

면지

인 | 사 | 말

형사재판의 꿈

형사사법시스템은 어느 나라이든 그 국가의 근간을 이루는 제도입니다. 우리는 우리의 형사사법제도를 마련하고 이를 개선하는 노력을 계속하여 왔습니다. 형사사법제도의 중핵을 이루는 형사재판도 이에 따라 그 구조와 성격에 많은 변화가 있었습니다.

광복을 맞이한 우리 국민은 종래 일제의 식민사법에서 벗어나 인권보장을 지향하는 형사사법제도를 구상하였습니다. 그리하여 현실의 제약 속에서도 이상을 바라보며 나름대로의 사법제도를 출발시켰습니다. 그러나 정치사회 문화적 환경은 우리 제도가 순탄하게 자라게 하지 못하였고 한동안 어두운 터널을 지나야 했습니다. 다행히 경제의 발전과 함께 정치지형에도 변화가 생기고 이러한 변화에 그동안 음으로 양으로 기울여 온 법조와 법학계의 노력이 어우러져 우리 형사사법제도의 비약적 발전을 가져오게 되었습니다. 그 가운데에서 구속제도와 형사재판의 모습이 많이 달라졌고 양형기준과 배심재판도 도입되었으며, 피의자·피고인의 권리와 변호인의 조력을 받을 권리가 실질적으로 보장되기 시작하였습니다. 헌법재판소도 형사사법에서 국민의 기본적 인권이 무엇보다 중요하다는 점을 각인시켜 왔습니다.

그런데 이러한 제도의 변화와 법조의 노력에도 불구하고 형사사법과 형사재판에 대한 국민의 신뢰는 좀처럼 높아지지 않고 있습니다. 거기에는 물론 법조의 노력에 대한 국민의 인식이 충분하지 못한 점도 있을 것입니다. 그러나 우리 제도가 가지고 있는 문제점도 분명히 존재할 것입니다. 따라서 형사사법에 관심을 가지고 있는 연구가그룹이 모여 그 문제점을 밝혀내고 그 개선방안을 논의하는 것은 매우 의미 있는 일일뿐만 아니라 필수적인 일이기도 합니다. 개략적으로 말하면 그동안 우리 형사사법제도는 독일법의 강한 영향을 받은 체계에서 출발하여 점차 영미법의 영향이 강해져 왔다고 할 수 있습니다. 그리하여 형사재판에서 직권주의적 색채가 강한 모습에서 점차 당사자주의적 색채가 강한 모습으로 변하여 왔다고 할 수 있습니다. 이에 따라 현재 우리 형사재판은 직권주의와 당사자주의를 잇는 스펙트럼의 어느 곳에서 서성거리고 있다고 할 수 있습니다.

그러므로 이제 우리 제도를 돌이켜 보면서 그 개선방안을 찾는 작업을, 한편으로는 독일의 직권주의 입장에서 또 한편으로는 미국의 당사자주의 입장에서 우리 제도를 조망해 보는 일로부터 시작하는 것은, 이러한 의미에서 매우 효과적인 작업이 될 것입니다. 오늘 독일형사법연구회, 한국형사정책연구원과 공동으로 학술대회를 개최하면서 이러한 관점에서 우리나라 형사재판의 문제점을 짚어보고 그 개선방안을 찾게 되어 매우 보람차게 생각합니다. 오늘의 논의가 우리 형사재판이 나아가야 할 바를 분명히 하고 그 방향으로 마음을 모으는데 기여를 할 수 있게 되기를 소망합니다.

오늘의 학술대회를 공동 개최하여 주신 독일형사법연구회와 한국형사정책연구원께 감사드립니다. 그리고 학술대회에서 발표와 토론을 맡아 주신 분들께 가슴 깊이 감사를 드립니다. 또한 이 학술대회가 성공적으로 개최될 수 있도록 보이지 않는 곳에서 애써 주신 실무진들께 고개 숙여 감사드립니다. 무엇보다 바쁘신 가운데 자리를 빛내주시는 오늘의 참석자 여러분께 감사의 인사를 함께 드립니다. 모두가 행복한 나라가 되도록 함께 노력할 것을 다짐해 봅니다.

2019. 11. 15.

한국형사소송법학회 회장 이 상 원

인 | 사 | 말

여러분 안녕하십니까.

먼저, 바쁘신 가운데서도 귀한 시간을 내시어 이 자리에 참석해주신 한국형사소송법학회 회장님, 임원 및 회원 여러분과 한국형사정책연구원 원장님, 연구위원 및 연구원님, 그리고 독일 형사법연구회 임원 및 회원 여러분과 내빈 여러분들께 깊은 감사의 말씀을 드립니다. 특히 윤석열 검찰총장님께서 공사다망한 가운데에서도 공동학술대회를 격려하여 주심에 감사와 경의를 포함합니다.

독일형사법연구회는 독일에 유학을 다녀온 검사들이 유학시절에 독일법을 공부하였던 경험을 바탕으로 지속적인 연구를 해보고자 만든 연구모임으로 매년 자체 세미나와 공동학술대회를 개최하고 있습니다. 이번 공동학술대회에는 한국형사소송법학회와 함께 우리나라의 형사정책 연구에 중대한 역할을 하고 있는 한국형사정책연구원도 공동으로 개최하게 되어 학술교류와 연구의 확대를 위해 더욱 뜻깊게 생각합니다.

오늘 공동학술대회는 우리나라의 형사재판의 문제점과 개선방안을 주제로 하였는데 그 접근을 독일의 직권주의와 영미의 당사자주의의 입장에서 모색해보고자 하였습니다.

잘 아시다시피 우리 형사사법제도는 대륙법계의 독일식 제도와 영미법계의 미국식 제도가 절충되어 있습니다. 그런데 독일의 제도와 미국의 제도는 공통 부분도 있지만 전혀 이질적인 부분도 있어서 절충을 함에 있어 공백이생길 수 있습니다. 그렇기 때문에 이러한 공백이 없도록 제도를 설계하고 또 그 운영에 있어 만전을 기하려면 각 제도가 가지고 있는 특성과 내용에 대해 깊은 통찰이 필요하고 그 만큼 연구가 필요합니다.

그간 여러 차례의 사법개혁 논의가 있어 왔고, 최근에도 검찰개혁, 법원개혁 등 논의가 진행되고 있습니다만 형사사법제도의 근간에 대한 변경을 하고자 하면서도 이와 같은 각 제도가 갖는 시스템의 구성과 그 운영원리에 대한 충분한 검토와 연구는 부족해 보입니다.

이러한 점에서 오늘 우리나라 형사재판의 문제점과 관련하여 독일의 직권주의와 미국의 당사자주의의 기본을 살피고 이를 토대로 진단해보는 것은 학문적으로 뿐만 아니라 실무적으로도 큰 의미가 있을 것으로 생각합니다.

오늘 두 분 주제발표자의 정통하고 깊은 의견제시와 지정토론자들의 토론 그리고 참석하신 여러분들의 격의 없는 토론으로 합리적인 방향을 모색하는 큰 성과를 이루는 학술대회가 되기를 바랍니다.

끝으로, 오늘 학술대회의 준비를 위해 애쓰신 실무자 여러분의 노고에 다시 한번 감사드리고, 한국형사소송법학회, 한국형사정책연구원 그리고 독일형사법연구회의 무궁한 발전과 이 자리를 함께 하신 여러분의 건강과 행운을 기원합니다.

감사합니다.

2019. 11. 15.

독일형사법연구회 회장 이 완 규

인 | 사 | 말

안녕하십니까.

오늘 한국형사정책연구원이 한국형사소송법학회 및 독일형사법연구회와 공동으로 학술대회를 개최하게 된 점을 대단히 기쁘게 생각합니다. 무엇보다 한국형사소송법학회가 출범한 지 10년을 앞두고 있다는 점에서 오늘의 학술대회는 더욱 의미가 큰 자리라고 생각하며, 바쁘신 중에도 참석해 주신 모든 분께 감사의 말씀 올립니다.

이번 학술대회의 주제는 「우리나라 형사재판의 문제점과 개선방안」입니다. 우리 형사소송법은 독일의 직권주의 요소와 영미의 당사자주의 요소가 혼합되어 있는 형태인 만큼 그 이념 또한 실제적 진실의 발견과 인권보장이라는 두 가지 이념을 모두 추구하고 있습니다.

2007년 형사소송법의 대폭 개정으로 현행 형사소송법은 영미의 당사자주의 색채가 강해졌다고 보아도 과언이 아니며, 소위 신형사소송법의 시행과 더불어 국민참여재판제도가 12년 동안 시행되어 왔습니다. 모든 제도가 완전한 수는 없기에 우리나라의 형사재판에도 분명히 문제는 있을 것입니다. 예컨대, 최근 몇 년 사이 재심사건이 등장하면서 형사재판의 새로운 문제점들이 제기되고 있습니다. 물론 재판만의 문제는 아니며 증거재판주의를 원칙으로 하는 이상 증거를 수집하는 과정상에서 발생하는 문제도 도외시할 수는 없습니다. 오판에 대한 최종적 구제 수단인 재심제도가 존재하기는 하지만, 형사재판이 유죄와 무죄를 판가름 짓는 최종적인 절차인 만큼 애초 오판이 발생하지 않도록 제도적 정비와 함께 실무와 학계가 다 같이 노력해 나아가는 것이 중요할 것입니다.

오늘 학술대회를 통해 우리 형사재판의 현재 실태를 독일의 직권주의와 영미의 당사자주의 입장에서 문제점을 되짚어 봄으로써 우리 형사소송법이 나아갈 방향을 모색하는 뜻깊은 자리가 될 것을 기대해 봅니다. 앞으로 우리 형사소송법이 진일보한 모습으로 발전하는 데 한국형사소송법학회가 큰 기여를 하리라 믿어 의심치 않으며, 다소 이른 감은 있지만 마음의 진심을 담아 한국형사소송법학회 10주년 축하인사를 올립니다.

감사합니다.

2019. 11. 15.

한국형사정책연구원 원장 **한 인 섭**

행사 일정

- ☞ **주제** : “우리나라 형사재판의 문제점과 개선방안”
- 독일의 직권주의와 영미의 당사자주의의 입장에서 -
- ☞ **일자** : 2019년 11월 15일(금) 16:00 ~ 18:40
- ☞ **장소** : 대검찰청 베리타스홀
- ☞ **주최** : 한국형사소송법학회/독일형사법연구회/한국형사정책연구원

시 간	전체사회: 탁 희 성 연구위원 (형사정책연구원)
16:00~16:10	▶ 등록 및 접수
16:10~16:20	▶ 인사말 이 상 원 교수 (형사소송법학회 회장) 이 완 규 변호사 (독일형사법연구회 회장)
16:20~17:20	↘ 주제발표 “우리나라 형사재판의 문제점과 개선방안” - 독일의 직권주의 입장에서 - ▶ 발표 : 하 재 무 부장검사 (대구지방법원 포항지청) “우리나라 형사재판의 문제점과 개선방안” - 미국의 당사자주의 입장에서 - ▶ 발표 : 김 종 구 교수 (조선대학교 법과대학)
17:20~17:35	휴 식
17:35~18:05	지정토론 ▶ 토론 : 민 영 현 부장검사 (대전지방검찰청) 정 도 희 교수 (경상대학교 법과대학) 허 황 부연구위원 (형사정책연구원)
18:05~18:35	종합토론
18:35~18:40	폐 회

우리나라 형사재판의 문제점과 개선방안”

- 독일의 직권주의와 영미의 당사자주의의 입장에서 -

■ “우리나라 형사재판의 문제점과 개선방안” - 독일의 직권주의 입장에서 -

- 하 재 무 | 부장검사(대구지방법원 포항지청) 11

■ “우리나라 형사재판의 문제점과 개선방안” - 미국의 당사자주의 입장에서 -

- 김 종 구 | 교수(조선대학교 법과대학) 19

지정토론

- 토 론 민 영 현 | 부장검사 (대전지방검찰청) 55
- 정 도 희 | 교수 (경상대학교 법과대학) 61
- 허 황 | 부연구위원 (형사정책연구원) 67

| 주제발표 |

우리나라 형사재판의 문제점과 개선방안

- 독일의 직권주의 입장에서 -

하재무 | 부장검사(대구지방법원 포항지청)



우리나라 형사재판의 문제점과 개선방안 - 독일의 직권주의 입장에서 -

하 재 무 | 부장검사(대구지방법원 포항지청)

I. 들어가는 말

1. 서언

가. 독일의 관련규정

- 독일 형사소송법(Strafprozeßordnung) 제244조 제2항¹⁾
- 같은 법 제160조 제1항 내지 제3항²⁾
- 같은 법 제163조 제1항³⁾

- 1) 법원(Gericht)은 진실확인을 위하여, 판결을 함에 있어 의미를 가지는 모든 사실과 증거방법에 관하여 직권으로 증거조사를 수행하여야 한다.
- 2) ① 고발(Anzeige)이나 그 밖의 방법으로 범죄행위의 혐의에 대하여 알게 되는 즉시 검찰(Staatsanwaltschaft)은 공소제기 여부를 결정하기 위하여 사실관계를 조사하여야 한다. ② 검찰은 책임을 가중시키는 사정뿐만 아니라 감면시키는 사정에 대하여도 수사하여야 하며, 증거가 멸실되지 않도록 하여야 한다. ③ 검찰은 행위의 법적 효과를 확정하는데 의미를 가지는 사정에 대해서도 수사하여야 하며, 이를 위하여 재판보조관(Gerichtshilfe)의 도움을 받을 수 있다.
- 3) 경찰기관과 경찰공무원(Die Behörden und Beamten des Polizeidienstes)은 범죄행위를 조사하여야 하며, 사실관계의 은폐를 예방하기 위해 지체되어서는 안 될 모든 조치를 취하여야 한다. 이러한 목적을 위해 경찰기관과 경찰공무원은 다른 기관에 대해 정보제공을 요청할 권한이 있고, 긴급한 경우에는 정보제공을 요구할 수 있으며, 다른 법률에 그 권한과 관련된 별도의 규정이 없는 한, 모든 방법에 의한 수사를 할 권한이 있다.

나. 독일 형사소송법 상의 당사자주의의 영향

- 법원과 소송참여자들 사이의 합의(Verständigung zwischen Gericht und Verfahrensbeteiligten)⁴⁾
- 공소참가(Nebenklage)⁵⁾

다. 독일의 직권주의 입장에서 살펴볼 실익이 있는지⁶⁾

- 변화의 속도, 독일의 형사절차 진행 실태

2. 독일의 형사절차⁷⁾

가. 법원, 검찰, 경찰의 관계⁸⁾

- 견제와 균형
- ① 법원, 검찰은 독자적인 수사조직(Ermittlungsapparat)이 없기 때문에 경찰의 협력이 필요함
- ② 법원의 재판은 검찰의 기소에 의하여만 가능함⁹⁾
- ③ 검찰의 기소독점(Anklagemonopol)은 기소법정주의(Legalitätsprinzip)¹⁰⁾와 기소강제절차(Klagerzwangungsverfahren)¹¹⁾에 의하여 보완됨

4) 위 법률 제257조c는 죄책의 유무 및 보안처분을 제외하고, 판결이나 그에 상응하는 결정의 내용이 될 수 있는 법률효과, 그 밖에 판결의 기초가 되는 사실 확인절차 및 소송참여자들의 소송활동에 관하여 법원의 제안에 검사와 피고인이 동의하는 형태로 합의를 할 수 있고, 법원이 자유로운 평가와 일반적인 양형고려를 토대로 형벌의 상한과 하한도 알려줄 수 있도록 규정하고 있음

5) 위 법률 제395조 이하는 살인, 성범죄 등 사건의 피해자, 유족이 공판과정에 참여하여 증거신청, 피고인 등에 대한 신문, 판사 등에 대한 기피신청 등과 함께 상소까지 할 수 있도록 규정하고 있음

6) 이하에서는 독일의 형사절차 관련 법규와 실태를 토대로 발표를 진행함

7) 관련 법규로는 독일 형사소송법, 형사절차와 과태료절차에 관한 규정(Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren), 법원조직법(Gerichtsverfassungsgesetz) 등이 있음

8) <수사절차, 형사소송 규정, 실제(잘못된) 발전과정에서의 법원, 검찰, 경찰의 관계>에 관한 검토보고서(Gutachten zum Thema : Das Verhältnis von Gericht, Staatsanwaltschaft und Polizei im Ermittlungsverfahren, strafprozessuale Regeln und faktische <Fehl-?>Entwicklungen), 독일법관협회 형사법위원회(GROßE STRAFRECHTSKOMMISSION DES DEUTSCHEN RICHTERBUNDES), 2008, 제127쪽 이하

9) 형사소송법 제151조는 법원의 조사는 공소제기에 의해 개시된다고 규정하고 있고, 제152조 제1항은 공소제기를 검찰의 권한으로 규정하고 있음

10) 위 법률 제152조 제2항은 법률에 다른 규정이 없는 한 검찰은 충분한 사실적 근거가 있는 경우, 소추 가능한 모든 범죄행위에 대하여 공소를 제기하여야 한다고 규정하고 있음

- ④ 기소편의주의적 결정(Opportunitätsentscheidungen)을 위해서는 다양한 방법으로 법원이 관여됨¹²⁾
- ⑤ 수사절차에 있어서 검찰이 구조적으로 법원에 우선하는 지위(Vorzugsstellung)에 있고, 법원과 경찰 사이에는 일반적으로 직접적 관계가 존재하지 않음
- ⑥ 경찰은 검찰의 지시가 없어도 범죄수사를 할 수 있으나, 수사내용을 지체없이 검찰에 송치하여야 하고¹³⁾, 검찰의 요청(Ersuchen)과 지시(Auftrag)를 충실히 이행할 의무가 있으며, 검찰의 지시 등이 있는 경우 다른 모든 행정기관에 정보를 요구할 수 있음¹⁴⁾

나. 검사의 역할

- 수사의 주재자(Herrin des Ermittlungsverfahrens)¹⁵⁾¹⁶⁾, <책임을 지는 사람>
- 준사법기관(Organ der Judikative)¹⁷⁾? <진실(Wahrheit)의 추구, 중립성(Neutralität)>

-
- 11) 위 법률 제170조 제1항은 수사결과 공소제기를 위한 충분한 근거가 확인된 경우, 검사는 관할법원에 공소장을 제출함으로써 공소를 제기한다고 규정하고 있고, 제2항은 그렇지 않은 경우 검사는 절차를 중지한다고 규정하고 있으며, 제172조 제1항은 고소인(Antragsteller)이 피해자(Verletzte)인 경우, 중지결정의 고지를 받은 후 2주 이내에 검찰청의 장에게 항고(Beschwerde)할 수 있다고 규정하고 있으며, 제2항은 고소인이 항고기간 결정의 고지를 받은 후 1달 이내에 재정신청(gerichtliche Entscheidung)을 할 수 있다고 규정하고 있음
 - 12) 예컨대 위 법률 제153조a는 경죄(Vergehen) 사안의 경우, 관할 법원과 피의자(Beschuldigte)의 동의 하에 검찰이 기소의 실익이 없고 책임이 중하지 않은 사안에서 범죄행위에 의해 야기된 손해의 보상을 위한 특정 급부 제공, 공익시설 또는 국고에 대한 일정금액 지불, 그 밖에 공익을 위한 급부 제공, 특정 액수의 부양의무 이행, 피해자 측과의 합의를 위한 진지한 노력, 원상회복 또는 원상회복을 위한 노력, 교육세미나 참석 등 일정한 준수사항과 지시사항의 부과를 조건으로 공소를 제기하지 않을 수 있도록 규정하고 있음
 - 13) 위 법률 제163조 제2항
 - 14) 위 법률 제161조 제1항 제2문, 한편 제1문은 검찰이 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 제160조의 목적을 위해 모든 행정기관에 정보를 요구할 수 있고, 모든 방법의 수사를 스스로 진행하거나 경찰로 하여금 진행하도록 할 수 있다고 규정하고 있음
 - 15) 독일에서도 중범죄, 조직범죄, 경제범죄 등의 일부 사건을 제외하고 약 80%에 이르는 대부분의 사건이 경찰 자체적으로 수사가 완료된 후 검찰에 송치되고, 검찰은 사후 검토를 하는 역할에 그치다 보니 경찰이 구조적 우위를 토대로 수사의 주재자로 올라섰다는 평가와 함께 '수사절차의 경찰화(Verpolizeilichung des Ermittlungsverfahrens)'라는 비판적 표현이 언급되고 있음(위 검토보고서 제82쪽, 제136쪽, 제179쪽)
 - 16) 검찰이 수사의 주재자이므로 경찰의 독자적인 언론공보(Presseerklärung)는 이루어지지 않고, 필요할 경우 검찰과 협의 하에 공동으로 이루어짐(위 검토보고서 제103쪽)
 - 17) 독일의 검사는 우리나라의 판사처럼 검사 1~2인이 검사실을 사용하면서 주 2회 정도 공판에 관여하고, 나머지 시간에는 수사기록을 검토하고 있어 우리나라 판사의 일상과 비슷함

다. 우리나라와 다른 제도

- 참고인 구인(Vorführung des Zeugen)¹⁸⁾
- 사인소추(Privatklage)¹⁹⁾
- 중간절차(Zwischenverfahren)²⁰⁾²¹⁾
- 심급제(Instanzenzug)²²⁾

라. 직권주의적 특징

- 법원, 검찰의 위치, 법정의 구조(판사석, 검사석 등의 위치, 높이)
- 재판에서의 판사, 검사의 역할²³⁾
- 주범죄수사청(Landeskriminalamt)과 같은 경찰 건물에서 근무하는 영장담당 판사, 검사²⁴⁾
- 판사, 검사가 보직 개념으로 운영되는 Bayern 주의 경우²⁵⁾

-
- 18) 독일 형사소송법 제161조a는 증인(Zeugen)과 감정인(Sachverständige)의 검찰의 소환(Ladung)에 대한 출석, 진술의무와 정당한 사유없는 불출석 또는 출석거부시 검찰의 구인 권한을 규정하고 있음
 - 19) 위 법률은 제374조 이하에서 주거침입(Hausfriedensbruch), 모욕(Beleidigung), 상해(Körperverletzung), 재물손괴(Sachbeschädigung) 등 범죄에 대한 피해자의 소추권을 인정하면서, 제376조에서 사인소추 대상 범죄에 대하여는 공익적 사안의 경우에만 검찰이 기소할 수 있도록 규정하고 있음
 - 20) 위 법률 제199조 이하에 규정된 기소 이후에 법원이 공판개시 여부를 결정(Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens)하는 단계로 제203조에 따라 소송요건 등을 검토하여 피고인(Angeschuldigter, 공판개시 결정 이후에는 Angeklagter로 불림)에 대한 충분한 범죄혐의가 있는 경우에만 공판개시 결정을 함
 - 21) 형식적 요건 외에 공판을 개시할 충분한 증거가 있는지 여부도 검토하며, 2010.경 Duisburg에서 있었던 음악회 압사 사건(Unglück bei der Loveparade 2010)에서는 2014.경 Duisburg 지방검찰청이 공연 기획자 등을 기소하였으나, 2016.경 Duisburg 지방법원이 피고인들에 대한 충분한 범죄혐의가 없다는 이유로 중간절차에서 재판을 그대로 종결하였고, 2017.경 Düsseldorf 고등법원에서 위 종결 결정에 대한 검찰청의 즉시항고(sofortige Beschwerde, 위 법률 제210조 제2항)가 받아들여져 Duisburg 지방법원에서 결국 공판이 진행되었으나, 2019.경 충분한 증거가 없다는 이유로 그대로 종결(Einstellung des Verfahrens)됨
 - 22) 우리와 같은 무조건적인 3심제가 아니라 법원조직법에 따라 구법원(Amtsgericht)→ 지방법원(Landgericht)→ 고등법원(주최고법원, Oberlandesgericht) 순으로 항소(Berufung), 상고(Revision)가 이루어지거나 지방법원 또는 고등법원→ 연방대법원(Bundesgerichtshof) 순으로 상고가 이루어지며, 위 법률 제74조 이하, 제120조 이하에 따라 살인 등 중범죄, 반역 등 공안범죄는 1심 재판이 있는 후, 연방대법원에 상고(위 법률 제135조)만 할 수 있어 2심제임
 - 23) 최종 판결시에는 ‘국민의 이름으로(Im Namen des Volkes)’ 피고인 뿐만 아니라, 판사, 검사 모두 기립한 상태에서 선고가 이루어짐
 - 24) München 교도소(Justizvollzugsanstalt München)에는 호송에 어려움이 있는 중요 피고인에 대한 출장 재판이 가능하도록 법정이 설치되어 있음
 - 25) 우리나라 군법무관들의 보직 변경과 유사함

마. 주요 화두

- 외국인 범죄²⁶⁾
- 수사 및 재판의 장기화²⁷⁾
- 판사, 검사의 부족²⁸⁾

3. 우리 형사재판과 관련된 개선방안

가. 신속한 재판과 충실한 재판

- 재판 시간²⁹⁾
- 인구 대비 판사, 검사의 수³⁰⁾

나. 참심제(Schöffengericht, Schwurgericht)³¹⁾의 도입

- 투명한 재판, 민주적 정당성
- 구법원 관할 사건의 일부를 담당하는 Schöffengericht³²⁾는 일반적으로 직업 판사 1명과 참심원 2명으로 재판부가 구성되고³³⁾, 지방법원 관할 사건을 담당하는 재판부는 직업 판사 3명과 참심원 2명(대부) 또는 직업 판사 1명과 참심원 2명(소부)으로 구

26) 독일 국적을 취득한 외국계 독일인의 범죄 포함

27) 형사절차 뿐만 난민 인정과 관련된 행정소송 등 사법서비스와 관련된 일반적 현상으로 독일 통일 이후 최대의 형사재판으로 평가되는 국가사회주의 지하당 사건(Nationalsozialistischer Untergrund-Prozess)에서는 2013. 5. 경부터 2018. 7.경까지 München 고등법원에서 있었던 437회의 공판에 5명의 재판부 판사, 3명의 대체판사, 4명의 연방검사, 5명의 피고인, 14명의 변호인, 피해자 유족 등 95명의 공소참가인과 이를 대리한 60명의 변호인, 약 600명의 증인과 감정인이 관여하고, 변호사비용, 경호비용 등을 포함하여 약 2,800만 유로(약 370억원)의 비용이 들었다고 함

28) 독일법관협회(Richterbund)는 반복적으로 판사, 검사 인력의 부족을 경고하고 있으며, 2030.경까지 독일 전체 판사, 검사의 약 40%가 정년퇴직 예정이고, 구 동독 지역은 약 2/3가 정년퇴직 예정인 가운데, 2019. 1. 독일 연방정부와 주정부는 법치국가(Rechtsstaat)가 제대로 기능할 수 있도록 2021.경까지 판사, 검사 약 2,000명의 증원을 의결한 바 있음

29) 재판기일 당 진행사건 수와 관련될 수 밖에 없음

30) 인구가 약 8,000만명인 독일의 경우, 연방법무청(Bundesamt für Justiz)의 2017. 12. 기준 통계에 따르면, 판사 약 20,739, 검사 약 5,502(사람 수가 아닌 보직 기준)임

31) 우리나라 군사법원의 재판과 유사한 형태이며, 하루 진행사건 수의 한계가 있고 형사재판 담당 판사의 증원 문제와도 연관됨

32) 구법원 관할 사건의 나머지는 단독 판사가 담당하며, 법원조직법 제74조 제2항은 지방법원 관할인 1심재판을 담당하는 참심재판부를 Schwurgericht로 칭함

33) 위 법률 제29조 제1항

성되며³⁴⁾, 참심원은 특별한 규정이 없는 한 직업 판사와 동일한 표결권을 행사³⁵⁾36)

다. 구속 기간³⁷⁾

- 사실상 6개월 내에 재판을 끝내기 어려운 사건의 피고인(피의자)을 구속 상태로 재판을 받게 하는 것이 의미가 있는지? 경제범죄 등 기록이 방대한 사건의 중형이 예상되는 구속 피고인을 보석으로 석방하여 재판을 받게 하는 것이 옳은 것인지?
- 독일의 경우, 수사단계에서의 구속기간이 별도로 정해져 있지 않고, 구속기간은 원칙적으로 1심 선고 전까지 최대 6개월이나, 특별한 사유가 있는 경우에는 검사의 신청 또는 법원의 직권에 의해 상급법원인 고등법원 또는 연방대법원의 구속심사를 거쳐 연장될 수 있으며, 구속연장을 위한 구속심사는 늦어도 3개월 단위로 반복되어야 함³⁸⁾39)

34) 위 법률 제76조 제1항

35) 위 법률 제30조 제1항, 제77조 제1항

36) 사회법원의 재판에서 형사재판의 참심원과 유사한 명예 판사 1명이 구술변론이 이루어지는 동안 약 30분간 머리를 가슴까지 떨구고, 숨쉬는 소리가 들릴 정도로 졸아 옆에 앉은 직업 판사가 발로 깨우려고 시도한 사실이 증인 진술 등을 통해 확인된 사안에서, 연방사회법원은 잠시 눈을 감거나 고개를 숙이는 정도로는 판사가 졸았다고 단정할 수 없고, 판사가 졸음을 쫓기 위해 노력하는 행동만으로는 심리에 영향을 주었다고 할 수 없으나, 이 경우에는 위 명예 판사가 원심의 구술변론 당시 졸고 있었기 때문에 정신적으로는 판사석에 부재한 것이나 마찬가지로 심증을 형성할 수 없어 원심 판결에 하자가 있다는 이유로 파기하고, 다시 심리하도록 바덴-뷔르템베르크 주 고등사회법원에 환송(B 13 R 289/16 B 결정)한 사례도 있음

37) 독일 교정시설의 수용자들은 1인 1실을 사용하고 있는바, 교정시설의 확충과 함께 검토되어야 할 것임

38) 형사소송법 제121조, 제122조

39) 공소장 일본주의와의 관계가 문제될 여지는 있음

| 주제발표 |

우리나라 형사재판의 문제점과 개선방안

- 미국의 당사자주의 입장에서 -

김 종 구 | 교수(조선대학교 법과대학)



우리나라 형사재판의 문제점과 개선방안 - 미국의 당사자주의 입장에서 -

김종구 | 교수 (조선대학교 법과대학)

I. 머리말

형사소송의 구조와 관련하여 당사자주의(adversary system)와 직권주의(inquisitorial system)에 대한 논의는 오래된 주제이며, 더 이상 논의의 추가가 필요하지 않을 정도로 다양한 논의가 전개되어 왔다.¹⁾ 우리 형사소송의 구조에 관해서는 당사자주의를 기본으로 하면서 직권주의를 가미한 절충적 구조라는 것이 다수의 견해이다.²⁾ 대법원과 헌법재판소도 우리나라의 형사소송 구조가 기본적으로 당사자주 소송구조를 취한 것으로 이해한다.³⁾ 일

1) 이에 관한 문헌으로는 김면기, “미국식 당사자주의에 대한 비판적 분석-피의자신문을 중심으로 -”, 비교형사법연구 제21권 2호, 2019; 신동운, “사법개혁추진과 형사증거법의 개정”, 서울대학교 법학 제47권 제1호, 2006; 이완규, “개정형사소송법상 증거개시제도”, 형사법의 신동향 제10호, 2007; 이완규, “개정 형사소송법상 조서와 영상녹화물”, 비교형사법연구 제9권 2호, 2007; 차동언, “당사자주의의 올바른 이해를 위하여”, 형사소송 이론과 실무 제2권 제1호, 2010; 김대근/승재현, 미국형사소송제도의 시행현황 및 우리 사법 환경과의 합치 여부, 2012년도 대검찰청 용역연구과제 보고서; 김성돈/황태정, 공판중심주의의 바람직한 운용방안, 2010년도 대검찰청 용역연구과제 보고서; 나영민/박노섭, 피의자신문제도의 개선방안에 관한 연구-녹음·녹화방식을 중심으로 -, 한국형사정책연구원 연구총서 06-07, 2006; 정웅석/김희균, 공판중심주의 실태 및 문제점과 검찰 대응방안, 2014년도 대검찰청 용역연구과제 보고서.

2) 신동운, 신형사소송법(제5판), 법문사, 2014, 14면; 이은모/김정환, 형사소송법(제7판), 법문사, 2019, 28면; 이주원, 형사소송법, 박영사, 2019, 전론 xli면; 이창현, 형사소송법(제5판), 정독, 2019, 34면; 정웅석/최창호, 형사소송법, 대명출판사, 2017, 28면. 우리나라 형사소송구조는 직권주의가 기본이며 여기에 당사자주의를 가미한 것으로 보는 견해로는 배종대/이상돈/정승환/이주원, 형사소송법(제2판), 홍문사, 2016, 31면; 이재상/조균석, 형사소송법(제11판), 박영사, 2017, 49면.

3) 대법원 2009.10.22. 선고 2009도7436 전원합의체 판결; 헌법재판소 1995.11.30. 선고 92헌마44 결정.

제 강점기의 의용형사소송법은 직권주의에 기초한 것이었으나, 우리 형사소송법은 그 제정 시부터 영미법의 영향 하에 절충적 소송구조를 취했다. 그 후로도 당사자주의에 기반 한 영미법적 요소들이 우리 형사소송법에 지속적으로 도입되었고, 특히 2007년 형사소송법 개정에는 다수의 당사자주의적 요소가 반영되었다. 한국형 배심제인 국민참여재판제도의 시행도 이에 영향을 주었다.

우리의 근대 형사소송법체계는 1912년 조선형사령에 의한 일본 구형사소송법의 의용으로 서양법체계를 계수하면서 시작되었다.⁴⁾ 대륙법체계가 일본을 통하여 간접적으로 계수된 것이다. 우리에게 영향을 준 일본 법체계의 근대화 작업은 나폴레옹법전으로 대변되는 프랑스법체계를 도입하는 것으로 시작되었다. 물론 일본은 프랑스법체계를 도입하기로 결정하기 전 세계의 양대 법체계라 할 수 있는 영미법체계와 대륙법체계 중 어느 법체계를 들여올 것인가에 대한 고민이 있었다. 일본은 영미법체계에 대해서도 많은 관심을 갖고 있었으나, 그 수많은 판례법들을 다 들여올 수 없다는 것을 깨닫고 프랑스법체계를 도입하기로 하면서 나폴레옹법전을 번역하여 일본 근대법제를 마련하였다.⁵⁾ 하지만, 그 뒤 일본 내에서 독일법체계를 따르자는 학자들이 우위를 점하여 근대 일본법제는 독일법체계를 취하여 오늘에 이르고 있다.⁶⁾

우리의 경우 양 법체계 중 어느 법체계를 취할 것인가에 대한 고민을 할 여지도 없었다. 일제 강점기가 시작되면서 일본법체계가 그대로 한반도에 이식되었고, 그 결과 우리의 법체계는 대륙법체계가 되었다. 우리의 형사소송 구조도 자연 직권주의에 기반 한 것이었다. 우리의 법체계가 대륙법체계를 취하는데 있어 우리 자신의 주도적인 역할은 없었다. 다양한 법체계를 비교하여 각각의 법체계의 내용과 장점 및 단점은 무엇이며, 우리가 그들 법체계로부터 무엇을 취할 것인가에 대한 고민을 할 수도 없었다.

그 후 형사소송법의 제정 과정에서 다양한 영미법적 요소가 우리의 형사소송 체계에 들어왔다. 이때의 영미법적 요소의 도입도 역시 우리의 주도 하에 이루어진 것은 아니다. 2차

4) 정영석, “형사소송법에 있어서 대륙법계와 영미법계의 교착”, 법학연구 제1권, 연세대 법학연구소, 1973, 25면.

5) Wilhelm Röhl(편), History of Law in Japan since 1868, Brill, 2005, 23-24면. 메이지유신 이후 일본이 근대적 법체계를 서둘러 갖추려고 한 큰 이유 중 하나는 막부시대에 외국과 맺은 불평등조약을 개정하기 위해서는 유럽처럼 근대적 법체계를 갖추는 것이 필수적이었기 때문이었다. 메이지정부 초기에는 프랑스법전을 신속히 번역하여 그것을 그대로 일본법으로 하려는 시도까지 있었다.

6) Wilhelm Röhl(편), 앞의 책, 26면 이하.

세계대전 이후 우리나라와 일본에 미군정이 실시되면서 미군정의 영향 하에 미국 형사소송법과 증거법의 요소들이 우리 법체계에 들어온 것이다. 우리나라와 일본 모두 2차 세계대전 이후 형사소송법 분야를 중심으로 미국법의 강한 영향을 받았고, 1948년의 일본 신형사소송법 제정이나 우리나라의 형사소송법 제정 과정에서 영미법의 영향은 지대한 것이었다. 영미 형사소송법의 특색을 이루는 당사자주의에 기반 한 규정들과 영미의 대표적인 증거법 원칙인 전문법칙 등이 이 시기 형사소송법에 도입되었다.

현행 우리 형사소송법은 전문법칙 및 반대신문(cross-examination)에 관한 규정을 입법함으로써 당사자주의를 들여왔다.⁷⁾ 그 후 형사소송법의 개정 과정에서 공판중심주의 또는 당사자주의를 구현하기 위한 제도들이 입법되어 왔으며, 이 과정에서 당사자주의와 형사재판의 문제점 및 개선방안에 관한 개별적인 우수한 연구 성과는 이미 많이 축적되어 있다. 따라서 본 논문에서는 원론적인 면에서 당사자주의의 연혁과 그 의미 그리고 문제점을 검토하면서, 우리 형사재판구조가 가야할 방향을 생각해보고자 한다. 구체적으로는 영미법상 당사자주의의 특색과 연원 및 문제점을 살펴보고, 우리 형사소송법상 당사자주의의 연혁을 개관한 후, 우리 형사재판의 앞으로의 발전방향을 조서 및 배심재판과 관련하여 간략히 고찰하고자 한다.

Ⅱ. 영미법상 당사자주의의 연원과 특색

1. 연원

영미에서 당사자주의 소송구조는 언제 등장한 것인가? 여기에 대해서는 여러 가지 견해가 있으나, 형사절차상 변호인의등장이 당사자주의 소송구조의 출현에 중요한 영향을 준 것으로 판단된다. 18세기 중엽 이전 커먼로 하의 배심재판절차는 약식 절차(summary

7) 미군정법령 제176호는 미군정 기간 단행된 남한의 사법제도개혁사업 중 가장 주목할 만한 조치 중의 하나로 인정되고 있는데, 이를 통해 우리 형사소송법 체계에서 처음으로 당사자주의가 본격 도입되기 시작한 것으로 볼 수도 있다. 이 군정법령 제176호에 대해서는 “당사자대등주의 재판관중심주의적 형사소송제도로의 거보를 던져 되었으니 이는 실로 획기적인 입법으로, 조선사법사상 대서특필할 만한 것이다”라고 평가되기도 한다(장승두, “영미형사재판제도론-우리 형사사법민주화와 관련하여(3)”, 법정 제3권 제12호, 1948, 15면).

proceeding)로서 신속히 진행되었다. 과거 커먼로 하의 배심재판이 신속히 진행된 가장 중요한 요인은 변호인(counsel)이 없었다는 점이였다. 이 시기 피고인에게는 변호인이 금지되었으며, 일반적인 형사재판에서는 검사도 변호인도 없었다. 그 후 당사자주의 시스템의 등장과 이와 관련된 증거법의 발전으로 인하여 커먼로 하의 재판은 심대한 변화를 겪게 된다.

영국에서는 18세기말부터 피고인 측의 변호인 이용이 점점 더 빈번해져 갔다. 변호인이 형사절차에 빈번히 등장하기 시작했다는 것은 어떠한 의미를 갖는 것일까? 이는 곧 형사절차에서 당사자주의가 확립되어 가기 시작했음을 의미한다. 영미증거법의 역사에서 전문법칙과 반대신문권과의 관계도 역시 변호인제도 및 당사자주의적 형사재판 절차의 확립과 밀접한 관련을 갖는다. 과거 영국에서는 피고인 측 변호인이 없어야 진실 발견이 촉진될 것이라는 믿음에서 1690년대까지 반역죄(treason) 사건이건 중죄(felony) 사건이건 피고인 측이 변호인을 세우는 것을 금지하였다. 그러나 그러한 믿음은 스튜어트 왕조 말기의 유명한 반역죄 재판들⁸⁾을 통하여 흔들리기 시작했다. 이들 재판에서 위증을 통하여 정치적으로 많은 무고한 사람들이 유죄판결을 받고 처형되었다. 이와 같은 부정의(不正義)에 대한 반동으로 명예혁명 후 1696년에 반역죄에 대한 재판법이 입법되었는데, 이 법의 핵심은 반역죄로 기소된 피고인으로 하여금 법정에서 변호인을 세울 수 있도록 허용하는 것이었다. 이렇게 당사자주의적 형사재판절차는 원래 반역죄 사건의 피고인을 보호한다는 특별한 목적을 가진 절차로서 고안된 것이었다.⁹⁾ 그 후 당사자주의적 소송절차는 일반 중죄에까지 확대되었다. 귀족들로 하여금 날조된 반역죄의 혐의에서 벗어나게 하기 위해 고안된 절차가 일반 범죄자에게도 적용되게 된 것이다. 이러한 과정을 거쳐 근대 초기에, 변호인 없이 이루어지는 형사재판에서 변호인이 주도적인 역할을 하는 당사자주의적 형사재판(adversary criminal trial)으로 옮겨간 것이다. 그리고 1780년대에 이르러서는 형사재판에서 주신문과 반대신문을 위한 변호인은 일상적인 것이 되었다.¹⁰⁾ 17세기와 18세기 초

8) 이 시기 유명한 반역죄 사건으로는 Popish Plot(1678), Rye House Plot(1683), Bloody Assizes(1685) 사건 등이 있으며, 월터 롤리(Walter Raleigh)사건도 그 중 하나이다.

9) 영국에서 악명 높은 반역죄 재판에서 정의가 실종되었다는 충격으로부터 명예혁명(1688) 후 1869년 '반역죄 재판법'(Treason Trials Act)이 입법되었는데, 이 법의 핵심은 반역죄 사건의 피고인에게 변호인을 허용하는 것이었다(John H. Langbein, *The Origins of Adversary Criminal Trial*, Oxford University Press, 2005, 3면).

10) 이와 같은 내용에 대한 자세한 것은 John H. Langbein, "Historical Foundation of the Law of Evidence : A View from the Ryder Sources", *Columbia Law Review* Vol. 96 (1996), 1197면.

과거 영국에서는 재판관이 대륙법계의 재판관처럼 증인과 피고인을 신문했으며, 절차를 지배했다. 그러나 19세기 초에 당사자주의적 형사재판이 확립되면서 기소측 공소관과 피고인측 변호인이 증인을 신문하고 반대신문을 하면서 재판절차를 주도하게 된 것이다.¹¹⁾ 이렇게 피고인을 위한 변호인제도와 더불어 당사자주의적 형사재판 절차가 확립되고, 재판절차에서 반대신문이 일상적인 것이 되었다.¹²⁾

2. 특색 및 직권주의와 비교

미국식 당사자주의(adversary system)를 구성하는 주요한 요소는 다양하게 거론되나 다음과 같이 정리할 수 있다.¹³⁾ 첫째, 피고인은 변호인을 통하여 반대증인을 대면하고 신문할 수 있는 권리(right to confront and cross-examine)를 갖는다. 이를 통해 법관이 아니라 당사자인 피고인의 변호인이 소송에 있어서 주도적인 역할을 한다. 둘째, 피고인은 배심재판을 받을 권리를 갖는다. 셋째, 사실의 발견자(fact-finder)는 공판기일에 법정에서 제출된 증거만을 판단의 기초로 한다. 이는 증거개시, 쟁점정리, 증인채택, 증인신문 등이 변호인에게 맡겨져 있다는 사실과 연결된다.¹⁴⁾

반면, 대륙법계 직권주의(inquisitorial system)의 절차적 특징은 다음과 같다. 첫째, 법관이 재판을 주재하며, 피고인과 증인을 신문하고, 법정에서 제출될 증거채택 여부도 결정한다. 변호인은 재판에서 부수적인 역할만 할 뿐이다. 둘째, 예심조사(pretrial investigation)를 통하여 법관이 유무죄의 증거가 담긴 조서(pretrial dossiers)를 작성한다. 조서는 판사에게 전달되며 여기에는 예심절차에서 생성된 모든 기록이 포함된다. 때로 법관은 재판절차 전에 수집된 증거만을 기초로 해서 유죄판결을 하기도 한다. 이 시스템 하의 조서의 역할 때문에 의심스러울 때는 피고인의 이익으로라는 원칙에 의문이 제기되기도 한다.¹⁵⁾

11) 이러한 과정에 대하여는, John H. Langbein, 앞의 논문, 1198면.

12) 이후 전문법칙의 근거에 대한 설명으로 반대신문에 기초한 이론이 지배하게 된 것이다. 이러한 반대신문권은 미국연방수정헌법에 헌법상의 권리로까지 인정되고 있다. 미국연방헌법에 따르면 전문증거는 피고인이 반대신문의 기회를 갖지 못했다면 증거로 사용할 수 없다.

13) Michael L. Corrado, "The Future of Adversarial Systems: An Introduction to the Papers from the First Conference", 35 N.C. J. Int'l L. & Com. Reg. 285 (2009), 285-286면.

14) Michael Asimow, "Popular Culture and the Adversary System", 40 Loy. L.A. L. Rev. 653 (2007), 653면 이하.

15) Michael L. Corrado, 앞의 논문, 285-286면.

이와 같이 보면, 직권주의의 가장 큰 특징은 본 재판 전에 예심판사가 증거수집과 사건조사를 하며 여기에서 작성된 조서가 재판에서 유무죄 판단의 결정적인 자료가 된다는 점이다.¹⁶⁾ 반면, 영미 당사자주의 재판의 가장 큰 특색은 변호인에게 증거를 수집하고, 채택하고, 제출하고, 조사할 의무를 부여한다는 것이다.¹⁷⁾ 유무죄 판단은 대립되는 당사자가 제출한 증거를 기초로 이루어진다. 또한 당사자가 서로 반대증인을 대면하여 신문할 수 있다는 점도 영미 당사자주의의 중요한 특징의 하나이다.

3. 미국식 당사자주의 대한 비판적 검토

(1) 머리에

종래 우리의 일반적인 인식 중 하나는 형사절차가 규문주의와 직권주의(inquisitorial system)를 거쳐 당사자주의(adversary system)로 발전했다고 이해하는 것이다. 따라서 직권주의 체계보다는 당사자주의 체계가 우월한 것으로 보고 당사자주의적 요소를 도입해 가는 것이 형사소송의 발전방향이라고 인식하기도 한다. 우리의 경우 과거 1961년 제1차 형사소송법 개정시 전문법칙과 교호신문제(cross-examination)를 명문화하고, 2007년 형사소송법 개정시 증거개시제도를 비롯하여 공판중심주의를 구현할 수 있는 다양한 입법이 이루어졌다. 이후에도 당사자주의와 공판중심주의를 위한 많은 제언이 나오고 있다. 이러한 방향은 일응 옳은 것이라 판단되나, 우리가 모델로 삼고 있는 미국식 당사자주의의 문제점에 관한 논의도 함께 살펴보면서 우리 형사재판의 개선방안을 논의하는 것이 필요하리라 판단된다.

당사자주의는 진실발견을 위한 위대한 엔진이라고도 불린다. 미국에서는 법률가들뿐 아니라 대개 일반인들도 당사자주의 시스템이 소송에서 정의를 실현할 수 있는 가장 좋은 방법이라고 생각한다.¹⁸⁾ 당사자주의 시스템은 진실발견(truth finding)과 공정한 재판(fair decision)을 위한 최선의 수단으로 이해되는 것이다.¹⁹⁾ 우리 형사소송법에 도입되어 있는

16) 물론, 검사가 사건을 조사하고 증거를 수집하고 조서를 작성하는 시스템 하에서도 법관이 재판에서 주도적인 역할을 하는 경우 직권주의체제가 된다.

17) John H. Langbein, 앞의 책,

18) Popular Culture and the Adversary System p. 653.

19) Gary Goodpaster, On the Theory of American Adversary Criminal Trial, 78 J. Crim. L. & Criminology 118

전문법칙과 반대신문도 오판방지와 진실발견을 위한 것이다. 전문법칙과 반대신문은 밀접한 관련이 있으며, 당사자주의의 핵심 요소이다. 우리 형사소송법은 당사자주의의 핵심내용을 이미 반영하고 있는 것이다. 그러나 당사자주의를 반영한 형사재판의 개선을 논할 때는 당사자주의의 문제점의 검토와 함께, 우리 형사소송법에 도입되어 있는 당사자주의적 요소와 우리 형사소송법 전체 체계와의 정합성도 고려하면서 형사재판의 발전방향을 생각해야 할 것이다.

(2) 당사자주의의 문제점

미국에서 일반적으로 당사자주의에 대한 신뢰는 굳건하지만, 여러 측면에서 당사자주의의 문제점도 함께 지적되고 있다. 먼저, 당사자주의의 결점으로 전투효과(combat effect)와 부의 효과(wealth effect)가 거론되기도 한다.²⁰⁾ 전투효과는 진실발견을 오히려 저해하는 효과를 낳는다고 한다. 영미의 재판에서 양 당사자의 목표는 법정다툼에서 이기는 것이다. 소송에서 이기기 위해 다양한 기법이 동원되고 때로는 진실을 왜곡하기도 한다. 필요한 증인을 은닉하거나, 타방 당사자에 유리한 정보를 숨기거나, 증인의 진술을 적극적으로 조종하고, 반대신문을 남용하는 것이 그 예이다. 부의 효과는 실력 있는 유능한 변호인을 고용하여 사실관계를 조사할 수 있도록 할 여유가 있는 사람들에게는 엄청난 이득을 준다. 그러나, 중범죄로 기소된 대부분의 사람들은 가난한 사람들이기 때문에, 부의 효과는 당사자주의적 형사소송절차에 심대한 구조적 결함을 야기한다.

이와 더불어 당사주의에 대한 가장 많은 비판은 오판(wrong conviction)에 관한 것이다.²¹⁾ 근래 영미 시스템에서 다수의 오판 사례들이 발견됨으로써 당사자주의 형사법 체계에 확신이 흔들리고 있다. 미국에서 1989년 처음으로 DNA 확인에 의하여 무죄 방면되는 사례가 등장한 이후 유사 사례가 갈수록 늘고 있다. 당사자주의 형사재판(adversarial criminal trials)에 따른 판결의 신뢰에 심각한 의문이 제기되고 있는 것이다. 오판 사례가 상당히 많다는 사실은 당사자 시스템에 어떤 결함이 있는 것은 아닌지, 또는 당사자주의 시스템의 진실발견 기능에 문제점은 없는지 의문을 갖게 한다.²²⁾ 근래 미국에 다양한 오판 사

(1987-1988) 121면 이하.

20) John H. Langbein, 앞의 책, 1-2면.

21) 여기에 대해서는 Kent Roach, "Wrongful Convictions: Adversarial and Inquisitorial Themes", 35 N.C. J. Int'l L. & Com. Reg. 387 (2009), 388-389면 참조.

례가 나타나면서 당사자주의의 장점과 약점을 재평가할 좋은 기회를 갖게 된 것이다.

이러한 오판의 원인으로는 부적절한 변호활동 및 유죄답변(guilty plea)이 거론되며, 이것이 당사자주의의 약점으로 지적되기도 한다. 그러나, 오판의 원인은 다양하며, 거시적인 관점에서 당사자주의 소송절차가 원인이라고 말하기는 어렵다. 실제 오판의 원인으로는 증인의 착오로 인한 진술, 법과학 증거의 오류, 허위의 자백 등에 주로 초점이 맞추어져 있다. 즉, 증인의 착오(Mistaken Eyewitness Identification), 증인의 허위진술(Lying Witnesses), 허위 자백(false confessions), 허위 유죄답변(false guilty pleas), 포렌식 증거의 결함(faulty forensic evidence), 확증편향(confirmation bias), 부적절한 변호(inadequate defense representation) 등이 오판의 구체적인 원인으로 거론되며²³⁾, 이와 같은 개별 증거들이 오판을 초래하는 주된 이유로 인식되고 있다. 그런데, 개별 증거들과 오판의 연관성을 확인하기는 상대적으로 쉬우나, 거시적인 관점에서 당사자주의 체계가 오판의 원인이라 하기는 근거가 분명하지 않다. 실제 오판의 원인으로 개별 요인들을 분석하는 연구는 많으나, 당사자주의를 오판의 원인과 연결시켜 연구하는 사례는 드물다. 그러나, 여전히 오판의 원인을 당사자주의에서 찾는 견해도 유력하다.

당사자주의 하에서 변호인의 적극적인 반대신문이 오히려 오판을 야기할 수 있다는 지적도 있다. 반대증인(adverse witness)에 대한 반대신문(cross-examination)은 당사자주의의 가장 중요한 특징 중 하나이다. 문제는 반대신문이 거짓증언을 하는 증인을 반박하는데는 효과적인 수단이지만, 증인이 선의로 착오에 빠진 경우라면 효과적일 수 없다는 점이다. 이런 경우에는 변호인의 적극적 변호활동이 오히려 자충수가 될 수 있다. 착오에 빠진 증인은 거짓을 말하는 것이 아니지만, 변호인의 공격적인 반대신문으로 인해 착오에 따른 잘못된 증언을 할 수 있다. 따라서 당사자주의 시스템은 착오에 빠진 증인으로 인한 오판을 막기에는 내재적인 한계가 있다.²⁴⁾ 변호인의 적절하지 못한 변호활동(inadequate defense representation)이 당사자주의적 절차를 왜곡시킬 수도 있는 것이다.

22) Daniel Givelber, "The Adversary System and Historical Accuracy: Can We Do Better?", in *Wrongly Convicted: Perspectives on Failed Justice* 253, 255-258면(Sandra D. Westervelt/John A. Humphrey, Rutgers University Press, 2001); Marvin Zalman, "The Adversary System and Wrongful Conviction", in *Wrongful Conviction: International Perspectives on Miscarriages of Justice* 71, 80-81면(C. Ronald Huff & Martin Killias eds., Temple University Press 2008).

23) Kent Roach, 앞의 논문, 394면 이하.

24) Kent Roach, 앞의 논문, 394면.

(3) 소결

이와 같이 근래 미국에서 당사자주의적 형사절차(adversary criminal procedure)가 초래하는 문제들을 인식하고 개선하려는 시도가 있지만, 여전히 주목의 대상은 아니며, 미국 형사사법체계에서 당사자주의적 요소는 더 강화되고 있다.²⁵⁾ 이러한 현상의 가장 큰 이유는 미국의 법조인과 일반인 모두 당사자주의 형사절차의 진실발견 기능에 매우 강력한 믿음을 가지고 있기 때문이다.²⁶⁾ 미국의 다수는 당사자주의 시스템이 공정성을 강화하고, 권력 남용을 견제하며, 판단의 오류를 시정하는 데 가장 적합하다고 판단한다. 미국에서 당사자주의가 건재한 또 하나의 이유는 미국 사법시스템에 내재된 당사자적 문화이다.²⁷⁾ 미국의 당사자주의 시스템은 미국 근대화의 결과물이기도 하며 개인의 정치 및 경제적 권리의식과 밀접한 관련이 있다. 미국인들에게는 전통적으로 당사자주의를 선호하는 문화가 있는데, 개인이 원하는 방식으로 증거를 채택하고 소송을 진행할 수 있기 때문이다. 또한, 현대 사회의 복잡다기한 갈등 현상의 해결에 수동적인 법관보다는 사건의 당사자가 적극적 역할을 하는 당사자주의가 더 적합하다고 보기도 한다.

그러나, 당사자주의 문제점을 지적하고 그 해결방안에 관한 논의는 여전히 계속되고 있다. 특히, 당사자주의 시스템 하의 재판 문제에 대한 대응방안으로 당사자주의에 직권주의 요소를 가미하자는 주장도 제기된다.²⁸⁾ 당사자주의와 직권주의 중 어느 체제가 진실발견에 더 적합한가에 대해서는 아직도 논란이 있지만, 어느 한 체제가 절대적으로 우위에 있다고 보기는 어려울 것이다. 따라서, 당사자주의가 절대 우위에 있는 것으로 보고 당사자주의만을 고수하려는 것은 적절하지는 않다. 반면, 당사자주의에 직권주의 요소를 반영하는 것만이 당사자주의의 문제점을 해결하는 방안이라 할 수도 없을 것이다. 단순한 당사자주의와 직권주의의 단순한 절충을 넘어서, 당사자주의의 문제점에 대한 검토를 계속하면서, 당사자주의 시스템 자체가 보다 적절하게 운용될 수 있도록 방안을 마련하는 것도 필요할 것이다. 우리의 경우, 당사자주의적 구조에 직권주의의 장점을 반영하는 것을 비롯하여, 우리의

25) 이러한 내용에 대해서는 김면기, “미국식 당사자주의에 대한 비판적 분석 - 피의자신문을 중심으로 -”, 비교형사법 연구 제21권 2호, 2019, 111면 이하 참조.

26) D. Michael Risinger, “Innocents Convicted: An Empirically Justified Factual Wrongful Conviction Rate”, 97 J. Crim. L. & Criminology 761(2007), 766면

27) 김면기, 앞의 논문, 참조.

28) Kent Roach, 앞의 글, 443면.

특색에 맞는 고유한 형사절차를 고안하고 발전시키려는 노력도 있어야 할 것이다. 이를 위해서는 미국식 당사자주의에 관한 연구가 계속되어야 하며, 우리 고유의 바람직한 형사재판의 모습을 찾아가는 노력도 이어져 가야 할 것이다.

Ⅲ. 우리 형사소송법상 영미법의 영향과 당사자주의

1. 형사소송법 제정과정과 영미법체계 도입 논의

과거 조선은 1905년에 첫 근대적 형사법인 형법대전을 공포한 바 있다. 형법대전은 형법, 형사절차법, 형집행법을 모두 포함하고 있었다. 일제강점기가 시작되면서 우리의 독자적인 형사법의 근대화 작업은 중단되었고, 1912년 조선형사령의 시행과 함께 프랑스법의 영향을 받은 일본의 메이지 형사소송법이 우리나라에도 적용되었다. 그 후 일본 형사소송법이 개정되면서 1922년 일본의 다이쇼 형사소송법(구형사소송법)이 일제 강점기 동안 우리나라에 적용되었다. 구형사소송법은 독일법의 영향을 강하게 받은 것으로 직권주의적 요소가 강한 것이었다.

해방과 함께 1945년 9월 미군이 남한에 진주하였고, 곧 이어 미군정청²⁹⁾이 설립되었으며, 미군정은 1948년 8월까지 계속되었다. 미군정기는 우리 법체계가 영미 형사법체계를 일부 수용하게 되는 중요한 시기였다.³⁰⁾ 이 무렵 가장 획기적인 사건의 하나는 1948년 3월에 미군정법령 제176호를 통하여 구형사소송법이 개정된 것이었다. 미군정법령 제176호는 수사기관의 강제수사절차, 특히 인신구속절차를 개선하기 위한 것이었으며, 형사절차상 피의자의 인권보호를 위한 영미법상의 개념들이 우리 법체계에 들어오게 되었다.

1948년 대한민국의 시작과 함께, 미군정기 법전기초위원회를 대신하여, 새로운 법전편찬위원회가 구성되었다. 법전편찬위원회의 기록에 따르면, 새로운 형사소송법의 모델은 구형사소송법과 미군정법령 제176호였으며, 여기에 더해 일본의 1948년 신형사소송법도 우리 형사소송법 제정에 중요한 참고자료였다. 김병로 대법원장은 국회에서 새로운 형사소송

29) The United States Army Military Government in Korea (USAMGIK).

30) 신동운, “미국법이 한국형사법에 미친 영향”, 미국학 제16집, 1993, 32면.

법의 입안과정에 대하여 설명하면서, 구형사소송법과 미군정법령 제176호 그리고 1948년의 일본 신형사소송법이 제정형사소송법의 중요한 참고자료였음을 밝히고 있다.³¹⁾ 또한 그의 설명에 따르면 새로운 형사소송법은 대륙법체계와 영미법체계의 요소들을 결합하여 입안한 것이다. 이러한 전체 맥락에서 볼 때 제정형사소송법은 구형사소송법을 기본으로 하면서, 미군정법령 제176호 및 1948년 일본 신형사소송법을 반영하여 입안되었다.

미국법의 영향을 받은 1948년 일본 신형사소송법과 미군정법령 제176호의 영향으로, 형사소송법의 제정과정에서 우리 형사소송법체계를 대륙법체계와 영미법체계 중 어느 체계로 할 것인지 여부도 논의되었다. 형사소송법 제정과정에서 법사위원장이었던 김정실은 형사소송법 제정을 위한 공청회를 통하여 형사소송절차를 영미법계로 할 것인지 대륙법계로 할 것인지에 관한 토론이 있었음을 밝히고 있다. 또한 김정실은 형사소송절차로서 영미법계가 대륙법계보다 진보적이지만 우리의 현실을 감안하여 대륙법계를 기본으로 하고 영미법계의 장점을 함께 받아들여 초안이 마련되었음을 말하고 있다.

이러한 양법계는 각각 장단을 가지는 것으로 법이론적 견지에서 본다고 할 것 같으면 영미법계가 대륙법계보다 진보적인 입법체라고 할 수 있습니다. 그러나 우리나라의 실정, 특히 국민대중의 문화수준과 경제상태 하에서는 그 운영에 애로가 있을 것이고 비현실적인 것으로 봅니다. 그렇기 때문에 법전편찬위원회에서는 대륙법계를 기반하고 입안하였고 본 위원회로서도 우리나라의 역사적인 현실을 참작하여 대륙법계의 원칙 하에서 수정한 것입니다. 이 초안에 있어서도 대륙법계를 기반으로 하였다고는 하나 그렇다고 해서 영미법계의 장점을 무시한 것이 아니고 도입하여 절충적으로 법안을 작성한 것입니다.³²⁾

김병로 대법원장 역시 우리 형사소송법이 남조선과도정부시절 개정 법률인 미군정법령 제176호 및 일본의 신형사소송법을 주로 참조하여 형사소송법 초안이 마련되었으며, 대륙법계와 영미법계를 조화시켜 형사소송법 초안이 준비되었음을 밝히고 있다.

그래서 지금 여기 우리 새 형사소송법안이 어떠한 특수한 법률을 꼭 토대한 것이 아니고 과거에 ... 우리가 현행 해 오는 조례 또는 그 가운데에서 남조선 과도정부시대에 시행하든

31) 형사소송법제정자료집, 한국형사정책연구원, 1996, 206면.

32) 신양균 편저, 형사소송법 제개정 자료집(상), 한국형사정책연구원, 2009, 149면.

개정법률을 거기에 역시 흡수하고 또 미국사람이 일본이 독립되기 전에 스캅시대에 미국 사람의 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. 그래서 아까 법제사법위원장이 누누이 말씀하신 것과 같이 우리는 대륙법체계만 받아들인(攝容한) 것도 아니고 꼭 영·미식체계만 섭용한 것도 아니고 역시 우리에게 제일 편익한 이러한 점을 절충해서 이 형사소송법안이 편성되었다고 생각합니다.³³⁾

엄상섭 의원은 제정형사소송법 제1독회에서 우리 형사소송법체계가 대륙법체계와 영미법체계 중 어느 것을 택해야 하는가에 대하여 언급하고 있다. 그는 종래 우리는 독일법에 기초한 일본형사소송법을 써 왔으므로 우리나라 법률가들은 대개 대륙법체계의 형사소송법을 알고 있지만 영미법체계의 형사소송법은 잘 알지 못하고 있는 상황을 지적하였다. 그리고 그는 민주국가로의 발전을 위하여 영미법계 형사소송법 체계를 받아들여야 한다는 주장도 있음을 언급하고, 우리 실정상 영미법계를 따르기는 어렵다고 하면서 우리나라 소송절차와 영미의 소송절차를 비교하고 있다.

지금 우리나라 실정으로 보아서 영미법계의 형사소송법을 그대로 우리나라에다 실시한다면 대단한 곤란을 느끼게 되는 것입니다. 예를 들면 대륙법계통, 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 한번 조사를 해보고 재판관이 부정하다고 생각을 한 증거를 더 보충해서 조사를 하고 또 피고인측에서나 검찰관측에서 제출한 증거를 다시 조사하고 이러한 방향으로 심리를 해 들어가는 것입니다. 영미법에 있어서는 검사나 사법경찰관이 수집한 증거는 일체 재판관이 미리 보지 못하게 되었습니다. 다만 기소장 한 가지만 써냅니다. 이 기소장에 대해서도 이 사람은 원래 어떠한 성격을 가진 사람이고, 어떠한 정당관계가 있고, 과거에 어떠한 전과관계가 있고 이런 것도 못쓰고 있습니다. 다만 언제 어느 날 아무데에 가서 어떠한 물건 얼마치를 훔쳤다는 이외에는 아무 것도 못쓰는 것입니다. 이것은 전연 재판관으로 하여금 아무런 선입감도 없이 만들어

33) 신양균 편저, 앞의 책, 153면.

가지고 모든 것을 공판정에 나와서 검찰관측이 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?³⁴⁾

엄상섭 의원은 이어서 만약 영미식의 당사자주의와 공판중심주의를 취한다면 우리의 재판실정과 우리의 국민성 등 여러 가지에 비추어 매우 곤란한 점이 많을 것이라 밝히고 있다. 엄상섭 의원의 견해는 의도한 것은 아니겠지만 나름 법사회학적 및 법인류학적 관점에서 논거를 제시하고 있는 것이다. 엄상섭 의원도 이러한 현실적인 이유에서 우리의 형사소송 법안이 대륙법계를 기초로 하고 영미법계의 장점을 가미한 방식으로 마련되었음을 언급하고 있다.

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 증인신문을 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 여기다 영미법계통에는 증거법이라는 것이 있어 가지고 이러한 때에는 이렇게 하고, 저러할 때에는 저렇게 한다 해가지고는 재판관이 증거법에 의해서 재판관자신으로서 이 증거가 맞지 않는다, 진실에 부합되지 않는다는 심증을 해야 되는 경우가 많습니다. 그런데 이것은 사실에 비추어 보면은 대단히 이것이 형식재판에 끝이는 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 백년 후의 민주주의 기초만을 생각하다가는 목전에 우리가 공산주의에 멸망을 당하는 일도 나오지 않겠느냐 이런 등등이 머릿속에 왕래

34) 신양균 편저, 앞의 책, 164면.

하는 관계로 해서 불가불 대륙법계통의 형사소송법을 대체로 채택하고 영미법계통에서 가장 장점으로 되어 있는 것을 여기다가 약간 보충하게 이러한 방식으로 기안된 것입니다.³⁵⁾

엄상섭 의원이 말한 바와 같이, 우리 형사소송법 제정과정에서 우리 형사소송법체계를 대륙법체계로 할 것인가 영미법체계로 할 것인가에 대하여 우리 법률가들 사이에 진지한 고민이 있었다. 하지만, 우리 형사소송법 입안자들은 종래 우리 형사법체계가 일제강점기에 거의 30여 년간 대륙법체계를 취하였던 현실 등을 고려하여 대륙법체계를 토대로 하면서 영미법체계를 가미한 형사소송체계를 취하였다. 비록 영미법체계를 취한 것은 아니지만, 우리 형사소송법의 제정 과정에서부터 영미법체계의 도입에 관한 논의가 있었다는 것은 큰 의미를 갖는 것이며, 영미법의 영향은 자연스럽게 우리 형사소송법에 당사주주의가 도입되는 결과를 낳았다.

2. 형사소송법의 제정과 미국법의 영향

미국은 제2차 세계대전 이후 한국과 일본에서 군정을 실시하였으며, 한국에서는 1945년부터 1948년까지 미군정청(USAMGIK)³⁶⁾이 군정을 담당했다. 미국정부는 미군정을 실시하는 지역에 통치정책의 일환으로 법률고문을 두었다. 한국의 미군정기 사법부에서 활동했던 주요 법률고문으로 프랭켈(Ernst Fraenkel), 퍼글러(Charles Pergler), 길리엄(Richard D. Gilliam Jr.), 스콧(Denny F. Scott), 로빈기어(Charles S. Lobingier) 등이 있다. 미군정기 미법률고문들의 구체적인 역할을 소상히 알기는 어렵지만, 이들은 신생 대한민국의 법체계를 구축하는데 많은 역할을 하였으며, 헌법을 비롯하여 형사소송법 등 각 분야의 입법에 큰 영향을 준 것으로 판단된다. 미법률고문들은 조미법률가협회나 기타 다양한 경로를 통하여 영미법적 사고와 이론을 한국에 전파하였으며, 헌법과 형사법 분야를 포함하여 한국의 영미법 수용사에서 중요한 역할을 한 것으로 판단된다. 대륙법계를 취하던 우리 법체계에 미군정을 통해 영미법이 수용되고 접목되는 과정에서 미법률고문들의 역할은 우리 법제사에 큰 의미를 갖는다.

35) 신양균 편저, 앞의 책, 164-165면.

36) The United States Army Military Government in Korea(USAMGIK), 在朝鮮美陸軍司令部軍政廳.

미군정의 미국인 법률고문들은 당시 우리나라 기본법제의 정비과정에서 실질적인 권한을 부여받고 있었으며, 입법에 관한 주요 문제에 있어서 최종결재권자로서 권한을 행사하였다. 그들은 모든 중요한 지침과 관련하여 한국인 관료들을 실질적으로 통제할 만큼 막강한 권한을 가지고 있었고, 인사와 재정 문제에 있어서도 확실한 영향력을 행사하였다.³⁷⁾ 이들 미법률고문들은 대륙법계와 영미법계를 모두 경험한 이력과 함께³⁸⁾, 다양한 해외 활동을 경험한³⁹⁾ 유능한 인물들이었다. 미군정은 이러한 이력을 충분히 면밀하게 검토하여 법률고문으로 위촉했다. 해방 후 우리나라의 기본 법제를 구축해가는 과정에 다수의 미국인 법률가들이 참여함으로써 우리 법체계에 영미법이 수용되는 토대가 마련되었던 것이다.

3. 당사자주의 소송구조의 도입

영미 당사자주의의 기본이 되는 것이 전문법칙과 배심제 및 반대신문제이다. 전문법칙과 배심제는 상호 밀접한 관계에 있으며, 당사자주의의 핵심 요소이다. 우리 형사소송법상 당사자주의의 도입도 전문법칙의 도입과 밀접한 관련을 갖는다. 일본은 1948년 신형사소송법의 입법시 전문법칙과 반대신문에 관한 규정을 입법함으로써 영미의 당사자주의를 수용하였다. 우리의 경우 1954년의 제정 형사소송법에는 전문법칙과 반대신문제가 명시적으로 선언되지 않았다. 다만, 전문법칙의 예외로서 조서의 증거능력을 인정하기 위한 요건을 중심으로 전문법칙과 관련한 입법이 있었다. 전문법칙의 선언적 규정과 반대신문에 관한 규정은 1961년 제1차 형사소송법 개정 시에 입법되었다. 1961년의 제1차 형사소송법 개정은 우리 형사소송법의 영미법계수사에서 중요한 의미를 갖는다. 제1차 형사소송법 개정으로 전문법칙의 선언적 규정과 함께 증인신문방식과 관련하여 반대신문제가 명시적으로 도입됨으로써 우리 형사절차는 영미법계의 당사자주의(adversary system)를 일부 수용했음을 분명히 드러내게 되었다.⁴⁰⁾

37) 윤대성, “美軍政時代(1945-1948)의 韓國民法典編纂事業과 로빈기어의 〈韓國民法典草案〉에 관한 研究”, 비교사법 제4권 제1호(통권 제6호), 1997, 404-405면.

38) 프랭켈과 피글러가 그 예이다.

39) 길리엄과 로빈기어가 그 예이다.

40) 현행 형사소송법의 소송절차는 그 근저에 대륙법계의 직권주의적 요소가 잔존하고 있으므로, 철저한 당사자주의를 전제로 하는 영미법계의 교호신문제를 그대로 현행법에 적용할 수 없으므로 수정된 형태로 도입하고 있다. 즉, 형사소송법은 재판장의 개입권을 인정하여 증인신문방식에서 반드시 교호신문의 방법에 의하지 않을 수 있음을

IV. 우리 형사소송법상 전문법칙과 당사자주의의 연혁

1. 일본형사소송법상 전문법칙의 연혁과 당사자주의

(1) 일본 형사소송법상 전문법칙의 입법 배경과 당사자주의

전후 일본 형사소송법의 개정은 연합군총사령부(GHQ)에 의해 일본 형사소송제도 개혁의 필요성이 제기되면서 시작된 것이라 할 수 있다. 즉 일본에서는 구형사소송법 하에서 불법구금 및 자백 강요 등 관헌에 의한 인권유린 문제가 심각하여, 연합군총사령부의 입장에서는 규문절차의 폐지가 공정한 재판을 위한 지상과제였다. 일본 측에서도 종전의 형사사법에 대한 강한 반성이 있었으며 시정하고자 하는 인식이 있었다.⁴¹⁾

실제 일본에서는 이러한 인권침해 문제에 대해서 소화(昭和) 초기부터 개혁의 필요성이 제기되어 왔었다. 이와 관련하여 구형사소송법 하의 인권침해 사례들은 예심을 폐지하고 수사기관에 강제처분권한을 인정하여야 해결될 수 있다는 주장들이 있었다. 특히 오노(小野清一郎)교수는 예심을 폐지하고 수사기관의 강제처분권한을 인정함으로써 현재의 위법적인 사태를 근절하는 것이 가능하다고 주장하였다.⁴²⁾ 전전(戰前)의 일본에서는 예심판사에게만 강제처분권한이 부여되어 있었으나, 이제 검찰에 강제처분권을 부여하고 수사기관의 권한을 강화하여 문제를 해결하고자 한 것이다.

이러한 검찰권 강화의 움직임은 전후 형사소송법 개정에도 영향을 미쳤다. 즉 전후 사법개혁 초기에 사법제도 혁신론이 이슈가 되어 변호권의 확충 등 피고인의 권리를 보장하는 개정안이 일본 법무부에 의해 제출되기도 했다. 그러나 연합군총사령부에 의한 일본 형사사법개혁은 영미법적인 당사자주의를 기반으로 하여, 피의자 및 증인의 조사를 중심으로 하는 당시 수사 행태를 개선함으로써, 직접주의 및 공판중심주의를 구체화하는 데 초점을

명확히 하고 있다(정영석, “형사소송법에 있어서 대륙법과 영미법의 교착”, 연세법학연구 제1집, 1973, 35면).

41) 이하 일본 형사소송법상 전문법칙의 연혁에 관한 이러한 설명에 대해서는 春日勉, “日本における伝聞法則の例外適用をめぐる実務の現状と課題 - 検察官面前調書を中心として -”, 法學論叢 第18輯 2號, 朝鮮大 法學研究院, 2011, 523면 이하 참조.

42) 小野清一郎, “司法制度革新論 - 予審廢止を中心として”, 中央公論 1937年 5月号. 여기에 대해서는 吉川經夫/内藤謙/中山研一/小田中聡樹/三井誠 編, 刑法理論史の総合的研究, 日本評論社, 1994, 520면 이하; 허일태 외 4인(역), 형법이론사의 종합적 연구, 동아대출판부, 2009, 402면 이하 참조.

두고 있었다.⁴³⁾ 연합군총사령부의 주도로 진행된 헌법 개정작업에서도 신헌법에 적법절차의 보장, 묵비권, 영장주의, 증인신문권의 보장, 자백법칙, 자백의 보강법칙 등 영미 형사소송의 기본이 되는 규정이 다수 포함되었다.

이와 같이 구형사소송법하의 인권침해 문제를 해결하기 위해 수사기관의 권한을 보다 더 강화하고자 한 일본 정부와 영미법적인 형사절차를 도입하려는 연합군총사령부의 의도가 서로 충돌하는 상황이었기 때문에 일본의 형사소송법 개정작업은 진행에 어려움을 겪었다. 특히 헌법상 반대신문권 보장과 전문증거의 증거능력을 배제하는 전문법칙 규정에 대해서는 일본정부로부터의 강한 반대가 있었다. 당시 일본의 재판은 예심판사의 조서에 근거하여 직권주의적으로 진행되었기 때문에 반대신문권의 보장 및 전문법칙이라는 사고가 일본의 입장에서는 익숙하지 않았기 때문이었다. 주지하는 바와 같이 구형사소송법에는 전문법칙이란 존재하지 않았고, 진술조서에 전부 증거능력이 인정되고 있었으므로 이러한 반발은 예상할 만한 것이었다.⁴⁴⁾

(2) 일본 형사소송법상 전문법칙의 입안 과정

이러한 상황에서 진행된 일본 형사소송법의 개정과정을 보면, 먼저 1946년 8월 일본 측에 의해 공표된 ‘형사소송법 개정요강’에 반대신문을 원칙으로 하면서 ‘임의청취서’에는 증거능력을 인정하는 규정을 두고 있었다.⁴⁵⁾ 그리고 1947년 2월 일본 측에 의해 공표된 ‘형사소송법 개정 제6차안’에는 수사단계의 진술조서는 원칙적으로 증거로 채용하지 않는다는 규정이 포함되어 있었는데, 이 규정에 대해서는 검찰로부터 강한 반발이 있었다. 따라서 1947년 3월 제정된 ‘형사소송법의 응급조치에 관한 법률’에서는 “증인 및 그 외의 자(피고인을 제외)의 진술을 녹취한 서류는 피고인의 청구가 있는 때에는 그 진술자 또는 작성자를 공판기일에 심문할 기회를 부여하거나 또는 피고인에 대해 이러한 심문에 배석 등의 기회를 부여하는 것이 아니라면 이를 증거로 삼는 것은 불가능하다. 단 그 기회를 부여하는 것이 불가능하거나 또는 현저하게 곤란한 경우에는 법원은 피고인의 헌법상의 권리를 적절하게 고려하여 이를 증거로 삼을 수 있다.”고 하여 전문법칙의 합리적인 예외를 인정하는 규정이

43) 春日勉, 앞의 논문, 524면.

44) 春日勉, 앞의 논문, 524면.

45) 日本の刑事訴訟法改正 經過에 대해서는 刑事訴訟法制定過程研究会, “刑事訴訟法の制定過程(1)~(5)”, 法学教会雜誌 第91卷 7.8.10.11号 참조.

삽입되게 되었다.⁴⁶⁾

일본 형사소송법의 개정작업이 최종 단계에 진입한 1948년 3월, 형사소송법 개정 제9차안이 일본 측으로부터 공표되었으나, 이를 검토한 연합군총사령부는 수정을 요구하게 된다. 연합군총사령부 측은 원래의 초안에서 “검찰관, 형사경찰직원이 작성한 신문조서는 어떠한 경우에도 증인의 진술을 녹취한 증거로서 법정에서 제출할 수 없다”고 하였다. 그러나 일본 측과의 교섭결과 공표된 제1차 수정안, 제2차 수정안에서는 “피고인이 동의하는 경우에 검찰관은 공판에서, 검찰관 또는 사법경찰직원이 작성한 기소 전의 신문조서를 증거로 제출할 수 있다.”고 하였다. 또한 “증인이 공판에서 전에 검찰관의 신문조서의 내용과 다른 반대의 또는 중요한 점에 관해 상이한 증언을 한 경우 검찰관의 신문조서는 반드시 증거로서 제출되지 않으면 안 된다. 법원은 특별한 상황이 존재하여 이전의 진술이 공판에서 있었던 증언보다도 신용가능하다고 인정되는 경우에는 증거를 사실인정의 기초로 사용하는 것이 가능하다.”라는 수정이 더해져, 검찰관 및 경찰관의 신문조서의 사용을 인정하게 되었다.⁴⁷⁾ 이와 같은 수정의 배경에는 검찰관 및 사법경찰관 작성 신문조서를 증거로 제출할 수 없고 사실인정의 기초로 삼을 수 없다고 하는 연합군총사령부의 원래의 초안에 대해 강한 저항과, 일본 검찰 관료들의 영미법식의 철저한 당사자주의화에 대한 우려가 있었던 것이다. 이러한 과정을 보면 원래 연합군 사령부는 수사기관 작성 조서의 증거능력을 전면적 부정하는 완전한 형태의 전문법칙을 도입하려 하였다. 그러나 이에 대한 저항으로 인하여 제한적으로 수사기관 작성 조서의 증거능력을 인정하는 방향으로 수정을 한 것이다.

우리 형사소송법상 전문법칙의 도입과정에서는 제정형사소송법 제312조가 이미 일본 형사소송법상 전문법칙 규정과 유사하게 수사기관 작성 신문조서를 제한적으로 사용할 수 있도록 하는 규정을 마련했기 때문에 일본에서와 같은 충돌은 발생하지 않았다. 다만, 일본과 달리 사경작성 신문조서의 증거능력을 더 제한하는 부분에 대한 이의제기만이 있었던 것이다.⁴⁸⁾

46) 이러한 내용에 대해서는 春日勉, 앞의 논문, 525면 참조.

47) 이에 관한 자세한 내용에 대해서는 渡辺暎子, “現行刑事訴訟法中の証拠法の制定過程と解釈—伝聞法則を中心として”, 294면 이하; 渡辺暎子, “制定過程から見た現行刑事訴訟法の意義と問題点”, *ジュリスト* 1370号, 2008, 35면 이하.

48) 신양균 편저, 앞의 책, 208면 참조.

(3) 일본 신형사소송법과 영미법의 영향

주지하는 바와 같이 일본의 1948년 신형사소송법의 입안은 연합군최고사령부(GHQ)의 주도하에 이루어졌으며, 영미법의 영향을 강하게 받았다. 당시 형사소송법 초안은 일본 측과 연합군최고사령부 측의 협의 하에 만들어졌다. 연합군최고사령부 측에서는 오프러(Alfred Oppler), 마이어스(Howard Meyers), 애플턴(Richard B. Appleton), 블랙모어(Thomas L. Blackmore) 등 미군정 법률고문들이 참여하였다.⁴⁹⁾ 특히 오프러와 같은 인물은 유태인으로 독일의 법률가였으나, 나치의 박해로 미국에 망명한 사람이었다. 오프러는 1945년에 미국 시민권을 얻었고, 제2차 세계대전 말미 일본의 항복 직후 맥아더 사령부의 법률고문으로 초빙되었다. 오프러가 일본에 가게 된 것은 도쿄의 연합군 사령부가 대륙법계 국가 중 가능하면 독일에서 법률가로 일한 경험이 있는 사람을 요청했기 때문이었다. 오프러가 연합군사령부에 의해 선택된 이유는 일본법체계와 매우 유사한 독일법체계에 대해 그가 잘 알고 있다는 점이 중요하게 고려된 결과였다.⁵⁰⁾

미군정 법률고문들의 영향 하에 입안된 일본 형사소송법 초안 작성과정에서 참고자료가 되었던 것은 특히 위그모어(Wigmore)의 증거법 교과서였다. 일본 측은 위그모어의 증거법 교과서 중 전문법칙의 예외에 관한 부분을 번역하여 담당자들에게 전문법칙에 관한 자료로 배포하였으며, 위그모어의 교과서 내용은 전문법칙의 입안과정에 많은 영향을 주었다.⁵¹⁾ 전체적으로 일본의 전문법칙은 연합군최고사령부의 주도로 일본 측과의 협의 하에 초안이 마련되었으나, 각 조항의 취지나 내용 및 예외에 관하여 충분한 이해 하에 협의가 이루어졌다고 보기는 어렵다. 일본 측은 연합군최고사령부의 제안을 기초로 거의 미국의 형사소송법 교과서에 따라 문안을 작성하였으며, 그 내용에 대하여 충분한 협의와 이해는 없었으며, 일본 국회에서도 전문법칙에 관한 논의가 제대로 이루어지지 않았다.⁵²⁾ 이러한 결과 조서를 중심으로 한 증거법 규정이 영미의 전문법칙과 접목되는 과정에서 다소 모호한 성격의 전문법칙 규정들이 만들어진 것이다.

49) 渡辺咲子, “現行刑事訴訟法中の証拠法の制定過程と解釈-伝聞法則を中心として”, 318면 이하.

50) 이러한 내용에 대해서는 Alfred C. Oppler, *Legal Reform in Occupied Japan: A Participant Looks Back*, Princeton University Press, 1976, 13면.

51) 위그모어는 하버드르스쿨을 졸업한 젊은 학자 시절인 1889년에 일본에 온 후 게이오대학(慶應義塾大学)에서 1889년부터 1892년 사이에 영미법을 가르쳤다.

52) 渡辺咲子, “現行刑事訴訟法の伝聞法則に関する規定の制定経緯について”, 41면 이하.

2. 한국 형사소송법상 전문법칙의 연혁과 당사자주의

(1) 형사소송법 제정과 전문법칙

우리 형사소송법에 전문법칙의 명시적인 선언적 규정과 반대신문에 관한 규정이 입법된 것은 1962년의 제1차 형사소송법 개정 시이다. 그러나, 형사소송법 제정과과정에서 전문법칙과 관련된 내용은 이미 우리 법체계에 들어왔다. 일본에서 전문법칙 도입과정을 보면, 미군정기에 미국증거법의 영향 하에서 입법이 이루어졌으며, 전문법칙과 관련한 논쟁도 있었다. 반면, 우리 형사소송법 제정과과정에서 전문법칙을 포함하여 개별적인 영미법적 요소의 도입에 관한 심도 있는 논의는 이루어지지 않은 것으로 보인다. 다만, 검사작성 조서와 사법경찰관작성 조서의 증거능력 부여를 위한 규정의 입법과정에서 간접적으로 전문법칙에 관한 논의를 엿볼 수 있다. 일본에서는 전문법칙을 도입할 것인가에 대한 논쟁이 있었지만, 우리의 경우는 검사작성 조서와 사법경찰관작성 조서의 증거능력을 각각 다른 요건 하에 인정할 것인가에 관한 논쟁이 주된 것이었다.

우리 형사소송법초안 제299조와 제정형사소송법 제312조는 검사와 사법경찰관의 조서는 증거로 사용할 수 없으나, 일정한 예외의 요건을 갖추면 증거로 사용할 수 있는 것으로 보고 있다. 왜 이러한 규정이 입법되었는가에 대해서는 우리의 입법 자료만을 가지고는 알기 어렵다. 조서는 전문증거이고 전문법칙이 도입되면 증거능력이 부정될 것이므로 예외를 인정하기 위한 조항이 필요하다는 인식이 있었는가는 확실하지 않다. 다만, 형사소송법초안 제299조는 일본의 1948년 신형사소송법의 영향을 받은 것이 분명한 것으로 보인다. 일본은 전문법칙의 도입과정에서 조서의 증거능력을 예외적으로 인정하기 위한 규정들을 입법했는데, 이들 조항이 우리 형사소송법에 영향을 준 것이라 할 수 있다.

제정형사소송법 제312조는 큰 틀에서 초안의 제299조와 같으나 검사작성 조서와 사법경찰관작성 조서의 증거능력을 각각 다른 요건 하에 인정하도록 한 것이 차이점이다. 우리 형사소송법은 검사작성 조서와 사경작성 조서의 증거능력을 달리 보고 있지만, 원칙적으로 수사기관 작성 조서의 증거능력을 원칙적으로 부정하는 전제에 있으므로, 제정시에 이미 영미법상 전문법칙의 기본 틀은 수용한 것으로 생각된다. 그러나, 그 내용에 있어서 형사소송법상 전문법칙은 영미법상 전문법칙과 많은 차이가 있다. 형사소송법 제정시에 전문법칙 자체의 도입을 둘러싼 직접적인 논의도 없었던 것으로 판단된다.

하지만, 형사소송법초안상 사경작성 조서의 증거능력을 제한하는 규정에 대해서는 논란이 있었으며 이에 대해 재의결 절차까지 거치게 된다. 형사소송법의 입안자들에게 이 문제가 전문증거의 증거능력과 관련된 것이라는 명확한 인식은 없었지만, 실제로는 전문증거의 증거능력을 인정하기 위한 요건을 두고 논쟁을 벌인 것이다.

여하튼 우리 형사소송법의 제정과정에서 보면 제정형사소송법이 명시적으로 전문법칙을 선언하지 않았더라도 제312조 이하의 규정을 통하여 전문법칙이 우리 법체계 내에 이미 들어온 것으로 볼 수 있다. 우리의 전문법칙은 일본 신형사소송법의 전문법칙과 마찬가지로 수사기관의 조서의 증거능력을 예외의 요건을 갖추면 인정하는 내용을 중심으로 도입되었다. 전문법칙은 형사소송법 제정시 이미 제312조 이하의 규정을 통하여 우리 형사소송법에 들어왔지만, 그 후 1961년의 형사소송법 개정시 제310조의 2에 명확히 전문법칙을 선언하게 된다.

(2) 제1차 형사소송법 개정과 전문법칙 및 당사자주의

1961년의 제1차 형사소송법 개정은 우리 형사소송법의 영미법 계수사에 있어서 중요한 의미를 갖는 개정이었다. 제1차 형사소송법 개정으로 제16조의 2가 신설되어 증인신문방식과 관련하여 반대신문제(cross-examination)가 도입되었다. 이로써 우리 형사소송법상 처음으로 피고인 측의 반대신문권이 보장되었으며, 우리 형사절차는 일부나마 영미법계의 당사자주의를 받아들이게 되었다. 또한, 제1차 형사소송법의 개정은 교호신문제의 도입과 함께 제310조의 2에 전문법칙의 선언적 규정을 신설하게 된다. 제정형사소송법에서 이미 들어온 영미법계의 자백배제법칙과 함께 가장 중요한 영미의 증거법칙의 하나인 전문법칙이 우리 형사소송법에 명시적으로 도입된 것이다.⁵³⁾ 이로써 우리 형사소송법상 증거법은 확연히 영미법계의 색채를 띠게 된다.

1961년의 제1차 형사소송법 개정은 국가재건최고회의에서 이루어진 것이다. 그러나 영미 절차법에서 가장 중요한 제도인 전문법칙과 교호신문제의 도입에 대하여 자세히 토의한

53) 우리 형사소송법상 전문법칙은 물론 제정형사소송법에 이미 도입되었다. 다만, 그 선언적 규정이 1961년 제1차 형사소송법 개정시에 입법되었으며, 전문법칙과 반대신문권의 보장이 밀접한 관계에 있다는 인식하에 교호신문제가 규정된 것이다. 제정형사소송법 시행 이후 출간된 형사소송법 교과서들도 우리 형사소송법이 제316조에서 전문법칙을 명문으로 도입하였다고 설명한다(김용식, 신형사소송법론, 1954(단기 4287), 본문각 188면 이하 참조).

기록이 남아 있지 않다. 다만, 간략히 남아 있는 제안경위 및 제안이유에 관한 글을 보면, “영미법 하에서의 교호신문제라는 새로운 방식을 규정하여 전문증거의 증거능력을 제한하고자 이를 제안하는 것”이라 하고 있다.⁵⁴⁾ 이를 보면 제1차 개정의 입안자들은 전문법칙이 반대신문권과 밀접한 관계가 있는 것으로 파악하고 있음을 알 수 있다. 이미 형사소송법 제 312조 이하의 규정을 통하여 전문법칙이 우리 형사소송법에 도입되었으나, 영미법상 전문법칙의 근거의 하나인 반대신문권을 명확히 규정하고 전문법칙을 명시적으로 도입하였다는 데 제1차 형사소송법 개정의 의미가 있는 것으로 판단된다.

이러한 과정을 보면, 우리 제정형사소송법의 입안자들에게 전문법칙의 정확한 이해는 부족했던 것으로 보인다. 형사소송법 제정 이후, 조서를 증거로 사용하기 위한 요건을 규정하는 조항들이 전문법칙의 예외에 관한 규정이라고 이해하면서 제1차 개정에서 전문법칙에 관한 명시적인 규정을 둔 것으로 판단된다. 또한, 전문법칙은 피고인의 반대신문권 보장에 그 근거가 있다는 인식을 하게 되면서 1차 개정시 반대신문제도 규정하게 된 것으로 판단된다.

3. 소결

입법연혁에 비추어 우리 형사소송법상 전문법칙은 미국법체계의 전문법칙에서 유래한 것이며, 반대신문권과 당사자주의를 그 배경으로 한다. 그러나, 직권주의체계의 조서가 중시되는 재판구조를 배경으로 한 구형사소송법 규정에 전문법칙에 관한 규정이 삽입됨으로써 혼란스러운 모습이다. 우리는 해방 이후 형사소송법 제정시 영미법의 영향을 받아 대륙법계와 영미법계가 절충된 형사소송구조를 갖게 되었지만, 실제로는 영미법의 요소가 일부 도입된 것이며, 소송구조까지 영미식 당사자주의에 부합하는 구조로 바뀐 것은 아니다. 전문법칙 규정만 해도 조서의 증거능력을 예외적으로 인정하기 위한 요건에 중점을 두고 있어서, 본래 영미식 전문법칙의 내용과는 상당히 다른 모습이다. 이는 일본과 우리 모두 같은 상황이다.

이제 우리가 생각해보아야 할 것은, 대륙법계와 영미법계 요소가 혼합된 우리 형사소송법 체계를 어떠한 방향으로 발전시켜갈지 여부이다. 본래 당사자주의 요소를 받아들이기

54) 신양균 편저, 앞의 책, 258면 참조.

위한 체제가 되어 있지 않은 우리 형사소송법 구조에 당사자주의 요소가 들어오면서, 아직 다듬어 가야 할 부분이 많은 것으로 판단된다. 양 근대법체계의 형사소송구조가 혼합되어 있는 상황이지만, 궁극적으로는 우리 형사절차에 양자를 녹여내어 우리 고유의 형사재판구조를 발전시켜가야 할 것이다.

V. 우리 법체계에서 전문법칙 및 당사자주의의 의미와 형사재판의 발전방향

1. 형사소송법상 전문법칙과 당사자주의

(1) 전문법칙과 배심제

역사적으로 증거법은 수동적이고 중립적인 사실의 발견자⁵⁵⁾가 있을 때 그 필요성이 생긴 것이다. 전문법칙은 전문가가 아닌 배심원들이 전문증거에 대한 증거가치를 제대로 평가할 수 없다는 우려에 주로 그 근거를 둔다. 즉 영미증거법은 비전문가인 배심원들에 대한 불신을 배경으로 하고 있는 것이다.⁵⁶⁾ 영미의 법관은 제출된 증거가 증거능력이 있는지, 즉 사실의 발견자(fact-finder)인 배심원이 판단의 자료로 사용할 수 있는가에 대하여 결정한다. 어떠한 증거가 증거능력이 있는가에 대해서 판단하는 법관의 역할은 마치 문지기(gate keeper)의 역할과 같다.⁵⁷⁾ 반면, 대륙법계에서는 사정이 전혀 다르다. 무엇보다도 대륙법계에는 영미법계와 같은 형태의 배심재판이 없다. 법관 자신이 사실의 발견자이다. 법관이 사실의 발견자로서 역할을 하는 경우 증거의 증거능력에 대하여 논하는 것은 큰 의미가 없다. 왜냐하면 대륙법계에서 사실의 발견자인 법관은 동시에 법률문제의 판단자임으로 어쩔

55) 배심원을 말한다.

56) Stephan Landsman, "The Rise of the Contentious Spirit: Adversary Procedure in Eighteenth Century England", Cornell Law Review Vol. 75 (1990), 565면.

57) 영미법계에서 법관은 법을 부여하는 자(law-giver)이고, 배심원은 사실의 발견자(fact-finder)이다. 영미법계에서의 법관과 배심원의 역할에 대해서는: Paul C. Giannelli, Understanding Evidence(제2판), LexisNexis, 2006, 17면 이하.

수 없이 모든 증거에 접하게 되기 때문이다. 영미법계 전문법칙의 근거가 비전문가인 배심원들로 하여금 신뢰할 수 없는 법정 밖 진술에 접하게 되는 것을 막겠다는 것인데, 이는 대륙법체계의 법정구조에서는 설득력이 없다.⁵⁸⁾

우리 형사소송법 제정시와 제1차 개정시에 우리는 법체계에 배심제가 없었다. 그럼에도 불구하고 우리 형사소송법에 전문법칙이 도입된 이유는 무엇인가? 물론 전문법칙이 신빙성이 없는 증거를 증거로 사용할 수 없게 하려는 것이라면 직업법관의 재판에서도 의미를 갖는다. 하지만, 우리가 도입한 영미의 전문법칙이 배심제의 산물이라면 영미식 배심제가 아닌 우리나라의 형사재판구조에서 전문법칙의 의미를 다시 새겨보아야 할 것이다.

(2) 전문법칙과 증거능력 및 증명력

현대의 비교법적 관점에서 볼 때, 영미증거법에서 가장 특징적인 것은 증거배제법칙(exclusionary rule)이다. 이것은 의심스러운 일련의 증거들을 증거능력(admissibility)이 없는 것으로 하여 배심원으로부터 배제시키는 것인데, 대부분의 대륙법계 국가는 그러한 증거들을 증명력(weight or credit)에 영향을 미치는 것으로 하여 허용하고 있는 것과 대비된다.⁵⁹⁾ 이러한 서로 다른 점은 양 법체계의 법정 구조의 차이에서 나온다. 먼저, 영미 증거법의 증거배제 메커니즘은 영미 재판정의 이원적인(bifurcate) 구조적 특성에서 발달한 것이다.⁶⁰⁾ 영미의 법정에는 법관과 배심원의 두 영역으로 구성된다. 재판정이 두 개의 영역으로 나뉘는 구조는 증거배제법칙의 기초가 된다. 이원적 법정구조는 증거배제법칙이 그 본래의 기능을 발휘할 수 있는 무대가 된다.⁶¹⁾ 반면, 대륙법계의 일원적인(unitary) 법정 구조 하에서는 증거능력이 없는 전문증거가 사실의 발견자로부터 배제되기는 어렵다. 이는 동일한 사람, 즉 법관이 증거의 증거능력과 증명력을 모두 결정하기 때문이다.⁶²⁾ 따라서 대륙법계에서는 증거능력을 증명력과 구별하는 증거배제법칙이 발전할 필요가 없었

58) 전문법칙과 배심제도는 역사적 연혁이 다르고, 직업 법관의 재판에도 전문법칙이 적용되며, 직업 법관은 법률전문가이기는 하나 사실인정의 전문가가 아니라는 점에서 전문법칙은 배심제의 보호수단이 아니라는 견해도 가능할 것이다.

59) Langbein, 앞의 책, 250면.

60) Mirjan Damaska, "Of Hearsay and Its Analogues", Minnesota Law Review Vol. 76 (1992), 455-456면.

61) Roger C. Park, "An Outsider's View of Common Law Evidence", Michigan Law Review Vol. 96 (1998), 1489면.

62) Langbein, 앞의 책, 250면. 영미법계에서 증거의 증거능력 인정 여부는 법관이 결정하는 것이며, 배심원들이 그들로부터 일정한 증거를 배제시킬 수는 없다.

던 것이다.

이와 같이 전문증거 배제법칙은 영미법계의 배심제와 밀접한 관련이 있다.⁶³⁾ 따라서 사실문제와 법률문제에 대한 판단을 모두 법관이 하는 대륙법계의 일원적인 법정 구조 하에서 전문증거의 증거능력을 부정하는 것은 의미가 없다고 할 수 있다.⁶⁴⁾ 법관이 사실의 발견자이자 법률문제의 판단자인 경우 전문증거를 법관으로부터 배제한다는 것은 불가능 할 것이기 때문이다. 그렇다면, 형사소송법이 전문증거를 증거능력이 없는 것으로 하고 있는 것에 대해서, 왜 전문증거를 증거능력이 없는 것으로 보아 공판정에서의 현출 자체를 원천적으로 봉쇄해야 하는가에 대한 의문이 제기될 수 있다. 즉 대륙법계 국가인 경우 사실의 발견자는 전문가인 법관이고, 일반인인 배심원과 달리 전문가인 법관은 증거가치의 판단을 그르칠 위험성이 적음으로, 우리 법체계 하에서는 전문증거도 일단 사실 판단의 자료로 쓰일 수 있게 하고 그 증거가치의 판단은 법관에게 맡겨야 하는 것이 아닌가라는 의문이 제기될 수 있는 것이다.⁶⁵⁾ ‘국민의 형사재판 참여에 관한 법률’하에서도 법관이 법률문제 뿐 아니라 사실문제의 판단에도 모두 관여하고 있다. 다만, 배심원이 사실문제의 판단에 법관과 함께 관여하고 있다는 점이 기존의 우리 형사재판 체계와의 차이점이라 할 수 있다.⁶⁶⁾ 따라서 한국형 배심제하에서도 법관이 사실문제와 법률문제 판단에 모두 관여하므로, 전문증거라도 증거로 사용할 수 있게 하고 그 증거가치의 판단은 법관에 맡겨야 하는 것이 아닌가 하는 문제 제기는 가능하다.

63) 많은 사람들이 영미증거법은 배심제도의 자식이며, 증거배제법칙은 잘못된 사실 판단으로부터 배심원단을 보호하기 위해 필요한 것이라는 생각에 동의한다(Charles T. McCormick, "Law and the Future: Evidence", *Northwestern University Law Review* Vol. 51 (1956), 225면). 반면, 일부 사람들은 영미증거법을 당사자주의의 산물이라 생각하며, 증거배제법칙을 당사자주의적 공정성(adversarial fairness)을 획득하기 위한 시도로 본다(Roger C. Park, 앞의 글, 1486면).

64) 대륙법계에서는 사실의 발견자인 법관이 어쩔 수 없이 전문증거에 접하게 되기 때문에 전문증거의 증거능력을 부정하는 영미법계의 전문법칙이 엄격하게 적용되기는 어려운 측면이 있다. Gordon Van Kessel, "A Summary of Mirjan R. Damaska's Evidence Law Adrift", *Hastings Law Journal* Vol. 49 (1998), 359면. 영국에서도 전문증거에 대한 항변이 증거능력보다는 증명력에 영향을 미쳐야 한다는 생각은 이미 18세기 초 문헌에서도 발견된다(Langbein 앞의 글 1189면 각주 102 참조). 전문증거에 어느 정도까지 증명력을 인정할 것인가는 배심원에게 맡겨진 일이기 때문이라는 것이다.

65) 조광훈, "공판중심주의의 올바른 논의 방향에 대한 제언-결", *사법행정* 2006. 11., 29면 참조.

66) '국민의 형사재판 참여에 관한 법률'에 따르면 배심원은 법률문제인 증거의 증거능력 판단에서는 배제되고 있다. 동법 제44조는 배심원 또는 예비배심원은 법원의 증거능력에 관한 심리에 관여할 수 없다고 규정한다.

(3) 형사소송법상 전문법칙의 근거와 당사자주의

형사소송법상 전문법칙의 가장 중요한 근거는 영미법계의 연혁에서 보는 바와 같이 반대신문권의 보장이다. 전문법칙을 우리 형사소송법에 명시적으로 도입한 제1차 개정의 입안자들도 교호신문제와 함께 전문법칙을 도입하였다. 그들은 전문법칙이 반대신문권과 밀접한 관계가 있는 것으로 파악했으며, 반대신문권을 전문법칙의 근거로 생각했던 것이다. 그런데, 반대신문권은 당사자주의(adversary system)를 토대로 한다. 앞에서 살펴본 바와 같이, 영미증거법의 역사에서 전문법칙의 및 그 근거로서 반대신문권의 확립은 당사자주의의 확립과 밀접한 관련을 갖는다. 우리 형사소송법의 제1차 개정 과정에서 교호신문제 및 당사자주의 개념이 전문법칙과 함께 도입된 것도 이러한 인식을 전제하는 것이다.⁶⁷⁾

하지만, 우리 형사소송법상 당사자주의는 영미식의 완전한 당사자주의와는 거리가 있다. 또한 전문법칙이 영미에서 증거배제법칙의 하나로서 발전했던 것은 바로 배심제가 있기 때문이었는데, 우리 법체계는 과거 배심제를 알지 못하였다. 여기에 더해 우리 형사소송법상 전문법칙의 예외에 관한 내용 중에는 반대신문권과 무관한 사항들이 있다. 예를 들어, 형사소송법 제312조 제1항의 ‘피고인이 된 피의자의 진술을 기재한 조서’는 피고인의 반대신문권과 무관한 것이다. 따라서 이 내용을 반대신문권을 근거로 설명할 수는 없으며⁶⁸⁾, 형사소송법상 전문법칙의 근거를 일원적으로 반대신문권의 보장만이라고 설명하는 것은 타당하기 어렵다. 따라서 형사소송법상 전문법칙의 근거는 다원적으로 설명되어야 할 것이다. 즉 우리 형사소송법상 전문법칙의 주된 근거는 반대신문권의 보장이며, 부수적으로 진술자가 법정에서 나와 있지 않음으로 진술자의 태도를 관찰 할 수 없다는 점과 전문진술은 신뢰성이 떨어진다는 점 등도 함께 그 근거가 된다고 보아야 할 것이다.⁶⁹⁾

이러한 점에서 보면, 우리 형사소송법상 전문법칙과 그 예외에 관한 규정들이 본래의 영미법상 전문법칙과는 차이가 있음을 알 수 있다. 전문법칙의 근거도 배심제와 연관시키기는 어렵고, 반대신문권으로 보장만으로 근거를 설명할 수도 없다.

67) 일본의 경우 헌법에 대면권 조항까지 두고 있다.

68) 반대신문권의 보장만이 전문법칙의 근거가 된다는 일원설은 피고인이 원진술자가 되는 전문증거를 전문법칙에 의해 설명하지 못한다. 미국연방증거법에 의하면 당사자의 자백(admission by a party-opponent)은 전문증거의 개념에 포함되지 않는다(Fed. R., Evid. 801(d)(2)).

69) John W. Strong, McCormic on Evidence(제5판), West Group, 1999, 374-375 참조.

(4) 우리의 형사소송 구조와 전문법칙

전문법칙은 영미법체계의 가장 특징적인 요소인 당사자주의 및 배심제와 불가분의 관련을 가지면서 수 세기에 걸쳐 발전하여 왔다. 이러한 전문법칙이 아주 짧은 시간에 대륙법체계를 근간으로 하고 있는 우리 법체계에 들어왔다. 전문법칙의 도입을 위한 국가재건최고회의에서의 제1차 형사소송법 개정 작업의 과정에 대하여 정확히 알 수는 없으나, 그 논의가 충분하지는 않았을 것으로 생각된다. 하지만 전문법칙은 이제 우리 법체계에 확고히 자리 잡고 있으며, 우리는 형사소송법상 전문법칙을 우리 법체계와 조화될 수 있도록 가꾸어 가야 할 과제를 안고 있다.

영미 증거법상 전문법칙의 연혁 및 그 근거에 비추어 보면, 당사자주의 및 배심제가 전문법칙의 기초였고, 반대신문권의 보장은 그 주요한 근거였다. 그리고 증거배제법칙으로서 전문법칙은 사실문제의 판단자와 법률문제의 판단자가 서로 다른 이원적 법정구조를 전제하며, 여기에 전문증거를 증명력이 아니라 증거능력의 문제로 보아야 할 필요성이 있었다. 그러나 우리 법체계에는 배심제가 존재하지 않았으며, 당사자주의도 부분적으로 도입되어 있다. 또한 대륙법체계를 기반으로 하는 우리 법체계는 법관이 사실문제와 법률문제에 대해 모두 판단하는 일원적 법정구조를 가지고 있다. ‘국민의 형사재판 참여에 관한 법률’에 따른 배심제하에서도, 법관은 배심원의 평결에 기속되지 않으며, 법률문제 뿐 아니라 사실문제에 대해서도 판단한다. 전문법칙의 근거와 관련해서도 형사소송법상 전문법칙은 영미 증거법과 달리 반대신문권의 보장만으로 설명되지 않는다. 우리 형사소송법에 따르면 피의자가 원진술자인 경우에도 그 진술이 기재된 수사기관의 조서는 전문증거에 해당하는 것으로 보기 때문이다.

이러한 차이점들을 고려한다면, 우리 형사소송법 하에서는 전문증거라 하더라도 가능하면 실체진실 발견을 위한 증거자료로 쓰일 수 있게 하여야 하며, 전문법칙의 예외를 인정하기 위한 요건도 완화해야 한다는 견해가 제시될 수 있다. 그러나 이러한 방향은 전문법칙 도입의 본래 취지와 멀어지게 되는 문제점이 있다. 형사소송법이 교호신문제와 함께 전문법칙을 도입한 것은 당사자에 의한 법정에서의 활발한 주신문과 반대신문을 거쳐 실체진실을 발견하라는 선언이라 할 수 있다. 이러한 의미를 실현하기 위해서는 형사재판에서 당사자주의적 소송구조를 활성화시키는 것이 필요하리라 생각한다. 따라서 영미식의 완전한 당사자주의나 배심제의 도입은 어렵더라도 우리 실정에 맞는 배심제로서 ‘국민참여재판’을

발전시켜가면서 이에 부합하는 당사자주의 체계를 마련하고 형사소송법상 전문법칙의 예외에 관한 규정도 정비하여 전문법칙의 본래 취지가 제대로 기능할 수 있도록 만들어 가야 할 것이다. 다만, 전문법칙의 생성 배경인 영미법 체계의 재판구조와 우리 법체계의 재판구조가 다르다는 점은 항상 유념해야 할 것이다.

2. 당사자주의의 활성화와 형사재판의 개선

(1) 조서중심 재판의 지양

전문법칙(hearsay rule)과 반대신문(cross-examination)은 밀접한 관련이 있으며, 당사자주의의 핵심이다. 우리 형사소송법이 도입한 전문법칙의 본래 의미를 따르면, 조서와 같은 전문증거가 광범위하게 사용되어서는 안 되며, 공판정에서 양 당사자의 공방에 따라 심증 형성이 이루어져야 할 것이다. 그런데, 우리 형사소송법상 전문법칙 규정은 전문증거인 조서를 증거로 인정하기 위한 예외의 요건에 관한 규정이 중심이 되어버렸다. 또한, 영상녹화물에 의한 실질적 진정성립까지 인정할 수 있게 하여 조서에 대한 예외적인 증거능력 인정방법을 보강하고 있다.⁷⁰⁾ 형사소송법상 당사자주의와 공판중심주의를 구현하기 위한 다수 입법이 이루어졌으나, 여전히 조서가 형사재판에서 중요한 역할을 하고 있다.

그러나, 조서가 재판절차에서 광범위하게 증거로 사용되는 것은 수사절차가 형사절차전반에서 주도적인 역할을 함으로써 공판절차의 수사절차에의 종속현상을 초래할 수 있다. 검사는 공판에서 피고인의 반대 당사자임에도 불구하고, 피의자를 조사의 객체로서 조사하여 그 신문결과를 기재한 조서에 증거능력을 인정하는 것은 검사와 대등한 당사자로서 피고인의 지위를 부정하는 것과 같게 되는 문제도 있다. 피의자신문조서가 실제 법정에서 법관이 해야 할 심리를 대신하게 된다는 지적도 있다. 수사단계에서 모든 조사가 다 끝나고, 검사뿐 아니라 법원까지 조서를 기초로 심증형성을 하고 다만, 법정에서는 이를 확인하는 절차만 남게 되는 셈이라는 것이다. 또한, 영상물과 달리 조서는 작성자의 의도에 따라 그 내용이 달라질 수밖에 없다. 수사과정에서 피의자는 조사의 객체로서의 성격을 갖는 되는데, 피의자신문조서가 주된 증거로 사용된다는 것은 당사자주의 소송구조의 의미를 퇴색시키는 것으로 판단된다. 조서는 규문주의 하의 예심판사의 조서에서 유래한 것으로 보이며,

70) 김봉수, “수사상 영상녹화물의 증거활용에 대한 비판적 검토”, 형사법연구 제20권 제3호, 2008, 189면.

현행 형사소송구조가 당사자주의를 지향하는 것이라면, 조서를 증거로 사용하는 것은 제한할 필요가 있다.

또한, 미연방대법원이 전문법칙 예외의 인정범위를 반대신문권 보장과 관련하여 좁혀가고 있다는 점도 시사하는 바 크다. 종래 영미법상 전문법칙은 구술증거를 중심으로 한 것이었고, 다수의 예외 이론(exceptions to exclusionary rule)이 형성되어 있었다.⁷¹⁾ 그러다 보니 많은 경우 전문진술인 경우에도 예외 조항에 따라 증거능력이 인정되었다. 이러한 상황에 미연방대법원은 제동을 걸었고, 이제 전문법칙의 예외 조항에 해당하더라도 그 진술이 증언적 진술인 경우는 연방헌법상 대면권의 침해가 되므로 증거로 사용할 수 없다.⁷²⁾ 형사사건에서, 미연방수정헌법 제6조는 자신에게 불리한 증언을 한 증인과 대면할 수 있는 권리를 피고인에게 인정하고 있다.⁷³⁾ 그런데, 만약 전문진술이 증언적인 것(testimonial hearsay)이라면, 반대증인에 대한 반대신문(cross-examination) 없이 증거로 사용될 수 없는 것이다.⁷⁴⁾ 이 경우 피고인의 대면권이라는 헌법상 권리의 침해가 있기 때문이다.

따라서 이제 전문증언이 증언적인(testimonial) 것이라면 전문법칙의 예외가 인정되지 않고 증거로 사용할 수 없다. 따라서 2000년대 중반 이후, 미국의 전문법칙에 관한 판례의 변화 중 가장 특기할 만한 것이 미연방헌법상 대면권 조항을 근거로 전문법칙의 예외에 관한 이론의 적용범위가 좁아졌다는 것이다. 우리는 헌법에 대면권 조항(right to confrontation clause)이 없기 때문에 미국과는 사정이 다르나, 전문법칙의 예외 인정범위에 대해서는 다시 생각해보아야 한다. 이러한 미연방대법원 판례의 변화에 비추어서도 조서에 의해 심증형성이 이루어지는 재판구조는 지양해 가야 할 것이다.

이와 같이 조서의 문제점에 대해서는 많은 지적이 있으나, 한편, 일본의 경우 조서를 작성하는 방식을 정밀사법(精密司法)이라고 표현하고 그 필요성을 부각시키기도 한다. 수사기관의 수사(investigation)는 필요한 것이고, 수사의 결과가 법정에 전달되어야 하므로, 피의자 조사와 참고인 조사의 내용을 담은 조서가 작성될 필요는 있다. 조서를 증거로 사용하

71) 영미법상 전문법칙의 예외에 대해서는 Arthur Best, Evidence(6판), Wolters Kluwer, 2007, 93면 이하; Paul C. Giannelli, Understanding Evidence(2판), LexisNexis, 2006, 445면 이하.

72) 김희균, “크로포드 사건: 형사피고인의 대질신문권의 재발견”, 법조 586호, 2005, 145면 이하 참조.

73) Arthur Best, 앞의 책, 134면; Paul C. Giannelli, 앞의 책, 539면 이하.

74) Deborah Tuerkheimer, “Confrontation and the Re-Privatization of Domestic Violence”, 113 Mich. L. Rev. First Impressions 32 (2014), 32면 이하.

는 것을 금지한다면, 효율적이 재판진행이 어려울 수 있다. 따라서, 조서가 전혀 없는 형사 재판을 추구하는 것은 현실성이 없는 것으로 판단되며. 영상녹화물을 조서에 대신하게 하는 것도 물적·시간적인 면에서 한계가 있는 것으로 보인다. 조서를 중심으로 하는 형사재판 절차는 지양하되 현실적인 문제도 함께 고려하여 개선방안이 도출되어야 할 것이다.

(2) 배심재판의 개선

현재 한국형 배심제인 국민참여재판이 실시되고 있지만, 배심재판의 비율이 크지 않은 상황에서 일반재판에 비하여 배심재판의 개선 방안은 큰 주목을 받지 못하고 있는 것으로 보인다. 그러나, 배심재판의 범위와 평결의 기속력 문제와 더불어 증거법 및 당사자주의와 관련한 배심재판의 개선방안도 중요한 주제이다.

가. 당사자주의와 배심재판

영미에서 당사자주의가 정립되기 이전에도 배심제는 존재했다. 따라서 당사자주의가 배심제를 전제한다고 할 수는 없다. 그러나, 배심재판은 당사자주의 또는 공판중심주의로 운영해 가야 할 것이므로, 당사자주의와 배심제는 밀접한 관련을 갖는다. 만약, 우리가 당사자주의적 형사재판구조를 지향한다면, 형사재판은 배심재판을 원칙으로 해야 할 것이다. 하지만, 미국식 배심재판을 모든 형사사건에 적용한다는 것은 현실적으로 가능한 일이 아니다. 인적·물적 자원의 한계가 있기 때문이다.

미연방수정헌법 제6조는 다음과 같이 말한다. “모든 형사소추에 있어서(in all criminal prosecutions), 피고인은 범죄가 행하여진 주나 특별구의 공정한 배심원단에 의하여 신속한 공개 재판을 받을 권리를 갖는다.....” 그런데, 당사자주의가 확립된 미국에서 현재 모든 형사재판을 배심에 의해 처리한다는 것은 사실상 불가능하다. 그렇다면, 왜 미국 헌법기초자들은 수정헌법 제6조에 “모든”이라는 표현을 사용했을까? 그것은 미국 헌법기초자들이 알고 있던 18세기 말 대서양의 양쪽, 즉 미국과 영국에서 이루어졌던 형사배심재판은 약식절차였다는 사실이다. 헌법 기초자들이 헌법상 제도화 하려고 했던 재판은, 현재의 기준에서 보면, 놀랄 만큼 조잡하고 안전장치가 결여되어 있었다. 영미 세계에서 중범죄의 재판을 위한 주된 법정이었던 18세기 런던의 올드 베일리(Old Bailey)에서는, 10여 개의 중죄(felony) 사건의 배심재판이 하루에 한 법정에서 처리 되었다. 증거법은 거의 존

재하지 않았다. 이러한 시기에 미연방헌법이 기초되었고, 미연방헌법의 기초자들은 모든 형사사건을 배심절차로 처리할 수 있는 것으로 생각했던 것이다.⁷⁵⁾ 미국의 헌법기초자들은 “모든” 형사사건에서 배심재판이 가능하다고 생각했던 것은 그들이 그 “모든”을 경험했기 때문이다.

그러나, 이후 소송절차에 변호인이 등장하고 시간과 돈이 드는 당사자주의적 형사절차가 확립되어 가면서 모든 형사사건을 배심재판으로 처리하는 것은 불가능하게 되었다. 18세기 말까지도, 커먼로체계 하의 일반적인 배심재판은 법관이 주도하는 것이었고, 변호사가 없는 상태에서 절차가 매우 빨리 진행되었기 때문에 모든 형사사건을 배심제로 처리하는 것이 가능했다. 그 이후 당사자주의 소송절차와 정교한 증거법의 대두로 배심재판이 상당히 복잡하게 되었고 일반적인 배심절차로는 운영하기 어렵게 되었다. 결국 19세기 이후 점증하는 사건과부하를 해결하기 위해 플리바게닝 절차가 필요하게 된 것이다.⁷⁶⁾

따라서, 당사자주의 형사재판절차를 지향한다면 배심재판을 확대해 가야겠지만, 현실적으로 배심재판의 확대에는 한계가 있으며, 법관에 의한 재판절차에서 당사자주의 구현을 위한 방안을 체계화하는 것이 더 필요하다. 다만, 배심재판은 당사자주의의 실현을 위한 필요한 장치 중 하나이므로, 적정한 범위 내의 주요사건은 배심재판으로 처리될 수 있도록 해야 할 것이다.

나. 국민참여재판과 당사자주의

배심제인 국민참여재판에서는 법관에 의한 재판보다 당사자주위와 공판중심주의를 더 구현할 필요가 있다. 따라서 형소법상 조서를 중심으로 전문증거의 예외를 광범위하게 인정하는 것을 국민참여재판에서는 제한할 필요가 있다. 국민참여재판에서 배심원의 사실판단은 예를 들어, 증인이 법정에서 나와 진술하고, 당사자의 반대신문에 따라 증언의 신빙성이 다투어지는 과정을 거쳐서 이루어져야 한다.⁷⁷⁾ 조서와 같은 증거자료에 의해서는 배심원들

75) 이와 같은 내용에 대해서는 John H. Langbein, "On the Myth of Written Constitutions: The Disappearance of Criminal Jury Trial", 15 Harv. J.L. & Pub. Pol'y 119 (1992), 123면 이하 참조.

76) John H. Langbein, "Understanding the Short History of Plea Bargaining", Law & Society, Vol. 13 (Winter 1979), 261면 이하 참조.

77) 같은 취지로 김희균, "국민참여재판에서의 대질신문권", 서울대학교 법학 제50권 제4호, 2009, 269면 이하 참조.

의 정확한 사실판단과 심증형성이 어렵기도 하고, 배심재판으로서 국민참여재판의 의미도 축소될 수밖에 없다. 이러한 관점에서 보면, 특히 국민참여재판에서 조서와 관련된 전문법칙의 예외 규정의 적용범위를 제한할 필요가 있는 것이다.

일본의 경우도 배심재판의 일종인 재판원 재판제도가 도입된 뒤 일반 시민인 재판원들이 이해하기 쉬운 재판심리가 중요시되면서, 재판에서 직접주의와 구두주의를 구현하는 문제가 재판원 재판의 운용에서 새로운 과제로 등장하고 있다.⁷⁸⁾ 일본의 재판원 재판의 실무에서 검찰조서나 경찰조서에 의존하지 않고 법정에서 직접 제출된 직접증거, 구두증거에 의하여 배심원이 사실을 인정하는 것이 필수불가결한 일이 되고 있다. 우리의 국민참여재판에서도 법률문외한인 배심원들에게 이해하기 어려운 전문법칙의 원칙과 예외의 조항을 적용하여 검찰조서와 경찰조서의 증거능력 여부를 이해시키고, 그에 따라 사실을 판단하도록 하는 것은 가급적 피해야 한다. 배심재판인 국민참여재판에서는 전문법칙의 예외의 인정범위를 좁혀, 법정에서 구두의 직접증거에 의해서 배심원들이 사실판단을 할 수 있도록 운용 방안을 마련해 가야 할 것이다.

또한 미국의 다양한 경험적 연구에 따르면, 배심재판에서 배심원의 증거판단 과정에서 많은 오류가 발생할 수 있다. 따라서 국민참여재판에서 배심원들의 잘못된 증거판단과 이에 기초한 사실판단의 오류를 막기 위한 방안을 마련하는 것이 필요하다. 이와 관련하여 유념할 것은 재판관의 배심원에 대한 평결지침 설명 또는 설시(jury instruction)가 어떻게 이루어지느냐에 따라 배심원의 증거가치 판단과 사실판단이 달라질 수 있다는 점이다. 평결지침은 배심원들이 평결시 따라야 할 범규범이나 법이론이다. 평결지침은 보통 재판관이 구두로 배심원들에게 전달해준다. 미국의 거의 모든 주에서는 ‘유형화된 평결지침’(pattern jury instruction)이라 하는 일련의 평결지침 모음집을 갖고 있다. 또한 미국 다수의 주는 배심원들에 대한 평결지침을 단순하고 이해하기 쉽게 하려고 노력하고 있다. 우리의 경우도 국민참여재판과 관련하여 쉽고 간명한 평결지침을 마련해 가야 할 것이다.

78) 春日勉, “日本における伝聞法則の例外適用をめぐる實務の現状と課題 -検察官面前調書を中心として-”, 법학논총(조선대), 제18집 2호, 2011, 53면.

V. 맺음말

당사자주의와 직권주의는 장단점이 있을 수 있으나, 공판중심주의와 당사자주의는 우리 형사소송법이 지향하는 바라고 할 수 있다. 전문법칙과 반대신문권은 밀접한 관련이 있으며 당사자주의의 핵심인데, 우리는 형사소송법 제정 시부터 실질적으로 전문법칙을 도입했고, 이후 형사소송법 개정을 통하여 형사재판에서 당사자주의를 더욱 강화하고 있다. 공판중심주의와 당사자주의의 관점에서 형사재판의 개선방안을 생각한다면, 조서가 재판의 중심 자료가 되는 시스템은 바꾸는 것이 옳은 방향이라 판단된다. 특히 국민참여재판에서는 공판정에서 구두의 직접증거에 의한 사실판단이 이루어지도록 운용방안을 마련해야 할 것이다. 다만, 영미식 배심제가 없고 법관이 증거의 증거능력과 증명력을 모두 판단하는 구조에서는 전문법칙의 존재 의미를 재음미할 필요가 있다. 또한, 인적·물적 비용발생의 문제와 실체적 진실 발견의 효율성 문제 등 많은 것들이 함께 고려되어야 할 것이다.

지금 우리는 다양한 비교법적 연구의 결과를 집약하여 우리 고유의 형사절차를 발전시켜 가야 할 시점이라고 생각된다. 단순히 당사자주의와 직권주의의 장단점의 비교를 통하여 당사자주의가 장점이 많으니 그 시스템으로 가야한다는 차원을 넘어서야 할 것이다. 차분하게 다양한 창으로 형사소송의 구조를 살펴보고, 우리 고유의 소송구조를 만들어가야 한다. 형사소송법 제정 이후 우리 형사절차의 개선을 위한 다양한 노력들이 있었고, 그 노력들은 지금도 계속되고 있는데, 이제는 한국 고유의 형사재판 구조의 정립에도 관심을 가져야 할 때이다. 우리 형사소송법상 당사자주의의 연원에 관한 정확한 이해를 바탕으로, 영미법계의 지혜와 대륙법계의 지혜를 함께 모아, 공정성과 효율성을 극대화 할 수 있는 형사재판의 구조를 정립하기 위한 노력이 계속되어야 할 것이다.

| 지정토론 |

우리나라 형사재판의 문제점과 개선방안

- 미국의 당사자주의 입장에서 -

민영현 | 부장검사 (대전지방검찰청)



우리나라 형사재판의 문제점과 개선방안

- 미국의 당사자주의 입장에서 -

민영현 | 부장검사 (대전지방검찰청)

I. 들어가며

발제자인 김종구 교수님이 영미의 당사자주의(adversary system)에 관하여 연혁과 함께 상세하게 설명하고 우리나라 형사재판의 발전방향을 제시하여 주었다.

발제자는 당사자주의가 전문법칙, 배심제 및 반대신문을 기본적 요소로 하고, 진실발견(truth finding)과 공정한 재판(fair decision)을 위한 최선의 수단으로 이해되고 있으며, 권력남용을 견제하고 판단의 오류를 시정하는 가장 적합한 방법으로 판단되고 있다고 설명하였다.¹⁾

아울러 발제자는 다수의 학자 및 판결에서 제시되고 있듯이 우리나라의 소송구조가 당사자주의를 기본으로 하면서 직권주의를 가미한 절충적인 구조로 이해하고 있고 그 주된 논거를 형사재판에 반영된 전문법칙, 반대신문권 및 국민참여재판(배심제) 등에서 찾고 있다. 이를 토대로 하여 발제자는 우리나라 형사재판의 발전방향에 관하여 당사자주의와 직권주

1) 20세기 후반 이후 미국 형사사법시스템에 대한 강도 높은 비판이 가해지고 있고, DNA 기술의 발달과 함께 1990년대 이후 수백 건의 오판이 발견되어 미국의 법학자, 심리학자들이 오판과 관련되어 매우 활발한 연구를 진행하고 있지만, 미국 연방대법원은 여전히 당사자주의 형사절차에 대한 높은 신뢰를 보내고 있다고 한다(김면기, 미국식 당사자주의에 대한 비판적 분석-피의자신문을 중심으로-, 비교형사법연구 제31권 제2호(2019. 7.), 112쪽). 또한 Thomas L. Steffen 판사는 형사사법의 최고가치는 진실발견이 되어야 하는데 미국의 형사사법제도는 너무 비용이 많이 들고 성가시며 오래 끌고 무엇보다도 진실발견을 억제하는 수단들로 채워져 당사자주의의 구조야말로 진실발견에 대한 중대한 장애라고 지적하였다고 한다(김종구 외 7인, 검찰제도론, 법문사, 572쪽)

의의 장단점에 대한 비교차원을 넘어 우리 고유의 형사소송구조를 만들어야 한다고 주장하며 그 일례로 당사자주의를 활성화하여 조서에 의한 재판을 지양하고 피고인의 반대신문권을 충분히 보장하여야 하며 배심재판을 확대하고 하고 전문법칙의 예외 규정의 적용범위를 제한할 필요가 있다고 마무리하고 있다.

II. 토론하며

1. 전문법칙과 반대신문권

전문진술의 증거능력을 부정하는 가장 중요한 이유는 반대신문권(right to cross-examination)이 보장되지 않는데 있다. 미국에서는 피고인의 반대신문권을 보장하기 위하여 복잡한 전문법칙의 예외를 규정하고 나아가 전문법칙의 예외에 해당하여 증거능력이 인정되더라도 이로써 대면권(right of confrontation)이 침해되는 것은 아닌지 다시 심사하고 있다.²⁾

전문법칙과 대면권은 전반적으로 유사한 가치를 보호하기 위하여 고안되었고 같은 뿌리에서 비롯되었다고 볼 수 있으나 대면권이 미국 수정헌법 제6조에 규정된 헌법상 원칙이라면 전문법칙은 보통법에서 발전하여 미국의 연방증거규칙 등에 의하여 규율되는 증거법 영역에 속하여 그 존재형식에는 차이가 존재한다.³⁾ 대면권은 피고인에게만 인정되므로 전문진술을 증거로 제출하는 당사자가 검사인 경우에만 반대신문권의 침해 여부가 문제될 수 있다.

2. 조서에 의한 재판과 당사자주의

토론자도 수사기관이 작성한 조서에 의하여 형사재판이 좌우되는 것이 온당하다고 생각하지 않는다. 법원이 피고인에게 충분한 반대신문의 기회를 부여하고 그 결과를 토대로 유

2) 2004년 미국 연방대법원의 크로포드(Crawford) 사건 판결 이후 전문법칙의 예외에 해당되어 신뢰성이 인정되더라도 피고인이 증인을 대면하고 반대신문할 기회를 갖지 못하였다면 증거로 사용할 수 없게 되었다.

3) 최병천, 미국의 전문법칙과 대면권에 비추어 본 참고인진술조서의 증거능력, 저스티스 통권 제131호, 245쪽.

무죄에 대한 심증을 형성하는 것이 바람직하다고 생각한다. 다만, 그와 같이 피고인에게 충분한 반대신문의 기회를 부여하는 것이 당사자주의에 의해서만 가능한지에 관하여 의문이 있다. 독일의 직권주의 및 직접주의와 구술주의를 통해서도 상당 부분 가능한 것은 아닌가?

한편 공판중심주의라는 이름으로 조서재판의 부당성이 지적되기도 한다. 공판중심주의는 법관의 심증형성이 공개된 법정에서 심리를 통하여 이루어져야 한다는 것으로서 일본과 우리나라에서 주로 사용되는 용어이다.⁴⁾ 공판중심주의는 공개재판, 구두변론, 직접심리 등으로 구현되는데 각종 조서의 증거능력을 부정하거나 제한하려고 한다. 그러나 공개된 법정에서 피고인의 방어권을 철저히 보장하고 법정에서 충실히 심리하면 될 것이지 공판중심주의라는 명분으로 조서의 증거능력을 제한하거나 부인하는 것이 적절하다고 생각되지는 않는다.

또한 미국과 달리 수사기관이 수사과정에서 실체진실을 발견하기 위하여 여러 형태의 많은 조서를 작성하고 있는데 조서재판이라는 이름으로 그 서류를 재판단계에서 모두 휴지로 만들어 버리는 것이 과연 형사사법이 지향하는 바른 방향인지에 관하여 다시 생각해 볼 필요가 있다고 생각한다.

3. 전문법칙 예외의 제한

발제자가 적절히 지적한 것과 같이 전문법칙이 일반시민인 배심원이 사실판단에 관여하는 배심제와 관련 있고 법률전문가인 법관이 재판에 관여하는 우리나라 시스템과는 친하지 않을 수 있다. 그에 기초하여 배심제의 일환으로 진행되고 있는 국민참여재판에 있어서 전문법칙을 보다 강력하게 적용하여 예외 인정을 제한해야 한다는 입장도 있을 수 있다.

배심제가 성공하기 위해서는 무엇보다도 배심에 의한 사실판단 기능이 강화되어야 하고 이를 위해서는 직접주의와 구두변론주의가 충분히 보장되어야 한다. 그러나 증거 및 유무죄의 판단에 법관이 일정부분 관여하고 있고 다양한 형태의 증거가 존재하는 현재 상황에서 전문법칙의 예외를 엄격하게 제한하는 것이 과연 실체진실을 발견하는데 도움이 되는 것이 다시 생각해 볼 필요가 있다고 생각한다. 다만 피고인의 반대신문권에 대한 충분한 보장이 필요할 것이다.

4) 이상돈, 조서재판과 공판중심주의, 고시계 50(6), 2005. 5. 163쪽

4. 우리나라 고유의 형사소송구조

발제자는 직권주의와 당사자주의의 어느 한 쪽에 치우칠 것이 아니라 다양한 창으로 형사소송의 구조를 살펴보고 공정성과 효율성을 극대화할 수 있는 형사재판의 구조를 정립할 것을 제안하고 있다. 그렇다면 발제문에서 제시된 것 외에 발제자가 나름 생각하고 있는 바람직한 방향, 즉 우리나라 형사재판의 발전적인 미래상에 관하여 추가적으로 제시해 줄 수 있는지?

Ⅲ. 마치며

지금까지 당사자주의 입장에서 우리나라 형사재판의 개선방향을 제시한 발제문에 대하여 나름의 의견을 제시해 보았다.

많은 학자들이 어느 시스템이 실제적 진실발견에 더욱 적합한가에 관하여 오랫동안 논쟁을 해오고 있지만 여전히 다양한 견해들이 존재한다.

토론자도 우리나라 형사재판의 구조가 독일의 직권주의 또는 영미의 당사자주의에 구애받지 않고 사건의 실제적 진실을 발견하고 당사자의 인권을 충분히 보장하며 억울한 범인과 피해자가 발생하지 않은 공정한 시스템으로 발전할 수 있기를 기대한다. 다만 그에 대한 지속적인 연구가 선행되어야 할 것이다.

| 지정토론 |

우리나라 형사재판의 문제점과 개선방안

정 도 희 | 교수 (경상대학교 법과대학)



우리나라 형사재판의 문제점과 개선방안

- 독일 직권주의 입장에서 -

정도희 | 교수 (경상대학교 법과대학)

발제자께서 하시는 발표를 들으며 새로운 것을 배울 수 있었음에 감사하고, 몇 가지 질문으로 토론을 대신하고자 합니다.

첫째, 사인소추는 피해자가 직접 법원에 소를 제기하고 법원의 판단을 구하는 것으로 공소제기의 주체의 문제로, 독일과 프랑스 등은 국가소추주의를 원칙으로 하면서도 사인소추를 인정하여 국가소추주의의 경직성을 완화하고 있습니다.¹⁾ 독일의 경우, 주거침입, 모욕 등의 피해자는 사인소추할 수 있습니다(독일 형사소송법 제374조). 이러한 사인소추는 우리의 경우, 이미 제정 형사소송법의 성립 과정에서 형사소송법 정부초안에서 제안되었다가 삭제된 바 있습니다.²⁾ 1949년 1월 8일, 1월 22일 법전편찬위원회 총회에서 형사소송법 제정에 관한 17개 항목의 형사소송법요강이 제안되었으며, 요강안의 심의 결과, 사인소추의 폐지가 가결된 바 있습니다.³⁾

여전히 사인소추의 도입에 대한 논의가 있는데, 이를 긍정하는 입장에서는 사인소추를 인정하면 피해자의 법의식과 자율적 주체의식이 높아질 것으로 예상하는 반면, 부정하는 입장에서는 사인소추가 실질적인 기능을 하지 못하고, 오히려 피해자에게 형사소추와 범죄 예방의 책임을 전가시키는 것이며, 피해자의 보복감정이 개입될 수 있으며, 더불어 우리에게 재정신청제도가 있으니 사인소추를 도입할 실익이 불분명하다고 지적하기도 합니다.

1) 신동운, 신형사소송법, 법문사, 2014. 490면.

2) 신동운, 제정형사소송법의 성립경위, 형사법연구 제22호, 한국형사법학회, 2004. 176면.

3) 신동운, 전계논문, 162-163면.

사인소추 도입 여부와 만일 도입한다면 우리 실정에 적합한 도입방안에 대한 발제자의 의견을 구하고 싶습니다.

둘째, 단일민족을 외치던 우리도 현재 외국인과의 공존을 피해가지 못하는 형편입니다. 우리 사회 2017년 기준 2,180,498명의 외국인이 거주하고 있고, 다른 어느 나라들처럼 외국인의 증가가 범죄율의 증가로 이어진다고 예측되곤 합니다. 2017년을 기준으로, 외국인 범죄는 총33,905건이 발생했으며, 체포된 유형을 보면, 주로 폭력범죄, 교통범죄, 화이트 칼라범죄였습니다. 그런데 통계로 보건대⁴⁾, 외국인의 증가가 사회전체 범죄의 증가에 중대한 영향을 미친다고 결론짓기는 어려워 보입니다.⁵⁾ 그럼에도 발생할 수 있는 사회 갈등 예방을 위해서도 외국인범죄에 대해서는 특별한 대책이 필요해 보이는데,⁶⁾ 더불어, 증오범죄 예방을 위한 대책도 필요해 보이는데,⁷⁾ 실무가의 시각에서 이에 대한 의견을 구하고 싶습니다. 아울러, 형사재판에 미칠 영향과, 이러한 현실을 반영하여 개선이 필요한 부분이 있다면 이에 대한 고견도 구하고 싶습니다. 감사합니다.

4)	연도	2014	2015	2016	2017
	체류외국인 수	1,797,618	1,899,519	2,049,441	2,180,498

연도	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
외국인 범죄	21,235	19,445	25,507	22,914	24,984	28,456	35,433	41,044	33,905

5) Dohee Jeong, The Status of Foreign Immigrant Crime in South Korea, Policy brief issue 2019/05, VUB Institute For European Studies, 2019. 2면.
 6) 정도희·박동열, 국내 이주민에 의한 잠재적 소요 예방을 위한 재한외국인처우기본법 개선안, 경찰법연구 제9권 제2호, 한국경찰법학회, 2011.
 7) 정도희, 다문화사회 증오범죄 방지를 위한 제언, 법학연구 제21권 제1호, 경상대학교 법학연구소, 2013.

우리나라 형사재판의 문제점과 개선방안

- 미국의 당사자주의 입장에서 -

정 도 희 | 교수 (경상대학교 법과대학)

발표문은 당사자주의의 연혁, 문제점을 서술하고, 우리 형사재판이 나아갈 방향을 제안한 것으로, 우리 형사소송법의 당사자주의를 생각할 수 있는 귀중한 기회가 되었습니다. 발제자께서 하시는 발표를 들으며 새로운 것을 배울 수 있었음에 감사하고, 몇 가지 질문으로 토론을 대신하고자 합니다. 발제자께서 언급하신 바대로, 우리 형사소송법은 1961년 형사소송법 개정에서 전문법칙과 교호신문제가 명시적으로 규정되고, 개정을 거듭하면서 점차 당사자주의가 확대되어 왔습니다.⁸⁾ 그런데 미국에서는 당사자주의에 대한 철저한 신뢰가 있음에도, 허위자백으로 인한 오판은 당사자주의에 대한 신뢰가 무너뜨린다는 지적을 받고 있기도 합니다.⁹⁾ 이러한 오판을 방지할 수 있는 방안이 무엇인지, 특히 피의자신문의 경우는 어떠한지 의견을 구하고 싶습니다.

발제자께서는 영미식의 완전한 당사자주의나 배심제의 도입은 어렵더라도 우리 실정에 맞는 배심제로 국민참여재판을 발전시키고 당사자주의 체계를 마련하고 전문법칙 예외 규정도 정비하여야 함을 지적하셨는데, 그 구체적인 방안을 질문 드리고 싶습니다. 배심재판의 확대에는 한계가 있고, 법관에 의한 재판절차에서 당사자주의 구현을 위한 방안을 체계화하여야 한다고 보셨는데, 역시 구체적인 방안에 대한 의견을 구하고 싶습니다. 또한 배심재판으로 처리되어야 하는 “적정한 범위 내의 주요사건”은 구체적으로 무엇인지 의견을 구합니다.

국민참여재판에서 법률문외한인 배심원들이 이해하기 어려운 전문법칙 관련 조항을 적

8) 오병두, 당사자주의와 직권주의, 홍익법학 제18권 제4호, 홍익대학교 법학연구소, 2017. 257면.

9) 김면기, 미국식 당사자주의에 대한 비판적 분석, 비교형사법연구 제21권 제2호, 한국비교형사법학회, 2019. 119면 이하.

용하여 조서의 증거능력을 이해하게 하고, 그에 따라 사실을 판단하도록 하는 것은 가급적 피해야 한다는 의견에 공감합니다. 전문법칙의 예외의 인정범위를 좁혀, 법정에서 구두의 직접증거에 의해서 배심원들이 사실판단을 할 수 있도록 운용방안을 마련해 가야 할 것이라고 하셨는데, 역시 구체적인 방안과 함께, 구상하시는 ‘유형화된 간명한 평결지침’은 어떤 것인지도 궁금합니다. 더불어, 발제문에서 다루지 않으신, 구상하시는 “한국 고유의 형사재판 구조”가 있으시다면 말씀을 부탁드립니다.

마지막으로, 직권주의와 당사자주의에 관한 논쟁이 무용하다는 견해도 있습니다. 이에 따르면, 형사소송은 “범죄와 형벌이 귀속에 관한 절차관련자들의 참여적 대화를 통해 전개되는 의사소통적 진실규명절차”로 보는 “의사소통적 모델”을 제안하고, 당사자주의는 “법치국가적 인권보장규범”을 상위체계로 하고, 하위체계인 직권주의, 당사자주의는 구별의 실익이 크지 않다고 합니다.¹⁰⁾ 이러한 견해는 어떻게 보시는지 질문 드립니다.

감사합니다.

10) 변종필, 형사소송법의 이념과 기본원칙, 김일수/배종대 편, 법치국가와 형법-심재우 선생의 형법사상에 대한 제조명, 세창출판사, 1998. 424-432면; 오병두, 전계논문, 265면 재인용.

| 지정토론 |

우리나라 형사재판의 문제점과 개선방안

- 미국의 당사자주의 입장에서 -

허 황 | 부연구위원 (형사정책연구원)



우리나라 형사재판의 문제점과 개선방안

- 미국의 당사자주의 입장에서 -

허 황 | 부연구위원 (형사정책연구원)

I.

본 발제문은 영미법계, 특히 미국법의 입장에서 당사자주의가 가지는 본래의 의미를 역사적 배경에 대한 설명과 더불어 상세히 밝혀주고 있습니다. 무엇보다 발제문은 미국의 당사자주의를 전문법칙을 중심으로 이것과 필수불가결하게 연결된 반대신문권, 배심제, 증거능력과 증명력의 구분과 같은 일련의 요소들과 함께 설명하고 있습니다. 즉, 당사자주의 및 배심제는 전문법칙의 기초이고, 반대신문권의 보장은 전문법칙의 가장 중요한 근거라고 하고 있습니다. 또한 전문법칙은 사실문제의 판단자와 법률문제의 판단자가 서로 다른 이원적 법정구조를 전제하여 전문증거를 증명력이 아닌 증거능력의 문제로 보아야 필요성이 있었다고 합니다. 이와 같은 내용은 토론자인 저에게 미국식 당사자주의에 대한 이해를 넓혀주는 아주 좋은 기회가 되었습니다.

이어서 발제자는 이를 바탕으로 한국 형사소송법에서의 당사자주의를 특히 역사적 관점에서 평가하고 있습니다. 결론부터 말하면 발제자는 우리나라의 형사소송법도 당사자주의를 지향하고 있지만 영미와 다른 역사적 배경을 가지고 있어서 영미의 그것과는 같은 수가 없고 우리나라 고유의 독자적인 의미에서 당사자주의를 발전시켜야 한다고 주장하고 계십니다. 그 주요한 논거를 살펴보면 우리에게서 영미식의 배심제도가 없었고(현재의 국민참여재판제도로는 불충분하며) 그렇기 때문에 증거능력과 증명력을 엄격히 구분해야 하는 당

위성이 영미에 비해 적고, 원칙적 전문법칙의 인정보다 수사기관 작성의 신문조서를 공판 단계에 현출하기 위해 그 예외를 먼저 인정하는 역사를 경험하였다고 합니다. 이를 바탕으로 발제자는 우리나라 형사소송의 구조에 관해 당사자주의를 기본으로 하면서 직권주의를 가미한 절충적 구조로 보는 다수설과는 조금 다르게, 오히려 역사적으로는 직권주의를 기초로 영미법의 요소가 일부 도입된 것으로 보고 있습니다(20면). 물론 그러면서도 직권주의에서 당사자주의로 나아가야 한다는 원칙에 대해서는 다수적 견해와 다르지 않다고 볼 수 있습니다.

II.

이러한 내용을 기초로 본 토론자는 다음과 같은 의문점을 가져 보았습니다.

발제문에서 상세히 설명되었다시피 형사소송법의 제정시 우리나라 입법자들은 영미법계를 도입할지 아니면 대륙법계를 도입할지 고민하였다고 합니다. 다만, 이 당시 새로운 형사소송법제정을 위해 참고하였던 주요 자료로 구형사소송법과 미군정법령 제176호 그리고 일본의 1948 신형사소송법을 들고있습니다. 그리고 공통적으로 인정하고 있는 것이 영미법계가 대륙법계보다 진보적이지만 그 당시의 현실을 감안하면 대륙법계를 기초로 하면서 영미법계가 보완책으로 가미가 되어야 한다고 합니다.

이에 대해 먼저 드는 의문은 왜 이 당시 입법자는 1905년의 형법대전에 대한 언급은 전혀 없는 지가 궁금하지 않을 수 없습니다. 물론 참고가 된 입법자료들이 조선의 근대적 형사법인 형법대전보다 더 근대적이고 더 진보한 체계를 갖추고 있기 때문에 형법대전을 검토하는 것이 무의미하다고 평가할 수도 있겠습니다. 그러나 달리 생각하면 참고가 된 3가지 입법자료는 모두 자생적인 것이 아닙니다. 특히 구형사소송법과 미군정법령은 타율적으로 우리나라에 적용된 것으로 그 역사적, 문화적, 체계적 뿌리가 다른 것들입니다. 생각건대 우리 내 법문화에 맞는 법률체계의 정립을 생각한다면 1905년 형법대전에 대한 고려가 반드시 필요한 것은 아닌가 합니다. 발제문에서도 언급한 바와 같이 이것이야말로 우리의 독자적인 형사법의 근대화 작업의 결과물이 아닌가 합니다.

나아가 형사소송법 제정당시 입법자 앞에 두 가지 선택지, 즉 영미식의 당사자주의와 대

륙법계식의 직권주의가 놓여 있었고 후자가 (아직은) 우리의 법문화 내지 법감정에 더 부합한다고 여겨진다면, 이질적인 당사자주의로 전환이 반드시 필연적이었을까 하는 의문이 듭니다. 당사자주의의 이식에는 전쟁 승리국인 미국의 영향이 절대적인 것으로 보입니다만, 미군정이 끝난 시점에서 역사의, 문화적, 지리적 여건이 전혀 다른 우리나라 입장에서 당사자주의로의 목포설정만이 답이었을까 하는 의구심이 들지 않을 수 없습니다. 개인의 자유가 거의 절대적인 가치이고 국가의 개입을 간섭으로 여겨 국가의 개입을 최대한 자제하는 것이 미덕인 미국에서 발전된 제도가 오랜 군주제의 역사를 경험하여 군주가 백성의 아버지 역할을 자처했던 소위 말해 ‘군주적 후견주의’의 특색이 강했던 우리나라에 적용하는 것이 과연 타당한 가라는 의구심입니다. 유럽대륙의 국가들도 이러한 역사를 유사하게 경험하고 있다면 오히려 대륙법계의 전통과 발전모델을 우리가 차용해야 되는 것은 아닌가 합니다. 예컨대 직권주의적 특색이 강한 독일의 형사소송법 체계하에서도 공판중심주의와 유사한 직접주의원칙으로 인해 수사기관의 신문조서는 증거로서 인정되지 않고 있습니다. 따라서 현 시점에서 오히려 당사자주의에서 (발전된) 직권주의로 복귀에 대해서는 발제자가 어떤 생각을 가지고 계시는지 궁금합니다.

마지막으로 어느 교수님의 말씀처럼 한국식의 형사소송법 제도는 다양한 국가의 장점으로 보이는, 그러나 서로 이질적인(!) 요소를 모두 섞어놓아 이도 저도 아닌 것이 되어 버린 것이 아닌가라는 의문입니다. 영미식이든 대륙법계식이든 아니면 제3의 대안이든 형사소송법 전체를 관통하는 하나의 체계적인 시스템을 구축해야 하는데, 이질적인 요소가 혼재하면 시스템 오류(버그)가 생기게 마련입니다. 우리나라에서도 형사소송법에 관하여 많은 자료가 축적되었다면 이제는 아예 새판을 깔아야 하는 것은 아닌가라는 생각이 조심스레 듭니다. 이에 대해서 발제자분께서는 어떤 생각을 가지고 계시는지 궁금합니다.



MEMO





MEMO

