

형사소송에서 사실인정의 구조와 쟁점* - 법적 논증의 관점에서 -

양 천 수**

국 | 문 | 요 | 약

이 글은 형사소송에서 문제되는 사실인정의 구조와 쟁점을 다룬다. 사실인정은 법적 분쟁을 해결하는 과정인 소송절차에서 중요한 의미를 지닌다. 왜냐하면 일정한 법적 분쟁이 발생하면, 법관은 법적 분쟁의 전제가 되는 사실관계를 파악한 후 이러한 사실관계와 관련된 법규범을 탐색 및 해석하고 이를 사실관계에 적용함으로써 법적 분쟁을 해결하기 때문이다. 이처럼 사실관계를 파악하는 과정, 즉 사실인정과정은 법적 분쟁을 해결하는 데 중요한 전제가 된다. 사실인정이 제대로 이루어지지 않으면, 법적 분쟁과 관련되는 법규범을 정확하게 탐색할 수도, 이를 해석할 수도 없다. 이러한 사실인정은 특히 형사실무에서 중요한 비중을 차지한다. 형사소송실무에서는 형사법규범을 해석하는 문제보다 사실인정을 하는 문제가 더욱 어렵고 중요한 문제로 대두하기 때문이다. 그런데 사실인정이 실제 재판과정에서 차지하는 비중에 비해, 사실인정에 대한 이론적 작업은 상대적으로 소홀히 취급된 면이 없지 않다. 그 동안 우리의 실정법학은 학문적 관심과 열정을 주로 실정법규범을 해석하고 이를 체계화하는 작업, 즉 법도그마틱을 구축하는 작업에 쏟아왔다. 그 때문에 사실인정에 대한 관심과 논의는 법실무가들의 몫이라고 여기는 편이었다. 그렇지만 사실인정 역시 법학, 더 나아가 법학을 포함하는 ‘학문체계’가 이론적 관심을 보여야 하는 논의대상이다. 이러한 문제의식에서 이 글은 법철학 및 법적 논증이론의 관점을 기반으로 하여 그리고 주로 형사판결에서 문제되는 사실인정을 논의대상으로 하여 사실인정의 구조와 쟁점 등을 다루고자 한다. 이는 세 부분으로 구성된다. 우선 사실인정의 구조를 파악한 후, 이러한 사실인정에 관해 어떤 문제가 있는지를 밝힌다(II). 이어서 합리적인 사실인정논증을 실현하기 위해서는 무엇이 필요한지 살펴본 후(III), 사실인정과 관련된 세 가지 쟁점을 다룬다(IV).

❖ 주제어: 사실인정, 사실인정의 구조, 사실인정논증, 법해석학, 장면적 이해, 합리적 의심배제의 증명, 고의 논증, 간접사실에 의한 사실인정

* 이 글은 필자가 공동연구원으로 참여한 대법원 연구용역보고서 『법적 논증 실천론 연구』(원광대학교 산학협력단, 2015)에서 필자가 집필한 부분을 대폭 수정 및 보완한 것이다. 이 글의 완성도를 높이는 데 도움을 주신 익명의 심사위원들에게 감사사를 드린다.

** 영남대학교 법학전문대학원 부교수·법학박사

I. 서론

일정한 법적 분쟁이 발생하면, 법관은 법적 분쟁의 전제가 되는 사실관계를 파악한 후 이러한 사실관계와 관련된 법규범을 탐색 및 해석하고 이를 사실관계에 적용함으로써 법적 분쟁을 해결한다. 여기서 알 수 있듯이, 사실관계를 파악하는 과정, 즉 사실인정과정은 법적 분쟁을 해결하는 데 중요한 전제가 된다. 사실인정이 제대로 이루어지지 않으면, 법적 분쟁과 관련되는 법규범을 정확하게 탐색할 수도, 이를 해석할 수도 없다. 이처럼 사실인정은 실제 법적 분쟁을 해결하는 데 중요한 역할을 한다. 실제 실무, 특히 형사소송실무에서도 형사법규범을 해석하는 문제보다 사실인정을 하는 문제가 더욱 어렵고 중요한 문제로 대두하고 있다. 그런데 사실인정이 실제 재판과정에서 차지하는 비중에 비해, 사실인정에 대한 이론적 작업은 상대적으로 소홀히 취급된 면이 없지 않다.¹⁾ 그 동안 우리의 실정법학은 학문적 관심과 열정을 주로 실정법규범을 해석하고 이를 체계화하는 작업, 즉 법도그마틱을 구축하는 작업에 쏟아왔다. 그 때문에 사실인정에 대한 관심과 논의는 법실무가들의 몫이라고 여기는 편이었다. 그렇지만 사실인정 역시 법학, 더 나아가 법학을 포함하는 ‘학문체계’(Wissenschaftssystem)가 이론적 관심을 보여야 하는 논의대상이다. 이러한 문제의식에서 이 글은 법철학 및 법적 논증이론의 관점을 기반으로 하여 그리고 주로 형사판결에서 문제되는 사실인정을 논의대상으로 하여 사실인정의 구조와 쟁점 등을 다루고자 한다. 다만 이 글은 일종의 시론적 시도라는 점에서 개별 쟁점에 천착하기보다는 거시적인 측면에서 사실인정의 구조와 쟁점에 접근하는 방식을 취하고자 한다.

1) 이에 대한 예외로는 백찬하·조영석, “법원의 과거사사건 사실인정에 관한 고찰”, 『법조』 제62권 제11호(2013. 11), 5~45쪽; 김상준, 『무죄판결과 법관의 사실인정』(경인문화사, 2013); 배문범, “시신 없는 살인사건에 있어서 간접증거에 의한 사실인정”, 『동아법학』 제59호(2013. 5), 107~155쪽; 이성기, “변화하는 형사재판 환경에서의 형사증거법의 역할과 과제: 사실 인정자의 편견을 배제하기 위한 형사증거법상 제언”, 『법과 정책연구』 제14집 제4호(2014. 12), 1933~1961쪽; 권오걸, 『사실인정과 형사증거법』(경북대학교출판부, 2014); 김종률, 『진술·증거분석을 통한 사실인정 방법론 연구』(한양대 법학박사 학위논문, 2014); 사법연수원, 『형사증거법 및 사실인정론』(사법연수원 출판부, 2015) 등 참고.

II. 사실인정의 구조와 문제

1. 의사결정과정과 논증과정으로서 사실인정

형사분쟁이 발생하면, 형사법관은 가장 우선적으로 범죄사실을 인정해야 한다. 법적 삼단논법의 견지에서 보면, 이는 소전제를 확정하는 과정에 해당한다.²⁾ 위에서 언급한 것처럼, 보통 형사소송에서는 형사법규범을 탐색하고 해석하는 일보다 범죄사실을 인정하는 일이 더욱 중요하고 어렵다. 이렇게 형사소송에서 중요한 지위를 차지하는 사실인정과정은 크게 두 가지 의미를 지닌다. 첫째는 ‘의사결정과정’이라는 의미이고, 둘째는 ‘논증과정’이라는 의미이다.

가. 의사결정과정으로서 사실인정

첫째, 사실인정은 형사법관이 수행해야 하는 의사결정과정이다. 법학방법론의 용어로 바꿔 말하면, 사실인정은 검사나 피고인 측에서 제시한 주장과 증거들을 사실인정의 기준에 따라 판단하여 사실을 추론하는 일종의 추론과정이다. 법수사학적 논증이론의 용어로 바꿔 말하면, 사실인정은 판결을 산출하는 과정에 속한다.³⁾ 형사법관은 공판절차에서 제시된 주장과 증거를 바탕으로 하여 검사가 제기한 공소사실이 진정 사실인지 아닌지 결정해야 한다. 그런데 아래에서 살펴보는 것처럼, 검사가 제기한 범죄사실이 진정 사실인지 여부를 판단하는 것은 생각만큼 쉬운 일이 아니다. 세 가지 이유를 언급할 수 있다. 첫째, 인식론적인 한계 때문에 과거에 발생한 일종의 ‘역사적 사실’을 ‘지금 여기서’ 재현하는 것이 어렵다. 둘째, 많은 경우 형사법관은 제한된 증거, 경우에 따라서는 ‘간접증거’만으로 범죄사실을 판단해야 한다. 셋째, 구체적으로 어떤 경우에 범죄사실을 진정한 사실로 인정할 것인가에 대한 확고한 판단기준이 존재하지 않는다는 것이다. 이로 인해 형사법관이 갖고 있는 ‘선이

2) 이에 관해서는 김정오·최봉철·김현철·신동룡·양천수, 『법철학: 이론과 쟁점』(박영사, 2013), 109쪽 아래 참고.

3) 법수사학적 논증이론에 관해서는 우선 이계일, “수사학적 법이론의 관점에서 본 법적 논증의 구조”, 『법철학연구』 제13권 제1호(2010. 4), 3~88쪽 참고.

해'(Vorverständnis)가 사실을 인정하는 과정에 개입하는 경우가 많다.⁴⁾ 여하간 형사법관은 이러한 어려움 속에서 무엇이 사실인지 여부를 결정해야 한다.

나. 논증과정으로서 사실인정

둘째, 사실인정은 논증과정이기도 하다.⁵⁾ 의사결정과정을 통해 추론한 사실을 논증하는 절차가 바로 사실인정논증에 해당한다. 이러한 사실인정논증 역시 사실인정에 포함된다. 법수사학적 논증이론의 용어로 달리 말하면, 사실인정논증은 산출된 판결을 정당화하는 과정에 속한다.⁶⁾ 형사법관은 판결서를 통해 자신이 어떤 근거에서 범죄사실을 결정한 것인지 논증해야 한다. 이 과정에서는 무엇보다도 증거에 대한 판단이 결정적인 역할을 한다. 대법원 역시 사실인정과정이 논증과정이라는 점을 다음과 같이 지적한다.⁷⁾

“형사재판에 있어 심증형성은 반드시 직접증거에 의하여 형성되어야만 하는 것은 아니고 간접증거에 의할 수도 있는 것이며, 간접증거는 이를 개별적·고립적으로 평가하여서는 아니 되고 모든 관점에서 빠짐없이 상호 관련시켜 평가하고, 치밀하고 모순 없는 논증을 거쳐야 한다.”(강조는 인용자)

사실인정과정을 논증과정으로 파악할 때 우선적으로 제기되는 문제는, 의사결정과정으로 볼 때와 마찬가지로, 논증과정에 대한 고정적이고 확고한 기준이 존재하지 않는다는 것이다. 이에 대한 대략적인 기준은 제시할 수 있지만, 구체적인 사건에서 과연 어떻게 근거를 대는 것이 사실인정과정을 정당화하는지 분명한 답을 제공할 수는 없다. 이에 대한 상세한 문제는 아래에서 다시 다루도록 한다.⁸⁾

다. 의사결정과정과 논증과정의 해석학적 순환

위에서 사실인정을 의사결정과정과 논증과정으로 분리해 파악했지만, 실제 사실인정에서 양자는 분명하게 구분되지 않는다. 물론 범죄사실을 인정하기 쉬운 사건

4) 이 문제에 관해서는 아래 II. 3. 라. 1) 참고.

5) 이에 관한 문헌으로는 이용구, “사실인정 과정의 논증”, 『재판실무연구』(2009. 1), 59쪽 아래.

6) 이계일, 앞의 논문(주3), 35쪽 아래.

7) 대법원 2004. 6. 25. 선고 2004도2221 판결 등 참고.

8) 이에 관해서는 아래 III. 참고.

에서는 우선 직관적으로 범죄사실을 결정하고 이어서 이를 논증할 것이다. 그렇지만 사실인지 여부를 판단하기 어려운 사건에서는 양자가 일종의 해석학적 순환관계를 형성한다.⁹⁾ 먼저 범죄사실을 판단한 후 이를 사후적으로 논증할 수도 있지만, 사실인정에 대한 논증과정을 밟아가는 과정에서 범죄사실을 판단할 수도 있는 것이다. 이를테면 법관이 처음에는 강간죄를 ‘선이해’로 하여 사실인정을 시도하였지만, 사실인정과정에서 새롭게 발견한 논거들을 토대로 하여 처음에 가설로서 제시한 강간죄를 다른 범죄로, 가령 준강도죄로 바꿀 수도 있다. 보통 사실인정논증은 법관의 의사결정으로써 판단한 사실인정결과를 사후적으로 논증하는 절차로 파악하지만, 사실인정을 논증하는 과정 속에서 처음에 가설적으로 결정한 사실인정의 결과를 바꿀 수도 있는 것이다. 그러므로 ‘의사결정과정으로서 사실인정’과 ‘논증과정으로서 사실인정’을 실제 사실인정에서 명확하게 구별하는 것은 쉽지 않다.

2. 사실인정의 대상

사실인정이 대상으로 하는 것은 무엇인가? 이는 다음과 같이 유형화할 수 있다.

가. 형사소송의 당사자

사실인정의 대상은 형사소송의 당사자, 즉 인적 주체를 대상으로 하여 유형화할 수 있다. 검사의 주장과 증거, 피고인의 주장과 증거 그리고 피해자의 주장과 증거가 그것이다. 형사법관은 이렇게 각 당사자가 제시한 주장과 증거의 진위 여부를 사실인정논증을 통해 판단해야 한다.

나. 주장 및 증명대상

사실인정은 각 당사자가 제시하는 주장 및 증명이 무엇을 목표로 하는가에 따라 구분된다. 이를테면 각 당사자가 제기하는 주장과 증명은 형사소송에서 문제되는 범죄의 객관적 구성요건에 관한 것일 수도 있고, 주관적 구성요건에 관한 것일 수도 있다. 또한 문제되는 범죄의 서술적 구성요건에 관한 것일 수도 있고, 규범적 구성

9) ‘해석학적 순환’에 관해서는 M. Heidegger, *Sein und Zeit*(Tübingen, 1953), 153쪽 참고.

요건에 관한 것일 수도 있다. 이를 조합하면 다음과 같이 유형화할 수 있다. 첫째는 객관적·서술적 구성요건에 관한 것이고, 둘째는 객관적·규범적 구성요건에 관한 것이며, 셋째는 주관적·서술적 구성요건에 관한 것이고, 넷째는 주관적·규범적 구성요건에 관한 것이다.

다. 증거능력과 증명력

사실인정과정에서 형사법관은 각 당사자가 제출하는 증거의 증거능력과 증명력 역시 판단해야 한다. 증거능력을 판단할 때는 각 증거들이 형사소송법이 규정한 증거법을 따르고 있는지를 고려해야 한다. 여기서는 형식적·절차적 판단이 중심을 이루게 된다. 이와 달리 각 증거의 증명력을 판단할 때는 각 증거가 ‘합리적 의심을 배제’하는지 여부를 주로 검토해야 한다.

3. 사실인정을 둘러싼 문제

위에서 언급한 것처럼, 사실인정은 한편으로는 의사결정과정으로서, 다른 한편으로는 논증과정으로서 여러 문제와 마주해야 한다. 사실인정을 둘러싼 문제에는 무엇이 있는지 아래에서 구체적으로 살펴보도록 한다.

가. 실체적 진실 발견의 문제

먼저 ‘실체적 진실’ 발견의 문제를 언급할 수 있다. 일반적으로 형사소송은 실체적 진실을 발견해야 한다고 말한다. 그러나 인식론적 측면에서 볼 때, 이미 역사적 사건이 되어 버린 범죄사실을 시간적·인적·물적 자원의 한계를 안고 있는 공판절차에서 완벽하게 구현하는 것은 불가능하다. 그 때문에 공판절차에서 추구해야 하는 진실은 ‘실체적 진실’이 아닌 ‘절차적 진실’이어야 한다는 주장이 제기된다.¹⁰⁾

10) 이 문제에 관해서는 이상돈, “형사소송의 사실인정에서 인식, 이론, 현실 그리고 정책”, 『법실천의 제문제』(법문사, 1996); 이상돈, “법관의 말행위와 올바른 법”, 『저스티스』 제25권 제2호(1992. 12); 변종필, 『형사소송에서 진실개념』(고려대 법학박사 학위논문, 1998); 양천수, “형사소송법상 실체진실주의와 적정절차원칙에 대한 비판적 고찰: 법철학의 관점에서”, 『경남법학』 제23집(2008.

나. 사실정보의 불완전성 문제

다음으로 형사법관은 실제 공판절차에서 사실정보의 불완전성이라는 문제와 씨름해야 한다. 형사법관이 공판절차에서 실제적 진실에 최대한 가깝게 사실을 인정하기 위해서는 범죄사실을 인정하는 데 사용할 수 있는 정보, 즉 주장과 증거를 최대한 많이 수집하고 활용할 수 있어야 한다. 물론 주장과 증거를 최대한 많이 수집만 한다고 해서 좋은 것은 아니다. 여기에는 몇 가지 제한이 있다. 형사법관이 사용할 수 있는 주장과 증거는 형사소송법이 규정한 절차에 따라 적법하게 수집한 것이어야 한다. 그리고 검사와 피고인 측 모두에게 평등하고 공정한 것이어야 한다. 이를테면 모든 주장은 공판중심주의에 맞게 수집된 것이어야 하고, 모든 증거는 적법하게 수집한 증거로서 증거능력을 갖추고 있어야 한다.

그러나 현실적으로 볼 때, 형사법관은 불완전한 정보 속에서 범죄사실을 인정해야 한다. 예를 들어, 형사법관은 피해자의 증언은 있지만 이를 뒷받침할 만한 물적 증거가 없는 경우 또는 범죄사실에 대한 직접증거는 존재하지 않고 오직 간접증거만 있는 경우 등과 마주해야 한다. 간접증거만 있는 경우, 그것도 서로 팽팽하게 대립하는 간접증거가 병존하는 경우 법관은 범죄사실을 어떻게 판단해야 하는가? 쉽게 해결하기 어려운 문제라고 할 수 있다.¹¹⁾

다. 사실인정에 대한 판단기준의 불완전성

나아가 사실인정에 대한 판단기준이 불완전하다는 문제를 지적할 수 있다. 이 문제는 위에서 언급한 사실정보의 불완전성 문제와 결부된다. 범죄사실을 인정하는 데 필요한 정보가 부족한 경우, 특히 직접증거가 존재하지 않고 간접증거만 존재하는 경우 판단기준의 불완전성 문제가 분명하게 등장한다. 예를 들어, 검사가 피고인을 살인죄로 기소하였는데, 피고인이 피해자를 살해했다는 주장에 대한 직접증거는 존재하지 않고, 다른 간접증거만 존재하는 경우에 이를 어떤 기준으로 판단해야 하는지 문제된다.

2), 125~146쪽 등 참고.

11) 이 문제에 관한 연구로는 변종필, “간접증거에 의한 유죄인정”, 『비교형사법연구』 제5권 제2호 (2003. 12), 385~408쪽 참고.

물론 범죄사실인정에 대한 판단기준이 전혀 없는 것은 아니다. 학설과 판례는 범죄사실에 대한 증거가 ‘합리적 의심을 배제할 만한 증명력’을 갖춘 경우에는 해당 증거에 따라 범죄사실을 인정하는 것에 동의한다. 그런데 문제는 ‘합리적 의심 배제’라는 기준 자체가 대략적인 기준은 될 수 있지만, 구체적인 형사사건에서 범죄사실을 판단하는 데 명확하게 사용될 수 있는 기준은 아니라는 점이다. 이 문제는 아래에서 더욱 상세하게 다루도록 한다.¹²⁾

라. 사실인정의 해석학적·심리학적·언어철학적 문제

의사결정으로서든 아니면 논증과정으로서든 상관없이 사실인정 자체가 어려운 이유는 여기에 해석학적·심리학적·언어철학적 문제가 결부되어 있다는 점에서도 찾을 수 있다.

1) 사실인정의 해석학적 문제

첫째, 사실인정은 해석학적 문제, 즉 ‘법해석학’(juristische Hermeneutik)의 문제와 관련을 맺는다.¹³⁾ 이는 법해석학의 관점이 사실인정에 투영된다는 점을 뜻한다. 이를테면 형사법관이 지니고 있는 선이해가 사실을 인정하는 과정에 영향을 미친다. 가령 형사법관이 수사기관을 신뢰하는 경우에는, 이러한 신뢰가 선이해가 되어 범죄사실을 인정할 때 수사기관에 유리하게 주장 및 증거를 평가할 가능성이 높아진다. 달리 표현하면, 수사기관이 설정한 범죄사건 프레임이 형사법관이 수행하는 사실인정에 결정적인 영향력을 행사할 수 있는 것이다. 또한 형사법관이 과거에 행한 재판에서 피고인 측으로부터 속은 경험이 있는 경우에는 기본적으로 피고인을 불신하는 선이해가 형성되어 그 이후에 이루어지는 사실인정에 영향을 미칠 수도 있다. 이뿐만 아니라, 형사법관이 개인적으로 체험한 사건들이 경험칙의 일부를 이

12) 이에 관해서는 아래 IV. 1. 참고.

13) 법해석학에 관해서는 우선 김병규, “법해석학과 철학적 해석학”, 『동아법학』 제24호(1998. 12), 1~24쪽; 강진철, “법학에의 철학적 해석학의 수용에 관한 고찰”, 『법학연구』 제13집(2003. 12), 1~24쪽; 양천수, “철학적 해석학과 법해석학: 해석학의 법철학적 수용과 관련한 시론”, 『동아법학』 제44호(2009. 8), 1~35쪽 등 참고.

루어 형사법관이 사실을 인정할 때 원용하는 판단기준으로 작용하는 경우도 있다. 이렇게 법관이 지닌 선이해가 사실인정에 영향을 미치기에, 형사법관이 실체적 진실에 맞게 사실을 인정하는 것은 쉽지 않다.

2) 사실인정의 심리학적 문제

둘째, 이러한 해석학적 문제는 그대로 심리학적 문제로 이어진다. 사실인정의 해석학적 문제가 철학의 관점에서 본 것이라면, 사실인정의 심리학적 문제는 심리학, 즉 사회과학의 측면에서 본 것이다. 그러면 형사법관이 사실을 인정하는 과정에 어떤 심리학적 문제가 발생하는가? 이에 대한 다수 연구가 존재하듯이,¹⁴⁾ 사실을 인정하는 과정에서는 형사법관의 심리적 편향 문제가 등장한다. 심리적 편향 때문에 형사법관은 당사자의 주장이나 증거를 공정하고 정확하게 평가하지 못하는 경우가 종종 발생한다. 심리적 편향이 바람직하지 않은 법관의 선이해로 작용하여 사실인정에 관한 법관의 판단에 영향을 미치는 것이다. 이로 인해 1심에서 유죄판단을 받았던 사건이 항소심에서 무죄판단을 받기도 하고, 항소심에서 유죄판단을 받았던 사건이 대법원에서 무죄판단을 받기도 한다.

그런데 사실 형사법관이 이러한 심리적 편향으로부터 자유로워지는 것은 쉽지 않다. 고도로 숙련된 법관이라도 언제든지 심리적 편향에 빠져들 수 있다. 그 이유는, 현대 심리학의 성과가 말해주듯이, 우리 인간의 생각구조 자체가 그렇게 구성되어 있기 때문이다. 이는 심리학과 경제학을 접목해 이른바 ‘행동경제학’을 창시한 카너먼(D. Kahneman)의 연구성과에서 확인할 수 있다. 카너먼에 따르면, 인간의 사고시스템 안에는 서로 다른 두 가지 시스템이 존재한다.¹⁵⁾ ‘빠르게 생각하는 직관적인 사고시스템’과 ‘천천히 생각하는 합리적인 사고시스템’이 바로 그것이다. 근대 계몽주의 철학이 전제로 한 이성적인 주체나 고전 경제학이 상정하는 합리적 존재 또는 모든 선입견으로부터 자유롭게 사실을 인정하는 법관상은 이러한 두 가지 사고시스템 중에서 후자만을 염두에 둔 것이다. 그러나 카너먼에 따르면, 인간의 사고시스템 안에서 중심적인 역할을 하는 것은 오히려 전자, 즉 ‘빠르게 생각하는 직관적인 사

14) 이에 관해서는 우선적으로 김상준, 앞의 책(주1) 참고.

15) 이에 관해서는 대니얼 카너먼, 이진원(옮김), 『생각에 관한 생각』(김영사, 2012) 참고.

고시스템'이다.¹⁶⁾ 이 사고시스템은 직관에 의해 자동적·습관적으로 작동한다. 바로 이 때문에 이 사고시스템은 언제나 올바르게, 사실인정과 관련해서 말하면, 공정하게 작동하는 것이 아니라, 제한된 정보를 토대로 하여 작동하는 편향적인 성격을 띤다.¹⁷⁾ 이러한 점을 주목하면, 우리가 쉽게 심리적 편향에 빠지게 되는 것은 어찌 보면 아주 자연스러운 일일지도 모른다.

3) 사실인정의 언어철학적 문제

셋째, 사실인정에는 언어철학적 문제도 담겨 있다. 형사소송에서 이루어지는 사실인정은 모두 '언어'로 표현되고 논증되어야 한다. 물론 사실인정 그 자체는 직관적으로, 어찌면 언어로 표현되기 이전에 판단되고 결정될 수도 있다. 그렇지만 형사법관이 직관적으로 결정한 사실인정결과를 형사판결서에 담아내기 위해서는 이를 다시 언어로 재구성해야 한다. 형사법관이 사실이라고 판단한 '장면'(또는 상황)(Szene)을 언어로 전환해야 하는 것이다. 그런데 언어철학의 견지에서 볼 때 등장하는 문제는, 형사법관이 아무리 엄밀하게 언어를 선택해 사용한다 하더라도, 형사법관이 사실이라고 판단한 장면 또는 상황을 정확하게 언어로 대응시키는 데는 한계가 있다는 것이다. 언어기호 자체가 안고 있는 의미론적·구문론적·화용론적 한계 때문에 언어기호는 지시대상을 완벽하게 재현할 수 없다. 이로 인해 형사법관은 자신이 사실이라고 판단한 장면을 형사판결서에 언어적으로 재현할 때는 '언어적 결단'을 할 수밖에 없다. 이 때문에 사실인정행위를 '언어귀속'(Sprachzuschreibung) 행위라고 말하기도 한다. 이 때 '언어적 결단'이 의미하는 바는, 형사법관이 사실을 인정하기 위해 선택하는 언어는 언제나 실제 사건이나 상황을 정확하게 반영하지 못할 위험을 안고 있다는 점을 뜻한다. 형사법관이 선택하는 언어는 그 자신의 선이 해나 심리적 편향 또는 언어 자체가 안고 있는 의미론적·구문론적·화용론적 한계 때문에 실제 사건의 복합적인 맥락을 온전하게 반영하지 못하는 경우가 많다. 그 때문에 실제 사건을 언어적으로 전환하는 과정은 '언어적 발견'이 아니라 '언어적 결단'일 수밖에 없다. 이를 이상돈 교수는 다음과 같이 표현한다.¹⁸⁾

16) 대니얼 카너먼, 위의 책(주15), 33쪽.

17) 대니얼 카너먼, 앞의 책(주15), 43쪽 아래.

“예를 들면 세계내의 한 사건을 ‘잠자는 부인을 죽였음’이라는 언어기호로 나타낼 수 있는가는 단순히 언어논리적 작업이 아니라 실천적 작업이다. 왜냐하면 한 부인의 어떤 신체적인 실제상태를 ‘잠자는’이라는 언어로 나타낼 수 있는가 하는 문제에서는, 부인의 신체상태와 관계된 무한대의 실제적 데이터에 대한 자연과학적 분석이 중요한 것이 아니라, 일상적으로는 이미 해결된 것처럼 보이지만 실제로는 상황마다 언제나 다시 새롭게 해결되어야 하는 실천적 과제가 중요한 것이기 때문이다. 이 실천적 과제에서는 일정한 신체적 실제상태를 ‘잠자는’이라는 언어로 나타내는 것이 당위적인 것인가, 다시 말해 어떤 신체적 실제상태에서 ‘잠자는’이라는 언어를 귀속(Zuschreibung)해야 마땅한가 하는 문제가 대화의 테마가 된다. (...) 사태의 서술 ‘이후에야 비로소’가 아니라 사태기술 ‘자체 속에 이미’ 실천적 대화는 작동한다. 그렇기 때문에 사실확정(Tatsachenfeststellung)과 사안서술(Sachverhaltsbeschreibung)을 엄격히 분리하는 생각, 즉 ‘언어외적인 사태를 먼저 확정하고 언어적 記述은 그 뒤에 한다’는 생각은 의미가 없다. 이러한 점은 초법률적인 것이다. 즉 법률가에게뿐만 아니라 역사가나 사회과학자에게도 마찬가지이다. 사안의 서술(언어 이전의 대상적인 생활사태 그 자체로부터, 질서가 잡히고 해석된 사실인 언어적으로 파악된 사안에로의 이전)은 일종의 실천적인 언어귀속인 것이다. 법에서 사안서술(법적 사안의 구성)의 특수성은 그러한 이전의 모든 과정들이 일반적인 약관이나 관행 및 에토스 등에 의해서뿐만 아니라 (합리적이거나 비합리적인) 법률적 관점에 의해 각인된다는 점에 있다. 여기서 법률적 관점이란 각각의 법률적 콘텍스트 속에서 세분화되어 합의될 수 있고 그것이 법적 명제이든 원칙이든 간에 법적 대화에서 그 올바름이 심사될 수 있는 그런 관점이다. 그러므로 모든 법률적 사안서술(법적 사안의 구성)은 다차원적이며, 다단계적이며, 선이해에 의해 제약된다.”(강조는 인용자)

18) 이상돈, 『새로 쓴 법이론』(세창출판사, 2005), 251~252쪽.

Ⅲ. 합리적인 사실인정을 위한 방안

이처럼 실제 형사소송에서 사실을 정확하게 인정하고 논증하는 것은 이론적으로나 실천적으로나 쉽지 않다. 하지만 그렇다고 해서 형사소송에서 실제적 진실에 가깝게 범죄사실을 구현하고자 하는 노력을 포기해서는 안 될 것이다. 그러면 어떻게 그 누구나 납득할 수 있는 사실인정을 구현할 수 있는가? 이에 관해 아래에서는 사실인정을 합리적으로 실현하기 위한 방안, 즉 합리적인 사실인정을 위한 방안을 대략적이거나 제안하고자 한다.

1. 두 가지 검토사항

합리적인 사실인정을 위한 방안을 본격적으로 다루기에 앞서 사실인정과 관련된 두 가지 사항을 검토해 보도록 한다. 첫째는 증거법의 논증이론적 의미이고, 둘째는 사실인정의 구성요건 의존성이다.

가. 증거법의 논증이론적 의미

주지하다시피 우리 형사소송법은 증거재판주의를 기본원칙으로 하면서 자백배제법칙, 자백보강법칙, 위법수집증거 배제법칙, 전문법칙 등과 같이 증거능력을 규율하는 증거법과 자유심증주의와 같이 증명력을 규율하는 증거법을 마련하고 있다. 그러면 이러한 증거법이 사실인정에서 수행하는 역할은 무엇인가? 크게 세 가지 역할을 수행한다고 말할 수 있다.

첫째, 형사소송법이 규정하는 증거법은 합리적인 사실인정을 하는 데 기여한다. 증거법은 사실을 인정하는 데 필요한 정보를 수집할 때, 이러한 정보수집이 피고인의 자율성을 침해하지 않아야 하고(자백배제법칙), 적법한 절차에 따라 수집되어야 하며(위법수집증거 배제법칙), 신빙성이 있는 것이어야 한다고 요청한다(전문법칙). 이렇게 정보수집에 대한 제한을 설정함으로써 사실인정절차가 합리적인 절차적 진실을 추구할 수 있도록 기여한다.

둘째, 증거법, 그 중에서도 증거능력을 규정하는 증거법은 형사법관의 논증의무

를 경감한다. 만약 증거능력을 규율하는 증거법이 없다면, 형사법관은 각 당사자들이 제시하는 증거가 과연 어떤 점에서 수용될 수 있는 것인지를 매번 형식적·내용적인 측면에서 논증해야 한다. 그렇게 되면 형사법관의 부담은 늘어날 것이고, 이로 인해 형사소송의 부담과 비용도 증가할 것이다. 이러한 점에서 증거능력을 규율하는 증거법은 형사법관의 논증부담을 줄이는 데 기여한다.

셋째, 증거법, 그 중에서도 증명력을 규율하는 증거법은 반대로 형사법관에게 증명력에 대한 합리적 논증의무를 부과한다. 왜냐하면 증거의 증명력에 대해 우리 형사소송법은 제308조에서 “증거의 증명력은 법관의 자유판단에 의한다.”고 함으로써 이른바 자유심증주의를 천명하고 있는데, 이 때 말하는 ‘법관의 자유판단’은 법관이 전적으로 자유롭게 판단하라는 요청이 아니라, 법관이 합리적 이성애에 따라 판단하라는 요청으로 이해되기 때문이다.¹⁹⁾

나. 사실인정의 구성요건 의존성

나아가 사실인정을 할 때 주의해야 할 점은, 사실인정이 대전제에 속하는 형사법규범과 전적으로 무관한 것이 아니라, 양자가 해석학적인 관련성을 맺는다는 것이다. 이를 ‘사실인정의 구성요건 의존성’이라고 표현할 수 있다. 사실 정확하게 말하면, 사실인정에서 대상으로 삼는 범죄사실은 형사법규범이 규정하는 구성요건적 사실이다. 따라서 형사법관이 사실인정을 할 때는 필연적으로 형사법규범이 규정하는 구성요건에 관한 관점을 선이해로 가질 수밖에 없다. 형사법관이 찾아야 하는 범죄사실은 구성요건이 규율하는 사실이기 때문이다. 그 때문에 가령 독일의 형법학자 엥기쉬(K. Engisch)는 소전제인 사실을 인정하는 과정에는 필연적으로 포섭절차가 개입할 수밖에 없다고 말한다.²⁰⁾ 사실을 밝히는 과정은 복잡하게 얽혀 있는 형사분쟁을 형사법규범이 규정하는 각각의 구성요건을 기준으로 하여 정돈하는 과정이기 때문이다.

따라서 형사법관이 합리적인 사실인정을 수행하기 위해서는, 사실인정과 관련을 맺는 형사법규범의 구성요건이 어떻게 각 구성요건요소를 규정하고 있는지를 염두

19) 권오걸, “자유심증주의에서의 경험칙과 한계”, 『법학연구』 제48집(2013. 1), 233쪽 참고.

20) 칼 엥기쉬·안법영·윤재왕(옮김), 『법학방법론』(세창출판사, 2011), 60쪽 아래.

에 두면서 여기에 합치하도록 사실인정을 구현해야 한다. 예를 들어, 사실인정과 관련된 형사법규범의 구성요건이 ‘과실’을 규정하고 있는데, 사실인정에서 ‘고의’를 문제 삼고 있다면 이는 합리적인 사실인정이 될 수 없다. 또한 관련되는 형사법규범에서 구성요건객체로서 ‘재물’을 규정하고 있는데, 사실인정에서 문제되는 대상이 재물인지 여부가 분명하지 않다면, 이 역시 합리적인 사실인정이 될 수 없다.

여기에서 다음과 같은 결론을 도출할 수 있다. 사실인정은 순수하게 사실적·서술적인 측면만 갖는 것이 아니라, 규범적인 측면도 갖는다는 것이다. 이를테면 사실인정과정에서 문제되는 대상이 재물인지 여부를 판단하려면, 재물 개념에 대한 해석론적·법도그마틱적 관점과 지식이 필요하다. 또한 사실인정에서 가장 문제가 되는 성향 개념적 사실들, 가령 고의나 과실, 예견가능성 등과 같은 이른바 내적 사실을 판단할 때도 고의나 과실, 예견가능성에 대한 형법 도그마틱의 지식이 요청된다. 예를 들어, 형법에서 고의는 주관적 구성요건요소로서 규범적 개념인 동시에 사실인정의 대상인 범죄사실에 해당한다. 형사법관이 구체적인 형사사건에서 피고인에게 고의가 있었는지를 판단하려면, 형법 도그마틱에서 고의 개념을 어떻게 구체화하는지를 파악해야 하고,²¹⁾ 이렇게 파악된 고의를 피고인이 범행 당시 실제 내적으로 갖고 있었는지를 판단해야 한다. 이를 위해서는 규범적인 지식과 경험적인 지식이 동시에 요구된다. 바로 이러한 측면에서 사실인정은 규범적인 성격을 갖고, 구성요건에 의존할 수밖에 없다. 따라서 합리적인 사실인정을 실현하기 위해서는 형사법규범이 규정하는 구성요건을 면밀하게 파악할 필요가 있다.

21) 또한 형법 도그마틱에 따르면, 고의는 객관적 구성요건에 대한 인식과 의욕을 뜻하므로, 각 범죄에서 고의 개념을 명확하게 밝히려면 자연스럽게 객관적 구성요건에 대한 명확한 이해를 전제로 해야 한다.

2. 합리적인 사실인정을 위한 방안

그러면 합리적인 사실인정을 구현하기 위한 방안에는 무엇이 있는가?

가. 마당적 이해

가장 우선적으로 필요한 것은 형사법관이 공판절차에서 사실인정에 필요한 정보를 직접 그리고 최대한 많이 수집해야 한다는 것이다. 물론 정보를 무조건 많이 수집하기만 해서는 안 된다. 자칫 그렇게 되면 정보가 어느 한 쪽에 편향될 수 있기 때문이다. 막강한 권력과 자원을 갖고 있는 수사기관에 비해 피고인은 정보를 수집할 수 있는 가능성이 적을 수밖에 없다. 이 때문에 형사소송의 각 당사자들에게 무조건 최대한 많은 정보를 수집할 것을 요청하면, 자칫 수사기관에 편향되도록 정보가 수집될 수 있는 것이다. 따라서 두 가지 조건을 부가해야 한다. 첫째는 정보수집 기회가 각 당사자에게 평등하게 부여되어야 하고, 둘째는 정보수집절차가 형사소송법이 정한 절차와 방법에 합치해야 한다는 것이다. 이를 실현할 수 있는 가장 바람직한 방안은 사실인정과정을 마당적 이해과정으로 구현하는 것이다.

‘마당적 이해’는 독일의 형법학자 하쎄머(W. Hassemer) 교수가 제시한 ‘장면적 이해’ 구상을 이상돈 교수가 발전적으로 수용한 것이다.²²⁾ 공판절차에서 마당적 이해를 실현하기 위해서는 위에서 언급한 절차적 조건 이외에 다음 요건을 추가적으로 충족해야 한다. 문제되는 사실을 구성하는 개별적인 사건이나 상황을 완벽하게 해석할 수 있어야 한다는 것이다.²³⁾ 각 사건이나 상황 등이 어떤 맥락에서 발생한 것인지를 철저히 고찰해야만 공판절차에서 실제적 진실에 걸맞게 소송상 진실을 인정할 수 있다. 이렇게 사건이나 상황을 완벽하게 해석하기 위해서는 형사법관이 각 당사자의 맥락에 들어가서 당사자가 주장에서 의도하는 바를 철저히 추적할 수 있어야 한다.

22) W. Hassemer, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*(München, 1990), 123~124쪽; 이상돈, 『형법학: 형법이론과 형법정책』(법문사, 1999), 408쪽 아래.

23) 이를 강조하는 K. Günther, *Der Sinn für Angemessenheit*(Frankfurt/M., 1988) 참고.

나. 선이해에 대한 반성과 논증

그 다음으로 필요한 것은 형사법관 스스로가 자신이 갖고 있는 선이해를 반성적으로 고찰하는 것이다.²⁴⁾ ‘반성’ 또는 ‘성찰’(Reflexion)이라는 말은 일상적으로 많이 쓰이는 말이기도 하지만, 철학적으로도 심중한 의미를 갖는다. 철학사에서 볼 때 반성은 다양한 맥락에서 사용되고는 했지만, 사실인정에서 반성이 갖는 의미는 형사법관이 사실을 인정할 때 자신이 선이해나 심리적 편향에 좌우되고 있는 것은 아닌지를 비판적으로 되돌아보도록 하는 것을 뜻한다. 이는 ‘비판적 해석학’을 제시한 독일의 사회철학자 하버마스(J. Habermas)가 강조한 ‘해방적 인식관심’과 맥을 같이 한다.²⁵⁾

그러면 이러한 선이해에 대한 반성은 어떻게 실현할 수 있는가? 이는 형사법관이 결정한 사실인정을 논증할 때 형사법관의 선이해를 드러내는 논증을 하도록 함으로써 어느 정도 실현할 수 있다.²⁶⁾ 물론 만약 사실인정을 할 때 형사법관의 선이해가 전혀 개입하지 않았다면, 굳이 논증으로써 선이해를 드러내야 할 필요도 없을 것이다. 그렇지만 법해석학의 관점에서 볼 때, 선이해의 영향을 받지 않은 채 사실인정을 하는 경우는 많지 않다. 따라서 선이해가 사실을 인정하는 과정에 개입한다는 것을 숨기기보다는 이를 어떻게 합리적으로 드러낼 것인지를 고민하는 것이 더욱 바람직하다. 물론 선이해를 드러내야 한다고 해서 이를 완전히 솔직하게 형사판결서에 담아내야 하는 것은 아니다. 사실 선이해는 의식적·무의식적으로 개입하는 것이므로, 이를 완전하게 드러내는 것도 쉽지 않다. 또한 이를 완전히 솔직하게 판결서에 담아내게 되면, 판결서의 설득력은 그 만큼 약화될 것이다. 그러므로 형사법관은 자신의 선이해를 사실적·규범적으로 정당화할 수 있는 논증언어로 전환해 담아내야 한다. 사실인정을 하는 경우에는 이를 정당화하는 논증기준이 논리칙이나 경험칙 또는 합리적 의심을 배제할 만한 증명력이 될 터이므로, 형사법관은 가능한 한 자신의 선이해를 이러한 논증기준에 합치할 수 있도록 드러내야 한다.²⁷⁾ 또한 어떤 점

24) 이를 강조하는 W. Hassemer, *Tatbestand und Typus*(Köln/Berlin/Bonn/München, 1968), 135쪽.

25) J. Habermas, *Erkenntnis und Interesse*, 2. Aufl. (Frankfurt/M., 1973), 244쪽.

26) 이상돈, 앞의 책(주22), 419쪽 아래 참고.

27) 논리칙과 경험칙에 관해서는 권오걸, 앞의 논문(주19), 231쪽 아래; 김정오·최봉철·김현철·신동룡·양천수, 앞의 책(주2), 119쪽 등 참고.

에서 자신의 선이해가 타당한지도 논증할 수 있어야 한다. 이렇게 함으로써 형사법관은 자신의 선이해를 규범적으로 통제할 수 있다.

다. 사실인정논증의 구체화

선이해를 드러내는 논증을 구현하려면, 사실인정에 대한 논증을 가능한 한 구체화해야 한다. 이를테면 형사법관이 어떤 근거에서 특정한 증거를 수용하고, 또 어떤 근거에서 특정한 증거를 배척한 것인지 논증해야 한다. 서로 상반되는 주장을 뒷받침하는 증거가 팽팽하게 대립하는 경우에는, 어떤 근거에서 어느 한 쪽의 증거가 다른 한 쪽의 증거보다 합리적 의심을 배제하는 증거가 되는지를 논증해야 한다. 나아가 어떤 증거들이 유죄의 사실을 인정하는 데 결정적인 역할을 한 것인지도 논증할 수 있어야 한다. 마지막으로 논리칙과 경험칙을 토대로 하여 간접증거만으로 유죄의 사실인정을 하는 경우에는 어떤 논리칙과 경험칙을 사용한 것인지, 이러한 논리칙과 경험칙이 객관성을 확보할 수 있는 이유는 무엇인지 등을 구체적으로 논증해야 한다. 이와 관련하여 다음 두 가지 유형의 논증방식은 합리성을 결여한 논증으로서 가급적 피해야 한다.

1) 증거의 단순종합형 논증

첫째 유형은 각각의 증거들을 단순히 나열하면서, 이를 종합하면 특정한 범죄사실을 인정할 수 있다는 방식의 논증이다. 이러한 논증방식은 여러 증거들을 제시하고 종합만 할 뿐, 어떤 근거에서 각각의 증거들이 범죄사실을 인정하는 데 사용되었는지를 보여주지 않는다. 그 점에서 합리적인 사실인정논증이라고 말할 수 없다. 이러한 논증이 합리적인 사실인정논증이 될 수 있으려면 각각의 증거들이 어떤 근거에서 범죄사실을 인정하는 데 사용되었는지를 논증으로써 밝혀야 한다.

2) 증거의 단순형량형 논증

둘째 유형은 서로 상반된 주장을 증명하는 간접증거들을 각각 제시하면서, 특별한 근거 없이 어느 한 쪽의 간접증거들은 배척하면서 다른 쪽의 간접증거들을 인정

하는 방식의 논증이다. 이 역시 합리적인 사실인정논증이라고 말할 수 없다. 왜냐하면 과연 어떤 근거에서 어느 한 쪽의 증거들이 다른 한 쪽의 증거들보다 더욱 우월한 증명력을 갖추었는지를 분명하게 밝히지 않기 때문이다. 이러한 사실인정논증이 합리성을 갖추기 위해서는 어떤 근거에서 어느 한 쪽의 증거들이 다른 쪽의 증거들보다 우월한 증명력을 확보하고 있는지를 논증해야 한다.

라. 사실인정의 과학화

위에서 사실인정은 규범적인 성격도 갖는다고 하였다. 그렇지만 사실인정에서 더욱 큰 비중을 차지하면서 판단하기도 쉽지 않은 부분은 존재적 측면, 즉 실제로 범죄사실에 해당하는 사건이 그 때 발생했는지를 판단하는 것이다. 예를 들어, 피고인이 피해자를 사망에 이르게 했는데, 이 때 피고인에게 살해의사가 있었는지, 옆집에 사는 피고인이 피해자를 강간할 목적으로 야간에 피해자의 주거에 침입한 것이 사실인지를 판단하는 문제가 여기에 해당한다. 이러한 사실을 판단하기 위해서는, 규범적인 관점과 지식이 일정 부분 필요하기는 하지만, 논리칙과 경험칙에 대한 관점과 지식 역시 요청된다.

그런데 문제는 상당수의 경험칙이 아직 확고한 객관성과 보편성을 획득하지는 못하고 있다는 점이다. 심지어 가장 분명한 객관성을 갖추고 있다고 인정되는 자연과학적 법칙에 대해서도 의문이 제기되고는 한다.²⁸⁾ 특히 의학이나 생명과학 영역에서는 상반되는 주장이 제시되어 마치 법학처럼 학설대립이 이루어지는 경우도 다수 존재한다.²⁹⁾ 그 때문에 가령 의학적 인과관계를 규명하는 것이 난항을 겪기도 한다. 자연과학적 경험칙도 이 정도이므로, 사회과학적 경험칙의 객관성과 보편성에 대해서는 더더욱 확신을 할 수 없는 것이 현실이다. 물론 범죄사실에 대한 명백한 직접 증거가 존재한다면, 사실을 인정하는 데 어려움은 없을 것이다. 그렇지만 간접증거

28) 이를 이론적으로 논증하는 토머스 S. 쿤, 김명자·홍성욱(옮김), 『과학혁명의 구조』 제4판(까치글방, 2013) 참고.

29) 예를 들어, 우리나라 사람들에게 육류가 해로운지에 대해 최근 국내에서는 논란이 되기도 하였다. 이를 보여주는 오가희, “소시지, 햄이 발암물질? 붉은 고기 논란, 어떻게 보시나요?”, 『동아사이언스』 (2015. 10. 27. 17:30)(<http://www.dongascience.com/news/view/8502>)(방문일자: 2015. 11. 30. 15:35) 참고.

만 있는 경우에는, 간접증거를 소전제로 그리고 논리칙과 경험칙을 대전제로 하여 범죄사실을 추론해야 한다.³⁰⁾ 하지만 위에서 지적한 것처럼, 논리칙과 경험칙이 확고한 객관성을 갖지 못한다면, 논리칙과 경험칙을 통해 추론되는 범죄사실 역시 객관성을 확보하기 어렵다.

이 문제를 해결하려면, 논리칙과 경험칙의 객관성을 더욱 제고하는 수밖에 없다. 그렇게 하려면 논리칙과 경험칙에 대한 과학화를 더욱 강화해야 한다.³¹⁾ 이를 위한 구체적인 방안으로 사실인정을 할 때 형사법관이 과학적 성과와 논증을 적극적으로 끌어들이는 것을 고려할 수 있다.³²⁾ 전문가의 감정의견을 적극적으로 활용하는 것도 한 방안이 될 수 있다. 물론 이미 언급한 것처럼, 과학 자체가 완벽한 것이 아니고, 경우에 따라서는 전문가들 사이에서도 의견이 일치하지 않는 경우가 있으므로, 이 방안에도 한계는 분명 존재한다. 그렇지만 형사법관이 개인적·주관적으로 알고 있는 경험칙에 근거를 두어 사실인정을 하는 것보다 과학적 논증이나 전문가의 의견을 활용하여 사실인정을 하는 것이 오류를 줄일 뿐만 아니라 사실인정논증의 설득력을 높이는 데 더욱 기여할 수 있다.

마. 빅데이터를 활용한 사실인정

사실인정의 과학화를 위해 고려할 수 있는 또 다른 방안으로는 각각의 범죄행위를 유형화하고, 이에 대한 빅데이터를 수집·저장·관리·분석함으로써 각 범죄행위의 패턴을 밝히는 것도 생각할 수 있다.³³⁾ 빅데이터를 활용하면 더욱 손쉽게 행위패턴을 밝힐 수 있고, 심지어 앞으로 어떤 행위가 이루어질 것인지도 상당히 높은 수준으로 예측할 수 있다. 이를 통해 특정한 간접사실로부터 행위자의 의도와 행위패턴을 정확하게 읽어낼 수 있다. 예를 들어, 미국의 대표적 유통업체인 타깃(Target)은

30) 이에 대한 상세한 설명은 아래 IV. 3. 참고.

31) 이를 주장하는 김종률, “합리적 심증과 과학적 사실인정”, 『형사법의 신동향』 제26호(2010. 6), 1~96쪽 참고.

32) 이에 대한 예로는 김도현, “헌법재판소의 사형제 결정과 사회과학적 논증: 사형의 억제효과를 중심으로”, 『법과 사회』 제41호(2011. 12), 117~144쪽 참고.

33) 빅데이터에 관해서는 빅토르 마이어 쇤베르거·케네스 쿠키어, 이지연(옮김), 『빅데이터가 만드는 세상』(21세기북스, 2013) 참고.

소비자가 어떤 물건을 구입하는지에 대한 정보만으로 해당 소비자가 임신을 했는지 여부도 상당히 정확하게 파악한다.³⁴⁾ 이러한 빅데이터 분석기법을 범죄행위에 적용하여 분석하면, 특정한 간접사실만으로도 해당 피고인에게 고의가 있었는지, 해당 피고인이 어떤 범죄행위를 저지른 것인지를 추론할 수 있다. 예를 들어, 강간행위에 대한 빅데이터 분석이 이루어지면, 강간피고인이 피해자의 목을 졸랐다는 간접사실만으로도 피해자를 강간하려는 고의가 있었다는 범죄사실을 이끌어낼 수 있을지도 모른다.³⁵⁾ 이처럼 빅데이터는 사실인정의 과학화를 제고할 뿐만 아니라, 이를 통해 사실인정의 합리성도 강화할 수 있다.

바. 결과고려 논증의 필요성

합리적인 사실인정을 실현하려면, 경우에 따라서는 결과를 고려하는 사실인정, 즉 결과고려 논증을 수용할 필요가 있다.³⁶⁾ 결과고려 논증은 목적론적 해석을 이어받는 것으로서 법규범을 해석하고 논증하는 과정에서 주로 논의된다. <투입-산출 모델>의 견지에서 보면, 산출을 지향하는 논증방법이라고 말할 수 있다.³⁷⁾ 그런데 이러한 결과고려 논증은 사실인정을 하는 과정에서도 도입할 수 있다. 다음과 같은 경우를 생각할 수 있다. 형사분쟁이 발생하여 법관이 사실인정을 해야 하는데, 범죄사실을 직접 증명할 수 있는 직접증거는 없고, 그 대신 간접증거만 있는 경우에, 법관은 이러한 간접증거만으로 범죄사실을 인정할 수 있을지 고민해야 한다. 범죄사실을 증명할 수 있는 직접증거가 없다는 점, 간접증거만으로는 범죄사실에 대한 합리적 의심을 배제할 수 있는 판단을 하기 어렵다는 점, 범죄사실에 대한 확신이 없는 경우에는 ‘의심스러울 때는 피고인의 이익’에 맞게 사실인정을 해야 한다는 점에 비추어볼 때 이러한 경우에는 원칙적으로 범죄사실을 부정해야 한다. 다만 문제되

34) 이에 관해서는 찰스 두히그, 강주현(옮김), 『습관의 힘』(갤리온, 2012), 274-276쪽 참고.

35) 물론 현재로서는 피해자의 목을 졸랐다는 간접사실로부터 강간에 대한 고의가 있었다는 주요사실을 확실하게 추론할 수는 없다.

36) 결과고려 논증에 관해서는 빈프리트 하제머, 원혜욱(역), “형법해석에서 결과고려의 방법”, 배종대·이상돈(편역), 『형법정책』(세창출판사, 1998), 79쪽 아래 참고.

37) 이에 관해서는 N. Luhmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*(Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz, 1974), 42쪽 아래.

는 범죄가 경미한 범죄로서 형량이 높지 않고 유력한 간접사실이 다수 존재하는 경우에는 결과고려 논증의 측면에서 범죄사실을 인정하는 것도 고려할 수 있다. 그렇지만 이렇게 결과고려 논증을 활용하는 것은 어디까지나 예외에 그쳐야 한다.

사. 의심스러울 때는 피고인의 이익으로 원칙

범죄사실에 관해서는 간접사실만 존재하고, 결과고려 논증을 적용할 수도 없는 상황에서는 결국 ‘의심스러울 때는 피고인의 이익으로’ 원칙에 따라 사실인정을 해야 한다. 형사법관에게 범죄사실에 대한 확신이 없는데 수사기관에게 유리하게 범죄사실을 판단할 수는 없는 것이다. 비록 개연성이 있고 심증이 간다 하더라도, 이러한 심증이 합리적 의심을 배제할 정도에 이르지 않는 한 형사법의 규범원칙을 포기할 수는 없다. 사실인정을 하기 어려운 한계상황에서는 형사법의 규범원칙에 따라 판단하는 것이 합리적인 사실인정을 실현하는 유일한 방안이다.

아. 사실인정 도그마틱의 정립 필요성

지금까지 합리적인 사실인정을 실현하기 위해서는 무엇을 어떻게 해야 하는지에 관해 살펴보았다. 그러나 위에서 제시한 방안들은 모두 원리적인 지침과 유사한 것이기에, 개별적인 사실인정과정에서 형사법관이 어떻게 하면 합리적인 사실인정을 구현할 수 있을지에 관해 구체적인 해결책을 제시하지는 못한다. 그런데 사실 개별적이고 구체적인 해법을 제공하는 사실인정방안을 구상하는 것 자체가 무리일 수 있다. 특히 일반적이고 보편적으로 통용될 수 있는 사실인정 논증방안을 모색하는 것은 거의 불가능에 가깝다. 왜냐하면 법적 논증이론 자체는 기본적으로 참여자 관점이 아닌 관찰자 관점에 바탕을 둔 이론으로서,³⁸⁾ 법관에 의해 수행되는 법적 논증과정이 어떻게 이루어지는지를 비판적으로 관찰하는 데 더욱 주안점을 두기 때문이다.³⁹⁾ 물론 해결책을 도모하는 논증이론도 있기는 하지만,⁴⁰⁾ 이러한 논증이론이

38) 참여자 관점과 관찰자 관점에 관해서는 양천수, “법 영역에서 바라본 참여자 관점과 관찰자 관점”, 『안암법학』 제23호(2006. 11), 91~122쪽 참고.

39) 이를 보여주는 울프리트 노이만, 윤재왕(옮김), 『법과 논증이론』(세창출판사, 2009) 참고.

40) 로베르트 알렉시, 변종필·최희수·박달현(옮김), 『법적 논증 이론: 법적 근거제시 이론으로서의 합리적 논증대화 이론』(고려대학교출판부, 2007) 참고.

제공하는 해결책도 원리적이고 추상적인 수준을 벗어나지는 않는다.

그러면 합리적인 사실인정을 실현하기 위해 필요한 방안은 무엇인가? 사실인정 도그마틱을 정립하는 것이 좋은 대안이 될 수 있다. 사실 법적 논증이론과 법도그마틱은 서로 분리된 것이 아니라 불가분의 관련을 맺는다. 합리적인 법적 논증이 성공하기 위해서는 법적 논증에 대한 이론적 틀을 잡아주는 법적 논증이론과, 법적 논증을 위한 개별적·구체적인 방안을 제시하는 법도그마틱이 긴밀하게 협력해야 한다. 관찰자 관점에 기반을 두는 법적 논증이론과는 달리, 법도그마틱은 참여자 관점에 바탕을 둔다. 법도그마틱, 달리 말해 실정법 해석학이 존재하는 이유는 어떻게 법규범을 해석하고 논증하면 올바른 결론에 도달할 수 있는지에 대한 개별적·구체적인 방안을 법관에게 제시하기 위한 것이라고 할 수 있다. 법도그마틱이 발전하면 발전할수록, 법적 논증 역시 더욱 정교하게 발전할 수 있다.

이러한 주장은 사실인정에 대해서도 마찬가지로 적용할 수 있다. 합리적인 사실인정을 구현하기 위해서는 사실인정 도그마틱을 발전시켜야 한다. 그러면 무엇이 사실인정 도그마틱에 해당하는가? 형사소송법에서 증거능력과 증명력에 관해 판례가 발전시키고 있는 법리가 바로 사실인정 도그마틱에 해당한다.⁴¹⁾ 사실인정 도그마틱이 발전하면 발전할수록, 합리적인 사실인정에 대한 형사법관의 논증부담도 그만큼 줄어들 것이다. 마치 형법학에서 인과관계와 객관적 귀속에 관해 다양한 도그마틱이 개발되고 있는 것처럼, 사실인정에 대해서도 다양한 도그마틱이 개발되어야 한다. 이러한 역할은 기본적으로 형사법학자들이 짊어져야 할 임무에 해당한다. 물론 이에 대한 이론적 기초는 법적 논증이론을 연구하는 기초법학자들이 내놓아야 하지만 말이다.

41) 이에 대한 좋은 예를 보여주는 김상준, 앞의 책(주1), 236쪽 아래.

IV. 사실인정의 특수문제

논의의 두 번째 부분으로서 사실인정에 관한 세 가지 특수문제를 다루도록 한다.

1. 합리적 의심배제의 논증 문제

가. 합리적 의심배제의 의의

형사법관은 자유심증주의에 따라 증거의 증명력을 자유롭게 판단할 수 있다. 하지만 그렇다고 해서 형사법관이 전적으로 자유롭게 증명력을 평가할 수 있는 것은 아니다. 자유심증주의에서 말하는 ‘자유’는 무제한의 자유를 뜻하기보다는 합리적 이성을 전제로 하는 ‘자율’을 뜻하기 때문이다.⁴²⁾ 그러므로 형사법관은 합리적 이성 에 따라 자율적으로 증명력을 판단할 수 있을 뿐이다. 그러면 어떻게 증명력을 판단 하는 것이 합리적 이성에 따라 판단하는 것인가? 이에 대한 기준으로 제시되는 것이 ‘합리적 의심배제’이다.⁴³⁾ 가령 특정한 증거가 합리적 의심을 배제할 만한 증명 력을 갖추고 있는 경우에만 형사법관은 이 증거에 따라 사실인정을 할 수 있다는 것이다. 따라서 형사법관은 공판정에서 제출된 증거가 합리적 의심을 배제할 만한 증명력을 갖춘 경우로서 형사법관에게 요증사실에 대한 확신 또는 고도의 개연성을 심어주고 있는지를 판단해야 한다.

나. 합리적 의심배제 기준의 문제점

하지만 문제는 합리적 의심배제라는 기준이 사실을 인정하는 데 적용할 수 있는 명확하고 확고한 기준은 아니라는 점이다. 과연 어떤 경우가 합리적 의심을 배제한

42) 권오걸, 앞의 논문(주19), 233쪽.

43) 이 문제에 관해서는 박상열, “‘합리적 의심의 증명’의 연혁적 고찰”, 『광운비교법학』 제1호(2000. 3), 43~56쪽; 조현욱, “형사재판에 있어 합리적 의심의 판단기준에 관한 연구: 특히 대법원 판결을 중심으로”, 『법학연구』 제16집 제1호(2013. 3), 283~318쪽; 강동우, 『합리적 의심의 여지가 없는 증명에 관한 연구』(성균관대 법학전문박사 학위논문, 2013); 권영법, “형사소송에서 합리적 의심과 입증에 관한 새로운 검토”, 『저스티스』 제147호(2015. 4), 152~185쪽 등 참고.

다고 볼 수 있는지에 관해 아직까지 보편적으로 합의할 수 있는 구체적 기준은 존재하지 않는다. 물론 지배적인 견해는 증명력을 ‘가능성’, ‘개연성’, ‘고도의 개연성’, ‘확실성’으로 단계화하여 ‘고도의 개연성’이 있는 경우부터 합리적 의심을 배제하는 증명력이 있다고 주장한다. 그렇지만 이러한 기준 역시 완전하지는 않다. 왜냐하면 구체적으로 어떤 경우에 고도의 개연성이 있다고 말할 수 있는지, 아니면 단지 가능성만 있다고 말할 수 있는지에 대한 기준이 분명하게 존재하는 것은 아니기 때문이다. 더불어 이 같은 기준들은 ‘언어’로 개념화되어 있어서, 사실인정이 안고 있는 언어적 한계에서 본질적으로 벗어날 수 없다.⁴⁴⁾ 즉 언어가 실제 상황을 완벽하게 재현할 수 있는 것은 아니기에, 언어적인 개념과 실제 상황 사이에는 언제나 불일치가 상존할 수밖에 없다. 이러한 이유에서 ‘고도의 개연성’이나 ‘확실성’과 같은 언어적 기준으로써 합리적 의심을 배제하는 증명이 된 것인지를 판단하는 것은 어려움을 겪을 수밖에 없다. 이를 도식화하면 아래와 같다.

〈표 1〉 합리적 의심배제 기준의 문제점

합리적 의심배제 \Leftarrow 고도의 개연성 또는 확실성 \Leftarrow 고도의 개연성 또는 확실성에 대한 기준(?)
--

다. 합리적 의심배제의 논증이론적 재해석

물론 이렇게 합리적 의심배제라는 기준이 여러 한계를 지니고 있다고 해서 이 기준이 전혀 무의미한 것은 아니다. 이를 대체할 수 있는 다른 기준이 있는 것도 아니다. 합리적 의심배제 기준은 형사법관이 행한 사실인정의 정당성을 근거 짓는 형식적 논증수단이 될 수 있다. 이는 다시 구체화할 필요가 있지만, 일단 그 자체만으로도 사실인정에 적용할 수 있는 중요한 논증언어가 될 수 있다. 그런데 이러한 합리적 의심배제 기준을 지금보다 더욱 유용하게 사실인정에 활용하기 위해서는 이를 분석적으로 더욱 구체화할 필요가 있다. 이는 다음과 같이 구체화할 수 있다.

44) 이에 관해서는 권오걸, “사실인정과 언어적 한계”, 『형사정책연구』 제24권 제1호(2013. 봄), 211~232쪽; 앞의 II. 3. 라. 3) 참고.

1) ‘합리적’의 의미

먼저 합리적 의심배제에서 ‘합리적’이라는 수식어가 뜻하는 바는 무엇인가? ‘합리적’이라는 수식어를 말 그대로 풀어내면 ‘이치에 맞는’이라는 뜻이 된다. 그러면 이 때 말하는 ‘이치’는 무엇인가? 이른바 논리칙과 경험칙이 이 때 말하는 이치에 해당한다고 말할 수 있다. 특정한 주장이나 판단이 우리가 공유하는 논리칙과 경험칙에 합치한다면, 이러한 주장이나 판단은 합리적이라고 말할 수 있을 것이다.

여기서 논리칙은 논리법칙을 뜻하는 것으로, 우리가 논리적·이성적으로 공유하는 법칙을 의미한다. 수학이나 논리학에서 말하는 각종 공식이나 법칙들이 대표적인 논리칙에 해당한다. 이러한 논리칙은 우리가 이성적으로 사고하면 어렵지 않게 획득할 수 있다. 또한 특정한 주장이 논리칙에 합치하는지 여부도 우리가 이성적으로 사고하면 손쉽게, 물론 경우에 따라서는 오랜 시간이 걸리겠지만, 판단할 수 있다.

이에 대해 경험칙은 경험법칙을 뜻하는 것으로 우리가 경험적인 검증과정을 통해 밝혀낸 객관적·보편적 법칙을 뜻한다.⁴⁵⁾ 자연과학이 실험으로써 밝혀낸 법칙이 대표적인 경험법칙에 속한다. 연역적 방법에 의존하는 논리법칙과는 달리, 경험법칙은 귀납적 방법을 사용한다. 이로 인해 경험법칙은 논리법칙과는 달리 확고한 보편성과 객관성을 획득하기 쉽지 않다. 실제 경험세계에서는 일반적인 경험법칙과는 모순되는 특이한 사례가 언제든지 발생할 수 있기 때문이다. 이 때문에 대부분의 경험법칙은 확률과 통계적인 수준에서만 객관성을 주장할 수 있을 뿐이다. 100% 확실한 경험법칙을 주장하는 것은 쉽지 않다. 그런데 문제는 사실인정에서 주로 사용하는 기준이 이러한 경험법칙이라는 점이다.

2) ‘의심배제’의 의미

다음으로 의심을 배제한다는 것은 ‘반증가능성’ 또는 ‘대안가능성’을 배제한다는 뜻으로 새길 수 있다. 이를테면 범죄사실로서 A가 주장되고, 이를 증명하기 위해 A-1이라는 증거가 제출되었는데, A-1의 증명력을 평가하면 범죄사실 A와 모순되거나 양립할 수 있는 대안이 가능할 수 없는 경우가 여기에 해당한다. 예를 들어, 피

45) 이시윤, 『신민사소송법』 제9판(박영사, 2015), 455쪽; 이와 비슷한 취지로서 대법원 1992. 7. 24. 선고 92다10135 판결 참고.

고인 甲이 乙을 독약으로 사망에 이르게 했는데, 검사가 甲이 乙을 살해할 목적으로 사전에 치밀한 계획 아래 이 독약을 구입했다는 증거를 제출한다면, 甲이 乙을 고의로 살해했다는 주장은 반증이나 다른 대안을 허용하지 않는 것으로서 의심을 배제하는 범죄사실로 증명된 것이라고 말할 수 있다.

3) 중간결론

사실이 그렇다면, 합리적 의심을 배제한다는 것은 논리칙이나 경험칙에 비추어볼 때 반증이나 다른 대안을 허용하지 않는 상태라고 정의내릴 수 있다. 예를 들어, 특정한 범죄사실이 주장되고 이를 증명하기 위해 특정한 간접증거가 제출되었는데, 경험칙의 측면에서 이러한 간접증거를 평가하면 특정한 범죄사실이 도출될 수밖에 없고 이와 모순되는 다른 대안이 가능할 수 없다면, 이러한 범죄사실에 대한 주장은 합리적 의심을 배제하는 증명이 된 것이라고 말할 수 있다.

라. 합리적 의심배제 기준의 객관화 가능성

1) 문제점

그러면 어떤 경우가 반증이나 대안을 허용하지 않는 상태라고 볼 수 있는가? 논리칙이 관련되는 경우에는 우리의 논리적 사유를 활용함으로써 이 문제를 해결할 수 있다. 철저한 수학적 증명이 가능한 것처럼, 논리칙만으로 반증이나 대안을 허용하지 않는 상태를 찾을 수 있다. 문제는 경험칙이 관련되는 경우이다. 앞에서 지적한 것처럼, 100% 확실한 경험칙을 찾는 것은 현실적으로 어렵다. 대부분의 경우 경험칙은 확률 또는 통계적인 수준에서만 객관성을 말할 수 있을 뿐이다. 80% 확실하다거나 70% 확실한 경험칙일 경우가 많다. 그렇다면 확실성의 수준이 어느 정도에 이르러야 합리적 의심을 배제한다고 말할 수 있는가?

2) 증명력의 단계화

이러한 문제를 해결하고자 지배적인 학설과 판례는 증명력을 ‘가능성’, ‘개연성’, ‘고도의 개연성’, ‘확실성’의 수준으로 단계화한다.⁴⁶⁾ 그러나 이 방안이 완전하지 않

다는 것은 이미 지적하였다. 이 방안이 완전해지려면, ‘가능성’, ‘개연성’, ‘고도의 개연성’, ‘확실성’을 판단해줄 수 있는 상위의 기준이 필요하다.

3) 증명력의 과학화

결국 이 문제는 다시 발생확률이라는 확률적·통계적 문제로 귀결된다. 왜냐하면 ‘가능성’, ‘개연성’, ‘고도의 개연성’, ‘확실성’이라는 개념은 발생확률에 따라서만 경험적으로 객관화할 수 있기 때문이다. 그렇다면 합리적 의심배제라는 기준을 객관화하기 위해서는 증명력을 과학화해야 한다는 결론에 도달할 수밖에 없다. 각 범죄사건을 철저히 유형화하고, 각 행위에 따른 범죄의 발생가능성을 철저히 계산하지 않으면, 과연 어떤 경우가 합리적 의심을 배제하는 경우인지를 객관적으로 판단할 수 없다. 요컨대, 얼마나 합리적 의심배제 기준을 과학화할 수 있는가에 따라 이 기준의 설득력과 성공가능성 역시 그 만큼 확보될 수 있다.

4) 합리적 의심배제와 법관의 자유심증

이처럼 합리적 의심배제 기준은 철저히 객관적으로 판단해야 한다. 그렇지 않고 합리적 의심배제에 대한 판단을 형사법관의 주관적 판단에 맡기면, 자칫 법관의 선이해가 개입하여 합리적 의심배제 기준이 사실인정의 논증수단으로 제대로 작동하지 못할 수 있다. 달리 말해, 법관이 주관적으로 갖고 있는 기준이 객관적 기준을 대신할 수 있는 것이다. 그러나 합리적 의심배제 기준이 바탕으로 삼는 논리칙과 경험칙은 주관적 기준이 아닌 객관적 기준이므로, 이를 전적으로 형사법관의 주관적 판단에 맡길 수는 없다.

하지만 이렇게 합리적 의심배제 기준을 철저히 객관화·과학화하면, 형사법관이 자유롭게 증거를 평가할 수 있도록 하는 자유심증주의와 충돌하는 것은 아닌지 문제될 수 있다. 하지만 이미 언급한 것처럼, 자유심증주의는 법관에게 무제한의 자유를 허용하지 않는다. 형사법관은 합리적 이성⁴⁶⁾에 따라 증거를 자율적으로 평가할 수 있을 뿐이다. 이 때 합리적 이성이란 논리칙과 경험칙을 말하는 것이고, 논리칙과

46) 이에 관해서는 대법원 1979. 12. 26. 선고 77도2381 판결; 대법원 1985. 10. 8. 선고 85도1146 판결; 사법연수원, 앞의 책(주1), 180쪽 아래 등 참고.

경험칙은 그 본질상 주관적 법칙이 아니라 객관적 법칙이므로, 형사법관이 이 같은 객관적 법칙에 따라 증거를 평가하는 것은 자유심증주의와 모순되지 않는다.

2. 성향 개념 논증 문제

가. 주관적 구성요건요소로서 성향 개념

성향 개념을 논증하는 문제 역시 사실인정에서 어려운 문제에 속한다. ‘성향 개념’(Dispositionsbegriff)은 범죄체계론의 측면에서 보면 주관적 구성요건요소에 해당한다.⁴⁷⁾ 이러한 성향 개념으로는 고의, 과실, 예견가능성 등을 언급할 수 있다. 그 중에서 고의 판단 문제가 사실인정에서 어렵고도 중요한 문제라고 말할 수 있다. 왜냐하면 고의범은 과실범에 비해 형량이 높은 반면, 고의를 인정할 수 있는가 하는 문제는 생각보다 판단하기 쉽지 않기 때문이다. 이는 고의 등과 같은 성향 개념이 주관적 구성요건요소라는 점과 무관하지 않다. 각종 주장과 증거로 증명하기 쉬운 객관적 구성요건요소와는 달리, 주관적 구성요건요소는 행위자의 내면에 존재하는 것으로서 직접 확인하는 것이 불가능하기 때문이다. 우리가 신이 아닌 이상 행위자의 내면적 상태를 직접 관찰할 수는 없는 것이다. 그 때문에 고의와 같은 성향 개념은 행위자가 진정성 있게 자백을 하지 않는 한, 직접사실이 아닌 간접사실만으로 증명해야 하는 경우가 대부분이다.

나. 사실적·규범적 문제인 성향 개념 논증 문제

성향 개념 논증과 관련해서 주목해야 할 또 다른 측면은, 고의와 같은 성향 개념을 논증하는 것은 한편으로는 사실적 문제이면서, 다른 한편으로는 규범적 문제라는 것이다. 예를 들어, 고의는 일상적인 개념인 듯 보이지만, 일상적인 개념과 전적으로 일치하는 것은 아니다. 형법에서 고의를 어떻게 설정할 것인가 하는 점은 규범적인 문제이기 때문이다. 이는 이른바 ‘미필적 고의’를 둘러싸고 전개되는 치열한 학설대립을 보더라도 확인된다.⁴⁸⁾ 이는 주의의무위반을 뜻하는 과실 개념에서도 마

47) 이에 관해서는 W. Hassemer, 앞의 책(주22), 183쪽 아래; 이상돈, 앞의 책(주22), 348쪽 아래 등 참고.

찬가지이다. 과실을 어떻게 파악할 것인가, 이를 어떤 기준에 의해 판단할 것인가 하는 문제는 철저히 규범적인 문제이다.⁴⁹⁾ 이처럼 고의나 과실과 같은 성향 개념은 사실적인 성격과 규범적인 성격을 모두 갖는다. 이 때문에 성향 개념을 논증하는 것은 한편으로는 당사자의 주장과 증거와 같은 사실적인 정보에 의존하지만, 다른 한편으로는 고의와 과실을 어떻게 파악할 것인가 하는 규범적인 측면, 즉 형사법 도그마틱에도 의존한다.⁵⁰⁾

다. 고의에 대한 합리적 논증 방안

1) 문제점

여러 성향 개념 중에서도 고의를 판단하는 문제가 사실인정에서 중요한 비중을 차지하기에 아래에서는 고의에 대한 합리적 논증 문제를 중심으로 하여 논의를 풀어가고자 한다. 주관적 구성요건요소인 고의를 어떻게 판단하고 논증할 것인가? 가령 빈번하게 발생하는 사기죄의 고의는 어떻게 판단할 수 있는가? 야간에 피해자의 집에 침입하여 누워 자고 있던 피해자의 목을 조른 피고인의 행위는 강간의 고의를 갖고 있는 행위라고 볼 수 있는가? 실제 사실인정과과정에서 이러한 범죄들의 고의 인정 여부를 판단하는 것은 힘든 일이다. 특히 피고인이 자백을 하지 않은 상황이라면, 간접증거만으로 피고인의 고의를 판단해야 한다. 이러한 고의 판단 문제는 범행이 미수로 그쳤을 때 더욱 더 어려워진다. 만약 결과가 발생하였다면, 결과를 증거로 삼아 피고인의 고의를 좀 더 용이하게 판단할 수 있을 것이다. 그렇지만 결과가 발생하지 않았다면, 고의를 판단하는 문제는 더욱 더 미궁에 빠질 수밖에 없다.

48) 이에 관해서는 많은 문헌을 대신해서 성낙현, 『형법총론』 제2판(동방문화사, 2011), 168쪽 아래 참고.

49) 과실 판단 문제에 관해서는 김일수, “과실이론의 새로운 지평”, 『고시연구』 제205호(1991. 4), 51~65쪽; 이는 민법에서도 마찬가지이다. 이를 보여주는 김형배, “과실개념과 불법행위책임체계”, 『민법학연구』(박영사, 1986), 260쪽 아래 참고.

50) 이는 앞에서 언급한 ‘사실인정의 구성요건 의존성’과도 같은 맥락을 이룬다.

2) 합리적 절차구현을 통한 고의 논증

이렇게 판단하기 어려운 고의를 합리적으로 설득력 있게 논증하기 위해서는 먼저 고의를 판단하는 데 기초가 되는 간접사실들을 최대한 많이 수집해야 한다.⁵¹⁾ 물론 이 때 주의해야 할 점은 고의와 관련된 간접사실들을 최대한 많이 수집하는 것만으로는 충분하지 않다는 점이다. 양적인 측면에만 집중해서 간접사실을 수집하게 되면, 자칫 합리적 근거 없이 피고인에게 불리한 정보수집이 될 수 있다. 그러므로 고의와 관련된 간접사실을 수집할 때는 당연히 합법적인 절차에 따라 검사와 피고인 모두에게 공정하게 이루어져야 한다. 합법적이고 공정한 절차를 통해 고의에 대한 간접사실을 최대한 많이 수집해야만 비로소 합리적인 고의 논증이 가능할 수 있다.

3) 객관적 구성요건에 대한 구체화

해당 사건에서 문제되는 범죄의 객관적 구성요건을 최대한 구체화하는 것도 고의를 논증하는 데 기여한다. 왜냐하면 고의란 객관적 구성요건에 대한 인식과 의욕을 뜻하기 때문이다. 위에서 지적한 것처럼, 고의는 사실적 개념인 동시에 규범적 개념이다. 그 때문에 고의논증은 사실적 논증과 규범적 논증을 모두 포함한다. 그런데 여기서 말하는 규범적 논증은 고의를 구성하는 규범적 개념들과 관련을 맺는데, 이는 결국 고의의 인식 및 의욕대상인 객관적 구성요건일 수밖에 없다. 예를 들어, 사기죄의 고의를 논증하기 위해서는 사기죄의 객관적 구성요건을 가능한 한 정확하고 구체적으로 파악할 필요가 있다. 가령 사기죄의 객관적 구성요건표지인 기망행위를 가능한 한 구체화하면 할수록 사기죄의 고의를 논증하는 것은 그 만큼 용이해진다. 요컨대, 객관적 구성요건을 얼마나 구체화하는가에 따라 고의논증의 성공 여부가 달라진다. 이 점에서 객관적 구성요건을 최대한 구체화하는 것은 합리적인 고의논증을 구현하는 데 그 무엇보다 중요하다.

51) 이를 강조하는 이상돈, 앞의 책(주22), 348쪽.

4) 사회과학 논증을 통한 고의논증

이미 언급한 것처럼, 고의 개념은 사실적 측면과 규범적 측면을 동시에 갖는다. 이 중에서 규범적 측면에 대한 논증은 해당 범죄의 객관적 구성요건을 최대한 구체화함으로써 실현할 수 있다. 이와 달리 사실적 측면은 고의에 해당하는 심리적 사실이 피고인의 내면에 실제로 존재했는가의 문제로 등장한다. 이는 공판절차에서 수집한 간접사실에 기반을 두어 판단해야 한다. 그러나 간접사실만으로 고의를 논증하는 것은 쉬운 일이 아니다. 간접사실, 즉 간접증거에 의해서만 고의를 추론하고 논증할 때는 결국 논리칙과 경험칙에 의존해야 한다. 이 때 논리칙과 경험칙, 특히 경험칙의 객관성을 강화한다면 간접증거에 의한 고의논증의 설득력 역시 그 만큼 제고할 수 있다.

그러면 어떻게 경험칙의 객관성을 확보할 수 있는가? 사회과학의 성과, 그 중에서도 심리학의 성과를 수용함으로써 경험칙에 바탕을 둔 고의논증의 설득력을 제고할 수 있다.⁵²⁾ 이는 크게 세 가지 방향으로 시도할 수 있다. 첫째는 범죄행위를 유형화·패턴화하는 것이다. 예를 들어, 강간의 고의가 문제되는 경우에는, 강간행위를 다양하게 유형화·패턴화하는 것이다. 둘째는 심리학의 성과를 수용하여 이렇게 유형화·패턴화된 각각의 강간행위에서 강간범이 어떤 심리를 갖고 어떻게 행동하는지를 분석하는 것이다. 이러한 분석이 가능해지면, 어떤 간접사실들이 강간범의 고의와 연결되는지를 계량화할 수 있다. 셋째, 그 동안 축적된 범죄사실에 대해 빅데이터 분석을 함으로써 간접사실들과 범죄고의 사이의 상관성을 밝히는 것이다.⁵³⁾ 여기서 둘째 방향과 셋째 방향은 서로 긴밀하게 연결된다. 이를테면 강간범의 심리를 분석 및 패턴화하기 위해 빅데이터 분석을 활용할 수 있는 것이다. 빅데이터 분석이 지향하는 목표는 특정한 사실과 결과 사이의 상관성을 밝히는 것인데,⁵⁴⁾ 이러한 성과를 범죄고의에 적용하면 어떤 간접사실들이 고의를 인정하는 것과 상관성을 형성하는지를 논증할 수 있다. 이렇게 사회과학의 성과를 수용함으로써 고의논증을 더욱 합리적으로 실현할 수 있다.

52) 이는 앞에서 다룬 사실인정의 과학화와 연결된다. 이에 관해서는 앞의 III.2.라. 참고.

53) 빅데이터 분석에 관해서는 앞의 III.2.바. 참고.

54) 빅토르 마이어 쾨베르거·케네스 쿠키어, 앞의 책(주33), 102쪽.

3. 간접증거에 의한 사실인정

가. 문제점

형사소송에서 사실인정을 논증하는 것이 어려운 이유는 직접증거가 아닌 간접증거만으로 사실을 인정해야 하는 경우가 많기 때문이다.⁵⁵⁾ 피고인의 진정성 있는 자백과 같은 직접증거는 존재하지 않고, 그 대신 서로 모순되는 사실을 뒷받침하는 간접증거만이 팽팽하게 대립하는 경우 어떻게 사실을 인정하고 이를 논증할 것인지가 문제된다. 형사법관은 신이 아닌 이상 역사적으로 발생한 사건 그 자체, 즉 실제적 진실을 알 수는 없다. 그 대신 공판절차를 통해 수집한 정보만을 기초로 하여 사실을 인정하고 논증해야 한다. 이러한 이유에서 범죄사실에 대한 간접증거만이 존재하는 경우에 어떻게 사실인정을 해야 할지가 중요한 문제로 부각된다.

나. 간접증거에 의한 사실인정의 삼단논법적 구조

간접증거만으로 사실인정을 하는 경우에는 간접증거와 사실인정을 매개하는 중간연결고리가 필요하게 된다. 이 경우에는 흔히 논리칙과 경험칙이 중간연결고리 역할을 수행한다. 간접증거를 논리칙이나 경험칙으로 판단함으로써 범죄사실을 추론하는 것이다. 이러한 점에서 볼 때, 간접증거만으로 사실인정을 하는 경우에도 삼단논법과 유사한 논증구조를 형성한다.⁵⁶⁾ 이를 도식화하면 아래와 같다.

〈표 2〉 간접증거에 의한 사실인정

논리적 삼단논법	법적 삼단논법	간접증거에 의한 사실인정
대전제	법규범 탐색 및 해석	논리칙과 경험칙
소전제	사실인정	간접증거
결론	주문	사실인정

55) 이에 관한 상세한 분석은 조원철, “간접증거에 의한 사실의 인정”, 『재판자료』 제110집(법원도서관, 2006), 29쪽 아래 참고.

56) 이를 지적하는 조원철, 위의 논문(주55), 39쪽 아래.

위 도식에서 확인할 수 있듯이, 간접증거에 의해 사실인정을 하는 경우에는 간접증거가 소전제를, 논리칙과 경험칙이 대전제를, 사실인정 그 자체가 결론에 해당한다. 이러한 측면에서 간접증거에 의한 사실인정은 삼단논법적 논증과 매우 유사하다. 여기서 간접증거에 의한 사실인정을 어떻게 합리적으로 구현할 것인가에 대한 유익한 시사점을 획득할 수 있다.

다. 간접증거에 의한 합리적 사실인정의 방향

1) 공정한 절차를 통한 최대한 많은 간접증거 수집

간접증거에 의한 사실인정을 합리적으로 구현하기 위해서는 가장 우선적으로 최대한 많은 간접증거를 수집해야 한다. 그러나 이미 여러 번 지적한 것처럼, 간접증거를 무조건 많이 수집하는 것만을 목표로 해서는 안 된다. 그렇게 되면, 자칫 어느 한 쪽에 편파적인 정보수집이 될 수 있기 때문이다. 사실을 인정하는 데 필요한 간접증거를 수집하는 과정은 공정한 절차를 통해 이루어져야 한다. 가능한 한 최대한의 간접증거를 공정한 절차를 통해 수집해야만 비로소 간접증거에 의한 합리적인 사실인정을 실현할 수 있다.

2) 논리칙과 경험칙의 객관성 확보

다음으로 간접증거에 의한 사실인정의 대전제에 속하는 논리칙과 경험칙의 객관성을 확보해야 한다. 특히 경험칙의 객관성을 제고하면 할수록 경험칙에 바탕을 둔 사실인정의 객관성 역시 제고될 수 있다. 이를 위해서는 형사법관 개인의 주관적인 논리칙·경험칙이 마치 객관적인 논리칙·경험칙인 것처럼 사용되지 않도록 해야 한다. 또한 사회과학이나 빅데이터의 성과를 반영하여 경험칙의 객관성을 제고할 수 있도록 해야 한다.

3) 사실인정논증의 구체화

마지막으로 사실인정논증을 가능한 한 구체화해야 한다. 이를테면 형사법관이 간접증거만으로 사실인정을 할 때, 어떤 근거에서 특정한 간접증거를 수용했는지, 어떤

근거에서 특정한 간접증거를 배척하였는지, 어떤 논리칙과 경험칙을 사용한 것인지, 이러한 논리칙과 경험칙이 객관성을 확보할 수 있는 이유는 무엇인지 등을 구체적으로 논증해야 한다. 그렇지 않고 단순히 일정한 간접증거들을 나열하면서, 이들을 종합하면 범죄사실을 인정할 수 있다는 취지의 논증을 하는 것은 합리적인 사실인정은 증이라고 말할 수 없다. 마찬가지로 맥락에서 서로 상반된 주장을 증명하는 간접증거들을 각각 제시하면서, 특별한 근거 없이 어느 한 쪽의 간접증거들을 배척하면서 다른 쪽의 간접증거들을 인정하는 방식의 논증 역시 합리적이라고 말할 수 없다.

V. 글을 맺으며

지금까지 형사소송에서 주로 문제되는 사실인정이 어떤 의미와 구조를 지니고 있는지, 여기에는 어떤 문제가 있는지, 합리적인 사실인정을 실현하기 위한 방안으로는 무엇이 있는지, 사실인정의 특수한 문제로는 무엇이 있는지 등을 살펴보았다. 다만 이 글의 성격과 지면의 한계로 사실인정에 관한 각 문제들을 상세하게 다루기보다는 거시적인 측면에서 사실인정의 구조와 문제에 접근하는 데 만족해야 했다. 각각의 문제를 상세하게 다루는 것은 앞으로 필자가 수행해야 할 과제로 남겨두기로 한다. 한편 사실인정 문제를 다루면서 필자가 깨달은 것은, 오늘날의 여러 법적 문제가 그런 것처럼, 사실인정 문제 역시 이른바 ‘통합과학적 접근’을 필요로 한다는 것이다. 사실인정 문제를 설득력 있게 분석하기 위해서는 법학뿐만 아니라 철학, 사회학, 심리학 그리고 심지어는 과학 등의 관점과 성과를 필요로 한다. 이러한 측면에서 법심리학이라는 견지에서 사실인정을 다루고자 하는 최근의 연구동향은 바람직한 것이라고 말할 수 있다. 다른 한편 필자는 사실인정에 관해 좀 더 많은 법학자들이 관심을 기울여야 한다는 점도 발견하였다. 사실인정 문제는 그 동안 법실무가들의 영역이라고 치부된 면이 없지 않지만, 합리적인 사실인정을 구현하기 위해서는 그 무엇보다도 우선적으로 ‘사실인정 도그마틱’이 정립되어야 한다. 바로 이러한 이유에서 형사법학자들을 포함한 다수의 법학자들이 사실인정 도그마틱을 정립하는데 참여해야 한다.

참고문헌

- 강동우, 『합리적 의심의 여지가 없는 증명에 관한 연구』(성균관대 법학전문박사 학위논문, 2013).
- 강진철, “법학에의 철학적 해석학의 수용에 관한 고찰”, 『법학연구』 제13집(2003. 12).
- 권영법, “형사소송에서 합리적 의심과 입증에 관한 새로운 검토”, 『저스티스』 제147호(2015. 4).
- 권오걸, “자유심증주의에서의 경험칙과 한계”, 『법학연구』 제48집(2013. 1).
- 권오걸, “사실인정과 언어적 한계”, 『형사정책연구』 제24권 제1호(2013. 봄).
- 권오걸, 『사실인정과 형사증거법』(경북대학교출판부, 2014).
- 김도현, “헌법재판소의 사형제 결정과 사회과학적 논증: 사형의 억제효과를 중심으로”, 『법과 사회』 제41호(2011. 12).
- 김병규, “법해석학과 철학적 해석학”, 『동아법학』 제24호(1998. 12).
- 김상준, 『무죄판결과 법관의 사실인정』(경인문화사, 2013).
- 김일수, “과실이론의 새로운 지평”, 『고시연구』 제205호(1991. 4).
- 김정오·최봉철·김현철·신동룡·양천수, 『법철학: 이론과 쟁점』(박영사, 2013).
- 김종률, “합리적 심증과 과학적 사실인정”, 『형사법의 신동향』 제26호(2010. 6).
- 김종률, 『진술·증거분석을 통한 사실인정 방법론 연구』(한양대 법학박사 학위논문, 2014).
- 김형배, “과실개념과 불법행위책임체계”, 『민법학연구』(박영사, 1986).
- 박상열, “‘합리적 의심의 증명’의 연혁적 고찰”, 『광운비교법학』 제1호(2000. 3).
- 배문범, “시신 없는 살인사건에 있어서 간접증거에 의한 사실인정”, 『동아법학』 제59호(2013. 5).
- 백찬하·조영석, “법원의 과거사사건 사실인정에 관한 고찰”, 『법조』 제62권 제11호(2013. 11).
- 변종필, 『형사소송에서 진실개념』(고려대 법학박사 학위논문, 1998).
- 변종필, “간접증거에 의한 유죄인정”, 『비교형사법연구』 제5권 제2호(2003. 12).
- 사법연수원, 『형사증거법 및 사실인정론』(사법연수원 출판부, 2015).

- 성낙현, 『형법총론』 제2판(동방문화사, 2011).
- 양천수, “법 영역에서 바라본 참여자 관점과 관찰자 관점”, 『안암법학』 제23호 (2006. 11).
- 양천수, “형사소송법상 실체진실주의와 적정절차원칙에 대한 비판적 고찰: 법철학의 관점에서”, 『경남법학』 제23집(2008. 2).
- 양천수, “철학적 해석학과 법해석학: 해석학의 법철학적 수용과 관련한 시론”, 『동아법학』 제44호(2009. 8).
- 오가희, “소시지, 햄이 발암물질? 붉은 고기 논란, 어떻게 보시나요?”, 『동아시아인스』 (2015. 10. 27. 17:30)(<http://www.dongascience.com/news/view/8502>)(방문 일자: 2015. 11. 30. 15:35).
- 이계일, “수사학적 법이론의 관점에서 본 법적 논증의 구조”, 『법철학연구』 제13권 제1호(2010. 4).
- 이상돈, “법관의 말행위와 올바른 법”, 『저스티스』 제25권 제2호(1992. 12).
- 이상돈, “형사소송의 사실인정에서 인식, 이론, 현실 그리고 정책”, 『법실천의 제문제』 (법문사, 1996).
- 이상돈, 『형법학: 형법이론과 형법정책』(법문사, 1999).
- 이상돈, 『새로 쓴 법이론』(세창출판사, 2005).
- 이성기, “변화하는 형사재판 환경에서의 형사증거법의 역할과 과제: 사실 인정자의 편견을 배제하기 위한 형사증거법상 제언”, 『법과 정책연구』 제14집 제4호 (2014. 12).
- 이시윤, 『신민사소송법』 제9판(박영사, 2015).
- 이용구, “사실인정 과정의 논증”, 『재판실무연구』(2009. 1).
- 조원철, “간접증거에 의한 사실의 인정”, 『재판자료』 제110집(법원도서관, 2006).
- 조현욱, “형사재판에 있어 합리적 의심의 판단기준에 관한 연구: 특히 대법원 판결을 중심으로”, 『법학연구』 제16집 제1호(2013. 3).
- 울프리트 노이만, 윤재왕(옮김), 『법과 논증이론』(세창출판사, 2009).
- 찰스 두히그, 강주현(옮김), 『습관의 힘』(갤리온, 2012).
- 빅토르 마이어 쉰베르거·케네스 쿠키어, 이지연(옮김), 『빅데이터가 만드는 세상』

(21세기북스, 2013).

로베르트 알렉시, 변종필·최희수·박달현(옮김), 『법적 논증 이론: 법적 근거제시 이론으로서의 합리적 논증대화 이론』(고려대학교출판부, 2007).

칼 엥기쉬, 안법영·윤재왕(옮김), 『법학방법론』(세창출판사, 2011).

빈프리트 하쎄머, 원혜욱(역), “형법해석에서 결과고려의 방법”, 배종대·이상돈(편역), 『형법정책』(세창출판사, 1998).

대니얼 카너먼, 이진원(옮김), 『생각에 관한 생각』(김영사, 2012).

토머스 S. 쿤, 김명자·홍성욱(옮김), 『과학혁명의 구조』 제4판(까치글방, 2013).

K. Günther, *Der Sinn für Angemessenheit* (Frankfurt/M., 1988).

J. Habermas, *Erkenntnis und Interesse*, 2. Aufl. (Frankfurt/M., 1973).

W. Hassemer, *Tatbestand und Typus* (Köln/Berlin/Bonn/München, 1968).

W. Hassemer, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts* (München, 1990).

M. Heidegger, *Sein und Zeit* (Tübingen, 1953).

N. Luhmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik* (Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz, 1974).

The Structure and Issues of Fact Finding in Criminal
Proceedings :
From the perspective of legal argumentation

Yang Chun-Soo*

This article addresses the structure and controversial issues of the fact finding which is controversial in criminal proceedings. The fact finding has significance in the course of proceedings to resolve legal disputes. This is because in the event of legal disputes, judges tend to identify fact relevance, search and interpret the rules of law and apply the findings to the fact relevance so as to resolve legal disputes. Thus, the fact finding process serves as an important prerequisite in resolving legal disputes. If the fact finding is not achieved in an appropriate manner, judges can neither search the rules of law relating to the legal disputes nor understand them. The fact finding is a large part of criminal law procedure. This is because the fact finding is more difficult and important than interpreting criminal laws and regulations in criminal proceedings. Nevertheless the theoretical studies of fact finding have been underplayed despite its importance in actual trials. The study of positive law has been focusing on interpreting and systemizing the positive laws and regulations, more precisely, establishing 'Rechtsdogmatik'. Thus, it tends to consider that law practitioners must discuss the fact finding with more interest. However, the fact finding also is the subject of discussion in which the law, furthermore the 'Wissenschaftssystem' including the law must have theoretical interests. With this critical mind, the author will address the structure and controversial issues of the fact finding which become controversial mainly in the judgement of criminal cases from the perspective of the philosophy of law

* Associate Professor at Yeungnam University Law School·Dr. Jur.

and the theory of legal argumentation in 3 parts: first, the author will analyze the structure of fact finding and then identify the problems with the fact finding (II); find what are needed to implement the rationalization of fact finding (III), and address the three issues relating to the fact finding (IV).

- ❖ Keyword: fact finding, structure of fact finding, argumentation of fact finding, legal hermeneutics, szenisches Verstehen, proof beyond a reasonable doubt, argumentation of intention, fact finding through indirect facts

