

사실인정과 언어적 한계*

권 오 길**

국 | 문 | 요 | 약

언어의 본질에서 비롯되는 이해 대상의 유동적 성격은 소송절차에서 과거사실의 존재를 인식하는 경우에도 그대로 타당하다. 소송에서 법관은 등장하는 다양하고 수많은 정보(증거)들에 대한 복합적인 평가를 기초로 하여 당사자들의 가설적인 주장사실에 귀속될 수 있는 ‘언어기호’를 선택한다. 즉 법관의 사실인정이란 ‘언어귀속(Sprachzuschreibung)’의 행위(말행위)이다. 소송절차에서 각 당사자는 다양한 언어 기호를 통하여 자신의 생각을 표현하게 된다. 언어는 소송절차에서의 본질적인 의사소통의 수단으로서 합리적인 사실인정의 기초를 제공한다. 그러나 합리적인 사실인정에는 언어가 가지고 있는 내재적 한계로 인하여 어떤 형태로든 일정한 한계가 존재한다는 것을 인정하지 않을 수 없다고 본다. 특히 법률언어의 경우에는 언어의 본질적인 추상성과 다양성에 법률의 규범성이 혼합됨으로서 의사소통과정에서의 어려움과 복잡성이 가중된다. 합리적인 사실인정은 법률용어, 법적 절차를 포함한 법이 ‘의사소통적 전제조건을 마련하는 틀’로서 작용할 때 가능하다. 법이 그러한 시스템으로 작용할 때에, 법은 사회적 상호행위에 법적 성격을 부여함으로써 갈등의 당사자들이 공정하고 합리적인 사법절차에 호소할 기회를 제공하는 역할을 한다. 그 결과 시민들은 법적 시스템을 통해 자신의 권리를 주장하고 항변할 수 있다. 즉 서면에 의해서 짜여진 사실인정이 아니라 합리적인 소통공간에서 자신의 범죄사실을 주장 또는 부인할 수 있다. 따라서 각종 법률언어를 - 특히 서면 - 통한 사실인정의 과정에서의 한계를 인정하더라도 그 한계를 최소화하기 위한 방안이 필요하다. 따라서 입법자는 법률용어의 사용에 있어서 추상적 개념보다는 구체적 개념, 불확정개념 보다는 확정개념, 전문용어 보다는 일상용어, 규범적 용어 보다는 사실적(혹은 기술적) 용어들을 사용하는 것이 바람직하며, 절차적 관점에서는 공판단계에서의 구두주의와 직접주의의 실질적 보장이 중요하다고 본다.

❖ 주제어 : 사실인정, 언어, 기억, 법률언어, 의사소통, 조서

* 이 논문은 2012학년도 경북대학교 학술연구비에 의하여 연구되었음.

** 경북대학교 법학전문대학원 교수.

I. 서론

형법의 적절한 적용에 의하여 구체적 법률관계를 형성하고 확정하는 것을 목표로 하는 형사재판은 사실관계의 정확한 파악을 전제로 하며, 이러한 사실관계의 확정이 형사재판에 있어서 가장 중요하다고 할 수 있다. 그러나 사실관계를 확정하는 형사사건에서 다툼이 되는 것은 법령의 해석, 소송절차 등 여러 가지가 있을 수 있으나 실제 재판에서 압도적으로 쟁점이 되는 사항은 사실의 존부 즉 사실인정이라고 할 수 있다. 실제의 소송절차에서 시간과 노력의 훨씬 많은 부분이 소요되는 것은 법적 규칙에 대한 다툼이 아니라 ‘증거’를 수집하고(collecting), 제시하고(presenting), 시험하고(testing), 반대신문하고(challenge) 그리고 평가하는(evaluating) 것이다. 즉 한마디로 말한다면 법률 보다 사실에 더 많은 노력이 소요되는 것이다(the ‘facts’ rather than the law).¹⁾ 이러한 사실을 판단함에 있어서 법령의 해석만을 가지고 다투는 사건은 극히 적으며, 설령 법령의 해석이나 소송절차 등의 문제로 다투는 경우라 하더라도, 그 기초사실의 존부가 우선적으로 문제로 되는 경우가 많다.²⁾ 모든 소송에 있어서 사실인정은 법률적용의 전제로서 전체로서의 소송의 승패를 결정짓는 요소로서 판결의 정당성을 위한 첫 출발점이다. 사실인정의 오인이 민사소송에 있어서는 회복의 가능성이 있다고도 할 수 있지만, 형사소송에서는 만약 진범이 아닌 자에게 유죄를 인정하고 사형이 선고되고 집행되었다면, 침해된 생명은 그 회복은 불가능하다. 따라서 사실인정의 중요성은 민사소송에서 보다 형벌을 부과를 결정하는 절차인 형사소송에서는 더욱 중요하다고 하지 않을 수 없다.³⁾

-
- 1) Paul Roberts/Adrian Zuckerman, *Criminal Evidence*, Oxford University Press(2004), p. 109.
 - 2) 뿐만 아니라, 범죄사실의 존부나 피고인이 범인이라는 점에 다툼이 없는 사건이라고 하더라도 피고인에게 어느 정도의 양형을 부과할 것인지의 문제와 관련해서도 양형의 기초가 되는 사실에 대한 다툼이 발생할 수 밖에 없다; 박종선, "강간죄의 적정한 사실인정 정립에 관한 연구", 법학논총 제26집 제3집, 한양대학교 법학연구소(2009), 67면.
 - 3) 형사소송법 제307조는 ‘사실의 인정은 증거에 의하여야 한다’라고 규정하여 증거재판주의를 선언하고 있으며, 이것은 오늘날 모든 재판절차에 있어서 적용되는 자명한 원리이다. 그러나 사실인정의 역사를 회고해 보면 그렇지도 않다는 것이 나타난다. 형사재판의 역사는 신탁(信託)재판의 시대(고대부터 중세까지)부터 규문재판의 시대(중세 말부터 프랑크혁명까지)를 거쳐, 근대적 형사재판의 시대(프랑스혁명 이후)에 이른다. 이러한 사실인정의 역사는 신의 의사(神判)에 의하여 유무죄가 결정되는 것으로 “非” 증거재판주의였다고 할 수 있다. 또한 증거재판주의는 형사절차뿐만 아니라

따라서 어떻게 하면 올바른 사실인정을 할 수 있는가의 문제는 형사재판에 있어서 매우 중요한 과제일 뿐만 아니라, 형사재판에 관여하는 자의 끊임없는 관심사라고 할 수 있다. 특히 사실인정에 대하여 최종적인 책임을 지는 법관에게는 상당히 어려운 문제로 작용할 것이다.⁴⁾ 이러한 어려움은 정도의 차이는 있을 수 있겠으나, 수사에 종사하는 경찰관과 공소 제기 여부를 판단하여야 하는 검사에게도 존재한다. 왜냐하면 수사나 공소에 있어서도 적절한 사실인정이 필요하고 그것에 의하여 사건의 귀추가 정해지기 때문이다.⁵⁾

그러나 사실인정의 과정은 많은 한계를 가지고 있다. 사실문제와 법률문제의 구별의 어려움, 피고인의 태도, 증거의 부족, 법관의 자유심증에 따른 한계 등이다. 그러나 가장 큰 어려움의 하나는 사실인정과정에서 발생하는 언어적 한계이다. 사실인정 작업은 과거에 발생한 사건의 증거로부터 어떤 사실이 존재하는지 혹은 존재하지 않는지를 現在化 하는 작업이다. 즉 과거를 현재의 눈으로 확인하여야 하는 것으로서 과거의 흔적이 남아 있는 경우도 있지만, 상당수의 범죄의 경우에는 과거의 흔적이 존재하지 않거나 존재하였더라도 시간의 경과로 희미해지기 때문이다.⁶⁾ 또한 과거의 흔적도 직접적인 흔적 보다는 간접적인 흔적- 이른바 정황증거, 간접증거- 들이 대부분이기 때문이다. 그리고 그 흔적은 인간의 기억 속에 존재하다가 기억 그 자체가 아니라 바로 언어(문자를 포함한)의 형태로 타인에게 전달된다. 기억이 언어의 형태로 법정이나⁷⁾ 수사기관에 의해서⁸⁾ 표현되는 과정에서 기억의 변화

다른 소송절차에서도 요구되는 원칙이다. 그런데 私人간의 이해관계에 관한 분쟁해결을 목적으로 하는 민사소송에 있어서는 분쟁의 대상이 되고 있는 사실을 증명함에 있어서 형식적 진실을 발견하는 것으로 족하다. 따라서 민사소송법은 증거재판주의를 적극적으로 명시하기 보다는 “법원에서 당사자가 자백한 사실과 현저한 사실은 증명을 요하지 아니한다”라고 규정함으로써(민사소송법 제 288조 본문) 증거재판주의를 소극적으로 규정하고 있다; 신동운, 신형사소송법, 법문사(2008), 865면.

4) 박종선, 앞의 논문, 68면.

5) 박종선, 앞의 논문, 69면.

6) 이러한 점이 동일한 사실인정임에도 불구하고 민사재판의 경우와 매우 다른 점이다. 민사사건은 추후 발생될 분쟁에 대비하여 서면으로 공증화하기도 하고, 혹은 증인을 세우기도 하므로 누가, 언제, 무슨 행위를 하였는가에 대한 증거나 흔적을 명확히 남기는 경우들이 적지 않다; 石井一正, 刑事事實認定入門, 2008, 20-21면; 박종선, 앞의 논문 69면에서 재인용.

7) 중인신문에서의 증인의 증언이 이에 해당한다.

8) 피의자 신문조서, 참고인진술조서 등이 증거로 제출되는 경우이다.

그리고 언어적 표현의 다의성 또는 애매성 등으로 인하여 오류가 발생하기 쉬우며, 또한 의식적으로 피고인 또는 증인이 허위의 표현을 하는 경우도 있다. Hasssermer는 법관의 사실인정의 과정을 장면적 이해라고 하면서 법관이 소송에서 등장하는 다양한 정보(증거)를 토대로 피고인이 행하였다고 말할 수 있는 범죄행위를 재구성하는 활동으로 정의하였다.⁹⁾ 법관의 사실인정에서 펼쳐는 이해활동은 당사자의 말을 청취하면서 과거사건을 마치 다큐멘터리 영화처럼 재구성하는 이해활동이라 할 수 있다. 즉 법관의 사실인정이란 ‘언어귀속(Sprachzuschreibung)’의 말행위이다.¹⁰⁾ 이 때 법관이 합리적인 사실인정의 과정을 수행하는 관건은 참여자의 말을 합리적으로 잘 들을 수 있는 가에 있다. 인간의 정신활동 중 기억이나 추론 등 인지적 활동은 대부분 언어를 매개체로 하며,¹¹⁾ 언어는 인간 활동의 본질이며 중심이다. 의미론학자 리이취(G. Leech)에 의하면 언어는 정보기능(informational function), 표현기능(expressive function), 지령기능(directive function), 미적 기능(aesthetic function)을 가지고 있다.¹²⁾ 그러나 사실인정의 과정에 제출되고 사용되는 언어는 구두언어, 서면언어, 비언어적 행동 등으로 다양하다. 언어는 하나의 시스템으로서 사회의 구성원이 공유하기 때문에 의사소통이 이루어지지만, 동시에 개인마다 다른¹³⁾, 각 개인이 가지고 있는 사적인 체계이기도 하므로,¹⁴⁾ 각각의 언어활동은 타인이 그 상대방의 언어의 의미를 정확히 이해하는 것이 불가능한 경우도 있다.

이에 따라서 본 연구에서는 사실인정 과정에서의 언어적 한계를 구체적으로 살펴보고자 한다. 이를 통해서 보다 합리적인 사실인정을 위한 방안을 마련하는데 기초를 제공할 수 있을 것으로 사료된다. 이를 위해서 먼저 언어가 생성되는 인간의 기억시스템을 살펴보고(Ⅱ), 사실인정의 과정에서 동원되는 법률언어에 의한 한계

9) 이상돈, 법이론, 세창출판사(2005), 249면.

10) 이상돈, 법이론, 251면.

11) 강범모, 언어, 한국문화사(2011), 17면.

12) 최기호/김미형/임소영, 언어와 사회, 한국문화사(2004), 8면.

13) 인간의 언어능력은 모든 인간을 포괄하는 유일한 언어의 현재로 실현될 수 있는 것이 아니라, 다양한 개별 언어들로 구체화된다; 이성준, 인간과 언어의 정신활동, 푸른사상(2007), 70면.

14) 언어학자 소쉬르는 전자를 랑그(langue), 후자를 파롤(parole)이라고 부르고, 개인마다 다를 수 있는 파롤이 아니라, 공동의 사회시스템으로서의 언어, 즉 랑그가 언어학의 대상이라고 주장하였다; 강범모, 언어, 한국문화사(2011), 13면.

(Ⅲ), 소송에서 일반적으로 사용되고 있는 법률서면에 의한 한계(Ⅳ)를 차례로 고찰하고자 한다.

II. 언어의 전제로서의 인간의 기억시스템

재판의 전제되는 사실은 실험을 통하여 재현할 수 있는 과학적 사실이 아니라 과거의 지나간 사실 즉 역사적 사실이다. 사물과 현상에 대한 사람의 인식은 제1차적으로는 감각기관을 통한 지각에서 비롯되는데, 법관으로서는 재판의 전제가 된 주요사실을 직접 경험할 수 없기 때문에 피고인의 자백이나 범죄 현장을 목격한 증인의 증언을 통하여 이를 간접적으로 경험할 수밖에 없다. 관찰자가 기억한 것이 언어적 도구를 통해서 사실인정과정에 현출되게 된다. 이때 그 경험의 정확성 여부 즉 경험자의 관찰의 정확성, 기억 체계에서의 기억의 정확성 그리고 기억을 타인에게 전달하는 과정에서의 전달의 정확성이 사실인정과 관련하여 중요한 관건이 된다. 기억은 사실인정을 위한 중요한 출발점으로서, 목격자가 유일한 경우에는 사실인정에 결정적인 변수가 된다. 동시에 인간의 기억력은 일정한 한계를 가지고 있기 때문에 사실인정의 한계로 작용한다.

인간의 뇌가 매순간 수많은 정보를 부호화하고 인출하다 보니 필연적으로 공고화된 기억의 신뢰성 및 참/거짓여부에 대한 예측성은 오랜 시간 동안 심리학,¹⁵⁾ 법학, 인지과학 등 여러 분야에서 관심의 대상이 되어 왔다.¹⁶⁾ 최근 법적 규칙과 기준에 신경학적 발견의 결과를 고려하기 위한 새로운 학제적 연구 분야로 신경과학의 기술적 진보와 새롭게 발견된 연구 결과들¹⁷⁾ 법적 해석에 적용하고자 하는 신경법학

15) 심리학에서는 기억작용의 심리적 절차에 대해서 많은 연구를 하고 있으며, 최근에는 뇌과학자들이 심리학자들이 밝혀놓은 기억작용에 관한 사실들을 뇌과학적으로 재검토하거나 확대하는 현상도 일어나고 있다. 즉 기억작용이라는 주제를 가지고 심리학자와 뇌과학자가 공동으로 연구하는 시대가 도래한 것이다; 언어와 뇌- 생물언어학의 전망-, 김진우, 한국문화사(2011), 417면.

16) 손지영/한상훈, "Neurolaw"의 기억연구와 법적 증거 허용성, 형사정책연구 제23권 4호(2012.12), 107면.

17) 신경과학자들에 의하면 신경체계에는 복잡성과 유연성의 큰 특징이 있다. 신경세포의 기능이 복잡하기 때문에 인간에게 언어나 높은 지능과 같은 특유의 능력이 존재하고, 유연성은 인간의 탁월한

(Neurolaw)¹⁸⁾에서 기억은 주요 테마의 하나로 자리 잡고 있다. 또한 뇌의 능력을 향상시키는 약물의 개발로 미국에서는 최근 테러범에 대한 정보 취조과정에 기억 향상 약물을 주입하는 사례가 발생하였고 이는 수감자의 프라이버시권 침해 문제와 함께 신경윤리적 논쟁을 야기하였으며, 거짓말탐지와 기억탐지에 신경회상(neuroimaging) 증거를 사용하기 위한 노력과 재판에서의 현실적 사용도 빈번히 나타나고 있다.¹⁹⁾ 우리 각자는 기억을 가지고 있으며, 이러한 인간의 기억체계는 정보 처리 시스템(information processing system)이라고 할 수 있다.²⁰⁾ 인간의 기억 시스템은 3개의 주요한 저장단계로 이루어져 있다. 첫 번째 단계에서 현재의 자극에 따라, 자극에 관한 특정양의 정보가 시스템 안에 등록되거나 들어가게 된다(감각 등록 : Sensory Register). 정보는 다섯 개의 감각의 하나 또는 그 이상에 의해서 시스템에 들어가고, 그리고 감각의 형태로 간략하게 파악된다(예컨대 어떤 소리는 청각의 형태 안에서 파악된다). 따라서 각 감각마다 감각등록이 있게 된다. 정보는 감각등록 안에서는 약간의 기간 동안에만 머무를 수 있으며, 다음단계의 저장구조-단기기억-로 넘어가게 된다. 정보의 머무름의 시간이 길수록, 정보는 완전히 사라질 때 까지 더욱 약화된다.²¹⁾ 이러한 점차적인 약화를 쇠약(decay)이라고 한다. 감각등록의 단계를 거치면서 기억 시스템은 정보를 인식의 형태를 가지게 되는데, 감각등록 안에서의 정보와 이전에 획득한 지식 사이의 접촉으로 연결되는 복잡한 과정으로 존재한다. 이때 그 감각적 관점이 어떤 식으로든지 의미 있는 개념과 동일시될 때, 우리는 이것이 인식되었다고 말한다. 즉 패턴인식(pattern recognition)을 갖추었다고 할 수 있다. 패턴인식은 자극이 다른 단계의 저장 시스템으로 넘어갈 수 있는

기억능력과 언어습득을 가능하게 한다; 언어와 뇌- 생물언어학의 전망, 김진우, 한국문화사(2011), 428-433면.

18) 이 용어는 신경과학자이자 변호사였던 서롯 테일러(J. Sherrod Taylor)가 1991년 자신의 논문 (Tayer, J. Sherrod; J. Anderson Harp and Tyron Elliot, "Neuropsychologists and Neurolawyers". Neuropsychology5(4), Oct., 1991, p.293-305); 손지영/한상훈, "Neurolaw"의 기억연구와 법적 증거 허용성, 형사정책연구 제23권 4호(2012.12), 92면.

19) 손지영/한상훈, "Neurolaw"의 기억연구와 법적 증거 허용성, 형사정책연구 제23권 4호(2012.12), 93면.

20) Roberta L. Klatzky, Human Memory - Structures and Processes -, W.H. Freeman and Company(1980), 6면.

21) Roberta L. Klatzky, 앞의 논문, 7면.

암호화의 수단으로서, 이 새로운 단계는 짧은 기간 기억(Short-term-memory: STM)이다. 감각등록과 달리 STM은 정보를 있는 그대로 감각의 형태로 저장하지 않는다.²²⁾ STM과 감각등록의 다른 차이는 정보가 저장되어 있는 기간의 차이이다. 시각적 등록 안에서의 어떤 정보는 보다 빨리 사라지기도 한다. 그러나 STM안에서의 정보는 리허설로 불리는 유지과정에 의해서 불확실하게나마 유지되는데, 이 리허설은 정보를 몇 번 이고 반복해서 STM을 통해서 재생시킨다. 이 과정은 물질을 계속적으로 새롭게 함으로써, 쇠퇴(decay)가 완전히 수행되는 것을 방지한다.²³⁾

기억시스템의 세 번째 저장 구조는 장기 기억 시스템(long-term memory: LTM)이다. 이것은 세상의 지식에 관한 본질적으로 영구적인 저장고이다. 자극이 인식되고 STM으로 진입한 후에 LTM안에서 보다 영구적으로 저장되는데, LTM안에 저장된 지식은 자극을 알려진 패턴으로서 인식하기 위하여 자극과 결합된다.²⁴⁾

이처럼 우리 인간의 기억은 복잡한 과정을 통해 획득되고 또한 저장되고 소멸한다. 그리고 이러한 기억은 기억 그 자체가 아니라 바로 언어(문자를 포함한)의 형태로 타인에게 전달된다. 즉 비언어적 인식이란 애당초 불가능하다. 사실이란 존재하는 그 자체가 아니다.²⁵⁾ 왜냐하면 사실이란 언어에 의하여 매개되는 한도 내에서만 우리의 지각으로 의식되고 타인과 그 지각의 내용을 함께 나눠 가질 수 있기 때문이다. 다시 말해 언어의 매개 없이는 어떠한 지각도 인식의 형태로 전환되지 못한다. 언의의 옷을 벗어 던진 사태는 설령 우리 몸의 감각기관의 유기체적 작용을 통해 지각된다 할지라도 우리 의식의 사유작용을 통해 인식되지 못한다. 이런 의미에서 우리는 인식에서 기억과 언어라는 감옥에²⁶⁾ 갇혀 있다고 말할 수 있다.

22) 즉 문자 A는 어떤 시각적 자극으로 저장되는 것이 아니라, 문자로서 저장된다; Roberta L. Klatzky, 앞의 논문, 8면.

23) 한편 시간적 한계에 덧붙여서 어떤 정보는 리허설 없이도 저장될 수 있다. 이러한 점은 'memory-span 또는 immediately -memory task라고 불린다; Roberta L. Klatzky, 앞의 책, 8면.

24) Roberta L. Klatzky, 앞의 책, 9면.

25) Patzig, Sprache und Logik, 1970, S. 43; 이상돈, 법이론, 65면에서 재인용.

26) 이상돈, 법이론, 65면.

III. 법률언어와 사실인정

언어 그 자체 그리고 언어 사용방법의 복잡성과 애매성 그리고 주관성에 의해서 사실인정은 많은 한계를 가질 수밖에 없다. 즉 사실을 직접 경험한 사람들도 모두 감각기관에 저장된 기억을 언어라는 매개체를 통하여 전달할 수밖에 없는데²⁷⁾ 언어는 그 본질상 추상적이고 애매성을 가지고 있는 표현수단이다. 추상적인 언어는 음성 혹은 문자로 구체화되는데,²⁸⁾ 현실에서 발생하는 수많은 사실들이 이를 경험한 사람들에게 인식되고 또 타인에게 전달되어 질 때에는 각각의 구체적이고도 세세한 내용이나 차이들이 사상되어 버리고 마는 것이다. 즉 개인이 경험한 사실의 다양성이 언어의 획일성에 의해서 무시될 수도 있는 것이다.²⁹⁾ 이것은 일상적인 용어뿐만 아니라 법률언어에 있어서도 마찬가지이다.³⁰⁾ 법률언어는³¹⁾ 인간 언어의 한 유형으로서 인간이 법적인 관계에서의 원활한 의사소통을 위하여 만든 인공언어에 해당한다고 할 수 있다. 인간은 자연언어로는 할 수 없는 일들을 하기 위하여 인공언어를 만들어 왔으며, 컴퓨터 프로그래밍언어, 에스페란토(Esperanto) 등도 이에 해당한다.³²⁾

법률언어가 그것에 의해 나타낼 수 있는 대상을 그 자체로서 혹은 글자의 논리적인 언어적 뜻풀이(법률해석)을 통하여 ‘완전하고’ ‘분명하게’ 지시해줄 수 있다는 주장은 언어의 ‘통시적 모호성’과 ‘공시적 모호성’ 때문에 유지될 수 없다. 통시적 모호성(diachronische Vagheit)이란 언어가 시간의 흐름이라는 지평 속에서 우리 삶의 다양한 전개가능성 때문에 모호할 수밖에 없는 것을 말한다.³³⁾ 즉 법률개념은

27) 물론 과학기술의 발전으로 인하여 기억이 기억의 형태로 타인에게 전달되는 경우가 아니라면.

28) 강범모, 언어, 21면.

29) 예컨대 강간사건에서 여자가 당황한 얼굴이었다는 목격자의 기억은 “여자가 겁을 먹은 얼굴이었다”로 언어로 표현될 수도 있는 것이다. 특히 검사가 “피해자는 그 당시 겁을 잔뜩 먹고 있는 얼굴이었지요?”라고 증인에게 질문을 하는 경우에 증인은 대부분 “예”라고 대답할 것이다. 비록 자신의 기억은 “겁을 먹었다기 보다는 다소 당황한 것처럼 보였다”라고 한 경우에도.

30) 조원철, “간접증거에 의한 사실의 인정”, 사실인정방법론의 정립(형사재판), 재판자료 제110집(2006), 법원행정처, 5면.

31) 법률언어에 대해서는 ‘법률언어의 가능한 의미’를 넘는 해석은 유추에 해당한다는 논의를 중심으로 이루어져 왔다.

32) 강범모, 언어, 44면.

시간의 흐름 속에서는 언제나 ‘구멍난(porös)’ 개념이라고 볼 수 있다.

공시적(空時的) 모호성(synchronische Vagheit)이란 삶의 역동적 변화에 맞물려 돌아가는 언어의 실재를 일정한 시간 축에 고정시켜 놓고 과학적 분석의 메스를 들이대어 그 정태적인 모습을 살펴보는 경우에도, 언어에는 언제나 일정한 모호성이 존재하는 것을 말한다. 이러한 공시적 모호성은 규범적 법률언어와 서술적 법률언어, 가치충전필요개념, 일반 조항적 언어의 경우에 더욱 두드러진다.³⁴⁾

예컨대 우리 일상생활에서도 흔히 사용하는 ‘음란’이라는 용어가 대표적인 예라고 할 수 있다. 음란은 소위 규범적 가치판단이 필요한 소위 규범적 구성요건요소에 해당한다. 따라서 법관의 개인적인 가치관이나 예술관에 따라서 음란한 행위를 한 사실의 여부가 달라지게 되고, 법관의 판단은 바로 피고인의 유·무죄와 직결된다.

[원심은³⁵⁾, ‘피고인 2는 나이트클럽 무용수로서 2009. 2. 18. 01:14경 대구 수성구 황금동 소재 ○○○ 나이트클럽의 무대에서 옷을 입고 춤을 추다가 상·하의를 모두 탈의하여 팬티만을 입은 채 엎드려 허리를 상하로 움직이면서 성행위를 묘사하는 행위를 하고, 위 팬티를 벗어 그 안에 착용하고 있던 속옷에 부착된 모조 성기를 보임으로써 마치 성기를 노출시킨 듯한 장면을 노골적으로 연출하여 음란행위를 제공하였고, 피고인 1은 위 나이트클럽의 영업부장으로서 피고인 2로 하여금 위와 같이 음란행위를 하게 하였다’라는 요지의 이 사건 공소사실에 대하여, 제1심이 채택한 증거들을 근거로 그 판시와

- 33) 예를 들면 문서(구형법 제225조)는 복사기술이 발달하기 이전 시대에 법률언어가 되었는데 1995년 형법개정이 있기 전까지는 문서의 복사물에 대해서도 문서 개념을 사용할 수 있는지에 관해 문서라는 법률개념을 이루는 확실한 대답도 마련해 놓지 못하고 있었다. 이런 언어의 특성은 전문적인 일상 언어에서도 마찬가지이다. 예컨대 자동차에서 쿠페라는 개념은 대강 문이 2개이고 지붕에서 리어부분에 유려하게 경사진 곡선으로 내려간 형태의 차를 가리킨다. 하지만 벤츠회사가 새로 내놓은 문이 4개이지만 다른 요소는 쿠페의 전형을 더욱 강하게 가진 차(CLS)를 두고 쿠페스타일의 차로 불지 아니면 세단으로 불지는, 쿠페라는 개념이 존재론적으로 정해주는 것은 아니다; 이상돈, 법이론, 55면.
- 34) 많은 법이론가들은 이러한 모호성이 있는 법률언어의 유형들 사이에는 그 모호성의 정도에서 차등이 있는 것으로 생각한다. 즉 [서술적 언어 → 규범적 언어 → 가치충전필요개념 → 일반조항]이라는 서열 순으로 모호성이 증대한다고 본다. 만약 그러한 서열화가 가능한 것이라면, 입법자가 가능한 한 일반 조항쪽의 언어보다는 서술적 언어쪽의 언어로써 법률을 제정할수록 법률적 삼단논법은 더욱 철저하게 유지될 수 있을 것이다; 이상돈, 법이론, 57면.
- 35) 대구지법 2010. 7. 9. 선고 2010노326 판결

같은 사실을 인정한 다음, 피고인 2의 공연이 이루어진 시간, 노출의 정도와 방법 등을 위 업소에 출입할 수 있는 성인들이 접할 수 있는 일반 성인 매체의 종류 및 그 내용 등과 비교하여 살펴보면, 비록 위 공연이 전체적으로 보아 다소 저속하고 문란하여 일반인들에게 부끄러운 느낌이나 불쾌감을 준다고 볼 수는 있을지언정, 그 정도를 넘어서서 형사법상 규제의 대상으로 삼을 만큼 노골적인 방법에 의하여 성적 부위를 노출하거나 성적 행위를 표현한 음란 행위에 해당한다고 단정하기는 어렵다고 판단하였다.]

그러나 동일한 사실에 대하여 상고심은

[피고인 2가 공소사실 기재 일시, 장소에서 이 사건 공연을 시작할 당시 모조 성기가 달리고 그 주변에 음모가 그려져 있는 살색 팬티를 입고 그 위에 흰색 팬티를 착용한 후 겹옷을 입었던 사실, 피고인 2가 춤을 추면서 흰색 팬티만 남겨두고 겹옷을 모두 탈의한 후 엎드려서 허리를 반복적으로 움직여 마치 성행위를 연상하게 하는 동작을 취하였던 사실, 그 후 피고인 2가 커다란 수건으로 허리 부분을 감싼 후 곁에 입고 있던 흰색 팬티를 탈의함으로써 마치 그 수건 아래로는 아무것도 입고 있지 않은 듯한 착각이 들도록 한 채 수건을 좌우로 흔들면서 잠깐씩 모조 성기를 노출하다가 결국 수건을 내려 가짜 성기를 완전히 노출하였는데, 모조 성기를 완전 노출한 것과 거의 동시에 무대 조명이 완전히 꺼지고 이 사건 공연이 끝난 사실, 이 사건 공연은 전체 시간이 약 7분 정도이고, 피고인 2가 수건을 좌우로 흔들면서 모조 성기를 노출한 것은 약 20초 정도인 사실을 알 수 있다. 이러한 사실에다가 위 채택한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉, 이 사건 나이트클럽의 조명도와 공연내용 등에 비추어 보면 공연을 관람하는 대부분의 손님들은 모조 성기가 아니라 실제 성기라고 인식할 수밖에 없었을 것으로 보이는 점, 피고인 2의 공연은 성행위와 유사한 동작을 연출하거나 실제 성기로 오인될 수 있는 모조 성기를 노출함으로써 관객들의 색정적 흥미에 호소하는 목적을 가지고 있을 뿐 그 밖에 다른 예술적, 문화적 가치는 전혀 없는 것으로 보이는 점 등을 더하여 보면, 피고인 2의 이 사건 공연은 단순히 일반인들에게 부끄러운 느낌이나 불쾌감을 주는 정도를 넘어서서 형사법상 규제의 대상으로 삼

을 만큼 노골적인 방법에 의하여 성적 부위를 노출하거나 성적 행위를 표현한 음란행위에 해당한다고 보아야 할 것이고, 원심이 지적하듯이 이 사건 나이트 클럽이 유흥주점 허가를 받은 곳이라거나 피고인 2가 성행위를 연상시키는 동작을 할 당시에 상대방이 없는 상태였다는 점 및 수건을 좌우로 흔들면서 수차례에 걸쳐 모조 성기를 노출한 것이 약 20초 정도에 불과하였고 실제 성기의 노출은 없었다는 점 등을 일부 고려하더라도 이와 달리 볼 수는 없다고 할 것이다.³⁶⁾

이 경우는 동일한 사실에 대한 법적 평가가 재판부에 따라서 확연하게 달라진 판결이라고 할 수 있다. 즉 사실인정과 법률판단이 결합된 경우에 규범적 판단이 판단자의 개인에 의해서 좌우될 수 있다는 것을 보여 주고 있다. 이것은 근본적으로는 음란이라는 용어가 가지는 추상성과 애매성에서 출발한다고 보아야 할 것이다.

또한 최근에는 반드시 음란과 같은 규범적 구성요건요소가 아닌 경우에도 그 사실인정의 여부를 판단하기 위해서 개념을 정의해야 하는 경우도 많다.

예컨대 [영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률(이하 ‘영화등진흥법’이라 한다)은 비공연성, 높은 유통성, 복제용이성 및 접근용이성 등 영화나 음반 등과 다른 ‘비디오물’의 특성을 고려하여, 유해한 비디오물의 공개나 유통으로 인한 악영향을 사전에 차단하기 위하여 등급분류제를 규정하고 있는 점, 영화등진흥법 제2조, 제50조 제1항, 같은 법 시행령 제23조 등의 규정은 영화나 방송프로그램이 비디오물과는 다른 형태의 매체물이라는 것을 전제로 하고 있는 점, 영화등진흥법 제65조 및 같은 법 시행령 제27조, 같은 법 시행규칙 제25조 등은 테이프나 디스크 등의 매체에 저장된 상태로 유통되는 영상물과 인터넷 등의 정보통신망을 이용하여 시청에 제공되는 영상물만을 그 대상으로 하고 있는 점, 영상물등급분류제도와 유사한 목적으로 청소년유해매체물을 규정하고 있는 청소년보호법 제7조도 규제의 대상이 되는 매체물을 ‘비디오물’, ‘음반’, ‘영화’, ‘방송프로그램’ 등으로 나누어 규정하고 있는 점, 방송프로그램에 대해서는 방송법이 별도로 등급분류 등에 관한 규정을 두고 있는 점 등의 여러 사정을 종합하면, 전기통신설비를 이용하여 시청에 제공되는 텔레비

36) 대법원 2011.9.8. 선고 2010도10171 판결

전방송프로그램은 영화등진흥법 제2조 제12호 소정의 ‘비디오물’에 해당하지 아니한다. 위 법리에 비추어 보면, 피고인이 위성방송수신기 등을 이용하여 숙박업소의 손님들을 상대로 시청에 제공한 이 사건 방송프로그램이 영화등진흥법에 의한 등급 분류를 받아야 하는 비디오물에 해당한다고 보아 이 부분 공소사실을 유죄로 인정할 원심의 조치는 비디오물의 개념에 관한 법리를 오해한 것으로 위법하다. 37)

이 판결은 비디오물이라는 물체에 대한 정의의 문제로서 결국은 ‘비디오물’이라는 언어의 개념과 사용의 범위에 관한 문제인 것이다.

또한 민법 제103조의 ‘선량한 풍속’, 형법 제168조의 ‘공공의 위험’, 제16조의 ‘정당한 이유’ 등의 문언들도 법관의 가치판단이 해석을 통하여 보충될 때만이 그 의미를 구체화할 수 있는 경우로서 법률언어의 다의성과 모호성을 보여준다고 할 수 있다. 물론 모든 법률문장을 일상생활의 용어로 규정한다면 이러한 문제점을 피할 수 있다. 그러나 법률문장은 수많은 인간사회의 위반행위들을 담아낼 수 있어야 하기 때문에 본래적으로 추상성과 애매성을 가질 수밖에 없다. 따라서 다양한 범죄 현상을 포함하는 구성요건의 경우에 일반조항(Generalklausel)이나 가치보충이 필요한 개념(wertausfullungsbedürftige Begriff)의 사용이 불가피한 경우도 있다. 대법원도 ‘일반적으로 법규는 그 규정의 문언에 표현력의 한계가 있을 뿐만 아니라 그 성질상 어느 정도의 추상성을 가지는 것은 불가피하다’라고 판시하고 있다.³⁸⁾ 그러나 법률언어의 추상성과 문언적 한계에도 불구하고 입법자는 가능한 최소한의 명확성을 구비하도록 노력하여야 한다. 즉 추상적 개념보다는 구체적 개념, 불확정개념보다는 확정개념, 전문용어 보다는 일상용어, 규범적 용어 보다는 사실적(혹은 기술적) 용어들을 사용하는 것이 바람직하다.³⁹⁾⁴⁰⁾ 또한 통상의 해석방법에 의하더라도 당해 처벌법규의 보호법익과 그에 의하여 금지되는 행위 및 처벌의 종류와 정도를 누구나 알 수 있도록 규정되어 있어야 한다.⁴¹⁾ 입법자에게 보다 명확한 구체화의

37) 대법원 2010.7.15. 선고 2009도4545 판결

38) 대법원 1995.6.16. 선고 94도2413 판결

39) 오영근, 형법총론, 박영사(2005), 3/19.

40) 물론 음란과 같은 규범적 용어에 대한 보다 쉬운 용어를 개발한다는 것은 무척 어려운 일임에 틀림이 없다. 특히 기존의 법률언어의 사용에 익숙해있는 입법자나 법률가에게는 더욱 그러할 것이다. 그렇지만 최소한의 명확성을 구비하도록 노력하여야 한다는 것을 강조하고자 한다.

41) 오영근, 형법총론, 3/19.

가능성이 있었음에도 불구하고 이를 하지 않았다면 법률언어에 요구되는 명확성의 원칙에 반한다고 할 것이다.

IV. 법률서면과 사실인정

사실인정에 있어서의 언어적 한계는 법률서면⁴²⁾ - 특히 형사소송절차에서 작성된 각종의 조서 -에서도 잘 나타난다. 일반적으로 수사기관이 피고인이나 참고인들을 상대로 訊問 내지 調査 결과를 조서로 작성함에 있어서 피의자 등의 생생한 진술을 그대로 기재하는 것이 아니라 이를 정연한 내용으로 정리하여 작성하게 된다. 따라서 원진술의 미묘한 뉘앙스가 사상되고 진실에로의 길이 차단될 위험이 발생한다.⁴³⁾ 법률용어를 전문가인 검사나 판사는 자유롭게 사용할 수 있지만, 일반시민인 피의자, 참고인, 피고인, 증인 등의 입장에서는 전문용어에 대한 의미 파악이 곤란한 경우가 허다하다. 이러한 현상은 현재 우리가 사용하는 법률용어의 대부분이 한자어 또는 일본의 법제도를 그대로 채용한 경우가 많은 데서도 그 이유를 발견할 수 있다. 특히 조서 작성 시 법률용어들이 많이 사용되는 데, 그 결과 피의자 등이 경험한 사실이 진술 그대로 기록되어야 할 조서가 실질에 있어서는 조사자의 규범적·가치적 판단결과가 혼재된 일종의 수사보고서 내지 의견서처럼 변질된 채 마치 피의자 등이 그와 같은 수사기관의 판단 자체를 시인한 것처럼 보이게 된다.⁴⁴⁾

또한 법관은 조서에 사용된 법률용어로 인해서 이미 많은 부분의 선이해를 가진 채로 사실판단에 임하게 되며, 이미 법률용어로 채색되어 수사기관의 판단이 내재되어 있는 사실을 기초로 법관 고유의 사실판단을 하는 경우가 많다. 따라서 증거에 따른 법관의 합리적 사실인정에 중대한 문제가 발생하게 된다. 예컨대 피의자에게

42) 우리가 사용하고 있는 언어를 기능과 영역 면에서 보면, 말하기로 생각을 표현하는 입말(spoken language)과 쓰기로 생각을 표현하는 글말(written language)의 두가지로 나눌 수 있다. 입말을 말이라 하고, 글말을 글이라고 하는데, 이는 줄여서 표현한 것이 된다; 최기호/ 김미형/ 임소영, 언어와 사회, 9면.

43) 조원철, 간접증거에 의한 사실의 인정, 6면.

44) 조원철, 간접증거에 의한 사실의 인정, 6면.

는 중요한 진술을 했음에도 불구하고 검사가 이를 무시하고 공소제기를 한 경우에, 법관은 원칙적으로 불고불리의 원칙과 공소장일본주의 원칙에 따라서 검사가 이미 정해진 범위 안에서만 사실을 인정할 수밖에 없게 된다.⁴⁵⁾ 따라서 최종 사실 인정자인 법관은 왜곡된(이미 상당부분이 결정된) 사실을 그대로 확인하는 역할만 수행하는 경우도 발생할 수 있다.⁴⁶⁾ 조서의 이와 같은 역기능은 조서에 담기는 내용이 사실상 법정 밖에서 이미 확정되어 있다는 데서 출발한다.⁴⁷⁾

예컨대

【범죄사실】 피고인은, 1. 누구든지 등급분류를 받지 아니한 비디오물을 시청에 제공하거나 이를 위하여 진열·보관하여서는 아니됨에도 불구하고, 2007. 2. 21. 18:00경 경기 양평군 서종면 (상세주소 생략) 소재 피고인이 운영하는 ‘○○○’ 모텔에서, 등급분류를 받지 아니한 음란영화인 속칭 “포르노” 비디오물을 공소의 1 주식회사로부터 위성으로 수신 받은 후 이를 성명불상의 손님들로 하여금 관람하도록 하여 등급분류를 받지 아니한 비디오물을 시청에 제공하고,

2. 풍속영업소에서 음란한 영화·비디오물 등을 관람·열람하게 하거나 이를 목적으로 진열·보관하여서는 아니됨에도 불구하고, 같은 일시·장소에서 풍속영업소인 위 모텔에서 위와 같은 방법으로 음란한 비디오물을 성명불상의 손님들로 하여금 관람하게 하여 풍속영업을 영위하는 자가 준수하여야 할 준수사항을 위반하였다.⁴⁸⁾

45) 물론 이 경우에도 공소장변경절차를 통해서 검사의 공소사실과 다른 판단을 할 수는 있다. 그러나 다른 판단도 원칙적으로 동일성이 인정되는 범위 내에서만 가능하다.

46) 과거의 규문절차 또는 과거의 우리 형사절차의 실무에서도 사실상 구주에 의한 진술도 서면의 형식으로 전환되어 심리를 행하는 서면심리주의가 이루어졌다. 따라서 공판절차는 형식적인 절차가 되고 피고인에 대한 심증은 이미 형성된 채로 재판이 진행되었다. 그 결과 “서면에 기재된 것만이 진실이고 서면에 기재되지 아니한 것은 현실세계에 존재하지 않는다”라는 법원이 통할 정도로 극단적인 조서의존 현상이 초래되었다(신동윤, 신형사소송법, 644면).

47) 구조적 왜곡을 가져오지 않고, 원래의 기능인 마당적 이해에 대한 논증이 되기 위해서는 조서에는 변론이나 공판기일에 법정에서 수집한 정보만을 담아야 한다는 원칙이 준수되어야 한다; 이상돈, 법이론, 278면.

48) 수원지방법원 여주지원 2008.9.4. 선고 2007고정215 판결

【증거의 요지】

1. 피고인의 일부 법정진술
1. 피고인 및 공소의 2에 대한 각 경찰 피의자신문조서
 1. 각 범죄인지보고
 1. 각 수사보고
 1. 공중위생관리법 등 위반업소 적발통보, 단속경위서, 풍속영업소 단속보고서
 1. 영업신고증사본
 1. 단속현장사진

위의 판결문에 있어서 범죄사실(즉 사실의 인정)은 하단의 증거를 기초로 이루어진 것이다(증거재판주의). 그런데 증거에서 [피고인 및 공소의 2에 대한 각 경찰 피의자신문조서, 각 범죄인지보고, 각 수사보고]는 조서이 형태를 가진 증거들이다. 결국 조서가 증거의 상당부분을 차지하며 그리고 법관은 조서로부터 상당한 심증을 형성하였다는 것을 추정할 수 있다.

서면- 특히 조서 -에 따른 사실인정의 경우에 법관은 증인을 신청한 당사자가 제출한 증인신문사항에서 신문의 결과를 사실상 예측할 수 있고, 증인신문사항(서면)을 쳐다보게 되어 변호인이 증인을 신문할 때 증인의 보이는 태도, 표정 등 살아있는 정보를 섬세하게 지각하지 못하게 된다.⁴⁹⁾ 따라서 법관은 증인신문 이전에 이미 그 증언내용을 제3의 매체인 증인신문사항(서면)에서 지각하게 된다. 이러한 현실 속에서 증인신문에 있어 지켜져야 할 형사소송법상의 범원칙인 구술주의와 직접주의는 사실상 준수되지 않는다. 또한 증인신문사항(서면)은 증인의 증언내용을 정리하게 쉽게 즉 “예/아니오”의 형태로 대답할 수 있도록 구성되어 있는 경우가 많기 때문에 상호신문제도(형사소송법 제 161조의 2)의 본래기능은 위축될 수밖에 없다.⁵⁰⁾

한편 이러한 상황은 비단 수사기관이 작성한 조서뿐만 아니라 공판정에서 작성한

49) 이상돈, 법이론, 277면.

50) 또한 공판정에서 증인이 장황하게 설명을 하는 경우에 재판장은 “증인은 예, 아니오 라고 대답하십시오”라고 다그치는 경우도 더러 볼 수 있다.

조서의 경우에도 나타날 수 있다. 물론 이러한 조서는 절차형성행위의 진행경과를 명확히 기재하는 후일의 분쟁에 대비할 수 있고, 구두변론에 의하여 행해지는 실제 형성행위의 내용을 서면에 기재, 고정화시켜 후일의 심리자료로 사용함으로써 심리의 효율성과 소송경제를 제고할 수 있다는 장점을 가지고 있다.⁵¹⁾ 그러나 수사단계에서의 조서와 마찬가지로 공판 단계의 조서에도 조서작성자의 판단이 개입되고 또한 법률용어가 사용됨으로써 있는 그대로의 사실 확인에 중대한 장애를 줄 수도 있다.

현행 형사소송법상 공판조서에는 [공소사실의 진술 또는 그를 변경하는 서면의 낭독, 피고인에게 그 권리를 보호함에 필요한 진술의 기회를 준 사실과 그 진술한 사실, 피고인·증인·감정인·통역인 또는 번역인의 진술 및 증언, 감정인·통역인 또는 번역인이 선서를 하지 아니한 때에는 그 사유, 변론의 요지, 재판장이 기재를 명한 사항 또는 소송관계인의 청구에 의하여 기재를 허가한 사항, 피고인 또는 변호인에게 최종 진술할 기회를 준 사실과 그 진술한 사실] 등과 같이 사실인정에 중요한 기초자료들을 기록하도록 규정하고 있으며(형사소송법 제51조), 이러한 공판조서는 법관이 직접 작성하는 것이 아니라 공판에 참여한 법원사무관 등이 작성하기 때문에(형사소송법 제53조), 원진술자의 의미가 그대로 전달되지 않을 가능성이 높다.⁵²⁾ 나가서 형사소송법은 공판기일의 소송절차로서 공판조서에 기재된 것은 그 조서만으로 증명한다고 규정함으로써(제56조) 공판조서에 대하여 배타적 증명력을 부여하고 있다. 공판조서만으로써 증명한다는 것은 공판조서의 기재가 명백한 오기인 경우를 제외하고는 공판기일의 소송절차로서 공판조서에 기재된 것은 조서만으로써 증명하여야 하고, 그 증명력은 공판조서 이외의 자료에 의한 반증이 허용

51) 신동운, 신형사소송법, 558면.

52) 물론 형사소송법은 조서 기재의 정확성을 담보하기 위한 규정을 두고 있다. 공판조서 작성의 정확성은 내부적으로 공판조서의 정리 단계에서 재판장이 기명날인 또는 서명을 하는 과정에서 일차적으로 통제되지만, 형사소송법은 이에 머무르지 않고 이해관계인에게 적극적으로 법원에 대하여 공판조서의 정확한 기재를 요구할 수 있는 권리를 부여하고 있다. 이에 따르면 검사, 피고인 또는 변호인은 공판조서의 기재에 대하여 변경을 청구하거나 이의를 제기할 수 있고(법 제54조 3항), 청구나 이의가 있는 때에는 그 취지와 이에 대한 재판장의 의견을 기재한 조서를 당해 공판조서에 첨부하여야 한다(동조 4항). 한편 피고인은 공판조서의 열람 또는 등사를 청구할 수 있으며(제55조 1항), 피고인이 공판조서를 읽지 못하는 때에는 공판조서의 낭독을 청구할 수 있다(동조 2항). 만약 피고인의 공판조서 낭독 청구에 응하지 아니한 때에는 그 공판조서를 유죄의 증거로 할 수 없다(동조 3항).

되지 않는 절대적인 것이라는 의미이다.⁵³⁾ 따라서 법관은 심증형성에 의문이 가는 경우에도 그 조서의 내용을 사실상 인정하지 않을 수 없으며, 공판조서가 가지는 배타적 증명력의 인정은 자유심증주의에 대한 제한 내지는 예외로서 법관의 자유심증에 의한 사실 인정에 대한 강력한 제한으로 작용한다.⁵⁴⁾ 구조적으로 볼 때 공판조서에 배타적 증명력을 인정한 것은 공판조서의 기재가 참여자의 진술 또는 주장이 정확히 기록되었다는 것을 전제로 한다. 그러나 공판조서라는 서면 역시 법률용어의 사용으로 인한 사실인정의 왜곡의 가능성이 존재할 수 있으며, 조서 자체가 사실인정의 한계를 고스란히 담고 있는 정보가 아닐 수 없다. 결국 소송과정에서 제출되는 각종의 법률서면은 그 역기능으로 인하여 실제적 진실 발견의 장애로 작용할 수도 있다. 따라서 정확한 사실인정을 위해서는 조서에 의한 재판이 지양되고 구두주의와 변론주의에 의한 재판이 정착되어야 한다.

V. 결론

언어의 본질에서 비롯되는 이해 대상의 유동적 성격은 소송절차에서 과거사실의 존재를 인식하는 경우에도 그대로 타당하다. 소송절차에서 각 당사자는 다양한 언어 기호를 통하여 자신의 생각을 표현하며, 법관은 공판절차에서 등장하는 다양하고 수많은 정보(증거)들에 대한 복합적인 평가를 기초로 하여 당사자들의 가설적인 주장사실에 귀속될 수 있는 ‘언어기호’를 선택한다. 즉 법관의 사실인정이란 ‘언어 귀속(Sprachzuschreibung)’의 행위(말행위)이다.⁵⁵⁾ 언어는 소송절차에서의 본질적인 의사소통의 수단으로서 합리적인 사실인정의 기초를 제공한다. 그러나 합리적인 사실인정에는 언어가 가지고 있는 내재적 한계로 인하여 어떤 형태로든 일정한 한

53) 대법원 2005. 12. 22. 2005도6557판결.

54) 한편 엄밀한 의미에서 보면 공판조서의 배타적 증명력을 인정한 형사소송법 제56조는 소송경제적 관점에서 마련된 특칙이며, 피고사건에 대한 유죄판결의 심증형성에 신중을 기하기 위하여 고안된 통상적인 자유심증주의의 제한원리들과 다소 성질을 달리한다는 점에 주의할 필요가 있다는 견해는 신동운, 형사소송법, 1116.

55) 이상돈, 법이론, 251면.

계가 존재한다는 것을 인정하지 않을 수 없다고 본다. 특히 법률언어의 경우에는 언어의 본질적인 추상성과 다양성에 법률의 규범성이 혼합됨으로서 의사소통과정에서의 어려움과 복잡성이 가중된다.

합리적인 사실인정은 법률용어, 법적 절차를 포함한 법이 ‘의사소통적 전제조건을 마련하는 틀’로서 작용할 때 가능하다. 법이 그러한 시스템으로 작용할 때에, 법은 사회적 상호행위에 법적 성격을 부여함으로써 갈등의 당사자들이 공정하고 합리적인 사법절차에 호소할 기회를 제공하는 역할을 한다.⁵⁶⁾ 그 결과 시민들은 법적 시스템을 통해 자신의 권리를 주장하고 항변할 수 있으며, 서면에 의해서 짜여진 사실인정이 아니라 합리적인 소통공간에서 자신의 범죄사실을 주장 또는 부인할 수 있다. 또한 법관은 그러한 소통의 장에서 왜곡됨이 없이 의사소통적 행위로서의⁵⁷⁾ 사실인정의 업무를 합리적으로 수행할 수 있다. 논증이란 일상적 행위에 있어서 자명한 것으로서 전제되어 있던 타당성 요구를 명료화하고 주제화하는 것이고, 합의란 모든 사람이 어떤 진술의 타당성을 논증의 힘에 의하여 자율적으로 승인하는 것이다. 사실인정을 법적 논증의 한 과정으로 볼 때, 합리적 논증과정을 통한 사실인정이 가능하기 위해서는 의사소통행위자의 배후에서 상호이해과정에 공통적으로 존재하는 문화적 맥락과 자원이 필요하다. 그러한 문화적 자원으로 가장 중요한 것이 언어이다. 언어는 합리적인 논증과정에서 ‘나’와 ‘너’를 연결시키는 매개체인 동시에 양자의 관계를 분리시킨다.⁵⁸⁾ 따라서 의사소통은 언제나 ‘나’의 말하기(또는 글쓰기)와 ‘너’의 이해(듣기)를 필요로 한다. 말하는 사람과 듣는 사람의 사고의 유효범위가 일치하는 한 의사소통의 장애는 발생하지 않지만, 법적 사실인정의 과정에는 법률언어의 추상성과 모호성으로 인하여 법적 주체 사이의 이해의 범위가 일

56) 이상돈/홍성수, 법사회학, 179면.

57) 의사소통적 행위란 서로 대화하는 행위를 의미하며, 말하는 사람과 듣는 사람은 이러한 대화를 통해 상호이해(Verständigung)라는 인격적 관계에 들어서게 된다. 이 때의 목표는 오직 상호적인 대화를 통한 이해의 도달이며, 성취나 도구적 목적은 배제되게 된다. 하버마스는 ‘의사소통적 행위’를 통해 지배로부터 자유로운 상태에서 서로의 주장을 근거지우며 규범적 합의를 해 나가는 상황을 하나의 이상상태로 상정하고, 이러한 ‘의사소통적 행위’를 통하여 논증에 의한 합의가 가능하기 위해서는 ‘생활세계(Lebenswelt)’라는 지평이 필요하다고 하였다; 이상돈/홍성수, 법사회학, 박영사(2000), 113면.

58) 이성준, 인간과 언어의 정신활동, 153면.

치하지 않는 경우가 많이 발생한다. 그러나 각종 법률언어를 - 특히 서면 - 통한 사실인정의 과정에서의 한계를 인정하더라도 그 한계를 최소화하기 위한 방안이 필요하다. 따라서 입법자는 법률용어의 사용에 있어서 추상적 개념보다는 구체적 개념, 불확정개념 보다는 확정개념, 전문용어 보다는 일상용어, 규범적 용어 보다는 사실적(혹은 기술적) 용어들을 사용하는 것이 바람직하며, 절차적 관점에서는 공판단계에서의 구두주의와 직접주의의 실질적 보장이 중요하다고 본다. 구두주의는 서면심리주의의 위험을 극복하기 위한 원칙으로 공개주의의 기초가 되며, 피고인 신문이나 각종 증거조사에서 관련 당사자들의 살아있는 반응을 통하여 증거의 증명력 판단에 필요한 증거를 획득할 수 있게 한다. 또한 서면심리에 의한 사실인정의 문제점을 극복하기 위해서는 직접주의의 필요성도 제기된다. 직접주의 또는 직접심리주의는 법원이 공판기일에 공판정에서 직접 조사한 증거만을 사실인정의 기초로 삼는다는 원칙을 말한다.⁵⁹⁾ 이를 통하여 피고인에게는 직접적인 의견진술의 기회를 비롯한 각종의 참여권이 보장되고, 일반인은 사실인정의 과정을 감시할 수 있게 됨으로써 법관의 사실인정의 합리성과 투명성이 유지될 수 있게 된다.

59) 배종대/이상돈/정승환, 신형사소송법, 홍문사(2008), 40/29

참고문헌

- 강범모, 언어, 한국문화사(2011)
- 권창국, “간접증거(정황증거)에 의한 사실인정성격 및 전과 등 유사사실증거에 의한 범죄사실 입증 가능성”, *Jurist* 제386호(2002)
- 김성룡, “법적 논증과 관련한 인공지능연구의 현황”, *IT와 법연구*, 경북대학교 IT와 법연구소(2010)
- 김종률, “합리적 심증과 과학적 사실인정”, *형사법의 신동향*(2010.6)
- 김진우, 언어와 뇌 - 생물언어학의 전망-, 한국문화사(2011)
- 박종선, “강간죄의 적정한 사실인정 정립에 관한 연구”, *법학논총* 제26집 제3집, 한양대학교 법학연구소(2009)
- 박노섭, “독일 사실인정론에 관한 연구와 그 시사점”, *형사정책연구* 제18권 1호 (2006.6)
- 배종대/이상돈/정승환, *형사소송법*, 홍문사(2008)
- 변종필, “형사소송에서 법관의 지위와 역할-지위론, 구조론 및 목적론의 연계구조와 관련하여”, *형사정책연구* 제13권 4호(2002)
- 신동운, *신형사소송법*, 법문사(2008).
- 손지영/한상훈, “Neurolaw”의 기억연구와 법적 증거 허용성, *형사정책연구* 제23권 4호(2012.12)
- 이상돈, “사실인정의 이론과 실제”, *사실인정방법론의 정립*[형사재판편], 재판자료 제110집, 법원도서관, 2006
- 이상돈, “법인식론의 실천적 과제와 대화이론-법인식론의 하버바스적 이해-”, *현대 법철학의 흐름*, 법문사, 1996
- 이상돈/홍성수, *법사회학*, 박영사(2000)
- 이성준, *인간과 언어의 정신활동*, 푸른사상(2007)
- 이용구, “사실인정 과정의 논증”, *재판실무연구*, 광주지방법원, 2009
- 오영근, *형법총론*, 박영사(2005).
- 최기호/김미형/임소영, *언어와 사회*, 한국문화사(2004)

레이 제켄도프 지음/ 김종복·박정운·이예식 옮김, 언어의 본질, 도서출판 박이정
(2005)

Roberta L. Klatzky, Human Memory - Structures and Processes -, W.H. Freeman
and Company(1980)

Paul Roberts/Adrian Zuckerman, Criminal Evidence, Oxford University Press
(2004)

Dennis, The Law of Evidence, Sweet & Maxwell (2007)

Linguistic Limit in the Fact-Finding Process*

Kwon Oh Geol**

At litigation procedures judge conduct fact-finding based on the lots of various information. But there are so many limit in the process of fact-finding. Specially the limit of the language is the most important.

A reasonable fact-finding is possible when the Law including legal term and legal process contains frame which prepare communicative condition between litigation participant. But limits which language has essentially hinder such communication. For example ambiguity, polysemy etc are typical limits of the language. Also judge can take prejudice to the issue through written statement.

In litigation procedures each parties express their own opinion through various language signal, language serve the foundation on the reasonable fact-finding as fundamental communication means. But we were compelled to admission that there is a certain limit owing to essential linguistic limitation.

Therefore methods which minimize the limit of the language in the fact-finding process are needed. Viewed in this light, legislator must use concrete and definite expression rather than abstract and indeterminate expression, everyday terms rather than technical term, realistic terminology rather than normative terminology as[so] far as possible. And it is important to ensure principle of orality and unmittelbarkeit actually in the trial.

❖ Key words : Fact-Finding, Language, Memory, Legal term, Communication, Protocol

투고일 : 2월 24일 / 심사(수정)일 : 3월 13일 / 게재확정일 : 3월 13일

* This Research was supported by Kyungpook National University Research Fund, 2012.

** Professor, Kyungpook National University School of Law.