



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원 저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리와 책임은 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)



법학석사 학위논문

조사자 증언에 관한 연구

- 비활성화 원인 및 활성화 방안을 중심으로 -

2023년 2월

서울대학교 대학원

법학과 형사법전공

최연석

조사자 증언에 관한 연구

- 비활성화 원인 및 활성화 방안을 중심으로 -

지도교수 이상원

이 논문을 법학석사 학위논문으로 제출함

2023년 1월

서울대학교 대학원

법학과 형사법전공

최연석

최연석의 석사 학위논문을 인준함

2023년 1월

위 원장 한인섭 (인)

부위원장 홍진영 (인)

위 원 이상원 (인)

국문초록

주요어 : 공판중심주의, 당사자주의, 실체진실발견, 방어권, 활성화

학 번 : 2020-26837

2007년 형사소송법 개정은 조서재판 관행을 개선하고 공판중심주의를 실현한다는 목표 아래 형사사법제도 전반에 걸쳐 이루어졌다. 특히, 조사자증언 제도는 과거 대법원이 그 증거능력을 부정하여 왔음에도 조서를 대체할 수 있는 증거방법으로 도입되었다.

하지만, 도입 당시 기대와는 달리 조사자 증언은 증거로서의 제 역할을 하지 못하고 있으며, 향후 증거가치 있는 증거방법으로 사용될 수 있을지에 대하여도 의견이 분분하다. 영미와 독일 등 국가에서는 조사자가 법정에서 증언하는 것이 일반적인 모습임에도 우리에게는 이질적이고 불편한 수단으로 인식되어 왔다.

조사자증언의 도입 의의를 나열하면 다음과 같다. 첫째, 공판중심주의의 강화 측면이다. 조사자 증언은 당사자들의 공격과 방어에 의한 심증을 형성할 수 있다는 점에서 구두변론주의 및 실질적 직접주의에 부합하는 증거방법으로 공판중심주의적 재판 운영을 촉진시킬 것으로 기대할 수 있다.

둘째, 피고인의 방어권 보장 및 실체진실 발견의 측면이다. 조사자를 법정에 출석시켜 피고인에게 반대신문의 기회를 제공함으로써 공정한 재판을 받을 권리를 보장하는 한편, 공개된 법정에서 생생한 증언을 통해 법관과 배심원들이 정확한 심증 형성과 올바른 판단에 도움이 될 수 있다.

셋째, 수사관행의 변화 측면이다. 조사관을 법정에 노출시킴으로써 수사 밀행성을 해소하고 인권 친화적인 수사 환경을 도모할 수 있을 것이다. 지난 2020년 형사소송법 개정을 통해 수사 경찰의 책임성과 독립

성이 강화된 것은 조사자증언의 활성화에 있어 긍정적으로 평가할 수 있다.

다만, 그간 조사자 증언 활용이 저조했던 이유를 살펴보면, 먼저 내용부인만으로 조서의 증거능력을 인정할 수 없도록 하고 있는 증거법 규정과 이로 인한 조서 중심의 형사재판 관행을 들 수 있다. 이러한 관행을 배경으로 법원은 그간 조사자증언에 대하여 형사소송법 제312조를 이유로 증거능력을 부정하여 왔으나, 조사자증언이 명시적으로 규정된 이후에는 특신상태의 인정을 엄격히 판단하는 경향을 띠고 있다. 한편, 피고인의 진술 내용 등을 정확하게 기억하지 못함에 따른 증언의 부정확성, 강요에 의한 허위자백 우려는 조사자증언의 한계로 지적되고 있다. 또한, 경찰의 내부 지휘역량 및 수사전문성 부족, 수사관의 재판에 대한 무관심도 조사자증언 비활성화의 원인으로 지목될 수 있다.

조사자증언이 증거방법으로서 제 역할을 하기 위해서는 먼저 수사기관의 투명하고 공정한 수사가 전제되어야 한다. 이를 위해 수사과정의 영상녹화가 의무적으로 이루어질 필요가 있으며, 또한 조사자증언의 신빙성을 제고하기 위하여 조서를 기억 환기용으로 사용할 필요도 있다. 검사와의 면담이나 내부 교육은 조사자의 ‘증인’으로서의 지위가 강조되어야 하므로 각별히 유의할 필요가 있다. 향후 수사기관으로서는 수사 전문성과 지휘역량을 강화하는 한편, 물적증거 확보에도 많은 노력을 기울여야 할 것이다. 마지막으로는 사법 자원을 효율적으로 활용하여 공판중심주의 재판 운영 여건을 조성할 필요가 있다.

향후, 조사자증언 제도의 한계를 보완하고 공판중심주의를 위한 여건을 갖추어 나간다면 조사자증언의 도입 의의를 최대한 살리면서 가치 있는 증거방법으로서 제 역할을 할 수 있을 것으로 예상된다. 조사자증언이 수사기관의 투명성, 전문성 강화를 촉진하는 한편 원활한 공판중심주의적 재판 운영에 일조할 수 있기를 기대한다.

목 차

제 1 장 서 론	1
제 2 장 조사자증언의 도입	4
제 1 절 도입경과	4
제 2 절 조사자증언 활용에 대한 견해의 대립	7
1. 긍정론	7
2. 부정론	9
3. 판례의 태도	10
4. 사견	14
제 3 장 조사자증언 활용의 의의	17
1. 공판중심주의 촉진 측면	17
2. 피고인의 방어권 보장 측면	19
가. 의의	19
나. 조사자증언과 방어권 보장	21
3. 실체진실 발견 측면	24
4. 수사관행 개선 유도 측면	26
제 4 장 비교법적 검토	28
1. 독일	28
2. 미국	31
3. 영국	34
4. 프랑스	35
5. 일본	36

제 5 장 조사자증언 비활성화 원인 분석	38
제 1 절 입법형성적 요인 : 원칙과 예외의 전도	40
1. 조서 중심의 증거법 제정	41
2. 제312조의 ‘내용부인’ 요건	43
가. 의미 및 필요성	44
나. 사견	45
제 2 절 사법기관의 소극적 운용	47
1. 특신상태의 불명확성	47
가. 특신상태의 개념	47
나. 판례 분석	48
다. 검토	55
1) 특신상태에 대한 예측 가능성	55
2) 진술 내용의 신빙성 판단 문제	57
2. 낮은 증거가치 평가	60
제 3 절 조사자 기억의 부정확성 및 확증편향	62
1. 조사자 기억의 부정확성	62
2. 기억의 왜곡 및 확증편향의 위험	64
제 4 절 수사실무상 유인 부족	67
1. 대체 입증 수단의 존재	67
2. 수사기관(경찰)의 재판단계에 대한 관심 부족	68
제 6 장 조사자증언의 활성화를 위한 조건	71
제 1 절 선결문제로서 수사과정의 투명성·적법성 확보	72
1. 변호인 참여의 실질화	72
2. 영상녹화물의 활용	74
가. 영상녹화물 관련 현행 규정	74
나. 본증 사용에 대한 학설 및 판례	76

다. 외국 사례	77
1) 독일	77
2) 일본	79
3) 영국	80
4) 미국	80
라. 검토	81
1) 영상녹화물 본증 활용에 대한 우려	81
2) 활용 방안	86
제 2 절 조사자증언의 신빙성 제고	88
1. 기억의 부정확성 보완을 위한 조서의 활용	88
2. 검사와의 사전면담 문제	90
제 3 절 수사기관의 전문성 강화	94
1. 내부 심사 강화	95
2. 수사전문성·지휘역량 강화	96
3. 내부 교육	97
4. 객관적 증거 확보 노력	98
제 4 절 사법자원의 효율적 운용	100
제 7 장 결어	104
참고문헌	106
Abstract	113

제 1 장 서 론

우리 형사소송법은 제310조의2의 전문법칙에 의하여 간접증거, 즉 문서나 타인의 진술에 의한 증거의 본증 사용을 금지하고 있으며 다만, 그 예외로서 제311조 이하에서는 전문서류와 진술에 대하여 일정한 경우 증거능력을 인정받을 수 있도록 하고 있다. 전문법칙의 예외 규정 중에서도 제316조 제1항은 피고인을 조사했던 조사자가 법정에서 피고인의 진술을 내용으로 하는 증언의 증거능력에 관하여 규정하고 있는데 이를 ‘조사자증언’이라고 한다. 조사자증언은 2007. 6. 1. 개정되어 2008. 1. 1. 시행된 형사소송법(이하 “2007년 개정 형사소송법”이라 한다)에 따라 피고인의 수사기관에서의 진술에 대한 증거방법으로 도입되었다. 2007년 개정 형사소송법 이전에는 제316조 제1항의 ‘제3자’에 조사자가 포함되는지에 대하여 논란이 있었으나 입법을 통하여 이를 해결한 것이다. 그러나 조사자증언의 도입 이후에도 그 필요성 및 활용 가능성에 대한 논란은 지속되고 있으며, 실무상 증거방법으로 활용도 역시 매우 저조한 편으로 보인다.

도입 당시 조사자증언은 공판중심주의에 가까운 증거방법으로 향후 조사자가 법정에 출석함으로써 수사과정의 인권침해나 위법수사의 소지를 줄일 수 있을 것으로 기대되었다. 나아가 2020년 개정 형사소송법을 통하여 검사작성 피의자신문조서의 증거능력도 제한하기에 이르렀는바, 피고인이 법정에서 수사기관에서 한 진술 내용을 부인하는 경우, 현행법상 이를 현출하는 방법은 조사자증언 방식만이 남게 되었다. 하지만 향후 조사자증언이 가치 있는 증거방법으로서 재판에서 활발히 사용될 수 있을지는 여전히 불투명하다. 최근 열린 학술대회에서도 학자들과 법조인

들이 치열한 논쟁을 벌였듯이 조사자증언과 관련한 논쟁은 현재에도 계속되고 있다.¹⁾ 조서에 대한 극단적인 증거 사용 제한에도 불구하고 조사자증언의 활용에 대하여 비판적으로 보는 이유는 피고인의 진술이 ‘법정’이 아닌 ‘수사기관’에서 취득한 진술이라는 점에 있다. 우리나라 증거법의 역사는 수사기관이 취득한 증거에 대한 제한의 역사라고 해도 과언이 아니다. 이는 과거 독재나 군사정권 하에서 강압적인 수사 등 국가 폭력의 시대적 아픔을 겪은 탓과 함께 국가 권력 대 개인이라는 무기의 불평등 관계에서 기인하는 측면이 있다.

피고인의 방어권 보장은 아무리 강조해도 지나치지 않다. 하지만 수사기관이 수집한 증거에 대하여 지나치게 엄격한 기준을 적용하는 것 역시 형사사법의 비효율을 초래하고 사법 정의의 실현을 위해서도 바람직하지 않다. 수사기관의 존재 이유인 범죄의 수사와 증거수집의 필요성을 부정할 수 없는 이상, 수사기관에서 취득된 증거에 대하여 바람직한 증거 현출 수단이 무엇인지를 고민하고 시행착오를 통해 미비점들을 보완해 나가는 것이 바람직할 것이다.

그간 우리 형사소송법은 피고인의 불리한 지위를 극복하기 위하여 당사자주의적 요소들을 여럿 도입해 나가고 있다. 피고인의 방어권 보장을 중심으로 교호신문제의 도입과 진술거부권을 보장하는 한편, 검사는 피고인과 대등한 위치에서 법정에서의 변호인과 치열한 공방을 통해 피고인의 진술을 탄핵하여야 한다. 검사작성 피의자신문조서의 증거능력은 피고인의 내용부인만으로 증거로 쓸 수 없게 됨으로써 수사기관에서 작성된 조서는 증거법 세계에서 지위를 대부분 상실하였다.²⁾ 국민참여재판

1) 사법정책연구원, 「피의자신문조서 증거능력 제한과 형사재판 학술대회」, 2021. 10. 29.

2) 대검찰청은 이에 대응하기 위하여 “피의자신문조서 증거능력 제한 관련 대응” 지침을 일선에 하달하였다. 그 주요 내용은 구속 전 피의자심문조서와 구속적부심문조서 등 피의자심문조서를 법원에 적극적으로 요청하고, 공판에서 이를 증거로 활용하라는 내용이 담긴 것으로 전해졌다. 이 밖에도 △영상녹화조사 활용 △피의자신문조서를 탄핵증거로 활용 △증거보전청구 △공판검사 증원 등의 방안이 포함됐다. – 아주경제, “대검, 피신조서 증거능력 제한 대비...일선청에 매뉴얼 배포”, 2021. 12. 30자, (<https://www.ajunews.com/view/20211230120101788>). (마지

의 도입과 로스쿨 제도로 인한 변호사 수의 증가에 따라 수사기관으로서는 적법절차 준수와 함께 보다 세밀하고 정교한 증거수집을 요구받고 있다. 이른바 ‘공판중심주의적’ 재판 운영을 위하여 과거의 제도와 틀을 바꾸어 나가고 있는 것이다.³⁾

본 논문은 조사자증언의 도입 의의와 같이 향후 우리 형사재판에 있어 바람직한 증거방법이라는 전제하에 ‘원칙적 증거방법’으로 기능할 수 있도록 그간 비활성화의 원인을 점검하여 보고 이를 보완하는 방법을 살펴보는 것에 중점을 두었다.

먼저 제2장에서는 조사자증언의 도입과정과 이와 관련된 학계의 논의 및 판례를 간략히 살펴본 후, 제3장에서는 조사자증언의 활용가치를 공판중심주의의 실현과 피고인의 방어권 보장, 적극적·소극적 실체진실 발견 측면과 수사관행 개선 측면에서 검토하여 보았다. 제4장에서는 영미와 독일, 프랑스 및 일본의 사례를 통해 나라마다 수사기관에서 취득한 피고인 진술을 어떻게 현출시키고 있는지 비교·분석한 후 제5장에서는 조사자증언의 비활성화 원인을 입법 형성적 요인, 사법기관의 소극적 운용, 조사자 기억의 부정확성 및 확증편향, 수사 실무상 유인 부족으로 나누어 살펴보았다. 마지막으로 제6장에서는 조사자증언이 활성화되기 위한 필요조건으로써 수사기관의 투명성·적법성 확보 및 전문성 강화, 조사자증언의 신빙성 제고 및 공판중심주의적 재판 운영을 위한 사법자원의 효율적 운영방안을 제시하면서 본 논문을 마무리하고자 한다.

막 접속일: 2023. 1. 17.).

3) 공판중심주의를 구성하는 구체적 내용으로는 ① 일반 국민에게 심판의 방청을 허용하는 공개주의(헌법 제27조 제3항, 헌법 제109조, 범원조직법 제57조), ② 구두에 의하여 제공된 소송자료를 근거로 하여 재판하는 구두주의와 당사자의 변론, 즉 주장과 입장에 의하여 재판하는 변론주의를 합한 구두 변론주의 ③ 공판정에서 직접 조사한 증거만을 재판의 기초로 삼을 수 있다는 직접주의 ④ 공판기일은 될 수 있는 한 계속하여 이를 열고 심리의 중단에 의한 법관의 심증형성의 박약화를 방지하려는 집중심리주의(계속심리주의) 등이 있다.

제 2 장 조사자증언의 도입

제 1 절 도입 경과

2007년 개정 형사소송법은 국민의 인권 의식 향상과 기존 형사소송법에 대한 성찰을 바탕으로 1954년 제정 이후 반세기 만에 대폭 개정되었다. 그 실질적인 내용 또한 공판중심주의적 법정 심리절차 강화, 피의자·피고인의 방어권 보장, 인신 구속제도 개선, 조서의 증거능력 요건 개선 등 형사사법제도에 걸쳐 이루어진 것이었다.⁴⁾ 특히, 제316조 제1항의 ‘제3자’에 ‘조사자를 포함한다고 명시하여 조사자증언 제도를 명문화하였는데⁵⁾ 이는 앞서 언급한 바와 같이 형사소송법 제316조 제1항의 피고인 아닌 자에 피고인을 조사한 자를 포함되지 않는다고 보아온 기존 대법원의 판례를 입법적으로 변경한 것이기도 하다.⁶⁾

-
- 4) 인권보장과 실체적 진실발견이라는 형사소송의 양대 이념을 적정하게 조화시켜 국가 형별권의 합리적 행사를 뒷받침하고자 총 16회에 걸친 법안 심사 및 공청회 개최, 법조계의 다양한 의견을 수렴하여 사실상 형사소송법 전면 개정에奔금 가는 분량을 담고 있었다. 그 주요 내용은 위법수집증거 배제법칙의 명문화(제308조의 2), 수사기록제도 도입(제244조의 4), 피의자진술과정의 영상녹화제도 도입(제244조의 2), 변호인의 피의자신문 참여의 보장(제243조의2) 등이다.
 - 5) 제316조(전문의 진술) ① 피고인이 아닌자(공소제기 전에 피고인을 피의자로 조사하였거나 그 조사에 참여하였던 자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)의 공판 준비 또는 공판기일에서의 진술이 피고인의 진술을 그 내용으로 하는 것인 때에는 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한하여 이를 증거로 할 수 있다.
 - 6) 사법개혁추진위원회 위워이었던 신동운 교수는 조사자증언 도입과 관련하여 공판 중심주의적 법정절차를 확립하기 위해서는 조서의 증거 사용을 제한 및 법정에서의 구두변론·신문의 활성화를 개정의 주요 이유로 밝히면서 이에 덧붙여 종래 피고인을 조사한 경찰관의 증언에 증거능력을 인정하지 아니한 판례를 변경하는 취지라고 밝힌 바 있다. 국회법제사법위원회, 「바람직한 형사사법절차에 관한 공청회」 자료, 2006. 9. 25, 32면 이하.

2006년 ‘형사소송법 개정을 위한 공청회’(국회법제사법위원회) 자료를 살펴보면 비교법적으로 피고인의 자백이 조사자증언의 형태로 법정에 현출하는 것이 일반적인 추세이며, 조사자가 직접 법정에 출석하여 증언하므로 직접주의와 구두변론주의에 부합하는 증거방법이라는 점에서 조서를 대체할 수 있는 수단으로 평가하고 있음을 알 수 있다.⁷⁾ 또한, 법무부는 조사자증언의 도입으로 인하여 “공판중심주의적 법정절차 확립을 위해서 조서의 증거사용을 제한하고, 법정에서의 구두변론·신문의 활성화”, “검찰의 이중조사로 인한 피의자의 불편함 해소, 수사기관 조사의 적법성과 투명성이 제고되어 인권보호에 기여”할 것으로 전망하였다.⁸⁾ 법원행정처 역시 “조사자의 증언을 인정하지 아니한 종래의 대법원 판례의 태도와는 달리, 조사경찰관 등이 증인으로 나와 위증죄의 부담을 안고 피고인 측의 반대신문을 받으면서 한 증언에 증거능력을 부여함으로써 실체적 진실발견과 피고인의 방어권 보장 사이에 조화를 도모할 것으로 기대된다”며 긍정적인 입장을 밝힌 바 있다.⁹⁾

하지만 당시 학계에는 형사소송법 개정안에 대하여 개악이라고 평가하면서 조사자증언의 도입에 부정적인 입장도 상당하였다.¹⁰⁾ 조사자증언에 대하여 부정적인 견해의 주요 논거를 살펴보면 ① 검사작성 피의자신문 조서 조항은 그대로 존치하면서 조사자 증언이라는 수단이 추가됨에 따

7) 주6.

8) 법무부, 개정형사소송법, 2007, 242면.

9) 법원행정처, 형사소송법 개정법률 해설, 2007, 142면 ; 한편, 수사기관 역시 대체로 이에 대하여 긍정적인 입장은 취하였던 것으로 보인다. 특히, 경찰의 경우 그간 경찰 조서의 증거능력에 차등을 둔 것에 대하여 아쉬움이 있던 터라 조서를 대신하여 증거능력을 인정받을 수 있게 되었기 때문이다. 서보학, “개정형사소송법에 의한 수사조서 및 영상녹화물의 증거능력”, 사법 제3호, 2008, 179-180면 ; 이동희, “배심제·공판중심주의에 따른 경찰활동의 변화방향”, 형사법연구 제19권 제3호, 2007, 743면 ; 이기수, “경찰관 법정증언 증가에 대한 대응방안”, 치안정책 연구소, 2010, 21면.

10) 권순민, “형사소송법상 조사자증언제도의 합리적 운영방안”, 법학논총 제34권 제2호, 단국대학교 법학연구소, 2010, 464면 ; 심재무 “피의자진술의 법정현출방식과 조사자증언의 증거능력” 비교형사법연구 제12권 제1호, 한국비교형사법학회, 2010, 319~320면.

라 증거 현출의 과다로 인한 피고인의 방어권 침해 우려가 높아진 점,¹¹⁾ ② 조사자증언은 조서 내용을 조사자의 입을 통해 현출하는 것과 다를 바 없어 형사소송법 제312조의 입법 취지와 배치되는 점, ③ 조사자 기역의 부정화성 등으로 증거가치를 기대하기 어려운 점 등을 들고 있다. 다만, 최근 검사작성 피의자신문조서의 증거능력을 제한함으로써 증거 현출의 과다 문제는 해소되었으므로¹²⁾ 향후에는 ②, ③의 문제를 중심으로 조사자증언의 활용 가능성 논의가 이루어질 것으로 보인다.

-
- 11) 당시 사법개혁추진위원회의 개정 초안은 검사작성 피의자신문조서와 경찰 작성 피의자신문조서 모두 피고인이 그 내용을 인정하지 않으면 증거능력이 없도록 규정하였다. 다만, 이에 대하여 경찰 측의 반발 등에 따라 일련의 절충 과정을 거쳐 2006. 7 .18. 형사소송법 개정안을 의결하였다. 동 개정법은 2008. 1. 1.부터 시행되었다. 신동운, “한국 형사사법의 개혁과 전망”, 비교형사법 연구 제8권 제1호, 2006. 7, 17면 이하.
 - 12) 형사소송법 제312조(검사 또는 사법경찰관의 조서 등) ① 검사가 작성한 피의자신문조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 공판준비, 공판기일에 그 피의자였던 피고인 또는 변호인이 그 내용을 인정할 때에 한정하여 증거로 할 수 있다<개정 2020. 2. 4.>.

제 2 절 조사자증언 활용에 대한 견해의 대립

조사자증언과 관련하여 찬반 논의는 도입 당시인 2007년을 전후로 활발하게 전개되었으나, 최근에는 검사작성 피의자신문조서 증거능력 제한입법에 따라 향후 공소 유지나 재판에 있어 실무상 문제점을 중심으로 논의가 이루어지고 있다.¹³⁾ 아래에서는 과거부터 현재까지 학계의 논의를 중심으로 조사자증언에 대한 찬반론과 함께 판례의 태도를 살펴보기로 한다.

1. 긍정론

먼저, 조사자증언의 본증 사용에 대하여 찬성하는 논거를 살펴보면 다음과 같다.

① 피고인이나 변호인이 조사자에 대한 반대신문이 가능하므로 피고인의 방어권 보장 차원에서 조서보다 우량한 증거이다. ② 공판중심주의에 부합하는 증거방법으로서 구두변론 및 직접심리주의의 활성화를 도모할 수 있다. ③ 조사자가 직접 법정에서 증언하는 것은 영미법계나 대륙법계에서도 원칙적이고 일반적인 모습으로 비교법적으로도 보편성을 가지며 ④ 수사기관으로 하여금 위증죄의 부담을 지우므로 수사기관의 책임의식 제고와 함께 조서의 왜곡 가능성을 줄일 수 있다.¹⁴⁾ ⑤ 판례는 과거 조사자증언의 독자적 증거능력을 부

13) 지난해 대한변협·한국형사법학회·대법원 형사법연구회 공동주최로 ‘피의자신문조서 증거능력 제한과 형사재판’에 대한 학술대회를 통해 조사자 증언과 관련하여 실무가들의 논의가 이루어진 바 있으며(2021. 10), 최근에는 경찰대학 실증법학 연구센터 주관 「경찰 책임수사와 조사자 증언」을 주제로 한 학술대회(2022. 6.) 가 개최된 바 있다.

14) 2007년 형사소송법 개정 당시 사법개혁위원회로 참여하였던 신동운 교수는 조사자 증언의 도입으로 인해 ‘조서의 작성자가 법정에 등장하지 아니함으로써 발생하였던 조서의 왜곡 가능성은 극복될 것이다. 가혹행위가 있었음을 주장하더라도 객관적 입증자료를 구할 수가 없었던 종래의 한계상황은 수사과정 기록제도

정하여 왔으나, 2007년 입법을 통해 종래 판례의 입장을 변경한 것이므로 본 중으로 활용함이 타당하다. ⑥ 제312조 제3항의 증거능력 판단 주체는 피고인인 반면, 제316조 제1항은 증거능력 판단의 주체를 피고인 측이 아닌 법원에 부여하고 있어 실체진실발견을 도모할 수 있는 장점이 있다.¹⁵⁾

한편, 조사자증언의 본증 사용을 인정하면서도 형사소송법 제312조의 입법 취지를 고려하여 조사자증언의 증거능력 인정 요건으로서 ‘특신상태’의 요건을 엄격하게 해석하거나, 나아가 그 증언의 증명력 평가를 신중하게 하여야 한다는 견해,¹⁶⁾ 실체진실 발견과 직접심리주의 간의 충돌을 완화하면서 조사자증언 제도를 현실적으로 구현하기 위하여 제316조 요건으로서 특신상태 외에 보강증거 요건 추가가 필요하다는 견해,¹⁷⁾ 조사자증언을 허용하더라도 조사자에게 기억 환기용으로 피의자신문조서를 제시하고 그 조서의 내용을 진술토록 하는 것은 제312조에 위배된다 는 견해,¹⁸⁾ 조사자증언이 제 기능을 하기 위하여 제312조 상 내용인정 요건을 삭제하는 것이 바람직하다는 견해¹⁹⁾들이 있다.

와 영상녹화물 등에 의해 극복될 것이다’라고 설명한 바 있다.

- 15) 법원행정처 앞 해설서(주9), 2007, 142면 ; 신동운, 신형사소송법, 제5판(2014), 법문사, 1241면 ; 이재상, 형사소송법, 제11판(2018), 박영사, 636면 이하 ; 정웅석, “수사경찰관의 법정진술의 증거능력”, 형사법의 신동향 통권 4호, 2006. 10, 77면 이하 ; 차용석, “형사소송법상의 공판중심주의에 대한 고찰”, 법조 2008. 2.(vol 617), 21면 ; 서보학 앞 논문, 182~183면 ; 박종렬·전명길, “조사자 증언에 대한 고찰”, 법학연구 제36집, 한국법학회, 2009. 11, 298-299면 ; 하태훈, “검사작성 피의자신문조서와 참고인진술조서의 증거능력”, 형사판례연구14, 형사판례연구회, 2006, 220면.
- 16) 조기영, “증거재판주의와 새로운 증명 방법의 증거능력 - 재판의 정당화 관점에서 본 영상녹화물과 조사자증언의 증거능력”, 동아법학 제66호, 438면.
- 17) 신상현, “조사자 증언제도의 개선방안 - 독일의 직접심리주의에 대한 비교법적 고찰을 중심으로” 법학논총 제31권 제3호, 국민대학교 법학연구소, 2019, 318면.
- 18) 범선운, “조사자 증언에 관한 지정토론문”, 피의자신문조서 증거능력 제한과 형사재판 결과보고서, 사법정책연구원, 2021. 10, 128면 이하.
- 19) 하재홍, “사법경찰관 작성 피의자신문조서의 증거능력 제한에 대한 재검토”, 법조 2017. 2, 209면.

2. 부정론

반면, 조사자증언의 본증 사용에 대하여 부정적인 견해는 형사소송법 제312조 제3항의 입법 취지를 주요 이유로 들고 있다. 경찰 작성 조서의 증거능력의 경우 피고인의 내용부인으로 그 증거능력이 인정되지 않음에도 조사자증언의 본증 사용을 인정하는 것은 모순이며 제312조의 입법 취지에 반한다는 것이다.²⁰⁾ 종래 대법원 역시 이를 이유로 조사자증언에 대하여 부정적인 입장을 취하여 왔는데, 2020년 개정 형사소송법은 검찰 조서의 증거능력을 경찰의 그것과 일치시키는 쪽으로 하향 평준화하였으므로 향후에도 이러한 논거는 유지될 것으로 보인다.²¹⁾ 다만, 제316조 규정을 고려하여 조사자증언의 허용범위와 그 증거능력, 증명력에 대하여 극히 제한된 범위에서 허용되어야 한다거나,²²⁾ 조사자증언은 조서의 진정성립이나 특신상태의 증명수단으로만 활용토록 해야 한다는 견해,²³⁾ 조사자증언에 대하여 특수요건을 추가로 신설하자는 입법론도 제시되고 있다.²⁴⁾

한편, 조사자의 기억력의 한계로 인한 증언의 부정확성도 조사자증언의 본증 사용에 의문을 품게 하는 주요 이유이다. 피고인의 조사 시점과 조사자 증언 시점의 간격이 크므로 조사자가 법정에서 기억을 하지 못하는 경우가 많아 증거로서 신빙성이 떨어진다는 것이다. 나아가 조서나 영상 녹화물 등으로 기억을唤起할 수 있게 하더라도 결국 조서의 내용을 그

20) 심재무, 앞 논문, 327-328면 ; 같은 취지의 판결로는 대법원 2005. 11. 25. 선고 2005도5831 판결.

21) 김성룡, “검사작성 피의자신문조서의 증거능력 관련 규정 개정이 남긴 과제”, 인권과 정의 vol 491, 2020. 8, 63면.

22) 이주원, 형사소송법(제4판), 박영사, 531면.

23) 이은모, “개정형사소송법상의 증거법칙에 대한 검토”, 법학논총 제24권 제2호, 한양대학교 법학연구소, 2007, 301면.

24) 임웅/도규엽. “개정형사소송법 제312조에 대한 고찰 - 조사자증언제도를 중심으로” 성균관법학, 제23권 제2호, 2011. 8, 234면. 이는 조사자 증언의 증거능력을 인정하기 위하여 ‘조사 전 과정에 대한 영상녹화 또는 녹음’을 특신상태 인정에 대한 필요조건으로 하여 증거능력을 인정하자는 견해이다.

대로 읊는 수준에 그칠 것이므로 조서를 대체하여 활용할 실익이 낫다고 지적한다. 이와 더불어 검사와 경찰의 면담을 통해 경찰의 독립적이고 중립적인 증언을 보장하는 것이 아니라 오히려 사법경찰관에게 의무적으로 면담에 응하게 하고 경우에 따라서는 증언 내용도 검사 측에 유리하게 사전 조정될 위험을 우려하며, 조사자증언을 전면 도입할 경우 형사재판의 신속성을 저해하게 되므로 기존의 조서를 계속 활용하는 것이 바람직하다고 보는 견해도 있다.²⁵⁾

3. 판례의 태도

조사자가 법정에서 증인으로서 한 증언에 대하여 초기 대법원은 다음과 같이 형사소송법 제316조 제1항의 제3자에 조사자가 포함됨을 전제로 특신상태를 판단하여 조사자증언을 허용하는 판결을 내어놓기도 하였다.

증인은 사법경찰관으로서 피고인이 경찰에서 조사를 받을 때에 참여한 일이 있는바, 그때 피고인은 순순히 원 판시 범죄행위를 저지른 것을 자백하였다는 기재는 논지가 말하는 바와 같이 전문증거라 할 것이로되, 피고인의 위 자백 진술은 다른 특별한 사정이 엿보이지 아니하는 본 전에 있어서는 형사소송법 제316조 제1항에서 말하는 특히 신빙할 수 있는 상태 아래에서 행하여진 것으로 볼 것이니, 원심이 위 증인의 증언을 증거로 채택한 것은 적법하다 할 것이고 (....) (대법원 1967. 6. 13. 선고 67도608판결).

다만, 이후 법원은 피고인의 수사기관에서의 진술을 내용으로 하는 조사자의 법정 진술의 증거능력에 대하여 대체로 부정적인 태도를 취하고 있다. 대부분의 판시 내용은 “사법경찰관에 대한 피의자의 진술은 피고

25) 김희균, “검사작성 피의자신문조서의 증거능력 개정안 검토” 법학연구 제29권 제1호, 2021, 123면 ; 장승일, 수사절차상 조사자증언의 증거능력에 대한 검토, 법학연구 제12권 제3호, 2013. 7, 188면 이하 참조.

인이 공판정에서 그 내용을 인정한 때에 한하여 증거로 할 수 있다고 규정한 형사소송법 제312조 제3항의 취지에서 보아 수사경찰관으로서 수사경위를 진술한데 불과한 위 증언은 증거능력이 없다고 할 것이다”, “수사기관에서의 진술의 임의성이 인정된다고 하더라도 그 내용을 피고인이 부정하는 이상 이를 들었다는 전문진술의 증거능력을 인정하는 것은 모순”이라고 밝히고 있는데 제312조의 입법 취지가 주요 이유임을 알 수 있다.

증인A(조사경찰관)의 제1심법정에서의 증언들을 모두 피고인들이 경찰에서 피의자로서 조사를 받을 때 간통 사실을 시인하더라는 것을 내용으로 하고 있는바 피고인들이 그 피의자신문조서의 내용을 인정하지 아니하는 이 사건에 있어서는 위 증언들을 믿지 아니한 원심판결의 조치는 정당하다고 할 것이다. 그 까닭은 피고인이 인정 아니하는 경찰의 피의자신문조서는 형사소송법 제312조 제2항에 의하여 증거능력이 없다고 하면서 그 조서기재 내용을 들었다는 증인의 증언을 취신한다는 것은 모순이기 때문이다.(대법원 1974. 3. 12. 선고 73도2123 판결)

다만, 법원은 경찰관의 진술이라도 현행법 체포 과정에서 목격자로서의 진술에 대하여는 일반 증인의 증거능력 판단기준을 적용하여 조사자와는 다른 기준에 의하여 판단한 바 있다.

현행법을 체포한 경찰관의 진술이라 하더라도 범행을 목격한 부분에 관하여는 여느 목격자와 다름없이 증거능력이 있고, 다만 그 증거의 신빙성만 문제되는 것이라 할 것이며, 위와 같은 경찰관의 체포행위를 도운 자가 범인의 범행을 목격하였다는 취지의 진술은 그 사람이 경찰정보원이라 하더라도 그 증거능력을 부인할 아무런 이유가 없다 할 것이므로, 원심이 피고인을 현행법으로 체포한 경찰관 ○○○과 위 체포행위를 도운 공소외 ○○○의 수사기관에서의 각 진술 및 법정에서의 각 증언이 증거능력이 있다고 판단한 것은 정당하다 할 것이고, 소론이 지적하는 당원의 판례(1982. 2. 23. 선고 81도3324 판

결)는 피고인을 현행범으로 체포한 것이 아니라 용의자로 검거하여 조사한 경찰관이 증인으로 나서 피고인이 경찰 조사 당시 임의로 자백하였다는 취지로 증언한 내용으로서 이 사건과 사안을 달리함이 명백하여 이 사건에 원용 할 수 없다 할 것이다.(대법원 1995. 5. 9. 선고 95도535 판결)

위와 같은 법원의 태도는 2007년 개정 형사소송법을 통하여 조사자증언이 명시적으로 도입된 이후에 다소 변화가 생기게 되는데, 일부 하급심에서는 아래와 같이 조사자증언의 특신상태를 인정하여 그 증거능력을 인정하기도 하였다.

종래 대법원 판례는 피고인이 경찰에서의 진술을 부인하는 경우 조사경찰관이 경찰 조사시 피고인이 범행을 자백하였고 그에 따라 범행 사실을 확인하였다며 법정에서 증언하였다고 하더라도 피고인이 경찰에서의 진술을 부인하는 이상 구 형사소송법 제312조 제2항(현행 형사소송법 제312조 제3항)의 취지에 비추어 증거능력이 없다고 판시하여 왔다. 그러나 2007. 6. 1. 법률 제8496호로 개정되어 2008. 1. 1.부터 시행된 현행 형사소송법은 조사자의 증언을 인정하지 아니한 종래의 대법원 판례의 태도와는 달리, 조사경찰관 등이 증인으로 나와 위증죄의 부담을 안고 피고인 측의 반대신문을 받으면서 한 증언에 증거능력을 부여함으로써 실체적 진실발견과 피고인의 방어권 보장 사이에 조화를 도모할 목적으로, 제316조 제1항에서 피고인이 아닌 자에 “공소제기 전에 피고인을 피의자로 조사하였거나 그 조사에 참여하였던 자를 포함한다.”는 규정을 신설하였다. 따라서 피고인의 진술을 내용으로 하는 조사경찰관의 증언은 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌다면 증거능력이 있다고 할 것이다.(대구고등법원 2008. 11. 27. 선고 2008293 판결)

위 판결에서 법원은 △ 변호인선임권과 진술거부권을 고지 △ 조사 도중 적절한 휴식시간 보장 △검사와의 면담 △수사과정에서 자백하게 된 경위 △ 피고인의 신분 및 조사자와의 관계 등을 기초로 피고인의 진술에 협의개입의 여지가 거의 없고 그 진술 내용의 신빙성이나 임의성을

담보할 만한 상태에서 행해졌다고 보인다고 판시하였다. 한편, 최근에도 일부 하급심에서 조사자증언의 특신상태가 인정된 사례가 있는데, 위 판결에서 언급한 사정들 외에도 △ 영상녹화실시 여부 △ 피의자에게 자백을 강요하거나 겁박한 정황 여부 등을 고려하여 조사관의 전문진술을 유죄의 증거로 삼을 수 있다고 판단하였다.

경찰 2회 조사 단계에서 조사경찰관인 증인 A○○ 앞에서 한, 자신의 범행을 자백하는 피고인의 진술은 그 진술에 허위개입의 여지가 거의 없고, 그 진술 내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 만한 상태에서 행해졌다고 보이므로, 피고인의 진술을 내용으로 하는 증인 A○○의 전문진술 부분은 유죄의 증거로 삼을 수 있다.(울산지방법원 2020. 8. 28. 선고 2020고합49 판결)

하지만, 법원은 대체로 조사자증언의 본증 사용이나 특신상태 인정에 엄격한 태도를 취하고 있는 것으로 보인다. 조사자증언의 증거능력을 부정하는 판결들을 살펴보면 제312조의 입법 취지를 이유로 조사자증언의 증거능력을 부정하기보다는 주로 제316조의 요건인 ‘특신상태’를 엄격하게 해석하는 경향을 보이고 있으며, 일부 제312조의 입법 취지를 특신상태를 판단함에 있어 함께 설시하고 있음을 알 수 있다.

특히, 형사소송법 제312조 제3항은 검사 이외의 수사기관인 사법경찰관이 작성한 피의자신문조서는 그 실질적·형식적 진정성립 여부를 고려하지 아니한 채 피고인이 그 내용을 인정하는 경우에만 증거로 할 수 있다고 규정하고 있으므로, 그 조사자가 사법경찰관인 경우에는 조사자 증언을 통해 위 규정의 적용을 회피하는 것을 막기 위해 그 특신상태를 더 엄격하게 판단할 필요가 있다.(대법원 2020. 12. 24. 선고 2016도3752 판결)

증거능력 없는 경찰 단계에서의 피의자신문조서 내용이 조사자 증언을 통해 일일이 법정에 현출됨으로써 형사소송법 제312조 규정이 사실상 무의미해지는 것을 방지하기 위하여 그 증거능력을 신중하게 인정할 필요가 있다 할 것

인데, ... (중략)... 피고인의 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 합리적 의심의 여지 없이 증명되었다고 보기 어려우므로 증인 M의 원심 법정진술은 증거능력이 없거나, 위 법정 진술만으로 이 부분 공소사실을 인정하기에 부족하다.(수원지방법원 2021. 8. 25. 선고 2020노6441 판결)

위와 같이 2007년 형사소송법 개정 이후 법원이 조사자증언에 대하여 취하는 기본 입장은 ‘특신상태의 엄격 해석’, ‘증거능력이나 증명력 인정의 신중’으로 요약할 수 있다. 이러한 배경에는 과거에 조서를 중심으로 증거능력을 배격하여 온 우리 형사사법제도와 함께 수사기관에 대한 불신 및 조사 과정에 있을지 모르는 강요 등에 의한 허위자백 우려, 조사자증언이 경찰 작성 피의자신문 조서의 우회 수단이라는 부정적 인식 내지 선입견이 전제되어 있기 때문으로 보인다.²⁶⁾

4. 사건

현재 수사기관에서 이루어진 피고인의 진술이 증거로 활용되는 것 자체에 대하여 의문을 제기하는 견해는 찾아보기 어렵다. 조사자증언은 주로 강력범죄로 분류되는 살인, 강도, 강간 등 자백이 중요한 유형에서 주로 이루어지고 있는데, 이러한 유형의 범죄는 피고인이나 공범의 자백이 결정적인 증거로 활용되는 경우가 많기 때문이다. 과학수사에 따른 증거들이나 기타 정황증거들이 법관이나 배심원들에게 충분한 심증을 형성하게 하는데 부족한 경우에는 피의자나 공범의 자백이 중요한 가치를 가질 수

26) 수원지방법원 안산지원 2021. 11. 9. 선고 2021고합143, 179 판결은 “피고인의 자백 진술을 그 내용으로 하는 조사자의 진술은 형사소송법 제312조와의 조화 내지는 증거능력 없는 경찰 단계에서의 피의자신문조서 내용이 조사자 증언을 통해 일일이 법정에 혼출됨으로써 형사소송법 제312조 규정이 사실상 무의미해지는 것을 방지하기 위하여 그 증거능력을 신중하게 인정할 필요가 있다”고 밝힌 바 있다.

있다.

다만, 증거법의 세계에서 조서의 퇴출이 너무 성급하게 추진됨으로써 실체진실의 발견이 저해될 것이라는 견해도 상당하다. 미국과 같은 유죄 협상제도, 영상녹화물의 본증 사용 등 대체 수단이 없는 상태에서 수십 년간 활용되어 온 조서가 피고인의 내용부인으로 휴지조각이 될 수밖에 없으니 앞으로 법정은 ‘거짓말 경연장’이 될 것이라는 우려가 제기되는 것이다. 또한, 형사소송법 제312조의 내용인정 요건에 따라 무조건 조서의 증거사용 가능성을 배척하도록 하는 것은 수사기관을 언제든 고문을 비롯한 위법이나 부적절한 수사의 위험이 있는 기관으로 낙인찍는 것이므로 이를 확장하는 것은 바람직하지 않다는 것이다.²⁷⁾ 생각건대, 금번 형사소송법 개정이 다소 성급한 측면은 있지만 입법자가 조서를 중심으로 한 그간 형사재판 관행을 개선하는 것은 시대적인 과제였으며 공판중심주의로 나아가기 위한 결단으로 보아야 할 것이다. 그리고 향후에는 조사자증언을 수사기관에서의 피고인 진술 현출의 원칙적인 방법임을 전제로 증거방법으로서 가지는 장점은 살리되 이를 보완할 수 있는 다양한 증거들을 활용함으로써 법관이나 배심원들이 균형 잡힌 판단을 할 수 있도록 도모하는 것이 바람직하다고 생각한다.

조사자증언은 이러한 조서의 퇴출에 대한 대안으로 활용될 수 있었지만 2007년 조사자증언 도입 이후 지금까지도 실제 활용은 저조한 편이다. 또한, 후술하듯이 조사자 기억의 부정확성 등 실제 활용 면에서 기존 조서의 역할을 완전히 대체할 수 있는지 의문인 것도 사실이다. 아울러 그간 자백을 중심으로 한 수사관행에 따라 조사 과정에서 있을지 모르는 왜곡이나 확증편향, 강요에 의한 허위자백이 그대로 법정에 현출될 가능성도 상당하다는 점은 여전히 풀어야 할 숙제이다. 더욱이, 향후 국민참여재판이 점차 확대될 경우 이러한 증거들이 배심원들의 오판을 불러일

27) 홍진영, “개정 형사송법 제312조에 대한 검토” - 조사자증언은 과연 최우량증거인가?, 형사소송 이론과 실무 제12권 제1호, 2020. 6, 252면 ; 이창현, “휴지가 될 피의자신문조서”, 법률신문, 2020. 12.

으킬 우려는 더욱 커진다고 할 수 있다. 하지만, 2020년 형사소송법 개정으로 향후 수사기관 작성 조서의 본증 사용이 어려워진 만큼, 사법기관으로서는 원활한 재판 진행을 위하여 법정에서 수사기관에서의 자백을 현출시킬 수 있는 방안을 모색하여야 하며 협행법상 가능한 수단은 조사자증언이 유일하다. 수사기관의 수사과정은 밀행성을 전제로 진행되는 이상 공개된 법정의 법관의 면전에서 이루어지는 정도의 임의성이 보장되기는 본질적으로 어렵다. 다만, 증거방법으로서의 역할은 살리되 그 위험성은 최대한 줄이는 것이 실체진실 발견과 피고인의 방어권 보장을 조화시키기 위한 과제일 것이다.

제 3 장 조사자증언 활용의 의의

1. 공판중심주의의 촉진 측면

우리나라의 형사소송구조는 대륙의 직권주의적 재판 운영을 바탕으로 영미의 당사자주의적 요소를 가미한 절충적 구조를 취하고 있다는 것이 통설적인 견해로 보인다.²⁸⁾ 다만, 근래 우리 형사사법체계는 당사자주의적 요소가 지배적인 역할을 담당하고 있다고 보는 것이 타당하다.²⁹⁾ 1961년 전문법칙의 도입을 시작으로 1982년 형사소송규칙의 제정을 통한 공소장일본주의의 도입, 2004년 대법원의 검사작성 피의자신문조서에 대한 '실질적 진정성립 추정론'의 폐기³⁰⁾, 2007년 형사소송법 개정을 통한 국민참여재판의 도입, 2020년 검사작성 피의자신문조서의 증거능력 제한 등 일련의 과정은 당사자주의적 요소들을 도입함과 동시에 직권주

28) 신동운, 앞의 책, 14면 ; 이주원 앞의 책, 50면 ; 차용석, 앞 논문(주15), 13면 ; 사법정책연구원, 「당사자주의와 직권주의가 조화된 적정한 재판운영」, (연구총서 2019-11), 83면 참조 ; 헌법재판소 1997. 11. 27 자 94헌마60 결정, 대법원 2000. 6. 15. 99도1108 전원합의체 판결, 대법원 2013. 8. 14 선고 2012도13665 판결 등.

29) 우리 헌법재판소도 "교호신문방식에 의한 증인신문(제161조의2), 전문증거법칙의 채택(제310조의2) 등 규정을 두어 소송절차의 전반에 걸쳐 기본적으로 당사자주의 소송구조를 취하고 있는 것으로 이해되고, 또한 재판실무도 그와 같은 전제 하에 운용되고 있다"고 하여 우리 형사소송의 기본구조는 당사자주의 소송구조를 취하고 있다고 본 바 있다. (헌법재판소 1995. 11. 30. 선고 92헌마44 전원재판부) 한편 대법원도 "당사자주의를 그 소송구조로 하고 있는 형사소송법 체계 '라고 표현한 바 있다(대법원 1984. 6. 12. 선고 84도796판결).

30) 2003년 대법원의 판례변경 이전까지 검사작성 피의자신문조서에 대하여 법원은 '실질적 신정성립 추정론'에 따라 피고인이 법정에서 조서의 간인과 서명 등의 형식적 진정성립이 인정되면 거기에 기재된 내용이 자기의 진술내용과 다르게 기재되었다고 하여 그 실질적 진정성립을 추정하여 왔다.

의적 요소인 조서의 증거능력을 제한하는 데 중점을 두어 왔다. 한편, 피고인은 수사 및 재판과정에서 과거와 같이 수동적인 객체가 아니라 일련의 권리를 행사할 수 있는 능동적 당사자로 자리매김하고 있다.

물론, 직권주의 소송구조가 공판중심주의에 부합하지 않는다고 보기는 어렵다. 공판중심주의는 “법관의 심증 형성은 공판기일의 심리에 의하여야 한다는 원칙”이므로 수사기관이 작성한 조서라도 증거능력과 증명력을 충분히 검토하여 심증을 형성하였다면 그 자체로 공판중심주의에 반한다고 볼 수만은 없기 때문이다.³¹⁾ 하지만, 우리 형사소송법은 직권주의적 요소를 점차 축소하고, 피고인의 당사자 지위를 강화하기 위한 방향으로 나아가고 있으며, 향후에도 공판중심주의의 강화와 더불어 당사자주의적 요소들의 도입이 증가할 것으로 예상할 수 있다. 대법원 역시 “사건에 대한 실체심리가 공개된 법정에서 검사와 피고인의 양 당사자의 공격·방어 활동에 의하여 행하여져야 한다는 당사자주의와 공판중심주의, 공소사실의 인정은 법관의 면전에서 직접 조사한 증거만을 기초로 해야 한다는 직접심리주의와 증거재판주의를 기본원칙으로 하고 있다”고 보아 우리나라가 당사자주의적 소송구조를 지향하고 있음을 밝히고 있다.³²⁾

결국 당사자주의와 공판중심주의는 당사자들의 공격과 방어를 법원과 배심원이 공정하게 판단하는 것이 피고인의 방어권 보장과 진실발견에 바람직하다는 것을 전제로 한다. 그렇다면 수사기관의 증거방법 역시 공판중심주의와 당사자주의에 부합하는 증거방법일 것이 요구된다. 공개된 법정에서 조사자가 직접 조사내용과 경험을 진술하는 형태는 인적 증거로서 실질적 직접주의에 부합하는 증거방법에 가깝고,³³⁾ 조사자를 법정

31) “검사작성 피의자신문조서의 증거능력에 관한 형사소송법 규정의 헌법적 평가”, 헌법이론과 실무, 헌법재판소 헌법재판연구원 (2020-A-5), 55면 ; 이완규, “피의자신문조서의 진정성립과 증거능력”, 저스티스 통권 제81호, 2004, 191면.

32) 대법원 2013. 8. 14 선고 2012도13665 판결, 대법원 2021. 6. 10 선고 2020도 15891 판결, 대법원 2012. 6. 14 선고 2012도534 판결, 대법원 2009. 10. 22 선고 2009도7436 판결 등.

에서 직접 신문하는 것은 사건에 대하여 신선하고 정확한 심증을 형성하는데 도움이 될 수 있다. 한편, 피고인으로 하여금 공개된 법정에서 조사자를 대면하여 의견 진술의 기회를 부여함으로써 공정한 재판을 도모하는 측면도 있다.

2. 피고인의 방어권 보장 측면

가. 의의

조사자증언은 조사자가 법정에 나와 증인 자격으로 진술하기 때문에 구두주의에 부합하는 것은 물론 조사자에 대하여 반대신문이 가능하므로 피고인의 방어권 보장에 유리하다고 볼 수 있다.³⁴⁾ 미국, 독일 등에서 수사상 피고인의 진술 현출 방식으로 조서를 선택하지 않고, 조사자증언을 우선 고려하고 있는 것도 이러한 의미에서 이해할 수 있다.³⁵⁾ 특히, 당사자주의 소송구조를 취하고 있는 미국의 경우 전문증거의 예외로서 증거의 신용성과 함께 반대신문권은 헌법상의 권리(미연방헌법 제4조 상 대면권)의 일환으로써 그 중요성이 강조되고 있다.

우리나라의 경우, 헌법 제12조 제1항과 제27조 제1항과 제3항은 ‘적법 절

33) 형사소송법 제310조의2는 전문법칙 이외에 사실을 직접 경험한 사람의 진술이 법정에 직접 제출될 것을 요구한다는 점에서 직접심리주의도 이론적 근거로 삼고 있으며, 직접심리주의는 최량증거법칙(제출 가능한 증거 가운데 가장 우량한 것을 제출하여야 한다는 법리)과 대단히 유사한 측면을 보인다는 견해로 신동운, 앞의 책, 1145면.

34) 조사자에 대한 반대신문은 조사자가 피의자의 진술을 정확하게 기억하였다가 법정에서 이를 왜곡되지 않게 전달하고 있는지, 피의자신문의 과정에서 위법이 없었는지를 확인하기 위해서 유의미한 측면이 있다. 다만, 조사자로부터 적법하게 신문했고, 진술을 정확하게 기억하고 있다는 정도의 소극적인 답변 이상을 얻어내기는 쉽지 않을 것이라는 지적으로는 신상현, 앞 논문(주17) 311면 ; 홍진영, 앞 논문(주27) 236면 이하.

35) 이용식, “조사자증언제도에 대한 비판적 소고”, 형사정책 제24권 제3호, 한국형 사정책학회, 2012, 314면.

차에 의하지 아니하고는 처벌받지 않을 권리'와 '법관과 법률에 의한 공정하고 신속한 공개재판을 받을 권리'를 규정하고 있다. 한편, 형사소송법은 제161조의2에서 교호신문제도를, 제310조의2에서 전문법칙을 명문으로 규정하면서 전문법칙의 예외를 규정한 제312조 제4항 및 제313조 제2항에서 반대신문의 기회 보장을 전문서류에 대한 증거능력의 요건으로 명시하고 있다. 그리고 반대신문권에 관한 이들 규정은 이러한 헌법상 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 보장하기 위하여 도입된 것으로 평가된다.³⁶⁾ 공정한 재판을 받을 권리는 당사자의 지위에서 공격과 방어의 기회가 충분히 보장되고, 실질적인 '무기평등'이 이루어진 재판을 받을 권리를 의미하는 기본권으로 설명되고 있다.³⁷⁾ 최근에도 대법원은 반대신문권의 기회가 부여되지 아니한 증인의 법정 진술에 대하여 위법한 증거로서 증거능력이 인정되지 않는다고 판시하여 불리한 증인의 경우 증인신문 과정에서의 탄핵이 필요함을 강조한 바 있다.³⁸⁾

-
- 36) 헌법재판소 1994. 4. 28. 선고 93헌바26 결정; 2005. 12. 22. 선고 2004헌바45 결정; 대법원 2000. 6. 15. 선고 99도1108 전원합의체 판결; 2001. 9. 14. 선고 2001도1550 판결 등.
- 37) 이주원, "형사소송법상 반대신문권과 증거능력의 관계", 한국형사소송법학회 형사소송 이론과 실무 제10권 제2호, 2018. 12, 157면.
- 38) 대법원 2022. 3. 17 선고 2016도17054 판결 "형사소송법은 제161조의2에서 피고인의 반대신문권을 포함한 교호신문제도를 규정하는 한편, 제310조의2에서 법관의 면전에서 진술되지 아니하고 피고인에 의한 반대신문의 기회가 부여되지 아니한 진술에 대하여는 원칙적으로 그 증거능력을 부여하지 아니함으로써, 형사재판에서 증거는 법관의 면전에서 진술·심리되어야 한다는 직접주의와 피고인에게 불리한 증거에 대하여 반대신문 할 수 있는 권리를 원칙적으로 보장하고 있는데, 이러한 반대신문권의 보장은 피고인에게 불리한 주된 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 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 기회가 부여되지 아니한 채 이루어진 증인의 법정진술은 위법한 증거로서 증거능력을 인정하기 어렵다."

나. 조사자증언과 방어권 보장

조사자증언 역시 전문진술로서 전문법칙의 예외에 해당하는 경우 그 증거능력이 인정되는 것은 다른 전문증거와 마찬가지이다. 하지만 조사관이 직접 법정에서 증언하는 방식은 수사기관에서 생성된 다른 증거방법에 비하여 다음과 같은 장점을 가지고 있다.

수사기관에서 생성된 매체는 국가가 일방적으로 우위를 점하는 상태에서 다양한 조사기법을 통해 피고인의 진술 내용 등을 담고 있다. 그 과정에서 적법절차 준수 여부가 확인되고 변호인의 참여가 보장되었다고 하더라도 국가 對 피고인의 관계에서는 절대적으로 수사기관이 우위에 있기 때문에 피고인의 열악한 지위를 전제로 취득된 것이라는 한계를 가진다. 이러한 점에서 수사기관에서 생성된 매체는 일반 제3자가 청취하거나 지득한 내용과는 달리 취급될 수밖에 없는데, 특히 조서의 경우 조사 과정에서 조사관에 의한 왜곡과 확증편향에 의한 부정확성 문제도 지속적으로 제기되어 왔다.³⁹⁾

하지만 조사자의 증언은 인적 증거라는 점에서 위증의 부담을 가지고 법정에서 피고인 측의 탄핵을 통해 진술의 신빙성을 평가받을 수 있다는 점에서 수사기관이 주체가 되어 취득한 다른 물적 증거들에 비해 우량한 증거로 평가할 수 있다. 조사관과 피고인 측의 법정 공방을 통해 조사 과정의 위법이나 부적절한 강요 여부와 함께 조사자의 증언 태도, 과거 조사자의 이력이나 수사경력, 평판 등 조사관이 진실한 증언을 할 수 있는지에 대하여 반대신문 과정에서 확인될 수 있을 것이다.⁴⁰⁾

39) 이형근, 조은경, “피의자신문조서의 왜곡 유형과 정도에 관한 연구- 조서와 영상 녹화물의 비교를 통한 사례연구”, 경찰학연구 제14권 제2호, 2014.

40) 미국의 경우 조사자에 대하여 변호인이 반대신문을 함께 있어 주로 묻는 사항은 ① 자백이 이루어진 상황 ② 자백의 방법이 서면 또는 구두인지 여부 ③ 자백의 녹음 또는 녹화 여부 ④ 체포된 시점 이후 얼마 후에 자백하였는지 ⑤ 자백을 한 시간, 특히 낮인지 밤인지 ⑥ 자백할 당시 피고인의 신체 상태 ⑦ 자백을 얻어내기 위하여 약속이나 협박이 있었는지 ⑧ 자백내용에 불명확한 부분이 있는가 등이다. 사법정책연구원, “수사기관 작성 조서의 증거사용에 관한 연구 :

조사자에 대한 신문 내용이 당초 피의자신문조서에 기재된 내용에 한정되는가가 문제일 수 있으나, 조서에 기재하지 않았거나 이후에 새롭게 알게 된 사실에 대하여도 증거조사 과정에서 조사자를 자유롭게 신문할 수 있다고 보아야 할 것이다.⁴¹⁾ 이 과정에서 법관이 수사기관의 적법절차 준수나 피고인의 방어권 침해 등에 의심을 가지게 된다면 이를 이유로 특신상태를 부정하거나 조사자증언의 신빙성을 낮게 판단하는 계기가 될 수도 있을 것이다. 특히, 향후 국민참여재판의 확대에 따라 배심원이 증인의 신뢰성과 증언의 성실성을 평가하기 위하여 증인의 증언 모습을 지켜봐야 한다는 것은 상당히 중요하다고 할 수 있다.⁴²⁾

조사자증언으로 현출되는 것은 결국 피고인의 진술이므로 이를 반대신문을 통하여 다투는 것은 논리 모순이거나 무익하므로 조사자증언에 있어 반대신문권 보장은 의미가 없다는 주장도 상당한 것으로 보인다.⁴³⁾ 하지만 수사기관이라는 우월한 위치에서 피고인을 조사한 자를 법정에 드러내어 피고인으로 하여금 공개된 법정에서 반대신문의 기회를 부여하는 것을 무익하다고 보기는 어렵다.⁴⁴⁾ 오늘날 반대신문권의 행사가 형사재판에서 점차 강조되는 이유는 반대신문권의 ‘절차적 기능’에 있다. 피고인의 반대신문권 행사는 실체진실 발견에 도움이 되어 재판에 유의미한 영향을 미쳤는지에 관계없이 국가가 일방적으로 우위에 서는 형사재

2020년 개정 형사소송법에 따른 실무변화 모색”, 연구총서 (2021-14), 314면.

- 41) 반대신문의 목적은 주로 ① 주신문 증언의 오류 교정 ② 지나치게 단정적이거나 과장된 표현의 부정확성 지적 ③ 증인의 신빙성 탄핵 ④ 증인에게 반대신문 주장의 입증에 필요한 사실이나 상대방 주장의 반증에 필요한 사실을 언급하도록 유인 ⑤ 유리한 재판 진행에 도움이 될만한 증언을 진술하도록 함이라고 보고 있다.
- 42) 박성민, 조사자증언의 문제점과 개선방안, 성균관법학 제33권 제2호, 2021. 6, 254면 ; David H. Taylor 著, 김종구 역, “미국 배심재판에서 전문증거와 대면권”, 조선대학교 법학연구소 법학논총 제18권 제3호, 2011, 494면. 특히, 미국은 대부분 집중심리를 통해 배심재판이 진행되므로, 증인의 신뢰성 판단을 위하여 증인의 행동에 아주 높은 비중을 두고 있다고 한다.
- 43) 헌법재판소 헌법재판연구원, 헌법이론과 실무 (2020-A-5), 9면.
- 44) 같은 취지로 김면기, “영상녹화물의 활용이 공판중심주의 활성화를 저해하는가?”, 형사법연구 <제29권 4호>, 한국형사법학회, 2017. 12, 158면.

판결차를 방지하고, 피고인의 당사자 지위를 실질적으로 보장함으로써 절차적 보장을 통해 공정한 재판이라는 헌법적 가치를 실현하는 필수 절차로서 자리매김하고 있기 때문이다.⁴⁵⁾

한편, 미국 수정헌법은 ‘형사피고인은 자기에게 불리한 증인을 대면할 권리를 가져야 한다’고 규정하여 ‘대면권’을 기본권으로 인정하고 있다.⁴⁶⁾ 당사자주의 소송구조를 취하고 있는 미국의 경우, 후술하듯이 피고인의 법정 외 자백 진술은 반대 당사자의 자인(admission by opponent party)으로서 전문증거에 해당하지 아니하므로 임의성의 문제만 없으면 증거자 유주의 원칙에 따라 증거 사용이 가능하다. 따라서 조사자증언은 반대신문권 보장의 차원이 아니라 구술주의에 의한 법정에서의 공격과 방어가 피고인의 방어권 보장과 실체진실 발견에 보다 적합한 수단으로 평가되고 기 때문에 활발히 사용되고 있다.

우리나라 형사소송법상 조사자증언은 전문증거에 해당되기 때문에 일정한 요건하에 예외적으로만 증거로 할 수 있다. 우리나라는 미국과 같이 대면권이라는 용어를 명시적으로 사용하고 있지는 않지만 전문법칙과 피고인의 반대신문권을 형사소송법에서 보장하고 있으며, 당사자주의의 강화에 따라 헌법 제27조의 공정한 재판을 받을 권리의 일환으로서 자신에게 불리한 증인을 대면할 기회의 중요성도 점차 부각될 것으로 예상된다.⁴⁷⁾ 몇 년간 박탈될지 모르는 피고인이 자신에게 불리한 내용을 기록

45) “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.” 헌법재판소 2013. 12. 26 자 2011헌바108 결정 등.

46) 연방헌법 제6조 : “모든 형사절차에 있어서 피고인은 … 자신에게 불리한 증인을 대면할 권리를 가진다”(In all criminal proceedings, the accused shall enjoy the right…to be confronted with the witnesses against him).

47) 김면기, “조사자증언 제도의 활성화에 대한 기대”, 법률신문 (2022. 4. 11.) ; 윤

하거나 청취한 조사관을 법정에서 대면할 수 있도록 하는 것은 실체진실 발견에 어떠한 도움이 되느냐와 함께 절차적 권리보장 차원에서 적극적으로 고려될 필요도 있는 것이다.

3. 실체진실 발견 측면

실체진실주의는 ‘죄를 범한 자는 반드시 처벌되어야 한다’는 적극적 실체진실주의뿐만 아니라 ‘죄 없는자의 처벌은 절대로 피하여야 한다’는 소극적 실체진실주의를 포함한다. 적극적·소극적 실체진실주의는 공개된 법정에서 검사와 피고인·변호인이 치열한 공방과 및 피고인과 증인의 진술 태도와 같은 눈앞에서 생생하게 펼쳐지는 원본증거를 통해 법관과 배심원이 정확한 심증 형성을 도모함으로써 달성될 수 있다.

특히, 구두·변론에 의한 재판 운영은 국민참여재판에서 그 중요성이 보다 강조된다. 국민참여재판은 공판중심주의의 장화와 더불어 사법의 민주적 정당성과 신뢰를 높이고, 전관예우 등을 근절하고자 하는 목적으로 지난 2007년 형사소송법 개정과 함께 도입되었다. 이에 따라 수사기관에서 생성된 증거의 법정 현출은 국민참여재판이 이루어지는 경우에 보다 유의할 필요가 있다. 직업 법관은 수사기관에서 작성된 서류 등을 접하더라도 그 증거가치 판단에 있어 다른 증거와의 우선순위 등을 종합적으로 고려할 수 있으나, 일반 시민들로 구성된 배심원들은 증거의 가치판단에 있어 오류를 일으킬 가능성이 높기 때문이다. 조사실에서의 피의자는 강압적인 분위기 등에 의하여 영향을 받을 가능성이 있고, 위축된 피의자로서는 피의자신문 기법하에 질문에 유도되거나 불리한 답을 할 가능성을 배제하기 어렵다. 그런데, 법적으로 훈련되지 않은 일반인들의 경우 수사기관에서 생성된 전문서류 등을 열람하고 그에 합당한 가치를 평

총행, “피고인의 대면권(confrontation; 반대신문권), 서울법학 제27권 제4호, 2020. 2, 326면 이하 참조.

가할 수 있음을 담보하기 어렵다. 하지만, 조사자는 위증을 하면 처벌을 받을 것이며 진실만을 말한다는 약속, 즉 공개된 법정에서 ‘증인선서’를 함으로써 조사실, 영상녹화실에서와는 다른 엄숙한 자세로 임하게 될 것이다. 법적 용어나 서류에 익숙하지 않은 배심원들이 객관적인 사실판단을 할 수 있도록 하기 위해서는 수사기관에서 생성된 전문서류 등을 직접 노출시키는 것보다는 인적 증거를 통하여 조사자의 말투, 행동, 표정이나 피고인 측의 반대 신문내용 등을 종합하여 보다 생생하게 청취할 수 있도록 하는 것이 바람직하다고 할 것이다.⁴⁸⁾

검사는 무죄 추정의 원칙에 따라 합리적 의심의 여지가 없을 정도로 유죄의 입증을 하여야 하며, 수사기관에서 취득된 피고인의 진술은 조사자가 직접 법정에 출석하여 증언의 방법으로 현출하되, 피고인 측의 방어권을 보장함과 동시에 조사자에 대하여는 위증죄의 부담을 지워 그 진실성을 담보될 수 있도록 한다. 법관은 자유심증주의에 따라 조사자의 진술의 신빙성과 함께 조사 과정에서 어떠한 위법이 있었는지 등에 자유롭게 판단한다. 이러한 공판중심주의적 재판 운영은 법정에서의 증거 집중과 공방에 위하여 실체진실을 추구하는 한편, 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 보장함으로써 적극적, 소극적 실체진실주의를 모두 구현할 수 있는 것이다.

48) 국민참여재판에서는 배심원으로 참여한 일반인은 직업법관과는 달리 비전문가이므로 각종 조서나 법률용어를 이해하기가 쉽지 않다. 따라서 일반인인 배심원이 이해하기 위해서 당사자의 공격과 방어를 구두로 하는 구두변론주의를 원칙으로 하고 있다. 또한, 출석한 증인이 구두로 진술하는 내용과 법정에 현출된 증거들을 조서의 형태가 아니라 배심원들이 직접 귀로 듣고 눈으로 보면서 유무죄를 판단할 수 있도록 하는 직접심리주의를 원칙으로 하고 있다. (중략) 이것은 형사사건의 실체에 대한 유죄·무죄의 심증 형성은 법정에서의 심리에 의하여야 한다는 공판중심주의를 국민참여재판에서 실현하고 있는 것이다. 김병수, “국민참여재판 시행 10년의 평가와 과제”, 부산대학교 법학연구 제60권 제2호, 2019. 5, 281면.

4. 수사관행 개선 유도 측면

조사자증언의 활성화는 경찰의 수사관행을 변화시키는 촉매제가 되어 수사과정의 투명성 및 적법성 제고에 상당한 도움이 될 수 있다. 수사관이 법정에 증인으로 출석하는 것이 일상적인 모습이 된다면 수사관으로서는 조사 분위기나 과정 등이 법정에 노출될 것을 매 순간 염두에 두고 수사에 임하게 될 것이다.⁴⁹⁾ 또한, 향후 조사자로 증언하게 될 경우를 예상하여 특신상태를 인정받기 위한 영상녹화도 보다 적극적으로 실시할 것으로 예상할 수 있다.⁵⁰⁾ 이렇듯 조사자를 공개된 법정에 드러내게 함으로써 수사의 밀행성을 어느 정도 해소하고 인권 친화적 수사관행을 유도할 수 있다. 이는 형사사법의 신뢰 제고 측면에서도 긍정적이라고 할 수 있다.

이에 대하여, 조사자증언을 활성화하는 것만으로는 강압수사 억제 효과를 담보하기는 어렵다는 지적이 있다. 수사기관의 특성상 성과를 위하여 신병의 구속 등 성과에 집착하는 경향이 있으므로 공판단계에서 증거로 활용될 수 있을지 여부까지 고려하여 수사하는 수사관은 극히 드문 것이 현실임을 지적하며 강압수사 등 관행 개선 효과는 제한적일 것이라고 보는 것이다.⁵¹⁾ 하지만 조사자증언이 활성화됨에 따라 조사자가 법정에 출석하여 법관과 배심원 및 피고인 측 변호인과 마주하는 빈도가 높아지며 조사 과정의 임의성을 신문 받게 된다면 담당 수사관으로서는 향후 조사 과정에 있어 적법절차 등에 세심한 주의를 기울일 수밖에 없게 될 것이다. 특히, 피의자가 자백하는 사건의 경우에는 향후 언제든지 증인으로 출석 가능함을 염두에 두고 수사에 임하게 될 것이며, 이에 따라 영상녹화나 변호인 선임 등을 통해 피의자의 진술이 임의적 상황에서 이루어졌

49) 같은 견해로 서보학, 앞 논문 182면, 이동희, 앞 논문(주9), 742면.

50) 류장만, “조사자 증언제도 연구, 미국 실태를 중심으로”, 법조 제57권 제5호. 법조협회. 2008. 5. 300면 ; 박종렬/천명길, 앞 논문(주15), 299면.

51) 이용식, 앞 논문(주35) 312면.

음을 보강하기 위한 노력을 기울일 것이다. 이른바 ‘법원의 예방적·간접적 통제’ 기능이 작동하게 되는 것이다.

실제 경찰청은 지난 2020년부터 조사자의 법정 증언이 활발히 이루어질 것에 대비하여 검사의 요청 단계, 조사 단계부터 환류 단계에 이르기까지 체계적으로 관리하기 시작하였다.⁵²⁾ 특히, 일선에서 개별적으로 이루어지는 조사자증언에 대하여 향후 법정에서의 미흡한 대응을 방지하고 증거방법으로서 제 기능을 하기 위해 지원·교육하는 한편, 수사과정 전반의 신뢰를 제고하기 위하여 조사 과정에서 변호인 참여나 영상녹화 등 절차적 정당성 확보를 강조하고 있다. 이러한 수사기관의 노력은 조사자 증언이 활성화됨에 따라 더욱 활발해질 것으로 예상할 수 있는데, 수사 기관이 조사자 법정 증언의 중요성을 인식하고 법원이 요구하는 기준에 맞추어 나가는 계기가 되고 있다는 점에서 유의미하다고 평가할 수 있다.

52) 「조사자증언 관련 지원·교육 시스템 구축 종합 계획」(2021. 12, 경찰청).

제 4 장 조사자증언 관련 비교법적 검토

직권주의 소송구조를 가진 대륙법계나 당사자주의 소송구조를 기본으로 하는 영미법계 모두 공판중심주의적 재판 운영을 추구하며 실체 진실발견과 함께 피고인의 방어권 보장의 균형을 추구하고 있다. 우리나라 역시 대륙법계와 영미법계의 형사법의 영향을 받아 절충적인 형사소송 구조를 취하면서 공판중심주의를 채택하고 이를 지향하고 있음을 앞서 본 바와 같다. 다만, 각 나라마다 역사와 이념적 토대가 다른 만큼 공판절차의 구성 요소도 다양하며, 시대와 상황 및 법과 제도 등에 변화에 따라 형사재판 운영 방식도 가변적이다.⁵³⁾ 선진 형사사법제도를 운영 중인 독일과 영국, 미국 등의 수사기관의 피의자 진술의 법정 현출 방식을 간략히 살펴보는 것은 우리나라에서의 조사자증언의 활성화 필요성 논의에 있어 시사점을 줄 수 있을 것이다.

1. 독일

유럽의 대륙법계 국가들은 19세기 이전까지 법관이 피의자를 신문하여 그 내용을 조서에 작성하고, 이를 증거로 재판하는 규문주의적 형사재판 제도를 운영하였다. 하지만, 계몽주의와 프랑스혁명의 영향으로 19세기부터 밀실 재판과 인권 탄압 등에 대한 반성으로 소추기관과 재판기관의 분리와 함께 구술주의, 공개주의 등을 내용으로 하는 탄핵주의 소송구조

53) 헌법재판소 2005. 5. 26. 선고 2003헌가7 전원재판부 결정은 “공판중심주의와 직접심리주의는 헌법상의 원리라기보다는 형사소송법상의 원리로서 각국의 설정에 따라 제한이 가능할 수 있는 성질의 것이다”라고 밝히고 있다.

를 도입하였다. 대륙법계의 탄핵주의 소송구조는 제3의 소송형태라기보다는 종래 규문주의에 당사자주의적 요소가 가미된 ‘근대적 직권주의’ 형태로 볼 수 있다.⁵⁴⁾

한편, 수사기관과 재판기관의 분리에 따라 수사기관에서 수집한 증거의 법정 현출 방법이 문제 되었는데 독일의 경우에는 이른바 ‘직접주의’를 발전시켜 무분별한 증거 제출에 대한 제한 원리로 작동케 하고 있다. 독일 형사소송법 제250조에서는 직접주의 및 구두변론주의 원칙에 의하여 사실의 인정은 법원이 직접 조사한 증거에 의하여야 하며⁵⁵⁾, 수사기관이 작성한 조서는 원칙적으로 법정에 제출되거나 낭독에 의하여 현출하는 것을 금지하도록 하고 있다.⁵⁶⁾ 즉, 피고인이 범행을 부인하는 경우 조서의 내용이 직접 증거로 사용될 수 없다는 점은 우리나라와 같다.

독일 법원은 행위 사실을 원천으로부터 스스로 인식하여야 하며(형식적 직접주의), 법원이 대체증거를 이용하는 것은 허용되지 않는다는 원칙을 강조하고 있다(실질적 직접주의).⁵⁷⁾ 따라서 수사단계에서 행한 피고인의 진술은 조사자가 법정에서 증언의 형태로 현출하는 것이 일반적인 모습이다(인증의 서증에 대한 우선 원칙). 타인의 진술을 내용으로 하는 증언은 전문진술이지만 증인 자신의 고유한 인식을 바탕으로 하는 진술이기

54) 사법정책연구원, 앞 연구총서 (2019-11), 31면 참조.

55) 독일 형사소송법 제250조(직접 신문의 원칙) “어떤 사실에 관한 증거가 개인의 지각에 근거하고 있는 경우 공판에서 그를 신문하여야 한다. 이 신문은 과거 신문 시 작성된 조서의 낭독이나 서면의 진술로써 대체될 수 없다”.

56) 다만, 독일 형사소송법 제168b조는(수사기관의 조사행위에 관한 조서) ① “수사 기관의 조사행위의 결과는 기록에 기재하여야 한다”고 하여 우리나라와 같이 조서작성을 의무화하고 있다.

57) 직접주의는 ‘형식적 직접주의’와 ‘실질적 직접주의’로 나누어 설명하는 것이 일반적인데, 전자는 법관이 증거를 직접 조사해야 한다는 원칙이며 후자는 사실의 증명에 있어서 가장 가까운 원본 증거(최량 증거)를 기초로 삼아야 한다는 원칙이다. 사실상 전문법칙의 의의는 전문증거의 경우 신용성 결여로 증거로 할 수 없고 원본증거에 의하여야 한다는 원칙인바, 이는 실질적 직접주의와 같은 개념이라고 볼 수 있다. 김종구, “형사소송법상 전문법칙의 입법 연혁과 영미법의 영향 - 일본 형사소송법상 전문법칙의 제정과정과 관련하여”, 법학논집 제19권 제3호, 2012. 12. 77면.

때문에 제250조의 직접주의 원칙에 반하지 않는다.

수사기관에서 생성된 조서의 경우에는 검사·피고인·변호인이 모두 낭독에 동의하거나, 증인 등이 사망하였거나 다른 이유로 이들에 대한 법원의 신문이 상당 기간 이루어질 수 없는 경우(제251조), 증인이나 감정인의 기억을 환기시키기 위한 목적으로 공판정 낭독이 가능하다.(제253조) 법관이 작성한 피고인의 진술을 기재한 조서도 마찬가지이다.(제254조 1항) 낭독이 금지된 수사기관 작성 조서에 대하여 피고인이 조서의 낭독에 동의하는 경우 외에는 직접주의 원칙에 따라 이를 낭독하는 것은 허용되지 않는다. 다만, 피의자를 신문하였던 경찰이나 수사단계의 증인 등을 신문하면서 그 조서를 제시(Vorhalt)를 할 수 있고 이를 위하여 조서를 낭독하는 방법으로 그 내용을 공판정에 현출하는 것이 판례상 허용되고 있다. 이때 피고인이 신문조서에 기재된 것과 같이 진술하였다는 것을 인정하면, 법원은 그 사실을 판결의 기초로 삼을 수 있다.

다만, 피고인이 이를 다툴 경우에는 조사자를 증인으로 신문하는 등 다른 방법으로 조서의 내용이 입증된 경우에만 증거로 사용할 수 있다. 조사자의 증언에도 불구하고 피고인이 조서의 기재 내용대로 진술한 사실이 없다고 진술하는 경우, 조서는 법원은 조사자의 증언과 피고인의 주장 중 어느 쪽 진술에 신빙성이 있는지를 판단하는 자료로 사용된다. 우리나라에서 증거능력 없는 피의자신문조서라도 탄핵증거로 사용이 가능한 것과 유사하다. 다만, 이러한 방식은 조서의 내용을 그대로 법정에 현출함으로써 조서의 증거능력을 우회적으로 인정하는 결과가 되기 때문에 독일에서도 이에 대한 논란이 계속되고 있다.⁵⁸⁾

앞서 언급한 바와 같이 독일은 증인이나 감정인의 기억 환기용으로 조서의 낭독을 허용하고 있는데,⁵⁹⁾ 이를 바탕으로 한 조사자증언의 신빙성

58) 사법정책연구원, 앞 연구총서(2021-14), 86면 이하 참조.

59) 독일 형사소송법 제253조는 직접주의의 예외로서 증인 또는 감정인의 기억을 돋기 위한 조서 낭독을 허용하는데, 그 요건으로는 ① 증인·감정인이 공판정에 출석하였고 ② 제시(Vorhalt) 또는 다른 방법을 통한 도움을 포함하여 그에 대한 신문을 완료하였음에도 ③ 그 증인·감정인이 기억할 수 없다고 진술하여야 한다.

에는 큰 문제가 없는 것으로 보고 있다. 그 이유에 대하여는 ① 독일 실무상 경찰관들이 법정 증언 전에 준비할 시간적 여유가 없고 ② 당시의 구체적 내용을 최대한 솔직하고 가감 없이 현출하게 할 필요성을 듣다. 또한 ③ 법정증언 시 조서의 낭독을 금지하면 담당 경찰관들은 실제로 기억나는 것 이상으로 자신의 기억을 과대 포장할 유혹에 빠지기 쉽고 ④ 법정 증언에 나서기 전에 작성된 조서의 열람 등을 통해 조서의 내용에 지나치게 기속 될 가능성을 배제할 수 없기 때문이라고 한다.⁶⁰⁾

2. 미국

미국은 대륙법계 국가인 독일과 달리 당사자주의 소송구조를 바탕으로 형사재판제도를 운영하고 있다. 미국의 증거법은 관련성(relevance)이 있는 모든 증거를 법정에서 사용할 수 있도록 하면서도,⁶¹⁾ 이를바 ‘전문법칙’(hearsay rule)을 통하여 증거 사용의 범위를 제한하고 있다. 전문법칙이란 전문증거⁶²⁾의 예외나 비전문증거에 해당하지 아니하는 전문진술에는 증거능력이 인정되지 않는다는 원칙을 말한다. 미국이 전문법칙을 운용하고 있는 이유는 전문증거의 신용성의 부족과 함께 피고인의 반대신문을 거치지 않은 증거라는 점에 있다.⁶³⁾ 따라서 수사경찰관이 작성한

60) 김석우, “개정형사소송법 관련 독일의 실무 운영 상태보고 중 조사자증언제도”, (2008. 2.) 대검찰청, e-pros 국제협력 db, 10면 이하, 이기수, 앞 연구보고서(주 9) 37면 재인용.

61) 미국 연방증거규칙(Federal Rules of Evidence ;이하 FRE) Rule 401, 403.

62) FRE Rule 801(c)에서는 전문증거(hearsay)에 대하여 “(1) 원진술자가 공판정 또는 준비기일에서 증언하는 동안에 행한 것 외의 진술로서 (2) 그러한 진술에서 주장된 내용의 진실성을 입증하기 위해 증거로 제출된 진술”이라고 정의하고 있다.

63) 전문증거는 법정에서의 선서에 따른 것이 아니므로 신뢰성이 약하고, 증인과 피고인의 태도증거에 의한 법관의 생생한 심증 형성이 불가능하며, 반대신문을 거치지 않음으로써 피고인이 증언에 대한 탄핵을 통하여 그 진술의 오류를 지적 · 시정하여 무죄를 입증할 기회가 박탈되고, 들은 말의 전달 진술은 원진술과 차이가 있기 쉽다는 등을 이유로 한다. 한편 반대신문권은 기본적으로 헌법상 적법절차에 따라 공정한 재판을 받을 권리와 형상화하는 입법상의 권리라는 견

조서는 공판 외에서 진술이 기재된 서류이기 때문에 전문법칙이 적용되어 원칙적으로 증거로 사용할 수 없다.⁶⁴⁾

한편, 미국 연방증거규칙(FRE) 801(d)에 의하면 수사기관에서 피의자가 한 불리한 자백 진술(admission by opponent party, 반대 당사자의 자인)은 ‘전문증거에서 배제되는 진술’로서 전문증거의 범위에 포함되지 않는다.⁶⁵⁾ 전문증거의 증거능력을 부정하는 이유는 “법정에서 반대신문을 통한 전문증거의 위험성”을 드러낼 기회가 주어지지 않았다는 점에 있다. 그런데 피고인이 법정 외에서 한 자백은 피고인이 법정에 출석하여 있으므로 언제든지 해명할 기회가 있기 때문에(반대신문권이 문제되지 않으므로) 전문증거에 해당하지 않는다고 본다. 또한 “피고인의 법정 외 진술이건 법정에서의 진술이건 자신이 한 진술에 대하여 책임을 져야 한다는 점”(금반언의 원칙)도 자백 진술을 전문증거에 포함시키지 않는 배경으로 설명되고 있다.⁶⁶⁾ 따라서 미국에서는 피의자의 진술이 담긴 보고서나 메모라도 연방증거규칙 상 전문법칙의 예외 조건을 충족하면 그

해로는 이주원, 앞 논문(주37), 172면 ; 헌법재판소 2013. 10. 24. 선고 2011헌바 79 결정.

- 64) 미국은 우리나라와 같이 조사기록을 작성할 의무가 법정되어 있지는 않고 양식도 별도로 존재하지 않는다. 다만, 피의자와의 면담(interview)이나 신문(interrogation) 내용을 기억하기 위하여 메모나 노트, 보고서 작성은 하는 것이 일반적이다. 다만, 미국에서의 전문법칙은 원칙적으로 전문증거의 증거능력을 부정하면서도 다양한 예외를 규정하고 있는데, 이러한 전문증거의 예외 규정은 ‘전문진술’을 중심으로 구성되어 있는 점에서 조서를 중심으로 한 증거법과 그 예외를 인정하고 있는 우리나라와는 다소 차이가 있다. 미국의 전문증거 규정 및 체계를 보면 Rule 801에서는 전문증거의 정의 및 비전문증거에 대한 정의를 하고 있으며 Rule 802에서 전문증거의 증거능력을 부정하는 이른바 ‘전문법칙’ 규정하고 있다. 하지만 Rule 803 이하에서는 일정한 조건하에서 전문법칙의 예외를 규정하고 있는데 미국은 전문증거라 하여 무조건 그 증거능력을 배척하기보다는 다양한 예외와 비전문증거 규정을 통하여 피고인의 방어권과 실체적 진실발견 및 사법정의 간에 균형을 꾀하고 있다.
- 65) Rule 801(d)은 (1) 원진술자가 증인으로서 자신의 이전 진술(prior statement)에 대하여 증언하고 반대신문의 대상이 되는 경우, (2) 반대 당사자의 진술로서 그 진술이 반대 당사자에게 불리한 증거로 제출된 경우 전문증거에 해당하지 않는다고 규정하고 있다.
- 66) 최병천, “피의자신문조서의 증거능력 - 미국법과의 고찰”, 전북대학교 법학연구소 법학연구 통권 제59집 2019. 5. 74면.

증거능력을 인정할 여지가 있게 된다. 실제로 문서화된 자백(Written Confession)의 증거능력에 대하여 상당 주에서 일정한 요건하에 증거능력을 인정하고 있으며 그 자체로 증거가 된다.⁶⁷⁾

하지만, 수사단계의 피고인이나 증인의 진술은 진술을 기재한 서류가 법정에 제시되기보다 이를 작성한 경찰관이 그 진술 내용에 관하여 증언하는 방식으로 이루어지고 있다. 한편, 증거능력이 없는 서류라도 조사 경찰관의 기억을 활기하기 위한 기록물로서 활용이 가능하다.⁶⁸⁾ 따라서 조사 경찰관이 법정에서 수사 당시 피고인으로부터 들은 내용을 증언하기 위하여 조사 당시의 보고서나 메모 등의 서면을 참조할 수 있다. 조사 경찰관은 되살린 기억을 바탕으로 증언해야 하며 오로지 서면 자체에 의존하여 증언하는 것은 허용되지 않는다. 이 경우, 조서나 메모 자체가 증거가 되는 것이 아니라 증언 자체가 증거로 되는 것이다.⁶⁹⁾

위와 같이 미국에서 피의자의 수사기관에서의 자백 취지의 진술은 조사자증언의 형태로 현출되는 것이 가장 일반적인 모습이라고 할 수 있다. 피고인을 직접 조사한 경찰관이 배심원들 앞에서 증언함으로써 피고인의 수사기관에서의 진술 내용을 생생하게 전달하며, 배심원은 그 내용과 조사자의 태도 등을 종합하여 보다 정확한 심증을 형성하게 되는 것이다. 조사자의 직접적 증언을 증거로 사용한다는 점은 독일과 같은데 독일의 경우 인증 우선 원칙과 직접주의에 따라 재판장의 주도하에 증인으로서 조사자의 진술을 청취하는 것이라면, 미국은 구술주의 원칙과 배심재판의 운영하에 피의자의 자인 진술이 전문증거에 해당하지 않고 조사자가 증언의 형태로 법정에 현출함으로써 그 목적을 달성할 수 있기 때문에

67) 피의자의 진술은 전문법칙이 적용되지 않으므로, 피의자 자백의 증거능력과 관련된 다른 요소인 미란다원칙의 준수, 진술의 임의성 등이 입증되는 이상 그 자백을 법정에 현출하는 수단에 대하여는 별다른 제한이 존재하지 않는다고 한다. 최병천, 앞 논문 87면.

68) FRE Rule 612.

69) 변필건, “조사 경찰관에 의한 전문진술의 현출방법에 관한 비교법적 고찰”, 형사법의 신동향 통권 제19호, 2009. 4, 166면 이하 참조.

공판절차에서 일반적인 활용되는 것으로 이해될 수 있다.⁷⁰⁾

3. 영국

영국은 전문법칙의 발상지로서 미국과 같이 전문진술과 서면은 원칙적으로 증거능력이 인정되지 않으나 예외적으로 증거로 인정하는 방식을 취하고 있다.⁷¹⁾ 또한, 피고인의 ‘법정 외 자백’이 포함된 진술이나 서류, 녹음 등은 강박 혹은 특별히 신뢰할 수 없는 상황에서 작성되지 않은 이상 증거능력이 인정된다.⁷²⁾

한편, 영국은 피의자의 신문과 관련하여 녹음을 의무화하고 있는데, 초기에 경찰로부터 상당한 저항도 있었으나 현재는 조사 과정의 임의성을 증명하는 수단으로 사용될 수 있는 점에서 공정적으로 받아들여지고 있다.⁷³⁾ 영상녹화물이나 녹음의 경우에도 원진술자의 진술을 내용으로 하므로 전문증거로서 전문법칙이 적용되며 예외에 해당하면 증거능력이 인정될 수 있다. 다만, 법원은 효율성 측면에서 기록 매체보다는 녹취서 (Record of Interview) 제출을 요구하는 경우가 많으며 녹취서에 의문이 있거나 피고인이 질문에 제대로 답하지 못하는 경우 법정에서 녹음 매체

70) 사법정책연구원 앞 연구총서(2021-14), 298면 이하 참조.

71) Criminal Justice Act(이하 CJA) 2003, 제114조 이하.

72) 영국은 미국과 같이 피고인의 법정 외 자백에 대하여 전문법칙과 관계없이 증거로 인정해왔으나, 전문증거로서의 위험성이 동일하게 존재한다는 점을 고려하여 2003년 CJA법을 통해 법정 외 자백이 전문증거의 일종으로 전문법칙의 예외에 해당함을 명시하기에 이르렀다. ; 1984년 경찰과 형사증거에 관한 법률(Police & Criminal Evidence Act, 일명 PACE법) 제76조(자백) (1) 모든 소송에서 피고인이 제공한 자백은 해당 소송에서 쟁점인 사항과 관련이 있고 이 조에 따라 법원에 의하여 배제되지 아니하는 한, 피고인에게 불리한 증거로 제출할 수 있다 ; CJA 2003, 제118조 제1항은 자백이 전문법칙의 예외에 해당함을 확인하고 있다. 사법정책연구원 앞 연구총서(2021-14), 228~231면.

73) 종전 경찰이 피의자신문 내용을 기록하는 방법은 달리 정한 바가 없었으나, 1984년 경찰과 형사증거에 관한 법률(PACE법)의 제정으로 녹음, 녹화의 근거가 신설되었고, 위 법률의 위임에 따라 실무규범 C, E, F에서 상세한 사항을 정하고 있다.

를 재생하기도 한다. 변호인으로서도 수사관의 신문 태도에 문제 삼을 경우가 줄어들었고, 오히려 녹음 매체를 통해 피고인의 언동 등에 관하여 의심을 불러일으킬 우려가 있기 때문에 기록 매체를 재생하는 방식으로 활용하는 것은 피하는 추세이다. 종전에는 수사기관에서의 자백 진술의 임의성을 법정에서 다투는 경우도 있었으나 근래에는 변호인의 입회, 영상녹화물 및 녹음이 일반화되어 있으며 수사관의 의식도 향상됨으로써 법정에서 이를 다투는 경우가 극히 드문 것으로 알려져 있다.⁷⁴⁾ 이는 다른 나라보다 CCTV가 매우 많이 설치되어 물적증거 확보에 용이한 측면도 있고, 경찰관이 부착식 카메라를 달고 다니기에 법정 다툼이 줄어들고 있는 것으로 이해된다.⁷⁵⁾

4. 프랑스

프랑스는 1808년 나폴레옹의 치죄법을 통해 프랑스혁명 이전 규문주의에 의한 직권주의적 형사소송 구조에 당사자주의를 혼합하여 근대적 직권주의 형사소송 구조를 유지하고 있다. 프랑스 형사 절차의 특징은 예심판사제도를 운영하는 점인데, 소송절차는 소추, 예심, 판결 절차의 3단계로 구분된다. 이들 중 소추, 예심 단계는 판결에 앞서 유무죄 판단에 필요한 증거를 수집하는 수사절차로 분류된다.⁷⁶⁾

프랑스는 형사소송법상 증거자유주의원칙(Principe de la liberté des

74) 사법정책연구원 앞 연구총서(2021-14), 241면 참조.

75) 인구 1,000명당 CCTV(감시카메라) 설치 대수를 조사한 결과, 67.47대에 달하는 반면(세계 3위), 우리나라는 4.1대(44위)로 조사된 바 있다. 영국 런던의 경우 전체 인구 중에 외국인의 비율이 70%에 달하며 300여개의 다른 언어를 쓰는 사람들 이 모여 살다보니 치안 문제가 지속적으로 제기되어 온데 기인한다. 이에 인권 침해 등 논란에도 불구하고, 지난 2000년 이후부터 전투적으로 CCTV를 설치해 오고 있다.“the-top-10-most-surveilled-cities-in-the-world”, U.S.News, Aug. 14, 2020, <https://www.usnews.com/news/cities/articles/2020-08-14/the-top-10-most-surveilled-cities-in-the-world>, (마지막 접속일: 2023. 1. 17.).

76) 사법정책연구원 앞 연구총서(2021-14), 107면.

preuves)⁷⁷⁾에 따라 적법하게 작성된 것이기만 하면 증거능력이 인정되며, 법관은 자유심증주의에 따라 모든 형태로 제출된 증거에 대하여 심증을 형성함으로써 유·무죄를 선고하도록 하고 있다.⁷⁸⁾ 따라서 수사기관에 의하여 작성된 조서는 형사재판의 모든 단계에서 널리 활용되고 있으며, 조사자증언이 활용될 여지는 적다고 볼 수 있다. 한편, 영상녹화와 관련하여 체포된 피의자·중범죄자나 미성년자를 신문하는 경우 의무적으로 영상녹화를 하도록 하고 있는데, 영상녹화물은 오직 신문조서의 내용을 확인하는 목적으로만 재생할 수 있고 그 재생 여부는 판사가 결정할 수 있도록 하고 있다.⁷⁹⁾

5. 일본

일본은 전문증거의 증거능력을 원칙적으로 배제하면서 일정한 경우 예외를 인정하는 방식을 취하고 있다(형사소송법 제320조). 특히, 형사소송법 제322조 제1항에 의하여 피고인의 진술이 자백 또는 불이익 사실의 승인인 경우에는 임의성에 의심의 여지가 없는 때, 그 외의 경우에는 특히 신용할만한 정황이 있는 때에 한하여 조서의 증거능력이 인정될 수 있다.⁸⁰⁾ 한편, 일본은 우리나라와 같이 조사자증언과 관련된 직접적인 규

77) 프랑스 형사소송법 제427조 제1항

78) 프랑스 형사소송법 제427조 제1항 <전단> 법이 달리 규정하는 경우를 제외하고 범죄사실은 모든 증거방법에 의하여 증명할 수 있다. <후단> 법관은 그 자유심증에 따라 판단을 한다.

79) 프랑스 형사소송법 제64-1조 ② 예심 또는 정식재판에서 영상녹화물은 신문조서의 내용을 확인하는 목적으로만 재생할 수 있고, 영상녹화물의 상영 여부는 검사 또는 양 당사자의 신청에 따라 예심판사 혹은 정식재판 판사가 결정한다.

80) 일본 형사소송법 제322조 ① 피고인이 작성한 공술서, 피고인의 공술을 녹취한 서면으로 피고인의 서명이나 날인이 있는 것은 해당 공술이 피고인에게 불리한 사실을 승인하는 내용이거나, 특히 신용할 정황에서 이루어진 때에만 증거로 삼을 수 있다. 다만, 피고인에게 불리한 사실을 승인하는 내용의 서면은 해당 승인이 자백이 아닐 경우에도 제319조에 준하여 임의로 이루어지지 아니하였다는 의심이 있다고 인정되면 증거로 삼을 수 없다.

정을 두고 있지 않지만 조사자의 진술을 전문증언의 형태로 보아 증인신문에 관한 규정을 적용하여 증거능력을 인정하고 있다. 따라서 조사자증언이 피고인의 자백을 내용으로 하는 경우, 그 진술의 임의성을 기준으로 증거능력을 판단하게 된다. 다만, 피고인의 수사기관에서의 진술을 기록한 조서의 증거능력이 인정되는 점에서 조사자증언의 필요성은 낮다고 할 수 있다.

제 5 장 조사자증언 비활성화 원인 분석

2007년 도입 이후 조사자증언에 관하여 정확한 공식 통계는 확인하기 어렵다. 다만, 조사자증언에 대하여 체계적으로 관리를 시작한 이후인, 2022년 경찰청 통계에 따르면 2022. 1. 1.부터 8. 30.까지 약 9개월간 경찰관이 검사로부터 조사자 증언을 요청받은 횟수는 약 40여 회로 집계되었다.⁸¹⁾ 수사 경찰이 약 3만 명에 달하고 1년간 처리하는 사건의 숫자가 약 200만 건⁸²⁾에 이르는 점을 고려하면, 피고인이 수사기관에서 자백을 하다가 법정에서 이를 번복하는 사례가 많지 않을 것이라는 점을 고려하더라도 조사자증언의 활용은 1달에 약 4~5회 이루어지고 있음을 알 수 있다. 경찰청은 미국에서와 같이 경찰에서 자백하는 대부분의 사건에서 조사자증언이 실시된다면 연간 최대 12만 건 정도까지 이루어질 수 있다고 추정하고 있지만⁸³⁾ 조사자증언 활용 현실은 이에 한참 미치지 못하고 있음을 알 수 있다.

한편, 실무상으로는 증거조사 과정에 조사자가 흐릿한 기억에 의존하여 증언하는 것은 오히려 유죄 입증에 방해가 될 수 있으므로 법관이 증거 신청 자체가 받아들이지 않거나, 검사가 증거 신청 자체를 꺼리는 사례도 있는 것으로 보인다. 최근에 열린 조사자증언과 관련한 학술대회에 참석한 실무자들의 경험에 따르면 조사자증언을 신청하는 경우 ‘재판기연’을 이유로 증거신청을 기각하거나, 영상녹화물이나 녹음파일이 없다면 증인신청을 하더라도 기각하겠다는 이유로 신청 자체가 봉쇄된 사례들이 소개된 바 있다.⁸⁴⁾ 또한, 증인신청이 받아들여지더라도 조사자가 ‘피고인

81) 관련 업무를 담당하는 부서에 보고가 이루어진 횟수이므로 실제로는 이보다 더 많이 이루어졌을 수 있으나 근소한 차이일 것으로 추정된다.(2022. 9월 말 기준).

82) 2021년도 경찰에 제기된 민원(200만건) 중 고소·고발은 약 388,165건, 진정·단원은 약 357,489건에 이르는 것으로 나타났다. 「경찰청 통계자료」(2022).

83) 「조사자 증언메뉴얼」(2020, 경찰청).

의 수사과정에서의 진술'을 기억해내지 못해 실질적인 신문이 이루어지지 못하거나, 조사자가 기억을 되살려 진술하더라도 법원은 제312조 제3항 또는 특신상태를 이유로 조사자증언에 대하여 엄격한 태도를 취하고 있음을 알 수 있다. 즉, 조사자증언이 도입된 이후 현재까지 형사재판실무에 있어 조사자 증언이 증거방법으로서의 역할을 하지 못하고 있으며, 향후에도 법정에서 활발하게 활용되는 것을 기대하기는 어려운 것이 현실이다. 본 장에서는 조사자증언이 활성화되지 못하고 있는 원인에 대하여 구체적으로 살펴보기로 한다.

84) 손정아, “조사자 증언에 관한 지정토론문”, 앞 결과보고서(주18), 138면 이하.

제 1 절 입법형성적 요인 : 원칙과 예외의 전도

법원이 조사자증언의 증거능력을 엄격하게 판단하고 있는 이유 중 하나는 조서의 증거능력에 관한 제312조에 제3항의 입법 취지를 들 수 있다. 앞서 살펴본 바와 같이, 최근에도 대법원은 제312조 제3항의 입법 취지를 이유로 조사자증언을 통해 이를 회피하는 것을 막기 위해 특신상태를 더 엄격히 판단할 필요가 있다고 판시한 바도 있다.⁸⁵⁾

이는 우리 형사소송법상 증거법이 전문조서를 중심으로 그 예외에 대한 논의가 활발하였고, 오히려 전문진술이 법정 현출 방식에 있어 예외적인 증거방법으로 인식되어 온 탓이기도 하다. 우리 형사소송법 제310조의2에서는 ‘공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 대신하여 진술을 기재한 서류’나 ‘공판준비 또는 공판기일 외에서의 타인의 진술을 내용으로 하는 진술’을 증거로 할 수 없도록 하고 있다. 이어서 제311조부터 제315조까지는 전문서류의 증거능력에 대한 예외를, 제316조는 전문진술의 증거능력에 대한 예외를 규정하고 있는데, 이처럼 형사소송법상 증거와 관련된 규정은 전문서류와 전문진술을 구분하고 있다. 하지만 1961년 도입된 전문법칙은 당사자주의를 전제로 구두 진술에 의한 공판중심주의적 재판운영을 전제로 하므로 원칙적인 전문증거의 형태는 구술에 의한 법정 진술을 예상한 것으로 보는 것도 가능하다. 따라서 전문진술의 증거능력이 전문서류의 입법 취지에 영향을 받을 필연적 관련성은 적다고 할 수 있다. 하지만, 조서에 의한 수사와 재판에 익숙한 재판 관행 탓에 전문진술에 대한 증거능력을 판단함에 있어 우리 법원은 과거 권위주의적 시대의 수사기관의 강압수사나 인권침해에 의한 자백을 견제하기 위하여 피의자 신문조서의 내용부인 요건의 입법 취지를 전문진술에 투영해온 것으로 볼 수 있다.⁸⁶⁾

85) 대법원 2020. 12. 24. 선고 2016도3752호 판결.

86) 같은 취지로 정웅석, “전문법칙 규정에 관한 한미 양국 비교를 통한 개선방안”,

1. 조서 중심의 증거법 제정

우리나라의 증거법 제정의 경위는 대한민국 출범 이후 형사소송법 제정 당시의 상황을 이해할 필요가 있다. 일제 강점기하의 형사소송법인 조선 형사령은 공판정이 아닌 예심판사에 의하여 작성된 피의자신문조서를 그대로 공판정에서 증거로 사용될 수 있도록 하고 있었다. 대한민국 정부 수립 이후 입법자들은 일제 강점기하의 왜곡된 형사사법체계를 바로잡기 위하여 선진 외국의 공판중심주의에 따른 직접주의 및 변론주의에 따른 재판 운영방식을 고려하였으나, 우리나라가 처한 상황에서 인적·물적 자원의 한계를 고려하면 이를 전면적으로 도입하기에는 무리라고 판단한 것으로 보인다.⁸⁷⁾

따라서 기본적인 형사사법제도의 골격은 대륙법계의 체계를 근간으로 하되 영미식의 요소를 가미하여 형사재판을 운영하겠다는 구상 하에 형사소송법의 제정에 이르게 된다. 이와 함께 조서의 증거능력을 유지하면서도 일종의 타협안을 제시하게 되는데 그 내용은 ‘성립의 진정’이라는 요건을 부가하는 것이다.⁸⁸⁾ 정부 초안은 검사와 사법경찰관이 작성한 피의자신문조서는 성립의 진정이 인정되는 때에 증거로 할 수 있도록 하였다.⁸⁹⁾ 그러나 위 초안은 국회 법사위에서 수정되었는데, 수정안에서는 검사 이외의 수사기관에서 작성한 피의자의 신문조서는 피고인이 ‘그 내용을 인정할 때’에 한하여 증거로 할 수 있다는 요건을 추가하였다.⁹⁰⁾ 당

형사소송이론과 실무 제7권 제2호, 2015, 66면 이하.

- 87) 한인섭, “형사소송법 제정과정과 김병로”, 법학연구, 제28권 제2호, 2017, 122면 이하 ; 신동운, “제정 형사소송법의 성립경위”, 한국형사법학회 학술대회 논문집, 2004. 3, 24면 이하 참조.
- 88) 신동운, “사법개혁추진과 형사증거법의 개정”, 서울대학교 법학 제47권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2006, 114면 이하 참조.
- 89) 정부초안 제299조 : “검사, 수사관, 사법경찰관의 피의자 또는 피의자 아닌 자의 진술을 기재한 조서, 검증, 감정의 결과를 기재한 조서 및 압수한 서류나 물품은 공판준비 또는 공판기일에 피고인이나 피고인 아닌 자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 때에는 증거로 할 수 있다.”
- 90) 법사위 수정안 제299조 “검사 또는 사법경찰관의 피의자 또는 피의자 아닌 자의

시 법제사법위원회 위원이었던 염상섭 의원은 입법 배경 및 내용부인의 요건을 규정한 취지를 다음과 같이 설명한 바 있다.

“(중략) 비교적 인적요소가 우월하다고 볼 수 있는 검찰기관이 작성한 조서에 까지 이러한 증거력을 주지 않는다면 소송이 지연되고 여러 가지 문제가 있을 것이다 해서 경찰기관에서 작성한 조서에만 이의가 있을 때에는 증거력을 주지 않도록 하고 검찰기관은 그대로 두는 이런 것으로 절충이 되어서 규정된 것...”

“경찰에서 무엇을 말했다거나 수사기관에서 한 자백은 검찰기관 혹은 공판정에서 부인할 때에는 언제든지 칠판에다가 써두었다가 글을 닦아버린다든지 아무런 효과가 없다는 이런 방향으로 나가야 비로소 경찰기관에서 행해지고 있는 이 고문을 적어도 근절은 못시키더라도 어느 정도 견제할 수 있지 않은가 이런 생각을 가지고 있습니다.”

위의 내용을 종합하면 「조서 중심의 증거법이 형성된 원인」은 형사소송법 입법 당시 소송 지연과 각종 실무적인 문제로 인한 것이며, 「검사 이외의 수사기관이 작성한 조서에 대하여 내용을 부인하는 경우 증거로 할 수 없도록 한 것」은 경찰의 고문을 통한 자백 수사관행을 근절·견제하기 위함이 목적이었음을 알 수 있다. 이후, 1961년 형사소송법 제310조의2를 통하여 전문법칙을 명시적으로 도입하였는데 기존 조서 중심의 증거법 구조에 전문진술의 예외를 중심으로 하는 영미의 전문법칙을 가미 하다 보니 영미법계의 증거법과 다른 구조를 갖게 되었다.⁹¹⁾ 즉, 우리 형

진술을 기재한 조서, 검증 또는 감정의 결과를 기재한 조서와 압수한 서류 또는 물건은 공판준비 또는 공판기일에 피고인 또는 피고인 아닌자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 때에는 증거로 할 수 있다. 단, 검사 이외의 수사기관에서 작성한 피의자의 신문조서는 그 피의자였던 피고인 또는 변호인이 공판정에서 그 내용을 인정할 때에 한하여 증거로 할 수 있다.”

91) 종래 우리 형사사법이 독일 형사법으로부터 많은 영향을 받았다고 하는 것이 통설이었으나, 형사재판제도의 중핵이라고 할 수 있는 수사·공소 및 재판절차와 관련하여서는 독일의 제국 형사소송법이 우리나라의 제정 형사소송법에 미친 영향이 거의 없거나 미미하고, 그에 반해 해방 이후 미군정시절을 거치고 6·25

사소송법상 전문법칙은 조서를 중심으로 한 직권주의 대륙법계 소송구조에 당사자주의와 구술주의를 기본으로 하는 영미법계의 전문법칙이 결합되어 있는 모습을 갖게 된 것이다.⁹²⁾ 우리 헌법재판소 역시 “제310조의2에서는 법관의 면전에서 진술되지 아니하고 피고인에 대한 반대신문의 기회가 부여되지 아니한 진술에 대하여는 원칙적으로 증거능력을 부여하지 아니하는 내용을 규정하여, 모든 증거는 법관의 면전에서 진술·심리되어야 하는 직접주의와 피고인에게 불리한 증거에 대하여는 반대신문 할 수 있는 권리를 원칙적으로 보장하였다”고 판시하여 우리의 증거법이 대륙법계의 직접주의와 영미법계의 반대신문권을 동시에 보장하고 있다고 설명한 바 있다.⁹³⁾

2. 제312조의 ‘내용부인’ 요건

위에서 살펴보았듯이 형사소송법 제312조 제3항의 내용부인의 입법 취지는 일제 강점기 경찰 수사에서 나타난 고문 등 인권침해에 대응하기 위한 입법 정책적 고려에 따른 것임을 알 수 있다.⁹⁴⁾ 하지만 내용인정 요건으로 인해 전문서류와 진술의 구별이 모호해짐으로써 피고인이 수사기관에서의 진술 내용을 부인할 경우 이를 내용으로 하는 증거방법의 증거능력을 인정하기 어렵다는 해석이 가능하게 된 것이다.

동란을 경험한 후에 제정된 형사소송법은 중요한 부분에 관하여 미국 형사법 및 미국 형사법의 영향을 받은 일본 신형사소송법의 영향을 강하게 받은 것이라는 견해로 김종구, 앞 논문(주57), 72면 이하 ; 대법원, 「바람직한 형사사법시스템의 모색을 위한 토론회」(2004. 7. 12자 보도자료) 5면.

- 92) 이원론, 같은 입장으로는 이주원, 앞의 책, 452면 ; 신동운, 앞의 책, 1145면 ; 이창현, 형사소송법(2019) 제5판, 정독, 866면 ; 이와 달리 일원설에 따르면 우리 형사소송법상 전문법칙은 영미법의 전문법칙을 도입한 것이고, 대륙법의 직접주의와는 무관하다고 한다. 이재상, 앞의 책, 598면 이하.
- 93) 헌법재판소 1998. 9. 30. 선고 97헌바51.
- 94) 대법원 1982. 9. 14. 82도1479 전원합의체 판결 ; 백강진, “국제형사법의 관점에서 본 우리나라의 형사증거법”, 법학평론 제10권, 2020, 116면.

가. 의미와 필요성

통설과 판례는 ‘내용을 인정할 때에 한하여’의 의미에 대하여 ‘조서의 기재 내용이 실제 사실과 부합함을 인정’하는 취지로 보고 있다.⁹⁵⁾ 하지만 내용인정 요건은 법체계나 입법 기술적으로 적절하지 않은 방식이다.⁹⁶⁾ 사실의 인정은 증거에 의하여야 하므로 피고인이 조서의 내용을 인정한다 하더라도 객관적 사실이 인정되는 것은 아니며, 이를 부인한다 하더라도 다른 증거에 의하여 사실의 인정이 이루어질 수도 있다. 피고인이 법정에서 피의자신문조서의 내용을 부인하더라도 실제 사실 여부는 증거와 법관의 심증에 의하여 형성될 수 있으며 이는 조사자의 증언이 피고인의 자백 진술을 내용으로 하더라도 마찬가지이다. 또한, 내용부인의 취지가 수사과정의 인권침해를 방지하기 위한 것이라면, 피고인·변호인으로 하여금 구체적 사정을 들어 이의를 제기하게 하고 검사의 입증여하에 따라 법관이 증거능력을 최종적으로 판단하는 방식으로도 충분할 것이다. 하지만 내용인정 요건은 피고인 측 진술 여하에 따라 증거능력이 좌우되게 하여 입법목적 달성을 필요한 범위를 현저히 초과하였다 지적도 가능하다.⁹⁷⁾ 따라서, 앞서 언급하였듯이 2020년 형사소송법 개정을 통해 검사작성 조서에까지 ‘내용인정’ 요건을 확장하는 것은 적절하지 않은 방식이며, 이는 수사기관 전체에 대하여 언제든지 고문을 비롯한

95) 대법원 2006. 5. 26. 선고 2005도6271 판결, 대법원 2010. 6. 24. 선고 2010도5040 판결, 대법원 2013. 3. 28. 선고 2010도3359 판결 등.

96) 형사소송법 제정 당시 대검찰청은 국회의 수정안에 대하여 “범죄 수사의 현실로 볼 때에 대부분의 범죄 사건이 사법경찰관이 피의자나 피의자 아닌 자를 조사한 조서가 사건에 대한 증거서류의 중요 부분을 형성하고 있는 점, 검사가 모든 피의사건에 대하여 일일이 상세한 구체적 조사를 하고 또 조서를 작성하여야 하는 점, 자백 배제법칙을 통해 증거능력을 극도로 제한한 이상 증거서류에 대한 극단적인 증거능력의 제한은 실제상 불필요하다. 아울러 사법경찰관의 수사능력을 박탈함으로써 범죄 수사의 능력을 멀각(滅却)하고 치안 유지의 기능을 정체케 됨으로 도저히 용인할 수 없다”는 의견을 국회에 제시한 바 있다. 사법정책연구원, 연구총서(2021-14), 21면.

97) 같은 취지로 하재홍, 앞 논문(주19), 177~179면.

위법하거나 부적절한 수사를 할 수 있는 위험이 있는 기관이라는 낙인을 찍는 것이므로 적절하지 않다는 지적도 가능한 것이다.

나. 사견

지난 2020년 검찰 조서에 대한 내용부인 요건을 규정한 표면적 이유는 검경 간 상호 견제와 균형을 통해 수사권이 민주적으로 행사되도록 함에 있다고 밝히고 있다. 하지만, 근본적으로는 2007년 당시 조서의 증거능력을 일괄적으로 제한하려던 시도의 마침표를 찍고 조서 중심의 재판 관행을 개선하고 공판중심주의적 재판 운영을 촉진하고자 함에 있다고 볼 수 있다.⁹⁸⁾ 우리 형사소송법은 앞서 본 바와 같이 제정 당시 현실적 한계 등을 고려하여 조서라는 증거방법을 허용하였고, 이후 조서 중심의 형사재판실무가 상당 기간 지속되어 왔다. 하지만 직권주의적 형사재판의 유물인 조서 위주의 증거법 체제는 점점 그 색채가 옅어지고 있으며, 그간 형사소송법의 개정을 통해 당사자주의적 요소들을 도입함으로써 공판중심주의를 지향해나가고 있다.⁹⁹⁾ 그렇다면, 향후 우리 형사소송법상 전문

98) 개정의 이유에서는 ‘검·경 수사권 조정 합의문의 취지에 따라 서로 협력하게 하고, 수사권이 국민을 위해 민주적이고 효율적으로 행사되도록 하려는 것’이라고 밝히고 있지만, 굳이 경찰 조서의 증거능력 활용을 강구하지 않고 오히려 검찰 조서를 경찰의 조서 요건과 같이 일률적으로 하향시킨 이유에 대하여는 설명하고 있지 않다. 다만, 형사소송법 개정 이전인 2019. 11. 14. 국가인권위원회 상임위에서는 검사작성 피의자신문조서의 증거능력을 인정하는 제312조에 대하여 밀실에서의 자백 진술 확보 중심의 수사를 유도하여 인권적 측면에서 바람직하지 않고, 피고인의 방어권 행사에 구조적으로 불리하며, 공판중심주의를 약화시킨다는 등의 이유로 검사 이외의 수사기관 작성 피의자신문조서와 증거능력 인정 요건 간 차이가 없도록 바람직하다는 의견을 낸 바 있다.

99) 2007년 형사소송법 개정으로 피고인 신문을 증거조사 이후로 순서를 변경하였으며, 교호신문제도의 도입(형사소송법은 제161조의2), 공판정 좌석 배치, 국민참여재판의 도입, 제314조 상 반대신문권의 명시 등을 들 수 있다. 한편, “형사소송법은 피고사건에 대한 실체심리가 공개된 법정에서 검사와 피고인 양 당사자의 공격·방어활동에 의하여 행해져야 한다는 당사자주의와 공판중심주의 원칙, 공소사실의 인정은 법관의 면전에서 직접 조사한 증거만을 기초로 해야 한다는 직접심리주의와 증거재판주의 원칙을 기본원칙으로 채택하고 있다. 이에 따라 공

법칙상 예외 규정들은 이러한 방향에 부합하도록 해석해 나가는 것이 바람직할 것이다. 2020년 형사소송법 개정 취지의 이면에는 공판중심주의적 재판운영을 위하여 피고인이 내용을 부인하는 경우 증거로 쓸 수 없도록 하면서 수사기관에서 취득한 피고인 진술의 원칙적 법정 혼출 방식은 제316조에 의한 조사자증언 임을 염두에 둔 것으로 보인다. 그렇다면 ‘강압수사 등 위법수사의 예방’이나 ‘검사 이외 수사기관의 신용성의 정황적 보장의 박약’을 이유로 제316조에 의한 조사자증언의 증거능력을 부정하거나 조서의 우회 수단으로 평가하는 것은 불합리한 측면이 있는 것이다.¹⁰⁰⁾

한편, 2020년 형사소송법 개정을 통해 조서의 증거능력이 제한됨으로써 증거 과잉의 문제도 해소되었다. 이에 따라 제316조에 의한 조사자증언이 본래의 입법 의도에 따라 제 기능을 할 수 있도록 하는 것이 바람직하다. 또한, 미국과 일본의 경우 피고인에게 불이익한 사실의 승인을 내용으로 하는 것인 때에는 전문법칙이 적용되지 않으며, 독일의 경우 피고인의 자백이 기재된 조서를 낭독의 방식으로 증거로 할 수 있도록 하고 있음에 비해, 우리나라의 경우 조서의 증거능력은 내용부인으로 증거로 할 수 없도록 하면서 조사자 증언에 의하더라도 특신상태 요건을 요구하고 있다. 비교법적으로도 보더라도 우리나라는 수사기관이 취득한 피의자 진술의 법정 혼출 방식에 대하여 피고인의 권리를 보다 적극적으로 보호하고 있다고 평가할 수 있을 것이다.

소가 제기된 후에는 그 사건에 관한 형사절차의 모든 권한이 사건을 주재하는 수소법원에 속하게 되며, 수사의 대상이던 피의자는 검사와 대등한 당사자인 피고인의 지위에서 방어권을 행사하게 된다”고 판시하여 최근에도 이를 분명히 한 바 있다(대법원 2020. 1. 30. 선고 2018도2236 전원합의체 판결).

100) 같은 취지로 사법정책연구원 앞 연구총서(2021-14), 363면 ; 조기영, 앞 논문(주16), 438면 ; 이상훈, “조사자증언에 관한 지정토론문”, 앞 결과보고서(주18), 9면 ; 정웅석, 앞 논문(주86), 66면 이하.

제 2 절 사법기관의 소극적 운용

우리나라의 증거법과 관련된 논의는 수사기관 작성 전문증거의 제한에 집중되어 온 면이 있다. 2007년 조사자증언의 명시적 입법 이후 법원 판례의 경향은 제316조의 특신상태에 대하여 적극적으로 검토하기 시작하면서 조사자증언의 본증 사용 가능성을 열어놓고 있지만, 특신상태를 판단하는 기준이 불명확하다는 점이 계속 지적되고 있다. 또한, 특신상태 판단 과정에서 증거능력의 판단이 아닌 피고인 진술 내용의 신빙성, 즉 증명력의 판단도 일부 이루어지고 있는데 이 역시 조사자증언의 본증 사용을 어렵게 하는 원인으로 지적되고 있다.

조사자증언의 증거가치의 면에 있어서는 조서나 영상매체와 달리 조사자의 기억력에는 한계가 있기 때문에 조사 당시 피고인의 진술 내용의 부정확성의 문제가 지적되고 있다. 또한, 조사 과정에서 유도된 신문이나 왜곡, 조사자의 확증편향에 의한 증언으로 인해 법관이나 배심원으로 하여금 잘못된 심증을 형성케 할 수 있는 위험도 제기되고 있다. 이러한 문제들은 조사자증언이 여전히 증거로 활용되는 것이 바람직한 것인지의 문이 들게 하고 있으며, 형사사법기관으로 하여금 조사자증언을 증거로 신청하거나 이를 받아들이는 것을 주저하게 만들고 있다.

1. 특신상태의 불명확성

가. 특신상태의 개념

조사자증언의 특신상태의 의미에 관하여 대법원은 “그 진술을 하였다는 것에 허위개입의 여지가 없고, 그 진술 내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있는 경우”라고 설명하고 있다.¹⁰¹⁾ 다

만, 일부 하급심에서는 “피고인의 진술이 법관의 면전에서 진술이 이루어진 것과 동일시 할 수 있는 정도로 객관성과 공정성을 담보할 수 있는 구체적인 외부적 상황 아래서 이루어졌음이 증명되어야 할 것”이라고 판시한 바도 있다.¹⁰²⁾ 제316조 제1항은 조사자증언의 증거능력 인정 요건으로 “그 내용이 되는 피고인의 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 때 이를 증거로 할 수 있다”고 규정하고 있다.

우리 형사소송법은 제312조 제4항(피고인 아닌 자의 진술을 기재한 조서), 제313조 제1항(진술서 등), 제314조(증거능력에 대한 예외), 제316조(전문의 진술)에서 증거능력 인정 요건으로 특신상태를 규정하고 있다. 다만, 대법원은 지금까지 특신상태 판단에 대하여 사안마다 여러 증거를 종합적으로 고려하고 있을 뿐 구체적인 판단기준을 제시하고 있지는 않고 있다. 헌법재판소는 과거 검사작성 피의자신문조서의 인정 요건인 특신상태에 대하여 개념의 불명확성을 지적한 바도 있는데, 이는 조사자증언의 특신상태에 대하여도 마찬가지로 적용될 수 있는 지적이다.¹⁰³⁾

나. 판례 분석

① 1961년 전문법칙 도입 이후 ~ 2007년

법원은 전문법칙의 도입 이후 조사자증언의 증거능력에 대하여 특신상

101) 대법원 2004. 4. 27. 선고 2004도482 판결, 대법원 2010. 11. 25. 선고 2010도8735판결, 대법원 1992. 3. 13. 선고 91도2281 판결, 1999. 11. 26. 선고 99도3786 판결, 2000. 3. 10 선고 2000도159 판결, 대법원 2006. 4. 14. 선고 2005도판결 등.

102) 서울동부지방법원 2010. 9. 2. 선고 2010고단758 판결, 부산지방법원 2009. 12. 24. 선고 2009노3477 판결, 부산지방법원 2009. 9. 11. 선고 2009고정1903 판결, 서울고등법원 2017. 4. 21. 선고 2016노3140, 광주지방법원 2012. 2. 2. 선고 2011고합252 판결 등.

103) 헌법재판소 2005. 5. 26. 선고 2003헌가7 결정 반대의견.

태, 즉 조사 당시 임의적인 환경에서 자백이 이루어지지 않았음을 기준으로 판시한 사례도 있으나,¹⁰⁴⁾ 대체로 형사소송법 제312조 제3항과 모순이라는 이유로 조사자증언의 증거능력을 배척하면서 특신상태에 대하여는 구체적인 판단을 하지 않고 있다.

<특신상태의 판단 없이 조사자증언의 증거능력 부정한 사례>

	사건번호
	내용
1	<p style="text-align: center;">대법원 1974. 3. 12. 선고 73도2123판결 [간통]</p> <p>증인A(이 사건을 경찰에서 조사한 경찰관)의 제1심법정에서의 증언들을 모두 피고인들이 경찰에서 피의자로서 조사를 받을 때 간통사실을 시인하더라는 것을 내용으로 하고 있는바 피고인들이 그 피의자신문조서의 내용을 인정하지 아니하는 이 사건에 있어서는 위 증언들을 믿지 아니한 원심판결의 조치는 정당하다고 할 것이다. 그 까닭은 피고인이 인정 아니하는 경찰의 피의자신문조서는 형사소송법 제312조 제2항에 의하여 증거능력이 없다고 하면서 그 조서 기재내용을 들었다는 증인의 증언을 취신한다는 것은 모순이기 때문이다.</p>
2	<p style="text-align: center;">대법원 1975. 5. 27. 선고 75도1089판결 [특수절도]</p> <p>피고인은 위 경찰에서의 진술사실 중 공판정에서의 진술과 배치되는 부분은 이를 부인하였으므로 피고인의 경찰에서의 자백한 내용을 증거로 할 수 없음은 형사소송법 312조 2항에 의하여 명백하다 (중략) 한편 이런 경우 조사 경찰관의 증언을 청취하여 이를 유죄의 증거로 할 수 있다면 형사소송법 312조 2항은 사실상 그 효력을 상실하는 결과가 되므로 이를 허용하지 아니함이 타당하다 할 것이다</p>
3	<p style="text-align: center;">대법원 1983. 6. 14. 선고 83도1011 판결 [절도]</p> <p>(증인 A의 증언은) 수사경찰관으로서 그 수사과정에서 피고인이 범행을 자백하게 된 경위를 진술한데 불과한바, 사법경찰관에 대한 피의자의 진술은 피고인이 공판정에서 그 내용을 인정한 때에 한하여 증거로 할 수 있다고 규정한 형사소송법 제312조 제2항의 취지에서 보아 수사경찰관으로서 수사경위를 진술한데 불과한 위 증언은 증거능력이 없다고 할 것이고...</p>
4	<p style="text-align: center;">대법원 2002. 8. 23. 선고 2002도2112 판결 [약사법위반]</p> <p>피고인을 검거하고 경찰에서 피고인에 대하여 피의자신문을 한 경찰관의 피고인이 경찰조사에서 범행사실을 순순히 자백하였다는 증언은 피고인이 경찰에서의 진술을 부인하는 이상 형사소송법 제312조 제2항의 취지에 비추어 증거능력이 없다.</p>

104) 대법원 1968. 11. 19. 선고 68도1366 판결.

	대법원 2005. 11. 25. 선고 2005도5831 판결 [살인]
5	조사 당시 피고인이 범행사실을 순순히 자백하였다는 취지의 법정증언이나 위 경찰관의 진술을 기재한 서류는, 피고인이 그 경찰관 앞에서의 진술과는 달리 범행을 부인하는 이상 형사소송법 제312조 제2항의 취지에 비추어 증거능력이 없다고 보아야 한다.
6	부산지방법원 2007. 6. 1. 선고 2006고합816 판결 [유기치사]

② 2007년 이후 : 특신상태를 부정하여 증거능력을 배척

2007년 조사자증언의 도입 이후 법원은 종래 제312조 제3항을 이유로 증거능력을 부정하던 입장을 자제하는 대신 제316조 제1항의 특신상태를 적극적으로 판단하고 있다. 특히, 제316조 제1항의 특신상태와 관련하여 법원은 “수사기관에서 피고인을 피의자로 조사한 조사자 증언의 증거능력이 인정되기 위하여는 조사 당시 피고인의 진술이 ‘법관의 면전에서 진술이 이루어진 것과 동일시할 수 있는 정도로 객관성과 공정성을 담보 할 수 있는 구체적인 외부적 상황’ 아래에서 이루어졌음이 증명되어야 할 것이고, 그 특신상태에 대하여는 검사가 입증하여야 할 것이다”고 설시하고 있다.

특신상태에 있어 법원이 고려하는 요소들을 구체적으로 들여다보면 수사기관의 강요 여부, 변호인이나 신뢰관계인(심신미약자 등의 경우)의 동석 여부 등 적법절차¹⁰⁵⁾ 등이 대표적임을 알 수 있다. 한편, 최근에는 영

105) 조서가 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것이 아니라는 점을 문제 삼아 조사 경찰관 증언까지도 그 증거능력을 부정할 수 있는지에 대한 논의가 있다. 이미 내용부인에 의하여 증거능력이 상실된 사법경찰관 작성 피의자신문조서의 증거능력이 살아나는 것도 아니므로 조서작성의 적법성을 들어 조사자 증언의 증거능력을 막바로 부정할 수는 없다고 본다. 다만, 조사자증언 진술 내용의 증명력 판단에 있어 낮은 판단은 감수할 수밖에 없을 것이다.

상녹화가 이루어졌는지를 특신상태의 판단기준으로 고려하고 있다(사례 B-3). 피고인이 진술에 이른 경위도 특신상태 판단의 고려 요소로 들고 있는데, 예컨대 새로운 증거가 발견되거나, 전문가의 소견을 들은 후 자백이 이루어진 경우 등 제3의 사정에 의한 자백이 이루어졌다는 사정은 조사 당시의 임의성을 인정할 수 있는 단서가 되지만(B-1, 2), 경찰관의 자백 유도나 잣은 회유, 대가 제공성 언급은 자백의 임의성을 감쇄하는 요소로 작용한다(사례 A-3, 5).

한편, 법원은 진술(변소)의 일관성, 구체성 등 진술 자체의 신빙성도 특신상태 판단의 요소로 삼고 있다(사례 A-1, 6, 7, 8). 특히, 피고인 진술의 신빙성을 조사자증언의 특신상태 판단에 적극적으로 고려하는가 하면 (A-6), 피고인이 일관되게 법정에서 혐의를 부인하고 있는 상황에서 이와 부합하는 조사 과정에서의 증거, 예를 들면 피고인의 자백과 배치되는 내용이 피의자신문조서에 기재되어 있다거나, 112 신고내역에 조사자증언과 배치되는 내용이 있는 경우 조사자증언의 증거능력을 부정한 사례도 발견된다(사례 A-6, 8).

<A. 조사자증언의 특신상태가 부정된 사례>

	사건번호 내용	비고
1	서울남부지법 2008. 7. 2. 선고 2007고단2471 피고인들이 자백하는 내용을 들은 조사자증언은 <u>피고인들의 변소가 구체적</u> 이고, 위장혼인에 대한 돈거래에 관하여 입증이 없는 점, 피고인이 <u>경찰관에게 자신들은 실제 부부가 맞다고 말하여도 무시하여 결국 자백에 이르게 된 것이라고 주장하고 있는 점</u> 등에 비추어볼 때 수사기관에서의 진술에 허위개입의 여지가 거의 없고 그 진술내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 만한 상태하에서 행하여졌다고 단정하기 어려우므로 증거능력이 없다	구체성, 신빙성
2	대법원 2012. 10. 25. 선고 2011도5459 [성폭력범죄의처벌및피해자보호 등에관한법률위반(13세미만미성년자강간등)] 원심은, 피고인을 조사하였던 경찰관 공소외인의 원심 법정진술은 '피고인이 이 사건 공소사실 기재와 같은 범행을 저질렀다'는 피고인의 진	자백의 경위,

	<p>술을 그 내용으로 하고 있는바, 이를 증거로 사용할 수 있기 위해서는 피고인의 위와 같은 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명되어야 하는데, <u>피고인이 그 진술 경위나 과정에 관하여 치열하게 다투고 있는 점</u>, 위와 같은 진술이 체포된 상태에서 <u>변호인의 동석없이 이루어진 점</u> 등을 고려해 보면, 피고인의 위와 같은 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌다는 점이 증명되었다고 보기 어려우므로, 피고인의 위와 같은 진술을 내용으로 한 공소외인의 당시 법정에서의 진술은 증거능력이 없다고 판단하였다.</p>	변호인 여부
3	<p style="text-align: center;">서울동부지법 2010고단758 [절도]</p> <p>피고인이 <u>당초 이 사건 범행을 부인하였다가 경찰관에게 여러 차례 범행을 시인하면 집에 갈 수 있는지를 물어 본 후 자백한 점</u>, 피고인이 <u>지구대에서 경찰서에 인계되기까지 상당한 시간이 경과된 점</u>, 피고인이 조사 당시 <u>변호인의 조력을 받거나 신뢰관계가 있는 사람이 동석하지 않은 점</u> 등 위 인정 사실에 나타난 제반 사정에 비추어 보면, 피고인의 당시 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명되었다고 보기는 어렵다 할 것</p>	자백의 경위, 변호인 여부
4	<p style="text-align: center;">전주지법 2010고합127 [현주건조물방화]</p> <p>피고인은 뇌병변 1급 및 지적장애를 가진 자로서 그 지적능력에 비추어 볼 때 외부 상황에 대하여 쉽게 위협을 느낄 수 있고 <u>언어표현을 통한 타인과의 의사소통에 어려움이 있다고 보이는 점</u>, 그럼에도 불구하고 피고인에 대한 경찰에서의 조사 당시 <u>신뢰관계 있는 사람이 동석하지 아니한 채 조사가 이루어진 점</u> 등을 종합하여 보면, 피고인의 위 진술이 ‘특히 신빙할 수 있는 상태’ 하에서 이루어졌다고 보기 어렵고...</p>	지적 능력, 변호인 여부
5	<p style="text-align: center;">2011. 4. 21. 선고 2011노117 [성폭력범죄의처벌 및 피해자보호등에관한법률위반(13세미만미성년자강간등)]</p> <p>피고인이 그 진술 경위나 과정에 관하여 치열하게 다투고 있는 점, 위와 같은 진술이 체포된 상태에서 변호인의 동석없이 이루어진 점 등을 고려.. (중략) 위와 같은 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌다는 점이 증명되었다고 보기 어려우므로..</p>	자백의 경위, 변호인 여부
6	<p style="text-align: center;">의정부지방법원 2016. 4. 19 선고 2015노3368 판결 [교통사고처리특례법위반, 도로교통법위반(음주운전)]</p> <p>'조사자 중언'의 증거능력이 인정되기 위해서는 원진술자인 피고인의 진술의 신빙성이 구체적이고 외부적인 정황에 의해 담보되어야 할 것이다. 살피건대, '○○에서부터 운전을 하여 왔다'는 피고인의 진술은 다음과 같은 사정에 비추어 볼 때 그 신빙성이 담보되지 아니한다.</p> <p>① 피고인에 대한 경찰 피의자신문조서에는 '○○ 앞에서부터 사고가 발생한 지점에 이르기까지 약 15km 구간을 운전한 것 같습니다'라고 기재가 되어 있으나, 피고인은 정식재판을 청구하였을 당시부터 이 법정에 이르기 까지 일관하여 (중략) 200m 내지 300m를 운전하였을 뿐 ○○에서부터 공</p>	피고인 진술의 신빙성, 제3자· 변호인

	<p>영주차장까지는 장의차로 이동하였다고 주장하고 있다</p> <p>② 원심 증인 C은 피고인이 ○○까지 장의버스를 타고 이동하였다고 진술하여 피고인의 주장을 뒷받침하고 있다.</p> <p>③ 피고인으로서는 경찰피의자신문조서에 '○○에서부터 사고발생지점까지 약 15km의 구간을 운전하였다'는 내용이 기재된 것을 간과하였을 수 있다.</p> <p>④ 피고인에 대한 경찰피의자신문조서 작성 당시 영상녹화가 이루어지지 않았고, 제3자가 동석하지도 않았으며 (중략) 원진술자인 피고인의 진술의 신빙성을 담보할 만한 정황이 나타나 있지 아니하다.</p> <p>원심 증인 B(조사자)의 법정진술은 피고인 본인의 진술이 아니기 때문에 형사소송법 제310조의 자백에는 포함되지 않는다 할 것이지만, <u>보강증거를 필요로 하는 피고인의 자백과 동일하게 보아야 할 성질의 것이기 때문에 보강증거 없이 위 B의 법정진술만으로 '피고인이 ○○에서부터 사고발생지점까지 약 15km의 구간을 운전한 사실'</u>을 유죄로 판단할 수 없다.</p>	여부
7	<p>대법원 2016. 11. 10. 선고 2016도13383 [살인]</p> <p>(1심) ① 피고인이 자백의 대가를 요구하여 이가 수감 중인 피고인을 위하여 영치금, 영치 물품을 반복적으로 넣어준 절, ② 0가 피고인에게 부산 일대의 살인 미제사건에 관한 자료를 제공한 절 등에 비추어 보면, 피고인이 이에게 한 자백진술이 '특히 신빙할 수 있는 상태' 하에서 행하여졌다는 점이 증명되었다고 보기 어렵고, 따라서 피고인의 자백진술을 내용으로 한 이 부분 진술은 증거능력이 없다.</p> <p>(2심) 증인 N의 법정진술 중 피고인의 자백진술을 내용으로 한 부분 또한 '특히 신빙할 수 있는 상태'가 증명되지 않아 증거능력이 없으며, (중략) 설령, 증인 N의 법정진술 중 피고인의 자백진술을 내용으로 한 부분에 관한 증거능력을 인정하다고 하더라도 아래와 같은 점에서 그 신빙성이 떨어져 이를 근거로 이 부분 공소사실을 유죄로 인정할 수는 없다.</p> <p>① 성인남성이라 할지라도 자신보다 키가 크고 짚은 성인남성의 허벅지 부위를 차서 바닥에 주저앉게 하기는 어렵다</p> <p>② 피고인도 술을 마신 상태인데, 전문적인 훈련을 받았다는 자료가 없는 피고인이 위와 같은 방식으로 범행할 수 있는지가 의심스럽다.</p> <p>③ 피고인이 거주지였던 동생의 집이 있는 R으로 가지 아니하고 술집 등이 밀집된 번화가를 지나 부둣가로 간다는 것은 납득하기 어렵다. 범행을 저지른 자가 통상적으로 할 수 있는 생각이나 행동이라고 보이지 않는다.</p> <p>④ 피고인의 자백진술은 아래 표와 같은바, 범행이 순식간에 일어난 일이고 많은 시간이 지났다는 점을 고려하더라도 일관성이 없다.</p>	자백의 경위, 신빙성
8	<p>대법원 2013. 9. 26. 선고 2013도8488 [강간상해]</p> <p>(1심 : 증거능력 인정, 2심 : 부정)</p> <p>(1심) 피고인이 판시기재와 같이 피해자를 강간할 의도를 가지고 피해자를 폭행하였다고 봄이 상당하다 라고 판시하여 조사자증언을 주된 근거로 강간의 범의를 인정</p>	변호인 여부, 신빙성

	(2심) ① 피고인에게 진술거부권과 변호인 선임권, 변호인 참여권이 있음이 고지된 다음에 이루어진 것인지를 명확하지 않다 ② 112신고사건 처리내역서'(증거기록 100쪽)에는 "여자가 옷이 빨가 벗겨진 상태로"라는 내용이 없어, 112신고 당시 피해자의 옷이 벗겨진 상태였음을 인정할 수 없다.	
--	---	--

<B. 조사자증언의 특신상태가 인정된 사례>

	사건번호 내용	비고
1	대구고등법원 2008. 11. 27. 선고 2008노293 [공직선거법위반] 피고인들에게 진술거부권과 변호인선임권이 있음을 고지하고 조사 도중에 적절하게 휴식 시간을 주면서 조사..(중략)...긴급체포된 후 그날 오후부터 다음날 새벽 1시경까지 1회 경찰 피의자신문을 받았으나 그 후 충분히 수면을 취하고 그 다음 피의자신문부터는 주간에 조사를 받았으며... (중략)...담당 검사와의 면담을 원하여 조사경찰관들이 배제된 상태에서 대구지방검찰청 영덕지청의 담당 검사와 면담하였는데 당시 '불편한 점이 없었느냐'는 담당 검사의 질문에 피고인들은 경찰의 회유나 협박이 있었다, 불편한 점이 있다는 등의 이야기를 한 적이 없었고, 피고인들은 처음부터 범행을 자백한 것이 아니라 피고인 1의 집에 대한 압수수색 결과 장롱 위에 떠자로 묶인 100만 원 묶음 15다발이 발견되자 그때부터 자신들의 범행을 자백하기 시작하였으며...경찰관 공소의 5도 입암면이 고향으로 위 피고인 아들의 중학교 후배인 젊 등에 비추어 볼 때, 경찰에서 피고인들이 금품 수수 사실을 자백하는 내용의 진술을 한 것은 그 진술에 허위개입의 여지가 거의 없고 그 진술내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 만한 상태에서 행하여졌다고 보인다	변호인 여부, 자백의 경위, 피고인 과의 관계
2	서울고등법원 2009. 9. 3. 선고 2009노822 (대법원 2009. 12. 24. 선고 2009도9452 판결) [살인, 살인미수 등] 피고인을 조사한 경찰관들은 피고인에게 진술거부권과 변호인선임권이 있음을 고지하고 조사 도중 적절하게 휴식시간과 식사시간을 주면서 조사한 사실...야간조사를 받기는 하였으나 이는 위 피고인이 심야 조사를 받는데 동의하여 이루어진 것으로...충분한 수면을 취한 후 범행 내용을 자백한 사실...이 사건 범행 동기나 범행 후의 정황 등에 관하여 경찰관으로서는 알 수 없는 내용에 대한 것까지도 자발적이고 구체적으로 진술한 사실...피고인이 경찰에서 한 자백은 허위개입의 여지가 거의 없고 그 진술 내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 객관적인 정황도 있는 경우에 해당한다고 할 것이다.	변호인 여부, 자백의 경위 · 동기
3	울산지방법원 2020. 8. 28. 선고 2020고합49 [아동학대범죄의처벌등에관한특별법위반(아동학대치사), 아동복지법위반(아동학대)]	영상 녹화,

	<p><u>충분한 수면과 휴식을 취한 상태에서 2회 조사를 받은 것으로 보이는 점</u>, 피고인의 동의 하에 조사 과정 및 진술 내용에 대해 <u>영상녹화가 이루어진 점</u>(증거기록 제207쪽), 피고인은 영장 담당 판사 앞에서 2회 조사에서 진술한 바와 같이 범행을 모두 인정한 것으로 보이는 점, 피고인의 주장에 의하더라도, <u>진술을 변경한 과정에서 이여청이 의사의 객관적 소견을 말해 준 것 외에는 피고인에게 자백을 강요하거나 겁박한 정황은 없는 것으로 보이고</u>, 진술변경은 피고인이 오직 스스로 자유롭게 판단한 것으로 보이는 점...</p>	자백의 경위
--	--	--------

법원은 ‘객관성과 공정성을 담보할 수 있는 구체적인 외부적 상황’이었는지를 확인하기 위하여 진술 내용의 일관성 및 구체성 유무 등을 고려하기도 하며, 조사자증언의 증거능력을 인정하면서 ‘경찰관으로서는 알 수 없는 내용에 대한 것까지도 자발적이고 구체적으로 진술한 사실’ 등 자백의 정황이나 동기 등도 고려하고 있는 것을 알 수 있다(B-2). 한편, “자백 진술을 내용으로 한 부분에 관한 증거능력을 인정한다고 하더라도 아래와 같은 점에서 그 신빙성이 떨어져 이를 근거로 이 부분 공소사실을 유죄로 인정할 수는 없다”고 하여 특신상태와 신빙성 판단을 함께 설시하는 사례도 있다(A-6). 한편, 조사자증언이 이루어지는 대상 죄명은 살인, 강도, 강간, 유기치사, 아동학대 등 강력범죄에서 주로 이루어지고 있는 것을 알 수 있다. 이와 같은 범죄 유형은 초기에 CCTV나 다른 물적증거와 같은 명확한 증거가 수집되지 못한 경우, 수사과정에서 주로 피고인의 자백이 결정적인 증거로서 역할을 하고 있기 때문으로 해석할 수 있다.

다. 검토

1) 특신상태에 대한 예측 가능성

과거 검사작성 피의자신문조서에 대하여 ‘특신상태’를 요건으로 증거능

력을 인정할 수 있도록 한 구 형사소송법 제312조 제1항이 명확성의 원칙에 위배되어 피고인의 공정한 재판을 받을 권리 등을 침해하는지에 관하여 헌법재판소는 피고인의 방어권 행사가 곤란하게 된다고 보기 어렵다고 보아 합헌 결정을 내린 바 있다.¹⁰⁶⁾ 다만, 보충의견(2인)은 특신상태의 불명확성에 관한 논란이 계속되고 있는 만큼 요건을 좀 더 구체적으로 명확하게 규정하는 입법 조치가 필요함을, 반대의견(4인)은 ‘특신상태’의 모호성으로 인해 명확성의 원칙을 충족시켰다고 보기 어렵다고 보았다. 특히, 반대의견은 ‘특히 신빙할 수 있는 상태’라는 법문언은 의미를 확정하기 어려운 모호성을 내포하고 있으므로 가중요건으로서 변호인의 참여 요구권에 대한 고지 절차 등 증거능력 부여 요건을 명확히 하는 등의 입법형성 의무가 있다고 보았다. 다만, 이에 대하여 다수의견은 특신상태의 인정 여부는 ‘그 진술이 행하여진 당시의 제반 사정을 종합적으로 고려할 수 있는 재판의 영역’으로 ‘공판정에서의 피고인의 진술과 검사 앞에서의 진술을 비교하여 어느 것이 더 신빙성 있는지를 판단하면 되는 것’이라고 하여 법관의 자유 심증에 의한 재판의 영역으로 보았다.¹⁰⁷⁾

생각건대, ‘신용성의 정황적 보장’의 의미는 ‘그 진술 또는 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 때’라고 보는 것이 학계 다수의 견해로 어느 정도 확립이 되어 있으며¹⁰⁸⁾, 대법원 역시 ‘허위개입의 여지가 거의 없고, 진술 내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황’이라고 일관되게 정의해오고 있다. 특신상태 판단 시 고려되는 요소들에 대하여 어느 정도 예측이 가능한 점¹⁰⁹⁾, 2007년 개정 형사소송

106) 헌법재판소 2005. 5. 26. 선고 2003헌가7 전원재판부.

107) 특신상태는 소송법적 사실로서 자유로운 증명이 가능하므로 증거능력 없는 증거에 의한 증명도 가능하고 엄격한 증거조사는 불필요하나, 그 입증의 정도는 “단지 그러한 개연성이 있다는 정도로는 부족하고 합리적인 의심의 여지를 배제할 정도에 이르러야 한다”고 보고 있다. 대법원 2012. 7. 26. 선고 2012도2937 판결, 대법원 2017. 7. 18. 선고 2015노12981판결 등.

108) 신동운, 앞의 책, 1179면, 이주원, 앞의 책, 526면 등.

109) 형사소송법 제316조 제1항과 관련하여 조사자가 아닌 제3자 증언의 특신상태

법은 ‘특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 때’라고 하여 특신상태의 증명책임을 검사에게 부여한 점¹¹⁰⁾ 등을 고려하면 특신상태 요건이 명확성의 원칙에 위배 될 정도의 위현성을 가진다고 보기는 어렵다고 본다. 다만, 위와 같이 특신상태를 법원 판례를 통해 구체화하는 것보다는 미국의 연방증거규칙과 같이¹¹¹⁾ 전문증거의 신용성을 보장할 수 있는 상황들을 열거하는 방식도 고려할 필요가 있다.

2) 진술 내용의 신빙성 판단 문제

법문상 특신상태에 관하여 ‘진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행해진 때’라고 규정하고 있음에도 앞에서 살펴본 바와 같이 법원은 특신상태를 판단함에 있어 진술의 임의성에 대한 정황적인 보장뿐만 아니라 원진술자의 진술 내용에 대한 신빙성에 대하여도 판단을 하고 있다. 이 같은 판례의 태도에 대하여 일부 학자들은 증명력의 단계에서 판단하여야 할 요소를 증거능력 단계에서 판단하는 것으로 바람직하지 않다고 지적한다.¹¹²⁾ 증거능력 단계에서는 원진술이 행하여진 상황이 변호인의 참

판단기준이 다양하게 축적되어 있는 만큼, 적법절차 준수와 같은 조사자증언에 국한된 요소 외에는 일반 제3자 증언의 특신상태 판단기준을 적용할 수 있을 것으로 보인다.

- 110) 기준에는 “특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 때”라고 규정하고 있었으나, 2007년 형사소송법 개정을 통하여 특신상태의 입증책임이 검사 측에 있음을 명확히 하였다.
- 111) 연방증거법 제803조, 제804조, 제807조에서는 전문법칙의 예외를 규정하고 있다. 제803조는 증인이 법정에서 진술할 수 있는 경우이고, 제804조는 증인이 법정에 나올 수 없는 경우에 대하여 규정하고 있으며, 제807조는 제803조와 제804조에 포함되지 않는 나머지 전문증거 중 ‘신용성이 동등하게 보장되는 경우 (equivalent guarantee of trustworthiness)’ 증거를 예외적으로 규정하고 있다.
- 112) 정웅석, “형소법상 특신상태의 필요성에 대한 비판적 고찰”, 저스티스 제138호, 한국법학원, 2013, 307면 ; 김정한, “형소법상 특신상태의 의미와 개념 요소 및 판단기준에 관한 소고”, 비교형사법연구 제16권 제1호, 한국비교형사법학회, 2014, 547면 ; 한연규, “사법경찰관의 조사자 증언과 수사상 진술의 증거 활용”, 형사법의 신동향, 제60호, 대검찰청, 2018, 244면 ; 사법정책연구원 앞 연구총서 (2021-14), 382면 이하.

여나 조사 과정의 위법, 예를 들면 매일 소환하여 같은 질문을 반복하였는지 등 조사 과정 전반의 ‘신빙할만한 상황이었는지 여부’를 따져보는 작업으로 충분하고, 거기에서 더 나아가 원진술의 내용이 신빙성이 있는지 여부를 따지는 것은 증거능력과 증명력의 구분을 모호하게 하므로 적절하지 않다는 것이다. 또한, 증명력 판단에 앞서 증거능력 단계에서 진술 내용의 신빙성을 적극적으로 판단함으로써 증거능력 인정을 보다 어렵게 만들고 있다고 한다.¹¹³⁾

하지만, 진술의 일관성 및 구체성은 특신상태 판단에 있어 진술 당시의 임의성 등을 판단하기 위한 요소임을 부정하기 어렵다.¹¹⁴⁾ ‘특히 신빙할만한 상태하에서 행해진 때’의 문언적 의미는 일견 진술 당시의 상황(circumstance)이 진실을 말할 만한 상황이었는지에 대한 것으로 해석된다. 다만, 진실을 말할 만한 상황인지에 대한 판단, 즉 진술의 임의성 판단은 진술 내용(content)에 관한 검토를 배제하고 이루어지기는 어렵기 때문이다. 결국, 진술을 말한 외부적 정황이 갖추어지지 않은 상태에서는 진술이 일관되지 않거나 문맥상 오류가 있는 등 진술 내용에 영향을 미칠 수밖에 없다. 진술 당시의 강요 등 강압 수사 등의 정황은 진술 내용을 통하여 추론할 수 있는데, 특신상태를 부정하는 판시내용들을 살펴보면 주로 ‘진술 내용의 일관성이나 구체성에 의심’이 들기 때문에 ‘임의성을 인정하기 어렵다는 이유’로 특신상태를 부정하고 있는 것을 알 수 있다.¹¹⁵⁾

113) 원진술 내용이 신빙성이 없기 때문에 그 진술이 행해진 때의 상황이 신빙할만하지 않다는 것은 판단 순서가 거꾸로 된 것일 뿐만 아니라, 내용이 신빙성이 없다면 그 자체로 죽한 것이지 굳이 전 단계로 돌아가 그 원진술이 행해진 상황이 신빙할만한지 아닌지를 따지는 것은 무의미하기까지 하다는 지적으로는 한제희, “한국식 형사증거법의 실태와 고민”, 한국형사소송법학회, 형사소송 이론과 실무 제12권 제2호, 2020. 12, 287면.

114) 박성민, 앞 논문(주42), 241면 이하.

115) 구체적으로는 “원진술자의 진술내용에 전혀 일관성이 없고...(중략)...그러한 진술 내용에 허위개입의 여지가 거의 없고, 그 진술 내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있다고 보기 어렵다”고 판시하였다. 대법원 2014. 4. 30 선고 2012도725 판결, 대구고등법원 2015. 8. 11 선고 2014노324 판결 등.

다른 한편으로는 실무상 특신상태 판단은 보통 조사자를 증인으로 채택하여 증거조사 과정에서 증인의 신문과 피고인의 반대신문을 거치면서 법관이나 배심원들이 자유심증을 형성하는 단계에서 이루어진다. 따라서 진술의 임의성 판단을 위한 진술 내용의 일관성, 구체성 등에 대한 판단은 부득이한 측면이 있는 것이다.¹¹⁶⁾

특신상태 판단에 있어 부득이 진술 내용의 신빙성을 판단하더라도 그 판단의 정도는 ‘신용성의 정황적 보장’에 대한 1차적 신빙성 판단으로 보아야 한다는 견해가 있다.¹¹⁷⁾ 구체적으로는 ‘그 증거가 다른 증거들과 함께 평가되고 음미될 수 있을 정도의 자격이 있는지를 심사하기 위한 낮은 단계의 신빙성 평가 기준’이 적용되어야 한다는 것이다. 우리 형사소송법은 증거능력과 증명력 판단을 구분하고 있으며,¹¹⁸⁾ 특신상태 판단 단계에서의 판단이 증거의 신빙성에 대한 증명력 판단으로 귀결된다면 증거능력 인정의 판문을 지나치게 좁게 만들거나 오히려 증거가치를 과대평가하게 만들 수 있다는 것이다. 그러나, 일반적으로 법원은 조사자를 증인으로 채택하여 증거조사 단계에서 증거능력과 증명력을 함께 판단하고 있으며, 증거능력과 증명력 판단의 주체가 분리되지 않은 현행 소송 구조화에서 신빙성 판단의 단계를 구분할 실익은 낫다고 생각한다.

116) 실제로 미국이나 영국에서 전문법칙의 예외 인정 요건들을 보면 많지는 않지만 내용(content)도 전문법칙의 예외 심사의 대상에 포함하고 있는 점을 밝히고 있다. 특히, 미국 연방대법원은 ‘신용성의 보장’에 대하여 고려하는 요소로 ① 진술의 자발성 및 일관성 ② 허위진술의 동기 여부 ③ 원진술자가 증언하지 못하는 이유 ④ 유도신문이나 부당한 영향에 의하여 진술이 이루어진 것인지 ⑤ 원진술자가 진술내용에 대하여 알고 있는 정도 ⑥ 진술의 상대방 ⑦ 진술이 이루어진 시기 등을 고려사항으로 하여야 한다고 판시하고 있고, 연방형소법원은 그 외에도 원진술이 선서하에서 이루어졌는지, 원진술자가 진술을 번복한 적이 있는지, 원진술자가 신뢰성이 없다는 다른 증거가 있는지 여부 등을 고려하여야 한다고 판시한 바 있다. 한웅재, “미국법상 전문법칙의 의의와 예외 - FRE를 중심으로”, 형사법의 신동향 8권, 2007, 제146면.

117) 정웅석, 앞 논문(주112), 313면 ; 박성민, 앞 논문(주42), 259면.

118) 형사소송법상 증거능력 인정에 있어서는 엄격한 증명을 요하나(제307조, 제309조 이하), 증거능력 있는 증거에 대한 증명력 판단은 법관의 자유로운 판단에 의하도록 하고 있다(제308조).

2. 낮은 증거가치 평가 논의

공판중심주의가 강조될수록 구두주의와 직접, 변론주의에 부합하는 증거방법인 조사자증언은 조서 등 수사기관의 다른 증거방법에 비하여 우량한 증거로 평가되고 있다. 하지만, 실제 요증사실을 증명하는 힘, 즉 증거가치에 있어서는 조사자증언의 증명력을 신중하게 평가하여야 한다는 견해도 발견된다. 이러한 견해는 제312조 제3항이 수사기관의 고문 등 인권침해를 방지하기 위한 윤리적 목표를 추구하므로, 그 입법 취지를 고려하여 조사자증언의 증명력 평가에 있어 신중을 기하여야 한다거나,¹¹⁹⁾ 조사자증언에 대하여 그 증거가치를 제한하기 위하여 보강증거 또는 영상녹화를 통한 보완이 필요하다고 본다.¹²⁰⁾

우리나라는 직권주의적 형사소송구조를 바탕으로 수사기관의 전문조서를 원칙적인 증거방법으로 사용해온 까닭에 법원은 수사기관에서 생성된 증거방법에 대하여 엄격하고 보수적인 입장을 취할 수밖에 없었던 측면이 있다. 물론 증거능력이 인정되는 증거에 대하여 법관은 자유심증에 따라 증명력 판단에 있어 어떠한 구속도 받지 않지만¹²¹⁾ 수사기관에 대한 법원의 견제 역할이 중요했던 우리나라의 경우, 피고인이 범행을 부인하는 사건에서 오로지 자백 이외에는 객관적인 증거가 없거나 정황증거 등을 고려하더라도 합리적 의심을 배제하기 어려운 경우에는 '의심스러울 때는 피고인에게 유리하게'(In Dubio Pro Reo) 원칙에 따라 무죄를 선고하는 것이 오히려 정의와 실체진실발견 요구에 부합하는 결론이었을

119) 독일에서 직접주의에 따라 조사자증언의 증거능력을 인정하더라도 2차적 증거에 해당하므로 그 증명력 낮게 평가하고 있다고 한다. 같은 취지로는 조기영, 앞 논문(주16), 441면.

120) 조사자증언 진술의 증거가치를 요증사실의 직접 증명이 아니라 간접적으로 추인하게 하는 정도로 제한하는 것을 고려해 볼만 하다는 견해로 박성민, 앞 논문(주42), 255면.

121) 다만, 그 판단은 논리와 경험법칙에 합치하여야 하고, 형사재판에 있어 유죄로 인정하기 위한 심증형성의 정도는 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도여야 한다.

것이다.

다만, 현시점에서는 수사기관이 사용하여 온 주된 증거방법이 제한됨에 따라 오히려 적극적 실체진실발견에 지장을 우려하는 목소리가 높다. 그리고 앞서 본 바와 같이 실무상 조사자증언에 대한 증거능력 및 증명력 판단은 증거 채부 단계를 거쳐 증거조사 이후에 자유심증에 의한 신빙성 판단이 이루어지는 것이 아니라 일단 증거조사를 거친 후 증거로서의 신용성과 증명력 판단이 함께 이루어지는 경향이 있다. 그 결과 조사 과정의 임의성에 의심이 들면 증거능력을 배척하기도 한다. 증거로서의 신용성 판단과 증거 자체의 신빙성 판단이 중첩적으로 이루어지는 것이다. 또한, 자백에 해당하는 증언 내용에 대하여는 자백배제법칙을 적용하여 보강증거를 필요로 하고 있는 점을 고려하면¹²²⁾ 별도로 조사자증언에 대하여 낮은 증명력에 관한 법리를 논의할 필요까지는 없다고 생각한다.

122) 신상현, 앞 논문(주17), 318면 ; 한편, 법원은 조사자증언의 내용 중 피고인의 자백에 해당하는 내용에 대하여는 자백배제법칙이 적용된다고 판시하고 있다. (의정부지방법원 2016. 4. 19 선고 2015노3368 판결, 대법원 2008. 2. 14. 선고 2007도10937 판결 등).

제 3 절 조사자 기억의 부정확성 및 확증편향

1. 조사자 기억의 부정확성

조사자증언의 증거가치에 있어 가장 문제시되는 것은 과연 조사 경찰관이 법정에서 피고인의 진술 등을 정확히 되살려 진술할 수 있느냐 하는 것이다. 경찰관들을 상대로 한 설문조사 결과에 따르면 사건을 검찰에 송치한 이후 법정 증언에 이르기까지의 6개월 이상 경과 된 비율이 약 50% 이상으로 나타난 바 있다.¹²³⁾ 한편, 1년간 경찰서의 수사부서 조사관 1인이 처리하는 사건 수는 지역에 따라 편차가 있으나 평균적으로 약 120건에 이르고 있다. 조사자에게 이들 사건에 대한 피고인들의 진술 내용이나 조사 당시 정황을 수개월 뒤 법정에서 정확히 진술할 것을 기대하기는 어려울 것이다. 다수의 학자들은 이점을 지적하며 조사자증언의 실효성에 대하여 의문을 제기하고 있다.¹²⁴⁾

더군다나 2021년 형사소송법 개정에 따라 검찰이 직접 수사할 수 있는 범위가 6대 범죄로 축소됨에 따라 향후 경찰의 수사 부담은 더욱 증가할 것으로 예상된다. 실제로 수사권 조정 이후 현황을 분석한 보고서에 따르면 경찰이 처리한 사건당 평균 처리 기간이 형사소송법 개정 이전에는 평균 55일 내외였으나 2021년 이후 65일로 증가한 것으로 나타났다.¹²⁵⁾

123) 2010년 1,612명을 대상으로 법정증언 내용에 대한 기억과 환기에 대한 설문조사를 실시하였다. 사건 송치 후 법정증언 시의 간격에 대하여 6개월 이상이 38%, 1년 이상이 15.7% 경과된 이후에 법정증언을 한 것으로 나타났다. 실제로 경찰관들이 법정 증언에 있어 가장 큰 애로사항은 ‘기억 곤란’으로 꼽으며 (58.4%), KICS나 수사기록을 통해 기억을唤起할 필요가 있다는 의견을 제시하였다. 이기수, “경찰관 법정증언의 실태와 개선방안”, 2012, 526면.

124) 조사자 기억의 부정확성, 반대신문으로 임의성과 적법성을 다투는 것이 피고인에게 전혀 유리한 방법이 아니므로 법 개정처럼 피의자신문조서를 법정에서 낭독하게 하는 것이 낫다는 견해로는 김희균, 앞 논문(주25) 123면.

125) 「경찰서 수사부서 업무진단 표준모델 개발에 관한 연구」 - 동국대학교 산학협력단, 경찰청 국가수사본부 연구용역 보고서 85면 이하.

또한 1명의 수사관당 연간 적정 처리 건수는 37.7건으로 나타났는데 지역마다 치안 수요의 차이가 있는 점을 고려하더라도 1년간 적정 처리건수의 3~4배나 많은 사건을 처리하고 있는 것이다. 이와 함께 경찰이 수사종결권을 갖게 됨에 따라 보다 높은 수사역량을 요구받고 있으며, 수사 절차적인 부분에 있어서는 수사기록의 등사, 검찰의 불기소장에 해당하는 불송치결정서 등 새로운 서류작성의 증가, 수사 심사체계 도입에 따른 각종 절차, 상급기관 보고 등 일선 경찰 수사의 업무량은 상당히 가중되고 있는 실정이다.

이러한 업무부담의 증가는 사건 처리의 자연뿐만 아니라 일선 경찰관들이 수사부서를 기피 현상으로 이어지고 있다. 지난 2021년 3월 실시된 설문조사에서는 수사부서에 근무하는 경찰의 만족도(30.3%)가 비수사부서 경찰의 만족도(69.3%)보다 현저히 낮은 것으로 나타났고, 수사부서에 근무하는 경찰관의 불만족 이유의 1위는 업무량(40.5%)라는 조사결과도 있었다.¹²⁶⁾ 이러한 문제는 사건 처리의 자연에 따른 일반 국민의 피해를 야기할뿐만 아니라 수사 내용의 질적 저하로 귀결될 수밖에 없다. 이러한 문제에 대한 대안으로 최근 경찰청은 일선 경찰서 수사부서의 활성화를 위하여 승진이나 고과, 포상 등 인센티브를 부여하는 내용의 종합 대책을 마련하여 시행 중에 있으나, 근본적인 해결책은 1인당 업무량을 꾸준히 유지하는 것이다. 최근 수사 경력자의 수사부서 이탈에 따라 그 빈 자리를 신입 경찰들이 채우고 있는 실정인데, 향후 수사관들이 전문성을 유지하면서 장기간 수사부서에 근무하도록 하기 위해서는 사건의 절대량을 줄여나가거나 불필요한 절차 등을 생략하는 등 획기적인 개선방안을 마련하는 것이 절실하다.

126) “수사권 독립만세’ 소리는커녕…수사부서 탈출하는 경찰, 왜” (21. 7. 14, 중앙일보) <https://www.joongang.co.kr/article/24104917>. (마지막 접속일: 2023. 1. 17.). “경찰 “온갖 잡무 떠안은 꿀”……쌓여가는 사건에 수사부서 꺼린다”(22. 12. 18, 서울신문), <https://www.seoul.co.kr/news/newsView.php?id=20221219005007>. (마지막 접속일: 2023. 1. 17.).

2. 기억의 왜곡 및 확증편향의 위험

한편, 조사자의 확증편향 및 기억의 의도적 왜곡 또한 조사자증언의 한계로 지적되고 있다. 수사 착수 시에는 범죄혐의가 있다는 수사기관의 판단이 전제되며, 착수 이후에는 범죄혐의에 대한 가설 형성 및 확증 과정을 거친다. 조사자로서는 이 과정에서 피의자에게 범죄혐의가 있다는 최초의 판단을 바탕으로 그에 부합하는 정보만을 선별적으로 수용하는 경향이 있는데, 조사자는 이러한 확증편향을 가진 채로 법정에서 증언할 위험이 있는 것이다.¹²⁷⁾ 또한, 조사자는 기억이 부정확함에도 본인이 처리한 사건이 재판에서 검사와 피고인이 유, 무죄를 다투고 있는 이상 유죄판결을 받아내고자 할 유인이 강할 수 있으며 그에 따라 의도된 왜곡 증언을 할 가능성도 있다. 위증의 부담이 이러한 의도된 왜곡을 어느 정도 제어할 수는 있겠으나, 조사자가 입는 불이익에 비해 사건을 처리함으로써 얻는 이익 및 위증의 빨간 가능성을 종합적으로 고려하여 위증을 선택할 여지도 있다.

조사자가 확증편향에 따르거나 의도적으로 왜곡된 진술을 하는 경우 피고인·변호인이 반대신문을 통하여 조사자의 증언을 탐핵하는 것은 무의미해지는 결과를 낳는다. 브랜던 L 게릿의 저서 ‘오염된 재판’에서는 피의자에게 다양한 신문기법과 유도성 질문, 유죄협상 등의 과정에서 경찰이 의도하였건 의도하지 않았건 범행에 대한 사실을 노출함으로써 거짓 자백을 받아내고 법정에서 경찰관의 증언을 통해 현출되는 일련의 과정을 설명하고 있다. 특히, ‘피고인의 자백은 피고인에게 대단히 불리한 증거 중 가장 유력하고 위험한 증거’로서 조사 과정에서 조사관에 의하여 주입된 정보를 토대로 피고인이 자백하는 경우, 법정에서 이를 찾아내는 것은 쉽지 않다고 설명하고 있다.¹²⁸⁾

127) 이상원, “휴리스틱과 검사의 인지편향”, 형사정책 제29권 제3호, 한국형사정책 학회, 2017, 231~232 ; 홍진영, 앞 논문(주27), 218면 ; 사법정책연구원 앞 연구총서(2021-14), 322면, 392면 참조.

특히, 위와 같은 위험은 미성년자나 노약자, 심신장애인 등 자신의 입장 을 제대로 표현하지 못하거나 사회·경제적 약자로서 법률적 지식이 부족 한 경우, 변호인의 조력을 받을 여건이 안되는 피의자에게 발생할 가능성 이 높다. 오편의 사례들은 대부분 이러한 사회·경제적 약자들이 자신의 방어권을 제대로 행사할 수 없는 상태에서 발생한 것으로 나타났는데, 과거 우리나라의 경우에도 이러한 사례는 종종 발생하여 왔다. 영화 ‘살인의 추억’의 모티브가 되었던 ‘화성 연쇄살인 사건’, 영화 ‘재심’의 모 티브가 되었던 ‘약촌오거리 살인사건’, 지적 장애인인 피의자에 대한 폭 행과 자백 강요가 문제 되었던 ‘삼례 나라슈퍼 사건’과 ‘낙동강변 살인사 건’ 등의 공통점은 대상자(사법피해자)들이 미성년자이거나 소아마비, 지 적장애인 등 사회·경제적 약자들이었으며 변호인의 조력을 제대로 받지 못하였다는 점이다. 더군다나 이들 일부는 수사과정에서 물고문과 폭행 등으로 인해 허위자백을 했다고 공판정에서 주장했지만 대법원에 이르기 까지 이러한 주장이 받아들여지지 않아 결국 유죄판결을 받았고 10~20 년간 옥살이를 하였다. 최근에야 재심이 진행되어 억울한 누명을 벗게 되었지만 이와 같은 사례는 수사과정에서 강요 등에 의한 허위자백의 위 험성을 여실히 보여준다.¹²⁹⁾

한편, 수사과정에서의 허위자백은 조사 과정에서의 강요나 가혹행위 등 이 아닌 회유나 장시간 조사 등에 의하여도 이루어질 수 있다.¹³⁰⁾ 2007

128) 브랜던 L 게릿, 「오염된 재판」, 한겨레 출판, 42면, 76면.

129) 1995년부터 2012년 8월까지 1심에서 유죄판결을 받았지만 2심에서 무죄를 선 고받은 강력범죄 분석대상 540건을 전수조사한 연구결과에 따르면, 이중 180건 (31.5%)에서 자백 진술을 한 것으로 나타났으며 110건(20.4%)은 피고인이, 60 건(11.1%)은 공범이 자백한 것으로 나타났다. – 김상준, “무죄판결과 법관의 사 실 인정에 관한 연구”, 서울대학교 법학대학원 박사학위 논문, 2012, 108면 이 하 ; 한편, 형사사건에서 피의자가 자백하는 비율이 한국은 90%인데, 이는 영 국(60%)이나 미국(45%)의 두 배 가까운 수치이다.

130) 1990년 이후 주요 허위자백 사례 46건을 선별해 분석한 연구결과에 따르면, 1990년대엔 고문과 폭행 등 물리적 행사가 허위자백 원인의 절반을 차지했으나 2000년대 들어서는 협박, 기망, 회유, 장시간 조사 등이 큰 비중을 차지하고 있는 것으로 나타났다. 이기수, “형사절차상 허위자백의 원인과 대책에 관한 연구”, 서울대학교 대학원 박사논문, 2012. 2, 230면 이하.

년 경기 수원에서 발생한 10대 소녀에 대한 폭행치사 혐의에 대하여 가출청소년들이 피의자로 지목되어 1심에서 각 징역 2~4년의형을 선고받았다. 그러나 항소·상고심은 ”피고인들의 자백이 ‘자백하면 선처하겠다는’ 경찰의 회유에 따라 허위자백을 한 것으로 보이고 물증이 전혀 없다”고 보아 이를 파기 환송한 바 있다.¹³¹⁾ 최근에는 마약 사건 수사과정에서 경찰 수사에 협조했다는 취지의 양형 참고자료를 별건 재판에 제출해주는 대가로 허위자백을 받아낸 경찰관이 재판에 넘겨지기도 했다.¹³²⁾ 이처럼 허위자백은 수사기관의 강압이나 가혹행위뿐만 아니라 회유나 신문기법 등에 의하여 피의자가 자백을 하는 것이 범행을 부인하는 것보다 유리하다고 판단되면 자백의 의사결정을 내리기도 하는 것을 알 수 있다. 또한, 허위자백은 수사기관에 의하여만 이루어지는 것도 아니다. 최근, 마사지사를 강제 추행한 혐의로 1심에서 유죄를 선고받은 피고인이 항소심에서는 1심에서의 자백이 국선변호인의 설득에 의한 것으로 밝혀져 무죄판결을 받은 사례도 있었다.¹³³⁾ 이러한 오판의 위험을 예방하기 위하여는 피의자를 심리적으로 억압하는 방식의 신문방식이나 회유, 자백 유도 등의 수사기법이 무고한 피의자의 허위자백을 이끌어낼 수 있는 잠재적 위험이 있다는 것을 인정하고, 사법당국이 이를 막을 수 있는 제도적 장치와 내부 교육에 관심을 기울이는 것이다.

131) 대법원 2010. 7. 22 선고 2009도1151 판결.

132) “허위 자백받고 수사 정보도 몰래 유출…현직 경찰관 기소” (2022. 12. 20. 연합뉴스), <https://www.ytn.co.kr/view/AKR20221220060400065?input=1195m>.(마지막 접속일: 2023. 1. 17.).

133) 1심 재판을 받을 때 ‘모든 것을 자백하는 것이 좋다’는 국선변호인의 설득에 허위로 진술했다고 털어놨다. “국선변호사 설득에 허위자백했다 127일간 옥살이” (연합뉴스, 2015. 10. 4) <https://www.ytn.co.kr/view/AKR20151003033000004>. (마지막 접속일: 2023. 1. 17.).

제 4 절 수사 실무상 유인 부족

1. 대체 수단의 존재

2007년 조사자 중언의 명시적 입법에도 불구하고 그 활용이 저조했던 가장 큰 이유는 검사작성 피의자신문조서가 피고인의 수사단계 진술을 현출하는 주요한 수단으로 활용되어온 탓일 것이다. 그간 검찰에서는 법정에서 자백 진술을 번복하는 경우에 대비하기 위한 피의자신문조서 작성이 빈번하게 이루어졌으며, 실제로 통계에 의하면 검사의 보완 수사 중 피의자신문조서가 작성된 비율이 29%에 이르는 점은 이를 잘 나타낸다.¹³⁴⁾ 다만, 검사작성 피의자신문조서 역시 향후 피고인의 내용부인에 따라 본증으로 사용할 수 없으므로 수사기관으로서는 이를 대체할 증거 방법을 모색하여야 하는 문제에 직면하였다. 검사작성 피의자신문조서의 증거능력이 제한되기 이전에는 피고인이 수사기관에서(특히 검찰에서) 진술을 번복하는 사례가 비교적 낮았을 것으로 추정되나, 일률적으로 조서의 증거능력이 제한됨에 따라 법정에서 수사기관에서의 진술을 번복하는 사례가 증가할 것으로 예상된다.

하지만 이러한 상황에도 불구하고 조사자 중언이 증거방법으로 적극적으로 활용될 것으로 기대하기 쉽지 않다. 법원으로서는 조사자 중언의 실효성에 대하여 의문을 가지는 이상 재판지연이나 영상녹화물 등의 병행이 이루어지지 않았음을 이유로 증거신청을 기각할 것이며, 설사 증거조사가 이루어진다 하더라도 피고인 측의 반대신문 과정에서 조사자가 진술을 정확하게 하지 못하거나 강요 등에 의한 자백의 의심이 드는 경우, 입증 부족으로 무죄판결을 하려는 것이 실체진실과 정의에 부합한다는 결론에 이를 것이다. 한편, 내용 부인된 피의자신문조서를 탄핵증거로

134) 강수진, “검사의 보완조사 실태분석”, 대검찰청 정책연구보고서, 2013. 한연규, 앞 논문(주112) 248면 재인용.

채택하는 것이 가능하므로 굳이 피의자신문조서의 내용을 본증으로 사용해야 할 필요성이 있지 않는 한 조사자증언을 활용할 필요성은 적다고 볼 수 있다.¹³⁵⁾ 수사기관으로서는 조사자증언이 오히려 공소 유지에 부정적인 영향을 줄 수 있는 점도 증거신청을 꺼리는 요소로 작용할 수 있다. 향후, 피의자의 진술에 의존하기보다는 물적증거, 정황증거, 과학적 증거 등 공소사실을 뒷받침할 수 있는 자료를 최대한 축적할 것으로 예상할 수 있다.

2. 수사기관(경찰)의 재판단계에 대한 관심 부족

조사자증언이 활성화되지 않고 있는 이유 중 하나로 그간 조사자증언의 주체인 수사 경찰의 재판에 대한 무관심을 들 수 있다. 이는 조서의 증거능력이 피고인의 내용부인만으로 증거로 쓸 수 없도록 하고 있는 형사소송법 제312조와 함께 그간 경찰이 검찰과의 관계를 수직적 지휘관계로 설정하여 온 형사사법구조에 기인하는 측면이 있다.¹³⁶⁾ 사실상 초동수사부터 검찰에 사건을 송치할 때까지 수사관이 주도적으로 수사를 진행하였더라도 사건 종결에 대한 최종 판단권은 지휘 검사에게 있었다. 따라서 경찰 수사관으로서는 ‘수사의 주체자는 검사이기 때문에 사건을 송치하면 끝’이라는 생각이 강하였고, 사건의 송치 이후 기소 여부나 재판 결과에 대하여는 관심이 낮을 수밖에 없었다.

이는 경찰 내부 수사 지휘역량을 떨어뜨리는 원인으로도 작용해왔다.

135) 치안정책연구소, “조사자 증언제도의 활성화에 대비한 실증적 연구”, 서강대학교 산학협력단, 2022. 11, 11면 참조.

136) 2020년 형사소송법 개정을 통해 ‘사법경찰관은 모든 수사에 관해 검사의 지휘를 받는다’고 규정하고 있던 형사소송법 제196조는 ‘검사의 수사조항’으로 변경되었고, 제195조에서 ‘검사와 사법경찰관은 수사, 공소제기 및 공소유지에 관하여 서로 협력하여야 한다’는 협력 조항을 추가하였다. 즉, 검사의 수사지휘권은 1954년 형사소송법 제정 이후 65년 만에 폐지되고, 경찰에 1차 수사권과 종결권이 부여되었다.

수사관으로서는 사건에 대한 최종 판단을 검사에게 의존하다 보니 경찰의 내부 수사지휘는 부차적인 절차로서 여겨왔을 것이다. 팀장, 과장으로서는 사건 종결에 대한 부담이 낫다 보니 수사에 대한 실질적인 지휘보다는 구속 등의 성과나 압수·수색이나 조사 과정의 절차상 적법 여부 관리, 수사 서류의 결재자로서의 정도의 역할에 머무를 수밖에 없었다. 결국 이러한 의존적인 수사관행은 수사관, 팀장, 과장으로 이어지는 경찰 내부의 수사지휘 체계가 정상적으로 작동할 수 없도록 함과 동시에 경찰 수사관 개인의 역량뿐만 아니라 조직 차원의 수사역량 강화 필요성을 저해하는 측면이 있었을 것이다.¹³⁷⁾ 2020년 형사소송법 개정을 통해 향후 이러한 구조적인 문제는 어느 정도 해소될 수 있을 것으로 예상된다. 하지만, 오랜 기간 유지되어 온 경찰 수사의 책임감 부족 및 송치 이후 사건 진행에 대한 무관심은 하루아침에 바뀌기 어렵다. 조사자증언의 요청을 받은 수사관은 법정에 출석하여 객관적이고 주도적으로 증언하는 것은 쉽지 않을 것이며, 검사와의 면담 내용이나 과거 기록에 의존하는 수동적인 진술 이상의 것을 기대하기는 어려울 것이다.

법정에서 증언은 당사자로서 검사와 피고인의 위치가 아닌 제3의 지위에서 사실을 있는 그대로 객관적으로 진술할 수 있을 때 그 진술의 객관성이나 신빙성을 얻을 수 있다.¹³⁸⁾ 법관이나 배심원들은 조사자의 진술 내용뿐만 아니라 조사자의 기본적인 인적사항이나 그간 경력, 진술 태도 등을 종합적으로 고려하여 그 신빙성을 판단하게 된다. 조사자의 소극적, 수동적 태도는 증언내용의 신빙성을 얻기 어렵게 만들며

137) 같은 견해로 이기수, 앞 논문(주9) 24면 참조 ; 2020. 1. 13. 형사소송법 및 검찰청법 개정안이 통과되면서 경찰청은 수사 전반에 대하여 막중한 권한 및 책임을 맡게 되었다. 검사의 수사 지휘를 받도록 하는 규정을 삭제함으로써 경찰은 1차 수사를, 검찰은 공소제기 및 유지를 위한 2차적 수사를 하며 상호 협력하며 견제와 균형을 이루도록 하였다. 이에 따라 경찰은 수사·영장 심사관제 도 및 수사관 자격관리 제도, 국가수사본부 및 시도청 지휘를 강화하는 등 조직 차원의 수사역량 강화를 위한 방안들을 시행하고 있다.

138) 같은 취지로 한인섭, “국민참여재판하에서 경찰 역할의 변화”, 형사정책 vol.18, 2006, 531면 이하.

적극적인 증거 활용을 주저하게 되는 요인으로 작용할 것이다. 이러한 문제는 수사관 개인의 책임이라기보다는 오랜 기간 이어져 온 형사사법 구조 및 경찰의 의존적 수사관행에 기인하는 것이다. 경찰에 수사종결의 권한이 부여된 만큼 경찰 수사관들의 책임의식 강화와 전문성 제고는 향후 조사자증언의 활성화에 있어 중요한 과제라고 할 수 있다.

제 6 장 조사자증언의 활성화를 위한 조건

앞서 살펴본 바와 같이 우리나라는 전문법칙 도입부터 조서의 증거능력 제한이 이루어진 최근에 이르기까지 피고인이 형사재판에 있어 객체가 아닌 주체로 자리매김할 수 있도록 당사자주의적 요소들을 지속 도입하여왔으며 조사자증언의 도입 또한 그 일환으로 평가할 수 있다. 하지만, 제5장에서 살펴본 바와 같은 문제점들은 조사자증언 증거방법이 제 기능을 하지 못하도록 하는 걸림돌이 되고 있다. 그간 수사기관의 강요나 적법절차 위반에 의한 자백 위주의 수사관행은 조서에 비하여 조사자증언이 가지는 장점을 희석시키고 있다. 더군다나 피고인에게 불리한 증인이 편향되거나 부정확한 기억에 의존하여 증언을 한다는 우려를 불식시키지 못하는 이상 조사자증언의 활성화를 기대하기는 어렵다. 따라서 향후 조사자증언의 활성화는 수사기관이 조사 과정에 있어 얼마나 투명하고 공정한 수사를 담보할 수 있는지가 관건이라고 할 것이다. 한편, 법원 또한 이러한 불신의 시선으로부터 자유롭다고 볼 수 없다. 앞에서 살펴본 사회적 약자들이 억울하게 옥살이를 하게 된 것은 수사단계에서의 강요, 가혹행위 등에 따른 자백이 발단이었지만, 1심부터 대법원까지의 재판과정을 거치면서 이에 대한 통제장치가 전혀 작동하지 못했다는 점은 사법부나 국선변호제도에 있어 뼈아픈 대목이다. 최근 통계청에서 발표된 자료에 따르면 형사사법기관에 대한 신뢰도는 경찰(55.3%)>법원(51.3%)>검찰(50.1%), 공정성 인식은 경찰(58.5%)>법원(58.2%)>검찰(54.9%) 순으로 나타난 바 있는데, 결국 국민이 원하는 것은 공정한 재판을 받을 권리인 만큼 사법에 대한 신뢰회복 역시 형사사법제도의 원활한 운영을 위한 중요한 과제일 것이다.¹³⁹⁾

139) 통계청, “형사사법기관 신뢰도 및 공정성 인식”, 2021 한국의 사회지표, 58면.

제 1 절 선결문제로서 수사과정의 투명성·적법성 확보

1. 변호인 참여 실질화

조사자증언이 활성화되기 위한 첫 번째 선결문제는 수사과정의 투명성과 적법성이 담보이다. 2007년 개정 형사소송법은 조사자증언을 도입하면서 수사과정의 투명성·적법성 담보 장치로서 변호인의 피의자신문참여권과(제243조의2) 피의자 진술과정 영상녹화(제244조의2)규정을 신설한바 있다. 변호인 참여는 경찰 수사과정의 투명성과 적법성을 담보할 수 있는 가장 효과적인 장치이다. 다만, 현재는 피의자 등이 신청하는 경우에만 변호인 참여가 의무화되어 있는데 결국 수사단계에서는 자력이 있는 피의자만 변호인의 조력을 받을 수 있는 것이 현실이다. 최근 경찰청은 수사과정에서 변호인의 조력권 보장을 위하여 자기변호노트¹⁴⁰⁾ 및 메모장 제도, 변호인의 전자기기 사용 보장 등을 발표한 바도 있으나,¹⁴¹⁾ 열악한 지위에 있는 피의자가 방어권을 효과적으로 행사도록 할 수 있도록 하기 위하여 수사단계에 있어 공공변호인제도 도입을 고려할 필요가 있다.

140) 수사단계에서 피의자의 방어권을 보장하고 인권 친화적 수사 문화가 정착되기 위해 피의자의 기록할 권리(제243조의2)를 보장하여야 한다는 주장이 지속 제기되었다. 이에 경찰청은 2018년 4월부터 3개월간 시범운영을 거쳐 2019년 10월부터 전국 경찰관서에서 시행 중이다. 내용은 피의자로 하여금 조사 중 자신의 답변과 조사 내용 등을 스스로 메모하고 점검할 수 있는 ‘자기변호노트’ 작성을 보장하는 것으로, 서울지방변호사회가 진행한 설문조사에서 이용자의 67%가 협의사실과 조사내용을 확인하는데 많은 도움이 되었다고 답변하였다. – ‘자기변호노트 시범운영 결과, 도움이 되었다는 응답 67%’, 경찰청 브리핑 자료, 2018. 7. 18.

141) 대한변협은 경찰청과 업무협약을 통해 △모든 사건관계인의 자기변호노트 및 메모장 사용 전면 시행 △변호인에 대한 사건 진행 통지범위 대폭 확대 △본인 진술 조서 당일 제공 △사건관계인과 참여변호인의 조사·참여환경 개선 등의 성과를 냈다고 밝혔다. 「경찰 수사과정의 ‘변호인 조력권 보장 강화방안’」 경찰청, 2019.

현행 국선변호인 제도는 재판단계에서만 조력을 받을 수 있도록 하고 있다. 이에 법무부는 2021. 7. 입법예고를 통해 피의자의 방어권을 보장하여 인권침해를 방지하기 위하여 검·경 수사단계에서의 형사 공공변호인 제도를 도입하겠다고 밝힌 바 있다. 우리나라의 경우 재판단계에서 변호인이 선임된 비율은 약 54%에 이르지만 경찰 수사단계에서 변호인 참여 비율은 약 1% 정도로 추산되고 있다. 2020년 형사소송법 개정으로 경찰에 1차적 수사종결권이 부여되고 검사의 수사지휘권이 폐지됨에 따라 경찰 수사절차에서의 인권침해 방지와 적법절차 준수에 감시 필요성이 더욱 커진 만큼 수사단계에서의 공공변호인제도 도입 필요성은 더욱 높아졌다. 특히, 미국, 영국 등 OECD에 속한 35개 국가 중 29개국 (85.9%)이 공공변호인제도를 도입하여 운영하고 있어 피의자에 대한 국선변호제공은 국제 기준이 되고 있다.¹⁴²⁾

법무부에서 추진하는 형사 공공변호제도는 변호 대상을 필요적 선정과 신청에 의한 선정으로 나누고 있다. 필요적 선정은 미성년자, 70세 이상 인자, 농아자, 심신장애자 등 사회적 약자와 기초생활 수급권자, 차상위 계층 등 경제적 약자가 단기 3년 이상 법정형에 해당하는 범죄에 대한 혐의로 출석요구 받는 경우 국선변호인이 선임되도록 하고 있다. 신청에 의한 선정은 필요적 선정 요건에 해당하지 않더라도 법령에 정하는 요건에 따라 경제적 자력이 부족하다고 판단되는 경우, 심사를 거쳐 국선변호인이 선정된다.¹⁴³⁾ 다만, 형사 공공변호인제도의 변호 대상 및 운영 주체와 관련한 대한변협과의 이견 등의 문제로 지난 20대 국회에서 입법안이 통과되지 못하고 폐기된 이후 도입이 지연되고 있는 실정이다.

형사 공공변호인제도가 도입되고 점차 수사과정에서 변호인의 참여율이 올라간다면 수사과정에서의 변호인 참여 여부가 조사자증언의 증거능력

142) 법무부 “형사공공변호인 도입에 있어, 운영기관의 독립성을 보장하면서도 공공성을 갖춘 방안을 마련하겠습니다” 2021. 4. 29. 보도자료(별첨1) 참조.

143) 필요적, 신청에 의한 형사공공변호가 필요한 대상자는 연간 약 2만여명에 해당할 것으로 예상된다. 법무부 위 보도자료 4면.

인정에 있어 중요한 기준이 될 수 있다. 하지만, 반드시 변호인이 참여한 경우에만 조사자증언의 증거능력이 인정되어야 한다는 논의는 현실적으로 무리가 있다. 조사자증언의 특신상태 인정에 있어 변호인의 참여 여부는 중요한 고려 요소가 될 수 있지만, 이를 모든 수사과정에 있어 변호인의 참여를 법적으로 강제하지 않는 이상 향후 법정에서 조사자증언의 증거능력이 피의자의 변호인 선임 의사에 따라 좌우되는 결과가 초래될 수 있기 때문이다. 따라서, 수사과정에서 방어권을 제대로 행사하기 어려운 사회·경제적 약자들에 대하여는 법무부 안과 같이 필요적으로 공공변호인을 선정도록 하여 조사자증언 신청 시에는 먼저 변호인 선정 유무를 확인토록 하고, 그 외의 경우에는 증거조사 단계에서 특신상태 판단의 요소로 고려하는 것이 바람직하다고 생각한다.

2. 영상녹화물의 활용

가. 영상녹화물 관련 현행 규정

현행 형사소송법은 검사 또는 사법경찰관으로 하여금 피의자 진술을 영상녹화할 수 있도록 하고 있으며(형사소송법 제244조의2) 피의자 아닌 자의 출석을 요구하여 동의를 받아 영상녹화 할 수 있도록 하고 있다(제221조 제1항). 한편 재판단계에서 영상녹화물은 수사기관 작성 조서의 특신상태를 인정하는 수단으로 사용하거나(형사소송법 제312조 제4항) 기억환기용으로 사용할 수 있다(제318조의2 제2항).¹⁴⁴⁾

한편, 경찰청의 「영상녹화 업무처리지침(2022. 6.)」을 살펴보면 △체포·구속된 피의자의 신문, △살인·성폭력 등 중요 범죄에 있어서 피의자의

144) 과거 검사작성 피의자신문조서에 관한 실질적 진정성립을 대체하여 증명토록 하고 있었는데(제312조 제2항) 2020년 형사소송법 개정으로 삭제되었다.

신문, △ 피의자가 영상녹화를 요청한 경우를 ‘의무적 영상녹화 대상’으로 규정하고 있다(제3조 제3항). 다만, 제3조 제4항에서는 의무적 영상녹화 대상에 해당하더라도 △ 기계 고장·시설 부족 △ 피의자가 거부 의사를 표시한 경우 △ 기타 영상녹화 피의자 조사가 심히 곤란한 경우 이를 실시하지 않을 수 있도록 하고 있다(제4호).¹⁴⁵⁾ 한편, 녹화의 범위에 대하여 조사의 시작부터 마치는 시점까지 모든 과정을 영상녹화 하도록 하고 있으며(제4조), 원본의 봉인 전 진술자 또는 변호인이 녹화물의 시청 후 이의를 진술하는 때에는 그 취지를 기재한 서면을 편철 하도록 하고 있다.

영상녹화물은 2007년 형사소송법 개정 당시 조사자증언과 함께 피의자 진술의 법정 현출 방안으로 고려되었으나¹⁴⁶⁾, 법정이 상영장으로 변질될 우려 등으로 제외되었으며 이후 법무부에서 영상녹화물을 본증으로 사용 토록 하려는 개정안을 2011년 국회에 발의하였으나 국회 임기 만료로 폐기된 바 있다. 한편, 일부 특별법에서 피해자 및 증인을 그 대상으로 한 영상녹화물에 대하여 ‘피해자나 조사 과정에 동석하였던 신뢰관계에 있는 사람 또는 진술 조력인의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 경우’에 증거로 사용할 수 있도록 하고 있다.¹⁴⁷⁾

145) 검찰의 「영상녹화 업무처리 지침[대검찰청예규 제1268호]」은 의무적 영상녹화 대상으로 ‘진술 외에 다른 증거가 없고 법정에서 진술번복이 예상되는 사건’(1호), 성폭력사건의 피해자를 조사하는 경우(3호) 등을 정하고 있으며, 다만 ‘영상녹화를 거부하거나 영상녹화를 이유로 진술을 거부하는 경우’ 영상녹화를 실시하지 아니할 수 있도록 하고 있다.(제4조 제2항).

146) “개정 초안 제312조의 2 제1항에서 피고인이 진술한 사실을 부인하고, 조사자 진술 기타 다른 방법으로 증명할 수 없을 경우에만 영상녹화물을 증거로 할 수 있다고 규정한 조항에 대하여, ‘영상녹화물은 지나친 활용을 권고할 것은 아니지만 그렇다고 하여 과학적 증거의 제출을 제한해야 할 이유도 없다. 수사기관이 증거로 제출하지 않는 것을 제출하라고 할 수는 없어도 수사기관이 만든 진실발견에 유용한 증거를 허용하지 않는 것은 더욱더 잘못이라고 해야한다.’, 이재상, “형사소송법 일부개정법률안에 관하여”, 앞 공청회(주6) 자료, 92면 이하.

147) 성폭력범죄의 처벌에 관한 특례법(제30조 제6항), 아동·청소년의 성보호에 관한 법률(제26조 제6항).

나. 본증 사용에 대한 학설 및 판례

최근 검사작성 피의자신문조서의 증거능력이 제한됨에 따라 조사자증언과 더불어 영상녹화물의 본증 사용에 대한 논의가 활발히 이루어지고 있다. 영상녹화물의 본증 사용을 긍정하는 견해는 ① 영상녹화물의 증거능력을 부정하는 명문의 규정이 없으며¹⁴⁸⁾ ② 조서나 조사자증언에 비하여 객관적이고 과학적 증명 방법으로 ③ 수사기관의 적법절차 준수 및 신문 방법에 대한 효과적인 통제수단을 제공하여 피의자신문의 투명성과 객관성을 보장해줄 수 있을 것으로 본다. 또한, ④ 피의자의 진술을 기계적으로 녹음하여 재현하는 영상녹화물이 조사자의 부정확한 기억에 의존하여 각색되는 증언보다 실질적 직접주의에 더 부합한다고 보고 있다.¹⁴⁹⁾ ⑤ 판례는 사인이 촬영한 영상녹화물에 대하여는 피고인 또는 피고인 아닌자의 ‘진술을 기재한 서류’와 다를 바 없다고 보고 있는데,¹⁵⁰⁾ 유독 수사기관에서 녹화된 영상녹화물을 이에 해당하지 않는다고 보는 것은 법 균형에 맞지 않다고 지적하기도 한다.¹⁵¹⁾

이에 반하여 영상녹화물 본증 사용을 부정하는 견해는 ① 공판정이 영상녹화물의 상영장으로 전락하게 될 것인데 이는 직접심리주의, 공판중심주의에 반하며,¹⁵²⁾ ② 2007년 형소법 개정 당시 영상녹화물의 증거능력을 인정하는 안을 국회 심의과정에서 삭제한 입법자의 의도는 영상녹

148) 형사소송법 제318조의2 제2항상 기억환기를 위하여 시청하게 한다는 것과 영상녹화물에 수록된 참고인의 진술에 능거능력을 부여하는 것은 별개의 문제라는 견해로 백형구, [실무논문] “영상녹화물의 증거능력”, 범률신문 제4264호, 2014. 10. 23.

149) 이재상, 앞의 책, 622면 ; 임웅, 도규엽, 앞 논문 230면 ; 홍진영, “조사자증언에 있어서 특신상태 요건의 구체화 - 2020년 형사소송법 개정을 계기로”, 법조 제71권 제1호(통권 제751호), 법조협회, 2022, 235면 ; 이순옥, “영상녹화의 적극적 활용 및 증거능력 인정 필요성에 대한 검토”, 대검찰청, 형사법의 신동향 <통권 70>, 2021, 45면.

150) 대법원 1999. 3. 9 선고 98도3169 판결.

151) 백형구, 앞(주148) 실무논문.

152) 신동운, 앞의 책, 1254면, 이주원, 앞의 책, 546면, 이창현, 앞의 책, 955면, 조기영, 앞 논문(주16), 430면.

화물에 독립적인 증거능력을 인정하지 않으려는 것이라는 점을 이유로 든다. 또한, ③ 우리나라에 영상녹화제도의 도입 배경은 다른 나라들처럼 피의자의 인권보호나 수사절차의 투명화 목적이 아니라 수사기관(검찰)이 조서의 증거능력 제한에 대한 대안으로 도입을 추진한 것이며, ④ 영상녹화 전후의 상황을 알 수 없고, 모든 피의자신문과정을 녹화하지 않을 수 있는 구조상 영상녹화물의 역시 협의개입의 가능성이 높으므로 우량한 증거방법으로 보기는 어렵다고 보고 있다.

과거, 우리 법원은 ‘수사과정에서 검사가 피의자와 사건에 관하여 대화하는 내용과 장면을 녹화한 비디오테이프에 대한 법원의 검증조서’, ‘검찰주사가 피의자와의 대화를 녹음·녹화요약서’에 대하여 그 실질이 피의자의 진술을 기재한 피의자신문조서와 같다고 보아 피의자신문조서에 준하여 그 증거능력을 가려야 한다고 본 바 있다.¹⁵³⁾ 하지만, 영상녹화제도 (형사소송법 제244조의2)가 도입된 이후 법원은 “수사기관이 참고인을 조사하는 과정에서 형사소송법 제221조 제1항에 따라 작성한 영상녹화물은 다른 법률에서 달리 규정하고 있는 등의 특별한 사정이 없는 한 공소 사실을 직접 증명할 수 있는 독립적인 증거로 사용될 수는 없다”고 보아 본증 사용을 부정하고 있다.¹⁵⁴⁾

다. 외국 사례

1) 독일

독일은 지난 2017년 ‘법관의 조서’와 함께 ‘수사단계의 영상녹화물에 포

153) 대법원 1992. 6. 23. 선고 92도682 판결, 대법원 2007. 10. 25. 선고 2007도6129 판결.

154) 대법원 2014. 7. 10. 선고 2012도5041 판결.

함된 피고인의 진술'은 자백에 관한 증거조사 목적으로 낭독·상영을 허용하고 있다.¹⁵⁵⁾ 이전에는 피의자신문 영상녹화물의 증거능력의 경우 직접주의 원칙상 그 자체로 유죄의 증거로 사용될 수 없었으나, 2017. 8. 17. 독일 형사소송법 제254조 제1항(자백 또는 모순 시 법관 조서의 낭독)에 '신문의 영상 녹음·녹화물에 담긴 피고인의 진술'을 추가하였고, 해당 신문은 비법관에 의한 신문도 포함되므로 경찰 또는 검찰의 피의자신문조서에 담긴 자백 진술의 조사를 목적으로 영상녹화물을 상영할 수 있도록 하였다.¹⁵⁶⁾ 독일이 영상녹화제도를 강화하는 쪽으로 법률을 개정한 취지는 일차적으로 실체진실발견이라는 형사소송의 이념을 구현하려는데 있다.¹⁵⁷⁾ 따라서 자백의 존부에 관한 직접 증명수단으로 영상녹화물의 본증 사용이 허용되고 있다.

영상녹화물을 통해 공판절차에서의 피고인 신문을 대체할 수 없으나, 다만 직접주의의 예외에 따라 피의자신문조서를 낭독할 수 있듯이 이를 영상녹화물의 상영으로 대체하는 것은 가능하다. 독일은 필요적 영상녹화와 임의적 영상녹화 대상을 구분하고 있으나, 필요적 영상녹화의 경우에도 긴박한 경우 등의 예외를 인정하고 있으며(제136조 제4항), 그 결과 실제 실무에서 많이 사용되고 있지는 않다고 한다. 이는 비용적인 문제와 함께 조서와 함께 작성해야 하는 등의 업무적인 부담과 수사관들이 느끼는 불안감을 이유로 듈다. 또한, 눈앞에 카메라가 없다면 진술하게 진술할 의향이 있는 피의자도 카메라를 보면 아예 진술을 거부하거나 향후 형사 절차에서 공개될 것을 고려해 진실에 어긋나게 전략적으로 진술하게 될 우려도 있기 때문이라고 한다.¹⁵⁸⁾

155) 독일 형사소송법 제254조 제1항.

156) 사법정책연구원 앞 연구총서(2021-14), 78면.

157) “형사정책과 사법제도에 관한 평가연구(XIV) : 형사절차상 영상녹화제도의 실효성 분석 및 법제도적 개선방안”, 형사정책연구원 연구총서(20-B-01), 302면.

158) 안수길, “독일의 피의자신문 영상녹화제도”, 성균관대학교 법학연구원, 성균관 법학 제33권 제2호, 2021. 6, 225면 ; 형사정책연구원 앞 연구총서(20-B-01) 319~327면 참조.

2) 일본

일본의 경우 2016년 형사소송법 개정을 통해 밀실 수사를 개혁하기 위한 형사사법개혁의 일환으로서 일정 대상 사건에 대하여 녹음·녹화를 의무화¹⁵⁹⁾하였고, 시범실시를 거쳐 2019년 6월부터 전면 시행하고 있다. 그 결과 2019년 피의자신문 녹음·녹화 실시율은 97.5%에 달하여 거의 대부분 수사 전 과정에서 녹음·녹화가 이루어지고 있다.¹⁶⁰⁾ 이를 녹취한 서면은 피고인의 진술을 기재한 서면과 동일하게 본증으로 인정할 수 있으며, 피고인의 불이익한 사실의 승인이 임의로 이루어졌음을 증명하기 위하여 진술을 기록한 기록 매체를 조사하도록 하고 있다.

다만, 영상녹화 대상 사건은 전체 사건의 3%에 그치며, 최근에는 검찰이 녹음·녹화매체를 유죄 입증의 무기로 적극 활용함에 따라 법원 및 학계가 우려를 표하고 있는 실정이다. 특히, 공판심리절차가 영상녹화물의 재생을 통해 그 적부를 심사하는 절차로 변질될 우려와 함께 직접주의 원칙에 벗어나는 점, 피의자신문에 과도하게 의존한 수사 및 공판에서 벗어나야 한다는 요청에도 맞지 않는 점 등을 지적하며 영상녹화물의 증거사용을 우려하는 입장도 상당한 것으로 보인다.¹⁶¹⁾ 이처럼 일본은 오랜 수사관행에 대한 개선책인 녹음·녹화제도 자체는 찬성하고 있지만 영상녹화물의 남용 및 제도 개선에 대하여도 많은 관심을 두고 있다.

159) 의무녹음·녹화 대상은 ① 일반 시민이 참여하는 새로운 재판형태인 이른바 재판원재판의 대상이 되는 사건과 ② 검찰이 직접 인지하여 수사하는 이른바 검찰독자 수사사건으로, 다시 전자는 다시 a) 사형 또는 무기의 징역·금고에 해당하는 죄에 관한 사건(301조의2 제1항 제1호)과 b) 단기 1년 이상의 유기의 징역·금고에 해당하는 죄로서 고의의 범죄행위에 의해 피해자를 사망시킨 것에 관한 사건(동항 제2호)이 포함되고, 후자는 사법경찰관이 송치하거나 송부한 사건 이외의 사건(동항 제3호)을 의미한다. <일본 형사소송법 제301조의2>

160) 당시 변협과 학회에서는 수사기관의 협박, 이익 유도 등 부당한 신문을 방지, 감소할 수 있으며, 피의자 진술의 임의성이나 신용성에 대하여 사후 법원에 의한 효과적인 체크가 가능함을 들고 있다. 이와 더불어 수사기관에 대한 국민 신뢰 향상시킬 수 있다고 평가하였다. 형사정책연구원 앞 연구총서(20-B-01), 330면 이하.

161) 사법정책연구원 앞 연구총서(2021-14), 166면 이하 참조.

3) 영국

영국의 경우 앞서 살펴본 바와 같이, 증거의 신뢰성 및 수사과정의 절차적 보장을 위하여 1984년 경찰 및 형사증거법(Police and Criminal Act 1984, 일명 PACE법) 및 실무지침(Code of Practice) C, E, 2003년 형사증거법(Criminal Justice Act 2003) 제정을 통하여 피의자신문 시 녹음을 의무화하고 있다. 한편, 영상녹화에 대하여는 실무지침 F에서 규율하고 있는데 음성녹음과 달리 영상녹화를 의무화하고 있지는 않다. 영국은 영상녹화를 의무화하는 것에 대하여는 신중한 태도를 보이는데, 이는 시각적 전달 방법이 갖는 강력한 효과로 인하여 편견이 발생할 우려 때문이다. 최근 유럽국가에서 피의자신문 시 영상녹화제도를 도입하는 경향에 따라 영국에서도 영상녹화의 확대를 주장하는 입장도 있으나, 이러한 입장에서도 피의자에 대한 편견 조장 가능성을 이유로 전면 의무화를 주장하고 있지는 않은 것으로 보인다.¹⁶²⁾ 앞서 제4장에서 살펴본 바와 같이 당사자가 원하는 경우 기록 자체의 재생이 이루어질 수 있으나, 현실적으로는 녹취록의 형태로 법정에 현출하고 있다.

4) 미국

미국의 경우, 미란다 고지가 적절하게 이루어졌는가를 입증하는 방법의 일환으로 비디오녹화제도가 일찍부터 고려되었다. 특히, 구금된 피의자조사 과정의 녹음·녹화에 대하여 연방 차원에서 통일적으로 규율하지 아니하고 각 주에 따라 자율적으로 규정하고 있는데, 2020년 7월 기준 전체 51개 주 중에서 영상녹화를 명문 규정이나 주 대법원 규칙 등을 통해 의무화하고 있는 주는 약 25개 주에 달하며, 임의적인 영상녹화를 규정하고 있는 주 역시 약 5곳에 달하고 있는 것으로 나타났다.¹⁶³⁾ 주마다 차

162) 형사정책연구원 앞 연구총서(20-B-01), 418면 참조.

이가 있지만 영상녹화와 관련하여 개별 입법으로 규율하는 경우에도 그 내용은 증거능력의 인정 요건이 아닌 영상녹화를 의무화함으로써 조사 과정에서의 적법절차 보장을 목적으로 하고 있다. 이를 통해, 허위자백을 배제하여 무고한 피고인에 대한 유죄의 오판을 방지하고, 수사기관으로 하여금 영상녹화 등 전자적 기록을 통해 자신들의 수사에 있어서 무리한 절차 진행이 없었다는 점을 입증할 수 있도록 하는 것이다.¹⁶⁴⁾

한편, 미국은 영상녹화물의 증거능력에 대한 논쟁은 찾아보기 어렵다. 적법하게 생성된 영상녹화물의 증거능력은 피고인의 진술이 기재된 서면과 동일하게 취급되므로(피의자의 자인에 해당하여 전문증거에 해당하지 아니함) 피고인의 수사기관에서의 자백 부인과 조사 경찰관의 증언이 배치되는 경우 영상녹화물을 통해 조사 당시의 위법이나 피고인의 진술에 대한 입증 증거로 사용될 수 있다. 다만 피고인이 영상녹화물의 사용에 동의하지 않으면 조사자증언 등을 통하여 강요나 회유에 의한 자백을 녹화한 것인지 심사하고 증거능력이 인정되는 경우 법정에서 전부 또는 일부를 상영하는 방식으로 사용하고 있다.¹⁶⁵⁾

라. 검토

1) 영상녹화물 본증 활용에 대한 우려

영상녹화는 수사관행을 개선하고 피의자의 인권을 보장하기 위한 내부적 통제장치로 활용할 수 있는 한편, 사건에서 실체적 진실발견을 위한 증거확보 장치로 기능할 수도 있다. 다만, 영상녹화물의 본증 사용과 관

163) 형사정책연구원 앞 연구총서(20-B-01), 183면 이하 참조.

164) 형사정책연구원 앞 연구총서(20-B-01), 250면.

165) 박성재, “영상녹화조사의 실무상 쟁점”, 법조 <59-3>, 법조협회, 2010. 207면 ; 허인석, “영상녹화제도의 합리적 운용과 발전방향”, 법조 <57-9>, 법조협회, 2008, 62면 이하 참조 ; 김면기, 앞 논문(주44) 158면.

련한 2007년 입법 당시의 논의에서 알 수 있듯이 우리나라에서는 전자보다 후자에 중점을 두고 조사 과정의 영상녹화제도 논의가 이루어져 왔으며 영상녹화물을 본증 사용으로 사용하려는 주장은 주로 수사기관은 검찰을 중심으로 제기되어 온 것이 사실이다.¹⁶⁶⁾ 그러나 역사적 출발점이 다르고 증거법 내용이 서로 다르다고 해서 제도가 갖는 본질적 의의까지 제한하여 해석할 필요는 없을 것이다. 우리나라에서의 영상녹화제도의 도입과 그에 관한 논의가 증거확보 목적으로 시작되었다 하더라도 영상녹화 자체는 경찰의 신문 과정에 대한 투명성 제고 및 피의자 인권보장이라는 효과를 가지는 것은 분명하다. 영상녹화물은 수사기관에서 이루어진 조사 과정이나 피고인의 진술 내용에 대하여 왜곡과 편향을 줄임으로써 오판을 방지하고 피의자신문의 투명성과 객관성을 보장할 수 있다. 또한, 수사기관으로 하여금 적법절차나 신문방법에 대한 통제수단으로 기능할 수 있으며, 변호인의 신문 참여를 간접적으로 유도하는 역할과 더불어 수사기관에 대한 신뢰 제고에도 도움이 될 수 있다. 다만, 영상녹화물을 피의자의 인권보장이나 수사관행에 대한 통제 수단으로 기능하게 하는 것에서 나아가 본증으로 사용하도록 할 것인지는 신중한 검토가 필요하다.

영상녹화물을 본증으로 사용함에 따른 우려는 다음과 같다. 첫째, 영상녹화물은 수사기관에서 적극적으로 유죄의 입증에 활용하기 위한 목적으로 활용될 것으로 예상할 수 있다. 앞서 살펴본 바와 같이 우리나라의 영상녹화물 본증 사용 논의는 수사기관을 중심으로 검사작성 피의자신문 조서의 증거능력이 인정되지 않을 상황을 염두에 두고 추진해 온 것이라는 특징이 있다.¹⁶⁷⁾ 실제 검찰의 “영상녹화업무처리지침”은 ‘자백의 번복

166) 형사정책연구원 앞 연구총서(20-B-01), 18면.

167) 당초 형사소송법 개정안(제312조의2)으로 영상녹화물을 증거물로 제출할 수 있도록 하였으나, 한국형사법학회와 한국형사정책학회는 수사의 투명성과 수사과정에서의 피의자의 인권보장을 확인하는 수단으로 사용되어야 할 영상녹화물이 수사기관의 무기로 변질되는 오류를 범하고 있다는 비판을 하였고, 참여연대는 자칫 비디오 재판을 초래해 조서재판보다 오히려 더 공판중심주의를 구

가능성'을 의무적 녹화 기준으로 하고 있으며, 경찰의 '조사자 증언 실무 지침'은 피의자가 향후 특신상태를 다투거나 조사 과정의 위법성을 다퉄 것으로 예상되는 경우 적극적으로 영상녹화를 하도록 권고하고 있다. 이는 진술을 변복할 염려가 있는 증인의 증언을 판사의 증인신문 형태로 미리 확보하려는 구 형사소송법 제221조의2 제2항의 효과를 갖도록 하는 것과 유사하다.¹⁶⁸⁾ 영상녹화물의 정확성과 순기능에도 불구하고 일본과 영국 등에서 영상녹화물의 적극적 증거 사용에 대하여 신중한 태도를 취하고 있는 것도 이러한 이유 때문일 것이다.

둘째, 영상녹화물이 정확하다는 것과 이를 신뢰할 수 있는지는 별개의 문제이다. 피의자 조사가 수차례 이루어지는 과정에서 영상녹화가 전부 이루어진다고 하더라도, 구금상태에 있는 피고인이 영상녹화와 시작과 종료 시점을 제외한 나머지 상황에서 어떠한 강요와 회유, 범죄에 대한 정보제공이 이루어졌는지 알기 어렵다. 영상녹화의 기계적 정확성이 조사 과정의 적법절차나 임의성을 담보한다고 보기는 어려운 것이다. 법원 행정처 역시 2007년 영상녹화물의 본증 사용에 대한 논의 당시 "검사나 사법경찰관이 조사대상자를 협박하거나 회유한 뒤에 녹화한다면 어떻게 할 것이냐"라는 점을 지적하면서, 이러한 회유나 강요에 대하여는 영상 녹화물이 해결책이 될 수 없다는 점을 지적한 바 있다.¹⁶⁹⁾

축할 위험성이 크고, 특히 국민참여재판에서 올바른 심증 형성을 방해할 위험성이 매우 크다는 이유로 반대의견을 제시한 바 있다.

- 168) 구 형사소송법 제221조의 2(증인신문청구) ② 전조의 규정에 의하여 검사 또는 사법경찰관에게 임의의 진술을 한 자가 공판기일 전의 진술과 다른 진술을 할 염려가 있고 그의 진술이 범죄의 증명에 없어서는 아니 될 것으로 인정될 경우에는 검사는 제1회 공판기일 전에 한하여 판사에게 그에 대한 증인신문을 청구할 수 있다.; 해당 조항에 대하여 헌법재판소는 "법관이 공판기일에 법정에서 직접 조사한 증거에 의하여 심증을 형성하는 것을 제약하여 결국 법관이 직접 조사하지 아니한 상태에서 행하여진 증인신문조서의 기재에 의하여 바로 심증을 형성하게 함으로써 증거가치 판단의 진실성을 담보함에 흠을 가져오는 결과를 초래할 것"이라는 이유로 헌법상 법관의 독립성을 현저히 저해하는 과정입법으로 헌법에 위배된다고 판시하였다. (헌법재판소 1996. 12. 26. 자 94헌바1 결정).

- 169) 법원행정처, 앞 해설서(주9), 2007. 50면 이하.

유죄의 심증을 가지고 다양한 신문기법에 따라 수사기관 주도 하의 조사 과정이 녹화된 영상매체는 법관과 배심원에게 강렬한 인상을 줄 수 있으며,¹⁷⁰⁾ 따라서 위법한 신문절차를 정당한 신문절차로 위장시키는 도구로도 악용될 수도 있다. 한편, 수사기관의 심증 형성 과정이 법관에게 그대로 전이됨으로써 법관이나 배심원이 수사기관의 사실인정 과정에 동조화되거나 예속된다면 이는 권력분립에 맞지 않을 뿐만 아니라 나아가 공판중심주의를 해칠 우려도 제기될 수 있다.¹⁷¹⁾ 특히, 일본 동경 고등재판소는 녹음·녹화물의 위험성에 대하여 다음과 같이 설명한 바 있다.

수사단계에서의 자백은 그 증명력이 실제 이상으로 강한 것으로 평가될 위험성이 있다. 따라서, 그 신용성을 판단할 때에 진술이 강제된 것은 아닌지를 전제로 객관적 사실이나 다른 증거와 정합성 등을 고려하여 내용의 합리성, 자연성 등과 아울러 다각적으로 검토하여 자백 진술과 적절한 거리를 두고 냉정히 숙고하는 것이 필요하다. 그런데 피의자 조사의 녹음, 녹화 기록 매체를 보아 진술의 신용성을 평가하면, 위와 같이 진술이 자발적인 것인지 하는 관점을 벗어나 판단할 가능성이 있고, 그 이상 검토하여도, 신병을 구속당한 상태에서 피의자 조사라는 특수한 환경하에서 이루어진 자백 공술에 과도히 밀착한 형태로 영상과 음성으로 재현된 조사 중 피고인의 모습을 시청함으로써 진실을 말하는 듯이 보이는 등, 판단자의 주관에 따라 좌우되고 인상에 기초한 직관적 판단이 될 가능성을 부정할 수 없다. (동경 고등재판소 판결 平成 30년 (2018) 8. 3. 판례시보 289호 3면)

셋째, 법정에 영상녹화물을 혼출하기 위한 물적, 인적인 부담도 상당할 것으로 예상된다. 법정에서 영상을 재생하여 시청함에 따르는 수고뿐만 아니라 상당한 분량의 영상을 재생하여 시청하는 과정에서 피고인이 부

170) 조기영, 앞 논문(주16), 430면.

171) 정웅석, 앞 논문(주86) 74면 ; 오기두, “수사과정 영상녹화물의 증거조사(상)”, 저스티스 통권 제138호, 2013. 10, 282~286면 ; 신양균, “영상녹화물의 증거능력”, 동북아법연구 제14권 제3호, 2021. 1, 414면 이하 ; 이재학, “영상녹화제도의 지위와 영상녹화물의 증거능력 및 사용에 관한 고찰”, 「서울대학교 법학」 제58권 제3호, 2017. 9, 62~63면.

인하는 자백내용을 확인해야 하는 한편, 어느 부분에 결정적인 단서가 숨어 있을지 모른다는 생각으로 신경을 곤두세워야 할 것이다. 더군다나 조사가 수차례 이루어진 경우에는 영상에 기록되는 내용이 방대해져서 그 내용을 개관하는 것 자체가 어려워질 수 있다.¹⁷²⁾ 이러한 점 때문에 수사기관으로서는 결국 녹화를 마친 후에 녹화 내용 전체를 정리하는 문서를 따로 작성해 두는 수고를 들여야 할 것이다. 이에 대하여, 쟁점이 되는 부분에 한해 발췌하여 재생하는 방안도 생각해볼 수 있으나, 전체가 아닌 쟁점이 되는 부분만 시청함으로써 과연 조사 과정에 적법성이나 임의적 진술을 담보할 수 있는지도 의문이다. 사람의 말은 전후 맥락을 다 살펴보고, 그 말을 하게 된 상대방, 장소, 시간 등 모든 정황을 고려하여야 진의 파악이 가능한 것이다. 영상녹화물이 증거로 제출되면 공판 정의 구두 진술과 중복되는 영상녹화물에 수록된 진술을 또다시 전부 시청하지 않을 수 없다.¹⁷³⁾ 수사기관의 경우, 현재 거의 모든 경찰청과 경찰서 수사부서에는 영상녹화시설이 마련되어 있으나, 2021년 전체 피의자 중 영상녹화 실시율은 검찰은 8.7%, 경찰은 약 6%에 대하여만 실시된 것으로 나타났다. 매년 조금씩 증가하고 있기는 하나 상당히 저조한 편으로 볼 수 있다. 영상녹화 의무녹화 대상 외에는 수사관의 적극적인 활용 의지가 중요하다고 할 수 있는데, 조서와 함께 영상녹화를 실시하는 번거로움과 경우에 따라 녹취록을 작성하여야 하는 부담 등 시간적·물적 비용이 영상녹화의 활용을 어렵게 만드는 요인이 되고 있다.

2) 활용 방안

영상녹화의 본증 사용은 위와 같은 이유로 바람직하지 않다고 본다. 다

172) 독일의 경우 이러한 이유 때문에 피의자신문의 영상녹화제도가 거의 사장된 처지에 놓여 있다고 한다. 형사정책연구원 앞 연구총서(20-B-01), 320면.

173) 오기두, 앞 논문(주171) 295면 이하.

만, 밀실 수사에 의한 자백 강요나 수사과정의 오류들을 감시하고 수사 과정에서의 위법을 주장하는 경우 및 수사기관에서의 진술과 피고인의 법정 진술이 배치되는 경우에 영상녹화물을 활용할 수 있는 길을 열어놓는 것은 필요하다. 이를 위해 피의자가 영상녹화를 거부하는 경우를 제외하고 모든 조사 과정에 대한 수사기관의 영상녹화를 의무화할 필요가 있다.

법정에서는 피고인이 조사자증언에 대한 반대신문 과정 등에서 수사상 절차적인 위법이나 강요된 자백 등을 주장하는 경우나 조사자증언과 모순·배치되는 경우에 피고인 측이 의견을 묻고 동의하는 경우에 한하여 이를 열람하는 것이 바람직하다. 이 경우, 피고인 측이 먼저 열람하도록 한 후, 영상녹화물에 대한 증거조사를 실시함으로써 조사자증언 내용과의 불일치나 진술 당시의 정황, 자백 과정의 적법절차 준수나 강요 등에 의한 허위자백 여부 등을 확인할 수 있을 것이다. 조사의 방법은 가급적 전체 재생을 통하여 확인하는 것이 바람직하지만 신속한 재판을 위하여 영국의 사례와 같이 녹취서를 먼저 열람하고 다투는 부분에 한하여 시청하는 방법도 고려해볼 만하다.

한편, 영상녹화물의 탄핵증거 사용이 가능한가에 대하여 논의가 있다. 탄핵증거는 증거능력이 없는 증거라도 진술의 증명력을 다투기 위하여 사용할 수 있으므로 영상녹화물을 탄핵증거로 사용하는 것이 가능하다고 보거나 본증 사용을 부정하더라도 실체적 진실발견을 위해 탄핵증거 사용이 필요하다고 보는 것이다.¹⁷⁴⁾ 하지만 영상녹화물을 탄핵증거로 사용하는 것은 앞서 언급한 영상녹화물의 독립증거 사용에 따른 여러 가지 문제가 여전히 해소되지 않는다는 점에서 이를 허용하지 않는 것이 바람직하다고 생각한다.¹⁷⁵⁾ 또한, 현행법상 제318조의2 제1항은 진술의 증명력을 다투기 위한 증거, 즉 탄핵증거로 사용을 규정하며, 제318조의2 제2

174) 이재학, 앞 논문(주171) 67면 ; 김면기 앞 논문(주44) 171면.

175) 같은 취지로 신양균, 앞 논문(주171) 415면.

항에서는 ‘제1항에도 불구하고’ 기억 환기용으로만 사용할 수 있도록 규정하고 있으므로 문리적 해석상 탄핵증거로의 사용은 인정되지 않는다고 보아야 한다.

제 2 절 조사자증언의 신빙성 제고

1. 기억의 부정확성 보완을 위한 조서의 활용

형사소송법 제244조 제1항은 “피의자의 진술은 조서에 기재하여야 한다”고 하여 조서 작성 의무를 부여하고 있다. 하지만 피의자신문조서의 증거능력이 일률적으로 제한됨에 따라 수사기관으로서는 조서 작성의 유인이 현저히 줄어들게 되었는바, 현행 피의자신문조서의 작성 방식 및 향후 활용에 대하여 고민해 볼 필요가 있다.

먼저, 피의자신문조서는 수사단계에서 수집된 증거나 참고인 등 진술의 신빙성을 판단함에 있어 사용될 수 있으며, 검사가 공소제기 여부를 결정하는데 중요한 자료가 된다. 한편, 전문법칙이 적용되지 않는 약식절차나 피고인이 전문증거로 함에 동의한 것으로 간주하는 간이공판절차에서 피의자신문조서는 중요한 증거로 활용될 수 있다. 우리나라 형사사건의 90%가 단순 자백 사건임을 감안하면 공판절차에서도 신문조서를 통해 신속한 재판을 가능하게 하므로 소송법상 중요한 의미를 가진다고 할 것이다.

또한, 조서는 앞에서 살펴본 바와 같이 피고인이 범행과 가장 가까운 시점에 조사자가 피고인의 진술을 청취하고 기록한 기록물로서 향후 조사자가 기억을 환기하는데 도움을 줄 수 있다.¹⁷⁶⁾ 형사소송규칙 제83조 제1항은 증인의 기억 환기가 필요한 경우 재판장의 허가를 얻어 서류 또는 물건을 제시할 수 있도록 규정하고 있으며, 증인에게 제시할 서류의 종류에는 제한이 없으므로, 피의자신문조서를 기억 환기용으로 조사자에게 제시하는 것이 가능할 것이다. 경찰의 경우 KICS(형사사법정보시스

176) 경찰관들이 법정 증언시 겪는 애로사항에 대하여 58.4%의 경찰관들이 ‘사건 처리후 기억을 유지해야 하는 부담’이라고 응답한 바 있다. 이기수, 앞 논문(주 123), 532면.

템)을 통하여 과거 처리한 사건의 열람이 가능하므로 조사자증언 시 이를 활용하는 것이 가장 수월한 방법일 것이다.¹⁷⁷⁾ 한편, 조서는 조사자뿐만 아니라 피고인이나 변호인에 의하여도 유용하게 활용될 수 있다. 피고인 측에서 피의자신문조서나 보고서의 기재 내용이 사실과 다르거나 왜곡이 있을 수 있는 점을 지적한다면, 조사자증언에 대한 특신상태나 증명력을 감쇄하는 효과를 가져올 수 있을 것이다.

이에 대하여, 피고인이 경찰 조서의 내용을 부인하는 상황에서 조사자에게 기억 환기를 위하여 피의자신문조서를 제시하는 것은 형사소송법 제312조 제3항의 취지에 반한다고 보는 견해도 있다.¹⁷⁸⁾ 하지만 기억 환기를 통하여 법정에 현출되는 것은 어디까지나 조서가 아닌 조사자의 법정 진술이므로 이를 결부시키는 것이 불합리한 측면이 있음을 앞서 살펴보았다. 또한, 제318조의2에서 영상녹화물을 통한 기억 환기를 규정하며 그 대상을 제한하고 있지 않은 점, 중복증거의 현출을 금지하는 미국이나 독일의 경우에도 증인의 기억 환기를 위한 조서나 메모의 열람을 허용하고 있는 점¹⁷⁹⁾ 등을 고려하면 조사자의 기억 환기를 위한 조서의 열람은 가능하다고 보아야 할 것이다. 그리고 열람의 범위는 조사자가 기억하지 못하는 부분에 한하여 열람을 허용하는 형태로 운영되는 것이 바람직하다.

한편, 조사자가 조서를 읽어 내려가는 형태의 낭독이 허용되는지 문제

177) 경찰청은 조사 과정의 진술 왜곡이나 오류를 최소화하기 위하여 “성폭력 피의자”를 대상으로 한 AI 조서를 시범운영 중에 있다. AI조서는 수사과정에서 이루어지는 음성 진술을 자동으로 텍스트 변환하여 기록 및 저장하고, 이를 데이터베이스(DB)화 하며, 향후 조서의 정확도나 오차 등을 분석한 뒤 확대 여부를 검토할 예정이다.

178) 범선운, 앞 지정토론문(주18), 128면 이하.

179) 독일의 경우 신문조서의 증거 사용이 금지되지 않는 한, 공판기일에 피고인, 증인, 감정인을 신문하며 전에 조서를 제시할 수 있고 이를 위하여 신문조서를 낭독할 수 있다. 이는 실무상 필수적이고 많이 사용되는 절차이며, 판례가 이를 지속적으로 허용하여 왔다. 그리고 이러한 제시를 위하여 제250조 이하에 따라 증거 목적으로 낭독이 금지되는 신문조서를 사용하는 것도 허용된다. 미국에서도 기억환기용 자료로 조사경찰관이 작성한 메모를 제시하는 것이 허용된다고 한다. 사법정책연구원, 앞 연구총서, (2021-14) 390면.

되는데, 이러한 방식은 증인의 진술 태도나 모습을 관찰을 통한 심증 형성을 어렵게 하며 조서재판을 극복하고 공판정에서의 구두변론을 추구하는 형사소송법 개정 취지에 반할 수 있다. 또한, 형사소송규칙 제82조 제2항에서 “서류의 내용이 증인의 진술에 부당한 영향을 끼치지 않도록 하여야 한다”고 규정하고 있는 취지를 고려하면 낭독의 방식은 허용되지 않는다고 할 것이다.¹⁸⁰⁾

내용부인에 따라 증거능력이 없는 조서라도 형사소송법 제318조의2 제1항에 따라 법정에서 현출되는 진술의 신빙성을 가늠하는 탄핵증거로서 활용은 가능할 것이다.¹⁸¹⁾ 향후, 조사자증언이 활성화됨에 따라 조사자를 법정에서 신문하고 피고인과 변호인의 반대신문을 통해 조사자증언의 특신상태를 다투는 경우, 증거능력 없는 피의자신문조서라 법정에 제출할 수 있을 것이다. 물론 진술의 신빙성 판단을 위한 탄핵증거로 조서를 사용하는 경우에는 범죄사실 유무에 관한 심증 형성에는 영향을 주지 않도록 유의하여야 할 것이다.

2. 검사와의 사전면담 문제

조사자와 검사의 사전면담은 법정에서의 증언 경험이 부족한 조사자로 하여금 피고인 측의 신문 등에 대비할 수 있도록 도움을 줄 수 있으며, 조사자의 기억을 활기시킴으로써 증언 과정에서 왜곡이나 부정확한 증언을 예방할 수 있다.¹⁸²⁾ 다만, 검사는 공익의 대표자로서 형사 절차에 있

180) 사법정책연구원, 앞 연구총서, (2021-14) 391면.

181) 대법원은 일관하여 피고인이 내용을 부인한 피의자신문조서에 임의성을 의심할 사정이 없는 한 탄핵증거로 사용할 수 있다고 본다. (대법원 2017. 10. 31. 선고 2017도9402 판결) 다만, 내용 부인된 피의자신문조서의 공판정 현출 허용 자체가 조서 사용 요건을 엄격화한 입법 취지를 몰각하므로 허용될 수 없다는 학설의 비판이 있고, 일부 하급심 판결(서울고등법원 2012. 4. 25. 선고 2012노28 판결) 역시 탄핵증거로 사용할 수 없다는 입장을 취한 바 있다. 사법정책연구원 앞 연구총서 (2021-14) 409면.

182) 과거 법정 증언 경험이 있는 경찰관의 약 15% 정도가 검사와 사전 면담을 한

어 피고인의 정당한 이익을 옹호하여야 하는 객관적인 지위와 함께 실체적 진실에 입각한 국가 형벌권의 실현을 위하여 피고인의 유죄를 입증하여야 하는 책임을 지고 있다.¹⁸³⁾ 미국에서도 검사는 정의의 수호자로 형사사건에 대하여 객관적·중립적으로 처리할 임무와 사명이 있다고 설명되지만, 당사자주의 소송구조하에서 검사의 역할은 피고인의 유죄 및 처벌을 쟁취함이 본질이라는 점도 강조되고 있다. 검사와 수사기관으로서 피고인을 조사한 경찰관이 과도하게 협력할 경우, “죄 없는 자는 형사절차에서 해방시켜야” 하는 검사의 객관·중립적 지위는 약화 될 수 있으며 무기평등의 원칙에 반하는 부작용도 간과할 수 없다.¹⁸⁴⁾ 경우에 따라서는 조사자의 증언의 내용도 검사의 지시에 따라 조작되거나 편향된 진술을 하도록 조정될 가능성도 배제할 수 없다.¹⁸⁵⁾

검사는 제1심과 원심에서 두 차례에 걸쳐 증인신문 전에 공소외 1을 소환하여 면담하였다. 면담 과정에서 공소외 1은 자신의 검찰 진술조서와 제1심 법정진술 내용을 확인하였을 뿐만 아니라 검사에게 법정에서 증언할 사항을 물어보기까지 하였다. 그리고 그 직후 이루어진 증인신문에서 수원지검 사건 및 차명 휴대전화와 관련하여 종전 진술을 번복하였고, 수원지검 사건에 대해서는 피고인에게 불리한 진술을 점점 구체적으로 하였다. 사정이 이러하다면 공소외 1이 제1심과 원심 법정에서 진술하기 전에 검찰에 소환되어 면담하는 과정에서 수사기관의 회유나 압박, 답변 유도나 암시 등의 영향을 받아 종전에 한 진술을 공소사실에 부합하는 진술로 변경하였을 가능성을 배제하기 어렵다. 따라서 검사가 증인신문 전 면담 과정에서 회유나 압박 등으로 공소외

경험이 있는 것으로 파악된 바 있는 것으로 나타났다. 이기수, 앞 논문(주9), 8면.

183) 대법원 2002. 2. 22. 선고 2001다23447 판결, 대법원 2022. 9. 16. 선고 2022다236781 판결 등.

184) 미국에서는 검찰과 경찰의 과도한 협력관계에 따른 상시유착, 당사자주의하에서 피고인과의 경쟁에서 승리하여 유죄 판결을 쟁취하려는 검사의 경향 등을 조사 경찰관 허위 증언으로 뽑기도 한다. 사법정책연구원 앞 연구총서(2021-14), 323면.

185) 장승일, 앞 논문(주25), 188면 이하.

1의 법정진술에 영향을 미치지 않았다는 점을 증인의 진술 등으로 증명하지 못하는 한 원심이 제1심과 달리 유죄로 판단한 근거가 된 공소와 1의 수원지검 사건 관련 법정진술 및 차명 휴대전화 관련 원심 법정진술은 신빙성을 인정하기 어렵다. (대법원 2021. 6. 10. 선고 2020도15891 판결)

한편, 경찰청의 조사자 증언 관련 실무지침에 따르면 조사자의 법정증언 시 담당과장, 팀장 및 수사심사관으로 하여금 송치사건의 기록과 쟁점파악을 돋고 조언을 하도록 하고 있는데 이러한 방식이 조사자 증언의 특신상태나 신빙성 판단에 있어 도움이 되는 것일지 의문이다. 수사기관 내부의 조력은 사건의 실체 내용에 관한 것이 아닌, 조사자가 법정에서 원활한 진술이 가능하도록 기억 환기를 위한 지원에 그치는 것이 바람직하다.

향후 조사자의 역할에 있어 ‘피고인을 조사한 자’ 보다는 ‘증인’의 지위가 강조되어야 하며, 이를 위해 당사자인 검사와 과도하게 밀착하는 것은 지양해야 할 것이다. 조사자는 수사과정에서 보고 듣고 느낀 부분을 위주로 객관적인 입장에서 증언하여야 하며 유죄의 입증을 위하여 적극적인 역할을 하여야 한다는 부담을 버려야 한다. 조사자에 대한 증인신문 전 검사와의 사전면담을 통하여 조사관이 경험한 내용 이상의 정보를 제공하거나 유죄 입증의 부담을 주게 되면 오히려, 편향, 왜곡, 허위진술의 위험이 높아질 것이며 이는 조사자증언의 신빙성을 감쇄하는 요인으로 작용할 수 있다. 최근 조사자증언을 경험한 법조인들을 대상으로 한 실증연구에서도 법관들이 조사자의 법정 진술의 한계를 어느 정도 인정하고 있으며, 기억나지 않는 사항에 대하여는 솔직하게 기억하지 못한다고 진술하는 것이 진술의 신빙성을 높인다는 견해가 제시된 바 있다.¹⁸⁶⁾ 실제 조사자증언을 경험한 경찰관들에 따르면 검사로부터 증인 출석요구를 받으면서 보고서 작성 여부 내지 조서 내용을 묻는 것 외에

186) 치안정책연구소, 앞 연구보고서(주135) 12면 참조.

별도로 면담하는 등 증언 내용에 적극적으로 개입하는 사례는 드문 것으로 나타났는데, 검사 역시 불필요한 면접으로 인해 자칫 증인의 법정진술의 신뢰성에 영향을 주는 것을 피하기 위한 것으로 보인다.¹⁸⁷⁾

187) 치안정책연구소, 앞 연구보고서(주135) 46면 참조.

제 3 절 수사기관의 전문성 강화

법원은 조사자증언의 특신상태를 판단함에 있어 피의자 진술 당시의 임의성, 즉 신용성의 정황적 보장을 중요한 요소로 보고 있다. 이는 수사기관의 투명성 강화뿐만 아니라 내부 역량 강화 및 전문성 향상과의 문제와도 직결된다. 2020년 형사소송법 개정으로 경찰은 그간 검사와 지휘관계에서 벗어나 독자적으로 수사할 수 있는 환경이 조성되었다.¹⁸⁸⁾ 독자적인 수사 권한이 부여된 만큼 수사 절차상 위법은 없는지, 피의자가 신용성 있는 조사 환경에서 임의적으로 진술하고 있는지, 변호인의 조력 등에 지장이 없었는지 등에 대하여 보다 철저한 감독과 역량 강화 노력이 필요하다.

최근 경찰청에서는 향후 조사자증언에 대비하여 수사단계의 임의성 확보나 책임성을 강화하기 위한 일련의 조치들을 해나가고 있다. 아울러 조사 경찰관들이 원활하게 법정 증언에 대비하고 증언의 신빙성을 제고하기 위한 실증연구도 함께 이루어지고 있다. 경찰이 형사절차에 있어 수동적인 위치에만 머무를 수 없다는 것을 조직 차원에서도 인식하고 있음을 알 수 있다. 이러한 변화들은 조사자증언의 활성화와 함께 인권 친화적 수사 및 사법 신뢰를 확립하는 데 도움이 될 수 있을 것으로 기대된다.

188) 특히, 1차적 수사종결권이 부여되었으며 검사와 사법경찰관의 관계는 지휘관계에서 협력관계로 전환되었다. 형사재판에 있어 검·경 간 견제와 균형을 통해 경찰은 1차적 수사기관으로서 검찰은 수사기관이자 경찰 수사에 대한 사법통제 및 객관의무를 가진 공소기관으로서의 역할을 보다 충실히 할 수 있는 점에서 피고인의 방어권 측면에서도 바람직한 변화라고 생각한다.

1. 내부 심사 강화

그간 경찰은 수사관이 사건의 접수부터 종결까지 사실상 전담하여 진행하면서 수사의 적법성이나 실체 판단의 타당성 등을 검사에게 의존하여 왔다. 하지만 형사소송법 개정에 따른 수사지휘권의 폐지로 더 이상 검사에게 의존할 수 없는 수사 환경이 조성되었다. 더욱이 경찰에 수사종결권이 부여됨에 따라 투명성과 적법성뿐만 아니라 즉 수사의 완결성 및 질적 향상도 요구받게 되었다.

이에 경찰은 지난 2019년부터 사건의 심사업무를 전담하는 수사심사관 제도를 운영하기 시작하여 현재 국가수사본부 및 전국 12개 시도경찰청에 수사심사담당관실을 신설하는 등 이른바 ‘3중 심사체계’를 갖추고 경찰 수사의 공정성과 완결성을 기하기 위해 노력하고 있다.¹⁸⁹⁾ 특히, 의무 심사 대상으로 △불송치 사건 △수사중지 및 내사·미제 사건 △영장신청 관련 사건 △주요 풍속·경찰관 관련·가정폭력·아동학대 사건을 지정하여 수사 종결의 적정성, 실체 판단의 타당성, 보완 수사 필요성, 수사단계별 절차 준수 여부 등을 심사하도록 하고 있다.¹⁹⁰⁾

수사종결권 권한에 대한 우려를 불식시키기 위하여 불송치 사건이나 종결사건 위주로 의무심사 대상으로 하고 있으나, 향후 주요 송치사건이나 대상 죄종을 확대하여 수사과정의 오류나 적법성 등도 심사 대상으로 지정하는 것이 바람직할 것이다. 물론, 송치된 이후에는 검사가 이러한 심사역할을 하고 있으며 별도의 심사 인력과 시간이 소요되는 측면이 있으나, 수사 환경이 급격히 변화된 만큼 수사의 품질이 안정적인 수준을 유

189) 경찰청은 내부 심사(수사심사관, 책임수사지도관)와 더불어 경찰 수사심의위원회를 설치, 외부위원들의 심사를 통해 보다 촘촘하고 면밀한 수사를 도모하고 있다. 영국 경찰의 경우, 범죄관리부서(Crime Management Unit), 구금담당관(Custody Officer), 심사부서(Quality Assurance)를 각 독립부서로 운영하면서 수사과정·결과에 대한 다중 심사를 통해 수사의 완결성과 적정성을 도모하고 있다.

190) 경찰수사사건 심의 등에 관한 규칙(경찰청 예규 제592), 수사심사관 업무 매뉴얼(경찰청, 2021) 참조.

지할 때까지 심사 인력의 확충을 통해 무리한 수사나 오류를 통제하는 것이 필요하다.

한편, 수사 밀행성을 완화하고 투명성과 신뢰도를 제고하기 위해 외부 통제에 대하여도 보다 적극적으로 수용할 필요가 있다. 미국이나 영국, 캐나다, 호주, 뉴질랜드 등 영미법계 국가들은 경찰에 대한 시민참여를 통하여 경찰 수사뿐만 아니라 형사 절차 전반의 신뢰를 형성하고 있다. 향후, 경찰위원회를 통한 수사정책 및 법안에 대한 심사, 의결뿐만 아니라 수사심의위원회의 기능을 강화하여 수사정책뿐만 아니라 개별 사건 처리의 적정성 심사, 실체 판단에 있어서도 시민이 참여할 수 있는 방안 (이른바 수사배심제)을 검토할 필요가 있다.¹⁹¹⁾

2. 수사 전문성·지휘역량 강화

경찰청은 채용과정부터 시험과목을 달리하여 수사 경찰을 별도 선발하거나, 신임 교육단계에서부터 예비 수사관을 선발하는 등 전문적인 수사관 양성을 도모하고 있다. 또한, 지난 '14년부터 변호사 채용을 시작한 이후 매년 20여명을 선발하여 수사팀장으로 배치하고 있으며, 2020년부터는 변호사·사이버·과학수사 전문가 등 17개 분야의 전문가를 매년 300여명 채용하는 등 다양한 분야의 전문가 채용을 병행하고 있다.

수사과정의 오판을 방지하고 국민의 신뢰도 제고를 기대할 수 있기 위해서는 향후 수사 인력을 어떻게 관리해나갈 것인지도 중요한 과제이다. 현재, 경찰 수사관들은 과중한 업무부담을 호소하고 있으며, 사건 처리에 대한 부담으로 수사부서 이탈도 심각한 상황이다.¹⁹²⁾ 수사경력이 반드시

191) 탁희성·한민경·선선화, “형사사법에 있어서 시민참여제도에 관한 평가 연구 - 수사와 기소절차를 중심으로”, 한국형사·법무정책연구원 연구총서(21-A-04), 211면 이하 참조.

192) 수사부서에서 수사 경력자의 이탈이 지속 늘어나 경력 1년 미만의 신임수사관 비율이 2021년 13.3%(3만3천423명)에서 현재 17.9%(3만4천679명)로 4.6%(1천

수사 전문성과 비례하는 것은 아니지만 경력자들이 이탈하는 문제는 수사 전반의 질적 저하로 이어질 가능성성이 높다. 업무량 감축과 함께 인사고과 평가, 승진 시 수사부서 우대 등 실질적인 유인책을 마련하여 우수한 인재나 경력자를 유치하는 것이 시급하다.

한편, 균질하고 공정한 수사를 위해서는 수사팀장·과장의 지휘역량도 중요하다¹⁹³⁾. 경찰청은 과·팀장 자격제를 운영하여 수사부서 과장은 6년 이상, 수사부서 팀장은 5년 이상의 수사경력을 요구하는 한편, 과장의 경우 보통 1년 단위로 전보인사를 통하여 장기 근무로 인한 부작용을 예방하고 있다. 수사경력이 수사전문성과 공정한 수사를 담보하는 것은 아니므로 향후에는 송치 및 불송치 사건의 통계, 이의신청 비율, 송치사건에 대한 유·무죄율을 체계적으로 관리함으로써 수사 지휘역량이나 공정한 사건 처리를 평가하기 위한 시스템을 단계적으로 마련할 필요가 있다.

3. 내부 교육

한편, 조사자증언과 관련한 경찰 내부의 교육과 매뉴얼 등의 작성에도 각별한 유의가 필요하다. 조사경찰관이 조사 당시의 과정과 내용을 정확히 전달할 수 있다면 조사관 증언의 신빙성은 높게 평가될 수 있다. 하지만, 부정확하거나 진실하지 않은 증언으로 비추어진다면 당해 사건 전체의 신빙성에 영향을 줄 수 있을 뿐만 아니라 조사자증언제도 전반에 대한 신뢰의 문제가 발생할 수 있다. 따라서 매뉴얼이나 조사자증언 교

256명)로 증가한 것으로 나타났다. 수사전문인력 양성을 위해 지난 2005년부터 시행 중인 수사경과제도 운영 현황은 2020년 9천257명이던 지원자가 현재 3천 921명으로 급격하게 줄어든 반면, 해제현황은 2020년 1천179명이던 것이 2021년 3천664명으로 3배 이상 증가한 것으로 나타났다. - ‘최근 5년간(‘17~‘21) 경찰수사관 1인당 사건 처리 기간’. (경찰청, 2021).

193) 약 3만 명의 수사경찰이 사건을 배당받아 진행·처리함에 있어 최접점에서 지도·관리하는 책임자는 수사팀장(경감급)과 과장(시도청의 경우 팀장, 경정급)이다.

육과정에 있어 법정 증언이 획일적이고 정형화된 방식으로 전달되거나 형식적인 절차가 되지 않도록 늘 염두에 두어야 한다. 기억을唤기하고 증언을 준비하기 위한 지원은 필요하지만, 경찰관에게 구체적으로 ‘어떤 내용으로 증언하라’고 하는 것은 지양해야 할 것이다. 반면, 조사자증언의 목적은 ‘이기는 것이 아니라 진실을 찾는 것’(not winning but discover truth)이라는 점¹⁹⁴⁾은 늘 강조해야 할 것이다.

일부 시도경찰청을 중심으로 경찰관의 법정 증언이 활성화될 것에 대비하여 ‘모의 법정’, ‘자기사건 공판참여제’ 등을 통하여 사건 담당 수사관이 직접 증인의 역할을 맡거나 이를 방청하는 교육이 이루어지고 있다. 또한, 경찰의 수사 교육기관인 수사연수원에서는 ‘공판연계 수사과정’을 개설하여 수사경찰관들이 법정 증언 등 공판에 대한 이해를 높이기 위한 노력을 하고 있다. 실제 모의법정을 참관한 일선 수사팀장의 경우 “법정에서 증거가 채택되거나 채택되지 않는 과정을 보면서 그간 수사관행을 성찰할 수 있는 기회였다”고 답변하기도 하였다. 본인이 처리한 사건이 법정에서 어떻게 다루어지는지는 실제 법정에서 직접 경험을 하는 것은 교육을 통해 얻어지는 효과에 비할 수 없는 것이다. 이러한 공판과정에 대한 경험은 수사관의 적법 수사를 유도하고 더불어 수사 책임성 강화에 기여하는 부분이 상당할 것이다. 향후, 경찰청 차원에서 이를 정례화하거나 제도화하여 수사관들에게 본인의 역할과 무게에 대하여 숙고할 수 있는 계기를 제공하는 것도 필요하다.

4. 객관적 증거 확보

앞서 언급하였듯이 향후 진술이나 자백에 의한 수사관행은 점차 설 자리로 밀려갈 것으로 예상된다. 피고인의 진술에 기반하는 증거는 증거능

194) 류장만, 앞 논문(주50), 305면 참조.

력뿐만 아니라 증거가치를 인정받기도 쉽지 않을 것이다. 공판중심주의가 강화될수록 향후 수사기관으로서는 피의자의 자백에 의한 수사관행을 탈피하고 물적증거를 확보하기 위해 노력할 필요가 있다.

다만, 과거 화성 연쇄살인사건¹⁹⁵⁾ 등 다수의 사례에서는 과학수사에 기초한 자료나 전문가의 견해 등이 타당하지 않은 결론에 이를 위험성도 배제할 수 없다는 보여준다. 또한, 앞서 언급한 저서 ‘오염된 재판’은 과학적으로 타당하지 않고 신빙성이 없는 법과학이 법원의 오판에 강력한 영향을 미쳤고, 실제 피고인 측 변호사와 판사들은 아무런 역할을 하지 못한 사례들을 소개하고 있다.¹⁹⁶⁾

전문가의 증거는 이에 대한 평가가 어렵기 때문에 유력한 증거임과 동시에 사안을 오도하게 할 가능성도 높다. 따라서 수사기관으로서는 과학적 증거확보를 위한 연구·개발의 노력을 기울이되, 신빙성이 떨어지는 수사기법은 지양하고 증거의 질을 높이기 위하여 국제적으로 통용되거나 검증된 과학수사 기법에 집중할 필요가 있다.¹⁹⁷⁾ 한편, 법원으로서는 과학수사 결과 등을 바탕으로 99%의 유죄의 심증을 가지더라도 과연 그러한 과학수사기법이 신뢰할만한 것인지 항상 경계심을 가져야 할 것이다.

195) 사건 당시 국과수 감정 등이 유죄의 증거로 활용되었으나 그로부터 약 32년의 세월이 흘러 지난 2020년 재심을 통해 무죄를 선고받았다. 이후 국가배상청구 소송 과정에서 법원은 “국립과학수사 연구소의 혈액형 감정이나 모발성분 분석 과정에 상당한 미흡한 점이나 조작이 있었다”고 판단하였다.

196) 앞의 책(주128), 143면 이하. 혈청학, DNA 검사, 치흔·음성·지문·족적 비교 등 법과학 증거로 인한 오판 사례들을 소개하고 있다.

197) 경찰청(과학수사관리관실)은 국가첨단치안센터 건립, 첨단 과학수사 기법·장비 확충, 과학수사 분석절차 국제표준(KOLAS) 인정, 현장감식 유효증거 채취 강화, 화재·영상·검시조사관 등 전문분야 인력 채용 등 객관적인 증거확보를 위해 다양한 노력을 기울이고 있다. 국수본 5대 핵심과제 추진계획(2021, 경찰청)

제 4 절 사법자원의 효율적 운용

조사자증언의 활성화는 원활한 공판중심주의를 위한 여건의 문제와도 맞닿아 있다. 공판중심주의적 재판 운영은 조서에 의한 재판에 비하여 필연적으로 소송 경제적 비효율이나 사법비용의 증가를 초래할 것으로 예상할 수 있다. 공판중심주의적 재판 운영에 철저를 기한다면 법관은 실체적 진실발견과 피고인의 인권 보호를 위해 원칙적으로 눈앞에서 직접 보고 듣고 증거조사를 거친 증거에 의하여 심증을 형성하여야 할 것이다. 하지만 공판중심주의적 재판 운영이 강조될수록 형사사건에 대한 법관의 기피 현상이 문제가 되고 있다.¹⁹⁸⁾ 특히, 기존과 같이 조서가 아닌 인적 증거나 법원의 증거조사 등이 필요하기 때문에 향후 이러한 부담은 가중될 것으로 예상된다. 법관의 업무부담은 앞에서 언급된 오판 사례들에서 알 수 있듯이 ‘범인 열 사람을 놓치더라도 무고한 한 사람은 처벌하지 않는다’는 형법적 대원칙을 지켜내지 못하는 결과를 초래할 수 있다. 또한, 재판의 장기화 문제로 인해 신속한 사법 서비스를 국민들에게 제공하는 것도 어려워질 수 있다.¹⁹⁹⁾

이를 위하여는 법관의 증원 및 재배치, 업무량 감축이나 공판 중심적 재판의 선별적 운용 등 재판의 효율성을 기하는 방안을 고민하여야 한다. 모든 사건에 공판중심주의적 재판 운영을 하는 것이 현실적으로 어

198) 678명의 법관들을 대상으로 한 설문조사 결과, 민사사건을 선호하는 법관들(75%)이 형사사건을 선호하는 법관들(4%)보다 앞도적으로 많았다. 형사사건을 기피하는 주요 이유는 △공판중심주의에 따른 재판 절차의 복잡화 △재판절차상 검토할 내용이 많고 △ 양형 부담이 큰데다 △언론 노출의 부담이 있는 점을 이유로 꼽았다. 사법정책연구원 「법관들의 업무부담 및 그 영향 요인에 관한 연구」, 2021.10.

199) 법원행정처가 23일 공개한 자료에 따르면 2019년 우리나라 법관 수는 2966명이었다. 같은 해 본안 접수된 민·형사 사건 수는 137만 6438건으로 판사 1인당 464.07건을 맡는다. 이에 반해 독일은 법관 1명 당 89.63건, 프랑스는 196.52건, 일본은 151.79건이다. 대법원, ‘각국 법관의 업무량 비교와 우리나라 법관의 판례 현황’ 보도자료, 2021. 9. 23.

렵다면 피고인이 범행을 부인하는 사건 중에서도 중요한 사건과 자백, 경미 사건을 구분하여 구술주의나 변론주의 재판이 필수로 이루어져야 하는 재판을 유형화하는 방안을 고려할 필요가 있다.²⁰⁰⁾ 또한, 영상재판의 활용,²⁰¹⁾ 형사전자소송 등을 통하여 공판중심주의와 재판의 효율성을 조화시키기 위한 방안을 지속 모색하여야 할 것이다. 장기적으로는 유죄 협상제도(plea bargaining)에²⁰²⁾ 대하여 보다 활발한 논의가 이루어질 필요가 있다.

다만, 수사기관에서 자백을 하다가 법정에서 부인하는 사건의 비율이 높지 않은 점, 제정 형사소송법 당시와 비교할 수 없을 정도로 비약적으로 발전한 형사사법 여건상 증언에 의한 공판중심주의적 재판 운영은 감당할 수 있는 수준이라고 보는 견해도 있다.²⁰³⁾ 이를 정확히 진단하기 위해서는 향후 조사자증언의 활용 빈도나 소요 시간 등 자료를 축적하고 이에 대한 실증연구 등도 지속 병행되어야 할 것이다.

-
- 200) 경미한 형사사건은 검사를 투입하여 기존의 즉심절차를 신속처리절차로 개편하고, 정규사건은 공판중심주의를 확립하여 선진국과 같은 수준에서 직접심리주의와 전문법칙을 강화하여야 한다는 견해로 신동운, 앞 논문(주88) 128면 ; 프랑스의 중죄, 경죄, 위경죄를 구분하는 것과 같이 범죄의 경중에 따라 공판중심주의적 공판절차에 따라 심리해야 할 사건에서는 조사자증언을 기본으로 하여 수사에 있어 조서의 작성을 생략하거나 조서의 증거제출을 금지하고, 그렇지 않은 사건에서는 조서작성을 원칙으로 조서에 의한 증거제출과 심리를 허용하자는 견해로 하재홍, 앞 논문(주19), 212면.
- 201) 지난 2021. 11. 18. 개정 형사소송법 시행에 따라 형사재판과 관련하여 영상재판의 범위가 확대되었다. 구체적으로는 △비디오 등 중계장치에 의한 중계시설을 통한 구속 사유의 고지 등 사건 청문절차와 증인신문의 실시 및 절차 진행에 관해 영상공판준비기일에 관한 조항을 준용하도록 하고(규칙 제45조의2 2항, 제84조의5 2항) △비디오 등 중계장치에 의한 중계시설을 통한 증인신문에 관한 규정을 통역과 번역에도 준용하는 한편(제90조) △비디오 등 중계장치에 의한 중계시설을 통하여거나 인터넷 화상장치를 이용한 영상공판준비기일의 실시 방법을 정하는 내용(제123조의13) 등이다.
- 202) 미국의 경우, 절대 다수의 형사사건을 플리바케닝 절차로 처리하고 나머지 극소수의 사건에 대해서만 집중적으로 사법자원을 쏟아붓는 식으로 형사사법제도를 운영하고 있다. 한편, 일본에서도 미국의 제도를 참고하여 변형된 형태의 플리바케닝 제도를 2016년부터 운영하고 있다. 안성훈, “일본에서의 유죄협상제도에 관한 논의와 입법화”, 형사소송 이론과 실무, 형사소송법학회, 제8권 2호, 2016. 12, 39면 이하.
- 203) 이상훈, 앞 지정토론문(주100), 15면.

검찰의 경우 수사부서를 중심으로 배치된 인력을 공판 중심으로 배치할 필요가 있다. 검찰 조직 내에서 공판부 인적 비율은 전체 검사의 15% 수준으로 알려져 있는데,²⁰⁴⁾ 공판을 강화하는 방향으로 지속 노력할 필요가 있다.²⁰⁵⁾ 한편, 최근 형사소송법 개정에 따른 수사종결권의 부여 및 심사 강화 등으로 경찰 수사관들의 업무부담이 상당히 가중되고 있음을 앞서 살펴보았다.²⁰⁶⁾ 수사기관으로서는 피의자가 자백하고 있고 특별한 쟁점이 부각 되지 않는 사건까지도 향후 피의자신문조서의 증거능력이 부정될 것에 대비하여 객관적인 증거를 수집하는 부담과 함께 조사자증언에 대비한 영상녹화 등의 부담도 늘어날 것으로 전망된다. 또한, 지난 2020년 12월 국정원이 가지고 있던 대공 수사권을 삭제하는 것을 골자로 한 국정원법 개정안이 의결됨에 따라(2024. 1. 1. 시행) 향후, 안보 수사도 경찰로 일원화되는 등 업무가 가중되고 있다.

경찰은 이러한 문제를 타개하기 위하여 일선 수사관 인력증원, 통합수사팀 구축²⁰⁷⁾, 승진 기간 단축 등 인센티브 방안을 마련 중에 있다. 다만, 근본적으로는 업무량을 줄일 수 있는 방안을 고민해야 할 것이다. 실무상 일률적으로 문답식 조서 작성이 이루어지고 있는데 쟁점이 단순하

204) 법무·검찰 개혁위원회, 「검찰권의 공정한 행사를 위한 검사 인사제도 개혁」 권고, 제18차 권고 발표자료(2020. 5. 28).

205) 과거 김종구 전 법무부장관도 “검찰의 직접수사관행이 상대적으로 경찰에 대한 사법 통제나 공소유지가 상대적으로 소홀히 되어 검찰의 준사법기관적 성격이 점차 퇴색되고, 이에 따라 인권보장적 기능에 대해 법원의 책임이 더욱 무거워지는 결과로 귀결, 즉 검찰은 국민과 검찰 스스로도 의식하지 못하는 사이에 어느덧 수사과정에서 야기될 우려가 있는 인권침해에 대한 감시와 견제의 기능을 잃고, 그 주체가 아닌 객체가 되어가고 있는 것”이라고 지적한 바 있다.

206) 경찰이 한해 동안 처리하는 약 200만 건의 사건 중, 사건 접수 연도 내에 처리 하지 못한 사건 비중은 지난 5년간 평균 1.6%씩 꾸준히 증가하고 있으며, 특히 수사권 조정이 시행된 2021년에는 3%포인트 넘게 증가한 것으로 나타났다. ‘최근 5년간 전체 사건 접수 및 당해 연도 미처리 건수’ 자료(경찰청, 2022).

207) 일선 수사부서의 효율성을 제고하기 위하여 그동안 경제팀·지능팀·사이버수사팀으로 분리 운영돼온 조직을 통합수사팀으로 재편성하는 방안이다. 작년 2월부터 인천경찰청과 경기북부경찰청에서 통합수사팀 체제를 시범 운영해왔다. 내년에는 이 체제 운영을 부산, 광주, 세종, 충남, 강원경찰청 등으로 확대하는 방안을 검토 중이다.

거나 복잡하지 않은 경우 핵심 요지만을 기재하는 방식을 도입하는 등 조서 작성에 들이는 시간과 비용을 줄일 필요가 있다. 다만, 향후 조사자의 기억 환기를 위하여 원 진술을 그대로 전달할 필요가 있는 경우 등은 문답형태로 조서를 작성하는 방법도 혼용되어야 할 것이다.²⁰⁸⁾

또한, 현재 검찰과 경찰 모두 고소·고발 사건에 대하여 혐의없음 불기소·불송치하는 경우 무고 여부에 대하여도 판단토록 하고 있는데 실제 기소율은 상당히 낮은 편이다.²⁰⁹⁾ 무고범죄를 엄중하게 다스리는 문화가 정착된다면 고소, 고발의 남발로 인한 억울한 피해자와 불필요한 사법·행정력 낭비를 줄일 수 있을 것이다. 아울러 우리나라는 사기범죄가, 전체범죄 대비 높은 비율을 차지하면서도 기소율은 낮은 편인데,²¹⁰⁾ 일선 경찰서에 시행 중인 수사민원상담센터를 내실화하여 민사의 형사화를 줄여나가는 것도 필요하다 할 것이다.²¹¹⁾

208) 하태훈, 박노섭, 조기영, “공판중심주의에 부합하는 수사실무 개선방안” 경찰청 용역보고서, 2011. 2, 88면 ; 한편, 일본의 경우 수사기관은 진술자의 진술요지를 6하원칙에 맞추어 서술하는 형태로 조서를 작성하고 있다고 한다. 이동희, 앞 논문(주9), 751쪽.

209) 경찰수사규칙 제111조, 검찰사건사무규칙 제117조. 한편, 2021년 기준 무고 검거 인원 약 5,100명 중 기소된 인원은 570여명으로 약 10% 정도 수준이다. 「검찰통계」(2022), 대검찰청.

210) 2021년도 발생 범죄 약 140만건(형법범 약 90만건, 특별법범 약 60만) 중 사기 범죄는 약 29만건(검거 인원은 17만명) 정도로 가장 높은 비율을 차지하고 있으며. 수사의 단서도 고소·고발 등이 대부분을 차지하고 있다. 다만, 기소 인원은 5만명 정도로(약 25%수준) 나타났다. 경찰청 범죄통계(2021).

211) 경찰서에 고소·고발 등 민원 접수 시, 변호사도 참여하여 형사·민사·행정 등 전문적인 법률서비스를 제공하는 무료상담센터로 현재 1급지 150개 경찰서 중 146개 경찰서에 설치하여 운영하고 있다.(경찰청, 23. 1. 2 기준).

제 6 장 결 어

공판중심주의적 형사재판에 있어 적법절차와 실체진실 발견이라는 가치를 구현하기 위해서는 다양한 제도적 장치들이 견제와 균형을 이루면서 조화되어야 한다. 피고인의 방어권 보장 측면에서는 수사과정의 적법절차 및 공정한 수사를 담보할 수 있는 요소, 그중 변호인의 실질적 조력을 받을 수 있도록 제도적 장치 마련 등이 필요하다.²¹²⁾ 한편, 실체진실 발견 측면에서는 법치주의의 확립 및 범죄로부터의 국민을 보호하기 위하여 수사 기능이 원활히 작동할 수 있도록 하여야 한다.

그간 조사자증언에 대한 찬반논란이 계속되어 왔으나, 2020년 형사소송법 개정으로 사실상 사문화되어 있던 조사자증언이 다시금 주목을 받기 시작하였다. 조사자증언이 가지는 부정확성이나 허위자백에 의한 증언 문제 등을 고려하면 기존 조서가 가지는 문제점을 극복할 수 있는 우량한 증거라고 보기 어려운 것도 사실이다. 하지만 완벽한 제도라는 것은 존재하기 어려운 만큼 다양한 증거방법이 서로 보완을 이루면서 법정에서 활용될 수 있도록 하는 것은 공판중심주의와 실체진실 발견의 이념을 충실히 실현하는 길일 것이다. 조사자증언은 구두주의, 직접주의에 부합하고 피고인의 반대신문권도 보장되는 등 공판중심주의에 부합하는 증거라는 점은 분명해 보인다. 아울러 막대한 예산과 인력을 운용하고 하는 수사기관의 실체진실발견 노력 또한 경시할 수 없는 것이다. 따라서, 향후 조사자증언을 수사기관에서의 피고인 진술 현출의 원칙적 증거방법으로 활용하되 위에서 언급된 영상녹화물이나 조서 등을 적극 활용하여 이를 보완할 필요가 있다.

212) 차용석, 앞 논문(주15) 8면 이하.

한편, 조사자증언에 대하여 조서를 대체하는 수단이나 이를 회피하는 수단으로 평가하는 시각에서도 벗어날 필요가 있다. 현재 우리나라의 형사사법 환경은 형사소송법 제정 당시의 상황과 비교하기 어려울 정도로 많은 발전을 이루어 냈다. 과거 강압수사에 의한 인권침해의 역사를 되풀이하지 않기 위해 수사기관은 투명성과 공정성 제고에 많은 노력을 기울여 오고 있으며, 인적 자원이나 수사시스템은 다른 어느 국가에 비하여도 부족하지 않은 수준에 이르고 있다. 한편, 당사자주의 요소의 지속 도입과 더불어 사법 시스템의 투명화, 법조 인력의 증원 및 국민참여재판제도의 도입 등 질적·양적으로 발전된 사법 환경을 갖추어 나가고 있다. 향후 조사자증언과 같은 공판중심주의적 재판을 위한 요소들을 감내 할 수 있는 사법 환경의 발전은 계속될 것으로 예상된다.

조사자증언이 활성화됨에 따라 향후 다양한 사례가 축적됨으로써 연구와 분석이 이루어진다면 보다 안정적으로 정착될 수 있을 것이다. 다만, 조사자증언이 수사관들에게 거부감으로 다가오거나 실무에 있어 부담으로 작용하지 않도록 하는 것이 가장 중요한 과제이다. 법정에서 비춰지는 조사자의 태도나 진술의 신빙성 여부는 향후 국민들의 수사기관에 대한 신뢰에 있어서도 많은 영향을 미칠 것으로 생각된다.

수사관들이 법정에서 원활한 증언을 하도록 하기 위해서는 수사 및 기소 및 재판에 이르기까지 형사사법체계의 주요한 일원이라는 사명감 부여와 함께 현재 수사 경찰이 직면한 인력 부족 문제와 더불어 수사관들의 책임의식 제고에 많은 노력을 기울여야 한다. 한편, 법정에서는 어떤 질문과 방식을 통해 조사자로부터 유의미한 진술을 이끌어 낼 수 있을 것인지, 기억의 부정확이나 왜곡의 여지를 어떻게 줄여나갈 수 있을지 지속적인 연구와 제도적 보완이 함께 이루어져야 할 것이다. 향후, 조사관들이 보다 책임의식을 가지고 객관적인 자세로 조사자증언에 임함으로써 공정하고 정의로운 재판에 초석을 마련할 수 있기를 기대한다.

참 고 문 헌

[단행본]

- 신동운, 신형사소송법, 제5판, 법문사, 2014.
- 이재상/조균석, 형사소송법, 제11판, 박영사, 2018.
- 이주원, 형사소송법, 제4판, 박영사, 2022.
- 이창현, 형사소송법, 제5판, 정독, 2019.
- 브랜던 L 게릿, 「오염된 재판」, 한겨례 출판.

[논문]

- 권순민, “형사소송법상 조사자증언제도의 합리적 운영방안”, 법학논총 제34권 제2호, 단국대학교 법학연구소, 2010.
- 김면기, “영상녹화물의 활용이 공판중심주의 활성화를 저해하는가?”, 형사법연구 <제29권 4호>, 한국형사법학회, 2017.
- 김병수, “국민참여재판 시행 10년의 평가와 과제”, 부산대학교 법학연구 제60권 제2호, 2019.
- 김상준, “무죄판결과 법관의 사실 인정에 관한 연구”, 서울대학교 법학대학원 박사학위 논문, 2012.
- 김성룡, “검사작성 피의자신문조서의 증거능력 관련 규정 개정이 남긴 과제”, 인권과 정의 vol 491, 2020.
- 김정한, “형소법상 특신상태의 의미와 개념 요소 및 판단기준에 관한 소고” 비교형사법연구 제16권 제1호, 한국비교형사법학회, 2014.

- 김종구, “형사소송법상 전문법칙의 입법연혁과 영미법의 영향 - 일본형 사소송법상 전문법칙의 제정과정과 관련하여”, 법학논집 제19권 제3호, 2012.
- 김희균, “검사작성 피의자신문조서의 증거능력 개정안 검토” 법학연구 제29권 제1호, 2021.
- 류장만, 조사자 증언제도 연구, 미국 실태를 중심으로, 법조 제57권 제5호. 법조협회, 2008.
- 박성민, “조사자 증언의 문제점과 개선방안”, 성균관법학 제33권 제2호, 2021.
- 박성재, “영상녹화조사의 실무상 쟁점”, 법조 <59-3>, 법조협회, 2010.
- 박종렬·전명길, “조사자 증언에 대한 고찰”, 법학연구 제36집, 한국법학회, 2009.
- 백강진, “국제형사법의 관점에서 본 우리나라의 형사증거법”, 법학평론 제10권, 2020.
- 백형구, [실무논문] “영상녹화물의 증거능력”, 법률신문 제4264호, 2014.
- 변필건, “조사 경찰관에 의한 전문진술의 현출 방법에 관한 비교법적 고찰”, 형사법의 신동향 통권 제19호, 2009.
- 서보학, “개정 형사소송법에 의한 수사조서 및 영상녹화물의 증거능력” 사법 제3호, 2008.
- 신동운, “한국 형사사법의 개혁과 전망”, 비교 형사법연구 제8권 제1호, 2006.
- _____, “제정 형사소송법의 성립경위”, 한국형사법학회 학술대회 논문집, 2004.
- _____, “사법개혁의 추진과 형사증거법의 개정”, 서울대학교 법학 제47권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2006.
- 신상현, “조사자 증언제도의 개선방안 - 독일의 직접심리주의에 대한

- 비교법적 고찰을 중심으로” 법학논총 제31권 제3호, 국민대학교 법학연구소, 2004.
- 신양균, “영상녹화물의 증거능력”, 동북아법연구 제14권 제3호, 2021.
- 심재무, “피의자진술의 법정현출방식과 조사자증언의 증거능력” 비교형 사법연구 제12권 제1호, 한국비교형사법학회, 2010.
- 안성훈, “일본에서의 유죄협상제도에 관한 논의와 입법화, 형사소송 이론과 실무”, 형사소송법학회, 제8권 2호, 2016.
- 안수길, “독일의 피의자진문 영상녹화제도”, 성균관대학교 법학연구원, 성균관법학 제33권 제2호, 2021.
- 오기두, “수사과정 영상녹화물의 증거조사(상)”, 저스티스 통권 제138호, 2013.
- 윤종행, “피고인의 대면권(confrontation; 반대신문권)”, 서울법학 제27권 제4호, 2020.
- 이기수, “경찰관 법정증언 증가에 대한 대응방안”, 치안정책연구소, 2010.
- _____, “경찰관 법정증언의 실태와 개선방안”, 치안정책연구소, 2012.
- _____, “형사절차상 혀위자백의 원인과 대책에 관한 연구”, 2012.
- 이동희, “배심제·공판중심주의에 따른 경찰활동의 변화방향”, 형사법연구 제19권 제3호, 2007.
- 이상원, “휴리스틱과 검사의 인지편향”, 형사정책 제29권 제3호, 한국형 사정책학회, 2017.
- 이순옥, 영상녹화의 적극적 활용 및 증거능력 인정 필요성에 대한 검토, 대검찰청, 형사법의 신동향 통권 70, 2021.
- 이완규, “피의자진문조서의 진정성립과 증거능력”, 저스티스, 통권 제81호, 한국법학원, 2004.
- 이용식, “조사자증언제도에 대한 비판적 소고”, 형사정책 제24권 제3호, 한국형사정책학회, 2012.

- 이은모, “개정형사소송법상의 증거법칙에 대한 검토”, 법학논총 제24권 제2호, 한양대학교 법학연구소, 2007.
- 이재상, “형사소송법 일부개정법률안에 관한”, 바람직한 형사사법절차에 관한 공청회, 국회법제사법위원회, 2006.
- 이재학, “영상녹화제도의 지위와 영상녹화물의 증거능력 및 사용에 관한 고찰”, 「서울대학교 법학」 제58권 제3호, 2017.
- 이주원, “형사소송법상 반대신문권과 증거능력의 관계”, 한국형사소송법학회, 형사소송이론과 실무 제10권 제2호, 2018.
- 이형근, 조은경, “피의자신문조서의 왜곡 유형과 정도에 관한 연구- 조서와 영상녹화물의 비교를 통한 사례연구”, 경찰학연구 제14권 제2호, 2014.
- 임웅, 도규엽, “개정형사소송법 제316조에 대한 고찰 - 조사자증언 제도를 중심으로” 성균관법학, 제23권 제2호, 2011.
- 장승일, “수사절차상 조사자증언의 증거능력에 대한 검토”, 법학연구 제12권 제3호, 2013.
- 정웅석, “수사경찰관의 법정진술의 증거능력”, 형사법의 신동향 통권 4호, 2006.
- _____, “형소법상 특신상태의 필요성에 대한 비판적 고찰” 저스티스 제138호, 한국법학원, 2013.
- _____, “전문법칙 규정에 관한 한미 양국 비교를 통한 개선방안”, 형사소송이론과 실무 제7권 제2호, 2015.
- 조기영, “증거재판주의와 새로운 증명방법의 증거능력 - 재판의 정당화 관점에서 본 영상녹화물과 조사자증언의 증거능력”, 동아법학 제66호, 2015.
- 차용석, “형사소송법상의 공판중심주의에 대한 고찰”, 법조, vol 617, 2008.
- 최병천, “피의자신문조서의 증거능력 - 미국법과의 고찰”, 전북대학교

- 법학연구소 법학연구 통권 제59집, 2019.
- 탁희성·한민경·선선희, “형사사법에 있어서 시민참여제도에 관한 평가 연구 – 수사와 기소절차를 중심으로”, 한국형사·법무정책연구원 연구총서, 2021.
- 한연규, “사법경찰관의 조사자 증언과 수사상 진술의 증거활용”, 형사법의 신동향, 제60호, 대검찰청, 2018.
- 한웅재, “미국법상 전문법칙의 의의와 예외 - FRE를 중심으로”, 형사법의 신동향 8권, 2007.
- 한제희, “한국식 형사증거법의 실태와 고민” 한국형사소송법학회 ‘형사소송 이론과 실무’ 제12권 제2호, 2020.
- 하태훈, “검사작성 피의자신문조서와 참고인진술조서의 증거능력”, 형사판례연구 14, 형사판례연구회, 2006.
- _____, 박노섭, 조기영, “공판중심주의에 부합하는 수사실무 개선방안” 경찰청 용역보고서, 2011.
- 한인섭, “국민참여재판하에서 경찰 역할의 변화”, 형사정책, vol.18, 2006.
- _____, “형사소송법 제정과정과 김병로”, 법학연구 제28권 제2호, 2017.
- 허인석, “영상녹화제도의 합리적 운용과 발전방향”, 법조 <57-9>, 법조협회, 2008.
- 홍진영, “개정 형사소송법 제312조에 대한 검토” -조사자증언은 과연 최우량증거인가?- 형사소송 이론과 실무 제12권 제1호, 2020.
- _____, “조사자증언에 있어서 특신상태 요건의 구체화 - 2020년 형사소송법 개정을 계기로”, 법조 제71권 제1호(제751호), 법조협회, 2022.
- David H. Taylor 著, 김종구 역, “미국 배심재판에서 전문증거와 대면권”, 조선대학교 법학연구소 법학논총 제18권 제3호, 2011.

[기타 자료]

- 국회법제사법위원회, ‘바람직한 형사사법절차에 관한 공청회’ 자료, 2006. 9.
- 사법정책연구원, 「수사기관 작성 조서의 증거 사용에 관한 연구 : 2020년 개정 형사소송법에 따른 실무변화 모색」, 연구총서(2021-14).
- _____, 「당사자주의와 직권주의가 조화된 적정한 재판 운영」, 연구총서(2019-11).
- _____, 「피의자신문조서 증거능력 제한과 형사재판 결과보고서」, 2021.
- _____, 「법관들이 법관 업무부담 및 그 영향 요인에 관한 연구」, 2021.
- 형사소송법학회, 「수사단계 진술의 증거능력 및 증명력 확보방안」, 형사, 법무연수원 정책연구과제, 2015.
- 현법재판연구원, 「현법이론과 실무」, 현법재판소(2020-A-5).
- 법무부, 「개정 형사소송법」, 2007.
- 경찰청, 「조사자 증언 관련 수사실무지침」, 2020.
- _____, 「조사자 증언관련 지원, 교육시스템 구축 종합계획」, 2021.
- _____, 「수사심사관 업무메뉴얼」, 경찰청, 2021.
- _____, 「경찰 수사과정의 ‘변호인 조력권 보장 강화방안’」, 2019.
- _____, 「경찰청 범죄통계」, 2021.
- 경찰대학 실증법학연구센터, “조사자 증언 세미나” 발제자료, 2022.
- 치안정책연구소, 「수사부서 과·팀장의 역할, 책임한계 및 지휘역량 제고 방안」, 2020.
- 동국대학교 산학협력단, 「경찰서 수사부서 업무진단 표준모델 개발에 관한 연구」 - 국가수사본부 연구용역 보고서, 2021.
- 형사정책연구원, 「형사정책과 사법제도에 관한 평가연구(XIV): 형사절차 상 영상녹화제도의 실효성 분석 및 법제도적 개선방안」, 2020.
- 법원행정처, 「형사소송법 개정법률 해설」, 2007.

국회법제사법위원회, 「바람직한 형사사법절차에 관한 공청회」 자료, 2006.
대법원, “바람직한 형사사법시스템의 모색을 위한 토론회” 보도자료
(2004. 7. 12).

_____, ‘각국 법관의 업무량 비교와 우리나라 법관의 과로 현황’ 보도자
료, 2021. 9.

대법원 홈페이지(scourt.go.kr/judiciary/member/judge/index.html).
대검찰청, 검찰연감, 2021.

_____, 범죄분석, 2022.

통계청, 「형사사법기관 신뢰도 및 공정성 인식」, 한국의 사회지표, 2021.
법무·검찰 개혁위원회, “검찰권의 공정한 행사를 위한 검사 인사제도 개혁”
권고 - 제18차 권고 발표자료, 2020. 5. 28.

아주경제, “대검, 피신조서 증거능력 제한 대비...일선청에 매뉴얼 배포”
(21. 12. 30)

한국행정연구원, 『사회통합실태조사』 中 “형사사법기관 신뢰도 및 공
정성 인식” 통계청 발간 ‘2021 한국의 사회지표’, 2022.2

U.S.News, “the-top-10-most-surveilled-cities-in-the-world”, Aug. 14,
2020.

이창현, “휴지가 될 피의자신문조서”, 법률신문(2020. 12. 24.).

김면기, “조사자증언 제도의 활성화에 대한 기대”, 법률신문(2022. 4.
11.).

Abstract

A Study on the Investigator's Testimony

– Focusing on the cause of inactivation
and activation plan –

Choi, Yeon Seok

The amendment of the Criminal Procedure Act in 2007 was made throughout the criminal justice system with the goal of improving the practice of court trials and realizing the principle of court-oriented trials. In particular, the investigator's testimony system was introduced as a method of evidence that can replace the protocol, even though the Supreme Court has denied its admissibility in the past.

However, contrary to expectations at the time of introduction, the investigator's testimony does not play a role as evidence, and opinions are divided as to whether it can be used as an evidence method with evidence value in the future. In countries such as the United States and Germany, although it is common for investigators to testify in court, it has been recognized as a heterogeneous and inconvenient method for us.

The significance of the introduction of the investigator's testimony is listed as follows : First, it is the strengthening aspect of the principle of court-oriented trials. The testimony of the investigator can be expected to promote the principle of court-oriented trials

management as a method of evidence consistent with the principle of oral pleading and substantial directism in that it can form evidence by the attack and defense of the parties.

Second, the aspect of guaranteeing the defendant's right to defense and discovery of the truth. It guarantees the right to a fair trial by having the investigator appear in court and providing the accused with an opportunity for cross-examination, while vivid testimony in an open court can help judges and jurors to form accurate evidence and make correct judgments.

Third, it is the aspect of promoting change in investigative practices. By exposing investigators to the courts, it will be possible to eliminate secretive investigations and promote a human rights-friendly investigation environment. The strengthened responsibility and independence of the investigating police through the revision of the Criminal Procedure Act in 2020 will act as a positive factor in revitalizing the investigator's testimony.

However, looking at the reasons why the use of testimonies by investigators has been low, first of all, the Evidence Act regulations that do not allow the evidence of documents to be recognized only by denying the contents and the resultant criminal trial practice centered on the documents can be cited. In the background of this practice, the courts have been denying the admissibility of evidence for the reason of Article 312 of the Criminal Procedure Act. On the other hand, the inaccuracy of testimony due to the inability to accurately remember the contents of the defendant's statement, and concerns about false confessions due to coercion are pointed out as limitations of the investigator's testimony. In addition, the police's lack of internal command capacity and investigative expertise, and the investigator's

indifference to the trial can also be pointed out as reasons for the inactivation of the investigator's testimony.

In order for the investigator's testimony to play its role as a method of evidence, a transparent and fair investigation by the investigative agency must be premised. For this purpose, video recording of the investigative process needs to be made compulsory, and it is also necessary to use the protocol for memory recall to enhance the credibility of the investigator's testimony. Interviews with prosecutors and internal training require special attention because the status of the investigator as a "witness" should be emphasized. In the future, investigative agencies will have to strengthen their investigative expertise and command capabilities, while making great efforts to secure physical evidence. Lastly, it is necessary to create a trial-centered trial operation environment by using judicial resources efficiently.

In the future, if the limitations of the investigator's testimony system are supplemented and the conditions for the principle of court-oriented trials are established, it is expected that the investigator's testimony will be able to play its role as a valuable method of evidence while making the most of its significance. It is hoped that the investigator's testimony will promote the transparency and professionalism of investigative agencies and contributing to the smooth trial-centered operation of the trial.

**keywords : principle of court-oriented trials, party principle,
discovery of the truth, right of defense, revitalization**

Student Number : 2020-26837