

형사절차에서 보호적 형식* - 하나의 낡은 모델?

군나 두트게** / 김성은(역)***

I.

퀴바디스, 독일 형사소송법이야! 이러한 걱정스러운 외침은 독일의 최근 논의의 지배적인 분위기를 나타내고 있다. 형사소송법을 독일 헌법현실의 변화에 대한 “지진계”로 파악하는 사람들은 최근의 발전경향을 몹시 불안하게 바라보고 있다.!) 이들이 보고 느끼는 것은 - 법치국가적 형사절차에 대한 ‘전통적’ 이해와 관련해서 - 거의 진도 7의 강력한 연속지진과 다름 없다. 왜냐하면 독일 입법자와 최근 독일 최고법원의 판결도 “창조적 법발견”을 통해²⁾ 절차신속화를 통한 효율성증진이라는 목표를 표방하고, 점점 더 피의자권리의 해체를 추진하고 있기 때문이다.

예컨대 근본적 의미를 갖는 진술거부권과 관련된 중요한 현상으로서 피의자와 그 가족의 주변에서 은밀한 탐문수사를 벌일 수 있는 권한이 현저히 확대되었고, 또 최근에는 새로 도입된 공범증인규정을 통해 협조할 준비가 되어 있는 피의자에 대한 유인책도 마련되었다(독일형법 제46조b). 최근 판례에서는 증거신청권과 상소권도 축소된 채로

* 이 글은 한국형사정책연구원이 주최한 2009년 추계학술회의에서 발표된 내용으로 발표자가 일부 수정한 후 번역·정리한 것이다.

** 독일 괴팅엔대학교 교수

*** 한국형사정책연구원 부연구위원, 법학박사

1) Vgl. *Rudolphi*, ZRP 1976, 165, 166; *Schreiber*, in: ders. (Hrsg.), *Strafprozeßrecht und Reform*, 1979, S. 15.

2) 원칙적으로는 이를 솔직히 인정하고 최신 사례들을 제시하고 있지만, 이에 대한 평가에서는 매우 신중한 태도를 보이고 있는 입장으로는 *Tepperwien*, in: *Widmaier-FS* 2008, S. 583 ff.; 눈에 띄는 구절은 다음과 같다. “이에 대한 실마리를 찾고자 한다면, 소송경제와 형사절차의 신속한 집행을 위한 필요라는 데서 그것을 어렵지 않게 발견하게 된다.” S. 595.

나타난다. 그리고 지난 7월 30일에는 절차종결적 협상제도에 대해 “결백”을 인정하는 법률이³⁾ 시행됨으로써 사법기관들의 선호에 따라 이미 전부터 널리 퍼져있던 형사절차의 비정형성과 무규칙성에 대해 이제 정상성의 외양을 부여하기도 한다. 이로써 마치 “간결한 소송절차”가 언제나 형사절차의 고유하고, 궁극적인 목표였던 것처럼 되어버렸다.⁴⁾

절차형식규정들과 피의자의 참여권, 특히 법치국가적 보장책, 예컨대 무죄추정과 그로부터 연원하는 ‘의심스러울 때는 피고인의 이익을 위하여’ 라는 원칙, 그리고 기본권적 자유 및 예측가능한 형사사법에 대한 신뢰보호는 실은 효율적인 형사소추에 이르는 과정에서 달갑지 않은 장애물에 지나지 않는 것인가? 또 최근에는 이러한 것들이 처음부터 명백하게 확정되어 있는 “피해자”를 만족시키는 데도 장애물이 될 것인가?⁵⁾ 절차형식의 가치를 균형 잡힌 공정한 형사소송의 표현으로서 강조하는 것에 전면적으로 동의했던 그런 시대는 분명 지나갔다. 예전에는 절차의 사법정형성과 그 고유수단인 절차형식은 형사소추기관의 제어되지 않은 자의적 권력행사를 저지하기 위한 가장 중요한 보장책으로 간주되었다. 독일에서 1945년 이후 법치국가적 형사사법을 재건하던 시대에 형사소송법의 수장이었던 에버하르트 슈미트(Eberhard Schmidt)는 자신의 유명한 “주석서”에서 다음과 같이 말하기도 하였다. “사법정형성은 신속성을 비로소 가능하게 한다. 그러나 당연히 이것은 동시에 주의와 신중을 요구한다.”⁶⁾

3) Gesetz v. 29.7.2009 (BGBl. I, 2353).

4) 이에 대해서는 2009년 1월 30일 일간지 FAZ에서 연방대법원장 툴크스도르프가 “사법의 위신에 있어 비참한 일”이라고 비판한 것을 참조하라. 또한 “사법의 수치”라고 보는 연방판사 피셔도 참조하길 바란다. Fischer, StraFo 2009, 177, 188. 그리고 하름스 검찰총장은 법적인정성에만 봉사하는 지극히 형식적인 형사소송의 원칙을 조소하고, 종래의 형사절차에 “상고법원의 판결이 할 수 있는 것보다” 더 많은 변화를 가져온다고 보고 있다. Harms, in: Nehm-FS 2006, S. 289.

5) 2009년 10월 1일 발효한 (BR-Drucks. 641/09) 제2차 피해자권리개혁법률에 대한 적절한 비판으로는 붕(Bung)의 다음 글을 참조하라. Bung, StV 2009, 430 ff. 또한 이 법률에 대해 매우 비판적인 평가를 내린 얀(Jahn)과 폴네(Pollhne) 두 사람의 입장에 대해서는 다음의 웹사이트를 참조하길 바란다. http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse/a06/anhoerungen/Archiv/54_2__Opferrechtsreformgesetz/04_Stellungnahmen/index.html.

6) Eberhard Schmidt, Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil I, 1952.

II.

현재의 상황을 이와 같이 암울한 색채로 표현하고, 평소와 같은 안정을 취할 수 없는 사람은 그 이유를 충분히 제시해야 할 것이다. 그런데 이러한 이유는 너무나 많아서 여기서는 부득이하게 엄격히 선별하지 않을 수 없다. 이하에서 나는 가장 중요하면서도, 또 가장 의문스러운 세 가지 현상에 대해 집중적으로 살펴보겠다. 첫째는 증거신청권 영역에서의 축소현상이다. 둘째는 이와 관련해서, 또 상소권과 관련해서도 마주치게 되는 “진실의제” 현상으로, 이는 법원의 석명의무에 대한 종래의 이해에서 벗어나 있다. 셋째는 - 어쩔 수 없이 다루게 될 - “절차종결적 협상”이라는 현상이다.

1. 주지하다시피 증거신청권(독일 형사소송법 제244조 3항-6항, 제245조)은 소송진행에서 현저한 중요성을 가지는데, 한편으로는 피고인의 주체지위의 강화라는 의미에서, 그리고 다른 한편으로는 “진실”의 규명을 위해서 그러하다. 이것으로 승인되는 “선이해의 경합”⁷⁾이 형사법원에서의 (그리고 재판장에게서의) 독점과는 달리 실무에서 얼마나 중요할 수 있는지를 최근의 일련의 사례들이 잘 보여주고 있다. 이 사례들에서는 법원 측에서 사안의 토대를 일방적으로 조기에 확정하고, “방해가 되는” 증거청구를 기각함으로써 절차종료에 이르는 길을 단축하고자 시도하였다.

그 중에는 증거상황이 불명확함에도 불구하고 사실심법원이 피고인에게 유리할 수 있는 외국거주 증인의 진술을 화상-음향전송(독일 형사소송법 제247a조)을 통해 적극 확보하려 하지 않았고, 그에 대한 변호인의 증거청구를 “말도 안 되는 증거주장”이라고 기각한 사례도 있다. 그러나 연방대법원은 적절하게도 이러한 입장을 비난하였다. 왜냐하면 증인이 실제로 의견을 진술하기 전에는 신청인은 보통 증인의 진술을 사전에 알지 못하는 것이 당연하기 때문이라는 것이다.⁸⁾ 바로 이러한 인식문제는 실제로 왜 앞당겨진 증거평가를 석명의무가 ‘원칙적으로’ 금지하는지에 대한 이유이기도 하다. 왜냐하면 공판시점에서 행하는 모든 증거예측은 언제나 인식결함이라는

7) Hamm/Hassemmer/Pauly, Beweisanzugsrecht, 2. Aufl. 2007, Rn 27 ff. “상이한 진실”에 대해서 깊이 있게 다룬 연구는 폴크(Volk)의 글을 참조하라. Volk, in: Salger-FS 1995, S. 411 ff.

8) BGH StV 2009, 454, 456 m. Bspr. Sättele; 이에 대해 일반적으로 의문을 품고 있는 이전의 판결에 대해서는 BGH StV 2008, 9, 10; 이러한 새로운 판결의 경향에 대해 설득력 있는 근거로 동의하는 입장으로는 다음의 글을 참조하라. Habetha/Trüg, GA 2009, 406, 415 ff.

결과와 또 동시에 그러한 결합의 고착화라는 위험을 내포하고 있기 때문이다. 법원 측의 그러한 “인식고정”을 타파하고, 필요한 경우에는 법원으로 하여금 지금까지 수집된 모든 것의 의미를 다시 한 번 묻게 하는 새로운 사실들을 위해 (점점 더 촘촘해지는 필터와 같이)⁹⁾ 마지막까지 진실발견의 절차를 한 단계 더 열어두도록 강제해야 한다. 이를 위해서는 또한 최종적 증거평가에서는 유지되기 어려울지 모르는 그러한 증거수집도 인정하는 것이 불가피하다.¹⁰⁾

이러한 이유로, 점증하는 - 법관법적 - “증거신청권의 붕괴”에 대해 현재 매우 강한 우려가 표명되고 있다.¹¹⁾ 특히 연방대법원이 그 사이 “권리남용” 또는 “소송지연의도”로 제기되는 증거신청을 방지하기 위해 확립한 기한부 제권모델이 보여주는 것은 법률이 극히 의문스럽게 다루어지고 있으며, 선제된 절차구조의 의미에 대한 이해도 확실히 사라져 버렸다는 사실이다. 이에 따르면, 사실심법원은 “심각한 권리남용”과 같은 “극단적 상태의 사례”에서는¹²⁾ “소송당사자에게 증거신청의 수용기간을 정하고, ... 기간경과 후에 제기된 신청에 대한 일괄적(!) 기각을 ... 사전에 (!) 결정할 수 있는” 절차방식을 선택할 수 있다고 한다.¹³⁾ “기각위협을 두는 기간지정”이라는 이러한 도구는 현행 독일 형사소송법 규정(제244조 6항, 제246조 1항)에 명백히 위배되며, “권리남용”이라는 확정되지 않은 변수를 가지고 - 이제는 법관의 - 권리남용을 유도하고 있으며,¹⁴⁾ 결국 일체의 선언을 저버린 채 석명 의무 역시 제거해버린다. 이러한 점에 대한 절박한 경고에도 불구하고 아직까지 연방대법원이 견고 있는 새로

9) 한편으로는 사실조사의 신뢰성을 위협하지 않으며, 다른 한편으로는 “무한하게 확장되는” 증거수집을 막기 위해서 정확하게 어디에서 한계가 그어져야 하는가 하는 문제는 당연히 규범적인 (그리고 결국 법관이 대답해야 하는) 물음이다. Volk, in: Salger-FS 1995, S. 411, 417 ff.

10) Hamm/Hassemer/Pauly (Fn 7), Rn 30.

11) 이러한 주제에 대해 자세한 것은 다음을 참조하라. Habetha/Trüg, GA 2009, 406 ff.; Fezer, HRRS 2008, S. 457 ff. und 2009, S. 17 ff.; Schneider, in: Eisenberg-FS 2009, S. 609 ff.; Wittig, in: Volk-FS 2009, S. 885 ff.; 그에 반해 포트(Foth)는 현재의 “지나침”을 지적하고 있다. Foth, in: Widmaier-FS 2008, S. 223 ff.

12) 구체적 사례에서는 “실제로는 권한 없는 수많은 증거신청들”, 거절에 대한 “광범위한 항의적” 대응, “허용되지 않는 거부제시와 중지신청“, 중국에는 “9일의 공판기일을 넘어선 변론”이 점차적으로 제기되어 결국 판결선고는 3년 반이 지나서 291회 공판기일에 비로소 이루어질 수 있었다.

13) BGH NJW 2005, 2466 ff. m. abl. Bspr. Dabs, StV 2006, 116 ff.; Duttge, JZ 2005, 1012 ff.; Gössel, JR 2006, 125 f.

14) 가장 최근의 결정사안에 대해서는 다음의 자료를 참조하라. HRRS 2009, Nr. 717.

운 행로를 막지 못하였다.

오히려 정반대이다. 최근 판례의 입장에 따르면 그러한 절차방식에 있어서 소송지연을 이유로 증거신청을 사전에 (반복적으로) 기각할 필요가 전혀 없고, 오히려 거꾸로 이러한 기각사유가 더 폭넓게 적용되고, 정해진 기간이 경과하면 이것이 이미 발생한 것으로 본다는 것이다.¹⁵⁾ 대체로 기간경과의 인정은 마치 소송절차 단축을 지시하는 것처럼 보인다. “증거수집 종료 후 재판장은 ... 기간을 정하여 증거신청을 요구할 수 있고, 만약 증거신청이 정해진 기간 내에 제기되지 않고, 법원의 확신에 따를 때 기간을 넘긴 신청제기에 대해 납득할 만한 사유가 없다면, ... 원칙적으로 그 신청은 단지 절차의 지연만을 의도한 것이라고 볼 수 있다.” “압축적 공판실행”¹⁶⁾이라는 새로운 패러다임을 개척하기 위해 얼마나 단호하게 기존의 형사절차의 토대들이 과거의 유물로¹⁷⁾ 전락되었는지 정말 숨이 찰 지경이다. 이를 주도한 판결은 법률에 대한 자신의 봉사의무에는 더 이상 관심이 없고, 이미 오래 전에 독자적으로 자신을 “법질서의 진정한 주인”¹⁸⁾으로 추대하였다. 법률규정에 따르면 - 정당한 이유로 - 변호인이 법원에 의해 적절한 것으로 간주되는 시점에 증거신청을 제기할 의무가 있는 것이 아니라, 오히려 법원이 판결선고 전까지 증거신청을 받아들여야 할 의무가 있다. 이것이 더 이상 인정되지 않는다면, 모순된 절차는 점차적으로 독재적 절차로 전환될 위험이 있다!¹⁹⁾

2. 지난 수년 간 상소권영역에서는 우선 예외사례에 대해서 인정되는 연방대법원의 “서면심리를 통한” 양형판단의 권한이 과도하고 부당하게 사용되고 있다는 사실이 주목을 끈다. (그러한 부당한 권한사용은 사실심의 양형행위에 오류가 확인되었음에도 불구하고 확정력 있는 절차종료라는 결과를 가져왔다: 독일 형사소송법 제354조 Ia) 그 후 연방헌법재판소는 법원의 이러한 과도한 활동에 대해 빗장을 걸었다.²⁰⁾ 그

15) BGH NStZ 2007, 716; StV 2008, 9, 10.

16) BGHSt 51, 333, 343 f.

17) Gaede, NJW 2009, 605: § 246 StPO als „Museumsexponat“.

18) 그에 관한 일반적인 설명으로는 Rühers, JZ 2002, 365 ff.; ders., JZ 2006, 958 ff.

19) 적절한 지적으로는 Wittig, in: Volk-FS 2009, S. 885, 891 f.; 또한 Fezer, HRRS 2009, 17 ff.; Habetha/Trüg, GA 2009, 406, 425 ff.; Jahn, JuS 2009, 372, 373; Tepperwien, in: Widmaier-FS 2008, S. 583, 589.

20) 그에 대해 자세한 것은 BVerfGE 118, 212 ff. = NJW 2007, 2977 ff. = JR 2008, 73 ff. m. Anm.

사이 연방대법원은 상소권자에게 성공에 대한 예측가능성을 의문스럽게 하는 다른 방법을 발견하였다: 허용된 상고를 사후적으로 문서정정을 이유로 취소할 수 없다고 하는 점은 100년 이상 상소법의 승고한 원칙으로 간주되었다.²¹⁾ 그러한 방법 속에 놓여 있는 상소권자에 대한 불공평은 차치하더라도, 입법자의 의사에 따르면 문서의 높은 증거능력(독일 형사소송법 제274조)으로 어떠한 공격에도 흔들리지 않는 확실한 증거토대가 마련되어야 한다. 그러나 2007년 연방대법원 형사 전원합의부는 그러한 “상소제한 금지”의 정당성에 대한 확신을 포기하고, 이에 대한 근거를 제시하기 위해 강력하게 “신속성요청과 피해자보호의 관점”을 끌어들었다.²²⁾

이와 유사한 경우도 발견된다: 이미 법률상 제한된 조사권한에도 불구하고 상고법원에는 필요한 기본조건이 별로 가망이 없는데도 다시금 “진실” 해명을 위한 독자적인 심급의 기능이 귀속된다: 그러나 그 절차는 또 다시 서면절차일 뿐이고, 게다가 제대로 구성되어 있지 않으며, 그리고 특히 상소권자에 대해 “무기평등”을 보증해주는 절차도 아니다. 입법자가 공판에서 절차결함의 입증을 위해 매우 엄격한 형식을 요구하였음에도 불구하고, 신속성 및 효율성사과의 지배 아래 놓여 있는 그러한 “진실 추구”에 의해 상소권자의 법적 지위는 단지 “허위 문서”라는 일괄적 혐의로 인해 축소된다.²³⁾ 그 밖에도 이것으로 함축적으로 주장되는 변호인의 진실의무도 더 이상 단지 심리된 사안만이 아니라 1심에서의 절차진행과 관련해서 법적으로 어떻게 정당화될 수 있는지도 역시 전혀 이해되지 않는다.²⁴⁾ 그리하여 형사소송법상의 “형식엄격성”에 대한 가치평가가 오래 전부터 퇴색하고 있다는 인상이 전체적으로 점점 두

Peglaw, 또한 *Dehne-Niemann*, ZIS 2008, 239 ff.; *Gaede*, HRRS 2007, 292 ff.; GA 2008, 408 ff.; *Hamm*, StV 2008, 208 ff.; *Maier*, NStZ 2008, 227 ff.; *Paster/Sättele*, NStZ 2007, 609 ff.

21) RGSt 2, 76, 77 f.; RGSt 24, 215; BGHSt 2, 125 ff.; 34, 11, 12; BGH NJW 1986, 1820; StV 2002, 530; *Meyer-Göbner*, Strafprozessordnung. Kommentar, 52. Aufl. 2009, § 271 Rn 26; SK/StPO/Schlüchter, § 271 Rn 26; *Tepperwien*, in: Meyer-Göbner-FS 2001, S. 595, 602 ff.; *Schäfer*, in: BGH-FS aus der Praxis, 2000, S. 707, 716 ff.

22) BGHSt 51, 298, 310 ff. = NJW 2007, 2419 ff. = NStZ 2007, 661 ff. m. zust. Bspr. *Fahl*, JR 2007, 340 ff.

23) 이러한 의미에서 연방헌법재판소 판사인 포스쿨레(Voßkuhle), 오스텔로(Osterloh), 디 파비오(Di Fabio)가 반대표를 던진 것은 납득할 만하다, 이에 대해서는 다음을 참조하라. BVerfG NJW 2009, 1469, 1481; 또한 규정결함의 방법적 수용오류에 대해서는 다음을 보라. *Kudlich/Christensen*, JZ 2009, 943 ff.

24) 이를 거부하는 입장으로는 *Knauer*, in: Widmaier-FS 2008, S. 291 ff.

드러진다. 보일케(Beulke)는 다음과 같이 말하고 있다. “예전에는 절차규범들이 법치국가적 형사소송에 대한 관심 속에서 그 고유한 위상을 가지고 있었기 때문에 사람들은 형식적인 기준을 수용할 준비가 되어 있었던 반면에, 지금은 진실발견을 위해 노력한다. 사람들은 피해자에게 정의가 실현되기를 원하는데, 이 경우 모든 형식주의는 장애로 느껴진다.”²⁵⁾ 그러나 이러한 일괄성 속에서는 각자의 이해관계를 넘어서는 사실성, 형사절차에서 힘을 가지는 자들의 의혹 없는 진실성에 대한 - 소박한 - 믿음을 모두가 공유하지는 않을 것이다!²⁶⁾

3. 마지막으로 형사절차상 합의를 규율하기 위한 새로운 법률을 한 번 살펴보고자 한다.²⁷⁾ 이 법률은 불필요한 감정문제를 피하고자 석명의무는 “건드려지지 않고” 그대로 유지된다는 규정을 명시적으로 포함하고 있다(독일형사소송법 제257c조 I항 2문). 그런데 이것은 마치 동화처럼 아름답고 비현실적으로 들린다. 왜냐하면 절차종결적 협상의 진정한 법실무적 의미와 커다란 매력은 다름 아닌 그러한 협상과 분리될 수 없이 연결된 효과, 즉 합의된 절차결과를 가지고 후속적 증거조사를 하려는 시도를 그냥 종결된 것으로 선언함으로써 증거조사를 단축시키는 효과로부터 생겨나기 때문이다. 그러나 더 빠른 방법으로 절차를 종결시키기 위해 그 이상의 - 아직 존재할 지도 모르는 - 증거에 대해 일찍 눈을 감아버린다면, 실제적 진실의 ‘최상의 규명가능성’에 대해서는 더 이상 말할 수 없다.²⁸⁾ 이것은 이전의 형사소송법의 정신과는 더 이상 공유하는 것이 없다. 이전의 정신에는 항상 “아래로부터 위로” 절차가 진행된다는 결정, 말하자면 포섭 자체를 행하기 이전에 먼저 포섭의 사실적 토대를

25) *Beulke*, in: *Böttcher-FS* 2007, S. 17, 26; *Hamm*, NJW 2006, 2084, 2086 f.; *Dehne-Niemann*, ZStW 121 (2009), 321, 376: 새로운 판결은 “피고인을 위한 형사소송의 보호형식의 가치를 심각하게 오인하고 있다.”

26) 이와 같은 맥락에서 새로운 판결에 반대하는 입장으로는 *Fezer*, StV 2006, 290 ff. und in: *Otto-FS* 2007, S. 908 ff.; *Gaede*, HRRS 2006, 409 ff.; *Meyer-Göfner* (각주 21), § 274 Rn 26a; *Schlothauer*, in: *Hamm-FS* 2008, S. 655 ff.; *Schünemann*, GA 2008, 314, 319 f.; *Schumann*, JZ 2007, 927 f.; *Valerius*, in: *Paulus-FG* 2009, S. 185 ff.; *Wagner*, GA 2008, 442 ff.; *Ziegert*, in: *Volk-FS* 2009, S. 901 ff.

27) 각주 3을 참조하라.

28) 여기에서와 마찬가지로 또한 *Gössel*, JR 2008, 83, 84; *Murmann*, ZIS 2009, 526, 532: 의사소통과 석명의무는 “전혀 조화를 이루지 못한다”; *Rieß*, ZIS 2009, 466, 480 m. Fn 131: “직권석명원칙의 구두상 유지”.

납득할 만하게 수집한다는 결정이 방법적으로 내재되어 있다. 그에 반해 협상에 따른 판결은 “위에서 아래로” 이루어진다. 다시 말해 적용되는 법규정에 맞추어 그에 적절한 사실을 찾아내는 그런 식으로 이루어진다.²⁹⁾

이러한 방법의 자의성은 사전조건으로 끊임없이 요구되어온 피고인의 자백을 통해서도, 합의사고를 통해서도 완화되지 않는다. 진실규명의무에 대해 정말로 중대하게 여긴다면, 법원은 자백의 신뢰성을 항상 다시 한 번 검토해야 하고, 이로써 판결협상으로 피하고자 하는 바로 그 증거조사를 시작해야 할 것이다. 따라서 실무보고서들이 실제로는 그러한 자백의 신뢰성이 대부분 그냥 간주되어버리고, 이로써 자백의 가치성도 “단순히 형식적인 승인”이라는 가치로 축소된다는 점을 보여주는 것도 그다지 놀라운 일이 아니다.³⁰⁾ 합의사고에 관해서는 핫세머 교수의 말을 빌려 대답하고자 한다. 법적 평화는 “객관적인 기준으로부터 - 공평한 절차와 공정한 판결로부터 - 나온다. 이 경우 합의적 요소들이 내재되어 있다는 사실이 형사정의란 법률과 법으로부터 성립하는 것이지 협상과 합의로부터 성립하는 것은 아니라는 사실을 숙여서는 안된다.”³¹⁾ 게다가 지금 실행되는 협상절차는 명백히 무죄추정원칙에 위배된다. 왜냐하면 법률은 협상의 성립에 대한 주도권을 명시적으로 법원에 귀속시키기 때문이다(독일 형사소송법 제257c조 3항 1문, 2문). 그러나 아직 “유죄의 법률적 증명”(유립인권협약 제6조 2항)이 전혀 진행되지 않았음에도 불구하고, 법원의 최초의 제안은 사유편연적으로 단지 유죄추정의 토대 위에서만 행해질 수 있다. 협상절차의 핵심은 법원에 의한 조기 유죄확정이며, 이에 대해 피고인은 더 이상 자신을 방어할 수 없다.³²⁾ 이것을 여전히 공정한 형사절차라고 할 수 있는가?

29) Volk, in: Dahn-FS 2005, S. 495, 501; Schlüchter, in: Wolter (Hrsg.), Zur Theorie und Systematik des Strafprozessrechts (= Rudolphi-FG), 1995, S. 205, 223: 피고인의 자백은 단지 현존하는 의심에도 불구하고 “별다른 양심의 가책없이” 처벌할 수 있는 목적을 가지고 있다.

30) 여기에서와 마찬가지로 또한 Gössel, in: Böttcher-FS 2007, S. 79, 88; 그에 대해서는 또한 슈미트(Schmitt)의 냉정한 보고문을 참조하라. B. Schmitt, GA 2001, 411, 413 ff.

31) Hassemer, in: Hamm-FS 2008, S. 171, 188; 이러한 의미에서 이미 Duttge, ZStW 115 (2003), 539 ff.; Lien, GA 2006, 129, 135 ff.; 그러나 다른 입장으로는 Ignor, in: Festschrift zu Ehren des Strafrechtsausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer 2006, S.321, 329 f.: 이그노르(Ignor)는 실제적 진실의 원칙은 포기할 수 있는 권리라고 말한다.

32) 슈네만(Schünemann)은 “법관역할의 타락화(Korrumpierung der Richterrolle)”에 대해 말하고 있다. Schünemann, ZRP 2009, 104, 107.

III.

이제 마무리하고자 한다. 법치국가는 그 규범의 수용으로 생명을 유지한다. 이러한 규범은 형사절차의 맥락에서는 그 목적에 지향된 법률성을 보장해야 한다.³³⁾ 그러므로 “목적”도 “수단”도 시야에서 놓쳐서는 안된다. 지름길로 가고자 하는 사람은 쉽게 길을 잃을 수 있다. 그 목표를 완전히 망각한 사람은 더 이상 올바른 길을 전혀 알지 못하며, 방향을 잃고 세상을 헤멜 뿐이다. 형사사법의 부담을 경감시키기 위한 새로운 개혁이 이루어지고 수년이 지나면서 이러한 발전경향은 점점 더 수단(=절차신속화)이 고유한 목적으로 제시되기에 이르렀다. 그러나 이와 관련해서 강조해야 할 것은 처벌이라는 것은 힘이라는 사실로서의 자기 자신을 통해 순환논법적으로 정당화될 수 없고, 또한 오로지 그 어떤 절차만으로도 정당화될 수 없으며, 오히려 그 속에 내재된 필연성과 설득력을 통해서 비로소 정당화된다는 것이다.³⁴⁾

진실에 대한 확고한 인식능력이 없다면 유책한 사람을 제대로 처벌하고, 죄 없는 사람은 과도하고 부당한 요청으로부터 효과적으로 보호하는 것이 매우 어렵다는 인식 속에서 형사소송법은 상호제한적 힘의 안정적 균형의 창출과 유지를 지향하는 구조를 지닌다.³⁵⁾ 그에 반해 비정형화는 역할의 불균형에 내재된 에너지를 분출시키고, 그것이 마치 진화론적 방식처럼 다시 자유롭게 진행되는 것을 허용한다.³⁶⁾ 이러한 메카니즘에 직면해서, 이미 오래전부터 진행된 “신경생물학의 진전”³⁷⁾으로 법치국가는 나침반과 분명한 방향성 없이는 스스로 길을 잃을 수 있는 그러한 도전에 처하게 될 것이다.³⁸⁾ 따라서 형사소송법에서는 아마도 형식으로부터의 도피가 아니라, 오히려 사법

33) *Schlüchter*, in: Wolter (Hrsg.), *Zur Theorie und Systematik des Strafprozessrechts* (= Rudolphi-FG) 1995, S.205, S. 217 und 219.

34) 형벌목적 논쟁의 현 상황과 응보적 형벌이론의 부활에 대해서는 *Duttge*, *Menschengerechtes Strafen*, in: Akademie der Wissenschaften zu Göttingen (Hrsg.), *Das strafende Gesetz im Sozialstaat*, 2009 [발간예정].

35) 고전적인 입장으로는 *Eb. Schmidt* (각주 6), Rn 13.

36) 제2차 피해자권리개혁법률에 관한 가장 최근의 자료는 다음을 참조하라. *Bung*, *StV* 2009, 430 f.; *Hassemer*, in: *Volk-FS* 2009, S. 207, 213: “절차의 혼돈화(Chaotisierung des Verfahrens)”: *Hassemer*, in: *Volk-FS* 2009, S. 207, 220.

37) “신경생물학의 진전”에 대해서 자세한 내용은 다음의 자료를 참조하라. *Duttge* (Hrsg.), *Das Ich und sein Gehirn*, 2009

정형성이라는 의미에서 형식을 기능적으로 투입하는 것이 해결책을 가져다줄 것이다.³⁹⁾ - 더구나 형법적 기소에 처하더라도 결코 “적”으로 전락되어서는 안되고, 언제나 흔들림 없이 “시민”과 “인격”에 머무르는 최약자로서의 피의자의 보호를 위해 이러한 노력이 필요하다.⁴⁰⁾

38) 그에 대해서는 2009년 5월에 열린 독일 형사법학자대회의 발표논문들을 참조하라. 대회 보고문은 *Oliver Tolmein*, in: FAZ v. 27.5.2009, S. N4를 보기 바란다. 2010년에 열리는 제68차 독일 법률가대회는 형사분야에서 다음과 같은 일반주제를 다루게 될 것이다: “신속화 요청은 형사절차의 재구성을 요구하는가?”

39) *Schlüchter* (각주 33), S. 225.

40) “적형법”을 둘러싼 집중적인 논쟁에 대해서는 다음의 자료들을 참조하라. *Crespo*, ZIS 2006, 413 ff.; *Gössel*, in: Schroeder-FS 2006, S. 33 ff.; *B. Heinrich*, ZStW 121 (2009), 94 ff.; *Hörnle*, GA 2006, 80 ff.; *Greco*, GA 2006, 96 ff.; *Paeffgen*, in: Amelung-FS 2008, S.81 ff.; *Sacher*, ZStW 118 (2006), S. 574, 605 ff. ; *Saliger*, JZ 2006, 756 ff.; *Schünemann*, in: Nehm-FS 2006, S. 219 ff.