

‘당사자주의’ 대 ‘직권주의’ : 최선의 소송구조를 찾아서*

알빈 에저(Albin Eser)** · 손미숙***윤김

국 | 문 | 요 | 약

이 글은 독일의 알빈 에저 교수가 2015년 형사정책연구원에서 한 강연문을 번역한 것이다. 에저 교수는 네덜란드 헤이그에 소재한 구 유고슬라비아 국제형사재판소에서 재판관으로 재직했던 자신의 경험을 바탕으로 당사자주의적 형사소송과 직권주의적 형사소송모형을 비판적으로 비교 분석하며, 보다 바람직한 형사소송의 구조를 제시하고 있다.

각 나라의 형사소송법 체계가 가지고 있는 국가적인 특색과 차이에도 불구하고 – 이러한 차이를 세밀하게 구별하지 않고 – 형사소송의 본질적인 구조만을 부각시켜서 본다면 형사소송구조의 기본 형태는 크게 두 유형으로 구분할 수 있다: 하나는 영미법계에서 주로 볼 수 있었던 순수한 당사자소송으로 이루어진 당사자적 형사소송모델이며, 다른 하나는 대부분의 유럽 – 대륙에 있는 국가들의 형사소송질서의 근간이 되는 법관이 주도하는 직권적 형사소송모델이다.

이 두 모델 외에도 최근에는 합의에 의한 소송, 이른바 협상 혹은 폴리바게닝이라는 세 번째 유형이 생겨났지만, 이 새로운 유형을 완전히 독자적인 모델로 분류할 수 있을지는 의문이다. 따라서 이 세 번째 유형은 본문의 분석에서는 크게 고려하지 않고 있다.

이러한 배경에서 저자는 당사자적 형사소송과 직권적 형사소송의 특성을 먼저 각 소송구조의 맥락에서 설명하고, 그 다음 이 국가적인 소송구조를 국제형사재판소의 소송구조와 연결시켜 특히 소송관여자의 역할, 소송의 경제성 그리고 사안에 대한 진상조사의 방식이라는 세 측면에서 분석하고 있다.

결론적으로 저자는 최선의 형사소송구조는 어느 한 모델을 고수하는 것이 아니라, 당사자적 소송모델과 법관주도적인 직권적 소송모델의 각 강점들을 상호 보완하여 전개시키는 것이라고 한다. 특히 진상의 발견이라는 형사소송의 목적을 효율적으로 달성하기 위해서는 일반적인 당사자소송모델에서 인정하고 있는 것보다 더 강력한 주도권을 법관에게 부여할 것을 강조하고 있다.

❖ 주제어: 당사자주의, 규문주의, 탄핵주의, 직권주의, 진실발견, 소송의 효율성

* 이 글은 알빈 에저 교수가 2015년 11월 20일 형사정책연구원에서 한 강연을 저자의 동의하에 번역·투고한 것이다. 이 글의 원문은 Albin Eser, Adversatorische und inquisitorische Verfahrensmodelle. Ein kritischer Vergleich mit Strukturalternativen, in: Friedrich-Christian Schroeder/Manuchehr Kudratov(편), Die strafprozessuale Hauptverhandlung zwischen inquisitorischem und adversatorischem Modell: ein rechtsvergleichende Analyse am Beispiel des deutschen und zentralasiatischen Strafprozessrechts. Frankfurt am Main, 2014, 11-29면에 실려 있다.

** Professor Dr. Dr. h.c. mult., M.C.J.; 독일 프라이부르크 막스플랑크 외국 및 국제형법연구소 전 소장; 네덜란드 헤이그 구 유고슬라비아 국제형사재판소 전 재판관.

*** 한국형사정책연구원 위촉연구원, 법학박사.

강연을 해달라는 요청을 받고 동시에 주제 선택도 자유롭게 해도 된다고 하면 누구든 사람들이 기대해도 좋을 만한 주요 현안에 대해서 말하고 싶어 할 것이다. 이 강연의 주제인 ‘최선의 소송구조를 찾아서’가 이러한 기대에 부응하기를 바란다; 왜냐하면 형사소송법의 영역에서는 현재 전 세계적으로, 영미 보통법의 소송모델과 유럽-대륙 시민법의 소송모델이라는 특히 두 소송모델이 서로 첨예하게 경쟁하는 큰 개정 움직임이 있기 때문이다. 이 모델들은 각자의 모델을 최고라고 자부하고 있다.

아직 한국이 이러한 개정논의에 대해 생각하고 있지 않다 하더라도, 형사소송법을 어떤 방향으로 발전시켜야 할 것인지에 대한 논의는 언제든지 제기될 수 있다. 따라서 개정을 하게 된다면 어느 노선을 따를지에 대해 미리 준비해 두는 것이 좋을 것이다.

이런 의미에서 아래에서는 먼저 형사소송의 전통적인 두 기본유형을 소개하고(I), 그다음 이들을 비판적으로 비교하며(II), 끝으로 보다 바람직한 구조방안에 대해 질문해 보고자 한다(III).

I. 형사소송의 기본유형

피상적으로 보면, 두 범질서에서 형사소송이 완전히 동일한 것은 없으며 각 나라들은 형법의 소송적인 형태에서 일정한 국가적인 특색을 보여 주고 있다. 하지만 각 소송의 기본구조를 부각시키려고 하고, 이때 국가적인 차이도 있겠지만 이 차이를 고려하지 않고서 본다면, 형사소송의 법적 형태는 본질적으로는 상이한 두 모델에 기원을 두고 있다: 하나는 순수한 당사자소송으로 이루어진 ‘당사자적’ 형사소송모델이며 이는 원래 영미법계에서 주로 볼 수 있었던 것이었고, 다른 하나는 ‘규문적’ 형사소송모델이며 이는 기본유형으로서 원래 대부분의 유럽-대륙 국가들의 형사소송질서의 근간이 되는 것이다.¹⁾

1) Christopher Harding, Überblick über verschiedenen Formen des Strafverfahrens, in: Albin Eser/Christiane Rabenstein(편), Strafjustiz im Spannungsfeld von Effizienz und Fairness. Konvergente

형사소송의 이러한 두 유형에 최근에는 ‘합의에 의한’ 소송으로 특징되는 세 번째 소송모델이 추가되었다.²⁾ 하지만 이 합의에 의한 소송이 완전히 독자적인 유형 인지는 의문이다; 왜냐하면 이 새로운 소송모델이 토대로 하고 있는 합의원칙에서는 형사소송에서 소송관계자들의 법지위의 형태를 위한 주도동기만 관건이 될 수 있기 때문이다. 그러나 이 합의에 의한 방법으로 소송을 종결하는 협상(플리바게닝 또는 기타의 소송거래)을 가능하도록 해야 한다면, 흔히 합의에서는 범죄의 본래 핵심 당사자인, 말하자면 행위자와 피해자가 고려되지 않는다는 것을 이미 여기서 비판적으로 언급해 두어야 할 것이다.

이 합의적인 신유형을 일단 고려하지 않는다면, 소송의 전형적인 유형으로 ‘당사자적’ 소송모델과 ‘규문적’ 소송모델이 대립하고 있다. 이 모델들 간에는 많은 변형과 복합형태가 있기 때문에 이 모델들이 각각의 순수 배양형태로는 거의 나타나지 않는다 하더라도, 우선 이 기본 형태들을 분명히 해 둘 필요는 있다.

1. 당사자적 형사소송

당사자소송의 형태를 지닌 이 소송유형을 특징짓는 것은 원칙적으로 서로 대립하고 있는 당사자들, 즉 (보통 국가인) 기소권자와 (피고인을 대변하는) 변호인의 권능 그리고 이와 더불어 또 책임이다(이에 비해 피고인과 피해자는 일반적으로 거의 등장하지 않는다). 서로 다투고 있는 이 당사자들은, 각기 중요한 사실을 조사하고, 이 사실의 입증에 필요한 증거를 찾고, 결국은 이 증거를 법원에 제시해야 하는 자들이며, 이에 비해 법원은 증거조사를 할 때에도 단순히 소송을 주재하는 역할만 하게 된다. 따라서 사안의 해명은 당사자들의 몫인 것이다.

이 외에 이 소송유형의 당사자적인 특징은 공판에서 증거조사를 하는 방식에서도 나타난다: 기소자와 변호인은 그들의 증거방법을 각각 지명하며, 그들이 지명한 증인과 감정인에게 먼저 묻고, 그다음 진술의 신뢰성을 판단하기 위해 각각 반대신문을 한다. 증인신문의 방식 및 (감정인 신문이나 문서의 제출과 같은) 기타 증거의

und divergente Entwicklungen im Strafprozessrecht, Berlin 2004, 10-17 (11)면 참조.

2) 기본적인 내용에 대해서는 Edda Wesslau, Das Konsensprinzip im Strafverfahren—Leitidee für eine Gesamtreform? Baden-Baden 2002.

제시 또한 대부분 일정한 소송규칙의 적용을 받으며, 이를 효과적으로 사용하는 것은 종종 특별한 전문지식을 필요로 한다.

이에 비해 법원의 과제는 주로 증거방법의 허용 그리고 특히 증인의 신뢰성과 그들 진술의 신빙성에 대해 판단하는 증명력에 국한된다. 이때 유무죄에 관한 판단이 직업법관에게 있는지, 비전문법관들(배심원)에게 있는지 또는 양자의 배합에 있는지는 당사자소송의 구조를 특징짓는 요소에서 원칙적으로는 아무런 역할도 하지 않는다. 일반적으로 공판에서 결정을 해야 하는 담당 법원은 이미 공판이전 단계에서 당사자들에 의해 조사된 소송자료를 알지 못하며, 어떤 경우이든 간에 포괄적으로는 알지 못하는 것이다.³⁾

2. 규문적 소송모델⁴⁾

이 모델에서 판결을 위해 중요한 증거의 제시 및 (사안의) 해명을 담당하고 책임지는 곳은 원칙상 선고하는 법원이다. 법원은 직권으로, 즉 스스로 직접 사실을 조사해야 하며, 정확히 말해 이때 소송관계자들의 상응하는 증거신청이 있어야 하거나 또는 이러한 증거신청으로 인해 사안의 해명에 제약을 받는 것도 아니다. 하지만 이것은 당사자들이 직접 증거신청을 하고 증거를 지정하는 것을 금지하는 것은 아니다. 법원이 증인신문을 허용할 만하고 필요하다고 간주하는 한, 원칙적으로는 공판에 증인을 소환하도록 해야 하고, 기타 필요한 증거방법도 제시할 수 있도록 해야 한다. 그리고 나서 공판에서는 (가령 인증, 서증 또는 검증 등) 각 증거방법에 적용되는 규정에 따라 증거조사를 해야 한다.

직권으로 행하고 법원의 의무로 정해 놓은 사안의 해명은 공판에서의 증거조사 방식에도 영향을 미친다. 그래서 규문적인 소송에서는 피고인에게 불리한 증인과 피고인에게 유리한 증인에 대한 형식적인 차이가 없다. 따라서 (가령 ‘공소사실(pro-

3) 개별내용에 대해서는 *Eser, Vorzugswürdigkeit des adversatorischen Prozesssystems in der internationalen Strafjustiz? Reflexionen eines Richters*, in: Jung-Festschrift, Müller-Dietz(편), Baden-Baden 2007, 176면 이하 참조.

4) 적대적이고 무시하는 방법으로 반복되고 있는 것처럼 ‘규문적’이라고 하는 이 전통적인 특성묘사는 지금은 전혀 타당하지 않다. 이에 대해서는 뒤의 주 8 참조.

ecution case)’과 ‘피고인 측 주장사실(defensive case)’처럼) 각 당사자 측에 따른 분리된 증거조사가 존재하지 않는다.⁵⁾ 법원이 먼저 그리고 독립해서 증거조사를 하고, 더 정확히는 가령 증인을 심문하는 방식으로 법원이 먼저 증거조사를 한다. 다른 소송관계자들은 단지 보충적으로만 질문할 기회를 갖게 된다. 이러한 소송 진행 및 이와 결부된 역할 배분은 또 결정을 해야 하는 재판관이 직업법관으로만 구성되어 있는지 또는 (가령 오스트리아의 배심재판에서처럼) 유무죄 판단은 비전문법관들에게 맡겨져 있고, 직업법관은 단지 증거조사만을 하는지 여부와는 무관하게 적용된다.

3. 당사자 모델과 규문 모델간의 근사성

이른바 규문적인 소송모델에 대한 전형적인 특징은 피고인에게 비난되고 있는 행위의 — 즉 실체형법에 부합하는 — 공정한 판단에 대한 책임이 법원에 있다는 것이다. 이때 판단에 중요한 소송논제를 제시할 뿐 아니라, 유무죄와 형문제에 대한 판단에서도 책임은 일관되게 선고하는 법원에 있다. 이에 비해 당사자적 소송모델에서 증거자료 및 유무죄와 형문제의 판단에 대한 책임은 분리되어 있다: 소송에서 증거자료를 제시하는 것은 당사자의 의무인데 비해, 법원은 배심원의 결정에 기초가 되는 사안의 내용을 얻는데 큰 영향을 주지 않고 증거내용에 대한 판단만 하게 된다.

그렇지만 두 모델의 어떤 것도 — 국제형사재판소(ICC, ICTY, ICTR)의 형사소송법 규칙에서는 더 말할 것도 없고 — 각 나라의 형사소송법에서 순수한 형태로는 실현되지 않았다. 법적 형태들은 항상 선택한 출발점의 이상에 부합하는 것이 아니라, 말하자면 경합하고 있는 소송모델로부터 수입된 것임을 알 수 있다.

그래서 예를 들면 2009년부터 독일 형사소송법에서 법적으로 허용된, 형사소송에서 소송관계자들의 협상 가능성(제257c조)은 직권해명의무로써 각인된 독일 형사

5) 이에 대해 자세히는 Eser, The “adversal” Procedure: A Model Superior to Other Trial Systems in International Criminal Justice? Reflexions of a Judge, in: Albin Eser, Transnationales Strafrecht/Transnational Criminal Law. Gesammelte Beiträge/ Collected Publications (Günter Heine/Björn Burkhardt/Walter Gropp), Berlin 2011, 612-632(622면 이하) = www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/6317, 218면 이하. 또 뒤의 III. 1도 참조.

소송과 순조롭게 조화될 수 있는 것이 아니다. 왜냐하면 여기서는 표면상으로 쉽게 변경할 수 있는 소송관계자들의 단순히 형식적인 역할분배에 관한 것이 아니기 때문이다. 오히려 진상의 해명의무에 있어서 불법과 책임에 관한 진정한 확인이나 부정의 근원적인 요구에 관한 문제이다. 이 책임원칙은 책임과 형벌문제에서 행위자의 개별책임에 부합하는 공정한 판단을 요구하고 있다. 이러한 공정한 판단은 다시 피고인의 유죄판결이 근거를 두고 있는 사실과 부합하는 사안에 대한 해명을 필수 조건으로 한다.⁶⁾ 판결에 대한 합의는 하는 당사자들의 협상은 법원이 이 협상에 관여했고 더구나 완전한 해명의무를 포기했을 때는 사안의 진상을 위해서는 충분하지가 않다. 이로써 독일 형사소송에서 소송의 합의는 결국 다른, 즉 당사자적 소송유형에서 이어 받은 법제도인 것이다.

역으로 원칙적으로 당사자 모델을 토대로 하고 있는 국가들의 소송제도는 경합하고 있는 직권적 소송모델에서 기인하는 요소들을 내포하고 있다. 그래서 영국의 형사소송법뿐 아니라, 미국 연방주들의 형사소송제도도 당사자들에 의해 제시된 증거방법과 관련하여 보충적인 증거조사를 할 수 있는 권리를 법원이나 법관에게 인정하고 있다. ‘순수한’ 당사자적 소송에서는 이러한 권리에 대한 여지가 없을 것이며, 당사자적 소송에서 논증과 입증부담을 지는 사실을 설명하고 증명하는 것은 온전히 당사자의 몫이기 때문이다.

별써 이 몇 가지 예에서도 법현실에서는 순수한 당사자적 형사소송도 순수한 직권적 형사소송도 존재하지 않으며, 국가적이고 국제적인 다양한 형사소송질서들이 실제로는 단지 어떤 이상형을 출발모델로 하고 있는지 여부 및 어떤 이상형을 어느 정도로 출발모델로 삼고 있는지에 따라 구분되고 있음을 알 수 있다. 그러므로 용어상으로도 ‘당사자적’이나 ‘규문적’이라고 성격규정할 때에는 주의가 필요하다. 그래서 한편으로는 판사의 개입가능성이 더 많아지는 경우에 있어 당사자적인 기본유형은

6) 인간존엄의 보장뿐 아니라, 또 공정성의 원칙에 있어 이 진상조사의무에 대한 헌법상의 근거에 대해서는 연방헌법재판소에 의해 간명하게 확인되었다: “형사소송은 책임이 없이는 어떤 형벌도 부과되어서는 안 되는 자기책임 하에 행위하는 인격체로서의 인간의 존엄에서 도출되는 원칙을 보장하고 이에 상응하는 소송법적인 방지책을 제공해 주어야 한다. 형사소송의 주요 관심사는 진상을 수사하는 것이며, 진상이 없이는 실질적 책임원칙이 실현될 수 없다. 진상의 수사와 이로써 공정한 판결에 대한 소송법상의 형태는 (…) 어쨌든 공정한 재판에 대한 피의자의 권리와 관련된 것이다.”(연방헌법재판소 형사사건 판결, BVerfGE 122권(2009), 248, 270면). 또한 뒤의 II. 3도 참조.

— 공격적인 ‘적대감’이 덜 들도록 — ‘상호대립적’이라고 부르는 것이 보다 적절할 것이다. 다른 한편으로는 법관의 해명의무를 통해 각인된 소송유형을 ‘직권심리적’이라고 칭함으로써 잔인한 고문을 연상시키는 ‘규문적인’ 과거는 극복될 수 있을 것이다; 이는 역사적으로 처음부터 부담을 안고 있는 ‘규문’의 특징처럼 기소권자와 법관의 신분의 동일성(=기소자와 법관이 같은 사람)으로부터 독자적인 검찰이 생겨남으로써 검찰로부터 독립된 판사에게는 오로지 자신이 판단해야 하는 사실에 관하여는 자신의 고유한 훈령에 대한 의무만 남아 있다는 이유에서도 보다 적절할 것이다.⁷⁾

II. 비판적인 비교

형사소송질서의 양 모델과 생각할 수 있는 근사성에 대해 이론적으로 대략 살펴 보았으니, 이제는 필자가 네덜란드 헤이그에 소재한 구 유고슬라비아 국제형사재판소(ICTY)에서 재판관 신분으로 경험했고, 형사소송의 개정 문제에서 관심사가 될 수 있는 약간의 실무 경험과 과제에 대해 들려주는 것이 적절해 보인다. 비록 국제형사재판관에서는 국가적인 형사소송질서에서와는 다른 문제들이 있다고 하더라도, 국제적인 차원에서 나타나는 소송상의 결합은⁸⁾ 국가적인 차원에서도 고려될 수 있을 것이다.

아래의 고찰과 관련하여서, 주로 법관법을 통해 발전된 ICTY의 재판실무는 혼합 체계라는 것을 미리 말해둘 필요가 있다. 설령 여기서 대륙법 전통의 일정한 규문적 요소를 볼 수 있다고 해도, ICTY — 소송절차는 본질적으로는 영미법의 당사자적 기본구조로써 각인된 것이며, 이는 — 물론 차이가 있지만 — 국제형사재판소(ICC) — 소송절차에서도 확인할 수 있다. 이제 상이한 소송모델의 특징들을 연결함으로써 한 모델의 약점을 다른 모델의 강점을 통해 조정하는 것을 시도해 볼 수 있을 것이

7) Eser, Reflexionen zum Prozesssystem und Verfassungsrecht internationaler Strafgerichtsbarkeit, in: Festschrift für Tiedemann, Sieber 외(편), Köln, München 2008, 1456면 이하도 참조.

8) 이에 대해서는 Eser, Procedural Structures and Features of International Criminal Justice, in: Bert Swart/Alexander Zahar/Goeran Sluiter(편), The Legacy of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Oxford 2011, 108-148(121면 이하).

다. 그러나 이는 성공하지 못할 수도 있으며, 더 정확히는 한 모델의 단점이 다른 모델의 단점을 통해서 더 커질 수도 있다. 더욱 중요한 것은 어떤 체계의 가능한 결점을 장래에 방지할 수 있도록 이를 의식하고, 이에 대한 문제의식을 지니는 것이다.

이 범위 내에서 선별적이지만, 그러나 장래의 방향을 제시하는 세 요점에 의거하여, 특히 소송관계자들의 역할(1), 소송의 경제성(2) 그리고 진상조사의 방식 및 범위(3)와 관련하여 논증하는 것은 쉽게 납득할 수 있을 것이다.

1. 소송관계자들의 역할에 관하여

이미 언급한 것처럼, 기소자와 변호인의 형태로 원칙상 ‘당사자가 주도하는’ 당사자적 소송은 너무나 명백히 당사자들에 의해 지배되고 있다: 이 당사자들은 증거를 수집하고 제시하며 증인과 감정인을 신문하고, 이때 어떤 증거자료를 가져오기를 원하는지(또는 어떤 이유에서 유보하기를 원하는지)에 대해 결정하는 것은 원칙적으로는 당사자들에게 맡겨져 있다. 이에 비해 법관은 단순히 양 당사자들 사이에서 ‘심판관’ 직책을 맡고 있다. 여기서 법관은 — 언젠가 ICTY 재판관 파트릭 로빈슨(Patrick L. Robinson)이 명료하게 표현한 것처럼 — 대부분 “양 당사자 사이에서 정의의 저울을 동등하게 유지시키는” 한에서만 개입한다.⁹⁾ 따라서 당사자적 소송에서 가장 중요한 것은 실체적 진실에 대한 조사라기보다는 형식상의 공정성을 보장하는 것이다.

이에 비해 유럽 — 대륙의 전통인 규문적 — 직권심리적 형사소송은 부장판사에 의해 지배되고 있다: 판사는 증거 조사의 범위에 대해서만 결정하는 것이 아니라, 통상 피고인 신문권과 증인 및 감정인 신문권도 가진다. 이때 또 당사자의 증거신청권이나 질문권이 배제되지 않고 각 당사자들이 서로 합의한 신청에 의해 각 당사자들에게 상호신문권을 맡긴다고 하더라도, 유럽 — 대륙의 공판에서 심리를 주도하는 역할은 당연히 법관에게 있다.

9) Patrick L. Robinson, Rough Edges in the Alignment of Legal Systems in the Proceedings at the ICTY, in: Journal of International Criminal Justice 3(2005), 1037-1058(1039면).

정도의 차이는 있겠지만 이 역할의 차이를 권위적, 시민친화적, 국가관할적, 절차
 활력적, 제도 정적인 관점에서 또는 기타 세계관의 정치적인 안경으로 비교하던지
 간에, 당사자적 모델이 첫 눈에는 당연히 더 호감 가는 외관을 가지고 있다. 또한
 법관은 공판에서 당사자들을 통해 비로소 증거 자료에 대해 알게 되기 때문에, —
 소송경제적인 심리수행의 목적에서이건 간에 — 이미 수사 서류와 양 측의 증거 신
 청을 잘 알고 있는 법관에게서 보다 서류에 대한 인식이 없는 법관에게서 객관성이
 더 잘 보장되는 것처럼 보인다. 이것은 법관이 이에 상응하는 전문성을 가지고 결코
 객관성을 잃지 않는다 하더라도 분명 이 (직권심리) 체제의 부인할 수 없는 약점이
 기는 하다. 하지만 다른 한편으로는 당사자적인 역할 분배 또한 모두에게 공정하게
 한다는 의미에서 법관주도적인 방향으로의 일정한 위치이동을 통해 회피하고자 하
 는 단점을 대가로 치루고 하는 것이 아닌지 여부는 고민해보아야 한다. 이는 법관의
 역할뿐 아니라, 피고인과 피해자의 역할과도 관련되고 있다. 이에 대해서는 몇 가지
 개략적인 언급으로 충분할 것이다.

- a) 법관의 역할과 관련해서, 한편으로는 법관이 탄핵주의원칙에 근거하여 형사소
 추기관에 의해 기소된 범죄행위에 대한 증거를 획득하고 범죄행위에 대한 판
 단을 하는 것은 이해할 수 있다. 하지만 다른 한편으로는 법관이 공소의 정당
 성에 대한 탐구에서 당사자 측이 제출한 증거에만 제한되어야 하는 것은 이해
 할 수 없다. (비난하고 있는 죄명 및 이 범죄의 토대가 되는 사실과 함께) 공소
 제기는 바로 기소권자에게 주어진 역할이다; 여기에 대한 판결은 법원에게 주
 어진 임무이다. 법관이 판결에 도달하는 과정(Urteilsfindung)에서, 특정한 증
 거가 당사자 측에 의해 법관에게 제시되지 않거나 또는 — 예로 들자면 — 증인
 신문시 서로 대적하고 있는 각 당사자의 이해관계에서 결정에 중요한 질문을
 하지 않음으로써 특정한 증거가 당사자 측에 의해 제한될 수 있다면, 이는 법
 관에게 한 당사자 측에 의해 미리 제조된 기초에서 결정을 하도록 요구하는 것
 이다. 이는 세속적인 사법의 당연한 결함 때문에 원래 ‘형식상의 정의’의 문제
 라고 하는 것으로는 쉽게 정당화되지 않는다. 마찬가지로 당사자 측의 불충분
 한 진상조사로 인해 법관이 판결에 도달하는 방법을 단절하는 것을, 법치국가
 적인 증거금지에서 생길 수 있는 수사의 흠결과 동일하게 볼 수는 없다; 왜냐

하면 이러한 한계는 당연히 법원도 간단히 해결할 수도 해결해서도 안 되는 것이기 때문이다. 오히려 일방적으로 당사자에 의해 운영되는 소송에서 발생하는 것 – 그리고 이는 당사자에게 달려 있는 결정수단에 대한 법관의 문자 그대로 급진적인 ‘격하’에서, 지금까지 표명은커녕 거의 인식도 못한 것이다 –, 이것은 당사자 측에서 각기 불리한 이해관계와 유리한 관심에서 일방적으로 제시한 증거에서 법치국가적인 규정과 한계를 넘어서는 법원의 제한이다. 따라서 법원에게, 스스로 법치국가적으로 획득할 수 있는 증거방법들에 대해 완전하고 그리고 일방적인 유보로부터 자유로운 의견을 갖는 것이 허용되지 않는다면 법원은 일종의 ‘모의법정’으로 전락하는 것이다: 법원은 당사자 일방이 꾸며낸 증거제시와 더불어 실제로는 단지 가정적인 사안의 정세에 대해서만 판단할 수 있게 된다.

- b) 피고인의 역할 또한 당사자적 소송에서는 – 많은 이들이 자기책임으로서 진지하게 받아들여 기술하고 많은 권리를 부여한 – 소송관여자에게 기대될 수 있는 것처럼 결코 그렇게 뛰어나지도 않다. 피고인은 스스로 변호하는 경우에도, 변호인이 있는 경우에도 이 같은 막강한 지위를 갖지 못한다. 자기변호와 변호인의 관여가 나란히 허용된 개혁된 규문적 형사소송과는 달리, 당사자적 전통에서는 (피고인의 묵비권에서 기인하는 자백에 대한 방패를 고수하며) 피고인에게 자기 변호권뿐 아니라, 변호인을 통한 대리권을 주는데도 여전히 어려움을 겪고 있다. 따라서 당사자주의 소송에서는 피고인은 중대한 결과를 초래하는 선택을 해야 한다¹⁰⁾:

– 피고인이 자기변호를 하겠다고 결정한다면, 자기 사건에서 제출한 것이 나중에 자신에게 불리하게 사용될 위험이 있다. 그는 또 자신에게 이론상 인정된 공소권자와의 ‘무기대응’에 있어서, 피고인에게 보다 나은 변호를 위해 필요한 기초지식이나, 주지하다시피 미국의 소추실무에서는 드문 경우가 아

10) 변호인(Defence counsel) 및 이와 결부된 결과로 인해 (상호병존 대신) 자기변호나 변호의 이러한 양자택일 구성의 특이한 형태에 대해서는 *Eser, Verteidigung in der internationalen Strafgerichtsbarkeit. Eine rechtsvergleichende Analyse*, in: Heinz Schöch 외(편), *Strafverteidigung, Revision und die gesamten Strafrechtswissenschaften. Festschrift für Gunther Widmaier*, Köln 2008, 147-176(168면 이하) = www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/6276.

니듯이 자기의 수사에 요구되는 재력이 없을 때에는, 실제로 쉽게 불리해 질 수 있다.

- 반대로 피고인이 변호인을 통해 변호하게 하면, 피고인이 묵비권을 상실하기를 원치 않는 한 실제로 모든 공동결정권과 신청권을 포기하는 것이다. 피고인에게는 사실상 ‘소송관찰자’의 역할만 남게 되며, 이때 자신의 행위에 대해 심리가 이루어지지만, 그러나 스스로는 이에 대해 아무것도 말하지 못하는 것이다. 특히 피고인은 심리장소에서 흔히 자신의 변호인과 떨어져 변호인 뒤에 있는 맨 마지막 줄에 앉아 있으며, 이는 예컨대 ICTY의 소송에서도 관찰할 수 있다.

그러나 19세기부터 피고인은 소송의 단순한 ‘객체’에서 ‘주체’로 상승하는 후원을 통해 성장하면서 쇄신해 왔듯이¹¹⁾, 19세기에 개혁한 규문주의모델에서도 피고인의 지위는 아직 최고는 분명 아니었다. 왜냐하면 피고인이 만약 단독으로 자기변호를 할 능력이 있는데도, 적지 않은 ‘필요적 변호’¹²⁾ 목록의 경우에는 - 대체로 할 의사가 있고 유능한 - 국선변호인을 고수해야 하기 때문이 아니다; 또 자신에게 유리한 증거를 제출하는 것은, 당사자적 소송에서의 변호인에게 기대할 수 있는 것보다 피고인이나 변호인에게 더 어렵게 되었다. 다른 한편으로는 주로 법관에 의해 운영되는 소송에서 ‘무기대등’하지 않게 변호되는 피고인은 법원의 보호의무의 혜택을 받을 수 있으며, 이를 통해 무엇보다도 사회적인 격차도 완화시킬 수 있게 된다. 이 점에서 피고인의 역할에 있어서는 각 소송에서 공소권자와의 무기대등에 관한 것일 뿐 아니라, 더 나아가 이러한 형사소송체계에서 기회균등의 일반적인 보장에 관한 것이기도 하다.

- c) 피해자의 역할과 관련해서는, 피해자의 지위가 당사자모델에서는 피고인의 지위와 대등할 거라고 추정할 수 있을 것이다. 과연 당사자로서의 행위자와 대립하고 있는 자는 반드시 피해자여야 할까?

그러나 실제로 당사자적 소송에서는 오히려 그 반대다. 말하자면 피해자의 관심

11) 독일 형사소송의 근본적인 개혁에 대한 예는 *Peter Riess, Das Ende einer Epoche? Gedanken zum 125. Jahrestag des Inkrafttretens der StPO*, in: Jörg Arnold/Björn Burkhardt 외(편), *Menschen-gerechte Strafjustiz. Festschrift für Albin Eser*, München 2005, 443-459(446면 이하) 참조.

12) 예를 들어 독일법에서는 독일형사소송법 제140조(필요적 변호)에 의해서이다.

이 완전히 국가의 관심 아래에 놓이게 되고 공소권자에 의해 대리됨으로써, 형사소송에서 피해자에게는 더 여지가 없게 된다. 민사소송에서는 피해자가 자신의 청구권으로 영향을 미치는 데 비해, 국가의 기소권자는 피고인의 유일한 상대 당사자로 강등하는 것이다. 피해자가 자신에게 가해진 행위에 대한 증인으로서 관여한다고 하더라도, 피해자는 주체가 아니라 형사소송의 도구로 남게 된다.

이에 반해 규문소송에서 피해자는 독자적인 소송주체로서 훨씬 더 우월한 지위를 갖고 있다: 피해자는 부대기소권자(Nebenkläger)로서 포괄적인 참여권을 가지며 이로써 형사소송에 영향을 줄 수 있기 때문만이 아니다; 더 나아가 피해자에게 부대소송(Adhäsionsverfahren)의 형태로 더욱이 배상청구권을 관철할 수 있게도 한다.¹³⁾ 여기에 (단지 침해된 추상적 법익의 피해자가 아닌) 범죄 피해자로서의 구체적인 피해자를 재속고하기 시작하는 시대에는 또 아무리 높이 평가해도 충분하지 않은 형법을 통한 ‘회복적 정의’의 미래적인 전망이 있다.¹⁴⁾

2. 소송의 효율성

신속성과 비용의 의미에서 소송의 효율성과 관련해서는, 규문모델에 확실히 더 좋은 점수를 주어야 할 것이다. 규문모델은 당사자들에게 위임한 증거방법의 제시에서, 법관이 판결에 도달하는데 필요한 논점들에 영향을 줄 수 있다는 점에서도 당연히 우월하다.

이미 다른 곳에서 상세히 언급한 것처럼, 당사자적 소송들이 너무 오래 걸린다고 자주 불평하는데, 이렇게 오래 걸리는 이유는 다양하다.¹⁵⁾ 여기서는 그 중 특별히 중요한 두 가지 구조적인 특징만 부각시키고자 한다.

13) 이에 대한 비교법적인 것은 *Albin Eser, Zur Renaissance des Opfers im Strafverfahren. Nationale und Internationale Tendenzen*, in: Gerhard Dornseifer 외(편), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln 1989, 723-747면 = www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3718.

14) 이에 대해 자세히는 *Albin Eser, Rechtsgut und Opfer: Zur Überhöhung des Einen auf Kosten des Anderen*, in: Ulrich Immenga 외(편), *Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker*, Baden-Baden 1996, 1005-1024면 = www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3386.

15) 당사자적 소송모델의 이러한 소송을 지연시키는 단점에 대해 자세히는 *Eser*(앞의 주 8), in: Swart/Zahar/Sluiter, 138면 이하 참조.

하나, ‘공소사실’과 ‘피고인 측 주장사실’에 있어서 당사자 소송의 구별이다.¹⁶⁾ 이에 비해, 예컨대 독일 형사소송의 직권심리원칙에 의하면 법원은 “진상 규명을 위해 직권으로 판결에 중요한 모든 사실과 증거에 증거조사를 하여야 한다”(독일 형사소송법 제244조 제2항). 이 외에도 중요한 각 사항들의 증거를 위해 — 그리고 이것은 특히 실무에서 중요하다 — 유리한 사실뿐 아니라 불리한 사실과 증거방법도 동일하게 끌고 와야 하며, 그래서 이미 여기서 증거의 결함이 밝혀질 수 있는 것이다. 반대로 당사자적 소송에서 기소자는 피고인에게 불리한 모든 증거들을 먼저 들고 온다. 그렇지만 기소자는, 자신의 ‘공소사실’에 대한 사안이 모두 끝난 후 곧바로 뒤따르는 ‘피고인 측 주장사실’에서 무엇을 유리한 자료로 기대할 수 있으며 추가적인 증거 자료의 보강이 엄격한 조건하에서 가능한지 여부는 아직 알 수 없기 때문에, 처음부터 결정에 중요할 수 있는 모든 증거자료를 들고 오는 것이다. 어쩌면 이러한 광범위한 제시 압박은 사기죄나 살인죄의 ‘일반사건’에서는 그나마 괜찮을지 모른다. 반대로 통상의 포괄적인 국제형법 소송에서 검찰 측 단계와 변호인 측 단계로 증거자료를 분리하는 것은 동일한 사건에 대한 불리한 증거자료와 유리한 증거자료의 제시에 수 개 월의 간격이 있고 당사자가 입증을 각기 가능한 한 포괄적으로 하는 결과를 초래할 수 있다.

다른 하나는, 소송 특징상 이 확장의 역학은 — 법원이, 제시되는 증거자료에 대한 중요성 여부를 심사하지 않기 때문에 — 법관의 눈으로 보았을 때 무엇이 법적 판단에 중요하며 이에 따라 어떤 증거가 필요한지에 대해 당사자들이 확신할 수 없다는 것을 통해 더 강화되었다는 것이다. 이렇게 불확실한 경우에도 당사자들은 증거자료를 — 결국에는 불필요한 것이라 하더라도 — 가능한 한 광범위하게 잘 제시할 수 있어야 한다. 반대로 법관주도적인 직권심리 소송에서 법관은 목표에 집중해서 증거조사를 함으로써 증거조사를 시간과 비용을 절약하면서 결정에 중요한 논점으로 이끌 수 있다.¹⁷⁾

16) 앞의 주 4 참조.

17) Eser(앞의 주 6), in: Transnationales Strafrecht, 617면 이하 참조 = www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/6317, 212면 이하.

3. 진상조사

더구나 이러한 상이한 구조들의 특성은 가장 중요한 의미를 가진다고 할 수 있는 후속영향이 있으며, 이는 바로 진상의 조사에 대한 불평등한 보장이다.

분명 현세의 모든 형사사법의 방식은 인간의 무능력으로 인해, 하지만 또 관련된 사람, 특히 피고인의 기본인권의 존중에서 “수단과 방법을 가리지 않고 진상조사를 해서는 안 된다”는 것을 먼저 인정해야 한다¹⁸⁾. 특히 소송의 공정성에 대한 보장 같은 기타 이유에서도 대부분 ‘절차적인 진실’ 정도만 얻을 수 있을 것이다. 그럼에도 불구하고 진실과 정의는, 판결이 적어도 진실발견에 대한 진지한 노력에 의해 내려졌을 때에만 판결을 ‘공정한’ 것으로 수용할 수 있는 이러한 내적인 연관 관계에 있다. 이 점에 있어서 — 문자 그대로 진실한 것과 동일하게, 진정한 — 정의의 전제 조건으로서의 진상조사에 관한 것이다.¹⁹⁾ 여기서 문제가 되고 있는 양 소송모델이 이 목표에 대한 의무가 있다고 해도, — 필자가 독일과 국제형사사법에서 한 개인적인 경험에서 나온 생각을 언급해도 된다면 — 실제 보장에서는 현저한 차이가 있다.

그래서 한편에서는 당사자적으로 대립하고 있는 당사자에 의해, 그들에게 중요한 것은 우선적으로는 각각 ‘자기’ 사건이 승소하고²⁰⁾ 이에 상응하게 편파적으로 증거 제시를 하는 것이기 때문에 광범위하고 전반적인 진상조사에 대한 관심을 기대하기는 어렵다. 게다가 자기 사건에 어떤 이득을 가져다 줄 진술을 기대할 수 있을 것인지에 따라 당사자가 ‘그의’ 증인을 선택하고, 더욱이 사전대화를 통해 증인을 이에 맞게 ‘제작하며’, 어쩌면 손해가 될지 모르는 질문은 결국 포기하는 것도 흔히 있는 일이다. 이는 각 당사자가 손해가 될지도 모를 진술에 대한 두려움 때문에 범행의 직접 증인들이 아예 제시되지 않거나 또는 상대방이 그렇지 않아도 이미 복잡한 증

18) 이를 특히 독일 연방대법원은 이미 1960년의 결정에서(BGHSt 14, 358(365면)) 선언하였다.

19) 정의와 진상의 관계에 대해서는—이미 앞의 주 7에서 인용한 BVerfGE 122, 270면 외에도—*Henning Radtke, Konzeptionen für ein gerechteres Strafverfahren*, in: Johannes Goldenstein(편), *Mehr Gerechtigkeit. Aufbruch zu einem besseren Strafverfahren*, Loccumer Protokolle 09/11, 131-165(많은 참고 문헌이 적시된 132면 이하) 참조.

20) 미국 소추기관(검찰)의 의무는 “소송에서 이기는 것이 아니라, 정의를 실현시키는 것”이라는 미국 연방대법원의 요구(in *Berger v. US*, 295 U.S. 78(1935), 88)에 이 평가는 모순되는 것처럼 보인다: 그러나 여기서는 “진상”이 문제가 되는 것도 아니고 이와 동시에 변호를 의무로 하는 것도 아니다.

거규칙의 형식주의를 이용하여 문제제기를 어렵게 하는 방식으로 신문될 수 있다. 당사자 체계에서 소송을 주로 ‘당사자 사건(the parties case)’으로 이해하고 있다는 것을 고려한다면, 승소나 패소에 대해서는 — 법원이 아니라 — 각 당사자가 책임지고, 따라서 동등하게 신뢰할 수 있으며 광범위하고 특히 중립적인 진상조사를 보장하는 것은 매우 어렵게 된다.

개혁된 규문모델에서도 공소권자와 변호인 측에서의 진상조사에 대한 기본관점은 당사자모델에서도 근본적으로는 다르지 않다고 할 수 있으며, 특히 양 당사자가 — 즉 독일법에서는 변호인도 — ‘사법의 기구’로서 이해되고, 검찰이 또 (피고인에게) 유리한 객관성에 대한 의무를 지고 있을 때에도 그렇다. 하지만 규문적인 소송모델에서는 법원의 공적인 진상조사의무를 통한 정정 수단이 한층 더 많이 있다. 이 정정 수단이 당사자들에게 상호신문권을 준다고 해도, 이로 인해 법원은 이보다 우월한 자신의 지휘의무에서 면제되지 않는다. 오히려 법원은 증거흡결과 현안 문제들을 — 그리고 당연히 또 유리한 방향에서 — 법치국가적인 틀 내에서 가능한 한 추적해야 할 것이다. 이때 법원은 소송관여자들의 주장에 구속되지도 않고, 그들의 증거신청에도 제한되지 않으며, 오히려 필요한 경우에는 직권으로 — 검찰 측도 변호인 측도 요구하지 않은 — 다른 증거를 참고해야 한다. 따라서 예컨대 법원이 — 원하지 않는 진술 때문에 당사자들이 회피했을지도 모를 — 직접 증인을 소환하지 않거나 또는 당사자 쪽에서 너무나 명백히 기피한 질문들을 되물어서 확인하지 않고, 현저히 불완전한 간접 증인의 진술에 만족한다면 이는 독일법에 의하면 중대한 소송오류가 될 것이다.²¹⁾

나아가 법관의 질문은 — 당사자들에 의해 기타 문서들의 제시에 대한 법원의 명령과 마찬가지로 — 당사자적인 소송모델에서도 아주 이상한 것이 아니다. 그렇지만 당사자 측의 주장을 보충하는 법원의 수사권을 각 나라 법원의 실무에서는 잘 이용하지 않는 것 같다.²²⁾ ‘사실의 발견자(fact finder)’로서의 역할을 하는 것은 오로지 배심원뿐이며, 이때 법관에 의해서 영향을 받지 않아야 하는 순수한 배심원(Jury)

21) 전체적으로는 Jan Zopfs, Der Grundsatz “in dubio pro reo”, Baden-Baden 1999, 272면 이하 참조.

22) Walter Perron, Das Beweisantragsrecht des Beschuldigten im deutschen Strafprozess (unter rechtsvergleichender Berücksichtigung des adversatorischen Prozessmodells), Freiburg 1995, 394면 이하 참조.

체계에서는 단순한 소송통제에 대한 법관의 이러한 제한이 어느 정도까지는 수궁이 갈지 모른다²³⁾; 반대로 직업법관체계에서 이러한 제한은 매우 적절하지 않은 것으로 보인다. 그러므로 ICTY에서처럼 순수한 직업(법관)법원에서는 법관들에게 절차와 증거의 규칙(Rules of Procedure and Evidence, RPE)에서, (1) 소송의 모든 단계에서 증인에게 질문하고²⁴⁾, (2) 다른 대상들의 조사를 허가하며²⁵⁾, (3) 당사자를 지정하고, 다른 증거들을 제출하거나 직권으로 증인을 소환하고 이들의 협조를 명령하는 권리를 인정하는 것은 체제붕괴라기 보다는 논리상 필연적인 것이다.²⁶⁾ 그렇지만 ICTY에 부여된 이 좋은 기회에도 불구하고, 당사자들을 통해 증거제시를 보충하면서 완전한 진상조사에 영향을 끼치는 것은 당사자적 전통의 법관의 ‘불간섭관점’을 넘어서는 ICTY의 실무에서는 분명 매우 어려운 것이다.²⁷⁾

Ⅲ. 구조개혁

당사자적인 기본모델에 대해 앞서 한 비판을 규문적인 대안을 위한 변론으로 이해한다면 그리 놀라운 일이 아니다. 그렇지만 이 추리는 너무 성급한 속단이 될 것이다; 왜냐하면 당사자성의 특정한 구조와 영향에 문제가 있다고 하는 것은, 단도직입적으로 규문적인 기본모델을 수용한다는 것을 의미하는 것이 아니기 때문이다. 오히려 양 모델의 특성으로부터 소송구조를 최적화시키는 것이 적절해 보인다. 여기서는 이에 대한 상세한 소송법을 입안하는 것은 물론이고, 이를 구체적으로 전개 하지도 못하며, 최소한 세 기본지침만 언급하고자 한다.

23) 한편에서는 배심원 소송(jury trial)에서 그리고 다른 한편에서는 직업 법관 소송에서의 법관의 역할에서 이 본질적인 차이에 대해 자세히는 *Christoph S. M. Safferling, Towards an international Criminal Procedure*, Oxford 2003, 371면 이하 참조.

24) Rule 85 (B) ICTY-RPE.

25) Rule 90 (A) (ii) ICTY-RPE.

26) Rule 98 ICTY-RPE.

27) *Eser*, (앞의 주 7), in: *Festschrift für Tiedemann*, 1466면 주 51 참조.

첫 번째 지침: ‘탄핵적-직권심리적인’ 권력분립

이를 위해서는 근본적으로 탄핵주의 원칙과 직권주의 원칙 간의 경계를 정하는 것을 진지하게 받아들이는 것이 필요하며, 이는 소송관계자들의 역할뿐만 아니라, 소송목표에도 중요하기 때문이다. 이 구조의 특성을 너무 쉽게 — 이런 일이 반복해서 일어나듯이 — 당사자적 그리고 규문적으로 평행하게 두고 그다음 서로 비교하지 말고, 부분적으로는 겹치는 공통점에도 불구하고 각각의 고유한 내용을 분명히 구별해야 할 것이다.

많은 미세한 차이를 고려하지 않고 대략적으로 표현한다면, ‘당사자적’이라는 것은 한편으로는 공소와 방어로서 맞서고 있는 당사자들을 통한 소송의 운영으로 이해되며, 법원은 소송의 진행과 지휘만 할 수 있고 당사자들이 제시하는 증거로 만족한다. 다른 한편으로 ‘규문적인’ 전통의 특징은 소송의 지배권이 법원에 집중되어 있으며, 최선의 진상조사를 목표로 특히 법원이 직접 명령하거나 또는 당사자 측에서 신청한 증거조사의 선택과 제출이 법원의 지배하에 있을 뿐 아니라, 원래 법관은 또 기소권자로서의 역할도 했었고, 이점에서 이미 공소는 그에게 달려 있었거나 그로부터 개시되었다는 것이다. 이에 비해 ‘탄핵주의원칙’ 그리고 이와 결부된 법원과 구분되는 기소기관 양성교육을 도입함으로써 본질적으로 수사의 개시 및 공소의 제기 — 법원과 구별해야 하는 — 기소권자가 담당하고 이 기소는 법원 측에서는 경우에 따라서는 (가령 법적으로 허용되지 않거나 또는 증거력이 없다는 이유 등으로) 제한될 수는 있지만, 그러나 독단적으로 확장하는 것은 허용되지 않음을 말한다.²⁸⁾

그래서 원래 수사하고, 기소하며 그리고 판결하는 법관의 역할이 분리되고 난 후에 ‘탄핵적인’ 것의 적절한 이해에 의하면 한편으로는 이로써 기소를 넘어 소송을 지배하는 당사자들의 ‘당사자’ 역할이 파악된 것도 아니고, 다른 한편으로는 이와 법원의 공적인 진상조사의무가 모순되는 것도 아니다. 그리고 후자가 ‘직권심리(법관 주도)적’이라고 하는 것은 법원이 — 공소의 범위 내에서 — 단순히 당사자들의 증거 제시로 만족해서는 안 되고, 오히려 — 법적으로 허용되는 틀 내에서 — 직접 진상의 완전한 조사를 하는 것이 허용될 때를 말한다.

28) 앞의 주 4 참조.

이것은 이러한 ‘탄핵적-직권심리적’ 소송체계에서 두 가지 의미를 지닐 것이다:

- 먼저 탄핵주의에 의하면 수사와 공소의 제기 및 범위설정은 소추기관에 의해 행해지며, 그것도 비난받고 있는 죄명을 통해서 뿐 아니라, 기초가 되는 사실 행위의 기술과 행위에 대한 비난의 근거가 되는 증거를 제시함으로써 된다. 이러한 방법으로 피고인(과 변호인)에게 무엇에 대해 방어해야 하는지를 분명히 할 수 있다. 이러한 소추기관의 탄핵권을 고려하여 이 소송단계에서 법원은 공소에 필요한 해명에 영향을 주고, 법적으로 허용되지 않는 공소 사항이나 증거를 금지하고, 입증에 대한 불확실한 사실주장을 지적하고, 이로써-간접적으로라도-증거방법을 고무시키게 된다. 이와 반대로 직접 공소를 확장하거나 소추기관의 동의 없이 제한하는 것은 더 이상 탄핵주의에 포함되지 않기 때문에 법원의 결정 권한사항이 아니다.

- 공소로 인해 소송의 소재가 명확하게 정해지면, 법원은 직권주의원칙에 따라 범행에 대한 비난의 기초가 되는 사건을, 단지 당사자끼리 합의한 가상이 아닌 진실(에 대한 노력) 위에서 근거지워진 판결을 할 수 있도록 분명하고 광범위하게 해명할 권리와 의무가 있다. 따라서 법원은 공소의 범위 내에서는 당사자들이 제시한 증거방법이나 그들이 제기한 질문에도 제한받지 않으며, 오히려 필요에 따라서는 - 특히 당사자 측이 자기이익을 위해 유보한 - 추가적인 증거방법도 참고하고 필요한 질문을 함으로써 자세히 해명해야 할 의무가 있다.

생길 수 있는 오해를 방지하기 위해 여기서 바로 말하자면: (기소권자와 관련된) 탄핵주의원칙과 (법원과 관련된) 직권주의원칙 간의 이러한 권능의 지정과 권한 분배를 가지고 소송경제적인 합의를 궁지에 몰아서도 안 되고, 화해를 장려하는 중재 재판을 궁지에 몰아서도 안 된다. (형사정의의 신빙성의 관심에서) 훨씬 더 중요한 것 그리고 양 소송원칙을 진지하게 받아들임으로써 완화시킬 수 있는 것은 다음과 같은 것이다:

- 합의여야 한다면 공소는 이미 처음부터 이에 맞게 제한하거나 또는 사후적으로 법원이 더 이상 이에 대해 판단하지 않도록 제한해야 할 것이다. 그렇지만 공소가 제기되고 (이 공소가 유지되면), 법원에게 편파적인 증거제한을 통해 사전 조작된 ‘가상판결’을 요구해서는 안 된다. 오히려 법원은 (남아 있는) 공

소로 인해 생긴 범위 내에서, (유무죄의) ‘판결’을 공정하고도 진정한 ‘신조’로서 승인할 수 있도록 모든 법적이고 사실적으로 가능한 증거방법을 참고하고 이용해야 한다.

- 또 화해를 하려고 하고 이 (화해에 대한) 노력과 완전한 해명을 하겠다는 과거를 향해 있는 주장이 대립될 수 있는 한, 진실에 대한 요구가 쉽게 포기되거나 완전한 진상조사가 의도적으로 꾸며져서는 안 된다. 오히려 미래지향적인 결정을 위해 이러한 분쟁에 가장 필요한 것은 화해에 유용한 의미에서 공소를 철회하거나 제한하고 그리고 (개별사례에서 소송 기술적으로 어떻게 구성하든지 간에) 이에 내포된 완전한 해명을 하지 않겠다는 것을 분명하게 밝히는 것이다.

두 번째 지침: ‘대립적-직권심리적’ 진상조사

‘탄핵적’ 그리고 ‘당사자적’ 소송모델이 종종 같은 의미로서 ‘규문적’ 소송모델과 대비되게 되면, 주신문과 반대신문의 극적인 형태로 아주 명백히 표현되듯이 ‘대립적인’ 증거조사가 규문적 소송과는 조화될 수 없어 보이는 것을 ‘대립적인’ 소송에 대한 특징으로 받아들이는 것 같다. 하지만 기소권자의 탄핵권과 법원의 직권주의 원칙이 상호배제적이지 않은 것처럼, 당사자들에 의한 대립적인 증거 제시 또한 법관의 직권주의원칙과 결코 조화될 수 없게 대립하고 있지는 않다. 왜냐하면 전통적인 당사자 소송과 다르다고 할 수 있는 것은 오직 직권적인 소송의 진행과 확장된 법관의 권리뿐이기 때문이다. 이것이 뜻하는 것은 본질적으로는 다음과 같다:

- 직권심리주의 원칙에 의하면 진상조사에 대한 중국적 책임이 법원에 있다는 것은 증거의 제시를 먼저 당사자들에게 맡기는 것을 배제하지 않는다. 오히려 반대로 원칙상 당사자적으로 행해지는 소송인 ICTY에서 필자가 할 수 있었던 가장 중요한 경험 중의 하나는, 바로 법관들이 일단은 전혀 나서지 않고 주의 깊은 관찰자 역할에 만족하며, 당사자들이 상호신문의 방법으로 진행한 신문을 끝낼 때까지 하고 싶은 질문을 기다린다는 것이다. 규문적인 신문에서 더 상상이 갈 수 있듯이 이런 방법으로 법관은 선입견을 방지할 수 있는 반면에,

당사자 편에서는 진술의 쌍방 조명과 비판적인 신빙성 심사에서 중요한 ‘대립적인’ 특성이 보장된다. 그러므로 당사자적인 체계에 반대하는 것일지도 모르는 모든 제한에서 어쨌든 당사자에 의한 대립적인 증거 제시가 문제되지 않는다고 보는 것은 (필자에게) 매우 중요하다.

- 하지만 대립적인 구조의 당사자특징을 얼마나 본질적인 것으로 평가하던지 간에, 그럼에도 불구하고 이것이 유일하고 최종적인 수사원칙으로 남아있을 수는 없다: 이 역할은 법관의 ‘직권주의원칙’에 해당되는 것이다. 따라서 법원은—주로 부장판사를 통해서겠지만 또 배석판사들의 협력 하에—공소의 범위 내에서 진상조사를 위해 추가적인 질문을 하고 구체적인 증거방법의 제시를 명령하는 권리와 의무가 있다.

세 번째 지침: ‘법원의 증인’(당사자들의 증인이 아님)

그 밖의 논점으로는 소송의 ‘당사자성’을 철회하는 것인데, 이는 증인과 감정인을 ‘검찰 측 증인(prosecution witness)’과 ‘피고인 측 증인(defence witness)’으로 이해하는 전통적인 보통법에서이다. 그래서 특히 어느 한 당사자편으로 편을 갈라 증인을 분류함으로써 처음부터 일방적인 역할로 떠밀어 넣었다고 생각할 수 있다. 하지만 공소자나 변호인도 또한 각기 (자기편으로) 일방적으로 증인을 분류하고 이로써 당사자들이 ‘증인을 소유(ownership of witnesses)’한다는 수궁이 가는 사고를 근거로 ‘그들의’ 증인을 이른바 ‘증인확보(witness proofing)’의 형태로 공판에서 각기 그들의 진술을 준비하게 하는 유혹에 쉽게 빠질 수 있는데, 순전히 형식적인 ‘준비(preparing)’와 내용적인 ‘코치(coaching)’ 사이에서 중립적인 기관을 통해 감독할 수 있는 경계는 거의 없다.²⁹⁾ 비편파성에 대한 법관의 주의에도 불구하고 일방적으로 준비한 증인은 통상 그렇게 한 번 수용한 역할에 대한 이해를 쉽게 버릴 수 없는 것이다.

또한 이 관점에서 대립적인 당사자들의 대항에 대해 비편파적인 진상조사가 우선임을 인정해야 한다. 증인을 서로 적대 관계에 있는 당사자의 어느 한편으로 분류하

29) 이에 대해 자세히는 *Eser*(앞의 주 8), in: Swart/Zahar/Sluiter, 126면 이하 참조.

여 이에 맞게 꼬리표를 붙이지 말고, 증인들은 ‘법원의 증인(witness of the court)’으로 자칭해야 하고 이에 걸맞게 ‘진상에 대한 증인’으로 이해될 수 있어야 한다.

이러한 증인의 ‘비편파성’은 정치적 — 인종적 분쟁이 원인이 되는 국제법 위반범죄로 인한 소송에서는 매우 중요할 것이며, 하지만 공정한 증인역할을 통해 이 선두의 위치는 법정 안으로까지 이어지고 공영방송에 근거해서 각 나라의 주의 깊고 예리한 분쟁집단으로 다시 방영됨으로써 더 쉽게 방지할 수 있을 것이다. 같은 의미에서 어쩌면 또 피해자 — 증인과의 덜 ‘대립적인’ 관계가 화해를 촉진하는데 기여할 것을 기대할 수도 있을 것이다.

IV. 결어

본문의 상술에서는 — 쉽게 알아차릴 수 있었듯이 — 소송구조의 개혁에 필요한 몇 가지 논점들만 포착할 수 있었다. 여기서 기본적인 경향이 명확해졌다면, 이것은 법관에게 전통적인 당사자 형사소송에서 인정하는 것보다 더 강력한 선도적인 역할을 주는 시도이다. 현재 여러 구 사회주의 국가들의 형사소송체계에서 관찰할 수 있듯이, 이와 결부된 당사자들의 역할의 완화는 당사자들을 — 그리고 여기서 특히 변호인의 역할을 — 강화시키려는 노력에 역행하는 것일지도 모른다. 이는 특히 법관이 검찰의 막강한 영향 하에 있으며 따라서 결코 변호인의 ‘무기대응’이라고 할 수 없는 곳에서는 법정책적으로 납득이 간다. 국가의 이러한 우세에 반응하기 위해서는 당사자주의적인 형사소송체계를 도입하는 것이 타당한 것으로 보인다. 그러나 이것은 만일의 검찰의 우세와 맞설 수 있는 강하고 독립적인 변호사직이 존재할 때에만 원하는 결과를 기대할 수 있는 것이다. 그렇다 하더라도 앞에서 당사자주의적인 소송에서 주로 지적했던 것처럼, 구조적인 결함들은 간과되지 않을 것이다.

따라서 순수한 대립적인 소송체계를 도입함으로써 과거의 소송결함을 극복하려고 하는 것보다는, 법관직의 독립성과 객관성을 더 강화시키고, 법관의 직권심리적인 해명의무와 더불어 당사자들에 의한 대립구조적인 증거제시의 잘 균형 잡힌 연결을 도모하는 것이 — 어쨌든 장기적으로는 — 보다 더 바람직한 것 같다.

참고문헌

- Eser, Albin*, Vorzugswürdigkeit des adversatorischen Prozesssystems in der internationalen Strafjustiz? Reflexionen eines Richters, in: Jung-Festschrift, Müller-Dietz(편), Baden-Baden 2007.
- Eser*, The “adversal” Procedure: A Model Superior to Other Trial Systems in International Criminal Justice? Reflexions of a Judge, in: Albin Eser, Transnationales Strafrecht/ Transnational Criminal Law. Gesammelte Beiträge/ Collected Publications (Günter Heine/Björn Burkhardt/Walter Gropp), Berlin 2011, 612-632 = www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/6317.
- Eser*, Reflexionen zum Prozesssystem und Verfassungsrecht internationaler Strafgerichtsbarkeit, in: Festschrift für Tiedemann, Sieber 외(편), Köln, München 2008, 1453-1472.
- Eser*, Procedural Structures and Features of International Criminal Justice, in: Bert Swart/Alexander Zahar/Goeran Sluiter(편). The Legacy of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Oxford 2011, 108-148.
- Eser*, Verteidigung in der internationalen Strafgerichtsbarkeit. Eine rechtsvergleichende Analyse, in: Heinz Schoech 외(편), Strafverteidigung, Revision und die gesamten Strafrechtswissenschaften. Festschrift für Gunther Widmaier, Köln 2008, 147-176 = www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/6276.
- Eser*, Zur Renaissance des Opfers im Strafverfahren. Nationale und Internationale Tendenzen, in: Gerhard Dornseifer 외(편), Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, Köln 1989, 723-747 = www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3718.
- Eser*, Rechtsgut und Opfer: Zur Ueberhöhung des Einen auf Kosten des Anderen, in: Ulrich Immenga 외(편), Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker, Baden-Baden 1996, 1005-1024 = www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3386.
- Harding, Christopher*, Überblick über verschiedenen Formen des Strafverfahrens, in: Albin Eser/Christiane Rabenstein(편), Strafjustiz im Spannungsfeld von

Effizienz und Fairness. Konvergente und divergente Entwicklungen im Strafprozessrecht, Berlin 2004.

Perron, Walter, Das Beweisantragsrecht des Beschuldigten im deutschen Strafprozess (unter rechtsvergleichender Berücksichtigung des adversatorischen Prozessmodells), Freiburg 1995.

Henning Radtke, Konzeptionen für ein gerechteres Strafverfahren, in: Johannes Goldenstein(편), Mehr Gerechtigkeit. Aufbruch zu einem besseren Strafverfahren, Loccumer Protokolle 09/11, 131-165.

Peter Riess, Das Ende einer Epoche? Gedanken zum 125. Jahrestag des Inkrafttretens der StPO, in: Jörg Arnold/Björn Burkhardt 외(편), Menschen-gerechte Strafjustiz. Festschrift für Albin Eser, München 2005, 443-459.

Robinson, Patrick L., Rough Edges in the Alignment of Legal Systems in the Proceedings at the ICTY, in: Journal of International Criminal Justice 3 (2005), 1037-1058.

Christoph S. M. Safferling, Towards an international Criminal Procedure, Oxford 2001.

Wesslau, Edda, Das Konsensprinzip im Strafverfahren—Leitidee für eine Gesamt-reform? Baden-Baden 2002.

Zopfs, Jan, Der Grundsatz “in dubio pro reo”, Baden-Baden 1999.

“Adversal” versus “inquisitorial” :
On the search for optimum procedure structures

Albin Eser* · translated by Misuk Son**

This article is the Korean translation of a lecture delivered by Professor Albin Eser/Director emeritus at the Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law, Professor emeritus of criminal law, criminal procedure, and comparative criminal law at the Law Faculty of the University of Freiburg, Germany. This lecture was delivered on 20 November 2015 at the Korean Institute of Criminology/Seoul, Korea. The German original text of this translation was already published as an article in “Die strafprozessuale Hauptverhandlung zwischen inquisitorischem und adversatorischem Modell: ein rechtsvergleichende Analyse am Beispiel des deutschen und zentralasiatischen Strafprozessrechts”, Frankfurt am Main, 2014. The introduction of this lecture is as follows:

If one is invited to a lecture and was given an opportunity to choose the topic on his own, he would like to speak on a special issue, which one may expect special interest. I hope that this would correspond with this expectation; since in the area of criminal procedure law, there is an astonishingly big reform movement across the globe. Above all, two criminal procedure models lie in sharp competition with each other: the model of the Anglo-American Common Law and that of the Continental-European Civil Law. Each of these models seem to maintain that it offers the best.

Even if Korea should not be grasped by this reform discussion yet, one day

* Professor Dr. Dr. h.c. mult., M.C.J., Director emeritus at the Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law, Professor emeritus of criminal law, criminal procedure, and comparative criminal law at the Law Faculty of the University of Freiburg/Germany.

** Dr. jur. LL.M. Researcher at the Korean Institute of Criminology, Seoul/Korea

the question in which direction this criminal procedure structure develop will rise. Therefore, one should be prepared on time for it as to which line would be to be pursued in case of a reform.

In this context, I would like to introduce both traditional basic types of the criminal procedure structure and compare the two models in a critical way. Finally, I would like to suggest the better alternatives of criminal procedure structure.

❖ Keyword: Criminal Procedure Structure, Party Process, adversarial procedure, inquisitorial procedure, material truth.

