 경우 근대적인 형사법을 도입하던 과도기적 시기의 입법이었던 1873년의 개정율례에서는 “모든 죄를 처단하는 것은 자백에 의한다”고 규정했던 부분에서 ‘자백’이 현행법의 ‘증거’로 대체되었다는 연혁적 의미를 가지고 있다. 특히, 증거재판주의와 관련하여 증명의 종류는 엄격한 증명과 자유로운 증명으로 구분되며, 범죄사실을 비롯한 형벌권의 존부와 범위를 정하는 사실에 대한 증명은 증거능력이 있는 증거에 의한 증명, 즉 엄격한 증명에 의한다고 본다. 또한 범죄사실 그 자체는 아니지만, 형벌상 처벌조건의 존재, 처벌조각사유의 부존재, 법률상의 형의 가중사유의 부존재도 엄격한 증명의 대상이 된다고 해석한다. 이 때 증명의 정도는 확신 - 증거의 우월 - 추측의 3단계로 구분되며, 엄격한 증명의 대상이 되는 사실은 확신을 요구하고, 자유로운 증명의 대상이 되는 사실은 증거의 우월로 족하며, 소명의 대상이 되는 사실은 추측으로 족하다고 본다.

2. 증거의 허용기준

우선, 미국 증거법은 배심재판을 염두에 두지 않고서는 그 세밀한 규정의 필요성을 이해하기 힘들다. 배심원들이 증거능력이 없는 증거를 판단하여 편견을 가지지 않도록 증거능력 여부를 판단하는 재판장의 역할이 중요하다. 특히, 요증사실과의 관련성은 물론 관련성이 있는 증거라고 하더라도 불필요하게 배심원에게 편견을 불러일으키거나 배심원을 호도할 수 있는 증거를 배제할 필요가 있다. 다만, 재판장이 증거능력을 인정하기 위한 기초증거를 엄격하게 요구하면 배심원이 판단할 증거의 범위는 지나치게 줄어들게 된다. 따라서 재판장의 증거능력 판단은 배심원들이 해당 증거의 증명력 판단에 있어서 지나친 부작용을 초래할 만한 증거만을 배제하도록 규정하고 있다. 연방증거규칙에서 증거능력 인정을 위한 사전질문에 대한 상세한 규정을 두고 있는 것은 바로 이러한 재판장의 역할과 한계를 고려하도록 한 취지이다. 증거능력을 인정하여 배심원이 그 증거를 판단하였더라도 사후 증거능력이 없다고 판단되면 배심원 설시를 통해 이를 고려하지 않도록 규정하고 있는 것도 증거능력과 증명력 판단의 불가분성을 인정하고 그 부작용을 최소화하기 위한 규정이다. 구체적으로 문서, 저장기록, 사진 등의 물적 증거 정의에 있어 향후 기술 발달을 고려하여 비교적 폭넓은 규정을 두고 있는 것은 우리와 다르다고 할 수 있다. 하지만, 실제 그 증거능력의 인정에 있어서는 우리와 큰 차이를 보이지는 않는다. 다만, 문서, 저장기록, 사진의 경우 원본·사본 제출이 어려운 경우 그 내용을 잘 알고 있는 증인의 증언이 가능하다는 것을 명확하게 규정하여 증거능력의 인정범위를 넓게 규정하고 있는 점은 우리 규정과 다른 특징이라 할 수 있다. 다음으로 인적 증거에 있어 증인은 원칙적으로 직접 보고 들은 것을 진술해야 한다. 이는 전문법칙과 문서의 원본주의 법리와 맥락을 같이 한다. 다만, 증인의 진술에서 경험한 사항과 의견을 구분하기 힘들다는 이유로 현재 미국 증거법에서는 증인이 의견의 형태로 진술할 수 있다고 보고 있다. 나아가, 과거에는 증언이 허용되지 않았던 유무죄 판단과 관련된 궁극적 쟁점에 대하여 특별한 경우가 아니면 현재는 증언할 수 있도록 허용하고 있다. 또한 최근 미국연방대법원은 전문가 증언에 대한 기준으로 과거 프라이 판결 이래 유지해 오던 일반적 승인 기준을 도버트 판결에서 일반적 승인, 출판, 동료 심사, 검증가능성, 오류율과 같은

기준으로 전환했다. 그런데 도버트 판결은 이후 엄격한 기준이 아니라 가변적으로 전문가 증언의 증거능력을 판단하는 기준으로 활용되었다. 한편, 미국 국립학술원에서 전문가 증언이나 감정에 대해 그 과학적 가치의 재검토를 요구하는 충격적인 보고서가 제출된 이래, 일부 미국 법원은 이에 대해 민감하게 반응하였으나 일부 다른 법원은 큰 변화 없이 과학적 증거와 관련된 증거 법리를 유지하였다. 덧붙여서 성격증거는 미국 증거법에서 원칙적으로 증거능력이 인정되지 않는다. 그런데, 성격증거에 대하여 당사자 일방이 먼저 제시한 경우, 반대 당사자는 이를 반박하기 위하여 다른 성격증거를 제출할 수 있다. 또한, 성격증거는 동기, 기회, 의도, 준비, 계획, 지식, 신원, 착오의 부재, 또는 우연의 부재와 같은 다른 목적에 기초하는 경우 증거능력이 인정된다. 한편, 미국의 연방과 주에서 채택하고 있는 강간피해보호법에서 피고인의 성범죄 이력에 대하여는 증거능력을 부여하고 있지만, 피해자의 성행위 이력에 대해서는 증거능력을 부여하지 않는 예외적 접근법을 택한다.

프랑스에서 수사기관이나 예심판사가 작성한 각종 조서는 통상 전문증거로 취급되지 않으며, 적법한 절차에 따라 조사가 진행되고 조서의 형식적 요건을 갖춘 경우에 변론에 부쳐질 수 있다. 조서의 증거가치와 관련하여 프랑스 형사소송법은 경죄 및 중죄분야에서 원칙적으로 참고자료로서 인정하고 있으며, 이를 유죄의 직접증거로 인정하지 않는다. 다만, 법률이 달리 규정한 경우에는 예외가 인정된다. 즉, 형사소송법 및 개별법에서 규정하는 일정한 경죄를 적발하는 조서나 보고서에 대해서는 서면 또는 증인의 증거방법에 의해서만 반대증거가 제출될 수 있다. 마찬가지로 위경죄를 적발하는 조서나 보고서도 원칙적으로 서면 또는 증인의 방법에 의한 반대증거가 허용된다. 더 나아가 법률이 명시한 일부 경죄의 경우에는 허위의 기재가 입증될 때까지 조서의 진정성이 인정되며, 판사도 허위의 기재에 대한 입증이 없는 경우에 조서에 기재된 내용과 상반되는 사실을 인정할 수 없다. 그 결과 일정한 조서에 대해서는 대심적 토론을 거쳐야 한다는 원칙을 제한하는 효과가 발생한다. 또한 증거의 증명력과 관련하여 영상녹화물의 증거가치에 대하여는 의문이 생길 수 있다. 수사기관이나 예심판사의 신문과정을 녹음, 녹화한 영상녹화물은 유죄를 뒷받침하는 증거로 사용될 수 없다. 따라서 예심절차 또는 공판절차에서 신문조서의 내용을 반박할 경우에 재생이 허용되며, 조서에 증거능력을 부여하기 위한 수단으로는 활용되지 않는다.

일본에서는 증거의 허용기준과 관련하여 증거의 요건으로서 증거능력 이외에 영미법에서 유래하는 관련성(relevancy)의 개념을 사용한다. 이것은 자연적 관련성(논리적 관련성)과 법률적 관련성을 모두 포함하는 개념이다. 전자는 증명하려고 하는 사실에 대하여 필요 최소한도의 증명력이 있다는 것을 의미하고, 후자는 자연적 관련성이 인정되더라도 부당한 편견의 배제, 쟁점의 혼란의 방지 등을 위해 이를 부정함으로써 증거능력을 배제하는 것을 의미한다. 일본에서는 원칙적으로 누구든지 증인적격이 있지만, 피고인에 대하여는 증인적격이 부정된다고 본다. 그리고 증인에 대하여는 출석의무, 선서의무, 증언의무를 부과하고 있고, 그 위반행위에 대하여는 질서벌인 과태료와 형벌인 벌금 이외에도 최근 형사소송법 개정을 통하여 1년 이하의 징역에 처할 수 있도록 하고 있다. 이 경우, 우리는 과태료나 벌금에 한정된다는 점에서 차이를 보인다.

3. 증거의 배제

미국에서 우선, 전문진술은 원칙적으로 증거능력이 없다. 이 전문법칙은 미국연방 대법원의 *크로포트* 판결에서 대면권, 즉 반대신문권과 강하게 결합한다. 따라서 증인적 진술은 거의 예외 없이 반대신문권이 보장되어야 한다. 한편, 전문법칙에는 폭넓은 예외가 존재한다. 이에 해당하는 것으로 과거 법정 밖의 불일치 진술, 일치 진술, 범인식별진술, 반대 당사자에 대한 진술, 원진술자의 출석 불가, 현재 지각한 인상, 사망 시 진술, 흥분 상태의 발언, 현존하는 정신적, 감정적, 혹은 육체적 상태, 기억 환기용 기록, 업무 기록, 공공기록, 권위 있는 학술서, 과거 증언, 이익에 반하는 진술, 위법행위에 기초한 박탈 등이 연방과 주 증거법에 존재한다. 다음으로, 증언거부특권은 사법정의를 달성하기 위해 유용하게 활용될 수도 있는 증거를 포기한다고 하더라도 특정한 이익, 권리 및 관계를 보호하기 위해 존재한다. 증언거부특권에는 자기부죄 거부 특권, 배우자 비밀보호특권, 부모-자녀 간 비밀보호특권, 변호인-의뢰인비밀유지특권, 의사-환자 비밀유지특권, 공무원 비밀유지특권, 성직자-신도 비밀유지특권, 회계사-고객 비밀유지특권, 정보원 비밀유지특권, 언론기자 특권 등이 존재한다. 마지막으로, 위법수집증거배제의 원칙은 커먼로 전통에는 존재하지 않는 법리였지만, 미국 연방대법원을 비롯한 연방법원이 적극적으로 형성한 법리이다. 위법수집증거배제

의 원칙은 위법하게 수집한 증거는 증거능력이 없다는 내용을 지니고 있다. 나아가, 미국 연방대법원은 수사기관의 위법행위와 직접 결부된 증거뿐만 아니라 그로부터 유래한 증거까지 증거능력을 부인하는 독수독과 원칙을 채택했다. 다만, 독수독과 원칙에는 여러 예외가 있다. 이에 해당하는 것으로 선의예외, 탄핵증거의 예외, 공동피고인의 예외가 있다.

영국의 증거법은 통일된 성문 연방규칙으로 집대성하여 정리한 미국의 증거법과는 형식과 내용에서도 많은 차이가 있다. 특히, 증언거부 특권의 인정 범위 등과 관련하여 미국에 비해 증거의 인정 여부를 판단하는 데 있어서 영국은 더 폭넓게 법관의 재량을 허용하고 있다. 또한 미국 헌법에 기초하여 자동적, 의무적으로 위법수집증거를 배제하는 미국이나 2007년부터 우리 형사소송법에 명문으로 규정되어 있는 위법수집증거 배제원칙과 달리, 영국은 성문법 규정들을 제정했음에도 불구하고 여전히 많은 영역에서 법관의 재량에 맡겨 다소 비정형적으로 위법수집증거배제 원칙을 운용한다. 뿐만 아니라 성격증거에 관해서도 신빙성을 탄핵하기 위한 증거로만 성격증거를 사용할 수 있었던 과거 영국 커먼로 접근법이나 피고인의 악한 성격에 대한 증거능력을 원칙적으로는 인정하지 않고 예외적으로만 허용하는 미국 증거법상 성격증거에 대한 접근법과는 매우 다른 실정법 체계를 갖춰 나가고 있는 것으로 보인다.

프랑스는 우리의 위법수집증거배제법칙에 해당하는 명시적 규정을 두고 있지 않지만, 적법절차를 위반한 경우에 증거에서 배제하도록 하는 장치가 마련되어 있다. 먼저 수사기관이 신의칙에 반하는 방법으로 범죄를 적발하거나 증거를 수집한 경우에 이를 유죄의 증거로 사용할 수 없다. 우리 법과 마찬가지로 신의칙에 반하는 수사행위의 대표적인 것이 함정수사이다. 함정수사는 합법적인 수사방법인 잠입수사와 구별되며, 기만적 수단을 통하여 직접적으로 타인으로 하여금 범죄를 범하도록 유인하는 방법을 가리킨다. 우리 법과 유사하게 범행의 기회를 제공하는 것이 아니라 범의를 유발하는 함정수사는 위법한 것으로 판단된다. 수사기관이나 예심판사의 위법한 증거수집 행위에 대해서는 우리의 수사상 준항고 제도와 위법수집증거배제법칙의 법리가 결합된 형태의 무효절차가 마련되어 있다. 예심을 거친 중죄사건이나 복잡한 경죄사건은 고등법원 예심부가 절차의 무효여부에 대한 심리와 결정을 하며, 예심을 거치지 않은 경죄나 위경죄 사건은 판결법원이 유무죄에 대한 판결과 병행하여 결정한다. 무효의

원인으로서 공적 질서에 해당하는 위반의 경우에는 당사자의 신청이나 법원의 직권에 의하여 절차의 무효가 확인되고 그 절차에서 수집된 증거뿐만 아니라 일정한 범위의 파생증거도 증거로 사용할 수 없게 된다. 그러나 사적 질서에 해당하는 위반의 경우에는 절차위반이 항상 절차의 무효로 연결되는 것은 아니며, 당사자의 이익을 침해하는 경우에만 무효가 된다. 무효절차는 공판회부 결정에 앞서 사전에 절차를 위반한 예심 행위나 수사행위의 유효성을 판단함으로써 공판절차에서 불필요한 증거의 허용성 논란을 제거할 수 있다는 이점이 있다. 프랑스에서 위법수집증거의 배제와 관련하여 주로 논란이 되는 것은 사인이 위법하게 수집한 증거의 허용성 문제이다. 증거의 신의칙 원칙과 적법절차의 원칙이 수사기관이나 예심판사에게 엄격하게 적용되는 반면, 사인에 대해서는 증거자유의 원칙에 따라 불법적이거나 비열한 방식으로 수집된 증거라고 하더라도 원칙적으로 증거제출을 허용하고 있다. 여기에는 사인의 증거수집 능력이 수사기관과 다르며 무기대응의 원칙이 실현되어야 한다는 논리가 내재되어 있다. 반면 수사기관이 사인의 위법한 증거수집에 개입한 경우에 증거의 허용성 문제가 다소 까다로울 수 있다. 최근 판례는 수사기관이 절차를 우회하거나 남용하는 방식으로 피의자 또는 피고인의 핵심적 권리나 기본권 보장에 대한 침해를 목적으로 하거나 결과를 발생시킨 경우에는 무효의 대상이 된다고 보았다. 우리는 피고인의 자백과 관련하여 자백이 유죄의 유일한 증거가 될 수 없으며 다른 증거에 의해 보강되어야 한다는 자백보강법칙이 존재한다. 프랑스에서는 이와 같은 내용의 명시적 규정이 없으며 오히려 다른 증거요소들과 마찬가지로 판사의 자유로운 평가에 맡겨지도록 규정하고 있어 일응 자백만으로 유죄를 인정할 수 있는 것처럼 비춰진다. 하지만 판례는 자백을 신빙할 만한 정황이 있거나 다른 징표에 의해 보강되는 경우에 유죄의 자료로 사용될 수 있다는 입장을 취하고 있다. 또한 형사소송법상 경찰에 유치된 피의자가 변호인과 접견할 수 있었으며 변호인의 조력을 받은 경우에 그의 진술만으로 유죄를 선고할 수 있도록 규정하고 있다. 결론적으로 프랑스도 사실상 자백보강법칙이 적용된다고 할 수 있으며, 자백이 있거나 철회된 경우라고 하더라도 그 신빙성에 대해서는 자유심증주의에 따라 판사가 자유롭게 판단한다.

독일은 비진술 증거에 대한 원칙적 배제, 예외적 허용의 구조를 통해 절차적 정의와 함께 실체적 진실 추구와 그에 근거한 형사소추의 실현을 모색하고자 하는 증거법상

의 노력이 우리의 증거법과 유사하게 발견된다. 그러나 이를 면밀히 보면, 위법수집증거의 원칙적 배제는 독일의 형사소송법상 자명한 진리가 아님을 알 수 있다. 나아가 증거사용금지는 실제 사례에서 독자적 증거사용금지가 대부분인데, 증거사용금지의 원칙과 기준에 있어 우리와 달리 적법절차가 실체적 진실과 대등한 지위를 갖고 있는 모습은 그리 흔하지는 않다. 또한 판례와 학설의 입장은 매우 극명하게 대립하고 있는 모습을 발견할 수 있는데, 대표적으로 Hörfall이 그러하다. 이러한 경향은 증거사용금지의 기준에 대한 입장과 관련하여 연방대법원이 전개하고 있는 이의제기설에서도 엿볼 수 있다.

우리과 일본의 증거법 조문체계를 비교하면, 기본원칙에 관한 규정의 조문 배치 및 그 내용이 유사하고, 자백의 증거능력과 증명력의 제한으로서 자백배제법칙과 보강법칙도 다소의 세부적인 차이를 제외하고는 유사하다. 그러나 전문법칙에서는 원칙 규정과 예외 규정을 두고 있는 규율방식은 흡사하지만, 예외의 구체적인 내용이나 법적 요건 등에 있어서 차이를 보인다. 일본의 형사소송법은 전문증거를 증거로 할 수 없다는 원칙을 규정함과 동시에 그 예외 규정들을 두고 있다. 예외규정으로는 진술녹취서와 진술서, 전문 진술인 증언의 예외적인 허용기준, 당사자인 검사와 피고인 측에서의 동의가 있는 경우 혹은 합의서면에 대한 전문증거의 증거능력 허용기준, 증명력을 다투기 위한 증거인 탄핵증거에 대한 규정 등이 있다. 최근에는 영상 등의 송수신에 의한 통화의 방법, 즉 비디오링크방식에 의한 증인신문조서의 증거능력에 대한 규정이 신설되어 일부 개정이 있기도 하였다. 위법수집증거배제법칙에 대하여는 우리나라 형사소송법이 2007년 개정에 따라 명문의 규정을 두고 있는 반면, 일본은 이에 대한 명문 규정을 두고 있지 않다는 차이가 있다. 그러나 일본도 명문의 규정은 없지만, 1978년 일본최고재판소가 위법하게 수집한 증거물 등에 대하여도 일정한 경우에 한하여 증거능력을 부정할 수 있다는 입장을 판시한바 있다. 이는 종전의 판례가 위법하게 수집한 증거물의 증거능력에 대하여는 압수절차가 위법하더라도 물건 그 자체의 증거로서의 가치는 변함이 없다고 하는 이른바 성상불변론을 명분으로 그 증거능력을 인정해 온 것에 비하면, 큰 변화라고 볼 수 있다. 이 판례 이래로 위법수집증거배제법칙은 구체적인 사안별로 판결을 통해 그 적용의 요건이나 범위 등이 정립되어 왔다.

제2절 | 재판

1. 상소제도

영국에서 형사재판에 대한 항소는 치안법원에서의 결정에 대해 형사법원이나 고등 법원에 항소하는 절차와 형사법원의 결정을 항소법원에 항소하는 절차로 구분된다. 이 중에서 전자는 1980년 치안법원법(Magistrates' Courts Act)을 통해 규정되고, 후자는 1968년 형사항소법(Criminal Appeal Act)과 형사소송규칙(CrimPR)을 통해 규정된다. 특히, 형사소송규칙 Part 36은 항소법원에 항소하는 데 적용되는 일반 규칙을 규율하고, Parts 37~42는 다른 유형의 항소에서 채택한 절차의 기초를 형성하는 동일한 일반 원칙을 다룬다. 이처럼 영국은 우리와 달리, 편의를 위해 상소에 대한 실무절차를 구체적으로 기술된 규칙을 통해 해결하고자 한다.

미국의 상소제도는 우리와 다음과 같은 점이 다르다. 우선, 상소가 헌법상 피고인의 권리로 인정되지는 않지만 연방 및 각 주는 피고인의 항소 권리를 법률로 인정하고 있으면서도, 상고의 경우 상고허가 제도로 인해 우리와 같은 3심제도가 보장되지는 않는다. 다음으로 피고인이 무죄판결을 선고받으면 이중위험금지의 원칙상 검사가 상소할 수는 없고, 피고인이 배심원이나 법원으로부터 유죄판결(또는 평결)을 선고받은 경우에는 피고인은 상소할 수 있으며 이 경우 검사도 상소할 수 있다. 또한 배심원이 유죄평결을 하였으나 재판장이 무죄판결(judgment of acquittal)을 한 경우에도 검사는 항소할 수 있다. 이 경우 항소이유가 인정되면 피고인에 대하여는 배심원의 유죄평결이 적용되고 이후 양형절차로 이전한다. 양형에 관하여 피고인은 물론 검사도 항소할 수 있다. 수정헌법 제5조의 이중위험금지원칙은 배심재판의 경우 배심원이 구성되고 선서하기 전까지, 법관재판의 경우는 첫 번째 증인이 선서하기 전까지 적용되지 않고, 항소법원에 의해 원심이 파기되는 경우에도 이 조항이 적용되지 않으므로 다시 재판할 수 있다. 이중위험금지원칙으로 인해 피고인이 1심법원에서 무죄판결을 받는 경우 검사가 항소할 수 없으므로 미국의 상소 절차는 피고인에게 유리하게 운영된다. 다만, 피고인이 무죄판결을 받더라도 검사는 피고인의 무죄 여부를 다투는 상소를 할 수는 없어도, 법률상 쟁점과 관련하여 통일된 해석을 위해 자문적 상소(advisory

appeal)를 하는 것은 허용된다. 따라서 법률적인 쟁점을 다루는 상고심의 경우 항소심과는 달리 검사의 상고에 대한 상고법원의 상고 허가 비율이 피고인의 상고 허가 비율보다 훨씬 높은 것으로 나타난다.

프랑스에서 재판을 확정하는 기판력은 부정적인 면과 긍정적인 면을 모두 지닌다. 부정적 요소는 동일 사실에 대해 형사소추를 재개할 수 없도록 막는 것이며, 긍정적 요소는 형사법원이 내린 판결을 공소의 사소에 대한 우위적 특성에 고려하여 민사법원의 판결 시 따르도록 강제한다는 점이다. 프랑스의 일반적 상소절차로는 이의신청, 중죄피고인 궤석, 항소가 있다. 우선, 이의신청은 범죄 삼분법에 따라 경죄 또는 위경죄에 대한 피고인 궤석재판의 판결이 일방적 기판력을 갖지 못하게 하려는 불복절차를 말한다. 이것은 출석하지 않은 피고인의 권리인 동시에 피고인 궤석판결을 선고한 수소법원에서 행해지는 철회 절차라 할 수 있다. 다음으로, 중죄피고인 궤석은 공판개시 당시 유효한 이유 없이 중죄피고인이 궤석을 한 경우, 그리고 중죄피고인이 출정할 수 있을 때까지 공판 정지를 할 수 없으며 이러한 궤석이 심리과정에서 밝혀진 경우 이송을 할 수도 없는 경우에 한해 체포영장을 발부하여 신변확보를 하고 다음 공판기일에 심리할 수 있도록 하기 위한 것이다. 마지막으로, 원심 사건을 법적 또는 사실적으로 재검토하는 항소는 원심에 대한 불복개시에 그 어떤 제약을 받지 않으므로 일반 상소절차에 해당하며, 최초판결을 선고한 동일 법원이 아닌 그 상급법원에 구제를 구하는 ‘법원의 이중심급원칙’이 적용되는 불복신청제도로 상급법원에 의한 재판의 수정경로라 할 수 있다. 프랑스의 상고는 당사자 이익을 위한 일반상고와 우리의 비상상고에 준하는 법률의 이익을 위한 상고로 구분된다. 우선, 일반상고에서 파기원은 범죄사실이나 피고인의 유책성에 대해서는 판단하지 않고 원심에서 행해진 법률의 오류를 찾아 사안에 법률이 타당하게 적용되었는지 여부를 심판한다. 다음으로 법률의 이익을 위한 상고는 상고제기기간 내에 상고가 제기되지 않아서 판결이 확정되어 기판력을 갖게 되는 판결의 법령위반을 시정해야 하는 경우, 혹은 오류가 발견되었음에도 상고가 받아들여질 수 없는 경우를 대비하는 절차로서 판결의 일관성 확보를 목적으로 한다.

독일의 상소제도는 대체로 우리와 유사한 모습을 취하고 있지만, 다음과 같은 특색을 보이기도 한다. 독일의 상소 제도를 보면, 구(區) 법원의 판결에 대해서는 사실인정

내지 양형부당을 이유로 해서 지방법원에 항소할 수 있고, 항소심의 판결에 불복할 때는 고등법원에 대해 법령위반을 이유로 하여 상고할 수 있다. 그러나 지방법원 및 고등법원이 제1심으로 선고한 판결에 대하여는 사실인정 등을 이유로 하는 항소는 인정되지 않고 법령위반을 이유로 하는 상고만이 인정되며, 이러한 점에서 형사재판은 이심제(二審制)라고 할 수 있다. 이 경우 상고심으로서의 연방법원은 제1심에서 인정된 사실에 구속되고 법령위반 유무만을 판단한다.

일본의 상소제도는 우리의 제도와 크게 차이가 나지 않는다. 다만, 항소심 구조가 다음과 같이 다르다. 일본의 항소심 구조는 입법론상 복심주의(覆審主義)·속심주의(續審主義)·사후심주의(事後審主義)로 구분된다. 여기서 일본은 원칙적으로 사후심제를, 우리는 속심제를 취하고 있어 차이가 난다. 물론 항소법원이 항소이유에 포함된 사유에 관하여 심판해야 하나, 판결에 영향을 미친 사유에 관하여 항소이유서에 포함되지 않는 것도 직권으로 심판할 수 있다는 점에서 우리와 일본의 형사소송법은 차이가 없다. 그러나 일본의 경우, 항소에 이유가 있어 원심판결을 파기할 경우에는 원칙적으로 파기환송 또는 원심과 동급법원에 파기이송해야 하지만, 우리는 원칙적으로 항소심에서 원심판결을 파기하고 재판하는 것이 원칙이라는 점과 항소심에서 공소장변경을 인정한다는 점이 다르다.

2. 재심

미국의 재심 제도는 우리와 달리 재판이 확정된 이후는 물론 확정되기 이전에 신청할 수도 있고, 항소 재판 중에도 신청할 수 있다. 항소재판 중 재심신청이 있는 경우 원심법원은 재심 개시의 의사를 표시할 수 있고, 항소법원은 이를 고려하여 재심을 명할 수도 있다. 그러나 재심신청 기간에 대한 시간적 제약이 강해 재심보다는 인신보호영장제도를 이용하여 유죄의 확정판결 후 권리구제를 신청하는 경향이 크다. 인신보호제도는 민사소송의 성격을 지니지만 구금된 사람의 석방뿐만 아니라 새로운 재판을 명할 수도 있다는 점에서 우리와 같은 재심의 수단이 된다고 평가할 수 있다.

프랑스는 형사소송법 개정을 통해 일반법원판결에 대한 재심과 유럽인권법원판결에 대한 재심을 절차적으로 통합하여 규율하고 있다. 전자는 사실의 오류가 포함된

기판력 있는 유죄판결을 대상으로 제기되는 비상구제절차인 재심을 말하고, 후자는 유럽인권협약 또는 유럽인권협약 부가의정서 위반으로 유럽인권법원의 유죄판결을 선고받은 자에 대한 재심으로 재검토라 부른다. 우리의 재심 청구는 원판결의 법원이 관할하는 반면, 프랑스의 재심 청구는 파기원 형사부의 장을 재판장으로 하는 파기원 판사 18명으로 구성된 재심 및 재검토 법원이 관할한다는 점에서 차이를 보인다.

독일의 재심 제도에서는 이익재심뿐만 아니라 불이익재심도 허용되고 있는 점이 주목할 만하다. 불이익재심 사유와 관련해서는 비교적 최근에 도입된 재심사유, 즉 중(重)살인 등의 중대범죄에 관한 재심사유가 특히 주목할 만하다. 무죄 판결을 받은 사람이 법정에서 또는 법정 밖에서 범행에 대한 신빙성 있는 자백을 하는 경우 불이익 재심이 허용되는 것에 비추어, 중대한 범죄행위가 무죄 판결로 종결된 이후 DNA 증거 등에 의해 사실로 밝혀진 경우에도 무죄 판결을 받은 사람이 범행에 대해 신빙성 있는 자백을 하지 않는 한, 무죄 판결이 그대로 유지되는 것은 실제적 정의에 반한다고 본 것이다. 이 점은 불이익재심의 도입에 관한 우리의 논의에도 참고가 될 수 있다.

1. 국내문헌

• 단행본

- 미즈이 마코토/사카마키 타다시·신동운(역), 입문 일본형사수속법, 법문사, 2003.
- 배종대/홍영기, 형사소송법 제2판, 홍문사, 2020.
- 법무부, 독일 형사소송법, 2012.
- 클라우스 볼크/김환수·문성도·박노섭(역), 독일 형사소송법, 박영사, 2009.
- 표성수, 영미 형사사법의 구조, 비봉출판사, 2004.
- 한인섭/김대홍/김현숙/임보미/우지이에 히토시/김영중, 일본의 재판원제도, 서울대학교출판문화원, 2021.
- 히라라기 토키오·조균석(역), 일본형사소송법, 박영사, 2012.

• 논문

- 김성룡, “독일 형사상소제도 개혁논의의 시사”, 형사정책연구 제31권 제4호, 한국형사정책연구원, 2020.
- 김용세, “일본 재판원제도의 구조와 특성”, 형사정책연구 제16권 제2호, 한국형사정책연구원, 2005.
- 김정한, “증거능력 제한 규정으로 재해석한 형사소송법 제310조의 의미와 적용범위”, 법학연구 제23권 제1호, 경상대학교 법학연구소 2015.
- 김택수, “디엔에이신원확인정보 데이터베이스의효용성 강화를 위한 법정책”, 비교형사법연구 제17권 제3호, 한국비교형사법학회, 2015.
- 김택수, “조직범죄 대처를 위한 잠입수사기법의 허용성과 법적 체계: 프랑스 사례를 중심으로”, 경찰법연구 제14권 제1호, 한국경찰법학회, 2016.
- 김택수, “프랑스 참심재판의 개혁과 시사점”, 법학논총 제31집 제2호, 한양대학교 법학연구소, 2014.
- 김택수, “프랑스법상 무효절차에 의한 증거배제에 관한 연구”, 비교형사법연구 제18권

- 제1호, 한국비교형사법학회, 2016.
- 배상균, “일본의 피의자신문 영상녹화제도”, 법학논고 제74집, 경북대학교 법학연구원, 2021.
- 유주성, “프랑스 형사증거법상 증거자유주의에 관한 연구”, 비교형사법연구 제16권 제2호, 한국비교형사법학회, 2014.
- 이마이 테루유키, “일본의 재판원제도의 실정”, 법조 제62권 제4호, 법조협회, 2013.
- 이경재, “영국 치안판사법원의 경미사건처리제도”, 형사정책 제20권 제1호, 한국형사정책학회, 2008.
- 이상현, “미국 형사소송법상 인신보호영장(a Writ of Habeas Corpus) 제도에 대한 연구”, 법학논총 제30집, 숭실대학교 법학연구소, 2013.
- 차승민, 형사재심의 대상확대와 활성화에 관한 연구, 숙명여자대학교 대학원, 박사학위논문, 2021.
- 하태영, “독일 형사소송에서 참심원”, 비교형사법연구, 제16권 제1호, 한국비교형사법학회, 2014.

• 보고서 및 기타 자료

- 연세대학교 산학협력단, 국민참여재판에서의 증거조사방식에 관한 연구, 법원행정처 연구용역보고서, 2016.
- 최민영/김재현/허황/강효원/김택수/박용철/손병현/이동희/이성기, Global Standard 마련을 위한 쟁점별 주요국 형사법령 비교연구(I), 한국형사정책연구원, 2019.
- 최민영/배상균/강효원/강우예/이성기/김택수/손병현/정배근/이동희, Global Standard 마련을 위한 쟁점별 주요국 형사법령 비교연구(IV), 한국형사법무정책연구원, 2022.

2. 국외문헌

가. 영국

• 단행본

- Tyler, Amanda, L., *Habeas Corpus: A Very Short Introduction*, Oxford University Press, 2021.
- Brown, Beverley/Marks, Amber, *Evidence*, University of London Publication Office, 2019.
- Glover, Richard/Murphy, Peter, *Murphy on Evidence*, 13th ed. Oxford University Press, 2013.
- Keane, Adrian/McKeown, Paul, *The Modern Law of Evidence*, 14th ed. Oxford University Press, 2022.
- Lewis, Chris, *The Prosecution Service Function within the English Criminal Justice System, Coping with Overloaded Criminal Justice Systems*, Springer, 2006.
- Ormerod, David/Perry, David((eds)), *Blackstone's Criminal Practice 2023*, Oxford University Press, 2023.
- Redmayne, Mike, *Character in the Criminal Trial*, Oxford University Press, 2015.
- Simester, A. P./Spencer, J. R./Stark, F./Sullivan, G. R./Virgo, G. J., *Simester and Sullivan's Criminal Law: Theory and Doctrine*, 7th ed., Hart Publishing, 2019.

• 논문

- McConville, Michael, "The doctrine of judicial notice and its relationship to evidence", *The Liverpool Law Review* Vol. 1, 1979.
- McFeeley, Neil Douglas, "The Historical Development of Habeas Corpus", *Southwestern Law Journal* Vol. 30 No. 3, 1976.
- Monaghan, Nicola, "Reconceptualising good character: *Hunter v R*; *Saruwu v R*; *Johnstone v R*; *Walker v R*; *Lonsdale v R*", *The International Journal of Evidence & Proof* Vol. 19 No. 3, 2015.

• 보고서 및 기타 자료

CPS, 검찰법무지침 (공판절차) 2021. 1. 31.

<https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/farquharson-guidelines-role-prosecuting-advocates> (최종검색: 2023. 10. 1.)

CPS, 검찰법무지침 (전문법칙), 2021. 9. 10.,

<https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/hearsay> (최종검색: 2023. 9. 1.)

HM Courts and Tribunals Service, Reporters' Charter (May 2022).

https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1132180/HMCTS702_Reporters_Charter_A4_P_v5_Dec_22.pdf (최종검색: 2023. 9. 30.)

Home Office, Immigration Enforcement, Evidence in criminal investigations, Ver. 5.0, Home Office, 2020.

Royal Society, Forensic DNA Analysis: a primer for courts, 2017

<https://royalsociety.org/~media/about-us/programmes/science-and-law/royal-society-forensic-dna-analysis-primer-for-courts.pdf> (최종검색: 2023. 9. 1.)

나. 미국

• 단행본

Beckman, Sydney/Crump, Susan/Galves, Fred, Evidence: A Contemporary Approach, 2nd ed, West Academic Publishing, 2012.

Bergman, Barbara E./Hollander, Nancy/Duncan, Theresa M., Wharton's Criminal Evidence Vol. 3, 15th ed, Clark Boardman Callaghan, 1999.

Broun, Kenneth S., McCormick on Evidence, 6th ed, Thomson West, 2006.

Charles A. Wright/Arthur R. Miller/Edward H Cooper/Kenneth W. Graham, Jr., Federal Practice and Procedure Vol. 21, 2nd ed, Thomson West, 2005.

Choo, Andrew L-T, Evidence, 3rd ed, Oxford, 2012.

Garner, Bryan A., Black's Law Dictionary, 11th ed, 2019.

Ingram, Jefferson L., Criminal Evidence, 13th ed, Routledge, 2018.

- LaFave, Wayne R./Israel, Jerold H./King, Nancy J./Kerr, Orin S., Criminal Procedure Vol 4, 4th ed., Thomson West, 2022.
- LaFave, Wayne R./Israel, Jerold H./King, Nancy J./Kerr, Orin S., Criminal Procedure Vol 6, 4th ed., Thomson West, 2022.
- LaFave, Wayne R./Israel, Jerold H./King, Nancy J./Kerr, Orin S., Criminal Procedure Vol 7, 4th ed., Thomson West, 2022.
- Means, Brian R., Federal Habeas Manual, 2023 ed, Thomson West, 2023.
- Park, Roger C./Leonard, David/Orenstein, Aviva/Nance, Dale/Goldberg, Steven, Evidence Law: A Student's Guide to the Law of Evidence as Applied in American Trials, 4th ed, West Academic Publishing, 2017.
- Weisetin, Jack B./Berger, Margaret A., Weinstein's Evidence Manual Student Edition, 8th ed, LexisNexis, 2007.
- Witkin, B. E./Epstein, Justice Norman L., California Criminal Law Vol. 5, 4th ed, Witkin Legal Institute, 2012.
- Wright, Charles A./Miller, Arthur R./Cooper, Edward H./Graham, Jr., Kenneth W., Federal Practice and Procedure Vol. 21B, 2nd ed, Thomson West, 2005.
- Wright, Charles A./Miller, Arthur R./Cooper, Edward H./Graham, Jr., Kenneth W., Federal Practice and Procedure Vol. 3, 5th ed, Thomson West, 2022.
- Wright, Charles A./Miller, Arthur R./Cooper, Edward H./Graham, Jr., Kenneth W., Federal Practice and Procedure Vol. 31, 2nd ed, Thomson West, 2021.

• 논문

- Garrett, Brandon L., "Judging Innocence", Columbia Law Review Vol. 108 No. 1, 2008.
- Giannelli, Paul C., "Bite Mark Analysis", Criminal Law Bulletin Vol. 43, 2007.
- Gross, John P., "The Right to Counsel But Not the Presence of Counsel: A Survey of State Criminal Procedures for Pre-Trial Release", Florida Law Review Vol. 69 No. 3, 2018.
- Imwinkelried, Edward J., "Reshaping the Grotesque Doctrine of Character

- Evidence: The Reform Implication of the Most Recent Psychological Research”, Southwestern University Law Review Vol. 36, 2008.
- McCall, James R., “Misconceptions and Reevaluation —Polygraph Admissibility After Rock and Daubert”, University of Illinois Law Review Vol. 1996 No 2, 1996.
- Mnookin, Jennifer L./Cole, Simon A./Dror, Itiel E./Fisher, Barry A. J./Houck, Max M./Inman, Keith/Kaye, David H./Koehler, Jonathan J./Langenburg, Glenn/Risinger, D. Michael/Rudin, Norah/Siegel, Jay/Stoney, David A., “The Need for a Research Culture in the Forensic Sciences”, UCLA Law Review Vol. 58, 2011.
- Mosteller, Robert P., “Syndromes and Politics in Criminal Trials and Evidence Law”, Duke Law Journal Vol. 46 No. 3, 1996.
- Pincoffs, Edmund L., “Legal Responsibility and Moral Character”, Wayne Law Review Vol. 19, 1973.
- Pretty, Iain A./Sweet, David J., “The Scientific Basis for Human Bitemark Analyses-A Critical Review”, Science & Justice Vol. 41 No 2, 2001.
- Rothstein, Paul F., “Intellectual Coherence in an Evidence Code”, Loyola of Los Angeles Law Review Vol. 28, 1995.
- Rowland, Matthew G., “The Rising Federal Pretrial Detention Rate, in Context”, Federal Probation Vol. 82 No. 2, 2018.
- Schulhofer, Stephen J., “The Feminist Challenge in Criminal Law”, University of Pennsylvania Law Review Vol. 143, 1995.
- Sokol, Ronald P., “Federal Habeas Corpus Practice”, American Jurisprudence Trials Vol, 20, Lawyers Cooperative Publishing, 1973.
- Walker, Lenore E., “A Response to Elizabeth M. Schneider’s Describing and Changing: Women’s Self-Defense Work and the Problem of Expert Testimony on Battering”, Women’s Rights Law Reporter Vol. 9, 1986.

• 보고서 및 기타 자료

Committee on Identifying the Needs of the Forensic Sciences Community,

Strengthening Forensic Science in the United States, The National Academies Press, 2009.

Uniform Law Commission, Evidence, Rules of

<https://www.uniformlaws.org/committees/community-home?CommunityKey=c4191969-1a09-4e4c-90bd-a56d3534e1de>. (최종검색: 2023. 10. 1.)

다. 프랑스

• 단행본

Angevin, Henri, La pratique de la cour d'assises, 6e éd, LexisNexis, 2016.

Beziz-Ayache, Annie, Dictionnaire de droit penal général et procedure penale, 6e éd., Ellipses, 2016.

Boulloc, Bernard, Procédure pénale, 27e éd, Dalloz, 2019.

Boulloc, Bernard, Procédure pénale, 28e éd., Dalloz, 2021.

Boulloc, Bernard/Matsopoulou, Haritini, Droit pénal général et procédure pénale, 21e éd, Sirey, 2018.

Cornu, Gérard, Vocabulaire juridique, 14e éd., PUF, 2022.

Cornu, Gérard, Vocabulaire juridique, 7e éd., PUF, 2005.

Fourment, François/Camous, Eric, Procédure pénale, 15e éd, Paradigme, 2021.

Garcin, Claude, Procédure pénale, 3e éd., L'Hermès, 1998.

Garé, Thierry/Ginestet, Catherine, Droit pénal-Procédure pénale 2023, 14e éd., Dalloz, 2022.

Guéry, Christian/Lavielle, Bruno, Le guide des audiences correctionnelles, Dalloz, 2015.

Guichard, Serge/Buisson, Jaques, Procédure pénale, 15e éd., LexisNexis, 2022.

Pradel, Jean, Droit pénal comparé, 4e éd, Dalloz, 2016.

Pradel, Jean, Procédure pénale, 14e éd, Cujas, 2008.

Rassat, Michèle-Laure, Procédure pénale, 3e éd., Ellipses, 2017.

Renault-Brahinsky, Corinne, L'essentiel de la procédure pénale, 22e éd., Gualino, 2022.

Vergès, Étienne/Vial, Géraldine/Leclerc, Olivier, Droit de la preuve, 2e éd, PUF, 2022.

• 논문

Bensoussan-Brulé, Virginie/Gorriez, François, “Le neurodroit à la lumière des principes fondamentaux d’administration de la preuve pénale”, RLDI, n°140, 2017.

Bouloc, Bernard, “La tradition juridique française relativement au statut des repentis”, RSC, 1986.

Cukier, B., “La partie civile, recevabilité de la constitution et recevabilité de l’action civile. En cas de relaxe, irrecevabilité ou incompétence ?”, Gaz.Pal. 1985.1.Doc.

de Boisvilliers, P.D., “La règle de l’interdiction d’aggraver le sort du prévenu”, RSC, 1993.

Dumont, Jean, “Les nullités de l’information procédure”, Juris-Classeur Procédure pénale, Art. 170 à 174-1, LexisNexis, 2012.

KAI, Mahougnon Franc, “La preuve numérique à l’épreuve de la cybercriminalité, Mémoire de stage”, Université de Limoges, Année académique 2020/2021.

• 보고서 및 기타 자료

CEDH 11 mai 2023, Lalik c/ Pologne, n° 47834/19;
<https://www.dalloz-actualite.fr/flash/aveux-recueillis-en-violation-des-droits-de-defense-et-meconnaissance-du-proces-equitable> (최종검색: 2023. 10. 5.)

La Cour de cassation, La preuve, Rapport annuel 2012.

Le Parisien, 2017. 4. 28., Le portrait-robot génétique, technique de pointe de la police scientifique
<https://www.leparisien.fr/faits-divers/le-portrait-robot-genetique-technique-de-pointe-de-la-police-scientifique-28-04-2017-6897879.php>
 (최종검색: 2023. 10. 5.)

라. 독일

• 단행본

- Beulke, Werner/Swoboda, Sabine, Strafprozessrecht, 14. Aufl., C.F. Müller, 2018.
- Beulke, Werner/Swoboda, Sabine, Strafprozessrecht, 16. Aufl., C.F. Müller, 2022.
- Birkmeyer, Karl, Deutsches Strafprozeßrecht mit eingehender Bezugnahme auf die preußischen und bayerischen Ausführungsbestimmungen und unter Berücksichtigung des österreichischen Strafprozeßrechtes, Müller, 1898.
- Hanne, Nicole, Rechtskraftdurchbrechungen von Strafsentscheidungen im Wechsel der politischen Systeme, Duncker & Humblot, 2005.
- Huber, Michael, Das Strafurteil, 2. Aufl, C.H.Beck, 2004.
- Krack, Ralf, Rehabilitierung des Beschuldigten im Strafverfahren, Mohr Siebeck, 2002.
- Kühne, Hans-Heiner, Strafprozessrecht: Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts, 9. Aufl, C.F. Müller, 2015.
- Meyer-Goßner, Lutz/Schmitt, Bertram, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, 66. Aufl, C.H.Beck, 2023.
- Peters, Karl, Strafprozeß. Ein Lehrbuch, 4. Aufl, C.F. Müller, 1985
- Popp, Andreas, Verfahrenstheoretische Grundlagen der Fehlerkorrektur im Strafverfahren, Duncker & Humblot, 2005.
- Ranft, Otfried, Strafprozeßrecht: Systematische Lehrdarstellung für Studium und Praxis, 3. Aufl, Boorberg, 2005.
- Roxin, Claus/Schünemann, Bernd, Strafverfahrensrecht, 30. Aufl, C.H.Beck, 2022.
- Satzger, Helmut, Die Europäisierung des Strafrechts: Eine Untersuchung zum Einfluß des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das deutsche Strafrecht, Heymann, 2001.
- Schäfer, Gerhard/Fresemann, Thomas/Hinrichs, Hauke, Die Praxis des Strafverfahrens, 7. Aufl, Kohlhammer, 2023.
- Schröer, Eike, Das beschleunigte Strafverfahren gem. §§ 417 ff. StPO, Duncker & Humblot, 1998.

Volk, Klaus/Engländer, Armin, Grundkurs StPO, 10. Aufl., C.H. Beck, 2021.
Weber-Klatt, Karin, Die Wiederaufnahme von Verfahren zu Ungunsten des Angeklagten, Peter Lang, 1997.

• 논문

- Ambos, Kai, "Verfahrensverkürzung zwischen Prozeßökonomie und „fair trial“. Eine Untersuchung zum Strafbefehlsverfahren und zum beschleunigten Verfahren – Rechtspolitische Empfehlungen", Jura, 1998.
- Appl, Ekkehard, "Über die „Kunst des Urteilschreibens", in: Thomas Fischer/Klaus Bernsmann (Hrsg.), Festschrift für Ruth Rissing-van Saan zum 65. Geburtstag am 25. Januar 2011, De Gruyter, 2011.
- Barton, Stephan, "Absolute Revisionsgründe, Rechtspraxis und Verfahrensgerechtigkeit", in: Stefan Hiebl/Nils Kassebohm/Hans Lilie (Hrsg.) Festschrift für Volkmar Mehle zum 65. Geburtstag am 11. 11. 2009, Nomos, 2009.
- Beulke, Werner, "Schuldpruchersetzung - Berichtigung oder Benachteiligung? - Der Austausch der Straftatbestände im Urteilstenor durch das Revisionsgericht unter Aufrechterhaltung des Strafausspruchs", in: Dieter Dölling/Bert Götting/Bernd-Dieter Meier/Torsten Verrel (Hrsg.), Verbrechen - Strafe - Resozialisierung: Festschrift für Heinz Schöch zum 70. Geburtstag am 20. August 2010, De Gruyter, 2010.
- Erb, Volker, "Überlegungen zum Rechtsmittelverzicht des Angeklagten im unmittelbaren Anschluß an die Urteilsverkündung", GA 2000.
- Fezer, Gerhard, "Zum Verständnis der sog. Annahmeyerufung (§ 313 StPO)", in: Neue Zeitschrift für Strafrecht, 1995.
- Hamm, Rainer, "Die (Verfahrens-)Rüge in der (Sach-)Rüge", in: Thomas Fischer/Klaus Bernsmann (Hrsg.), Festschrift für Ruth Rissing-van Saan zum 65. Geburtstag am 25. Januar 2011, De Gruyter, 2011.
- Heinz, Wolfgang, "Der Strafbefehl in der Rechtswirklichkeit", in: Guido Britz/Heike Jung/Heinz Koriath/Egon Müller (Hrsg.), Grundfragen staatlichen Strafens; Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70.

- Geburtstag, C.H.Beck, 2001.
- Jahn, Matthias, "Die Aufgaben des Strafverteidigers im Verfassungsbeschwerdeverfahren", Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 2009.
- Kretschmer, Joachim, "Der neue § 358 Abs. 2 Satz 2 StPO – oder: Das Verschlechterungsverbot bei den Maßregeln der Besserung und Sicherung zwischen Freiheit und Sicherheit", Strafverteidiger, 2010.
- Leipold, Klaus/Wojtech, Michael, "Strafbefehl bis zu zwei Jahren Freiheitsstrafe", Zeitschrift für Rechtspolitik, 2010.
- Maier, Stefan/Paul, Carsten, "Anwendungsbereiche des § 354 Ia und Ib StPO in der Rechtsprechung des BGH". Neue Zeitschrift für Strafrecht, 2006.
- Marxen, Klaus/Tiemann, Frank, "Aus Wissenschaft und Praxis: Die geplante Reform der Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten", Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 2008.
- Meyer-Goßner, Lutz, "Abschaffung des §357 StPO", in: Bernd Schünemann/Hans Achenbach/Wilfried Bottke/Bernhard Haffke/Hans-Joachim Rudolphi (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, De Gruyter, 2001.
- Nack, Armin, "Die Revisibilität der Beweiswürdigung", Strafverteidiger, 2002.
- Pabst, Simon, "Wider die Erweiterung der Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten: Eine zu Recht unterbliebene Reform", in: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 2010.
- Riess, Peter, "Die schriftlichen Urteilsgründe des Tatrichters – Materialien zur Reform des § 267 StPO", in: Thomas Fischer/Klaus Bernsmann (Hrsg.), Festschrift für Ruth Rissing-van Saan zum 65. Geburtstag am 25. Januar 2011, De Gruyter, 2011.
- Rosenau, Henning, "Die offensichtliche Ungesetzlichkeit der „ou“-Verwerfung nach § 349 Abs. 2 StPO in der Spruchpraxis des BGH", Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik 2012.
- Schünemann, Bernd, "Grundfragen der Revision im Strafprozeß", Juristische Arbeitsblätter, 1982.

Schweiger, Theresa, “Aktuelle Entwicklungen im Wiederaufnahmerecht des deutschen Strafprozessrechts”, Zeitschrift für Internationale Strafrechtswissenschaft, 2022.

Wasserburg, Klaus/Eschelbach, Ralf, “Die Wiederaufnahme des Verfahrens propter nova als Rechtsschutzmittel”, Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 2003.

Zaczyk, Rainer, “Bindungswirkungen eines rechtskräftigen Strafurteils für das materielle Strafrecht”, Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 1988.

• 보고서 및 기타 자료

Bundesgesetzblatt, Jahrgang 2021 Teil I, Nr. 86, ausgegeben am 29. 12. 2021.

마. 일본

• 단행본

江家義男, 刑事証拠法の基礎理論 [訂正版], 有斐閣, 1952.

白井滋夫, 刑事法重要講座 改訂証拠, 立花書房, 1997.

栗本一夫, 改訂新版新刑事訴訟法, 立花書房, 1950.

白取祐司, 刑事訴訟法 [第2版], 日本評論社, 2001.

山崎清, 証拠法序説, 明治大学, 1961.

三井誠/酒巻匡, 入門刑事手続法 [第7版], 有斐閣, 2017.

三井誠/河原俊也/上野友慈/岡慎一 [編], 別冊法学セミナー 新基本法コンメンタール 刑事訴訟法 [第2版追補版], 日本評論社, 2017.

三井誠/河原俊也/上野友慈/岡慎一 [編], 別冊法学セミナー 新基本法コンメンタール 刑事訴訟法 [第3版], 日本評論社, 2018.

石井一正, 刑事実務証拠法 [第5版], 判例タイムズ社, 2011.

松尾浩也(監修)/松本時夫/土本武司(編集), 條解刑事訴訟法 [新版増補版], 弘文堂, 2001.

安富潔, 演習講座証拠法, 東京法令出版, 2001.

安富潔, 刑事訴訟法講義 [第5版], 慶應義塾大学出版会, 2021.

鴨良弼, 刑事証拠法, 日本評論社, 1962.

- 鴨良弼, 刑事証拠法の新展開, 日本評論社, 1973.
- 熊谷弘 外 [編], 証拠法大系 (全4巻), 日本評論社, 1970.
- 伊藤栄樹/亀山継夫/小林充/香城敏鷹/佐々木史朗/増井清彦, 注釈刑事訴訟法 [新版] 第5巻, 立花書房, 1998.
- 田口守一, 刑事訴訟法 [第3版], 弘文堂, 2001.
- 田宮裕, 刑事訴訟法 [新版], 有斐閣, 1999.
- 田中和夫, 新版証拠法 [増補第3版], 有斐閣, 1972.
- 酒巻匡, 刑事訴訟法 [第2版], 有斐閣, 2020.
- 池田修/前田雅英, 刑事訴訟法講義 [第7版], 東京大学出版会, 2022.
- 土本武司, 証拠法の理論と実際, 東京法令出版, 1992.
- 平野竜一, 捜査と人権, 刑事法研究 第3巻, 有斐閣, 1981.
- 河上和雄/中山善房/古田佑紀/原田國男/河村博/渡辺咲子 [編], 大コンメンタール刑事訴訟法 [第2版] 第7巻, 青林書院, 2012.
- 後藤昭/白取祐司, 新・コンメンタール刑事訴訟法 [第3版], 日本評論社, 2018.

• 보고서 및 기타 자료)

- 検察庁ホームページ, 道路交通法違反の三者即日処理について,
https://www.kensatsu.go.jp/gyoumu/dokoho_ihan.htm (최종검색: 2023. 9. 15.)
- 検察庁ホームページ, 略式裁判について,
<https://www.kensatsu.go.jp/gyoumu/ryakushiki.htm> (최종검색: 2023. 9. 15.)
- 法務総合研究所, 平成5年版 犯罪白書,
https://hakusyo1.moj.go.jp/jp/34/nfm/n_34_2_4_3_2_2.html (최종검색: 2023. 9. 15.)
- 裁判所ウェブサイト, 簡易裁判所の刑事事件について,
https://www.courts.go.jp/saiban/syurui/syurui_keizi/keizi_04/index.html
 (최종검색: 2023. 9. 15.)
- 最高裁判所事務総局, 令和2年における裁判員裁判の実施状況等に関する資料,
<https://www.saibanin.courts.go.jp/vc-files/saibanin/2021/R2-103-1.pdf>
 (최종검색: 2023. 9. 15.)

Setting up global standards: issue-based comparative study on criminal law of major countries (V)

Choi Min-Young • Bae Sang-Kyun

Kang Wu-Ye • Kang Hyo-Won • Kim Seong-Gyu

Kim Taek-Su • Sohn Byung-Hyun

Lee Dong-Hee • Lee Seong-Ki • Jeong Bae-Keun

Research of criminal laws of major countries, such as Criminal Act, Criminal Procedure Act, and Criminal Administration Act, has been either merely concentrated on translating provisions and regulations, or highlighted only socially controversial issues to provide legislation guideline from a rather narrow perspective. However, enacting and amending law, and establishing and reforming field practices and system require the introduction and comparative analysis of issue-specific laws, theories, and court cases of foreign countries in a comprehensive and structured manner so that the research result could properly be integrated into our criminal system. Considering such need, the purposes of this study are as follows.

First, it aims to discover general theory of criminal law from a dogmatic perspective. In other words, we explore whether it is possible at all to find and set a “global standard,” and elicit relevant implications and conclusion for each issue. Next, the study also intends to compare and analyze effective laws and regulations as well as court cases and related systems as tools for reforming corresponding or similar systems and legal practices in the ROK. In addition, it plans to propose an international standard and procedure useful in a cross-border criminal justice collaboration, and provide norms and basic direction that can be used as reference

in a search for criminals and investigation of crimes. Lastly, based on the primary outcome of this study, we further hope to establish a structured and multi-perspective foreign criminal law information system in the future.

This study looks at five countries – UK, US, France, Germany, and Japan – for analytical comparison of General and Individual Provisions of Criminal Act, Criminal Procedure Act, and regulation regarding international criminal justice collaboration. Under an objective of building a system for comparative criminal law research, issue-specific approach will be taken in translating relevant laws and regulations, comparing and analyzing the main contents, and introducing related institution and court cases. At the core of all these efforts lies harmonizing framework and structure that enables comparison among different countries. That is, the contents will be written based on a common structure and terms agreed upon through discussions of researchers. The outcome of our research will be once again organized in a form of database for more systematic presentation.

In particular, this year, the contents of the Comparative Criminal Law Database (CCLDB, www.kicj.re.kr.ccldb) were updated and the search engine function was improved to increase the convenience of using the database. In addition, the evidence and trial parts of the criminal procedure acts of the five countries were newly introduced, analyzed and compared. To this end, first of all, the different parts of a specific country were described as different parts, taking a large framework while unifying the procedures of different criminal proceedings among countries to some extent. Next, while arranging the main terms of each country, we tried to translate them into Korean consistently. Each term and concept can be modified and supplemented at any time through further discussion and research. Finally, we drew conclusions by broadly comparing and analyzing the implications of the evidence and trial procedures in each of the five countries.

연구총서 23-B-01

Global Standard 마련을 위한 쟁점별 주요국 형사법령 비교연구(V)

발행 | 2023년 12월

발행처 | 한국형사·법무정책연구원

발행인 | 하태훈

등록 | 1990. 3. 20. 제21-143호

주소 | 서울특별시 서초구 태봉로 114

전화 | (02)575-5282

홈페이지 | www.kicj.re.kr

정가 | 15,000원

인쇄 | 한결엠 02) 6952-0551

I S B N | 979-11-986058-6-3

• 사전 승인없이 보고서 내용의 무단 전재 및 복제를 금함.