

# 日本の 人身拘束制度 및 刑事公判節次의 實際\*

신 용 석\*\*

## 목 차

I. 序 說

II. 人身拘束制度

III. 公判節次

IV. 結 語

## I. 序 說

日本은 地理的으로 우리와 가장 가까운 나라이고 또한 20세기 이래 우리 나라의 法學이라든지 裁判實務에 있어서 多大한 영향을 미쳐온 나라임을 否定할 수는 없을 것이다. 1868년 이른바 明治維新으로 프랑스, 獨逸 등 大陸法系の 法學 및 裁判制度를 받아들인 일본은 1945년 美國 등 聯合軍에 무조건 降伏하여 1946년 現行 憲法이 制定·公布된 以後에는 이제 美國의 영향으로 英美法の 洗禮를 받게된다. 그후 日本의 法學界와 實務界에서는 위와 같이 大陸法系 理論과 制度의 基礎 위에 英美法系の 理論과 制度를 덮어쓴 상태에서 이를 調和시키고 日本의 實際에 맞도록 研究·發展시켜 온 結果 이제는 刑事裁判에 있어서 우리 나라의 制度와도 상당히 다른 制度로 정착하고 있다 할 것이다.

오늘날에 이르기까지 우리 나라에 대한 日本의 法學이나 實務의 강한 영향을 고려할 때 우리가 日本의 制度를 바로 알아야만 이를 제대로 消化하고 극복할 수 있을 것으로 본다. 筆者는 法官海外長期研修의 일환으로 1998. 3.부터 1999. 2.까지 약 1년간 日本의 東京에 있는 慶應義塾大學 法學部の 訪問研究員으로 있으면서 日本의 刑事裁判을 주제로 研究할 기회를 가질 수 있었다. 이 기회를 이용하여 日本의 刑事裁判에 직접 관여하고 있는 實務家들과 討論을

\* 이 논문은 제15회 영남형사판례연구회(2001.5.21.)에서 발표한 것임.

\*\* 서울지방법원 판사

하고, 東京地方裁判所 등의 法廷을 一般傍聽하여 실제의 刑事裁判을 현장에서 보고 메모하여 이를 整理·分析하였다. 물론 이와 같이 짧은 기간에 日本刑事裁判의 실재를 제대로 모두 알 수는 없겠지만 日本刑事裁判이 實際로 어떻게 運用되고 있는지를 알림으로써 우리의 刑事裁判을 비추어 볼 수 있는 기본적 資料를 제공하는 것은 가능하리라고 본다.

本稿의 기초가 된 '日本刑事裁判의 實際'라는 原稿는 日本에 研修를 가는 判, 檢事 등 日本의 司法制度를 연구하는 法曹人을 위하여 일본의 형사재판제도 전반에 관하여 기초적이고 일반적인 운용상황을 자세하게 알림으로써 이에 대한 노력을 줄이고 바로 보다 심도 있는 연구에 들어갈 수 있도록 할 수 없을까 하는 생각에서 출발한 것이다. 따라서 그 記述의 範圍는 刑事裁判의 基本環境이랄 수 있는 國勢와 國民性은 물론 刑事裁判의 土臺라 할 수 있는 裁判組織 등 物的施設과 그 關與者 또는 擔當者인 裁判官 등이 어떻게 養成되어 어떻게 생각하고 생활하는지에 이르기까지 이어지고, 그 바탕위에 이루어진 人身拘束制度和 公判節次, 그리고 判決의 宣告에 이르기까지 刑事裁判節次の 흐름에 따라 그 전반에 걸쳐 관련되는 사항을 폭넓게 자세하게 記述한 것이다. 그러나 本稿에서는 지면과 시간관계로 그 중에서 人身拘束制度和 公判節次를 중심으로 살펴보고 자세한 것은 이미 출판된 '日本刑事裁判의 實際'라는 拙稿(2001년, 세종출판사)에 미루고자 한다.

## II. 人身拘束制度

실로 刑事訴訟法の 歷史는 人身拘束制限의 歷史라고 말하여진다. 國家權力으로부터 國民의 身體的 自由를 保障하는 것이 刑事訴訟法の 使命이라고 할 수 있기 때문이다. 따라서 우리의 경우는 憲法上的 無罪推定の 原則 및 任意搜查의 原則에 기초하여 不拘束搜查의 原則과 不拘束裁判의 原則 등이 강조되고 있다고 할 수 있다.

日本의 경우는 任意搜查의 原則이 論議되고는 있지만 우리와 달리 不拘束搜

査의 原則이나 不拘束裁判의 原則 등은 別로 論議되지 않는 특성을 갖고 있다고 할 수 있다. 오히려 犯罪嫌疑를 받고 있고 게다가 勾留條件(우리의 拘束事由)까지 갖추고 있는 者가 勾留되는 것은 당연한 것이 아니냐는 思考가 膨大함을 알 수 있다. 이는 日本人들의 國家優先主義에다가 西洋과는 다른 國家信賴에 기초하고 있지 않나 하는 느낌이다. 따라서 地方裁判所に 求公判되는 被告人은 대부분 勾留되어 있음을 알 수 있다(統計로는 拘束求公判率이 60% 정도이다).

### 1. 逮捕와 拘束(勾留)

日本은 우리와 달리 搜查節次에 있어서 이른바 ‘逮捕前置主義’를 취하여(제207조) 逮捕되지 아니한 者가 갑자기 拘束(日本의 用語는 ‘勾留’이다)된다는 일은 있을 수 없다. 逮捕에는 우리와 같이 通常逮捕(逮捕狀에 의한 逮捕, 제199조), 緊急逮捕(제210조), 現行犯人逮捕(제212조)의 3종류가 인정되고 있다. 逮捕의 權限은 檢察官과 司法警察職員에게 인정되지만, 警察의 請求에 의한 것이 逮捕狀의 대부분을 차지하고 있다. 搜查機關의 逮捕時間은 합하여 最大限 72時間을 넘기지 못하게 되어 있다. 逮捕狀의 有效期間은 원칙으로 發付日로부터 7일인데 裁判官이 상당하다고 인정할 때에는 이를 넘는 期間을 정할 수 있다(刑訴規 第300조). 7일을 넘는 有效期間을 필요로 할 때에는 逮捕狀請求書에 그 事由를 기재하여야 하고(刑訴規 第142조 第1項 第6호) 실제로 우리와 달리 그 事由를 具體적으로 자세하게 기재한 請求書를 볼 수 있다. 實務上 위 有效期間을 1개월간으로 정한 것은 꽤 있고 3개월이나 6개월도 가끔 있는 것으로 보인다.

逮捕된 被疑者에 대하여는 勾留請求를 할 수 있는데, 請求權者는 逮捕狀과 달리 檢察官뿐이다. 勾留期間은 勾留請求를 한 날로부터 10일로 制限되어 있고, 裁判官은 부득이한 事由가 있을 때에는 檢察官의 청구에 의해 通算 10일을 넘지 않는 범위내에서 勾留期間延長을 할 수 있다(제208조). 따라서 被疑者는 원칙으로 가장 길어야 23일간 동안 逮捕·勾留될 수 있는 것이다. 실제로는 檢察官의 勾留期間의 대부분은 警察에 의한 搜查에 사용되고 있다고 한다. 逮捕·

勾留의 效力에 관하여 이른바 事件單位說이 通說 및 判例임은 우리와 같다. 다만, 위와 같이 勾留期間이 짧은 탓도 있겠지만 위 事件單位說에 따라서 실제로 二重勾留 또는 重複勾留를 하여 1개월 이상씩 勾留하는 事例를 어렵지 않게 볼 수 있고, 또한 이에 대한 國民들의 우려의 소리 등도 별로 들리지 않고 있는 것은 우리와 다른 特異點이라고 할 수 있다.

日本의 경우는 被告人의 勾留는 被疑者의 勾留와 전혀 별개로서 그 期間은 逮捕된 날부터가 아니고 公訴提起가 있는 날로부터 2개월로 제한되어 있고 1개월씩 更新할 수 있다(제60조 2항). 다만, 위 更新은 '일정한 경우'를 제외하고 1회에 限한다. 여기까지만 보면 우리의 拘束期間의 制限 보다도 엄격하게 보이지만 사실은 그렇지 않다. 위 '일정한 경우'란 被告人이 死刑, 無期 또는 短期 1년 이상의 懲役 또는 禁錮에 해당하는 罪를 犯하였을 때, 常習으로 長期 3년 이상의 懲役 또는 禁錮에 해당하는 罪를 犯하였을 때, 罪證을 湮滅한다고 의심하기에 足한 相當한 理由가 있을 때, 被告人의 姓名 또는 住居가 判明되지 않을 때 등이고(제60조 제2항 但書, 제89조 제1, 3, 4, 6호), 禁錮 이상의 實刑을 宣告받았을 때에는 更新回數制限이 適用되지 아니하므로(제344조) 결국 例外가 原則이 되어 被告人에 대한 勾留期間의 制限은 없다고 보는 것이 타당하고, 裁判官 등 實務家들도 勾留期間의 制限은 없다는 感覺을 갖고 있었다. 그렇기 때문에 20여년간의 勾留裁判도 가능하게 된다.

## 2. 令狀裁判

被疑者를 勾留함에는 당연히 勾留質問이 필요하다(제270조, 제61조). 東京地裁의 경우는 令狀部(第14部)가 설치되어 있어 勤務時間內的의 勾留請求事件은 위 令狀部가 專擔하고 그밖의 逮捕狀 등 一般令狀事件은 東京間裁의 刑事4室이 담당하는 아주 복잡한 構造로 되어 있다. 勤務時間外的의 令狀當番(우리의 當直) 또한 이에 못지 않게 복잡한데, 當直에는 殘留當番, 在宅當番, 待機當番, 日直當番 등 4종류나 있다.

東京地裁의 令狀部는 派遣나온 間裁判事 1, 2명을 포함하여 5, 6명의 裁判官이 근무하고 있다. 合議體는 없지만 部總括이 있어 令狀部 전체를 管掌하고 있

다. 근무형태로서 特異한 것은 다른 裁判部에 臨時的으로 裁判官의 應援이 필요한 경우 令狀部의 裁判官이 우선적으로 하루씩 派遣되거나 令狀部에 缺員이 있는 경우 다른 裁判部 소속 裁判官이 令狀部에 派遣을 나오는 등 別動隊처럼 운영되고 있는데, 令狀裁判은 繫屬事件이라는 것이 없다는 特性을 감안하더라도 令狀發付基準이라든가 感覺 등의 一貫性에 문제가 없지는 않을까 하는 생각이 든다.

令狀部 裁判官들은 裁判官들 중 가장 먼저 出勤하여 우선 전날 근무시간후 當直室에 접수된 勾留請求書와 搜查記錄을 서둘러 檢討하기 시작한다. 逮捕로부터 72시간이 지나지 않은 상태이지만 司法警察職員은 물론 檢察官의 被疑者에 대한 供述調書까지 작성되어 있어 일용의 搜查가 완료된 단계의 記錄이다. 물론 勾留請求件數야 날마다 다르지만 東京地裁의 경우 1일 45 내지 60건이 보통이고 月, 金曜日이 많은 편인데 많을 때는 90건까지도 請求된다고 한다. 裁判官은 記錄檢討를 하다가 擔當檢察官에게 전화를 하여 補完 또는 補正을 要求하거나 取下를 勸告하기도 한다. 接見禁止決定을 아울러 구하고 있는 事件이 의외로 많다. 약 2시간 정도면 記錄檢討가 끝나고 勾留質問이 시작된다. 午前에는 11:30부터 12:30까지, 午後에는 13:30부터 14:30까지 모두 2시간에 걸쳐서 勾留質問을 하는 모습을 지켜 볼 수 있었다.

다른 裁判部가 9층 이상에 있는 것과 달리 令狀部는 1층에 있어 커다란 철대문 안쪽에 있는 엘리베이터를 타면 지하 1층의 勾留質問室과 곧바로 연결되도록 되어있다. 지하 1층으로 내려가면 10여개의 勾留質問室이 番號票를 붙이고 기차처럼 죽 늘어서 있는데, 質問室의 양쪽으로 복도가 길게 있고 각 별도의 출입문이 있어 令狀部에서 출입할 수 있는 쪽은 裁判官과 書記官, 通譯人 등 裁判所의 關係者가 출입하고 반대쪽은 警察官의 警備下에 있어 逮捕된 被疑者들이 별도로 統制를 받으면서 대기하다가 呼名되면 한명씩 質問室내로 들어오도록 되어 있다.

呼名된 被疑者는 수갑을 찬 채 警察官과 함께 質問室로 들어와 수갑을 풀고 자리에 앉고 警察官은 문밖으로 나가서 유리를 통하여 내부를 警戒하고 있어 質問室에는 裁判官과 被疑者, 書記官 3명만이 남게 된다. 檢察官이나 辯護人의 출입이나 立會는 일체 허용되지 아니한다. 먼저 人定質問을 하고 默秘權을 고

知한 다음 辯護人選任權과 當番辯護士制度를 알려 준다. 다음으로, 勾留請求書記載의 嫌疑事實을 요약해서 들려주고 ‘事實은 어떻습니까?’ 또는 ‘틀림이 없습니까?’하고 묻는 것이 보통이다. 마지막으로, 勾留될 경우의 通知處를 물은 다음 裁判官이 그 內容을 요약해 주는 방법 등으로 그 자리에서 書記官이 불펜으로 調書를 작성하여 被疑者에게 읽어 들려주고 署名捺印까지 받음으로써 끝나게 되는데 1건에 5분 정도가 소요되었다.

被疑者가 나간 다음에는 裁判官이 그 자리에서 勾留狀에 捺印하여 다음 被疑者를 데리고 들어오는 警察官에게 바로 넘겨주었다. 裁判官의 말에 의하면 記錄을 보면서 어느 정도 心證을 굳힌 상태이고 애매하거나 却下할 사건은 나중에 결정한다고 한다. 위와 같이 辯護人의 參與가 허용되지 아니함에도 그 勾留質問調書는 本案에서 證據로 사용될 수 있다는 점도 우리와 아주 다르다.

勾留請求의 却下(棄却)는 1건뿐이었다. 이 과정을 보아도 얼마만큼 조심스러운가를 다시 한번 느낄 수 있다. 公務執行妨害事件으로서 젊은 會社員이 밤 10:40경 술에 취하여 電鐵驛에서 驛務員과 시비를 벌이다가 출동한 警察官에게 同行되어 가다가 욕설을 하면서 손을 휘둘러 警察官이 1일간의 치료를 요하는 傷害를 입었다는 그야말로 輕微하다고도 볼 수 있는 事件이었다. 裁判官들이 公務執行妨害에는 엄하고 술에는 寬大한 경향이 있는 것도 우리와 같다고 한다. 裁判官이 記錄檢討時에 却下의 心證을 갖고 書記官을 통해 家族을 전화로 불러놓고 있는 상태였다. 被疑者의 妻와 職場 上司가 출석하여 있어 裁判官이 面接室에서 面接을 하고 被疑者의 出席을 保證한다는 내용의 誓約書를 각 작성 받았다. 그리고 質問室로 가서 다시 被疑者를 불러 出席誓約書를 받고 釋放과 그 후의 裁判節次 등을 설명하고 出席을 다짐받는다. 이런 節次야 조심스러워서 그렇겠지 하고 이해할 수는 있지만 주목할 것은 裁判官과 勾留請求한 檢察官이 계속 연락을 취하면서 진행한다는 것이다. 家族을 부르기 전에 檢察官에게 전화하여 勾留할 필요가 없는 事案이지 않느냐는 議論을 마치고 나중에 準抗告를 하지 않겠다는 취지의 檢察官의 전화가 있었다. 檢察官의 準抗告가 없도록 하기 위한 것이라는 裁判官의 說明이 있었지만 다음에 보는 保釋에서도 그렇고 별로 어렵지 않게 볼 수 있는 모습이다. 裁判官과 檢察官의 判斷이 다른 것은 당연한 것이고 그 다른 것이야말로 司法審査의 必要性이지 않는

가, 전화 한통화로 물리설 것 같으면 檢察官은 왜 令狀請求를 했는가, 또한 辯護人이나 被疑者는 배제된 상태에서 一方인 檢察官과 그런 議論을 해도 되는 것인가 하는 등 여러 의문을 갖게 하는 모습이었다.

被疑者에 대한 勾留期間延長의 裁判도 令狀部의 擔當이다. 延長決定은 우리와 달리 애초의 勾留狀에 2회의 延長欄이 미리 마련되어 있으므로 별도의 용지를 쓰지 아니하고 그곳에 記名捺印하면 된다. 檢察官의 勾留延長請求理由는 구체적으로 자세히 기재하는 것이 보통이고, 裁判官들은 세심하게 記錄을 檢討하고 檢察官에게 전화를 하여 위 請求한 理由와 期間을 기초로 그 必要期間을 의논하고 期間을 줄여서 許可하는 것을 볼 수 있다. 앞에서 본 바와 같이 勾留期間의 延長은 그 期間에 있어서 합하여 10일을 넘길 수 없을 뿐이고 回數에는 制限이 없으므로(제208조 2항) 檢察官도 무턱대고 10일을 請求하지 아니하고 3일, 5일, 7일 등 세밀하게 請求하고 있으며 裁判官도 필요성에 의문이 있으면 1일, 2일을 줄이고 搜查한 후 필요하면 다시 延長請求를 하라고 권고를 한다.

日本에 外國人事件이 늘어나고 있고 특히 東京地裁의 경우는 1/4이나 된다는 것은 앞에서 보았지만 外國人의 경우 당연히 逃走의 憂慮가 크다고 볼 수 밖에 없어 令狀請求事件에서는 그 비율이 더 높아 어떤 날은 73명의 被疑者 중 25명이 外國人인 것을 볼 수 있었다. 外國人인 경우는 당연히 通譯人이 필요한데 令狀部에서는 裁判所의 通譯人名簿에 의하지 않고 搜查機關에서의 該當 通譯人을 그대로 選任하였다. 外國人의 경우는 領事關係에 관한 條約 제36조 제1항 (b)에 따라 領事官에게 통지를 하여야 하므로 勾留質問時 通知處를 물으면서 領事官通知를 원하는지를 묻게 된다. 西洋人인 경우는 대부분 通知를 원하고 通知하면 領事館에서 반드시 面會를 오지만 韓國人, 中國人, 東南아시아人 등은 대부분 通知를 원하지 않고 설사 通知를 한 경우에도 面會를 오는 일도 없는 것으로 보인다는 裁判官의 설명이다.

### 3. 準抗告

日本의 경우는 우리와 같은 逮捕·拘束適否審制度가 없기 때문에 違法한 身

體拘束에 대한 救濟手段으로는 準抗告(제429조)가 비교적 활발히 利用되고 있어 우리의 다르다. 즉 勾留請求에 대한 勾留狀의 發付나 却下, 保釋請求에 대한 保釋의 許可나 不許에 대한 不服手段으로 活用되어 1996년 1년간 1,699건이 接受되었고(우리는 16건) 그 중 原裁判이나 原處分이 取消·變更된 것은 320건이다. 逮捕에 대하여는 勾留와 달리 準抗告가 허용되지 않는다고 해석하는 것이 通說, 判例이다. 그리고 勾留請求却下の 裁判에 대한 執行停止가 가능하다고 보는 것이 實務의 大勢이고 通說이다. 위 執行停止決定은 原裁判官 즉 令狀 棄却을 한 裁判官도 가능하다고 해석되고 있는 것이 實務의 大勢이다. 勾留裁判官은 이 準抗告를 꽤나 의식하고 있는 것으로 보였다.

#### 4. 勾留理由開始

우리가 經驗하지 못한 制度로서 日本의 勾留理由開示制度(제82조)는 '누구도 正當한 理由가 없으면 拘禁되지 않고, 要求가 있으면 그 理由는 즉시 本人 및 그 辯護人이 出席한 公開法廷에서 나타내어야 한다'는 日本憲法 제34조에 근거한 것으로 英美法의 人身保護節次에서 由來하는 것이며 拘禁의 理由를 公開法廷에서 분명히 하고 不當拘禁으로부터 被拘禁者를 救濟하는데에 그 本質이 있다고 설명된다. 그러나 이는 단지 勾留理由를 알리면 그만이지 다른 效果가 있거나 당연히 어떤 措置를 취하여야 하는 것이 아니기 때문에 制度自體로서는 좀 特異한 制度라고 할 수 있겠다.

理由開示는 일찌기 勞動·公安事件이나 過激派 學生事件 등에서 法廷鬪爭의 手段이 되었다고 한다. 辯護人이 求釋明을 통하여 裁判官을 물고 늘어져 그 質問·應答이 끝이 없거나 意見陳述을 장황하게 하여 午後부터 밤중까지 이어지는 경우도 종종 있어서 勾留裁判官에게 곤욕을 안겨 주었다고 한다. 이에 대한 反省으로 현재는 意見陳述의 時間이 10분으로 制限되고(刑訴規 제85조의 3) 書面提出에 의할 것을 命할 수 있게 되었다(제84조 2항). 요즘은 辯護人이 搜查密行主義下에서 裁判官을 통하여 搜查에 대한 조그마한 資料라도 얻기 위한 목적이나 被疑者에 대하여 接見禁止決定이 된 것을 回避하여 接見의 機會로 活用하는 경우까지 있다고 한다.



결국 勾留理由開示制度는 勾留裁判官에게 心理的 負擔을 주어 勾留狀의 발부와 勾留期間延長에 慎重을 기하도록 하고 辯護人에게는 勾留取消나 準抗告 등의 申請을 위한 資料를 얻을 수 있도록 하는데 實際的 意義가 있다고 할 수 있겠다. 실제로 勾留理由開示가 實施된 것을 보면 1996년 1년간 330명으로 勾留된 95,091명의 0.5%도 안되어 利用率은 극히 낮다고 할 수 있고, 制度의 改廢를 포함한 抜本的인 검토가 필요하다는 주장도 있다.

## 5. 保釋 등

勾留된 被疑者에 대한 釋放制度로는 勾留의 取消(제87조, 제91조), 勾留의 執行停止(제95조) 등이 있는 것은 우리와 같지만 被疑者에 대한 保釋制度는 없고 위와 같이 拘束(勾留)適否審制度도 없다. 被告人에 대한 保釋制度는 기본적으로 우리와 같다. 保釋을 請求保釋(제88조)과 職權保釋(제90조), 또는 必要的 保釋(權利保釋, 제98조)과 任意的 保釋(裁量保釋, 제90조)으로 분류하는 것도 우리와 같다. 다만, 우리와 달리 '義務的 保釋'이라고 불리는 독특한 것이 있다.

東京地裁의 경우 第一回 公判期日前에는 모든 保釋事件을 令狀部가 담당한다. 起訴狀一本主義에 따라 本案의 裁判部가 豫斷을 갖는 것을 방지하기 위함이다. 保釋決定을 하기 전에 檢察官의 求意見이 있게 된다(제92조 1항). 檢察官은 '求意見書' 용지의 의견란에 관행적으로 '不相當'이라고 기재하는데, 별지로 事實關係認否, 前科·前歷, 家族關係, 기타사항 등 항목을 만들어 具體的인 理由를 자세하게 쓰는 경우도 적지 아니하다. 不相當이라고 기재하였을 뿐인 경우는 檢察官의 속마음이 따로 있는 경우가 있으므로 轉화를 걸어 의논을 한다는 裁判官도 있었다.

保釋請求의 경우 被告人에 대한 尋問制度는 없고, 令狀部의 경우는 期日을 정해서 辯護人 面接을 하고 있다. 辯護人의 面接은 裁判官이 '保釋面接메모'를 들고 單獨으로 面接室에 들어가서 하게 되는데, 辯護人은 '事實關係는 인정하겠다'는 취지로 本案에서 다투지 아니할 것임을 분명히 하고 裁判官도 이를 주요한 요소로 보고 있었다. 保釋保證金에 관해서도 辯護人이 그 金額을 提示하자 裁判官이 조금 올려서 다시 提示하고 辯護人이 被告人의 家族에게 그 돈을 마

련할 수 있는지 확인한 다음 그렇게 하기로 하는 등 극히 議論的으로 決定하는 모습을 볼 수 있었다. 保證金의 額數는 정해진 기준은 없고 現在 보통의 사건에서 150만엔 정도라고 한다. 保證金은 有價證券 또는 裁判所가 적당하다고 인정하는 被告人 이외의 者가 제출하는 保證書로 갈음할 것을 許可할 수 있다(제94조 제3항). 東京地裁의 경우는 1/4 정도가 有價證券에 의하고 있다 한다. 保證書는 辯護人이 제출하는 경우가 많다. 우리와 같은 保證保險證書에 의하는 制度는 없다.

特異한 것으로 ‘身邊整理’라고 불리는 것이 있다. 判決宣告期日 以前에(대개는 辯論終結以後가 된다.) 被告人과 辯護人이 實刑을 豫想하면서 갑자기 勾留된 것이니 服役하기 위하여 身邊을 整理할 시간을 달라는 취지로 保釋을 請求하는 것이다. 여태 否認하던 事件에서도 볼 수 있는 모습인데, 극히 日本的이라고 느껴지는 것은 實務上 이러한 경우에도 保釋이 許可되고 있다는 것이다. 물론 實刑이 宣告되면 별도의 조치 없이 再收監된다.

## 6. 未決拘禁施設

日本에서 勾留의 場所는 ‘監獄’으로서(제64조 제1항) 被疑者 또는 被告人은 그 중 ‘拘置所(拘置監)’에 勾留된다(監獄法 제1조 제1항 제4호). 그런데 우리와 同一한 문제로 監獄法이 警察署에 附設된 ‘留置場’을 監獄으로 代用할 것을 인정하고 있고(제1조 제3항) 대부분의 被疑者가 이 ‘代用監獄’에 勾留되어 있는 것이 현실로 이와 관련하여 여러 가지 論議가 되고 있는 것은 他山之石이 될 수 있을 것이다. 즉 代用監獄은 調査하는 搜查機關은 물론 被疑者나 그 家族에게도 居住地에 가까워 面會의 편리성 등은 있으나 根本的으로 搜查官이 언제나 자신의 手中에 被疑者를 두고 있는 것은 自白強要 등 人權侵害가 발생하기 쉬운 것도 事實이기 때문에 이를 改善하여야 한다는 것이다.

이에 대한 改善策으로 搜查와 留置管理를 다른 部門에서 담당하도록 하고 있으나(被疑者留置規則 제4조) 같은 警察署內的 組織일 뿐이므로 意味는 크지 않다고 할 것이다. 또한 立法上 改善策으로 被留置者의 處遇內容과 法律上的 근거를 분명히 하기 위하여 1991년 4월 ‘刑事施設法案’과 함께 ‘留置施設法案’이

國會에 上程되었으나 1993년 6월 衆議院의 解散으로 審査未了인 채 오늘에 이르고 있다. 그리고 勾留場所를 정하는 것은 裁判官이고 檢察官이 移監을 함에는 裁判官의 同意를 요하며(刑訴規 제80조, 제302조) 理論上으로는 勾留에 관한 處分을 행하는 裁判官의 職權에 의해 移監을 命하는 것도 可能하므로 裁判官의 이에 대한 觀心이 필요하다고 볼 것이다.

### III. 公判節次

刑事裁判의 중심이 公判節次에 있음은 물론이다. 公開된 法廷에서 口述에 의한 訴訟資料에 의해 裁判官의 直接審理에 의한 刑事裁判만이 實體的眞實의 發見과 被告人의 人權保障에 기여할 수 있게 되는 것이다.

#### 1. 法廷

刑事法廷은 刑事裁判이 이루어지는 곳으로서 被告人도 자유롭게 發言할 수 있는 차분하고 따뜻한 施設과 분위기로 이루어져야 할 것임은 물론이지만 實體的眞實의 발견을 위한 場으로서의 嚴肅性도 잃지 말아야 할 것이다. 日本의 法廷도 기본적으로는 우리와 같다고 할 수 있다. 다만, 한 눈에 다르게 보이는 것은 裁判所書記官이 裁判官처럼 傍聽席을 향하여 앉아있고 法廷의 전체를 반 정도로 갈라서 審理席과 傍聽席 사이에 防柵(bar)이 설치되어 있다는 점이라 할 것이다.

裁判長은 法廷에서 訴訟指揮權과 法定警察權을 행사함은 물론이고 審判妨害罪(裁判所法 제73조)의 규정이나 監置 또는 過料에 처할 수 있음은 대체로 우리와 같다. 그러나 訴訟遲延行爲에 대책으로 檢察官 또는 辯護人이 審理의 迅速한 進行을 妨害할 경우에는 그 理由의 說明을 구할 수 있고, 특히 필요하다고 인정할 때에는 檢察官의 指揮監督權者, 所屬辯護士會나 日辯連에 통지하여 適當한 處置를 할 것을 請求하여야 하고 그 請求를 받은 자는 그 취한 處置를

裁判所に 通知하여야 하는 制度(刑訴規 제303조)는 우리와 다른 특이한 것이다.

## 2. 起訴狀의 接受와 事件配當

起訴狀의 記載事項은 기본적으로 우리와 같은데, 재미있는 것은 性別의 기재를 하지 아니하여 裁判官도 起訴狀만으로는 男女를 알지 못하는 경우가 있다는 것이다. 그리고 周知하다 싶이 日本의 경우는 訴訟의 客體에 관계하여 公訴事實 이외에도 訴因이라는 概念이 있다. 원래 舊刑訴法에는 公訴事實이라는 概念 밖에 없었는데, 現行法이 이를 그대로 두고 英美法上의 訴因이라는 概念을 들여와 同居를 시키는 바람에 兩者의 意義, 機能, 關係 등을 둘러싸고 대단히 곤란한 여러 가지 문제를 발생시켰고 學說도 침예하게 대립되어 왔다. 물론 罰條(適用法令)도 記載하여야 하는데, 그 記載의 잘못은 被告人의 防禦에 實質的인 不利益을 생기게 할 염려가 없는 限 公訴提起의 效力에 영향을 미치지 않는다(제256조 제4항)고 하여 이는 訴因의 法律的 特定에 補助的인 機能을 함에 지나지 않는다는 것을 명확히 하고 있음이 特異하다. 判例도 暴力行爲等處罰에 關한法律 제1조(集團的 暴行·脅迫·財物損壞, 우리의 같은 이름을 가진 法律 제3조 1항과 기본적으로 同一함)의 罪에 해당하는 事實이 訴因에 의해 충분히 明示되어 있으므로 原審이 起訴狀에 記載된 刑法 제208조(暴行)의 罰條를 變更시키는 節次를 거치지 아니하고 위 法律 제1조를 適用했다고 해서 被告人의 防禦에 實質的인 不利益이 생겼다고는 할 수 없다고 한다.

우리도 같이 起訴狀一本主義를 채택하고 있기 때문에 起訴狀에는 裁判官에게 事件에 관하여 豫斷을 생기게 할 염려가 있는 書類 기타 物件을 添附하거나 그 內容을 引用하여서는 아니된다(제256조 제6항). 따라서 이른바 '余事記載 禁止'의 문제가 있게 되는데, 判例에 의하면 累犯前科도 證據調査의 단계에서 이를 분명히 하면 족하므로 起訴狀에 同種前科를 記載하는 것은 裁判官에게 豫斷을 생기게 할 염려가 있는 事項으로 禁止되고 나중에 削除하여도 그 性質上 이미 治癒될 수가 없다고 하는데(最判 昭和 27. 3. 5.), 이는 우리 實務와 전혀 다른 점이다. 公訴狀一本主義에 違反한 公訴提起는 無効로서 公訴撤回이 許



廣範하고 細密한 규정을 두고 있는데다가 日本人들 특유의 철저한 일처리 방법으로 公判準備가 행하여져 書記官이 檢察官과 辯護人 양측에 公判準備에 관하여 여러 가지 문의하고 촉구하는 과정에서 被告人의 自白이나 合意與否까지 대부분의 실체가 水面위로 떠오를 수 밖에 없는 것으로 보인다. 더구나 書記官과 裁判官은 하나의 훌륭한 팀워크를 이루고 있어 書記官을 통하여 裁判官에게 위의 모든 사항이 알려지게 되고, 또한 어떤 면에서는 이것을 노리고 있다고 볼 수 있어 재판관은 제1회 公判期日前에 被告人의 否認與否, 否認하는 경우 그 爭點, 證據同意與否, 證據申請의 展望, 證據調査에 필요한 時間 등 대부분의 사항을 알고서 公判에 임하고 있다고 볼 수 있다. 裁判所 내부의 논의 중에는 書記官은 公訴狀一本主義의 適用對象이 아니므로 書記官을 통하여 裁判官이 위와 같이 實體를 알게되는 것은 괜찮다고 보아야 할 것이라는 견해도 보여 全體를 실질적으로 보기보다는 事象을 分解하여 정밀하게 보려는 日本的 思考를 느끼게 한다.

#### 4. 公判期日의 節次

東京地裁의 경우는 각 總括裁判部에 2개 또는 3개(裁判官 7, 8명의 大合議部인 경우)씩의 專用法廷이 配定되어 있으므로 총괄재판부내의 각 裁判部는 特定의 요일이 그 裁判期日이 되는 것이 아니고 위 配定된 法廷이 비어 있는 한 어떤 요일, 어떤 시간이고 指定할 수 있다. 따라서 書記官室에서는 컴퓨터로 날마다 각 裁判部의 期日指定을 체크하여 총괄재판부 전체의 開廷豫定表(法廷 테이블)를 작성함으로써 錯誤나 중복이 되지 않도록 하고 있고 또한 裁判官들은 이를 보아가면서 期日을 指定하고 있다. 대개의 裁判官은 월요일 등 일주일에 하루는 비워서 宅調日이나 判決書의 작성일로 하고 火曜日부터 金曜日까지 사이에 合議體 1일, 單獨體 2, 3일의 公判期日을 지정하여 매주 3, 4일간씩을 裁判期日로 하고 있었다.

第一回 公判期日은 起訴 1, 2개월후에 지정되는 것이 보통이고, 宣告期日은 5일후 또는 1주후, 2주후 등으로 다양하게 指定하고 있는 것을 볼 수 있었다. 公判은 대개 오전 10:00경에 시작되어 12:00경에 끝나고 다시 오후 1:00 또는

1:15경에 시작되어 15:00 또는 16:00경, 늦어도 16:30경이면 끝나는 것이 보통이다. 公判에 필요한 시간은 위와 같이 公判準備를 통하여 事前에 모두 계산하고 있는 상태이므로 豫定時間에서 벗어나는 일은 거의 없어 보였다.

特記할 만한 것은 公判期日에 여러 사건을 같이 하는 일은 거의 없고 事件 하나 하나마다 公判期日과 그 시간이 정하여 진다는 것이다. 따라서 우리 나라에서 흔히 볼 수 있는 것처럼 다른 事件의 被告人끼리 法廷에서 같이 앉아서 대기하는 일은 물론 심지어 出入하면서 만나는 일도 볼 수 없는 풍경에 해당한다. 하나의 事件이 끝나면 裁判官은 일단 退廷하였다가 檢察官과 辯護人も 다음 사건의 담당자로 바뀌는 등 다음 사건의 法廷準備가 모두 이루어지면 다시 入廷하는 식으로 진행하여 그대로 다음 사건이 이어지는 경우는 거의 없었다. 自白事件의 경우 보통 1시간이 걸리게 되므로 결국 하루에 新件 또는 續行事件 4, 5건의 公判을 할 수 있는 것이 고작이었다. 宣告는 1건에 10분 내지 15분이 걸리고 2, 3건을 같이 宣告하는 경우도 볼 수 있었다.

裁判官의 入廷時 全員이 일어서도록 되어 있는 것은 우리와 같다. 이때 廷吏의 알림이 '일어서 주십시오'라고 하는 것이 보통이었으나 한때 우리의 法廷에서도 들을 수 있었던 '起立'이라는 口令을 부치는 廷吏도 볼 수 있었다. 裁判官이 제자리로 가서 45° 에 가깝게 허리를 굽혀 절을 하고 이때 방청객 등도 함께 허리를 깊이 숙여 절을 하는 모습을 볼 수 있는데, 하나의 儀式을 행하고 있는 것 같아 일순 法廷을 整理하면서 존엄스러운 분위기로 만들어 준다는 인상을 갖게 하였다. 東京高裁에서는 廷吏가 사건번호와 事件名, 被告人의 이름을 큰소리로 호명하여 開廷宣言에 유사하게 하고 있는 특이한 모습도 볼 수 있었지만 裁判官이 '지금부터 開廷하겠습니다' 하고 開廷宣言을 하는 것이 보통이다. 그 이후의 구체적인 公判期日節次를 시간적 순서로 보면 다음과 같이 된다.

### 1) 冒頭節次

裁判長이 '被告人은 앞으로 나오시오' 하게 되면 法廷에 출석한 被告人은 證言臺앞으로 나아가 서게 된다. 그때 裁判長의 이른바 人定質問으로 被告人이 틀

림없음을 확인하면서 公判이 시작된다. 人定質問이 끝나면 被告人은 裁判長의 指示에 따라 다시 被告人席에 돌아가 앉게 된다. 이 人定質問과 檢察官의 起訴狀朗讀, 默秘權의 告知, 罪狀認否 등 一連의 節次를 冒頭節次라고 한다.

다음으로, 裁判長의 進行에 따라 檢察官이 일어서서 起訴狀朗讀을 하여 裁判所에 대하여는 審理의 對象을, 被告人에 대하여는 防禦의 對象을 명확하게 한다(제291조 1항). 裁判所와 被告人이 모두 이미 起訴狀을 읽어 본 후인데도 다시 낭독하도록 하는 것은 口頭主義와 公開主義의 요청에 의한 것이라고 보아야 할 것이다. 이 단계에서 裁判長, 陪席判事는 檢察官에게 不明한 점에 관하여 釋明을 구하고 被告人 및 辯護人은 發問權을 행사하게 된다.

이어서 裁判長이 被告人에게 訴訟法上의 權利에 대하여 告知를 하게 되는데 물론 가장 중요한 것이 默秘權의 告知(刑訴 제291조 제2항, 刑訴規 제197조)임은 물론이다. 裁判長에 따라 그 표현은 조금씩 다를 수 밖에 없지만 그때 그때마다 정성을 들여서 친절하게 조근조근 말해주는 것이 보통의 모습이었다

다음으로, 裁判長은 被告人 및 辯護人에게 '被告事件에 대하여 陳述할 機會'를 주어야 하는데(제291조 제2항), 實務上 이를 '認否' 또는 '罪狀認否'라 하여 公訴事實의 認定與否를 진술하게 함으로써 爭點을 명확히 하는 기회로 하고 있다. 이때 裁判長은 被告人에게 '지금 읽어준 事實에 관하여 무엇인가 말할 것이 있습니까?' 또는 '公訴事實은 틀림이 없습니까?'하고 묻는 것이 보통이다. 被告人은 '事實 그대로 틀림이 없습니다' 또는 '흠치려고 한 것은 아닙니다' 등으로 對答을 하게 되는데, 이때 裁判長이 그 對答의 불명료한 점을 명확하게 하기 위하여 被告人에게 質問을 할 수는 있지만 그 정도와 내용에 있어서 이른바 舊刑事訴訟法의 '被告人訊問'과 같을 수 없다는 것이 判例이다. 따라서 裁判長의 自制가 필요한 장면이라고 할 수 있겠다. 被告人이 이 機會에 訴因에 대하여 有罪라는 취지의 陳述을 했을 때에 裁判所는 簡易公判節次에 의하여 審理할 것을 決定할 수 있으나 실제로는 별로 活用되지 않고 있다.

## 2) 證據調查節次

'事實의 認定은 證據에 의한다(제317조)'는 證據裁判主義에 따라 公判節次의



중심이 證據調査節次에 있게 됨은 神判과 糾問時代의 自白尊重主義와 決別을 宣言한 近代裁判에 있어서 당연한 것으로 받아들여진다. 日本의 경우는 위와 같은 歷史的 過程을 실제로 거쳐왔음이 흥미롭다. 즉 明治 6年の 規定은 '무릇 罪를 處斷함은 口供結案(自白)에 의한다'이었다가 明治 9년에 '무릇 罪를 處斷함은 證據에 의한다'로 改正되어 오늘날의 規定으로 계속되고 있는 것이다. 증거조사절차는 檢察官의 冒頭陳述 - 犯罪事實에 관한 檢察官의 立證 - 犯罪事實에 관한 被告人·辯護人의 立證 - 被告人質問 - 情狀에 관한 立證의 순서로 이어지게 된다.

證據調査의 처음에 檢察官은 證據에 의해 證明할 事實을 분명히 하여야 한다(제296조). 이것이 이른바 檢察官의 冒頭陳述이다. 그 內容은 被告人의 身上, 經歷, 犯行의 動機, 犯行에 이른 經緯 및 犯行狀況 등 檢察官의 立場에서 본 事件의 全體像이 상세하게 진술되는데, 실로 被告人 個人의 人生旅程을 모두 들추어내고 말겠다는 決意를 보이듯이 자세한 것이 인상적이라 할 수 있겠다. 東京地裁 등 公判部가 따로 있는 경우나 通譯人이 있는 事件에서는 檢察官이 '冒頭陳述書'라는 표제로 書面에 의하여 冒頭陳述內容을 준비하여 法廷에서 이를 朗讀한 후 裁判部에 제출하는 것이 보통이다.

이와 같은 檢察官의 冒頭陳述이 끝나면 檢察官은 위 要證事實에 관한 證據申請을 하게 되는데, 이를 犯罪事實에 관한 檢察官의 立證이라고 말하게 된다. 刑事裁判에 있어서 舉證責任이 檢察官에게 있는 이상 證據調査節次의 대부분은 여기에 集中하게 마련이다. 檢察官의 證據申請은 '證據等關係카드'에 證據의 目錄을 제시하여 '甲第一号證, 甲第二号證' 등의 일련번호를 붙여서 위 證據카드를 裁判長에게 提出하는 방법으로 한다.

檢察官의 證據申請은 過剩申請이 아닌가 하는 느낌이 강하다. 自白事件의 경우에도 盜品의 假還付申請書, 假還付領收證까지 證據로 申請하여 甲第10 내지 15号證까지 提出되는 것이 보통이었다. 또한 檢察官에 대한 供述調書와 警察官에 대한 供述調書가 중복되어 제출되는 것도 우리와 같았다. 政治的 鬭爭의 性格을 띤 事件에서 辯護人이 불필요한 證據를 잔뜩 제출하여 鬭爭의 手段으로 하는 경우도 있다고 한다.

採用된 證據에 대하여는 證據調査를 하게 된다. 檢察官이 書證은 하나 하나

씩 編綴하는 방법으로 準備하고 物證은 봉투에 넣어 직접 法廷에 持參하는 것이 당연한 것으로 되어 있다. 書證에 대하여는 檢察官이 하나 하나 들어가면서 그 要旨를 告知하고 證據物에 대하여는 實際로 提示(日本の 用語例는 ‘展示’이다, 제306조)하는 방법으로 한다. 書證은 朗讀이 原則이지만(제305조) 裁判長은 訴訟關係人の 意見を 들어 상당하다고 인정할 때에는 낭독에 대신하여 그 要旨를 告知하게 할 수 있고(刑訴規 제203조의 2) 實務上으로는 訴訟關係人の 意見を 들을 필요도 없이 要旨의 告知를 하는 것이 慣行처럼 되어 있는 것으로 보인다. 要旨의 告知마저 생략하고 마는 우리와 英美의 陪審法廷과 中間的 立場으로 日本人들의 現實的 合理主義가 잘 드러나 있다고 볼 수 있다. 要旨의 告知라 하여도 實際로는 아주 천천히 상세하게 이루어져 被告人의 앞에 두고 그 적나라한 犯罪事實을 들어야 하는 傍聽人으로서는 미안하기도 하고 한편으로는 지루하다는 느낌마저 들었으나 정말 法에 있는 그대로 하고 있는 모습을 볼 수 있었다.

檢察官이 提出하는 證據는 民事裁判에서처럼 甲號證과 乙號證으로 나누어져 있는 것이 特異하다. 被告人의 供述調書(우리의 被告人訊問調書), 供述書, 身上關係의 證據, 前科關係의 證據 등은 乙號證으로 분류하고 그 나머지 犯罪事實에 관한 證據가 甲號證이 된다. 이는 自白偏重을 防止하기 위하여 被告人의 自白調書는 犯罪事實에 관한 다른 證據가 調査된 後가 아니면 그 調査請求를 할 수 없다는 刑訴法 제301조의 규정에 근거한 것으로 實務上 먼저 甲號證의 證據調査를 한 다음에 乙號證에 대한 證據申請과 證據調査가 이루어지게 된다.

辯護人이 不同意한 書證은 傳聞法則에 따라 證據로 할 수 없는 것(320조 1항)은 우리와 같다. 따라서 이러한 書證은 檢察官이 증거로 제출할 수 없음은 물론 調査申請을 할 수도 없다. 傳聞法則의 例外에 따라 證據能力을 취득하였을 때에 비로소 證據申請과 調査가 가능하게 된다. 不同意한 書證의 原陳述者가 證人으로 申請되는 것이 보통인 것은 우리와 같으나 그 목적은 다르다. 즉, 傳聞法則의 例外에 대한 認定要件이 우리와 조금 다르기 때문에 그 書證의 眞正成立을 立證하기 위한 것(우리 刑訴法 제312조 1항)이 아니라 證言 자체를 證據로 하거나 이른바 特信性을 立證하기 위한 것이다. 특히 言及하여 두어야 할 것이 檢察官에 대한 供述調書의 證據能力이다. 이를 보통 ‘檢面調書’, ‘檢察

官調書, '檢事調書' 등 여러 가지로 부른다. 被告人 以外者의 供述書나 供述錄取書(陳述調書)는 供述者의 死亡, 精神이나 身體의 故障, 所在不明이나 國外居住로 公判期日에서의 供述이 不可能한 경우(必要性, 제321조 1항 2호 前段)와 公判期日에서 供述과 前供述과의 相反性 및 前供述의 特信性(信用性의 情況的 保障)이 있는 경우(제321조 1항 2호 後段)에 限하여 證據能力이 인정되는데(任意性은 제325조에서 별도로 要求), 물론 爭點은 後者 그 중에서도 特信性에 있게 되는 것이 대부분이어서 이 認定與否에 따라 有·無罪가 같된다고 해도 過言이 아니라 한다. 警察官에 대한 供述調書(員面調書라고 한다)는 위 必要性和 特信性에 더하여 그 供述의 不可缺性을 동시에 要求하여(제321조 1항 3호) 證據能力이 인정되기 어렵다. 그러나 被告人(被疑者)의 供述錄取書는 檢察과 警察을 구별하지 아니하고 不利益한 事實의 承認 또는 特信性이 있는 경우에는 證據能力이 인정되나 自白의 證據能力 등의 制限(제319조 1항)이 있게 됨은 물론이다. 學者들은 不同意된 檢察官調書에 證據能力이 너무 쉽게 인정되어 그 威力을 발휘한다고 하여 '調書裁判'이라는 批判도 하고 있다.

被告人 또는 辯護人은 檢察官의 증거조사청구가 끝난 후 事件의 審判에 필요하다고 인정되는 證據의 調查를 請求할 수 있다(刑訴規 제193조 2항). 舉證責任이 檢察官에게 있고 대부분이 自白事件인 實務에 있어서는 辯護人이 請求하는 證據는 결국 彈劾證據이거나 情狀證據가 된다. 情狀證據로서는 가족관계, 고용관계 등 親知에 의한 '情狀證人'이 많은 것도 역시 東洋社會인 日本의 刑事裁判의 特徵으로 들 수 있겠다. 재미있는 것은 被告人의 裁判長이나 辯護人에게 편지의 형태로 보낸 '反省文'도 一般의 書類처럼 辯護人이 書證으로 申請하고 檢察官의 同意與否를 물어 證據決定을 하며 要旨의 告知 등 證據調查를 한다는 것이다. 따라서 辯護人이 證據申請을 하지 아니한 反省文은 公判記錄에 들어가지 못하고 별도로 철해두게 된다. 日本人들은 反省文을 별로 쓰지 않아서 다행이지만 韓國人인 被告人이 계속 反省文을 보내올 때는 곤란하다는 얘기를 들을 수 있었다. 그리고 被告人이 以前에 받았던 각종 表彰狀과 地域住民 또는 職場同僚들의 歎願書가 情狀證據로 제출되는 것도 우리와 같다. 또한 獨身者가 다시 兩親과 同居하는 방법으로 그 監督을 받겠다는 決意를 보이거나 暴力團의 脫退(야쿠자의 경우는 破門狀인 경우도 있음), 無免許運轉者의 所有

自動車處分 등 辯護人の 노력에 의한 有利한 情狀 만들기를 볼 수 있는 것도 우리의 法廷과 크게 다르지 않다고 할 것이다.

被害者が 있게 마련인 財産罪나 傷害罪 등의 경우 合意書(日本에서는 '示談書')가 중요한 情狀資料가 됨은 물론이다. 그런데 우리 나라에서 볼 수 없는 극히 日本的으로 느껴지는 것으로 '贖罪寄附'라는 것이 있다. 覺醒劑團束法違反, 受賂罪 등 被害者가 없는 犯罪이거나 被害者가 있어도 合意가 성립되지 않는 경우에 團體에 金錢을 寄附하여 이를 有利한 情狀資料로 제출하고 있는 것이다. 日辯連이 설립한 財團法人 日本法律扶助協會는 이 寄附金이 그 收入의 약 20%가 된다면서 위 協會에 刑事贖罪寄附를 하면 裁判所에 의해 情狀資料로 평가되는데 위 協會로부터 寄附證明書を 발행받아 裁判所에 제출할 수 있을 뿐만 아니라 所得稅의 確定申告時 공제도 받을 수 있다는 내용의 廣告를 하고 있다. 被告人들은 위 協會나 가령 無免許運轉의 경우에는 交通安全協會 등 그 犯罪內容과 關聯性 있는 團體에 贖罪寄附를 하는 것을 어렵지 않게 볼 수 있다.

우리의 刑事裁判에서는 被告人訊問이 證據調查節次 보다도 앞서 행하여져(우리 刑訴法 제290조) 이것이 中心節次가 됨이 보통이다. 그러나 日本의 刑事裁判에서는 이 被告人尋問을 糾問의 制度라 하여 排擊하고 '被告人質問'이라 하면서 證據調查節次の 맨 마지막으로 밀어 낸 것이 우리와 가장 큰 차이 중의 하나라 할 것이다. 즉, 被告人은 舊法 當時에는 被告人尋問制度 때문에 形式的인 當事者에 불과하였지만 現行法이 被告人尋問制度를 廢止함과 동시에 默秘權을 附與하여 調査의 客體로서만의 地位가 아님을 분명히 하였다고 한다. 법규정을 보면, 被告人이 任意로 供述할 경우에는 裁判長은 언제라도 필요한 事項에 관하여 被告人의 供述을 求할 수 있고(제311조 제2항), 陪席裁判官, 檢察官, 辯護人은 裁判長에게 알리고 그 供述을 求할 수 있다(제311조 3항)고 되어 있는데, 이것을 被告人質問이라고 부른다. 被告人의 任意供述은 利益, 不利益을 묻지 않고 證據가 되므로(刑訴規 제197조 1항) 被告人質問도 證據調査의 하나라고는 할 수 있겠지만 위와 같이 언제라도 그 任意의 供述을 구할 수 있을 뿐이고 그 방식에 관하여는 아무런 규정이 없다. 實務上으로는 辯護人이 被告人質問을 구하여 主尋問을, 檢察官이 反對尋問을 하는 證人尋問方式(交互尋問)에 유사하

게 運用하고 있으나 원래 當事者에게 被告人質問의 請求權이 있는 것이 아니므로 이는 어디까지나 職權發動을 促求하는 것으로 이해되고 證據카드에도 職權分의 欄에 기재한다. 물론 被告人이 그 供述前에 宣誓를 하는 것은 아니다. 法規定만으로 보면 實務上 '被告人質問'이라는 틀을 갖춰서 節次를 進行하는 것이 오히려 이상하고 舊法의 殘影은 아닐까 하는 생각도 들지만 아무튼 이를 被告人의 충분한 辨明의 기회로 活用하고 있다고 볼 수 있다. 따라서 證據價値는 높지 않다고 할 것임에도 불구하고 法廷에서 대부분의 檢察官이 확실하게 反對尋問을 해서 그 陳述을 彈劾하고 있는 모습은 日本의 法廷답다는 느낌을 들게 했다.

### 3) 證人尋問節次

證人尋問事項은 申請者가 '尋問事項書'라는 書面을 내도록 되어 있으나 그 例外가 많아 실제로는 심문사항서를 내지 않는 경우가 대부분인 것으로 보인다(刑訴規 제106조). 그리고 심문사항서를 낸다고 하여도 그 내용은 '1. 證인과 被告人의 關係, 2. 現場에서 被告人의 目擊與否'하는 식으로 그야말로 '尋問事項'만을 기재한 1, 2장 정도의 것일 뿐 우리처럼 자세하게 기재하는 방식은 없다. 證人은 당연히 出頭義務가 있어 召喚에 應하지 않는 경우에는 再召喚하거나 勾引(우리의 拘引)할 수 있다(제152조). 또한 正當한 이유 없이 出頭하지 아니한 證人에 대하여는 15만엔 以下의 過料, 費用의 賠償을 명할 수 있음(제150조)은 우리와 같지만 10만엔 以下의 罰金 또는 拘留에까지 처할 수 있다(제151조). 그러나 證人申請을 한 訴訟關係人은 證人을 期日에 出頭시키도록 노력하여야 하고(刑訴規 제191조의 2) 證人尋問期日을 정함에 있어서도 證人申請者를 통하여 證人의 事情까지 잘 들어가면서 相議的으로 정하는 日本의 刑事裁判에서는 證人不出席은 좀처럼 보기 어려운 것이다.

證人尋問은 人定尋問(刑訴規 제115조)과 宣誓書의 朗讀에 의한 證人宣誓로 시작된다. 宣誓는 起立하여 嚴肅히 하여야 한다고 규정(刑訴規 제118조 제4항)되어 있어 證人이 일어서서 宣誓하고 있음은 물론이나 裁判官 등 法廷內의 모든 사람이 일어서는지 여부는 裁判部마다 달리 하고 있는 모습을 볼 수 있었

다. 法廷內의 모든 사람이 서는 방법이 좀 번거롭기는 하여도 宣誓의 嚴肅性을 느낄 수 있는 것이었다. 흥미로운 것은 尋問順序가 法에는 우리(刑訴法 제161조의 2)와 달리 裁判長 또는 陪席裁判官이 먼저 尋問하도록 되어 있지만(제304조 제1, 2항) 實務上으로는 例外(제304조 제3항)가 原則이 되어 裁判部는 補充尋問만을 하고 있다는 것이다. 訴訟關係人이 먼저 尋問할 때에 尋問方式은 交互尋問方式에 의한다(刑訴規 제199조의 2). 尋問事項書가 없으므로 자연히 이른바 短問長答의 方式으로 되고 誘導尋問은 보기 어렵다. 檢察官이나 辯護人은 메모지 등에 연필로 메모를 하여와서 가끔 보아가면서 尋問을 하고 있는 모습을 많이 볼 수 있었고, 원래 檢察官이나 辯護人이나 많은 사건을 담당하고 있는 것이 아닌데다가 하루에 여러 件을 하는 것도 아니므로 事件內容을 잘 파악하고 있어 메모를 보지 않고도 그 자리에서 卽應의으로 主尋問을 추가하거나 反對尋問을 하는 모습도 보기 어렵지 않았다. 檢察官이나 辯護人의 尋問態度는 우리와 마찬가지로 화려한 제스처어를 쓰거나 어떤 劇的인 모습을 연출하는 일은 찾아보기 어렵고 차분히 尋問하는 것이 보통이다. 當事者의 尋問에 맡기고 있으면 審理가 장황해지거나 쓸데없는 입씨름으로 始終하는 경우가 있다. 물론 裁判長은 訴訟指揮權, 또는 介入權(刑訴規 제201조, 언제라도 尋問을 중지시키고 스스로 그 事項에 대하여 尋問할 수 있다)을 행사하여 尋問 중 介入할 수 있겠지만 위와 같이 事前에 證人尋問時間이 약속되어 있기 때문에 그 시간만 지켜주면 되는 것이고 日本人의 性格上으로도 좀처럼 積極的으로 介入하는 것을 보기 어렵고 그대로 듣고만 있는 경우가 많았다.

#### 4) 辯論節次

證據調查가 끝나면 檢察官의 論告, 辯護人의 辯論, 被告人의 最後陳述을 내용으로 하는 辯論節次가 이어지고, 이어 辯論을 終結하여 判決宣告만을 남기게 된다. 檢察官과 辯護人은 각각 書面으로 미리 작성하여 온 '論告要旨'와 '辯論要旨'를 일어서서 천천히 정성스럽게 朗讀하는 방법으로 한다. 아주 典型的이고 簡單한 自白事件이라도 모두 미리 書面으로 준비하여 細密하게 論告와 辯論을 하고 있는 모습은 하나의 事件을 處理하여 끝내고 있다기 보다는 한人生의 중

요한 轉換點을 정성스럽게 갈무리하고 있다는 느낌을 갖게 하였다. 따라서 簡單한 事件이라도 否認事件이라면 論告와 辯論에 각각 약 30분 정도가 소요되는 경우가 적지 않아 論告와 辯論만을 위한 公判期日을 별도로 指定하는 모습도 어렵지 않게 볼 수 있었다.

檢察官의 論告는 事實關係, 情狀關係, 法令의 適用, 求刑으로 構成된다. 事實關係의 부분은 被告事件의 爭點에 초점을 맞추어 證據上 公訴事實을 認定할 수 있음을 說得的으로 주장하게 된다. 否認事件이라면 이 事實關係에 重點이 놓여지는 것이 당연하겠지만 自白事件의 경우는 '本件 公訴事實은 當公判廷에서 調査된 證據에 의해 證明이 충분합니다'는 慣用的 표현으로 간략하게 주장하고 情狀關係에 重點을 두어 論告를 하게 된다. 法令의 適用도 보통은 '相當 法條를 適用하여'라는 慣用的 表現을 하고 말지만 法令解釋에 다름이 있다든지 裁判部가 疑問을 표시하였을 때에는 判例와 學說을 들어 詳細하게 論하는 경우가 있다. 心神微弱(日本의 用語例는 '心身耗弱')與否가 爭點이 된 事件의 論告文과 抗訴狀을 볼 기회가 있었는데, 약 200쪽에 이르는 原論의인 學說부터 시작되는 것이 하나의 學位 論文이랄 수도 있는 것이었다. 日本司法의 精密性에 다시 한번 놀라면서 이렇게 할 수 있는 環境이 부러운 한편 이렇게 原論的인 논의까지 할 필요성이 있는지 하는 疑問도 함께 들었다. 求刑은 論告의 結論으로 裁判官이 量刑을 하듯이 情密한 求刑을 하는 것도 日本檢察의 특징으로 들 수 있겠다.

辯護人의 辯論도 論告와 같이 事實關係, 情狀關係, 法令의 適用, 量刑으로 構成되는 것이 보통이다. 또한 否認事件에서는 事實關係 또는 法令의 適用에, 自白事件의 경우에는 情狀關係에 重點이 놓이게 되는 것도 論告와 같다고 할 수 있다. 대부분이 自白事件인 만큼 '反省'이라는 말과 '執行猶豫의 判決을 간절히 바랍니다'는 結論을 가장 많이 들 수 있었다. 辯護人의 辯論이 자세한 것이 보통이므로 被告人의 最後陳述은 '反省하고 있다', '다시는 이런 일이 없겠다'는 내용으로 짧게 하는 것이 대부분이다. 檢察官의 論告는 물론 辯護人의 辯護, 被告人의 最後陳述 모두 裁判長이 그 時間을 制限할 수 있다(刑訴規 제212조).

被告人의 最後陳述을 끝으로 審理가 終了되어 結審 또는 辯論終結을 하고 即日 宣告하거나 宣告期日을 指定하게 된다. 宣告期日은 2週日後가 보통이었으





있다. 또한 抗訴審의 경우에도 있다고 한다.

裁判長은 法廷에 들어오기 前에는 起訴狀만을 읽었을 뿐이고 아무리 自白事件이라도 우리의 卽決裁判事件처럼 간단한 내용만은 아니라는 점에서 事前에 豫想可能한 모든 경우를 검토하여 들 필요가 있는 것으로 보인다. 물론 公判期日이 1시간 동안 천천히 진행되는데다가 檢察官이나 辯護人이 冒頭陳述, 證據카드, 論告와 辯論 등을 모두 書面으로 잘 준비하고 事件의 內容을 잘 파악한 상태에서 證據의 要旨를 비교적 상세하게 설명하며 이렇게 第一回 公判期日로 終了되는 경우에는 未決拘禁日數를 算入하지 않는 慣行 등은 이 卽日宣告를 가능하게 하는 土壤이라고 볼 수 있겠다. 檢察官이 證據의 要旨를 설명하는 동안에 裁判官은 法臺에서 열심히 그 書證을 들춰보아 가면서 그 동안 心證形成과 量刑을 하고 主文과 沒收與否, 被告人에게 訴訟費用의 負擔與否 등의 검토를 모두 마치는 모습을 볼 수 있었다.

#### IV. 結 語

위와 같은 정도로 日本의 人身拘束制度와 公判節次의 實際를 모두 알 수 있다고 할 수는 없다. 合理的 實用主義者라고 할 수 있는 日本人들은 낡은 집을 헐어내고 아주 새로 짓기보다는 修理가 가능한 곳은 몇 번이고 修理하여 이에 適應하면서 살아가고 있다고 할 수 있어 나중에는 어떤 것이 그 집의 참모습 인지를 알기가 매우 어렵다고 말할 수 있다. 더구나 그 집을 보여주는데 수줍어하고 싫어하기까지 하여 더욱 알기 어렵게 한다. 이에 우리가 日本은 잘 알고 있다는 착각까지 겹쳐 誤謬에 빠지기도 쉽다.

日本의 刑事裁判은 우리가 부러워 할 만한 基本的 條件과 環境下에서 아주 치밀하고 精密하게 構成되어지고 理論化하여 그 나름의 獨自性을 갖고 있다고 할 수도 있다. 프랑스, 獨逸 등 大陸法系의 近代 刑事裁判制度를 받아 들여 50여년간 이를 모방하고 適用하다가 그 土臺위에서 다시 제2차 世界大戰의 敗戰과 함께 英美法系의 刑事裁判制度를 받아 들인지 50년이 지나가면서 이 兩法

系를 調和시킨 實用的인 刑事裁判制度를 運用하고 있다고 할 수 있다. 그러나 이는 한편으로 日本人의 國民性과 法意識에 기초하여 형성된 것으로 우리 나라에 適用시킬 만한 長點만을 갖고 있는 것은 아니다. 특히 國家優先과 國家信賴를 바탕으로 하는 人身拘束制度의 運用이라든지 長期間의 未決拘禁과 長期裁判 등은 ‘反面教師’로 삼아야 할 것이다.

우리의 刑事裁判에 參考하여야 할 점으로서는 刑事裁判에 關與하는 者들의 細心하고 精誠을 다하는 姿勢, 裁判官과 書記官의 훌륭한 팀웍, 未決拘禁日數의 本刑算入과 長期間의 執行猶豫期間 등에서 볼 수 있는 自己責任負擔의 嚴格함, 法令의 改定節次에 있어서 慎重함 등을 일응 들어 볼 수 있겠다. 그러나 이러한 사항도 모두 그 文化가 바탕을 이루고 있는 만큼 이를 반드시 考慮하여야 할 것이다.