

형사 소송구조와 증거법칙 : 적법절차화를 위한 제안

신동일*

국 | 문 | 요 | 약

형사소송 구조와 증거법칙은 합리적인 계획에 따라 형성되기 보다는 역사와 제도의 관계에서 자연스럽게 발전하였다. 그러나 우리 형사소송법은 전통에서 급격하게 단절되어 정치적이고 인위적으로 강요되었다. 해방 이후 제정한 형사소송법은 정착되기도 전에 심각한 정치적 변동을 겪게 된다. 당사자주의와 직권주의의 하이브리드 형식은 유지한 채, 정치적 필요에 따라 편향적으로 개정된다. 반면에 소송 구조와 관련된 제도의 개별 특성은 무시되었던 것으로 보인다. 그런 이유로 지난 60십여년간 당사자주의는 강화돼도 당사자주의 전통에서 적법절차를 지키기 위한 증거규칙의 합리화는 등한시되었다. 구체적이지 않은 증거규칙은 법정에서 법관의 주관적 판단에 의존하게 된다. 이와 달리 직권주의 요소는 점차 줄어들었다. 그에 따라 법관은 진실을 발견하려고 노력하기 보다는 검사와 피고인 변호인이 제시하는 증거들을 선별하는 증거감별사 정도 역할만 하는 경우도 있다. 그동안 형사소송법 개혁노력은 수차례 있었지만 뚜렷한 개선효과는 보이지 않는 이유가 어쩌면 그동안 개별적인 소송제도에는 관심을 가졌지만 실제로 적법절차를 실현하기 위한 형사소송 구조와 실질적 증거법칙을 모색하는 데에는 소홀한 것은 아니었나 생각해 본다. 형사소송법에서 증거법칙을 합리화하고, 적법절차를 구조적으로 실현시키는 노력은 결국 소송구조와 증거규칙이 합리적으로 연결될 때 가능할 수 있다.

❖ 주제어 : 적법절차, 당사자주의, 직권주의, 증거규칙, 증거법, 증거금지

* 국립한경대학교 법학과 교수

I. 들어가며¹⁾

최근 관심을 끄는 어떤 사건에 대한 언론 보도에 따르면 제1심 공판에서 법원은 주요 증거인 수첩을 정황 증거로 인정한다. 보도는 피고인이 공동피고인과의 “개별면담에서 수첩에 기재된 내용대로 대화를 했다는 직접 × 진술증거로서의 증거능력은 인정할 수 없다.”라고 하며 다만, “수첩에 기재된 내용이 존재하고 독대 당시 대화에 대한 내용이 있다는 것은 간접사실로 증거능력을 인정하겠다.”고 한다.²⁾ 법원이 수첩을 간접 증거로 인정했다는 것은 무슨 의미일까? 사전적으로 간접 증거는 사건에 대한 정황적 사실을 말해주는 증거이다. 정황 증거라고도 한다. 이론적으로 직접 증거와 간접 증거 개념의 구분은 문리에 의존하기 보다는 사건에 대한 논리적 맥락에 따른다. 우리나라 형사절차에서 간접증거와 직접증거는 구체적 구분이 없고 법원의 판단에 따른다. 예외적이지만 간접(정황) 증거로도 범죄사실은 확정될 수 있다.³⁾

법원이 왜 저런 결정을 했을까 궁금했다. 소송 절차는 국가 행위이다. 기본적으로 헌법이나 국가조직법, 행정심판법 등에 따라 행위의 권한과 내용이 결정된다.⁴⁾ 우리 형사소송법은 1954년 당시 통용되던 일본 구형사소송법의 번역에 미국식 증거법칙을 혼합한 결과물이다. 소송법 이론가들은 우리 형사소송 절차를 당사자주의와 직권주의가 혼합된 형태로 설명한다. 형사 소송구조가 민사소송법과 달리 혼합 모델을 취하는 것은 사실이다. 궁금한 것은: 자주 거론되는 증거규칙은 어떻게 적용되고, 그 규칙은 얼마나 법원을 구속하느냐이다. 궁금한 사항은 더 있다. 예를 들어서

1) 이 글은 2017년 한경대학교 법학과 모의 형사재판을 지도하면서 형사소송법상 증거능력과 소송구조의 관계를 모의재판 준비 학생들에게 쉽게 설명하기 위하여 작성하였다. 논문 심사과정에서 심사위원 한 분이 글이 교과서적이라고 지적하셨는데 아마도 그런 이유 때문일 것으로 생각한다. 지적에 따라 수정하였지만 시간과 능력 한계로 구성이 많이 변경되지는 못했다. 다른 심사위원들의 의견은 모두 반영하였다.

2) 조선일보 2017년 7월 14일자 2017고합194 사건 공판 보도내용.

3) 대법원 2004.6.26, 2004도2221; “형사재판에 있어 심증형성은 반드시 직접 증거에 의하여 형성되어야 하는 것은 아니고 간접 증거에 의할 수도 있는 것이며, 간접 증거는 이를 개별적·고립적으로 평가하여서는 아니 되고 모든 관점에서 빠짐없이 상호 관련시켜 종합적으로 평가하고, 치밀하고 모순 없는 논증을 거쳐야 한다.”

4) BVerfGE 75, 62, 65에서 독일 연방행정재판소는 행정행위는 일반적 법률에 따른 적법한 행위여야 함을 선언한다. 이를 적법절차의 기본 규정으로 볼 수 있다. 우리의 경우 헌법 제12조와 행정규제기본법 제4조 내지 제5조에 규정된다.

위의 사건처럼 첫째 수첩이 임의 제출되었고, 작성자에 대한 확인과 증거제출 동의가 있었다면 증거인용의 결정은 별도로 불필요하지 않은가? 둘째 해당 수첩의 기재 내용에 다툼이 있다면 우리 소송법상 법원이 직권으로 조사하여 결정하면 된다. 왜 법원은 소송지휘를 하지 않았을까?

또 한가지는 설령 법원이 일부 당사자주의 소송구조에서 통용되는 제출 증거 지속원리를 따라 제출된 증거만 심사해야한다고 소극적으로 판단했어도 여전히 의문은 남는다. 수첩은 일반 증거규칙에 따라도 증거일 가능성이 높다. 범죄 사실은 뇌물죄이다. 뇌물의 정황을 설명하는 증거들은 대체로 뇌물행위가 확인될 자료들(주로 장부나 예금통장, 거래내역 기록 등)이다. 공판 전 또는 공판 내에서 증거는 교호신문과 작성자의 확인(전문진술 예외규정)을 통해 확인된다. 그러므로 기재내용의 진실부합 여부는 수첩의 증거 성격과 아예 관계가 없다.⁵⁾ 증거규칙상 서류 증거는 작성자의 인정여부와 사건관련성에 따라 채택된다. 증거규칙이란 원래 뭘 애매하게 만드는 게 아니라 법원이 채택할 증거요건들을 미리 정해주는 것이다. 즉 증거규칙은 증거의 성격을 구분하는 기준이 아니라, 그 증거를 결정하는 기준이다. 그렇기 때문에 제1심 법원의 결정은 소위 순환논증이다. 증거로 결정하고 또 정황 증거로 인정하겠다는 결정은 무슨 의미인가?

소송 구조는 입증 방식에 실질적 차이를 만든다. 당사자주의나 직권주의의 선택 자체가 헌법 가치인 민주주의나 법률주의의 차이를 만들지는 않는다. 그러나 당사자주의와 직권주의는 적어도 법원의 역할과 당사자 역할, 소송 주체, 증거규칙, 입증부담과 입증방식에서 다양한 차이가 있다. 각 모델간 통합을 위해서는 각 요소가 유기적으로 갖고 있는 특성들을 감안해야 한다. 예를 들어서 구체적 증거규칙 없는 당사자주의는 법관의 주관적 이해관계에 휘둘릴 수 있고, 수사를 주도하지 않은 판사가 당사자들이 제출한 증거만으로 유무죄를 결정할 때는 심사의 형식성 때문에 피고인의 이익을 훼손할 수 있다. 이러한 혼란스러움은 최근 진행되는 소송들에서 잘 나타난다. 형사소송이 사또재판 또는 조서재판⁶⁾처럼 보이는 이유는 현실적

5) *Omychund v. Barker* [1745] 1 Atk, 21, 49; 26 ER 15, 33.; 미국의 경우 Article X(1001-1008) of the Federal Rules of Evidence. 소위 Best evidence rule이라고 부르는 이 원칙은 서류 증거의 경우 사건 중요성(relevancy)과 원본성(originality)을 갖추면 증거로 채택될 수 있다는 규칙이며, 예외적으로 원본이 아니어도 복제본을 증거로 채택할 수 있다.

으로 형법상으로는 범죄사실이 명확한데 소송절차를 거치면 그 결론이 애매하고 혼란스러워지는 소위 절차주의 함정 현상 때문이다.⁷⁾ 반복하지만 소송행위는 국가 행위이다. 국가의 (사법)행정행위가 애매하고 모호하게 수행되어 시민의 이익을 해하는 것은 기본적으로 공법이념에 부합하지 않는다.

이하에서는 소송구조가 다를 때 증거 방법은 실제로 다를 수 있으며, 소송 구조의 법체계적 차이는 범죄에 대한 이념과 국가에 대한 권한 승인에서도 다르다는 점을 설명하고자 한다. 원론적으로 당사자주의 구조에서 중시되는 증거규칙이나 직권주의의 소송지휘권은 모두 어떤 경우든 헌법이 명령하는 피고인 인권보장 목적에 기여해야 한다.

II. 형사 소송구조

1. 이해

대부분 교과서는 우리 형사소송법을 규문주의에서 탈피한 근대적 소송구조로 설명한다. 원래 규문주의 특징은 직권탐지, 법정증거원칙이나 서면심리 중심, 법정 비공개 등을 특징으로 한다. 그런데 규문(Inquisition)이라는 개념은 근대에 와서 포기된 개념이 아니라 여전히 현대 소송절차에서도 실질적으로 의미가 있다. 다만 근대적 직권주의는 중세 규문주의와 달리 법체계상 탄핵에 의한 절차개시와 법관의 증거평가 원칙, 직접주의와 공개주의로 설명된다. 이와 대립되는 근대적 당사자주의는 대립적 소송구조라는 의미에서 평등을 전제로 하는 대립체계(adversary system)이다. 당사자주의 소송구조는 자주 오해되듯이 영국 보통법의 전통에서 비롯되지 않았다. 이 제도는 고대 로마법에서도 발견되며, 공동체의 특성에 따라 개별적으로 다양하게 발전된 제도로 보인다. 영국 보통법상의 대립 소송 체계는 오늘날 근대적 당사자주의 소송구조와 많이 다르다. 영국에서 근대적 당사자주가 시작된 것은 유

6) 권영법, 형사증거법 원론, 세창출판사 2013, 6.

7) 변종필, 소송구조론의 실천적 함의, 강원법학 제51권(2017), 579-608.

럽 대륙과 같이 계몽주의 철학의 영향이다. 프랑스 혁명 후 프랑스를 중심으로 유럽 국가들은 중세적 규문주의에 직접주의와 공개주의를 결합시킨 직권주의가 발전되고, 영국은 명예혁명이나 청교도혁명을 거치면서 보통법원과 형평법원을 통합시키면서 민간 배심제도를 도입하고, 형식논리에 입각한 증거규칙을 성숙시켰다. 이 모델이 미국과 영연방국가들로 변형되어 전파되면서 현대 당사자주의를 형성한다.

두 소송구조가 모두 계몽주의 산물임은 분명하며, 그 이념은 적정절차와 형사피고인의 권리보호를 위한 목적에서 일치한다. 제도는 역사와 문화의 산물이다.⁸⁾ 그렇기 때문에 모든 제도에는 특정한 역사적 흔적과 개선을 위한 노력이 잠재되어 있다. 근대적 소송의 핵심 조건은 법률주의와 법관의 독립성, 공개재판 등이다.⁹⁾ 특히 사법부의 독립과 법원의 공개성 내지 객관성¹⁰⁾은 모든 형사소송법의 핵심이다. 요컨대 근대적 당사자주의는 민간 배심제도와 구체적 증거법칙이 특징이며, 근대적 직권주의는 엄격한 삼권분립 원리에 따른 독립적 법관과 형법전을 전제로 한 소송지휘권이 근간이다. 여기서 성문법전의 존부는 소송구조를 결정하는 중요 요인 중 하나이다. 영국 보통법의 특징은 선례구속 원리이다. 영국 보통법에는 성문법전이 18세기 이전에는 거의 존재하지 않았다. 개별 판례들이 향후 범죄사실을 정하는 규칙으로 되고 상급 또는 동급 법원의 선례에 따라 소송이 진행된다. 반면에 유럽국가들은 14세기부터 기본적인 성문법전을 가지고 있어서 그 위반사항을 심사하는 것이 소송의 목적이었다. 이 차이점은 당사자주의와 직권주의를 결정하는 역사적 배경이 되었다고 보인다.

8) 같은 견해로는 변종필, 위의 논문, 586.

9) *Starrs v. Ruxton* 2000 JC 208 사건에서 영국대법원은 법관을 계약적으로 임명하는 것은 법관 독립성을 규정한 유럽인권협약 제6조 위반이므로 무효라고 선고하였다. 법관의 독립성이란 신분 독립성과 정년보장을 통해 법관행위를 법률에만 귀속시키는 중대한 원칙이다.

10) 주승희, 당사자주의와 직권주의, 한국형사정책연구원 2006, 19 이하.

2. 당사자주의와 증거규칙¹¹⁾

중세적 당사자주의와 달리 근대 당사자주의는 오래된 제도가 아니다. 신판과 규문주의는 거의 17세기까지 유럽의 일반적 관행이었다. 이를 극복하게 만든 제도는 영국에서도 법률주의¹²⁾(rule of law) 원칙이다. 계몽시대에 죄형법정주의에 따른 형사법의 법전화와 이를 절차적으로 해결할 소송구조가 직권주의 모습으로 등장하지만, 정작 사적 소추 전통의 소송구조를 유지했던 보통법 소송에서는 형법의 구성요건 해석이 아닌 당사자가 제출한 증거만 평가하는 증거규칙의 법전화로 발전된다.¹³⁾ 계몽주의 사상 중 논리학에 많은 영향을 받은 증거법(규칙)은 빠르게 보통법 전통의 증거원칙들을 폐지하거나 대체하기 시작한다.¹⁴⁾ 영국 보통법¹⁵⁾의 당사자주

11) 이 글에서는 규칙, 법, 그리고 규범(원칙)을 구분해서 사용한다. 그 이유는 헌법이나 법률에 효력을 정하여 반드시 따라야 하는 기준은 원칙 또는 규범이라고 볼 수 있고, 단지 형식 논리상 기준은 규칙으로 봐야 할 때가 있다. 증거 성격을 구분하는 경우 일반적 증거 기준(rule)이고 상위 원칙이나 규범에 따라야 하는 경우로 구분된다. 전자를 규칙으로, 후자는 규범(원칙)이라고 볼 수 있다. 예를 들어 증거법상 원본이 아닌 서류를 증거로서 제한하는 것은 규칙이고, 위법수집증거를 배제시키는 것은 규범(원칙)이다. 규칙은 당사자간 합의로 채부가 다시 조정될 수 있지만 규범은 이를 조정하는 방식이 법으로 정해질 수 있다. 이 구분은 증거규칙간 충돌이 발생할 때 규범적 위계를 근거로 우열을 정해야 할 필요성 때문이다. 우리나라 형사소송법의 증거법칙처럼 구체적이지 못한 경우는 자주 혼동되는 경우가 생긴다.

12) 영국 보통법 전통의 당사자주의는 훨씬 오래되었다고 봐야 한다. 그러나 규문주의나 신판(Trial by Ordeal)을 극복하게 만든 공개주의와 직접주의는 1215년 마그나 카르타와 1679년 인신보호율, 1873년 사법개혁법 등 끊임없는 의회의 국왕과의 투쟁 속에서 조금씩 얻어진 결과이다. 올리버 크롬웰의 사후 박해를 피해 도망간 청교도들이 세운 미국은 1776년 독립하면서 보통법 전통을 대부분 제거하고 프랑스 영향을 받은 혼합 사법제도를 채택한다. 간략하지만 유익한 설명은 George J. Thompson, *The Development of the Anglo-American Legal System*, Cornell Law Review Vol. 17(1931).

13) James F. Stephen(김용진 역), *형사재판의 역사*, 오래 2015, 58에서 저자는 “초기 영국에서 시행되었던 형법의 내용을 완전히 그리고 체계적으로 설명한다는 것은 매우 어려운, 아니 사실상 불가능한 일이다.”라고 적고 있다, 쉽게 간파되는 점은 성문법전이 존재하는 경우와 명확한 범죄구성요건에 대한 제시가 없는 경우의 소추절차상의 차이점이다. 이 점에 대해서는 다시 설명한다.

14) 17세기 영국 계몽주의 학자들은 거의 예외 없이 형식논리학을 근거로 관습적인 비합리적 습관에 대해 비판한다. 그 중 존 로크(John Locke 1632-1704)와 제레미 벤담(Jeremy Bentham 1748-1832)은 증거규칙에 많은 영향을 미친 학자로 평가된다. 특히 미국 수정 헌법 제4조의 위법수집증거배제 원리와 수정 제5조 적정절차 원칙 등은 존 로크의 정부론(The Two Treatises on Government)의 핵심 내용이었다. 벤담은 중세 보통법상의 증거 규칙을 비판하여 현대적으로 해석한 것으로 유명하다.

15) 근대 형사 증거법은 중세 보통법과 절연되어 있다. 영미학자들에게 보통법은 20세기 이전의 영국법

의는 당사자 처분권과 증거조사의 변론주의적 기속을 특징으로 한다. 이는 보통법의 전통이다. 보통법의 당사자주의는 실체 형법의 부재 또는 민사 소송과 형사 소송의 미분리라는 환경에서 비롯되었다.¹⁶⁾ 이 점은 미국 형사소송법과도 구분된다.

근대적 당사자주의 소송에서 증거규칙은 법원이 양쪽에서 제출한 증거에 대해 중립적으로 인용(inclusion)과 배제(exclusion)를 하는 기준이다. 당사자주의 소송에서는 증거와 증인의 인용과 거부가 소송의 핵심이 된다. 법관은 단순 중재자이며 유무죄는 배심원에게 지시(notice, direction)를 통해 진행된다.¹⁷⁾ 배심없는 형사소송은 가능하지만 예외적이다. 근대 보통법의 기원을 만든 중세 영국(잉글랜드와 웨일즈)은 봉건주의적 법원 구조 때문에 법정이 통일되지 못하였다.¹⁸⁾ 지금도 보통법 전통의 법원은 일부 흔적이 남아 있다. 비전문 법관(lay judge)이 주도하는 Magistrate Court¹⁹⁾(주로 경미 또는 비법률적 형사범 non-scheduled crime 처리)부터 순회법원

전통 중 일부를 말한다. 1873년 영국의 the Supreme Court of Judicature Act(사법개혁법)은 보통법과 형평법으로 이원화되던 영국의 사법제도를 통합시켰다. 이로써 형평법원은 커먼로법원과 통합되다. 전통 보통법 원칙들이 다양하게 영국법과 미국법에 남아 있는 것은 사실이지만, 이를 보통법 자체로 보는 것은 넌센스이다. 예를 들어 위법수집배제법칙은 일부 영미법 학자들이 말하는 “커먼 로” 특징은 아니다. 계몽 철학적 기반을 가진 미국 수정 헌법 제4조가 근거이고, 우리나라 제309조처럼 다른 사법제도에 확산된 원칙이다. Richard M. Re, The Due Process Exclusionary Rule: A New Textual Foundation for a Rule in Crisis, Harvard Law Review, Vol.127(2014), 1885 이하.

16) Pollock/Maitland, The History of English Law before the Edward I., vol.1 and 2., 1898, reprinted by The Lawbook Exchange, Ltd, 1996은 영국 보통법 시대의 재판에 대해 풍부한 설명을 한다. 폴락 경의 집필 내용에 따르면 11세기까지 영국의 대부분 지역 재판이란 야외에서 정식 재판관도 없이 수행되는 것이 보통이었다고 한다. 1066년 노르만공 윌리엄이 영국을 실질적으로 지배한 후 가장 큰 문제는 언어 소통이었다. 지역어인 영어만 사용하던 평민법관들과 프랑스어를 사용한 형평법원(중앙법원)은 14세기가 되어야 재판에서 프랑스어가 아닌 영어를 사용할 수 있게 되면서 그나마 소송의 결과를 서로 이해할 수 있게 된다.(40 이하)

17) LaFave/Israel/King/Kerr, Criminal Procedure, 5. ed., West 2009, § 1.6 이하.

18) James F. Stephen(김용진 역), 위의 책, 67 이하는 중세 영국의 재판제도에 대하여 간략하게 설명한다.

19) 보통법 법원에서 magistrate court는 경죄를, Crown Court는 중죄의 제1심을 담당한다. 역사적으로 Magistrate's Court는 원래 기소를 담당한 대배심(Grand Jury)을 1848년 Indictable Offences Act와 Justice Protection Act에 의해 대체한다. 이 법원은 1948년 Criminal Justice Act에 의해 완전히 폐지된다. 크라운 법원은 1956년 최초로 리버풀과 맨체스터에 설립되었고, 1166년부터 민사-형사 통합법원이던 Assize Court를 1971년에 Court Act가 폐지되면서 전국적으로 확대 설치되었다. 현재 민사재판은 King's Bench가 제1심이다. 킹스 벤치 법원은 가장 오래된 법원 형태 중의 하나로 최근 County Court로 명칭을 바꾼 곳이 많다. 예전에는 주로 영장 집행이나 왕의 명령 위반 사건 등을 다루었다. 이 법원이 채무조정을 담당하던 Court of Common Plea와 통합되면서 High Court와 우리 민사법원의 역할을 한다.

(Circuit(or Itinerant) Court), 행정심판부(Tribunals, 일부에서는 특별법원)까지 복잡하고 다양하다. 개별 봉건영주들은 영역의 사법권을 가지고 있었고, 이를 종교직을 겸한 법재상(Chancellor)²⁰⁾들이 통제했다. 영국의 형평법원(Equity Court)은 개별 법원에서 처리한 결과가 심각하게 부당할 때 조정하는 중앙 법원이었다. 형평법원은 보통법 법원의 일부 사건에 대해 무효화시키는 권한을 가지고 있었다.²¹⁾ 16세기 두 법원이 통합되면서 더 이상 보통법원과 형평법원의 구분은 사라졌다. 1971년 전통적 형사중죄 법원인 the court of assizes²²⁾와 quater sessions²³⁾를 폐지하고 Crown Court을 창설하여 형사법원을 단일화한다.

보통법에서 언제부터 배심재판이 시행되었는지는 명확하지 않다.²⁴⁾ 초기 배심원들은 왕이 임명한 귀족들(the Royal Officials)이 지방의 재판을 감독하던 형식이었다. 중세 보통법 재판은 직업법관이 아닌 영주들이 수행했기 때문에 통일된 원칙이 없었다. 각 법원 판결에 대한 보고서(Judicial Report)를 작성하기 시작한 14세기부터 탁월한 결정들을 모아서 소위 판례법이 만들어지고 이를 모범으로 선례 구속력을 인정하기

20) Chancellor의 번역은 장관, 대법관, 대학총장 등으로 다양하다. 중세 영국에서 원래 이 직은 종교직으로 봉건영주들을 관할하는 성직을 말한다. 사법과 재정을 담당했으므로 “법재상”으로 번역할 수 있다. 근대에 오면서 직책은 폐지되고 명칭만 남아서 오늘날과 같이 사용된다.

21) 이 전통은 현재까지 영연방에서 The Privy Council of Judicial Committee(Her Majesty's Most Honourable Privy Council)가 계승하고 있다. 분리 독립된 영연방 국가들의 최고 심급에 대한 불만이 있는 경우 Privy Council은 항소/재심을 담당한다. 각 국가의 수권법률에 따르므로 그 효력은 권고에 그치거나(호주, 남아공), 최고법원의 선고를 무효화시키는 경우(뉴질랜드, 말레이시아) 등 다양하다. 자세한 내용은 <https://privycouncil.independent.gov.uk/>

22) Assize란 단어는 중세 영어로 배석 법관(presiding judge)이라는 뜻이다. 이 용어는 프랑스어 assise가 유래로 보이며, 현재 프랑스 중죄법원(cour d'assises)의 명칭이기도 하다.

23) 정해진 기간마다 1년에 4회 열린다는 의미에서 붙여진 명칭으로 지역 또는 필요에 따라 개설되던 형사 중죄법원이다.

24) 법사학적으로 배심재판의 기원은 고대 그리스로부터 비롯되었다고 한다. A.Andrewes, The Growth of the Athenian State, Boardman/Hammond(ed.), Cambridge Ancient Histories, Cambridge University Press 1983, 제3장. 또한 조규창 교수의 로마형법(고려대학교 출판부 1998)에 따르면 배심재판 제도가 고유법 기원설과 회담법 기원설이 나뉘기는 하나 정확한 결론은 없다고 한다.(296 이하) 조규창 교수에 따를 때 로마의 민회재판이 공화정기에 배심재판으로 형성되고, 이 전통이 기원전 55년 로마 침공으로 영국 보통법으로 넘어갔을 것이라는 추측만 가능하다. 프랑스에서는 나폴레옹 법전에 영향을 받아 배심재판 제도가 전면 시행된다. 흥미로운 사실은 배심(민회)재판과 형식적 형법전 내지 소추권한의 배분은 밀접한 관계가 있다는 점이다. 여기서는 너무 범위가 초과되므로 생략한다. 영미법의 구조와 역사에 대해서는 표성수, 영미 형사사법의 구조, 그 가치에 대한 새로운 이해, 비봉출판사 2004, 23 이하.

시작한다. 소송은 사인소추만 가능하다.²⁵⁾ 법전과 같은 체계적인 범죄에 대한 설명이 없기 때문에 해당 사안이 이전의 판결례에 일치하는가를 결정하는 방식이 발전한다. 그 중심에 배심재판 제도가 있다.²⁶⁾ 영국에서 평민 배심원이 유무죄를 결정하기 시작²⁷⁾한 것은 1741년 성실법원²⁸⁾(The Star Chamber 1398(?)~1641)이 폐지되면서 부터이다. 성실법원은 1534년 Supremacy of the Crown Act에 의해 정식으로 보통법 판사들과 왕립재판소(Privy Council, 추밀원²⁹⁾)으로도 번역) 판사들에 의해 그동안 형평법원에서 담당하던 형평사건(보통법 법원에서 결정된 부당한 판결이나 항소심 사건)을 담당했다. 이 법원은 튜더 왕조 말기의 독재를 강화하는 수단으로 변질된다. 성실법원은 의회의 권한을 중지시키기 위한 정치적 판결을 지속하다가 결국 1641년 의회법 개정으로 폐지된다. 정치적으로 영국 시민전쟁(English Civil War 1642-1651)을 촉발시킨다. 이를 기회로 청교도들과 의회주의자, 왕당파로 갈라진 정치적 지형(토리와 휘그의 분립)이 생겼으며 정치권력에 대한 불신이 증가한다. 성실법원이 폐지되면서 귀족들로 구성된 배심 제도가 평민 배심으로 개편되는 계기가 된다. 이로부터 비전문가인 배심원들에 의한 유무죄 결정 모델이 시작된다.³⁰⁾ 일반 배심원은 복잡한 규범적 설명보다는

25) 보다 상세한 설명은 조규창, 위의 책, 298 이하. 사인소추 전통은 당시 영국만이 아니라 유럽 전체의 보편적 상황이다.

26) Ward/Wraggs, English Legal System, Oxford University Press 2015, 329 이하.

27) 리처드 1세의 1195년 칙령은 영국 내 평화를 유지하기 위하여 기사단을 파견하고, 통일된 법질서를 유지하게 만든다. 1285년 윈체스터법령(Statute of Winchester)에 의해 지방 법관(tithing)들을 High Constable과 Petty Constable로 구분하고, 이는 후에 기소를 담당하는 대배심(Grand Jury)과 심판을 담당하는 소배심(Petty Jury)으로 발전한다. 배심구조가 만들어지면서 1361년 Justice of the Peace Act가 제정되고 이를 수행하기 위한 Office of Justice of the Peace(JP)가 영국 검찰제도의 기원이 된다. 영국 검찰제도의 역사적 기원에 대하여는 C.Corns, Public Prosecutions in Australia. Law, Policy and Practice, Law Book C. 2014, 53 이하.

28) 이 법원을 성실법원으로 부르는 이유는 Camera Stellata(별 방이란 뜻)를 그대로 번역해서 같다. 헨리 7세가 1487년 웨스터민스터 궁에 있는 천정에 별이 그려진 방에서 시작한 특별법원으로 나중에 별칭으로 Star Chamber로 부른다. 이 법원은 초기 형평법원이 다루기 곤란한 재산권 분쟁이나 행정소송을 주로 담당했으나 엘리자베스 1세 사후 스튜어트 왕가 출신인 프랑스인 찰스 1세와 제임스 1세의 폭정을 정당화하기 위한 정치적 판결에 주로 기여했다. 자세한 설명은 Geoffrey R. Elton, Star Chamber Stories, Barnes Noble 1974.

29) 추밀원은 사전적으로 자문기관이다. 영국의 Privy Council은 왕립재판기구 중 하나를 말하며, 현재 까지도 영연방 내에서 존재하는 상급 재판소이다. 추밀원이라는 번역은 일본식이며 그 의미를 전달하기 충분하지 않다.

30) 배심재판의 기원은 영국에서는 1066년 이전에도 존재했다. 민사 배심재판은 1166년 헨리 1세의

형식논리를 갖춘 증거 규칙에 따라 판단하게 되었다. 요컨대 보통법의 소송구조는 복잡한 정치적 상황을 근거로 대립 당사자주의, 중립적 법원의 역할, 배심제도 등을 핵심으로 하고 범죄사실을 확정하는 증거규칙을 발달시킨 것으로 볼 수 있다.³¹⁾

보통법은 소송 절차에서 구성요건이나 범죄사실의 확인보다 제시된 범죄혐의에 대한 사실 입증에 집중한다. 이는 소송 대상물의 문제이다. 직권주의가 실제 형사법 위반 여부(실체적 진실발견)를 다룬다면 당사자주의는 당사자의 권리회복(Remedy 또는 Redress)을 목적으로 한다. 증거법은 당사자주의 소송구조에서 중요하다. 증거 규칙은 대립 당사자의 증거주도권을 조정하는 기능을 한다. 묵비권, 전문증거 배제나, 교호신문 보장, 위법수집증거 배제 등 증거 규칙들은 증거인용과 거부에 대한 세부적인 원칙과 예외를 표준화시킨다. 보통법 전통에서 증거법칙은 단순했다. 그러나 근대로 들어서면서 개별 증거법들의 제정으로 보통법의 증거법칙들은 합리적으로 개선되기 시작한다. 예를 들어 증거법상 전문증거 배제는 보통법 전통이다. 일반적으로 그 간접 진술을 신뢰할 수 없기 때문이기도 하지만 보통법 소송에서 직접 확인되지 아니 한 진술은 증거로 채택되지 못했다. 전문 진술 배제 원칙의 예외 인정 유래는 정확하지 않다. 1827년 밀(John Stuart Mill)이 편집하여 출간한 벤담(Jeremy Bentham)의 “법적 증거의 기준”(Rationale of Judicial Evidence)에 따르면 당시 빈번하던 사기사건에서 법정에 참석하지 아니 한 참고인 진술 또는 서류를 전문증거로 무조건 배제하는 것은 논리적으로나 정책적으로 부당하다는 지적이 있다. 적어도 19세기까지는 전문진술은 증거법칙에 따라 원칙적으로 배제되었다.³²⁾

증거법칙은 시대와 장소적 필요에 따라, 그리고 사건의 특성에 따라 구체적으로 변화된다. 예를 들어 미국 연방증거규칙에 따라 전문진술(hearsay)은 법정 요건(현재

the Assize of Clarendon 설립을 기원으로 한다. 이 법원은 형사범을 지역에서 별도로 처리하기 위해 왕의 기사단 12명을 파견시켜 재판하던 제도로 시작하였다. 1304년부터 권리침해죄와 평화교란죄 등에 적용되었다. 민사배심제도는 점차 줄어들다가 영국에서는 1854년 보통법 소송절차법(Common Law Procedure Act)에 의해 당사자들의 합의가 있을 때만 시행하는 것으로 바뀌었다.

31) 자세한 설명은 표성수, 위의 책, 112 이하.

32) James H. Chadbourne, Benthamic View of Rule 63 (4)(c) of the Uniform Rules of Evidence, Harvard Law Review v.75-5, 832 이하는 1950년대 미국 통합 형사증거법 제63조 제4항 제c항(현재는 연방 증거규칙 제803조 내지 제804조)에 규정된 전문증거 예외적 인용 기준에 대한 역사적 유래와 논의를 담고 있다.

적 상황 진술, 감탄문 등 감정 진술, 의료적 처방, 기록된 사실, 일상 행동보고서, 공공 기록물, 종교적 기록, 혼인증서 등)을 갖추면 증거로 인용된다. 영국도 1981년 형사소송법 개혁으로 새로운 증거규칙을 적용한다. 특히 1996년 형사소송과 수사에 관한 법률(Criminal Procedure and Investigation Act, PACE)은 중요하다. 이 법 제3조 제1항에 따라 검찰은 피고인에게 모든 증거를 공개해야 한다. 검찰의 일반 기소의견도 피고에게 공개한다. 국가기밀 등 소위 민감 정보의 경우만 제한 할 수 있다. 피고인 경우 1967년 증거법의 개정으로 자신의 알리바이를 증거로 제시할 경우 공판 7일 전 법원에 이 증거제출 내용을 미리 통보하도록 하고 있다. 또한 사기죄와 같이 복잡한 사건의 경우 변론 전략에 이용될 증거의 성격과 구체적 활용계획은 법원에 미리 제출해야 한다. 이 경우 묵비권은 중지되며,³³⁾ 지속적 묵비권은 공판에서 피고인에게 불리하게 사용될 수 있다. 법 제6A조는 피고인 변론의 기본 요지, 검찰의 공소사실에 대한 논박 항목, 왜 검찰의 공소 사실에 반대변론을 하는지 이유, 증거인용과 관련하여 위와 같은 주장에 대한 법적 관점을 서면으로 제출할 것을 정한다.

당사자주의 모델과 증거법칙의 결합 형태는 의외로 다양하다. 그러나 공통점은 구체적 증거법칙을 통해 범죄사실을 확정한다는 점이다. 당사자주의 소송구조에서는 소송 주체들의 제출 증거들만을 중심으로 사건에 대해 판단하기 때문에 어쩌면 당연한 결론이다. 만일 구체적인 증거규칙이 없다면 증거인용은 애매하고 모호하게 결정될 수 있다. 명확하고 예견가능한 소송 절차를 위한 노력이 최근 미국, 영국, 호주 등에서 추진된 증거규칙 변화의 골자이다.³⁴⁾

3. 직권주의와 소송지휘권

직권주의³⁵⁾는 법원이 주도적으로 직접 사건을 조사하여 확인하는 것이 중요 기

33) 상위법인 유럽인권협약과의 충돌문제는 여전히 논란 중이다.

34) Michael H. Graham, *Evidence Law Mastery. Hands in Learning*, West Academic Publishing 2016; Feld/Alexander/Bagaric, *Uniform Evidence Law: Principles and Practice*, 2nd Edition, CCH 2014.

35) 직권에 따른 소송지휘(Strafverfahren von Amts wegen 또는 ex officio)는 유럽 대륙의 일반적인 소송체제로 볼 수 있다. 근대적 직권주의를 이해하려면 구제제 시대의 프랑스 사법제도를 살펴볼 필요가 있다. 구제제에서 프랑스는 평민들이 주로 구성하는 법원의 최고심급인 고등법원

능이다. 증거법 자체는 당사자주의와 크게 다르지 않다. 근대 직권주의는 당사자처분권 일부를 적용하고 있다. 다만 직권주의에서는 법원이 수사개시, 공소 제기, 증거 조사와 증거 채부, 유무죄 결정까지 절차를 주도하고, 필요한 경우 직접 증거 조사와 피고인 신문도 할 수 있으며, 유무죄를 직접 결정한다는 중요한 차이점을 가지고 있다. 반면 당사자주의는 공판에서만 사용되는 규칙이다. 예컨대 수사단계의 통제 는 당사자주의에서는 구조적으로 어렵다.³⁶⁾ 이와 달리 보통법의 즉시 이의제기 규칙(contemporaneous objection rule)은 직권주의에서 허용되지 아니 한다. 역사적으로 프랑스 혁명 이후 중세적 규문주의는 점차 사라지고, 탄핵주의가 중심이 된 근대적 직권주의의 모습이 완성된다. 근대적 직권주의는 권력분립론에 따라 법원이 시민에 대한 공동체의 비난에 대한 제3자적 역할을 맡을 때만 분명한 의미가 있다.

예를 들어 1532년 카롤리나 형법전은 실제 형법과 형사소송법을 통합하고 있었다. 최초의 독립적인 형사법전은 1787년 오스트리아 형법(Allgemeines Gesetz über Verbrechen und derselben Bestrafung)과 1791/94년 프로이센 일반 란트법(Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten)이다.³⁷⁾ 당시의 이해는 형법은 실제이고 형사소송법은 형식이었다. 그리고 시민을 형사법의 “객체” 본다. 이 사

(parlement)과 왕과 귀족들이 구성하는 최고법원(cours souveraines ou supérieures)으로 구성된다. 민사나 형사제판 등 일반적인 재판은 고등법원이 담당했고, 회계와 재무, 화폐 등은 최고법원이 심사했다. 구체제의 법원은 오늘날과 달리 입법, 행정, 관리감독, 일반 교육 등의 기능을 가진다. 문제는 14세기부터 만연된 재정위기 때문에 고등법원의 법관들을 주로 매관매직으로 채웠다는 점이다. 이로 인해 면책권을 이용한 법관들 뇌물징수와 부정부패가 실질적인 사회문제가 되었다. 프랑스의 고등법원은 1790년 폐지된다. 프랑스 혁명 이후 사법개혁은 왕권으로부터 독립된 새로운 판사들에 의해 완성된다. 간략한 소개는 이성재, 구체제 시기 고등법원의 구성과 역할, 최갑수 외, 프랑스 구체제의 권력구조와 사회, 한성대학교 출판부 2009, 69-104. 반면 영국 역사학자 버크(Edmund Burke 1729-1797)는 그의 책 프랑스 혁명에 대한 성찰(이태숙 옮김), 한길사 2017, 322 이하에서 고등법원의 매관매직 현실은 법관의 독립성을 유지하기 위한 방편이었다는 설명을 한다.

36) Rumpf v. State, 947 So.2d.997(Miss.Ct.App.2006): “The contemporaneous objection rule means that the objection must be interposed at the time of the alleged error so that the trial court may be given an opportunity to rule. Timely objections, followed by appropriate and timely motions, are necessary to preserve such points on appeal.”

37) 1740년 즉위한 프로이센의 프리드리히 2세는 현대 독일의 근대적 국가 기반을 마련한다. 그는 계몽적 군주로서 현대적 의미의 복지국가를 시도한 것으로 유명하다. 그의 후계자인 프리드리히 빌헬름 2세는 그를 이어 1791년과 1794년 일반 란트법을 제정한다. 이 법률은 민사법과 공법에 관한 기준으로 고문폐지와 국가의 시민에 대한 봉사사무 등의 개혁적인 내용이 담겨 있다.

고는 계몽주의에 의해 비판받는다.³⁸⁾ 그 결과 시민을 주체로 인식하면서 형사법과 형사소송법의 이념과 구조가 변화된다. 예를 들어 일반 란트법 제74조와 제75조³⁹⁾는 명확하게 국가와 시민의 이익이 충돌할 때 국가의 이익이 희생되어야 함을 밝히고 있다. 국가와 시민의 관계에 대해 인식 변화는 근대 소송구조의 전제조건이다.⁴⁰⁾ 1810년 나폴레옹에 의해 완성된 프랑스 형법과 형사소송법은 근대적 직권주의 절차의 전형적인 모델을 제시한다. 나폴레옹 형사소송법은 무죄추정 원칙과 변호인의 조력권리, 배심제도 등을 보장한다. 근대적 직권주의는 헌법과 다른 법률과 관계를 정하여 국가 주도의 형사절차를 실현한다. 법원의 독립성과 행정부에 대한 일부 권력(검찰권) 통제권을 보장하지 않는다면 의미없는 제도일 수 있다.⁴¹⁾ 근대적 직권주의는 형법과 형사소송법의 관계를 실체와 절차로 보는 관점에서 벗어난다. 그래서 형사소송법을 형법의 실현 규범으로 보는 설명⁴²⁾은 전근대적이다. 왜냐하면 소송을 실체 형법의 목적 실현을 위한 절차로 보면 유죄에 대한 편견에서 벗어날 수 없다.⁴³⁾ 마치 객관적으로 존재하는 범죄사실을 소송을 통해 밝혀내는 작업처럼 오해하게 된다. 범죄사실이란 형사법정에서 경험적으로 재구성된다.⁴⁴⁾ 덧붙여서 형사소송법을 별개의 법규범으로 봐야만 근대적 직권주의를 이해할 수 있다.⁴⁵⁾ 형사소송

38) Fridrich-Christian Schroeder, Strafprozessrecht, 4.Aufl., C.H.Beck 2007, 4.

39) 제75조 그에 반하여(제74조의 권리와 의무의 공공이익성 요구에 반하여) 국가는 자신의 권리와 이익을 공동체를 위해 희생하고 손해를 감수해야 한다.(Dagegen ist der Staat denjenigen, welcher seine besondern Rechte und Vortheile dem Wohle des gemeinen Wesens aufzuopfern genöthigt wird, zu entschädigern gehalten) 이러한 사상은 1689년 영국의 권리장전(Bill of Right)과 연관된다. 이 법률안은 명예혁명의 결과로 시민의 권리는 왕으로부터 수여받은 것이 아니라 그 이전부터 존재하는 권리임을 천명하였다는 의미가 있다. 자세한 설명은 이태숙, 명예혁명과 위그 그리고 회그 역사해석, 영국연구 제15권(2006), 영국사학회, 195-223.

40) Déclaration des droits de l'homme et du citoyen(인간과 시민에 관한 선언)은 1789년 8월 26일 혁명을 주도한 국가 헌정위원회가 제정하고, 1793년 확대 제안되었다. 1793년 안은 의회를 통과하지 못했으나, 1948년 세계 인권선언에 대부분 수용되었다.

41) 김일수, 헌법적 형사소송론, 고시계 제33권(88/10), 11.; 변종필, 형사소송에서 법관의 지위와 역할. 지위론, 구조론 및 목적론의 연계구조와 관련하여, 형사정책연구 제13권 제4호(2002), 127-155, 특히 133 이하.

42) 다수의 견해이다. 예외는 배종대/이상돈/정승환/이주원, 형사소송법, 홍문사 2015, 3; 안성조, 쟁점과 미래 형사소송법, 박영사 2009, 1 이하. 그 구분에 대한 법이론적 분석에 대하여는 홍영기, 형사소송법, 그 독자적인 목적에 대한 이해, 저스티스 통권 100호(2007), 255-271.

43) F.-C.Schroeder, 위의 책, 5.

44) Stock, Das Ziel des Strafverfahrens, Mezger-FS 1954, 429; 변종필, 위의 글, 134.

법은 형법에서 규정한 책임을 확정하는 절차이기도 하지만 법원을 통해 행정부의 범죄예방과 수사권을 통제하는 기능도 가지고 있다. 근대적 직권주의에서 형사소송법은 중국적으로 사회의 평화를 유지하는 독립적 규칙이다. 그 대상도 공판만이 아니라 형사소추와 국가형벌권의 전반을 포함한다.

근대적 직권주의 모델에서 증거법은 공판에서 적용되는 증거규칙이 아니다. 독일의 경우 증거금지(Beweisverbote) 규범으로 형사소송 절차를 지휘·통제한다.⁴⁶⁾ 증거금지는 법원이 수사단계부터 지휘하여 공판정에서의 증거 절차 등 전체 소송절차에 적용된다. 법원은 형사소송 전체를 적정화시켜야 하는 의무가 있다. 독일의 증거금지 규범들은 법원이 주도적으로 수사기관의 행위를 통제하는 수단이다. 공적 소송을 담당하는 검찰의 수사행위에 대해 증거제출권을 통해 통제할 수 있게 한다.⁴⁷⁾ 그 주요 내용은 공판전(수사단계)에서 일정 증거 수집 금지로 여기에는 다시 증거 항목화 금지와 증거 조사(감정) 금지가 포함되고, 공판과정에서는 보다 포괄적으로 증거 사용 금지가 적용된다.⁴⁸⁾ 증거제기(수집)금지(Beweiserhebungsverbote)⁴⁹⁾란 일정 증거를

45) 이상돈, 형사소송원론, 형사소송의 근대성과 대화이론, 법문사 1998.

46) Ernst Beling, Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitsforschung im Strafprozess, Sonderausgabe, Bd. 249, Strafrechtliche Abhandlungen, Libelli 1903; Rolf Hannrich(Hrsg.), Karlsruher Kommentar, Strafprozessordnung, 7. Aufl., C.H.Beck 2013, Einleitung, Rn. 53 또는 Rn. 232 이하, Rn.384 이하.; 조국, 독일 증거금지론의 이론구조에 대한 소고, 형사정책연구 제13권 제4호(2002), 47-68은 독일 증거금지에 대한 소개를 하고 있다. 다만 이 글은 미국의 증거법칙을 중심으로 독일 증거 규칙을 다루고 있어서 직권주의 소송 구조에 대한 충분한 설명이 부족하다. 보완하면, 독일 증거금지는 이론이 아니라 명문의 규정을 근거로 한다. 중요한 것은 독일법상 증거금지는 당사자주의적 증거규칙이 아니다. 조국 교수는 “독일의 증거금지론의 경우 시민의 인격권 침해에 초점을 맞춘다면, 미국 위법수집증거배제법칙은 위법한 수사기관의 활동의 ,억지’에 초점이 맞추어지고 있다.”라고 기술한다.(59) 그 결과 증거금지는 미국의 위법수집증거 배제법칙보다 협소하다는 결론에 이른다. 소송구조상 전문 법관이 증거금지를 심사하는 것과 변호인(위법한 증거의 경우 검찰이 문제제기할 이유는 없으므로)이 제기해야 비로소 심의가 될 수 있는 효력 발생 구조적 차이는 언급되지 않는다.

47) Peter Riess, Gerichtliches Kontrolle des Ermittlungsverfahrens, Ellen Schlüchter(Hrsg.), Kriminalistik und Strafrecht, Verlag Schmidt-Römhild 1995, 501 이하.; U. Eisenberg, Beweisrecht der stop. Spezialkommentar, 2.Aufl., C.H.Beck 1996, 147 이하.

48) K.Amelung, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess, 1990; Mittag, Beweisverwertungsverbote im Strafprozess, JR 2005, 386; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 29.Aufl., C.H.Beck, 2017, 24/30; Wolter, Zur Fernwirkung von Beweisverwertungsverbote, NStZ 1984, 276.

49) 독일 형사소송법 제160조, 제244조. 특히 제160조 제2항은 범죄사실 확인 뿐 아니라 무죄사실

수집할 수 없도록 하는 경우이다.⁵⁰⁾ 구체적으로 증거 항목 금지(Beweisthemaverbote)는 법률로 정한 특정한 사실을 수사 내지 공판준비에서 수집 또는 제기할 수 없게 한다. 예를 들어 전과사실 같이 판결에 영향을 미치는 내용이나 독일 기본법으로 보장하는 내용은 증거 수집 자체를 금지한다.⁵¹⁾ 증거조사금지(Beweismittelverbote)란 증언거부권⁵²⁾이나 묵비권을 남용하여 특정 사실을 확인하는 것을 금지하는 내용이다.⁵³⁾ 마지막으로 증거사용금지(Beweisverwertungsverbote)는 주로 공판규칙으로 예를 들어 위법하게 녹음된 파일이나 함정수사에 의한 증거와 같이 헌법과 법률을 위반하여 수집된 증거 등을 공판 증거로 사용하지 못하게 하는 법칙이다.⁵⁴⁾ 증거사용금지는 구체적인 상황에 따라 적용된다. 일부는 법률로 규정한다. 증인이 증언거부권이 있음에도 검찰 등의 요구로 자발적으로 증언하는 것도 법으로 금지한다.⁵⁵⁾ 프랑스의

확인에 대한 조사 의무가 있으며, 제3항은 검찰의 증거조사는 법원의 활동에 도움을 줄 수 있는 경우로 한정한다.

50) Roxin/Schünemann, 위의 책, 168. 예를 들어 친족간 증언거부를 인정하는 이유는 형사절차에서 기본권에서 보장하는 가족관계를 훼손시킬 수 없기 때문이다. 실제적 진실발견은 상위 헌법과 동등 법률의 위계 질서에서 제한된다. 같은 의미는 BGHSt 14, 358: 동의없는 녹음은 상대방의 인격권을 훼손하여 증거금지에 해당한다는 취지의 결정.

51) BVerfGE 36, 174.

52) 독일 형사소송법 제53조 직무상 근거로 한 증언거부권.

53) 독일 형사소송법 제160a조.

54) BVerfGE 34, 238 판결에 대해 국내에서도 논의가 된 바 있다. 이에 대한 논의는 하태훈, 사인에 의한 증거수집과 그 증거능력, 형사법연구 제12호(1999), 25-46; 천진호, 위법수집증거배제법칙의 사인호, 비교형사법연구 제4권 제2호(2002), 375-390; 권영세, 현행 통신비밀보호법상 도청행위의 의의 및 범위, 저스티스 제11호(2003), 379 이하; 변종필, 사인이 위법수집한 증거의 증거능력, 대법원 판례를 중심으로, 법률정보판례연구 제1집 제1호(1999), 77 이하. 국내의 논의는 위법수집 증거의 사인호로 정리된다.(주 45) 그러나 독일 연방헌법재판소의 이 판결은 당시 독일 형법 제298조(현 제201조)를 위반하여 동의없이 녹음한 녹취증거를 검찰이 탈세혐의의 증거로 삼은 것이 헌법 제2조 제1항 인격권 보장 위반인가를 심의한 것이다. 사인에 의한 불법 녹취를 검찰이 탈세 혐의의 입증에 위해 사용하는 것은 소위 “불가침의 사적 영역”(unantastbarer Bereich privater Lebensgestaltung)을 침해한다는 설명이다. 이후 BVerfGE 57, 182(202 이하)에서 다시 확인하고 있다. 이 결정은 엄밀히 말해서 타인의 정보를 원래 목적 이외에 사용하기 위하여는 법률의 보호 안에서만 인정된다는 의미이다. 사인의 수집증거가 명확한 법률위반이라고 보기 어렵고 공공의 이익이 큰 경우는 증거로 인정될 수 있다.

55) 소위 삼단계모델설(Dreistufentheorie)이 적용되는 경우를 말한다. 이 이론은 프랑스 행정법학에서 유래된 것으로 등급을 나누어 각 단계별로 증거조사 및 사용을 금지하는 이론이다. 이 이론은 독일 기본법 제12조 제1항에 의한 기본권 제한은 헌법과 법률에 의한다는 원칙에서 법률로 보장하는 시민의 권리에 대해 무조건 수사단계나 공판에서 증거로 삼지 못하게 하는 규정이다. 나치스에

경우도 형사소송법 제335조에 증언거부권자를 규정하여 증거금지규정을 두고 있지만 제336조 제1항에 따라 본인의 의사로 선서 후 증언하는 경우 예외로 인정할 수 있다.

이처럼 볼 때 직권주의에서 증거재판주의(제307조) 규정은 별로 의미가 없다.⁵⁶⁾ 증거재판주의란 헌법과 법률의 기본 원리에서 파생되는 국가행정행위 기본원칙을 다시 규정한 것에 불과하다. 이를 형사소송법에서는 증거이론(Evidenztheorie)이라고 부른다. 예를 들어 위법수집증거배제 법칙은 공판에서 증거개시가 있는 후 배심원단에 게 수집방식의 부당함을 근거로 증거로 평가금지를 내려야 하는 당사자주의 증거배제 규칙이다.⁵⁷⁾ 이를 직권주의적으로 볼 때 증거수집과 사용금지로 설명할 수 있다. 여기서 구조적인 차이가 존재한다. 직권주의에서 증거인용을 위한 제1 기준은 규범의 목적과 체계적 정형성이다.⁵⁸⁾ 규범의 우월한 이익이 존재한다고 판단될 때 증거로 사용(Verwertung)될 수 있다.⁵⁹⁾ 이에 따라 이론상 헌법과 다른 법률에 위반되는 모든 행위가 형사소송 절차에서 차단될 수 있다. 개인이 위법하게 취득한 증거 역시 그 행위가 직접 법률에 위반된다면 사용이 금지될 수 있다. 자주 인용되는 독일 연방헌법 재판소의 판결⁶⁰⁾은 개인이 법률(구 형법 제298조 비동의 녹음금지; 현재 제201조 비동의 녹화 및 녹음 금지)을 위반하여 수집한 증거를 검사가 제출한 것을 증거사용금

의한 인권침해를 경험한 독일 형사소송법 제136조a조 제3항은 이를 구체적으로 현실화했다. 제3항 제1문은 금지된 수사방식에 대한 것으로 “제1항(의사에 반한 일체의 강압수사금지)과 제2항(피의자의 인격에 반할 수 있는 강제조치의 금지)의 금지는 피의자(피고인)의 동의에도 불구하고 허용하지 아니 한다.” 영미 증거법은 이를 소송상 특권(privilege)으로 설명한다.

56) 직권주의 형사소송법으로 분류되는 프랑스와 독일의 형사소송법에는 이러한 선언규정이 없다. 대표적으로 프랑스 형사소송법 제309조: “Le président a la police de l'audience et la direction des débats.” (재판장은 법정경찰권 및 소송지휘권을 가진다.) “Il rejette tout ce qui tendrait à compromettre leur dignité ou à les prolonger sans donner lieu d'espérer plus de certitude dans les résultats.”(재판장은 존엄성을 해하거나 명확한 결론을 얻는데 도움이 되지 아니 하고 심리를 지연시키는 일체의 발언을 중단시킨다.) 프랑스는 직권주의 형사소송 절차의 기본으로 평가되며, 무죄추정 원칙 이외에는 일체의 증거규칙에 기속되지 않는 특징이 있다.

57) 위법수집증거에 대한 설명은 조국, 위법수집증거배제법칙, 박영사 2005.

58) BGHSt 24, 125. 이 판결은 음주교통사고 피의자에 대해 병원의 수련의가 채취한 혈액샘플의 증거 효력에 대한 내용이다. 피고는 강요에 의해 수집된 증거의 사용금지를 주장했다. 1971년 3월 17일 연방대법원은 수련의에 의해 동의없이 채취된 혈액샘플의 유효성을 인정한 원심을 유효한 증거수단으로 승인했다.

59) Klaus Macht, Verwertungsverbote bei rechtswidriger Informationserlangung im Verwaltungsverfahren, Duncker & Humblot 1999, 31 이하.

60) BVerfGE 34, 238

지 대상으로 결정하였다. 당사자주의에서는 이러한 결론이 바로 도출되지는 않는다. 당사자주의에서는 미국처럼 헌법에서 적정절차 위반을 근거로 하지 않으면 증거규칙 또는 판례 근거가 있어야 한다.⁶¹⁾ 영국은 이 규칙이 1980년대까지 없었다. 1984년 Police and Criminal Evidence Act(PACE) 제78조에 공정하지 못한 증거에 대해 법원이 거부할 수 있다는 규정을 두어 배제 근거를 만들었다.⁶²⁾ 위법하게 수집한 증거라면 적정성을 잃은 증거이기 때문에 거부될 수 있다.⁶³⁾ 사생활권(privacy) 보호를 정한 유럽인권협약 제8조의 근거에서 동일하게 주장할 수 있다.

Ⅲ. 결합 모델에서 발생할 수 있는 구조적 약점

우리나라 형사소송법이 당사자주의⁶⁴⁾와 직권주의⁶⁵⁾의 결합 모델이기 때문에 발생하는 문제는 없을까? 과거에는 직권주의에 대한 소극적인 관점⁶⁶⁾이 존재했으나,

-
- 61) R v. Payne 1963 1 All ER 848은 개인이 부당하게 채취한 혈액 샘플을 법원이 증거인용에서 제외시킨 사건이다. 같은 내용의 판례는 R v. Effik, R v. Mitchell 1992 Crim LR 580; R v. Khan 1996 3 All ER 289 등
- 62) Hungerford-Welch, Criminal Litigation & Sentencing, 5th. ed., Cavendish Publishing 2000, 448 이하.
- 63) 조국, 위의 책, 452; 헌법적 근거에서 이 원칙을 설명하는 최영승/정영일, 사인이 위법하게 수집한 증거의 증거능력. 헌법적 근거에서, 그리고 주요 유형을 중심으로, 경희법학 제48권 제4호(2013), 3-36은 증거사용금지 원칙과 동일하다.
- 64) 당사자주의 요소로 제161조의 2 교호신문제도, 제254조 공소제기로 인한 심판범위 확정, 제269조 공판기일 유예, 제266조 공소장부분의 송달, 제266조의 3 증거개시절차, 제266조의 5 공판준비절차, 제266조의 13 공판준비기일 종결의 효과, 제275조 제2항과 제276조 검사와 피고인의 출석, 제285조 내지 제286조 모두진술, 제294조 제1항 당사자의 신청에 의한 증거조사, 제298조 공소장 변경신청, 제294조의 2 기일 이후 증거신청의 각하, 제302조 검사의 의견진술, 제303조 변호인과 피고인의 최후진술, 제310조의 2 전문법칙 예외, 제318조 증거동의, 제318조의 2 탄핵증거 등과 형사소송 규칙 제118조 제2항 공소장일본주의를 들고 있다.
- 65) 직권주의 요소로는 제161조의 2 법원의 보충적 직권신문제도, 제295조 직권증거조사, 제296조 피고인신문, 제298조 제2항 공소장변경요구제도, 제318조 제1항 증거동의의 진정성 조사제도와 형사소송 규칙 제141조 석명권 제도를 예로 한다.
- 66) 강구진, 형사소송법, 박영사 1982, 18 이하의 설명은 대체로 그렇다. 강구진 교수는 배심제도와 당사자소송 주의를 근대적 형사절차의 핵심적 변혁 요소로 설명한다. 이러한 설명이 틀린 것은 아니지만 너무 좁게 이해하고 있다. 탄핵주의나 자유심증주의란 좀 더 넓은 이해가 필요하다. 그나

최근 대부분 학자들은 결합 모델을 우리 형사소송법의 기본 특성으로 인정하는 것 같다. 소송 구조는 존재론적으로 무엇이 좋다고 말하기 어렵다.⁶⁷⁾ 게다가 최근 당사자주의와 직권주의는 서로 닮아가고 있다.⁶⁸⁾ 두 구조 모두 기본 목적은 국가형벌권을 제한하는 것이지만⁶⁹⁾, 그러나 각기 운용을 위한 체계와 권한 승인에서 다른 의미와 내용이 있다.

현대 당사자주의는 공판 중심⁷⁰⁾이다. 당사자가 제3자인 법원에 갈등 해결을 의뢰하는 구조다. 그렇기 때문에 수사 단계에 국가(검찰)의 개입은 인정되지만 법원은 제한적이다. 반면에 직권주의 소송은 사법부가 형법 위반 사실을 공무상 직권으로 확인하는 절차다. 현실적으로 직권주의 형사소송 절차에서 실제적 진실발견⁷¹⁾이란

마 최근 학자들은 두 관계를 장단점으로 비교하고 있다. 요컨대 당사자주의와 직권주의는 정치적 이념으로 평가할 대상이 아니라는 설명은 배종대/이상돈/정승환/이주원, 위의 책, 30 이하.

67) 배종대/이상돈/정승환/이주원, 위의 책, 31: “소송 구조의 장단점에 따라 어떤 소송구조를 취해야 한다거나. 어떤 절차는 현행법의 소송구조에 맞지 않기 때문에 개선되어야 한다는 주장들은 본말이 전도된 것이기 때문이다....직권주의적 요소이든 당사자주의적 요소이든 그것이 공정한 형사절차의 구성에 기여하는 방향에서 적용되고 해석되어야 한다.”

68) 주승희, 위의 책, 25 이하. ; Albin Eser(손미숙 역), 당사자주의의 대 직권주의. 최선의 소송구조를 찾아서, 형사정책연구 제26권 제4호(2015), 33-57. 김희균 교수는 2011년 번역한 프랑스 형사소송법(휴먼컬처 아리랑 출간)의 서문에서 “요컨대 프랑스는 지금도 사소와 형사조정, 형사화해 등 당사자주의의 흔적을 역력하게 가지고 있고, 또 다른 한편으로는 예심판사의 피고인신문이라는 직권주의의 골격을 그대로 가지고 있다....(중략)...경죄에 대해서는 당사자주의의 쪽이고, 중죄에 대해서는 직권주의의 쪽이다. 그리고 어떤 시대, 가령, 19세기 초반에는 직권주의의 쪽이었었고, 19세기 중반 이후에는 당사자주의의 쪽이었으며, 2차 대전 이후에는 다시 직권주의의 쪽이었다.”라고 적고 있다. 이 견해가 타당한지는 모르겠다. 다만, 프랑스 형사소송법 교과서는 소송의 기본 구조를 탄핵주의(accusatoire)와 (근대적) 규문주의(inquisitoire)로 설명한다. Claire Sourzat, Droit pénal général et procédure pénale, 2^e édition, larcier 2016, 184. 더 자세한 설명은 Jean-Claude Soyer, Droit Pénal et procédure pénale, 19^e édition, L.G.D.J. 2006, 24 이하 및 345 이하.

69) LaFave/Israel/King/Kerr, 위의 책, § 1.6; Kühne, Strafprozessrecht. Eine Systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts, 7. Aufl., C.F.Müller 2007, 1 이하. 당사자주의의 소송이라고 법원이 형벌권력을 통제하지 못하는 것은 아니다. 다만 그 제도적인 특성이 다를 뿐이다.

70) 차정인, 형사소송법규에 충실한 공판절차. 공판중심주의의 실현을 위하여, 법조 제600호(2006), 103 이하는 수사단계에서 확인된 내용을 공판정에서 다시 배척하는 등의 독선적 공판 환경을 만든다고 한다. 그러나 임성근, 공판중심주의와 형사변론, 인권과 정의 제366권(2007), 18-37. 특히 21이하는 그에 대한 반대로 올바른 형사사법을 위하여는 공판중심 문화가 자리 잡아야 한다고 한다. Albin Eser(손미숙 역), 위의 글, 40은 당사자 지배와 직권(판사) 지배가 지나치지 않게 균형을 이루는 것이 중요하다고 한다.

71) 실제적 진실개념에 대한 법철학적 접근은 변종필, 형사소송에서의 진실개념, 세종출판사 1999;

순수 철학적인 의미가 아니라 실제 형법전에서 규정한 규범 위반이 실제로 있었는가를 확인하라는 요구이다.⁷²⁾ 이로부터 구조적으로 당사자주의 소송구조에서는 법원의 수사개입이 제한적이고, 직권주의에서는 당사자의 고소 내지 고발의 내용과 관계없이 법원은 수사를 할 수 있다. 당사자주의에서는 사적 소추가 오랫동안 원칙이었기 때문에 검찰의 기능은 유명무실했다. 그리고 수사에 대한 권한도 없다. 반면에 직권주의는 법원이 수사를 지휘·감독한다. 법원은 모든 절차에 개입할 수 있다. 근대적 직권주의에서 행정부 소속인 검사의 역할은 제한적이다. 법원 수사를 도울 뿐이다. 독일의 경우 검찰 수사는 법원의 동의로만 공판전 종결가능하다.⁷³⁾ 우리 법 제247조 기소편의주의가 위헌적이라는 비판을 받는 이유는 검찰에게 사법부 권한을 위임하고 있기 때문이다.⁷⁴⁾ 이 문제는 형사소송법 제정 당시에도 지적되었다. 다만 당시 입법에 참여한 학자들이 소송구조상 검사 역할을 다소 비체계적으로 이해한 듯하고,⁷⁵⁾ 검찰의 불기소결정에 고등법원 항고를 인정하면 될 것으로 안이하게

유사한 의견으로는 김혜경, 실제적 진실발견은 형사소송법의 목적인가? 형사법연구 제26권 제2호 (2014), 161-192.; 실제적 진실개념을 증거창출 극대화와 증거분석력 강화를 위한 지도이념으로 설명하는 입장은 류혁상/권창국, 증거의 신빙성 제고를 위한 효과적인 증거수집 및 현출방안, 한국형사정책연구원 2005, 48.

72) 강압수사나 고문 등의 관행은 실제적 진실발견과 관계 없다. 중세 규문주의 소송에서도 고문이 항상 적용된 것은 아니다. 이러한 이해는 일종의 신화적 믿음에 불과하다. 기록에 근거하면 고문과 박해를 통한 규문은 15세기 종교적 마녀재판이라는 일부 지역적인 사건에 국한되었다고 볼 수 있다. 현실적으로 우리나라에서 발생한 80년대까지 독재 정권에 의한 고문과 강압수사는 당시 법으로도 범죄행위이지 소송구조로 평가할 대상은 아니다.

73) 독일 형사소송법 제153a조 내지 153d는 전통적인 기소법정주의에 대한 예외를 인정하는 조항이 아니다. 경미범죄 등에 관해 공소의 실익이 없다고 판단될 때 검사는 법원의 동의를 얻어 재판외로 수사를 종결할 수 있다는 규정이다. 그럼에도 불구하고 독일 학자들은 이 조항이 미국식 유죄협상 처럼 사법부의 기능을 약화시킨다는 비판을 한다. Altenhain/Hagemeier/Heimerl/Stammen/, Die Praxis der Absprachen im Wirtstraßverfahren, Baden-Baden 2007; Beulke/Satzger, Der fehlgeschlagene Deal und seine prozessualen Folgen, JuS 1997, 1072-1080; Beulke/Sabine, Zur Verletzung des Fair-trial-Grundsatzes bei Absprachen im Strafprozess, JZ 2005, 67-75.

74) 헌법재판소는 2004 헌마436과 2012헌마562 결정으로 기소편의주의는 위헌이 아니라고 한다. 위헌적이라는 주장은 김하중, 우리나라 기소제도의 문제점에 대한 고찰. 검찰개혁의 관점에서, 인권과 정의(2014/8), 49-71.; 김창균, 기소편의주의의 운용문제, 인제논총 제10권 제1호(1994), 264 이하; 김성은, 독일의 기소유예와 법원동의제도, 안암법학 제29호(2009), 180.; 박미숙, 검사의 기소제량에 관한 연구, 한국형사정책연구원 1993, 62; 박상기, 기소편의주의, 성신탁교수화갑기념논문집, 1993, 898 이하 등.

75) 1954년 1월 9일 형사소송법 초안에 대한 공청회 속기록에서 전문의원 서일교 교수는 “고등검찰청검

판단한 것으로 보인다.

모순과 혼란은 각 모델의 중요 구성요소를 제외시켰기 때문에 발생할 수 있다. 배심원 없는 법관 주도적 당사자주의와 수사단계에 개입하지 못하는 직권주의 또는 한국형 형사소송 제도는 구조적인 약점이 되고 있다. 오늘날 검찰의 영장청구권 독점과 수사에 대한 사법적 통제 불가능성, 그리고 증거규칙의 애매모호함은 형사소송법 도그마틱에서 보면 심각하다. 당사자주의 소송전통의 영국 검찰은 법정참여권이 없다.⁷⁶⁾ 즉 소송에 직접 참여할 수 없다. 검찰은 기소와 항소 결정에 참여를 할 뿐이고 소송은 법정변호인을 따로 선임한다. 반면에 직권주의적 소송제도에서 법원은 직접 수사를 하거나(프랑스 예심판사), 명시적으로 검찰에 위임한 수사를 감독하고 공판이 개시되면 직접 절차 전체를 지휘할 수 있다.(독일) 독일 행정조직법(Verwaltungsverfassungsgesetz, VwVfG) 제44조는 검찰의 부당 수사행위를 무효화하는 근거 규범이다.⁷⁷⁾ 구조적으로

사장이 불기소처분을 타당하다고 할 때에는 그 서류를 고등법원에 이송하여 고등법원으로 하여금 처분의 당부를 심사케 한다....(중략)...이 경우 검사의 직무는 법원의 저명한 변호사에게 행하게 한다.”라고 언급한다. 또한 국회의원 엄상섭 교수는 “...이 점을 또다시 생각해보면 검사가 소속되어 있는 고등검찰청 책임자로 하여금 고려할 기회를 줬고 그렇게 했으니 만일 이런 사건에 있어서 피고인이나 고소인이 기소되기를 지극히 원하는 사건은 억울한 점이 있을 것이니 대개 고등법원까지 나가지 않게 하고 검찰청내부에서 이것을 처리할 수 있어야만 될 것이라 하고 해서 지방법원에다가 직접 항소권을 주지 않고 고등법원에 하게 한 것은 우리나라 실정으로 보아서 지방법원지원이라든지 검찰청에서 대립해가지고 있는 곳에서 이런 것을 해나가면 인간은 감동동물이 되어서 미묘한 공기를 나타낼 것입니다. 그래서 차라리 그러는 것보다는 한층 더 높여서 고등법원쯤 하면 어떻게 하는 생각을 가지게 된 것입니다.” 결정적인 것은 당시 법제처장 신태익의 발언이다. “이 점에 대해서는 정부에서 제출한 원안대로 해주시기 바랍니다. 기소편의주의원칙을 명문화하고 있습니다. 죄 있으면 반드시 기소가 된다고 하는 것은 인간사회에 맞지 않습니다. 검거를 하면 조사를 받고 용서해주는 것도 좋을 것입니다...(중략)...이것이 악용될 것 같으면 뜻 없는 일입니다...(중략)...이런데 대한 감독규정은 검찰청법이라든지에서 규정하면 좋을 줄 압니다.” 이 속기록에 따르면 당시 입법에 참여한 사람들의 이해수준을 가늠할 수 있다. 그나마 가장 정직한 견해는 대법원장 김병로 발언에서 나온다. “이” 문제에 대해서 내가 어찌서 초안에다가 규정을 못했느냐 하면 사실은 원칙적으로는 형사법의 이(입)법으로는 다른 나라에도 많이 있고 그렇게 해야 되는데 그 이론 구성에 가서 펴 어려운 점이 많이 있고 나의 학력이 부족하고 조사가 불충분해서 못한 것입니다. 이런 고충을 말씀드립니다. 신양균 편저, 형사소송법 제·개정 자료집, 한국형사정책연구원 2009, 140-142.

76) 영국 모델은 법정변호인(Barrister)과 송무대리인(Solicitor)을 구분하기 때문에 검찰은 송무대리만 하고 공판을 위하여는 별도로 검찰측 법정변호인을 선임해야 한다.

77) Gunnar Duttge, Zur Bestimmtheit der Handlungsunwerte von Fahrlässigkeitsdelikten, Mohr Siebeck 2000, 376.; BVerwGE 11, 106, 108; 19, 284, 287/288; 23, 237, 238; 27, 295, 299; 35, 334, 343; BVerwG DÖV 1974, 562, 564; 1978, 405/406(연방행정재판소 판결 정리는 Duttge의 주 134)

당사자주의에서 법원의 권한 박인 수사행위는 공판 내 증거규칙으로 사후 통제되지만, 직권주의에서는 독일처럼 검찰에 수사를 위임하더라도 행정행위를 규제하는 모든 공법 규범을 근거로 전방위적으로 규제된다.⁷⁸⁾

그리고 우리 형사소송 절차에서 예심(공판준비)절차⁷⁹⁾가 없는 것은 문제이다. 통상 당사자주의 소송에서는 당사자들의 다툼을 소송으로 할 것인가에 대해 예심절차를 거친다. 마찬가지로 직권주의에서도 공소인 경우 검찰의 수사 후 법원이 공판개시를 결정하는 중간절차를 둔다. 이 절차가 존재하는 이유는 수사에 관여하지 않은 법원이 기소요건에 대한 실질 심사를 할 수 있도록 보장하는 의미가 있다. 특히 당사자주의 소송에서 중요하다. 이와 달리 법원의 직접 수사가 인정되는 프랑스의 경우나 1973년 법원의 직접수사절차(gerichtliche Untersuchung)를 폐지하고 현재의 검찰에 의한 수사절차(Ermittlungsverfahren)에 대한 법원감독권만을 인정한 독일에서는 검찰의 공소제기를 법원이 직접 심사하기 위한 제도이다.⁸⁰⁾ 사소(Privatklage)의 경우도 중간절차로 공판을 결정한다. 이 제도의 존부가 다소 애매하던 우리의 경우 1961년 소송법 개정으로 검사의 권한을 대폭 강화하면서 유명무실해졌다. 다만 2007년 개정으로 법률의 근거⁸¹⁾는 일부 마련되었으나, 여전히 이를 사무관리규정 정도로만 이해하는 듯 하다. 결과적으로 법원의 통제를 받지 않는 수사와 공소제기가 가능해진다. 그 결과 공무원법상 행정직원인 검사가 헌법에서 명령한 사법부의 재판권을 제한하게 된다.⁸²⁾ 게다가 사소제도가 없는 우리의 경우 시민의 재판받을 권리가 검사의 개인적

78) 독일 형법의 법왜곡죄의 실질적 대상은 원래 판사(Richter, Amtsträger, Schiedsrichter) 등 사법기관이다. 검사는 포함되지 아니 한다. 이에 반하여 범죄주체에 검사도 포함된다는 견해로는 서보확, 판사 및 검사의 법왜곡에 대한 대응방안. 법왜곡죄 도입을 중심으로, 경회법학 제49권 제4호(2014), 221-254. 특히 229 이하. 입법론상 우리 형사소송법처럼 검사에게도 일정 사법기능을 위임한 경우 이 범죄행위 주체로 포함시킬 수 있다.

79) 독일 형사소송법 제199조 이하의 공판개시 결정을 위한 중간절차(Zwischenverfahren)도 마찬가지로 기능을 한다.

80) Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Reform des Strafverfahrensrechts(1. StVRG), Drucksache 7/551. 이 개정안의 중요 내용에는 법원의 수사절차를 폐지하고, 검찰에게 증인조사와 사실확인을 위임하며, 검찰에 대한 법원의 감독권을 확인하고, 피고인의 법원출석의무를 완화시키고, 경미범죄에 대한 절차를 탄력적으로 운영하고, 소송을 신속하게 진행하고 배심제도를 일부 허용하는데 있다.

81) 예컨대 법 제266조의 5 내지 제266조의 16 공판준비절차.

82) 프랑스 형사소송법 제40조-2에 따르면 검사는 인지사건에 대해서만 기소중지를 결정할 수 있다. 다만, 당사자의 항고가 있는 경우 공소가 자동적으로 개시된다. 실질적으로는 검사에게 기소독점

판단에 전적으로 의존하게 되는 현상이 생긴다. 이런 불합리한 사태는 최근 급증하는 재정신청의 수에서도 확인할 수 있다.⁸³⁾

요컨대 필자가 생각하기에 다른 조건을 다 제외하고 소송구조적인 측면에서만 생각하면, 배심제도와 형식적 증거규칙에 따라 지배되지 않는 당사자주의 공판은 편향되고 오만한 형사소송 절차로 변질되기 쉽고, 수사와 기소결정에 참여하지 아니한 법원과 제출된 증거만으로 결정하는 직권주의 공판은 허술하고 무능한 형사소송 절차로 보이기 쉽다.

IV. 적정절차 보장을 위한 개선

헌법에서 보장된 적정절차 이념을 실현시키기 위한 방법은 다양할 수 있다. 그동안 형사소송법 개혁의 논의는 구조적인 측면보다는 개별적인 제도에 국한되었지 않았나 하는 생각을 해본다. 특히 증거규칙이 구체적이지 못한 구조적 취약점이나, 위임된 직권에도 불구하고 당사자 제출된 자료만을 근거로 소극적으로 사안을 심사하는 문제점은 구조적 문제로 보인다. 이하에서는 형사소송 구조적인 측면에서만 적정절차를 위한 개선점을 제안해보고자 한다.

1. 증거금지 규범과 공판 증거규칙의 구분적 이해

우선 헌법적 적정절차를 보장하는 증거(금지)규범과 공판에서만 적용되는 증거규

권한은 없다고 볼 수 있다.

- 83) 이에 대한 연구로는 한영수, 재정신청제도의 문제점과 개선방안, 재정신청제도 개선을 위한 형사소송법 일부 개정 법률안을 중심으로, 인권과 정의 제461권(2015), 107-131. 연구에 따르면 2014년 재정신청건수는 20,720건이며, 더 급격히 증가하고 있다고 한다.(113) 한영수 교수는 현재의 소송구조를 그대로 인정하면서 재정신청 심사를 고등법원에서 지방법원으로 변경하고, 재정담당 변호사를 둘 것을 제안한다. 이 제안은 1954년 제정 법률 공청회(주 65) 당시 입장과 크게 다르지 않다. 다만 63년간의 격세지감이 없다는 것은 문제다. 재정신청 급증의 문제를 해결하려면 공소와 사소를 구분하여 사소 대상을 확대하여 검찰의 기소독점권을 해체하고, 전체 경찰과 특별사법경찰관 등 수사는 검찰이 통제되되, 검찰의 공소대상 수사 통제를 위해 법원이 피해자와 함께 공소필요성을 평가하는 예비(중간)절차를 현실화하는 것이 더 합리적으로 생각한다.

칙을 구체화시켜 증거인용과 거부기준을 명확하게 한다. 당사자주의나 직권주의 모두 증거법의 일반 원칙은 최적 증거 선택이다. 증거를 선택하려면 증거의 성격이나 특징이 구체적으로 정해져야 하고, 또한 그 채부를 위한 기준 또한 미리 확정되어야 한다. 우리 법이나 규칙은 구체적으로 적용범위와 증거 유형, 그 채부에 대한 내용을 규정하고 있지 않다. 실무적으로 법원은 범죄와 관련된 증거에 대해 전방위적인 인용과 거절의 권한을 가진다. 이처럼 증거(금지)규범과 증거규칙을 공판과 관련짓지 않고 적용하면 우선 검찰 수사단계의 통제가 불가능하고, 법 제308조의 2의 위반으로 수집 제출된 증거도 공판에서 다시 반박을 거쳐 제거시키는 등 절차가 복잡해지며, 셋째 공판 내 증거규칙과 적정절차 이념에 따른 증거금지규범이 범죄예방이나 사회여론에 따라 우열관계에 놓이게 되는 등의 부작용이 사라지지 않게 된다.

국내 학자들은 법 제307조 제1항 증거재판주의와 제308조 자유심증주의에서 증거방법의 도그마틱을 설명하고 있다. 문헌들은 법 제307조 제1항은 엄격한 증명 규범으로 보고, 제308조는 법관의 자유로운 증명에 관한 증명력 문제로 설명한다.⁸⁴⁾ 예를 들어 사법연수원 법률 실무 교재인 ‘형사증거법 및 사실인정론’에 따르면 엄격한 증명의 대상은 공소범죄 사실, 형벌권 범위에 관한 사실, 간접사실과 경험법칙 및 법규로 설명하고 있다. 그리고 자유로운 증명의 대상은 정상관계 사실과 소송법적 사실, 기타 보조사실로 기술한다.⁸⁵⁾ 엄격한 증명과 자유로운 증명 사실은 이 설명처럼 분명하게 구분되지 않는다. 게다가 이 증명사실이 증거법칙의 대상인지 아니면 소송지휘를 위한 대상 사실인지도 애매하다.

추측컨대 독일 형사소송법상 증거채택 기준(엄격 증거 *Strengbeweis*와 자유 증거

84) 이러한 설명은 신동운, 간추린 신형사소송법 제9판, 2017, 382 등. 그러나 이 구분은 본문에서 설명하였듯이 독일 형사소송법을 근거로 할 수 없다. 참고로 Klaus Volk, *Strafprozessrecht*, C.H.Beck 1999, 178; Putzke/Scheinfeld, *Strafprozessrecht*, 6.Aufl., C.H.Beck 2015, 158. 일본의 경우 엄격한 증명과 자유로운 증명에 대해 우리의 경우처럼 설명않는 것으로 보인다. 독일처럼 증거규칙에 규정된 경우를 엄격한 증명으로 설명하면서 증명의 대상은 공소사실로 설명하기 때문이다. 히라라기 토기오(조균석 역), 일본 형사소송법, 박영사 2012, 352 이하.

85) 해당 교재(2017), 9 이하. 이는 다수 학자들 설명과 같다. 다만 배종대/이상돈/정승환/이주원, 형사소송법, 제2판, 홍문사 2016, 572 이하는 엄격한 증명 대상을 구성요건 해당사실, 위법성과 책임관련 사실, 처벌조건, 법률상 형의 가중 또는 감면 사실, 책임관련적 소송법적 사실로 보고, 자유로운 증명 대상은 물론 내지 추정 사실, 일반적 양형사유, 순수 소송법적 사실로 설명한다. 그외의 간접 사실 내지 경험법칙, 법규는 그 성질에 따라 엄격한 증명과 자유로운 증명의 대상이 된다고 한다.

Freibeweis) 설명을 따른 것 같다. 그런데 독일 교과서 설명⁸⁶⁾에 따르면 이 구분은 증거채부(Beweisaufnahme)에 관한 일반론이다. 엄격 증거란 법률에 규정된 방식에 의한 증거를 말하고, 자유 증거란 해당 규정이 없는 증거를 의미한다. 즉 엄격 증거는 법률에 증거방법이 명시되어 있다. 증인(독일 형사소송법 제48조 내지 제71조), 감정인을 통한 사실 조사(독일 형사소송법 제72조 내지 제93조), 법관의 직접 검증(독일 형사소송법 제86조), 조서 및 서류 진실성 조사방식(독일 형사소송법 제251조 내지 제257a조), 증인 조사(독일 형사소송법 제244조 제2항), 민사소송에서의 당사자 조사 내용(독일 민사소송법 제445조 이하) 등이다.⁸⁷⁾ 반면에 자유 증거란 위의 엄격한 증명 사실을 제외한 내용(예를 들면 독일 형사소송법 제244조의 3항: 법원에 의한 당사자 증거 요구 제한 기준을 직접 고려하여 결정토록 한다)을 법관의 판단에 위임하는 것을 의미한다.

우리의 경우 각 형사소송법에 흩어진 증거관련 규정 중 소송지휘권을 중심으로 하는 증거금지규범과 공판 내에서 증거를 선택하는 증거규칙으로 구분해서 정리할 필요는 있다. 예를 들어 법 제147조 내지 제149조는 증인과 증언에 관한 사항인데 특히 증언거부권자에 대한 증거수집금지를 규정한다. 이는 적정절차 규범으로 수사 단계에서부터 법원의 통제를 받아 제한해야 한다. 즉 피의자나 참고인 조사에 변호인이 동석시키는게 적정절차의 내용이 아니라 법원의 감독없는 신문과정 자체를 금지시키는게 적정절차에 부합한다는 뜻이다. 여기서 도그마틱적 흠결도 발생한다. 예를 들어 법 제150조 증언거부의 사유소명의 경우 법원의 설명의무⁸⁸⁾가 제도적으로 이 수사단계에서는 현실적으로 실현되지 못할 수 있다.

법사학적으로 보면 제307조 제1항과 제308조 제1항은 증거법과 관련 없다. 제307

86) Hans-Heiner Kühne, 위의 책, 751 이하.; Urs Kindhäuser, Strafprozessrecht, 2. Aufl., Nomos 2013, 228 이하.; Roxin/Schünemann, 위의 책, 370 이하.; Schroeder, 위의 책, 162 이하.

87) Satzger/Schluker/Widmaier, StPO, Carl Heymanns Verlag 2014, § 244 Rn.12 이하. 유죄판결이나 법적 책임이 부과될 여지가 있는 증인 증언과 감정 사실, 서증, 법원 직접 검증 사실이 엄격한 증명 대상이라고 설명한다. 독일 형사소송법 제251조 제3항과 같이 명백히 규정을 두는 경우 이외에도 법원이 규정은 없지만 증거방식에 대해 조사할 필요가 있는 내용은 자유로운 증명의 대상이다.(Rn. 17)

88) Hinweispflicht 또는 Aufklärungspflicht라고 부르며, 독일 형사소송법 제151조, 제200조, 제264조 내지 제266조 등에 구체적으로 규정한다.

조 제1항 증거재판주의는 증거법칙을 의미하기 보다는 법관의 자의적 판단을 배제하는 선언규범이다.⁸⁹⁾ 1954년 형사소송법은 미국 증거법 규정들 일부를 직권주의 체계인 독일 형사소송법에 융합시켰다.⁹⁰⁾ 그런데 각 제도에서 핵심적인 요소들은 제외되었다. 주지하듯이 미국 소송법의 특징은 전면적 배심제도이다. 미국 수정헌법 제6조와 제7조에 규정된 원칙으로 영국에서조차 시도하지 않은 민사와 형사 소송 모두 배심재판을 적용시켰다. 영국 보통법 전통에서 배심재판은 형사재판에 국한되며, 민사소송은 주로 사기사건이나 무고죄(false prosecution)의 경우만 인정된다. 정치적으로 문제가 있던 북아일랜드에서는 배심제도를 제외하고 있기도 했다.

반면에 직권주의의 독일은 형소법 제152조 제2항의 기소법정주의와 법원의 소송지휘권(수사지시 포함)을 중심으로 한다. 최근 일부 배심을 제한적으로 인정한다. 만일 이처럼 배심제도가 없거나 실질적 수사지휘권을 소극적으로 이해하면 구조적 흠결이 발생할 수도 있다. 우리나라의 경우 형사소송법의 현실은 이를 잘 보여주기도 한다. 직접 수사를 참여하지 아니한 법원이 검찰과 피고인 제출 증거로만 사실을 파악하려고 할 수 있다. 특히 시간이 없거나 사건이 이해되지 않을 때 당사자주의 소송 모델을 존중하게 되면 사건의 진실이 왜곡된다. 또한 애매한 증거법칙은 빈번히 소송을 전략적으로 이용하려는 검찰이나 경험 많은(노회한) 변호인에 의한 절차지배가 발생할 수도 있다.⁹¹⁾ 우리의 경우 이러한 현상을 통제할 수 있는 제도도 없다. 당사자주의

89) 1982년 강구진 교수의 형사소송법(박영사), 416은 제307조의 증거재판주의를 증거법이 아닌 전체 공소 범죄 사실(소인)을 포함하는 것으로 설명한다. 이를 엄격한 증명으로 보고, 제308조는 범죄사실 이외의 사실은 제308조의 자유로운 증명의 대상으로 설명한다. 형사소송법학에서 엄격한 증명은 범죄사실이고, 나머지 소송사실은 자유로운 증명의 대상이라는 주장은 이 책 설명에서도 발견되는 오래된 오해이다.

90) 강구진, 위의 책, 12 이하. 당사자주의 요소가 실질적으로 형사소송법에 포함된 시기는 1961년 5.16 군사정변 이후 형사소송법 개정이다. 이 개정으로 교호신문절차(161조의 2), 전문증거 제한(제310조의 2) 등이 첨가되었다. 일제시대의 구형사소송법과 1954년 제정된 형사소송법은 예심절차의 삭제와 증거보전의 인정, 증거조사에서 당사자 참여 정도였다.

91) 현행 법원조직법 제44조의 2, 제2항은 법관 근무평정 기준에 사건 처리와 기간, 상소율, 파기율 및 파기이유 등이 포함되며, 자질 평정 기준으로 성실성, 청렴성, 친절성 등이 포함되어야 한다고 규정한다. 이러한 평정기준이 적절한지를 떠나서 법관의 직무가 단순히 상소율이나 친절성에 따라 평정된다는 것은 문제로 보인다. 예컨대 미국이나 영국 등은 여전히 법관(판사)의 경우 대부분 종신제로 하며, 전직 등이 엄격히 제한된다. 독일의 경우도 법관의 신분보장은 연방 정부에서 절대 관여할 수 없도록 하고, 시험 성적과 연차 경력에 따른 승진 등만 규정하고 있다. 간략한 내용은 서창식, 해외 주요국의 법관 인사제도(지역법관제도)와 시사점, 이슈와 논점 836호(2014.4.25), 국

소송에서는 미국 연방법률 제28권 제1455조와 같이 이런 경우 소송을 중단시키는 기소중지청구(procedure for removal of criminal prosecution, 28 US Code §1455) 제도가 있다. 직권주의 소송구조에서 증거금지를 위반하거나 일부 당사자만을 위한 의도적 결정에 대해 담당 법관을 처벌할 수 있는 독일 형법 제339조 법왜곡죄(Rechtsbeugung)가 존재한다.

이러한 문제점은 우리와 비슷한 시기에 똑같이 미국 증거법 규정들을 일부 포함하여 개정한 일본 형사소송법에서도 나타난다. 1954년 형사소송법과 일본의 1948년 형사소송법률⁹²⁾ 내용은 대체로 유사하지만, 다른 점은 형사소송법상 검사의 영장청구권의 독점과 강력한 수사지휘권, 그리고 수사종결권/공소제기권 정도이다.

2. 증거규칙의 구체화

보통법상 사실 입증⁹³⁾은 당사자에게 요구된다. 이 제도는 설득 부담과 증거 부담으로 구분된다. 전자는 법적인 입증부담(the legal burden, the burden of persuasion)으로 법으로 부담자를 정한다. 보통법 소송구조에서도 예외 없이 검사에게 있다. 후자는 일반적 증거부담(the evidential burden, 또는 production burden)⁹⁴⁾이다. 피고인과 검사 모두 자신들이 주장하는 바를 각각의 증거(형성 및 제출)를 통해 입증해야 한다. 일반 증거부담은 미국과 영국이 증거법상으로 차이가 있어서 소위 입증책임(the burdens of proof)의 문제와 자주 혼동된다. 일반적인 예는 살인으로 기소된 자가 자신의 행위가 정당방위였음을 주장하려면 이에 대한 일반적 증거부담(the burden of production)을 진다. 피고인이 정당방위 상황임을 입증하기 위한 증거(CCTV, 증인의 증언 등)를 제출하면, 설득 부담(the burden of persuasion)을 지는

회입법조사처.

92) <http://www.fernuni-hagen.de/imperia/md/content/rewi/japanrecht/StPO.pdf>

93) 설민수, 민사·형사 재판에서의 입증의 정도에 대한 비교법적 실증적 접근, 인권과 정의 제388권(2008), 80-108.

94) J.B.Thayer, A Preliminary Treatise on evidence at the common law, Little, Brown and Company 1898; Waller/Williams, Criminal Law. Text and Cases, 11th ed., LexisNexis Butterworth 2009, 25 이하; Roberts/Zuckerman, Criminal Evidence, 2nd ed., Oxford University Press 2010, 220 이하.

검사는 그 증거를 “합리적 의심없이” 반박해야 한다. 이 때 검사는 법정 부담과 일반증거 부담을 동시에 지게 된다. 민사소송에서는 특별히 설득부담을 정하지 않는 한 일반적 증거부담만으로 결정되기 쉽다.

증거의 종류는 직접 증거(direct evidence), 정황증거(circumstantial evidence), 물질 증거(real evidence), 관련 증거(collateral evidence), 증언 증거 내지 비증언 증거(testimonial and non-testimonial evidence) 등으로 구분된다. 증거규칙은 공판 내의 규칙이므로 직접주의와 공판주의는 필수적이다. 우리의 경우 일반적 예심절차 기능을 검사에게 위임하고 있다. 이로 인하여 법원은 공판전 증거조사권을 현실적으로 제한받는다. 그러므로 증거규칙은 공판개시 이후에 적용될 수 있다. 일반적 증거규칙에서 증거유형별 순위는 직접 증거, 간접 증거, 직접 전문 증거, 간접 전문 증거, 의견 증거, 성향 증거 순이다. 직접 증거는 보통 별다른 입증 방식 없이 인용되며, 증거 특성에 따라 각각 입증 방식이 구체적으로 특정된다.

일반적으로 증거 채택을 위한 원칙은 사실 입증을 위한 중요성(Relevance)이다.⁹⁵⁾ 이 개념은 증거 채택이 소송에 영향을 미칠 수 있는 합리적 영향력에 따라 결정한다. 모든 증거를 제출할 수는 있지만 관련 증거 선택은 법원만 할 수 있다. 예를 들어 전문증거와 성향증거(tendency evidence)는 원칙적으로 배제되지만 중요성 정도에 따라 입증방식을 통과하면 예외적으로 인정된다. 강간 살인 범죄에서 피고인이 독특한 성적 취향(예를 들어 동성애)은 성향 증거이나 법정 증언을 통해 사건 관련성이 중요하다면 직접 증거가 된다. 중요성 배제 기준은 구체적으로 증인에 대한 신뢰성 부정, 다른 증거의 채택으로 인한 모순 발생, 증거인용의 실패 등 합리성 평가(reasonableness)에 따른다. 특히 증인에 대한 신뢰성이 부정되는 경우 법원은 불공정한 편향의 여부, 진술 오류나 혼동, 또는 불필요한 시간 낭비 등을 근거로 증거를 거부할 수 있다.⁹⁶⁾

95) Sec.56(1) Except as otherwise provided by this Act, evidence that is relevant in a proceeding is admissible in the proceeding.

96) 영미 증거법상으로는 증거 배제를 위한 일반 신뢰성 배제 기준(general discretion)이라고 한다. Feld/Alexander/Bagaric, 위의 책, Uniform Evidence Law. Principles and Practice, 2nd ed., Wolters Kluwer 2015, 107.

가. 증거유형별 적용기준

직접 증거와 정황 증거

증거법은 직접 증거와 간접 증거 등을 차별하는 기준이라기 보다는 입증을 위한 중요성과 그 근거를 고려하여 우선순위를 정한다. 직접 증거는 범죄사실을 직접 확인할 수 있는 모든 것이다. 여기에는 피해자나 목격자의 사건에 대한 진술, 기록문서, 흉기 같은 물적 증거가 포함된다. 직접 증거의 경우 특별한 사유가 없는 한 별도로 법원은 증거능력에 대해 결정할 필요는 없다. 두번째 유형인 정황 증거는 법원의 인용결정을 통해서 증거로서 채택된다.⁹⁷⁾ 통상 공판과정에서 가장 많은 논의가 제기되는 것은 정황 증거의 인용 내지 채택 여부이다. 직접 당사자의 이익이 갈리는 부분이다. 일반적으로 범죄에 대한 정황은 행위 동기나 범행 기회 등을 말한다. 모든 사람은 범죄 정황을 가질 수 있지만, 그 정황에 처한 모두 범죄를 실현하는 것은 아니다. 원칙적으로 정황 증거는 직접 증거보다 증거능력이 약하지 않다.⁹⁸⁾

정황 증거가 인용되는 방식은 다양하다. 여기서 정황의 의미는 “사실 현상”으로 이해되어서는 곤란하다. 법률에서 정황이란 사실에 대한 보조적 또는 간접적 설명이라는 뜻이다.⁹⁹⁾ 예를 들어 살인사건에서 직접 증거란 시체, 흉기, 목격자의 진술 등인 반면에 흉기와 사망원인에 대한 검증 사실, 피고인의 알리바이 부재 등은 간접 설명에 의해 확인되는 사실이며, 곧 정황 증거이다. 그렇기 때문에 정황이기 때문에 증거능력이 제한되는 것이 아니라 인용되기 위한 추가 설명에 합리적 의심¹⁰⁰⁾이 필

97) Roberts/Zuckerman, 위의 책, 110.

98) Roberts/Zuckerman, 위의 책, 110.; 변종필, 간접증거에 의한 유죄인정, 비교형사법연구 제5권 제2호(2003), 385-409; 부정적인 견해로는 배문범, 살인사건에 있어서 간접증거에 의한 사실인정, 동아법학 제59권(2013), 107-155.

99) 권영법, 정황증거에 의한 유죄의 인정, 형사법의 신동향 제46호(2015), 1-43; 김용상, 미국에서의 정황증거를 통한 카르텔의 입증, 2014, 2-11.; 우리 대법원도 정황 증거만으로 증거능력을 부정한 것이 아니라 보강 증거의 불충분을 이유로 채부를 결정한다. 대법원 1996.2.13, 선고 95도1794. 이 사건에서 법원은 소변검사와 압수 약물만으로는 마약 투약사실에 증거가 되기 불충분하다고 보고 상고를 기각했다.

100) 이유는 모르겠으나 2007년 개정된 제307조 제2항은 “범죄사실의 인정은 합리적 의심이 없는 정도의 증명에 이르러야 한다.”로 규정되었다. 증거법칙상 합리적 의심이 없는 정도의 증명(beyond a reasonable doubt)은 증거 원칙이다. 형사소송의 대상이 범죄사실인 것은 맞지만 증거법의 대상은 범죄사실이 아니라 요증사실이다. 법 제307조 제1항도 “사실의 인정은 증거에 의하

요하다.¹⁰¹⁾ 이 때 자주 사용되는 것은 감정이다. 감정은 주로 간접증거(정황증거)에 대한 증거 보강을 위해 시행된다. 살인과 같은 범죄에서 살인 흥기와 사망원인에 대한 확정에 대한 사망 감정조서는 넓게 보면 정황 증거에 속한다. 현재 널리 활용되는 유전자 감식이나 디지털 감식 결과 역시 정황 증거이다. 최근 정황 증거에 따른 사실 확정이 확대되어 현대 증거법칙도 그에 따라 변화하고 있다.¹⁰²⁾ 그러나 증거규칙상 감정결과와 전문가 의견 증거는 구분되어야 한다. 우리 법 제169조 이하의 감정에 관한 규정은 감정 증거에 관한 규칙은 아니다. 감정인에게 신문권 등을 보장하고 있어서 증거규칙으로 볼 수 없다. 제172조 감정증인에 관한 규정만 제한적 감정 증거(의견 증거)로 평가할 수 있다. 이 규정은 독일 형사소송법 제72조 이하의 법원의 사실확인을 위한 감정 및 검증처분과 같은 듯하다.

(전문) 진술 증거

보통법 증거원칙은 법정의 진술을 증거로부터 배제한다.¹⁰³⁾ 전문 증거는 원칙적으로 공판에서 증거로 사용되지 아니 한다. 진술을 신뢰할 수 있게 만드는 것은 선서를 통한 책임 부담과 교호신문을 통한 확인을 통해 이루어져야 하기 때문이다.¹⁰⁴⁾ 보통법

여야 한다.”라고 규정한다.

101) 이를 자유심증의 객관화라고 부를 수 있다. 김종률, 합리적 심증과 과학적 사실인정, 제8회 한국형사소송법학회 발표 자료집과 형사법의 신동향 제26호(2010), 1-96은 진술의 과학적 분석을 통하여 증거분석을 시도하는 시도를 하고 있다. 주로 언어분석과 심리태도를 중심으로 하는 진술구조를 대상으로 하는 것으로 보인다.

102) James Q. Whitman, *The Origin of Reasonable Doubt: Theological Roots of the Criminal Trial*, Yale University Press 2008.

103) *Teper v. R* (1952) AC 480.: “the rule against the admission of hearsay is fundamental. It is not the best evidence and it is not delivered upon oath. The truthfulness and accuracy of the person whose words are spoken to by another witness cannot be tested by cross-examination, and the light which his demeanor would throw on his testimony is lost.”

104) 진술 자체의 과학적 분석을 통해 정황 증거를 합리적으로 판단하려는 시도가 김종률, 위의 글, 3 이하; 권오걸, 진술증거의 신빙성과 SCAN 기법, 법학논고 제40집(2012), 경북대학교 법학연구원, 629-656 등에서 제안되고 있다. 새로운 시도이기기는 하나 진술 자체의 형식성 분석을 통해 어떤 사실관련성을 입증하는 문제는 일단 심리철학적인 한계를 가지고 있다. 이런 모델들은 분석 철학에서 많이 경험했다. 이 때 “분석”이란 개념은 칸트의 유명한 순수이성비판 앞부분에 나오는 ‘분석판단’에서 비롯되었다. 즉 분석판단이란 진술 체계 내의 형식성 판단일 뿐이다. 즉 진술의 정형화는 외부 사실과 어떤 관련성도 없다. 그렇기 때문에 심적 태도를 기반으로 하는 진술 분석

상으로도 법정 외 전문진술이 증거로 인용되는 경우는 이에 대한 신뢰할만한 증명(공증 등)이 있거나 다른 법률에 근거하여 정식으로 작성된 서류 등 경우이다.¹⁰⁵⁾

현대 영미 증거법은 다음과 같은 예외에서 전문 진술을 증거로 인정한다. 첫째 선행 사실에 대하여 이미 다른 재판 등에서 입증된 전문이다. 이 예외는 형사소송에서는 제한적이다. 둘째 직접 당사자의 직접 진술(first-hand hearsay)인 경우이다.¹⁰⁶⁾ 이는 다른 사람의 진술을 옮기는 수준이 아니라 본인이 해당 사건에 대해 직접 진술을 하고 있다는 측면에서 인정할 수 있으며, 실제로 형사사건에서 인용되는 경우도 있다.¹⁰⁷⁾ 전문 진술을 담은 서류 제출로는 증거로 인용될 수 없으며, 최소한 증언, 녹음 또는 영상 등으로 작성 환경에 대한 보강 사실이 함께 제출되어야 한다. 대부분의 증거법들은 이에 대한 구체적 규정¹⁰⁸⁾을 두고 있다. 세번째 증인이 사망 내지 기타 사유로 인하여 법정에 나올 수 없는 경우이다. 기타 사유로는 그 전문 진술이 영업장부나 서류에 기록되거나, 단순한 라벨, 전신통화기록(매신저 기록 포함), 혼인 증명서 등의 공정증서(우리 법 제315조은 증거규칙이 아니라 증거인용 규정) 등이다.

요컨대 현대 증거법에서 전문 진술 증거는 직접성과 신뢰성, 그리고 유일성 기준에 따라 증거로 인정한다. 어느 경우도 진술자가 직접 법원에 나온 경우는 더 이상

만으로는 제한적이다. 이는 오늘날 인지 언어학(Neurolinguistics)의 한계이기도 하다. 소송이론은 반대로 체계 형식성을 중심으로 진술을 표본화하는 것에 집중한다. 이러한 모델은 전산언어학과 같이 객관적이고 형식적인 방식으로 구성된다.

105) UEA 59 (3) Subsection (1) does not apply to evidence of a representation contained in a certificate or other document given or made under regulations made under an Act other than this Act to the extent to which the regulations provide that the certificate or other document has evidentiary effect. 예를 들어서 최근 문제된 청와대 전직 수석 작성 “수첩”의 증거능력은 형사소송법 제313조에 따른다. 즉, 동의 또는 특신상태의 존재여부가 관련이다. 또한 형사소송법 제315조는 당연히 증거능력이 인정되는 서류증거 규정이다. 수첩이 제315조 제3호에 해당한다고 법원이 판단할 때는 증거로 인정될 수 있다. 만일 수첩을 전문 증거로 해석해도 제316조의 3은 전문증거법칙에 따라 증거능력을 인정받는다. 요컨대 수첩의 증거능력은 증거유형이 아니라 입증 방식에 달려 있다.

106) 증거법상 전문증거 인정범위는 매우 넓다. 대체로 진술자가 법정에 나오지 못하는 경우에도 주로 전문증거를 인정하는 기준은 업무일지, 사건 발생 직후 기록된 진술로 그 구성에 오류가 없을 때, 작성자가 이를 달리 기술할 이익이 없는 진술, 신뢰성 높은 기록 등이다. UEA 제65조 제2항 내지 제7항. 제82조 등.

107) R v. Vincent (2002) NSWCCA 369, (20)

108) UEA 65 (2), 82, 84, 85, 86, 89, 90 등.

전문 진술이 아니라 직접 증거(증언)이다. 여기서도 소송 구조상 차이가 발견된다. 직권주의에서는 증인과 참고인 등을 직접 소환할 수 있으므로 사망 등으로 참석할 수 없는 경우를 제외하면 전문 진술 배제 법칙은 실익이 없을 수 있다.

의견 증거

증거법상 전문가 의견이나 일반 목격자 의견을 증거로 삼은 것은 매우 최근이다. 보통법 전통에서는 법정에서 “사실” 진술만 허용되었고, “의견” 진술은 금지되었다. 마찬가지로 우리 대법원 규칙 제74조 제2항의 제3호도 증인신문시에 의견을 듣거나 의논을 하지 못하게 한다. 의견(opinion)은 사실에 대한 묘사와 달리 주관적 견해가 포함된다. 전문가 의견도 역시 주관적 관점이 포함되면 객관적 사실 묘사와 다르다. 이와 별도로 증언 증거(testimonial evidence)는 다른 평가를 받는다. 의견 증거 금지에는 유도 심문¹⁰⁹⁾, 피고인 전과사실, 증인의 취향 정보와 같이 사실과 관련없는 진술의 증거채택 금지도 포함한다.

현대 증거규칙에서 의견 증거는 매우 제한적으로만 인정한다. 미국의 경우 연방 증거규칙 제701조에 일반 의견, 제702조에 전문가 의견증거를 인용근거를 규정하고 있다. 목격자의 일반 의견은 우선 진술의 합리성 기준을 통과해야 한다.¹¹⁰⁾ 합리성 기준은 일반적 이해가능성을 의미하며, 기술적, 전문적 내용에 대한 사항은 제702조의 적용을 받는다. 제702조 전문 의견은 전문가로서의 자격을 갖추고, 그의 과학적, 기술적 전문 의견이 해당 사안을 이해하는데 도움이 되고(a), 의견이 충분한 사실과 자료를 근거로 제시되며(b), 진술이 믿을만한 원칙과 방법론에 의해 구성되며(c), 전문가가 이 사안의 설명하는데 믿을 만한 원칙과 방법론을 적용했을 것(d)을 요구한다. 이 연방증거규칙은 도버트 사건과 금호 타이어 사건에서 개발된 소위 도버트 기준으로 유명하다.¹¹¹⁾ 과학 증거의 채부에 대해 논란의 여지가 많은 전문가 진술과 의견은 전문 의견 증거에 속한다.

예를 들어 호주의 통합증거법(UEA)은 이를 더 세분화하여 증거 법칙을 구성한다.

109) 규칙 제76조 제2항.

110) Michael H. Graham, Federal Rules of Evidence, 9th. ed., West Academic 2015, 373 이하.

111) Michael H. Graham, 위의 책(주 105), 386.

원칙적으로 일반 또는 전문 의견은 증거로서 인정하지 못한다.(제76조) 다만 통합증거법은 의견 진술이 당해 사건과 관련되지 않고 오직 관련 사실을 독립적으로 설명하는데 제시되고(제77조), 직접 목격하거나 듣거나 인지한 것이 아닌 경우(제78조, lay opinion), 아보리진이나 토레스 해협 거주자들¹¹²⁾의 관습이나 법에 관한 것이 아니며(제78A조), 특별한 훈련이나 연구 혹은 경험을 바탕으로 해당 지식을 취득하지 않았으며(제79조, expert opinion), 자백 증거(evidence of an admission)의 형태로 구성되지 않아야 하고(제81조), 이전 판결이나 기소된 사항에 관련된 것이 아니며(제92조, exceptions to the rule excluding evidence of judgment and convictions), 피고인의 성향을 증명하는게 아닐 때(제110조 내지 제111조, character evidence), 예외적으로 의견 증거로 인정하고 있다. 요컨대 의견 증거는 진술자의 주관에서 구성된 견해가 아닐 때 예외적으로 사건을 확인하기 위하여 인정한다. 이를 비계산적 진술 규칙(without conscious ratiocination rule)이라고도 한다.

나. 우리 증거법의 체계구조적 문제점

우리 형사소송법상은 증거법 규정을 가지고 있지만 증거 채부에 대한 공판 내의 규칙이 구체적이지 않다. 증거신청이 있을 때 법관이 당해 증거와 증명대상이 되는 사실과의 관련성이나 조사 필요성을 감안하여 (자유롭게?) 결정한다.¹¹³⁾ 더욱이 소송법 제403조에 따르면 증거 채부 결정에 대한 즉시항고¹¹⁴⁾가 불가능하고, 규칙 제135조 단서에 따라 증거 채부 결정이 법령에 위반한 경우만 이의신청을 한다고 규정한다.¹¹⁵⁾ 현실적으로 증거 채부 결정 자체가 법령에 위반될 여지는 없다. 그 법령이 없거나 구체적이지 않기 때문이다. 당사자주의 소송구조로 인정되려면 그에 맞

112) Aborigine과 Torres Strait Islander는 호주 원주민들을 말하며, 이들에 대해서는 법적으로 특별 지위가 인정되어, 그들의 전통 풍습과 규약을 독립적으로 인정한다.

113) 대법원 2003.10.10.선고 2003도3282. 영국 증거법에서는 이를 직접 관련성으로 설명한다.

114) 이 규정에서 말하는 즉시항고는 당사자주의에서 중요하게 제도화한 contemporaneous objection rule과 같은지 확신이 없다. 현장에서 이견을 제시할 수 없다는 측면에서는 다른 것으로 보인다. 현장 이의제시권은 당사자주의 증거법상 빼놓을 수 없는 규칙이다.

115) 임성근, 위의 글, 32. 증거조사에서 신문과 법정 진술에 대해서 김대근/공일규, 검사의 효과적 공판수행 기법연구, 한국형사정책연구원 2015, 92 이하는 우리 규칙과 미국의 증거개시 절차상의 차이를 설명한다.

는 증거규칙은 필수적이다. 우리 증거법의 문제를 간단히 말하면 최적 증거 법칙에 대한 이해가 없고, 직접주의가 절차상 빈번히 제외되며, 증거법칙이 애매모호하며, 증거에 대한 이해가 체계적이지 못하다.

필자가 보기에 우리 형사소송법의 순수 증거법 규정은 증언 규정을 제외하면 법 제307조부터 제316조이다. 앞에서 언급했듯이 제307조 내지 제310조는 증거규칙이라기 보다는 헌법 원칙을 선언한 소송법 규정으로 볼 수 있다. 비교적 구체적인 증거규칙은 제310조의 2부터 제316조까지이다. 법 제310조의 2는 표제가 “전문증거와 증거능력의 제한”으로 되어 있다. 전문 증거 배제 원칙의 예외로 제311조 내지 제316조 규정을 예외로 인정한다. 제311조와 제313조 내지 제316조의 내용은 - 소송구조상의 차이를 제외하면 - 현대 증거규칙과 모순되지 않는다. 문제는 제312조이다. 동조 제2항은 수사 단계에서 검사 작성 피의자 진술조서가 신뢰할 근거가 있을 때 공판에서 피고인이 성립의 진정을 부정해도 증거로 인정할 수 있다는 규정이다. 이 규정은 보통법상의 증거법칙에 따라도 전문증거 문제가 아니다. 억지로 껴맞추면 피고인의 법정 이외 진술의 증거인용 문제(admissions by criminal defendants)로 보인다. 특별히 수사과정에 어떤 강요도 없었다는 신뢰할만한 정황이 있을 때 피고인(참고인)의 진술을 법정에서 증거로 삼을 수 있다는 규칙이다. 우리 법 제309조의 실제 내용이기도 하다.

법 제312조 제2항은 이와 달리 공판정에서 검사 작성 피고인 진술조서의 우선 인용을 강제하는 규정처럼 보인다.¹¹⁶⁾ 조서의 내용에 반하는 피고인 직접 진술을 현장에서 또는 미리 제한할 수 있다는 측면에서 헌법적으로도 문제이고, 증거법상 받아들이기 곤란하다. 현대 증거법은 구조적으로 증거규칙도 직접주의 원리와 모순 없이 설계되어야 한다. 프랑스 혁명 이후 모든 형사절차가 준수해야 하는 기본 전제가 직접·공개주의이다. 당사자주의에서 피고인 출석이 없이 공판이 개시되는 경우는 극히 예외적이다. 우리 법 제277조 제2항 피고인 불출석의 경우가 아니라면, 이 경우를 증거규칙으로 규정하여 전문 진술 배제 예외로 규정할 이유는 없다. 게다가 법원이 피고인을 직접 신문할 수 있는 우리 법의 경우(제296조의 2) 이런 증거규칙

116) 신동일, 전문증거에 대한 사제추위안의 문제점과 개선방안. 특히 제312조와 제316조를 중심으로, 비교형사법연구 제8권 제1호(2006), 485-500.

을 별도로 둘 필요조차 없다. 그리고 법 제312조 제2항의 내용은 직접주의를 규정한 헌법의 취지에도 반할 수 있다. 두번째 입증방법의 적법성이다. 적법절차의 이념을 건강부회식으로 이해하면 안 된다. 합리적 의심이 없는 수준의 증명(제307조 제2항)이란 법원 또는 국가가 유죄입증을 위하여 금지되지 아니한 증거방법은 사용할 수도 있다는 소극적 의미가 아니다. 이와 반대로 근대적 증거법은 법률이 명확하게 허용한 방식만 허용한다. 이 원리는 국가 형벌권의 기본적 악행금지과 보충/비례적 제한원리에서 비롯된다. 단순히 설명하면 법에 규정되어 있지 않은 행위는 처음부터 금지되며, 국가는 법률에 명확히 규정된 행위만 할 수 있다. 그런 이유로 법집행자가 이를 과실로 위반하면 국가배상의 대상이고, 고의로 위반한 경우 증거법 위반을 넘어 범죄도 될 수 있다.

또한 우리 법에는 일반적인 증거규칙상의 전제인 최적 증거 규칙을 보장하는 운용 규정이 없다. 증거규칙상 증거는 물증(서증 포함), 직접 증거, 정황 증거, 전문 증거, 의견 증거, 불완전 증거 등으로 중요도가 설명된다.¹¹⁷⁾ 요증 사실과 관련된 가장 적합한 증거를 제출하라는 원칙이 바로 증거 규칙이다. 예를 들어 물증이 있음에도 불구하고 진술 증거에 의존한다든지, 아니면 단순 정황만이 아닌 구체적 증거로 인정될 여지가 있는 서증을 정황 증거로 평가하는 것은 증거규칙 위반이다. 최적 증거 원칙은 현대 국가의 법률주의 의무를 근거로 한다. 더욱 주목해야 하는 것은 직권주의 요소를 포함하고 있는 우리 형사소송 절차에서 정작 직권주의의 장점이 나타나지도 못한다는 사실이다. 직권주의 소송절차의 장점은 구체적 증거법칙 이외에도 대립 당사자 간 논증기술상의 차이를 균등화시키는 것이다.(무기평등의 원칙) 예컨대 법원이 주도적으로 소송을 지휘함으로써 고액 수임료를 받는 탁월한 변호인의 절차지배나 현저하게 약한 일방 당사자가 절차상 불이익을 받지 않도록 할 수 있다. 경제력 차이로 공정한 재판권이 훼손되는 경우를 미연에 방지하는 목적이 제도 설계에 포함되어 있다. 최소한 최적 증거 원칙과 구체적 규정에 따른 엄격 증명 방식(Förmlichkeit des Verfahrens)을 제도화할 필요성이 있다. 또한 직접주의 등의 상위 헌법 원칙과 모순되는 법 제312조 등은 삭제되는게 낫다. 수사 과정은 법원의 엄격한 통제를 받도록 하고, 공판에서 검사는 국가의 대리인으로서 공소유지 역할

117) Cross/Wilkins, Outline of the Law of Evidence, 7th ed., Butterworth 1996, 13 이하.

에만 집중해야 한다.¹¹⁸⁾

3. 적정절차를 위한 재설계

형사소송법의 이념과 목적은 어느 구조를 취하든 피고인의 인권보호가 중심이다. 구체적인 증거규칙이나 엄격한 법원의 소송지휘는 그 목적에 맞게 수행되어야 한다. 형사소송법에는 헌법 원칙들이 다수 포함되어 있다. 예를 들어 무죄추정 원칙이나 의심스러울 때는 피고인의 이익 원칙, 국가권력의 악행금지 원칙, 국가의 입증부담 원칙과 같은 해석 원칙들과 법관의 독립 보장, 공개주의나 직접주의와 같은 운용 원칙들은 개별적인 증거규칙보다 우선적으로 적용되는 소송규범들이다. 이를 토대로 수사단계를 포함한 소송지휘권과 공판에서 증거규칙에 따라 공판을 진행하는 절차는 별개로 볼 수 있다.

우선 형법전에 규정된 범죄구성요건 사실을 대상으로 하는 것이 아니라 일반 경찰행정의 대상인 치안유지와 안전관리에 관한 사항¹¹⁹⁾도 형사소송법의 규율 범위에 속한다.¹²⁰⁾ 그렇기 때문에 실제 형법전에 규정된 범죄 구성요건 사실의 존재를 확

118) 변종필, 위의 논문(주 6), 605. “하지만 이러한 참여권 및 방어권 보장을 반드시 당사자주의의 산물이라고 볼 필요는 없으며, 궁극적으로는 헌법상 적법절차원칙의 보장에 따른 산물이라고 파악하는 것이 옳다고 본다. 실령 당사자주의 산물이라 보더라도, 당사자들의 참여와 대화라는 민주적 과정의 실현 여부는 사회적 현실적 조건에 결정적으로 의존한다. 그렇다면 그와 같은 조건의 영향으로 당사자 간에 여전히 무기의 불평등이 지배하고 있는 소송 현실에서 무기 대등을 확고히 실현함으로써 형사소송의 민주화를 꾀하고 피고인의 방어능력을 실질적으로 보장하는 일, 이로써 공정한 재판의 실현이라는 형사소송의 목적을 달성하는 일은 법관의 직권적 개입을 강화하는 등 직권주의의 역할에서 찾을 수 밖에 없을 것이다.”

119) 경찰관 직무집행법(법률 제3427호) 제2조의 직무 범위는 국민의 생명 신체, 재산 보호부터 공공질서 유지까지 광범위하다. 이에 따라 각 행정행위의 집행 방식과 대상이 특정되어야 한다. 반면에 범죄 구성요건에 포함된 행위의 수사와 소송절차 등은 경찰관의 업무가 아닌 검찰청법에 규정된 검사의 업무에 속한다. 이 경우 검찰은 경찰을 지휘할 수 있다. 두 기관의 업무 범위와 협력은 구체적으로 규정된다. 통상 행정법학의 대상은 경찰관 직무영역을 포함하는 반면 검찰 업무에 대해서는 형사소송법학에서 논의하는 이유는 원래 검찰의 직무란 형법에 규정된 범죄사실의 소송절차상의 수행업무에 국한되기 때문이다. 독일법의 역사에서 20세기 초반 행정형법과 (일반)형법의 구분은 이러한 사실을 분명히 보여준다. 여기서 행정형법이란 경찰관 직무집행에 관한 사항을 말한다. 즉 우리 경찰관 직무집행법과 동일하다. 역사적으로 검찰과 경찰의 수사업무가 확대시킨 것은 나치스의 인민법정(das Volksgericht)이다.

120) Roxin/Schünemann, 위의 책, 2는 형사절차는 실체법에 타당하고, 소송 절차에 따르며, 공동체

인하는 절차로 형사소송 절차를 이해하는 것은 논리적으로 타당하지 않다. 형사소송법은 소송절차 전반적 지휘권이 다른 법제도(특히 헌법과 형법과 같은 실체법)에 법체계적으로 조화¹²¹⁾될 수 있어야 한다. 경찰직무집행권의 통제와 행형단계에서의 교도행정의 통제¹²²⁾ 역시 형사소송법의 일부이며, 이를 (행형)법관이 감독하는 제도도 구체화되어야 한다. 직권주의적 형사소송법에서 다른 법률과의 전체적 조화와 권한 조정은 법치국가의 제도가 활성화될 수 있도록 한다는 점에서 중요하다.

특히 형사소송에서 검찰의 지위와 역할에 대한 깊은 논의가 필요하다. 우리 형사소송 절차에서 검사는 수사와 공소유지를 담당하고 있다. 그럼에도 불구하고 전체 법체계와 검사의 소송법적 지위는 이질적이다. 우선 검찰 권력의 통제 필요성은 어제 오늘 일은 아니다. 소송구조상으로 법관에 비해 검사의 역할은 미미하다.¹²³⁾ 반면에 우리의 경우 검사는 실질적인 법관의 역할도 일부 하고 있다. 다양한 비판에도 불구하고 우리 검찰의 지위는 이제 형사소송의 주체로 굳어지고 있다.¹²⁴⁾ 정치권력

평화를 유지할 수 있는 피고인 처벌가능성의 결정을 목적으로 한다고 설명한다. 대륙법계 법체계는 형사절차의 모든 과정을 형사소송법이 통제하도록 편성된다. 그래서 행형과 경찰직무활동 관련 사항도 형사소송법의 대상이다.(5 이하)

121) Niklas Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, 10.Aufl., Suhrkamp 1983.

122) 배종대/정승환, *행형법*, 홍문사 2002, 104.; 정승환, *행형에 대한 사법적 통제를 제안한다*, 법과 사회, 제9권 제1호(1004), 138-161.; 수용자의 생활조건과 권리구제, *행형법 개정안에 대한 검토*, 형사정책 제18권 제1호(2006), 163-197.; Laufenthal(신양균/김태명/조기영 옮김), *독일행형법*, 한국형사정책연구원 2010, 447 이하.

123) Carsten/Rautenberg, *Die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland bis zur Gegenwart*, 3.Aufl., Nomos 2015, 388: “검사의 주요 임무는 형의 소추이다.” 부수적으로 선고에 따른 형의 집행을 수행한다.(독일 형사소송법 제451조) 독일의 검찰조직은 왕의 변호사로 시작한 프랑스와 달리 15세기 브란덴부르크-프로이센 시대 벌금징수원(Fiskalat)으로 출발한다. 자세한 Eberhard Schmidt, *Fiskalat und Strafprozeß: archivalische Studie zur Geschichte der Behördenorganisation und des Strafprizeßrechtes in Brandenburg-Preußen*, Bd. 20., Veröffentlichungen des Verein für Geschichte der Mark Brandenburg, Oldenbourg 1921.

124) 우리나라 학자들은 대체로 검사를 소송주체로 보고 있다. 형사소송법의 현재 해석에서는 일부 타당할 수 있다. 그러나 당사자주의나 직권주의 모델 모두 형사소송 주체는 국가와 피고인이다. 직권주의 모델에서 국가를 대리하는 것은 검사가 아니라 법원이다. 독일의 경우 검사는 수사와 기소를 하지만, 소송주체인 법관을 보조하는 역할이다. 검사를 소송주체로 보면 피고인은 두 개의 국가기관(법원과 검찰)과 투쟁하는 모순에 처한다. 우리 소송법상 검사를 소송주체로 인정하지만 이 점을 지적하는 신동운, *간추린 신형사소송법* 제9판, 법문사 2017, 275.; 한편 배종대/이상돈/정승환/이주원, 위의 책, 287은 재판권의 주체로 법원, 공소권의 주체로 검사, 방어권의 주체로 피고인으로 구분한다. 유사한 견해는 정웅석/백승민, *형사소송법*, 진정증보 제6판, 대명출판사 2014,

과의 관계가 어떻게 구성되느냐에 따라 검찰의 지위는 실제로는 법관의 위치와 대등해질 수도 있다. 그러나 우리가 간과하고 있는 것은 각 주체들의 도그마틱적 위상이 아니라, 소송절차에 대한 형사법 전체의 제도 구성방식이다. 위에서 언급했듯이 직권주의는 검찰의 역할이 보조적이다. 프랑스에서는 예심판사가 수사를 하고, 국가를 대리하는 역할을 검사가 맡는다. 반면에 독일 검찰의 경우 제도적으로 수사절차를 총괄한다. 이 경우 사법부의 지위를 위임받는다.

간략하게 말하면 경죄와 중죄, 공소와 사소의 구분¹²⁵⁾이 없고, 특별형법에 대한 소추절차가 별도로 구분되어 있지 않은 우리 형사법 체계는 오늘날 기준으로 보면 소송형식적으로 그다지 세련되지 않았다는 사실이다.¹²⁶⁾ 그 때문에 모든 형사소추를 검찰의 수사와 형사소송 절차로 담당해야 한다. 우선 형사법적으로 경미범죄와 중범죄를 구분하여 검찰이 담당하는 형사소송 절차는 중범죄에 국한시켜야 한다. 그리고 특별형법에 산재하는 범죄구성요건들은 검찰의 영역이 아니라 각 영역별 소추담당을 별도로 구성하는 것이 합리적이다. 예컨대 우리 특별검사제도는 법관의 기능을 중첩적으로 포함한 소추권한을 인정하는 것이 필요하다. 정치적 사건의 적극적 해결은 특별 검찰에 영장발부 권한까지 포함시켜야 효율적¹²⁷⁾일 수 있다. 즉 형사소송 절차를

270.; 이은모, 기본강의 형사소송법, 박영사 2016, 22 이하.; 이재상/조균석, 형사소송법 연습, 제8판, 박영사 2017, 20은 검사의 소송주체로서의 당사자지위를 검찰청법 제4조 제1항을 근거로 설명한다. 이 조항은 검사의 직무조항으로 제1항은 검사는 공익의 대표자로서 범죄수사, 공소의 제기 및 그 유지에 필요한 사항, 범죄수사에 관한 사법경찰관의 지휘·감독, 법원에 대한 명령의 정당한 적용 청구, 재판 집행 지휘·감독 등이다. 그런데 이 법률에 따를 때 검사는 소송의 보조자이지 주체가 아니게 된다.

125) 이 규정은 직권주의의 구조와 관련되는게 아니라 독일 형사법상 경찰과 검찰의 관계에서 비롯된다고 봐야 한다. 독일 형사법에서 검사가 담당하는 사건은 제한적이다. 반면에 경찰은 치안유지부터 거의 모든 예방적 업무를 한다. 형사소송법은 형법에서 규정한 범죄사실들을 대상으로 하므로 소송 주도는 법원이 하고 증거수집과 피고인 구속 등의 일부업무를 검사가 담당한다. 수사종결 권한은 당연히 법관만 가질 수 있다. 독일에서 실질적 문제는 형사소송법과 관련없는 일반 치안에 방 업무에서 경찰을 통제할 기관을 누구에게 맡길 것인가이다. 독일 형사법에서 검사의 수사지휘권이란 형사소송대상 범죄사실이 아닌 사안에 대한 통제권을 의미한다. 이는 영국이나 미국의 경찰권과 검찰권의 문제와도 유사하다. 우리 경찰처럼 중요 범죄사실에 대해 직접 수사를 할 수 있는 법구조에서는 독일이나 영국 등과 체계구조상 다른 설명방식이 필요하다.

126) 경범죄처벌법 위반에 대한 관할 경찰서장, 해양경찰서장, 제주도지사, 철도사법경찰대장의 통고처분권(제7조)은 경미범죄에 대한 소추권한 배분의 한 측면에서 합리적인 것으로 볼 수 있다. 합리적인 사법절차는 각 특별형법에서도 각각 구체적인 소추권한의 배분이 실현되어야 한다.

127) 홍콩의 ICAC(Independent Commission Against Corruption), 싱가포르의 CPIB(Corrupt Practice

다원적으로 설계하는 것은 내재된 많은 문제를 해결 할 수 있는 하나의 방법이다.

V. 결론

소송절차는 그 시대와 지역의 규범구조를 반영한 일종의 문화이다. 그러나 우리의 경우는 너무 성급하게 인위적으로 결정된 듯하다. 형사소송법 제정을 위하여 준비할 수 있는 시기가 짧았던 이유도 있지만 시행된 후 10년도 못되어 발생한 군사 쿠데타로 인해 이질적인 제도가 정치적으로 혼합되어 전체적인 왜곡이 발생되었다. 검찰의 영장청구 독점이나 수사단계에서 법원의 소극적 권한이 제도적으로 정착되면서 직권주의적 요소들은 희석되고, 각 정치적 발전단계에서 법원의 형벌권 통제 기능 회복이 아니라 헌법적 소송원칙의 재확인(제307조 제2항 합리적 의심배제와 제308조의 2 위법수집증거배제법칙 등)만 실현되었다. 직권주의적 소송지휘권이 이 없이 후퇴되면서 주로 미국의 증거법에서 영향을 받은 당사자주의적 요소들이 형사소송 절차에서 성행하기 시작한다. 그럼에도 불구하고 법원의 소송지휘는 석명권이나 직접 신문권 등을 통해 증거의 채부를 더 애매하고 모호하게 만들 수 있었다.

직권주의적 요소인 실체 형법전은 어떤 행위가 범위인지를 분명히 설명하는데 반하여 형사소송 절차는 실체 형법에서 확인하고 있는 범죄 구성요건을 심지어 아무 의미가 없거나 소위 유전무죄 무전유죄와 같은 자조적인 말이 성행하도록 만들고 있다. 시민들의 사법불신의 원인은 이 구조적 흠결에서 발생한다. 형사소송법은 형법과 독립적으로 피고인의 인권을 보장한다. 그러나 그 체계내재적 한계는 실체 형법전에서 규정한 범죄 사실에 대한 공동체의 갈등이 형식절차적으로 처리되도록 하는 기능의 실현이다. 이 기능이 무력화되면 형사소송법의 공동체를 평화롭게 유지시키는 정책 기능도 중지된다. 또한 직권주의적 소송의 특성은 국가가 당사자로서

Investigation Bureau)는 부패수사를 위하여 체포 및 수색 영장발부 권한이 있다. 이러한 제도설계는 예외적인 것은 아니다. 영국의 경우 특별조사위원회(Royal Commission)는 수사와 기소권한을 모두 가지고 있으며, 미국의 경우 상원 조사위원회가 유사한 권한을 가진다. 영장발부권한은 특히 중요한 역할을 한다. 홍콩의 경우 중국 반환 후 이 권한을 범치주의 준수라는 미명으로 법원에 청구해야 하는 것으로 바뀐 후 영정공서의 위상은 추락하고 있다.

참여하는 것이 아니라 권력적으로 분리된 사법부가 국가를 대신하여 범죄사실을 평가한다. 사법부도 국가권력이기 때문에 사법부는 법률에 규정된 모든 권력 제한적 규범과 규칙을 따라야 한다. 헌법과 형법과 형사소송법 이외의 모든 법률은 법원의 실체적 진실발견을 위한 준수 규범이 된다. 그렇기 때문에 직권주의 소송의 실질적 제한규칙은 모든 법률이라고 볼 수도 있다.

당사자주의 소송의 특징인 증거규칙을 통해 형사권력을 제한하고 피고인의 인권을 보호하는 일은 좋은 일이다. 그러나 보통법 전통에서도 더 이상 준수하지 않는 낡은 증거원리로 형사소송 절차 자체를 무기력하게 만드는 비정상적인 현실은 극복되어야 한다. 정치적 사건이나 거대 경제사범이 연관된 사건에서 늘 등장하는 대형 로펌과 전관 변호사들의 활약(?)은 직권주의 소송구조에서는 애당초 불가능하거나 당사자주의 소송에서도 증거규칙상 제한된다. 당사자주의 소송구조에서도 증거규칙 이외에 소위 공동체 보호를 위한 법관의 정책적 결정이 보장되기 때문이다. 우리 소송법 현실에서는 법관의 독립성이 정치·경제적으로 불안정하게 변할 수 있다는 점도 조심스럽게 지적해 본다. 법관들의 블랙리스트나 인사불안정은 “헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여” 심판하라는 헌법 제103조의 실질적인 위반이 될 수 있다.

결국 헌법적인 형사소송 절차의 보장과 구체적인 증거규칙, 그리고 법체계와 조화되고 균형을 이룬 소송지휘가 전반적으로 불가능해진 오늘날의 소송현실은 구조적 문제와 인적 요소의 복합적인 결과로 볼 수밖에 없다. 이를 극복하기 위하여는 - 이상하게 들릴지 모르겠지만 - 형사소송절차의 실질적 근대화부터 필요하다.¹²⁸⁾ 그만큼 우리 형사소송법은 여전히 前근대적이다.

128) 이상돈, 위의 책, 108 이하.

참고문헌

- 강구진, 형사소송법, 박영사 1982
- 권영법, 형사증거법 원론, 세창출판사 2013
- 권영법, 정황증거에 의한 유죄의 인정, 형사법의 신동향 제46호(2015), 1-43
- 권오걸, 진술증거의 신빙성과 SCAN 기법, 법학논고 제40집(2012), 경북대학교 법학연구원, 629-656
- 권영세, 현행 통신비밀보호법상 도청행위의 의의 및 범위, 저스티스 제30권 제4호(1997), 116-136
- 김대근/공일규, 검사의 효과적 공판수행 기법연구, 한국형사정책연구원 2015
- 김용상, 미국에서의 정황증거를 통한 카르텔의 입증, 2014, 2-11
- 김일수, 헌법적 형사소송론, 고시계 제33권(88/10), 25-36
- 김성은, 독일의 기소유예와 법원동의제도, 안암법학 제29호(2009), 161-187
- 김종률, 합리적 심증과 과학적 사실인정, 형사법의 신동향 제26호(2010), 1-96
- 김창균, 기소편의주의의 운용문제, 인제논총 제10권 제1호(1994), 255-271
- 김하중, 우리나라 기소제도의 문제점에 대한 고찰. 검찰개혁의 관점에서, 인권과 정의(2014/8), 49-71
- 김혜경, 실제적 진실발견은 형사소송법의 목적인가? 형사법연구 제26권 제2호(2014), 161-192
- 류혁상/권창국, 증거의 신빙성 제고를 위한 효과적인 증거수집 및 현출방안, 한국형사정책연구원 2005
- 문채규, 검사의 부당한 불기소처분에 대한 법적 통제와 기소편의주의의 미래, 안암법학 제6권(1997), 48-93
- 박미숙, 검사의 기소제량에 관한 연구, 한국형사정책연구원 1993
- 변종필, 형사소송에서의 진실개념, 세창출판사 1999
- 변종필, 간접증거에 의한 유죄인정, 비교형사법연구 제5권 제2호(2003), 385-409
- 변종필, 사인이 위법수집한 증거의 증거능력. 대법원 판례를 중심으로, 법률정보판례연구 제1집 제1호(1999), 77

- 변종필, 소송구조론의 실천적 함의, 강원법학 제51권(2017), 579-608
- 변종필, 형사소송에서 법관의 지위와 역할. 지위론, 구조론 및 목적론의 연계구조와 관련하여, 형사정책연구 제13권 제4호(2002), 127-155
- 배문범, 살인사건에 있어서 간접증거에 의한 사실인정, 동아법학 제59권(2013), 107-155
- 배종대/이상돈/정승환/이주원, 형사소송법, 홍문사 2015
- 배종대/정승환, 행형법, 홍문사 2002
- 서보학, 판사 및 검사의 법외곡에 대한 대응방안. 법외곡죄 도입을 중심으로, 경희법학 제49권 제4호(2014), 221-254
- 서창식, 해외 주요국의 법관 인사제도(지역법관제도)와 시사점, 이슈와 논점 836호 (2014.4.25)
- 설민수, 민사 형사 재판에서의 입증의 정도에 대한 비교법적 실증적 접근, 인권과 정의 제388권(2008), 80-108
- 신동운, 간추린 신형사소송법 제9판, 2017
- 신동일, 전문증거에 대한 사개추위안의 문제점과 개선방안. 특히 제312조와 제316조를 중심으로, 비교형사법연구 제8권 제1호(2006), 485-500
- 신양균 편저, 형사소송법 제 개정 자료집, 한국형사정책연구원 2009
- 안성조, 쟁점과 미래 형사소송법, 박영사 2009
- 이상돈, 형사소송원론, 형사소송의 근대성과 대화이론, 법문사 1998
- 이성재, 구체제 시기 고등법원의 구성과 역할, 최갑수 외, 프랑스 구체제의 권력구조와 사회, 한성대학교 출판부 2009, 69-104
- 이태숙, 명예혁명과 위그 그리고 휘그 역사해석, 영국연구 제15권(2006), 영국사학회, 195-223
- 임성근, 공판중심주의와 형사변론, 인권과 정의 제366권(2007), 18-37
- 정승환, 행형에 대한 사법적 통제를 제안한다, 법과 사회, 제9권 제1호(1004), 138-161
- 정승환, 수용자의 생활조건과 권리구제. 행형법 개정안에 대한 검토, 형사정책 제18권 제1호(2006), 163-197

조 국, 독일 증거금지론의 이론구조에 대한 소고, 형사정책연구 제53권(2002), 47-68

조 국, 위법수집증거배제법칙, 박영사 2005

조규창, 로마형법(고려대학교 출판부 1998

주승희, 당사자주의와 직권주의, 한국형사정책연구원 2006

차정인, 형사소송법규에 충실한 공판절차. 공판중심주의의 실현을 위하여, 법조 제 600호(2006), 97-133

최영승/정영일, 사인이 위법하게 수집한 증거의 증거능력. 헌법적 근거에서, 그리고 주요 유형을 중심으로, 경희법학 제48권 제4호(2013), 3-36

천진호, 위법수집증거배제법칙의 사인효, 비교형사법연구 제4권 제2호(2002), 375-390

표성수, 영미 형사사법의 구조 그 가치에 대한 새로운 이해, 비봉출판사 2004

하태훈, 사인에 의한 증거수집과 그 증거능력, 형사법연구 제12호(1999), 25-46

한영수, 재정신청제도의 문제점과 개선방안, 재정신청제도 개선을 위한 형사소송법 일부 개정 법률안을 중심으로, 인권과 정의 제461권(2015), 107-131

홍영기, 형사소송법, 그 독자적인 목적에 대한 이해, 저스티스 통권 100호(2007), 255-271

Altenhain/Hagemeyer/Heimerl/Stammen/, Die Praxis der Absprachen im Wirtstraßverfahren, Baden-Baden 2007

Amelung, Knut, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess, 1990

Andrewes, A., The Growth of the Athenian State, Boardman/Hammond(ed.), Cambridge Ancient Histories, Cambridge University Press 1983

Beling, Ernst, Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitsforschung im Strafprozess, Sonderausgabe, Bd.249, Strafrechtliches Abhandlungen, Libelli 1903

Beulke/Satzger, Der fehlgeschlagene Deal und seine prozessualen Folgen, JuS 1997, 1072-1080

Beulke/Sabine, Zur Verletzung des Fair-trial-Grundsates bei Absprachen im

- Strafprozess, JZ 2005, 67-75
- Burke(이태숙 옮김), 프랑스 혁명에 대한 성찰, 한길사 2017
- Chadbourn, James, Bentham's View of Rule 63 (4)(c) of the Uniform Rules of Evidence, Harvard Law Review v.75-5, 832-939
- Cross/Willkins, Outline of the Law of Evidence, 7th ed., Butterworth 1996
- Duttge, Gunnar, Zur Bestimmtheit der Handlungsunwerte von Fahrlässigkeitsdelikten, Mohr Siebeck 2000
- Elton, Geoffrey, Star Chamber Stories, Barnes Noble 1974
- Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Reform des Strafverfahrensrechts(1. StVRG), Drucksache 7/551
- Eser, A.,(손미숙 역), 당사자주의 대 직권주의. 최선의 소송구조를 찾아서, 형사정책연구 제26권 제4호(2015), 33-57
- Feld/Alexander/Bagaric, Uniform Evidence Law. Principles and Practice, 2nd ed., Wolters Kluwer 2015
- Graham, M.H., Evidence Law Mastery. Hands in Learning, West Academic Publishing 2016
- Graham, M.H., Federal Rules of Evidence, 9th. ed., West Academic 2015
- Hannrich, Rolf(Hrsg.), Karlsruher Kommentar, Strafprozessordnung, 7. Aufl., C.H.Beck 2013
- Hungerford-Welch, Criminal Litigation & Sentencing, 5th. ed., Cavendish Publishing 2000
- Kindhäuser, Urs, Strafprozessrecht, 2. Aufl., Nomos 2013
- Kühne, Strafprozessrecht. Eine Systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts, 7. Aufl., C.F.Müller 2007
- LaFave/Israel/King/Kerr, Criminal Procedure, 5. ed., West 2009
- Laubenthal(신양균/김태명/조기영 옮김), 독일행형법, 한국형사정책연구원 2010
- Luhmann, N., Legitimation durch Verfahren, 10.Aufl., Suhrkamp 1983
- Macht, K., Verwertungsverbote bei rechtswidriger Informationserlangung im

- Verwaltungsverfahren, Duncker & Humblot 1999
- Mittag, Beweisverwertungsverbote im Strafprozess, JR 2005, 386
- Pollock/Maitland, The History of English Law before the Edward I., vol.1 and 2., 1898, reprinted by The Lawbook Exchange, Ltd, 1996
- Putzke/Scheinfeld, Strafprozessrecht, 6.Aufl., C.H.Beck 2015
- Riess, Peter, Gerichtliches Kontrolle des Ermittlungsverfahrens, Ellen Schlüchter (Hrsg.), Kriminalistik und Strafrecht, Verlag Schmidt-Römhild 1995
- Re, Richard, The Due Process Exclusionary Rule: A New Textual Foundation for a Rule in Crisis, Harvard Law Review, Vol.127(2014), 1885-1966
- Satzger/Schlukebier/Widmaier, StPO, Carl Heymanns Verlag 2014
- Roberts/Zuckerman, Criminal Evidence, 2nd ed., Oxford University Press 2010
- Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 29.Aufl., C.H.Beck, 2017
- Schroeder, F.-C., Strafprozessrecht, 4.Aufl., C.H.Beck 2007
- Stock, Das Ziel des Strafverfahrens, Mezger-FS 1954, 429-453
- Thayer, J.B., A Preliminary Treatise on evidence at the common law, Little, Brown and Company 1898
- George J. Thompson, The Development of the Anglo-American Legal System, Cornell Law Review Vol. 17(1931), Volk, K., Strafprozessrecht, C.H.Beck 1999
- Waller/Williams, Criminal Law. Text and Cases, 11th ed., LexisNexis Butterworth 2009
- Whitman, James Q., The Origin of Reasonable Doubt: Theological Roots of the Criminal Trial, Yale University Press 2008
- Wolter, Zur Fernwirkung von Beweisverwertungsverbote, NSTZ 1984, 276

Structure of Criminal Process and Evidence Rule Enhancing Due Process

Syn, Dong-yiel*

Under section 307 (1) fact should be proved by evidence in criminal procedure. Nonetheless no one could insist what the admissibility of evidence be. A myth comes up in several cases. Sometimes a judge determines without reasonableness. Big law firm lawyers dominate the court. Citizens begin casting doubt on the criminal law and its system in reading the verdict of several case. In this situation, a need is to shed a light on the structural design of Korean criminal procedure.

The Korean procedure does not contain rules on admissibility in the meaning of the evidence law, working in the traditional Common law. Our criminal procedure however, dwells in modern inquisition rather than pure adversarial system. Modern inquisition is far different from the ancient one since the French Revolution. The structure and procedural scheme have been developed on the reason of territorial and cultural background. Adversarial system is supported by a concrete and specific evidence rule. In the inquisition, evidence rule is limited, even though the evidence plays on a key role. To enhance the due process principle, we may as well look more precisely at the structural design of the present criminal procedure.

Investigation and collecting evidence without supervising by judge, discovery without having specific evidence rule, verdict without knowing criminal truth will bring the process into a chaos. This is the point of no return.

* Professor at Department of Law Hankyong National University

❖ Keyword: due process, inquisition, evidence rule, adversary system