

형사소송법상 증거결정의 기준*

오 병 두

(홍익대학교 법과대학 교수)

【초 록】

이 글은 형사소송법상 증거결정의 기준을 다룬 것이다. 당사자의 증거신청에 따른 법원의 증거결정의 경우 그 기준이 명확치 않아 당사자, 특히 피고인의 방어권인 증거신청권을 침해하고 공정한 재판의 원리를 훼손할 우려가 있다는 문제점이 지적되어 왔다. 이 문제점을 해결하기 위하여 증거결정권의 법적 성질을 분석한 후, 증거결정의 기준들과 그 규범적 기준들을 검토해보았다.

우선, 법원의 증거결정권의 법적 성질과 관련하여 재량적 판단설과 원칙적 채택의무설 중에서 후자가 더 타당하다고 보았다. 형사소송에서 증거신청권이 가지는 중요성, 공정한 재판을 받을 권리에서 유래하는 합리적 증거결정을 요구할 권리의 보장 필요성, 형사소송법과 형사소송규칙 등 관련규정에서 도출되는 증거결정의 규범적 기준, 증거결정과정에서 피고인의 절차적 참여권을 인정할 정책적 필요성 등에 비추어 법원은 당사자가 신청한 증거에 대하여 원칙적으로 채택의무를 진다고 해석하여야 하기 때문이다.

다음으로, 원칙적 채택의무설에 따라 증거결정의 기준들을 사례유형별로 검토하여 그 규범적 기준을 모색하였고, 끝으로, 원칙적 채택의무설의 입장에서 필요한 제도적 보완책을 제시하였다. 형사절차법정주의의 관점에서 증거결정의 기준을 형사소송법에 그 사유를 명시하고, 증거결정시 결정이유를 제시하여 그에 대한 이의신청과 상급심의 심사가 가

* 이 논문은 2013학년도 홍익대학교 학술연구진흥비에 의하여 지원되었음.

능하도록 할 것과 증거결정의 그르친 경우 이의신청(규칙 제135조의2)의 대상과 상소대상이 되도록 현재의 해석론을 수정할 것을 제안하였다.

주제어 : 증거신청, 증거결정, 피고인의 방어권, 형사절차법정주의, 정당한 재판을 받을 권리

【차 례】

- | | |
|-----------------------|-----------------------|
| I. 들어가며 | III. 증거결정의 기준 |
| II. 증거결정권의 법적 성질 | 1. 증거결정 기준의 개관 |
| 1. 증거결정권의 체계적 의미 | 2. 개별적인 증거결정 사유의 검토 |
| 2. 재량적 판단설과 원칙적 채택의무설 | 3. 소결: 원칙적 채택의무설의 구체화 |
| 3. 검토 및 소결 | IV. 나오며 |

I. 들어가며

형사소송법¹⁾ 제294조 제1항²⁾은 “검사, 피고인 또는 변호인은 서류나 물건을 증거로 제출할 수 있고, 증인·감정인·통역인 또는 번역인의 신문을 신청할 수 있다.”고 하여 당사자의 증거신청권을 규정하고 있다. 증거조사절차를 “공판심리의 중심”³⁾ 내지 “공판절차의 본질적 부분”⁴⁾이라고 할 때, 증거신청권은 당사자가 “사실인정과 관련하여 법원의 심증형성에 영향을 미칠 수 있는 가장 중요한 수단”이 된다.⁵⁾ 따라서 증거신청권은 사실인정절차에 있어서 당사자의 방어권의 하나인⁶⁾ 공판절차상의 권리이다.⁷⁾

당사자의 증거신청에 대하여 법원은 그 채택 여부를 결정하여야 한다(제295조 전단). 이 결정에는 증거의 각하결정, 증거채택결정과 기각결정 그리고 직권증거결정이 포함되는데, 이를 증거채부결정 또는 단순히 증거결정이라고 한다. 법원의 증거결정을 권한으로 파악할

1) 이하에서 형사소송법은 범명을 언급하지 않고 조문만을 표시하며, 형사소송규칙은 “규칙”이라고 약칭하기로 한다.

2) 제정 형사소송법[법률 제341호, 1954.9.23.] 제294조는 “당사자 증거신청권”이라는 표제하에 “검사, 피고인 또는 변호인은 증거된 서류 또는 증거물을 제출할 수 있고 증인, 감정인, 통역인 또는 번역인의 신문을 신청할 수 있다.”고 규정하고 있었으나, 제1차 개정 형사소송법[법률 제705호, 1961.9.1.]에서는 그 전단이 “검사, 피고인 또는 변호인은 서류나 물건을 증거로 제출할 수 있고”로 바뀌었고, 2007.6.1. 형사소송법 개정[법률 제8496호]으로 그 표제가 “당사자의 증거신청권”으로 변경되고 동조 제2항이 추가되었으나 문구 자체에는 변화가 없었다.

3) 정영석/이형국, 형사소송법 [전정판] (법문사, 1996), 291쪽.

4) 강구진, 형사소송법원론 (학연사, 1982), 349쪽.

5) 법원행정처, 법원실무제요 형사[II](2014), 165쪽.

6) 독일에서는 증거신청권은 일종의 주관적 공권으로 포기할 수 없다고 설명된다(Edda Wesslau, “Der blinde Fleck-Kritik and der Lehre vom Beweisantragsrecht,” in: Edda Wesslau, Wolfgang Wohlers(hrsg.), Festschrift Fur Gerhard Fezer zum 70. Geburtstag am 29. Oktober 2008 (C.H.Beck, 2008), 294쪽).

7) 백형구, “증거조사의 신청,” 고시연구 1991년 3월호(고시연구사), 142쪽.

때 이를 증거결정권이라고 부른다.⁸⁾ 실무상 증거결정은 주로 검찰측 증거의 증거능력을 확인하는 절차로 인식되고 있고, 증거기각결정은 피고인측의 증거신청이 불필요하다는 이유로 기각하는 것이 대부분이라고 한다.⁹⁾

증거결정을 통하여 증거조사의 대상과 범위가 결정되므로 증거결정권은 증거신청권의 효력범위를 규제하게 된다.¹⁰⁾ 증거결정은 피고인의 방어권 행사와 직접 관련되므로 학설은 증거결정에 있어서 피고인 보호를 강조한다.¹¹⁾ 문제는 법원이 어떤 기준으로 증거결정을 하는가에 대해서는 명시적 규정이 없다는 데에 있다.¹²⁾ 그럼에도 증거결정에 관한 특별한 규정이 없다는 점을 근거로 상당수의 학설과 실무는 당사자의 증거신청을 채택할 것인지 여부는 소송지휘권의 일종이어서 법원의 재량이라고 이해한다. 따라서 법원은 증거신청이 적법하고 그 증거가 증거능력이 있어도 ‘증거조사의 필요성이 없다’고 판단되는 경우에는 그 ‘증거신청을 기각할 수 있다’고 본다.¹³⁾

법률가인 판사가 증거결과와 증거조사를 수행하고 증거평가에 의한 사실인정은 사실심의 전권임 강조되면서 그간 증거결정의 기준에 관한 이론과 실무의 문제의식은 크지 않았고, 그 이론적·체계적 연구도 많지 않았다.¹⁴⁾ 이 글에서 형사절차상 증거결정의 기준을 검

8) 신동운, *신형사소송법* [제5판] (법문사, 2014), 904쪽.

9) 실무상 증거결정절차에서 검찰측 증거는 증거능력이 문제되지 않으면 일단 증거채택결정을 한 후 증명력 위주로 사실판단을 하는데 반하여, 피고인측 증거의 경우 불필요한 증거신청인가 여부에 집중적으로 판단한다고 한다(조병구, “과학적 증거에 대한 증거채부결정-합리적 증거결정 기준의 모색-” 형사법 실무연구[재판자료 제123집] (법원도서관, 2011.12.), 595-596쪽). 또한 이 점은 후술 하는 판례들이 피고인측의 증거신청과 관련된 것이라는 점에서도 간접적으로 확인된다.

10) 백형구/박일환/김희옥 편, *주석 형사소송법* (III) [제4판] (한국사법행정학회, 2009), 203-204쪽.

11) 학설들은 증거결정과 관련한 고려사항으로 실질적인 피고인 보호를 강조하고 있다. 즉, 학설은 증거결정의 고려요소로서 ① “당사자에 납득이 가는 재판,” 실제진실주의, 신속한 재판(김기두, *형사소송법* [진정심판] (박영사, 1987), 265쪽), ② 공정한 재판, 무기평등의 원칙, 소송경제(이재상, *형사소송법* [제9판] (박영사, 2012), 33/14; 신양균, *형사소송법* [신판] (화산미디어, 2009), 630쪽), ③ 피고인의 방어권보장과 공정한 재판(신동운, 앞의 책, 906쪽; 이은모, *형사소송법* [제4판] (박영사, 2014), 521쪽), ④ 실제진실주의, 신속한 재판, 무죄추정의 법리(조준현, “증거조사신청권의 소송법적 의의와 한계,” *고시연구* 1993년 2월호(고시연구사), 42쪽) 등을 언급한다. 또한 법원 행정처, 앞의 책, 165쪽도 “당사자의 절차 참여권”과 “공정한 재판”을 강조하고 있으며 실무가의 글 중에서는 증거재판주의와 자유심증주의를 “증거결정의 적극적 근거”라고 설명하는 것(조병구, 앞의 글, 596쪽)도 있다.

12) 이재상, 앞의 책, 33/13; 신동운, 앞의 책, 906-907쪽.

13) 예컨대, 강구진, 앞의 책, 351-352쪽; 백형구/박일환/김희옥 편, 앞의 책, 206쪽; 임동규, *형사소송법* [제8판] (법문사, 2012), 606쪽 등.

14) 교과서적인 논의를 넘어 증거결정의 기준이 독립적으로 연구되기 시작한 것은 비교적 최근의 일이다. 증거결정을 정면에서 다룬 문헌들을 적시하면 다음과 같다. 문홍수, “증거조사의 방식에 관한 문제,” *형사법에 관한 제문제(상)*[재판자료 제49집](법원행정처, 1990), 99-155쪽; 백형구, 앞의 글, 142-152쪽; 조준현, 앞의 글, 36-46쪽; 신양균, “증거결정,” *고시연구* 1993년 10월호(고시연구사), 47-58쪽; 김일룡, “증거결정절차의 개선방안에 대한 연구-미국연방증거규칙의 관련성 이론을 중심으로-,” *한양대학교 박사학위 논문* (2010.2); 김희균, “증거결정의 근거와 이론-논증도식과 합

토하고자 하는 이유는 법원의 재량의 결과 당사자, 특히 피고인의 방어권에 미치는 법적·사실적 효과가 크다는 점에 있다. 법적인 측면에서만 보아도, 증거결정, 특히 증거기각결정은 피고인의 권리 보장을 규정한 헌법 제27조 제1항에 대한 중대한 제한이 된다. 헌법재판소는 “당사자가 공소사실에 대한 답변과 입증 및 반증을 하는 등 공격, 방어권이 충분히 보장되는 재판”을 공정한 재판을 받을 권리의 한 내용으로 보고 있는데,¹⁵⁾ 증거결정은 이를 제한한다. 또한 형사소송법에 증거결정의 기준에 관한 명시적 근거가 없다는 점은 형벌권의 실현절차를 형식적 의미의 법률에 의하도록 한 형사절차법정주의¹⁶⁾의 측면에서도 문제가 있다.

이하에서는 형사절차상 증거결정의 기준에 대해 살펴보고자 한다. 우선, 증거결정권의 법적 성질이 구체적인 증거결정의 범위와 그 규범적 기준의 전제가 되므로 이를 분석한 후(II), 증거결정의 기준들과 그 규범적 기준들을 검토해보기로 한다(III).

II. 증거결정권의 법적 성질

1. 증거결정권의 체계적 의미

형사소송법 제295조는 “증거결정을 하여야 한다.”고 규정하여 증거결정을 법원의 의무로 규정하고 있다. 따라서 증거신청이 있는 경우 증거결정을 하는 것은 법원의 의무이다. 그러나 그 증거결정을 어떤 기준으로 하여야 하는 것인가에 대해서는 규정이 없다. 여기에서 법원이 증거결정을 함에 있어서 일정한 범위 내에서 재량을 가진다는 점이 학설과 판례상 승인되고 왔다. 따라서 증거결정권의 법적 성질론에서는 당사자가 신청한 증거에 대해

리적 사실인정론,” 서울법학 제18권 제2호(서울시립대학교 법학연구소, 2010), 25-53쪽; 오기두, “상소심 법원의 원심 증거조사과정 평가방법,” 형사판례연구 제18권(한국형사판례연구회, 2010), 454-518쪽; 조병구, 앞의 글, 589-621쪽; 신이철, “법원의 증거기각결정에 대한 형사절차상 불복방법,” 아주법학 제7권 제3호(아주대학교 법학연구소, 2013), 281-302쪽(이상 발표연도순).

15) 공정한 재판을 받을 권리(헌법 제27조 제1항) 속에는 “신속하고 공개된 법정의 법관의 면전에서 모든 증거자료가 조사·진술되고 이에 대하여 피고인이 공격·방어할 수 있는 기회가 보장되는 재판, 즉 원칙적으로 당사자주의와 구두변론주의가 보장되어 당사자가 공소사실에 대한 답변과 입증 및 반증을 하는 등 공격, 방어권이 충분히 보장되는 재판을 받을 권리가 포함되어 있다”는 것이 헌법재판소의 입장이다(헌법재판소 2013. 12. 26. 2011헌바108; 2001. 6. 28. 99헌가14; 1998. 7. 16. 97헌바22; 1994. 4. 28. 93헌바26 등).

16) 이재상, 앞의 책, 1/4; 신동운, 앞의 책, 4쪽.

서 법원이 어느 범위에서 증거채택결정을 하여야 하는가가 그 중심이 되어왔다.

증거결정권의 법적 성질은 헌법 제27조 제1항의 정당한 재판의 원리와 형사절차법정주의에 대한 것이므로 그 해명을 위해 더 넓은 범위에서 다루어볼 필요가 있다. 현재 증거결정권은 소송지휘권, 특히 법원의 소송지휘권에 속한다. 법원의 소송지휘권은 피고인의 방어권보호 혹은 실체적 진실발견을 위하여 중요한 사항이어서 법률로써 그 권한이 법원에 유보된 경우이다.¹⁷⁾

형사소송법 제295조는 “증거결정을 하여야 한다.”고 규정하고 있어서 석명권(규칙 제141조)의 경우와 마찬가지로¹⁸⁾ 법원의 증거결정권은 권한인 동시에 의무로서의 성격도 가진다고 할 수 있다.

이와 같은 증거결정권의 성격은 증거신청권과의 관계에서도 의미가 있다. 형사소송규칙이 증거신청에 입증취지의 기재를 요구한 것(규칙 제132조의2 제1항)은 단지 법원에 증거결정을 위한 참고자료를 제공받기 위한 것만은 아니다. 증거신청권을 통해 당사자는 공정한 재판의 원리(헌법 제27조 제1항)에서 유래하는 방어권을 보장 받게 된다. 이렇게 보면 증거신청을 통해서 당사자는 ‘합리적 증거결정의 요구할 권리’를 행사하는 것이라고 할 수 있다.¹⁹⁾ 이렇게 볼 때 정당한 증거신청권의 행사에 따르는 예측가능한 입증활동의 수행(aussichtsreiche Beweisführung)을 보장한다는 것²⁰⁾은 소송관계인, 특히 증거조사절차에서 피고인의 방어권 행사에 있어 그 본질적인 부분으로 볼 수 있다. 이와 유사한 취지에서 중복된 신문·진술의 제한을 규정한 형사소송법 제299조는 재판장의 소송지휘권 행사의 한계로서 “소송관계인의 본질적 권리”의 침해금지 법리를 규정하고 있다. 여기에서 소송관계인, 특히 당사자의 “본질적인 권리”란 검사에게는 “소추관으로서 가지는 소송추행(追行)의 이익” 그리고 피고인측에게는 “방어권 그 자체 또는 그것에 필요불가결하게 권리”를 각각 가리킨다.²¹⁾ 이 본질적 권리에 대한 침해는 소송절차의 법률위반으로 그 위법이 판결에 영

17) 이재상, 앞의 책, 32/23; 신동운, 앞의 책, 885-886쪽; 배종대/이상돈/정승환/이주원, 신형사소송법 [제5판] (홍문사, 2013)(이하 “배종대의, 앞의 책”), 45/7; 임동규, 앞의 책, 384쪽; 손동권, 형사소송법 [개정판] (세창출판사, 2010), 477쪽; 노명선/이완규, 형사소송법 [제3판] (SKKUP, 2013), 557-558쪽; 이은모, 앞의 책, 506쪽.

18) 배종대의, 앞의 책, 45/6; 임동규, 앞의 책, 383; 손동권, 앞의 책, 477쪽.

19) 독일의 경우 이와 유사한 논의에 관하여는 Edda Wesslau, 앞의 논문, 289쪽 이하; Claus Roxin/Bernd Schünemann, Strafverfahrens-recht, 27. Auflage (C. H. Beck, 2012), §45 Rn 6. 한편, 일본 학설이 당사자주의적 관점에서의 증거조사의 필요성을 고려하여야 한다고 하는 것(예컨대, 平場安治 外, 注解 刑事訴訟法 [第4版], 中卷 (靑林書院新社, 1982), 525-526쪽)도 이와 같은 맥락으로 이해된다.

20) Edda Wesslau, 앞의 논문, 302쪽.

21) 형사소송법 제299조와 동일 취지를 규정하고 있는 일본 형사소송법 제295조 제1항에서의 설명이

향을 미친 경우 항소·상고이유(제361조의5 제1호, 제383조 제1호)가 된다.²²⁾ 재판장의 소송지휘권에 대한 것이기는 하나, 그보다 중대한 법원의 소송지휘권의 경우에서도 적용이 가능한 해석이라고 본다.

2. 재량적 판단설과 원칙적 채택의무설

(1) 학설의 태도

종래 증거결정권의 법적 성질론은 증거결정에 있어서 법원의 재량을 중심으로 ① 자유재량설과 ② 기속재량설의 대립으로 설명해 왔다. 그런데 양자의 구별은 쉬운 문제는 아니다. 현재의 학설은 자유재량설과 기속재량설 사이에서 매우 다양한 스펙트럼을 보여주고 있고 기속재량 혹은 자유재량의 의미도 명확하게 구별되지 않기 때문이다.²³⁾

이하에서는 논의의 명확성을 위해 법원의 재량에 의한 결정이 원칙이라고 보는가 아니면 법원의 증거채택결정이 원칙이라고 보는가를 기준으로 학설을 재량적 판단설과 원칙적 채택의무설로 분류하기로 한다.²⁴⁾

우선, ① 재량적 판단설²⁵⁾은 증거결정이 원칙적으로 법원의 재량이나 “증거평가에 대한 법관의 자유심증과 같이” 합리적으로 행사되어야 할 일정한 한계가 있다고 본다.²⁶⁾ ② 증거결정의 기준에 관해 명문의 규정이 없고 소송지휘권에 의하여 처리하도록 한 점²⁷⁾을 주된

다(松本時夫 外 編, 條解 刑事訴訟法 [第4版] (弘文堂, 2009), 626쪽). 여기에서는 피고인의 방어권에 필요불가결한 권리로서 증인신문권(일본 헌법 제37조 제2항)을 들고 있다.

22) 차용석/백형구 편, 주석 형사소송법 (III) [제3판] (한국사법행정학회, 1998), 228쪽. “피고인과 변호인에게 증인에 대한 반대신문의 기회를 주지 아니한 채 심리를 종결하고 유죄판결을 선고한 경우”가 그 예이다.

23) 대부분의 학설에서 기속재량이나 자유재량에 대해서는 특별한 설명이 없다. 기속재량을 “일정한 기준에 따라 합리적으로 행사되어야 할 재량”이라고 한 것(신동운, 앞의 책, 906쪽)이 거의 유일하다.

24) 이 분류는 자유재량설과 기속재량설과 대체적으로는 일치한다. 그러나 예외도 있다. 신양균, 앞의 책, 630쪽은 증거결정권의 법적 성질에 있어서는 재량적 판단설에 해당하나, 증거결정의 기준에 있어서는 “합리적인 이유에 의하여 명백히 불필요하다고 인정되는 경우”를 제외하고는 증거채택 결정을 하여야 한다고 하여 원칙적 채택의무설과 같은 입장이다(같은 책, 632쪽).

25) 원칙적 채택의무설을 취하는 논자들은 이 입장을 기속재량설로 보기도 하고(신동운, 앞의 책, 906쪽; 배종대의, 앞의 책, 47/9 등), 자유재량설로 보기도 한다(정웅석/백승민, 형사소송법 [전정 제5판] (대명출판사, 2012), 478쪽).

26) 이재상, 앞의 책, 33/13; 임동규, 앞의 책, 606쪽. 이 입장을 취하면서 스스로를 기속재량설이라고 견해(신양균, 앞의 책, 630쪽; 노명선/이완규, 앞의 책, 502쪽; 이은모, 앞의 책, 521쪽)도 있다. 또한 스스로 기속행위설이라고 하면서 “증거결정이 법원의 재량이라고는 하여도 자유재량이 아니라 기속재량이므로 재량권을 남용하거나 재량범위를 일탈하여서는 안 된다.”는 입장(차용석/최용성, 형사소송법 [제3판] (21세기사, 2008), 401쪽)도 재량적 판단설로 볼 수 있다.

27) 이재상, 앞의 책, 33/13; 이은모, 앞의 책, 521쪽.

논거로 한다. 또한 ㉠ 증거결정에 대한 이의신청은 법령위반을 이유로서만 가능하다는 점(규칙 제135조 제2문)에서 증거결정이 법원의 재량임을 부정하기 어렵다는 설명도 있다.²⁸⁾

그에 반하여, ㉡ 원칙적 채택의무설²⁹⁾은 당사자의 증거신청에 대하여 법원이 원칙적으로 채택결정을 하여야 한다고 보며,³⁰⁾ 예외적으로 증거신청이 ‘정당한 이유’가 없는 경우,³¹⁾ “증거조사의 필요성이 없는 경우”³²⁾ 혹은 “합리적인 이유에 의하여 명백히 불필요하다고 인정되는 경우”³³⁾ 등에는 증거기각결정을 할 수 있다고 본다. 이 설은 대체로 ㉠ 당사자주의를 공통의 논거로 하며³⁴⁾ 세부적으로 ㉠ 당사자의 증거신청권(참여권)과 공정한 재판의 원리를 강조하거나,³⁵⁾ ㉢ 구두변론주의(제275조의3), 무죄추정의 원칙(헌법 제27조 제4항) 및 범죄피해자의 재판절차진술권(제294조의2) 등의 실정법적 근거를 내세운다.³⁶⁾

여기에서 ㉢의 논거와 관련하여 특히 실정법적 근거를 강조하는 견해는 형사소송법 제294조의2가 피해자등의 증거신청 이외의 “증거신청에 대해서도 유추적용할 수 있다는 점에서 매우 중요한 의미를 갖는다.”고 하면서, 피해자와 당사자의 경우를 나누어 ㉠ 피해자에 대한 법원의 증인신청 채택의무는 피해자의 재판절차진술권을 규정한 헌법 제27조 제5항을 근거로 인정되고, ㉡ 당사자인 검사와 피고인의 증거신청에 대해서는 구두변론주의(제275조의3)에 의해 원칙적 증거채택의무가 인정되고, 특별히 피고인의 경우에는 “무죄추정의 권리”(헌법 제27조 제4항)로부터 “자신의 무죄를 주장하기 위하여 증거신청”의 경우 법원의 증거채택의무가 도출된다고 한다.³⁷⁾ 피고인의 경우 법원은 무죄추정의 요청에서 피고인의 증거신청권을 검사의 그것에 비하여 강하게 보호할 필요가 있다고 보는 것이다. 증거결정 기준의 문제점인 명시적 근거의 부재를 실정법적 근거제시를 통하여 해결하고자

28) 정용석/백승민, 앞의 책, 479쪽. 다만 이 견해는 원칙적 채택의무설에 속한다.

29) 신동운, 앞의 책, 907쪽의 “원칙적으로 채택결정을 하여야 한다.”는 표현을 따른 것이다.

30) 김기두, 앞의 책, 265쪽; 신동운, 앞의 책, 907쪽; 정영석/이형국, 앞의 책, 291쪽; 차용석/백형구 편, 앞의 책, 164쪽; 배종대의, 앞의 책, 47/12; 신양균, 앞의 책, 632쪽; 정용석/백승민, 앞의 책, 479쪽; 손동권, 앞의 책, 482쪽; 백형구, 앞의 글, 148쪽; 문홍수, 앞의 글, 129쪽.

31) 배종대의, 앞의 책, 47/12; 손동권, 앞의 책, 482쪽.

32) 백형구, 앞의 글, 148쪽.

33) 김기두, 앞의 책, 265쪽; 문홍수, 앞의 글, 129쪽; 차용석/백형구 편, 앞의 책, 164쪽; 신양균, 앞의 책, 632쪽. 이 입장을 취하면서 스스로를 “제한적 재량행위설”이라고 하는 견해(정용석/백승민, 앞의 책, 479쪽)도 있다.

34) 정영석/이형국, 앞의 책, 291쪽; 문홍수, 앞의 글, 129쪽; 신동운, 앞의 책, 906쪽; 정용석/백승민, 앞의 책, 479쪽. 한편, 원칙적 채택의무설 중에는 증거결정권이 직권주의를 전제로 한다는 설명으로 보는 김기두, 앞의 책, 265쪽.

35) 백형구, 앞의 글, 148쪽; 배종대의, 앞의 책, 47/10; 신양균, 앞의 책, 630쪽; 손동권, 앞의 책, 482쪽.

36) 신동운, 앞의 책, 907-908쪽.

37) 신동운, 앞의 책, 907-908쪽. 신양균, 앞의 책, 632쪽도 같은 취지.

하는 태도라고 할 수 있다.

(2) 판례와 실무의 태도

피고인 또는 변호인의 증거신청에 대해³⁸⁾ “증거신청의 채택 여부는 법원의 재량으로서 법원이 필요하지 아니하다고 인정할 때에는 이를 조사하지 아니할 수 있”다는 것이 대법원의 일관된 입장이다.³⁹⁾

학설은 대법원의 이러한 입장을 대체로 자유재량설로 보고 있다.⁴⁰⁾ 원칙적 채택의무설에서 말하는 ‘증거조사의 필요성이 없는 경우’에 해당하여 증거신청을 기각한다는 취지로 볼 여지가 전혀 없는 것은 아니나, 이 판결들은 단지 증거조사가 원칙적으로 법원의 자유재량이라는 점에서 출발한 것이므로 재량적 판단설에 해당한다.

법원의 실무 지침서인 법원실무제요도 “증거채부의 판단은 법관의 재량에 맡겨져 있으나 그것이 법관의 자의적이고 독단적인 판단을 허용하지 않음은 분명하다.”고 하면서,⁴¹⁾ “법원은 당사자의 증거신청에 대하여 필요성 유무를 잘 판단하여 채택 여부를 신중하게 결정하여야하고, 증거채부 결정권한에 내재하는 재량의 한계를 넘어서지 않도록 유념하여야 한다”고 하여⁴²⁾ 증거결정이 원칙적으로 법원이 재량이라는 전제에서 그것이 일정한 한계가 있다는 점을 강조하고 있다.

한편, 대법원의 입장과 유사한 설명이 있어 주목된다. 즉, 민사소송법 제290조 제1문은 “법원은 당사자가 신청한 증거를 필요하지 아니하다고 인정한 때에는 조사하지 아니할 수 있다.”고 하여 증거조사의 필요성을 명시하고 있는데, 이를 형사소송법상으로도 고려하자는 것이다.⁴³⁾ 이 주장은 특별히 언급하고 있지는 않지만, 그 주장 내용이 판례와 매우 유사

38) 이 판례들이 검사측 신청 증거에 대해서도 동일하게 적용된다는 것으로는 오기두, 앞의 글, 477쪽 각주 49).

39) 대법원 1977. 4. 26. 선고 77도814 판결; 1983.7.12. 선고 83도1419 판결; 1993. 11. 26. 선고 93도2505 판결; 1995. 2. 24. 선고 94도252; 1995. 6. 13. 선고 95도826 판결; 2003. 10. 10. 선고 2003도3282 판결 등.

40) 신동운, 앞의 책, 906쪽; 신양균, 앞의 책, 630쪽; 정용석/백승민, 앞의 책, 478쪽; 이은모, 앞의 책, 521쪽. 노명선/이완규, 앞의 책, 502쪽에서는 대법원 판결의 취지가 “증거결정은 법원의 전권사항이라는 점을 지적”한 것에 불과하며 “구체적 판단에 있어서 합리적 재량을 포기할 이유는 없으므로 판례를 자유재량설의 입장이라고 평가할 수는 없을 것”이라고 하나 이 견해가 주장하는 바의 기속재량설은 이 글에서는 재량적 판단설에 해당하므로 통설과 같은 취지라고 할 수 있다. 한편 김일룡, 학위논문, 22쪽은 현재의 판례이론이 “법원에게 무제한의 재량권을 부여”하고 있다고 비판한다.

41) 법원행정처, 앞의 책, 165쪽.

42) 법원행정처, 앞의 책, 76쪽.

43) 권오병, 형사증거법론 (법문사, 1965), 224쪽. 이에 관련하여 동조 단서의 유일한 증거의 배제금지에 관한 논의가 있다(이에 관하여는 신양균, 앞의 글, 54쪽 참조). 일본에서도 동일한 논의가 있다.

하여 대법원이 증거결정에 관하여 민사소송법과 유사한 기준을 채택·운영해 온 것이 아닌가하는 추측을 불러일으킨다.

3. 검토 및 소결

재량적 판단설은 그 논거로 증거결정에 관한 명문의 규정이 없어 소송지휘권에 의하도록 한 점을 든다. 그러나 피고인의 방어권에 중대한 영향을 미치는 문제에 대하여 명문의 규정이 없다는 점은 피고인의 방어권보장을 그 한 내용으로 하는 정당한 재판의 원리와 형사절차법정주의(헌법 제27조 제1항)의 측면에서 오히려 문제인 것이고 그것이 법원의 증거결정권이 자유재량이라는 논거는 될 수 없다고 본다. 법률상의 규정이 필요한 영역에 대해 규정이 없으므로 법적 규제가 필요 없다고 하는 것은 본말이 전도된 논의이다. 마찬가지로 증거결정에 대한 이의신청은 법령위반을 이유로서만 가능하다는 점도 증거결정권의 법적 성질을 규정할 수 있는 사유는 아니다.

한편, 재량적 판단설은 원칙적 채택의무설이 대체로 당사자주의를 논거로 함에 대하여 당사자주의가 신청한 증거를 언제나 증거조사하여야 하는 것은 아니라고 비판한다.⁴⁴⁾ 그러나 원칙적 채택의무설도 언제나 증거조사하여야 한다고 주장하는 것은 아니므로 이는 적절한 비판은 아니다. 또한 원칙적 채택의무설 중 실정법적 근거를 제시하는 견해에 대해서는, 제294조의2의 유추적용 문제에 관해서만 비판이 제기되고 있다. 즉, 동 규정은 “피해자 보호라는 정책적 배려에서 비롯된 것으로서” 이를 기속재량설의 근거로 보기는 어렵다거나,⁴⁵⁾ 헌법 제27조 제4항의 기본권을 구체화한 조항으로 당사자의 증거신청에는 적절치 않다⁴⁶⁾는 지적한다. 그러나 앞에서 살펴본 바와 같이, 실정법적 근거를 중시하는 견해는 피해자의 경우와 당사자의 경우를 나누어 설명하고 있으므로 이 비판은 적절하지 않다.

증거결정권의 법적 성질과 관련하여 재량적 판단설과 원칙적 채택의무설의 우열은 결국

즉, “당사자가 주장하는 사실에 대한 유일한 증거인 때” 증거배제가 허용되지 않는다는 것이 민사소송 판례로 확립되어 있어서 이를 형사소송법에도 적용할 것인가가 문제되고 있으나, 일본의 판례와 학설은 이에 대해 부정적이다(이에 관한 상세는 青柳文雄 外, 註釋 刑事訴訟法, 第3卷(立花書房, 1978), 186-187쪽; 河上和雄 外 編, (大コンメンタル) 刑事訴訟法 [第2版], 第6卷(青林書院, 2011), 237쪽). 한편 형사소송법이 동조와 같은 ‘필요성’ 개념을 두고 있지 않아서 문제라고 하면서 그 구체화가 요구된다는 주장으로는 김일룡, 학위논문, 177쪽.

44) 이재상, 앞의 책, 33/13; 임동규, 앞의 책, 606쪽. 또한 증거결정권이 소송지휘권의 행사로서 당사자주의와는 무관하다는 주장(신양균, 앞의 책, 630쪽; 김일룡, 학위논문, 27쪽)

45) 정웅석/백승민, 앞의 책, 479쪽.

46) 임동규, 앞의 책, 606쪽.

어떤 견해가 법원의 권한을 통제하기에 적합하기에 달려있다고 할 수 있다. 원칙적 채택의 무설은 재량적 판단설에 의하면 법원의 자의적 증거결정으로 피고인의 방어권을 침해할 우려가 있다고 비판한다.⁴⁷⁾ 재량적 판단설은 소송지휘권에 대한 일반적 통제와 판결 전 소송절차의 불복에 관한 일반론에 의존하고 있어 이를 근거로 법원의 재량을 통제하는 논리를 도출하기가 쉽지 않은 것은 사실이다. 형사소송법상 증거결정에 대하여는 판결 전 소송절차에 관한 결정이므로 항고할 수 없고(제403조 제1항), 법령의 위반이 있음을 이유로 이의신청만이 가능하며(제296조, 규칙 제135조의2 단서), 증거결정의 결과 인정된 사실이 판결에 영향을 미친 사실오인 또는 법령위반에 해당하는 경우에만 판결 자체에 대하여 상소하는 방법(제361조의5 제1호, 제383조 제1호)으로 다룰 수 있을 뿐이다.⁴⁸⁾

생각건대, 증거신청권을 별도로 규정하여 당사자, 특히 피고인의 실제형성절차에의 관여를 배려한 형사소송법의 입법취지, 증거신청에서 입증취지의 명시를 요구하여 법원의 판단을 위한 근거를 제시하도록 한 형사소송규칙(제132조의2 제1항)의 태도 그리고 증거조사절차에서 법원의 권한을 견제하기 위해 증거결정과정에서 당사자, 특히 피고인의 참여권 내지 통제권을 인정할 정책적인 필요성 등을 고려할 때 원칙적 채택의무설이 타당하다.

앞에서 증거결정권이 법원의 권한이자 의무라는 점을 지적하였다. 이는 원칙적 채택의무설과 관련하여 중요한 의미가 있다. 원칙적 채택의무설의 성패는 합리적인 증거결정 기준의 설정과 그 규범적 근거제시에 있기 때문이다. 따라서 원칙적 채택의무설에서 증거결정기준의 규범적 지속성을 강조하면서 그 근거를 형사소송법상 명문규정으로부터 도출하고자 하는 것은 자연스러운 일이다.⁴⁹⁾

이와 관련하여 독일 형사소송법상의 증거결정의 기준은 원칙적 채택의무설의 전형적인 예를 보여준다는 점에서 검토할 가치가 있다.⁵⁰⁾ 독일 형사소송법 제244조 제2항은 “법원은

47) 신동운, 앞의 책, 906쪽.

48) 통설과 판례의 입장이다. 학설은 백형구/박일환/김희욱 편, 앞의 책, 206쪽; 신동운, 앞의 책, 909, 917쪽; 신양균, 앞의 책, 634쪽; 정용석/백승민, 앞의 책, 480쪽; 이은모, 앞의 책, 523쪽. 판례로는 대법원 1990.06.08. 선고 90도646 판결. “원심은 당사자의 증거신청에 대한 법원의 채택여부의 결정은 판결 전의 소송절차에 관한 결정으로서 이의신청을 하는 외에는 달리 불복할 수 있는 방법이 없고, 다만 그로 말미암아 사실을 오인하여 판결에 영향을 미치기에 이른 경우에만 이를 상소의 이유로 삼을 수 있을 뿐이라는 이유로, 사실오인의 주장과는 별도로 제1심법원의 증거결정이 부당한 것 그 자체를 논란하는 변호인들의 항소이유를 배척하였는바, 원심의 이와 같은 판단은 정당하고 논지는 이유가 없다.”

49) 예컨대, 신동운, 앞의 책, 906-907쪽에서는 “중래 우리 형사소송법은 법원의 증거결정권 행사의 기준에 대하여 아무런 규정을 두지 아니하였으나, 1987년 형사소송법의 개정시에 범죄피해자의 진술신청에 대한 증거결정에 관하여 법률적 차원에서 기준이 제시됨으로써[즉, 제294의2조 제1항이 신설됨으로써] 지속재량설로의 입장전환이 일어나고 있다.”고 한다. 신양균, 앞의 책, 630쪽도 이와 같은 취지로 보인다.

진실의 탐지를 위해 판결을 위하여 중요한 의미가 있는 모든 사실과 증거방법에 대하여 직권으로 증거조사를 하여야 한다.”고 하여 법원의 사안해명의무(석명의무, Aufklärungspflicht)를 명시하고 있다. 그와는 별도로 소송관계인, 특히 피고인이나 변호인의 증거신청권을 인정하면서 그 예외가 되는 증거기각결정 사유에 대하여 상세한 규정(제244조 제3항 내지 5항, 제245조, 제246조)⁵¹⁾을 두고 있다. 이 사안해명의무가 당사자의 증거신청의 가능성을 배제하는 것은 아니므로 모순되는 것은 아니라고 한다.⁵²⁾ 오히려 증거기각결정 사유에 해당하지 않는 증거신청에 대하여 법원은 원칙적으로 이를 채택할 의무가 있음이 인정되고 있다.⁵³⁾ 경우에 따라서 사안해명의무가 증거기각결정 사유를 완화하는 기능을 하기도 한다고 한다.⁵⁴⁾ 또한 증거결정 기준과 관련된 규정의 위반은 대부분 상소의 대상이 된다.⁵⁵⁾

여기에서 원칙적 채택의무설의 입장에 설 때, 어떤 규범적 근거를 바탕으로 법원의 증거결정의 기준을 구체화할 것인가가 문제된다. 이하에서는 개별적 증거결정의 사유들과 그 규범적 근거들을 검토해보기로 한다.

Ⅲ. 증거결정의 기준

1. 증거결정 기준의 개관

학설은 증거결정의 사유로 대체로⁵⁶⁾ ① 증거신청 방식이 법령에 위배한 경우, ② 증거능

50) 원칙적 채택의무설의 입장에서 독일 형사소송법 제244조 제3항을 한국 형사소송법의 해석에서 참고하자는 주장으로는 신동운, 앞의 책, 907-908쪽. 독일 형사소송법상 증거결정의 기준을 소개한 곳으로는 신양균, 앞의 책, 631쪽; 조병구, 앞의 글, 599-600쪽. 그에 관한 상세는 Ulrich Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 8. Auflage (C. H. Beck, 2011), Rn 197ff; Claus Roxin/Bernd Schünemann, 앞의 책, §45 Rn. 5ff; Werner Beulke, Strafprozessrecht, 11. Auflage (C. F. Müller, 2010), Rn 439ff.

51) 독일 형사소송법은 증거기각결정의 사유들을 증거방법이 법정에 현존하는 경우(제245조)와 현존하지 않는 경우(제244조 제3항 내지 제5항)로 나누어 규정하고 있는데, 이 중 제244조 제3항이 모든 증거방법에 적용되는 일반적인 증거기각결정의 사유에 관한 규정이다. 그리고 동조 제4항 및 제5항은 추가적으로 감정인에 대한 신문이나 검증(Augenschein)에 대한 증거신청에 적용되는 증거기각결정 사유를 규정하고 있다(Werner Beulke, 앞의 책, Rn. 439).

52) Werner Beulke, 앞의 책, Rn. 434.

53) 독일의 통설과 판례이다. 이에 관한 상세는 Claus Roxin/Bernd Schünemann, 앞의 책, §45 Rn. 4; Ulrich Eisenberg, 앞의 책, Rn 139ff.

54) Claus Roxin/Bernd Schünemann, 앞의 책, §45 Rn. 4.

55) Werner Beulke, 앞의 책, Rn. 434.

56) 여기에서 제량적 판단설과 원칙적 채택의무설 사이의 차이는 보이지 않는다.

력이 없는 증거에 대하여 증거신청한 경우, ③ 증거조사가 사실상 또는 법률상 불가능한 경우, ④ 관련성이 없는 증거를 신청한 경우, 그리고 ⑤ 증거조사의 필요성이 없는 경우를 든다.⁵⁷⁾

그와 비교할 만한 것으로 독일 형사소송법 제244조 제3항⁵⁸⁾의 증거기각결정 사유들이 있다.⁵⁹⁾ 동조는 독일 형사소송법상 증거결정의 기준에 관한 일반적인 조항의 역할을 하는데, 증거기각결정의 사유로서 ① 증거금지 등으로 입증 자체가 허용되지 않는 경우, ② 공지의 사실이거나 법원에 현저한 사실 등 공개된 사실이어서 입증이 불필요한 경우, ③ 입증하고자 하는 사실과 판결되어야 할 사실관계와 무관계하거나 그 사실이 이미 입증된 경우, ④ 증거방법이 그 자체로 경험칙에 비추어 적절하지 않는 경우, ⑤ 증거조사가 사실상 또는 법률상 불가능한 경우, ⑥ 소송지연의 목적으로 증거신청을 한 경우, 그리고 ⑦ 피고인의 처벌을 면하는 데에 필요한 중요한 사실들을 진실한 것으로 추정할 수 있어서 추가적인 증거신청이 불필요한 경우 등을 명시하고 있다.⁶⁰⁾ 법률의 수준에서 명시하고 있다는 점을 제외하면 그 세부적인 사례유형은 대체로 국내 학설이 제시하는 것과 유사하다.

이하에서는 독일 형사소송법 제244조 제3항을 참고하면서 한국 형사소송법상의 논의되고 있는 증거기각결정 사유와 그 규범적 근거들을 살펴보기로 한다.

2. 개별적인 증거결정 사유의 검토

57) 대부분의 견해가 위와 같이 설명하는데, 견해에 따라 다소 차이가 있다. 예컨대, 신동운, 앞의 책, 908쪽은 증거결정의 기준들을 형식적 사유에 의한 제한과 실질적 사유에 의한 제한으로 나누어, ①과 ②는 전자에, ③ 내지 ⑤는 후자에 각각 해당하는 것으로 본다. 또한 신양균, 앞의 책, 632쪽은 ⑤에서 “소송경제의 고려”를 분리하여 별도의 사례유형으로 설명한다. 한편, 독일 형사소송법 제244조 제3항의 취지에 따라 증거기각결정 사유의 유형화하기도 한다(배종대의, 앞의 책, 47/15, 이에 관하여는 각주 59) 참조).

58) 독일 형사소송법 제244조 (증거조사) ③ 입증이 허용되지 않는 경우 증거신청은 기각한다. 그 밖에 증거신청이 공개된 사실에 대한 것이어서 입증이 불필요한 경우, 입증되어야 할 사실이 판결을 위하여 중요하지 아니하거나 이미 입증된 경우, 증거방법이 극히 부적절하거나 그에 대한 증거조사가 불가능한 경우, 소송지연의 목적으로 증거신청을 한 경우, 피고인의 면책(Entlastung)을 위해 입증되어야 할 중요한 사실주장을 그 주장된 사실이 진실한 것처럼 취급할 수 있는 경우 등에 한하여 증거신청을 기각할 수 있다.

59) 배종대의, 앞의 책, 47/15는 증거기각결정의 사유로 “① 무관련성: 소송대상과 관련이 없는 증거, ② 무의미성: 소송대상과 관련은 있지만 사실인정에 아무 의미가 없는 증거, ③ 명백성: 법원이나 일반인이 이미 그 존재를 알고 있는 자명한 사실에 대한 증거, ④ 증명완료: 법원의 확신이 이미 완료된 사실을 입증하는 증거, ⑤ 부적합성: 요증사실의 증명에 적합하지 않은 증거, ⑥ 수집불가능성: 법원이 모든 수단을 다 해도 수집·조사할 수 가능성이 없는 증거, 또는 ⑦ 소송지연: 오로지 공판종결을 장기간 지연시키려는 의도에서 신청하는 증거”등을 열거한다.

60) 이상의 분류와 그 내용설명에 대해서는 Werner Beulke, 앞의 책, Rn. 440-447 참조.

(1) 증거신청 방식이 법령에 위배한 경우

증거신청이 법령상에 요구되는 방식을 준수하지 아니한 경우, 예컨대 증거를 신청함에 있어서 “증거와 증명하려고 사실과의 관계”(입증취지)를 명시하지 아니하였거나(규칙 제132조의2 제1항, 제2항), 증거의 일부에 대한 증거신청을 함에 있어 증거로 할 부분을 특정하지 아니한 때(동조 제3항), 또는 수사기록 일부에 대한 증거신청 방식을 위배한 때(규칙 제132조의3 제1항 전단)에는 법원이 그 증거신청을 기각할 수 있다(규칙 제132조의2 제5항, 제132조의3 제2항). 이 점은 형사소송규칙의 취지상 명백하다. 다만, 통설⁶¹⁾은 보정을 명하거나 석명권을 행사하여 입증취지 등을 보완할 수 있고 나아가 직권으로도 증거조사가 가능하다고 하므로 이 경우에 당사자의 증거신청권이 종국적으로 배제되는 것은 아니다.

(2) 증거능력이 없는 증거에 대하여 증거신청한 경우

임의성 없는 진술(제307조 제1항), 위법수집증거(제308조의2), 임의성이 의심스러운 자백(제309조) 또는 전문법칙의 예외인정 요건을 구비하지 못하여 증거능력이 배제되는 증거(제310조의2) 등과 같이 증거능력이 없는 증거가 증거조사의 대상에서 배제된다는 점은 논란의 여지가 없다.⁶²⁾ 따라서 이 경우에는 법원이 재량을 행사할 여지가 거의 없다.⁶³⁾

독일 형사소송법상 증거금지 등으로 입증 자체가 허용되지 않는 경우(제244조 제3항 제1문) 법원의 재량이 명시적으로 배제되는 것⁶⁴⁾도 이와 유사한 취지이다.

(3) 증거조사가 사실상 또는 법률상 불가능한 경우

증거조사가 사실상 또는 법률상 불가능한 경우 증거신청을 기각할 수 있다는 점에도 이설이 없다. 일반적으로 증거조사가 사실상 불가능한 경우로는 증인이 빈사상태로 있어서 증인신문이 불가능한 것이 명백한 때,⁶⁵⁾ 또는 신청한 증인의 사망·외국 체류 등으로 증인

61) 신동운, 앞의 책, 908쪽; 배종대의, 앞의 책, 47/13; 임동규, 앞의 책, 607쪽; 신양균, 앞의 책, 631쪽; 노명선/이완규, 앞의 책, 502쪽; 이은모, 앞의 글, 522쪽.

62) 다만 피고인측이 검사작성 피의자신문조서에 대하여 성립의 진정은 인정하면서 임의성을 다투거나 수사기관이 작성한 참고인진술조서의 진정성립을 부동의하는 경우 등과 같이, 전문증거로서 전문법칙의 예외인정 여부가 향후 밝혀질 가능성이 있다면 규칙 제134조 제4항에 따라 증거결정을 보류하여야 한다고 한다(문홍수, 앞의 글, 128쪽; 법원행정처, 앞의 책, 166-167쪽; 임동규, 앞의 책, 608쪽).

63) 종래 증거결정에 대한 인식부족으로 검사가 제출하는 서류는 증거능력이 없는 것이 있더라도 법원이 별도로 증거기각결정을 하지 않는 일도 많았다는 지적으로는 차용석/최용성, 앞의 책, 401쪽.

64) 이 점에서 법원의 재량이 인정되는 다른 증거기각결정 사유들과 구별된다(Werner Beulke, 앞의 책, Rn. 440).

65) 김기두, 앞의 책, 266쪽.

신문이 불가능한 때⁶⁶⁾ 등을 든다. 한편, 증거조사가 법률상 불가능한 경우에는 군사기밀보호법에 의한 제한 또는 공무원의 직무상의 비밀로서 감독관서의 승낙이 없는 때(제147조) 등이 제시된다.⁶⁷⁾

독일 형사소송법 제244조 제3항도 증거조사의 사실적 또는 법률적 불능을 증거기각결정 사유의 하나로 하고 있다. 이 사유는 주로 증인의 경우에 문제되는데,⁶⁸⁾ 예상되는 증거조사 결과의 중요성으로 결정되는 사안해명을 위한 법원의 노력과 소송경제의 이익 간의 비교형량을 고려해야 한다고 한다.⁶⁹⁾ 단지 증인이 외국에 있다는 사정만으로 충분하지 않고, 증인의 소재와 신원의 파악을 위하여 법원이 “사건의 중요성, 증언의 관련성, 소송추행(追行)의 이익 및 추가적인 노력의 성공가능성 등을 고려할 때 필요한 양의 노력”을 다하는 등 충분한 노력을 기울인 경우이어야 한다고 한다.⁷⁰⁾

(4) 관련성이 없는 증거를 신청한 경우

증거의 관련성은 보통 ‘요증사실과의 관련성’ 또는 ‘(피고)사건과의 관련성’⁷¹⁾이라고 표현된다.⁷²⁾ 관련성 없는 증거를 배제하는 이유는 증거조사가 실제진실의 발견에 무의미하고 부당하게 소송을 지연시키기 때문이라고 한다.⁷³⁾ 관련성 없는 증거를 배제하는 규범적 근거로서는 “그 소송에 관계없는 사항인 때” 변론을 제한할 수 있도록 한 형사소송법 제299조 후단을 들 수 있다.⁷⁴⁾ 따라서 관련성이 없다는 사유로 증거가 기각되기 위해서는 당사자의 ‘본질적 권리’의 침해 여부도 함께 검토되어야 한다고 보아야 할 것이다.⁷⁵⁾

한편, 독일 형사소송법 제244조 제3항 제2문의 ‘입증되어야 할 사실이 판결을 위하여 중요하지 아니한 경우’의 의미에 대해 판례는 소송물과 무관한 자료, 즉 유죄의 인정 여부와 양형과 관계가 없거나 그러한 관계가 있다고 하여도 판결에 영향을 미칠 수 없는 자료를

66) 차용석/백형구 편, 앞의 책, 163쪽; 신양균, 앞의 책, 632쪽; 이은모, 앞의 책, 522쪽.

67) 법원행정처, 앞의 책, 171-172쪽.

68) Ulrich Eisenberg, 앞의 책, Rn 226.

69) Werner Beulke, 앞의 책, Rn. 445; Ulrich Eisenberg, 앞의 책, Rn 226.

70) 독일의 통설과 판례이다. 이에 관하여는 Claus Roxin/Bernd Schünemann, 앞의 책, §45 Rn 23.

71) 차용석/백형구 편, 앞의 책, 163쪽; 신양균, 앞의 글, 51쪽; 문홍수, 앞의 글, 128쪽; 정웅석/백승민, 앞의 책, 479쪽 등.

72) 법원실무제요는 증거의 관련성이 결여된 경우를 증거가 “판결에 영향을 미칠 수 없어 사건과 무관한 것”이라고 하고(법원행정처, 앞의 책, 171쪽), 관련성이 없는 증거를 “사실인정에 아무런 관련이 없는 증거, 쟁점사항과 아무런 관련이 없는 증거” 등으로 표현한다(같은 책, 164쪽).

73) 문홍수, 앞의 글, 128쪽; 정웅석/백승민, 앞의 책, 479쪽. 증거조사의 무의미성만 언급한 것으로는 신양균, 앞의 책, 631쪽.

74) 권오병, 앞의 책, 45쪽; 정웅석/백승민, 앞의 책, 479쪽.

75) 이에 관하여는 앞의 II. 1. 참조.

의미한다고 한다.⁷⁶⁾

독일 형사소송법은 여기에서 더 나아가 ‘증거방법이 극히 부적절한 경우’도 증거기각결정 사유로 하고 있다. 해당 증거방법으로는 확실성 있는 생활경험에 비추어 볼 때, 증거신청 그 자체에서 명시하고 있는 결과를 도출할 수 없을 것으로 판단될 때 증거기각이 가능하다고 한다.⁷⁷⁾

(5) 증거조사의 필요성이 없는 경우

증거조사의 필요성은 가장 광범위하게 적용되는 증거결정의 기준이다. 대법원도 “법원이 필요하지 아니하다고 인정할 때” 증거신청을 기각할 수 있고 하고 있음은 앞에서 본 바와 같다.⁷⁸⁾ 학설도 이에 관하여 다양한 사례유형을 제시하고 있다.

첫째, 학설은 공지의 사실의 경우 증거조사의 필요성이 부정된다고 본다.⁷⁹⁾ 이는 사리상 당연한 것이다. 독일 형사소송법 제244조 제3항 제2문은 “공지의 사실이거나 법원에 현저한 사실 등 공개된 사실이어서 입증 불필요한 경우”를 증거기각결정 사유로 명시하고 있다. 독일에서는 법원에 현저한 사실을 요증사실로 보기 때문이다.⁸⁰⁾

둘째, 학설은 이미 증거조사한 증거에 의해 형성된 심증에 비추어 증거조사가 불필요한 경우를 든다. 예컨대, 동일 증거방법의 중복 신청, 요증사실의 존부에 관한 충분한 심증의 형성 등이 여기에 해당한다.⁸¹⁾ 이와 같이 중복된 증거신청을 배제하는 이유는 관련성 없는 증거의 배제와 같이 증거조사의 무의미성과 소송지연의 우려 때문이다.⁸²⁾ 그 규범적 근거로서는 중복된 신문 및 진술의 제한을 규정한 형사소송법 제299조 전단을 든다.⁸³⁾ 따라서 이 경우도 관련성 없는 증거와 마찬가지로 증거가 기각되는 경우 당사자의 ‘본질적 권리’를 침해하지 않아야 하는 제한을 준수하여야 한다.⁸⁴⁾

76) 상세한 독일 판례는 Ulrich Eisenberg, 앞의 책, Rn 209 참조.

77) 독일의 통설과 판례이다. 이에 관하여는 Werner Beulke, 앞의 책, Rn. 444; Ulrich Eisenberg, 앞의 책, Rn 215.

78) 이에 관하여는 앞의 II. 2. 참조.

79) 법원행정처, 앞의 책, 171쪽; 신양균, 앞의 책, 632쪽; 이은모, 앞의 책, 522-523쪽.

80) Werner Beulke, 앞의 책, Rn. 404. 국내에서는 법원에 현저한 사실이 ① 요증사실이라는 견해(이재상, 앞의 책, 37/22; 신동운, 앞의 책, 1113쪽)와 ② 불요증사실이라는 견해(배종대의, 앞의 책, 55/34; 임동규, 앞의 책, 461쪽)가 대립하고 있다.

81) 차용석/백형구 편, 앞의 책, 163쪽; 문홍수, 앞의 글, 128-129쪽; 이재상, 앞의 책, 33/14; 신동운, 앞의 책, 908쪽; 임동규, 앞의 책, 608쪽; 이은모, 앞의 책, 522쪽; 법원행정처, 앞의 책, 164-165쪽.

82) 일본에서는 “중복되어 필요성이 없는 증거를 조사하는 것은 무의미하고 부당하게 소송을 지연시키는 것”이기 때문이라고 하여(青柳文雄 外, 앞의 책, 186쪽; 河上和雄 外 編, 앞의 책, 235쪽), 국내 학설이 관련성이 없는 경우의 증거결정의 근거와 동일하게 설명한다.

83) 권오병, 앞의 책, 224-225쪽; 김기두, 앞의 책, 266-267쪽.

학설에 따르면, 중복증거의 경우 법원의 심증이 “쌍방의 증거를 충분히 조사한 결과”이어야 한다. 따라서 일방 당사자의 증거만을 조사하여 심증을 형성하게 된 것이라면 이를 이유로 증거신청을 기각할 수 없고, 증거조사 초기부터 단순히 증명력이 약하다는 이유만으로 증거기각결정을 할 수는 없다고 한다.⁸⁵⁾

독일 형사소송법의 경우 ‘입증하고자 하는 사실이 이미 입증된 경우’(제244조 제3항 제2문)임을 이유로 증거를 기각하기 위해서는, 그 사실이 ‘적극적으로’ 증거에 의하여 사실이 입증될 것을 요하고, ‘주장된 사실에 대한 반대사실(Gegenteil)이 이미 입증되었다는 사유’만으로는 결코 증거신청을 기각할 수 없다고 한다.⁸⁶⁾ 이는 증거신청을 판단하는 단계에서 증명력에 관한 판단을 미리 예단하여서는 안 된다는 증거예단의 금지(Verbot der Beweisantizipation)⁸⁷⁾에 반하기 때문이다. 이에 의하면 주장된 사실이 확정되지 않은 상태에서는 특정한 입증의 대상이 이미 다른 증거방법에 의하여 충분히 검토되었다는 이유만으로 그에 대한 증거신청을 기각할 수는 없다.⁸⁸⁾

셋째, 필요성과 관련하여 또 문제되는 것은 소송절차가 현저하게 지연될 우려가 있음을 이유로 증거기각결정을 할 수 있는가이다. 제294조 제2항에 의하면 “검사, 피고인 또는 변호인이 고의로 증거를 뒤늦게 신청함으로써 공판의 완결을 지연하는 것으로 인정할 때에는 직권 또는 상대방의 신청에 따라 결정으로 이를 각하할 수 있다.” 따라서 문제는 그에 해당하지 않는 경우에도 소송절차의 현저한 지연을 이유로 증거기각이 가능한가이다.

이와 관련하여 피해자등의 증거신청에 대한 증거기각결정 사유인 “피해자등의 진술로 인하여 공판절차가 현저하게 지연될 우려가 있는 경우”(제294조의2 제1항 제3호)를 당사자에도 유추할 수 있다는 견해가 있다.⁸⁹⁾ 그러나 제294조의 제1항 제3호의 증거기각결정 사유는 피해자의 경우에만 적용되고 당사자, 특히 피고인에게는 적용되지 않는다고 보아야 한다. 먼저, 피고인의 경우 피해자와 동일한 사유로는 증거기각결정이 불가하다는 것이 입

84) 이에 관하여는 앞의 II. 1. 참조.

85) 권오병, 앞의 책, 224-225쪽; 김기두, 앞의 책, 266-267쪽; 이재상, 앞의 책, 33/14; 신동운, 앞의 책, 908쪽; 신양균, 앞의 책, 632쪽; 임동규, 앞의 책, 608쪽; 이은모, 앞의 책, 522쪽; 조준현, 앞의 글, 43쪽 등.

86) Werner Beulke, 앞의 책, Rn. 443.

87) 증거예단의 금지란, 독일의 통설에 의하면, 주장된 사실에 대한 반대사실이 이미 입증되었다는 사유로, 독일의 판례에 의하면, 증거에 관한 주장(Beweisbehauptung)이 지금까지의 증거조사결과와 모순된다는 사유로 기각될 수 없다는 원칙을 말한다(Ulrich Eisenberg, 앞의 책, Rn 198, 판례로는 BGH StV 93, 621; 2001, 95 등). 이에 관한 상세는 같은 책, Rn 198ff.

88) Ulrich Eisenberg, 앞의 책, Rn 200.

89) 신동운, 앞의 책, 908쪽; 신양균, 앞의 책, 632쪽.

법체계에 부합한다. 피해자등에게만 특별히 인정되는 제294조의2 제1항 제3호의 반대해석상 피해자와 달리 적극적으로 방어권을 행사하여야 하는 피고인에는 적용되지 않는다고 보아야 하고, 제294조 제2항과의 관계에서도 피고인은 이와 같은 엄격한 기준 하에서만 증거를 배제한다는 것이므로 그보다 완화된 요건 하에 증거기각결정을 하는 것은 허용되지 않는다고 해야 한다. 다음으로, 제294조의2 제1항 제3호의 문언상 증거신청자의 주관적 의도를 고려하지 않는 것도 문제이다. 결국 외적인 조건에 대한 법원의 판단에만 의존하게 되어 소송경제적 이익과 비교할 때 피고인의 방어권을 과도하게 제한하는 것이며 피고인의 증거신청권에 대한 과도한 제한으로 그에 대한 '본질적 침해'가 될 수 있다.⁹⁰⁾

요컨대, 소송경제를 이유로 한 피고인의 방어권 제한은 양 가치의 비교형량을 고려할 때, 증거기각결정을 위해서는 특별한 필요성과 법률상 근거가 필요하며 이는 이미 제294조 제2항로 명시되어 있다고 보아야 한다. 독일 형사소송법 제244조 제2항 제2문도 이와 유사하게 증거신청에 '소송지연의 목적'이 있을 것을 요구하고 있다. 실무상으로도 상고법원이 그 목적을 판단함에 있어서 판단의 근거를 엄격하게 요구하고 있어⁹¹⁾ 소송지연 목적을 이유로 한 증거기각결정은 극히 예외적이라고 한다.⁹²⁾

끝으로, 독일 형사소송법 제244조 제2항 제2문은 "피고인의 면책(Entlastung)을 위해 입증되어야 할 중요한 사실주장을 그 주장된 사실이 진실한 것처럼 취급할 수 있는 경우"를 증거기각결정 사유의 하나로 규정하고 있다. '의심스러운 때는 피고인의 이익으로'(in dubio pro reo)의 원칙이 반영된 것으로, 사실에 관한 주장이 피고인의 처벌을 면하게 하는 데에 중요한 사실에 관한 것이고 그에 관한 추가적인 해명이 더 이상 가능하지 않은 경우에 한하여 증거기각결정이 가능하다고 한다.⁹³⁾ 검찰측의 입증활동이 불필요하거나 부당한 경우 이를 제한하는 하나의 기준으로 참고할 여지가 있다고 본다.

90) 이에 관하여는 앞의 II. 1. 참조.

91) 독일의 판례는 소송지연의 목적을 이유로 증거신청을 기각하기 위해서는 ① 증거조사가 법원의 관점에서 피고인의 이익에 도움이 되는 것을 포함하지 않을 것, ② 증거신청이 절차의 종결을 본질적으로 지체시킬 것, 그리고 ③ 증거신청자가 이러한 사정을 인식하고 있으며 자신의 증거신청에 의해 오로지 절차의 지연만을 의도할 것 등의 3가지 요건이 모두 요구된다고 한다(Werner Beulke, 앞의 책, Rn. 466).

92) 독일의 경우 상고법원의 엄격한 통제로 인해 소송지연 목적의 증거신청에 대한 법원의 기각률이 1%도 되지 않는다고 한다(Ulrich Eisenberg, 앞의 책, Rn 235).

93) Claus Roxin/Bernd Schünemann, 앞의 책, §45 Rn 19; Werner Beulke, 앞의 책, Rn. 447; Ulrich Eisenberg, 앞의 책, Rn 242. '의심스러운 때는 피고인이 이익으로'의 원칙이 적용된 경우라고 보는 독일의 다수설과 소송경제에 기초한 것이나 '의심스러운 때는 피고인이 이익으로'에 따라 제한되는 경우라는 설이 대립하고 있다고 한다(Claus Roxin/Bernd Schünemann, 앞의 책, §45 Rn 19).

3. 소결: 원칙적 채택의무설의 구체화

이상에서 원칙적 채택의무설의 관점에서 증거결정의 기준들과 그 규범적 근거들에 대해 검토해보았다. 증거기각결정을 할 수 있는 사유 중에서는 증거의 관련성이 없거나 증거조사의 필요성이 없는 경우가 법원의 재량판단의 여지가 크다. 따라서 이에 관한 기준설정이 중요한 문제이다. 합리적이고 구속력 있는 기준의 설정이 원칙적 채택의무설의 실제적인 측면의 과제라고 한다면, 나아가 원칙적 채택의무설의 취지가 형사소송에서 실현되기 위해서는 절차적·제도적 보완도 필요하다.

우선, 증거결정 기준의 객관성과 투명성을 높이는 가장 근본적인 조치는 독일 형사소송법과 같이 증거기각결정 사유를 형사소송법에 명시하는 것이다. 증거결정은 피고인의 방어권 행사 및 사실적·법률적 이해관계에 중대한 영향을 미치는 것이므로 그 판단기준을 법정하여야 하는 것은 형사절차법정주의(헌법 제27조 제1항)의 당연한 요청이다.

다음으로, 증거결정 절차에 대한 제도적 보완도 필요하다. 첫째, 증거결정시 그에 대한 이유를 제시하도록 하여야 한다. 현실적으로 증거결정에 대한 불복이 가능하도록 그 평가의 자료가 하급심 기록 등에 현출될 필요가 있으며 이를 위하여 규정의 정비와 실무의 개선이 필요하다. 증거결정시 필요성에 관한 구체적 이유제시를 요구하는 것은 과도한 요구라는 반론도 생각해 볼 수 있으나 무죄추정과 '의심스러울 때는 피고인의 이익으로'를 원칙으로 하는 형사소송에 있어서 법관의 심증에 영향을 줄만한 요소들 법정에 현출시켜 그 심증의 정확성 내지 오류가능성을 검증하는 것은 형사소송절차의 기본적 임무이라는 재반론이 가능할 것이다.⁹⁴⁾ 형사소송규칙이 증거신청단계에서 입증취지를 구체적으로 명시하도록 하여(규칙 제132조의2 제1항) 이를 증거결정의 자료로 삼도록 한 점, 그리고 증거결정도 일종의 재판이므로 반드시 당사자에게 고지되어야 한다는 점⁹⁵⁾도 구체적인 이유제시가 필요하다는 근거가 될 수 있다.

둘째, 증거기각결정의 경우 원칙적으로 증거결정에 대한 이의신청(규칙 제135조의2)이 가능하다고 해석하여야 한다. 규칙 제135조의2 단서는 증거결정에 대한 이의신청은 '법령의 위반'을 이유로서만 가능하다고 규정하고 있으나, 합리적 증거결정을 요구할 피고인의 권리는 공정한 재판의 원리(헌법 제27조 제1항)와 무죄추정의 원칙(동조 제4항)에 유래하는

94) 실무상으로도 과도한 부담은 아닌 듯하다. 예컨대, 법원행정처, 앞의 책, 168쪽은 현행법의 해석상 법원의 이유제시 의무는 인정되지 않으나 가급적 합리적 이유를 제시할 필요가 있다고 한다.

95) 백형구/박일환/김희옥 편, 앞의 책, 206쪽; 신양균, 앞의 책, 663쪽.

헌법적 권리이므로 그에 대한 침해는 ‘법령위반’에 해당하는 것이기 때문이다.⁹⁶⁾

셋째, 해당 사건에서 증거신청과 증거기각결정을 전체적으로 볼 때 상당한 정도의 증거신청이 기각되었고 그것이 사실인정에서 차지하는 정도가 크다고 외견상 판단되는 경우 이를 판결내용에 영향을 미친 것으로 보아 상소이유(제361조의5 제1호 또는 제14호, 제383조 제1호 또는 제4호)가 인정된다고 하는 해석도 원칙적 채택의무설과 궤를 같이하는 것으로서 필요하다고 본다.

IV. 나오며

이상에서 증거결정권의 법적 성질과 증거결정의 기준에 대해서 검토해보았다. 증거결정은 당사자의 증거신청권에 대한 직접적 제한임에도 그에 관한 규범적 기준이 명확치 않아 피고인의 방어권의 한 내용인 증거신청권을 침해하고 공정한 재판의 원리를 훼손할 우려가 있다.

형사소송에서 증거신청권이 가지는 중요성, 공정한 재판을 받을 권리에서 유래하는 합리적 증거결정을 요구할 권리의 보장 필요성, 형사소송법과 형사소송규칙 등 관련규정에서도 출되는 증거결정의 규범적 기준, 증거결정과정에서 피고인의 절차적 참여권을 인정할 정책적 필요성 등에 비추어 법원은 당사자가 신청한 증거에 대하여 원칙적으로 채택의무를 진다고 해석하는 원칙적 채택의무설이 타당하다. 법원의 증거결정권은 성질상 법원의 권한임과 동시에 의무로서의 성질을 가지는 것이므로 그러한 특성을 더 잘 설명하면서 증거결정의 규범적 기준을 도출하기에 용이하다는 점에서도 원칙적 채택의무설이 더 우수하다.

원칙적 채택의무설이 실효성을 갖기 위해서는 증거결정의 절차의 보완과 관련 제도의 적극적 해석도 아울러 필요하다. 형사절차법정주의의 관점에서 증거결정의 기준을 형사소송법에 그 사유를 명시하고, 증거결정시 결정이유를 제시하여 그에 대한 이의신청과 상급

96) 같은 취지: 배종대의, 앞의 책, 47/16. 이에 의하면, 증거기각결정 사유가 부존재함에도 기각결정을 하면 “재량의 하자로서 위법이 인정”되고 “규칙 제135조의2 단서에도 불구하고” 이의신청 가능하다 한다. 이 견해에 의하면, 법령위반으로 인한 이의신청만을 인정하는 때(제295조)에도 합목적성을 결한 경우와 달리, “재량한계를 일탈한 경우”에는 “부당한 소송지휘도 위법한 것이 되어” 이의신청이 가능하다고 한다(같은 책, 45/11). 한편, 일본의 학설도 “법원이 필요성의 판단을 그르쳐 합리적인 이유 없이 청구를 각하[우리의 기각에 해당]하는 경우는 법령위반으로서 이의의 대상이 된다”는 견해가 있다. 이에 관하여는 河上和雄 外 編, 앞의 책, 235쪽.

심의 심사가 가능하도록 할 것과 증거결정의 그르친 경우 이의신청(규칙 제135조의2)의 대상과 상소대상이 되도록 현재의 해석론을 수정할 것을 제안하였다.

절차적 보장을 통한 피고인의 보호라는 적법절차의 취지를 사실인정절차에서 관철시키기 위해서는 소송진행 및 그 결과에 관한 당사자의 예측가능성과 대응가능성을 높일 필요가 있기 때문이다.

■ 참고문헌

- 강구진, 형사소송법원론 (학연사, 1982)
- 권오병, 형사증거법론 (법문사, 1965)
- 김기두, 형사소송법 [전정신판] (박영사, 1987)
- 노명선/이완규, 형사소송법 [제3판] (SKKUP, 2013)
- 배종대/이상돈/정승환/이주원, 신형사소송법 [제5판] (홍문사, 2013)
- 백형구/박일환/김희옥 편, 주석 형사소송법 (III) [제4판] (한국사법행정학회, 2009)
- 손동권, 형사소송법 [개정신판] (세창출판사, 2010)
- 신동운, 신형사소송법 [제5판] (법문사, 2014)
- 신양균, 형사소송법 [신판] (화산미디어, 2009)
- 이은모, 형사소송법 [제4판] (박영사, 2014)
- 이재상, 형사소송법 [제9판] (박영사, 2012)
- 임동규, 형사소송법 [제8판] (법문사, 2012)
- 정영석/이형국, 형사소송법 [전정판] (법문사, 1996)
- 정용석/백승민, 형사소송법 [전정 제5판] (대명출판사, 2012)
- 차용석/최용성, 형사소송법 [제3판] (21세기사, 2008)
- 차용석/백형구 편, 주석 형사소송법 (III) [제3판] (한국사법행정학회, 1998)
- 법원행정처, 법원실무제요 형사III(2014)
- 김일룡, “증거결정절차의 개선방안에 대한 연구-미국연방증거규칙의 관련성 이론을 중심으로-,” 한양대학교 박사학위 논문 (2010.2)
- Ulrich Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 8. Auflage (C. H. Beck, 2011)
- Werner Beulke, Strafprozessrecht, 11. Auflage (C. F. Müller, 2010)
- Claus Roxin/Bernd Schünemann, Strafverfahrensrecht, 27. Auflage (C. H. Beck, 2012)
- 松本時夫 外 編, 條解 刑事訴訟法 [第4版] (弘文堂, 2009)
- 河上和雄 外 編, (大コンメンタル) 刑事訴訟法 [第2版], 第6卷 (青林書院, 2011)
- 平場安治 外, 注解 刑事訴訟法 [第4版], 中卷 (青林書院新社, 1982)
- 青柳文雄 外, 註釋 刑事訴訟法, 第3卷 (立花書房, 1978)
- 김희균, “증거결정의 근거와 이론-논증도식과 합리적 사실인정론-,” 서울법학 제18권 제2호(서울시립대학교 법학연구소, 2010), 25-53쪽.
- 문홍수, “증거조사의 방식에 관한 문제,” 형사법에 관한 제문제(상)[재판자료 제49집](법원행정처, 1990), 99-155쪽.
- 백형구, “증거조사의 신청,” 고시연구 1991년 3월호(고시연구사), 142-152쪽.
- 신양균, “증거결정,” 고시연구 1993년 10월호(고시연구사), 47-58쪽.
- 신이철, “법원의 증거기각결정에 대한 형사절차상 불복방법,” 아주법학 제7권 제3호(아주대학교 법학연구소, 2013), 281-302쪽.
- 오기두, “상소심 법원의 원심 증거조사과정 평가방법,” 형사판례연구 제18권(한국형사판례연구회, 2010), 454-518쪽.

- 조준현, “증거조사신청권의 소송법적 의의와 한계,” 고시연구 1993년 2월호(고시연구사), 36-46쪽.
- 조병구, “과학적 증거에 대한 증거채부결정-합리적 증거결정 기준의 모색-,” 형사법 실무연구[재판자료 제123집] (법원도서관, 2011.12.), 589-621쪽.
- Edda Wesslau, “Der blinde Fleck-Kritik and der Lehre vom Beweisantragsrecht,” in: Edda Wesslau, Wolfgang Wohlers(hrsg.), Festschrift Fur Gerhard Fezer zum 70. Geburtstag am 29. Oktober 2008 (C.H.Beck, 2008), 289-310쪽.

투고일자 2015. 01. 31 심사개시일자 2015. 02. 03 게재확정일자 2015. 02. 17

【ABSTRACT】

A Study on the Court Order to Take Evidence in Criminal Procedure

OH, Byung Doo

This article deals with the court order to take evidence upon the parties' motion to admit evidence that determines whether an item of evidence shall be admitted or not in trial. The evidentiary proceeding for this court order in criminal procedure is the threshold of the fact-finding procedure.

In order to protect the right of defense herself/himself, it is crucial for the accused to produce or bring forth the evidence that shall support her/his case. And the most important among the right of the defense in the fact-finding procedure is that of motion to admit evidence, which derives from the right to a fair trial(Art. 27 sec. 1) and to be presumed innocent(Art. 27 sec. 4) in the Constitution of the Republic of Korea.

Thus the evidence should be admitted in trial as a rule when the motion to admit evidence is properly brought forward, unless an item of evidence is not prohibited by the exclusionary rule or by the provisions of the Korean Criminal Procedure Act.

Key Words : examination of evidence, motion to admit evidence, court order to take evidence, the right to defend oneself, the right to a fair trial