『서울대학교 法學』 제50권 제4호 2009년 12월 251～272면
Seoul Law Journal Vol. 50 No. 4 Dec. 2009. pp. 251～272

〈논문〉

국민참여재판에서의 대질신문권*

金 喜 鈞**

요 약

배심재판에서는 중요 참고인의 법정에서의 증언 내용이 유·무죄를 가리는 핵심 증거가 된다. 따라서 "전문증거인 증거서류가 아니라 원본증거인 증인신문이 원칙적인 입증방법이라고 할 것이고, 최초의 증거신청 단계부터 진술조서가 아닌 증인신문을 신청하도록" 해야 한다. 그것이 배심재판의 본령에 부합한다. 그럼에도 우리뿐만 아니라 미국의 증거규칙도 사후적으로 반대신문 기회를 보장하면서, 법정에서 최초로 수집하지 않는 증거에 증거능력을 부여했다. 그게 바로 반대신문과 대질신문을 같은 것으로 보는 종전의 견해였다. 명칭은 종전의 견해라고 하지만, 사실은 최근까지도 이런 견해에 따라서 대질신문권 조항이 해석되어 왔으며, 크로포드 판결이 그런 태도를 대표한다. 반면에, 새로운 견해는 1932년 매톡스 판결을 대질신문권의 본령으로 읽고 재해석하는 경향을 대표하며, 그 요지는 미국 헌법 제정 당시의 순수한 배심재판으로 돌아가자는 것이다. 오늘날 미국의 증거규칙은 "정치적 타협의 산물"로 순수성을 잃었다는 것은 주지의 사실이다. 피고인과 증인이 대질하여 첨예하게 다투던 재판에서 좀더 편한 재판으로 진화하는 과정에서 생겨난 게 각종 전문법칙의 예외고, 반대신문의 형해화다. 이미 공판 이전에서 진술할 것을 다했는데, 지금 뒤늦게 반대신문을 해 봐야 무슨 효과가 있을까. 게다가 반대신문 자체만 해도 허점이 많은 장치다. "증인은 배심원이 전혀 모르는 사람"이며, 대질 상태에서 뚫어지게 쳐다봐도, 진실이 뭔지 일반인인 배심원들은 잘 모를 수 있다. 그런데, 문제를 훨씬 더 복잡하게 만드는 게 바로 증인의 종전의 진술이다. 지금 말하는 것은 이거고, 종전에 말한 것은 이건데, 그 가운데 하나를 골라 심증을 형성하라는 복잡한 주문을, 최소한 배심원들에게 할 수는 없다.

주제어: 대질신문권, 반대신문, 배심재판, 전문법칙, 미연방증거규칙

* 이 논문은 2009년 제2회 국민의 사법참여연구회에서 발표한 내용을 수정 보완한 것임.
이 논문은 2009년도 성신여자대학교 학술연구조성비 지원에 의하여 연구되었음.
** 성신여자대학교 법과대학 조교수.

I. 서 론

국민참여재판(이하 "참여재판")이 도입되어 2년 가까운 세월이 흘렀다. 어떤 사람은 이용률이 극히 저조하다는 점을 들어 참여재판의 앞날에 대해 어두운 전망을 내놓기도 한다.[1] 하지만 2년이라는 짧은 경험에 기대어 제도의 성패를 논하는 것은 성급한 감이 없지 않다. 게다가 우리 사법 역사 상 최초로 도입한 제도이며, 5년간의 시험운영 기간을 미리 상정하고 시작한 것이니만큼, 지금 과제는 제도적 개선방안 등을 찾아보는 노력이라고 할 것이다.

참여재판을 규정한 '국민의 형사재판 참여에 관한 법률(이하 "참여법")'에 의하면, 참여재판은 "사법의 민주적 정당성과 신뢰를 높이기 위하여"[2] 도입되었다. 따라서 배심원 선정과 평의, 평의 결과의 평가에 대한 자세한 규정 등을 두고 있고, 사법의 민주적 정당성을 제고하기 위한 조치들이 다수 포함되어 있다. 다만 문제는, 참여법 제4조에 따라 참여법에 "특별한 규정이 없는 때에는[..] 「형사소송법」 등 다른 법령을 적용"[3]하도록 하고 있으므로, 기존의 소송절차가 어떻게 운영되느냐에 참여재판의 성패가 상당 부분 좌우될 수밖에 없다는 점이다. 가령, 기존 재판은 변화 없이 답습하면서 배심원만 세워 놓는다고 해서 참여재판이 성공적으로 정착되지는 않을 것이다.

주지하다시피, 참여재판은 영미식 배심제를 원형으로 한다. 아울러 국민이 단순히 "참여"하는 형태가 아니라, "사법권이 주권자인 국민으로부터 나온다"[4]는 원칙에 따라 국민이 "개입"하는, 고유한 의미의 배심제에 가깝다. 그렇다면, 그와 같은 배심제를 도입한 데 걸맞은 소프트웨어의 조정이 있어야 할 것이며, 그렇지 않다면 참여재판의 미래는 그다지 밝지 않을 것이다.

이하에서는 참여재판이라는 구도 하에 특히 문제되는 대질신문권에 대해서 살펴보기로 한다.

---

1) 심희기, "시민의 관점에서 본 국민참여재판의 현황과 전망", 연세대학교 법학연구원 아시아법센터 (편), **국민참여재판의 현황과 개선방안**(연세대학교 법학연구원, 2009), 182면 참조.

2) 국민의 형사재판 참여에 관한 법률 제1조.

3) 국민의 형사재판 참여에 관한 법률 제4조.

4) 법원행정처, "머리말," **국민참여재판의 이해**(법원행정처, 2007), 머리말.

II. 대질신문권과 전문법칙

1. 문제의 소재

현행 형사소송법(이하 “법”) 하에서 피고인이 자신에게 불리한 내용의 진술을 하는 증인의 얼굴을 직접 볼 수 없는 경우가 몇 가지 있다. 법 제314조에 따라 증인이 나올 수 없을 때, 또, 법 제316조 제2항에 따라 증인이 나올 수 없을 때가 그렇다. 제314조[5]에 따르면, 이미 피고인에게 불리한 내용의 진술을 한 사람이 법정에 나오지 않고, 진술만 증거서류에 담겨 나온다. 제316조 제2항[6]에 따르면, 불리한 내용의 진술을 한 사람은 나오지 않고, 그 진술을 들었다는 사람만 나온다. 제314조 아래서는 참고인진술조서[7]·검증조서[8]·감정서[9] 등 소위 증거서류가 진술자 혹은 작성자 등 증인 없이 법정에 나온다. 따라서 배심원들은 진술자 혹은 작성자의 얼굴을 보지 못한 채, 서류 내용만 듣고[10] 재판을 해야 할 상황에 놓일 수 있다. 마찬가지로 제316조 제2항이 작동하면, 진술을 한 당사자인 증인 대신 제3자가 나온다. 배심원들은 직접 경험자의 얼굴은 보지 못하고, 경험자의 얘기를 들었다고 하는 제3자를 놓고 실체진실을 발견해야 하는, 난감한 상황에 놓이는 것이다.

2. 반대신문권의 문제

원칙적으로는 법정에 직접 증인을 세워 놓고, 배심원들 앞에서 증인신문을 하고, 그에 대해서 상대방이 반대신문할 수 있는 기회를 주는 것이 바람직하다.[11] 배심

---

5) “제312조 또는 제313조의 경우에 공판준비 또는 공판기일에 진술을 요하는 자가 사망·질병·외국거주·소재불명, 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때에는 그 조서 및 그 밖의 서류를 증거로 할 수 있다. 다만, 그 진술 또는 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한한다.”

6) “피고인 아닌 자의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술이 피고인 아닌 타인의 진술을 그 내용으로 하는 것인 때에는 원진술자가 사망, 질병, 외국거주, 소재불명, 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없고 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하졌음이 증명된 때에 한하여 이를 증거로 할 수 있다”

7) 형사소송법 제312조 제4항 참조.

8) 형사소송법 제312조 제6항 참조.

9) 형사소송법 제313조 제2항 참조.

10) 형사소송법 제292조에 의하면 증거서류에 대한 조사방식은 “낭독”, “내용[의] 고지”, “제시”, “열람” 등의 방법이 있다.

원들 입장에서는 증인의 답변 태도와 반대신문에서의 답변 태도 등을 보면서, 사건의 실체를 가늠할 수 있기 때문이다. 그런 의미에서, 위그모어는 반대신문을 "진실 발견을 위해 발명된 가장 훌륭한 엔진(the greatest legal engine ever invented for the discovery of truth)"[12]이라고 했던 것이다.

반대신문을 보장하기 위한 장치는 두 가지다. 하나는 전문법칙이다. 반대신문을 거치지 않은 전문증거는 증거능력이 없다고 해 버리는 방법이다. 다른 하나는 피고인의 대질신문권[13]이다. 법정에서 피고인이 전문증거의 진술자의 얼굴을 볼 수 있게 하는 방법이다.[14]

반대신문을 보장하기 위한 이 두 가지 장치는 역사적으로 월터 롤리(Walter Raleigh) 경의 재판에서 유래했다고 알려져 있다. 이에 대해서 간단하게 정리해 보면 다음과 같다.

3. 롤리 경의 재판

1603년 튜더 왕조 시절, 롤리 경은 반역죄로 기소되었다. 그에게 불리한 유일한 증거는, 법정에 나오지 않은 상태에서 롤리 경을 왕에 대한 시해음모의 공범자로 지목한 코브햄이라는 사람의 자술편지였고, 그 외 다른 증거는 없었다.[15]

---

11) 우리 법 제161조의2가 규정하고 있는 기본적인 증인신문의 방식은 "증인[을] 신청한 검사, 변호인 또는 피고인이 먼저[...] 신문하고 다음에 다른 검사, 변호인 또는 피고인이 신문"하는 것이다. 즉, 검사 측이 신청한 증인에 대하여 검사가 신문을 마쳤으면, 반대당사자인 피고인 또는 변호인이 반대신문을 하도록 하고 있는 것이다. 이렇게 반대신문을 하는 목적은 검사 측 신문의 "모순된 점을 지적하고, [피고인에게] 유리한 누락한 사항을 이끌어낼 뿐만 아니라, 증인의 신용성을 탄핵하여 증언의 증명력을 감쇄하려는 데 있다." 이재상, **신형사소송법**(박영사, 2008), 458면 참조.

12) Gregory Durston, *Evidence: Text & Materials* (Oxford University Press, 2008), p.432.

13) 우리말 용어와 관련해서, 이재상, 전게서, 538면은 "대질심문권(right of confrontation)"이라고 번역하고, 이상도, **법률영한사전**(청림출판, 2002), 112면은 "대면(confrontation)"이라고 소개하고 있으나, 여기서는 국어사전의 용례에 따라 "대질신문권"이라고 번역하기로 한다.

14) 우리 법은 대질에 대해서 2군데서 규정하고 있다. 하나는 피의자신문단계에서 제245조 "검사 또는 사법경찰관이 사실을 발견함에 필요한 때에는 피의자와 다른 피의자 또는 피의자 아닌 자와 대질하게 할 수 있다"는 규정이고, 다른 하나는 공판정의 증인신문 단계에서 제162조 제3항 "필요한 때에는 증인과[...] 피고인[을] 대질하게 할 수 있다"는 규정이다. 어느 경우나 피고인의 권리로 인정되어 있지 않고, 검찰, 수사기관, 법원의 선택사항으로 규정된 것이다.

15) Walter Raleigh의 재판에 대해서는, Crawford v. Washington, 124 S. Ct. 1354 (2004), 1360면 이하 참조.

따라서 롤리 경의 입장에서는 혐의 내용 자체가 납득이 가지 않는 상황이었는데, 당시 재판을 담당했던 피터 워버튼(Peter Warburton) 대법관은 다음과 같은 말로 논쟁에 불을 붙인다.

> 당신도 그만큼이나 경험도 있고, 머리도 있을 테니까, 잘 아실 거 아닙니까? 증인이 없다고 그 많은 말 도둑을 다 풀어주라는 겁니까? 왕의 내실에 들어갔는데, 왕은 죽어 있고, 딱 한 사람 피범벅이 된 사람을 발견했다면, 그 사람 죽어 마땅한 거 아닙니까?[16]

사법부의 일원이라는 지위를 가진 사람의 증거에 관한 인식 수준이 이 정도라는 게 놀랍다. 이에 대해서 롤리 경이 다음과 같이 재판에서 항변한 것은 어쩌면 당연한 일이었다.

> 영국에서 재판은 배심원과 증인입니다. 코브햄을 불러 오십시오. 그래서 내 앞에서 말하게 하십시오. 그러면 제가 죽겠습니다.[17]

이 짧은 문장들이 오래도록 기억에 남은 이유는 롤리 경이 결국 비극적인 죽음을 맞고, 그를 옭아맨 자(Cobham)나, 그를 재판한 자가 뒤늦게 통한의 눈물을 흘렸기 때문만은 아니다. 무엇보다 롤리 경은 영국 사법제도의 핵심을 몇 마디 안 되는 말에 정확하게 요약하고 있다. 영국의 사법제도를 지켜 온 힘은 배심원이었고,[18] 그 배심원이 증인을 보고 진실을 발견해 온 전통이 있었다. 그런데 증인이 배심원 앞에 나오지도 않고, 증인 대신 증인의 말을 적은 서류나 증인의 말을 전하는 다른 증인이 나온 거라면, 재판이 정상적으로 이루어졌다고 볼 수 없다. 따라서 처벌하고 싶으면, 범인으로 자신을 지목한 코브햄(Cobham)을 법정에 나오게 해야 한다. 그래서 자신과 대질시켜 주면, 유죄를 선언해도 좋다는 게 롤

---

16) John H. Langbein, *Torture and the Law of Proof* (University of Chicago Press, 2006), p.78 ("I marvel, sir Walter, that you being of such experience and wit, should stand on this point; for so many horse-dealers may escape, if they may not be condemned without witnesses. If one should rush into king's Privy-Chamber, whilst he is alone, and kill the king (which God forbid) and this man be met coming with his sword drawn all body; shall not he be condemned to death").

17) Crawford v. Washington, *supra* note 15, p.1360.

18) Kenneth W. Graham Jr., The Right of Confrontation and the Hearsay Rule: Sir W. Raleigh Loses Another One, *Criminal Law Bulletin*, Vol. 8 (1972), p.104 참조.

리 경의 주장이었다.

롤리 경의 선언 가운데 앞부분, 즉 "증인의 말을 적은 서류나 증인의 말을 전하는 다른 증인의 진술은 증거능력이 없다"는 것이 전문법칙이고, 뒷부분, "나와 대질시켜 주면, 유죄를 선언해도 좋다"는 게 대질신문권이다. 롤리 경의 재판에서 주장된 두 가지 중 전문법칙은 미국으로 건너가 증거법칙으로 자리를 확고히 했으며,[19] 대질신문권은 미국 수정헌법 제6조에 포함되면서 헌법원칙으로 자리를 잡았다.

4. 대질신문권과 전문법칙

전문법칙은 그 후 우리 법에 들어와 증거법의 중요한 내용을 이루고 있음은 주지의 사실이다. 그럼에도 같은 재판에 기원을 두고 있다고 알려진 두 번째 원칙, 즉 대질신문권은 피고인의 권리로 자리 잡지 못했다.[20] 그 이유는 무엇일까? 다름 아니라, 대질신문권에서는 증인과의 "대질"이 핵심이기 때문에, 예외가 있을 수 없지만, 전문법칙에는 예외가 있을 수 있기 때문이다. 즉, 전문법칙은 접근이 쉽다. 반드시 반대신문을 거치지 않더라도, 믿을 만한 증거가 있을 수 있고, 그런 것들은 롤리 경 재판 당시에도 이미 존재했으며, 예외로 인정되었다. 그 이후 발전과정도 마찬가지다. 굳이 진술자를 보지 않아도 충분히 믿을 만한 전문증거는 늘 있기 마련이고, 따라서 전문법칙은 끊임없이 예외를 만들어 온 것이다.[21] 이를 도표로 표현하면 다음과 같다.

<도표1> 대질신문권과 전문법칙

전문증거	
대질신문권	전문법칙
반대신문	A. 반대신문 거침(원칙)
	B. 반대신문 안 거침(예외)

19) 대질신문권이 영국에서 유래해 미국으로 건너 간 원칙이라는 데 대한 반론으로는, Kenneth Graham, Confrontation Stories: Raleigh on the Mayflower, *Ohio State Journal of Criminal Law*, Vol. 3 (2005), p.209 참조.

20) 각주 14 참조.

21) 그런 의미에서 전문법칙의 역사를 "예외확장의 역사"라고 부른다. 이재상, 전게서, 544면.

위 도표에서 보는 바와 같이 가령 B 영역에 있는 전문증거, 즉 반대신문을 거치지 않은 전문증거는 전문법칙이라는 통로가 아니면 법정에 들어올 수 없다. 전문법칙이 대질신문권보다 인기가 있을 수밖에 없는 이유다. 결국 사람들은 전문법칙에 자꾸 기대게 되었으며, 전문법칙만 읽고 넘어가는 경향이 생긴 것이다.

5. 크로포드 판결

그러다가 2004년 Crawford v. Washington[22]이라는 미 연방대법원 판결이 나온다. 이미 국내에서도 여러 사람들이 이 판결의 의의에 대해서 국내에 소개한 바 있으므로,[23] 사실관계에 대한 설명은 생략하지만, 판결의 역사적 의의는 일별하고 넘어갈 수준을 넘는다.

Crawford 판결은 "반대신문권이 보장되지 않은 전문증거는 증거능력이 없으며, 피고인의 대질신문권을 침해하는 것으로 위헌이다"[24]라고 설시해서, 증거법 및 헌법 분야에 일대 파란을 일으켰다. 아래 도표를 보면서 크로포드 이전과 이후의 차이에 대해서 생각해 보기로 한다.

<도표2> 크로포드 이전 대질신문권과 전문법칙

<table>
<tr><td colspan="2">Crawford 이전</td></tr>
<tr><td colspan="2">전문증거</td></tr>
<tr><td>대질신문권</td><td>← 전문법칙</td></tr>
<tr><td rowspan="2">반대신문</td><td>A. 반대신문 거침(원칙)</td></tr>
<tr><td>B. 반대신문 안 거침(예외)</td></tr>
</table>

위 도표에서 보는 것처럼, 크로포드 이전에는 도표를 오른쪽에서 왼쪽으로 읽었다(화살표 참조). 전문법칙을 먼저 읽고, 대질신문권을 나중에 읽은 것이다. 따라서 전문법칙상 문제가 없는 것은 대질신문권에도 문제가 없는 걸로 봐 주었다.[25] 가령, B처럼 반대신문을 안 거친 경우에도, 전문법칙 안에서 허용이 되면

---

22) 각주 15 참조.

23) 최근의 논의로는, 금태섭, "크로포드 판결 이후의 미국 대법원 판례의 경향," **제2회 형사소송법 발표자료집**(형사소송법 연구회, 2009), 37면 이하 참조.

24) Crawford v. Washington, *supra* note 15, p.1369.

대질신문권에도 문제가 없었다.

크로포드도 역시 전문법칙이나 대질신문권이 반대신문에 관한 문제라는 데 동의한다. 즉, 도표의 기본 구도는 다름없다. 다만 문제는, 읽는 순서가 다르다는 데 있다(아래 화살표 참조). 도표로 표현하면 다음과 같다.

<도표3> 크로포드 이후 대질신문권과 전문법칙

Crawford 이후	
전문증거	
대질신문권 →	전문법칙
반대신문	A. 반대신문 거침(원칙)
	B. 반대신문 안 거침(예외)

크로포드는 대질신문권과 전문법칙 가운데 대질신문권을 중시한다. 그래서 전문법칙에 앞서 대질신문권을 먼저 읽으라고 한다. 즉, 최소한 "증언에 갈음하는 진술(testimonial statements)"[26]은 반드시 대질신문권 조항에 따라 반대신문을 거쳐야 한다. 그렇지 않으면 위헌이고, 전문법칙을 따질 필요도 없다. 읽는 방향이 왼쪽에서 오른쪽이다. 앞서 말한 것처럼, 대질신문권에는 예외도 없다. 따라서 믿을 만하니 괜찮다는 식의 변명은 통하지 않는다.[27] 무조건 피고인 앞에 현출해서 반대신문을 거쳐야 하는 것이다.

6. 결론

크로포드에 대입해 보면, 우리 법 제314조 및 제316조 제2항의 예외는 전문법칙의 예외로는 괜찮을지 몰라도, 반대신문이 결여되었으므로, 대질신문권을 보장

---

25) Crawford v. Washington, *supra* note 15, p.1359 참조.

26) Crawford 판결은 진술 가운데도 증언적 효과가 있는 진술과 증언적 효과가 없는 진술을 나누어서, 전자를 "증언에 갈음하는 진술"이라고 하고, 여기에만 대질신문권이 적용되는 것으로 본다. 우리 법 진술조서가 내용으로 삼고 있는 대부분의 진술이 이에 속함은 물론이다.

27) Crawford에서는 "대질신문만이 증언의 신빙성을 가늠하는 유일한 잣대"라고 판시했다. Amber Alled Furbee, Legal Crossroads: The Hearsay Rule Meets the Sixth Amendment Confrontation Clause in Crawford v. Washinton, *Creighton Law Review*, June, 2005, p.1001 참조.

하지 않은 문제가 있다. 물론 우리 법에는 미국 헌법과 같은 의무적인 대질신문권 조항이 없다. 하지만 제245조[28]와 제162조 제3항[29]의 취지를 생각해 보면, 반대신문의 기회조차 없었던 전문증거를 배심원 앞에 무작정 올릴 수는 없을 것이다. 피고인이 반대신문 한 번 해 보지 못한 증인의 진술을 배심원들이 유죄의 증거로 삼는 데 주저할 것이기 때문이다. 제314조 및 제316조 제2항의 예외가 배심재판에서는 더욱 더 설 땅이 좁아지는 이유다.

III. 대질신문권과 반대신문

1. 제312조의 진술조서

앞서 두 조항이 피고인이 증인의 얼굴조차 보지 못한 경우라면, 제312조 제4항[30]의 진술조서 규정에서는 피고인이 증인의 얼굴을 볼 수 있다. 얼굴을 볼 뿐만 아니라, 증인의 종전 진술에 대해서 반대신문[31]을 할 수 있다. 따라서 배심원들도 피고인(또는 변호인)과 증인이 주고받는 말을 들을 기회가 있다. 전혀 진술자의 얼굴을 볼 수 없는 앞서 두 조항의 전문법칙 예외 규정보다는 진일보한 조치임은 물론이다. 이 조항에 대해서 생각해 보기로 한다.

2. 대질신문권과 반대신문

(1) 사후적 반대신문

제312조 제4항의 진술조서가 문제되는 상황, 즉 참고인이 수사기관 앞에서 진

---

28) "검사 또는 사법경찰관이 사실을 발견함에 필요한 때에는 피의자와 다른 피의자 또는 피의자 아닌 자와 대질하게 할 수 있다."

29) "필요한 때에는 증인과 다른 증인 또는 피고인과 대질하게 할 수 있다."

30) "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 상태 하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한한다."

31) 조문에는 그냥 "신문"이라고 나와 있지만, 그 실질적 의미가 반대신문이라는 데에 대해서는 법무부, **개정형사소송법**(법무부, 2007), 238면 참조.

술을 하고, 조서를 작성한 다음에, 현재 법정에 나와 다시 진술을 하는 상황에서, 우리는 '사후적으로' 반대신문을 거치게 한다. 처음 수사기관에서 진술할 때에는 피의자 또는 변호인이 입회하지 않은 상태에서 진술을 하고, 나중에 법정에 섰을 때 수사기관에서의 진술 내용이 문제되면, 그제서야 피고인 또는 변호인이 "원진술자인 증인을 신문하는" 것이다. 과연, 이것으로 충분할까?

원칙적으로는 수사기관에서 피의자와 대질할 기회를 주든지,[32] 아니면, 법정에서 피고인과 처음부터 대질할 기회를 주든지,[33] 둘 중 하나를 택하는 것이 정공법이다. 그럼에도 정작 증언 당시에 대질하는 구도 대신에 나중에 반대신문하는 구도를 택한 이유는 무엇일까? 그것은 대질신문권과 반대신문권이 다르지 않다고 보기 때문이다. 증언 당시 반대신문에 부치든, 나중에 반대신문에 부치든, 반대신문의 기회를 주었다는 데 대해서는 차이가 없지 않느냐, 하는 생각 때문일 수 있다. 이와 관련해서 앞서 <도표3>에서 왼쪽 부분만 도드라지게 표현한 도표가 아래 <도표4>다.

<도표4> 대질신문권과 반대신문

<table>
<tr><td colspan="2">전문증거</td></tr>
<tr><td colspan="2">Crawford 이후</td></tr>
<tr><td>대질신문권 →</td><td>전문법칙</td></tr>
<tr><td rowspan="2">반대신문</td><td>A. 반대신문 거침(원칙)</td></tr>
<tr><td>B. 반대신문 안 거침(예외)</td></tr>
</table>

위 음영으로 표시한 부분에서 보면, 대질신문권과 반대신문권은 차이가 없다. 대질한다(confront with)는 말을 그대로 반대신문한다(cross-examine)는 말로 읽는 것이다. 이렇게 차이가 없다고 보는 태도를 우리는 편의상 대질신문권에 대한 종래의 견해라고 부르기로 한다.

(2) 종래의 견해: 미연방증거규칙 제801조

종래의 견해, 즉 대질신문권과 반대신문권이 본질적으로 다르지 않다는 견해를

32) 법 제162조 제3항 참조.
33) 법 제245조 참조.

취하는 대표적인 예가 미연방증거규칙(Federal Rules of Evidence, 이하 "증거규칙")이다. 거기서는 반대신문의 기회를 주면 대질신문권을 보장한 것과 다름이 없다고 본다. 가령, 미연방증거규칙 제801조(d)(1)[34]는 증인이 공판 이전에 진술을 하게하고, 사후에 공판에서 증인에 대한 반대신문을 한다.[35] 우리 법과 거의 유사한 규정을 두고 있는 것이다.[36] 개정법의 진술조서 규정을 구상할 때도 증거규칙의 이 규정을 참고했을 것으로 보인다.[37] 다만 문제는 증거규칙에서 말하는 반대신문과 진술조서에서의 반대신문이 다르다는 점이다.

첫째로, 증거규칙과 진술조서를 비교해 보면, 반대신문의 대상이 되는 종전의 진술(prior inconsistent statement)이 형식적으로 다르다. 증거규칙에서는 종전의 진술이 "위증의 벌을 받을 것을 선서한 상태에서 행한 진술"이다. 당연히, 진술상황이 재판과 유사한 상황이고, 그 예로 들고 있는 것이 "공판준비기일, 증거보전절차 기타 절차"다. 진술조서처럼 수사기관 앞에서 위증의 벌을 받겠다는 선서를 한 적도 없이 진술한 것을, 뒤늦게 반대신문을 거친다고 해서 증거로 채택해 주는 제도가 아니다.[38]

둘째로, 증거규칙과 진술조서를 비교해 보면, 반대신문의 대상이 되는 종전의 진술이 내용적으로 다르다. 진술조서에서는 개념상 종전의 진술이 패키지 형태로 조서에 묶인다.[39] 즉, 개별진술 혹은 개별진술의 집합체가 아니라, 개별진술을 듣고 수사기관이 요약한 내용의 조서가 만들어지는 것이며, 그 조서의 "기재 내용"[40] 전체가, 반대신문의 기회를 주는 것을 전제로, 증거능력을 얻게 된다. 반면

---

34) "Statements which are not hearsay. A statement is not hearsay if [t]he declarant testifies at the trial or hearing and is subject to cross-examination concerning the statement, and the statement is[...] inconsistent with the declarant's testimony, and was given under oath subject to the penalty of perjury at a trial, hearing, or other proceeding, or in a deposition."

35) 차동언, **형사증거법I: 공판중심주의와 전문법칙**(법문사, 2007), 110면 참조.

36) 차이점은 우리 법에서는 제312조 제4항을 전문법칙의 예외로 읽지만, 증거규칙 제801조는 전문법칙의 적용 제외로 읽는다는 점인데, 증거능력이 있다는 점에서는 다르지 않으므로, 분석의 대상에서 제외하기로 한다.

37) 법무부, 전게서, 232면 참조.

38) 선서가 녹취서에 "거짓 진술을 하지 않겠다고 맹세한다"라고 부동문자로 쓰는 정도에 지나지 않는다는 견해도 있다. 상게서, 232면.

39) 제312조 제4항이 적시하고 있는 반대신문의 대상은 "진술"이 아니라 "[조서의] 기재내용"인 것을 보아도, 개개 진술보다는 조서 전체의 내용을 중시하는 것처럼 보인다.

40) 법 제312조 제4항.

에, 증거규칙에서 말하는 종전의 진술은 개별진술 혹은 그 집합체를 말한다. 그것은 조서에 묶여 있지도 않고, 설령 공판준비기일 등에 작성한 서류 등에 묶여 있어도, 수사기관이 작성한 것도 아니며, 재판과 유사한 절차에서 제3자가 들은 바를 그대로 받아 적은 것이다. 진술의 앞뒤 정황 전체가 기록되어 있고, 증거조사를 할 때 "상당한 시간[,] 낭독"[41]을 하거나 고지할 수도 있는[42] 진술조서와는 내용적으로 다르다. 증거규칙에서는 진술조서와는 달리 반대신문이 수월하다. 전체 진술을 어떻게 했느냐 여부가 아니라, 특정 진술을 했느냐 안 했느냐가 주로 쟁점이기 때문이다.

이런 두 가지 이유 때문에, 증거규칙에서의 반대신문과 진술조서의 반대신문은 성격이 다르다고 본다. 증거규칙에서의 반대신문은 재판에 준하는 절차에서 위증의 벌을 받을 각오로 진술한 것을, 사후에 다툴 수 있는 기회를 준다는 의미인 것이다. 그럼에도, 여기서는 이 두 가지 차이에 대해서 크게 문제 삼지 않으려고 한다. 증거규칙의 태도가 진술조서의 태도보다 낫다는 결론을 내려는 것이 아니기 때문이다. 정작 문제는 증거규칙과 진술조서가 공통적으로 차용한 반대신문의 방식에 있다. 즉, 사후적 반대신문이 문제다. 사후적으로라도 반대신문의 기회를 주면, 대질신문권을 보장한 것과 차이가 없는가. 이에 대해서 아래 살펴보기로 한다.

(3) 새로운 견해: 대질신문권의 재발견

결론부터 말하자면, 대질신문권이란 대질한 상태에서의 반대신문권이라고 보는 견해가 있다. 이것을 편의상 새로운 견해라고 이름 붙이기로 한다.[43]

앞서 <도표4>에서 대질신문권과 반대신문권에 대한 전통적인 견해를 음영 부

41) 법원행정처, 전게서, 110면.

42) 법 제292조 제3항 참조.

43) 시간적으로 뒤늦게 나온 견해라기보다는 대질신문권을 새롭게 해석하는 견해라는 의미에서 새로운 견해라는 이름을 붙인 것이다. 새로운 견해에 대해서는 Fred O. Smith, Jr., Crawford's Aftershock: Aligning the Regulation of Nontestimonial Hearsay with the History and Purposes of the Confrontation Clause, *Stanford Law Review* (March, 2008), pp.1518-22 참조; United States v. Inadi, 475 U.S. 387, 410 (1986); Phillips v. Neil, 452 F.2d 337, 348 (6th Cir. 1971); N.Y. Life Ins. Co. v. Taylor, 147 F.2d 297, 305 (D.C. Cir. 1945); Cipriotti v. Bd. of Dirs. of Northridge Hosp. Found. Med. Ctr., 147 Cal. App. 3d 144, 156 (1983) (assuming without deciding that defendants have a "right of immediate cross-examination") 등 참조.

분으로 표시한 바 있다. 그 음영부분을 도표 가운데로 밀고, 왼쪽에 대질신문권에 대한 새로운 견해를 위치시키면 아래와 같은 <도표5>가 나온다.

<도표5> 대질신문권에 대한 새로운 견해

<table>
<tr><td colspan="4">전문증거</td></tr>
<tr><td colspan="4">Crawford 이후</td></tr>
<tr><td>대질신문권
(새로운 견해)</td><td rowspan="3">↔</td><td>대질신문권
(전통적인 견해)</td><td>전문법칙</td></tr>
<tr><td rowspan="2">?</td><td rowspan="2">반대신문</td><td>A.반대신문 거침(원칙)</td></tr>
<tr><td>B.반대신문 안 거침(예외)</td></tr>
</table>

위 도표에서 보는 것처럼 전통적 견해에서는 대질신문권의 핵심 키워드가 반대신문이다. 그리고 대질신문권은 표의 오른쪽 부분인 전문법칙과 유래를 같이 하는 것으로,[44] 앞서 말한 것처럼 롤리 경의 재판을 통해 확립된 피고인의 권리라고 본다. 하지만 새로운 견해는 대질신문권의 독자적이고 새로운 의미를 중시한다. 도표에서 물음표로 표시된 부분이다.

전통적 견해에서는 반대신문=대질신문이고, 반대신문의 기회만 보장되면, 대질여부는 중요하지 않다고 보았다. 하지만 새로운 견해에서는 대질신문을 배심원 앞에서 즉각적으로 이루어지는 반대신문이라고 본다. 즉, 방점이 반대신문에 찍혀 있는 것이 아니라, 배심원 앞에서 '즉각적으로 이루어지는(right to immediate cross-examination)'에 찍혀 있는 것이다. 이를 다시 도표로 표현하면 다음과 같다.

<도표6> 대질신문권의 구체화

<table>
<tr><td colspan="4">전문증거</td></tr>
<tr><td colspan="4">Crawford 이후</td></tr>
<tr><td>대질신문권
(새로운 견해)</td><td rowspan="4">↔</td><td>대질신문권
(전통적인 견해)</td><td>전문법칙</td></tr>
<tr><td>선서와 위증의 벌 경고</td><td rowspan="3">반대신문</td><td>A.반대신문 거침(원칙)</td></tr>
<tr><td>반대신문</td><td rowspan="2">B.반대신문 안 거침(예외)</td></tr>
<tr><td>배심원과 증인의 대질</td></tr>
</table>

44) Kenneth Graham, *supra* note 19, p.210 (마치 "전문법칙의 헌법적 보장(a Constitutional version of the hearsay rule)"이 대질신문권으로 본다).

위 도표에서 보는 것처럼, 대질신문권의 고유한 의미는 증인에게 선서와 위증의 벌을 경고하고(1), 배심원이 보는 앞에서(3), 반대신문을 하는(2) 데 있다.[45] 같은 반대신문이라도, 사후적으로 이루어지는 반대신문이 아니라, 배심원 앞에서, 공판정에서 이루어지는 반대신문이다. 사후적 반대신문과는 달리 대질신문권을 보장할 때, 재판의 그림 자체가 근본적으로 달라진다. 증인신문이 내용적으로, 또, 형식적으로 공판정에서 이루어질 것이기 때문이다. 우리에게 익숙한 전문법칙과도 선을 그으며, 공판중심주의와 배심재판이 완벽하게 결합한 재판이 된다. 대질신문권이 노리는 바는 그것이다. 그렇다면, 과연 이런 의미의 대질신문권은 언제 시작된 것일까? 앞서 본 것처럼 롤리 경의 재판에서 유래하는 것일까? 새로운 견해는 그렇게 보지 않는다. 미국헌법이 창시되던 해에 새로 발명되었다고 본다. 즉, 위 도표에서 화살표 부분이 바로 미국헌법의 제정 시점이라는 것이다.

IV. 배심재판과 대질신문권

영국에도 배심원이 있었지만, 미국 헌법이 창시되던 순간까지도 영국은 배심재판다운 배심재판을 하지 않았다.[46] 영국은 진정한 의미에서 배심재판의 모국이 아니었다. 법관이 배심원을 거느리고 재판을 했을 뿐이지, 배심원이 재판에서 적극적인 역할을 하지 않았다.[47] 영국에서 재판은 직업법관에 의한 "가부장적(paternalistic)"[48] 재판이었다. 직업법관이 모든 것을 알아서 한 것이지, 배심원과 증인이 재판한

---

45) Crawford v. Washington, *supra* note 15, pp.1244-45 ("[T]he clause (1) insures that the witness will give his statements under oath--thus impressing him with the seriousness of the matter and guarding against the lie by the possibility of a penalty for perjury; (2) forces the witness to submit to cross- examination, the 'greatest legal engine ever invented for the discovery of truth'; [and] (3) permits the jury that is to decide the defendant's fate to observe the demeanor of the witness in making his statement, thus aiding the jury in assessing his credibility")(대질신문권의 3요소는 1) 증인에게 선서를 시키고, 위증의 벌을 경고함으로써, 사안의 중요성을 상기시키고, 거짓 가능성을 봉쇄함; 2) 증인을 "진실 발견을 위한 가장 위대한 엔진인" 반대신문에 붙임; 3) 배심원이 진술 당시 증인의 태도를 보면서, 증인의 신용성 여부를 판단하여, 배심원의 운명을 결정하도록 함") 참조.

46) Randolph N. Jonakait, The Origins of the Confrontation Clause: An Alternative History, *Rutgers Law Journal*, Vol. 27 (1995), p.93.

47) 상게서, p.86.

48) 상게서, p.114.

것이 아니었다. 미국헌법의 창시자들은 그 점을 명확하게 알고 있었고, "그런 재판에서 벗어나고 싶어했"[49]다. 존 핸콕을 변호하러 나선 존 애덤스는 당시 재판부에 대해 이점을 명확하게 선언하고 있다.

> 배심을 소환해서...공개된 법정에서 모든 증인을 신문해야 합니다. 당사자가 보는 앞에서, 대질을 해야 합니다.[50]

여기서 말하는 대질이라는 개념은 영국 법에서 계수한 것이 아니다. 영국 법에는 대질권, 대질신문권이라는 조항이 없다. 예전에도 없었을 뿐만 아니라, 지금도 없다.[51] 대질 개념은 영국 법에서 길어 온 것이 아니라, 로마 관리가 거행한 사도 바울의 재판에서 착안한 것이고,[52] 12세기 영국 문헌에서 따온 것이며,[53] 세익스피어의 「리어왕」에서 본 딴 것이다.[54] 즉, 미국 헌법의 창시자들은 대질이라는 개념 자체는 역사에서 길어오고, 배심재판은 영국 법에서 받아 와서, 배심원 앞에서 피고인이 증인을 대질한 상태에서 행하는 반대신문의 개념을 상정하고, 그걸 대질신문권이라고 불렀던 것이다. "모든 증인"과 "배심"을 소환해서 "당사자가 보는 앞에서" "신문"하도록 했다. 이 경우, 새로운 재판의 요체는 단순히 반대신문이 아니라, 대질신문이며, 대질신문권을 최초로 규정한 것이 바로 미국헌법이다.

---

49) 상게서, p.167 ("Americans moved away from the judge-dominated trial system").

50) Kenneth Graham, *supra* note 19, p.216 ("We ought to adopt it as a whole and summon a jury and be tried by Magna Charta. Every examination of Witnesses ought to be in open court, in presence of the Parties, Face to Face").

51) 영국 증거법에는 confrontation이라는 말이 없거나, 기껏해야 경찰 수사단계의 line-up에 나오는 개념이다. Michael Howard, Jonathan Auburn, Roderick Bagshaw, Douglas Day, Daniel Hochberg, Peter Mirfield, Katharine Grevling, Charles Hollander, Rosemary Pattenden, Hodge M. Malek, *Phipson on Evidence* (Sweet & Maxwell, 2005), p.400 참조.

52) Kenneth Graham, *supra* note 19, p.214 ("[T]o whom I answered, that it is not he manner of the Romaines for favor to deliver anie man to the death before that to which is accused, have the accusers before him, and have place to defend himself, concerning the crime") 참조.

53) Kenneth Graham, *supra* note 19, p.211 ("Constitutions of Clarendon [...] provided that laymen are not to be accused save by proper and legal accusers and witnesses in the presence of the bishop") 참조.

54) Kenneth Graham, *supra* note 19, p.213 ("King [...] orders [t]hen call them to our presence; face to face, [a]nd frowning brow to brow, ourselves will hear the accuser and the accused freely speak") 참조.

대질신문권의 의미를 좀더 명확하게 하기 위해서 미국 수정헌법 제6조를 전부 나열해 보면 다음과 같다.

1. 신속한 재판을 받을 권리
2. 공개재판을 받을 권리
3. 배심재판을 받을 권리
4. 기소 내용에 대하여 고지 받을 권리
5. 불리한 증인을 대질할 권리
6. 유리한 증인의 출석을 강제할 권리
7. 변호인의 조력을 받을 권리[55](강조선 필자)

수정헌법 제6조 하나에 이렇게 많은 피고인의 권리가 일렬로 규정되어 있다. 밑줄 친 대질신문권 조항 하나만 떼어 내면, 그저 피고인에게 불리한 증인 얼굴을 한 번 보는 권리로 읽힐지도 모른다. 하지만 위·아래 것들과 연결시켜 보면, 대질신문권 조항은 공판중심주의와 당사자주의·무기 평등의 원칙 등 공평한 재판의 패러다임의 일부이며, 나아가 패러다임 전체의 중심 역할을 하고 있음을 알 수 있다. 신속하게 공개법정을 열어서(1,2), 배심원을 부르고(3), 기소내용에 대해서 고지한 다음에(4), 증인을 불러 신문한다(5). 증인은 불리한 증인(5), 유리한 증인을 다 부를 것이며(6), 특히 내 편에는 변호인을 붙여 준다(7). 이런 권리들을 다 합치면 새로운 재판의 얼개가 그려진다. 그 얼개는 피고인과 검사, 고발자(accuser) 내지는 불리한 증인(witnesses), 모두의 대질을 전제로 한, 당사자주의다. 그리고 동시에 배심원의 입회하에 벌어지는 공판중심주의다. 즉, 모든 사건 관계자가 한 자리에 모여서 진실을 발견해 가는 재판의 모습이 된다. 만약 거기서 대질을 뺀다면, 수정헌법 제6조는 공허해진다.

대질신문권은 한 마디로, 배심원이 입회한 법정에서 증거를 수집할 것을 요구하는 권리를 뜻한다. 공판중심의 증거수집에 대한 권리가 대질신문권이며, 재판전(*ex parte*) 증거 수집을 금지하는 권리가 바로 대질신문권이다. 그래서 United

55) "In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and the cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence."

States v. Mattox는 “대질신문권의 가장 궁극적인 목적은 민사에서처럼 증거보전(depositions)이나 재판 전 진술서 작성(*ex parte* affidavit)을 형사에서는 못 하게 하기 위함”[56]이라고 선언하고 있는 것이다. 이를 도표에 정리하면 다음과 같다.

<도표7> 대질신문권의 목적

<table>
<tr><td colspan="5">전문증거</td></tr>
<tr><td colspan="2">Mattox</td><td></td><td colspan="2">Crawford 이후</td></tr>
<tr><td colspan="2">대질신문권
(새로운 견해)</td><td rowspan="4">↔</td><td>대질신문권
(전통적인 견해)</td><td>전문법칙</td></tr>
<tr><td rowspan="3">공판중심의 증거수집
재판 전 증거수집 금지</td><td>선서와 위증의 벌 경고</td><td rowspan="3">반대신문</td><td>A.</td></tr>
<tr><td>반대신문</td><td rowspan="2">B.</td></tr>
<tr><td>배심원과 증인의 대질</td></tr>
</table>

도표 왼쪽 매톡스에서 중요한 것은 반대신문 여부가 아니다. 그게 의미가 없지는 않지만, 궁극적인 목적은 아니다. 재판 전에 증거서류 등을 작성하는 것을 금지하는 게 대질신문권의 최종 목적이다. 모든 증인을 법정 안에, 배심원 앞에 세워서, 반대신문에 부치겠다는 말은, 공판중심주의를 철저하게 하겠다는 말에 다름 아니다. 대질신문권은 사실, 공판중심주의의 핵심 개념이다.

4. 소결

배심재판에서는 “중요 참고인의 법정에서의 증언 내용이 유·무죄를 가리는 핵심 증거가”[57] 된다. 따라서 “전문증거인 증거서류가 아니라 원본증거인 증인신문이 원칙적인 입증방법이라고 할 것이고[,] 최초의 증거신청 단계부터 진술조서가 아닌 증인신문을 신청하도록”[58] 해야 한다. 그것이 배심재판의 본령에 부합한다.

그럼에도 우리뿐만 아니라 미국의 증거규칙도 사후적으로 반대신문 기회를 보

56) Crawford v. Washington, *supra* note 15, p.1244 (“In Mattox v. United States, the earliest case to interpret the Confrontation Clause, the Court stated that the clause’s function was to prohibit the use of depositions or ex parte affidavits, which were admissible in civil cases, to convict criminal defendants”).

57) 법원행정처, 전게서, 110면.

58) 법원행정처, 전게서, 110-11면.

장하면서, 법정에서 최초로 수집하지 않는 증거에 증거능력을 부여했다. 그게 바로 반대신문과 대질신문을 같은 것으로 보는 종전의 견해였다. 명칭은 종전의 견해라고 하지만, 사실은 최근까지도 이런 견해에 따라서 대질신문권 조항이 해석되어 왔으며, 크로포드 판결이 그런 태도를 대표한다.

반면에, 새로운 견해는 1895년 매톡스 판결[59]을 대질신문권의 본령으로 읽고 재해석하는 경향을 대표하며, 그 요지는 미국 헌법 제정 당시의 순수한 배심재판으로 돌아가자는 것이다. 오늘날 미국의 증거규칙은 "정치적 타협의 산물"[60]로 순수성을 잃었다는 것은 주지의 사실이다. 피고인과 증인이 대질하여 첨예하게 다투던 재판에서 좀더 편한 재판으로 진화하는 과정에서 생겨난 게 각종 전문법칙의 예외고, 반대신문의 형해화다. 이미 공판 이전에서 진술할 것을 다했는데, 지금 뒤늦게 반대신문을 해 봐야 무슨 효과가 있을 것인가. 게다가 반대신문 자체만 해도 허점이 많은 장치다.[61] "증인은 배심원이 전혀 모르는 사람"[62]이며, 대질 상태에서 뚫어지게 쳐다봐도, 진실이 뭔지 일반인인 배심원들은 잘 모를 수 있다.[63] 그런데, 문제를 훨씬 더 복잡하게 만드는 게 바로 증인의 종전의 진술이다. 지금 말하는 것은 이거고, 종전에 말한 것은 이건데, 그 가운데 하나를 골라 심증을 형성하라는 복잡한 주문을, 최소한 배심원들에게 할 수는 없다. 배심원들은 그런 어려운 재판을 할 능력이 없다.

---

59) 매톡스 판결은 대질신문권을 증인의 진술을 법정에서 읽어주는 것을 막는 권리로 파악한다("The primary object of the constitutional provision in question was to prevent depositions or ex parte affidavits . . . being used against the prisoner in lieu of a personal examination and cross-examination of the witness in which the accused has an opportunity, not only of testing the recollection and sifting the conscience of the witness, but of compelling him to stand face to face with the jury in order that they may look at him, and judge by his demeanor upon the stand and the manner in which he gives his testimony whether he is worthy of belief. There is doubtless reason for saying that the accused should never lose the benefit of any of these safeguards even by the death of the witness; and that, if notes of his testimony are permitted to be read, he is deprived of the advantage of that personal presence of the witness before the jury which the law has designed for his protection"(강조선 필자)), Mattox v. United States, 156 U.S. 237 (1895), pp.242-43 참조.

60) Terence Anderson, David Schum, William Twining, *Analysis of Evidence* (Cambridge University Press, 2005), p.85.

61) Gregory Durston, *supra* note 12, pp.431-34 참조.

62) 상게서, p.433.

63) 본인들은 잘 알 수 있다고 하지만, 실제 연구결과는 상식과 다르다. 상게서, pp.432-33 참조.

V. 결 론

배심제도는 사실판단을 판사가 하는 제도도 아니고, 예비판사나 검사, 수사기관이 하는 제도도 아니다. 공개법정에서 배심원들이, 그것도 까다로운 심사 과정[64]을 거친 자격 있는 배심원들이 사실판단을 하는 제도를 우리는 배심제라고 한다.

문제는 배심원들에게 무엇을 보여 줄 것인가 하는 점이다. 만약 배심원들에게 사전에 작성한 조서 혹은 진술서, 서류 등을 보라고 한다면, 그게 "낭독"[65]이 되었든 "내용[의] 고지"[66]가 되었든, "제시"[67]가 되었든 그것은 배심제도의 본령에 부합할 여지가 없다. 법원도 참여재판의 초기에 이와 같은 우려를 표명한 바 있다.

> 증인신문은 증인의 증언내용뿐만 아니라 진술할 때의 표정, 태도, 목소리까지 법원의 심증형성에 영향을 미칠 수 있는 가장 중요한 증거방법이다. 그럼에도, 실제 형사재판에서 검사가 신청하는 증거방법은 증인신문이 아니라 수사기관이 사건관계인의 진술을 청취하고 그 내용을 기재한 진술조서와 같은 증거서류가 주종을 이루고 있었다. 대부분의 경우 증인신문은 피고인이 증거서류를 부동의하는 경우에만 사건관계인을 증인으로 신문하였고, 그 내용도 주로 문제된 증거서류의 진정 성립 여부에 초점이 맞추어져 있었다.[68]

법원의 우려와 같이 참여재판에서 조서의 진정 성립만 확인하는 식의 재판을 하게 된다면, 배심원인 국민에 대한 결례임은 물론이고, "사법의 민주적 정당성과 신뢰"[69] 회복에 오히려 찬물을 끼얹는 결과가 될 것이다. 그때 뒤늦게 부여하는 반대신문의 기회는 이미 증거로 성립된 조서에 대한 추인에 불과한 것이지, 실체발견에 도움이 되지 못한다.

따라서 최소한 배심원을 불러놓고 하는 참여재판에서는 증인과의 대질신문 구도를 최대한으로 만들어 가야 한다. 증거는 배심원이 보는 앞에서 처음 나오는 게 원칙이기 때문이다.

---

64) 참여법률은 제17조에서 배심원의 결격 사유, 제18조에서 직업 등에 따른 제외 사유, 제19조에서 제척 사유, 제20조에서 면제 사유를 규정하고 있다.
65) 법 제292조 제1항.
66) 법 제292조 제3항.
67) 법 제292조 제5항.
68) 법원행정처, 전게서, 109면.
69) 국민의 형사재판 참여에 관한 법률 제1조.

물론 실제로 대질신문이 어려운 경우가 있을 수 있다. 그런 경우라면 판사가 배심원에 앞서 증인신문을 하고 전 과정을 영상녹화하거나, 검사·변호사 쌍방 입회하에 증언의 전 과정을 영상녹화해서 법정에서 틀어줄 수도 있다. 소위 증거보전제도를 이용하는 것이며, 차선책이다. 이 차선책마저도 어렵다면, 증거규칙처럼 위증의 벌을 받을 것을 선서하고 증언하게 한 다음에 그에 대해서 법정에서 반대신문하게 하는 방법도 있다. 이런 경우의 수 가운데 어느 것으로 방향을 정할지에 따라, 참여재판의 모습이 달라질 것이다.

다만, 참여재판이라는 이름이 붙은 재판에서 절대로 하지 말아야 할 것이 하나 있다. 바로 재판 전에 수사기관이 작성한 조서를 배심원 앞에서 낭독하는 재판이다. 대질신문권의 대척점에 있는 것이 바로 그런 재판이다.

투고일 2009. 11. 25 **심사완료일** 2009. 12. 11 **게재확정일** 2009. 12. 14

참고문헌

금태섭, "크로포드 판결 이후의 미국 대법원 판례의 경향," **제2회 형사소송법 발표자료집** (형사소송법 연구회, 2009)

법무부, **개정형사소송법** (법무부, 2007)

법원행정처, "머리말," **국민참여재판의 이해** (법원행정처, 2007)

심희기, "시민의 관점에서 본 국민참여재판의 현황과 전망," 연세대학교 법학연구원 아시아법센터 (편), **국민참여재판의 현황과 개선방안** (연세대학교 법학연구원, 2009)

이재상, **신형사소송법** (박영사, 2008)

차동언, **형사증거법I: 공판중심주의와 전문법칙** (법문사, 2007)

Amber Alled Furbee, Legal Crossroads: The Hearsay Rule Meets the Sixth Amendment Confrontation Clause in Crawford v. Washinton, *Creighton Law Review*, June (2005)

Fred O. Smith, Jr., Crawford's Aftershock: Aligning the Regulation of Nontestimonial Hearsay with the History and Purposes of the Confrontation Clause, *Stanford Law Review* March (2008)

Gregory Durston, *Evidence: Text & Materials* (Oxford University Press, 2008)

John H. Langbein, *Torture and the Law of Proof* (University of Chicago Press, 2006)

Kenneth Graham, Confrontation Stories: Raleigh on the Mayflower, *Ohio State Journal of Criminal Law*, Vol. 3 (2005)

Kenneth W. Graham Jr., *T*he Right of Confrontation and the Hearsay Rule: Sir W. Raleigh Loses Another One, *Criminal Law Bulletin*, Vol. 8 (1972)

Michael Howard, Jonathan Auburn, Roderick Bagshaw, Douglas Day, Daniel Hochberg, Peter Mirfield, Katharine Grevling, Charles Hollander, Rosemary Pattenden, Hodge M. Malek, *Phipson on Evidence* (Sweet & Maxwell, 2005)

Randolph N. Jonakait, The Origins of the Confrontation Clause: An Alternative History, *Rutgers Law Journal*, Vol. 27 (1995)

Terence Anderson, David Schum, William Twining, *Analysis of Evidence* (Cambridge University Press, 2005)

<Abstract>

The Right of Confrontation in Jury Trial

Kim Heekyoon*

For a couple of centuries, our belief has been that the right of confrontation was imported from England to the United States with the rule against hearsay. They have served as great tools for the criminal defendant who wanted to cross-examine adverse witnesses summoned to the trial. However, it is also true, until recently, that practitioners and commentators have been more interested in analysing the rule against hearsay than the confrontation clause, because the former was much more flexible in reading and applying to the real world.

The result is that we now find a lot of hearsay exceptions in our criminal process code including those regarding various types of dossiers made by law enforcement personnel. Furthermore, we easily mislead the meaning of the confrontation right as a right to simply cross-examine a witness not at the time of testifying but sometime after giving his testimony. In a real trial, fact-finders are supposed to encounter a bundle of dossiers and witnesses who already talked about what they had seen in the crime scene in other process and now are ready to give some different versions of it.

Nonetheless, a professional judge can draw a meaningful conclusion from these confusing pieces of evidence because it is his work. However, single jurors who do not have any experience of handling fraudulent statements will not be able to sort out and assess exactly different versions of the testimony. Thus it is really required to simplify the process of witness-examination by guaranteeing the right to confront with witnesses before jurors to the defendant.

Key words: right of confrontation, cross-examination, jury trial, the rule against hearsay, Federal Rules of Evidence

---

* Assistant Professor of Law, Sungshin Women's University.