

[한국형사법학회 60주년 특집논문]

형사소송분야 회고와 전망*

- 증거 및 상소를 중심으로 -

천진호**

본고는 한국형사법학회 창립 60주년을 맞아 형사소송분야에서 증거법원칙과 상소제도 중 해석학적·입법적·실무적으로 새롭게 조명해볼 필요가 있는 세 가지 논제들에 대하여 살펴보고자 한다.

먼저, 증거분야에서 2007년 제17차 형사소송법 개정을 통해 제308조의2에 입법화된 위법수집증거배제법칙의 적용범위와 판단기준과 관련하여 일부 학설과 판례는 위법하게 수집된 1차적 비진술증거와, 위법하게 수집된 1차적 증거에 터 잡아 수집된 2차적 진술 또는 비진술증거의 증거능력을 예외적으로 인정하면서 그 판단기준으로 이익형량설이나 전체적·종합적 판단설, 인과관계희석·단절론, 핵심영역이론 등을 제시하고 있다. 그런데 명확하고 구체적인 기준 없이 자칫 위법수집증거의 증거능력을 인정하는 예외의 문을 열게 되면 위법수집증거배제법칙을 통해 실현하고자 하는 소송이념과 가치는 훼손될 수 밖에 없을 것이다. 따라서 증거를 수집하는 과정에서의 절차 위반이 헌법상의 기본권으로 보장되고 있는 형사피의자·피고인의 방어권을 침해함으로써 실체 판단에 영향을 주는 경우에는 진술증거이건 비진술증거이건 예외 없이 위법수집증거배제법칙은 적용되어야 한다.

다음으로 증거분야에서 이론과 판례에서 가장 많이 다루어 온 전문법칙 적용의 예외 규정들이 과연 형사소송의 기본원칙인 공판중심주의에 위배되는 것은 아닌지에 대한 비판이 끊임없이 제기되어 왔는데, 현재 진행 중인 사법개혁의 차원에서 보더라도 형사재판이 공판중심주의에 충실한 모습으로 재자리매김하기 위해 전문법칙

* 이 논문은 동아대학교 학술연구비 지원에 의하여 연구되었음.

** 동아대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

적용의 예외를 규정한 조항들을 삭제하는 등 입법적 검토가 필요하다고 본다. 원칙을 벗어난 왜곡된 수사관행과 공판중심주의에 충실한 형사재판의 모습을 제자리로 돌려놓기 위해서는 형사사법체계의 패러다임을 전면적으로 수정할 필요가 있다는 점에서, 전문법칙의 예외를 규정하고 있는 형사소송법 제312조, 제313조 등은 입법적으로 삭제되어야 할 것이다.

그리고 상소분야에서는 입법적·실무적 측면에서 대법원이 상고심으로서의 기능에 부합되는 역할을 수행하고 있는지, 현행 상고심의 구조를 개편할 필요는 없는지에 대한 논의와 관련하여 현재의 대법원 상고심 제도로는 상고심 고유의 기능인 국민의 정당한 권익을 보호하는 권리구제 기능이나 논리적이고 합리적인 법령해석을 통해 법적 가치 기준의 제시와 미래지향성을 이루고자 하는 정책적 기능 모두 적절하게 수행하기를 기대하기는 어렵다. 이러한 관점에서 상고심의 기능과 구조를 개편하려는 여러 방안들이 논의되어 왔으나, 3심제 소송구조를 유지하면서 현행 헌법조항들에 대한 개정을 최소화할 뿐 아니라 그 동안의 논의에서 그 장·단점들이 충분히 검토된 상고심 법원을 별도로 도입하는 방안이 상고심의 기능을 충실하게 수행할 수 있는 가장 합리적인 방안이라고 본다.

차 례

- | | |
|-----------------------------------|-----------------------|
| I. 들어가며 | IV. 상고심의 구조 변화에 대한 논의 |
| II. 위법수집증거배제법칙과 후문개방의 오류 | V. 나오며 |
| III. 전문법칙 예외 규정의 개정을 통한 공판중심주의 실현 | |

I. 들어가며

1954년 형사소송법이 제정·시행된 지 60여년 동안 형사소송법학의 이론적 발전은 괄목할 정도로 이루어졌으며, 비록 시차는 있었으나 이러한 이론적 성과물들은 실무와 입법에 방향성을 제시하면서 상당 부분 반영되어 왔다. 마찬가지로 한국형사법학회도 사법개혁 작업과 더불어 입법과정에서의 논의에 활발하게 참여하면서 형사소송법이 나

아갈 방향에 대해 나름의 몫을 수행해 왔다. 그럼에도 불구하고 현행 법규정들 뿐만 아니라 판례를 통한 유권해석들이 과연 형사소송이 지향하는 이념과 가치에 충실한가에 대해서는 의문을 가질 수 밖에 없다. 이러한 의문에 기초하여 본고는 학회 창립 60주년을 맞아 형사소송분야에서 증거법원칙과 상소제도 중 해석학적·입법적·실무적으로 새롭게 조명해볼 필요가 있는 세 가지 논제들에 대하여 살펴보고자 한다.

먼저, 증거분야에서 2007년 제17차 형사소송법 개정을 통해 제308조의2에 입법화된 위법수집증거배제법칙의 적용범위와 판단기준과 관련하여 일부 학설과 판례는 위법하게 수집된 1차적 비진술증거와, 위법하게 수집된 1차적 증거에 터 잡아 수집된 2차적 진술증거 또는 비진술증거의 증거능력을 예외적으로 인정하면서 그 판단기준으로 이익형량설이나 전체적·종합적 판단설, 인과관계희석·단절론, 핵심영역이론 등을 제시하고 있다. 그런데 명확하고 구체적인 기준 없이 자칫 위법수집증거의 증거능력을 인정하는 예외의 문을 열게 되면 위법수집증거배제법칙을 통해 실현하고자 하는 소송이념과 가치는 훼손될 수 밖에 없을 것이다. 이러한 비판적 관점에서 위법수집증거배제법칙의 후문을 열어 주는 해석이나 그 논증에 문제는 없는지를 검토해 보고자 한다(Ⅱ).

다음으로 증거분야에서 이론과 판례에서 가장 많이 다루어 온 전문법칙 적용의 예외적 규정들과 관련하여, 입법적 관점에서 과연 이러한 법규정들이 형사소송이 지향하는 공판중심주의에 충실한 것인지를 중심으로 논해보고자 한다(Ⅲ).

그리고 상소분야에서는 입법적·실무적 관점에서 대법원이 상고심으로서의 기능에 부합되는 역할을 수행하고 있는지, 현행 상고심의 구조를 개편할 필요는 없는지를 중심으로, 최근 논의되고 있는 헌법개정과 관련하여 상고심 법원의 도입방안을 제시해 보고자 한다(Ⅳ).

Ⅱ. 위법수집증거배제법칙과 후문개방의 오류

1. 그 동안의 논의 상황

적정절차의 법리에 기한 증거수집절차의 적법성, 즉 실제적 진실을 입증하는데 있어 중요한 절차인 증거수집절차에 있어서는 무엇보다도 적법절차의 원리가 특히 강조되어

야 한다. 왜냐하면 인간의 존엄성을 최대이념으로 하는 법치국가원리에서 볼 때 실제적 진실을 밝히기 위한 증거수집도 인간의 존엄성이 침해되지 않도록 그 자체 합리성을 가져야 하기 때문이다. 또한 증거수집절차에 있어 헌법을 포함한 법률이 규정하고 있는 당사자의 권리를 고지해주고, 각종 소송절차에서의 참여권을 실질적으로 보장할 뿐 아니라 당사자가 가지는 권리의 적정한 행사를 보장하면서 당사자의 이익보호를 위한 제반 규정을 철저히 준수하는 것은 재판의 결과 못지않게 당사자에게 보장된 권리의 확인과 방향성의 제시, 재판의 공정성, 그리고 이를 통한 사법에 대한 신뢰를 형성하는데 있어 매우 중요한 의미를 가진다.

주지하는 바와 같이 위법수집증거배제법칙은 사안의 실체를 입증하기 위한 수사기관의 증거수집 방법이나 그 과정이 법률에 규정된 절차를 위반하여 수집된 증거, 즉 위법절차에 의하여 수집된 증거의 증거능력을 배제해야 한다는 증거법칙을 말한다. 즉 증거수집절차에 대한 엄격한 법률적 규제와 더불어 위법수사를 억제하기 위해서는 위법한 증거수집절차에 대한 사법적 통제가 가해져야 한다는 점에서 증거로서의 실질적 가치에 영향이 없다 하더라도 증거수집절차의 위반을 이유로 증거능력을 부정해야 한다는 것이다.

이러한 위법수집증거배제법칙의 구체적 적용범위와 관련하여 2007.6.1. 개정된 제17차 개정 형사소송법 제308조의2가 명문화되기 이전에도 학계는 위법수집증거배제법칙을 진술증거 뿐만 아니라 비진술증거에 대해서도 적용해야 한다는 입장을 취하여 왔다. 특히 대법원이 1992.6.23. 선고 92도682 판결에서 피의자에게 진술거부권을 고지하지 아니하고 검사가 작성한 피의자신문조서의 증거능력을 부정한 이른바 신이십세기과 사건에서 최초로 위법수집증거배제법칙을 적용하기 이전에도 학계는 1970년대부터 미국 연방대법원의 판례와 이론들을 원용하여¹⁾ 위법수집증거배제법칙에 위배된 진술증거는 증거의 세계에 들어올 수 없음을 주장해 왔다. 그리고 이후 판례가 진술증거에 대해서는 위법수집증거배제법칙을 적용하면서도 비진술증거에 대해서는 실제적 진실발견이라는 명분

1) 미국 연방대법원의 최근 2012년과 2015년, 2016년 판례들을 분석한 것으로 윤종행, “위법수집증거배제법칙에 관한 미연방대법원 판례의 최근 동향”, 법학논총 제34권 제1호, 한양대학교 법학연구소, 2017.3. 177면-191면. 그리고 위법수집증거배제법칙을 프랑스 형사소송법상 수사에 해당하는 예심단계에서 증거사용의 가능성을 배제하도록 하는 무효절차의 이론에서 다룬 문헌으로는 김택수, “프랑스법상 무효절차에 의한 증거배제에 관한 연구”, 비교형사법연구 제18권 제1호, 한국비교형사법학회, 2016.4. 85면-110면 참조.

을 내세워 이른바 형상·형질불변론을 들면서 위법수집증거배제법칙의 적용을 부정해 왔으나, 학계의 지속적인 비판이 제기되면서 이른바 제주도지사실 압수·수색 사건에서 2007.11.15. 선고 2007도3061 전원합의체 판결을 통해 비진술증거에 대해서도 위법수집증거배제법칙을 적용하게 되었다.

이와 같이 위법수집증거배제법칙은 법리에 기초한 학계의 이론적 주장이 실무와 입법에 반영되는 결실을 가져온 것이라는 점에서 큰 의미를 가지고 있다.²⁾ 그리고 이론과 판례의 축적을 통해 위법수집증거배제법칙이 확고한 증거법 원칙으로 자리 잡으면서, 수사기관도 적법절차의 준수와 더불어 피의자 등의 권리 보장에 더욱 주의를 기울이게 되었다. 이는 2015년까지 위법수집증거배제법칙을 적용한 40여개의 대법원 판례가 지속적으로 나오다가 2016년부터 2017년 4월 현재까지는 위법하게 압수한 1차 증거를 환부하고 후에 임의제출받아 압수한 경우에 위법수집증거배제법칙의 적용을 다툰 2016.3.10. 선고 2013도11233 판결과,³⁾ 수사기관으로부터 집행을 위탁받은 통신기관 등이 통신제한조치허가서에 기재된 사항을 준수하지 아니하고 통신제한조치를 집행하여 취득한 전기통신의 내용 등은 위법수집증거로서 증거능력이 부정되는지 여부를 다툰 대법원 2016.10.13. 선고 2016도8137 판결 등 2건의 판례만 판시된 것을 보더라도 이를 추론해 볼 수 있다.

그러나 위법수집증거배제법칙의 적용범위와 판단기준에 대해서는 이론적으로나 실무적으로 견해가 대립되고 있는데, 私人 간에도 이 증거법칙을 적용할 수 있는가에 대한 논의를 포함하여⁴⁾ 예컨대 진술증거에 대한 위법수집증거배제법칙의 예외 없는 적용에 대해서는 견해가 일치함에도 불구하고 비진술증거에 대해 일부 학설과 판례는 전체

2) 제308조의2 규정 신설에 대해 학계는 “실무에서는 이론과 판례에 맡길 문제를 불필요하게 입법화했다거나 적법절차 위반을 대상으로 함으로써 그 적용범위가 너무 넓어진다”는 지적이 있었으나, 종래 물적 증거에 대해 위법하게 수집된 것이라도 증거능력을 부여해 왔던 실무의 관행을 규제할 수 있고, 적용범위의 문제는 이론과 판례를 통해 자연스럽게 정해질 것이므로 규정 자체를 문제로 삼을 필요는 없고 나름의 타당성을 지니는 입법으로 평가된다”는 의견을 표명하였다(한국형사법학회, 형사소송법 개정안에 대한 의견, 형사법연구 제25호, 2006.6, 415면).

3) 본 판결을 평석한 문헌으로 한상훈, “임의제출물의 영치와 위법수집증거 배제법칙”, 법조 제719호, 법조협회, 2016.10, 603면-625면 참조.

4) 다만 통신비밀보호법 제4조가 적용되는 영역은 당연히 사인 간에도 증거사용 금지 원칙이 적용된다. 위법수집증거배제의 대사인적 효력을 헌법적 관점에서 그 근거를 다루면서 유형별로 이를 검토한 최근의 문헌으로, 최영승·정영일, “사인이 위법하게 수집한 증거의 증거능력: 헌법적 근거에서, 그리고 주요 유형을 중심으로”, 경희법학 제48권 제4호, 경희대학교 법학연구소, 2013.12, 3면-36면 참조.

적·종합적 판단설의 입장에서 2차적 증거만 아니라 1차적 위법수집증거에 대해서도 위법수집증거배제법칙의 적용이 배제되는 예외를 인정하고 있다.⁵⁾ 그리고 진술증거와 비진술증거 모두 '주로 인과관계 희석 또는 단절 여부를 중심으로⁶⁾ 전체적·종합적으로 고려하여야 한다'라고 하여 2차적 증거의 증거능력이 인정되는 예외적인 길을 열어 놓고 있다. 또한 사인이 위법한 절차를 통해 수집한 증거를 수사기관에 임의제출하거나 수사기관이 압수한 경우 이러한 증거가 형사절차에서 증거로 사용될 수 있는가라는 해석과 관련하여 이익형량이론에 의하여 증거능력을 판단하고 있다. 이는 범죄자의 침입을 막기 위해 정문에는 방범장치를 설치·관리하면서 후문은 열어 놓은 상황과 다름이 없는 것으로 보인다.

이와 같이 포괄적인 내용으로 규정된 제308조의2에 대한 해석과 관련하여 비진술증거에 대해서는 적법절차의 보장과 대립되는 실체적 진실발견이라는 소송이념의 조화라는 점에서 어떠한 기준에 의해 어디까지 위법수집증거배제법칙을 적용할 것인가, 그리고 1차적으로 수집된 증거가 비록 위법수집증거에 해당하더라도 이에 더 잡아 수집된 2차적 증거의 증거능력에 대한 판단에 있어서는 위법수집증거배제법칙의 적용 예외를 인정할 것인지, 인정한다면 그 판단기준은 무엇인지, 사인이 위법하게 수집한 증거에 대한 판단에서 이익형량이론은 타당한지에 대해서는 여전히 견해의 대립이 계속되고 있다.

그런데 위법수집증거배제법칙의 적용범위와 그 판단기준과 관련하여 그 동안 판시된 대법원 판례들을 검토해보면 순수한 절차적 소송행위의 위법과 무관하게 수집된 증거에 대해서까지 위법수집증거배제법칙을 적용하고 있는 것은 아닌지, 그리고 구체적인 판단기준이 미흡하기 때문에 자칫 포괄적·자의적 해석의 여지가 있는 전체적·종합적 판단설에 대한 비판적 관점에서 사법이 확인해야 할 헌법적 가치에 대한 통제장치로 작동하고 있는지와 더불어 이에 대한 대안으로 그 동안 축적된 판례들을 개별적으로 유형화함으로써 판단기준을 좀 더 구체화할 필요는 없는지,⁷⁾ 마찬가지로 판단기준이 불명

5) 위법한 압수물의 증거능력 인정 여부와 관련하여 대법원의 위법수집증거배제의 판단 기준을 구체적으로 검토한 것으로 민만기, "수집절차에 위법이 있는 압수물의 증거능력에 관한 비교법적 고찰", 성균관법학 제24권 제4호, 성균관대학교 법학연구소, 2012.12, 362면-365면.

6) 판례가 적시하는 인과관계를 단절 또는 희석시키는 요인들을 유형적으로 분류하여 이를 구체적으로 검토한 것으로 김용배, "위법수집증거배제법칙상 1. 2차적 증거의 개념 및 증거능력 인정요건", 법조 제691호, 법조협회, 2014.4, 188면-196면.

7) 진술증거에 위법수집증거배제법칙을 적용한 2015년까지의 대법원 판례들을 유형적으로 분류·검토한 자세한 내용은 천진호, 형사증거법, 준커뮤니케이션즈, 2016, 45면-76면 참조. 비진술증거에 대한

확하여 포괄적·자의적 해석의 여지가 있는 이익형량이론을 위법성 조각사유로 재해석할 여지는 없는지에 대한 의문을 가지게 된다.

2. 향후 논의의 쟁점

앞서 언급한 바와 같이 이론과 판례는 진술증거에 대한 위법수집증거배제법칙의 예외 없는 적용에 대해서는 견해가 일치함에도 불구하고, 비진술증거에 대해서는 적법절차의 보장과 대립되는 실체적 진실발견이라는 소송이념의 조화라는 점에서 어떠한 기준에 의해 어디까지 위법수집증거배제법칙을 적용할 것인가에 대해서는 다툼이 계속되고 있다. 그런데 비진술증거보다 피의자의 입을 통해 수집되는 진술증거가 법관으로 하여금 공소사실에 대한 유죄의 심증 형성에 매우ダイナミック하게 작동되어 신빙성이 높음에도 불구하고 이론과 판례는 진술증거의 위법수집증거배제법칙 적용에 대해서는 일률적으로 이를 적용하여 증거능력을 부정하면서도, 비진술증거의 위법수집증거배제법칙 적용에 대해서는 온갖 논리로 이를 제한적으로 해석하는지에 대해서는 재고의 여지가 있다.

이와 같이 진술증거와는 달리 비진술증거에 대한 위법수집증거배제법칙의 적용범위와 판단기준을 둘러싼 논란의 핵심은 진술증거에 대해서는 위법수집증거배제법칙만이 아니라 제312조 이하의 전문법칙이 적용될 뿐 아니라, 형상이 불변인 비진술증거와는 달리 반복의 가능성이 높다는 이유, 그리고 진술증거의 획득과정에서 발생하는 적법절차의 위반은 피의자의 방어권을 규정해 놓고 있는 헌법과 형사소송법의 관련 규정들을 직접적으로 침해하는 모습을 띠는데 반하여 비진술증거의 획득과정에서 발생하는 적법절차의 위반은 단순한 절차규정 위반의 모습이라는 점에서 찾아 볼 수 있을 것이다.⁸⁾

유형적 분석은 같은 책, 77면-130면 참조.

8) 같은 취지에서 대법원이 소위 재량적 배제론이 진술증거와 달리 굳이 비진술증거에 대해서만 재량적 판단기준을 동원하며 증거배제의 예외를 인정하려고 하는 근본적인 이유는, 그 이론적 주장들의 근거에 아직도 극복되지 않은 형사·형질 불변론적 사고가 자리하고 있기 때문으로, 결국 의식적으로는 위법수집증거배제법칙을 명문화하고 비진술증거에 대해서도 이 원칙을 확대 적용한다고 선언했지만, 여전히 무의식적 사고는 과거의 형상·형질 불변론에 매여 있는 것이다. 따라서 이러한 무의식적 사고에 대한 자각과 극복이 전제되지 않는 한, 이에 터잡고 있는 비진술증거에 대한 재량적 배제론은 결국 그 논리적 타당성을 획득할 수 없다는 비판적 견해로 김봉수, “‘재량적’ 위법수집증거배제(론)에 대한 비판적 고찰 - 왜 유독 ‘비진술증거’에 대해서만 ‘재량적 배제’를 인정하려 하는가? -”, 비교형사법연구 제11권 제2호, 한국비교형사법학회, 2009.12. 209면. 이 견해에 대한 재비판으로는 김

위법수집증거배제법칙을 규정한 제308조의2 조항이 단순한 선언적 의미를 넘어 소송 절차에서 실천적 함의를 가지기 위해서는 이 규정이 적용되는 범위를 어디까지 포섭할 것인가에 대한 제308조의2 규정 해석과 관련하여 일부 견해는 규정 전단은 증거수집의 금지를 후단은 증거평가의 금지를 규정한 것으로, 다시 증거평가를 금지하는 유형을 증거수집절차의 위법으로 증거평가를 금지하는 경우, 증거수집절차의 위법성과 상관없이 증거평가를 금지하는 경우, 위법하게 수집된 증거를 매개하여 적법하게 취득한 파생증거로 나누어 증거수집절차의 위법으로 증거평가를 금지하는 경우에 대해서는 범영역이론, 보호목적이론, 이익형량이론, 가설적 수사상황이론으로 나누어 설명하고 있다. 그리고 증거수집절차의 위법성과 상관없이 증거평가를 금지하는 경우에 대해서는 불가양적 사적 영역, 단순한 사적 영역, 인격의 발현과 관련이 없는 사적 영역으로 나누어 각 해당되는 사례들을 검토한다.⁹⁾

이에 대하여 일부 견해는 위반된 절차조항만이 아니라 위반되는 행위의 태양, 위법성의 정도, 위반행위가 행해진 경위, 그와 같은 행위를 하게 된 동기 등의 구체적인 상황, 증거배제의 영향, 사회적 반응, 억제효과 등을 고려하여 판단하는 것이 타당하다는 입장을 취하고 있는데,¹⁰⁾ 이 견해는 2007도3061 전원합의체 판결에서 다수견해가 제시한 예외적 인정기준과 별개의견이 제시한 논거를 비교형량이론으로 이해하고 있다.¹¹⁾

채윤, “위법수집증거 배제기준의 정립에 관한 고찰”, 저스티스 제120호, 한국법학원, 2010.12. 147면-148면.

9) 하태영, “개정 형사소송법 제308조의2 위법수집증거배제법칙의 법적 의미와 적용범위”, 형사법연구 제19권 제4호, 한국형사법학회, 2007.12. 165면-181면. 이와 유사한 견해로 이무선, “위법수집증거와 독수과실의 원칙의 예외에 관한 비판적 검토”, 홍익법학 제15권 제4호, 홍익대학교 법학연구소, 2014.12. 433면.

10) 손동권, 형사소송법 개정신판, 세창출판사, 2010, 579-580면; 이재상, 신형사소송법 제2중판, 박영사, 2010, 545면; 안성수, “위법수집 증거물의 증거능력”, 형사판례연구 제15권, 한국형사판례연구회, 2007.9. 335면-336면. 이 견해에 의하면 예를 들어 수사기관의 행위가 영장주의나 적정절차를 규정하고 있는 헌법규정을 위반한 경우, 수사활동이 형벌법규에 위배되는 경우, 형사소송법의 효력규정에 위배하여 압수·수색이 무효인 경우와 같이 증거수집절차에 명백하고 중대한 위법이 있을 때에는 수집증거의 증거능력이 부정된다고 한다. 그러나 단순히 혼시규정의 위반만으로는 증거능력이 부정되지 않으며, 당해 증거의 증거능력을 인정하면 장차 위법수사를 억지하는데 장애가 되는 것이 명백한 경우에도 증거능력은 부정되어야 한다는 입장이다.

11) 마찬가지로 2007도3061 전원합의체 판결에 대해 미국식의 자동적·의무적 위법수집증거배제법칙을 채택하지 않고 영국이나 캐나다식의 재량적 위법수집증거배제법칙을 채택하였다는 점에서 다수의 견과 별개의견 공히 증거수집의 위법성 판단 시 고려되어야 할 사안으로 절차조항의 취지와 그 위반의 내용 및 정도, 구체적인 위반 경위와 회피가능성, 절차 조항이 보호하고자 하는 권리 또는 법익의

그러나 이러한 견해들과 같이 위법수집증거배제법칙의 적용범위와 판단기준을 절차 위반이 형사피의자·피고인의 권리영역을 본질적으로 침해하는 경우에 증거로 할 수 없다는 법영역이론이나, 위반된 절차조항만이 아니라 위반되는 행위의 태양, 위법성의 정도, 위반행위가 행해진 경위, 그와 같은 행위를 하게 된 동기 등의 구체적인 상황, 증거배제의 영향, 사회적 반응, 억제효 등을 고려하여 판단하려는 비교형량이론에 의하면, 종국적으로 법해석은 본질적인 권리영역이 무엇인지, 종합적으로 이익형량해야 할 사항들이 무엇인지에 대한 법원의 판단에 귀착된다고 할 수 밖에 없다. 즉 법영역이론이나 이익형량이론은 마치 일정한 기준에 의한 적용범위를 설정하는 것처럼 보이지만 궁극적으로는 사안에 따른 구체적 해석을 법관에 일임하는 결과가 되어, 자칫 법관으로 하여금 자유재량적 법해석을 허용하게 된다.¹²⁾

이러한 이유에서 적법절차의 법리를 헌법적 원리로 규정하고 있는 논거를 다시 생각해 볼 필요가 있다. 즉 헌법이 추구하는 인간으로서의 존엄성과 이를 위한 기본권 보장이 단순히 그 내용 만으로서가 아니라 이를 보장하기 위한 절차의 적법성을 통해 이루어질 수 있다는 점에서, 달리 말하면 적법절차의 위반을 통해 헌법이 보장하는 기본권의 내용이 형해화된다는 점에서 적법절차의 법리를 헌법적 원리로 규정하고 있는 것이다. 따라서 헌법상의 기본권 보장과 무관한 단순한 절차 위반을 적법절차의 법리로 해석할 수 없으며, 마찬가지로 위법수집증거배제법칙이 적용되는 적법절차의 범위와 그에 대한 판단은 위법수집증거배제법칙을 증거법원리로 받아들이고 있는 논거에 비추어 그러한 절차위반이 헌법상 보장되는 기본권인 형사피의자·피고인의 방어권을 침해함으로써 사건의 실체 판단에 영향을 미치는가를 기준으로 판단해야 한다.¹³⁾

비교형량이론이 들고 있는 피고인의 방어권 보장 못지않게 실체적 진실 발견을 통한 형사사법의 정의 실현과의 조화라는 논거는 형사소송절차를 통해 과연 실체적 진실의 발견이 실현될 수 있는가라는 의문에서 본다면 실질적으로 해석을 통해 구체화될 수 없

성결과 침해 정도, 수사기관의 인식과 의도 등을 제시하고 있다는 견해(조국, “위법수집증거배제법칙 재론”, 사법 제3호, 사법연구지원재단, 2008.3. 213면-214면)도 비교형량이론에 터 잡고 있다고 볼 수 있다.

12) 법률의 해석방법론에서 볼 때 이익형량은 법원리 규범을 확정적 법규범으로 전환하는 작업으로, 제 308조의2 조항은 확정적 법규범이므로 이익형량에 의해 해석할 수는 없다는 견해로 권영법, “위법수집증거배제의 기준”, 저스티스 제118호, 한국법학원, 2010.8. 323면.

13) 천진호, “위법수집증거배제법칙의 실천적 과제”, 동아법학 제44호, 동아대학교 법학연구소, 2009.8. 519면.

는 허구의 논리일 수 밖에 없다. 즉 형사소송절차를 통해 추구되는 진실은 형사소송법이 규정하고 있는 적법절차를 통해 수집된 증거와 소송절차에서 주장되고 현출되는 당사자의 입증과정을 소송절차 내에서 실현되는 진실일 수 밖에 없으며, 그러한 진실 발견의 과정에서 헌법은 어떠한 경우에도 적법절차를 위배해서는 안된다는 적법절차원리를 규정해 놓고 있는 것이다.¹⁴⁾

따라서 비록 절차를 위반하여 증거를 수집했다 하더라도 그러한 절차 위반이 피고인의 방어권 침해와는 무관한 것으로 사건의 실체 판단에 영향을 미치지 아니하는 경우에는 위법수집증거배제법칙이 적용되는 영역이 아니라 소송절차의 하자에 불과하며 이 경우에는 절차유지의 원칙이나 하자치유이론에 의하여 해석되는 영역에 불과하다. 그러나 증거를 수집하는 과정에서의 절차 위반이 헌법상의 기본권으로 보장되고 있는 형사 피의자·피고인의 방어권을 침해함으로써 실체 판단에 영향을 주는 경우에는 진술증거이건 비진술증거이건 예외 없이 위법수집증거배제법칙은 적용되어야 한다.¹⁵⁾ 범죄자의 침입을 막기 위해서는 정문 만이 아니라 후문에도 제대로 된 방법장치를 설치·관리해야 한다는 것이다.

Ⅲ. 전문법칙 예외 규정의 개정을 통한 공판중심주의 실현

형사소송에서 전문진술증거의 증거능력을 배제하는 전문법칙은 증거법원칙의 하나로 자리잡고 있다. 그럼에도 불구하고 실체적 진실주의라는 면에서 볼 때 전문진술증거인 경우에도 그 진술의 진실성이 인정되는 경우가 있을 수 있으며, 또한 소송경제적인 면에서 볼 때 반대신문절차를 거치지 않더라도 진실성이 보장되는 경우가 있을 수 있다는 점에서 형사소송법 제312조 내지 제316조는 전문법칙이 적용되지 아니하는 예외의 길을

14) 마찬가지로 제308조의2의 적용범위 해석에서 실체적 진실발견, 유력한 증거, 국가형사사법의 효율성 등을 가지고 이 규정의 적용범위를 제한하려는 시도는 애초에 위법수집증거배제가 담고 있는 함의가 무엇인지를 잊은 것이라는 견해로, 이석배, “적법절차에 따라 수집한 증거사용의 한계: 형사소송법 제308조의2 새로운 도그마틱”, 법학논총 제36권 제2호, 단국대학교 법학연구소, 2012.12, 413면.

15) 1차적 증거의 증거능력을 배척하는 중대하고 명백한 위법이 있고 그로 인해 피해자의 기본권이나 법익에 중대한 침해가 야기된 경우에는 그러한 사정이 2차적 증거의 사용 여부 판단에도 당연히 영향을 미친다는 견해로 서보학, “위법수집증거의 쟁점: 독수독과의 원칙과 예외, 사인이 위법수집한 증거의 증거능력”, 형사정책연구 제20권 제3호, 한국형사정책연구원, 2009.9, 41면.

열어놓고 있다. 그리고 이 규정들의 적용범위와 관련하여 그 동안 이론과 판례는 누가, 언제, 어떻게 작성하였으며, 진술자가 누구인가에 따라 다양한 유형으로 나누어 실로 엄청난 해석을 쏟아내 왔다. 나아가 전문진술이 기재된 조서만이 아니라 전문진술이 녹취된 영상녹화물에 대해 전문법칙 적용의 예외로 독립된 본증으로 허용할 수 있는지 여부와 관련하여 학계와 실무의 견해가 대립하고 있으며,¹⁶⁾ 이러한 시각의 간극은 2008.1.1.부터 시행된 제17차 개정 형사소송법에서 영상녹화제도를 도입하는 논의과정에서부터¹⁷⁾ 지금까지 첨예한 양상을 띠고 있다.¹⁸⁾

그런데 이러한 전문법칙 적용의 예외 규정들이 과연 형사소송의 기본원칙인 공판중심주의에 위배되는 것은 아닌지에 대한 비판이 끊임없이 제기되어 왔는데,¹⁹⁾ 현재 진행

-
- 16) 영상녹화물의 본증 허용에 대한 논의와 판례에 대한 자세한 내용은 천진호, “영상녹화물의 증거능력에 대한 연구”, 법학논총 제35집 제1호, 전남대학교 법학연구소, 2015.4, 232면-237면 참조. 재판의 인식론적·윤리적 정당화 차원에서 영상녹화물의 증거능력 여부를 다룬 최근의 문헌으로 조기영, “증거재판주의와 새로운 증명 방법의 증거능력 - 재판의 정당화 관점에서 본 영상녹화물과 조사자증언의 증거능력”, 동아법학 제66호, 동아대학교 법학연구소, 2015.2, 428면-432면. 영상녹화물을 본증으로 사용할 수 있도록 하는 최근의 입법안으로는 19대 국회에서 김진태의원 등 10인이 발의한 형사소송법 일부개정법률안(의안번호 제1915159호)이 있다.
- 17) 영상녹화제도 도입의 의미에 대해서는 천진호, “수사과정에서 영상녹화제도의 합리적 운용방향”, 비교형사법연구 제11권 제1호, 2009.7, 281면-283면. 수사기관이 피의자신문을 할 때 의무적으로 영상녹화를 하도록 하는 최근의 입법안으로는 금태섭의원등 12인이 발의한 형사소송법 일부개정법률안(의안번호 제2002402호)이 국회 법사위 법안심사1소위에 계류 중에 있다. 같은 내용으로 19대 국회에서 오영식의원 등 12인 발의한 형사소송법 일부개정법률안(의안번호 제1915381호)는 임기만으로 폐기된 바 있다.
- 18) 영상녹화물은 증거의 방법으로서가 아니라 수사기관으로 하여금 피의자를 신문할 때 영상녹화를 의무화하여 수사기관의 위법적 혹은 탈법적 수사를 방지하고 제재하는 수단으로 활용되어야 한다. 이러한 영상녹화물의 본래적 가치를 넘어 증거로서의 가치를 확대하는 방안들은 피고인의 무기가 되어야 할 영상녹화물을 수사기관의 무기로 변질시키는 오류를 범하는 것이라 할 수 있다. 따라서 영상녹화물은 수사과정의 투명화 및 인권보장을 위한 목적으로 사용되는 경우를 제외하고 독립된 증거능력을 갖거나 탄핵증거로 사용되어서는 아니되며, 공판정에서 소송당사자의 주장을 통해 실제 판단이 이루어져야 한다는 공판중심주의에 충실하기 위해서는 영상녹화물의 증거로서의 사용을 예외적으로 허용하고 있는 형사소송법 제312조 제2항 등과 제318조의2 제2항은 폐지되어야 한다.
- 19) 공판중심주의가 형해화되고 조서재판으로 진행되는 원인은 상당부분 전문증거(특히 서류증거)의 증거능력을 광범위하게 인정하고 있는 형사소송법의 규정과 전문증거의 증거능력을 엄격하게 판단하지 않는 법원에 관행에 기인하는 바가 크다는 견해로 서보학, “형사소송법 제312조 제1항의 위헌성과 형사소송법적 문제점”, 형사법연구 제22호, 한국형사법학회, 2004.12, 304면. 이에 대해 공판중심주의 = 조서재판의 극복 = 수사단계 진술의 증거능력 부정으로 이어지는 논리를 전개하는 것은 공판중심주의의 이념을 잘못 이해하고 있다는 견해로 이완규, “형사소송의 세계화를 위한 공판중심주의의 합리적 실현방안”, 저스티스 제92호, 한국법학원, 2006.7, 408면-409면, 430면; 정용석, “공판중심주의에 따른 증거능력의 개념 및 증거판단의 우선순위”, 저스티스 제130호, 한국법학원, 2012.6, 247면. 마

증인 사법개혁의 차원에서 보더라도²⁰⁾ 형사재판이 공판중심주의에 충실한 모습으로 자리매김하기 위해 전문법칙 적용의 예외를 규정한 조항들을 삭제하는 등 입법적 검토가 필요하다고 본다.²¹⁾

공판중심주의란 법원이 사건의 실체인 유·무죄의 심증형성을 공개된 법정에서의 심리에 의하여야 한다는 소송법상의 원칙, 또는 공판심리절차가 형사사법절차의 중심을 이루어야 한다는 원칙을 말한다. 즉 공판중심주의란 사건의 확인, 특히 범죄사실의 존부에 대한 확인은 공판정 내지 공판기일의 절차에서 이루어져야 한다는 형사소송법상의 대원칙으로, 피고사건의 실체에 대한 심증형성을 위한 조사와 심리를 공판기일의 심리절차에 집중시켜 공판정에서 형성된 심증만을 토대로 사안의 실체를 해명해야 한다는 원칙이다.²²⁾ 이와 같이 공판중심주의는 공판기일 외에서 수집된 증거를 공판기일의 심리에 집중시키고 피고사건의 실체에 대한 심증형성도 공판심리에 의할 것을 요구한다. 공판중심주의는 공개주의·구두변론주의 및 직접주의와 전문법칙을 바탕으로 하며, 따라서 이러한 공판절차의 기본원칙은 공판중심주의의 핵심적 내용이 되지 않을 수 없다.²³⁾

공판중심주의의 실천적 의미는 법정이라는 장소를 중시하여 법정에서 사건의 실체 파악에 필요한 자료와 정보를 현출하고, 검사와 피고인 그리고 변호인이 모두 출석하여 주장과 입증을 하는 공간인 법정에서 나타난 정보를 중심으로 당사자의 변론과 추가입

찬가지로 형사소송에서 공판을 중심에 둔다는 명목으로 수사절차에서 확보된 판단자료를 손쉽게 배제하는 것은 배타적·독선적 공판중심주의라고 비판하면서 현행 형사소송법규의 충실한 실천만으로도 공판중심주의가 실현될 수 있다는 견해로 차정인, “형사소송법규에 충실한 공판절차-공판중심주의의 실현을 위하여”, 법조 제660호, 법조협회, 2006.9. 101면, 103면. 같은 취지의 견해로 조광훈, “현행 공판중심주의의 운용상의 문제점과 그 개선방안”, 법학논총 제18집 제2호, 조선대학교 법학연구소, 2011.8. 390면-393면.

- 20) 예컨대 현 정부가 추진하고자 하는 방안 중 경찰의 독자적 수사권 부여(검경 수사권 조정), 고위공직자비리수사처 신설 등의 내용만 보더라도 제312조 제1항 내지 제3항의 개정 작업은 병행되어야 할 것이다. 경찰의 독자적 수사권 부여와 관련된 최근의 입법안으로는 2017.1.9. 표창원의원등 13인이 발의한 형사소송법 일부개정법률안(의안번호 제2005016호)와 2017.3.27. 금태섭의원등 37인이 발의한 형사소송법 일부개정법률안(의안번호 제2006393호)이 국회 법제사법위원회에 계류 중에 있다.
- 21) 실질적인 공판중심주의를 실현하기 위해 검사가 작성한 피의자신문조서의 증거능력을 사법경찰관이 작성한 피의자신문조서와 동일하게 하고 재판 과정에서 피의자나 변호인이 동의하지 않으면 증거능력을 부여하지 아니하는 최근의 입법안으로는 금태섭의원등 12인이 발의한 형사소송법 일부개정법률안(의안번호 제2002402호)이 국회 법사위 법안심사1소위에 계류 중에 있다.
- 22) 신양균, “공판중심주의의 의의와 실현방안”, 경찰학논총 제3권 제1호(원광대학교 경찰학연구소, 2008.5), 116면.
- 23) 유해용, “공판중심주의와 전문법칙”, 저스티스 제98호, 한국법학원, 2007.6. 190면.

증 및 반증이 이루어져야 하며, 사실판단자는 법정 외에서 얻은 정보를 자신의 판단자료로 삼아서는 안된다는 점이다. 공개된 법정에서 구두에 의하여 변론을 행할 때에만 법관은 공판정에서의 심리를 통하여 심증을 얻을 수 있고, 공판정에서 반대신문의 기회를 주면서 직접 조사한 증거에 의하여 심증을 형성하여야 법관은 정확한 심증을 얻을 수 있고, 피고인도 변명의 기회를 가질 수 있기 때문이다. 이러한 공판중심주의를 전제로 하여 공판절차에서는 피고인을 보호하기 위한 기본원칙이 의미를 가질 수 있게 되며, 정의와 법적 안정성 및 비례성의 원칙이라는 법치국가원리의 내재적 본질요소가 실현될 수 있게 된다.

그러나 지금까지 형사재판의 모습은 공판정에서 이루어지는 진술의 구체적 내용을 들여보려는 노력보다는 수사기관 작성의 조서와 공판정에서의 진술 내용이 왜 틀리는지를 추궁하는데 주력하거나, 새로운 주장이 나온 경우 새로운 주장의 허위 여부를 판단하는데 주력하고 있었다는 비판을 면할 수 없다. 즉 공판중심주의가 형사재판의 기본원칙임에도 불구하고 형사재판의 실재를 들여다보면 과연 공판중심주의가 제대로 지켜지는지 의심스럽다.

우선 공판중심주의를 확립하여야 할 책무를 지고 있는 법관들부터 여러 가지 사정으로 인하여 공판정에서의 진지한 심리를 통한 생생한 진술을 청취하기 어려운 현실이고, 검사 역시 공판정에서의 철저한 심리보다는 수사과정에서 자백을 받는데 주력하고 있는 실정이다. 따라서 피고인은 소송주체로서의 당사자가 아니라 재판을 받는 자의 지위에만 놓여 있는 소위 재판의 객체로 인식되어, 대부분의 법정에서는 심리와 증거조사에서 피고인과 검사가 대등한 지위에서 공격·방어를 할 수 있는 원칙이 지켜지지 않고 있다. 결국 구두변론에 의한 재판과정은 형식적으로 진행되고 있으며 조서재판의 관행은 여전히 유지되어, 사실심리를 통한 실체적 진실발견보다는 이미 조서를 통하여 인정된 범죄사실에 대하여 형량을 결정하는 절차로 전락되었다는 비난을 면치 못하고 있는 실정이다.²⁴⁾

전문법칙의 예외를 규정하고 있는 조항들은 검사 작성의 각종 조서에 대하여 증거로서의 가치를 크게 부여하고 있고 법원의 태도 역시 이를 증시하다보니 검사는 피의자나 참고인의 진술을 조서화하는데 치중할 수 밖에 없다.²⁵⁾ 그리고 형사재판의 현실은 공판

24) 천진호, "사개추위의 형사소송법 개정안과 공판중심주의의 올바른 자리매김", 법학논고 제23집, 경북대학교 법학연구소, 2005.12. 27면.

정에서의 생생한 진술보다는 수사기관 작성의 조서에 대하여 증거능력을 부여하고 그 증명력 또는 신빙성을 부여하는 증거조사에 치중하고 있을 뿐 아니라, 기억이 부정확하고 진술의 일관성이 부족한 증인 등의 공판정에서의 진술보다는 체계적으로 정리된 조서를 증거로 우선시하려는 경향을 버리지 않고 있다. 또한 공판을 진행하면서 특별한 사정이 없는 한 증거서류인 조서를 작성한 검찰 측에 신뢰를 더 부여하고, 형식적인 진정성립만 인정되면 조서의 신빙성을 인정하려는 경향을 법관들이 갖고 있다는 점도 부인할 수 없을 것이다. 특히 제312조 제1항은 원진술자인 피의자였던 피고인이 공판정에서 당해 사실에 대해 진술할 수 있음에도 불구하고 피의자신문조서에 대하여 성립의 진정을 이유로 원본증거에 우선시켜 증거로 할 수 있도록 규정하고 있다는 점에서 공판중심주의에 반하는 조서재판주의가 될 수 있다.²⁵⁾ 이와 관련하여 검사 작성의 피의자신문조서에 대한 증거능력의 인정요건을 정한 제312조 제1항 본문과, 특신상태를 규정하고 있는 제312조 제1항 단서가 헌법상 보장된 공정한 재판을 받을 권리 등을 침해하는지 여부에 대한 위헌 논란이 끊임없이 제기되고 있으나, 헌법재판소는 위 조항에 대한 위헌소원과 위헌법률심판제청사건에서 헌법에 위반되지 아니하는 것으로 판단하였다.²⁷⁾

현상과 의식의 변화는 제도와 정책의 변화를 요구하게 마련이다. 그 동안 학계와 실무가 사법제도의 개선에 많은 노력을 기울여 왔음에도 국민들의 사법에 대한 불신은 여전히 상존하고 있다. 따라서 이러한 사법 불신을 극복하기 위한 사법제도의 개혁이 필요할 뿐 아니라, 급변하는 국내외의 상황 속에서 우리 사법제도가 국제적 기준과 새로운 시대에 맞는 패러다임을 갖추기 위해서는 입법적 작업도 이루어져야 한다. 원칙을 벗어난 왜곡된 수사관행과 공판중심주의에 충실한 형사재판의 모습을 제자리로 돌려놓기 위해서는 형사사법체계의 패러다임을 전면적으로 수정할 필요가 있다는 점에서, 전문법칙의 예외를 규정하고 있는 제312조, 제313조 등은 입법적으로 삭제되어야 할 것이다.²⁸⁾

25) 신동운, “공판절차에 있어서 피고인의 방어권 보장”, 형사재판의 제문제 제4권, 대법원 형사실무연구회, 2003, 549면.

26) 공판중심주의에 비추어 본 조서재판 관행의 문제점들을 지적한 문헌으로 김태명, “공판중심주의 관점에서 본 증거법의 바람직한 운용방안”, 형사법연구 제26권 제1호, 한국형사법학회, 2014.3, 184면-190면.

27) 헌법재판소 1995.6.29. 선고 93헌바45 결정; 2005.5.26. 선고 2003헌가7 결정. 제312조 제1항의 위헌성을 심도 있게 검토·분석한 문헌으로 서보학, “형사소송법 제312조 제1항의 위헌성과 형사소송법적 문제점”, 형사법연구 제22호, 한국형사법학회, 2004.12, 292면-298면.

28) 다만 전문법칙이 적용되는 증거는 피고인의 반대신문이 가능한 전문진술증거에 한정된다는 점에서, 반대신문이 불가능한 경우에 전문진술증거의 증거능력을 예외적으로 인정하고 있는 제314조는 그

IV. 상고심의 구조 변화에 대한 논의

1. 논의의 필요성

1954년 법률 제341호로 제정된 형사소송법은 제383조 제1호 내지 제16호에서 상고이유를 규정하면서 상고심을 사실적 사후심사인 사실심과 법률심의 이중구조로 규정하였다. 이러한 상고심의 구조에 대하여 대법원의 사실심리는 법률문제의 심사를 주로 하는 대법원의 주요기능과 상반될 뿐 아니라 상고심의 부담을 과중하게 한다는 비판이 제기되었다.

이에 따라 1961년 법률 제705호로 개정된 형사소송법은 상고이유에 대해 제383조 제4호에 “사형, 무기 또는 10년 이상의 징역이나 금고가 선고된 사건에 있어서 명백한 법령위반이 있거나 중대한 사실의 오인이 있어 판결에 영향을 미친 때 또는 형의 양정이 심히 부당하다고 인정할 현저한 사유가 있는 때”라고 하여 사실심의 범위를 제한하면서 법률심으로서의 기능에 중점을 두었다.

상고심의 기능을 통계적으로 살펴보면 2015년 대법원은 본안사건 41,860건 접수와 본안의 사건 15,073건 접수를 포함하여 총 56,923건을 접수하였으며, 그 중 형사공판사건이 24,043건 이었다.²⁹⁾ 단순히 수치상으로만 보면 대법관 1인이 연간 부담하는 전체사건 건수는 4,379건이며 형사공판사건의 부담 건수는 1,850건으로, 제대로 법리해석의 판단이 이루어지고 있는지 의문이 들 수 밖에 없다.

그리고 2006년 형사공판사건 11,273건을 기준으로 하면 2015년 현재 대법원의 형사공판사건은 213%의 증가율을 보이고 있으며, 2006년부터 2015년까지 10년 동안 대법원의 형사공판사건은 평균 18,524건이다.³⁰⁾ 상소심 판결의 파기율을 보면 항소심의 경우 고등법원이 44.7%, 지방법원 항소부가 37.7%에 달하지만, 상고심의 경우에는 4.3%에 불과

의미가 있다.

29) 사법연감 2016, 법원행정처, 2016.8. 519면. 형사공판사건 외에 치료감호사건 46건, 본안의 사건 9,618건, 소년사건 23건, 가정보호사건 69건, 피해자보호명령사건 10건, 아동보호사건 8건, 피해아동보호사건 4건, 인신보호사건 8건, 성매매관련보호사건 1건 등이 접수되었다.

30) 사법연감 2016, 법원행정처, 2016.8. 653면.

하다.³¹⁾

2015년 형사공판사건의 상고율은 고등법원 판결에 대한 상고율 41.8% 및 지방법원항소부 판결에 대한 상고율 33.2%를 포함하여 평균 34.5%로 나타나고 있다.³²⁾ 그리고 대법원의 형사공판사건의 원심판결변경은 원심판결인원 23,979건 중 원심판결 파기환송 487건을 포함하여 510건으로, 2.1%에 그치고 있다.³³⁾ 또한 2016년 대법원 전원합의체 형사판결 및 결정은 6건으로, 이 중 중전의 법리해석을 변경한 것으로는 중간생략등기형 명의신탁에서 횡령죄의 성립을 부정한 2014도6992 전원합의체 판결이 유일하다.

이와 같이 형사 상고사건은 10년간 2배 이상 증가하였으나 결론이 바뀌는 파기율은 2%의 범위에서 약간의 변동이 있을 뿐 나머지 95% 내외의 사건은 모두 상고가 기각되었을 뿐 아니라, 법령해석을 통해 가치지향적 법리에 충실한 전원합의체 판결도 연간 10건에도 이르지 못하고 있는 실정이다.

어느 나라건 상고심은 법령의 최종적 해석을 통하여 무엇이 법인가를 선언함을 제1차적인 목적으로 하고 있고, 이러한 목적을 달성하기 위하여 일정한 중요사건만을 상고 대상으로 하여 법령위반 등 특정 사유가 있는 경우에만 상고를 할 수 있도록 하는 것이 일반적이다. 그러나 우리나라의 경우 상고대상 사건에 대한 제한이 거의 없고, 상고사유는 법령위반 등으로 제한되어 있으나 대법원에서의 사실문제에 대한 심리가 관행화되어 결과적으로 과도한 사건부담을 안게 되었다. 따라서 대법원에서 충실한 심리와 판단이 쉽지 않고, 대부분의 사건이 대법관 4인으로 구성되는 3개 부에서 처리될 수밖에 없어, 대법원이 법령의 해석을 통일하는 최고법원으로서의 기능을 수행하는 데 지장이 있다. 또한 대법원의 이러한 지나친 사건부담으로 구체적 사건에서 필요한 권리구제의 기능 역시 현저하게 떨어질 수 밖에 없다.

최고법원은 사건에 대한 판단을 매개로 하여 자신의 사법정책방향이나 국민의 권리보호 의지를 표명하는 것이 본연의 모습이다. 개개의 특정 사건에서의 당사자의 권리구제는 그것이 물론 중요한 것이기는 하나, 본질적으로 이는 사실심법원의 임무이지 대법원의 임무가 아니다. 즉 대법원이 또 하나의 상소법원이어서는 안될 것이다. 결국 대법원으로 하여금 본래의 구성취지에 부합하게 기능하여 최고법원으로서의 임무를 제대로

31) 사법연감 2016, 법원행정처, 2016.8, 573면.

32) 사법연감 2016, 법원행정처, 2016.8, 575면, 661면.

33) 사법연감 2016, 법원행정처, 2016.8, 954면.

수행할 수 있도록 하기 위해서는 무제한적으로 상고의 심리를 개방하여서는 곤란하다고 본다.³⁴⁾

현행 상고심 제도의 문제점은 법률심으로서의 기능약화와 국민의 권리구제 미흡이다. 전자의 구체적 문제점으로는 모든 사건에 대하여 대법관이 전체의 소송기록과 상고이유서 등을 검토한 후에 비로소 상고이유의 당부를 판단함으로써 지나치게 개개사건의 구체적 진실발견에 시간과 노력이 집중되고 있으며, 사실심판결에 대한 제2의 항소심으로 기능하게 됨으로써 법령해석의 통일과 법률문화의 발전이라는 최고법원으로서의 상고심 역할을 제대로 수행하지 못하는 결과를 초래할 위험성이 있다.

또한 앞에서 보았듯이 매년 대법관 1인당 처리건수가 증가됨으로써 대법원의 업무부담이 그 기능이 마비될 정도로 심각하며, 국민의 권리의식이 향상되고 사회가 다양화됨에 따라 수많은 종류의 사건이 발생하게 되고 그에 따라 상고심에 접수되는 사건은 해마다 기하급수적으로 증가함에도 불구하고 사건처리의 부담으로 인하여 중요한 법령해석이 쟁점으로 된 사건에 대하여 충분한 검토를 할 수 없을 뿐더러 이로 인해 대법관 4인으로 구성되는 부 판결의 일반화와 단독재판적 경향으로 흐를 수밖에 없어 구체적 사건의 정의구현에도 미흡할 뿐만 아니라 법령해석의 통일이라는 상고심의 본래목적 달성은 더욱 어려워질 수밖에 없을 것이다.

그리고 후자의 문제점으로는 사건이 폭주함으로써 각 사건에 투입할 시간과 노력이 절대부족하기 때문에 구체적 정의실현을 기하기 어려울 뿐 아니라, 대부분의 사건이 결국 패소 확정될 당사자의 지연책 또는 분쟁상태의 지속화로 인하여 신속히 이루어져야 할 정당한 당사자의 권리구제가 지연되는 중대한 흠이 발생하고 있다는 것이다.

2. 논의의 방향

이러한 문제점에 대한 인식하에 상고제도를 개선하려는 구체적 내용들을 살펴보면 아래와 같이 크게 3가지 구체적 방안들이 논의되고 있다. 연혁적으로 보면 1994년과

34) 한국형사법학회도 2004년 6월, 사법개혁위원회가 추진 중인 사법개혁 작업과 관련하여 형사사법개혁에 대한 입장을 건의하면서 “대법원은 최고사법기관으로서 법률심의 성격을 더욱 강화할 수 있도록 하기 위해 상소의 남용을 해소할 수 있는 제도적 장치가 마련되어야 하며, 고등법원에 재판 및 법원행정에 관련된 권한을 대폭 강화하여 사법의 지방분권화가 실현되어야 한다”라고 하였다(형사법연구 제22호, 한국형사법학회, 2004.12. 408면).

2014년에는 사법제도개혁 차원에서 이루어졌으며, 그리고 2017년에는 헌법개정의 차원에서 논의가 이루어지고 있다.

먼저 그 첫 번째 방안은 1990.1.13. 법률 제4203호로 개정되기 전 소송촉진 등에 관한 특례법 제11조와 제12조에서 규정한 바와 같은 '상고허가제를 도입하는 방안이며, 두 번째 방안은 고등법원에 상고부를 두거나 또는 대법원과는 별도의 상고심 법원을 설치하는 방안이다. 그리고 세 번째 방안은 대법원의 대법관 수를 대폭적으로 증원하는 방안이다.³⁵⁾

먼저 첫 번째 방안인 상고허가제는 1981.1.29. 법률 제3361호로 제정된 소송촉진 등에 관한 특례법에 의하여 민사소송절차에 도입되었으나, 상고를 인위적으로 제한한다는 반론에 의해 시행된 지 10년도 지속되지 못한 상태에서 1990.1.3. 법률 개정으로 폐지되었다는 점에서 설득력이 없다는 비판이 제기된다.

이와 유사한 방안으로는 민사·가사·행정소송의 상고심절차에 남상고의 여과장치를 둬으로써 대법원이 법률심으로서의 기능을 효율적으로 수행하게 하고 법률관계를 신속하게 확정함을 목적으로 1994.7.27. 법률 제4769호로 제정된 상고심절차에 관한 특례법 제4조와 제5조에서 도입한 심리불개시판결제도와 이유불기제도를 형사 상고사건에도 도입하려는 견해도 있다. 그러나 당시 이 제도들을 형사 상고 및 재항고사건에 도입하기는 어렵다는 검토가 있었는데, 그 구체적인 이유로는 제한된 범위이긴 하지만 상고이유로 사실오인(또는 양형부당)의 주장도 가능하게 되어 있어서 이 부분에 관한 한 민사와 크게 다르므로 심리개시의 기준도 달라져야 할 뿐 아니라, 구속사건의 경우 구속기간의 제한을 받으므로 가능한 한 신속히 사건을 대법원에서 처리할 필요가 있는 점을

35) 이외 그 동안 논의된 내용으로는 고등법원 상고부를 설치하여 사실심의 3심을 담당하게 하고 대법원은 순수한 법률심으로 하여 당사자에게 불복절차를 선택할 수 있게 하는 선택적 4심제 방안, 단독사건과 합의사건을 구별하는 2원적 4심제 방안, 그리고 독일에서 채택하고 있는 2심제 시스템 방안[독일에서의 논의과정에 대해서는 김혜정, "독일에서 3심제도에 대한 논의 종결", 형사정책연구소식 통권 제63호(한국형사정책연구원, 2001), 37면 내지 40면], 1959.1.13. 법률 제516호로 개정·시행되어 1961.8.12. 법률 제679호로 개정되기 전의 법원조직법 제5조 내지 제7조에 규정한 바와 같이 대법원에 대법관 및 판사를 두어 중요한 사건에 대해서는 대법관만으로 구성된 재판합의부에서 처리케 하고 경미한 사건은 대법관 1명을 포함한 일정 수의 판사로 구성된 합의부에서 재판하도록 하는 대법원의 이원적 구성 방안, 종전 상고허가제상의 권리상고이유에 상당한 것으로 제한하거나 사실인정을 다루는 취지의 상고이유를 제한하는 방안으로 현행 형사소송법 제383조에서 규정하고 있는 상고이유를 축소하는 상고이유 제한방식 등을 들 수 있다. 이에 대한 자세한 논의 내용은 천진호, "상소제도론의 발전과 전망", 형사법연구 제22호, 한국형사법학회, 2004.12. 332면 내지 334면 참조.

고려하여야 하고 불구속사건의 경우에는 시간적인 여유가 있으나 구속사건과 전혀 다른 절차를 취하는 것이 곤란하다는 점을 들 수 있다.³⁶⁾

다만, 이러한 비판과는 달리 미국과 영국, 독일, 프랑스, 일본 등 선진 외국에서는 모두 상고를 제한하는 제도를 통해 최고법원의 사건 수를 조절하고 있다. 이들 나라는 구체적인 제도 운용 방식에서 차이를 보이긴 하지만, 가장 중요한 공통점은 법적 통일성을 보장하고 의미 있는 중요한 사건에 대해서만 상고심 판단을 받도록 한다는 것이다. 미국 연방대법원과 영국이 상고허가제를 운용하고 있고, 프랑스는 상고심사제를 운영하고 있으며 독일은 2002년부터 민사사건에 상고허가제를 도입하였다. 그리고 상고허가제와는 달리 형사사건에서 남상고를 여과하기 위한 장치로 일본과 같이 상고수리제를 검토하는 것이 더 나은 방향이라는 견해도 있다.³⁷⁾ 대법원도 과중한 업무부담을 경감한다는 취지에서 고등법원에 상고심사부를 도입하는 상고심절차에 관한 특례법 개정안을 2010년 국회에 제출한 적이 있다.³⁸⁾

그리고 두 번째 방안은 고등법원에 상고부를 두거나 또는 대법원과는 별도의 상고법원을 설치하는 방안인데, 연혁적으로는 1961.9.1. 형사소송법 제1차 개정에서 법제정 당시 복심의 성격을 가졌던 항소심을 사후심으로 변경하고 제371조를 개정하여 고등법원 상고와 더불어 심급제도를 4급 3심제로 하면서 고등법원에 상고부를 설치하였다.³⁹⁾ 1963.12.13. 제2차 개정에서 고등법원 상고제도를 폐지하였다. 이와 같이 1962년부터 1963년까지 고등법원에 상고부를 둔 적이 있는데, 이 제도가 폐지된 정확한 이유는 알 수 없으나 고등법원에 상고부를 두어 중심으로 하는 것에 3심제를 규정한 헌법에 위배될 소지가 있다는 점과 상고심의 법령해석통일기능의 약화에 있었다고 한다.⁴⁰⁾

36) 사법제도개혁백서(하), 대법원, 1994, 1106면.

37) 미국, 영국, 독일, 프랑스, 일본 등 외국의 상고제도 운영 사례에 대해서는 법원조직법 일부개정법률안(의안번호 1913138호)에 대한 법제사법위원회의 검토보고서(http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC__F1Q4K1D2E1Z9E1B7A0H7Q5W4B9S1E4) 19면-22면; 각국의 상고제한제도와 상고심 심리방식(외국사법제도연구 8), 법원행정처, 2010; 형사상고심에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2010; 박선영, “헌법 제27조 제1항의 ‘재판을 받을 권리’와 심급제에 관한 소고 - EU국가의 상고심 기능과 역할을 중심으로”, 유럽헌법연구 제18호, 유럽헌법학회, 225면 이하 참조.

38) 이 개정안에 대한 비판적 검토로 오정후, “고등법원 상고심사부 설치를 위한 상고심절차에 관한 특례법 개정안에 대하여”, 서울대학교법학 제52권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2011, 161면-190면 참조.

39) 제1심법원의 판결에 불복이 있으면 고등법원에 항소할 수 있었던 것을 지방법원 단독판사가 선고한 것은 지방법원 합의부에, 지방법원 합의부가 선고한 것은 고등법원에 항소하고, 고등법원 판결에 불복이 있으면 대법원에 상고할 수 있었던 것을 제2심 판결에 불복이 있으면 지방법원합의부가 선고한 것은 고등법원에 상고할 수 있으며 고등법원이 선고한 것은 대법원에 상고할 수 있도록 하였다.

입법안으로는 제17대 국회에서 대법원의 업무부담을 완화하여 법적 가치와 기준을 제시하는 최고 법원으로서의 기능을 강화하고 개별 사건에 대한 심리를 보다 충실하게 하기 위하여 전국 5개 고등법원에 상고부를 두는 것을 내용으로 하는 법원조직법 개정 법률안(의안번호 173719호) 등 10여개의 법률개정안이 정부안으로 2005.12.28. 국회에 제출되어 국회 법제사법위원회 주최로 2006.4.25. 공청회까지 열어 다양한 의견들을 수렴하였으나,⁴¹⁾ 법사위의 논의과정에서 견해가 첨예하게 대립되면서 임기만료로 폐기된 바 있다.⁴²⁾

고등법원 상고부를 설치하는 방안과 달리 대법원과는 별도의 상고심 법원이 필요하다는 방안에 대해서는 2009년 출범한 대법원장 자문기구인 제1기 사법정책자문위원회에서 전국 5대 고등법원에 상고부를 설치하여 대법원과 업무를 분담하는 방안이 논의되다가,⁴³⁾ 그 실질적인 논의는 2014년 사법개혁 방안들을 다루는 과정에서 제2기 사법정책자문위원회가 2014.6.17. 제13차 회의에서 상고심 기능 강화 방안으로 이 개선방안을 의결하여 대법원장에게 건의하였다.⁴⁴⁾ 이 방안은 대법관 이외의 경륜있는 상고심 법관이 일반 상고 사건을 담당하게 하여 상고심의 충실한 권리구제를 수행하도록 하는 내용으로, 대법원은 법령의 해석과 통일을 위해 필요하거나 국민의 생활에 큰 영향을 미치는 중요 사건을 심리하는데 집중하고, 서울에 전국을 관할하는 상고심 법원을 설치하여 일반 상고심 사건을 담당한다는 것이다. 즉 이 방안에 의하면 권리구제형 일반사건은 상고심 법원에서, 법률적·사회적으로 중요한 사건은 대법원이 맡는 구조로, 위헌의 소지가 있는 고등법원의 상고심사부와 비슷하면서 형식상 3심 형태를 취하는 상고심 법원을 두는 내용이다.⁴⁵⁾

40) 사법제도개혁백서(하), 대법원, 1994, 1102면 참조.

41) “고등법원 상고부제도 도입에 관한 공청회” 자료(국회도서관 <http://dpls.nanet.go.kr/DlibViewer.do?cn=PAMP1000018826&sysid=nhn>) 참조.

42) 법사위의 검토보고서와 법안심사소위의 논의에 대해서는 국회 의안정보시스템 <http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=033347> 참조.

43) 제1기 사법정책자문위원회는 “고등법원 상고부 제도는 재판의 통일성 저해, 지역적 연구주의 폐단 우려, 최고법원의 재판을 받고자 하는 국민 요구 등에 비춰 적절치 않다”면서 “차라리 대법관을 소수 증원하는 방안을 검토할 필요가 있다”고 건의한 바 있다.

44) “사법정책자문위원회 제13차 회의 개최”, 대법원 보도자료, 2014.6.17., 2면-3면. 이와 관련하여 대한변호사협회는 2014.10.15. 상고심 개선에 관한 토론회를 개최하여 상고심 법원 설치 방안과 대법관 증원 방안 등을 논의하였다.

45) 대법원과 전국의 각급 법원들은 2015년에 상고심 법원의 도입을 위해 엄청난 홍보활동을 벌였다. 이에 대한변호사협회는 2015.9.17. ‘법원은 국민의 혈세를 낭비하는 상고법원 선전을 중단하라’는 성명

최근에 이러한 내용을 담은 입법안으로는 제19대 국회에서 2014.12.19. 홍일표 의원 등 168인의 의원입법안으로 국회에 제출된 형사소송법 일부개정법률안(의안번호 1913142호)과 법원조직법 일부개정법률안(의안번호 1913138호)이 이러한 내용을 담고 있었다.⁴⁶⁾ 상고심 법원 도입을 내용으로 하는 이 법률안들에 대해서는 2015.9.30. 국회 법사위원장 주최로 국회에서 정책심포지움이 개최되어 심도 있는 논의들이 이루어진 바 있다.⁴⁷⁾

그러나 상고심 법원의 설치 방안에 대해서는 최고법원인 대법원과 별개의 최종심으로 상고심 법원을 설치하고 상고심 법원 법관을 대법관과 달리 국회 동의 없이 대법원장이 임명하는 것은 위헌이라는 점, 상고심 법원의 재판이 헌법이나 판례를 위반한 경우 대법원에 특별상고를 허용함으로써 결국 4심제가 되어 국민의 부담이 늘어날 가능성이 크다는 점, 상고심 법원이 신설되면 경륜이 풍부한 법관들이 상고심 법원에 배치되어 하급심 법원이 더 부실화될 것이라는 점, 대법원장의 인사권이 과도하게 강화되어 법원의 관료화가 심해지고 법관의 재판상 독립성을 약화시킬 우려가 있다는 점 등의 문제점이 제기되고 있다.⁴⁸⁾

이러한 비판이 제기되면서 대법원은 2014년 의원입법안으로 발의된 법률안이 1년 가까이 소관 상임위원회의 문턱을 넘지 못하자, 2015.10. 특별상고제를 폐지하고 상고 법관 임명도 대법관에 준하도록 하면서 상고심 법원을 독립법원이 아닌 대법원 산하에 상

서를 통해 대법원이 구상하는 상고법원은 대법원과 같은 심급인 상고심을 관할하는 법원이므로 위헌적 제도이며, 나아가 상고법원을 설치하면 4심제가 되어 국민의 비용지출이 늘어나고 신속하게 재판받을 권리가 침해된다고 지적하였다.

46) 이 법안들은 임기만료로 자동폐기되었다. 상고심 법원의 설치를 골자로 하는 형사소송법 일부개정법률안의 의안원문과 법사위의 검토보고서 및 법안심사소위의 논의에 대해서는 국회 의안정보시스템 http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_N1X4F1N2W1S9Q1T7Q2T7M2C6J3T1Q0 참조.

47) “상고법원 도입과 하급심 충실화 방안”, 제8회 정책심포지움 자료(국회도서관 <http://dlps.nanet.go.kr/DlibViewer.do?cn=PAMP1000046597&sysid=nhn>) 참조. 이와 같이 상고심 법원의 도입을 찬성하는 견해로 김춘호, “상고제도 개선 방안”, 법조 제63권 제9호, 법조협회, 2014.9. 5면-66면 참조. 이와는 반대로 이 개정안에 대한 비판적 검토로는 한충수, “2014년 상고법원 설치 논의에 대한 비판적 성찰과 새로운 대법원 제도에 대한 이론적 고찰”, 법학논총 제31집 제4호, 한양대학교 법학연구소, 2014.12. 381면-409면; 신한동, “소송제도와 이상적인 분쟁해결제도에 관한 연구 - 대법원의 상고법원 설치안을 중심으로”, 무역상무연구 제68권, 한국무역상무학회, 2015.12. 43면-63면; 조수혜, “상고심 개선방안의 논의과정에 대한 절차적 접근”, 홍익법학 제17권 제4호, 홍익대학교 법학연구소, 2016.12. 675면-701면 참조.

48) “상고심 개선의 핵심은 대법원 구성 다양화 및 사실심 충실화”, 상고심 개선 위해 법원조직법 일부개정법률안 등 발의 보도자료(서기호 의원), 2015.5.25. 1면.

고 특별재판부를 설치하는 수정안을 제시한 바 있다.

참고로 대한변호사협회가 2014.12.1.부터 같은 달 28.까지 소속 회원 1,572명을 대상으로 설문조사한 결과, 대법원이 추진 중인 상고심 법원안에 대하여 찬성한다는 의견은 15%, 심리불속행 제도 폐지를 전제로 찬성한다는 의견이 44%, 반대하는 의견은 38%로 나타났다. 그리고 대법원이 상고심 법원을 추진하려 한다면 이와 병행하여 개선되어야 할 제도로서 복수응답 결과, 심리불속행제 폐지(68%), 상고심 필수적 변호사 변론주의와 국선대리인 제도 도입(67%)이 시급하다는 응답이 많았다. 뒤이어 대법관 및 상고법원 판사 임명의 투명·다양화(48%), 상고사건의 원칙적 변론기일 필수 운영(25%), 상고법원 지방설치(19%) 순으로 응답했다.⁴⁹⁾

그리고 세 번째 방안인 대법원의 대법관 수를 대폭적으로 증원하는 방안인데, 이 방안은 현재 대법원의 구성이 고위 법관출신으로 이루어지면서 대법원 판결이 국민들의 다양한 가치와 사고를 반영·수용하지 못하고 기성의 법리를 반복하여 현상유지만을 추구하는 경향을 보이고 있으며, 그 결과 최종적 분쟁해결기관인 대법원이 내리는 판결에 대한 신뢰가 저하되고 있다는 비판에 대한 대안으로 제시되고 있다.

구체적으로는 19대 국회에서 의원입법안으로 대법관의 수를 현행의 소부 구성인원을 감안하여 18명으로 증원함으로써 기존의 전원합의체 방식을 유지할 수 있게 하면서, 대법원 구성의 다양화를 위해 대법관 정원의 3분의 1 이상을 고위 법관 및 검사 출신이 아닌 법률가로 임명하도록 의무화하는 내용이 발의된 적 있다.⁵⁰⁾

현재 진행 중인 국회 헌법개정특별위원회의 사법 관련 개헌안 논의에서도 개헌특위 자문2소위 사법부 분과위원회가 마련한 사법부 부문 헌법개정안(초안)을 보면 대법원의 국민권리보장 기능을 현실화하고 대법원의 독립성을 보장하기 위해 대법관 정수를 현

49) “전체 변호사 51%, 대법관 증원에 찬성”, 대한변호사협회 보도자료, 2면, 2015.1.5. 다만, 올 2월 대한변호사협회 회장으로 취임한 김현 변호사는 “상고법원제를 도입하면 국민으로서서는 서면으로 다투는 대법원과 달리 실질적인 변론을 거쳐 권리의무관계를 다룰 수 있어 훨씬 이익이며, 법원으로서도 사건적체를 해결할 수 있게 되고, 변호사들 역시 변론의 기회가 넓어지는 장점이 있다. 원로법관제도 여러 측면에서 장점이 있다. 중요 상고사건 기록 검토를 원로법관이 해 준다면 대법관의 업무가 경감되고 대법원의 신뢰도 올라가게 될 것이다. 경륜 있는 분들에 의한 재판이 계속 이루어질 수도 있고 전판에우의 문제도 해결될 수 있다.”는 점을 들어 상고법원제가 가장 적절한 방안이라고 하였다(김현 당선자 인터뷰, 국민일보, 2017.2.21.자. <http://news.kmib.co.kr/article/view.asp?arcid=0923698624&code=11131100&cp=nv>).

50) 법원조직법 일부개정법률안(서기호 의원 등 12인 발의), 의안번호 1915241호, 2015.5.22.

재 14인에서 대법원장 등 24인 이상으로 증원하고, 대법관은 신설되는 사법평의회가 제적의원 5분의 3 이상 찬성으로 선출하여 국회 동의 후 대통령이 임명하는 내용을 담고 있다. 즉 개정안에 의하면 상고법원이 사건을 심도 있게 심리할 수 있는 현실적 토대로 상고심 법원 도입보다는 대법관의 수를 증원하는 것을 골자로 하고 있는데,⁵¹⁾ 국회 개헌특위의 사법부 부문 개헌안에 대해서는 6.26. 공청회가 열린 바 있다. 그런데 6.8. 개최된 지방분권 개헌안 공청회에서 제시된 국회 개헌특위 자문위원회 지방분권 분과 개헌안은 지방고등법원에서도 상고재판을 할 수 있는 내용을 담고 있어⁵²⁾ 사법부 분과위원회의 내용과 상충하는 양상을 띠고 있다.

앞의 2014년 대한변호사협회의 설문조사에서도 상고심 제도 개선방안으로 대법관 증원이 적절하다는 의견이 51%로 과반수를 차지하여 상고법원 설치에 찬성하는 의견(34%)에 비하여 17% 많은 것으로 나타났다. 대법관 증원이 상고심 개선방안으로 확정된다면 대법관 수는 대법원장과 법원행정처장을 포함하여 38명 정도가 적절하다는 의견이 62%에 이르러(26명안 29%) 대다수가 38명안을 지지하는 것으로 나타났다. 이는 사건 수가 3배 정도 증가하여 대법관의 부담이 과중하다는 법원 측의 발표에 영향을 받은 것으로 보이고, 대법관을 증원하여 최고법원인 대법원으로부터 충실한 재판을 받을 권리를 보장받고 싶어 하는 의견이 반영된 것으로 보인다.⁵³⁾

여기에 대해서는 대법관의 수를 아무리 늘려 봐도 현재의 사건증가추세에 비추어 감당할 수 없음을 마찬가지로일 뿐 아니라, 대법원이 제2의 항소심, 제3의 사실심으로 될 가능성이 농후하며, 법령해석의 통일을 위하여 제4심이 필요하다는 논의가 제기될 수 있다는 비판적 견해가 있다.⁵⁴⁾

3. 소결

앞서 살펴본 바와 같이 현재의 대법원 상고심 제도로는 상고심 고유의 기능인 국민의 정당한 권익을 보호하는 권리구제 기능이나 논리적이고 합리적인 법령해석을 통해

51) “개헌 때 대법관 10명이상 늘려 최장 25년 동안 재직 가능”, 매일경제, 2017.6.3. 자. <http://news.mk.co.kr/newsRead.php?&year=2017&no=372022>.

52) “지방분권 개헌 어떻게 하나”, 대구MBC, 2017.6.8. 자. http://www.dgmbc.com/news/view2.do?nav=news&selectedId=209632&class_code1=030000&news_cate=.

53) “전체 변호사 51%, 대법관 증원에 찬성”, 대한변호사협회 보도자료, 1면-2면, 2015.1.5.

54) 사법제도개혁백서(하), 대법원, 1994, 1104면.

법적 가치 기준의 제시와 미래지향성을 이루고자 하는 정책적 기능 모두 적정하게 수행하기를 기대하기는 어렵다. 또한 대법관 1인 당 연간 3,000건의 사건을 처리해야 하는 업무 부담을 지고 있는 구조에서는 정당하고 신속한 재판을 받을 헌법상의 권리도 보장받기가 힘들다고 본다.

또한 2000년 이후 사법의 관료화가 더욱 심화되고 고착화되어 간다는 비판에도 귀 기울일 필요가 있다. 현재의 상고심 구조처럼 대법원이 유일하게 법률심으로서의 기능을 수행하다 보니, 자칫 소수인 대법관의 지위가 관료화되어 가는 것은 아닌지, 대법관은 아니지만 법관으로서의 충분한 경험을 지닌 법관들에 의한 법령해석과 합리적인 법리 도출도 가능하다는 인식의 변화가 필요하다. 더 이상 대법원이 상고심으로서의 기능을 수행하지 못하고 사건 처리에 허덕이는, 그럼에도 상고기각율이 95%에 달하면서 전원 합의체 판결이 연간 10건도 선고되지 아니하는 상황을 개선해야 할 것이다.

다행히도 내년 6월로 예정된 헌법개정에 대한 논의가 진행되고 있는데, 이러한 헌법 개정의 논의과정에서 국민의 사법기본권을 확충하는 차원에서 대법원과 헌법재판소의 역할 조정, 헌법재판의 강화, 대법관의 외부 개방 뿐 아니라, 대법원과 상고심 법원의 이원화의 문제들이 폭넓게 논의되어야 한다.⁵⁵⁾ 그리고 국민의 권익 신장과 더불어 정책 결정과정에 국민의 참여를 실질적으로 보장하기 위해서는 앞으로의 헌법개정의 논의에서 지방분권을 실현하기 위한 제도적 장치들이 헌법에 녹아들어가야 할 것이다. 특히 국회 개헌특위가 개헌에 있어 국민의 기본권 보장과 권력구조 개편 및 지방분권을 강화하는 방안을 핵심논제로 다루고 있고, 대통령도 연방제에 버금가는 강력한 지방분권제를 만들겠다는 의지를 천명하고 있는 만큼 사법권의 지방분권화를 위한 상고심 법원의 설치가 필요하다.

이러한 점에서 3심제 소송구조를 유지하면서 현행 헌법조항들에 대한 개정을 최소화할 뿐 아니라, 그 동안의 논의에서 그 장·단점들이 충분히 검토된 상고심 법원을 도입하는 방안이 상고심의 기능을 충실하게 수행할 수 있는 가장 합리적인 방안이라고 본다.

55) “‘법의 날’에 법치주의를 다시 생각한다”, 법률신문(<https://www.lawtimes.co.kr/Legal-Opinion/Legal-Opinion-View?serial=109653>).

V. 나오며

본고는 한국형사법학회 창립 60주년을 맞아 형사소송분야에서 증거법원칙과 상소제도 중 해석학적·입법적·실무적으로 새롭게 조명해볼 필요가 있는 세 가지 논제들에 대하여 살펴보았다.

먼저, 증거분야에서 2007년 제17차 형사소송법 개정을 통해 제308조의2에 입법화된 위법수집증거배제법칙의 적용범위와 판단기준과 관련하여 일부 학설과 판례는 위법하게 수집된 1차적 비진술증거와, 위법하게 수집된 1차적 증거에 터 잡아 수집된 2차적 진술 또는 비진술증거의 증거능력을 예외적으로 인정하면서 그 판단기준으로 이익형량설이나 전체적·종합적 판단설, 인과관계희석·단질론, 핵심영역이론 등을 제시하고 있다. 그런데 명확하고 구체적인 기준 없이 자칫 위법수집증거의 증거능력을 인정하는 예외의 문을 열게 되면 위법수집증거배제법칙을 통해 실현하고자 하는 소송이념과 가치는 훼손될 수 밖에 없을 것이다. 따라서 증거를 수집하는 과정에서의 절차 위반이 헌법상의 기본권으로 보장되고 있는 형사피의자·피고인의 방어권을 침해함으로써 실제 판단에 영향을 주는 경우에는 진술증거이건 비진술증거이건 예외 없이 위법수집증거배제법칙은 적용되어야 한다.

다음으로 증거분야에서 이론과 판례에서 가장 많이 다루어 온 전문법칙 적용의 예외 규정들이 과연 형사소송의 기본원칙인 공판중심주의에 위배되는 것은 아닌지에 대한 비판이 끊임없이 제기되어 왔는데, 현재 진행 중인 사법개혁의 차원에서 보더라도 형사재판이 공판중심주의에 충실한 모습으로 재자리매김하기 위해 전문법칙 적용의 예외를 규정한 조항들을 삭제하는 등 입법적 검토가 필요하다고 본다. 원칙을 벗어난 왜곡된 수사관행과 공판중심주의에 충실한 형사재판의 모습을 제자리로 돌려놓기 위해서는 형사사법체계의 패러다임을 전면적으로 수정할 필요가 있다는 점에서, 전문법칙의 예외를 규정하고 있는 형사소송법 제312조, 제313조 등은 입법적으로 삭제되어야 할 것이다.

그리고 상소분야에서는 입법적·실무적 측면에서 대법원이 상고심으로서의 기능에 부합되는 역할을 수행하고 있는지, 현행 상고심의 구조를 개편할 필요는 없는지에 대한 논의와 관련하여 현재의 대법원 상고심 제도로는 상고심 고유의 기능인 국민의 정당한

권익을 보호하는 권리구제 기능이나 논리적이고 합리적인 법령해석을 통해 법적 가치 기준의 제시와 미래지향성을 이루고자 하는 정책적 기능 모두 적정하게 수행하기를 기대하기는 어렵다. 이러한 관점에서 상고심의 기능과 구조를 개편하려는 여러 방안들이 논의되어 왔으나, 3심제 소송구조를 유지하면서 현행 헌법조항들에 대한 개정을 최소화할 뿐 아니라 그 동안의 논의에서 그 장·단점들이 충분히 검토된 상고심 법원을 별도로 도입하는 방안이 상고심의 기능을 충실하게 수행할 수 있는 가장 합리적인 방안이라고 본다.

* 주제어 : 증거법, 위법수집증거배제법칙, 전문법칙, 공판증심주의, 상소제도

* 논문접수 : 2017. 9. 1. * 심사개시 : 2017. 9. 12. * 게재확정 : 2017. 9. 25.

[참고문헌]

- 권영범, “위법수집증거배제의 기준”, 저스티스 제118호, 한국법학원, 2010.8, 323면. (304면-329면)
- 김봉수, “‘재량적’ 위법수집증거배제(론)에 대한 비판적 고찰 - 왜 유독 ‘비진술증거’에 대해서만 ‘재량적 배제’를 인정하려 하는가? -”, 비교형사법연구 제11권 제2호, 한국비교형사법학회, 2009.12, 209면.
- 김용배, “위법수집증거배제법치상 1. 2차적 증거의 개념 및 증거능력 인정요건”, 법조 제691호, 법조협회, 2014.4, 188면-196면. (162면-222면)
- 김재윤, “위법수집증거 배제기준의 정립에 관한 고찰”, 저스티스 제120호, 한국법학원, 2010.12, 147면-148면. (144면-171면)
- 김춘호, “상고제도 개선 방안”, 법조 제63권 제9호, 법조협회, 2014.9, 5면-66면.
- 김태명, “공판중심주의 관점에서 본 증거법의 바람직한 운용방안”, 형사법연구 제26권 제1호, 한국형사법학회, 2014.3, 184면-190면. (177면-213면)
- 김택수, “프랑스법상 무효절차에 의한 증거배제에 관한 연구”, 비교형사법연구 제18권 제1호, 한국비교형사법학회, 2016.4, 85면-110면. (85면-110면)
- 김혜정, “독일에서 3심제도에 대한 논의 종결”, 형사정책연구소식 통권 제63호, 한국형사정책연구원, 2001, 37면 내지 40면.
- 민만기, “수집절차에 위법이 있는 압수물의 증거능력에 관한 비교법적 고찰”, 성균관법학 제24권 제4호, 성균관대학교 법학연구소, 2012.12, 362면-365면. (339면-369면)
- 박선영, “헌법 제27조 제1항의 ‘재판을 받을 권리’와 심급제에 관한 소고 - EU국가의 상고심 기능과 역할을 중심으로”, 유럽헌법연구 제18호, 유럽헌법학회, 225면.
- 서보학, “형사소송법 제312조 제1항의 위헌성과 형사소송법적 문제점”, 형사법연구 제22호, 한국형사법학회, 2004.12, 292면-298면, 304면. (290면-311면)
- _____, “위법수집증거의 쟁점: 독수독과의 원칙과 예외, 사인이 위법수집한 증거의 증거능력”, 형사정책연구 제20권 제3호, 한국형사정책연구원, 2009.9, 41면. (31면-59면)
- 손동권, 형사소송법 개정신판, 세창출판사, 2010.
- 신동윤, “공판절차에 있어서 피고인의 방어권 보장”, 형사재판의 제문제 제4권, 대법원 형사실무연구회, 2003, 549면.
- 신양균, “공판중심주의의 의의와 실현방안”, 경찰학논총 제3권 제1호(원광대학교 경찰학연구소, 2008.5), 116면. (113면-148면)

- 신한동, “소송제도와 이상적인 분쟁해결제도에 관한 연구 - 대법원의 상고법원 설치안을 중심으로”, 무역상무연구 제68권, 한국무역상무학회, 2015.12, 43면-63면.
- 안성수, “위법수집 증거물의 증거능력”, 형사판례연구 제15권, 한국형사판례연구회, 2007.9, 335면-336면.
- 오정후, “고등법원 상고심사부 설치를 위한 상고심절차에 관한 특례법 개정안에 대하여”, 서울대학교법학 제52권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2011, 161면-190면.
- 유해용, “공판중심주의와 전문법칙”, 저스티스 제98호, 한국법학원, 2007.6, 190면. (185면-222면)
- 윤종행, “위법수집 증거배제법칙에 관한 미연방대법원 판례의 최근 동향”, 법학논총 제34권 제1호, 한양대학교 법학연구소, 2017.3, 177면-191면. (177면-197면)
- 이무선, “위법수집증거와 독수과실의 원칙의 예외에 관한 비판적 검토”, 홍익법학 제15권 제4호, 홍익대학교 법학연구소, 2014.12, 433면. (429면-451면)
- 이석배, “적법절차에 따라 수집한 증거사용의 한계: 형사소송법 제308조의2 새로운 도그마틱”, 법학논총 제36권 제2호, 단국대학교 법학연구소, 2012.12, 413면. (387면-417면)
- 이완규, “형사소송의 세계화를 위한 공판중심주의의 합리적 실현방안”, 저스티스 제92호, 한국법학원, 2006.7, 408면-409면, 430면. (407면-433면)
- 이재상, 신형사소송법 제2중판, 박영사, 2010.
- 정용석, “공판중심주의에 따른 증거능력의 개념 및 증거판단의 우선순위”, 저스티스 제130호, 한국법학원, 2012.6, 247면. (242면-279면)
- 조광훈, “현행 공판중심주의의 운용상의 문제점과 그 개선방안”, 법학논총 제18집 제2호, 조선대학교 법학연구소, 2011.8, 390면-393면. (377면-410면)
- 조 국, “위법수집증거배제법칙 재론”, 사법 제3호, 사법연구지원재단, 2008.3, 213면-214면.
- 조기영, “증거재판주의와 새로운 증명 방법의 증거능력 - 재판의 정당화 관점에서 본 영상녹화물과 조사자증언의 증거능력”, 동아법학 제66호, 동아대학교 법학연구소, 2015.2, 428면-432면. (417면-448면)
- 조수혜, “상고심 개선방안의 논의과정에 대한 절차적 접근”, 홍익법학 제17권 제4호, 홍익대학교 법학연구소, 2016.12, 675면-701면.
- 차정인, “형사소송법규에 충실한 공판절차 - 공판중심주의의 실현을 위하여”, 법조 제660호, 법조협회, 2006.9, 101면, 103면. (97면-133면)
- 천진호, 형사증거법, 준커뮤니케이션즈, 2016.
- _____, “상소제도론의 발전과 전망”, 형사법연구 제22호, 한국형사법학회, 2004.12, 332면 내지

- 334면. (312면-342면)
- _____. “사개추위의 형사소송법 개정안과 공판증심주의의 올바른 자리매김”, 법학논고 제23집, 경북대학교 법학연구소, 2005.12. 27면. (25면-48면)
- _____. “수사과정에서 영상녹화제도의 합리적 운용방향”, 비교형사법연구 제11권 제1호, 2009.7. 281면-283면. (279면-300면)
- _____. “위법수집 증거배제법칙의 실천적 과제”, 동아법학 제44호, 동아대학교 법학연구소, 2009.8. 519면. (498면-525면)
- _____. “영상녹화물의 증거능력에 대한 연구”, 법학논총 제35집 제1호, 전남대학교 법학연구소, 2015.4. 232면-237면. (223면-242면)
- 최영승·정영일, “사인이 위법하게 수집한 증거의 증거능력: 헌법적 근거에서, 그리고 주요 유형을 중심으로”, 경희법학 제48권 제4호, 경희대학교 법학연구소, 2013.12. 3면-36면. (3면-36면)
- 하태영, “개정 형사소송법 제308조의2 위법수집 증거배제법칙의 법적 의미와 적용범위”, 형사법연구 제19권 제4호, 한국형사법학회, 2007.12. 165면-181면.
- 한상훈, “임의제출물의 영치와 위법수집 증거 배제법칙”, 법조 제719호, 법조협회, 2016.10. 603면-625면. (603면-625면)
- 한충수, “2014년 상고법원 설치 논의에 대한 비판적 성찰과 새로운 대법원 제도에 대한 시론적 고찰”, 법학논총 제31집 제4호, 한양대학교 법학연구소, 2014.12. 381면-409면.
- 각국의 상고제한제도와 상고심 심리방식(외국사법제도연구 8), 법원행정처, 2010.
- 형사상고심에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2010.
- 사법연감 2016, 법원행정처, 2016.8.

[Abstract]

Criminal litigation field recall and prospects

– Focused on Evidence and Appeal –

Chun, Jin-Ho*

During the 60 years since the Criminal Procedure Law was enacted in 1954, the theoretical development of criminal procedure law has been remarkable. Although there were time lags, these theoretical achievements have been largely reflected in presenting direction to practice and legislation. It is not clear whether the interpretations based on judgments, as well as the current legal provisions, are faithful to the ideals and values of criminal lawsuits. On the basis of these questions, in celebration of the 60th anniversary of the Korean Criminal Law Association, I review three issues that need to be reexamined in the interpretation, legislation and practical aspects of the evidence law principles and appeals system.

First, we examine the scope and criteria of the exclusionary rule of illegally obtained Evidence (Article 308-2) enacted through amendment of the 17th Criminal Procedure Law of 2007. Some doctrines and judgments exceptionally acknowledge the evidence of illegally collected primary non-testimony evidence and the evidence of secondary or non-testimony evidence collected through it. The criterion is based on a comparison of profits, a comprehensive judgment, causal disconnection, and core domain theory. However, if some theories and judgments recognize the exception of recognizing the evidence of illegally collected evidence without clear and specific criteria, the litigation ideals and values to be realized through the law of exclusion of illegal collection will be compromised. Therefore, in the process of collecting evidence, if the rights of the

* Professor, Dong-A University Law School, Ph. D. in Law.

Constitutional and the defendant are infringed and affect the judgment, the law of exclusion of illegal collection should be applied without any evidence or non-testimony evidence.

Secondly, there has been constant criticism of whether the exemptions of the hearsay rule violate the principle of court-oriented trials, which is the basic principle of criminal proceedings. From the standpoint of ongoing judicial reform, it is necessary to examine the legislative process by deleting the provisions of the criminal justice system that prescribe exceptions to the application of the hearsay rule in order to be faithful to the heist-centered approach. Therefore, in order to correct distorted investigation practices beyond the principle and to adhere to the trial-centeredism, Articles 312 and 313 of the Criminal Procedure Act, which prescribe the exception of professional laws, should be deleted legally.

In the field of appeal, it is doubtful whether the Supreme Court is playing a role in the function of appeal. The current Super Supreme Court system is expected to provide both legal rights to protect the legitimate interests of the public and the logical and reasonable interpretation of laws and regulations as well as policy functions to achieve future direction. It is difficult. From this point of view, various methods have been discussed for restructuring the function and structure of appeal. However, in order to minimize the amendments to the existing Constitutional provisions while maintaining the three-core lawsuit structure, it is also possible to faithfully carry out the functions of appeal, I think it is the most reasonable plan.

* Key Words : Criminal Evidence Law, the Exclusionary Rule of illegally obtained Evidence, the hearsay Rule, the Principle of court-oriented Trials, System of Appeal

