

반대신문권이 보장되지 않은 진술증거의 증거능력
- 위법성의 근거와 효과*
- 대법원 2022. 3. 17. 선고 2016도17054 판결 -

조 지 은**

< 목 차 >

[대상판결]

- I. 공소사실의 요지
- II. 제1심 경과 및 판결
- III. 항소심 경과 및 판결
- IV. 대상판결 요지

[평석]

- I. 서론
- II. 반대신문권의 의의
- III. 반대신문권 보장에 대한 판례의 경과 및 대상판결의 의의
- IV. 반대신문권이 보장되지 않은 진술증거의 위법성
- V. 결론

[대상판결]

I. 공소사실 요지

피고인과 피고인의 지인 A는, 피해자가 A의 자금으로 B에게 돈을 빌려주었

* 이 연구는 영남대학교 학술연구조성비에 의한 것임.

** 영남대학교 법학전문대학원 부교수.

으나 B가 이를 제때 변제하지 않고 피해자도 변제 약속을 지키지 않는다는 이유로 피해자를 상대로 폭력을 행사하기로 마음먹었다.

이에 2013. 1. 말 내지 2013. 2. 중순 사이 일자 불상경 당시 피해자가 머물고 있던 필리핀 소재 C의 집에서, A는 피해자가 차용금을 갚지 않는다는 이유로 피해자의 고환을 붙잡아 당기고, 피고인은 ‘왜 돈을 안 갚아서 나까지 오게 하느냐’고 말하면서 휴대하고 있던 흉기인 권총을 꺼내 들고 소음기를 부착한 다음 피해자의 머리에 겨누어 피해자로 하여금 옷을 모두 벗게 하고, 권총 손잡이 부분 및 주먹과 발로 피해자의 안면부를 비롯한 전신을 수회 때리고, 위험한 물건인 담뱃불로 피해자의 성기 부분을 지지는 등 약 3시간 동안 피해자에게 폭력을 행사하였다.

이로써 피고인은 A와 공동하여 위험한 물건을 휴대하여 피해자에게 치료일수 미상의 성기 부위 화상 등을 가하였다.

II. 제1심1) 경과 및 판결

피고인은 위 공소사실 요지와 같이 폭력행위등처벌에관한법률위반(집단·흉기등상해)죄로 기소되었다(폭처법 제3조 제1항, 제2조 제1항 제3호, 형법 제257조 제1항, 제30조).²⁾

피해자는 경찰과 검찰에 참고인으로 출석하여 자신의 피해 사실을 진술하였고, 제2회 공판기일에 증인으로 출석하여 검사의 주신문과 변호인의 일부 반대신문에 대해 진술하였다. 나머지 반대신문은 제4회 공판기일에 하기로 하였다.

제3회 공판기일에서 재판장이 전회 공판심리에 관한 주요사항의 요지를 공판조서에 의하여 고지하자 피고인 및 변호인은 ‘변경할 점이나 이의할 점이 없다’고 진술하였다.

변호인의 나머지 반대신문을 위하여 속행된 제4회 공판기일 전, 피해자는 피고인의 보복이 두렵다는 이유로 증인 불출석 사유서를 제출하고는 제4회 공판기일에 출석하지 않았다.

1) 서울중앙지방법원 2015. 8. 5. 선고 2014고단3881 판결.

2) 항소심에서 죄명이 ‘특수상해’로, 적용법조가 ‘형법 제258조의2 제1항, 제257조 제1항, 제30조’로 공소장변경되었다.

이에 재판장은 검사에게 피해자의 주소보정을 명하는 한편 관할 경찰서에 보정된 주소에 대한 피해자의 소재탐지를 촉탁한 후 보정된 주소로 증인소환장을 보냈으나 수취인 불명으로 송달불능되었고, 피해자의 휴대전화는 전원이 꺼져 있어 소환통지가 이루어지지 않았다.

제1심은 제6회 공판기일까지 증인신문절차를 속행하면서 나머지 반대신문을 위해 피해자에 대하여 증인소환절차를 진행하였으나 증인소환장이 폐문부재로 송달불능되었고, 피해자의 휴대전화가 착신이 정지되어 소환통지가 이루어지지 않아 피해자는 출석하지 아니하였으며, 그 이후 더 이상 피해자에 대한 증인소환절차를 진행하지 않고 제9회 공판기일에 변론을 종결하였다.

제6회 공판기일에서 피고인의 변호인은 원심 제2회 공판기일에서의 피해자에 대한 증인신문은 피고인의 반대신문권이 실질적으로 보장되지 않았으므로, 피해자에 대한 경찰 및 검찰의 각 진술조서는 증거능력이 없다는 취지의 변호인의견서를 제출하였다.

제1심은 제2회 공판조서의 증인신문조서에 기재되어 있는 피해자의 진술(이하 '이 사건 증인신문조서'라 한다) 등을 근거로 이 사건 공소사실을 유죄로 판단하면서 피고인에게 징역 3년에 처하는 판결을 선고하였으나, 검사 및 피고인이 위 판결에 불복하여 항소하였다.

Ⅲ. 항소심³⁾ 경과 및 판결

검사는 항소심 제4회 공판기일 이후에 피해자를 증인으로 신청하였다. 피해자는 피고인으로부터 1,000만 원을 받고 피고인과 합의하였다는 내용의 합의서를 항소심 법원에 직접 제출하였다.

피해자에 대하여 항소심 제5회 공판기일에 출석하라는 증인소환장이 발송되었으나 주소지에 폐문부재로 송달불능되었고, 그 후 피해자에 대하여 항소심 제6회 공판기일에 출석하라는 증인소환장이 주소지에 송달되어 피해자가 직접 수령하였으나, 피해자는 피고인과 합의하였을 뿐만 아니라 병환 중으로 거동이 불편하다는 내용의 증인 불출석 사유서를 제출하고 출석하지 않았다.

3) 서울중앙지방법원 2016. 9. 29. 선고 2015노3170 판결.

이후 피해자를 재소환하기 위하여 변론이 속행되었고, 재판장은 2회에 걸쳐 피해자에 대한 구인영장을 발부하였으나, 피해자가 주소지에 거주하지 않아 구인영장은 집행되지 못하였다. 재판장은 전입신고된 신 주소로 다시 구인영장을 발부하고 그 주소지에 대해 피해자의 소재탐지촉탁을 하였다. 경찰은 피해자가 위 주소지에서 약 1개월 정도 식당을 운영하다가 불상의 장소로 이사하여 피해자의 주소지를 알 수 없다는 내용으로 소재탐지 결과보고를 하였다. 제8회, 제9회 공판기일 전 법원사무관은 피해자를 소환하기 위해 피해자의 휴대전화로 각 전화하였으나 정지, 결번으로 소환통지가 이루어지지 않았다. 이에 재판장은 제9회 공판기일에 피해자에 대한 증인채택 취소결정을 한 후 변론을 종결하였다.

항소심은 이 사건 증인신문조서에 대하여 피고인과 변호인의 실질적 반대신문권이 보장되지 아니한 하자, 절차적 위법이 있다는 등의 이유로 증거능력을 인정하지 않고, 경찰 및 검찰의 피해자진술조서(이하 ‘이 사건 진술조서’라 한다)에 대하여는 형사소송법 제312조 제4항과 제314조에서 규정한 전문법칙의 예외 요건(각 반대신문 기회 보장, 특신상태 요건 불비)을 충족하지 못하였다는 이유로 그 증거능력을 부정하면서, 나머지 증거들만으로는 본건 공소사실을 유죄로 인정하기에 부족하다고 보아 피고인에 대하여 무죄를 선고하였다.

IV. 대상판결 요지

대상판결은 아래와 같이, 이 사건 증인신문조서 및 이 사건 진술조서의 증거능력에 대한 원심의 판단에 법리오해의 잘못이 없다고 실시하고 상고기각 판결을 선고하였다.

1. 이 사건 증인신문조서의 증거능력에 관하여

가. 형사소송법은 제161조의2에서 피고인의 반대신문권을 포함한 교호신문제도를 규정하고, 제310조의2에서 법관의 면전에서 진술되지 아니하고 피고인에 의한 반대신문의 기회가 부여되지 아니한 진술에 대하여는 원칙적으로 그 증거능력을 부여하지 아니함으로써, 형사재판에서의 증거는 법관의 면전에서 진술·심리되어야 한다는 직접주의와 피고인에게 불리한 증거에 대하여 반대신문할

수 있는 권리를 원칙적으로 보장하고 있는데, 이러한 반대신문권 보장은 피고인에게 불리한 증거의 증명력을 탄핵할 수 있는 기회가 보장되어야 한다는 점에서 형식적·절차적인 것이 아니라 실질적·효과적인 것이어야 한다. 따라서 피고인에게 불리한 증거인 증인이 주신문의 경우와 달리 반대신문에 대하여는 답변을 하지 않는 등 진술 내용의 모순이나 불합리를 증인신문 과정에서 탄핵하는 것이 사실상 곤란하였고, 그것이 피고인 또는 변호인에게 책임 있는 사유에 기인한 것이 아닌 경우라면, 관계 법령의 규정이나 증인의 특성 기타 공판절차의 특수성에 비추어 이를 정당화할 수 있는 특별한 사정이 존재하지 않는 이상, 이와 같이 실질적 반대신문의 기회가 부여되지 아니한 채 이루어진 증인의 법정진술은 위법한 증거로서 증거능력을 인정하기 어렵다. 이 경우 피고인의 책문권 포기로 그 하자가 치유될 수 있으나, 책문권 포기의 의사는 명시적인 것이어야 한다.

나. 원심은, 변호인의 나머지 반대신문을 위하여 증인신문절차를 속행하다 제1심 제6회 공판기일까지 피해자가 출석하지 않자 그 이후 피해자에 대한 증인소환절차를 더 이상 진행하지 않고 제9회 공판기일에 변론을 종결하였는바, 피고인 또는 변호인의 반대신문권이 실질적으로 보장되었다고 볼 수 없다고 하면서, 그 구체적인 사유로 피고인이 수사기관에서부터 공판에 이르기까지 일관하여 피해자의 진술과 정면으로 배치되는 주장을 하며 이 사건 공소사실을 극렬히 다투어 온 점, 변호인이 미리 재판부에 제출하였으나 증인신문절차 속행으로 증인의 답변을 듣지 못한 신문사항은 전체 반대신문사항의 1/2 정도에 달하는 것으로 폭행의 수단, 방법, 상해의 부위, 정도 등 이 사건 공소사실의 주된 부분에 관한 것이었던 점, 제1심에서 이루어진 다른 증인들의 전체적인 증언 취지가 위 폭행 및 상해 등 이 사건 공소사실과 달랐던 점 등의 사정을 들었다. 원심은 나아가, 피고인 및 변호인이 제1심 제3회 공판기일 및 제5회 공판기일에 각 '의의가 없다.'는 취지로 진술하기는 했지만, 실질적 반대신문권을 보장하지 않은 하자는 그 이후인 제1심 제6회 공판기일 이후에 발생하였으므로 피고인 또는 변호인이 책문권 포기의 의사를 명시한 것으로 볼 수도 없다는 취지로 판단하였다.

다. 위와 같은 원심판결의 이유와 아래의 이 사건 진술조서의 증거능력과 관련하여 원심이 그 이유로 들고 있는 사정(피해자의 수사기관에서의 진술 중 폭행당하였다는 점에 관하여는 다소 변경되었으므로, 피고인으로서의 반대신문을

통하여 피해자의 위 진술을 탄핵할 필요성이 있었던 점, 그러나 피해자는 제1심 제2회 공판기일 이후부터 증인신문을 의도적으로 회피한 것으로 보이는 점(등)을 관련 법리와 적법하게 채택한 증거에 비추어 살펴보면, 원심이 증인신문 절차에서의 실질적 반대신문권 보장, 책문권 포기 등에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

2. 이 사건 진술조서의 증거능력에 관하여

가. 형사소송법 제312조 제4항과 관련하여

원심은 그 판시와 같이 피해자에 대한 증인신문절차에서 피고인 또는 변호인에게 이 사건 진술조서의 기재 내용에 관하여 피해자를 반대신문할 기회가 실질적으로 주어졌다고 볼 수 없어, 이 사건 진술조서는 형사소송법 제312조 제4항에서 규정한 ‘피고인 또는 변호인이 공판기일에 그 기재 내용에 관하여 피해자를 신문할 수 있었던 때’의 요건을 갖추지 못한 것이므로, 이를 근거로 전문법칙의 예외를 인정할 수 없다는 취지로 판단하였다.

원심판결의 이유를 관련 법리와 적법하게 채택한 증거에 비추어 살펴보면, 원심이 형사소송법 제312조 제4항에서 규정한 반대신문권 보장에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

나. 형사소송법 제314조와 관련하여

1) 형사소송법 제314조에서 ‘그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태에서 행하여졌음’이라 함은 그 진술 내용이나 조서의 작성에 허위개입의 여지가 거의 없고, 그 진술 내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있는 경우를 가리키고, 이에 대한 증명은 단지 그러한 개연성이 있다는 정도로는 부족하며, 합리적 의심의 여지를 배제할 정도에 이르러야 한다.

형사소송법은 수사기관에서 작성된 조서 등 서면증거에 대하여 일정한 요건을 갖춘 경우 증거능력을 인정하는데, 이는 실체적 진실발견의 이념과 소송경제의 요청을 고려하여 예외적으로만 허용하는 것이므로, 그 증거능력 인정 요건에 관한 규정은 엄격하게 해석·적용하여야 한다. 형사소송법 제312조 및 제

313조는 진술조서 등에 대하여 피고인 또는 변호인의 반대신문권이 보장되는 등 엄격한 요건이 충족될 경우에만 증거능력을 인정할 수 있도록 하여 직접심리주의 등 기본원칙에 대한 예외를 정하고 있는데, 형사소송법 제314조는 원진술자 또는 작성자가 사망·질병·외국거주·소재불명 등의 사유로 공판준비 또는 공판기일에 출석하여 진술할 수 없는 경우에 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태에서 행하여졌다는 점이 증명되면 원진술자 등에 대한 반대신문의 기회조차 없이 증거능력을 부여할 수 있도록 함으로써 보다 중대한 예외를 인정한 것이므로, 그 요건을 더욱 엄격하게 해석·적용하여야 한다.

2) 원심은 피고인이 수사기관에서부터 원심에 이르기까지 일관하여 피해자의 진술과 정면으로 배치되는 취지로 주장하며 이 사건 공소사실을 극렬히 다투어 온 점, 피해자의 수사기관에서의 진술 중 피해자가 피고인으로부터 폭행당하였다는 점에 관하여는 진술이 대체로 일관되나, 폭행의 일시, 수단 및 방법, 상해 부위 및 정도 등에 관하여는 다소 변경되었으므로, 피고인으로서의 반대신문을 통하여 피해자의 진술을 탄핵할 필요성이 있는 점, 그럼에도 불구하고 피해자는 제1심 제2회 공판기일 이후부터는 증인신문을 의도적으로 회피한 것으로 보이는 점 등을 들어 피해자의 수사기관에서의 각 진술이 법정에서의 반대신문 등을 통한 검증을 거치지 않더라도 진술의 신빙성과 임의성을 충분히 담보할 수 있는 구체적이고 외부적인 정황이 있다는 점을 검사가 증명한 것으로 볼 수 없다고 판단하였다.

3) 원심판결의 이유를 관련 법리와 적법하게 채택한 증거에 비추어 살펴보면, 원심이 구 형사소송법 제314조(2016. 5. 29. 법률 제14179호로 개정되기 전의 것)에서 규정한 ‘특히 신빙할 수 있는 상태’에 관한 법리 등을 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

[평석]

I. 서론

대상판결의 소송 경과를 요약하자면, 증인이 공판기일에 출석하여 수사기관에서의 진술조서에 대한 성립을 인정하고 검사 측 주신문에 증언을 한 후, 피고인 측 반대신문에 대해서는 일부만 응하고 나머지는 증언을 거부한 후 다음 기일부터 출석하지 않고 소재불명된 상황이다.

대상판결은 우선 위와 같이 증인이 반대신문에 대해 증언을 거부한 경우 반대신문의 기회가 실질적으로 보장되지 않았다고 판단하였다. 그리고 반대신문권이 보장되지 않았음을 이유로, 그 증인의 주신문에 대한 증언은 위법한 증거로서 증거능력이 없다고 판단하였다. 또한 그 증인이 수사기관에서 진술한 내용이 기재된 조서에 대해서도 형사소송법 제312조 제4항의 반대신문 기회 보장 요건 불비, 제314조 특신상태 요건 불비를 이유로 증거능력이 없다고 판단하였다.

대상판결은 2007년 형사소송법 개정 이래 계속되어 온 반대신문권의 위상 강화를 증거법의 다양한 영역에서 정리하였다. 특히, 직접증거인 증언에 대해서도 반대신문권 미보장을 이유로 증거능력을 제한하였다는 점에서 큰 의의가 있다. 이하에서 대상판결에서 실시한 증거능력 배제의 근거 및 효과, 그 하자의 치유 방법 등에 대해 구체적으로 검토하고자 한다.

II. 반대신문권의 의의

1. 미국법상 반대신문권의 의의

가. 수정헌법 제6조

미국법상 반대신문권은 수정헌법 제6조⁴⁾에 직접적으로 명시된 대면권에 근

4) "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

거한다. 해당 조문에서는 신속하고 공개적인 재판을 받을 권리, 변호인의 조력을 받을 권리 등과 함께 자신에게 불리한 증인을 대면할 권리를 피고인에게 인정하고 있다. 이는 영미법계의 당사자주의에 기반한 개념으로서 적법절차에 의한 재판의 요소로 이해되고 있다.⁵⁾

나. 전문법칙과의 관계

반대신문권은 피고인이 공판 과정에서 자신에게 불리한 진술을 하는 증인에 대하여 신문할 수 있는 권리이며, 타인의 체험 사실을 전달할 뿐인 전문증인이거나 전문서류에 대해서는 반대신문권의 행사가 사실상 불가능하다는 점에서 전문증거의 증거능력을 실질적으로 제한하는 원리로서 기능하고 있고, 결국 전문법칙과 함께 성장한 것으로 이해되고 있다.⁶⁾ 즉, 전문법칙과 반대신문권은 그 이론적 근거를 상당 부분 공유하고 있다고 볼 수 있다.

그러나 반대신문권이 여러 전문증거 중 형사피고인에 대한 증언적 진술⁷⁾을 규율 대상으로 하고 있으며 그 법적 근거는 미국 수정헌법 제6조에 있음에 반해, 전문법칙은 형사피고인에 대한 증언적 진술뿐만 아니라 비증언적 진술과 다른 형태의 전문증거에도 영향을 미치는 원리라는 점에서 차이가 있다.⁸⁾

다. 전문법칙의 예외를 제한하는 의의

반대신문권과 전문법칙이 서로 공유하는 바가 많다고 하더라도, 반대신문권

informed of the nature and 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 defense.”, United States Bill of Rights, Sixth Amendment.

5) 이주원, “형사증거법상 반대신문권 보장의 의의와 기능”, 『형사소송 이론과 실무』 제12권 제2호, 한국형사소송법학회, 2020, 171면.

6) 주승희, “전문법칙의 의의 및 변호인의 반대신문이 일부만 이루어진 조서의 증거능력에 관한 소고”, 『법학논총』 제24권 제3호, 조선대학교 법학연구원, 2017, 385면.

7) 김희균, “크로포드 사건: 형사피고인의 대질신문권의 재발견”, 『법조』 제54권 제7호, 법조협회, 2005, 156면.

증언에 갈음하는 진술(testimonial statements)이란 “합리적인 증인이 생각하기에 자기의 진술이 나중에 재판에서 사용될 것으로 예견할 수 있는 진술”을 말한다.

8) 주승희, 앞의 논문 385-386면.

은 수정헌법 제6조에 의해 독자적인 의미를 가지는바 이에 의해 전문법칙의 예외를 제한하는 기능을 하게 된다.

이를 잘 보여주는 것이 2004년 미국 연방대법원의 Crawford 판결인데, 그 요지는 ‘증인이 출두하지 않았을 경우 해당 전문증거가 신용성이 인정되어 전문법칙의 예외 규정에 해당한다고 하더라도, 대질신문권이 보장되었다고 볼 수 없으므로 수정헌법 제6조에 따라 그 전문증거의 증거능력은 인정되지 않는다’는 것이다.⁹⁾

결국 미국 증거법상 전문증거가 증거능력을 얻기 위해서는 전문법칙의 예외 규정에 해당해야 하는 것에 더하여, 해당 전문증거가 형사피고인에게 불리한 증언적 진실인 경우에는 피고인의 반대신문권까지 보장되어야만 하는 것이다.¹⁰⁾

2. 우리 실정법상의 반대신문권 규정 및 의의

가. 형사소송법 제161조의2 교호신문제도

우리 형사소송법은 제161조의2 제1항에서 “증인신문의 방식”이라는 제하에 “증인은 신청한 검사, 변호인 또는 피고인이 먼저 이를 신문하고 다음에 다른 검사, 변호인 또는 피고인이 신문한다.”라고 규정하여 교호신문제도를 천명하고 있다. 이는 미국 수정헌법과 같이 직접적으로 피고인에게 반대신문 권리가 있음을 명시한 방식은 아니나, 교호신문제도라는 절차 속에서 피고인에게 반대신문권을 보장하고 있다. 즉, 교호신문제도 자체가 피고인에게 반대신문의 기회를 보장해 주고, 직접심리주의와 공판중심주의를 실현하여 피고인에게 공정한 재판받을 권리를 보장해 주기 위한 것이라 할 수 있다.¹¹⁾

나. 형사소송법 제312조 제4항 반대신문 기회 보장

형사소송법은 제312조 제4항에서 명시적으로 반대신문의 기회를 보장한다고 규정하고 있다. 이는 2007년 형사소송법 개정을 통해 추가된 내용이다. 앞서

9) 김희균, 앞의 논문, 155면.

10) 주승희, 앞의 논문 389면.

11) 이주원, 앞의 논문 169면.

Crawford 판결에서와 같이, 전문법칙상 예외 인정 요건에 반대신문권 보장이 함께 요구되는 것이다.

기존 전문법칙 규정에 반대신문권을 추가한 개정 경과를 살펴보면 아래와 같다.

구 형사소송법(2007. 12. 21. 법률 제8730호로 개정되기 전의 것)
제312조(검사 또는 사법경찰관의 조서) ①검사가 피의자나 피의자 아닌 자의 진술을 기재한 조서와 검사 또는 사법경찰관이 검증의 결과를 기재한 조서는 공판준비 또는 공판기일에서의 원진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 때에는 증거로 할 수 있다. 단, 피고인이 된 피의자의 진술을 기재한 조서는 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 때에 한하여 그 피의자였던 피고인의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 불구하고 증거로 할 수 있다.
②검사 이외의 수사기관 작성의 피의자 신문조서는 공판준비 또는 공판기일에 그 피의자였던 피고인이나 변호인이 그 내용을 인정할 때에 한하여 증거로 할 수 있다.

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

2007년 개정을 통해 참고인 진술조서의 증거능력 인정 요건에 “피고인 또는 변호인이 공판준비 또는 공판기일에 그 기재 내용에 관하여 원진술자를 신문할 수 있었던 때”라는 요건이 신설되었다. 반대신문권은 전문법칙상 2007년 형사소송법 개정 이전에는 증명력의 문제였다가, 증거능력의 문제로 격상된 것이다. 미국 Crawford 판결과 같은 취지로, 우리 법제는 형사소송법 개정을 통해 전문법칙상 증거능력 인정의 예외 인정 요건으로 반대신문권을 포섭하였다.

다. 전문법칙과의 관계 및 이론적 근거

반대신문권에 대하여 대법원은 “형사소송법은 제161조의2에서 피고인의 반대신문권을 포함한 교호신문제도를 규정함과 동시에, 제310조의2에서 법관의 면전에서 진술되지 아니하고 피고인에 의한 반대신문의 기회가 부여되지 아니한 진술에 대하여는 원칙적으로 증거능력을 부여하지 아니함으로써, 형사재판에 있어서 모든 증거는 법관의 면전에서 진술·심리되어야 한다는 직접주의와 피

고인에게 불리한 증거에 대하여는 반대신문할 수 있는 권리를 원칙적으로 보장하고 있는바(이하 생략)¹²⁾라고 판시하여 우리 형사소송법이 제161조의2 교호신문제도, 제310조의2 전문법칙에 드러난 바와 같이 피고인에게 직접주의, 반대신문권을 보장하고 있다고 보는 것이다.

한편, 전문법칙의 이론적 근거에 대해 우리 헌법재판소는 아래와 같이 설시하면서, 반대신문권 보장, 직접심리주의를 들고 있다.¹³⁾

“제310조의2는 공개법정의 법관의 면전에서 진술되지 아니하고 피고인에게 반대신문의 기회를 부여하지 않은 전문증거의 증거능력을 배척함으로써, 피고인의 반대신문기회를 보장하고 직접심리주의에서 공판중심주의를 철저히 함으로써 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 보장하기 위한 것이다.”¹⁴⁾

전문법칙은 전문증거의 신용성이 확보되어야 한다는 의미 외에, 반대신문권 보장, 직접심리주의, 공판중심주의, 피고인의 공정한 재판을 받을 권리 보장에도 그 의의가 있다. 이런 측면에서, 반대신문권과 전문법칙은 그 이론적 배경과 근거를 상당 부분 공유하게 된다. 직접주의, 공판중심주의, 피고인의 공정한 재판을 받을 권리가 그것이라 하겠다.

라. 의의

우리 법제는 2007년 형사소송법 개정, 이후의 판례 등을 통해 반대신문권을 피고인의 권리로 인정해오고 있는 것으로 해석된다. 판례는 후술할 대상판결의 검토에서와 같이, 단순히 교호신문제도 하의 반사적인 혜택이 아니라 피고인의 절차적 권리로 보는 것이다.

반대신문권이 피고인의 방어권과 공정한 재판을 받을 권리에 근거를 두고 있는 중요한 권리임은 틀림없다. 이에 대해 반대신문권은 비록 우리 헌법에 명문으로 규정되어 있지는 않으나 적법절차원칙과 평등권에서 도출될 수 있는 권리라는 이유로 헌법상 기본권의 지위를 갖고 있다는 견해도 존재한다.¹⁵⁾ 생각건

12) 대법원 2001. 9. 14. 선고 2001도1550 판결.

13) 이주원, 「형사소송법」 제3판, 박영사, 2021, 433면.

14) 헌법재판소 2005. 12. 22. 선고 2004헌바45 결정.

15) 주승희, 앞의 논문 396면; 홍영기, “반대신문권 보장: 전문법칙의 근거”, 「고려법학」 제75호, 고려대학교 법학연구원, 2014, 30면.

대, 반대신문권은 헌법상 기본권의 지위까지는 아니라 하더라도, 형사소송법상의 법원리에 근거한 적극적인 피고인의 권리로 보는 것이 타당하다.

우리 헌법재판소도 이와 관련하여, “헌법은 피고인의 반대신문권을 미국이나 일본과 같이 헌법상의 기본권으로까지 규정하지는 않았으나, 형사소송법은 제161조의2에서 상대 당사자의 반대신문을 전제로 한 교호신문제도를 규정하고 있고, 제312조 제4항, 제5항에서 ‘공판준비 및 공판기일에서 원진술자를 신문할 수 있는 때에 한하여’ 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 조서나 진술서의 증거능력을 인정하도록 규정함으로써 피고인에게 불리한 증거에 대하여 반대신문할 수 있는 권리를 명문으로 인정하고 있다. 이는 위와 같은 공정한 재판을 받을 권리를 형사소송절차에서 구현하고자 한 것이다.”라고 실시하고 있다.¹⁶⁾

Ⅲ. 반대신문권 보장에 대한 판례의 경과 및 대상판결의 의의

1. 반대신문의 실질적 기회 보장의 의미

형사소송법 제312조 제4항의 “피고인 또는 변호인이 공판준비 또는 공판기일에 그 기재 내용에 관하여 원진술자를 신문할 수 있었던 때”의 의미에 관하여는, 실제로 반대신문이 행해질 것까지 요구하는 것은 아니고, 원진술자가 법정에서 출석하고 그 원진술자에 대해 반대신문을 할 수 있는 기회가 부여되면 족하다고 이해되고 있다.¹⁷⁾

원진술자를 소환하지 않거나 법원이 반대신문 절차를 누락하는 등의 경우라면 기회 미보장에 이견이 없을 것인데, 원진술자가 반대신문에 대해 대답을 하지 않거나 증언을 거부하는 경우에 대해서 이견이 있을 수 있다. 이에 대해 판례는 “반대신문권의 보장은 형식적·절차적인 것이 아니라 실질적·효과적인 것이어야 하므로, 증인이 반대신문에 대하여 답변을 하지 아니함으로써 진술내용의 모순이나 불합리를 드러내는 것이 사실상 불가능하였다면, 그 사유가 피

16) 헌법재판소 2013. 12. 26. 선고 2011헌바108 결정.

17) 이재상·조관석·이창은, 「형사소송법」 제14판, 박영사, 2022, 693면; 이창현, 「형사소송법」 제7판, 도서출판 정독, 2021, 893면; 정웅석·최창호·김한균, 「신형사소송법」 제2판, 박영사, 2023, 651면.

고인이나 변호인에게 책임있는 것이 아닌 한 그 진술증거는 법관의 올바른 심증형성의 기초가 될 만한 진정한 증거가치를 가진다고 보기 어렵다.”라고 설시¹⁸⁾하여, 이 경우 반대신문권이 실질적으로 보장되지 않은 것으로 보고 있다.

2. 반대신문권이 보장되지 않은 진술조서의 증거능력

가. 형사소송법 제312조 4항 관련

원진술자의 증언거부로 반대신문이 차단된 경우에 대한 2007년 형사소송법 개정 이전의 판례를 살펴보면, 아래와 같다.

(1) 2007년 형사소송법 개정 이전 판례

“검사가 피의자 아닌 자의 진술을 기재한 조서는 원진술자의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정되면 증거로 할 수 있고, 여기에서 성립의 진정이라 함은 간인, 서명, 날인 등 조서의 형식적인 진정과 그 조서의 내용이 진술자의 진술내용대로 기재되었다는 실질적인 진정을 뜻하는 것이므로, 검사가 피의자 아닌 자의 진술을 기재한 조서에 대하여 그 원진술자가 공판기일에서 그 성립의 진정을 인정하면 그 조서는 증거능력이 있는 것이고, 원진술자가 공판기일에서 그 조서의 내용과 다른 진술을 하거나 변호인 또는 피고인의 반대신문에 대하여 아무런 답변을 하지 아니하였다 하여 곧 증거능력 자체를 부정할 사유가 되지 않는바, 형사소송법은 제161조의2에서 피고인의 반대신문권을 포함한 교호신문제도를 규정함과 동시에, 제310조의2에서 법관의 면전에서 진술되지 아니하고 피고인에 의한 반대신문의 기회가 부여되지 아니한 진술에 대하여는 원칙적으로 증거능력을 부여하지 아니함으로써, 형사재판에 있어서 모든 증거는 법관의 면전에서 진술·심리되어야 한다는 직접주의와 피고인에게 불리한 증거에 대하여는 반대신문할 수 있는 권리를 원칙적으로 보장하고 있는바, 반대신문권의 보장은 형식적·절차적인 것이 아니라 실질적·효과적인 것이어야 하므로, 증인이 반대신문에 대하여 답변을 하지 아니함으로써 진술내용의 모순이나 불합리를 드러내는 것이 사실상 불가능하였

18) 대법원 2001. 9. 14. 선고 2001도1550 판결.

다면, 그 사유가 피고인이나 변호인에게 책임있는 것이 아닌 한 그 진술증거는 법관의 올바른 심증형성의 기초가 될 만한 진정한 증거가치를 가진다고 보기 어렵다 할 것이고, 따라서 이러한 증거를 채용하여 공소사실을 인정함에 있어서는 신중을 기하여야 한다. 검사 작성의 진술조서에 대하여 원진술자가 공판기일에서 그 성립의 진정을 인정하면서도 그 진술조서상의 진술내용을 탄핵하려는 변호인의 반대신문에 대하여 묵비한 것이 피고인 또는 변호인의 책임있는 사유에 기인한 것이라고 인정할 수 없는 경우, 그 진술기재는 반대신문에 의한 증명력의 탄핵이 제대로 이루어지지 아니한 것이므로 그 신빙성을 선뜻 인정하기 어렵다.”¹⁹⁾

위 판례에 의하면 참고인인 원진술자의 증언거부로 반대신문이 이루어지지 않았다 하더라도 당시 형사소송법상 반대신문의 기회보장은 요구되는 요건이 아니었으므로 원진술자의 진정성립 인정에 의해 증거능력이 부여되었다. 다만, 반대신문이 이루어지지 않은 점에 근거하여 증명력을 인정하기 어렵다고 보았다. 즉, 반대신문 기회보장 여부를 증거능력 요건이 아닌 증명력을 판단함에 있어 고려할 사항으로 보았던 것이다.

(2) 2007년 형사소송법 개정 이후 판례 : 대상판결

가. 형사소송법 제312조 제4항 관련

대상판결은 이 사건 진술조서의 증거능력을 판단함에 있어 형사소송법 제312조 제4항과 관련하여 “원심은 그 판시와 같이 피해자에 대한 증인신문절차에서 피고인 또는 변호인에게 이 사건 진술조서의 기재 내용에 대하여 피해자를 신문할 기회가 실질적으로 주어졌다고 볼 수 없으므로, 이 사건 진술조서는 형사소송법 제312조 제4항에서 규정한 ‘피고인 또는 변호인이 공판기일에 그 기재 내용에 관하여 피해자를 신문할 수 있었던 때’의 요건을 갖추지 못하여 이를 근거로 전문법칙의 예외를 인정할 수 없다.”²⁰⁾고 판단하였다.

19) 대법원 2001. 9. 14. 선고 2001도1550 판결.

20) 대법원 2022. 3. 17. 선고 2016도17054 판결.

2007년 형사소송법 개정 이후에는 참고인 진술조서에 대하여 반대신문의 기회보장을 증거능력 인정의 당연한 요건으로 요구하고 있다. 즉, 반대신문의 기회보장이 증명력의 문제에서 증거능력의 문제로 격상되어 그 중요성이 강조되고 있는 것이다.

이는 또 다른 전문법칙의 예외 조항인 형사소송법 제314조의 해석과도 그 취지가 일맥상통하고 있다.

나. 형사소송법 제314조 관련

반대신문권의 위상과 실질적 보장의 중요성은 형사소송법 제314조의 요건 해석에 관한 최근 판례에서 계속 강조되고 있다.

(1) 증언거부는 제314조의 진술불능 사유에 포함되지 않는다는 판례

“수사기관에서 진술한 참고인이 법정에서 증언을 거부하여 피고인이 반대신문을 하지 못한 경우에는 정당하게 증언거부권을 행사한 것이 아니라도, 피고인이 증인의 증언거부 상황을 초래하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 형사소송법 제314조의 ‘그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때’에 해당하지 않는다고 보아야 한다. 따라서 증인이 정당하게 증언거부권을 행사하여 증언을 거부한 경우와 마찬가지로 수사기관에서 그 증인의 진술을 기재한 서류는 증거능력이 없다. 그 이유는 다음과 같다.

가) 형사소송법은 헌법이 요구하는 적법 절차를 구현하기 위하여 사건의 실체에 대한 심증 형성은 법관의 면전에서 본래증거에 대한 반대신문이 보장된 증거조사를 통하여 이루어져야 한다는 실질적 직접심리주의와 전문법칙을 채택하고 있다. 공판중심주의의 한 요소인 실질적 직접심리주의는 법관의 면전에서 직접 조사한 증거만을 재판의 기초로 삼을 수 있고, 증명 대상이 되는 사실과 가장 가까운 원본 증거를 재판의 기초로 삼아야 하며, 원본 증거의 대체물 사용은 특별한 사정이 없는 한 허용되어서는 안 된다는 원칙이다. 법관은 법정에서 직접 원본 증거를 조사하는 방법을 통하여 사건에 대한 신선하고 정확한 심증을 형성할 수 있고, 피고인에게 원본 증거에 관한 직접적인 의견진술의 기회를 부여함으로써 실체적 진실을 발견하고 공정한 재판을 실현할 수 있다.

따라서 법원은 이러한 실질적 직접심리주의와 전문법칙이 형사소송절차 진

행 및 심리 과정에서 원칙적이고 실질적인 지배원리로서 충실히 기능할 수 있도록 하여야 하고, 그 예외는 직접심리주의와 공판중심주의에 의한 공정한 공개 재판을 받을 권리와 무죄추정을 받을 권리를 본질적으로 침해하거나 형해화하는 결과가 초래되지 않도록 형사소송법이 정한 필요한 최소한도에 그쳐야 한다.

형사소송법은 제310조의2에서 '제311조 내지 제316조에 규정한 것 이외에는 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 대신하여 진술을 기재한 서류나 공판준비 또는 공판기일 외에서의 타인의 진술을 내용으로 하는 진술은 이를 증거로 할 수 없다.'라고 정하고 있다. 이로써 사실을 직접 경험한 사람의 진술이 법정에서 직접 제출되어야 하고 이에 갈음하는 대체물인 진술 또는 서류가 제출되어서는 안 된다는 이른바 전문법칙을 선언하고, 전문법칙의 예외로 증거능력이 인정되는 경우를 제311조 내지 제316조로 제한하고 있다.

또한 제312조와 제313조는 참고인 진술조서 등 서면증거에 대하여 반대신문권이 보장되는 등 엄격한 요건이 충족될 경우에 한하여 증거능력을 인정하는 예외를 규정하고 있고, 제314조는 제312조 또는 제313조의 경우에 진술을 요하는 자가 진술할 수 없는 때 다시 예외적으로 그 진술 없이 증거능력을 인정할 수 있는 요건을 규정하고 있다.

앞에서 살펴본 바와 같이 전문법칙의 예외는 필요한 최소한도에 그쳐야 한다. 형사소송법 제314조는 예외적으로 전문증거의 증거능력이 인정되기 위해 갖추어야 할 요건에 대하여 다시 그 요건마저 갖추지 않아도 되는 예외를 규정한 것이므로, 그 적용 범위를 더욱 제한적으로 해석해야 한다.

나) 2007. 6. 1. 법률 제8496호로 개정되기 전의 구 형사소송법 제312조 제1항은 '검사가 피의자나 피의자 아닌 자의 진술을 기재한 조서와 검사 또는 사법경찰관이 검증의 결과를 기재한 조서는 공판준비 또는 공판기일에서의 원진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 때에는 증거로 할 수 있다. 단, 피고인이 된 피의자의 진술을 기재한 조서는 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 때에 한하여 그 피의자였던 피고인의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 불구하고 증거로 할 수 있다.'라고 정하고, 제313조 제1항은 사법경찰관이 작성한 참고인에 대한 진술조서에 관하여도 같은 취지로 규정하였다. 2007. 6. 1. 개정된 형사소송법은 제312조 제4항에서 '검사 또는 사법경찰관이 피고인이 아닌 자의 진술을 기재한 조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 그 조서가 검사 또는 사법경찰관 앞에서 진술한 내용과 동

일하게 기재되어 있음이 원진술자의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술이나 영상녹화물 또는 그 밖의 객관적인 방법에 의하여 증명되고, 피고인 또는 변호인이 공판준비 또는 공판기일에 그 기재 내용에 관하여 원진술자를 신문할 수 있었던 때에는 증거로 할 수 있다. 다만 그 조서에 기재된 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한한다.’라고 정하고 있다.

현행 형사소송법 제312조 제4항은 구 형사소송법이 정한 원진술자의 진정성립 인정 요건 외에 ‘피고인 또는 변호인이 공판준비 또는 공판기일에 그 기재 내용에 관하여 원진술자를 신문할 수 있었던 때’, 즉 피고인의 반대신문권이 보장될 것을 증거능력 인정의 요건으로 추가함으로써 피고인의 반대신문권이 보장되지 않은 참고인에 대한 진술조서는 원칙적으로 증거능력이 인정되지 않음을 선언하였다. 반대신문권의 보장은 형식적·절차적인 것이 아니라 실질적·효과적인 것이어야 한다.

또한 원진술자의 진술 없이 전문증거에 대하여 증거능력이 인정될 수 있는 예외사유에 관하여 형사소송법 제314조는 그동안 ‘사망, 질병 기타 사유로 인하여 진술할 수 없는 때’에서, ‘사망, 질병, 외국거주 기타 사유로 인하여 진술할 수 없는 때’로, 다시 ‘사망·질병·외국거주·소재불명, 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때’로 거듭 바뀌며 그 예외사유의 범위를 더욱 엄격하게 제한하는 방향으로 개정되어 왔음은 앞에서 살펴본 바와 같다.

이와 같이 형사소송법이 피고인의 반대신문권 보장을 강화하고 전문법칙의 예외사유를 더욱 엄격하게 제한하는 방향으로 개정되어 온 취지는 증언거부권의 정당한 행사로 인정되지 않는 증언거부에 대하여 형사소송법 제314조의 적용 여부를 판단할 때에도 중요한 고려 요소로 삼아야 한다.”²¹⁾

즉, 314조를 적용함에 있어서도 증언거부는 진술불능 사유에 해당하지 않는다고 하면서, 그 근거를 반대신문권 보장에서 찾고 있는 것이다. 직접심리주의와 공판중심주의를 실현하기 위한 반대신문권의 보장을 근거로 제314조의 진술불능 사유를 제한 해석한 것이다.²²⁾

(2) 증언거부 상황은 제314조의 특신상태 사유에 해당하지 않을 수 있다는

21) 대법원 2019. 11. 21. 선고 2018도13945 전원합의체 판결.

22) 이주원, 앞의 논문 168면.

판례 : 대상판결²³⁾

대상판결의 경우는 증인이 피고인측의 반대신문에 대하여 증언을 거부한 후 실제로 소재불명이 된 상황이므로, 위에서 살펴 본 2018도13945 판결과는 달리 진술불능 사유는 충족된 것이라 할 수 있다. 그렇다면 원진술이 ‘특히 신빙할 수 있는 상태’하에서 행하여졌는지 여부 즉, ‘특신상태’ 여부²⁴⁾가 문제된다.

판례는 ‘특신상태란 그 진술내용이나 조서 또는 서류의 작성에 허위개입의 여지가 거의 없고, 그 진술내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있는 경우를 가리킨다’²⁵⁾고 하여 특신상태를 신용성의 정황적 보장을 의미한다고 본다. 이는 진술 자체의 신빙성을 의미하는 것이 아니라, ‘진술이 이루어진 상황이 신빙할 만하다’는 것이다.²⁶⁾

대상판결은 “피고인이 수사기관에서부터 원심에 이르기까지 일관하여 피해자의 진술과 정면으로 배치되는 취지로 주장하며 이 사건 공소사실을 극렬히 다투어 온 점, 피해자의 수사기관에서의 진술 중 피해자가 피고인으로부터 폭행당하였다는 점에 관하여는 진술이 대체로 일관되나, 폭행의 일시, 수단 및 방법, 상해 부위 및 정도 등에 관하여는 다소 변경되었으므로, 피고인으로서 반대신문을 통하여 피해자의 진술을 탄핵할 필요성이 있는 점, 그러나 피해자는 제1심 제2회 공판기일 이후부터 증인신문을 의도적으로 회피한 것으로 보이는 점 등을 들어 피해자의 수사기관에서의 각 진술이 법정에서의 반대신문 등을 통한 검증을 거치지 않더라도 진술의 신빙성과 임의성을 충분히 담보할 수 있는 구체적이고 외부적인 정황이 있다는 점을 검사가 증명한 것으로 볼 수 없다.”²⁷⁾라고 판시하여, 반대신문에 대한 증언을 거부하는 경우 정황상 진술이 이루어진 상황이 신빙할 만하지 않고 특신상태 사유에 해당하지 않는다고 보아 증거능력을 부정하였다.

23) 대법원 2022. 3. 17. 선고 2016도17054 판결.

24) 한제희, “특신상태의 의의와 판단기준”, 『형사판례연구』 제21권, 한국형사판례연구회, 2013, 534면.

25) 대법원 2006. 5. 25. 선고 2004도3619 판결.

26) 정웅석, “형사소송법상 ‘특신상태’의 필요성에 대한 비판적 고찰”, 『저스티스』 통권 제138호, 한국법학원, 2013, 307면.

27) 대법원 2022. 3. 17. 선고 2016도17054 판결.

위에서 살펴본 바와 같이, 전문법칙 영역 내에서 반대신문권이 가지는 의의는 형사소송법 개정 및 판례의 태도 변화 등을 통해 점차 강조되어 왔다. 그리고 그 근거는 실질적 직접심리주의, 공판중심주의, 공정한 재판을 받을 권리, 방어권 보장 등이다.

이러한 이론적 근거는 전문법칙과 반대신문권이 공유하고 있는바, 위와 같은 전문법칙에서의 법령 개정, 판례의 태도 변화는 반대신문권 자체의 중요성과 위상에도 영향을 미치고 그 경향을 같이 하고 있는 것으로 보이며, 그것이 대상판결로 이어졌다.

3. 반대신문권이 보장되지 않은 증언의 증거능력

가. 2007년 형사소송법 개정 이전

2007년 형소법 개정 이전의 위 대법원 2001. 9. 14. 선고 2001도1550 판결 판시내용에 의하면 반대신문권이 보장되지 않은 증언에 대해서는 증거능력이 있고 증명력만 문제된다는 것이 당연한 결과가 된다. 왜냐하면 위 판시에 따르면 전문증거인 진술조서에 대해서도 증거능력은 있다는 취지였으므로, 직접증거인 증언은 당연히 증거능력이 있어야 할 것이기 때문이다.

나. 2007년 형사소송법 개정 이후 판례

(1) 대법원 2010. 1. 14. 선고 2009도9344 판결

그러나 이는 2007년 형소법 개정으로 전문법칙의 예외 요건에 반대신문권 보장이 포함되면서 변화를 겪게 됨이 당연하다. 이후 대법원이 최초로 반대신문권이 보장되지 않은 증언에 대한 위법성과 그 하자 치유에 대해 언급한 것은 아래 판결과 같다.

“형사소송법 제297조의 규정에 따라 재판장은 증인이 피고인의 면전에서 충분한 진술을 할 수 없다고 인정할 때에는 피고인을 퇴정하게 하고 증인신문을 진행함으로써 피고인의 직접적인 증인 대면을 제한할 수 있지만, 이러한 경우에도 피고인의 반대신문권을 배제하는 것은 허용될 수 없다. 형사소송법 제297

조에 따라 변호인이 없는 피고인을 일시 퇴정하게 하고 증인신문을 한 다음 피고인에게 실질적인 반대신문의 기회를 부여하지 아니한 채 이루어진 증인의 법정진술은 위법한 증거로서 증거능력이 없다고 볼 여지가 있으나, 그 다음 공판기일에서 재판장이 증인신문 결과 등을 공판조서(증인신문조서)에 의하여 고지하였는데 피고인이 ‘변경할 점과 이의할 점이 없다’고 진술하여 책문권 포기 의사를 명시함으로써 실질적인 반대신문의 기회를 부여받지 못한 하자가 치유되었다.”²⁸⁾

여기서는 “피고인에게 실질적인 반대신문의 기회를 부여하지 아니한 채 이루어진 증인의 법정진술은 위법한 증거로 볼 여지가 있으나,”라고 표현하였다.

그리고 재판장이 다음 공판기일에서 증인신문 결과를 위 공판조서에 의하여 고지하였는데, 이에 대해 피고인이 ‘변경할 점과 이의할 점이 없다’고 진술한 것을 두고, 피고인이 책문권을 명시적으로 포기함으로써 그 하자가 치유되었다고 하였다.

즉, 다소 유보적이기는 하나 반대신문권을 보장하지 아니한 증언은 위법의 여지가 있고, 다만 사안의 경우 책문권 포기를 통해 하자가 치유되었다고 본 것이다.

(2) 대상판결

반대신문권의 실질적이고 강력한 보장의 경향이 이어져 오면서, 위 2009도 9344 판결의 중간 단계를 거쳐 결국 대상판결로 연결되었다고 볼 수 있다.

대상판결은 앞서의 ‘여지가 있으나’라는 표현에서 더 나아가, 명확하게 위법한 증거로서 증거능력이 없다고 단언하였다.

즉, “피고인에게 불리한 증거인 증인이 주신문의 경우와 달리 반대신문에 대하여는 답변을 하지 아니하는 등 진술 내용의 모순이나 불합리를 그 증인신문 과정에서 드러내어 이를 탄핵하는 것이 사실상 곤란하였고, 그것이 피고인 또는 변호인에게 책임 있는 사유에 기인한 것이 아닌 경우라면, 관계 법령의 규정 혹은 증인의 특성 기타 공판절차의 특수성에 비추어 이를 정당화할 수 있는 특별한 사정이 존재하지 아니하는 이상, 이와 같이 실질적 반대신문권의 기회

28) 대법원 2010. 1. 14. 선고 2009도9344 판결.

가 부여되지 아니한 채 이루어진 증인의 법정진술은 위법한 증거로서 증거능력을 인정하기 어렵다.”²⁹⁾라고 판시한 것이다.

4. 대상판결의 의의

위에서 살펴본 바와 같이 대상판결은 반대신문권의 위상 강화를 증거법의 다양한 영역에서 정리하고 있다고 평가할 수 있다.

증인이 반대신문에 대하여 증언을 거부한 경우, 이는 실질적으로 피고인에게 반대신문권이 보장되지 않은 경우에 해당하고, 그 진술조서는 형사소송법 제312조 제4항의 반대신문 기회 보장 요건 불비로 증거능력 없고, 이후 소재불명이 되어도 형사소송법 제314조 특신상태 요건 불비로 증거능력 없으며, 나아가 법정에서의 증언도 위법한 증거로서 증거능력이 없다고 한 것이다.

2007년 형사소송법 개정 이래 반대신문권의 보장이 점차 중요시되어 온 판례의 경과가 대상판결에서 그대로 드러난다고 하겠다.

IV. 반대신문권이 보장되지 않은 진술증거의 위법성

1. 위법성의 근거

가. 대상판결의 태도

대상판결은 특히 증언에 대하여 반대신문권 보장의 의의를 강조하였다는 점에 큰 의의가 있다. 비록 반대신문권에 대해 우리 법제는 미국 수정헌법과 같은 직접적인 권리 보장 규정은 없고, 교호신문제도, 전문법칙의 요건으로 포함되어 있을 뿐이지만, 대상판결은 이를 직접증거인 증언에 대해서도 증거능력을 제한하는 데 명시적으로 활용한 것이다.

그런데, 반대신문권이 보장되지 아니한 증언이 왜 위법한지에 대한 자세한 설시는 없다. 반대신문권이 보장되지 아니한 조서는 형소법 312조 4항의 요건

29) 대법원 2022. 3. 17. 선고 2016도17054 판결.

을 충족시키지 못해 적법한 증거능력을 가지지 못함은 당연하나, 직접증거인 증언의 증거능력에 대해서는 법관의 자유심증에 따를 뿐 실정법상 증거능력 제한에 대한 명시적인 규정은 없다. 그렇다면 반대신문권이 보장되지 않은 증언은 위법하여 증거능력이 없다는 결론의 근거, 자유심증주의의 예외라는 점에 대한 구체적인 근거 제시가 보다 더 필요하다고 보인다. 대상판결의 경우, 단지 항소심에서 ‘절차적 위법’이라고 실시하였을 뿐이고, 대상판결의 논지도 이를 전제로 하고 있다.

나. 검토

반대신문권이 보장되지 아니한 증언이 위법하다면, 그 위법성의 근거를 단순히 절차적 하자로 볼 것이 아니라, 반대신문권의 의의로 돌아가서 그 근거를 구체적으로 논할 필요가 있다.

앞서 본 바와 같이, 우리 대법원은 반대신문권에 대하여 아래와 같이 실시하고 있다.

“형사소송법은 제161조의2에서 피고인의 반대신문권을 포함한 교호신문제도를 규정함과 동시에, 제310조의2에서 법관의 면전에서 진술되지 아니하고 피고인에 의한 반대신문의 기회가 부여되지 아니한 진술에 대하여는 원칙적으로 증거능력을 부여하지 아니함으로써, 형사재판에 있어서 모든 증거는 법관의 면전에서 진술·심리되어야 한다는 직접주의와 피고인에게 불리한 증거에 대하여는 반대신문할 수 있는 권리를 원칙적으로 보장하고 있는바, (생략)”³⁰⁾

여기서 직접주의는 전문법칙의 이론적 근거 실시에서 본 바와 같이 공판중심주의 및 피고인의 공정한 재판을 받을 권리와 연결된다. 곧 이러한 이념이 반대신문권의 근거라고 할 수 있다. 반대신문권은 절차적 권리임과 동시에, 우리 헌법과 형사소송법의 기본 이념에 근거한 피고인의 적극적 권리이다. 즉, 반대신문권은 단순히 진술의 신빙성을 보장하여 정확한 사실발견을 하기 위한 도구라는 측면을 넘어 공정한 재판이라는 절차적 보장의 핵심이라 할 수 있다.³¹⁾

30) 대법원 2001. 9. 14. 선고 2001도1550 판결.

31) 설민수, “형사재판에서 증언적 전문진술에 대한 반대신문권 보장과 그 한계”, 『사법논집』

따라서, 반대신문권은 우리 법률상 직접심리주의, 공판중심주의, 공정한 재판을 받을 권리에서 도출되는 권리라고 보고, 반대신문권이 보장되지 아니한 증거는 이러한 피고인의 절차적, 적극적 권리가 침해되기 때문에 위법하다고 보아야 할 것이다.

동일한 논리를 이미 우리 대법원이 취한 바 있다. 대법원은 아래 판례와 같이 이른바 증언번복 진술조서, 공판준비 또는 공판기일에서 이미 증언을 마친 증인을 검사가 소환한 후 피고인에게 유리한 그 증언 내용을 추궁하여 이를 일방적으로 번복시키는 방식으로 작성한 진술조서의 증거능력에 대해, 형사소송법상 전문법칙의 예외 요건을 일응 갖추었다고 하더라도, 전문법칙의 이론적 근거인 당사자주의·공판중심주의·직접주의를 근거로 그 증거능력을 배제할 예가 있다.³²⁾

“공판준비 또는 공판기일에서 이미 증언을 마친 증인을 검사가 소환한 후 피고인에게 유리한 그 증언 내용을 추궁하여 이를 일방적으로 번복시키는 방식으로 작성한 진술조서를 유죄의 증거로 삼는 것은 당사자주의·공판중심주의·직접주의를 지향하는 현행 형사소송법의 소송구조에 어긋나는 것일 뿐만 아니라, 헌법 제27조가 보장하는 기본권, 즉 법관의 면전에서 모든 증거자료가 조사·진술되고 이에 대하여 피고인이 공격·방어할 수 있는 기회가 실질적으로 부여되는 재판을 받을 권리를 침해하는 것이므로, 이러한 진술조서는 피고인이 증거로 할 수 있음에 동의하지 아니하는 한 그 증거능력이 없다고 하여야 할 것이고, 그 후 원진술자인 종진 증인이 다시 법정에서 출석하여 증언을 하면서 그 진술조서의 성립의 진정함을 인정하고 피고인측에 반대신문의 기회가 부여되었다고 하더라도 그 증언 자체를 유죄의 증거로 할 수 있음은 별론으로 하고 위와 같은 진술조서의 증거능력이 없다는 결론은 달리할 것이 아니다.”³³⁾

전문법칙과 반대신문권의 이론적 근거가 공유되고 있는 만큼, 위법성의 근거 역시 동일한 논리로 설명하는 것이 타당할 것이다. 즉, 반대신문권의 이론적 근

제52집, 법원도서관, 2011, 442면.

32) 증거능력 배제의 구체적인 근거에 대해서는 김형준, “증거능력 없는 진술조서에 대한 증거동위 - 대상판결: 대법원 2019. 11. 28. 선고 2013도6825 판결-”, 『법학논문집』 제44집 제3호, 중앙대학교 법학연구원, 2020, 123면 이하 참조.

33) 대법원 2000. 6. 15. 선고 99도1108 전원합의체 판결.

거인 직접주의, 공판중심주의, 공정한 재판을 받을 권리를 근거로 그 증거능력 배제의 이유를 설시하는 것이 타당하다.

2. 효과 및 하자 치유 가능 여부

가. 대상판결의 태도 : 책문권을 통한 하자 치유

대상판결은 “위법한 증거로서 증거능력을 인정하기 어렵다.”라고 판시하면서도, “이 경우 피고인의 책문권 포기로 그 하자가 치유될 수 있으나, 책문권 포기의 의사는 명시적인 것이어야 한다.”라고 판시하였다.

책문권 포기로 하자가 치유된다는 것은, 위 증언은 절차적 하자가 있을 뿐 형사소송법 제308조의2 위법수집증거에 해당하는 것은 아니라고 보았음을 의미한다. 반대신문권이 보장되지 않은 것을 절차적 위법, 절차적 하자로 보고, 그렇기 때문에 그 하자는 치유 가능하고 책문권의 포기로 치유가 가능하다고 한 것이다.

나. 책문권의 의의 및 성질

여기서 “책문권”이란 법원이나 상대방 당사자의 소송절차에 관한 규정 위배가 있는 경우 당사자가 이의하여 해당 절차의 효력을 다룰 수 있는 소송상의 권능을 의미하는데, 2002년 개정 민사소송법 제151조에서 “소송절차에 관한 이의권”이라고 개칭되었다.³⁴⁾

책문권은 이를 행사한 경우의 적극적 기능보다도 행사하지 아니한 경우의 소극적 기능에 더 큰 소송법적 의미가 있다.³⁵⁾ 민사소송법 제151조도 소극적 측면에서 “당사자는 소송 절차에 관한 규정에 어긋난 것임을 알거나 알 수 있었을 경우에 바로 이의를 제기하지 아니하면 그 권리를 잃는다.”라고 규정하고 있다. 바로 이의를 제기하지 않으면 책문권을 상실하게 되고, 문제된 행위는 절차법 위반이 없었던 것, 즉 유효한 것으로 취급되는 것이다.

34) 김정환, “형사소송에서 책문권의 인정과 한계에 대한 실무적 고찰”, 『법학논총』 제19권 제3호, 조선대학교 법학연구원, 2012, 99면.

35) 이시윤, 『신민사소송법』 제16판, 박영사, 2023, 364면.

책문권 제도는 소송 절차의 법적안정성과 소송경제를 그 이념적 기초로 하고 있는데, 민사소송법에는 그와 같은 점들을 고려하여 책문권에 관한 명문 규정을 마련해 놓고 있는데 반해 형사소송법에는 책문권을 명시적으로 밝힌 규정은 없다.³⁶⁾ 그러나 판례는 대상판결과 같이 반대신문권이 보장되지 아니한 경우 등에 있어 이를 절차적 위법이 있는 것으로 보고 형사소송절차에도 위 책문권 개념을 도입하여 하자 치유 여부를 판단하고 있다.

다. 검토 : 증거동의에 의한 하자 치유

앞서 살펴본 2009도9344 판결에서 우리 대법원은 반대신문권이 보장되지 아니한 증언의 위법 소지를 최초 언급하고, 책문권 포기로 하자가 치유된다고 판시하였다. 해당 판결의 사실관계를 아래와 같이 살펴보면, 절차 흠결 사안으로서 책문권을 통한 하자 치유 논리가 어색하지 않음을 알 수 있다.

“기록에 의하면, ① 제1심법원의 재판장은 이 사건 공소사실 중 폭행, 강제추행의 점에 대한 피해자 공소외인을 증인으로 신문함에 있어서 위 증인이 피고인의 면전에서 충분한 진술을 할 수 없다고 인정하여 피고인의 퇴정을 명하고 증인신문을 진행한 사실, ② 당시 피고인에게는 변호인이 선임되어 있지 아니하여 변호인 또는 피고인이 증인신문과정에 전혀 참여할 수 없었던 사실, ③ 제1심법원의 재판장은 증인신문에서 피고인의 퇴정을 명하기 전에 미리 피고인으로부터 신문사항을 제출받아 퇴정한 피고인을 대신하여 증인신문을 행하기는 하였으나, 증인신문이 모두 종료한 후에 피고인을 입정하게 하고 법원사무관 등이 진술의 요지를 고지하여 준 다음 바로 신문절차를 종결하였을 뿐, 피고인에게 실질적인 반대신문의 기회를 부여하지 아니한 사실 등을 알 수 있다.”³⁷⁾

결국 법원이 반대신문 기회를 부여하지 아니한 실수, 절차적 위법을 저지른 것이다. 소송상 절차 흠결이 발생한 사안인 만큼 책문권 개념으로 하자 치유 여부를 따진 것이다.

36) 형사소송법상 증거조사에 대한 이의(제296조) 등 이의 신청에 관한 개별 규정은 존재함. 김정환, 앞의 논문 102면 이하 참조.

37) 대법원 2010. 1. 14. 선고 2009도9344 판결.

그러나 대상판결의 경우는 상황이 다소 다르다. 대상판결의 경우는 법원이 절차적 위법을 저질렀다기보다는, 증인이 피고인 측의 반대신문에 대해서 증언을 거부하는 바람에 반대신문의 실질적 기회보장이 되지 않은 것이다. 이는 당사자의 선택일 뿐 어떤 절차 흠결이 있다고 보기는 어렵다. 다만, 피고인의 방어권, 공정한 재판을 받을 권리 측면에서 피고인의 절차적 권리인 반대신문권이 실질적으로 보장되지 않았다는 문제가 발생하였을 뿐이다. 따라서 이 경우에는 절차 흠결이라기보다는, 반대신문권의 이론적 근거인 직접주의, 공판중심주의, 공정한 재판을 받을 권리를 근거로 그 증거능력 배제의 이유를 실시하는 것이 보다 직접적이고 적절하다고 생각된다.

이 반대신문권은 적극적 권리라 하더라도 당사자인 피고인이 포기할 수 있는 권리이므로, 이것이 침해되었다고 하여 당사자인 피고인의 의사와 무관하게 마치 위법수집증거처럼 증거능력을 절대적으로 배제할 필요는 없다. 결국 피고인의 의사에 따라 그 하자가 치유된다고 보는 결론은 타당하다.

그러나 그 하자 치유의 방법으로, 굳이 반대신문권이 보장되지 않은 상황을 절차 흠결 정도로 그 의의를 한정하고 형사소송법에 없는 책문권 개념을 동원할 필요가 있었는지에 대해서는 동의하기 어렵다. 피고인의 의사에 따라 반대신문권 포기로 하자가 치유된다고 보는 것이 간명하고 타당하다. 반대신문권 포기로 하자가 치유된다는 것은 해당 증거에 대한 증거동의와 마찬가지로 개념이다. 증인의 선택적 증언거부에도 불구하고 나머지 진행한 증언에 대하여 당사자가 이를 증거로 인정하겠다면, 반대신문권을 포기하고 증거동의를 한 것으로 볼 수 있다.

이는 전문증거에서 증거동의로 증거능력이 인정되는 것과 유사하고, 유사할 수밖에 없다. 전문증거에 대한 증거동의를 성격이 곧 반대신문권의 포기이기 때문이다.³⁸⁾ 따라서, 하자의 치유는 해당 증거에 대한 동의 여부를 물어 명시적인 증거동의로 해결하는 것이 타당하다. 공판조서 말미에 피고인이 '변경할 점이나 의의할 점이 없다'고 진술하였는지 여부를 기재하고, 그 의미에 대해 반대신문권 미보장에 대한 책문권이나 이의 제기의 포기인지 여부를 소극적으로 따질 것이 아니라, 명시적으로 해당 증거에 대한 증거동의 여부를 확인하여야 할 것이다.

38) 대법원 1983. 3. 8. 선고 82도2873 판결; 이주원 앞의 논문 194면.

이제는 반대신문권, 반대신문의 기회 보장은 단순히 법원이 지켜야 할 절차라는 점에서 벗어나서, 피고인 측의 적극적인 권리의 일환, 방어권, 공정한 재판을 받을 권리의 일환으로 보다 적극적으로 인정되고 있는 추세라고 보인다.

그렇다면 공정한 재판을 받을 권리에서 도출되는 적극적 권리로 보고 이를 당사자가 증거동의하는지 여부에 따라 법적 효과를 논하는 것이 타당하다. 단순히 절차적 흠결로 보아 나중에 당사자가 이의를 제기하는지 여부에 따라 소극적으로 판단할 것이 아니다.

대상판결 또한 책문권이라는 개념을 동원하기는 하였으나, 통상의 경우와는 달리 “책문권 포기의 의사는 명시적인 것이어야 한다.”라고 하였다. 전형적인 책문권이라면 민사소송법 제151조상 바로 이의를 제기하지 아니하면 책문권을 잃게 되는 소극적인 개념일 것인데, 이와는 다르게 명시적으로 포기 의사를 확인해야 하는 대상으로 본 것이다. 결국 대상판결의 책문권 개념에 따르더라도, 실제로는 증거동의 여부를 묻는 것과 마찬가지로 권리 포기 여부를 명시적으로 따지는 등 앞으로 실무상 유사한 결론에 이를 것으로 기대된다.

V. 결론

대상판결은 증인이 반대신문에 대해 증언을 거부한 경우 피고인의 반대신문권이 보장되지 않았다고 보고, 그 증인의 주신문에 대한 증언은 위법한 증거로서 증거능력이 없고, 그 증인이 수사기관에서 진술한 조서에 대해서도 형사소송법 제312조 제4항의 반대신문 기회 보장 요건 불비, 제314조 특신상태 요건 불비를 이유로 증거능력이 없다고 판단한 사안이다.

대상판결은 우리 대법원이 그간 진술증거에 대해 반대신문권의 의의를 강조해온 경과를 그대로 보여주고, 증거법의 다양한 영역에서 이를 정리한 데 큰 의의가 있다. 결국 진술증거에 대해 직접증거인 증언이건, 전문증거인 조서이건 가리지 않고, 반대신문권 보장을 증거능력의 요건으로 요구하고 있는 것이다.

특히, 대상판결은 반대신문권이 보장되지 아니한 증언은 절차적으로 위법한 증거로서 증거능력이 없고, 피고인의 책문권 포기로 하자가 치유될 수 있으나 그 포기 의사는 명시적인 것이어야 한다고 판시하였다.

위 절차적 위법성의 근거는 반대신문권의 이론적 기반인 직접심리주의, 공판

중심주의, 공정한 재판을 받을 권리의 침해에서 찾을 수 있다고 본다. 그렇기 때문에 반대신문권이 보장되지 않은 하자는 이의를 제기하지 않으면 치유되는 소송상 절차 흠결이 아니라, 피고인의 적극적 권리가 침해당한 것으로서 처분당사자에게 권리의 포기 여부를 명시적으로 확인하여야 하는 대상이 되는 것이다.

대상판결 역시 포기 의사가 명시적이어야 한다고 실시한 점에서 이러한 반대신문권의 중요성은 충분히 전제된 것이다. 앞으로 그 명시적인 포기 의사를 어떤 절차로 확인할 수 있을지에 대해 법원의 실무례가 형성될 것으로 보인다. 결과적으로는 해당 증언에 대한 증거동의 여부를 묻는 방식이 타당할 것으로 생각된다.

투고일 : 2023.5.8. / 심사완료일 : 2023.6.7. / 게재확정일 : 2023.6.15.

[참고문헌]

- 이시윤, 「신민사소송법」 제16판, 박영사, 2023.
- 이재상·조균석·이창은, 「형사소송법」 제14판, 박영사, 2022.
- 이주원, 「형사소송법」 제3판, 박영사, 2021.
- 이창현, 「형사소송법」 제7판, 도서출판 정독, 2021.
- 정용석·최창호·김한균, 「신형사소송법」 제2판, 박영사, 2023.
-
- 김정환, “형사소송에서 책문권의 인정과 한계에 대한 실무적 고찰”, 「법학논총」 제19권 제3호, 조선대학교 법학연구원, 2012.
- 김형준, “증거능력 없는 진술조서에 대한 증거동의 -대상판결: 대법원 2019. 11. 28. 선고 2013도6825 판결-”, 「법학논문집」 제44집 제3호, 중앙대학교 법학연구원, 2020.
- 김희균, “크로포드 사건: 형사피고인의 대질신문권의 재발견”, 「법조」 제54권 제7호, 법조협회, 2020.
- 설민수, “형사재판에서 증언적 전문진술에 대한 반대신문권 보장과 그 한계”, 「사법논집」 제52집, 법원도서관, 2011.
- 이주원, “형사증거법상 반대신문권 보장의 의의와 기능”, 「형사소송 이론과 실무」 제12권 제2호, 한국형사소송법학회, 2020.
- 정용석, “형사소송법상 ‘특신상태’의 필요성에 대한 비판적 고찰”, 「저스티스」 통권 제138호, 한국법학원, 2013.
- 주승희, “전문법칙의 의의 및 변호인의 반대신문이 일부만 이루어진 조서의 증거능력에 관한 소고”, 「법학논총」 제24권 제3호, 조선대학교 법학연구원, 2017.
- 한제희, “특신상태의 의의와 판단기준”, 「형사판례연구」 제21권, 한국형사판례연구회, 2013.
- 홍영기, “반대신문권 보장: 전문법칙의 근거”, 「고려법학」 제75호, 고려대학교 법학연구원, 2014.

[국문초록]

반대신문권이 보장되지 않은 진술증거의 증거능력 - 위법성의 근거와 효과

- 대법원 2022. 3. 17. 선고 2016도17054 판결 -

조 지 은*

대상판결은 증인이 반대신문에 대해 증언을 거부하여 피고인의 반대신문권이 보장되지 않은 경우, 그 증인의 주신문에 대한 증언은 위법한 증거로서 증거능력이 없고, 그 증인이 수사기관에서 진술한 조서에 대해서도 형사소송법 제312조 제4항의 반대신문 기회 보장 요건 불비, 제314조 특신상태 요건 불비를 이유로 증거능력이 없다고 판단하였다.

대상판결은 우리 대법원이 그간 진술증거에 대해 반대신문권의 의의를 강조해온 경과를 그대로 보여주고, 증거법의 다양한 영역에서 이를 정리하였다. 진술증거가 직접증거인 증언이든 전문증거인 조서이든 가리지 않고, 반대신문권 보장을 증거능력의 요건으로 요구하고 있는 것이다.

증거능력 배제, 절차적 위법성의 근거는 반대신문권의 이론적 기반인 직접심리주의, 공판중심주의, 공정한 재판을 받을 권리의 침해에서 찾을 수 있다.

대상판결은 반대신문권이 보장되지 아니한 증언의 증거능력에 대해 피고인의 명시적인 책문권 포기 그 하자가 치유될 수 있다고 보았는데, 이에 대해서는 굳이 책문권 개념을 동원할 필요 없이 반대신문권의 포기, 즉 해당 증거에 대한 증거동의 여부에 따라 하자 치유 여부를 결정하는 것이 보다 타당하다.

주제어 : 반대신문권, 진술증거, 전문증거, 증거능력, 증거동의

* 영남대학교 법학전문대학원 부교수.

[Abstract]

Admissibility of evidence of statements in which the right to cross-examine is not guaranteed – the basis and effect of illegality
- Case analysis on Supreme Court decision 2016 Do 17054
on March 17, 2022 -

Cho, Jieun*

The gist of the target judgment is that “When the witness refused to testify against the cross-examination, the defendant’s right to cross-examine is not guaranteed. Therefore, testimony to the witness’s main sentence is illegal evidence and has no admissibility of evidence. The documents stated by the witness at the investigative agency are not admissible also (by Article 312 (4), 314 of the Criminal Procedure Act).”

The target judgment summarizes the progress of our Supreme Court’s emphasis on the significance of the right to cross-examine evidence in terms of admissibility of evidence.

The basis for the exclusion of admissibility of evidence can be found in the theoretical basis of the right to cross-examine, an infringement of the right to a fair trial.

The target judgment considered that the admissibility of evidence of testimony in which the right to cross-examine was not guaranteed could be cured by the Defendant’s explicit waiver of the right to object. But it is more reasonable to decide whether to be cured or not as a procedure for asking whether to agree to the evidence.

Key words : cross-examination right, evidence of a statement, hearsay evidence, admissibility of evidence, consent to evidence

* Associate Professor, Yeungnam University Law School.