

정당하지 아니한 증언거부권 행사와 형사소송법 제314조의 진술불능사유

- 대법원 2019. 11. 21. 선고 2018도13945 전원합의체 판결의
근거를 중심으로 -

권 오 겔*

〈국문초록〉

대법원은 [대법원 2012. 5. 17. 선고 2009도6788 전원합의체 판결]에서 법정에서 출석한 증인이 형사소송법 제148조, 제149조 등에서 정한 바에 따라 정당하게 증언거부권을 행사하여 증언을 거부한 경우는 형사소송법 제314조의 그밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때에 해당하지 아니한다고 판시하였다. 그런데 대상판결[대법원 2019. 11. 21. 선고 2018도13945 대법원 전원합의체 판결]에서는 증인이 정당하게 증언거부권을 행사한 경우이든 정당한 이유 없이 증언거부권을 행사한 경우이든 모두 제314조의 진술불능사유에 해당하지 않는다고 판시하였다. 이 결론에 의하면 증인이 증언거부권을 행사한 경우에는 제312조와 제313조의 규정에 따라서만 증거능력이 인정되어야 하고, 제314조에 의한 우회적 방법에 의한 증거능력의 부여가 인정되지 아니한다. 즉 대법원은 제314조는 전문증거에 예외적으로 증거능력을 부여한 제312조와 제313조의 전문서류에 또다시 예외적으로 증거능력을 부여하고자 하는 이중의 예외 규정이기 때문에 보다 엄격한 해석이 필요하다고 판단한 것으로 보인다.

전문증거는 증거가 아니다(Hearsay is not evidence)라는 것이 전문법칙이다. 증거능력 없는 증거가 증거로서 사용되기 위해서는 엄격한 해석을 요구하는 것은 당연하다. 형사소송법은 제310조에서 전문증거는 증거능력이 없다는 전문법칙의 원칙을 규정하고 있다면, 제311조에서부터 제316조에 이르기까지는 전문증거에 대해 증거능력을 인정하는 광범위한 예외를 인정하고 있다. 이것은 구두공판주의라는 대원칙과 간접적인 증거라도 사용하여 실제적 진실발견이라는 형사소송법의 요청에 부응하여야 한다는 입법자의 결단이라고 할 수 있다. 대상판결에서는 증인의 증언거부권의 행사의 정당성 여부와 관계없이 피고인의 반대신문권을 침해하면서 까지 관련 전문서류- 참고인 진술조서-에 대해 증거능력을 인정할 수 없다고 판시하였다. 형사소송법 제314조는 제312조와 제313조의 요구조건을 충족하지 못하는 전문서류에 대해 다시 한번 증거능력을 부여하고자 하는 규정이다. 이 규정은 실제적 진실발견의 요청에는 긍정적인 요소로 작용하지만, 피고인의 방어권

* 경북대학교 법학전문대학원 교수, 법학연구원 연구위원

과 구두공판주의와 실질적 직접심리주의, 그리고 피고인의 반대신문권 보장에는 부정적인 요소로 작용한다. 따라서 해석론을 통해 실체적 진실발견과 피고인의 방어권 보장을 위한 규범적 한계를 제시하여야 한다는 요청이 발생한다. 이러한 관점에서 볼 때 피고인의 증언거부권의 행사는 그 행사의 정당성 여부와 관계 없이 형사소송법 제314조의 진술불능사유에 해당하지 않는다는 대법원의 결론은 실체적 진실발견과 피고인의 방어권 보장을 위한 규범적 한계를 제시한 것으로서 그 타당성이 있다고 본다.

주제어 : 전문법칙, 진술불능사유, 증언거부권, 반대신문권, 직접심리주의

• 투고일 : 2020.10.10. / 심사일 : 2020.10.25. / 게재확정일 : 2020.10.29.

참조판결(A) 대법원 2012. 5. 17. 선고 2009도6788 전원합의체 판결
대상판결(B) 대법원 2019. 11. 21. 선고 2018도13945 전원합의체 판결

< 사실관계 및 소송의 경과 >

[공소사실의 요지]

마약류취급자가 아니면 향정신성의약품인 메트암페타민(일명 필로폰, 이하 ‘필로폰’이라 한다)을 매매, 소지, 관리 등을 하여서는 아니 되고, 피고인은 마약류취급자가 아니다. 피고인은 2017. 3. 27. 19:10경 고양시 ○○○구 △△로에 있는 □□역 앞 노상에서 공소외 1로부터 640만 원을 지급받기로 하고 공소외 1에게 필로폰 약 41.5g을 교부하여 필로폰을 매매하였다.¹⁾

1) 공소외 1에 대한 관련사건의 경과 : 1) 공소외 1은 총 11회에 걸쳐 필로폰 매매 등을 하였다는 공소사실로 2017. 4. 24. 마약류 관리에 관한 법률 위반(향정)죄로 기소되었고, 제1심은 2017. 10. 13. 징역 4년을 선고하였다. 그중 이 사건 공소사실과 관련된 범죄사실은 “공소외 1이 2017. 3. 27. 19:10경 고양시 ○○○구 △△로에 있는 □□역 앞 노상에서 ‘◇◇◇◇◇’(피고인의 별명)에게 640만 원을 지급하기로 하고 필로폰 약 41.5g을 교부받아 이를 매입한 후 판매를 위하여 소지하였다(매매 및 소지).”라는 부분이다. 2) 공소외 1이 제1심판결에 대하여 항소하였고, 항소심은 검사의 공소장변경을 허가한 후 2018. 1. 31. 검사의 공소장변경을 이유로 제1심판결을 파기하고 징역 4년을 선고하였다. 변경된 공소사실에 따라 항소심이 인정한 이 사건 공소사실과 관련된 범죄사실은 “공소외 1이 2017. 3. 27. 19:10경 고양시 ○○○구 △△로에 있는 □□역 앞 노상에서 공소외 2에게 매매할 필로폰 약 41.5g을 소지한 채 공소외 2를 기다리던 중 경찰관에게 체포되어 미수에 그쳤다(매매미수).”라는 부분이다. 3) 공소외 1이 항소심판결에 대하여 상고하였으나, 2018. 5. 15. 대법원에서 상고기각 판결이 선고되었다.

[공소외 1이 증언을 거부한 경과]

1) 1심에서의 증언거부: 공소외 1은 2017. 11. 24. 제1심 제5회 공판기일에 증인으로 출석하였으나 선서 및 증언을 거부하였다. 공소외 1은 선서 및 증언 거부의 사유로 현재 자신의 관련사건이 항소심 계속 중에 있다는 이유를 들었다. 공소외 1은 2018. 1. 17. 제1심 제7회 공판기일에 증인으로 출석하여서도 선서 및 증언을 거부하였다. 제1심은 2018. 2. 7. 범죄의 증명이 없다는 이유로 피고인에게 무죄를 선고하였고, 검사가 항소하였다.

2) 항소심에서의 증언거부: 검사는 원심에서 다시 공소외 1을 증인으로 신청하였다. 공소외 1은 2018. 6. 19. 원심 제2회 공판기일에 출석하여 “선서를 거부하기로 판단하였기 때문에 선서를 거부한다.”라고 진술하며 선서 및 증언을 거부하였다.

[대법원의 판단]

증인이 정당하게 증언거부권을 행사한 경우이든 정당한 이유 없이 증언거부권을 행사한 경우이든 모두 제314조의 진술불능사유에 해당하지 않는다.²⁾

I. 쟁점의 정리

대법원은 [대법원 2012. 5. 17. 선고 2009도6788 전원합의체 판결](A)에서 법정에 출석한 증인이 형사소송법 제148조, 제149조 등에서 정한 바에 따라 정당하게 증언거부권을 행사하여 증언을 거부한 경우는 형사소송법 제314조의 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때¹⁾에 해당하지 아니한다고 판시하였다. 그런데 대상판결[대법원 2019. 11. 21. 선고 2018도13945 대법원 전원합의체 판결](B)에서는 증인이 정당하게 증언거부권을 행사한 경우이든 정당한 이유 없이 증언거부권을 행사한 경우이든 모두 제314조의 진술불능사

2) 한편 동판결에서의 [대법관 박상옥의 별개의견] 증인이 정당하게 증언거부권을 행사한 것으로 볼 수 없는 경우에는 형사소송법 제314조의 ‘그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때’에 해당한다고 보아야 한다. 증인이 정당하게 증언거부권을 행사하여 증언을 거부하는 경우에는 형사소송법 제314조의 ‘그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때’에 해당하지 않아 그에 대한 수사기관 작성 참고인 진술조서는 증거능력이 없고, 그 후 증언거부의 사유가 소멸된 시점에 증인이 재차 법정에 출석하여 또다시 증언을 거부하더라도 더 이상 형사소송법 제314조에 의하여 그의 참고인 진술조서의 증거능력이 인정될 수는 없다고 보아야 한다.

유에 해당하지 않는다고 판시하였다. 이에 따라 증언거부권행사의 정당성 여부와 관계없이 증인이 증언거부권을 행사한 경우에는 제314조의 진술불능사유에 해당하지 않게 되므로 법정에 제출된 서면증거의 증거능력이 인정되지 아니한다. 즉 서면의 증거능력에 인정에 관한 제312조와 제313조의 규정에 따라서만 증거능력이 인정되어야 하고, 제314조에 의한 우회적 방법에 의해서는 증거능력이 부여되지 않는다.

이러한 배경에서 이 연구는 증언거부권 행사가 형사소송법 제314조의 진술불능사유에 해당하지 않는다고 판시한 대상판결의 타당성 여부를 판결의 근거를 중심으로 분석하기로 한다. 궁극적으로는 대상판결의 분석을 통해 형사소송법에 규정된 전문법칙의 예외(제312조-제313조) 규정과 이중의 예외를 규정한 제314조 사이의 허용과 위험의 범위를 고찰하는 연구라고 할 수 있다.

공소의 1의 증언거부의 과정을 도표화 하면 다음과 같다.

제1심 제5회 및 7회 공판 기일	선서 및 증언거부	자신의 관련사건이 항소심 계속 중에 있다는 이유
제2심 제2회 공판기일	선서 및 증언거부	선서를 거부하기로 스스로 판단하였다는 이유

이러한 선서 및 증언거부에 대한 재판부의 판단을 도표화하면 다음과 같다.

1심(서울북부지방법원 2018. 2. 7. 선고 2017고단2568 판결)	형사소송법 제148조에 정당한 증언거부에 해당하므로 제314조의 진술불능사유에 해당하지 않는다.
검사의 항소 이유	정당한 증언거부에 해당하지 않으므로, 제314조의 예외에 해당한다
2심	1심에서의 증언거부: 정당한 증언거부이므로 제314조의 진술불능사유에 해당하지 않는다/ 2심에서의 증언거부: 정당한 증언거부가 아니지만 제314조의 진술불능사유에 해당하지 않는다
검사의 상고 이유	1심과 2심에서의 증언거부는 모두 정당한 증언거부권행사가 아니며, 제314조의 진술불능사유에 해당하지 않는다
대법원의 판단	증인이 정당하게 증언거부권을 행사한 경우이든 정당한 이유 없이 증언거부권을 행사한 경우이든 모두 제314조의 진술불능사유에 해당하지 않는다.

결국 논의의 핵심은 ‘정당하지 아니한 증언거부권’을 행사하여 진술을 거부한 경우에³⁾ 그 효과로서 제314조의 ‘기타 이에 준하는 사유’에 해당하는가에 있다.

이러한 쟁점의 검토를 위해 (1) 제314조를 분석하고, 대법원이 근거로 제시하고 있는 (2)직접심리주의와 (3) 반대신문권의 의미를 분석하고 이 판결의 타당성을 검토하기로 한다.

II. 제314조의 검토

전문증거는 증거가 아니다(Hearsay is not evidence)는 전문법칙은 증거법상의 일반원칙으로서, 법정에서 증거로서의 진술의 증거능력을 규정하는 원칙의 핵심을 구성한다⁴⁾⁵⁾ 전문증거란 넓은 의미에서 본다면 증인의 증인석에서의 진술이 아닌 모든 사실을 말한다(Any fact, other than the testimony of a witness in the box). 즉 전문증거란 그 가치가 오로지 증인 그 자신으로부터 얻어지는 것이 아니라, 다른 어떤 사람의 진실성에 의존하는 모든 증거를 말하는 것이다.⁶⁾ 전문법칙은 어떤 사실이 증거로서 증명되어야 하는 사실일 때에, 그 증명은 반드시 그 사실에 대한 실제 인식(actual knowledge)을 가진 사람에 의해 증명되어야 하고, ‘그것이 무엇이다’라고 말하는 것을 들은 사람에 의해 증명되어서는 안 된다는 것을 의미한다.⁷⁾ 전문법칙의 주제는 일반적으로 두 부분으로 나뉘어진다. 즉 전문증거가 아닌 진술과 전문진술이지만 예외적으로 허용되는 진술과 관련된 내용이다.⁸⁾ 진술이 전문증거가 아닌 경우에는 진술의 증거능력은 주로 관련성의 원칙(Principle of Relevance)에 따라서 인정되며, 전문진술인 경우에는 증거능력을 예외적으로 허용하는 규정의 충족 여부에 따라서 인정된다.⁹⁾

우리 형사소송법상 전문법칙의 예외 규정의 하나인 제314조는¹⁰⁾ 다음과 같

3) 이 연구에서는 증인의 증언거부권행사가 정당하였는지의 여부에 대한 논의는 제외한다. 물론 항소심 판단에 대하여 검사는 1심과 2심에서의 증언거부권행사가 정당하지 아니하였다고 상소이유에서 밝히고 있다.

4) Tregarthen, J.B.C, The Law of hearsay evidence, Stevens and Sons, 1915, 1면.

5) 전문증거와 관련된 규정은 증거법의 가장 어려운 부분으로 알려지고 있다; Phil Huxley, Evidence, Thomson, 2008, 93면.

6) Tregarthen, J.B.C, 전게서, 30면.

7) Tregarthen, J.B.C, 전게서, 10면.

8) 전문법칙에 관한 대부분의 규정은 전문법칙의 예외의 범위에 관한 것이며, 형사소송법에서 제310조가 전문법칙에 관한 원칙 규정이라면, 제311조-316조까지는 전문법칙의 예외에 관한 규정이다.

9) Phil Huxley, Evidence, 94면.

10) 제314조(증거능력에 대한 예외) 제312조 또는 제313조의 경우에 공판준비 또는 공판기일

은 내용으로 구성되어 있다. 도표화 하면 다음과 같다.

적용 대상	제312조와 제313조의 서류	
적용 요건	진술불능의 상태 (필요조건)	진술불능의 주체는 공판준비 또는 공판기일에 진술을 요하는 자이다.
	특신상태(충분조건)	
적용 효과	제312조와 제313조의 서류에 증거능력의 부여	

제314조가 적용되는 전문증거는 전문서류로서 제312조에 의한 조서와 제313조의 진술서가 그 대상이다. 제312조의 전문서류 중에서 피고인 신문조서 - 제312조1항과 3항-는 사실상 적용가능성이 없다고 보아야 한다. 피고인이 공판정에서 진술을 할 수 없는 경우는 피고인이 출석하지 않는 경우에 해당되어 원칙적으로 재판을 할 수 없기 때문에 원칙적으로 제314조의 적용가능성이 없다고 보아야 하기 때문이다. 따라서 제312조와 제313조의 경우에 진술을 요하는 자는 주로 증인과 감정인 등이 될 것이다. 이들은 법관, 피고인, 검사 등의 물음에 답하는 자들이다. 최종적인 실체적 진실발견의 주체는 법관이지만, 소송의 당사자인 검사와 피고인도 (자신들에게 유리한) 진실발견을 위해 법정에서 공방을 하고 증인과 감정인 등에게 신문을 할 수 있기 때문이다.

제314조가 적용되기 위해서는 [사망·질병·외국거주·소재불명 그 밖에 이에 준하는 사유]로 인하여 진술불능의 상태가 법정에서 초래되어야 하며, 진술 또는 조서의 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한한다.¹¹⁾ 종합적으로 본다면 진술불능의 상태가 인정되어야 하는 것이 필요조건이라면, 그 조서 작성의 특신상태가 증명되어야 하는 것이 충분조건이라

에 진술을 요하는 자가 사망·질병·외국거주·소재불명 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때에는 그 조서 및 그 밖의 서류(피고인 또는 피고인 아닌 자가 작성하였거나 진술한 내용이 포함된 문자·사진·영상 등의 정보로서 컴퓨터용디스크, 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체에 저장된 것을 포함한다)를 증거로 할 수 있다. 다만, 그 진술 또는 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한한다.

- 11) 여기에서 ‘특히 신빙할 수 있는 상태’는 진술내용이나 조서 또는 서류의 작성에 허위가 개입할 여지가 거의 없고, 진술내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 상황이 있는 경우를 가리킨다(대법원 2006. 4. 14. 선고 2005도9561 판결 등 참조). 이 경우 특히 신빙할 수 있는 상태에 대한 증명은 단지 그러한 개연성이 있다는 정도로는 부족하고 합리적인 의심의 여지를 배제할 정도에 이르러야 한다(대법원 2014. 2. 21. 선고 2013도12652 판결, 대법원 2014. 4. 30. 선고 2012도725 판결 등 참조); 대법원 2017. 12. 22. 선고 2016도15868 판결

고 할 수 있다. [사망·질병·외국거주·소재불명] 사유들의 공통점은 진술을 요하는 자가 법정에 출석하지 않았다는 점이다. 법정에 출석하지 않았기 때문에 처음부터 법원과 피고인 그리고 검사가 신문할 수 없다는 점이다. 이 사유를 규정하면서 입법자는 진술을 요하는 자가 법정에 출석하지 않았다는 점만을 규정하였다. 왜 사망하였는지, 왜 질병사태인지¹²⁾, 왜 외국에 거주하는지¹³⁾, 왜 소재가 불명한지를 묻지 않고 있다. 즉 진술을 요하는 자는 비의도적인 출석 불능 뿐 아니라 의도적인 출석불능의 경우에도 제314조가 적용된다는 의미이다. 결국 [사망·질병·외국거주·소재불명]은 객관적으로는 법정무재라는 사실이 중요하다고 할 수 있다. 법정에 출석하지 않았기 때문에 진술이 불가능한 것은 당연한 것이라고 할 수 있다. 따라서 [그 밖에 이에 준하는 사유]도 (객관적으로) 법정무재에 준하는 사유와 동등하게 평가될 수 있는 사유로 진술이 불가능하여 한다. 그렇다면 증인이 증언거부권을 행사하여 증언을 거부한 경우는 어떻게 판단할 것인가? 미국증거법과¹⁴⁾ 달리 우리 형사소송법에서는 증언거부권의 행사가 진술불능사유로 규정되어 있지 않다. 따라서 그 밖에 이에 준하는 사유로서 진술불능상태에 해당할 수 있는지가 문제로 된다.

증언거부권의 행사가 진술불능사유에 해당하는 지에 관해서 긍정설에서는 제

12) '질병'은 진술을 요할 자가 공판이 계속되는 동안 임상신문이나 출장신문도 불가능할 정도의 중병임을 요한다고 할 것이다; 대법원 2006. 5. 25. 선고 2004도3619 판결

13) 여기서 '외국거주'란 진술을 요하는 자가 외국에 있다는 것만으로는 부족하고, 수사 과정에서 수사기관이 진술을 청취하면서 진술자의 외국거주 여부와 장래 출국 가능성을 확인하고, 만일 진술자의 거주지가 외국이거나 그가 가까운 장래에 출국하여 장기간 외국에 체류하는 등의 사정으로 향후 공판정에 출석하여 진술을 할 수 없는 경우가 발생할 개연성이 있다면 진술자의 외국 연락처를, 일시 귀국할 예정이 있다면 귀국 시기와 귀국 시 체류 장소와 연락 방법 등을 사전에 미리 확인하고, 진술자에게 공판정 진술을 하기 전에는 출국을 미루거나, 출국한 후라도 공판 진행 상황에 따라 일시 귀국하여 공판정에 출석하여 진술하게끔 하는 방안을 확보하여 진술자가 공판정에 출석하여 진술할 기회를 충분히 제공하며, 그 밖에 그를 공판정에 출석시켜 진술하게 할 모든 수단을 강구하는 등 가능하고 상당한 수단을 다하더라도 진술을 요할 자를 법정에 출석하게 할 수 없는 사정이 있어야 예외적으로 적용이 있다. 나아가 진술을 요하는 자가 외국에 거주하고 있어 공판정 출석을 거부하면서 공판정에 출석할 수 없는 사정을 밝히고 있더라도 증언 자체를 거부하는 의사가 분명한 경우가 아닌 한 거주하는 외국의 주소나 연락처 등이 파악되고, 해당 국가와 대한민국 간에 국제형사사법공조조약이 체결된 상태라면 우선 사법공조의 절차에 의하여 증인을 소환할 수 있는지를 검토해 보아야 하고, 소환을 할 수 없는 경우라도 외국의 법원에 사법공조로 증인신문을 실시하도록 요청하는 등의 절차를 거쳐야 하고, 이러한 절차를 전혀 시도해 보지도 아니한 것은 가능하고 상당한 수단을 다하더라도 진술을 요하는 자를 법정에 출석하게 할 수 없는 사정이 있는 때에 해당한다고 보기 어렵다; 대법원 2016. 2. 18. 선고 2015도17115 판결

14) 미국 연방증거법 제803조(a)에서는 법원의 명령에도 불구하고 증인이 증언을 거부한 경우를 증언불가능사유로 규정하고 있다.

314조의 필요성에 관한 규정은 제한적 열거가 아닌 포괄적 규정으로 이해한다. 따라서 지나친 증거능력의 제한 때문에 확실한 범죄인을 처벌하지 못할 우려를 고려한 규정이므로 증언거부권의 행사는 진술불능사유에 해당한다고 설명한다.¹⁵⁾ 부정설에서는 제314조는 원진술자가 공판정에 출석하여 정상적으로 진정 성립을 인정할 수 없는 사유가 있을 경우에 적용되는 규정이라는 것을 전제로 한다. 만약 원진술자가 법정에서 출석하여 정상적으로 진정 성립을 부정함으로써 제312조와 제313조에 의한 증거능력이 인정되지 않음에도 불구하고 제314조에 의해 증거능력이 인정된다면, 이것은 제314조가 증거능력을 회복시키기 위한 편법으로 이용되는 것이므로 부당하다고 한다. 피고인의 반대신문권이 부당하게 제한되고 피고인의 지위를 위태롭게 할 우려가 있다는 점¹⁶⁾, 법관면전에서 증인의 진술거부에 대해서는 별도의 제재규정이 마련되어 있는 점(형사소송법 제161조)¹⁷⁾을 이유로 한다. 따라서 진술불능사유는 사망·질병 등과 같은 물리적으로 증언이 불가능한 경우에 국한하는 것이 바람직하다고 설명한다.¹⁸⁾ 또한 절충설에서는 진술에 대신할 만한 동가치의 증거를 얻을 수 없다는 요건 즉 남용을 억제할 수 있는 조건이 충족되는 경우에만 필요성을 인정해야 한다는 입장이다. 이에 의하면 증언거부에도 작위가 개입할 가능성이 크며, 증언거부를 일률적으로 기타 사유에 포함시키는 것은 피고인의 反對訊問權에 대한 부당한 제한이 되어 피고인의 지위를 위태롭게 할 수 있다고 한다¹⁹⁾.

생각건대 증언거부권을 행사한 경우는[사망·질병·외국거주·소재불명]의 경우와 달리 증인 등이 법정에서 출석한 상태이다. 즉 객관적으로 법정부재의 상태가 아닌 경우이다. 따라서 객관적으로 본다면 [사망·질병·외국거주·소재불명]에 ‘준하는 사유’가 아니라고 할 수 있다. 그러나 실제적 진실발견을 강조하는 입장에서 본다면 증인의 증언거부권 행사에 따라 진실발견이 지체되거나 불가능하다면 형사절차의 이념에도 반할 뿐 아니라 소송경제적 측면에서도 불합리하다고 반박하지 않을 수 없다.

15) 김희옥, “증언거부와 형사소송법 제314조의 기타사유로 인하여 진술할 수 없는 때”, 『형사판례연구 2호』, 박영사(1994), 327면.

16) 정웅석/백승민, 『형사소송법』, 대명출판사, 2009, 281면.

17) 제161조(선서, 증언의 거부와 과태료) ① 증인이 정당한 이유없이 선서나 증언을 거부한 때에는 결정으로 50만원이하의 과태료에 처할 수 있다. ② 제1항의 결정에 대하여는 즉시 항고를 할 수 있다.

18) 배중대/이상돈/정승환/이주원, 『신형사소송법』, 홍문사, 2012, 656면.

19) 임동규, 『형사소송법』, 박영사, 2012, 525면.

III. 제314조와 직접심리주의

참조판결(A)에서-정당한 증언거부권행사의 경우- 제314조의 진술불능사유에 해당하지 않는다고 본 주요 근거는 제314조의 문언과 개정 취지, 실질적 직접심리주의, 증언거부권 관련 규정의 내용 등이다. 대상판결(B)에서의 -정당하지 아니한 증언거부권 행사- 주요근거는 실질적 직접심리주의와 전문법칙에 대하여 예외를 정한 형사소송법 제314조의 취지, 그리고 피고인의 반대신문권의 보장이라고 할 수 있다. (A)에서 결론이 주로 제314조의 개정의 의미와 목적론적 해석에 근거하고 있다면, (B)에서는 형사소송절차상 사실 확인 과정에서 직접주의원칙과 그에 근거한 피고인의 반대신문권의 보장이라는 적법절차의 관점이 근본적인 토대라고 할 수 있다.

이 양 사건에서 대법원은 공통적으로 실질적 직접심리주의를 근거로 제시하고 있다. 즉 (A)에서 대법원은 ‘… 위 증거능력에 대한 예외사유로 1995. 12. 29. 법률 제5054호로 개정되기 전의 구 형사소송법 제314조가 ‘사망, 질병 기타 사유로 인하여 진술할 수 없는 때’, 2007. 6. 1. 법률 제8496호로 개정되기 전의 구 형사소송법 제314조가 ‘사망, 질병, 외국거주 기타 사유로 인하여 진술할 수 없는 때’라고 각 규정한 것에 비하여 현행 형사소송법은 그 예외사유의 범위를 더욱 엄격하게 제한하고 있는데, 이는 직접심리주의와 공판중심주의의 요소를 강화하려는 취지가 반영된 것이다’라고 설명하고 있다. 즉 현행 314조가 전문증거 예외인정의 범위를 더욱 엄격하게 제한하고, 이는 직접심리주의와 공판중심주의를 강화하기 위한 것이라고 논거를 제시하고 있다. 이러한 근거는 사건(B)에서도 그대로 적용되고 있다. 즉 ‘실질적 직접심리주의와 전문법칙에 대하여 예외를 정한 형사소송법 제314조의 취지에 반하고 정의의 관념에도 맞지 않기 때문이다’라고 근거를 설시하고 있다.

전문증거의 증거능력과 관련하여 전문증거보다는 원본 증거인 법정 진술에 더 신빙성을 두어야 한다는 것이 공판중심주의와²⁰⁾ 실질적 직접심리주의에 합치되는 해석론이다. 형식적 직접심리주의는 법원은 증거를 스스로 인식해야 하는 것을 원칙으로 한다. 이에 의하면 증거조사를 다른 자, 심지어 다른 법원에 게 위임해서도 안 된다..²¹⁾ 이는 만약 규문절차에서와 같은 방식으로 증거조사

20) 공판중심주의는 서면에 의존하는 재판이 아니라 법정에서의 진술을 통해 실제적 진실을 발견하는 과정을 말하며, 따라서 어떤 사실이 증인의 진술에 의해 증거(Evidence)로 되었을 때 요증사실이 증명되었다(proved)고 할 수 있으며, 그 증인의 증언은 그 요증사실의 증거(Proof)인 것이다.

가 이루어진다면, 법관은 다른 사람의 눈을 통해 입증을 보도록 강요당할 것이고, 그 다른 사람의 눈에 종속되어 스스로 사실문제에 관해 판단하지 못하게 될 것이라는 점을 이유로 한다. 형식적 직접심리주의는 법관이 증거방법에 대한 스스로의 관찰을 통해 증거가치를 만드는 일을 보증해 준다.²²⁾ 이에 반해 실질적 직접심리주의는 형사사건의 실체에 대한 유죄·무죄의 심증 형성은 법정에서의 심리에 의하여야 한다는 공판중심주의의 한 요소로서, 법관의 면전에서 직접 조사한 증거만을 재판의 기초로 삼을 수 있고 증명 대상이 되는 사실과 가장 가까운 원본 증거를 재판의 기초로 삼아야 한다. 따라서 원본 증거의 대체물 사용은 원칙적으로 허용되어서는 안 된다는 것²³⁾을 내용으로 한다. 즉 실질적 직접심리주의에 의하면 입증되어야 할 사실에 보다 근접해 있는 증거방법을 이 보다 멀리 떨어져 있는 증거방법 보다 가능한 한 선호해야 한다. 입증되어야 할 사실과 법관 사이에 있는 증거의 사슬에 더 많은 연결고리가 끼어 있으면 있을수록 법관은 타인의 판단에 더 많이 의존하고, 법관이 원래의 증인에 대한 신빙성을 스스로 판단할 가능성은 그 만큼 줄어들기 때문이다.²⁴⁾ 실질적 직접심리주의를 채택하는 목적은 법관이 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 있기 때문이다.²⁵⁾

우리 대법원도²⁶⁾ “수사기관이 원진술자의 진술을 기재한 조서는 원본 증거인 원진술자의 진술에 비하여 본질적으로 낮은 정도의 증명력을 가질 수밖에 없다는 한계를 지니는 것이고, 특히 원진술자의 법정 출석 및 반대신문이 이루어지지 못한 경우에는 그 진술이 기재된 조서는 법관의 올바른 심증 형성의 기초가 될 만한 진정한 증거가치를 가진 것으로 인정받을 수 없는 것이 원칙이다.”라고 하여 원진술자에 대한 증인신문 없이 전문 증거를 유죄의 증거로 삼는 것에 대한 위험성을 지적하였다.²⁷⁾²⁸⁾

21) 김성돈 역/ 디텔름 클레스체브스키 지음, 독일형사소송법, 성균관대학교 출판부, 2012, 213면.

22) 이로부터 증거에 대한 예단금지(Beweisantizipationsverbot)가 도출될 수 있으며, 법관은 원칙적으로 증거방법을 스스로 인식함이 없이 미리 그것을 부적합하거나 불필요한 것으로 여겨서는 안된다; 김성돈 역/ 디텔름 클레스체브스키 지음, 전게서, 213면.

23) 대법원 2006. 11. 24. 선고 2006도4994 판결.

24) 김성돈 역/ 디텔름 클레스체브스키 지음, 전게서, 214면.

25) 대법원 2006. 11. 24. 선고 2006도4994 판결.

26) 대법원 2006. 12. 8. 선고 2005도9730 판결.

27) 서보학, 공판중심주의 및 직접심리주의와 자유심증주의의 한계 - 대법원 2015. 8. 20. 선고 2013도11650 전원합의체 판결 -, 법조 67권 3호, 2018, 889-920면.

결국 제314조의 해석의 기준으로서 실체적 진실발견을 위해 공판중심주의와 실질적 직접심리주의를 제시한 대상판결(B)과 참조판결(A)의 재판부의 입장은 일관성이²⁹⁾ 인정되며 타당하다고 보여 진다.

IV. 제314조와 반대신문권의 보장

1. 반대신문권의 의의

대상판결(B)에서는 제314조의 해석의 기준으로 피고인의 반대신문권의 보장을 매우 강조하고 있다. [증인이 정당하게 증언거부권을 행사한 경우와 증언거부권의 정당한 행사가 아닌 경우를 비교하면, 피고인의 반대신문권이 보장되지 않는다는 점에서 아무런 차이가 없다. 증인의 증언거부가 정당하게 증언거부권을 행사한 것인지 여부는 피고인과는 상관없는 증인의 영역에서 일어나는 문제이고, 피고인으로서의 증언거부권이 인정되는 증인이건 증언거부권이 인정되지 않는 증인이건 상관없이 형사소송법이 정한 반대신문권이 보장되어야 한다.]라고 하여 증언거부권행사여부 보다 본 판결의 주요 근거가 반대신문권의 보장임을 밝히고 있다.

제314조의 해석과 관련해 피고인의 반대신문권은 두 가지 의미에서 중요성을 가진다. 첫째는 구두심리주의에 따른 실질적 직접심리주의는 법관이 수사기관에서의 수사기관에 의해 형성된 심증에 구속되지 아니하고 공판정에서의 피고인과 증인의 구두의 진술을 원칙으로 하여 심증을 형성하여야 한다는 것을 의미한다. 그리고 이러한 공판정에서의 심증형성에 절대적으로 필요한 것이 피

28) 법관은 증인의 반응을 관찰하고 다른 진술과의 충돌여부를 판단하고, 이를 통해서 법관이 증인에 대해서 확신을 가지게 되면 대상사실이 증명되는 것이다; 권오걸, 독일형사소송법상 조서 등 낭독 규정의 이론적 배경 및 한국형사소송법 규정과의 비교, 동아법학 제67호, 동아대법학연구소, 2015.5, 146면.

29) 법의 일관성 확보를 위해 제시될 수 있는 개념적 수단이 무엇인가에 대해서는 로날드 드워킨(Ronald Dworkin)과 래리 알렉산더(Larry Alexander)의 논쟁이 대표적이다. 드워킨은 법원칙(legal Principle) 개념으로 법적안정성을 확보할 수 있다고 주장한 반면, 알렉산더는 법원칙 보다는 규준적인 법규칙(canonical Rule)이 법적용의 일관성을 확보할 수 있는 수단이라고 보았다. 이는 전문법칙이라는 법원칙과 전문법칙의 예외를 규정한 형사소송법상의 규정의 해석에도 적용가능한 논쟁이라고 할 수 있다. 보다 상세한 설명은 강우예, 법의 일관성 확보를 위한 개념 형태에 대한 비판적 분석- 로날드 드워킨과 래리 알렉산더의 논쟁을 중심으로-, 법철학연구 제22권 제3호, 세창출판사, 2019, 285면-316면 참조.

고인의 반대신문권의 행사라고 할 수 있다.³⁰⁾ 법관은 피고인의 반대신문권의 행사에서 도출되는 진술과 태도증거 등을 기초로 사실을 확정하는 것이다.

두 번째로, 전문법칙의 근거로서 제시되는 것이 ‘반대신문권’(right of cross-examination; Recht auf konfrontative Zeugenbefragung)의 보장이다. 진술증거로서의 전문증거가 본래적으로 지니고 있는 오류와 왜곡의 위험성을 극복하기 위한 방법의 하나가 바로 반대신문권의 행사인 것이다. 이것은 전문법칙보다 반대신문권의 보장이 더 상위의 규범적 근거라는 의미이다.³¹⁾

대법원도³²⁾ “헌법은 제12조 제1항에서 적법절차에 의하지 아니하고는 처벌을 받지 않을 권리를, 제27조 제1항 및 제3항에서 법관의 법률에 의한 공정하고 신속한 공개재판을 받을 권리를 각 명문으로 규정하고 있고, 이러한 기본권을 실현하기 위하여 법은 제161조의2에서 피고인의 반대신문권을 포함한 교호신문제도를 규정함과 동시에, 제310조의2에서 법관의 면전에서 진술되지 아니하고 피고인에 대한 반대신문의 기회가 부여되지 아니한 진술에 대하여는 원칙적으로 증거능력을 부여하지 아니함으로써, 결국형사재판에 있어서 모든 증거는 법관의 면전에서 진술·심리되어야 한다는 직접주의와 피고인에게 불리한 증거에 대하여는 반대신문할 수 있는 권리를 원칙적으로 보장하고 있으므로, 법 제310조의2에서 정한 예외 규정인 제312조와 제313조가 엄격하게 해석·적용되어야 함은 당연하다.” 라고 하여 그 중요성을 익히 인정해오고 있다. 반대신문권이 보장되기 위해서는 우선 피고인이 절차에 참여해야 하므로 ‘참여권’(right of participation; Anwesenheitsrecht; 형사소송법 제163조, 제276조)은 반대신문권을 보장하기 위한 기본적인 전제가 된다. 이는 전체 형사절차의 다른 과정, 즉 공판기일의 심리절차뿐만 아니라 공판준비절차, 강제처분절차, 증거보전절차 등 형사절차의 전반에 쓰인다(형사소송법 제121조 참조).³³⁾

30) 이에 따라 형사소송법 제312조 제4항은 반대신문권의 보장을 증거능력의 요건으로 요구하고 있다.

31) 반대신문권에서 ‘신문(訊問)’의 의미는 주로 국가기관을 포함한 주체가 피신문자에게 물어 조사하는 행위를 말한다(제161조의2)[이하에서 법률명이 표시되지 아니한 것은 ‘형사소송법’이다]. ‘반대신문’은 그에 대응하여 다른 참여자가 피신문자에게 제차 묻는 것을 뜻한다. 따라서 형식적의미의 반대신문권은 피고인은 물론 검사나 법원 모두가 행사할 수 있는 것이다. 그렇지만 그 보장 여부가 실제로 문제되는, 좁은 의미의 반대신문권은 피고인(드물게는 피의자) 또는 그의 변호인[이하에서 모두 ‘피고인’으로 간단히 쓴다]이 갖는 권리로 이해되고 있다; 홍영기, 반대신문권 보장: 전문법칙의 근거, 고려대학교 법학연구원 고려법학 제75호 2014년 12월, 3면.

32) 대법원 2000.06.15. 선고 99도1108 전원합의체 판결.

33) 경우에 따라서 ‘대면권’(right of confrontation; Konfrontationsrecht)이 참여권과 유사한 뜻을 갖기도 한다. 그러나 대면권은 피고인이 증인을 대면할 수 있는 권리뿐만 아니라, 피

만약에 형사절차가 실제적 진실을³⁴⁾ 그대로 발견할 수 있는 것이라면 굳이 피고인이 참여하지 않아도 그를 향한 책임비난을 피고인이 받아들일 수 있겠지만, 실제로 이것은 가능한 일이 아니다. 현실 안의 절차에서는 오로지 몇 가지 제한된 정보가 주어질 뿐인데, 가벌성이 있는 행위를 한 것으로 의심받고 있는 피고인을 배제된 채 정보를 다루거나, 피고인이 절차에 내 맡겨진 채로 ‘조사당하고’, ‘처벌당하는’ 느낌을 받는 데에 그친다면 그 결과로 주어지는 책임비난에 순응하기 어렵다.³⁵⁾

범죄와 형벌간의 관계를 ‘의미연관’ 관계로 설명하는 야콥스는 형벌의 목적을 “첫째, 규범의 효력에 대한 신뢰, 둘째, 규범에 합치되지 않는 행위유형의 거부, 셋째, 규범위반의 결과에 대한 학습을 통한 규범승인에의 훈련”으로 요약하고 있다. 야콥스의 이론에 의하면 형벌은 범죄자의 위하 또는 개선에 기여하는 것이 아니라 사회생활에서의 행위의 전형인 규범의 타당성을 나타내 보이는 기능을 한다고 한다. 이를 통해서 사회의 구성원들은 규범에 대한 신뢰를 가지게 되며 규범합치적으로 의사를 결정하려는 태도가 강화될 것이라고 한다.³⁶⁾ 이러한 야콥스의 이론은 형사절차에도 적용될 수 있다고 본다. 형벌의 규범력은 정당한 형사절차의 과정을 통해 확보된다. 형사절차가 정당하고 공정하다면 가해자이든 피해자이든 형벌의 규범력을 보다 능동적으로 받아들일 수 있다. 형사절차의 정당성과 공정성을 위한 장치의 하나가 반대신문권의 보장이다. 자신의 범죄행위를 목격하였다는 증인에 대하여 언제 어디서 무엇을 보았는지 묻고 싶은 것은 모든 피고인의 가장 기본적인 요구일 것이다. 이것을 법적으로 인정해주는 절차적 권리가 바로 반대신문권이라고 할 수 있다. 피고인의 입장에서는 증인의 구두진술을 그대로 믿고 판사가 심증을 형성하는 것은 위험한 일이 아닐 수 없다. 자신이 전혀 알지도 못하는 사람의 말만 듣고서³⁷⁾ 피고인의 유죄를 인정한다면 피고인은 도저히 받아들일 수 없을 것이다. 그런데 더 나가서 증인이 법정에서 나오지도 않고 증인이 수사기관에서 조사를 받을 때의 진술조서가 법정에 제출되고 그것을 기초로 법관이 유죄의 심증을 형성

고인이 법관 등 다른 소송관계자의 면전에서 진술할 수 있는 것을 내용으로 하기 때문에 반대신문권과 동일한 의미는 아니다; 홍영기, 반대신문권 보장: 전문법칙의 근거, 고려대학교 법학연구원 고려법학 제75호 2014년 12월, 3면.

34) 형사소송의 이념으로서의 실제적 진실발견을 위해서는 정확히 표현하면 실제적 진실이 진실에 보다 많이 접근하도록 하는 소송시스템의 형성에 있다; 권오걸, 형사절차상 진실·사실·실체적 진실의 관계와 그 발견, 형사법연구 제25권 4호, 한국형사법학회, 157면.

35) 홍영기, 전개논문, 23면.

36) G. Jakobs, AT, 2.Aufl, 1993, 1/2, 1/15.

37) 물론 증인은 피고인이 잘 아는 사람인 경우도 많을 것이지만.

한다면 더 더욱 받아들일 수 가 없을 것이다. 결국 피고인의 입장으로는 자신이 유죄로 되더라도 증인에게 확인해보고 싶은 심증이 엄청나게 클 것이다. 이러한 점에서 피고인의 반대신문권은 피고인이 자신의 심증을 토로할 수 있는 가장 기본적인 절차적 권리의 하나가 아닐 수 없다. 결국 형사소송절차가 정상적으로 작동하는 것은 피고인은 물론 일반국민이 형법의 규범력을 인정함과 동시에 자신의 행위를 형법의 규범력의 범위 안에 맞추게 하는 규범합치적 태도를 강화시키는 적극적 일반예방적 효과를 가져온다고 할 수 있다. 넓은 의미에서 볼 때 피고인이 사법절차에 스스로 참여하여 자신에게 익숙한 언어를 통해 대화를 주고받는 주체로 인정받을 때에만, 불법적인 결과를 자신의 책임에 귀속시킬 수 있다는 이성의 내용이 그에게 생겨나는 것이다.³⁸⁾ 총체적 형사법의 관점에서 볼 때 형법이라는 실체규범은 형사소송법이라는 절차규범을 통해 구체화된다. 실체규범이 생활세계에서 시민의 이해를 얻기 위해서는 규범(체계)의 타당성에 대한 모든 사람들의 상호이해(합의)는 사람들이 함께 나누어 갖고 있는 특정한 “문화”와 “언어”의 이해지평 위에서 이루어져야 한다.³⁹⁾⁴⁰⁾ 그러나 현실적으로 볼 때 모든 의사소통이 규범의 타당성에 대한 사람들의 진정한 합의(상호이해)를 가져오는 것은 아니다.⁴¹⁾ 따라서 어느 정도의 합의를 위해서 필수적인 것이 합리적 대화이며, 이를 대화원칙이라고 부를 수 있다. 또한 실체적 진실발견이라는 목표에 도달하기 위해서는 진리 주장의 합의 과정에 참여하는 사람들이 외부적 강제를 받지 않으면서 자율적·합리적으로 이 대화과정에 참여하였는지가 중요하다.⁴²⁾ 결국 대화원칙은 의사소통과정에서 각자의 자유이익을 공평하게 충족시켜 줄수 있는 규범체계를 형성할 수 있는 합리적인 도구라고 할 수 있다.⁴³⁾ 이러한 대화원칙의 관점에서 볼 때 반대신문권의 행사는 피고인과 증인 그리고 법관 사이에서 형법규범을 구체화시킬 수 있는 중요한 대화의 일종이라고 하지 않을 수 없다.

이렇게 본다면 참여권과 반대신문권을 보장하는 것은 절차의 효력을 지탱하

38) 홍영기, 전계논문, 23면.

39) 이상돈, 형법의 근대성과 대화이론, 홍문사, 1994, 65면.

40) 이러한 논의는 국적이 다른 사람 사이의 범죄에서는 더 더욱 의미를 가질 것이다.

41) 문화와 언어는 한편으로 이해를 가능하게 하면서도 다른 한편으로는 당파적인 또는 이데올로기적인 이해를 불러일으키는 바탕이 되기도 하기 때문이다; 이상돈, 전게서, 66면.

42) 이는 클라우스 귄터(Klaus Günter)의 진리합의이론의 주요내용이다. 보다 상세한 설명은 양천수, 법과 대화이론- 클라우스 귄터의 대화이론적 법이론-, 법철학연구 제4권 제2호, 2001, 세창출판사, 159면-194면 참조.

43) 규범의 타당성에 관한 합리적 대화가 펼쳐지는 마당을 “공적 대화마당”이라고 부를 수 있다; 이상돈, 형법의 근대성과 대화이론, 홍문사, 1994, 69면.

는 최소한의 조건일 뿐만 아니라 형법상 책임귀속의 불가피한 전제이기도 하며, 그로부터 절차의 무의미한 반복도 생략할 수 있기에 결국 소송경제에도 기여하게 된다. 또한 형사소송절차를 민주적으로 진행한다는 점을 드러내기 위한 상징적인 작용도 담당할 수 있을 것이다.⁴⁴⁾

2. 제314조와 반대신문권의 보장

형사소송법 제312조 또는 제313조의 전문서류는 원칙적으로 증거능력이 없는 전문증거이다. 그러나 제314조는 실체적 진실발견을 위해 제312조 또는 제313조의 서류에 대해 예외적으로 증거능력을 부여할 수 있도록 허용하고 있는 규정이다. 제312조와 제313조의 서류를 제출하는 수사기관의 입장에서는 제312조와 제313조의 엄격한 요건의 충족 보다는 제314조에 의한 증거능력의 인정을 강하게 열망할 수도 있다. 제314조는 증거능력 없는 서류에 대해 제312조와 제313조의 요건을 완화시키는 규정이다.⁴⁵⁾ 제312조와 제313조의 서류들이 우회로인 제314조를 통해 증거능력을 인정받게 되는 것이다. 즉 제314조는 형사소송에서 헌법이 요구하는 적법절차의 원칙을 구현하기 위하여 사건의 실체에 대한 심증 형성은 법관의 면전에서 본래 증거에 대한 반대신문이 보장된 증거조사를 통하여 이루어져야 한다는 실질적 직접심리주의와 정면으로 배치될 수 있다. 이것이 제314조에 대해 더욱 엄격한 해석이 요구되는 이유이다. 제314조에서 반대신문권의 보장이 명시적으로 규정된 것은 아니다. 즉 제314조는 객관적인 법정무재로 인해 진술불능이라는 상태가 외부적으로 확인되어야 하는 것을 조건으로 한다. 사망·질병·외국거주·소재불명의 경우에는 증인이 법정에 출석조차 하지 않는 경우이므로, 피고인의 입장에서는 반대신문권을 행사하지 못하더라도 제314조의 적용을 다소나마 받아들일 수 있다고 보아야 한다. 그러나 증인이 법정에 출석하였음에도 불구하고 증언거부권을 행사하여 진술을 거

44) 반대신문권을 철저하게 보장하는 것이 소송을 지연시킨다는 비판도 있다. 특히 질문을 할 수 있는 권리를 남용한 경우에 문제된다고 한다. 또한 그렇지만 신문할 때 증인을 보호해야 한다는 문제제기는 가볍게 생각할 것이 아니다. 교호신문 과정에서 증인에게 심리적인 압박이 가해지게 되어 증인이 지나친 긴장과 두려움에 놓이게 되는 일은 드물지 않다. 범죄를 저지른 것으로 의심받고 있는 피고인이나 그 변호인의 질문에 대해서, 상황을 목격한 제3자 특히 피해자인 증인이 답변을 거부할 권리 없이 대답을 해야만 하는 입장에 놓이게 되는 것은 적지 않은 심리적인 부담이다; 보다 상세한 설명은 홍영기, 전개는 문, 25면.

45) 형사소송법 제312조와 제313조가 피고인에게 유리한 규정이라면, 제314조의 반대로 피고인에게 불리한 규정으로 작용할 수 있다.

부하여 - 경우에 따라서는 멋지게 선서까지 하고- 피고인의 반대신문에 응하지 않는 경우에는 피고인의 입장에서는 도저히 제314조로의 우회를 받아들이기 더욱 힘들 것이다.

전문서류- 특히 진술조서, 감정조서 등-는 제312조 또는 제313조에 의해서만 증거능력이 인정될 수 있다는 것이 대원칙이다. 그리고 그 핵심은 반대신문권의 보장에 있다. 반대신문권이 보장되는 경우에는 피고인에게 불리하더라도 피고인이 반대신문을 통해 진실 여부를 확인하였기 때문에 피고인이 조서의 증거능력을 인정하는 것에 어느 정도 수긍할 수 있다는 점이 근거로 작용한 것이다. 따라서 피고인의 반대신문권을 침해하면서 까지 조서의 증거능력을 인정한다면 피고인의 입장으로서는 도저히 받아들 수 없을 것이다.

소송과정에서 제기되는 정보의 양과 질을 결정하는 것은 법원과 당사자, 당사자 사이에 일어나는 상호작용과 의사소통의 결과이며,⁴⁶⁾⁴⁷⁾ 실제적 진실은 각 참여자들의 주장과 판단 그리고 추론의 결과물이다. 특수한 사례를 놓고 특수한 이해에 얽힌 주관적인 감정에서 벗어나 법을 인식하고 실현하는 것은 공권력인 법원의 역할이며, 그러한 법 발견을 통한 실제적 진실발견은 최종적으로는 법원의 자유심증이라는 스펙트럼을 통해서 판결문의 형태로 나타난다.⁴⁸⁾ 법원이 유무죄 판단에 이르는 길은 법적 논증의 한 과정이며, 논증의 실질적인 목적은 당사자를 설득하는 것이다. 자신이 유죄를 선고 받았다는 것을 수긍할 수 있어야 하고, 무죄를 선고한 경우에는 검사가 수긍할 수 있어야 한다. 즉 법적 논증이 당사자의 참여를 통해 설득의 과정에 이르는 것이다.

실체적 진실발견이라는 목적에 도달하기 위해 법원과 당사자는 법에 규정된 모든 절차적 방법들을 모두 활용하였다면, 자신이 원하는 결과를 얻지 못하였더라도 절차의 충분한 이행을 토대로 결과를 받아들일 수 있을 것이다. 그러나 증인이 법정에서 출석하였기 때문에 당연히 증인에게 확인해보려고 하는 결심을

46) 더 근본적으로는 소송 밖에서 당사자들과 많은 이해관계인 사이의 상호작용이 소송과정에 개입되고, 소송과정에서 제기되는 정보에 영향을 미친다; 이용구, 사실인정 과정의 논증, 재판실무연구, 광주지방법원, 2009, 187면.

47) 사실과 실제적 진실이 일치하는 것이 형사절차상의 이상이다. 예컨대 갑이 을을 향해 살인의 고의로 총을 발사하였고, 이 총알이 을의 심장에 명중하여 을이 사망한 경우에, 검사가 갑의 총알이 을의 심장에 명중하여 을이 사망하였다는 내용의 공소사실로 공소장을 제출하고, 공판정정을 통하여 판사가 공소사실에 부합하는 범죄사실을 인정하여 갑에 대하여 살인죄로 유죄를 선고하는 경우이다. 이러한 경우에는 범죄행위자와 피해자 그리고 수사기관과 법원의 의사소통이 잘 이루어져서 완벽한 스토리텔링이 이루어진 것이라고 할 수 있다; 권오걸, 형사절차상 진실·사실·실체적 진실의 관계와 그 발견, 157면.

48) 권오걸, 형사절차상 진실·사실·실체적 진실의 관계와 그 발견, 164면.

하고 있는 피고인 앞에서 증인이 증언을 거부하는 경우- 특히 정당한 이유도 없이-에는 피고인은 자신의 소송법적 권리를 행사할 기회가 자신의 눈앞에서 놓쳐버리는 것이기 때문에 더욱 아쉬움과 분노가 커질 수 있을 것이다. 재판의 결과를 수궁할 수 있는 심적 상태가 사라져버릴 것이다. 사망·질병·외국거주·소재불명의 경우에는 피고인은 증인의 법정 불출석을 어느 정도 예상하고 있는 경우가 많은 것이다. 따라서 반대신문권을 행사하지 못하더라도 제314조의 우회를 수궁할 가능성이 높다. 그러나 증언거부권 행사의 경우에는 반대신문을 예상하고 신문할 내용을 미리 정리하고 법정에 출석하였지만 갑자기 증인이 증언을 거부하여 반대신문을 할 수 없다면 이것은 도저히 받아들일 수 없을 것이다. 반대신문의 기회조차 갖지 못한 채 증인의 수사기관에서의 참고인 진술조서에 대해 증거능력을 인정하고 또한 이것이 유죄심증 형성의 기초로 작동한다면 피고인의 입장에서 볼 때는 당해 재판은 실체적 진실발견을 위한 상호 간의 공방의 장이 아니라 일방적인 유죄 확인의 장으로 인식될 수밖에 없을 것이다.

법관 앞에서의 증인 신문에 있어서는 증인 진술의 신빙성과 진실성에 문제 발생하면 법관과 참가자들이 - 특히 피고인 - 보충신문을 통해 이를 보완할 수 있다. 그러나 수사기관에서 작성한 조서는 조서작성 과정에 있어서 조서가 피신문자의 인식을 올바르게 충분히 이해하고 있는 지 여부가 조서 작성자의 검증되지 않은 판단을 통해서 수행된다.⁴⁹⁾ 본질적으로 사실왜곡의 가능성이 수사기관 작성의 조서에 내재되어 있는 것이다. 따라서 당사자들의 출석 없이 수사기관 작성의 조서만 법정에 제출된 경우에는 당사자에 의한 보충 질문을 통해 의문점을 포괄적으로 보충하여야 한다. 이 보충신문의 핵심이 바로 법정에서의 반대신문권의 행사라고 할 수 있다. 불완전한 서면에 대해 법정에서의 보완할 수 있는 유일한 방법이라고 할 수 있는 반대신문권을 행사하지 못한다면 결국 사실왜곡이 이중의 위험이 발생하는 것이다.

결국 제314의 [그 밖에 이에 준하는 사유]의 판단에 있어서는 객관적인 법정 부재를 요건으로 하는 [사망·질병·외국거주·소재불명]의 경우와 동일시할 수 있는 사유에 해당하는 지를 엄격하게 검토하여야 하며, 전문서류에 대하여 제312조와 제313조가 요구하고 있는 각각의 증거능력의 조건들이 그 중요한 기준이 되어야 할 것이다. 즉 제312조 제4항의 참고인진술조서의 경우에는 제312조 제4항이 명시하고 있는 반대신문권의 침해 여부가⁵⁰⁾ 중요한 판단의

49) Philipp Grosskopf, Beweissurrogate und Unmittelbarkeit der Hauptverhandlung, Nomos, 2007, 44면.

기준이 되어야 한다.⁵¹⁾ 형사소송법이 제314조를 통해 원진술자 또는 작성자(이하 ‘참고인’이라 한다)의 소재불명 등의 경우에 참고인이 진술하거나 작성한 진술조서나 진술서에 대하여 증거능력을 인정하는 것은, 형사소송법이 제312조 또는 제313조에서 참고인 진술조서 등 서면증거에 대하여 피고인 또는 변호인의 반대신문권이 보장되는 등 엄격한 요건이 충족될 경우에 한하여 증거능력을 인정할 수 있도록 함으로써 직접심리주의 등 기본원칙에 대한 예외를 인정한 데 대하여 다시 중대한 예외를 인정하여 원진술자 등에 대한 반대신문의 기회조차 없이 증거능력을 부여할 수 있도록 한 것이다.⁵²⁾ 즉 전문법칙의 예외(예컨대 312조)가 엄격하게 인정되어야 하듯이 전문증거의 예외의 예외(예컨대 314조)는 더욱 엄격하게 인정되어야 함은 해석론상 당연하다고 하지 않을 수 없다.

이러한 관점에서 볼 때 반대신문권의 보장을 더욱 강조한 대상판결(B)에서의 재판부의 태도는 타당한 것이며, 실질적 직접심리주의와 조화될 수 있는 근거라고 할 수 있다.

V. 결론

대법원은 [대법원 2012. 5. 17. 선고 2009도6788 전원합의체 판결]에서 법정에 출석한 증인이 형사소송법 제148조, 제149조 등에서 정한 바에 따라 정당하게 증언거부권을 행사하여 증언을 거부한 경우는 형사소송법 제314조의 그밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때’에 해당하지 아니한다고 판시하였다. 그런데 대상판결[대법원 2019. 11. 21. 선고 2018도13945 대법원 전원합의체 판결]에서는 증인이 정당하게 증언거부권을 행사한 경우이든 정당한 이유 없이 증언거부권을 행사한 경우이든 모두 제314조의 진술불능사유에 해

50) 제312조 4항: 검사 또는 사법경찰관이 피고인이 아닌 자의 진술을 기재한 조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 그 조서가 검사 또는 사법경찰관 앞에서 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음이 원진술자의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술이나 영상녹화물 또는 그 밖의 객관적인 방법에 의하여 증명되고, 피고인 또는 변호인이 공판준비 또는 공판기일에 그 기재 내용에 관하여 원진술자를 신문할 수 있었던 때에는 증거로 할 수 있다. 다만, 그 조서에 기재된 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한한다.

51) 피고인의 방어권이나 반대신문권이 침해당할 우려가 있으므로 증거능력 인정에 대한 예외요건으로 엄격한 해석이 필요하다; 신양균/조기영, 형사소송법, 박영사, 2020, 852면.

52) 대법원 2014. 2. 21. 선고 2013도12652 판결.

당하지 않는다고 판시하였다. 이 결론에 의하면 증인이 증언거부권을 행사한 경우에는 제312조와 제313조의 규정에 따라서만 증거능력이 인정되어야 하고, 제314조에 의한 우회적 방법에 의한 증거능력의 부여가 인정되지 아니한다. 즉 대법원은 제314조는 전문증거에 예외적으로 증거능력을 부여한 제312조와 제313조의 전문서류에 또 다시 예외적으로 증거능력을 부여하고자 하는 이중의 예외 규정이기 때문에 보다 엄격한 해석이 필요하다고 판단한 것으로 보인다.

전문증거는 증거가 아니다(Hearsay is not evidence)라는 것이 전문법칙이다. 증거능력 없는 증거가 증거로서 사용되기 위해서는 엄격한 해석을 요구하는 것은 당연하다. 형사소송법은 제310조에서 전문증거는 증거능력이 없다는 전문법칙의 원칙을 규정하고 있다면, 제311조에서부터 제316조에 이르기까지는 전문증거에 대해 증거능력을 인정하는 광범위한 예외를 인정하고 있다. 이것은 구두공판주의라는 대원칙과 간접적인 증거라도 사용하여 실체적 진실발견이라는 형사소송법의 요청에 부응하여야 한다는 입법자의 결단이라고 할 수 있다. 대상판결에서는 증인의 증언거부권의 행사의 정당성 여부와 관계없이 피고인의 반대신문권을 침해하면서 까지 전문서류-참고인 진술조서-에 대해 증거능력을 인정할 수 없다고 판시하였다. 형사소송법 제314조는 제312조와 제313조의 요구조건을 충족하지 못하는 전문서류에 대해 다시 한번 증거능력을 부여하고자 하는 규정이다. 이 규정은 실체적 진실발견의 요청에는 긍정적인 요소로 작용하지만, 피고인의 방어권과 구두공판주의와 실질적 직접심리주의, 그리고 피고인의 반대신문권 보장에는 부정적인 요소로 작용한다. 따라서 해석론을 통해 실체적 진실발견과 피고인의 방어권 보장을 위한 규범적 한계를 제시하여야 한다는 요청이 발생하며, 이는 결국 전문증거의 허용성과 위험성의 경계를 어떻게 설정할 것인가의 문제라고 할 수 있다. 이러한 관점에서 볼 때 피고인의 증언거부권의 행사는 그 행사의 정당성 여부와 관계 없이 형사소송법 제314조의 진술불능사유에 해당하지 않는다는 대법원의 결론은 실체적 진실발견과 피고인의 방어권 보장을 위한 규범적 한계를 제시한 것으로서 그 타당성이 있다고 본다.

[참고문헌]

- 강우예, 법의 일관성 확보를 위한 개념 형태에 대한 비판적 분석- 로날드 드워킨
과 래리 알렉산더의 논쟁을 중심으로-, 법철학연구 제22권 제3호, 세창출
판사, 2019
- 권오걸, 독일형사소송법상 조서 등 낭독 규정의 이론적 배경 및 한국형사소송법
규정과 의 비교, 동아법학 제67호, 동아대법학연구소, 2015
- _____, 형사절차상 진실·사실·실체적 진실의 관계와 그 발견, 형사법연구 제25권
4호, 한국형사법학회, 2013
- 김성돈 역/ 디텔름 클레스체브스키 지음, 독일형사소송법, 성균관대학교 출판부, 2012
- 김희옥, “증언거부와 형사소송법 제314조의 기타사유로 인하여 진술할 수 없는 때”,
「형사판례연구 2호」, 박영사, 1994
- 배종대/이상돈/정승환/이주원, 「신형사소송법」, 홍문사, 2012
- 서보학, 공판중심주의 및 직접심리주의와 자유심증주의의 한계 - 대법원 2015. 8.
20. 선고 2013도11650 전원합의체 판결 -, 법조 67권 3호, 2018
- 이상돈, 형법의 근대성과 대화이론, 홍문사, 1994
- 이용구, 사실인정 과정의 논증, 재판실무연구, 광주지방법원, 2009
- 양천수, 법과 대화이론- 클라우스 귄터의 대화이론적 법이론-, 법철학연구 제4권
제2호, 세창출판사, 2001
- 임동규, 「형사소송법」, 박영사, 2012
- 정웅석/백승민, 「형사소송법」, 대명출판사, 2009
- 홍영기, 반대신문권 보장: 전문법칙의 근거, 고려대학교 법학연구원 고려법학 제75호,
2014
- G. Jakobs, AT, 2.Aufl, DE Gruyter, 1993
- Philipp Grosskopf, Beweissurrogate und Unmittelbarkeit der Hauptverhandlung ,
Nomos, 2007
- Tregarthen, J.B.C, The Law of hearsay evidence, Stevens and Sons, 1915,
- Phil Huxley, Evidence, Thomson, 2008.

[Abstract]

Unjustifiable exercise of the right to refuse testimony and
reasons for inability to make a statement under
Article 314 of the Criminal Procedure Act

- Based on the basis of the Supreme Court's Nov. 21, 2019 sentencing
of the 2018 13945 en banc -

Kwon Oh Geol*

The Supreme Court ruled in [The Supreme Court's May 17, 2009 Sentencing of the Consensus 2009] that a witness who appeared in court exercises the right to refuse to testify and refuses to testify in accordance with Articles 148 and 149 of the Criminal Procedure Act when he or she is unable to make a statement for any other reason equivalent to Article 34 of the Criminal Procedure Act. However, the Grand Court's ruling (Decision of the Supreme Court's en banc on November 21, 2018 by the Supreme Court) ruled that neither the witness's right to refuse testimony nor the right to refuse testimony falls under Article 314. According to this conclusion, if the witness exercises his right to refuse testimony, the capacity of evidence shall be recognized only in accordance with the provisions of Articles 312 and 133, and the capacity of evidence shall not be granted by indirect means under Article 314. In other words, the Supreme Court seems to have decided that stricter interpretation is necessary because Article 314 is a double exception rule that seeks to grant exceptional capacity to Hearsay documents under Articles 312 and 313, which have given exceptional capacity to Hearsay evidence. Hearsay Rule means that Hearsay is not evidence. It is natural to require a strict interpretation for Hearsay evidence to be used as evidence.

The Criminal Procedure Act recognizes a wide range of exceptions to recognize the capacity of evidence for Hearsay evidence, from Article 311 to Article 316, While Article 310 says that Hearsay evidence does not

* Professor School of Law, Kyungpook National University

have the capacity for evidence. Article 314 of the Criminal Procedure Act is a regulation that once again seeks to give the capacity of evidence to Hearsay documents that fail to meet the requirements of Articles 312 and 313. This regulation acts as a positive factor in the request for substantive truth finding, but as a negative factor in the defendant's right to defend, oral and substantive direct interrogation, and the Right of cross Examination

Thus, there is a request for the theory of interpretation to present normative limits for the discovery of substantive truths and the protection of defendants' right to defend themselves, which in turn can be said to be a question of how to set the boundaries between the acceptability of Hearsay evidence and the risk. From this point of view, the Supreme Court's conclusion that the exercise of the defendant's right to refuse to testify does not constitute an impossibility of statement under Article 314 of the Criminal Procedure Act, regardless of whether the event is justified, is valid as it presents normative limits for the discovery of substantive truth and the guarantee of the defendant's right to defend himself.

Keywords : Hearsay Rules, Reason for inability to make a statement,
Right to refuse to testify, Right of cross Examination,
direct interrogation