

釜山 法潮

VOL. 37

Jan. 2020

Busan Bar Association

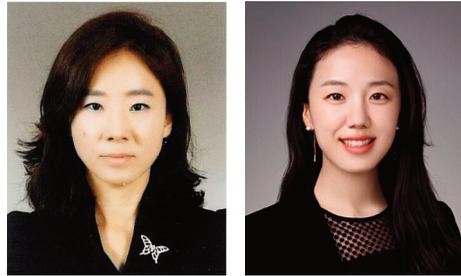
법조칼럼

Column

132 조국과 검찰개혁
이일권 변호사

140 형사재심에 대한 몇 가지 단상
강호정, 박원영 변호사

형사재심에 대한 몇 가지 단상



글 강호정, 박원영 변호사

1. 형사재심의 증가와 관심 고조

가. 우리 변호사들 대부분이 형사재심에 대한 관심을 갖고 학습한 적이 많지 않을 것이다. 필자들도 마찬가지이다. 형사소송법을 배울 때도 그렇고, 사법시험이나 변호사시험을 준비할 때도 그렇고, 그 후 변호사로서 실무할 때도 형사재심사건을 맡거나 상담하는 경험을 하기 어렵다.

2017년 8월 이후 과거사 피해자 487명에 대해 검사 직권으로 재심을 청구했는데, 그 대상은 헌법재판소나 대법원에서 위헌·무효가 선언된 사건(긴급조치위반·1972년 계엄법 위반 등), 특별법으로 재심 사유가 규정된 사건(5·18 민주화운동·부마민주항쟁 관련 등), 진실과 화해 위원회 재심 권고 사건 중 당사자가 재심을 청구하지 않은 사건 등이었다. 한편 이러한 이른바 '과거사 재심사건'이 아니라, '살인의 추억'(2003년)이라는 영화화된 사건도 그 재심절차를 밟고 있다.

나. 우리 형사소송법 제4편은 '특별소송절차'라는 제목 하에, 제1장 재심, 제2장 비상상고, 제3장 약식절차를 두고 있다. 그러나 그 중 약식절차로 진행되는 약식사건은 형사사건의 대부분이므로, 차라리 특별소송절차라기보다는, 일반소송 중에 일반소송절차라고 할 수 있다.

이 글은 이런 약식절차를 제외한 재심, 비상상고만을 대상으로 한다. 본격적인 판례비평이나 법령해석론이라기 보다는, 필자가 그동안의 법조경력과 경험을 바탕으로 우리 판례와 법령을 나름 읽어보려는 것이다. 인상비평의 범주를 벗어나지 못한다는 비난이 두렵기는 하지만, '어느 사회의 살아있는 법은 그 법전이나 법률주석서가 아니라 결국 그 법령을 집행하는 자의 머리와 그 손에 달려 있다'는 말에 슬그머니 기대보려 한다.

2. 사문화된 비상상고

가. 우선 실제 사건을 하나 들어본다. 어떤 사람이 1977. 11. 14.경에 긴급조치 제9호를 비방하는 내용 등이 담긴 유인물의 제작을 예비함으로써 긴급조치 제9호를 위반하였다는 공소사실로 서울지방법원 영등포지원에 기소되어, 제1심은 1978. 12. 16. 징역 1년 6월과 자격정지 2년의 유죄판결을 선고하였고(위 영등포지원 78고합 177 사건), 제2심은 1978. 5. 4. 제1심판결을 파기하고 징역 1년과 자격정지 1년의 유죄판결을 선고하였으며

(서울고등법원 79노154 사건), 대법원은 1979. 7. 24. 상고기각판결을 하여 위 유죄판결이 확정되었다. 이 사람은 그로부터 약 30년이 지나 2009. 6. 16. 위 서울고등법원 79노154호 판결을 재심대상판결로 하여 긴급조치 제9호는 위헌임이 명백하고 긴급조치 제9호가 폐지되었다고 하더라도 면소가 아닌 무죄가 선고되어야 하므로 재심대상판결에는 재심사유가 있다고 주장하며 재심청구를 하였다.

위 사건의 원심(서울고등법원 2010. 2. 16.자 2009재노54 결정, 판사 성낙송, 권동주, 유영근)은, "재심청구인이 구 헌법(1972. 12. 27. 제정, '유신헌법') 제53조 및 긴급조치 제9호에 대하여 위헌법률심판제청신청을 한 점이 인정될 뿐이므로 재심청구는 헌법재판소법 제47조 제3항에 규정된 '위헌으로 결정된 법률의 조항에 근거하여 유죄의 확정판결을 받은 경우'에 해당하지 아니함이 명백하다. 나아가 재심대상판결에 형사소송법 제420조 소정의 재심사유가 있는지 여부에 관하여 보건대, 피고인은 헌법재판소법 제47조 제3항에 따른 재심사유만 주장할 뿐 형사소송법 제420조 소정의 재심사유에 관한 주장 및 증거자료를 전혀 제출하지 않고 있다. 따라서 재심청구는 재심사유에 해당하지 않는 것을 주장한데 불과하므로 법률상의 방식에 위배되어 부적법하다."고 하여, 재심청구를 기각했다. 아울러 같은 날 청구인의 위헌법률심판제청신청(2009초기544)도, 유신헌법 제53조는 위헌법률심판의 대상이 되지 않고, 긴급조치 제9호는 재판의 전제성이 인정되지 않는다는 이유로 각하결정 하였다.

그러자 청구인이 2010. 3. 19. 헌법소원심판을 청구하여, 헌법재판소는 다른 긴급조치 1, 4호 사건들과 병합한 뒤 2013. 3. 21. 모두 헌법에 위반된다는 결정을 하였다.

그런데 대법원 2013. 4. 18.자 2010모363 결정('대상결정')은 "이러한 원심결정에는 형사소송법 제420조 제5호의 재심사유에 관한 법리를 오해하여 재판의 결과에 영향을 미친 잘못이 있다"고 원심결정을 파기 환송하였다.

나. 위 사건의 재심개시 판단을 보기에 앞서, 검찰총장이 형사소송법 제441조(비상상고이유) "검찰총장은 판결이 확정된 후 그 사건의 심판이 법령에 위반한 것을 발견한 때에는 대법원에 비상상고를 할 수 있다."는 것에 따라 대법원에 비상상고를 할 수 있었지 않을까 생각한다.

이 때 원판결이 법령에 위반한 때에는 그 위반된 부분을 파기하여야 하고 원판결이 피고인에게 불이익한 때에는 원판결을 파기하고 피고 사건에 대하여 다시 판결을 한다고 한 제446조 1호에 따라, 무죄가 선고될 수 있었을 것이었다.

이미 대법원 2010. 12. 16. 선고 2010도5986 전원합의체 판결에서, "유신헌법 제53조에 근거하여 발령된 대통령 긴급조치 제1호는 그 발동 요건을 갖추지 못한 채 목적상 한계를 벗어나 국민의 자유와 권리를 지나치게 제한함으로써 헌법상 보장된 국민의 기본권을 침해한 것이므로, 긴급조치 제1호가 해제 내지 실효되기 이전부터 유신헌법에 위배되어 위헌이고, 나아가 긴급조치 제1호에 의하여 침해된 각 기본권의 보장 규정을 두고 있는 현행 헌법에 비추어 보더라도 위헌이다. 긴급조치 제1호의 공소사실은 형사소송법 제325조 전단의 '피고사건이 범죄로 되지 아니한 때'에 해당하므로 모두 무죄를 선고하였어야 한다."라고 밝힌 바 있었다. 비록 긴급조치 9호에 대해서도 같은 판단이 내려진 적이 없지만, 앞서 본 위 대법원과 헌법재판소의 결정의 주문과 이유 등에 비추

어 볼 때, 비상상고를 낼 이유나 근거가 부족했다고 보기는 어렵다.

여전히 위헌의 긴급조치 피해자들이 그 피해회복을 위하여 애써 재심청구를 해야만 하도록 내버려 두는 것은, 과거 인권침해의 일익을 담당한 것을 사과하고 두 번 다시 이런 일이 없도록 하겠다고 하는 검찰의 자세가 아니다. 이렇듯 비상상고는 오직 검찰총장만이 할 수 있고, 검찰총장이 청구한 사례가 드물다 보니, 심지어 비상상고 제도는 무의미하고 사실상 사문화된 것이니 폐지해도 무방하다는 소리까지 나왔다. 그러나 변호사로서 형사사건 피고인을 변론해 온 입장에서는 오히려 본말이 전도된 논의라고 생각한다.

3. 재심사유의 신규성과 명백성

가. 재심사유의 신규성

(1) 대상결정은, "(i) 형사소송법 제420조 제5호는 재심사유의 하나로 "유죄의 선고를 받은 자에 대하여 무죄 또는 면소를, 형의 선고를 받은 자에 대하여 형의 면제 또는 원판결이 인정한 죄보다 경한 죄를 인정할 명백한 증거가 새로 발견된 때"를 규정하고 있는데, 여기에서 무죄 등을 인정할 '증거가 새로 발견된 때'라 함은 재심대상이 되는 확정판결의 소송절차에서 발견되지 못하였거나 또는 발견되었다 하더라도 제출할 수 없었던 증거로서 이를 새로 발견하였거나 비로소 제출할 수 있게 된 때는 물론이고(대법원 2009. 7. 16.자 2005모472 전원합의체 결정 등 참조), (ii) 형벌에 관한 법령이 당초부터 헌법에 위반되어 법원에서 위헌·무효라고 선언한 때에도 역시 이에 해당한다."고 한 뒤, "재항고인에 대한 재심대상판결의 공소사실은 긴급조치 제9호를 형벌법령으로 한 것이 분명하고, 대상결정과 같이 같은 날 나온 2011초기689 전원합의체 결정에서, 긴급조치 제9호가 해제 내지 실효되기 이전부터 유신헌법에 위반되어 위헌·무효이고, 현행 헌법에 비추어 보더라도 위헌·무효임이 분명하다고 판단된 이상, 이는 '유죄의 선고를 받은 자에 대하여 무죄를 인정할 명백한 증거가 새로 발견된 때'에 해당하므로, 결국 재심대상판결에는 형사소송법 제420조 제5호 소정의 재심사유가 있다고 할 것이다."고 하였다.

(2) 형사소송법 제420조 제5호에서 말하는 증거는, 유죄 선고의 적용법조가 위헌이라는 대법원의 결정이었다. 피고인의 범행을 담은 공소사실이 아니라 그 공소사실에 대한 적용법조에 관한 것이었다. 또 그 법령이 위헌 무효라는 사실이 아니라, 그 위헌 무효라고 밝힌 결정이 재심사유가 되는 증거라는 것이다.

이런 어찌 보면 기교적인 수법으로, 그 적용법조인 긴급조치 제9호는 애초 발령될 때부터 위헌 무효였는데도, '유죄의 선고를 받은 자에 대하여 무죄를 인정할 명백한 증거가 새로 발견된 때'에 해당한다고 하였다. 긴급조치 9호가 발령될 때부터 위 재심개시결정까지 약 30년이 흘렀으므로 애초부터 긴급조치 9호가 위헌 무효라는 점은 재심대상판결 이후에 발생한 '새로운' 것이라고 할 수는 없다.

(3) 이와 같이 재심사유의 신규성을 인정한 부분은, 대상결정에서 인용한 대법원 2009. 7. 16.자 2005모472

전원합의체 결정의 다수의견과 잘 들어맞지 않는다.

위 다수의견은, "증거의 신규성을 누구를 기준으로 판단할 것인지에 대하여 이 사건 조항이 그 범위를 제한하고 있지 않으므로 그 대상을 법원으로 한정할 것은 아니다. 그러나 재심은 당해 심급에서 또는 상소를 통한 신중한 사실심리를 거쳐 확정된 사실관계를 재심사하는 예외적인 비상구제절차이므로, 피고인이 판결확정 전 소송절차에서 제출할 수 있었던 증거까지 거기에 포함된다고 보게 되면, 판결의 확정력이 피고인이 선택한 증거제출시기에 따라 손쉽게 부인될 수 있게 되어 형사재판의 법적 안정성을 해치고, 헌법이 대법원을 최종심으로 규정한 취지에 반하여 제4심으로서의 재심을 허용하는 결과를 초래할 수 있다. 따라서 피고인이 재심을 청구한 경우 재심대상이 되는 확정판결의 소송절차 중에 그러한 증거를 제출하지 못한 데에 과실이 있는 경우에는 그 증거는 이 사건 조항에서의 '증거가 새로 발견된 때'에서 제외된다고 해석함이 상당하다."는 것이었다.

이 입장에 선다면, 긴급조치 9호 위반으로 기소된 때부터 피고인이 긴급조치 9호가 헌법에 위반된다는 등의 주장을 할 수 있었고, 그랬다면 무죄 판결을 받을 수 있었다는 억지결론이 도출되지 않는다는 보장이 없다. 적용법조가 성립할 때부터 위헌 무효라는 흠을 갖고 있다는 점을 법원이 모를 수 있으나 하는 소박한 의문까지 함께 고려한다면, 대상결정으로 신규성에 관한 판례는 변경되었다고 새기고 싶다.

위 다수의견은 재심사유가 되는 증거는 법원뿐만 아니라 재심청구인에게도 새로워야 하고, 다만 재심을 청구한 피고인이 이를 제출하지 못한 데에 과실이 있는 경우는 '증거가 새로 발견된 때'에서 제외된다는 것이지만, 독일, 일본 등에서는 이런 입장은 존재하지 않는다.

다수의견의 보충의견(대법관 양승태, 이홍훈, 안대희)에서는, "형사소송법 제383조 제3호의 규정 취지나 법률심으로서의 상고심과 사실심으로서의 제1, 2심의 기능 강화를 통한 사법 자원의 효율적 배분이라는 형사사법의 정책적 이념 등에 비추어 보면, 재심사유에 있어서 사실인정에 대한 평가가 개재될 수밖에 없는 증거의 명백성 요건에 대한 심사와는 별도로 증거의 신규성 요건이 실질적으로 기능할 수 있도록 함이 타당하고, 그러한 차원에서 재심을 청구한 피고인에 대하여도 증거의 신규성 요건이 충족되어야 한다고 해석함으로써 재심사유를 매개로 하여 사실심의 사실인정을 탓하는 취지에 불과한 부적법한 상고이유 주장을 유효적절하게 가려낼 수 있게 될 것이다."고 하였는바, 결국 법원은 사실인정에 대한 평가에 들어가기에 앞서, 신규성 요건 여부를 판단하고 재심청구를 배척할 수 있다는 것이다.

이러한 이점(?)은, 결국 재심청구인의 것이 아니라, 그 심판을 하는 법원의 것일 수밖에 없다. 이렇듯 사법자원(司法資源)의 효율적 배분이니, 형사사법의 '정책적'(政策的) 이념이라는 생경한 용어를 과감히 구사하면서, 재심의 문을 닫아걸 수 있고, 아니 닫아걸어야 옳다고 주장하는 경우를 이제는 찾아보기 힘들 듯하다.

(4) 형사소송법 제420조 제7호는 '원판결, 전심판결 또는 그 판결의 기초 된 조사에 관여한 법관, 공소의 제기 또는 그 공소의 기초가 된 수사에 관여한 검사나 사법경찰관이 그 직무에 관한 죄를 범한 것이 확정판결에 의하여 증명된 때'를 재심사유로 들지만, 이 때도 원판결의 선고 전에 법관, 검사 또는 사법경찰관에 대하여 공소의

제가 있는 경우에는 원판결의 법원이 그 사유를 알지 못한 때에 한한다고 하였고, 제425조에서 제420조 제7호의 사유에 의한 재심의 청구는 유죄의 선고를 받은 자가 그 죄를 범하게 한 경우에는 검사가 아니면 하지 못한다고 하였다.

이처럼 그 사유를 알지 못하였는지 여부를 법원을 기준으로 판단한다. 만일 다수의견이 옳다면, 형사소송법 제420조 제5호에서도, 위 제7호 단서와 같은 규정을 두어야 옳다. 즉 피고인이 재심을 청구한 경우 재심대상이 되는 확정판결의 소송절차 중에 그러한 증거를 제출하지 못한 데에 과실이 있는 경우에는 ‘증거가 새로 발견된 때’에서 제외된다는 등으로 규정했어야 한다. 그러나 위 제5호에는 그런 규정이 없다.

더욱이 형사소송법 제420조 제7호 사유는, 재심청구대상 유죄판결이 판사, 검사 등의 직무상 범죄에 의한 경우로서, 상정할 수 있는 재심사유 중 최악의 경우에 해당한다. 그런데 형사소송법은 이와 같이 그 직무상 범죄를 유죄선고를 받은 자가 범하게 한 경우에서조차 아예 재심청구가 인정되지 않는다고 하지 않았다. 검사만이 재심청구할 수 있도록 하고 있을 뿐, 재심청구사유가 되지 않는다고 하지는 않았다. 이 점에서도, 제420조 제5호의 재심사유가, 피고인이 그러한 증거를 제출하지 못한 데에 과실이 있는 경우를 제외하고 있다고 볼 수는 없다.

대상결정에서 애초부터 그 적용법조가 원시적으로 위헌 무효라는 점을 제420조 제5호의 새로운 증거로 보지 않고, 그와 같은 위헌 무효 판단을 내린 ‘판결’을 새로운 증거라고 어찌 보면 기교적인 해석을 하였고, 나아가 그 증거라는 결정도, 바로 대상결정과 같은 날 대법원 스스로 내린 결정이었는데, 만일 종래 다수의견과 같은 입장이라면 도저히 도출되기 어렵고, 오히려 대법관 김영란, 박시환, 김지형, 박일환, 김능환, 전수안등 6인의 별개의견에서 자연스럽게 도출된다. “형사소송법 제420조 제5호는 그 문언상 ‘누구에 의하여’ 새로 발견된 것이어야 하는지 그 범위를 제한하지 않고 있는데, 다수의견과 같이 그 증거가 법원이 새로 발견하여 알게 된 것임과 동시에 재심을 청구한 피고인에 의하여도 새로 발견된 것이어야 한다고 보는 것은 피고인에게 명백히 불리한 해석에 해당하며, 법적 안정성의 측면만을 강조하여 위 조항에 정한 새로운 증거의 의미를 제한 해석하는 것은 위 조항의 규정 취지를 제대로 반영한 것은 아니다. 또한, 다수의견이 예정하는 피고인의 귀책사유 때문에 신규성이 부정된다는 이유로 재심사유로 인정받지 못하게 되면 정의의 관념에 현저히 반하는 결과를 초래할 수 있으며, 법원이 종전 소송절차에서 인식하였는지 여부만을 기준으로 하여 새로운 증거인지 여부를 판단하고 그에 의하여 판결확정 후에도 사실인정의 문제에 한하여 이를 재론할 수 있다는 것 자체가 대법원을 최종심으로 규정한 헌법의 취지에 반한다고 할 수는 없다. 따라서 형사소송법 제420조 제5호에서 무죄 등을 인정할 증거가 ‘새로 발견된 때’에 해당하는지는, 재심을 청구하는 피고인이 아니라 어디까지나 재심 개시 여부를 심사하는 법원이 새로이 발견하여 알게 된 것인지 여부에 따라 결정되어야 한다.”는 것이다.

(5) 사실 제420조 제5호의 재심사유의 새로운 증거란, 종래 있었던 증거를 그 확정판결 후에야 비로소 발견하는 경우도 있지만, 오히려 그 확정판결 후 새로 생기거나 재심청구인척의 노력으로 새로 만들어지는 경우가 일반적일 것이다. 유죄의 근거로 된 증인이 과거의 증언을 반복하는 경우거나, 유전자감정결과가 새로 나온다가

나, 화재모의실험 등에 근거한 감정보고서 등이 그 예이다.

제420조 제5호의 전단 ‘유죄의 선고를 받은 자에 대하여 무죄나 면소를 인정할 경우’보다는, 그 후단 ‘형의 선고를 받은 자에 대하여 형의 면제나 원판결이 인정한 죄보다 경한 죄를 인정할 경우’에 해당한다는 주장이 많다. 미국, 일본에서와 같이 상당한 사형판결들이 내려지고 집행되는 나라에서, 재심청구가 반복되는 경우가 적지 않고, 몇 차례의 재심청구 끝에 비로소 무죄판결이 내려진 경우조차 적지 않다.

그 대부분이 사형판결만큼은 면하고 싶은 절박함에서 비롯되었고, 실제로 무고한 사람들이 적잖이 재심청구를 반복하여 한다. 만일 위 다수의견처럼 피고인이 재심을 청구한 경우 재심대상이 되는 확정판결의 소송절차 중에 그러한 증거를 제출하지 못한 데에 과실이 있는 경우에는 그 증거는 이 사건 조항에서의 ‘증거가 새로 발견된 때’에서 제외된다고 해 버리면, 위와 같은 무고한 사건들에서 재심청구가 인용되는 경우는 상상하기 힘들다.

한편 일본의 경우는 ‘전략자백 사람은 왜 지지도 않은 죄를 자백하는가’(2015년), 미국의 경우는 ‘경찰의 피의자 신문과 미국의 형사 사법’(2014년)이 아주 참고가 되므로, 일독을 권한다.

나. 증거의 명백성

이제 대법원 2009. 7. 16.자 2005모472 전원합의체 결정 중 증거의 명백성 판단부분을 본다.

(1) 그 다수의견은 “법원으로서 새로 발견된 증거만을 독립적·고립적으로 고찰하여 그 증거가치만으로 재심의 개시 여부를 판단할 것이 아니라, 재심대상이 되는 확정판결을 선고한 법원이 사실인정의 기초로 삼은 증거들 가운데 새로 발견된 증거와 유기적으로 밀접하게 관련되고 모순되는 것들은 함께 고려하여 평가하여야 하고, 그 결과 단순히 재심대상이 되는 유죄의 확정판결에 대하여 그 정당성이 의심되는 수준을 넘어 그 판결을 그대로 유지할 수 없을 정도로 고도의 개연성이 인정되는 경우라면 그 새로운 증거는 위 조항의 ‘명백한 증거’에 해당한다. 만일 법원이 새로 발견된 증거만을 독립적·고립적으로 고찰하여 명백성 여부를 평가·판단하여야 한다면, 그 자체만으로 무죄 등을 인정할 수 있는 명백한 증거가치를 가지는 경우에만 재심 개시가 허용되어 재심사유가 지나치게 제한되는데, 이는 새로운 증거에 의하여 이전과 달라진 증거관계 아래에서 다시 살펴 실제적 진실을 모색하도록 하기 위해 ‘무죄 등을 인정할 명백한 증거가 새로 발견된 때’를 재심사유의 하나로 정한 재심제도의 취지에 반하기 때문이다.”라고 하여, 이와 달리 새로 발견된 증거의 증거가치만을 기준으로 하여 ‘무죄를 인정할 명백한 증거’인지 여부를 판단한 대법원 1990. 11. 5.자 90모50 결정 등을 위 법리와 저촉되는 범위 내에서 변경하였다.

한편 이에 대하여 대법관 김영란, 박시환, 김지형, 박일환, 김능환 등 5인의 별개의견은, “구 증거의 평가 범위를 다수의견과 같이 제한할 것이 아니라 새로 발견된 증거와 재심대상인 확정판결이 그 사실인정에 채용한 모든 구 증거를 함께 고려하여 종합적으로 평가·판단하여야 한다. 다수의견과 같이 새로운 증거가 무죄 등을 인정할 ‘명백한 증거’에 해당하는지 여부를 판단할 때 새로운 증거만을 독립적·고립적으로 고찰할 것은 아니라고 해석한

다면, 재심대상인 확정판결이 사실인정에 채용한 구증거(舊證據)들 중에서 새로운 증거와 유기적으로 밀접하게 관련·모순되는 것들로 그 범위를 제한할 것은 아니다. 새로 발견된 증거와 확정판결이 채용한 구증거들 사이의 밀접한 관련성이나 모순성은 실제 각 사안에서 구체적·개별적으로 판단될 수밖에 없을 것으로 보이는바, 무죄 등을 인정할 명백한 증거에 해당하는지 여부는 법원이 각 사안에 따라 새로운 증거와 확정판결이 채용한 증거들을 함께 고려하여 종합적으로 판단하도록 하는 것이 현실적으로 타당하다.”고 하였다.

(2) 예를 들어 유죄의 선고 받은 자에게 무죄를 인정할 명백한 증거라고 하면, 어느 정도가 되어야 명백하다고 할 수 있을까?

피고인이 무죄라는 확신이 들 정도가 되어야 하는 것은 아닐 것이다. 이 점에서, 다수의견이나 별개의견 모두 ‘단순히 재심대상이 되는 유죄의 확정판결에 대하여 그 정당성이 의심되는 수준을 넘어 그 판결을 그대로 유지할 수 없을 정도로 고도의 개연성이 인정되는 경우’이어야만 명백한 증거에 해당한다고 한 것은 수긍하기 어렵다. 여기서 증명의 대상은 어디까지나 유죄의 확정판결이 잘못일 수 있다는 것이지, 그 공소사실이 인정되는지 등이 아니다.

이 판시기준에 의하더라도, 유죄의 확정판결의 정당성이 의심되는 수준이 어느 정도이어야 하는지 알 수 없을 뿐더러, 그 판결을 그대로 유지할 수 없을 정도의 고도의 개연성이 인정되는 경우는, 유죄 판결의 정당성이 의심되는 수준을 넘어서는 정도 이어야 한다는 점 이외에 어떠한 기준도 제시하지 못하고, 이로 인하여 재심청구를 심판하는 법원에 따라 그 증명도가 달라지는 것이 허용될 수 있다.

원판결에서 유죄로 인정할 때, 그 유죄는 유죄가 아니라는 주장에 침묵을 명할 수 있을 정도에 이르러야 하고, 검사가 유죄라는 입증책임을 지는 것이지, 피고인이 무죄라는 입증책임을 지는 것이 아니다. 유죄판결이 잘못이고 무죄판결을 받아야 한다고 하여 제기된 재심청구가 인용되어 재심개시결정이 내려진 후에 진행되는 재심공판절차에서도 그 피고인이 무죄를 입증해야 하는 것이 아니라, 검사가 유죄를 입증해야 한다. 이런 형사법의 대원칙이 재심개시청구를 심사하는 데에서 예외가 될 수 없다.

공소사실과 같은 범행을 하지 않는 사람은 언젠가 되든지 간에 유죄판결을 받아서는 안 된다. 그 사람이 우연히 어느 때에 재판을 받았다는 사정, 또 그로 인하여 유죄의 확정판결이 내려졌다고 하여도, 유죄판결을 받아서는 안 된다는 점은 어느 누구도 외면하지 못한다. 무고한 사람이나 형사절차의 엄격한 증명절차를 제대로 거치지 않거나 피고인의 무죄 추정의 원칙 등 헌법상 보장되는 권리를 제대로 행사하지 못한 채 내려진 유죄 판결이 유지되는 것을 두고, ‘법적 안정성의 이념에 따라 허용된다’고 할 수는 없다.

우리 형사소송법에서 유죄의 확정판결을 선고받은 자의 이익을 위한 재심청구만 인정하고(제420조), 형의 집행을 종료하거나 형의 집행을 받지 아니하게 된 때에도 재심청구를 할 수 있도록 한 것도 바로 이 때문일 것이다(제427조 재심청구의 시기)

(3) 우리 형사소송법은 재심개시절차와 재심공판절차를 구분하고 있고, 재심개시결정이 내려진 후에야 비로소 공소사실의 인정 여부를 두고 일반적인 공판절차와 같은 재심공판절차가 진행되는 것이므로, 공소사실의 인정 여부는 재심공판절차에서 다루어지는 것이지, 재심개시절차가 아니다.

재심개시절차에서는 결국 재심절차를 개시할지 여부에 관한 것이 심판대상이다. 따라서 유죄의 확정판결이 새로운 증거를 보태어 봤을 때, 그대로 유지될 수 없다면, 재심사유가 있다고 봐야 한다. 재심사유가 있다고 하여, 반드시 무죄 등이 선고되는 것도 아니다. 형사소송법 제435조에서는 재심의 청구가 이유 있다고 인정한 때에는 재심개시의 결정을 하여야 한다고 할 뿐이고, 과연 무죄를 선고해야 할지 여부 등은 어디까지나 재심공판절차에서 정당한 절차를 거쳐서 판가름되는 것이다.

(4) 다수의견이, 재심대상이 되는 확정판결을 선고한 법원이 사실인정의 기초로 삼은 증거들 가운데 새로 발견된 증거와 유기적으로 밀접하게 관련되고 모순되는 것들은 함께 고려하여 평가하여야 할 뿐, 그 사실인정에 채용한 모든 구증거를 함께 고려하여 종합적으로 평가·판단하여야 한다고 해서는 안 된다는 것도 수긍하기 어렵다. 또 여기서 새로운 증거란, 공소사실이라는 실체적 인정에 관한 것뿐만 아니라, 그 유죄판결에 이르는 공판절차 등에서 위법한 증거들이 채택되는 등의 절차적 하자 등은 물론, 그 유죄의 근거된 증거의 증명력 판단에 관한 것들도 포함된다.

나아가 과연 유죄의 확정판결의 정당성을 의심케 하는 증거인지 여부는, 이 증거가 당초 원판결의 증거판단과 사실인정 등에 어떠한 영향이 있는지를 살펴야만 비로소 판단할 수 있다. 이러한 원판결의 증거판단내용과 그에 따른 유죄인정과정을 먼저 파악해야만, 비로소 새로운 증거의 명백성도 판단될 수 있지, 그 역(逆)이 될 수는 없다.

(5) 재심청구인은, 국립과학수사연구소의 감정의뢰회보 및 검찰수사관의 수사보고서에 의하면 사건 발생 직후 채취한 피해자의 질 내용물에서 정액 양성반응을 보였으나 피해자의 유전자형 외에 여타 관련 남성의 유전자형은 검출되지 않았고 정자가 발견되지 않은 것으로 보아 범인은 무정자증인 것으로 추정된다는 것이지만, 2004. 11.경 정액검사 결과 피고인은 무정자증이 아니고 정상소견을 보이고 있다는 사실을 들었다.

이에 대하여 다수의견은, “위 정액검사결과와 유기적으로 밀접하게 관련되는 증거로는 재심대상사건 기록상 재심대상인 확정판결의 사실인정에 기초가 된 증거들 가운데 국립과학수사연구소장의 감정의뢰회보와 검찰주사의 수사보고 등이 있는바, 위 감정의뢰회보의 내용은 피해자의 체내에서 채취한 가검물에서 정액 양성반응이 나타났을 뿐 정자는 검출되지 않았다는 것이고, 위 수사보고는 이러한 감정의뢰회보에 비추어 범인은 무정자증으로 추정된다는 것인데, 위 감정의뢰회보의 내용과 같이 정액 양성반응이 있으나 정자가 검출되지 않은 이유에는 무정자증 이외에도 채취한 가검물의 상태나 그 보존 과정 등에서의 여러 가지 요인에 의하여 정자가 소실되는 등의 다른 원인이 있을 수 있으므로, 위 감정의뢰회보만으로 범인이 반드시 무정자증이라고 단정할 수는 없고,

여러 가지 가능성 중의 하나로서 단순히 추측하는 내용에 불과한 위 수사보고 역시 별다른 증거가치를 인정할 수 없다고 하면서, 재항고인이 무정자증이 아니라는 사실을 인정할 수 있는 자료에 불과한 위 정액검사결과와 위 증거들을 함께 고려하더라도 이 사건 재심대상판결을 그대로 유지할 수 없을 정도로 고도의 개연성이 인정되는 증거가치를 가지지 못하므로, 결국 이 사건에서 무죄를 인정할 명백한 증거에는 해당하지 않는다고 할 것이다.”고 하였다.

그러나 당초 범인의 무정자증으로 보인다는 것을 수사보고서를 증거로 채택하여 유죄판결을 내린 것에 대하여, 애써 피고인이 무정자증이 없으니 범인일 수 없다고 하자, 이제는 ① ‘채취한 가검물의 상태나 그 보존 과정 등에서 여러 가지 요인에 의하여 정자가 소실되는 등의 다른 원인이 있을 수 있다’는 것을 들어서, ② 그 범인이 무정자증이 아닐 수 있다고 하고 재심청구를 기각해서는 안 된다. 위 ①, ② 사정 모두 유죄판결을 그대로 유지하는 데 사용한 것인바, 그와 같은 사정은 원판결에서 피고인에게 제시되고 반박의 기회가 제공되지 않았고, 재심 개시절차에서도 마찬가지였다. 범죄사실의 인정은 법률이 자격을 인정한 증거에 의하여 법률이 규정한 증거조사방식에 따라 증명하여야 한다는 엄격한 증명의 원칙이 아니라, 재심청구심의 법원이 기록을 읽고 새로운 사실을 인정하는 자유로운 증명으로, 재심청구인이 유죄라고 결론을 내서는 안 된다.

뭐라고 해도 원 판결에서는 그 범인이 무정자증이라고 하고 피고인이 범인이라고 확정하였으므로 피고인은 무정자일 수밖에 없다(②의 부정). 또한 ‘① 채취한 가검물의 상태나 그 보존 과정 등에서의 여러 가지 요인에 의하여 정자가 소실되는 등의 다른 원인이 있을 수 있다’는 사정 등이 제시되어 재심청구인에게 의견을 들은 적도 없어 보인다.

예를 들어 그 유죄확정판결에 그 범인이 A라는 길로 도망쳤다는 인정한 것을 두고, 재심청구인이 A라는 길로 도망친 것이 아니라는 증거를 내놓자, 이제는 그 범인이 B라는 길로 도망쳤을 수 있다는 이유를 들어서, 재심사유가 없다고 해서는 안 된다. 피고인을 유죄로 인정하려면, 형사소송법에 정해진 증거조사절차를 거치고 증거능력과 증명력이 있는 증거가 있어야 하고, 무엇보다도 피고인이 그 유죄의 증거들을 탄핵할 수 있어야 한다. 원판결에서도 범인이 무정자증이라는 명제에 다투어진 적이 없고 이를 기초로 유죄판결이 내려진 것이고, 이제 그것이 무너지게 되었다면, 재심절차를 개시해서, 범인이 무정자증이 아니더라도 피고인이 범인일 수밖에 없는지를 심판해야 한다.

(6) 한편 별개의견은, “구증거 중 국립과학수사연구소장의 감정의뢰회보나 검찰주사의 수사보고만으로는 범인이 반드시 무정자증이라고 단정할 수 없는 이상, 별다른 증거가치를 인정할 수 없을 뿐만 아니라, 이 사건 재심대상판결이 그 사실인정에 채용한 구증거 또는 그에 의하여 인정되는 사정들, 즉 범인의 침입 경로인 피해자 주택 난간에서 채취된 지문이 재항고인의 지문과 일치되고, 재항고인의 주거에서 범행에 사용된 것과 같은 종류의 도구가 발견되었다는 점 등을 종합하면, 이 사건은 이들 증거 등을 위 정액검사결과와 함께 종합적으로 평가하여 보더라도 유죄의 확정판결을 그대로 유지할 수 없을 정도로 고도의 개연성이 인정되는 경우에 해당한다고 볼

수 없다”고 하였다.

별개의견은 재심청구인이 제출한 감정의뢰회보에다가 구증거들을 합쳐서 종합적으로 평가한 결과, 특히 밑줄 친 부분의 사정을 들어 재심청구인의 범인성을 인정하였다. 앞서 본 다수의견보다는 설득력이 있다고 할 수 있지만, 범인이 무정자증이라는 원판결의 사실인정의 한 축이 무너졌는데도, 나머지 증거들만으로도 여전히 유죄의 확정판결이 그대로 유지될 수 있다고 한 판단에는 앞서 (4)항에서 본 바와 같이 동의하기 어렵다.

(7) 별개의견은 일본의 유명한 시라토리결정(白鳥決定) 즉 1952. 1. 21. 홋카이도 삿포로시에서 발생한 경찰관 시라토리의 사살사건의 재심사건에서의 1975. 5. 20.자 최고재판소 결정이유를 토대로 한 것으로 보이지만, 정작 그 판시에도 아직 이르지 못하였다. 일본의 재심사건은 이 시라토리결정에서 제시한 기준에 따르고 있다. 시라토리 결정의 요지는 인터넷 등을 통하여 손쉽게 입수할 수 있는바, “무죄를 선고할 명백한 증거란, 확정판결의 사실인정에 대하여 합리적인 의심을 갖게 하고, 그 인정을 뒤집을 만한 개연성이 있는 증거를 말한다고 해석할 것인바, 이와 같이 명백한 증거인지 아닌지는 만일 그 증거가 확정판결을 내린 법원의 심리 중에 제출되었다면, 과연 그 확정판결에서 이루어진 사실인정에 도달하였는지 어떨지 하는 관점에서, 위 증거와 다른 모든 증거와 종합적으로 평가하여 판단해야 하는 것이고, 이 판단에 있어서도 재심개시를 위해서는 확정판결의 사실인정에 대하여 합리적인 의심을 생기게 하면 충분하다는 의미에서 ‘의심스러울 때에는 피고인의 이익으로’라는 형사재판의 철칙(鐵則)이 적용된다.”는 것이다.

또한 시라토리 결정은 원심의 재심기각결정을 이유를 달리하여 유지한 것이지만, 같은 재판부(기시 세이치 岸盛一, 시모다 타케소우 下田武三, 기시가미 야스오 岸上康夫, 단도우 시게미쓰 団藤重光)의 1976. 10. 12.자 사이타가와 결정(財田川決定)은 1950. 2. 28. 일어난 강도살인 사건에 대한 것으로서, 재심청구를 기각한 원심결정을 뒤집고 환송한 것이다. 이른바 일본의 4대 사형 원조사건 중 하나로, 결국 무죄판결이 내려졌다. 사이타가와 결정은, “무죄를 선고할 명백한 증거인지 여부 판단에서는 확정판결이 인정한 범죄사실이 존재하지 않는다는 것이 확실하다는 심증을 얻는 것이 필요한 것이 아니라, 확정판결의 사실인정의 정당성에 대한 의문이 합리적인 이유에 근거한 것일지 여부를 판단하면 충분하다.”고 하였다.

4. 형집행정지 결정의 의무성

가. 형사소송법 제435조 제2항에서는, 재심개시의 결정을 할 때에는 결정으로 형의 집행을 정지할 수 있다고 하였다. 1995. 12. 29. 개정으로, ‘재심개시의 결정을 할 때에는 결정으로 형의 집행을 정지하여야 한다’고 한 것에서 변경된 것이다.

나. 그러나 개정 후의 형사소송법 제435조 제2항은 위헌의 흠이 있다고 생각한다. 재심개시의 결정은 결국 종전

의 유죄 확정판결을 그대로 유지할 수 없다는 내용이므로, 원판결의 확정력은 무너졌다고 봐야 한다. 따라서 유죄판결의 실제적 확정력을 전제로 한 형의 집행은 있을 수 없다. 따라서 재심개시결정에 따라 반드시 필요적으로 형의 집행은 정지된다고 봐야 한다.

그리하여 만일 재심개시결정 후 재심공판절차에서 그 재판부가 그 심리의 필요와 구속재판의 필요성 등이 있다고 한다면, 예외적으로 구속절차를 봐야 할 것이다.

다. 대법원은 “법원은 재심개시결정에 의한 형의 집행정지와 동시에 본 법 제70조에 의하여 구속영장을 발부하여 피고인을 구속할 수 있다고 해석함이 상당하다”(대법원 1965. 3. 2. 선고 64도690 판결)고 판시함으로써 형의 집행을 구속으로 전환시킬 수 있도록 하였고, 1995년 개정 당시 국회 법사위원회 심사보고서에 의하면 “(경합범 관계에 있는 수개의 범죄사실을 유죄로 인정하여 1개의 형을 선고한 불가분의 판결이 확정되었는데 그 중 일부 범죄사실에 대하여만 재심청구의 이유가 있는 것으로 인정된 경우) 새로운 구속영장을 발부해야 하는 등 절차의 번거로움을 해소하기 위하여 임의적 집행정지로 변경한 것”이라고 하였는바, 이와 같이 법원 등 형사사법의 집행기관의 번거로움이라는 이유를 들어서, 그 번거로운 절차를 해소하려는 필요성에서 개정하는 것은 옳지 않다.

라. 한편 국가인권위원회는 2018. 11. 5. 형사사건 재심제도가 인권을 보호하고 향상시키는 방향으로 운영될 수 있도록 정책 개선에 대한 권고 및 의견표명을 하였다. (1) 법무부장관에게, 법원의 재심개시결정에 따른 재심재판이 신속하게 진행될 수 있도록 법원의 재심개시결정에 대한 검사의 불복제도를 개선하는 형사소송법 개정 방안을 마련할 것과, 그 조치가 이뤄질 때까지 법원의 재심개시결정에 대한 검사의 불복권 행사를 신중하게 할 것을 권고하고, (2) 대법원장에게, 재심개시결정에 대한 즉시항고와 재항고 재판 절차를 신속하게 진행하고, 재심개시결정 시에 형의 집행정지결정을 적극적으로 하는 것이 바람직하다고 하였다(17진정0744400·17진정0744500(병합) 형사사건 재심절차 지연에 따른 인권침해 사건).

국가인권위원회는, 신속한 재심절차 진행의 필요성에도 불구하고 재심개시결정의 확정에 장기간이 소요되는 실정을 지적하면서, 검사의 즉시항고권을 보장하고, 재항고에 대해서도 그 사유를 폭넓게 인정하고 있어 재심개시결정의 확정에 이르기까지 장기간이 소요될 수 있고, 실제로도 근래 거의 모든 재심개시결정에 대해서 검사의 항고가 관행적으로 이루어지고 있다고 하였다.

이익재심만을 인정하고 있는 우리나라와 달리, 이익재심과 불이익재심을 모두 허용하고 있는 독일은 당초 재심개시결정에 대한 검사의 즉시항고권을 규정하고 있었지만, 1964년 형사소송법 개정을 통해 검사의 즉시항고권을 폐지한 점도 지적하였다.

국가인권위원회는, “억울한 피고인의 구제를 목적으로 하는 재심제도의 취지를 고려해 보면, 확정판결의 기판력이 사실관계를 다투는 재심의 재판과정까지 영향력을 미치는 것은 합리적이라고 볼 수 없다. 형사사건의 재심

재판과정에서 재심개시 이후에도 계속되는 구금상태는 재심청구인이 새로운 사실을 주장하고 사실인정의 하자를 다투는 등 방어권을 행사함에 있어 큰 장애로 작용할 뿐만 아니라 헌법상 무죄추정의 원칙에도 반한다고 볼 소지가 있다. 재심청구인이 증거인멸이나 도주의 우려 없음이 적절히 소명되는 경우 형집행정지가 원칙적으로 적용되도록 적극적으로 검토할 필요가 있다.”고 하였다.

5. 법집행기관의 법치주의 존중

가. 법원, 검찰, 수사기관 등에서 법령을 준수하기는커녕 법령을 준수하지 않고, 기관편의주의라고 불려도 좋을 정도로 법령을 왜곡 해석 적용한 사례가 적지 않다.

법치주의는 사람이나 폭력이 아닌 법이 지배하는 국가원리, 헌법원리로서, 공포되고 명확하게 규정된 법률에 의해 국가권력을 제한·통제함으로써 자의적인 지배를 배격하는 것을 핵심으로 한다고 설명된다. 그러나 법집행기관에서 법치주의가 훼손되고 있다고 피바람을 일으킨 때가 과거라고 단정할 수 있을까? 누구는 이와 같은 현상을 들어, ‘사이비법치주의’, ‘기관법치주의’이라거나, ‘관료법치주의’라고도 빗대기도 한다.

나. 앞서 본 시라토리 결정 등이 내려진 후에도, 다시 차가운 겨울의 시절이 왔다고 하고, 최근에는 1, 2심의 재심개시결정을 일본 최고재판소가 파기자판하여 재심청구를 기각해 버리는 일까지 발생하였다.

이웃나라의 사정을 속속들이 알지 못하므로, 함부로 이러쿵저러쿵 할 것은 아니지만 시라토리 결정 등에서 제시한 기준을 갖고도 이와 같이 구체적인 사안에서는 정반대의 결론이 내려지고 있다는 사실을 주목하고 싶다.

이에 대해서는 재심 등의 법령 등이나 그 심사기준, 방법, 절차 등을 상세하게 규정하는 것이나, 재심개시 여부를 결정하는 기관을 법원과 별도로 두는 등의 제안이 있다. 이와 같은 입법이 절실히 필요할 것이다. 적지 않은 오판이 있다는 것을 직업경험상 겪고 있는 변호사들 입장에서는 그로 인하여 겪는 고통을 외면할 수 없다.

법원 등의 법집행기관을 탓하기 전에 변호사로서 마음가짐을 다시 다져본다.