creative commons
COMMONS DEED

저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:

저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.

비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.

변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 이용허락규약(Legal Code)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

Disclaimer

dCollection

법학박사 학위논문

형사절차와 증거법의 구조적 연관성에 관한 연구

- 진술조서의 증거능력을 중심으로 -

2023 년 8 월

서울대학교 법학전문대학원

법학과 형사법 전공

이 창 온

형사절차와 증거법의 구조적 연관성에 관한 연구

- 진술조서의 증거능력을 중심으로 -

지도교수 이 상 원

이 논문을 법학전문박사 학위논문으로 제출함
2023 년 8 월

서울대학교 법학전문대학원
법학과 형사법 전공
이 창 온

이창온의 전문박사 학위논문을 인준함
2023 년 8 월

위 원 장 한 인 섭 (인)

부위원장 홍 진 영 (인)

위 원 원 혜 욱 (인)

위 원 김 희 균 (인)

위 원 이 상 원 (인)

국문초록

주요어 : 전문법칙, 진술조서, 직접주의, 반대신문권, 당사자주의, 직권주의, 공판중심주의
학 번 : 2012-30688

공판 외 제3자의 진술증거에 관한 형사증거법은 그 증거법이 적용되는 형사절차의 구조에 의존하여 형성된다.

Damaška에 따르면 영미법계 전문법칙과 독일의 직접주의는 전혀 다른 외양을 가지고 있는 것처럼 보이지만, 형사재판에서 실체적 진실을 제고하기 위해 공판 외의 진술증거의 증거 사용을 규제하는 기능을 수행하는 유사한 제도적 장치들이다. 그런데 Damaška는 직권주의 국가의 증거법과 구별되는 영미법계 전문법칙과 증거능력 배제 제도는 영미법계 형사절차가 가진 독특한 구조로부터 생성되었다고 주장한다. 당사자주의, 집중심리주의를 핵심으로 하는 공판중심주의, 배심제도 그리고 배심원과 직업법관으로 구성된 법원의 이중적 구조가 그러한 영미법계 형사절차 구조의 핵심에 해당한다. 이러한 영미법계 형사절차의 독특한 구조로부터 증거를 사전에 규제하는 증거능력 제도, 증거법 규칙을 위반한 당사자에 대한 징벌적 의미의 증거배제, 증거능력 단계에서의 사전적 증거통제를 가능하게 하는 증거배제 심리제도 또는 배심원에 대한 법관의 증거배제 지시 등 영미법계 증거법이 가진 독특한 제도적 특성들이 생성되어 나왔다.

한편, 당사자에게 증거의 수집, 선택, 제시에 대한 통제권이 주어지고 법관과 배심원 등 사실인정자는 수동적으로 당사자 주장의 당부만을 판단하게 되는 영미법계 형사절차에서, 반대신문권은 반대 당사자가 제시하는 증거를 검증할 수 있는 유일한 진실발견 장치로 기능하기 때문에, 진술증거의 신용성 보장이 그 핵심적 기능이 될 수밖에 없다. 반면 직권주의 형사절차에서는 법원과 검사가 진실규명의무를 부담하며 직권적으로 증거조사의 권한과 책임을 수행하게 되므로, 신용성 보장의 측면에 있어서 반대신문권의 의의가 절대적인 것은 아니다. 그런데 미국 연방대법원의 Crawford 판결과 유럽인권협약 제6조의 반대신문권 조항에 대한 유럽인권

법원의 판례들로 인해서 오늘날에는 양대 증거법의 전통 모두에서 반대신문권은 신용성 보장 장치보다는 공정한 재판을 보장하기 위한 절차적 기본권 및 인권으로서의 기능이 새롭게 부각되고 있다.

우리 형사증거법은 서구 법의 계수와 우리나라의 역사적 발전을 거치는 동안 형사절차의 구조와 부정합 상태에 놓이게 되었다. Damaška의 분석을 적용하면 우리 형사절차는 영미법계 당사자주의 형사절차의 특성을 전혀 갖추지 못하였음에도 불구하고, 증거법상으로는 영미법계 전문법칙을 채택하고 있다. 우리나라의 형사절차 구조와 증거법이 이러한 부정합 상태에 놓이게 됨으로써 형사소송법상 전문법칙에 관한 여러 해석적 난제가 발생하고 있으며, 향후 입법과 해석의 방향에 관하여도 견해가 충돌하고 있다.

우리나라의 전문법칙은 영미법계 전문법칙으로부터 그 형식과 개념을 차용하여 왔으나, 우리 형사소송법상 전문법칙은 영미법계 형사절차에서는 존재하지 않는 대륙법계 직권주의적 수사절차의 조서를 규제하고자 하는 목적으로 도입되어 기능하고 있다. 그로 인해서 우리 형사증거법상 여러 개념들이 영미법계 전문법칙의 개념들을 기초로 해석되고 설명되고 있으나, 그 개념들이 우리 형사절차의 현실에서 수행하고 있는 조서 규제의 실질적 기능과 개념의 내용이 조화롭게 부합하지 않는다. 즉, 우리 형사증거법은 영미법계 전문법칙의 요소를 강하게 포함하고 있으나, 현실적인 형사절차에서 작동되는 모습은 영미법계 증거법의 양상과 전혀 다르다. 이는 우리 형사절차의 구조가 직권주의적 수사절차의 전통에 의존하고 있으며, 특히 공판 전 단계에서 진술증거를 수집하고, 조서로 기록하는 검사와 사법경찰관을 두고 있기 때문이다. 이러한 부정합 상태는 전문법칙의 의의, 전문증거의 개념, 진정성립의 의미와 기능, 특신상태의 해석, 반대신문권의 효과 등에 걸쳐 해석상 어려움을 발생시킨다. 또한 우리 형사절차의 구조와 증거법의 부정합 현상이 구조적으로 파악되지 않기 때문에, 증거법의 개념과 그것이 현실에서 수행하는 기능이 서로 불일치하고 있는 현상, 그 구조적 긴장관계, 그리고 향후 바람직한 개혁에 소요될 사회적 비용 등이 투명하게 드러나지 않는다.

직권주의적 형사절차의 건전성을 지탱하는 핵심적인 힘은 공판 전 증거를 조사하고, 기록하는 검사와 사법경찰관의 객관성과 중립성이다. 우리 사회가 직권주의적 수사기구와 수사절차를 강하게 요청하면서도 동시에 수사기관의 객관성과 중립성에 대한 사회적 불신이 증가한 것이 우리 형사증거법을 직권주의적 형사절차와 지속적인 부정합 상태로 만든 근본적인 원인일 것이다. 그러한 사회적 불신에 대응하여 입법자와 대법원이 형사소송법 제정 이래 수사절차의 조서를 규제하는 증거법리를 독자적으로 형성해 왔다. 그 과정에서 우리 형사절차의 구조를 대대적으로 변혁하는데 소요되는 인적, 물적 자원의 증가를 초래하지 않으면서도 조서의 영향력을 감소시키고 피고인의 방어권을 제고하고자 노력한 측면은 긍정적으로 평가할 수 있을 것이다. 그러나 형사절차에서 발생하는 문제를 형사절차의 구조 개혁으로 해결하지 않고 증거법리의 변형만으로 대응하는 방식은 이제 한계에 이르렀다. 이러한 방식은 그 법리가 가진 실질적인 정책적 논거, 형사절차의 이념들 간의 긴장관계 그리고 그러한 변형 방식이 초래하는 사회적 비용이나 부작용을 투명하게 드러내지 못한다. 이는 균형 있고 합리적인 대안의 모색을 어렵게 만들며, 장기적으로는 형사절차에 대한 불신을 가중시키는 악순환을 불러올 것이다.

목 차

제 1 장 서 론 ····· 1

제 1 절 연구의 배경 ····· 1

제 2 절 논문의 개요와 구성 ····· 4

1. 논문의 개요 ····· 4

2. 논문의 구성 ····· 11

제 2 장 영미법계 증거법과 대륙법계 증거법 ····· 13

제 1 절 증명과 증거법 ····· 13

1. 진술증거의 증명 ····· 13

2. 증명과 합리주의적 전통 ····· 20

3. 형사절차의 전통과 증거법 ····· 30

제 2 절 영미법계 증거법 ····· 36

1. 전문증거의 개념 ····· 36

2. 전문법칙의 예외 ····· 55

제 3 절 대륙법계 증거법 ····· 79

1. 프랑스의 증거자유주의 전통 ····· 79

2. 독일의 직접주의 전통 ····· 90

제 3 장 형사절차와 증거법의 구조적 연관 ····· 113

제 1 절 당사자주의와 직권주의 증거법의 구조적 분석 113

1. 직권주의 형사절차와 증거법의 구조적 연관 ····· 113

2. Damaška의 역사적, 구조적, 비교법적 방법론 ····· 127

3. 영미법계 형사절차와 전문법칙의 구조적 연관 ····· 132

제 2 절 형사절차의 구조와 반대신문권의 기능 ····· 155

1. 형사절차의 구조와 반대신문권의 관계 ····· 155

2. 반대신문권의 절차적 기본권, 인권으로서의 기능 ····· 163

제 3 절 형사절차의 구조와 사회, 문화적 구조 ····· 185

1. 형사절차의 사회, 문화적 구조 의존성 ····· 185
2. 영미법계 형사절차의 사회, 문화적 구조 ····· 191
3. 국제형사절차와 증거법 ····· 198
4. 형사절차의 세계적 융합 현상 ····· 203
5. 형사절차의 구조와 사회, 문화적 구조의 관계 ····· 205

제 4 장 형사절차의 구조와 진술조서의 증거능력 ·· 206
제 1 절 우리나라 형사절차의 구조와 증거법의 부정합 206
1. 우리나라 형사절차의 구조 ····· 206
2. 증거법의 구조적 부정합 ····· 221
3. 제정 형사소송법의 형사절차 구조와 증거법 ····· 247
제 2 절 진술조서의 증거능력 요건 ····· 260
1. 형사소송법상 전문법칙의 의의에 관한 문제점 ····· 260
2. 전문증거 개념의 해석에 관한 문제점 ····· 268
3. 전문법칙상 진정성립 요건의 해석에 관한 문제점 ····· 271
4. 전문법칙상 특신상태 요건의 해석에 관한 문제점 ····· 288
5. 진술조서에 관한 반대신문권 보장의 문제점 ····· 319

제 5 장 결 론 ····· 334

참고문헌 ····· 339
Abstract ····· 351

[일러두기]

※ 본고는 「서울대학교 연구윤리지침(2022. 1. 18. 일부개정된 것)」 제9조 제2항 제2호에 따라 아래와 같이 출간된 필자의 논문 및 출간되지 아니한 연구보고서들을 활용하였음. 그러나 극히 일부분을 활용하였거나, 대부분을 본 논문의 논지에 맞게 새로 작성하거나 대폭 변형하였음.

- 제2장 제2절 1. 전문증거의 개념 부분: 이창온, “전문증거의 개념에 관한 인식론적, 비교법적 소고”. 형사법의 신동향, vol. 78(2023)
- 제2장 제3절 1.(4) 프랑스의 수사절차 부분: 이창온, 검찰수사에서 변호인의 변론절차 방식의 개선에 관한 연구, 대검찰청 연구보고서(2021), 이창온, “수사와 기소 분리론의 비판적 검토 - 비교법적 검토를 중심으로”, 형사소송의 이론과 실무 제14권 제2호(2022)
- 제3장 제2절 형사절차의 구조와 반대신문의 기능, 제4장 제2절 5. 진술조서에 관한 반대신문권 보장의 문제점 관련 부분 : 이창온, “형사소송법상 반대신문권과 국제인권법의 적용가능성에 관한 연구”, 형사소송의 이론과 실무 제13권 제3호(2021), 이창온, “반대신문권 보장의 헌법 및 인권법적 의의와 비교법적 검토 - 헌법재판소 2021. 12. 23. 2018헌바524 결정에 관한 평석-”, 형사소송 이론과 실무, 제14권 제2호(2022)
- 제3장 제3절 1. 형사절차의 사회, 문화적 구조 의존성 부분 : 이창온, “미국의 수사규제제도 - 비교형사사법 시스템적 고찰을 중심으로”, 형사법의 신동향 29호(2010)

제 1 장 서 론

제 1 절 연구의 배경

1954년 형사소송법이 제정된 이후 70년 가량 흘렀다. 그 후 현재까지 형사소송법은 39차례나 개정되었다. 그동안 우리나라가 민주화 과정을 겪으면서 정치, 사회, 문화가 급격하고 크게 변화한 만큼 형사절차도 크게 바뀌었다. 권위주의 정권 하에서의 국가권력 위주의 억압적인 형사사법으로부터 이제 피의자의 인권 보장을 중심으로 하는 형사사법의 민주화가 서구의 어느 나라에도 뒤지지 않을 정도의 상당히 높은 수준까지 이루어졌다. 사법부의 독립성에 대한 국민들의 신뢰도 이제 어느 정도 정착되었다. 자유권규약 등 국제인권규범에 비추어보더라도 우리나라의 형사절차는 유엔 자유권위원회 등 주요인권기구로부터 중대한 인권침해 사항을 지적받을 만한 단계를 이미 지나간 것으로 보인다. 최근 20년간의 변화를 돌아보면, 위법수집증거배제법칙의 도입, 변호인의 피의자신문참여권의 인정, 재정신청제도의 확대, 검사 작성 피의자신문조서의 증거능력 약화, 국민참여재판의 도입, 검찰과 경찰의 수사권 조정, 고위공직자범죄수사처의 설립으로 인한 검찰권의 이원화 등 국가권력, 특히 검찰권의 약화 경향이 확연히 드러난다.

반면 그 세월 동안 변하지 않은 것도 많다. 특히 형사증거법 분야가 그러하다. 기술 발전으로 인해 영상기록이 가능해진 오늘날에도 여전히 수사기관은 소환조사를 하면서 조서를 작성하고 수사기록을 만든다. 그러한 조서는 공판 단계에서 여전히 증거로 사용되며, 조서에 의존한 재판이라는 비판도 여전하다. 형사소송법상 전문법칙은 일반인들뿐만 아니라 법학을 공부하는 학생들과 법률전문가들에게도 여전히 복잡하고 난해하다. 변호인의 참여권과 피고인의 방어권이 제도적으로는 이제 서구 어느 나라에 못지 않게 잘 보장되어 있음에도 불구하고, 수사권 남용에 의한 피해가 발생한다는 비판의 목소리도 여전히 높고, 형사절차법, 검찰

조직법 및 형사증거법 등 다양한 분야에 걸쳐 검찰권이 약화되어 왔음에도 검찰의 수사는 여전히 언론의 주목을 받고 있으며, 과도한 검찰권 행사에 대한 비판도 일각에서 강력하게 제기된다. 형사사법의 주도권을 두고 법원, 검찰, 경찰 간의 갈등도 여전하다.

한편, 우리 사회 내에서 만연한 불공정과 부패에 대하여 국가가 형사사법 정의를 세워줄 것을 요구하는 국민적 열망도 여전히 강하게 존재한다. 수사기관과 사법부가 무능, 부패나 제도적 제약으로 인해 이를 제대로 수행하지 못할 때 사회적으로 강력한 부와 권력을 가진 자들이나 사회에 중대한 해악을 끼치는 범죄자들이 제대로 처벌을 받지 않는 불의(impunity)에 대한 국민들의 불만도 여전히 높다. 이러한 문제는 사회와 범죄의 양상이 복잡해지고 이에 대응하는 수사 및 사법기구의 효율성이 감소하면서 더 심화되고 있다. 이렇듯 형사사법의 민주화와 형사사법 정의의 요구가 강하게 충돌하는 급격한 변화의 시대에 일견 크게 변화한 것처럼 보이면서도 근본적으로는 변화되지 못한 형사증거법이 향후 나아가야 할 방향이 무엇인가를 고민하는 과정에서 본 논문의 주제가 형성되었다.

제정 형사소송법은 우리나라 고유의 역사적 전통 위에서 구축된 것이 아니었다. 당시 입법자들은 서구로부터 형사절차와 증거법을 계수하면서 나라의 독립과 전쟁 직후 우리의 어려운 현실을 고려하여 부득이 혼합하고 변형할 수밖에 없었다. 그래서 우리나라의 형사증거법은 독특하게도 대륙법계 직권주의 증거법과 영미법계 전문법칙의 요소를 모두 포함하고 있다. 그런데 그러한 증거법이 실무에서 작동하는 모습은 그 어느 증거법 전통의 양상과도 다르다. 이는 우리 형사소송법이 양쪽으로부터 모두 영향을 받았으나, 우리 고유의 형사사법 현실 속에서 독자적으로 발전하여 왔기 때문이다. 형사소송법이 제정된 이후에도 우리 국가와 사회가 급격한 역사적 변화를 지속적으로 겪어 왔기 때문에, 아직까지 형사절차와 증거법에 대한 우리 고유의 역사적 전통이 형성되었다고 말하기는 어렵다. 고유한 역사적 전통도 없이 시작된 형사절차가 외부환경의 변화에 따라 지속적으로 변화를 겪게 되는 상황에서는 형사절차의 이념과 방향성에 대한 규범적 지향과 견해도 사람마다 크게 다를 수밖에 없다.

오늘날의 형사증거법이 형사사법의 민주화와 형사사법에 대한 정의의 요구에 적절히 부응하는데 있어서 제대로 기능을 발휘하지 못하고 있고, 그 이유가 우리 형사절차와 증거법이 대륙법계 직권주의와 영미법계 당사자주의 전통을 구조 정합적으로 결합시키지 못하였기 때문이 아닌가 하는 의심에서 본 연구의 방향이 비롯되었다. 외국의 법제를 참조하여 다양한 방향으로 형사절차와 증거법의 개혁 시도가 반복되고 있지만, 그 결과는 썩 만족스럽지 않으며, 시간이 흐르면 또 다른 방향으로의 개혁 요구가 계속해서 나오는 이유도 그러한 구조적 부정합 상태 때문이라는 것이다. 형사증거법이 가진 근본적인 문제는 우리의 역사와 문화가 부정합적인 제도를 생성하면서 배태한 것일 수 있기 때문에, 그 복합적인 제도를 전체적으로 파악하여 체계적으로 변화시키지 않는다면, 제도의 일부만을 바꾸더라도 사회적 비용만 치르게 될 뿐 좋은 결과를 얻기 어려울 수 있다.[1] 미국 연방대법원도 비슷한 취지의 판시를 한 적이 있다. "사법체계의 변화에 대한 제안을 평가함에 있어서 가장 중요한 것은 체계의 진정한 본성을 존중하는 것이며, 형사소송절차의 진정한 본성을 이해하고 평가하기 위해서는 우리에게 있어서 진정한 본성이 아닌 것이 무엇인지 알아내는 것이 필요하다."[2]

형사소송법 제정 당시 입법자들의 논의를 살펴보면 이론과 현실 사이의 긴장관계, 형사재판에서의 실체진실의 가치와 민주주의 이념 사이의 균형감각 등이 이미 날카롭게 제시되고 있음을 발견하게 된다. 많은 세월이 흘렀음에도 우리 형사절차와 증거법은 여전히 그 당시의 임시적인 지형에 그대로 머물러 있는 것은 아닌가, 오히려 그 당시의 날카로운 균형감각이 불투명하게 무디어진 것은 아닌가 하는 의문이 든다.

---

1) David Alan Sklansky, Anti-Inquisitorialism, Harvard Law Review Vol. 122, No. 6, 1677면.

2) Michelson v.United States, 335 US 469, 486(1948).

제 2 절 논문의 개요와 구성

1. 논문의 개요

본 논문의 핵심 주장은 공판 외 제3자의 진술증거[3]에 관한 형사증거법은 그 증거법이 적용되는 형사절차의 구조에 의존하여 형성된다는 것이다. 서구의 양대 증거법 전통을 이루는 영미법계와 대륙법계 직권주의 형사절차의 구조와 증거법을 먼저 비교법적으로 살펴본 후, 구조적으로 분석하는 과정에서 그러한 주장의 타당성이 확인될 것이다. 본 논문은 미국 예일 로스쿨(Yale Law School)의 비교증거법학자인 Mirjan R. Damaška의 역사적, 구조적, 비교법적 방법론을 기초로 해서 형사절차와 증거법의 구조적 관계를 이론적으로 분석한 후, 그 결과를 우리 형사소송법상 진술증거의 증거능력 요건에 관하여 적용하려고 시도한다.

---

3) 여기에서 진술증거라는 용어는 ① 공판에서의 증언, ② 공판 외에서의 전문증거에 해당하는 진술, ③ 공판 외에서 전문증거에 해당하지 않는 진술을 모두 포함한다. 이러한 분류는 진술증거를 진술이 담고 있는 사실의 정보라는 관점에서 파악하는 것이다. 그러나 진술이 현출되는 증거방법이라는 관점에서 진술증거를 파악하면 훨씬 다양한 유형들이 여기에 포함된다. ②, ③의 경우 그러한 공판 외 진술을 공판 단계에 현출하는 수단이 매우 다양하기 때문이다. 그러한 수단의 유형으로는 공판 외에서의 진술을 공판에서 진술자가 아닌 제3자가 증언하는 전문진술, 공판 외에서 진술을 사적 단계에서 기록한 진술서 내지 진술기재서류, 공판 외에서 진술을 수사절차에서 기록한 진술조서(진술서), 그러한 진술들이 기록된 녹음물이나 영상녹화물 등이 있다. 증거법의 규율방식은 진술증거를 바라보는 이러한 관점부터가 서로 다르다. 영미법계 전문법칙은 진술이 담고 있는 정보라는 관점에서 진술증거를 분류하고 규율하나, 대륙법계 직권주의는 직권적 증거조사의 대상이 되는, 진술의 현출 수단이라는 관점에서 이를 규율한다. 본 논문은 진술증거의 한 유형인 제3자의 진술조서에 대한 규율을 비교법적으로 살펴보고자 하는 것이나, 그러한 규율방식을 비교법적으로 정확하게 이해하려면 진술증거 전반에 관한 고찰이 불가피하다. 이하에서 진술증거라는 용어는 영미법계 전문법칙의 맥락에서 논의할 때는 정보의 관점에서 공판 외 진술 자체를 의미하나, 대륙법계 직권주의의 맥락에서는 진술의 현출수단인 전문증언, 진술서, 진술조서, 녹음물 또는 영상녹화물을 의미한다. 진술과 전문증거의 관계에 관하여는 아래 제2장 제2절 1. 전문증거의 개념 참조.

Damaška에 따르면 영미법계 전문법칙과 독일의 직접주의는 전혀 다른 외양을 가지고 있는 것처럼 보이지만, 형사재판에서 실체적 진실을 제고하기 위해 공판 외의 진술증거의 증거 사용[4]을 규제하는 기능을 수행하는 유사한 제도적 장치들이다. 양대 전통의 유사성과 차이점을 파악하기 위하여 먼저 영미법계 전문법칙과 직권주의 증거법을 살펴본다.

다음으로 Damaška의 구조적, 비교법적 방법론을 이용하여 양대 증거법 전통의 차이점이 어떠한 형사절차의 구조에서 파생되었는지 살펴본다. Damaška는 영미법계 형사절차의 구조적 특성을 분석하여, 대륙법계 직권주의 증거법에는 존재하지 않는 영미법계 전문법칙은 영미법계 형사절차의 구조적 특성으로부터 인과적으로 형성되었다고 주장하였다. 즉, 영미법계 전문법칙과 증거능력 제도는 영미법계 형사절차가 가진 독특한 구조들로부터 생성되었다는 것이다. 첫째, 증거수집, 선택, 제시의 권한과 책임을 당사자의 통제에 전적으로 맡기고, 사실인정자는 직권적 증거조사를 하지 않고 당사자의 주장을 수동적으로 판단할 뿐인 당사자주의(adversary system), 둘째, 재판절차가 집중심리에 의해 단기간에 진행되는 공판중심주의(집중심리주의, concentrated proceeding), 셋째, 배심제도(lay adjudicators), 넷째, 배심원과 직업법관으로 구성된 법원의 이중적인 구조(divided trial court)가 바로 그러한 영미법계 형사절차의 독특한 구조에 해당한다. 이러한 구조로부터 증거를 사전에 규제하는 증거능력 제도, 증거법 규칙을 위반한 당사자에 대한 징벌적 의미의 증거배제, 증거능력 단계에서의 사전적 증거통제를 가능하게 하는 증거배제 심리제도(pre-trial motion) 또는 증거배제 지시(jury admonition) 등의 영미법계 증거법 제도가 생성되어 나왔다.

한편, Damaška는 유럽인권협약과 미국 연방대법원의 Crawford 판결로 인해 새롭게 부각되고 있었던 반대신문권의 절차적 기본권으로서의 기능에는 크게 주목하지 못하였다. 따라서 유럽인권협약과 미국 연방대법원의 Crawford 판결을 통해 형사절차의 구조와 반대신문권의 관계 및 그 절

4) 증거능력(admissibility)라는 용어는 이미 증거를 사전에 규제한다는 영미법계 증거법의 개념이 전제된 것인데, 본 논문은 대륙법계 직권주의 증거법을 포함하여 분석하므로 법원이 사실인정에 증거를 사용할 것인지 여부에 관하여 언급할 때에는 증거 사용이라는 용어를 사용한다.

차적 기본권 내지 인권으로서의 현대적 위상에 관하여 살펴본다.

반대신문권 또한 형사절차의 구조에 따라서 서로 다른 의의를 가진다. 당사자에게 증거의 수집, 선택, 제시에 대한 통제권이 주어지고 사실인정자가 수동적으로 당사자 주장의 당부만을 판단하는 영미법계 형사절차에서 반대신문권은 반대 당사자가 제시하는 증거를 검증할 수 있는 유일한 진실발견 장치로 기능하기 때문에 진술증거의 신용성 보장이 그 핵심적 기능이다. 반면 직권주의 형사절차에서는 법원과 검사가 진실규명의 무를 가지고 직권적으로 증거조사 권한과 책임을 수행하므로 신용성 보장의 측면에 있어서 반대신문권의 의의는 그리 크지 않았다. 따라서 전통적으로 영미법계 전문법칙에서는 반대신문권이 보장되지 않은 진술증거는 그 예외 요건을 충족하지 않는 이상 증거능력이 없었으나, 직권주의 증거법에서는 그렇지 않았다. 그러나 미국은 수정헌법 제6조의 대면권의 요건이 2004년 Crawford 판결을 통해 전문법칙 예외에 대한 해석론, 즉, 신용성 보장 요건과 분리되었으며, 유럽 직권주의 형사절차를 채택한 국가들도 유럽인권협약 제6조의 반대신문권 조항이 구속력 있는 규범으로서 국내 형사절차에 적용됨으로써 이제 양 증거법 전통 모두에서 반대신문권은 신용성 보장 장치보다는 공정한 재판을 보장하기 위한 절차적 기본권 및 인권으로서 새롭게 부각되었다. 그럼에도 불구하고 우리 대법원과 헌법재판소는 반대신문권을 여전히 전문법칙상 신용성 보장 장치로서 주로 이해하면서 조서의 증거능력을 규제하기 위한 제도적 수단으로 관념하고 있다. 그러나 영미법계 형사절차 하에서도 대면권의 요건은 더 이상 전문법칙상 신용성 보장의 예외 요건과 일치하지 않으며, 유럽인권협약상 반대신문권 조항은 전문법칙의 채택을 의미하지 않으므로, 우리 법원의 이해는 반대신문권에 대한 비교법적 관점과는 차이가 있다.

본 논문의 또 다른 핵심 주장은 우리 형사증거법이 서구 법의 계수와 우리의 역사적 발전과정에서 우리 형사절차[5]의 구조와 부정합 상태에

5) 여기에서 형사절차는 공소제기 후 증거조사가 진행되는 형사소송절차뿐만 아니라 수사절차를 포함한다. 형사소송법에서 공판 예비절차 내지 1심 공판절차 내에 수사절차가 규정되어 있는 대륙법계 형사소송법이나 우리 형사소송법에서 수사절차가 형사절차에 포함된다는 것은 당연한 것이다. 그러나 당사자주의 형사절차를 채택한 미국에서는 당사자의 대결구도가 형성되는 형사소

놓이게 되었다는 것이다. 이러한 부정합[6] 현상을 확인하기 위하여 우선 우리 형사절차의 구조를 Damask의 역사적, 구조적 분석에 기초하여 검토할 것이다. Damaška의 분석에 따르면 우리 형사절차는 영미법계 당사자주의 형사절차의 특성을 한 가지도 갖추지 못하였음에도 증거법상으로는 영미법계 전문법칙을 채택하였다는 것이 확인된다. 대법원은 우리 형사절차의 구조와 증거법을 통일적으로 해석해내기 위하여 공판중심주의, 실질적 직접심리주의를 제시하였다. 그러나 본 논문은 그러한 법리적 선언이 실제 우리 형사절차와 증거법의 현상에 대한 정합적인 설명력을 충분히 갖추지 못하고 있음을 비판할 것이다. 그런 다음 제정 형사소송법의 제정 경위를 살펴봄으로써 그러한 부정합 상태가 발생하게 된 현실적, 역사적 원인을 파악해보려고 한다.

마지막으로 위와 같은 구조적, 비교법적 분석 결과를 참고인 진술조서의 증거능력 요건을 중심으로 형사소송법상 전문법칙에 적용해보고자 하였다. 그 과정에서 우리나라의 형사절차 구조와 증거법이 부정합 상태에 놓이게 됨으로써 형사소송법상 전문법칙의 해석적 난제와 입법적 견해의 충돌이 발생하고 있다는 점이 확인될 것이다. 이를 위하여 참고인 진술조

추 시점에서 비로소 공식적인 형사절차가 개시되며, 형사소추는 법원 최초출석(first formal hearing, initial appearance), 기소인부절차(arraignment), 예비심문(preliminary hearing), 기소절차(indictment, information, formal charge) 등이 이뤄진 때로부터 개시되므로, 수사절차가 형사절차에 포함된다는 것이 명백한 것은 아니다. Yale Kamisar 외 5인, Modern Criminal Procedure, 15th, West Academic Publishing(2019), 84면 참조. 이하에서 당사자주의와 직권주의를 구분함에 있어서 수사절차의 구조가 핵심적인 역할을 한다.

6) Damaška는 영미법계 형사절차가 배심제의 약화에 따른 법원의 이원적 구조의 완화 등의 현상을 겪으면서 당사자주의 증거법이 형사절차의 구조로부터 표류(adrift)하고 있다고 주장하였다. 그래서 본 논문의 분석의 기초를 이루는 그의 저서의 제목도 “Evidence Law adrift”이다. Damaška의 어법을 따라 본 논문은 형사절차의 구조와 증거법이 역사적, 구조적 연관관계에서 벗어나 있는 경우를 ‘부정합 상태’로 표현할 것이다. 그러나 이는 현상에 대한 분석적 설명을 위한 것이며, 그러한 현상이 바람직하지 않다는 규범적 평가까지 포함하는 것은 아니다. 다만 구조적 부정합이 원래 제도가 목표했던 기능의 약화를 초래한다는 점은 논증 자체에 내포되어 있다. 그러나 그러한 부정합 상태가 규범적으로 바람직하지 않은지 여부는 별개의 논증에 해당한다.

서의 증거능력 요건을 이루는 전문증거의 개념, 진정성립, 특신상태, 반대신문권 보장을 비판적 관점에서 검토한다.

본 논문의 고찰 범위에서 피의자의 공판 외 자백에 대한 부분은 제외하였다. 피의자의 공판 외 자백에 대한 규제는 실체진실 발견의 목적만큼이나 피의자의 인권 보호라는 목적이 강하게 작용한다. 따라서 비교법적 관점에 따른 체계적 차이가 크게 부각되기 어렵다. 예컨대 공판 외 진술증거에 대한 일반적인 규제가 강력한 영미법계 전문법칙 하에서는 경찰의 신문 하에서 이루어진 피의자의 자백이 특별한 요건 없이 증거로 사용될 수 있는 반면, 공판 외 진술증거에 대한 증거능력 규제가 존재하지 않는 독일 직접주의 하에서는 오히려 피의자신문조서를 직접 증거로 사용할 수 없다. 피의자 보호의 관점에서 피의자신문조서를 규제하는 것은 당해 수사절차에서 피의자에 대한 인권침해가 발생할 위험이 어느정도 크다고 인식되는지에 달려 있는 것이며 실체진실 발견이라는 증거법적 이념에만 의존하는 것은 아니기 때문이다.

우리 전문법칙은 영미법계 전문법칙으로부터 형식과 개념을 차용하여 왔으나, 우리 법상 전문법칙은 실질적으로는 영미법계 형사절차에서는 존재하지 않는 대륙법계 수사절차의 조서의 증거 사용 및 규제의 목적으로 기능하고 있다. 이로 인해 우리 형사증거법의 개념은 영미법계 전문법칙을 기초로 제시되고 있으나 그 개념이 형사절차 현실에서 실질적으로 수행하고 있는 수사절차 조서 규제의 기능과 조화롭게 부합하지 않는다. 즉, 우리 형사증거법은 영미법계 전문법칙의 요소를 강하게 포함하고 있으나 현실적인 형사절차에서 작동되는 모습은 영미법계 증거법의 양상과 전혀 다르다. 이는 우리 형사절차의 구조가 직권주의적 수사절차의 전통에 의존하고 있으며, 특히 공판 전 단계에서 진술증거를 수집, 기록하는 검사와 사법경찰관을 두고 있기 때문이다.

우리 형사소송법은 서구의 양쪽 전통으로부터 영향을 받으면서 형사절차는 대륙법계 직권주의에서, 증거법은 영미법계 전문법칙에서 더 강한 영향을 받았고, 해방 직후 어려운 형사사법 현실 속에서 이를 실용적으로 변형시켰다. 우리 형사절차의 구조는 검사가 진술증거를 수집, 기록하고 조서의 형태로 공판 단계에 제출하고, 법원은 수사절차 조서와 공판 단

계에서 직권적으로 수집한 증거를 토대로 판결하는 형태로 역사적으로 형성되었으며 그 원형이 현재까지 유지되고 있다. 그런데 우리의 사회와 역사가 민주적으로 발전하는 과정에서 수사기관의 객관성과 중립성에 대한 강한 불신이 생성되자, 우리의 증거법은 수사기관의 조서의 증거사용을 규제하기 위하여 영미법계 전문법칙의 전통의 영향을 점차 더 강하게 받아왔다. 그러한 우리 증거법의 독자적 발전의 역사는 전통적인 영미법계 전문법칙에서는 이질적인 요소인 서류의 진정성립 요건을 반대신문권 보장과 결합시키고, 사적 단계의 진술의 신용성에 관한 영미법상 특신상태 개념을 수사절차에서 작성된 조서에 적용시킨 것에서 비롯되었다.

우리 형사절차는 일제 식민지 하에서 일본을 통해 대륙법계 직권주의 형사절차를 계수하였다. 그 후 우리 형사소송법 제정과정에서 영미법의 영향을 받았으며, 지난 70년간 형사절차의 대폭적인 변화가 지속적으로 이루어졌다. 그러한 변화는 특히 수사기관의 조서의 기능과 규제에 관하여 집중적으로 이루어졌으나, 현재까지도 우리 형사절차의 방향에 대한 치열한 논쟁은 계속되고 있으며, 따라서 향후에도 변화가 계속될 가능성이 있다. 제도 자체가 계속적으로 대폭 변화하고, 견해 대립이 치열한 상황에서는 전통적인 해석법학의 방법론으로 우리 제도를 제대로 파악하고 미래의 방향을 예측하거나 제시하기에는 한계가 있다. 본 논문은 해석법학의 방법론을 취하지 아니하고 역사적, 구조적 제도 분석 방법을 취함으로써 우리 증거법이 역사적으로 어떠한 경로를 따라서 영미법계나 대륙법계 증거법과 다른 모습을 가지게 되었고, 문언 해석상 난점이 발생하거나 입법론이 치열한 대립 양상을 보이는 구조적 원인이 무엇인지를 규명하고자 시도한다. 이러한 방법론은 규범적인 관점에서 어떠한 해석론이나 입법론이 타당하다는 점을 논증하고자 하는 것은 아니다. 우리 형사절차와 증거법의 방향성에 관하여 서로 다른 규범적 관점을 가질 수 있다고 하더라도, Damaška의 역사적, 구조적 분석방법을 우리 법에 적용해봄으로써 구조적 배경과 해석적, 입법적 쟁점을 좀 더 명확히 드러내는데 도움이 되리라고 생각한다.

나아가 본 논문은 형사절차의 구조와 증거법의 부정합 현상이 구조적으로 파악되지 않기 때문에 증거법의 개념과 그것이 현실에서 수행하는

기능이 서로 불일치하고 있음에도 그 긴장관계와 진정한 개혁에 소요되는 사회적 비용이 투명하게 드러나지 않는다는 점을 비판하고자 한다. 직권주의적 형사절차의 건전성을 지탱하는 핵심적인 힘은 공판 전 증거를 조사하고, 기록하는 검사와 사법경찰관의 객관성과 중립성이다. 만약 공판 전 증거조사자가 객관성과 중립성을 상실한다면 공판 전 진술증거를 수집, 기록하여 증거의 소실, 변형, 왜곡에 대비하는 것보다 오히려 공판 전 증거 수집 단계에서 이뤄지는 증거의 변형, 왜곡이 더 클 수 있기 때문이다. 수사기관의 객관성과 중립성에 대한 사회적 불신이 증가한 것이 우리 형사증거법을 직권주의적 절차와 지속적인 부정합 상태로 만든 근본적인 원인일 것이다.

그러한 사회적 불신에 대응하여 입법자와 대법원이 제정 형사소송법 이래 수사절차의 조서를 규제하는 증거법리를 독자적으로 형성하는 과정에서 우리 형사절차의 구조를 대대적으로 변혁하는데 소요되는 인적, 물적 자원의 증가를 초래하지 않으면서도 수사절차의 조서의 영향력을 감소시킴으로써 피고인의 방어권을 제고하려 한 측면은 긍정적으로 평가할 수 있을 것이다. 그러나 이러한 방식은 한계에 봉착하였다고 생각한다. 형사절차에서 발생하는 문제를 형사절차의 구조 개혁으로 연결하지 않고 증거법리의 변형으로 대응하는 방식은 그 정책적 논거 및 형사절차의 이념들 간의 긴장관계와 개혁의 비용을 투명하게 드러내지 않는다. 따라서 균형 있고 합리적인 대안의 모색을 어렵게 만든다. 이는 장기적으로 형사절차에 대한 불신을 가중시키는 악순환을 불러올 것이다.

요컨대, 본 논문은 우리 증거법을 구조적, 비교법적으로 비판함으로써, 증거법의 정책적 논거와 형사절차 이념들 간의 긴장관계 및 부정합적 현상을 투명하게 드러내는 것을 주된 목적으로 하며, 규범적인 대안에 대한 개인적인 견해를 제시하는 것은 본 논문의 범위를 벗어난다. 우리 형사절차는 수사기관의 공정성과 객관성에 대한 사회적 불신이라는 큰 문제를 안고 있으며, 이는 수사절차상 조서의 적절한 규제를 필요로 한다는 점에 대해서는 이의가 없다. 그러나 Damaška의 관점에 따를 때 증거법리는 형사절차의 구조에 부합하여야 하며, 형사절차의 구조는 그 국가의 사회문화적, 정치적 구조에 부합하여야 한다. 그리고 그 국가의 사회

문화적, 정치적 구조는 입법자의 가치 인식과 결단의 문제이다. 개인적으로 우리 형사절차를 당사자주의로 전환하는 것에는 지나치게 큰 사회적 비용이 소요될 것이며 그것이 국민들의 법감정에도 부합하지 않는다고 생각한다. 우리 직권적 형사절차의 구조에 부합하는 독일식 직접주의의 모델이 우리 증거법에 더 조화롭게 부합할 수 있으며, 우리 법체계에서 구속력을 가지고 있는 자유권규약의 반대신문권 보장 조항을 증거법에 적용함으로써 현행법 체계 내에서도 그와 유사한 해석론을 전개할 수 있을 것이라는 것이 개인적인 견해이나[7], 이 부분에 관한 본격적인 논의는 또 다른 거대한 논문의 주제에 해당할 것이다.

2. 논문의 구성

본 논문은 위와 같은 연구 목적을 달성하기 위하여 크게 두 부분으로 구성된다. 첫 부분은 연구의 도구적 관점을 형성하기 위하여 형사절차와 증거법의 관계에 관한 기초이론을 형성하는 부분이고, 두 번째 부분은 그러한 기초이론을 우리 형사절차와 증거법에 적용하는 부분이다.

기초이론 부분에서는 먼저 증명과 증거법의 원리라는 측면에서 모든 증거법이 공통적으로 지니는 개념적 특성을 살펴본다. 그 과정에서 서구 증거법의 이념과 증거법의 기능을 검토하고, 역사적으로 두 개의 전통, 즉 영미법계 형사절차와 대륙법계 형사절차의 증거법이 형성되어 왔으며, 두 전통의 증거법은 표면적으로 다르게 보이지만 실질적으로는 동일한 이념 하에 유사한 기능을 수행하고 있다는 사실을 확인한다. 또한 두 형사절차 전통이 어떠한 점에서 증거법에 있어서 근본적인 차이점을 보이는지 개관한다.

다음으로 Damaška의 역사적, 구조적 비교법 연구를 소개하고, 이를 기초로 영미법계 증거법과 직접주의 증거법이 가지는 서로 다른 모습들은 각 증거법이 역사적, 구조적으로 생성되어 나온 형사절차의 구조에 따라 형성된 것이라는 점을 확인한다. 특히 전문법칙과 증거능력 제도는 영미

7) 해석론과 입법론의 대안에 관한 개인적인 견해에 관해서는 이창온, “형사소송법상 반대신문권과 국제인권법의 적용가능성에 관한 연구”, 형사소송의 이론과 실무 제13권 제3호(2021) 참조.

법계 형사절차의 4가지 고유한 구조적 특성으로부터 역사적, 인과적으로 생성되었다는 점을 설명한다. 이러한 비교법적 고찰을 본격적으로 수행하기 전에 이러한 비교 연구의 기초자료를 확보하기 위하여, 먼저 영미법계 전문법칙과 독일 직접주의 증거법의 내용을 구체적으로 살펴볼 것이다.

마지막으로 반대신문권의 절차적 기본권, 인권으로서의 기능에 관하여 살펴본다. 반대신문권 법리는 원래 당사자에게 증거에 대한 통제권이 전적으로 주어져 있었던 영미법계 형사절차에서 반대 당사자의 진술증거를 검증하기 위한 수단으로 발전된 것이었으나, 오늘날 공정한 재판의 보장을 위한 절차적 기본권, 인권으로서의 개념을 얻게 되었으며, 직권주의 형사절차에 대해서도 강력한 영향을 미치고 있다. 이러한 반대신문권 법리가 서구의 두 증거법 전통 내에서 기존 증거법상 진술증거의 신용성을 보장하기 위한 법리들과 어떠한 연관관계를 맺는지 살펴본다.

두 번째 부분으로서 위와 같은 기초이론을 우리 형사절차와 증거법리에 적용해볼 것이다. 먼저 Damaška적인 관점에서 우리 형사절차는 영미법계 형사절차와는 전혀 다르다는 점을 확인할 것이다. 그럼에도 불구하고 역사적으로 우리 증거법은 영미법계 형사절차의 구조 내에서 증명의 일반원리를 수행하기 위한 여러 증거법적 제도들을 도입하였는데, 우리 형사절차의 현실적 구조 내에서 이러한 증거법적 제도들은 전혀 다른 의미와 기능을 갖게 된다는 점이 밝혀질 것이다.

다음으로 우리 형사소송법상 참고인진술조서의 증거능력 요건을 중심으로 우리 전문법칙의 고유한 특성을 구체적으로 살펴본다. 진정성립, 특신상태, 반대신문권 보장 법리에 관하여 역사적 발전과정, 구체적인 해석론과 판례의 입장을 살펴보고, 그 과정에서 위 개념들을 둘러싼 해석상 논란들이 결국 우리 형사절차와 증거법리의 부정합 현상으로부터 비롯되었음을 확인할 것이다.

제 2 장 영미법계 증거법과 대륙법계 증거법

제 1 절 증명과 증거법

1. 진술증거의 증명

(1) 증명의 요소

형사사건에서의 사실의 증명은 ① 증명해야 할 대상 사실(요증사실, probandum),[8] ② 증거(evidence), ③ 요증사실과 증거 사이를 논리적으로 연결하며(chain of reasoning, 사실의 추론) 그 연결을 정당화하는 과학법칙이나 경험칙(generalization)의 요소로 구성된다.[9]

형사재판의 대상인 역사적 사실 또는 사건은 실험적, 통계적으로 증명할 수 있는 것이 아니며, 그 존재와 부존재가 명확히 구분되는(categorical) 종류의 사실이다.[10] 따라서 형사재판의 대상인 사건에 관하여 요증사실과 증거가 과학법칙이나 경험칙에 의해 연결되고 그러한 연결이 정당화될 수 있다고 하더라도 그것은 절대적인 사실 혹은 과학법칙적 사실로 증명된 것은 아니며, 언제나 새로운 논증에 의하여 반박 가능한(defensible) 잠정적인 증명에 불과하다.[11] 즉, 형사사건에 있어서 증명대상인 요증사실은 그 사건에 관한 증거에 의해서 직접적으로 증명될 수

---

8) 요증사실은 다시 구성요건을 의미하는 최종요증사실(ultimate probandum), 구성요건요소를 의미하는 준요증사실(penultimate probandum), 해당 증거가 증명하고자 하는 사실명제인 요증사실들(interim probanda)로 세분화된다. Terence Anderson 외 2인, Analysis of Evidence 2nd Ed. Cambridge University Press(2005), 63면.

9) Terence Anderson 외 2인, 주 8)의 책, 60-62면.

10) Ho Hock Lai, A Philosophy of Evidence Law, Oxford University Press(2008), 106-110면. 따라서 형사사건에서의 증명의 기준은 사실의 존부에 관한 사실인정자의 주관적 확신의 정도의 문제일 뿐 객관적인 확률의 문제로 환원될 수 없다고 한다.

11) Ho Hock Lai, 주 10)의 책, 85-105면.

없다.

물적 증거에 의해서 사실을 추론하는 경우에는 증거로부터 사실 추론이 이루어지고 있다는 것을 파악하기는 어렵지 않다. 그러나 직접 증언에 의해서 사실을 인정할 때에는 사실인정자의 지각에 의해 직접 인식되는 증거방법인 증인의 증언과 그 증언에 의해서 전달되는 증거자료, 즉 사실에 관한 정보가 명확히 구분되지 않는 경우가 많다. 그러나 직접적인 증언에 의해 사실을 인정하는 경우에도 증거자료인 증언과 그로부터 추론되는 사실에 관한 정보는 구분되어야 한다.[12] 어떠한 증인이 어떠한 사실에 대해 직접적으로 말한다고 해서 곧바로 사실이 발생했다는 것이 증명된 것은 아니며, 단지 그 직접 증언의 존재로부터 사실인정자가 그 사실을 추론할 수 있을 뿐이다. 그러한 추론이 정당화될 수 있는지 여부는 증인의 신용성 여부에 달려 있다.

한편, 증인이 사실인정자에게 직접 증언하지 않고 그의 진술이 진술서류에 기재되어 사실인정자에게 전달되는 경우에는 그 연결고리가 더 늘어난다. 사실인정자는 우선 진술서류가 진술자의 진술을 정확하게 기재하고 있는지 여부를 검증함으로써 증인 진술의 존재를 확인하여야 한다. 이는 서류의 진정성(authenticity)을 확인하는 작업이라고 볼 수 있다. 그러한 연후에 증인의 신용성 여부를 판단하고, 그 신용성이 인정될 경우에 비로소 그 증언으로부터 요증사실에 이르는 사실 추론이 경험칙에 의하여 정당화되는지를 평가할 수 있다.

(2) 진술증거의 증명

어떠한 증거 E^*로부터 요증사실 P에 이르는 과정에서 E^*가 요증사실의 증명에 기여하기 위해서는 ① 관련성(relevance), ② 신용성(credibility), ③ 증명력(probative force)을 갖추어야 한다.[13]

1) 관련성(relevance)

어떤 증거가 요증사실의 증명에 기여하기 위해서는 그 증거가 요증사실

12) Terence Anderson 외 2인, 주 8)의 책, 91면.
13) Terence Anderson 외 2인, 주 8)의 책, 62-77면.

의 입증과 관련성이 있다는 것이 인정되어야 한다. 어떠한 증거가 요증사실의 증명 가능성을 높이거나 혹은 감소시키는 경우에 요증사실과 관련성이 인정된다고 할 수 있다. 또한 어떠한 증거가 어떤 증인 혹은 증거의 신용성을 판단하는데 기여하는 경우에도 관련성이 인정될 수 있다.[14] 즉 관련성은 증명의 요소 중에서 사실 추론의 측면과 관계된다. 관련성이 증명력 판단과 다른 점은 관련성은 아직 증명력이 최종적으로 확인되지 않은 상황에서 증거로부터 사실 추론이 가능한지 여부를 가설적으로 검토한다는데 있다.[15]

증거는 요증사실과 관련성의 관계의 측면에서 직접증거와 간접증거로 나눌 수 있다. 직접증거는 범행을 목격한 증인의 증언과 같이 요증사실을 직접적으로 지지하는 증거를 말한다. 간접증거는 요증사실을 직접적으로 지지하는 증거가 아니라 추론 과정에서 그 연결고리를 강화하거나 약화하는 데 사용되는 증거를 말한다. 또한 직접증거의 신용성을 강화하거나 또는 약화하는 증거도 간접증거에 포함시킬 수 있다. 후자의 경우를 보조증거(ancillary evidence)라고 부른다.[16]

한편, 요증사실에 대하여 직접적으로 관련성 있는 증거도 다시 직접증거(direct evidence)와 정황증거(circumstantial evidence)로 나눌 수 있다. 직접증거는 그것이 완벽하게 믿을 만하다고 인정되면 그 증거로부터 바로 요증사실의 사실 여부에 대한 결론을 내릴 수 있는 것이다. 반면 정황증거는 그 증거가 100% 믿을 만하다고 하더라도 그것만으로는 요증사실의 사실 여부에 대한 결론을 곧바로 내릴 수는 없으며, 다른 증거와의 수렴이나 보강이 필요하다.[17]

2) 신용성(credibility)

E^*라는 증거를 통해서 E라는 요증사실을 입증하고자 할 때, E^*로부터 E를 추론하기 위해서는 그보다 먼저 E^*의 존재 자체를 신뢰할 수 있어야 한다. 즉, E^*의 신용성이 인정되어야 한다.[18] 증거의 신용성을 평가함에

14) Terence Anderson 외 2인, 주 8)의 책, 62-63면.
15) Terence Anderson 외 2인, 주 8)의 책, 90면.
16) Terence Anderson 외 2인, 주 8)의 책, 67면.
17) Terence Anderson 외 2인, 주 8)의 책, 63면.
18) 위 글.

있어서 물적 증거(tangible evidence)와 진술증거(testimonial evidence)에 적용되는 원칙은 다르다.

가. 진술의 신용성

진술의 신용성을 판단하기 위해서는 다음과 같은 정확성, 객관성, 진실성의 세 가지 속성을 검증해보아야 한다. 증인 W가 요증사실 E가 발생하였다고 진술했다고 하더라도 그것은 사실이 아닐 수 있다. W의 지각능력이 부족하여 E를 잘못 인식하였을 수도 있고(정확성), 편견에 사로잡혀 객관적으로 사태를 지각하는 데 실패하였을 수도 있다(객관성). W는 개인적인 동기에 의하여 고의적으로 거짓말을 하였을 수도 있기 때문이다(진실성).[19]

(가) 정확성(accuracy)

인간의 지각능력이나 기억능력은 한계가 있으므로 그가 지각한 사실 또는 회상해낸 사실은 정확하지 않을 수 있다. 따라서 증인의 신용성을 판단하기 위해서는 그의 지각과 기억의 '정확성'을 검증해보아야 한다.[20] '정확성'은 지각 당시 증인의 건강 상태와 밀접하게 연결된다. 술에 취했거나 마약이나 다른 화학물질의 영향 하에 있었던 경우에는 증인이 그 지각능력을 제대로 사용하리라고 기대하기 어렵다. 그러나 정확성은 증인의 시각, 청각, 후각, 촉각, 미각 그리고 그의 기억능력이 정상적이라는 것만으로는 충족되지 않는다. 경우에 따라서는 정상적인 지각능력과 기억능력을 가진 사람도 특정한 환경에서는 그 능력을 정확하게 발휘하지 못할 수도 있다.[21] 주위 환경 때문에 지각이 잘못 작동하는 경우가 그러하다. 빛이 희미할 때나 주위가 시끄러운 소리로 가득 찬 경우에는 정상적인 지각능력을 가진 사람도 정확하게 사물을 지각해낼 수 없기 때문이다.

그러나 지각능력과 기억능력의 정확성은 위와 같은 비정상적인 조건이 전혀 존재하지 않는 경우에도 문제될 수 있다. 지각, 기억 경험은 부호

---

19) 위 글.
20) Terence Anderson 외 2인, 주 8)의 책, 66면.
21) 위 글.

화 - 저장 - 인출 과정을 거쳐 활성화된다는 것이 과학적으로 밝혀져 있다.[22] 인간은 그가 감각적으로 경험하는 사물의 모든 측면을 지각하는 것이 아니라 사물의 일부 특징을 선택적으로 부호화하여 지각하여 저장한다.[23] 동일한 경험에 대한 부호화도 지각하는 사람의 과거 경험이나 지식에 따라 상이한 방식으로 부호화된다. 부호화 자체가 뇌에 입력되는 자극을 상징 기호 형태로 변환하는 것이기 때문에 지각하는 사람이 가진 기존의 의미 상징 체계나 정보 처리의 깊이에 따라 선택의 범위나 폭이 달라질 수밖에 없다.[24] 따라서 일반적으로 지각하는 사람에게 의미 있는 요소가 의미가 적은 요소에 비해 더 잘 부호화되며, 구조화된 요소가 무질서한 요소보다 더 쉽게 기억된다. 개인의 모든 주의를 집중시킨 요소가 방해조건 하에서 제시된 요소에 비해 더 잘 지각, 기억되며, 반복은 지각과 기억을 강화한다. 드물거나 독특한 사건들은 일반적이고 일상적인 사건보다 더 잘 기억된다.[25]

법정에서 변호사들은 때때로 판사와 배심원만 범죄현장 사진을 보여주면서 목격자는 볼 수 없도록 한 상태에서 목격자에게 범죄현장 사진을 제시하고, 현장의 세부특징에 관한 질문을 함으로써 목격자의 신용성을 탄핵하는 방식의 전략을 종종 사용한다. 그러나 이는 인간의 지각, 기억 방식에 위배되는 것이며, 대부분의 인간은 그러한 종류의 검증에 통과할 수 없다.[26] 그러나 인간이 지각 경험을 부호화하는 과정에서 잘못된 지각과 회상을 한다는 점도 과학적으로 밝혀져 있다.[27] 뿐만 아니라 일단 부호화되어 저장된 기억은 이후 제공된 정보나 제3자의 암시에 의하여 왜곡될 수 있다는 점에 대해서도 과학적으로 밝혀져 있다.[28] 경험 이후의 정보가 기존의 기억에 간섭하여 원래 사건에 대한 기억을 오류가 뒤섞인 형태로 재부호화하기 때문이다.[29]

---

22) Mitchell L. Eisen 외 2인/김태경, 윤소미 역, Memory and Suggestibility in the Forensic Interview(기억과 피암시성), 시그마프레스(2009), 7면.
23) Mitchell L. Eisen 외 2인, 주 22)의 책, 9면.
24) 이정모, 인지과학, 성균관대학교 출판부(2009), 450면.
25) Mitchell L. Eisen 외 2인, 주 22)의 책, 14면.
26) Mitchell L. Eisen 외 2인, 주 22)의 책, 8-9면.
27) 위 글.
28) 위 글.
29) Mitchell L. Eisen 외 2인, 주 22)의 책, 16-18면.

이는 인간이 추론을 하는 자연적 기계라는 점에서 비롯된 것이다. 인간은 세계를 이해하기 위해서 추론을 한다. 인간은 이야기 내에 포함된 글자 그대로의 정보만을 기억하는 것이 아니라 자신이 이미 가진 경험과 지식의 배경 하에서 그 글자가 내포한 의미를 부호화하여 기존의 경험, 지식 체계 내에 통합하는 방식으로 지각하고 기억한다.[30]

(나) 객관성(objectivity)

증인 W는 요증사실 E가 발생하였다고 진술하고, 개인적으로도 E가 발생하였다는 것을 진실하다고 일어났다고 믿고 있다. 하지만 이 경우에도 W는 특정 사건이 발생하기를 기대하거나 원했기 때문에 그 사건이 발생했다고 믿었을 수도 있다. 이는 앞서 살펴본 것처럼 인간은 지각 과정에서 자신의 경험, 지식뿐만 아니라 선입견과 기대에 근거해서도 지각 경험을 부호화하고 저장하기 때문이다. 따라서 그의 믿음이 객관적이고 정확한 지각 정보에 근거하여 형성되었는지 검증되어야 한다.[31]

(다) 진실성(veracity)

마지막으로 인간은 거짓말을 하는 존재이므로 자신이 사실이 아니라고 믿고 있는 것을 진실인 것처럼 증언할 수 있다. 따라서 그의 증언이 거짓말인지 여부가 검증되어야 한다.[32]

나. 물적 증거의 신용성

물적 증거의 신용성을 판단하기 위해서는 다음과 같이, 진정성, 정확성, 신뢰성의 세 가지 속성을 검증해 보아야 한다.

(가) 진정성(authenticity)

진정성이란 물적 증거를 증거로 제출하고자 하는 측이 실제로 제출되는 물적 증거가 자신이 원래 제출하고자 한 대상 물건과 동일한 것이라는(it is what it purports to be) 점을 증명해야 한다는 것을 의미한다.[33]

---

30) Mitchell L. Eisen 외 2인, 주 22)의 책, 9, 13면.
31) Terence Anderson 외 2인, 주 8)의 책, 66-67면.
32) Terence Anderson 외 2인, 주 8)의 책, 66면.
33) Terence Anderson 외 2인, 주 8)의 책, 64면.

물적 증거 가운데는 위조문서와 같이 타인을 속이기 위해 만든 증거가 있을 수 있고, 기록이나 전달, 처리 과정에서 실수가 발생하였을 수도 있다. 압수된 혈액 샘플의 경우 누구 것인지 잘못 표시되었을 수 있고, 혈액 자체가 오염되거나 고의적으로 다른 사람의 것과 바뀌었을 수도 있다. 따라서 증거가 발견되거나 만들어진 때로부터 법정에 제출될 때까지 '동일성(chain of custody)'에 대한 입증이 필요하다.[34]

(나) 정확성(accuracy/sensitivity)

모든 종류의 측정기구들이 남긴 사진이나 녹음과 같은 기록물들의 신용성이 인정되려면 그 측정기구들의 정확성이 확인되어야 한다.[35] 사진기나 녹음기의 성능이 그 기록물의 정확한 재현을 담보하지 못한다면 그것이 산출한 물적 증거의 신용성은 인정될 수 없다. 업무상 문서(business records)의 경우에도 신용성이 인정되려면, 자료를 문서에 기록하는 절차와 그로부터 문서를 생성하고 보관하는 절차의 정확성과 신뢰성이 선결적으로 인정되어야 한다.[36]

(다) 신뢰성(reliability)

믿을 수 있는 자료는 일관되게, 같은 수치를 반복적으로 보여주는 자료라야 한다. 아무리 여러 번 측정을 해도 같은 그림이나 같은 수치를 내놓을 수 있을 때 우리는 그 물적 증거를 신뢰할 수 있다. 경찰이 사용하는 음주측정기의 측정 결과 오차가 너무 커서 측정할 때마다 다른 결과를 산출한다면 음주측정결과의 신용성은 인정될 수 없다.[37]

다. 진술서류 등 진술증거의 신용성

진술이 서류, 녹음테이프, 녹음파일, 동영상에 담겨 있는 경우에는 진술의 신용성과 물적 증거의 신용성의 요소들이 모두 검증되어야 한다. 진술서류, 진술녹음, 진술동영상 등 전문증거가 여기에 해당한다.

---

34) 위 글.
35) Terence Anderson 외 2인, 주 8)의 책, 65면.
36) 위 글.
37) 위 글.

3) 증명력(probative force)

어떠한 증거가 앞에서 언급한 관련성, 신용성의 속성을 갖추고 나아가 실제로 요증사실을 적극적으로 또는 소극적으로 증명하는데 기여한다면, 그 증거는 증명력을 가진다고 말할 수 있다. 증거들이 요증사실을 얼마나 지지하거나 반박하느냐 하는 것은 결국 관련성과 신용성의 정도 그리고 당해 사건 증명에 이용된 경험칙의 타당성 등에 달려 있다.

2. 증명과 합리주의적 전통

(1) 합리주의적 전통과 반대이론

18세기 이후 역사적으로 형성된 서구 증거법의 전통은 합리주의 철학을 기초로 하고 있다. 합리주의 전통(Rationalist Tradition)에서는 형사절차의 목표는 구체적인 사건에서 '옳은 결정(rectitude of decision)'[38]을 내림으로써 올바른 정의(Justice as rectitude)를 실현하는 것이며, 옳은 결정에 이르기 위해서는 합리적인 방법으로 '실체진실(truth)'을 발견하는 것이 가장 중요하다고 본다. 형사재판은 증명절차를 통해 구성요건적 사실을 확정한 후 실체법적 법리를 적용함으로써, 형벌 부과나 무죄판결을 통해 정의를 구현하는 것이기 때문이다.[39] 따라서 형사절차의 우선적이고 본질적인 목표는 합리적인 방법으로 실체진실을 발견하는 것이 된다.

합리주의 전통의 근본적인 전제는 합리적인 증명 절차를 통해서 과거의 사실을 정확하게 판단할 수 있다는 믿음(correspondence theory)이다.[40] 또한 합리주의 전통은 형사 사건에서의 실체 진실은 사실을 귀납적으로 추론하는 증명 절차에 의해서 발견될 수 있다고 믿는다. 왜냐하면 그러한 믿음이 없으면 정의를 실현함으로써 범죄자의 책임을 묻는다는 것이 불가능하기 때문이다. 따라서 형사 증거법에 있어서 실체진실의 발견이라는 이념은 다른 가치들을 배제하는 유일한 목표는 아니라고 하

38) William Twining, Rethinking Evidence: Exploratory Essay 2nd Ed., Cambridge University Press[Kindle Edition](2006), 42면.
39) Ho Hock Lai, 주 10)의 책, 69면.
40) 위 글.

더라도, 최소한 가장 상위에 위치하는 목적이 되어야 한다고 본다.[41]

벤담(Jeremy Bentham)에 의해 구축된 합리주의적 사실인정 모델을 요약하면, "절차법의 직접적인 목표는 신용성 있고 관련성 있는 증거를 오류와 부패로부터 자유로우며 자격을 갖추고 편향되지 않은 사실인정권자에게 제출되게 하고, 사실인정자는 합리적인 방법으로 이러한 증거를 조심스럽게 평가하고 따져 본 결과를 기초로 하여 법에 따라 미리 명확하게 규정한 요증사실을 이루는 과거의 사실을 법에 규정된 입증책임의 정도를 충족할 만큼 정확하게 확정함으로써, 공리에 부합하고 유효성이 입증된 실정법을 정확하게 적용하게 하는 것이다."[42] 위그모어(Wigmore)로 이어지는 영미 증거법의 전통은 이러한 벤담의 기본 입장을 그대로 이어받았으며 합리적으로 증거를 분석하여 귀납적으로 결론을 추론하는 형식을 체계화하였다. 앞에서 분석한 증명과 증거에 관한 이론적 설명은 주로 위그모어가 체계화한 증명의 원리에서 비롯된 것이다.

합리주의 전통 내에서도 합리성에 대한 믿음의 정도에 따라 열렬한 합리주의자(aspirational rationalism), 자족적 합리주의자(complacent rationalism), 비판적인 낙관적 합리주의자(optimistic rationalism)로 나누어진다.[43] 열렬한 합리주의자는 서구의 현대 증거법과 형사재판 시스템이 실제 위와 같은 합리주의적 믿음에 부합한다고 믿는 사람들인데 반하여, 자족적 합리주의자는 현실이 이상에 부합하는지 여부에 대해서는 다소 회의적이지만, 현실적으로 어느 정도는 작동하고 있다고 보는 입장이다. 오늘날의 실무와 절차, 규칙, 제도 등이 합리주의 전통이 만들어 놓은 이상형에는 미치지 못하지만 현실적으로 받아들일 만한 결과를 산출하고 있다는 것이다. 비판적인 합리주의자들은 현대 영미의 증거법이 산출하고 있는 결과에 대해 매우 비판적인 평가를 하고 있다. 예컨대 Jerome Frank는 합리주의적 전통에 서 있으나 영미의 재판제도가 실제로 합리적인 결과를 산출하는지 여부에 대해 매우 비판적이다.[44] 그러나 비판적 합리주의자들은 동시에 합리주의 전통의 이상을 장기적으로 증거법이 구현해 내거나 구현하는 방향으로 발전할 것인지에 관하여 대체로 낙관적

41) William Twining, 주 38)의 책, 42면.
42) 위 글.
43) Terence Anderson 외 2인, 주 8)의 책, 78-86면.
44) Jerome Frank, Courts on Trial 3th, Princeton University Press(1973) 참조.

인 입장을 가지고 있다.[45]

합리주의적 전통에 따르면 형사재판은 근본적으로 증거법은 사실인정자가 형사절차에서 귀납적 추론에 의하여 실체진실을 최대한 확실하게 발견할 수 있도록 설계되는 것이 최우선적 가치가 된다.[46] 오늘날 영미의 증거법학계와 실무가들의 주류적인 견해도 이와 같다. 미국 연방대법원은 증거법의 근본적인 토대는 합리적 이성에 근거하여 성공적으로 진실을 발견할 수 있도록 적용하는 것이라고 판시하였고,[47] 영국 대법원(House of Lords)도 증거법은 경험을 통해 진실을 이끌어내는데 가장 적합하다는 것이 확인된 일련의 현실적인(practical) 규칙들이라고 판시하였다.[48] Wigmore도 그의 유명한 영미 증거법 주해에서 증거법이 진실의 추구 이외의 다른 것을 목표로 삼아야 한다고 주장할 사람이 많지 않을 것이라고 말한 바 있다.[49]

그러나 이러한 주류적 견해에 반대하는 입장들도 존재한다. 하버드 로스쿨의 증거법학자인 Edmund Morgan은 재판은 본질적으로 당사자 사이의 분쟁을 질서 있게 해결하는 것이라고 보았고,[50] 영국 대법관인 Lord Wilberforce는 법원의 임무는 당사자 사이에서 정의를 이루어지는 것처럼 보이게 하는 것이며, 객관적인 정의를 확립하는 것은 아니라고 설시한 바 있다.[51] 이러한 비판은 인간이 가진 인지적 한계와 비합리성으로 인해서 애초에 진실을 발견하는 것이 불가능하다는 것이다. 형사재판은 양 당사자가 정해진 규칙에 따라 서로 경쟁을 통해 자신의 주장이 타당하다고 설득하는 것에 지나지 않으며, 그 과정에서 진실이 발견되었다고 하더라도 이는 우연에 지나지 않는다고 주장한다.[52]

위와 같은 반대의견은 20세기 후반에 서구에서 발달한 비합리주의적 철학, 즉 포스트 모더니즘 사조에 의하여 체계적으로 제시되었고, 이러

45) Terence Anderson 외 2인, 주 8)의 책, 78-86면.
46) Ho Hock Lai, 주 10)의 책, 69면.
47) Funk v United States, 290 US 371, 381(1933).
48) Thomson v R(1918) AC 221, 226.
49) Ho Hock Lai, 주 10)의 책, 52면.
50) Ho Hock Lai, 주 10)의 책, 53면.
51) Air Canada & Ors v Secretary of State for Trade & Anor(1983), 2 AC 394, 438(Ho Hock Lai, 주 10)의 책, 53면에서 재인용).
52) Ho Hock Lai, 주 10)의 책, 54면.

한 견해는 영미 증거법 학계에도 영향을 미쳤다. 어떠한 증거도 추론의 기초를 제공할 수 있을 뿐 그 추론의 확실성을 보장해줄 수 없으므로 재판절차를 어떻게 설계하든 진실이 발견될 수는 없다는 것이다. 이러한 철학적 입장에서 진실은 개인의 입장에 따라 상대적으로 구성되는 것(constructivism theory)이며, 인식을 통해서 객관적으로 존재하는 사실을 발견할 수는 없다고 본다.[53] Charles Nessen은 판결은 진실을 말하는 것이 아니라 대중들이 진실이라고 믿는 것을 말해야 한다고 주장하였다. 그에 따르면 증거법의 가치는 판결이 진실하다는 점을 대중들이 사실상 수용하도록 함으로써, 대중들이 판결의 정당성을 수용하여 사회질서를 유지하는 것이라고 한다.[54] 이러한 구성주의적 관점을 배경으로 하면서, Habermas의 견해를 따라 개별적인 사실인정자가 객관적, 독립적으로 존재하는 진실을 발견하는 것이 아니라, 개인들이 합리적인 절차에 의해서 이루어지는 의사소통 과정을 통해 상호주관적으로 진실에 합치되는 것이라는 견해도 제시된다.[55] 예일 로스쿨의 비교증거법학자인 Mirjan Damaška는 20세기말 포스트 모더니즘 사조가 지배적인 철학적 인식론과 재판절차에 적용되는 상식적인 진리이론의 균열에 관한 우려를 표명하였다.[56]

그러나 실체진실의 객관성과 독립성은 재판 제도의 근본적인 목적과 기초에 해당한다. 만약 객관적 진리이론을 포기한다면, 잘못된 판결의 오류나 정의의 실패(miscarrage of justice)라는 어떠한 주장도 할 수 없게 된다. 또한 무고한 사람에 대한 유죄판결을 감소시키고, 피해자를 위한 정의를 바로 세울 수 있도록 재판절차를 개선하기 위해서 아무런 노력도 할 수 없을 것이다.[57] 형사재판 절차에서 실체진실을 발견하는 것은 쉽지 않은 과정이며 무고한 피고인이 잘못된 유죄판결을 받는 일이 현실적으로 발생한다는 것과 실체진실이 객관적, 독립적으로 존재하지 않는다는 주장은 서로 구분되어야 한다. 합리적인 의사소통절차를 통해서 진실에

53) Ho Hock Lai, 주 10)의 책, 55면; 형사사건 증거에 관한 인식론 전반에 관하여는 Susan Haack. Evidence and Inquiry: A Pragmatist Reconstruction of Epistemology, Prometheus Books(2009)[Kindle Edition] 참조.
54) Ho Hock Lai, 주 10)의 책, 55, 58-59면.
55) 변종필, “형사소송의 진실개념”, 고려대학교 박사학위논문(1996) 참조.
56) Mirjan Damaška, Rational and Irrational Proof Revisited, Yale Law School Faculty Scholarship(1997), 37면.
57) 위 글.

대한 합의를 이끌어내는 방법을 최선을 다해 강구하거나 개연적인 경험칙이 적용될 수밖에 없는 증명절차를 통해서 객관적인 실체진실을 발견하기 위해 노력하는 것은 사실인정자의 주관적 구성을 넘어서서 객관적, 독립적 진실이 존재한다는 것과 양립 가능하다. 또한 사실인정자는 단순히 판결이 진실의 외양을 갖추어 대중들로 하여금 판결의 정당성을 수용하도록 하는데 그치지 않고 그가 인정하는 사실이 객관적인 진실이라는 점을 스스로가 믿어야 하고 또 그 믿음을 정당화해야 할 윤리적 책무를 진다.

(2) 증명 절차의 윤리적 성격

형사사건에서의 사실의 입증 과정을 사실인정자의 주관적 관점에서 바라보면, 이는 사실인정자가 요증사실과 증거 사이를 경험칙으로 연결하고 그 연결을 정당화하는 판단 절차(deliberation process)로 볼 수 있다.[58] 이러한 판단 절차는 사실인정자의 내심에서 일어나는 일종의 인지적 과정(cognitive process)으로서, ① 제시된 증거와 논증을 평가하여 우선 무엇을 믿을지를 결정하고, 그를 통하여 ② 무엇을 발견할 것인지, 즉 혐의를 인정할 것인지를 결정하는 작업이 된다.[59] 무엇을 믿을 것인지를 결정하는 것은 증거에 대한 판단이며, 무엇을 발견할 것인지는 그 증거로부터 경험칙을 통해 혐의를 인정할 것인지에 대한 판단에 해당한다.

사실인정자는 이러한 판단 절차에서 자의적으로 사실을 인정해서는 안되며, 자신의 일상생활에서 축적한 보편적인 경험칙을 증거와 사실에 적용함으로써 당해 사건에서 합리적인 결정을 내려야 할 도덕적, 윤리적인 책임을 진다.[60] 그러므로 사실인정의 책임이 부여된 맡은 사실인정자는 앞에서 객관적으로 분석한 것과 같이 증거가 증명에 기여하기 위한 요소를 충분히 갖추었는지 스스로의 최선을 다해 합리적으로 결정해야 할 윤리적 의무를 부담한다.

따라서 증명 절차와 이를 규율하는 증거법은 인식론적으로 타당한 결

58) Mirjan Damaška, 주 56)의 논문, 33면.
59) Mirjan Damaška, 주 56)의 논문, 36면.
60) Mirjan Damaška, 주 56)의 논문, 37면.

과를 산출해야 할 뿐만 아니라,[61] 윤리적 관점에서 법이 추구하는 가치가 사실인정자들에게 정당화될 수 있어야 한다.[62] 즉, 증명 절차를 규율하는 증거법은 우선 형사재판 절차가 합리적인 증거법과 증명 절차를 통해서 실체진실을 발견하는 결과를 실제로 산출할 수 있도록 과학적으로 설계되어야 할 뿐만 아니라,[63] 사실인정자들이 증거를 판단하고 혐의를 발견하는 과정에서 윤리적 책무를 다할 수 있도록 정당한 가치를 담아내야 한다. 이러한 증명 절차의 윤리적 성격은 사실인정 과정의 절차적 정당성의 중요성과 증거수집 절차에 있어서 기본권과 인권 보호라는 증거법의 이념으로 연결된다.

(3) 증거법의 이념

1) 실체적 진실 발견의 이념

Jeremy Bentham은 증거이론의 영역은 지식이론의 영역과 동일하며,[64] 증거는 정의의 기초이므로 증거를 제거한다면 정의를 제거하는 것과 마찬가지라고[65] 말한 바 있다. 그는 경험론적 인식론의 견지에서 옳은 결정을 하기 위해서는 최대한 관련성 있는 정보와 증거를 수집하여 이를 기초로 판단하여야 한다고 생각하였다. 따라서 증거배제를 기초로 하는 당시의 증거법 규정들은 비논리적이고 방어가 불가능할 정도로 터무니 없다고 말하였으며, 구속력 있는 증거법 자체가 불필요하다고 주장하였다.[66]

20세기 초 미국의 증거법 학자인 James Bradley Thayer 또한 Bentham의 비판적 입장을 따라서, 증거의 관련성 여부는 논리의 문제이며 법이 관여할 문제가 아니므로, 증거법은 자유로운 증명이라는 자연스러운 인간의 노력을 방해하는 규칙의 집합이라고 비판하였다. 그는 증거법에는 두 가지 원칙이 있을 뿐이라고 주장한다. 첫째, 논리적으로 요증사실과

61) Mirjan Damaška, 주 56)의 논문, 46-47면.
62) Mirjan Damaška, 주 56)의 논문, 48-49면.
63) Larry Laudan, Truth, Error, and Criminal Law, Cambridge University Press(2006), 2면.
64) Terence Anderson 외 2인, 주 8)의 책, 1면.
65) 위 글.
66) Terence Anderson 외 2인, 주 8)의 책, 78-86면.

관련성이 없는 증거는 증명에 의미가 없으므로 증거로 허용되어서는 안 된다. 둘째, 증명력 있는 모든 증거는 법률이 명시적으로 증거로 인정하지 않는 것을 제외하고는 언제나 증거로 허용되어야 한다. Thayer는 첫 번째 원칙에서 증거배제(exclusionary)의 기준을 관련성이라고 본다. 다만 그는 증거배제 원칙은 증거법상 원칙이 아니라 증거의 개념 자체에서 나오는 자연스러운 원칙이라고 생각하였다. 그의 두 번째 원칙은 증거허용(inclusionary)의 원칙으로 부를 수 있는데, 요증사실과 관련성이 있는 증거는 법률에 특별히 금지한 경우에만 예외적으로 증거능력이 없다는 것이다.[67] 물론 관련성 있는 증거들의 신용성과 증거가치를 평가하는 것은 사실인정자의 자유로운 판단에 달려 있게 된다. 그는 증명력 판단은 일상생활을 하는 사람들이 공통적으로 받아들이는 상식에 관한 문제라고 생각하였다.

그의 관점에서 보면 관련성, 증거능력, 증명력을 기술적으로 구분하는 현대의 영미 증거법은 법률이 특별히 증거사용을 예외적으로 금지한 규칙들에 해당한다. 그는 원래 관련성 있는 증거는 허용되는 것이 원칙이고 증거금지는 예외적인 경우에 법률로서 금지해야 하는데, 역사적으로 법원이 구체적 사건에서 증거금지의 예외를 선언한 것이 선례가 되면서 그게 규칙의 형태로 변화하였고, 이렇게 만들어진 증거금지 규칙에 다시 예외적 허용 규정이 만들어지면서 본말이 전도되었다고 비판한다. 어떤 경우에는 증거로서의 의미가 없다는 이유로, 어떤 것은 관련성이 희미하다거나, 추측에 가깝다는 이유로 증거에서 제외되었다. 어떤 것은 배심원에게 보여주기에 위험하다는 이유로, 남용 또는 과대평가의 우려가 있다는 이유로, 심지어 관행에 따라서도 증거의 세계에서 추방되는 관련성 있는 증거들도 생기게 되었다. 현대 영미 증거법의 핵심 특징은 관련성이 인정되는 증거들이 여러 가지 정책적 이유 때문에 증거능력 단계에서 배제된다는 것이다.[68] 그런데 영미 당사자주의적 형사절차에서는 애초에 어떤 증거를 어떤 형태로 제출할 것인지 그리고 증인에게 어떤 것은 묻고 어떤 것은 묻지 않을지를 당사자가 결정한다. 여기에서 당사자의 목표는 재판에서 상대방을 이기는 것이므로 가급적 자신에게 불리하거나 상대방

67) 위 글.
68) 위 글.

에게 유리한 증거를 감추고 증인의 진술 내용을 미리 준비시키거나 상대방 증인에 대한 공격적인 반대신문을 남용함으로써 사실을 왜곡하거나 억압하는 전략을 채택하려 한다.[69] 법관과 배심원 등 사실인정자는 필요한 정보와 증거를 자발적으로 선택하고 조사할 자유가 제약되어 있다. 사실인정자가 뭘 보고 뭘 들을지, 요증사실의 범위를 어디까지로 할 것인지는 당사자가 결정하며,[70] 사실인정자는 당사자가 제시한 증거를 어떻게 평가하고 추론할 것인지만 결정할 수 있을 뿐이다. 따라서 이러한 환경에서 사실인정자는 스포츠 경기의 심판과 같은 입장에 놓이게 되며 재판이 양측에게 공정하게 진행되는지 여부만을 판단할 수 있을 뿐 진정으로 객관적이고 독립적인 진실 발견을 하리라고 기대하기 어렵다.[71] 여기에 더하여 증거능력 단계에서 관련성 있는 증거들을 제외하기 때문에 영미 형사재판에서의 증명 절차에서는 자유로운 증명의 원칙이 더 제약될 수밖에 없다.[72]

2) 권리보호의 이념

서구의 합리주의적 전통에 따르면 증거법의 제1 이념은 재판절차를 통해서 최대한 실체진실이 발견될 수 있도록 보장하는 것이다. 합리주의적 전통을 따르는 증거법 학계와 실무의 주류는 아직까지도 증거법의 임무가 절차적 공정성을 보장하는 것에 있다는 반대 입장을 따르지 아니하고 공정한 절차의 보장과 별개로 재판절차에서 실체적 진실 발견이 이루어져야 한다는 입장을 견지하고 있다. Bentham이나 Thayer는 이러한 관점에서 영미의 증거법이 지나치게 증거능력을 제한함으로써 관련성 있는 증거를 배제하는 것에 대해 비판적이었다.

그러나 증거법상 증거배제원칙 중에서는 신용성이 부족한 증거를 배제함으로써 사실인정자의 증거판단의 신뢰성을 제고하기 위한 것도 있다. 고문에 의한 자백의 배제와 같은 것들이 여기에 속한다.[73] Damaška는 이를 내재적(intrinsic) 증거배제라고 부른다.[74] 영미 증거법에서는 진술증

---

69) Ho Hock Lai, 주 10)의 책, 62면.
70) Mirjan Damaška, Truth in Adjudication, Vol 49. Hastings Law Journal(1998), 301면.
71) Ho Hock Lai, 주 10)의 책, 63면.
72) Mirjan Damaška, Free Proof and Its Detractors, The American Journal of Comparative Law, Vol. 43, No. 3(1995), 343-357, 301면.
73) Ho Hock Lai, 주 10)의 책, 63면.

거에 관한 전문법칙도 여기에 속한다고 보지만, 대륙법계 직권주의 증거법에서는 전문법칙과 같은 규칙들은 실체진실 발견을 저해한다고 보아 이를 증거법에 도입하지 않았다.

반면, 위법수집배제법칙, 독일의 증거사용금지나 각종 증언 면제 특권과 같이 관련성 있는 증거라도 특정한 정책적 목적을 달성하기 위해서 증거사용을 배제하도록 하는 규칙들도 존재한다. Damaška는 이러한 유형을 외재적(extrinsic) 증거배제 원리라고 부른다. 특히 당사자주의 형사절차에서는 이러한 두 번째 유형에 해당하는 정책적 증거배제 규칙들이 직권주의 형사절차에 비해 더 많이 존재한다. 여기에 속하는 증거배제 규칙들은 분명 실체적 진실 발견을 저해하는 효과가 있음을 부정할 수는 없다.

그러나 서구 형사절차에서는 합리주의적 전통과 함께 공정한 재판의 원칙 및 피고인의 권리보호라는 또 다른 이념을 역사적으로 발전시켜 왔다.[75] 특히 증명절차에서 증거와 사실을 판단하는 사실인정자의 주관적 측면에서는 증거법이 추구하는 가치가 윤리적으로 정당화될 수 있어야 하므로, 자신들이 내린 사실 판단이 합리적인 추론에 의해 진실에 부합한다는 점을 스스로 믿어야 할 뿐 아니라 당사자가 공정한 규칙을 위배하여 수집하거나, 국가가 피고인의 정당한 헌법적, 인권적 이익을 침해하여 수집한 증거를 고려하도록 강요되어서는 안 된다.[76]

따라서 실체적 진실 발견은 증거법의 최우선적인 이념이기는 하지만 유일, 절대적인 목표는 아니다. 헌법이나 형사절차가 보존하고자 하는 다른 가치적 이념에 의해서 실체진실 발견에 대한 제약이 어느 정도까지 정당화될 수 있을지 여부는 실체진실 발견의 가치와 경쟁하는 다른 가치들의 비교형량에 달려 있다.[77]

---

74) Mirjan Damaška, Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study, 121 University of Pennsylvania Law Review(1973), 506면.

75) Ho Hock Lai, 주 10)의 책, 70면; John D Jackson・ Sarah J. Summers, The Internationalisation of Criminal Evidence, Cambridge University Press(2012)[Kindle Edition], 1423-1678/16403면은 계몽주의 시대의 사회계약론과 인권 사상에서 그 연원을 찾고 있으며, 증거법 전통의 융합 추세를 형성하고 정당화하는 이념적 기초로 제시한다.

76) Ho Hock Lai, 주 10)의 책, 78-80면.

77) Ho Hock Lai, 주 10)의 책, 70면.

공정한 재판의 원칙 및 피고인의 권리보호라는 이념은 역사적으로 직권적인 대륙법계 형사절차보다는 영미법계 형사절차에서 더 강하게 부각되어 왔다. 영미법계 형사절차에서는 역사적으로 규문적 절차를 담당할 국가기구가 발전할 수 없었고 따라서 배심제와 당사자주의에 의해서 형사절차가 형성되었기 때문에 자연스럽게 공판절차에서 피고인의 공정한 방어권 보장의 이념이 강하게 부각될 수밖에 없었던 것이다.[78] 영미법계 형사절차에서 그러나 서구의 법문화에서 피고인의 권리보장이라는 이념은 대륙법계 직권주의 형사절차에서도 완전히 낯선 것은 아니었다. 2차 대전 후 국가권력 남용의 폐해를 겪은 대륙법계 직권주의 국가들은 유럽인권협약의 채택을 통해 피고인의 방어권 보장 이념을 자신들의 직권주의 형사절차에 결합시켰으며,[79] 오늘날 위법하게 수집된 증거의 배제나 피고인의 반대신문권 보장 등 공정한 재판의 이념은 영미법계 형사절차에만 특유한 것이 아니다. 다만, 영미법계 형사절차는 실체진실 발견의 이념이 공정성의 이념보다 우월한 취급을 받는 것이 아니라는 점에서 대륙법계 형사절차와 차이가 있다. 이것은 영미 국가들의 사회, 문화가 기본적으로 인식론적 회의주의와 권력에 대한 불신에 기초하고 있기 때문이다. 대륙법계 국가들에서의 사회, 문화적 인식은 국가가 형사절차를 통해서 확실하게 사실을 발견하여 정의를 실현해야 한다고 믿는 것에 반해서, 영미 국가들의 사회 문화적 인식은 그러한 절대적 사실의 발견이 가능하다고 믿지 않으며,[80] 따라서 실체진실은 공정한 절차와 다른 것을 의미하지 않는다고 본다.[81]

---

78) Damaška, 주 74)의 논문은 영미법계 형사절차에서 검찰이 유죄판결을 얻어내는 것이 대륙법계 형사절차에서보다 더 많은 장애를 가진다고 분석한다. 그러나 이러한 분석은 증거법리의 개념적 차원에 국한되는 것이며, 플리바게닝이나 사법자원의 투입 규모 등 형사절차의 현실적인 측면에서 실증적으로 확인된 것은 아니라고 한다.

79) John D Jackson · Sarah J. Summers, 주) 75의 책[kindle edition] 3881-4545/16403면.

80) James Q Whitman, No right answer?, Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context: Essays in Honour of Professor Mirjan Damaška(John D Jackson 외 2인 편), Bloomsbury Academic(2008), 372-392면.

81) Elisabetta Grande, Dances of criminal justice : thoughts on systemic differences and the search for the truth, 주 80)의 책, 145-163면.

3. 형사절차의 전통과 증거법

(1) 형사절차의 두 전통

역사적으로 서구에서는 영미법계(common law) 국가의 당사자주의(adversarial) 형사절차와 대륙법계(continental, civil law) 국가의 직권주의(inquisitorial) 형사절차의 전통이 형성되어 왔다.[82] 이렇게 서구 형사절차의 전통을 구분함에 있어서는 그 개념을 어떠한 기준으로 분류하고 지시하는지를 명확하게 해야 할 필요성이 있다. 당사자주의와 직권주의는 대략 서로 다른 세 가지 개념적 층위에서 지시되고 설명된다.[83] 첫 번째 개념 층위에서는 검사와 피고인 사이의 대향적인 변론절차에 의해서 공개주의, 구술주의적으로 형사재판이 진행되는 것을 당사자주의로 이해하고, 사법관에 의해서 피고인에 대한 조사가 밀행적, 일방적 절차에 의해 진행되며, 그 결과를 기재한 조서에 의해서 형사재판이 진행되는 것을 규문주의 내지 직권주의로 이해한다.[84] 즉, 당사자주의를 프랑스혁명 이전에 대륙법계 국가에서 존재하던 규문주의와 대비하고, 당사자주의를 이념적으로 피고인의 기본권과 인권에 연결 짓는 것이다. 이러한 이해방식은 현대 형사소송법학에서도 당사자주의와 직권주의를 공판절차에서의 피고인의 방어권 내지 변론권의 존부를 기준으로 분류하고 이해하는 형사소송구조론으로 이어진다.[85] 그런데 대륙법계 국가들을 포함한 대부분의 근대국가가 형사재판에서 구술주의, 공개주의를 채택하고 피고인의

---

82) John D Jackson · Sarah J. Summers, 주) 75의 책[kindle edition] 1201/16403면; Damaška, 주 74)의 논문, 507-509면; Jacqueline S. Hodgson, The Metamorphosis of Criminal Justice A Comparative Account, Oxford University Press[Kindle Edition], 3-12면; Delmas-Marty · J.R.Spenser, European Criminal Procedures, Cambridge University Press(2002), 1-80면.

83) 대륙법계 학자들과 영미법계 학자들의 개념 층위가 서로 다른 상황에 관한 상세한 설명 및 비판으로는 Damaška, 주 74)의 논문, 555-578면.

84) John D Jackson · Sarah J. Summers, 주) 75의 책[kindle edition] 1201/16403면.

85) 국내 형사소송법 교과서는 대부분 이러한 개념 층위에 근거하여 당사자주의와 직권주의를 이해하고 분석한다. 예컨대, 이재상 외 2인, 형사소송법 제14판, 박영사(2023), 381-388면 참조.

방어권을 보장하는 오늘날[86]에는 이러한 이해방식이 피고인의 인권과 방어권을 강조하는 이념적 방향을 제시하기는 하지만, 현존하는 형사절차를 이해하고 분석하는 도구로서는 별다른 효용을 가지지 못한다.[87]

두 번째 개념 층위에서는 영미법계 국가와 대륙법계 국가에서 역사적으로 형성된 형사절차를 실증적으로 분류하고 그 개념적 특징을 서술하면서 영미법계 국가의 형사절차를 당사자주의로, 대륙법계 국가의 형사절차를 직권주의로 지시하고 이해한다. 양 전통이 나뉘어 형성된 역사적 기원으로는 영국의 지방 단위에서 고유하게 발전된 배심제도가 지목된다.[88] 그런데 현대 국가의 형사절차는 역사적으로 많은 변화를 겪어왔고, 이제 개별 국가의 형사절차에는 다양한 요소들이 혼합되어 있기 때문에 어떠한 개념적 특징을 기준으로 양 전통을 분류하여야 하는지 여부가 명확하지 않다. 즉 역사적 형태의 당사자주의와 직권주의는 이제 이념형(ideal type)으로서만 존재할 수 있을 뿐이므로, 그 이념형을 구성하는 개념적 징표를 어떻게 구성하여야 하는지가 문제된다는 것이다.[89] 유럽연합이 형성된 이후 서로 다른 형사절차를 가진 국가들 사이에서 형사사법 공조를 강화하고 나아가 통합적인 형사절차를 창설하려는 노력이 이루어지면서 각국의 형사절차의 공통점과 차이점을 이해하려는 노력이 이루어졌다.[90] 프랑스, 독일, 벨기에, 영국, 이탈리아의 형사절차를 실증적으로 분석하고 분류한 연구결과에 따르면, 직권주의와 당사자주의 형사절차는 전통적으로 형사소추를 결정하고 공소유지 기능을 담당하는 검찰청의 존재 여부, 피고인신문의 존재 여부 및 피고인의 방어권의 정도, 증거조사에 있어서 법원의 수동적/ 적극적 역할에 따라 나눠질 수 있지만, 현대에 들어와서는 이러한 전통적 특색들이 서로 혼합되면서 점차 옅어지고 있다.[91] 그러나 세부적으로 분석해보면, 검사가 사법관 내지 준사법관으로서 당사자와 구별되는 지위와 기능을 보유하고 있는지 여부, 경찰이 사법경찰과 행정경찰로 분리되어 검사나 수사판사의 지휘,

---

86) 이재상 외 2인, 주 85)의 책, 380면.
87) Hodgson, 주 82)의 책, 5면.
88) Delmas-Marty・J.R.Spenser, 주 82)의 책, 7-8면.
89) John D Jackson・Sarah J. Summers, 주 75)의 책[kindle edition] 1201/16403면.
90) Delmas-Marty・J.R.Spenser, 주 82)의 책, 1-3면.
91) Delmas-Marty・J.R.Spenser, 주 82)의 책, 20-27면.

감독에 따라서 사법경찰이 공판 전 증거수집 및 조사를 담당하는지 여부, 공판 전 수사절차에서의 강제수사절차가 존재하는지 여부, 검사와 당사자가 법원의 적극적인 간섭 없이 플리바게닝을 할 수 있는지 여부, 법관의 신분, 모집, 구성방식의 차이 등에 따라 양 전통을 구분할 수 있다고 한다.[92]

한편, Damaška는 증거법의 양식과 관련하여 현존하는 영미법계 당사자주의 형사절차의 특색으로 증거의 수집, 선택, 제출이 법원이 아니라 당사자의 통제 하에 놓여 있다는 점을 들었고, 대륙법계 직권주의 형사절차의 특색은 사법관 내지 준사법관이 공판 이전 수사절차를 주재하고 그 수사결과를 법관에게 이용 가능한 형태인 조서 및 수사기록으로 작성하여 제출한다는 점을 들었다.[93] 당사자주의 형사절차는 이러한 공판 이전 수사절차가 존재하지 않으며 오히려 공판 이외에서 수집된 증거의 증거능력을 심사하고 배제하는 제도를 채택하고 있다.[94] 또한 당사자주의는 통상 배심제도를 채택하여 법원이 배심원과 직업법관으로 양분되는 점을 특색으로 한다.[95]

결국 역사적으로 현존하는 대륙법계 직권주의와 영미법계 당사자주의 형사절차를 구분하는 핵심적인 기준은 첫째, 사법관 내지 준사법관이 공판 이전 수사절차를 주재하고 그 수사결과를 법관에게 이용 가능한 형태인 조서 및 수사기록으로 작성하여 제출하는지 여부,[96] 둘째, 공판 이외에서 수집된 증거의 증거능력을 심사하고 배제하는 제도를 갖추고 있는지 여부, 셋째, 법원의 구조가 배심원과 직업법관으로 이원화되어 있는지 여부로 종합할 수 있다.

세 번째 개념 층위에서는 형사절차와 증거법 사이의 구조 연관적 관점에서 당사자주의를 좀 더 개념적, 이론적으로 규정짓는다. 여기에서 당사자주의는 역사적으로 현존하는 당사자주의 형사절차를 의미하지 않으며, 증거의 수집, 선택, 제출이 법원이 아니라 당사자의 통제 하에 놓

92) Delmas-Marty · J.R.Spenser, 주 82)의 책, 27-37면.
93) Damaška, 주 74)의 논문, 510-511면.
94) Damaška, 주 74)의 논문, 514-516면.
95) Damaška, 주 74)의 논문, 510면.
96) Hodgson, 주 82)의 책, 5-7면도 이러한 점을 핵심적인 구분 기준으로 제시한다.

여 있는 제도의 개념적 특징을 가리킨다. 현존하는 당사자주의 형사절차를 형성하는 역사적 요인들은 우연적인 것들을 포함하며 반드시 증거법의 구조에 영향을 미치는 것만은 아니다. 그런데 당사자주의 형사절차가 구체적인 증거법리에 구조적으로 어떠한 영향을 미치는지를 파악하기 위해서는 당사자주의를 좀 더 구체적으로 규정할 필요가 있다. 본 논문에서 형사절차와 증거법 사이의 구조연관성을 논의할 때 당사자주의 형사절차는 바로 세 번째 개념 층위에 따라 지시되고 분석되는 것이다.

(2) 증거법의 형사절차 구조에 대한 의존성

증거법의 목적은 증명의 일반원리를 구현하는 것이며, 실체진실 발견의 이념과 대등하거나 능가하는 보편적 가치가 있는 경우에만 예외적으로 증거의 사용이나 추론을 금지하는 것이다. 역사적으로 증거법은 영미법계 증거법과 대륙법계 직권주의 증거법, 두 유형으로 발전하였는데 보편적인 차원에서 보면 두 증거법은 같은 목적을 지향한다. 그러나 세부적으로 살펴보면 두 증거법은 많은 점에서 차이를 보인다. 또한 직권주의 증거법 내에서도 프랑스와 같이 증거자유주의를 채택한 유형과 독일과 같이 직접주의를 채택한 유형이 또 서로 다르다.

본 논문은 이와 같은 증거법 사이의 차이점은 결국 그러한 증거법을 채택한 국가의 형사절차 구조의 차이에서 기원하는 것이라는 점에 주목한다. 그러한 구조의 차이를 발생시킨 근원적인 역사적 사실은 공판 전 조사 및 기록을 담당하는 규문적 국가관료기구의 존재 여부였다. 또한 그러한 규문적 절차가 근대적 수사절차로 전환된 이후에도 이를 필요로 하는 그 사회의 구조와 문화적 요구가 현대에도 그러한 증거법 유형의 차이를 유지하게 된 근본적인 이유가 된다. 이러한 관점의 골격은 Damsaka의 선행 비교법 연구로부터 얻어진 것이다. 그는 우선 대륙법계 직권주의 증거법과 영미법계 증거법의 근본적인 유사성을 통찰력 있게 간파한 후[97] 그럼에도 존재하는 세부적인 차이점의 원인을 양 형사절차가 가진 구조적 차이점에서 발견한다.[98] 그리고 형사절차의 구조적 차이

97) Mirjan Damaška, Of Hearsay and Its Analogues, Minnesota Law Review Vol. 76(1977) 참조.

의 발생 원인은 그의 사법절차와 사회구조 간의 상관관계에 관한 연구로 연결된다.[99] Damaška는 현대에 들어와서 영미법계 형사절차의 구조에서 발생하는 변화들이 결국 영미법계 증거법에 영향을 미치고 그 증거법의 퇴조를 가져올 것이며,[100] 이탈리아와 같이 정치적 이유로 직권주의적 형사절차 구조를 존치한 상태에서 영미법계 증거법을 결합시킨 경우에 조화로운 성공을 기대하기 어려울 것이라고 대담하게 예측한다.[101] 그의 예측이 실증적으로 정확하게 들어맞았다고 단정하기는 어렵지만,[102] 그가 가진 구조연관적 관점 자체는 여전히 유효성을 가진다. 다음 장에서는 영미법계 증거법과 직권주의 증거법의 세부적인 내용을 살펴본 후 위와 같은 관점에서 그 유사성과 차이점을 증명의 일반원리, 형사절차의 구조적 차이점과 사회문화의 구조적 차이점이라는 관점에서 각각 비교한다.

그런데 Damaška의 구조적 유형론에서 이탈한 증거법의 유형들이 존재한다. 일본과 우리나라와 같이 동아시아에서 서구의 형사절차와 증거법을 계수한 국가들이 여기에 해당한다. 여기에서는 직권주의 형사절차, 형사절차에서의 국가권력의 집중과 남용, 영미법계 형사절차와 증거법의 영향 등 역사상 스스로 형사절차를 형성해온 서구 국가들과는 다른 증거법의 양상을 보여준다. 그리고 Damaška의 관점과 같이 증거법이 그 형사절차의 구조에 의존한다고 말하기 어려운 현상들이 존재한다. 특히 우리나라의 경우에는 이탈리아 형사절차가 현대에 들어와서 겪은 혼란과 관점의 대립[103]이 제정형사소송법 시기부터 현재까지 지속적으로 이어지고 있다.

---

98) Mirjan Damaška, Evidence law adrift, Yale University Press(1997) 참조.

99) Mirjan Damaška, The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process, Yale University Press(1991) 참조.

100) Damaška, 주 98)의 책, 125-142면.

101) Mirjan Damaška, The Uncertain Fate of Evidentiary Transplant: Anglo American and Continental Experiments, 45 American Journal of Comparaive Law(1997), 839면.

102) Ronald J Allen · Georgia N Alexakis, “Utility and truth in the scholarship of Mirjan Damaška”, 주 80)의 책, 344면.

103) 이탈리아는 1988년 의회의 형사사법개혁 법률을 통해 직권주의적 수사절차를 그대로 둔 상태에서 공판절차의 당사자주의와 전문법칙적 증거법을 도입하였다. 사법부는 개정법에 대하여 비판적인 태도를 취하였고, 1992년 헌법재판소는 위헌 결정을 하였다. 1997년 의회가 다시 동일한 취지의 법률을 통과하였으나 헌법재판소는 다시 위헌 결정을 하였다. 결국 1999년

헌법개정 및 2001년 형사소송법 개정을 통하여 이러한 혼란은 법률적으로 정리되었다. 그러나 여전히 형사절차 실무는 과거의 직권주의적 체제를 상당 부분 유지하고 있다고 평가된다. 상세한 내용은 Hodgson, 주 82)의 책, 23-27면; William Pizzi · Luca Marafioti, The New Italian Code of Criminal Procedure: The Difficulties of Building an Adversarial Trial System on a Civil Law Foundation, Yale Journal of International Law Vol. 17(1992); Luca Marafioti, Italian criminal procedure : a system caught between two traditions, 주 80)의 책, 81-98면 참조.

제 2 절 영미법계 증거법[104]

1. 전문증거의 개념[105]

(1) 전문증거 개념의 역사

1) common law의 전통적인 전문증거 개념

원래 전문법칙은 영미법계 common law 전통에서 판례에 의하여 형성된 법리이다. 영국의 증거법 교과서에 요약된 전통적인 전문법칙의 개념은 다음과 같이 요약될 수 있다. "법정에서 구술로 이루어진 사실적 주장(assertion) 외에는 그 주장된 사실이나 의견을 뒷받침하는 증거로 받아들여질 수 없다."[106] 즉, 전문증거는 법정에서 구술로 이루어진 사실적 주장이 아닌 증거를 말한다. 전문법칙이 적용되는 범위는 전문증거가 무엇인지에 달려 있다. 전문증거의 개념은 복잡하고 예외가 많지만 영국 판례법에 의하여 어느 정도 확립되어 있었던 내용은 다음과 같다.

첫째, 전문증거에 해당하는 사람의 진술 범위는 형식이 아니라 실질에 의하여 파악되어야 한다. 즉 전문증거는 그 진술이 문서, 녹음테이프, 비디오테이프, 사진 등에 의해서 이루어지는 경우를 모두 포함하며,[107] 말이 아닌 행동만으로 이뤄진 경우에도 손가락에 의한 지목, 긍정 표시의 끄덕임 등 그것의 의미가 말과 동일한 것으로 받아들여지는 경우를 모두

---

104) 영미법계 형사절차의 증거법은 증거능력 제도를 특색으로 하며, 증거능력 단계를 구성하는 법리는 전문법칙 이외에도 진정성, 관련성, 과학적 증거, 위법수집증거배제법칙 등 다양한 유형이 있으나, 여기에서는 외재적 증거법리를 다루지 않으며, 내재적 증거법리 중에서도 실체진실 발견의 제고와 연관된 전문법칙을 중심으로 서술한다.

105) 이하 전문증거 개념에 관하여는 이창온, "전문증거의 개념에 관한 인식론적, 비교법적 소고", 형사법의 신동향, vol. 78. 대검찰청(2023), 163-215면을 수정, 요약한 것이다.

106) JR Spencer, Hearsay Evidence in Criminal Proceedings 2nd Ed., Hart Publishing(2014), 1면에서 영국의 유명한 형사소송법학자인 Rupert Cross의 글을 재인용.

107) Law Commission(UK), Evidence in Criminal Proceeding: Hearsay and Related Matters, Consultation Papers, No 138(1995), 16면.

포함한다.[108] 다만 녹음테이프, 비디오테이프, 사진 등이 진술의 내용을 담고 있는 것이 아니라 어떠한 사태의 발생 장면을 그대로 기록하는 경우에는 물적 증거이지 진술 증거가 아니다.[109] 한편, 정보가 기계에 입력되는 과정에서 사람에 의한 정보 전달의 개입이 이루어지는 경우에는 전문증거로 인정되나, 어느 정도의 인간 개입이 이루어져야 하는지에 대한 실무상 구분은 쉽지 않다.[110] 영국 판례는 발권 당시 탑승자에게 발권되는 비행기 티켓에 인쇄된 승객의 성명은 당해 성명을 가진 탑승자가 비행기에 탔다는 강력한 정황증거가 됨에도 불구하고 전문증거라고 판시하였다.[111]

둘째, 진술 내용의 진실성을 입증하기 위한 목적(purpose)이 아니라 진술이 이뤄졌다는 사실(the fact that it was made) 자체를 입증하기 위한 목적으로 진술 증거가 제출된 경우에는 전문증거가 아니다. 예컨대 테러리스트의 협박에 대응하기 위하여 무기를 소지하고 있었다는 점을 입증하기 위하여 테러리스트의 협박 진술을 법정에서 제출하는 경우 그 협박 진술은 진술의 내용을 입증하기 위한 것이 아니라 그러한 협박을 받았기 때문에 피고인이 곤경에 처해 있었다는 점을 입증하기 위한 목적으로 제시된 것이기 때문에 전문증거가 될 수 없다.[112] 또한 두 명의 피고인이 법정 외에서 완전히 동일한 알리바이를 제시한 경우 두 사람의 진술이 완전히 동일하기 때문에 알리바이가 조작되었다는 점을 입증하기 위해 두 피고인의 진술을 법정에 제시하는 경우에는 역시 위와 같은 근거에서 전문증거가 아니다.[113]

셋째, 가장 문제가 되는 것은 함축적 사실주장(implied assertion)의 경우이다. 이는 어떠한 발화행위로부터 발화자의 의식 상태, 의도 또는 그가 의사를 전달함에 있어서 당연히 전제하고 있는 어떠한 사실을 추론할 수 있는 진술을 말한다.[114] 이것은 의문문이나 지시문처럼 진술 자체가 사실적 주장을 담고 있지 않거나,[115] 그 진술이 담고 있는 사실적 주장

---

108) 위 글.
109) 위 글.
110) Law Commission(UK), Evidence in Criminal Proceeding: Hearsay and Related Topics, Report, No 245(1997), 17.
111) Rice[1963] 1 QB 857[Law Commission(UK), 위 글에서 재인용].
112) Law Commission(UK), 주 110)의 보고서, 14면.
113) 위 글.
114) Law Commission(UK), 주 110)의 보고서, 18면.

이 요증사실에 중요한 의미를 가지기보다는 주변적인 중요성을 가질 뿐이고 오히려 요증사실에 핵심적인 문제가 되는 것은 그 진술의 내용이 아니라 그로부터 추론되는 다른 사실들(화자의 의도, 의식상태, 발화의 전제사실 등)인 경우를 말한다.[116] 진술 자체가 담고 있는 사실적 주장이 요증사실이 되는 것이 아니기 때문에 함축적 '사실주장'이라는 표현은 오해의 소지가 있다고 비판하는 견해도 많다.

함축적 사실주장이 common law 법원에서 문제된 것은 유명한 영국의 Wright v Doe d Tatham 사건에서였다. 여기에서는 John Marsden이 남긴 유증의 효력이 문제되었는데 원고는 Marsden이 정신적으로 불완전한 상태였으므로 유증의 효력이 없다고 주장하였다. 이에 대하여 피고 측은 Marsden의 정신적 능력이 온전함을 증명하기 위하여 Marsden의 조카들이 여행 중 Marsden에게 보낸 안부 편지들과 교구 목사가 재산 문제를 상의하기 위해 보낸 편지들을 증거로 제출하였다. 그 편지들의 문장과 내용은 작성자들이 Marsden의 정신능력이 온전하며 그가 편지들의 내용을 합리적으로 이해할 것이라고 전제하였음을 보여주는 내용들을 담고 있었다. 재판에서 이 편지들이 전문증거로서 증거능력이 배제되어야 하는지 여부가 문제되었는데, 편지들은 Marsden의 정신적인 능력에 관한 직접적인 사실적 주장을 담고 있지 않았으므로, 결국 함축적 사실주장을 전문증거로 볼 수 있는지의 문제가 쟁점이 되었다.[117] 여기에서 요증사실은 편지에 담겨 있는 직접적인 내용의 사실 여부가 아니라 편지들의 내용으로부터 추론할 수 있는 사실들이다. 1차적으로는 Marsden이 온전한 정신능력을 가지고 있다는 편지 작성자들의 믿음이며, 2차적으로는 그들의 믿음으로부터 Marsden이 실제로 온전한 정신능력을 가지고 있었다는 사실이 추론대상이 된다.[118] 영국의 당시 대법원 기능을 하던 추밀원(Privy Council)[119]은 이 편지들이 모두 전문증거라고 판시하였다. 한

115) 위 글.
116) 위 글.
117) Wright v Doe d Tatham(1837) 7 Ad & EL 313 HL(E)[Roger C. Park, "I didn't tell them anything about you": Implied Assertions as Hearsay under the Federal Rules of Evidence, Minnesota Law Review(1990), 788-789면에서 요약한 내용을 인용함].
118) Roger C. Park, 주 117)의 논문, 789-791면.
119) 현재에는 일부 영연방 국가 관련 사건 등에 대해서만 사법적 기능을 유지

편, 이 Wright 판결은 Baron Parke 판사의 비언어적 행동의 전문증거 여부에 관한 방론 설시로 인해서 더 유명해졌다. 그의 방론은 어떤 배의 선장이 자신의 배를 검사한 후 가족들과 함께 배를 출항하였다면 선장의 출항행위 자체를 전문증거로 볼 수 있는지, 즉 선장의 출항행위로부터 당시 기후가 항해에 적절하였다는 추론을 할 수 있는지 여부에 관한 것이었다. Baron Parke 판사는 이 역시 선장의 지각, 기억에 관하여 반대신문을 하지 않는 이상 선장의 믿음에는 오류의 가능성이 있을 수 있다는 논리 하에 전문증거에 해당한다는 설시를 하였다.[120]

1992년 그 당시 영국 대법원(House of Lords)[121]은 Kearley 사건[122]에서 이러한 Wright 판례를 다른 유형의 함축적 사실주장 사례에 적용하였다. Kearley 사건에서는 경찰이 마약상으로 의심되는 피고인의 주거지를 압수수색하던 도중, (경찰관을 피고인으로 오인한) 18명의 익명 고객으로부터 자신들이 피고인의 주거지에서 마약을 살 수 있는지 또는 판매용 마약을 가지고 있는지 문의하는 전화를 받았는데, 피고인이 마약을 판매할 의도로 소지하고 있었다는 점에 대한 증거로서 경찰관이 그러한 전화를 받은 사실을 법정에서 증언할 수 있는지 여부가 문제되었다. 피고인의 주거지에 전화를 걸어서 마약을 살 수 있는지 문의한 사람들은 전화 상대방이 마약상이라고 명시적으로 주장한 것은 아니다. 이들은 전화 상대방이 마약상이라는 전제 하에 마약을 주문하려 한 것이다. 이때 요증사실은 피고인이 마약 판매 의도를 가지고 마약을 소지하고 있었느냐 여부인데, 익명 고객들의 진술 내용이 아니라 그들의 문의 사실 자체, 더 엄밀히 말하면 그 문의 사실로부터 추론되는 익명 고객들의 상대방이 마약상이라는 암묵적인 믿음으로부터 실제 피고인이 마약상이라는 사실을 추론할 수 있는지 여부가 쟁점이 된다. 영국 대법원은 증거능력을 인정한 하급심의 판결을 뒤집고 익명 고객들의 전화 문의 내용에 관한 경찰

하고 있다.

120) Roger C. Park, 주 117)의 논문, 789-790면.

121) 종래 상원 내에 12명의 종신 상원의원들이 대법관의 기능을 담당하고 있었으나 2005년 헌법개혁법에 의하여 2009년 영국의 대법원(Supreme Court of UK)이 설치되어, 독립하였다.

122) In Kearley[1992] 2 AC 228, 243 H(JR Spenser, 주 106)의 책, 7면의 요약을 인용함).

관의 증언은 전문증거로서 증거능력이 없다고 판시하였다. 그 주요 근거는 원진술자가 법정에서 증언하지 않았으므로 반대신문에 의하여 그 진실성이 검증되지 않았다는 것이다.[123]

넷째, common law 판례에서는 실질적으로 사실적 주장에 해당하는 것이지만, 증언적(testimonial) 성격을 전혀 가지지 않거나 증언적 성격이 극히 약화되어 있는 경우에도 언제나 전문증거로 보아야 하는지 여부가 종종 문제되어 왔다.[124] 영국의 1965년 Myers 사건[125]에서 피고인은 미리 구입해둔 사고 차량의 번호판을 절취한 차량에 부착한 다음 중고차로 판매하다가 검거되어 기소되었다. 검찰 측은 판매된 차량의 엔진에 기록되어 있는 엔진 고유번호를 차량 제작회사의 익명의 직원이 차량을 조립하는 과정에서 기록해둔 엔진번호와 대조하여 그것이 절취된 차량임을 입증하고자 하였다. 영국 대법원은 이때 차량 제작회사에 남아 있는 엔진번호 기록대장은 전문증거이며 전통적인 common law 판례에서는 이러한 경우에 증거능력을 인정하는 예외가 확립되어 있지 않으며 법원이 그러한 예외를 인정하는 것은 신중해야 한다는 이유로 증거능력을 인정하지 않았다.[126] 미국 연방증거법에서는 이렇게 증언적(testimonial) 성격을 전혀 가지지 않거나 증언적 성격이 극히 약화되어 있는 경우에는 명문으로 전문법칙의 예외를 인정하여 증거능력을 인정한다.[127] 영국에서도 Myers 판결의 여파로 1965년 법이 개정되어 업무상 문서의 증거능력을 예외적으로 인정하는 조항이 도입되었고 이후 2003년 형사사법법에까지 그 조항이 그대로 유지되었다. 그리고 뒤이은 Kearley 판결로 인해 영국 증거법 개혁의 목소리가 높아졌고, 결국 아래에서 살펴보는 바와 같이 2003년 형사사법법(Criminal Justice Act)에 따른 대대적인 전문법칙 개혁

123) JR Spenser, 주 106)의 책, 7-8면.

124) 전문증거 개념의 한계에 관해서 함축적 사실주장은 극히 예외적인 경우가 아니면 주로 사적인 대화 상황이나 상황 발생현장에서 발생하기 때문에 증언적 성격(testimonial)을 가지지 않는 것이 일반적이며, 따라서 대면권의 문제는 거의 발생하지 않는다. 따라서 전문증거 정의에서 배제되면 대면권 보장 여부와 상관없이 증거능력을 인정받는 것이 일반적인 경우에 해당할 것이다.

125) In Myers[1965] AC 1001(JR Spenser, 주 106)의 책, 8-9면의 요약을 인용함).

126) JR Spenser, 주 106)의 책, 8-9면.

127) 우리 형사소송법 제315조 예외에 해당하는 부분이다.

으로 이어지게 되었다.

2) Edmund M. Morgan의 제안

하버드대 로스쿨의 증거법학자였던 Edmund M. Morgan은 20세기 초 미국 증거법 학계와 실무에 큰 영향을 미쳤고, 앞에서 소개한 전문증거의 위험성에 관한 그의 견해는 오늘날까지 일부 학계에서는 강력한 지지를 얻고 있다. 전문증거의 위험성을 근거로 하여 Morgan은 Wright 판결의 전문증거의 개념에 관하여 광범위한 정의를 지지하였으며, 1935년 이를 현대적으로 재해석하여 다음과 같은 입법론을 제시하였다.

전문증거는 다음과 같은 요건을 충족할 때에는 언어적이든 비언어적이든 인간의 모든 행동에 대한 증거를 포함한다.[128)]

(1) ① 화자가 발화나 행동 당시 사실적 주장으로서 진술할 것을 의도하였으며, ② 주장된 사실의 진실성을 입증하기 위한 경우이거나, 주장하는 자가 주장된 사실이 진실이라고 믿었다는 사실을 입증하기 위해 증거로 제출된 경우에, ③ 당해 공판에서 반대당사자에게 당해 주장에 대해 반대신문기회가 주어지지 않은 이상 전문증거에 해당한다.

(2) ① 화자가 발화나 행동 당시 사실적 주장으로서 상대방에게 전달할 것을 의도하지 않았으나, ② 화자의 사실에 관한 믿음 그리고 화자로 하여금 그러한 사실에 관한 믿음을 가지게 한 외부적 사건이나 배경을 모두 입증하기 위해서 제출된 경우, 또는 ③ 그러한 행동이 그의 믿음을 진실하게 반영하고 있다는 사실을 입증하기 위해서 제출된 경우에는 전문증거에 해당한다.

이러한 Morgan의 정의는 모든 인간의 행위는 의사소통의 수단으로서 의도된 것이 아닌 경우에도 그의 행위의 근거가 되는 지각, 기억에 오류가 개입될 수 있으므로, 반대신문에 의하여 원칙적으로 검증될 필요가 있다는 점에 기초한다. 이러한 그의 입장은 전문증거의 개념에 관한 한 가장 범위가 넓은 것으로서, Wright 판결에서 방론으로 언급된 선장의 출항행위까지도 전문증거에 포함하게 된다.[129)]

---

128) Edmund M. Morgan, Hearsay and Non-Hearsay, Harvard Law Review, Vol. 48, No. 7(May, 1935), 1158면. Morgan은 1항 이하에서 2~6항에 이르는 포괄적인 예외의 성립요건도 제시하고 있으나(1159-1160면) 여기에서는 소개를 생략한다.

다만, 유의해야 할 것은 Morgan이 위와 같이 전문증거의 개념을 광범위하게 정의하고 있다고 해서 반대신문이 이루어지지 아니한 모든 전문증거의 증거능력을 배척해야 한다고 주장한 것은 아니라는 점이다. Morgan은 전문증거의 예외는 그때그때 정책적 논거에 의하여 생성되며 일관되고 통일적인 분류가 어려우며, 전문증거의 개념과 예외를 명확하게 구분할 수 있는 논리적 근거가 희박하다는 점에서, 전문증거의 개념을 폭넓게 정의한 다음, 그 예외는 유연하고 합리적으로 정의함으로써 증거가치가 높은 전문증거는 증거로 사용하는 것이 합리적이라고 생각하였다.[130] Morgan이 제시한 전문법칙의 예외 요건은 현행 유형별로 따로 규정하고 있는 연방증거법과 달리 신용성이 담보되는 상황에서는 상당히 유연하게 증거능력을 인정할 여지를 허용하고 있으며, 특히 명시적인 사실 주장에 해당되지 않는 발화나 행동에 대해서는 증거능력이 인정될 여지가 더 높게 된다.

(2) 전문증거 규율 범위에 관한 견해의 대립

1) 연방증거법자문위원회의 견해

연방증거법 제정 당시 자문위원회(advisory committee)는 전문증거의 개념에서 사실적 주장이 아닌 경우(nonassertive nonverbal conduct)를 제외한 이유를 이때에는 사실상 기만의 위험성이 제거되기 때문이라고 설명하였다.[131] 자문위원회는 어떠한 행동이 사실적 주장으로서 의도되었다는 점은 당해 증거능력을 배제해야 한다고 주장하는 당사자가 입증하여야 한다고 한다고 한다.[132] 또한 위 (c) 항의 해석과 관련하여 문언에서는 다소 불명확하게 표현되어 있는 사실적 주장이 아닌 언어적 행동

---

129) Edmund M. Morgan, 주 128)의 논문, 1150-1151면.

130) Edmund M. Morgan, Suggestions for Defining and Classifying Hearsay, University of Pennsylvania Law Review and American Law Register, Vol. 86, No.3(Jan., 1938), 273면.

131) Christopher B Mueller, 외 2인, Federal Rules of Evidence: With Advisory Committee Notes and Legislative History(Statutory Supplement), Wolters Kluwer(2020) [Kindle Edition], 196-197면.

132) 위 글.

(verbal conduct), 즉 함축적 주장이 문제되는 경우에도 ① 비사실적 주장을 담은 언어적 행동, ② 사실적 주장을 담은 언어적 행동이나, 주장된 내용의 사실을 입증하기 위한 것이 아니라 당해 진술로부터 추론되는 다른 사실을 입증하기 위해 제출된 경우로 분류하고 이때에는 전문증거에서 제외되는 것으로 본다.[133]

2) 진술증거의 위험성을 우선하는 견해[진술자의 신용성 중심(declarant-centered) 견해]

연방증거법의 문언과 그와 관련된 자문위원회의 설명에도 불구하고, 여전히 연방증거법상 전문증거의 개념을 위 Morgan의 제안대로 해석할 수 있다는 강경한 견해가 여전히 존재한다. 특히 텍사스주는 그러한 입장을 견지하는 Wellborn 교수의 제안에 따라 연방증거법과 다른 방식으로 함축적 주장을 명시적으로 전문증거 개념에 포함시키는 증거법을 채택하였다.[134] Roger C. Park 교수는 이러한 입장을 개진하는 진영을 화자의 신용성 중심(declarant-centered) 견해라고 부르며,[135] 미국의 실무계와 달리 학계에서는 아직까지 이러한 입장이 상당한 지지를 얻고 있는 것으로 보인다.[136]

연방증거법의 문언이 Morgan의 입장과 다르다는 점을 인정하는 쪽에서는 사실적 주장을 담고 있지 않은 비언어적 행동이 해석론상 전문증거의 개념에서 제외된다는 점을 인정하면서도 이러한 연방증거법의 입법적 태도는 불합리하며 진술증거의 위험성을 제대로 규율하지 못하고 있으므로 화자의 신용성 중심 견해에 따라 개정되어야 한다는 입법론을 개진한다. 비언어적 행동과 달리 말에 포함된 함축적 사실 주장은 연방증거법의 문언에서 다소 불명확하게 되어 있다. 결국 사실 주장(assertion)이라는 개념을 어떻게 해석할 것인지 여부가 문제의 핵심인데, 화자의 신용성 중심 견해는 함축적 사실 주장(implied assertion)은 당연히 전문증거에 해당하므로, 전문법칙의 예외에 해당되지 않는 이상 증거능력이 배척

133) 위 글.
134) Roger C. Park, 주 117)의 논문, 829면의 각주 238 참조.
135) Roger C. Park, 주 117)의 논문, 783면.
136) Roger C. Park, 주 117)의 논문, 784면의 각주 7 참조; Richard A. Lloret, Assertion and Hearsay, Dickinson Law Review Vol. 125(2021), 349-350면.

되어야 한다는 견해를 취한다.[137] Morgan이 주장한 것처럼 함축적 사실주장의 경우에도 처음부터 계획적으로 연극적인 발언을 하는 경우가 있어서 전적으로 기만의 위험성을 배제할 수 없을 뿐만 아니라, 설사 화자가 진실한 믿음을 무의식적으로 표출하였다고 하더라도 지각이나 기억의 오류가 반대신문에 의하여 검증되지 않은 이상, 화자의 진술만으로는 화자의 주관적인 믿음을 넘어서서 믿음의 대상인 사실 자체의 진위 여부를 믿을 수는 없다는 것이다.[138]

넓게 보면 화자의 신용성 중심성 견해를 취하면서도 다양한 방식의 절충적인 입장을 취하는 견해도 있다. 예컨대, Roger C. Park 교수는 전통적인 화자의 신용성 중심성 견해가 연방증거법의 문언에 반하며, 증거가치가 높은 증거들을 극단적으로 배제함으로써 실체진실을 저해하는 부분이 있음을 인정하면서도, 법원 실무는 현행 연방증거법의 문언 내에서 전문증거의 개념을 실용적으로 해석하여 증거가치가 높은 경우에는 전문증거의 개념에서 제외하되 신용성이 낮은 전문증거는 유연하게 전문증거의 개념에 포함시켜 증거능력을 배척하고 있다고 보고 그러한 실무례를 옹호한다.[139] 그는 정황증거로서의 가치가 높은 전문증거는 전문증거의 개념에서 제외되거나 전문법칙 예외를 적용하여 적극적으로 증거로 사용할 필요가 있다고 보고 있다.

3) 정보수집과 증거평가의 자유를 우선하는 견해[사실주장 중심(assertion-centered) 견해]

Roger C. Park 교수는 연방증거법의 문언에 충실하게 전문증거는 오직 사실주장을 담은 진술에 국한하고자 하는 견해를 사실주장 중심적 입장이라고 부른다.[140] Craig 교수는 이를 문언주의자(literalist)라고 부르기도 한다.[141] 이러한 입장의 연원은 미국 증거법의 태두로 추앙받는 J. Wigmore[142]와 저명한 미국 증거법 교과서 및 해설서의 저자인 Charles

137) Richard A. Lloret, 주 136)의 논문, 350면.
138) Roger C. Park, 주 117)의 논문, 785-786면.
139) Roger C. Park, 주 117)의 논문, 829-837면.
140) Roger C. Park, 주 117)의 논문, 783, 785면.
141) Craig R. Callen, Hearsay and Informal Reasoning, Vanderbilt Law Review, Vol. 47(1994), 49-55면.

McCormick에까지 거슬러 올라간다. 앞에서 언급한 것처럼 실무계에서는 몇몇 예외를 제외하면 이러한 입장을 중심으로 주류 판례가 형성되어 왔다. 그러나 학계에서는 이러한 입장이 최근까지 오히려 열세에 속하였던 것처럼 보인다.

이러한 입장에서는 지시, 의문과 같이 사실주장이 아닌 진술은 전문증거에서 제외하며, 사실주장이 아닌 비언어적 행동도 전문증거에서 제외된다. 함축적 주장의 경우처럼 진술이 직접적으로 표명하는 사실이 요증사실이 아니라 진술로부터 추론되는 간접적인 사실이 요증사실인 경우에도 당연히 전문증거의 개념에서 배제된다. 그 근거는 우선 연방증거법의 문언에서 언급한 사실주장(assertion)의 개념을 일상어법과 언어철학을 통해서 정립함으로써 시작한다. 현실 정책적 근거의 관점에서는 전문법칙의 증거배제로 인해 발생하는 실체진실 저해에 대해 비판적이며, 배심원들로 하여금 최대한 많은 정보를 접하고 그 신용성 여부를 직접 판단할 수 있도록 하여야 한다는 인식을 가지고 있다.[143] 만약 그 과정에서 발생할 수 있는 위험성에 대해서는, 즉 관련성 있는 증거의 증거가치보다 배심원들로 하여금 불공정한 편견을 가지게 할 위험성이 있는 경우 연방증거법 제403조가 법관이 증거가치와 위험성을 비교형량하여 증거를 배제할 수 있게 하고 있으므로 그러한 방법을 사용하면 충분하다는 것이다.[144]

연방법원 판사인 Richard A. Lloret은 Searle의 언어행동이론을 계승한 언어철학자 Sanford C. Goldberg의 이론을 원용하여 사실주장(assertion)의 개념을 정립하려고 시도한다. Goldberg에 따르면 사실주장은 언어적 행동(speech act)으로서 다른 언어적 행동과 구별되는 8가지의 속성을 지니는 독특한 유형이다. 사실주장(assertion)의 속성은 첫째, 지식의 전달에 적합한 것이어야 하고, 둘째, 화자는 자신이 주장하는 바를 청자에게 사실로 믿게 하기 위한 의도로 발화하여야 하며, 셋째, 청자는 이에 대응하여 화자의 주장 근거에 대해서 질문으로써 도전할 수 있어야 하고, 넷째, 화자는 자신의 주장에 대한 증거를 제시해야 하며, 다섯째, 화자는 자신이 주장하는 내용의 진실성에 대해 명백하게 믿음을 표시해야 하고,

142) Craig R. Callen, 주 141)의 논문, 50면.
143) Richard A. Lloret, 주 136)의 논문, 409-410면.
144) Richard A. Lloret, 주 136)의 논문, 387면.

여섯째, 화자는 만약 자신의 주장의 기초에 대해 스스로 의문을 가지게 될 경우에는 주장을 철회할 의무를 가진다.[145] 이러한 사실주장은 화자의 태도적(attitudinal) 측면에서도 특수한 속성을 가지는데, Searle은 사실을 주장하는 자는 일종의 그 내용의 진실성을 보증한다는 요소(commitment)를 가져야 한다고 하였다. 그는 또한 청자가 이미 화자의 진술 내용에 대해서 알고 있는지 모를 경우에만 (사실에 대한 믿음의 전달의 의도가 인정될 수 있으므로) 사실 주장(assertion)이 성립될 수 있다고 주장하였다.[146] Lloret 판사는 이러한 사실주장의 속성에 근거하여, 법정에서의 사실주장은 화자인 진술자가 청자인 사실인정자(배심원들이나 법관)에게 어떠한 사실의 진실성에 대한 자신의 지식과 믿음을 스스로 보증하는 태도로써 전달하고 반대 당사자의 질문이나 반박 등의 도전에 응하여 자신의 진술의 진실성을 검증받는 것으로 이해한다.[147] 비사실적 주장이나 함축적 주장 등은 그러한 지식과 믿음의 전달 의도 및 보증적 태도가 결여되어 있으며, 청자는 언제나 당해 진술과 다른 사실들을 종합하여 스스로의 추론에 의해 지식을 도출해야 하는 반면, 법정에서의 사실주장은 화자의 진술과 진술 태도 그 자체에서 그가 주장하는 사실에 대한 신용성의 근거가 놓여 있게 된다. 법정에서의 사실주장은 추론이 아닌 진술 자체에 신용성의 근거가 있으므로 신용성을 보장하기 위하여 선서 하에 이루어지고 위증의 처벌을 전제로 하며 반대신문과 직접적인 태도 관찰을 통해서 신용성을 제도적으로 보증하고자 하는 것이다.[148]

(3) 미국과 영국의 입법 태도

1) 미국 연방증거법상의 전문증거의 정의

1975년 제정된 미국 연방증거법(the Federal Rules of Evidence)은 Morgan의 제안을 따르지 않았다. 연방증거법 제801조는 원칙적으로 사실적 주장(assertion)을 전문증거로 규정하고 사실적 주장 이외의 발화는 전문증거의 개념에서 배제하였다. 동조는 3개의 항으로 구성되어 있으

145) Richard A. Lloret, 주 136)의 논문, 356-358면.
146) Richard A. Lloret, 주 136)의 논문, 359면.
147) Richard A. Lloret, 주 136)의 논문, 360-361면.
148) Richard A. Lloret, 주 136)의 논문, 353-354면.

며, 내용을 번역하면 다음과 같다.[149]

(a) 진술(statement)은 (1) 사람의 구술 또는 서면으로 된 사실적 주장(assertion), 또는 (2) 사람의 비언어적 행동(nonverbal conduct)으로서 그가 사실적 주장의 의도로(intended) 그러한 행동을 한 경우를 의미한다. (b) 화자(declarant)는 그 진술을 한 사람을 의미한다. (c) 전문증거는 화자가 현재의 재판이나 공판 과정에서 증언한 것이 아닌 이전의 진술로서 진술에서 주장된 사실의 진실성을 입증하기 위해 당사자가 증거로 제출하는 것을 의미한다.[150]

연방증거법이 이처럼 명시적으로 사실적 주장(assertion)만을 전문증거로 규정하였으나, 사실적 주장의 의미와 범위를 둘러싸고 학계에서는 여전히 논쟁이 계속되어 왔다. 실무계는 종래 전문증거 개념에 관한 언급이나 논증을 가급적 회피한 채 주법원과 연방항소법원마다 개개 사안에 따라서 서로 다른 전문증거 개념을 따르는 것처럼 보였고, 연방증거법의 제정 전에는 Morgan의 견해에 따르는 판례가 다소 우세한 것처럼 보이기도 하였으나,[151] 연방증거법 제정 후 판례의 주류는 연방증거법 문언에 따라 전문증거의 개념을 사실적 주장에 국한하는 입장이 대세를 이루고 있다.[152]

현재의 미국 판례는 지시, 요청이나 의문문은 사실주장이 아니므로 전문증거가 아니라고 보는 경향이 일반적이다.[153] 또한 공범자가 경찰에 검거되는 과정에서 허위사실을 제시하면서 범죄를 부인하거나, 자신과 공범의 알리바이를 허위로 만들어달라고 누군가에게 부탁하면서 한 진술은 자신과 공범이 범죄를 저질렀다는 인식을 가지고 있었다는 점을 추론

149) 미국연방증거법 규정에 관해서는 Cornell Law School 홈페이지 https://www.law.cornell.edu/rules/fre/rule_801. 참조. 연방증거법 제801조는 자백, 종전 공판에서의 불일치 진술 및 일치진술도 전문증거의 개념에서 제외하고 있으나 이 논문에서는 논외로 한다.

150) 연방증거법 제801조의 제정 과정과 해석에 대해서는 Roger C. Park, 주 117)의 논문, 793-794면.

151) 연방증거법 제정 이전의 전문증거 개념에 관한 미국 판례의 경향에 대해서는 Roger C. Park, 주 117)의 논문, 804-810면. 함축적 사실 주장을 전문증거로 본 판례들을 소개하고 있다.

152) Richard A. Lloret, 주 136)의 논문, 379-380면 참조.

153) 위 글.

가능하게 하는 함축적 주장으로서 전문증거가 아니라고 보는 것이 대부분의 판례 경향이다.[154] 그리고 영국의 Kearley 판례와 달리, 경찰이 마약상으로 의심되는 자의 주거지를 수색하던 도중 익명의 전화를 통해 복수의 마약 주문을 받은 경우에 경찰의 증언은 전문증거가 아니라고 보는 것이 일반적인 경향이다.[155] 그러나 공범자가 경찰에 먼저 검거되어 조사를 받고 대기하던 중 나중에 검거된 다른 공범자가 경찰에 호송되어 지나가자, 그에게 "나는 너에 대해 경찰에 아무 말도 하지 않았어"라고 말한 경우에는 전문증거로 인정된 사례가 있다.[156]

2) 영국 증거법상의 전문증거의 정의

영국은 앞에서 언급한 Kearley 판결과 Myers 판결로 촉발된 전문법칙의 불합리성에 대한 비판이 점증하고 부분적인 입법을 통해 전문법칙의 예외를 허용하여 오던 중, 1995년 의회 산하 법률위원회(Law Commission)가 전문법칙에 관하여 심층적인 검토 후에 개혁방향과 입법안에 대한 자문보고서(consultation paper No 138)를 발표하였고, 1997년 최종보고서(Report No 245)를 제출하였다. 이들 보고서를 토대로 하여 의회는 2003년 형사사법법(Criminal Justice Act)을 제정하여 common law 전문법칙을 폐지하고, 새로운 형태의 전문법칙을 구축하였다.[157] 그 중에는 전문증거에 대한 새로운 정의도 포함된다. 전문증거의 정의에 관한 2003년 형사사법법 제115조는 다음과 같이 번역된다.

(2) 진술은 어떠한 수단에 의한 것이든 사람에 의해 이루어진 사실 또는 견해의 표현이다. 그것은 스케치, 사진, 또는 그림의 형태를 포함한다.

---

154) Roger C. Park, 주 117)의 논문, 814-816면에서 그러한 경향의 판례들을 소개하고 있다.

155) Roger C. Park, 주 117)의 논문, 825-826면에서 그러한 경향의 판례들을 소개하고 있다.

156) United States v. Reynolds, 715 F.2d 99(1983); Roger C. Park, 주 117의 논문, 804면.

157) 원래 법률위원회의 자문 당시에는 전문법칙을 폐지하고 독일식 직접주의 또는 최우량증거법칙을 도입하자는 주장이 강력하게 제기되었으나 전문법칙 전통에 깊이 젖어있던 실무계의 강력한 반대로 전문법칙의 골격 자체는 살아남았다. JR Spenser, 주 106)의 책, 27-30면.

(3) 이 장의 전문법칙이 적용되는 진술의 내용(matter stated)은 진술자의 목적(purpose)이 다른 사람으로 하여금 그 진술 내용을 믿게 하고, 또한 다른 사람으로 하여금 그 진술의 내용에 기초하여 행동하거나 기계가 작동되도록 하려는 것인때를 의미한다.[158]

JR Spencer는 이제 영국 현대 증거법에서는 증언의 형태에 가까운 사실주장 진술 외에는 모두 전문증거의 개념에서 제외되어 증거능력이 인정되는 것으로 해석한다. 따라서 지시, 의문문이나 함축적 사실주장들은 모두 전문증거가 아닐 뿐만 아니라, 나아가 일기장 등 사적인 기록들도 모두 화자의 전달 의도가 결여되어 있다는 점에서 전문증거가 아닌 것으로 해석된다.[159] 이제 영국 증거법은 전문법칙의 예외에 있어서도 종래 common law의 엄격하고 복잡한 예외를 유형화하고 정리하였을 뿐 아니라, 사실심 법관의 재량에 의하여 공정성의 이익에 부합하는 경우에는 예외를 인정할 수 있게 하였다.[160] 영국의 이러한 급격한 태도 전환은 전문법칙이 가져오는 편익보다 유력한 정황증거의 획일적인 증거능력 배제로 인해 실체진실 발견의 저해나 복잡하고 모호한 규칙으로 인한 실무적 혼란 등 비합리적인 비용이 더 크다는 문제인식에 도달하였기 때문이다.[161]

(4) 전문증거와 정황증거의 관계

직접증거와 정황증거(간접증거)의 구별에 있어서 정황증거란 요증사실을 추인하는 간접사실을 뒷받침하는 증거를 말한다.[162] 이때 요증사실은 주요사실이 될 수도 있고 간접사실이 될 수도 있다. 즉 직접증거와 정황증거의 구별기준은 입증목적인 사실(주요 또는 간접사실)에 대하여, 증거자체로부터 직접 그 사실을 인정할 수 있는지 아니면 증거로부터 어떠한 사실을 먼저 추론한 다음 추론된 내용이 다시 요증사실을 입증하는 힘을

158) JR Spenser, 주 106)의 책, 78면.
159) JR Spenser, 주 106)의 책, 88-92면.
160) JR Spenser, 주 106)의 책 33-40면.
161) Law Commission(UK), 주 110)의 보고서, 36-55면.
162) 이재상 외 2인, 주 85)의 책, 618면.

갖는지 여부에 달려 있다. 그렇다면 물적 증거는 언제나 정황증거가 되며, '어떠한 사실이 실제 발생하였다'고 말하는 진술만이 직접증거가 될 수 있다. 이와는 달리 본래증거(원본증거)와 간접증거는 대법원이 전문법칙과 직접심리주의를 언급하면서 사용하는 용어인데,[163] 입증목적의 관점이 아니라 입증수단의 관점에서 요증사실에 가장 가까운, 즉 가장 직접적인 경험을 가지고 있는 사람이나 원본인 자료를 본래증거(원본증거)로, 간접적 경험을 가진 사람이나 사본을 간접증거로 부르는 것이다.

전문증거는 본래증거(원본증거), 간접증거의 구별에 있어서는 본래증거가 아닌 간접증거이다. 오직 직접 경험한 사람의 진술만이 본래증거가 될 수 있다. 그러나 직접증거와 정황증거(간접증거)의 구별에 있어서는 직접 경험한 사람의 진술이라고 해서 반드시 직접증거의 속성만을 갖는 것은 아니다. 직접 경험자의 진술도 간접적, 정황적 요소를 필연적으로 가지게 된다. 언어적 발화는 화자의 내적 믿음을 전달하는 내용적 측면과 행위적, 물리적 속성을 모두 가지기 때문이며, 후자의 속성은 그로부터 추론되는 어떠한 사실로부터 다시 입증목적인 사실을 뒷받침하는 힘을 가지게 된다.

언어행위(speech act) 이론은 어떠한 말을 한다는 것은 반드시 그 말의 내용의 진위 여부를 묘사하거나 설명하는 차원 이외에도 말을 하는 행동을 통해서 약속을 하거나, 요청 내지 지시를 하거나, 법률적인 의미를 가지는 사태를 선언하거나, 어떠한 상황에 대한 감정을 표현하는 등의 행위 구성적 측면을 가진다는 점에 주목한다.[164] 저명한 언어철학자인 John Austin은 언어의 사실 묘사 또는 진위 진술적 측면(constative)과 구별하여, 이러한 언어의 행위적 측면을 발화의 수행적 요소(performative)로 불렀다.[165] 언어철학자 John Searle은 Austin의 이론을 체계화하여, 언

---

163) 대법원 2008. 11. 13. 2008도8007 판결.

164) 언어행위이론 전반에 대해서는 John R. Searle, Speech Acts: An Essay In the Philosophy of Language, Cambridge University Press(1969)[Kindle Edition]; Austin, J. L., How To Do Things With Words, (Barakaldo Books. 1968)[Kindle Edition] 참조.

165) Austin, 주 164)의 책, 8면. '수행적'이라는 번역은 J.L.Austin/김영진 역, 말과 행위-오스틴의 언어철학, 의미론, 화용론, 서광사(1992), 27면 이하를 따른 것이다.

어행위(speech act)이론을 정립하였다. Searle에 의하면, 언어의 발화(speech)는 언제나 물리적 또는 행위적 측면을 수반하며 이는 크게 4가지 속성을 가진다. 언어의 발화행위는 첫째, 화자가 문장을 발화함으로써 의사소통 과정에서 이루고자 하는 목적에 따라서 발화수반적 요소(illocution), 둘째, 그러한 발화수반적 언어행위가 의사소통 과정의 상대방인 청자에게 미치는 효과에 따라서 발화효과적 요소(perlocution), 셋째, 발음, 문자 등 언어가 가지는 일종의 물리적 특성에 따라서 발화행위적 요소(locution), 넷째, 발화 과정에서 화자가 가지는 믿음, 의도, 욕망, 감정 등에 따라 의식상태의 요소(state of mind)를 각각 가진다.[166] 이러한 Austin과 Searle의 언어이론이 전문증거의 개념에 던져주는 주요한 시사점은 진술이나 발화는 언제나 그 내용의 진위 여부뿐만 아니라 발화 자체가 추론되는 행위적 요소를 가진다는 것이다. 즉, 진술증거는 그 내용이 담고 있는 사실명제의 진실성 여부에 대한 자료가 될 뿐 아니라 진술이 이루어지는 과정과 존재 자체에 대한 정황증거의 양면적 성격을 가지게 된다. 언어의 물리적인 발화요소적 측면(locution)이나 발화효과적 측면(perlocution)이 정황증거로서의 속성을 가진다는 점에 대해서는 이론의 여지가 없다.[167]

---

166) John R. Searle, 주 164)의 책, 57-63면; ‘발화수행적’, ‘발화효과적’, ‘발화행위적’이라는 각각 번역은 J.L.Austin/김영진 역, 주 165)의 책, 131면 이하를 따른 것이다. 쉽게 말하면 발화수행적 요소는 언어행위에 수반되는 발언자의 의도, 목적적 측면을, 발화효과적 요소는 발언자의 발언이 청자에게 미치는 효과적 측면을, 발화행위적 요소는 발언자의 언어행위가 가지는 물리적 측면을 각각 의미하는 것으로 이해할 수 있을 것이다. 이성범, 소통의 화용론 제2판, 한국문화사(2019), 209면은 locutionary(발화행위), illocutionary(발화수반행위), perlocutionary(발화결과행위)로 번역하고 있다.

167) 심희기, “전문과 비전문의 구별”, 법조, 제681권(2013), 49-51면에서 언급하는 공포감이나 불안감을 유발하는 발언을 휴대전화 메시지로 받은 피해자 또는 53-54면의 협박 발언을 들은 V의 입장, 청자의 입장에서는 그러한 발언의 존재는 perlocution에 해당하며, 57면의 이적표현물을 저장한 컴퓨터디스켓의 존재나, 63-64면의 녹음 당시의 발음상태는 locution에 해당할 것이다. 그러나, 발화자의 메시지를 보낸 사람이나 협박한 사람의 의도나 그가 발언의 전제나 배경으로 삼았던 사실들, 나아가 도망이나 증거인멸행위의 전제가 되는 죄책을 입증하고자 할 때에는 그러한 전제사실들은 illocution 또는 화자의 의식상태 요소가 되므로, 더 이상 발언의 단순한 존

그런데, 화자가 의사소통 과정에서 이루고자 하는 목적에 따라서 그의 발언은 발화수반적 요소(illocution)를 포함하는 수행적 성격(performative)을 가진다. 문제는 이러한 발화수반적 요소를 진술의 내용으로 볼 것인지, 아니면 행위적, 정황적 요소로 볼 것인지 여부이다. 전자로 볼 경우에는 직접증거에 가깝지만 후자로 볼 경우에는 정황증거에 가깝게 된다. 앞에서 살펴본 함축적 사실주장의 문제에 대한 관점의 차이는 근본적으로는 여기에서 비롯되는 것으로 볼 수 있다. 사실주장 중심적 견해는 발화수반에 따른 유형(illocution) 중에서 오직 사실주장 진술(asserion)만을 직접증거라고 보며, 그 외의 다른 유형들은 모두 행위나 정황에 속하는 것으로서 요증사실을 추론하는 정황증거로 본다. 반면 진술자의 신용성 중심 견해는 모든 발화수반적 유형은 그 함축하는 내용에 대한 직접증거로 본다. 따라서 함축적 사실주장도 전문증거에 해당하게 되는 것이다. 앞에서 본 것처럼 미국의 주류 판례와 Roger C. Park나 Lloret 판사는 증거가치가 있는 정황증거를 증거의 영역에서 배제하는 것 자체에 대해 비판적이다. 연방판사이면서 유명한 법경제학자인 Richard Posner도 유사한 관점을 가지고 있다.[168]

대륙법계 증거법과 영미법계 증거법이 결정적인 차이를 지니는 것도 바로 이 지점이다. 대륙법계 증거법은 직접 경험자의 진술조차도 정황증거로 취급한다. 진술자의 태도로부터 진술자의 진실성에 대한 추론이 이뤄질 뿐만 아니라, 적극적인 사실조사 권한을 가진 사실인정자는 그 진술의 시기, 진술 상황 그리고 진술 내용과 종전 진술과의 일관성, 다른 증거자료와의 모순, 일치 여부 등을 조사함으로써, 진술 내용을 이루는 사실의 진위 여부를 판단해야 한다. 이러한 직권주의적 증거법 체제에서 전문법칙이 발달하기 어려운 것은 당연하며, 법정에서의 증언이 가능한 경우에도 종전 진술을 증거로서 함께 고려하는 태도를 취한다.[169]

재 자체의 입증 문제가 아니라, 함축적 사실의 문제, 즉 진술의 정황증거로서의 한계의 문제가 된다.

168) Richard Posner, Frontiers of Legal Theory, Harvard University Press (2001), 394-395면.

169) 독일이 영국의 전문법칙을 도입하지 아니하고 프랑스의 직권주의 기반 하에 직접주의를 절충한 것도 이러한 실체진실 발견 저해의 위험성에 대한 우려 때문이었다. Klaus Geppert, Der Grundsatz der Unmittelbarkeit im

반면 영미법계 증거법에서 진술증거는 원칙적으로 법정에서 수동적인 사실인정자 앞에서 선서와 반대신문 하에 이루어진 직접적인 사실주장 진술(assertion)을 의미하므로, 그 외의 진술증거는 전문증거로서 증거능력이 인정되지 아니하며, 또한 직접 증언이 존재하는 경우에는 특수한 예외에 해당되지 않는 이상 종전 진술의 증거사용이 불가능하다. Tribe은 유명한 진술 삼각형[170]을 통해서 진술증거는 직접적으로는 진술자의 믿음을 지시할 뿐 그 믿음이 지향하는 사실이나 대상을 곧바로 입증하는 것은 아니라는 점을 명확히 보여주었다. 따라서 엄밀하게 보면 진술증거 역시 다른 정보들과 함께 종합적으로 고려해야만 진술의 내용인 사실이나 대상을 인정할 수 있는, 근본적으로는 간접증거에 불과하다. 그러나 진술증거, 특히 사실주장 진술(assertion)은 주장자의 믿음을 입증하는 정황증거에 불과한 때에도 쉽사리 이를 넘어서서 그 너머의 사실까지 추인할 수 있는 '말의 힘'을 가진다. 따라서 영미법계 전문법칙은 직접적으로 사실을 주장하는 진술에 대해서는 원칙적으로 사실인정자 앞에서 반대신문을 통해 검증을 받은 경우에만 증거로 사용할 수 있게 하는 것이다. 그런데 전문법칙을 지나치게 엄격하게 적용하면 진술 자체로부터 요증사실을 추론할 수 있는 자료들이 존재하거나 그 진술의 신용성을 뒷받침하는 다양한 다른 정황증거들이 존재하는 경우에도 법정에서의 진술이 아닌 이상 증거 사용이 불가능하게 되어 실체진실 저해의 위험성이 발생하게 되므로, 필연적으로 전문법칙의 예외 논리가 개발되지 않을 수 없게 된다.[171]

Deutschen Strafverfahren, De Gruyter(1979), 67-99면. 반면, 이러한 법제에서는 사실인정자의 편향성, 중립성, 성실성에 대한 우려가 존재하며, 절차의 공정성에 대한 제도적 보장이 요구된다. 앞의 책, 167-181면.

170) Laurence H. Tribe, Triangulating Hearsay, Harvard Law Review, Vol. 87, No.5(Mar., 1974), 959-960면.

171) 정웅석, "전문증거의 의의에 따른 전문법칙의 적용범위", 형사법의 신동향 통권 제49호(2015.12), 184-192면은 미국에서 정황증거적 측면을 둘러싸고 전문증거의 의의와 전문법칙의 예외가 형성되는 과정에 대해 설명하고 있다. 전문법칙 예외의 계속된 확장으로 인해 전문법칙은 증거배제 원리가 아니라 증거사용의 원리로 변모하였다는 미국 학계의 견해에 대하여는 Richard O. Lempert, Anglo-American and Continental Systems: Marsupials and Mammals of the Law, 주 80)의 책, 395-413면; Ronald J

결론을 요약하자면, 진술이 가진 정황증거로서의 성격을 고려하여야만 진술의 의미와 진실성을 파악할 수 있으므로 진술을 그 맥락에서 떼어내어 공판정에서 사실에 대한 주장으로만 다루고자 하는 영미법계 증거법은 실체진실 발견이라는 측면에서는 심각한 약점을 가진다.[172] 전문법칙의 엄격한 제한은 배심원으로 구성된 사실인정자들의 인식능력에 대한 염려를 고려할 때에만 정당화될 수 있다. 한편, 영미법계 증거법은 전문법칙을 입법화하면서 그들의 전통에 따라 전문증거의 사용에 일정한 제한을 가하면서도 실체진실 발견의 저해 가능성을 고려하여 전문증거의 개념에 일정한 제약을 가하였을 뿐만 아니라 아래에서 보는 바와 같이 전문법칙의 예외를 확대하여 그러한 약점을 보완하고자 하고 있다.

Allen · Georgia N Alexakis, 주 102)의 논문, 342-343면.

172) David Alan Sklansky, Hearsay's Last Hurrah, The Supreme Court Review , Vol. 2009, No. 1 The University of Chicago Press(2009), 1-2, 6면.

2. 전문법칙의 예외

미국 연방증거법의 문언과 법 실무의 주류적 입장에 의하면 전문증거의 개념은 경험적 사실을 주장하는 경우로 제한되어 있을 뿐만 아니라, 전문증거에 해당되는 경우에 대해서도 역사적으로 많은 전문법칙의 예외가 생성되어 왔다. 미국 연방증거법은 역사적으로 형성되어 온 common law의 전통적인 예외 뿐만 아니라 여러 정책적인 이유를 근거로 법률에 의하여 전문법칙의 예외들을 인정하고 있다. 미국 연방증거법에 의해서 인정되는 예외들은 첫째, 전형적인 전문증거에 해당함에도 정책적인 근거에 기초하여 전문증거의 정의에서 제외하는 경우, 둘째, 공판정 외에서 이루어진 진술의 경우에도 어느 수준 이상의 신용성이 인정되거나 공판정에서의 진술보다 더 정확하게 사실을 반영할 것으로 기대되는 경우, 셋째, 원진술자가 공판정에서 진술할 수 없는 경우에 그 진술을 증거로 사용할 특별한 필요성이 인정되는 경우, 넷째, 앞의 세 가지 종류에 해당하지 않으나 법관이 특별히 신용성을 인정하는 경우 등으로 분류할 수 있다.

다만, 전문법칙의 예외를 살펴봄에 있어서 원진술을 전달하는 매체는 중요하지 않다는 점에 주의할 필요가 있다. 앞에서 살펴본 것처럼 전문법칙은 진술의 기본적인 신용성을 1차적으로 검증하고자 하는 것이며, 전문증거의 위험성이 발생하는 이유는 사실인정자가 원진술자의 지각, 기억, 전달의 정확성이나 진실성을 직접 법정에서 검증할 수 없다는 것에 있다. 그런데 사실인정자에게 전문증거를 전달하는 매개체는 사실인정자가 직접 법정에서 감각을 이용하여 지각하고 검증할 수 있으므로 전문증거를 전달하는 매체가 어떠한 종류인지 여부는 전문법칙의 주된 관심 대상이 아니다. 영미 형사재판은 배심제를 전제로 하고 배심재판은 주로 증언에 의해 진술증거가 제시되는 일반적이므로 여기에서 전문증거가 문제되는 것은 대부분 전문증언이 된다. 그러나 일단 원진술이 전문증거의 정의에서 배제되거나 전문법칙의 예외에 해당하는 경우에 그 원진술을 전달하는 매체가 증인이든, 서류이든, 사진이든, 음성녹음 또는 영상녹화물이든 관계없이 증거로 사용할 수 있다. 서류, 사진, 녹음테이프, 영상녹화물이 원진술자의 진술을 정확하게 기재 또는 재현하고 있는지

여부는 전문법칙의 문제가 아니라 물적 증거의 진정성(authentification)을 다루는 미국 연방증거법 제901조의 문제이다.[173]

(1) 미국 연방증거법상 전문법칙의 개념에서 제외되는 진술

미국 연방증거법 제801조 (a)-(c)에 의하면 전문증거(hearsay)란 사람의 법정 외 진술(out-of court statement)로서 그 법정 외 진술에서 주장된 사실의 진실성을 입증하기 위해 당사자가 증거로 제출하는 것이다. 그 의미에 관하여는 앞에서 이미 살펴보았다.[174] 그런데 미국 연방증거법(FRE) 제801조 (d)는 전문증거가 아닌 진술에 대하여 추가로 규정하고 있다. 여기에서 전문증거가 아닌 진술은 ① 당사자의 자인(admission)과 ② 증인의 종전 진술(declarant-witness' s prior statement)이 있다.

1) 당사자의 자인(admission)

미국 연방증거법(FRE) 제801조 (d)(2)는 한쪽 당사자에게 불리하게 제출된 그 당사자의 자인 진술을 전문증거의 정의에서 제외하여 증거능력을 부여하고 있다. common law에 의하면 당사자의 자인은 전문증거로 간주되고 있었지만, 전통적으로 전문법칙의 예외로 인정되어 증거능력이 인정되었다.[175] 형사재판에서는 피의자가 경찰의 심문 과정에서 행한 자백도 당사자의 자인에 해당되므로 위 조항에 근거하여 제한 없이 증거능력이 인정된다. 조사자의 구두 증언에 의해서건, 서면 진술서[176]에 의해서건, 녹음, 녹화물에 의해서건 상관없이 그것이 담고 있는 것이 반대당사자, 즉 피의자의 자백에 해당하면 증거능력이 인정된다.[177]

---

173) 제4장 제2절 3. 전문법칙상 진정성립 요건의 해석에 관한 문제점 참조.
174) 제2장 제2절 1. 전문증거의 개념 참조.
175) Arthur Best(이완규・백승민 역), Evidence, 미국 증거법-사례와 해설, 탐구사(2007), 150-151면.
176) 피의자가 신문 도중 자백하는 경우 미국 경찰은 피의자가 자백을 철회하기 전에 이를 진술서 형태로 작성하도록 교육을 받는다. 진술서의 형식은 문답식을 취하는 것도 허용된다. FBI 신문기법으로 유명한 Reid 기법은 총 9단계로 구성되는데 마지막 9단계가 진술서 작성에 해당한다. Fred E. Inbau 외 3인, Criminal Interrogation and Confessions 5th, Jones & Bartlett Learning(2013), 310-313면.

미국 연방증거법이 반대 당사자의 진술에 증거능력을 부여하는 논거는 첫째, 당사자는 자신이 한 주장, 약속 및 진술에 책임을 져야 한다는 것이고, 둘째, 당사자는 법정에서 자신이 공판정 외에서 한 진술에 대하여 충분히 해명할 수 있다는 것이다. 첫 번째 논거는 신빙성(reliability)이나 신용성의 문제보다는 당사자주의적 절차에서 비롯되는 금반언의 원칙(estoppel)에서 비롯된 것으로 볼 수 있다.[178] 미국 연방증거법과 common law 전문법칙 하에서 당사자의 자백이 이루어질 당시 그 진술의 신용성이나 지각의 정확성 등 소위 특신상태는 그 자백의 증거능력의 요건이 아니다. 직권주의 국가인 독일의 증거법이나 우리나라의 증거법이 피의자의 진술이 기재된 진술서나 피의자신문조서를 증거로 사용하는 데 매우 엄격한 입장을 취하는 것에 비하여 미국 연방증거법이 피의자의 자백의 증거능력을 쉽게 인정하는 것은 미국 형사절차가 근본적으로 당

177) 피의자의 공판 외 자백을 현출시키는 방법과 관련하여 자백은 전문증거의 개념에 포함되지 않으므로 자백을 현출시키는 수단에는 제한이 없다. 따라서 진술서를 배심원들에게 보여주거나 검사가 직접 읽어주는 방식, 녹음물이라면 공판에서 오디오를 재생하는 방식으로 현출될 수도 있으나, 이러한 서류나 녹음물의 경우 진정성 요건을 충족시켜야 할 뿐 아니라 배심원들에게 증명해야 하므로, 일반적으로는 자백 진술서를 받은 경찰관이 진술서 또는 녹음물이 만들어진 경위에 관해 증언하여 그 진정성을 증명하면서 피의자의 자백 내용에 관해 증언하는 방식으로 자백이 현출되는 것이 일반적이다. 그러나 진술서 등의 진정성이 일단 인정되면 경찰관이 증언하는 과정에서 동시에 진술서를 확대하여 배심원들에게 보여주는 것이 경험 있는 검사들이 사용하는 방식이다. John Bugliosi, The Art of Prosecution, Looseleaf Law Pubns Corp (2000), 161-180면; Robert P. Mosteller 외 5, McCormick on Evidence, 8th, West Academic Publishing (2020), 145-146면. 한편, 배심원들은 자백 진술서를 공판 중에 읽을 수는 있으나 평의를 위해 소지할 수는 없다.

178) 정웅석, “전문법칙 규정에 관한 한미 양국 비교를 통한 개선방안”, 형사소송의 이론과 실무 제7권 제2호(2015), 52면; Robert P. Mosteller 외 5, 주 177)의 책, 620면은 Morgan과 Wigmore의 견해를 소개하고 있는데, 이들은 당사자의 자인은 신용성의 보장이 인정되지는 않으나 자신의 과거 진술에 대하여 반대신문권의 절차적 보장이 결여된 것은 아니기 때문에 전문법칙의 예외로 인정될 수 있다고 보았다. Strahorn은 당사자의 자인이 가진 정황증거로서의 가치 때문에 증거능력이 인정되어야 한다고 본다. 결국 자백의 증거능력이 인정되는 것은 당사자주의 형사절차의 구조의 산물(the product of the adversary system)이다.

사자주의에 기초해 있기 때문이다. 그 대신 미국의 형사절차는 당사자에 불과한 수사기관이 반대 당사자인 피의자를 상대로 피의자신문을 하고 그 결과를 조서로 작성하는 것에 대해서는 매우 부정적인 태도를 취한다. 즉 미국 형사절차에서 경찰이나 검찰은 피의자의 진술을 청취하기 위해서 피의자를 소환, 체포, 구속하는 별도의 절차가 인정되지 않는다. 여기에서 증거법리의 형사절차에 대한 의존성이 드러난다.

두 번째 논거는 당사자의 공판정 외에서의 자백이 증거로 제출된다 하더라도 그 당사자가 법정에 있어서 제출된 증거에 대하여 충분히 탄핵할 수 있으므로 전문증거가 가지는 위험성이 없다는 것이다. 대부분의 우리 형사소송법 교과서들도 피고인은 자신의 과거 진술에 대해서는 개념상 반대신문을 할 수 없어서 전문증거가 될 수 없음에도 불구하고, 우리나라 형사소송법은 피의자의 자백을 전문법칙의 예외로 다루고 있다는 점을 영미법상 전문법칙과의 주된 차이점으로 지적하고 있다.[179]

그러나 미국 연방증거법이 당사자의 자인으로 분류하고 있는 것은 피고인의 종전 진술만이 아니므로 두 번째 논거만으로는 이를 제대로 이해하기 어렵다. 미국 연방증거법(FRE) 제801조 (d)(2)는 그 진술이 한쪽 당사자에게 불리하게 제출된 것으로서, (A) 개인 또는 대표 자격으로 한 당사자 자신의 진술, (B) 당사자가 진술의 내용을 인정하거나 진술 내용의 진실성에 대한 믿음을 표명한 진술, (C) 당사자로부터 진술의 권한을 부여받은 자가 권한을 부여받은 주제에 관하여 한 진술, (D) 당사자의 대리인이나 직원이 대리 또는 고용 관계가 있는 동안에 업무 범위 내에 있는 문제에 관하여 한 진술, (E) 당사자와 공모 관계에 있는 공범자가 공모 과정 또는 그 공모 내용의 실행 중에 한 진술을 여기에 포함시키고 있다. 즉, 피고인 본인의 종전 자백이 아니라 그의 직원이나 심지어 공범자가 공모 과정 또는 실행 과정에서 행한 진술도 반대신문 등 특별한 요건의 충족 없이 증거능력이 인정된다는 것이다. 따라서 만약 공범 중 1인이 공모 과정에서 말한 내용이나 공모한 내용을 수행하는 과정에서 말한 내용을 다른 공범이나 목격자가 증언한다면, 그 진술의 존재를 입증하기 위해 제출되는 경우에는 전문증거가 아니므로 당연히 증거능력이 인정될 수 있을 뿐만 아니라, 그 원진술자의 경험적 사실에 관한 사실

179) 신동운, 신형사소송법 제4판, 법문사(2012), 1054-1055면.

주장에 해당하여 전문증거에 해당할 경우에도 원진술자 자신 뿐만 아니라 다른 공범에 대한 자인에 해당하므로 특별한 제한 없이 공범 전부에 대해 증거능력이 인정될 수 있다.

요컨대 common law 전통에서 당사자의 자인에 대해 특별한 제한 없이 증거능력을 인정하는 것은 당사자주의적 형사절차에서 비롯된 것이다.

2) 증인의 종전 진술

증인이 재판절차나 공판정에서 출석하여 진술하고 그 진술에 대한 반대신문권이 보장되어 있는 경우에는 당해 증인이 이전에 행한 진술이 전문증거의 개념에서 제외되어 증거능력이 인정되는 경우가 있다. 첫째, 공판정에서의 진술과 모순되는 당해 증인의 종전 진술, 둘째, 공판정에서의 진술에 부합하는 당해 증인의 종전 진술, 셋째, 공판정 외에서 한 당해 증인의 범인식별 진술(identification) 등 3가지 경우가 여기에 해당한다. 이러한 진술들은 제801조 (a)-(c)의 정의에 따르면 공판정 외에서 이루어진 경험적 사실에 대한 주장을 그 주장 내용이 진실임을 입증하기 위해 제출되는 경우이므로 전형적인 전문증거들에 해당한다. 이러한 종전 진술들은 전통적인 common law에 따르면, 법정에서의 진술을 탄핵하거나 증강하는 경우에만 이용 가능하며 독자적으로 증거능력이 인정될 수는 없는 것이 원칙이다. 그러나 연방증거법(FRE) 제801조 (d)는 이들을 전문증거의 정의에서 제외하여 그 증거능력을 부여하고 있다. 실질적으로 보면 전문법칙의 예외에 해당한다.

이러한 경우에 공판정 외에서 이루어진 전형적인 전문증거임에도 그 증거능력을 인정하는 이유는 그 원진술자가 공판정에서 나와서 진술을 하고 있기 때문에 사실인정자가 진술자의 태도를 직접 관찰할 수 있고, 또 종전의 진술 및 공판정에서의 진술 모두에 대해 반대신문이 가능하기 때문에 양 진술의 신용성을 충분히 검증할 수 있다고 보기 때문이다.[180] 또한, 원진술과 공판 사이에 시간적 간격이 큰 경우에는 진술자가 피고인 측의 회유를 받고 진술을 변경하거나, 기억 소실로 인해 공판정에서의 증언이 불가능하거나 내용이 변경될 수도 있기 때문에 실체진실 발견

180) Robert P. Mosteller 외 5, 주 177)의 책, 599면. 선서는 신용성 보장의 측면에서 크게 유효한 도구는 아니라고 보고 있다.

을 위하여 기억이 신선하고 외부의 영향을 받기 전에 이루어진 종전의 모순 진술을 증거로 사용해야 할 필요성도 인정된다.[181] 미국 연방대법원은 증인이 공판정에서 종전에 진술한 사실 자체는 기억하면서도 진술 내용과 상황을 제대로 기억하지 못하는 경우에도 반대신문 기회가 부여된 것으로 간주하였는데,[182] 이는 필요성의 측면에서도 이러한 예외가 인정될 수 있다는 점을 보여준다. 종전의 진술 내용에 대해 기억을 하지 못하는 원진술자에 대해서는 원진술에 대한 반대신문이 이루어지더라도 그 신용성이 충분히 검증되기는 어려울 것이기 때문이다. 결국 이러한 경우 신용성에 대한 최종적인 판단은 배심원들에게 맡겨진다.

따라서 이러한 종전 진술에 대한 증거허용 정책을 취하는 쪽에서는 원진술자가 공판정에서 반대신문을 받는 이상 그가 종전에 한 진술은 절차나 진술 내용에 관한 아무런 제한 없이 언제나 증거능력이 인정되어야 한다고 보며, 일부 주들과 Model Code는 이러한 입장을 채택하고 있다.[183]

그러나 화자의 신용성 중심적 견해를 취하는 입장에서는 이러한 경우에도 전문증거로 취급하여 가급적 증거능력을 제한하여야 한다고 주장한다. 이러한 입장에서는 반대신문이 검증 효과를 발휘하려면 진술자가 사실에 관한 진술을 할 당시에 이루어져야 하며, 그가 이미 행한 진술에 대해 사후에 반대신문을 하더라도 충분히 신용성의 검증을 하기 어렵다고 본다.[184] 이미 어떠한 진술을 공식적으로 한 연후에는 그 진술에 관한 진술자의 입장이나 기억이 고착되어 버렸으므로[185] 사후에 반대신문을 한다고 해서 원진술자의 정직하고 자연스러운 진술 태도를 관찰하기 어려울 수 있기 때문이다. 실제로 미국 연방증거법이 입법화되는 과정에서 미국 하원은 종전 진술이 이뤄질 당시 반대신문을 받은 경우에만 증거로 사용 가능하다는 입장을 취하였으나 연방대법원, 상원, 연방증거법

181) Robert P. Mosteller 외 5, 주 177)의 책, 600면. Wigmore와 Model Code 또한 이러한 관점에서 종전의 진술은 그 성격과 관계 없이 증거능력을 인정해야 한다는 입장을 취하였다.

182) United States v. Owens, 484 U.S. 554(1988). Robert P. Mosteller 외 5, 주 177)의 책, 602면 참조.

183) Robert P. Mosteller 외 5, 주 177)의 책, 600-601면.

184) 예컨대, Laurence H. Tribe, 주 170)의 논문, 959-960면.

185) Arthur Best, 주 175)의 책, 155면.

자문위원회는 이를 받아들이지 아니하였고, 최종적으로 현재와 같은 문언으로 법이 성안되었다.[186]

한편, 증인의 종전 모순 진술의 증거능력을 인정하는 것은 대륙법계 증거법 전통에서 공판정에서 증인이 수사단계의 진술을 번복하면 그 증인에 대한 진술조서의 증거능력을 인정함으로써 수사단계 진술을 증거로 사용할 수 있게 하는 것과 유사하다. 따라서 종전의 모순 진술에 대해 제한 없이 증거능력을 인정하게 되면 영미법계 형사절차에서도 경찰이나 검찰이 수사단계에서 중요 증인의 진술을 기록해두는 실무 관행이 발전될 수도 있다.[187] Crawford 판결과 같이 전통적인 영미법계 형사절차를 지지하는 측에서는 이러한 대륙법계 수사절차가 미국에 도입되는 것에 대해 확고하게 반대 견해를 표명한다.[188] 반면 영국에서는 수사단계에서 경찰이 참고인의 진술을 기록하는 대륙법계 형사절차가 실무 관행으로 받아들여졌고, 마침내 2003년 형사증거법 개혁 과정을 통해 공식적으로 인정되었다.[189] 이제 참고인의 진술에 관한 절차와 증거능력에 있어서 영국은 대륙법계 전통과 크게 다르지 않은 모습을 보이고 있다.

다만, 미국 연방증거법은 증인의 종전 모순 진술을 전문증거의 정의에서 배제하면서도 아래와 같이 엄격한 요건 하에서만 증거능력을 인정함으로써 중도적인 입장을 취하고 있다.

가. 증인의 종전 모순 진술(prior inconsistent statements)

연방증거법(FRE) 제801조 (d)(A)는 증인이 공판정에서 한 진술이 그의 종전 진술과 모순되는 경우 그 종전 진술이 다음과 같은 요건을 충족시키는 경우에는 전문증거의 정의에서 제외하고 그 증거능력을 인정된다. 즉, 첫째, 증인이 해당 공판정에서 출석하여 증언할 것, 둘째, 그 종전 진술에 대한 반대신문이 보장될 것, 셋째, 재판이나 신문기일(hearing), 기타 절차나 진술보전절차(deposition)에서 증인이 선서하고 위증의 제재를 고지받은 상태에서 종전 진술을 행하였을 것, 넷째, 공판에서의 현재 진술과 모순되는 진술인 경우가 그러하다. 한편, 여기에서 기타 절차

186) Christopher B. Mueller 외 2인, 주 131)의 책, 95면.
187) Arthur Best, 주 175)의 책, 155면.
188) Robert P. Mosteller 외 5, 주 177)의 책, 599면.
189) JR Spencer, 주 106)의 책, 129-130면.

(other proceeding)에는 대배심 앞에서 증언 중에 만들어진 종전의 진술이 해당되므로,[190] 검사가 대배심 절차를 이용하여 수사를 진행하는 연방 형사절차 등의 경우에는 수사절차에서 이루어진 대배심 증언도 공판에서 증거로 사용될 수 있는 가능성이 생긴다.

그러나 일부 주법의 예외를 제외하면, 연방증거법과 다수 주의 증거법은 수사절차에서 경찰이나 검사에게 한 참고인의 진술은 여기에 포함하지 않는 것으로 규정한다. 이는 앞서 언급한 바와 같이 대륙법계 직권적 수사절차와 유사한 실무관행이 발전될 가능성에 대한 미국인들의 경계 때문이기도 하지만, 근본적으로는 미국의 당사자주의 형사절차에서는 피의자가 법정에 인치될 때까지는 공식적으로 형사절차가 개시되지 않았기 때문이기도 하다. 따라서 형사절차가 개시되기 전에는 공식적인 증언이나 증언에 관한 기록은 인정될 수 없고 경찰이 수사단계에서 취득한 진술은 비공식적인 자료로서의 성격을 가질 뿐이다. 체포에 의해 개시된 형사절차에서 참고인의 공식적인 진술은 법원에서 진행되는 예비신문절차(preliminary hearing)에서 비로소 기록된다.[191]

다만 법관의 관여 없이 검사가 직접 주재하는 대배심 앞에서 이루어진 참고인의 진술은 수사 단계에서의 진술이고 피의자 측에 반대신문권이 보장되지 아니함에도 불구하고 그 진술이 공판 단계에서 번복된 경우에는 대배심 앞에서의 종전 진술에 증거능력이 부여된다.[192] 이는 대배심은 시민들로 구성되어 어느 정도 절차의 공정성이 담보되며, 대배심 자체가 형사법원을 구성하는 요소이고, 대배심 앞에서는 선서 및 위증 시 처벌의 제재 하에서 그 참고인의 진술이 이루어진다는 점을 감안한 것이다. 그러므로 미국에서도 연방검사가 직접 수사를 진행하는 중요 사건에 있어서는 공판 단계에서 증인의 진술이 번복되더라도 검찰이 대배심 앞에서 이루어진 종전 진술을 증거로 사용할 수 있는 수단을 보유한다고 볼 수 있다. 연방증거법자문위원회는 재판 단계에서 외부의 영향으로 진술을 번복하는 증인에 대한 효과적인 대처가 필요하며, 종전 진술이 법정에서의 증언보다 사건 발생시로부터 시간적으로 근접하여 진술의 정확

190) Robert P. Mosteller 외 5, 주 177)의 책, 601면.
191) Yale Kamisar 외 5, 주 5)의 책 참조.
192) 정웅석, 주 178)의 논문, 49-50면.

성이 더 높다는 점을 인정하면서, 대배심 증언의 증거능력을 부정하려는 하원의 입장에 반대하였다.[193]

나. 증인의 종전 일치 진술(prior consistent statement)

미국 연방증거법(FRE) 제801조 (d)(1)(B)는 증인이 공판정에서 한 진술이 그의 종전 진술과 일치하는 경우 그 종전 진술이 다음과 같은 요건을 충족시키는 경우에는 전문증거의 정의에서 제외하고 그 증거능력을 인정된다. 즉, 첫째, 증인이 해당 공판정에서 출석하여 증언할 것, 둘째, 그 종전 진술에 대한 반대신문이 보장될 것, 셋째, 원진술자의 증언이 최근에 꾸며진 것이거나 이에 부적절한 영향이나 동기가 있었다는 내용의 명시적 혹은 묵시적인 주장을 반박하기 위해 제출된 경우가 그러하다. 종전의 모순 진술과 달리 이때 종전 진술은 특정 절차에서 선서 하에 이루어질 필요는 없으며, 원진술자의 증언이 최근에 꾸며진 것이거나 이에 부적절한 영향이나 동기가 있었다는 공격이 있으면 충분하다.[194] 따라서 이때에는 수사절차에서 경찰관에게 행한 진술도 위와 같은 요건이 충족되면 증거능력이 인정된다.

원래 영미법상 전문법칙은 법정에서 경험 사실을 주장하는 형태로 증언할 것을 요하고, 과거에 경험 사실에 관하여 그러한 주장을 한 적이 있다고 증언하거나 그러한 진술한 사실에 관한 진술을 보강증거의 형태로 제출하는 것은 원칙적으로 허용되지 않는다.[195] 왜냐하면 증언이 직접 경험에 대한 사실 명제(assertion) 형태로 제시될 때에 진술자에게 그 진술의 신용성에 대한 윤리적인 책임을 요구할 수 있고 상대방의 충분한 반박이 가능하기 때문이다. 그럼에도 위와 같은 예외를 인정하는 정책적 근거는 증인의 현재 증언이 날조되었다거나 부적절한 영향력이나 동기에 의해서 이루어졌다는 상대방의 공격을 받는 경우에는 그 증인이 종전에도 현재의 증언과 일치하는 진술을 하였다는 사실이 증거로 제출되면 그러한 공격이 사실이 아님을 효과적으로 확인할 수 있기 때문이다. 이러한 정책적 논거는 법정 외에서의 진술이 이뤄진 시점이 상대방이 주장하

193) Robert P. Mosteller 외 5, 주 177)의 책, 600면.
194) Arthur Best, 주 175)의 책, 156면.
195) the rule against narrative에 관해서는 JR Spencer, 주 106)의 책, 221-244면.

는 거짓말을 하려는 동기가 발생하기 전일 때 합리성을 가지게 되며, 따라서 연방대법원도 이를 추가적인 요건으로 요구하고 있다.[196]

다. 법정 외 신원확인 진술(Prior Identification to a person)

미국 연방증거법(FRE) 제801조 (d)(1)(C)는 증인이 공판정에서 출석하여 증언하고 그의 종전 진술에 대한 반대신문이 보장된다면, 어떤 사람을 본 후에 그 사람이 자신이 본 사람이라는 것을 확인하는 진술은 전문증거의 정의에서 배제하고 증거능력을 인정한다. 이때에도 특정 절차에서 선서 하에 이루어질 필요는 없으며, 수사단계의 범인식별절차에서 이루어진 지목 진술도 증거능력이 인정된다. 다만 범인식별절차가 유효하기 위해서는 라인업이나 변호인의 참여 기회 보장 등 일정한 절차적 요건을 준수해야 한다.[197]

이러한 예외를 인정하는 이유는 이미 수사단계에서의 범인식별절차에서 적절한 절차적 요건 하에 식별절차가 이루어졌다면, 공판정에서 이를 반복하도록 하는 것은 무의미하며, 최초의 범인식별절차에서 이루어진 진술이 더 정확하기 때문이다.[198]

(2) 연방증거법상 전문법칙의 예외(Hearsay Exceptions)[199]

1) 유형의 개관

미국 연방증거법(FRE) 제803조, 제804조, 제807조는 전문법칙의 예외를 규정하고 있다. 제803조는 원진술자가 공판정에서 진술할 수 있는 경우에도 그의 공판정에서의 증언 여부와 상관 없이 공판정 외에서의 진술의 증거능력을 인정할 수 있는 유형들을 열거하고, 제804조는 원진술자가 공판정에 나올 수 없는 경우 공판정 외에서의 진술의 증거능력을 인

196) Tome v. United States, 513 U.S. 150(1995). Robert P. Mosteller 외 5, 주 177)의 책, 601면.
197) Robert P. Mosteller 외 5, 주 177)의 책, 602면.
198) Arthur Best, 주 175)의 책, 158면.
199) 이하에서 언급되는 미국 연방증거법 조문들은 코넬대로스쿨 홈페이지 https://www.law.cornell.edu/rules/fre을 참고한 것이며, Arthur Best, 주 175)의 책의 번역을 참고하였으나 그대로 따르지는 않았다.

정할 수 있는 유형들에 대하여 규정하고 있으며, 제807조는 제803조와 제804조에 포섭되지 않는 나머지 전문증거 중에서도 법관이 신용성이 충분히 인정하는 경우에 증거로 사용할 수 있는 경우를 규정하고 있다.

전문법칙의 예외가 인정되면, 원진술자에 대한 반대신문이 이루어지지 않더라도 그 진술의 증거능력이 인정된다. 이러한 점에서 전문법칙은 반대신문권의 보장 그 자체를 목적으로 하는 증거법리가 아니다. 전문법칙은 진술의 기본적인 신용성을 보장함으로써 실체진실 발견의 가능성을 제고하는 것을 목적으로 한다. 배심제를 기본으로 하는 영미 형사절차에서 법관이 진술의 신용성을 먼저 심사하여 기본적인 신용성의 기준을 충족할 때에만 배심원들이 증명력을 평가할 수 있도록 하는 것이다. 진술의 기본적인 신용성이 보장될 만한 이유가 인정될 때에는 전문법칙의 예외가 인정되어 반대신문이 이루어지지 않더라도 그 진술은 증거로 사용될 수 있으며, 그 최종적인 증명력은 배심원들에 의해 평가된다. 즉, 영미 전문법칙은 진술증거가 가진 정황증거적 측면을 충분히 증거로 사용할 필요가 있다는 점을 긍정하고 있으며, 공판정에서 이루어진 진술만이 실체진실을 가장 가깝게 반영한다는 경험적으로 입증되지 않은 전제를 인정하지 않는다.

그런데 이러한 진술증거의 기본적인 신용성은 구체적인 사실관계의 맥락을 떠나서는 정확하게 판단할 수 없다. Wigmore와 같이 저명한 학자들이 전문법칙에 대해 가하는 강력한 비판 중 하나는 전문법칙의 예외를 형성하는 유형들이 과학적인 근거에 기초하지 않고 그럴 듯한 통념적 가설에 근거하여 인정되고 있다는 것이며,[200] 진술의 기본적인 신용성은 개개 사안의 구체적인 사실관계의 맥락을 고려하지 않고서 판단할 수 없다는 것이다. 따라서 오늘날 미국의 연방증거법이나 영국의 개혁된 증거법은 법이 미리 규정해둔 유형에 해당하지 않더라도 법관이 개별적 사실관계를 검토하여 전문증거의 기본적 신용성을 인정하는 경우에는 일정한 요건에 따라 증거로 사용할 수 있도록 허용한다. 미국 연방증거법 제807조는 그러한 취지에 따른 것이다. 즉, 전문증거라 하더라도 다른 정황증거들과 결합, 연결하여 그 진술의 신용성을 확인할 수 있는 경우가 존재한다는 것이다.

---

200) Law Commission(UK), 주 110)의 보고서, 36-55면.

통상 우리나라의 교과서에서는 전문법칙의 예외는 진술의 신용성을 정황적으로 보장할 만한 외부적인 특신상태가 있을 때 인정된다고 설명된다.[201] 그러나 미국 연방증거법의 전문법칙 예외 유형들을 검토해보면 이러한 예외들은 반드시 진술이 이뤄질 당시의 외부적 정황만을 근거로 하지 않는다. 당사자의 자인처럼 당사자주의 이념을 전제로 하는 경우도 있고, 입증대상이 진술자의 의식이나 감정상태처럼 객관적 외부 사실을 입증하는 것이 아니라 진술자의 믿음이나 내심의 상태를 입증하는 것이어서 외부의 사실을 추론할 필요가 없다는 것을 이유로 예외가 인정되는 유형도 있다.

2) 원진술자의 출석가능성과 관계없이 허용되는 예외 유형들

미국 연방증거법(FRE) 제803조는 원진술자의 출석가능성과 관계없이 허용되는 23개의 예외를 규정한다. 이때 원진술자가 공판정에 출석하여 증언할 수 있는지, 반대신문을 받을 수 있는지 여부는 문제되지 않으며, 원진술자가 공판정에서 자신의 종전 진술을 기억하지 못하거나 증언을 거부하거나 진술을 번복하는 경우에도 전문증인이나 원진술이 기록된 서류를 매개로 해서 그 원진술을 증거로 사용할 수 있다.

가. 현장성 감각 인상(present sense impression)

원진술자가 어떠한 사물이나 상황을 인식하면서 동시에 혹은 그 직후에 그 인상을 묘사하거나 설명하는 경우가 있는데 이것을 현장성 감각 인상이라고 부른다. 미국 연방증거법 제803조(1)은 이러한 전문증거는 전문법칙의 예외로서 증거능력을 인정한다. 예컨대, 화재현장에서 피해자가 119전화로 남편이 집에 불을 지르고 있는데 빨리 출동해달라고 요청한 경우 피해자의 119전화 진술은 여기에 해당하여 증거능력이 있다. 그 이유는 인식과 동시 또는 직후에 진술이 이루어지는 경우에는 기억으로 인한 왜곡의 문제는 발생하지 않는다는 것에 있다.[202] 피해자가 고의로 허위의 사실을 진술하거나 지각에 오류를 범하였을 가능성을 배제할 수는 없다. 그러나 사건이 발생하고 있는 현장에서 짧은 시간에 허위사실

201) 예컨대, 이재상 외 2인, 주 85)의 책, 670면.
202) Arthur Best, 주 175)의 책, 169면.

을 정교하게 만들어내는 것은 어려울 수 있으며 다른 사람들이 듣고 있는 가운데 그러한 말을 하였다면 그들로부터 다른 의견을 들음으로써 오류를 시정할 기회를 가질 수도 있을 것이다.[203] 전문법칙은 최소한의 기본적 신용성을 검증하기 위한 장치에 불과하므로 현장 감각인상에 왜곡이나 오류가 개입할 여지가 있다고 하더라도, 현장에서의 경험 진술은 증거가치가 높다고 볼 수 있으므로, 유형적으로 볼 때 최소한의 신용성을 인정할 수 있다면 배심원들에게 제출하여 배심원들로 하여금 최종적인 증명력을 판단할 수 있도록 한 것으로 볼 수 있다.

나. 흥분상태의 언급(excited utterance)

미국 연방증거법 제803조(2)는 어떠한 상황을 경험하는 과정에서 흥분과 충격 또는 놀라움으로 인해 그 사건 또는 상황에 대해 진술하는 경우 그 진술은 전문법칙의 예외로서 증거로 사용할 수 있도록 하고 있다. 그 이유는 사건의 충격으로 인해 거짓말을 할 여유나 동기가 없고, 진술이 사건과 근접하여 이루어지므로 기억에도 문제가 없다는 것에 있다.[204] 미국의 실무는 부상으로 인해 의식불명이 되었다가 어느 정도의 시간이 흐른 후 의식이 회복되는 순간 사고 원인에 대해 진술을 하는 경우에도 원진술자가 의식 불명 상태에서 다른 외부 상황의 영향을 받지 않았으므로 흥분 상태의 언급으로 취급한다.[205]

다. 진술 당시의 정신적, 감정적 또는 신체적 상태에 관한 진술 (Then-Existing Mental, Emotional, or Physical Condition)

이러한 경우 Tribe의 삼각형은 진술로부터 진술자의 내적 믿음에까지만 이르고, 그로부터 외부적 사실로 연결되지 않는다. 따라서 추론의 단계도 진술로부터 진술자의 내적 믿음을 추론하는 것에 그치며, 거기에서 다시 외부 사실을 추론할 필요는 없다.

미국 연방증거법 제803조(3)은 원진술자의 진술 당시에 존재하는 정신, 감정, 감각 또는 신체적 상태(예컨대 의도, 계획, 동기, 구상, 정신적 느

---

203) Arthur Best, 주 175)의 책, 169면.
204) Arthur Best, 주 175)의 책, 170면.
205) 위 글.

낌, 고통 및 신체적 건강)에 관한 진술은 전문법칙의 예외로서 증거능력을 인정한다. 다만 기억하거나 믿은 사실을 입증하기 위한 기억 또는 믿음에 관한 진술은 그것이 원진술자의 의사의 실행, 취소 또는 의사의 동일성이나 의사의 조건에 관계되는 것인 때에만 이에 포함된다고 한다.[206]

이러한 경우 증거능력을 인정하는 이유는 우선 진술로부터 외부 사실을 추론할 필요가 없어서 지각이나 기억의 문제가 발생하지 않으므로 진술의 위험성이 감소한다는 것에 있다. 또한 진술자의 정신, 감정 상태 및 신체상태는 그 자신이 제일 잘 안다는 것도 그 근거가 된다.

앞에서 살펴본 것처럼 어떠한 말을 한 사람이 어떠한 경험적 주장이 사실이라는 것을 전달할 의도로 진술한 것이 아닌 경우에는 전문증거가 아니므로, 그 발화행동으로부터 진술자의 의도, 의식상태, 계획, 배경지식, 전제 사실 등을 추론하는 것에 대해서는 애초에 전문법칙이 적용되지 않는다. 그런데 그 사람이 직접적으로 자신의 계획, 감정, 의식 상태에 대해 말한 경우에도 전문법칙의 예외에 해당하므로 그 진술을 증거로 사용할 수 있게 하는 것이다. 다만 후자의 경우에는 그 직접적인 진술로부터 외부의 객관적 사실을 추론하는 것은 허용되지 않는다. 예컨대, 원진술자가 "나는 어제 X를 봤다"고 말한 사실은 원진술자가 X를 보았다고 믿었다는 점을 입증하기 위해서는 증거로 사용할 수 있지만, 나아가 원진술자가 실제로 X를 만났다는 것을 입증하기 위해서는 증거로 사용될 수 없다.[207]

이와 관련하여 원진술자가 행한 계획이나 의도에 관한 진술도 전문법칙의 예외로서 증거능력이 인정된다. 이때 이러한 공판정 외의 진술은 진술자가 계획을 가지고 있었는지 여부뿐만 아니라 실제로 그러한 계획을 실행하였다는 점을 입증하기 위한 간접증거로 사용하는 것도 허용된다.[208] 예컨대 원진술자가 "나는 내일 X와 함께 극장에 갈 계획이다"고 말한 사실은 실제로 원진술자가 진술 다음 날 극장에 간 사실을 입증하기 위한 간접증거로 사용 가능하며, 나아가 X가 그때 극장에 갔다는 점을 입증하기 위한 간접증거로도 사용 가능하다.[209] 앞에서 언급한 것

206) 위 글.
207) Arthur Best, 주 175)의 책, 171면.
208) 위 글.
209) Arthur Best, 주 175)의 책, 172면.

처럼 이러한 원진술은 공판정에서 반대신문이 이루어지지 않은 경우에도 증거능력이 인정된다. 따라서 이러한 미래 계획이나 의도에 관한 진술은 단순히 그의 내심의 의도나 믿음 상태를 입증하는 것을 넘어서서 외부 사실을 추론하기 위한 경우에도 증거능력이 인정된다는 것이다. 그 이유는 계획에 관한 진술은 때때로 실행되지 않는다는 것을 배심원들이 경험적으로 알고 있으므로 배심원들이 이러한 미래 계획에 관한 진술을 전문형태로 듣더라도 계획이 실행되었는지 여부에 관해서는 그 진술을 하나의 정황증거로만 취급할 것이라고 보기 때문이다.

영미의 전문법칙이 어떠한 진술로부터 과거의 외부 사실에 대해 추론하는 것을 원칙적으로 허용하지 않으면서도, 미래의 외부 사실에 대한 추론은 허용한다는 것은 암묵적 사실주장에 있어서 그 진술의 정황증거적 성격을 인정하는 것과 논리가 유사하다. 전문법칙이 과거의 경험적 사실에 대한 사실 주장을 특별히 규제하면서 원칙적으로 그러한 진술로부터는 정황사실의 추론을 금지하는 것은 그것이 가진 사실 주장(assertion)의 특별한 힘, 그리고 영미재판의 사실인정자가 사실인정에 관한 전문적 훈련을 받지 아니한 배심원들로 구성된다는 점을 염두에 두고 있다는 것을 시사한다.

라. 의학적 진단이나 치료를 위한 진술(Statement Made for Medical Diagnosis or Treatment)

미국 연방증거법 제803조(4)는 의학적 진단이나 치료의 목적으로 행해지고, 병력, 과거나 현재의 증후, 통증, 감각 혹은 병의 발단, 병의 원인의 일반적 성격, 병의 원인의 외부적 요인 등을 설명하는 것으로서 진단 또는 치료와 합리적 관련성이 있는 진술은 전문증거의 예외로서 증거능력을 인정한다.

진술자의 당시 신체적 상태에 관한 진술은 미국 연방증거법 제803조(3)에서 이미 전문법칙의 예외로 인정되고 있지만, 제803조(4)에서는 단순히 진술 당시의 신체적 상태뿐만 아니라 그 원인이나 외부적 요인, 그 전의 병력 등에 관한 객관적 사실에 대한 진술까지도 전문법칙의 예외로 인정한다. 그 이유는 자신에 대한 의료적 진단이나 치료를 목적으로 의료 서비스를 제공하는 사람에게는 진실을 말할 가능성을 높다는 것에 근

거한다. 그런데 여기서의 진술은 의학적 도움을 필요로 하는 사람이 하는 진술일 것을 요건으로 하지 않으며 아프거나 다친 환자를 대신하여 타인이 하는 진술도 포함한다.[210] 예컨대 사고 피해자를 응급실에 데리고 온 사람들이 응급실 의사에게 사고의 원인에 대해서 한 진술도 여기에서의 예외에 해당하므로 응급실 의사의 전문 증언도 증거능력이 인정될 것이다.

환자나 환자를 응급실에 데리고 온 사람들이 여러 가지 이유로 환자의 병력이나 사고 원인에 대해 허위 진술을 할 가능성을 배제할 수 없으며, 현실적으로도 흔히 그런 사례가 발생한다는 것도 경험적으로 알려져 있다. 그럼에도 불구하고 원진술자에 대한 반대신문 없이 이러한 진술에 대해 증거능력을 인정한다는 것은 전문법칙이 기본적인 단계의 신용성 기준을 적용하며, 이러한 진술들의 정보 가치는 높은 반면 허위의 가능성은 비교적 낮다는 유형적 통념에 근거하기 때문이다.

마. 기록된 과거 기억(Recorded Recollection)

미국 연방증거법 제803조(5)는 증인이 과거에는 알고 있었으나 현재에는 기억이 불충분하여 완전하고 정확하게 증언할 수 없는 사항에 대한 메모 또는 기록으로서, 그 사항에 관한 증인의 기억이 생생했을 때 증인이 작성했거나, (타인이 기록한) 메모 또는 기록 내용에 관해 증인이 사실이라고 인정하였던 것으로 입증했던 것은 전문법칙의 예외로서 증거능력을 인정한다. 다만, 증거로 허용될 경우 증거조사에서 메모 또는 기록을 낭독하여 증거로 할 수 있으나 상대방 당사자가 제안하지 않는 한 그 자체를 증거물로 받을 수는 없다. 이러한 기록을 증거로 제출하려는 측은 당해 증인이 과거에 그 주제에 대해 알고 있었으나 지금은 완전하고 정확하게 증언할 수 있을 만큼 적절한 기억을 하지 못한다는 점과 증인이 그 정보를 생생하고 기억하고 있을 때 그 기록을 작성하였거나, 타인이 작성한 기록을 증인이 사실이라고 인정하였다는 점을 입증해야 한다.[211] 이러한 기록은 배심원들에게 낭독할 수 있는데, 만약 상대방 당사자가 동의한다면 기록 자체를 증거물로 제출할 수도 있다.

---

210) Arthur Best, 주 175)의 책, 174면.
211) Arthur Best, 주 175)의 책, 175면.

일반적으로 증인신문 과정에서 증인에게 질문을 하는 측은 증인에게 관련 기록을 보여주면서 일정한 주제에 대하여 증인이 기억을 환기할 수 있도록 하는 것이 허용된다. 이를 현재의 기억 환기(present recollection refreshed)라고 부른다. 이때 관련 기록은 제803조(5)의 요건을 충족할 것을 요하지 않는다. 만약 이러한 방법을 통해서 증인이 기억을 되살려서 증언한다면 그 증언이 증거가 되며 이때에는 전문법칙의 문제가 생기지 않는다. 그러나 증인이 그럼에도 불구하고 기억을 되살리지 못한다면, 그때에는 제803조(5)의 요건을 충족하는 경우에 그 기록 자체를 증거로 제출할 수 있다. 미국 연방증거법 제612조는 증인의 기억 환기를 위해 기록을 사용하는 경우에 상대방 당사자는 준비심문 절차에서 그 문서를 제출토록 하여 이를 검토할 수 있다고 규정한다.

이러한 전문법칙의 예외는 아래에서 살펴볼 독일 증거법상 증인신문 도중 진술조서의 제시(vorhalt)나 낭독 절차와 흡사하다. 우리 형사소송법상 진술서, 진술기재서류나 진술조서 등의 증거능력을 인정하는 것과도 비교될 수 있는데, 우리 법이 원진술자의 진정성립, 서명 날인, 반대신문 기회 보장, 특신상태 등을 요건으로 하고 있는 것에 비해 미국 연방증거법은 원진술자의 진정성립 인정, 즉 자신이 그 기록을 작성했거나 그 기록 내용이 사실이라고 인정할 것을 요건으로 할 뿐만 아니라, 원진술자가 기억을 제대로 할 수 없어서 정확하게 증언을 할 수 없을 때 보충적으로만 증거로 허용된다는 점에서 차이가 있다. 미국에서 경찰관이 수사하면서 노트에 기록한 내용은 법정에서 증언할 때에 사건 내용에 대해 잘 기억하지 못한다면 여기에서의 예외에 해당하여 증거로 사용될 여지가 있다.[212]

바. 업무상 기록(Records of a Regularly Conducted Activity)

미국 연방증거법 제803조(6)는 당시 또는 이와 근접한 기간 내에 어떠한 활동, 사건, 상태 등에 대해 알고 있는 사람이 직접 작성하거나 또는 그로부터 전달된 정보를 기록한 것으로서, 정규적으로 수행되는 업무상 활동 중에 기록되고, 그 기록이 정규적으로 이루어지는 업무에 해당하는 경우에는 그 기록의 보관자나 그 외 자격 있는 증인의 증언에 의해 위와

212) Arthur Best, 주 175)의 책, 195면.

같은 요건들이 입증될 경우에는 전문법칙의 예외로서 증거능력을 인정한다. 다만 정보의 원천 또는 준비 방법이나 상황으로부터 자료의 신용성이 결여된 것으로 인정되는 때에는 그러하지 않다. 그 이유는 기록들이 소송에서 사용하기 위한 증언적 성격의 것이 아니라 업무를 수행하기 위한 목적으로 정규적으로 작성되기 때문에 정확할 가능성이 높다는 것에 근거한다.[213] 연방증거법 제803조(7)은 이와 같은 업무상 기록에 어떠한 사실이 기재되지 않았다는 점으로부터 그 사실이 발생하지 않았거나 존재하지 않는다는 것을 입증할 수 있음을 규정하고 있다.

이러한 전문법칙의 예외는 우리 형사소송법 제315조와 유사한 것으로서 우리 형사소송법이 영미 전문법칙의 예외 중에서 명시적으로 채택하고 있는 거의 유일한 유형에 해당한다.

사. 공공기관의 기록(Public Records)

미국 연방증거법 제803조(8)은 정부기관의 공적 기록 및 보고서의 증거능력에 관하여 규정하고 있다. (A) 공무소 또는 공공기관의 활동, (B) 공무원의 법률상 보고 의무에 따라 관찰된 사실, 다만 형사사건에서 경찰 등 법집행기관 요원이 관찰한 사항은 제외, (C) 민사사건에서는 법률적으로 부여된 권한에 따라 이뤄진 조사 활동으로부터 확인된 사실을 담은 공적 기록이나 보고서는 전문법칙의 예외로서 증거능력이 인정된다. (C)항의 경우 형사사건 피고인 측은 검찰 측에 대해서 그러한 공적 기록이나 보고서를 증거로 제출할 수 있다. 따라서 이러한 경우에는 해당 기록을 작성한 공무원이 공판정에 나와서 증언하지 않더라도 그 기록 자체를 증거로 사용할 수 있게 된다.

(A)항의 경우에는 위 업무상 기록과 같은 근거에 의해 정당화될 수 있다. 정부기관에서 공무상 정규적으로 작성되는 기록도 업무상 기록과 마찬가지로 일반적으로 신용성이 높다고 볼 수 있기 때문이다.

한편, 정부기관이 법에 따라 부여된 의무나 권한에 따라 관찰하고 기록한 결과에도 일반적으로 신용성이 인정되므로 증거로 사용될 수 있다. 다만 형사사건에서 검찰 측은 정부의 조사결과를 기록한 것을 증거로 제출할 수 없게 하고 있으며, 법집행기관이 법에 따라 피의자나 피고인에

213) Arthur Best, 주 175)의 책, 177면.

대해서 관찰하여 기록한 보고서나 공적 기록도 증거로 사용할 수 없게 하고 있다. 법집행기관은 피고인에 대해서 유죄판결을 받아내려는 이해관계를 갖고 있으므로 기본적인 신용성을 인정하기 어렵다고 볼 수 있다.[214] 그러나 다른 정부 기관이 작성한 보고서를 검찰 측은 증거로 사용할 수 없게 하면서 피고인 측은 증거로 사용할 수 있게 하는 것은 신용성의 측면에서는 곧바로 이해되기 어렵다. 따라서 이 경우에도 당사자주의적인 형사절차의 구조 측면에서 이해할 필요가 있다. 당사자주의적 형사절차에서 일방 당사자에 해당하는 정부 측이 작성한 기록을 다른 당사자에 대해 곧바로 증거로 사용하게 하는 것은 정당화되기 어려울 것이다.

3) 원진술자의 법정 증언이 불가능한 경우에만 허용되는 예외 유형들

가. 증언 불가능의 의미

앞서에서 살펴본 전문법칙의 예외가 인정되면 원진술자가 법정에 출석하여 반대신문을 받는 것과 관계없이 증거능력이 인정된다. 물론 과거의 기록이나 종전 진술과 같이 유형의 성격상 원진술자가 법정에 출석하는 것을 전제로 증거능력이 인정될 수밖에 없는 경우도 있다. 그런데 미국 연방증거법(FRE) 제804조는 원진술자가 법정에서 증언이 불가능한 경우에만 인정되는 특별한 예외 유형을 별도로 규정하고 있다.

먼저 제804조(a)는 증언이 불가능한 경우를 다음 6가지 유형으로 정의한다.

첫째, 원진술자가 자신의 진술 내용에 관한 증언을 거부할 수 있는 특권(privilege)이 있음을 이유로 증언을 거부하고 법원의 결정에 의해 증언으로부터 면제된 때.

둘째, 원진술자가 법원의 명령에도 불구하고 자신의 진술 내용에 관한 증언을 거부하는 때.

셋째, 원진술자가 자신의 증언 내용에 대하여 기억할 수 없다고 증언하는 때.

넷째, 원진술자가 사망 또는 당시에 존재하는 신체적, 정신적 질병 등으로 인하여 법정에 출석할 수 없거나 증언할 수 없는 때.

다섯째, 원진술자가 법정에 출석하지 않고 원진술자의 진술을 증거로

214) Arthur Best, 주 175)의 책, 180-181면.

신청한 자가 소송상의 절차나 그 외 합리적인 수단에 의하여 원진술자의 출석을 확보할 수 없는 때.

여섯째, 다만, 증언 면제, 증언 거부, 기억 결여의 주장, 불능 상태 또는 불출석 등의 사유가 법정 외의 진술을 증거로 제출하려는 자가 증인의 출석이나 증언을 저지할 목적으로 한 행위 또는 부정한 행위에 의해 초래된 때에는 원진술자가 증언할 수 없는 때에 해당하지 않는다.[215]

첫째 유형에 해당하는 것은 증인이 연방수정헌법 제5조의 자기부죄금지 특권(privilege against selfincrimination)이나 주법이나 common law에서 전통적으로 인정되어 온 변호인과 의뢰인 간의 특권(attorney client privilege), 배우자간의 의사소통에 관한 증언거부특권, 성직자의 고해 진술에 관한 증언거부특권, 의사와 환자 간의 특권 등을 들 수 있다. 이러한 특권을 행사하여 증언이 불가능한 경우에도 제804조의 예외 유형들이 인정되면 공판정 외의 종전 진술을 증거로 사용할 수 있게 된다. 둘째 유형은 이와 같은 특권에 해당하지 아니하여 증인의 증언의무가 인정되고 법원의 증언 명령에도 불구하고 원진술자가 증언하기를 계속하여 거부하는 경우에 제804조 소정의 예외가 인정되면 증거로 사용할 수 있다는 것이다.

셋째 유형은 원진술자가 자신의 증언 내용을 잘 기억하지 못한다고 증언하는 경우이며, 넷째 유형은 원진술자가 사망하거나 정신적 또는 육체적 질병으로 인하여 증언하기가 불가능한 경우이다. 다섯째 유형은 소송절차에서 인정되는 수단이나 다른 합리적인 방법에 의하여 원진술자를 증인으로 출석시킬 수 없는 경우이다. 당사자가 증인의 소재를 전혀 알 수 없거나 소재를 알더라도 소환이 사실상 불가능한 경우를 의미한다.[216]

증언 불가능을 인정하는 사유가 이렇게 상당히 광범위하다는 것은 연방증거법의 기초자들이 가진 증거허용적 입장을 반영한다.[217] 다만, 여섯째 유형은 위와 같은 사유가 인정되더라도 그것이 당해 진술증거를 제출

215) Arthur Best, 주 175)의 책, 197면.
216) Arthur Best, 주 175)의 책, 197-198면.
217) Arthur Best, 주 175)의 책, 198면.

하고자 하는 측이 공판에서의 증언을 저지할 목적이나 불법행위로 인해 사유가 발생한 경우에는 증인의 출석이 불가능한 경우로 보지 않는다고 규정한다. 이는 증거 제출자가 원진술자에 대한 반대신문을 피하기 위하여 고의적으로 원진술자의 출석을 저지하는 것을 막기 위한 것이다.

나. 이전 소송절차에서의 종전 증언(former testimony)

연방증거법(FRE) 제804조(b)(1)은 당해 소송 또는 다른 소송의 심문절차에서, 또는 당해 소송 또는 다른 소송의 과정에서 법률에 따라 행해진 진술보전(deposition) 절차에서 증인으로서 한 증언을 전문법칙의 예외로 규정한다. 다만 원진술자의 증언이 불가능하고, 반대 당사자가 이전 절차에서 주신문, 반대신문 또는 재주신문에 의하여 그 증인을 신문할 기회 및 유사한 동기를 가지고 있었어야 한다. 그 이유는 이전 절차에서 선서 후에 반대신문을 받고 증언이 이루어졌다면 그 진술의 신용성을 부정할 이유가 없기 때문이다. 유사한 동기라는 것은 사안의 중요한 쟁점이 동일한 경우를 의미한다.[218] 이 경우 당해 증인이 현재 소송에서 출석할 수 없는 것을 추가 요건으로 한 이유는 이전 절차에서 반대신문이 이루어졌고 그 내용을 기록의 형태로 현재 절차의 사실인정자가 볼 수 있다고 하더라도, 현재 절차의 사실인정자가 증인의 진술 태도를 직접 관찰할 수는 없기 때문일 것이다.

다. 임종시의 진술(statement under belief of impending death)

연방증거법(FRE) 제804조(b)(2)는 살인죄로 기소된 형사사건 또는 민사소송절차에서 원진술자의 증언이 불가능하고, 원진술자가 자신의 죽음이 확실하거나 임박하였다고 믿은 상태에서 그가 믿는 임박한 죽음의 원인이나 정황에 관한 진술은 전문법칙의 예외로서 증거능력을 인정한다. 이는 죽음에 임박하여 한 진술은 진실에 가까울 가능성이 높다는 유형적 통념에 기초하고 있다.

라. 이해관계에 반하는 진술(statement against interest)

연방증거법(FRE) 제804조(b)(3)는 원진술자의 증언이 불가능하고, 진술

218) Robert P. Mosteller 외 5, 주 177)의 책, 697-698면.

이 행해질 당시 원진술자의 금전상 또는 재산상 이익에 현저히 반하거나, 그 진술로 인하여 원진술자의 타인에 대한 권리를 무효화하거나, 원진술자가 민사 및 형사책임을 부담하게 될 경향이 현저히 증가하기 때문에, 합리적인 사람이 원진술자의 지위에 있었다면 그것이 진실이라고 믿지 않는 한 하지 않았을 법한 진술로서, 그것이 형사재판에서 원진술자를 형사책임에 노출시킬 만한 것으로서 제출된다면, 다른 보강 정황들에 의하여 그 진술에 명백히 신용성이 있다고 인정되는 경우에 증거능력을 인정한다. 이것은 일방 당사자의 진술이 아니므로 자인과는 구별된다. 이러한 진술의 증거능력을 인정하는 것은 사람들이 자신의 중대한 이익에 반하는 것을 이야기할 때에는 진실을 이야기할 가능성이 높다는 유형적 통념에 근거한다.

실무상 많이 문제되는 것은 피고인 측에서 자신의 무죄를 입증하기 위하여 제3자의 자백을 전문증거 형태로 제출하였으나 그 원진술자가 법정에서 증언할 수 없는 경우이다.[219] 연방증거법은 다른 보강 정황에 의하여 그 진술에 명백히 신용성이 있다고 인정되는 경우에만 증거능력을 인정함으로써 그 남용을 경계하고 있다.

공범의 자백이 다른 공범의 연루 사실을 포함하는 경우에도 여기에서의 예외가 적용될 수 있다.[220] 다만 이때 경찰에서의 그 공범의 진술이 경찰 측의 호의를 얻고자 하는 동기에서 이루어진 허위일 여지가 있으므로 미국 법원 실무는 증거능력을 인정하는데 신중한 경향을 보이고 있다.[221] 2010년 법개정으로 이때에도 다른 보강 정황에 의하여 그 진술에 명백히 신용성이 있다고 인정되어야 한다는 요건이 추가되었다.[222] 한편, Crawford 판결 이후에는 대면권 침해의 문제도 발생할 수 있으므로 전문법칙의 예외에 해당하는 것만으로 증거능력을 인정받기는 쉽지 않을 것이다. 그러나 공범이 사적인 상황에서 다른 공범의 연루 진술을 하였다면 여기의 예외에 해당하여 증거능력이 인정될 수 있다.[223]

---

219) Robert P. Mosteller 외 5, 주 177)의 책, 711면.
220) Arthur Best, 주 175)의 책, 119면.
221) Bruton v. United States, 389 U.S. 818, 88 S.Ct. 126, 19 L.Ed.2d 70 (1968),
222) Christopher B Mueller, 외 2인, 주 131)의 책, 247면.
223) Arthur Best, 주 175)의 책, 119면.

마. 부정한 행위로 인한 권리 박탈(forfeiture by wrongdoing)

연방증거법(FRE) 제804조 (b)(6)은 원진술자가 증언하지 못하도록 할 의도로 증언을 불가능하게 만든 부적절한 행위에 관여하였거나 이를 묵인한 당사자는 자신에게 불리한 원진술자의 법정 외 진술에 대하여 그 증거능력이 없음을 주장할 수 없다고 규정한다. 이는 자신에게 불리한 증인으로 예정된 사람을 매수, 협박하거나 살해하는 등의 부정한 행위를 예방하기 위한 것이다.[224] 또한 자신에게 불리한 증인을 제거한 당사자의 반대신문권을 보장해 줄 이유가 없다.

그러나 불리한 진술을 할 사람이 증언하지 못하도록 하였다고 해서 그 진술이 반드시 진실이라고 단정할 만한 근거는 없다. 이러한 예외 역시 공정한 재판의 규칙을 따르지 않은 당사자는 그 책임을 져야 한다는 당사자주의 형사절차의 이념에 따른 것으로 보는 것이 타당할 것이다.

4) 포괄적 예외(Residual Exception)

연방증거법(FRE) 제807조는 위 제803조와 제804조에 의하여 예외가 인정되지 아니하는 전문진술이라 하더라도 그 진술에 위 예외 요건과 동등한(equivalent) 정도의 신용성의 정황적 보장이 있는 경우에는 (A) 그 진술이 진술 당시의 총체적 상황과 (존재한다면) 보강증거를 고려하여 충분히 신용성이 보장되고, (B) 그 진술이 증거제출자가 합리적인 노력을 통해 취득할 수 있는 다른 증거보다 더 높은 증명력이 있는 경우에는 전문법칙에 의해서 증거능력이 배제되지 않는다고 규정한다. 다만, 원진술을 증거로 제출하는 당사자는 반대 당사자로 하여금 충분히 대응할 준비를 할 수 있는 공정한 기회를 가지도록 상대방에게 원진술자의 이름과 주소를 포함하여 그 진술의 세부 내용을 원칙적으로 재판 전에 서면으로 고지하여야 한다. 원래 조문은 '신용성의 동등한 보장이 있는 경우(equivalent guarantee of trustworthiness)'로 되어 있었으나, 2019년 개정으로 '신용성의 충분한 보장(sufficient quarantees of trustworthiness)'로 변경되어 진술의 총체적 상황과 보강 증거를 고려하게 되었다.[225] 또한 포괄적 예외를 인정하기 위해서는 먼저 803조와

224) Arthur Best, 주 175)의 책, 204면
225) Christopher B Mueller, 외 2인, 주 131)의 책, 255-257면.

804조의 예외를 먼저 적용한 후 해당 사유가 존재하지 않을 때에 비로소 적용이 가능하다.

이러한 포괄적 예외의 존재를 인정함으로써 미국 연방증거법은 전문법칙의 예외가 통념적 가설에 의해서 유형적으로 규정됨으로써 구체적 사실관계를 고려하지 못하는 약점을 법관의 재량적인 판단에 의해 보완할 수 있도록 허용하였다.

제 3 절 대륙법계 증거법

1. 프랑스의 증거자유주의 전통

프랑스의 형사증거법은 크게 세 가지 원칙 즉, 첫째, 적법성의 원칙(le principe de la légalité), 둘째, 관련성 있는 모든 증거 사용의 허용(증거능력 제도의 부재), 셋째, 증거평가의 자유(la liberte de la preuve)로 요약될 수 있다.[226] 두 번째와 세 번째 원칙은 증거자유주의로 불리며, 첫 번째 적법성의 원칙은 증거자유주의를 제약하는 원리로 기능한다.

(1) 증거자유주의의 개념

프랑스 형사소송법 제427조 제1항은 "법률이 달리 규정하는 경우를 제외하고 범죄사실은 모든 증거방법으로 증명할 수 있으며, 판사는 자유심증에 따라 재판한다." 고 규정한다.[227] 이를 일반적으로 증거자유주의(la liberte de la preuve)라고 부른다. 다만 동 조항은 경죄(délit, 10년 미만 구금형 및 3,750유로 이상 벌금형 사건) 재판의 장에 규정되어 있으므로 그 외 중죄 재판(crime, 무기 또는 10년 이상 구금형 사건) 등에 대해서도 증거자유주의가 적용되는지 여부가 문제되나, 판례는 이를 중죄 재판에 대해서도 적용하고 있다.[228] 다만 경찰법원(Tribunal de police)에서 행해지는 위경죄(contravention, 3,000유로 이하 벌금형 사건) 재판의 경우에는 사법경찰관 등 법률적 권한이 있는 공무원이 작성한 조서 또는

---

226) Delmas-Marty · J.R.Spenser, 주 82)의 책, 233면.

227) 법무부, 프랑스 형사소송법(2011), 245면. 이하에서 프랑스 형법은 동 저서를, 프랑스 형사소송법은 법무부, 프랑스 형사소송법(2011)을 각 인용하였다. 다만, 법무부 번역본 이후의 개정된 조문들은 세계법제연구원 사이트에 게시된 프랑스 형사소송법 불어 원문본을 참조하였다. https://world.moleg.go.kr/web/main/index.do

228) 유주성, "프랑스 형사증거법상 증거자유주의에 관한 연구", 비교형사법연구 제16권 제2호(2014), 103면.

보고서로 증명하는 것이 원칙이고,[229] 다만 조서나 보고서가 없을 때에는 증언으로만 증명될 수 있다고 하여 경미범죄에 대해서는 서증을 우선하고 있다. 이는 경미범죄에 있어 물적 증거수집의 어려움, 신속한 처리, 소송경제 등을 고려한 것이다.[230] 중죄, 경죄 사건의 재판에서는 모든 종류의 증거를 자유롭게 수집, 제시할 수 있으며,[231] 서면 증거나 공판 외에서 적법하게 작성된 사법경찰관의 조서(procès-verbaux)와 수사기록(dossiers)에 대하여 공판정에서의 증언과 차별되는 증거능력 부여 요건을 두지 않는다. 또한 사적 단계에서 이루어진 진술에 관하여도 증거능력 제한이 존재하지 않는다. 즉, 앞에서 본 전문법칙이나 아래에서 살펴볼 직접주의의 제약이 존재하지 않는다. 법원은 증명력 단계에서 진술증거를 평가하게 된다.[232] 다만, "판사는 공판정에 제시되고, 자기의 면전에서 대심의 방식으로 토의된 증거만을 그 판단의 근거로 한다."[233] 즉 피고인과 검사는 모든 증거에 대해서 의견을 제시할 수 있고 그러한 대향적 토론을 거친 증거를 토대로 해서만 판결이 선고될 수 있다는 것이다.[234] 프랑스에서는 이러한 공판의 방식을 대향적 또는 당사자주의적(contradictoire)이라고 부르지만, 영미법계 형사절차에서 당사자가 증거를 수집, 선택, 제출하고 반대당사자의 진술증거에 대하여 반대신문권을 행사한다는 의미에서의 당사자주의적(adversarial)인 것과는 그 의미가 다르다.[235]

---

229) 프랑스 형사소송법 제537조 제1항은 위경죄 사건에서 경찰의 조서와 보고서에 증거로서의 우선권을 부여하며, 동조 제2항은 조서와 보고서에 특별한 증명력을 부여하고 있다. 프랑스 형사소송법(주 227), 290면.

230) 유주성, 주 228)의 논문, 103면.

231) Delmas-Marty · J.R.Spenser, 주) 82의 책, 19, 262, 616-17면.

232) Delmas-Marty · J.R.Spenser, 주) 82의 책, 263면. 프랑스 법원은 개인의 내적인 확신(intime conviction)에 따라서 판결을 선고하여야 한다. 같은 책 616-17면.

233) 프랑스 형사소송법 제427조 제2항, 프랑스 형사소송법(주 227), 245면

234) 과거 프랑스 형사 공판에서 검사와 피고인은 직접 증인에게 질문을 할 수 없고 반드시 재판장을 통해 질문을 전달되도록 할 수 있었을 뿐이나 2000년 형사소송법 개혁 이후 직접 질문할 수 있게 되었다. 이러한 점에서 프랑스 형사소송절차의 대향적 성격이 강화되었다고 볼 수 있다. Delmas-Marty · J.R.Spenser, 주) 82의 책, 246, 258면.

235) Delmas-Marty · J.R.Spenser, 주) 82의 책, 221면. 우리나라의 형사소송법 교

(2) 증거자유주의의 제한

증거자유주의의 원칙에 따라 법률에 규정이 없는 증거방법도 허용된다. 그러나 적법성의 한계를 일탈하는 증거방법은 제한된다. 증거는 원칙적으로 법률에 규정한 방식으로 적법하게 수집되어야 할 뿐만 아니라 법률에 규정되지 않은 증거수집의 방법에 대하여도 법원칙 등을 기준으로 증거적법성에 대한 통제는 이루어져야 한다.[236] 이를 적법성의 원칙(le principe de la légalité)이라고 부른다.

프랑스 형사소송법 제81조는 "예심판사는 법률에 따라 진실 발견에 필요한 모든 수사를 한다. 예심판사의 수사대상에는 피의자에게 불리한 사항과 유리한 사항이 포함된다." 고 규정하고 있다.[237] 따라서 예심판사가 예심 목적의 달성을 위해서 압수, 구속, 피고인신문 등 강제처분적 성격을 강하게 띤 행위를 함에 있어서는 법률에서 규정한 요건과 절차를 엄격히 따라야 한다. 예심판사의 수사 이외에 경찰의 예비수사와 공판법원의 증거적법성 통제를 함에 있어서 프랑스는 형사소송법 제81조를 확대·적용시키는 방식이 아니라, 형사증거법의 일반원칙으로 '적정성의 원칙(le principe de loyaute)' 이라는 법 원리를 개발하여 활용한다.[238]

사법관(magistrat)과 사법경찰관(police judiciaire)은 증거를 수집·조사함에 있어 부적정하거나 위계적이거나 교활한 방법을 사용하여서는 안되며, 합법적이고 진실한 방법을 사용해야 하여야 한다.[239] 예심수사(instruction) 단계에서는 사법관인 예심판사(juge d'instruction)는 객관의무에 따라, 재판에 필요한 (피고에게 유리하거나 불리한) 증거들을 수집·조사·평가하여, 기소의 필요성이 인정될 경우 관련 증거와 함께 해당사건을 검사를 통해 판결법원에 회부(mise en accusation)한다. 이때

과서들이 우리나라의 형사소송구조를 당사자주의로 규정하는 것은 영미법계 형사절차의 adversarial보다는 프랑스 형사절차의 contradictoire에 가깝다고 볼 수 있다.

236) 유주성, 주) 228의 글, 105면.
237) 프랑스 형사소송법(주 227), 90면
238) 유주성, 주) 228의 글, 105면.
239) 유주성, 주) 228의 글, 105-106면.

예심판사의 예심수사는 적법·적정하게 이루어져야 한다. 만약 예심판사의 예심단계에서 이루어지는 수사행위(acte d'information) 중 일부 또는 전부가 적법 혹은 적정하지 못할 경우, 관련 처분행위와 이로 인해 수집된 증거는 모두 무효청구(requete du nullite)의 대상이 될 수 있다. 이때 적정성 통제의 기준으로 형사소송법 등 국내법뿐만 아니라 국제·유럽법 차원에서 보장되는 인권관련 조항 등도 활용된다.[240]

예비수사(enquête préliminaire), 현행범수사(enquête de flagrance) 등 사법경찰이 행하는 수사활동(enquete de police)에 있어서도 증거수집에 관해 적법성 및 적정성의 원칙은 존중되어야 한다. 경찰의 수사와 검사의 예심 회부(réquisitoire supplétif)를 통해 예심단계를 거치게 될 경우 경찰의 증거수집절차 등에 대한 적정성 통제는 예심절차의 무효제도에 따라 이루어지게 된다. 하지만 검찰이 판결법원에 직접 기소하는 경우에는 경찰수사의 적정성에 관한 통제는 재판법원에서 결정(arret)을 통해 이루어지게 되는데, 이때에도 마찬가지로 무효제도가 원칙적으로 활용된다. 예심절차의 무효제도와는 달리, 재판법원에서의 무효절차는 형사소송법에 상세히 규정되어 있지 않으며, 무효제도에 관한 일반규정인 형사소송법 제802조[241]를 근거로 운영된다. 관련 절차에 따라 부적법하거나 부적정하게 수집되어 무효결정을 받게 되는 증거물은 공판에서 이를 증거로 사용할 수 없다.[242]

검사, 사소인, 피고인 등 당사자가 수집하여 제시한 증거는 공판과정에서 적법하고 공정한 절차에 따라 증거조사와 관련한 논의가 이루어져야 한다. 만약 이와 같은 증거조사 및 논의의 과정에 적정성 원칙에 위반이 있을 경우, 해당증거는 법원의 판단 근거(motif de la decision)로 인용될 수 없다. 증거조사 및 논의단계에서의 적정성 원칙은 두 가지 권리와 연관성을 가지는데, 피고인의 방어권(droit de la defense)과 대면권

240) 유주성, 주) 228의 글, 107면.

241) 프랑스 형사소송법 제802조 "법률이 이에 위반하는 때에는 무효로 한다는 취지를 규정하고 있는 방식에 위반한 경우 또는 중요한 절차적 흠결이 있는 경우, 무효의 청구를 수리하거나 직권으로 이를 인지한 대법원을 포함한 모든 법원은 그 위반 행위로 인하여 관계 당사자의 이익을 해치는 경우에만 무효를 선고한다." 프랑스 형사소송법(주 227), 581면.

242) 유주성, 주) 228의 글, 108면.

(droit du contradictoire)이 바로 그것이다.[243] 피고인의 방어권(droit de la defense)은 헌법적 가치를 인정받는 프랑스 인권선언 제8조와 국내법보다 상위법적 효력을 가진 유럽인권협약 제6조에 명시되어있다. 이와 같은 규정을 근거로 증거조사·논의 과정에서 피의자와 피고인의 방어권을 위반한 증거는 적정성의 원칙 위반이 되고, 따라서 증거능력이 배제되어 재판의 증거로서 사용되지 못한다.[244]

대면권(droit du contradictoire)은 공판과정에서 검사, 사소인, 피고인 등 당사자에게 반론의 기회를 보장해주는 것이다(프랑스 형사소송법 제427조 제2항). 따라서 피고인에게 반론의 기회가 주어지지 않은 증거에 대해서는 이를 판결의 근거로 인용하지 못한다. 예를 들어, 판사가 당사자에게 따로 고지하지 않고 개인적으로만 알고 있는 증거물을 판결의 근거로 사용할 수는 없다.[245]

(3) 조서(procès-verbaux)의 증거 사용

프랑스 형사증거법상 원칙적으로 사법경찰관 등에 의해 작성된 조서는 증거로서 제한 없이 사용하는 것이 허용된다. 중죄(crime) 사건의 경우 사법경찰관 등이 작성한 조서는 공판에 앞서서 예심을 거쳐야 하므로, 이 과정을 통해서 적정성의 원칙 등을 위배한 수사행위와 조서 등은 예심 단계에서 무효화되어 증거로 사용할 수 없게 된다. 그리고 예심을 거쳐 법원에 증거로 제시된 조서는 중죄법원(Cour d'assies)의 구두주의, 변론주의 원칙에 따라서 다른 증거서류 등과 마찬가지로 공판정에서 낭독된 후, 토론 및 대심 등 증거조사의 대상이 된다.[246] 한편, 배심제[247]로

---

243) 유주성, 주) 228의 글, 111면.
244) 위 글.
245) 위 글.
246) Delmas-Marty·J.R.Spenser, 주) 82의 책, 619면. 재판장의 배심원에 대한 지시 내용에 조서를 포함한 모든 증거에 대한 증거자유주의의 원칙이 포함되어 있다(프랑스 형사소송법 제353조); 유주성, 주) 228의 글, 111면.
247) 프랑스 중죄법원 1심에서는 직업법관 3인과 9인의 배심원이 함께 심리, 평의하므로 실제로는 참심제에 가깝다. 원래 나폴레옹 시대 치죄법(code d' instruction criminelle)에 존재하였던 영국식 배심제도는 1941년 현행과 같이 참심제와 유사하게 변형되었다. 프랑스 대혁명 이후 영국식 배심제도

운영되는 중죄법원에 제출된 조서는 일반적인 증거물이나 증언과 마찬가지로 동일한 증명력을 가진다.[248]

경죄법원(Tribunal correctionnel)에서도 중죄재판과 마찬가지로 사법경찰관이 경죄를 인지한 조서 및 보고서는 증거사용이 허용되며, 다른 증거와 동일한 증명력을 가지게 되나, 예외적으로 법률에 특별한 규정이 있는 경우, 조서는 특별한 증명력을 갖추게 되고, 이는 자유심증주의 원칙의 예외가 된다. 법률에 따라 조서의 증명력에 대해 특별한 규정을 둔 형태로는, 반대증거가 있을 때까지 (우월한) 증명력이 인정되는 조서(preuve jusqu'a preuve contraire)와 아주 예외적으로 허위임이 확인될 때까지 (우월한) 증명력이 인정되는 조서(Preuve jusqu'a inscriptionde faux)가 있다.[249] 이는 오히려 사법경찰관이 작성하였다는 사실을 근거로 다른 절차에서 획득된 증거에 비해 특별한 증거가치를 부여하는 것이다.

경찰법원(Tribunal de police)에서 행해지는 위경죄 재판의 경우에 조서나 보고서에 증거로서의 우선권이 인정된다는 점은 앞에서 설명하였다.

(4) 프랑스 수사절차의 구조[250]

프랑스 수사절차에 있어서 수사 및 형사소추기관인 예심판사와 검사는 스스로 심리하고 규문적으로 절차를 진행한다. 형사절차 전반에 걸쳐서 소송물과 증거절차는 관계인의 신청과 처분에 좌우되지 않는다. 프랑스에서도 형사절차의 목적은 사실이 실제로 어떻게 존재하고 있는가를 밝혀내는 것이기 때문이다. 따라서 프랑스 수사절차의 구조는 영미식 당사

를 도입하였던 대륙법계 국가들은 프랑스 혁명기 하에서 배심제에 의해 이루어진 수많은 사형 선고를 목격한 후 배심제도를 대부분 폐지하였으며 벨기에만 아직까지 중죄 재판에 대해서 영국식 배심제도를 유지하고 있다. Delmas-Marty · J.R.Spenser, 주) 82의 책, 13면.

248) Delmas-Marty · J.R.Spenser, 주) 82의 책, 619면.

249) 유주성, 주) 228의 글, 117-119면.

250) 프랑스의 수사절차에 관하여는 이창온, 검찰수사에서 변호인의 변론절차 방식의 개선에 관한 연구, 대검찰청 연구보고서(2021), 56-61면 및 이창온, "수사와 기소 분리론의 비판적 검토 - 비교법적 검토를 중심으로", 형사소송의 이론과 실무 제14권 제2호(2022)에서 발췌, 요약한 것이다.

자주의와는 구별된다.[251] 그러나 최근 들어 최근 들어 유럽인권협약의 영향 하에 피의자의 방어권이 대폭 강화됨에 따라 프랑스의 수사절차에도 당사자주의적 요소가 많이 도입되었으며, 프랑스의 형사소송구조는 직권주의와 당사자주의의 혼합에 가깝게 되었다.[252]

같은 직권주의 형사사법절차를 채택하고 있는 독일과 비교할 때 프랑스 형사절차가 가진 차이점은 독일이 수사절차를 주재하는 검사를 공판절차를 주재하는 사법관과 분리하여 행정부에 부속시킨 것과 달리 프랑스의 검사는 공판절차를 담당하는 법관과 동일한 사법관이라는 점이다.[253] 또한, 형사절차를 예비수사와 소추, 예심수사, 재판, 형의 집행 단계로 나누고 사법관(le magistrat)의 조직과 기능도 이에 대응하여 분리하고 있다는 점에서 가장 큰 차이가 있다(사법기능 분리의 원칙, Le Principle de separation des fonctions). 사법 기능을 이렇게 분리한 이유는 프랑스에서는 독일이나 미국이 수사기능을 행정부에 속한 검사나 경찰에 두되 독립된 사법부가 영장 심사나 법관의 승인에 의하여 검사나 경찰의 수사를 통제하게 하는 것과 달리 수사기능 자체를 행정부가 아닌 사법부에 귀속시킴으로써, 수사권을 가진 사법관의 권력이 지나치게 방대하게 되어 남용되는 것을 막기 위한 것이다. 즉, 사법관의 권력남용을 막음으로써 시민의 자유를 보호하고 형사절차 내에서의 권력의 분립 원리를 구현하고자 하는 것으로 볼 수 있다.[254]

따라서 형사절차의 각 단계에 따라 대응하고 주재하는 사법관 조직이 서로 다르게 된다. 예비수사(les enquete preliminaire)와 기소(l’action publique) 단계에서는 검사(le ministere public)가 절차를 주재하게 되지만, 예심수사와 그 소추(L’instruction préparatoire) 단계에서는 예심판사(le juge d’instruction)가 절차를 주재한다. 특히 중죄[255] 사건(matiere

---

251) Frederic Debove 외 2인, Precis de Droit Penal et de Procedure Penale, 8th (PUF, 2020), 484면.

252) Frederic Debove 외 2인, 주 251)의 책, 485면; Thierry Gare・Catherine Ginestet, Droit Penal Procedure Penal 12th, Dalloz(2020), 9-10면.

253) Frederic Debove 외 2인, 주 251)의 책, 561면.

254) Thierry Gare・Catherine Ginestet, 주 252)의 책, 248-249면.

255) 프랑스는 범죄를 중죄(重罪 crime, 무기 또는 10년 이상 구금형), 경죄(輕罪 délit, 10년 미만 구금형 및 벌금형, 일수벌금형 등의 형벌), 위경죄(違警罪 contravention, 3,000유로 이하 벌금형. 1급(38유로 이하), 2급(150유로 이

de crime)은 의무적으로 예심판사의 예심수사를 거쳐야 기소할 수 있다(제80조 제1항). 그리고 이러한 예심수사는 반드시 검사가 요청한 경우에만 가능하고 예심판사의 직권으로 개시할 수는 없다. 예심판사는 검찰로부터 예심수사가 요청된 경우 그 사건기록을 검토하고 필요에 따른 수사를 종료한 후, 피의자를 중죄 법원의 재판에 회부하기에 충분한 증거가 있는지를 판단하며, 중죄가 인정된다고 판단하면 중죄법원으로 이송(소추, mise en accusation devant la cour d'assises) 결정을 하며 혐의가 인정되지 아니한 경우에는 불기소 결정을 하게 된다(제177조, 제181조). 반면 경죄 사건(matiere correctionelle)이나 위경죄(matiere de contravention)의 경우에는 예심수사는 의무적인 것이 아니므로, 사안이 복잡하거나 특별한 조사가 요구되는 경우에 예외적으로 검사의 예심수사 개시요청에 의해서 예심판사의 예심수사가 이루어지거나 검사가 소추결정을 하지 않은 경우 피해자의 사소개시청구에 의해서 이루어지게 된다(제79조).

예심판사가 주재하는 예심수사절차에서는 변호인 조력권이 충실하게 구현되어 있다. 변호인에게는 예심수사절차에서의 예심절차 개시, 종료 시 의견진술권(제80조의1, 제118조, 제175조), 피의자신문참여권(제114조), 피의자신문 시 의견진술권(제116조), 대질신문 시 질문권(제112조), 현장검증, 증인신문 등의 참여권(제82조의2), 압수수색참여권(제97조) 등이 인정된다. 이러한 변호인 조력권을 효과적으로 행사하기 위하여 변호인은 예심수사절차 기록과 증거를 열람할 수 있다(제114조). 한편, 경죄 사건에 있어서, 검사는 피의자의 인적 사항을 확인하고, 범죄사실을 알리며, 피의자의 요구가 있으면 그 주장을 들은 후, 예심수사의 필요가 없다고 판단할 경우, 제394조 내지 제396조에 따른 절차를 진행한다(제393조 제1항). 이때 검사는 피고인에게 사선변호인 또는 국선변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 고지하고 사선변호인 또는 국선변호인을 요구하였을 경우에는 변호사회 회장에게 그 사실을 지체없이 통보하여야 한다(동조 제2항). 이에 따라 변호인은 즉시 사건기록을 열람하고 피고인을 자유롭게 접견할 수 있으며, 그 절차는 조서에 기재하여야 한다(동조 제3항).

하), 3급(450유로 이하), 4급(750유로 이하), 5급(1,500유로 이하, 재범은 3,000유로 이하))로 구분한다. 법무부, 프랑스 형법(2008), 제131조의1 이하 참조.

종래 예심수사 절차에서와 같은 피의자의 광범위한 방어권이나 변호인의 참여권은 인정되지 않았으나,[256] 최근 2016년 형소법 개정(동조 제4항)으로 대폭 강화되었다. 검사는 피의자에게 진술을 하거나 질문에 대답하거나 묵비권을 행사할 수 있는 권리를 고지하고 신문한 다음, 검사는 필요한 경우, 특히 절차의 규칙성과 관련하여 변호인의 의견을 청취하여야 한다. 변호인은 수사의 불충분성, 진실을 밝히기 위해 필요한 새로운 수사, 가능한 기소 개시 방법 또는 사전 유죄 인정 시 출두 절차에 대한 가능성 등에 관해 의견을 제출할 수 있다. 검사는 이러한 변호인의 의견을 고려한 연후에 공소제기 절차를 밟거나, 수사의 계속을 명하거나, 공표에 관한 기타 결정을 내릴 수 있게 된다. 이러한 새로운 조치는 2011년 헌법위원회가 검사가 변호인의 참여 없이 단독으로 피의자를 신문하여 조서를 작성하는 것은 위헌이라고 선언한 이후에 도입된 것이다.[257]

한편, 피의자나 그의 변호인은 일정한 요건 하에 검사가 수사를 종료한 후 소추 여부를 결정하기 전에 서면으로 의견을 제출할 수 있으며, 검사는 피의자나 그 변호인에게 자신에게 유리한 자료나 증거를 제출하거나 새로운 예비수사가 필요한 사유나 방법을 제출할 수 있는 기회를 제공하여야 한다. 검사가 이를 거절할 경우 피의자나 피해자나 그 변호인은 법원에 항고할 수 있다.[258] 예심절차나 석방구금판사가 개입하지 않는 가장 강력한 수사상 강제처분은 앞서 살펴본 사법경찰관의 보호유치(경찰구금)이다. 보호유치절차에 있어서 피의자의 방어권과 변호인 조력권은 최근에 와서야 유럽인권재판소의 결정과 EU법의 영향을 받아 확장되기 시작하였다. 원래 보호유치 기간 중 이루어지는 피의자신문에 대하여 변호인의 참여권은 인정되지 아니하였다. 그런데 2011년, 2014년 법개정으로 경찰 수사절차에 관한 변호인 조력권이 대폭 강화되었다. 보호유치 중 비밀접견과 신문 참여권이 인정되었을 뿐 아니라 피의자가 미성년인 경우에는 보호유치 중이든 비구금 상태에서의 피의자신문이든 변호인의 참여가 의무화되었다(3조의1, 4항). 이를 위하여 일정한 범위 내에서 변호인의 수사기록 열람도 인정된다. 변호인은 피의자신문이나 대

256) Francois Sanit-Pierre, Pratique de Defense Penale 4th, LGDJ(2020), 132면.
257) Francois Sanit-Pierre, 주 256)의 책, 131면에서 프랑스 헌법위원회 2011. 5. 6. 결정 사건번호 2011-125 인용.
258) Francois Sanit-Pierre, 주 256)의 책, 131~132면.

질신문시 질문할 권한이 인정되며 그 결과에 대한 의견을 서면으로 제출할 수 있다. 이는 EU법(2013. 10. 22. 2013/48 directive)를 이행하기 위해 도입된 것이다. 변호인은 피의자가 피의자신문이나 범인식별절차 등의 이유로 이송될 때에는 이를 고지받을 권한이 있다. 이를 위반한 경우 절차무효의 원인이 된다.[259] Salduz v. Turkey 사건(2008, 36391/02)에서 유럽인권재판소(ECtHR)는 유럽인권협약 제6조의 공정한 재판 요건을 충족시키기 위해서는 피의자는 경찰 1회 피의자신문 시부터 변호인 조력권을 가져야 한다고 판시하였다. 경찰 피의자신문에서 변호인의 참여 없이 획득된 자백은 이후 공판절차에서 결과에 돌이킬 수 없는 영향을 미칠 수 있기 때문이다. 이어서 Dayanan v. Turkey(2009, 7377/03) 사건에서는 더 나아가 변호인의 참여가 없는 경찰 피의자신문에서 피의자의 자백이 없었더라도 마찬가지라고 판시하였다.[260] 원래 사법관의 경찰에 대한 공정하고 객관적인 사법적 통제에 대한 신뢰에 의존하고 있었던 프랑스는 이러한 변호인 조력권 확대에 대하여 찬성하지 않았으나 유럽인권재판소 결정과 이에 이은 EU법(2013. 10. 22. 2013/48 directive)의 영향으로 결국 수사절차, 특히 경찰의 보호유치절차에 관한 변호인 조력권과 참여권을 입법적으로 크게 강화하기에 이르렀다.[261]

이상에서 확인할 수 있는 바와 같이 프랑스 직권주의 형사절차에서 증거법은 예심판사를 비롯한 수사기관이 작성한 조서 중심으로 규율되며, 증거수집절차나 조서작성 절차에 위법성이나 부적절성이 없다면 증거능력의 제한을 받지 않는다. 이러한 직권주의 절차에 대하여 프랑스에서도

259) Frederic Debove 외 2인, 주 251)의 책, 636~637면.

260) 유럽인권재판소의 판시 내용과 이후 법리의 전개 과정에 대한 설명은 Philip Leach, Taking a case to the European Court of Human Rights 4th, Oxford(2017)를 참조하였다. Salduz 결정 이후에 유럽인권재판소의 경향은 변호인 조력권 침해 여부를 전체적인 절차의 공정성에 비추어 판단하는 것으로 완화되었다. 또한 Hodgson, 주 82)의 책, 191~193면 참조.

261) 1999년 당시 프랑스 법무부장관인 Elisabeth Guigou는 상원에서 변호인 조력권 확대 논의 중 당사자주의적 형사소송구조에 대해서 변호사들에게 높은 대가를 지불할 능력을 가진 부자들을 위한 제도이며, 경찰에 대한 아무런 사법적 통제가 없다는 이유로 프랑스식 직권주의 제도가 우월하다는 발언을 하였다. Hodgson, 주 82)의 책, 181면.

많은 문제점이 제기되었으나, 프랑스에서 형사절차의 개혁은 절차 내에서 이루어지고 증거법을 변형하는 방식으로 이루어지지 않았다는 점을 확인할 수 있다. 프랑스의 개혁은 예심판사의 권한을 축소하고 예심절차와 예비수사 절차에서 변호인의 조력권과 수사기록 접근권을 강화하며, 사법관의 경찰 수사에 대한 지휘, 감독권을 강화하고, 행정부로부터 사법권의 독립을 강화하는 방식, 즉 절차 자체에 대한 개혁에 집중되었으며, 그 과정에서 발생하는 비용을 감수하였다.

2. 독일의 직접주의 전통

(1) 직접주의의 개념

1) 직접주의의 유형

직접주의는 독일 형사소송절차에 있어서 증거법에 관한 원칙이다. 직접주의는 판결을 하는 법원은 스스로 증거조사를 하여야 하며, 다른 사람에게 증거조사를 대신 하게 하여서는 안 된다는 원칙을 말한다. 이를 형식적 직접주의(formelle Unmittelbarkeit)이라고 한다. 독일 형사소송법은 동법 제223조 내지 제225조에 규정된 예외(Kommisarische Beweisaufnahme)에 해당하지 않는 이상 법원이 제3자에게 증거조사를 위임하는 것을 허용하지 않는다.[262] 직접주의는 법원이 공판 외에서 작성된 조서에서 얻은 인식을 기반으로 판결하던 19세기 이전의 독일 규문주의절차에 대한 개혁 요청에 따라 도입되었으며, 법원이 원진술자의 구술로부터 직접 인식을 얻음으로써, 실체진실 발견을 위하여 더 나은 판결의 기초를 제공하기 위한 목적을 가지고 있었다.[263]

한편, 직접주의는 법원은 사실을 가능한 한 그 원천에서 발견하여야 하며 그 대체증거(Beweissurogate)를 이용해서는 안 된다는 것을 의미하기도 한다. 이를 실질적 직접주의라고 부른다(materielle Unmittelbarkeit). 법원은 피고인과 증인을 인증으로서 법정에서 직접 조사하여야 하며, 이전에 작성된 증인에 대한 신문조서나 진술서를 낭독하는 방법으로 이를 대체해서는 안된다.[264] 다만 여기는 많은 예외와 보충이 존재한다. 따라서 이는 인증을 원칙적으로 서증보다 우선 순위에 두는 것으로서, 영미법학계에서는 실질적 직접주의를 최우량증거 원칙(best evidence rule)이라고 부르기도 한다.[265] 독일 학계에서는 직접주의의 이러한 두 측면의 관계에 대하여 견해가 대립되고 있다.

---

262) Roxin · Schünemann, Strafverfahrensrecht 29th, C.H.Beck(2017), 403면.
263) Klaus Geppert, 주 169)의 책, 122면.
264) Roxin · Schünemann, 주 262)의 책, 403-404면.
265) Michael Bohlander, Principles of German Criminal Procedure, Hart Publishing(2012), 30면.

2) 형식적 직접주의

가. 개념

19세기 이전 독일의 규문적 형사절차에서는 증거조사를 담당하는 법관과 판결을 하는 법원이 분리되어 있었으며, 필연적으로 증거조사 결과는 조사 결과를 담은 조서를 판결 법원에 구두로 매개하는 보고자의 존재를 전제로 하고 있었다. 형식적 직접성의 원칙은 이러한 분리를 폐지하고 증거조사와 판결은 동일한 법원이 담당해야 하며, 법원은 공판에서 일어나는 전체 과정을 직접 감각을 통해 인식해야 한다는 요청에 따른 것이었다.[266] 또한 형식적 직접주의는 법원과 증거방법 및 절차관여자 사이의 직접적인 관계가 형성되어야 한다는 것을 의미한다. 즉, 증거조사결과는 매개자에 의해서 판결 법원에 보고되어서는 안 된다는 것이다.[267] 따라서 형식적 직접주의는 증거조사를 어떻게 해야 하는지의 방법(“Wie”)에 관한 직접성을 의미하는 동시에, 증거조사 주체(Subjekt)이자 장소인 법원이 판결의 기초사실에 대해 얻는 인식의 형식이 직접적이어야 한다는 것을 의미한다.[268]

나. 직접주의의 역사적 배경 및 구술주의 원칙과의 관계

범죄사실은 밀폐된 공간에서 서류심사를 통해서가 아니라 모든 소송관계자가 참여한 가운데 공개된 장소에서 심리되어야 한다. 언어로 전달될 수 있는 것만이 판결에 포함될 수 있다. 피고인과 시민법관은 수사기록에 접근할 수 없으며, 따라서 모든 소송절차와 증거관계를 들을 수 있어야 한다. 따라서 이러한 구술주의 원칙에 따라 문서는 낭독되어야 한다.[269] 구두변론이 이루어진 것만이 형사소송법상 심리전체를 구성한다. 비록 직업법관은 소송진행을 위하여 공판 전에 소송기록을 읽었다고 하

---

266) 독일에서는 수사판사가 프랑스와 같은 강력한 수사기능과 지위를 가지지 않았으며, 1972년 최종적으로 폐지되었다. Delmas-Marty・J.R.Spenser, 주 82)의 책, 11-12면.

267) Klaus Geppert, 주 169)의 책, 124면.

268) Klaus Geppert, 주 169)의 책, 125면.

269) Klaus Volk/김환수 외 2인 역, Strafprozessordnung, 독일 형사소송법, 박영사(2009), 239면.

더라도 공판에 이를 현출시키지 않고 사용해서는 안 된다.[270]

예심절차에서 작성된 조서에 의해 판결이 좌우되는 중세 규문주의 형사절차를 개혁하려는 19세기 독일의 논의로부터 프랑스의 치죄법(Code d' instruction criminelle 1808)을 모델로 하여 독일 형사절차에 구두변론주의와 공개주의 원칙이 도입되었다. 당시 아직 중세 규문주의 형사절차가 지배하고 있었던 독일과 달리 프랑스 혁명과 나폴레옹의 영향으로 프랑스 치죄법은 공판에서의 구두변론주의와 공개주의 원칙이 지배하고 있었다. 그러한 논의 과정에서 영국식 전문법칙 모델을 도입하여야 한다는 견해가 제기되었으나, 최종적으로 받아들여지지 아니하였다. 그 이유는 당시 프랑스의 영향을 강하게 받고 있었던 라인강 좌안 지역에서 이미 프랑스 치죄법이 적용되고 있었던 현실을 고려하였고,[271] 보다 근본적으로는 당사자주의를 모델로 하는 영국식 전문법칙 모델은 직권주의적 예심절차를 그대로 유지하기로 한 독일 형사절차에는 그다지 친화적이지 않았기 때문이다.[272] 또한 전문법칙을 도입할 경우 가치 있는 증거의 사용이 배제됨으로써 실체진실 발견을 저해할 것이라는 실무와 학계 다수의 우려도 고려되었다.[273]

그러나 조서의 증거 사용을 제한하지 아니하고 증거자유주의를 채택한 프랑스와 달리, 1877년 제정된 독일 구형사소송법은 예심절차를 그대로 유지하면서도 공판절차에서의 직접주의 원칙을 규정하여 조서의 증거조사 방법을 제한하였다.[274] 이는 법관이 수사절차에서 작성된 조서에 의존하여 판결을 내려왔던 종래의 규문주의의 폐해를 막고자 한 개혁의 이념을 따른 것이다.[275] 개혁 요구의 핵심은 중세 규문주의 형사절차에서 재판이 예심절차에서 작성된 조서와 이를 간접적으로 보고하는 보고자의 전달에 의존하여 진행되는 것을 법관이 구술절차를 통해 직접적으로 인식하도록 하자는 것에 있었으므로 초기에는 직접주의와 구술주의는 개념적으로 서로 구별되기 어려웠다.[276] 오늘날에는 구술주의는 증거조사를

270) Klaus Volk, 주 269)의 책, 314면.
271) Klaus Geppert, 주 169)의 책, 96-99면.
272) Klaus Geppert, 주 169)의 책, 106-120면.
273) 위 글.
274) 위 글.
275) 위 글.
276) Klaus Geppert, 주 169)의 책, 137면.

포함한 전체 공판절차, 즉 이해관계자의 증거신청, 법원의 절차진행 및 결정을 포함한 전체 절차가 구두로 이뤄져야 한다는 공판절차 전반에 관한 원칙이며,[277] 직접주의는 인적 증거조사에 관한 원칙이라는 점에서 서로 구분된다.[278]

구술주의는 본질적으로 재판절차의 투명성을 정하는 원칙으로서 재판의 공개주의 원칙의 전제조건이며, 법원의 재판에 대한 시민의 감시와 시민법관의 참여를 가능하게 하기 위한 것이다.[279] 구술주의는 다른 한편으로는 재판절차를 구술에 의한 변증법적 절차로 진행되도록 함으로써, 진실 발견에도 기여한다. 구술에 의하여 논증과 반론이 이루어짐으로써 더 나은 진실 발견이 가능하다는 것이다. 구술주의의 이 두 번째 측면은 증거조사의 원칙인 형식적 직접주의와 연결된다.[280] 형식적 직접주의에 따르면 법원은 실체진실 발견을 위하여 증거조사에서 일어나는 전체 과정을 직접 감각을 통해 인식해야 한다. 그렇다면 형식적 직접주의는 구술주의 원칙에 따라 증거조사가 구두로 이뤄져야 한다는 것을 의미한다.[281] 진술자가 공판에서 구두로 진술하는 동안 법원은 그 진술의 명확성, 어조, 억양, 태도, 망설임과 즉각적인 수정 등을 직접 관찰할 수 있고, 추가적인 질문을 통해 내용을 확인하고 보완할 수 있다. 그러한 직접성은 실체진실 발견의 가능성을 높여준다.[282]

그러나 이러한 구술주의의 개념은 공판 이전에 작성된 조서나 서류를 증거로 사용하는 것 자체와 모순되지는 않는다.[283] 구술주의는 다만 이러한 조서나 서류가 구술에 의하여 공판절차에 현출되어야 함을 의미할 뿐이다. 독일 형사소송법 제249조 제1항은 과거에 행해진 형사판결, 형벌목록 및 교회기록부와 혼인 및 출생 등록부에서 발췌한 내용, 법관의

277) Klaus Geppert, 주 169)의 책, 138면.
278) 최준혁, “직접심리주의에 대한 논의의 기초-직접심리주의의 ‘전형적 예외’인 독일형사소송법 제251조의 검토-”, 형사법의 신동향 제41호(2013), 168면.
279) 최준혁, 주 278)의 논문 140면.
280) Klaus Geppert, 주 169)의 책, 140면.
281) Klaus Geppert, 주 169)의 책, 123면.
282) Klaus Geppert, 주 169)의 책, 141면.
283) Klaus Geppert, 주 169)의 책, 137면.

감정조서는 낭독에 의해 증거조사가 가능함을 규정하고 있다. 동조 제2항은 법관과 참심원이 그 기록이나 문서의 내용에 대하여 알고 있고 그 밖의 관계인들도 이를 알 기회를 가졌던 경우에는 낭독을 배제할 수 있도록 그 예외를 규정한다. 따라서 그러한 조서나 조서의 증거사용이 어느 정도까지 허용되는지의 문제는 구술주의 원칙만으로 답변될 수 있는 것이 아니며,[284] 직접주의 원칙의 개념 자체로부터 도출되어야 한다. 여기에서 실정법상 직접주의의 원칙과 예외의 범위를 구체적으로 어떻게 규정할 것인지 여부가 문제된다.

다. 직접주의의 집중심리주의 원칙과의 관계

집중심리주의는 공판절차를 시작부터 판결까지 가능하면 집중된 형태로 진행하여야 한다는 것을 의미한다. 이는 신속한 재판절차는 피고인의 부담을 감소시킴으로써 그의 이익에 기여하며, 범죄자에 대한 신속한 처벌은 형법의 실효성에 대한 국민들의 신뢰를 유지하는데 도움이 되므로 일반예방에도 기여하기 때문이다.[285]

집중심리주의는 또한 직접주의와도 관계가 있다. 공판절차가 너무 길거나 공판기일 사이에 간격이 너무 길면, 법관의 기억이 소실됨으로써 구술에 의해 형성된 증거조사의 직접성이 사라지며 다시 공판조서에 의존하는 간접적인 증거조사로 회귀하게 된다. 또한 진술자의 기억도 시간이 지남에 따라 희미해지거나 외부의 영향으로 변질될 수 있다. 따라서 구술주의에 의한 증거조사의 직접주의 원칙이 제대로 실현되려면 반드시 집중심리주의가 전제되어야 한다.

라. 직접주의의 자유심증주의 원칙과의 관계

독일 형사소송법 제261조는 "법원은 심리 전체로부터 얻어진 자유로운 심증에 따라 증거조사의 결과에 관하여 재판한다."고 규정한다.[286] 1877년 독일 형사소송법의 입법자는 중세의 형식적인 증거법정주의를 버리고 당시 프랑스의 증거자유주의(intime conviction)를 모방하여 동 규정

284) Klaus Geppert, 주 169)의 책, 139면.
285) Klaus Geppert, 주 169)의 책, 142면.
286) StPO 독일 형사소송법, 법무부(2012), 201면. 본 논문에서 따로 특별한 언급이 없으면 독일 형사소송법의 번역은 이 책에 따른다.

을 채택하였다. 법원은 증거조사 결과에 대하여 자신의 자유로운 확신에 따라 판단해야 한다.[287] 그러나 자유심증주의는 허용되는 증거에 대한 조사결과에 대하여 법원이 어느 정도의 증명가치를 부여할 것인지에 관한 원칙이며, 누구로부터 그리고 어디에서 그러한 증거조사를 하여야 하는지의 문제에 관하여는 거의 아무런 대답도 제공하지 못한다.[288] 이 문제에 대한 대답은 직접주의 원칙의 개념과 범위에 의하여 이루어져야 한다. 여기에서 아래에서 보는 것과 같이 형식적 직접주의와 실질적 직접주의의 관계에 대한 견해의 대립이 발생한다.[289]

마. 형식적 직접주의의 내용

(가) 법관의 직접적 관찰에 대한 요구

형식적 직접주의 원칙으로부터 증거조사 상황을 직접 관찰하지 못하는 시각장애인 법관과 잠자는 법관의 문제가 파생된다. 독일 연방대법원은 시각장애인 법관에 대하여 동료나 심의 과정에 의한 보완이 가능하다는 이유로 이를 허용한다. 그러나 시각장애인 법관은 진술자의 태도 관찰에서 직접성을 결여하므로 그러한 직접성이 완화되는 항소심 관여만 허용하여야 한다는 비판적 견해도 존재한다.[290]

한편, 연방대법원은 잠자는 법관에 대해서는 엄격한 입장을 취하면서 부재 중인 법관과 동일하게 취급하여 독일 형사소송법 제338조 제1호의 재판부 구성 위반 여부를 고려한다.[291]

(나) 법관의 개인적 지식의 사용금지

직접주의 원칙에 따라 법원은 공판 증거조사절차에서 구술에 의하여 직접적으로 심리되지 않은 법관의 개인적 지식을 판결에 이용해서는 안

---

287) Klaus Geppert, 주 169)의 책, 144면.
288) Klaus Geppert, 주 169)의 책, 145면.
289) Klaus Geppert는 독일 형사소송법 제261조의 자유심증주의 규정은 그 취지상 법원이 실체진실 발견을 위하여 증명가치 평가를 바르게 하려면 직접주의에 의하여 원본증거에 대한 증거조사를 하여야 한다는 것을 전제로 한다고 주장한다. 이는 아래에서 보는 것과 같이 그가 실질적 직접주의의 가장 강경한 견해를 취하고 있기 때문이다. Klaus Geppert, 주 169)의 책, 145면.
290) Klaus Geppert, 주 169)의 책, 148-149면.
291) Klaus Geppert, 주 169)의 책, 149면.

된다.[292] 법관이 그가 개인적으로 가진 지식을 증인신문 과정에서 활용하여 질문하는 것은 허용되고 바람직하기까지 하나, 판결에 이용할 수 있는 것은 그러한 신문을 통해 원진술자로부터 구술로 진술된 것뿐이다.[293] 법관이 가진 개인적 지식을 판결에 활용하려면 그가 증인으로서 법정에서 증언해야 한다.[294] 그 이유는 법관은 그가 가진 선입견과 확증편향에서 벗어나 오직 재판절차에서 증거로 제시된 것만을 근거로 객관적이고 중립적으로 판단하여야 하기 때문이다.[295] 다만 독일 형사소송법 제244조 제3항 제2문에 따라 명백한 사실은 증거조사의 필요성이 없다.

한편 독일 형사소송법은 소송을 지휘하는 직업법관이 공판 이전에 수사기록을 주의깊게 읽고 인식하는 것을 전제로 한다.[296] 직접주의를 강조하는 입장에서는 이러한 독일 형사절차의 관행이 법관의 선입견과 확증편향을 강화함으로써 직접주의를 위협하게 된다는 점을 비판한다. 법관이 기록을 읽으면서 알게 된 기억을 억누르기 어려우며, 따라서 이를 판결에 이용할 위험성이 존재하기 때문이다.[297] 다만 법정절차를 비디오나 오디오로 녹화, 녹음한 것 또는 법관이 수기로 메모한 것을 이용하는 것은 이러한 직접주의에 위반되는 것은 아니다. 이것은 단순히 법관의 기억을 보조하기 위한 장치에 불과하기 때문이다.[298]

(다) 증명의 목적으로 만들어지지 않은 서류의 낭독 허용

직접주의에 따라서, 증인과 감정인이 인지한 내용은 공판에서 신문을 통해 증거로 현출되어야 하며, 원칙적으로 신문을 대신하여 이전에 이들을 상대로 작성된 조서를 낭독하는 것은 허용되지 않는다(독일 형사소송법 제250조 제2문). 그러나 모든 서류가 여기에 해당하는 것은 아니다. 직접주의가 적용되어 증거조사 방법이 제한되는 것은 증명의 목적으로 만들어진 조서와 서류이다. 증명의 목적으로 만들어진 것이 아닌 서류, 즉 형사절차 외에서 작성된 편지, 회계장부, 계산서 등과 같은 서류는

292) 위 글.
293) Klaus Geppert, 주 169)의 책, 150면.
294) Klaus Geppert, 주 169)의 책, 149, 151면.
295) Klaus Geppert, 주 169)의 책, 151면.
296) Klaus Geppert, 주 169)의 책, 159면.
297) 위 글.
298) Klaus Geppert, 주 169)의 책, 161면.

직접주의의 적용대상에서 제외된다. 모욕이 담긴 편지, 조세포탈을 위해 이용된 계산서, 일기장 등은 항상 낭독될 수 있다. 이들 서류를 조사하기 위하여 작성자들을 언제나 공판에서 신문하여야 하는 것은 아니다.[299] 이러한 점에서 직접주의는 원칙적으로 공판 외에서 사실주장을 담고 있는 모든 서류는 일응 전문법칙에 의하여 규제를 받게 되는 영미 증거법과 차이가 있다. 다만 구술주의 원칙상 이들 서류는 공판절차에서 낭독되어야 한다.[300]

3) 실질적 직접주의

가. 개념

실질적 직접주의는 법원이 사실을 인정할 때에는 그 사실을 최대한 직접적으로 파악하여야 한다는 것을 의미하며, 여기에서 직접성은 법원과 요증사실, 즉 증명주제와의 관계에 관한 것이 된다.[301] 따라서 실질적 직접주의는 법원이 어떤 방법으로(즉 원칙적인 구술의 방법) 사실에 대한 인식을 얻어야 하느냐의 형식적인 문제가 아니라, 법원이 사실의 증명을 위하여 어떠한 증거방법(즉, 대체증거)을 사용해서는 안 되는지의 실질적인 문제가 된다. 또한 법원은 실체적 진실을 파악하기 위하여 다양한 증거방법 중에서 가장 최선의 증명수단(최우량증거)을 선택해야 한다는 것을 의미한다.[302] 이를 위한 최선의 방법은 법원이 요증사실에 가장 가까운 직접적인 증거방법을 선택하는 것이다. 예를 들어 경찰관으로부터 사건 현장에 대한 설명을 듣는 것보다는 직접 사건 현장을 방문하는 것이, 모욕 내용이 담긴 문서를 직접 보는 것이 그 내용을 증인으로부터 전해 듣는 것보다 각각 직접적인 증거방법, 즉 최우량증거가 된다. 특히 인적 증거에 관하여는 진술자가 사적으로 작성한 진술서나 수사기관에서 작성한 진술조서를 읽는 것보다 그 진술자를 직접 조사하는 것이, 전문증인을 조사하는 것보다는 직접 목격자를 조사하는 것이 직접적인 증거방법

---

299) Andreas Mosbach/김성룡 역, Zur Zulässigkeit vernehmungserganzender Verlesung, “신문을 보충하는 조서낭독의 허용성”, 형사법의 신동향, 제47호(2015), 194-195면.
300) Klaus Volk, 주 269)의 책, 314-315면.
301) Klaus Geppert, 주 169)의 책, 127면.
302) Klaus Geppert, 주 169)의 책, 127면.

이다. 실체진실 발견을 위해서는 직접적인 원본증거(Original Beweis)를 대신하는 간접적인 대체증거(Beweissurogate)는 최대한 사용이 배제되어야 한다. 일반적으로 증거의 재생산 내지 중개가 발생할 때마다 증거의 내용은 약화되거나 불명료해지기 때문이다.[303] 원진술이 누군가에 의해서 중개될 때 그 진술의 증명력은 그 진술의 중개자의 진실성의 정도, 기억능력, 정확한 전달능력에 의존하게 되는데, 모든 진술증거에 고유하게 발생하는 결함들이 그 진술 중개자에게도 발생하게 되므로,[304] 결국 진술증거의 결함은 중개 링크의 숫자만큼 증폭하게 된다.[305] 이러한 의미에서 실질적 직접주의는 실체진실 발견의 이념을 위한 자명한 형사소송의 원리라고 볼 수 있다.[306] 인증을 서증보다 원칙적으로 우선시한다는 점에서 형식적 직접주의도 어느 정도는 실질적인 직접성의 측면이 표현되고 있다고 볼 수도 있다.[307]

그런데 원본증거/대체증거의 개념쌍은 직접증거/간접증거의 개념쌍과는 구분된다는 점을 유의하여야 한다. 직접증거/간접증거의 개념쌍은 직접주의와 아무런 관계가 없다. 여기에서 직접증거는 구성요건적 사실을 의미하는 주요사실을 직접적으로 증명하는 증거를 의미하고, 간접증거, 즉, 정황증거는 주요사실을 추론해낼 수 있는 간접사실들을 증명하는 증거를 의미한다. 또한 보조증거는 진술자의 신용성이나 문서의 진정성과 같은 소송법적 사실들을 증명하는 증거를 의미한다.[308] 자유심증주의가 확립된 오늘날 간접증거, 정황증거는 직접증거와 마찬가지로 완전히 적법, 유효하다. 단지 간접증거는 그 증명대상 또는 증명주제인 간접사실로부터 추론의 고리를 통해서 주요사실로 연결되기 때문에 궁극적인 증명대상 또는 증명주제으로부터 당해 증거의 거리가 직접증거에 비해 더 멀다는 것을 의미할 뿐이다.[309] 자유심증주의의 측면에서 직접증거가 간접증거보다 증명가치나 증명력에 있어서 언제나 우선순위를 가지는 것은 아니다. 법원은 독일 형사소송법 제244조 제2항에 따라 실체진실을 규명

303) Klaus Geppert, 주 169)의 책, 128면.
304) Klaus Geppert, 주 169)의 책, 129면.
305) Klaus Geppert, 주 169)의 책, 130면.
306) Klaus Geppert, 주 169)의 책, 130면.
307) Klaus Geppert, 주 169)의 책, 126면.
308) Klaus Geppert, 주 169)의 책, 163면.
309) Klaus Geppert, 주 169)의 책, 164면.

할 의무에 따라 필요한 증거를 충분히 조사해야 할 뿐이다.[310] 물적 증거나 서류와 같은 간접증거가 진술과 같은 직접증거보다 증명력에서 우월한 경우도 많다. 예컨대 교통사고 목격자의 진술보다 신호체계나 사고현장의 흔적과 같은 물적 증거가 더 정확할 수 있는 것이다. 이를 판단하는 것은 결국 진실규명의무를 지는 법원의 몫이 된다.[311]

이에 반하여 원본증거/대체증거의 개념쌍은 동일한 증명대상 또는 증명주제에 대하여 여러 증거방법들의 질적인 순위를 매기는 것과 관련된다.[312] 동일한 주요사실이나 동일한 간접사실에 대해서도 증명력의 질에서 차이가 있는 다양한 증거방법들이 존재한다. 살인사건에 대한 직접증거에 해당하는 목격자의 진술을 현출하는 증거방법에는 그의 법정증언, 그의 진술서나 진술조서, 녹음테이프, 조사자의 증언 등 다양한 증거방법들이 존재할 수 있다. 실질적 직접주의는 동일한 증명대상 또는 증명주제에 관한 다양한 증거방법들 중에서 증명대상 또는 증명주제에 가장 가깝고 직접적이어서 질적으로 우수한 증거방법을 사용해야 한다는 것을 의미한다. 따라서 실질적 직접주의의 적용대상이 되는 증거는 증명대상이나 증명주제의 관점에서는 직접증거일 수도 있고 간접증거일 수도 있다.[313] 원본증거/대체증거의 개념쌍에서 대체증거의 간접성은 증명대상이나 증명주제의 차이에서 비롯되는 것이 아니라 원본증거로부터 내용이 파생되고 재생산된다는 것을 의미한다. 즉 대체증거는 그 내용의 증명력을 원본증거로부터 가져온다.[314] 즉 이는 영미법적 관점에서는 최량증거의 원칙이 된다.

나. 대체증거의 문제점

(가) 원본증거 조사의 장점과 대체증거 조사의 문제점

법원은 증거방법에 대한 조사를 통해서 1차적으로 감각적인 판단자료를 얻게 된다. 그러나 이 단계에서는 아직 그러한 자료의 실체진실 부합여부를 판단할 수 없다. 물적 증거에 대해서는 그 무결성과 진정성을 확

310) 위 글.
311) Klaus Geppert, 주 169)의 책, 165면.
312) 위 글.
313) Klaus Geppert, 주 169)의 책, 166면.
314) 위 글.

인하여야 하고, 전문가 증언에 대해서는 그의 과학적 전문성과 정직성 등을 확인하여야 한다. 법원은 인적 증거에 대해서는 그의 진술과 다른 뒷받침하는 사실들을 대조하여 그의 신빙성을 확인해야 한다. 만일 진술의 공백이 있거나 부족한 부분은 추가 질문을 통해 보완해야 한다. 법원이 원진술자를 신문할 경우에는 우선 그의 진술 태도를 직접 관찰할 수 있고, 진술의 공백이나 허점이 보이는 경우에는 추가 질문을 통해 보완할 수 있으며, 필요한 경우에는 피고인, 공동피고인, 다른 증인들 간에 대질신문을 통해 최대한 증명력 판단에 필요한 심증을 형성할 수 있다.[315] 그러나 이러한 인적 증거가 대체증거에 의해서 제시될 때에는 우선 대체증거가 원본증거를 정확하게 전달하고 있는지 여부를 확인해야 하는 부담이 발생하며, 나아가 앞에서 언급한 원진술자의 진술 태도 관찰, 원진술자에 대한 추가 질문의 보완, 대질신문을 통한 비교 등의 이점이 모두 상실된다.[316]

즉 대체증거는 두 가지 측면에서 질적으로 약점을 가지는데, 첫 번째는 그것이 파생된 원본증거와의 동일성 내지 진정성을 추가로 확인하여야 하는 부담을 가진다는 점이고, 두 번째는 원본증거가 그 증명대상이나 증명주제를 진실하게 증명하고 있는지에 관하여 직접 증거조사를 하는 법원이 누릴 수 있는 진술자 태도의 관찰, 진술의 비교 또는 모호하거나 부족하거나 모순되는 부분의 보완이나 추궁의 이점을 누리지 못한다는 것이다.

(나) 조서의 문제점

특히 조서를 증거로 사용할 경우에 발생하는 추가적인 위험성이 존재한다. 진술서는 원진술자가 자신의 발언을 자필로 그대로 기록하거나 서명 날인을 통해 그 진술을 자신의 것으로 승인하게 되므로 원본증거인 자신의 진술의 정확한 전달에 대해 어느 정도의 확인이 가능하다. 그러나 조서는 신문자가 조사 과정에서 원진술자의 진술을 발췌, 요약, 평가한 결과를 정리한 것이므로 원진술자의 진술을 정확하게 기록, 전달하고 있는지 여부가 일차적으로 문제된다.[317]

---

315) Klaus Geppert, 주 169)의 책, 167-168면.
316) Klaus Geppert, 주 169)의 책, 168면.

그보다 더욱 문제되는 것은 신문자가 자신이 조사, 신문하는 과정에서 스스로 심리적으로 형성한 선입견과 확증편향으로부터 자유롭지 않으며, 따라서 그 결과인 조서도 이러한 그의 편향으로부터 영향을 받지 않을 수 없다는 것이다.[318] 특히 범죄 수사를 담당하는 경찰이나 검사의 조서는 법관의 조서에 비해 이러한 위험성이 클 수밖에 없다.[319] 극단적으로는 조서가 허위로 작성될 위험성도 완전히 배제할 수는 없다. 법관이라고 해서 확증편향으로부터 자유로울 수는 없으므로 법관의 조서는 원진술자의 진술을 완벽하게 객관적으로 전달하리라고 전제하는 것도 마찬가지로 위험하다.[320] 물론 이러한 위험성은 변호인의 신문 참여를 통해서 완화될 수 있다. 요컨대 조서는 작성자인 신문자의 영향에 의하여 원진술자의 진정한 의사전달이 왜곡될 위험성을 배제할 수 없다. 또한 조서는 조사자가 제대로 포착하지 못하였거나 이해하지 못한 원진술자의 진술이나 태도의 뉘앙스를 무시한다는 단점을 가진다.[321]

(다) 녹음물 또는 영상녹화물의 문제점

녹음이나 영상녹화물은 진술서와 신문조서에 비해서는 훨씬 질적으로 높은 증거방법이다. 녹음이나 녹화물은 내용을 위, 변조하기가 훨씬 어렵고 위, 변조 여부를 사후에 검증하는 것도 기술적으로 용이하므로 내용 전달의 진정성이 어느 정도 확보된다.[322] 더군다나 녹화물은 원진술자의 진술 태도를 관찰 가능하게 한다. 진술자의 기억은 시간이 지남에

---

317) Klaus Geppert, 주 169)의 책, 169-170면.
318) Klaus Geppert, 주 169)의 책, 170면.
319) 이상원, “휴리스틱과 검사의 인지편향”, 형사정책 제29권 제3호 통권 53호(2017), 230-235면은 검사가 수사와 공판 과정에서 법관에 비해 편향에 빠지기 쉬운 이유에 대해 설명한다.
320) 인지심리학적 연구에 따르면 법관들은 확증편향으로 인해서 조기에 심증을 형성하게 되고 일단 형성된 심증은 잘 바뀌지 않는다고 한다. 따라서 직권주의 형사절차에서 실체진실을 발견하기에 충분한 정도로 증거조사가 잘 이루어질 수 없거나 편향된 방식의 조사가 이루어지 게 된다. 영미법계 전문법칙의 옹호자들은 이러한 점을 근거로 직권주의 체제를 비판한다. Craig R Callen, Cognitive strategies and models of fact-finding, 각주 80)의 책, 170-172면 참조.
321) Klaus Geppert, 주 169)의 책, 179면.
322) Klaus Geppert, 주 169)의 책, 175-176면.

따라 약화되고 경험과 제3자의 영향으로 변질되기 쉬우므로 공판 당시보다 사건 발생시로부터 시간적으로 근접한 시기에 이루어진 진술이 더 정확할 가능성이 높다.[323] 따라서 사건 직후 기록된 녹음이나 녹화물은 이러한 점에서 높은 질을 가진 증거방법이 된다. 그러나 진술의 공백이나 허점이 보이는 경우에도 추가 질문을 통해 보완할 수 없으며, 피고인, 공동피고인, 다른 증인들 간에 대질신문이나 피고인의 반대신문을 통해 증명력 판단에 필요한 심증을 충분히 형성할 수 없다는 약점을 여전히 가지고 있다.[324]

달리 말하면 녹음물 또는 영상녹화물은 원진술의 객관적 보존과 전달이라는 측면 및 시간의 경과에 따른 변질의 예방이라는 측면에서는 가장 안전한 수단이라고 할 수 있지만, 증명주제나 증명대상을 입증하는 증거가치라는 측면에서는 공판에서의 직접 증거조사를 대체할 수 있는 명백히 우월한 수단이라고 볼 수 없다.

(라) 전문증인의 문제점

전문증인은 어떤 측면에서는 진술서나 조서보다 질적으로 약한 증명력을 가진다. 즉, 진술서나 조서는 원진술자의 자필이나 서명에 의해서 완전하지 않더라도 원진술자의 진술이 어느 정도 객관적으로 진정하게 기록되었다고 볼 만한 근거가 존재하는 반면, 전문증인은 이러한 보장이 전혀 없다.[325] 전문증인이 원진술자의 진술을 정확하게 이해하고 기억하고 명확하게 전달하는지 여부를 확인하기는 어렵다. 뿐만 아니라 전문증인은 시간의 경과에 따라 직접 경험자인 원진술자보다 더 쉽게 기억의 소실을 경험하기 쉽다.[326] 특히 직업적으로 수 많은 피의자를 조사하는 경찰관의 경우 상당시간이 경과한 후에 개별 사건 피의자에 대한 신문내용을 혼동하지 않고 정확히 기억하기를 기대하는 것은 어려울 수도 있다. 따라서 전문증인이 조서나 영상녹화물에 비해 질적으로 나은 증거방법인지 여부에 관하여는 의문이 제기될 수밖에 없다.[327] 또한 전문증인

323) Klaus Geppert, 주 169)의 책, 172면.
324) Klaus Geppert, 주 169)의 책, 176면.
325) Klaus Geppert, 주 169)의 책, 177면.
326) 위 글.
327) 위 글.

은 모든 대체증거가 가진 약점을 공통적으로 가진다. 즉, 법원은 직접 경험자인 원진술자를 상대로 태도를 관찰하거나 비교, 질문, 추궁을 통하여 심증을 형성할 수 없다.

그러나 법원은 전문증인을 상대로 원진술자의 진술을 들을 당시 전문증인의 상황, 기억, 해석 등에 관하여 직접 조사함으로써 전문증인이 가진 원진술에 대한 이해, 기억, 전달의 정확성을 확인하고, 그가 가진 편향이나 왜곡 가능성을 점검할 수 있으므로, 신문자가 일방적으로 원진술자의 진술을 기록해둔 신문조서에 비하여 장점을 가진 측면도 분명히 있다.[328] 또한 법원이 원진술자의 태도를 직접 관찰할 수는 없지만, 전문증인이나 조사자증인이 당시 관찰하였던 내용을 확인하는 것이 가능하며,[329] 그가 신문 당시에는 제대로 포착하지 못하여 기록하지 못했던 원진술자의 진술이나 태도의 뉘앙스를 법원은 보완 질문을 통해 추가로 확인할 수 있다.[330]

(마) 물적 증거나 증명을 목적으로 작성되지 않은 서류증거

인적 증거와 달리 여기에서는 대체증거, 즉 원본증거의 사본이나 사진 등은 증명력의 질적 저하가 크게 문제되지 않는다. 원본증거와의 동일성이나 진정성이 문제될 수는 있지만, 태도증거 관찰, 증거의 비교, 보완 또는 추궁의 결여 문제는 발생하지 않는다. 이러한 문제는 원본증거의 경우에도 동일하게 발생하기 때문이다.[331]

다. 실질적 직접주의의 개념에 관한 견해 대립

첫 번째 견해는 실질적 직접주의를 개별 사건에서 가능한 한 최우량증거를 이용할 것을 요구하는 것으로 이해한다. 법원은 개별 사건에서 가능한 한 최대한 요증사실에 가까운 증거를 사용해야 한다. 여기에서 직접성은 상대적으로 이해된다. 즉, 법원은 개별 사건에서 1차적인 직접증거가 존재하지 않으면 2차적인 증거를 차선의 우량증거로서 사용하는 것이 허용된다. 직접 목격자가 사망 등의 사유로 공판에서 증언하지 못

328) Klaus Geppert, 주 169)의 책, 178면.
329) Klaus Geppert, 주 169)의 책, 179면.
330) 위 글.
331) Klaus Geppert, 주 169)의 책, 180면.

하는 경우에는 전문증인의 증언이 허용되며, 원진술자의 조서를 낭독하는 것이 허용된다. 다만 1차적 증거가 존재하는 경우에 2차적 증거를 사용하는 것은 직접성의 원칙 위반이 된다.[332] 또한 2차적 증거는 1차적 증거를 대신할 수 없지만, 1차적 증거와 함께 또는 1차적 증거를 보완하여 사용되는 것은 허용된다.[333]

두 번째 견해는 오래된 견해로서 2차적 증거는 절대적으로 금지된다는 것이다. 즉, 독일 형사소송법 제250조는 조서나 서류의 낭독 금지뿐만 아니라 전문증인도 금지하는 것을 포함하며, 설사 1차적 증거가 존재하지 않는 경우에도 전문증인은 허용되지 않는다고 본다.[334] August Von Kries는 1886년 자신의 저서에서 "어떤 사실에 관한 증거가 개인의 지각에 근거하고 있는 경우 공판에서 그를 신문하여야 한다."고[335] 규정하는 독일 형사소송법 제250조 제1문은 전문증인의 사용금지의 근거가 되며, 동조 제2문은 "이 신문은 과거 신문 시 작성된 조서의 낭독이나 서면진술로 대체할 수 없다."고 규정하고 있는데[336] 이는 제1문에 대한 추가적인 설명이 아니라 조서나 진술서면의 사용금지를 별도로 규정하는 것으로 해석한다.[337] 실질적 직접성 원칙의 근거가 2차적 증거가 가지는 증거의 질 하락 때문이라면, 전문증언은 신문 내용을 즉석에서 성실하게 기록한 조서나 녹취서류에 비해 기억이나 전달의 면에서 더 열악한 증거의 질을 가지기 때문에 당연히 금지되어야 한다는 것이다.[338] 법원이 원진술자의 진술 태도를 관찰할 수 없는 문제는 전문증언에도 동일하게 발생한다. 따라서 증거의 질 하락을 이유로 조서를 금지하면서 그보다 더 증거의 질이 열악한 전문증언(조사자증언)을 허용하는 것은 논리적으로 타당하지 않다.[339] 그러나 증명의 목적으로 만들어진 것이 아닌 서류, 즉 형사절차 외에서 작성된 편지, 회계장부, 계산서 등과 같은 서류는 직접주의의 적용대상에서 제외하는 것이 일반적이므로 영미 전문법칙과 동일

332) Klaus Geppert, 주 169)의 책, 131면.
333) Klaus Geppert, 주 169)의 책, 132면.
334) 위 글.
335) StPO 독일 형사소송법(주 286), 법무부, 194면.
336) 위 글.
337) Klaus Geppert, 주 169)의 책, 132-133면.
338) 위 글.
339) Klaus Geppert, 주 169)의 책, 134면.

한 효과를 주장하는 것은 아니다.

세 번째 견해는 현재 통설과 판례의 입장으로서 독일 형사소송법 제250조는 진술증거를 서증으로 대체하는 것만을 금지하는 것이며, 서증보다 구두 증언을 우선하여야 한다는 것을 규정한 것으로 해석한다.[340] 이러한 견해는 독일 형사소송법 제250조는 전문증인의 문제를 다루지 않으며, 전문증인의 허용 여부는 동법 제244조 제2항의 법원의 진실규명의무와 제261조의 자유심증주의의 문제로 판단하여야 한다고 본다. 또한 직접주의를 형식적 측면과 실체적 측면으로 명시적으로 구분하지 않고 통일적으로 이해하고자 한다.[341] 독일 형사소송법은 사실에 가까운 직접적인 증거방법이 사용되어야 한다는 내용을 어디에도 규정하고 있지 않다. 경우에 따라서는 간접적인 정황증거가 인적 증언보다 더 신뢰성을 가질 수도 있다. 따라서 인적 증거가 물적 증거보다 우선권을 가지고 있으나 인적 증거는 그것을 조사할 수 있을 때 서증에 의해서 대체될 수 없을 뿐, 전문증인이더라도 그가 들은 것을 진술하는 한 직접주의 원칙에 위배되지 않는다. 다만 일반적으로 직접 사실을 경험한 원진술자의 증언의 질적 가치가 서증이나 전문증인보다 뛰어난 것은 당연하므로 법원은 독일 형사소송법 제244조 제2항에 따른 진실규명의무에 의하여 가능한 한 질적 가치가 높은 직접적인 증거방법을 조사하여야 한다.[342]

라. 실질적 직접주의와 자유심증주의 원칙과의 관계

자유심증주의는 어떠한 증거가 허용되는지 여부와는 관계가 없다. 자유심증주의는 증거에 대하여 어떠한 증거가치를 부여할 것인지와 연관될 뿐이다. 반면 실질적 직접주의는 증거의 증명가치 평가에 앞서서 어떠한 증거에 대하여 증거조사가 가능한지 여부를 규정한다. 실질적 직접주의가 사용가능한 증거의 범위를 제약하는 것이 자유심증주의와 모순되는 것이 아닌지 여부가 문제된다. 그러나 근본적으로 신용성이 약한 증거를 증거가치 평가 이전 단계에서 소극적으로 배제하는 것은 자유심증주의와 모순되지 않는다. 증거자유주의를 채택한 프랑스조차도 신문조서 작성

340) 위 글.
341) 위 글.
342) Klaus Volk, 주 269)의 책, 240-241면.

자격이 없는 자에 의해서 작성된 조서의 증거능력은 인정되지 않기 때문이다.[343]

따라서 원칙적으로 자유심증주의는 실질적 직접주의를 채택한 증거법제와도, 증거사용에 아무런 제한을 두지 않는 증거법제와도 결합이 가능하다.[344] 독일 형사소송법이 실질적 직접주의의 제약 하에 자유심증주의를 채택하였다고 볼 수 있는지 여부는 앞서 본 것처럼 견해가 일치하지 않는다.

마. 실질적 직접주의와 법원의 진실규명의무와의 관계

진실 발견을 통하여 법적 평화를 달성하는 것이 독일 형사소송절차의 최종 목적이 된다.[345] 따라서 법원은 진실을 직권으로 규명하여야 하며(직권탐지주의), 법원이 사실관계에 대한 확신을 갖기 전에 사건을 포괄적으로, 그리고 모든 방향에서 살펴서 합리적인 의심이 남아 있지 않을 때까지 규명해야 한다.[346] 법원은 스스로 증거조사의 범위를 결정하며, 소송관계인의 이해관계나 의사에 구속되지 않는다. 또한 진실규명은 법원이 하는 것이므로 피고인은 증명책임을 부담하지 않는다.[347]

법원이 수사기록이나 신청, 청구 또는 그밖에 소송과정에서 어떤 증거방법이 존재하고 이를 사용할 수 있다는 것을 시사하는 사실관계에 관하여 알게 되었다면 법원은 그러한 증거를 조사하여야 한다.[348] 그러나 이러한 법원의 진실규명의무로부터 실질적 직접주의를 도출할 어떠한 근거도 존재하지 않는다. 그러나 이러한 법원의 진실규명의무에 따라서 법원은 상황에 따른 최선의 증명을 할 것이 요구되므로 만약 질적으로 우월한 원본증거가 존재하고 그에 대한 직접적인 조사가 필요한 경우에 질적으로 열악한 대체증거의 조사, 즉 조서의 낭독으로 만족해서는 안 될 의무를 지게 된다. 따라서 법원은 가능한 한 원본증거를 발견하여 직접 조사하기 위해 최선의 노력을 다해야 한다.[349] 그러나 통설과 판례에 따르

---

343) 제2장 제2절 1. 프랑스의 증거자유주의 전통 참조.
344) Klaus Geppert, 주 169)의 책, 182면.
345) Klaus Volk, 주 269)의 책, 295면.
346) 위 글.
347) Klaus Volk, 주 269)의 책, 296-297면.
348) Klaus Volk, 주 269)의 책, 297면.
349) Klaus Geppert, 주 169)의 책, 184-185면.

면 직접주의의 의미를 대체증거의 사용은 금지되며 원본증거만을 사용해야 한다는 식으로 이해하지 않으므로, 만약 원본증거가 존재하지 않는 경우에는 형사소송법상 대체증거의 명시적인 금지 규정이 존재하지 않는 이상 대체증거의 사용도 허용된다.

(2) 직접주의의 실천적 효과

이하에서는 독일의 판례와 통설이 취하고 있는 세 번째 입장에 주로 근거하여 직접주의의 효과에 대해 서술한다. 다만, 직접주의와 법원의 진실규명의무를 결합하여 적용하면, 통설과 판례는 위에서 소개한 첫 번째 입장의 최우량증거의 원칙과 거의 유사한 내용을 가지게 된다.

1) 구술에 의한 인증 조사 원칙과 조서 등의 낭독에 의한 대체 금지

독일 형사소송법 제250조 제1문은 "어떤 사실에 관한 증거가 개인의 지각에 근거하고 있는 경우 공판에서 그를 신문하여야 한다."고 규정하며,[350] 동조 제2문은 "이 신문은 과거 신문 시 작성된 조서의 낭독이나 서면진술로 대체할 수 없다."고 규정한다.[351]

따라서 증인과 감정인이 인지한 내용은 법원이 공판에서 그들을 직접 신문함으로써 소송절차 내로 들어오게 되며, 공판 이전 단계에서 작성된 조서나 진술서를 공판에서 낭독하는 방식의 증거조사는 원칙적으로 허용되지 않는다.[352]

그러나 소송을 지휘하는 직업법관이 공판 이전에 수사기록을 읽고 인식하는 것은 허용된다.[353] 이에 대하여 직업법관과 시민법관의 완전한 동등지위를 근거로 하여 시민법관에게도 수사기록 제공이 허용되어야 한다는 견해와 수사기록이 직업법관의 무의식적인 편향성에 미칠 영향을 고려하여 수사기록 제공 자체에 대하여 비판적인 견해가 존재한다.[354]

---

350) StPO 독일 형사소송법(주 286) 법무부, 194면.
351) 위 글.
352) Klaus Volk, 주 269)의 책, 319면.
353) Roxin · Schünemann, 주 262)의 책, 404면.
354) Roxin · Schünemann, 주 262)의 책, 404-405면. 저자는 비판적인 견해를 취하고 있다.

2) 조서가 아니거나 신문내용과 관계 없는 문서의 낭독

독일 형사소송법 제249조 제1항은 과거에 행해진 형사판결, 형벌목록 및 교회기록부와 혼인 및 출생 등록부에서 발췌한 내용, 법관의 감정조서는 낭독에 의해 증거조사가 가능함을 규정한다.

증명의 목적으로 만들어진 것이 아닌 서류, 즉 형사절차 외에서 작성된 편지, 회계장부, 계산서 등과 같은 서류는 직접주의의 적용대상에서 제외된다. 모욕이 담긴 편지, 조세포탈을 위해 이용된 계산서, 일기장 등은 항상 낭독될 수 있다. 서류의 존재나 서류에 담긴 글의 가벌성을 증명하기 위하여 서류가 증거로 제출되는 경우이거나, 서류가 작성자의 고유한 의지, 고려 혹은 소견을 체화하고 있는 경우에는 그 서류는 그 안에 체화된 사건들에 대한 작성자의 직접적인 인식의 근거가 되므로 통상 믿을 만한 증거방법이기 때문이다.[355]

독일 형사소송법 제256조 제1항은 관청이나 의사가 증명이나 진단 목적으로 작성한 서류도 낭독에 의해서 증거조사가 가능하다고 규정한다. 또한 동항 제5호는 수사기관이 수사행위에 관하여 기록한 조서나 서류도 낭독이 가능하다고 규정하고 있다. 다만 신문 대상에 대한 신문 내용이 문제되는 경우에는 그렇지 않다.[356]

3) 신문 중 종전 진술의 제시(Vorhalt)

증인 또는 감정인을 신문할 때 그 진술이 기록의 내용과 일치하지 않는 것을 인식한 직업법관은 증인에게 그 사실을 알리고 서류 내용을 제시하여야 한다. 그것은 법관이 해당 서류 부분을 낭독하거나, 인용하는 방법으로 가능하다.[357] 그러나 이때 법관이 낭독한 부분이 곧바로 증거가 되는 것은 아니며 증인 또는 감정인이 이에 대해 말한 것만이 증거로 사용될 수 있다. 그러므로 이러한 제시를 통한 종전 조서의 낭독이 직접주의를 침해하는 것으로 볼 수는 없다.[358] 그 과정에서 조서를 낭독하는 것은 법관의 신문의 보조수단에 불과하며[359] 조서도 별도로 작성되지 않

355) Andeas Mosbacher, 주 299)의 논문, 195면.
356) Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht 14th, C.F.Muller(2019), 306면.
357) Klaus Volk, 주 269)의 책, 315면.
358) Beulke/Swoboda, 주 356)의 책, 311면.

는다. 따라서 증인이 종전의 진술을 기억해내지 못한다면 더 이상 해당 부분은 증거로 사용되어서는 안 된다.[360]

4) 신문을 보충하는 낭독(vernehmungsergänzende Verlesung)

독일 형사소송법 제253조 제1항은 "증인이나 감정인이 일정 사실을 더 이상 기억할 수 없다고 밝히는 경우 이들에 대한 과거 신문내용 가운데 이들의 기억을 도울 수 있는 조서의 관련 부분을 낭독할 수 있다." 고 규정하며, 제253조 제2항은 "공판을 중단하는 이외의 다른 방법으로는 신문에서 드러난 진술과의 모순을 확인하거나 제거할 수 없는 경우에도 전항과 동일한 조치를 취할 수 있다." 고 규정한다.[361] 따라서 법원이 증인을 신문하는 중에 진술 내용을 보완하거나 종전 진술과의 모순 여부를 확인하기 위해서 사법경찰관이나 검사가 작성한 것을 포함하여 종전 절차에서 작성된 조서를 낭독하는 것은 일반적으로 허용된다.[362] 다만 피고인의 종전 진술에 대해서는 피고인의 보호를 위하여 법관이 작성한 조서만 낭독의 대상이 되며, 사법경찰관이나 검사가 작성한 조서는 낭독에 의하여 증거로 사용될 수는 없다(독일 형사소송법 제254조).[363]

여기에서 보충을 위한 낭독의 효과는 앞에서 살펴본 제시(Vorhalt)와 다르다. 이때에는 낭독된 조서 자체가 증거가 되며 증인이나 감정인이 대답한 것만 증거가 되는 것은 아니다.[364]

여기에서 독일 형사소송법 제253조의 요건에 해당하지 않는 경우에도, 즉 일반적으로 진술의 일관성을 확인하기 위해서도 증인신문 과정에서 진술서류나 조서를 낭독할 수 있는지 여부가 문제된다. 독일 연방대법원 판례는 언제나 일관된 것은 아니지만, 진술서류와 조서의 경우를 구분하

---

359) 시민법관은 제시 과정에서 낭독된 부분이 증거로 사용가능한 부분인지 명확히 구분하기 어렵다는 이유로 낭독은 직접주의의 예외로서 명시적으로 규정된 제251조 이하 서류만이 가능하며, 그 외의 경우에는 직업법관이 비공식적으로 해당 부분을 알려주는 방법을 이용해야 한다는 비판적 견해도 존재한다. 앞의 글.

360) Klaus Volk, 주 269)의 책, 315면.

361) StPO 독일 형사소송법(주 286), 198면.

362) RoxinRoxin · Schünemann, 주 262)의 책, 408면.

363) Klaus Volk, 주 269)의 책, 330면.

364) Beulke/Swoboda, 주 356)의 책, 305면.

여 진술서류에 대해서는 신문보충적인 낭독이 언제나 허용되는 반면, 조서의 경우에는 제253조의 제한적 요건을 충족하는 경우에만 허용되는 것으로 보고 있다.[365] 진술서류는 진술자가 직접 기록한 것이므로 진술자를 증인신문하는 과정에서 그 진술의 일관성 등을 평가하기 위하여 그가 과거에 기록한 진술서류를 보충적으로 낭독하는 것이 직접주의에 반한다고 볼 수 없으나, 조서는 진술자의 진술에 관하여 그를 신문한 자가 인식한 내용을 기록한 것이므로, 그 진술의 존재나 정확성에 관하여는 진술자가 아니라 조서의 작성자를 신문하는 것이 직접주의 원칙에 부합하기 때문이다.[366] 또한 만약 조서의 경우에도 신문과정에서 보충적인 낭독이 일반적으로 허용된다고 보게 되면 형사소송법 제253조의 제한적인 요건은 무의미하게 되어 버릴 것이기 때문이기도 하다.[367] 따라서 조서의 경우에는 증인신문 과정에서 조서의 보완적 낭독은 오직 제253조의 요건, 즉 사실에 대한 기억을 제대로 하지 못하는 경우나 종전 진술과 모순된 진술을 하는 경우에만 허용되며, 그 이외의 경우 종전 진술을 증거로 사용하기 위해서는 이전에 신문한 공무원을 증인으로 신문하여야 한다.[368]

제253조의 예외 요건에 해당하는 경우에는 원진술자를 상대로 조서를 보완적으로 낭독하는 것이 허용된다. 그러나 그 이외의 경우에는 원진술의 존재를 확인하기 위해서는 신문자를 상대로 증인신문을 하여야 하는데, 독일 판례는 이때 원진술자를 조사한 신문자를 상대로 다시 조서를 보완적으로 낭독하고 그 낭독 내용을 증거로 사용하는 것은 허용되지 않는다고 본다. 제253조는 신문자에 대한 언급을 하고 있지 않기 때문이다. 따라서 최근 판례는 조서를 신문자에게 제시(Vorhalt)하는 것은 허용되지만, 신문자가 제대로 내용을 기억하지 못하는 경우에 그 조서의 낭독을 통해서 보충적인 서증으로 이용해서는 안 된다고 본다.[369] 그러나 판례 중에서는 신문자나 피신문자 모두 기억 환기를 위한 제시, 일부 낭

365) Andeas Mosbacher, 주 299)의 논문, 200-202면.
366) Andeas Mosbacher, 주 299)의 논문, 202면.
367) Andeas Mosbacher, 주 299)의 논문, 203면.
368) 위 글.
369) Beulke/Swoboda, 주 356)의 책, 305면; Andeas Mosbacher, 주 299)의 논문, 203-204면. BGH Beschl.v.19.3. 2013-3 StR 26/13; BGH NStZ-RR 2012, 212.

독에도 불구하고 그 내용을 제대로 기억하지 못한다면, 형사소송법 제244조 제2항에 따른 법원의 사실규명의무에 따라 이전 조서의 낭독이 필요하다고 판시한 경우들도 존재한다.[370] 이러한 후자의 경우라고 하더라도 낭독된 신문조서의 신빙성, 진정성에 관한 증거가치는 자유심증주의에 의하여 별도로 평가되어야 한다.

5) 예외

독일 형사소송법 제251조~256조는 정당한 사유가 인정되는 경우에는 조서나 서류의 낭독으로 증언을 대체하는 것이 허용되는 많은 유형의 예외를 규정하고 있다.[371]

특히 제251조는 수사기관의 조서와 법관의 조서가 낭독으로 증언을 대체하는 요건을 규정하고 있는데, 제1항은 일반 규정으로서 모든 조서에 대하여 적용되고, 제2항은 법관의 조서에 대해 규정한다.

제251조(조서의 낭독) ① 다음의 경우 증인, 감정인 또는 공동피고인에 대한 구두신문은 이들에 대한 신문조서 또는 이들이 작성한 서면 진술을 내용으로 하는 문서의 낭독으로 대체할 수 있다.
1. 피고인에게 변호인이 선임되어 있고, 검사, 변호인 그리고 피고인이 이에 동의한 경우
2. 증인, 감정인 또는 공동피고인이 사망하였거나 다른 사유로 인하여 예정된 시간에 법정에서 신문을 받을 수 없게 된 경우
3. 조서 또는 문서가 재산적인 손해의 존재 여부 또는 그 정도에 관한 것일 경우
② 다음의 경우, 증인, 감정인 또는 공동피고인에 대한 구두신문은 이들에 대한 법관의 신문조서의 낭독으로 대체할 수 있다.

---

370) BGH StV 1991, 337 f. Andeas Mosbacher, 주 299)의 논문, 205-207면. 신문자가 광범위한 신문 내용을 세부적으로 기억한다는 것은 기대하기 어렵고, 그의 기억보다는 신문 내용을 정확하게 기록하는 목적으로 작성되는 조서가 원래 진술내용을 신뢰할 수 있도록 확인해줄 수 있으므로, 실체진실 발견에 부합한다는 측면에서 이러한 입장에 찬성하고 있다. 그에 따르면 제250조의 직접주의 원칙은 신문을 조서의 낭독으로 대체한다는 점을 금지하는 것이고, 신문을 보완하는 낭독의 경우까지 일률적으로 금지하는 취지는 아니라고 보고 있다.

371) 우리 형사소송법 제314조와 같은 유형이 독일 형사소송법 제251조 제1항 제2호에 규정되어 있다.

1. 질병, 노쇠 기타 제거할 수 없는 장애를 이유로 증인, 감정인 또는 공동피고인의 공판 출석이 장기간 또는 불확정한 기간 동안 불가능한 경우
2. 증인 또는 감정인의 진술이 크게 중요하지 않다는 사정에 비추어 이들로 하여금 원격지로부터 공판에 출석할 것을 요구할 수 없는 경우
3. 검사, 변호인 그리고 피고인이 낭독에 동의한 경우

제2항의 법관 조서작성 과정에 흠결이 있었던 법관의 신문조서는 제2항에 의해서는 낭독될 수 없으나 제1항에 의한 낭독 가능성은 여전히 존재하면 이때 증거가치의 감소는 증명력 판단에서 고려될 뿐이다.[372]

이러한 형식적 직접주의의 예외는 동법 제255조a (1)에 의하여 영상물에도 적용된다. 영상녹화물의 상영은 증인신문조서를 낭독하는 것과 마찬가지의 효과를 가진다. 증인이 신문의 촬영에 동의하지 않았더라도 영상녹화물의 상영 자체가 금지되는 것은 아니고 다만 그 증거가치가 낮게 평가된다.[373] 피고인신문과 관련해서는 조서의 낭독은 금지되며 조사자증언에 의해야만 하지만, 독일형사소송법 제254조 제1항을 통해서 피의자신문 영상녹화물의 상영은 인정하고 있다. 이는 영상녹화물 자체가 조사 당시의 신용성을 확인시켜 주는 객관적 증거이므로 조사자증언보다 우월한 증거라는 점이 인정되기 때문이다.

372) Klaus Volk, 주 269)의 책, 322면.
373) 신상현, “조사자증언 제도의 개선방안-독일의 직접심리주의에 대한 비교법적 고찰을 중심으로-”, 법학논총 31권 3호(2019), 302면.

제 3 장 형사절차와 증거법의 구조적 연관

제 1 절 당사자주의와 직권주의 증거법의 구조적 분석

1. 직권주의 형사절차와 증거법의 구조적 연관

(1) 양 증거법 전통의 공판 전 진술증거에 대한 규제방식의 차이

대륙법계 직권주의 증거법과 영미법계 증거법이 실체진실 발견의 이념을 구현하기 위해서 합리주의적 전통을 따르고 있다는 점에서 유사하다는 것은 앞에서 살펴보았다. Damaška는 진술증거에 대한 취급에 있어서 대륙법계 직권주의 증거법, 특히 독일의 직접주의는 영미법계 전문법칙과 유사한 기능을 하고 있다고 보았다.[374] 그러나 세부적으로 보면 서로 다른 두 형사절차에서 파생된 증거법 전통들은 여러 가지 차이점을 가지고 있다. 영미법계 증거법과 확연한 차이를 보이는 대륙법계 직권주의 증거법의 첫 번째 특징은 수사판사나 검사의 수사절차 그리고 그들의 지휘, 감독, 위임 하에 이루어지는 사법경찰관의 수사절차에서 진술자들로부터 확보된 진술을 기재한 조서가 증거로 사용된다는 것이다.[375] 두 번째 특징은 전문법칙과 같이 진술증거의 증거능력을 사전에 규제하는 제도적 장치들이 거의 발달하지 않았다는 것이다.[376] 이러한 증거법의 차이는 사법관 내지 준사법관이 주재하는 공판 전 수사절차의 존부라는 두 형사절차의 핵심적인 차이로부터 파생된 것이다.[377]

이러한 차이점들은 공판정에서 원진술자가 직접 증언하는 것이 아니라 공판정 외에서 진술하는 경우 그 파생된(derivative, second-hand) 진술증

374) Mirjan Damaška, 주 97)의 논문, 446-447, 456-458면.
375) Mirjan Damaška, 주 97)의 논문, 432-434면.
376) Mirjan Damaška, 주 97)의 논문, 445-446면.
377) 제2장 제1절 3. 형사절차의 전통과 증거법 참조.

거에 대한 취급방식과 관계가 있다. 공판정 이전에 사적 단계에서 이뤄진 진술증거와 수사절차에서 사법관 내지 준사법관에 의해서 수집된 진술증거는 모두 파생된 진술증거라고 볼 수 있다. 그런데 영미법계 국가와 달리 대륙법계 국가들에서는 공판 이전 단계에서 증거를 수집하는 규문적 관료기구가 역사적으로 발전해 있었고, 공판절차에 있어서도 증거조사의 책임이 법원에게 부여되어 있었기 때문에 당사자주의 체제에서 당사자가 수집하여 제시하는 진술증거가 가진 취약점을 사전에 규제해야 할 필요성이 크지 않았다.[378] 프랑스 대혁명으로 인해 규문주의가 폐지된 이후에도 독일은 그들의 형사절차 개혁 과정에서 전문증거 등 파생증거가 가진 증거가치를 인정하고 실체진실 발견의 이념을 앞세워 전문법칙과 같이 증거능력을 배제하는 방식의 모델을 채택하지 않고 전문증거에 관하여 법관의 자유로운 심증에 따른 증명을 우선시하였다.[379] 이러한 선택은 검사나 예심판사에 의해서 공판 전 진술증거가 수집되도록 한 직권주의 형사절차의 구조적 형태와도 합치하는 것이었다.

그렇다고 해서 직접주의 증거법이 파생된 진술증거의 위험성을 무시한 것은 아니었다. 공판정 이전의 사적인 단계에서 이루어진 진술증거는 그것이 전문진술의 형태이든 서류의 형태이든 그 자체만으로는 요증사실을 뒷받침할 만한 충분한 증명력이 인정되지 않는다.[380] 조사자가 전문서류나 전문진술자의 신용성을 확인하였다고 하더라도 그것만으로는 원진술자의 신용성이 검증되지 않는다. 그렇다면 원진술자의 진술로부터 요증사실에 이르는 추론이 충분히 검증되었다고 단정할 수 없기 때문이다. 따라서 직권주의 증거법 하에서는 준사법관 및 수소법원의 법관은 진실규명의무에 의해서 원진술자의 신용성을 검증할 수 있는 정황증거 내지 다른 진술증거를 수집할 책무를 지게 된다.[381] 그리고 증거에 의한 사실인정 과정은 판결이유로 제시되어야 하며, 사실심의 증거판단과 사실인정은 상급심에 의해 심사 및 파기대상이 된다.[382] 만일 사실심이 충분한

---

378) Mirjan Damaška, 주 97)의 논문, 434-444면; 차동언, 형사증거법 I - 공판중심주의와 전문법칙-, 법문사(2007), 23-31면.
379) 차동언, 주 378)의 책, 28-29면.
380) Mirjan Damaška, 주 97)의 논문, 446면.
381) Mirjan Damaška, 주 97)의 논문, 448-449면.
382) 위 글.

보강자료가 없이 파생증거만으로 요증사실을 인정한다면 진실규명의무에 위반되며, 상급심에 의해 파기될 수 있다. 결국 독일 직접주의는 영미법계 증거법이 증거능력, 증명력의 두 단계로 나눠서 평가하는 진술증거의 신용성을 증명력의 단계에서 종합적으로 평가하는 것이라고 말할 수 있다. 다만, 영미법계 증거법이 증거능력 제도를 통해 진술증거의 신용성을 사전 규제하는 것과 달리 직권주의 증거법은 판결이유 및 상소제도를 통해 사후에 규제하는 것이다.[383] 만약 양 증거법계가 원래 구상하였던 증명절차의 모델이 이상적으로 최적의 기능을 수행한다면, 양 형사절차에서 동일한 진술증거들을 기반으로 동일한 증명결과에 이를 것으로 기대할 수 있을 것이다. 영미법계 증거법에서 어떠한 진술증거가 일반적인 전문법칙의 예외유형에 해당하지 않는 경우에도 그 진술증거의 신용성이 예외적으로 보장될 만한 특수한 상황과 보강증거가 존재할 경우 법관은 기타 예외 조항을 이용하여 그 전문증거의 증거능력을 인정할 수 있고, 배심원들은 그 진술증거 및 보강증거에 기반하여 유죄 평결을 할 수 있는 가능성이 열려 있다.

따라서 형사절차가 개시되기 전에 존재하는 진술증거에 대한 취급에 있어서는 영미법계 증거법과 직권주의 증거법은 근본적인 차이를 가지지 않는다. 양 증거법 전통의 결정적인 차이점은 수사절차에서 수집, 기록된 증언적 성격의 진술증거를 어떤 방식으로 공판정에서 사용할 것인지 여부에 있다.

(2) 직권주의적 형사절차와 증거법의 유형

1) 규문적 수사절차의 역사와 증거자유주의, 실체진실주의 및 국가소추주의의 영향

영미법계 형사절차의 연원이 되는 영국에서는 왕정의 중앙집권적 권력이 강하지 않았기 때문에 공판 이전 단계에서 증거를 수집하고 조사하는 규문적 수사기구가 역사적으로 발달하지 못하였다. 따라서 형사절차도 피해자의 직접 소추와 공소유지[384] 그리고 지역주민들로 구성된 배심제

383) 위 글.
384) John H. Langbein, The Origin of Adversary Criminal Trial, Oxford

를 기반으로 형성되었다.[385] 이러한 기원은 최근까지도 어느 정도 그 흔적을 남기고 있다. 사인 또는 그의 위임을 받은 경찰이 상대방을 체포하여 법원에 인치함으로써 형사절차가 개시되면,[386] 당사자주의적, 공판중심주의 형사절차 하에서 소추자 측과 피고인이 공판정에서 배심원을 앞에 두고 자신들이 각자 수집한 증거를 최초로 제시하여 서로 공격과 방어를 하는 방식으로 형사절차가 구성되었다. 법원의 절차가 개시되기 이전에 객관적, 중립적 수사기관이 공판정에서 사용될 정보를 수집하여 기록해둔다는 관념이나 제도가 여기에서는 존재하지 않으며, 따라서 검사나 경찰이 사법관 내지 준사법관으로 조직될 필요성도 없었다. 영국에서는 국왕에 대한 반역 범죄 등 예외적인 사례를 제외하면 공소제기와 공소유지를 담당하는 검사와 유사한 국가기구가 존재하지 않았으며,[387] 영국의 형사절차를 계수하면서도 영국과 달리 검찰제도를 채택한 미국에서도 검사가 예외적으로 공판절차 이행을 위하여 증거를 수집하는 경우에는 검사가 사법관 내지 준사법관으로서 증거를 수집하는 것이 아니라 대배심절차를 통해서 대배심의 이름으로 증거가 수집되고 증언이 기록되는 것이었다.[388]

영미법계 증거법은 이러한 형사절차의 구조 하에서 발달하였기 때문에 수사기관이 수집한 증거와 사인이 수집한 증거 사이에 별다른 구별을 두

University Press(2003), 11면.

385) Andrew L. T. Choo, Hearsay and Confrontation in Criminal Trials, , Clarendon Press Oxford(1996), 3-4면. 초기의 결투 형태의 형사절차를 거쳐 1100년대 무렵 배심제도가 형성되었으나 1400년대 후반에 이르기 전까지는 배심원들은 사건 내용에 관하여 직접 알고 있거나 직접 사건에 대해 조사활동을 하였기 때문에 증인을 공판에 소환하거나 전문증거를 금지하는 증거법이 형성되지 않았다고 한다; Langbein, 주 384)의 책, 64면.

386) John Sprack · Michael Engelhardt-Sprack, A Practical Approach to Criminal Procedure, 16th ed., Oxford University Press(2019)[Kindle Edition] 23, 60면.

387) 영국 검찰청(Crown Prosecution Service)은 1986년 설립되었다. 그 전에는 경찰이 소추 결정(charging decision)을 하면 치안법원에서는 사무변호사인 solicitor들을 고용하거나 위탁하는 방식으로, 중범죄 재판정(Crown Court)에서는 소송 수행자격을 가진 법정변호사인 barrister들에게 공소유지를 위탁하는 방식으로 각각 형사재판이 진행되었다. John Sprack · Michael Engelhardt-Sprack, 주 386)의 책, 60면.

388) Yale Kamisar 외 5인, 주 5)의 책 참조.

지 않는다. 경찰 앞에서의 자백과 사인 앞에서의 자백은 모두 당사자의 불리한 사실의 인정 진술로서 전문증거의 개념에서 제외되거나 전문법칙의 예외가 적용되어 특별한 제한 없이 증거능력이 인정되며, 참고인의 진술 또한 그 진술의 상대방이 사인인지 경찰인지 여부에 따라 전문법칙의 예외의 적용이 달라지지 않는다.[389] 즉, 전문법칙의 예외가 적용되는 특신상태의 유형에 있어서 전문진술자 또는 전문서류 작성자가 수사기관임을 염두에 둔 경우는 거의 존재하지 않으며 원진술자의 신용성만을 고려하는 것이 대부분이다. 다만, 미국은 헌법 제정 과정에서 유럽 왕정과 차별되는 민주주의적, 공화적 가치에 따라 피고인의 대면권을 보장하는 조항을 두었으며, 형사절차를 형성하는 과정에서 경찰의 체포, 압수수색 과정에서 인권침해가 문제되자 연방대법원의 판례를 통해 경찰 수사 과정에서 위법하게 획득된 진술증거의 증거능력을 배제하는 법리를 발전시켰다.[390] 그러나 이러한 진술증거에 대한 규제는 실체진실 발견을 제고하기 위한 증거법의 내재적 이념에 의해서 발전된 것이 아니라, 인권적, 헌법적 가치의 보호를 위한 외재적 원리에 의해 형성된 것이다.

반면 왕정의 중앙집권적 권력이 강하게 발달하였던 대륙의 직권주의적 형사절차에서는 역사적으로 공판 이전 단계에서 증거를 수집하고 예비적으로 조사하는 규문적 수사기구가 존재하였다.[391] 규문기구는 원래 규문주의 이념 하에서 수사와 재판이 통합되어 있던 때에는 법원의 재판절차 중 일부인 예심절차를 담당하였고, 이러한 예심절차에서는 고문이 허용되었을 뿐만 아니라 그 과정에서 작성된 증거서류는 이후 재판에서 그대로 유죄의 증거로 사용됨으로써 공판절차를 형해화하였다는 악명을 얻게 되었다. 이러한 규문적 수사기구는 규문주의를 폐지한 프랑스 대혁명 이후에도 완전히 사라지지 않았으며 탄핵주의 이념 하에서 개혁된 상태로 살아남았다.[392]

규문주의 조사기구에 대한 개혁은 일차적으로는 비인권적 고문, 공판절차의 형해화, 증거법정주의 등 규문주의가 지니고 있었던 실체진실 발견의 저해 요소들을 폐지하는 방식으로 진행되었을 뿐 아니라, 규문주의

389) 제2장 제2절 2. 전문법칙의 예외 참조.
390) Yale Kamisar 외 5인, 주 5)의 책 참조.
391) 차동언, 주 378)의 책, 23-31면.
392) 위 글; Mirjan Damaška, 주 97)의 논문, 444-449면.

로 인한 후속 재판절차의 밀행성을 폐지하여 공판절차에 구두주의와 공개주의를 도입하고 공판중심적으로 운영함으로써 형사사법에 대한 시민의 감시와 참여를 가능하게 하고자 하는 이중의 의미를 지니고 있었다.[393] 대륙법계 직권주의 형사절차는 공판절차의 구두주의와 공개주의를 전면적으로 수용하였으나, 국가의 사법기관 또는 준사법기관이 공판 전에 증거를 수집하고 공판을 위해 기록해둔다는 의미에서 공판 전 수사절차는 폐지되지 않았으며, 법원과 검찰의 분리 등 탄핵주의 형태로 변형된 채 그대로 유지되었다.[394] 물적 증거, 서류, 이해관계자나 목격자는 시간이 흐름에 따라 그 존재나 기억이 소실되거나 외부의 간섭으로 형태나 진술이 왜곡될 가능성이 높으며, 피의자는 당해 사건에 관하여 가장 많은 정보를 가진 정보원이지만, 시간이 흘러 공판 단계에 이르면 처벌을 회피하기 위하여 진술을 거부하거나 허위 정보를 만들어낼 가능성이 높기 때문에 국가가 공판 단계에 이르기 전에 이러한 정보들을 객관적, 중립적 입장에서 수집, 기록해둠으로써 공판정에서 객관적 진실을 밝혀낼 필요가 있었기 때문이다.[395] 이러한 증거는 공판절차에서 법원에 의하여 자유로운 증거평가의 대상이 되거나(프랑스), 직접성 원칙과 최량증거법칙에 따라 필요한 경우에 증거로 사용될 수 있었는데(독일), 여기에서는 이러한 조서의 증거사용이 국가권력을 거치는 과정에서 실체진실이 왜곡된다기보다는 실체진실 발견에 기여한다는 인식이 지배적이었다.[396] 또한 영미법계 배심제도의 도입이 대부분 실패로 돌아감으로써,[397] 법원의 구조가 일원적으로 유지된 것도 조서의 증거 사용이 허용되는데 기여하였다.[398]

또한 직권주의 형사절차를 가진 국가들에서는 시민 스스로가 자신의 권익을 지켜야 한다는 영미법적인 자유주의 문화보다는 국가가 고소제도 등을 통해서 형사피해자를 구제하고 질서를 회복, 유지해야 할 임무가

393) Mirjan Damaška, 주 97)의 논문, 444-449면.
394) 위 글.
395) 위 글.
396) 위 글; John D Jackson・ Sarah J. Summers, 주) 75의 책[kindle edition] 3129-3552/16403면.
397) Delmas-Marty・J.R.Spenser, 주 82)의 책, 12-13면.
398) Mirjan Damaška, 주 97)의 논문, 445면.

있다는 사회문화적 관념이 지배적이었으므로, 사법적, 준사법적 수사기구를 전제로 하는 국가주도적 사법기능, 즉 국가소추주의에 더 적합한 환경이었다.[399]

2) 직권적 수사절차의 구조의 차이에 따른 직권주의 증거법의 유형

과거 규문주의 하에서 규문절차는 재판절차의 일부로 간주되었으므로 규문적 조사기구가 공판 전 조사 과정에서 기록한 조서 등 기록은 법관의 조사기록으로서 이후 재판절차에서 당연히 증거로 사용될 수 있었으며, 이후 재판절차는 오히려 규문적 조사기록의 보고와 검토절차에 지나지 않았다.[400] 그런데 대륙법계 국가에서 규문적 조사절차가 폐지되고 수사절차로 변형된 후에는 밀행성과 일방성이 지배하는 수사절차에서 작성된 조서 등 수사기록을 이후 공판절차에서 얼마나 어떤 방식으로 사용할 수 있도록 허용할 것인지 여부가 새로운 법적 쟁점이 되었다.[401]

프랑스와 같이 규문적 예심절차를 개혁하되 수사절차로서 기능을 유지하면서 법관에게 주재하게 한 곳에서는 예심절차에서 작성된 조서 등의 기록을 1심 공판절차에서 별다른 제약 없이 증거로 사용할 수 있도록 하였다.[402] 1심 재판 과정에서 작성된 조서 등 공판기록을 상급심 재판절차에서 제약 없이 증거로 고려할 수 있는 것과 유사하게 취급하는 것이다. 문제는 법관이 주재하는 예심절차라고 하더라도 밀행성과 일방성이 지배하는 것은 일반적인 수사절차와 마찬가지인데 예심절차의 조서 등 수사기록을 공판절차에서 제약 없이 증거로 사용하게 하는 것이 피고인의 인권과 조사의 객관성을 침해할 가능성이 없는지 여부이다. 법관의 신분과 독립성이 보장된다고 해서 밀행적 절차에서 직접 조사를 담당하는 법관의 편향 위험성이 완전히 사라질 것으로 기대하기는 어렵기 때문이다.[403] 그러나 여기에서는 이러한 문제를 증거법적으로 규제하지는 않았고 조서에 대한 증거자유주의를 그대로 유지하였다. 프랑스의 형사사

399) Mirjan Damaška, 주 99)의 책 참조.
400) 차동언, 주 378)의 책, 27-28면.
401) Mirjan Damaška, 주 97)의 논문, 444-449면; John D Jackson・ Sarah J. Summers, 주) 75의 책[kindle edition] 3350-3395/16403면.
402) 제2장 제3절 1. 프랑스의 증거자유주의 전통 참조.
403) Delmas-Marty・J.R.Spenser, 주 82)의 책, 11-12면.

법개혁은 예심절차에 있어서 조사 주체와 조사 권한의 분할 및 제한, 조사절차 및 조사 작성절차의 엄격성, 수사절차에서의 피의자의 방어권 확대의 방향으로 진행되었다.[404] 프랑스의 예심절차에서 피의자 측은 수사기록의 열람이 어느 정도 가능하며 공판 증거조사와 유사한 방식으로 참여권이 보장된다. 또한 이러한 피의자의 방어권 확대는 근래에 들어서는 예심절차를 거치지 않는 예비수사나 현행범수사의 경우에까지 점차 확대되어 가고 있다.[405]

한편, 독일과 같이 규문적 예심절차를 폐지하고[406] 수사절차를 독립시켜 검사에게 주재하게 한 곳에서는 구두주의와 공개주의를 강화하여 직접심리주의의 원칙과 최우량증거원칙에 따라 법원은 수사절차의 조사자가 작성한 서류에 의존해서 쉽사리 판단할 수 없도록 규제한다. 그러나 법원의 진실규명의무에 따라 필요한 경우에는 수사절차에서 획득된 정보 자체는 사용할 수 있도록 허용하였다. 법원은 원칙적으로 공판정에서 조사 가능한 원본증거를 직접 심리하여야 하고 조서를 낭독하는 방식으로 증거조사를 할 수는 없다. 수사절차에서 획득된 정보는 예외적으로 공판에서의 진술이 종전과 모순되거나 공판 증언이 불가능하게 된 경우에만 서류의 낭독과 조사자증언의 방식 등으로 고려할 수 있도록 하였다. 다만 피의자신문조서의 경우에는 조서의 낭독으로 수사절차에서 획득된 자백을 증거로 사용하는 것은 허용되지 않으며 언제나 조사자증언이나 영상녹화물의 방식으로만 증거의 사용이 허용된다. 그러나 이는 실체진실 발견과 관련된 문제가 아니라 인권보장과 국가권력 남용 방지를 도모하고자 한 것이다.[407]

프랑스와 독일의 증거법을 비교해보면, 수사절차를 법원의 절차로 구성하였는지 검사의 절차로 구성하였는지에 따라서 공판절차에서 조서 등 수사기록을 사용할 수 있는 방법과 범위가 달라지는 것을 확인할 수 있다. 수사절차를 법원의 예심절차로 구성한 프랑스는 예심절차 자체를 좀 더 객관적이고 공정한 방식으로 구조화하는 것에 주목하며, 법관이 주재한 가운데 작성된 조서 등 수사기록에 대한 규제에는 큰 관심을 가지지

404) 제2장 제3절 1. 프랑스의 증거자유주의 전통 참조.
405) 앞의 각주 258)-262) 참조.
406) Delmas-Marty・J.R.Spenser, 주 82)의 책, 11-12면.
407) Mirjan Damaška, 주 97)의 논문, 450면.

않는다. 반면 수사절차를 법원으로부터 분리된 검사로 하여금 주재하도록 한 독일에서는 수사절차의 엄격한 규제는 프랑스에 비해 완화되어 있으나 검사가 작성한 조서 등 수사기록의 객관성에 대한 우려로 인해 직접심리주의가 채택되어 있다. 독일에서 진술증거는 공판정에서의 직접 증인신문에 의해 조사하는 것이 우선적이며, 수사절차 조서의 낭독이나 조사자증언 등은 후순위로서 진술 번복이나 원진술자 공판 출석 불능 등의 예외적인 상황에서만 실시된다. 독일에서도 법관의 조서는 수사기관의 조서와 달리 증거사용 요건이 완화되어 있는 것[408]은 프랑스와 유사하다.

3) 직권주의 수사절차와 공판절차의 연속성

대륙법계 직권주의 하에서 수사절차에서 조서 등 수사기록의 증거사용을 허용하되, 수사절차의 밀행성, 일방성과 객관성, 중립성을 조화하고자 하는데 관심이 집중되어 있다는 점을 살펴보았다. 그러나 여기에서도 원진술자의 신용성을 어떻게 보장할 것인가의 문제가 여전히 남는다. 영미법계 증거법의 전문법칙은 공판정 외에서 이루어진 진술의 신용성 부족으로 인해서 생성된 증거법칙인데, 전문법칙적 관점에서 이해하면 수사절차에서 작성되는 조서는 전형적으로 진술의 신용성이 검증되지 아니한 전문증거에 해당하기 때문이다. 수사절차를 엄격하게 규제하거나 조서의 증거 사용을 후순위로만 이용한다고 하더라도 그러한 방법으로는 기껏해야 수사기관 조사자가 원진술자의 진술을 객관적으로 조서 등 기록에 기록하였다는 것을 확인할 수 있는 것에 불과하고, 원진술자의 신용성에 대한 검증은 누락된 것으로 봐야 하지 않는가?

그러나 수사절차에서 기록되는 진술은 영미법계 형사절차에서 전문증거의 유형에 전형적으로 포함되는 진술증거와는 그 성격이 전혀 다르다. 수사절차는 공판에서 법원의 증거조사와 유사하게 공판 전 조사자가 요증사실을 확인하려는 목적을 가지고 증거를 수집, 선택, 비교하고, 증거의 신용성을 검사하며, 수집된 증거들을 종합하여 요증사실을 추론하는 과정이다. 수사절차에서 조사자는 그러한 증거의 수집, 선택, 비교, 신용성 검사 과정들을 기록하며, 조서는 그러한 목적 하에 진술을 기록한다.

---

408) 예컨대, 독일 형사소송법 제254조 제1항.

따라서 조서는 진술자의 진술을 그대로 기록하는 것이 아니라 요증사실과 신문의 목적에 따라 구조화되며, 상세한 조사자의 질문을 함께 기록하는 것이다.[409] 이것은 사적인 대화나 사실의 주장의 기록이라기보다는 오히려 공판절차를 기록하는 공판기록과 유사하다.

따라서 수사절차에서 원진술자의 신용성은 조사자의 객관성과 전문성, 피조사자 및 피의자의 반론에 대한 충분한 확인, 기록에 포함된 다른 보강증거에 대한 충분한 조사 및 진술과의 비교검증 등에 의해서 확인된다. 조서의 신용성은 전문법칙의 특신상태 개념처럼 원진술자의 진술 상황에 의해서 판단될 수 있는 것이 아니다. 만약 수사절차의 조사자가 진술자의 진술을 요증사실의 구조에 따라 정확하고 풍부하게 기록하고, 진술자의 반론을 제대로 확인하며, 다른 보강증거와 신중하게 비교 대조하였다면, 물론 그 답변 태도를 공판에서의 최종 사실인정자가 직접 관찰하지 못하였다는 점과 밀행적인 수사절차에서 그 진술이 이뤄졌다는 한계는 있지만, 진술의 신용성에 대한 검증 자체는 존재하는 것이다. 직권주의 증거법이 수사기록의 증거사용을 허용하는 이유도 기본적으로 이러한 관점에 근거한다. 즉 수사절차가 공판절차와 일종의 연속성과 유사성을 가진다는 것이다. 1심 사실인정절차에 관한 공판기록을 상급심이 심사하는 것처럼 수사절차의 수사기록을 사실심 법원이 심사할 수 있다는 것이다.

직권주의적 수사절차가 존재하지 않는 영미법계 전문법칙적 관점에서는 원진술자의 진술과 그 진술을 전달하는 전문증인이나 전문서류는 서로 분리가 가능하다. 여기에서는 원진술자의 신용성을 확인하는 것이 중요한 문제가 될 뿐이고 전달 매체는 진정성이라는 별도의 요건만을 충족하면 되는 중립적 수단에 불과한 의미를 갖는다. 전달 매체는 수사기관과 같은 조사자의 성격을 갖지 않으며 원진술을 전달하는 별도의 증거로서의 성격만을 갖기 때문에 그 진정성에 대한 검증만 별도로 이루어져야 한다. 그런데 전문법칙적 관점에서 전달매체의 진정성, 즉, 원진술자의 진술이 존재한다는 사실 자체는 원진술자의 신용성이 별도로 검증되지 않

409) 이상훈 외 2인, 수사기관 작성 조서의 증거 사용에 관한 연구 : 2020년 개정 형사소송법에 따른 실무 변화 모색, 사법정책연구원(2021), 119-125면. 증거사용이 인정되는 조서제도의 원형에 해당하는 프랑스의 수사절차 조서의 작성주체, 절차, 내용에 관하여 상세히 소개하고 있다.

는 이상 아무런 의미가 없다. 원진술자의 진술이 전문법칙의 예외에 해당될 정도의 기본적인 신용성이 인정되지 않는다면 그 진술이 다른 증언이나 서류에 의해 객관적으로 존재한다는 점이 확인되더라도 아무런 의미가 없다는 것이다.

반면 직권주의 증거법에서는 조서는 원진술자의 진술과 엄밀하게 구분되지 않으며 조사자의 관점이 원진술자의 진술과 단단히 결합되어 있다. 조서는 원진술자의 진술을 매개하여 전달하는 중립적인 수단이 아닐 뿐만 아니라 수사기록 전체와도 엄밀하게 구분되지 않는다.[410] 예컨대 독일의 직접주의 증거법에서 조사자증언을 통해서 현출하고자 하는 대상은 전문법칙적 관점에서 말하는 원진술자의 진술이 존재하는지 여부가 아니다. 전문법칙적 관점에서는 그러한 조사자증언이나 서류의 감정을 통해서 공판 외 진술이 존재하고 있다는 사실을 입증하더라도 원진술의 신용성이 검증되지 않으면 아무런 증거로서의 가치를 가지지 않는다. 직접주의 증거법 하의 조사자증언에서 확인되어야 하는 것은 원진술의 존재라기보다는 조사자의 객관성, 전문성, 정확성과 엄밀성이다. 그러한 확인을 통해서 그 조사 과정에서 기록된 원진술자 진술의 신용성에 대한 검증이 이루어지며, 그로부터의 이루어진 조사자의 요증사실 추론의 타당성에 대한 검증이 이루어진다. 이러한 직접주의 증명절차에서는 진술과 매체(조사자증언)의 엄밀한 구분이라는 것이 불가능하다.

(3) 직권주의 증거법과 영미법계 증거법의 유사성과 차이점

1) 수사절차 조서의 증거 사용

결국 직권주의 증거법과 영미법계 전문법칙은 사적 단계의 파생적 진술증거를 다루는 측면에서는 그 접근 방식의 차이는 있을 뿐 근본적인 이념의 차이가 존재하지 않는 반면, 수사절차에서 확보된 파생적 진술증거인 조서의 증거 사용을 다루는 차원에서는 전혀 다른 증거법 체계이다. 수사절차 조서의 증거 사용에 관한 한 양 증거법체계가 사용하는 개념은 같은 공간에서 양립이 불가능하다.

---

410) 조사 내용뿐만 아니라 조사의 절차적 내용까지도 조서에 기록된다. 위 글 123면 참조.

직권주의 형사절차에서 예심판사나 검사로 하여금 수사절차를 주재하고, 그 조사 과정을 기록하게 한 후, 공판정에서 필요한 때에는 조서 등 수사기록을 증거로 사용하게 하는 것은 공판 증거조사 이전에 일종의 예비적 증거조사를 통해서 진술이 소실, 변형, 왜곡되기 전에 증거자료를 수집, 기록해두는 것이 실체적 진실을 밝히는데 필요하다는 이념적 판단에 근거한 것이며, 그들의 사회문화가 이를 요구하거나 허용하기 때문이다. 여기에서는 그러한 일방적, 밀행적 절차를 주재하는 예심판사나 검사의 객관성과 중립성을 절차적으로 보장하는 것이 핵심적인 관심사가 된다. 반면 영미법계 형사절차는 그러한 공판전 예비조사를 담당하는 수사절차의 필요성을 인정하지 않거나, 그러한 수사절차로 인해서 얻는 실체적 진실 보존의 이익보다는 수사기구의 존재로 인해서 발생하는 국가권력의 남용 위험과 민주적 가치의 침해가 더 크다고 믿기 때문에 그들의 사회문화적, 정치적 의식은 그러한 수사절차의 생성을 허용하지 않는다. 따라서 여기에서는 당사자들이 지배하는 증거수집, 선택, 제시절차가 실체진실을 왜곡하지 않도록 공판절차를 규제하는 증거법리가 구체적으로 발달될 수밖에 없다.

2) 내재적 원리에 따른 진술증거 사용범위의 유사성

직권주의 수사절차는 기본적으로 공판절차 이전에 가치 있는 증거의 소실, 변형, 왜곡을 막기 위해 수사절차에서 이를 수집하여 보존하는 것을 그 존재 목적으로 하므로, 만약 원진술자가 수사절차에서와 달리 진술을 번복하거나 원진술자가 공판정에 출석하여 증언할 수 없게 될 때 수사절차에서 기록한 진술증거를 보충적으로 사용하는 것은 원래 조서의 존재 목적에 부합한다. 예컨대 독일의 직접주의 증거법은 참고인이 공판정에서 증언하면서 증언을 번복하는 경우에는 법원이 수사절차에서의 조서를 제시하여 증인의 인정진술을 통해 수사절차에서의 진술을 증거로 사용하거나 조서의 낭독이나 조사자증언을 통해서 수사절차에서의 진술을 증거로 사용하는 것을 허용한다. 또한 증인이 공판정에 출석하여 증언하는 것이 불가능한 사정이 있는 때에는 조서의 낭독을 통해서 수사절차에서의 진술을 증거로 사용할 수도 있다.[411]

411) 제2장 제3절 2. 독일의 직접주의 전통 참조.

영미법계 전문법칙에 있어서도 이러한 접근방식은 동일하다. 영미법계 형사절차가 공판중심주의를 채택하고 있다고 해서 전문법칙이 언제나 공판정에서의 증언만을 증거로 허용하고, 증인이 종전의 진술을 번복하거나 증인이 불출석한 경우에 공판정 외의 진술은 증거 사용을 불허하는 것은 아니다. 피고인의 자백이나 전문법칙의 예외요건을 충족하는 진술의 경우 증인의 공판정 출석 여부나 진술 번복 여부와 관계없이 공판정 외의 원진술을 증거로 사용할 수 있는 것이 대부분이다. 원진술자의 공판정 출석을 요건으로 하는 전문법칙의 예외 유형에 있어서도 증인이 진술을 번복하거나 증언을 거부하거나 기억을 하지 못하는 다양한 경우에 종전 진술을 증거로 사용할 수 있게 허용한다. 뿐만 아니라 당해 증인이 진술을 번복하는 경우에는 검사의 주재 하에 일방적으로 진행된 대배심 증언이나, 체포 이후 법관의 주재 하에 진행된 예비심문절차(preliminary hearing)에서의 증언은 증거로 사용하는 것을 일반적으로 허용한다.[412] 이것은 전문법칙이 실체진실 발견을 제고하기 위한 내재적인 유형의 증거배제원리이며 재판의 공정성 등 실체진실 발견이 아닌 다른 가치를 보호하기 위한 외재적인 증거배제원리가 아니기 때문이다.[413] 시간의 흐름에 따라 진술자나 기억이 소실되거나 왜곡되거나 변형될 수 있다는 점은 일반적인 상식에 가깝다.[414] 어떠한 진술을 전문법칙의 예외에 해당되는 것으로서 기본적인 신용성을 인정하였으면서(그 예외의 과학적, 경험적 합리성에 대한 의문이 가능한 것은 별개의 문제이다), 그 진술자가 공판정에서 진술을 번복하거나 불출석한다고 해서 그 진술의 증거능력을 배제하는 것을 허용한다면, 전문법칙은 실체진실 발견을 제고하기 위한 내재적 원리가 아니라 피고인의 반대신문권 그 자체를 보장하기 위한 외재적 장치가 되고 말 것이다.

결국 남는 문제는 다시 수사절차에서 획득된 진술증거의 취급에 관한 것이다. 영미법계 증거법에서는 수사절차를 공판전 예비적 증거조사절차로 관념하지 않으며 예심판사나 검사에게 수사절차를 주재하여 증거를 수집, 기록하도록 하는 기능을 부여하지도 않았다. 따라서 경찰에서 체

412) 제2장 제2절 2. 전문법칙의 예외 참조.
413) Ho Hock Lai, 주 10)의 책, 231-232면.
414) 영미법계 증거법학자들도 이러한 사실을 인정한다. Robert P. Mosteller 외 5, 주 177)의 책, 600면.

포 중에 획득한 피의자 자백의 증거능력 문제를 제외하면, 수사절차에서 참고인의 진술을 기록한 서류를 그 원진술자가 진술을 번복하거나 불출석하는 경우에 증거로 사용하여야 하는지에 관한 법적 문제는 일반적으로 발생하지 않는다. 어차피 원진술이 전문법칙의 예외에 해당하는 상황이 아니라면 경찰관의 수사상 기록은 증거로 사용될 여지가 없는데 대부분의 전문법칙의 예외는 수사절차에서의 증언적 성격의 기록에 대해서는 적용될 수 없기 때문이다. 다만 원진술이 현장에서의 경험 직후의 진술 등 전문법칙의 예외에 해당하는 상황에서 경찰관에게 한 진술의 증거능력이 문제되는데, 미국 연방대법원은 Crawford 판결 이후부터는 수사절차에서 획득된 진술증거에 대해서는 수정헌법상 대면권이 보장되므로 원진술자가 언제나 법정에 출석할 것을 요한다고 판시하였다. 이는 미국 형사절차의 성격이 당사자주의이며 결코 직권주의적 형사절차의 이념을 인정하지 않겠다는 법정책적 결단에 해당한다.[415] 그러나 여기에서도 일단 원진술자가 법정에 출석하는 이상 진술을 번복하더라도 전문법칙의 예외에 해당하는 원진술의 증거능력은 인정된다.

415) 제3장 제2절 2. 반대신문권의 절차적 기본권, 인권으로서의 기능 참조.

2. Damaška의 역사적, 구조적, 비교법적 방법론

(1) Mirjan R. Damaška의 개인적 배경과 주요 저서들

Damaška는 1931년 슬로베니아에서 크로아티아계 가정에서 태어났다. 그는 유고 공산정권 하에서 자그레브 대학 법학과를 졸업하였으며, 국제공법과 형사법을 전공한 후 짧은 기간 동안 변호사로서 실무를 경험하였고, 이후 자그레브 대학의 형사법 교수가 되었다.[416] 대륙법계 형사절차에 관한 역사적, 구조적 분석으로 국제적 명성을 얻은 후, 1966-68년 펜실베이니아 대학 로스쿨에서 비교법 방문학자로 체류하였고, 거기에서 종신교수직 제안을 받았으나 1968년 유고슬라비아 자유주의 운동 시기에 귀국하여 크로아티아 의회의 형사법개혁위원회 의장으로 활동하였다.[417] 그러나 유고슬라비아의 자유주의 운동이 실패로 돌아간 후 1971년 자그레브에서 시위하던 학생들이 경찰에 의해 폭력적으로 진압 당하는 것을 목도한 후 미국으로 떠났고, 이후 펜실베이니아 대학 로스쿨 방문학자를 거쳐 예일대학교 로스쿨에서 종신교수직을 취득하였다.[418]

그는 대륙법계 형사절차와 증거법에 대한 그의 통찰과 지식을 이미 지닌 상태에서 영미법계 형사절차와 증거법을 새롭게 연구하였으며, 그로 인해 그는 한 전통 내의 실정법을 기술적으로 해석하기보다는 역사적이고 구조적인 방법론으로 양 전통을 비교하는 연구를 수행하였다. Damaška는 자신의 학문세계를 양 전통 어디에도 속하지 못하고 이질적인,[419] 대서양 한 가운데 있는 아조레스 군도(Azores Islands)로 비유한 바 있다.[420]

그의 가장 주된 저서는 1986년 발간된 “The Faces of Justice and State Authority” 인데, 여기에서 그는 한 나라의 형사절차를 형성하는 구조적 요소를 두 개의 개념쌍으로 이용하여 분석한다. 첫 번째는 사법조직의 구조가 위계적, 수직적(hierarchical)이냐 수평적(co-ordinate)이냐

---

416) Máximo Langer, Interview with Mirjan Damaška, 주 80)의 책, 415-419면.
417) Máximo Langer, 주 416)의 논문, 423-424면.
418) Máximo Langer, 주 416)의 논문, 424면.
419) Máximo Langer, 주 416)의 논문, 434면.
420) Máximo Langer, 주 416)의 논문, 428면.

의 기준이며, 두 번째는 사법 영역이 정치적, 정책적 목표를 적극적으로 달성하고자 하는지(policy-implementing) 아니면 소극적으로 분쟁해결적(conflict-solving) 기능에 머무는지의 기준이다.[421] 그는 종래 역사적으로 형성된 형사절차를 대략적으로 분류하여 서술해오던 영미법계 당사자주의와 대륙법계 직권주의의 이분법(dichotomy)에 머물지 않고, Max Weber와 유사하게 4가지 개념들의 이념형(ideal-types)을 구성하고,[422] 그 개념들 간의 구조적인 연관 및 결합관계를 설명함으로써, 현실적으로 존재하는 다양한 유형의 형사절차들을 좀 더 구체적이고 유연하게 해명할 수 있었고,[423] 나아가 형사절차의 수렴, 동구권의 구 공산국가 형사절차의 형성 및 국제형사법의 형성이 이루어지고 있는 오늘날 그 역사적인 발전 경로에 관한 이론적 설명 및 예측의 도구까지도 제공하였다.[424] Damaška의 이론은 형사절차의 체계를 이루는 요소들 사이에 구조적 관계를 설명하기 때문에, 체계의 구조에 부합하지 않는 이질적인 제도의 이식이 성공할 것인지 여부에 관하여 비관적으로 바라본다.[425] 그의 구조적 관점을 이어받아서, 직권주의적 독일 형사절차에 플리바게닝 제도를 도입하는 것에 대해 비판적으로 바라보거나[426] 이탈리아 형사절차에 전문법칙을 도입하는 것이 성공적으로 정착할 수 있을지 여부에 관해 비관적으로 바라보기도 한다.[427] 유사한 방법론을 이용하여 공산정권 하의

---

421) John Jackson · Máximo Langer, Introduction: Damaška and comparative law, 주 80)의 책, 3-4면.

422) John Jackson · Máximo Langer, 주 421)의 논문, 3면.

423) John Jackson · Máximo Langer, 주 421)의 논문, 5, 8면; John Jackson, Faces of transnational justice : two attempts to build common standards beyond national boundaries, 주 80)의 책, 248면.

424) John Jackson · Máximo Langer, 주 421)의 논문, 6, 7. 13면; Mirjan Damaška, 주 98)의 책, 150-151면; Paul Roberts, Faces of justice adrift? Damaška's comparative method and the future of common law evidence, 주 80)의 책, 325면.

425) Mirjan Damaška, 주 101)의 논문, 839면 참조; Paul Roberts, 주 424)의 논문, 248면.

426) Thomas Weigend, The decay of the inquisitorial ideal : plea bargaining invades German criminal procedure, 주 80)의 책, 39-64면 참조.

427) Luca Marafioti, Italian criminal procedure : a system caught between two traditions, 주 80)의 책, 81-98면 참조.

형사절차를 개혁하기 위하여 공판단계에서 당사자주의적 형사절차와 제한된 배심제를 도입한 러시아의 경우, 수사절차 조서의 증거사용은 그대로 허용함으로써, 현실에 있어서는 공판절차가 수사절차의 사후 검증에 그치는 결과를 초래하였다. 이는 기존 시스템을 실질적으로 개혁하지 않고 유지하기 위해 표면적인 제도적 변화만을 추구하였기 때문에 실질적인 개혁과 변화를 피한 위장에 불과하다는 비판이 제기된다.[428] 이러한 Damaška의 구조적 관점은 단순히 형사절차의 유형을 서술하는데 그치지 않고, 그 체계를 이루는 내부 요소 간에 존재하는 구조적 관계를 분석해내기 때문에 구조적 연관성에서 이탈되거나 이질적인 요소가 도입되면서 기존의 체계와 충돌하는 현상을 해명하거나 그 도입의 효과에 대한 예측에 유용하게 이용될 수 있다.[429]

Damaška의 두 번째 주요 저서가 바로 본 논문의 방법론의 기초를 제공하는 “Evidence Law Adrift”이다. “The Faces of Justice and State Authority”가 사법권의 구조와 기능을 형성하는 정치적, 제도적 환경의 중요성을 중심 주제로 하고 있다면, “Evidence Law Adrift”는 이를 기초로 하여 그러한 환경적 요소의 영향에 의해 형성된 형사절차의 구조가 다시 증거법의 형성에 미치는 구조적 영향력을 중심 주제로 한다.[430] 여기에서 영미법계 형사절차는 그 정치적, 사회적, 문화적 환경의 영향 하에 당사자주의, 공판중심주의, 배심제, 이원적 법원의 구조라는 구조적 요소들을 형성하였고, 영미법계 증거법의 특색을 이루는 전문법칙과 증거능력 제도는 이러한 구조로부터 형성된 것이라고 주장한다.

---

428) Stephen C Thaman, The two faces of justice in the post-Soviet legal sphere : adversarial procedure, jury trial, plea-bargaining and the inquisitorial legacy, 주 80)의 책, 99-118면 참조.

429) 이러한 구조적 방법론은 Niklas Luhmann의 체계이론(Systemtheorie)을 상기시킨다. Luhmann은 어떠한 사회체계와 환경 사이에서 작용하는 인과성은 오로지 구조적으로 연결된 영역에서만 가능하다고 한다. 체계는 환경에 대하여 상대적인 자율성을 보유하므로 구조적으로 연결되지 않은 체계 외부의 환경적 영향은 배제되고, 환경으로부터의 체계에 주어지는 인과적인 영향은 구조적으로 연결된 부분에 대해서만 선별적으로 이루어진다. Niklas Luhmann, Einfuhrung in die Systemtheorie, 체계이론 입문(디르크 베커 편집, 윤재왕 역). 새물결(2014), 156-157면 참조.

430) John Jackson・Máximo Langer, 주 421)의 논문, 5면.

Damaška의 위 저서들은 전 세계 증거법과 절차법 학계에 막대한 영향을 끼쳤으며,[431] 사법절차에 관한 비교법학의 분야의 경전(canonical works)과 같은 지위에 이르렀다고 평가되며,[432] 그는 서로 다른 법 전통(legal culutres)을 지적으로 이어주는 다리와 같은 존재로 여겨진다.[433]

(2) Damaška 이론에 대한 비판

Damaška는 "Evidence Law Adrift"의 마지막 부분에서 영미법계 형사절차의 구조를 형성하는 배심제, 집중심리, 당사자주의가 약화되고 있으며, 그에 따라서 형사절차와 구조적 연관을 가지는 영미법계 증거법도 표류(adrift)하고 쇠퇴하리라는 과감한 예측을 하였다.[434] 그러나 그의 형사절차의 변화에 관한 진단은 경험적 자료에 충분히 근거하지 못하였으며,[435] 표면적으로 드러나는 약화 현상에 못지않게 특히 형사 분야에서는 그러한 특성이 오히려 강화되는 현상도 병존하고 있음을 포착하지 못하였다는 비판이 제기된다.[436]

Damaška에 대한 또 다른 비판 지점은 그가 영미법계 형사절차가 대륙법계 직권주의 형사절차에 비해 실체진실 발견을 더 저해한다고 바라보는 점에서[437] 규범적 관점에서 직권주의적 형사절차에 경도되어 있다는 점에 대한 것이다.[438] 그러나 대륙법계 직권주의는 관료주의적으로 운영되므로 검사나 판사가 공정하고 객관적으로 실체진실을 발견해줄 만한 인센티브를 가진다고 기대하기 어려우며, 증거수집과 조사 과정에서 편향성을 가지게 되기 때문에, 당사자가 주도하는 형사절차에 비해 실체진실 발견에 유리하다고 단정하기 어렵다는 것이다.[439]

---

431) 지난 30년간 가장 독창적이고 영향력 있는 사법절차에 관한 비교법 연구라는 평가를 받았다. Paul Roberts, 주 424)의 논문, 295면.
432) Harold Hongju Koh, Mirjan Damaška : a bridge between legal cultures, 주 80)의 책, 33면.
433) Harold Hongju Koh, 주 432)의 논문, 35면.
434) Damaška, 주 98)의 책, 125-142면.
435) Ronald J Allen · Georgia N Alexakis, 주 102)의 논문, 334-341면.
436) Paul Roberts, 주 424)의 논문, 311-324면.
437) Damaška, 주 74)의 논문 참조.
438) Ronald J Allen · Georgia N Alexakis, 주 102)의 논문, 344면.

마지막으로 Damaška의 방법론에 대한 비판이 존재한다. Damaška가 당사자주의의 쇠퇴를 논할 때 어떠한 형사절차의 당사자주의적 성격 그 자체가 상대적인 것이므로 그 쇠퇴 여부를 판단하기 어려울 뿐만 아니라, 만약 Damaška의 방법론이 근거하고 있는 역사적, 구조적 관점에 따른다면 부정합 현상 그 자체도 역사적, 사회적 환경의 변화에 대한 법제도의 적응으로 볼 여지가 있으므로, 형사절차의 구조와 증거법의 부정합 현상이 문제로 인식될 이유가 없다는 것이다.[440]

이러한 비판들은 나름대로 타당한 논거를 갖추고 있다. 그러나 이러한 비판들이 Damaška의 개념적 분석 자체의 가치를 손상시키지 않는다. 예측은 언제나 당대의 불충분한 정보에 기반하여 할 수밖에 없으며 당대의 경험적 정보가 충분하지 않아서 그 예측이 들어맞지 않았다고 해서 그 개념적 분석 자체에 오류가 있다고 볼 수는 없기 때문이다. 또한 Damaška의 규범적 관점이 그의 개인적 배경에 의해 대륙법계 직권주의에 경도되어 있다는 비판이 설사 타당하다고 하더라도, 현상에 대한 그의 분석의 엄밀성과 규범적 대안에 관한 그의 가치적 지향은 서로 구분되어야 한다. Damaška에 대한 가장 강력한 비판자들조차 그의 이론이 새로운 연구를 촉진하였다는 점과 그들이 Damaška의 어깨 위에 서서 더 멀리 내다볼 수 있게 되었다는 점에서 그 가치를 인정한다.[441]

---

439) Ronald J Allen · Georgia N Alexakis, 주 102)의 논문, 344-347면.

440) Paul Roberts, 주 424)의 논문, 320면; Damaška 스스로도 이러한 역사적 접근과 개념적 접근 사이의 긴장관계와 약점에 관하여 인식하고 있었다. Máximo Langer, 주 416)의 논문, 430-432면.

441) Ronald J Allen · Georgia N Alexakis, 주 102)의 논문, 350면.

3. 영미법계 형사절차와 전문법칙의 구조적 연관

(1) 개관

앞에서 살펴본 것처럼 영미법계 형사절차도 일반적인 증명의 원리에 기초하여 실체적 진실발견의 이념을 추구한다. 그러나 당사자들에게 증명의 책임을 부여하고 법원에게는 수동적인 심판자의 역할을 부여함으로써, 영미법계 증거법은 일반적인 증명의 원리에서 벗어난 특수한 측면들을 가지게 되었다. common law 증거법이 가진 이러한 특징은 영미법계 형사절차의 구조가 발전해온 역사적 산물이다. 즉, 영미법계 증거법은 그들의 형사절차에서 발전해온 배심제도와 당사자주의의 산물이다. 영미법계 형사절차의 특유한 이들 제도들은 영국의 특수한 정치적, 사회적, 문화적 환경 속에서 우연히 서로 결합하여 현대의 영미 증거법을 생성해 내었다. 그런데 영미법계 형사절차를 역사적으로 설명하는 것보다 더 중요한 것은 영미법계 형사절차와 영미법계 증거법, 즉 원인과 현상 사이의 구조적, 분석적 연관을 찾아내는 것이다.[442] 구조적, 분석적 연관을 찾는 방법론에서는 단순히 역사적으로 발생한 사건들을 시간적으로 나열함으로써, 증거법 발생의 역사적 인과관계를 설명하는데 그치지 않는다. 이러한 방법론 하에서는 현대 영미법계 증거법의 모습이 어떠한 영미법계 형사절차에서 구조적으로 생성되고 유지되는지에 관하여 각 요소별로 나눠서 상관관계와 인과관계를 분석해야 한다. 그래야만 당해 증거법을 생성시킨 역사적 환경이 변화된 이후에도 변하지 않는 형사절차와 증거법 사이의 구조적 관계를 발견할 수 있게 된다.[443] 우리나라와 같이 형사절차와 증거법이 자생적으로 생성되지 않고 외국법을 수용해오는 과정에서 발전된 상황에서는 이러한 방법론에 의한 분석이 필요하다. 형사절차와 증거법 사이의 구조적 연관을 제대로 파악해야만, 변화하는 우리의 현실에 맞게 우리 증거법을 올바르게 해석하고 입법적으로 발전시켜 나갈 수 있을 것이기 때문이다.

Damaška는 이러한 관점에서 영미법계 형사절차와 증거법과의 관계를

442) Damaška, 주 98)의 책, 3면.
443) 위 글.

구조적으로 분석한 후 현대 영미법계 증거법을 생성하고 유지하는 형사절차의 구조적 핵심 요소를 다음과 같이 네 가지로 제시하였다.[444] 그것은 첫째, 공판심리 범위 획정 및 증명절차에 있어서의 당사자의 통제권 보유(당사자주의), 둘째, 공판중심주의의 채택 및 공판 전 증거조사절차(관료적 수사절차)의 부재(집중심리주의적 공판절차), 셋째, 증거능력 판단과 절차 진행을 담당하는 직업법관과 사실인정을 담당하는 배심의 분리(법원 구조의 이중적 분할), 넷째, 일반 시민에 의한 사실인정(배심제도) 제도이다. 이러한 형사절차의 구조적 요소들은 현대 영미법계 증거법을 생성하는 역사적 원인이었을 뿐만 아니라, 그러한 요소 중 하나가 변화하면 증거법의 모습을 변형시킬 만큼 강력한 구조적 연관관계를 맺고 있다.

(2) 당사자주의

1) 당사자주의의 개념

당사자주의는 절차의 주도권이 당사자에게 주어지고 사실인정 및 심판자는 수동적인 심판의 역할에 머무르는 형사절차의 유형을 말한다. 이는 증거법과 사실인정 영역에서는 증명의 범위, 증거의 수집 및 제출의 결정권이 당사자에게 주어지는 것을 의미한다. 반면, 직권주의 형사절차는 사실인정의 권한과 의무가 국가에게 있는 것을 말한다.[445]

---

444) Damaška는 영미법계 당사자주의 형사절차의 특유한 증거법을 형성하는 가장 중요한 구조적 원인은 법원의 이중적 구조라고 생각하였고, 그의 책에서도 법원의 이중적 구조를 첫 번째로 분석한 후 집중심리, 당사자주의 순으로 분석하였다. 그리고 그는 배심제도는 Langbein의 설명에 따라 역사적으로는 영미법계 당사자주의 형사절차와 인과적인 연관성을 가지고 있음을 인정하였으나 일단 당사자주의가 확립된 이후에 구조적인 연관성을 맺고 있지 않다고 생각하였다. Damaška, 주 98)의 책, 28-37면. 그러나 본 논문은 당사자주의, 집중심리, 배심제, 법원의 이중구조 순으로 분석한다. 직권주의 형사절차와의 비교법적 관점에서 볼 때 결국 영미법계 형사절차의 가장 큰 구조적 특색은 직권적 수사절차가 존재하지 않는다는 점에 있으며, 법원의 이중구조 또한 결국 배심제를 전제로 하지 않는 이상 논할 수 없기 때문이다.

445) Damaška, 주 98)의 책, 74면.

통상 당사자주의의 개념을 규정하면서 공판정에서의 당사자의 공격, 방어 기회의 대등성, 법원의 증거조사에 있어서의 수동성만을 주목하면서 수사절차에서 국가기관인 검사가 적극적인 증거조사를 담당하는 부분을 경시하는 경향이 있으나 직권주의 형사절차에서 사실인정의 권한과 의무가 주어지는 국가에는 법원과 검사가 모두 포함되며, 규문주의적 예심절차를 검사나 예심판사가 주재하는 수사절차로 존속시켰는지 여부가 오늘날 당사자주의와 직권주의 형사절차를 가르는 핵심적인 역사적 원인이 되었다는 것은 앞에서 살펴본 것과 같다.

오늘날 직권주의 국가에서도 나라마다 정도의 차이가 있으나 당사자의 증거신청, 제출권한이 인정되며 구두주의 절차 하에서 당사자 간의 변론에 의해 절차가 진행되고, 반면 영미 당사자주의 국가에서도 법관의 직권적 증거조사가 제한적으로 인정되므로 공판절차에서 증명절차에서 당사자의 권한 부여 여부만으로 그 증거법의 성격을 결정하기는 쉽지 않다. 그러나 공판 전 예비조사 및 그 수사기록의 존재는 직권주의 절차구조 및 증거법에 특유한 것이다.[446]

역사적으로 당사자주의는 영미법계 법원, 배심제도, 공판중심주의(집중심리주의)와 함께 발전했으나, 구조연관적, 분석적인 관점에서는 반드시 필연성이 있는 것이 아니다.[447]

어떠한 형사절차 구조를 당사자주의에 포함시키는데 있어서는 두 가지 측면이 핵심적인데, 첫째는 증거의 수집, 선택, 제출 권한이 당사자에게 주어져 있는지 여부이고, 둘째는 당사자가 재판의 심판 범위를 정할 수 있는 능력이 부여되어 있는지 여부다.[448]

당사자주의는 당사자들이 각자 자신에게 유리한 증거를 수집하고 최선을 다해 사실인정자를 설득하려는 동기를 갖게 되므로 당사자들의 그러한 경쟁 가운데에서 실체적 진실발견이 이루어질 가능성이 높다는 찬양을 받기도 한다.[449]

그러나 당사자의 자기이익을 각자 추구하고 심판자는 수동적으로 양 당사자가 그려내는 모습 중 하나를 선택하는 사실인정 모델은 객관적인

---

446) 위 글.
447) 위 글.
448) Damaška, 주 98)의 책, 75면.
449) 위 글.

진실을 추구하는 일반적인 증명의 원리로부터 이탈하는 문제를 가지고 있다.[450]

영미법계 증거법이 당사자에게 사실인정에 대한 통제권을 부여하는 것은 여러 가지 부작용과 이상적인 모델로부터의 괴리에도 불구하고, 영미법이 가진 법적 절차의 임무에 대한 특수한 접근법 때문이다.

2) 당사자주의 형사절차 및 구조가 영미법계 증거법에 미친 영향

직권주의적 절차 구조나 당사자주의적 절차 구조는 모두 일반적인 증명 원리에 비추어 볼 때 근본적으로는 실체진실 발견을 위한 증명의 이념과 절차라는 동일한 합리주의적 관점과 방법론을 공유하고 있다. 그러나 당사자가 사실인정 절차를 통제하는 절차가 증거법에 미치는 특수한 요소들이 존재한다. [451]

가. 증거 선택 및 입증방법에 있어서의 양극화

당사자주의 형사절차에서는 검사나 변호인이 당사자의 이익을 위해서 증거를 수집하고 준비하고 제출하는 방식으로 증명의 절차가 진행되기 때문에 모든 증거는 그것을 제출하는 당사자를 위한 것으로 인식된다. 증거조사는 검찰 측 증거제출 단계와 피고인 측 증거제출의 두 단계로 명확히 구분되며 각 단계는 당사자들의 주도와 책임 하에 진행된다. 이러한 구도 하에서는 증거제출, 설득과 증명의 책임 또한 각 당사자에게 부여되며, 법원은 원칙적으로 증거조사의 책임을 지지 않는다.[452]

전통적인 영미법계 증명절차에서 증거를 제출하는 측은 그 신용성을 보증하는 것이므로 제한된 상황에서만 자신의 증인을 탄핵할 수 있었던 이유도 여기에 있다. 오늘날 대부분의 영미법계 소송절차에서는 그러한 제한을 폐지하였지만 여전히 증거와 증거제출자를 분리하기 어렵다.[453]

특히 영미법계 소송절차에서 증인을 신청하는 당사자는 자신이 신청하는 증인이 법정에 출석하기 전에 반대신문에 대비하여 사전에 면담하고

---

450) 위 글.
451) Damaška, 주 98)의 책, 76면.
452) Damaška, 주 98)의 책, 82면.
453) Damaška, 주 98)의 책, 76면.

답변 내용을 확인하는 것이 일반적으로 허용되며, 당사자에게 유리한 증언을 위하여 전문가증인을 선정하고 증언의 대가로 수수료를 지급하는 것도 허용된다.[454]

이러한 당사자주의 소송절차에서는 법관이 자신의 권한으로 증인을 선정하는 것이 허용된다고 하더라도 실무상 그 예는 거의 드물다. 왜냐하면 양 당사자가 주도하고 결과에 책임을 지는 당사자주의적 증명절차에서 법관이 섣불리 어느 한쪽에 유리한 결과를 초래할 수도 있는 권한 행사를 하기가 어렵기 때문에 실무상 중립적으로 남아있는 편을 택하기 때문이다. 또한 일방 당사자가 신청한 증인이 오히려 그에게 결과적으로 불리한 증언을 하는 경우에는 그 증인은 그 당사자로부터 배신자로 취급되며, 그렇다고 해서 반대당사자도 그 증인의 태도를 속단하기 어려워 섣불리 반대신문에 나서지 않는 현상이 종종 발생한다.[455]

직권주의 형사절차에서는 통상 공판전 증거조사는 법관이나 검사에게 맡겨진다. 이들은 공소제기 이전에는 당사자로 간주되지 않으며, 중립적이고 객관적인 입장에서 증거를 수집하고 일단 공소가 제기되면 수사기록 전부를 법원과 피고인 측에게 제공하여야 한다. 공판 전에 잠재적인 증인을 접촉하여 증언 내용을 검토하는 것은 일반적으로 금기시되며 만약 사전 접촉 사실이 밝혀지면 그 증인의 신용성을 저해할 가능성이 높고 심지어는 증거인멸 시도에 가까운 것으로 여겨지기도 한다.[456]

여기에서는 일단 공판이 개시되면 증거조사와 증명의 책임은 법원에게 부여된다. 피고인 측에서 증인 신청을 하는 경우에도 일단 법정에 출석한 증인은 당사자의 증인이 아니라 법원의 증인으로 간주되어 객관적이고 중립적인 증언을 하는 것으로 기대된다. 이는 특히 전문가 증인의 경우에 더더욱 그러하다. 증명의 절차는 검찰 측과 피고인 측으로 엄격하게 구분되지 않으며 법원의 주도 하에 일원적으로 진행된다. 증거조사

---

454) Damaška, 주 98)의 책, 77면. 그러나 미국에서도 적법한 증인사전면담과 달리 증언에 부적절하게 영향을 미치는 증인코칭(witness coaching)은 허용되지 않는다고 한다. 자세한 내용에 관하여는 이승주, “형사재판에서 검사의 증인 사전면담 허용여부와 한계”, 형사소송 이론과 실무 vol.13(2021), 105-146면 참조.

455) Damaška, 주 98)의 책, 77면.

456) 위 글.

절차에 있어서 이러한 법원의 존재와 개입으로 인해 증명의 절차는 양극화되지 않고 일원적이고 중립적인 성격을 띠게 된다.[457]

나. 증거수집, 조사자와 사실인정자의 구분 : 사실인정자의 수동성

당사자주의 형사절차에서는 위와 같이 증거조사, 제출, 입증 활동의 주도권과 책임이 당사자에게 있기 때문에 법원, 즉 사실인정자는 수동적인 성격을 지닐 수밖에 없다. 당사자주의 형사절차에서 사실인정자는 증거조사 활동으로부터 분리되고 판단의 근거가 되는 정보의 선택과 접근으로부터 차단되어 있다.[458] 여기에서 사실인정자는 일반적인 사실탐구 영역에서와 달리 자신의 조사활동으로부터 사실에 대한 이해를 형성해나가는 것이 아니라 당사자가 선택해서 제시하는 정보와 방법에 의존해서 사실에 대한 판단을 하게 된다. 일반적 사실 탐구 영역에서는 사실인정자는 자신의 노력으로 필요한 정보를 선택하고 접촉하여 가설을 형성하고 직접적인 질문과 증거탐색 등 계속적인 조사활동 과정에서 추가로 확보하는 증거들이 자신의 가설과 부합하는지 여부에 의해서 사실 인정을 하게 된다. 이러한 자연스러운 사실 탐구 방식은 대륙법계 직권주의적 형사절차에서 이루어지는 사실인정 절차와 거의 동일하다.[459]

그러나 당사자주의 형사절차에서는 사실인정자가 공판정에 들어서기 전에 해당 사실에 대한 어떠한 정보에도 접근하는 것이 허용되지 않으며 인지적으로 완전한 백지 상태에서 공판정에 들어설 것을 요구받는다. 만약 공판정에서 당사자의 입증 활동에 의해서 제시된 정보 외의 다른 근원으로부터 정보를 제공받아 사실 판단을 하게 된다면 당사자에게 입증 활동의 주도권을 부여한 근본적인 근거를 상실하게 되기 때문이다. 따라서 여기에서 사실인정자는 양 당사자의 주장과 입증 활동을 듣고 양 당사자 중 어느 쪽 주장이 더 설득력 있는지 여부를 수동적으로 선택할 수 있을 뿐이다. 대부분의 영미법계 형사절차에서 배심원들은 증거를 신청하거나 증인에 대해 직접 질문하는 것이 허용되어 있지 않다. 또한 당사자주의 형사절차에서 직업법관도 당사자의 입증 활동에 개입하기를 자제

457) Damaška, 주 98)의 책, 78면.
458) Damaška, 주 98)의 책, 89면.
459) Damaška, 주 98)의 책, 90-91면.

하는 것이 실무인데 대부분의 법관들이 어느 한쪽 당사자의 입장에 서 있다는 인상을 가급적 주지 않는 쪽을 택하기 때문이다. 따라서 미국의 실무에서는 법관이 증인에게 직접 질문하거나 증거의 신용성에 대하여 배심원들에게 언급하는 것이 금지되거나 사실상 자제하는 관행이 형성되어 있다.[460]

또한 입증활동은 당사자별로 양분화되어 일방 당사자가 자신의 입증활동을 마친 다음에 반대 당사자의 입증활동이 시작되므로 사실인정자가 당사자들의 전체적인 입증 활동의 의미를 파악하고, 그들이 제시한 개별 증거들의 신용성을 비교, 대조하는 것은 마지막 단계에서 이루어지는 당사자들의 최종변론 시에 비로소 가능해진다. 그리고 한 명의 증인에 대한 증인신문 또한 주신문과 반대신문으로 분할되어, 당사자는 증인으로부터 해당 단계에서 자신에게 유리한 정보만을 이끌어내는 방식으로 신문이 진행된다. 증인은 자신의 이야기를 전체적, 총체적으로 반대 당사자의 간섭 없이 제시하는 것이 허용되지 않는다. Damaška는 이러한 당사자주의 형사절차의 증명절차를 '사실인정자는 재판의 처음부터 끝까지 심야에 차량에서 비추는 두 개의 전조등이 나란히 비추는 세상만을 보게 된다'고 비유한다.[461]

직권주의 형사절차의 증거조사방식은 이와는 정반대에 가깝다. 직업법관이 중심이 되는 사실인정자는 증거조사 권한과 책임이 부여되어 직접 질문을 하고 추가적으로 필요한 자료에 직접 접근할 수 있으며, 증거조사 방식 또한 일원화되고, 증인은 당사자의 관점에 따라 그 증언이 분할되어 제시되지 않고 전체적, 총체적으로 자신의 이야기를 하는 것이 허용된다.[462]

당사자의 이익에 따른 증거선택, 제출, 증명방법의 선택을 당사자에게 허용하고 있는 당사자주의적 증거법은 자유시장 원리에 따라 당사자들이 서로 경쟁하면 시장이 합리적인 상태에서 균형을 이루게 된다는 식의 일종의 시장조화적 사고에 기반하고 있다. 그러나 이러한 시장조화적 사고가 과거의 역사적 사실의 발견에 있어서도 자동적으로 달성될 수 있다는

460) Damaška, 주 98)의 책, 90면.
461) Damaška, 주 98)의 책, 92면.
462) Damaška, 주 98)의 책, 93면.

것은 거의 환상에 가깝다. 물론 당사자주의적 형사절차에서 사실인정자의 객관성과 중립성이 제고될 수 있다는 점은 장점으로 인정될 수 있다. 직권주의 형사절차에서는 사실인정자가 증거조사까지 수행하기 때문에 초기에 형성된 가설에 부합하는 증거만을 취사선택할 위험성이 높은 것도 사실이다.[463] 또한 당사자주의적 형사절차의 증명절차가 직권주의적 형사절차의 그것에 비해 열등하다는 경험적인 자료는 없으며, 재판에서 생성된 결과 이외에 달리 완전한 실체진실 그 자체를 현실에서 발견하는 것은 극히 이례적인 경우 외에는 거의 불가능에 가까우므로 경험적으로 증명될 수도 없다. 또한 직권주의 형사절차는 수사기관과 법원의 객관성과 합리성을 전제로 하고 있는데 역사적으로 그러한 전제가 왜곡된 상황이 존재하였으므로 언제나 직권주의 형사절차가 당사자주의적 형사절차에 비해 실체진실 발견에 있어 더 나은 결과를 산출한다는 보장도 없다. 그러나 당사자주의적 형사절차의 입증방식이 과학적 연구활동이나 일상생활에서 이용되는 사실 탐구 방식과 괴리가 있다는 점은 명백하다.[464]

반면에 직권주의 형사절차는 공판전 예비조사를 객관성과 중립성을 가진 제3의 수사기관이 합리적으로 수행하여 그 결과를 법원과 피고인에게 제공하는 것을 전제로 하며, 공판 단계에서는 법원이 직권적으로 입증절차를 수행할 권한과 책임을 부여받는다. 증거조사자와 사실인정자는 분리되지 않고 일치하며, 다만 공판전 예비조사 단계와 공판 단계의 사실인정자가 분리될 뿐이다. 공판전 예비조사의 결과는 수사기록과 조서의 형태로 공판 단계에 제출되며 공판에서의 사실인정자는 이를 자신의 조사결과와 함께 참고하여 최종적인 결론에 이르게 된다. 여기에서는 수사기관의 객관성과 중립성을 충분히 담보하는 것이 문제되는데 프랑스와 같은 직권주의 형사절차에서는 이를 사법관의 예심절차에 맡기고 예심절차를 최대한 공판절차와 유사하게 중립적으로 구성하고, 피고인에게 그 과정에서 가능한 한 절차적 권리보장을 하는 방식으로 이를 달성하려 하고, 독일과 같은 직접주의 형사절차에서는 법원은 원칙적으로 수사기관의 수사결과에 의존하지 않고 공판정에서 직접 증거조사한 결과에 근거해서 사실인정을 하도록 하는 방법으로 이를 달성하고자 한다.[465]

---

463) Damaška, 주 98)의 책, 96면.
464) Damaška, 주 98)의 책, 95면.

다. 증거의 신용성 조사 방식의 차이

당사자주의 형사절차에서는 위와 같이 증거가 그 제출자와 분리되지 않기 때문에 증거의 객관성과 신용성에 대한 철저한 검증과 조사가 중요하게 취급된다. 공판정에 출석한 증인은 사전에 증인으로 신청한 당사자와 증언 내용에 관한 협의와 지도를 거친 상태에서 법정에 출석하게 되므로 증인을 신청한 당사자 측에 경도된 증언을 할 것으로 당연히 기대되며, 증인을 신청한 측이 증언을 이끌어내는 과정에서도 정보를 왜곡된 형태로 현출할 가능성에 대한 염려가 클 수밖에 없다. 이러한 환경에서 반대신문권은 실체진실 발견을 담당하는 거의 유일한, 핵심적 역할을 담당하게 된다. Wigmore의 '반대신문권은 진실 발견을 위해 발명된 가장 훌륭한 엔진'이라는 금언은 당사자주의 형사절차의 현실을 그대로 반영한 것이다. 이러한 환경에서라면 증인의 불출석으로 인해 반대신문이 제대로 이루어지지 않은 증언에 대해서는 증거로 고려하지 못하도록 하거나 아예 재판절차를 무효로 해야 하는 것이 당연한 것이다.[466]

원진술자에 대한 반대신문이 이루어지지 않는 전문증거를 금지하는 전문법칙이 영미법계 증거법에서 발전한 것도 이러한 관점에서 이해할 수 있다. 전문증거의 문제점은 사실인정 훈련을 받지 않은 배심원들의 오판 가능성에만 있는 것이 아니라, 그에 못지 않게 반대신문에 의해서 원진술자에 대한 검증이 이루어지지 못한다는 점에도 있다.

우선 전문 내용에 관하여 거짓말을 하는 전문증인은 반대신문 과정에서 단순히 자신은 들은 대로 증언할 뿐이라고만 주장하면 답변하면 되지만 거짓말하는 원진술자는 반대신문 과정에서 일관성 있는 이야기를 구성해 내야 한다는 점에서 진술의 허위성을 적발할 가능성이 높아진다. 그러나 그보다 더 중요한 전문법칙의 근거는 전문증언의 경우에는 그 증언을 신청하는 측의 숨겨진 협조자인 원진술자의 신용성에 대하여 반대신문을 통한 반대 당사자의 검증이 아예 불가능하다는 점에 있다. 이러한 점에서 제3자의 중립적인 조사자가 없고 당사자 사이의 공격과 방어, 즉 반대신문에 의해서만 반대 당사자가 주장하는 사실에 대한 검증이 이루어

465) Damaška, 주 98)의 책, 79면.
466) 위 글.

지는 당사자주의 형사절차라는 환경에서는 전문법칙의 의의는 단순히 인식론적인 사실인정의 정확성을 기하기 위한 것만이 아니라 공정성의 원리에도 있게 된다. 따라서 허위성이 농후한 자백이라고 하더라도 전문법칙의 예외가 인정되는 이유는 여기에서는 공정성이 문제되기 않기 때문이다.[467]

제3의 수사기관이 공판전 예비조사를 통해 증거를 수집하고 공판 단계에서는 법원이 증거조사를 실시하는 직권주의적 형사절차에서는 이러한 당사자에 의한 증거 왜곡 가능성에 대한 우려와 그 검증 필요성이 완화된다. 직권주의적 형사절차에서 이루어지는 증언에 대한 탄핵은 증인이 주장하는 사실의 정확한 인식 여부에 집중되며 그 증인의 일방 당사자에 대한 유착가능성과 일반적인 신용성에 대한 공격에까지 나가는 경우는 드물다. 따라서 전통적인 직권주의 증인신문 절차에서는 상대 당사자가 신청한 증인의 증언에 대한 탄핵이 반드시 증인을 대면해서 이뤄질 것을 요하지 않았으며, 증언 내용에 대한 반박 의견과 탄핵증거의 제시가 이뤄질 수 있다면 충분한 것으로 이해되었다. 즉, 당해 증언에 대한 대면적 반대신문이 이루어지지 않았다는 것만으로 그 증언을 증거로 사용할 수 없거나 재판이 무효로 할 이유는 없다는 것이다. 그러나 이후에 살펴보는 바와 같이 유럽 인권협약의 채택으로 인해 이러한 전통적인 입장은 점차 변화하고 있다.[468]

라. 증거가치 있는 증거의 배제 및 배제의 방식 : 증거능력 제도

당사자주의 형사절차에서는 심리 대상이 되는 증거의 선택이 당사자의 이익을 추구하는 당사자에게 맡겨져 있으므로 증거가치가 낮더라도 전략적인 측면에서 당사자의 이익이 되는 증거를 선택할 동기가 커진다. 따라서 이러한 당사자주의적 환경에서 파생증거의 증거능력을 배제하는 전문법칙과 같은 제도들은 당사자로 하여금 가장 신뢰성이 높은 우량 증거를 제출하도록 강제하는 역할을 담당한다. 관료적 수사기관과 법원이 증거조사를 담당하는 직권주의 형사절차에서는 이러한 당사자주의적 동기가 약화되므로 전문증거를 배제하는 극단적인 방식을 잘 사용하지 않게

467) Damaška, 주 98)의 책, 80면.
468) 위 글.

된다.[469]

또한 당사자주의 형사절차에서 증거능력 제도는 공정한 규칙을 위반하는 당사자에 대한 징벌적 의미나 반대 당사자의 방어권을 부각시키는 의미를 지니기도 한다. 법원이 증거조사 절차를 책임지지 않으므로 당사자는 증거를 제출한 상대방의 증거 제출 및 증명의 방식을 자유롭게 공격할 수 있다. 그러나 법원이 직권적으로 증거조사를 진행하는 직권주의적 형사절차에서는 증거조사 및 채택에 대한 공격은 법원의 행위에 대한 비판을 함의하기 때문에 재판 관여자들은 이를 자제할 가능성이 높다.[470]

한편, 당사자주의 형사절차에서 사실인정자가 직접 증거를 선택하고 접촉하지 않고 당사자가 선택해서 제시한 정보에 의존하여 판단하는 수동적 역할을 한다는 점도 증거능력 제도의 형성에 기여한다.

증거능력을 배제하는 증거법의 기능을 이렇듯 당사자주의적 형사절차의 환경에서 이해하면, 영미법계 증거법에서 위법수집증거배제법칙을 포함한 증거능력 배제 여부를 당사자의 의사에 따르도록 한 것도 자연스럽게 이해할 수 있게 된다. 즉, 영미법계 증거법은 근본적으로 당사자가 요청하는 경우에만 적용되는 것이 원칙이다.[471] 이는 당사자주의 형사절차에서는 애초에 플리바게닝이나 기소인부 등을 통해서 혐의 사실의 적용 여부 및 그 범위에 대한 선택 권한까지도 당사자에게 부여하고 있다는 점을 생각해보면 당연한 일이다.

이에 반하여 대륙법계 증거법에서는 그러한 선택권이 당사자에게 주어지지 않는다. 통상적으로 증거배제를 요하는 증거법의 규율이 당사자주의 형사절차에 비해 많지 않지만 일단 증거배제에 해당하는 경우에는 당사자의 전략적 이익이나 선택에 따라 적용되는 것이 아니라 법원이 직권에 의해 적용해야 하는 경우가 대부분이다. 예컨대, 독일 직접주의 하에서는 피고인 측의 이의제기가 없더라도 법원의 진실규명의무에 따라 원본증거가 조사 가능함에도 파생증거에 근거하여 판결한 경우에는 파기대상이 된다.[472]

---

469) Damaška, 주 98)의 책, 84-45면.
470) Damaška, 주 98)의 책, 86면.
471) Damaška, 주 98)의 책, 87면.
472) Damaška, 주 98)의 책, 88면.

(3) 공판중심주의와 집중심리주의

1) 공판중심주의를 바라보는 두 가지 관점

증명절차의 측면에서 공판중심주의의 개념은 크게 두 가지 관점에서 정의될 수 있다. 첫째는 공개주의와 구두주의의 관점이다. 즉, 증거조사는 공개된 법정에서 이루어져야 하고(공개주의), 구두로 이뤄짐으로써 방청하는 시민들이 이해할 수 있어야 한다(구두주의)는 것이다. 이는 대륙법계 직권주의에서 공판중심주의를 이해하는 방식이다. 또한 당사자들이 공판정에서 배심원들 앞에서 구술에 의해 증거를 제시하는 방식의 영미법계 형사절차에서는 공개주의와 구두주의는 너무 당연한 것이어서 거의 언급조차 되지 않는다. 첫 번째 관점의 공판중심주의의 관점에서는 진술증거에 대한 조사가 반드시 원진술자에 대한 증인신문에 의해서 이뤄져야만 하는 것은 아니다. 원진술자의 진술이 담긴 서류를 낭독함으로써도 공개주의와 구두주의는 준수될 수 있기 때문이다. 앞에서 살펴본 것처럼 프랑스와 같이 법관에 의한 예심절차가 존재하는 직권주의 형사절차에서는 예심절차에서 법관의 예심조사 과정에서 기록된 대화식 조서는 낭독의 방식으로 공판정에 현출되기만 하면 아무런 제한 없이 증거로 사용할 수 있다. 독일식 직접주의 형사절차에서는 수사기관의 조서를 공판정에서 사용하기 위해서는 일정한 제약이 존재하지만, 거의 대부분의 수사서류는 예외 규정에 의하여 일정한 요건을 충족한다면 공판정에서 조서의 낭독과 제시의 방법으로 증거로 사용할 수 있다.

공판중심주의에 관한 두 번째 관점은 요증사실은 공판정에서 제출되어 조사된 것만으로 인정되어야 한다는 것이다. 이러한 관점에서 공판절차는 판단에 필요한 정보가 집중되어 산출되는 곳이며 다른 절차와 명백히 구분되는 중심 지점이 된다.[473] 여기에서는 수사기관이 공판 이전에 예비적인 증거조사를 통해 수집하여 조서로 기록한 것은 공판정에서 증거로 이용될 수 없게 된다. 이 두 번째 관점의 공판중심주의의 관점에서는 영미법계 형사절차가 직권주의 형사절차와 명확히 구별된다. 직권주의 형사절차에서 공판절차는 수사절차에서 1심 공판절차를 거쳐서 상소심 절차로 흘러가는 연속적인 정보의 흐름과 검증 가운데 한 위치를 차지하

473) Damaška, 주 98)의 책, 60면.

고 있을 뿐이다. 수사절차에서 확보된 정보는 조서로 기록되어 공판절차에서 제한 없이 또는 일부 제약 하에 이용될 수 있으며 1심 공판절차에서 이루어진 증거조사 또한 조서로 기록되어 상소심 공판절차에서 제한 없이 이용된다. 그러나 영미법계 형사절차에서는 조서에 의한 증거의 수집과 기록을 담당하는 수사절차는 존재하지 않으며 당사자가 수집, 선택한 증거는 1심 공판정에서 집중적으로 제시되고 배심원에 의해 사실이 확정되며, 그 이후에는 상소심에서도 1심에서 배심원이 확정한 사실에 대해서는 원칙적으로 재심사할 수 없다.

영미법계 형사절차에서는 이러한 두 번째 관점의 공판중심주의는 단순히 공판에서 정보가 집중적으로 생성되고 조사된다는 의미에 그치지 않고 자연스럽게 집중심리주의와 결합하게 된다. 즉 공판절차는 장기간에 걸쳐 단속적으로 진행되어서는 안 되며, 단기간 내에 연속적으로 진행되고 절차가 종료한 후에는 즉시 판결이 선고되어야 한다는 것이다. 영미법계 형사절차에서 이러한 형태의 공판중심주의가 역사적으로 발전하게 된 것은 영국에서 규문적 수사기구가 발달하지 못하였기 때문에 공판 이전에 수사기관이 사건에 관한 정보를 체계적으로 수집, 기록할 수 없었기 때문이다. 또한 집중심리주의가 발달할 수밖에 없었던 것은 배심제도에 의해서 공판절차가 진행되었기 때문이다. 다른 직업으로 생계를 유지하는 일반 시민 중에서 일시적으로 배심원을 선정하여 진행되는 배심재판에서 장기간에 걸쳐 재판이 단속적으로 이루어질 수 없는 것은 당연할 것이다. 또한 다수의 배심원들이 장기간에 걸쳐 걸쳐 재판을 담당하다 보면 기억이 소실되거나 외부의 영향에 취약하게 되어 재판의 정확성과 공정성을 담보하기 어렵다는 점도 집중심리주의가 발달할 수밖에 없는 이유가 된다.[474]

2) 형사절차상 공판중심주의가 증거법에 미치는 영향

가. 정보량을 제한하기 위한 증거배제 제도

단기간 내에 공판정에서 휘발성이 강한 구술 형태로 제시되는 정보만으로 사실을 인정해야 하는 공판중심주의와 집중심리주의 체제 하에서는 새로운 정보가 정리되지 않은 형태로 공판정에 너무 많이 제공되는 것은

474) Damaška, 주 98)의 책, 60면.

오히려 정확한 사실인정에 방해가 될 수 있다.[475] 배심제도 하에서 이러한 위험성은 가중된다. 증거가치가 낮거나 신용성이 의심스럽거나 지나치게 복잡한 정보를 담은 증거들은 설사 증거가치가 있다고 하더라도 사실인정자들에게 인지적 과부하를 발생시켜 판단을 오도할 위험성이 증거가치보다 더 클 수 있다.[476] 전문증거와 같이 추가적인 조사를 통해서 다른 증거들이나 진술 상황의 신용성이 검증되어야만 비로소 증명력을 확인할 수 있는 유형의 증거들도 공판중심주의 및 집중심리주의 하에서는 추후에 다른 증거들과의 비교, 대조를 통해서 그 신용성을 검증할 수 있는 기회가 주어지지 않으므로, 미리 그러한 신용성이 검증되어 있지 않은 상태로 갑자기 공판정에 제시될 경우 사실인정자의 판단을 혼란스럽게 할 위험성이 더 크다.[477]

영미법계 형사절차에서는 증거들이 수사기관에 의해서 미리 체계적으로 수집, 검증되어 기록되지 않으며, 공판에서 단기간 내에 구술로 한꺼번에 정보가 배심원들에게 제공된다. 배심원들은 기록된 자료들을 추론에 의해 검증하는 것이 아니라 공판정에서 주어진 구술자료에 대해 받은 인상에 근거하여 판단을 하게 되며 판단의 이유를 제시하지 않으므로 상급심에 의한 재검토도 불가능하다. 따라서 이러한 사실인정 과정에서 과도한 정보에 의해 발생할 수 있는 위험성과 그러한 정보가 공판정에서 제공되는 방식을 세밀하게 규율해야 할 필요성이 있게 된다.[478] 반면 정보가 기록되어 연속적으로 진행되는 직권주의 공판절차에서는 이러한 유형의 증거들이 수사절차와 공판절차에서 세심하게 기록되고, 검사와 법원의 사실판단 과정에서 합리적 추론에 의한 증명력과 증거가치의 검증을 거치게 되며, 그러한 검증결과가 판결이유를 통해 제시되면 1심의 사실인정 결과는 상소를 통해 상급심의 재검토를 거치게 되므로, 그러한 위험성이 감소될 수 있다.[479] 직권주의 형사절차에서도 오늘날 집중심리주의의 중요성이 부각되고 있으나 여전히 심리를 진행하는 재판장은 수사기록을 미리 검토하고 재판을 진행하고 수사단계에서 조서에 기록된

475) Damaška, 주 98)의 책, 61면.
476) Damaška, 주 98)의 책, 62면.
477) Damaška, 주 98)의 책, 65면.
478) Damaška, 주 98)의 책, 63면.
479) Damaška, 주 98)의 책, 64면.

정보를 이용함으로써 영미법계 공판중심주의나 집중심리주의가 가진 위험성을 낮추고자 한다.

결국 영미법계 형사절차에서 주변적 증거가치를 가지거나 조건부 관련성을 가진 증거들을 제한하는 전문법칙이나 관련성 요건 등의 증거법리들이 발달하게 된 것은 공판중심주의 및 집중심리주의를 채택한 형사절차의 영향에서 비롯된 것으로 볼 수 있다. 그러한 증거법리를 효과적으로 관철하기 위해서 공판절차가 개시되기 전이나 공판절차 중에 사실을 인정하는 배심원이 아닌 절차를 진행하는 법관에 의해서 진행되는 증거배제 절차도 발전하게 되었다.

나. 지연 제출에 대한 규제

공판중심주의와 집중심리주의를 채택한 영미법계 형사절차에서는 집중된 공판이 진행되는 동안 증거가 제출되지 못한 경우에는 설사 그 증거를 신청한 당사자에게 책임이 없는 사유로 증거가 제시되지 못하였다고 하더라도 그 불리한 결과는 당사자의 책임으로 귀속된다. 이것은 영미법계 형사절차가 당사자주의를 채택한 결과라기보다는, 집중심리 및 배심제도를 채택한 체제 하에서 공판기일이 지연되는 것이 불가능하기 때문이다.[480] 미국 연방증거법상 전문법칙의 예외는 원진술자의 공판 출석 가능 여부와 상관없이 증거능력이 인정되는 제803조의 예외와 원진술자의 공판 출석이 불가능할 때 증거능력이 인정되는 제804조로 구분되는데 제803조의 예외가 압도적으로 다양하며, 제804조의 출석 불능 사유를 정의함에 있어서도 당사자의 책임이 없는 경우에는 예외를 그대로 적용한다. 만약 당사자주의 형사절차를 극단적으로 관철시켜서 당사자가 자신의 증인을 출석시키지 못한 결과에 대해서 원인에 대한 책임 유무를 떠나 결과적으로 책임을 져야 하는 것이라면, 원진술자가 공판에 출석하지 못한 경우에는 전문법칙의 예외가 인정되어서는 안 될 것이다. 그러나 전문법칙의 목적은 당사자주의를 관철하기 위한 것이 아니라 증거의 신용성을 제고하기 위한 것에 있기 때문에 원진술 자체의 신용성이 어느 정도 보장되는 경우에는 제803조 예외의 경우에는 원진술자의 출석 여부와 상관없이 또는 제804조 예외의 경우에는 당사자가 불출석에 대한 원

480) Damaška, 주 98)의 책, 6면.

인을 제공한 경우가 아니라면 전문법칙의 예외가 그대로 적용되어 증거능력이 인정되는 것이다. 결국 공판정에서 신청한 증인이 출석하지 못한 경우 그로 말미암아 발생되는 불리한 결과를 당사자가 지게 되는 것은 당사자주의를 채택한 논리적 귀결은 아니며, 공판중심주의 및 집중주의를 채택한 영미법계 형사절차가 근본적인 원인이라고 봐야 한다.

문제는 제출이 지연된 증거의 가치가 재판의 결과를 좌우할 정도로 클 경우에는 그러한 증거를 배제함으로써 결과적으로 실체진실 발견이 저해된다는 것이다. 영미법계 형사절차에서는 상소심에서 사실인정 절차가 재개될 수도 없으므로 어떠한 우연한 사정으로 말미암아 공판기일에 증인이 출석하지 못한 경우에는 재판의 결과가 근본적으로 바뀔 수밖에 없다. 영미법계 형사절차 및 증거법이 이러한 결과를 용인하는 것은 앞에서 살펴본 당사자주의와 마찬가지로 실체진실 발견의 이념보다 공판중심주의 및 집중심리주의 그 자체의 가치를 더 높게 유지하고자 하는 문화적, 제도적 결단이 그 사회에 존재하기 때문이다.

다. 원진술자의 구술 증언의 중요성

영미법계 형사절차에서는 수사기록의 검토와 낭독에 의해서 사실인정을 하는 것은 원칙적으로 허용되지 않는다. 증거를 조서로 기록하기 위한 공식적인 수사절차가 존재하지 않기 때문이기도 하지만, 재판기록 또한 마찬가지이다. 수사기록이든 재판기록이든 전문법칙의 예외 상황을 충족하고 피고인의 반대신문권 보장이 되지 않은 경우에는 서류 자체의 낭독을 통해 종전에 기록된 정보를 증거로 사용할 수는 없다. 따라서 공판절차는 원칙적으로 원진술자의 직접 구술증언, 예외적으로 전문증인의 구술 증언에 의해서 진행되며 전문법칙의 예외가 인정되는 경우에 한하여 관청의 기록 등 극히 예외적인 경우에만 낭독이 허용된다. 따라서 여기에서는 공판절차가 진정한 의미에서 정보가 생성되는 유일한 장소로 인정될 수 있다.

반면 직권주의 형사절차에서는 수사절차에서 조서로 세세하게 기록된 수사기록, 1심 공판절차에서 조서로 기록된 재판기록, 다른 재판에서 법관의 신문조서 등은 재판 절차에서 낭독 또는 제시에 의해 대부분 증거로 사용될 수 있다. 직접심리주의를 채택한 독일 형사절차에서도 광범위

한 예외에 의하여 거의 동일한 결과를 보여주며, 재판장의 수사기록 사전 열람에 의해서 직접주의에 의한 조서의 증거 제약 효과가 상당 부분 감소되어 있다.[481] 이것은 앞서 언급한 것처럼 직권주의 형사절차는 수사절차로부터 최종 상급심의 판결에 이르기까지 연속적인 정보의 생성과 검증절차로 구성되며 이를 위해서 각 단계별로 생성된 정보가 조서로 기록되어 있기 때문이다.

(3) 배심제도

1) 배심제도의 문제점

가. 배심원들의 지적, 심리적 취약성

배심원들은 직업법관이 아니라 생업에 종사하다가 어떠한 재판을 위해서 임시적으로 사실인정 업무를 맡게 된 시민들로 구성된다. 따라서 이들이 형사재판에서 사실인정을 함에 있어서도 일상생활에서 적용하는 판단방식과 습관을 그대로 이용할 가능성이 높다. 배심제도는 참여민주주의 가치를 사법 영역에서 구현한 것으로 높이 평가되지만 이러한 배심원들의 이러한 비전문성은 실체진실 발견의 측면에서는 문제점들이 있다. 우선 배심원들의 사실판단에 있어서 지적, 심리적 취약성이 지적된다. 일정한 유형의 증거에 대해서나 일정한 방법으로 설득하는 것에 대해서 지나치게 끌리거나 지나치게 반발하는 문제가 있다. 미국 연방증거법은 이러한 문제에 대응하기 위해서 관련성 있는 증거가 배심원들을 심리적으로나 지적으로 오도할 가능성이 높은 경우나 전문증거의 경우에 증거배제 규칙이나 배심원 설명 등의 방법으로 교정하려는 제도적 장치들을 대거 도입하고 있다.[482] 이러한 취약성은 앞에서 언급한 영미법계 형사절차가 당사자 주도적 증거조사 방식을 채택하고 있다는 점(당사자주의)과 공판정에서 단기간에 걸쳐 집중적으로 진행된 심리에 의해서 사실인정이 이루어진다는 점(공판중심주의)과 결합함으로써 배증된다. 당사자들은 그들이 제출하는 증거의 증거가치가 다소 낮더라도 배심원들을 오도할 수 있는 심리적 효과나 선입견을 갖게 하는 유형의 증거를 선택하여 제시할 유인을 갖게 되기 때문이다.[483]

---

481) Damaška, 주 98)의 책, 72면.
482) Damaška, 주 98)의 책, 28, 31면.

이러한 단점에도 불구하고 배심제도를 채택하는 이유는 법이 구체적인 사실관계에 곧바로 적용되기에는 지나치게 가혹하거나 국가가 권력을 남용하여 법을 이용하는 경우에는 배심제가 그것을 바로잡을 수 있는 효과적인 장치이며 시민의 사법 참여와 감시를 통해 사법 영역에 민주주의를 구현하는 장치이기 때문이다.[484] 그러나 사실인정 자체가 정확하지 않다면 그러한 효과를 현실에서 제대로 구현할 수 없을 것이다.

나. 판결이유 제시의 부재

직권주의 국가에서도 시민법관들이 재판에 참여한다. 여기에서는 통상 직업법관과 함께 재판을 하면서 직업법관과 함께 심리, 판결하며 직업법관을 통해서 판결이유를 제시하여야 하고, 그들이 내린 판결은 상소를 통해서 상소심 절차에서 다시 재검토될 수 있으므로 영미법계 형사절차에 비해서 오판의 위험성이 감소되고 비직업적 사실인정자들의 지적, 심리적 취약성에 대한 우려가 적다. 그러나 영미법계 형사절차에서는 배심원들이 법관과 분리되어 평결하며 그들의 평결에는 이유가 제시되지 않으며 일사부재리 원칙에 따라서 그들이 내린 사실인정에 대해서는 상급심의 재심리 가능성도 인정되지 않으므로 배심원들의 오판에 대한 우려가 더욱 커질 수밖에 없다.[485] 민주적 사법절차에서 피고인은 평결 이유에 대한 권리를 주장할 수 있어야 하므로 영미법계 형사절차에서도 평결

---

483) Damaška, 주 98)의 책, 30, 32면.

484) Damaška, 주 98)의 책, 29면.

485) Damaška, 주 98)의 책, 41면. 배심의 평결이유가 공개되지 않는 것은 배심원은 평결에 이르기까지의 주관적인 정신작용 또는 평의 과정에서 일어난 객관적인 사실에 대하여 증언할 수 없다는 영국 common law 판례(Mansfield 규칙)를 미국 연방대법원이 수용함으로써 확립되었다. Mansfield 규칙은 연방대법원의 판례를 조문화한 연방증거법 제606조 (b)항으로 입법화되었으며, 동항은 “평결 또는 기소의 효력에 관한 심리 계속 중, 배심원은 ① 평의 과정에서 있었던 진술 또는 사건, ② 해당 배심원 또는 다른 배심원의 투표에 영향을 미친 모든 사항, ③ 평결이나 기소와 관련된 배심원의 정신적 과정(mental processes) 전반에 대하여 진술할 수 없다”고 규정하고 있다. 상세한 내용 및 그에 관한 비판에 대해서는 홍진영, “미국 배심제도에서의 배심원 평의 비공개 원칙과 그 한계 - 국민참여재판 배심원 평결의 기속력과 관련하여 -”, 저스티스(The Justice), Vol.-No.174(2019), 300-305면.

이유를 제시하도록 하는 방안이 오랫동안 검토되었으나 공판중심주의와 집중심리주의적 형사절차에서 비직업적 시민들이 자신들의 평결 이유를 곧바로 제시한다는 것은 현실적으로 실현 불가능한 것에 가깝다.[486]

다. 집단적 의사결정

대륙법계 직권주의 국가의 형사증거법상 사실인정은 개인의 인지과정에서 지식에 대한 확신을 가질 수 있는 과정과 기준에 관한 문제이다. 따라서 여기에서는 통상 유죄의 인정 기준은 합리적 의심 없는 정도에 이르는 개인적 확신(conviction intime)이 된다. 그러나 영미법계 증거법에서 사실인정자는 배심원으로서 복수의 집합체를 전제로 하고 있으므로 사실의 인정과정과 기준은 개인적인 것이 될 수 없다. 따라서 여기에서는 사실인정은 상호주관적인 것이 될 수밖에 없으므로 개인적인 확신이 아니라 합리적인 시민이라면 가질 수 있는 믿음이 그 기준이 된다.[487]

이러한 집단적 의사결정 하에서 발생할 수 있는 여러 문제점에 대해서는 여러 경험적 연구들이 제시되어 있다. 집단적 의사결정 하에서 참여자들은 자신이 가진 모든 정보를 제시하지 않고 자신의 결론을 지지하는 정보만을 제공할 가능성이 높으며,[488] 집단 내 사회적 압력 때문에 최초에 형성된 편향이나 오류가 개인의 판단과정에서보다 더 강화되고 극단화될 가능성이 높다는 점(폭포효과)이 알려져 있다.[489]

반면, 유죄 평결을 위해서는 만장일치를 요구하는 집단적 의사결정 과정에서 사실인정을 위한 토의는 상호주관적인 것이 될 수밖에 없으므로 논의 과정에서 상대방에게도 정당성이 인정될 수 있는 논증을 펼쳐야 한다는 점에서 개인적 의사결정 과정보다 그 편향성이 완화될 수 있는 측면도 존재한다.[490]

---

486) Damaška, 주 98)의 책, 42-43면; 홍진영, 주 485)의 논문, 298-300, 329-336면에서는 배심원의 책임성을 부여하고, 당사자와 국민의 알권리를 보장하기 위하여 배심원의 평결 이유 제시와 공개가 필요하다고 주장하며, 특히 실무상 사실상 기속력이 부여되고 있는 국민참여재판 평결 이유가 미국이나 영국보다 더 엄격하게 공개되지 않는 것에 대하여 비판한다.

487) Damaška, 주 98)의 책, 38면.

488) Cass R. Sunstein · Reid Hastie, 와이저(이시은 역), 리드하우스(2015), 57면.

489) Cass R. Sunstein · Reid Hastie, 주 488)의 책, 74, 84-88면; Cass R. Sunstein, 누가 진실을 말하는가(이시은 역), 21세기북스(2015), 43-52면.

2) 배심제도의 문제점에 대응한 영미법계 증거법의 제도적 장치

배심원들이 가진 취약성에도 불구하고 사실인정에 대한 평결 이유를 사후에 파악할 수 없는 증거법제에서 그 사실인정의 정당성을 유지할 수 있는 유일한 방법은 증거를 최대한 사전적으로 규제하는 것이다.

우선 당사자들이 법적으로 사용이 금지된 증거를 제시하여 배심원들을 오도하려 하는 경우 일단 그 정보가 배심원들에게 유입되고 나면 설사 배심원들이 그 정보를 평결에 이용하는 것이 금지되어 있다는 점을 안다고 하더라도 그 정보의 증거가치에 대해 개인적으로 신념을 형성하고 나면 더 이상 그 정보를 무시하도록 요구하는 것은 인지적으로 불가능하며 양심에도 반하는 것이 된다. 또한 미심쩍은 정보들이 일단 배심원들에게 유입되고 나면 배심원들의 평결 이유가 제시되지 않으므로 배심원들이 그 정보의 문제점을 충분히 고려하였는지 여부를 당사자가 사후적으로 파악하고 이의를 제기할 방법이 없다. 이러한 상황에서는 당사자에게 배심원들에게 제시되는 증거의 적절성에 대해 사전에 다툴 수 있는 기회를 보장함으로써 그 결정의 공정성을 유지해야 할 필요가 생긴다.

이러한 증거법 체제 하에서는 당연히 증거능력 제도가 발달할 수밖에 없다. 그 증거능력을 다툴 수 있는 예비적인 사전 규제 장치들이 존재해야 하며, 그 증거능력에 대한 판단도 구체적이고 상세하게 판례로 법리화되어 당사자들이 예측가능한 기준으로 제시될 수 있어야 한다.[491] 따라서 여기에서는 전문증거의 개념, 전문법칙의 예외가 당사자가 사전에 다툴 수 있도록 법률과 판례에 의해 상세하게 구체화되어 있어야 하며 특신상태라는 추상적인 판단기준만으로 제시될 수는 없다. 배심원 제도를 전제로 하는 영미법계 증거법에서는 배심원들에게 유입되는 정보를 사전에 규제하는 것이 평결 결과의 정당성을 담보하는 거의 유일한 장치이기 때문이다.

또한 배심원들이 평결하기 전에 법관이 사실과 법리에 관하여 상세한 기준을 사전에 지시, 설명하는 제도가 발달하여야 한다. 사후 규제가 불가능하며, 당사자의 공정성에 관한 관심이 사전 규제에 집중될 수밖에

490) Damaška, 주 98)의 책, 38면.
491) Damaška, 주 98)의 책, 43-44면.

없으므로 당연히 이러한 배심원 설명 또한 구체적이고 상세하게 작성될 수밖에 없다. 배심원들의 평결 과정이 집단적 의사결정 방식에 따라 진행되므로 법관의 이러한 사전 설명은 집단적 토의 과정에서 논거로 작용할 가능성이 높으므로 어느 정도 사실인정의 정확성을 보장하는 효과를 달성할 수도 있다.[492]

(4) 법원의 구조적 분할

앞서 살펴본 배심제도만으로는 영미법계 증거법이 가진 사전적 규제의 특징의 구조적 원인을 모두 해명하지 못한다. 영미법계 법원의 구조는 직업법관이 사전적 규제를 담당하고 최종적인 사실인정은 배심원들이 담당하는 형태로 분할되어 있는데, 이러한 법원의 구조적 분할이 전제되지 않는다면 앞에서 설명한 증거능력 제도에 의한 사전 규제 장치들은 모두 무력화되고 말 것이기 때문이다.

진술증거의 인식론적 측면을 다루면서 살펴본 것처럼 진술증거의 신용성은 진술이 담고 있는 사실의 주장뿐만 아니라 그 주장이 이루어진 정황, 상대방, 그 주장이 담고 있는 전제와 맥락을 모두 비교, 검토해야만 판단할 수 있는 것이다. 따라서 어떠한 진술이 제시되었을 때 곧바로 그 진술의 신용성을 정확하게 판단하는 것은 불가능하다. 진술의 내용, 맥락, 전제, 상대방, 다른 자료와의 비교를 통해서 최종적으로 신용성을 평가할 수 있게 되므로 단일한 사실인정자가 본격적으로 증거를 접하고 평가하기 전 단계에서 사전적으로 미심쩍은 증거를 배제, 차단하는 것은 어렵게 된다. 따라서 단일한 사실인정자를 전제로 하는 대륙법계 직권주의 형사절차에서는 증거능력 제도가 발달하기 어렵다. 오히려 사실인정자에게 증거조사의 권한과 책임을 함께 부여함으로써 진술이 가진 정황적 측면을 가능한 최대한도의 범위 내에서 수집, 조사하게 함으로써 진술의 신용성을 평가하게 하는 것이 합리적이다. 따라서 독일의 직접주의 증거법 체제에서는 영미법계 증거법적인 장치들, 특히 관련성 개념이나 전문법칙과 관련된 제도적 장치들이 대부분 존재하지 않고, 법관의 직접 심리의무 및 진실규명의무, 그리고 판결이유 제시 및 사실인정에 대한

492) Damaška, 주 98)의 책, 40면.

상소심 심리제도가 대신 자리잡게 된 것은 우연이 아니다. [493]

반면 법원의 구조가 이중적으로 분할된 영미법계 형사절차에서는 직업법관이 미심쩍은 증거에 대해 사전 규제를 할 수 있게 한다면 최종적인 사실인정자들은 그러한 부적절한 정보에 노출되지 않은 상태에서 사실판단에 이를 수 있게 된다.[494] 증거 배제에까지 이르지 않는 경우에는 배심원들이 부적절한 정보에 오염된다는 위험성이 발생하게 되나 직업법관이 배심원에게 그 증거를 고려하지 않도록 사전에 설명하는 방법에 의해서 배심원들의 평결을 어느 정도 바르게 유도할 수 있다. 집단적 의사결정 과정에서는 그러한 법관의 설명은 상호주관적 설득의 준거가 될 수 있기 때문에 배심원 개인의 편향성을 극복하는데 어느 정도 효과를 가질 수 있기 때문이다. 따라서 법원의 이중구조는 증거능력 제도라는 사전적 규제가 형성되고 실효적으로 기능을 발휘하는데 있어서 핵심적인 기능을 한다. 또한 이러한 이중구조는 배심원들에게 흘러가는 정보의 양을 적절하게 규제함으로써 배심원들의 인지적 부하를 감소시킴으로써 그 판단의 정확성을 제고하는 측면이 있다는 점도 부각되고 있다.[495]

반면, 대륙법계 국가의 형사법원은 법관과 배심원이 구분되어 있지 않으며, 직업법관이 재판의 진행이나 법리의 적용뿐만 아니라 사실인정의 임무를 함께 담당하는 것이 일반적이다.[496] 프랑스혁명 직후에 잠시 도입되었던 배심제도는 대륙법계의 사회적 구조나 문화에 맞지 않는 것으로 판명되어 곧 사라졌으며, 시민들이 법관과 분리되어 사실인정을 하는 배심원으로서가 아니라, 시민법관으로서 직업법관의 심리와 판결에 참여하는 참심제도가 채택되어 발전하였다. 이러한 형사법원의 구조에서는 시민들이 파생적 증거의 증명력을 과대평가할 위험성이 적으므로, 영미에서처럼 법관이 배심원들이 파생증거로부터 비합리적인 추론을 하는 것을 규제하기 위하여 증거능력을 사전에 심사하거나 배심원들이 평결하기 전에 증거에 대해 지시, 설명하는 제도가 크게 필요하지 않다.[497]

---

493) Damaška, 주 98)의 책, 55면.
494) Damaška, 주 98)의 책, 47면.
495) Craig R Callen, 주 320)의 논문 참조.
496) 프랑스 중죄법원의 경우에는 예외적으로 참심제에 가까운 형태의 배심제도가 채택되어 있다.
497) Mirjan Damaška, 주 97)의 논문, 426면.

또한 법원의 구조가 이원화되어 있지 않으므로, 직업법관이 증거능력이 없는 증거를 사전심사하여 사실인정자로부터 차단하는 형태의 사전심리제도가 발전하기 어렵다.[498] 사실인정자가 분리되어 있지 않으므로 기본적인 신용성 심사와 최종적인 증명력 심사를 구별해야 할 필요성이 크지 않다. 뿐만 아니라 기본적인 신용성을 심사하기 위한 전문법칙과 같은 증거능력 제도를 도입한다고 하더라도 일원화된 법원의 사실인정자는 증거능력의 심사과정에서 증거의 존재와 내용을 이미 알게 되는 경우가 많으므로, 그 과정에서 그가 실제로 사건의 실체에 관해 도달한 믿음에 반하여 형식적인 사실인정을 할 것을 법으로 강요하게 된다.[499] 앞에서 살펴본 것처럼 이는 자유로운 증명의 원칙에 반하는 것이다.

498) 다만 우리 형사소송법상 준항고 제도와 같이 수사기관의 압수수색 등에 관한 처분에 관해서는 예외적으로 실체 재판 이전에 위법하게 수집된 증거물을 사전심리를 통해 배제할 수 있는 예외적인 길이 열려 있다. 그러나 준항고 제도는 실체진실 발견의 이념과는 별개의 헌법적 가치를 보장하기 위해서 위법수집증거를 배제하는 것을 목적으로 하는 것이며, 전문법칙과 같이 기본적 신용성의 기준을 심사하기 위한 제도는 아니다.

499) Mirjan Damaška, 주 97)의 논문, 428면.

제 2 절 형사절차의 구조와 반대신문권의 기능[500]

1. 형사절차의 구조와 반대신문권의 관계

(1) 당사자주의 형사절차의 구조와 반대신문권

1) 진술증거의 신용성을 검증하는 수단

반대신문권(cross-examination)을 '진실발견을 위해 발명된 가장 위대한 법적 엔진(the greatest legal engine ever invented for the discovery of truth)'이라고 찬양한 Wigmore의 말은 반대신문권의 효과에 대한 영미 증거법 학계와 실무의 믿음을 대표하는 것으로 널리 알려져 있다.[501] 피고인의 반대신문권은 공판정에서 증인의 편견, 숨겨진 이해관계, 도덕적 결함을 드러내어 증인의 신용성을 공격하거나 그 증언이 지닌 모호성과 모순을 반박함으로써 증언의 증명력을 검증한다.

그런데 이러한 반대신문권은 순수하게 증거법적 차원에서만 보면 증인을 탄핵하는 보편적인 수단은 아니다. 직권주의 형사절차에서는 검사와 법원에게 실체진실 발견의 책임과 권한이 부여되어 있으므로 검사와 법원은 그 진실규명의무에 의해서 피의자, 피고인 및 참고인의 주장이나 반론을 확인하고 검증할 책임이 있다. 전통적으로 직권주의 형사절차에서는 법관이 증인신문을 진행하므로 검사나 피고인에게 직접적인 반대신문권이 보장되는 것은 아니었으며 검사나 피고인이 법관에게 그러한 취지의 신문을 해줄 것을 요청하는 방법으로 반대신문이 이행되거나 법관의 신문을 보충하는 차원에서만 신문이 가능하였다.[502] 만약 법관이 이

---

500) 이하 부분은 이창온, 주 7)의 논문 및 이창온, "반대신문권 보장의 헌법 및 인권법적 의의와 비교법적 검토 - 헌법재판소 2021. 12. 23. 2018헌바524 결정에 관한 평석-", 형사소송 이론과 실무, 제14권 제2호(2022)을 기초로 하여, 그 내용을 대폭 수정, 보완한 것이다.

501) Wigmore on Evidence, Chadbourn, vol 5[Paul Roberts, Adrian Zuckerman, Criminal Evidence(2th), Oxford University Press(2012), 295면에서 재인용].

502) 김주석 외 1인, 증인신문 절차 및 기법에 관한 연구, 대법원 사법정책연구원(2016), 99, 123-125면.

러한 요청을 제대로 이행하지 않음으로써 진실규명에 지장을 초래하거나 피고인에게 공정한 재판이 보장되지 않았다고 판단된다면 검사나 피고인은 상소에 의해서 이를 시정받을 수 있다.

반면, 영미 당사자주의 형사절차에서는 피고인의 반대신문권이 불리한 증언의 증명력을 검증하기 위한 거의 유일한 핵심 수단이 된다. 피고인은 자신에게 불리한 증언에 의하여 가장 영향을 받는 당사자로서 적극적으로 반대신문권을 행사해야 할 동기를 가진다. 뿐만 아니라 여기에서는 사실인정자가 증거조사나 신문에 참여하지 않고 수동적으로 머물러 있게 되므로 당사자의 반대신문이 아니면 달리 증인의 증명력을 탄핵할 장치가 존재하지 않는다. 앞에서 언급한 것처럼 당사자주의 형사절차에서도 절차를 진행하는 법관에게 증인에 대해 질문할 수 있는 권한 자체는 인정하는 것이 일반적이지만 당사자주의 형사절차에서 대부분의 법관들은 편파적인 인상을 줄 것을 우려하여 증인신문에 개입하지 않는 것이 확립된 실무례이다.[503] 따라서 이러한 당사자주의 형사절차에서 반대신문권은 진술증거의 신용성을 확인하기 위한 수단으로서 그 형사절차의 핵심 구조의 일부로 정착되었으며 영미법상 전문법칙의 핵심 논거가 되었다. 불리한 진술의 원천인 원진술자에 대해 반대신문이 이루어지지 않는다면 앞에서 지적한 진술증거의 위험성을 제대로 검증할 수 없게 되므로 원진술의 신용성을 제대로 평가할 수 없기 때문이다.

2) 반대신문권의 신용성 저해 측면

반대신문권(cross-examination)에 대한 Wigmore의 찬양은 유명하지만, 그가 그 바로 뒷 문장에서 반대신문권이 가진 어두운 측면을 곧바로 지적한 부분은 잘 인용되지 않는다. Wigmore는 반대신문권은 진실발견의 힘만큼이나 거짓된 인상을 만들어내는 것에 있어서도 동등하게 강력하다고 지적하였다(cross-examination is almost equally powerful for the creation of false impressions).[504]

가. 당사자주의 하에서 반대신문권의 한계

503) Robert P. Mosteller 외 5, 주 177)의 책, 23-25면.
504) Damaška, 주 98)의 책, 79면의 각주 10 참조.

우선 당사자주의 형사절차의 구조상 반대신문권은 주신문을 마친 증인을 공격하기 위한 목적으로 주신문과 관련된 범위 내에서만 행사가 가능하다는 측면에서[505] 실체진실 발견에 있어서 한계를 가진다.[506] 당사자주의 형사절차에서 반대신문권은 객관적인 실체진실 발견의 도구보다는 사실인정자에게 당사자에게 유리한 인상을 이끌어내기 위한 전략적 도구로서 주로 이용된다. 반대신문은 증인의 진술에서 모호하고 부정확한 점을 찾아내어 정확하고 객관적인 진술 내용을 확인하고, 진술자의 편견과 선입견을 드러내고 진술의 모순점을 찾아내어 사실인정자에게 보여줌으로써 진술의 허위성을 드러내는 것보다는 증인의 평판과 신용 그 자체를 공격하는 것이 전략적으로 훨씬 유리한 경우가 많다.[507] 또한 암시적이고 유도적인 질문을 통해 증인의 판단을 혼란스럽게 하고 공격적인 질문으로 증인의 감정적인 반응을 불러일으켜 실수를 하게 만드는 형태의 신문기법이 실무적으로 개발되어 활용된다.[508] 이러한 공격적이고 혼란스럽게 만드는 증인신문에 대비하기 위하여 주신문을 하는 측은 미리 자신의 증인을 반대신문에 대비시키기 위해 증언 연습을 실시하고 답변 내용과 태도를 지도하는 등의 실무가 발전되었다.[509]

한편 당사자주의 형사절차에서는 증인은 그를 신청한 측을 위해 증언한다는 인식이 강하기 때문에 실무상 반대신문을 통해서 새로운 진실을 밝혀낼 것이라는 기대를 하지 않는 경향이 강하다. 반대신문자는 반대신문 과정에서 증인이 주신문에서 한 불리한 증언을 반복하게 하는 것을 회피하고자 하기 때문에 자신이 증인의 답변을 미리 예상하지 못하는 경우나 증인이 주신문에서 이미 행한 답변을 다시 강조해서 반복할 가능성이 높다고 판단하는 경우에는 질문을 하지 않는 쪽을 선택하는 경향이 강하다.[510] 따라서 반대신문이 실체진실을 밝혀낼 수 있는지에 대한 경

505) Robert P. Mosteller 외 5, 주 177)의 책, 81-82면.
506) Robert P. Mosteller 외 5, 주 177)의 책, 94~95면.
507) Robert P. Mosteller 외 5, 주 177)의 책, 92-93면.
508) Robert P. Mosteller 외 5, 주 177)의 책, 93면.
509) 증인 면담에 관하여는 이승주, 주 454)의 논문 참조.
510) Roger C.Park, Adversarial Influences on the Interrogation of Trial Witnesses, (van Koppen・P.J.& Penrod, S.D. 편), Adversarial versus Inquisitorial Justice(2003), 131~166면. 반대신문권은 신문자가 미리 어떠한 답변이 나올지 예상하지 못하는 상태에서 질문을 하였다가 의외의 답변이 나오면 오히려 신문

험적, 실증적 결론은 그 명성에 비해서 그다지 명확하지 않은 쪽에 가깝다.[511]

나. 취약한 피해자 진술의 진술 왜곡 가능성[512]

위와 같은 반대신문의 한계는 증인이 아동이거나 심리적으로 취약한 피해자인 경우에 더욱 부각된다. 국내외 아동 증언에 관한 연구들은 연령이 어린 아동의 진술은 인지적 측면, 사회정서적 측면, 면담 환경의 측면에서 취약하므로 외부 영향으로 인해 쉽게 그 신용성이 약화될 수 있다고 보고한다.[513] 면담 환경의 측면에서 아동의 진술은 성인 면담자의 유도와 암시에 매우 취약하며 특히 암시적 질문이 반복되는 경우에는[514] 자신의 진실한 진술도 번복하기 쉬우며, 면담 횟수가 증가함에 따라서 실제 기억과 인터뷰 초기에 제공된 정보 사이에 혼란을 겪게 된다.[515] 아동은 면담자의 권위나 사회적 지위에 민감하기 때문에 어른들을 신뢰하며 면담자를 기쁘게 해주기 위해서 실제로 기억하는 바를 희생해서라도 권위자의 의도에 순응하려고 하는 경향이 있다.[516] 또한 인지능력이 미성숙한 아동은 경험을 기억하는 과정에서 이를 제대로 언어적으로 부호화하지 못하기 때문에 자신이 가지고 있는 지식과 일치하는 유도 질문에 대해서 더 쉽게 암시에 빠져드는 경향이 있으며,[517] 면담 과

자에게 악영향을 미치기 때문에 소송실무상 언제나 피신문자의 답을 이미 알고 있는 경우에만 질문을 하여야 한다는 것이 일종의 경험칙상 금언으로 받아들여지고 있고, 그 때문에 중립적이고 객관적인 정보를 새로 발견하는 것은 반대신문권의 본질적인 기능이 아니라고 보고 있다.

511) Robert P. Mosteller 외 5, 주 177)의 책, 95면. 반대신문권은 유용하기는 하지만 필수불가결한 것은 아니며, 따라서 양 당사자의 귀책사유 없이 반대신문이 이루어지지 않은 경우 전문증거의 증거능력을 인정하는 편이 합리적이라고 한다.

512) 이 부분은 이창온, 주 500)의 논문을 수정, 인용한 것이다.

513) 곽금주, 이승진, “아동증언에 영향을 주는 요인들”, 한국심리학회지 제25권 제2호(2006). 14면 이하; 아동의 법정진술에 관한 상세한 경험적 연구로는 Ingrid M. Cordon, Gail S. Goodman, Stacy J. Anderson, Children in Court, 주 510)의 책, 167-189면.

514) 이승진, “아동의 진술 역량 및 한계점에 대한 고찰”, 한국심리학회지, 제3권 제3호(2012). 160면 이하.

515) 곽금주, 이승진, 주 513)의 논문, 24면.

516) 곽금주, 이승진, 주 513)의 논문, 27면.

정에서 주어진 질문 속에 포함된 정보나 편견을 자신의 경험 또는 유사한 사건과 제대로 구별하지 못하거나, 상상과 현실을 구별하지 못하는 경향이 있다.[518]

아동 증인에 대해 적대적으로 이루어지는 반대신문은 성인에 대해서조차도 진술 왜곡의 가능성을 극대화하는 방식으로 이루어지는 유도 신문과 인격에 대한 공격에 의해서 쉽게 왜곡되거나 변형된다. 이러한 반대신문의 결함은 충격적인 피해를 경험한 피해자에게도 동일하게 발생할 수 있다. 반대신문 과정에서 발생할 수 있는 2차 가해도 심각한 문제이다.

3) 공정한 재판을 보장하기 위한 수단

영미법계 형사절차는 당사자주의를 채택하고 있으므로 증거수집, 선택, 제시가 모두 당사자의 주도권 하에 놓여 있다. 이러한 체제 하에서 반대신문권은 상대방의 공격에 대한 방어의 의미를 가지므로 반대신문권을 제약하게 되면 당연히 재판의 공정성을 침해하게 된다. 따라서 반대신문을 통해서 원진술자의 신용성을 검증할 수 없는 경우에 그 전문증거의 증거사용을 원칙적으로 배제하는 전문법칙은 신용성 검증 수단일 뿐만 아니라 재판의 공정성을 보장하기 위한 장치이기도 하다.

한편, 미국 연방수정헌법 제6조는 불리한 증인에 대한 피고인의 대면권(confrontation clause)을 규정하고 있다. 대면권은 불리한 증인에 대하여 면전에서 반대신문을 할 수 있는 권리로서 일반적인 반대신문권보다는 공간적 측면이 더 강조된 것으로 이해할 수 있다. 종래 미연방대법원은 대면권을 해석함에 있어서 원진술에 대해서 전문법칙의 예외가 인정되는 경우에는 피고인에게 원진술자에 대한 대면권이 보장되지 않더라도 그 원진술을 담고 있는 전문진술, 전문서류 또는 녹음물의 증거능력이 인정된다고 보았다. 이는 대면권의 의의를 진술의 신용성을 보장하기 위한 수단으로 파악하는 것이며 전문법칙과 동일한 목적을 가진 것으로 이해하는 것이었다. 그러나 2004년 미연방대법원은 Crawford v. Washington 사건에서 대면권의 핵심 내용을 피고인의 반대신문권 보장

517) 곽금주, 이승진, 주 513)의 논문, 23면 이하.
518) 곽금주, 이승진, 주 513)의 논문, 18-19면.

그 자체로 파악하면서 증언적 진술(testimonial statement)인 원진술에 대해 전문법칙의 예외가 인정되더라도 피고인의 반대신문권이 보장되지 않은 경우에는 그 증거능력을 배척하였다. 이에 따라서 미국에서 반대신문권은 전문법칙보다 상위의 효력을 가진 독자적인 절차적 헌법적 원리가 되기에 이르렀다.[519]

(2) 직권주의 형사절차의 구조와 반대신문권의 의의

1) 신용성 검증수단 기능의 약화

직권주의 형사절차에서는 실체진실 규명의무를 법원이 부담하므로 법원이 직권으로 진술증거의 신용성을 확인하기 위한 증인신문을 실시할 수 있으며 나아가 그 신용성을 확인할 수 있는 다른 증거자료들과의 비교 검토도 가능하다. 따라서 반대신문권이 가지는 신용성 보장의 수단으로서의 기능은 현저히 약화된다. 반대신문권이 이뤄지지 않았다고 하더라도 법원이 피고인이 주장하는 반론이나 당해 진술증거의 약점에 관하여 충분한 보강조사를 실시하였다면 그 과정에서 당해 진술의 신용성이 확인될 수도 있기 때문이다. 즉, 직권주의 형사절차에서 반대신문이 이루어지지 않은 전문증거에 대해서 증거를 배제하지 않는 것은 직권주의 형사절차에서는 당사자의 반대신문 이외에도 법원이 다른 방법으로 진술증거의 신용성을 조사하거나 검증할 수단과 방법이 존재하기 때문이다. 법원이 반대신문이 이루어지지 않은 진술증거의 신용성을 다른 방법으로 검증하지 않은 채 이를 근거로 사실인정을 하였다면, 당사자를 상소를 통해서 이의제기를 할 수 있으며, 상급법원의 심사를 통해 그 사실인정 결과가 파기될 수 있다.

2) 공정한 재판 보장의 기능

519) Robert P. Mosteller 외 5, 주 177)의 책, 77~78면; Crawford v. Washington, 541 U.S. 36 (2004). Crawford 판결의 상세한 내용 및 우리 형사절차에 대한 의의에 관하여는 김희균, “크로포드 사건: 형사피고인의 대질심문권의 재발견”, 법조, 제54권 제7호(2005. 7), 145면 이하; 설민수, “형사재판에서 증언적 전문진술에 대한 반대신문권 보장과 그 한계”, 사법논집, 제52집, 법원도서관(2011) 참조.

한편, 유럽인권협약(European Convention on Human Rights)이 1953년 채택되고 다수의 유럽 국가들이 가입하였다. 유럽인권협약 6(3)(d)에는 불리한 증인에 대한 반대신문권 조항이 규정되어 있으므로,[520] 직권주의적 증거법을 채택한 국가에서도 이제는 반대신문권은 국내법의 상위에 존재하는 헌법적 원리 또는 국제인권법적 원리로서 받아들여지게 되었다. 반대신문권은 진술증거의 신용성을 보장하기 위한 수단이 아니라 절차적 기본 권리로서 재판의 공정성을 평가하는 기초로 받아들여지게 되었다.[521] 이러한 유럽인권협약에 의해 도입된 공정한 재판의 이념은 전쟁과 독재권력의 남용과 위기를 경험한 유럽이 통합과 공존을 달성하기 위해서는 직권주의적 형사절차를 채택한 국가들도 피의자, 피고인의 인권보호라는 공통의 가치를 받아들일 필요가 있음을 인정하였기 때문이다.[522] 그러나 직권주의 국가에서도 피고인의 절차적 권리를 보장하는 역사적 전통이 결여되어 있었던 것은 아니다. 법치국가의 원리에 따라 피의자나 피고인에게 압수수색 등 증거조사 절차에 대하여 참여권이 보장되었던 것처럼 반대신문권도 그러한 피고인의 절차적 권리보장이라는 오랜 직권주의적 전통의 연장선에 서 있는 것으로 이해할 수 있다.[523]

(3) 반대신문권의 공정한 재판 보장 기능과 새로운 증거법상 문제

영미법계 증거법에서는 전문법칙을 통해서 진술증거의 신용성의 보장과 반대신문권 보장을 통한 공정한 재판의 추구를 통일적으로 규율해왔는데 Craword 판결 이후 전문법칙과 대면권 보장의 기능이 분리됨에 따라 피고인에게 불리한 진술증거에 대해서는 수정헌법상 대면권 보장 조항의 독자적 규율 영역과 기능이 새로운 법적 문제로 대두되었다. 어떠한 전문증거가 전문법칙의 예외에 해당하여 전문법칙의 영역에서는 더

520) 유럽인권협약의 효력에 관한 상세 내용에 대해서는 Philip Leach, 주 260)의 책 참조.

521) 이주원, “형사소송법상 반대신문권과 증거능력의 관계”, 형사소송 이론과 실무 제10권 제2호(2018), 171면.

522) 유럽인권협약이 대륙법계 국가의 형사절차에 미친 영향에 대해서는 Hodgson, 주 82)의 책, 41-52면.

523) John D Jackson · Sarah J. Summers, 주 75)의 책, 1423-1678/16403면.

이상 반대신문권 보장이 불필요한 경우임에도 피고인에 대해서는 수정헌법상 대면권 보장 조항에 의해 그 전문증거의 증거능력을 어느 정도까지 부정할 것인지 여부가 헌법 해석의 문제가 된 것이다.

반면 직권주의 국가에서는 전통적으로 예심절차나 수사절차에서 작성된 조서는 증거자유주의나 직접심리주의 또는 최우량증거원칙에 따라 예외적으로 증거로 사용하는 것이 가능한 것으로 인정되었으나, 이제 개별국가의 증거법보다 상위의 효력을 가진 유럽인권협약상 반대신문권 보장 조항이 적용되면서 그러한 조서의 증거 사용이 어떠한 추가적인 제약 하에서 가능하게 되는지 여부가 새롭게 문제 된다.

2. 반대신문권의 절차적 기본권, 인권으로서의 기능

미국과 유럽인권협약의 가입 국가들의 형사절차에 있어서는 이제 피고인에게 불리한 공판 외의 진술증거에 대하여는 국내 증거법에 따라 증거사용 여부를 검토하는 이외에도 수정헌법상 대면권 조항이나 유럽인권협약상 반대신문권 조항에 의하여 다시 한번 증거사용 여부에 관한 평가가 이루어져야 한다. 오늘날 대면권이나 반대신문권은 진술증거의 신용성을 보장하기 위한 차원에 머무는 것이 아니라 피고인의 절차적 인권을 보호하기 위한 독자적 목적과 기능이 중요하게 재인식되고 있기 때문이다.

대면권이나 반대신문권이 진술증거의 증거사용을 제약하는 방식에는 다시 두 가지 모델로 나누어진다. 첫 번째 모델에서는 미국 연방수정헌법과 같이 대면권을 독자적인 헌법상 기본권으로 규정함으로써 대면권 보장은 전문법칙과 별개로 진술증거의 증거능력을 제약하는 헌법상 요건이 되며, 이를 위반한 때에는 그 증거능력이 배제된다. 두 번째 모델에서는 유럽인권협약과 같이 반대신문권을 보장하는 국제인권규범이 협약 가입국에 구속력을 가지고 적용되나, 어떠한 진술증거에 대해 반대신문권이 보장되지 않았다고 하더라도 그 증거능력을 배제하는 것이 아니라 그 반대신문권이 보장되지 않은 결과로서 재판의 공정성이 침해되었는지를 종합적으로 평가한다.

(1) 미국 연방수정헌법 제6조의 대면권의 증거능력 배제 효과

1) Crawford 판결 이전의 대면권 조항의 효과

연방대법원은 Pointer v. Texas 판결에서[524] 연방헌법상의 대면권 조항이 수정헌법 제14조를 통해 주의 형사절차에도 적용된다고 최초로 판시하였다. Pointer 판결에서는 공판 전 예비신문절차(preliminary hearing)에서 피고인에게 변호인이 선임되지 아니하여 반대신문이 이루어지지 않는 상태에서 이루어진 불리한 증언을 공판절차에서 검찰 측 증거로 사용할 수 있는지가 문제되었다. 원진술자는 공판절차에서 증언 불능이었으므로 검사는 예비신문절차에서의 증언이 담긴 기록을 증거로 제출하였는데,

524) Pointer v. Texas, 380 U.S. 400(1968).

연방대법원은 예비신문절차에서의 대면권 침해를 이유로 그 증언의 증거능력을 부정하였다.[525]

이와 달리 연방대법원 Ohio v. Roberts 판결[526]에서는 예비신문절차에서 원진술자에 대하여 피고인 측 반대신문이 이루어졌으나, 원진술자가 이후 공판에서 증언 불능인 경우에 예비신문절차에서의 증언을 증거로 사용할 수 있는지가 문제되었다. Ohio주 증거법은 연방증거법과 달리 예비신문절차에서의 증언에 대해서는 원진술자의 공판 출석 요건 없이 전문법칙의 예외를 인정하고 있었으므로 예비신문절차에서의 증언은 전문법칙에 의하더라도 증거능력이 인정될 수 있었다. 다만 원진술자가 법정에서 증언할 수 없어서 공판 단계에서 피고인의 대면권이 보장되지 않은 것이 문제되었는데, 연방대법원은 공판외 진술이 확고하게 뿌리내린 전문법칙의 예외에 해당하거나 신용성을 보장할 수 있는 특별한 사정이 존재하는 경우에는 대면권의 침해 문제가 발생하지 않는다고 판시하였다. 다만 검사는 원진술자를 법정에 출석시켜야 하며 그렇지 못할 경우에는 원진술자가 법정에 출석하여 증언할 수 없다는 사실을 소명해야 한다고 하였다. 연방대법원은 이후 일련의 판결들(Bourjaily v. United States, Lilly v. Virginia, Idaho v. Wright, United States v. Inadi)을 통해서 연방증거법 제807조의 기타 예외사유를 포함하여 다양한 유형의 전문법칙의 예외가 인정되는 경우에는 대면권 침해가 문제되지 않는다는 점을 분명히 하였다. 다만 공판 전의 진술이 예비신문절차 등 사법절차에서 이루어진 경우(즉, 일종의 증언적 진술)에는 원진술자가 법정에 출석할 수 없다는 사실이 소명된 경우에 한하여 증거능력이 인정될 수 있다고 하여 대면권이 보장되지 않은 경우에는 원진술자의 공판 증언이 불가능한 경

---

525) 최병천, “미국의 전문법칙과 대면권에 비추어본 참고인진술조서의 증거능력”, 저스티스 제131호(2012), 247면. 연방증거법 하에서라면 원진술자가 공판정에 출석하여 반대신문을 받을 수 있었고 원진술자가 진술을 번복한 경우에만 예비신문절차에서의 증언의 증거능력이 인정될 수 있으므로, 이러한 경우 예비신문절차에서의 증언은 대면권 조항의 적용 이전에 전문법칙에 의해서도 증거능력이 인정되지 않았을 것이다. 그러나 예비신문절차에서 이루어진 증언의 증거능력에 대해 완화된 입장을 취하는 주 증거법(예컨대 Ohio 주)에 대해서 수정헌법상 대면권 조항을 적용하는 것은 전문법칙의 적용과 다른 결과를 초래할 수 있게 된다. 같은 논문 각주 21 참조.

526) Ohio v. Roberts, 448 U.S. 56(1980).

우에 한하여 보충적으로만 증거로 사용될 수 있다고 보았다. 그러나 사법절차에서 이루어지지 않은 진술에 대해서는 원진술자의 공판정 출석불능 요건조차도 불필요하다고 하였다.[527] 이러한 미연방대법원의 입장은 대면권의 기능을 전문법칙과 마찬가지로 진술증거의 신용성을 보호하기 위한 것으로 바라보고 있었다는 것을 의미한다.[528]

2) 전문법칙 예외에 해당하는 전문증거의 증거능력 배제 효과

2004년 미연방대법원은 Crawford v. Washington 판결[529]에서 반대신문권 보장을 대면권의 핵심 내용으로 파악하면서 증언적 진술(testimonial statement)은 증거법상 전문법칙의 예외가 인정되는 것이라고 하더라도 피고인의 대면권 기회가 보장되지 않은 경우에는 헌법위반으로 그 증거능력을 배척하여야 한다고 선언하였다. 일각에서는 이것을 증거법과 헌법의 이혼이라고 부르기도 한다.[530] 전문증거가 전문법칙의 예외에 해당하여 기본적인 신용성이 인정되면 반대신문권이 보장되지 않았다고 하더라도 그 진술증거의 증거능력을 인정하고 있었던 확립된 판례를 버리고 이제 피고인의 헌법상 절차적 인권이 보장되지 않은 경우에는 당해 진술증거가 믿을 만한 것으로 인정된다고 하더라도 그 증거능력을 부정하는 것으로 획기적인 방향 전환이 이루어진 것이다. 이것은 위법한 절차에 의해 수집된 물적 증거의 증거가치가 충분히 인정되더라도 향후 수사기관의 위법수사 억제라는 정책적 논거에 따라 당해 사건의 실체진실 발견을 희생해서라도 그 증거의 사용을 허용하지 않는 위법수집증거배제법칙과 일견 궤를 같이하는 것처럼 보인다.

그러나 좀 더 생각해보면 대면권 보장의 목적과 기능은 위법수집증거배제법칙이 위법수집증거의 배제라는 일종의 징벌적 조치를 통해서 수사기관의 향후 위법수사를 억제하겠다는 명확한 정책적 목표를 근거로 하

---

527) 최병천, 주 525)의 논문, 249면. 이러한 진술은 사법절차에서 이루어지지 않은 전문법칙 예외 적용 진술은 그 정황증거적 성격이 진술의 사실 전달 요소와 동일하거나 오히려 더 강하기 때문에 원진술자의 법정진술보다 신용성이 더 높다는 관점에서 법정 출석 요건을 요구하지 않는 것으로 추측된다.

528) 김희균, “형사증거법의 재조명Ⅱ: 크로포드 이후 전문법칙의 미래”, 형사법연구 제25권 제1호(2013), 389-390면.

529) Crawford v. Washington, 541 U.S. 38(2004).

530) Robert P. Mosteller 외 5인, 주 177)의 책, 77~78면.

는 것과는 현저히 다르다. 대면권 보장을 전문법칙과는 별개의 독자적인 증거능력 요건으로 삼겠다는 것은 전문증거가 전문법칙 예외에 해당되어 신용성이 인정되고 대면권이 보장되지 않은 사유에 관하여 당사자에게 아무런 책임이 인정되지 않는 경우에도 대면권 침해 사유만으로 그 증거능력을 배제한다는 것을 의미한다.[531] 물론 당사자주의 형사절차에서는 절차의 공정성이 증거법의 중요한 형성원리로서 당연히 포함되어 있으며, 앞에서 살펴본 것처럼 당사자주의 형사절차의 공정성을 보호하기 위해서 개별 재판에서의 실체적 진실발견의 저해 위험성을 일부분 감수하기까지 한다.[532] 그러나 앞에서의 구조적 분석을 고려하면 이러한 당사자주의 형사절차의 영향은 당사자의 책임 있는 사유로 절차의 공정성이 침해되는 경우로 국한되어야 한다. 당사자주의 증거법의 원리는 절차의 공정성에 책임 있는 당사자에게 증거사용 배제 등의 불이익을 가하여 향후 공정성 침해 행위를 억제함으로써 형사절차 전체의 공정성을 보장하고자 하는 것이다. 그러나 당사자와 관계없는 사유로 원진술자가 사망하거나 소재가 파악되지 않았다는 우연적 상황에 대해서까지 원진술자에 대한 대면권이 보장되지 않았다는 이유만으로 책임 없는 당사자에게 불이익을 부여하는 것은 이러한 정책적 차원의 함의를 가지지 못한다. 이 경우 당사자에게 증거배제 등의 불이익을 가하더라도 향후 침해행위의 재발방지 가능성이 높아지는 것은 아니기 때문이다.

형사재판이 스포츠게임이 아닌 이상 절차의 공정성 그 자체를 보호하기 위해 실체진실 발견의 이념을 희생시킨다는 것은 영미법적 사고로도 쉽게 납득되기 어렵다. Crawford 이전의 판례가 대면권 조항을 전문법칙과 통일적으로 규율한 것은 그러한 점을 고려하였기 때문일 것이다. 그렇다면 Crawford 판결 이후 미연방대법원이 개별 사건의 실체진실 발견

531) 김희균, 주 528)의 논문, 381면.

532) 김희균, 주 528)의 논문, 392-385면에서는 17세기 영국과 미국에서 전문법칙에 의해서 공판정에서의 증언만이 증거로 허용되고 전문법칙의 예외가 극히 제한적으로 인정되다가 실무상 필요에 의해서 전문법칙의 예외가 확장되는 과정에서 반대신문권의 절차적 보장을 강조하는 견해와 실체진실 발견과 실무상의 필요를 강조하는 견해 사이의 대립 과정을 통해 전문법칙의 예외가 확장되는 역사적 과정을 서술하고 있다. 앞의 논문 386면은 반대신문권의 절차적 보장을 강조하는 견해가 미국 수정헌법 제6조의 대면권으로 편입되었다고 설명한다.

의 이념을 희생해서라도 대면권 조항을 통해 보호하고자 하는 정책적 이념은 정확하게 무엇일까? Crawford 판결이 대면권의 보호범위를 증언적 진술(testimonial statement)로 국한한 것에서 그 단서를 발견할 수 있다.

3) 대면권 보장의 범위

Crawford 사건에서는 피고인의 처가 경찰에서 피고인에 대해 불리한 진술을 하였으나 공판정에서는 피고인의 배우자특권(marital privilege) 행사로 인해 법정에서 증언할 수 없게 된 경우 피고인의 처가 경찰에서 행한 진술을 증거로 사용할 수 있는지가 문제되었다. 검찰 측은 피고인의 처의 공판외 진술은 피고인의 상해 범행을 용이하게 하여 상해방조를 하였다고 인정하는 내용으로서 '형사적 이해관계에 반하는 진술'이라는 전문법칙의 예외에 해당한다고 하면서 그 진술 녹음물을 증거로 제출하였다. 이에 대해 연방대법원은 다음과 같이 판시하였다.

> 증언적 전문진술(testimonial hearsay)이 증거로 사용되기 위해서는 원진술자가 직접 증언하여야 한다. 원진술자가 법정에 출석하여 반대신문을 받는 경우에는 그의 증언적 전문진술이 증거로 사용되는데 대해 대면권에 기한 제한은 없다. 원진술자가 법정에 출석하지 않는다면 검사는 원진술자가 현재 증언불능이고, 피고인이 원진술자의 종전 진술 당시 반대신문을 할 수 있는 기회를 가졌었음을 입증하여야 한다. '증언적(testimonial)'의 의미에 대해서 포괄적 정의를 하는 것은 훗날의 과제로 남겨두기로 한다. 그렇지만 적어도 예비신문절차, 대배심 또는 이전의 공판절차 그리고 경찰의 신문과정에서 행해진 종전 진술은 증언적 진술에 해당한다.[533]

즉 미연방대법원은 대륙법계 직권주의 형사절차에서 사법적, 준사법적 절차에서 이루어진 진술을 증언적 성격의 진술로 보고, 이러한 증언적 성격의 전문진술은 대면권 보장 없이는 신용성이 인정된다고 하더라도 증거로 사용할 수 없다고 본 것이다. 반면, 사법적, 준사법적 절차와 관계 없이 이루어진 진술, 주로 사적 단계에서 이루어진 진술은 대면권의 규제를 받지 않으며 전문법칙의 예외에 의해서 신용성이 인정되는지 여부에 따라 규율된다. 연방대법원이 사적 단계에서의 전문진술을 대면권

533) 최병천, 주 525)의 논문, 251면.

보장의 범위에서 제외함으로써 대면권의 목적이 대면권의 보장 그 자체, 즉 절차의 공정성 그 자체만을 보호하기 위한 것은 아님이 분명해졌다.[534] 만약 절차의 공정성이라는 가치가 신용성과 전혀 관계없는 절대적 가치라면 사적 단계에서의 전문진술에 대해서도 대면권을 보장하였어야 할 것이기 때문이다.

한편 대면권은 개별 진술이 아니라 불리한 진술을 하는 증인에 대한 피고인의 절차적 보장을 문제 삼는 것이다. 즉 대면권은 증인이 공판정에서 종전의 진술을 번복하는 경우에 공판정에서의 증언과 종전 진술 사이에서 어느 쪽에 더 우선권이 있는지의 문제가 아니다. 위 인용문에 의하면 원진술자가 법정에 출석하여 반대신문을 받는 경우에는 그의 증언적 전문진술이 (설사 공판정 진술과 다른 내용이라고 하더라도) 대면권에 기한 제한은 없으며, 반대로 원진술자가 법정에 출석하지 않는다면 검사는 원진술자가 현재 증언불능이고 피고인이 원진술자의 종전 진술 당시 반대신문을 할 수 있는 기회를 가졌었음을 입증하면 그 종전 진술을 증거로 사용할 수 있다고 한다. 이는 어느 쪽이든 불리한 증인에 대해서 피고인에게 반대신문 기회가 주어졌다면 개별 진술의 신용성의 우열 문제는 증거법과 증명력의 문제일 뿐임을 명확히 한 것이다.

미연방대법원은 Davis v. Washington 판결[535]에서 증언적 진술과 비증언적 진술을 구분함에 있어 신문의 주된 목적이라는 기준을 사용하였다. Davis 사건에서는 911 근무자가 피해자에게 무슨 일이 벌어지고 있느냐고 질문하자 피해자가 “그가 내게 다시 달려들고 있다. 무기는 소지하고 있지 않고 주먹을 사용하고 있다.”라고 답변하였는데 이때 911근무자에게 피해자가 가해 상황을 묘사한 부분이 녹음된 대화 내용의 증거능력이 문제되었다. 미연방대법원은 경찰 신문의 주된 목적이 현재의 위급상황에 대처하기 위한 경찰의 범죄예방이나 진압적 작용에 있는 때에는 경찰에 대한 진술이 증언적이라고 할 수 없지만, 위급상황이 더 이상 존

534) Whorton v. Bockting 549 U.S. 406(2007) 판결이 “Crawford 판결의 법리 하에서는 비증언적 진술에 대해 대면권이 적용될 여지가 없고, 따라서 비증언적 진술은 신뢰성의 징표가 부족하더라도 증거로 사용될 수 있다”라고 판시함으로써 비증언적 진술에 대해서는 대면권이 적용되지 않게 되었다. 최병천, 주 525)의 논문, 257면.

535) Davis v. Washington, 547 U.S. 813(2006).

재하지 않는 상태에서 경찰 신문이 공소제기 가능성을 염두에 두고 과거의 사실관계가 어떠하였는지를 확정하거나 이를 입증하는 것이 주된 목적이라면 증언적이라고 볼 수 있다.[536] 따라서 Davis 사건에서 911 근무자와 피해자의 대화는 그 주된 목적이 현재 진행 중인 위급상황에 대처하기 위한 경찰의 지원을 가능하게 하는 것이었으므로 증언적 성격을 갖지 않는다. Davis v. Washington 판결과 병합된 Hammon v. Indiana 사건에서는 가정폭력 사건 피해자가 사건 직후에 경찰관 앞에서 작성한 선서진술서(affidavit)의 증거능력이 문제되었다. 증거법상으로 선서진술서는 '현재의 지각에 대한 인상(present sense impression)' 또는 '흥분상태에서의 진술(excited utterance)과 같은 전문법칙의 예외에 해당될 수 있으므로 증거능력이 인정될 여지가 있었다. 그러나 미연방대법원은 경찰 앞에서 작성한 선서진술서는 증언적 진술에 해당한다는 이유로 증거능력을 인정하지 않았다. 만약 성폭력 아동이 경찰관에게 피해 사실을 진술하였다면 이는 증언적 성격을 가진 진술로 분류될 수 있으나, 피해 직후에 모친이나 선생님이 이상한 행동을 눈치채고 아동에게 질문하는 것에 대해 이러한 진술을 하였다면 증언적 성격의 진술에 포함되지 아니하여 반대신문권이 보장되지 않더라도 증거능력이 인정될 여지가 있을 것이다.[537]

Michigan v. Bryant 사건[538]에서는 2001. 4. 총격 신고를 받고 출동한 경찰관들이 총상을 입은 피해자에게 "무슨 일이냐, 누가 쏘았느냐, 발사 장소는 어디냐"고 묻자, 피해자가 경찰에게, 피고인이 그의 집 뒤쪽 현관에서 자신을 쏘았다고 진술하였고, 이후 대화가 5-10분간 계속되다가 응급구조대가 도착하여 종료되었고, 피해자가 몇 시간 후에 병원에서 사망하였다. 공판절차에서 경찰관들은 피해자의 진술을 증언하였는데, 증거법상 피해자의 진술은 '흥분상태에서의 진술'이라는 전문법칙의 예외에 해당하여 증거능력이 인정되었으나 대면권 침해가 문제되었다.

---

536) 최병천, 주 525)의 논문, 254면.

537) Stefano Maffei, The Right to Confrontation in Europe, 2th(2012), 35면. Crawford 판결에 따르면 증언적 진술은 객관적인 진술자가 자신의 진술이 재판에서 증거로 이용되리라는 것을 믿을 만한 합리적인 이유가 있는 상황에서 이뤄진 것을 의미한다고 한다. 같은 책 23면의 각주 78) 참조.

538) Michigan v. Bryant, 131 S.Ct. 1143(2011).

미연방대법원 다수의견은 경찰은 사람이 총에 맞았다는 연락을 받고 대응하였는데 경찰로서는 왜, 어디서, 언제 총격이 발생했는지 모르는 상황에서 현재 진행되고 있는 위급상황에 대처하는데 필요한 유형의 질문을 한 것이므로 피해자의 진술은 증언적이라고 볼 수 없다고 판시하였다.[539] 이후의 판결들을 고려하여 미연방대법원의 입장을 종합하면, 먼저, 진술을 확보한 자가 사인이고 국가기관이 아니면 거의 대부분 비증언적 진술로 분류되어 증거법만의 적용을 받게 되며, 진술을 확보한 자가 국가기관인 경우에는 원칙적으로 증언적 진술이 되나, 국가기관이 진술을 들은 이유가 위급상황에 대처하기 위한 것이었다면 그런 진술은 비증언적 진술로 분류될 수 있다는 것이다. 요컨대, 위급상황이 아닌 경우에 국가기관에게 행한 증인의 진술은 증언적 진술이라고 볼 수 있다.[540]

순수하게 신용성의 관점에서만 보면 이러한 증언적 진술의 구분기준은 작위적이며 합리적이라고 평가하기 어렵다. 경찰의 신문이나 원진술자의 진술 목적이 향후 있을지 모르는 재판에서의 증언을 염두에 둔 것인지 아니면 순수하게 응급상황에 대처하기 위한 것인지 여부를 구분한다는 것 자체가 결과론적 해석일 가능성이 높을 뿐만 아니라, 설사 그렇게 명확하게 구분하는 것이 가능하다고 하더라도 사건 직후에 이뤄진 진술의 성격을 나눠서 어느 한 부분만을 증거로 선택한다는 것은 쉽게 정당화되기 어렵다. 따라서 증거법을 넘어서서 이를 정당화할 만한 충분한 정책적 논거가 제시되어야 한다. 앞서 지적한 것처럼 단순히 공정성의 절차적 보장만으로는 이러한 논거가 될 수 없다. 대면권은 증언적 성격의 진술만을 대상으로 하므로 사적 진술을 제외한 채 공정성의 보호를 논거로 제시하는 것은 논리적 일관성을 갖출 수 없기 때문이다. 또한 정책적으로 형사재판 전반에서 피고인의 방어권을 제고하고자 한 것이라면 모르되, 개별 사건에서 단순히 방어의 공정한 기회 보장을 이유로 대면권 침해 사유 발생에 아무런 책임이 없는 검찰 측을 증거배제 형태로 징벌하겠다는 것은 그 사건의 실체진실을 희생시킬 만한 충분한 명분이 되기 어렵기 때문이기도 하다.

---

539) 상세한 판결의 내용에 대해서는 최병천, 주 525)의 논문, 255-257면.
540) 김희균, 주 528)의 논문, 398면.

4) 대륙법계 직권주의적 수사절차의 거부

그럼에도 불구하고 미연방대법원이 국가기관에 대한 증언적 성격의 진술만을 대상으로 대면권 보장이 이뤄지지 않으면 그 진술의 신용성이 인정되더라도 증거로 사용할 수 없다고 한 진정한 정책적 근거는 직권주의에 대한 거부에 있다.[541] Crawford 판결에서 미연방대법원은 대면권 조항을 신용성 여부에 따라 적용하게 된다면 영미법계가 경멸하는 대륙법계 형사절차 구조로 돌아가는 결과가 될 수도 있다고 보았다. 여기에서 미연방대법원이 우려하는 대륙법계 형사절차의 폐해는 "일방적 신문 결과를 피고인에 대한 증거로 사용하는" 것이다.[542] 비록 사적 진술이 전문법칙의 예외라고 해서 반대신문권 보장 없이 증거능력을 인정하는 영미법의 방식이 신용성에 문제가 있을 수 있을지 모르나, 반대신문권이 보장되지 않는 대륙법계 형사절차에서 일방적 신문 결과로 작성된 신문조서를 피고인에게 불리한 증거로 사용하는 것에는 비할 바가 아니라는 것이다.[543]

결국 미연방대법원이 Crawford 판결의 입장 전환을 통해 추구한 것은 공판 전 단계에서 증거를 수집, 기록하는 수사기관의 등장과 조서제도의 도입을 방지하는 것이다. 사적 진술 및 경찰의 예방, 진압 작용에 대해서는 대면권을 문제삼지 않으면서 경찰의 신문과 국가기관에 대한 증언적 성격의 진술에 대해서만 대면권을 문제삼는 것은 이러한 관점에서만 이해가 가능하다. 다시 말하면 대면권의 문제는 단순히 실체진실 발견이나 피고인 보호와 같은 증거법의 이념 그 자체를 위해서 반대신문권을 보장하고자 하는 것이 아니라는 것이다.

그런데 앞에서 살펴본 것처럼 영미법계 당사자주의 형사절차에서는 공판 전에 예비적으로 증거조사를 실시하고 기록하는 조서제도가 존재하지 않으며 경찰이나 검사가 그러한 예비적 증거조사 및 수사기록의 작성을 자신들의 임무로 보고 있지도 않다. 실제로 대면권이 문제된 위 사건들에서는 경찰이 참고인을 일방적으로 신문하여 조서를 작성한 것도 아니

---

541) David Alan Sklansky, 주 1)의 논문, 1634-1704면은 미국 학계와 실무가 가진 직권주의에 대한 반대론들의 근거가 타당하지 않다는 점을 논증하고, 직권주의를 국가의 권력남용으로 연결짓는 경향에 대해 강하게 비판한다.

542) 김희균, 주 528)의 논문, 391면.

543) 김희균, 주 528)의 논문, 392면.

었다. 아직 존재하지도 않는 폐해를 향한 미연방대법원의 진정한 정책적 의도는 Damaška가 미국에서 배심제와 당사자주의적 형사절차의 쇠퇴에 따라 영미법계 증거법도 이탈하게(adrift) 될 것이라고 예언한 것에 대응하여, 그러한 절차 변형의 궤적을 계속 따라갈 경우 영국에서처럼 가까운 미래에 닥쳐올 수도 있는 대륙법계 형사절차의 탄생을 미연에 방지하고자 한 것이었을 수도 있다.[544]

(2) 유럽인권협약상 반대신문권의 증명력 배제 효과[545]

1) 개관

유럽인권협약(European Convention on Human Rights)이 1953년에 채택되고 대다수의 유럽 국가들이 협약에 가입함으로써, 실체적 진실발견의 책임을 당사자가 아닌 검사와 법관에게 부여하는 직권주의적 형사절차를 채택하고 있는 프랑스, 독일 등 다수의 대륙법계 국가들과 전문법칙과 당사자주의적 형사절차를 채택하고 있는 영국이 모두 유럽인권협약 6(3)(d)에 규정된 반대신문권 조항의 적용을 받게 되었다.

유럽인권협약 제6조 제3항 (d)호는 "3. 범죄로 소추된 모든 사람은 다음과 같은 최소한의 권리를 가진다. (d) 자기에게 불리한 증인을 신문하거나 또는 신문 받도록 할 것과 자기에게 불리한 증인과 동일한 조건으로 자기를 위한 증인을 출석시키도록 하고 또한 신문받도록 할 것"[546]이라고

---

544) David Alan Sklansky, 주 172)의 논문, 1-82면은 Crawford 판결이 쇠퇴해가던 전문법칙에 헌법적인 증거배제효력을 부여함으로써 잠단기적으로 회생시키는 효과를 가져왔으나, 이는 실체진실을 저해하는 폐해가 너무 크고, 공판 전 진술증거의 증거사용을 확대하는 세계적 경향에도 배치되므로, 장기적으로는 대면권과 함께 약화될 것으로 전망한다.

545) 상세한 내용은 이창온, 주 7)의 논문 참조.

546) 영문 원문은 다음과 같다.

출처: https://www.echr.coe.int/documents/convention_eng.pdf

3. Everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights:

(d) to examine or have examined witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him;

규정한다. 미국 연방수정헌법 제6조는 물리적 공간의 의미가 함축된 대면(confrontation)이라는 용어를 사용하고 있는 반면, 유럽인권협약은 신문(examination)이라는 용어를 사용하고 있어서 물리적으로 같은 공간에 있어야 한다는 점보다는 증인의 진술 태도가 직접 관찰될 수 있어야 한다는 의미가 더 강하다. 또한 다수 국가가 직권주의 형사사법체계를 채택하고 있는 유럽에서는 피고인이 법관을 통해서 신문하는 경우가 많다는 점이 '신문받도록 할 것'이라는 문언에 반영되어 있다.[547]

유럽인권협약상 증인(witness)은 수사당국이나 법원 측에 공식적으로 피고인에게 불리한 진술을 한 사람이다. 이는 형사사법절차에 의식적으로 그리고 자발적으로 정보를 제공한 경우, 즉, 피해자나 공범이 당국에 진술한 경우나 참고인이 사법관이나 경찰에 진술한 경우를 의미한다. 따라서 유럽인권법원의 해석상 사적 단계에서 이루어진 진술을 전문하는 경우에는 그 원진술자는 여기에서의 증인에 포함되지 않는다.[548] 따라서 정도의 차이는 있으나 미국의 대면권 조항에 있어서의 증언적 진술(testimonial statement)의 해석범위와 거의 유사하다.[549]

2) 공정한 재판의 구성요소로서의 반대신문권

유럽인권법원은 유럽인권협약 제6조 제3항 (d)호의 반대신문권 보장은 제6조 제1항에 규정된 공정한 재판에 대한 권리의 일부를 구성하는 것이라고 하면서 두 조항을 통합하여 해석한다.[550] 그 결과 유럽인권협약 제6조 제3항 (d)호의 위반 여부는 단순히 증인에 대한 반대신문권 보장이 이뤄졌는지 여부만을 놓고 판단되는 것이 아니라 전체적인 재판의 공정성이 인정되는지 여부에 의해서 판단된다.

유럽인권법원은 이에 관하여 다음과 같이 판시하였다.

증거의 채택가능성은 1차적으로 국내법에 의해 규율될 문제이며, 일반적으로 증거에 대한 판단은 국내 법원에 맡겨져 있다는 점을 재차 천명한다. 유럽인권

---

547) Maffei, 주 537)의 책, 17면.
548) JR Spenser, 주 106)의 책, 46~47면.
549) Christopher B. Mueller 외 1인, Evidence, Thomson west(2th)(2008), 275면 이하 참조.
550) S. Trechsel/강남일 역, 국제인권법과 형사소송(2014), 344면.

협약에 따른 당 법원의 임무는 증인의 진술이 증거로 인용되기에 적절한 것인지 여부에 대한 판단을 내리는 것이 아니라 증거가 채택되는 방식을 포함해서 전체적인 소송절차가 공정한지 여부를 확인하는 것이다.[551]

유럽인권협약에 대한 위와 같은 해석론은 결국 유럽인권협약상 반대신문권의 보장은 증명절차의 신용성에 관한 것은 아니라는 것을 의미한다. 증명절차의 신용성은 개별 국가의 증거법에 의해서 판단되어야 하며, 반대신문권은 신용성 보장의 수단이 아니라 피고인의 절차적 권리로서 법원과 검찰에 의해서 주재되는 수사와 재판의 공정성을 보장하기 위한 의미를 갖게 된다. 달리 말하면 유럽인권협약에서 반대신문권의 보장은 그 협약의 명칭이 지시하는 바와 같이 피의자, 피고인의 절차적 인권 보호의 문제인 것이다. 결국 유럽인권법원도 미국의 Crawford 판결이 진술증거의 신용성에 관한 전문법칙과 대면권을 분리하여 대면권은 증언적 성격의 진술증거에 관한 절차적 권리로 선언한 것과 동일한 관점에 서 있다.

3) 공개주의, 구두주의, 원진술자의 증인신문 원칙

유럽인권법원은 유럽인권협약 제6조 제3항 (d)호와 관련하여 '모든 증거는 반론이 가능하도록 피고인이 출석한 공개 심리를 통해 제출, 채택되는 것이 원칙'이라고 판시하였다. 따라서 증거는 사실관계를 판단하는 재판부나 배심원 앞에서 생생하게 구술로 제시되고 피고인은 공개법정에서 그 증인을 신문할 수 있어야 하는 것이 원칙이다.[552] Stefano Maffei는 다음과 같은 6가지 조건이 완전히 갖추어진 때에 공정한 재판의 이상적인 모습이 구현된다고 본다. ① 공개재판, ② 피고인의 대면출석, ③ 사실판단자의 진술자 대면, ④ 증인의 선서, ⑤ 증언자의 인적사항의 확인, ⑥ 반대신문권의 보장이 그것이다.[553]

이러한 원칙이 모두 충족될 때 가장 공정하고 실체진실 발견 가능성이 높은 재판이 가능하다는 것은 이론의 여지가 없다. 그러므로 원칙적으로

---

551) S. Trechsel, 주 550)의 책, 346면. 같은 책의 각주 9)에서 이와 같은 판시사항이 제시된 판결 목록을 거시하고 있다. S. Trechsel은 유럽인권법원의 이러한 입장이 유럽인권협약의 적용을 모호하게 한다는 점에서 비판적이다.

552) S. Trechsel, 주 550)의 책, 353면(SN v. Sweden 판결 내용 인용)

553) Maffei, 주 537)의 책, 36~43면.

법원은 1차적으로 원진술자를 소환하여 공판정에서 직접 신문하여야 하며 그 결과를 토대로 요증사실의 입증 여부를 판단하여야 한다.

그런데 현실에서는 이러한 이상적인 조건에서 이탈되는 상황이 발생한다. 첫째, 원진술자가 공판에서 진술을 번복한 경우(inconsistent)에 반대신문이 이루어지지 못한 공판 전 진술을 증거로 사용할 수 있는지 여부, 둘째, 증인의 부재로 인해 법정진술이 불가능한 경우(absent), 셋째, 공개장소에서 반대신문이 어려울 정도의 보호가 필요한 취약한 증인의 경우(vulnerable witness), 넷째, 익명 증인(anonymous)의 문제가 바로 그것이다.[554] 이러한 이탈 상황에서 공판에서의 반대신문이 이루어지지 않은 종전 진술의 증거능력이 인정될 수 있는지, 어떤 요건 하에 인정될 수 있는지가 문제된다.

4) 재판의 공정성에 관한 종합적 평가기준

우선 미국에서와 마찬가지로 법정에서 증인이 진술을 번복한 경우에는 증인에 대한 반대신문권 자체는 보장이 된 것으로 보므로 협약 위반 문제가 발생하지 않는다.[555]

다만, 수사절차에서 진술한 증인이 공판 단계에서 부재하는 경우와 2차 가해 등의 우려로 인해 증인 보호 목적으로 증인에 대한 공판단계에서의 반대신문이 이루어지지 않은 경우가 문제된다.[556] 유럽인권법원은 위와 같은 이탈 상황이 발생한 경우 법정 외 진술의 증거사용과 관련된 요건을 제시하고 그 방법론을 다음과 같이 체계화하였다.[557]

첫째, 법정 외 진술을 사용하여야 할 합리적인 정당한 사유가 있었는지 여부를 판단하여야 한다. 만약 이러한 정당화사유가 인정되지 않는다면 대부분 그 자체로 협약위반이 될 것이다. 예컨대 유럽인권법원은 Isgro v. Italy 사건에서 검사가 검찰 측 증인을 공판정에 데리고 나오지

554) Maffei, 주 537)의 책, 49~67면. 우리 법상 익명 참고인은 특정범죄신고자 등 보호법상 예외적으로 허용되나 반대신문권 자체가 배제되지는 않는다는 점에서 이하 논의에서는 생략한다.

555) Maffei, 주 537)의 책, 43~44면.

556) 우리 증거법상 형사소송법 제314조, 제316조 적용이 문제되는 상황이라고 볼 수 있다.

557) Al-Khawaja v. UK 사건 및 Tahery v. UK 사건의 판례 내용은 Philip Leach, 주 520)의 책, 387~392면을 참조하였다.

않은 것에 대하여 검사 쪽에 귀책사유가 있다는 이유로 협약위반을 인정하였는데 이는 검찰이 증인을 출석시키기 위해 성실의무를 다하지 않았기 때문이다. 만약 피고인 측이 증인의 공판정 출석을 방해한 경우에는 이러한 논리가 피고인 측에도 동일하게 적용될 수 있다.[558] 따라서 반대신문권이 보장되지 않은 것에 대하여 검찰이나 법원에 귀책사유가 없어야 한다. 둘째, 정당화사유가 존재한다고 하더라도 당해 유죄판결이 전적으로(solely) 또는 결정적으로(decisvely) 법정 외 진술에 근거하여 선고되었는지 여부를 확인해야 한다. 셋째, 그러나 유죄판결이 전적으로(solely) 또는 결정적으로(decisvely) 법정 외 진술에 근거하여 선고되었다고 하더라도 그것만으로 곧바로 협약 위반이 되는 것은 아니다.[559] 유럽인권법원은 그 증거의 신용성 판단과 관련하여 법원의 공정하고 적절한 평가가 이루어졌는지를 포함하여 피고인의 반대신문권 결여를 보완할 만한 충분한 다른 형량요소가 있는지 여부를 최대한의 주의를 기울여 확인해야만 최종적으로 협약 위반 여부를 결정할 수 있다.

초기에 반대신문권이 문제된 Unterpertinger v. Austria 사건에서는 가정폭력사건의 피해자인 피고인의 아내가 예심판사에게 진술한 이후 법정에서 증언거부권을 행사하는 바람에 피고인에게 반대신문권이 부여되지 않았음에도 예심수사 단계의 진술을 근거로 유죄가 선고되었는데, 유럽인권법원은 유럽인권협약 위반을 인정하였다. 그러나 이와 유사한 사실관계를 가진 Asch v. Austria 사건에서는 피해자의 법정 외 진술 이외에도 의사의 상해진단서와 피해자 진술을 받았던 경찰관의 진술서를 근거로 해서 유럽인권협약 위반을 인정하지 않았다. 피고인의 방어권이 다른 방식으로 존중되었다면 공판 전 절차에서 얻어진 진술을 사용하더라도 그 자체로 유럽인권협약 제6조 제3항 (d)호와 동조 1항의 위반이 되는 것은 아니라는 것이다.[560]

Al-Khawaja v. UK 사건에서 비로소 위와 같은 방법론이 체계화되어 제시되었다. 여기에서는 사망한 피해자의 법정 외 진술이 결정적인 의미를 가지고 있었고 피고인의 반대신문이 이루어지지 못했음에도 불구하고 강

558) S. Trechsel, 주 550)의 책, 370~371면.
559) S. Trechsel, 주 550)의 책, 349면. 각주 19)에서 판례목록을 거시하고 있다.
560) S. Trechsel, 주 550)의 책, 347~348면. S. Trechsel은 유럽인권법원이 어떤 근거에서 피고인의 방어권이 지켜졌는지 밝히지 않았다고 비판한다.

력한 보강증거가 존재하였으며 판사가 배심원들에게 그 진술의 증명력을 낮게 평가해야 한다고 설명하였다는 점을 근거로 영국 국내법원의 유죄판결이 협약을 위반하지 않았다는 결론이 내려졌다. 반면, Tahery v. UK 사건에서는 피해자가 두려움으로 인해서 법정 증언을 회피한 사례에서 그것이 결정적인 의미를 가지고 있음에도 다른 강력한 보강증거가 존재하지 않았다는 점에서 그 유죄판결은 협약을 위반한 것으로 판시하였다.

그러나 미성년 성폭력 피해자와 같이 공개법정이나 피고인과의 대면으로부터 보호할 필요성이 있는 취약 증인(vulnerable witness)에 대하여 유럽인권법원은 피해자의 생명, 자유, 안전, 사생활의 보호 등 피해자의 이익과 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 조화할 필요성을 인정하고 있다. 즉, 공정한 재판을 받을 권리가 침해되었는지 여부는 재판의 공정성에 대한 종합적 평가에 의하여야 하며 개별 진술증거에 관하여 반대신문이 이루어졌는지 여부만으로 판단해서는 안 된다. SN v. Sweden 사건에서는 피해 아동의 법정 외 영상녹화물이 결정적인 증거가 되어 유죄판결이 선고되었음에도 협약위반이 인정되지 않았다. 이 사건에서 유럽인권법원은 성폭력 사건에 있어서는 피해자의 사생활 보호권에 대한 존중이 고려되어야 하며, 피해자에 대한 피고인의 반대신문권 보장이 직접 피해자에게 질문하는 방식으로만 이루어져야 하는 것은 아니라고 판시하였다.[561] 당해 사건에서는 경찰의 피해자 조사시 녹화된 영상녹화물이 법정에서 상영되었고 그 녹취서가 법정에서 낭독되었는데 이것으로 피고인 측이 피해자의 진술을 탄핵할 수 있는 기회가 충분히 부여되었다는 것이다.[562] Horncastle and others v. UK 사건[563]에서도 피해자가 사망하거나 피해자가 가족의 안전에 대한 두려움으로 인해 법정 증언을 거부한 경우 법관이 충분하고 적절한 조사를 통해 그 사유의 존재를 확인하였으며 그 법정 외 진술이 결정적인 의미도 지니지 않았다는 이유로 협약위반이 부정되었다.

한편, 유럽인권법원은 Schatschaschwili v. Germany 사건에서 증인의 법

561) S. Trechsel, 주 550)의 책, 391면.

562) Lorena Bachmaier Winter, Transnational Criminal Proceedings, Witness Evidence and Confrontation: Lessons from the ECtHR's Case Law, the Utrecht Law Review, Vol.9(4)(2013), 127-146면

563) Philip Leach, 주 520)의 책, 387~392면.

정 증언이 불가능한지 여부는 그 당시에 합리적이고 정당한 사유가 존재하는지 여부만으로 판단해야 하는 것은 아니며, 전체적인 절차의 공정성을 기준으로 협약위반 여부가 판단되어야 한다고 판시하였다.[564] 당해 사건에서 강도 사건의 유일한 목격자들로서 결정적인 의미를 지니는 증인들이 해외에 소재하여 법정에 소환되지 못했는데, 유럽인권법원은 법정 증언이 불가능한 것에 대해서는 정당한 사유가 있었다고 판단하였으나, 검찰이 수사단계에서 피고인에게 선임된 변호인에게 반대신문을 할 수 있는 기회를 주지 않았기 때문에 전체적인 절차의 공정성이 침해되었다는 이유로 협약위반을 인정하였다. 반면 Ferrantelli and Santangelo v. Italy 사건에서는 2년이 넘는 기간 동안 국가 당국이 대면을 시킬 충분한 기회가 있었으나 이를 이행하지 않고 있던 중, 증인이 자살하자 원진술을 증거로 사용하였는데 협약위반이 인정되지 않았다.[565]

이러한 유럽인권법원의 태도를 요약해보면, 국내 법원은 첫째, 원칙적으로 피고인이 원진술자를 공판정에서 신문할 수 있도록 하여야 하며, 둘째, 공판정 반대신문이 불가능한 경우에는 그 사유가 정당하여야 하며, 그 사유는 피고인의 이익과 증인의 이익을 종합적으로 비교형량하여 결정해야 하고, 셋째, 정당한 사유가 있는지 결정함에 있어서는 수사절차에서 피의자에게 반대신문 기회를 부여될 수 있었는지 여부까지 함께 고려해서 판단하여야 하며, 넷째, 반대신문이 불가능한 사유가 정당하다고 하더라도 재판 결과에 기본적인 신용성이 인정되어야 한다는 것이다.

5) 증거능력이 아닌 증명력의 배제방식

유럽인권법원은 개별 진술증거의 증거사용 및 전체적인 재판의 신용성 여부는 국내 증거법에 의하여 규율되는 것을 전제로 하므로 공정성이 침해되었다고 하여 개별 진술증거의 증거능력을 곧바로 배제하지 않는다. 유럽인권협약 제6조 제3항 (d)호의 요건을 위반하여 획득된 진술에 '전적으로(solely) 또는 결정적으로(decisvely)' 근거해서 유죄판결이 내려져서는 안 된다거나 재판의 전체적인 신용성을 담보할 만한 다른 정황이

564) Philip Leach, 주 520)의 책, 387~392면.
565) S. Trechsel, 주 550)의 책, 371면. S. Trechsel은 증인의 자살에 신빙성이 없다는 이유로 이러한 결론을 비판한다.

있어야 하며, 이에 위반된 때에 비로소 협약위반으로 인정한다는 접근방식을 취하고 있다. 이는 반대신문권이 보장되지 아니한 진술의 증거능력을 배제하는 것이 아니라 그 증명력을 일정부분 제약하는 방식을 채택한 것으로 이해할 수 있다.[566] 즉 반대신문이 이뤄지지 않은 공판 외 진술의 증거가치 자체를 부정하는 것은 아니며, 그 진술증거의 증명력을 제한할 뿐이다. 달리 말하면 당해 증거를 제외하고도 유죄판결에 충분한 증거가 존재한다면 재판의 공정성이 침해된 것은 아니라는 것이다. 이것은 전문법칙의 예외에 해당하지 않거나 대면권이 보장되지 않은 개별 전문증거의 증거능력을 배제하는 미국의 방식과는 전혀 다르다. 이러한 차이가 발생하는 이유는 앞에서도 언급한 것처럼 직권주의 국가에서 공판외 진술증거의 신용성은 사실인정자의 진실규명의무에 의하여 다른 증거나 정황과 종합하여 판단되는 것이지 개별 증거별로 나누어서 판단되는 것이 아니기 때문이다.

6) 공정성과 신용성의 관계

유럽인권법원은 재판 결과의 신용성은 반대신문이 이뤄지지도 않았고 원진술자의 신용성이 충분히 검증되지 않은 공판외 진술에 거의 전적으로 의존하여 유죄판결이 내려진 경우에는 설사 반대신문이 불가능한 사유가 정당화된다고 하더라도 공정성의 침해가 인정될 수 있다고 본다. 그런데 법관의 진실규명의무가 제대로 이행되었는지 여부는 원래 국내 증거법적 차원의 영역이다. 그럼에도 불구하고 유럽인권법원은 제한된 범위 내에서는 법원이 그러한 진실규명의무를 최소한도의 기준 이상으로 이행하였는지 여부를 자신들이 심사하겠다는 점을 분명히 하고 있다. 그런데 최종적인 요증사실의 입증 여부는 국내 증거법에 맡겨진 문제이므로 유럽인권법원이 공판 외 진술증거와 다른 보강증거들로부터 요증사실이 충분히 입증되었는지 여부에 관한 국내 법원의 판단에 대해서 개입할 수는 없는 것이 원칙이다.

여기에서 공정성과 신용성의 관계가 문제된다. 공정성이 신용성과 전혀 별개의 문제라고는 볼 수 없다. 재판의 기본적인 신용성이 인정되지

566) Maffei, 주 537)의 책, 81면. 다만 고문 등에 의하여 진술을 취득한 경우에는 증거능력이 배제되는 것으로 보고 있다.

않으면 그 자체가 공정한 재판이라고 볼 수는 없기 때문이다. 대면권을 침해한 진술증거 자체의 증거능력을 인정하지 않는 미국에서는 이러한 공정성과 신용성 사이의 관계가 문제될 여지가 없으나 증명력 평가방식을 취하는 유럽인권법원에서는 일부 진술증거에 대해 반대신문권이 침해되었다고 하더라도 재판 자체의 신용성이 인정되는 경우 공정성과 신용성과의 관계를 어떻게 설정할 것인지 여부가 문제된다.

우선 개별 진술증거에 대한 반대신문권 침해가 문제되더라도 다른 증거들에 의해서 전체적인 재판의 신용성이 인정되는 경우에는 신용성이 공정성보다 우선되므로 협약위반이 부정된다. 이는 개별증거의 증거능력을 별도로 평가하여 배제하는 방식과는 거리가 먼 직권주의 형사절차에서는 불가피한 귀결이다. 반면 유럽인권법원은 국내 법원이 원진술의 신용성이 충분히 검증되지 않은 공판 외 진술증거에만 결정적으로 의존한 경우에는 최소한도의 신용성 기준이 침해되었으므로 공정한 재판으로 볼 수 없다는 점을 분명히 표명하였다.

따라서 유럽인권법원의 입장에 따르면 피고인의 반대신문권이 보장되지 않은 진술증거를 증명에 사용할 것인지 여부를 판단하는 1차적인 주체는 당해 재판을 담당하는 법원이 된다. 법원은 정당화될 수 있는 사유로 인해 반대신문권이 보장되지 않았다고 하더라도 다른 정황들에 비추어 당해 진술증거가 충분히 신용성을 가진다고 판단하였다면 이를 증거로 사용하여 유죄선고를 할 수 있다. 유럽인권법원은 그러한 개별 재판부의 판단이 협약이 허용하는 공정성의 범위를 벗어난 경우에만 협약위반으로 판단하게 된다. 이러한 입장에 따르면 프랑스나 독일과 같이 수사절차에서 작성된 조서를 낭독하는 것 그 자체만으로 곧바로 유럽인권협약 제6조 제3항 (d)호를 위반하는 것으로 단정할 수는 없게 된다.

(3) 미국과 유럽의 반대신문권 보장 방식에 대한 비교분석

1) 공통 전제 : 반대신문권의 절차적 기본권 내지 인권으로서의 성격

당사자가 증거수집, 선택, 제시를 통제하는 당사자주의 형사절차에서 반대신문권은 그 절차를 지탱하는 핵심적 제도에 해당하지만, 사법관 내지 준사법관이 수사 및 공판절차의 증거조사를 책임지는 직권주의 형사

절차에서 반대신문권은 그와 동일한 의미를 지니지 않는다는 점을 이미 앞에서 살펴보았다. 양 형사절차에서 증거와 증명의 신용성을 보장하는 제도적 방식이 서로 다르기 때문에 양쪽의 증거법도 다른 양상을 띨 수 밖에 없기 때문이다. 그러나 증거법적 차원을 넘어서서 대면권이 미국에서 가지는 헌법적 의의나 반대신문권이 유럽에서 가지는 인권법적 의의는 피고인의 절차적인 권리 보장이라는 측면에서 동일하다. 미국에서의 대면권이나 유럽에서의 반대신문권은 그 진술증거의 신용성이 인정됨에도 불구하고 절차적으로 피고인에게 보장되어야 한다. 미국에서는 전문법칙의 예외가 인정되어 증거법상으로는 신용성이 인정된다고 하더라도 절차적인 권리로서 피고인의 대면권이 보장되어야 하며(이를 이하에서 미국식 모델로 지칭한다), 유럽에서는 법원의 전문적이고 면밀한 직권적 증거조사를 통해서 요증사실이 입증되었다고 하더라도 절차적인 피고인의 반대신문권이 보장되어야 한다(이를 이하에서는 유럽인권법원식 모델로 지칭한다). 이제 가장 고전적인 직권주의 형사절차를 채택한 국가에서조차도 유럽인권협약이 적용됨으로써 예심절차에서 생성된 조서의 낭독만으로 곧바로 유죄선고에 이르는 것은 허용되지 않는다.

2) 기회 침해 여부 v. 미보장 사유별 침해 여부

미국식 모델에서는 대면권 보장 사유를 묻지 않고 증언적 성격의 진술증거에 대해 피고인에게 대면권 기회가 보장되지 않으면 그 사유를 묻지 않고 헌법위반으로서 증거능력이 부정된다. 반면, 유럽인권법원식 모델에서는 법정 외 진술을 사용하여야 할 합리적인 정당한 사유가 있었는지 여부를 검사하여야 비로소 반대신문권 침해가 있는지 여부가 결정된다.

이러한 차이가 발생하는 근본적인 이유는 유럽인권협약은 직권주의 형사절차를 채택한 국가들의 증거법을 기초로 적용되는 경우가 대부분이기 때문이다. 앞에서 살펴본 것처럼 직권주의 형사절차는 공판 전 수사절차에서 사법관 내지 준사법관이 증거를 수집, 기록하고 그 결과물인 조서나 영상녹화물을 공판 단계에서 증거로 사용하는 법제를 갖추고 있다. 이러한 증거법제에서 증명의 신용성은 궁극적으로 법관의 직권적 진실규명의무에 달려 있고, 피고인의 반대신문권의 보장에만 의존하는 것이 아니다. 만약 이러한 증거법제에서 피고인의 반대신문권이 보장되지 않았

다는 이유로 조서나 영상녹화물의 증거 사용을 규제한다면 그것은 직권주의 형사절차의 존재 의의를 부정하게 되며, 장기적으로는 직권적 형사절차 자체가 변형되는 결과를 가져올 수 있다. 이것은 Crawford 판결이 정반대의 관점에서 염두에 두고 있었던 것이다. 미국식 모델에서는 대면권 침해 사유를 묻지 않고 피고인의 대면권 기회 침해 자체만으로 증거능력을 배제함으로써 직권주의적 수사절차의 형성을 예방하고자 한다.

유럽인권법원식 모델에서의 미보장 사유의 정당성은 직권적 증거조사를 담당하는 사법관이나 준사법관에게 책임 없는 사유로 반대신문권 보장이 이루어질 수 없었는지에 달려 있다. 앞에서 살펴본 것처럼 미보장 사유의 정당성 판단은 수사절차에서의 예심판사나 검사의 행위를 포함한다. 여기에서 반대신문권 보장은 국가권력에 대한 불신을 기초로 하여 국가의 권력남용이나 권한행사의 태만을 경계하기 위한 것이며, 피고인을 보호하고자 하는 이념에서 비롯된 것이기 때문이다.

3) 증거능력 배제 v. 증명력 배제

미국식 모델과 유럽인권법원식 모델의 결정적인 차이는 개별 진술증거의 증거능력을 배제할 것인지 아니면 재판 전체의 신용성을 고려함에 있어서 그 진술증거의 증명력을 제한할 것인지 여부이다. 그 차이가 발생하는 근본적인 이유는 유럽식 모델이 적용되는 국내 증거법들이 대부분 직권주의 형사절차를 전제로 하고 있으므로 유럽인권법원이 미국식 모델을 따르는 것이 불가능하기 때문이다. 만약 미국식 모델을 취하게 되면 직권적 수사절차에서 미리 수집하여 기록해둔 진술조서는 원진술자가 재판에 출석할 수 없는 경우 절대적으로 사용이 불가능하게 된다. 이는 직권주의 국가가 직권주의적 수사절차를 유지하는 근본적인 존재이유를 부정하는 것이 된다.

4) 유럽인권법원식 모델과 독일식 직접주의의 비교

이렇게 보면 유럽인권법원식 모델은 독일의 직접주의와 거의 유사한 모습을 가지게 된다. 독일 형사소송법 제250조는 법원이 스스로의 면전에서 증거조사를 하여야 하며 다른 사람으로 하여금 그 조사를 하도록 위탁하여서는 안 된다는 형식적 직접주의를 의미를 규정하고 있으나,[567] 그러

나 피고인이나 증인의 조사를 보충하기 위해서 그러한 서류를 낭독하는 것이 허용될 뿐 아니라, 동법 제251조~256조는 정당한 사유가 인정되는 경우에는 조서나 서류의 낭독으로 증언을 대체하는 것이 허용되는 많은 유형의 예외를 규정하고 있다.[568] 또한 전문증언에 대해서는 그 실체진실에 관한 증거가치와 필요성이 존재하는 이상 아무런 증거능력의 제한을 두지 않는다.[569] 따라서 전문증거에 관하여 공정한 재판의 이상적인 모델로부터 이탈이 발생하게 되더라도 법에 규정된 정당화사유를 충족하는 경우, 즉 피고인의 절차적 인권이 보장되는 경우에는 그 진술의 증거능력을 인정하므로 증명력에 의해서만 규제를 받게 된다. 그러나 앞에서 살펴본 것처럼 이러한 형식적 직접주의는 최종적으로 법관의 진실규명의무에 의하여 규제된다. 만약 법관이 신용성이 충분하지 않은 전문증거에 전적으로 의존하여 유죄판결을 선고한다면 진실규명의무 위반으로 상급심에서 파기될 것이기 때문이다.

다만, 유럽인권법원 판례에서 보듯이 유럽인권협약의 적용으로 인해 공판 단계에서 증인이 부재할 가능성이 있는 경우 수사절차에서 피의자에게 반대신문을 보장해야 할 책임이 검찰에까지 확장되었으며, 검사에게는 피고인에게 불리한 증인을 법정에 소환할 수 있도록 노력해야 할 실질적인 의무가 인정되었다. 또한 취약한 증인에 대한 수사단계에서의 영상녹화조사와 관련한 독일의 입법 과정에서 유럽인권협약은 상당한 영향을 미쳤다.[570] 독일 형사소송법 제255조a (2)는 취약한 증인에 관하여 성적 자기결정권에 관한 범죄 등 일정한 범죄 피해자로서 18세 미만의 진술자에 대해서는 사법관(Ermittlungsrichter, 동법 제162조)이 조사하는 과정을 녹화한 영상물로서 증언을 대신할 수 있다고 규정하며, 동법 제58조a는 이러한 조사과정은 사법관에 의하여 영상녹화되어야 한다고 규정한다. 이 과정에서 피고인과 변호인에게는 사법관의 조사에 참여할 수 있는 기회가 부여되어야 한다. 새로운 조문에 따라 독일에서는 취약 증인의 진술에 관하여 피고인 측의 참여권이 보장되지 않은 경우에는 위법

---

567) Roxin · Schünermann, 주 262)의 책, 403~404면.
568) 우리 형사소송법 제314조와 같은 유형이 독일 형사소송법 제251조 제1항 제2호에 규정되어 있다.
569) Roxin · Schünermann, 주 262)의 책, 249면.
570) Roxin · Schünermann, 주 262)의 책, 217-218, 409면.

한 신문이 되므로 증거능력이 인정될 수 없게 된다.

제 3 절 형사절차의 구조와 사회, 문화적 구조

1. 형사절차의 사회, 문화적 구조 의존성[571]

(1) 형사절차의 유형과 사법권의 구조 사이의 연관관계

앞에서 증거법은 실체진실의 이념과 보편적인 증명의 원리를 구현함에 있어서 서로 다른 형사절차의 구조에 의존하여 형성된다는 점을 살펴보았다. 그렇다면 증거법의 모습을 좌우하는 형사절차는 어떻게 결정되는가? 모든 형사절차는 '실체진실의 발견을 통한 사법정의의 실현', '수사 및 사법 과정에서의 절차적 권리 보장', '사법 운용의 효율성 확보'라는 3개의 목표를 추구한다. 이러한 목표들 사이에 우선순위를 어떻게 설정할 것인지 그리고 이러한 목표들을 가장 균형적으로 달성할 수 있는 구체적인 제도를 어떻게 설계할 것인지에 대해서 모든 국가가 역사적으로 동일한 경로를 밟은 것은 아니다. 역사적으로 형성된 사법체계의 유형을 영미법계 당사자주의와 대륙법계 직권주의로 크게 나누는 것이 일반적이다. Damaška는 여기에서 더 나아가서 역사적으로 형성된 당사자주의와 직권주의 전통의 핵심적인 요소를 분석하여, 그 사법체계(judicial system)의 구조와 기능적 특성에 따라 다음과 같이 4가지 유형으로 분류하였다.[572]

	국가주도형 기능 (Policy-implementing)	**분쟁해결형 기능 (Conflict-solving)**
위계적 사법권 구조 (Hierarchical authority)	대륙법계 형사절차(한국의 수사, 소추절차)	대륙법계 민사절차
수평적 사법권 구조 (Coordinate authority)	현대 미국 연방과 주 형사절차	고전적인 영미법계(영국, 미국의 지방검찰제도)

571) 이하 부분은 이창온, "미국의 수사규제제도 - 비교형사사법 시스템적 고찰을 중심으로", 형사법의 신동향 29호(2010)의 내용을 기초로 수정, 보완한 것이다.
572) Damaška, 주 99)의 책, 181면.

위 표의 세로축에 해당하는 사법권의 구조적 특성에 따라서는 위계적 사법권과 수평적 사법권 구조로 나눠진다. 위계적 사법권의 구조적 특성은 전문적 사법관료의 위계조직이 존재하고 하부 사법관료의 결정은 상위 사법관료에 의하여 포괄적인 감독을 받는다는 것이다. 위계적 사법권 구조의 이러한 특성으로부터 수사절차(또는 불기소 사건 항고절차) - 1심(또는 불기소에 관한 재정신청 법원) - 사실심으로서의 상소심 - 법률심으로서의 상고심으로 이어지는 단계적 형사절차가 생성된다. 수사절차 내에서는 수사기관 내부의 관료적 결재제도가 존재하며, 법원 내에서도 상소제도를 통해 하급심의 법적, 사실적 결정이 전부 통제된다. 이러한 단계적 형사절차는 원칙적으로 모든 사건에 공정하게 적용되어야 하며 사건은 관련자의 승복에 의해서만 상위 단계의 규제에서 벗어날 수 있다. 모든 사건을 통일적으로 공정하기 처리하기 위해서 상위 단계의 감독은 원칙적으로 모든 사건에 대해 이루어지게 된다. 그러한 절차의 통일성과 효율성을 확보하기 위해 관료들의 결정은 사전에 결정되어 있는 엄격한 절차와 기준에 의해 이루어지며, 상위 사법관료의 효율적 감독이 가능하도록 하기 위해 사건이 하부에서 상부로 진행됨에 따라서 사건의 내용이 법적, 논리적인 쟁점으로 요약된다.[573] 이를 위해서는 조서와 결정문 등 사법절차에서 발생되는 모든 과정이 문서화되며, 조서와 결정문에서 사건의 쟁점이 법적, 논리적 형태로 추상화되고 정리되어야 한다. 한편, 모든 절차정보와 결정이 문서화되어 있으므로 수사절차나 재판심리가 집중화될 필요 없이 수시재판주의가 원칙적인 모습이 된다. 또한 사법절차가 법적, 논리적 형태의 엄격한 양식의 문서에 의해 추상화되는 등 관료적 특성이 강화되어 있으므로 사법절차로부터 일반인들의 참여가 배제된다.[574]

이러한 위계적 사법권의 구조에 따라 수사절차와 재판절차는 단절적이지 않고 연속적인 모습을 갖게 된다. 수사절차를 담당하는 주체는 공판을 담당하는 사법관들과 유사하게 사법관 내지 준사법관들이 되며 수사절차에서 수집되어 조서에 기록된 증거는 일정한 요건 하에 재판절차에서 이용 가능하게 된다.

반면, 수평적 사법권의 구조적 특성은 사실심에서 재판의 진행을 담당

573) Damaška, 주 99)의 책, 18-23면.
574) Damaška, 주 99)의 책, 47-56면.

하는 전문직 법관과 사실인정을 담당하는 배심원으로 분리되고, 법률전문가가 아닌 일반인들이 상설직이 아닌 일시적으로 선정된 배심원으로서 사실인정을 담당하며, 상소심은 배심원들의 사실 결정에 대해서는 심사할 수 없으며 순수한 법률심을 담당하게 되는 등 사법적 권위가 수평적으로 분산된다는 점에 있다.[575] 게다가 수사를 개시하지 않거나 기소를 하지 않기로 하는 결정은 경찰과 검찰에 전적으로 주어져 있어서 법원의 사후적 통제도 받지 않는다. 그리고 경찰과 검찰의 그러한 결정은 선거에 의해 선출된 정치인이나 검사에 의해 최종적으로 이루어진다. 이러한 수평적 사법권의 구조에서는 전 단계에서 이루어진 결정은 상위 심급에 의하여 통제와 감독을 받지 않는 것이 일반적이다. 또한 그들의 결정은 논리적으로 추상화된 법적 쟁점이 아니라 일반인들의 구체적인 형평감각에 따라 이루어지므로 그 결정이 문서화될 필요가 없다.[576] 여기에서는 공판 이전에 공소제기 여부를 결정하기 위한 독자적인 수사절차가 원칙적으로 존재하지 않으며, 1심의 사실인정은 우연히 소집된 배심원 앞에서 구술의 방식으로 1회적으로 이루어지고 판결이유도 제시될 필요가 없으며, 상소심은 오직 법률적인 문제에 대해서만 판단하게 되므로 위계적 사법 구조와 같이 앞 단계 결정의 타당성을 재검토하기 위한 계층적 형사절차가 존재할 필요가 없다. 따라서 수사단계에서 확보된 정보는 기록되어 절차적 서류로 보존되어야 할 필요가 없으며, 조서 형태의 증거로 제출되지도 않는다. 1회적 공판절차에 집중화된 재판에서는 구술심리주의와 집중심리주의에 의해 공판이 진행될 수밖에 없으며, 관료적 사법관의 직권적인 심리와 결정에 의해 판결이 이루어지는 것이 아니라 당사자의 증거수집, 선택, 제출에 의해 심리가 진행되고 일반 시민인 배심원에 의해서 최종적으로 사실인정이 이루어지므로 그 공정성과 타당성을 확보하기 위해서 엄격하고 복잡한 절차법과 증거법이 발달하지 않을 수 없게 된다.[577]

---

575) Damaška, 주 99)의 책, 18-23, 47-56, 23-28면; 이창온, 주 571)의 논문, 249~250면 참조.
576) Damaška, 주 99)의 책, 23-28면.
577) Damaška, 주 99)의 책, 57-66면.

(2) 형사절차의 유형과 사법권의 기능의 연관관계

1) 사법권 기능의 유형

한편 위 표의 가로축은 국가와 사회의 관계에 따른 사법기능의 성격에 따라서 국가주도형 사법기능과 분쟁해결형 사법기능으로 구분된다. 국가주도형 사법기능은 사법기관이 단순히 사인간의 분쟁해결에만 관여하는 것이 아니라 적극적인 국가정책의 실현에 관여하는 것을 의미한다.[578] 이러한 국가주도형 사법기능을 채택한 국가에서는 당사자 간의 분쟁이 없는 경우에도 사법기관은 국가의 사법정책 실현을 위해 임무를 담당한다. 여기서는 특히 수사기관이 정치적, 사회적 부패 적발, 행정 집행의 도구 및 시민의 고소, 고발 사건 처리를 통한 질서유지와 피해자 보호를 적극적으로 담당하게 된다.

반면, 분쟁해결형 사법기능은 사법기구의 주기능은 사인 간의 분쟁해결이 되므로 분쟁이 발견되지 않는 곳에서는 국가의 개입이 최대한 자제되는 것을 의미한다. 이러한 사법기능을 채택한 국가에서는 당사자들에게 최대한 자율권을 보장하여 당사자들에게 분쟁 범위의 결정(플리바게닝), 분쟁의 개시 및 종결권한, 증거의 수집 및 제출권한을 인정하고, 수사기관을 비롯한 사법기관은 형사사건이 발생하지 않는 이상 최대한 개입을 자제하고 중립을 유지한다.[579] 통상 여기서는 수사를 하지 않거나 소추를 하지 않는 것은 사법적 관심에서 제외되며, 담당자들의 재량권에 맡겨진다.

2) 국가주도형 사법기능과 직권주의 형사절차의 친화성

국가주도형 수사구조에서는 사법권이 국가의 사법정책을 수행하고 사회질서를 통일적으로 형성하는 역할을 담당한다. 개발도상국이나 지방분권적 연방국가의 연방정부와 같이 사회 내에서 권력 자원이 균형 있게 배분되어 있지 않거나 정부의 사회적 권위가 충분히 강력하지 않은 경우에는 수사, 소추기관이 적극적으로 중앙이나 지역의 정치적, 사회적 부패의 감시와 적발 임무를 맡거나, 효율적인 행정 집행의 정책적 도구로

578) Damaška, 주 99)의 책, 87면.
579) Damaška, 주 99)의 책, 109-140면.

기능하는 경우가 많다. 또한 전통적으로 대륙법계 직권주의 국가에서는 형사 피해자의 구제 및 정의의 회복은 국가의 의무로 관념되어 왔으므로 피해자에게 형사적 피해에 대한 고소권을 부여하고 수사기관에게 고소, 고발 사건에 대해 적극적으로 수사할 책무를 부과하여 왔다.

국가가 어떠한 사법정책을 효과적으로 수행하고 통일적 질서를 유지하기 위해서는 당사자에게 소추 여부를 결정하거나 분쟁의 범위를 획정할 수 있는 권한을 주어서는 안 되며, 국가가 직권적으로 수사를 개시하여 사건을 종결하거나 재판을 통해 실체진실을 확정하여야 한다. 당사자에게 증거를 수집하고 선택하게 하거나 증거를 제시하는 방법을 결정할 수 있는 권한을 부여하는 것도 실질적으로는 당사자에게 분쟁의 처분 권한을 주는 것과 마찬가지이므로, 국가주도형 사법기능 하에서는 증거조사의 권한과 책임도 수사기관과 법원에게 부여되어야 한다. 따라서 국가주도형 사법기능과 직권주의 형사절차는 친화성을 가지게 된다.

3) 분쟁해결형 사법기능과 당사자주의 형사절차의 친화성

분쟁해결형 사법기능을 채택한 국가에서는 증거의 수집, 선택이 당사자에게 전적으로 맡겨져 있고, 수사, 소추, 유죄 인정이 당사자의 재량과 협상에 열려 있으며, 유죄 평결 또한 배심원들에게 맡겨지고 그 판결 이유도 제시되지 않으므로, 사법적 절차와 결과의 통일성이 보장될 수 없다. 따라서 수사와 재판기관 그리고 사회구조에 대한 불신이 높은 곳에서는 분쟁해결형 사법기능이 채택되기 어려우며, 결과의 다양성과 공적 기능 담당자에 대한 사회적 신뢰와 포용도가 높은 곳에서만 조화롭게 작동될 수 있다. 이러한 전형적인 특성을 보이는 곳은 주로 민생침해범죄가 수사, 소추되어 배심재판이 이루어지는 미국의 지방(카운티, 시 단위) 단위 수사, 재판절차이다. 여기서는 플리바게닝, 유죄답변에 의한 절차 종결 제도 등 당사자에게 절차종결 권한을 부여하는 분쟁해결형 기능의 특성을 전형적으로 보여 준다. 분쟁해결형 사법기능은 실체진실 발견보다 분쟁해결이 형사절차의 우선적 임무이므로 분쟁 당사자에게 분쟁의 범위, 대결 방법과 종결을 결정할 수 있는 권한이 부여되며, 이는 당연히 당사자주의 형사절차와 친화성을 가질 수밖에 없다.

4) 국가주도형 사법기능과 위계적 사법구조의 친화성

수사 및 사법기관이 적극적으로 국가의 가치와 정책을 실현하는 국가주도형 사법기능 하에서는 수사 및 사법이 시민적 자율성을 침범하게 되므로 사법절차의 공정성과 통일성에 대한 불신이 문제될 수밖에 없다. 여기에서는 국가주도의 사법기능을 유지하면서도 수사와 재판절차의 공정성과 통일성을 시민들에게 납득시키는 것이 매우 중요한 과제가 된다. 사법권이 국가권력에 종속되어 정치적 중립성을 상실하거나 강력한 사회적 권력자에게 유리하게 사법권이 행사된다는 불신을 초래해서는 안 되기 때문이다. 따라서 수사절차의 개시 또는 종결권한이 피의자, 피고인이나 사법권이 아닌 행정권에게는 원칙적으로 주어져서는 안되며,[580] 어느 한 절차에서 단독으로 모든 사법적 권위를 행사하는 것은 불신의 원인이 된다. 여기에서는 시민의 고소, 고발권이 헌법적, 법률적으로 보장되어 재정신청 제도에 의하여 수사상 불기소 처분에 대한 사법심사가 제도화되는 경우가 많고, 상급심은 대부분 속심 제도를 채택한다. 따라서 국가주도형 사법기능 하에서는 피라미드형의 사법 구조 내에서 사법적 권위를 수직적으로 조직하고, 사법권의 행정권으로부터의 독립, 수사종결권에 대한 사법심사, 상소에 의한 하급심의 통제 등의 장치를 제도적으로 확립하는 것이 매우 중요한 과제가 된다.

그런데 이러한 사후심사가 제대로 작동하기 위해서는 모든 절차와 수사, 심리 내용이 정확하게 조서로 기록되어 수사기록으로 보존되는 것이 핵심적인 관건이 된다. 따라서 국가주도형 사법기능을 채택한 대부분의 대륙법계 직권주의 국가들은 수사절차의 공정성과 통일성을 확보하기 위하여 자연스럽게 위계적 사법구조를 채택하는 경향이 있으며, 앞에서 든 조서 등 수사기록, 결재, 불기소심사, 관료사법 등 여러 위계적 구조의 특징을 가지게 된다.

---

580) Damaška, 주 99)의 책, 154면.

2. 영미법계 형사절차의 사회, 문화적 구조

(1) 당사자주의 형사절차와 실체진실 발견 이념

당사자주의 형사절차에서는 사실인정자가 직접 증거를 선택하고 접촉하지 않고 당사자가 선택해서 제시한 정보에 의존하여 판단하기 때문에 이상적인 증명의 모델과 괴리가 생긴다. 순수하게 인지적 측면에서만 보자면 한쪽의 이익만을 추구하는 당사자들이 제공하는 정보만으로 양쪽 중 누구의 주장이 설득력 있는지 가리는 것보다는 사실인정자가 의문을 해소하기 위해서 직접 질문하고 증거를 탐색하는 것이 실체진실 발견에 더 유리할 것이다. 또한 사전에 아무런 정보나 배경지식 없이 백지상태에서 어떠한 사실에 관한 주장을 듣는 것이 객관성에는 더 유리할지 모르나 배경지식이 없는 상태에서 자신이 잘 모르는 영역에 대한 주장을 처음으로 듣는 경우에 그 주장의 전체적인 윤곽과 세부적인 내용을 제대로 이해하고 기억하는 것은 직업법관에게도 매우 어려운 일이다.[581]

둘째, 그렇기 때문에 공판정에서 이루어지는 증언과 변론은 배경지식이 없는 배심원들도 이해할 수 있는 수준으로 단순화되고 명제화되어야 한다. 공판정에서 이루어지는 증언들은 증인들이 자신의 머리 속에 남아있는 날 것 그대로의 기억을 진술하는 것이 아니며 증거를 제출하는 당사자의 변호인에 의해서 사전에 협의되고 조율된 것일 수밖에 없다. 그 과정에서 증인들은 자신을 증인으로 신청한 당사자 측과 일종의 연대가 이루어지며 당사자의 기대에 부응해야 한다는 심리적인 상태를 형성한다는 사실도 경험적으로 보고되고 있다.[582]

셋째, 중립적이고 객관적인 관료적 수사기구에 의해서 예비적인 증거조사가 이루어지지 않고 처음부터 당사자들이 자신에게 유리한 자료들을 수집하여 각자 유리한 방식으로 각색하여 제출하는 당사자주의 형사절차에서는 증거 자체가 왜곡되고 편향되어 있을 가능성이 높다. 당사자들이 각자 잠재적인 예비 증인들을 접촉하는 과정에서 내용의 조작이나 변형이 의도적으로 이뤄질 가능성을 배제할 수 없을 뿐만 아니라 증언 내용

581) Damaška, 주 98)의 책, 96면.
582) Damaška, 주 98)의 책, 98면.

을 미리 확인하고 공판정에서의 증언을 준비시키는 과정에서 증인의 기억에 왜곡을 발생시킬 가능성이 있다.[583] 이것이 대륙법계 직권주의 형사절차가 관료적 수사기구에 의해서 최대한 이른 시기에 잠재적인 예비 증인들과 사건 관련자들의 진술을 조사하고 기록해두는 이유이기도 하다.

물론 영미법계 당사자주의 형사절차는 공판 단계에서 이루어지는 반대신문에 의해서 그러한 왜곡 가능성을 충분히 교정할 수 있다는 믿음을 전제로 형성되어 왔다. 그러나 공판정에 이르기 전에 당사자 측에 의해서 선택되어 변형되고 조율된 증언에 대해서 반대신문만으로 완벽하게 탄핵이 가능하다고 믿기는 어렵다.

넷째, 당사자주의 형사절차의 증거법은 올바른 판단을 하기 위한 정보의 충분성과 완전성이라는 측면에서도 심각한 결함을 가진다. 당사자주의 형사절차의 증거법은 앞서 살펴본 당사자 측의 왜곡 동기 위험성으로 인해서 많은 증거가치 있는 증거들을 증거능력 단계에서 배제하게 된다. 그러나 사실에 관한 추론의 정확성은 관련 증거의 질적 신용성에도 의존하지만, 그 추론이 기반하고 있는 정보의 충분성과 완전성에도 의존한다. 증거가치가 있는 증거들을 배제하면 개별 증거의 신용성은 높일 수 있을지 모르나 전체적인 추론의 정확성을 해하게 된다.[584] 영미법계 증거법이 전문법칙을 통해서 신용성 없는 정보를 걸러내는 선기능보다 증거가치 있는 정보를 너무 많이 배제한다는 폐해에 관하여는 미국의 학계에서 수많은 비판이 제기되었으며, 독일의 증거법과 같은 최량증거 원칙(Best Evidence Rule)을 채택해야 한다는 대안이 주장되었다.[585]

동일한 비판[586]은 영국의 학계와 실무 내에서도 강력하게 제기되었으

---

583) Damaška, 주 98)의 책, 96-97면. 특히 각주 43에 경험적 연구들이 열거되어 있다.

584) Michael L. Seigel, Rationalizing Hearsay: A Proposal for a Best Evidence Hearsay Rule, 72 B.U. L. Rev. 893 (1992), 905-909면. 같은 논문 893면 각주 3-5에서 같은 관점에서 전문법칙의 대폭적인 개혁을 주장하는 영미법계 저명 학자들의 논문들을 열거하고 있다.

585) Seigel, 주 584)의 논문, 893면. 각주 3-5에서 같은 관점에서 전문법칙의 대폭적인 개혁을 주장하는 영미법계 저명 학자들의 논문들을 열거하고 있다; David Alan Sklansky, 주 172)의 논문, 6면; Eleanor Swift, A Foundation Fact Approach to Hearsay, 75 Cal L Rev. 1339 (1987).

586) 영국의 전문법칙 개혁 작업을 주도한 Law Commission은 전문법칙의 문제

며,[587] 영국은 1990년대부터 의회 산하의 법률위원회의 수차례 검토를 거친 끝에 2004년 형사사법법(Criminal Justice Act)을 통해서 전통적인 전문법칙을 폐기하였다. 형사사법법은 앞에서 살펴본 것처럼 전문증거의 개념을 대폭 축소하였고, 전문법칙의 엄격한 증거배제원리가 아니라 법원이 정의의 이익에 부합한다고 판단할 경우 재량에 따라 전문증거의 증거능력을 인정할 수 있게 하였으며(제114조)[588], 독일의 직접주의와 유사하게 원진술자가 사망하거나 질병, 해외거주, 소재불명, 두려움 등으로 법정에서 진술을 할 수 없는 경우에는 증거사용을 허용하였다(제116조).[589] 그러나 무엇보다도 주목할 만한 변화는 형사사법법 제117조 제4항, 제5항이 경찰이 참고인으로부터 받은 진술서류의 경우에도 위 제116조의 요건을 충족시킬 경우에는 증거사용을 허용하고 있다는 것이다. 이때에는 법원이 그 진술서류의 내용, 거기에 담긴 정보의 원천, 정보가 취득된 배경, 서류가 작성된 상황 등을 고려하여 신용성이 없다는 결정을 하지 않는 이상 자동적으로 증거능력이 인정된다(동조 제6항, 제7항).[590] 이러한 증거법의 변화는 영국 형사절차에서 있어서 이미 경찰이 참고인을 조사하여 진술서류를 작성하는 관행을 형성하였다는 것을 의미하거나 혹은 그러한 관행을 형성하는 것으로 이어질 것이라는 것을 의미하며, 또한 영국이 더 이상 순수한 당사자주의 형사절차 국가가 아니라는 것을 의미한다.

물론 당사자주의 형사절차에서 공판정에서 처음으로 당사자의 주장을

점을 ① 증거배제원리의 비합리성과 경직성, ② 전문법칙 예외에 대한 합리적 근거 결여, ③ 과도한 복잡성으로 인한 시간낭비, ④ 증거가치 있는 증거의 지나친 제거로 인한 실체진실 결여, ⑤ 증인에 대한 혼란 야기, ⑥ 법원의 자의적인 증거사용, ⑨ 증거능력이 인정된 전문증거에 대한 증명력 판단의 부실화 등을 들고 있다. JR Spencer, 주 106)의 책, 15-20면.

587) Law Commission(UK), 주 110)의 보고서, §4; Law Commission(UK), 주 107)의 보고서 §7; JR Spencer, 주 106)의 책, 14-17면; Roderick Munday, Cross & Tapper on Evidence, 13th, Oxford University Press(2018), 567-574면. 참조.

588) JR Spencer, 주 106)의 책, 101-105면.

589) JR Spencer, 주 106)의 책, 131-149면.

590) JR Spencer, 주 106)의 책, 161-164면.

듣는 사실인정자가 인지적 백지상태라는 점을 감안할 때 법관이 증거들을 기본적인 신용성 단계에서 검사하여 정보의 양을 감소시키는 것이 배심원들의 인지적 부담을 줄여서 그 판단의 정확성을 높여줄 수도 있다. 이러한 관점에서 현대 인지과학의 차원에서 전문법칙의 의의를 정당화하고자 하는 관점도 존재한다.[591] 또한, 당사자가 각자 이익에 따라 증거를 경쟁적으로 제출하게 하면 당연히 승소하기 위해서 더 많은 양질의 증거를 사실인정자에게 제공할 것이며, 또한 증거배제를 통해서 절차법과 증거법을 위반한 당사자를 징벌함으로써 당사자로 하여금 절차의 준수를 유도할 수 있으므로 오히려 장기적으로는 실체진실 발견에 유리하다는 주장도 있다.[592] 당사자주의 형사절차에서는 양 당사자간의 주장과 반박 사이에서 변증적인 합리성(dialectical rationality)이 드러난다고 보기도 한다.[593]

그러나 이러한 주장에 담겨있는 장점들도 당사자주의 형사절차가 갖는 근본적인 문제점을 충분히 제거할 수는 없다. 개별 사건의 재판에서 당사자의 이익을 위해서 일방적으로 수집되고 선택되고 제시되는 양측의 증거들만으로는 수동적이고 배경지식 없는 사실인정자가 정확한 판단에 이를 수 있다고 단정하기는 어렵기 때문이다. 양 당사자는 당연히 자신에게 가장 불리한 자료들은 제시할 증거목록에서 제외할 것이며, 증언의 내용도 주의깊게 조율된 상태로 제시될 것이므로, 결국 공판에서의 사실인정은 양측이 주의 깊게 선택한 극단적으로 유리한 주장과 증거들만을 근거로 진행될 가능성이 있다.[594] 반대신문조차도 주신문이 설정한 한계 내에서만 이루어지며 그 질문의 범위를 벗어날 수 없기 때문에 최초에 선택된 증인의 주장 범위를 벗어날 수 없다. 설사 당사자주의적 형사절차가 변증적 성격을 띨 수 있다고 하더라도 변증적인 토론을 통해서 합리성이 발현되기 위해서는 토론에 참여한 당사자들이 객관성을 유지하고 토론 과정을 통해서 진실이 드러나도록 협력할 자세를 갖추어야 할 것인데, 형사절차에서 그러한 객관적 자세를 기대할 수 없다.[595] 마지막으로

---

591) Craig R. Callen, “Hearsay and Informal Reasoning”, Vanderbilt Law Review(1994), vol. 47. 49-55면.
592) Damaška, 주 98)의 책, 98-99면.
593) Damaška, 주 98)의 책, 100면.
594) Damaška, 주 98)의 책, 99-100면.

당사자주의적 형사절차에서 상호 경쟁을 통해서 진실이 발견될 수 있기 위해서는 당사자들 사이에 동등한 자원과 능력이 갖추어져야 공정성이 유지될 수 있는데 현실에서는 국가와 피고인 사이, 그리고 부유한 피고인과 가난한 피고인 사이에서 그러한 동등성을 기대할 수는 없다.[596]

다섯째, 당사자주의 형사절차에서는 그 당사자들이 서로 승소를 추구하는 경쟁적 성격으로 인해서 공판절차가 매우 공격적으로 진행될 가능성이 많다. 반대신문 과정에서 사실을 객관적으로 증언하는 증인을 과도하게 공격하여 혼란스럽게 만들고 배심원들에게 의심을 불러 일으키는 신문기법들이 실무적으로 발달하였으며,[597] 특히 이러한 공격적인 반대신문 기법이 성폭력 피해자나 아동 증인 등 암시나 심리적 공격에 취약한 증인들에게 심리적인 상처를 남기는 점에 관하여 경험적 연구결과들이 존재한다.[598]

따라서 순수한 인지적 관점에서 평가할 때 당사자주의적 형사절차와 증거법은 그 단점이 장점을 능가한다고 볼 수 있다. 영국 현대 증거법이 전통적인 전문법칙을 폐기하고 직권주의적 요소가 반영된 새로운 증거법을 채택한 것도 그와 같은 이유에서 비롯된 것이다.

(2) 당사자주의 증거법의 정책적 근거

당사자주의 형사절차와 증거법은 인지적 관점에서 실체진실 발견을 저해할 수 있는 많은 약점을 지니고 있다. 그럼에도 불구하고 당사자주의가 위와 같은 방식을 고수하는 이유는 직권주의에 비해서 실체진실 발견의 이념만큼이나 서구에서 중요한 의미를 지니는 다른 이념을 중시하기 때문이다. 즉 당사자주의는 권리보장의 공정성이라는 이념을 직권주의 형사절차보다 더 강조하는 형사절차이다.[599]

이 지점에서 증거법은 형사절차의 구조와 사법의 기능을 형성하는 사회, 문화적 구조와 연결된다. 당사자주의 형사절차는 국가의 실체진실의

595) Damaška, 주 98)의 책, 101면.
596) Damaška, 주 98)의 책, 101면.
597) Damaška, 주 98)의 책, 123면.
598) 제3장 제2절 1. (1) 2) 반대신문권의 신용성 저해 측면 참조.
599) Damaška, 주 98)의 책, 111면.

발견보다는 당사자 사이의 분쟁해결을 목적으로 하는 민사절차와 유사하다. 당사자주의 형사절차는 앞에서 살펴본 것처럼 민사절차와 유사하게 요증사실의 범위, 증거의 수집, 선택, 제출방법을 모두 당사자의 통제 하에 두고 있다. 영미법계 증거법도 그러한 형사절차의 이념을 구현하는 도구로 발전하였기 때문에[600] 미국 연방증거법처럼 민사절차와 형사절차에 공통적으로 적용되며, 법원이 직권으로 적용하는 것이 아니라 당사자의 요구가 있을 때에만 적용되는 특색을 갖게 되었다.[601] 오히려 형사절차에서는 강력한 국가 대 개인의 구도가 형성되므로 공정성을 보장하기 위해서 국가의 증거수집, 선택 및 그 증거능력에 대한 제한이 민사절차보다 강화되어 있다. 통상 대륙법계 직권주의 민사절차에서는 변호사들이 국가의 강력한 증거조사 권한을 이용해서 원고의 승소를 위해 필요한 증거를 확보하고자 형사고소를 선행하는 반면, 당사자주의 형사절차에서 정부는 형사절차에서는 위와 같은 제한 때문에 사용할 수 없는 증거를 민사절차를 통해서 확보하거나 민사절차를 일종의 징벌 절차로 이용하는 관행이 형성되었다.[602] 여기에서는 분쟁해결의 가능성을 감소시키거나 분쟁해결 절차의 공정성을 저해하면서까지 형사절차에서 실체진실을 추구해야 한다고 보지 않는다.[603] 실체진실 발견의 이념은 여전히 표면적으로는 형사절차의 제1 이념으로 남아있지만, 만약 법원이 증거를 직권적으로 수집하는 과정에서 분쟁이 재발되거나 공정성에 대한 논란을 불러일으킨다면 진실의 추구를 단념하는 편을 선택하는 것이다.[604] 그것이 결국 여러 인지적 약점에도 불구하고 사실인정자의 수동성을 유지하는 근본적 이유이며 공판전 예비조사를 담당하는 공식적 관료적 수사기구를 거부하는 이유이다. 또한 그러한 형식적, 절차적 공정성을 포기하고서 객관적인 실체진실에 도달할 수 있으리라는 사회, 문화적 신념도 존재하지 않는다.[605]

영미법계 국가에서 이러한 당사자주의적 형사절차와 증거법이 형성된

---

600) 위 글.
601) Damaška, 주 98)의 책, 112-113면.
602) Damaška, 주 98)의 책, 116-117면.
603) Damaška, 주 98)의 책, 121면.
604) Damaška, 주 98)의 책, 122면.
605) James Q Whitman, 주 80)의 논문 참조.

근본적인 역사적 원인은 영국에서 오랫동안 중세의 규문적 수사절차를 담당할 수 있는 관료기구를 발전시키지 못했기 때문이다. 따라서 영국에서는 형사절차도 공판정에서 배심원들을 상대로 당사자들이 서로 주장과 증거를 주고 받는 일회적 공판중심주의가 발전할 수밖에 없었으며, 이러한 당사자주의와 공판중심주의는 19세기 이후 고전적 자유주의와 결합하여 거의 헌법적인 중요성을 부여받게 되었다.[606] 반면 대륙법계 직권주의 국가에서는 역사적으로 공판전 예비조사를 담당하던 관료기구가 존재하였고 근대 혁명기 이후 규문주의가 개혁된 이후에도 형사절차는 민사절차와 달리 수사기관과 법원이 당사자들의 주장에 구속되지 않고 직권적으로 사실을 조사하여 실체진실을 규명해야 한다는 이념이 자유주의적 헌법에도 불구하고 유지되었다.[607]

606) Damaška, 주 98)의 책, 118면.
607) Damaška, 주 98)의 책, 120면.

3. 국제형사절차의 구조와 증거법

최근 들어 전쟁범죄와 반인도범죄 등을 처벌하기 위하여 국제사회는 국제형사절차와 그 조직을 형성해오고 있다. 역사적인 사회, 문화적 구조의 영향에서 벗어나서, 순수하게 형사절차와 증거법의 합리성이라는 관점에서 형사절차의 유형을 어떻게 구성할 것인지 여부를 파악하려면 국제형사절차의 구조와 증거법을 검토하는 것이 도움이 될 수 있다.[608]

(1) 유고 전범재판절차의 구조와 증거법

영미법계와 대륙법계 형사절차와 증거법은 오랜 역사적인 과정을 거쳐 자연적으로 형성된 것이다. 그런데 1990년대 유고와 르완다의 전범에 대한 재판을 위해서 임시 국제형사재판소가 설치되면서, 서구 양대 전통을 따르는 국가들 사이에서 국제형사재판의 절차와 증거법을 어떻게 구성해야 할 것인지 여부가 새로운 문제로 대두되었다. 유럽인권협약이 피고인의 인권 보호와 공정한 재판의 보장을 통해서 대륙법계 국가들과 영미법계 국가들 사이에 국제적으로 공통된 합의의 기초를 제공한 것을 따라서 유고 국제형사재판소(ICTY)의 형사절차와 증거법(ICTY 절차 및 증거법 제21조)도 유럽인권협약 제6조와 거의 유사한 내용을 담고 있는 자유권규약 제14조를 따라 공정한 재판의 권리를 규정하였다.[609]

유고 국제형사재판소의 형사절차는 그 설치 과정에서 큰 영향력을 행사하였던 미국의 당사자주의 형사절차를 기본적으로 채택하였다. 따라서 사법관이나 준사법관이 증거수집과 조사의 책임과 권한을 담당하지 않고 증거수집, 선택, 제시의 책임과 권한을 당사자들에게 부여하였다. 다만 법원도 증거조사 권한을 보충적으로 보유하고 있었다.[610] 그러나 영미법계 당사자주의 형사절차가 당사자의 증거수집, 선택, 제시 권한을 통제하기 위하여 상세한 증거규칙을 수반하는 것과 달리, 여기에서는 그러한

608) 물론 전쟁범죄와 전쟁 상황에서의 증거수집의 어려움이라는 특수성을 고려하면 보편적인 기준으로 삼기에는 한계가 있다.
609) John Jackson, 주 423)의 논문, 236면.
610) John Jackson, 주 423)의 논문, 237면.

상세한 규칙이 존재하지 않았다.[611] 따라서 많은 학자들로부터 증거의 수집, 선택, 제시에 관한 형사절차는 당사자주의적으로 구성되었으나 증거법은 직권주의적으로 설정되는 일종의 부정합이 존재한다고 평가되었다.[612]

유고 국제형사재판소의 절차 및 증거법 제90조는 원칙적으로 공판 외에서 진술에 대한 조사(deposition)를 허용하는 법원의 명령이 없는 이상, 모든 진술은 공판에서 직접 증언의 형태로 이루어져야 한다고 규정하고 있었다.[613] 그러나 그러한 규정을 실제로 적용하는데 너무나 많은 시간과 비용이 소요되자, 공판 외 진술서류도 법원이 정의의 이익에 부합한다고 인정하는 경우에는 증거로 사용할 수 있도록 규정을 변경하였다(동법 제89(F).[614] 그에 따라 당사자주의 형사절차에 수반되는 영미법계 전문법칙과는 전혀 달리, 수사절차에서 당사자인 검사가 확보한 진술서류를 공판에서 증거로 사용할 수 있는 혼합 형태의 증거법체제가 형성되었다. 이러한 혼합 체제는 배심제도를 기반으로 하는 영미법계 형사절차와 달리 숙련된 직업법관이 재판을 담당하는 이상 재판의 공정성과 신용성은 침해되지 않는다는 전제 하에 합리화되었다.[615] 그러나 이러한 변화에 대해서는 특히 영미법계 전통 하에서 훈련된 재판관들로부터 많은 반발이 있었다.[616] 특히 객관성, 중립성이 보장되지 않은 검사와 아무런 윤리적 규제장치가 존재하지 않는 상태에서 일방적으로 수집, 선택, 제시하는 진술증거를 공판에서 검증 없이 증거로 사용하는 것은 재판의 신용성과 공정성에 큰 문제를 발생시킨다는 것이다. 전쟁범죄의 특성상 진술자의 편향성, 통역 과정의 문제들도 이러한 문제점을 가중시킨다.[617] 비록 법원에게 직권적 증거조사 권한이 주어져 있다고 하더라도 당사자주의 형사절차에 따라 법원은 검사의 수사기록 전부를 확보할 수 없는 상태에서 조사에 임하게 되므로 오히려 불필요하거나 과도한 증거조사를 실시하는 과정에서 일방에 대한 편향성을 보이거나 불공정하다는 불신을

611) 위 글.
612) 위 글.
613) 위 글.
614) John Jackson, 주 423)의 논문, 238면.
615) John Jackson, 주 423)의 논문, 239면.
616) John Jackson, 주 423)의 논문, 238-239면.
617) John Jackson, 주 423)의 논문, 240면.

불러일으킬 위험성도 발생하게 된다.[618] 따라서 오히려 대륙법계 직권주의에서와 같은 수사판사 제도를 채택하자는 견해도 강력하게 제시되었다.[619]

(2) 상설 국제형사재판소(ICC) 절차의 구조와 증거법

유고 국제형사재판소의 혼합절차가 가진 위와 같은 문제점들은 Damaška의 구조적으로 이질적인 요소의 혼합이 가진 문제점에 관한 경고를 상기시킨다.[620] 1998년 로마 조약에 따라 상설 국제형사재판소(ICC)의 형사절차와 증거법을 구성하는 과정에서 유고 국제형사재판소의 절차와 증거법의 부정합이 노출시킨 문제점들에 대하여 어떻게 대응할 것인지 여부가 다시 문제되었다.

국제형사재판소의 형사절차와 증거법(제67조)도 자유권규약 제14조의 피고인의 인권 보호와 공정한 재판의 보장을 기초로 하는 것은 유고 국제형사재판소와 동일하다. 문제는 종전과 동일하게 ICC도 당사자주의 형사절차와 증거법을 채택할 것인지 여부였다. 유고 국제형사재판소의 당사자주의 절차는 진술서류에 대한 직권주의적 증거사용과 결합하여 여러 문제점들을 노출시켰다. 나아가 피해자의 보호가 중요할 뿐만 아니라 증인의 강제소환이 불가능한 경우가 많은 국제형사재판의 특성상 영미법계 전문법칙과 같은 증거법을 채택하는 것은 어려웠다.[621] 또한 전쟁범죄의 특성상 증거의 수집에 있어서도 피고인 측은 검사가 수집한 증거자료에 의존하여 방어권을 행사할 수밖에 없는 경우가 많다. 따라서 ICC가 영미법계 전문법칙을 채택하는 것은 적절하지 않았다.[622]

그러나 국제형사재판소는 일각에서 주장된 바와 같은, 수사판사 제도 같은 직권주의적 형사절차를 채택하지도 않았다. 수사판사 제도는 대륙법계 형사절차 내에서도 객관성과 중립성을 쉽게 잃고 확증편향에 빠질 우려가 많다는 비판을 받고 있었기 때문이며,[623] 또한 국제형사재판의

618) John Jackson, 주 423)의 논문, 241면.
619) John Jackson, 주 423)의 논문, 238면.
620) 앞의 각주 101), 434) 참조.
621) John Jackson, 주 423)의 논문, 243-244면.
622) John Jackson, 주 423)의 논문, 243-244면.

정당성을 확립하기 위해서는 절차의 투명성과 공개성이 무엇보다 중요하다는 인식 때문이었다.[624]

따라서 국제형사재판소의 형사절차와 증거법은 당사자주의 형사절차와 증거법을 따르는 대신, 형사절차에 있어서 검사에게 객관의무를 부여하고(제54.1조), 전심부(pre-trial chamber)를 설치하는 방식으로 이러한 문제에 대응하였다. 국제형사재판소의 형사절차와 증거법(제56-57조)은 전심재판부가 검사의 수사를 감독하고, 피의자의 권리를 보호하기 위해서 검사의 증거수집절차에 개입하며, 검사가 공판 단계에서 상실될 위험이 있는 진술증거를 확보할 수 있도록 승인할 수 있는 권한을 부여한다. 또한 검사의 진술증거 수집절차에서 피의자 측이 참여할 수 있도록 필요한 조치를 취하고, 피의자 측에 유리한 증거를 수집하도록 필요한 조치를 취할 권한도 부여하고 있다.[625] 그럼으로써 수사기록이 단순히 검사의 일방적인 기록이 아니라 피고인 측의 참여와 주장이 모두 포함되도록 함으로써, 공판 단계에서 그 수사기록을 증거로 사용하더라도 신용성과 공정성이 침해되지 않도록 한다. 이러한 변화는 국제형사재판소를 대륙법계 직권주의 형사절차에 더 가깝게 보이도록 만들었다.[626] 그러나 ICC절차증거규칙 제68조는 수사 단계에서 피고인 측의 반대신문 기회가 보장되었거나 공판 단계에서 반대신문 기회가 보장되어야 한다고 규정하고 있으므로 만약 그러한 기회가 보장되지 않았다면 그 수사기록은 공판 단계에서 증거로 사용할 수 없을 것이다.[627]

결국 국제형사재판소의 형사절차와 증거법은 재판절차의 구조에 있어서는 당사자의 무기대등과 피고인의 방어권을 보장하는 대향적인(contradictoire)[628] 형태를 채택하였으나, 직권적 수사절차와 조직을 갖추는 방식으로 절충하였다. 또한 영미법계 전문법칙을 채택하지 않음으로써 공판 외 진술증거의 증거 사용을 폭넓게 허용하였으나 수사절차에서 파생

623) John Jackson, 주 423)의 논문, 246면.
624) 위 글.
625) John Jackson, 주 423)의 논문, 244면.
626) John Jackson, 주 423)의 논문, 248면.
627) 송중호, “국제형사재판소(ICC) 및 구유고 전범재판소(ICTY)의 재판절차를 통해 들여다본 우리 형사절차”, 형사소송의 이론과 실무 제4권 제1호(2012), 93-94면.
628) 앞의 각주 235) 참조.

되는 진술증거에 관하여는 피고인의 참여권과 반대신문권을 강화함으로써, 공정한 재판을 보장하는 방향으로 발전해왔다고 요약할 수 있다.[629]

629) 주진열, “국제형사재판에 있어서 증거법에 관한 연구”, 국제법학회논총, 제52권 제2호(2007), 486면.

4. 형사절차의 세계적 융합 현상

서로 다른 전통의 형사절차가 절충적으로 융합되는 현상은 국제형사절차에만 국한된 것은 아니다. 최근 들어 대륙법계 직권주의 형사절차와 영미법계 당사자주의 형사절차의 융합 현상은 다양하게 발현되고 있다. 이러한 흐름을 추동하는 사회 구조적 동력은 우선 대부분의 현대 국가들이 직면하고 있는 형사절차의 문제가 공통적이라는 것이다. 즉, 복잡하고 초국경적인 범죄에 비해서 전통적인 형사절차들은 느리고 비효율적이며 고도의 복잡하고 조직적인 범죄에 대하여 적절하게 대응하지 못한다는 문제의식을 공통적으로 느끼고 있다. 또한 EU의 형사사법 통합과 협력 강화 노력, 그리고 유럽인권협약 및 유럽인권법원 판례가 생성하는 인권법이 국내 형사절차에 대해 영향력을 확대하고 있는 것도 특히 유럽 내 국가들의 형사절차 융합 현상을 가속화시키고 있다.[630] 즉, 이 역시 사회, 문화적 구조가 형사절차에, 그리고 형사절차가 증거법에 영향을 미치는 하나의 현상으로 이해할 수 있다.

이에 대하여 대륙법계 직권주의 국가들은 예심제도를 폐지하거나 폐지를 검토하고, 증거법상 직접성 원칙을 완화하는 방식으로 대응하고 있으며,[631] 영국을 비롯한 영미법계 국가들은 검찰 제도를 도입하고 경찰의 수사절차를 공식화하여 직권적 형사절차를 일부 수용하는 한편, 이에 발맞추어 전문법칙을 대폭 완화함으로써 공판 외 진술증거의 사용가능성을 확대한다.[632] 직권주의 국가에 영미법계 형사절차의 특색인 플리바게닝 제도를 도입하려는 시도가 계속되고 있는 것도 이러한 문제의식을 반영한다.[633]

이와 같이 형사절차의 직권주의적 성격이 강화되는 반면, 이에 대응하

---

630) 이러한 융합현상에 관하여는 Delmas-Marty · J.R.Spenser, 주) 82의 책; John D Jackson · Sarah J. Summers, 주 75)의 책[kindle edition]; Hodgson, 주 82)의 책 참조.

631) 예컨대 스위스는 2007년 형사사법개혁을 통해서 예심절차를 폐지하고 예심단계에서 예심판사에게 주어져 있던 권한을 검사에게 부여함으로써, 직접성 원칙을 완화하였다.

632) 제3장 제3절 2. (1) 당사자주의 형사절차와 실체진실 발견 이념 참조.

633) Thomas Weigend, 주 426)의 논문 참조.

여 피고인의 참여권을 보장하고 재판의 공정성을 담보하기 위한 당사자주의적 제도가 직권주의 국가에서 강화되고 있는 것도 목격된다.[634] 당사자주의적 형사절차에서 역사적으로 발전한 피고인의 참여권과 방어권이 직권주의적 수사절차와 공판절차에서 강화되는 것은 유럽인권협약과 유럽인권법원의 판례가 주도하고 있다.

요컨대, 직권주의적 수사절차와 조직이 강화되거나 생성되고, 그에 발맞추어 전문법칙과 같은 공판 외 진술증거의 배제 규칙들은 대폭 약화되고 있다. 반면 수사절차 내에서 피고인의 참여권과 방어권이 강화됨으로써, 공정한 재판을 보장하려는 것이 세계적인 추세라고 볼 수 있다. 다만, 수사절차에서 반대신문권이 보장되지 않은 경우 그 조서의 증거능력을 배제할 것인지 아니면 증명력 평가에 맡길 것인지 여부에 관하여는 아직 국가들 간의 방향에 관한 합의가 존재하거나 학자들 간의 견해가 일치하지는 않는 것 같다.[635]

---

634) John D Jackson · Sarah J. Summers, 주 75)의 책[kindle edition] 참조.

635) 흥미로운 것은 직권주의 형사절차를 채택한 국가의 비교증거법학자인 Maffei는 증거능력 배제를 주장하는데 반하여 당사자주의 형사절차를 채택한 국가의 비교증거법학자로서 영국의 전문법칙 개혁에 영향을 미친 J.R.Spenser는 증거능력 배제규칙에 비판적이라는 점이다.

5. 형사절차의 구조와 사회, 문화적 구조의 관계

이상의 내용을 요약하면, 증거법은 형사절차의 구조에 의존적이며, 형사절차의 구조는 사법권의 구조에 의존적이라는 것이다. 그렇다면 사법권의 구조는 어떻게 결정되는가? 그 해답은 일반적인 형사법학의 범위를 넘어서는 것으로서 아마도 정치학과 사회학의 연구에 맡겨져야 할 것이다. 다만 국가주도형 사법기능은 정치적 영역에서 사법권이 그러한 기능을 담당할 것으로 요구하는 경우에 주로 형성될 것이며, 그 사회의 사회문화적 의식이 그러한 사법권의 기능과 구조를 수용할 수 있어야 비로소 제대로 작동될 수 있으리라는 점은 당연한 이치일 것이다. 즉 한 사회가 형사사법 영역에서 국가에게 통일적으로 질서를 유지하고 실체진실을 확정할 것을 요구하는 정치, 사회적 구조에서는 분쟁해결형 사법기능과 수평적 사법권 구조가 제대로 형성되거나 작동하기 어려울 것으로 예상할 수 있다.

영미법계 당사자주의 국가와 대륙법계 직권주의 국가는 역사적으로 각각 자신들의 사회, 문화적 구조에 적응한 형사절차를 형성해왔으며, 그러한 형사절차에 정합적인 증거법을 발전시켜 왔다. 그런데 전쟁이나 식민지 경험으로 인해 형사절차와 증거법을 계수한 우리나라나 일본과 같은 국가들에 있어서는 사회, 문화적 구조, 형사절차, 증거법 사이의 정합성이 단절될 수밖에 없었다. 지금까지 직권주의 및 당사자주의 형사절차에서 증거법이 어떻게 역사적으로 구조연관을 맺으며 형성되었는지를 살펴보았다면, 우리나라나 일본과 같이 특수한 정치 사회적 상황에서 서구의 증거법 전통의 두 유형을 모두 혼합적으로 계수한 국가에서 어떻게 증거법이 형사절차 의존적 구조를 이탈해왔는지를 살펴보는 것이 이 논문 후반부의 주제이다.

제 4 장 형사절차의 구조와 진술조서의 증거능력

제 1 절 우리나라의 형사절차 구조와 증거법의 부정합

1. 형사절차의 구조

(1) 당사자주의의 채택 여부

1) 판례의 태도

가. 대법원의 입장

대법원은 우리나라의 형사절차는 당사자주의를 기본으로 하되, 직권주의적 요소가 가미된 것으로 보면서, 당사자주의와 결합하여 공판중심주의를 채택하고 있는 것으로 파악한다. 대법원은 2009년 공소장일본주의의 효과와 관련한 전원합의체 사건에서 그와 같은 취지로 아래와 같이 판시하였다. 여기에서 대법원은 2007년 형사소송법의 개정과 국민참여재판의 도입으로 인하여 형사절차의 당사자주의적 요소가 더욱 강화되었음을 밝히고 있다. 그리고 여기에서 이미 당사자주의적 형사절차는 증거법상으로는 직접심리주의와 연결되고 있다.

종래 우리나라의 형사재판 실무는 검사가 제1회 공판기일 이전에 수사기록 일체를 법원에 제출하는 것이 관행이었다. 그리하여 법원에 따라서는 제1회 공판기일에 들어가기 이전에 검사로부터 제출받은 수사기록을 살펴보고 사안을 미리 파악하기도 하는 등 실무상 혼란이 없지 않았고, 이에 대해서는 예단배제를 위한 공소장일본주의의 취지에 반한 것이라는 비판이 있었다.

이러한 실무관행은 2006. 4. 1. 개정된 대법원 재판예규에 의하여 전국적으로 증거분리제출제도가 시행됨으로써 획기적인 변화가 이루어지게 되었다. 이 제도의 시행으로 검사는 피고인이 자백하든 부인하든 제1회 공판기일 이후 증거조사에 들어가서야 비로소 증거서류를 법정에서 제출하게 된 것이다. 또한, 2007. 6. 1. 법률 제8495호 국민의 형사재판 참여에 관한 법률의 제정으로 국민참여재

판제도가 도입되어 직업법관이 아닌 배심원이 국민참여재판을 하는 사건에 관하여 사실의 인정, 법령의 적용 및 형의 양정에 관한 의견을 제시할 권한을 가지게 됨으로써 공판절차에서 법관이나 배심원이 공평한 제3자의 입장에서 심리에 관여할 수 있도록 제도적 장치를 보완할 필요가 생겼다. 이러한 사정을 반영하여 2007. 6. 1. 법률 제8496호로 개정된 형사소송법은 공판절차에 관한 규정을 개정하여, 재판장은 증거조사를 하기에 앞서 검사 및 변호인으로 하여금 공소사실 등의 증명과 관련된 주장 및 입증계획 등을 진술하게 할 수 있으나, 다만 증거로 할 수 없거나 증거로 신청할 의사가 없는 자료에 기초하여 법원에 사건에 대한 예단 또는 편견을 발생하게 할 염려가 있는 사항은 진술할 수 없도록 하였고(법 제287조 제2항), 공판절차의 순서를 바꾸어 증거조사를 피고인신문에 앞서서 실시하도록 규정하는(법 제290조, 제296조의2) 등 당사자주의 소송구조를 강화하였다.

위와 같은 형사소송 법령의 내용과 그 개정 경위에 더하여, 형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다는 헌법 제27조 제4항의 규정상 형사피고인에 대하여 법관이 가질 수 있는 유죄의 예단을 차단할 필요가 있다는 공소장일본주의의 기본취지, 우리나라 형사소송법은 피고사건에 대한 실체심리가 공개된 법정에서 검사와 피고인 양 당사자의 공격·방어활동에 의하여 행해질 것을 요구하는 당사자주의와 공판중심주의 원칙 및 공소사실의 인정은 법관의 면전에서 직접 조사한 증거만을 기초로 이루어져야 한다는 직접심리주의와 증거재판주의 원칙 등을 채택하고 있다는 점 등을 아울러 살펴보면, 공소장일본주의는 위와 같은 형사소송절차의 원칙을 공소제기의 단계에서부터 실현할 것을 목적으로 하는 제도적 장치로서 우리나라 형사소송구조의 한 축을 이루고 있다고 보아야 한다. 공소장일본주의에 관한 형사소송규칙 제118조 제2항은 바로 이러한 법리를 명문화한 것인 이상, 법원은 물론 소추기관인 검사 역시 형사재판의 운용에 있어서 그 취지가 충분하게 기능을 발휘할 수 있도록 최대한 노력을 기울일 의무가 있다고 할 것이다.....

형사소송법은 국가형벌권의 구체적 실현을 위하여 필요한 법적 절차를 규율하는 법률로서 법공동체가 추구하는 이상과 좌절의 역사적 체험을 담은 그 시대 사회적·문화적 상황의 산물이므로 여기에는 필연적으로 상충되는 법원칙이 혼재하여 있게 마련이다. 공소장일본주의 역시 우리나라 형사절차에 있어서 당사자주의적 요소를 반영하는 원칙의 하나인데, 형사소송법에는 그와 상호충돌관계에 있는 직권주의적 요소에 관한 여러 규정들이 있으므로 이러한 규정들과 조화를 이루도록 해석할 필요가 있고 나아가 공소장일본주의가 형사재판의 운용 전반에 미치는 영향 등도 고려하여야 할 것이므로 이러한 제반 사정을 감안

하여 공소범죄사건에서 실체적 진실발견과 적법절차보장이라는 형사소송이념을 실현할 수 있도록 그 구체적인 기준을 설정하지 않으면 안 된다.[636]

그런데 대법원은 최근에 들어와서는 좀 더 직접적으로 우리나라의 형사절차가 당사자주의를 따르고 있음을 강조하고 있다. 2019년 이후 우리 형사절차에 관한 대법원 판례의 전형적인 설시는 아래 인용한 바와 같다. 헌법 제12조와 제27조의 적법절차원칙과 재판받을 권리를 인용한 후, 우리나라의 형사절차를 당사자주의와 공판중심주의라고 천명하고, 그로부터 직접심리주의 원칙을 연역하고 있다.

헌법은 제12조 제1항 후문에서 적법절차의 원칙을 천명하고, 제27조에서 재판받을 권리를 보장하고 있다. 형사소송법은 이를 실질적으로 구현하기 위하여, 피고사건에 대한 실체심리가 공개된 법정에서 검사와 피고인 양 당사자의 공격·방어활동에 의하여 행해져야 한다는 당사자주의와 공판중심주의 원칙, 공소사실의 인정은 법관의 면전에서 직접 조사한 증거만을 기초로 해야 한다는 직접심리주의와 증거재판주의 원칙을 기본원칙으로 채택하고 있다. 이에 따라 공소가 제기된 후에는 그 사건에 관한 형사절차의 모든 권한이 사건을 주재하는 수소법원에 속하게 되며, 수사의 대상이던 피의자는 검사와 대등한 당사자인 피고인의 지위에서 방어권을 행사하게 된다.[637]

대법원은 우리나라의 형사절차가 당사자주의와 공판중심주의를 채택하고 있음을 기초로 하여 더욱 구체적인 증거법의 원칙들을 연역해내고 있다. 당사자주의와 공판중심주의는 이제 증거법 영역에서는 반대신문권 보장과 실질적 직접심리주의 원칙 및 전문법칙으로 연결된다. 직권주의 형사절차의 증거법 원리 중 소수견해로 제시되었던 실질적 직접심리주의는 여기에서 영미법계 형사절차의 증거법 원리인 반대신문권 보장 및 전문법칙과 결합하여 증거법의 대원리로 기능하게 된다. 대법원에 따르면 형사소송법은 실질적 직접심리주의와 전문법칙을 채택하고 이를 강화하여 공판중심주의를 확립하는 방향으로 발전되어 왔다고 한다.

---

636) 대법원 2009. 10. 22. 선고 2009도7436 전원합의체 판결.

637) 대법원 2019. 11. 28. 선고 2013도6825 판결; 대법원 2021. 6. 10. 선고 2020도15891 판결; 대법원 2021. 9. 30. 선고 2021도5777 판결.

형사소송법은 헌법이 요구하는 적법 절차를 구현하기 위하여 사건의 실체에 대한 심증 형성은 법관의 면전에서 본래증거에 대한 반대신문이 보장된 증거조사를 통하여 이루어져야 한다는 실질적 직접심리주의와 전문법칙을 채택하고 있다. 공판중심주의의 한 요소인 실질적 직접심리주의는 법관의 면전에서 직접 조사한 증거만을 재판의 기초로 삼을 수 있고, 증명 대상이 되는 사실과 가장 가까운 원본 증거를 재판의 기초로 삼아야 하며, 원본 증거의 대체물 사용은 특별한 사정이 없는 한 허용되어서는 안 된다는 원칙이다. 법관은 법정에서 직접 원본 증거를 조사하는 방법을 통하여 사건에 대한 신선하고 정확한 심증을 형성할 수 있고, 피고인에게 원본 증거에 관한 직접적인 의견진술의 기회를 부여함으로써 실체적 진실을 발견하고 공정한 재판을 실현할 수 있다(대법원 2019. 3. 21. 선고 2017도16593-1 전원합의체 판결 등 참조).....

증언거부권의 정당한 행사에 해당하지 않는 증언거부가 있었다는 이유만으로 형사소송법 제314조가 적용된다고 본다면, 피고인으로부터 반대신문의 기회를 박탈하고 전문법칙 예외사유의 범위를 넓혀 실질적으로 피고인에게 불리한 결과를 용인하는 것이 된다. 이와 같이 형사소송법을 해석하는 것은 앞에서 본 바와 같이 실질적 직접심리주의와 전문법칙을 채택하고 이를 강화하여 공판중심주의를 확립하는 방향으로 발전되어 온 형사소송법의 취지 및 이에 따른 대법원 판례의 태도에 반한다.[638]

나. 헌법재판소의 입장

헌법재판소의 견해도 대법원과 거의 유사하다. 헌법재판소는 다음과 같이 판시한 바 있다.

형사소송(刑事訴訟)의 구조(構造)를 당사자주의(當事者主義)와 직권주의(職權主義) 중 어느 것으로 할 것인가의 문제는 입법정책(立法政策)의 문제로서 우리나라 형사소송법(刑事訴訟法)은 그 해석상 소송절차(訴訟節次)의 전반에 걸쳐 기본적으로 당사자주의(當事者主義) 소송구조(訴訟構造)를 취하고 있는 것으로 이해되는바, 당사자주의(當事者主義)에 충실하려면 제1심 법원(法院)에서 항소법원(抗訴法院)으로 소송기록(訴訟記錄)을 바로 송부(送付)함이 바람직하다. 헌법 제27조 제1항이 모든 국민에게 적법하고 공정한 재판을 받을 권리를 보장하고, 이에는

638) 대법원 2019. 11. 21. 선고 2018도13945 전원합의체 판결.

신속하고 공개된 법정의 법관의 면전에서 모든 증거자료가 조사·진술되고 이에 대하여 피고인이 공격·방어할 수 있는 기회가 보장되는 재판, 원칙적으로 당사자주의와 구두변론주의가 보장되어 당사자가 공소사실에 대한 답변과 입증 및 반증을 하는 등 공격, 방어권이 충분히 보장되는 재판을 받을 권리가 포함된다.[639]

2) 당사자주의와 직권주의의 개념에 관한 견해 대립

학설은 당사자주의를 기본구조로 하고 직권주의는 보충적 성격을 가진다고 보는 견해와 형사소송의 기본구조는 직권주의이고 당사자주의를 강화한 것은 직권주의에 대한 수정적 의미를 가질 뿐이라는 견해로 크게 나뉘어 있다.[640] 제정 형사소송법은 직권주의를 기본으로 하면서 당사자주의를 가미하였고 이후 당사자주의가 강화되었으나 직권주의를 극복하기는 어려웠다고 볼 수 있지만, 배심재판에 해당하는 국민참여재판이 도입된 이상 당사자주의 소송구조로의 전환이 이루어졌다는 견해도 존재한다.[641]

그런데 형사절차의 구조를 평가함에 있어서 기준이 되어야 할 당사자주의와 직권주의의 개념에 대해서는 견해가 일치하지 않는다. 형사절차를 규범적, 이념적 관점에서 이해하면서 당사자주의야말로 정부권력에 대한 통제 및 견제장치로서의 역할을 하며 개인의 존엄성과 자율성을 최대한 보장해줄 수 있는 형사절차이며, 최근 사법개혁으로 인해서 우리나라의 형사절차도 명목적 당사자주의로부터 실질적 당사자주의로 변화하는 단계에 접어들었다고 평가하기도 하고,[642] 당사자주의는 형사소송의 게임화를 초래하고, 형사절차에서 발생하는 당사자의 실질적 무기불평등 상태를 고려할 때 법원의 직권적 개입을 전제로 하는 직권주의가 오히려 실체진실 규명에 적합한 제도이므로 우리 형사소송법에 있는 직권주의적 요소를 강조하기도 한다.[643]

최근 들어서는 직권주의는 실체적 진실에, 당사자주의는 적법절차에

---

639) 헌재 1994. 4. 28. 93헌바26; 헌재 2010. 11. 25. 2009헌바57.

640) 종래 학설의 지형에 관하여는 이재상 외 2인, 주 85)의 책, 386면; 이은모·김정환, 형사소송법 제8판(2021), 29면 참조.

641) 이재상 외 2인, 주 85)의 책, 388면.

642) 이성기, “당사자주의의 원칙에 입각한 피의자 대면권의 헌법적 권리와 조서의 증거능력에 관한 논의”, 성신법학 제12호(2011), 203-207, 214-216면.

643) 이재상 외 2인, 주 85)의 책, 388면; 변종필, “형사소송구조의 실천적 함의”, 강원법학 제51권(2017. 6), 597-605면.

각각 기초를 둔 이념이라거나 직권주의는 국가형벌권을 엄격하게 관철하는 것이라거나 당사자주의는 피고인 권리를 강하게 보장한다는 식의 이분법들은 우리 학계에서도 점차 극복되어 가고 있다.[644] 현행법을 해석하고 적용하는데 각 제도별로 어떠한 소송구조의 성격을 갖는지 확인하고 그에 따라 장점을 최대화할 수 있도록 운영하는 것이 중요하다는 비판이 제기되고 있다.[645]

서구법을 계수하여 그 위에서 형사절차와 증거법을 형성하여 온 우리 입장에서 우리 형사절차의 구조를 어떻게 규정하느냐 그 자체가 중요한 것이 아니라는 비판에는 공감한다. 그러나 증거법은 서구의 역사에 있어서 두 개의 주요한 형사절차의 구조적 전통에 의존하여 형성되어 왔으며 Damaška가 보여준 것과 같이 절차법과 증거법이 상호 구조적인 연관을 갖는다는 점을 인식한다면, 우리 증거법 규정의 정확한 해석과 방향 정립을 위해서는 우리 형사절차의 구조를 비교법적으로 명확하게 파악할 필요가 있다.[646] 그러한 관점에서 당사자주의와 직권주의를 구분함에 있어서 대법원이나 헌법재판소와 같이 공판절차에서 당사자인 검사와 피고인 사이의 변론과 공격방어가 보장되는 것을 적법절차의 보장 및 당사자주의의 핵심적인 개념징표로 단순하게 이해하는 것은 문제가 있다. 이러한 특징은 오늘날 탄핵주의, 구두주의, 공개주의가 확립된 모든 서구 형사절차에서 공통적으로 적용되는 것이며 당사자주의의 고유한 특성이라고 볼 수 없기 때문이다.

국제형사재판소 설립을 위한 유엔 안전보장보장이사회(UN Security Council) 산하 위원회와 EU 형사법의 도입을 위한 유럽연합위원회(EU Commission) 산하 Corpus Juris 프로젝트에서 당사자주의와 직권주의 형

644) 배종대, 홍영기, 형사소송법 제2판(2020), 26면.

645) 배종대, 홍영기, 주 644)의 책, 25면; 변종필, 주 643)의 논문, 585-586, 588-589면도 유사한 취지이다. 같은 글은 피고인의 방어권 보장과 공정한 재판의 실현의 관점에서 직권주의 소송구조의 방향을 강조하고 있다.

646) 이성기, 주 642)의 논문, 201면은 이러한 접근방법을 묘사적, 기술적 접근방식으로 부르고 있는데, 당사자주의의 규범성이나 법적 가치를 분석하는데 적절하지 못하다고 비판한다. 그러나 구조적 분석은 규범적 분석에 필요한 정보를 제공해준다는 점에서 그 자체로 가치가 있으며, 어떠한 법적 제도의 규범력이 현실에서 제대로 발휘되기 위해서는 현실과 구조에 기초해야 한다는 점에서 구조적, 비교법적 분석은 필요하다고 생각한다.

사절차에 대한 조사 연구를 수행하였던 Delmas-Marty는 여러 국가들을 어떠한 형사절차로 분류할 것인지에 관한 일종의 분석기준(analysis grid)을 제시하였다. 여기에서는 재판절차의 당사자성(adversariality)는 여러 요소 중 하나에 불과하며, 고소 제도의 존부(reporting of the offence), 수사절차, 증거법의 양상(증거배제규칙의 존부), 기소의 방식(accusation), 수사절차에서의 강제처분의 유형, 플리바게닝의 존부, 절차의 의사결정 방식 등 총 8가지의 요소들이 판단기준에 포함되어 있다. Delmas-Marty에 따르면 이러한 세부적인 요소들을 결합시키는 당사자주의와 직권주의의 공통문법(legal grammar)은 공판 전 수사절차의 수행, 수사기록의 작성, 피의자의 구속 등을 담당하며 수사관과 사법관의 역할을 모두 수행하는 사법관 내지 준사법관과 같은 기구가 존재하는지 여부에 있다.[647] 또한 공판절차에서 당사자들에 의한 대립적인 증거 제시는 법관의 직권주의적 원칙과 조화될 수 없는 당사자주의만의 원리는 아니며, 직권심리주의의 핵심은 사실인정을 위한 직권적 증거조사 권한과 그 종국적 책임이 법원에 있는지 여부에 달려 있다.[648]

한편, 최근 우리나라의 형사절차는 당사자주의가 기본이라고 보는 견해가 더 우세한 것은 당사자주의가 실체진실의 발견과 인권보장의 이념에 더 상응하는 소송형태라는 시각에 암묵적으로 동의하기 때문으로 보인다. 그러나 이러한 시각 역시 보편적으로 타당하다고 보기 어렵다. 실질적인 무기평등이 보장되지 않는 상태에서 당사자주의가 피고인의 인권 보장에 기여한다고 단정하기도 어려울 뿐만 아니라,[649] 이해관계에 구속되어 있는 당사자가 일방적으로 선택하여 경쟁적으로 제시한 증거에 법원이 구속되도록 하는 것은 절차의 효율성 측면에서나 실체진실 발견의 측면에서나 적절한 체제가 아니다.[650]

---

647) Mireille Delmas-Marty, Reflections on the 'hybridisation' of criminal procedure, 주 80)의 책, 253면; Delmas-Marty and J.R.Spenser, 주 82)의 책, 20-22면도 같은 취지이다.

648) Albin Eser/손미숙 역, "'당사자주의' 대 '직권주의' : 최선의 소송구조를 찾아서", 형사정책연구 제26권 제4호(2015), 51-52면.

649) Albin Eser, 주 648)의 논문, 42-44면.

650) Albin Eser, 주 648)의 논문, 44-48, 53면.

3) 비판적 검토 : 증거에 대한 당사자의 통제권에 관한 관점의 결여

Damaška 또한 당사자에게 증거의 수집, 선택, 제시에 대한 통제권이 주어지고 사실인정자는 양쪽 당사자가 제시하는 증거와 사실의 주장 중에서 더 설득력 있는 쪽을 선택함으로써 수동적으로 사실인정을 하는 절차 구조를 당사자주의 형사절차의 핵심적인 징표로 제시하였다. Damaška의 기준은 역사적인 발전 과정과 현재의 영미법계 형사절차에 현존하는 특징에 정확하게 부합할 뿐 아니라, 그의 설명에 따를 때에만 비로소 당사자주의가 함의하고 있는 이념적 측면과 증거법에 대한 구조연관적 측면이 모두 명확해진다. 당사자주의는 이념적인 방향으로는 국가관료들이 공판 전에 증거를 수집, 기록하는 수사절차와 사법관들이 증거조사 및 사실인정 권한을 함께 보유하는 공판절차를 거부하는 것을 지향한다. 또한 증거법적인 방향으로는 당사자주의 증명절차가 함의하는 양극화된 입증활동을 예방하고 그로 인한 사실인정자의 오판 위험성을 감소시키기 위해서 구체적이고 상세한 사전적 규제를 담은 증거 규정들을 발전시켰으며 공판절차의 규칙을 위반한 당사자에 대하여 징벌적 의미의 증거능력 배제원리를 형성하였다. 이러한 당사자주의 형사절차의 개념은 검사와 법원에게 증거조사와 사실인정 권한을 동시에 부여하고 사법관료들의 입증 활동을 조서로 기록하여 다음 단계의 심급에서 재검토하게 하는 방식의 직권주의 형사절차의 개념과 양립될 수 없다. 즉, 수사기관이 조서를 작성하여 증거로 사용하고, 법관이 직권적 증거조사 및 사실인정을 동시에 할 수 있는 형사절차는 당사자주의 형사절차로 관념할 수 없다.

이러한 Damaška의 기준에 따를 때 우리나라의 형사절차 구조는 결코 당사자주의로 구분될 수 없다. 가장 근본적인 이유는 첫째, 우리나라의 형사절차에서 직권주의적 수사기구와 절차가 형사소송법 및 현실 절차 양쪽에서 큰 비중을 차지하고 있으며,[651] 둘째, 공판절차는 법률적으로나 현실적으로나 법원의 증거조사 및 사실인정절차로 관념되는 것이지, 당사자에게 증거수집, 선택, 제시의 통제권이 부여되어 있다고는 볼 수 없기 때문이다. 우리 공판절차에서는 증거신청에 대한 결정, 증거조사의 범위, 증거조사의 주체, 사실인정이 모두 직업법관에 의해서 최종적으로

651) 이재상 외 2인, 주 85)의 책, 43-44면.

이루어진다. 단순히 피고인신문 순서를 뒤로 바꾸고 법원의 직권적 증거조사를 후순위로 미루었다는 것만으로는 이념적인 측면에서나 증거법과의 구조 연관의 측면에서나 우리 형사절차가 영미법계 형사절차와 유사하다고 보기는 어렵다. 우리 형사절차에서 당사자의 공격방어방법에 의한 공판심리 진행이 강화된 것은 당사자에게 증거조사를 우선함으로써 법원의 사실심리의 정확성을 제고하고 법원의 증거조사 재량권을 견제하기 위한 것이지, 당사자에게 증거수집, 선택, 제시의 통제권을 근본적으로 넘겨주기 위한 것이 아니었다.[652] 대법원이 말하는 공판절차에서의 검사와 피고인의 공격방어는 오늘날 구두주의와 변론주의를 채택한 모든 직권주의 형사절차에서도 공통적으로 이루어지고 있는 것이어서 유의미한 비교 기준이라고 보기 어렵다.

따라서 증거법의 유형과 구조 연관을 분석하기 위한 차원에서 본다면 우리 형사절차는 직권주의적 유형으로 분류하여야 한다. 그렇다면 검찰이 공판 전 단계에서 증거를 조서와 수사기록 형태로 수집, 기록하고, 법원이 증거조사와 사실인정 권한을 최종적으로 통제하고 있는 우리 형사절차 하에서는 당사자의 증거조사에 관한 주도권을 규제하기 위해 개발된 당사자주의 증거법의 증거능력 규제와 증거배제 법리가 구조적, 필연적으로 요청되지 않는다.

한편, 대법원은 마치 당사자주의와 공판중심주의가 헌법상 적법절차원칙과 공정한 재판의 필연적 내용인 것처럼 설시하고 있으나, 이는 대법원이 당사자주의의 개념을 공판절차에서 구두변론에 의하여 검사와 피고인의 대등한 공격방어를 보장해야 한다는 차원으로 이해하고 있기 때문에 생긴 논리적 결과이다. 적법절차 원칙과 공정한 재판의 원칙상 공판절차에서 검사와 피고인 사이에 대등한 공격방어를 보장해야 하는 것은 현대적 형사소송절차에서는 당연한 것이지만, 그것이 곧바로 당사자주의를 의미하는 것은 아니며 그로부터 공판중심주의와 실질적 직접심리주의가 파생된다고 볼 수도 없다. 그러한 당사자주의적 용어 사용은 영미법학계와 실무가 대륙법계 형사절차를 의도적으로 폄훼하여 과거 규문주의

652) Albin Eser, 주 648)의 논문, 51-52면은 직권심리주의 하에서도 이러한 대립적 진상조사 방식이 법관의 선입견을 방지하기 위해 필요하다는 점을 강조하고 있다.

시대의 형사절차와 동일시하고 자신들의 형사절차의 이념적 우월성을 강조할 때 종종 사용하는 것이다. 그러나 만약 당사자주의와 공정한 재판이 논리적인 결합관계에 있다면, 미국과 몇몇 영미법계 국가를 제외한 서구 대부분의 국가가 채택한 직권주의적 형사절차는 적법절차와 공정한 재판을 보장하고 있지 않다고 말하는 것과 같은 오류를 범하는 것이다.[653]

(2) 공판중심주의와 집중심리주의의 채택 여부

1) 대법원의 공판중심주의 개념

앞서 인용한 대법원 판례는 공판중심주의의 개념을 명확히 제시하고 있지 않다. 그러나 대법원이 공판중심주의를 당사자주의 및 직접심리주의와 병치하면서 "피고사건에 대한 실체심리가 공개된 법정에서 검사와 피고인 양 당사자의 공격·방어활동에 의하여 행해져야 한다는 당사자주의와 공판중심주의 원칙, 공소사실의 인정은 법관의 면전에서 직접 조사한 증거만을 기초로 해야 한다는 직접심리주의"로 설시하고 있는 점을 감안하면, 대법원이 관념하는 공판중심주의는 ① 실체심리는 공개된 법정에서 당사자에 의해 진행되어야 한다는 것, ② 공소사실의 인정은 공판정에서 법관의 면전에서 직접 조사한 증거만을 기초로 해야 한다는 점을 의미하는 것으로 이해할 수 있다. ① 부분은 공판절차로서 형사절차의 구조에 속하는 부분이며, ② 부분은 그러한 형사절차에 결합된 증거법 원리로서 제시된다. 대법원은 최근에는 좀 더 명시적으로 실질적 직접심리주의가 공판중심주의 개념의 핵심이라고 설시한다. 위 대법원 판례에 따르면 실질적 직접심리주의는 "법관의 면전에서 직접 조사한 증거만을 재판의 기초로 삼을 수 있고, 증명 대상이 되는 사실과 가장 가까운 원본 증거를 재판의 기초로 삼아야 하며, 원본 증거의 대체물 사용은 특별한 사정이 없는 한 허용되어서는 안 된다는 원칙으로서, 법관은 법정에서 직접 원본 증거를 조사하는 방법을 통하여 사건에 대한 신선하고 정확한 심증을 형성할 수 있고, 피고인에게 원본 증거에 관한 직접적인 의견진술의 기회를 부여함으로써 실체적 진실을 발견하고 공정한 재판을 실현할 수 있다"고 한다. 대법원은 공판중심주의와 연결된 또 다

653) David Alan Sklansky, 주 1)의 논문, 1668-1688면.

른 증거법 원리로서 ③ 전문법칙과 반대신문권 보장을 추가로 언급한다. 공판중심주의를 채택한 우리 형사절차에서는 실체에 대한 심증 형성은 법관의 면전에서 본래증거에 대한 반대신문이 보장된 증거조사를 통하여 이루어져야 한다는 의미에서 실질적 직접심리주의와 전문법칙 및 반대신문권 보장을 채택하고 있다는 것이다.

2) 비판적 검토 : 집중심리주의가 결여된 공판중심주의 이해

그런데 형사절차의 구조를 이루는 공판중심주의를 ① 부분으로 이해할 수 있다고 하더라도 여기에서 곧바로 ②와 ③의 증거법 원리가 연역되지는 않는다. Damaška는 공판중심주의가 증거법상 전문법칙과 연결되는 핵심적인 이유는 집중심리주의를 의미하기 때문이라고 분석하였다. 임시로 선정된 배심원들 앞에서 기일이 연속적으로 진행되는 집중심리 하에서는 사실인정자가 당사자에 의해서 일방적으로 수집, 제시되는 증거의 신용성을 추후에 다시 확인할 수 없으므로, 그러한 증거의 증거가치를 인정할 수 있다고 하더라도 배심원들로 하여금 이를 접촉하고 판단에 사용하도록 허용하는 것은 실체진실을 저해할 위험성이 오히려 더 클 수 있기 때문이다. 또한 연속적, 집중적으로 진행되는 공판심리 하에서는 사실인정자가 수사기록이나 공판기록을 추후에 참조하여 사실인정을 할 수는 없으므로 원진술자의 공판정에서의 직접 진술에 대한 사실인정자의 인상과 기억이 최종적인 사실인정의 기초가 될 수밖에 없다.[654] 결국 집중심리를 전제로 하는 공판중심주의의 개념으로부터만 진술증거의 신용성 보장을 지향하는 직접심리주의가 정당화될 수 있다.[655]

그런데 대법원의 공판중심주의에 대한 이해에서는 이러한 영미법계 증거법 원리에 막대한 영향을 미치는 집중심리주의의 요소가 누락되어 있다.[656] 형사소송법 제267조의2는 공판기일의 심리는 집중되어야 하고(제1

654) 따라서 전문법칙을 채택하고 있지 않은 독일 직접주의 형사절차도 집중심리주의를 철저하게 구현하고 있다. 이재상 외 2인, 주 85)의 책, 489면.

655) 물론 직접심리주의는 신용성의 보장이라는 증거법적 관점이 아니라 구두주의, 공개주의에 의한 국민의 사법 감시라는 절차적 이념의 측면에서 정당화될 수도 있다. 그러나 이는 수사절차 조서의 증거능력 배제를 정당화하는 직접심리주의와는 관계가 없다.

656) 공판중심주의에 집중심리주의를 포함시키고 있는 학설로는 이은모, 김정한,

항), 심리에 2일 이상이 필요한 경우에는 부득이한 사정이 없는 한 매일 계속 개정해야 한다(제2항)고 규정하며, 동법 제318조의4 제1항은 판결의 선고는 변론을 종결한 기일에 하는 것이 원칙이라고 선언하고 있다. 그러나 이러한 규정들은 훈시규정으로 이해되고 있으며, 실무의 현실도 공판조서에 의한 재판, 수시심리주의와 법원의 정기인사에 따른 공판절차의 갱신이 원칙적인 모습에 가깝다.

(3) 국민참여재판과 법원의 일원적 구조의 채택 여부

1) 배심제도와 국민참여재판

전문법칙 등 영미법계 증거법에 영향을 미치는 형사절차의 구조 중 전통적으로 가장 널리 알려진 것은 일반 시민들로 구성된 배심원들이 직업법관으로부터 독립하여 사실인정을 담당한다는 것이다. 전문적인 법적 지식이 없는 시민들이 짧은 기간 동안 임시로 배심원들로 선정되어 사실인정을 담당하며 자신들의 평결 이유를 공개하지 않음으로써 한편으로는 사법의 민주화에 기여하였으나, 다른 한편으로는 사실인정의 정확성과 신용성에 관한 우려를 불러 일으켰고, 따라서 영미법계 증거법에서는 전문법칙을 비롯하여 직업법관의 사전적 증거규제 제도가 발달하게 되었다는 것이 Damaška의 분석이다. 반면 대륙법계 형사절차에서 시민의 사법참여는 참심제의 형태로 이루어지며, 시민법관들은 직업법관과 함께 심리에 참여하고 직업법관의 설명과 지도에 따라 합의에 임하게 되므로 배심제에서와 같은 사실인정에 관한 우려는 감소한다.

우리나라는 배심제도와 참심제도의 중간 형태인 국민참여재판 제도를 채택하였다. 국민의 형사재판 참여에 관한 법률은 국민참여재판제도의 의의에 관하여 국민이 형사재판에 참여하여 사법의 민주적 정당성과 이에 대한 국민의 신뢰성을 높이기 위한 것이라고 규정한다(국민의 형사재판 참여에 관한 법률 제1조). 국민참여재판에 참여하도록 선정된 사람을 배심원이라고 부르고 있으며(동법 제2조 제1호), 배심원들은 변론이 종결된 후 공판정에서 직업법관인 재판장으로부터 당해 사건의 사실 및 증거관계 등에 관한 설명을 들은 후 직업법관과 분리되어 자체적으로 평의를

주 640)의 책, 439면; 노명선, 이완규, 형사소송법(2009), 384면.

통해 평결에 이르게 된다(동법 제46조 제1항, 제2항). 이러한 구조는 대륙법계의 참심제보다는 영미법계 배심제도에 가까운 것이다.

대법원도 국민참여재판의 배심적 성격을 강조하고, 항소심이 국민참여재판의 결과를 존중해야 한다고 하면서 아래와 같이 판시한다.

> 국민참여재판 사법의 민주적 정당성과 신뢰를 높이기 위해 도입된 국민참여재판의 형식으로 진행된 형사공판절차에서, 엄격한 선정절차를 거쳐 양식 있는 시민으로 구성된 배심원이 사실의 인정에 관하여 재판부에 제시하는 집단적 의견은 실질적 직접심리주의 및 공판중심주의하에서 증거의 취사와 사실의 인정에 관한 전권을 가지는 사실심 법관의 판단을 돕기 위한 권고적 효력을 가지는 것인바, 배심원이 증인신문 등 사실심리의 전 과정에 함께 참여한 후 증인이 한 진술의 신빙성 등 증거의 취사와 사실의 인정에 관하여 만장일치의 의견으로 내린 무죄의 평결이 재판부의 심증에 부합하여 그대로 채택된 경우라면, 이러한 절차를 거쳐 이루어진 증거의 취사 및 사실의 인정에 관한 제1심의 판단은 실질적 직접심리주의 및 공판중심주의의 취지와 정신에 비추어 항소심에서의 새로운 증거조사를 통해 그에 명백히 반대되는 충분하고도 납득할 만한 현저한 사정이 나타나지 않는 한 한층 더 존중될 필요가 있다.[657]

그러나 우리 국민참여재판제도는 영미법계 배심제와는 구조적으로 크게 다르다. 국민참여재판에서는 배심원들은 사실인정, 법령적용, 형의 양정에 관한 의견 제시 권한만 인정하고 법원을 기속하지 못한다(동법 제12조, 제46조 5항). 또한 피고인들이 모든 사건에 관하여 국민참여재판을 청구할 권리가 보장되는 것이 아니다. 법에 정해진 대상사건에 해당하는 경우(동법 제5조)에도 법원이 직권으로 국민참여재판을 배제할 수 있기 때문이다(동조 제2항).

2) 비판적 검토

영미법계 형사절차가 배심제를 채택한 것에 대응하여 각종 증거법리가 발전한 것은 배심제가 피고인의 권리로 보장되거나, 배심원들의 평결 결과가 구속력을 가지며 평결이유가 제시되지 않기 때문인데, 국민참여재판에서는 배심원의 평결에 구속력이 없고 직업법관에 의해서 다시 판결

657) 대법원 2010. 3. 25. 선고 2009도14065 판결.

이유가 제시되기 때문에 직업법관에 의한 사전적인 증거능력 규제원리가 도입되어야 할 필연적인 이유가 존재하지 않는다.[658] 그렇다면 국민참여재판의 존재만으로 우리나라의 형사절차가 배심원 제도를 채택하였거나 법원의 구조가 이원화되었다고 볼 수는 없다.

(4) 소결

대법원, 헌법재판소와 일부 학계의 견해는 우리나라의 형사절차는 당사자주의, 공판중심주의, 배심제도와 이원적 법원의 구조를 채택하였다고 본다. 그러나 Damaška의 구조적 분석 관점에 따라 엄밀하게 검토해 보면, 우리나라의 형사절차는 영미법계 당사자주의 형사절차의 특성을 전혀 갖추지 못하였다.

첫째, 사법경찰과 검사로 구성된 직권적 수사절차를 갖추고 있고, 형식상 당사자 사이의 공격과 방어에 따른 변론으로 재판이 진행되지만 법원에게 최종적으로 증거조사의 권한과 책임이 귀속되어 있다. 둘째, 증거법적 관점에서 공판중심주의의 핵심원리가 되어야 할 집중심리는 거의 이루어지지 않으며, 따라서 직접심리에 따른 신선한 인상에 의해 즉석에서 판결이 선고되는 것이 아니라 장기간에 걸친 재판 끝에 수사상 조서와 공판조서를 이용하여 판결서가 작성된 후 추후 선고가 이루어진다. 셋째, 국민참여재판은 구속력 있는 사실인정권한을 배심원들에게 주지 않고 직업법관이 배심원들에게 비공식적으로 사건 내용에 관한 지침을 제공하며 직업법관의 판결서 작성이 이뤄지기 때문에 영미 배심제가 필

658) 그러나 현실적으로 국민참여재판에서 직업법관의 판결 이유 제시가 거의 생략되다시피 하는 경향이 점차 강해지고 있다. 대법원도 법원이 배심원의 평결 결과를 존중해야 한다고 지속적으로 강조하고 있다. 그런데 이러한 경향은 실체진실을 저해할 위험성이 있을 뿐만 아니라 구조 논리적으로도 타당하지 않다. 국민참여재판의 배심원 평결의 구속력을 부인하고 법원으로 하여금 판결이유 제시를 하도록 하였기 때문에, 국민참여재판에 관한 증거법을 엄밀하게 정비하지 않은 것이 정당화될 수 있었기 때문이다. 만약 우리 국민참여재판의 모습이 배심원 평결이 사실상 구속력을 가지며 법관의 판결이유가 제시되지 않는 방향으로 계속 흘러가게 된다면, 거기에 걸맞는 영미법적인 형사절차와 증거법규들이 반드시 수반되어야 할 것이다.

연적으로 수반할 수밖에 없는 배심원들에 대한 사전 규제가 제대로 이루어질 수 없다.

Delmas-Marty에 따른 형사절차의 공통문법에 따른 분류에 의하더라도 우리나라의 형사절차는 준사법적 수사절차[659]를 채택하고 있으므로 당사자주의 형사절차로 분류될 수 없다.

659) 우리나라의 수사절차를 준사법적 수사절차로 표현할 수 있는 근거는 첫째, 수사절차를 담당하고 감독하는 검사를 준사법기관으로 이해하고 객관의무를 부여하는 것이 통설이며, 형사소송법은 총칙에서 법원의 강제처분을 먼저 규정하고 제1심의 표제 아래 수사를 규정하면서 수사기관의 강제수사에 관하여 법원의 강제처분을 준용하는 방식을 취하고 있기 때문이다. 이재상 외 2인, 주 85)의 책, 51, 65, 43면.

2. 증거법의 구조적 부정합

(1) 직권적 형사절차와 당사자주의적 전문법칙의 부정합

직접심리주의는 증거조사 권한과 사실인정 권한을 일원적인 구조의 법원에게 귀속시키는 독일 직권주의 형사절차 하에서 법관에게 부여한 진실규명의무의 이행원리로서 발전하였다. 반면, 전문법칙은 영미법계 당사자주의 형사절차 하에서 당사자가 일방적으로 수집, 선택, 제시하는 진술증거를 규제함으로써 배심원들의 사실인정의 신용성을 제고하기 위한 원리로서 발전한 것이다. 따라서 대법원이 우리나라의 증거법 원리로서 제시하는 직접심리주의와 전문법칙은 그 각각의 전제가 되는 형사절차의 구조가 서로 모순되어 역사적, 구조적으로 양립이 불가능한 증거법상 원리들이다.[660]

직접심리주의는 법관의 면전에서 직접 조사한 증거(형식적 직접주의)와 정보원에서 가장 가까운 원본 증거(실질적 직접주의)를 재판의 기초로 삼아야 한다는 것으로서,[661] 최종적인 사실인정자가 증거조사를 함에 있어서 따라야 할 원칙이다. 이상적으로 진행되는 재판에서 실체진실을 규명하기 위해서는 원진술자는 공판정에서 직접 증언하여야 하며, 그로부터 불리한 영향을 받는 당사자로부터 혹은 직접 심리를 수행하는 법원을 통하여 반대신문에 의한 검증을 받아야 한다. 사실인정자는 법정에서 직접 원본 증거(원진술자)를 조사하는 방법을 통하여 사건에 대한 신선하고 정확한 심증을 형성할 수 있고, 반대당사자의 반대신문이나 법원의 추가적인 신문을 통해서 원진술자 진술의 약한 고리를 검증해볼 수 있기 때문이다. 또한 법원은 공판정에서 형성한 그러한 신선하고 정확한 심증을 근거로 판결을 선고하여야 한다.

그러나 여기에서 곧바로 "원본 증거의 대체물 사용은 특별한 사정이 없는 한 허용되어서는 안 된다"는 대법원의 논리가 파생되지는 않는다.

---

660) 김성룡, "직접성 원칙의 비교법적 검토를 통해 본 향후 개정 과제", 형사소송 이론과 실무 제14권 제3호(2022), 35, 38면; 이완규, "반대신문권과 수사기관 조서의 증거능력 및 증명력", 형사판례연구 제18권(2010), 406면.

661) 제2장 제3절 2. 독일의 직접주의 전통 참조.

직권주의 형사절차에서 사실인정자인 법원은 가능한 한도 내에서 최대한의 증거를 수집, 선택한 후, 가장 합리적인 방법으로 요증사실을 추론할 것으로 기대되기 때문이다. 진술증거의 특성상 시간이 경과함에 따라 진술자의 기억이 소실되거나 외부의 영향으로 진술 내용이 왜곡, 변형되기 때문에 원본 증거(원진술자의 법정 증언)의 증거가치가 공판 전에 수집되어 기록된 파생 증거(원진술자의 수사상 진술)보다 높다고 단정할 수도 없다. 원진술자의 진술이 조서에 기록된 경우에 조서의 기록과 원진술자의 법정 진술을 비교해보면 원진술자의 경험적 사실에 대한 기억은 공판정에서 진술할 때보다 그 경험적 사실에 가까운 조서 작성 시점에서 진술한 때가 더 생생하고 정확하며 이해관계나 외부의 영향에 의해 왜곡될 기회도 적다. 따라서 순수하게 원진술자의 기억의 정확성의 측면만을 고려한다면, 조서의 기록이 법정 증언보다 더 정확하고 외부 영향에 의해 왜곡되지 않았을 가능성이 높다.[662] 물론 조서 작성 과정에서 조사자에 의해서 진술이 왜곡될 수도 있다는 점은 별개의 문제이다. 따라서 진술증거에 있어서 원본(original) 증거라는 표현은 사태의 진상을 오도할 가능성이 높은 개념이다. 원본 증거는 표현 자체에서 파생(derivative) 증거보다 정확성과 순수성의 면에서 더 우월하다는 인상을 주기 때문이다. 원본 증거의 진정한 가치는 그 진술 자체의 신용성이 우월하다는 것에 있지 않으며, 최종적인 사실인정자가 법정에서 직접 원진술자의 태도를 관찰하고 추가적인 질문을 함으로써 '진술자'의 신용성을 충분히 확인할 수 있다는 것에 있다.[663] 그 진술자가 한 '진술' 중에서 공판에서의 진술이 그 이전의 진술보다 더 정확성과 순수성이 높다는 의미는 될 수 없다. 나아가 사실인정자인 법관의 기억능력에도 한계가 있기 때문에 공판과정을 영상녹화나 조서에 의해 기록하고 활용해야 할 필요성도 존재한다.[664]

그렇다면 사실인정자는 원진술자가 법정에 출석할 수 있는 경우에는

662) 김성룡, 주 660)의 논문, 59면.

663) 김성룡, 주 660)의 논문, 57-58면은 진술자의 비언어적 행동에 대한 직접 관찰을 통해서 진술의 진실성과 정확성을 판단하기는 어려우며, 그러한 관점에서 진술분석의 중점은 내용에 관한 분석과 추가적인 질의답변에 있다고 본다.

664) 김성룡, 주 660)의 논문, 56-57면.

법정에서 원진술자의 진술 태도를 직접 관찰하고 추가적인 질문이나 반대당사자의 반대신문을 통해서 그의 전후 진술들을 비교하고 다른 증거들과 대조, 검토함으로써 그의 진술 중 가장 정확하고 순수한 부분을 발견해내야 한다. 그러나 원진술자가 법정에 출석할 수 없어서 그의 진술 태도를 직접 관찰할 수 없는 경우에는 법원은 진실규명의무에 따라서 원본 증거에서 가장 가까운 차선의 파생 증거(전문증거나 조서)를 수집하고 그 내용이 진실인지 여부를 확인할 수 있는 보강증거를 찾아야 한다.[665] 그리고 이를 모두 조서 등에 기록한 다음, 시간을 두고 논증을 통해서 증거로부터 추론되는 사실이 입증되는지 여부를 규명하여야 한다. 여기에서 문제가 되는 것은 원본 증거가 있음에도 차선증거를 곧바로 이용하거나 원본 증거는 없고 차선증거가 있음에도 차차선의 증거를 선택하는 경우이다. 원본에서 더 가까운 증거를 조사하였다면 입증 결과가 달라질 수 있었던 때에는 법원이 진실규명의무를 다하지 않은 것이 된다.[666] 이때 진실규명의무를 위반한 하급심의 사실인정은 공판기록에 조서로 기록되며, 상소절차에 의해서 상급심의 심사를 받게 된다. 결국 직권주의 형사절차 하에서의 직접심리주의는 사실인정자인 법원은 가능하면 원본 증거(인증)를 재판의 기초로 해야 하며, 최량증거의 원칙상 인증이 서증보다 우선한다는 의미이지, 서증의 증거 사용이 불가능하다는 의미는 아니다.[667]

전혀 다른 용어를 사용하고 있기는 하지만, 원본 증거의 대체물 사용은 특별한 사정이 없는 한 허용되어서는 안 된다는 원리는 영미법계 증거법의 전문법칙에서도 유사하게 인정된다. 진술자가 재판에 출석하여 반대신문을 통해서 신용성의 검증을 받아야 그 진술의 신용성을 가장 잘

---

665) 김성룡, 주 660)의 논문, 59면. 같은 글 60면은 앞에서 거시한 점들에 근거해서 스위스, 독일, 오스트리아 등 직권주의에서 나타나는 직접주의의 완화 현상에 관해 설명하고 있다. 법원의 직접심리를 강화하는 것이 가능한 최선의 진실발견의 필수 전제조건은 아니며, 정당한 진실발견을 위해 직접성 원칙의 엄격한 실현을 포기할 수 없다는 생각은 수용하기 어렵고, 진실발견에 최적으로 기여할 수 있는 형사소송은 직접적 증거조사와 간접적 증거조서를 조화롭게 활용하는 것이라고 한다. 또한 같은 글 47-48면은 직접성 원칙의 핵심은 법원의 독자적인 심증형성과 독립성에 있는 것이며 모든 조사를 법원이 직접 하여야 한다는 것에 있지 않다고 한다.

666) 김성룡, 주 660)의 논문, 48면.

667) 김성룡, 주 660)의 논문, 34-35, 45면.

보장할 수 있고, 사실인정자들이 윤리적으로도 그 임무를 완수하였다고 볼 수 있는 것은 동일하기 때문이다.[668] 다만 여기에서는 사실인정자가 증거조사자가 아니므로 증거를 수집하고 선택하여 제시하는 당사자와 명확히 구별된다. 공판에서의 직접 심리뿐만 아니라 형사절차에서 기록된 수사기록과 공판기록의 도움을 받아 증거를 평가하고 요증사실을 추론할 수 있는 직권주의 형사절차의 사실인정자와 달리, 영미법계 형사절차에서 사실인정자는 공판에서의 구술 증언에 대한 직접적인 인상과 기억에 의해서만 심증을 형성하게 된다. 따라서 직업법관은 최종 사실인정자의 인지적 오류를 예방하기 위하여 원본 증거가 아닌 파생 증거의 증거능력을 사전에 규제해야 할 필요가 있다.

실질적 직접심리주의와 전문법칙은 Damaška가 지적하듯이 형사재판에서 실체적 진실발견을 위한 유사한 제도(analogues)이다.[669] 그러나 서로 다른 형사절차의 구조에서 서로 다른 방식의 증명절차를 염두에 두고 발전한 것으로 함께 병존적으로 조화될 수 있는 원리가 아니다. 전문법칙에서는 전문서류나 전문진술자는 단순히 원진술자의 진술을 전달하는 매체에 불과한 것으로 전제하므로 신용성 판단의 핵심은 원진술자의 신뢰성이나 원진술자의 진술 당시 정황의 신용성을 조사하는 것에 있다. 반면 직접주의 수사절차에서 작성된 조서는 조사자가 조사과정을 기록한 것이며, 단순한 원진술을 전달하는 매체로서의 역할을 수행하는 것이 아니다. 이러한 조서를 전문법칙적 관점에서 평가할 경우에는 원진술자가 진술할 당시의 정황의 신용성은 언제나 부정될 수 밖에 없을 것이다. 전문법칙적 관점에 설 때 원진술의 신용성이 인정되지 않는 것으로 보는 가장 전형적인 경우가 바로 타인의 범죄사실에 관하여 이루어진 증언적 성격의 사실 주장 진술인데,[670] 수사절차에서 작성된 조서는 언제나 그러한 상황에서 원진술자의 진술을 기록하기 때문이다. 따라서 증인신문조서나 참고인진술조서는 직권주의 형사절차에서 사법관이나 준사법관이 직권적 진실규명의무에 따라 진술자를 조사하면서 적극적인 관찰과 질문을 통해 그 진술의 신용성 및 다른 정황증거와 비교, 검토한다는 점에서

668) 제3장 제1절 1. 직권주의 형사절차와 증거법의 구조적 연관 참조.
669) Damaška, 주 97)의 논문 참조.
670) 제2장 제2절 1. 전문증거의 개념 참조.

만 신용성의 기초를 얻을 수 있을 뿐이며, 전문법칙적 관점에서는 신용성의 정황적 보장이라는 요소를 인정할 여지가 없다. 당사자에게 증거에 관한 통제권을 부여하는 당사자주의 형사절차를 전제로 하는 전문법칙적 관점에서는 증언적 성격의 진술을 하는 원진술자의 신용성은 오로지 반대신문에 의해서만 검증이 가능하다고 보기 때문이다. 여기에서는 당사자에 불과한 검사나 경찰이 추가적인 신문을 통해서 원진술자의 신용성을 검증한다는 관점은 인정되지 않는다.

관건은 결국 수사절차에서 작성된 진술조서의 증거 사용 여부에 놓여 있다. 준사법적 또는 사법적 수사절차가 형사절차에 포함되어 있는 직권주의적 형사절차에서 직접심리주의는 수사절차에서 작성된 진술조서의 증거능력 자체를 배제하는 것이 아니라 법관의 진실규명의무에 의하여 엄격하게 증명력이 심사되어야 할 진술증거에 해당하나, 그러한 절차와 조서가 존재하지 않는 당사자주의 형사절차에서 전문법칙은 수사기관에서 작성된 진술서의 증거능력은 사전에 규제된다.

따라서 대법원이 직접심리주의와 전문법칙을 나란히 병치하면서 우리 형사절차의 구조와 증거법적 원리를 열거하는 것 그 자체로는 수사절차의 진술조서의 증거 사용에 관한 아무런 방향성도 제시하지 못한다. 이는 우리 형사절차의 현상과 구조에 대한 면밀한 분석에서 나온 것이라기보다는 일종의 규범적 선언에 가까운 것이다. 우선 직접심리주의와 전문법칙의 개념이 그것이 발생된 직권주의적 형사절차와 당사자주의적 형사절차로부터 이제 분리되어 독자적인 의미를 가진 개념으로 제시되어야 하나, 대법원의 논증은 그러한 독자적인 개념의 구축과 제시를 하고 있지 못하다. 다음으로, 우리나라의 형사절차 구조는 준사법적 수사절차와 법원의 직권적 증거조사 권한 및 책임을 전제로 구축되어 있고, 또한 형사소송법 제314조와 제316조 제2항도 원진술자가 공판에서 증언할 수 없는 경우에는 수사절차의 조서와 진술을 증거로 사용할 수 있도록 하고 있음에도 불구하고, 대법원의 직접심리주의 개념은 대륙식 직권주의 증거법과 달리, 왜 진술조서의 증거능력을 사전에 규제하는 방향으로 나아가야 하는지 충분한 해명을 하지 못한다.[671] 결국 대법원이 제시하는 직접심리주의와 전문법칙은 직권주의를 기초로 하는 우리나라의 형사절차 구조

671) 김성룡, 주 660)의 논문, 39면.

에 정합적으로 결합되어 있지 않으며, 역사적으로 그 부정합성의 정도가 심화되고 있다.

(2) 실질적 직접심리주의의 구조적 근거인 집중심리주의의 부재

Damaška에 따르면 공판중심주의가 증거법상 전문법칙과 연결되는 핵심적인 이유는 집중심리에 의해 재판이 진행되기 때문이다. 그런데 우리나라의 형사절차는 형사소송법의 규정과 달리 현실적으로는 집중심리로 진행되지 않고 수시심리와 공판조서에 의해 진행된다.

따라서 임시로 선정된 배심원들 앞에서 기일이 연속적으로 진행되는 집중심리 하에서 당사자에 의해서 일방적으로 수집, 제시되는 증거의 신용성을 추후에 다시 확인할 수 없기 때문에 전문증거의 증거 사용을 사전에 배제하는 영미법계 전문법칙의 구조적 근거나, 연속적, 집중적으로 진행되는 공판심리 하에서 원진술자의 공판정에서의 직접 진술에 대한 사실인정자의 인상과 기억이 최종적인 사실인정의 기초가 되기 때문에 공판에서의 진술증거에 대한 증거조사를 우선시하는 독일의 직접심리주의의 구조적 근거는 모두 우리나라의 형사절차에서는 존재하지 않는다. 집중심리를 전제로 하지 않는 공판중심주의의 개념은 진술증거의 신용성 보장이라는 증거법적 이념의 관점에서는 공허한 것이 되고 만다. 따라서 공판중심주의로부터 직접심리주의를 도출하는 것도 구조적 연관관계가 없으며 일방적이고 선언적인 것이 되고 만다.

(3) 공판중심주의로부터 증거배제원리로서의 실질적 직접심리주의의 연역 가능성

1) 구두주의, 공개주의로서의 공판중심주의 이해

대법원이 실질적 직접심리주의를 연역해내고 있는 상위 개념인 공판중심주의는 법관의 심증 형성이 직접주의와 구두변론주의가 지배하는 공판기일의 심리에 의하여야 한다는 형사절차상의 원칙이다.[672] 법원이 피고사건의 실체에 대한 유죄, 무죄의 심증 형성을 공개된 법정에서 심리하고 이를 기초로 유, 무죄와 형의 양정에 관하여 판단하여야 한다는 것이

672) 임성근, “공판중심주의 구현방안”, 법조 Vol 604(2007), 8면

다.[673] 공개된 법정에서 검사와 피고인, 변호인 사이에 벌어지는 치열한 공방과 상호신문에 의한 철저한 검증을 거친 증인조사결과에 따라 유, 무죄와 형벌이 결정되어야 하며, 이것은 당사자주의나 직권주의를 막론하고 현대적 형사재판이 마땅히 가져야 할 본질이며, 내용이다.[674] 또한 피고사건에 대한 조사, 심리를 공판기일의 심리절차에 집중시켜 공판정에서 형성된 심증만을 토대로 사안의 실체를 해명해야 한다는 원칙이기도 하다.[675] 형사피고인의 운명을 좌우하는 사실인정을 함에 있어서 사실인정자인 법원은 타인의 조사에 의존하지 않고 가능한 범위 내에서는 자신이 직접 조사하여 얻은 심증을 토대로 판결을 하여야 할 윤리적 책무를 지기 때문이다.[676] 또한 공판중심주의는 헌법이 명시한 공정한 재판을 받을 권리와도 직결된다.[677]

이러한 관점에서는 공판중심주의의 핵심적인 개념징표는 공개주의에 있으며, 공개주의 원칙은 재판이 공판정에서 시민의 감시가 이루어지는 가운데 이루어질 것을 요구한다. 재판의 공개를 통해서 시민들은 법원에 대한 통제 기능을 수행하게 된다. 시민들이 법정에서 직접 보고 들은 내용 외에 다른 증거에 의해 재판의 결론이 좌우된다고 느낀다면 재판절차나 결과를 신뢰하기 어려울 것이다.[678]

또한 이러한 공개주의의 취지가 제대로 구현되려면 공판중심주의적 재판절차는 심리의 방식이 공판정을 지켜보는 시민이 이해할 수 있는 방식으로 행해지고 시민에게 알려질 수 있는 방식으로 행해져야 한다.[679] 이는 공판은 구술로 진행되어야 한다는 구두주의 그리고 원칙적으로 법관이 직접 공판정에서 증거조사를 실시하여야 한다는 형식적 직접심리주의로 자연스럽게 연결된다. 공개주의와 구두주의 원칙은 근대 이전의 재판이 밀실에서 작성된 예심판사의 조서를 토대로 형식적으로 진행된 대륙

673) 이완규, “공판중심주의를 둘러싼 개념상의 혼돈과 해결방향”, 법조 Vol, 585(2005), 20면.
674) 유해용, “공판중심주의와 전문법칙”, 저스티스 통권 98호(2007. 6), 186면.
675) 신양균, “바람직한 형사재판의 방향-공판중심주의의 재정립을 위하여-”, 저스티스 통권 78호(2004), 128면.
676) Ho Hock Lai, 주 10)의 책, 249-250면.
677) Ho Hock Lai, 주 10)의 책, 128면; 헌법재판소 결정 1996. 12. 26. 94헌바1.
678) 유해용, 주 674)의 논문, 186면.
679) 이완규, 주 673)의 논문, 21면.

법계 전통의 규문주의적 재판에 대한 반성에 의해 프랑스 대혁명 당시에 도입된 원칙이며, 직접심리주의 역시 규문주의적 형사절차를 폐지하고 프랑스로부터 근대적인 형사절차를 수정하여 도입한 독일 형사소송절차의 핵심 원칙이다. 영미법계 전통에서는 근대 이전부터 일반시민에 의한 배심제의 전통이 확립되어 있었으므로 공개주의, 구두주의, 직접심리주의는 당연한 이치에 불과하였고 앞에서 살펴본 것처럼 오히려 배심제의 합리성을 보장하기 위한 규제원리들의 도입이 문제되었으므로, 구두주의 등의 원칙은 주로 대륙법계 근대 형사소송절차의 핵심 원리로 제시되는 것들이다.[680]

2007년 형사소송법 개정 당시 우리 형사절차에 대해 제기된 비판의 핵심은 법관이 공판에서 직접 이루어진 증거조사 결과에 의하지 않고 자신의 집무실에서 수사절차에서 작성된 각종 기록에만 의존하여 심증을 형성함으로써, 재판절차의 불투명성과 형사재판에 대한 깊은 불신을 초래하고 있다는 것이었다.[681] 우리나라의 공판중심주의가 형해화된 것은 법원이 법정에서 공개적으로 구두변론에 의한 증거조사를 하지 아니한 채 판사실에서 서면 위주의 재판을 하여온 것에 따른 것이라는 비판이다.[682] 법정에서 구두로 현출되지 않은 수사기록 중심의 서류재판 관행은 사건의 결론이 법정심리가 아니라 보이지 않는 어떤 힘(판사와 변호사의 관계나 외부의 압력 등)에 의해 결정된다고 믿을 여지를 제공함으로써 재판의 대국민 신뢰에도 부정적인 영향을 미치게 된다.[683] 이러한 의미에서 공판중심주의의 확립은 공개주의, 구두주의와 직접심리주의의 원칙이 형해화되어 수사기관의 심증이 법관의 심증으로 그대로 연결되고, 피고인의 정당한 방어권이 보장되지 않으며, 시민의 실질적인 재판감시가 이루어지지 못했던, 우리 형사사법에 뿌리박힌 전근대적, 후진적 관행을 극복하는 차원의 문제라는 평가도 지극히 정당한 것이었다.[684] 공판중심주의 개념에 관한 이상의 논의는 아무런 이의 없이 모두가 합의

680) 이완규, 주 673)의 논문, 22-23면.
681) 신양균, 주 675)의 논문, 136면.
682) 이완규, 주 673)의 논문, 53면.
683) 유해용, 주 674)의 논문, 186면.
684) 이용구, “형사소송의 세계화를 위한 공판중심주의의 합리적 실현방안(토론문)”, 저스티스 통권 92호, 441면.

할 수 있는 내용일 것이며,[685] 다만 앞서 살펴본 것처럼 집중심리주의가 공판중심주의의 내용에 포함될 것인지 여부가 다투어질 뿐이다.[686]

2) 수사절차 진술조서의 증거배제원리인 실질적 직접심리주의의 전제로서의 공판중심주의 이해

이상과 같은 공판중심주의 이념의 함의는 형사사건의 실체에 관한 심리와 판단은 공판 단계에서 일어나야 하며, 따라서 종래 검사가 공판 전 단계에서 형성한 심증이 조서에 의해서 공판 단계로 그대로 이전되는 것을 금지해야 한다는 것이다. 즉, 공판중심주의의 요체는 사실판단자의 심증 형성이 공판정에서 이루어져야 하며, 수사기관의 심증이 공판절차로의 전이, 전용은 방지되어야 한다는 것이다. 이는 독일에서 통설과 판례가 채택하고 있는 형식적 직접주의의 이념이기도 하다.[687] 이러한 공판중심주의의 관점에서 과거 우리나라에서 형사절차가 형해화된 이유는 법원이 수사기관이 작성한 조서에 의존하는 재판에 있으며, 공판중심주의의 실현은 조서의 증거능력 제한을 통해 조서재판을 극복하는 것에 달려 있다고 본다.[688] 이는 지극히 정당한 비판이다. 검사는 최종 사실인정자가 아니므로 최종사실인정자는 검사의 심증에 의존해서 결론을 내려서는 안 될 뿐만 아니라 검사가 조서를 작성함에 있어서 원진술자의 진술내용이 권력적 이해관계 하에서 변형, 왜곡되었을 가능성을 배제해서는 안 되기 때문이다.[689]

그러나 공판중심주의의 개념에 관하여 이상의 내용을 넘어선 의미를 포함시키는 견해들이 존재한다. 공판중심주의를 공판에서 이루어진 진술만을 기초로 재판을 해야 하며, 수사단계에서 이루어진 진술은 피고인이 동의하지 않는 이상 증거로 사용하는 것을 금지하는 원리로 이해하는 것이다.[690] 이러한 입장에서는 구술변론으로 재생되어야 할 진술증거는 소

685) 김성룡, 주 660)의 논문, 36면.
686) 김태명, “공판중심주의 관점에서 본 증거법의 바람직한 운용방안”, 형사법연구 제26권 제1호(2014), 184-187면은 여기에 반대하고 있다.
687) 김성룡, 주 660)의 논문, 48면.
688) 이용구, 주 684)의 논문, 440~444면.
689) 차동언, “조서재판의 극복과 공판중심주의의 강화”, 형사소송 이론과 실무 제6권 제1호(2014), 95면.
690) 김태명, 주 686)의 논문, 184-187면.

위 공판정에서의 직접 증언, 즉 원본 증거를 의미하므로 전문법칙의 예외는 극히 예외적으로만 엄격하게 인정하여야 한다는 방향으로 논리를 전개한다. 이는 이후 대법원의 주류적인 견해로 이어져서 앞에서 살펴본 것과 같이 실질적 직접심리주의의 주된 내용이 여기에서 파생되었다. 사법제도개혁추진위원회(이하 사개추위)에서 추진되었던 법원의 최초 증거법안(오기두 부장판사의 안)이 이러한 입장을 반영하고 있다. 구 형사소송법 제312조 제1항의 검사 피의자신문조서와 참고인진술조서 부분 및 제2항의 사법경찰관의 피의자신문조서 부분을 삭제하여 검사와 사법경찰관의 조서는 피의자신문조서든 참고인진술조서든 모두 무조건 증거능력이 없게 하자는 것이다.[691]

공판중심주의는 일본에서 주로 논의되던 개념이었는데, 이는 수사기관이 변호인 참여 없이 수사를 하고 자백조서와 진술조서를 작성하여 공소를 제기하면 재판소는 자백조서와 공범자에 대한 진술조서를 바탕으로 판결하는 것, 즉 공판이 검찰관의 수사결과를 추인하는 장이 되도록 허용하는 조서재판 관행에 대한 비판을 목적으로 한 것이었다.[692] 우리나라 형사절차의 역사에 있어서도 변호인의 피의자신문참여권이 보장되어 있지 않은 상태에서 피의자나 참고인은 고문, 폭행, 협박과 같은 폭력 또는 조사관의 기망이나 유혹에 휘말리거나 자유의 구속을 견디어 내지 못하고 자포자기 하는 심정으로 진술을 하고 그것이 조서에 기재되는 사례가 적지 않았으며, 변호인의 입장에서는 수사기관 내부에서 비밀리에 행해진 고문 등의 사실을 입증하여 자백배제법칙이나 임의성 위반을 이유로 진술증거의 증거능력을 배제하기는 매우 어려웠던 것이 사실이다.[693]

또한 이러한 견해들은 공판중심주의의 이념은 공판에서 심리가 이루어진 증거들을 기초로 재판이 이루어져야 하는데 과거 우리나라에서 공판

691) 사개추위에서의 논의상황에 관하여는 이완규, “개정법상 조서의 증거능력에 관한 논의경과”, 형사소송법 연구 Ⅰ(2007), 217면 참조; 김태명, 주 686)의 논문, 195-201면도 오기두 부장판사와 유사한 견해를 전개하고 있다. 같은 글 192면은 직권주의는 규문주의의 결함을 그대로 가진 문제가 있으므로 공판중심주의는 당사자주의적 이념을 지향하는 것이라고 주장한다.

692) 김태명, 주 686)의 논문, 181-183면; 반면, 이완규, 주 660)의 논문, 373면은 일본에서의 예심폐지로 인한 제1심 공판으로의 심리집중을 설명하는 과정에서 공판중심주의가 처음으로 사용되었다고 한다.

693) 김태명, 주 686)의 논문, 189면.

중심주의가 제대로 이루어지지 않은 주된 원인은 판사들이 검사의 조서에 의존하는 재판을 하여 왔기 때문이므로, 조서의 증거능력을 박탈함으로써 한국 형사사법의 고질적 병폐라고 지적되어 왔던 소위 '조서재판'의 폐해를 일거에 청산할 필요가 있다고 주장한다.[694]

이에 대한 반박으로서 공판중심주의는 구두주의, 공개주의를 의미하는 것에 그쳐야 하며, 법관의 조서재판 관행을 폐지하고 공판정에서 직접 증거조사를 실시하고 법관이 공판정의 심리를 통해 심증을 형성하는 것이 공판중심주의의 핵심 내용이며 수사단계에서 이루어진 진술을 증거로 사용하는 것을 금지하는 것은 아니므로,[695] 공판중심주의가 이와 구별되는 특별한 의미를 가지고 있지 않다는 견해도 제기된다.[696]

3) 실질적 직접심리주의의 현행법상 근거의 존부[697]

실질적 직접심리주의는 원래 직권주의 형사절차를 채택하고 있는 독일에서 법관의 증거조사방법에 관한 형사소송법 제250조의 해석과 관련해서 등장한 개념이다. 독일 형사소송법 제250조는 "어떤 사실에 관한 증거가 개인의 지각에 근거하고 있는 경우 공판에서 그를 신문하여야 한다. 이 신문은 과거 신문 시 작성된 조서의 낭독이나 서면진술로 대체할 수 없다"고 규정하고 있다.[698] 동조는 법원은 스스로의 면전에서 증거조사를 하여야 하며 다른 사람으로 하여금 그 조사를 하도록 위탁하여서는 안 된다는 형식적 직접주의를 의미하는 동시에 법원은 원본 증거로부터 사실을 인정하여야 하며 대체증거의 사용은 허용되지 않는다는 실질적 직접주의를 의미하는 것으로 설명된다.[699] 따라서 법원은 피고인과 증인을 공판에서 직접 조사하여야 하며 원칙적으로 이전의 조사 단계에서 작성된 조서나 진술서류를 낭독하는 것으로 대체할 수는 없다.[700] 이

694) 신동운, "사법개혁추진과 형사증거법의 개정", 서울대학교 법학 제47권 제1호, 109면.
695) 이인영, 공판중심주의의 이념과 공판절차에서의 구현에 관한 일 고찰, 형사소송의 이론과 실무 제8권 제1호(2016), 51면.
696) 김성룡, 주 660)의 논문, 36-37면; 변종필, 나기업, 직접주의와 공판중심주의・전문법칙의 관계, 법조 제71권 제3호(2022.6), 73-74면.
697) 이 부분은 이창온, 주 7)의 논문, 99-103면을 기초로 수정한 것이다.
698) 법무부, STPO 독일형사소송법(주 286), 194면
699) 제2장 제3절 2. 독일의 직접주의 전통 참조.

러한 직접주의의 원칙을 통해서 법원은 진술자의 태도를 직접 관찰하여 정확한 심증을 형성할 수 있을 뿐만 아니라 또한 피고인 등 재판에 참석한 관련자들이 진술자에게 질의, 응답을 통해서 정확성을 기할 수 있으며 피고인의 방어권에도 효과적으로 기여할 수 있게 된다.[701] 그러나 진술을 번복하거나 기억이 부족한 피고인이나 증인의 조사를 보충하기 위해서 그러한 서류를 낭독하는 것은 허용되며, 나아가 독일 형사소송법 제251조~256조에서는 조서나 서류의 낭독이 허용되는 많은 유형의 예외가 규정되어 있다.[702] 또한 조사자증언은 일반적으로 허용되는 것으로 이해되고 있으며 영상녹화 제도의 도입으로 수사절차 진술에 대한 영상녹화물을 상영하는 것도 직접주의에 반하지 않는다.[703] 따라서 독일 형사소송법은 수사절차의 진술증거에 대한 증거배제원리로서의 실질적 직접주의를 명문으로 규정하고 있지 않으며, 독일의 판례와 다수설도 독일 형사소송법 제250조를 대법원이 이해하는 바와 같은 실질적 직접주의를 의미하는 것으로 보고 있지 않다.[704] 그것은 형식적 직접주의, 즉 증거조사방법에 있어서 인증의 서증에 대한 우선순위를 의미할 뿐이다.

또한 독일 형사소송법은 영미법적 개념의 전문법칙을 규정하고 있지 않다. 독일의 판례와 다수설은 독일 형사소송법은 전문증거 자체를 금지하지 않으며, 원본증거에 의하여 실체진실을 확인할 수 있는 경우에는 만연히 전문증거에 의해서 심증을 형성하여서는 안 된다는 점에서 법관에게 부과되어 있는 진실규명의무(제244조)에 의하여 전문증거가 규제될 뿐이라고 본다.[705] 따라서 독일 형사소송법 제250조는 조서나 조사 단계에서 사실의 증명을 목적으로 만들어진 진술서류에 대해서만 적용되며, 사적 단계에서 작성된 편지 등에는 적용되지 않고,[706] 전문증언에 대해

---

700) Roxin · Schünermann, 주 262)의 책, 403~404면.
701) Holle Eva Löhr, Der Grundsatz der Unmittelbarkeit im deutschen Strafprozessrecht, Duncker & Humblot(1972), 41면.
702) 우리 형사소송법 제314조와 같은 유형이 독일 형사소송법 제251조 제1항 제2호에 규정되어 있다.
703) 제2장 제3절 2. 독일의 직접주의 전통 참조.
704) Holle Eva Löhr, 주 701)의 책, 39면; Klaus Volk, 주 269)의 책, 239~240면; 이완규, 주 660)의 논문, 378-379면.
705) Holle Eva Löhr, 주 701)의 책, 79~85면; Klaus Volk, 주 269)의 책, 240면.
706) Haller/Conzen, Das Strafverfahren(8th), C.F.Muller(2018), 239~240면.

서는 그 실체진실에 관한 증거가치와 필요성이 존재하는 이상 증거능력의 제한이 없다.[707] 따라서 독일의 직접주의 원칙은 공판 외 진술증거에 대한 일반적인 증거배제원리로 제시된 것이라고 볼 수 없으며, 직권주의 형사절차에서 수사절차 조서의 위험성에 대한 특수한 규제원리로서 해석되고 있을 뿐이다.

독일에서도 독일 형사소송법 제250조의 해석과 관련하여 형식적 직접주의를 넘어서서 우리 대법원이 이해하는 바와 같이 영미식 전문법칙과 유사하게 수사절차 진술증거의 증거배제로 이해하고자 하는 견해가 존재하기는 한다. 제250조의 해석과 관련하여 독일 형사소송법 전체의 체계적 해석 또는 형사소송의 목적을 고려할 때 원본증거가 아닌 전문증거는 무조건적으로 금지된다는 견해[708]나 최량증거의 원칙상 조건부 사용만이 허용된다는 견해[709] 등이 독일 학계 내에서도 주장되고 있다. 그러나 독일의 판례와 다수설은 이러한 주장은 입법자의 의도에 반하며, 독일 형사소송법 제250조 전후 조문체계를 고려할 때 전문증거에 대한 규율을 발견할 여지가 없고, 전문증거의 증거가치는 법관의 자유심증주의 원칙과 직권탐지의무에 따라 판단하면 충분하며 전문증거가 원본증거보다 언제나 증거가치가 없다는 주장은 합리적, 과학적 근거가 없다는 점을 근거로 이러한 주장을 배척한다.[710] 즉, 증거배제원리로서의 실질적 직접심리주의는 독일 학계의 소수견해일 뿐 독일 형사소송법의 문언 해석에 관한 주류적인 학계의 입장이나 판례법리는 아니다.

그런데 대법원은 실질적 직접심리주의를 법관의 면전에서 직접 조사한 증거만을 재판의 기초로 삼을 수 있고, 증명 대상이 되는 사실과 가장 가까운 원본 증거를 재판의 기초로 삼아야 하며, 원본 증거의 대체물 사용은 특별한 사정이 없는 한 허용되어서는 안 된다는 원칙으로 선언하고 있으며, 이를 대체 증거의 증거배제원리로 이용하고 있다(2018도13945 전원합의체 판결 등). 그렇다면 우리 형사소송법의 문언으로부터 직접 우리 법에 고유한 의미를 가지는 증거배제원리로서의 실질적 직접심리주

707) Haller/Conzen, 주 706)의 책, 249면.
708) Holle Eva Löhr, 주 701)의 책, 56~58면.
709) Holle Eva Löhr, 주 701)의 책, 59~60면.
710) Holle Eva Löhr, 주 701)의 책, 64~89면 참조. 이러한 견해에 대한 비판으로는 Klaus Geppert, 주 169)의 책, 216~221면 참조.

의를 추론해낼 수 있을까? 우리 형사소송법 제314조와 제316조 제2항은 원본증거의 사용이 불가능한 경우에는 특신상태를 요건으로 전문증거의 사용을 승인하고 있으므로 파생 증거나 대체 증거의 증거사용에 대한 무조건 금지를 규정하고 있다고 볼 수 없다. 제312조 제4항이나 제313조 제2항이 영상녹화물 기타 객관적 방법 또는 과학적 분석결과에 기초한 디지털포렌식 자료, 감정 등 객관적 방법으로 진정성립을 입증할 경우 조서나 진술서류의 증거능력을 인정하도록 한 것도 실질적 직접심리주의를 채택한 것이라고 보기 어렵다. 또한 우리 형사소송법은 원진술자가 법정에서 진정성립을 인정하기만 하면 법정에서의 진술과 함께 그 이전 단계에서 이루어진 원진술을 담은 조서나 진술서류의 증거능력을 인정하고 있으므로, 엄밀하게 말해서 형식적 직접심리주의나 전문법칙 하의 종전 진술의 증거사용금지 원칙(the rule against narrative)을 채택하였다고 말할 수도 없다. 따라서 우리 형사소송법의 문언 해석이나 체계적 해석을 통해서 공판 외 진술증거에 대한 증거배제원리로서의 실질적 직접심리주의를 추론해낼 수는 없다고 본다. 대법원은 대원칙으로서 공판중심주의를 먼저 전제한 후 이로부터 실질적 직접심리주의를 연역해낸 다음 이를 다시 우리 형사소송법의 문언과 체계에 투영하면서 공판 외 진술증거의 증거배제원리로 사용하고 있다. 그러나 집중심리를 전제로 하지 않은 공판중심주의 개념 자체가 증거법적 관점에서는 공허한 것이며, 그럼에도 불구하고 여기에서 진술조서의 증거사용 금지라는 증거배제원리를 이끌어내는 것은 법원이 실질적인 입법권을 행사하는 것이라고 비판받을 소지가 있다.

4) 증거법 원리가 표방하는 형사절차 이념의 불투명성

공판중심주의와 실질적 직접심리주의에 관한 대법원 판시에서 더 근본적인 문제는 그 결론 부분에 놓여 있다. 대법원은 당사자주의, 공판중심주의, 실질적 직접심리주의, 전문법칙, 반대신문권을 한꺼번에 나열하면서 이를 결합시키면 여기에서 최적의 실체진실 발견과 적법절차 보장이 동시에 달성될 수 있는 것처럼 제시한다(“... 함으로써 실체적 진실을 발견하고 공정한 재판을 실현할 수 있다”). 이러한 대법원의 설시는 실체적 진실 발견과 공정한 재판 사이에 존재하는 긴장관계를 불투명하게

만든다. 앞에서 살펴본 것처럼 증거법 원리는 실체적 진실 발견을 제고하기 위한 내재적(intrinsic) 원리와 실체적 진실을 저해하더라도 다른 동등한 가치를 보존하기 위한 외재적(extrinsic) 원리로 구성된다.[711] 외재적 원리는 물적 증거에 관한 위법수집증거배제법칙에만 국한된 것이 아니며, 증언거부권과 같이 진술증거에 관한 증거법 규칙 내에서도 동일하게 존재한다. 일반적으로 외재적인 원리가 영미법계 증거법에서 대륙법계 직권주의에서보다 훨씬 더 강하게 작용하는 것이 사실이지만, 내재적 원리와 외재적 원리 간의 긴장관계는 영미법계 증거법에서뿐만 아니라 대륙법계 증거법에서도 발견된다. 개별 재판에서의 실체적 진실 발견이 저해되더라도 형사절차, 국가, 사회 전체의 이념적 가치를 보호하기 위해서는 외재적 원리를 인정하는 것은 불가피하다. 다만 합리적인 증거법의 발전을 위해서 중요한 것은 내재적 원리와 외재적 원리의 존재와 기능을 투명하게 드러내고, 우리 증거법에서 어떠한 외재적 가치를 보호하기 위해서 개별 형사재판에서 실체진실을 포기하여야 하는지를 명확하게 형량하는 것이다.[712] 대법원의 설시는 그 긴장관계를 불투명하게 할 뿐만 아니라 이러한 형량에 필요한 이념적 가치의 투명성을 결여하고 있다.

(4) 법원의 일원적 구조

1) 국민참여재판과 당사자주의

영미법계 배심원 제도 하에서 배심원들은 평결 이유를 제공하지 않으므로 당사자들은 판결 이유를 보고 상소를 통해 이의를 제기할 수 없다. 따라서 당사자들은 배심원들에게 제공되는 증거와 정보가 무엇인지 여부에 대해서만 증거능력에 의해 사전적인 증거 규제를 할 수 있을 뿐이다. 당사자는 반대당사자가 배심원들에게 제공하고자 하는 증거의 증거능력에 문제가 있는 경우에는 사전에 증거를 배제할 수 있는 제도적 수단을 가지고 있으며,[713] 직업법관이 배심원들에게 제공하는 설명이나 지침도

711) 우리 학계에서 이러한 부분에 관한 문제의식을 표명한 글로는 변종필, 나기업, 주 696)의 논문, 84-85면.
712) 변종필, 나기업, 주 696)의 논문, 84-86면.
713) 공판 전 이의신청(pretrial motions) 제도를 말한다. Robert P. Mosteller 외 5, 주 177)의 책, 148-150면.

공정성에 문제가 생기지 않도록 미리 구체적이고 세밀하게 마련되어 있어야 한다. 그러나 우리 국민참여재판에서는 배심원들의 평결에 구속력이 없다는 것을 전제로 이러한 제도적 장치를 제대로 구비하지 않았다. 변론종결 후 재판장의 사건설명의 내용과 형식은 미리 세밀하게 마련되어 있지 않고 재판장의 재량에 맡겨져 있으며(동법 제46조 제1항), 판례는 재판장의 이러한 설명이 미흡하더라도 곧바로 위법, 무효가 되는 것은 아니라고 보고 있다(대법원 2014. 11. 13. 선고 2014도8377 판결). 뿐만 아니라 배심원 과반수 요청에 의하여 심리에 관여한 판사의 의견을 청취할 수 있고(동조 2항), 유, 무죄에 관한 의견이 불일치하는 때에는 평결 전에 심리에 관여한 판사의 의견을 듣도록 하고 있어서(동조 3항), 직업법관의 재량에 의한 설명을 통해 배심원들의 평결에 영향력을 행사할 수 있도록 허용하고 있다.

따라서 우리 형사절차가 국민참여재판을 도입하였다고 해서 우리 증거법의 성격이 직권주의에서 영미법계 당사자주의에 가깝게 변경되었다거나 변경되어야 한다고 보는 견해[714]에는 동의하기 어렵다. 영미법계 형사절차가 증거법에 영향을 미치는 핵심적인 구조적 요인이 우리 국민참여재판에서는 누락되어 있기 때문이다.

2) 법원의 구조와 증거능력 제도의 연관성

Damaška는 영미법계 형사절차가 배심제도를 채택한 것만으로는 증거법상 증거능력제도를 발전시키지 못하였을 것이며, 법원의 구조가 증거능력을 통제하는 직업법관과 최종적인 사실인정을 담당하는 배심원들로 양분되었기 때문에 신용성에 문제가 있는 증거를 사전에 배제하는 증거능력 제도가 발달할 수 있었다고 분석하였다.[715] 이러한 법원의 이중 구조는 증거가치는 있으나 인권적 가치의 보호를 위하여 증거로 사용해서는 안 되는 증거나 배심원들의 인식과 감정을 오도할 위험성이 있는 증거가 최종 사실인정자인 배심원들에게 제공되지 않도록 사전에 차단하는 기능을 담당한다. 여기에서 배심원들은 평결 이유를 제시하지 않은 채 법원을 구속하는 평결을 내릴 수 있는 권한을 가지고 있으며 배심원들의

714) 신동운, 간추린 신형사소송법 제13판, 법문사(2021), 5-6면.
715) 제3장 제1절 3. 영미법계 형사절차와 전문법칙의 구조적 연관 참조.

사실인정 결과에 대해서는 원칙적으로 상소의 대상이 될 수 없으므로, 직업 법관이 가진 증거에 대한 사전 규제 기능은 법원이 배심원 평결의 신뢰성을 통제할 수 있도록 하며, 평결 결과에 대하여 다툴 수 없는 당사자가 위험성 있는 증거의 유입에 대해 미리 다툴 수 있는 핵심적인 기능을 담당한다. 만약 증거능력 제도를 통해 직업법관이 이러한 정보가 배심원들에게 제시되기 전에 사전에 걸러내지 못한다면, 최종 사실인정자들은 자신들이 이미 알게 된 것을 의식적으로 무시해야 하는 인지적으로 어려운 임무를 담당하게 될 뿐만 아니라, 이미 배심원들이 알게 된 사용이 금지된 증거를 평결에 이용하더라도, 평의 과정이 공개되거나 평결의 이유가 제시되지 않으므로, 평결에 대한 사후 규제가 불가능한 문제가 발생한다.

이에 반하여 직업법관 또는 직업법관과 참심법관으로 구성된 단일 재판부가 재판을 담당하는 대륙법계 형사절차의 구조에서는 진술증거의 신용성은 증명력에 의해서 한꺼번에 판단될 수밖에 없으며 요증사실의 증명 여부도 개별 증거를 다른 증거들과 비교, 검토하여 종합적으로 판단할 수밖에 없다. 여기에서는 금지된 정보를 사실인정자들이 이미 알게 된다고 하더라도 이를 사전에 차단할 수 있는 제도적 구조는 존재하지 않는다. 그러나 법원은 판결의 이유를 제시하여야 하고 상소를 통해서 사실인정의 오류에 관하여 상급심의 심사를 받게 되므로 그러한 금지된 정보의 사용은 사후적으로 규제가 가능하다.

3) 형사증거법상 증거능력 제도의 구조적 부정합

우리 형사절차는 직업법관으로 구성된 재판부가 재판을 전담하는 법원의 단일 구조를 채택하였음에도 우리 증거법은 전문법칙과 같은 증거능력 제도를 채택하였다. 법원은 증거능력 판단과정에서 이미 증거의 내용을 대부분 알게 될 수밖에 없으며,[716] 판결 이유를 제시하여야 할 뿐 아니라 상소를 통해서 상급심에 의해서 증거능력 판단과 사실인정 이유에 대하여 검토를 받는다. 이러한 구조 하에서는 전문법칙과 같은 증거능력

716) 차정인, “전문법칙 적용범위 논의를 위한 몇 가지 고찰 - 기본 개념과 용어, 이론적 근거를 중심으로 -”, 중앙법학, vol.16, no.2, 통권 52호 (2014) 97-155면.

제도가 필수적으로 요청된다고 보기 어렵다.[717]

우리 형사소송법상 증거조사의 절차는 증거신청(형사소송법 제294조), 증거결정(제295조), 증거조사(제291조, 제292조, 제292조의2, 제292조의3), 의견진술(제293조)의 순서로 진행된다. 이러한 순서에 따르면 증거결정 단계에서는 먼저 증거의 증거능력을 판단한 후, 협의의 증거조사 단계에서는 증거의 증명력을 판단하도록 하고 있으므로, 영미법계 당사자주의 형사절차의 구도를 그대로 따르고 있다. 그리고 전문법칙에서 전문서류의 증거능력 요건은 통상 진정성립 인정과 특신상태이며 그 요건의 존재 여부를 심사하여 증거능력이 없는 서류는 증거에서 배제하므로, 외관상으로는 우리 형사절차에서도 마치 재판부가 증거능력 없는 증거에 오염되지 않은 인식 상태에서 증명력을 판단할 수 있을 것처럼 보인다. 그러나 당사자의 원진술자에 대한 신문 과정에서 진술서류의 진정성립 인정 여부를 조사하게 되어 있으므로 그 단계에서 조서는 이미 주요 부분이 낭독되어 알려지고, 주신문과 반대신문을 통해서 조서 내용의 실질적 부분들이 거의 대부분 직접적인 증언의 형태로 이루어진다. 조서는 그런 연후에 비로소 조서의 증거능력이 인정되어 증거로 채택되는데, 법이 정한 논리적 순서, 즉 증거능력 심사 후 증명력 심사의 순서와는 달리, 실제로는 진술증거의 내용심사가 모두 이루어진 후에 증거결정이 이루어진다. 또한 형사소송법상 전문법칙의 예외요건인 특신상태는 특히 수사절차 조서에 관해서는 원진술 당시의 외적 상황만을 조사하는 것으로는 판단될 수 없으며 조서의 내용을 파악해야만 판단이 가능하기 때문에 증거능력에 관한 조사 과정에서 법관이 그 진술 내용을 모두 파악할 것을 전제로 하고 있다.[718]

따라서 일원적 법원의 구조를 전제로 하는 형사소송법상 증거능력 제도는 영미법계 전문법칙과 같은 금지된 정보의 사전 차단기능을 애초부터 제대로 수행할 수 없다. 게다가 사전규제의 기능이 제대로 작동하려면 증거배제의 사유가 명확해야 하는데, 우리 전문법칙의 요건 중 특신상태 개념은 지나치게 추상적으로 되어 있어서 법관의 재량에 전적으로

717) 위 글은 동일한 문제의식 하에서 오히려 증거능력 제도를 영미법계 법원의 구조 하에서처럼 더 엄격하게 운용하여야 한다는 결론을 내린다.
718) 제4장 제2절 4. 전문법칙상 특신상태의 해석에 관한 문제점 참조.

맡겨져 있다. 따라서 단일한 법원이 증거의 내용을 모두 고려하여 재량하에 증거능력을 판단하는 우리나라의 형사절차에서는 특신상태의 존부 판단에서 고려되는 요소들은 사실심 법관의 증명력 판단에서 고려되는 요소와 현실적으로 큰 차이가 있기 어렵다.

따라서 이러한 우리 형사절차의 구조에 비추어보면 증거법상 전문법칙의 증거능력 제도는 그 존재 이유가 명백하지 않다. 전문법칙이 사실심 법관들의 오판을 방지하여 실체진실 발견을 제고하기 위한 증거법 원리라면, 일원적인 법원의 구조를 채택한 우리나라의 형사절차에서는 진술증거의 증명력 판단과 상급심에 의한 사실인정의 적정성 심사로도 충분하였을 것이다. 증거능력을 배제해야 할 정도로 신용성에 문제가 있는 증거라면 당연히 증명력 단계에서도 배제되었어야 할 것이며, 만일 하급심의 증명력 평가에 오류가 있다면 상급심에서 이를 심사하여 파기할 수 있기 때문이다.

4) 형사증거법상 전문법칙에 의한 증거능력 규제의 실질적 기능

따라서 우리 형사절차에서 증거능력 제도가 수행하는 실질적인 기능은 다른 곳에 있다고 봐야 한다. 그것은 실제에 있어서는 수사절차에서 작성된 조서를 규제하는 것을 목적으로 형성된, 외관과 진정한 의도가 전도되어 있는 제도적 수단이다. 조서의 증거능력 심사과정에서 이미 주요 부분이 낭독되어 알려지고, 주신문과 반대신문을 통해서 조서 내용의 실질적 부분들이 거의 대부분 직접적인 증언의 형태로 이루어지며, 공판정에서 그러한 증언이 이루어진 연후에 비로소 대부분의 조서의 증거능력이 인정된다면, 직접심리주의나 전문법칙의 원칙상 그 조서는 증거로 사용할 필요성과 독자적인 증거가치가 인정되지 않아야 하는 것이 정상이다. 그러나 실무에서는 일단 조서의 증거능력이 위와 같이 전도된 절차를 통해서 인정되고 나면 그 조서는 하급심이 판결서를 작성하는 것을 보조하기 위한 편이를 제공하는데 이용된다. 검찰 입장에서도 사건의 내용을 공판에 일일이 제시할 필요 없이 수사단계에서 작성된 조서를 통해 법원에 사건 내용을 전달할 수 있게 되므로 조서는 검찰 인력의 효율적 이용에 기여한다. 또한 상급법원은 하급심의 사실인정 절차에서 복잡하고 세부적인 사실과 증거에 대한 증명력 평가의 적절성을 일일이 따져볼

필요 없이 증거능력 요건에 따라 하급심의 증거채택의 적절성만을 평가하면 되므로, 상급심이 하급심의 사실인정절차를 용이하게 통제할 수 있도록 하는데에도 기여한다. 또한 법원의 판단재량 범위가 넓은 증거능력 평가로 구체적인 증명력 평가를 대체할 수 있게 되므로 법원의 사실인정 결과에 대한 비판가능성을 감소시키는 기능도 할 수 있다.

(5) 형사절차의 문제점과 증거법 개혁의 관계

1) 조서재판 폐해 문제의 해결 여부

형사소송의 역사에서 조서재판의 폐해를 지적하는 견해의 문제의식은 정확하다. 그러나 그에 대한 해결책이 반드시 조서의 증거능력 폐기로 귀결되어야 할 필연적 이유는 없다. 그러한 견해가 지적하는 첫 번째 문제점은 법원이 수사기관의 조서에 의존하지 않고 구두주의, 공개주의에 의해 이상적으로 형사재판을 진행할 수 있음에도 불구하고 수사기관이 작성한 조서에만 의존하여 검사의 심증을 이어받는다는 것이다. 그러나 그 문제의 해결책은 조서의 증거능력의 전면 폐기가 아니라, 독일식 직접주의와 같이 법원은 1차적으로 법정에서의 직접 증언에 의해서 심증을 형성하도록 하고 원진술자의 진술번복이나 증언 불가능 등의 사유가 있을 때에만 수사절차에서 작성된 조서, 영상녹화물 또는 조사자증언을 보충적으로 증거로 사용할 수 있게 하는 것이 될 수도 있다. 오히려 현행 형사소송법상 전문법칙은 당사자의 다툼이 없거나 원진술자가 진정성립을 인정하는 경우에는 조서의 사용을 특별한 제한 없이 허용함으로써, 구두주의, 공개주의, 직접주의에 부합하지 않는 조서재판의 폐해를 그대로 이어받고 있다.

2) 수사기관의 권력 남용에 대한 불신 문제의 해결 방법

위와 같은 견해가 두 번째로 지적하는 문제점은 수사기관에 대한 불신으로 인해 수사기관에서 기록된 진술증거, 즉 조서를 증거로 사용하는 것이 오히려 실체진실 발견을 저해한다는 것이다. 그러나 수사기관에 대한 불신의 문제는 수사절차의 규제를 통해서 해결하는 것이 원칙이며, 증거법적인 대응을 통해서 해결할 문제는 아니다. 직권주의적 수사절차의 임무는 사건 직후 공판 전 단계에서 최대한 증거를 수집하고 기록하

여 그 소실과 변형, 왜곡을 방지하고자 하는 것이다. 형사소송법 제314조의 존재가 그러한 수사절차 조서의 존재 목적을 입증한다. 그런데 피고인이 내용을 부인하기만 하면 수사절차에서 기록된 증거를 사용하지 못하게 하는 것은 이러한 직권주의적 수사절차의 존재 목적에 정면으로 반한다.[719] 따라서 수사기관의 조사에 관한 불신이 문제라면, 독일이나 프랑스와 같은 직권주의 국가들의 개혁방식을 좇아서 수사절차를 개혁하는 것이 순리에 맞을 것이다.[720] 피의자신문과정을 의무적으로 녹화하게 하고,[721] 소환 및 조사 과정을 엄격하게 기록하며, 수사기록 열람 범위를 확대하고, 변호인의 신문 참여권을 강화하며,[722] 수사절차에서의 국선변호인 조력권을 확대하는 방식이 여기에 해당할 수 있다. 그렇지 않고 직권주의적 수사절차를 그대로 유지하면서 피고인이나 진술자가 조서의 증거능력을 선택하게 할 경우 조서의 규제를 통해서 얻을 수 있는 피고인 보호라는 편익에 비해 회피가능한 실체진실의 희생과 지나친 사법자원의 낭비가 발생할 뿐만 아니라[723] 아직 위증이 만연한 실무 현실에서 사법신뢰 저하를 초래하게 된다.[724]

3) 공판심리 방식의 변화

근본적으로 공판중심주의 형해화는 조서의 증거능력 부여가 법원의 조서재판을 유발하였다기보다는 조서의 진정성립 여부만 묻고 그대로 조서를 제출받아 판사실에서 읽어보고 심증을 형성하고 구두변론을 제약한 채 서면제출 요구를 하여온 법원의 잘못된 재판 관행이 초래한 것이다. 이러한 서면주의 재판관행은 법원의 인적, 물적 자원의 부족으로 인해 집중심리가 이루어지지 않고 오랜 기간 동안 재판이 속행될 뿐만 아니라

719) 정웅석, “조서와 진술의 증거능력 관계”, 비교형사법연구 제8권 제1호(2006), 707-708면.
720) 정웅석, 주 719)의 논문, 703면.
721) 독일 형사소송법 제136조 제4항의 일정한 유형의 범죄에 관한 피의자신문 영상녹화의무 부과가 여기에 해당할 것이다.
722) 프랑스의 최근 형사사법 개혁은 변호인 참여권의 확대에 집중되어 있다. 이창온, 주 250)의 연구보고서 참조.
723) 김성룡, 주 660)의 논문, 61-62면; 한제희, “‘한국식’ 형사증거법의 실태와 고민”, 형사소송 이론과 실무 제12권 제2호(2020), 311면 이하.
724) 정웅석, 주 719)의 논문, 707면.

변론종결 후 공판정에서의 생생한 인상을 토대로 곧바로 판결을 선고하지 않고 선고기일을 따로 잡아 그동안의 기록을 토대로 정리하여 판결을 선고하는 관행으로부터 비롯된 것이므로, 재판 심리방식, 사법 자원의 보강 등을 통해서 바로잡아야 하며, 조서의 증거능력을 부정함으로써 근본적인 해결이 될 문제는 아니다.[725]

Damaška가 분석하는 바와 같이 집중심리, 공판중심주의 형사절차에서 구조적으로 형성되는 증거법리는 첫째, 공개된 법정에서 구두로 현출되고 조사된 증거자료에 기반해서 사실인정이 이루어져야만 국민의 사법감시가 실효를 거둘 수 있다는 것이며, 둘째, 짧은 기간 내에 집중적으로 공판이 진행될 경우에 조서 등 증거서류나 전문진술은 시간을 두고 제대로 그 신용성을 확인하기 어려우므로 실체진실을 담보하기 위해서는 언제나 구두주의와 집중심리주의에 적합한 증거규칙이 갖추어져야 한다는 것이다. 즉, 공판중심주의 형사절차는 공판 이전에 수집된 진술증거의 신용성이 부족하다는 경험적 또는 이념적 믿음을 전제로 하지 않는다. 공판중심주의 형사절차의 증거법에서는 그 증거조사가 집중적으로 이루어지는 방식과 증거조사의 시간적 한계가 문제될 뿐이다. 사실인정자의 기억이 사라지기 전에 구두변론에 의해 집중적으로 증거조사가 이루어져야 하며, 공판 기간 내에 검증이 불가능한 의심스러운 증거는 사실인정자가 접촉하도록 허용해서는 안 된다는 것이다. 따라서 공판중심주의의 주된 관심사는 법원의 공판심리 방식에 있다. 법원은 공판에서 제대로 현출되지 않은 증거자료를 토대로 개인적으로 심증을 형성해서는 안 된다. 또한 법원의 심리가 집중적으로 이뤄지지 않고 장기적으로 진행되거나, 법관의 교체에 따른 공판갱신 등으로 인해서 사실심리 법관의 직접 인상과 기억에 의존해서 사실인정이 이뤄지는 것이 아니라 공판조서의 기록에 의해서 사실인정이 이뤄지게 허용해서는 안 된다. 현재 실무의 현실과 같이 수시심리 하에 그러한 다툼이 없거나 진정성립이 인정된 조서에 의존하여 진행되는 재판 관행이 그대로 유지된다면, 수사기관 조서의 증거능력을 전면적으로 폐지한다 하더라도 실체진실 제고의 측면에서 근본적인 문제해결은 제대로 되지 않은 것이다. 즉, 공판중심주의는 단순히 수사절차 조서의 증거능력을 규제하기 위한 이념이 아니며, 근본적으로 공판심리의

725) 정웅석, 주 719)의 논문, 706면.

방식을 규제하기 위한 이념이어야 한다.

4) 기능의 부작용 수반

형사절차에서 발생하는 문제를 해결하기 위한 목적으로 절차 자체가 아니라 증거법리를 수정하는 것은 부작용을 수반한다. 증거법리는 언제나 형사절차의 구조에 의존하여 형성되는데 형사절차를 그대로 둔 채 증거법리를 수정하면 절차와 증거법리의 부정합으로 인한 부작용이 발생하기 때문이다. 형사절차에서 발생하는 문제점을 형사절차나 수사기관과 법원의 조직을 교정하는 방법으로 해결하지 않고 증거법을 수정하는 방법으로 고치려고 들면 부작용이 발생한다. 직권적 형사절차와 당사자주의적 형사절차는 그 국가와 사회의 역사와 함께 국가, 사회가 지향하는 가치의 우선순위에 의해서 결정되는데, 어떤 절차 유형이든 실체진실 발견이라는 형사절차 이념을 달성하는데 있어서 고유한 문제점들을 갖게 된다. 따라서 증거법리는 그 형사절차의 문제점들을 완화하고 장점을 강화하는 방식으로 형성되어야 한다. 그런데 형사절차에서 빚어지는 문제들을 형사절차는 그대로 둔 채 증거법을 수정하는 방식으로 해소하려 들 때에는 증거법리들을 형성하는 수많은 절차적 전제들이 왜곡되어 버리며, 궁극적으로 실체진실 발견을 저해하거나 사법신뢰를 해치게 된다.

직권주의적 수사절차를 형성하는 주체, 절차, 권한 및 요건들은 모두 이러한 목적 하에 기능하고 있으며, 그 사회와 문화에 의해 그렇게 기능할 것으로 기대된다. 만약 그것이 현실적으로는 그 수사절차에 부여된 목표대로 객관적이고 공정하게 기능을 수행하지 못한다면, 우선 그 체계 내에서 기능을 제고할 방법을 찾아야 한다.[726] 만약 그것이 불가능할 정도로 수사기관이 부패하였다면, 가치의 우선 서열을 바꾸어 당사자주의 형사절차로 전환할 방법을 찾아야 한다. 수사절차의 운용에 있어서 권력남용 등 제도적인 부작용이 발생한 경우에 그 수사절차의 존재를 폐지하

726) 앞에서 소개한 바와 같이 직권주의 형사절차 그 자체에 문제가 있으며 당사자주의 형사절차가 본질적으로 우월하다고 보는 견해도 다수 존재한다. 그러나 이러한 관점은 순수한 당사자주의적 증거배제법리를 유일하게 고수하고 있는 미국 외의 서구 형사절차가 모두 문제가 있다는 것이어서 현실적으로 받아들이기 어렵다. 이러한 견해에 대한 미국 내에서의 비판은 David Alan Sklansky, 주 1)의 논문 참조.

는 것이 아니라, 그 존재 자체는 그대로 두면서 그 존재 목적과 충돌되는 방식으로 증거법리만을 수정한다면, 증거법리 내에서 충돌과 모순이 발생하게 된다고 Damaška는 주장하였다.[727] 그러한 부정합적인 증거법리에 의해서 산출된 결과는 실체진실을 담보하기 어려우며, 장기적으로 사법적 판결 이후에도 진실 논란이 계속되어 사법에 대한 신뢰가 상실되는 결과가 초래될 수 있다.

5) 조서 존치론에 관한 비판

한편, 조서의 증거능력을 종전과 같이 유지하자거나 수사절차에서 획득된 진술증거의 사용을 확대하자는 입장에도 문제가 있다. 이러한 견해가 공판중심주의와 조서의 증거능력 배제 사이에 필연적인 구조 연관관계가 없다는 점을 지적한다는 점에서는 타당하지만, 조서재판의 문제점에 대한 비판이 반드시 법원의 재판 관행만을 향한 것만은 아니라 수사기관이 작성한 조서의 객관성, 중립성과 정확성에 대한 의문도 함께 제기되었다는 것을 숙고해볼 필요가 있다. 수사기관 조서의 위상을 지나치게 방어하려는 이러한 태도로 인하여, 최초에는 조서의 증거능력을 인정하지 않는 방향에 대해 전면적인 거부반응을 보이지 않던 검찰이 법 개정 과정에서 검사 작성 피의자신문조서의 증거능력을 고수하는 방향으로 선회한 것은 검사의 수사 주재자로서의 권위를 유지하기 위해서는 검사 작성 피의자신문조서와 사법경찰관 작성 피의자신문조서의 차등적 취급을 그대로 유지시켜야 한다는 점을 의식하였기 때문이라는 비판을 초래한 측면이 있다.[728]

직권주의 형사절차는 실체진실의 발견의 관점에서 수사절차에서 작성된 조서를 증거로 사용하는 것을 허용하기는 하지만, 수사절차에서 작성된 조서의 객관성, 중립성, 정확성과 조서를 이용한 사실인정의 신용성을 담보하기 위하여, 예심절차에서 사법관인 예심판사가 피의자에게 수사정보를 공개하고 반론 기회를 충분히 보장한 상태에서 수사를 진행하거나(프랑스), 법원의 예단을 배제하기 위하여 원칙적으로 수사기관의 조서를 곧바로 낭독하는 방법으로 증거로 사용하는 것을 허용하지 않고 법원의 직접 증거조사를 우선하고 진술번복이나 원진술자의 법정 출석 불

727) 제3장 제1절 2. Damaška의 역사적, 구조적, 비교법적 방법론 참조
728) 신동운, 주 694)의 논문, 122-123면.

능 등의 사유가 발생한 때에만 예외적으로 조서의 증거사용을 허용하는 방식(독일)으로 조서에 대한 증거 사용을 규제한다. 조서는 공판 전 단계에서 증거의 소실과 왜곡, 변형을 막기 위한 것이기는 하지만 수사절차의 일방성과 밀행성 때문에 조사 과정에서의 수사기관의 권력 남용이나 조서를 기록하는 과정에서 수사기관이 진술을 왜곡하거나 변형하는 것으로부터 완전히 자유롭다고 단정할 수 없기 때문이다.

따라서 검사의 조서에 대한 불신과 법원의 조서재판 관행에 대한 비판이 현실에 대한 정확한 인식에 근거한 것이라면, 조서를 증거로 사용하던 재판 관행을 그대로 유지해서는 안 되며, 형사절차 내에서 수사기관이 작성한 조서의 객관성, 중립성, 정확성을 제고하고 조서의 증거사용 과정의 신용성을 담보할 수 있는 대안적 조치를 도입하였어야 했다. 우리나라의 형사절차에 투입 가능한 인적, 물적 자원이 부족한 상태에서 그러한 자원의 한계 내에서 수사기관이 작성한 조서가 적은 사법비용으로 재판의 신용성을 유지할 수 있다는 기존의 문답식 조서 체제의 효율성을 강조하는 것[729]만으로는 이제 사법에 대한 국민의 불신을 방치할 수 있는 수준을 넘어섰기 때문이다. 이러한 대안적 조치에는 조서를 폐지하되 전면적으로 영상녹화제도를 도입하고 독일식 직접주의를 규정함으로써 수사기관에서의 진술증거는 예외적인 사유가 있을 때에만 증거로 사용하게 하는 방안도 포함될 수 있으며,[730] 근본적으로는 형사절차 자체를 당사자주의적으로 전환 가능한지 여부에 대한 국민적 차원의 논의에도 열려 있어야 한다.

(6) 소결

---

729) 이완규, 주 660)의 논문, 383면. 같은 글 386면은 조서의 증명력의 일반적 열등성을 부정하고 있으나, 조서는 진술의 신용성에 관한 검증과 조사자의 객관성, 중립성, 전문성에 관한 신뢰 모두를 요한다는 점에서 원본 증거에 비해서 증명력이 약화되어 있다는 점은 부정하기 어려우며, 특히 조사자에 대한 신뢰가 부족한 경우에는 제대로 기능하기 어려운 제도이다. 제2장 제3절 2. 독일의 직접주의 하 대체증거의 문제점 참조.

730) 예컨대, 정웅석, “영상녹화물의 증거능력 인정에 관한 연구”, 형사법의 신동향 제29호(2010), 254-257면.

우리나라의 형사절차의 구조는 Damaška의 구조적 분석에 의하면 영미법계 당사자주의 형사절차의 특성을 한 가지도 갖추지 못한 것으로 판명된다. 첫째, 사법경찰과 검사로 구성된 직권적 수사절차를 갖추고 있고, 형식상 당사자 사이의 공격과 방어에 따른 변론으로 재판이 진행되지만 법원에게 최종적으로 증거조사의 권한과 책임이 귀속되어 있다. 둘째, 집중심리는 거의 이루어지지 않으며, 따라서 직접심리에 따른 신선한 인상에 의해 즉석에서 판결이 선고되는 것이 아니라 장기간에 걸친 재판 끝에 수사상 조서와 공판조서를 이용하여 판결서가 작성된 후 추후 선고가 이루어진다. 셋째, 국민참여재판은 구속력 있는 사실인정권한을 배심원들에게 주지 않고 직업법관이 배심원들에게 비공식적으로 사건 내용에 관한 지침을 제공하고 직업법관의 판결서 작성이 이뤄지기 때문에 이원적인 구조로 볼 수 없으며, 따라서 영미 배심제 및 이원적 법원의 구조가 필연적으로 수반할 수밖에 없는 배심원들의 사실인정에 대한 사전 통제장치로서의 증거능력 제도가 불필요하다.

그럼에도 불구하고 우리 형사증거법은 영미법계 전문법칙을 표방하고 있으며, 대법원은 직접심리주의 및 반대신문권 보장과 결합하여 수사절차 조서의 증거능력을 제한하고자 하는 노력을 강화하고 있다. 또한 일원적 법원의 구조에도 불구하고, 증명력과 분리된 사전적 증거규제 장치로서의 증거능력 제도를 채택하였으나 증거능력과 증명력을 단일한 법원이 판단하고 있으며, 증거능력 판단 과정에서 진술증거의 내용까지도 참조할 수밖에 없으므로, 실질적으로는 증명력과 구별되지 않는다. 우리 형사절차의 구조와 증거법은 Damaška의 표현에 따르면 서로 표류(adrift)하고 있는 것처럼 보이기도 한다. 그 원인을 파악하기 위해서는 형사소송법의 제정 과정을 살펴볼 필요가 있다.

2. 제정 형사소송법의 형사절차 구조와 증거법

(1) 우리 형사소송법 제정 과정에서의 형사절차의 구조 논의

일제로부터의 해방을 맞으면서 1945년 9월 미군이 남한에 진주하여 미군정청이 수립되었다. 미군정청은 1948년 3월 미군정법령 제176호를 통하여 일제 형사소송법상 수사기관의 강제수사절차를 개선하였으며 그 과정에서 피의자의 인권보호를 위한 영미법적 제도들이 우리 법체계에 도입되었다. 1954년 형사소송법 제정시 자백배제법칙과 자백의 보강법칙이 제309조 및 제310조에 규정되었으나, 전문법칙이 도입되지는 않았다. 형사소송법의 제정 과정은 ① 법전편찬위원회의 형사소송법요강안 마련, ② 법전편찬위원회의 형사소송법 초안 작성 및 정부 초안 국회 제출(1950. 1. 13.), ③ 법제사법위원회의 공청회(1954. 1. 9.), ④ 법제사법위원회의 수정안 제출(1954. 2. 15.) 및 심사, ⑤ 본회의 의결 및 재의결(1954. 3. 19.) 순으로 진행되었다.[731]

제정 형사소송법의 구조에 관한 논의는 법전편찬위원회가 작성한 아래의 형사소송법요강안에서부터 찾아볼 수 있다. 예심제도를 폐지하고 당사자주의와 공판중심주의를 채택한다고 하면서도 피고인신문 제도는 존치하였고, 법원의 직권증거조사도 인정하고 있었다.

한편, 법전편찬위원장으로서 정부측 형사소송법초안을 기초한 김병로 대법원장은 국회에서 구형사소송법과 미군정법령 제176호 그리고 1948년의 일본 신형사소송법이 제정형사소송법안의 중요한 참고자료였으며, 대륙법체계와 영미법체계의 요소들을 결합한 것이라고 하였다. 그는 우리 형사소송법 체계가 순수한 영미식 당사자주의를 채택할 수 없는 이유로서 법원의 직권적 증거조사를 기초로 하는 대륙법계 직권주의가 실체진실 발견의 이념에 더 충실하다는 점, 우리 사회, 문화적 형편상 완전히 무기대등이 실현되기 어려웠다는 점을 제시하였다.

---

731) 상세한 경위에 관하여는 신동운, “제정형사소송법의 성립경위”, 형사법연구 제22호, 한국형사법학회(2005); 김종구, “형사소송법상 전문법칙의 입법연혁과 영미법의 영향 - 일본 형사소송법상 전문법칙의 제정과정과 관련하여 - ”, 법학논총(제19집 제3호), 조선대학교 법학연구소(2012) 참조.

미국사람이 일본이 독립되기 전에 스캡시대에 미국사람의 손으로 일본형사소송법 전반에 걸쳐서 민주주의를 기본이념으로 하는 개정법률안을 일본정부에다가 지시해서 일본정부에서 그것을 그대로 형사소송법수정법을 넣어가지고서 … 가입해서 제정된 것이 있습니다. 그래서 그 부분을 많이 우리도 형사소송법에다가 참작을 했습니다.... 우리는 대륙법체계만 받아들인(攝容한) 것도 아니고 꼭 영·미식체계만 섭용한 것도 아니고 역시 우리에게 제일 편의한 이러한 점을 절충해서 이 형사소송법안이 편성되었다고 생각합니다.[732]

재판관은 판단만 하고 간섭을 크게 할 것 없이 판단만 하고 검사와 변호인하고 둘이 앉어서 자기끼리 서로 공격 방어를 하면 재판관은 거기에 나타난 자료를 가지고 판단만 하는 것이 영미식입니다..... 이러한 중대사항을 검사와 변호인에 전부 맡겨가지고 불간섭주의로 나와서 자기네들이 공격하고 방어하는 것을 방관적 태도와 같이 그 말을 인용하여 가지고 판단만 한다면 그것이 판사입장으로서는 대단히 쉬울 것이고 퍽 좋지만 그것이 이 범죄라고 하는 것은 국가에 대한 해재공익을 방어하기 위하여 국가가 범죄를 예방하고 범인을 처벌하는 이러한 법입니다. 그런데 국가기관으로서 재판관이 앉어서 참으로 진술하고 안하고 범인이 사실적 진술이냐 아니냐 하는 것이 자기가 직권활동을 안하고 방관적 태도를 가지고 앉어서 검사와 피고인의 공격 방어에만 의존한다면 그것이 과연 이론적으로서는 꼭 대륙계통보다 우월하다고 보기 어렵습니다. 더욱이 사실상 법관의 질이 낮은 우리나라와 같은 현실에 있어서는 아직은 그와 같은 것이 곤란합니다.

그러고 보니 피고인이 검사하고 맞붙을 때에는 공격 방어에 방법이나 여러 가지가 균등이 되지 않습니다.

그런 까닭에 반드시 재판관이 거기에 있어서 진실성을 발견하는 활동을 하지 않으면 안 된다. 우리나라 실정에 있어서는 반드시 영미식 제도를 가지고 하는 것은 나는 우월하다고 생각지 않어요. 한거름 더 나가서 과연 범죄를 규탄하는 그 성질에 있어서라도 과연 법관이 자기의 직권적 활동을 하지 않고서 검사와 피고인하고 변호인의 공격 방어에다가 일임하고 그것을 자료로 판단만 한다는 것이 과연 참말로 우월한 제도라고 할까 의문인 것입니다. 그래서 그것은 역시 법률로써 변호사와 검사를 대등으로 규정하는 동시에 역시 제도는 재판관이 그

732) 신양균 편저, 형사소송법 제·개정 자료집(상), 한국형사정책연구원(2009), 153면.

와 같은 자기의 활동으로 사실의 진상을 발견할 수 있도록 그와 같이 종전에 대륙계주의를 거기에 역시 절충한 감이 있습니다.[733]

당시 법사위원장이었던 김정실은 제정 형사소송법 수정안 심사를 위한 국회 독회에서 영미법계 형사소송절차가 이론상 대륙법계보다 진보적이지만 우리의 현실을 감안하여 대륙법계를 기본으로 하고 영미법계의 장점을 함께 받아들여 초안이 마련되었다고 말하였다.

이러한 양법계는 각각 장단을 가지는 것으로 법이론적 견지에서 본다고 할 것 같으며 영·미법계가 대륙법계보다 진보적인 입법례라고 할 수 있습니다. 그러나 우리나라의 실정, 특히 국민대중의 문화수준과 경제상태하에서는 그 운영에 애로가 있을 것이고 비현실적인 것으로 봅니다. 그렇기 때문에 법전편찬위원회에서는 대륙법계를 기반하고 입안하였고 본위원회로서도 우리나라의 역사적인 현실을 참작하여 대륙법계의 원칙하에서 수정한 것입니다. 이 초안에 있어서도 대륙법계를 기반으로 하였다고는 하나 그렇다고 해서 영·미법계의 장점을 무시한 것이 아니고 도입하여 점층적으로 법안을 작성한 것입니다. 그렇기 때문에 마치 진리를 발견하는 데 있어서 양극단에 있는 것이 아니고 항상 그 양자를 지향, 종합하는 데 있다는 것을 우리가 이 수정안에서 나타낸 것입니다. 초안에 있어서는 공판중심주의를 철저화시켜 모든 증거 그것이 증거물이거나 증거서류이거나를 막론하고 공판정에 제출케 하여 피고인에 비판의 기회를 부여하고 증인신문·압수·수색에 있어서의 피고인의 참여권과 반대신문권이 인정되고 자백만으로써 유죄의 판결을 받지 않도록 한 것입니다.[734]

엄상섭 의원은 국회의 제정 형사소송법 독회에서 우리 형사소송법체계가 대륙법체계와 영미법체계 중 어느 것을 택해야 하는가에 대하여 언급한 바 있다. 그는 영미법계 형사소송법이 개인의 기본인권을 더 존중하는 것으로서 민주주의에 더 부합하는 형태라는 평가가 있으나, 우리 형사소송법의 구조, 법률가들의 인식이나 국민정서상 영미법계를 따르기는 현실적으로 어렵다고 결론을 내렸다.

---

733) 신동운, “형사소송법의 기본구조에 관한 일고찰 -특히 입법경위를 중심으로-”, 서울대학교 법학, 28권 1호(1987), 154~155면.
734) 신양균, 주 732)의 책, 149면

그래서 충분하게 여러 가지로 검토해보았는데, 지금 우리나라 실정으로 보아서 영미법계의 형사소송법을 그대로 우리나라에다 실시한다면 대단한 곤란을 느끼게 되는 것입니다. 예를 들면 대륙법 계통, 지금 우리나라가 실시하고 있는 것은 경찰이 기록을 만들고, 검사가 기록을 만들고, 거기다가 검사가 기소장을 내서 재판소에다 넘기면 재판소에서는 그 기록을 일일이 읽어보고 증거품을 전부 사전에 보고 그리고는 또 재판을 여는 것입니다. 그래서 재판정에서 전부 한 번 조사를 해보고 재판관이 부정하다고 생각을 한 증거를 더 보충해서 조사를 하고 또 피고인 측에서나 검찰관측에서 제출한 증거를 다시 조사하고 이러한 방향으로 심리를 해 들어가는 것입니다.... 이것은 전연 재판관으로 하여금 아무런 선입감도 없이 만들어 가지고 모든 것을 공판정에 나와서 검찰관 측이 모든 증거를 제출하고 피고인측은 거기에 대해서 방어하는 증빙자료를 제출하고 그래서 다만 재판관은 재판관 자리에 가만히 앉아서 어느 것이 옳은가 이것을 공판정에서 판단을 해서 들어가는 것입니다. 만일 이렇게 한다면 어떻게 될까? 우리 재판의 실정과 우리 국민성 여러 가지를 비추어 본다면 대단히 곤란합니다. 우리나라 국민성을 살펴보면은 증인이 나와서 이해관계 없는 일에 있어서는 피고인에 불리한 증언을 잘 안합니다. 될 수 있는 대로 그 피고인이 듣는 자리에서는 피고인에게 유리한 증언을 하고 모든 방청석이나 피고인의 가족이나 세력범위에 있는 사람들이 와서 있는 그 자리에서 증인심문을 할 적에는 좀체로 피고인에게 불리한 증언을 해주지 않습니다. 또 그와 반대로 피고인이 없는 자리에서는 대단히 무책임한 증언을 하는 이러한 경향도 있습니다. 이런 관계 등으로써 다시 여기다라 영미법계통에는 증거법이라는 것이 있어 가지고 이러할 때에는 이렇게 하고, 저러할 때에는 저렇게 한다 해가지고는 재판관이 증거법에 의해서 재판관 자신으로서는 이 증거가 맞지 않는다, 진실에 부합되지 않는다는 심증을 해야 되는 경우가 많습니다. 그런데 이것은 사실에 비추어 보면은 대단히 이것이 형식재판에 그치는 경우가 많고 대륙법계통에 있어서는 자유심증주의라고 해가지고 증거법에 구속을 받지 않고 재판관이 증거를 판단해 봐서 재판관의 가장 총명한 판단에 맡겨서 증거에 대한 판단을 하게 되는 이런 것으로 되어 가지고 있는 그런 머리에 젖어 있는 우리나라의 재판관의 현실 이러한 여러 가지를 종합해 가지고 볼 적에 도저히 영미법으로만 채택할 수 없지 않느냐 더구나 이 형사소송법이 기안되고 있을 적에는, 지금도 그렇습니다만도, 우리나라에는 공산주의의 침투가 기도되고 있어서 법으로 몇 백 년 후의 민주주의 기초만을 생각하다가는 목전에 우리가 공산주의에 멸망을 당하는 일도 나오지 않겠느냐 이런 등등이 머릿속에 왕래하는 관계로 해서 불가불 대륙법 계통의 형사소송법을 대체로 채택하고 영미법계통에서 가장 장점으로 되어 있는 것을 여

기다가 약간 보충하게 이러한 방식으로 기안된 것입니다.[735]

이상의 글을 보면, 엄상섭 의원은 그 당시에 이미 초보적이나마 직관적으로 Damaška의 비교법적, 법사회학적 인식을 가지고 있었음을 보여준다. 그가 우리의 증거법 체계를 인식하는 방식은 Damaška가 법원과 수사기관을 포함하는 형사절차의 구조로부터 법률가들의 인식과 그 사회와 문화적 인식까지를 고려하는 방식과 거의 유사하기 때문이다. 김병로 대법원장이 법원의 직권적 증거조사가 실체진실 발견의 이념을 위하여 영미법계 당사자주의 법계보다 우월하며, 그것이 직권주의 법계의 핵심 요소라고 파악하였던 것에서 나아가, 엄상섭 의원은 우리 형사절차의 핵심적 요소는 수사절차에서 예비적 증거조사가 이루어지고 있다는 점과 우리의 당시 현실과 문화적 인식에 비추어 영미식 당사자주의에서와 같이 그러한 예비적 증거조사를 제거할 수는 없다는 것까지 냉정하게 인식하고 있었다.

제정 형사소송법 공포 이후에 나온 아래의 글을 보면 그의 주된 동기는 일제 치하에서 막 해방된 우리나라의 상황에서 현실적으로 실천 가능한 방법으로 형사재판을 민주화하고 수사 및 사법기관의 정치적 중립성을 최대한 도모하려 한 것임이 분명해진다.

첫째의 원칙은 형사재판의 민주화인 것이다.... 만일 실천하는 민주주의를 하려거든 무엇보다도 먼저 수사단계까지를 포함하는 형사재판에 있어서의 민주주의의 실천, 특히 인권옹호가 법적으로 보장되어야 할 것이다.

신형사소송법은 대륙법식보다 영미식이 가미되었다고 하며 이는 심히 부자연스럽다고 하는 사람들도 있는 모양이다. 우리로서는 우리 형소가 대륙법식이건 영미법식이건 그것은 불관(不關)인 것이다. 다만 우리나라로서 가능한 한의 민주화를 기도했을 뿐이다. 그 결과로 해서 구법보다 영미법적인 것이 많이 채택되었다면 아마 대륙법 특히 독일법식의 형사재판제도가 영미법의 그것에 비하여 비민주주의적이었던 모양일 것이다. 이는 독일의 민주화가 영미의 민주화에 불급(불급)하는 요인의 하나일지는 모르는 것이다. 그와 동시에 신형소법은 영미법식도 독일법식도 아닌 송접죽(松接竹) 식이라고 비난할는지 모르나 그것은

735) 신양균, 주 732)의 책, 163-165면; 신동운 편저, 효당 엄상섭, 형사소송법논집, 서울대학교 출판부(2006), 92-95면.

우리의 현실이라는 제약 때문일 것이다. 다만 조금만큼이라도 민주화를 하기에만 노력한다는 것이 국회의 수정원칙이었다.[736]

둘째의 원칙은 형사소송의 정치도구화의 방지이니 경찰기관이 정치도구로서의 최대의 유효성을 발휘할 수 있는 그들에게 형사소송법에 의한 권한이 부여되어 있기 때문이다. 또 기강이 확립되어 있지 못하는 나라에서의 검찰기관, 때로는 재판기관까지도 정치세력에의 번견화(番犬化)로 될 우려성이 있다는 것도 역시 그들에게 부여된 권한 때문이며, 이 권한은 형사소송법에서 구체화되고 있는 것이다.[737]

사법경찰관의 조서의 증거능력의 문제도 역시 형사재판의 편의에서 신형소법 제310조, 제312조가 혐기되는 모양이나 이것이 아니고는 경찰의 고문을 미연에 방지할 도리가 없는 것이다. 신형소법의 운용의 실제를 보면 그 제317조 제2항 등의 요건을 충족시키기 위하여 진술자가 자의로 했다는 요지의 서면을 받는 모양이나 이는 졸렬하고도 가치 없는 일이다. 만일 효과 있게 하려면 변호인이나 성년가족이나를 입회시키고서 그러한 진술서를 받는다는 것이 좋겠지마는 피구속자만이 스스로 그러한 진술을 했다는 것은 고문으로서도 능히 할 수 있는 것이고 고문이기 때문에 더욱 그러한 진술을 하게 될 것이 아닌가?[738]

요컨대, 제정 형사소송법은 일본의 구 형사소송법을 기본으로 하면서, 미군정법령 제176호의 규정들과 1948년 일본 신형사소송법의 새로운 규정들을 절충한 것으로 볼 수 있다.[739] 그 주된 동기는 형사재판의 민주화였다. 국회법전편찬위원회수정안내용이라는 취지문의 첫머리에서도 그러한 취지가 드러나 있다.

신법은 구법과 동양(同樣)으로 대륙법계를 기반으로 제정된 것이다. 그러나 구법에 비하여 한층 당사자주의, 공판중심주의를 철저화하여 구법에 비하여 영미법계의 장점을 많이 수입하여 절충하였다.[740]

---

736) 신동운, 주 735)의 책, 118면.
737) 신동운, 주 735)의 책, 115-116면.
738) 신동운, 주 735)의 책, 124-125면.
739) 김종구, “형사소송법상 전문법칙의 입법연혁과 영미법의 영향 - 일본 형사소송법상 전문법칙의 제정과정과 관련하여 - ”, 법학논총(제19집 제3호), 조선대학교 법학연구소(2012), 71-72면.

(2) 제정 형사소송법의 증거법적 관점

위와 같은 당시 입법자들의 발언들을 검토해보면 형사소송법 제정 과정에서 우리 형사소송법 체계를 대륙법계 직권주의로 하느냐 아니면 영미법계 당사자주의로 하느냐에 대하여 상당한 기간 동안 치열한 논의가 이루어졌으나, 이러한 논의가 수사절차에서의 검사의 역할과 검사나 사법경찰관에 의해서 작성된 조서의 증거능력 부여 여부와 연결된다는 식의 생각은 그렇게 깊게 이루어지지 않았다는 것이 확인된다. 제정 형사소송법의 기초자들은 대륙법계 직권주의와 영미법계 당사자주의의 핵심적인 차이는 법원의 직권적 증거조사 여부에 있는 것으로 생각하였고, 검사가 수사절차를 주재하면서 피의자를 신문하고 수사절차에서 작성된 조서를 증거로 사용하도록 허용하는 것은 대륙법계 직권주의 형사절차와 증거법의 핵심 징표에 해당한다는 생각은 하지 않았던 것으로 보인다. 강제처분의 경우에만 예심판사의 조서와 마찬가지 효력을 인정하고 있었던 구 형사소송법 시대에 비해서 경찰이 작성한 조서를 포함해서 수사기관에서 작성된 조서를 증거로 사용할 수 있도록 허용한 범위가 오히려 확대되었다. 법전편찬위원회의 최초 초안에는 제317조의2에서 “경찰에서 작성한 조사서 혹은 청취서도 다른 증거와 종합되는 때에만 범죄증거로 할 수 있다”는 조항이 포함되어 있었다. 구 형사소송법상 임의수사에 있어서는 피고인이 법정에서 경찰에서 받은 조사서 또는 청취서의 내용을 부인하면 재판장은 이것을 증거로 사용할 수 없도록 하고 있었으나, 위 조항에 의해서 이러한 서류라도 다른 증거와 종합되는 때에는 증거로 채택할 수 있도록 허용하는 것이었다.[741] 이후 정부 측 형사소송법 초안에서는 위와 같은 증명력의 제한 규정마저도 삭제되었다. 여기에서는 수사기관의 조서는 원칙적으로 증거로 사용할 수 있게 하되, 원진술자가 법정에서 성립의 진정함을 인정하도록 해서 피고인의 반대신문권이 보장될 수 있도록 하였다. 그러나 원진술자가 공판에 출석하는 것이 불가능할 경우에는 제한 없이 증거로 사용될 수 있게 되었다.

---

740) 신동운, 주 735)의 책, 153~154면.
741) 신동운, 주 731)의 논문, 7면.

김병로 대법원장은 이러한 정부 측 형사소송법 초안에 관하여 공청회에서 다음과 같이 설명하였다.

당초에 이 법을 구상할 때에 전반적으로 공판유일중심주의로서 수사기관과 공판하고는 관련을 시키지 않고 재판은 공판에서만 진행하겠다고 하는 주의를 갖겠는가, 그렇지 않으면 우리네가 해내려 오든 사정을 참작하고서 조화적 조절을 해볼 것인가 이런 것을 생각했습니다. 강제처분권을 전적으로 없애버리고 공판유일주의로만 나가는 것도 이론으로는 좋은데 사실상 지금 우리 현실에 있어서 수사기관을 전연 무시하고 기소장하나만 보아서 공판에 나가서 공판에서 비로소 개시를 해가지고 한다면 사실상 우리가 오늘날 가지고 있는 우리의 법관의 기능 능률문제나 인원과 예산문제 이것 가지고는 도저히 이 사건은 완전히 처리할 수 없다고 생각합니다. 그러기 때문에 무슨 일이고 이론이 아무리 좋아도 그 현실을 전혀 떠나 가지고서는 되지 않아요.[742]

한편, 법제처장 신태익은 공청회에서 다음과 같이 말하였다.

이것을 이 증거력을 법률로서 제한한다고 할 것 같으면 전문증거에만 의할 것인가 그 밖에도 여러 가지 난문이 많았습니다. 예를 들면 우리가 이렇게 공청회에 왔다가 헤진 후에 누구 있었느냐 물어보면 이것을 정확히 대답할 사람이 없을 줄로 압니다. 지금 보고 기억하면 모르겠읍니다만 기억한 것도 또 잊어버릴 때가 있습니다. 그런데 때로는 전하여진 것이 정확한 편이 있읍니다. 그리고 원안에 보면 재판관을 믿을 수밖에 없다. 이 증거가 정확하냐 않느냐 하는 것은 재판관에게 맡긴다. 이렇게 되어 있는데 저는 이것이 좋다고 생각합니다. 법률로 규정 안하드라도 그 사람의 말이 사실에 부합되지 않는 것이라고 하면 거짓이라는 것이 나타날 것이다.[743]

다만, 이후 이루어진 형사소송법 초안 및 수정안 심사 과정에서 고문 등 수사기관의 인권침해와 관련하여 수사절차에서 작성된 조서의 증거능력을 어느 정도 제한해야 할 것인지에 관한 논의가 아래와 같이 이루어졌다. 엄상섭 의원은 국회에서 다음과 같이 말하였다.

742) 신양균, 주 732)의 책, 130-131면.
743) 신양균, 주 732)의 책, 146-147면.

제일 문제되는 것은 인신을 구속한다든지 하는 방향에서 제일 문제이고 구속되어 가지고 있는 동안에 조사된 것 이것이 아무 제한 없이 증거로 채택될 때에 이 문제가 심각하게 되는 것입니다. 그래서 이 증거력을 제한하는 방안을 생각하고자 할 것입니다. 인적·물적면에 있어서는 강제수사권을 주고 증거면에 있어서는 좀 더 강한 면을 깎아 볼까 하는 생각을 가지고 있습니다.

그래서 제 개인으로는 검사이고, 경찰관이고 간에 수사기관에서 비공개적으로 진술한 것에 대해서는 제1회 공판에 있어서 피고인이나 변호인이 승복할 수 없다고 할 때에는 다시 한 번 검토하는 이 정도로 하면 좋지 않으냐, 이런 생각을 가지고 있습니다. 너무 지나치게 나가면 도리어 폐단이 생길 것입니다. 재판공개주의 같은 것도 이를 채택하는 이유는 재판을 받는 사람을 위해서 하는 것이지만 재판을 받는 사람이 어떤 때에는 이를 싫어하는 경우가 있는데 헌법에 의해서 반드시 공개한다, 이런 것은 지나친 것이기 때문에 소송경제의 원칙으로서는 증거를 채택하고 고문을 당했느니 하는 것 같은 것을 막론하고 적어도 국가의 공무원 앞에서 이야기하고 공무원의 도장이 찍힌 것이니까 이만하면 좋지 않으냐 해가지고 재판을 진행하고 나가는 편이 좋을는지 모르나 여기에 문제의 중점이 들어있는 것입니다. 그래서 한번 자백한 사실은 부인을 해도 남아 있다고 하면 이 때문에 수사기관에서 자백을 받으려고 별별 일을 다 합니다.[744]

그 다음에 끝으로 한 가지 강조할 문제는, 이 범죄수사에 있어서 고문을 한다든지 또는 자백을 강요한다든지, 이러한 면에 있어서 자백강요를 어떻게 막아야 될까, 이러한 문제가 있었던 것입니다. 이것은 입으로는 우리가 경찰관에게 물어보나 검찰관에게 물어보나 고문이라는 것은 절대로 없다고 말합니다.

그렇지만 사실에 있어서는 고문이라는 것이 대한민국에서 공공연한 비밀로 되어 있습니다. 이렇게 되면, 이것은 아주 근원을 꺾어버리는, 그런 일은 어떤 일이냐, 결국 검찰관이나 경찰관이 만든 조서에 대해서 증거[능]력을 주지 말것, 검찰관이나 혹은 경찰관이 범죄수사를 할 때에 단서를 찾아가는, 그 정도는 봐주지만 재판장에서 유죄의 증빙재료로 할 수 없게 만들면 고문을 하지 않지 않겠느냐, 이러한 생각으로 해서 검찰관이나 경찰기관에서 진술한 내용은 피고인이나 피고인의 변호인측에서 이의가 없는 한에서만 유죄의 증빙재료로 할 수 있다 하는, 이러한 방향으로 나가야 될 것입니다.

이렇게 나가면 개인의 인권을 존중하는 의미에서는 대단히 좋지만, 비교적 경찰보다는 인적 요소가 조금 우월하다고 볼 수 있는 검찰기관이 작성한 조서에까지 이러한 증빙력을 주지 않는다면 소송이 지연되고, 여러 가지 문제가 있을

744) 신양균, 주 732)의 책, 131면.

것이다, 해서 경찰기관에서 작성한 조서에서만 이의가 있을 때에는 증거[능]력을 주지 않도록 하고, 검찰기관은 그대로 두는, 이런 것으로 절충이 되어서 규정된 것입니다. 그러면 적어도 경찰에서 무엇을 말했다든지, 수사기관에서 한 자백은 검찰기관 혹은 공판정에서 부인할 때에 언제든지 칠판에다가 써 두었던 글을 닦아버린다든지, 아무런 효과가 없다는, 이러한 방향으로 나가야 비로소 경찰기관에서 행해지고 있는 이 고문을 적어도 근절은 못 시키더라도 어느 정도 견제할 수 있지 않는가, 이러한 생각을 가지고 있습니다.[745]

최종적으로 확정된 제정 형사소송법의 증거 규정 중 공판 이외의 진술에 관한 제312조 내지 제316조는 다음과 같다.

제312조 (동전) 검사 또는 사법경찰관의 피의자 또는 피의자 아닌 자의 진술을 기재한 조서, 검증 또는 감정의 결과를 기재한 조서와 압수한 서류 또는 물건은 공판준비 또는 공판기일에 피고인 또는 피고인 아닌 자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 때에는 증거로 할 수 있다. 그러나 검사 이외의 수사기관에서 작성한 피의자의 신문조서는 그 피의자였던 피고인 또는 변호인이 공판정에서 그 내용을 인정할 때에 한하여 증거로 할 수 있다.
제313조 (동전) 전2조의 규정 이외에 피고인 또는 피고인이 아닌 자가 작성한 서류 또는 그 진술을 기재한 서류로서 작성 또는 진술한 자의 자필이거나 그 서명 또는 날인이 있는 것은 공판준비 또는 공판기일에 피고인 또는 피고인 아닌 자의 진술에 의하여 성립의 진정함이 증명된 때에는 증거로 할 수 있다.
제314조 (증거능력에 대한 예외) 전2조의 경우에 공판준비 또는 공판기일에 진술을 요할 자가 사망, 질병 기타 사유로 인하여 진술할 수 없는 때에는 그 조서 기타 서류 또는 물건을 증거로 할 수 있다. 그러나 그 조서 또는 서류는 그 진술 또는 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여 진 때에 한한다.
제315조 (당연히 증거능력이 있는 서류) 다음에 게기한 서류는 증거로 할 수 있다.
1. 호적의 등본 또는 초본, 공정증서등본 기타 공무원 또는 외국공무원의 직무상 증명할 수 있는 사항에 관하여 작성한 문서
2. 상업장부, 항해일지 기타 업무상 필요로 작성한 통상문서
3. 기타 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서
제316조 (증거능력의 제한) 피고인 아닌 자의 공판준비 또는 공판기일에 있어서의 진술이 피고인 아닌 자의 진술을 그 내용으로 하는 것인 때에는 원진술자가 사망, 질병 기타 사유로 인하여 진술할 수 없는 때에 한하여 증거로 할 수 있다.

745) 신동운, 주 731)의 논문, 24-25면.

그러나 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 때에 한한다.[746]

초안과 비교할 때 최종 법안에서는 사법경찰관 작성 피의자신문조서의 증거능력에 관하여 피고인의 내용인정을 요건으로 하는 부분이 도입되었다. 또한 제314조에 특신상태 요건이 추가되었으며, 제316조의 전문진술의 증거능력 요건이 도입되었는데 그 이유에 대해서는 수정안과 관련된 자료에 드러나 있지 않다. 아마도 일본의 신형사소송법이 미국의 전문법칙을 고려하여 특신상태 요건을 도입한 것에 영향을 받았을 가능성이 있고,[747] 사법경찰관 작성 피의자신문조서의 증거능력 제한과 마찬가지의 정책적인 고려에 근거하여 구 형사소송법에 비해 증거 허용범위가 넓어진 수사기관의 조서의 증거사용을 견제하고자 한 것이 아닐까 추측된다.

(3) 비판적 검토

앞에서 살펴본 경위를 고려할 때, 제정 형사소송법의 입법자들이 당사자주의적 재판절차를 우리 소송체계에 어느 정도로 도입해야 할 것인지 여부에 관해 심각하게 고민하였던 것은 사실이나, 수사절차에서 작성된 조서와 진술서류의 증거 사용과 관련해서 특신상태에 관한 제한 없이 증거능력을 인정한 점을 감안하면, 전문법칙을 염두에 두었다고 생각하기는 어렵다. 조서를 증거로 사용하는 것을 전제로 하되, 수사 과정에서 발생할 수 있는 고문 등 강압수사의 현실적 측면을 우려하여 이를 예방

746) 신양균, 주 732)의 책, 103면.

747) 다만, 김종구, “주 739)의 논문, 78면; 권오걸, “한국 형사소송법과 미국 연방증거법상 전문법칙 비교연구”, 법학연구 제24권 제1호(2016), 136면은 제정형사소송법은 일본 신형사소송법과 마찬가지로 이미 전문법칙을 도입하였다고 보고 있다. 그러나 전문법칙의 본질을 당사자주의 형사절차 하에서 전문증거의 증거사용을 원칙적으로 금지하고 공판 외 진술의 특신상태가 인정될 때 예외적으로 증거사용을 허용하는 것으로 볼 때 직권주의 형사절차 하에서 조서와 진술서류의 증거능력을 특신상태 요건 없이 인정하는 제정형사소송법을 전문법칙으로 이해하기는 어렵다고 생각된다. 같은 입장으로는 권창국, “한국 형사소송법에서의 전문증거법칙에 관한 재고찰 - 영미법상 전문법칙 또는 대륙식 직접주의의 수용인가?-”, 형사소송의 이론과 실무 제2권 제1호(2010. 6.), 216면.

하기 위한 정책적 차원에서 증거법을 설계하였음을 알 수 있다. 특히 진술조서나 진술서류에 대해서는 전문법칙적인 관점에서 고민한 흔적이 별로 엿보이지 않는다.

당시 입법자들이 가지고 있었던 직권주의에 대한 이해는 그리 정치하지 못하였던 것으로 보인다. 첫째, 그들은 당사자주의 형사절차가 본질적으로 민주주의와 더 친화적인 것으로 오해하였다. 당시 입법자들이 남긴 글의 여기저기에서 이론적으로는 당사자주의 형사절차가 우수하나, 우리의 실정 때문에 직권주의를 유지할 수밖에 없다는 식의 표현이 발견되기 때문이다. 역사적으로 직권주의적 형사절차를 가지고 있었던 독일과 일본이 독재적 정치체제를 가지고 2차 세계대전을 일으켰던 것은 사실이나, 그것이 곧 직권적 형사절차를 가진 국가가 민주주의와 조화될 수 없다는 의미는 아니며, 오늘날 대륙법계 직권주의 체제를 유지하고 있는 수많은 서구 국가들이 이를 증명한다. 당사자주의와 직권주의 형사절차의 차이의 본질은 형사절차에서의 실체진실 발견의 임무를 당사자와 배심원들에게 맡겨둘 것인가, 아니면 중립적이고 객관적인 국가에게 맡겨둘 것인가에 있을 뿐이다.

둘째, 당시 입법자들은 형사절차의 틀을 결정짓는 문제에는 수사절차에서의 검사의 지위와 기능을 어떻게 설정할 것인지 여부가 핵심 관건이 되며, 그 과정에서 생성되는 검사의 조서를 증거로 사용할 것인지 여부가 증거법의 본질적인 문제가 된다는 고려를 하지 못한 것으로 보인다.

셋째, 제정 형사소송법의 입법자들은 직권주의적 형사절차의 이념과 구조에 따라 조서의 증거사용을 허용하고, 오히려 경찰의 조서를 증거로 사용할 수 있도록 확장하면서도 수사기관의 조서를 증거로 사용함에 있어서 초래될 위험성을 적절히 통제하기 원하였다. 제정 형사소송법이 조서에 간인 제도를 도입한 이유도 조서의 작성절차를 엄격하게 규제함으로써 그 실질적 진정성립을 가능한 한 보장하려 한 것이다. 그러나 제정 형사소송법의 입법자들은 원진술자가 부인하기만 하면 조서가 무력화되는 결과까지 원하지는 않았던 것으로 보인다. 말하자면, 제정 형사소송법의 입법자들은 개념적, 체계적으로는 논리적이거나 일관되지 못하였지만 당시의 우리 현실을 고려하여 우리만의 특수한 증거법상 장치를 고안해낸 셈이다. 그런데 현실적인 제약을 고려하여 잠정적으로 도입한 그러

한 개념적 장치가 일단 역사 속에 등장하자 스스로 독자적으로 발전하기 시작하였다. 결국 실질적 진정성립의 개념이 진정성립 입증의 방법을 원진술자로 제한해둔 법 문언과 결합하여 결국 조서의 증거능력을 원진술자의 일방적 의사에 좌우되게 만들도록 하는, 형사증거법적 관점에서는 납득하기 어려운 이상한 결과가 초래되었다.[748] 애초에 제정 형사소송법 입법자들이 진정성립을 원진술자의 진술에 의하여만 인정할 수 있도록 규정한 것은 진술자에게 법정에서 직접 진술할 수 있는 기회를 반드시 부여함으로써, 수사절차를 간접적으로 통제하고자 한 것이었는데, 이후 조서에 관한 사법통제라는 정책적 방향이 실질적 진정성립론이라는 증거법 개념과 결합하여 독자적인 동력을 얻었기 때문이다.

넷째, 당시 입법자들은 어쩔 수 없는 국가와 사회의 한계 속에서 현실 상황을 고려하여 우리 식의 특수한 증거법리를 채택할 수밖에 없다는 사실, 그리고 그것이 잠정적인 성격에 불과하다는 것을 잘 인식하고 있었다. 그 과정에서 그들은 최대한 균형감각을 유지하려고 애썼다.

748) 김정한, “피의자신문조서의 증거능력에 관한 소고”, 법조 제55권 제4호(2006. 4), 303면; 이완규, “개정 형사소송법에서의 수사절차상 진술의 증거능력”, 형사법의 신동향 제8호(2007), 20면.

제 2 절 진술조서의 증거능력 요건

이상에서 우리나라의 형사절차 구조와 증거법이 서로 부정합상태에 있다는 사실을 논증하였다. 이러한 부정합 상태는 형사증거법의 해석에 있어서도 여러 가지 어려움을 발생시킨다. 특히 진술조서의 증거능력을 규정하고 있는 형사소송법 제312조 제4항과 제314조의 요건을 해석함에 있어서는 종래부터 현재까지도 해석상 많은 논란을 불러 일으킨다. 본 논문의 주요한 주장은 그러한 해석상 논란이 형사절차의 구조는 근본적으로 직권주의를 따르고 있으면서도 수사기관 조서의 규제를 위하여 영미법계 전문법칙을 채택하였다는 것에서 비롯된다는 것이다. 조서의 증거사용을 전제로 하는 우리나라 형사절차의 구조 하에서 전문증거의 개념, 실질적 진정성립의 입증, 특신상태, 반대신문권의 의의, 형사소송법 제314조의 예외사유는 전통적인 영미법계 전문법칙의 관점에서 쉽게 해명될 수 있는 것이 아니다. 형사절차의 구조와 증거법이 서로 부정합상태에 있기 때문에 원래 영미법계 형사절차에서 형성된 증거법 하에서 발달한 개념들을 그대로 이용하려 할 경우 여러 가지 해석상 난제가 발생한다. 이하에서는 이러한 문제들에 관하여 순차적으로 살펴본다.

1. 형사소송법상 전문법칙의 의의에 관한 문제점

(1) 전문법칙의 의의에 관한 다양한 견해 대립

형사소송법 제310조의2의 법적 성격에 관하여는 전문법칙을 규정하고 있다는 견해(일원설),[749] 전문법칙과 함께 실질적 직접주의를 규정한 것으로 해석하고 있는 견해(이원설)[750], 직접주의를 규정하고 있다는 설[751]

749) 이재상 외 2인, 주 85)의 책, 636면.

750) 이주원, 형사소송법 제4판, 박영사(2022), 452-453면; 배종대・홍영기, 주 644)의 책, 334면; 신동운, 주 714)의 책, 590면; 홍영기, “반대신문권 보장: 전문법칙의 근거”, 고려대학교 법학연구원 고려법학 제75호(2014), 15면은 결론적으로 이원설을 취하면서도 12면에서 형사절차상 직권주의적 요소가 강한 형사소송법상 직접주의에 의해서 설명하는 것이 더 자연스러울 수 있다는

로 크게 나누어져 있다.

이원설은 형사소송법 제310조의 2가 규정하고 있는 전문법칙은 전문증거에 대해서는 반대신문이 결여되어 있다는 것을 근거로 하되, 피고인의 공판 외 진술에 대해서는 피고인 스스로 반대신문을 하는 것은 원천적으로 불가능하기 때문에 실질적 직접주의에도 근거를 가진다고 설명한다.[752] 이원설은 우리 전문법칙은 영미법과 달리 피의자신문조서 등 반대신문권과 관계없는 전문법칙의 예외규정들을 포함하고 있으므로 이에 관해서는 직접주의의 요청에도 그 근거를 두고 있다고 보는 것이다.[753] 따라서 반대신문권과 관계없는 전문법칙의 예외규정들은 전문법칙의 적용이 없는 경우로 보거나 직접주의의 예외에 해당하는 것으로 이해한다.[754] 전문법칙 예외 요건 중 진정성립 요건은 직접주의의 관점에 해당하고, 신용성의 정황적 보장과 증거사용의 필요성은 전문법칙적 관점에 해당하는 것으로 설명하기도 한다.[755] 반면 형사소송법상 전문법칙을 신용성의 결여라는 관점에서 통일적으로 보는 일원설은 반대신문권의 보장과 태도증거에 의한 정확한 심증 결여 모두 신용성의 결여를 구성하는 요소에 불과하다고 본다.[756] 그러나 일원설은 피의자신문조서도 법관이 태도증거에 의해서 정확한 심증을 얻을 수 없어 그 신용성이 결여되어 있으므로 반대신문권이 결여된 다른 전문증거들과 마찬가지로 신용성의 결여라는 점에서 전문법칙의 근거를 통일적으로 이해하고자 한다. 그러나 일원설 또한 반대신문권 보장이 전문법칙의 가장 중요한 근거라는 점을 부정하지는 않는다.[757] 판례는 앞에서 보았듯이 이원설을 취하고 있으며 반대신문권의 보장은 전문법칙에, 법관의 태도증거에 의한 신선하고 정확한 심증이라는 측면은 실질적 직접주의와 연결시키고 있다.[758]

점을 인정하고 있다.

751) 최준혁, “형사소송에서의 직접심리주의의 의미”, 법학연구 제36집(2012. 9), 83면; 권창국, 주 747)의 논문, 218면; 변종필・나기업, 주 696)의 논문, 84면.

752) 신동운, 주 714)의 책, 590면.

753) 신동운, 주 179)의 책, 1053~1058면.

754) 이재상 외 2인, 주 85)의 책, 662면.

755) 이주원, 주 750)의 책, 453면.

756) 이재상 외 2인, 주 85)의 책, 664면.

757) 이재상 외 2인, 주 85)의 책, 662면.

(2) 비판적 검토

1) 영미법계 전문법칙의 관점에서의 검토

앞에서 Damaška의 구조적 분석에 따르면 실질적 직접주의와 전문법칙은 전혀 다른 형사절차의 구조를 전제로 유사한 증거법적 목적을 달성하기 위하여 서로 다른 기능을 하고 있다는 점에 관하여 설명하였다. 따라서 두 용어가 각각 탄생된 형사절차의 전통 내에서 현재 정의되고 있는 개념적 내용을 그대로 유지한 채 이를 병존적으로 조화롭게 사용하는 것은 불가능하다. 그런 의미에서 대륙법계 직접주의를 전문법칙의 근거로 제시하거나 실질적 직접주의와 전문법칙을 같은 조문에서 동시에 이끌어내는 것은 타당하다고 보기 어렵다. 실질적 직접주의를 전문법칙의 근거로 들고자 하는 견해는 전문법칙의 근거를 자백에는 적용되지 않는 반대신문권의 보장에 제한한 데서 오는 난점을 회피하기 위한 이론에 불과하다거나, 간접증거로부터는 원진술자의 태도증거를 관찰하여 정확한 심증을 얻을 수 없다는 직접주의의 논거는 전문증거가 신용성이 없다는 이유의 하나에 지나지 않는다는 비판[759]은 그런 점에서 타당한 측면이 있다. 어차피 형사소송법상 전문법칙을 파악하는데 있어서 더 이상 영미법계 전문법칙은 지침을 제대로 제공할 수 없기 때문에 독자적인 이론구성이 필요할 수밖에 없기 때문이다. 그러나 우리 형사소송법상 전문법칙의 근거를 전문증거가 가지는 신용성의 결여에 있다는 점에서 독자적으로 해석하는 입장도 신용성의 결여라는 추상적이고 포괄적인 기준으로는 전문증거의 개념과 전문법칙 예외 요건의 해석에 아무런 실질적인 지침을 제공하지 못한다는 점에서 문제를 가지기는 마찬가지이다.

판례는 이러한 형사절차의 구조와 증거법 사이의 간극을 메우기 위해서 앞에서 본 것처럼 우리 형사절차를 공판중심주의와 당사자주의의 형사절차로 규정하고 그로부터 전문법칙, 반대신문권 보장과 실질적 직접심리주의를 우리 증거법 원리로 열거한다. 그리고 개별 조문의 해석에 있어서는 미국 연방증거법상 전문증거의 개념을 차용하거나 독일에서의

---

758) 대법원 2001. 9. 14, 2001 도 1550; 헌법재판소 1994. 4. 28, 93 헌바 26.
759) 이재상 외 2인, 주 85)의 책, 664면.

직접심리주의의 내용을 변형하는 방식으로 대응하고 있을 뿐 체계적인 법리를 제시하고 있지는 못하다. 이러한 판례의 입장이 정합성과 합리성을 결여하고 있다는 점에 대해서는 이미 앞에서 언급하였다.

전문법칙 조문의 구조와 그 조문들이 현실에서 실제로 기능하는 실천적 효과를 중심으로 살펴보면, 형사소송법 제310조의2 이하의 조문들은 조서의 증거사용을 전제로 이를 규제하고자 하는 프랑스의 직권주의적 형사절차와 독일식 직접주의를 혼합한 것으로 보이며, 동조가 표제로 제시하고 있는 것과 달리 영미법계 전문법칙의 흔적은 오히려 그다지 많지 않다. 대부분의 조문들이 영미법계 형사절차에서는 존재하지 않는 수사절차의 조서를 규율하기 위한 것이며, 가장 강력한 전문법칙의 흔적이라고 볼 수 있는 특신상태 개념도 추상적인 형태로만 주어져 있기 때문이다. 전문법칙의 주된 영역인 사적 단계에서의 제3자의 공판 외 진술에 대해서 보면, 제315조의 예외를 제외하면, 제313조와 제316조 제2항에서만 규율이 되고 있을 뿐이다. 영미법계 전문법칙의 주된 관심은 제3자 전문진술 형태의 전문증거에 관하여 전문법칙의 예외 요건인 특신상태 유형들을 분류하고 규정하는데 집중되고 있는데 반해서, 형사소송법은 제316조 제2항에서 특신상태라는 하나의 추상적 기준만을 제시할 뿐이며 그것도 원진술자가 공판에서 증언할 수 없는 예외사유가 인정될 때에만 증거능력이 인정될 수 있으므로 영미법계 전문법칙의 예외가 인정될 수 있는 여지가 대폭 감소한다. 실무상 제316조 제2항이 적용되는 경우를 찾아보기 어려운 이유이다. 또한 조서가 아닌 제3자의 진술서류를 규율하는 제313조에서는 진정성립 여부만 문제될 뿐 아예 특신상태의 요건을 요구하지도 않는다. 요컨대, 원진술자의 신용성이 의심스러운 진술증거와의 접촉을 사실인정자로부터 사전에 차단한다는 영미법계 전문법칙의 본래 의의가 형사소송법상 전문법칙에서는 거의 상실되어 있다.

그 이유는 우리나라 형사절차의 구조적 특성을 고려해야만 제대로 이해될 수 있다. 대륙법계 직권주의 형사절차에서는 수사절차에서 검사 또는 예심판사에게 진실을 규명하여 충분한 유죄의 심증이 확보된 때에만 기소할 책임을 지우고 있으므로 수사를 주재하는 사법관 내지 준사법관들은 원칙적으로 전문증거만을 근거로 기소 결정을 하여서는 안 된다. 수사 과정에서 전문진술을 확보하였다면 당연히 원진술자를 발견하여 조

사함으로써 원진술자의 진술의 신용성을 확인해야만 하며, 원진술자를 발견하지 못하였거나 소재불명인 경우에는 실무상 기소중지나 참고인중지 결정을 하게 될 것이다. 만약 원진술자를 조사하지 못한 채 전문진술만을 근거로 기소 결정을 하였다가 공판 단계에서 입증 부족으로 무죄가 선고된다면 그 결정을 한 검사나 수사판사에게는 불성실한 수사 및 기소결정을 하였다는 비난이 가하여지게 된다. 예외적으로 원진술자를 조사하지 못한 상태에서 불가피하게 전문진술을 근거로 기소 결정을 한다고 하더라도 그 전문진술은 부차적인 증거가치를 가질 뿐이거나 다른 정황증거들과 결합하여 충분한 신용성을 확인한 때였을 가능성이 높다. 결국 직권주의 형사절차에서는 대부분의 사적인 전문증거들은 진술조서로 기록된 상태에서 공판절차가 개시될 것이다.

만약 어떠한 사건이 사적 단계의 전문진술이나 전문서류만을 근거로 기소되었다면 공판단계에서 법관은 사실인정자인 동시에 증거조사자이므로 검사와 동일한 과정을 통해 원진술자를 추적하여 원진술의 신용성을 확인하려고 할 것이며, 만약 원진술자를 공판에서 증거조사하거나 아예 조사를 할 수 없어서 그 진술의 신용성이 의심된다면 증명력 부족을 이유로 무죄 선고를 하게 될 것이다. 따라서 당사자주의 형사절차의 증거법에 비하여 직권주의 형사절차의 증거법은 사적 단계에서의 전문진술의 규율에 대해서는 관심이 크지 않은 것이 일반적이며, 대부분의 진술들이 진술조서로 기록된 상태에서 공판이 개시되므로 조서의 증거사용에 대한 규율이 증거법의 핵심이 될 수밖에 없다.

2) 독일식 직접주의의 관점에서의 검토

한편, 우리나라의 전문법칙이 독일의 직접주의를 따랐다고 단정하기도 어렵다. 독일의 직접주의는 검사가 수사 및 기소결정 과정에서 가졌던 심증이 조서를 통해서 재판을 담당하는 법원에 그대로 전달되는 것을 차단하기 위한 기능을 한다. 따라서 원진술자가 수사절차에서의 진술취지를 그대로 유지하거나 법정에 출석할 수 있는 이상 법원이 수사절차의 조서를 그대로 낭독하는 방식으로 증거조사하는 것을 금지하며, 원진술자가 원래의 진술을 번복하거나 공판에 출석할 수 없는 경우에 조서의 증거 사용이 허용된다. 그런데 형사소송법은 원진술자가 진정성립을 부

인하면 오히려 원칙적으로 증거능력이 없지만, 피고인이 증거동의하거나 원진술자가 진정성립을 인정하면 공판정에서의 진술과 병존적으로 증거로 사용할 수 있게 허용한다. 이것은 프랑스 예심절차에서 작성된 조서를 별다른 제한 없이 공판절차에서 증거로 사용할 수 있도록 하는 것과 유사한 태도이다.

그런데 예심절차를 폐지한 독일의 현대적인 직권주의 수사절차에서 조서의 존재 이유는 공판 전에 사법관이나 준사법관이 조사를 실시하고 증거를 수집하여 그 과정을 모두 기록해둠으로써, 범죄를 저질렀을 개연성이 매우 높은 경우에만 기소 결정을 하도록 하여 피의자의 인권을 보호함과 동시에 검사의 기소 여부 결정에 대한 법원의 사법심사가 가능하도록 하고, 이후 공판 단계에 이르기까지 증거가 상실되거나 변형, 왜곡되는 것에 대비하고자 함에 있다. 따라서 여기에서 수사절차 조서의 기능은 공판에서의 증거조사를 대체하거나 법원의 심증에 영향을 주고자 하는 것이 아니라 공판에서 증거의 상실이나 변형, 왜곡이 발생한 경우에 공판정에서의 증거조사를 보완함으로써 실체진실의 발견 가능성을 높이고자 하는 것이다. 그러므로 이러한 독일식 직접주의 하에서는 원진술자가 공판에서 진술을 번복하거나 법정에 출석하지 못하는 예외적인 사정이 없는 이상 조서가 법정에서 증거로 사용되어야 할 필요성이나 증거가치가 존재하지 않는다. 그런데 우리 형사소송법은 순수한 행정기관 소속으로서 2020년 형사소송법 개정으로 검사의 수사지휘에서 벗어난 사법경찰관도 조서를 작성할 수 있는 권한을 부여하였고, 피고인이 증거동의하거나 원진술자가 수사절차에서의 진술을 그대로 유지하면서 진정성립을 인정하면 그 수사절차 조서를 증거로 사용할 수 있게 하는 반면, 원진술자가 진정성립을 부인하는 방식으로 진술을 번복하면 오히려 수사절차 조서를 증거로 사용할 수 없게 함으로써, 이러한 조서의 필요성과 증거가치를 전도시키고 있다. 또한 제3자인 원진술자가 법정에 출석할 수 있는 이상 조서 이외에 영상녹화물이나 조사자증언(제316조 제2항)의 증거사용 가능성도 모두 차단해버린다. 형사소송법 제312조 제4항은 오직 참고인의 동의를 얻어 엄격한 절차에 따라 조사과정을 영상녹화해둔 경우에만 그 영상녹화물을 통해서 수사절차 조서의 진정성립을 입증하는 극히 우회적인 방식으로만 원진술자의 진술번복에 대응할 수 있는 수단을

남겨 두었을 뿐이다.[760] 이런 형식의 입법체계에서는 피고인은 수사단계부터 공판단계에 이르기까지 자신에게 불리한 수사단계에서의 진술을 왜곡하거나 변형시키고자 하는 동기를 갖게 되며, 우리 형사재판은 위증논란이 계속 양산되는 양상을 띨 수밖에 없다.

3) 진술조서의 기능, 형식과 전문법칙의 구조적 부정합

조서는 진술자의 진술을 단순히 전달하는 것을 목적으로 하지 않는다. 그 명칭이 암시하듯 조사의 과정과 결과를 담은 것이 조서이다. 따라서 종래의 우리 형사절차에서 조서는 문답식으로 작성되어 왔고, 이는 프랑스와 같은 대륙법계 국가에서도 마찬가지이다.[761] 그런데 조사자의 질문이 절반 가까이 기재되어 있는 조서를 전문법칙의 틀에서 이해하고자 하면 실상이 왜곡된다. 전문법칙은 조사과정과 결과가 아니라 원진술자의 진술의 신용성을 규율하고자 하는 것인데, 원진술자의 진술 맥락을 제공하는 차원을 넘어서서 사건의 내용과 방향에 대한 조사자의 심증이 반영된 조사자의 적극적인 질문이 담겨 있는 조서는 이러한 전문법칙적 관점에서는 증거로서 용납될 수 없는 것이다.[762] 그러나 직권주의 형사절차 하에서 조서의 기능과 목적은 조사자의 심증과 방향을 설명하는 동시에 그 틀 내에서 진술자의 답변을 제시하기 위한 것이며 이는 직권주의 증거법 체계 내에서만 이해가 가능한 것이다. 수사절차의 조서는 원진술자의 진술을 기록하여 공판 단계로 전달하는 역할도 수행하지만 조사자의 관점을 정리, 제시함으로써 절차의 효율성을 도모하고 사후 통제를 가능하게 하는 기능을 수행한다.[763] 따라서 조서에 대한 규제는 진술자의 진술 자체의 신용성을 규율하는 전문법칙으로는 불가능하며 직권주의 형사

760) 최근 대법원 판례는 나아가 부당한 증언거부 형태로 진술 번복하는 경우에도 수사절차 조서의 증거 사용 가능성을 차단하였다. 대법원 2019. 11. 21. 선고 2018도13945 전원합의체 판결.

761) 이상훈 외 2인, 주 409)의 책, 124면. 프랑스 형사소송법 제429조 제2항은 조서의 내용은 문답식으로 작성하도록 규정하고 있다.

762) 권영법, “현행 조서관련 규정에 관한 비판적인 고찰 : 비교법적인 고찰을 통한 현행 규정의 검토와 대안의 모색을 중심으로”, 저스티스 통권 제131호(2012), 230-231면은 문답식 조서가 가진 원진술 왜곡 현상에 대하여 비판한다.

763) 이완규, 주 660)의 논문, 381-384면.

절차와 증거법이 제공하는 바와 같이 조사의 주체, 권한, 절차를 규제하거나(프랑스), 공판 단계에서 조서의 증거조사 방식을 제약하는 방식(독일)으로 이뤄져야 한다.[764]

조서에 담긴 초기 진술의 실체진실 보존적 가치 때문에 수사절차 조서를 증거로 사용하도록 허용하는 독일의 직접주의 체계와 달리, 형사소송법이 원진술자가 진술 취지를 그대로 유지하는 경우에 오히려 조서의 증거능력을 쉽게 인정하는 이유는 조서가 이처럼 검찰의 공판 인력 자원 배분, 법원의 사실심리 및 판결 이유 작성에 기여하는 효율성 측면 때문이다. 수사절차 조서에는 증거, 사실관계의 쟁점과 법리적 방향에 대한 검사의 심증이 잘 정리되어 있으므로, 수사검사의 직관이 불필요할 뿐만 아니라 법원이 구두변론과 증언을 통해 공판절차에서 처음부터 사건을 파악해나가는 것보다 훨씬 효율적으로 재판을 진행할 수 있게 된다.[765] 따라서 피고인이 증거동의하거나 원진술자가 진술을 유지하는 경우에 조서의 증거능력을 인정하는 방향으로 제도를 유지하는 것은 실제로는 우리 형사절차의 시간적, 인적 비용을 절감하는 것과 관계된다.[766] 형사소송법상 전문법칙은 형사절차에서 수사절차 조서가 현실적으로 수행하고 있는 이러한 기능을 불투명하게 만드는 측면이 있다.

---

764) 이완규, 주 660)의 논문, 384면.

765) 이완규, 주 660)의 논문, 383면.

766) 법원이 조서보다 진정성립이나 임의성의 측면에서 훨씬 정확하고 신뢰성이 있는 영상녹화제도를 반대하고, 차라리 조서 제도의 유지에 호의적인 태도를 보이는 이유도 본질적으로는 영상녹화물은 재판절차의 진행이나 판결서 작성에 있어서 법원에게 별다른 효율성을 제공해주지 못하며, 오히려 영상녹화물에 대한 증거조사라는 더 큰 부담을 불러올 가능성이 존재하기 때문일 것이다. 법원이나 영상녹화물 증거능력 부정론자들은 영상녹화물이 가진 실체진실 저해의 위험성을 주장하나, 그 위험성을 설사 인정할 수 있다고 하더라도 영상녹화물을 조서와 비교하면 조서에 비해 훨씬 더 신용성이 높다는 것은 부정하기 어렵다. 독일 형사소송법은 영상녹화물의 증거능력을 전면적으로 인정한다. 제2장 제3절 2. 독일의 직접주의 전통 참조.

2. 전문증거 개념의 해석에 관한 문제점

(1) 형사소송법상 전문증거의 규정

형사소송법 제310조의 2는 “전문증거와 증거능력의 제한”이라는 표제 하에 “제311조 내지 제316조에 규정한 것 이외에는 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 대신하여 진술을 기재한 서류나 공판준비 또는 공판기일 외에서의 타인의 진술을 내용으로 하는 진술은 이를 증거로 할 수 없다”고 규정한다. 여기에서 전문증거는 공판정 외 진술을 기재한 서류나 그 진술을 내용으로 하는 진술로 정의하고 있는데, 영미법계 전문법칙은 진술자가 주장하는 사실이 진실임을 증명하기 위하여 증거로 제공된 것으로서 공판정 이외에서 이루어진 진술을 전문증거로 정의한다.[767] 미국 연방증거법상의 전문증거 개념은 원진술의 언어적 특성, 즉 사실의 주장(assertion)을 중심으로 전문증거를 정의하는데 반해서, 형사소송법은 원진술을 전달하는 매체(진술서류나 전문진술)를 중심으로 전문증거를 정의한다는 점에서 서로 큰 차이가 있다. 여기서부터 영미법계 형사절차와는 다른 구조에서 파생된 형사소송법상 전문법칙의 특성이 그대로 드러나기 시작한다. 이러한 특성으로 말미암아 형사소송법상 전문증거의 개념이 영미법계 전문법칙에서의 그것과 동일한 것인지 여부에 관하여 논란이 발생한다.

(2) 비판적 검토

원래 전문법칙은 전문진술이나 전문증거의 경우에는 원진술의 신용성이 불리한 당사자의 반대신문에 의해 검증되지 않음으로써 실체진실 저해의 위험성이 발생한다는 전제 위에 기초하고 있다. 따라서 원진술의 특성 그 자체에 관심을 가지며, 원진술을 매개하는 매체에 대해서는 큰 관심을 가지지 않고, 전문법칙과 별도의 진정성 요건으로 규율한다. 그런데 형사소송법상 전문법칙은 원래 조서의 증거 사용을 규율하기 위한

767) 제2장 제2절 1. 전문증거의 개념 참조.

주된 관심 하에서 도입되었기 때문에 원진술의 언어적 특성에 관해서는 크게 관심을 두지 않으며, 오히려 원진술을 전달하는 매체(진술서류나 전문진술)에 관심을 가진다. 형식적으로 보면, 조서는 공판 외 진술을 전달하는 매체의 하나이기 때문이다. 따라서 전문법칙의 규율은 매체의 진정성, 특히 조서의 진정성립을 중심으로 이루어진다. 전문진술에 있어서도 형사소송법 제316조 제2항은 원진술자가 공판 출석이 불가능한 경우에만 전문진술의 증거사용을 허용함으로써[768] 원진술자에 대한 확인 없이, 즉 원진술의 존재에 관한 확실한 확인이 없이는 전문진술을 증거로 사용하는 것을 극히 꺼리는 태도를 보여준다.

이러한 형사소송법의 매체 중심의 규율 태도로 인해서 전문증거의 개념에 관한 논란이 발생한다. 우선 영미법계 전문법칙 하에서는 사람의 경험적 진술이 아니어서 전문증거의 개념에서 당연히 배제되는 사진과 녹음, 녹화물의 증거능력에 관하여도 형사소송법상 전문법칙 하에서는 상당한 견해의 대립이 존재한다. 즉, 사진이나 녹음, 녹화물도 기계의 힘에 의하여 공판 외의 사실을 재현하여 사실을 보고하는 증거로서의 기능이 사람의 진술에 관한 전문증거와 동일하며, 사진이나 녹음, 녹화물은 기록된 전문(recorded hearsay)으로 작성과정에 인위적인 수정의 위험이 있는 것은 진술서류와 동일하므로, 이 역시 진술증거로서 전문법칙이 적용되어야 한다고 해석하거나, 그것을 기록하는 사람의 검증과 유사하게 보아서 검증조서의 증거능력 요건을 유추적용해야 한다는 견해가 제시된다.[769] 이러한 견해는 매체의 진정성 요건을 별도로 규율하는 영미법계 전문법칙 하에서는 받아들여지기 어려운 것이지만, 조서와 같은 전달매체의 진정성립 규율을 중심으로 하는 형사소송법상 전문법칙 하에서는 충분히 수긍할 만한 것이다.

한편, 대법원은 대통령 비서관의 업무수첩 사건에서 업무수첩의 기재내용이 대통령이 비서관에게 어떠한 지시를 하였다는 사실을 증명하기 위한 증거라면 이는 요증사실과의 관계에 비추어 볼 때 그 진술 내용의 진실성이 문제 되는 것이 아니므로 전문증거가 아니라고 하여야 하나,

---

768) 앞에서 살펴본 것처럼 영미법계 전문법칙의 예외는 일단 원진술의 신용성이 기본적으로 확인되면 원진술자의 공판 출석 여부와 상관없이 증거능력을 인정하는 것이 원칙적인 모습이다. 제2장 제2절 2. 전문법칙의 예외 참조.

769) 이재상 외 2인, 주 85)의 책, 721-722, 725-726면.

그 수첩에 대통령과 재벌 총수 사이에 있었던 대화 내용의 기재 부분은 원진술의 존재 자체가 아니라 그 내용의 진실성이 요증사실인 경우에 해당하므로 전문증거에 해당하여 전문법칙의 예외 요건을 충족하지 못하는 이상 증거로 사용할 수 없다고 판시하였다.[770] 이는 영미법계 전문법칙, 특히 미연방증거법상 전문증거의 개념을 그대로 원용한 것이다.[771] 그러나 대법원은 대통령이 비서관에게 지시한 내용의 기재를 다시 대통령과 재벌총수 사이에 있었던 대화 내용을 인정할 간접사실에 대한 증거로는 사용할 수 없다고 덧붙이고 있다. 그러나 영미법계 전문법칙 하에서는 어떠한 지시 사실로부터 지시한 사람의 지식, 계획, 의도를 유추하거나(전문법칙의 예외), 그가 의도하지 아니한 사실을 추론하는 것은 실무상 허용된다고 본다(함축적 주장). 대법원이 영미법계 전문법칙상 전문증거의 개념을 형사소송법상 전문법칙의 체계 내에 수용하면서도 비전문증거로부터 가능한 추론의 범위를 제약하는 것은 결국 형사소송법상 전문법칙이 가진 전달매체의 진정성에 관한 관심이 대법원의 전문증거에 대한 전반적인 이해에 영향을 미쳤기 때문일 것이다. 전문증거의 범위를 좁게 하면 할수록 매체의 진정성립에 관한 검증 없이 원진술의 특신상태만으로 증거로 사용할 수 있는 범위가 확대되는데, 이는 전달매체의 진정성립 요건을 중심으로 조서의 증거능력을 엄격하게 규제하는 우리 전문법칙의 전반적인 태도와 일치하지 않기 때문이다.[772]

770) 대법원 2019. 8. 29. 선고 2018도2738 전원합의체 판결.
771) 상세한 내용은 제2장 제2절 1. 전문증거의 개념 참조.
772) 이창온, 주 105)의 논문 참조.

3. 전문법칙상 진정성립 요건 해석에 관한 문제

앞에서 형사소송법상 전문증거 개념에 대한 논란이 발생하는 근본적인 이유는 전문법칙이 조서 등 전달매체의 진정성립을 중심으로 규율하기 때문이라는 점을 살펴보았다. 전문법칙의 예외요건 내에 진정성립 요건을 포함시킨 것이야말로 형사소송법상 전문법칙의 가장 두드러지는 특징이며, 영미법계 전문법칙으로는 설명이 되지 않는 부분에 해당한다. 이하에서는 전달매체의 진정성 요건에 관하여 비교법적으로 검토해보고 제정 형사소송법 입법자들이 우리 형사증거법에 진정성립 조항을 도입한 경위에 관하여 살펴본다.

(1) 진술증거의 진정성 입증방식에 관한 비교법적 검토

1) 영미법계 증거법에 있어서 진술증거의 진정성

가. 진정성의 개념

증거를 제출하는 당사자가 자신이 제출하는 증거가 증명 대상 사실과 관련된 특정한 증거라고 주장하는 경우에는 그 증거가 자신이 증명하고자 하는 사실과 관련된 바로 그 증거임을 증명하여야 한다. 이것은 증거법에 앞서서 증명의 당연한 일반원리에 속하는 것이다. 어떠한 사실이 증명되기 위해서는 그 사실을 증명하고자 제출된 증거가 위, 변조되지 않고 진정하다는 사실이 먼저 입증되어야 한다.

그런데 영미법계 증거법은 이것을 증거의 진정성(Authentication)의 증명 문제로 다루면서, 서류를 포함한 모든 물적 증거의 증거능력 요건으로 규정한다. 따라서 서류를 포함한 모든 물적 증거는 배심원에게 제시되기에 앞서서 진정성이 입증되어야 한다. 미국 연방증거법(FRE) 제901조 제(a)항은 증거의 진정성에 대하여, “증거가 허용되기 위한 전제조건으로서의 진정성 또는 동일성(identification)의 증명은 그것을 제출하는 자가 주장하는 바로 그것이라고 인정할 수 있도록 뒷받침할 만한 충분한 증거에 의한다” 고 규정한다. 증인의 경우에는 증언을 하기에 앞서서 스스로 자신이 누구인지 밝히고 사실 그대로 진술하겠다고 선서를 하게 되므로 타인이 증인의 성명을 모용하여 출정한 경우가 아닌 이상 진정성의

문제가 발생할 여지가 없다. 그러나 서류나 물적 증거의 경우에는 제출된 증거가 증거제출자가 주장하는 바로 그 증거라는 사실이 그 증거의 제출 자체로 확인되지는 않는다. 검사가 피고인의 범행에 사용한 흉기로서 법정에 제출한 칼이 피해자가 살해당할 때 피고인이 사용한 바로 그 칼인지 여부는 별도의 방법으로 진정성이 인정되어야 한다.[773] 진술을 담고 있는 서면 등 진술증거의 경우에는 그 서면을 증거로 제출하는 사람에 의해서 그 서면의 작성자라고 주장되는 진술자가 그 서면에 기재된 진술을 실제로 하였다는 사실이 인정되어야 진정성 요건을 충족한다. 예컨대 피고인의 서명이 기재된 진술서는 단지 서명이 있다는 사실 자체로 진정성이 인정되는 것이 아니라 그 진술서의 작성자가 실제로 그 진술을 진정하게 하였다는 사실에 관하여 별도의 입증이 필요하다.

여기에서 진정성 입증을 통해서 궁극적으로 요증사실이 입증되는 증명의 구조는 다음과 같다. 우선 요증사실이 존재한다는 진술이 기재된 서면이 존재하는 경우에 증명이 이루어지려면, 그 진술의 존재로부터 요증사실의 존재가 최종적으로 추론되어야 한다. 이때 진술이 존재한다고 해서 요증사실이 추론을 통해 곧바로 입증된다고 단정할 수는 없다. ① 진술자의 지각 경험, 기억, 진실성 등에 대한 검증이 아직 이뤄지지 않은 상태이기 때문이다. 또한 진술이 기재된 서면이 존재한다고 해서 ② 그 진술을 한 것으로 지목된 사람, 즉 요증사실을 경험적으로 알고 있어서 당해 진술을 한 것으로 지목된 진술자가 실제로 그 서면을 작성하였는지 여부도 아직 불투명한 상태이다. ① 부분, 원진술의 신용성 검증이 전문법칙의 특신상태 요건과 연관되는 부분이며, ② 부분, 원진술 자체의 존재 확인 부분이 진정성 요건과 관계된다.

나. 진정성 요건의 입증방법

진술자가 실제로 진술서의 내용을 진정하게 작성하였는지 아니면 그 진술서가 위조 내지 변조되었는지 여부는 그 진술자의 진실한 증언 또는 진술서 작성과정을 목격한 사람의 진실한 증언이 있으면 가장 정확하게 판단할 수 있을 것이다. 그러나 그 진술서의 서명이나 필체가 진술자의

773) 김일룡, “증거의 진정성과 증거규정 체계의 재구성- 미국연방증거규칙으로부터의 시사점 -”, 형사법의 신동향, 제32호(2011), 52-53면.

것과 일치하는지 여부로부터 진술서의 진정성이 추론될 수도 있다. 미국 연방형사증거법(FRE) 제901조 (b)은 이러한 진정성을 증명하는 방법을 예시하고 있는데, 제출하려는 증거가 문서인 경우에는 당해 문서의 진정성에 관해 사실을 알고 있는 증인이 법정에서 피고인이 그 문서에 서명하는 것을 보았다고 증언하는 방법(1호)이 일반적으로 이용되나, 그 외에도 문서 작성자의 필적을 알고 있는 비전문가의 의견(2호), 사실인정자나 전문가 증인(expert witness)에 의해서 진정성이 이미 증명된 표본자료들과 대상 문서를 비교하는 방법(3호), 당해 문서의 외관, 내용, 실질, 유형 또는 그 외 독특한 특징들을 정황들과 함께 고려하는 방법(4호), 공적 기록이나 보고서라는 사실의 증명(7호), 제출시점으로부터 20년 이상 지난 서류 또는 자료 편집물임을 증명하는 방법(8호), 어떤 결과물을 산출하는데 이용하는 절차나 시스템을 설명하는 증거와 그 절차나 시스템이 정확한 결과를 산출한다는 것을 보여주는 증거(9호), 다른 증명 법규에 의한 진정성이나 동일성의 증명(10호) 등에 의하여서도 문서의 진정성은 증명될 수 있다. 이것은 제한적 열거규정이 아니므로 위 규정에 예시된 것과 다른 방법 또는 예시된 규정 여러 개를 결합하여 진정성을 증명할 수도 있다. 한편, FRE 제902조에서는 당연히 진정성이 인정되는 문서가 열거되어 있는데 이들 문서는 진정성 증명을 위한 별도의 증거가 필요하지 않은 것들이다. 관인이 있는 국내 공문서(1호), 관인은 없으나 공적 권한에 의한 서명이 있는 서류(2호), 공적 권한에 따른 집행이나 증명을 위하여 작성된 외국의 공문서(3호), 공공기록의 인증등본(4호), 공적 간행물(5호), 신문과 정기간행물(6호), 상품 표기문과 그 유사물(7호), 인증된 문서(8호), 기업어음과 관련서류(9호), 의회의 법률에 의하여 진정한 것으로 추정되거나 일응 진정한 것으로 선언된 서명 · 서류 · 그 외의 자료(10호), 정규적으로 이루어지는 행위에 대한 인증된 국내 기록(11호), 정기적으로 이루어지는 행위에 대한 인증된 외국기록(12호) 등이 여기에 해당한다.

다. 진정성 요건의 입증정도

미국 연방증거법에 따르면 법관은 진정성을 인정하기에 충분한 증거가 제출되었는지 여부만으로 진정성 요건 충족 여부를 결정하면 된다. 즉, 제출자에게는 일응의 증거를 제시하는 것(prima facie)만이 요구되며, 만

약 법관에 의해서 그 증거가 충분히 제시된 것으로 평가되면, 그 증거는 증거능력 단계에서의 진정성 요건을 충족한 것이 되어 사실인정자, 즉 배심원에게 제시되고, 사실인정자인 배심원이 평결 단계에서 최종적으로 그 증거의 진정성 여부를 결정한다.[774] 즉, 연방증거법상 규정된 진정성 요건은 사실인정자에게 제시되어도 무방할 정도의 기본적인 수준의 진정성, 즉 증거능력 단계에서 문제되는 것이며, 문서의 내용이 실제로 작성자가 작성한 대로 진실하게 되어 있는 것인지 여부가 입증되어야 하는 것은 아니다. 따라서 진정성 요건이 충족된 문서라도 내용상 오류가 있거나 거짓된 내용을 포함할 수도 있는데, 이것은 사실인정자의 최종적인 평가의 대상이지, 증거능력 단계에서의 진정성의 요건을 충족하는가에 관한 문제는 아니다.[775]

라. 진정성 요건과 전문법칙과의 관계

미국 연방증거법상 진정성의 요건은 전문법칙과 무관하다. 즉, 어떤 진술증거에 대하여 전문법칙을 적용할 것인지 또는 예외가 인정될 것인지 여부와 관계없이 진정성의 요건은 언제나 충족되어야 한다.

전문법칙의 주된 관심사는 원진술자의 경험, 기억, 전달의 정확성이다. 따라서 원진술자의 진술 당시 상황이 그 진술의 진실성이나 정확성을 담보할 수 있는지 여부가 문제된다. 만약 어떤 진술이 당시 진술자의 정보 전달 의도와 관계없는 상황에서 이루어져서 정황증거로서의 의미만을 가지는 경우라면 전문증거의 개념에서 제외될 것이다. 또한 어떤 진술이 이뤄질 당시 그 진술자의 진실성이나 정확성을 보장할 만한 특수한 정황이 존재하는 경우에는 전문법칙의 예외에 해당하여 그 진술의 증거능력이 인정될 것이다.[776]

반면 진정성 요건은 진술자의 진술 당시 상황이 문제되는 것이 아니라 진술자가 그러한 진술을 하였다는 사실 자체를 입증할 수 있느냐의 문제가 된다.[777] 어떠한 진술이 존재한다는 사실은 그 진술을 담고 있는 전달

774) 김일룡, 주 773)의 논문, 56면.
775) 위 글.
776) 이완규, “진술증거의 전문증거성과 진정성 문제의 구별”, 형사판례연구, 제20권(2012), 541면.
777) 이완규, 주 776)의 논문, 541-542면.

매체가 진정하게 작성되었고 위조 내지 변조되지 않았다는 사실로부터 추론될 수 있다. 전달 매체의 진정성은 미국 연방증거법 제901조(b)가 규정하는 다양한 방식으로 증명되거나, 제902조와 같이 별도의 증명이 필요하지 않는 특정한 서류들의 존재로부터 다시 추론될 수 있다.

미국 연방증거법상 진정성 요건은 당해 증거의 최종적인 증명력이나 요증사실을 추론하는 힘이라는 측면에서 증거가치(probative force)와도 관계가 없다. 요증사실에 대한 증거가치(probative force)는 진술을 담은 서류가 진정하다고 해서 곧바로 추론되는 것이 아니기 때문이다. 진술증거의 증거가치가 인정되려면, 당해 진술 자체가 정확하게 진술자의 경험을 전달하여야 하고, 진술자의 경험과 기억 자체가 실제 현실을 정확하게 반영하고 있어야 한다.[778] 여기에서부터 전문법칙이 문제된다.

2) 독일 직접주의 증거법에 있어서 진술증거의 진정성 판단

따라서 증거의 진정성은 증거가치에 앞서서 문제되는 것이므로 요증사실의 증명에 필수적인 요소로서 증명의 일반원리에 해당하는 것이다. 따라서 대륙법계 직권주의 증거법 체계에서도 증거의 진정성에 관한 입증은 당연히 필요하다. 그러나 직권주의 증거법은 증거능력 제도를 채택하지 않고 있으므로 진실규명의무를 지는 법관의 증명력 판단과정에서 증거의 진정성 여부가 함께 판단된다. 따라서 여기에서는 진정성에 관하여 별도로 규율하는 증거법 규정이 없는 것이 일반적이며, 독일 형사소송법에서도 진정성에 관한 규정은 찾기 어렵다.

사적 단계에서 작성된 서류는 직권주의 증거법상 당연히 증거로 사용될 수 있으며, 법관의 증명력 판단의 대상이 될 뿐이다. 그러나 수사절차의 조서에 관해서, 법원은 원칙적으로 원진술자를 공판정에서 직접 조사하여야 하며 서류 조사로 이를 대체할 수 없으므로 그 조서는 곧바로 낭독의 방법에 의한 증거조사의 대상이 될 수 없는 것이 원칙이다. 즉 독일 직접주의 하에서는 원칙적으로 원진술자가 공판정에서 직접 진술하여야 하며, 조서는 법이 규정하는 예외 상황에서만 낭독될 수 있을 뿐이다. 원진술자가 공판정에서 수사단계 진술을 기억하지 못하는 경우에는 제시의 방법으로, 원진술을 번복하는 경우에는 신문 중 낭독하는 방법으

778) 이완규, 주 776)의 논문, 542면.

로(독일 형사소송법 제253조), 원진술자가 공판정 출석이 불가능하거나 부당하게 증언을 거부할 경우에 예외적으로 공판정에서 낭독하는 방법으로(동법 제251조 제1항) 각각 증거조사가 가능하다.[779] 어느 경우에든 그 조서의 진정성 자체는 증거를 조사하는 법관의 진실규명의무 및 자유심증주의에 의해서 조서의 형식, 내용, 진술 정황 및 기타 다른 증거들과의 관계들에 비추어 증명력과 함께 종합적으로 평가된다.

그런데 원진술자가 피의자인 경우에는 수사기관이 피의자의 진술을 객관적이고 중립적으로 기록하였는지 여부가 문제된다. 법원과 달리 객관성과 중립성이 완전히 보장되지 않는 수사기관 입장에서는 피의자의 진술 중에서 자신들의 입장에 부합하는 내용만을 취사하여 기록하거나 피의자의 진술 취지를 왜곡하여 기록할 위험성이 존재하기 때문이다. 특히 수사단계에서 변호인의 참여가 이루어지지 않은 경우에는 피의자의 법적 지식 부족으로 인해 조서에 기록된 내용의 법률적 의미를 피의자가 충분히 이해하지 못한 상태에서 조서가 작성될 위험성도 있다. 따라서 독일 형사소송법은 참고인조서와 달리 피의자를 신문한 결과를 담은 조서에 대해서는 특별한 취급을 하고 있다. 피고인을 신문한 결과를 담은 법관의 조서는 위와 같은 방식으로 예외적 낭독이 가능하지만, 피의자를 신문한 결과를 담은 수사기관 작성 조서는 제시(vorhalt)만 가능할 뿐 피고인이 진술을 번복한다고 하여 낭독의 방법으로 증거조사를 할 수는 없다.[780] 이는 완전한 중립성과 객관성이 보장되는 법관이 아닌 검사나 사

779) 제2장 제3절 2. 독일의 직접주의 전통 참조. 독일 형사소송법 제58조a는 참고인의 진술을 영상녹화할 수 있게 하고, 일정한 경우에는 영상녹화해야 할 의무를 부과한다. 동조는 제161조a 제1항에 의해서 검사의 수사절차에 준용된다. 이러한 참고인진술에 대한 영상녹화물의 증거 사용에 관해서는 제255조a 제1항에 의하여 조서의 낭독에 관한 규정이 준용된다. 나아가 동조 제2항은 성적 자기결정권에 대한 범죄 또는 생명에 대한 범죄 등 일정한 범죄 유형에 관한 형사절차에서 18세 미만인 증인의 신문과정이 피고인 및 변호인이 참여한 때에 이루어진 경우 그 녹화내용으로 법관의 신문을 대체할 수 있다고 규정하고 있다. 따라서 참고인진술에 관한 영상녹화물에 대해서도 참고인진술조서와 동일한 요건 하에 증거 사용이 허용되며, 제 255조a 제2항에 의하여 일정한 영상녹화물은 수사 단계에서 피고인 및 변호인의 참여가 이루어진 경우 원진술자에 대한 증인신문 없이 곧바로 증거 사용이 허용된다.

780) 독일 형사소송법 제254조 제1항은 피고인의 진술에 관하여는 법관의 조서

법경찰관에 의해 피의자신문이 이루어지고 그 결과를 증거로 사용하도록 허용하는 직권주의 형사절차 하에서 피고인을 보호하기 위한 독일 증거법의 특별한 정책적 결단에 해당한다.

요컨대 독일은 직권주의 형사절차의 구조와 이념에 따라 원진술자가 진술을 번복하거나 공판 출석이 불가능할 때에는 실체진실의 규명을 위하여 수사단계에서 작성된 조서나 영상녹화물을 증거로 사용한다. 다만 피의자신문조서의 경우에는 피고인 보호와 국가권력 남용 예방을 위하여 조서 자체를 증거로 사용하지 않고, 공판정에서 조사자를 신문하거나, 조사 상황을 녹화한 영상녹화물을 증거조사하는 방식으로 조서 작성 과정의 정확성, 조사자가 행한 조사의 정확성과 철저성 그리고 조사 당시 조사자가 인식한 피의자의 태도 증거 등을 검증하는 방식으로 조사자 증언을 증거로 사용하는 방식을 취하고 있다.

그러나 이러한 독일법의 태도는 조서의 진정성립과는 관계가 없다. 직접주의 하에서는 원진술자가 공판 단계에서 진술을 번복하면서 수사절차의 진정성립을 인정하지 않는다고 하여 조서의 증거 사용이 배제되지는 않는다. 또한 조사자증언은 단순히 조사자의 증언을 통해서 원진술자의 진술 그 자체가 존재하는지 여부를 확인하는 것에 그치는 것이 아니다. 그것은 조사자의 조사활동의 경위, 동기, 전문성과 철저함을 확인하는 과정에서 조사자가 인식한 원진술자의 진술의 증거가치를 확인하는 것이다. 따라서 조사자의 증언을 원진술자 진술의 전문증거로 사용하는 것이라기

나 영상녹화물만 낭독이 가능한 것으로 규정한다. 따라서 수사기관에서의 피의자 진술은 조사자증언이나 영상녹화물에 의해서 공판에 현출될 수 있을 뿐이다. 제136조 제4항은 “피의자신문은 녹화·녹음할 수 있다. 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 피의자신문을 녹화·녹음하여야 한다. 1. 수사의 대상이 고의의 살인죄이고 녹화·녹음을 방해하는 외적 상황과 특별히 긴박한 상황이 존재하지 않는 경우 2. 피의자가 정신능력이 한정되어 있거나 중대한 정신장애를 앓고 있음을 분명히 인식할 수 있어서 피의자의 진술을 녹화·녹음하여야 그의 보호할 만한 이익을 보다 잘 보장할 수 있는 경우 제58조a 제2항은 준용한다.”고 규정하여 일정한 경우에는 수사기관에게 피의자신문을 녹화할 의무를 부과한다. 수사기관의 영상녹화물은 위 제254조 제1항에 의하여 법관의 조서와 동일한 요건 하에 증거 사용이 허용된다. 피의자신문 영상녹화에 관하여는 안수길, “독일의 피의자신문 영상녹화제도”, 성균관법학 제33권 제2호 (2021. 6.) 참조.

보다는 그 증언을 통해서 원진술자의 진술 및 이를 둘러싼 정황증거를 확인하고, 그로부터 원진술자의 진술의 존재 여부 뿐만 아니라 그 진술의 진실성과 요증사실 추론 가능성까지도 확인하고자 하는 것이다. 직권주의 증거법 체제 하에서는 증거능력과 증명력의 단계가 구분되지 않기 때문이다. 독일의 직접주의는 이러한 방법으로 조서의 진정성이 아니라 '조사의 진정성'을 확인하는 것이라고 볼 수도 있다.

3) 프랑스 증거자유주의 증거법에 있어서 진술증거의 진정성

프랑스 증거법은 증거자유주의를 채택하고 있으므로 증거자유주의의 원칙에 따라 법률에서 명시하고 있지 않은 증거방법도 허용된다. 그러나 적법성의 원칙에 따라 증거는 원칙적으로 법률에 규정한 방식으로 적법하게 수집되어야 할 뿐만 아니라 법률에 규정되지 않은 증거수집의 방법에 대하여도 법원칙 등을 기준으로 증거의 적법성에 대한 통제가 이루어진다.[781]

프랑스 형사절차는 예심절차를 주된 모델로 하고 있다. 예심절차에서는 법관에 의해 수사가 진행되며, 공판정의 절차와 유사하게 수사자료가 어느 정도 피의자 측에 공개되고 충분한 반론의 기회가 부여된다. 객관성과 중립성이 보장된 법관에 의해 피의자에게 충분한 반론 기회가 부여된 절차에 따라 수사가 진행되므로 예심절차에서 법관에 의해 수집되고 기록된 조서는 자유롭게 증거로 사용하는 것이 허용된다는 것이다. 공개주의, 구두주의에 의하여 공판정에서 낭독의 방식으로 증거조사가 이루어지면 충분하다. 여기에서는 사법관인 예심판사가 강제수사를 담당하는 것을 원칙적인 모델로 하고 있으므로 독일과 달리 수사절차의 조서를 증거로 사용함에 있어서 직접심리주의에 의한 제한조차도 존재하지 않는다. 법관의 조사의 공정성과 객관성은 그 형식적 엄격성에 의하여 보장되므로, 조서의 정확성과 객관성에 대한 통제는 법률에 정해진 증거조사의 방식과 절차를 준수하는지 여부에 따른다. 그러한 형식적 엄격성이 준수되는 이상 조서에 대한 별도의 진정성 요건은 필요하지 않다. 2심 재판부가 1심 재판부의 심리과정이 기록된 공판기록을 검토함으로써 심증을 형성하는 것이 허용되듯이 예심판사의 조서도 1심 재판부의 심증 형성 과정에서 참고자료로서 고려될 수 있는 것이다. 예심절차의 정확성과 객관성에 대한

781) 제2장 제3절 1. 프랑스의 증거자유주의 전통 참조.

검증이 필요하나, 그것은 공판을 담당하는 재판부의 자유로운 증거평가에 의하면 충분하고, 증거능력과 같은 규제는 불필요한 것으로 본다. 조서에 관한 한 일본 형사소송법과 우리 제정 형사소송법도 이러한 프랑스적 접근방식을 취하고 있었고,[782] 현재에도 조서 작성절차의 적법절차를 규제하는 우리 형사소송법에 영향을 미치고 있다.

(2) 우리 형사소송법상 진정성립 요건에 관한 검토

1) 제정 형사소송법상 성립의 진정 규정의 도입 경위

제정 형사소송법 제312조와 제313조는 "성립의 진정"이라는 개념을 매개로 수사기관의 조서와 사인이 작성한 서면에 증거능력을 부여하였다. 그런데 일제 치하에서 의용되었던 다이쇼 형사소송법에는 그러한 규정이 존재하지 않았으며,[783] 대륙법계 직권주의 증거법에서도 이러한 형식의

---

782) 일본 최초의 근대적 형사소송법인 1890년 메이지(明治) 형사소송법 제20조 제1항은 관리, 공리(公吏)가 작성한 서류에 방식 위배의 하자가 있는 때는 그 효력이 없다고 규정하고 있었다. 이후 다이쇼 형사소송법은 방식 위배의 하자가 있는 때는 그 효력이 없다고 하였던 규정도 삭제하였는데, 다이쇼 형사소송법의 제안이유서는 작성방식에 하자가 있는 서류를 정당한 문서로 볼 것인지 여부는 사실문제로 해결하여야 한다고 기재되어 있었다. 이진수, "형사소송법상「성립의 진정」에 관한 연혁적 고찰과 그 함의", 비교형사법연구, 제20권 제1호 (2018.4), 119면. 메이지 형사소송법의 태도는 기본적으로 증거자유주의에 의하여 서류의 증거능력에 제한을 두지 않되, 법령에 의하여 권한 있는 자가 작성한 조서에 대해서는 절대적인 증거능력을 부여하되, 범죄의 종류와 수사 상황에 따라 일정한 자격과 신분이 있는 경우에만 그 권한을 부여하는 방식으로 조사의 적법성과 공정성을 담보하려는 프랑스식 형사절차 및 증거법에 정확히 부합하는 것이다. 증거서류와 증거물인 서면을 구별기준에 있어서 증거서류는 당해 사건에 대한 소송절차에서 작성된 서면으로서 그 보고적 내용이 증거로 사용되는 서류이며 절대적 증거능력이 인정되고, 제시가 아닌 낭독 또는 내용고지의 방식으로 증거조사를 하여야 한다고 보는 종래의 절차기준설의 입장과도 일치한다.

783) 渡辺 咲子, 現行刑事訴訟法中の證據法の制定課程と解釋 ― 傳聞法則を中心として―, 河川和雄先生古稀祝賀論文集(2003)(김형만, 김종구 공역), "일본 현행형사소송법 중 증거법의 제정과정과 해석 - 전문법칙을 중심으로", 형사법의 신동향, 36권(2012), 319면. 다이쇼 형사소송법은 성립 및 내용의 진부(眞否)는 재판관의 사실인정 문제라는 입장이었다. 따라서 대심원을 비롯

규율은 찾아보기 어렵다. 프랑스 증거법에서는 조사주체와 권한 및 절차가 조서의 증거능력을 부여하는데 있어서 핵심이 되고, 독일 직접주의 증거법에서는 조서의 증거조사가 허용될 수 있는 직접주의의 예외 상황인지 여부가 핵심이 될 뿐 일단 조서에 대한 증거조사가 허용되는 이상 당해 조서의 진정성립 여부는 법관의 증명력 평가에 달린 것이기 때문이다.[784]

일각에서는 제정 형사소송법의 '성립의 진정'이라는 개념이 당시 민사소송법상 진정성립의 개념에서 착안된 것으로 보기도 한다.[785] 의용되던 당시 일본 다이쇼 민사소송법은 서증의 대상이 되는 문서는 진정하여야 한다고 규정하고 있었기 때문이다(제323조 제1항, 제325조). 그러나 민사소송법에서의 진정성립은 증거능력의 문제가 아니라 증명력의 문제였으므로, 법관은 성립의 진정을 전제로 하여 그 문서의 내용, 취지가 증명사항의 증명에 도움이 되는지를 자유심증주의에 의해서 판단하는 방식이었다.[786] 또한 민사법의 영역에서는 진술자의 서명, 날인, 간인에 의하여 서류의 진정성립을 추정할 수도 있을 것이나, 실체진실이 문제되는 형사법의 세계에서 서류의 진정성립을 사실상 추정하거나 일정한 방법으

한 당시 법원 판결의 일반적인 경향은 신문조서의 작성절차가 법에 위반하더라도 그 서류가 당해 관리에 의해 작성된 것이 명백한 이상 이를 법률상 유효라고 해석하는 것인데, 이는 독일의 직접주의 증거법적 태도와 일치한다.

784) 메이지 및 다이쇼 형사소송법 시대에는 수사가 법관에 의한 예심절차에서 이루어졌기 때문에 프랑스와 같이 수사와 공판이 연속적인 사무인계 관계에 있는 것으로 보았다. 여기에서는 수사절차가 소송절차 내에 포함되므로, 수사절차에서 작성된 서류도 증거서류로 인정되었다. 그런데 쇼와 형사소송법이 제정되면서 예심이 폐지되자, 일본에서는 수사절차와 공판절차를 더 이상 연속적인 것으로 보지 않고 절연되는 것으로 관념되기 시작하였다. 그렇다면 이제 수사기관이 작성한 조서는 종전과 같이 그대로 절차기준설에 따른 절대적 증거능력을 갖춘 조서로 볼 수 없게 된다. 예컨대 검찰관 면전조서도 재판절차 내에서 작성된 법원의 서류가 아니라 증거물인 서면으로서 그 존재 여부를 공판에서 명확히 확인할 필요가 생긴다. 쇼와 형사소송법 시대에 들어와서 재판소 또는 재판관의 앞에서 법령에 의해 작성된 소송서류만이 증거서류라는 학설(법관면전기준설, 우리 학설에 따르면 작성자기준설)가 등장하게 된 배경이 여기에 있다. 이진수, 주 782)의 논문, 133면.

785) 이진수, 주 782)의 논문, 120면.

786) 이진수, 주 782)의 논문, 121면.

로만 증명하도록 강제한다는 것이 적절하다고 보기는 어렵다.

우리 입법자는 일본의 1948년 쇼와 형사소송법과 마찬가지로 예심절차를 폐지하였는데 결국 종래 당해 소송절차에서 작성된 서류로서 프랑스 형사절차를 따라 예심절차에 따라 작성되면 절대적 증거능력이 인정되던 조서를 예심이 폐지된 이후에는 어떻게 취급할 것인지 여부가 문제되었다.[787] 법관이 주재하는 예심절차가 폐지되고 객관성과 중립성이 결여된 행정부에 소속된 수사기관에게 수사절차가 귀속된 이후에도 법령상의 절차를 준수한 것만으로 제한 없이 조서의 증거능력을 인정할 수 있는지에 대하여 의문이 제기될 수 있었기 때문이다. 우리 입법자는 해방 직후의 여러 가지 현실적 여건을 고려하여 임의수사 절차에서 작성된 조서의 증거능력을 부여하였을 뿐 아니라 사법경찰이 작성하는 조서의 증거능력도 인정하였다. 예심절차가 폐지되었기 때문에 프랑스 형사절차에 비해서 독일 형사절차의 모습에 가깝게 되었으나, 공판에서 진정성립이 인정되기만 하면 원진술자의 공판정 진술 여부와 관계없이 수사기관이 작성한 조서의 증거능력을 공판 진술과 독립적 또는 병렬적으로 인정하였으므로, 증거법적으로는 독일의 직접심리주의를 채택하였다고 평가하기는 어렵고 조서의 증거 사용을 전제로 하는 프랑스 증거법제를 큰 틀에서 유지하였다고 볼 수 있을 것이다.

대신 우리 입법자는 조서의 '성립의 진정'이라는 개념을 통해서 수사기관이 작성한 조서를 증거로 사용하는 과정에서 발생할 수 있는 남용의 문제에 대한 최소한의 안전장치를 마련하려고 한 것으로 보인다.[788] 성립의 진정을 입증하기 위해서는 원진술자의 공판정 출석이 반드시 필요하며, 원진술자가 공판정에 출석하여 진술하는 과정에서 수사절차 조서의 작성절차의 객관성, 정확성과 공정성에 대하여 원진술자에게 비판의 기회가 부여될 수 있기 때문이다. 형사소송법의 제정과정에서 당시 국회 법사위원장이던 김정실 의원은 "초안에 있어서는 공판중심주의를 철저화시켜 모든 증거를 그것이 증거물이거나 증거서류이거나를 막론하고 공판정에 제출케 하여 피고인에 비판의 기회를 부여하였다"고 말하

787) 이완규, "실질적 진정성립에 관한 판례이론의 비판적 검토", 저스티스 제86권(2005), 152면.

788) 이완규, 주 776)의 논문, 543면.

였는데,[789] 이러한 발언도 그와 같은 해석을 뒷받침한다고 볼 수 있다.

결국 제정 형사소송법상 '성립의 진정'이라는 개념은 직권주의적 형사절차의 구조에서 프랑스 형사절차에 따른 예심절차가 폐지되면서, 경찰을 포함한 수사기관이 작성한 조서를 폭넓게 증거로 사용하는 것을 계속해서 허용하는 것을 전제로 하되, 수사기관이 작성한 조서를 증거로 사용하는 과정에서 발생할 수도 있는 권력남용의 위험이나 수사기관에 의한 진술 왜곡이라는 부작용에 대응하기 위해 도입된 우리 입법자의 고유한 아이디어에서 비롯된 것이며, 영미법계 전문법칙과는 큰 관계가 없다. 조서의 증거 사용을 규제하는 구체적인 방식은 나라마다 다르지만, 조서의 위험성을 규제하는 것은 수사절차의 조서를 증거로 사용하는 직권주의 형사절차에서 주된 관심사가 되기 때문이다. 또한 제정형사소송법상 조서에 관한 규율은 독일의 직접주의와도 상당히 다르다. 독일 직접주의가 진술증거에 대한 법관의 직접적인 증거조사를 우선하고, 달리 예외적인 사유가 없는 이상 조서의 증거 사용을 원칙적으로 제한하는 것과 달리, 제정 형사소송법은 원진술자의 진정성립이 인정되는 이상 처음부터 조서의 병존적인 증거 사용을 허용하고 있었기 때문에 '직접성'이 관철되어 있다고 볼 수 없다. 따라서 제정 형사소송법은 당시 자원이 제약된 현실 속에서 프랑스식 직권주의 형사절차에 따른 조서의 작성권자를 사법경찰관에게까지 확대하는 한편, 그 남용의 위험성을 규제하기 위한 우리 나름대로의 창의적인 장치로서 '성립의 진정' 또는 '내용의 인정'을 증거법에 도입한 것으로 평가할 수 있다. 여기에서도 형사절차와 증거법 사이의 구조적 연관성이 드러난다.

2) 실질적 진정성립 이론에 대한 비판적 검토

진술서류에 기재된 내용으로부터 어떠한 요증사실을 증명하는 과정을 사실인정자의 인식 흐름이라는 관점에서 살펴보면, 서류의 형식적 진정성립 → 전달의 정확성[서류 기재 내용과 진술자의 원진술 사이의 일치(실질적 진정성립)] → 진술자의 지각, 기억의 정확성 → 객관적 사실의 존재 형태로 사실 판단이 진행된다. 즉, 형사재판에서 서류의 진정성 여부는 원진술이 진실에 부합하느냐(원진술자의 경험, 기억의 진실성과 정확성)에

789) 신양균, 주 660)의 책, 149면.

관한 판단이 아니라, 그에 앞서서 먼저 원진술이 실제로 존재하고 있느냐에 관한 판단을 의미한다. 여기에서 서류의 진정성을 인정한다는 것은 진술자의 진술이 진술서류의 기재와 일치하는 것이 입증되었다는 것을 의미하므로, 이는 실질적 진정성립을 의미한다. 문서의 서명, 날인이 진정하다는 것을 의미하는 형식적 진정성립은 실질적 진정성립을 인정하기 위한 여러 가지 정황요소 중 하나에 지나지 않는다. 만일 피조사자의 진술을 기록하는 조서의 작성절차가 극히 엄격하게 규정되어 있고, 실제로 그 절차가 그대로 준수된다면 형식적 진정성립과 그러한 조서의 작성절차의 엄격성을 종합하여 형식적 진정성립으로부터 실질적 진정성립을 인정할 수도 있을 것이다. 그러나 형식적 진정성립이 인정되는 것은 진정성을 인정하기 위한 정황적 요소에 불과하므로 그것만으로 곧바로 진술서류의 진정성이 증명되었다고 단정할 수는 없다. 그러므로 진정성립은 실질적 진정성립으로 이해하는 것이 타당하다. 우리 판례[790]와 학설이 초기에 형식적 진정성립론에서 실질적 진정성립론으로 발전해나간 것은 어쩌면 증명의 일반원리에 따른 개념의 자연스러운 진화과정이었을 것이다.[791]

그러나 진정성립을 어떤 방식으로 증명하도록 규제할 것인가라는 측면에서 보면, 실질적 진정성립이 언제나 원진술자의 진술에 의해서만 입증되어야 하는 것은 아니다. 원진술자가 실질적 진정성립 사실에 관하여 거짓말을 할 수도 있고, 서류의 작성 과정을 누군가가 목격하거나 녹화해두

790) 대법원 1982. 10. 12. 선고 82도1865, 82감도383 판결. 다만, 판례는 형식적 진정성립이 인정되면 그로부터 실질적 진정성립이 추정된다고 판시함으로써 소위 실질적 진정성립의 추정이론을 제시하였다. 대법원 1984. 6. 26. 선고 84도748 판결. 이러한 실질적 진정성립 추정이론은 대법원 2004. 12. 16. 선고 2002도537 대법원 전원합의체 판결에 의해서 폐기되었다. 그 무렵 한해 200만 건이 넘는 사건의 모든 피의자에 대해 검사가 일일이 직접 신문할 수 없는 실무 현실은 검찰수사관이 조사를 하고 조서의 말미에는 담당 검사가 마치 직접 신문한 것처럼 서명, 날인하는 검사 작성 피의자신문조서를 양산하였다는 비판이 강하게 제기되었다. 하태훈, 박노섭, 조기영, 공판중심주의에 부합하는 수사 실무 개선 방안, 경찰청 용역보고서(2011), 11면 참조.

791) 이완규, 주 787)의 논문은 실질적 진정성립 이론 자체가 문제가 있다고 평가하고 있으나, 엄밀히 보면 실질적 진정성립 그 자체가 문제라기보다는 실질적 진정성립을 인정하는 증명방법을 원진술자의 진술에 국한시킨 것이 문제일 것이다.

었다면 그 목격진술이나 녹화영상이 원진술자의 진술보다 더 정확할 수 있기 때문이다. 진술서류의 진정성은 사실의 영역에 해당하는 것이므로 어떠한 증명수단을 이용하든 실체적 진실과 일치하여야 증명이 이루어질 수 있다. 서류의 진정성을 반드시 원진술자가 인정해야만 올바른 증명에 도달하는 것이 아니라는 것이다. 민사법의 영역에서는 계약서의 형식적 진정성립이 인정되면 실질적 진정성립이 사실상 추정되므로, 이를 깨뜨리기 위해서는 상대방이 자신이 직접 작성한 내용이 문제된 계약서의 기재내용과 다르다는 것을 입증해야 한다. 그러나 형사법의 영역에서는 이러한 사실의 추정은 인정될 수 없으며 서류의 진정성을 입증하는 방법에 제한이 없어야 하는 것이 원칙이다. 이 세계에 존재하는 다양한 서류들은 형식적 진정성립조차 인정되기 어려운 경우가 많은데 그렇다고 해서 형사재판에서 증거가치가 인정되는 서류들을 서명, 날인이 없다거나 작성자가 스스로 진정성립을 인정하지 않는다고 해서 증거의 세계로부터 일률적으로 추방해서는 안 되기 때문이다. 전 세계 입법례 중에서 관련성이 인정되는 증거를 서명, 날인이 없다고 해서 또는 원진술자가 실질적 진정성립을 스스로 인정하지 않는다고 해서 증거의 세계에서 아예 추방해버리는 식의 경직된 증거법을 채택한 곳은 존재하지 않는다. 반면, 형식적 진정성립은 실질적 진정성립을 보장해주는 것이 아니라 실질적 진정성립을 입증하는 수많은 방법 중에서 경험칙상 가장 보편적인 입증수단 중 하나에 불과하다.

결국 실질적 진정성립의 문제는 그 문서의 진정성에 대한 증명력 판단의 문제에 불과한 것이다. 그런데 수사기관의 권력남용과 조서의 진술왜곡을 예방하기 위해서 조서의 증거능력을 규제하는 것은 형사사법정책의 영역에 속하는 것이며, 증거법이 다루어야 하는 사실의 영역이 아니다. 이러한 사법정책의 방향을 추구함에 있어서는 형사절차의 구조를 바꾸거나 규제하는 것으로 접근하여야지, 증거법의 영역에서 진술서류의 진정성 여부를 원진술자의 입장에 따라 선택할 수 있도록 하는 방식으로 접근할 문제는 아니었다.[792] 그러므로 당시의 실무와 학계가 진정성립을 실질적 진정성립으로 해석한 것에 문제가 있었던 것이 아니라 실질적 진정성립을 '원진술자의 진술에 의해서 인정'하도록 한 것에 진정한 문

792) 여기에 대한 비판으로는 정웅석, 주 719)의 논문 참조.

제가 놓여 있었다.

형사소송법상 입증책임은 검사에게 있으므로 형식적 진정성립만으로는 진정성립을 인정해서는 안 되며, 검사가 실질적 진정성립 사실을 추가적인 자료를 통해서 입증해야 한다는 주장도 가능하다. 밀행성과 일방성이 지배하는 수사절차에서 객관성과 중립성이 부족한 검사가 작성한 신문조서에 원진술자의 서명과 날인이 있다고 해서 원진술자의 진술이 그대로 조서에 기재되었다고 인정할 수는 없다는 것이다. 또한 형식적 진정성립만으로 조서를 증거로 사용하게 되면 무고한 피고인이 처벌될 위험성이 발생할 수 있으므로 피고인 보호의 관점에서는 조서의 실질적 진정성립 이론은 정당화될 수 있다는 견해도 존재한다.[793] 그러나 진술자의 서명, 날인이 있음에도 그의 진술이 왜곡되어 조서에 기재된 것이 아니라는 것은 진술의 왜곡이 존재하지 않았다는 부존재의 증명에 해당한다. 따라서 이러한 사실의 부존재를 추가 자료를 통해서 입증하게 한다는 것은 또 다른 새로운 문제를 파생한다. 조사자가 증언하면 입증이 될 수 있을까? 아니면 조사과정을 공개하고 이를 지켜본 제3자가 증언하면 될 것인가? 아니면 모든 조사를 녹음, 녹화한 후 녹음물이나 영상녹화물을 제출하면 될 것인가? 결국 서명, 날인의 형식적 진정성립 이외에 실질적 진정성립의 적극적 입증을 요하는 것은 판례를 통해 수사절차에 관한 추가적인 제도를 사실상의 입법을 하는 것을 의미한다. 이는 결국 형사절차에 대한 개혁을 통해 접근하여야 할 사법정책의 문제에 해당한다. 이러한 문제를 증거법리의 수정을 통해 접근하는 것은 형사절차를 개혁하는 과정에서 투입되어야 할 비용과 부작용을 감수하지 않으려는 것과 같다.

3) 진정성립 요건이 형사소송법상 전문법칙 전반의 해석에 미치는 영향

영미법계 전문법칙과 달리, 형사소송법상 전문법칙에서는 진정성립 요건이 중심 개념으로 자리잡게 됨으로써, 이는 학계와 실무의 전문법칙의 전반적인 해석에도 강한 영향을 미치고 있다. 우선 전문증거의 개념 범위에 관한 학설상 논란이나 비전문증거의 추론 범위를 제약하려는 대법

793) 이진수, 주 782)의 논문, 138면; 오병두, “형사증거법상 진정성 입증(authentication)의 체계적 의미에 관한 연구”, 홍익법학 제15권 제4호(2014), 492면.

원의 이해에 영향을 미치고 있다는 점은 앞서 언급하였다.[794]

진정성립 요건은 최근 들어 형사소송법 제314조의 해석 방향에도 강한 영향을 미치고 있다. 2007년 개정된 형사소송법 제312조 제4항은 원진술자의 공판에서의 진정성립 인정, 반대신문권 보장 등의 요건을 새롭게 규정함으로써, 원진술자의 진술번복시 수사단계에서 확보된 진술증거의 사용 가능성을 극도로 억제하고 있다. 원진술의 신용성이 인정되면, 원진술자의 진술번복이나 공판 출석 여부에는 큰 관심을 두지 않는 영미법계 전문법칙의 태도와 달리, 조서 등 전달매체의 진정성에 강한 관심을 가지는 이러한 형사소송법상 전문법칙 하에서는, 원진술자가 법정에 출석하는 것이 불가능한 경우에 원진술자의 진정성립 인정 없이 특신상태만으로 조서의 증거능력을 부여하는 형사소송법 제314조는 일관성과 정합성을 잃은 것처럼 느껴진다. 그러나 이것은 형사소송법 제314조가 불합리하다기보다는 형사소송법상 전문법칙이 조서의 진정성을 원진술자의 진정성립 인정을 통해서만 입증하도록 한 것에 근본적인 원인이 있다. 형사소송법상 전문법칙은 원진술자가 진정성립을 부인하는 방식으로 진술을 번복하면 수사절차에서 자신이 한 종전 진술을 너무나 쉽게 무력화시킬 수 있는 선택권을 원진술자에게 부여한다. 그런데 형사소송법 제314조가 적용되는 상황에서는 원진술자가 법정에 출석하지 않음으로써 진술 번복 여부를 원진술자에게 확인할 수 없게 되었음에도 불구하고 특신상태 요건의 충족 만으로 조서의 증거능력을 인정하게 되므로 진술번복 상황과 비교할 때 지나치게 쉽게 조서의 증거능력을 부여한다는 인상을 주는 것이다.

그런데 원진술의 특신상태를 예외 요건으로 두고 진정성 요건은 별도의 방식으로 규제하는 영미법계 전문법칙의 관점에서 평가할 때, 형사소송법 제314조는 일단 원진술의 특신상태를 요건으로 두고 있으므로, 원진술자의 진정성립 인정 없이 증거능력을 인정하더라도 형식상 증거능력 요건이 크게 완화된 것은 아니다. 대면권 침해 문제가 발생하는 진술조서의 경우는 별론으로 하더라도, 제313조가 적용되는 사적 단계 진술서류[795]의 경우에는 미국 연방증거법상 그 진술의 특신상태가 인정된다면,

794) 제4장 제2절 2. 전문증거 개념의 해석에 관한 문제점 참조.
795) 제313조의 진술기재서류는 원진술자와 서류의 작성자가 다르지만, 원진술

원진술자의 공판 출석 여부와 상관 없이 증거능력이 인정될 것이다. 또한 직권주의적 형사절차의 관점에서 증거의 사용 여부에 관한 선택권을 진술자에게 부여한다는 것은 그 절차의 이념에 근본적으로 반한다. 직권주의 형사절차에서는 진술이 번복되거나 원진술자가 법정에 출석하지 않은 경우 수사절차에서 조서에 기록된 진술은 법원의 진실규명의무에 따라 증명력이 판가름된다.

우리 전문법칙이 진정성립 요건을 통해서 매체의 진정성을 강하게 규율하는 것은 수사기관의 권력 남용과 인권침해를 방지하고자 한 것이나, 첫째, 진술증거의 진정성을 진술자의 선택에 맡긴다는 점에서 실체진실 발견이라는 증거법의 이념적 측면에서 문제가 있으며, 둘째, 조서를 넘어서서 사적 단계 진술증거의 증거 사용이나 증거 추론의 범위를 과도하게 억제한다는 측면에서도 문제가 있다.

자의 서명, 날인이 있는 경우이다. 이는 제312조의 수사기관의 조서와 그 구조가 비슷하다. 영미법계 전문법칙적 관점에서 전문증거로 볼 것인지 재전문증거로 볼 것인지 여부가 문제될 수 있으나, 실무상 제3자가 피의자의 진술을 녹음한 녹음테이프 또는 녹음파일 외에는 거의 적용되는 경우가 드물다. 녹음물의 경우에는 영미법계 전문법칙상 원진술의 특신상태만이 문제되며 전달매개체인 녹음테이프나 녹음물 자체는 진정성 요건에 의한 별도의 규제만 받게 되므로 전형적인 전문증거에 해당하게 된다.

4. 전문법칙상 특신상태 요건의 해석에 관한 문제점

(1) 형사소송법상 특신상태의 의의

1) 우리나라 형사절차의 구조에서 특신상태 규정의 의의

형사소송법의 전문법칙이 영미법계 전문법칙으로부터 영향을 받은 가장 핵심적인 개념은 '특히 신빙할 수 있는 상태(특신상태)'이다. 영미법계 전문법칙에서 경험적 사실의 주장의 성격을 가지는 진술증거는 그 원진술자가 공판정에서 불리한 영향을 받은 당사자의 반대신문에 의하여 검증될 기회가 보장된 경우에만 증거로 사용될 수 있다. 다만 그 진술증거가 정황증거적 성격을 강하게 가지거나(non-assertive), 그 진술증거와 관련된 간접증거나 정황사실이 진술 내용의 신용성을 보장할 수 있음이 확인될 경우에만 예외적으로 증거능력이 인정된다. 즉, 진술증거의 정황적 성격으로 인해 증거능력이 인정되는 것은 '경험사실의 주장(assertion)'이라는 전문증거의 개념에서 제외되는 경우이거나, 진술증거와 관련된 간접증거나 정황사실이 진술의 신용성을 보장하는 예외적 상황이 존재함으로써 전문법칙의 예외가 인정되는 경우이다.

형사소송법은 직권주의적 형사절차를 채택하였음에도 증거법으로는 당사자주의적 형사절차의 구조에 조응하는 전문법칙을 채택하였다. 그런데 우리나라 형사절차의 구조에는 영미법계 형사절차에는 존재하지 않는, 공판 전 증거수집 및 조사를 담당하는 준사법적 수사절차라는 단계가 존재하기 때문에, 우리 전문법칙은 공판 전 진술증거에 대한 증거능력의 규제라는 측면에서 영미법계 전문법칙과 공통된 외양을 가지고 있으나, 실제로는 크게 다른 구조와 기능을 가지고 있다.

가. 특신상태 유형의 추상성

영미법계 전문법칙은 전문법칙의 예외를 특신상태의 유형별로 구체적으로 규정하고 있으나, 우리 전문법칙은 특신상태라는 추상적인 개념으로 일원적으로 규정하고 있다. 우리 법은 특신상태 요건의 유형을 입법부가 통일적으로 정하여 사법부를 구속하지 않고 사법부의 재량에 의해 특신상태의 존부를 판단하도록 맡겨둔 것이다.

원래 당사자주의 형사절차 및 배심제도 하에서는 최종 사실인정자인 배심원에게 당사자가 선택하여 공급하는 정보를 증거능력 심사를 통해 사전적으로 규율하는 방법 외에는 재판의 신용성과 공정성을 심사할 방법이 없다. 따라서 이러한 사전심사의 합리성과 일관성을 보장하려면 당사자가 예외의 기준을 이해하고 다툴 수 있도록 예외 유형이 미리 법으로 구체화되어 있어야 한다. 그러나 증거조사와 사실인정에 관하여 직권주의를 채택하고 있는 우리 형사절차에서는 재판부의 사실인정에 관하여 판결이유와 상소제도에 의해 사후적으로 통제가 가능하기 때문에 예외의 유형을 상세하고 구체적으로 정해둘 필요가 크지 않으며, 모든 예외적 상황을 입법자가 일일이 예상하기는 어려우므로 증거법으로 예외 유형을 미리 정해두는 방법이 오히려 비합리적일 수 있다. 따라서 이러한 일원적 규정은 일원적, 직권주의적 법원의 구조를 채택하고 있는 우리 전문법칙 체계 하에서는 합리적인 것으로 평가할 수 있다.

나. 특신상태 요건이 없는 전문법칙 예외 규정들

형사소송법에는 전형적인 전문증거임에도 특신상태의 요건을 요구하지 않는 규정들이 다수 존재한다. 여기에는 법원 또는 법관의 조서(제311조), 검사나 사법경찰관이 작성한 피의자신문조서(제312조 제1항, 제3항), 수사기관이 작성한 검증조서(제312조 제6항), 진술서와 진술기재서류(제313조 제1항 본문) 및 진술서(법 제313조 제2항), 감정서(제313조 제3항), 당연히 증거능력이 있는 서류(제315조 제1호, 제2호)가 있다. 그 중 사법경찰관 작성 피의자신문조서는 피의자의 내용인정을 증거능력 요건으로 하고 있으므로 특신상태 요건이 애초에 불필요하며, 검증조서와 감정서는 수사기관이 아닌 공무원 등이 공무상 조사나 증명을 목적으로 작성한 서면으로, 당연히 증거능력이 있는 서류는 영미법계 전문법칙의 업무상 기록에 해당하는 것으로 각각 보게 된다면, 영미법계 전문법칙에서 특신상태를 인정하는 전형적인 예외 유형과 동일하게 볼 수 있을 것이다. 그러나 법원 또는 법관의 조서는 영미법계 전문법칙의 관점으로는 전형적인 증언적 성격의 전문증거에 해당하므로 법원에서 작성된 조서라고 하더라도 곧바로 전문법칙의 예외에 해당될 수 없다. 미국의 연방증거법 하에서는 법원의 기록이라고 하더라도 종전의 자기모순 진술에 해당하거

나 신용성에 관하여 상대방의 공격이 있었던 경우에 종전 진술의 일관성을 입증하기 위한 경우에는 전문증거의 개념에서 제외되거나[연방증거법(FRE) 제801조 (d)(A)], 원진술자가 공판정에 출석하여 증언할 수 없는 경우에 당해 재판과 유사한 동기 하에 반대신문을 받았을 것[연방증거법(FRE) 제804조(b)(1)]을 요건으로 전문법칙의 예외 유형에 해당할 수 있을 뿐이다.[796] 경험적 사실에 관한 증언적 성격의 진술은 최종적인 사실인정자인 배심원 앞에서 반대 당사자의 반대신문에 의해 검증될 기회가 주어진 때에만 증거로 사용할 수 있는 것이 원칙이며[연방증거법(FRE) 제801조 (d)(A)], 배심원들이 직접 증언 태도의 관찰을 할 수 없다고 하더라도, 유사한 동기를 가진 반대당사자에 의한 반대신문을 받으면서 선서하에 공판 외 증언을 하였어야[연방증거법(FRE) 제804조(b)(1)] 예외로 인정될 수 있기 때문이다.

반면 직권주의 형사절차에서 법원이나 법관의 조서는 수사기관보다 객관적이고 중립적인 신분과 관점을 가진 법원이나 법관이 전문적으로 증거조사를 한 결과를 담고 있는 것이므로 신용성이 인정된다고 보기 때문에 증거능력에 관하여 아무런 제한이 없거나(프랑스), 직접주의의 예외가 처음부터 인정되어(독일), 증거 사용이 가능하다고 본다. 따라서 이 부분에 관한 한 형사소송법상 전문법칙은 영미법계 전문법칙보다는 직권주의 증거법, 특히 독일의 접근방식에 가깝다고 평가할 수 있다.[797]

우리 학계와 실무의 주류는 다른 사건에서의 다른 피고인[798] 또는 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 법원의 조서[799]에 대해서는 형사소송법 제315조 제3호를 적용하여 증거능력을 인정하는 것이 일반적이다. 그런데 형사소송법 제315조 제1호 내지 제2호의 업무상, 공무상 문서 등은 그 기재의 정규성 등에 의하여 반대신문이 없더라도 신용성이 보장될 정도의 특신상태가 인정되는 것을 전제로 하고 있어서 영미법계 전문법칙의 관점과 동일하다고 할 수 있지만, 법관 면전에서 이뤄진 진술이 기재된 조서는 그 임의성은 인정될 수 있을지언정, 반대신문에 의한 진술의

796) 제2장 제2절 영미법계 증거법 1. 내지 2. 참조.
797) 최준혁, “다른 사건의 공판조서와 직접심리주의”, 형사소송의 이론과 실무 제11권 제2호(2019, 12), 63, 81면.
798) 위 글.
799) 대법원 1964. 4. 28. 선고 64도135; 대법원 2005. 4. 28. 선고 2004도4428.

신용성에 대한 검증이 이뤄졌다고 단정할 수는 없다. 따라서 그 다른 사건에서 당해 재판과 유사한 동기 하에 반대신문을 받은 사실이 없다면 전문법칙의 예외를 인정하는 것은 허용될 수 없을 것이다.[800]

한편, 독일의 직접주의 하에서는 법원의 조서에 대하여 수사기관에 비하여 조사자의 객관성과 중립성, 진술자의 임의성이 보장되므로 직접주의의 예외를 인정하여 수사기관의 조서에 비해 더 광범위하게 낭독에 의한 증거조사가 허용된다(독일 형사소송법 제251조 내지 제254조).[801] 그러나 그러한 경우에도 종전 재판에서 그 진술의 신용성에 대한 검증이 충분히 이루어지지 않았다면 법원의 진실발견의무에 의한 추가적인 증거조사가 이뤄져야 하며, 그 조서에 기재된 진술 내용은 다시 자유심증주의에 의한 증명력 판단 대상이 될 뿐이다.[802] 따라서 다른 사건에서의 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 법원의 조서에 대하여 형사소송법 제315조 제3호를 적용하여 증거능력을 인정하는 것은 이러한 독일의 직접주의와 법원의 진실규명의무를 전제로 하지 않으면 해명될 수 없다. 그러나 이렇게 이해하더라도 문제는 남는다. 독일의 직접주의 하에서라면 피고인 아닌 자의 진술이 기재된 법원의 조서와 수사기관의 조서를 차별하여 수사기관의 조서에만 특신상태를 별도로 요구하는 형사소송법 제312조의 태도가 제대로 이해되기 어렵기 때문이다. 여기에서 형사절차의 구조와 증거법 사이에 부정합이 발생한다.

다. 피고인 진술에 대한 특신상태 요건 및 제3자의 진술서류에 대한 특신상태 요건의 부재

---

800) 그러한 관점에서 법원의 공판조서가 유사한 동기에 의한 반대신문에 의해 검증된 바 없으므로 무제한적으로 증거능력이 인정되어서는 안 된다고 비판하는 견해로는 최병천, “공판조서의 증거능력”, 법조 제674권(2012. 11.), 55-56면; 김희균, “공판조서는 믿을 만한 서류인가?-2011헌바79에 대한 비판적 검토-”, 형사법의 신동향 통권 제64호(2015. 3.), 103-104면.

801) 제2장 제3절 2. 독일의 직접주의 전통 참조

802) BGH NStZ 1988, 37. 같은 판례에 관한 설명으로는 최준혁, 주 797)의 논문, 76-77, 82-83면 참조. 같은 논문 63면은 우리 전문법칙을 직접주의로 이해할 수 있다고 보면서도, 83-84면에서 진술내용이 충분히 기재되어 있지 않고 피고인의 반대신문이 보장되지 않은 다른 사건에서의 법원의 공판조서에 증거능력을 제한 없이 인정하는 법원의 실무를 비판하고 있다.

한편, 형사소송법 제313조 제1항의 제3자 진술서와 제3자 진술기재서류[803]는 영미법계 전문법칙에 의하면 전형적인 전문증거에 해당하므로, 형사소송법상 전문법칙이 여기에 관하여 특신상태 요건을 요구하지 않는 것은 영미법계 전문법칙과 본질적으로 다른 것이다. 반면, 영미법계 전문법칙에서는 피고인의 자백에 대해서는 전문증거로 보지 않거나 전문법칙의 예외로 인정하여 특신상태 요건이 없이도 증거능력을 인정하지만,[804] 형사소송법상 전문법칙에서는 오히려 피고인의 진술을 기재한 서류(제313조 제1항 단서)나 2020년 형사소송법 개정 전 검사가 작성한 피의자신문조서(개정 전 제312조 제1항)에 대해서 특신상태를 그 증거능력 요건을 규정하고 있었다. 이러한 차이점들은 형사소송법상 전문법칙의 주된 관심이 원진술자의 신용성 보장보다는 그 진술의 전달 과정에서의 왜곡 가능성, 즉, 전달매체의 진정성에 있다는 점과 원래 전문법칙이 영미법계 형사절차에서는 존재하지 않는 수사절차 조서의 규제를 위해 도입되었다는 사실을 부각시킨다.

라. 수사절차에서의 증언적 진술증거의 예외 인정

우리 전문법칙은 수사기관에서의 참고인 진술에 대해 특신상태를 요건으로 증거능력을 부여하고 있다. 그런데 영미법계 전문법칙에서는 수사기관 앞에서의 진술은 전형적인 증언적 성격의 사실 주장에 해당하며 계획적이고 숙고된 사실의 주장으로서 진술의 정황증거적 성격을 거의 가지지 않으므로[805] 전문법칙의 예외가 인정되기 매우 어려운 유형에 해당한다. 당사자주의 형사절차를 전제로 하는 영미법계 전문법칙에서 증언적 성격을 갖는 사실의 주장(assertion)은 공판정에서 반대 당사자에 의

803) 제313조의 진술기재서류는 원진술자와 서류의 작성자가 다르지만, 원진술자의 서명, 날인이 있는 경우이다. 이는 제312조의 수사기관의 조서와 그 구조가 비슷하다. 영미법계 전문법칙적 관점에서 전문증거로 볼 것인지 재전문증거로 볼 것인지 여부가 문제될 수 있으나, 실무상 제3자가 피의자의 진술을 녹음한 녹음테이프 또는 녹음파일 외에는 거의 적용되는 경우가 드물다. 녹음물의 경우에는 영미법계 전문법칙상 원진술의 특신상태만이 문제되며 전달매개체인 녹음테이프나 녹음물 자체는 진정성 요건에 의한 별도의 규제만 받게 되므로 전형적인 전문증거에 해당하게 된다.

804) 제2장 제2절 2. 전문법칙의 예외 참조.

805) 제2장 제2절 1. 전문증거의 개념 참조.

한 반대신문을 통해서만 검증이 가능하다고 보므로, 전문법칙의 예외를 인정하지 않을 뿐 아니라 헌법상 대면권 조항에 의해서도 증거능력이 인정되지 않는다.

이상과 같은 차이점들을 고려해보면 우리 전문법칙의 특신상태 법리를 해석함에 있어서 영미법계 전문법칙의 해석론을 그대로 차용할 수 있는지에 관하여 심각한 의문이 제기된다. 우리 전문법칙이 특신상태 하에 수사기관 작성 참고인진술조서의 증거능력을 인정한다고 할 때 영미법계 전문법칙의 해석론을 그대로 적용해서 그 신용성의 정황적 보장이 인정된다고 말하기는 어렵다. 우리 전문법칙상 진술조서의 특신상태는 진정성립 요건과 유사하게 수사절차의 객관성과 진정성을 통제하는 기능을 수행하는 측면이 강하기 때문이다.

2) 특신상태의 개념에 관한 학설

가. 신용성의 정황적 보장설

우리 형사소송법상 전문법칙을 영미법계 전문법칙이나 반대신문권의 보장에서 찾는 다수설에서는 우리 전문법칙상 특신상태의 개념도 영미법계 전문법칙 예외에서의 신용성의 정황적 보장(circumstantial guarantee of trustworthiness)과 같은 의미로 파악한다.[806] 따라서 특신상태는 진술내용이나 조서의 작성에 허위개입의 여지가 거의 없고, 진술내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있는 것을 의미하는 것으로 본다.[807]

특신상태의 판단기준에 관하여는 구체적 사안에 따라 판단하지 않을 수 없으며, 외부적 부수사정에 따라 판단해야 한다고 한다.[808] 영미법계 전문법칙의 예외 유형은 주로 진술 당시 외부적 사정에 관해 규정하고 있기 때문이다. 그러나 진술의 내용을 판단의 자료로 참작하는 것도 허용된다고 보는 견해도 있다.[809] 그리고 이러한 견해에서는 이러한 특신

806) 최병천, “특신상태에 대한 비판적 고찰”, 법학논고 제66집(2019), 274-276면. 각주 3)에서 다수설을 취하는 입장이 열거되어 있다.
807) 이재상 외 2인, 주 85)의 책, 683, 693면.
808) 위 글.
809) 위 글.

상태는 피의자신문조서나 진술조서나 전문진술에 모두 공통적으로 적용되는 것이라고 보는 것이 일반적이다.[810]

나. 적법절차 기준설

특신상태의 의미를 수사기관 앞에서의 진술 상황이 법관 면전에서의 진술에 준하는 것으로 취급될 수 있는 객관성과 적법성을 갖춘 상황이라고 이해하는 견해도 있다. 특히 우리 형사소송법상 전문법칙의 근거를 영미법계 전문법칙 뿐만 아니라 대륙법계 직접주의에서 함께 구하는 이원설에서 이러한 입장을 취한다.[811] 피의자신문조서나 조사자증언의 경우에는 피고인의 반대신문은 전문법칙과는 논리모순이기 때문에 전문법칙으로는 설명할 수 없다는 것이다.[812] 적법절차와 신용성의 정황적 보장을 모두 요한다고 보는 결합설도 존재한다.[813]

이러한 입장에서는 특신상태의 구체적인 판단기준을 조서 작성자의 객관성과 중립성이 부족하다고 볼 만한 사정은 없는지, 임의성이 없는 환경을 조성하거나 조서 작성 과정에서 진술을 왜곡하여 기재한 흔적은 없는지 등에 있다고 본다. 오늘날 법원 실무도 피의자신문조서의 특신상태 여부는 변호인과 자유롭게 접견하였는지, 변호인의 참여가 정당한 사유 없이 배제되었는지, 조사의 내용 등에 비추어 합리적인 조사시간을 넘어 조사가 이루어졌는지, 구속상태에서 별다른 조사를 하지도 않은 상태에서 매일 소환하여 같은 질문을 반복하였는지 등을 특신상태의 판단기준으로 제시하고 있다.[814]

3) 판례의 태도

대법원은 특신상태에 관하여 ‘진술내용이나 조서 또는 서류의 작성에 허위개입의 여지가 거의 없고, 그 진술내용의 신빙성이나 임의성을 담보

---

810) 앞의 책. 상세한 견해 대립에 관하여는 최병천, 주 806)의 논문, 277면.
811) 신동운, 주 179)의 책, 1087면.
812) 신동운, 주 714)의 책, 590-591면.
813) 최병천, 주 806)의 논문, 276면. 각주 5)에 이러한 입장을 취하는 견해가 열거되어 있다.
814) 법원행정처, 법원실무제요 형사 [Ⅱ], 109면; 홍진영, “조사자증언에 있어서 특신상태의 구체화”, 법조 제71권 제1호(2020), 223-224면.

할 구체적이고 외부적인 정황이 있는 경우를 말한다’ 라고 확고하게 판시하고 있다.[815] 그러나 구체적으로 살펴보면 판례는 특신상태의 의미에 관하여 예측가능한 기준을 제시하고 있지 않다. 판례의 유형은 크게 ① 절차적 적법성을 이유로 특신상태를 부정하는 유형[816]과 ② 진술의 신용성이 결여 되었다는 이유로 특신상태를 부정하는 유형[817]으로 나누어져 있다.[818] 따라서 판례는 신용성의 정황적 보장만으로 특신상태의 판단을 하고 있지 않으며, 수사절차의 적법성 및 적정성까지 고려하고 있다. 또한 진술의 신용성 결여를 이유로 특신상태를 부정하는 판례 유형은 다시 ②-1 진술의 정황을 고려하여 신용성을 보장할 만한 외부적 정황이 존재하지 않는다는 이유로 특신상태를 부정하는 유형[819]과 ②-2 진술 내용까지 고려하여 사실상 진술의 증명력이 인정되지 않는 것을 이유로 특신상

---

815) 대법원 2012. 7. 26, 2012 도 2937.

816) 대법원 2011. 7. 14, 2011 도 3809(형사사법공조절차나 영사를 통한 조사방법을 택하지 않고 검사가 직접 외국에 출장가서 호텔에서 뇌물공여자를 상대로 진술조서를 작성한 사례); 대법원 2015. 10. 29, 2014 도 5939(부당하게 장기간 계속된 사실상의 구금 상태에 있었음에도 변호인의 조력을 받지 못하고 심리적 불안감과 위축 속에서 수사관의 회유에 넘어가 진술한 경우); 대법원 2014. 8. 26, 2011 도 6035(사망한 공범인 피의자의 피의자신문조서(3회)와 영상녹화물 사이에 일부 구성요건사실이나 핵심적 정황에 관하여 차이가 있고, 말기암 환자인 뇌물공여 피의자가 약 1개월 동안 19차례 소환되어 11차례의 야간조사를 포함한 총 15차례에 걸친 피의자신문을 받고 결국 수사과정에서 사망한 경우에 3회 이후의 피의자신문조서의 경우). 이재상 외 2인, 주 85)의 책, 693면에서 재인용.

817) 대법원 2014. 2. 21, 2013 도 12652(참고인이 종전에 수사기관에서 한 진술을 번복하는 내용의 동영상을 법정에 제출한 경우에 참고인과 피고인이 수사기관에서의 대질과정에서 공소사실의 핵심사항에 관하여 두 사람의 진술이 시종일관 일치하지 않았던 사정 등이 있는 경우).

818) 상세한 판례의 유형에 관한 소개로는 최병천, 주 806)의 논문, 295-299면.

819) 대법원 1995. 12. 26. 95도2340(피해자가 개인적으로 아는 경찰관에게 강도강간 범인의 인상착의를 말하고 정식으로 고소하지 않았으며, 그 범행 일시로부터 6개월 후 다른 사건으로 검거된 피고인의 얼굴을 확인한 경우). 대법원 2000. 3. 10. 2000도159(아동피해자가 사건 발생 7개월 후에야 성행위를 연상케 하는 이상한 행동을 하다가 모로부터 질문을 받고 피고인의 성추행 사실을 모에게 말하였으며, 모는 피고인에게 아무런 추궁이나 항의를 하지 않고 오히려 피고인의 처에게 금전적인 보상을 요구하다가 응하지 않자 뉘늦게 고소에 이른 경우).

태를 부정하는 유형[820]으로 구분된다. 판례가 진술 내용이나 조서 또는 서류의 작성에 허위개입의 여지가 거의 없어야 한다고 설시하는 경우(사실상의 증명력 평가)는 ②-2 유형에 일반적으로 해당한다. 판례가 그 진술내용의 신빙성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있어야 한다고 설시하는 경우(신용성의 외부적 정황)는 주로 ②-1 유형에 해당하는 것이 일반적이다. 한편, 판례가 진술내용의 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있어야 한다고 설시하는 경우(조사절차의 임의성과 적법성)는 주로 ① 조사절차의 적법성과 적법성에 관한 유형에 대응시켜 볼 수 있을 것이다. 판례는 특신상태를 판단함에 있어 진술에 이르기까지의 정황, 피고인과 진술인과의 관계, 진술 내용이 구체적이며 모순이 없는지 여부, 진술 이후의 행동, 수사기관의 수사방법이 적절한지 여부, 특신상태에 대한 검사의 주장·입증의 존부 등을 모두 종합적으로 고려한다.[821] 최근 하급심 실무에서는 특신상태 판단기준이 적법절차기준설 쪽으로 이동하고 있음은 앞에서 소개한 바와 같다.[822]

(2) 특신상태 요건에 관한 비교법적 검토

1) 직권주의 증거법과 영미법계 전문법칙의 특신상태 비교

가. 직권주의 형사절차에서 조서의 신용성 판단

(가) 원진술의 특신상태 요건의 부재

우선 직권주의적 수사절차의 신문절차에서 진술 과정을 둘러싼 외부적 정황은 진술의 신용성이라는 측면에서는 별다른 판단 요소가 될 수 없다. 직권주의적 수사절차에서 이루어지는 신문에서는 조사가 범죄 현장

820) 대법원 2014. 4. 30. 2012도725(사건 발생 후 5년이 경과한 시점에서 진술이 이루어졌고 진술이 일부 다른 사실관계에 배치되며, 진술자가 피고인과 적대관계에 있는 은행 경영진의 입장에서 피고인에게 불리한 진술을 할 개연성을 배제할 수 없으나 피고인과 진술자의 대질신문이 이루어지지 않은 경우). 2014. 2. 21. 2013도12652(공소사실의 핵심적인 사항에 관하여 두 사람의 진술이 시종일관 일치하지 않고 피고인이 녹화한 동영상에서 자신의 수사기관 진술이 허위라고 진술한 경우).

821) 최병천, 주 806)의 논문, 300면.

822) 그러한 경향을 보이는 하급심 판례를 소개하고 있는 문헌으로는 한제희, “특신상태의 의의와 판단기준”, 형사판례연구 제21권(2012), 540면.

에서 범죄 실행 중 또는 직후에 이루어지는 예외적인 상황을 제외하면, 경찰이나 검사의 조사실에서 진술자가 조사자로부터 육하원칙에 따른 질문을 받고 자신이 경험하여 알고 있는 바를 진술하게 된다. 신문에서 이루어지는 문답의 언어적 성격만을 고려하면, 수사상 신문과정은 공판정에서 이루어지는 증인신문과 거의 유사한 유형의 의사소통에 해당한다. 즉, 진술자는 신문자의 질문에 대해 사실 명제 형태로 답변하고, 의식적이고 계산적으로 자신의 생각을 신중하게 제시하며, 공판에서 증거로 제출될 것을 예상하면서 증언적 성격의 진술을 하게 된다.

영미법계 전문법칙의 예외가 인정되는 신용성의 정황은 진술자가 진술 당시 진실하거나 정확하게 진술할 가능성이 높은 어떠한 상황이나 동기, 내심의 상태에 있었다는 것을 근거로 한다.[823] 그런데 직권주의적 형사절차의 신문에 따라 조서에 기록되는 증언적 진술에는 그러한 진실성이나 정확성의 가능성을 높일 만한 특이한 정황적 요소, 즉 전문법칙의 예외가 인정될 만한 외부적 정황이 거의 존재하지 않는다. 수사상 신문을 둘러싼 외부정황은 공판에서의 증인신문과 마찬가지로 전형적이고 획일적인 성격을 띠게 되므로, 정황증거로서의 가치가 거의 없다. 따라서 진술 자체와 관련된 외부적 정황으로부터 진술의 신용성을 담보할 만한 간접증거나 정황사실을 파악하기가 어렵기 때문에, 수사상 신문에서 진술의 신용성은 신문하는 조사자의 전문성과 조사의 적절성에 달려 있다. 수사절차의 조사자는 진술자의 태도를 직접 관찰할 수 있으므로 이러한 진술태도를 정황사실로서 이용하여 진술의 신용성을 파악하는데 도움을 얻을 수 있겠지만, 공판단계의 최종 사실인정자는 수사절차의 조사자가 작성한 조서의 기재만을 볼 수 있을 뿐 직접 진술자의 진술 태도를 관찰할 수는 없다. 따라서 공판단계의 사실인정자의 관점에서 수사상 진술의 신용성은 조사자의 질문이 얼마나 공정하고 정확하게 이루어졌는지, 그 조사를 통해서 진술자가 관련성 있는 정보들을 얼마나 많이 제공하였는지, 그리고 제공된 정보들이 다른 증거자료와 비교해서 얼마나 정합적인지 여부에 따라 판단될 수밖에 없다. 즉, 진술자의 신용성은 조사자와 조사의 신용성으로부터 간접적으로만 드러날 수 있을 뿐이다. 즉 그 조사자가 던지는 질문의 범위와 깊이, 그에 대한 진술자의 대응의 적절성, 그

823) 제2장 제2절 2. 전문법칙의 예외 참조.

리고 진술 내용과 조사자가 파악한 다른 증거자료의 비교, 검토에 의해 원진술의 신용성이 간접적으로 파악될 수 있는 것이다.

(나) 진술의 임의성과 조사자의 신용성

한편, 진술의 임의성이라는 측면에서는 진술 과정을 둘러싼 외부적 정황이 진술의 진실성과 정확성과 간접적으로 연관될 수 있다. 조사자는 일반 공중에게 공개되지 않은 조사실에서 피의자 측의 반대신문권을 보장하지 않은 채 일방적으로 신문을 한다. 이러한 환경에서 조사자가 객관성과 공정성을 잃고 강압적이고 편향된 방식으로 신문한다면 진술의 임의성에 영향을 미치게 되고 그 진술의 신용성이 당연히 감소할 것이다. 또한 조사자가 자신의 법적인 전문성에서의 우월적 지위를 이용하여 진술 내용을 조사자에게 유리한 방식으로 선택적으로 취사하여 기록할 수도 있다. 그러므로 직권주의 형사절차에서는 조사자의 객관성과 중립성을 규율함으로써 진술의 임의성과 진정성을 보장하는 것이 그 체계의 건전성을 유지하는데 가장 핵심적인 관건이 된다. 이러한 법제 하에서는 객관성과 중립성이 강화된 법관이 조사한 것을 기록한 조서를 수사절차에서 경찰이나 검사가 조사한 것을 기록한 조서보다 신용성 면에서 더 우월하게 취급하는 것이 일반적인데, 이는 공개된 법정에서 신분의 중립성이 보장된 법관이 조사하는 경우에 진술의 임의성과 진정성을 보장할 가능성이 더 높다는 믿음에 근거한다.

직권주의 형사절차는 원진술자의 신용성이 아니라 조사자의 신용성에 대하여 특별한 관심을 가진다. 이러한 관심들이 바로 직권주의 조사절차의 핵심이며, 형사소송법상 전문법칙의 특신상태에 관한 적법절차기준설도 동일한 관심에서 비롯된 것이다. 독일식 직접주의 하에서 법원은 수사절차의 조서를 예외적인 경우에만 증거로 사용할 수 있으며, 피의자신문조서의 경우에는 아예 조서의 직접 낭독을 금지하고 조사자증언이나 영상녹화물 조사를 통해서만 수사단계에서 획득된 피의자의 진술에 접근할 수 있게 하였다. 이것은 수사절차에서 일방적이고 밀행적으로 이루어지는 조사의 객관성과 진정성 침해의 위험에 대응하고, 수사기관의 권력남용과 인권침해를 예방하기 위한 것이다. 요컨대, 대륙법계 직권주의 형사절차에서는 원진술자의 신용성보다 조사자의 신용성에 더 큰 관심을

가진다고 말할 수 있다. 형사소송법상 전문법칙은 전문법칙의 예외 요건 속에다 아예 원진술자에 의한 실질적 진정성립 인정 요건을 포함시키는 방식으로 이러한 조사자의 신용성 문제에 접근하고 있는데, 이는 결국 직권주의 형사절차에서 조사자의 신용성에 관해 가지는 관심에 대응되는 우리식의 고유한 접근방법이라고 볼 수 있다.

(다) 증거능력과 증명력의 일원적 판단

실질적 진정성립과 진술의 신용성, 임의성이 모두 보장된다고 해서 그 진술의 증명력이 당연히 인정되는 것은 아니다. 진술의 증명력은 궁극적으로는 원진술자의 기억, 경험, 전달 능력과 진실성에 달려 있으므로, 조서의 진정성립이나 신문 당시 환경의 임의성과 적법성이 보장되었다고 해서 원진술의 증명력이 입증되는 것은 아니기 때문이다. 영미법계 전문법칙에서는 이러한 공판 외 원진술의 증명력은 원진술자에 대한 반대신문에 의해서 확인될 수 있다고 보는 반면, 진술증거에 대한 조사가 당사자의 반대신문에만 의존하지 않고 국가의 직권적 증거조사에도 함께 의존하는 직권주의 형사절차에서는 당사자의 반대신문에 의해서라면 검증이 이루어졌을 정도만큼 조사자의 조사가 철저하고 정확하게 수행되었는지 여부에 따라 수사절차에서의 진술의 증명력이 가려진다.

또한 직권주의 형사절차와 같이 법원이 직업법관이 주도하는 단일한 구조로 이루어진 경우에는 특신상태를 증거능력 단계로 별도로 구분하고 기본적인 신용성이 인정되는 유형으로 미리 규정해둘 필요도 없다. 단일한 재판부가 진술증거의 증명력을 인정할 것인지 여부를 결정하는 것이므로, 증거능력과 증명력을 나누어 진술증거를 이중적으로 판단해야 할 구조적, 필연적인 이유가 없다. 오히려 직업법관의 머릿속에서 관념적으로 발생하는 신용성 판단을 인위적으로 나누는 것은 인지심리학적 측면에서 극히 부자연스럽다.[824]

따라서 직권주의 형사절차에서는 조사자의 신용성, 진술자의 신용성, 진술의 증명력은 모두 조사의 객관성과 적절성에 의해 한꺼번에 평가된다. 그 객관성과 적절성은 수사절차의 조사는 공판절차에서, 하급심의 증거조사는 상급심에서 심사되는 방식으로 사후 규제될 뿐, 배심원과 같

824) Damaška, 주 98)의 책, 428면.

은 별도의 최종 사실인정자를 위해 증거능력 단계에서 사전적으로 증거를 규제하지 않는다. 즉, 독일 직접주의가 수사절차의 조서를 규제하는 이유는 공판단계 조사자의 심증을 수사단계 조사의 심증으로부터 분리하여 그 객관성과 중립성을 보장하기 위한 것이며, 수사단계 진술의 기본적인 신용성을 평가하여 신용성이 부족한 진술을 사전에 배제하고자 하는 것은 아니다. 조서의 신용성은 공판단계 조사자인 법원이 진술의 증명력을 판단하는 과정에서 종합적으로 평가하므로, 영미법계 전문법칙에서처럼 진술과 조서가 원진술과 전달매체로 독립적으로(atomistic) 구분되는 것은 아니다.[825]

나. 영미법계 전문법칙에서의 원진술의 특신상태 요건

반면, 영미법계 국가에서는 수사기관이 공판 전 단계에서 행하는 조사는 당사자의 일방적인 증거수집에 불과하고 그것이 곧 증거로서의 자격을 갖는 것은 아니다. 경찰 조사 과정에서 획득된 피의자와 공범, 대리인 등의 자백만이 그 예외적인 경우에 해당한다고 볼 수 있는데 그것은 수사기관의 공적인 조사 결과로 기록된 것이기 때문이 아니라 당사자주의 형사절차에서 일방 당사자는 자신의 발언에 대해서는 일응의 책임을 져야 한다는 영미법계 특유의 관념 때문이다.[826] 영미법계 형사절차에서는 공판 전 단계에서 증언적 성격의 진술증거를 수집하고 기록하는 수사기관의 존재 이유를 높게 평가하지 않으며, 당사자가 각자 유리한 증거를 수집, 선택하게 하는 당사자주의 형사절차에 따라 수사 및 소추기관에게 그러한 기능을 부여하지 않는다. 예외적으로 수사절차에서 진술증거를 공식적으로 기록하고 수집하는 것은 대배심과 같이 시민의 참여와 권한 하에서 이루어지는 경우뿐이다.

---

825) Damaška, 주 98)의 책, 56-57면.

826) 홍진영, 주 814)의 논문, 227면의 각주 34)에서 피의자의 자백이 전문증거의 개념에서 제외되거나 전문법칙의 예외에 해당하는 것은 반대신문의 기회가 결여된 것에 있고 당사자의 금반언 원칙은 근거로 볼 수 없다는 지적을 하고 있으나, 연방증거법은 피의자뿐만 아니라 피의자의 대리인, 직원, 공범의 자백도 모두 증거능력을 인정하고 있으므로 당사자주의 형사절차 하에서 피고인의 당사자로서의 책임성을 배제한 채 반대신문권의 결여만을 예외의 근거로 보기는 어렵다고 생각된다.

따라서 영미법계 전문법칙에서 진술매체의 진정 성립이나 조사자의 객관성, 중립성은 크게 문제되지 않는다. 수사기관이 기록한 진술은 애초부터 증거로 사용되지 않기 때문이다. 영미법계 형사절차에서는 검찰 측과 피의자 측은 당사자로서 각자 자신에게 유리한 증거를 수집하여 공판단계에서 배심원에게 제출하고 설득하는 것을 전제로 하므로, 애초부터 일방성과 편향성 하에서 증거가 수집되고 선택된다고 전제한다. 즉 진술증거는 당사자가 일방적으로 수집, 선택, 제시하는 것이며 수사기관이나 법원이 직권적으로 증거조사하고 사실인정을 하는 것이 아니므로 당연히 신용성의 측면에서 위험할 수밖에 없다는 것을 대전제로 인정한다. 또한 여기에서 사실인정자는 직업법관이 아니라 당해 사건을 위해서 임시로 선정된 배심원들인 경우가 많으므로, 법관 앞에서 이루어진 진술이라고 해서 곧바로 증거능력이 부여되지도 않는다. 배심원들 앞에서 반대신문이 이뤄짐으로써 사실인정자인 배심원들이 진술자의 진술 태도를 직접 관찰할 수 있어야 한다고 보기 때문이다. 반대 당사자의 반대신문권 보장이 중요하게 부각되는 것은 영미법계 형사절차의 이러한 구조적 배경 때문이다.

따라서 영미법계 전문법칙의 관심은 누구 앞에서 진술이 이루어졌는지, 당해 진술이 진정하게 기록되었는지 여부에 있지 않다. 미국 형사절차에서는 그러한 기록 자체가 존재하는 것이 이례적이다. 전문법칙의 핵심적인 관심은 원진술자의 기억, 경험, 전달 능력과 진실성이 보장되는지에 있다. 일단 전문진술 자체가 전문법칙의 예외에 해당할 정도로 신용성이 인정되는 이상, 전문진술을 전달하는 전달매체(전문증인 또는 전문서류)의 진실성과 정확성은 그 전달매체에 대한 반대신문이나 진정성 검증을 통해서 충분히 검증할 수 있다는 것을 전제로 한다.[827]

그런데 영미법계 형사절차라고 해서 사건 발생시기와 공판 사이에 시간적 간격 때문에 발생할 수 있는 증거의 소실, 변형과 왜곡에 무관심할 수는 없다. 전문법칙은 반대신문권 자체를 보호하기 위한 이념적 차원의 수단이 아니라 당사자주의, 공판중심주의 형사절차에서 재판결과의 신용성을 제고하기 위한 증거법리이기 때문이다.[828] 그래서 미국과 현대 영

827) 제4장 제2절 3. 전문법칙상 진정성립 요건의 해석에 관한 문제점 참조.
828) 제2장 제1절 3. 형사절차의 전통과 증거법 참조.

국의 증거법에서 전문증거의 개념은 정황증거적 성격이 전혀 없는 경험적 사실의 주장을 그 주장 내용이 진실임을 입증하기 위해 제출되는 경우로 제한되며, 진술증거 자체가 그 진술에 담겨 있는 사실에 대한 정황증거로서 가치가 인정되는 경우, 즉 언어적 행동이나 함축적 주장과 같은 경우에는 전문증거의 개념으로부터 제외되어 반대신문 여부와 상관없이 증거능력이 인정되는 것이다. 또한 진술과 관계된 정황이 진술 내용의 진실성이나 정확성을 어느 정도라도 보장하는 경우에는 전문법칙의 예외로 분류되어 당해 진술에 대한 반대신문 여부와 상관없이 증거능력이 인정된다. 그런데 이러한 논리의 흐름을 따라가면 결국 전문법칙의 예외는 반드시 진술의 외부적 정황이 신용성을 담보하는 경우에만 인정할 것이 아니라는 인식에 도달하게 된다. 전문증거의 증명력을 보강할 만한 다른 증거가 존재하고 그것이 전문증거의 내용과 정합적이며 증거들을 종합할 때 충분한 신용성이 있다면 그 전문증거는 예외적으로 증거능력이 부여될 수 있다. 그 극단에는 미연방증거법 제807조의 기타 예외 유형이 있으며, 동조가 신설되기 이전부터 미국 형사재판실무는 그런 관점에 입각하여 전문증거의 예외를 인정해왔다.[829]

우리 학계에서 영미법계 전문법칙의 예외에 해당하기 위한 2가지 요건은 신용성의 정황적 보장과 필요성이라고 흔히 소개되고 있다. 전문증거가 신용성의 정황적 보장이 높으면 그것만으로 전문법칙의 예외가 될 수 있지만, 신용성의 정황적 보장이 낮더라도 필요성이 있으면 증거능력이 인정되며, 미국 연방증거법이 규정하고 있는 전문법칙의 예외는 신용성의 정황적 보장이 인정되는 상황을 유형적으로 열거해둔 것이라고 소개된다.[830] 그러나 구체적으로 들여다보면 이러한 설명이 반드시 정확한 영미법계 전문법칙의 예외를 묘사하고 있다고 평가하기 어려우며, 미국의 증거법 실무는 전문법칙의 예외를 인정함에 있어서 전문증거의 신용성을 인정할 수 있는 외부적 정황뿐만 아니라 그 진술의 내용을 포함하여 진술의 증명력을 뒷받침하는 다양한 증거들을 고려하고 있다.[831]

---

829) 제2장 제2절 2. 전문법칙의 예외 참조. 다만 수사기관 앞에서 이루어진 진술증거에 대하여는 헌법상 대면권의 제한을 별도로 받는다.

830) 이재상 외 2인, 주 85)의 책, 670-671면.

831) 제2장 제2절 2. 전문법칙의 예외 참조; 형사소송법상 전문법칙의 특신상태와 비교한 글로는 홍진영, 주 814)의 논문 참조.

2) 영미법계 전문법칙의 특신상태 판단기준

신용성의 정황적 보장이라는 용어는 진술의 내용(content)보다는 진술자의 진술 상태(situation)나 상황(circumstances)이 진술자의 진실성이나 정확성을 어느 정도 담보한다는 점을 시사한다. 함축적 진술이나 행동처럼 진술자의 의식적인 의사전달 의도가 누락되어 진술의 진실성이 확실하게 보장되는 것으로 인정되는 경우에는 아예 전문증거의 개념에서 제외되므로 굳이 공판정에서 원진술자를 반대신문하지 않더라도 증거능력이 인정된다.

그러나 앞에서 언급한 것처럼 영미법계 전문법칙의 예외가 언제나 진술의 상황이나 상태만을 염두에 두고 형성된 것은 아니다. 진술자의 유형, 대상 사실이나 지식의 유형, 진술의 내용, 진술 당시 또는 이후의 반대신문 가능성 등도 모두 전문법칙의 예외 인정시에 고려된다. 전문법칙은 당사자주의 및 배심제 형사절차에서 실체진실 발견의 가능성을 제고하기 위한 증거법상 제도이며, 특정한 다른 인권적 가치를 보장하기 위해 실체진실을 희생시키고자 하는 제도가 아니기 때문이다. 따라서 공판정에서 반대신문 기회가 보장되지 않은 상태로 배심원들에게 제시되어도 무방할 정도의 신용성이 인정되는 공판정 외의 진술이면 증거로서 허용된다. 미연방증거법상 전문법칙의 예외들은 그러한 진술들이 역사적으로 유형화되어 전문법칙의 예외로서 입법화된 것이다. 미국 연방증거법 제807조는 그러한 확립된 유형에 해당하지 않더라도 그 진술 내용이나 상황상 충분한 신용성이 인정되면 법관에 의하여 증거로 허용될 수 있다.

역사적으로 유형화된 전문법칙의 예외 유형들도 반드시 외부적인 정황에 관계되는 것만은 아니다. 여기에는 ① 진술자가 피의자, 피의자의 대리인 또는 공범인 경우, 상대방 증인에 대하여 위해행위를 한 경우와 같이 당사자주의적인 형사절차의 가치과 구조를 전제하기 때문에 당사자측의 진술이 증거로 허용되는 경우, ② 종전의 모순 진술이나 증강진술처럼 공판정에서 반대신문을 할 수 있기 때문에 증거로 허용하더라도 허위나 오류의 위험성이 감소하는 경우, ③ 진술자의 감정, 지식, 계획 등과 같이 객관적, 외부적 사실이 아니라 진술자의 내면이 증명의 대상이어서 원진술자에 대해 반대신문을 하더라도 진술의 진실성 여부를 가리

기 어려운 경우, ④ 진술 당시의 외부적 상황이나 진술자의 내면적 상황이 조작의 위험성을 제거하거나 진술의 정확성을 어느 정도 담보하는 경우, ⑤ 진술자가 대상 주제와 맺는 관계나 동기 때문에 허위의 위험성이 감소하는 경우(자신의 이해관계에 불리한 진술), ⑥ 다른 정황증거 등과 결합해보면 당해 진술증거의 정확성과 진실성이 충분히 인정될 수 있는 경우(제807조의 기타 예외) 등 다양하며, 따라서 이러한 예외에 해당되는지 파악하기 위해서는 진술 내용을 함께 파악해야 하는 경우가 오히려 더 다수에 해당한다.[832] 전통적인 전문법칙을 폐기하고 입법에 의하여 전문법칙의 개념과 예외를 새롭게 규정한 영국 2003년 형사사법법 제117(7)(a)에서 예외 해당 여부를 판단함에 있어서 고려해야 할 첫 번째 요소로 내용(content)을 들고 있는 것도 마찬가지 이유에서이다. 영미 전문법칙의 예외를 인정함에 있어서 미국 판례는 진술의 내용을 포함하여 '9가지 테스트'를 적용한다. ① 진술자가 거짓을 말할 명백한 이유가 있었는지, ② 진술자의 성격이 신빙성을 담보하는지, ③ 같은 진술을 여러 명이 들었는지, ④ 진술이 갑자기 나온 것인지, ⑤ 진술 시점이나 진술자와 그것을 들은 자의 관계로 볼 때 신빙성이 있는지, ⑥ 진술 내용이 과거의 사실을 확인하는 것인지, ⑦ 반대신문을 통해 진술자의 경험의무를 검증할 수 있는지, ⑧ 진술자의 기억에 오류가 있을 가능성이 있는지, ⑨ 진술 상황에 비추어 볼 때 피고인의 관련 사실을 진술자가 잘못 진술할 가능성이 있었는지 여부가 그것이다.[833] 직업법관과 배심원으로 이원화되어 있는 미국 법원의 구조에서는 전문법칙 예외를 판단하기 위하여 직업법관이 진술의 정황이나 내용을 고려하여 증거능력 여부를 사전에 점검하게 된다. 따라서 전문법칙의 예외를 판단하는 법관은 최종적인 사실인정자가 아니므로 그가 전문법칙의 예외에 해당하는지 여부를 검사하는 과정에서 진술증거의 내용을 보고 듣더라도 어떠한 선입견의 위험이 발생하지 않는다.

---

832) 김희균・신호인, "'특신상태'의 의미에 관한 비교법적 고찰 - 제정형사소송법 규정을 중심으로 -", 법학논총, 33권 3호(2021), 434면에서 어떠한 예외가 상황과 진술을 모두 고려하고 있는지 분석하고 있다.

833) Washington v. Anderson, 733 P.2d 517(1987), p. 520(김희균・신호인, 주832)의 논문 433면에서 재인용); 홍진영, 주 814)의 논문, 228-229면도 같은 취지로 7가지 요소와 4가지 위험성을 제시한다.

3) 진술자의 공판정 출석 요건의 원칙적 불요

원래 전문법칙의 예외의 개념 자체가 원진술자를 공판에서 반대신문을 하지 않더라도 그 진술의 신용성을 인정할 수 있다는 것에 기반하고 있으므로, 전문법칙의 예외를 인정함에 있어서는 원진술자의 공판정 출석 가능 여부를 따지지 않는 것이 원칙이다. 다만, 전문법칙의 예외 유형 중 원진술자가 공판에서 과거의 진술 내용에 담긴 사실을 정확하게 기억하지 못하는 경우에 과거에 기록해둔 것을 증거로 사용하는 경우나 공판정 진술과 모순된 종전 진술처럼 원진술자가 공판정에 출석할 것을 전제로 예외가 인정되는 경우도 있고, 죽음에 임박한 진술, 불리한 이해관계 진술이나 이전 소송절차에서의 진술처럼 원진술자가 공판정에 출석할 수 없는 것이 확인된 경우에만 증거 사용이 가능한 것으로 인정되는 예외도 있다. 그러나 전문법칙은 실체진실 발견이 아닌 제3자의 인권적 가치를 옹호하기 위해 실체진실을 희생하는 외재적 증거법 원리가 아니다. 따라서 원진술자가 증언거부를 하거나 출석을 거부하는 등의 경우에도 그 원진술에 일단 신용성이 인정되어 예외에 해당하면 증거사용이 허용된다(미 연방증거법 제804조).[834]

(3) 우리 형사소송법상 특신상태 요건에 관한 구조적, 비판적 검토

1) 조서와 전문법칙의 병존

우리 형사소송법 제정 과정에서 일본에서 1948년 제정된 신형사소송법을 참고하였을 뿐 아니라 일본의 신형사소송법은 1961년 개정된 우리 형사소송법에 정식으로 전문법칙이 도입되는데에도 큰 영향을 미쳤다.[835] 우리 전문법칙에 도입된 특신상태 요건은 일본 신형사소송법의 특신정황과 거의 유사하며,[836] 역사적으로도 거기에서 영향을 받은 것으로 보인

---

834) 헌법상 대면권의 제약은 전문법칙 예외 요건과 별도로 검찰 측 진술증거에 대해서만 적용된다.

835) 김종구, 주 739)의 논문, 72-73면.

836) 일본 형사소송법 제321조 제1항 제2호 및 제3호는 다음과 같이 규정한다. 제321조 ①피고인 이외의 자가 작성한 진술서 또는 그 자의 진술을 녹취한 서면으로 진술자의 서명 또는 날인이 있는 것은 다음의 경우에 한하여

다. 제정 형사소송법에서는 특신상태는 조서 등 증거서류에 관한 한 규정에 포함되어 있지 않았고, 제315조 제3호의 기타 특신정황이 인정되는 서류와 제316조의 피고인 아닌 자의 전문진술의 증거능력 요건으로만 규정되어 있었다. 따라서 수사절차상 조서에 관한 한, 전문법칙을 도입하였다고 보기는 어렵다. 그런데 1961년 개정법은 제310조의2에서 전문증거라는 용어를 사용하는 한편, 제312조의 검사 작성 피의자신문조서와 제313조의 피의자의 진술기재서류에 관하여 특신상태 요건이 도입되었다. 그러나 여전히 참고인진술조서와 제3자의 진술서 내지 진술기재서류에 관하여는 특신상태 요건이 도입되지 않았다. 그러므로 여전히 제3자의 공판 외 진술증거에 관하여 포괄적으로 적용되는 영미법계 전문법칙과는 상당한 차이가 있었다.

일본 형사절차에서는 검찰관도 공익의 대표자로서 준사법관으로 보고 있으므로, 그 면전에서 작성된 제3자의 진술서면은 법관과 마찬가지로 높은 신용성이 인정되어 제321조 제1항 제2호 전단의 사유(우리 형사소송법 제314조와 유사)가 있으면 특신정황 요건 없이도 증거능력이 인정되며, 동호 후단에 따라 자기 모순 진술(진술 번복)의 경우에도 특신정황이 인정되면 증거능력이 인정된다.[837] 직권적 형사절차의 구조 하에서 증거법상 특신상태 요건의 역할이 애매하다는 점과 그로부터 유래되는 문제 현상도 거의 유사하다.[838]

법관이 직권적으로 증거조사를 진행하며 공판 전에 검사가 예비적 증

이를 증거로 할 수 있다. 2. 검찰관의 면전에서의 진술을 녹취한 서면에 대하여는 그 진술자가 사망, 정신 혹은 신체의 이상, 소재불명 또는 국외에 있기 때문에 공판준비 혹은 공판기일에서 진술할 수 없는 때 또는 공판준비 혹은 공판기일에서 전의 진술과 상반되거나 혹은 실질적으로 상이한 진술을 한 때. 단 공판준비 혹은 공판기일에서의 진술보다도 전의 진술을 신용할 만한 특별한 정황이 있는 때에 한한다. 3. 전2호에 규정된 서면 이외의 서면에 대하여는 진술자가 사망, 정신 혹은 신체의 이상, 소재불명 또는 국외에 있기 때문에 공판준비 혹은 공판기일에서 진술할 수 없고 또한 그 진술이 범죄사실의 존부의 증명에 없어서는 아니될 것인 때. 단 그 진술이 특히 신용할 만한 정황 하에서 이루어진 것인 때에 한한다. 법무부 형사법제과, 일본 형사소송법, 규칙, 법무부(2009). 134면.

837) 히라가키 토키오(조균석 역), 일본 형사소송법, 박영사(2012), 383-384면.

838) 春日勉/강혁신 역, “일본의 전문법칙의 예외적용에 관한 실무현상과 과제 - 검찰관 면전조서를 중심으로”, 법학논총 제18권 제3호(2011), 528-530면.

거조사를 담당하는 직권주의적 형사절차와 당사자에게 증거수집, 선택, 제시의 통제권한이 주어지고 최종적인 사실인정자는 시민 배심원으로서 수동적인 판단 기능만을 담당하는 당사자주의 형사절차는 병존할 수 없다. 또한 직권적 증거조사를 수행하는 조사자의 신용성을 문제삼는 직권주의 증거법과 원진술자의 신용성을 문제삼는 영미법계 전문법칙도 서로 병존할 수 없다. 그럼에도 불구하고, 우리나라와 일본은 직권주의적 형사절차를 유지하면서도 증거법적으로 영미법계 전문법칙의 일부를 받아들였다.[839] 이러한 체제 하에서는 당연히 영미법계 형사절차에는 존재하지 않는 조서에 대한 규율을 어떻게 할 것인가가 문제된다. 일본은 자백에 관하여는 영미법에 따라 특별한 제한 없이 증거능력을 인정하였으나,[840] 제3자의 진술조서[841]에 대해서는 직권주의 형사절차의 증거법에서는 존재하지 않는 조서의 증거능력 요건을 별도로 만들면서 그 증거능력의 요건으로 영미법계 전문법칙의 예외를 좇아 특신정황이라고 이름을 붙였다.[842] 그러면서도 조사 주체에 따라 조서의 증거능력 요건을 차등

---

839) 일본의 전문법칙 도입 경위에 관하여는 渡辺 咲子/ 김형만・김종구(공역), 주 783)의 논문 참조.

840) 일본 형사소송법 제322조 제1항은 피고인의 진술서 또는 피고인에 대한 진술녹취서면에 피고인의 서명 혹은 날인이 있는 것은, 그 내용이 피고인이 불리한 사실을 자백하는 경우에는 영미법계 전문법칙에 따라 아무런 제한 없이 증거능력이 인정된다. 그 외 피고인에게 불리한 사실을 승인하는 것 이외의 것인 때에만, 특신정황이 요건으로 규정되어 있다. 이때 자백에 대해서는 그 조서 작성자가 재판관인지, 검사인지, 사법경찰관인지, 사인인지를 가리지 않는다.

841) 엄밀히 말하면, 일본 형사소송법상 전문법칙에서는 '조서'라는 표현을 사용하지 않는다. 진술서 또는 진술을 녹취한 서면이라고 표현하고 있어서, 조서가 인정되지 않는 영미법상 전문법칙과 정합적인 문언을 사용한다. 그러나 실무상 일본 형사절차에서는 증거법의 문언과 달리, 경찰과 검사가 피의자와 참고인을 조사한 후 그 결과를 기록하며, 그 기록된 서면의 명칭을 각각 원면조서, 검찰관 면전조서라고 부르고 있다. 春日勉/강혁신 역, 주 838)의 논문, 특히 528-532면 참조.

842) 특신정황의 의미에 관하여 일본에서도 ① 진술이 이루어진 외부적 부수사정에 의하여 결정하여야 한다는 견해, ② 진술 내용을 살펴야한다는 견해, ③ 원칙적으로 외부적 부수사정에 의하되 이 사정을 판단하기 위해서 진술내용을 고려할 수 있다는 견해가 대립된다. 일본의 판례는 ③ 설의 입장을 취하고 있는 것으로 보인다. 히라가기토키오(조균석 역), 주 837)의 책,

화하는 식의 직접주의적 태도를 취하고 있다.[843]

그런데 단일 법원 구조로 이루어져 있으며 조서의 증거 사용을 허용하는 직권주의 형사절차에서는 증거능력 제도의 존재 의의가 크지 않으며, 획일적이고 형식적인 환경에서 진행되는 신문에서 이루어진 증언적 성격의 진술에 대하여 영미법계 전문법칙이 상정하는 신용성의 외부적, 정황적 보장이라는 요소를 적용하기는 어렵다. 따라서 특신상태 판단을 위해서는 어느 정도 진술의 내용을 고려하지 않을 수 없게 된다.

그런데 증거능력이 원래 사실인정자로부터 문제가 있는 증거의 접촉을 사전에 차단하기 위한 제도라는 점을 고려할 때, 증거능력을 심사하는 법관이 증명력을 심사하기 전에 증거능력 심사단계에서 어느 정도까지 증거의 내용을 들여다볼 수 있는지 여부가 논란이 될 수밖에 없다. 영미법계 증거법의 영향을 강하게 받은 견해는 법원은 증거능력 없는 진술증거의 내용을 증명력 판단에 참조해서는 안 된다는 주장을 제기한다. 그러나 영미에서도 특신상태는 오로지 외부적 정황만으로 판단하는 것은 아니다.[844] 외부적 정황은 진술증거의 기본적 신용성을 판단할 수 있는 간접증거나 정황사실의 일부에 지나지 않기 때문이다. 전문법칙은 배심원 제도와 당사자주의의 형사절차 하에서 진술증거의 신용성을 제고하기 위해 발달한 것이지, 별도의 다른 이념적 가치를 보존하기 위한 것은 아니다. 따라서 영미법계 전문법칙에서는 법관이 공판중심, 집중심리로 진

391-392면.

843) 제321조 제1항 제1호는 재판관면전조서를, 제2호는 검찰관면전조서를, 제3호는 검찰사무관이나 사법경찰관 작성 진술조서 등을 각각 규율하고 있다. 제3호 소정의 조서는 재판관이나 검사의 조서와 달리 진술이 범죄사실 존부의 증명에 없어서는 아니될 것이어야 한다는 요건 및 특신정황이 인정되어야 증거능력이 인정된다. 사법경찰관 작성 진술조서의 경우 검찰관작성 조서가 존재하면 이러한 범죄사실 존부 증명의 불가결성 요건을 충족시키기 어렵고 특신정황이 존재한다는 점을 입증하기 어렵기 때문에 일본의 실무상 이러한 유형의 진술조서의 증거능력은 반대당사자의 동의가 없으면 인정되지 않는다고 한다. 히라가기토키오(조균석 역), 주 837)의 책, 384, 388면.

844) 가장 전형적인 전문법칙의 예외인 업무상 문서의 경우에도 문서의 내용을 살펴보지 않는다면 업무관련성, 정규성, 규칙성 등을 파악할 수 없으며, 계획, 감정, 지식을 담은 내면상태 진술도 그 진술 내용을 살펴보지 않는다면 내면상태 진술인지 여부를 확인할 수 없다.

행되는 절차 내에서 곧바로 진술 내용을 살펴보고 배심원들이 오도되지 않을 정도의 신용성이 보증될 수 있는 만한 정황증거들이 존재하는 상황이라면[845] 그 진술증거는 전문법칙의 예외로서 증거로 사용하는 것이 허용되는 것이다. 더군다나 일원적 법원의 구조로 형성되어 있고 법원의 직권적 증거조사, 증거의 증명력 및 사실인정 권한을 인정하고 있는 우리 형사절차에서 진술의 내용을 고려하지 않고 외부적 정황만으로 특신상태를 판단하여야 할 필연적, 합리적 이유도 존재하지 않는다.

또한 진술 내용을 고려하지 않을 경우 수사상 조사 당시 어떠한 외부적 정황이 있을 때 특신정황으로 볼 수 있는지 여부가 문제될 수밖에 없다. 만약 특신상태의 해석을 사적 단계에서 이뤄진 진술과 유사하게 해석한다면 그러한 정황이 존재하기 어려운 수사절차 조서는 무용지물이 될 가능성이 높다. 이러한 문제의 근본적인 원인은 애초 증거능력과 증명력 구분이 불가능하거나 불필요한 직권주의적 형사절차에 영미법적 전문법칙의 개념을 도입한 것에 있다. 진술의 내용을 보지 않으면 특신상태 여부를 판단할 수 없다. 그런데 일원적 법원의 구조 하에서는 법관이 진술의 내용을 보고 특신상태 유무를 판단할 경우 법관의 머릿속에서 증거능력의 요소에 해당하는 특신상태와 증명력의 요소에 해당하는 신용성의 요소를 인위적으로 구분하는 것은 거의 불가능하다.

조서와 전문법칙을 병존시키면서 전문법칙상 특신상태 개념을 도입한 일본과 우리나라는 특신상태의 해석에 관하여 유사한 딜레마에 빠져 있다. 그러나 일본은 우리와 전혀 다른 결론에 도달한다.[846] 일본 형사소송

---

845) 예컨대 피고인의 차량에서 발견된 성냥갑에 부동문자로 새겨진 업소 명칭을 피고인이 업소에 다녀갔다는 사실을 입증하기 위한 증거로 사용하는 경우 성냥갑에 새겨진 부동문자는 그 성냥갑이 그 업소에서 사용되는 것이라는 사실의 주장을 포함하는 전문증거이며 미연방증거법상 전문법칙 예외유형에 포함시키기 어렵다. 따라서 그 성냥갑에 부동문자를 새긴 원진술자를 찾아서 증언을 하게 하지 않는다면 증거능력이 인정되기 어려울 것이다. 그러나 만약 그 업소에서 동일한 성냥갑을 다량으로 만들어서 방문하는 손님들에게 제공하였다는 사실이 확인되고, 이러한 사실이 성냥갑의 부동문자와 결합된다면, 제807조의 기타 예외에 해당하는 것으로서 증거사용이 허용될 것이다.

846) 일본은 우리나라에 비해서 영미법계 전문법칙과 독일식 직접주의의 규정들을 더 정확한 모습으로 계수하였다. 그럼에도 불구하고 직권적 수사절차를

법은 피의자 자백을 담은 조서에 대해서는 영미법계 전문법칙을 따라서 증거능력이 그대로 인정되며, 원진술자가 공판에 출석할 수 없는 경우에는 검찰관면전조서를 재판관면전조서와 동일하게 취급하여 증거능력을 쉽게 인정한다. 원진술자가 공판에 출석할 수 있는 경우에 검찰관면전조서는 원진술자가 모순 또는 실질적으로 상이한 진술을 하여야 비로소 특신정황을 요건으로 증거능력이 인정될 수 있지만, 검찰관면전조서의 이러한 위상 하에서 원진술자가 공판에서 출석하여 자기모순 진술을 한 경우 특신상태를 이유로 검찰관면전조서의 증거능력을 배척하는 것은 실무상 흔하지 않다.[847]

GHQ(연합국 군총사령부)와 일본 법무부의 타협으로부터 생성된 증거법은 반대신문권과 전문법칙의 도입을 통해서 일본의 형사절차를 당사자주의적으로 변화시키려 한 미국의 의도와 달리 오히려 일본의 재판이 검찰관 면전조서에 매우 강하게 의존한 형태의 조서재판으로 귀결되는 결과를 초래하였다.[848] 즉 공판정에서의 증인 조사보다 수사기관 특히 검찰관이 작성한 진술조서를 증거로 쉽게 채용하는 원칙과 그 예외가 역전된 실무운용이 이뤄졌다고 평가되고 있다.[849] 일본의 검찰수사는 경찰이 작성한 조서를 수정하는 정도로 이루어지는 것이 현실이기 때문에 결국

그대로 둔 상태에서 수사절차 조서의 활용에 무게 중심을 두는 방식으로 양 전통을 혼합시킨 결과는 경찰이 작성한 조서가 검찰의 첨삭을 거쳐서재판에 영향을 미치는 '조서재판'의 문제였다. 동경대학의 松尾浩也 교수는 이러한 현상이 초래된 이유에 대해서 일본의 형사소송법은 검찰관의 활동을 중심으로 한 진상규명형 형사법, 즉 직권주의적 형사법이기 때문이라고 평가하였다. 그는 제320조 이하의 전문법칙에 관한 규정을 규정하였다고 하더라도 미국과 마찬가지로 운용하는 것을 불가능하며, 제320조 이하의 규정은 처음부터 미국의 증거법 규정과는 상당 부분 상이하였고, 그것은 제321조 규정의 중심은 서증의 취급에 있는데, 미국의 증거법에서는 조서의 취급이 전문규정이 되는 경우는 없기 때문이라고 정확하게 지적하였다. 따라서 春日勉/강혁신 역, 주 838)의 논문, 526면.

847) 春日勉/강혁신 역, 주 838)의 논문, 528면은 일본에서는 검찰관면전조서의 역할에 대하여 조서재판의 원흉이라는 지적이 있으며, 공판정에서의 증인조사를 경시하고 안이하게 검찰관이 작성한 진술조서를 증거로 채용하는 원칙과 예외가 역전해버린 실무운용이라고 비판하고 있다.

848) 春日勉/강혁신 역, 주 838)의 논문 참조.

849) 일본에서는 이를 '정밀사법'이라고 부른다고 한다. 위 글.

경찰의 조서가 재판 결과에 핵심적인 영향을 미치게 된다.[850] 특히 수사 단계 장기 구속제도가 운용되는 현실에서 경찰에서 확보한 피의자의 자백조서는 공판정에서 아무런 제한 없이 증거로 사용될 수 있게 됨으로써 일본 형사절차에서 핵심적인 영향력을 행사한다. 요컨대, 일본 형사소송법은 이론적으로는 전문법칙과 반대심문권 보장으로 포장되어 있으나, 직권주의적 형사절차 구조를 그대로 둔 채 전문법칙과 직접주의 예외 형태로 수사의 결과물인 조서를 증거로 광범위하게 사용될 수 있도록 허용함으로써, 오히려 경찰의 직권적인 조사에 의해 이루어진 피의자의 자백과 검사의 참고인에 대한 조사 결과가 재판 결과를 좌우하는 형태가 되고 말았다.[851]

반면 우리 형사소송법에서는 법관의 조서는 제한 없이 원진술자의 공판 출석과 관계없이 증거능력이 인정되지만, 수사기관의 조서는 자백 취지의 피의자신문조서 및 원진술자 공판 불출석시의 참고인진술조서는 언제나 특신상태가 인정되어야 하며, 공판에 출석한 원진술자는 실질적 진정성립을 인정해야만 수사절차상 조서를 증거로 사용할 수 있게 함으로써, 참고인진술조서의 증거사용을 엄격하게 규제하는 입장을 취하고 있다. 따라서 우리 증거법 하에서는 원진술자가 공판에 출석하여 실질적 진정성립 여부를 확인하지 않는 형사소송법 제314조, 제316조의 상황에서는 특신상태의 요건을 매우 엄격하게 해석하고자 하는 판례와 학설이 발달해왔다. 동일한 직권주의 형사절차의 구조를 그대로 유지한 상태에서 유사한 방식으로 증거법 전통의 혼합적인 계수가 이뤄진 우리나라와 일본의 증거법이 역사적으로 서로 다른 경로를 걸어간 현상은 증거법이 형사절차의 구조뿐만 아니라 사회적, 문화적, 정치적 상황에 궁극적으로 의존하고 있다는 점을 여실히 보여준다.

2) 특신상태 유형별 구분의 부재

사적 단계에서 전문한 증인이 자신이 들은 진술을 법정에 전달하거나 사적 단계에서 기록된 메모가 법정에서 증거로 조사되는 경우 그 원진술의 신용성을 인정하기 위한 조건은 조사자가 조사의 목적으로 원진술자

850) 위 글.
851) 차동언, 주 378)의 책, 95-97면.

를 신문하고 그 조사의 과정과 결과를 기록한 조서의 신용성이 인정되는 사정과 당연히 다르며, 다르게 취급되어야 한다. 전자에 있어서 원진술의 신용성은 원진술을 둘러싼 정황이나 원진술자의 상황이 진실성이나 정확성을 보장하는지 여부에 달려 있는 것이 일반적이다.

그러나 조사에서는 그러한 정황이 존재하지 않으므로 후자의 경우에는 원진술의 특신상태 자체를 문제삼을 수는 없다. 조사절차에 있어서 조서의 신용성은 조사의 품질과 조사자의 신용성에 달려 있으며, 원진술자의 신용성은 그로부터 간접적으로 확인되기 때문이다. 따라서 직권주의 형사절차는 특신상태에 관한 증거법리를 발달시키지 못하고, 조사의 주체와 권한, 조사의 요건과 절차에 관하여 규율하는 방식을 취하고 있다.

우리 전문법칙 하에서도 첫째, 조사 상황에서의 특신상태 개념과 사적 상황에서의 특신상태 개념은 구분되어야 한다. 둘째, 조사의 대상이 피의자인지 참고인인지 여부에 따라서 특신상태의 개념은 다르게 이해되어야 한다. 조사자의 피조사자에 대한 태도가 대립적 관계인지 협조적 관계인지에 따라 조사자의 신용성, 즉 객관성과 중립성의 정도가 달라지기 때문이다. 그런데 우리 형사소송법은 이러한 유형 구분을 하지 않고 일률적으로 특신상태 개념으로 규정해두고 있다. 판례도 굳이 이를 유형화하려는 노력을 하고 있지 않은 것 같다.

3) 특신상태 요건의 상황 유형별 검토

앞에서 소개한 판례들로부터 특신상태의 개념과 유형을 추출할 만한 원리를 도출해내기는 대단히 어렵다. 판례는 '진술내용이나 조서 또는 서류의 작성에 허위개입의 여지가 거의 없고, 그 진술내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있는 경우'라는 일반론을 반복하고 있을 뿐이므로 미국 전문법칙의 예외 유형과 같은 구체적이고 예측가능한 법리를 기대하기는 어렵다.

가. 사적 단계 진술의 특신상태

우리 수사실무에서 검사가 사적 단계에서 이루어진 전문진술이나 전문서류만을 토대로 공소제기 결정을 하는 경우는 거의 없다. 검사나 수사기관은 대부분 공소제기 결정에 이르기 전에 원진술자를 추적하여 조서

형태로 기록해두며, 만약 전문진술만 존재하고 원진술자를 추적, 조사하지 못한 경우에는 검사는 참고인중지 결정을 하고 공소제기를 하지 않는 것이 일반적인 검찰실무에 해당한다. 우리 형사소송법 제313조 제1항도 이러한 현실을 반영하여 제3자의 진술서나 진술기재서류에 대해서는 특신상태 요건을 아예 두지 않았다. 제316조 제2항은 원진술자가 법정에 출석하여 증언할 수 없는 경우에는 특신상태 요건 하에 전문진술의 증거사용을 허용하고 있으나, 수사실무상 수사단계에서 원진술자가 확인되었다면 원진술자의 진술이 조서에 기록되는 것이 통상적이다. 원진술자의 진술이 조서로 기록되는 순간, 제312조 제4항의 진술조서의 문제나 제314조의 문제가 될 뿐 제316조 제2항이 적용될 일이 없어진다. 따라서 실무상 판례에서 사적 단계 진술의 특신상태가 문제되는 경우는 극히 드물며,[852] 제316조 제1항에 따라 피고인의 사적인 진술을 참고인이 전문증언하거나, 참고인진술조서에 기록한 경우 그 전문진술 내지 재전문증거의 증거능력에 관한 것이 간혹 문제될 뿐이다. 제316조 제2항에 관한 판례 또한 대부분 특신상태에 관한 것이 아니라, 공범인 공동피고인이 수사단계의 진술을 번복하거나 진술을 거부하는 경우 사적 단계에서 공범의 진술을 들은 제3자가 당해 피고인에 대해서 전문진술하는 것은 제316조 제2항의 예외사유에 해당되지 아니하여 증거능력이 없다는 취지의 것이 대부분이다. 즉 원진술을 추적, 조사하는 수사절차 단계를 두고 있는 우리 형사절차의 구조상, 사적 단계에서 이루어진 제3자 진술에 관한 특신상태는 실무상 거의 문제될 일이 없다는 것이다. 따라서 영미법계 전문법칙상 특신상태의 구체적 유형들은 우리 전문법칙 하에서는 거의 문제되지 않는다. 다만, 영미법계 전문법칙 하에서는 피고인의 자백에 해당하여 특신상태 요건이 아예 필요 없지만, 우리 전문법칙 하에서는 제313조 제1항이나 제316조 제1항에 의해 특신상태 요건 하에서만 증거능력이 인정되는 피고인의 사적 단계 자백에 관하여 영미법계 전문법칙의 특신상태 유형을 유추적용해보는 것은 아마도 가능할 것이다.

---

852) 극히 예외적으로 사고 당시 만 3세 3개월 내지 만 3세 7개월 가량이던 피해자인 여아의 증언능력을 인정한 판례로는 대법원 2006. 4. 14. 선고 2005도9561 판결. 피해자가 기억을 하지 못한 경우에 제316조 제2항의 예외사유에 해당하는 것으로 인정한 사례이다.

나. 제312조 제4항의 특신상태

한편, 우리 전문법칙은 조서에 관하여 특신상태 외에도 진정성립 요건을 추가하고 있기 때문에 원진술자가 공판에 출석하여 진술할 수 있는 제312조나 제313조의 상황에서는 조서의 특신상태가 별다른 기능을 하지 않는다. 원진술자가 공판에서 직접 실질적 진정성립 여부와 요증사실에 관해 직접 증언을 하는 경우에는 법원은 종전의 수사절차에서의 진술에 특신상태가 있었는지 여부를 판단해야 할 필요성을 크게 느끼지 않는다. 법원은 공판에서 원진술자의 진술 태도를 관찰하여 진술들의 증명력을 심사할 수 있기 때문이다. 이는 미 연방증거법이 일단 원진술자가 공판에 출석한 이상 진술을 번복하더라도 번복된 종전 대배심 진술 등은 전문증거의 예외에 해당하여 특신상태 요건 없이 증거능력이 인정되는 것과 마찬가지이다.[853]

다. 제314조 진술조서 및 제316조 제1항 조사자증언의 특신상태

결국 우리 전문법칙상 특신상태의 해석 문제는 진술조서의 원진술자가 공판정에 출석하여 진술할 수 없는 경우에 관한 제314조의 경우 그리고 조사자가 피의자신문시 피고인의 자백에 관하여 증언하는 경우에 관한 제316조 제1항의 경우로 귀착된다. 이는 조서가 존재하지 않는 영미법계 전문법칙이 거의 예상하지 않았던 상황이다. 이때 원진술자가 진술하는 전형적, 획일적인 조사절차 또는 피의자신문절차라는 상황에서는 영미 전문법칙에서 중요하게 구별하는 원진술자의 진실성과 정확성을 담보할 만한 정황적 의미라는 것이 있을 수 없다. 여기에서는 직권주의 형사절차에서 문제삼는 조사자의 신용성과 조사의 적절성이 문제될 뿐이다. 이러한 조사자의 신용성과 조사의 적절성은 조서의 문답 내용을 고려하고, 다른 증거와 비교, 검증을 종합해서만 판단할 수 있으므로, 진술의 증명력 평가와는 구분되기 어렵다.

따라서 우리 전문법칙이 조서에 관하여 특신상태 요건을 요구하는 것 자체가 해석상 논란을 불러 일으킬 수밖에 없으며, 이는 입법적 해결이 아니고서는 근본적으로 해결할 수 없는 문제이다. 다만, 특신상태를 명백히 요구하고 있는 현행 전문법칙 하에서는 그러한 한계를 감안하여 합

853) 제2장 제2절 2. 전문법칙의 예외 참조.

리적인 해석론을 정립하기 위해 노력할 수밖에 없다.

4) 특신상태 개념의 해석론에 관한 비판적 검토

가. 신용성의 정황적 보장설에 대한 비판

검사와 사법경찰관이 피의자나 참고인인 원진술자로부터 진술을 듣는 상황은 보통 수사기관의 조사실 내에서 규칙적, 정형적으로 이루어지기 때문에 그러한 진술이 신용성이 정황적으로 보장되는 상황을 구별해낼 수는 없다.

피의자가 검사에게 진술하는 상황에서의 특신상태의 예로 "변호인의 조력이 실질적이고도 충분히 보장된 경우 등"을 드는 견해도 존재한다. 그러나 신용성의 정황적 보장설은 ' 원진술자'의 신용성, 즉 진실성과 정확성이 인정될 만한 정황사실이나 간접증거의 존부를 문제삼는 것이다. 그런데 변호인의 조력이 있는 상태에서 이루어진 증언적 성격의 진술은 그러한 정황사실이나 간접증거가 전혀 존재하지 않는, 극히 이례적인 형식의 의사소통 유형에 해당한다. 따라서 이러한 경우에는 조사의 임의성을 인정할 단서로 평가될 수 있을지 모르나, 원진술의 신용성을 인정하는 근거로 보기는 어렵다.[854]

나. 적법절차기준설과 결합설의 비판

적법절차기준설이 조서의 특신상태를 판단함에 있어서 직권적 수사절차에서 이루어지는 조사의 신용성을 고려하여야 한다는 점을 적절하게 포착한 점은 타당하다. 그러나 특신상태는 조서의 진정성립을 규제하기 위한 법리가 아니다. 적법절차기준설이 포착하는 요소들은 조사 및 조사자의 신용성을 규제하고자 하는 자백배제법칙, 위법수집증거배제법칙, 임의성의 요건, 진정성립 요건과 중복되며, 특신상태의 독자적인 판단요소라고 보기는 어렵다.[855] 또한 특신상태는 영미법계 전문법칙에서 원진술자의 진술의 신용성을 문제삼는 것인데 조사와 조사자의 적법절차 준수사실이 보장된다고 해서 원진술자의 신용성이 확보되는 것도 아니다.

---

854) 최병천, 주 806)의 논문, 292면.
855) 최병천, 주 806)의 논문, 293면.

다. 소결

신용성의 정황적 보장설이나 적법절차기준설의 근본적인 문제점은 우리 전문법칙의 특신상태를 위치지움에 있어서, 증거능력과 증명력을 구분하고 특신상태를 독자적인 증거능력의 심사기준으로 정립하고자 하기 때문이다. 전통적인 견해들은 증거능력 없는 증거들은 법관이 그 진술내용을 보고 증명력을 평가하기 이전에 사전에 배제하여야 한다는 것을 전제로 한다. 따라서 진술 내용을 정황이나 조사절차에서의 적법절차 준수와 분리하여 특신상태의 독자적인 심사대상으로 두어야 한다고 보는 것이다. 그러나 우리 직권적 형사절차와 일원적 법원 구조 하에서 이러한 진술 내용과 정황의 분리를 달성하는 것은 불가능하며, 적절하지도 않다. 사적 단계 진술을 주로 다루는 영미 전문법칙에서도 진술 내용을 제외하고 외부적 정황만으로 증거능력 판단을 하지는 않는다. 특히 수사상 신문이나 조사 과정에서는 원진술의 신용성을 담보할 만한 외부적 정황을 구별해낼 수도 없다.

직업법관과 배심원으로 이원화되어 있는 미국 법원의 구조에서는 전문법칙 예외를 판단하기 위하여 직업법관이 진술의 정황이나 내용을 고려하여 증거능력 여부를 사전에 점검하게 된다. 따라서 전문법칙의 예외를 판단하는 법관은 최종적인 사실인정자가 아니므로 그가 전문법칙의 예외에 해당하는지 여부를 검사하는 과정에서 진술증거의 내용을 보고 듣더라도 어떠한 선입견의 위험이 발생하지 않는다. 그러나 법원의 구조가 일원화되어 있고 수사상 신문조서를 대상으로 특신상태를 평가하는 우리 전문법칙에서는 증거능력 요건은 영미 전문법칙에서와 동일한 의미를 가질 수 없다.

결국 특신상태는 증명력 판단과 유사하게 보되 '특히' 신빙할 만한 증명력을 가져야 하는 것으로 해석하는 것이 가장 합리적일 것이다. 조서의 증명력이 공판 진술보다 더 우월하다는 점이 명백하거나 공판 진술 없이도 다른 증거들과 종합하면 조서의 신용성을 명백히 인정할 수 있을 정도라고 해석하는 것이다. 이러한 관점에서 특신상태에 관하여 합리적 의심 없는 정도의 증명이 필요하다고 설시하는 판례[856]의 실질적인 의미는 그 증명력이 합리적 의심 없는 정도로 공판 진술보다 월등히 우월해

856) 대법원 2014. 4. 30. 선고 2012도725 판결.

야 한다는 것으로 이해해야 한다. 이러한 해석론 하에서는 특신상태를 판단함에 있어서 진술 내용을 고려하여야 할 뿐 아니라 조서의 경우에는 당연히 조사 및 조사자의 신용성도 함께 고려할 수밖에 없다. 조서의 특신상태를 판단함에 있어서 조서가 작성된 조사 및 조사자의 신용성은 그 피조사자의 진술의 신용성과 분리하여 판단할 수 없기 때문이다.

이러한 점들을 고려할 때 판례가 제시하는 '진술내용이나 조서 또는 서류의 작성에 허위개입의 여지가 거의 없고, 그 진술내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있는 경우' 라는 특신상태의 개념에 대한 유연한 해석은 타당하다고 생각한다. 판례가 증거능력과 증명력의 구별을 명확히 하지 못한다는 학계의 비판이 있지만,[857] 우리 전문법칙의 특성상 특신상태 개념은 증명력에 거의 유사할 수밖에 없으며, 또 그렇게 운용하는 것이 실체진실 발견의 이념에 부합하기 때문이다. 원진술자가 공판에 출석하여 진술을 번복하는 경우에는 법원 실무도 특신상태를 증명력에 가깝게 판단하고 있는 것으로 보인다. 여기에 대하여도 판례가 제312조의 특신상태 판단에 대해서는 충분히 증거능력 심사를 하지 않는다는 비판도 제기되고 있지만, 이 경우 특신상태는 실질적으로는 증명력 판단과 유사하게 될 수밖에 없으므로 그러한 판례의 태도는 당연한 것이다. 영미 전문법칙의 관점에서도 원진술자가 공판에 출석하여 진술을 번복한 경우에는 대배심 증언 등 종전 진술은 전문증거의 개념에서 제외되어 증거로 사용할 수 있으며, 대면권 침해도 문제되지 않는다. 일단 공판에서 반대신문과 태도 관찰이 가능한 경우에는 종전 진술과 공판 진술은 증명력 비교의 대상일 뿐 공판 진술이 무조건 증명력에서 우월한 것으로 보지 않기 때문이다.

다만, 문제는 대법원과 하급심 실무가 특신상태 개념의 의의와 기능에 대하여 확고한 방향성을 가지지 않기 때문에 진술증거의 유형에 따른 특신상태 개념의 유형화가 제대로 이루어지지 못하고 있다는 것이다. 우리 법상 특신상태를 전문증거가 가진 위험성을 고려하여 특히 신빙할 만한 증명력의 정도를 요구하는 것으로 해석할 때, 그 증명력의 판단방법은 사적 단계에서 이루어진 진술인지, 아니면 피의자를 조사하여 얻어진 자백인지, 아니면 참고인에 대한 진술인지 등에 따라 달라질 수밖에 없으

857) 차정인, 주 716)의 논문 참조.

며, 그 진술의 내용을 보강하는데 요구되는 다른 자료들의 내용도 달라질 수밖에 없다. 우리 법이 특신상태 개념을 채택하고 있는 이상, 법원은 그 개념의 내용이 예측가능하도록 상황에 따른 유형적 기준을 제시해야 한다.

추상적인 특신상태 개념의 장점은 실체진실 발견의 관점에서 증거가치가 있는 전문증거의 증거 사용이 합리적인 범위 내에서 충분히 허용된다는 점에 있다. 우리 입법자는 특신상태 개념을 추상적으로 규정함으로써 법원에게 증거 사용 범위에 관한 재량권을 부여하였는데 그 취지는 증거가치 있는 증거가 있고 다른 자료들에 의하여 그 신용성이 인정될 때 그 증거를 고려할 수 있도록 하기 위한 것이다. 그러나 최근 대법원과 법원 실무는 오히려 수사절차 조서의 증거능력을 지나치게 엄격하게 규제하는 데만 그 해석 재량을 행사하고 있는 것처럼 보인다.[858]

858) 예컨대 대법원 2022. 3. 17.선고 2016도17054 판결.

5. 진술조서에 관한 반대신문권 보장의 문제점[859]

(1) 대법원 판례의 경향 변화

1) 과거의 대법원 판례 경향

대법원은 반대신문권이 보장되지 않는 경우에도 전문법칙의 예외요건을 위반한 것이 아니라면 그와 관련된 진술증거에 대한 증거능력을 인정하는 것이 일반적인 경향이었다. 판례는 피고인의 반대신문권이 보장되지 않은 다른 사건의 공판조서에 대해서도 제315조 제3호의 문서로서 증거능력을 인정하거나,[860] 증인이 공판정에서 증언을 거절한 때에는 증언거부 사유의 정당성 여부와 무관하게 구 형사소송법 제314조의 '기타 사유로 진술할 수 없는 때'에 해당한다고 보아서 증거능력을 인정하였다.[861]

다만, 반대신문이 제대로 이루어지지 않은 경우에는, 전문법칙의 예외요건을 충족하여 그 진술증거의 증거능력이 인정되더라도 증명력을 다소 엄격하게 제한하고 있었다. 판례는 원진술자가 공판기일에서 그 성립의 진정을 인정하면서도 그 진술조서 상의 진술 내용을 탄핵하려는 변호인의 반대신문에 대하여 묵비한 것이 피고인 또는 변호인의 책임 있는 사유에 기인한 것이라고 인정할 수 없는 경우, 그 진술기재는 반대신문에 의한 증명력의 탄핵이 제대로 이루어지지 아니한 것이므로 그 신빙성을 선뜻 인정하기 어렵다고 판시하였다.[862] 판례는 반대신문이 이루어지지

---

859) 이하 내용은 이창온, 주 7) 및 주 500)의 논문을 기초로 내용을 수정, 보완한 것이다.

860) 대법원 1966.7.12. 선고 66도617; 대법원 2005.4.28. 선고 2004도4428

861) 대법원 1992. 8. 14. 선고 92도1211 판결; 대법원 1992. 8. 18. 선고 92도1244 판결

862) 대법원 2001. 9. 14. 선고 2001도1550. "형사소송법은 제161조의2에서 피고인의 반대신문권을 포함한 교호신문제도를 규정함과 동시에, 제310조의2에서 법관의 면전에서 진술되지 아니하고 피고인에 의한 반대신문의 기회가 부여되지 아니한 진술에 대하여는 원칙적으로 증거능력을 부여하지 아니함으로써, 형사재판에 있어서 모든 증거는 법관의 면전에서 진술·심리되어야 한다는 직접주의와 피고인에게 불리한 증거에 대하여는 반대신문할 수 있는 권리를 원칙적으로 보장하고 있는바, 반대신문권의 보장은 형식적·절차적인 것이 아니라 실질적·효과적인 것이어야 하므로, 증인이

않은 경우에도 제314조에 의하여 증거능력이 인정되는 것을 전제로 하면서, 증명력을 인정할 수 있는 요건에 관하여 다음과 같이 설시한다.

수사기관의 참고인 진술조서의 증명력에 관하여 원진술자의 법정 출석과 피고인에 의한 반대신문이 이루어지지 못하였다면, 그 조서에 기재된 진술이 직접 경험한 사실을 구체적인 경위와 정황의 세세한 부분까지 정확하고 상세하게 묘사하고 있어 구태여 반대신문을 거치지 않더라도 진술의 정확한 취지를 명확히 인식할 수 있고 그 내용이 경험칙에 부합하는 등 신빙성에 의문이 없어 조서의 형식과 내용에 비추어 강한 증명력을 인정할 만한 특별한 사정이 있거나, 그 조서에 기재된 진술의 신빙성과 증명력을 뒷받침할 만한 다른 유력한 증거가 따로 존재하는 등의 예외적인 경우가 아닌 이상, 그 조서는 진정한 증거가치를 가진 것으로 인정받을 수 없는 것이어서 이를 주된 증거로 하여 공소사실을 인정하는 것은 원칙적으로 허용될 수 없으며, 이는 원진술자의 사망이나 질병 등으로 인하여 원진술자의 법정 출석 및 반대신문이 이루어지지 못한 경우는 물론 수사기관의 조서를 증거로 함에 피고인이 동의한 경우에도 마찬가지라고 보았다.[863]

2) 최근 대법원 판례의 경향[864]

가. 정당한 증언거부권 행사와 제314조의 진술불능 사유

대법원은 증인이 '정당하게 증언거부권을 행사'하여 증언을 거부한 경우에는 제314조의 '그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때'에 해당하지 않으므로 증거능력이 없다는 입장을 취하여,[865] 종래의 견해를 변경하였다. 판례는 그 근거로서 현행 형사소송법 제314조는 구법에 비하여 그 예외사유의 범위를 더욱 엄격하게 제한하고 있는데, 이는 직접심리주의와 공판중심주의의 요소를 강화하려는 취지가 반영된 것이라는 점, 그리고 형사소송법 제148조, 제149조는 증인에게 일

반대신문에 대하여 답변을 하지 아니함으로써 진술내용의 모순이나 불합리를 드러내는 것이 사실상 불가능하였다면, 그 사유가 피고인이나 변호인에게 책임있는 것이 아닌 한 그 진술증거는 법관의 올바른 심증형성의 기초가 될 만한 진정한 증거가치를 가진다고 보기 어렵다 할 것이고, 따라서 이러한 증거를 채용하여 공소사실을 인정함에 있어서는 신중을 기하여야 한다."

863) 대법원 2006. 12. 8. 선고 2005도9730 판결.

864) 이창온, 주 7)의 논문의 92-96면을 재정리한 것이다.

865) 대법원 2012. 5. 17. 선고 2009도6788 전원합의체 판결.

정한 사유가 있는 경우 증언을 거부할 수 있는 권리를 보장하고 있다는 점을 들었다.

나. 진술거부권 행사와 제314조의 진술불능 사유

대법원은 피고인이 사적 단계에서 작성된 서류의 진정성립 여부와 관련하여 진술거부권을 행사한 경우에도 피고인 자신 또는 다른 피고인에 대한 관계에서 제314조의 진술불능 사유에 해당하지 않는다고 보고 그 증거능력을 부인하였다.[866] 여기에서도 현행 형사소송법 제314조의 문언과 개정 취지, 그리고 진술거부권 관련 규정의 내용 등을 근거로 들고 있다. 이 역시 반대신문권 보장 여부와 상관 없이 피고인의 진술거부권의 실질적인 보장 차원에서 증거능력을 부인한 것으로 이해할 여지가 있다.

다. 부당한 증언거부와 제314조의 공판진술 불능 예외사유

대법원은 수사기관에서 진술한 참고인이 법정에서 증언을 거부하여 피고인이 반대신문을 하지 못한 경우에는 정당하게 증언거부권을 행사한 것이 아니라도, 피고인이 증인의 증언거부 상황을 초래하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 형사소송법 제314조의 '그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때'에 해당하지 않으므로, 증인이 정당하게 증언거부권을 행사하여 증언을 거부한 경우와 마찬가지로 수사기관에서 그 증인의 진술을 기재한 서류는 증거능력이 없다고 판시하였다.[867]

대법원은 위 판례에서 그 첫 번째 논거로서 실질적 직접심리주의를 들고 있다. 실질적 직접심리주의는 공판중심주의의 한 요소로서 법관의 면

---

866) 대법원 2013. 6. 13. 선고 2012도16001 판결.

867) 대법원 2019. 11. 21. 선고 2018도13945 전원합의체 판결. 이 판결에 대한 상세한 평석으로는 이주원, "형사증거법상 반대신문권 보장의 의의와 기능 - 대상판결 : 대법원 2019. 11. 21. 선고 2018도13945 전원합의체 판결 -", 형사소송 이론과 실무 제12권 제2호(2020.12) 163-206면 참조. 같은 글은 형사소송법 제312조 제4항에서 반대신문권 보장 요건이 도입되었던 점 등을 고려할 때 대법원이 부당한 증언거부의 경우에도 제314조의 예외사유를 인정하지 않은 것을 지지하고 있으나 본 논문은 동의하지 않는다; 위 판결을 비판하는 평석으로는 김웅재, "원진술자의 증언거부와 형사소송법 제314조의 전문법칙의 예외", 저스티스, 통권 제182-1호(2021) 참조.

전에서 직접 조사한 증거만을 재판의 기초로 삼을 수 있고, 증명 대상이 되는 사실과 가장 가까운 원본 증거를 재판의 기초로 삼아야 하며, 원본 증거의 대체물 사용은 특별한 사정이 없는 한 허용되어서는 안 된다는 원칙을 말한다. 형사소송법은 헌법이 요구하는 적법 절차를 구현하기 위하여 사건의 실체에 대한 심증 형성은 법관의 면전에서 본래증거에 대한 반대신문이 보장된 증거조사를 통하여 이루어져야 한다는 실질적 직접심리주의와 전문법칙을 채택하고 있으며, 법관은 법정에서 직접 원본 증거를 조사하는 방법을 통하여 사건에 대한 신선하고 정확한 심증을 형성할 수 있고, 피고인에게 원본 증거에 관한 직접적인 의견진술의 기회를 부여함으로써 실체적 진실을 발견하고 공정한 재판을 실현할 수 있다고 한다. 따라서 법원은 이러한 실질적 직접심리주의와 전문법칙이 형사소송절차 진행 및 심리 과정에서 원칙적이고 실질적인 지배원리로서 충실히 기능할 수 있도록 하여야 하고, 그 예외는 직접심리주의와 공판중심주의에 의한 공정한 공개재판을 받을 권리와 무죄추정을 받을 권리를 본질적으로 침해하거나 형해화하는 결과가 초래되지 않도록 형사소송법이 정한 필요한 최소한도에 그쳐야 하므로, 전문법칙의 예외는 필요한 최소한도에 그쳐야 하며, 형사소송법 제314조는 예외적으로 전문증거의 증거능력이 인정되기 위해 갖추어야 할 요건에 대하여 다시 그 요건마저 갖추지 않아도 되는 예외를 규정한 것이므로, 그 적용 범위를 더욱 제한적으로 해석해야 한다는 것이다.

대법원은 두 번째 논거로서 반대신문권의 보장을 들고 있다. 현행 형사소송법 제312조 제4항은 구 형사소송법이 정하고 있었던 원진술자의 진정성립 인정 요건 외에 ‘피고인 또는 변호인이 공판준비 또는 공판기일에 그 기재 내용에 관하여 원진술자를 신문할 수 있었던 때’, 즉 피고인의 반대신문권이 보장될 것을 증거능력 인정의 요건으로 추가함으로써 피고인의 반대신문권이 보장되지 않은 참고인에 대한 진술조서는 원칙적으로 증거능력이 인정되지 않음을 선언하였는데, 반대신문권의 보장은 형식적·절차적인 것이 아니라 실질적·효과적인 것이어야 한다는 것이다. 또한 원진술자의 진술 없이 전문증거에 대하여 증거능력이 인정될 수 있는 예외사유에 관하여 형사소송법 제314조는 그동안 ‘사망, 질병 기타 사유로 인하여 진술할 수 없는 때’에서, ‘사망, 질병, 외국거주

기타 사유로 인하여 진술할 수 없는 때’로, 다시 ‘사망·질병·외국거주·소재불명, 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때’로 거듭 바뀌며 그 예외사유의 범위를 더욱 엄격하게 제한하는 방향으로 개정되어 왔으므로, 형사소송법이 피고인의 반대신문권 보장을 강화하고 전문법칙의 예외사유를 더욱 엄격하게 제한하는 방향으로 개정되어 온 취지를 증언거부권의 정당한 행사로 인정되지 않는 증언거부에 대하여 형사소송법 제314조의 적용 여부를 판단할 때에도 중요한 고려 요소로 삼아야 한다는 것이다.

다만 대법원은 이에 덧붙여 피고인이 증인의 증언거부 상황을 초래하였다는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 형사소송법 제314조의 적용을 배제할 이유가 없다고 덧붙이고 있다.

라. 반대신문 기회의 실질적 보장과 제314조의 특신상태

대법원은 최근 형사소송법 제314조 특신상태에 관하여 “형사소송법은 수사기관에서 작성된 조서 등 서면증거에 대하여 일정한 요건 아래 증거능력을 인정하는데, 이는 실체적 진실발견의 이념과 소송경제의 요청을 고려하여 예외적으로 허용하는 것이므로, 그 증거능력 인정 요건에 관한 규정은 엄격하게 해석·적용하여야 한다. 형사소송법 제312조 , 제313조는 진술조서 등에 대하여 피고인 또는 변호인의 반대신문권이 보장되는 등 엄격한 요건이 충족될 경우에 한하여 증거능력을 인정할 수 있도록 함으로써 직접심리주의 등 기본원칙에 대한 예외를 정하고 있는데, 형사소송법 제314조는 원진술자 또는 작성자가 사망·질병·외국거주·소재불명 등의 사유로 공판준비 또는 공판기일에 출석하여 진술할 수 없는 경우에 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌다는 점이 증명되면 원진술자 등에 대한 반대신문의 기회조차도 없이 증거능력을 부여할 수 있도록 함으로써 보다 중대한 예외를 인정한 것이므로, 그 요건을 더욱 엄격하게 해석·적용하여야 한다.”고 판시하였다.[868]

그런데 이 사건은 피해자는 검찰 및 경찰에서 참고인으로 출석하여 그

868) 대법원 2022. 3. 17. 선고 2016도17054 판결. 동 판결에 대한 비판으로는 이창온, “2022년도 형사소송법 판례 회고”, 형사판례연구 제31권, 박영사(2023), 587-598면 참조.

피해 사실을 진술하였고, 제1심 제2회 공판기일에 증인으로 출석하여 검사의 주신문 및 변호인의 일부 반대신문에 대하여 진술하였는데 피해자는 변호인의 나머지 반대신문을 위하여 55일 뒤에 속행된 제1심 제4회 공판기일부터 피고인의 보복에 대한 두려움을 이유로 출석하지 아니하였고, 제1심은 제6회 공판기일까지는 나머지 반대신문을 위하여 증인신문절차를 속행하면서 피해자에 대하여 증인소환절차를 진행하였으나, 그 이후부터 피해자에 대한 증인소환절차를 더 이상 진행하지 아니한 채 제9회 공판기일에 변론을 종결하였던 사안이었다. 원심은 피고인이 수사기관에서부터 원심에 이르기까지 일관하여 피해자의 진술과 정면으로 배치되는 취지로 주장하며 이 사건 공소사실을 극렬히 다투어 온 점, 피해자의 수사기관에서의 진술 중 피해자가 피고인으로부터 폭행당하였다는 점에 관하여는 진술이 대체로 일관되나, 폭행의 일시, 수단 및 방법, 상해부위 및 정도 등에 관하여는 다소 변경되었으므로, 피고인으로서는 반대신문을 통하여 피해자의 진술을 탄핵할 필요성이 있는 점, 그러나 피해자는 제1심 제2회 공판기일 이후부터 증인신문을 의도적으로 회피한 것으로 보이는 점 등을 들어 피해자의 수사기관에서의 각 진술이 법정에서의 반대신문 등을 통한 검증을 거치지 않더라도 진술의 신빙성과 임의성을 충분히 담보할 수 있는 구체적이고 외부적인 정황이 있다는 점을 검사가 증명한 것으로 볼 수 없다고 판단하여 무죄를 선고하였는데 결국 원심의 취지는 반대신문이 진술 전체에 관하여 이뤄지지 않았기 때문에 특신상태를 인정하기 어렵다는 것이다. 대법원은 원심의 이러한 결론을 수긍하였다.

(2) 비판적 검토

1) 판례 변화의 방향성

위에서 소개한 판례의 흐름을 살펴보면 대법원은 과거에는 반대신문권을 전체적인 공정성의 한 요소로 평가하면서 반대신문권의 제한을 증명력을 감소시키는 사정 중 하나로서 보았으나, 최근에 들어와서는 반대신문권 자체를 피고인에게 보장된 일종의 절차적 권리로 보면서, 반대신문이 이루어지지 않은 것 그 자체를 일종의 권리 침해로 보고 진술증거의

증거능력을 배제하는 경향으로 변화하여 가고 있는 것으로 보인다.[869] 대법원은 반대신문권 보장이 되지 않은 조서의 증거능력을 배제하면서 초기에는 형사소송법 제314조의 '사망·질병·외국거주·소재불명, 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때' 예외사유의 범위를 엄격하게 제한하는 방법을 사용하였는데 위 2016도17054 판결이 보여주듯이 최근에는 반대신문권 보장이 되지 않은 것 자체가 특신상태가 결여된 것으로 보는 방식으로까지 나아갔다.

그런데 만약 판례의 이러한 궤적이 그대로 진행된다면 원래 형사소송법 제314조의 입법취지가 반대신문권 보장이 될 수 없는 수사절차 조서의 예외적 증거 사용을 허용하는 것에 있음에도 불구하고, 증거법의 변형을 통해서 제314조의 기능과 의의를 무력화하는 것이 된다. 이것은 직권주의 형사절차에서 수사절차와 조서의 존재 의의와 정면으로 배치되는 것이다. 앞에서 일본은 직권주의 형사절차를 유지한 채 양쪽 전통으로부터 증거법을 계수하여 혼합시킨 결과 경찰의 조서가 재판을 좌우한다는 의미에서 가장 '조서재판'에 가까운 형사증거법 체계에 이르게 되었음을 살펴보았다. 우리나라는 일본과 거의 유사한 방식으로 직권주의 형사절차를 유지한 상태에서 양쪽 전통의 증거법을 계수하여 혼합시켰는데, 일본과는 정반대 방향으로 나아가면서 영미법계 증거법보다 더 반대신문권의 증거배제원리를 중시하는 형사증거법 체계에 이르게 되었다.[870] 대법원의 사고 흐름 속에서 반대신문권은 실체진실 보장의 수단을 넘어서서 이제 그 자체가 하나의 이념으로 자리잡기 시작한 것으로 보인다.

2) 직권적 형사절차의 구조와 반대신문권의 기능

---

869) 이창온, 주 500)의 논문, 220면.

870) 반대신문권이 독자적인 증거능력 배제원리로서의 위상을 가진 곳은 미국이 거의 유일하다. 유럽인권협약이 적용되는 곳에서 반대신문권은 증거배제원리로서 기능하는 것이 아니며, 영국을 비롯한 다른 영미법계 국가들은 최근 들어서 오히려 직권주의적 수사절차와 증거법에 가까이 다가서고 있다. 또한, 미국 헌법상 대면권은 수사기관에 대하여 이루어진 증언적 진술에만 적용되므로 사적 단계에서 이루어진 전문증거에 대해서는 적용되지 않는다. 제3장 제2절 1. 형사절차의 구조와 반대신문권의 관계 참조. 그런데 우리나라에서는 진술조서, 사적 단계 진술서, 전문진술을 막론하고 증거배제 원리로서의 반대신문권의 위상이 강화되고 있다.

법원과 검사에게 진실규명의무가 부과되어 있고 법원이 조사자이면서 사실인정자의 기능을 동시에 수행하는 직권주의 형사절차 하에서는 법원의 증거조사가 얼마나 철저하고 공정하고 적절하게 이루어졌는지 여부가 재판결과의 신용성의 핵심이며, 피고인의 반대신문권 기회 보장 또는 피고인의 신문요청을 통한 불리한 증인에 대한 법원의 신문은 법원 증거조사의 객관성과 신용성을 평가함에 있어서 보조적인 기능을 할 뿐이다. 재판결과가 실체진실에 부합하기 위해서는 법원이 피고인의 주장을 공정하게 청취하고 그 주장의 진실 여부를 반대신문권 보장이나 직권 신문을 통해서 충분히 검증하는 것이 중요한 역할을 한다. 그러나 여기에서는 반대신문권 자체를 보장하지 않았다는 것이 곧바로 재판의 신용성이 결여 되었다는 것을 의미하지는 않는다. 법원에게 진실규명의무가 부여되어 있고, 법원이 그 의무를 이행할 수 있는 직권적 증거조사권한을 가지고 있기 때문에, 피고인이 반대신문을 할 수 없는 상황이라고 하더라도 여전히 피고인의 주장이 사실인지 여부를 법원이 직접 검증할 수 있고 또한 검증해야 할 의무가 있기 때문이다. 또한 배심원 제도를 전제로 하지 않는 직권주의 형사절차에서 법원은 집중심리의 압박으로부터 상대적으로 자유롭기 때문에 반대신문이 이루어질 수 없었던 진술증거의 신용성을 기간을 두고 다른 방법으로 확인할 수 있는 방법을 모색할 수도 있다. 따라서 이러한 직권주의 형사절차 하에서 피고인의 반대신문권 또는 반대신문 요청권은 법원이 객관적이고 중립적인 입장에서 자신에게 유리한 진실발견의 동기를 가진 피고인으로 하여금 검찰 측 증거를 적극적으로 검증하게 함으로써, 법원의 진실규명의무를 이행하는데 있어서 보다 더 효과적인 수단으로 기능할 뿐이지, 진실발견의 유일한 수단은 아니다.

따라서 직권주의와 공판기록에 의한 수시심리주의를 전제로 하는 대륙법계 직권주의 형사절차에서는 반대신문권이 결여된 진술증거를 증거로 사용하는 경우가 빈번하게 발생한다. 사법관이나 준사법관이 주재하는 수사절차에서 진술을 수집, 기록하여 조서를 작성하고 이를 공판절차에서 증거로 사용하는 직권주의적 형사절차 하에서 원진술자가 공판에 출석하지 못할 사정이 생길 경우에는 반대신문이 이루어지지 않은 진술증거를 증거로 사용하는 것이 허용되기 때문이다(예컨대 독일 형사소송법 제251조).

당사자주의 형사절차에서는 이러한 조서들은 거의 대부분 전문법칙에 의하여 증거능력이 없게 될 것이나, 직권주의 형사절차에서는 증거의 소실이나 변형, 왜곡이 일어나기 전에 사법관 내지 준사법관이 진술증거를 조사하여 조서에 기록해두고, 이후 진술자의 기억상실, 법정출석 불능, 위증 등의 사유가 발생하는 경우에는 그 조서를 재판에서 증거로 사용하도록 하는 것이 오히려 실체진실 발견에 기여하는 것이라고 믿는다. 따라서 필요한 경우에는 수사절차에서의 진술조서나 영상녹화물을 증거로 사용할 수 있고, 뿐만 아니라 조사자증언의 형태로 반대신문을 직접 받지 않은 원진술자의 수사상 진술을 증거로 사용하는 것도 허용된다. 다만 유럽인권협약상 반대신문권 보장 조항의 제약을 받게 되나, 동 조항은 증거능력 배제원리로 기능하지는 않는다.

3) 직권적 형사절차와 반대신문권 판례 법리의 부정합

대법원의 최근 판례는 형사소송법 제314조의 해석이 크게 변화하여야 하는 근거로서 공판중심주의, 실질적 직접심리주의와 반대신문권 보장을 든다. 판례가 제시하는 공판중심주의와 실질적 직접심리주의 개념이 영미법과 대륙법계 양쪽 전통의 해석원리, 우리나라의 형사절차와 증거법의 구조에 부합하지 않으며 법적 근거와 논리적 일관성을 갖추지 못하였다는 것은 앞에서 이미 비판하였다.[871] 대법원이 제시하는 공판중심주의는 집중심리주의나 공판심리방식에서 있어서의 실질적 직접주의를 의미하는 것이 아니며, 수사절차 조서의 규제를 위한 목적으로 선언적으로 제시된 것에 가깝다. 그러한 형태의 공판중심주의는 재판 자체의 구두변론과 직접심리를 개선하는 데까지는 나아가지 못하며, 증거가치 있는 정보를 과도하게 희생시키기 때문에, 재판 결과의 실체적 진실 발견을 근본적으로 제고할 수 있으리라고 믿기 어렵다.

실질적 직접심리주의는 진실규명의무를 지는 법원이 원본 증거를 조사하지 않은 채 파생 증거만으로 유죄 심증을 형성하는 것을 막기 위한 것으로서 원래 독일 직접주의 형사절차 하에서 주장된 증거법리이다. 그러나 독일의 통설과 판례는 독일 형사소송법의 해석을 지도하는 원리로서 인정하지는 않는다.[872] 독일의 직접심리주의는 법관의 심증형성은 수사

871) 제4장 제1절 2. 증거법의 구조적 부정합 참조.

서류에 근거해서 형성되어서는 안 되며, 법원은 공판에서 진술증거를 직접 조사하고 그 진술 태도와 답변 내용을 직접 관찰한 결과에 의해 심증을 형성하고 그 신선한 심증을 근거로 판결을 하여야 한다는 것이 개념의 핵심이다. 독일의 직접심리주의는 수사절차에서 기록된 진술증거의 사용을 차단하는 것을 목적으로 하지 않는다. 직권주의 형사절차에서 수사절차에서 기록된 진술증거를 배제한다면, 그것은 직권주의적 수사절차의 존재 목적 자체와 모순, 충돌하는 것이다. 독일 직접주의 하에서 법원은 원진술자를 공판에 소환할 수 없거나 증언을 직접 들을 수 없는 예외적인 경우에는 법원의 진실규명의무를 이행하기 위하여, 수사절차의 진술조서를 증거로 사용할 수 있고 또 증거로 사용해야 한다.[873] 그런데 대법원이 선언하는 실질적 직접심리주의는 오히려 수사절차에서 기록된 진술증거의 사용을 차단하는 것을 목표로 한다. 반면 공판에서 원진술자를 직접 조사하고 관찰한 결과에 의해 심증을 형성하고 그 신선한 심증을 근거로 판결을 하여야 한다는 원래의 의미에서의 직접심리주의는 충분히 구현되어 있지 않다. 우리나라의 공판절차는 집중심리에 기반하고 있지 않으며, 장기간 동안 재판이 공판조서나 수사절차 조서에 기반하여 이루어지는 것이 실무의 현실이고, 법관의 정기적인 인사이동으로 인한 잦은 공판절차 갱신으로 인해, 구조적으로 그러한 형태의 직접심리주의 실현은 거의 불가능하기 때문이다.

4) 반대신문권의 절차적 기본권, 인권으로서의 기능[874]

신용성의 관점에서는 당사자주의와 직권주의 형사절차에서 반대신문권은 동일한 의미를 지니지 않는다. 양 형사절차에서 증거와 증명의 신용성을 보장하는 제도적 방식이 서로 다르기 때문에 양쪽의 증거법도 다른 양상을 띨 수밖에 없기 때문이다.

그러나 증거법적 차원을 넘어서서 대면권이 미국에서 가지는 헌법적

872) 제2장 제3절 2. 독일의 직접주의 전통 참조.

873) 진실규명의무는 법원이 적극적으로 증거를 직접 발견, 조사할 것을 법원에게 명하기 때문이다. 전통적으로 대법원도 법원이 직권에 의한 증거조사의무를 다하지 않은 경우 심리미진으로 인한 원심판결의 위법성을 인정한다. 대법원 2020. 7. 9. 선고 2019도17322 판결 등.

874) 제3장 제2절 형사절차의 구조와 반대신문권의 기능 참조.

의의나 반대신문권이 유럽에서 가지는 인권법적 의의는 공정한 재판을 위한 피고인의 절차적인 권리보장이라는 측면에서 동일하다. 미국에서의 대면권이나 유럽에서의 반대신문권은 그 진술증거의 신용성이 인정됨에도 불구하고 절차적으로 피고인에게 보장되어야 한다. 다만 반대신문권이 보장되지 않았다고 해서 진술증거의 신용성이 언제나 저해되는 것은 아니므로 절차적 권리로서의 반대신문권 보장의 효과는 반드시 증거능력의 배제여야만 하는 것은 아니다.

직권주의 형사절차의 증거법제에서 증명의 신용성은 궁극적으로 법관의 직권적 진실규명의무에 달려 있고, 피고인의 반대신문권의 보장에만 의존하는 것이 아니다. 만약 이러한 증거법제에서 피고인의 반대신문권이 보장되지 않았다는 이유로 조서나 영상녹화물의 증거 사용을 규제한다면 그것은 직권주의 형사절차의 존재 의의를 부정하게 되며, 장기적으로는 직권적 형사절차 자체가 변형되는 결과를 가져올 수 있다. 반면, 미국 연방대법원의 Crawford 판결은 대면권을 침해한 진술증거의 증거능력을 배제함으로써, 직권주의적 수사절차의 형성을 예방하고자 한다.

따라서 직권주의적 형사절차에 적용되는 유럽인권법원식 모델에서의 미보장 사유의 정당성은 직권적 증거조사를 담당하는 사법관이나 준사법관에게 책임 없는 사유로 반대신문권 보장이 이루어질 수 없었는지에 따라 판단되어야 한다. 여기에서 반대신문권 보장은 국가권력에 대한 불신을 기초로 하여 국가의 권력남용이나 권한행사의 태만을 경계하기 위한 것이며, 피고인을 보호하고자 하는 이념에서 비롯된 것이기 때문이다.

결국 직권주의 형사절차에서 반대신문권 보장의 정당성을 진술증거의 신용성 보장에서 구하고 이를 이유로 진술증거의 증거능력을 배제하는 것은 형사절차의 구조에 부정합할 뿐만 아니라, 미국 Crawford 판결의 논증과도 일치하지 않는다. Crawford 판결은 대면권의 보장을 수사절차의 증언적 진술증거에 국한함으로써 대면권이 전문증거 전반의 신용성을 제고하기 위한 원리가 아니라는 점을 분명히 하였기 때문이다.

5) 부당한 증언거부와 반대신문권의 관계

반대신문권 보장의 원리는 우리나라의 직권주의적 형사절차 내에 도입되면서 원래 영미법계 형사절차에서 발전된 반대신문권 법리와는 다른

의미를 가지게 되었다. 원래 영미법계 형사절차에서 반대신문권은 증거조사에 있어서 당사자의 주도권과 사실인정자의 수동적 지위 때문에 재판결과의 신용성 보장에 있어서 결정적인 역할을 한다. 그러나 여기에서 조차 반대신문권 보장이 재판결과의 신용성 제고를 위한 유일한 수단은 아니다. 정황증거적 성격이 많은 진술증거나 불일치 진술 등은 전문증거의 개념에서 제외되며, 전문법칙의 예외가 인정되는 경우에는 반대신문권 보장 없이도 진술증거의 증거능력이 인정될 수 있기 때문이다.[875] 즉 전문법칙의 예외를 판단함에 있어서는 진술증거 자체의 신용성이 인정되면 반대신문 없이도 전문법칙의 예외가 인정되는 것이며, 반대신문권 보장이 이루어지지 않았다고 해서 무조건 진술증거의 신용성이 없어지는 것은 아니라는 것이다. 반대신문권 보장은 당사자주의 형사절차에서 형사재판의 실체진실 발견을 보장하기 위한 내재적 원리에 해당하는 것이며, 실체진실 발견을 희생시키기 위한 외재적 원리는 아니다. 그런 관점에서 원진술자가 부당하게 증언거부권을 행사한 사례에서 반대신문권 보장이 이뤄지지 않았다는 이유만으로 형사소송법 제314조의 예외사유에 포함되지 않는다고 판시한 대법원 판례[876]는 타당하다고 볼 수 없다.

---

875) 그러한 관점에서 원진술의 존재 자체를 확인하기 위하여 원진술자의 진술을 통해서만 실질적 진정성립을 인정할 수 있게 하는 것은 합리적인 규율이라고 보기 어렵다. 대법원이 조서 증거능력 요건으로서 원진술자가 법정에서 실질적 진정성립을 인정할 것을 요구함으로써 조서의 작성 과정에서 허위와 변질이 개입할 위험성은 강력하게 규제할 수 있었지만, 그와 동시에 원진술자에게 자신의 진술을 증거로 사용하게 할 것인지 말 것인지를 결정할 수 있는 증거처분의 권한을 사실상 부여하는 부작용을 초래하게 되었다. 이는 조기에 증거를 수집, 보존함으로써 증거의 훼손, 변질을 방지하고자 하였던 조서 제도의 목적 자체가 상당히 훼손되는 결과를 가져왔다. 반면 조서 작성과정에 수반되는 위험성이 상대적으로 적은 법원의 공판조서에 관하여는 그것이 설사 다른 절차에서 작성되어 원진술의 정확성 자체에 대해서는 당해 피고인의 반대신문권이 보장되지 않은 경우라고 할지라도 제315조 제3호를 적용하여 증거능력을 인정하는 이론상의 비일관성을 초래하였다.

876) 대법원 2019. 11. 21. 선고 2018도13945 전원합의체 판결. 여기에 찬성하는 견해로는 권오걸, “정당하지 아니한 증언거부권 행사와 형사소송법 제314조의 진술불능사유-대법원 2019. 11. 21. 선고 2018도13945 전원합의체 판결의 근거를 중심으로-”, 법학논고 제71집(2010. 10), 171-175면.

영미법계 전문법칙의 관점에서는 반대신문권이 보장되지 않았더라도 제314조의 또 다른 증거능력 요건인 특신상태가 인정된다면 그 진술증거의 신용성은 인정된다고 보아야 하므로, 반대신문권이 보장되지 않았다는 이유만으로 공판 외 진술의 신용성을 배척하는 근거가 될 수는 없다. 또한, 반대신문권이 보장되지 않은 것이 원진술자의 부당한 증언거부에 의한 경우에는 이것이 재판의 공정성을 침해한다고 볼 수도 없다. 재판의 공정성은 법원이나 검찰 등 국가가 고의 또는 불성실로 피고인의 반대신문이 이루어지지 않도록 한 경우에 침해되는 것이며, 원진술자의 부당한 증언거부의 경우에는 국가에게 아무런 책임이 없으므로 국가가 재판의 공정성을 침해하였다고 볼 수 없기 때문이다. 당사자주의 형사절차로서 당사자 사이의 공정성에 가장 관심을 쏟을 수밖에 없는 미연방증거법에서도 증인의 증언거부나 기억상실의 경우에는 당사자에게 책임 없는 사유로 증언이 이루어질 수 없었던 사유로 인정하고 있다.[877] 따라서 대법원은 부당하게 증언거부권을 행사한 경우 그 진술조서의 증거능력을 부정한 것은 미국 연방대법원의 Crawford 판결과 유사하게 피고인의 반대신문권을 일종의 헌법적 권리로 보고 그 권리를 침해하였기 때문에 증거를 배제한 것으로 볼 수밖에 없다.[878] 그러나 반대신문권 자체를 헌법상의 권리로 인정할 만한 법리적 근거는 빈약하며,[879] 헌법재판소도 반대신문권 그 자체를 독립적인 헌법상 기본권으로는 인정하지는 않는다.[880]

한편, 정당한 증언거부권을 행사한 경우 진술조서의 증거능력을 부정

877) 제2장 제2절 2. 전문법칙의 예외 참조.

878) 여기에 찬성하고 나아가 공판에서 반대신문권이 침해된 경우에도 위법성으로 인해 하자치유가 인정되어서는 안 된다는 견해로는 홍영기, 주 750)의 논문, 33-36면.

879) 김웅재, 주 867)의 논문, 474-475면.

880) 그러나 최근 헌법재판소 2021. 12. 23. 2018헌바524 결정은 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(2012. 12. 18. 법률 제11556호로 전부개정된 것) 제30조 제6항 ‘제1항에 따라 촬영한 영상물에 수록된 피해자의 진술은 공판준비기일 또는 공판기일에 조사 과정에 동석하였던 신뢰관계에 있는 사람 또는 진술조력인의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 경우에 증거로 할 수 있다’는 부분 중 ‘성폭력범죄의 피해자가 19세 미만’에 해당하여 영상물을 촬영한 경우에 관한 부분에 관하여 위헌 결정을 하였다. 위 결정에 대한 비판으로는 이창온, 주 500)의 논문 참조.

한 판례의 입장에 대해서는 학계에서도 상당한 지지를 얻고 있고,[881] 독일에서도 원진술자가 공판 단계에서 정당하게 증언거부권을 행사한 경우 독일 판례는 증언거부권을 보호하기 위하여 종전 진술이 기재된 수사 단계의 조서나 진술서류의 증거능력을 인정하지 않으나(형사소송법 제252조), 부당하게 증언거부나 답변거부를 한 경우에는 그 이전 단계에서 작성된 조서나 진술서류의 낭독을 허용한다.[882] 그러나 미국에서는 정당한 증언거부권을 공판 단계에서 행사하였다고 하여 전문법칙의 예외가 인정되는 진술의 증거능력을 부정하지 않는다.[883] 따라서 이 문제는 반대신문권 보장의 본질적인 내용으로부터 연역될 문제가 아니라 증언거부권의 보호범위를 어디까지로 정할 것인가라는 정책적 문제에 불과하다는 것을 알 수 있다.[884]

2022년의 대법원 2016도17054 판결은 이제 제314조의 예외사유를 엄격히 해석하던 태도로부터 반대신문 보장이 제대로 되지 않은 경우에는 특신상태 자체를 인정할 수 없다는 논리로까지 나아가고 있다. 그러나 특신상태는 전문법칙의 예외법리에 의하더라도 반대신문권 보장과 관계없이 인정될 수 있는 것이며, 대상판결의 사안에 비추어 보면 피해자는 법정에 출석하여 진정성립에 관하여 증언하였고 재판부가 주신문과 일부 반대신문 과정에서 피해자의 증언 태도까지 직접 확인하였으므로 조서 또는 서류의 작성에 허위개입의 여지가 거의 없다는 점에 대해서는 이미 확인 가능한 부분이었다. 한편, 그 진술내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있는 경우의 의미는 그 문언상 진술 당시의 외부적 상황, 진술자의 내적 상황 등에 비추어 진술 내용의 진실성을 뒷받침할 만한 정황증거가 추가로 존재하는지 여부로 판단될 수밖

881) 이창온, 주 500)의 논문, 451-453면에서 국내 학설을 4가지 유형으로 정리한 그 대립 상황을 소개하고 있다.

882) 독일 형사소송법 제55조의 답변거부권을 행사한 경우에는 제252조의 적용대상이 아니라고 일반적으로 해석되고 있으나 독일 연방대법원은 확장해석을 통해서 동일한 효과를 부여한다. Roxin・Schünermann, 주 262)의 책, 406면. 저자들은 이에 대하여 제251조 명문의 해석범위를 넘어서는 것이라고 하여 판례를 비판하고 있다.

883) 제2장 제2절 2. 전문법칙의 예외 참조.

884) 김웅재, 주 867)의 논문, 477-478면은 영미법계 증거법의 입법례에 관해 소개하고 있다.

에 없었다. 그런데 대상판결은 진술 당시의 외부적 상황이나 진술자의 내적 상황이 아니라 그 이후 공판 단계에서 반대신문권이 충분히 이루어졌는지 여부를 기준으로 원진술의 특신상태를 소급해서 판단할 수 있는 것처럼 설시하여 특신상태의 판단기준을 변형하였다. 이것은 결국 반대신문의 기회 없이 증거능력을 부여할 수 있으려면 반대신문을 충분히 실시하여야 한다는 순환 논리가 되며, 형사소송법 제314조의 존재 의의를 완전히 무력화하는 것이다.[885] 이러한 판례의 궤적은 증언거부권 행사와 관련하여 증거능력을 부정하였을 때 이미 어느 정도 예상 가능한 것이었지만, 입법자가 예정한 우리 증거법 체계를 크게 바꾸는 것임에도 별다른 근거 제시 없이 쉽게 나아갈 수 있는 길인지 의문이 든다.

885) 김웅재, 주 867)의 논문, 476면도 부당한 증언거부 사안에 관한 대법원 판례가 형사소송법 제314조의 기본 전제에 반한다는 점을 비판한다.

제 5 장 결 론

지금까지 Damaška의 역사적, 구조적, 비교적 분석방법에 기초하여 우리의 형사증거법이 형사절차의 구조와 부정합상태에 놓여 있다는 사실을 확인하였다. Damaška의 분석이 보여주는 것과 같이 영미법계나 대륙법계 형사법체계에서는 형사절차의 구조와 증거법 사이에 어느 정도 인과적이고 정합적인 관계가 형성되어 있으나, 우리 법체계 내에서는 그러한 관계가 결여되어 있다. 예컨대 우리나라 법원의 구조는 직업법관으로 단일화되어 있으나 최종 사실인정자의 분리를 전제로 하는 증거능력 제도를 채택하였으며, 우리나라의 형사절차의 구조는 집중심리주의를 채택하고 있지 않으면서도 증거법은 집중심리를 전제로 하는 직접심리주의를 표방하고 있다. 또한 우리 법원이 직권적 증거조사 권한을 가지고 있음에도 당사자의 전속적인 증거조사 주도권을 전제로 하는 전문법칙상 증거배제법리를 채택하였다. 그러나 우리나라의 형사절차가 영미법계 형사절차와 가장 결정적으로 다른 지점은 수사절차상 진술조서의 증거사용을 전제로 하면서도 전문법칙을 통해서 이를 규제하고자 한다는 것에 있다. 즉 우리 증거법은 직권주의 형사절차에서 증거로 이용되는 수사절차상 조서와 영미법계 증거법에서 형성된 전문법칙을 병존시키고 있는데, 전문법칙이 당사자주의 형사절차를 역사적, 구조적 배경으로 하여 형성된 것을 고려하면 이는 매우 특이한 것이다. 우리나라의 전문법칙상 진술조서의 증거능력 요건을 비교법적으로 검토하는 과정에서 형사절차의 구조와 증거법 사이에 존재하는 그러한 부정합 상태는 진정성립 요건, 특신상태, 반대신문권의 법적 지위 등 진술조서에 관한 전문법칙의 해석에 있어서 여러가지 난제들을 발생시키고 있다는 점을 확인할 수 있었다.

이러한 부정합 상태의 역사적 원인은 우리나라의 형사절차가 자생적으로 형성된 것이 아니라 일제 식민 치하에서 대륙법계 직권주의 형사절차를 계수하는 방식으로 주어졌고, 해방 직후 어려운 현실 속에서 다시 영미법계 증거법의 영향을 받아 형사소송법이 제정되었으며, 이후 민주화와 근대화의 급격한 역사적 변화 속에서 그 토대 위에 우리 고유의 독자

적인 법리를 형성해왔기 때문이다. 제정 형사소송법의 입법자들은 서구 양대 전통의 형사절차의 이념적 측면과 함께, 우리 국민의 법감정, 사법의 기능 그리고 우리의 사법조직이나 자원의 현실이 가지는 한계도 깊이 인식하고 있었다. 우리 입법자들은 양대 형사절차의 전통으로부터 우리 현실에 적합한 부분을 추출하여 혼합하고, 다시 거기에 세계 어떤 형사법 전통에도 존재하지 않았던 고유한 증거법리를 접목시킴으로써 우리의 현실적 어려움과 한계에 창의적으로 대응하고자 하였다. 우리 입법자와 대법원이 형사소송법 제정 이래 형사절차의 대대적인 변혁에 소요될 인적, 물적 사법 자원의 증가를 피하면서도, 증거법리의 독자적인 형성을 통해서라도 수사기관의 권력 남용을 규제하고 피고인의 방어권 보장을 제고하려 한 노력은 긍정적으로 평가받을 만하다.

그러나 형사소송법 제정 이후 약 70년이 흐른 시점에서, 또한 국제적으로는 국제형사재판소의 형사절차가 제정되고, 영미법계 형사절차에서는 전문법칙이 완화되고 대륙법계 형사절차에서는 반대신문권 보장이 절차적 기본권 내지 인권으로 기능하게 됨으로써 양대 서구 전통 사이에 형사절차의 수렴 현상이 논의되고 있는 시점에서, 이제 우리나라의 형사절차 구조와 증거법에 대한 역사적, 구조적, 비교법적 분석이 면밀하게 이뤄져야 할 필요가 있다고 생각한다. 논문의 서두에서도 언급한 것처럼 법이 지속적으로 변화하고 향후에도 그러한 변화가 계속될 것으로 예상되는 상황에서는 전통적인 해석법학의 방법보다는 역사적, 구조적 분석방법이 더 유용하기 때문이다. 그럼으로써 우리 형사절차와 증거법의 이념과 기능의 현상태가 어떠한지를 명확해져야 하고, 앞으로 어떠해야 하는지에 관한 논의가 촉발되어야 한다.

Damaška의 구조적 분석방법과 그에 따른 우리 형사절차의 구조에 대한 본 논문의 진단이 타당하다면, 형사절차의 구조와 부정합 상태에 놓여 있는 우리 증거법은 실체진실 발견이라는 증거법 이념의 측면에서 기능의 저하를 겪게 되거나 이미 발생한 기능 저하 현상이 향후 심화될 가능성이 높다. 이것은 규범적 관점에서 영미법계 형사절차보다 직권주의적 형사절차가 실체적 진실 발견에 더 유리하며, 우리 증거법이 당사자

주의적 요소를 강화하였기 때문에 이러한 기능 저하가 발생하는 것이라고 주장하려는 것이 아니다. Damaška는 비록 직권주의 형사절차를 당사자주의 형사절차보다 규범적으로 선호하였다는 비판을 받았지만, 당사자주의 형사절차 그 자체에 본질적인 문제가 있다고 생각하기보다는 그 절차의 구조에 이질적인 요소가 도입되거나 기존의 요소가 쇠퇴하는 과정에서 전체 형사절차의 기능에 문제가 발생한다는 문제의식이 더 강하였다. 본 논문도 직권주의가 당사자주의보다 본질적으로 우월하기 때문에 우리 형사절차의 직권주의를 더 강화하여야 한다는 주장을 하고자 하는 것은 아니다. 우리 사회, 문화, 정치환경에 적합한 형사절차의 구조를 정확하게 진단하고, 그에 조화될 수 있는 정합적인 증거법을 고민하여야 한다는 것을 주장하는 것이다. 본 논문은 조화로운 증거법을 발견하기 위한 전제 작업으로서 우리 형사절차와 증거법이 구조적 부정합 상태에 있음을 드러내고 증거법의 개념들이 그러한 구조를 투명하게 드러내지 못하고 있다는 점을 규명하고자 하였다.

한편 형사절차의 현상(sein)이 그러하다고 해서, 반드시 증거법의 규범(sollen)이 꼭 현상을 따라야 한다는 법은 없다. 형사소송법 제정 후 약 70년의 세월이 흘렀으므로, 서구 전통과의 비교법적 분석보다는 그동안 누적된 우리 고유의 방법을 더 잘 활용하면 되는 것은 아닌가 하는 반론도 충분히 가능하다. 그러나 형사절차와 증거법이 서로 부정합 상태에 놓여 있는 현행 형사법체계는 이미 여러 가지 비용을 발생시키고 있다. 우선 형사절차에서 발생하는 문제를 형사절차의 개혁으로 정면 해결하지 않고, 증거법리의 변형으로 대응하는 것은 그 증거법리의 실질적인 기능과 정책적 논거를 투명하게 드러내지 않는다. 이는 해석법학에 여러 난제를 부과한다. 우리나라의 전문법칙이나 직접심리주의는 영미법계와 대륙법계 증거법으로부터 각각 차용하여 왔고 우리 실무상 그 개념들의 의미도 그 양대 전통에서 사용하는 개념에서 이끌어 내고 있지만, 우리 형사절차에서 그 개념들이 실제로 기능하는 것은 원래 그 개념들이 탄생한 곳에서와는 전혀 다른 양상을 보인다. 서로 다른 형사절차에서 형성된 전문법칙, 반대신문권과 실질적 직접심리주의가 우리 증거법 내에서 함께 차용되어 병존적으로 사용하는 과정에서 그 개념들의 의미가 변형된

것이다. 그런데 그 법리들의 의미와 기능이 실제로 변형되었음에도 불구하고, 개념의 정의는 서구 전통의 것을 거의 그대로 차용하고 있는 대법원 판례와 학설은 그러한 변형과 실질적인 기능의 측면을 투명하게 드러내지 못한다. 이제 우리의 증거법리를 우리 고유의 방법으로 형성하고 있다고 하고 있지만, 실제로는 법리가 일방적으로 선언되고 있을 뿐 그 해석적, 정책적 근거가 무엇인지에 관하여 충분한 논거가 제시되고 있지 못하며, 학계와 실무의 합의된 인식도 부족하다. 따라서 우리 증거법 개념들 속에 내재되어 있는 실체진실 발견과 공정한 재판의 가치 사이에 존재하는 긴장관계도 제대로 드러나지 않는다. 그렇게 되면 균형 있고 합리적인 대안의 모색도 어렵게 된다. 그 결과로서 형사절차와 증거법의 공정성과 신용성에 관하여 끊임없는 비판과 혼란이 제기된다. 실체진실 발견을 제약하는 증거법 개념들의 실질적인 기능과 정책적 근거가 투명하지 않기 때문에 어떠한 외재적 원리를 이유로 개별 사건에서 실체진실을 희생해야 하는지 여부가 명확하게 드러나지 않는다. 그런 상황에서는 자연스럽게 형사사법에 대한 국민의 신뢰가 저해될 수밖에 없을 것이다. 그러므로 우리나라의 형사절차와 증거법의 구조적 상황을 투명하게 드러내는 작업이 선행되어야 하며, 이를 토대로 우리에게 적합한 조화로운 증거법을 모색하여야 한다.

앞에서 직권주의적 수사절차와 조직이 강화되거나 생성되고, 그에 발맞추어 전문법칙과 같은 공판 외 진술증거의 배제 규칙들은 대폭 약화되고 있는 것이 세계적인 형사절차 융합의 추세라고 주장하였다. 또한 그와 동시에 직권주의가 강화되는 것에 대응하여 수사절차 내에서 피고인의 참여권과 방어권을 강화함으로써, 공정한 재판을 보장하려는 세계적인 흐름도 설명하였다. 이는 모든 현대국가가 형사사법 분야에서 직면하고 있는 과제가 거의 유사하기 때문이다. 우리나라도 장기적으로는 그러한 추세에 동참하지 않을 수 없을 것이다. 따라서 직권주의적 수사절차와 증거자유주의가 강화되는 동시에, 피고인/피의자의 방어권과 참여권이 철저하게 보장되고 공정한 재판이 담보되는 형사절차의 형태로 나아가게 될 것이다. 남은 문제는 수사절차에서 반대신문권이 보장되지 않은 경우 그 조서 또는 영상녹화물의 증거능력을 배제할 것인지 아니면 증명력 평가에 맡길

것인지 여부이다. 개인적으로는 우리 사회, 문화, 정치환경에서는 당사자주의보다는 직권주의적 형사절차와 증거법이 더 적합하다고 생각하며, 논문의 서두에서 밝힌 것처럼 조서 또는 영상녹화물의 규제 또한 독일식 직접주의나 유럽인권법원의 반대신문권 해석방법과 유사하게 이루어지는 것이 바람직하다고 생각한다. 왜냐하면 우리 사회는 형사재판을 통해 실체적 진실이 발견될 수 있거나 발견되어야 하며, 국가가 형사절차를 통해서 사회를 보호하여야 한다는 사회적, 문화적 믿음이 아직까지 강력하게 자리잡고 있으며, 정치, 사회구조 또한 그러한 믿음에 근거하여 견고하게 형성되어 있기 때문이다.

그러나 만약 수사기관에 대한 사회적 불신이 너무 강하게 자리잡아서 그 객관성과 중립성에 대한 신뢰가 불가능할 정도에 이르렀다면, 그래서 수사기관의 조서 또는 영상녹화물을 증거로 사용함으로써 얻을 수 있는 편익에 비해서 권력남용의 위험성이나 사회적 불신으로 인한 비용이 더 큰 상황이라면, 그때에는 영미법계 증거법리를 일부 변형하여 도입하는 식으로 대응해서는 안 되며, 사회적 비용이 들더라도 우리 형사절차의 구조를 영미법계 당사자주의의 구조로 전면 전환하고 거기에 맞추어 조서의 사용을 전면 또는 일부 폐기해야 할 것이다. 그러나 형사절차의 구조를 바꾸지 않은 상태에서 증거법리만을 변형하는 것은 형사실무 현실에서 실제로는 큰 효과가 없거나, 장기적으로는 하나의 문제(검찰에 대한 불신)를 다른 문제(경찰이나 법원에 대한 불신)로 치환하는 것에 불과할 것이다. 개인적으로는 그러한 대대적인 전환이 가져올 사회적 비용이 너무 클 것으로 생각되기에 그러한 상황에까지 이르지 않기를 희망한다.

참 고 문 헌

[국내 단행본]

김종률, 진술분석, 학지사(2010)
김주석, 김정환, 증인신문 절차 및 기법에 관한 연구, 사법정책연구원(2016)
노명선・이완규, 형사소송법, 성균관대 출판부(2009)
배종대・홍영기, 형사소송법 제2판, 홍문사(2021)
법원행정처, 법원실무제요 형사 [Ⅱ]
신동운, 신형사소송법 제4판, 법문사(2012)
신동운, 간추린 신형사소송법 제13판, 법문사(2021)
신동운 편저, 효당 엄상섭, 형사소송법논집, 서울대학교 출판부(2006)
신양균 편저, 형사소송법 제·개정 자료집(상), 한국형사정책연구원(2009)
이상훈 외 2인, 수사기관 작성 조서의 증거 사용에 관한 연구 : 2020년 개정 형사소송법에 따른 실무 변화 모색, 사법정책연구원(2021)
이은모・김정환, 형사소송법 제8판, 박영사(2021)
이재상 외 2인, 형사소송법 제14판, 박영사(2022)
이성범, 소통의 화용론 제2판, 한국문화사(2019)
이완규, 형사소송법 연구 Ⅰ- 개정 형사소송법의 쟁점, 탐구사(2007)
이정모, 인지과학, 성균관대학교 출판부(2009)
이주원, 형사소송법 제4판, 박영사(2022)
정웅석 외 3인, 신형사소송법, 박영사(2021)
차동언, 형사증거법Ⅰ- 공판중심주의와 전문법칙-, 법문사(2007)

[외국 단행본(역서 포함)]

Arthur Best/이완규, 백승민 역, Evidence, 미국 증거법-사례와 해설, 탐구사(2007)
Andrew Choo, Hearsay and Confrontation in Criminal Trials, Clarendon Press Oxford(1996)
J. L. Austin, How To Do Things With Words(1962), Barakaldo Books. [Kindle Edition]
J. L.Austin/ 김영진 역, 말과 행위-오스틴의 언어철학, 의미론, 화용론, 서광사(1992)
Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht 14th, C.F.Muller(2018)
Cass R. Sunstein, Reid Hastie, 와이저(이시은 역), 리드하우스(2015)

Cass R. Sunstein, 누가 진실을 말하는가(이시은 역), 21세기북스(2015)
Christopher Mueller 외 1인, Evidence 2th, Thomson west(2008)
Christopher Mueller 외 2인, Federal Rules of Evidence: With Advisory Committee Notes and Legislative History, Wolters Kluwer. [Kindle Edition](2020).
Delmas-Marty · J.R.Spenser, European Criminal Procedures, Cambridge University Press(2002)
Frederic Debove 외 2인, Precis de Droit Penal et de Procedure Penale 8th, PUF(2020)
Francois Sanit-Pierre, Pratique de Defense Penale 4th, LGDJ(2020)
Fred E. Inbau 외 3인, Criminal Interrogation and Confessions 5th, Jones & Bartlett Learning(2013)
John Bugliosi, The Art of Prosecution, Looseleaf Law Pubns Corp(2000)
JR Spencer, Hearsay Evidence in Criminal Proceedings 2th, Hart Publishing(2014)
John R. Searle, Speech Acts: An Essay In the Philosophy of Language, Cambridge University Press[Kindle Edition](1969)
John H. Langbein, The Origin of Adversary Criminal Trial, Oxford University Press(2003)
John D. Jackson · Sarah J. Summers, The Internationalisation of Criminal Evidence Beyond the Common Law and Civil Law Traditions, Cambridge University Press[Kindle Edition](2012)
John Sprack · Michael Engelhardt-Sprack, A Practical Approach to Criminal Procedure 16th. Oxford University Press[Kindle Edition](2019)
Holle Eva Löhr, Der Grundsatz der Unmittelbarkeit im deutschen Strafprozessrecht, Duncker & Humblot(1972)
Haller/Conzen, Das Strafverfahren, 8th, C.F.Muller(2018)
Ho Hock Lai, A Philosophy of Evidence Law, Oxford University Press(2008)
Jacqueline Hodgson, The Metamorphosis of Criminal Justice, Oxford University Press[Kindle Edition](2020)
Klaus Geppert, Der Grundsatz der Unmittelbarkeit im Deutschen Strafverfahren, De Gruyter(1979)
Klaus Volk(김환수 외 2인 공역), 독일 형사소송법, 박영사(2009)
Larry Laudan, Truth, Error, and Criminal Law, Cambridge University Press(2006)
Michael Bohlander, Principles of German Criminal Procedure, Hart Publishing(2012)
Mirjan Damaška, The Faces of Justice and State Authority, Yale University Press(1986)

Mirjan Damaška, Evidence law adrift, Yale University Press(1997)
Niklas Luhmann, Einfuhrung in die Systemtheorie, 체계이론 입문(디르크 베커 편집, 윤재왕 역). 새물결(2014)
Richard Posner, The Problems of Jurisprudence Revised Edition, Harvard University Press; Revised edition(1993)
Roderick Munday, Cross & Tapper on Evidence 13th, Oxford University Press(2020)
Philip Leach, Taking a case to the European Court of Human Rights, 4th, Oxford University Press(2017)
Paul Roberts · Adrian Zuckerman, Criminal Evidence 2th, Oxford University Press(2012)
Richard Posner, Frontiers of Legal Theory, Harvard University Press (2001)
Roxin · Schünermann, Strafverfahrensrecht 29th, C.H.Beck(2017)
Robert P. Mosteller 외 5인, McCormick on Evidence, 8th, West Academic Publishing(2020)
S. Trechsel/강남일 역, 국제인권법과 형사소송, 경인문화사(2014)
Stefano Maffei, The Right to Confrontation in Europe 2th, Europa Law Publishing (2012)
Terence Anderson 외 2인, Analysis of Evidence (2nd Ed.), Cambridge University, 2005,
Thierry Gare · Catherine Ginestet, Droit Penal Procedure Penal 12th, Dalloz(2020)
Yale Kamisar 외 5인, Modern Criminal Procedure 15th, West Academic Publishing(2019)
Mitchell L. Eisen 외 2인, Memory and Suggestibility in the Forensic Interview, 기억과 피암시성(김태경 외 1인 번역), 시그마프레스(2009)
William Twining, Rethinking Evidence: Exploratory Essays, Cambridge University Press 2th[Kindle Edition](2005)
Jerome Frank, Courts on Trial 3th, Princeton University Press(1973),
John D Jackson · Sarah J. Summers, The Internationalisation of Criminal Evidence, Cambridge University Press[Kindle Edition](2012)
Susan Haack, Evidence and Inquiry: A Pragmatist Reconstruction of Epistemology, Prometheus Books[Kindle Edition](2009)
히라가키 토키오(조균석 역), 일본 형사소송법, 박영사(2012)

[국내 논문]

곽금주・이승진, “아동증언에 영향을 주는 요인들”, 한국심리학회지 제25권 제2호(2006)

권영법, “현행 조서관련 규정에 관한 비판적인 고찰 : 비교법적인 고찰을 통한 현행 규정의 검토와 대안의 모색을 중심으로”, 저스티스 통권 제131호(2012)

권오걸, “정당하지 아니한 증언거부권 행사와 형사소송법 제314조의 진술불능 사유—대법원 2019. 11. 21. 선고 2018도13945 전원합의체 판결의 근거를 중심으로-”, 법학논고 제71집, 경북대학교 법학연구원(2020)

권오걸, “독일 형사소송법상 조서 등 낭독 규정의 이론적 배경 및 한국형사소송법규정과의 비교”, 동아법학 제67호, 동아대법학연구소(2015)

권오걸, “한국 형사소송법과 미국 연방증거법상 전문법칙 비교연구”, 법학연구 제24권 제1호, 경상대학교 법학연구소(2016)

권창국, “한국 형사소송법에서의 전문증거법칙에 관한 재고찰- 영미법상 전문법칙 또는 대륙식 직접주의의 수용인가?-”, 형사소송의 이론과 실무 제2권 제1호(2010)

김태명, “공판중심주의 관점에서 본 증거법의 바람직한 운용방안”, 형사법연구 제26권 제1호(2014)

김태업, “형사소송법 제314조에 따라 증거능력을 인정하기 위한 요건- 대상판결: 대법원 2014. 8. 26. 선고 2011도6035 판결”, 형사소송 이론과 실무 제7권 제1호, 한국형사소송법학회(2015)

김성룡, “직접성 원칙의 비교법적 검토를 통해 본 향후 개정 과제”, 형사소송 이론과 실무 제14권 제3호(2022)

김웅재, “원진술자의 증언거부와 형사소송법 제314조의 전문법칙의 예외”, 저스티스 통권 제182-1호(2021)

김일룡, “증거의 진정성과 증거규정 체계의 재구성- 미국연방증거규칙으로부터의 시사점 -”, 형사법의 신동향 제32호(2011)

김정한, “형사소송법상 특신상태의 의미와 개념 요소 및 판단기준에 관한 소고”, 비교형사법연구(제16권 제1호), 한국비교형사법학회(2016)

김정한, “피의자신문조서의 증거능력에 관한 소고”, 법조 제55권 제4호(20064)

김종구, “형사소송법상 전문법칙의 입법연혁과 영미법의 영향 - 일본 형사소송법상 전문법칙의 제정과정과 관련하여 - ”, 법학논총(제19집 제3호), 조선대학교 법학연구소(2012)

김희균・신호인, “ ‘특신상태’의 의미에 관한 비교법적 고찰 - 제정형사소송법 규정을 중심으로”, 법학논총(제33권 제3호), 국민대학교 법학연구소(2021)

김희균・이민우, “전문증거와 본래증거의 구별- 대법원 2018. 5. 15. 선고 2017도19499 판결-”, 저스티스, 통권 제182-1호(2021)
김희균, “형사증거법의 재조명(I): 전문법칙과 불일치진술”, 「홍익법학」, 제14권 제1호(2013)
김희균, “크로포드 사건: 형사피고인의 대질심문권의 재발견”, 법조 제586호(2005)
김희균, “공판조서는 믿을 만한 서류인가?-2011헌바79에 대한 비판적 검토-” 형사법의 신동향 통권 제64호(2015)
변종필, “형사소송구조의 실천적 함의”, 강원법학 제51권(2017)
변종필, “형사소송의 진실개념”, 고려대학교 박사학위논문(1996)
변종필・나기업, “직접주의와 공판중심주의・전문법칙의 관계”, 법조 제71권 제3호(2022),
신상현, “조사자증언 제도의 개선방안- 독일의 직접심리주의에 대한 비교법적 고찰을 중심으로”, 법학논총 제31권 제3호(통권 61호), 국민대학교 법학연구소(2019)
설민수, “형사재판에서 증언적 전문진술에 대한 반대신문권 보장과 그 한계”, 사법논집 제52집, 법원도서관(2011)
송중호, “국제형사재판소(ICC) 및 구유고 전범재판소(ICTY)의 재판절차를 통해 들여다본 우리 형사절차”, 형사소송의 이론과 실무 제4권 제1호(2012)
신동운, “사법개혁추진과 형사증거법의 개정”, 서울대학교 법학 제47권 제1호, 서울대학교 법학연구소(2006).
신동운, “형사소송법의 기본구조에 관한 일고찰 -특히 입법경위를 중심으로-”. 서울대학교 법학, 28권 1호(1987)
신동운, “제정형사소송법의 성립경위”, 형사법연구 제22호(2005)
신상현, “조사자증언 제도의 개선방안-독일의 직접심리주의에 대한 비교법적 고찰을 중심으로-”, 법학논총 31권 3호(2019)
신양균, “바람직한 형사재판의 방향-공판중심주의의 재정립을 위하여-”, 저스티스 통권 78호(2004)
심희기, “전문과 비전문의 구별”, 법조, Vol. 681(2013)
안수길, “독일의 피의자신문 영상녹화제도”, 성균관법학 제33권 제2호(2021)
안정빈, “형사소송법 제314조 증거능력에 대한 예외의 예외”, 형사소송 이론과 실무 제12권 제1호(2020)
안성훈, “2020년 신형사소송법상의 조사자증언제도에 대한 소고”, 형사정책연구 제32권 제2호, 한국형사정책연구원(2021·여름)
오병두, “형사증거법상 진정성 입증(authentication)의 체계적 의미에 관한 연구”, 홍익법학 제15권 제4호(2014)
유주성, “프랑스 형사증거법상 증거자유주의에 관한 연구”, 비교형사법연구

제16권 제2호(2014)
유해용, “공판중심주의와 전문법칙”, 저스티스 통권 제98호, 한국법학원(2007)
이상원, “휴리스틱과 검사의 인지편향”, 형사정책 제29권 제3호(한국형사정책학회(2017)
이성기, “당사자주의하에서의 대면권과 전문법칙—미국의 크로포드(Crawford) 원칙과 유럽인권협약상 대면권의 비교를 중심으로—”, 비교형사법연구 제13권 제1호(2011).
이승진, “아동의 진술 역량 및 한계점에 대한 고찰”, 한국심리학회지 제3권 제3호(2012)
이승주, “형사재판에서 검사의 증인사전면담 허용여부와 한계”, 형사소송 이론과 실무 vol.13(한국형사소송법학회(2021)
이완규, “개정 형사소송법상 조서의 증거능력 규정 논의 경과”, 형사정책연구 제18권 제3호(2007).
이완규, 진술증거의 전문증거성과 진정성 문제의 구별, 형사판례연구 제20권 (2012)
이완규, “반대신문권과 수사기관 조서의 증거능력 및 증명력”, 형사판례연구 제18권, 박영사(2010)
이완규. “공판중심주의를 둘러싼 개념상의 혼돈과 해결방향”, 법조, 제54권 제6호(2005).
이완규, “개정법상 조서의 증거능력에 관한 논의경과”, 형사소송법 연구 Ⅰ(2007)
이완규, “개정 형사소송법에서의 수사절차상 진술의 증거능력”, 형사법의 신동향 제8호(2007)
이완규, “실질적 진정성립에 관한 판례이론의 비판적 검토”, 저스티스 통권 제86호(2005)
이용구, “형사소송의 세계화를 위한 공판중심주의의 합리적 실현방안(토론문)”, 저스티스 통권 92호(2006)
이인영, “공판중심주의의 이념과 공판절차에서의 구현에 관한 일 고찰”, 형사소송의 이론과 실무 제8권 제1호(2016)
이주원, “형사증거법상 반대신문권 보장의 의의와 기능 - 대상판결 : 대법원 2019. 11. 21. 선고 2018도13945 전원합의체 판결-”, 형사소송 이론과 실무 제12권 제2호, 한국형사소송법학회(2020)
이주원, “형사소송법상 반대신문권과 증거능력의 관계”, 형사소송 이론과 실무, 제10권 제2호, 형사소송법학회(2018)
이주원, “형사증거법상 반대신문권 보장의 의의와 기능 - 대상판결 : 대법원 2019. 11. 21. 선고 2018도13945 전원합의체 판결-”, 형사소송 이론과 실무 제12권 제2호(2020.12)

이진수, “형사소송법 상 성립의 진정에 관한 연혁적 고찰과 그 함의”, 형사법연구, 제20권 제1호(2018)
이창온, “형사소송법상 반대신문권과 국제인권법의 적용가능성에 관한 연구”, 형사소송의 이론과 실무 제13권 제3호, 한국형사소송법학회(2021)
이창온, “전문증거의 개념에 관한 인식론적, 비교법적 소고”, 형사법의 신동향 통권 제78호, 대검찰청(2023)
이창온, “반대신문권 보장의 헌법 및 인권법적 의의와 비교법적 검토 - 헌법재판소 2021. 12. 23. 2018헌바524 결정에 관한 평석-”, 형사소송 이론과 실무, 제14권 제2호(2022)
이창온, “수사와 기소 분리론의 비판적 검토 - 비교법적 검토를 중심으로”, 형사소송의 이론과 실무 제14권 제2호(2022)
이창온, “미국의 수사규제제도 - 비교형사사법 시스템적 고찰을 중심으로”, 형사법의 신동향, 제29호, 대검찰청(2010)
이창온, “2022년도 형사소송법 판례 회고”, 형사판례연구 제31권, 박영사(2023)
임성근, “공판중심주의 구현방안”, 법조 Vol 604(2007)
주진열, “국제형사재판에 있어서 증거법에 관한 연구”, 국제법학회논총, 제52권 제2호(2007)
정웅석, “전문증거의 의의에 따른 전문법칙의 적용범위”, 형사법의 신동향 통권 제49호(2015)
정웅석, “전문법칙 규정에 관한 한미 양국 비교를 통한 개선방안”, 형사소송의 이론과 실무 제7권 제2호(2015)
정웅석, “조서와 진술의 증거능력 관계”, 비교형사법연구 제8권 제1호(2006)
정웅석, “영상녹화물의 증거능력 인정에 관한 연구”, 형사법의 신동향 제29호(2010)
차동언, “조서재판의 극복과 공판중심주의의 강화”, 형사소송 이론과 실무 제6권 제1호(2014)
차정인, “전문법칙 적용범위 논의를 위한 몇 가지 고찰 - 기본 개념과 용어, 이론적 근거를 중심으로 -”, 중앙법학, vol.16, no.2, 통권 52호 (2014)
최병천, “미국의 전문법칙과 대면권에 비추어본 참고인진술조서의 증거능력”, 저스티스 제131권(2012)
최병천, “특신상태에 대한 비판적 고찰”, 법학논고, 경북대학교 법학연구원(2019)
최병천, “공판조서의 증거능력”, 법조 제674권(2012)
최준혁, “다른 사건의 공판조서와 직접심리주의”, 형사소송의 이론과 실무 제11권 제2호(2019, 12),
최준혁, “직접심리주의에 대한 논의의 기초 - 직접심리주의의 ‘전형적 예외’인 형사증거법상 제314조의 적용범위와 그 한계 독일형사소송법 제251

조의 검토”, 「형사법의 신동향」, 통권 제41호, 대검찰청(2013)
최준혁, “형사소송에서의 직접심리주의의 의미”, 법학연구 제36집, 전북대학교 법학연구소(2012)
홍영기, “반대신문권 보장: 전문법칙의 근거”, 고려대학교 법학연구원 고려법학 제75호(2014)
홍진영, “개정 형사소송법 제312조에 대한 검토—조사자증언은 과연 최우량증거인가?—”, 형사소송 이론과 실무 제12권 제1호(2020)
홍진영, “미국 배심제도에서의 배심원 평의 비공개 원칙과 그 한계 - 국민참여재판 배심원 평결의 기속력과 관련하여 -”, 저스티스 Vol.174, 한국법학원(2019)
홍진영, “조사자증언에 있어서 특신상태의 구체화-2020년 형사소송법 개정을 계기로”, 법조 제71권 제1호(2022)
한제희, “‘한국식’ 형사증거법의 실태와 고민”, 형사소송이론과 실무 제12권 제2호(2020)
한제희, “특신상태의 의의와 판단기준”, 형사판례연구 제21권, 박영사(2013)

[국외 논문]

Andreas Mosbach, Zur Zulässigkeit vernehmungserganzender Verlesung, 김성룡 옮김, 신문을 보충하는 조서낭독의 허용성, 형사법의 신동향, 제47호(2015)
Craig R. Callen, Hearsay and Informal Reasoning, Vanderbilt Law Review Vol. 47.(1994)
Craig R Callen, Cognitive strategies and models of fact-finding, Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context: Essays in Honour of Professor Mirjan Damaška(edited by John D Jackson 외 2인), Bloomsbury Academic(2008)
David Alan Sklansky, Anti-Inquisitorialism, Harvard Law Review Vol. 122, No. 6(2009)
David Alan Sklansky, Hearsay's Last Hurrah, The Supreme Court Review , Vol. 2009, No. 1 The University of Chicago Press(2009)
Edmund M. Morgan, Suggestions for Defining and Classifying Hearsay, University of Pennsylvania Law Review and American Law Register, Vol. 86, No.3(1938)
Edmund M. Morgan, Hearsay and Non-Hearsay, Harvard Law Review, Vol. 48, No. 7(1935)
Eleanor Swift, A Foundation Fact Approach to Hearsay, 75 Cal L Rev. 1339 (1987)

Elisabetta Grande, Dances of criminal justice : thoughts on systemic differences and the search for the truth, Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context: Essays in Honour of Professor Mirjan Damaška(edited by John D Jackson외 2인), Bloomsbury Academic(2008)

James Q Whitman, No right answer?, Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context: Essays in Honour of Professor Mirjan Damaška, edited by John D Jackson, Maximo Langer and Peter Tillers (Bloomsbury Academic, 2008)

Harold Hongju Koh, Mirjan Damaška : a bridge between legal cultures, Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context: Essays in Honour of Professor Mirjan Damaška(edited by John D Jackson외 2인), Bloomsbury Academic(2008)

John Jackson · Máximo Langer, Introduction: Damaška and comparative law, Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context: Essays in Honour of Professor Mirjan Damaška(edited by John D Jackson외 2인), Bloomsbury Academic(2008)

John Jackson, Faces of transnational justice : two attempts to build common standards beyond national boundaries, Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context: Essays in Honour of Professor Mirjan Damaška(edited by John D Jackson외 2인), Bloomsbury Academic(2008)

Ingrid M. Cordon 외 2인, Children in Court(edited by van Koppen, P.J. · Penrod, S.D), Adversarial versus Inquisitorial Justice, KA/PP(2003)

Lorena Bachmaier Winter, Transnational Criminal Proceedings, Witness Evidence and Confrontation: Lessons from the ECtHR's Case Law, the Utrecht Law Review, Vol.9(4)(2013)

Laurence H. Tribe, Triangulating Hearsay, Harvard Law Review, Vol. 87, No.5(1974)

Luca Marafioti, "Italian criminal procedure : a system caught between two traditions", Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context: Essays in Honour of Professor Mirjan Damaška(edited by John D Jackson외 2인), Bloomsbury Academic(2008)

Máximo Langer, "Interview with Mirjan Damaška", Crime, Procedure and

Evidence in a Comparative and International Context: Essays in Honour of Professor Mirjan Damaška(edited by John D Jackson외 2인), Bloomsbury Academic(2008)

Michael L. Seigel, Rationalizing Hearsay: A Proposal for a Best Evidence Hearsay Rule, 72 B.U. L. Rev. 893 (1992)

Mirjan Damaška, The Uncertain Fate of Evidentiary Transplant: Anglo American and Continental Experiments, 45 AM. J. COMP. L. 839(1997)

Mirjan Damaška, Truth in Adjudication, Vol 49. Hastings Law Journal(1998)

Mirjan Damaška, Rational and Irrational Proof Revisited, Yale Law School Faculty Scholarship(1997)

Mirjan Damaška, Free Proof and Its Detractors, The American Journal of Comparative Law, Vol. 43, No. 3(1995)

Mirjan Damaška, Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study, 121 University of Pennsylvania Law Review(1973)

Mirjan Damaška, Of Hearsay and Its Analogues, Minnesota Law Review (1977)

Mirjan Damaška, The Uncertain Fate of Evidentiary Transplant: Anglo American and Continental Experiments, 45 American Journal of Comparaive Law(1997)

Mireille Delmas-Marty, Reflections on the 'hybridisation' of criminal procedure, Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context: Essays in Honour of Professor Mirjan Damaška(edited by John D Jackson외 2인), Bloomsbury Academic(2008)

Paul Roberts, "Faces of justice adrift? Damaška's comparative method and the future of common law evidence", Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context: Essays in Honour of Professor Mirjan Damaška(edited by John D Jackson외 2인), Bloomsbury Academic(2008)

Paul F. Kirgis, Meaning, Intention, and the Hearsay Rule, William & Mary Law Review Vol. 43(2001)

Richard A. Lloret, Assertion and Hearsay, 125 Dick. L. Rev. 347 (2021)

Roger C. Park, Adversarial Influences on the Interrogation of Trial Witnesses (edited by van Koppen, P.J. · Penrod, S.D), Adversarial versus Inquisitorial Justice, KA/PP(2003)

Roger C. Park, “I didn’ tell them anything about you” : Implied Assertions as Hearsay under the Federal Rules of Evidence, Minnesota Law Review(1990)

Ronald J Allen and Georgia N Alexakis, “Utility and truth in the scholarship of Mirjan Damaška”, Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context: Essays in Honour of Professor Mirjan Damaška(edited by John D Jackson외 2인), Bloomsbury Academic(2008)

Richard O. Lempert, “Anglo-American and Continental Systems: Marsupials and Mammals of the Law”, Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context: Essays in Honour of Professor Mirjan Damaška(edited by John D Jackson외 2인), Bloomsbury Academic(2008)

Stephen C Thaman, The two faces of justice in the post-Soviet legal sphere : adversarial procedure, jury trial, plea-bargaining and the inquisitorial legacy, Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context: Essays in Honour of Professor Mirjan Damaška(edited by John D Jackson외 2인), Bloomsbury Academic(2008)

Thomas Weigend, The decay of the inquisitorial ideal : plea bargaining invades German criminal procedure, Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context: Essays in Honour of Professor Mirjan Damaška(edited by John D Jackson외 2인), Bloomsbury Academic(2008)

William Pizzi · Luca Marafioti, The New Italian Code of Criminal Procedure: The Difficulties of Building an Adversarial Trial System on a Civil Law Foundation, Yale Journal of International Law Vol. 17(1992)

渡辺 咲子/김형만 · 김종구(공역), “일본 현행형사소송법 중 증거법의 제정과정과 해석-전문법칙을 중심으로-”, 형사법의 신동향 통권 제36호(2012)

春日勉/강혁신 역, “일본의 전문법칙의 예외적용에 관한 실무현상과 과제- 검찰관 면전조서를 중심으로”, 법학논총 제18권 제3호(2011)

[보고서]

Law Commission(UK), Evidence in Criminal Proceeding: Hearsay and Related

Topics, Report, No 245(1997)
Law Commission(UK), Evidence in Criminal Proceeding: Hearsay and Related Matters, Consultation Papers, No 138(1995)
https://www.lawcom.gov.uk/project/evidence-in-criminal-procedings-hearsay/ (2023. 7. 29. 방문)
이창온, 검찰수사에서 변호인의 변론절차 방식의 개선에 관한 연구, 대검찰청 연구보고서(2021)
하태훈 외 2인, 공판중심주의에 부합하는 수사 실무 개선 방안, 경찰청 용역보고서 (2011)

[국제법령]

법무부, 프랑스 형법(2008)
법무부, 프랑스 형사소송법(2011)
법무부, StPO 독일 형사소송법(2012)
법무부 형사법제과, 일본 형사소송법, 규칙, 법무부(2009).
코넬대로스쿨 홈페이지 https://www.law.cornell.edu/rules/fre(2023. 7. 29. 방문)
세계법제연구원 사이트 프랑스 형사소송법 불어 원문본
https://world.moleg.go.kr/web/main/index.do (2023. 7. 29. 방문)
국제인권법령
https://www.echr.coe.int/documents/convention_eng.pdf (2023. 7. 29. 방문)
유럽인권법원 판례
https://www.utrechtlawreview.org/articles (2023. 7. 29. 방문)

Abstract

A Study on the Structural Relation between Criminal Process and Evidence Law

- Focusing on the Protocol of Pre-trial Testimony -

Lee, Changon
Law School, Criminal law
The Graduate School
Seoul National University

keywords : hearsay rule, protocol, das unmittelbarkeitsprinzip, cross-examination, adversarialism, inquistorialism, concentrated public trial
Student Number : 2012-30688

Regarding the admissibility of pre-trial testimonial evidence, the contours of criminal evidence law are contingent upon the structures of the criminal process to which it pertains. Notably, the hearsay law within the common law adversarial tradition and 'das Unmittelbarkeitsprinzip' in the German inquisitorial tradition may appear vastly dissimilar. Nevertheless, Damaška posits that these two seemingly divergent institutional mechanisms actually serve a similar purpose, which is to regulate pre-trial testimonial evidence in order to enhance truth-finding in the criminal process. According to Damaška's

analysis, the common law hearsay law and the evidential screening of admissibility have their origins in the distinctive structures of the common law criminal process. Key components of the common law criminal process, such as the adversarial system, concentrated proceedings, the jury system (composed of lay adjudicators), and the bifurcated trial court consisting of jurors and professional judges, have historically contributed to the development of characteristic common law evidential institutions. These institutions include the admissibility screening system that governs pre-trial testimonial evidence, the exclusionary principle that punishes parties for violating evidential rules, and the pre-trial motion system that empowers professional judges to exclude evidence during the admissibility stage prior to trial, with appropriate instructions to the jury to control their fact-finding.

In the common law criminal process, parties retain control over the collection, selection, and presentation of evidence, while fact-finders, such as judges and jurors, adopt a more passive role in adjudicating the merits of the parties' claims. Given this structural context, cross-examination emerges as the primary truth-finding tool to scrutinize testimonial evidence presented by opposing parties, ensuring its reliability in the absence of active fact-finders.

Conversely, in the inquisitorial criminal process, the court and the prosecutor bear the responsibility to ascertain the truth of the case and actively investigate evidence ex officio. Consequently, the significance of cross-examination is diminished concerning guaranteeing the credibility of testimonial evidence. Due to the Crawford decision of the U.S. Supreme Court on the confrontational clause of the U.S. Constitution and the European Court of Human Rights' case laws pertaining to the right to cross-examination clause in Article 6 of the European Convention on Human Rights, the right to cross-examination

has assumed the status of a fundamental procedural right and human right in both traditions, ensuring a fair trial rather than merely bolstering the credibility of testimonial evidence.

Our current criminal evidence law exhibits a lack of congruence with the structure of our criminal process, which has selectively and adaptively embraced elements of both western traditions while developing its distinct features. Damaška's analysis reveals that our criminal process lacks characteristic features of the common law criminal process. Yet, we have nonetheless incorporated the common law hearsay rule into our legal framework. As a consequence of this structural incongruity within Korea's criminal procedural system and evidence law, conflicts in interpretation and legislative opinions have been persistent in the realm of criminal procedure law. While our hearsay rule borrows its form and concept from the common law tradition, its operation in our own criminal process differs substantially from its original conception. The rule serves to regulate and utilize protocols (dossiers) created during the investigative process in the inquisitorial tradition, which are absent in the common law tradition. Hence, while the concepts utilized in our criminal evidence law draw from the common law tradition, their practical function in regulating investigative protocols deviates significantly from that of their origin. This discrepancy engenders numerous complexities in interpreting our own hearsay rule, particularly concerning the meaning and function of establishing authenticity, ensuring circumstantial guarantees of trustworthiness, and assessing the effect of cross-examination under the purview of the hearsay rule.

As the structural inconsistency between the criminal process and the law of criminal evidence remains inadequately understood, the tensions arising from this incongruity and the societal costs required for

effective reform remain obscured. The effectiveness and integrity of the inquisitorial criminal process hinge upon the objectivity and neutrality of prosecutors and judicial police, who investigate and record evidence before trial. An increase in social distrust towards investigative agencies has been a fundamental impetus driving the discord between our criminal process structure and evidence law. In response to such concerns, both the legislature and the Supreme Court have endeavored to create a unique evidence law tailored to regulating protocols created during the investigative process. This approach has sought to preserve human and material resources by avoiding radical transformation of our criminal procedures. Notably, these efforts have aimed to bolster the defendant's right to defense by reducing the influence of investigative procedure protocols. While commendable, relying solely on evidence law reform to address structural issues within the criminal process presents limitations. It fails to transparently reveal the inherent tensions between policy rationales and the ultimate objectives of the criminal process, as well as the potential costs associated with implementing reforms. Consequently, this approach impairs the identification of balanced and reasonable alternatives, potentially leading to an enduring cycle of escalating distrust in the criminal process.