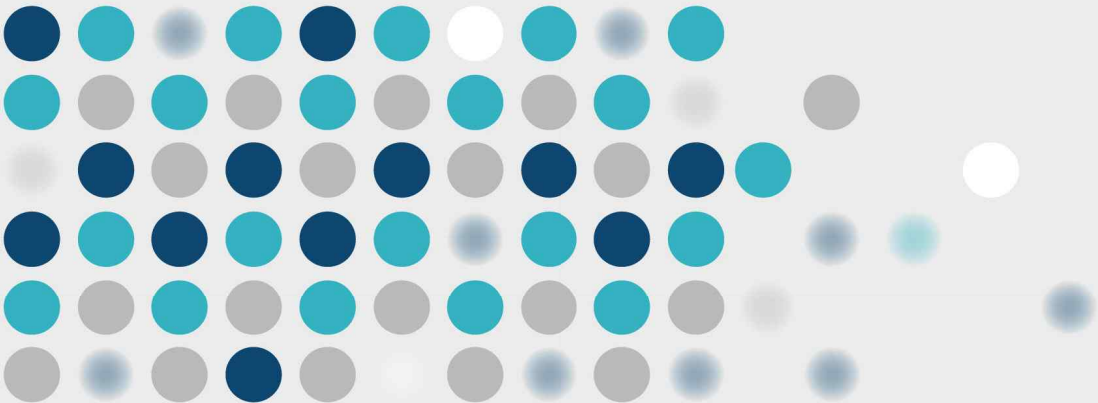


검사의 효과적 공판수행 기법연구

증인신문 및 양형심리를 중심으로

*A Study on Reasoning in
Investigation as a Legal Reasoning*

김대근 | 공일규



발간사

최근 공판중심주의 강화 및 국민참여재판 제도의 도입으로 인해 공판정에서의 법정 심리의 중요성은 더욱 증대되었고 이에 따라 공판을 수행하는 검사의 역할도 그만큼 중요성을 더 하게 되었습니다. 즉, 법원의 공판중심주의 강화 방침에 따라 법관이 수사검사가 제소한 증거기록보다는 공판 과정에서의 증거조사 결과를 위주로 심증을 형성하려고 하는 추세가 강화되면서, 검사의 입장에서는 법관의 심증형성을 통제할 필요성이 더욱 커지게 된 것입니다.

검사는 공익의 대변인으로서 형사소송의 최고이념이라고 할 수 있는 '실체적 진실의 발견'을 위하여 효과적으로 공판을 수행하여 그 과정에서 법관 혹은 배심원을 설득하여야 하는 역할을 합니다. 이처럼 우리 형사소송법제 하에서 입증책임은 전적으로 검사에게 있습니다. 검사는 수사를 통해 실체적인 진실을 발견하고 그에 부합하는 증거들을 수집한 후 기소를 하고, 그 후에는 공판을 통해 그것을 효과적으로 현출시켜 궁극적으로는 실체적 진실을 발견해야 합니다.

그런데 최근 계속해서 무죄율이 증가하는 현상은 국민들로 하여금 현행 검사들이 과연 제대로 공판을 수행하고 있는지, 즉 법원의 공판중심주의 강화와 증거판단의 엄격화 추세로 인해 검사들이 실체적 진실의 발견에 실패하고 있는 것은 아닌지에 대한 우려를 불러일으키는 것이 사실입니다. 검사가 공판에서 범죄사실을 입증하지 못하면 실체적 진실을 밝히지 못하는 상황이 발생할 수 있습니다. 그러므로 공판절차에서 검사의 입증절차는 정교하게 이루어져야 할 것이지만 실상은 그러하지 못한 것으로 보입니다.

형사사법의 최고 전문가라고 할 수 있는 검사가 그 명칭에 맞는 전문적 실력을 갖추기 위해서는, 물론 검사 개인 스스로의 부단한 노력도 전제되어야 할 것입니다. 하지만 검사의 효과적인 공판 수행을 이끌어 낼 수 있도록 돕는 이론 및 기법이 개발된다면 이를 통해 검사는 보다 더 쉽게 실체적 진실발견과 정의실현에 이를 수 있게 될 것입니다.

이러한 점에서 본 연구는 공판중심주의라는 환경 속에서 검사가 실체적 진실발견이라는 형사재판의 근본적인 목적을 구체적으로 실천하는 효과적인 방안을 제시하고 있습니다. 즉, 검사의 효과적인 공판수행을 위한 이론 및 기법을 수사과정에서부터 증인신문 과정, 양형 과정에 이르기까지 구체적으로 모색하고 제시하였다는 점에서 그 의의가 있는 것입니다. 그리고 본 연구에서는 검사의 효과적인 공판수행 이론 및 기법을 제안하기 위해서 공판중심주의 하에서 변화된 환경을 확인하고, 검사들의 공판수행 방식에 대한 평가를 하였으며, 이러한 평가를 바탕으로 해서 효과적인 공판수행을 위한 전략들을 도출해 나가고 있습니다. 이를 통해 최종적으로는 법정심리과정에서의 법관과 검사의 역할과 전략에 대한 이론을 발전시킴으로써 학술적인 측면에서 기여할 수 있을 뿐만 아니라, 법무부 및 검찰의 검사전문역량강화 정책 및 검사전문교육 프로그램 등 실무적인 측면에서도 많은 기여를 할 수 있을 것으로 기대됩니다.

마지막으로 본 연구를 성실하게 수행한 김대근 부연구위원과 법무법인 오른하늘 변호사 공일규님의 노고에 감사를 전합니다.

2015년 12월

한국형사정책연구원

원장 **김진환**

목 차

국문요약	1
------------	---

제1장 연구의 개요 (김대근 · 공일규)	3
--------------------------------	---

제1절 연구의 목적	5
------------------	---

제2절 연구의 필요성	6
-------------------	---

제3절 연구의 범위와 방법	8
----------------------	---

제2장 검사의 효과적 공판수행 요인 (김대근 · 공일규)	11
--	----

제1절 공판절차 개관	13
-------------------	----

1. 공판 절차의 의의 일반	13
-----------------------	----

2. 공판중심주의에 따른 검사의 부담	14
----------------------------	----

제2절 형사소송의 목적	15
--------------------	----

제3절 형사소송의 목적 달성을 위한 대전제 - 수사과정에서의 충실한	
---------------------------------------	--

논증	16
----------	----

제4절 형사소송의 목적 달성을 위한 효율적인 공판수행의 핵심	17
---	----

1. 검사의 역량 강화를 위한 제도적 구현	17
-------------------------------	----

2. 공판중심주의 실현	18
--------------------	----

3. 법정에서의 수사과정 현출	19
------------------------	----

4. 수사와 공판활동 연계방안	21
------------------------	----

| 제3장 | 공판중심주의와 법관 심증형성의 통제 (김대근) 23

제1절 공판중심주의 하에서 법관 심증형성 통제의 필요성	25
1. 공판중심주의의 도입	25
2. 공판중심주의와 국민참여제 도입의 현실	26
3. 검사의 입증활동	27
제2절 법관 심증형성의 오류요인	27
1. 법관의 의사결정에 영향을 미치는 요소	27
2. 법심리학의 활용	30
3. 사법적 요소	37
제3절 법관의 심증형성 통제를 위해 필요한 요소	41
1. 수사검사의 추론 과정에 대한 충분한 이해	41
2. 법적인 요소	42
3. 사회과학적인 요소- 과학적 증거와 전문가 증언의 활용	45

| 제4장 | 공판과정에서 검사의 효과적 증인신문 기법 (김대근 · 공일규) 53

제1절 증인신문의 중요성	55
1. 증인신문의 개념과 의의	55
2. 민사소송에서의 증인신문과의 차이점	56
제2절 증인신문의 목표	59
1. 법관의 사건 이해와 유죄 심증 형성	59
2. 검사실에서의 참고인 조사와 법정에서의 증인 신문 차이	61
제3절 효과적 신문방식의 모델	61
1. 개요	61
2. 검사의 증인 사전 면담의 문제	62
3. 형사소송법 및 형사소송규칙상 증인신문 방법에 관한 규정	69
4. 검찰 측 증인의 효과적 신문 방식	72
5. 피고인 측 증인의 효과적 신문 방식	84

6. 증인신문서 적극적인 이의신청	91
제4절 진술증거의 평가	95
1. 진술증거의 평가 기준	95
2. 판례의 입장	98

| 제5장 | 효과적인 구두변론 기법 (공일규) 103

제1절 구두변론의 의의	105
1. 구두변론의 개념	105
2. 구두변론 강화의 필요성	106
제2절 구두변론의 기법	107
1. 구두변론의 핵심 - 모두진술과 최종의견 진술	107
2. 구두변론의 기초 요령	108
3. 모두진술의 구성	110
4. 최종의견 진술의 구성	115

| 제6장 | 양형심리와 검사의 논증 기법 (김대근 · 공일규) ... 121

제1절 양형에 대한 검사와 법관의 관점 차이	123
제2절 양형심리의 중요성 및 실무상 양형심리의 문제점	124
1. 법원 양형기준의 시행	124
2. 양형심리의 중요성	125
3. 현재 실무상 양형심리의 문제점	126
제3절 법원 양형조사관 제도의 시행과 양형심리에 있어 검사의 역할 정립	128
1. 법원 양형조사관 제도의 시행	128
2. 양형심리에 있어 검사의 역할 정립	128
제4절 효과적인 양형자료 수집	129
1. 개요	129

2. 주요 가증 양형인자	130
3. 피해자 진술의 충분한 확보	130
4. 범죄심리학 분야 등 전문가 집단의 적극적 활용	131
5. 피의자에 대한 영상 녹화 조사의 적극적 활용	132
6. 검찰 양형조사관제 도입의 필요성	133
제5절 양형자료의 효과적 법정 현출	134
1. 법정에서의 적극적 양형자료 현출의 필요성	134
2. 현재 실무 관행상 양형자료 현출의 한계	135
3. 적극적인 피해자 증인신문	135
4. 양형자료의 구분 제출	136
5. 피고인신문 강화	137
6. 검사 최종논고 절차의 적극적 활용	138

 제7장 결론: 요약 및 합의 (김대근)	139
--	------------

참고문헌	145
-------------------	------------

Abstract	155
-----------------------	------------

표 차례

〈표 3-3-1〉 입증계획 시 주의사항	43
〈표 4-3-1〉 증인의 진술 반복시 대처 요령	80
〈표 4-3-2〉 가상 사례의 사안의 내용	81
〈표 4-3-3〉 가상 사례의 증인신문	81
〈표 4-3-4〉 가상 사례의 반대 신문	90
〈표 4-4-1〉 진술의 신빙성 평가 기준	96
〈표 4-4-2〉 CBCA 준거 개관(Steller & Köhnken, 1989. p. 221)	102
〈표 5-2-1〉 가상 사례의 모두진술	114
〈표 5-2-2〉 가상 사례의 최종의견 진술	118

그림 차례

[그림 1-1-1] 최근 10년간 1심 무죄 선고 건수와 무죄율	5
---	---

국문요약

공판과정에서 실체적 진실 발견이라는 형사소송의 목적 달성을 위한 검사의 역할은 결국 수사과정에서의 검사의 추론을 효과적으로 법정에 현출시켜 법관을 설득하는 것이다. 그리고 이를 위해 검사는 기소요지 진술 등 모두절차에서 법관에게 사건의 전체적인 틀과 핵심 쟁점을 충분히 이해시키고, 피고인신문을 통해 피고인의 주장을 효과적으로 탄핵해야 하며, 최종논고에서 검사의 논증과정을 설득력 있게 정리하여야 한다. 더 나아가 '증거조사' 절차가 형사소송 절차의 핵심이라고 할 것이기 때문에 수사과정에서의 검사의 논증은 매우 중요하다. 특히 직접증거가 전혀 없는 상황에서 오로지 간접증거에 의하여 사실을 입증시켜야 하는 경우 검사는 수사단계에서부터 합리적인 의심이 없는 정도로 논증의 전략을 세워야 한다. ① 먼저 다수의 간접증거를 확보하고, ②-1 간접증거들로부터 간접사실들을 확정하거나, ②-2 간접증거들 상호간의 종합적인 고찰을 통해 간접사실들을 확정하는 후, ③ 확정된 간접사실들로부터 주요사실들을 추론한다. ④ 경험칙을 매개로 하여 치밀한 관찰이나 분석을 통해 추론된 주요사실들이 합리적인지 판단하고 구두변론을 시작해야 하는 것이다. 한편 여기서 확정된 간접사실들로부터 주요사실들을 추론하고 추론된 주요사실들이 합리적인지 판단하는 철학적 개념으로 가추(Abduction) 및 역행추론(Retroduction)을 적용하는 것을 고려해볼 수 있다.

수사과정에서 검사의 고유한 논증과 추론은 공판중심주의와 국민참여재판 도입의 현실에서 새로운 도전에 직면하게 된다. 즉 법원의 공판중심주의 강화 방침에 따라 법관이 법정에서의 피고인 또는 변호인의 주장에 경도되어 선입견을 가진 나머지 검사의 논증 과정을 제대로 이해하지 못한 채 판결을 내리게 될 가능성을 배제할 수 없다는 점이다. 또한 국민참여재판에서 배심원들은 증거기록 전체를 검토하지 못하고 오로지 법정에 현출되는 증거들을 토대로 판단을 내리게 되기도 한다. 여기서 법관(또는 배심원)의 심증에 오류를 형성하는 중요한 요인은 다름 아닌 법적인 사건의

2 검사의 효과적 공판수행 기법연구

불확실성(Uncertainty)에 있다. 여기에는 법관 개인의 편견, 수사과정에서 검사 논증의 미흡, 검사의 전문성 확보와 업무과중이라는 사법적 요소도 존재하지만 법률외적 요인들도 상당히 존재한다. 그리고 이와 같은 법관(또는 배심원)의 심증 형성을 통제하기 위해서는 증거기록의 효과적인 제시와 형사소송법상 증거조사기법의 충분한 활용, 그리고 구두변론 강화의 전략을 이용하는 것이 필요하다 할 것이다.

한편, 형사절차에서 증인신문은 실체적 진실발견을 위한 가장 중요한 과정이라 할 수 있다. 따라서 검사의 효과적인 증인신문 방식을 개발하는 것 역시 중요한데, 먼저 검찰 측 증인의 효과적 신문 방식의 구체적 전략으로는 짧은 질문과 짧은 답변 위주로 구성, 개방형 질문 위주로 구성, 유도신문의 적절한 활용, 지엽적 사실에 대한 문답을 통한 자연스러운 이해 유도, 증거기록의 적극적인 제시 등을 들 수 있다. 그리고 피고인 측 증인의 효과적 신문 방식의 구체적 전략으로는 철저한 사전 준비, 유도신문의 적극적인 활용, 증인의 증언의 신빙성을 떨어뜨리는 사항에 대한 신문 등을 들 수 있다. 다른 한편으로, 검사의 증인신문과 관련하여 검사의 증인 사전 면담을 허용하는 것 역시 고려해 보아야 할 사항이다. 또한, 공판중심주의가 강화되면서 법정에서의 구두변론 역시 점점 더 중요해지고 있는데, 효과적인 구두변론을 위한 기초 요령으로 법관의 시각에서 사건을 바라볼 것, 스토리텔링(Storytelling) 기법을 사용할 것, 쟁점을 3가지 이내로 정리할 것, 단호한 태도와 말투를 견지할 것, 시간을 적절히 조절할 것 등을 들 수 있다. 나아가 검사의 효과적 공판수행의 또 하나의 쟁점으로 양형심리에 대한 검사의 논증이 다뤄질 수 있다. 검사가 양형심리에 충실히 임하기 위해서는 먼저 제출할 양형자료를 충분히 수집하여야 한다. 그리고 이를 위해 피해자 진술의 충분한 확보는 물론이고 범죄심리학 분야 등 전문가 집단을 적극 활용하는 것이 필요하며 경우에 따라 전략적으로는 피의자에 대한 영상 녹화를 조사에 적극 활용하는 것도 고민해야 한다. 제도적으로는 검찰 양형조사관제를 도입하는 것도 검토해볼만하다 할 것이다. 또한 이렇게 충분히 수집된 양형자료는 효과적으로 법정에 현출해야 하는데 그 방안으로서 적극적인 피해자 증인신문, 피고인신문 강화, 검사 최종논고 절차의 적극적 활용 등을 들 수 있다.

제1장

KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

연구의 개요

김대근 · 공일규

제1장

연구의 개요

제1절 연구의 목적

우리 형사소송법제 하에서 입증책임은 전적으로 검사에게 있다. 검사는 수사를 통해 실제적인 진실을 발견하고 그에 부합하는 증거들을 수집한 후 기소를 하고, 그 후에는 공판을 통해 그것을 효과적으로 현출시키는 역할을 담당한다. 따라서 형사소송 과정에서 실제적 진실 발견에 대한 1차적 책임은 검사에게 있다. 최근 ‘공판중심주의’ 강화를 통해 공판정에서의 공방이 점차 중요해지고는 있으나, 이는 검사가 수사를 통해 수집한 증거를 ‘공개된 공판정’에서 직접 현출하고 조사한다는 것일 뿐이고, 위와 같은 실제적 진실 발견에 대한 검사의 1차적 책임이 약화되거나 그것이 법관에게 이전된 것이라고는 볼 수 없다.

최근 변화된 형사사법시스템의 상황들, 특히 법원의 공판중심주의 강화와 증거판단 엄격화의 추세로 과거에 무죄율이 상당히 증가하였다.¹⁾ 물론 무고한 시민이 왜곡된

- 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 1-1-1] 최근 10년간 1심 무죄 선고 건수와 무죄율

사실로 인해 처벌을 받게 되는 것을 방지한 것이라면 다행이라 할 것이나, 실체적 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, 실체적 진실 발견에 대한 1차적 책임을 가진 검사가 더욱 철저한 논증과정을 거치고 이를 효과적으로 공판정에 현출할 수 있는 방법을 강구하여야 할 것이다. 실체적 진실 발견을 위한 검사의 역량이 현행 공판중심주의에서 더욱 강화되어야 필요가 바로 여기에 있을 것이다.

제2절 연구의 필요성

모든 (형사)재판의 근본적인 목적은, 실체적 진실을 발견하여 그에 상응하는 법 적용을 통해 정의를 실현하는 것이다. 이와 관련하여 형사소송의 3대 이념으로 ① 실체진실주의, ② 적정절차의 원리, ③ 신속한 재판의 원칙을 꼽을 수 있으나, 그중에서도 역시 형사소송의 근본 목적에 가장 부합하는 이념은 ‘실체진실주의’ 일 수 밖에 없다. 물론 당사자의 권리구제와 인권보호를 위해 ‘신속한 재판의 원칙’이나 ‘적정절차의 원리’도 철저히 구현되어야 할 이념이라는 점은 분명하다. 그러나 신속한 권리구제 및 분쟁해결을 통해 실체적 진실 발견의 가능성이 높아지고, 적정절차에 따른 수사 또는 재판을 통해 사실이 왜곡되어 무고한 사람이 처벌받게 되는 것을 방지하는 것이라는 점, 더 나아가서 이러한 이념들은 실체적 진실발견 과정에서 그보다 더 중요한 가치(예를 들어, 기본적 인권)가 훼손되는 것을 방지하기 위해 실체적 진실 발견이 적정절차 안에서 이루어지도록 해야 한다는 점을 상기해보는다면, 실체적 진실발견이 아닌 다른 것이 형사소송의 목적이 될 수 있다는 것을 의미하는 것은 아니라고 할 것이다.

검사가 공판에서의 주장과 증거 제시를 통해서 범죄사실을 입증하지 못하면 실체적인 진실을 밝히지 못하는 상황이 발생할 수 있다. 문제는 공판절차에서 검사의 입증절차가 정교하게 이뤄져야 함에도 불구하고 실상은 그러하지 않다는 점이다. 공익의 대변인으로서 검사가 공판절차에서의 임무를 효과적으로 수행하기 위해서는 변화된 공판 환경과 현재 검사의 입증활동 방식에 대한 한계를 검토하는 것은 물론, 효율적으

로 공판을 수행할 수 있는 구체적이고 실천적인 전략이 필요하다. 그동안 법관의 의사결정 및 법적 논증에 대한 연구가 상당히 진척되어 이를 통해 법관의 추론이 비교적 정교하게 다듬어져 있는 것에 비추어보면 안타까운 일이라고 할 것이다.

이를 위해 먼저 공판절차에서 검사의 효과적 공판수행 요인을 적극적으로 검토할 필요가 있다. 즉, 형사소송의 목적 달성을 위한 효과적인 공판수행의 핵심요소를 분석해내야 하는 것이다. 또한, 법원의 공판중심주의 강화 방침에 따라 법관이 수사검사가 제조한 증거기록보다는 공판 과정에서의 증거조사 결과를 위주로 심증을 형성하려고 하는 추세가 강화되면서 검사의 입장에서는 법관의 심증형성을 통제할 필요성이 더욱 커지게 된 현실을 고려할 필요도 있다. 따라서 공판중심주의의 강화에 따른 법관의 심증형성의 요인들을 검토해서 검사의 수사 및 공판 전략의 한 요소로 삼아야만 한다.

더불어 형사소송법상의 공판중심주의를 보다 철저히 구현하기 위해서는 법정에서 이루어지는 증거조사절차를 중심으로 하여 실체적 진실발견을 추구하여야 하고, 또한 증인으로부터 적정한 증언을 이끌어내는 것이 전제되어야 한다. 우리 형사소송법은 공판중심주의와 그에 기초한 전문법칙을 채택하고 있기 때문에 증인으로부터 직접 체험한 사실에 대한 진술을 듣는 증인신문이 증거조사의 중심이 된다. 이에 공판과정에서 검사의 효과적인 증인신문 기법을 고찰하고 이를 유형화하는 작업 또한 공판을 수행하기 위해 고민해야 할 과제이다. 효과적인 증인 신문하기 위해 특히 고민해야 할 부분은 구두변론이다. 국민참여재판이 도입되고 그 실시 건수가 증가하면서 비(非) 법률전문가인 배심원들을 상대로 법률적 쟁점들을 설명하고 설득하기 위해서는 물론, 직업 법관만을 상대로 한 일반 형사재판에 있어서도 수사의 과정을 직접 겪지 못하고 기록이나 간접적 진술을 통해서만 사건을 파악하고 그 결론을 내려야 하는 법관을 상대로 구두로 사건의 내용이나 증거관계를 충분히 설명하여야 할 필요가 있다는 점에서 구두변론의 중요성은 절대 간과해서는 안되는 부분이다.

2009년 양형기준의 시행으로 처단형의 범위 내에서 법관의 자유재량에 의해 결정되었던 선고형이, 구체적인 양형인자를 고려함으로써 결정되게 되었다. 공판단계에서 양형심리에 대한 검사의 관점은 처벌의 수준을 높여야 할 사유, 즉 가중 사유의 발견과 입증에 둘 필요가 있다. 때문에 수사과정에서 충분히 양형자료를 수집하는 방법과 이를 효과적으로 법정에서 현출하는 방안들을 고민하는 것이 검사의 효과적인 공판

수행을 위해 마지막으로 고민되어야 할 것이다.

제3절 연구의 범위와 방법

본 연구에서는 검사의 효과적 공판수행 요인이 무엇인지를 개관한 후 그 효과적인 공판수행 방법에 대해 논하되, 형사소송의 목적 중 하나인 '범죄에 상응하는 적절한 형의 선고'를 위한 검사의 역할에 대해서도 함께 논하게 된다.

검사의 효과적인 공판수행 요인을 제안하기 위해서 공판주의 하에서 변화된 환경을 확인하고, 검사들의 공판수행 방식에 대한 평가를 할 것이다. 그리고 이러한 평가를 바탕으로 해서 효과적인 공판수행을 위한 전략들을 도출해 나갈 것이다. 이를 위해서는 기존의 연구들을 토대로 설득의 대상이 되는 법관 또는 배심원들의 판단과 의사결정 과정에서의 특성에 대해서 분석할 것이다. 그리고 법관과 검사의 특징을 구분하고, 공판수행을 위한 고려해야 할 사항에 대해서 검토하도록 하겠다. 이러한 논의들을 바탕으로 하여 최종적으로 검사들에게 필요한 적절한 공판수행 방법을 제안하도록 하겠다.

구체적으로 먼저 제2장에서는 검사의 효과적 공판수행 요인에 대해 분석한다. 법원이 증거조사를 통해 피고사건에 대해 심증을 형성하는 과정인 공판의 절차에서 검사의 기소를 시작으로 이 과정이 진행된다. 문제는 형사소송의 목적이 실체적 진실의 발견에 있고 이에 대한 입증의 부담이 상당부분 검사에게 집중되어 있다는 점이다. 때문에 형사소송의 목적을 달성하기 위해서는 법관의 심증형성을 통제함으로써 검사의 수사 논증 내지 추론의 목적을 달성할 필요가 있다. 즉, 검사의 충실한 수사과 법관의 효과적 심증형성에 대한 통제가 실체적 진실 발견의 성패를 좌우하는 것이다.

바로 이러한 이유에서 본 연구의 제3장에서는 검사의 공판수행 과정에서 법관의 심증형성을 통제할 수 있는 쟁점들을 검토한다. 검사의 인식관심과 법관의 인식관심의 상이함에도 불구하고, 검사의 공판 전략은 다름아닌 법관을 설득하는 것이기 때문에 법관의 의사결정과 논증의 방식을 이해하는 것이 필요하다. 법관의 의사결정과 논증의 방식들은 이해하기 위해서는 법관의 의사결정에 영향을 미치는 요소들을 추출해내고 이를 검사가 효과적으로 통제하는 것이 필요하다. 문제는 수사업무와 공판업무가 분리된 우리 검찰 실무에서 해당 사건의 수사를 담당한 검사와는 다른 공판검사

가 해당 사건을 제대로 이해하지 못한 채, 법관의 심증을 형성하지 못하고 설득에 실패할 가능성이 높다는 점이다. 법원의 공판중심주의 강화 방침에 따라 법정에서의 피고인 또는 변호인의 주장에 경도되어 선입견을 가진 나머지 검사의 논증 과정을 제대로 이해하지 못한 채 판결을 내리게 될 우려가 있는 것 또한 부정할 수 없다. 이를 막기 위해서도 법관의 의사결정에 영향을 미치는 요소를 상세하게 분석해야만 한다. 법관의 심증형성을 통제하기 위해 필요한 요소들을 분석하는 과정에서 법관과 검사에 대한 대화를 통해 많은 문제의식을 추출하고, 동시에 기존의 연구 특히 심리학과 같은 사회과학적 연구의 성과를 적극 활용해야 하는 것은 당연하다.

공판중심주의에서 법관의 심증을 형성하는 데 가장 기여하는 것은 증인신문이다. 형사소송법상의 공판중심주의를 보다 철저히 구현하기 위해서는 법정에서 이루어지는 증거조사절차를 중심으로 하여 실체적 진실발견을 추구하여야 하고, 또한 증인으로부터 적정한 증언을 이끌어내는 것이 전제되어야 하기 때문이다. 이러한 문제의식을 바탕으로 제4장에서는 공판과정에서 검사의 효과적 증인신문 기법을 연구하게 된다. 특히 검사의 증인 사전 면담에 대한 분석을 시작으로 검찰측 증인의 효과적인 신문 방식과 피고인 측 증인의 효과적 신문방식을 나누어 효과적인 증인 신문방식의 모델을 제안하였고, 증인의 진술증거를 평가하는 기준을 검토하고자 하였다.

검사가 공판을 수행하는 전략에서 또한 간과할 수 없는 것은 구두변론이다. 현재 형사재판이 진행되는 모습을 살펴보면, 검사는 모두절차에서 형식적으로 공소사실을 축약하여 설명하고 최종의견 진술 시에는 그냥 수사검사가 공판카드에 기재한 구형량만을 그대로 진술하거나 양형사유에 대한 간략한 언급을 하는 것에 그치고 있다. 그런데 이는 증거관계와 관련 법리에 대한 치밀한 논리 구성을 통해 법관을 설득해야 할 책무를 가진 검사가 단순히 법정에서 여러 증거를 나열하고 제출하는 것에 그치고 나머지 그 증거를 통한 공소사실의 입증 여부에 대한 고도의 논리적 판단을 전적으로 법관에게 맡겨버리는 결과를 초래하여, 결과적으로 법관의 심증형성을 전혀 통제할 수 없게 된다. 때문에 제5장에서는 효과적인 구두변론의 기법을 제안해보았다. 검사가 형사재판의 가장 첫 단계인 모두진술을 통해 사건의 윤곽을 어떻게 드러내느냐, 그리고 재판의 마지막 절차인 최종의견 진술에서 사건의 쟁점을 어떻게 잡아 해당 쟁점마다 증거조사를 통해 나타난 증거들과 쟁점이 어떻게 연관되어 있는지를 얼마나 잘

드러내느냐에 따라 법관이 사건을 바라보는 시각이 결정되고, 이는 유무죄 판단에 결정적인 영향을 미칠 수 있다. 이와 같이 검사의 효과적인 구두변론 기법을 도출해내기 위해서 역시 법관과 검사 및 변호사들과의 대화를 통해 문제의식을 형성하고, 심리학의 연구성과를 바탕으로 실천적인 대안을 제시하고자 하였다.

형사재판에 있어 검사와 법관의 역할을 아주 단순화해 말하면, 검사는 범죄의 혐의가 있는 사람에 대해 혐의를 입증하고 처벌을 구하는 것이라고 할 수 있다. 법관은 중립적인 입장에서 그 혐의가 입증이 되었는지를 검토하여 처벌 여부에 대한 최종적인 판단을 하는 것이다. 특히 공판에서 검사는 실제적 진실을 발견하도록 노력해야 할 뿐만 아니라 범죄에 상응하는 적절한 형의 선고를 구형하도록 해야한다. 최근 양형기준이 도입됨에 따라 양형심리의 중요성이 커졌고, 이에 따른 검사의 역할 정립이 모색되고 있다. 본 연구의 마지막 제6장에서는 양형심리에 있어 검사의 역할을 효과적인 양형자료의 수집과, 그렇게 수집된 양형자료의 효과적 현출 방안으로 나누어 고민해보도록 한다.

제2장

KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

검사의 효과적 공판수행 요인

김대근 · 공일규

제2장

검사의 효과적 공판수행 요인

제1절 공판절차 개관

1. 공판 절차의 의의 일반

‘공판(公判)’은 법원이 증거조사를 통해 피고사건에 대해 심증을 형성하는 과정을 의미한다. 그리고 ‘공판절차’란 이와 같은 공판이 이루어지는 형사절차의 한 단락으로써, 공소가 제기되어 사건이 법원에 계속된 이후부터 그 소송절차가 종결될 때까지의 모든 절차를 의미한다.²⁾

이에 따라 형사재판은 ① 검사의 기소요지 진술, ② 피고인(변호인) 측의 모두진술, ③ 증거 조사, ④ 피고인신문, ⑤ 검사 최종논고, ⑥ 변호인 최후변론, ⑦ 피고인 최후진술, ⑧ 판결 선고의 순으로 진행된다.

한편, 우리 형사소송법은 ‘수사’ 또한 소송절차의 일환으로 규정하고 있어, 넓은 의미에서의 형사소송에는 검사의 수사 절차 또한 포함되는 것으로 볼 수 있다. 즉, 형사소송절차의 시초는 수사 절차라고 할 수 있는데, 수사절차는 일반적으로 사법경찰관이 먼저 착수하고, 그 이후 검찰에 송치하게 된다. 또한 수사를 종결할 권리는 검사에게만 있다. 따라서 사법경찰관은 반드시 수사결과를 검사에게 송치하여야만 한다.³⁾ 그리고 이와 같은 수사의 종결 후, 공소제기 여부가 결정되는데, 우리나라는 검사만이 공소를 제기하고 수행할 권한을 갖는다는 ‘기소독점주의 원칙’을 채택하고 있다.⁴⁾ 이러한 기소독점주의는 우리 형사소송법 제246조에 규정된 ‘국가소주추의’와

2) 배종대, 형사소송법, 홍문사, 2012, 400쪽.

3) 손동권·신이철, 새로운 형사소송법, 세창출판사, 2013, 6-7쪽.

4) 헌법재판소 1995. 6. 29. 93헌바45.

표리일체의 관계에 있는 것으로, 이로써 형사소송법은 국가소추주의와 함께 기소독점주의를 선언하고 있음을 확인할 수 있다.⁵⁾

이처럼 기소권을 검사가 독점하고 있는 우리 형사소송법제 하에서 검사의 수사와 기소는 형사재판의 핵심적인 활동이라고 할 수 있다. 즉, 검사의 수사가 얼마나 충실하게 이루어졌는지와 공판에서 검사가 그 내용을 효과적으로 현출하여 법관을 설득하였는지가 실체적 진실 발견의 성패를 좌우한다고 할 것이다.

2. 공판중심주의에 따른 검사의 부담

문제는 이와 같이 검사가 기소에 대한 권한을 가지고 있는 현행 법체계에서 공판중심주의가 강화됨에 따라 검사에게 주어지는 부담이 상당해졌다는 점이다. 공판중심주의가 확립되면서 과거와는 달리 범죄사실의 입증책임이 고스란히 검사에게 주어지게 되었다. 이전에는 법관이 공판절차 이전에도 증거와 주장사실을 미리 확인하고 판결을 내릴 수 있었다. 즉, 법관이 검사의 입증과정에 있어서 실질적으로는 조력자와도 같은 역할을 했다고 볼 수 있다. 하지만 지금은 법관이 공판 절차에서의 양 당사자의 주장과 그 증거 이외의 다른 절차와 과정을 판단의 근거로 삼을 수 없다.

이러한 변화는 검사로서는 많은 부담이 될 수밖에 없다. 과다한 업무와 같은 현실적인 문제는 물론 형사절차에서 수행하는 역할의 특성 상 검사들은 특정 사건에 대한 입증에 있어서 어려움을 겪게 된다. 검사의 역할은 유죄를 전제로 기소를 한 특정 당사자의 입장에서 서 있다. 따라서 스스로 편견과 편향을 가지고 있을 수밖에 없다. 사실관계의 파악과 증거의 해석에 있어서 본인의 입장을 지지하는 증거들에 대해서 선택적 주의와 이해를 할 가능성이 높다. 양쪽 당사자의 입장을 모두 고려하고, 객관적인 관점을 견지해야 하는 법관의 입장에서는 검사의 견해가 설득력 없게 들릴 가능성이 높다.

5) 이재상, 형사소송법, 박영사, 2013, 363쪽.

제2절 형사소송의 목적

형사소송의 목적은 적법절차에 의한 실체적 진실의 신속한 발견에 있다.⁶⁾ 즉, 형사소송은 ① 실체적 진실의 발견, ② 적정절차의 보장, ③ 신속한 재판의 실현에 그 목적이 있는 것이다.

먼저 ‘실체적 진실주의’(Prinzip der materiellen Wahrheit)란 형사소송의 실체에 해당하는 범죄사실의 객관적인 진실을 명백하게 밝혀야 한다는 원칙이다. 이와 같은 실체적 진실주의는 모든 범죄사실을 명백하게 밝혀 죄가 있는 자를 모두 처벌하도록 하는 ‘적극적 실체진실주의’ 작용과 객관적 진실을 밝혀 죄가 없는 자를 처벌하여서는 안 된다는 ‘소극적 실체진실주의’ 작용을 그 내용으로 하고 있으며, 현재 우리나라에서는 형사소송법 제275조의2 무죄추정의 원칙, 제308조의2 위법수집증거의 배제, 제309조 자백의 임의성 법칙 등을 형사소송의 기본원칙으로 채택하여 후자를 더욱 강조하고 있다.⁷⁾ 그리고 ‘적정절차의 원칙’(due process)은 형사소송이 공정한 법정절차에 따라 진행되어야 한다는 것을 의미한다. 이는 실체적 진실 발견을 강조하여 형사소송이 진행될 경우 침해될 수 있는 피고인이나 피의자의 인권을 보장하는 것에 그 취지가 있다.⁸⁾ 마지막으로 신속한 재판의 원칙은 피고인의 이익과 공익의 보호를 위하여 재판 절차를 신속하게 하는 것이 요구된다는 원칙으로 우리 헌법 제27조 제3항도 ‘모든 국민은 신속한 공개재판을 받을 권리를 가진다.’라고 선언하고 있다.⁹⁾

그런데 실체적 진실주의와 적정절차의 요청은 추상적 이념으로서의 조화를 이루는 것이 가능하지만, 구체적인 소송절차에 있어서는 서로 충돌할 수 있다.¹⁰⁾ 이에 실체적 진실발견이 형사소송법의 주된 이념이 될 수 없다는 견해도 등장하였다.¹¹⁾ 이렇듯, 적법절차우위 원칙에 따르면, 적법절차 원칙은 제12조 제1항에 명시되어 있는 헌법상의 요청으로서, 실체적 진실을 밝히고자 하는 형사소송의 목적도 법이 정한 적법한

6) 헌법재판소 1995. 6. 29. 93헌바45

7) 손동권·신이철, 앞의 책, 18쪽.

8) 손동권·신이철, 앞의 책, 21쪽.

9) 손동권·신이철, 앞의 책, 25쪽.

10) 임동규, 형사소송법, 법문사, 2012, 8쪽.

11) 형사소송의 이념은 적정절차의 원칙에 있으며, 실체적 진실 발견은 지양되어야 한다는 견해로는 변종필, 형사소송이념과 범죄투쟁, 그리고 인권, 비교형사법연구 제5권 제2호, 한국비교형사법학회, 931쪽 이하.

절차에 의거하였을 때만 달성될 수 있다. 즉, 수단의 적합성 원칙이 목적의 정당성보다 더 우위에 있다는 것이다.¹²⁾

그러나 형사소송은 사건의 진상을 파악하여 범죄혐의 여부를 명백히 하고, 죄가 있는 자와 죄가 없는 자의 구별을 확실시하여, 죄 있는 자만을 처벌함으로써 판결의 실질적 정당성을 확보하여야 한다는 점에서 ‘실체적 진실의 발견’을 여전히 최고의 이념으로 하고 있다고 할 것이다.¹³⁾ 그리고 이처럼 형사소송을 통해 실체적 진실을 발견하고자 하는 근본적인 이유는 실체적 진실이 범죄행위에 해당할 경우 그 범죄에 상응하는 형을 선고하여 정의를 실현하려는 것에 있다. 따라서 형사소송에서 실체적 진실 발견이 완전히 이루어졌다고 하기 위해서는, 공소사실의 진실 여부에 대한 실체적 판단이 정확히 이루어져야 할 뿐만 아니라, 공소사실이 진실일 경우 그 정상에 대한 규명도 정확하게 이루어져 그 죄질에 상응하는 정도의 형이 선고되어야 한다.

결론적으로 형사소송의 목적은 ‘실체적 진실의 발견 및 범죄에 상응하는 형의 선고’에 있다고 할 것이다. 그리고 이러한 판단과 선고의 과정에서 주의해야 할 것은 사법판단이 혐의의 제기와 증거의 수집을 하는 주체와 최종적인 판결과 선고의 주체가 다르다는 점이다. 이는 실체적 진실의 발견이 주관적인 과정에 그치는 것이 아니라 객관적인 과정을 포함한다는 것을 의미하며, 검사에게는 법관과 배심원을 설득해야 하는 과제가 발생하게 된다.

제3절 형사소송의 목적 달성을 위한 대전제 - 수사과정에서의 충실한 논증

좁은 의미의 ‘형사소송’, 즉 법정에서 이루어지는 공판은 검사의 기소를 전제로 한다. 그리고 검사는 넓은 의미의 ‘형사소송’의 일환인 ‘수사’를 통해 1차적인 실체적 진실 발견 과정을 거쳐 범죄혐의가 있다는 확신을 얻은 경우에 기소 처분을 통해 사건을 재판에 회부한다. 그렇다면 검사의 입장에서 형사소송의 목적인 실체적 진실 발견이라 함은, 일응 1차적 진실 발견 절차인 수사를 통해 확인한 범죄사실이 객관적

12) 임웅, 형사소송에 있어서 소관관계인의 진실의무, 저스티스 통권 제117호, 한국법학원, 2010, 185쪽.

13) 이재상, 앞의 책, 21쪽.

사실임을 확인받는 것에 있다고 할 것이다. 이를 위해 검사는 수사과정에서 수집한 각종 증거들을 법정에 제출하고 이에 대해 조사를 함으로써 피고인의 유죄를 입증한다.

결국 법정에서 이루어지는 공판 절차는 검사의 수사를 통해 1차적으로 밝혀낸 실체적 진실인 ‘공소사실’을 기초로 하여, 검사가 그 공소사실에 부합하는 것으로 제출한 증거들이 증거능력이 있고 증명력이 있는지를 검증하는 절차라고 할 것이다. 그리고 그러한 검증을 통해 검사가 수사를 통해 발견한 사실이 실체적 진실에 부합한다는 판단을 받기 위해서는 기본적으로 기소 이전의 ‘수사’ 절차에서 충실한 사실관계 논증이 이루어져야 한다.

제4절 형사소송의 목적 달성을 위한 효율적인 공판수행의 핵심

1. 검사의 역량 강화를 위한 제도적 구현

앞에서도 언급하였듯이 실체적 진실의 발견을 통한 정의의 실현이라는 형사소송의 가장 중요한 목표이자 이념을 실현하기 위해 가장 직접적인 당사자는 검사일 수밖에 없다. 검사는 형사소송에서 승소하는 것만을 목적으로 하는 것이 아니라, 범죄자를 처벌하되 무고한 사람을 처벌해서는 안되고, 처벌을 하는 경우에도 죄책에 부합하는 형벌이 부과될 수 있도록 하는 책무를 지닌다.

이와 같은 검사의 독특한 지위는 또다른 당사자인 변호인의 지위, 특히 변호인의 진실의무와 비교하면 극명하게 드러난다. 통상 진실의무를 실체적 진실발견을 위하여 법원에 대하여 관련 증거와 정보를 개시할 것을 요구하는 적극적 진실의무와 법원의 진실발견을 방해하거나 왜곡해서는 안되는 소극적 진실의무로 나눌 수 있다면, 변호인에게 적극적 진실의무를 부담시키는 경우 변호인에게 지나치게 공익적 책무를 부여하는 것일 뿐만 아니라 변호인을 둔 피고인이 오히려 불리한 상황에 처할 수 있다는 점에서 변호인의 진실의무는 소극적인 것이다.¹⁴⁾

이처럼 검사의 지위와 역할은 단순한 당사자로서의 지위를 넘어서게 된다. 공판과정에서 검사에게 주어진 책무는 단순히 효과적인 입증에만 국한되는 것이 아니라

14) 김대근, 변호인의 진실의무, 형사소송법 핵심 판례 110선, 박영사, 2014, 87쪽 참조.

적법한 절차를 지키고 적정한 형벌을 부과하는 등 범죄자를 처벌하는 것과는 외견 모순되어 보이는 직무를 동시에 수행해야 하는 것이다. 때문에 이러한 검사의 책무에 좇아 정의를 구현하고 실체적 진실을 밝히기 위해서는 관련 법령 등 제도적 뒷받침이 필요할 수밖에 없다. 즉, 진정한 의미의 당사자주의가 확립될 필요가 있으며, 당사자주의의 논리 필연적 결과로서 공판중심주의가 강화되어야 하는 것이며, 이를 위해 거증 책임의 합리적 분배를 통해 적법절차의 원칙을 확립해야 한다.¹⁵⁾

2. 공판중심주의 실현

공판중심주의는 형사재판의 기본원칙이다. 대법원도 “우리 형사소송법은 형사사건의 실체에 관한 유죄·무죄의 심증 형성은 법정에서의 심리에 의하여야 한다는 공판중심주의의 한 요소로서 법관의 면전에서 직접 조사한 증거만을 재판의 기초로 삼을 수 있고, 증명대상이 되는 사실과 가장 가까운 원본증거를 재판의 기초로 삼아야 하며 원본증거의 대체물 사용은 원칙적으로 허용되어서는 안된다는 실질적 직접심리주의를 채택하고 있는바, 이는 법관이 법정에서 직접 원본증거를 조사하는 방법을 통하여 사건에 대한 신선하고 정확한 심증을 형성할 수 있고, 피고인에게 원본증거에 관한 직접적인 의견진술의 기회를 부여함으로써, 실체적 진실을 발견하고 공정한 재판을 실현할 수 있기 때문이다.”라고 판시하였다.¹⁶⁾

공판중심주의가 형사절차의 원칙적 요청임에는 이론(異論)이 있을 수 없다. 공판중심주의의 핵심적 내용은 공개주의, 구두변론주의 및 직접주의 또는 전문법칙이라 할 수 있다. 공개된 법정에서 구두에 의하여 변론을 행할 때에만 법관은 공판정에서의 심리를 통하여 심증을 얻을 수 있고, 공판정에서 직접 조사한 증거에 의하여 심증을 형성하여야 법관은 정확한 심증을 얻을 수 있으며, 이는 곧 실체적 진실 발견에 도달하는 방법이라고 할 수 있다.

공판중심주의는 공소장일본주의 및 직접주의와 전문법칙에 의하여 형사소송법에 실현된다. 공소장일본주의는 당사자주의 소송구조의 당연한 요청이다. 이를 통해 수

15) 김대근·송재현, 미국형사소송제도의 시행현황 및 우리 사법 환경과의 합치 여부 연구, 대검찰청, 2012, 28쪽.

16) 대법원 2009. 1. 30. 선고, 2008도7919판결.; 대법원 2006. 11. 24. 선고, 2006도4994판결.

사기판의 심증과 법원을 차단하여, 법관은 사건에 대하여 예단을 가지지 않고 백지의 상태에서 양 당사자의 공격과 방어를 통해 진실을 발견할 수 있기 때문이다. 또한 직접주의는 독일 형사소송법이 취하는 태도이고 전문법칙은 영미와 일본 및 우리 형사소송법이 취하는 태도로 양자 모두 공판중심주의의 이념을 실현하는 방법에 해당한다.¹⁷⁾

본래 공판중심주의는 당사자주의의 실현, 다시말해 양당사자 중 특정 당사자에게 소송절차에 있어서의 우위를 제공하지 않기 위한 것이다. 하지만 검사는 구체적인 범죄사실뿐만 아니라 범죄와 관련된 전반적인 사건의 흐름에 관한 개연성을 인식시켜야 한다는 점에서 현실적으로 개별 재판에서 다루어지는 사건에 대해서 피고인보다 훨씬 광범위한 심증 형성의 책임을 지게 된다. 반면, 피고인의 경우 검사가 제시하는 혐의와 증명 내용에 대해서 반증을 통해서 의심을 품게 하는 것으로도 방어가 가능하다는 점에서 구조상으로는 검사에 비해 유리한 위치에 있다.¹⁸⁾

3. 법정에서의 수사과정 현출

과거와 달리 공판중심주의가 강화되어 가는 지금의 추세에 있어, 공판과정에 있어 검사의 역할은 날로 중요해지고 있다. 그리고 공판과정에 있어 실제적 진실 발견이라는 형사소송의 목적 달성을 위한 검사의 역할은 결국 수사과정에서의 검사의 추론을 효과적으로 법정에서 현출시켜 법관을 설득하는 것이다.

이를 위해 앞서 서술한 공판의 각 단계가 모두 중요하다고 할 것으로, 기소요지 진술 등 모두절차에서 법관에게 사건의 전체적인 틀과 핵심 쟁점을 충분히 이해시키는 것, 피고인신문을 통해 피고인의 주장을 효과적으로 탄핵하는 것, 그리고 최종 논고에서 검사의 논증과정을 설득력 있게 정리하는 것 또한 소홀히 해서는 안 될 요소일 것이다. 그러나 결국 검사에게 입증책임이 있는 형사소송 절차에 있어 유죄판결을 받기 위해 기초적인 전제로서 가장 중요한 것은 법정에서 공소사실을 뒷받침할 충분한 증거를 제시하는 것으로, ‘증거조사’절차가 형사소송 절차의 핵심이라고 할 것이다.

17) 이재상, 공판중심주의적 법정심리절차의 확립방안, 법학논집 제12권 제1호, 2007, 7-10쪽 참조.

18) 물론 데이터, 경험적 연구들을 통해서 실제로 이러한 견해가 사실인지에 대해서는 실증적인 확인이 필요하다. 다수의 견해에 따르면 이와 반대되는 견해를 견지할 수 있기 때문이다. 즉 일반적으로 검사의 기소 사실에 대해서는 무죄추정의 원칙에도 불구하고, 대부분의 경우에 혐의가 있음을 전제로 해서 판결이 이루어진다는 점, 즉 검사의 입장이 더 유리하다는 견해가 많은 것도 사실이다.

형사소송에서 중요하게 다루어지는 것은 법적인 관점에서의 실체적 혹은 절차적인 타당성이다. 따라서 형사소송에서는 법적인 쟁점들이 중요한 의미를 갖는다. 하지만 당사자의 주장은 정확한 사실관계가 뒷받침되지 않는다면 아무런 의미가 없다. 증거의 수집은 공소 제기된 사건에 관한 사실인정을 위한 절차로서, 모든 소송과정의 기초가 된다. 소송절차를 전체로서 하나의 문제해결 과정이라고 생각해보면, 증거조사의 과정은 가장 첫 단계인 상황의 인식(평가) 단계에 해당한다. 이 단계에서 사실관계를 정확하게 파악해야만 이후의 단계에서 제대로 된 판단을 내리거나 전략을 짤 수 있다. 말하자면 첫 단추를 꿰는 단계인 셈이다.

따라서 검사는 증거수집 과정에서부터 공판에서의 입증과정을 염두에 두어야 할 것이다. 증거는 절차적으로는 적법한 방법에 의해서 수집되어야 하고(증거능력), 내용적으로는 공소사실을 입증하기에 충분한 것이어야 할 것이다(증명력). 수집된 증거가 최종적으로 공판정에서도 효과적인 입증자료로 사용되기 위해서는 공판정에서의 논증 과정을 미리 염두에 두고 증거를 수집하는 것이 도움이 될 수 있다. 증거의 수집 과정에서 스스로의 심증과 구체적인 수집 방식에 대해서 반문하는 것이다. ‘이 증거를 통해서 주장 사실을 입증할 수 있으며, 반증의 가능성은 없는가?’, ‘이 증거의 수집 방법이 위법하여 배제될 가능성은 없는가?’ 이런 반문의 과정을 통해서 얻어진 결론만이 확고한 사실로서 공판정에서 (합리적) 의심의 여지없이 인정받을 수 있다. 또한 이러한 과정을 통해서 피고인 측의 반증에 미리 대비할 수 있다는 측면에서 공판에서의 계획을 세울 수 있다는 이점도 있다.

이를 반대의 관점에서 말한다면 증거수집 단계에서의 확증편향을 줄여나가야 할 것이다. 확증편향(Confirmation bias)이란 규칙을 확증하는 정보는 찾고, 규칙을 반증하는 정보는 찾지 않는 편향을 일컫는다. 다시말해 선택적인 정보 수집을 통해서 자신의 기대가 옳다는 것을 확증하는 편향을 말하는 것이다¹⁹⁾. 문제는 이와 같은 확증편향에는 몇 가지 취약점이 있다.

먼저 확증편향을 통해 판단자의 입장에서는 반복된 검증을 통해 강한 확신을 가질 수도 있지만, 정작 설득의 대상이 되는 상대방의 입장에서는 손쉽게 반박할 수 있다는

19) Snyder, Mark, and William B. Swann. "Hypothesis-testing processes in social interaction." *Journal of Personality and Social Psychology* 36.11, 1978, pp.1202-1212.

한계가 있다. 예컨대 검사는 증거를 수집해 나가는 과정에서는 피의자의 범행 여부에 대해서 직관적인 판단을 내리기 마련인데, 증거수집 과정에서 앞서 내려진 판단을 확인하기 위한 증거를 선택적으로 수집하는 경향이 발생한다. 이와 관련하여 기존의 연구들에서도 사법판단과 관련하여 판단주체들에게서도 이러한 확증편향이 발생한다는 점이 확인되어 왔다. 확증편향에 빠져 있을수록 다른 관점에서 하나의 문제를 판단하기가 어려워지며, 증거수집 단계에서 이러한 편향에 빠질 경우 입증이 충분하다는 착각을 일으켜 증거수집에 소홀해질 수 있고, 반대편의 반증에 대한 대비를 할 수 없게 된다. 따라서 검사는 자신의 주장에 대해서도 끊임없이 의심하며, 반증의 가능성에 대해서 미리 검토하고, 이에 대한 대비를 해둘 필요가 있다.

확증편향이 갖고 있는 또 다른 문제는, 확증편향이 객관적인 증거의 수집에 영향을 미치는데 그치는 것이 아니라 편향의 대상이 되는 사람의 행동에까지 영향을 미친다는 것이다. 이를 자기충족적 예언(Self-fulfilling prophecy)²⁰⁾이라고 표현하는데, 특정 대상에 대한 기대에 의해서 잘못 판단을 내리고 나면, 이 판단과 일치하는 일련의 행동들을 유발하게 된다는 것이다. 예를 들어 검사가 증인이나 피고인의 심문 과정에서 특정 기대나 속단을 가지고 심문을 할 경우 상대방은 무의식적으로 검사의 기대에 부합하는 행동을 통해서 확증을 강화하게 될 수 있다.

한편, 앞서 서술한 바와 같이 형사소송의 실체적 진실 발견에는 ‘규명된 범죄의 반사회성 내지 사회적 해악성에 상응하는 형의 선고’ 또한 포함되는 것이므로, 양형인자를 효과적으로 법정에 현출하여 적정한 형이 선고되도록 하는 것도 공판절차에 있어 검사의 중요한 역할이라고 할 것이다. 죄질에 상응하는 적정한 책임의 분배야말로 실체적 진실 발견과 정의 실현의 핵심이고, 형사사법정의를 구현하는 필요조건인 것이다.

4. 수사와 공판활동 연계방안

현재 검찰의 형사절차는 ① 수사지휘 ② 수사 ③ 기소 ④ 공소유지 ⑤ 집행의 단계로 이루어지고 있다. 여기서 수사와 기소는 대체로 동일 검사에 의해 이루어지나 그

20) Merton, Robert K. "The self-fulfilling prophecy." The Antioch Review 1948, pp. 193-210: 자기충족적 예언은 처음에 상황을 잘못된 규정하는데서 시작된다. 일단 상황을 잘못 규정하고 나면, 이 잘못된 생각이 실현되도록 만드는 행동을 하게 된다는 것이 자기충족적 예언의 특징이다.

외의 단계는 담당검사를 달리하고 있어, 책임이 분산 또는 단계별로 전가되어 수사결과에 대해 누구도 책임지지 않는 구조가 되고 있다.

특히, 수사와 공판의 이원화는 수사와 기소, 유·무죄와 형량 및 집행을 별개 절차로 인식하게 만들어 검찰의 형사절차가 유기적으로 진행되지 못하고 있다. 이와 같은 책임 없는 수사는 검찰 수사에 대한 국민들의 불신을 야기시킨다. 따라서 수사지휘의 수사 일원화가 필요하다. 즉, 수사지휘가 이루어진 사건에 대하여는 지휘검사가 이를 배당받아 수사주임검사로써 처리하는 것이다. 또한, 수사검사에 의한 공소유지를 강화해야 한다. 공소유지는 기본적으로 수사검사의 책임에서 출발해야 한다. 이는 공판 중심주의에 대한 효율적인 대처와 수사검사의 책임성을 강화시킬 수 있을 것이다. 이외에도 집행에 있어도 수사검사의 책임을 확대하는 등 수사와 공판활동의 연계방안을 모색해 볼 필요성도 있다.

수사와 공소유지의 이분화로 인한 한계도 있지만, 반대로 현행 제도가 가지고 있는 장점도 있다. 공판중심주의가 시행되면서 수사를 통해서 증거를 수집하는 업무와 공소를 제기해서 공판정에서 실체적 진실을 밝히는 일은 다른 성격을 띠게 되었다. 이에 각각의 단계에서 각각 검사는 자신의 역량을 집중해서 서로 다른 전문성을 극대화할 수 있는 있는 것이다. 문제는 이와 같은 단계화에 따른 전문성의 극대화는 형사소송의 동적인 과정을 단절시키고, 결국 실체적 진실발견의 실패를 가져올 수 있다.

주지하다시피 공판정에서의 범죄사실을 입증하는 것이 검사의 역할이지만, 이는 두 가지 과정이 필요하다. 즉, ① 증거수집을 통한 공판의 준비과정이 있고, ② 공판정에서 증거를 현출하여 판단자로서 법관과 배심원을 설득하는 과정으로 나뉜다. 증거의 수집 과정은 검사의 독자적인 활동을 통해서 이루어지지만, 공판정에서 증거를 현출하는 과정은 피고인은 물론 판단자인 법관과 배심원과의 상호작용을 통해서 이뤄지게 된다. 이 때문에 증거수집과 공판과정은 서로 다른 전문성이 요구될 수 있으며, 동시에 공판과정을 담당하는 검사들에게는 직접적으로 소송의 당사자들을 설득하는 역할에 어려움을 겪을 수 있는 지점이기도 하다. 앞서 밝힌 바와 같이 범죄사실에 대한 입증은 이미 증거수집의 단계에서부터 고려되어야 되는 부분이지만, 직접적으로 설득을 해야 하는 공소유지 검사에게는 보다 직접적인 입증과 설득의 기술이 필요하다고 할 것이다.

제3장

KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

공판중심주의와 법관 심증형성의 통제

김 대 근

공판중심주의와 법관 심증형성의 통제

제1절 공판중심주의 하에서 법관 심증형성 통제의 필요성

1. 공판중심주의의 도입

최근 대법원은 조서재판의 종래 실무를 극복하고자 공판중심주의를 강화하고 있다.²¹⁾ 대표적으로 대법원은 2004년 전원합의체 판결²²⁾에서 그동안 ‘형식적 진정성립이 인정되면 실질적 진정성립을 추정할 수 있다’고 보아 온 종래 판례를 파기하였다. 이는 공판중심주의를 지향하는 판례의 태도를 확실히 보여준다.²³⁾

이와 같은 법원의 공판중심주의 강화 방침에 따라 법관이 수사검사가 제조한 증거 기록보다는 공판 과정에서의 증거조사 결과를 위주로 심증을 형성하려고 하는 추세가 강화되고 있다. 이러한 경향에는 검사의 증거기록에 의한 법관의 선입견 형성을 방지하여 공정한 재판을 할 수 있도록 해준다는 장점이 있는 반면, 오히려 법정에서의

21) 대법원 2003. 10. 9. 선고, 2002도4372 판결; 대법원 2007.1.25. 선고 2006도7342판결.

22) 대법원 2004. 12. 16. 선고, 2002도537 전원합의체 판결은 “형사소송법 제312조 제1항 본문은 “검사가 피의자나 피의자 아닌 자의 진술을 기재한 조서와 검사 또는 사법경찰관이 검증의 결과를 기재한 조서는 공판준비 또는 공판기일에서의 원진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 때에 증거로 할 수 있다.”고 규정하고 있는데, 여기서 성립의 진정이라 함은 간인·서명·날인 등 조서의 형식적인 진정성립과 그 조서의 내용이 원진술자가 진술한 대로 기재된 것이라는 실질적인 진정성립을 모두 의미하는 것이고, 위 법문의 문언상 성립의 진정은 ‘원진술자의 진술에 의하여’ 인정되는 방법 외에 다른 방법을 규정하고 있지 아니하므로, 실질적 진정성립도 원진술자의 진술에 의하여서만 인정될 수 있는 것이라고 보아야 하며, 이는 검사 작성의 피고인이 된 피의자신문조서의 경우에도 다르지 않다고 할 것인바, 검사가 피의자나 피의자 아닌 자의 진술을 기재한 조서는 공판준비 또는 공판기일에서 원진술자의 진술에 의하여 형식적 진정성립뿐만 아니라 실질적 진정성립까지 인정된 때에 한하여 비로소 그 성립의 진정함이 인정되어 증거로 사용할 수 있다고 보아야 한다.”고 판시하였다.

23) 손동권, 공판중심주의의 도입과 수사절차 개선방안, 한국공안행정학회보 제17권 제1호, 한국공안행정학회, 2008, 85쪽.

피고인 또는 변호인의 주장에 경도되어 선입견을 가진 나머지 검사의 논증 과정을 제대로 이해하지 못한 채 판결을 내리게 될 우려가 있다는 단점 또한 있는 것이다. 따라서 검사의 입장에서는 공판중심주의 강화에 따라 법관의 심증형성 과정을 통제할 필요성이 더욱 커지게 된 것이다.

특히, 수사업무를 담당하는 검사와 공판업무를 담당하는 검사를 분리하여, 대다수의 사건에서 해당 사건의 수사를 담당한 검사와는 다른 검사가 공판을 수행하도록 하고 있는 검찰의 업무관행상, 공판검사가 해당 사건을 제대로 이해하지 못한 채 공판과정에 적절히 개입하지 못할 경우 위와 같은 법관의 선입견 차단에 실패할 우려는 더 커지게 된다. 그러므로 공판검사로서 다른 검사가 수사하여 기소한 사건을 어떻게 이해하고 어떤 방법으로 공판을 수행하느냐가 실체적 진실 발견의 목적 달성 여부를 좌우할 수도 있을 것이다.

2. 공판중심주의와 국민참여제 도입의 현실

한편, 우리나라에는 2007년 6월 1일 ‘국민의 형사재판 참여에 관한 법률’(법률 제 8495호)가 제정되고, 2008년 1월 1일부터 형사재판에 있어서 국민참여재판제도가 도입·시행되었다. 국민참여재판제도는 법률을 잘 알지 모르는 일반 국민일지라도 형사재판에 참여시켜 유무죄의 판단 및 양형의견을 개진할 수 있도록 하였다는 점에서 사법작용의 민주적 정당성을 확보하였다고 평가할 수 있다.²⁴⁾ 그리고 이와 같은 국민참여재판은 현재 지속적으로 활성화되고 있는 추세에 있다. 그러나 국민참여재판에서는 1차 판단권을 가진 배심원들이 심리에 참여한 후 평의를 통해 유무죄 판단을 하게 되는데, 배심원들은 증거기록 전체를 검토하지 못하고 오로지 법정에서 현출되는 증거들을 토대로 판단을 내리게 된다. 따라서 공판을 수행하는 검사가 역할을 제대로 해주는지 여부가 그대로 실체적 진실 발견의 성패와 직결된다고 할 것이다.

이처럼 법원의 공판중심주의 강화 방침에 따라 법관이 수사검사가 제출한 증거기록보다는 공판 과정에서의 증거조사 결과를 위주로 심증을 형성하려고 하는 추세가 강화되고 있다. 이러한 경향에는 검사의 증거기록에 의한 법관의 선입견 형성을 방지

24) 김일환, 국민참여재판제도의 헌법합치적인 정비방안, 헌법학연구 제18권 제3호, 한국헌법학회, 2012, 317쪽.

하여 공정한 재판을 할 수 있도록 해준다는 장점이 있는 반면, 오히려 법정에서의 피고인 또는 변호인의 주장에 경도되어 선입견을 가진 나머지 검사의 논증 과정을 제대로 이해하지 못한 채 판결을 내리게 될 우려가 있다는 단점 또한 있는 것이다. 따라서 검사의 입장에서는 공판중심주의 강화에 따라 법관의 심증형성 과정을 통제할 필요성이 더욱 커지게 된 것이다.

3. 검사의 입증활동

공판검사는 공사사실의 입증을 위해서 법원과 배심원을 설득할 책임이 있다. 이를 위해서는 철저한 입증계획 하에 주도적인 입증과정을 거쳐야 할 것이다. 이를 위해서는 공판진행 단계별로 다음과 같은 입증활동을 벌이게 된다. 먼저 공판절차에서는 모두진술과 증거조사절차, 피고인 신문 등의 과정을 거치게 된다. 모든 절차를 통해서 공판검사는 법원이 유죄의 심증을 가질 수 있도록 노력해야 한다. 이를 위해서는 피고인의 자백을 이끌어 내야 하고, 설령 범행을 부인하는 경우에도 그러한 진술의 허구성을 드러낼 수 있어야 한다.

증거조사절차에서는 범죄사실에 대해서 효과적으로 증거를 제시하여 법원의 심증을 형성하여야 한다. 이를 위해 공판검사는 적극적으로 입증의 의무를 수행함으로써 당해 절차의 진행 과정에서 주도권을 장악할 필요가 있다. 특히 증거의 입증을 위해서 증거조사의 신청은 물론, 효과적인 입증을 위한 증거조사신청의 순서, 입증취지 등을 분석하여야 할 것이다.

제2절 법관 심증형성의 오류요인

1. 법관의 의사결정에 영향을 미치는 요소

법관의 의사결정에 관해서는 그동안 많은 논의가 있어왔다. 특히 법적인 관점에서는 법관들이 법률적인 요소, 즉 법률에서 인정하는 요소들에 의해서만 판단을 하고 판결을 내리는 것이 원칙이다. 하지만 뛰어난 개인적 자질과 오랜 훈련에도 불구하고 법관들 역시 인간이 가지고 있는 의사결정 과정에서의 기본적 특성에서 완전히 벗어

날 수 없으며, 비법률적인 요소들에 의해서 영향을 받기도 한다는 점은 이제는 일반적으로 받아들여지고 있는 경험적 사실이라고 할 것이다²⁵⁾.

특히 법률에서는 고려되지 않는 차이들이 실제로는 법관의 판단에 영향을 미치고 있다는 것을 이해하는 것은 후술하는 바와 같이 검사가 공판을 수행하는데 있어서 진지하게 고려해야 하는 요소이다. 그리고 이러한 요소를 적절히 활용하는 것은 검사들이 법관들의 실제적 발견을 돕고, 사법정의를 실현하기 위해서도 필수불가결한 전략임을 간과해서는 안된다.

가. 법률적 요소

우리 헌법 제103조가 선언하는 것에서 분명하게 알 수 있듯이 법관은 ‘헌법과 법률에 의하여’ 그 양심에 따라 독립하여 심판해야 한다. 특히 형사재판에서 법관의 판단은 기본적으로 구성요건에 해당하는 행위, 행위의 중대성, 행위를 규율하고 있는 법정형 등에 의해서 결정된다. 그리고 법정형의 범위 내에서 위법성과 책임, 그리고 형벌의 효과를 고려하여 선고형을 결정하게 된다. 이 과정에서 법관의 판단을 규율하는 것은 법률이며, 구체적인 부분에까지 법관의 재량이 아닌 법률에 의한 규율이 가능하도록 하기 위해서 수많은 실체법, 절차법과 이에 대한 학문적인 해석들이 존재한다.

물론 법적 규율의 현실적인 한계가 있을 수밖에 없기 때문에, 또는 정당한 판단을 위해 경험적인 요소를 적극적으로 활용하기 위해서 경험칙과 같이 법률에서 구체적으로 정해놓지 않은 기준들이 법률의 해석과 적용에 이용되기도 한다. 그럼에도 불구하고 원칙적으로, 그리고 이상적으로는 사법판단, 특히 형사판단은 법률적 요소들에 의해서 결정되어야 한다는 점에 이론이 있을 수는 없을 것이다.

나. 비법률적 요소

법률에 의한 판단이라고 하는 뚜렷한 기준에도 불구하고 법관의 판단에는 법률 외적인 요소들이 개입되는 것을 부정할 수가 없다. 이러한 요소들은 법관의 법적

25) Guthrie, C., Rachlinski, J. J., & Wistrich, A. J., Inside the Judicial Mind. Cornell Law Review, 86, 2000, pp.777-830.

판단에 영향을 미치는 법률외적인 요소들로 통칭할 수 있으며, 무의식적으로 법관의 판단에 개입하여 법률적인 판단을 방해하기도 한다. 주로 심리화적인 영역에서 많이 다뤄지는 주제들이기 때문에 이러한 법률외적인 요소들을 심리학적 요소로 봐도 큰 무리는 없을 것이다.

비법률적 요소의 개입에 대해서 논의가 필요한 것은 이러한 요소들이 영향을 미칠 개연성이 매우 크기 때문에 이를 무시하기보다는 정확하게 알고 대처해야할 대상 또는 요소이기 때문이다. 검사들의 입장에서든 검사 본인과 대립 당사자인 피고인측은 물론 법관이나 배심원들의 심리적 과정과 관련해서 인지하여야 할 부분이다.

법관의 의사결정 과정에서 비법률적 요소들이 개입되는 가장 큰 이유는 바로 법적인 사건의 불확실성(Uncertainty)에 있다. 판단의 대상이 되는 사건은 객관적으로 존재하지만 과거의 사건에 관해서 판단을 하는 것이기 때문에 제3자인 판단자의 입장에서는 당연히 불확실성이 존재할 수밖에 없다. 더군다나 이런 불확실한 사건을 놓고 대립되는 당사자의 주장이 맞서는 경우라고 한다면 의사결정을 내리기는 더욱 곤란해진다. 또한 법관의 의사결정은 객관적인 외부사실에 관한 것뿐만 아니라 고의나 동기와 같은 주관적인 내적 사실에 대한 판단을 전제로 한다는 점에서 사실관계의 확정만 여간 어려운 일이 아니다.

법적 판단의 대상이 되는 사건이 가지는 사실관계의 불확실성은 이를 보완하기 위한 다른 판단요소들의 개입을 유발한다. 예를 들어 피고인이 해당 사건에서 범죄를 저질렀는지 판단하는데 본 사건과 무관한 피고인의 범죄전력을 고려하게 되는 것이다. 직접적으로 범죄사실을 입증할 증거가 없는 경우에 이러한 경향성은 더욱 두드러지게 나타날 수밖에 없다.

심리학을 비롯한 경험적인 과학의 연구방법에 의해서 법적인 이념과 관계없이 법률외적인 요소들이 법관의 판단에 영향을 미치는 것으로 확인되고 있다. 여기에는 크게 피고인의 특성, 법관의 개인특성, 공판과정에서 당사자의 진술방식의 특성이 포함되는 것으로 알려져 있다. 먼저 피고인의 특성과 관련해서는 주로 외국의 연구들이 주류를 이루는 만큼, 피부색에 의한 처벌수준의 차이가 있다는 다수의 연구들이 있다. 즉, 백인 피고인에 비해서 흑인 피고인의 경우에 동일한 범죄에 대해서도 더 높은 형을 선고하는 결과가 반복적으로 확인되고 있는 것이다.²⁶⁾ 그리고 피부색이 영향을

미치는 심리적 과정과 관련해서는 주로 고정관념(Stereotype)이나 편견(Prejudice)라고 하는 기제에 의해서 설명되기도 한다.

법관의 개인적 특성이 판결에 영향을 미치는 경우는 주로 법관의 내적인 특성인 법관의 정치적 성향, 선고 또는 형벌의 목적에 관한 사상 등에 의해서 유무죄 판단이나 형량이 달라지는 것으로 나타났다. 특히 형벌에 관한 가치관의 변화는 형벌판단의 예측가능성을 높이는 것으로 나타났다. 마지막으로 법정에서 주장과 증거가 현출되는 방식에 의해서도 사법판단에 영향을 미치는 것으로 나타났다. 예를 들어 변호사의 수사학적인 변론이 뛰어난 경우나, 피고인이 매력을 발휘하는 경우 등에서 피고인의 형량이 낮게 선고되는 경향이 발견되었다.

비법률적 요소들에 의해서 왜곡된 판단을 판단자가 정정하기 위해서는 다음과 같은 요건들이 구비되어야 한다.²⁷⁾ ① 왜곡되지 않은 판단을 하려는 동기화, ② 판단을 왜곡하려는 영향이 존재함을 인식, ③ 왜곡의 방향, ④ 왜곡의 정도, ⑤ 왜곡을 정정하기 위한 역량과 능력. 하지만 이러한 요건들을 모두 충족시키기는 쉽지 않기 때문에 왜곡된 판단의 정정은 예외적인 경우에만 가능한 것으로 평가된다. 따라서 이보다 더 현실적인 대안은 법관이 의사결정에 필요한 사실들에 대해서 접하는 과정에서 불필요한 요소가 노출되는 것을 원천적으로 차단하는 것이 대안으로 제안되기도 한다. 하지만 이 또한 한계가 있기 때문에 법관이 인지적 왜곡의 가능성을 염두에 두고 이를 최소화하기 위한 의식적인 노력을 기울여야 할 것이다.²⁸⁾

2. 법심리학의 활용

가. 사법판단에 관한 심리학적 연구의 의의

심리학적인 관점에서 사법판단은 법적인 문제를 해결하는 판단과 의사결정의 과정

26) Johnson, J. D., Whitestone, E., Jackson, L. A., & Gatto, L. "Justice is Still Not Colorblind: Differential Racial Effects of Exposure to Inadmissible Evidence." *Personality and Social Psychology Bulletin* 21, 9, 1995, pp.893-898.

27) Wilson, Timothy D., and Nancy Brekke. "Mental Contamination and Mental Correction: Unwanted Influences on Judgments and Evaluations." *Psychological Bulletin* 116, 1, 1994, p.117.

28) 김상준, 앞의 논문, 34-35쪽.

이다.²⁹⁾ 특히 법률에 따르는 사법판단의 특성상 규범적인(Normative) 입장이 강하게 작용하는데, 이성에 의해서 지배되는 합리적인 의사결정을 사법판단의 원칙적인 판단 모델로 보고 있다.³⁰⁾ 예를 들어 라즈(Raz)는 법적인 추론은 자체적인 원칙에 따르는 특수한 유형의 기술적인 추론이라고 표현하였다.³¹⁾ 이는 인간의 본성과는 별개로, 법적 판단 절차에서는 주관을 배제하고 법원칙에 따라서 이성적으로 판단을 내려야 한다는 당위적 요구에 기초하고 있다.

사실관계의 파악은 사법판단의 기초를 이루기 때문에, 다수의 경험적 연구들이 규범적인 판단의 관점에서 배심원들의 사실발견(Fact-finding)과 증거를 평가하는 기준에 관한 연구를 수행하였다.³²⁾ 이 연구들은 사실관계의 불확실성을 전제로 사법 판단을 법률적인 사실의 발생 확률을 조합하여 최종적인 판단을 내리는 수학적인 판단 과정으로 보았다. 수학적 접근은 수학적 논리를 바탕으로 한 확률적 개념을 근거로 사법적 추론 및 판단에 대한 구조를 파악할 수 있다고 전제한다. 인간의 인지 과정을 수치화함으로써 사법판단의 과정을 기술하고 설명하려 시도하는 방식이다.

그러나 복잡한 사실관계를 수치화하는데 있어서의 어려움 때문에 수학적 접근 방법은 실제 인간의 판단 과정과는 차이가 있음이 확인되었다. 이에 수학적 접근 방식은 다양하고 복잡하며 정교한 심리적 변수를 포함한 인지적 과정을 순수한 수학적 공식으로 설명하기 보다는 개인적인 경험, 신념, 지식 등의 요소들의 영향을 고려하는 설명 방식으로 발전하게 되었다. 또한 수학적인 관점보다는 이야기 모형(Story Model)처럼 내용들 간의 일관성을 중요하게 생각하는 관점이 더 설득력을 얻고 있다.³³⁾ 사법판단에 관한 경험적 연구성과들에 의해서 인간의 사법판단 과정이 이성적이고 합리적이라는 관점은 변화하게 된 것이다.

29) Arkes, H. R. Principles in Judgment/Decision Making Research Pertinent to Legal Proceedings. *Behavioral Sciences & the Law*, 7(4), 1989, pp.429-456.

30) Becker, G. S. Crime and Punishment: An Economic Approach. *Journal of Political Economy*, 76, 1968, 1-54; Posner, R. A. An Economic Theory of the Criminal Law. *Columbia Law Review*, 85, 1985, pp.1193-1231.

31) Raz, J. On the Autonomy of Legal Reasoning. *Ratio Juris*, 6(1), 1993, pp.1-15.

32) Pennington, N., & Hastie, R. Reasoning in Explanation-Based Decision Making. *Cognition*, 49(1), 123-163; Posner, R. A. (1999). An Economic Approach to the Law of Evidence. *Stanford Law Review*, 51, 1993, pp.1477-1546.

33) Pennington, N., & Hastie, R. Explaining the Evidence: Tests of the Story Model for Juror Decision Making. *Journal of Personality and Social Psychology*, 62(2), 1992, pp.189-206.

사법판단에 있어서도 직관적인 판단이 만연해 있다는 것은 반대로 합리적 의사결정이 얼마나 어려운지를 통해 짐작할 수 있다. 사법판단에서 합리적인 의사결정이 가능하기 위해서는 이상적인 민감성, 완벽한 정보, 이성을 갖춘 의사결정자가 확률적이고 수학적인 공리에 따라서 판단해야 한다. 이러한 조건들을 정보에 초점을 맞추어서 본다면, 완전한 합리적 의사결정을 위해서는 충분한 정보, (판단자의) 정보에 대한 완전한 이해, 그리고 정보들 간의 모순이 없음과 같은 조건들이 갖춰져야 할 것이다.³⁴⁾ 하지만 실제 판단 상황에서 이러한 조건들이 모두 갖춰지는 경우는 거의 없기 때문에 엄격한 이성주의적인 모델들은 실제 개인의 의사결정행위를 제대로 보여주지 못한다는 것은 이미 경험적인 연구들을 통해 알려져 있다.

또한 만약 사법판단이 실제로 합리적이고 이성적으로 이뤄진다면 같은 사안에 대해서 판단을 했을 때 누가 판단을 하던지 동일한 판단의 결과가 나와야 할 것이다. 하지만 많은 경험적 연구들이 판단자들 간에 불일치, 심지어 전문적인 사법판단자인 법관들 내에서도 상당한 판단의 차이를 보인다는 점을 지적해 왔으며, 이러한 사법판단에서의 불일치가 사법판단의 경험적인 연구를 촉발시켰다고 해도 과언이 아니다. 사법판단, 형사와 민사 사건을 불문하고 불확실성이 높은 사건의 경우 편향의 발생 가능성이 높기 때문에 더 높은 기준들이 적용되지만, 이런 판단 상황에서는 오히려 인지적 오류의 발생 가능성이 더 높은 것으로 알려져 있다.³⁵⁾

나. 사법판단에 대한 비법률적 요소

1) 서설

이처럼 사법판단에서 합리적인 판단을 저해하는 많은 요소들이 포함되어 있는데, 이 때문에 사법판단은 결과를 예측하기 힘든 암상자(Black box)에 비유되곤 한다.³⁶⁾ 법률 자체의 불명확성은 차치하더라도, 사실관계 자체가 가지는 특징들은 판단의 어

34) Lipshitz, R., & Strauss, O. Coping with Uncertainty: A Naturalistic Decision-making Analysis. *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, 69(2), 1997, pp.149-163.

35) Rachlinski, J. J. Heuristics and Biases in the Courts: Ignorance or Adaptation. *Oregon Law Review*, 79, 2000, pp. 61-102.

36) Simon, D. A Third View of the Black Box: Cognitive Coherence in Legal Decision Making. *The University of Chicago Law Review*, 71(2), 2004, 511-586.

려움을 낳는다. 여기서 합리적인 판단을 저해하는 요소는 크게 두 가지이다. 첫째, 사법판단은 하나의 판단 또는 결정을 내리기 위해서 많은 양의 정보(증거)를 처리하여야 할 뿐만 아니라 그 정보들이 확실하지가 않거나 서로 충돌하는 경우가 많다는 것이다. 둘째, 사법판단 특히 형사판단의 경우에는 범죄라는 부정적인 현상을 다루고, 판단과 의사결정의 결과로 처벌이라는 부정적인 결과를 낳게 된다는 것이다.

사회인지 분야의 연구가 발전하면서 경험적 연구들에서 사법판단 과정에서 발생하게 되는 보편적인 인지적 과정에 대해서 다루게 되었다. 대표적인 연구들로 사법판단에서의 인지적 방략(Cognitive Heuristic) 연구들을 들 수 있다.³⁷⁾ 이 연구에서는 정박효과, 사고를 편향, 후견편향, 대표성 방략, 자기중심 편향 등이 법관에게서도 나타나는지를 확인하였는데, 일반인과 정도의 차이는 있더라도 법관에게서도 이러한 편향이 발생함을 확인하였다. 이후 국내에서 이뤄진 연구들에서도 법관들의 인지적인 편향들이 확인되었다.³⁸⁾

2) 법률외적 요인들의 유형화

사회인지의 발달과 사법판단 분야에의 적용은 규범적인 요구에도 불구하고 판단자들은 비법률적인 요소들에 영향을 받으며,³⁹⁾ 이러한 비법률적 요소들이 인지적 방략, 편향, 오류 등의 심리적 기제를 통해서 발생한다는 것을 밝혔다. 가장 대표적인 것은 사안을 법률에 적용하는 과정에서 불필요한 정보들, 즉 법률외적(Extra-legal) 요인들의 효과에 관한 연구들이다. 이 연구들에 따르면 특히 법적 판단자들은 명확한 지시가 있는 경우에도 불구하고 정서적인 효과를 유발하는 정보들에 영향을 많이 받는 것으로 알려져 있으며, 예컨대 언론에 노출된 사건에 있어서는 법정에서 제출된 증거 이외에도 법적 판단을 하는데 불필요한 정보들을 많이 접하게 되고, 이들 정보들이

37) Guthrie, C., Rachlinski, J. J., & Wistrich, A. J. Inside the Judicial Mind. *Cornell Law and Review*, 86, 2001, pp.777-830.

38) 김청택, 최인철. 법정 의사결정에서의 판사들의 인지편향. 서울대학교 법학, 51(4), 2010, 317-345; 박광배, 김상준, 한미영. 가상적인 재판 쟁점에서의 현역판사의 판단과 모의배심원의 집단판단에 대한 인지적 방략의 효과. 한국심리학회지: 문화 및 사회문제, 11(1), 2005, pp.59-84.

39) Hagan, J. Extra-legal Attributes and Criminal Sentencing: An Assessment of a Sociological Viewpoint. *Law and Society Review*, 8, 1973, 357-284; Rachlinski, J. J., Johnson, S. L., Wistrich, A. J., & Guthrie, C. Does Unconscious Racial Bias Affect Trial Judges. *Notre Dame Law Review*, 84, 2008, pp.1195-2269.

법적 판단에 영향을 미치게 되는 것이다.⁴⁰⁾

① 정박효과(Anchoring Effect)

트버스키(Tversky)와 카네만(Kahneman)은 불확실한 상황에서 사람들이 의사결정을 할 때 나타나는 일정한 경향성들을 확인하였다. 그들은 다음과 같은 실험을 수행하였다. 피험자들에게 UN에 가입한 아프리카 국가의 비율을 추측하도록 했는데, 이때 임의의 숫자(거점)를 제시하고, 이보다 높은지 낮은지를 판단하게 했다. 피험자들은 숫자로 제시된 거점에 영향을 받아 판단하는 것이 확인되었다. 정박효과란 관련 정보가 부족한 불확실한 상황에서 판단을 내릴 때 외부에서 주어진 정보에 영향을 받는 경향을 말한다. 이때의 거점이 질문과는 전혀 관련 없는 정보라고 하더라도 판단에 영향을 미치게 된다고 한다. 즉, 정보가 무작위로 추출되었거나, 거점을 극단적인 경우에도 정박효과는 나타났다.⁴¹⁾

법적 판단 상황에서도 정박효과를 확인한 다수의 연구들이 있다. 주로 숫자와 관련하여 형량이나 배상금과 관련된 연구들이 많이 수행되었다. 예를 들어 손해배상합의금을 협상하는 과제가 주어졌을 때 실험참가자들은 초기에 화해안에서 제시된 합의금의 숫자에 영향을 많이 받았다.⁴²⁾ 최초 협상금이 10,000불이었던 조건과 2,000불이었던 조건에서 전자의 경우에 12,000불을 최종적인 화해금으로 쉽게 받아들이는 것을 확인할 수 있었다. 또 다른 연구에서는, 동일한 사건에 대해서 모의배심원들을 원고 측 변호사가 100,000불의 손해배상을 청구한 경우와 500,000불을 청구한 경우로 나눈 다음 배상금을 결정하도록 했을 때, 전자의 경우에는 약 90,000불을 배상하도록 한 반면, 후자의 경우에는 300,000불을 배상하도록 했다. 이러한 차이는 초기 청구액에 따라서 모의배심원들이 배상금에 대해 거는 기대치가 달라지기 때문으로 이해할 수 있다.

② 사후과잉확신 편향 (Hindsight Bias)

사후과잉확신 편향이란 특정 사건이 발생했을 때, 사건이 발생할 것을 사전에 이미

40) Wissler, R. L., & Saks, M. J. On the Inefficacy of Limiting Instructions: When Jurors use Prior Conviction Evidence to Decide on Guilt. *Law and Human Behavior*, 9(1), 1985, pp.37-48.

41) Tversky, A., & Kahneman, D. Availability: A Heuristic for Judging Frequency and Probability. *Cognitive Psychology*, 5(2), 1973, pp. 207-232.

42) Guthrie, C., Rachlinski, J. J. & Wistrich, A. J. Inside the Judicial Mind. *Cornell Law Review*, 86, 2001, pp. 777-830.

알고 있었다고 사후적으로 믿는 경향성이다. 실생활에서 흔히 많이 발생하는 인지적 특성으로, 결과를 알기 전에는 예측할 수 없었음에도 불구하고 결과를 알고 나서는 너무나 뻔했던 일이라고 착각하는 것이다.⁴³⁾ 사후과잉확신 편향이 발생하는 이유에 대해서는 ‘잠입적 결정론(Creeping Determinism)’에 의해서 설명하는 것이 보통이다. 이 설명에 따르면, 우리가 결과를 알고 나면 정보들이 즉각적으로 인지적 표상과 결합되기 때문에 관련성이 과장되게 지각된다고 한다.

사법판단 상황에 적용해 본다면, 재판 결과에 대한 예측 가능성에 대한 인식에 영향을 미칠 수 있는데, 재판 결과를 알고 나서 본인도 동일한 판결을 내렸을 것이라고 생각하게 만든다. 한 연구에서 법관들에게 실제사건에 기초한 항소 시나리오에서 법원의 판단(감경, 인용, 취소)을 함께 지시하였다. 동일한 사건에 대해서 본인의 판단을 내리도록 했을 때, 함께 제시 받은 항소결과에 영향을 받았다. 즉, 항소법원에서의 판단이 감경, 인용, 취소 등의 결과인 경우에 법관들도 항소법원의 결과에 따르는 경향을 보인 것이다.⁴⁴⁾

③ 확증편향(Confirmation Bias)

확증편향이란 일상생활에서도 흔히 발생하는 편향 중 하나로, 어떤 가설을 검증할 때 검증하고자 하는 가설을 지지하는 증거만을 선택적으로 확인하여, 그 가설을 확정하려고 하는 경향이다. 반면, 가설을 기각시킬 수도 있는 반증에 대해서는 무의식적으로 회피하게 된다. 반증을 인정할 경우에 이미 가설로 자리 잡은 인식을 변경해야 하기 때문에, 반증을 무시하게 되는 것이다.

사법판단에 있어서도 확증편향의 영향은 매우 중요한 의미를 가질 수 있다. 수사기관이나 법관이 확증편향을 가질 경우에 객관적인 판단을 내리기 힘들기 때문이다. 확증편향과 관련된 한 국내 연구에서도 현직 법관, 연수원생, 대학생 집단에 대해서 재판 시나리오를 제시하여 확인한 결과, 대학생들과는 어느 정도 차이가 있었지만 사법연수원생이나 법관들도 확증편향이 나타났다.⁴⁵⁾

43) Wood, G. The Knew-it-all-along Effect. *Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance*, 4(2), 1978, pp.345-353.

44) Pennington, D. C. Being Wise After the Event: An Investigation of Hindsight bias. *Current Psychological Research*, 1(3-4), 1981, pp. 271-282.

45) 김청택, 최인철, 법정외사결정에서의 판사들의 인지편향. *서울대학교 법학*, 51(4), 2010, pp.317-345.

④ 자기중심 편향(Egocentric Bias)

자기중심 편향은 사람들이 자신의 자존감을 보호하기 위해서 자신의 능력, 또는 바람직한 특성에 대해서는 과장되게 지각하는 것을 의미한다. 로스(Ross)와 시콜리(Sicoly)에 의해서 수행된 한 연구에서 부부들을 대상으로 하여 집안일들에 대한 본인의 기여수준을 응답하도록 하였다. 각각의 응답자들은 배우자에 비해서 자기가 더 높은 기여를 한다고 응답하였다.⁴⁶⁾ 뿐만 아니라 법정 상황에서도 판사나 검사, 변호사들은 본인의 능력과 그들의 증거들을 과대평가하는 성향을 보일 수 있다.⁴⁷⁾ 이는 결국 당사자들 간의 주장과 근거에 대한 객관적 평가와 적절한 대비를 하는데 실패를 유발할 수 있다.

⑤ 틀효과(Framing)

틀효과란 동일한 상황에 대해서 관찰자가 어떤 관점에서 보는지에 따라 인식되는 내용이 달라지는 현상을 말한다. 이득·손해의 틀은 의사결정에 차이를 유발하는 대표적인 인식의 틀로 작용한다. 전망이론(Prospective Theory)에 따르면, 사람들은 이득 상황에서는 위험을 회피하려는 경향이 있는 반면, 손실상황에서는 위험을 추구하는 경향이 있다.⁴⁸⁾

법정 상황에서 법관은 중재 역할을 하기 때문에 합의절차에 영향을 미칠 수 있다. 이 때 법관이 어떤 판단의 틀을 사용하는지에 따라서 원고와 피고의 합의 결심에 대해 다르게 인식할 수 있고, 이는 법적 판단에 영향을 주게 된다.⁴⁹⁾

46) Ross, M., & Sicoly F., Egocentric Biases in Availability and Attribution. Journal of Personality and Social Psychology, 37(3), 1979, pp.322-336.

47) Loewenstein, G., Issacharoff, S., Camerer, C. & Babcock, L. Self-Serving Assessments of Fairness and Pretrial Bargaining. The Journal of Legal Studies, 22(1), 1993, pp. 135-159.

48) Tversky, A., & Kahneman, D. Rational Choice and the Framing of Decisions. The Journal of Business, 59(4), 1981, pp. 251-278

49) Rachlinski, J. J. Gains, Losses, and the Psychology of Litigation. Southern California Law Review, 70, 1996, pp. 113-185.

3. 사법적 요소

가. 법관의 잘못된 선입견 형성

법관이 심증을 형성함에 있어 그 양태는 ① 실체상으로는 유죄인 사건에 대해 무죄로 판단하는 경우와 ② 실체상으로는 무죄인 사건에 대해 유죄로 판단하는 경우가 모두 포함된다고 할 것이지만, 검사가 1차적인 판단권자로서 유죄라는 판단을 내린 사건임을 전제로 그것에 대해 법관으로부터 유죄판단을 받는 것이 공판의 목적임을 감안하여 아래에서는 전자의 경우(①)를 전제로 하여 논한다.

피고인이 무죄를 다투는 사건에 있어 법관의 실체 판단은 대부분 '증명력 판단'에 의해 결정된다고 할 것이다. 판결문상 그와 같은 증명력 판단의 내용은 검사가 제출한 증거기록과 피고인 또는 변호인이 제출한 각종 반박자료들에 기반하여 이루어지는 것처럼 나타난다. 그러나 공판중심주의가 강화되고 있는 현재의 추세 하에 법관 심증형성의 가장 주요한 오류 요인은, 법관이 검사가 제출한 증거기록을 검토하기 전에 법정에서 피고인이나 변호인이 하는 주장과 그 주장을 관철하기 위해 제출하는 자료들로 법관의 시각이 경도된 나머지 실체와는 다른 판단을 할 수 있는 가능성이 높다는 점에 있다.

물론 증거조사를 통해 검사가 수사과정에서 수집한 증거가 법정에 현출되므로 공판 과정에서의 증거조사는 검사가 제출한 수사기록을 토대로 이루어진다고 할 것이다. 그러나 현실상 법정에서는 수사기록에 나타난 증거의 내용들에 대한 구체적인 검토보다는 증인신문에 대부분의 시간이 소요되고 있어 공개법정에서 검사가 제출한 증거에 대한 심리가 충분히 이루어진다고 보기 어렵다.

더 나아가 2006. 4. 공판중심주의 강화에 따른 증거분리제출 제도가 시행된 이후 상당수의 재판부에서 기록 관리상의 편의 등을 위하여 증거기록 중 피고인이나 변호인이 동의한 부분을 그때그때 제출받아 검토하지 아니하고 모든 증거들에 대해 증거 동의를 이루어지거나 변론이 종결된 후 한꺼번에 제출받아 검토하고 있는 실정이다. 이에 법관이 검사가 제출한 증거기록 자체에 대한 충분한 검토를 하지 못한 상태에서 피고인이나 변호인의 주장에 경도된 나머지 선입견을 가지게 된 상태에서 검사가 제출한 증거기록을 검토하게 되는 것이다. 결국 법관은 수사검사가 증거기록을 통해 나타내고자 한 논증과정에 대한 충분한 이해 없이 특정한 결론을 도출하게 될 가능성

이 높아졌다고 할 수 있다.

한편, 법관이 위와 같은 과정을 통해 잘못된 판단을 내린다는 것을 다른 시각에서 본다면, 공판검사가 공판과정에서 소극적으로 대처한 나머지 증거기록에 나타난 논증 과정을 효과적으로 현출시키지 못한 것으로 볼 수 있을 것이다. 따라서 공판검사가 증거기록 제출 및 형식적인 증인신문에만 의존하지 않고 보다 적극적으로 증거기록의 내용을 법정에 현출시킬 방법을 끊임없이 고민하고, 그 고민한 바를 실행하기 위해 노력하여야 할 것이다.

나. 수사과정에서 검사 논증의 미완성

법관이 잘못된 선입견을 형성한 경우가 아님에도 실제와는 다르게 무죄 판결이 선고되었다면, 이는 수사과정에서 검사의 논증이 충분히 이루어지지 않은 경우일 것이다. 즉, 검사가 실제적인 진실에 판단은 옳게 하였지만, 그 증거 수집을 다소 소홀히 하여 논증의 연결고리가 일부 누락되고, 그것에 대해 법정에서 피고인 또는 변호인이 집중적으로 공격을 함에도 공판검사가 제대로 대응하지 못하여 무죄가 선고되는 경우일 것이다.

이처럼 수사과정에서 검사의 논증이 실패하게 되는 원인은 다양하다. 그 원인을 분석하면 다음과 같다.

첫째, 앞에서 지적한 것처럼 수사와 공판을 분리하는 우리 검찰실무를 주원인으로 들 수 있을 것이다. 이에 대해서는 앞에서 언급하였으므로 상술하지는 않겠다.

둘째, 그에 못지않은 원인으로는 경찰과 검찰의 이원화된 수사체계 또한 문제라고 지적할 수 있다. 검찰청법 제4조⁵⁰⁾에 따라 검사는 일반적으로 범죄수사에 관한 사법경찰관리를 지휘, 감독하지만 실질적으로는 경찰이 독립적으로 수사하고 이에 관련된 내용을 검찰에 송치하는 것이 보통이다. 이때 경찰이 확보한 증거들을 수사검사에게 넘기는 과정에서 불충분한 증거들을 넘길 수 있는 것이다. 이처럼 공판검사가 직접 수사를 진행한 것이 아닌 만큼 재판에서 가지고 있는 자료를 토대로 한 제대로 된 논증을 진행하기 어렵다는 점, 그리고 경찰의 독립적인 수사 후 수사검사에게 수사 자료를 넘기는 과정에서 자료 미비로 인해 생기는 논증의 어려움이 문제가 될 수

50) 검찰청법 제4조 ① 검사는 공익의 대표자로서 다음 각호의 직무와 권한이 있다. (중략) 2. 범죄 수사에 관한 사법경찰관리 지휘, 감독

있다. 이러한 문제점은 결국 공판과정에 있어 법관의 심증이 잘못 형성되는 좋지 않은 결과를 불러일으킬 수 있다.

셋째, 보다 특수한 경우는 피의자가 자백을 하는 경우이다. 특히 수사과정에서 피의자가 자백을 하는 경우, 검사가 증거관계에 대한 충분한 검토 없이 기소를 하는 경우가 많다. 이런 경우 피고인이 법정에서 입장을 바꾸어 부인을 하고 검사가 보충적인 증거수집을 제대로 하지 못하여 무죄가 선고되는 수가 종종 있다. 이처럼 검사가 수사 과정에서 지나친 확신을 가지고 있는 경우에 오히려 반증 가능성에 대한 대비를 소홀히 하게 되어 결과적으로 공판정에서 제기되는 의심에 대해서 효과적으로 대응하지 못하는 경우들이 발생하게 된다. 따라서 미리 다양한 가능성들을 염두에 두고 검사의 주장이 의심을 받게 되는 경우에 대비하는 것이 필요하다. 이를 위해서는 전형적인 논증의 실패 사례들을 알아두고, 증거의 수집 과정에서부터 이러한 가능성에 대비하여야 한다.

마지막으로 드물겠지만 법률적용상의 오류가 있는 경우들이다. 특히 검사의 입장에서 무죄가 발생하는 경우를 분석해 보면 검사의 수사과 기소 과정에서의 법률적용상의 오류를 확인할 수가 있다. 이러한 사례들에는 주로 사실인정과 관련한 경우와 법률의 적용과 관련된 경우들이 있다. 우선, 사실인정과 관련해서는 ① 목격자가 지목한 혐의자와 피의자가 동일인인지의 사실관계를 정확하게 확인하지 않고 기소를 하는 경우, ② 공소시효와 같은 소추요건의 확인 없이 기소한 경우, 또는 ③ 사실관계를 입증할 증거를 충분히 확보하지 않고 기소한 경우 등이 있다. 법률의 적용에 관한 문제가 있는 경우로는 ④ 법률이나 판례와 같은 법리에 대한 검토를 소홀히 하는 경우, 그리고 ⑤ 범행에 해당하는 법조문을 오인하여 기소를 한 경우를 들 수 있다.

다. 전문성 부족과 업무의 가중

공판환경은 공판중심주의의 강화와 그동안 경험하지 못했던 새로운 재판 형식인 국민참여재판의 등장 등 제도적인 변화가 생겼다. 이러한 공판환경의 변화는 검사에게 법원에 대한 ‘주장’이 아니라 ‘설득’을 요구하게 되었지만, 검사는 이에 따라가는 전문성을 갖추지 못하고 있는 실정이다. 설득이라는 것은 타인에게 나의 입장을 받아들이게 하는 것으로, 특히 대립적인 당사자(피고인) 또는 객관성을 유지하고자 하는 당사자(법관이나 배심원)를 설득하기란 쉬운 일이 아니다.

법정에서의 설득을 위해서는 내가 주관적으로 진실하고 확실한 증거와 심증을 가지고 있다는 것으로 충분하지 않다. 검사가 법관에 대해서 ‘나의 진심과 사건에 대한 진실을 알아주겠지’라고 믿어서는 안 된다. 무죄추정의 원칙이 그러하듯이 검사 본인부터 모든 것을 불신과 회의 하에서 무(無)에서부터 시작하여 입증해 나가야 한다. 그리고 자신의 주장을 분명하게 현출하는 것도 중요하다. 공판중심주의 하에서는 공판 과정에서 현출되지 않은 주장과 증거는 없는 것과 다를 바가 없다. 따라서 적극적으로 공격적으로 판단자를 설득하기 위한 전략을 사용하여야 할 것이다. 사법연수원에서의 검찰실무 교육의 내용도 공판검사의 효과적인 입증활동을 위한 유의사항들을 소개하고 있으나 너무 간결하여 구체적인 내용이 소개되어 있지 않고⁵¹⁾, 소개가 된 내용도 대부분 철차적인 유의사항들을 중심으로 하고 있다는 측면에서 검사들의 입증활동을 위한 지침으로는 부족한 것으로 생각된다.

이러한 문제의식에서 최근 2013년에 11월에 검찰은 ‘공인전문검사’ 제도를 도입하기도 하였다. 2013년 도입 이후 2015년 상반기까지 조세, 공정거래, 성범죄, 해양범죄, 증권금융보험, 인권, 선거 등 모두 176개 전문 분야 가운데 55개 분야에서 전문검사를 배출했다. 첫 인증 때 21명을 배출했고 1년이 지나는 사이 수가 2배 이상 늘었다고 한다.⁵²⁾ 이와 같은 공인전문검사제도는 특수부·공안부·강력부 등과 같은 특정 자리가 아닌 특정 사건을 통한 검사의 전문성을 가져올 수 있다는 점에서 바람직해 보인다. 왜냐하면 개별 검사가 특정 자리 내지 부서에 연연하지 않고 본연의 업무에 집중할 수 있을 뿐만 아니라, 그에 따른 범죄 대응 효과도 높아질 것이기 때문이다.

전문성 부족 못지않게 검사의 과다한 공판업무도 문제라고 할 수 있다. 사실상 재판부 수는 증가하는데 비해 공판검사의 인력은 턱없이 부족하기만 하다. 공판검사의 경우 업무량도 상당할 뿐 아니라 양형분석표 작성 등 공판 관련 이외의 업무도 해야 하는 것이 현실이다⁵³⁾. 이처럼 공판검사의 업무는 가중될 수밖에 없다. 실제

51) 사법연수원, 검찰실무Ⅱ, 2013, 14-15면에서는 입증활동을 위한 공판검사의 자세와 유의사항으로 1) 철저한 준비, 2) 적극적 활동, 3) 법원과의 협력, 4) 품위의 유지, 5) 중요사건의 보고, 6) 기록관리의 철저 등을 들고 있다.

52) 서울신문, “파란띠 전문검사 76명 활약… 승복률 높였다-뛰는 범죄자 위에 나는 ‘공인전문검사’”, 2015.8.8. <http://www.seoul.co.kr/news/newsView.php?id=20150808014001&spage=1> (최종접속: 2015.11.1.)

53) 이에 대한 자세한 설명은 박경래, 형사소송법 개정 이후 공판검사제도 운영실태와 개선방안에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2009, 891~893쪽 참조.

공판검사의 1일 근무 시간은 약 12시간이라고 한다. 과중한 업무가 갖는 문제는 하나의 사건에 대해서 충분히 시간을 할애할 수 없다는 것이다. 검사들이 논증에 실패하여 패소하게 되는 것은 심증을 심어주는데 완전히 실패해서가 아니다. 마지막 순간, 결정적인 부분에 있어서 확신을 심어주지 못해서 실패하게 되는 것이다. 이러한 사소한 부분의 간극을 매우기 위해서는 마지막 순간까지 최선을 다해야 하는데, 만성적으로 업무에 지쳐 있을 경우에는 이 마지막 순간에 긴장을 놓치기 쉽다. 앞서 언급한 것과 같이 자백을 받은 사건에 대해서는 추가적인 증거들의 수집을 소홀히 하는 등의 행동은 시간이 부족한 경우에 너무나 당연하게 나타날 수 있는 모습이다.

이와 같은 검사의 전문성 부족 및 업무의 가중은 형사소송법의 이념이자 목적인 실체적 진실 발견의 실패로 이어지고, 무죄율의 증가라는 결과를 낳게 되는 것이다.

제3절 법관의 심증형성 통제를 위해 필요한 요소

1. 수사검사의 추론 과정에 대한 충분한 이해

검사가 제정한 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.

그리고 이 과정에서 수사검사와 공판검사 간에 형식적인 사건의 인계만 있어서는 안될 것이다. 공판정에서 이뤄지는 것과 같은 논증의 과정과 마찬가지로 수사검사의 주장과 증거가 타당한지에 대해서 의심을 가지고 검토하고, 공판검사의 관점에서 문제가 있을 경우에는 이에 대해서 수사검사에게 이의를 제기하는 형식으로 검사 내부적으로 사전적인 논증과정을 거치는 것이 효과적일 것이다. 이런 과정을 거친다면

주장과 증거를 보다 강화하는 것이 가능할 것으로 보인다. 사법연수원에서의 교과목 중 검찰실무(II) 과목에서는 수사검사가 공판검사에게 사건을 인계할 때 주의사항에 대해서 소개하고 있다⁵⁴⁾. 이에 따르면 공판카드에는 다음의 사항들이 적시된다. 즉, ① 변호인의 성명, ② 피고인 범행의 자백 여부 및 부인하는 경우에는 부인취지, ③ 피해자, 참고인의 유무 및 그 진술취지, ④ 압수조서, 검증조서, 진단서 등의 유무, ⑤ 반대증거, ⑥ 정상관계, ⑦ 구형, ⑧ 증서설명 및 참고사항 등이다. 이 자료에서는 특히 공판카드의 작성에 있어서 유의할 사항으로 다음과 같은 점을 강조하고 있다. 즉, 수사검사의 공판카드 작성 시에는 “항상 피고인 및 그의 변호인 입장에서 공소사실과 법령적용에 대하여 무엇을 어떻게 다룰 것인가를 생각해 보고, 그것을 배척할 수 있는 효과적인 방안을 검토한 후,” 이를 공판카드에 적어서 인계하도록 조언하고 있다.

2. 법적인 요소

가. 증거기록의 효과적인 제시(입증계획의 수립)

현재 우리 실무상 수사기록과 증거기록은 구분되어 있지만, 이는 수사검사가 법원에 제출할 증거기록을 편집한 후 제출한다는 의미에 불과하다. 과거의 검찰 실무에서는 수사기록과 증거기록을 따로 구별하지 않은 채 검사의 수사지휘 내용, 경찰의견서 등 수사 과정에서 있었던 자료 일체를 공판과정 전 법원에 제출하였다. 때문에 공판에 참여하는 소송의 주체들은 수사의 진행 상황을 비교적 상세히 알 수 있었고, 이로 인해 형사사건의 전말을 보다 쉽게 파악할 수 있었다.

그러나 수사기록과 증거기록을 구분하기 시작하면서, 최근 보도에 따르면 “수사검사는 검찰청의 내부문서로 분류되는 경찰 의견서, 검사의 수사지휘 내용, 수사보고 등은 수사기록으로 따로 비공개 상태로 보관해두고 기타 진술서나 증거 자료들만을 재편집하여 법원에 제출하는 식으로 방식이 변경”되었다고 한다.⁵⁵⁾ 이렇게 되면 단순 사건의 경우는 별 문제가 없겠지만, ① 사건이 복잡해져 수사를 반복적으로 진행하였

54) 사법연수원, 앞의 책, 17쪽.

55) 법률신문 뉴스, 사설면, “검찰의 수사기록과 증거기록 분리제도 재점검해야”, 2012.10.25.
<https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?Serial=68358> (최종접속: 2015.11.1.)

거나 ② 진술서 및 피의자신문조서가 수차례 재작성된 경우 법관이 조서를 정확하게 파악하는 것이 어려워진다. 이는 결국 공판절차의 진행에 차질을 빚게 되어 공판과정의 전반적 형평성에도 영향을 미칠 수 있다.

보다 심각한 부분은 현재 형사재판 실무상 공판과정에 있어 증거조사절차의 대부분은 증인신문에 할애되고 있다는 점이다. 그리고 증거기록 자체의 검토는 법정에서는 거의 이루어지지 않고 법관이 별도로 판사실에서 홀로 기록을 검토할 때 이루어질 뿐만 아니라 그마저도 변론 진행 중이 아닌 변론 종결 후 판결문 작성 직전에서만 이루어지는 경우가 많다. 이는 검사 논증과정이 법정에서 효과적으로 현출되는 것을 방해하는 요소라고 할 수 있다.

따라서 공판검사는 다양한 방법으로 증거기록이 가급적 많이 법정에 현출되도록 할 필요가 있다. 이에 중요한 증거들에 대해서는 적극적으로 법정에 현출하고 그 취지를 충분히 설명할 필요가 있다. 또한 증인신문이 주를 이루는 공판실무의 실태에 비추어 증인신문시에 가급적 증거기록을 많이 제시함으로써 법정에 주요 증거들이 충분히 현출되도록 할 수 있을 것이다.

공판검사는 효과적으로 법원의 심증형성을 유도하기 위해서 사전에 입증계획을 치밀하게 세운 다음 증거를 제시하여야 할 것이다. 이와 관련하여 검찰실무에서는 다음과 같은 입증계획의 수립 시 주의사항을 소개하고 있다⁵⁶⁾.

〈표 3-3-1〉 입증계획 시 주의사항

- 가장 유력한 증거(best evidence)를 기본으로 하여야 한다.
- 입증방법의 선택에 있어 주의 깊고 신중한 판단이 요구된다.
- 입증의 순서 및 방법에 관한 배려가 필요하다.
- 피고인이 수사단계에서부터 범행을 전면적으로 부인하고 더군다나 피고인과 범행을 결부시키는 직접증거가 모자라는 사안에 있어서는 정황증거의 축적에 의해서 입증할 수밖에 없다.
- 정상관계의 입증에 관하여서도 노력을 게을리 하여서는 아니 된다.

나. 형사소송법상 증거조사기법의 충분한 활용

최근 들어 형사소송법에서는 국민참여재판의 실시를 계기로 공판중심주의를 강화하기 위하여 증거서류 및 증거물에 대한 증거조사방식이 대폭 정비되었다. 이러한

56) 사법연수원, 앞의 책, 22~23면.

과정에서 충분한 증거조사기법이 적절하게 활용되게끔 신설 및 개정된 규정들이 있다. 증거조사의 구체적인 실시방법(증거조사기법)과 관련하여 증거방법의 종류에 따라 증거서류(형사소송법 제292조), 증인신문(형사소송법 제146조 이하), 증거물(형사소송법 제292조의2, 292조의3), 감정(형사소송법 제169조 이하) 등으로 나누고 있는 것이 대표적이라고 할 것이다.

이처럼 형사소송법상 다양한 증거조사방법이 규정되어 있으나, 현실적으로는 증인신문 이외에 다른 증거조사방법은 충분히 활용되지 못하고 있다. 따라서 증거조사방법에 대한 충분한 숙지 및 활용이 필요하다. 가장 중요한 증거조사방법인 증인신문에 대해서는 아래에서 별도로 실시하기로 하고,⁵⁷⁾ 그 이외의 증거조사방법별 활용방법에 대해 간략히 논한다.

한편, 엄밀히 증거조사방법은 아니지만 활용의 필요성이 큰 절차로 피고인신문이 있다. 2008. 1. 1. 개정 형사소송법의 시행과 함께 피고인신문을 증거조사가 완료된 후 실시하게 되면서 사실상 피고인신문을 실시하지 않는 추세에 있고, 실시하더라도 검사의 주신문을 생략한 채 변호인의 반대신문을 위주로 실시되고 있다. 그러나 충실한 피고인신문은 증거기록을 제대로 보지 않은 상태에서 잘못 형성된 법관의 심증을 통제하기 위한 가장 효과적인 방법 중 하나라고 할 것이다. 피고인신문을 통해 피고인의 주장 하나하나를 탄핵함으로써 피고인 주장의 허점을 법관 앞에서 있는 그대로 드러나게 하는 것이다. 아울러 피고인신문시에 증거기록 중 피고인의 주장을 탄핵하는데 도움이 되는 증거들을 법정에 제시함으로써 공판정에서 증거기록을 효과적으로 현출하는 데에도 도움이 될 것이다.

다만, 증거조사기법 중 가장 많이 활용되고 있는 증인신문은 여전히 형사재판에 있어서 가장 중요하고 핵심적인 것이라 할 것이고, 진술증거가 중요 증거로서 역할을 하고 있는 현재의 재판 실무 하에서 법관의 유죄심증 형성 성공 여부를 결정하는 절차이므로, 효과적인 증인신문이 무엇보다 중요하다고 할 것인바, 이에 대해서는 별도로 상세하게 논하기로 한다.

57) 본 연구의 제4장 공판과정에서 검사의 효과적 증인신문기법 참조.

다. 구두변론의 강화

과거에 조서 위주로 재판을 진행하던 실무관행 하에서 공판절차는 검사가 작성한 수사기록을 법정에 제출하고 증인을 신문하는 것 위주로 진행되었고, 검사나 변호인이 법정에서 구술로 직접 법관을 이해시키고 설득하는 장면을 볼 수 없었다. 그나마 구술로 진행되는 증인신문 또한 검사가 작성한 조서 중 변호인이 증거부동의한 것에 대해 진술자를 증인으로 출석시켜 진정성립을 인정받는 것 위주로 진행되었다. 검사나 변호인이 법정에서 치열한 논리적 공방을 통해 상대방의 주장을 탄핵하고 법관을 설득시키는 장면은 실제 법정이 아닌 드라마나 영화에서만 볼 수 있는 것이었다.

그런데 최근 공판중심주의가 강화되면서 법관들이 검사가 제출한 수사기록이 아닌 법정에서의 증거조사 및 양측 공방을 판단의 자료로 삼는 경향이 강해지면서 법정 구두변론이 점점 더 중요해지고 있다. 따라서 지금까지 형식적으로 진행되어 온 모두 진술이나 최종의견 등 구두변론을 강화하여 법정에서 법관을 충분히 설득하여야 할 필요가 점점 더 커지고 있는 것이다.⁵⁸⁾

3. 사회과학적인 요소- 과학적 증거와 전문가 증언의 활용

가. 서설

검사들은 법정에서 사실관계를 주장하고 입증을 하기 위해서 법관의 판단기준을 이해하고 있어야 한다. 이러한 기준들 중에서 특수한 위상을 가지는 것이 바로 과학적 증거나 전문가 증언의 활용에 관한 부분이다. 이 두 증거의 현출은 사실인정을 위한 중요한 근거가 될 수도 있지만, 과학적 증거라는 이유로 증명력에 관해서 과신했다가는 심증의 형성에 실패할 수도 있다. 예를 들어 거짓말 탐지의 효과에 대해서 판례는 일관되게 특별한 조건 하에서만 그 효과를 인정하고 있는 실정이다.⁵⁹⁾

법정에서 활용되는 과학적 증거가 실제적 진실을 밝히는데 있어서 중요한 역할을 할 수 있는 가능성을 가지고 있음에도 불구하고 여기에는 여러 가지 비판과 한계가

58) 보다 상세한 내용은 본 연구의 제5장 효과적인 구두변론 기법 참조.

59) 대표적으로 대법원 2005. 5. 26. 선고 2005도130 판결에서는 거짓말탐지기의 검사 결과에 대하여 사실적 관련성을 가진 증거로서 증거능력을 인정할 수 있기 위한 세 가지 요건을 제시하고 있다. 이에 대하여는 이하에서 자세히 다루고 있다.

있는 것 또한 사실이다. 과학적 증거들을 효과적으로 활용하기 위해서는 그 특성뿐만 아니라 한계에 대해서도 명확한 인식을 가지고 있을 필요가 있다. 과학적 증거가 가지고 있는 가장 큰 제한점은 과학에서의 연구성과가 법률적 문제에서 필요로 하는 내용과 정확하게 일치하지는 않는다는 것이다. 과학에서의 연구는 주로 인간의 보편적인 특성을 발견하는데 있으며, 법과학이라고 하는 영역에 국한되어 있는 것은 아니다. 따라서 일반적인 과학적 연구결과가 있다고 하더라도 해당 사건에서 그대로 적용될 수 있는지의 문제는 별개이다. 또한 과학적 연구결과를 이용하기 위해서는 이를 정확하게 이해할 필요가 있는데, 법률 관계자들(법관, 검사, 변호사 등) 내지 소송의 주체들은 과학적 연구결과들을 이해하는데 한계가 있다. 과학적 연구결과는 통계와 수학에 대한 지식을 필요로 하며, 각 분야에 특화된 연구방법을 이해해야만 정확하게 이해할 수 있기 때문이다. 이 외에도 재판의 당사자들이 과학적 연구결과를 이해하고 사건에 적용하는데는 여러 가지 어려움이 있다.

전문가에 의해서 지지되는 과학적 증거 혹은 다른 증거가 증거로서 허용되는 신뢰성에 대한 충분한 기준을 충족시키는지를 결정하는 것이다. Daubert 대 Merrell Dow Pharmaceuticals (1993) 판결과 이어지는 사례들에서, 미국 연방대법원은 판사가 허용성의 결정에 있어서 사용해야 하는 기준을 명백히 하였다. (a) 이론 또는 기술은 거짓여부를 확인할 수 있고 입증 가능해야 한다, (b) 조사는 동료들의 검토를 받은 것이어야 하며, (c) 알려진, 또는 잠재적인 오류율과 (d) 과학자들의 공동체 내에서의 수용정도가 제시되어야 한다.

과학적 증거에는 의학적 증거, 통계·위험·불확실성, 행동과학적 증거, DNA 증거, 약물검사, 컴퓨터 증거 등 다양한 증거들이 있지만, 법정에서의 판단에서는 본연의 학문적 관점에서 적용되는 것이 아니라 판례를 중심으로 그 기준이 마련되어 적용되고 있다. 판례에서 제시하고 있는 과학적 증거나 전문가 증언의 증명력에 관한 설치 내용들은 다음과 같다.

나. 거짓말 탐지기

판례는 거짓말탐지기의 결과에 대해서 엄격한 기준을 적용하고 있는 것으로 평가되고 있으며, 그 기준으로 거짓말탐지기의 이론적 근거를 요구하는 것은 물론 적용되는

기술도 유효할 것을 요구하고 있다.

거짓말탐지기의 검사 결과에 대하여 사실적 관련성을 가진 증거로서 증거능력을 인정할 수 있으려면, 첫째로 거짓말을 하면 반드시 일정한 심리상태의 변동이 일어나고, 둘째로 그 심리상태의 변동은 반드시 일정한 생리적 반응을 일으키며, 셋째로 그 생리적 반응에 의하여 피검사자의 말이 거짓인지 아닌지가 정확히 판정될 수 있다는 세 가지 전제조건이 충족되어야 한다. 특히 마지막 생리적 반응에 대한 거짓 여부 판정은 거짓말 탐지기가 검사에 동의한 피검사자의 생리적 반응을 정확히 측정할 수 있는 장치이어야 하고, 질문사항의 작성과 검사의 기술 및 방법이 합리적이어야 하며, 검사자가 탐지기의 측정내용을 객관성 있고 정확하게 판독할 능력을 갖춘 경우라야만 그 정확성을 확보할 수 있는 것이다. 따라서 이상과 같은 여러 가지 요건이 충족되지 않는 한 거짓말탐지기 검사 결과에 대하여 형사소송법상 증거능력을 부여할 수는 없다.⁶⁰⁾

다. 필적감정

필적감정에 대한 판례의 입장은 다양하게 나타나고 있지만, 거짓말탐지기의 경우와는 달리 필적감정에 대해서는 느슨한 기준을 가지고 있는 것으로 평가되고 있다. 거짓말 탐지기에 대한 입장과는 달리 필적감정에 대해서는 이론적 근거를 요구하고 있지는 않다. 다만, 필적감정에 대해서는 감정방법의 공정성과 객관성에 초점을 두고 있는 것으로 평가되고 있다. 이에 대한 대표적인 판례의 입장을 소개하면 다음과 같다.⁶¹⁾

“원래 필적은 물리학적 입장에서 볼 때 점과 선이 합쳐서 성립되는 것이고, 그 구성은 개인차에 의하여 천태만상으로 표현되는 것으로서 이렇게 점과 선이 합친 형태에 개인의 특징이 현출되며, 필적감정은 이러한 고유의 특징을 발견하여 필적의 이동을 식별하는 것이나, 현재 그 필적감정의 정확성에는 한계가 있을 수밖에 없어 결국 그 한계 내에서 객관성과 공정성이 보장되는 여러 가지 합당한 방법으로 감정이 이루어져야 하는 것인바, 이 사건 감정인 김형영이 뽑은 원심판결 첨부별지 필적대조표의 희소성 있는 특징은 다른 사정이 없는 한 감정인의 감정경험 및 그 연구와 전문지

60) 대법원 2005. 5. 26. 선고 2005도130 판결; 대법원 1987.07.21 선고 87도968 판결; 대법원 1986.11.25 선고 85도2208 판결; 대법원 1985.04.09 선고 84도2277 판결; 대법원 1985.09.24 선고 85도306 판결.

61) 대법원 1992. 7. 24. 선고 2도 1148 판결.

식에 의하여 선정 제시된 것이고, 위 필적대조표에 나타난 필적을 보건대 비전문가가 보더라도 이 사건 유서와 피고인이 작성한 위 진술서의 필적은 일반인의 통상적인 필적과 달리 아주 독특하여 동일한 반면에, 이들과 공소외 1의 필적은 판이할뿐더러, 앞에서 설시한 바와 같이 이 사건 수첩 등이 조작되었고 피고인 스스로 이 사건 유서의 필적 등이 피고인의 필적과 같은 사실을 인정하고 있음이 이 사건 감정서의 신빙성을 보태주는 자료가 되는 점에서 이 사건 감정서는 신빙성이 있다.”

라. 유전자 검사

유전자 감식 결과에 대해서는 검사방법의 정확성과 검사결과의 신뢰성 등이 쟁점이 되고 있다. 우리 판례에서는 증명력과 증거능력을 구분하고, 특히 증거능력과 관련해서는 네 가지 요건을 제시하고 있다. 이에 대한 판례의 입장을 소개하면 다음과 같다.⁶²⁾

“이른바 유전자감식은 인간의 유전물질인 유전자의 일정 부위가 개인에 따라 다르다는 특성을 이용하여 개인식별에 응용하는 기법으로서, 1985. 이후 본격적으로 이에 관한 연구가 진전되어 오면서 상당한 정도의 이론적 체계가 수립되었고, 현재로도 경우에 따라서는 그 유전자감식결과의 증거능력과 증명력을 인정할 수 있는 것으로 이해되고 있다. 그러나 아직은 그 시행의 역사가 짧고, 분석재료의 수집, 보관, 검사기법 등 감식과정에서 지켜야 할 보편적인 규범이 정립되었다고 보기는 어려우며, 그 검사기법 역시 새로운 기술의 발달에 따라 개발되고 있는 상태이고, 또한 실제 감식과정에서는 분석재료의 수집과 보관, 검사기법, 감정인의 능력 등을 보완해야 할 필요성이 있음을 부인할 수 없으므로, 유전자감식결과에 대하여 증거능력을 인정하기 위해서는 최소한 1) 감정인이 충분한 전문적인 지식경험과 기술수준을 가지고 있어야 하고, 2) 감정자료는 적절히 관리되어 보존되어야 하고, 감정에 사용될 정도로 양적으로 충분하여야 하며, 3) 검사기법은 그 당시 일반적으로 확립된 표준적인 검사기법을 사용하여야 하고, 4) 객관적인 방법에 의하여 조작과 검사결과에 대한 분석이 이루어질 것 등의 요건을 갖추어야 하며, 위와 같은 요건이 갖춰져 그 증거능력을 인정할 수 있는 경우에도, 현재의 유전자감식능력수준, 유전자형분포도의 작성수준이나 피고인의 인권보호 측면

62) 광주고법 1997. 12. 5. 선고 97노58

으로 보아, 그 감식결과는 원칙적으로 피고인이 죄를 범하였다고 합리적으로 의심할만한 상당한 다른 증거가 있고, 그 신빙성이 문제로 된 경우 등에 그 신빙성 여부를 판단하는 하나의 보강증거나 정황증거로 삼을 수 있을 뿐, 위와 같은 다른 증거가 없는 상황에서 그 유전자감식만에 의한 범죄의 인정은 배제되어야 할 것이다.”

마. 디지털 저장매체에서 출력한 문건

디지털 저장매체에서의 출력 문건이 증거로 사용되는 경우가 갈수록 늘고 있다. 이러한 증거들의 활용과 관련하여 판례는 증거를 조사할 때 사용하는 컴퓨터 프로그램의 신뢰성, 그리고 프로그램을 조작하는 전문가의 기술능력, 그리고 정확성을 강조함으로써 디지털 증거를 사용할 때 요구되는 기본적인 주의사항에 대한 인식을 보여주고 있다. 우리 판례는 이에 대해서 다음과 같은 입장을 견지하고 있다.⁶³⁾

“압수물인 디지털 저장매체로부터 출력된 문건이 증거로 사용되기 위해서는 디지털 저장매체 원본에 저장된 내용과 출력된 문건의 동일성이 인정되어야 할 것인데, 그 동일성을 인정하기 위해서는 디지털 저장매체 원본이 압수된 이후 문건 출력에 이르기까지 변경되지 않았음이 담보되어야 하고 특히 디지털 저장매체 원본에 변화가 일어나는 것을 방지하기 위해 디지털 저장매체 원본을 대신하여 디지털 저장매체에 저장된 자료를 ‘하드카피’ · ‘이미징’한 매체로부터 문건이 출력된 경우에는 디지털 저장매체 원본과 ‘하드카피’ · ‘이미징’한 매체 사이에 자료의 동일성과 인정되어야 한다. 나아가 법원 감정을 통해 디지털 저장매체 원본 혹은 ‘하드카피’ · ‘이미징’한 매체에 저장된 내용과 출력된 문건의 동일성을 확인하는 과정에서 이용된 컴퓨터의 기계적 정확성, 프로그램의 신뢰성, 입력 · 처리 · 출력의 각 단계에서 조작자의 전문적인 기술능력과 정확성이 담보되어야 한다.”

바. 목격자에 의한 범인 식별

목격자 진술에 의한 범인의 식별과 관련한 판례는 심리학적 연구들의 결과를 반영하고 있으며, 이러한 연구성과들을 토대로 해서 목격자 진술의 신빙성을 높이기 위해

63) 대법원 2007. 12. 13. 선고 2007도7257 판결.

서 요구되는 구체적인 절차에 대해서 실시하고 있다. 즉, 판례에 따르면 범인식별 절차에서 목격자의 진술의 신빙성은 원칙적으로 높게 평가할 수는 없지만, 예외적인 경우에는 목격자의 진술의 신빙성을 인정하고 있다.

예를 들어, “일반적으로 용의자의 인상착의 등에 의한 범인식별 절차에서 용의자 한 사람을 단독으로 목격자와 대질시키거나 용의자의 사진 한 장만을 목격자에게 제시하여 범인여부를 확인하게 하는 것은, 사람의 기억력의 한계 및 부정확성과 구체적인 상황하에서 용의자나 그 사진상의 인물이 범인으로 의심받고 있다는 무의식적인 암시를 목격자에게 줄 수 있는 가능성으로 인하여, 그러한 방식에 의한 범인식별 절차에서의 목격자의 진술은, 그 용의자가 종전에 피해자와 안면이 있는 사람이라든가 피해자의 진술 외에도 그 용의자를 범인으로 의심할 만한 다른 정황이 존재한다든가 하는 등의 부가적인 사정이 없는 한 그 신빙성이 낮다고 보아야 한다. 따라서 범인식별 절차에서 목격자의 진술의 신빙성을 높게 평가할 수 있게 하려면, 범인의 인상착의 등에 관한 목격자의 진술 내지 묘사를 사전에 상세히 기록화한 다음, 용의자를 포함하여 그와 인상착의가 비슷한 여러 사람을 동시에 목격자와 대면시켜 범인을 지목하도록 하여야 하고, 용의자와 목격자 및 비교대상자들이 상호 사전에 접촉하지 못하도록 하여야 하며, 사후에 증거가치를 평가할 수 있도록 대질 과정과 결과를 문자와 사진 등으로 서면화하는 등의 조치를 취하여야 한다. 그러나 범죄 발생 직후 목격자의 기억이 생생하게 살아 있는 상황에서 현장이나 그 부근에서 범인식별 절차를 실시하는 경우에는, 목격자에 의한 생생하고 정확한 식별의 가능성이 열려있고 범죄의 신속한 해결을 위한 즉각적인 대면의 필요성도 인정할 수 있으므로, 용의자와 일대일 면접도 허용된다.”와 같은 태도가 그러하다.⁶⁴⁾

사. 서로 다른 감정결과가 있는 경우

판례는 동일한 사항에 대해서 감정의 결과가 서로 다른 경우에는 우선, 감정결과 중 오류가 있는 것이 있는지를 먼저 판단한 다음, 모두 오류가 없다고 판단되는 경우에는 각각의 감정결과에 대해서 경험칙이나 논리칙의 기준에 반하지 않는 이상 법원의

64) 대법원 2009. 6. 11. 선고 2008도12111 판결.

재량에 의해서 판단할 수 있다고 판단하고 있다. 예컨대, “동일한 사항에 관하여 상이한 수개의 감정결과가 있을 때 그 중 하나에 의거하여 사실을 인정하였다면 그것이 경험칙이나 논리법칙에 위배되지 않는 한 적법하다”는 것이 우리 대법원의 확립된 입장이라는 것이다.⁶⁵⁾

65) 대법원 1999. 7. 13. 선고 97다57979 판결.

제4장

KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

공판과정에서 검사의 효과적 증인신문 기법

김대근 · 공일규

공판과정에서 검사의 효과적 증인신문 기법

제1절 증인신문의 중요성

1. 증인신문의 개념과 의의

증인(證人)이란 법원에 대하여 자기가 과거에 체험한 사실을 소송에서 진술하는 제3자를 말한다. 증인은 수사기관에 대하여 진술하는 참고인과 구별되는 개념이고 또한 대체성이 없다는 점에서 감정인과 구별되기도 한다.

이러한 증인이 경험한 사실을 내용으로 하는 진술을 얻는 증거조사, 즉 증인에 대한 증거조사절차를 증인신문이라 한다. 다시 말하면, 증인신문은 ‘요증사실에 관한 증인의 경험을 내용으로 하는 진술을 얻는 증거조사’라고 할 수 있는 것이다.⁶⁶⁾

현행 형사소송에서 행하여지는 증거조사절차에는 여러 종류가 있으나, 형사소송법은 공판중심주의와 그에 기초한 전문법칙을 채택하고 있기 때문에 증인으로부터 직접 체험한 사실에 대한 진술을 듣는 증인신문이 증거조사의 중심이 된다.

그리고 증인에 대한 조사는 증언의 내용과 함께 증인의 표정과 진술태도까지 법관의 면전에 현출되어 법관의 심증형성에 영향을 미친다는 점에서도 매우 중요한 의미를 가진다고 할 수 있다. 형사소송법이 전문법칙을 채택함에 따라 사실을 직접 체험한 증인에 대한 증인신문이 증거조사의 중심이 되지 않을 수 없다.⁶⁷⁾

형사소송법상의 공판중심주의를 보다 철저히 구현하기 위해서는 법정에서 이루어지는 증거조사절차를 중심으로 하여 실체적 진실발견을 추구하여야 하고, 또한 증인

66) 배종대, 앞의 책, 2012, 480쪽.

67) 이재상, 형사소송법, 박영사, 2007. 446쪽.

으로부터 적정한 증언을 이끌어내는 것이 전제되어야 한다. 공판중심주의의 강화라는 시대적 요청뿐만 아니라 국민참여재판의 구체적인 제도를 고려해 본다면 증인신문이야말로 형사소송에서 실체적 진실발견을 위한 가장 중요한 과정임을 쉽게 확인할 수 있을 것이다.

2. 민사소송에서의 증인신문과의 차이점

주지하다시피 증인신문의 목적은 궁극적으로 법관을 설득하는데 있을 것이다. 그러나 최근 도입된 국민참여재판 하에서 증인신문은 법관과 배심원을 설득하는 것으로 그 외연을 확대할 필요가 있다. 이러한 목적을 전제로 증인신문의 방식이 사건의 쟁점에 관하여 각 신문자가 증인으로부터 유리한 증언을 이끌어내고 불리한 증언에 대하여는 이를 탄핵하는 데 있다면, 이러한 점에 있어서는 형사소송에서의 증인신문과 민사소송에서의 증인신문 사이에 특별한 차이점은 없다고도 할 수 있다.

다만 분쟁의 원만한 해결과 손해의 공평한 분배를 목적으로 하는 민사소송과 달리, 형사소송에서는 특히 실체적 진실발견을 목적으로 하고, 민사소송에 비해 엄격한 당사자주의를 전제하지는 않는다는 점에서 증인신문의 방법이 특수성을 갖을 뿐만 아니라, 이러한 특수성을 효과적으로 활용할 필요도 있다. 그 구체적인 내용을 개괄하면 다음과 같다.⁶⁸⁾

가. 물적 증거의 부존재와 진술증거의 중요성

형사소송절차에서는 증거재판주의(형사소송법 제307조)를 원칙으로 한다. 이에 형사 재판에서는 증거위주의 심리를 중시할 수밖에 없으며, 심지어 범죄를 저지른 개연성이 충분하다고 판단되더라도 이를 뒷받침하는 증거가 없다면 무죄를 선고할 가능성이 매우 크다. 즉, 형사소송에서는 충분한 물적 증거라는 요건을 만족하지 않을 경우 진술증거만으로는 증거불충분이 되어 결과적으로 무혐의 판결이 내려질 수 있는 것이다. 예컨대 우리 대법원도 미성년자의 강제추행 사건에서, 피해자의 진술이 있었음에도 불구하고 물적 증거가 충분하지 않아 무혐의(증거불충분) 판결을 내린 바 있다.⁶⁹⁾

68) 이하의 내용은 山室 專 外, 刑事尋問技術, 2003, 20쪽 참조.

69) 대법원 2006. 5. 25. 선고 2004도3619 판결에서는 “형사소송법 제314조에 의하면, 같은 법 제312조 소정의 조서나 같은 법 제313조 소정의 서류 등을 증거로 하기 위해서는, 첫째로 진

그렇기 때문에 형사재판에서 혐의 없음 처분을 받더라도 민사재판에서는 다른 결과가 나오는 경우가 충분히 가능하고 심지어 사실인정 조차 달리 판단할 수 있는 것이다. 요컨대, “관련 형사판결에서 인정한 사실은 민사재판에 있어서도 유력한 증거가 되기는 하나 민사재판에 있어서 형사재판의 사실인정에 구속을 받는 것은 아니므로, 민사재판에서 제출된 다른 증거들에 비추어 형사재판의 사실인정을 채용하기 어렵다고 인정되는 합리적인 이유가 있다면 형사재판의 사실인정과는 다른 사실을 인정하였다고 하여 이를 위법하다고 할 수 없다.”는 것이다.⁷⁰⁾

그럼에도 불구하고 문서 등의 물적 증거가 입증자료로 사용되는 민사소송에서와는 달리, 형사소송에서는 범죄의 흔적이 문서 등의 물적 증거로 남아 있는 경우는 적다. 또한 범죄구성요건 중의 객관적 요소뿐만 아니라 주관적 요소까지 엄격한 증명의 대상이 된다는 점 때문에 대개의 사건에서 관련자의 진술이 다른 증거로는 대체하기 어려운 중요한 의미를 가진다.

나. 진술의 신용성을 검증하기 위한 증인신문 등

실체적 진실 발견이라는 측면에서 형사사건에서는 관련자의 진술이 결정적으로 중요한 의미를 가지는 경우가 많다. 때문에 그 진술내용의 신용성을 다각도로 신중하게 검증할 필요가 있다.

뿐만 아니라, 형사소송에서는 공소사실이 합리적 의심이 없을 정도로 입증되어야

술을 요할 자가 사망, 질병, 외국거주 기타 사유로 인하여 공판준비 또는 공판기일에 진술할 수 없는 경우이어야 하고(‘필요성의 요건’), 둘째로 그 진술 또는 서류의 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태에서 행하여진 것이어야 한다(‘신용성 정황적 보장의 요건’). 위 필요성의 요건 중 ‘질병’은 진술을 요할 자가 공판이 계속되는 동안 임상신문이나 출장신문도 불가능할 정도의 중병임을 요한다고 할 것이고, ‘기타 사유’는 사망 또는 질병에 준하여 증인으로 소환될 당시부터 기억력이나 분별력의 상실 상태에 있거나, 법정에 출석하여 증언거부권을 행사한다거나, 증인소환장을 송달받고 출석하지 아니하여 구인을 명하였으나 끝내 구인의 집행이 되지 아니하는 등으로 진술을 요할 자가 공판준비 또는 공판기일에 진술할 수 없는 예외적인 사유가 있어야 한다. 한편, 위 신용성 정황적 보장의 요건인 ‘특히 신빙할 수 있는 상태에서 행하여진 때’라고 함은 그 진술내용이나 조서 또는 서류의 작성에 허위개입의 여지가 거의 없고, 그 진술내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있는 경우를 가리킨다.”고 판시하면서, 만 5세 무렵에 당한 성추행으로 인하여 외상 후 스트레스 증후군을 앓고 있다는 등의 이유로 공판정에 출석하지 아니한 약 10세 남짓의 성추행 피해자에 대한 진술조서가 형사소송법 제314조에 정한 필요성의 요건과 신용성 정황적 보장의 요건을 모두 갖추지 못하여 증거능력이 없다고 본 원심의 판단을 수긍하였다.

70) 대법원 2002. 2. 26. 선고 99다67079 판결.

유죄로 인정될 수 있기 때문에 고도의 증명력을 갖춘 증거에 의한 사실인정이 필요하다는 점에서도 관련자 진술의 신용성을 검증하는 것은 중요하다.

다. 진술조서를 둘러싼 증인신문

법정에서의 증언만이 사실인정의 기초가 되는 것이라고는 할 수 없지만, 민사소송에 비해 인적 증거의 중요성은 형사소송에 있어서 보다 현저하게 나타나는 경우가 많다고 할 수 있다. 유·무가 다투어지는 많은 사건에서 증인신문과정에서 그 증인에 대하여 수사단계에서 작성되었던 진술조서의 증거능력(진정성립과 임의성 등)과 신용성에 대한 신문이 이루어지고, 그 신문결과가 사실인정에 중요한 요인이 될 수 있다는 점은 민사소송의 증인신문과는 차별화되는 특색이라고 할 수 있을 것이다.

라. 증거능력의 제한

형사소송에서는 민사소송과 달리, 전문법칙에 따른 증거능력의 제한이 있다. 전문법칙은 법정에서의 증언내용에도 적용되기 때문에, 증인에게 전문진술을 구하는 것은 전문법칙 예외의 요건을 만족시키지 않는 한, 증거능력을 가질 수 없다는 점에서 민사소송에서의 증인신문에서는 볼 수 없는 특유의 문제가 생겨난다.

증인신문을 하는 당사자에게는 증거능력의 제한에 관한 법규정에 대한 지식을 갖추어야 하고, 증인신문에 관한 법규정에 위배되지 않도록 적법한 신문을 하면서도 증인으로부터 유리한 증언을 이끌어내는 능력이 기본적으로 요구된다. 더 나아가 상대방의 부적법한 신문에 대하여는 즉석에서 이의를 제기함으로써 대항할 순발력도 요구된다 할 것이다.

마. 법령에 의한 규제

민사소송이나 형사소송에 있어서 원칙적으로 누구든지 증인이 될 수 있다. 다만 증인격과 관련하여 소소한 차이가 있을 뿐이다. 이에 형사소송법 제146조는 “법원은 법률에 다른 규정이 없으면 누구든지 증인으로 신문할 수 있다.”고 규정하고 있다. 다만 제147조 제1항에서는 “공무원 또는 공무원이었던 자가 그 직무에 관하여 알게 된 사실에

관하여 본인 또는 당해 공무원이 직무상 비밀에 속한 사항을 신고한 때에는 그 소속공무소 또는 감독관공서의 승낙 없이는 증인으로 신문하지 못한다”를 예외적으로 규정하고 있을 뿐이다.

한편 민사소송법 제303조에서는 “법원은 특별한 규정이 없으면 누구든지 증인으로 신문할 수 있다”고 규정하고 있다. 다만 형사소송법의 규정과 유사하게 여기에는 일정한 신분에 따른 제약이 있다. 즉, 민사소송법은 제305조는 “대통령·국회의장·대법원장 및 헌법재판소장 또는 그 직책에 있었던 사람을 증인으로 하여 직무상 비밀에 관한 사항을 신문할 경우에 법원은 그의 동의를 받아야 한다”(제304조)고 하거나 “국회의원 또는 그 직책에 있었던 사람을 증인으로 하여 직무상 비밀에 관한 사항을 신문할 경우에 법원은 국회의 동의를 받아야 한다(제305조)”고 하여 대통령, 국회의원, 국무총리, 대법원장 등에 대한 제약을 구체적으로 규정하고 있다.

그러나 형사소송과 민사소송에서 증인신문에 대한 법령의 의미있는 차이는 증인신문의 순서와 방법에서 드러난다. 즉 형사소송법은 증인신문의 순서와 방법에 관한 원칙을 정하는 한편(법 제161조의2, 제162조), 형사소송규칙에서는 종래 민사소송의 경우에 비하여 증인신문의 순서와 방법 등에 관하여 훨씬 자세한 규정(규칙 제74조 내지 제84조)을 두고 있었다. 이는 형사소송에서는 전문법칙 등과 같이 서증 또는 증언의 증거능력에 관하여 보다 엄격한 제한이 있다는 데에서 연유한 것으로 보인다.

제2절 증인신문의 목표

1. 법관의 사건 이해와 유죄 심증 형성

앞서 언급한 바와 같이, 증인신문은 형사재판에서 이루어지는 증거조사 절차의 핵심으로, 결국 증인신문의 목표는 법관으로 하여금 유죄심증을 갖게 하는 것이다. 다만 증인신문의 경우, 증거서류나 증거물 등 물체화된 증거에 대한 조사나 범행현장 등에 대한 검증과 같이 어떤 문서의 내용을 파악하거나 대상물의 현상 내지 현장의 상황을 관찰하는 것이 아니라 고정화되지 않고 수시로 변할 수 있는 사람의 진술 내용을 듣는다는 점에서 다른 증거조사 절차와 확연히 구분된다.

증거물이나 증거서류, 그리고 검증의 경우 범죄사실을 입증할 증거가 될 수는 있으나, 그 자체로 사건의 내용이 직접적으로 설명되지는 않는다. 가령 살인 범행에 사용된 칼은 범행도구로서 그 범행사실을 입증할 증거가 될 수는 있으나, 그 칼의 존재만으로는 피고인이 언제, 어디에서, 어떤 이유로, 누구를, 어떻게 죽였는지에 대해서 설명이 되지 않는 것이다. 그러나 사람의 진술인 증인의 증언을 통해서, 사건 내용의 전부 또는 일부를 파악하는 것이 가능하다. 이처럼 형사재판에서 증인신문의 기능은 법관에게 사건의 내용을 설명하는 것이다.

최근 공판중심주의의 강화와 증거기록 분리 제출 제도의 정착으로 법관이 사건의 구체적인 내용을 전혀 파악하지 못한 채 재판을 진행하게 되는 경우가 많아지고 있다. 물론, 변호인이 증거동의한 조서나 증거서류는 1회 공판기일 직후 법원에 제출되어 2회 공판기일부터는 일정 부분의 증거기록을 재판 전에 법관이 읽어볼 수도 있다. 그럼에도 불구하고 검찰이 수집한 핵심적 진술증거가 변호인의 증거부동의에 따라 모두 빠져 있어 그것만으로는 사건의 전체적인 맥락을 이해하기가 어려운 경우가 많을 뿐만 아니라, 최근에는 법관이 변론종결 전까지는 검찰이 제출한 기록을 전혀 보지 않고 오로지 법정에서 이루어지는 공방이나 증인신문을 통해 사건을 이해한 후 변론종결 후에서야 검찰 증거기록 전체를 한꺼번에 검토하는 경우도 많다. 이에 법관이 핵심 증인에 대한 증인신문 전에 사건의 전체적인 맥락을 이해하기가 어려운 것이 현실이다.

따라서 공판중심주의 하에서 검사의 증인신문의 1차적 목표는 법관으로 하여금 사건을 정확히 이해하도록 하는 것에 있다고 할 수 있다.⁷¹⁾ 법관으로 하여금 유죄의 확신을 가지게 하기 위해서도, 반드시 법관이 사건의 내용과 맥락을 정확히 이해하도록 하는 것이 전제가 되어야 한다. 그리고 나면 검찰 측 증인의 증언에 대한 신용성 보강, 피고인 측 증인의 증언의 탄핵을 통해 검찰 측 증인의 증언과 기타 증거들이 증명력을 보강하여 법관으로 하여금 유죄의 심증을 가지도록 해야 하는 것이다.

결국, 검사의 증인신문의 목표는 법관으로 하여금 사건의 내용을 정확히 이해하도록 하고, 검찰 측 증인의 증언의 신용성을 보강함으로써 해당 증언과 기타 증거의 증명력을 뒷받침하고, 피고인 측 증인의 증언을 탄핵하여, 법관으로 하여금 유죄의

71) 물론, 이는 검사의 피고인 측 증인에 대한 반대신문이 아닌 검사의 검찰 측 증인에 대한 주신문의 경우에 국한된 문제일 것이다.

심증을 가지게 하는 것에 있다고 할 수 있다.

2. 검사실에서의 참고인 조사와 법정에서의 증인 신문 차이

법정에서 증인으로서 증언을 하는 사람은 기소 전 단계의 검사실 조사 과정에서는 참고인의 지위에 있게 될 것이다. 그런데 검사실에서의 참고인 조사는 법정에서의 증인신문과 그 1차적 목표를 달리 한다. 참고인 조사의 1차적 목표는 검사 스스로가 사건을 파악하고 실제적 사실관계를 판단할 기초자료를 수집하는 것에 있다. 이 점에서 대화의 당사자가 아닌 제3자, 즉 법관에게 사건의 내용을 이해시키는 것을 1차적 목표로 하는 법정에서의 증인신문과 다르다. 결국 참고인 조사는 당사자 사이의 대화로 서로 그치는 반면, 증인신문은 제3의 청자를 전제로 그 청자를 이해시키고 설득하기 위한 것이라는 점에 그 차이가 있다.

그런데 검사가 수사과정에서 유죄의 심증을 형성한 이후에는 참고인 조사 또한 단순한 사실관계 확인이 아닌 증거 수집의 일환으로서 기능한다. 그러나 이 경우에도 당사자 간의 대화는 일정한 틀에 갇히지 않은 채 자유로이 이루어질 수 있고 그 이후에는 정제된 언어로 정리된 조서의 형태로 법관에게 현출되나, 증인신문은 그 대화 내용이 여과 없이 그대로 법관에게 현출되므로, 당사자간의 대화를 제3자인 법관이 이해할 수 있도록 정제된 언어를 사용하여 일정한 틀 안에서 할 수 있어야 한다.

제3절 효과적 신문방식의 모델

1. 개요

위와 같이 형사재판에 있어서의 증인신문은 증거조사에 있어 핵심적인 절차로서 법관으로 하여금 사건을 이해하고 유죄심증을 가지도록 하는 것을 그 목표로 한다. 검사와 증인 양자 사이의 문답이라는 형식을 가지지만, 그것은 제3의 청자를 전제로 하는 것이고, 문답의 당사자가 아닌 위 제3의 청자를 이해시키고 납득시키기 위한 것이다. 결국 문답의 당사자는 그 모든 내용을 이미 이해하고 숙지한 상태에서 제3의 청자에게 그 내용을 들려주어 이해시키고 납득시키기 위해 이미 서로 잘 이해하고

있는 사항에 대해 문답을 주고받는 것으로, 이러한 점에서는 연극과 그 구조가 유사하다고 할 것이다. 다만, 완결된 구조의 극본이 존재하지 않는다는 점이나 항상 양 당사자가 그 입장을 달리하여 서로의 허점을 찾아 공격해야 하는 경우도 있다는 점에서 연극과 결정적인 차이가 있다.

그런데 증인신문은 재판 중 이루어지는 증거조사 절차의 일환으로 그 공정성의 확보가 매우 중요하고 이에 형사소송법과 형사소송규칙에서는 그 절차 및 방법에 관해 비교적 자세히 규정하고 있어 그 규정에 따른 일정한 틀 안에서 이루어져야 한다.

결국, 일정한 틀 안에서 대화를 진행하면서 이를 통해 제3의 청자를 이해시키고 설득하여야 하는 것이 증인신문이다. 그렇다면 이는 일반적인 대화의 형태로 진행해서는 안 될 것이고, 치밀하게 사전 전략을 수립하고, 효과적인 신문 요령에 따라 진행하여야 할 것이다. 또한, 사전 전략의 수립이나 신문 요령은 증인이 검찰 측 증인이냐 피고인 측 증인이냐에 따라 달라질 것이다.

아래에서는 증인의 성격을 검찰 측 증인과 피고인 측 증인으로 구분하고 각 유형에 따른 효과적인 증인신문 모델에 관해 논하되, 그 전에 재판의 공정성 확보와 검사의 효율적인 공판 수행이라는 서로 다른 관점에서 문제의 소지가 있는 검사의 증인 사전 면담 문제에 관해 간략히 살펴보고, 증인신문 과정에서 반드시 준수하여야 할 형사소송법 및 형사소송규칙상 증인신문 방식에 관한 규정의 내용을 정리하도록 할 것이다.

2. 검사의 증인 사전 면담의 문제

가. 검사의 증인 사전 면담의 필요성 및 한계

검사의 사전 면담은 검사가 증인이 법정에서 증언을 하기 전에, 미리 그 증인을 만나 증언의 방법 또는 재판절차, 증인의 의무 등에 대해서 설명하고, 증언할 내용을 확인하는 제도를 의미한다. 이 같은 검사의 증인 사전 면담은 증인의 기억을 환기시켜 줌으로써, 재판에서의 증인의 증언이 보다 구조화된 방식으로 행해질 수 있게 도울 뿐만 아니라, 공판 관여 검사는 사건의 진상 파악을 도모하고, 증인이 진술을 번복하는 것을 방지하거나, 허위 증언을 하여서는 아니 됨을 주지시킬 수 있게 된다.

한편 검사의 증인 사전 면담의 허용 여부 등에 대해서는 형사소송법이나 형사소송 규칙에서는 따로 규정하고 있지 않으나, 검찰사건사무규칙 제115조의4에서 ‘증인신문의 준비’라는 제목 하에 “검사는 증인신문을 신청한 경우 검사가 신청한 증인 및 그 밖의 관계자를 상대로 사실을 확인하는 등 적절한 신문이 이루어질 수 있도록 필요한 준비를 할 수 있다”고 규정하고 있고, 이는 검사의 증인 사전 면담에 대한 일응의 근거 규정이 될 수 있다. 다만 그것이 재판 절차를 관장하는 대법원이 아닌 법무부에서 만든 규칙으로 일반적인 효력을 가진다고는 보기 어려워 여전히 검사의 증인 사전 면담의 허용 여부에 대해서는 논란의 여지가 있고, 위 검찰사건사무규칙의 규정 또한 그 구체적인 허용 범위에 대해서는 전혀 규정하고 있지 않아 검사의 증인 사전 면담의 한계에 대해서는 여전히 확립된 기준이 주어진 바 없다.

나. 증인 사전 면담의 유형

연구에 따르면 검사의 증인 사전 면담은 증인이 법정절차를 잘 알지 못함으로써 두려워하는 것을 없애줌으로써, 법정에서 더욱 자연스럽게 증언하도록 하는 ‘증인친화’와 증인에게 법정에서 질문될 수 있는 것들을 알려주고, 기억을 되살리기 위하여 관련 문서 등을 보여주는 등 증언과 관련한 일체의 사항을 확인하는 ‘증인 검사’로 나눌 수 있다고 한다.⁷²⁾ 특히 검사의 입장에서 증인 사전면담의 유형은 “① 증인에게 검사를 소개하고, 재판절차를 설명하며, 증인의 역할을 알려주고, 증인신문 절차와 증인의 신변보호에 대한 절차를 안내하는 것, 즉 ‘증인친화(Witness Farmiliarisation)’와 ② 공소내용과 관련된 사실을 검토하고, 과거의 진술을 보여주어 기억을 재생시키며, 증언이 허용되지 않는 사항은 무엇인지, 더욱 정확하고 효과적으로 증언하는 방법이 무엇인지와 상대방의 예상되는 질문을 알려줘 갑자기 당황하지 않도록 하는 것 등을 포함한 ‘증인검사(Witness Proofing)’”로 범주화할 수 있다는 것이다.⁷³⁾

72) 김성돈·황태정, 공판중심주의의 바람직한 운용방향, 대검찰청, 2011, 124-125쪽.

73) 법률신문, “국민참여재판과 검사의 증인 전 면담 - 안상수 대검찰청 검찰연구관(법학박사)-” 연구논단, 2008. 5. 26. <https://www.lawtimes.co.kr/Legal-Info/Research-Forum-View.aspx?serial=1834> (최종접속: 2015.11.1)

다. 증인 사전 면담의 허용 여부

1) 찬반의 논거

사전 면담의 유형 중 ‘증인친화’의 허용에 대해서는 특별한 논란이 없고, 실무상으로도 당연히 허용되는 것으로 받아들여지고 있으나, ‘증인검사’의 허용에 대해서는 찬반의 논란이 있다.

반대논거는 ① 증인이 어떤 부분을 증언해야 하고, 어떤 부분을 증언하지 말아야 하는지를 알게 돼 법정 증언을 함에 있어 강조하는 부분이 달라지고, ② 증인검사 과정에서 제공되는 정보와 증인이 진술하는 내용이 혼동돼 진실발견에 장애가 되고, ③ 증인이 자신이 사건의 일부 밖에 알지 못한다는 것을 알게 돼, 차이가 나는 부분을 추론하여 증언하는 경향이 생기며, ④ 증인검사 과정을 통해 법정 증언에 대한 자신감을 가지게 돼 불필요하게 증인의 신빙성을 높이고, ⑤ 법정에서의 증언의 즉흥성을 감쇄시키고, 증인이 포장됐다는 느낌을 주게 된다고 한다.⁷⁴⁾

반면 이에 대한 찬성 논거는 다음과 같이 설명한다. “검사는 합리적 의심을 넘을 정도의 높은 입증을 해야 하며, 따라서 법정에서 증인의 진술을 매우 상세하게 전달하지 않으면 유죄판결을 받기 어렵다. 그런데 참고인이 수사기관에서 수회 진술했다 하더라도 공판검사가 볼 때에는 빠진 부분이 있거나, 또 증인이 해명해야만 납득하는 부분이 있다. 예를 들어 강간피해자는 강간을 당한 것이 자신의 책임이라는 비난을 피하기 위해, 혹은 당혹함이나 수치심 때문에 사실을 일부 숨기기도 한다. 특히 참고인의 진술에 시간적 간격이 큰 경우나 강간피해자 등과 같이 정신적 충격이 커 인지회피(Cognitive Avoidance) 현상이 있는 때에는 정확하고, 일관되며, 상세하고, 조리 있는 진술을 하기 어렵다. 증인 검사를 통해 ① 증인이 법정에서 증언하기 전에, 증인이 종전에 한 진술과 상치되게 기억하고 있는 부분을 미리 알 수 있게 해주고, ② 증인이 기억하고 있는 것의 차이점이나 잘못 기억하고 있는 점을 알 수 있게 해주며, ③ 일상생활에서의 대화와 달리 정해진 방식에 따라 진행되는 신문절차 과정에서 정확하고 상세하게 체계적으로 증언을 할 수 있게 해주며, ④ 증인이 법정에서 배심원이 납득하기 어려운 행동을 한 것(예를 들면 강간을 당하면서 피해자가 왜 반항을 하지

74) 안성수, 앞의 글.

않았는지) 등에 대해 설명을 할 수 있도록 해주어 배심원이 증인의 행동을 오해하는 것을 막아 정확하게 사실을 파악하도록 해주는 것이다.”⁷⁵⁾

2) 외국의 사례

이에 관해 일본은 형사소송규칙 제191조의3에서 ‘증인신문의 준비’라는 제목 하에 “증인신문을 청구한 검찰관 또는 변호인은 증인 그 밖의 관계자에게 사실을 확인하는 등의 방법에 의하여 적절한 신문할 수 있도록 준비해야 한다.”고 규정하여 검사의 증인 사전 면담을 허용하고 있다⁷⁶⁾. 또한 캐나다와 호주에서도 명문의 규정을 두어 검사의 증인 사전 면담을 허용하고 있다.

한편 미국에서는 이에 관한 명문의 근거 규정을 두고 있지는 않으나, 실무상 검사가 재판 전에 증인을 면담하는 것이 허용되고 있고, 단순히 증인의 참고인으로서의 진술을 상기시키거나 절차를 안내하는 것에서 더 나아가 증인으로부터 사건에 관한 상세 정보나 그 진술의 근거를 청취하고, 그 신빙성에 관해 다른 자료들을 토대로 테스트하는 등 폭 넓게 활용되고 있다.⁷⁷⁾

3) 검사의 증인 사전 면담 필요성

법정에 증인으로 서는 사람들은 평생 처음으로 법정이라는 공간을 경험하는 경우가 대부분이어서 ‘법정’이라는 딱딱한 공간에서, ‘위증을 하면 처벌을 받겠다’는 내용의 선서를 하고, 검사나 변호인, 법관으로부터 질문을 받는 것 자체로 긴장이 되고 당황하여 문답을 순조롭게 진행하지 못하게 되는 경우가 많다.

또한, 통상적으로 어떤 피해를 당하거나 어떤 범죄행위를 목격 내지 경험한 사람이 그 시점으로부터 법정에서 증언을 하기까지는 상당 시일이 소요되고, 그 사이에 수사기관의 수사를 받는 등으로 이에 관한 기억을 되살린다는 점을 감안하더라도 시간의 경과에 따른 기억의 감퇴는 어쩔 수 없는 당연한 현상이다.

수사를 담당하는 검사와 공판을 담당하는 검사를 달리 두고 있는 현재 검찰의 업무

75) 안성수, 앞의 글.

76) 위에서 언급한 우리 검찰사건사무규칙 제115조의4는 위 일본 형사소송규칙상의 규정을 그대로 도입한 것이다.

77) 이에 대해서는 John Bugliosi 저(법무부 번역), 검사의 공판기법(The Art of Prosecution), 37-54 쪽 참조.

관행상, 수사를 담당하는 검사는 검사실이라는 공간에서 충분한 시간을 두고 조사를 하며 사건의 세세한 부분까지도 파악할 수 있는 반면, 공판검사는 절제되고 정리된 기록을 통해서만 사건의 내용을 파악할 수 있고 조서에 나타나지 않는 사항에 대해서는 파악할 수가 없어 사건에 대한 충분한 이해가 부족한 경우가 많다. 효과적인 공판 수행을 위해 검사의 증인 사전 면담이 필요한 이유를 상술하면 다음과 같은 두 가지로 요약할 수 있을 것이다.

첫째로, 검사가 신청한 증인이 법정에서 긴장하거나 당황하여 질문에 적절한 답변을 하지 못하거나 기억을 정확히 하지 못함으로써 증인신문 절차가 불필요하게 길어지는 것을 방지하기 위해서, 즉 공판절차의 효율적인 진행을 위해서 검사의 사전 증인 신문이 필요하다.

둘째로, 현재 형사재판 실무상 무죄 이유의 상당 부분을 차지하는 것이 바로 검찰 측 증인 증언의 신빙성 부족이고, 그 중에는 증인이 실제로 거짓말을 하는 것이 아니라 법정에서 당황한 나머지 자신의 기억이나 경험을 제대로 진술하지 못하거나 기억의 부정확성으로 인해 검찰에서 한 것과 다른 내용으로 진술을 하여 실제와는 다른 결론이 내려지는 경우도 상당 수 있다.⁷⁸⁾ 따라서 검사가 사전 면담을 통해 증인에게 증인신문의 진행 절차나 예상되는 상황을 안내하고 검찰에서의 진술 내용을 상기시킴으로써 기억에 반하는 진술을 하지 않도록 도와주는 것은 실제적 진실발견이라는 형사소송의 이념에도 부합하는 것이다.

물론 검사의 사전 면담에 문제가 있을 수 있다. 검사가 사전 면담을 통해 증인에게 진술할 내용을 미리 얘기해주거나 회유나 강압을 통해 검찰 측에 유리한 진술을 하도록 유도함으로써 실제적 진실을 왜곡할 우려 내지 그러한 오해로 인해 형사재판의 공정성에 대한 신뢰가 저해될 우려가 존재하는 것 또한 부인할 수는 없는 것이다. 그러나 검사가 효율적인 공판 진행이나 실제적 진실발견의 이념 실현이라는 목표

78) 법무연수원에서 발간한 '2012 공판실무 II' 교재 81쪽에서도 이 점에 대해 다음과 같이 지적하고 있다.

“하지만, 증인에게는 경험내용을 생생히 재생해 내기 어려운 여러 가지 장애 사유가 있다.
 - 짧게는 3~4개월 많게는 몇 년 전의 시간이 흘렀다.
 - 일생일대 좋지 않은 경험이라, 그간 잊어버리기 위해 애써 왔다.
 - 짧은 범행시간 동안에 벌어진 일들은 증인의 기억 속에 혼란스럽게 존재한다.
 - 게다가 법정의 엄숙한 분위기에 긴장과 당황을 느끼고 있다.
 - 주변 모두가 짧은 시간 안에 기억을 복원해 내려며 재촉한다.”

하에 일정한 한계 내에서 면담을 진행한다면 위와 같은 우려가 현실화될 가능성은 없다고 할 것이고, 그런 측면에서 형사소송법이나 형사소송규칙에 검사의 증인 사전 면담에 관한 명시적 근거규정을 두어 그 한계 범위에 관해서까지 구체적으로 규율할 필요도 있다고 할 것이다.

요컨대 증인신문은 제3의 청자를 전제로 한 대화이면서도 완결된 구조의 각본이 존재하지 않아 그 진술 내용이나 흐름에 대한 불확실성이 매우 크고, 그 불확실성은 때로 공판절차의 효율적 진행이나 실체적 진실발견의 방해 요소가 될 수 있다. 따라서 공판 절차의 효율적인 진행을 위해서나 검찰 측 증인 진술에 대한 잘못된 평가로 실체적 진실에 반하는 판결 결과가 초래되는 것을 방지하기 위해서 검사의 증인 사전 면담은 필요하고, 허용되어야 한다.

라. 검사의 증인 사전 면담의 한계 및 요령

1) 증인 사전 면담의 한계

형사재판의 공정성에 관한 불필요한 오해를 불러일으키지 않기 위해 검사의 증인 사전 면담은 철저하게 증인 신문의 진행 절차를 안내하고, 검찰에서 진술한 내용을 상기시키며, 기 진술한 내용 외에 추가로 확인이 필요한 사항에 대해 질문과 답변을 통해 확인하는 범위 안에서 진행되어야 한다.

- ① 검찰에서 이미 진술한 바 있는 증인에 대해서는, 해당 진술조서를 제시하여 읽게 함으로써 검찰에서의 진술 내용을 상기하게 하는 것에 그쳐야 하고 어떤 질문에는 어떻게 답변하라는 식으로 일정한 내용의 답변을 유도해서는 안 될 것이다.
- ② 검찰에서 이미 진술한 바 있는 증인에 대해서 추가적인 내용을 확인할 필요가 있거나 검찰에서 진술한 바 없는 새로운 증인을 면담하는 경우, 사전 조사 차원에서 문답 방식으로 그 내용을 확인하는 것에 그쳐야 하고 역시 그 답변할 내용을 안내하거나 지시하여서는 안 될 것이다.
- ③ 나아가 기존 조사시에 작성된 조서나 사전 면담시 문답을 통해 확인된 진술이 기존 다른 관련자들의 진술과 다르거나 객관적 자료에 나타난 것과 다를 경우

그에 대한 해명을 미리 들어보는 것도 가능할 것이나, 위와 같은 다른 관련자들의 진술이나 객관적 자료의 내용에 부합하는 진술을 하도록 안내하는 것은 허용되지 않는다고 할 것이다.

2) 증인 사전 면담의 요령

증인 사전 면담은 위와 같은 공판진행의 효율성 확보와 증인의 충실한 증언 도모를 통한 실체적 진실발견이라는 목표를 염두에 두고 진행하되, 상대방의 오해나 악의에 의한 이의제기를 통해 형사재판의 공정성에 대한 불필요한 시비의 소지를 제공할 가능성을 염두에 두고, 일정한 요령에 따라 진행하여야 할 것이다.

- ① 증인이 진술한 내용이 기재된 진술조서를 열람시켜 그 내용을 상기할 수 있도록 하고, 추가로 증인신문이 필요한 사항 등 새로 확인이 필요한 사항에 대해서는 검사가 해당 증인에게 묻고 그 답변을 확인하여 증인신문사항에 반영하는 방식으로 진행한다.
- ② 해당 증인의 기존 진술과 다른 관련자의 진술 또는 증거서류 등 객관적 증거자료의 내용이 다를 경우 이에 대한 해명 또한 미리 확인해 둘 필요가 있고, 예상되는 변호인의 반대신문 사항에 대해 안내하고 일부 필요한 부분에 대해서는 그에 대한 증인의 입장을 미리 확인해 둘 필요도 있다.
- ③ 개방된 공간에서 면담을 진행하여야 한다. 간혹 집무실 등 폐쇄된 공간에서 면담을 진행하는 경우가 있으나, 이는 추후 면담 내용에 대한 이의제기시 불필요한 오해를 살 수 있는 소지가 있다. 개방된 공간에서 면담을 진행하면 추후 오해나 악의에 따른 이의제기가 있더라도 그 자체로 오해가 확산되는 것을 방지할 수 있고, 제3자를 통한 면담의 적절성 확인 가능성도 확보해 둘 수 있다.
- ④ 성폭력 피해자 등 개방된 공간에서의 면담이 부적절한 경우, 면담 과정을 녹음·녹화하거나 그 밖에 일정한 방법으로 기록해둘 필요가 있다.

3. 형사소송법 및 형사소송규칙상 증인신문 방법에 관한 규정

가. 개요

형사소송법 제1편 총칙 제12장 증인신문(제146조 내지 제168조) 및 형사소송규칙 제1편 총칙 제12장 증인신문(제66조 내지 제84조의10)에서 각각 증인 신청부터 신문 단계까지의 절차와 증인신문 방식에 대해서 자세히 규정하고 있다.

이중 본 연구의 주제와 관련이 있는 증인신문의 방식에 관한 규정은 형사소송법 제161조의2(증인신문의 방식), 제162조(개별신문과 대질), 형사소송규칙 제74조(증인신문의 방법), 제75조(주신문), 제76조(반대신문), 제77조(증언의 증명력을 다투기 위하여 필요한 사항의 신문), 제78조(재주신문), 제79조(재판장의 허가에 의한 재신문), 제80조(재판장에 의한 신문순서 변경의 경우), 제81조(직권에 의한 증인의 신문), 제82조(서류 또는 물건에 관한 신문), 제83조(기억의 환기가 필요한 경우), 제84조(증언을 명확히 할 필요가 있는 경우)가 있다.

아래에서는 증인신문 방식에 관한 위 규정들의 내용을 간략히 정리해 보도록 하겠다.

나. 증인신문의 순서

증인신문은 신청한 검사, 변호인 또는 피고인이 먼저 이를 신문하고 다음에 다른 검사, 변호인 또는 피고인이 신문한다(형사소송법 제161조의2 제1항). 즉 신청한 검사, 변호인 또는 피고인이 하는 신문을 ‘주신문’이라고 하고(형사소송규칙 제75조 제1항), 다른 검사, 변호인 또는 피고인이 하는 신문을 ‘반대신문’이라고 한다(형사소송규칙 제76조 제1항).

주신문을 한 검사, 피고인 또는 변호인은 반대신문이 끝난 후 반대신문에 나타난 사항과 이와 관련된 사항에 관하여 재주신문을 할 수 있다(형사소송규칙 제78조 제1항). 재주신문은 주신문의 예에 의한다(형사소송규칙 제78조 제2항). 검사, 피고인 또는 변호인은 주신문, 반대신문 및 재주신문이 끝난 후에도 재판장의 허가를 얻어 다시 신문을 할 수 있다(형사소송규칙 제79조).

재판장은 검사, 변호인 또는 피고인의 주신문과 반대신문이 끝난 뒤에 신문할 수 있다(형사소송법 제161조의2 제2항). 그러나, 재판장은 필요하다고 인정하면 위와

같은 규정들에 불구하고 어느 때나 신문할 수 있으며 주신문과 반대신문의 순서를 변경할 수 있다(형사소송법 제161조의2 제3항).

법원이 직권으로 신문할 증인이나 범죄로 인한 피해자의 신청에 의하여 신문할 증인의 신문방식은 재판장이 정하는 바에 의한다(형사소송법 제161조의2 제4항). 재판장이 신문한 후 검사, 피고인 또는 변호인이 신문하는 때에는 반대신문의 예에 의한다(형사소송규칙 제81조).

다. 개별신문과 대질신문

증인신문은 각 증인에 대하여 개별적으로 신문한다(형사소송법 제162조 제1항). 한 기일에 수인의 증인을 한꺼번에 소환하여 신문하는 경우 신문하지 아니한 증인이 재정한 때에는 퇴정을 명하여야 한다(형사소송법 제162조 제2항).

필요한 때에는 증인과 다른 증인 또는 피고인과 대질하게 할 수 있다(형사소송법 제162조 제3항).

라. 신문할 사항

주신문은 증명할 사항과 이에 관련된 사항에 관하여 한다(형사소송법 제75조 제1항). 반대신문은 주신문에 나타난 사항과 이에 관련된 사항에 관하여 하고(형사소송법 제76조 제1항), 반대신문의 기회에 주신문에 나타나지 아니한 새로운 사항에 관하여 신문하고자 할 때에는 재판장의 허가를 받아야 한다(형사소송규칙 제76조 제4항). 위와 같은 새로운 사항에 관한 신문은 그 사항에 관하여는 주신문으로 본다(형사소송규칙 제76조 제5항).

주신문 또는 반대신문의 경우에는 증언의 증명력을 다투기 위하여 필요한 사항에 관한 신문을 할 수 있다(형사소송규칙 제77조 제1항). 증언의 증명력을 다투기 위한 신문은 증인의 경험, 기억 또는 표현의 정확성 등 증언의 신빙성에 관한 사항 및 증인의 이해관계, 편견 또는 예단 등 증인의 신용성에 관한 사항에 관하여 한다(형사소송규칙 제77조 제2항 본문). 다만, 증인의 명예를 해치는 내용의 신문을 하여서는 아니된다(형사소송규칙 제77조 제2항 단서).

마. 유도신문의 금지와 허용

주신문에 있어서는 유도신문이 원칙적으로 금지된다(형사소송규칙 제75조 제2항 본문). 다만 예외적으로, ① 증인과 피고인의 관계, 증인의 경력, 교우관계 등 실질적인 신문에 앞서 미리 밝혀둘 필요가 있는 준비적인 사항에 관한 신문의 경우, ② 검사, 피고인 및 변호인 사이에 다툼이 없는 명백한 사항에 관한 신문의 경우, ③ 증인이 주신문을 하는 자에 대하여 적의 또는 반감을 보일 경우, ④ 증인이 종전의 진술과 상반되는 진술을 하는 때에 그 종전진술에 관한 신문의 경우, ⑤ 기타 유도신문을 필요로 하는 특별한 사정이 있는 경우에는 주신문에 있어서도 유도신문이 허용된다(형사소송규칙 제75조 제2항 단서).

반대신문에 있어서는 유도신문이 허용된다(형사소송규칙 제76조 제2항). 다만 재판장은 유도신문의 방법이 상당하지 아니하다고 인정할 때에는 이를 제한할 수 있다(형사소송규칙 제76조 제3항).

이와 관련하여 실무상 검사나 변호인이 주신문을 함에 있어 유도신문 위주로 신문 사항을 구성하는 경우가 아직도 빈번하고, 이에 대해 법원 또한 별다른 제재를 하지 않는 경우가 많다. 그러나 이는 위와 같이 형사소송규칙에서 금지하고 있는 신문방법으로 위법한 것일 뿐만 아니라 법정에서의 증인신문을 형식적인 절차로 만들어 검사가 제출한 기록 위주의 재판을 하게 함으로써 공판중심주의의 온전한 구현을 방해하는 요인이 되는 것이다. 따라서 법원에서는 실무상 관행의 올바른 정립을 위해 위법한 증인신문을 철저히 통제해야 할 것이고, 검사는 주신문에 있어 유도신문을 자제하고 개방형 질문 위주의 신문을 하면서 변호인의 주신문시 유도신문에 대해서는 적극적인 이의제기를 통해 철저히 차단하여야 할 것이다.

바. 서류 또는 물건 등의 제시

증인에 대하여 서류 또는 물건의 성립, 동일성 기타 이에 준하는 사항에 관한 신문을 할 때에는 그 서류 또는 물건을 제시할 수 있다(형사소송규칙 제82조 제1항). 그 서류 또는 물건이 증거조사를 마치지 않은 것일 때에는 먼저 상대방에게 이를 열람할 기회를 주어야 하되, 상대방이 이의하지 아니할 때에는 그러하지 아니한다(형사소송규칙 제82조 제2항).

증인의 기억이 명백치 아니한 사항에 관하여 기억을 환기시켜야 할 필요가 있을 때에는 재판장의 허가를 얻어 서류 또는 물건을 제시하면서 신문할 수 있다(형사소송규칙 제83조 제1항). 그 경우에는 제시하는 서류의 내용이 증인의 진술에 부당한 영향을 미치지 아니하도록 하여야 한다(형사소송규칙 제83조 제2항).

한편 증인의 진술을 명확히 할 필요가 있을 때에는 도면, 사진, 모형, 장치 등을 이용하여 신문할 수 있다(형사소송규칙 제84조 제1항).

4. 검찰 측 증인의 효과적 신문 방식

가. 검찰 측 증인신문의 중요성

검찰 측 증인, 즉 검사가 신청한 증인에 대한 신문은 공소사실에 대한 전적인 입증책임 부담하는 검사가 공소사실을 입증하고자 실시하는 것으로, 해당 증인의 진술이 공소사실을 입증하기 위해 필요한 경우에 실시한다. 실무상 주로 이미 검찰에서 조사가 이루어진 참고인의 진술이 담긴 조서에 대하여 변호인 또는 피고인이 증거 부동의할 경우 해당 참고인을 증인으로 신청하여 사건에 대해 알고 있거나 경험한 사실에 대한 구체적인 진술을 청취하고 증거 부동의된 조서에 대해 진정성립을 입증하기 위해 실시하는 경우가 대부분이다.

앞서 언급한 바와 같이, 검찰 측 증인에 대한 검사의 신문은 단순히 해당 진술을 법정에 증거로 현출시켜 입증자료로 활용하기 위한 것에만 그치지 않고, 사건의 구체적인 내용을 파악하지 못한 법관으로 하여금 사건의 내용을 이해하도록 하고 법관으로 하여금 유죄의 판단을 하도록 설득하는 것도 중요한 목표로 두고 있다. 즉, 가장 성공적인 주신문은, 듣는 사람이 증인의 경험내용을 마치 현장을 보는 듯이 복원하여 진술케 함으로써 재판부에 그 신빙성과 생생함을 효과적으로 전달하는 것이다.⁷⁹⁾

공판 절차 중 가장 중요한 절차라 할 수 있는 증인신문 절차 중에서도, 위와 같이 공소사실을 뒷받침할 증거에 대한 조사 절차로서의 검찰 측 증인에 대한 신문은 공소사실의 입증을 위한 필수 불가결의 절차로서 공판 절차의 핵심이 되는 절차이다. 특히, 검찰 측 증인 증언의 신빙성 등 증명력 부족이 무죄 이유의 상당 비율을 차지하

79) 법무연수원, 2012 공판실무 II, 2012. 7. 81쪽.

는 현재 실무 현실에 비추어, 법관의 심증 형성을 적절히 통제하여 실체적 진실에 반하는 무죄 판결을 방지하기 위해서는 검찰 측 증인에 대한 신문 of 효율성 제고가 반드시 필요하다고 할 것이다.

그리고 검찰 측 증인에 대한 효과적 신문은, 결국 법관으로 하여금 사건의 구체적 내용을 쉽게 이해하도록 하고 해당 증인 증언의 신빙성을 효과적으로 검증하는 등 법관을 설득함으로써 유죄의 심증을 가지게 하는 것이다. 따라서 철저히 제3의 청자로서 이해와 설득의 대상인 법관의 입장에서 쉽게 이해하고 납득할 수 있는 방식이 무엇인가를 염두에 두고 증인신문을 진행하여야 할 것이다.

나. 검찰 측 증인신문의 방식

검찰 측 증인에 대해서 주신문을 할 때는 주의해야 할 사항은 다음과 같다.⁸⁰⁾ 즉, ① 증인이 과거의 사실을 기억하고, ② 기억한 사실을 명확하게 표현하고, ③ 필요한 한도 내에서 상세하게 증언을 하고, ④ 재판부가 내용을 듣고 바로 이해할 수 있도록 신문을 하여야 한다. 주신문 시, 증인들이 법정 of 환경에 익숙치 않은 경우들이 대부분이므로 증인들에게 심리적인 안정감을 줄 수 있는 신문방법을 채택하는 것이 필요하다. 예를 들어 증인들이 부담을 덜 느끼고 자신감을 가질 수 있도록 초반에는 쉽고 짧은 질문을, 기억하기 어렵거나 긴 대답을 해야 하는 질문들은 뒤로 배치하는 것이 좋다.

주신문에 이어 반대신문이 끝난 다음에 검찰 측 증인에게 재 주신문을 할 수 있다. 재 주신문은 반대신문에 의해서 쟁점이 생기거나 반대신문에 나타난 상황과 관련해서 재 주신문을 할 수 있다. 검사는 반대신문을 하는 동안 재 주신문이 필요한 사항이 있으면 표시해뒀다가 이 절차를 사용하여야 한다. 하지만 재 주신문은 이를 통해서 얻을 수 있는 목표가 분명한 경우에만 사용하는 것이 좋다. 즉, 반대신문을 통해서 피고인에게 유리한 측면만 부각된 경우, 증언의 신빙성이 탄핵을 받아서 이의 회복이 필요한 경우, 그리고 증인이 사실관계에 대한 혼동이 있거나 사실관계 파악에 어려움이 있다고 판단되는 경우 등에만 재 주신문을 이용하는 것이 좋다.

80) 사법연수원, 검찰실무 II: 법률실무과목, 2013. 44쪽.

다. 구체적인 전략

1) 짧은 질문과 짧은 답변 위주로 구성

다른 두 사람의 대화를 듣고 있는 제3자, 특히 두 사람간의 대화의 전제가 되는 사건의 내용을 구체적으로 파악하지 못한 사람의 입장에서, 질문과 답변이 길면 그 내용을 쉽게 이해하기가 어렵다. 그런데 실무상 검찰 측 증인에 대한 신문시 해당 증인에 대해 이미 검찰에서 조사를 하고 그 내용이 조서로 작성되어 법원에 증거로 제출되어 있음을 전제로 증인신문에서는 대강의 내용을 확인함에 그치면서 여러 개의 질문 사항을 하나의 질문으로 묶어 질문하는 경우가 많다. 이러한 방식의 증인신문을 통해서는 법관이 그 신문의 내용을 파악하기 어려워 사건의 내용을 제대로 이해할 수가 없다.

따라서 증인신문시 대부분의 질문과 답변이 모두 짧게 이루어져 법관이 하나하나 단계적으로 사건의 내용을 이해해 갈 수 있도록 할 필요가 있다.

2) 개방형 질문 위주로 구성

검찰 측 증인에 대한 검사의 신문은 주신문이다. 그리고 주신문에 있어 유도신문은 금지되어 있다. 따라서 검찰 측 증인에 대한 증인신문사항은 개방형 질문 위주로 구성하여야 한다.

이는 법관이 증인신문의 내용에 대하여 가질 인상을 고려하더라도 마찬가지이다. 그저 형식적으로 해당 증인이 검찰에서 참고인으로 진술한 내용을 확인하는 차원에서 기존 진술 내용을 질문에 담고 증인은 이에 대해 “예”라고 답변하는 방식으로 증인신문을 진행한다면, 법관이 그 내용을 쉽게 이해할 수도 없을 뿐만 아니라 해당 증인이 검사의 질문을 제대로 이해하지도 못한 채 그저 검사가 질문하는 것에 형식적으로 답변하는 듯한 인상을 주어 해당 증인 증언의 신빙성에 의문을 가지게 할 소지가 있다.

3) 유도신문의 적절한 활용

앞서 언급한 것처럼 유도신문은 원칙적으로 금지되나, 예외적으로 부적절한 진술 유도의 우려가 없는 몇 가지 경우에는 유도신문이 허용된다.

그런데 유도신문을 활용할 경우 단계별로 진행되는 짧은 질문에 증인이 “예”라고 답변하면서 빠른 템포로 사건의 기본적인 내용을 확인할 수 있다는 장점이 있어 짧은

시간 안에 법관으로 하여금 사건의 기본적인 내용들을 쉽게 이해할 수 있게 해주는 효과가 있다.

따라서 증인과 피고인의 관계, 증인의 경력, 교우관계 등 실질적인 신문에 앞서 미리 밝혀둘 필요가 있는 준비적인 사항이나 검사, 피고인 및 변호인 사이에 다툼이 없는 명백한 사항에 관하여 간단히 확인하고 넘어가는 경우 유도신문을 통해 빠른 템포로 단계별로 간단히 확인하면서 지나가면 사건의 기본적인 배경이 되고 쟁점 이외의 사항인 사실들에 관해 법관으로 하여금 쉽게 이해할 수 있게 할 수 있다.

예를 들어, 폭행 장면을 목격한 목격자에게 해당 시각에 그 자리에서 싸움 장면을 목격한 사실이 있느냐고 물을 때, 그 싸움 장면을 목격한 시각이 언제냐고 개방적 질문을 할 경우 오히려 증인이 그 시각을 분단위까지 정확히 기억하지 못할 가능성이 있어 정확한 답변이 나오지 않아 이를 확인하는데 불필요하게 시간만 지나고 쟁점을 흐리게 될 소지가 크므로, 이에 대해서는 “증인은 2015. 4. 19. 21:33경 ○○○에 간 사실이 있지요?”, “그곳에서 피고인과 피해자 ○○○이 싸우는 것을 본 사실이 있는가요?”라는 방식으로 기초 사항에 관해 유도질문을 활용하는 것이 훨씬 효과적이다.

4) 지엽적 사실에 대한 문답을 통한 자연스러운 이해 유도

증인신문은 사건의 쟁점이 되는 핵심적 사항을 위주로 하여 진행하여야 한다. 쟁점과 관련 없는 사항들을 불필요하게 물을 경우 오히려 쟁점을 흐리고 법관에게 안 좋은 인상만 주어 증인신문을 통한 유죄심증의 형성에 실패할 가능성이 높다.

그러나 너무 쟁점 사항에만 국한하여 증인신문을 진행할 경우 법관이 사건의 맥락을 이해하지 못하여 증인의 진술을 충분히 받아들이지 못할 소지가 크다. 따라서 사건의 쟁점이 아니더라도 그 진술의 맥락을 연결하는데 필요한 지엽적 사실에 대한 질문을 적절히 활용하여 법관이 사건의 내용을 자연스럽게 이해하도록 할 필요가 있다.

예를 들어, 싸움의 목격자에게 목격한 내용에 관해서만 묻기보다는 피고인이나 피해자 등 사건관계인들과 관계는 어떠한지, 사건 현장에는 어떻게 가게 되었는지, 당시 무엇을 하고 있었는지, 어떻게 싸움 장면을 목격하게 되었는지를 물어 간략하게 답하게 한 후 핵심 쟁점인 목격 사실과 목격 내용에 관해 물으면, 법관으로 하여금 당시 사건의 맥락을 더 잘 이해하고 증인의 진술을 자연스럽게 받아들이 믿게 하는 데 도움이 된다.

5) 증거기록의 적극적인 제시

말로 어떤 정보나 사실 등을 전달함에 있어, 그냥 말로만 설명해서는 상대방이 이를 쉽게 이해하도록 하는 데 한계가 있다. 이럴 때 이용하는 것이 시각적인 수단을 함께 동원하는 것이다. 시각적인 방법을 함께 사용하면 상대방이 화자(話者)의 말을 쉽고 빠르게 이해하도록 하는 데 큰 도움이 된다.

앞서 본 바와 같이 우리 형사소송규칙은 서류의 동일성 등에 대한 사항을 신문할 때(제82조), 증인의 기억을 환기시키기 위해 필요할 때(제83조), 그리고 증언을 명확히 할 필요가 있을 때(제84) 증거기록이나 물건, 도면, 사진 등을 제시할 수 있도록 하고 있다. 그리고 증거기록에는 해당 사건에 관한 여러 가지 정보들이 조서, 사진, 그림 등의 여러 가지 형태로 담겨 있다. 따라서 이와 같은 증거기록을 효과적으로 제시하는 것은 가장 효과적인 시각적 수단이라고 할 것이다.

증인신문은 공판 절차의 핵심적인 증거조사이나, 그 또한 결국 진술증거에 불과하기 때문에 관계인의 회유, 강요 등에 의한 왜곡 또는 불분명한 기억으로 인한 착오 진술의 가능성이 존재하여 그 진술에 상반되는 객관적 자료의 존재 또는 다른 증인(특히, 피고인 측 증인)의 상반된 진술로 인해 검찰 측 증인 증언의 신빙성이 탄핵되는 경우가 많다.

따라서 증인신문 과정에서부터 증인의 진술이 객관적 증거자료나 다른 관계자의 진술에 의해 뒷받침되고 있다는 점을 강조할 필요가 있다. 이를 위해, 단순히 증인에 대한 문답으로 그치기보다 해당 질문이나 진술과 관계된 증거기록을 함께 제시할 필요가 있는 것이다.

예를 들어, 뇌물수수 사건에서 뇌물공여자를 증인으로 신문하는 경우, 뇌물의 출처가 된 자금의 인출내역, 뇌물공여 현장의 사진 등을 함께 제시하면서 뇌물의 자금을 마련한 경위, 뇌물을 공여할 당시의 상황, 각자의 위치 등에 대해 신문을 하면 증인 진술의 신빙성을 뒷받침 하는데 큰 도움이 된다.

나아가 법관이 증거기록을 전체적으로 검토하지 못한 채 재판을 진행하는 경우가 많은 현재의 형사재판 실무 하에서, 법관으로 하여금 검찰에 유리한 증거자료를 법정에서 직접 확인하면서 증인의 진술을 통해 이에 대한 설명까지 들을 수 있게 하는 효과가 있어, 법관으로 하여금 사건에 대해 검사가 제시한 시각에서 사건을 이해하고 바라보게 하는 효과도 함께 거둘 수 있다.

6) PPT 등 시청각 자료의 적극적인 활용

증인신문시 증거기록 등을 제시함에 있어, 그 동안에는 해당 증인만 볼 수 있도록 제시해 와서 법관이 함께 이를 확인하기가 어려운 점이 있었으나, 최근에는 법정에서 실물화상기와 슬라이드 화면을 설치하여 실물화상기를 통해 증거기록을 제시함으로써 슬라이드 화면으로 법정에 있는 모든 사람이 해당 자료를 함께 볼 수 있도록 하고 있다.

그런데 실물화상기를 통해 제시를 하더라도 그 선명도나 가독성이 떨어져 여전히 해당 자료 중 증인에게 제시하고자 하는 중요한 내용이 무엇인지를 정확히 인식하는데 어려움이 있다. 따라서 PDF 파일 변환 프로그램 등을 이용해 해당 자료 중 일부를 PDF로 전환하고 그 중 제시할 내용에 강조 표시를 한 후 PPT 프로그램을 이용하여 법정에 제시하면 법관으로 하여금 훨씬 쉽게 제시되는 내용이 무엇인지, 그 내용과 증인의 증언이 어떤 관련이 있는지를 이해하도록 할 수 있다.

또한 증인신문이 지나치게 길어질 경우 집중력이 떨어져 법관이 증인신문의 흐름을 정확히 따라가기가 어려울 수도 있다. 이러한 경우에는 중요한 증인신문사항을 PPT파일로 제시하거나 증인신문 흐름을 PPT 프로그램을 이용해 나타내주면 법관이 증인신문의 맥락을 충분히 이해하도록 하는데 도움이 된다.

7) 변호인 측 예상 신문사항에 대한 선제적 신문

검사가 증인신문을 할 때, 공소사실 입증에 유리한 점만을 신문하고 불리하거나 허점이 될 수 있는 부분에 대해서는 신문을 하지 않는 경우가 많다. 그러나 어차피 변호인의 반대신문이 예정되어 있고, 변호인은 검찰 측 증인에게 공소사실 입증에 불리하거나 증인의 진술 중 허점이 될 수 있는 부분을 집중적으로 질문을 하게 될 것이다.

그렇다면 오히려 검사가 예상되는 변호인의 반대신문 사항에 대해 먼저 물어보는 것이 증인신문의 흐름을 유리하게 가져가는 데 도움이 될 수 있다. 검찰 측에 불리하거나 허점이 될 수 있는 내용도 검사가 물어본다면 오히려 더 자연스럽게 해명이 될 수 있고 이에 대한 변호인의 추가적인 추궁의 여지를 차단하기도 쉬워진다. 같은 사실에 대한 질문이라도 누가 묻느냐에 따라 그 세부적인 답변의 내용과 뉘앙스는 달라질 수밖에 없다. 검찰 측 증인, 특히 피해자의 경우, 변호인이 추궁하듯이 물을

경우 위촉되어 자신의 입장을 충분히 피력하기 곤란할 수 있으나, 법정에서 유일하게 자신의 편이라 할 수 있는 검사가 같은 사항에 대해 미리 물으면 심리적으로 더 편한 상태에서 자신의 입장을 충분히 증언할 수 있을 것이고, 이후 변호인이 같은 사항에 대해 추궁하더라도 이미 같은 내용에 대해 진술을 한 상태이므로 크게 흔들리지 않고 이에 유연히 대응할 수 있을 것이다.

또한, 검찰에 불리한 내용을 검사가 먼저 물어 확인하는 것은 법관으로 하여금 검사의 공소유지에 대한 자신감 내지 공소사실에 대한 진실성을 느끼게 하여 증인의 증언이 신빙성이 있다고 판단하게 하는 데 도움이 된다. 특히, 때론 앞선 입증활동의 실패로 혹은 선입견 때문에 재판부에 이미 부정적인 심증이 형성된 경우가 있는데, 이 경우 공판관여검사가 폐쇄형 질문을 행할 경우에 아무리 조리 있는 증언을 한다 해도 검사가 증인의 진술을 유도한다는 느낌을 주어 신뢰성 전달에 적절치 않으며, 사건전개 상황을 적절히 분할하여 완전 개방형 질문의 형태로 신문사항을 구성하는 것이 필요하다.⁸¹⁾

8) 피고인과 증인의 상반되는 진술 중 핵심 부분에 대한 증인의 입장 질문

공판 과정에서 검사 증인을 신청하여 신문하는 것은 피고인이 부인하는 사실관계에 대해 증인의 진술을 통해 입증하고자 하는 것이 주된 이유이다. 따라서 증인의 진술이 피고인의 주장과 상반되는 경우가 대부분이고, 경우에 따라서는 피고인의 주장과 상반되는 증인의 진술이 당해 사건의 유일한 직접증거일 때도 있다. 이런 경우 유죄판결을 받아내기 위해서는 결국은 법관으로 하여금 피고인의 주장이 아닌 증인의 진술을 믿게 만들어야 한다.

물론 법관으로 하여금 해당 증인의 증언을 믿게 하기 위해 앞서 언급한 여러 가지 기법이 필요하다고 할 것이나, 결국 가장 효과적으로 법관을 설득하는 방법은 해당 사건을 직접 경험한 증인 자신이 설득력 있는 증언으로 법관에게 공감을 얻어내게 유도하는 것이다. 따라서 증인에게 그 증언이 피고인의 주장과 상반되는 부분 중 핵심사항에 관해 알려주고 그 입장을 물어 직접 법관을 설득하게 할 필요가 있다.

예를 들어, “피고인은 증인으로부터 인허가를 받을 수 있게 도와달라는 부탁을

81) 법무연수원, 2012 공판실무 II, 2012. 7, 83쪽.

받고 이를 거절하였다고 하는데, 어떤가요?”라고 묻는 것이다. 만약 증인이 사실대로 증언하고 있는 것이라면, 피고인의 거짓 주장 사실을 전해 듣고 느끼는 분노의 감정을 법관 앞에서 그대로 드러낼 것이고, 실제 일을 경험한 사람만이 들 수 있는 여러 가지 설득력 있는 근거를 통해 법관을 직접 설득하는 데 성공할 것이다.

9) 증인이 법정에서 기존 진술을 번복하는 경우의 대처

검찰에서 공소사실에 부합하는 취지의 진술을 했던 참고인이 법정에서는 그 진술을 번복하여 공소사실에 반하는 취지의 증언을 하는 경우가 있고, 이러한 경우 속수무책으로 무죄를 선고받게 될 가능성이 높다. 한명숙 전 국무총리에 대한 정치자금법위반 사건이 그 대표적인 예다.⁸²⁾

사실 이점에 대해서는, 수사단계에서부터 철저한 준비가 필요하고, 그것이 부족한 경우 공판단계에서 대처하기에는 한계가 있다. 수사단계에서부터 중요한 참고인의 진술에 대해서는 그 진술을 받는 것만으로 그치지 않고 이를 뒷받침할 수 있는 객관적 증거들을 철저하게 수집해두어야 한다. 공소사실의 중요 부분에 대한 핵심적인 자료를 수집할 수 있다면 가장 좋을 것이나, 현실적으로 그러한 자료를 수집하기가 곤란하다면 다소 지엽발단적인 사항에 대해서라도 자료를 수집해 뒷받침한 후 증인이 기존의 진술을 번복하는 경우 이를 근거로 추궁해 나가면 번복 진술의 신빙성을 떨어뜨리거나 번복 진술을 다시 바로잡는 데 도움이 될 것이다.

한편, 경우에 따라 주요 증인이 단순히 공판단계에서 수사과정에서의 진술 내용을 번복하는 것에 그치지 않고 수사단계에서 작성된 조서의 실질적 진정성립 자체를 부인하기도 하고 그러한 경우 그러한 부인 사실 자체로 수사단계에서 작성된 조서의 증거능력이 부정된다. 이를 대비해 주요 증인에 대해서는 수사단계에서 반드시 영상 녹화조사를 통해 진술 장면을 모두 녹음, 녹화하여야 한다. 이는 1차적으로 실질적 진정성립 인정의 근거를 확보하기 위한 것이지만, 수사단계에서 진술할 당시의 자연

82) 대법원 2015.8.20. 선고 2013도11650 전원합의체 판결; 국회의원인 피고인이 갑 주식회사 대표이사 을에게서 3차례에 걸쳐 불법정치자금을 수수하였다는 내용으로 기소되었는데, 을이 검찰의 소환 조사에서는 자금을 조성하여 피고인에게 정치자금으로 제공하였다고 진술하였다가, 제1심 법정에서는 이를 번복하여 자금 조성 사실은 시인하면서도 피고인에게 정치자금으로 제공한 사실을 부인하고 자금의 사용처를 달리 진술한 사안에서, 자금 사용처에 관한 을의 검찰진술의 신빙성이 인정되므로, 을의 검찰진술 등을 종합하여 공소사실을 모두 유죄로 인정한 원심판단에 자유심증주의의 한계를 벗어나는 등의 잘못이 없다고 한 사례이다.

스러운 모습을 법정에서 드러내 공판시 증인의 모습과 대조하여 법관으로 하여금 수사 단계에서의 진술에 신빙성을 인정하도록 하는 효과적인 방법일 수 있다.

그러나 위와 같은 상황에 대해 항상 미리 준비하고 대처하는 데에는 한계가 있을 것이고, 이러한 경우 가장 중요한 것은 현장에 있는 공판검사가 흥분하거나 당황하지 말고 의례 있는 일인 양 차분하게 대응해 나가는 것이다. 대체로 아래의 요령을 가지고 대처하면 적절히 대처할 수 있을 것이다.⁸³⁾

〈표 4-3-1〉 증인의 진술 반복시 대처 요령

- ① 먼저 증인의 태도가 의도적인 진술인지, 착오진술인지, 수사가 미흡했던 것인지 빨리 간파해야 한다.
- ② 의도적인 왜곡 진술로 파악되면, 가급적 세세한 상황(목격한 위치, 무엇을 하고 있었는지, 다른 사람의 행동 등)을 질문하여 많은 진술을 끌어내고 수사시 진술내용과 상이점을 머릿속으로 정리해 나가며, 메모해둔다.
- ③ 세세한 상황질문은 증인이 미처 준비하지 못한 범행의 주변상황에 대한 질문을 포함해야 한다.
- ④ 수사시 진술내용을 적절히 제시하며 상이한 부분을 파고들어 증인의 진술 내용 중에 모순점을 부각해 내고, 준비내용을 무색케 만든다.
- ⑤ 통화내역 조회 등을 통한 확인 가능성을 암시하는 등 객관적으로 확인 가능하다는 사실을 주지시켜 심리적 갈등을 형성한다.
- ⑥ 증언 전 피고인 측과의 접촉상황에 대해 질문하고, 증언 관련 부탁내용을 추궁하여 전체적인 증언 신빙성을 탄핵한다.
- ⑦ 갈등하는 증인에 대하여는 증인의 태도변화를 촉구하고, 태도변화의 명분을 부여한다.
- ⑧ 만약 진술변화가 수사의 미흡으로 인한 것으로 판단되면, 공익의 대표자 입장에서 실제적 진실을 규명한다는 개방된 자세로 수사과정에서 확인되지 못한 사실관계를 꼼꼼히 신문해 나가야 한다.

10) 증인 사전 면담의 적극 활용

실무상 검찰 측 증인의 진술에 신빙성이 없다고 판단되는 이유 중 가장 많은 것이 그 진술에 일관성이 없다는 것이다. 그런데 해당 증인이 그 사건을 경험하고 나서 법정에서 출석해 증언하기까지는 상당한 시일이 걸릴 수밖에 없고, 시일의 경과에 따라 사람의 기억 또한 부정확해질 수밖에 없다.

이러한 현상을 막기 위해서는 결국, 검사가 증언 전 증인에 대한 사전면담을 통해 기억을 환기시킬 필요가 있다. 다만, 앞서 논한 바와 같이 검사가 증인에게 증언할 내용을 일일이 지정해줄 수는 없는 것이므로, 증인이 검찰에서 진술할 당시 작성된 조서를 보여 주며 이전의 진술내용을 환기시키는 방법으로 그 기억을 되살려주어야 할 것이다.

83) 이 부분 및 아래 대처요령에 관해서는 법무연수원, 2012 공판실무 II, 2012. 7. 82쪽.

한편, 검찰에서 조사할 당시 충분히 진술을 청취하였다고 하더라도, 일부 확인이 누락될 수도 있고, 재판이 진행되는 과정에 변호인이나 피고인을 통해 새로운 사실이 확인되어 이에 대한 증인의 해명이 필요할 경우도 있다. 사전 면담을 통해 이러한 사항들에 대해서도 미리 확인을 해둘 필요가 있다.

또한, 앞서 언급한 바와 같이 증인이 기존의 검찰 진술을 번복하여 공소사실에 반하는 내용의 증언을 하는 경우도 많이 있는데, 사전 면담을 실시하면서 그 면담 자체를 거부하거나 면담시 검사의 확인에 반감을 표하는 등의 반응이 있는지를 살펴 진술 번복의 가능성도 사전에 타진해 미리 대비할 수 있을 것이다.

라. 주신문 사례

아래 사례는 실제 사례를 다소 각색하여 만든 가상의 사례로, 사안의 내용은 다음과 같다.

〈표 4-3-2〉 가상 사례의 사안의 내용

• 죄명 : 알선수뢰 • 적용법조 : 형법 제132조 • 공소사실 - 피고인은 행복시청 토지관리과 6급 공무원으로, 2013. 2. 초경 행복시 소유 공원부지를 장기 임대받아 그곳에 골프장을 건설하고자 하는 김갑동으로부터 위 공원부지 관리를 담당하는 공원관리과 담당 공무원을 통해 위 공원부지를 장기임대 받을 수 있도록 도와달라는 부탁을 받고 도와주겠다고 말한 후 그 대가로 2013. 3. 3. 2,900만원을 교부받음 • 피고인 주장 - 위와 같이 김갑동으로부터 돈을 받은 사실은 있으나, 이는 급전이 필요하여 빌린 것이고, 김갑동에게 공원부지를 장기임대 받을 수 있게 도와주겠다고 하거나 이와 관련한 알선행위를 한 사실이 없다.

위 사례에서 핵심 증인인 김갑동에 대한 증인신문의 예를 들어보기로 한다.

〈표 4-3-3〉 가상 사례의 증인신문

문	증인은 2010. 1.경부터 2013. 12. 말경까지 (주)세움이라는 업체를 운영한 사실이 있지요.	유도신문의 적절한 활용
답	예, 그렇습니다.	
문	(주)세움은 부동산 개발을 목적으로 하는 법인이었지요.	
답	예, 그렇습니다.	

문	증인은 피고인을 아나요.	지업적인 사항 등을 활용한 자연스러운 진술 유도
답	예, 그렇습니다.	
문	언제, 어떻게 알게 되었나요.	
답	2013. 1. 말경 지인인 한철수로부터 소개받아 알게 되었습니다.	
문	한철수가 증인에게 피고인을 소개한 이유가 무엇이었나요.	
답	제가 그 무렵 행복시 소유 공원부지를 장기로 임대받아 골프장을 건설하는 사업을 추진 중이었는데, 한철수가 이를 알고 그 일을 도와줄 만한 공무원이 있다며 피고인을 소개해 주었습니다.	
문	당시 한철수로부터 피고인을 소개받을 때 어디에서 만났나요.	
답	행복시청 인근 커피숍에서 만났습니다.	
문	그러면 그 자리에서 피고인에게 행복시 공원부지를 장기 임대받게 해달라고 부탁하였나요.	
답	아니요. 그 자리에서는 그런 이야기는 하지 않았습니다.	
문	그러면 언제 그런 이야기를 하였나요.	
답	2013. 2. 초에 한철수와 함께 피고인을 다시 찾아가 만난 자리에서 이야기를 하였습니다.	
문	처음에 2013. 1.경 소개를 받은 자리에서 그런 부탁을 하지 않은 이유는 무엇인가요.	
답	처음부터 그런 이야기를 하면 공무원인 피고인이 오히려 거부감을 느낄 수도 있을 것 같아 일부러 하지 않았습니다.	
문	오히려 한철수가 아무런 이유도 없이 불쑥 찾아와 증인을 소개해주는 것 자체를 피고인이 더 이상하게 생각하지 않았나요.	
답	한철수가 주변에 저와 불일이 있어 왔다가 시간이 남아 생각난 김에 차나 한 잔 하려고 연락했다고 말을 하니 피고인도 특별히 이상하게 생각하지는 않았던 것 같습니다.	
문	2013. 2. 초경 다시 찾아가갈 때에는 누구와 함께 갔나요.	피고인의 반대 주장에 대한 입장 질문
답	한철수, 그리고 저희 회사 직원이었던 이정우와 함께 갔습니다.	
문	그 자리에서 뭐라고 말하면서 피고인에게 부탁을 하였나요.	
답	한철수가 저를 대신해 제 사업 추진 계획을 밝히면서 공원부지를 장기 임대받을 수 있게 저를 도와주라고 말하였습니다.	
문	그 말을 들은 피고인이 바로 도와주겠다고 하였나요.	
답	아니요, 처음에는 무작정 도와줄 수는 없다면서 저의 사업 계획을 구체적으로 물어보았습니다.	
문	그래서 증인은 어떻게 하였나요.	
답	그래서 대강의 예산 규모나 골프장 건설시 일본에서 특수기술을 도입할 계획이라는 점 등을 설명해주었습니다.	
문	그랬더니 피고인이 뭐라고 하던가요.	
답	사업 아이템이 괜찮다고 하면서 분명히 공원부지를 장기임대 받을 수 있을 것이라고 하였습니다.	
문	피고인은 당시 증인으로부터 그런 부탁을 받기는 하였으나 공무원으로서 그런 부탁을 들어줄 수 없어 바로 거절하였다고 하는데, 어떤가요.	
답	아니! 만약에 피고인이 그 자리에서 거절하였다면 제가 왜 그 뒤에 구체적인 사업계획서를 만들고, 은행 대출까지 알아보고 다녔겠습니까?	
문	증인은 그 뒤에 사업계획서를 만든 사실이 있다는 것인가요.	
답	예, 바로 직원인 이정우를 시켜 사업계획서를 만들기 시작했고, 건축사 사무소에 의뢰하여 설계도까지 받았습니다.	

문	(수사기록 제00쪽에 편철된 ‘행복시 푸른공원 골프장 건설 사업계획서’를 제시하고) 이것이 당시 증인이 이정우를 통해 작성하였다는 사업계획서인가요.	적극적인 증거 기록의 제시
답	예, 그렇습니다.	
문	그 내용을 보면 골프장 건설 면적이나 규모, 세부적인 예산 내역까지 나와 있어 매우 구체적이네, 맞지요.	
답	예, 그렇습니다.	
문	증인은 2013. 3. 3.경 피고인에게 2,900만원을 교부한 사실이 있지요.	적극적인 증거 기록의 제시
답	예, 그렇습니다.	
문	어떻게 그와 같이 피고인에게 돈을 주게 되었나요.	
답	돈을 주기 한 이틀 전쯤 피고인으로부터 연락이 왔는데, 피고인이 “급하게 돈이 필요한데, 돈을 좀 구해줄 수 있냐”고 하기에 제가 구해보겠다고 말하고 저에게 있는 돈을 다 긁어모아 가져다 준 것입니다.	
문	위 2,900만원은 어떻게 마련한 것이요.	
답	제 통장에 들어 있던 돈을 찾은 것입니다.	
문	언제, 어디에서 찾았나요.	적극적인 증거 기록의 제시
답	그날 피고인을 만나러 가면서 사무실 근처에 있는 ○○은행에 들러 창구에서 인출을 했습니다.	
문	(수사기록 제00쪽에 편철된 ‘입출금거래내역’을 제시하고) 이 거래내역은 피고인 명의 위 ○○은행 계좌의 입출금거래내역이 맞지요.	
답	예, 그렇습니다.	
문	이 거래내역에서 2013. 3. 3. 2,900만원을 인출한 내역이 방금 증인이 말한 인출내역인가요.	
답	예, 그렇습니다.	
문	보통 500만원 내지 1,000만원 단위로 거래를 하는데 다소 애매한 액수인 2,900만원을 준 이유는 무엇인가요.	예상되는 반대신문사항 선제적 질문
답	피고인이 저에게 3,000만원을 요구했는데, 제가 당시 자금이 좀 부족해서 여기저기 통장에 있는 돈을 다 모아도 2,900만원 밖에 되지 않았습다. 그래서 피고인에게 양해를 구하고 2,900만원만 준 것입니다.	
문	(다시 위 입출금거래내역을 제시하고) 이 거래내역을 보면 당시 증인이 2,900만원을 인출한 후 잔액이 23만원 밖에 남지 않았는데, 맞지요.	적극적인 증거 기록의 제시
답	예, 그렇습니다.	
문	위와 같이 돈을 찾아서 언제, 어디에서 피고인에게 전달하였나요.	피고인의 반대주장에 대한 입장 질문
답	그날 밤 9시경 피고인의 집 근처로 차를 몰고 가서 피고인에게 전화를 하니 피고인이 집 밖으로 나와 제 차에 탔습니다. 그래서 그 차 안에서 피고인에게 돈이 들어 있는 봉투를 전달하였습니다.	
문	위 돈은 피고인에게 빌려준 것이요 아니면 공원부지 장기임대 알선의 대가로 준 것이요.	
답	공원부지 장기임대 알선의 대가로 준 것입니다.	
문	피고인은 증인으로부터 빌린 것이지 장기임대 알선의 대가로 받은 것이 아니라고 하는데, 어떨까요.	피고인의 반대주장에 대한 입장 질문
답	네 참! 제가 빌려준 것이라면 그냥 계좌로 이체하면 될 일이지 뭐하러 힘들게 현금으로 찾아서 밤늦게 찾아가 전달하겠습니까? 그리고 차용증은 왜 안 받고요.	

문	증인은 피고인에게 2,900만원을 준 후 지금까지 이를 돌려받거나 그에 대한 이자를 지급받은 사실이 있나요.	
답	아니요.	
문	당시 실제로 장기임대를 받은 상황도 아니었는데, 위와 같이 그 알선의 대가부터 준 이유가 무엇인가요.	
답	사실은 저도 장기임대를 받고 나면 인사를 할 생각이었습니다. 그런데 갑자기 돈이 급히 필요하다고 하면서 요구를 하고 그걸 거절하였다가는 이후로 도움을 받을 수 없을 수도 있겠다는 걱정이 들어 그냥 어쩔 수 없이 돈을 준 것입니다.	
문	이후 실제 공원부지를 장기임대 받았나요.	
답	아니요, 받지 못했습니다.	
문	왜 받지 못했나요.	
답	나중에 보니 그 공원부지 이용 계획이 전면 개편되어서 그 부지에 놀이 시설이 들어오기로 했다고 하더라고요. 그래서 받지 못했습니다.	예상되는 반대 신문 사항 선제적 질문
문	중간에 피고인이 그런 정보를 전달하지 않았나요.	
답	제가 처음에는 그냥 피고인을 믿고 기다렸는데 4달이 넘어서도 아무 소식이 없기에 2013. 6. 중순쯤 피고인에게 연락을 해서 왜 안 되는 거냐고 물어봤더니 지금 공원부지 이용 계획이 변경될 가능성이 있어서 당장 장기임대는 어렵다고 하였습니다.	
문	그러면 그때 피고인이 장기임대가 어렵다고 말한 것 아닌가요.	
답	아니, 그런 게 아니고요. 공원부지 이용 계획이 변경될 가능성이 있어서 당장 장기임대는 어려운데, 담당공무원이 자기와 함께 근무한 적이 있는 후배여서 잘 안다고 하면서 제가 임대받으려는 부지에 골프장을 조성하는 쪽으로 변경되도록 해볼 테니 걱정 말라고 하였던 것입니다.	

5. 피고인 측 증인의 효과적 신문 방식

가. 피고인 측 증인에 대한 효과적 신문의 중요성

피고인 측 증인은 공소사실에 반하는 내용이나 기존 검찰 측 증인의 증언의 신빙성을 탄핵하기 위하여 변호인 또는 피고인이 신청한 증인으로, 이에 대한 검사의 신문은 반대신문을 통해 진행된다.

실무상 수사 과정에서 나타나지 않았던 새로운 관계인이 피고인 측 증인으로 나타나 공소사실과 기존 검찰 측 증인의 증언에 반하는 내용의 증언을 함으로써 법관의 유죄심증 형성을 방해하는 사례가 다수 있다. 특히 피고인 측 증인은 검찰 수사과정에서 드러나지 않았던 사람인 경우가 많아 그 정확한 진술 내용을 예측하기 어려워 적절한 대처를 위해서는 사전 준비 및 신문 과정에 있어 상당한 요령이 필요하다.

나. 피고인 측 증인에 대한 효과적 신문 방법

피고인 측 증인에 대해서 하는 반대신문에서도 검사는 피고인 측 증인의 증언에 내포되어 있는 모순점을 찾아서 탄핵해야 한다. 검사가 반대신문에서 항상 이러한 목표를 달성할 수 있는 것은 아니지만, 이 절차에서 검사는 재판부에 반대신문의 의도가 무엇인지를 명확하게 인식시킬 필요가 있다. 반대신문 시에는 행동에도 주의할 필요가 있다. 검사가 흥분하거나 화를 내는 등의 모습을 보일 경우 검사입장의 논리성에 대해서도 의심을 받을 수 있으므로 피하는 것이 좋다. 증인과 장황한 논쟁을 하는 것 역시 피해서 명확한 의도를 부각시킬 필요가 있다.

반대신문에서는 증인이 피고인 측에서 증언을 하기 때문에 길게 응답을 하게 되면 검사 측의 입장에 부합하지 않는 응답을 할 가능성이 높아지기 때문에 긴 응답보다는 예, 아니오 등의 응답을 하도록 질문할 필요가 있다. 그리고 검사의 반대신문 시에는 증인의 증언에 있는 한계들을 발견하여 지적함으로써 재판부가 증언의 증명력에 대해 의심을 갖도록 해야 한다.

다. 구체적 전략

1) 철저한 사전 준비

피고인 측 증인은 기존에 드러나지 않았던 사람인 경우가 많아 그 정확한 진술 내용을 예측하기 어렵다. 그럼에도 앞서 언급한 증인 사전 면담은 검찰 측 증인에 대해서만 실시가 가능한 것이고 피고인 측 증인에 대해서는 사전 면담도 실시하기 어려워 미리 그 진술내용을 파악할 수도 없다.

이처럼 그 사전 준비에 상당한 제약이 있기는 하지만, 위와 같은 진술내용의 불확실성으로 인해 가능한 범위 내에서 철저한 사전 준비가 필요하다. 검찰 측 증인들이나 기타 의사소통이 가능한 관계인들을 통해 피고인 측 증인의 지위, 피고인과의 관계, 사건과의 관계, 예상되는 진술 내용 등을 가능한 범위에서 최대한 확인하여야 한다.

2) 유도신문의 적극적인 활용

반대신문에 있어서는 유도신문이 원칙적으로 허용된다. 피고인 측 증인은 피고인의

요청으로 그 요구하는 내용대로 진술을 하는 것으로 사실은 사건의 내용에 대해 잘 알지 못하거나 자신이 경험하거나 기억하는 것과 다르게 진술을 하는 경우가 많으며, 미리 진술내용을 준비한다고 하더라도 현실적인 한계가 있을 수밖에 없다.

따라서 검사가 사건의 내용 전반에 관해 유도신문을 하면 그대로 따라갈 수밖에 없고, 검사는 유도신문을 통해 유리한 진술이나 그 자신의 진술과 논리적으로 맞지 않는 진술을 확보한 후 이를 기존 주신문시에 한 해당 증인의 진술을 탄핵하는 자료로 활용할 수 있다.

3) 증인의 증언의 신빙성을 떨어뜨리는 사항에 대한 신문⁸⁴⁾

반대신문의 목표는, 피고인 측 증인 증언의 신빙성을 떨어뜨려 법관이 그 증언을 믿지 않게 하거나 그 증언의 증거로서의 가치를 떨어뜨리는 것이다. 따라서 신문사항은 증인의 증언의 신빙성을 떨어뜨릴 수 있는 사항들을 최대한 동원하여 구성하여야 한다. 그러한 사항들로 다음과 같은 것들을 들 수 있다.

① 이전의 범죄행위 혹은 비윤리적 행동

사건에 대한 증인의 진술 자체와는 상관없는 증인의 성격에 대한 질문을 활용하여 법관으로 하여금 증인 자체를 믿지 못하게 만들 필요도 있다.

미국의 경우 “증인의 성격을 드러내기 위해 ① 전과기록, ② 이전의 위법행동, ③ 평판을 사용한다. 가령, 위증, 허위신고, 사기, 횡령, 책략절도, 위조, 세금탈루 등 전과기록을 공개할 수 있다. 경죄든 중죄든 불문하고 다 탄핵증거로 삼을 수 있으며, 채택 여부에 대한 판사의 재량권도 없다”⁸⁵⁾고 한다. 예를 들어, New York 항소법원은 검사가 32년 전의 살인 전과를 끄집어내서 알리바이 증인을 탄핵하는 것을 허용한 바 있다[People v. Ocasio, 37 N.Y. 2d55(1979)].⁸⁶⁾

현행 형사소송규칙은 제77조(증언의 증명력을 다투기 위하여 필요한 사항의 신문) 제1항에서 “주신문 또는 반대신문의 경우에는 증인의 증명력을 다투기 위하여 필요한 사항에 관한 신문을 할 수 있다.”고 규정하면서, 제2항에서 “제1항에 규정한 신문은

84) 이 부분은 John Buliosi 저, 한윤근 외 공역, 검사의 공판기법, 대검찰청, 2008, 416-345쪽을 인용하되, 본 글의 취지에 맞게 그 내용을 재구성하였다.

85) 김희균, 개정 형사소송법상 증인신문방식의 비교법적 검토, 성신법학 제8호, 2009, 120-121쪽.

86) John Bugliosi, 앞의 책, 42쪽.

증인의 경험, 기억 또는 표현의 정확성 등 증언의 신빙성에 관한 사항 및 증인의 이해관계, 편견 또는 예단 등 증인의 신용성에 관한 사항에 관하여 한다. 다만, 증인의 명예를 해치는 내용의 신문을 하여서는 아니된다.”고 규정하고 있다. 위 규정 내용에 따르면, 위와 같은 해당 사건과 관련이 없는 증인의 전과기록, 이전의 위법행동 등에 관한 질문은 변호인의 이의 등에 따라 법원에 의해 금지될 소지가 큰 것이다.

이와 같은 형사소송규칙의 규정들에 대해서는 지나치게 증인을 보호하는데 치중한 것이라는 비판이 있다.⁸⁷⁾ 때문에 실제적 진실발견을 위해서는 일정한 접점을 찾는 것이 필요하다.

즉, 먼저 증인신문이 이루어지는 곳은 법정이라는 한정된 공간이라는 점을 고려해야 한다. 또한 사건과 관련된 내용에 국한한 질문과 답변을 통해 해당 증언의 신빙성을 정확히 판단하는 것에는 한계가 있어 증인 자체의 성품 등 신용성을 증언의 신빙성 판단의 일응의 기준으로 삼을 필요가 있다는 점도 고려할 필요가 있다. 더 나아가 형사재판의 제1의 목적이 실제적 진실발견으로 불충분한 증인신문으로 인해 실제적 진실발견에 실패하여서는 안된다는 점 등을 고려할 때 증인의 명예를 훼손할 소지가 있는 질문이라도 다소 폭넓게 허용할 필요도 있을 것으로 보인다.

② 거짓말 할 동기

피고인이 아닌 다른 모든 피고인 측 증인에게 있어 거짓말을 할 동기를 부여하는 대부분의 상황은 바로 피고인과의 관계이다. 피고인을 위하여 증언을 하는 증인 대다수가 피고인과의 관계 때문에 증언을 하며 그 관계로 인해서 증인들이 거짓을 말하게 되는 것이다. 형사재판에서 패하게 될 경우 그 피고인이 겪어야 할 결과가 너무 엄청나기 때문에 이는 피고인과 관계를 맺고 있는 사람들이 위증을 하는 강력한 동기로 작용한다. 피고인과의 친분이 깊을수록 그 동기는 더욱 커진다.

③ 모순적인 태도

피고인 측 증인의 증언을 들으며 확인하여야 할 모순성의 유형은 (i) 물증과 비교하였을 때의 모순성, (ii) 이전 증언과 비교하였을 때의 모순성, (iii) 증인의 행동에 있어서의 모순성, (iv) 다른 피고인 측 증인과의 모순성 등이 있다.

87) 김희균, 앞의 논문, 121쪽.

특히, (iii)의 유형에 대한 질문을 하기 위해서는 유도질문을 통해 증인으로부터 이끌어내려는 증언의 내용과 모순이 될 수 있는 해당 증인의 다른 행동 유형에 관해 질문을 하여 답을 받아줄 필요가 있다.

④ 비합리적이고 받아들여지지 않는 증언

한 마디로 일반적 상식에 반하고, 논리적이지 못한 증언이다. 말이 되지 않고, 진실이 아닌 것처럼 보이거나, 증인의 입장에 서 있는 합리적인 사람이라면 하였을 증언과는 다른, 증언의 모든 영역을 끌어내어 강조하는 것이다. 이러한 증언의 유형은 신빙성의 문제와 매우 관련이 크다.

⑤ 증언의 실질에 있어서의 부정적인 내용

이는 검찰 측 증인의 주신문 과정에서 드러나야 할 정보와 같은 유형의 것이다. 즉 피고인 측 증인에 대한 반대신문을 통해 공소사실을 뒷받침할 수 있는 내용의 증언을 이끌어내는 것이다.

⑥ 보강자료의 부족

증인이 자신의 증언을 뒷받침할 만한 보강자료를 제시하지 못하고 있다는 점을 통해 증인의 증언이 거짓임을 드러내는 것이다.

⑦ 기억력

사건의 정황과 일치하지 않는 피고인 측 증인의 기억을 부각시키는 것이다. 거짓을 말하는 증인의 경우 피고인에게 불리한 부분과 관련해서는 매우 부정확한 기억을 하곤 한다. 이 기억이 너무 부정확한 경우에는 증언 내용의 설득력이 떨어진다.

4) 직접경험 사실과 간접경험 사실의 구분

피고인 측 증인이 피고인의 요구에 따라 증언을 하는 경우 다른 사람으로부터 들은 사실을 자신이 직접 경험한 것처럼 진술하거나 간접경험 사실과 직접경험 사실을 정확히 구분하지 못한 채 양자를 뒤섞어 진술을 할 수가 있다. 따라서 검사는 피고인 측 증인에게 변호인의 주신문에서 진술한 내용이 직접경험 사실인지 간접경험 사실인지를 구체적으로 물어 구분해줄 필요가 있다.

또한, 피고인 측 증인이 피고인의 요구에 따라 경험하지 못한 사실을 경험한 것처럼 허위 진술하는 경우도 있는바, 검사가 해당 증인에게 변호인의 주신문시 진술한 내용이 직접 경험한 사실인지 묻고, 직접 경험하였다고 할 경우 그 경험한 경위에 대해 구체적으로 신문하면서 이를 뒷받침할 자료 제시 등 그 신빙성 보강에 대한 소명을 요구함으로써 그 진술의 신빙성을 탄핵할 수 있을 것이다.

5) 변호인의 유도신문에 대한 적절한 이의

피고인 측 증인에 대한 변호인의 신문은 주신문이고, 따라서 유도신문이 원칙적으로 금지된다. 그런데 실무상 변호인의 주신문이 사실상 유도신문으로 이루어지는 경우가 많다. 변호인이 증인이 진술할 내용을 정리하여 질문내용으로 구성 후 질문하고, 증인은 “예”라고 답변하는 데 그치는 식이다. 그리고 법관은 이에 대해 특별히 제지를 하지 않고, 검사도 특별히 이의를 하지 않는다.

그런데 위와 같은 유도신문은 재판진행의 효율성을 위해 이루어지기도 하지만, 사건의 내용에 대해 정확히 알지 못하거나 일부 사실과 다른 진술을 해야 함에도 법률문외한인 증인이 이를 적절히 진술하기가 어려워 피고인이나 변호인이 이를 질문으로 정리하여 간략히 답변하도록 하기 위해 이루어지기도 한다. 따라서 위와 같이 형사소송규칙의 규정에 어긋난 변호인의 유도신문에 대해서는 검사가 적극적으로 이의를 제기하여 금지하도록 할 필요가 있다.

증거신문과 관련한 이의신청의 요령에 대해서는 아래에서 별도로 논하기로 한다.

라. 반대신문 사례

위 주신문 사례에서 들었던 사안에 대해, 피고인으로부터 돈을 받아 쓴 피고인의 동생이 증인이 피고인 측 증인으로 출석한 사례이다. 변호인의 주신문에서 결혼을 하면서 전세자금이 부족하여 형인 피고인에게 부탁을 하니 피고인이 급전을 빌려왔으며 돈을 가져다주기에 전세자금으로 사용하였고, 그 돈은 빌린 돈으로 알고 있다고 진술하고 있다.

〈표 4-3-4〉 가상 사례의 반대 신문

문	증인은 피고인의 친동생이라고 하였지요.	거짓말을 할 동기
답	예, 그렇습니다.	
문	그렇다면 증인은 구속된 피고인이 혐의를 벗어 하루빨리 석방되기를 바라고 있지요.	간접경험과 직접경험의 구분
답	예, 그렇습니다.	
문	증인은 2013. 3. 3.경 전세자금 명목으로 2,900만원을 받아 사용한 사실 이 있다고 하였지요.	간접경험과 직접경험의 구분
답	예, 그렇습니다.	
문	또한 증인은 위 2,900만원을 피고인이 다른 사람으로부터 빌려온 것이라 고 알고 있다고 하였지요.	
답	예, 그렇습니다.	
문	그런데 그것은 피고인으로부터 들은 것일 뿐 실제 피고인이 그 돈을 빌려 왔는지 아니면 다른 명목으로 받은 것인지는 알지 못하지요.	
답	예, 그렇습니다.	
문	증인은 본건 거래 말고도 피고인으로부터 돈을 빌려쓰고 갚는 사실이 있 는가요.	증인의 다른행 동과의 모순을 지적하기 위한 유도질문
답	예, 가끔 돈이 필요할 경우 형에게 부탁하여 빌려쓰고 갚는 거래를 하기도 하였습니다.	
문	그럴 때 보통 계좌이체를 통해 거래를 하지요.	
답	예, 그렇습니다.	
문	증인은 피고인으로부터 받아 쓴 위 2,900만원에 대한 이자 명목으로 매 월 10만원씩을 피고인에게 지급해왔다고 하였지요.	상식에 반하는 증언
답	예, 그렇습니다.	
문	그리고 그 10만원은 현금으로 지급했다고 하였지요.	
답	예, 그렇습니다.	
문	그런데 왜 형을 통해 빌린 돈에 대해 이자를 지급하는데, 현금으로 지급했 던 것인가요.	
답		
문	왜 현금으로 지급을 했나요.	
답	형이 그렇게 해달라고 하였습니다.	
문	피고인이 왜 그렇게 해달라고 하던가요.	
답	잘 모르겠습니다.	
문	피고인에게 현금으로 이자를 줄 때 그 돈은 어디에서 구하였나요.	보강증거의 부족
답	제가 가지고 있던 돈을 준 것입니다.	
문	그러면 증인의 계좌에서 인출했겠네요.	
답	예, 그렇습니다.	
문	증인이 매월 이자 줄 돈을 인출한 계좌거래내역을 제출할 수 있는가요.	
답		
문	당시 처음부터 피고인에게 2,900만원을 구해달라고 부탁한 것인가요.	검찰 측 증인 의 증언과 일치 하는 증언
답	아니요, 사실 3,000만원이 필요해서 구해달라고 부탁하였는데, 형이 2,900만원 밖에 구하지 못했다고 해서 100만원은 다른 친구에게 빌려 채 워넣었습니다.	

6. 증인신문시 적극적인 이의신청

가. 증거조사에 대한 이의신청

검사, 피고인 또는 변호인은 증거조사에 대하여 이의신청을 할 수 있고, 법원은 이에 대하여 결정을 하여야 한다(형사소송법 제296조).⁸⁸⁾ ‘증거조사에 대하여’란 증거조사의 절차뿐만 아니라 증거조사단계에서 행하여지는 모든 처분을 포함한다.⁸⁹⁾ 이의신청은 법령의 위반이 있는 경우뿐만 아니라 상당하지 아니함을 이유로 하는 경우에도 허용된다.⁹⁰⁾ 다만 재판장의 증거신청의 결정에 대한 이의신청은 법령의 위반이 있음을 이유로 한 때에만 할 수 있다⁹¹⁾(이상 형사소송법 제135조의2⁹²⁾).

이와 같이 위법하거나 부당한 증거조사에 대해서는 이의 신청을 할 수 있도록 형사소송법과 형사소송규칙에서 규정하고 있으나, 실무상 공판절차에서 그 활용이 제대로 이루어지지 않고 있다. 이는 그 동안 기록위주로 재판을 해오던 때의 관행이 그대로 남아 개선되지 않고 있는 것이라고 할 것이다. 때문에 공판증심주의의 실질적인 구현을 위해서는 법정에서의 위법하거나 부당한 증거조사 내용이 그대로 법관에게 노출되는 것을 방지하기 위해 위법하거나 부당한 증거조사에 대해 적극적인 이의신청을 하여 이를 사전에 차단하는 실무상의 관행을 정립할 필요가 있다.

증거조사에 대한 이의는 증거조사와 관련한 상대방의 신청, 법원의 결정, 증거조사의 방식 등 증거조사 전반에 대하여 이루어질 수 있으나, 주로는 증거조사 절차인 증인신문과 관련하여 상대방이 위법하거나 부당한 방식으로 증인신문을 하는 경우가 대상이라고 할 것이다.

88) 형사소송법 제296조(증거조사에 대한 이의신청) ① 검사, 피고인 또는 변호인은 증거조사에 관하여 이의신청을 할 수 있다.

② 법원은 전항의 신청에 대하여 결정을 하여야 한다.

89) 이재상, 형사소송법, 박영사, 2003. 1. 415쪽

90) 이재상, 앞의 책, 415쪽.

91) 이재상, 앞의 책, 415쪽.

92) 형사소송규칙 제135조의2(증거조사에 관한 이의신청의 사유) 법 제296조 제1항의 규정에 의한 이의신청은 법령의 위반이 있거나 상당하지 아니함을 이유로 하여 이를 할 수 있다. 다만, 법 제295조의 규정에 의한 결정에 대한 이의신청은 법령의 위반이 있음을 이유로 하여서만 이를 할 수 있다.

나. 증인신문에 대한 적절한 이의권 활용

1) 미국의 형사재판에 있어 증인신문에 대한 이의권 활용의 모습

증인신문에 대한 이의신청이 가장 적극적이고 치열하게 이루어지는 것이 바로 미국 형사재판이다. 이는 우리나라 다른 대륙법계 국가에 있어서처럼 형사재판의 결론을 직업법관이 내리는 것이 아니라, 철저히 시민배심원들에게 맡기고 있어 법률문외한인 그들에게 부적절한 증언이 노출되어 판단에 영향을 미치는 것을 막을 필요성이 크기 때문이다.

미국 증거법 교과서 제일 앞부분에 나오는 개념이 바로 이의신청과 삭제요청, 증거보전⁹³⁾ 등이다.⁹⁴⁾⁹⁵⁾

- ① 이의신청(Objections) 은 적절한 시기에 적절한 이유를 들어서 해야 한다. 상대방의 질문과 거의 동시에 머릿속에 떠오르는 질문의 허점을 변호사들은 빨리 짚어야 한다. 심지어, 잘 못짚겠으면, 일단 이의를 신청하고, 생각나는 대로 아무거나 이유를 달라고 하는 것이 실제 (미국)로스쿨에서 가르치는 내용이다. 어떻게든 증인의 증언을 질문 단계에서 끊어 버림으로써 배심원들이 아예 듣지도 못하게 하는 것, 그것이 이의신청의 최고 기술이다.
- ② 삭제요청(Motion to Strike)은, 증인이 너무 빨리 대답을 해 버려서, 혹은 변호사가 멍하니 있다가 시간을 놓쳐서, 배심원들이 증언을 듣게 되는 경우, 증인이 이미 한 증언을 고려하지 말라고 배심원들에게 지시해 줄 것을 요청하는 것이다.
- ③ 증거보전(Offer of Proof)은 변호사의 이의신청이 받아들여져서 증인의 증언이 아예 법정에 현출되지 못한 경우에 주신문자의 대응 방법이다. 즉, 내가 지금 이런 질문을 했는데, 그 질문에 대해서 증인은 이렇게 말하려고 했었고, 그러면 이런 사실들이 증명되었을 것이었음에도, 판사가 그 말을 하지 못하게 한 이상, 기록에 남기라는 요청을 하는 것이다. 이는 항소심으로 증언을 가져가기 위한 방법이고, 원칙적으로 배심원들이 듣지 못하는 상황에서 구술로 신청하게 되어 있다.

93) 우리 법상의 증거보전과 혼동할 소지가 있으나 이는 해당 증언을 기록에 남겨달라는 요청(Offer of Proof)으로 우리 법상의 증거보전과는 그 개념을 달리한다. 인용하는 글의 저자가 '증거보전'이라는 용어를 사용하여 번역하였기에 이를 그대로 인용한다.(필자 주)

94) 이하의 내용은 김희균, 앞의 논문, 117-119쪽 참조(재인용).

95) 삭제요청과 증거보전은 이의신청에 포함되는 것은 아니나 이의신청을 효과적으로 활용하기 위해 반드시 함께 활용할 필요가 있는 수단이다.(필자 주)

2) 이의의 대상

증거조사에 대한 이의신청의 대상이 위법하거나 부당한 증거조사이므로, 증인신문에 있어서도 위법하거나 부당한 증인신문이 그 대상이 될 것이다.

형사소송규칙은 제74조 제2항에서 ① 위협적이거나 모욕적인 신문, ② 전의 신문과 중복되는 신문, ③ 의견을 묻거나 의논에 해당하는 신문, ④ 증인이 직접 경험하지 아니한 사항에 해당하는 신문을 금지하고 있고⁹⁶⁾, 제75조 제2항에서는 특정한 예외적인 경우를 제외하고는 주신문에 있어서의 유도신문을 금지하고 있다⁹⁷⁾. 또한 제77조 제2항 단서에서는 증인의 증명력을 다투기 위하여 필요한 사항을 신문함에 있어 증인의 명예를 해치는 내용의 신문을 금지하고 있다.

한편, 형사소송규칙 제82조 제1항은 서류 또는 물건이 증거조사를 마치지 않은 것일 때에는 먼저 상대방에게 이를 열람할 기회를 주어야 함을 원칙으로 하고 있고⁹⁸⁾, 이것은 기억의 환기가 필요하여 서류 또는 물건을 제시하는 경우에 준용된다(형사소송규칙 제83조 제3항)⁹⁹⁾. 그리고 제83조 제1항에서는 증인의 기억을 환기할 필요가

96) 형사소송규칙 제74조(증인신문의 방법)

② 다음 각호의 1에 규정한 신문을 하여서는 아니된다. 다만, 제2호 내지 제4호의 신문에 관하여 정당한 이유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 위협적이거나 모욕적인 신문
2. 전의 신문과 중복되는 신문
3. 의견을 묻거나 의논에 해당하는 신문
4. 증인이 직접 경험하지 아니한 사항에 해당하는 신문

97) 형사소송규칙 제75조(주신문)

② 주신문에 있어서는 유도신문을 하여서는 아니된다. 다만, 다음 각 호의 1의 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 증인과 피고인과의 관계, 증인의 경력, 교우관계 등 실질적인 신문에 앞서 미리 밝혀둘 필요가 있는 준비적인 사항에 관한 신문의 경우
2. 검사, 피고인 및 변호인 사이에 다툼이 없는 명백한 사항에 관한 신문의 경우
3. 증인이 주신문을 하는 자에 대하여 적의 또는 반감을 보일 경우
4. 증인이 종전의 진술과 상반되는 진술을 하는 때에 그 종전진술에 관한 신문의 경우
5. 기타 유도신문을 필요로 하는 특별한 사정이 있는 경우

98) 형사소송규칙 제82조(서류 또는 물건에 관한 신문) ① 증인에 대하여 서류 또는 물건의 성립, 동일성 기타 이에 준하는 사항에 관한 신문을 할 때에는 그 서류 또는 물건을 제시할 수 있다.

② 제1항의 서류 또는 물건이 증거조사를 마치지 않을 것일 때에는 먼저 상대방에게 이를 열람할 기회를 주어야 한다. 다만, 상대방이 이의하지 아니할 때에는 그러하지 아니하다.

99) 형사소송규칙 제83조(기억의 환기가 필요한 경우) ① 증인의 기억이 명백치 아니한 사항에 관하여 기억을 환기시켜야 할 필요가 있을 때에는 재판장의 허가를 얻어 서류 또는 물건을 제시하면서 신문할 수 있다.

② 제1항의 경우에는 제시하는 서류의 내용이 증인의 진술에 부당한 영향을 미치지 아니하도록 하여야 한다.

③ 제82조 제2항의 규정은 제1항의 경우에 이를 준용한다.

있어 서류를 제시하는 경우 그 내용이 증인의 진술에 부당한 영향을 미치지 아니하도록 하여야 한다고 규정하면서, 이를 증언을 명확히 하기 위해 도면 등을 제시하는 경우에 준용하고 있다(형사소송규칙 제84조 제2항)¹⁰⁰⁾.

결국 위와 같은 형사소송규칙상의 규정을 위반하는 방식의 증인신문이 이의신청의 주된 대상이 될 것이다.

3) 이의의 시기

증거조사에 대한 이의신청은 개개의 행위, 처분 또는 결정시마다 그 이유를 간결하게 명시하여 즉시 이를 하여야 한다(형사소송규칙 제136조). 따라서 위법하거나 부당한 증거신문이 이루어질 당시 바로 그 이유를 명시하여 이의신청을 하여야 한다.

4) 이의신청의 요령

검사의 이의 신청에 대한 몇가지 기술적인 점을 정리하면 다음과 같다. 첫째, 위법하거나 부적절한 질문이 나오는 즉시 이루어져야 한다. 해당 질문에 대해 증인이 답변을 해버리고 난 다음에는 이미 법관이 그것을 들어버린 상태이기 때문에 이의신청의 의미 자체가 없어질 수도 있기 때문이다.

둘째, 단호하고 분명하게 이의신청을 한다는 취지와 그 이유를 그 자리에서 밝힌다. “재판장님, 이의 있습니다! 지금 변호인은 유도신문을 하고 있습니다” 또는 “재판장님, 이의 있습니다! 지금 변호인은 이 사건과 관련이 없는 사항에 대해 신문하고 있습니다.”라는 방식으로 한다.

셋째, 이의신청을 하기 전에 이미 증인이 답변을 해버렸다면, 반드시 해당 증언을 조서에서 삭제해줄 것을 요청해야 한다. 법관이 이미 그 증언을 들어 이를 통해 잘못된 선입견을 형성할 수도 있는 상황이 되기는 하였으나 어쨌든 법관이 해당 증언을 증거로서 판결문에 설시할 여지는 없애야 하기 때문이다.

넷째, 해당 이의신청이 받아들여지지 아니하거나 상대방의 이의신청이 받아들여져 해당 질문에 대해 증인이 답변을 하지 못하게 된 경우, 필요에 따라 그와 같은 취지를

100) 형사소송규칙 제84조(증언을 명확히 할 필요가 있는 경우) ① 증인의 진술을 명확히 할 필요가 있을 때에는 도면, 사진, 모형, 장치 등을 이용하여 신문할 수 있다.

② 제83조 제2항의 규정은 제1항의 경우에 이를 준용한다.

증인신문조서에 기재해 줄 것을 요청하여야 한다. 최근 실무 경향에 따르면 법관들이 거의 모든 사건에 대해 증인신문 전 과정을 녹음하도록 명하고 있고, 이에 따라 거의 녹취록 수준으로 증인신문조서가 작성되고 있어 위와 같은 사정들이 무리 없이 조서에 반영될 수 있을 것이다.

이와 관련하여, 증인신문 자체에 관한 것은 아니나, 검사의 추가 증인신청이나 사실 조회 등 증거신청을 법관이 받아들이지 않는 경우가 있는데, 대체로 법관이 그것을 받아들이지 않을 것이라는 취지를 밝히면서 검사에게 해당 증거신청을 하지 않도록 요구하고 있다. 이때 검사는 그러한 요구를 받아들일 것이 아니라 적극적으로 해당 증거조사 신청을 한 사실과 법관이 이를 기각한 사실을 공판기록에 남겨줄 것을 요구하고, 추후 무죄 등 검사가 기소한 취지와 다른 판결이 선고되었을 때 이를 상소의 이유 중 하나로 삼아야 할 것이다.

제4절 진술증거의 평가

1. 진술증거의 평가 기준

증인의 진술은 결정적인 증거가 된다. 따라서 진술에 대한 평가는 엄격하여야 한다. 증인의 진술에 대해서는 왜곡을 최소화하고 관련 정보를 최대한 확보할 수 있는 방법을 개발하고 적용하여야 할 뿐만 아니라 신문에 의해서 얻어진 정보를 객관적으로 평가하고 해석할 필요가 있다. 사실인정을 위해 필요한 안목을 제대로 갖추지 못할 경우에는 잘못된 통념에 의해 판단을 내리게 되는 일반적인 오류에 빠질 수밖에 없다.

실체적 진실의 발견을 위해서 진술증거를 잘 활용하기 위해서는 그 증명력을 평가할 수 있는 명확한 근거를 마련하는 것이 필요하다. 일반적으로 알려져 있는 진술증거에 대한 평가는 증인의 신용성과 진술의 신빙성으로 크게 구분할 수 있는데, 증인의 신용성보다는 진술 자체의 신빙성을 평가하는 것이 더 중요하다. 증인의 신용성을 의심할 만한 사유가 있다고 하더라도 그가 하는 진술이 항상 거짓인 것은 아니다. 그럼에도 불구하고 진술의 가치평가 과정에서 흔히 범하는 실수는 증인의 신용성 평가만으로 진술의 신빙성을 평가해버리는 것이다. 따라서 두 가지 평가기준을 잘

구분하여 진술의 신빙성 평가를 통해서 사실확인과 입증을 위해서 증인진술을 잘 활용할 필요가 있다.

진술의 신빙성에 대한 평가 기준으로는 진실성(Veracity), 객관성(Objectivity), 관찰 감수성(Observational Sensitivity) 등이 언급되어 왔다.¹⁰¹⁾

〈표 4-4-1〉 진술의 신빙성 평가 기준

진실성	객관성	관찰 감수성
• 부정직 관련 실형 전과 • 부정직 관련 경범 전력 • 정직 관련 성격 증거 • 증인간 영향/부패 • 처신과 태도 • 폴리그래프, '자백약' 심리검사 • 증언 편파	• 기대 • 기억 관련 요인 • 객관성 편파	• 지각 결함 • 일반적인 신체조건 • 관찰조건 • 관찰의 질/지속기간 • 전문성 • 주의의 할당 • 지각 편파

실제로 재판에서 피고인측 증인이 하는 증언의 신빙성을 탄핵하는데 있어서 가장 흔히 사용하는 방법은 바로 증인의 인격이나 태도에 대해서 비난하는 것이라고 한다. 이를 통해 증언의 진실성(Veracity)을 무너뜨리는 전략이 사용되고 있다. 하지만 재판에서 증언의 신빙성을 따지기 위한 반박이나 탄핵은 이론적으로는 다음과 같은 한계를 지적하는 방식으로 이뤄진다. ① 다른 증인과 증언이 모순됨, ② 다른 증인의 증언 내용과 같등이 있음¹⁰²⁾, ③ 자신의 이전 증언과 진술이 불일치함을 주장하는 것이다.

미국의 판례 등에서는 진술의 신빙성을 평가할 수 있는 더 세부적인 기준들을 제시하고 있는데, 우선 미국 연방대법원은 Neil v. Biggers 사건¹⁰³⁾과 Manson v. Brathwaite 사건¹⁰⁴⁾을 통해서 목격자의 증언의 신빙성을 평가할 수 있는 다섯 가지 요소를 제시한 바 있다. 즉 ① 범행 당시 목격자가 범인을 관찰할 수 있었던 기회, ② 범행과 그 후 범인을 식별한 진술 사이의 시간적 간격, ③ 범인식별 당시 보여준 확신감의 정도, ④ 목격자가 종전의 진술에서 보인 정확성, ⑤ 범행 당시 목격자가 가진 주의의 정도가 그것이다.

101) 김중률, 진술-증거분석을 통한 사실인정 방법론 연구, 박사학위 청구논문, 2014. 28쪽.

102) 두 가지 경우가 모두 가능하지만 약간의 다른 가능성을 시사하는 증언. 예를 들어 범죄를 범할 의도는 있었지만 방법이 없었음을 주장하는 경우를 들 수 있다.

103) Neil v. Biggers. 409 U.S., 1972.

104) Manson v. Brathwaite, 432 U.S. 1977.

이후 위의 기준이 진술의 신빙성과 관련된 중요한 실무적인 쟁점들을 반영하지 못하고 있다고 평가되어 이를 개선하는 기준들이 제안되었다. 왜냐하면 수사기관에서 의도적이지 않게 제시되는 정보에 의해 무의식적으로 기억에 영향을 받기도 하고, 범인식별 절차에서도 영향을 받는다는 것이 확인되었기 때문이다. 이러한 노력에 힘입어 미국의 유타(Utah) 주 대법원은 그 기준으로서 ① 사건 당시 목격자가 행위자를 관찰할 수 있었던 기회, ② 사건이 지속되는 동안 목격자가 가진 주의의 정도, ③ 정신적·육체적 면에서의 목격자의 관찰능력, ④ 범인지목이 즉각적으로 이루어져 그 후 일관성 있게 지속되었는지 아니면 목격자에게 주어진 암시의 결과인지, ⑤ 관찰된 사건의 성질과 목격자가 올바르게 사건을 지각·기억·진술하였을 가능성 등을 제시하기도 하였다.

그러나 객관적인 사실을 확인하기 위해서는 객관성이나 관찰 감수성과 같은 기준의 충족 수준을 확인하는데 초점을 맞출 필요가 있다. 객관성(Objectivity)은 증인의 기억과 판단능력과 관련되는 문제이다. 증인이 특정 사건에 대해 증언을 했고, 이를 확실히 믿고 있는 경우는 얼마든지 있을 수 있다. 하지만 그 믿음의 출처가 무엇인지는 매우 중요하다. 그 믿음은 정확하고 객관적인 감각과 지각정보에 의해서 형성될 수도 있지만, 증인의 기대에 의해서 실제와는 관계없이 마음속에 형성된 것일 수도 있다. 증거가 객관적인 것이라는 평가를 받기 위해서는 개인의 주관적 기대가 아니라 감각 증거(Sensory Evidence)에 의해서 믿음이 형성되었어야 한다.

다음으로는 지각 증거의 정확성을 결정하는 증인의 관찰 감수성(Observational Sensitivity)이 문제된다. 관찰감수성은 증인의 감각적 능력과 지각적 능력과 관련되어 있지만, 시각, 청각, 후각, 미각, 촉각과 같은 감각의 정확성만을 의미하는 것은 아니다. 관찰감수성은 감각 능력이 떨어지는 사람들에게서 낮은 것이 보통이겠지만, 감각이 예민한 사람도 잘못된 지각을 할 수 있다. 증언의 대상이 되는 사건 등에 대한 관찰 시점에서의 신체적 조건에 영향을 받을 수도 있고, 마약중독 상태와 같이 화학물질에 의해서 영향을 받을 수도 있다. 또는 관찰이 행해진 조건이 감각의 사용이 부적절해서 감각능력을 충분히 발휘할 수 없는 경우에도 관찰 감수성은 약화될 수밖에 없다.

2. 판례의 입장

가. 피고인 자백의 신빙성

대법원에서는 판례를 통해 자백의 신빙성에 대한 판단 기준을 제시하고 있는데, 자백의 임의성이 인정되는 것으로는 자백의 증거능력이 있다는 것을 인정할 수 있는 것뿐이지, 자백의 증명력까지 인정되는 것은 아니라는 입장이다. 이에 자백의 신빙성 유무를 판단함에 있어서는 첫째로 자백의 진술내용 자체가 객관적인 합리성을 띠고 있는가, 둘째로 자백의 동기나 이유 및 자백에 이르게 된 경위가 어떠한가, 셋째로 자백외의 정황증거 중 자백과 모순되는 것이 없는가 하는 점 등을 고려하여 판단하여야 한다.¹⁰⁵⁾

이후 다수의 판례를 통해서 대법원에서는 자백의 신빙성 판단 기준으로 다음의 세 가지를 제시하고 있다. 즉 ① 자백의 동기 및 경위, ② 자백 내용의 객관적 합리성, ③ 자백과 정황증거의 합치의 세 가지이다. 세 가지 기준 중 자백 내용의 객관적 합리성의 의미는 진술 내용과 상황적인 단서를 비교해서 불합리한 경우에 객관적인 합리성이 결여된 것으로 보게 된다. 위의 판례에서는 객관적 합리성의 의미에 대해서도 다음과 같이 예를 들고 있다.

피고인의 자백 진술의 수차에 걸친 변경은 당초에 의도적으로 숨겼던 사실을 밝히거나 부정확한 기억을 되살린 것이라기보다는 피고인이 허위로 자백한 내용을 객관적 상황에 맞지 않는 부분을 그 후 객관적 상황에 맞추어 수정한 것이라고 보여지므로, 이와 같은 자백은 그 진술내용 자체가 객관적인 합리성을 결여한 것

하지만 우리 판례의 객관적 합리성의 개념은 여전히 추상적인 경향이 있다. 반면, 일본의 최고재판소에서도 자백의 신빙성 판단 기준에 대해서 우리 판례보다는 더 구체적으로 제시하고 있다. 그 기준은 다음과 같다. ① 자백의 경위, ② 자백 내용의 변천 유무, ③ 자백과 객관적 사실 사이의 정합성 여부, ④ 자백을 뒷받침하는 객관적 증거의 부존재, ⑤ 자백의 내용 자체에 부자연스럽거나 불합리한 점이 존재하는지 여부, ⑥ 비밀의 폭로가 있는지 여부, ⑦ 구체적이면서도 상세한, 현장감 있는 체험진술이 그러하다.

105) 대법원 1983. 9. 13. 선고 83도712 판결.

한편 자백의 신빙성 판단과 관련하여 전형적인 허위자백의 사례들을 알아둘 필요도 있는데, 다음과 같은 경우에 허위로 자백을 하게 된다고 한다.¹⁰⁶⁾ 허위자백은 수사 또는 재판 상황에서 현재와 장래의 불안을 비교형량해서 내린 이성과 감정적 결정의 산물이다. 피의자 또는 피고인이 허위자백을 하는 이유는 다양한데, ① 자신의 약점을 감추기 위한 경우, ② 명예나 명성을 지키기 위한 경우, ③ 가까운 구성원에게 비밀이 있거나 또는 공개할 수 없는 비밀이 있는 경우, ④ 가까운 사람을 덮어주기 위한 경우, ⑤ 성적으로 관련되어 있음이 누설되지 않도록 하려는 경우 등이 있다.

나. 공범자 진술의 신빙성

대법원에서는 대표적인 대항적 공범에 해당하는 금품 공여자의 진술에 대하여 그 신빙성을 판단하기 위한 기준으로 다음과 같은 요건 들을 제시하였다. 원래는 ① 진술 내용 자체의 합리성, ② 객관적 상당성, ③ 전후의 일관성의 세 가지 기준을 제안하였으나,¹⁰⁷⁾ 이후에 ④ 진술인의 인간됨과 ⑤ 진술인의 진술로 얻게 되는 이해관계의 유무가 추가되었다.

이와 같은 입장을 밝힌 판례로는 다음과 같은 것이 있다. 즉, 금품수수 여부가 쟁점이 된 사건에서 “금품수수자로 지목된 피고인이 수수사실을 부인하고 있고 이를 뒷받침할 금융자료 등 객관적 물증이 없는 경우 금품을 제공하였다는 사람의 진술만으로 유죄를 인정하기 위해서는 그 진술이 증거능력이 있어야 하는 것은 물론 합리적인 의심을 배제할 신빙성이 있어야 하고, 신빙성이 있는지 여부를 판단할 때에는 진술 내용 자체의 합리성, 객관적 상당성, 전후의 일관성뿐만 아니라 그의 인간됨, 그 진술로 얻게 될 이해관계 유무, 특히 그에게 어떤 범죄의 혐의가 있고 그 혐의에 대하여 수사가 개시될 가능성이 있거나 수사가 진행 중인 경우에는 이를 이용한 협박이나 회유 등의 의심이 있어 그 진술의 증거능력이 부정되는 정도에 까지 이르지 않는 경우에도 그로 인한 궁박한 처지에서 벗어나려는 노력이 진술에 영향을 미칠 수 있는 지 여부 등도 아울러 살펴보아야 한다.”¹⁰⁸⁾

106) Bender, R., Nack, A., & Treuer, W. D., Tatsachenfeststellung vor Gericht: Glaubwürdigkeits-Und Beweislehre, Vernehmungslehre. Beck, 2007.

107) 대법원 2005. 9. 29. 선고 2005도 4411 판결

108) 대법원 2011. 4. 28. 선고 2010 도14487 판결

다. 피해자 진술의 신빙성

대법원의 피해자 진술의 신빙성을 판단하는데 있어서 취하고 있는 원론적인 입장은 다음 판례에서 알 수 있는 것처럼, 사소한 정도의 비일관성이나 진술에 대한 확신이 희박해 지는 것만으로는 신빙성을 바로 배척할 필요는 없다는 입장으로 이해할 수 있다.

피해자 등의 진술은 그 진술내용의 주요한 부분이 일관되며 경험칙에 비추어 비합리적이거나 진술자체로 모순되는 부분이 없고 또한 허위로 피고인에게 불리한 진술을 할 만한 동기나 이유가 분명하게 드러나지 않는 이상, 표현상의 차이로 인하여 사소한 부분에 일관성이 없는 것처럼 보이는 부분이 있거나 최초의 단정적인 진술이 다소 불명확한 진술로 바뀌었다고 하여 그 진술의 신빙성을 특별한 이유 없이 함부로 배척해서는 안될 것이다

그러나 모든 판례에서 이러한 원론적인 입장이 그대로 적용되는 것은 아니고, 이와는 상반된 취지로 판단한 경우도 없지 않다. 즉, 기본적으로 피고인과 상반된 이해관계에 있는 피해자의 진술에 대해서는 그 신빙성에 대해서 엄격하게 판단을 하여야 한다는 취지의 판례가 있다.¹⁰⁹⁾ 특히 피해자의 진술에 의해서 유무죄가 결정되는 경우에는 다음과 같이 신빙성의 판단 기준을 더욱 엄격하게 적용해야 한다고 설시하고 있다.

오로지 피해자의 진술에만 터 잡아 공소사실을 유죄로 인정하기 위해서 는 그 진술의 진실성과 정확성에 거의 의심을 품을 만한 여지가 없을 정도로 높은 증명력이 요구되고, 이러한 증명력을 갖추었는지 여부를 판단할 때는 피해자가 한 진술 자체의 합리성, 일관성, 객관적 상당성은 물론 피해자의 성품 등 인격적 요소까지 종합적으로 고려하여야 한다.

라. 아동 피해자 진술의 신빙성

대법원은 아동 피해자의 경우 일반적인 피해자의 진술과 다른 판단의 기준을 제시하고 있다. 즉, 아동이 가지고 있는 발달적인 특성을 고려하여 수사 과정 상에서 있을 수 있는 기억의 변형 가능성에 대해서 특별한 주의가 필요함을 설시하고 있다. 이러한 기준들은 해석 상 CBCA(Criteria-Based Content Analysis)라고 하는 피해 아동 진술

109) 대법원 1993. 3. 9. 선고 92도 2884 판결

의 신빙성을 평가하는 기준이 형사재판에 도입되어, 이후의 재판에서는 CBCA가 하나의 확립된 관행으로 자리잡게 되었다고 평가되고 있다.¹¹⁰⁾

증거로 제출된 성추행 피해 아동의 검찰에서 한 진술의 신빙성을 판단함에 있어서는, 아동의 경우 질문자에 의한 피암시성이 강하고, 상상과 현실을 혼동하거나 기억내용의 출처를 제대로 인식하지 못할 가능성이 있는 점 등을 고려해야 한다. 이에 아동의 나이가 얼마나 어린지, 그 진술이 사건 발생시로부터 얼마나 지난 후에 이루어진 것인지, 사건 발생 후 그러한 진술이 이루어지기까지의 과정에서 최초로 아동의 피해 사실을 청취한 보호자나 수사관들이 편파적인 예단을 가지고 아동에게 사실이 아닌 정보를 주거나 반복적인 신문 등을 통하여 특정한 답변을 유도하는 등으로 아동 기억에 변형을 가져 올 여지는 없었는지, 그 진술 당시 질문자에 의하여 오도될 수 있는 암시적인 질문이 반복된 것은 아닌지, 같이 신문을 받은 또래 아동의 진술에 영향을 받은 것은 아닌지, 면담자로부터 영향을 받지 않은 아동 자신의 진술이 이루어진 것인지, 법정에서는 피해사실에 대하여 어떠한 진술을 하고 있는지 등을 살펴보아야 한다. 또한 검찰에서의 진술내용에 있어서도 일관성이 있고 명확한지, 세부내용의 묘사가 풍부한지, 사건·사물·가해자에 대한 특징적인 부분에 관한 묘사가 있는지, 정형화된 사건 이상의 정보를 포함하고 있는지 등도 종합적으로 검토하여야 한다.

110) 김상준, 무죄판결과 법관의 사실인정에 관한 연구-향소심의 파기자판 사례들을 중심으로, 서울대학교 박사학위논문, 2013.

〈표 4-4-2〉 CBCA 준거 개관(Steller & Köhnken, 1989. p. 221)¹¹¹⁾

요인	구체적 내용
(Ⅰ) 일반적 준거	논리적 일관성
	구조화되지 않은 제시
	세부내용의 양
(Ⅱ) 구체적 내용	맥락상 깊이
	상호작용 묘사
	대화의 재현
	사건 중 예기치 않은 어려움 보고
(Ⅲ) 내용의 독특함	독특한 세부내용
	부가적인 세부내용
	정확하게 보고하였으나 이해하지 못한 세부내용
	관련된 외적 연합
	주관적 심리상태 묘사
	가해자의 마음 상태에 대한 귀인
(Ⅳ) 동기 관련 내용	자발적인 수정
	기억의 부족 시인
	자기 진술에 대한 의심 제기
	자기 비난
	가해자 용서
(Ⅴ) 범죄 특징	범죄 특징 세부 정보

111) Steller, M., & Köhnken, G. (1989). Criteria-Based Statement Analysis. In C. Raskin (Ed.), Psychological Methods in Criminal Investigations and Evidence (pp.217-245). New York: Spring. 2014년 Köhnken 교수가 실시했던 CBCA 워크샵에서 사용된 교재 (Statement Validity Analysis Workshop. p.70)에서 발췌.

제5장

KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

효과적인 구두변론 기법

공 일 규

제5장

효과적인 구두변론 기법

제1절 구두변론의 의의

1. 구두변론의 개념

구두변론주의는 근거규정은 형사소송법 제275조의3(구두변론주의)로, “공판정에서의 변론은 구두로 하여야 한다.” 고 규정하고 있다. 통상 ‘구두변론’이라고 하면 형사법정에서 ‘구두 방식으로 이루어지는 모든 절차’라고 이해되고 있는 듯하다. 즉 구두로 이루어지는 증인신문, 피고인신문, 기타 증거조사 과정에 수반되는 구두에 의한 증거제출 절차 등을 포함한다고 이해하는 것이다. 그러나 ‘구술방식에 의한 심리절차’와 ‘구두로 이루어지는 변론절차’는 분리하여 이해할 필요가 있다.

한 연구에 따르면 주장과 입증은 상호 구별되는 것이고, 구두변론이 원칙이자 의무라는 차원에서 구두로 해야 하는 것은 ‘법적 논증(Legal Argumentation)’의 성격을 가지는 것으로 한정된다고 한다. 즉 구두의 형식만으로 구두변론인 것은 아니라는 것이다. 다소 길지만 이에 대한 내용을 인용하면 다음과 같다. “입증(Proof)은 사실 및 법률에 관한 법적 논증과는 다른 차원의 것이며, 또 원칙적으로 모든 입증을 구술로 해야 하는 것이 아니라 증거의 유형에 따라 증거조사방법이 정해져 있다(증거물 - 제시, 증거서류 - 낭독 또는 제시·열람/내용고지, 증거물인 서면 - 제시와 낭독, 증인 - 증인신문). 물론 증거조사에 있어서도 필요하다면 증거와 관련된 사항들을 구두로 설명하거나 또는 이에 관해 논증을 펼칠 수도 있을 것이다. 이 경우 전자는 증거조사와 관련한 구술의 진술(요지설명)이 되는 것이고 사실 및 법률에 관한 ‘주장’은 아니며, 후자는 넓게 사실 및 법률에 관한 주장으로 포섭된다. 공판중심주의를

강조하면서 ‘조서재판’을 극복해야 한다는 말을 많이 하는데, ‘조서재판’이라는 말은 원칙적으로 증인신문의 방법으로 해야 할 것을 증인을 참고인으로 한 진술조서로서 대체하는 것, 피고인에 대해 법정에서 직접 진술을 들어야 할 것을 검사나 사법경찰관 작성의 피의자신문조서로서 대체해 온 관행을 말하는 것으로 이를 지양해야 한다는 것은 직접주의 및 구술심리의 원칙과 원본증거 내지 최량증거의 원칙에 따라 법정에서 직접 증거조사하는 것, 즉 증인이나 피고인으로부터 진술을 듣는 것이 바람직하다는 것이다. 이 경우에 증거조사방법으로서 증인이나 피고인에 대한 구술에 의한 문답이 이루어지게 되는데, 이것을 구술심리 내지 구두주의라고 부를 수는 있어도 당사자의 일방적 주장이자 법적 논증의 성격을 가진다는 의미에서 구두변론이라 하지는 않는다. 결국 수사학적 전통에 따라 소송당사자가 ‘구두변론’이라는 이름으로 반드시 구두로 변론해야 할 것은 검사의 모두진술(Opening Statement)과 피고인측의 모두진술(Opening Statement), 검사의 구형과 논고 등의 의견진술 및 피고인·변호인측의 최종의견진술 내지 최후변론(Closing Argumentation)을 말하는 것이다. 검사나 피고인·변호인 입장에서 변론해야 할 것이 무엇인지 알지 못하고 재판부의 시각에서 구술심리라 부르는 것을 소송당사자가 그대로 물려받아 그것을 구두변론이라 오해해서는 안 된다.”¹¹²⁾

2. 구두변론 강화의 필요성

앞서 서술한 바와 같이 공판중심주의가 강화되면서 법정에서의 구두변론은 점점 더 중요해지고 있다.¹¹³⁾ 특히 국민참여재판이 시행되고 그 실시 건수가 증가하면서 비법률전문가인 배심원들을 상대로 법률적 쟁점들을 설명하고 설득하기 위해서 구두변론이 반드시 강화되어야 할 것이나, 직업 법관만을 상대로 한 일반 형사재판에 있어서도 수사의 과정을 직접 겪지 못하고 기록이나 간접적 진술을 통해서만 사건을 파악하고 그 결론을 내려야 하는 법관을 상대로 구두로 사건의 내용이나 증거관계를

112) 하재홍, 구두변론의 구성과 내려티브, 형사법의 신동향, 2015, 38-40쪽.

113) 앞서 언급한 대로 조서재판 방식이 아닌 법정에서 실질적인 증거조사를 거쳐 이를 토대로 판단을 내리라는 공판중심주의와 직결되는 것은 ‘구두변론’과는 구분되는 ‘구술심리’라고 할 것이나, 기록이나 검사가 제출하는 서면에 의존하지 않고 실제 법정에서 이루어지는 공방을 토대로 법관이 판단을 내려야 한다는 점에서 공판중심주의 하에서 구두변론의 중요성 또한 역시 증대되고 있다.

충분히 설명하여야 할 필요가 있다는 점에서 여전히 구두변론은 매우 중요하다.

그럼에도 현재 형사재판이 진행되는 모습을 살펴보면, 검사는 모두절차에서 형식적으로 공소사실을 축약하여 설명하고 최종의견 진술 시에는 그냥 수사검사가 공판카드에 기재한 구형량만을 그대로 진술하거나 양형사유에 대한 간략한 언급을 하는 것에 그치고 있다.¹¹⁴⁾ 그런데 이는 증거관계와 관련 법리에 대한 치밀한 논리 구성을 통해 법관을 설득해야 할 책무를 가진 검사가 단순히 법정에서 여러 증거를 나열하고 제출하는 것에 그치고 나머지 그 증거를 통한 공소사실의 입증 여부에 대한 고도의 논리적 판단을 전적으로 법관에게 맡겨버리는 결과를 초래하여, 법관의 심증형성을 전혀 통제할 수 없게 되는 것이다.

검사가 형사재판의 가장 첫 단계인 모두진술을 통해 사건의 윤곽을 어떻게 드러내느냐, 그리고 재판의 마지막 절차인 최종의견 진술에서 사건의 쟁점을 어떻게 잡아 해당 쟁점마다 증거조사를 통해 나타난 증거들과 쟁점이 어떻게 연관되어 있는지를 얼마나 잘 드러내느냐에 따라 법관이 사건을 바라보는 시각이 결정되고, 이는 유무죄 판단에 결정적인 영향을 미칠 수 있다. 따라서 법관의 심증형성을 효과적으로 통제하기 위해서는 검사의 구두변론을 강화하여야 할 필요가 있다.

제2절 구두변론의 기법

1. 구두변론의 핵심 - 모두진술과 최종의견 진술

형사재판 절차에서 구두변론을 하는 경우는 실무상 모두진술이나 최종의견 진술 이외에도 변호인의 증거신청에 대한 이의제기, 법관이 구두로 묻는 사항에 대한 구두석명 등 다양한 형태로 나타날 수 있다. 그러나 사건의 윤곽을 설명하고 전체적인 증거조사의 결과를 토대로 한 혐의 인정 여부 및 법리적 쟁점에 대한 종합적 의견제시를 통해 법관을 설득하는 절차를 구두변론으로 이해하면 ‘모두진술’과 ‘최종의견 진술’이 구두변론의 핵심이라고 할 것이다.

114) 실무상 공판절차 중 검사의 최종의견 진술 절차를 ‘구형’이라고 부르고 이를 최종의견 진술과 거의 동일한 의미로 사용하고 있는데, 이는 검사의 최종의견 진술 절차를 단순히 검사의 ‘형량’에 대한 의견 진술’ 절차로만 운용하고 있음을 그대로 보여주는 것이다.

2. 구두변론의 기초 요령

모두진술이나 최종의견 진술 모두 그 목적은 법관을 설득하는 데에 있다. 그리고 그 모델은 오랫동안 실질적인 구두변론 절차를 실현해 온 서구, 특히 미국 배심재판에 있어서의 구두변론에서 찾을 수 있다. “서구에서 법관 또는 배심원을 대상으로 한 구두변론은 그 이론적 기초를 수사학의 전통에 두고 있다.”고 한다.¹¹⁵⁾

결국 검사는 구두변론을 통해 법관으로 하여금 검사가 제시하는 시각에서 사건을 바라보게 하고, 검사가 제출한 증거를 통해 공소사실이 충분히 입증된다는 점에 대해 법관을 설득하여야 한다. 검사가 법관을 상대로 하여 실시하는 구두변론 또한 사람 간 의사소통이라고 할 것이나, 다만 그것이 일방적인 소통이고 상대방을 설득한다는 일정한 목표 하에 이루어지는 것이라는 점이 일반적인 의사소통과는 다른 점이다. 그리고 그 일정한 목표를 달성하기 위해 치밀하게 짜여진 전략 하에 특별한 기술을 가지고 있어야 한다. 그러한 기술적 요소를 간략하게 정리하면 다음과 같다.

가. 법관의 시각에서 사건을 바라본다.

반복해서 언급하지만 구두변론의 목적은 단순히 나의 생각이나 입장을 상대방에게 전달하는 것이 아니라, 상대방을 설득하여 나와 같은 생각을 하게 하는 것이다. 그렇다면 상대방인 법관이 어떤 시각에서 사건을 바라볼 것인지를 치열히 고민하고 법관이 그 시각에서 사건을 바라볼 때 어떤 점을 문제로 삼을 것인지, 어떤 점을 궁금해 할 것인지를 파악하여 이에 대해 언급하고 검사의 입장을 이해할 수 있도록 해야 하는 것이다.

나. 스토리텔링(Storytelling) 기법을 사용한다.¹¹⁶⁾

“스토리텔링은 사람들이 다른 사람과 의사소통하는 방식으로 가장 기본적이고 또 친숙한 것이다.”¹¹⁷⁾ 즉, 일정한 흐름에 따라 이야기를 이끌어나감으로써 듣는 사람

115) 하재홍, 앞의 논문, 48쪽.

116) 이 부분 자세한 내용은 하재홍, 앞의 논문, 661-62쪽 참조

117) 하재홍, 앞의 논문, 61쪽 재인용.

으로 하여금 그 이야기를 자연스럽게 이해하고 자연스럽게 같은 결론에 도달할 수 있도록 해야 한다.

이처럼 스토리텔링 기법은 배심원이 피해자에 대하여 공감을 할 수 있게 함과 동시에, 논리적으로 주장을 해나가는 것보다 훨씬 더 실체적 진실을 전달하기 용이하다.¹¹⁸⁾ 다만, 검사는 이러한 스토리를 허위로 밝혀질 수 있는 내용으로 구성하여서는 안되고, 반드시 증언이나 증거에 의해 확실시되는 사실을 토대로 구성하여야 할 것이다.¹¹⁹⁾

다. 쟁점은 3가지 이내로 정리한다.

사람이 어떤 사건을 경험하거나 많은 양의 정보를 한꺼번에 입수할 때 그 전체 사건의 내용이나 정보의 모든 내용을 한꺼번에 다 기억할 수는 없다. 사람의 두뇌는 그 사건의 내용이나 정보를 효과적으로 기억하기 위해 3가지 정도의 사건 내용이나 정보에 집중하게 된다. 미국의 심리학자 아트 마크먼(Art Markman)은 ‘스마트 싱킹(Smart Thinking)’이라는 책에서 위와 같은 현상을 ‘3의 원리’라고 부르고 있다. 어떤 사건을 경험할 때, 실제 환경에서 벌어지는 많은 일 중에서 한 번에 세 가지 정도에만 주의를 기울이게 된다는 것이다.¹²⁰⁾

검사가 구두변론을 함에 있어 사건의 쟁점이 3가지가 넘어 지나치게 많아질 경우 법관은 쟁점이 무엇인지조차 기억할 수 없을 뿐만 아니라 각 쟁점에 대한 검사의 분석에 대해서도 제대로 머릿속에 인식하지 못할 것이다. 따라서 검사는 법관이 구두변론의 내용을 효과적으로 받아들이도록 하기 위해 사건의 쟁점을 3가지 이내로 정리하여 진술하여야 한다. 이와 같이 쟁점을 적극적으로 선정하는 것은 검사가 전체 사건의 논의를 주도해나가는 데에도 도움이 된다.

라. 단호한 태도와 말투를 견지한다.

검사 또는 변호인이 법정에서 구두변론을 진행할 때 “~한 것으로 보인다.”, “~한 것으로 볼 수 있다”는 등의 표현을 사용하는 경우가 많다. 이는 예부터 ‘검손’을 강조해

118) 윤장석, 국민참여재판에서의 검사의 역할, 형사법의 신동향 제22호, 대검찰청, 2009, 103쪽.

119) 윤장석, 앞의 논문, 105쪽.

120) 아트 마크먼 저, 박상진 역, ‘스마트 싱킹’, 진성북스, 2012, 93쪽.

온 유교적 전통이 사회화되어 자신의 생각을 단정적으로 말하는 것에 거부감을 느끼기 때문인 것으로 이해될 여지는 있다.

그런데 위와 같은 표현은 듣는 사람으로 하여금 화자가 자신의 판단에 자신이 없는 것으로 느끼게 하고 그러한 판단에 오류가 있을지도 모르니 다른 측면에서 잘 살펴볼 필요가 있겠다는 인식을 가지게 할 소지가 크다.

따라서 “공소사실은 충분히 입증된 것으로 보인다”라는 표현보다는 “이상과 같이 살펴본 증거관계에 따르면 피고인이 공소사실과 같은 범행을 저지른 것이 명백하다”라는 표현을 사용하는 등으로 단호한 태도와 말투를 견지하여 법관에게 검사의 판단에 대한 신뢰감을 느끼도록 해야 한다.

마. 시간을 적절히 조절한다.

일반적으로 구두변론이라고 하면, 배심원들 앞에서 비교적 긴 시간을 두고 사건의 전체적인 흐름과 쟁점들에 관해 자세히 말하는 것을 연상하게 된다. 물론 배심재판, 우리 법제 하에서의 국민참여재판에 있어서 법률문외한이고 기록을 전혀 보지 못한 배심원들을 상대로 최종의견 진술을 하는 것이라면 충분한 시간을 두고 차근차근 설명할 필요가 있다.

그러나 전문법관이 재판을 진행하여 독자적으로 판단을 내리는 일반 형사재판에 있어서는 시간의 제약 등에 따라 효율적인 측면 또한 고려할 필요가 있다. 재판부마다 수십 건씩 재판을 진행하는 현재의 재판 실무 실태 및 전문법관이 재판을 진행하므로 법률적인 측면이나 쟁점에 관해 기초적인 부분에 대해서까지 설명을 할 필요는 없다는 점을 고려하여 시간을 적절히 배분할 필요가 있다.

3. 모두진술의 구성

가. 형사소송법 규정의 검토

1) 현행 형사소송법 규정 내용

형사소송법상 검사의 모두진술에 대한 근거규정은 제285조(검사의 모두진술)로, “검사는 공소장에 의하여 공소사실·죄명 및 적용법조를 낭독하여야 한다. 다만, 재판장은 필요하다고 인정하는 때에는 검사에게 공소의 요지를 진술하게 할 수 있다.”라고

규정하고 있다. 그리고 실무상으로는 단서 규정에 따라 검사가 공소사실을 축약하여 그 요지를 간략히 진술하는 것으로 운용되고 있다. 결국 현행법상 검사는 모두진술에서 공소사실에 나타난 내용만을 진술할 수 있는 것처럼 규정되어 있는 것이다.

2) 현행 형사소송법 규정의 문제점

앞서 인용한 연구의 한 부분을 인용해보자. “진정한 구두변론의 대상이 되는 모두진술에는 무엇이 재판 대상이 되는 분쟁인가 하는 점의 개요를 보여주는 부분, 공소제기의 정당성과 필요성을 압축적으로 표현하는 말도 제시되어야 하며, 향후 증거조사와 정에서 어떤 사실을 입증하고자 하는지, 공소장에 기재된 사실이 향후의 입증에 의해 사실로 밝혀지는 것을 전제로 재판장이나 배심원에게 어떤 사정을 감안해서 어떤 방향으로 판결을 내리는 것이 옳은지 제시하는 내용이 포함되어야 한다.”¹²¹⁾

이는 단순히 검사의 입장에서 효율적인 구두변론을 진행하기 위해 필요할 뿐만 아니라, 실체적 진실발견이라는 형사재판의 궁극적 목적 달성을 위해서도 반드시 필요하다. 법관이 단순히 공소사실만을 들은 상태에서 재판을 시작하기보다 처음부터 사건의 쟁점이 될 만한 부분이나 대강의 입증계획에 대해 파악한 상태에서 재판을 진행하는 것이 실체적 진실에 더욱 효과적으로 접근할 수 있는 것이다.

물론 증거조사가 시작되기 전에 수사기록의 내용이 지나치게 많이 노출되면 법관이 선입견을 가질 수 있게 되고, 이것은 공소장일본주의를 통해 법관의 선입견 형성을 배제하려 한 형사소송법의 취지에 반하게 될 수도 있다. 그러나 이는 모두진술에서 노출할 수 있는 내용을 사안의 쟁점이나 입증을 위한 개략적인 계획 등 사안을 파악하기 위해 필요한 최소한으로 한정하고, 실제 증거기록의 현출 등 선입견 형성의 소지가 있는 것들을 제한하면 그 부정적 영향을 막을 수 있다. 또한 검사의 모두진술 다음에 바로 이어지는 피고인과 변호인의 모두진술 절차를 통해 검사의 모두진술 내용을 반박할 기회를 줌으로써 법관의 부적절한 선입견 형성을 방지할 수도 있을 것이다. 따라서 형사소송법의 개정을 통해 검사의 모두진술 내용 범위를 보다 폭넓게 규정할 필요가 있다.

121) 하재홍, 앞의 논문, 44쪽.

3) 현행법제 하에서의 합리적 운용 방안

현행법 하에서도 법관의 승인 하에 공소사실의 요지 진술과 함께 주요 쟁점과 입증 방법을 간략히 설명하는 것이 반드시 형사소송법 규정을 위반하는 것이라고 보기는 어렵다. 넓게 보아 기소의 취지를 포함한 공소사실의 요지에 대한 진술이라고 볼 수 있기 때문이다. 실제 국민참여재판에서는 검사의 모두진술 절차가 단순히 공소사실을 낭독하거나 이를 축약하여 진술하는 것에 그치지 않고 주요 쟁점과 입증계획을 함께 설명하는 방식으로 운용되고 있다.¹²²⁾

한편 공판준비기일의 운용 폭을 확대하는 것도 좋은 방법일 수 있다. 형사소송법 제266조의5(공판준비절차)는 재판장에게 사건을 공판준비절차에 부칠 수 있는 권한을 부여하면서 공판준비절차를 통해 주장 및 입증계획을 서면 등으로 준비하게 할 수 있도록 하고 있다.¹²³⁾ 현재 실무상 형사합의부 관할 사건에 대해서는 대부분 공판준비기일을 열되 일반 공판기일의 1회 기일처럼 운용하기도 한다. 위와 같은 관행을 확대하여 첫 기일을 공판준비기일로 지정하여 운용하면 위 근거규정에 따라 해당 기일에 양측 주장의 요지나 입증계획을 진술하게 할 수 있을 것이다.

나. 모두진술의 구성¹²⁴⁾

1) 구성요소의 개요

모두진술은 ① 사안의 개략적 소개, ② 공소사실의 요지, ③ 죄명 및 적용법조, ④ 피고인의 예상 주장 및 쟁점, ⑤ 입증계획의 순으로 진행한다. 재판의 서두로 법관이 사안의 내용을 전혀 모르는 상태이고 법관에게 부적절한 선입견을 가지지 않게 해야 한다는 제한이 있으므로, 사안의 내용과 예상 쟁점을 간략히 소개하고, 개략적인

122) 국민참여재판의 근거가 되는 국민의 형사재판 참여에 관한 법률에도 검사의 모두진술 절차에 관한 규정을 따로 두고 있지 않아 역시 형사소송법 제285조를 근거로 하는데, 법원에서는 위와 같이 모두진술의 내용을 폭넓게 허용하고 있다.

123) 형사소송법 제266조의5(공판준비절차) ① 재판장은 효율적이고 집중적인 심리를 위하여 사건을 공판준비절차에 부칠 수 있다. ② 공판준비절차는 주장 및 입증계획 등을 서면으로 준비하게 하거나 공판준비기일을 열어 진행한다. ③ 검사, 피고인 또는 변호인은 증거를 미리 수집·정리하는 등 공판준비절차가 원활하게 진행될 수 있도록 협력하여야 한다.

124) 이 부분은 하재홍, 앞의 글 63-68면을 참조하되, 현재 일반 형사재판(국민참여재판이 아닌) 실무의 실태에 비추어 현실적인 방안으로 재구성하였다.

공판 수행 계획을 밝히는 정도로 그치는 것이 좋다. 위 구성요소 중 ①, ②, ④, ⑤의 구체적 구성에 대해서는 아래에서 별도로 논한다.

2) 사안의 개략적 소개

사안이 가지는 상징성이나 사안에서 주목해야 할 점에 대해 한 두 줄 정도로 정리하여 사안의 의의를 밝히는 것이다. 사안을 바라보는 검사의 관점을 밝히는 것이라는 점에 있어 단순히 공소사실의 내용을 그대로 진술하는 ② 공소사실의 요지 부분과 구별된다. 검사의 관점을 서두에 밝힘으로써 법관으로 하여금 검사와 같은 시각에서 사건을 바라보도록 유도하기 위한 것이다.

등장인물이 많은 경우 이 단계에서 피고인 및 기타 등장인물에 대한 간략한 소개를 해도 좋을 것이다.

3) 공소사실의 요지

형사소송법 제285조 본문에서는 공소사실을 낭독하도록 하고 있으나, 법관은 이미 재판을 준비하면서 공소장을 읽어보았으므로 이를 그대로 읽는 것은 효과적이지 못하다. 공소사실의 핵심을 축약하여 진술할 필요가 있다.

4) 피고인의 예상 주장 및 쟁점

검사의 모두진술이 피고인 및 변호인의 모두진술보다 앞서 이루어지므로, 검사가 피고인의 정확한 입장을 알기 어려워 이 부분을 정확히 진술하기는 어려울 수도 있다. 다만 공판준비절차가 실시되었을 경우에는 준비절차에서 확인한 피고인의 입장을 토대로 진술할 수 있을 것이고, 공판카드나 증거기록의 사전 검토를 통해 수사 단계에서 피고인의 주장을 확인할 수 있고 공판절차에서도 그와 같은 주장을 견지할 것이 명백한 경우 수사 단계에서의 주장 내용을 토대로 공판단계에서의 주장을 예상하고 이를 토대로 쟁점을 정리할 수 있을 것이다.

공판준비절차의 진행이 필수적이지 않은 현행 법제 하에서는 피고인의 입장을 정확히 예상하기 어려운 경우도 있으므로, 그런 경우에는 부득이 생략할 수밖에 없을 것이다. 다만, 재판 초기에 쟁점을 명확히 하지 못할 경우 검사의 공판수행에 장애가 될 뿐만 아니라 법관의 입장에서도 효율적인 재판 진행을 할 수 없게 되므로, 공판준비

절차를 필수적으로 거치도록 하거나 공판 시작 전 피고인 또는 변호인의 의견서 제출을 필수화하고 의견서가 제출된 후에 첫 기일을 지정하는 것으로 법을 개정하는 것도 검토할 필요가 있다.

5) 입증계획

이 부분은 주로 신청할 증인의 명단을 공개하고, 그 신문 순서에 대한 의견을 제시하는 방식으로 이루어져야 할 것이고, 그 밖에 사실조회신청이나 감정 등 다른 증거조사가 필요한 경우 그 의견을 함께 제시하면 될 것이다.

다. 모두진술의 사례

위 증인신문 사례에서 언급한 사안을 토대로 한 모두진술의 사례이다.

〈표 5-2-1〉 가상 사례의 모두진술

이 사건은 약 20년간 공무원으로 재직해온 피고인이 공무원의 탈을 쓴 브로커가 되어 이권에 개입하려 하고 그 대가로 금품을 수수한 사안입니다. 피고인은 1995. 3. 행복시 소속 9급 공무원으로 임용되어 근무하던 중 2013. 1. 경 6급으로 승진하면서 행복시청 토지관리과에 발령받아 근무한 공무원입니다.	사안의 개략적 소개
피고인은 행복시 토지관리과 소속 6급 공무원으로, 2013. 2. 초경 행복시 소유 공원부지를 장기 임대받아 그곳에 골프장을 건설하고자 하는 김갑동으로부터 위 공원부지 관리를 담당하는 공원관리과 담당 공무원을 통해 위 공원부지를 장기임대 받을 수 있도록 도와달라는 부탁을 받고 도와주겠다고 말한 후 그 대가로 2013. 3. 3. 2,900만원을 교부받은 사실로 기소되었습니다.	공소사실의 요지
이에 대해 알선수뢰죄로 의율하고, 형법 제132조를 적용하였습니다.	죄명 및 적용법조
피고인은 수사과정에서 2,900만원을 교부받은 사실은 인정하면서도 공원부지 장기임대를 위한 알선을 해주겠다고 말하거나 알선을 한 사실이 없으며, 위 돈은 알선의 대가로 받은 것이 아니라 급히 돈이 필요하여 빌린 것일 뿐이라고 주장한 바 있고, 공판과정에서도 동일한 주장을 할 것으로 보입니다. ¹²⁵⁾ 결국 이 사건의 쟁점은 위 돈이 알선의 대가로 교부된 것인지 아니면 대여금으로 교부된 것인지에 있다고 할 것인데, 김갑동의 진술이나 기타 정황 등을 종합하면 알선의 대가로 교부된 것이 명백합니다.	피고인의 예상 주장 및 쟁점
이를 입증하기 위해 공여자 김갑동을 증인으로 신문하고자 합니다. 그리고 그 증언을 보강하기 위해 김갑동의 직원 이정우를 증인으로 신문하고, 그 밖에 본건 수사를 통해 확보된 입출금거래내역, 사업계획서 등을 증거로 제출하고자 합니다.	입증계획

125) 이 부분 이하의 내용에 대해서는, 법원의 모두절차 운용 방안 여하에 따라 검사가 일단 그 윗부분, 즉 죄명 및 적용법조에 대한 부분까지만 진술하고, 이후 피고인 측의 입장을 확인한 후에 검사의 입증계획을 확인하는 과정에서 진술하는 방식으로 운용할 수도 있을 것이다.

4. 최종의견 진술의 구성

가. 검사의 최종의견 진술의 의의

1) 검사의 최종의견 진술의 근거 규정

검사의 최종의견 진술의 근거 규정은 형사소송법 제302조(증거조사 후의 검사의 의견진술) 본문으로, “피고인 신문과 증거조사가 종료한 때에는 검사는 사실과 법률적 용에 관하여 의견을 진술하여야 한다”고 규정하고 있다. 그런데 위 규정 자체에서 “의견을 진술”한다는 문언을 사용함으로써 검사의 최종의견 진술¹²⁶⁾이 단순한 당사자 일방의 의견 개진인 것처럼 보일 소지가 있으나 이는 검사의 최종의견 진술의 성격, 구두변론의 성격을 잘못 파악한 것이라고 하겠다.

2) 검사의 최종의견 진술의 성격

“검사의 최종의견 진술은 법적 논증의 성격을 가지는 것으로, ‘각자 이렇게 저렇게 자유롭게 생각할 수 있는 성격의 사안에서 내 의견은 이렇다’라고 말하는 것과 같은 차원의 것이 아니다. 검사의 최종의견 진술은 청자인 법관을 대상으로 증거조사를 통해 확인된 증거에 입각해서 어떠한 판단을 내리는 것이 옳은가에 관해 설득하는 것이지 단지 검사나 변호인의 생각이 어떻다는 진술에 그치는 것일 수 없는 것이고, 또 어떤 쪽으로 판단을 내리든 그것은 법관과 배심원의 취향대로 자유롭게 내버려 두어도 좋다는 내용일 수도 없기 때문이다.”¹²⁷⁾

즉, 검사의 최종의견 진술은 단순히 다양한 시각에서 나올 수 있는 여러 의견 중 하나를 말하는 것이 아니라, 검사가 사건을 바라보는 시각이나 공소사실이 유죄로 인정된다는 판단이 옳다고 것을 복잡한 법적 논증 절차를 거쳐 설득하는 작업인 것이다.

따라서 검사의 최종의견 진술은 법관을 설득하는 데에 효과적인 요소들로 구성되, 법관이 그 논리를 자연스럽게 받아들일 수 있도록 철저하게 논리적이고 일정한 흐름을 가진 구조로 구성할 필요가 있다.

126) 법에서 의견진술이라는 문언을 사용하고 있으므로, 이를 그대로 따라 부르기로 한다.

127) 하재홍, 앞의 논문, 46쪽.

나. 검사 최종의견 진술의 구성¹²⁸⁾

1) 구성요소의 개요

검사의 최종의견 진술은, ① 서두, ② 피고인의 주장 및 쟁점, ③ 각 쟁점별 논증, ④ 피고인 측 주장에 대한 반박, ⑤ 양형사유(주로 입증한 처벌이 필요한 사유), ⑥ 결론으로 구성할 수 있다.

아래에서 각 요소의 구체적인 구성에 관해 논하도록 한다.¹²⁹⁾

2) 서두

증거조사 절차가 마무리되었고, 이를 통해 피고인의 혐의가 명백해졌음을 단정적으로 표현함으로써 시작한다. 그리고 공소사실의 요지를 다시 환기한다. 사안의 중대함을 다시 강조하여 검사가 공판과정이 진행되면서 피고인에 대해 가지게 되었을지도 모를 동정심, 연민 등의 감정을 완전히 배제할 수 있도록 유도할 필요도 있다.

3) 피고인의 주장 및 쟁점

피고인이 공판절차를 통해 해온 주장의 요지를 정리하고, 이에 따라 어떤 것이 쟁점이 될 것인지를 정리한다. 검사가 모든 입증책임을 지는 형사재판에서 결국 공소사실 중 피고인이 인정하는 것 이외에 부인하는 사실의 입증 여부가 주로 쟁점이 될 수 있다.

쟁점을 선정함에 있어서는, 철저히 법관의 시각에서 바라볼 필요가 있다. 공판을 마무리한 시점에서 법관의 가장 큰 관심사는 ‘판결문을 어떻게 써야 할 것인가’에 있다. 따라서 법관이 판결문을 쓸 때의 사고와 동일한 구조로 논리를 전개하여야만 법관을 성공적으로 설득할 수 있을 것이다.

예를 들어, 피고인이 뇌물을 받은 사실을 부인하는 경우 검사는 쟁점을 ‘피고인이 뇌물을 받은 사실이 있는지 여부’로 잡는 것이 보통이다. 그런데 법관의 관심은 위와 같은 사실을 인정하여 유죄판결을 선고할 때 판결문에 증거의 요지로 무엇을 쓸 것인가

128) 이 부분도 하재홍, 앞의 글 68-72쪽을 참조하되, 현재 일반 형사재판(국민참여재판이 아닌) 실무의 실태에 비추어 현실적인 방안으로 재구성하였다.

129) 다만, 이 부분은 주로 공소사실의 유죄 입증을 위한 법관 설득 요령을 논하고 있으므로, ⑤ 양형사유에 관한 구성에 대해서는 생략하기로 한다.

지에 있다고 할 것이다. 따라서 오히려 위와 같은 경우 쟁점은 피고인에게 뇌물을 주었다는 공여자의 진술에 신빙성이 있는지 여부를 쟁점으로 잡아 그 신빙성을 뒷받침할 다른 정황들을 논리적으로 구성하여 보완하는 것이 법관을 설득하는데 더욱 유용할 것이다.

한편, 앞서서도 언급한 바와 같이 쟁점은 3가지 이내로 정리할 필요가 있고, 이 단계에서 그 각 쟁점을 하나하나 언급해주어 법관에게 검사가 설정한 쟁점을 각인시켜야 한다.

4) 각 쟁점별 논증

각 쟁점에 대한 논리를 상세히 전개한다. 다만, 이 부분은 검사의 최종진술 중 가장 긴 부분으로 여러 쟁점을 연달아 언급하면서 법관이 혼동을 일으켜 어느 쟁점에 관한 논증을 하고 있는 것인지 그 흐름을 놓칠 소지가 있다(또는 놓칠 가능성이 크다). 따라서 각 쟁점에 대한 논증을 전개하기 전에 어느 쟁점에 대한 논증을 하려는 것인지 분명히 밝히고 해당 부분에 대한 논증을 시작하여야 한다.

또한 각 쟁점별 논증이 끝나고 나면 다시 한 번 각 쟁점을 언급하여 각각 어떤 사항에 대해 논증을 하였는지 법관에게 상기시킬 필요가 있다. 이와 같은 반복은 법관으로 하여금 검사가 설정한 쟁점을 자연스럽게 받아들이도록 하는데 매우 효과적이다.

5) 피고인 측 주장에 대한 반박

검사의 공소사실 중 피고인이 부인하는 부분이 각종 증거조사를 통해 사실인 것으로 인정되면, 결국 피고인은 그 부분에 관해 거짓말을 하고 있는 것이 된다. 그런데 공소사실을 유죄로 인정받기 위해서는 피고인이 거짓말을 하고 있다는 것을 입증해야 하는 것이 아니라, 해당 공소사실을 뒷받침할 증거들이 있고 그 증거들이 충분한 증명력을 가진다는 것을 부각시켜 공소사실의 존재를 입증하여야 하는 것이다.

다만, 법관이 공소사실을 뒷받침할 증거, 그 중에서도 목격자, 피해자, 뇌물공여자 등 주요 증인의 증언에 신빙성이 있는지 여부를 판단함에 있어 피고인의 주장이 허위인지 여부 또한 실질적으로는 중요한 근거가 된다. 따라서 각 쟁점별 증거관계에 대한 논증을 통해 공소사실을 입증할 증거가 충분하다는 점을 설득한 후 피고인의

주장이 거짓말이라는 점(일관성이 없다는 점, 상식에 반한다는 점, 객관적 자료와 일치하지 않는다는 점 등)을 한 번 더 강조해주면 법관을 보다 더 확실히 설득할 수 있는 것이다.

다. 최종의견 진술의 사례

앞에서 예로 든 사안을 바탕으로 최종의견 진술의 사례를 제시한다.

〈표 5-2-2〉 가상 사례의 최종의견 진술

존경하는 재판장님, 지금까지 검찰이 확보하여 제출한 각종 증거에 대한 조사를 통해 피고인의 혐의를 입증할 여러 증거들을 살펴보았습니다. 그리고 이를 통해 피고인이 공소사실과 같은 범행을 저지른 사실이 명명백백하게 드러났습니다. 피고인은 행복시 소속 6급 공무원으로, 행복시 소유 공원부지를 장기 임대받아 그곳에 골프장을 건설하고자 하는 김갑동으로부터 위 공원부지 관리를 담당하는 공원과 담당 공무원을 통해 위 공원부지를 장기임대 받을 수 있도록 도와달라는 부탁을 받고 그 대가로 2013. 3. 3. 2,900만원을 교부받았다는 사실로 기소되었습니다.	서두
이에 대해 피고인은 돈을 받은 사실은 인정하면서도 공원부지 장기임대 알선의 대가로 받은 것은 아니라고 주장하고 있습니다. 그러나 피고인에게 위 금원을 교부한 김갑동은 이를 장기임대 알선의 대가로 지급한 것이라고 진술하고 있습니다. 결국 김갑동의 진술에 신빙성이 있는지 여부가 이 사건의 핵심이라고 할 것입니다. 그리고 저는 지금부터 김갑동의 진술에 신빙성이 있다는 점을 말씀드리기 위해 다음의 세가지 점에 대해 말씀드리고자 합니다. ① 김갑동의 진술이 상식에 부합하고 일관되어 있다는 점, ② 다른 관련자 이정우의 진술과 일치한다는 점, ③ 객관적인 정황들과도 일치한다는 점입니다.	피고인의 주장 및 쟁점
첫 번째, 김갑동의 진술은 상식에 부합하고 매우 일관되어 있습니다. 김갑동은 한철수를 통해 피고인을 소개받고 불과 2개월도 채 못 되어서 2,900만원이나 되는 돈을 주었습니다. 소개 받은지도 얼마 되지 않고 그 사이에 특별히 개인적인 왕래가 없는 사이에서 적지 않은 돈을 빌려주었다는 것은 상식에 반합니다. 오히려 사업을 진행하는 상황에서 그 사업에 필요한 도움을 받기 위해 그 대가 명목으로 주었다는 김갑동의 진술이 상식에 부합합니다. 다음으로, 이정우의 진술과 부합합니다. 이정우는 김갑동과 동행하여 피고인을 만난 자리에서, 피고인이 공원부지 장기임대를 받을 수 있으니 도와주겠다고 말하는 것을 들었고 그 직후부터 김갑동의 지시로 사업계획서를 작성하였다고 진술하여 김갑동의 진술과 일치합니다. 그 밖에 그 자리에서 오간 세부적인 대화 내용들에 대해서도 이정우의 진술과 김갑동의 진술이 서로 일치합니다. 마지막으로, 김갑동의 진술은 사건을 전후한 객관적 정황들과도 일치합니다. 김갑동이 피고인을 만나 부탁한 직후부터 사업계획서를 구체적으로 작성하고 설계도까지 받은 사실이 확인되었습니다. 김갑동이 피고인에게 2,900만원을 준 이후 지금까지 그 변제를 독촉하거나 이자를 지급받은 사실도 전혀 없는 것으로 나타났습니다. 그렇다면 김갑동의 진술처럼 2,900만원은 대여금이 아닌 알선의 대가인 것으로 볼 수밖에 없습니다.	각 쟁점별 논증

결국 김갑동의 진술은 상식에 부합하고 일관되며, 이정우의 진술과 일치하고, 객관적인 정황과 일치하여 사실에 기반한 것임이 명백하며, 이를 통해 피고인이 김갑동으로부터 받은 2,900만원은 공원부지 장기임대 알선의 대가임이 여실히 확인되고 있습니다.	
반면, 피고인의 주장은 거짓임이 명백합니다. 피고인과 김갑동의 관계 등에 비추어 그렇게 큰 돈을 빌려주고 받을 사이가 아니고, 피고인의 주장에 따르더라도 이를 상환하려 노력하거나 이자를 지급한 사실도 전혀 없어 대여금이 아님이 명백합니다. 무엇보다 피고인은 검찰 조사 과정에서 처음에는 돈을 받은 사실조차 부인하다가 김갑동과의 대질을 통해 추궁하자 마지못해 돈을 받은 사실은 인정하면서 대여금이라고 주장하는 등 그 진술을 수시로 번복한 바 있습니다. 또한, 자신의 주장을 뒷받침할 증인으로 내세운 동생 박상우의 증언 또한 상식에 반하거나 모순점이 많아 믿을 수가 없습니다. 따라서 피고인의 주장은 거짓임이 분명합니다.	피고인 측 주장에 대한 반박
결국, 피고인의 주장은 거짓인 반면, 김갑동의 진술은 충분히 믿을 만하고 이를 통해 공소사실은 명백하게 입증되었습니다. 또한 공무원의 신분을 망각하고 그 지위를 이용해 브로커 노릇을 한 범행의 내용 또한 매우 질이 나쁩니다. 사회에 경종을 울리고 자신의 본분에 충실하며 묵묵히 일하고 있는 수많은 공무원들이 박탈감을 느끼지 않게 하기 위해서라도 반드시 이 사건 범행에 대해 엄중한 처벌이 이루어져야 할 것입니다. 피고인을 징역 2년에 처해 주시고, 피고인으로부터 2,900만원을 추징해주시기 바랍니다. 이상입니다.	결론

제6장

KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

양형심리와 검사의 논증 기법

김대근 · 공일규

양형심리와 검사의 논증 기법

제1절 양형에 대한 검사와 법관의 관점 차이

형사재판에 있어 검사와 법관의 역할을 아주 단순화해 말하면, 검사는 범죄의 혐의가 있는 사람에 대해 처벌을 구하며 그 혐의를 입증하고, 법관은 중립적인 입장에서 그 혐의가 입증이 되었는지를 검토하여 처벌 여부에 대한 최종적인 판단을 하는 것이라고 할 수 있다. 즉, 1차적으로 검사는 피고인의 혐의 입증을 위해 각종 증거를 수집, 제출하고, 법관은 검사가 제출한 증거로써 피고인의 혐의가 충분히 입증되었는지 여부를 검토하여 유무죄를 가리는 것이다.

법관이 위와 같은 범죄 혐의에 대한 판단을 내리고 나면 그 다음으로는 피고인에게 어느 정도의 형을 선고할지(양형)를 결정해야 한다. 각 범죄마다 법정형이 정해져 있고, 법에서는 특정 사유가 존재하면 해당 법정형을 가중하거나 감경하도록 규정하고 있으나, 그 형의 범위가 매우 넓고, 여러 종류의 형 중 하나를 선택하여야 하거나 여러 종류의 형을 함께 선고할지 여부를 판단해야 하는 경우도 있어, 법관은 법정형의 범위 내에서 어느 종류의 형을 부과할 것인지, 어느 정도의 형을 선고할 것인지를 결정해야 하는데, 이를 결정하는 데에는 해당 범죄에 이르게 된 경위, 그 범죄로 인해 발생한 피해의 정도, 그 피해의 회복 정도, 피해자의 처벌의사, 피고인의 범죄전력 등 여러 가지 양형사유를 고려하여야 하는 것이다. 이때 법관은 위와 같은 양형사유를 검토함에 있어, 중립적인 입장에서 피고인에게 형을 가중할 사유와 형을 감경할 사유를 모두 고려한다.

물론 검사도 객관의무를 가지고 중립적인 입장에서 수사 및 공판을 진행해야 하고, 실제로 수사 과정에서 피고인의 형을 가중할 사유와 감경할 사유를 모두 찾아 해당 사유를 뒷받침할 자료들을 증거기록에 편철하여 법원에 함께 제출하고 있다. 그러나

일단 피고인의 혐의를 밝혀 그에 상응하는 처벌을 구하는 것이 검사의 역할인 점, 피고인의 범죄 혐의나 양형에 대한 중립적 판단을 위한 역할을 법관이 하고 있고 피고인에게 유리한 양형사유 소명을 위한 역할을 변호인이 수행하게 되는 점 등을 고려하면 현실적으로 검사는 피고인에게 불리한 양형사유의 주장과 그 입증에 더 주력하게 될 수밖에 없다.¹³⁰⁾

결국 양형에 대해 검사의 관점은 주로 피고인에게 불리한 사유, 즉 형을 가중하여야 할 사유의 발견과 입증에 있고, 법관의 관점은 검사와 피고인이 주장하는 사유에 대한 종합적인 검토에 있다고 할 것이다.

제2절 양형심리의 중요성 및 실무상 양형심리의 문제점

1. 법원 양형기준의 시행

양형 실무에서 가장 문제가 되는 것은 양형기준이다. 양형기준은 법관에게 양형의 지침을 제공한다. 이에 따라 법관은 합리적인 양형을 할 수 있게 된다. 또한, 양형기준은 형량과 행위가 비례하는 적정성 및 양형편차를 줄여 균등성을 확보하게 한다.¹³¹⁾

그러나 기존에는 법정형과 법률상 형의 가중, 감경 사유 이외에 이를 통해 정해진 처단형의 범위 내에서 선고형을 정하는 구체적인 기준이 별도로 정해져 있지 않아 선고형의 결정이 전적으로 법관의 재량에 맡겨져 있었다. 물론 특정한 범죄에 대해서는 법원 내부적으로 일응의 기준을 마련하여 적용하도록 하기는 하였으나, 그것이 외부에 공개되어 있지 않아 그 기준의 준수 여부를 확인하기 어려운 등 법적, 현실적 구속력이 전혀 없었고, 대강의 기준만을 정한 것이어서 구체적인 개별 사건에서 나타나는 다양한 양형사유를 제대로 반영하지 못하여 모든 사건에 적용하는 데에 한계가 있어, 사실상 여전히 선고형의 결정은 법관의 재량에 전적으로 맡겨져 있었고 양형에 있어 담당 법관에 따라 큰 차이를 보이기도 하였다.

130) 실무상 법관이 선고하는 형은 검사의 구형량보다 적은 경우가 대부분이고, 아주 드물게 법관이 검사의 구형량보다 많은 형을 선고하더라도 검사가 이에 대해 항소하는 경우는 거의 없다.

131) 박상기·손동권·이순래, 형사정책, 한국형사정책연구원, 2009, 38쪽.

이에 2007. 1. 26.자 법원조직법 개정으로 ‘제8편 양형위원회’를 신설하여 양형위원회의 설치 및 양형기준 제정에 관한 근거를 마련하였고, 2007. 4. 27. 양형위원회가 출범하여 법원, 검찰, 변호사단체 등 관련 기관들 사이의 꾸준한 논의를 거친 끝에 2009. 4. 24. 첫 양형기준을 제정하여 2009. 7. 1.부터 시행하기에 이르렀다.

2009. 7. 1. 첫 시행 당시에는 살인범죄, 뇌물범죄 등 총 7개 범죄군에 대해서만 양형기준이 마련되어 있었으나, 꾸준한 연구와 논의를 거쳐 해마다 그 적용 범죄군을 확대해와 2014년에는 총 27개 범죄군에 대해 양형기준을 마련하여 시행하고 있다.

양형기준은 각 범죄군마다 여러 범죄유형을 구분, 설정한 다음 해당 유형별로 형량 범위를 별개로 제시하고 있다. 예를 들면, 살인범죄군의 경우, 제1유형(참작 동기 살인), 제2유형(보통 동기 살인), 제3유형(비난 동기 살인), 제4유형(중대범죄 결합 살인), 제5유형(극단적 인명경시 살인)의 5개 범죄유형으로, 성범죄군의 경우 제1유형(일반 강간), 제2유형(친족관계에 의한 강간/주거침입 등 강간/특수강간), 제3유형(강도강간)의 3개 범죄유형으로 구분하여 각 유형별로 형량범위를 달리 하고 있다. 이에 따라, 먼저 해당 범죄유형을 결정하고, 그 다음으로는 개개의 양형인자들을 종합 고려하여, 위 3개의 형량구간 중 어느 구간에 해당하는지를 결정한 후, 그 구간 범위 안에서 선고형을 결정하게 된다. 다만, 양형기준은 법적 구속력이 없어 권고적 효력을 가지는데 불과하므로 법원은 해당 범죄에 대한 법정형을 기준으로 법률상 기준, 감경 또는 작량감경을 거쳐 도출된 처단형의 범위를 벗어나지 않는 한 위와 같이 양형기준에 따라 결정된 형량구간을 벗어난 형을 선고할 수도 있다. 한편, 양형기준은 위와 같은 선고형의 구간을 설정하는 기준 이외에 집행유예의 선고 여부를 판단하는 기준도 따로 설정하고 있다.

2. 양형심리의 중요성

위와 같이 양형기준이 시행되기 이전에도 양형심리는 형사재판의 중요 부분이었다고 할 것이나, 양형판단의 공식적이고 구체적인 기준이 마련되어 있지 않아 그 심리의 대상을 특정하기가 어려워 실질적인 양형심리를 진행하는 데 현실적인 한계가 있었고, 상당 부분이 법관의 재량에 맡겨진 채 검사나 변호인의 양형 관련 주장은 막연하고 추상적인 수준에 그칠 때가 많았다.

그러나 양형기준의 시행으로 양형의 구체적인 기준이 마련됨으로써 피고인에게 불리하거나 유리한 해당 양형인자의 존재 여부에 따라 구체적인 선고형의 범위가 정해지게 되었다. 물론 양형기준에 따라 정해진 선고형의 범위는 권고적 효력을 가지는 데 불과하여 법관이 반드시 이에 따라야 하는 것은 아니나, 대외적으로 공개된 구체적인 기준이 존재하는 한 법관이 이를 무시하는 데에 현실적 한계가 있을 수밖에 없고, 실무적으로도 점차 법관이 양형기준에 따라 산출된 선고형의 범위 내에서 선고형을 정하는 추세에 있다.

따라서 특정 양형인자의 존재 여부를 검토하여 양형기준에 따른 선고형의 범위를 정하는 것은 실제 선고될 형의 수준을 정하는 핵심적 절차가 될 것이어서, 위와 같은 양형기준의 시행에 따라 양형심리의 중요성은 더욱 커졌다고 볼 수밖에 없다.

3. 현재 실무상 양형심리의 문제점

가. 양형심리에 있어 검사의 역할 불분명

현재 실무상 수사검사는 사실 확정에 집중하여 피의자가 범행을 부인하는 사안에 대해서는 피해자 또는 참고인과의 대질조사 등 충분한 보완 수사를 위해 많은 시간을 할애하나 피의자가 자백하는 사건에 대해서는 피의자에 대한 1회 조사 후 바로 기소하거나 또는 아예 아무런 조사조차 없이 바로 기소하는 경우도 있다.¹³²⁾ 즉, 검사의 수사가 사실 확정에만 치우쳐 있고 양형 자료 조사에는 특별한 노력을 기울이지 않는다는 것이다.

공판검사 또한 피고인이 범행을 부인하고 일부 진술증거에 대해 부동의하는 경우 증인신문 등 증거신청을 통해 사실 규명을 위한 노력을 하지만 피고인이 자백하는 경우에는 수사검사가 공판카드에 기재한 구형량을 그대로 구형하고 달리 양형자료 제출을 위한 추가 증거신청 등 양형사유 소명을 위한 절차를 따로 진행하지 않고 있다.

이와 같이 현재 실무상 형사재판에 있어 검사의 역할이 분명히 정립되어 있지 않다. 아니 정확히 말하면 검사가 양형심리에 있어 맡아야 할 역할을 사실상 방기하고 있다

132) 약식명령을 청구하는 경우에는 거의 대부분 피의자 조사 없이 기소를 하고 있으나, 공판절차를 전제로 한 이 글에서는 정식 기소, 즉 구공판하는 경우를 전제로 논의를 진행하기로 한다.

고도 볼 수 있을 정도이다.

그 주된 이유는 검사들이 그 과중한 업무 부담으로 인해 효율적 업무 처리의 차원에서 소위 '선택과 집중'을 하여야 한다는 명분하에 수사의 핵심인 사실규명에 집중하고 있다는 점에서 찾을 수 있다. 여기에 아래에서 보는 바와 같이 공판절차에서 사실심리와 양형심리가 구분되어 있지 않아 검사들이 양형심리의 중요성 자체를 심각하게 인식하지 못하고 있다는 점과 법원에서 자체적으로 양형조사관을 두어 직접 양형자료 조사를 실시하면서 검사가 양형심리에 있어 주도적 역할을 하지 못하고 있는 점이 더해져 검사가 양형심리에 있어 그 역할을 제대로 정립하지 못하고 있는 것으로 보인다.

나. 사실심리와 양형심리의 미분리

우리 형사소송법은 공판절차에 있어 사실심리와 양형심리를 구분하지 않고 하나의 절차로 진행하도록 하고 있다. 여기에 과거 기록재판의 관행이 고착화되면서 사실상 공판절차가 사실심리를 위주로 진행되고 실질적인 양형심리는 제대로 이루어지지 않았던 것이다.

이와 관련하여 최근 형사재판에 있어 법원의 양형 판단에 대한 충실성 제고를 위해 공판절차를 사실심리와 양형심리의 두 단계로 분리하여야 한다는 의견이 꾸준히 제기되고 있다.¹³³⁾ 공판중심주의와 당사주주의의 실현, 사실인정절차의 순수화, 양형의 과학화, 피고인의 인격권보호, 피고인과 변호인의 방어권 및 변호권의 보장, 사법에 대한 신뢰형성 등을 위해 공판절차를 이분할 필요가 있다는 것이다.¹³⁴⁾

이에 관해 소송의 지연 및 인적·물적 비용의 증가, 범죄사실과 양형사실의 구별곤란의 문제, 피고인의 자백의 감소 등을 이유로 공판절차 이분에 반대하는 의견도 있으나,¹³⁵⁾ 형벌법규의 실효성과 형사사법권 행사에 있어서의 형평성을 확보하기 위해 양형심리는 사실심리와 같은 수준의 중요성을 가지고 있다는 점에서 소송의 지연이나 비용 증가 등을 감수하고서라도 공판절차를 이분하여 양형심리를 별개의

133) 조기영, 한국의 양형개혁과 양형심리절차의 개선방안, 동아법학 제44호, 동아대학교 법학연구소, 2009. 413-433쪽. 김병수, 현행 형사소송법상에서 운영 가능한 양형심리절차 분리방안, 경희법학, 경희대학교 법학연구소, 2013. 425-453쪽.

134) 김병수, 앞의 글, 433-437쪽 참조.

135) 김병수, 앞의 글, 437-440쪽 참조.

절차로 구분, 진행할 필요가 있다고 할 것이다. 다만, 이는 대법원의 정책적 결단이나 국회의 입법적 조치가 필요한 부분으로 공판과정에서의 검사의 역할에 대하여 논하고 있는 이 연구에서의 논의는 현행 법제 하에서 검사가 실질적으로 양형심리를 구분하여 진행하게 할 수 있는 방안으로 한정하기로 한다.

제3절 법원 양형조사관 제도의 시행과 양형심리에 있어 검사의 역할 정립

1. 법원 양형조사관 제도의 시행

앞서 언급하였듯이, 우리나라는 2009년 양형기준의 시행으로 처단형의 범위 내에서 법관의 자유재량에 의해 결정되었던 선고형이, 구체적인 양형인자를 고려함으로써 결정되게 되었다. 이러한 양형 기준제의 실시로 양형인자에 대한 조사가 필요함을 주장되었고¹³⁶⁾ 이에 대법원은 2009. 7. 20.부터 전국 각 지방법원에 배치된 법원 소속 법원조사관(사무관)을 통해 양형조사를 실시하는 제도를 시행하고 있다.¹³⁷⁾ 이전에는 필요한 경우 재판장이 관할 보호관찰소에 양형조사를 위탁하여 그 결과를 회신 받아 양형자료로 활용하였으나, 법원에서 직접 양형사유를 수집하여 검토함으로써 실효성 있는 양형심리를 실시한다는 취지에 따라 위와 같은 제도를 시행해오고 있는 것이다.

2. 양형심리에 있어 검사의 역할 정립

물론 특정 사건에 대한 범죄 혐의 유무 판단하여 기소 여부를 결정하고 기소시 적절한 형에 대한 의견을 제시(구형)할 권한을 가진 검사가 양형자료 수집 및 양형판단에 있어서 또한 여전히 1차적 권한과 책임을 가진다고 할 것이고, 중립적 지위에서 판단을 하여야 할 법원에 소속된 조사관이 직접 나서서 위와 같은 양형조사를 실시하는 것이 적절한지 여부에 대해서는 여전히 다른 의견이 있을 수 있다.

136) 승재현, 합리적인 양형을 위한 조사방안 -양형 조사 주체 및 소속기관을 중심으로-, 법조 제59권 제9호, 법조협회, 2010. 101쪽.

137) 법원조직법 제54조의3은 “대법원과 각급 법원에 조사관을 둘 수 있고, 이러한 조사관은 법관의 명을 받아 법률 또는 대법원규칙이 정하는 사건에 관한 심판에 필요한 자료의 수집·조사 그 밖에 필요한 업무를 담당할 수 있다.”고 규정하고 있다.

그러나 현실적으로 법원에서 그 소속 조사관을 통해 세세한 양형사유를 수집하여 판단의 기초자료로 삼는 제도를 시행하여 그 제도가 상당기간 유지되고 있는 상황 하에 이를 고려하지 아니한 채 검사 또한 모든 양형자료를 수집하여 제출하려고 한다면 비효율적이라 할 수 밖에 없고 국가적 인력 낭비의 소지가 없지 않은 것 또한 사실이다. 따라서 위와 같은 현실 하에서 검사가 양형심리에 있어 어떤 역할을 하여야 할지를 진지하게 고민하고 그 역할을 분명히 정립할 필요가 있다.

앞서 언급한 바와 같이, 공판단계에서 양형심리에 대한 검사의 관점은 피고인에게 불리한 사유, 즉 형을 가중하여야 할 사유의 발견과 입증에 있다고 할 것이고, 전반적인 양형사유의 조사는 위와 같이 법원에서 직접 실시하고 있으므로, 양형심리에 있어 검사의 주된 역할을 처벌의 수준을 높여야 할 사유, 즉 가중 사유의 발견과 입증에 둘 필요가 있다.

실무상으로도 법원에서 검사의 구형량보다 낮은 수준의 형을 선고하는 경우가 대부분인바, 이러한 현상을 의례적인 것으로 여겨 그냥 넘기기보다 검사가 적정한 형이라고 생각하여 제시한 형(구형량)에 상응하는 수준의 형이 선고되도록 최선을 다하여야 한다는 것이다.

제4절 효과적인 양형자료 수집

1. 개요

검사가 양형심리에 충실히 임하기 위해서는 결국 제출할 양형자료를 충분히 수집하여야 할 것이다. 그리고 이는 대부분 수사 과정에서 이루어져야 할 것이다. 그런데 현재 검찰의 실무 시스템 및 업무량을 고려할 때 수사를 담당하는 검사실의 업무는 혐의의 유무를 가려 기소 여부를 결정하는 것에 집중되어 있고, 양형자료 수집은 효과적으로 이루어지지 못하고 있는 것이 현실이다.

그러나 양형심리의 중요성이 더욱 강조되고 법정에서의 양형심리가 실질화되고 있는 현재의 추세에 비추어 검사가 충실한 양형자료를 수집하여야 할 필요성을 외면하기 어렵다. 특히, 검사가 이를 제대로 수행하지 않은 채 혐의 입증에 관한 자료만을 수집하여

기소하고 공판 과정에서 이 부분에만 관심을 가질 경우 중립적 입장에 있는 법관과 피고인을 위해 변론하는 변호인이 양형심리를 주도할 수밖에 없어 가중사유의 현출이 제대로 이루어지지 않아 피고인이 저지른 범죄에 상응하는 형의 선고가 이루어지지 않고 솜방망이 처벌이 만연화될 수밖에 없다. 이를 막기 위해서라도 검사가 주어진 업무 환경 하에서 보다 효과적으로 양형자료를 수집할 수 있는 방안을 고민해야 할 것이다.

2. 주요 가중 양형인자

대법원 양형위원회에서 제정, 시행하고 있는 양형기준에는 각 범죄군별로 다양한 양형인자를 규정하고 있고, 이를 크게 '가중인자'와 '감경인자'로 나누고 있다.

이중 검사가 반드시 소명하여야만 가중인자는 범죄군별로 매우 다양하지만, 주요 인자로 피해의 규모, 피해 회복 여부, 피해자의 처벌의사, 범행의 계획성(치밀한 범행 준비), 범행의 조직성, 범행동기의 비난성, 범행수법의 잔혹성, 공범 중 주도적 역할, 반복적 범행, 상습성, 범행 후 범행은폐, 범죄전력(누범, 집행유예기간 중, 동종전과), 반성 없음 등이 있다.

이를 크게 구분해 보면, 피해의 대규모성, 피해 미회복, 범행에 이른 경위나 수법, 범행 후의 정황, 재범의 위험성 등을 평가하기 위한 인자라고 할 것이다. 그리고 이중 범행에 이른 경위나 수법, 범행 후의 정황 등은 조사 과정에서 자연스럽게 구체적으로 드러날 수 있는 것들이나, 피해의 구체적인 내용이나 이후 피해 회복 진행 상황, 피고인의 범죄적 성향 등으로 인한 재범의 위험성 등은 보다 적극적인 확인이 필요한 사항이다.

3. 피해자 진술의 충분한 확보

양형인자 중 가장 중요한 것은 결국 피해의 규모와 그 피해 회복 여부, 피해 회복에 대한 피고인의 노력 여하라고 할 것이다. 그리고 피해자가 있는 범죄인 경우 대부분 수사 초기 피해자 조사가 이루어져 대강의 내용에 대한 피해자의 진술은 확보가 되는 것이 보통이다.

또한 상당 수 사건에 있어 특별히 혐의 입증에 문제가 없으면 경찰에서 실시한 피해자 조사 결과만을 토대로 하여 기소를 하고 따로 피해자 조사를 실시하지 않고

있다. 특히 피의자가 자백하는 사건의 경우에는 특히 그러하다.

물론 가장 중요한 양형인자인 피해의 규모, 그 회복 여부, 피해 회복에 대한 피고인의 노력 여하에 대해 가장 정확히 진술을 할 수 있는 사람은 바로 피해자 자신이다.¹³⁸⁾ 경찰에서 피해자를 조사한다고 하더라도 피해 상황을 정확히 나타내고 있지 않은 경우가 많을 뿐만 아니라 그 조사 시점이 피해 직후 내지 고소 직후여서 그 이후 피고인이 피해 회복을 위해 노력한 상황에 대해서는 나타나 있지 않은 경우가 많다. 또한 아무리 경찰에서 피해자 조사를 충실히 했다고 하더라도 법률전문가이자 공판수행의 주체인 검사의 관점에서 공판시 양형심리에 필요로 하는 부분을 추가로 확인하여 보충할 필요가 있다.

따라서 적어도 구공판하여야 할 사안에 대해서는 피해자 조사를 통해 구체적인 피해의 내용, 범행 경위, 피의자가 진지한 사과를 하거나 피해 회복을 위해 노력한 사실이 있는지 등을 확인할 필요가 있다. 경우에 따라, 간단한 확인만 거치면 되는 정도이고 검사실의 업무 부담이나 피해자의 번거로움 등을 고려할 때 굳이 소환하여 조사할 필요까지는 없는 경우도 있을 것이다. 그러나 이러한 경우에도 유선 확인을 하되, 단순히 전화 확인 내용에 대한 수사보고 작성으로 그칠 것이 아니라 현재 검찰에서 중요 참고인에 대해 시행하고 있는 전화진술 녹음을 적극 활용하여 녹취록을 첨부하여야 공판 과정에서 더욱 효과적으로 활용할 수 있을 것이다. 일정한 양식의 진술서를 마련해 두고 우편이나 이메일을 통해 피해자에게 발송하여 기입 후 회신하도록 하는 것도 가능한 방안 중 하나라고 할 것이다.

4. 범죄심리학 분야 등 전문가 집단의 적극적 활용

피고인에 대한 형을 정함에 있어 재범의 위험성은 중한 형을 부과하여야 한다고 판단할 근거 중 매우 중요한 요소라고 할 것이고, 양형기준에서는 그 판단을 위해 동종범죄 전력, 범행의 반복성, 상습성 등을 가중인자로 규정하고 있다. 그런데 동종범

138) 이처럼“범죄의 피해자는 당사자로서 당해 범죄에 대해 가장 많은 정보를 가진 자라고 할 수 있다. 때문에 형사소송의 근본적인 이념이라고 할 수 있는 ‘실체진실주의’를 위해서 범죄 피해자의 형사소송법상 지위는 보다 적극적으로 보장될 필요가 있다.” 범죄피해자의 소송법상 지위에 대해서는 김대근, 보복범죄의 범죄피해자 등 보호제도의 문제점과 개선방안, 고려법학 제77호, 2015, 128쪽.

죄 전력, 범행의 반복성만으로 상습성 등 재범의 위험성을 판단하기에는 한계가 있을 뿐만 아니라 동종범죄가 없고 반복된 범행도 아니지만 당해 피고인의 심리적 특성 등에 비추어 재범의 위험성이 인정되는 경우도 있을 것이다. 특히 요즘 발생 빈도가 늘어나고 있는 문지마 범죄, 주폭(酒暴) 범죄에 있어서 그간 아무런 범죄전력도 없고 평소 너무나 온순한 사람이었던 경우가 많다.

이러한 경우 그 심리적 특성 등에 대해서는 법관이나 검사는 비전문가이므로 정확한 판단을 하기가 어렵다. 따라서 그 범행의 내용에 비추어 재범의 위험성에 대한 평가가 반드시 필요한 종류의 범죄에 대해서는 범죄심리학 분야 등 정신적·심리적 특성에 대한 평가가 가능한 전문가 집단으로부터 정확한 판단을 받아 양형자료로 활용할 필요가 있다.

물론 살인죄나 성범죄 등 전자발찌 부착 대상 범죄에 대해서는 보호관찰소에 ‘부착 청구전 조사’를 의뢰하여 재범의 위험성 등 심리적 특성에 대한 판단을 받도록 하고 있으나, 그 대상이 한정되어 폭넓은 활용이 어렵고, 해당 전문가 집단과 검사와의 사이에 유기적인 협조관계가 형성되어 있지 않아 검사는 그 판단 결과를 받아 형식적으로 활용할 수밖에 없다. 그러므로 검사가 다양한 사안에 대해 전문가 집단을 폭넓게 활용하고 상시 유기적인 협조를 통해 해당 피고인의 심리적 특성에 대해 어느 정도 이해를 하여 이를 공판 과정에서 실질적으로 활용하기 위해서는 검찰 자체적으로 전문가집단 풀을 구성한 후 직접적인 연계 하에 활용할 필요가 있다.

5. 피의자에 대한 영상 녹화 조사의 적극적 활용

양형인자 중 주요 가중인자인 ‘반성 없음’은 매우 추상적인 개념으로 그것을 증거기록이나 법정에 현출시킨다는 것이 여간 어렵지 않다. 물론 범행 후 정황 등에 대한 피해자 등의 진술을 통해 법정에 현출시키기는 하나 단순히 다른 사람의 말을 통해 듣게 하는 것만으로 법관의 공감을 얻어내기는 쉽지 않다.

한편, 범행 후 정황 등을 통해 피고인의 반성 없는 태도를 보여줄 수도 있을 것이나, 조사를 받는 피의자의 무성의한 태도를 그대로 법정에 현출시키는 것 또한 효과적인 방법일 것이다. 재판 과정에서 법관이 피고인을 직접 대면하게 되기는 하나, 법정이라는 정제된 공간에서 짧은 대면을 통해 이를 정확히 판단하는 데 한계가 있을 뿐만

아니라 검찰에서 무성의한 태도로 일관하던 피고인이 법정에서는 겉으로만 반성하고 있는 듯한 모습을 보이는 경우도 많다. 이처럼 피의자신문조서에 무성의하게 조사에 응하는 태도를 어느 정도 담기는 하나 이를 그대로 담는데 한계가 있고 그것만으로 법관에게 이를 그대로 받아들이게 하기도 어렵다. 따라서 조사에 무성의한 태도로 일관하는 반성 없는 피의자에 대해서는 영상녹화조사를 실시하여 그 태도가 법정에서 있는 그대로 드러나도록 할 필요가 있다.

물론 현행 형사소송법상 조사과정의 영상녹화물에 대해서는 본증으로서의 효력이 인정되지 않아 이에 대한 증거조사가 실시될 수 없겠으나,¹³⁹⁾ 현재 검찰에서 속기사 인력을 확충하여 영상녹화 내용을 그대로 녹취서 형태로 변환하여 기록에 편철하고 있는바, 위와 같은 녹취록을 활용하면 어느 정도는 조사 과정에서의 피고인의 태도를 법정에도 드러낼 수 있을 것으로 보인다.

6. 검찰 양형조사관제 도입의 필요성

가족 관계, 주거 환경, 주변 지인들과의 관계 등 피고인의 사회적 환경 또한 매우 중요한 양형요소라고 할 것이나, 이에 대해서는 통상 피의자에 대한 조사를 통해 진술로 확인할 수밖에 없고, 피의자 또는 그 변호인이 참고자료 형태로 관련 자료를 제출하기는 하나 이는 피의자에게 유리한 자료인 경우가 대부분으로 형의 가중요소가 될 만한 것을 정확히 확인하기가 어렵다.

또한 현재 검사실의 업무 부담량을 고려할 때 위와 같은 사항에 대한 것들을 검사나 수사관이 직접 확인하는 것도 현실적으로 불가능하다.

139) 대법원 2010.5.27. 선고 2010도1755 판결에서는 “피고인이 그 조서의 성립의 진정을 부인하는 경우에는 그 조서에 기재된 진술이 피고인이 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음이 영상녹화물이나 그 밖의 객관적인 방법에 의하여 증명되고, 그 조서에 기재된 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태에서 행하여졌음이 증명된 때에 한하여 증거로 할 수 있으며, 형사소송법 제312조부터 제316조까지의 규정에 따라 증거로 할 수 없는 서류나 진술이라도 공판준비 또는 공판기일에서의 피고인 또는 피고인이 아닌 자(공소제기 전에 피고인을 피의자로 조사하였거나 그 조사에 참여하였던 자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)의 진술의 증명력을 다투기 위한 증거로는 쓸 수 있고, 피고인 또는 피고인이 아닌 자의 진술을 내용으로 하는 영상녹화물은 공판준비 또는 공판기일에 피고인 또는 피고인이 아닌 자가 진술함에 있어서 기억이 명백하지 아니한 사항에 관하여 기억을 환기시켜야 할 필요가 있다고 인정되는 때에 한하여 피고인 또는 피고인이 아닌 자에게 재생하여 시청하게 할 수 있다.”고 판시하였다.

그런데 위와 같은 요소는 검사가 기소를 하면서 구형량을 정하는 데에도 중요한 고려 요소일 뿐만 아니라 중요 양형사유의 하나이고, 양형심리의 중요성이 점점 커져가는 상황에서 검찰 조사 과정에서부터 이를 충실히 수집하여야 할 필요성이 있다. 뿐만 아니라, 검사가 이를 직접 확인하기 어렵다는 점을 이용한 피의자 측의 양형자료 조작 시도를 사전에 차단하기 위해서도 검찰에서 직접 수집할 수 있는 시스템을 갖출 필요가 있다.

따라서 검찰에도 법원처럼 양형조사관을 두어 필요시 검사의 요청에 따라 피의자의 주변 환경 조사를 통한 양형자료 수집 업무를 담당하게 할 필요가 있다. 이에 대해 법원 양형조사관과 업무가 중복되어 불필요하다는 의견도 있을 수 있으나, 검찰의 양형조사는 주로 가증인자가 될 만한 사항의 조사에 초점을 맞춘 것이어서 다른 관점에서 이루어지는 것으로 업무의 중복이라고 하기 어렵고, 오히려 균형을 맞춘 양형자료 조사 시스템의 구축이라는 측면에서라도 필요하다고 할 것이다.

위와 같은 시스템을 구축하여 그 시행의 폭이 확대되면 피해자 등 양형자료 확보를 위해 조사가 필요한 사람들에 대해서도 출석을 요구하지 않고 양형조사관의 조사로 일응의 조사를 대체할 수 있게 되어 양형자료 수집의 효율성이 증대될 수 있을 것이다.

제5절 양형자료의 효과적 법정 현출

1. 법정에서의 적극적 양형자료 현출의 필요성

공판중심주의의 확대로 법관들이 검사가 제출한 기록보다 법정에서 이루어진 공방을 위주로 판단을 하려 하는 경향이 점점 강해지고 있다. 따라서 검사가 증거기록에 각종 양형자료를 첨부하여 제출하고 피의자신문조서나 피해자 등 관계인에 대한 진술조서에 가증적 양형인자에 대한 사항을 현출시켜 제출하더라도 법관이 이를 충분히 파악하기를 기대하기 어렵다. 사실 공판중심주의가 아니라고 하더라도 단순히 문서화되어 있는 것을 보는 것만으로 그 정확한 취지와 배경 등을 파악할 수는 없는 일이다.

따라서 검사가 확보하여 증거기록에 편철한 증거자료를 양형자료로서 충분히 활용하여 적정한 형의 선고라는 결과를 얻어내기 위해서는 그것을 법정에서 현출시켜 법관으로 하여금 직접 확인하게 하고 그 취지와 배경을 충분히 이해하도록 할 필요가 있을 것이다.

2. 현재 실무 관행상 양형자료 현출의 한계

형사재판의 절차는 ① 검사의 모두진술(기소요지 진술), ② 피고인 및 변호인의 공소사실에 대한 의견 진술, ③ 검사의 증거신청, ④ 변호인의 증거에 대한 의견 진술, ⑤ 증거조사(증인신문 포함), ⑥ 피고인신문, ⑦ 검사의 최종의견 진술(논고), ⑧ 변호인의 최종변론, ⑨ 피고인의 최후진술의 순으로 이루어진다.

실무상 ⑤ 증거조사 절차는 주로 혐의 입증과 관련된 부분을 조사하기 위해 이루어지고, ⑥ 피고인신문 절차는 대부분 생략되며, ⑦ 검사의 최종의견 진술은 다른 언급 없이 구형만 하거나 혐의 입증과 양형사유에 대한 간략한 언급 후 구형량을 제시하는 방법으로 이루어진다.

위와 같은 실무 관행상 사실 검사가 수집한 양형자료에 대한 충분한 법정 현출이 이루어지기 어렵다.

3. 적극적인 피해자 증인신문

실무상 피고인이 범행을 자백하는 경우에는 특별히 피해자에 대한 증인신문이 이루어지지 않는다. 피고인이 범행을 부인하는 경우에도 간혹 사실관계는 인정하면서 법리 상으로만 다투거나 피해자 진술에 다룰 부분이 없는 경우에는 변호인이 피해자의 검찰 진술에 대해 증거동의하고 검사도 피해자를 증인으로 신청하지 않는 경우가 있다.

그런데 피해자 진술은 양형자료 중 가장 중요한 것으로서 적절한 형의 선고를 이끌어내기 위해서는 반드시 법정에 현출시켜야 할 필요가 있다. 물론 검찰이나 경찰에서 작성된 조서로서 그 내용이 충분히 드러나 있는 경우도 있으나, 단순히 글자화된 피해자의 수사기관 진술이 아닌 법정에 출석하여 법관의 면전에서 직접 하는 진술은 법관으로 하여금 한결 피해자의 진술에 신뢰감을 느끼고 피해자의 입장을 더욱 공감하게 하는 효과를 가질 수 있다.

따라서 피해자의 진술에 대해 변호인이 증거동의를 하는 경우에도 적극적으로 피해자를 증인으로 신청하여 신문할 필요가 있다. 이는 헌법에 규정된 피해자의 재판절차 진술권의 실질적 보장 차원에서도 반드시 필요하다.

물론 검찰에서 구공판하는 사건에 대해서는 피해자를 상대로 재판절차 진술 의사를

확인하고 있으나, 재판절차 진술 의사가 있다고 하더라도 피해자에 대한 증인신문이 이루어지지 않는 한 실제 진술하지 못하는 경우가 있고 진술을 하더라도 재판이 끝난 후 간단하게 입장을 표명하는 차원에서 그쳐 실질적인 진술권 보장이 이루어지지 못하며 증인신문 절차를 거치지 않는 한 이를 증거로서 활용할 수도 없다. 또한 피해자가 재판절차 진술을 원하지 않더라도, 추후 보복 우려 등으로 인한 것이어서 진정한 의사라고 보기 어려운 경우도 있고, 적정한 형의 선고를 통한 형사사법정의 실현의 차원에서 검사가 적극적으로 피해자의 진술을 법정에 현출시켜야 할 필요가 있어, 당해 피해자를 설득하여 법정에 세우는 적극적인 자세를 가질 필요도 있다.

4. 양형자료의 구분 제출

앞서 논한 바와 같이, 우리 법이 공판절차를 사실심리 절차와 양형심리 절차로 구분하지 않고 전체적으로 하나의 절차로 진행하도록 하고 있는 것에 대해 공판절차를 이분화하여야 할 필요성이 있다고 주장하는 의견이 있는데, 이러한 입장 하에 행법하에서의 법적 한계를 고려하여 사실상 공판절차를 이분화하는 방안을 제시하면서 비형식적 중간판단모델, 그중에서도 제1단계에서 피고인의 책임능력과 한정책임능력에 관한 문제를 제외한 범죄사실 인정 여부만을 심리하고 제2단계에서는 피고인의 책임능력과 한정책임능력 및 양형에 관하여 심리하는 것을 원칙으로 하되 예외적으로 책임능력과 한정책임능력을 범죄사실절차의 제1단계에서도 심리할 수 있도록 하는 비형식적 행위중간판단모델의 도입을 제안하기도 한다.¹⁴⁰⁾

물론 위와 같은 방안이 현재의 법제 하에 상당히 합리적인 방안이라고 할 수 있겠으나, 이 또한 법원과의 협의가 선행되어야 할 문제로서 검사가 일방적으로 실시할 수 있는 방안은 아닌 것으로 보인다. 이 같은 상황을 고려하면, 검사가 사실심리와 양형심리를 구분하여 양형심리를 사실심리만큼 충실히 수행할 수 있도록 유도하는 현실적 방안은, 검사가 제출하는 증거자료 중 양형자료를 구분하여 제출하는 것이 아닐까 한다.

현재 실무례를 보면, 검사는 기소를 하면서 수사기록 중 일부를 추려 증거기록으로 만들어 양형 관련 자료에 대해서는 입증취지란에 “정상자료”라고 기재하고, 양형기준

140) 김병수, 앞의 글, 444-445쪽.

시행 대상 범죄에 대해서는 검찰 내부 전산시스템을 통해 양형사유를 입력한 후 자동 출력되는 양형에 관한 의견서를 공판검사를 통해 제출하고 있다. 그런데 위와 같은 조치만으로 법관에게 검사가 강조하고자 하는 양형요소에 관해 분명히 인식하도록 하기에는 부족하다. 물론 현재의 법제상의 한계와 사실관련 자료인지 양형자료인지 구분하기 어려운 증거자료의 존재 등으로 인해 기록 자체를 구분하여 제조하거나 양형자료를 추후 별도로 제출하는 것은 곤란할 수 있다. 다만, 기록에 나타난 사항 중 검사가 강조하고자 하는 정상사유에 관해 그 근거자료를 토대로 정리한 수사보고서를 증거기록 말미에 편철하여 제출하거나 별도의 간략한 의견서 형태로 공판카드에 첨부하여 공판검사가 구형시 제출하면서 그 취지를 설명하도록 하는 형태로 수사기록의 내용 중 정상사유와 관련한 자료들을 별도로 부각시켜 보여줄 필요가 있는 것이다.

5. 피고인신문 강화

2008. 1. 1. 개정 형사소송법의 시행으로, 검사의 모두 의견 진술 다음에 실시하던 피고인신문 절차를 증거조사를 마친 다음에 실시하게 되면서 특별한 사정이 없으면 피고인신문 절차를 생략하는 것이 관행화되고 있다. 또한 변호인의 요청으로 실시를 하더라도 검사의 주신문을 생략한 채 변호인이 먼저 반대신문을 하고 검사가 그 반대신문 내용 중 일부에 대하여 간략히 묻는 기형적인 형태로 운용되고 있다.

피고인신문은 피고인과 관련된 양형사유를 법관의 면전에서 현출할 수 있는 매우 효과적인 수단이다. 피고인신문을 통해 피고인이 범행을 부인하며 앞뒤가 맞지 않는 모순된 진술로 일관하는 모습, 범행 사실을 피해자 등 다른 사람의 탓으로 돌리는 모습, 피해자에 대한 피해 변제의 의지를 보이지 않는 모습, 피고인이 수사기관 내지 법정에서 양형사유에 관해 거짓말을 하거나 거짓 자료를 제출한 점 등을 효과적으로 드러낼 수 있고, 그 외에 수사 과정이나 공판 과정에서 드러난 다른 양형사유에 대해 묻고 추궁할 수도 있기 때문이다.

특히, 검사는 피고인신문시 주신문을 할 권한을 가지고 있어 변호인의 반대신문에 앞서 신문하면서 변호인이 피고인에게 유리한 사정을 드러내기 전에 형의 가중요소가 되는 인자들을 드러낼 수 있다는 점도 유리한 요소이다.

따라서 관행적으로 피고인신문을 생략할 것이 아니라 피고인신문을 적극적으로

실시하여 이를 충분히 활용할 필요가 있는 것이다.

6. 검사 최종논고 절차의 적극적 활용

통상 검사는 최종논고시 공판카드에 기재된 형량에 대한 의견만을 제시하고, 다소간의 의견을 제시하더라도 혐의의 입증 또는 양형사유에 대한 간략한 의견 제시만으로 그치는 것이 대부분이다.

그런데 검사의 최종논고는 전체 형사재판 절차 중 검사가 법관에게 증거조사를 거쳐 나타난 사건의 전체적인 개요를 설명하고 그 혐의 입증과 양형사유에 대해 법관을 설득할 수 있는 유일하고 마지막인 절차이다. 따라서 최종논고 절차를 이용해 법관이 전체 증거기록 및 공판기록을 검토하기 전에 검사의 입장에서 혐의가 충분히 입증되었고 엄중한 처벌이 필요하다는 점에 대해 법관을 충분히 설득할 필요가 있다.

앞서 증거기록 등에 나타난 양형자료가 법정에 충분히 현출되는 것에 현실적인 한계가 있다는 언급을 한 바 있는데, 검사가 최종논고 절차에서 단순히 관행에 따라 몇 마디 말로 그치는 것이 아니라 증거기록 중 관련된 부분들을 제시하며 논고를 한다면 증거기록의 효과적인 제시 기회로도 활용할 수 있을 것이다.

이와 관련하여, 중요 부분을 PDF 파일로 변환하여 강조 표시를 하고 PPT 프로그램을 통해 제시하는 등 시청각 자료를 활용한다면 더욱 효과적으로 양형자료를 법정에 현출시킬 수 있을 것으로 보인다.

제7장

KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

결론: 요약 및 함의

김 대 근

제7장

결론: 요약 및 함의

우리 형사소송법제 하에서 입증책임은 전적으로 검사에게 있다. 검사는 수사를 통해 실체적인 진실을 발견하고 그에 부합하는 증거들을 수집한 후 기소를 하고, 그 후에는 공판을 통해 그것을 효과적으로 현출시키는 역할을 담당하게 된다. 문제는 최근 형사사법 환경이 드라마틱하게 바뀔에 따라 검사의 공판수행이 녹록치 않아졌다는 점이다. 법원의 공판중심주의 강화와 국민참여재판의 도입 및 증거판단 엄격화의 추세로 과거에 무죄 사건건수와 무죄율이 증가한 것은 이와 같은 변화된 환경이 검사들에게 많은 어려움을 주고 있음을 반증하는 것이다. 그럼에도 불구하고 형사소송 과정에서 실체적 진실 발견에 대한 1차적 책임은 검사에게 있다는 점은 부정할 수 없다.

형사사법시스템의 근본적인 변화와 공판중심주의의 환경 속에서 검사는 어떻게 공판을 수행하는 것이 효과적일까? 본 연구는 검사의 효과적 공판수행 기법을, 특히 증인신문과 양형심리를 중심으로 다루고자 한다. 형사절차라는 동적 과정 속에서 검사가 실체적 진실발견을 통해 법관과 (배심을) 설득해야 하는 전략을 제시하고자 하는 것이다. 이하에서는 연구의 주요 내용을 요약 제시하고, 검사가 효과적으로 공판을 수행할 수 있는 기법들을 대안으로 제시하고자 한다.

먼저 본 연구의 제2장에서는 검사가 공판을 수행하는데 있어 주목해야 할 관점과 요소를 소개하였다. 주지하다시피 형사소송의 목적은 적법절차에 의한 실체적 진실의 신속한 발견과 범죄에 상응하는 적정한 형의 선고에 있다. 당연하게도 최근 강화된 공판중심주의는 공개주의, 구두변론주의 및 직접주의 또는 전문법칙을 그 핵심내용으로 한다. 때문에 공개된 법정에서 구두에 의하여 변론을 행할 때에만 법관은 공판정에서의 심리를 통하여 심증을 얻을 수 있고, 공판정에서 직접 조사한 증거에 의하여

심증을 형성하여야 법관은 정확한 심증을 얻을 수 있으며, 이는 곧 실체적 진실 발견에 도달하는 방법이라고 할 수 있는 것이다.

문제는 이 과정에서 검사의 역할이 어느 일방의 당사자에 그치는 것이 아니라 수사에서 기소 및 변론까지의 전 과정을 통해 실체적 진실을 밝혀야 한다는데 있다. 때문에 검사는 공판의 각 단계에서 적절한 역할과 전략을 고민해야 한다. 제2장에서는 검사가 효과적으로 공판을 수행하기 위한 쟁점을 기소요지 진술 등 모두절차에서 법관에게 사건의 전체적인 틀과 핵심 쟁점을 충분히 이해시키는 것, 피고인신문을 통해 피고인의 주장을 효과적으로 탄핵하는 것, 그리고 최종논고에서 검사의 논증과정을 설득력 있게 정리하는 것을 강조한다. 더 나아가 검사에게 입증책임이 있는 형사소송 절차에 있어 유죄판결을 받기 위해 기초적인 전제로서 가장 중요한 것은 법정에서 공소사실을 뒷받침할 충분한 증거를 제시하는 것으로, ‘증거조사’ 절차가 형사소송 절차의 핵심이라고 할 것이기 때문에 수사과정에서의 논증의 중요성을 강조하였다.

수사과정에서 검사의 공판 실무는 공판중심주의와 국민참여재판 도입의 현실에서 새로운 도전에 직면하게 된다. 법원의 공판중심주의 강화 방침에 따라 법관이 수사검사가 제조한 증거기록보다는 공판 과정에서의 증거조사 결과를 위주로 심증을 형성하려고 하는 추세가 강화되면서 법정에서의 피고인 또는 변호인의 주장에 경도되어 선입견을 가진 나머지 검사의 논증 과정을 제대로 이해하지 못한 채 판결을 내리게 될 가능성을 배제할 수 없다는 점이다. 또한 국민참여재판에서는 1차 판단권을 가진 배심원들이 심리에 참여한 후 평의를 통해 유무죄 판단을 하게 되는데, 배심원들은 증거기록 전체를 검토하지 못하고 오로지 법정에 현출되는 증거들을 토대로 판단을 내리게 되기도 한다.

이러한 문제의식을 바탕으로 제3장에서는 법관의 심증형성에 영향을 미치는 요소와 오류요인을 분석하였다. 법관의 심증에 오류를 형성하는 중요한 요인은 다른 아닌 법적인 사건의 불확실성(Uncertainty)에 있다. 여기에는 법관 개인의 편견, 수사과정에서 검사 논증의 미흡, 검사의 전문성 확보와 업무과중이라는 사법적 요소도 존재하지만 법률외적 요인들도 상당히 존재한다. 이러한 결론을 도출하기 위해 이 장에서는 사회과학의 연구성과, 그중에서도 (법)심리학의 연구성과를 적극 활용하였다. 한편 검사가 법관의 심증 형성을 통제하기 위한 방안으로 증거기록의 효과적인 제시와

형사소송법상 증거조사기법의 충분한 활용, 그리고 구두변론 강화의 전략을 제시하였다.

보다 구체적인 검사의 공판수행의 전략은 제4장에서 논의된다. 본 연구에서는 특히 증인신문에 주목하였다. 형사소송법이 공판중심주의와 그에 기초한 전문법칙을 채택하고 있기 때문에 증인으로부터 직접 체험한 사실에 대한 진술을 듣는 증인신문이 증거조사의 중심이 된다. 또한 증인에 대한 조사는 증언의 내용과 함께 증인의 표정과 진술태도까지 법관의 면전에 현출되어 법관의 심증형성에 영향을 미친다는 점에서도 매우 중요한 의미를 가지기 때문이다. 증인신문은 형사재판에서 이루어지는 증거조사 절차의 핵심으로, 결국 증인신문의 목표는 법관으로 하여금 유죄심증을 갖게 하는 것이라는 점에서 여기에서는 효과적인 증인신문의 모델을 세분하여 제시한다.

증인의 성격을 검찰 측 증인과 피고인 측 증인으로 구분하고 각 유형에 따른 효과적인 증인신문 모델에 관해 논하되, 그 전에 재판의 공정성 확보와 검사의 효율적인 공판 수행이라는 서로 다른 관점에서 문제의 소지가 있는 검사의 증인 사전 면담 문제를 분석하여 가상의 사례를 통해 구체적으로 제시하였다. 특히 증인신문 과정에서 반드시 준수하여야 할 형사소송법 및 형사소송규칙상 증인신문 방식에 관한 규정의 내용에 대한 언급을 통해 검사가 증인신문을 할 수 있는 보다 실천적인 지침을 제시하였다. 또한 검사의 효과적인 증인신문을 위해 진술증거를 평가할 수 있는 지표를 개발하였다. 실제적 진실의 발견을 위해서 진술증거를 잘 활용하기 위해서는 그 증명력을 평가할 수 있는 명확한 근거가 필요하기 때문이다. 이렇게 제시된 진술증거의 평가기준은 실제 대법원의 판례 분석에 적용함으로써 그 효과성을 예증하였다.

검사의 공판 수행에 있어서 검사의 구두변론의 중요성을 간과해서는 안된다. 특히 공판중심주의가 강화되면서 법정에서의 구두변론은 점점 더 중요해지고 있다. 최근 형사재판의 실무에서 검사는 모두절차에서 형식적으로 공소사실을 축약하여 설명하고 최종의견 진술 시에는 그냥 수사검사가 공판카드에 기재한 구형량만을 그대로 진술하거나 양형사유에 대한 간략한 언급을 하는 것에 그치고 있다. 그런데 이는 증거관계와 관련 법리에 대한 치밀한 논리 구성을 통해 법관을 설득해야 할 책무를 가진 검사가 단순히 법정에서 여러 증거를 나열하고 제출하는 것에 그치고 나머지 그 증거를 통한 공소사실의 입증 여부에 대한 고도의 논리적 판단을 전적으로 법관에게 맡겨버리는 결과를 초래하여, 법관의 심증형성을 전혀 통제할 수 없게 되는 것이다.

본 연구의 제5장에서는 검사의 효과적인 구두변론 기법을 제시하여 검사가 법관의 심증형성을 통제하고 효과적으로 설득하는 방안을 담아내고 있다. 당연하게도 검사가 형사재판의 가장 첫 단계인 모두진술을 통해 사건의 윤곽을 어떻게 드러내느냐, 그리고 재판의 마지막 절차인 최종의견 진술에서 사건의 쟁점을 어떻게 잡아 해당 쟁점마다 증거조사를 통해 나타난 증거들과 쟁점이 어떻게 연관되어 있는지를 얼마나 잘 드러내느냐에 따라 법관이 사건을 바라보는 시각이 결정되고, 이는 유무죄 판단에 결정적인 영향을 미칠 수 있다. 여기에서는 구두변론의 핵심인 모두진술과 최종의견 진술 기법과 원칙을 매우 구체적으로 제시하였다. 특히 현행 형사소송법의 규정에 근거하여 모두진술과 최종의견 진술의 내용과 구체적인 사례를 대안으로 보여준다.

마지막으로 본 연구에서 검사의 효과적 공판수행의 쟁점으로 다룬 것은 양형심리에 대한 검사의 논증이다. 양형에 대해 검사의 관점은 주로 피고인에게 불리한 사유, 즉 형을 가중하여야 할 사유의 발견과 입증에 있고, 법관의 관점은 검사와 피고인이 주장하는 사유에 대한 종합적인 검토에 있다. 이에 법원은 양형조사관 제도를 도입함으로써 법원에서 직접 양형사유를 수집하여 검토함으로써 실효성 있는 양형심리를 실시한다. 이와 같은 여건하에서 양형심리에 대한 검사의 관점은 피고인에게 불리한 사유, 즉 형을 가중하여야 할 사유의 발견과 입증에 있다고 할 것이고, 전반적인 양형사유의 조사는 위와 같이 법원에서 직접 실시하고 있으므로, 양형심리에 있어 검사의 주된 역할을 처벌의 수준을 높여야 할 사유, 즉 가중 사유의 발견과 입증에 둘 필요가 있다.

검사가 양형심리에 충실히 임하기 위해서는 먼저 제출할 양형자료를 충분히 수집하여야 한다. 이를 위해 피해자 진술의 충분한 확보는 물론이고 범죄심리학 분야 등 전문가 집단을 적극 활용하는 것이 필요하다. 경우에 따라 전략적으로는 피의자에 대한 영상 녹화를 조사에 적극적 활용하는 것도 고민해야 한다. 제도적으로는 검찰 양형조사관제를 도입하는 것도 검토해볼만하다 할 것이다. 또한 이렇게 충분히 수집된 양형자료는 효과적으로 법정에 현출해야 한다. 본 연구에서는 그 방안으로서 적극적인 피해자 증인신문, 피고인신문 강화, 검사 최종논고 절차의 적극적 활용을 제시하고 있다.

참고문헌

1. 국내 문헌

- 강동우, 합리적 의심의 여지가 없는 증명에 관한 연구, 성균관대학교 대학원 박사학위 논문, 2013.
- 김광수, 논리와 비판적 사고, 철학과 현실사, 2007.
- 권오걸, 사실인정과 언어적 한계, 형사정책연구 제24권 제1호, 2013.
- 김대근, 변호인의 진실의무, 형사소송법 핵심 판례 110선, 박영사, 2014.
- 김대근, 보복범죄의 범죄피해자 등 보호제도의 문제점과 개선방안, 고려법학 제77호, 2015.
- 김대근·승재현, 미국형사소송제도의 시행현황 및 우리 사법 환경과의 합치 여부 연구, 대검찰청, 2012.
- 김병수, 현행 형사소송법상에서 운영 가능한 양형심리절차 분리방안, 경희법학, 경희대학교 법학연구소, 2013.
- 김상준, 재판과 법관의 의사결정, 법과의 의사결정- 이론과 실무, 사법발전재단, 2010.
- 김상준, 무죄판결과 법관의 사실인정에 관한 연구 : 항소심의 파기자판 사례들을 중심으로, 서울대학교 대학원 박사학위논문, 2013.
- 김상준, 사실인정과 의사결정 모델에 관한 법심리학적 연구동향, 법학평론 제5권, 2014.
- 김성룡, 법학 논증론(I)-발전사와 유형, 준커뮤니케이션즈, 2009.
- 김종률, 검찰수사역량강화방안, 법무연수원, 2008.
- 김종률, 진술·증거분석을 통한 사실인정 방법론 연구, 한양대학교 대학원 박사학위 논문, 2014.
- 김종률, 합리적 심증과 과학적 사실인정, 대검찰청, 2010.
- 김종일, 검찰수사요원의 전문화방안, 법무공무원해외연수논문, 2003.
- 김청택·최인철, 법정의사결정에서의 판사들의 인지편향, 서울대학교 법학 제51권 제4호, 2010.

- 김창택·최인철, 법정의사결정에서의 판사들의 인지편향, 서울대학교법학 제51권 제4호 통권 제157호, 2010.
- 김한균, 검찰수사관 전문화를 위한 수사역량 교육·평가·자격체계 구축방안 연구, 대검찰청, 2014.
- 김형만, 형사절차상의 오판원인, 비교형사법연구, 제9권 제1호, 2007.
- 김희균, 사실인정과 증거분석 -전문가증언을 중심으로-, 서울시립대학교 법학연구소 형사법 연구센터, 2011.
- 김희균, 미국법 상 전문법칙의 최근 동향 : 공판중심주의의 문제, 형사법연구 제20권 제2호, 한국형사법학회, 2008.
- 노명선, 검찰의 신뢰확보방안 연구, 법무연수원, 2010.
- 대검찰청, 검찰연감, 2014.
- 독일형사법연구회 편역, 검사의 지위와 기능, 대검찰청, 2008.
- 문유석, 판사유감, 21세기북스, 2014.
- 박경래, 형사소송법 개정 이후 공판검사제도 운영실태와 개선방안에 관한 연구, 형사정책연구원, 2009.
- 박경래, 형사소송법 개정 이후 공판검사제도 운영실태와 개선방안에 관한 연구, 형사정책연구 제77권, 한국형사정책연구원, 2009.
- 박경래·이정민·이민호, 공판관련 조직구조 및 직무개편 방안 연구, 한국형사정책연구원, 2008.
- 박광배·김상준·한미영, 가상적인 재판 쟁점에서의 현역판사의 판단과 모의배심의 집단판단에 대한 인지적 방략의 효과, 한국심리학회지: 문화 및 사회문제, 한국사회문제심리학회지, 제11권 제1호, 2005.
- 박노섭, 독일 사실인정론에 관한 연구와 그 시사점, 형사정책 제18권 제1호, 2006
- 박노섭, 독일의 공판절차와 사실인정론에 관한 연구, 2006.
- 박노섭·이동희·이윤·장윤식, “범죄수사의 의의”, 범죄수사학, 경찰대학 출판부, 2014.
- 박미숙, 국민의 시각에서 바라본 미래검찰의 기능과 역할, 한국형사정책연구원, 2007.
- 박승진·최석윤·이경재, 각국의 검찰제도, 한국형사정책연구원, 1997.
- 박준호, 퍼스의 귀추와 가설의 방법, 범한철학 제37집, 2005.

- 박창호, 비교수사제도론, 박영사, 2004.
- 반홍식, 자유심증주의에서의 법관의 사실인정과 심증형성 과정의 합리화와 한계, 민사소송 제18권 제1호, 2014.
- 백광훈·신동일·이천현, 바람직한 검찰개혁의 방향, 한국형사정책연구원, 2003.
- 법무부, 수사기법연구, 1998.
- 법제사법위원회, 검찰수사관행에 대한 설문조사와 그 결과분석, 정기국회 정책자료집, 2005.
- 사법연수원, 검찰실무Ⅱ, 2013.
- 서울동부지방검찰청, 공판업무편람, 2005.
- 신동운, 간추린 신형사소송법, 법문사, 2015.
- 심동섭·최상철·한영민·노태권, 검찰일반직의 조사역량 강화방안, 법무연수원, 2005.
- 심희기, 형사정책과 사법개혁에 관한 조사, 연구 및 평가 (1) -[3] 사법개혁에 대한 평가와 전망, 한국형사정책연구원, 2007.
- 아트 마크먼 저, 박상진 역, '스마트 싱킹', 진성북스, 2012.
- 유병규·이천현, 검찰일반직의 수사자격인증제 도입방안, 한국형사정책연구원, 2004.
- 유혁상·권창국, 주요 선진국의 과학적 수사기법의 도입과 활용방안 연구, 한국형사정책연구원, 2005.
- 윤장석, 국민참여재판에서의 검사의 역할, 형사법 신동향 제22권, 대검찰청, 2009.
- 이기흥, 사회연구에서 가추와 역행추론의 방법, 사회와 역사 제80집, 2008.
- 이완규, 검사의 지위에 관한 연구 : 형사사법체계와의 관련성을 중심으로, 서울대학교 박사학위논문, 2005.
- 이완규, 검찰제도와 검사의 지위, 도서출판 성민기업, 2005.
- 이완규, 공판중심주의적 재판의 이해, 범죄방지포럼 제20호, 한국범죄방지재단, 2007.
- 이완규, 해외 연수 검사 좌담회- 외국의 공판중심주의적 재판 실무, 대검찰청, 2006.
- 이용구, 사실인정 과정의 논증, 법관의 의사결정: 이론과 실무 39-218, 2010.
- 이재상, 공판중심주의적 법정심리절차의 확립방안, 법학논집 제12권 제1호, 2007.
- 이재상, 형사소송법, 박영사, 2007.

- 이재상, 형사소송법, 박영사, 2013.
- 이재상 · 박미숙, 검사의 기소재량에 대한 연구, 한국형사정책연구원, 1992.
- 이정봉, 오스트리아 개정 형사소송법상의 검사의 지위와 수사절차에 관한 연구, 형사법의 신동향 제24권, 대검찰청, 2010.
- 임동규, 형사소송법, 법문사, 2012.
- 임웅, 형사소송에 있어서 소송관계인의 진실의무, 저스티스 통권 제117호, 한국법학원, 2010.
- 정진수 외, 21세기 형사사법개혁의 방향과 대국민 법률서비스 개선방안1, 한국형사정책연구원, 2004.
- 정태상, 특별검사의 수사에 있어서의 문제점과 특별검사법의 문제점, 토론회자료집, 2000.
- 정한중, 형사증거법 및 사실인정론, 2012.
- 조기영, 한국의 양형개혁과 양형심리절차의 개선방안, 동아법학 제44호, 동아대학교 법학연구소, 2009.
- 조원철, 심급별로 사실인정이 달라진 사건의 원인분석(형사), 법관의 의사결정 이론과 실무, 2010.
- 치안연구소, 수사요원 전문화 방안, 1996.
- 하재홍, 구두변론의 구성과 내러티브, 형사법의 신동향, 2015.
- John Buliosi 저, 한윤근 외공역, 검사의 공판기법, 대검찰청, 2008.
- 황지태, 형사정책과 사법개혁에 대한 조사, 연구 및 평가(1) -[2] 사법개혁의 방향과 중요 쟁점에 대한 전문가 의식 조사, 한국형사정책연구원, 2007.

2. 외국 문헌

- Alfred Allan Lewis, The Evidence Never Lies: The Case Book of a Modern Sherlock Holmes, Holt Rine Hart & Winston, 1984.
- Arkes, H. R., Principles in Judgment/Decision Making Research Pertinent to Legal Proceedings. Behavioral Sciences & the Law, 7(4), 1989.

- Baldwin, J. Video taping police interviews with suspects: an Evaluation. No. 1. Home Office Police Research Group, 1992.
- Becker, G. S.. Crime and Punishment: an Economic Approach. Journal of Political Economy, 76, 1968.
- Carol S. Steiker, Criminal Procedure Stories: An In-Depth Look at Leading Criminal Procedure Cases, Foundation Press, 2006.
- Dan Simon, In Doubt: The Psychology of the Criminal Justice Process, Harvard University Press, 2012.
- Fischer, H. R. Abductive Reasoning as a Way of Worldmaking, Foundations of Science Vol.6 No.4, 2001.
- Frederick Schauer, Playing by the Rules : A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life, Clarendon Press, 1991.
- Frederick Schauer, Thinking Like a Lawyer : A New Introduction to Legal Reasoning, Harvard University Press, 2009.
- Guthrie, C., Rachlinski, J. J. & Wistrich, A. J., Inside the Judicial Mind. Cornell Law Review, 86, 2001.
- Hagan, J., Extra-Legal Attributes and Criminal Sentencing: An Assessment of a Sociological Viewpoint. Law and Society Review, 8, 1973.
- Howell Jackson · Louis Kaplow · Steven Shavell · W. Viscusi · David Cope, Analytical Methods for Lawyers, Foundation Press, 2010.
- Isay, Rechtsnorm und Entscheidung, 1929.
- Johnson, J. D., Whitestone, E., Jackson, L. A., & Gatto, L. "Justice is Still not Colorblind: Differential Racial Effects of Exposure to Inadmissible Evidence." Personality and Social Psychology Bulletin 21, 9, 1995.
- Karl N. Llewellyn, The Theory of Rules, The University of Chicago Press, 2011.
- Larry Alexander · Emily Sherwin, Demystifying Legal Reasoning, Cambridge University Press, 2008.
- Lipshitz, R., & Strauss, O. Coping with Uncertainty: A Naturalistic Decision-

- Making Analysis. *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, 69(2), 1997.
- Loewenstein, G., Issacharoff, S., Camerer, C. & Babcock, L., Self-Serving Assessments of Fairness and Pretrial Bargaining. *The Journal of Legal Studies*, 22(1), 1993.
- Lüderssen, Juristische Topik und Konsensorientierte Rechtsgeltung, in: *Coing-Festschrift*, 1982.
- Merton, Robert K. "The Self-Fulfilling Prophecy." *The Antioch Review*, 1948.
- Pennington, D. C., Being Wise After the Event: An Investigation of Hindsight Bias. *Current Psychological Research*, 1(3-4), 1981.
- Pennington, N., & Hastie, R., Explaining the Evidence: Tests of the Story Model for Juror Decision Making. *Journal of Personality and Social Psychology*, 62(2), 1992.
- Pennington, N., & Hastie, R., Reasoning in Explanation-Based Decision Making. *Cognition*, 49(1), 1993.
- Posner, R. A., *An Economic Approach to the Law of Evidence*. *Stanford Law Review*, 51, 1999.
- Posner, R. A., *An Economic Theory of the Criminal Law*. *Columbia Law Review*, 85, 1985
- Rachlinski, J. J., Gains, Losses, and the Psychology of Litigation. *Southern California Law Review*, 70, 1996.
- Rachlinski, J. J., Heuristics and Biases in the Courts: Ignorance or Adaptation. *Oregon Law Review*, 79, 2000.
- Rachlinski, J. J., Johnson, S. L., Wistrich, A. J., & Guthrie, C., Does Unconscious Racial Bias Affect Trial Judges. *Notre Dame Law Review*, 2008.
- Raz, J., On the Autonomy of Legal Reasoning. *Ratio Juris*, 6(1), 1993.
- Rödiger, *Theorie des Gerichtlichen Erkenntnisverfahrens*, 1973.
- Ross, M., & Sicoly F., Egocentric Biases in Availability and Attribution. *Journal*

- of Personality and Social Psychology, 37(3), 1979.
- Schmidt, "Begründung" - Einige Probleme Eines Rechtstheroretischen Problems, in: Recht und Gesellschaft. FS f. H. Schelsky zum 65. Geburtstag, 1978.
- Simon, D., A third view of the black box: Cognitive coherence in legal decision making. The University of Chicago Law Review, 71(2), 2004.
- Snyder, Mark, and William B. Swann. "Hypothesis-Testing Processes in Social Interaction." Journal of Personality and Social Psychology 36.11, 1978.
- Steller, M., & Köhnken, G., Criteria-Based Statement Analysis. In C. Raskin (Ed.), Psychological Methods in Criminal Investigations and Evidence, 1989.
- Tversky, A., & Kahneman, D., Availability: A Heuristic for Judging Frequency and Probability. Cognitive Psychology, 5(2), 1973.
- Tversky, A., & Kahneman, D., Rational Choice and the Framing of Decisions. The Journal of Business, 59(4), 1981.
- Williamson T. From Interrogation to Investigative Interviewing: Strategic Trends in Police Questioning, Journal of Community and Applied Social Psychology, Vol. 3, 1993.
- Wilson, Timothy D., and Nancy Brekke. "Mental Contamination and Mental Correction: Unwanted Influences on Judgments and Evaluations." Psychological Bulletin 116, 1, 1994.
- Wissler, R. L., & Saks, M. J., On the Inefficacy of Limiting Instructions: When Jurors use Prior Conviction Evidence to Decide on Guilt. Law and Human Behavior, 9(1), 1985.
- Wood, G., The Knew-It-All-Along Effect. Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance, 4(2), 1978.
- 山室 專 外, 刑事尋問技術, 2003.

3. 인터넷 검색자료

<https://www.lawtimes.co.kr/Legal-Info/Research-Forum-View.aspx?serial=1834>

(최종 접속:2015.11.1.), 법률신문, 2008.5.26.

<https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?Serial=68358>(최종

접속:2015.11.1.), 법률신문, 2012.10.25.

<http://www.seoul.co.kr/news/newsView.php?id=20150808014001&spage=1>(최종

접속:2015.11.1.), 서울신문, 2015.8.8.

4. 판례

대법원 1983. 9. 13. 선고 83도712

대법원 1983. 9. 13. 선고 83도712 판결

대법원 1993. 3. 9. 선고 92도 2884 판결

대법원 1993.3.23. 선고 92도3327 판결

헌법재판소 1995. 6. 29. 93헌바45

대법원 1994. 2. 8. 선고 93도120

대법원 1994. 9. 13. 선고 94도1335

광주고법 1997. 12. 5. 선고 97노58

대법원 1998. 11. 13. 선고 96도1783

대법원 1999. 7. 13. 선고 97다57979

대법원 1999.10.22. 선고 99도3273 판결

대법원 1999.10.22. 선고 99도3273 판결

대법원 2001. 2. 9. 선고 2000도4946

대법원 2002. 2. 22. 선고 2001다23447판결.

대법원 2002. 2. 26. 선고 99다67079판결

대법원 2003. 10. 9. 선고, 2002도4372 판결

대법원 2004. 2. 27. 선고 2003도7033

- 대법원 2004. 6. 25 선고 2004도2221
대법원 2004. 6. 25. 선고 2004도222
대법원 2004. 12. 16. 선고, 2002도537 전원합의체 판결
대법원 2005. 5. 26. 선고 2005도130
대법원 2005. 9. 29. 선고 2005도 4411 판결
대법원 2006.5.25. 선고 2004도3619 판결
대법원 2007.1.25, 선고 2006도7342판결
대법원 2007. 5. 10. 선고 2007도1950
대법원 2007.12.13. 선고 2007도7257
대법원 2009. 3. 12. 선고 2008도8486
대법원 2009. 6. 11. 선고 2008도12111
대법원 2011. 4. 28. 선고 2010도14487 판결
대법원 2011.5.26. 선고 2011도1902 판결
대법원 2011.5.26. 선고 2011도1902 판결
대법원 2013.06.27. 선고 2013도4172 판결

Abstract

The Study on Prosecutor's Effective Performances in Trials : Focusing on the Interrogation of Witnesses and the Sentencing Trials

KIM, Dae Keun*

“Criminal procedure” in a narrow sense, like a trial at criminal court, requires an indictment made by a prosecutor. A prosecutor files an indictment when he or she is convinced of the defendant’s guilt after the investigation, which is conducted as a part of “criminal procedure” in a broad sense, to find substantial truth. Accordingly, for a prosecutor, the goal of finding a substantial truth as an objective of criminal procedure is for the criminal facts found through his investigation to be verified as objective facts. In order to achieve this goal, the prosecutor submits the evidential items he or she has collected through the investigation and proves the defendant’s guilt by examining the submitted evidence.

Consequently, a trial can be a process where the admissibility and weight of evidence submitted by a prosecutor are examined. Here, the trial is based on the “charged facts”, which are substantial truth found as a result of an investigation and the evidence submitted. In order for the facts found by a prosecutor through investigation to be verified as substantial truth through the trial process, the relevance of facts should be sufficiently demonstrated at the investigation stage, prior to indictment.

* Associate Research Fellow

The prosecutor's role in order to achieve the goal of the criminal procedure, which is finding a substantial truth through trial, is eventually a persuading the judge by presenting prosecutor's inference from investigation effectively. For this, the prosecutor has to make judges understand enough about the situation and the main issue in every process, including the testimony of indictments, refute the defendant's arguments through questioning and organize his or her inference in a convincing way. Furthermore, the most important basic premise in order to be convicted in the criminal court process, where the prosecutor has to prove the evidence, is to present enough evidences to support the facts about the crime, which should be able to be a subject to a prosecution. Therefore, the prosecutor's inference in the investigation process is very important because the process of 'the examination of evidence' is the main point of the criminal court.

Especially in the situation when there is no direct evidence and the prosecutor has to prove the fact only through circumstantial evidences, the prosecutor has to try some tactics of inference so that nobody could doubt from the beginning of the investigation. First of all, the prosecutor has to ensure a number of circumstantial evidences, and from those circumstantial evidences, the prosecutor has to confirm those circumstantial facts through the comprehensive consideration. Through the rules from the observation and measurements, the prosecutor should start oral proceedings after making sure those inferred facts from the through observation and analysis are reasonable. In this process, inferring main facts from the confirmed circumstantial fact and whether deciding those inferred main facts are reasonable, we can consider to apply abduction and retroduction as a philosophical concept.

Prosecutor's distinct demonstrations and inferences in the investigation encounter the new challenge in trial-base principle and the reality of facilitating the Civic

Participation in Criminal Trials Act. It means that, according to court's reinforcement of trial-base principle, the judges tend to make a decision based on the result of evidence examination in the trial, rather than the record of evidences submitted by investigation prosecutor, hence, there is a possibility that the judge can make a decision while having a prejudice made by defendant or lawyer's arguments and could not understand clearly on prosecutor's inference. Also, in the Civic Participation in Criminal Trials Act, the jury, who have the right of preliminary decision, participate in the hearing and through the discussion, they decide whether the defendant is guilty or not, they sometimes make a decision, not reviewing all the record of evidences, only by represented evidences in the trial.

Another major factor that makes an error to the judge or jury's decision is the uncertainty of legal case. In here, there are judicial factors like, the judge's prejudice, the lack of prosecutor's inference during the investigation, and the prosecutor's lack of expertise and case overloads but there are many non-judicial factors. In order to control the judge's and jury's developments of decision, it is necessary to present the record of evidence effectively, use of evidence examination technique according to the criminal procedure code, and make a strategy to intensify the oral proceedings.

In the criminal court process, the interrogation of the witness is the most important process to find a substantial truth. Therefore, it is important for the prosecutor to make an effective ways to interrogate the witness. First of all, as a specific plan for the effective interrogation would be the interrogation which consists of short questions/answers and open-ended questions. Next, the effective use of leading question, leading instinct understanding through questioning and answering about the minor facts. The fifth would be the assertive presentation of the evidence records and the use of visual and auditory

materials like Powerpoint presentations. The seventh would be the anticipated interrogation about the lawyer's questioning and questioning the witness's view about the conflicting point between defendant's and witness's statements. Lastly, the plan for when the witness change his or her statements and the active use of interviewing witness before the trial. Also, the specific strategy for questioning the defense witness would be firstly, thorough preparation and the active use of leading questions. Thirdly, the questions that could attenuate the trust of witness's testimony and the disentangle the direct and indirect experience. Lastly, objection to lawyer's leading questions. Moreover, regarding to prosecutor's witness questioning, it is also considerable to permit the prosecutor's witness interview prior to the trial. Furthermore, as trial-base principle is reinforced, the oral proceedings in the trial is getting more important, and as a basic step for the effective oral proceeding would be, having a judge's point of view, organize the arguments less than three, stick to firm attitudes and speech and use time effectively.

Furthermore, as another arguments of prosecutor's effective trial practice, the prosecutor's inference of sentencing hearing would be considered. In order for prosecutor to fully engaged in sentencing hearing, the prosecutor should collect enough presentence investigation. For this process, not only should the prosecutor ensure the victim's testimony and also, he or she should effectively use the specialized group, such as in the field of criminal psychology. The prosecutor should also think about using video record of the suspect strategically for the investigation. Institutionally, it is considerable to impose the prosecution sentence investigation. Also, this enough-collected data from presentence investigation should be represented effectively in the trial, for this, active victim questioning, intensify the defendant questioning and the effective use of prosecutor's final arguments.

연구총서 15-AA-01

검사의 효과적 공판수행 기법연구

- 증인신문 및 양형심리를 중심으로 -

발	행		2015년 12월
발	행	처	한국형사정책연구원
발	행	인	김진환
등	록		1990. 3. 20. 제21-143호
주	소		서울특별시 서초구 태봉로 114
전	화		(02)575-5282
홈	페	이	www.kic.re.kr
정	가		10,000원
인	쇄		(주)계문사 (02)725-5216
I	S	B	N 978-89-7366-016-2 93360

연구원의 허락 없이 보고서 내용의 일부 또는 전체를 복사하거나 전재하는 행위를 금합니다.