

검사의 수사 논증과 추론의 구조 고찰 : 가추와 역행추론을 중심으로

김 대 군*

국 | 문 | 요 | 약

형사재판에서 실체적 진실발견은 유무죄를 판단하는 법관에게 중요한 과제이지만, 검사에게도 그에 못지않은 책무가 있다. 특히 공판중심주의 강화와 증거판단 엄격화의 추세로 실체적 진실 발견을 위한 검사의 역량은 더욱 강화되어야 필요가 있다. 본 논문은 검사가 공판정에서 철저한 논증과정을 거치고 이를 효과적으로 공판정에 현출할 수 있는 방법을 모색함으로써 검사의 고유한 논증과 추론의 방법으로서 가추 및 역행추론이라는 실체적 진실 발견을 위한 실천적 논증을 제시하고자 한다.

검사의 논증을 일반화 시켜보면 ① 단서의 발견(또는 입수), ② 단서를 설명할 수 있는 가설 설정, ③ 가설의 검증, ④ 결론의 도출이라는 단계로 도식화할 수 있을 것이다. 그리고 단서가 나타내는 실체적 진실을 발견하기 위해서는 단서의 원인이 되거나 관련이 있을 수 있는 이면의 여러 가지 전제사실들을 추정하고 그것이 진실인지를 검증하는 과정을 거쳐야만 한다. 바로 여기서 가추 및 역행추론은 검사의 고유한 논증 방법으로 정립할 수 있다. 가추와 역행추론에 기반한 논증 과정은 ① 현상의 관찰(또는 발견), ② 현상을 설명할 수 있는 가설 설정-가추, ③ 가설의 검증-역행추론, ④ 결론의 도출이라는 단계를 거친다는 점에서 검사가 수사과정에서 추론을 전개하는 것과 동일한 양상을 갖기 때문이다.

검사의 고유한 추론과 논증은 특히 직접 증거가 전혀 없는 상황에서 오로지 간접 증거에 의하여 사실을 입증해야 경우에 빛을 발한다. 검사는 먼저 다수의 간접 증거를 확보하고, 간접 증거들로부터 간접사실들을 확정하거나 간접 증거들 상호간의 종합적인 고찰을 통해 간접사실들을 확정 후, 확정된 간접사실들로부터 주요사실들을 추론한다. 그리고 경험칙을 매개로 하여 치밀한 관찰이나 분석을 통해 추론된 주요사실들이 합리적인지 판단하게 된다. 이처럼 검사가 수집하고 제출한 증거에 대해 법관이 합리적인 의심이 없는 정도의 심증을 갖기 위해서는 검사의 논증이 수사단계에서부터 합리적인 의심이 없는 정도로 논증되어야 한다.

물론 검사는 수사과정에서 스스로가 세운 가설을 뒷받침하는 증거를 수집하는데 그쳐서는 안 된다. 공판 과정에서 제기될 수 있는 피고 측의 의심에 대해서도 미리 예견을 하고, 반증에 대비할 수 있는 준비를 하는 것 역시 필요하다. 이를 위해서는 검사 역시 자신의 가설을 객관화하고 합리적으로 가설이 잘못되었을 수 있는 가능성을 염두에 둘 필요가 있다. 검사는 수사를 하는 과정에서 자기비판적으로 사실을 확인할 필요가 있으며, 수사에 있어서의 진실 발견을 위한 효과

* 한국형사정책연구원 부연구위원, 법학박사

적인 조사기법으로 영국의 표준화된 조사 모델인 PEACE(계획/준비 Planning/preparation, 개시와 피의자에의 설명 Engaging of and explaining to the suspect, 피의자의 진술 Account from the suspect, 종료 Closure, 평가 Evaluation) 기법을 참조할 필요가 있을 것이다.

❖ 주제어: 검사, 수사 논증, 수사 추론, 실체적 진실, 가추, 역행추론, 연역, 귀납, 합리적 의심, PEACE 기법

I. 검사의 고유한 논증과 추론의 필요성

최근 통계에 따르면 최근 변화된 형사사법시스템의 상황들, 특히 법원의 공판중심주의 강화와 증거판단 엄격화의 추세로 과거에 무죄율이 상당히 증가하였음을 확인할 수 있다.¹⁾ 물론 무고한 시민이 왜곡된 사실로 인해 처벌을 받게 되는 것을 방지한 것이라면 다행이라 할 것이나, 실제적 진실발견에 실패하여 처벌받아야 할 사람에게 면죄부를 주거나 범죄자에게 범죄에 상응하는 책임을 묻지 못할 우려 또한 작다고 할 수는 없을 것이다.

이와 같은 우려를 불식시키기 위해서 단순히 법관에게 그 과오를 탓하고 신중한 판단을 촉구할 것이 아니라, 실제적 진실 발견에 대한 1차적 책임을 가진 검사가 더욱 철저한 논증과정을 거치고 이를 효과적으로 공판정에 현출할 수 있는 방법을 강구하여야 할 것이다. 실제적 진실 발견을 위한 검사의 역량이 현행 공판중심주의에서 더욱 강화되어야 필요가 바로 여기에 있다고 할 수 있다.

- 1) 대검찰청 자료에 따르면 최근 10년간 1심 무죄 선고 건수와 무죄율은 지속적으로 높아지고 있다. 특히 공판중심주의가 자리잡은 2009년에는 무죄 건수가 4587건, 무죄율이 0.37%로 전년 무죄 건수가 3941건, 무죄율 0.29%에 비해 크게 증가하였고, 이러한 추세는 꾸준해져서 2011년과 2012년에는 무죄 건수가 각각 5772건, 5858건, 무죄율은 0.63%로 정점을 찍었다. 2014년 현재 무죄 건수는 5264건, 무죄율은 0.56%이다.

[그림 1] 최근 10년간 1심 무죄 선고 건수와 무죄율



검사가 제조한 증거기록은 수사과정에서의 치밀한 추론 과정의 결과물이다. 따라서 이를 법정에 제대로 현출시키기 위해서는 공판을 담당하는 검사 또한 그러한 논증과정을 충분히 이해하여야 한다. 이는 기본적으로 수사검사의 꼼꼼한 공판카드 작성, 공판검사의 충실한 기록검토를 통해 이루어지지만, 기본적으로 공판검사가 수사검사의 고유한 논증을 통한 결론의 도출이라는 검사의 추론 구조 자체를 충분히 숙지하고 있어야 할 것이다. 공판검사가 수사검사와 동일한 추론의 과정을 거쳐서 논증을 구성할 수 있어야만 사건에 대해서 정확하게 이해할 수 있을 뿐만 아니라 이러한 논증을 효과적으로 현출할 수 있기 때문이다.

때문에 검사들은 법정에서 사실관계를 주장하고 입증을 하기 위해서 법관의 판단 기준을 이해하고 있어야 하겠지만, 사실을 분석하고 실체적 진실을 규명하기 위해서는 고유한 접근 방식을 통해 논증할 수 있어야 한다. 물론 이러한 추론 내지 논증 과정에 대한 방법론적 인식 없이도 실무를 하는 검사들은 대개 수사과정에서 이런 추론 내지 논증과정을 구체적으로 실행할 수 있을 수 있다. 다만 그 실행을 이론적으로 추상화하고 구체적인 실천원리로서 기능하게끔 하고, 동시에 검사의 수사에서 작동하는 논증과정을 ‘설명’하는 모델로서 정립하는 것이 이 논문이 기획하는 바이다. 이와 같은 고민을 통해 수사기관은 무죄판결율의 상승이 형벌권실현의 위축으로 이어지지 않도록 대응할 수 있겠지만, 더 나아가 실체적 진실 발견을 통해 궁극적으로는 피의자의 인권보호에 기여할 수도 있을 것으로 희망한다.²⁾

이러한 기획의 의도와 목적 아래, 본 논의는 먼저 검사의 논증 과정에 대한 구조를 분석하고자 한다(Ⅱ). 먼저 법관의 법 논증이론의 전개양상을 살펴보고(Ⅱ. 1), 수사과정의 도식을 통해(Ⅱ. 2) 검사의 논증에 필요한 법원칙과 법이론을 검토한다(Ⅱ. 3). 이렇게 검사의 논증 구조를 확인한 후에는 검사의 논증을 위한 철학적 개념과 방법을 서술한다(Ⅲ). 이 과정에서 검사 논증에 대한 일반화된 도식을 고민해보고(Ⅲ. 1) 그 철학적 논증 방법으로서 가추와 역행추론의 의의(Ⅲ. 2)와 구체적인 작동 방식에 대해 다루도록 한다(Ⅲ. 3). 다음으로는 이렇게 논의된 가추와 역행 추론을 검사의 수사 논증으로서 활용하는 방안을 전개한다(Ⅳ). 가추 및 역행추론에 기

2) 본 논문에 대한 심사평의 일부를 인용하였다. 좋은 의견과 필자보다 더 깊은 문제의식을 보여주신 익명의 심사자에게 깊은 감사를 드린다.

만한 검사의 논증 과정을 검토한 후에(IV. 1) 그 추론의 적용을 통해 구체적인 사례를 검토해본다(IV. 2). 마지막으로 법관의 의사결정과 대비되는 검사의 수사 논증과 추론의 독자성을 검토한다(V). 여기서는 검사의 수사 논증의 목적을 다시 확인하면서(V. 1), 실체적 진실을 발견하기 위한 수사기법의 사례로 PEACE 기법을 소개한다(V. 2).

II. 검사의 논증과정에 대한 구조 분석

1. 법적 논증의 의의와 역할

가. 법적 논증의 의의

논증은 일정한 목적을 위해 대화의 상대방을 근거를 들어 설득하는 행위이며, 외부적인 논증행위의 형태로 나타나게 된다. 이러한 논증행위 이전에 논증행위에 부합하는 내적인 사고의 과정을 가정해볼 수 있다. 따라서 논증에서의 결론과 논증을 위한 근거와 논리들을 구분하였을 때 양자 간의 선후 관계에 대한 논의가 필요하다. 법적인 최종 판단이 법적인 근거와 논리들에 의해서 합리적으로 도출되었다면 그 결과는 법적인 정당성을 가질 수 있지만, 반대로 법적인 최종 판단이 어떤 인지적 경로에 의해서 먼저 내려지고, 논증은 이를 합리화하는 사후적인 과정으로서 발생한다면 논증이 법적 판단을 정당화하기는 어려울 것이다.

이와 관련하여 다양한 견해들이 있지만, 법적인 논증이 결론의 사후적 합리화라고 하는 견해에 대해 고려해볼 필요가 있다. 이러한 견해는 법관의 의사결정이 항상 논증 과정의 결과로서 이뤄져야 한다는 원칙적인 요구에 반하는 것이다. 하지만 경험적인 연구들, 또는 법학의 일부 논의에서도 법적 판단이 논리적 사고의 결과가 아니라 사후적인 논증을 이끌어낸다는 주장이 제기되고 있다. 심지어 법관은 규칙적인 사고에 의하지 않고 감각적이고 직관적인 판단을 내릴 수도 있다. 직관(Intuition)은 개인의 경험에 따라서 달라지기 때문에 법관 개인에 따라서 서로 다른 판단을 내리기도 하는 것이다. 하지만 이러한 논증이 사후적으로 결론을 합리화하

기 위해서 선택되었으며, 이러한 근거들이 이미 판결 이전에 존재하여 판결을 정당화하였는지를 증명할 수는 없더라도 판결의 정당성을 설득할 수 있는 근거가 된다. 이를 통해서 논증을 객관화하고 다수의 동의를 얻을 수 있게 되는 것이다. 이때 외부로 드러나는 논증의 내용은 의사결정의 정당성을 판단할 수 있는 반성의 도구로서 의미를 가진다.

그러나 우리가 판결의 결론을 이끄는 추론 과정과 내려진 결론을 합리화하는 직접증거를 엄격하게 분리하는 것은 불가능하다. 사실 많은 연구에서 지적인 것처럼 재판의 실제적인 ‘결정’(Decision)과 ‘논증’(Argumentation)이 구별될 수 있고, 논증이 이미 내린 결정의 사후적 정당화 기능을 하기도 한다. 다만 ‘판결의 정당성’과 ‘판결을 정당화하기 위해 제시되는 근거’들이 견련되어 있다는 전제하에, 논증의 역할은 정당성과 근거 사이의 가교 역할을 하는 것으로 이해하는 것이 더 필요할 것이다.³⁾ 극단적인 관점에서 판결의 정당성이라는 것이 존재하지 않는다고 한다면, 판결의 정당성은 판결 과정의 절차적 정당성에서 찾을 필요가 있다. 이를 위해서 절차적인 논증과 합의의 과정이 필요한 것이다. 이 과정을 통해서 개인의 주관적인 사고는 타인으로부터 인정받는 객관화가 이루어지게 된다. 그리고 객관화를 위해서는 판단자 스스로 비판적인 사고를 거칠 필요가 있다. 비판적 사고는 좁은 의미의 논리(형식논리, 삼단논법, 논리적 오류 등)만으로는 가능하지 않으며, 충분한 비판적 사고를 위해서 요구되는 조건들은 다음과 같다⁴⁾.

〈표 1〉 비판적 사고를 위해 요구되는 조건

- 주장이 정당화되는 정도의 판단 방법
- 정당화되는 주장들로부터 새로운 주장을 이끌어내는 연역추리의 규칙들과 비연역추리의 규칙들에 대한 지식
- 다양한 텍스트(논증)를 적절하게 재구성하는 분석 능력
- 재구성된 텍스트(논증)를 놓고, 주장의 정당성을 판단하는 방법과 연역적, 비연역적 추리의 규칙들에 대한 지식을 적용하여 가능한 최선의 판단을 이끌어내는 종합 능력

3) 김성룡, 법적 논증론(I)—발전사와 유형, 준커뮤니케이션즈, 2009, p. 15.

4) 김광수, 논리와 비판적 사고, 철학과 현실사, 2007, p. 24.

나. 법적 논증의 대상

법적 논증은 전통적으로 판결에 있어서 “법이 무엇인가?”라는 주제와 관련되어 있었다. 이는 법적 논증이 법해석학과 관련되어 있음을 보여주는 것으로, 법학에서의 전통적인 관심사를 반영하는 것이다. 하지만 최근 들어 법적 논증의 대상 범위가 다음과 같은 영역으로까지 넓어지고 있다.⁵⁾ 다시 말해 근거와 이유의 제시를 통해서 증명을 해야 하는 문제들이 확대되고 있는 것이다.

〈표 2〉 법적 논증의 대상

- 법적 논증은 기본적으로 법관의 논증을 의미하였지만, 최근에는 다수의 다른 관계자들(변호사, 검사, 당사자, 법률비평가, 이론가 등)의 활동도 논증의 영역에 포함되고 있다.
- 무엇이 법인가를 결정하는 것뿐만 아니라, 판결에서의 사실관계, 절차, 제재 등에 관한 결정들을 포함한다.
- 예외적이지만 수사 활동, 조정, 중재, 기소 여부의 결정에 대한 논증도 요구되고 있다.
- 법적 논증과 관련하여 논증과 설득, 논리학과 수사학, 서술과 논증, 심리학과 의사결정의 논리학 사이의 관계들에 대한 논의가 이뤄지고 있다.
- 이론가들이 이론적인 연구에 그치지 않고 구체적인 판결 사안을 대상으로 하는 경험적인 연구를 진행하고 있다. 구체적인 사안에서의 관련자(법관, 변호사, 증인 등)의 행동을 분석하는 연구가 진행되고 있고, 이를 위해 심리학은 물론, 수사학, 사회학, 스피치 이론 등이 동원되고 있다.
- 법률가들의 논증이 다양한 법적 논증 유형 중 어디에 포섭시킬지에 대해서 논의가 이뤄지고 있고, 견해차가 존재한다.
- 인공지능(Artificial Intelligence) 연구의 성과를 법적 논증에 적용 가능한지, 적용의 범위는 어디까지 인지에 대해서 논의가 진행되고 있다.

2. 수사 과정의 도식

일반적인 범죄수사에 있어서 수사기관은 “발생한 범죄를 대상으로 증거를 수집하고 이 증거를 바탕으로 과거의 역사적 사실을 추리, 재구성하여 범인을 검거하고 범죄 행위에 대해 법률을 적용하는 활동”을 하게 되고, 이는 ① 사건의 현장에서 수집된 증거물과 목격자 진술, 관련된 사람들의 증언 등의 자료를 토대로 가설을 세우고 (가설설정) → ② 가설 설정 후 이를 뒷받침하는 추가적인 자료를 수집함으로써 처음

5) 조원철, 앞의 논문, p. 502.

의 가설을 구체화 한다.(추가적인 자료의 수집과 수사) → ③ 추가적으로 수집한 수사자료를 구성하거나 해석, 분석하여 사건의 단서를 찾고(자료의 분석, 해석) → ④ 수집된 자료를 분석하여 도출한 정보를 조합하여 범죄를 재구성(사실의 재구성과 결론의 도출)하는 식으로 도식화된다.⁶⁾

3. 검사의 논증에 필요한 법원칙과 법이론

가. 직접 증거와 간접 증거를 통한 심증 형성

언급한 것처럼 우리의 형사소송은 적법 절차에 따른 신속한 실체적 진실발견을 그 이념으로 한다. 이러한 이념은 명문으로 규정되어 예컨대 형사소송법 제307조 제1항에서는 공판절차에서의 기본원칙으로 증거재판주의를 선언하고 있고, 다른 여러 규정을 통해 증거능력을 제한하기도 한다. 결국 검사는 공소제기를 통해 수사의 결과를 법관에게 현출하는 과정에서 적법한 절차에 따라 수집된 증거를 제출해야 하는 것은 기본이고, ‘합리적인 의심이 없는 정도의 증명’에 이를 수 있는 증거를 제시하여 법관에게 범죄사실의 인정을 받아야 하는 것이다.(형사소송법 제307조 제2항⁷⁾)

문제는 법관이 범죄사실을 인정함에 있어서 그 자체만으로 직접 요증사실을 인정할 수 있는 직접 증거가 많지 않다는 점이다. 사실 직접 증거에 의한 사실확정은 다름의 여지가 거의 없기 때문에 논증의 필요성이 없다고 할 수 있다. 문제는 직접 증거가 아닌 간접 증거에 의해 ‘합리적인 의심이 없는 정도의 증명’에 이를 수 있는가이다. 간접 증거는 요증사실을 간접적으로 추론할 수 있는 사실인 간접사실을 증명하고 일정한 추론을 거쳐 요증사실의 증명에 이용되는 증거이기 때문에 개별적으로는 범죄사실에 대한 완전한 증명력을 가지지 못한다. 다만, 우리 대법원은 원칙적으

6) 박노섭·이동화·이윤·장윤식, 앞의 책, p. 55.

7) 주지하다시피 우리 형사소송법은 자유심증주의를 명문으로 규정하면서도 사실판단을 위한 심증형성의 정도에 관하여는 침묵하고 있었다. 이에 판례와 학설에서는 유죄의 사실을 인정하려면 법관의 심증이 ‘합리적 의심의 여지가 없는 증명’의 정도에 이르러야 함을 일관되게 지적하여 왔다. 이에 2007년 형사소송법 개정에서 제307조 제2항이 신설되어 법관의 심증형성의 정도를 구체적으로 표현하게 되었다.

로 간접 증거의 증명력을 인정하되⁸⁾, 간접 증거의 부족한 증명력을 ① 다수의 간접 증거를 종합적으로 판단하여 보완해야 하고⁹⁾, ② 하나하나의 간접사실사이에 모순, 저촉이 없어야 하는 것은 물론 간접사실이 논리와 경험칙, 과학법칙에 의하여 뒷받침되어야 함¹⁰⁾을 강조하고 있다.

나. 검사 논증의 기본원칙

수사에 있어서 검사의 논증과정 또한 수집된 증거를 토대로 심증을 형성하는 과정이라 할 수 있다. 이 과정에 있어서 별도의 추론과정이 필요하지 않은 직접 증거의 경우 그 존재 자체만으로 증명력이 충분하다고 볼 수 있기 때문에 별문제가 발생하지 않는다.¹¹⁾ 그러나 직접 증거가 전혀 없는 상황에서 오로지 간접 증거에 의하여 사실을 입증해야 경우 검사의 논증 전략은 다음과 같을 것이다.¹²⁾ ① 먼저 다수의 간접 증거를 확보하고, ②-1 간접 증거들로부터 간접사실들을 확정하거나 ②-2 간접 증거들 상호간의 종합적인 고찰을 통해 간접사실들을 확정한 후, ③ 확정된 간접사실들로부터 주요사실들을 추론한다. ④ 경험칙을 매개로 하여 치밀한 관찰이

- 8) “형사재판에 있어서 유죄의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 할 수 있는 증명력을 가진 증거에 의하여야 하고, 그와 같은 심증이 반드시 직접 증거에 의하여 형성되어야만 하는 것은 아니고 경험칙과 논리법칙에 위반되지 아니하는 한 간접 증거에 의하여 형성되어도 되는 것이다.” 대법원 1993. 3. 23. 선고 92도3327 판결.
- 9) “간접 증거가 개별적으로는 범죄사실에 대한 완전한 증명력을 가지지 못하더라도 전체 증거를 상호 관련 하여 종합적으로 고찰할 경우 그 단독으로는 가지지 못하는 종합적 증명력이 있는 것으로 판단되면 그에 의하여도 범죄사실을 인정할 수가 있다.” 대법원 1999. 10. 22. 선고 99도3273 판결.
- 10) “살인죄 등과 같이 법정형이 무거운 범죄의 경우에도 직접 증거 없이 간접 증거만으로 유죄가 입증될 수 있으나, 그러한 유죄입증에는 공소사실에 대한 관련성이 깊은 간접 증거들에 의한 신중한 판단이 요구되므로, 간접 증거에 의하여 주요사실의 전제가 되는 간접사실을 도출할 때에는 증명이 합리적인 의심을 허용하지 않을 정도에 이르러야 하고, 하나하나의 간접사실사이에 모순, 저촉이 없어야 하는 것은 물론 간접사실이 논리와 경험칙, 과학법칙에 의하여 뒷받침되어야 한다.” 대법원 2011. 5. 26. 선고 2011도1902 판결.
- 11) 다만, 김종률, 앞의 논문 제4쪽에서는 법관의 입장에서는 피고인의 자백이 허위일 가능성도 있다는 점, 사람의 인식작용이 불완전하다는 점, 절대적으로 증언을 신뢰할 수 없다는 점 및 상반되는 내용의 직접 증거가 병존하는 경우도 있다는 점 때문에, 간접증거를 통한 사실인정 과정뿐만 아니라, 직접 증거를 통한 사실인정 과정에서도 경험칙을 통한 추론이라는 과정을 수행하여야 한다고 한다.
- 12) 간접 증거를 통한 검사의 논증 전략은 강동우, 합리적 의심의 여지가 없는 증명에 관한 연구, 성균관대학교 대학원박사학위 논문, 2013을 변형하여 사안에 맞게 구성한 것이다.

나 분석을 통해 추론된 주요사실들이 합리적인지 판단하고 구두변론을 시작한다.

이처럼 검사가 수집하고 제출한 증거에 대해 법관이 합리적인 의심이 없는 정도의 심증을 갖기 위해서는 검사의 논증이 수사단계에서부터 합리적인 의심이 없는 정도로 논증될 필요가 있다.

Ⅲ. 검사의 논증을 위한 철학적 개념과 방법

1. 일반화된 검사의 논증 도식

형사소송절차에서 사실을 인정하기 위한 논증은 첫째, 유죄에 대한 검사의 판단을 일정한 형식을 통해 공판정에 제시하거나 법관 및 배심을 설득하기 위해 필요하고 둘째, 그러한 논리 형식을 통해 실제적 진실을 보다 잘 발견하고 검증하기 위한 것이며 셋째, 이를 통해 법관의 심증형성을 통제하여 적정한 형벌권을 실현하기 위해 필요하다. 이에 따라 검사의 수사 논증을 형식화하고 일반화하는 작업이 요구된다. 이를 상술하면 다음과 같다.

수사과정에 있어 검사의 논증은 ① 단서의 발견(또는 입수), ② 단서를 설명할 수 있는 가설 설정, ③ 가설의 검증, ④ 결론의 도출이라는 단계를 거친다. 어떠한 단서가 발견된다고 하더라도, 그것만으로는 그 단서의 원인이 되거나 그 단서와 관련이 있는 어떠한 사실관계도 알아낼 수 없는 경우가 대부분이다. 그 단서의 원인이 되거나 관련이 있을 수 있는 이면의 여러 가지 전제사실들을 추정하고 그것이 진실인지를 검증하는 과정을 거쳐야만 그 단서가 나타내는 실제적 진실을 발견할 수 있는 것이다.

이는 연역법, 귀납법과 함께 현대 학문의 핵심적 논증법으로 꼽히는 가추(Abduction¹³⁾) 및 역행추론(Retroduction¹⁴⁾)의 논증 과정과 정확히 일치한다.

13) abduction은 ‘가설상정’, ‘가추’, ‘귀추’, ‘귀류’, ‘상정논법’, ‘후진추리’, ‘질적귀납’ 등으로 다양하게 번역되고 있다. 다만 본 연구에서는 ‘가추(假推)’라고 쓰기로 한다.

14) retroduction 역시 ‘역행추론’, ‘역추’, ‘역추행론’ 등으로 다양하게 번역된다. 다만 본 연구에서는 ‘역행추론(逆行推論)’이라고 쓰기로 한다.

2. 가추와 역행추론의 의미

가추에 대해 처음으로 체계적으로 연구한 퍼스(Peirce)에 따르면 가추를 ‘논리적 규칙의 방해를 거의 받지 않는 논리적 추론’이라고 하면서 가추를 귀납·연역과 구별하고자 했다.¹⁵⁾ 일반적으로 과학에서 진리 발견을 위해 사용되는 대표적인 논증 방법으로 ‘귀납법’과 ‘연역법’이 널리 알려져 있다. 먼저 ‘귀납법’은 개별사례들에 대한 관찰로부터 일반적인 결론을 이끌어내는 사유방법이다.¹⁶⁾ 그러나 귀납법을 통해 도출된 원리는 축적된 개별사례들에서 공통적으로 나타난 현상을 일반화한 것이어서, 그러한 원리가 다른 경우에 있어도 진리일 것이라고 전적으로 단정하기는 어렵다. 따라서 귀납법은 어떠한 경우에도 참인 진리를 발견하기 위한 논리적 기법으로는 결함이 있는 것으로 판명되었다. 퍼스의 연역 귀납 그리고 가설(Deduction, Induction, and Hypothesis)에서 사용된 콩 주머니의 사례를 인용하면 다음과 같다.¹⁷⁾

〈귀납〉

사례: 이 콩들은 이 주머니에서 나왔다.

결과: 이 콩들은 하얗다.

∴ 법칙: 이 주머니에서 나온 콩은 모두 하얗다.

한편, ‘연역법’은 지금까지 참인 것으로 확인된 원리들을 토대로 새로운 원리를

- 15) 퍼스의 가추 개념은 다소 혼란스럽고 불명확함이 없지는 않다고 한다. 그럼에도 불구하고 가추의 개념을 연역 및 귀납과 차별화되는 고유한 추론 양식으로 정립하는데 크게 공헌했다고 할 것이다. 1890년대를 기점으로 퍼스의 견해를 나누는 한 견해에 따르면 1890년대 이전에는 가추를 추리(inference)로 다루면서 연역, 귀납 및 가추를 서로 독립적인 추론의 세 유형으로 구분한 반면, 1890년대 이후에는 추론의 개념을 확대해서 방법론적인 과정까지 포함해 다루었다고 평가한다. 이기홍, 사회과학의 철학적 기초: 비판적 실재론의 접근, 한울아카데미, 2015, pp. 193~194 참조.
- 16) 이기홍, 사회연구에서 가추와 역행추론의 방법, 사회와 역사 제80집, 한국사회사학회, 2008, p. 287.
- 17) Peirce, Collected Papers 2 vols. Harvard University Press, 1958, p. 623; 이기홍, 사회과학의 철학적 기초: 비판적 실재론의 접근, 한울아카데미, 2015, pp. 194~195. 이하에 인용된 퍼스의 콩 주머니 사례는 같은 책을 재인용한 것이다.

발견해내는 논리적 기법이다. 그러나 이 또한 어떠한 경험적 사실들을 토대로 착안된 것이 아닌 기존에 밝혀진 원리들을 토대로 한 결론을 도출해낸다는 점에서 현실적으로 의미 있고 기존에 밝혀진 것과는 다른 새로운 진리를 발견해 내는 것에는 한계를 보일 수밖에 없다.

〈연역〉

법칙: 이 주머니에서 나온 콩은 모두 하얗다.

사례: 이 콩들은 이 주머니에서 나왔다.

∴ 결과: 이 콩들은 하얗다

귀납법과 연역법은 위와 같이 과학이 발견하고자 하는 진리를 발견하는데 한계를 보이고 있다. 귀납법과 연역법과 같은 기존의 논리체계는 경험의 영역(혹은 경험과 현실의 영역) 안에서만 작동한다. 그러다 보니 경험적 지식의 오류를 고스란히 내재화할 수밖에 없다. 본질적인 것은 연역법의 결론은 연역 논리가 출발하는 전제에 내포되어 있는 ‘사실’에 불과한 것이고, 귀납법의 전제는 단지 귀납 논리의 결과와 사례를 ‘분류’ 한 방식에 지나지 않은 것임을 주목할 필요가 있다. 이처럼 연역법과 귀납법 모두 경험적 지식이 아닌 것들 즉 새로운 사실 내지 새로운 사례에 대한 해석을 도출할 수 있는 논리체계로는 한계가 있는 것이다.

반면 가추 및 역행추론은 이러한 경험의 영역과 실재적 영역간의 관계를 연결함으로써 경험적 지식의 오류를 수정하면서 실재를 발견하거나 구성할 수 있다. ‘가추’는 경험적으로 판별된 현상(의 유형)으로부터 그 현상을 발생시킨 일련의 인과적 힘들이나 기제들을 (가설적으로) 상정하는 사유 양식이다.¹⁸⁾ 즉, 어떠한 현상을 관찰하고 관찰된 현상을 설명할 수 있는 가설을 설정하는 것이다.¹⁹⁾

18) 이기홍, 사회연구에서 가추와 역행추론의 방법, 사회와 역사 제80집, 한국사회사학회, 2008, 304쪽

19) 퍼스(Peirce)는 가추(법)을 가정 혹은 가설(Hypotheses)이라고 부르거나 추정적 추론(Presumptive Inferences)이라 지칭하기도 한다. 귀납과 마찬가지로 가추 역시 그 자체로는 완벽한 논증이 될 수 없기 때문에 외부적으로 입증되어야 한다는 점에서 연역과 결정적으로 다르다고 한다. Eco Umberto, Sebeok Thomas A. 편(김주환·한은경 역), 설록 흄스, 기호학자를 만나다: 논리와 추리의 기호학(The Sign of Three: Dupin, Holmes, Peirce), 이마, 2016, p. 117.

〈가추〉

법칙: 이 주머니에서 나온 콩은 모두 하얗다.

사례: 이 콩들은 모두 하얗다.

∴ 사례: 이 콩들은 이 주머니에서 나왔다.

그 가설이 참이 아닐 가능성을 전제하기 때문에 그 가설의 검증 과정을 반드시 수반하여야 하는데 그러한 검증의 기법을 ‘역행추론’이라고 한다. ‘역행추론’은 어떠한 현상을 설명하기 위하여 추론된 가설에 대해 검증과 제거의 절차를 거쳐 가설의 참과 거짓을 판명하는 방법이다. 결국 가추를 통해 어떤 현상을 설명하기 위한 가설을 설정하고, 역행추론을 통해 이를 검증하여 진리를 발견해나가는 것이다.²⁰⁾

3. 가추와 역행추론의 실천성

가추와 역행추론은 우리의 일상적인 추론 방식과 동떨어진 것은 아니다. 관찰을 통해 어떤 현상의 실체를 탐구하고자 할 때 우리가 늘상 수행하는 추론 방식인 것이다. 예를 들어,

“아침에 밖에 나가 도로가 물에 젖어 있는 것을 보면, 보통 사람들은 밤새 비가 내렸는지, 또는 새벽에 살수차가 돌아다녔는지 추정한다. 이렇게 어떤 현상을 보고 그 현상을 일으킨 원인을 추정하는 것이 가추이다. 수사관이 단서를 통해 범인을 추리할 때, 사냥꾼이 짐승이 남긴 흔적을 보면서 짐승을 추적할 때, 자동차 정비공이 엔진 소리를 들어가면서 고장 부위를 찾을 때, 의사가 환자와 문답하면서 병을 진단할 때, 고생물학자가 뿔조각이나 화석에서 공룡의 모습을 재현할 때, 고고학자가 출토된 유물을 근거로 과거의 생활상을 재구성할 때, 핵물리학자가 입자가속기와 감광판을 이용해 입자의 성질을 알아낼 때, 사용하는 것이 ‘가추’와 ‘역행추론’이라는 추론양식이다.”²¹⁾

20) 퍼스는 “우리가 세상만사에 대해 추측을 하게 되는 과정은 지각적인 판단(Perceptual Judgments)의 영향을 받기 마련인데, 지각적 판단에는 보편적인 명제들을 연역해 낼 수 있는 일반적인 요소들이 포함되어 있다”고 한다. Eco Umberto, Sebeok Thomas A. 편(김주환·한은경 역), 설록 홈스, 기호 학자를 만나다: 논리와 추리의 기호학(The Sign of Three: Dupin & Holmes & Peirce), 이마, 2016, p. 44.

사례로부터 바로 전제를 설정한다는 점에서 다시 말해 가설 형성과 가설 설정 기능을 수행할 수 있다는 점에서, 가추로부터 새로운 인과관계를 밝혀낼 계기를 마련할 수 있다. 더 나아가 형성되거나 설정된 가설에 역행추론을 적용하는 과정에서 가추가 갖는 직관의 모호함을 수정하고 해결해나감으로서 새로운 사실(진실)을 도출해낼 수 있다.

퍼스도 연역, 귀납, 가추 중에서 연역만이 완전하고 확실한 추리라고 보았다.²²⁾ 논리 체계의 정합성만 놓고 본다면 가추보다는 귀납법이, 귀납법보다는 연역법의 체계가 보다 각각 상대적으로 높은 정합성을 갖추었다고 한다.²³⁾ 이는 귀납법과 연역법이 경험적 지식의 틀 안에서 순환하는 체계로 작동하기 때문이다. 그렇기에, 언급한 것처럼 귀납법과 연역법은 실재적 지식 내지 진리를 파악하는 데는 한계가 있다. 다시 말해 “사실상 귀납과 연역은 대별되는 것이 아니라 오히려 종속에 가까운(연역이 귀납을 포괄하는), 그러한 특성을 띠는 것으로 비춰진다. 또한 이와 같은 논리체계에서는 새로운 사실을 도출해낼 수가 없고 전제 내에 내포되어 있는 사실만을 재확인할 수 있을 따름인 것이다.”²⁴⁾

결국 귀납법과 연역법에 의해서는 새로운 사실의 발견을 위한 유의미한 가설 설정의 한계가 있기 때문에 가추와 역행추론을 통해 그 한계를 보완할 당위성이 존재한다. 다음의 [그림 2]에서 이러한 논리 체계들의 속성을 확인할 수 있다.²⁵⁾

21) 이기홍, 사회과학의 철학적 기초: 비판적 실재론의 접근, 한울아카데미, 2015, p. 191,

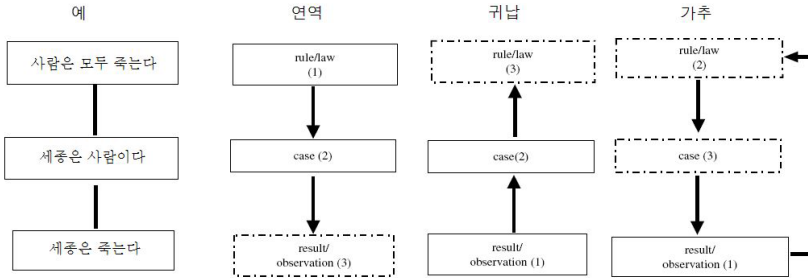
22) Peirce, Collected Papers 2 vols. Harvard University Press, 1958, p. 807 이하 참조.

23) 박준호, 퍼스의 귀추와 가설의 방법, 범한철학 제37집, 2005, p. 67.

24) 박준호, 앞의 논문 2005, p. 68.

25) Fischer, H. R. Abductive Reasoning as a Way of Worldmaking, Foundations of Science Vol. 6 No.4, 2001, p. 367

[그림 2] 3가지 추론 양식



※ 실선으로 그린 상자는 ‘주어진 것/참인 것’으로 상정되는 ‘전제들/가정들’을 나타내며 점선으로 그린 상자는 추론한 ‘가설들’을 나타낸다

바로 이러한 이유에서 수사 및 재판을 통한 실체적 진실을 발견하거나 심지어 구성하는데 ‘가추’와 ‘역행추론’을 주목할 필요가 있는 것이다. 이러한 가추법은 어떤 반복된 현상을 바로 일반화하는 것이 아니라 관찰을 통해 기존에 알려진 과학적 법칙을 통해 설명되지 않는 현상을 발견한 후 이를 설명할 수 있는 새로운 가설을 설정하고 그 가설이 참이 아닐 가능성을 전제한다는 점에서 귀납법과 다르다.²⁶⁾

위와 같은 가추와 역행추론에 기반한 논증 과정은 ① 현상의 관찰(또는 발견), ② 현상을 설명할 수 있는 가설 설정-가추, ③ 가설의 검증-역행추론, ④ 결론의 도출이라는 단계를 거치는 것이다.

26) 귀납과 가추는 둘 다 하나의 가설을 수용하는 방식을 취한다. 관찰된 사실이 필연적으로 혹은 일반적으로 그 가설의 결과가 되기 때문이다. 그러나 귀납과 가추는 다음과 같이 다르다고 세분화기도 한다. “가추법은 처음에는 눈에 보이는 특정한 이론이 없더라도 일단 사실에서부터 시작하고 본다. 가추법은 그 놀라운 사실을 설명해 줄 수 있는 이론이 필요하다는 생각에 의해 촉발되는 것이다. 귀납법은 처음에 눈에 보이는 특정한 사실이 없더라도 자명해 보이는 가설이 있으면 시작된다. 그렇지만 귀납법은 그 이론을 지지해 줄 사실들이 필요하다고 느낀다. 가추법은 이론을 찾지만, 귀납법은 사실을 찾는다. 가추법에서는 사실에 대해 숙고함으로써 가설을 제시할 수 있다. 귀납법에서는 가설에 대해 연구함으로써 그 가설이 지목하고 있는 사실을 입증해 낼 수 있는 실험을 제안할 수 있다.” Eco Umberto, Sebeok Thomas A. 편(김주환·한은경 역), 설록 흄스, 기호학자를 만나다: 논리와 추리의 기호학(The Sign of Three: Dupin & Holmes & Peirce), 이마, 2016, p. 56.

IV. 검사의 논증으로서 가추와 역행추론의 가능성 검토

1. 가추 및 역행추론에 기반한 검사의 논증과정

가. 서설

형사소송에서 사실인정 내지 사실확정의 문제는 요증사실, 즉 검사가 공소로 제기한 피고인의 혐의에 대한 구체적인 사실을 확정하는 방식으로 이루어질 것이다. 위에서 언급한 것처럼 직접 증거가 있다면 그에 따라 요증사실을 판단하면 될 것이지만, 직접 증거가 없는 대개의 경우, 간접사실을 증명함으로써 요증사실을 뒷받침하도록 하고 있다. 형사소송 실무에서도 직접 증거가 없는 경우에는 “간접 증거가 개별적으로는 범죄사실에 대한 완전한 증명력을 가지지 못하더라도 전체 증거를 상호 관련 하에 종합적으로 고찰할 경우 그 단독으로는 가지지 못하는 종합적 증명력이 있는 것으로 판단”²⁷⁾되거나 “간접 증거에 의하여 주요사실의 전제가 되는 간접사실을 도출할 때에는 증명이 합리적인 의심을 허용하지 않을 정도에 이르러야 하고, 하나하나의 간접사실사이에 모순, 저촉이 없어야 하는 것은 물론 간접사실이 논리와 경험칙, 과학법칙에 의하여 뒷받침”²⁸⁾될 때 간접 증거에 의하여 간접사실을 추론해 내고 이를 종합적으로 판단하여 주요사실로 인정하고 있다.

나. 추론의 적용

여기서 관건은 간접 증거에 의하여 간접사실을 추론하는 논증의 과정일 것이다. 이를 위한 검사의 논증을 가추 및 역행추론에 기반한 논증과정에 적용해보자. “① 단서의 입수(또는 발견)”는 “① 현상의 관찰(또는 발견)”에, “② 단서를 설명할 수 있는 가설의 설정”은 “② 현상을 설명할 수 있는 가설 설정-가추”에, “③ 가설의 검증”은 “③ 가설의 검증-역행추론”에 대입할 수 있고, 그와 같은 절차를 통해 같은 종착점, 즉 “④ 결론의 도출”이라는 단계에 이르는 것이다. 이와 같은 가추 및 역

27) 대법원 1999. 10. 22. 선고 99도3273 판결 참조.

28) 대법원 2011. 5. 26. 선고 2011도1902 판결 참조.

행추론에 기반한 검사의 논증과정을 예로 들면 다음과 같다.

① [단서의 발견]

어느 날 한적한 야산에 주차된 차량 안에서 변사체가 발견되었는데, 차량의 문은 모두 잠겨 있었고, 안에서는 새하얗게 탄 번개탄이 발견되었다(단서의 발견).

② [가설의 설정-가추]

검사는 변사자가 경제적 어려움 등 신변을 비관하여 폐쇄된 차량 안에서 번개탄을 피워 자살한 것으로 잠정 판단하였다.

③ [가설의 검증-역행추론]

그러나 국과수 부검 결과 혈액이나 장기 등에서 이산화탄소 중독 증상이 발견되지 않았고 오히려 목이 손으로 강하게 졸린 흔적이 있다며 ‘액사(다른 사람에 의해 목이 졸려 죽는 것)’ 소견을 보였다.

②-1 [가설의 재설정-가추]

이에 검사는 변사자가 타살된 것으로 판단하고 변사자의 휴대전화기 통화내역을 확인하던 중 변사자가 그 날 누군가와 통화를 한 직후 집에서 나간 것을 알아냈고 그 통화 상대방이 변사자를 살해했을 가능성이 있다고 판단하였다.

③-1 [가설의 검증-역행추론].

검사는 통화 상대방의 통화내역을 분석하여 통화 상대방과 변사자가 위 마지막 통화 30분 후 같은 장소에 있었던 것을 확인하여 서로 만난 사실을 밝혀냈고, 만난 장소에서 차량이 발견된 장소에 이르는 경로 중간에 있는 건물 CCTV를 통해 변사자와 통화 상대방이 차량을 타고 함께 이동한 것을 확인한 후 변사자의 휴대전화에 대한 모바일분석을 통해 변사자와 통화 상대방이 서로 내연 관계에 있었고 그 무렵 변사자가 통화 상대방에게 이별 통보를 한 후 서로 심하게 다투었음을 확인하였다. 그리고 통화 상대방의 주거지 주변 상점에 대한 탐문수사를 통해 통화상대방이 그 전날 번개탄을 구입했음을 확인했고, 변사자 발견 당시 차량 안에 있었던 소지품을 다시 확인하여 차량 안에 차량 열쇠가 없었음을 확인했다. 이에 통화 상대방에 대한 체포영장 및 주

거지 압수수색영장을 발부받아 통화 상대방을 체포하고, 주거지를 압수수색한 결과 주거지에서 위 차량의 열쇠가 발견되었고 통화 상대방으로부터 변사자를 살해하였다는 자백을 받았다

④ [결론의 도출]

결국 검사는 변사자의 이별 통보에 격분한 통화 상대방이 변사자를 살해하기로 마음먹고 미리 번개탄을 구입한 후 변사자를 만나 차량으로 이동하여 변사자를 목졸라 죽이고 자살로 위장하기 위해 번개탄을 피운 후 밖에서 차량 문을 잠갔다는 사실을 밝혀내게 되었다.

이와 같이 수사에 있어 검사의 논증 과정을 가추 및 역행추론에 기반한 논증과정에 대입하면 정확히 일치함을 알 수 있다.

2. 검사 논증에 대한 합리적 의심이 없을 정도의 확신 사례

가추 및 역행추론에 기반한 검사의 논증과정은 이처럼 직접 증거가 거의 없거나 아예 없고 정황증거만 있는 경우에 특히 의미를 갖는다. 이른바 ‘시신 없는 살인 사건’으로 알려진 최근의 한 사례를 검토해 보자. 이 사건에서 피고인이 경찰에 체포되기 전, 피해자의 시신은 이미 화장된 상태여서 수사당국은 직접적 물적 증거를 전혀 발견할 수 없었다. 이러한 이유로 사실심의 견해는 엇갈렸는데, 먼저 1심에서는 살인죄를 인정하여 피고인에게 무기징역을 선고했음에 반해, 2심에서는 살해를 인정하지 않고 사체은닉죄만 인정하여 징역 5년을 선고한 바 있다.

그러나 재상고심에서 대법원은 “형사재판에 있어서 유죄의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 할 수 있는 증명력을 가진 증거에 의하여야 하고 이러한 정도의 심증을 형성하는 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다. 다만 그와 같은 심증이 반드시 직접 증거에 의하여 형성되어야만 하는 것은 아니고 경험칙과 논리법칙에 위반되지 아니하는 한 간접 증거에 의하여 형성되어도 되는 것이며, 간접 증거가 개별적으로는 범죄사실에 대한 완

전한 증명력을 가지지 못하더라도 전체 증거를 상호 관련하여 종합적으로 고찰할 경우 그 단독으로는 가지지 못하는 종합적 증명력이 있는 것으로 판단되면 그에 의하여도 범죄사실을 인정할 수가 있다. 여기서 합리적 의심이라 함은 모든 의문, 불신을 포함하는 것이 아니라 논리와 경험칙에 기하여 요증사실과 양립할 수 없는 사실의 개연성에 대한 합리적 의문을 의미하는 것으로서, 피고인에게 유리한 정황을 사실인정과 관련하여 파악한 이성적 추론에 그 근거를 두어야 하는 것이므로, 단순히 관념적인 의심이나 추상적인 가능성에 기초한 의심은 합리적 의심에 포함된다고 할 수 없다.”고 판시하였다.²⁹⁾

이어 대법원은 이와 같은 원칙론을 전제로 하면서, ① 피고인에게 피해자를 살해할 만한 동기가 충분히 있었던 것으로 보이는 점, ② 피고인이 이 사건 무렵 3개월여 전부터 경제적으로 매우 어려운 상황에서 거액의 월 보험료를 납입하면서까지 피고인을 피보험자로 하는 다수의 생명보험에 집중 가입하고, 여러 차례 독극물과 살인 방법, 사망신고절차, 사망보험금 등에 대해 알아보는 한편, 거짓말을 하면서까지 계획적으로 피해자에게 접근하였던 점, ③ 피고인은 피해자가 대구를 떠나 사망하기까지 사이에 피해자와 함께 있었던 유일한 사람인데, 피해자가 돌연사하였거나 자살하였을 가능성은 거의 없고, 제3자에 의하여 살해되었을 가능성도 없는 점, ④ 피해자의 사체에 어떠한 외력의 흔적이 없었던 점에 비추어 볼 때, 피해자가 타살되었다면 독극물에 의하여 사망할 가능성이 가장 큰데, 피고인이 이 사건 범행 무렵 여러 차례 독극물에 대해 인터넷 검색을 하였고(특히, ‘메소밀’을 반복적으로 검색하였다), 이 사건 발생일로부터 약 2주 후인 2010. 7. 초순경 메소밀을 소지하고 있었던 점, ⑤ 메소밀은 비교적 소량으로 짧은 시간 안에 사망에 이르게 할 수 있는 독극물로 물이나 맥주 등에 탈 경우 냄새나 색깔, 맛 등으로 쉽게 알아채기 어렵고, ⑥ 피고인은 피해자를 데리고 응급실에 오기 직전까지 피해자와 맥주를 마셨다고 진술하고 있으며, 실제 응급실 도착 당시 피해자에게서 술 냄새가 날 정도로 피해자가 술을 마신 상태였던 점, ⑦ 피해자가 응급실에 실려 왔을 때 가슴 쪽까지 많은 양의 타액이 흘러나온 흔적이 있었는데, 이는 메소밀 중독 시의 주요 증상인 과도한 타액분비와 일치하는 점, ⑧ 피해자 사망 직전·직후의 피고인의 행동 및 이후의 피

29) 대법원 2013. 6. 27. 선고 2013도4172 판결.

고인으로 신분이 바뀌어진 피해자에 대한 사망신고, 보험금 청구 및 피해자 명의의 운전면허취득 과정 등에 비추어 볼 때, 피고인이 병원에서 피해자 사망사실을 확인한 후 갑자기 보험금을 청구하기 위하여 자신과 피해자의 신분을 바꾸었다기보다는 처음부터 치밀하게 계획을 세우고 이와 같은 일련의 행동 및 절차를 취하였다고 보여지는 점, ⑨ 이 사건 당일의 행적을 비롯하여 피해자의 사망 전후의 피고인의 행적에 대한 피고인의 변소를 믿기 어려운 점 등을 종합하면, 피해자의 사망이 살해의사를 가진 피고인의 행위로 인한 것이 합리적인 의심의 여지없이 충분히 증명되었다고 판단하였다.

V. 검사의 수사논증과 추론의 독자성 검토

1. 검사의 수사논증의 목적

검사의 수사과정에서 주의해야 하는 것은 단순히 검사가 세운 가설을 뒷받침하는 증거를 수집하는데 그쳐서는 안 된다는 것이다. 공판 과정에서 제기될 수 있는 피고측의 의심에 대해서도 미리 예견을 하고, 반증에 대비할 수 있는 준비를 하는 것 역시 필요하다. 이를 위해서는 검사 역시 자신의 가설을 객관화하고 합리적으로 가설이 잘못되었을 수 있는 가능성을 염두에 둘 필요가 있다.

소송절차 상 기소가 이뤄졌다는 것 자체로 이미 검사는 피의자의 유무죄는 물론 입증 가능성에 대한 확신을 가지고 있다는 것을 전제로 한다. 그럼에도 불구하고 최근 들어 검사가 재판에서 패소하는 비율이 과거에 비해서 많이 증가하고 있다.³⁰⁾ 이는 검사의 확신이 판사나 배심원들에게까지 효과적으로 전달되지 못했으며, 합리적 의심을 넘어서는 확신을 심어주지 못한 것이다. 그리고 이는 최종적으로는 논증에 있어서 실패했음을 의미한다. 검사가 논증의 실패를 방지하기 위해서는 수사단계에서부터 정확한 사실관계의 확인과 증거의 수집을 하는 것은 물론 제대로 된 계획과 전략을 가지고 수사에 임할 필요가 있다.

30) 이 글의 각주 6) 참조.

수사도 형사소송 과정 중 하나이고, 형사소송의 종국적인 목적은 ‘유죄인 범죄’에 대해서 적정 수준의 처벌을 하는 것이라고 했을 때, 수사과정에서 가장 우선적으로 고려해야 하는 것은 범죄가 실제로 유죄인지를 객관적으로 판단하는 것이다. 경찰에 의해서 기소의견으로 올라온 사건들은 증거와 같은 가시적인 근거들이 있기 때문에 검사들 역시 유죄를 기정사실화하기 쉽다. 일단 유죄를 전제로 수사를 진행하는 경우 나중에 가서 검사 스스로가 사건의 유무죄 여부를 객관적으로 가리기가 힘들어진다. 유죄를 전제로 해서 증거들을 선택적으로 수집하고 증거들을 꿰어 맞추어 사건에 대한 스토리를 구성하게 된다. 따라서 기본적으로 공소과정이 실제적인 진실의 발견에 목적이 있다는 이념적인 이유뿐만이 아니라, 유무죄에 대한 판단을 잘못 내린 사건에 대해서 범죄사실을 주장하고 입증을 하더라도 이런 주장은 사상누각과 같아서 쉽게 주장이 공격받고 의심을 받을 수 있기 때문이다.

수사의 초기에 사건에 대한 객관성을 유지하는 것은 물론, 유죄로 판단되는 사건에 대해서 증거를 수집하는 과정에서도 검사들은 구체적인 사실관계마다 가설을 세우고 증거를 찾는 가추와 역추행의 과정을 거치는 것은 물론, 끊임없이 스스로 반문을 제기하며 피고인 측이나 법관의 입장에서 자신의 주장을 받아들일 수 있는지를 확인해 나가야 한다. 이러한 반문을 통해서도 흔들림 없는 자기 논증을 거친 후에 얻은 주장이야말로 공판정에서도 법관이나 배심원들에게 확신을 심어줄 수 있을 것이다.

2. 실체적 진실 발견을 위한 수사기법의 사례: PEACE 기법

수사를 하는 과정에서 자기비판적으로 사실을 확인할 필요가 있으며, 이러한 조사기법으로 영국의 PEACE를 한 예로 들어서 설명하고자 한다. 이 기법이 완벽하다거나 가장 효율적인 기법이라는 이유로 소개를 하는 것이 아니다. 다만, 이 기법을 사용하는 경우 피의자의 진술을 단순히 범죄사실을 확인하는 단서로 이용하는 것이 아니라 진실이 무엇인지를 확인하는 단서로 이용함으로써, 피의자가 범죄를 저지르지 않았다는 사실까지도 확인할 수 있다. 이 기법에 대해서는 여전히 제한점이 논의되고, 우리나라 실정에 맞는 현지화에 대한 문제도 있지만 수사에 있어서의

진실 발견을 위한 효과적인 기법 중 하나로 평가되고 있다. 이 기법의 발전 배경과 단계에 관해서 다음과 같이 간략하게 소개하고자 한다.

심문절차가 적용되는 사건들은 같은 사건이 하나도 없을 만큼 다양각색이다. 이런 여건에도 불구하고 PEACE는 모든 사건에 적용할 수 있는 즉, 심문기법의 표준화를 하기 위한 영국 경찰의 노력으로 얻어진 결과물이다. 마침 이 시기에 영국에서는 모든 수사과정을 녹음하는 제도가 도입되었는데, 볼드윈(Baldwin)이 녹음자료 600건을 분석해서 효과적인 심문기법의 특징을 발견했다.³¹⁾ 이듬해에 윌리엄슨(Williamson)³²⁾은 수사관들이 가지고 있는 피의자 조사의 목적 인식이 상이함을 발견하였는데, 대부분의 수사관이 자백의 획득(Gaining Confessions)을 피의자 조사의 목적으로 인식하고 있었고, 진실의 탐지(Searching For Truth)를 그 목적으로 인식하고 있는 수사관들은 많지 않았다. 그만큼 현실에 있어서는 정확한 목표의식을 가지고 진실 발견 과정으로서의 조사가 이뤄지지 않는다는 것을 보여준다.

영국에서 표준화된 조사 모델이 제안되었는데, 이것이 바로 PEACE로, 다음과 같은 단계적인 절차들을 의미한다.³³⁾

P: Planning/preparation(계획/준비)

E: Engaging of and explaining to the suspect(개시와 피의자에의 설명)

A: Account from the suspect(피의자의 진술)

C: Closure(종료)

E: Evaluation(평가)

PEACE 기법은 실제적 진실의 발견에 목적이 있기 때문에 피해자나 목격자 조사와 큰 차이가 없다. 피의자, 목격자, 피해자에 대한 조사는 다소 간의 차이가 있지만, 이 모델에서는 공통적인 방법을 적용하고 있다. 조사가 순조롭게 잘 진행이 된

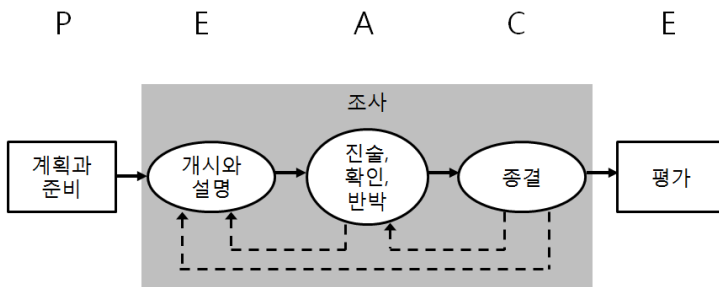
31) Baldwin, J. Video Taping Police Interviews with Suspects: An Evaluation. No. 1. Home Office Police Research Group, 1992.

32) Williamson T. 'From Interrogation to Investigative Interviewing: Strategic Trends in Police Questioning', Journal of Community and Applied Social Psychology, Vol. 3, 1993, 89-99.

33) 김종률, 검찰수사역량강화 방안: 검찰수사관의 수사교육·평가·자격제 도입을 중심으로, 법무연구원, 2008.

다면 계획과 준비 단계부터 평가의 단계까지 차례로 진행이 되겠지만, 조사 과정에서 진행상의 문제가 있다고 판단되는 경우에 조사 과정 내에서 이전 단계로 돌아갈 수 있다. 즉, 조사가 어느 정도 진행되어 종결 단계까지 갔다고 하더라도 문제가 발견되었을 때에는 개시와 설명 단계로 돌아가서 조사절차를 다시 진행할 수도 있다.

[그림 3] PEACE 모델의 도식화



가. 계획과 준비 단계

이 단계에서는 육하원칙에 입각하여 계획을 세우면 된다. 다만, 누가? 에 해당하는 것은 수사관 자신이므로, 나머지 언제, 어디서, 어떻게, 누구를, 왜에 해당하는 내용들만 계획을 세우면 된다. 이 단계에서는 특히 조사계획서를 작성하는 것이 권장되는데, 이를 작성할 경우 조사에 대한 자신감은 물론 융통성을 증가시킬 수 있다고 한다. 조사된 내용의 범위를 확인하여 이미 조사된 내용과 조사가 필요한 내용을 구별할 수 있다. 더군다나 피의자가 진술하는 내용 중에서 이미 확인된 내용이나 목격자 등의 진술과의 불일치 여부 등을 확인할 수 있다.

나. 개시와 설명

실제 조사 단계에서 첫 단계에 해당한다. 개시는 면담에 있어서의 ‘라포(Rapport)³⁴⁾

34) 상담이나 교육을 위한 전제로 신뢰와 친근감으로 이루어진 인간관계이다. 상담, 치료, 교육 등은 특성상 상호협조가 중요한데 라포는 이를 충족시켜주는 동인(動因)이 된다. 라포를 형성하기 위해서는 타인의 감정, 사고, 경험을 이해할 수 있는 공감대 형성을 위하여 노력하여야 한다.(네이버

형성과 유사하다. 조사 과정에서 솔직한 응답을 얻어낼 수 있도록 조사자와 피조사자 간의 관계를 형성하고 이를 유지하기 위한 과정에 해당한다. 이를 위해 조사과정과 관련된 절차들을 고지하고, 특히 피의자의 경우에는 진술거부권 등의 권리에 대해서 구체적으로 알려준다.

다. 진술, 확인, 반박

피의자, 목격자, 피해자 등의 피조사자에게 사건과 관련된 진술을 듣는 단계이다. 조사 과정에 있어서도 가장 중요한 단계이기 때문에 피조사자가 기억을 잘 떠올릴 수 있도록 적절한 조사기법을 사용하여야 한다. 인지면담(認知面談)³⁵⁾과 같은 방법은 특히 이러한 목적을 위해서 효과적인 면담기법으로 알려져 있다. 진술 청취 시 유의해야할 사항들은 다음과 같다.

〈표 3〉 진술 청취시 유의 사항

- 피의자가 생각하고 집중할 시간을 충분히 준다.
- 피의자가 말하는 동안 끼어들지 말고 들으면서 추가로 확인할 부분을 메모한다.
- 개방형 질문을 사용하여 피의자가 충분히 말하도록 한다.
- 때로는 사건 현장의 그림을 그리게 하는 것도 도움이 된다.
- 피의자의 처음 진술을 액면 그대로 받아들이지 말고 추가 진술을 통해서 확인한다.
- 피의자의 진술 중 확인할 부분을 나누어서 질문을 하고 체계적으로 파고들어야 한다.

이 절차에서 중요한 것은 피의자의 진술을 그대로 받아들이는 것이 아니라 확인할 부분을 체크해줬다가 이에 대한 질문을 통해서 체계적으로 파고든다는 것이다. 이를 위해서 조사자는 피조사자의 진술을 명확히 정리해주는 것도 좋다. 또는 진술 간 또는 다른 증거와의 불일치가 있는 경우에 이에 대한 이의제기나 반박을 하는

지식백과 특수교육학 용어사전, 2009)

35) 면담대상자로부터 더 많은 정보를 이끌어내기 위한 조사기법으로, 면담 대상자가 경험한 일을 전체적으로 이야기하게 한 다음, 이를 다시 쟁점별로 바꿔서 물으면 더 많은 정보를 끌어낼 수 있다는 조사기법이다. 전문가의 인지면담 조사를 통해 작성한 조서와 진술분석 결과가 2009년 들어 아동성범죄 재판에서 최초로 증거로 채택돼 가해자에게 징역 4년이 최종 확정되기도 했다(네이버 지식백과 시사상식사전).

것은 객관적인 진실을 발견하기 위한 기법으로 사용할 수 있다.

피조사자의 진술 내용들에 대해서 모순되거나 다른 증거들과 불일치하는 경우에 분명하게 지적을 하고 이에 대한 해명을 들을 필요가 있지만 주의해야 할 것은 타이밍을 잘 잡아야 한다는 것이다. 진술 과정에서 즉각적으로 반박을 해버리게 되면 진술이 가로막혀 진술을 충분히 끝내지 못하기 때문이다. 따라서 다소 모순되는 진술을 하는 경우에도 되도록 끝까지 듣고 나서 이에 대해서 이의를 제기하는 것이 좋다. 예를 들어서 다음과 같은 질문 방식들이 도움이 될 것이다³⁶⁾.

“당신은 아까 ... 라고 말했죠?”

“우리가 수집한 증거에 의하면 ... 한 면에서 당신의 의견과 다릅니다.

“목격자 진술에 따르면 ... 한데, 당신이 말한 것과 다릅니다.”

“이러한 차이를 어떻게 설명 하시겠습니까?”

사건과 관련된 진술들의 진위여부를 확인하는 것은 물론, 의심스러운 부분에 대해서 추가적인 질문을 통해서 확인함으로써 조사자가 원하는 사실관계를 명확히 알 수 있게 된다.

라. 종료

조사의 마무리 단계로서 피조사자의 진술을 정리하는 것은 물론 수사의 다음 과정에 대해서 설명해줄 수도 있다. 조사자가 조사를 마무리 할 때는 원하는 질문을 다 했는지, 피조사자가 아는 만큼 모든 것은 다 진술하게 하였는지와 같은 질문들을 통해서 조사를 종료해도 될지를 평가하게 된다.

마. 평가

평가는 얻어진 수사의 내용을 통해서 의미를 평가하는 것을 말한다. 이 평가를 통해서 조사계획을 수정할 수도 있는데, 향후 수사를 어떻게 진행하게 될지에 대한 결정을 내리게 된다. 특히 평가의 단계를 통해서 이미 획득된 다른 증거들과 비교함

36) 김종률, 앞의 책, p. 23.

으로써 조사를 통해 얻은 진술의 의미를 확인할 수 있다.

Ⅵ. 결론

결과적으로 검사의 논증은 공판검사가 법정 등에서 현출하는 일련의 과정을 의미한다. 하지만, 법정에서의 논증 이전에 수사과정에서부터 논증에 해당하는 인지적 과정을 거칠 필요가 있다. 특히 수사검사는 공판정에서의 논증에 상응하는 내적인 인지적 과정을 거치기 때문에, 이에 대한 개념을 별도로 정립할 필요가 있다. 수사검사의 수사과정은 외적인 현출과정인 논증이 아니라 수사과정에서 사실관계를 확인하고 증거를 수집하는 과정에서 필요로 하는 검사의 내적인 사고 과정을 의미하므로, “(내적인) 추론 과정”으로 표현하는 것이 더 적합할 수도 있을 것이다. 본 논의는 공판중심주의의 발전과 확립에 따른 검사의 고유한 논증 방식을 개발하고, 더 나아가 검사의 고유한 수사 추론의 한 방식으로 가추(및 역행추론)는 실체적 진실 발견을 위한 실천적 논증을 제세하고자 한다.

요컨대, 기존 논리체계인 연역과 귀납은 한정된 경험세계의 지식을 도출할 수 있기 때문에, 현상의 본질과 인과관계를 도출하는데 한계가 있다. 가추와 역행추론에 기반한 논증 과정은 ① 현상의 관찰(또는 발견), ② 현상을 설명할 수 있는 가설 설정-가추, ③ 가설의 검증-역행추론, ④ 결론의 도출이라는 단계를 통해 직접 증거가 거의 없거나 아예 없고 정황증거만 있는 경우에 타당한 추론을 가능하게 해준다. 최근 대법원의 판례와 몇몇 사건들을 분석하면서 수사에 있어 검사의 논증 과정이 가추 및 역행추론에 기반한 논증과정과 일치하다는 것을 확인할 수 있었다. 이는 또한 실체적 진실 발견을 위한 외국의 수사기법의 사례와도 유사성을 찾을 수 있다는 점에서 보다 정교하고 세련된 법추론 내지 수사 추론의 한 기법으로 발전시킬 필요가 있다고 할 것이다.

참고문헌

[국내문헌]

- 강동우, 합리적 의심의 여지가 없는 증명에 관한 연구, 성균관대학교 대학원박사학위 논문, 2013.
- 김광수, 논리와 비판적 사고, 철학과 현실사, 2007.
- 김성룡, 법적 논증론(I)－발전사와 유형, 준커뮤니케이션즈, 2009.
- 김성룡, 좋은 법적 논증의 조건, 형사법연구 제23권, 2011.
- 김종률, 검찰수사역량강화 방안: 검찰수사관의 수사교육·평가·자격제 도입을 중심으로. 법무연수원, 2008.
- 박노섭·이동희·이윤·장윤식, “범죄수사의 의의”, 범죄수사학, 경찰대학 출판부, 2014.
- 박준호, 퍼스의 귀추와 가설의 방법, 범한철학 제37집, 2005.
- 신동운, 간추린 신형사소송법, 법문사, 2015.
- 양천수, 형사소송에서 사실인정의 구조와 쟁점－법적 논증의 관점에서－, 형사정책연구 제26권 제2호, 2015.
- 이기흥, 사회과학의 철학적 기초: 비판적 실재론의 접근, 한울아카데미, 2015.
- 이기흥, 사회연구에서 가추와 역행추론의 방법, 사회와 역사 제80집, 한국사회사학회, 2008.
- 이상돈, 법이론, 세창출판사, 2005.
- 이용구, 판단의 논증－배임죄의 고의에 대한 몇 개의 논증 분석－, 형사소송 이론과 실무 제2권 제2호, 2010.
- 조원철, 심급별로 사실인정이 달라진 사건의 원인분석(형사), 법관의 의사결정 이론과 실무, 2010.

[외국문헌]

- Baldwin, J. Video Taping Police Interviews with Suspects: An Evaluation. No. 1. Home Office Police Research Group, 1992.

- Eco Umberto, Sebeok Thomas A. 편(김주환·한은경 역), 설록 홈스, 기호학자를 만나다: 논리와 추리의 기호학(The Sign of Three: Dupin, Holmes, Peirce), 이마, 2016
- Fischer, H. R. Abductive Reasoning as a Way of Worldmaking, Foundations of Science Vol. 6 No. 4, 2001.
- Larry, Alexander, Demystifying Legal Reasoning, Cambridge University Press, 2008.
- Schauer Frederick F., Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning, Harvard University Press, 2009.
- Pierece, Collected Papers 2 vols. Harvard University Press, 1958.
- Rödig, Theorie des Gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, 1973.
- Ruggero J. Aldisert, Logic For Lawyers : A Guide to Clear Legal Thinking 163, 1998.
- Schmidt, “Begründung”—Einige Probleme eines rechtstheroretischen Problems, in: Recht und Gesellschaft. FS f. H. Schelsky zum 65. Geburtstag, 1978.
- Williamson T. ‘From Interrogation to Investigative Interviewing: Strategic Trends in Police Questioning’, Journal of Community and Applied Social Psychology, Vol. 3, 1993.

[판례]

- 헌법재판소 1995. 6. 29. 93헌바45 결정.
- 대법원 1983. 9. 13. 선고 83도712 판결.
- 대법원 1993. 3. 23. 선고 92도3327 판결.
- 대법원 1994. 2. 8. 선고 93도120 판결.
- 대법원 1994. 9. 13. 선고 94도1335 판결.
- 대법원 1997. 10. 10. 선고 97도1720판결.
- 대법원 1999. 10. 22. 선고 99도3273 판결.
- 대법원 2001. 2. 9. 선고 2000도4946 판결.

대법원 2002. 2. 22. 선고 2001다23447 판결.
대법원 2004. 2. 27. 선고 2003도7033 판결.
대법원 2004. 6. 25. 선고 2004도2221 판결.
대법원 2007. 5. 10. 선고 2007도1950 판결.
대법원 2009. 3. 12. 선고 2008도8486 판결.
대법원 2011. 5. 26. 선고 2011도1902 판결.
대법원 2013. 6. 27. 선고 2013도4172 판결.

Considering A Prosecutor's Structure of Investigation Reasoning and Inference : Focusing on Abduction and Retroduction

Kim Dae-keun*

It is the judge's important task to determine guilty or innocence by finding a substantial truth in the criminal court, however, the prosecutor also has an important responsibility. Considering the enforcement of trial-base principle and strict judgments on evidences in the trial is more enforced, a prosecutor's ability to find a substantial truth needs to be reinforced. This article tries to find a way how a prosecutor can effectively present his reasoning through thorough proofing in the trial and tries to suggest the abduction and retroduction, as a prosecutor's practical demonstration of a prosecutor's arguments, in order to find a substantial truth.

To generalize a prosecutor's arguments, it can be schematized like this: ① obtaining/ finding the evidences, ② setting a hypothesis, which can fully explain the evidences, ③ verifying the hypothesis, and ④ drawing a conclusion. Furthermore, in order to find a substantial truth suggested by evidences, a prosecutor has to assume the various premises, which might be the cause of the evidences or might be related in a specific way and go through various stages to see whether those premises are the truth or not. In these stages, abduction and retroduction can be used as a prosecutor's distinct way of proving. The reason why I suggest those two is that the proving, based on the abduction and retroduction, is the same as how a prosecutor presents his arguments in the investigation: ① observing/finding the phenomenon, ② abduction—setting the

* Korean Institute of Criminology, Associate Research Fellow

hypothesis which can explain the phenomenon, ③ retroduction—verifying the hypothesis, and lastly, ④ drawing a conclusion.

A prosecutor's distinct inferences and arguments work the best in the situation when there is no direct evidences and he or she has to prove the truth by indirect evidences only. First of all, A prosecutor ensures a number of circumstantial evidences, and from those evidences, the prosecutor has to confirm circumstantial facts by using indirect evidences, through the comprehensive considerations. After that, a prosecutor judges whether those major inferred facts, from the thorough observation and analysis, are reasonable. In order for evidences, which a prosecutor has collected and submitted for a trial, to give a firm belief to the judge, a prosecutor's reasoning has to be solid enough so that nobody could doubt from the beginning of the investigation stage.

Of course, a prosecutor should not collect evidences only to support his own hypothesis. He or she also needs to be prepared for the defendant's doubts, which might be presented in a trial and presents contrary evidences. For this, a prosecutor has to objectify his or her hypothesis and keeps in mind that there might be a possibility that his or her hypothesis is wrong. A prosecutor needs to self-critically verify the fact in the investigation stage and also needs to refer England's standardized investigation model, PEACE (Planning/preparation, Engaging of and Explaining to the suspect, Account from the suspect, Closure, Evaluation), as an effective investigation technique, in order to discover the truth in the investigation.

❖ Keyword: Prosecutor, Investigation Arguments, Investigation Reasoning, Substantial Truth, Abduction, Retroduction, Deduction, Induction, Reasonable Doubt, PEACE Technique.

