

재심이유인 명백성 판단의 객관화 방안에 대한 고찰

-일본의 증거구조론에 대한 논의를 중심으로-

A Study on Plans to Objectify the Judgment of Obvious Proof, a Reason for Retrial

-With a Focus on Discussions about the Constructed Evaluation
Theory of Japanese Criminal Procedure-

김 도 윤*

Kim, Do-Yoon

목 차

- | | |
|------------------------------|----------------|
| I. 여는 글 | III. 증거구조론의 법리 |
| II. 형사소송법 제420조 제5호의 증거의 명백성 | IV. 맺는 글 |

일본의 증거구조론은 주로 명백성을 재심이유로 하는 우리나라의 현행 재판실무에도 도움이 되는 논의라고 여겨진다. 증거구조론은 총합평가설에 따른 판단방법과 사실인정에 대한 합리적 의심의 발생을 법리적 전제로 삼고 있다.

증거구조론은 白鳥결정의 검토와 후속 연구 과정에서 형성되었고, 초기에는 재심청구인에 대한 불의의 타격을 방지하기 위한 목적으로 제시되었다. 그러나 계속된 연구를 통해 탄핵대상의 확정과 명백성 판단의 객관화·가시화를 목표로 하게 되었고, 이를 위해 재심대상판결의 사실인정과 증거 사이의 유기적 관련성 파악이 중시되었다. 파악된 구조에 새로운 증거를 대입하여 기존 증거와 총합평가할 경우 위 구조가 동요·붕괴할 때에는 재심을 개시하여야 한다는 것이 증거구조론의 기본적인 논의이다. 구체적으로는, 재심개시절

투고일 : 2017. 8. 23. / 심사의뢰일 : 2017. 9. 14. / 게재확정일 : 2017. 10. 11.

* 법무법인 공화 변호사

Attorneys at Law, Law Firm GongHwa

차에서는 확정판결의 해독 - 유죄인정을 뒷받침하는 증거들의 유기적 관련성 해명 - 새로운 증거와의 총합평가의 3단계를 거치게 된다.

증거구조론은 무고한 피고인 구제라는 재심의 입법목적 실현을 위한 것이며, 최종적으로는 예측가능성과 사법의 신뢰를 확보하고 실패를 교정하게 된다. 우리나라는 입법례나 재판 실태 · 사법신뢰 확보 면에서 증거구조론의 순기능을 기대할 수 있다. 다만 법리적으로 명백성에 요구되는 수준이 높고 기존 수사 · 공판기록과 증거확보가 어렵다는 점은 증거구조론 활용의 장애물이 될 수 있다. 이 점은 좀 더 엄격한 판단과 재심사건 수행에 대한 적극적 지원, 법원의 적절한 사실조사권 발동으로 보완하여야 한다. 증거구조론을 통해 명백성 판단을 좀 더 정교하게 해낼 수 있다면, 무고한 피고인 구제라는 재심의 입법목적도 공허한 구호만은 아닐 것이다.

[주제어] 재심, 명백성, 증거구조론, 총합평가, 피고인 구제

I. 여는 글

확정판결은 유죄 또는 무죄이유에 관한 논증이고, 증거를 들어 검사와 피고인을 설득하는 마지막 서면이다. 확정판결이 뛰어난 법적 논증으로 나아갔더라도 법리의 향연일 뿐 당해 사건에서 설득력을 갖지 못한다면, 본연의 기능을 잃고 장식적 서면으로 전락하게 된다. 판결의 권위는 독립된 법관의 중립과 법관이 한 판결의 논증에 대한 신뢰에서 나오므로, 위와 같은 판결은 형식적 확정력만을 가진 채 혼란을 가중시키게 된다. 특히 사실오인이 강하게 의심되고 피고인에 불이익한 결론으로 확정된 판결은, 국가형벌권의 실현 및 안정과 개인의 자유가 대립하는 현상이 된다. 이 중 대표적인 이유 몇 가지를 법으로 정하여 그에 해당할 때 확정판결을 바로잡고 피고인을 구제하는 절차가 바로 형사재심이다.

최근 들어 시국사건에서의 예외적 사건유형이자 전유물과 같이 여겨져 왔던 형사재심이 활성화되고 있다. 긴급조치로 인한 사건에서 대법원 판결을 새로운 증거로 제출하고 재심에서 무죄를 선고하는 실무는 이미 정착되었고, 2009년의 ‘수원역 노숙소녀 살인 사건’, ‘존속살해 무기수 재심사건’ 이나 ‘약촌오거리 살인사건’ 등 정치적 고려와는 거리가 먼 사건에서도 재심이 개시되었다. 이처럼 우리 나라 형사사법과 법리가 발전하고 있지만, 이 추세는 일본 변호사연합회 재심지원단이나 미국의 이노센스 프로젝트 및 뒤이은 재심 지원 활동에 비하면 좀 뒤늦은 감이 있다.¹⁾

이와 같은 역동적 현실에도 불구하고, 형사재심의 법리는 그에 미치지 못하고 있다.

물론 이런 현상은 법률의 규정과 실무가 아직 개선되어야 할 점이 많고 기존의 주장조차 제대로 관철되지 못한 데에서 나타나는 현상일 수도 있다. 그러나 형사재심의 실무에서 나타나는 문제점은 대부분 재심이유의 증명과 사실조사, 증거자료 확보에 관한 것이다. 형사재심 연구에서 늘 극복의 대상으로 언급하는 ‘재심청구인과 대리인의 부담’도 대부분 여기서 비롯된다. 이 점에서 바라보면 형사재심에 관한 기존의 연구들은 연구 성과에 불구하고 증명이나 사실조사, 재심대상판결의 구조 분석 등 당면한 문제를 적극적으로 다루지 못해 아쉬운 면이 있다.

이 글은 위와 같은 문제의식 아래에서 직접 형사재심 수행에 원용할 만한 외국의 논의를 소개하고자 한다. 해석론으로 확고하게 자리잡은 명백성 판단방법의 일환으로서 증거구조론을 소개하고, 그와 관련된 일본의 논의를 소개하는 것이다. 이를 기초로 우리나라에서의 증거구조론 활용가능성과 대안을 검토할 것이다.

증거구조론은 명백성 판단기준에 대한 일정한 결론을 전제로 하고 있다. 따라서 명백성 판단기준과 정도에 관한 견해차를 소개하여 전제로 삼은 뒤 증거구조론의 개념과 연원, 틀을 소개할 예정이다. 일본과 조문 구조가 같은²⁾ 우리나라 형사재심 재판과 실무에 증거구조론을 활용할 수 있는 가능성과 그 실마리를 제시하고, 이를 활용하여 포괄적 요건인 명백성 판단의 구체적 기준 내지 방법을 제시해보려는 것이 이 글의 궁극적인 목적이다.

II. 형사소송법 제420조 제5호의 증거의 명백성

형사소송법 제420조 제5호가 정하는 무죄를 인정하기에 ‘명백한 증거’는 불확정개념이고, 확정판결과 같은 법정 증거방법이 제시된 것도 아니다. 다른 재심이유는 확정판결로 증명되면 충분하므로(형사소송법 제420조 각호 참조, 다만 같은 법 제422조의 특례가

1) 위 활동들은 공통적으로 사회에 큰 반향을 불러일으켰다. 수사과정에 개입한 위법을 공판 단계에서 적절히 심사하지 못하였거나 막연한 과학적 증거에 대한 신뢰로 오판이 이루어진 사건들을 무죄로 이끌었다. 특히 DNA감정 등과 관련한 무수한 오판사건에 관하여는 押田茂實, 法医学者が見た再審無罪の真相, 祥伝社新書, 2014, 14頁 以下 참조.

2) 일본 형사소송법 제435조 제6호는 “유죄의 선고를 받은 자에 대하여 무죄 또는 면소를 선고할, 형의 선고를 받은 자에 대하여 형의 면제를 선고할, 또는 원판결에서 인정한 죄보다 가벼운 죄를 인정할 명백한 증거가 새로이 발견된 때”라고 하여, 우리 형사소송법 제420조 제5호와 같은 규정을 두고 있다. 아래에서 살피는 바와 같이 우리나라의 해석론도 위 조문 해석론의 영향을 받았다.

있다),³⁾ 원칙적으로 증거구조에 대한 별도의 판단이나 고민 없이 재심개시결정을 할 수 있다.⁴⁾ 하지만 위와 같은 포괄적 재심이유를 주장할 때에는(예비적 주장을 하는 경우를 포함한다), 원칙적으로 사실인정에 상당한 증명력을 가지는 확정판결⁵⁾ 명백성 판단에서 예외가 될 순 없다.⁶⁾ 따라서 새로운 증거를 제출하며 포괄적 재심이유를 주장한다면 확정판결이 사실인정의 자료로 사용한 기존 증거와의 대조 내지 평가는 불가피하다. 여기서 명백성의 판단기준 및 방법, 재평가의 범위 등의 기준이 필요하며, 이를 두고 견해가 대립한다.

1. 명백성의 판단방법

1.1 단독평가설

단독평가설은 재심청구인이 제출한 새로운 증거는 그 증거가치가 확정판결이 사실인정의 자료로 삼은 증거들에 비해 객관적 우위를 가져야 한다는 견해이다. 법적 안정성을 크게 중시하는 입장에서 재심의 제4심화로 인한 사법부의 업무부담 방지를 논거로 한다.

종래 판례는 증거가치에 있어 다른 증거들에 비하여 객관적인 우위성이 인정되는 것을 요구하여 단독평가설을 취하는 입장이었고,⁷⁾ 한 때 대법원은 이 입장이 확립된 판례라고 평가하고 있었다.⁸⁾ 학설로서는 크게 지지를 받지 못하는 편이었고, 대법원이 재심이유가 지나치게 제한되므로 재심제도의 취지에 반한다고 판시하여 이 입장을 포기하면서⁹⁾ 이제는 어느 정도 극복된 견해라고도 볼 수 있다.

-
- 3) 결론에 관계없이 확정판결로 오류가 증명되었다면 재심을 개시하여야 한다(대법원 2010. 9. 30. 선고 2008도11481 판결; 대법원 2012. 10. 19. 자 2009모1181 결정 참조).
 - 4) 다만 증거구조를 전혀 안 볼 수는 없다. 재심이유의 문언과 관련하여 허위로 지목된 증거가 직접 증거의 요지에 열거되어 유죄판결의 증거구조를 형성하여야 하는가는 다툼이 있기 때문이다. 관련 논의와 결론에 관하여는 김도윤, “형사소송법 제420조 제2호의 재조명 - 해석론과 운영상 개선방안을 중심으로 -”, 한양법학 제31권 제4호, 한양대학교 법학연구소, 2014, 78-79쪽 참조.
 - 5) 대법원 2012. 6. 14. 선고 2011도15653 판결.
 - 6) 확정판결을 제출하면서 신규형 재심이유를 주장한다면 아래에서 볼 명백성 판단방법에 관한 견해와 관계없이 받아들여질 확률이 매우 높다고 볼 수 있다. 참고로 실무에서는 긴급조치에 대한 대법원의 무효선언 판결(대법원 2010. 12. 16. 선고 2010도5986 전원합의체 판결; 대법원 2013. 5. 16. 선고 2011도2631 전원합의체 판결) 이후 대법원 전원합의체판결을 무죄를 인정할 명백한 증거로 제출하고 있다.
 - 7) 대법원 1990. 11. 5. 자 90모50 결정; 대법원 1991. 9. 10. 자 91모45 결정; 대법원 1999. 8. 11. 자 99모93 결정.
 - 8) 대법원 1995. 11. 8. 자 95모67 결정. 대법원은 이 결정에서 ‘객관적 우위가 인정되는 증거’에 대응하는 개념으로 ‘법관의 자유심증에 의하여 그 증거가치가 좌우되는 증거’를 제시하고 있다.

1.2 총합평가설

확정판결이 사실인정의 자료로 삼은 증거들과 새로운 증거를 종합하여 명백성을 판단 하라는 견해이다. 새로운 증거가 단독으로 더 높은 증명력을 가져야 한다는 단독평가설 과 달리, 기존 증거와 새로운 증거의 증명력 내지 증거가치가 모두 같다는 전제에서 이들 증거를 종합하여 그 증명력을 비교분석하는 방법으로 명백성을 판단해야 한다는 것이다. 현재 학설로서는 일반화된 입장이며¹⁰⁾ 대법원의 입장도 마찬가지이다.¹¹⁾ 그러나 구체적인 총합평가의 정도와 범위를 두고 입장이 통일되어 있지 않다. 아래에서 살펴 보기로 한다.

1.2.1 심증인계설

재심청구 수소법원은 독자적으로 새로운 증거평가를 할 수 없고, 확정판결의 심증을 이어받은 상태에서 새로운 증거의 증거가치를 혼합해 판단해야 한다는 견해이다. 현재 국내에서 지지받지는 못하고 있다.

1.2.2 제한적 재평가설

심증을 이어받지 않되, 새로운 증거의 중요성이나 쟁점과 유기적 관련이 있는 제한적 범위 내에서만 재평가를 해야 한다는 견해이다.¹²⁾ 아래에서 볼 전면 재평가설과의 대립 은 총합평가의 구체적 방법을 제시한 일본의 白鳥결정의 의미를 좁게 해석하기 위한 논쟁에서 비롯된 것이며, 그 산물이 제한적 재평가설이다. 그 형성과정은 다음과 같다.

1975년의 白鳥결정은 일본에서 재심의 패러다임을 뒤집은 획기적인 결정으로 평가받 았고, 현재도 철칙과 같은 선례로 받아들여지고 있다. 이 결정은 ‘새로운 증거와 다른 모든 증거를 종합적으로 평가하여 판단하여야 한다’는 입장을 취하였는데, 이에 대해 새로운 증거가 갖는 중요성과 그 입증명제, 그것이 유기적으로 관련되는 확정판결의 증거판단 및 그 결과인 사실인정에 어떠한 영향을 미쳤는가를 심사하여야 한다는 해석이

9) 대법원 2009. 7. 16. 자 2005모472 전원합의체 결정.

10) 총합평가를 지지하는 견해가 일반적이지만, 배종대/이상돈/정승환/이주원, 신형사소송법 제4판, 홍문사, 2012, 874쪽; 백형구, 형사소송법강의 제8정판, 박영사, 2001, 877쪽 등과 같이 총합평가의 구체적 방법을 명확히 밝히고 있지 않는 경우도 있다.

11) 대법원 2009. 7. 16. 자 2005모472 전원합의체 결정.

12) 노명선/이완규, 형사소송법 제3판, 성균관대학교 출판부, 2013, 876쪽. 임동규, 형사소송법, 법문사, 2012, 796-797쪽은 대법원 전원합의체결정 다수의견의 입장만을 소개하고 있다.

제시되었다.¹³⁾ 이 해석은 일부 지지를 받으면서 뒤이은 財田川결정 해설에도 원용되었고, 일부 실무가들의 논고 속에서 자각적으로 전개되었다.¹⁴⁾ 이 시도를 방어하기 위해, 일본에서는 재심개시절차의 구조론과 현실적 구제의 필요성을 논거로 삼아 제한적 재평가설에 대한 철저한 반박이 이루어졌다.

대법원은 재심대상판결을 선고한 법원이 사실인정의 기초로 삼은 증거들 가운데 새로 발견된 증거와 유기적으로 밀접하게 관련되고 모순되는 것들은 함께 고려하여 평가하겠다고 판시하고 있는데,¹⁵⁾ 제한적 재평가설을 취한 것으로 평가받고 있다.¹⁶⁾

1.2.3 전면 재평가설

재심대상판결의 심증을 이어받지 않고, 새로운 증거와의 관련성을 묻지 않고 전면 재평가로 나아가는 견해이다. 일본에서는 1975년의 白鳥결정의 의미를 두고 앞서 본 바와 같은 논쟁이 발생하자 최고재판소가 1976년 財田川결정을 통해 이 입장을 명확히 하였다고 평가받고 있다.¹⁷⁾ 국내 다수설의 입장으로 보이며,¹⁸⁾ 일본에서도 이 견해를 취하는 것이 일반적이다.

대법원 전원합의체결정의 별개의견도 재심대상인 확정판결이 사실인정에 채용한 구 증거들 중에서 새로운 증거와 유기적으로 밀접하게 관련·모순되는 것들로 그 범위를 제한할 것은 아니라고 하고 그 논거로 밀접관련성 개념이 모호하다는 점을 들고 있어,¹⁹⁾ 위 입장을 취한 것으로 평가받고 있다.

13) 이 내용은 白鳥결정에 대한 田崎文夫 판사의 조사관 해설에서 비롯되었다고 한다. 河上和雄 外, 大コンメンタル刑事訴訟法 10, 第2版, 青林書院, 2013, 13頁; 川崎英明, “刑事再審の問題状況”, 刑事再審と証拠構造論の全開, 日本評論社, 2003, 3頁 참조.

14) 川崎英明, 上掲 論文, 3頁.

15) 위 대법원 전원합의체결정의 다수의견.

16) 이상원, “재심이유의 확장”, 정의로운 사법(이용훈대법원장재임기념 논문집), 이용훈 대법원장 재임기념 논문 집간행위원회, 2011, 892쪽.

17) 川崎英明, 前掲 論文, 1・7頁.

18) 권오걸, 스마트 형사소송법 개정판, 형설, 2012, 994쪽; 김재완, 형사소송법, 법문사, 2013, 1005쪽; 손동권/신이철, 새로운 형사소송법, 세창출판사, 2013, 790쪽; 송광섭, 형사소송법 개정판, 형설, 2012, 865쪽; 신동운, 신형사소송법 제3판, 법문사, 2011, 1474쪽; 이은모, 형사소송법 제4판, 박영사, 2013, 917쪽. 이재상/조균석, 형사소송법 제11판, 2017, 817쪽; 이창현, 형사소송법 제3판, 피앤씨미디어, 2017, 1282쪽; 차용석/최용성, 형사소송법 제4판, 21세기사, 2011, 850쪽; 최영승, 형사소송법 제2판, 피앤씨미디어, 2013, 769쪽; 이호중, “형사소송법상 재심사유의 합리적 해석론”, 재심·시효·인권(공익과 인권 12), 서울대학교 공익인권법센터, 2007, 189쪽.

19) 위 대법원 전원합의체결정 별개의견.

1.3 개별적 검토설²⁰⁾

일본의 학자 井戸田 侃가 주장한 견해로, 재심대상판결의 사실인정에 의심이 있다고 인정하는 기준지표 8가지를 제시하고 있다.

즉 ① 간접사실을 인정할 때와 같이 재심대상판결 판결문상 몇 가지 증거를 총합평가하여 일정 전제사실을 인정하는 때는 새로운 증거에 의해 그 증거의 하나의 증명력에라도 합리적인 의심이 생겨난다면 사실오인의 의심이 있는 것이며, ② 증거의 요지를 보면 그로써 구성요건해당성을 인정하고 있을 때와 같이 재심대상판결의 판결문상 몇 가지 증거를 총합평가하여 유죄를 인정한 때도 새로운 증거에 의해 그 거시하고 있는 증거 하나의 증명력이나 그 간접사실에 합리적인 의심이 생겨날 때 역시 ①과 같고, ③ 새로운 증거에 의해 사실인정의 경과에 의문이 드는 때도 같으며, ④ 진범일 가능성이 있는 자가 출현한 것처럼 새로운 증거에 의해 재심대상판결의 결론과 양립할 수 없는 사실을 인정할 가능성이 있는 때도 사실오인의 의심이 있는 것이다. ⑤ 새로운 증거의 증명력, 관련성이 부족한 증거일지라도 재심대상판결이 거시한 증거로는 재평가해 보아도 재심대상판결의 사실인정에 간신히 이를 수 있거나 몇 개의 새로운 증거가 있는 때도 재심대상판결의 사실인정에 의심을 주는 때가 있을 수 있고, ⑥ 재심개시절차에서는 원판결의 증거평가를 판결문상 알 수 있는 경우 이를 변경할 수 없으며, ⑦ 재심개시절차에서는 *in dubio pro reo*의 원칙이 적용되고, ⑧ 유죄의 증거로 쓰이지 않은 증거는 새로운 증거에 의해 그 증명력이 감소되거나 영향을 미치더라도 검토의 대상이 되지 않는다고 한다.

이 견해는 기본적으로 일본의 재심 운용에 전환점이 된 白鳥・財田川결정의 판시를 기초로 하고 있다. 이 견해가 말하는 재평가의 범위는 증거의 요지에 열거된 바를 1차적 기준으로 삼는 것으로 보인다. 또한 ⑥, ⑦, ⑧의 경우는 재심개시여부를 결정하는 주된 기준이라기보다는 부차적 기준 내지 참고사항이라고 생각된다.

1.4 소결

어느 입장에 서서 논거로 삼더라도, 재심의 제4심화를 방지해야 한다는 주장은 실제 재심사건 실무 운영이나 관행상 그다지 유의미한 논거가 되지 못한다. 재심은 그 청구원

20) 井戸田 侃, “刑事訴訟理論と実務の交錯”, 有斐閣, 2004, 262-264쪽 참조; 김도윤, “형사재심절차의 구조 및 관련 쟁점에 대한 연구”, 건국대학교 대학원 석사학위청구논문, 2014, 57-58쪽에서 재인용.

인에 따라 상당히 다양한 양상을 띄고, 그 양상에 따라 실무 관행이 다양한 모습으로 구성되기 때문이다. 구체적으로는 위헌결정이나 긴급조치 위헌판결, 과거사 관련 재심, 소속법상 재심 등은 많은 경우 재판부에 큰 부담을 주지 않고, ‘약촌오거리 살인사건’과 같이 드러나지 않고 잠재되어 있는 일반사건의 재심은 청구원인사실마다 그 부담을 달리하며, 그 부담이 재판부만의 것도 아니다. 또한 확정된 형사사건이 일정 사례를 계기로 폭발적으로 재심사건으로 변모하는 것도 아니고, 재심은 어디까지나 법이 정한 재심이유를 갖추었다고 인정될 때 허용될 뿐이다. 결국 재심의 제4심화 문제는 굉장히 추상적인 우려라고 볼 수 있고, 그런 우려는 기존의 형사사법에 대한 나름의 불신을 자인하는 것이다.

그렇다면, 남는 것은 판결의 확정력을 통해 분쟁에 종지부를 찍어야 한다는 법적 안정성에 대한 존중이다. 이 문제는, 재심절차의 운영에 대한 큰 그림 내지 지도이념의 문제이지만 개별 조문의 해석에서는 ‘청구기각’이나 ‘엄격하고 보수적인 해석’ 외에 구체적인 지침을 주지 못한다. 특히나, 새로운 증거를 제출하여 다룰 때에는 명백성 판단의 기준이 되지 못하고 최종적인 판단에 영향을 미치는 가치관과 같은 위치에 머문다. 이런 맥락에서 본다면 명백성 판단방법에 관한 견해대립은, 현재 거의 지지를 받지 못하는 단독평가설을 제외하면 최소한 일정 범위 내에서는 총합평가를 해야 한다는 점에 다툼이 없다. 즉 견해대립의 중심이 총합평가의 범위 문제로 옮겨갔다고 보는 것이 타당하다.²¹⁾

이 상황을 기초로 제한적 재평가설의 문제점을 살펴보기로 한다. 앞서 본 제한적 재평가설을 둘러싼 일본의 논쟁은 우리나라에 그대로 전래되었는데, 그 맥락까지는 제대로 전달되지 못한 것으로 보인다. 일본 논의의 핵심은 선례가 된 白鳥결정 등의 취지를 왜곡하려는 시도인 제한적 재평가설을 반박하고, 전면 재평가를 재확인하여 일본의 권 위주의적 사법과 누적된 원죄사건을 해소하는 데 있다. 그러나 우리나라에서는 위와 같은 맥락이 거세된 채 학설의 내용만 평면적으로 도입된 것으로 보인다.

위와 같은 태생적인 한계 외에도, 제한적 재평가설을 해석론으로 삼기에는 여러 가지 문제점이 있다. 우선 제한적 재평가설은 밀접관련성 또는 직접관련성의 개념이 모호하여 불확정개념인 명백성 개념을 더욱 혼란에 빠뜨릴 수 있다. 더 큰 문제점은 간접적인 심증의 인계를 피할 수 없다는 점이다. 특히 새로운 증거와 밀접한 관련이 있는 기존 구 증거의 범위를 좁게 인정하면 실제로는 심증인계설, 더 나아가서는 단독평가설과

21) 김도윤, 위의 논문, 57쪽.

가까워지게 되며,²²⁾ 총합평가의 의미를 반감시켜버리는 문제가 있다.²³⁾ 결국 제한 없이 기존 증거와 새로운 증거를 전면적으로 재평가하여 새로운 증거가 무죄를 인정하기에 명백한 증거인가를 판단하여야 한다.

2. 명백성의 정도

형사소송법은 명백성의 판단방법 뿐만 아니라 어느 수준에 이르러야 명백하다고 볼 것인지에 관하여도 침묵하고 있다. 따라서 증거의 증명력이 어느 수준에 이르러야 무죄를 인정할 수 있는 명백한 증거로 인정할 수 있는지는 다툼이 생길 수밖에 없다. 이 쟁점은 확정판결에 대한 재심개시절차에서도 의심스러울 때는 재심청구인(피고인)에게 유리한 판단을 할 수 있는가의 문제로도 알려져 있다. 아래 소개할 증거구조론과 관련하여서는, 총합평가를 한 결과 새로운 증거의 증명력이 어느 정도 수준에 다다른 확정판결의 증거구조가 동요·붕괴하는가를 판단하는 기준으로 볼 수 있다. 명백성의 정도도 판단방법과 마찬가지로 증거구조론 논의의 전제이니, 함께 소개하기로 한다.

2.1 소극설(고도개연성설)

이 견해는 판결의 정당성이 의심되는 수준을 넘어 판결을 유지할 수 없을 정도의 고도의 개연성이 인정되어야 한다고 주장한다.²⁴⁾ 따라서 *in dubio pro reo* 원칙은 적용될 수 없고, 이를 적용하는 것은 증거의 명백성을 요구하는 명문규정 및 법관의 자유심증과 조화되지 않는다고 본다. 대법원의 입장이기도 하다.

2.2 적극설(합리적 의심설)

최고재판소가 白鳥결정에서 판시한 내용으로, 재심개시절차에서도 *in dubio pro reo* 원칙이 적용되며, 확정판결의 사실인정에 합리적 의심을 불러일으킬 정도면 명백성이 인정된다고 본다.²⁵⁾ 이 견해는 재심 문호를 확대하려는 시각에서, 재심청구인이 무죄 예측

22) 이호중, 앞의 책, 189쪽; 川崎英明, 前掲論文, 3頁 각주 5); 河上和雄 外, 前掲書, 14頁. 이 내용은 일본에서 반복적으로 등장하는 일반화된 비판이다.

23) 김재완, 앞의 책, 1005쪽; 이은모, 앞의 책, 916쪽.

24) 손동권/신이철, 앞의 책, 788쪽; 임동규, 앞의 책, 797-798쪽. 이재상/조균석, 앞의 책, 817쪽.

에 대한 적극적 입증을 요구받지 않는다는 점을 지적한다.²⁶⁾

2.3 절충설

이 견해는 *in dubio pro reo* 원칙이 무제한 적용될 수 없지만, 확정판결의 사실인정에 진지한 의문이 제기될 수 있을 정도에 다다르면 명백성이 인정된다고 한다.²⁷⁾ 재심심판 절차의 독자성을 강조하고 피고인 구제 및 법적 안정성의 조화를 고려하는 견해라고 볼 수 있다.

2.4 검토

헌법의 명문규정을 고려하면 선뜻 적극설을 취하기 어렵다. 헌법 제27조 제4항의 반대해석 때문이다. 절충설은 사건의 결론만을 기준으로 재심심판절차의 독자성을 바라 볼 것이 아니라는 점에서 전제에 한계가 있다. 새로운 사실인정은 재심심판절차의 몫이며, 재심개시절차는 재심이유 존부를 확인하는 역할만을 하기 때문이다. 앞서 본 바와 같이 재심사건은 다양한 스펙트럼을 지니며, 그 차이는 재심개시절차 뿐만 아니라 재심 심판절차 공판 진행 과정에서도 드러난다.

결국 해석론으로는 소극설을 취할 수밖에 없다. 중요한 것은 소극설이 대부분 재심청구를 기각하는 것 아니냐는 우려를 어떻게 불식시킬 수 있는가에 있다. 증거가치 평가는 자유심증의 영역이기 때문이다. 이는 전향적 판단이나 적극적 소송지휘 등으로 보완하여야 할 것이다. 어차피 확정판결의 사실인정에 의문이 있으면 결론이 어떻게 되든 재검토를 피할 수는 없다.

다만 아래에서 보는 바와 같이, 증거구조론에서의 증거구조 분석은 재심대상판결의 사실인정에 의심이 발생할 정도로 심증을 뒤흔드는지를 확인하는 데 목적이 있다. 또한 재심을 청구할 때는 대부분 사실인정에 의문을 갖게 되는 정도를 넘어, 뚜렷하게 무죄를 다툼만한 상황이나 증거가 존재할 때가 많다. 따라서 간접사실과 간접증거들을 모아 특정 공소사실을 인정하는 경우 중 일부를 제외하면 큰 차이가 발생한다고 보이지는

25) 日最高 昭和50. 5. 20.

26) 차용석/최용성, 앞의 책, 849쪽.

27) 배종대/이상돈/정승환/이주원, 앞의 책, 873쪽; 이호중, 앞의 책, 186쪽.

않는다.

아래에서는 증거구조론의 논의 기반이 되는 白鳥결정이 적극설을 취하고 있으므로 그 입장을 그대로 소개하고, 차이점이나 보완은 소개 후 별도로 논하기로 한다.

III. 증거구조론의 법리

1. 증거구조론의 개념과 연원

1.1 증거구조론의 개념

지금까지 소개한 기존의 명백성 판단방법과 정도에 관한 논의는, 명백성 총론에 해당한다고 할 수 있다. 그렇다면 총합평가는 어떻게 하는 것일까? ‘확정판결에 사실인정의 자료로 동원된 기존 증거와 새로운 증거를 종합’한다는 일정한 지침만으로는 다시 종합한 이후 어떻게 증명력을 파악·판단할 것인지 알 수가 없다. 최소한 명백성 총론에 해당하는 기존 논의들이 어떤 기반에서 적용될 수 있는지 명확히 할 필요가 있다. 심증형성이 눈에 띌 수 있거나 판단에 대한 최소한의 예측가능성을 짚어보는 가늠자대가 필요한 것이다.

증거구조론은 이처럼 명백성 각론의 역할을 하며, 재심대상판결의 심증형성 과정과 사실인정에 원용된 증거 간 유기적 관계를 단계적으로 파악하고 재검토하는 논의라고 정의할 수 있다.

1.2 증거구조론의 연원과 발전

1.2.1 논의의 기원

증거구조라는 표현은 白鳥결정에서 ‘유죄인정과 그 증거관계’로서, 財田川결정에서 ‘유죄인정과 대응 증거와의 관계’라는 모습으로 등장하였다. 총합평가를 위해 재심대상판결의 심증을 파악하기 위한 과정이었다. 여기서 白鳥결정이 재심개시절차에서의 판단 과정과 법리구성에 문제가 있었다는 비판이 제기되었고, 이 과정에서 증거구조론의 원시적 형태가 등장하였다.

光藤景皎는 재심청구에 대한 심판절차의 내용은 소송기록에 의한 원심에 나타난 사실 및 증거와 재심청구서 첨부 증거의 검토이며 후자가 핵심이라고 보았다.²⁸⁾ 그는 白鳥결정의 판시 분석에서 대전제가 된 법리 - 총합평가, 의심스러울 때는 피고인에 이익된 판단 - 에는 찬성하되, 재심개시절차에서 재심대상판결이 증거능력을 부여하지 않은 증거에 증거능력을 부여하거나 재심대상판결에서보다 더 높은 증명력을 부여하는 데 의문을 제기하고, 재심청구인 입장에서는 만전을 기하기 어렵고 불의타가 될 수도 있다고 비판하였다.²⁹⁾ 다시 심증을 형성해 총합평가를 한 뒤 증명력을 조정하는 등으로 재심청구인에 불이익한 결론이 될 수도 있기 때문이다. 하지만 光藤는 이 때 증거구조론이라는 용어나 명확한 관점을 설정하고 접근하지는 못하였고, 그 내용도 재심개시절차 심판범위의 한계를 제시하는 정도에 그쳤다.

그 뒤 鈴木茂嗣도, 光藤이 초기에 취하던 입장과 같이 재심개시절차의 구조론 관점에서 재심개시절차는 새로운 사실인정을 목적으로 하지 않는 사후심사 구조이고 확정판결 판단에 대한 합리적 의심의 존부를 확인하는 절차라는 점에 주목하였다.³⁰⁾

이러한 입장은 재심개시절차의 구조와 증거구조론이 별개 논의임에도 불구하고 종종 등장한다. 재심개시절차에서 새로운 증거의 명백성을 부정하고 재심청구를 기각하는 논리를 제시하기 위해, 재판부가 사실상 재심대상판결의 증거구조를 변경하는 무리한 시도를 하였기 때문이다.³¹⁾ 정식 공판절차가 아닌 결정절차에서의 사실관계나 증거평가 변경은 피고인의 방어권을 침해하게 되므로, 이런 변칙적 결정례들은 이론적 비판을 피할 수 없었다.

1.2.2 谷村政太郎의 견해 : 기본 틀의 형성

처음으로 증거구조론을 정립하여 골격을 형성했다고 평가받는 것은 谷村正太郎의 견해이다. 谷村의 견해를 일목요연하게 정리하면 다음과 같다.³²⁾

28) 光藤景皎, “再審に関する若干の問題”, *ジュリスト* 601号, 1975, 30頁.

29) 光藤景皎, 上掲 論文, 28頁. 같은 방법으로 심증을 다시 형성해 총합평가를 한 뒤, 재심청구를 기각할 수도 있기 때문이다.

30) 川崎英明, “刑事再審と証拠構造論”, *刑事再審と証拠構造論の全開*, 日本評論社, 2003, 116頁.

31) 예를 들어, 피고인의 경찰진술을 기재한 자백 취지의 피의자신문조서가 있고 감정결과를 보강증거로 하는 사례가 있다고 하자. 재심청구인이 새로운 증거를 제출하여 경찰 단계 피의자신문조서의 임의성을 다투자 앞서의 감정결과를 유죄인정의 증거로 파악하고 새로운 증거의 명백성을 부정한 뒤 결정으로 재심청구를 기각하는 것이다. 사실상 판결서의 증거의 요지를 변경하는 것과 같다.

32) 이 부분은 谷村政太郎, “再審と鑑定”, *再審と鑑定*, 日本評論社, 2005, 118-119頁를 요약하였다. 이 글은 원래

증거구조 분석	구체적 내용
① 재심청구의 시작은 ‘사건의 증거구조’ 확인	○ 사건과 피고인·청구인을 연결짓고 있는 증거 파악 ○ 진술 상호간의 관계 ○ 진술의 신빙성을 담보하는 증거 등의 파악
② 증거구조의 확인 방법	○ 수사가 완료되고 기소된 시점에 완성된 증거구조만으로는 불충분함 ○ 각 진술조서가 작성된 수사상 단계·시점 ○ 진술 변경이 갖는 의미 및 물증 발견의 계기 ○ 기타 증거 전체를 수사과정에 입각하여 분석 ○ 재심 단계에서는 사건 구조 파악이 쉽지만 확정판결이 사건 구조를 정확히 반영하는 데는 한계가 있음
③ 증거구조분석의 기능	○ 어느 문제 해명이 다른 증거에 미친 영향 ○ 그 영향이 사건 전체 구성을 얼마나 뒤흔드는가 ○ 무엇을 해명하면 사건 전체를 붕괴시킬 수 있나 ○ 위 전체에서 어떠한 감정이 필요한지 명백해지고 감정결과도 큰 효과를 갖게 됨³³⁾
④ 증거구조분석의 기반	○ 물증 중심의 사실인정 ○ 공소사실을 뒷받침하는 증거는 수사단계에서 경찰·검사의 영향 아래 작성된 조서임 ○ 객관적 사실입증과 탄핵을 위한 물증이 필요

정리하면, 谷村는 단계적 증거구조 분석을 통해 자의적 사실인정 및 진술 중심의 사실인정을 방지하고 객관적 사실인정과 명백성판단의 가시화·객관화를 추구하려 하였다. 유죄인정의 근거가 되는 증거들의 유기적 관련성을 해명할 목적이었던 것이다. 이 시도 역시 白鳥결정 등 재심에 감정결과 등이 개입한 원죄사건 분석에서 비롯된 것이었는데, 뒤에 소개하는 견해들과 비교해 보면 상당히 앞서나간 것이다.

1.2.3 光藤景皎의 논리 전개

光藤은 그 뒤 이전과 같은 입장을 유지하되 약간 관점을 바꾸어 접근하였다. 재심대상 판결의 유죄인정을 뒷받침하는 ‘결정적 증거’와 그 결정적 증거에 ‘기대는 증거’를 파악하기 위해서는 재심대상판결의 구조를 검토하여야 하며, 재심대상판결 유죄인정의 구조상 단순히 ‘기대는 증거’의 증명력을 기록만으로 재평가하여 높이는 것은 재심청구 수소법원의 임무를 넘어서서 허용될 수 없다고 보았다.³⁴⁾ 유죄인정에 쓰인 증거 간 관계와 그로 인해 형성된 구조를 파악하여 논리를 철저히 한 것이다. 증거 간 관계를 있는 그대로

1977년 自由と正義 28卷 4号에 게재된 것을 자신의 연구서에 그대로 재수록한 것이다.

33) 이 부분은 당시 연구대상이 되었던 사례들이 감정결과 및 감정의 전제조건과 밀접한 관련이 있어서, 감정결과를 새로운 증거로 제출하는 것을 전제로 쓰여져 있다. 증거구조론의 취지나 목적·기능을 고려하면, 같은 논리구조 아래 검증이나 다른 증거방법을 선택할 수도 있다고 보인다.

34) 光藤景皎, “再審についての若干の考察”, 法律時報 49卷 3号, 1977, 14頁.

파악해야 한다는 점에서 증거구조론의 틀로 접근하였다고 볼 수 있다.

光藤는 뒤이은 논문 “형사재심의 문제상황 - 주로 총합평가의 방법을 중심으로 하여”에서, 위 견해에서 더 나아가 증거구조를 분석하는 취지를 명확히 하였다. 앞서 본 바와 같이 白鳥・財田川결정의 의미를 둘러싸고 제한적 평가설(한정적 재평가설) 논쟁이 진행되자, 제한적 재평가설을 비판하고 전면 재평가설을 보강하는 입장에서 증거구조 개념으로 접근한 것이다. 이에 따르면, 제한적 재평가설이 말하는 새로운 증거와의 ‘유기적 관련성’을 새로운 증거 쪽에서만 본다면 그 관련성은 협소하게 되어 총합평가의 실질을 잃고 재심의 문을 좁게 하며, 구 증거 쪽에서도 재심대상판결의 증거구조를 보지 않으면 새로운 증거의 명백성은 적절히 판단할 수 없다고 한다.³⁵⁾ 또한 그는 재심은 증거가 서로를 보강하고 있고 이미 사실인정이 되어 있는 점에서 특수성이 있음을 지적하고, 사전에 새로운 증거 쪽에서만 증거의 사정거리를 헤아려서는 정당한 총합평가가 되지 않을 우려가 있다고 보았으며,³⁶⁾ 일정한 사실을 인정하고 있는 사실인정의 구조를 잊고 유기적 관련성을 협소하게 한정적으로 파악하는 것은 피해야 한다고 주장하였다.³⁷⁾ 즉 전면 총합평가를 위해 기존 증거로 형성된 재심대상판결의 증거구조 파악을 강조한 것이다.

이 관점은 뒤따른 연구 “재심법이론의 현상과 과제”에서 더욱 뚜렷하게 드러났다. 총합평가를 하여 재심대상판결의 사실인정에 합리적 의심이 있는지 판단하고, 이 때 재심대상판결의 증거구조를 우선 명백히 할 필요가 있다는 것이다.³⁸⁾ 다만 총합평가의 취지에 비추어 볼 때 재심대상판결의 심증을 재연할 필요는 있지만 그 심증에 구속될 필요는 없다고 하여³⁹⁾ 심증인계설이나 제한적 재평가로 해석될 여지를 제거하였다.

光藤의 논리는, 1992년의 名張 독포도주 사건 관련 결정 비판에서 정리되었다.⁴⁰⁾ 그는 비판의 전제로서, 총합평가에 의해 재심대상판결의 확정판결에 합리적 의심이 발생하는가를 판단 대상으로 하여, 기존의 유죄 인정이 주로 어떤 증거에 의해 뒷받침되고 있는가를 우선 알 필요가 있다고 주장하였다.⁴¹⁾ 그는 이를 뒷받침하기 위해 財田川결정과 최근

35) 光藤景皎, “刑事再審の問題状況-主として総合評価の方法を中心として”, 法律時報 53卷 5号, 1981, 10頁.

36) 光藤景皎, 上掲 論文, 10頁.

37) 光藤景皎, 上掲 論文, 11頁.

38) 光藤景皎, “再審法理論の現状と課題”, 法律時報 57卷 10号, 1985, 30頁 以下.

39) 光藤景皎, 上掲 論文, 30頁 以下.

40) 光藤景皎, “再審における証拠の総合評価”, 法律時報 64卷 8号, 1992, 26頁 以下.

41) 光藤景皎, 上掲 論文, 29頁.

의 재심개시결정들이 판시 중 재심대상판결이 근거로 한 증거를 열거하거나 ‘원판결의 유죄인정의 증거상 구성’ 등으로 재심대상판결의 증거구조를 분석하면서 논증을 시작하였다고 평가하고 있다.

두 번째로, 누차 강조하였듯이 재심개시절차에서 확정기록만으로 기존 증거의 증거가치를 변동하는 것은 재심개시절차의 성격에 반하여 허용될 수 없다고 보았다. 결정절차에서 이른바 새롭게 유죄인 방향으로 사실인정을 하게 되는 문제가 발생한다는 것이다.⁴²⁾ 光藤는 이 관점에서 名張 독포도주 사건 재심청구기각결정이 총합평가를 내세워 결정적 증거였던 감정결과를 배제한 대신 자백의 증명력을 대폭 끌어올려 무리하게 재심청구를 기각하였다고 지적하고 있다.⁴³⁾

川崎英明는 이 때까지의 光藤의 연구는 일련의 흐름이 있다고 지적하고 있다. 光藤는 재심개시절차의 성격 및 구조 면에서 ‘소송기록만으로’ 판단하여야 한다는 입장이었지만, 이를 버리고 명백성 판단의 대상은 재심대상판결 사실인정의 합리적 의심이 있는가라는 관점을 증거구조 분석의 근거로서 강조하고 있다는 것이다.⁴⁴⁾ 그는 光藤가 전개한 증거구조론의 핵심을 4가지로 정리하였다.⁴⁵⁾ ① 증거구조 분석의 과제는 기존 증거군의 유기적 연관의 해명이다. ② 증거구조 분석의 근거는 재심대상판결 사실인정에 의심이 생겨나느냐이며, 그 기능은 탄핵대상을 확인해 총합평가의 구조를 확인하는 것이다.⁴⁶⁾ ③ 증거구조를 기록만으로 파악하는 것은 총합평가의 틀을 바꾸는 것으로 재심개시절차의 성격에 반하여 허용되지 않는다. ④ 명백성판단은 증거구조 분석 - 총합평가의 2단계 과정이고 직접 새로운 증거를 투입하여 총합평가가 행하여지게 되어 있으며, 재평가는 독자적 판단과정으로서의 위치를 부여받지 못하고 있다. 결론적으로 光藤의 논리 전개는 명백성판단의 가시화·객관화 기능보다는 증거구조의 파악과정에 더 무게를 둔 것으로 보인다.

42) 光藤景皎, 上掲 論文, 29頁.

43) 光藤景皎, 上掲 論文, 31頁.

44) 川崎英明, 前掲 30) 論文, 108頁 以下. 川崎는 재심개시절차 판단의 성격에 관한 논의가 光藤에게 영향을 주었다고 추정하고 있다.

45) 이 내용은 川崎英明, 上掲 論文, 110頁 참조.

46) 이 평가에는 의문이 있다. 후술하는 바와 같이 川崎는 증거구조 분석이 재심청구에 의한 탄핵대상(쟁점)을 확정하는 기능이 있다고 보지만, 光藤은 白鳥결정의 취지에 따라 재심대상판결의 사실인정에 합리적 의심이 발생하는가를 검토할 뿐 川崎처럼 쟁점의 특정 효과까지 기대하지는 않는다.

1.2.4 大出良知의 논리 전개

大出良知가 증거구조론에 접근한 것은 1989년의 일이다. 그는 증거구조분석과 검토는 재심청구에 의한 탄핵대상을 명백히 하기 위해 필요하고, 재심대상판결이 어떤 증거에 의해 어떠한 사실을 인정하고 있는가의 대응관계를 가능한 한 확인하는 것이라고 보았다.⁴⁷⁾ 검토 결과 증거구조가 동요한다면 재심개시를 의미하는 것이 된다.

大出은 光藤이 결정적 증거를 중심으로 증거관계를 분석하고 위 두 가지를 구분하지 않는 것과 달리, 증거와 인정사실을 묶는 증거평가가 명시되어 있는가를 막론하고 거시 증거와 인정사실을 확인하는 것에 만족할 수밖에 없다고 주장하였다.⁴⁸⁾ 결과적으로는 재심대상판결의 증거평가 확인작업을 증거구조 분석과 구별하게 된다.⁴⁹⁾ 따라서 白鳥결정에 대한 비판도 논리적 흐름을 달리하게 되었다. 光藤가 증거구조를 왜곡한 것 자체를 문제삼은 반면,⁵⁰⁾ 大出은 거시증거 - 인정사실 간 대응관계는 변경되지 않았지만 재심개시절차 단계에서의 증거평가가 문제라고 보았다.⁵¹⁾

大出의 증거구조론은 확정판결로 인정된 유죄인정으로부터의 구제라는 재심제도의 존재근거 내지 이념이 이론적 근거임을 명확히 한 점에 의의가 있다.⁵²⁾ 증거구조 분석의 기능도 탄핵대상을 확정하기 위한 것으로 보면서, 이 논리로 재심개시절차에서 기존 증거의 평가나 증거구조를 변경할 수 없다고 보았다. 이는 앞서 본 光藤의 견해와 큰 차이가 있다.

1.2.5 小田中聰樹의 논리 전개

小田中聰樹도 白鳥결정 비판을 통해 증거구조론에 접근하였는데, 증거구조라는 표현을 피해 ‘증거적 기초’라는 개념을 쓴다. 그는 처음에는 재심개시절차의 구조를 상소심 유사의 사후심사심으로 이해하는 관점에서 光藤의 초기 입장과 같은 결론에 도달하였다.⁵³⁾ 당시에는 小田中은 재심대상판결의 유죄인정을 뒷받침하고 있는 증거적 기초에

47) 大出良知, “刑事再審の理論的現状と課題-白鳥・財田川決定と「明白性」問題の到達点”, 法律時報 61卷 9号, 1989, 55頁.

48) 大出良知, 前掲 論文, 55頁. 재심대상판결에 증거평가가 명시된 때에는 당연히 그걸 전제로 하는데, 이 상황은 객관적으로 확인가능하고 탄핵대상으로서 확정되어야 하며, 증거평가라도 유지되어야 하는 것은 아니라고 한다.

49) 川崎英明, 上掲 論文, 111頁.

50) 光藤景皎, 前掲 34) 論文, 14頁.

51) 大出良知, 前掲 論文, 55頁.

52) 川崎英明, 前掲 論文, 111頁.

상당히 증대한 의심이 발생하고 있음에도 불구하고, 합리적 의심이 없다고 하여 명백성을 부정하고 있음을 지적하였다.⁵⁴⁾

그는 같은 맥락에서 논리를 유지하였다. 앞서 본 연구에서 총합평가에 의해 기존 구 증거의 증명력을 재심대상판결보다도 불리한 방향으로 대폭 재평가하는 것을 부정적으로 보았는데,⁵⁵⁾ 이 문제를 구체적으로 해명하고자 하였다. 그는 우선 光藤가 재심대상판결의 증거구조를 검토하여야 하고 유죄인정의 구조상 증거의 증명력을 기록만으로 재평가하여 높일 수 없다는 입장에 찬동하였다.⁵⁶⁾ 이를 기초로, 재심대상판결이 인정한 사실과 다른 사실을 인정하는 것을 이유로 - 필자 주 : 재심개시절차에서 - 재심대상판결을 유지하는 것은 증거적 기초의 변경과 같이 이른바 새로운 유죄판결을 갖고 재심대상판결을 유지하는 것을 인정하는 것이므로 재심개시절차의 성질 등을 고려해 소극적으로 볼 수밖에 없다고 주장하였다.⁵⁷⁾

그는 그 뒤의 연구를 통해 명백성 판단의 대상은 재심대상판결의 사실인정이고, 사실인정은 일정한 증거적 기초를 가지므로 사실인정 검토는 결국 증거적 기초 검토로 귀착된다고 보았다.⁵⁸⁾ 따라서 재심대상판결의 구 심증에서는 거리를 두고 자유롭게 검토할 수 있지만, 판단대상이 일정 증거적 기초를 가진 사실인정이라는 점에서 보아 그 사실인정의 구조적 변화를 초래하는 재평가는 허용되지 않는다는 것이다.⁵⁹⁾ 총합평가의 방법에 관하여도, ① 우선 판단대상인 재심대상판결의 증거적 기초에 기해, 어떤 증거에 대해, 어떤 평가에 의해 어떤 사실이 인정되어 유죄인정에 이르렀는가를 구조적으로 분석·검토하고 ② 그 정당성에 관한 문제점을 도출하는 것을 전제로 총합평가에 나아가야 한다고 보며 ③ 그 결과 사실인정에 합리적 의심이 있고 정당성이 흔들리는가를 판단하라고 주장한다.⁶⁰⁾ 이는 다른 학자들이 주장하던 증거구조론의 일반적 논리와 부합하는 내용이다.

小田中の 이론은 독자적 연구로 발전해가면서 명백성 판단의 객관화·가시화에 기여

53) 川崎英明, 上掲 論文, 114頁.

54) 小田中聰樹, “誤判救済と再審の理論”, 誤判救済と再審, 日本評論社, 1982, 80頁. 이 글은 원래 1975년 法学セミナー 1975.12.호에 게재된 글 “再審と人權”을 자신의 연구서에 수록한 것이다.

55) 小田中聰樹, 上掲 論文, 81頁.

56) 小田中聰樹, “誤判事件と法律家の責任”, 誤判救済と再審, 日本評論社, 1982, 193頁.

57) 小田中聰樹, 上掲 論文, 193頁.

58) 小田中聰樹, “刑事再審研究の二〇年とこれからの課題”, 法律時報 66卷 8号, 1994, 4頁.

59) 小田中聰樹, 上掲 論文, 5頁.

60) 小田中聰樹, 上掲 論文, 5頁.

한 것으로 평가받고 있다. 종합평가의 구체적 방법을 제시하고, 명백성 판단의 대상은 재심대상판결의 사실인정임을 밝힘으로써 명백성 판단과 증거구조 분석의 가교를 마련한 것이다.

1.2.6 川崎英明의 논리 전개

川崎英明은 증거구조 분석의 의미는 재심개시절차에서의 탄핵대상 확정으로, 명백성 판단은 종합평가·전면 재평가의 객관적 구조를 확인하는 것이라고 한다.⁶¹⁾ 재심개시절차는 재심대상판결의 사실인정에 합리적 의심이 발생하는가를 확인하는 역할을 하므로 통상 절차와 달리 재심대상판결의 유죄인정을 뒷받침하는 증거구조 확인에서 출발해야 한다는 것이다. 그 외에 증거구조 분석은 확정판결의 유죄인정에 대한 합리적 의심의 발생과정을 객관화하는 의미가 있다고 보고, 종합평가에 의해 결정적 증거가 흔들리면 유죄인정의 증거구조가 흔들리는 것과 다름없고, 이는 합리적 의심이 발생하는 것으로 된다고 한다.⁶²⁾ 이 내용은 모두 大出과 같은 입장을 따른 것이다.

川崎는 大出의 견해에서 더 나아간다. 증거구조 분석의 과제는 재심대상판결을 뒷받침하는 증거군의 유기적 연관 해명과, 이 분석을 전제로 기존 구 증거 재평가에 의해 재심대상판결이 한 유죄인정의 질·강도의 해명이라고 주장한다.⁶³⁾ 그는 여기서 두 가지 척도를 제시한다. 분석한 결과 증명력이 떨어지는 증거에 의해 뒷받침되는 구조적으로 취약한 사실인정의 경우와, 구조적으로 견고해 보이지만 재평가해 보면 유죄인정을 뒷받침할 수 없을 정도로 취약해지는 경우는 증거구조가 붕괴되었다고 보아야 한다는 것이다.⁶⁴⁾ 그는 이와 같은 논증을 거치지 않은 여러 재심청구 기각결정을 비판하면서, 기존 재심대상판결의 증거구조와 재심개시결정이 유리되었고, 증거구조를 변경하는 것은 재심개시결정이 재심대상판결의 기존 증거 간 구조적 연관을 무시하고 있다고 한다.⁶⁵⁾ 비판 대상이 된 결정들은 특히 새로운 증거로 기존 감정결과와 배치되는 새로운

61) 川崎英明, 前掲 13) 論文, 20頁; 川崎英明, “再審請求棄却決定の論理と問題点”, 法律時報 61卷 9号, 1989, 57頁. 川崎는 白鳥·財田川결정도 같은 관점에서 접근한다. 특히 財田川결정은 白鳥결정의 판시를 전제로 재심대상판결의 증거구조 확인에서 출발하였다고 평가하고 있다.

62) 川崎英明, 前掲 13) 論文, 21頁.

63) 川崎英明, 上掲 論文, 21頁.

64) 川崎英明, 上掲 論文, 21-22頁. 우리나라에서는 명백성의 정도와 관련하여 후자가 문제될 수 있다. 이 경우 새로운 증거가 재심대상판결의 사실인정에 의심을 불러일으킬 수는 있으나 판례가 실시하는 객관적인 고도의 개연성은 갖추지 못한 상태이기 때문이다.

65) 川崎英明, “再審請求棄却決定の論理と問題点”, 法律時報 61卷 9号, 1989, 58頁.

감정결과를 제시하면서 재심청구를 한 사건들이었기 때문에, 과학적 증거의 증명력 평가와 관련된 심각한 문제가 뒤따랐다.

최종적으로, 川崎는 증거구조론의 목표를 다음과 같이 요약하면서, 수 차례의 재심개시결정을 통해 그 정당성을 확인할 수 있다고 한다.⁶⁶⁾

川崎는 우선 증거구조론의 이론적 근거는 재심제도가 확정판결의 잘못된 유죄인정으로부터 피고인을 구제하는 제도라는 재심의 존재근거와 이념이라고 한다.⁶⁷⁾ 재심절차에서 문제되는 것은 단순한 사실인정 문제가 아니고, 사실오인의 의심 등을 이유로 확정판결의 정당성에 의문을 던지는 것이기 때문이다. 이러한 川崎의 입장은 원론적인 것으로, 재심의 근거 논쟁에서 헌법적 근거설을 지지하거나 재심의 근거론으로 논의를 회귀하려는 것은 아니다.

두 번째는, 명백성 판단의 내실은 탄핵 대상인 확정판결의 증거구조의 동요·붕괴 유무 판단과 다름없고, 그 의미에서 확정판결의 증거구조가 명백성 판단의 출발점이고 귀착점이라고 한다.⁶⁸⁾ ‘무죄를 인정하기에 명백한 증거’는 재심개시의 요건이므로, 요건 해당여부를 판단하기 위한 전제로 유죄인정의 논증과정을 확인해 보아야 한다.

세 번째로, 증거구조 분석은 명백성 판단을 가시화·객관화하는 기능을 갖는다고 한다.⁶⁹⁾ 명백성 판단의 과정은 증거구조 분석, 이를 전제로 한 구증거의 재평가에 의한 (증거구조의)질·강도의 해명, 이에 기초해 새로운 증거를 투입한 총합평가라는 3단계를 거치며 이를 통해 명백성 판단이 가시화되고 객관화되는 것이다.⁷⁰⁾ 요컨대 불확정개념 적용에 관한 논증과정을 보여줌으로서 예측가능성을 높이고 결정의 신뢰를 얻을 수 있다.

1.2.7 정리

지금까지 살펴 본 논의를 정리하면 다음과 같다.

증거구조론은 원래 白鳥결정 등에서 나타난 법리상 오류를 비판하는 과정에서 등장하였다. 그 목적도 재심청구인에 대한 불의타 방지라는 소극적인 것이었다. 공판절차가

66) 川崎英明, 前掲 30) 論文, 118頁. 그는 榎井村事件 사건 재심개시결정에서 이 도달점이 명료히 나타난다고 하고 있다.

67) 川崎英明, 上掲 論文, 117頁.

68) 川崎英明, 上掲 論文, 117頁.

69) 川崎英明, 上掲 論文, 117頁.

70) 川崎英明, 上掲 論文, 117頁.

아니므로 재심대상판결의 사실인정 자체는 그대로 두라는 것이다. 이 입장은 제한적 재평가설 논쟁이 촉발됨에 따라 제한적 재평가설의 부당함을 지적하고 전면 재평가설을 정착시키기 위한 논리로 변모하였다. 이 과정에서 증거구조론은 별개 논의인 재심개시 절차의 구조론과 관련을 맺기도 하였는데, 주로 재심의 구체 범위를 다시 좁히려는 시도를 방어하기 위한 논리의 하나였다.

주로 소극적·방어적 입장이었던 증거구조론은, 재심대상판결의 거시증거·인정사실 간 관계와 증거가치 등을 파악하는 부분이 강조되면서 적극적 논리로 변모하게 된다. 증거구조 분석의 목적이 일종의 쟁점 확인인 ‘탄핵대상의 확정’으로 뚜렷해지면서 자연스럽게 명백성 각론에 유사한 지위를 갖게 된 것이다. 즉 추상적 개념인 명백성 판단에서 기존 심증을 분석적으로 확인하고 새로운 증거와 함께 재평가하여 재심대상판결의 사실 인정에 의심이 발생하는가를 확인하는 구체화가 이루어진 것이다. 현재 증거구조론은 전면적 재평가를 확고히 하는 단계를 넘어, 심증형성과정을 되짚어 보면서 불확정개념 판단을 명확하고 가시적으로 나타내는 기능을 하게 되었다. 이에 대하여는 실체적 진실에의 고집을 버리고 법률적으로 주어진 바를 검토·비판하는 점에서 실체적 진실에 과도하게 경도되는 데에 대한 반성을 찾으려는 평가도 뒤따르고 있다.⁷¹⁾

이 흐름 아래 증거구조론에 관한 학자들의 공통적인 주장을 정리하면, 다음과 같은 결론을 얻을 수 있다. ① 증거구조론은 잘못된 사실인정으로 인한 무고한 피고인을 구제한다는 이념에 기초를 두고 있다. 이 입장에는 최근 Nova형 재심이유 요건의 불명확성과 헌법재판소의 적극적 위헌결정으로 인해(헌법재판소법 제47조 제4항 참조) 형사재심에 법률상 문제까지 포함되어 의문이 있지만, 증거구조론의 목적은 정당성에 의문이 생긴 불이익한 확정판결을 유지해서는 안 된다는 이념적 기초를 실천하기 위한 것이라고 보면 충분하다. ② 증거구조 분석은 탄핵대상 즉 오판이 의심되는 쟁점을 명확히 하여 명백성판단을 객관화·가시화하는 데 목적이 있다. 이 논증 분석은 다분히 법철학적인 것이 아니다. 공소사실의 어느 부분을 어떤 증거로 뒷받침하며, 주요 증거의 증거능력을 뒷받침하는 증거, 진술의 신빙성 배척판단 등을 있는 그대로 확인하는 과정이다. ③ 증거구조 분석의 과제는 기존 증거들의 유기적 관련성을 해명하고 유죄인정에 이르는 자유심증을 밝혀내는 것이다. 따라서 증거구조 분석을 통해 재심개시결정에 이르기까지의 논증 과정은 재심개시결정에 대한 예측가능성과 신뢰를 확보하는 것을 목표로 하게 된다.

71) 松尾浩也의 견해라고 한다. 小田中聰樹, 前掲 58) 論文, 3頁.

2. 증거구조론의 논증구조

증거구조론은 아래에서 소개하는 바와 같이 3단계 논증구조를 갖는다. 이 중 핵심은 기존 구 증거의 증거구조 분석으로, 증거와 인정사실 간 관계 및 각 증거의 증명력에 대한 재심대상판결의 심증을 재구성하는 것이다. 이와 같이 심증을 복원한 뒤 새로운 증거와 종합하여 평가할 경우 기존 증거구조에 변동을 가져오거나 증거구조가 깨어지느냐가 ‘명백성’ 요건 판단의 관건이다. 이 논증구조를 단계적으로 살펴보면 다음과 같다.

2.1 확정판결의 해독

첫 단계는 확정판결(재심대상판결)의 문언 그 자체를 해독하는 과정이다. 이 과정은 확정판결의 구조를 형식적으로 확인하는 작업이다. 이는 본격적인 증거구조분석은 아니며, 판시 범죄사실에 대한 증거의 요지를 확인하는 것에 불과하다. 어느 증거를 취사선택하여 범죄사실 인정의 근거로 삼았는가를 파악하는 정도면 충분하다.

2.2 유죄인정을 뒷받침하는 증거군의 유기적 관련성 해명

두 번째 단계는 유죄인정을 뒷받침하는 증거, 즉 구 증거들의 증명력을 분석하는 작업이다. 이 단계까지는 아직 새로운 증거에 대한 평가는 이루어지지 않고, 새로운 증거와의 총합평가를 위한 준비과정에 해당한다. 여기서는 증거의 요지에 열거된 증거를 판시 범죄사실별로 재배치하는 것이 아니며, 자백의 보강증거나 증명력을 보강하는 증거와의 관계도 파악하여야 한다. 가장 중요한 것은 어떠한 증거를 결정적 증거로 하여 유죄인정으로 나아갔는가를 파악하는 것이다.

여기서는 실무상 관행과 관련하여 한 가지 난점이 있다. 피고인이 적극적으로 무죄를 다투는 경우 그 주장에 관한 판단을 기재하여 주기도 하지만,⁷²⁾ 유죄판결은 간이화 취지상 증거의 요지만을 기재할 뿐 관련 논증을 생략하는 경우도 많고, 증명력을 다룰 때는 원칙적으로 별도의 판단을 기재하지 않기 때문이다.⁷³⁾ 이는 단순히 자유심증을 다투는

72) 피고인이 인용증거의 증명력을 극력 다투거나 알리바이 주장 등이 이에 해당한다. 사법연수원, 형사판결서작성실무, 2012, 132쪽.

73) 형사판결서 작성방식 적정화에 관한 예규(재형 2014-1) 제5조(증거의 요지) ② 증명력에 대한 다툼에 대하여는 원칙적으로 별도의 판단을 기재하지 아니한다.

것을 넘어, 새로운 증거가 증명력에서 우위에 서 있어 유죄인정의 증거를 완전히 배척하고 재심대상판결의 증거구조를 무너뜨리게 될 때 - 정확히는 재심청구인이 그와 같이 주장할 때 - 문제가 된다. 이는 재심대상판결의 기재만에 의존하지 않고, 사건 기록을 종합적으로 검토하면서 유추할 수밖에 없다. 그러나 현실적으로는 기록보존 연한을 초과하여 기록을 폐기해 유기적 관련성을 해명하기 쉽지 않으므로, 사실조사권(형사소송법 제431조)을 적극적으로 활용하고 관련 증인과 물증을 최대한 확보하는 수밖에 없다.⁷⁴⁾

2.3 새로운 증거와의 총합평가

세 번째 단계는 총합평가이다. 증거구조분석을 기초로 수소법원의 입장에서 신규증거에 의한 전면적 재평가 즉 총합평가에 나아가는 증거의 명백성 판단이 이뤄지는 것이다. 명백성 판단과 관련된 학설이 말하는 진정한 의미의 총합평가도 이 때 이루어지며, 새로운 증거도 이 때 동원된다. 이 단계를 거치면서 재심대상판결의 사실인정에 합리적 의심이 발생하였는가를 확인한다. 두 번째 과정까지 명백성 판단의 대상과 구조를 파악하였으므로 세 번째 단계에서 관련 쟁점을 중심으로 총합평가를 한다는 점이 뚜렷해지고, 명백성 판단이 가시화·객관화될 수 있다. 이 새로운 증거를 포함한 재평가 과정에서 재심대상판결 증거구조가 동요·붕괴하는가를 확인할 수 있다. 그 결과 새로운 증거가 기존 구 증거의 증거능력·증명력을 유지할 수 없도록 영향을 미쳐 인정된 범죄사실을 유지할 수 없다면 재심개시결정을 하여야 한다. 새로운 증거는 주로 기존 구 증거의 증명력을 전면적으로 반박하거나,⁷⁵⁾ 인정된 소송법적 사실에 영향을 주어 증거능력을 탈락시키는 식으로 영향을 미칠 것이다.

증거구조를 동요·붕괴시키는 것은 주요사실에 관한 것에 국한하지 않는다. 제5호 재심이유의 법문언상 아무런 제한을 두고 있지 않기 때문이다. 오히려 증거구조의 동요는 간접사실과 증거능력의 기초사실에 대한 증거나 자백의 보강증거를 뒤흔들 때 더욱 뚜렷하게 나타날 수 있다.⁷⁶⁾

그 외에 재판예규인 판결서 작성방식에 대한 권장사항(1998.8.20. 재판예규 제625-1호로 제정된 것)도 수인에 대한 조서의 내용이 같거나 비슷할 때에는 그 중 증명력이 가장 높은 것 하나만을 거시함을 원칙으로 하고(제17조 제4항), 보강증거는 가장 확실한 것 하나만을 거시함을 원칙으로 하도록 하고 있다(같은 조 제5항).

74) 대법원 2004. 9. 24. 선고 2004도2154 판결도 이런 현실에서는 잔존 자료에 의해 알 수 있는 재심대상판결의 증거들과 새롭게 제출된 증거들의 증거가치를 종합적으로 평가하여야 한다고 판시하고 있다.

75) 같은 감정사항·사실에 관하여 상반된 감정결과가 제출되는 경우를 예로 들 수 있다.

76) 김재완, 앞의 책, 1001쪽 참조.

여기서 유의할 점은, 총합평가를 하더라도 기존 구 증거의 증명력에 대한 평가를 바꾸어서는 안 된다는 것이다. 새로운 증거를 제출하여 사실인정과 증거능력·증명력을 탄핵한 결과 일부 구 증거가 탈락할 수 있다. 그럼에도 불구하고 유죄라는 결론을 유지할 수 있을 때에만 명백성을 부정하고 재심청구를 기각할 수 있다. 이 한계를 넘어 나머지 구 증거의 증명력을 높이는 등으로 재심대상판결을 유지할 수는 없다. 이는 피고인의 공판절차에서 사실인정을 다룰 수 있도록 하는 절차보장을 침해할 수 있다.

3. 우리나라에서의 활용가능성

3.1 긍정적 요소

지금까지 살펴본 바와 같이, 일본은 명백성 판단의 가시화·객관화를 위한 상당한 논의를 축적하였고, 실제로 사안의 검토에도 영향을 주고 있다. 이러한 논의는 일본 고유의 논의에 불과한 것일까? 개인적으로는 그렇지 않다고 생각된다. 그 이유는 다음과 같다.

우선 입법례 면에서, 우리나라와 일본은 형사재심 관련 규정이 흡사하다. 조문의 문언이 같고, 앞서 본 명백성 해석론을 공유하는 상황에서는 비슷한 해석론이나 대안을 공유하여도 큰 문제가 없다. 두 나라는 형사재심의 실제 운영에서도 그다지 두드러진 차이를 보이지 않는다.

두 번째는 재심청구의 실태와 관련이 있다. 재심청구를 할 때 주장되는 재심이유 대부분은 제420조 제5호의 ‘무죄를 인정하기에 명백한 증거가 새로 발견된 때’이다. 예비적 주장인 경우를 포함하더라도 마찬가지이다. 일본에서 이슈화한 수많은 사건들도 다양한 청구원인이나 수사절차·증거평가의 하자를 지적하고 있으나, 결론적으로는 그 주장을 뒷받침할 수 있는 새로운 증거가 발견되었다는 이유로 재심청구를 하고 있다. 이 상황에서 재심청구인 쪽이 사실상의 거증책임, 최소한 증거를 우선 제출하고 법원의 판단을 촉구하는 입장에서 큰 부담을 지고, 법원은 기존에 제출된 증거와 새 증거를 종합하여 재심개시 여부를 판단하고 있다. 그렇다면 재심개시를 원하는 재심청구인 입장에서는 불확정개념인 명백성 판단에 최소한 예측가능성이 담보되고, 그 판단과정을 가시화할 수 있는 논리가 절실하다고 할 것이다. 따라서 증거구조론에 따른 증거구조 분석으로 예측가능성과 판단과정을 가시화하여 재심청구인의 수요를 충족시켜주는 역

할을 하여야 한다.

세 번째로, 증거구조론은 사법의 실패와 교정을 위한 거시적 분석에도 도움이 된다. 증거구조 분석을 거치면서 사법의 오류가 발생한 부분을 좀 더 정확하게 짚고 분류하여 유형화하기 쉽고, 자유심증주의 운영의 개선과 법관의 심증형성에 관한 연구에도 기초 자료로 활용할 수 있을 것이다.

3.2 부정적 가능성

3.2.1. 법리상의 장애물과 우리 현실에 따른 개선

법리상 장애물은 한국과 일본이 명백성의 정도에 관한 유권해석을 달리한다는 점이 다. 우리나라에서는 2009년에서야 명백성 판단방법에 관한 판례변경이 이뤄진 반면, 증거구조론은 명백성의 정도까지도 완화된 白鳥결정의 판시를 기초로 형성되었기 때문이다. 명백성 인정에 좀 더 까다로운 우리나라 유권해석을 고려한다면, 증거구조론이 말하는 ‘재심대상판결의 사실인정에 의심이 발생할 정도’라는 기준만으로는 유권해석이 제시하는 고도개연성을 만족시키기 쉽지 않아 보인다.

우리나라의 유권해석이 명백성의 기준을 높게 잡는 이유는, 판결의 확정력에서 비롯된 법적 안정성을 중시하고, 새로이 제출되는 증거가 단독으로 손쉽게 확정판결의 사실인정을 깨뜨리는 것을 우려한 데서 비롯되었다고 볼 수 있다. 이는 현재 총합평가를 요구하는 유권해석과 모순된다고 볼 수도 있지만, 합리적 의심의 발생만으로 곧바로 재심을 개시하기에는 재심이유를 뒷받침할 새로운 증거의 스펙트럼이 너무 다양하고 사건의 모든 관련자들을 형사절차로 다시 끌어들이는 위험을 발생시킨다는 점도 무시할 수는 없다. 더욱이 증거구조론에서의 증거구조 분석은 총합평가를 준비하고 명백성 판단을 객관화·가시화하기 위한 것이므로 명백성의 정도에 관한 것은 어느 정도 조절가능한 척도라고 볼 수 있다. 최종적인 판단 단계에서의 척도만을 고도개연성 기준에 따라 판단하더라도 증거구조론의 기능은 충분히 다할 수 있다고 여겨진다. 이는 헌법 제27조 제4항의 반대해석을 고려하여 합헌적 해석으로 보완하는 방법이기도 하다. 헌법 제27조 제4항의 문언의 의미를 치밀하게 따져보아 법리를 보완하거나 뒷받침할 수 있겠지만, 현존하는 유권해석과의 관계 및 소송전략이라는 관점에서 한 번의 기회가 중요한 재심청구인에게 모험을 강요할 수는 없다(형사소송법 제434조 제2항 참조).

지금까지 소개한 일본의 논의에 따르면, 탄핵대상 확정까지의 논의는 변용 없이 곧바

로 활용할 수 있을 것이다. 다음 단계가 문제인데, 증거구조론에 따른 재심개시의 기준인 ‘확정판결의 사실인정의 동요·붕괴’를 우리에게 맞게 활용하기 위해서는 이에 대한 논의 중 일부는 그대로 활용하고, 일부는 고도개연성설에 맞게 좀 더 엄격한 기준을 제시할 수밖에 없다. 이 상황에서, 증거구조론을 활용하기 위해 다음과 같은 고려가 필요하다.

첫 번째는 光藤가 일관하여 제시하는 기준인 ‘결정적 증거’여부를 활용하는 것이다. 새로 제출된 증거가 유죄 인정의 결정적 증거나 주요 증거를 반박 혹은 증명력을 감쇄시켜 새로운 증거와 함께 총합평가를 한 결과 재심대상판결의 증거구조를 유지할 수 없는 경우 고도의 개연성을 인정하는 것이다. 이 때는 곧바로 증거구조가 붕괴되므로 증거구조론을 별다른 변용 없이 그대로 활용하여도 무방하다.

두 번째는 간접사실을 종합하여 유죄로 하는 사실을 인정하는 경우이다. 현실적으로 구분이 쉽지 않은 부분이지만, 고도개연성설을 유지할 경우 이 때는 엄격하게 판단할 수밖에 없다. 따라서 단순히 사실인정에 동요가 오거나 재심대상판결의 사실인정과 다른 사실이 존재할 수도 있다고 여겨지는 정도로는 재심개시결정을 할 수 없고, 종합하여 평가할 때 최소한 재심대상판결에 열거한 증거의 일부를 유죄인정의 증거로 열거할 수 없도록 증명력에서 우위에 서거나 새로운 증거구조를 구성해야 할 수밖에 없는 때 재심개시결정을 하여야 한다. 즉 간접사실을 인정한 판결서의 증거의 요지 기재가 변경될 수 있을 때 재심개시결정을 하는 것이다.

3.2.2. 현실상의 장애물

법리적인 문제보다 현실적인 장애물은 재심대상판결의 수사·공판기록 확보이다. 이는 모든 재심청구인이 직면하는 문제이고, 증거구조론 고유의 문제가 아니라 현행 형사재심 구조에서 기본적으로 내포된 증명부담의 문제이다. 현재 정형화된 실무관행으로 처리되고 있는 위헌결정 사건이나 과거사·긴급조치 사건을 제외하면 여전히 재심청구인이 막대한 증명부담을 지고 있다. 형사절차에서도 전자소송 데이터베이스가 구축되면 이 문제가 일부 해결될 수 있겠지만, 재심의 대상이 되는 사건 대부분은 판결이 확정되고 상당기간이 지나 이미 기록보존연한이 만료된 비전자기록 사건이 많을 수밖에 없고, 과거 형사절차의 미비 및 부족한 인권의식 아래 진행된 수사·공판관행들을 고려하면 이 문제는 전자소송화로 해결되지는 않을 것이다. 결국 신규형 재심이유를 근거로 재심청구를 할 때에는 증거구조 분석을 할 만한 기초자료 수집조차 쉽지 않는데, 이 부분은

재심사건 수행에 대한 적극적 지원과 법원의 적절한 사실조사권 발동으로 보완할 수밖에 없다.

3.3 정리

증거구조론은 우리나라와 해석론을 공유하는 일본에서 비롯되었고, 재심청구인에 예측가능성을 제공하는 면에서 중요한 의미를 갖는다. 법리적 문제는 유권해석에 맞게 최종 결론을 내릴 때 조금 더 엄격히 판단하고, 그 외에 재심사건 수행에 대한 적극적 지원과 사실조사권 발동으로 현실적 문제를 보완하여야 한다.

IV. 맺는 글

형사사법의 신뢰는 그 판결의 공정함 뿐만 아니라, 올바르고 적정한 사실·법률판단을 하였는가에도 크게 좌우된다. 그런 점에서, 형사재심은 재판부의 과실 여부와 관계없이 과거에 일어난 사법의 실패를 반성하고 교정하는 제도이다. 재심청구인과 변호인은 그 단초를 제공하고, 재판부는 다시 판결함으로서 현상을 파악하고 새 판결을 지향점으로 삼게 된다.

이러한 관점에서 새로운 증거를 제출하여 이를 근거로 재심청구를 할 때에는, 기존 판결의 증거구조를 파악하는 것이 더욱 중요해진다. 기존의 심증을 기존 증거와 새로운 증거를 총합 평가하는 과정에서는 기존 증거들이 유죄판결에 이르기까지 어떠한 증거구조를 형성하고 있었는지 파악하여야 하고, 사법의 실패가 절차 중 어느 과정에서 어떤 모습으로 나타났는지를 정확히 파악할 수 있기 때문이다. 이 과정에서 명백성이라는 불확정개념 판단 과정도 객관화·가시화되어, 사법신뢰 증진에도 기여할 수 있게 된다. 증거구조론을 통해 명백성 판단을 좀 더 정교하게 해낼 수 있다면, 무고한 피고인 구제라는 재심의 입법목적도 공허한 구호만은 아닐 것이다.

참고문헌

1. 단행본

- 권오걸, 스마트 형사소송법 개정판, 형설, 2012.
- 김재완, 형사소송법, 법문사, 2013.
- 노명선/이완규, 형사소송법 제3판, 성균관대학교 출판부, 2013.
- 배종대/이상돈/정승환/이주원, 신형사소송법 제4판, 홍문사, 2012.
- 백형구, 형사소송법강의 제8정판, 박영사, 2001.
- 사법연수원, 형사판결서작성실무, 2012.
- 손동권/신이철, 새로운 형사소송법, 세창출판사, 2013.
- 송광섭, 형사소송법 개정판, 형설, 2012.
- 신동운, 신형사소송법 제3판, 법문사, 2011.
- 이상원, “재심이유의 확장”, 정의로운 사법(이용훈 대법원장 재임기념 논문집), 이용훈 대법원장 재임기념 논문집간행위원회, 2011.
- 이은모, 형사소송법 제4판, 박영사, 2013.
- 이재상/조균석, 형사소송법 제11판, 2017.
- 이창현, 형사소송법 제3판, 피앤씨미디어, 2017.
- 이호중, “형사소송법상 재심사유의 합리적 해석론”, 재심·시효·인권(공익과 인권 12), 서울대학교 공익인권법센터, 2007.
- 임동규, 형사소송법 제8판, 법문사, 2012.
- 차용석/최용성, 형사소송법 제4판, 21세기사, 2011.
- 최영승, 형사소송법 제2판, 피앤씨미디어, 2013.
- 河上和雄 外, 大コンメンタール刑事訴訟法 10, 第2版, 青林書院, 2013.
- 押田茂實, 法医学者が見た再審無罪の真相, 祥伝社新書, 2014.

2. 학술지

- 김도윤, “형사소송법 제420조 제2호의 재조명 - 해석론과 운영상 개선방안을 중심으로 -”, 한양법학 제31권 제4호, 한양대학교 법학연구소, 2014, 73-90쪽.

大出良知, “刑事再審の理論的現状と課題-白鳥・財田川決定と「明白性」問題の到達点”,

法律時報 61卷 9号, 1989.

小田中聰樹, “誤判救済と再審の理論”, 誤判救済と再審, 日本評論社, 1982.

_____, “誤判事件と法律家の責任”, 誤判救済と再審, 日本評論社, 1982.

_____, “刑事再審研究の二〇年とこれからの課題”, 法律時報 66卷 8号, 1994.

川崎英明, “再審請求棄却決定の論理と問題点”, 法律時報 61卷 9号, 1989.

_____, “刑事再審の問題状況”, 刑事再審と証拠構造論の全開, 日本評論社, 2003.

_____, “刑事再審と証拠構造論”, 刑事再審と証拠構造論の全開, 日本評論社, 2003.

谷村政太郎, “再審と鑑定”, 再審と鑑定, 日本評論社, 2005.

光藤景皎, “再審に関する若干の問題”, ジュリスト 601号, 1975.

_____, “再審についての若干の考察”, 法律時報 49卷 3号, 1977.

_____, “刑事再審の問題状況-主として総合評価の方法を中心として”, 法律時報 53卷 5号, 1981.

_____, “再審法理論の現状と課題”, 法律時報 57卷 10号, 1985.

_____, “再審における証拠の総合評価”, 法律時報 64卷 8号, 1992.

3. 학위논문

김도윤, “형사재심절차의 구조 및 관련 쟁점에 대한 연구”, 건국대학교 석사학위청구논문, 2014.

[Abstract]

A Study on Plans to Objectify the Judgment of Obvious Proof, a Reason for Retrial

**—With a Focus on Discussions about the Constructed Evaluation
Theory of Japanese Criminal Procedure—**

Kim, Do-Yoon*

The constructed evaluation theory of Japanese criminal procedure is considered to be helpful for the practical affairs of current trials in South Korea in which obvious proof is the main reason for retrial. In the constructed evaluation theory, the judicial premises are the judgment methods according to the total evaluation theory and reasonable doubts about fact finding.

The constructed evaluation theory was formed in the process of reviewing Shiratori rulings and conducting follow-up research. In its early days, it was presented to prevent unexpected damage to the plaintiff of retrial. With the continued research, however, it set new goals of confirming the target of impeachment and objectifying and visualizing the judgment of obvious proof. As a result, it became important to figure out organic connections between fact finding and proof in the ruling of retrial target. In the constructed evaluation theory, the basic discussion goes as follows: if they add new proof to the established structure, make a total evaluation along with the existing proof, and find the old structure shaking and collapsing, they should open a retrial. Specifically, the pre-retrial procedure goes through three stages including interpreting the final ruling, explaining organic connections between the proof supporting a plea of guilty, and making a total evaluation with new proof.

The constructed evaluation theory was introduced to fulfill the legislative goal of retrial, which is to save innocent defendants, and ultimately guarantee predictability and judicial faith and correct failure. In South Korea, the proper functions of the constructed evaluation theory can be expected in the aspects of getting legislative samples and obtaining the reality of

* Attorneys at Law, Law Firm GongHwa

trials and judicial faith. There are, however, several obstacles to the utilization of the theory including the high level of obvious proof judicially and the difficulty with securing the old investigation and trial records and evidence. They should be supplemented with stricter judgments, active supports for the implementation of retrial cases, and the court's proper exercise of jurisdiction of inquiry. If the judgment of obvious proof becomes more elaborate through the constructed evaluation theory, the legislative goal of retrial, which is to save innocent defendants, will no longer be an empty slogan.

[Key Words] Retrial, Obvious of proof, Constructed evaluation theory, Total evaluation, Save innocent defendants