형사정책연구 Korean Criminological Review
제25권 제3호(통권 제99호, 2014 · 가을)

독일·오스트리아·스위스 형법학자들의 형사증거법 개정안의 주요내용과 시사

김 성 룡*

국 | 문 | 요 | 약

국가형벌권 확장에 대한 우려와 국가 형사사법체계의 비효율성·체계일관성의 결여라는 엇갈리는 목소리가 공존하는 것은 오늘날 여러 선진국들에서 공통적으로 나타나는 현상으로 보인다. 실무적 문제를 해결하기 위해 특히 후자에 착안한 독일·오스트리아·스위스 등의 16명의 형사법학자들은 유럽 5개국의 형사절차상의 증거(조사)법을 종합적으로 검토하고, 그 결과를 '증거조사에 관한 대체입법안'(Alternativ-Entwurf Beweisaufnahme)이라는 이름으로 GA 2014년 1권에 발표하였다. 본 개정안에서 제시된 현실 문제 해결의 골자는 이러하다. 첫째, 증거조사에서 실질적 직접주의에 관한 규정들은 피고인, 증인 그리고 감정인의 진술과 관련한 증거방법의 선택에 있어서 보다 더 유연한 모델로 대체되어야 한다. 신문 대상이 되는 자의 직접 신문과 이전 진술을 도입하는 것 중 무엇을 선택할 것인가의 판단 기준은 법원의 사안해명의무(직권조사의무), 절차참여자들의 의사, 저마다의 증거방법이 종래 진술을 신뢰할 수 있도록 재현할 수 있는 적(합)성이 있는가이다. 둘째, 법원의 해명의무에 비추어 필요하거나 절차참여자들이 형사소송법 제244조 등에 따라 신문을 신청한 경우에는 신문 대상이 되는 자에 대해 공판정에서의 직접 신문이 이루어져야한다. 셋째, 만약 이러한 요건이 존재하지 않으면 법원은 인적 신문의 대상이 되는 자의 진술을 그 대체물을 통해 공판정으로 끌어 들일 수 있다. 진술의 대체물인 ① 신문의 영상녹화물, ② 신문조서, ③ 증인 등을 조사한 자(사법경찰, 검찰 및 법관)에 대한 증인신문이 순서대로 사용되어야 한다. 넷째, 피고인에게 불리한 진술의 도입과 사용에 있어서는 반대신문권(유럽인권협약 제6조 제3항 d)을 가능한 최대한의 범위로 보장해야한다. 마지막으로 판례에 의해 발전된, 공판절차에서 증언거부권을 행사하는 증인의 종전 진술을 그 증인을 이전에 신문한 법관에 대한 증인신문을 통해 공판정의 증인신문을 대체하는 것을 명문화해야 하고, 그 전제로 그 증인에 대한 보다 강화된 고지의무를 부과하는 것이 바람직하다. 이 글에서는 이러한 독일어권의 증거조사법 개정안의 배경과 주요 내용을 개관해 보고, 동 개정안이 우리의 논의에 던져주는 의미가 무엇인지 살펴보았다.**

❖ 주제어 : 형사증거법, 증인신문, 조서낭독, 전문의 진술, 직접주의원칙

---

* 경북대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사
** 이 논문은 2011학년도 경북대학교 전임교원 연구년 교수 연구비에 의하여 연구되었음.

Ⅰ. 들어가는 말

형사절차의 핵심은 공판절차이고, 공판절차의 주요 목적은 증거조사라고 할 수 있다. 이러한 증거조사를 통해 법관은 대상 사안에 대한 정의로운 판결을 내리기 위한 필수 정보를 획득한다. 따라서 형사절차의 초기 수사 단계에서부터 관련 활동은 담당재판부에 의한 증거조사에 초점이 맞추어져야 하는 것은 당연한 요구인 셈이다. 하지만 이러한 관련 증거의 확보·채택 및 조사는 형사절차에서 가장 소모적인 과정이다. 시간의 소모는 물론 인적·물적 수단의 투입은 절차 관여자들뿐만 아니라 국가 재정에도 상당한 부담이 된다. 이런 문제는 독일어권 국가에서도 예외는 아니며, 이러한 현실은 실무나 학계로 하여금 기존의 인권보장이라는 형사절차의 대원칙을 손상시키지 않고도 증명절차를 단순화하고 신속하게 할 수 있는 방안은 무엇인가에 대한 관심을 불러일으키고 있다.[1] 비교적 직권주의적 요소가 강하게 반영된 독일 형사소송절차에서 또 다시 직접주의(Unmittelbarkeitsprinzip)의 단점을 보완하겠다는 대체입법안은, 피상적으로 볼 때, “과연 독일형사절차는 어디로 가려 하는가?”라는 의문을 자연스레 자아낸다.

무엇보다 독일법체계에서 직접주의는 19세기 형사절차개혁의 산물로 형사소송절차를 대변하는 근본원칙으로 이해되며, 형사소송법 제250조[2]와 제261조에서[3] 구

1) Alternativ-Entwurf Beweisaufnahme (AE-Beweisaufnahme) Entwurf eines Arbeitskreises deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer (Arbeitskreis AE), vorgelegt von Albin Eser, u.a., GA 2014, S. 2(아래에서는 ‘AE-Beweisaufnahme 2014’로 줄임). 이 대체안은 이미 1980년부터 제시되어온 일련의 다양한 대체법안의 하나라고 할 수 있다. 즉 1980년의 ‘Strafverfahren mit nichtöffentlicher Hauptverhandlung’, 1985년의 ‘Reform der Hauptverhandlung’, 1992년의 ‘Wiedergutmachung’, 1996년의 ‘Zeugnisverweigerungsrechte und Beschlagnahmefreiheit’, 2001년의 ‘Reform des Ermittlungsverfahrens’, 2004년의 'Strafjustiz und Medien'으로 이어지는 대체법안의 하나이다(AE-Beweisaufnahme 2014, S. 7 참조).

2) 현행 독일 형사소송법 제250조[인적 신문의 원칙](Grundsatz der persönlichen Vernehmung)에서는 “사실의 증명이 사람의 인지에 근거하고 있다면 그 사람은 공판정에서 신문되어야만 한다. 신문은 이전의 신문에 관하여 기재한 조서의 낭독을 통해서나 서면의 진술(서)·의사표현을 통해 대체될 수는 없다.”(Beruht der Beweis einer Tatsache auf der Wahrnehmung einer Person, so ist diese in der Hauptverhandlung zu vernehmen. Die Vernehmung darf nicht durch Verlesung des über eine frühere Vernehmung aufgenommenen Protokolls oder einer schriftlichen Erklärung ersetzt werden)고 하여 요증사실을 인지한 사람에 대한 인적 신문을 원칙으로 선언하고 있다.

3) 제261조[법관의 자유로운 증거평가의 원칙](Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdi- gung)

체화되어 있다고 본다. 이러한 직접주의는 수사절차에서 경찰과 검찰에 의해 조종된 증거수집과 중립적 기관인 법원의 독립적이고 고유한 증거조사를 구별함으로써 형사소송에서 진실발견에 기여해야한다는 것을 그 이념으로 하고 있다. 그럼에도 불구하고 직접주의의 단점을 보완하기 위해 영상녹화물의 재생, 조서의 낭독, 조사자에 대한 증인신문으로 피고인·증인·감정인의 수사단계에서의 진술을 대체하자는 목소리를 담은 독일어권 학자들의 개정입법안이 제출되었다는 것은 현행 독일 형사절차에는 어떤 문제가 있으며, 어떤 관점에서 어떤 해결책이 제시된 것인지를 살펴보고, 우리에게 시사하는 바가 무엇인지를 검토해 보아야 할 필요성을 느끼게 한다.

따라서 아래에서는 우선 개정안의 배경과 주요 골자를 간략하게 정리하고(Ⅱ), 총 18개 조항의 개정안 중에서 우리 형사절차와 관련하여 적지 않은 시사점을 가지고 있는 규정안들의 구체적 내용을 살펴보고(Ⅲ), 국내 형사절차의 현실에 던져주는 함의가 무엇인지를 도출해 보기로 한다(Ⅳ).

Ⅱ. 형사증거법 개정안의 배경 및 주요 골자

1. 배경

가. 형사절차의 효율성과 경제성

영미권이나[4] 독일어권을 불문하고 근래의 형법·형사절차 및 그 집행방법의 경향과 관련하여 제기되는 일반적인 이의제기들은 두 가지 방향으로 정리될 수 있다. 한편에서는 국가형벌권의 확장이 가져오는 위험을 지적하고 있고, 다른 한편에서는 형사절차의 비효율성과 비경제성에 대한 문제를 제기하고 있다. 이런 원론적인 시각에서 본다면 동 개정안은 후자의 관점이 강하게 반영된 것임을 알 수 있다. 특히

"법원은 증거조사의 결과에 대해 자신의 자유로운, 공판의 총체로부터 형성된, 확신에 따라 판단한다."

4) 이에 대해서는 예를 들어 Ashworth/Zedner, Defending the Criminal Law: Reflections on the Changing Character of Crime, Procedure, and Sanctions, Criminal Law and Philosophy(2008) 2, pp. 21.

개정안에 참여한 학자들은 언급한 문제를 해결할 수 있는 가용한 여러 방법들 중에서 가장 간단하면서도 추가적인 재정적 부담을 줄일 수 있는 방법으로, 절차참여자들의 동의를 전제하여, 법원의 판결을 수사기관의 수사결과에 근거할 수 있도록 하는 방법을 제안코자 한 것이다. 물론 유럽인권협약에서 요구하고 있는 피고인의 자신에게 불이익한 진술을 한 증인에 대한 반대신문권(질문권)을 보다 실효성 있게 보장한다는 것도 놓치지 않았다고 한다. 이러한 방법이 독일 등 해당 국가의 법체계 내에서 가능하다면, 수사기관에 의해 이미 확인된 증거방법을 재판부 앞에서 또다시 엄격한 규칙에 따라 조사하는 절차를 줄일 수 있다는 것이다. 하지만 이러한 해결방법은 직접주의원칙에 정면으로 충돌할 수 있다는 반론에 노출될 것임은 충분히 예상할 수 있는 일이다.

나. 직접주의원칙 예외의 현황과 문제점

전통적으로 이러한 직접성의 원칙은 형사절차에서는 구체적으로 형식적 직접주의(formelle Unmittelbarkeit)와 실질(실체)적 직접주의(materielle Unmittelbarkeit)로 나타난다.[5] 전자는 공판절차에서 사실인정을 담당하는 법관이 판결의 기초가 되는 전체 증거를 스스로 인식할 것을 요구하는 것이다.[6] 후자는 법관을 통해 수행될 이러한 증거조사의 내용 구성·형태에 관한 것으로, 예를 들면 인증(人證)이 필요한데도 이를 서증(書證)으로 대체해서는 안된다는 요구가 그 예이다.[7] 환언하면 사실인정을 담당하는 법관은 증거방법(Beweismittel) 선택에 있어서 내용적으로 자유로운 것이 아니라 다수의 도달 가능한 증거방법들 중에서 증거주제(요증사실; Beweisthema), 즉 사안의 본질(사실)에 가장 근접한 것들(tatnächste Beweismitteln)을 공판정에 끌어 들여와서 사용해야 하는 것이다.[8] 실질적 직접주의의 실정법적 근거는

5) 국내에서는 예를 들어 이재상, 신형사소송법 제2판(2008), 555쪽에서는 전자를 '직접심리주의', 후자를 '직접증거주의'라고 하기도 한다. 특히 전문증거와 관련성을 가지는 것은 후자라고 보고 있다. 이와 달리 전자를 '주관적 직접심리주의', 후자를 '객관적 직접심리주의'라고 하거나, 전자만을 직접심리주의의 내용으로 이해하는 경우도 있다{신현주, 형사소송법, 신정2판(2002), 464쪽 참조}.

6) Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 26., Aufl.(2009), § 46 Rn. 3; Haller/Conzen, Das Strafverfahren, 6. Aufl.(2011), Rn. 507. '직접조사의 원칙'이라고 할 수 있다.

7) Roxin/Schünemann, aaO., § 46 Rn. 4.

8) Haller/Conzen, aaO., Rn. 508.

형사소송법 제250조의 인적 신문에 대한 규정으로 보는데, 그 근거는 이 규정이 동일한 증명주제(요증사실)에 사용될 수 있는 증거방법들 중에서 인적 신문에 우선 순위를 제시하고 있기 때문이라는 것이다. 달리 말해 증인신문이나 전문가감정을 문서를 통한 증명보다 우선하라는 것으로 이해하는 것이다.[9] 이러한 법원의 증거조사에 대한 형식적·실질적 직접주의의 요구는 증인과 감정인이라는 증명방법에 대한 인적 신문을 통해 그 진술은 물론 진술인이 신용할 만한지의 평가도 가능하다는 기대와 결합되어있는 것이다.

하지만 개정안에서는 이러한 직접주의원칙 그 자체가 최근 다수의 관점에서 비판되고 있음을 지적한다.[10] 대표적인 비판은 수사절차에서 증명(증거조사)활동을 하고, 또 다시 새로운 공판절차의 사실인정 법원이 동일한 증명을 수차 반복한다는 것은 절차의 경제성에 반한다는 것이다. 또한 저마다의 증거방법은 법원의 공판기일에 원본 형태로 제시해야한다는 강제조항은 결국 증거·증거방법의 분실 위험을 야기한다는 비판도 있다. 나아가 최근 입법자의 관심의 중심에 놓여 있는 '피해자의 이익'이라는 관점에 비추어 볼 때 실질적 직접성의 원칙에 대한 근본적인 재검토가 필요하다는 것이다.[11] 무엇보다 먼저 현행 독일형사소송법은 직접주의원칙에 대한 무수한 예외를 두어, '직접주의'의 의미를 상대화하고 있다는 것을 강조한다. 예를 들어 형사소송법 제247조의a,[12] 제251조부터 제256조까지의 규정은[13] 형사소송법

9) 인적 신문·인적 증명우선의 원칙(Grundsatz der persönlichen Vernehmung/ Vorrang des Personalbeweises)이라고 한다. 인적 신문의 우선 원칙에 대해서는 BGH NStZ 2012, 585, 586; AE-Beweisaufnahme 2014, S. 2.

10) 대표적으로 Frister, Plädoyer für die Streichung der Vorschrift über die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme, in: Weßlau/Wohler(Hrsg.), Festschrift für Fezer, 2008, S. 211ff.; Weigend, Unmittelbare Beweisaufnahme-ein Konzept für das Strafverfahren des 21. Jahrhunderts?, in: Müller/Sander/Valkova (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Eisenberg zum 70. Geburtstag(2009), S. 657ff.

11) AE-Beweisaufnahme 2014, S. 3.

12) [다른 장소에서의 증인신문](Vernehmung des Zeugen an anderem Ort): 공판정이 아닌 장소에서 증인신문이나 감정인 신문을 가능하도록 하고, 공판정에 전송하며, 필요한 경우 이를 녹화하여 추가적인 절차에서 사용토록 하는 방법 등을 규정하고 있다.

13) 조서의 낭독(Verlesung von Protokollen), 허용되지 않는 조서낭독(Unstatthafte Protokollverlesung), 기억환기를 위한 조서낭독(Protokollverlesung zur Gedächtnisunterstützung), 자백의 낭독과 진술이 모순되는 경우의 조서낭독(Verlesung von Geständnissen und bei Widersprüchen), 낭독의 조서화(Protokollierung der Verlesung), 증인신문녹화물의 상영(Vorführung der Aufzeichnung einer

이 시행된 이후 지속적으로 이루어진 '예외 확장'이라는 모습을 반영하고 있고, 이러한 예외확장은 자의적 입법이 아니라 저마다의 다양한 사실적 기초를 가지고 있다고 분석한다. 앞서 언급한 직접주의에 대한 비판, 즉 직접주의의 약점이라고 볼 수 있는 문제들도 이러한 예외규정의 배경이 되고 있다는 것이다. 그들이 보기에 이 원칙이 침식되고 있는 가장 큰 이유는 무엇보다 형사절차가 점점 더 효율성, 즉 소송경제에 정향되고 있기 때문이다. 사실이건 단지 주장에 불과하건 제한된 사법자원이라는 현실은, 효율적인 형사사법이라는 이익에 비추어, 소모적인 증거조사를 문젯거리로 인식하게 한다는 것이다. 독일 최고법원의 판결에서 인정해오던 형사절차에서의 협상을 결국 입법자가 명문으로 받아들이게 된 것도 공판절차에서 사안을 밝히기 위한 법원의 소모적인 증거조사의 문제가 많은 영향을 미친 대표적인 예로 들고 있다.

결국 입법자는 한편으로는 법치국가적 산물로 여겨지는 직접주의 원칙을 고수하면서도, 다른 한편으로는 언급된 난점과 단점들에 대한 대책을 모색해 왔고, 그로부터 야기된 입법자의 비일관적인 태도는 결국 직접주의의 원칙에 대한 무수한 예외들로 인해 비체계적인 누더기 법률을 만들어 버렸다는 것이다. 현행법의 이러한 예외 규정들의 배경·복안이 무엇인지 개관하기 어렵다 보니 상고심에서 판결을 폐기해야만 하는 하급심의 법률적용의 오류들이 법실무에서 양산되고 있다고 지적한다.[14] 특히 협상을 인정하게 되면 결국은 직접주의원칙에 종속되는 증거조사는 완전히 (혹은 대부분) 폐기되는 것이 필연적이며, 그렇게 되면 협상이 있는 경우와 없는 경우의 형사절차의 증거조사는 완전히 다른 모습이 될 것임도 자명하다. 이러한 문제점과 의문점에 자극을 받은 '증거조사대체초안'의 참여자들은 직접성의 원칙을 증거조사 관련 규정 개정의 핵심에 놓고, 독일, 스위스, 오스트리아는[15] 물론 이태리, 스페인 등의 유럽국가의 직접주의의 원칙까지도 광범위하게 검토하게 된다.[16]

Zeugenvernehmung), 관청과 의사의 서류의 낭독(Verlesung von Behörden- und Ärzteerklärung) 등 조서의 낭독과 영상녹화물 상영에 관한 규정이다.

14) AE-Beweisaufnahme 2014, S. 4.

15) 제안된 증거조사에 관한 택일안(대체초안)은 독일, 오스트리아, 그리고 스위스의 중진 형사법학자들 총16명이 참가했다(Albin Eser, Helmut Frister, Frank Höpfel, Barbara Huber, Matthias Jahn, Heike Jung, Bernd-Dieter Meier, Hennig Radtke, Rudolf Rengier, Peter Rieß, Frank Riklin, Klaus Rolinski, Claus Roxin, Heinz Schöch, Torsten Verrel, Thomas Weigend).

2. 개정안의 주요골자

가. 기본방향

초안을 제안한 학자들은 우선 법원의 공판절차에서의 실질적 직접주의원칙에 중점을 두고, 실무에서 바로 적용하기에 큰 어려움이 없는 규정을 체계적으로 개정한다는 목표를 설정했다. 무엇보다 형사사법의 효율성 제고가 개정 제안의 배경을 이루고 있지만, 형사소송절차에서 진실발견에 대해 인권보장과 법치국가적 요구에 우선 순위를 두고, 법원에게는 피고인의 책임존부와 형벌문제 판단에 중요한 사건의 실체를 광범위하게 파악할 수 있도록 하고, 절차참여자들의 권리, 특히 피고인의 권리 보장에 비중을 두었다고 한다.[17)]

나. 직접적 인적 신문 우위 원칙의 폐기와 영상녹화물 재생의 우선 활용

무엇보다 공판절차에서 법관이 피고인·증인·감정인에 대해 그들이 인식한 사실을 직접적으로 신문하는 것이 그들에 대한 이전의 경찰 등에 의한 신문을 녹화한 영상을 상영하는 것보다 더 우월하다고 하는 지금까지의 생각을 거부한다는 것이 개정안의 특징이다.[18)] 인적 신문의 대상이 되는 자가 공판정에서 신문을 받는가 여부는 형사소송법 제244조 제2항의 직권조사의무(Amtsaufklärungspflicht)와 증거채부권, 즉 증거신청에 대한 결정권에 따르게 되는데, 이 기준들은 결국 인적 신문을 통한 진술청취 대신 이전의 진술을 활용하거나 혹은 그 밖의 다른 진술내용으로 대

---

16) 이러한 대안이 성안되기까지 다양한 발표와 자료들은 또 다른 잡지인 Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft(ZStW), 2014년 Bd. 126에 실릴 예정이다. 여기서도 Madrid(Lorena Bachmaier-Winter), Tilburg(Marc Groenhuijsen), Strasbourg(Jocelyne Leblois-Happe), Florenz(DAniele Negri), Sussex(Richard Vogler) 대학 등에서 교수로 재직하는 사람들의 콜로퀴움 발표 자료 등이 실려 있다.

17) 위의 AE-Beweisaufnahme 2014, S. 4. 증거조사관련 개정안을 제출한 학자들은 독일, 스위스, 오스트리아 3국의 학자들이고, 유럽의 다른 국가들의 직접주의원칙은 그 형태와 내용에서 약간의 차이점들은 있지만, 근본 원리와 내용에서 크게 차이나지 않는다는 점에서 다른 5개국의 논의들도 참고한 것임을 밝히고 있다.

18) AE-Beweisaufnahme 2014, S. 5.

체할 것인가의 판단에도 그대로 적용될 수 있다고 보는 것이다. 만약 인적 신문을 다른 방식으로 대체하는 것이 허용된다고 하면 이제 그 대체의 방법으로 신문대상자의 이전의 신문을 녹음·녹화한 것을 상영하도록 할 것인지, 수사단계에서의 신문을 기록한 조서를 낭독할 것인지, 이전에 그들을 신문한 자를 증인으로 신문하여 그 진술을 들을 것인지를 결정해야 한다. 대안의 제안자들은 법관으로 하여금 최대한 진실발견이 가능하게 한다는 목적에 기초하여, 이러한 방법 중에 증인 등의 종전의 신문과정을 녹화한 영상을 재생하는 것이 보다 우위라고 보고 있다. 따라서 공판정에서 진술할 자의 공판절차 이전의 신문과정을 담은 영상물의 재생, 그 진술을 기재한 조서의 낭독, 마지막으로 그 자를 신문한 수사기관을 증인으로 신문하는 순서로 증거조사 방식을 명문으로 규정함으로써, 결국은 법원의 자유로운 판단에 일정한 제한을 설정하고, 증거조사의 순서를 정하자는 것이다.[19]

다. 유럽인권협약에서 선언하고 있는 피고인의 자신에게 불리한 증인 조우권

유럽인권협약 제6조 제3항의d에[20] 규정된, 자신에게 불리한 증인을 대면할 수 있고 질문할 수 있는 피고인의 권리(반대신문권)를 보장하는 것은 폐기할 수 없는 원칙임을 강조한다. 공판정에서 진술해야할 자가 출정하지 않고 그의 신문이 다른 대체수단으로 이루어진다면 피고인은 자신의 대면·질문권(책문권)을 사용하지 못하는 결과가 된다. 하지만 독일 현행 형사소송법에서는 이에 대한 명문의 규정이 결여된 상태이다. 개정안에서는 이러한 권리를 보다 실질적으로 보호한다는 관점에서

19) AE-Beweisaufnahme 2014, S. 5.

20) ECHR(Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms; European Convention on Human Rights) 제6조 제3항 “저마다의 피고인은 적어도(영문판)·특히(불어판) 다음의 권리를 가진다. … d) 자신에게 불리한 진술을 하는 증인에게 질문하거나 질문하게 하는 것과 불리한 증인의 경우와 같은 동일한 조건하에서 자신에게 유리한 진술을 하는 증인의 소환과 신문을 얻어 내는 것.” 1950년 11월 4일의 ‘인권과 근본적 자유의 보호에 관한 유럽협약’(Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten; EMRK)은 1953.9.3.부터 독일에서 효력이 발생했고, 1994년 개정 후에는 1995.7.24.부터 독일에서 효력이 발생했다.

피고인이 자신에게 불리한 진술을 한 자를 공판정에서 신문할 수 있도록 증거(증인) 신청권을 인정하고, 그 자의 종전 진술을 공판정에서 재생 혹은 낭독하기 위한 요건으로 피고인의 동의를 전제하는 규정을 도입해야 한다는 것이다.[21)]

라. 공판정에서 증언거부권을 행사하는 증인의 종래 진술사용금지

공판정의 신문단계에서 비로소 자신의 증언거부권을 행사하는 증인이 그 이전에 진술한 내용은 사용할 수 없다는 기존의 법률적 태도를 인정함은 물론, 공판정에서 이에 대해 답변을 하지 않는 경우나 그 밖의 질문에 답하지 않는 경우에도 이전 진술을 사용할 수 없도록 할 것을 제안하고 있다. 나아가 피고인과 증인 간에 아주 밀접한(친족 기타) 관계가 인정될 경우에는 증인에게 주어질 심리적 압박을 고려하여 아주 예외적인 경우에만 이전의 법관에 의한 신문에서의 진술을 사용할 수 있도록 하는 것이 헌법에서 요구하는 진실발견의 요구에 부합할 수 있다고도 한다.[22)]

마. 피고인의 종전 진술의 사용가능성

나아가 법안의 작성자들은 자기부죄를 강요당하지 않을 피고인의 권리를 강화한다는 의미에서 아주 엄격한 제한 아래에서만 피고인의 공판 전 진술을 사용할 수 있도록 했다. 즉, 단지 피고인이 자신의 묵비권을 인식하였음은 물론 자신의 진술이 나중에 공판정에서 사용될 수 있다는 것을 알았다는 것이 확실하게 인정될 때만 이를 예외적으로 사용할 수 있도록 한다는 것이다. 예를 들어 수사절차에서 피의자가 충분한 고지를 받고도 (수사)법관 앞에서 진술한 경우, 혹은 변호인이 참여한 상태에서 진술하였거나, 변호인의 조력을 받을 권리를 고지 받고도 이를 명시적으로 포기한 경우를 들고 있다. 특히 '기억환기를 위한 조서의 일부낭독'(Vorhalt)은 지금까지 신문의 보조수단(Vernehmungsbehelf)인지 서증(Urkundenbeweis)인지에 대해 논쟁이 있었으나, 이를 명시적으로 규정하여 그 근거를 분명히 하고 세부 요건을 제시하겠다는 것이다. 특히 피고인에 대해서는 그 진술이 증명의 목적이 아니더라

21) AE-Beweisaufnahme 2014, S. 6.
22) AE-Beweisaufnahme 2014, S. 6.

도 기억을 되살리는데 도움을 준다는 목적의 낭독이 허용되지만, 증인이나 감정인을 대상으로 피고인의 진술을 낭독하는 것은 단지 증명의 목적으로 허용되는 경우에만 가능한 것으로 제한하고자 한다.[23)]

바. 신문의 영상녹화와 공판정에서의 사용

언급한 내용의 개정 제안을 구체적으로 실천하기 위해서 관련 조항의 변경이 수반되어야 하고, 특히 신문의 영상녹화와 그것의 공판정에서의 사용에 관한 규정의 개정을 통해 기존 법률의 체계적 문제점을 제거하고, 영상녹화물에 대한 증거조사는 자유로운 증명의 대상임을 명확하게 한다는 것이다.

Ⅲ. 형사증거법 개정안의 주요 내용

1. 개요

독일 형사소송법은 1877년 제정 당시 모든 증인과 감정인은 법원의 직접 신문의 대상으로 보고 극소수의 예외의 경우에만 수사단계의 법관면전 조서를 낭독하는 것을 허용했으나,[24)] 현행법 제250조부터 제256조까지의 규정은 더 이상 이러한 직접주의원칙에 부합하지 않는다는 것이다. 즉 직접주의원칙을 고수할 경우 신문조서의 낭독은 물론 신문의 결과에 대한 어떠한 대체 형태도 공판정에 도입되어서는 안 될 것임에도 이미 독일 입법자는 1877년 다른 우회로를 통해 동 원칙을 훼손해버렸다는 것이다. 무엇보다 수사단계의 신문(조사)자를 증인의 형태로 법정에서 진술하게

23) AE-Beweisaufnahme 2014, S. 6.

24) 예를 들어 증인, 감정인 혹은 공동피고인의 사망이나 정신병 혹은 체류장소가 밝혀지지 않는 경우(§250 I RStPO), 혹은 불가피한 장애사유로 위의 사람들의 공판정 참여가 어려운 경우, 피고인(피의자)에 대해 그 자들의 신문이 적시에 고지되었던 경우(§250 II)이다. 따라서 심지어 증인 등이 사망하고, 다른 절차 관여자들이 조서낭독에 동의하더라도 법관이 아닌 수사기관면전의 조서는 낭독할 수 없다고 보았다(이에 대해서는 AE-Beweisaufnahme 2014, S. 14).

한 것이 바로 그것이며, 판례도 제250조부터 제256조까지의 규정은 단지 서증보다 인증이 우선이라는 원칙을 선언한 것일 뿐, 참고인이나 감정인의 진술 내용을 그를 신문한 자의 증언을 통해 법정에 현출하는 것은 구체적인 사안에서 인적 신문이 사건의 실체진실발견에 필요한 것인지, 어느 정도 기여할 것인지를 기준으로 판단해야한다는 입장을 고수해 왔다는 것이다.[25] 따라서 실무에서는 처음부터 공판절차에서의 인적 신문을 그 자의 이전 진술로 대체할 수 있는가라는 문제에 대해 크게 두 가지의 규정체계에 따라 판단해 왔던 것이다. 우선 수사단계에서의 증인 등의 진술을 그를 신문한 공무원의 증인진술로 공판정에 도입할 수 있는가는 증거조사(결정)의 범위에 관한 일반적인 규정에 따라 처리된다. 반면에 신문에 대한 조서의 낭독을 통해 진술을 대체하는 것은 제250조부터 제256조까지의 엄격한 규정에 따라 판단해야하고, 이에 따르면 수사기관작성 조서의 낭독은 원칙적으로 불가능하고, 모든 절차 참여자들의 동의가 있어도 인증의 대상이 되는 자의 공판정에서의 신문은 폐기할 수 없는 것이다.

하지만 이러한 본질적인 차이는 제250조부터 제256조까지의 규정의 광범위한 개정을 통해서 상대화되기 시작하였고, 나찌정권의 입법자들은 현행법 제251조제1항 제2호를 시작으로 수사기관의 신문조서 낭독도 허용하고, 동시에 절차참여자들이 동의하는 경우라면 항상 법관의 조서는 낭독할 수 있게 하였다. 이러한 조항은 나찌정권이 사라지고도 그대로 계수되었고, 변호인의 조력을 받은 피고인의 경우에는 수사기관의 조서와 그 밖의 진술서 등에도 절차참여자들의 동의가 있으면 공판정에서의 심리를 생략할 수 있게 만들어 버렸다는 것이다.[26] 나아가 제251조제1항 제3호를 신설하고 제256조를 확장하여 법원에게 경우에 따라서는 다른 절차 참여자들의 동의가 없어도 진술서 등을 통해 인적 신문을 대체할 수 있는 가능성도 열어 줌으로서 직접주의원칙을 본질적으로 변형시켜 버렸다는 것이다.

따라서 현재의 법 상태에서는 언급한 두 가지의 유형 중 신문(조사)한 수사기관의 공무원을 증인으로 신문하여 진술자의 공판정에서의 신문을 생략할 수 있는지는 여전히 증거조사(결정)의 범위에 관한 일반적인 규정에 따라 처리되지만, 후자의 진

25) 이에 관해서는 RGSt 5, 142; 48, 246; BGHSt 6, 209; AE-Beweisaufnahme 2014, S. 14-15.
26) 현행 형사소송법 제251조 제1항 제1호.

술이 기재된 조서의 낭독과 영상녹화물의 재생은 (제255조의a 제1항의 도입이후로) 형사소송법 제250조부터 제256조까지의 복잡한 조문을 통해 결정되어야 하는 구조가 되었다는 것이다.[27] 바로 이 부분이 개정안의 핵심 대상이라고 하겠다.

가. 제252조의 개정 필요성

특히 불명확한 문제는 동법 제252조[28] 및 제254조와[29] 관련하여 발생하는데, 이 조항들은 제250조에 규정된 인적 신문원칙에 대해 어떠한 예외도 인정하고 있지 않지만, 이와 무관하게 증인의 증언거부나 피고인의 진술거부권 행사는 이전의 그들의 진술을 공판정에 도입하는 것에 장애가 되는 것인지, 어느 정도까지 제약이 되는지에 대해서는 그 답을 제시하지 않고 있다는 것이다. 판례는 특정의 이전 진술의 사용은 단지 이전의 신문자의 증인진술을 통해서만 공판정에 들어올 수 있는 것이지, 신문조서의 낭독이나 혹은 영상녹화의 상영을 통해 법정에 들어오게 할 수는 없다는 의미로 이 조항들을 해석하고 있다.[30] 또한 제252조는 낭독금지에 대해 규정하고 있으나 독일연방대법원은 낭독금지뿐만 아니라 기본적으로는 사용금지도 규정하고 있다고 해석하고 있지만,[31] 결국은 그 진술을 이전에 증인을 신문한 법관의 증인진술을 통해서 법원에 현출하고 있는 상태이다.[32] 이에 반해 법관의 신문조서의 낭독이나 영상녹화물의 사용은 제252조 및 제255조의a제1항의 명문 규정에 따라 일반적으로 허용될 수 없는 것으로 간주되고 있다. 물론 이에 대해서 연방대법원도 다른 방법보다 신뢰성이 높다고 할 수 있는 영상녹화물의 상영을 금하고 있는 것은 바람직하지 않지만 일단 입법자의 조치를 기다려야 하는 문제로 정리하고 있다는 점에서[33] 그 합리적인 해결방법이 모색되어야 한다는 것이다.

---

27) AE-Beweisaufnahme 2014, S. 15-16.

28) 공판절차에서 비로소 증언거부권을 행사한 증인의 공판절차 전의 신문에서의 진술은 (공판정에서) 낭독될 수 없다.

29) ① 법관의 조서에 포함된 피고인의 진술은 자백에 관한 증거조사의 목적으로 낭독될 수 있다. ② 신문에서 발생된 이전 진술과의 모순이 공판절차의 중단 없이 확정될 수 없거나 제거될 수 없는 경우에도 전항과 같다(조서가 낭독될 수 있다). ( )의 내용은 필자가 부기한 것임.

30) AE-Beweisaufnahme 2014, S. 16.

31) BGHSt 2, 99, 100ff.에 의해 종래의 제국법원의 일관된 입장(예를 들어 RGSt 70, 6)을 변경하였다.

32) AE-Beweisaufnahme 2014, S. 16; BGHSt 2, 99, 105ff.; 49, 72, 76ff. 등.

나. 제254조의 개정 필요성

제254조는 법관이 아닌 자의 신문에서 행한 피고인의 종래 진술이 공판정에서 사용될 수 있는가의 문제와 관련되어 있다. 판례는 이 규정을 제252조의 경우와는 달리 증거사용금지 규정으로 보지 않기 때문에, 수사기관의 신문에서 피고인의 진술내용은 제254조 및 제255조의a 제1항에 따라 신문조서의 낭독으로도 혹은 영상녹화물의 상영으로도 공판정에 끌고 들어올 수 없는 것으로 해석하고 있다. 그런 이유로 결론적으로 신문한 자를 불러 증인진술을 듣는 방식으로 그 진술의 내용이 공판정으로 도입될 수 있는 것이고 이를 통해 피고인의 종래 진술이 법관의 판결형성에 이용될 수 있는 구조이다.

개정안의 제안이유에서는 무엇보다 수사절차는 일반적으로 수개월이 걸리는 것이고, 이런 경우 신문한 자는 이전에 조서에 기재된 진술을 더 이상 기억하지 못하거나 대부분 기억하지 못하는 것이 전형적이라는 문제점을 지적한다. 따라서 신문자에 대한 신문은 일반적으로 가장 먼저 그 자에게 직접적인 기억으로부터 진술할 수 있는 것을 듣고, 이어서 기억환기를 위해 조서기재내용의 일부 낭독이 이루어진다. 끝으로 조사자 자신이 당시 올바르게 조서에 기재한 것에만 근거해서 말하고 있는지 여부, 즉 진술의 정확성, 공무원의 신용성과 정직성 등이 평가된다.

하지만 연방대법원의 지속적인 판결에 따를 때[34] 이런 방식으로는 신문조서에 기재된 진술을 충분히 이용할 수 없다는 한계가 있는데, 왜냐하면 결국 그 진술을 들은 자(조사자)가 공판정에서 -기억환기를 위한 제시를 통해 기억하게 된 것인 경우도 포함하여- 기억하여 진술한 것만이 사용가능하기 때문이다.[35] 달리 말해 조사자인 증인이 진술하지 않은 것은 신문조서에 기재된 것이라도 증거로 할 수 없다는 것이다.[36] 물론 피고인이나 증인을 신문한 사법경찰관이나 검사가 기억환기를 위한 일부 낭독이 행해진 후 원진술자들의 진술을 기억해 내고, 조서에 적힌 것과 같은 진술을 하게 된다면 조서에 기재된 진술이 결과적으로 증거로 사용되는

33) BGHSt 49, 72, 79.

34) BGHSt 1, 337, 339; 14, 310, 311ff.

35) Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 6. Aufl.(2008), Rn. 883.

36) BGHSt 1, 337, 339; BGHSt 14, 310, 311ff.; AE-Beweisaufnahme 2014, S. 17.

결과가 되어 버린다. 이미 제국법원도 이렇게 되면 신문한 자의 진술은 결국 조서의 내용을 재생산해내는 것이 된다는 것을 인식하고 있었음에도 이를 인정해 왔다는 것이다.[37)]

한편 경죄나 중간 정도의 죄질로 분류될 수 있는 범죄의 피고인들은 수사단계에서의 법관(Ermittlungsrichter)의 신문에 자백을 하는 경우가 거의 없기 때문에 그들의 이전 진술을 법정에 현출해야 할 필요성이 있고, 따라서 실무에서는 통상적으로 피고인을 신문하고 조서를 작성한 수사관을 증인으로 소환하게 된다. 하지만 이러한 중죄가 아닌 죄의 피고인들은 공판진행 중에 자백하게 되는 경우가 많기 때문에 실제로 소환된 사법경찰관등이 증인신문대에 오르는 일은 그리 많지 않다고 한다. 이렇게 되면 관련 공무원은 불필요하게 자신의 집무에서 이탈하게 되고 추가 비용이 발생하게 된다는 점을 지적하면서 제254조의 개정의 필요성을 강조한다.[38)]

2. 개정안의 주요내용

결국 제250조부터 제256조의 개정 제안 중에서 핵심 내용은 공판절차에서 증인 혹은 감정인에 대한 인적 신문이 이전의 진술을 사용하거나 혹은 그 밖의 서면의 진술서나 구술의 진술을 사용함으로써 대체될 수 있는가의 문제, 나아가 어느 정도까지 대체될 수 있는가의 문제를 이제 일원적으로 해결하자는 것이다. 나아가 종래 진술의 대체가 허용된다고 한다면 이제 영상녹화물의 상영, 조서의 낭독 혹은 신문한 자의 증인진술의 도입 중 어느 것을, 나아가 어떤 순서로 대체하는 것이 필요한 것인가를 명시적으로 규정하자는 것이다.

가. 증거조사의 범위에 관한 일반원칙을 기준으로 한 공판절차에서 진술의 대체

언급되었듯이 개정안에서는 공판정에서의 증인 신문이 이전 진술로 대체될 수 있는지 여부의 판단은 증거조사의 범위에 관한 형사소송법의 일반원칙에 따라 결정되

37) RGSt 8, 122, 123; BGHSt 14, 312f; 21, 149f..

38) AE-Beweisaufnahme 2014, S. 17.

어야 한다고 본다. 그 근거로는 자신이 인지한 사건에 관한 사람의 진술은 불변의 것이 아니며, 점점 희미해지는 기억에 근거하는 것이고, 신문의 유형과 방식 혹은 진술에 대한 진술자의 변화하는 태도와 같은 다른 요인에 의해서도 변하는 것이 당연하다는 사실을 강조한다. 공판정에서의 신문과 이전의 진술을 재연하는 것은 단순히 동일한 증거조사를 형태만 달리 하는 것이 아니라, 공판정에서의 진술과 수사단계에서의 진술, 그 양자를 법원에 제공함으로써 법원으로 하여금 그 사람이 인지한 사실에 대한 상이한 자료(간접증거)를 통해 보다 정확한 심증형성을 가능하도록 한다는 것이다. 공판정에서 증인 등을 신문하고 추가적으로 그 자의 모든 이전 진술을 사용할 수 있을 때 법원은 자신의 확신형성을 위해 가장 광범위하고 최선의 근거를 갖게 된다는 것이다. 만약 절차에서 진술이 상호 모순되는 경우가 생기거나 다른 이유로 판결을 위해 중요한 진술의 진실성이 의심되는 경우라면, 비록 문헌의 일부 주장에 따르면 종래 진술을 공판정에서의 진술을 보완하기 위해 사용하는 것도 형사소송법 제250조를 통해 금지된 것으로 보고 있지만, 법원은 이미 현행법 상태에서도 이러한 방식을 취하고 있다는 것도 근거로 들고 있다. 공판절차 진행 중에 증인이 수차 진술을 바꾼 경우, 그 진술 상호간의 내용을 비교하는 것은 그와 동일한 이유 때문이라는 것이다.[39]

따라서 공판정에서의 진술이 이전의 진술에 비해 진실발견의 관점에서 볼 때 일반적으로 보다 우월하다고 하는 것은 전혀 근거 없는 주장이라고 비판한다. 물론 진술자의 태도 등 전반을 고찰할 수 있다는 것과 다양한 추가질문이 가능하다는 점이 공판정에서의 신문의 장점이지만, 인간의 기억은 시간이 지날수록 희미해지고, 또 다른 여러 가지 이유로 공판정의 진술보다 종래의 진술이 보다 더 진실에 가깝다고 할 수 있다는 것이다. 따라서 두 개의 진술 중 어느 것이 더 증거로서 높은 가치를 가지는가는 개별 사안마다 구체적으로 판단해야 할 문제라고 지적한다.

실체 진실발견이라는 관점에 따른다면 공판정에서의 신문을 그 자의 이전의 진술로 대체하는 것과 이를 신문한 자의 진술을 통해 대체하거나 혹은 다른 물적 증거방법으로 대체하는 것을 달리 다루어야 할 이유가 없다고도 지적한다.[40] 신문자의 진

39) AE-Beweisaufnahme 2014, S. 18.
40) AE-Beweisaufnahme 2014, S. 19.

술이나 다른 물적 증거방법의 조사결과 더 이상 원진술자의 공판정에서의 신문이 불필요하다고 보아 이를 생략할 수 있는가의 문제도 증거조사의 범위에 관한 일반 기준에 따르면 된다는 것이다. 또한 법원은 조사자나 다른 증거의 결과가 이미 사실 인정에 충분하다고 보더라도 형사소송법 제245조 제1항[41] 및 제244조 제2항에[42] 따라 원진술자인 증인과 감정인을 신문할 수도 있고, 절차참여자들은 증거조사신청과 방법 등을 규정하고 있는 동법 제244조 제3항과 제4항, 그리고 제246조에 따라 증거신청의 방법으로 법원에 그 신문을 강제할 수 있는 가능성도 있다는 것이다. 이러한 가능성은 피고인에게 유리한 증인이건 불리한 증인이건 동일하며, 피고인은 이를 통해 자신에게 유리한 증인의 진술을 더욱 강화하거나, 자신에게 불리한 증인의 신용성을 탄핵하는데 충분하다는 것이다. 만약 법원이 피고인에게 불리한 증인의 이전 진술에 근거하여 심증을 형성하려하고, 그 진술자를 공판정에서 신문할 필요가 없다고 판단한다면, 피고인은 그 증인이 자신에게 불리하게 진술한 사실의 반대사실의 증명을 위해서 그를 공판정에서의 신문해 줄 것을 청구할 수 있는 것이고, 이 경우 법원은 그러한 증인신문신청을 이미 그 사실은 충분히 소명되었다는 이유로 기각할 수 없다는 것이다. 형사소송법 제244조 제3항에서[43] 증거선취금지규정이 이를 보장하고 있기 때문이다. 문제되는 증인이 참석불가능하지 않은 경우라면 혹은 법적 이유로 신문될 수 없는 경우라면 피고인은 그 자의 공판정에서의 신문을 증거신청으로 강제할 수 있고, 이러한 신문에서 자신에게 보장된 유럽인권협약 제6조제3항d)의 '자신에게 불리한 증인에 대한 반대신문권'을 행사할 수 있다는 것이다. 또한 법원이 피고인에게 유리한 사실을 진술한 증인의 공판정 진술이 불필요하

41) "증거조사는, 증거조사가 허용되지 않는 경우를 제외하고는, 법원으로부터 소환되고 출석한 모든 증인과 감정인 및 그 밖에 제214조 제4항에 따라 법원으로부터 혹은 검찰로부터 획득된 증거방법에 미쳐야 한다. 만약 검사, 변호인 그리고 피고인이 그에 대해 동의하는 경우에는 개별 증거의 조사를 생략할 수 있다."

42) "법원은 진실발견을 위해 판결에 중요하다고 보이는 모든 사실과 모든 증거방법을 직권으로 조사하여야 한다."

43) "증거조사가 허용되지 않는 경우에는 증거신청은 기각되어야 한다. 그 외의 경우에는 단지 증거조사가 주지의 사실이라는 이유로 과잉의 것이거나, 증명된 것으로 보는 사실이 판결을 위해 의미가 없거나 이미 증명된 것일 때, 증거방법이 전적으로 부적당하거나, 획득 불가능한 경우, 증거신청이 절차의 지연을 목적으로 한 것이거나 주장된 사실이 참인 것으로 다루어질 수 있는 경우에만 증거신청이 기각될 수 있다."

다고 보고 종래의 그의 진술을 사용하려고 할 경우 피고인은 그 증인에 의해 종래 진술에서 표현된 자신에게 유리한 사실의 증명을 위해 그 자의 공판정에서의 신문도 신청할 수가 있다. 물론 경우에 따라서는 법원이 외국에 있는 증인을 소환하지 않고, 그 자의 종전 진술로 이를 대체하려고 하는 경우, 피고인은 그에 대해 증인신문신청을 하더라도 법원이 직권조사의무에 따라 그러한 신문이 필요하지 않다고 판단하게 되면[44] 공판정에서의 신문이 불가능해진다는 것을 현행 규정의 문제점으로 지적한다. 이 점을 고려하여 개정안은, 유럽인권협약에서 피고인에게 보장하고 있는 반대신문권을 보장하기 위해, 감정인과 외국인 혹은 외국체류증인에 대해서는 그런 경우 현행 증거기각가능성을 배제하는 방식으로 현행법을 개정하자고 주장한다. 달리 말해 제244조제3항의 경우 외에는 증거신청을 기각할 수 없는 것으로 하자는 것이다. 나아가 현행법 제256조제1항제5호에 규정된 수사기관의 수사행위(과정)에 대한 내용을 포함하는 조서나 서면에 대한 낭독이 이루어지는 경우, 현재에는 이에 대해 피고인이 그 수사서류 작성자를 증인으로 신청하여 신문하는 것이 불가능하지만, 개정안에서는 이러한 가능성도 열어 주자는 것이다.

또한 직접주의의 효과의 하나라고 할 수 있는 공개주의 원칙과 관련해서도, 법원이 심증형성에 사용한 진술은 공개된 법정에서 진술되어야 하는데, 이 점에 대해서도 당사자의 증인신문신청에 있다면 이를 보장하도록 한다는 것이다.[45] 한편으로 공개주의를 근거로 한 개정안에 대한 비판은 현행 형사소송법 규정을 고려할 때 원론적인 반론에 불과하다고도 한다. 달리 말해 이미 공개주의의 예외는 형사소송법에 산재해 있다는 것이다. 당사자들의 합의에 의한 조서의 낭독가능성이나 신문자의 증인신문을 통한 증인의 이전 진술의 대체 등의 규정은 이미 공개주의를 피해가고 있는 대표적인 경우라고 지적한다. 이미 형사입법자가 선택한 절차 신속의 요구를 외면할 수 없다는 말이다. 개정안은 다음과 같다.

---

44) 제244조 제4항 "감정인에 대한 신문청구는, 다른 규정이 없다면, 법원 자신이 필요한 사안에 대한 지식을 가지고 있는 경우에도 기각할 수 있다. 추가적인 감정인의 의견청취는 이전의 감정서를 통해 주장된 사실의 반대사실이 이미 증명된 경우라면 기각될 수 있다; 이전의 감정서의 전문지식(감정내용)이 의문스러운 경우, 그의 감정서가 부당한 사실적 전제에서 출발하고 있는 경우, 감정서가 모순을 함유하고 있거나 새로운 감정인이 이전의 감정인의 연구수단을 넘어서는 것을 보이는 연구방법을 가지고 있는 경우에는 그러하지 않다."

45) AE-Beweisaufnahme 2014, S. 22.

제250조 신문의 대체(Ersetzung einer Vernehmung)[46]

(1) 증인 혹은 감정인을 공판절차에서 신문하는 것이 가능하지 않거나 진실발견을 위해 필요하지 않는 경우에는 그 자의 종래진술의 도입 혹은 그 밖의 서면 혹은 구술의 진술의 도입을 통해 대체될 수 있다. 검사, 피고인 그리고 변호인은 이전의 진술에 혹은 진술・자술(서)에 표명된 사실의 증명은 물론 반박을 위해서도 증인 또는 감정인의 신문을 신청할 수 있다. 이러한 경우에는 제244조 제4항, 제5항, 제384조 제3항, 제420조 제4항은 적용하지 않는다.

(2) 피고인에게 변호인이 없는 경우 재판장은 이전의 진술에서 표명된 사실의 증명 혹은 반박을 위해서 증인 혹은 감정인의 신문을 신청할 권리에 관해 고지한다. 이러한 고지가 필요한 경우 재판장은 피고인의 조우권(반대신문권)을 위해 그러한 신청의 의미(제253조)에 관해 설명한다.

나. 피고인과 그 가족의 진술에서 자기부죄로부터 자유로울 권리의 강화

개정안의 또 하나의 주안점은 피고인의 자기부죄금지특권의 강화이다. 개정안 제254조에서는 피고인이 구체적으로 자신의 진술거부권에 관해 고지 받았다는 것을 인정할 수 있는 경우에만 수사절차에서의 피고인 신문 결과를 판결의 근거로 할 수 있다는 것을 분명하게 규정하고 있다. 법관의 수사절차에서의 신문은 물론 변호인이 참석한 상태에서의 신문에도 동일한 요구를 적용한다. 변호인이 출석하지 않은 검찰이나 경찰의 신문에서의 진술을 녹화한 영상물은 피고인이 그에 대해 동의하지 않는 한, 피의자가 변호인의 참석과 조력을 포기한 경우에만 증거로 사용할 수 있도록 한다는 것이다.

피고인의 친족 등이 수사절차에서는 진술하였지만 공판절차에서 자신의 증언거부권을 행사하는 경우에도 개정안에서는, 현재 공판실무나 판례의 입장에 상응하게,

46) 동 조항을 도입함으로써 현행 제250조, 제251조, 제253조, 제255조의a, 제256조는 삭제한다. 왜냐하면 진술대체금지가 없어짐으로서 기존의 예외규정은 필요 없기 때문이다(AE-Beweisaufnahme 2014, S. 23, 49-50).

단지 수사단계에서의 법관 앞에서의 종래 진술만을 사용할 수 있도록 함으로써, 단지 당해 법관에 대한 증인신문을 통해서만 그 진술을 사용할 수 있었던 모순점을 해소하였다고 한다. 따라서 개정안에 따르면 법관 면전에서의 수사절차에서의 진술은 영상녹화물, 조서낭독 혹은 -최후적으로- 신문한 법관을 증인으로 신문하는 방법을 통해 법정에 현출될 수 있게 된 것이다. 물론 법관에게 신문을 받을 당시 이러한 종래 진술 사용가능성에 대해 고지 받았다는 것을 전제한다.

제254조 피고인의 종전 진술의 사용(도입)(Einführung früherer Angaben des Angeklagten)[47]

(1) 피고인이 형사절차의 이전 신문에서 한 진술은 증거조사의 목적을 위해서는 통상 그의 동의가 있는 경우에만 공판절차에서 사용할 수 있다. 다음 각 호의 경우에는 피고인의 동의가 없어도 그 진술은 공판절차에 도입될 수 있다.

1. 그 신문이 법관에 의해 이루어진 경우,
2. 신문에 변호인이 동석했던 경우,
3. 피고인이 신문 전에 변호인의 조력을 포기하고 그 신문이 영상녹화된 경우.

제2문의 경우에는 피고인이 신문 시작 전에 추후에 공판정에서의 사용가능성에 대해 고지받은 경우에만 공판절차로의 도입이 허용된다. 그 종래 진술의 공판정에서의 사용은 제251조에 따른다; 제2문제3호의 경우에는 신문의 영상녹화물은 단지 증거조사의 목적으로만 사용될 수 있다.

(2) 제1항의 경우 검사 또는 피고인의 신청에 의해 이전 진술의 사용 방법 및 그 근거가 조서에 기재되어야 한다.

(3) 피고인이 사안에 대해 진술한 경우, 만약 그 진술이 증거조사의 목적을 위해 제1항에 따라 사용될 수 없는 경우에도 피고인에게 기억환기를 위해 낭독될 수 있다. 그러한 기억환기를 위한 낭독(제시)은 영상녹화물의 상영으로 대체될 수 없다. 증거조사의 목적을 위해 사용될 수 없는 피고인의 진술은 다른 사람에게는 낭독되어서는 안된다.

47) AE-Beweisaufnahme 2014, S. 65

다. 공판절차에서 신문을 대체하는 이전의 진술을 들여오는 유형과 방법

개정안의 제안자들은 수사단계에서의 진술을 공판정으로 끌어 들이는 방법은 증거조사의 범위에 관한 일반규정에 따라 결정할 성질의 것이 아니고, 특정 진술을 가능한 신뢰할 수 있도록 공판정에 재현하는 것이 관건이므로, 기본적으로 어떤 형태로 종래 진술을 공판절차에 도입하는 것이 가장 진실발견에 적합한 것인지가 기준이 되어야 한다고 본다. 그 기준을 추상적으로 정하는 것은 가능하며 바람직하다고 본다. 이에 따라 개정안은 이전의 진술을 공판정으로 끌어들이는 다양한 가능성들에 법적 순서를 매길 것을 제안하고 있다. 즉 이전의 진술을 재현하는 가장 신뢰할 만한 방법은 영상녹화물을 재생하는 것임을 부인할 수 없기 때문에, 조서의 낭독이나 신문(조사)자의 증인신문보다 이를 우선하는 것이 옳다는 것이다. 한편 조서의 낭독과 조사자를 대상으로 한 증인신문 간의 우선순위 결정은 그렇게 쉽지 않다고 본다. 하지만 일반적으로 볼 때 조서는 증인 혹은 감정인의 진술을 받아 적는 기능을 하는 것이고, 조서의 작성 후 진술자들이 그 진정 여부를 확인한 후 서명을 받는 절차들이 마련되어 있는 반면에, 조사자를 증인으로 신문하는 경우 그 자의 진술은 바로 언급한 조서에 기초하고 있는 것일 뿐만 아니라, 그 기억도 흠결 가능성이 있는 것이므로 결과적으로 조서의 낭독에 우선 순위를 주는 것에 충분한 근거가 있다고 본다.[48] 하지만 이 양자 사이의 증거가치의 우월성을 명백하게 구분하기는 어렵다는 점에서 개정안에서는 조사자를 증인으로 신문하면서 종래의 진술자의 진술을 공판절차로 가져오는 방법을 조서의 낭독에 대한 보충적 방법으로 활용하는 가능성을 열어 두고 있다. 물론 절차의 경제성 원칙을 기초로 모든 절차참여자들의 동의가 있는 경우에는 우월성이 떨어지는 방법도 사용할 수 있는 가능성도 남겨 두고 있다.

개정안에 참여한 자들은 이런 방법으로 가능한 방법 중 가장 신뢰할 만한 방법으로 진실발견이라는 목적을 추구하였고, 영상녹화물의 재생을 추천하고 있는 것이다. 따라서 본 개정안의 핵심은 결국 증인의 신문을 녹화하는 것이고, 개정안의 기타 세부 규정의 개정 내용은 결국 이러한 영상녹화와 재생의 전제조건과 방법을 현행

48) AE-Beweisaufnahme 2014, S. 25.

법에 비해 보다 투명하게 하고, 실무에서의 법적용에 있어서 보다 법적 안정성을 강화하는 방안을 만든다는 것이다.[49]

제251조 이전의 진술을 통한 대체의 유형과 방법(Art und Weise der Ersetzung durch eine frührere Aussage) [50]

(1) 제250조 제1항 제1문에 따른 이전의 진술을 통해 신문을 대체함에 있어서 공판절차로 도입하기 위한 다양한 가능한 방법 중에서 다음 순서를 사용해야 한다.

1. 이전의 진술의 영상녹화물의 재생(제249조의a)
2. 이전의 진술에 관한 조서의 낭독(제249조)
3. 이전의 진술의 내용에 관한 다른 사람의 신문

(2) 검사, 피고인 그리고 그의 변호인의 동의가 있으면, 그 방법이 진실발견을 위해 충분한 경우라면 후순위의 방법도 사용될 수 있다. 후순위의 형태를 보충적으로 사용하는 것은 항상 허용된다.

3. 개정안의 핵심 요소들의 요약

개정안의 복안은 결국 다음과 같이 요약적으로 설명할 수 있다. 첫째, 제250조부터 제256조까지의 지나치게 경직되고, 비체계적이며 일관성이 떨어지는 증거조사에서의 실질적 직접주의에 관한 규정들은 피고인, 증인 그리고 감정인의 진술과 관련한 증거방법의 선택에 있어서 보다 유연한 모델로 대체되어야 한다. 나아가 신문의 대상이 되는 자의 직접 신문과 이전의 진술을 도입하는 것 중 무엇을 선택할 것인가의 판단 기준은 법원의 사안해명의무(직권조사의무), 절차참여자들의 의사, 저마다의 증거방법이 종래진술을 신뢰할 수 있도록 재현할 수 있는 적(합)성이다. 둘째, 법원의 해명의무가 이를 요구하거나 절차참여자들이 형사소송법 제244조 제3항부

49) AE-Beweisaufnahme 2014, S. 25.
50) AE-Beweisaufnahme 2014, S. 53.

터 제5항까지, 또는 제245조의 규정에 따라 신문을 신청한 경우에는 신문의 대상이 되는 자에 대해 공판정에서의 직접 신문이 이루어져야 한다. 셋째, 만약 이러한 전제조건 중 어느 것도 존재하지 않으면 법원은 인적 신문의 대상이 되는 자의 진술을 그 대체물을 통해 공판정으로 끌어 들일 수 있다. 존재하는 대용물들은 다음과 같은 순서에 따라 사용되어야 한다. ① 신문의 영상녹화물, ② 신문조서, ③ 증인 등을 조사한 자(사법경찰, 검찰 및 법관)에 대한 증인신문의 순이다. 넷째, 피고인에게 불리한 진술의 도입과 사용에 있어서는 유럽인권협약 제6조제3항d)에서 규정하고 있는 자신에게 불리한 증인을 대면하고 질문할 권리를 가능한 최대한의 범위로 보장할 수 있도록 해야 한다. 피고인은 물론 변호인도 질문권을 행사할 수 없었던 증인의 피고인에 대한 불리한 진술은 법원의 유죄판단의 유일한 혹은 결정적인 근거가 될 수는 없다. 사법기관이나 법원이 이러한 증인에 대해 피고인 또는 변호인이 질문권을 행사할 수 없었던 것에 책임을 져야만 하는 경우라면 그 증인의 진술은 전체적으로 증거로 사용할 수 없다. 마지막으로 판례에 의해 발전된 공판절차에서 증언거부권을 행사하는 증인의 종전 진술을 그 증인을 이전에 신문한 법관에 대한 증인신문을 통해 대체하는 가능성은 명문으로 도입되어야 하고, 이러한 대체의 전제조건으로 그 증인에 대해 보다 강화된 고지의무를 부과하는 것으로 보충하는 것이 바람직하다.[51]

Ⅳ. 증거법 개정안의 시사

역사와 전통을 달리 하는 국가들 간의 형사소송절차에서의 증거조사의 방법과 내용을 평면적으로 비교할 수는 없다. 현행 형사소송법의 다양한 규정들이 독일어권의 국가들과 비교하여 적정절차, 인권보장, 실체진실발견에 더욱 적합한 구조일 수도 있다. 따라서 여기서는 단지 위 개정안의 배경과 내용을 기초로 우리의 형사증거법 관련 논의에서 한번은 되짚어 보아야할 문제는 무엇인지를 간략히 언급하기로 한다.

51) AE-Beweisaufnahme 2014, S. 26.

1. 직접주의와 전문법칙

우선 전문증거의 증거능력과 관련된 현행 형사소송법 제310조의2 이하의 규정들을 둘러싸고 이러한 조항들이 영미의 전문법칙을 표현하고 있는 것인지,[52] 대륙법상 직접주의를 표현하고 있는지,[53] 아니면 양자를 절충적으로 혼합한 것인지에[54] 관해 의견이 대립하고 있다. 주지하다시피 헌법재판소는 이미 1993년 결정을 통해 현대 민주국가에서는 공판중심주의에 의한 직접주의와 반대신문의 기회가 부여되지 않은 전문증거에 대한 증거능력을 부인하는 전문법칙을 채택하고 있다고 하고, 입법사를 볼 때 우리 형사소송법은 직접주의의 바탕 위에 영미법계의 전문법칙을 받아들여 이를 확립하고 공판중심주의의 철저를 기하였다고 분석한 바 있다.[55] 대법원은 현행 형사소송법 제275조 제1항과 제308조를 근거로 우리 형사소송법은 공판중심주의의 한 요소로 실질적 직접심리주의를 채택하고 있다고 판시하고 있다.[56] 나아가 전문증거의 증거능력을 제한하는 이유는 직접심리주의와 공판

52) 이은모, 형사소송법, 제2판(2011), 620쪽; 임동규, 형사소송법, 제4판(2006), 473쪽; 차용석·최용성, 형사소송법, 제4판(2013), 569쪽("전문법칙이 직접주의를 수용하고 있다,"), 같은 취지로 심희기·양동철, 쟁점강의 형사소송법(2009), 523쪽; 손동권, 형사소송법, 개정신판(2010), 591쪽; 노명선·이완규, 형사소송법, 제3판(2013), 662쪽.

53) 배종대·이상돈·정승환·이주원, 신형사소송법 제3판(2011), 402쪽에서는 '전문법칙은 실질적 직접주의를 실현하는 규정'이라고 하여 직접주가 전문법칙을 함유하고 있다고 보고, 우리 형사소송법은 직접주의를 수용한 것으로 이해하고 있다(612쪽).

54) 이재상, 신형사소송법, 제2판(2008), 556쪽에서는 현행 형사소송법이 당사자주의와 직권주의를 절충한 구조이지만, 직접주의와 전문법칙은 서로 구분되고, 전자가 후자의 근거는 아니라고 하며 제310조의2는 전문법칙을 선언한 것으로 이해하는 듯하다. 정웅석·백승민, 형사소송법, 전정증보 제6판(2014), 633쪽; 신동운, 신형사소송법, 제4판(2008), 898쪽("직접심리주의와 전문법칙을 하나의 조문에 규정하는 것은 충분히 가능하며 또한 소망스럽다고 하지 않을 수 없다."); 신현주, 464쪽에서는 직접심리주의는 직권주의와 당사자주의에 모두 기능할 수 있으며, 직권주의에서는 법관의 심증형성의 정확성을 도와 실체진실발견을 촉진함에 비해, 당사자주의에서는 반대신문권의 보장에 주안점이 있다고 한다. 나아가 전문법칙도 영미법계의 전문법칙과 대륙법계의 전문법칙으로 구분하고, 전자는 허위배제, 반대신문권보장, 태도심증의 기회보장 등으로 설명하고, 후자의 경우에는 직접심리가 더욱 강조된다는 식으로 설명하고 있다(593-594쪽).

55) 헌재 1994. 4. 28. 93헌바26 결정.

56) 우리 형사소송법은 형사사건의 실체에 대한 유죄·무죄의 심증 형성은 법정에서의 심리에 의하여야 한다는 공판중심주의의 한 요소로서, 법관의 면전에서 직접 조사한 증거만을 재판의 기초로 삼을 수 있고 증명 대상이 되는 사실과 가장 가까운 원본 증거를 재판의 기초로 삼아야 하며, 원본 증거의 대체물 사용은 원칙적으로 허용되어서는 안된다는 실질적 직접심리주의를 채택하고 있는

중심주의의 요소를 더욱 강화하려는 것이라고 하면서,[57] 전문법칙은 '사실을 직접 경험한 사람의 진술이 법정에 직접 제출되어야 하고 이에 갈음하는 대체물인 진술 또는 서류가 제출되어서는 안 된다'는 것으로 이해하고 있다.[58] 종종 '직접주의와 전문법칙의 예외를 정한 형사소송법 제314조'라고 하는 등[59] 양자를 동일하게 놓는 듯한 인상도 주기도 하지만, 대법원은 비교적 직접주의에 비중을 두고 있는 표현을 사용하고 있다.

앞서 살펴본 개정안의 배경과 목적에 따를 때, 실질적 직접주의 원칙과 반대신문권의 보장을 핵심으로 하는 전문법칙이 한 법체계 내에서 공존하는 것도 충분히 가능하며, "독일법의 직접주의도 이론적으로 반대신문권의 보장을 배척하는 것은 아니며 오히려 이를 전제하거나 또는 그것에 의해 뒷받침되어야 하는 것이라고 볼 수 있다"는 지적은[60] 정확하다. 미국 헌법·유럽인권협약의 피고인에 대한 반대신문권의 보장은 전문법칙을 전제하는 경우에만 가능한 것이 아니라, 어떠한 구조의 형사절차를 가지고 있는 것인가와 무관하게 적정절차를 통한 실체진실의 발견을 위한 불가결의 전제인 것이다.

2. 인증(인적 신문)우선의 원칙의 함의

독일의 인증 우선의 원칙(현행 제250조)은 인간의 인지를 기초로 하는 동일한 증거자료인 경우 인증을 우선하라는 것이지 모든 유형의 인증이 서증보다 증거가치에

바, 이는 법관이 법정에서 직접 원본 증거를 조사하는 방법을 통하여 사건에 대한 신선하고 정확한 심증을 형성할 수 있고 피고인에게 원본 증거에 관한 직접적인 의견진술의 기회를 부여함으로써 실체적 진실을 발견하고 공정한 재판을 실현할 수 있기 때문이다. 형사소송절차를 주재하는 법원으로서는 형사소송절차의 진행과 심리 과정에서 법정을 중심으로 특히, 당사자의 주장과 증거조사가 이루어지는 원칙적인 절차인 제1심의 법정에서 위와 같은 실질적 직접심리주의의 정신이 충분하고도 완벽하게 구현될 수 있도록 하여야 한다(대법원 2010.06.24. 선고 2010도3846 판결). 같은 취지로 대법원 2009.1.30. 선고 2008도7917 판결; 대법원 2006.11.24. 선고 2006도4994 판결. 물론 형식적 직접주의인 법관의 직접 증거조사의 원칙과 요증사실에 가장 근접한 증거조사라는 두 가지 원리를 모두 실질적 직접주의로 언급하고 있다는 점에서 그리 정확한 표현은 아니다.

57) 최근 판결례로 대법원 2013.06.13. 선고 2012도16001 판결 참조.

58) 대법원 2008.11.13. 선고 2006도2556 판결.

59) 대법원 2013.10.17. 선고 2013도5001 판결.

60) 배종대·이상돈·정승환·이주원, 앞의 책, 613쪽.

서 우월하다는 것을 의미하는 것은 아니다. 공판정에서의 진술이 수사기관 등이 작성한 서면에 기재된 진술보다 더 진실에 부합한다는 보장은 없으며, 오히려 시간이 지날수록 인간의 기억은 희미해진다는 점에서 인증에 절대적 우위를 둔다는 것은 일상적인 우리의 경험에 반하는 것일 수 있다. 이러한 현상은 피고인, 증인, 감정인, 나아가 조사자의 경우도 다를 바 없다. 진술자의 진정성립에 증거사용의 가능성을 맡겨 두는 것 보다는 다양한 증거(신문)신청권, 진술의 공판절차에서의 사용가능성에 대한 사전고지, 변호인의 조력권의 실질적 보장 등을 전제로 한 보충적 조서기재 내용의 활용은 적정절차를 통한 실체진실발견이라는 형사절차의 목적에 다가가는 인간의 한계를 극복하기 위한 인간의 방법일 수 있는 것이다.

3. 실체진실발견을 위한 법관의 판단자료의 확충

실체진실발견을 위해서는[61] 법관이 가용한 모든 관련 증거를 조사하는 것이 이상적일 것이다. 개정안에서 주장하고 있듯이, 공판정에서의 진술과 공판전의 수사단계에서의 진술을 상호 비교해보는 것은 어떤 진술이 보다 더 사안의 실체에 부합하는 것인지를 판단할 수 있는 가장 적절한 방법이라고 하지 않을 수 없다. 수사단계에서의 불법한 관행이 있었고, 지금도 그러하며, 앞으로도 사라지지 않을 것이라는 예상으로 실체적 진실발견을 한 계단 아래에 놓는 것은 형사절차의 존재 자체에 대한 회의를 낳을 수도 있는 것이다. 지금까지 공허한 구호에 머물렀다고 하지 않을 수 없는 수사단계의 적정절차를 위반하는 자의 불법을 강력한 제재로 실질적으로 통제하는 것과 법관의 판단자료를 충실히 확충해 주는 것은 병존할 수 있고, 함께 추구되어야 하는 것이다.

61) 형사절차에서의 실체진실발견과 적정절차의 관계에 대해서는 이 글이 가지는 비교법적 검토라는 한계로 여기서 상론할 수 없으나, 형사절차에서 실체진실발견이라는 목적이 과거의 역사적 사실에 전적으로 부합하는 그 무엇을 발견한다는 의미일 수는 없다. 만약 그리 본다면 대부분의 형사절차는 그 목적을 달성하지 못했다고 해야 할 것이다. 하지만 국가권력이 운영하는 형사절차는 역사적 과거의 실체진실에 보다 가까이 다가가려는 노력이어야 하고, 그러한 노력은 적정절차라는 엄격한 틀 속에서 이루어져야 한다는 것이 형사절차의 정당성의 근거일 것이다.

4. 사법자원의 효율성

형사사법자원의 효율성의 문제는 모든 나라에서 공통적인 관심사이며 현안이라고 해야 할 것이다. 사법업무의 과중이나 인력의 부족을 구체적으로 언급하지 않더라도 우리의 사정이 독일에 비해 결코 나을 바 없다. 사법경찰, 검찰, 법원으로 이어지는 조사와 심리의 중복의 문제점을 해소하는 방법을 찾아야 하는 것은 누구도 부정할 수 없는 형사사법의 비효율·비경제성을 해결하는 하나의 방법일 것이다.

5. 변호인의 피의자신문참여의 현실화

독일의 현재 형사절차에서는 물론, 개정안에서도 수사관(사법경찰 등), 검사, 법관까지 공판정에서 증인으로 신문받을 수 있다. 하지만 그들의 진술을 통해 법정에 현출되는 원진술자의 진술은 조사자가 공판정에서 진술한 부분에 한정될 수밖에 없다. 이러한 제한으로 인해 실질적으로 피고인의 수사단계에서의 진술을 공판정에서 증거조사의 자료로 삼기 위해서는 피고인(피의자)에 대한 신문조서 자체가 낭독될 수 있어야 한다는 것이 개정 제안의 핵심 중 하나이다. 이를 위해서 변호인이 신문에 동석했거나, 변호인의 조력을 피고인이 명시적으로 거부하고 영상녹화에 임한 경우라면 피고인의 동의 없이도 종래의 진술을 증거(조서낭독이건 영상녹화물 재생이건)로 할 수 있도록 하고 있다. 이를 통해 아직도 많은 사건에서 허울뿐인 피고인에 대한 변호인 조력권을 보다 현실화할 수도 있는 것이다. 물론 자신의 진술이 추후 공판정에서 증거로 사용될 수 있다는 고지를 통해 불의타를 방지하겠다는 것도 완전하지는 못하더라도 일종의 안전장치로 기능할 수 있을 것이다.

6. 조사자증언제도와 영상녹화물 재생의 재고

소위 전문증인의 진술(Zeuge vom Hörensagen)은 직접주의와 무관하기 때문에 독일 형사소송절차에서는 당연히 허용되는 증거방법이지만,[62] 전문법칙이 적용되

62) Volk, Grundkurs StPO, 6. Aufl.(2008), S. 178, 249 등.

는 경우 이를 허용해서는 안된다는 것이 현행 형사소송법 제316조에 대한 국내의 지배적 인식이다.[63] 하지만 우리나라와 독일 현행법 어디에도 사안에 보다 가까운 증거를 우선하라는 규정을 발견할 수 없고, 공판정의 진술 외에 수사단계의 진술을 비교검토하지 말라는 금지조항도 없으며, 증인 등의 진술이 기재된 문서를 낭독하지 않고 바로 증인 등을 조사한 수사관을 증인으로 신문하는 것을 금지하는 규정도 없다. 조사자 증언을 통해 피고인의 진술이 법정으로 현출된다는 것을 인식했던 독일 제국법원이 이를 허용한 이유가 무엇인지도 재고할 필요가 있을 것이다.

나아가 개정안에서는 영상녹화물을 공판정의 진술의 대체수단으로 제1순위에 놓고 있다. 여러 가지 조작이나 위법행위의 우려는 물론 법관의 자유심증을 제약한다는 등의 논거들이 주장되고는 있지만 공판정에서의 진술을 대체하는 방법으로 가장 신뢰할 만한 방법이 영상녹화물이라는 개정안의 제안도 백안시할 수 없을 것이다. 앞서 언급한 바와 같이, 불법한 수사관행에 대한 엄정한 대응을 통해 해결할 문제와 형사절차의 목적달성에 보다 근접하기 위한 노력을 구별할 필요가 있는 것이다.

이상의 고찰은 관련 국내의 논의에 천착한 것이 아니다. 조서의 사용·영상녹화물의 재생과 관련한 국내의 근본적인 시각차이가 짧은 비교법적 검토로 해소될 수 있다고도 생각하지 않는다. 실무와 이론적 지식을 갖춘 독일어권 형사법학자들이 제시한 형사증거(조사)법의 개정안이 우리에게 던져주는 몇 가지 문제들을 계기로 앞으로 보다 깊이 있는 열린 대화가 가능하기를 기대한다.

63) 개정 전 형사소송법하에서 대법원은 조사자가 피고인이 수사 당시 자백한 내용을 진술하였더라도 피고인이 이를 부인하면 구형소법 제312조 제2항에 따라 증거능력이 부인된다고 보았다(대법원 2005.11.25. 선고 2005도5831 판결).

참고문헌

노명선 · 이완규, 형사소송법, 제3판, 성균관대학교출판부, 2013.

배종대 · 이상돈 · 정승환 · 이주원, 신형사소송법, 제3판, 홍문사, 2011

손동권, 형사소송법, 개정신판, 세창출판사, 2010.

신동운, 신형사소송법, 제4판, 법문사, 2008.

신현주, 형사소송법, 신정제2판, 박영사, 2002.

심희기 · 양동철, 쟁점강의 형사소송법, 삼영사, 2009.

이은모, 형사소송법, 제2판, 박영사, 2011.

이재상, 신형사소송법, 제2판, 박영사, 2008.

임동규, 형사소송법, 제4판, 법문사, 2006.

정웅석 · 백승민, 형사소송법, 전정증보제6판, 대명출판사, 2014.

차용석 · 최용성, 형사소송법, 제4판, 21세기사, 2013.

Eisenberg, Ulrich, Beweisrecht der StPO. Spezialkommentar, 6. Aufl., München, 2008.

Haller, Klaus/Conzen, Klaus, Das Strafverfahren. Eine systematische Darstellung mit Originalakte und Fallbeispielen, 6. Aufl., Heidelberg, u.a., 2011.

Müller, H.E./Sander, G.M./Válková, H.(Hrsg.), Festschrift für Ulrich Eisenberg zum 70. Geburtstag, München, 2009.

Roxin, Claus/Schünemann, Bernd, Strafverfahrensrecht, 26. Aufl., München, 2009.

Volk, Klaus, Grundkurs StPO, 6. Aufl. München, 2008.

Wesslau, E/Wohlers, W.(Hrsg.), Festschrift für Gehard Fezer zum 70. Geburtstag, München, 2008.

Ashworth, Andrew/Zedner, Lucia, Defending the Criminal Law: Reflections on the Changing Character of Crime, Procedure, and Sanctions, Crimnal Law and Philosophy, 2008, Vol. 2, pp. 21.

Implications of Amendment to the Criminal Evidence Law proposed by Criminal Law Scholars in Germany, Austria and Switzerland

Kim, Sungryong*

Criminal Law Scholars in Germany, Austria and Switzerland have recently proposed an amendment to the criminal evidence law, especially with respect to examination of evidence. The background of this amendment was the efficiency improvement of criminal justice resources and the necessity of rethinking about "*das materielle Unmittelbarkeit*".

This amendment is based on the analysis of the weakness of the present law on the assumption that the question whether or to what extent the personal examination of a witness or the experts in the trial may be replaced by the introduction of former statements or other written or oral explanation of that person should be decided in accordance with uniform and valid rule for all forms of substitution.

The author attempts in this essay to introduce the main contents of the draft and to find out implication for the korean criminal procedure.

❖ Key words: AE-Beweisaufnahme, Unmittelbarkeit, Zeugenvernehmung, Criminal evidence, Hauptverhandlung

투고일 : 8월 29일 / 심사(수정)일 : 9월 19일 / 게재확정일 : 10월 1일

* Professor Dr. iur, Kyungpook National University Law School
This research was supported by Kyungpook National University Research Fund, 2011