

〈논 문〉

## 사법개혁추진과 형사증거법의 개정\*

신 동 운(申 東 雲)\*\*

### I. 서론

#### 1. 사법개혁위원회와 사법제도개혁추진위원회의 활동

근자에 사법개혁과 관련한 논의가 한창이다. 2006년도에 들어와 임시국회가 열림에 따라서 로스쿨 제도의 도입을 필두로 국민참여재판제도의 실시, 공판중심주의 및 신속처리절차의 확립, 고등법원 상고부의 도입 등 굵직굵직한 개정안들이 국회의 심의중에 있거나 또는 그 직전 단계인 입법예고 상태에 있다.

2003년 하반기에 구성되었던 사법개혁위원회는 각계의 의견을 모아서 2004년 말에 일련의 사법개혁에 관한 건의문을 정부에 건의하였다.<sup>1)</sup> 그리고 이 건의안을 구체적으로 실천하기 위하여 2005년에는 사법제도개혁추진위원회가 구성되었다. 2년간의 한시적 기구인 이 사개추위는 구체적인 법률안을 성안하여 정부에 제안하는 작업을 수행하고 있다. 그 가운데 형사사법과 관련한 주요 개정안들은 이미 사개추위 분위원회를 통과하여 입법예고 등 일련의 절차를 거친 후 국회 심의 단계에 이르고 있다.<sup>2)</sup>

필자는 사법개혁과 관련한 그 동안의 과정에서 사법개혁위원회 시절에는 학계

---

\* 이 논문은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2006학년도 연구지원비의 보조를 받았음.

\*\* 서울대학교 법과대학 교수.

1) 사법개혁위원회의 활동내용은 2005년 1월에 간행된 7권의 자료집으로 정리되어 있다. 사법개혁위원회, **사법개혁위원회 자료집 (I)~(VII)** 참조.

2) 형사사법개혁과 관련한 사법개혁위원회 및 사법제도개혁추진위원회의 활동개요에 대해서 필자는 2006년 1월 17일 부산 동아대학교에서 열린 “제1회 동아시아 형사사법 국제학술대회 — 형사사법의 정비방안 —”에서 발표한 바 있다. 이 발표문은 한국비교형사법학회의 학회지 **비교형사법연구**에 게재될 예정이다. 신동운, “한국 형사사법의 개혁과 전망”, 위 학술대회 자료집, 1면 이하 참조.

측 위원의 한 사람으로 참여하였고, 사법제도개혁추진위원회에서는 본위원회의 전단계에 위치하고 있는 실무위원회의 위원으로서 관여하고 있다. 본고에서는 필자의 전공분야이기도 한 형사사법의 개혁과 관련하여 특히 형사증거법의 개정안을 중심으로 개정방향과 주요골자를 소개하고자 한다. 한 가지 양해를 구해 들것은 본고가 사법제도개혁추진위원회의 공식적인 입장과는 무관하다는 사실이다. 증거법개정을 둘러싼 사개추위 논의과정에 참여하면서 필자가 느꼈던 소회를 중심으로 전개하는 글이 본고임을 미리 밝혀두고자 한다.

## 2. 형사증거법의 개정과 조서재판의 극복

사실 그 동안 형사소송법의 개정은 국민들의 관심을 별반 끌지 못하였다. 그것은 대부분의 국민들이 자신은 결코 형사절차에 관련을 맺지 않을 것이며 형사재판은 범죄자들의 몫이라고 하는 생각 때문이었을 것이다. 그런데 2005년 상반기에 사법제도개혁추진위원회와 법무부가 형사소송법의 개정과 관련하여 치열한 대립양상을 보이면서 이 문제가 단순히 범죄자의 처벌문제에 그치지 아니하는, 형사사법의 근본구조를 좌우하는 중요 이슈라는 점을 국민들은 인식하게 되었다.

그런데 당시 논쟁이 가열되는 과정에서 국민들은 과연 핵심적인 쟁점이 무엇인지 정확하게 파악할 수가 없었다. 언론은 사법제도개혁추진위원회 위원장과 법무부장관의 회동을 TV 화면에 비추면서 마치 개혁과 보수의 두 진영이 충돌하는 것처럼 보도는 하였으나 정작 문제의 핵심이 무엇이었는지를 아는 사람들은 그다지 많지 않았다. 그것은 문제의 초점이 형사소송법, 그 가운데에서도 특히 전문적이라고 할 수 있는 형사증거법의 분야에 놓여 있었기 때문이다. 실제로 어느 유명 앵커가 진행하는 시사토론 프로그램에서도 ‘전문법칙(傳聞法則)’이 어떻게 ‘진정성립’이 어떻게 ‘내용부인’이 어떻게 하면서 토론자들이 이야기를 전개하는 것을 보고 사회자가 증거법 특유의 전문용어 때문에 논의를 함께 진행하기가 매우 어렵다는 말을 하는 것을 필자는 본 일이 있다.

그러나 사실 문제의 파악이 그렇게 어려운 것은 아니다. 실제로 우리나라에 있어서 형사재판의 흐름을 보면 다음과 같은 현상을 알 수가 있다. 범죄혐의로 조사를 받는 사람은 우선 경찰서에서 신문을 받는다. 이 과정에서 피의자는 범죄혐의를 시인하는 자백을 한다. 이때 그 자백내용은 조서에 기재된다. 이것을 가리켜서 사경작성 피의자신문조서라고 한다. 사법경찰관리가 피의자를 신문하여 조사한 내용을 적어놓은 서류라는 뜻이다.

이어서 사건은 경찰로부터 검찰로 송치된다. 검찰에서는 다시 피의자를 조사한다. 그리고 다시 한번 피의자로부터 자백을 받는다. 이미 경찰에서 자백을 하였음에도 불구하고 같은 내용의 조사를 되풀이하여 그 자백내용을 조서에 적어둔다. 이때 작성되는 서류를 검사작성 피의자신문조서라고 한다. 검사가 피의자를 조사(신문)하여 그 내용을 기재한 서류라는 뜻이다.

이어서 검사는 피의자를 기소한다. 이때부터 그 사람은 피의자로부터 피고인으로 신분이 바뀐다. 대개 이맘때쯤이면 변호인이 선임되어 있다. 변호인은 피고인과 면담하여 방어전략을 세운다. 이때 변호인이 제일 관심을 가지는 것은 의뢰인인 피고인이 과연 검사 앞에서 자백을 한 사실이 있는가 하는 점이다. 사법경찰관리 앞에서 한 자백은 전혀 개의치 않는다. 검사 면전에서 자백만이 문제된다. 왜냐하면 사경 면전에서 자백은 법정에서 ‘그 내용을 부인’하기만 하면 아무짝에도 쓸모없는 휴지가 되어버리기 때문이다. 이에 반하여 만일 검사작성 피의자신문조서에 자백이 기재되어 있다면 문제는 심각하다. 이제 변호인이 할 수 있는 일은 사실상 법원에 선처를 구하기 위한 양형자료를 모아서 제출하는 정도의 것뿐이다.

사실 사법제도개혁추진위원회에서 형사증거법과 관련하여 야심차게 추진하였던 개혁안은 검사작성 피의자신문조서에 대해서도 사경작성의 그것과 마찬가지로 ‘그 내용을 부인’하기만 하면 유죄입증의 증거로 쓰일 수 있는 자격(이를 전문용어로 ‘증거능력’이라고 한다)을 박탈해버리는 것이었다. 그리고 이를 통하여 그 동안 한국 형사사법의 고질적 병폐라고 지적되어 왔던 소위 ‘조서재판’의 폐해를 일거에 청산하려고 하였던 것이다. 그러나 결과는 그렇게 되지 못하였다. 이제 이와 같은 일련의 진행과정을 보다 심층적으로 이해하기 위하여 잠시 역사를 더듬어 보기로 하자.

## II. 현행 증거법의 성립경위

### 1. 일제하의 형사증거법

싫건 좋건 간에 현행 형사소송법의 근본골격은 일제시대의 그것을 따르고 있다. 해방 직후의 혼란한 시절, 그리고 대한민국의 건국과 6·25전쟁을 거치는 극도의 혼란기에 한국의 형사소송법은 제정되었다. 제대로 훈련된 형사법학자들이 거의 없는 상황에서 형법과 형사소송법은 제정되지 않으면 안 되었다. 당시 초미

의 관심사는 형사법전의 완벽을 기하기보다는 왜어(倭語)로 된 법전으로부터 벗어나는 일이었다.<sup>3)</sup> 이러한 상황에서 당시의 입법자들이 택하였던 고육책은 어느 특정한 입법례를 모델로 설정해 놓고 이를 우리 사회실정에 맞추어 약간의 가감·수정을 가하여 한글화된 법전을 만드는 것이었다. 이러한 편찬방침을 토대로 형법은 1920년대 후반과 1930년대 전체를 거쳐서 성안되었던 일본개정형법가안을, 형사소송법은 일제시대부터 미군정시대에 이르기까지 써내려왔던 소위 의용형사소송법을 모델로 삼기로 하였다.<sup>4)</sup> 여기에서 논의의 초점을 형사소송법, 그 가운데에서도 형사증거법의 영역으로 모아보면 다음의 변화를 간취할 수 있다.

일제시대는 한 마디로 말한다면 조서에 의한 형사재판의 시대였다.<sup>5)</sup> 근대 형사소송법의 대원칙은 구두주의요 변론주의이다. 형사재판은 공개법정에서 열리도록 되어 있다(공개주의). 이것은 시민들이 재판의 공정한 진행을 감시할 수 있도록 하기 위함이다. 이를 가능하게 하려면 재판은 평범한 시민들이 알아들을 수 있도록 ‘말’로써 진행되어야 한다. 법정에서 오고가는 치열한 공방, 그것도 구두로 진행되는 공격·방어를 통하여 시민들은 재판의 추이와 결과를 예측할 수 있다. 그리고 그 예측이 실제의 재판결과와 일치할 때 그 재판은 공정하다고 신뢰한다. 이러한 요청은 단순히 방청객을 위한 공개재판의 차원에서 요구되는 것만은 아니다. 만일 시민이 배심원이나 참심원으로 재판부의 일익을 구성하게 된다면 구두로 진행되는 공격·방어가 아니면 도대체 사건에 대한 판단을 내릴 수가 없다. 그래서 심증의 정확한 형성과 올바른 판단을 위하여 형사재판은 구두로 진행되어야 하고 구두방식을 통한 공격·방어가 보장되어야 한다는 소위 구두주의

3) 조속한 법전편찬을 촉구한 글로 1948년 6월에 엄상섭이 ‘효당학인’이라는 필명으로 게재한 글이 주목된다. 이 글에서 그는 일본말로 된 법령체계에서 벗어나는 것을 법전편찬의 최우선 과제로 꼽았다. 효당학인, “법전편찬에 대하여”, **법정**, 제3권 제6호, 통권 제20호(1948. 6.), 10~11면 수록. 신동운 편저, **효당 엄상섭 형사소송법논집** (2005), 53면 이하에 재수록.

4) 1949년 1월 8일 대법원회의실에서 열린 법전편찬위원회 총회 제5차 회의에서는 형사소송법요강이 심의되었다. 이 자리에서는 “형사소송법의 편찬은 현행 형사소송법규를 참고로 하여 민주주의적 형사재판제도를 확립하도록 제정할 것”이라는 요강 제1항이 원안 그대로 가결되었다. 여기에서 말하는 ‘현행 형사소송법규’란 기본적으로 의용형사소송법을 가리킨다. 대한법리연구회, “법전편찬위원 총회 의사록 초”, **법률평론**, 창간호(1949. 4), 33면. 신동운, “제정형사소송법의 성립경위”, **형사법연구**, 제22호(2004 겨울), 209면 이하에 재수록.

5) 자세한 내용은, 신동운, “일제하 형사절차에 관한 연구”, 박병호 교수 환갑기념(II), **한국법사학논총**(1991), 401면 이하 참조.

· 변론주의가 형사재판의 대원칙으로 확립되기에 이른 것이다.

그런데 이와 같은 근대 형사소송법의 대원칙은 식민지 조선에서는 사치 중의 사치였다. 식민지의 조선사람들은 이와 같은 호사를 누릴 자격이 없었다. 일제의 입장에서 보면 조선사람들은 영구히 식민지로 남아 있어야 할 조선반도의 지배 대상일 뿐이었다. 다스리는 일본인과 다스림을 받는 조선인, 이 양자의 구도 속에서 형사재판의 공정성을 감시한다는 근대 형사소송법의 대원칙은 공허한 외침일 뿐이었다.

일제시대에 이 땅의 형사재판을 규율하던 법률은 소위 의용형사소송법(依用刑事訴訟法)이었다. 식민지 조선에는 입법기구가 없었으므로 법전을 만들 수가 없었다. 그렇기 때문에 어느 특정한 법전을 빌려다가 재판의 준칙으로 설정하는 일이 필요하였다. 그리하여 조선총독이 지정하여 재판규범으로 사용하기로 한 형사소송법을 가리켜서 의용형사소송법이라고 부른다. 그런데 이렇게 하여 의용된 형사소송법은 일본 제국의회가 제정한 일본의 형사소송법이었다.

의용된 일본의 당시 형사소송법은 근대적 형사소송법을 지향하였다. 그리하여 구두주의·변론주의를 원칙으로 천명하였다. 그 결과 사람의 ‘말’을 증거로 써야 하는 경우에는 원칙적으로 그 말을 한 사람을 법정에서 불러내어 재판부가 직접 그 진술을 듣도록 하였다. 그런데 이렇게 하는 것은 경우에 따라 많은 시간과 노력을 필요로 하기 때문에 당시의 일본 형사소송법은 예외적으로 그 말을 서면에 적어서 그 ‘서면’을 증거로 사용할 수 있도록 하였다. 다만 이와 같은 예외는 근대 형사소송법의 대원칙에 크게 반하는 것이므로 그 범위를 대폭 제한하였다. 그리하여 그 허용범위는 ‘법령에 의하여 작성된 신문조서’로 엄격히 한정되었다.<sup>6)</sup> 이 경우 ‘법령에 의하여 작성된 조서’는 원칙적으로 당시의 예심판사가 만든 것이었다. ‘판사’가 작성한 조서는 판사로 구성되는 ‘재판부’가 심리하는 것과 대등한 신뢰도를 갖는다는 이유에 근거한 예외였다.

그러면 식민지 조선의 경우는 어떠한가? 식민지 조선에는 입법기구가 없었다.

#### 6) 의용형사소송법 제343조

① 피고인 기타의 자의 공술을 녹취한 서류로서 법령에 의하여 작성된 신문조서 아닌 것은 좌(左)의 경우에 한하여 이를 증거로 할 수 있다.

1. 공술자가 사망한 때
2. 질병 기타 사유로 인하여 공술자를 신문할 수 없을 때
3. 소송관계인이 이의 없을 때

② 단독재판소의 사건에 있어서는 전항에 규정하는 제한에 의함을 요하지 아니한다.

그 대신 조선총독이 발하는 명령이 법률의 기능을 하였다. 조선총독은 소위 ‘제령(制令)’의 형식으로 각종 법령을 제정하였는데 형사재판의 준칙으로는 ‘조선형사령’이 제정되었다.<sup>7)</sup> 일제시대 전 기간을 걸쳐서 극도의 악명을 떨쳤던 이 ‘조선형사령’은 첫째의 임무는 일본 제국의회가 제정한 일본의 형사소송법을 식민지 조선에 의용하는 것이었다. 동시에 조선형사령은 식민지 조선의 특수사정을 구실로 여러 가지 특칙 조항을 두었는데 그것이 바로 유명한 조선형사령의 독소조항들이다.

일제의 조선형사령은 식민지형 사법제도를 구축하기 위하여 소위 조서를 활용하였다. 의용형사소송법에 의하면 ‘법령에 의하여 작성된 신문조서’는 그것이 서류임에도 불구하고 유죄의 증거로 사용되었다. 다만 그 남용을 막기 위하여 근거 법령이 엄격히 제한되었다. 그런데 일제의 식민지조선으로 들어오게 되면 일제의 경찰·검찰에게 각종 신문권한을 부여한 조선형사령 제12조 이하의 규정이 바로 법령상의 근거가 되었다. 그 결과 식민지의 사법경찰관이나 검사가 작성한 신문조서는 일본의 경우에 예심판사가 작성한 신문조서와 대등한 지위를 향유하게 되었다.

일제가 이렇게 한 이유는 재판하는 자와 재판받는 자 사이에 존재하는 언어소통의 장애 때문이었다. 일제의 재판부는 일본어만을 할 줄 아는 일본인 판사로 구성되었다. 재판을 받는 사람은 한국어밖에 할 줄 모르는 조선인들이었다. 재판을 하려면 양자 사이에 의사소통이 이루어져야 할 것인데 이를 가능하게 하려면 많은 수의 통역이 필요하였다. 이러한 상황에서 일제는 조선인들을 하급 사법경찰관리로 채용하고 이들이 조선어로 신문하여 일본어로 작성한 조서를 ‘법령에 의하여 작성된 신문조서’로 격상시킴으로써 막대한 사법비용을 절감하였다.

일제시대의 형사재판 모습을 보면, 검사는 공소제기와 함께 일건 기록을 법원에 제출하였다. 판사는 일본어로 된 사건기록을 미리 정독하고 법정에서의 신문과정에서 그 정확성을 확인하는 정도로 재판을 진행하였다.<sup>8)</sup> 재판은 일본어로

7) 조선형사령에 관하여는 일제 말 일본인 검사에 의하여 집필된 해설서가 있다. 玉名友彦, **朝鮮刑事令釋義 附, 令狀並刑執行の取扱に就て**(1944). 최근에 이 책은 법원도서관에 의하여 원문과 함께 우리말로 번역·출간되었다. 법원도서관, **국역 조선형사령석의** (2005).

8) 당시의 재판관행을 보여주는 예로 엄상섭의 다음 글이 주목된다.  
“..... 군의 재판은 특색이 있었다. 그 특색은 양형에 있었다. 군은 기록을 다 읽고는 양형을 정한 후 그로부터 감형될 조건과 중형될 조건을 적기하여 두고 공판을 열어서 심리가 끝난 후에는 다시 최후적 양형을 정한 다음에 검사의 구형의견을 들으나 그

진행되었고 이를 알아듣지 못하는 조선인 방청객을 의식할 필요는 전혀 없었다. 재판의 공정성에 대한 감시는 식민지 재판의 경우에는 생각할 수 없는 명제였다. 이러한 방식의 재판은 일본인으로 구성된 재판부의 말석에서 재판실무를 배운 조선인 판사에게 재판의 전형으로 인식되었다. 그리고 이들 조선인 판사들은 해방 이후에 대한민국 사법부의 첫출발을 다지는 역할을 수행하였다.

## 2. 형사소송법 정부초안과 법사위수정안

해방이 되면서 미군정 당국은 일제의 대표적인 악법들을 폐지하면서도 일단 기존의 법령체계들을 유지하기로 하였다. 이러한 과정에서 의용형사소송법은 여전히 효력을 가지고 있었다. 그러나 조선형사령 제12조 이하의 독소조항이 폐지되면서 ‘법령에 의한 신문조서’의 범위가 대폭 제한되었다. 이제는 의용형사소송법의 원래 구도대로 ‘판사’가 작성한 신문조서가 아니면 조서를 유죄의 증거로 사용할 수 없게 되었다. 그리고 그와 동시에 형사재판의 실무에 많은 부담이 생겨나게 되었다.<sup>9)</sup>

이러한 와중에서 대한민국은 출범하게 되었고, 법전편찬위원회는 형사소송법의 기초에 임하게 되었다. 형사재판은 공개법정에서 구두주의와 변론주의에 의하여 진행되어야 한다는 근대 형사소송법의 대원칙을 한편으로 하고, 지금까지 수사기관의 조서를 활용함으로써 값싸고 신속하게 진행해 왔던 기존 형사재판실무를 다른 한편으로 하면서 우리나라의 새로운 형사소송법을 어느 선에 위치시켜야 할 것인가 하는 문제가 심각하게 논의되었다.

당시의 입법 관여자들은 힘겹게 출발한 우리 사법제도의 운영가능성을 높이기 위하여 타협책을 마련하였다. 그것은 수사기관이 작성한 각종 조서에 ‘성립의 진정’(약칭하여 ‘진정성립’이라고도 함)이라는 표지를 붙여서 어느 정도 제한을 가하되, 이 표지가 충족되면 그것이 서류임에도 불구하고 유죄의 증거로 사용하기로 하였던 것이다.<sup>10)</sup> 이 경우 ‘성립의 진정’이라 함은 수사기관 앞에서 말을 하

의견은 들어들 정도로 한다는 것이다.”

엄상섭, “양원일 군을 보내면서”, **법정**, 제4권 제3호, 통권 제30호(1949. 4.), 32~33, 35면 수록. 신동운 편저, **효당 엄상섭 형사소송법논집**(2005), 249면 이하에 재수록. 인용부분은 이 책 253면.

9) 이 당시의 문제상황에 대해서는, 신동운, “형사사법개혁의 쟁점과 동향”, 한국형사정책연구원, **21세기 형사사법개혁의 방향과 대국민 법률서비스 개선방안 III**(2004), 91면 이하 참조.

있던 사람이 공판정에서 “그 서류에 적힌 서명과 날인은 본인의 것이 맞다.”고 하고 나아가 “그 서류에 적힌 내용은 본인이 말한 그대로이다.”라고 진술하는 것이었다. 일제시대와 비교하면, 일제 때에는 아무런 전제조건 없이 수사기관의 조서가 마치 판사가 작성한 조서처럼 행세하였던 것임에 비하여 ‘성립의 진정’ 내지 ‘진정성립’이라는 표지를 통하여 조서의 증거능력에 어느 정도 제한이 가해지게 되었던 것이다.

법전편찬위원회는 ‘진정성립’의 표지를 붙여서 조서를 유죄인정의 자료로 쓸 수 있게 하는 방침을 정하고 이를 형사증거법의 기본입장으로 조문화하였다.<sup>11)</sup> 그리고 정부는 이 법전편찬위원회를 정부원안으로 채택하여 국회에 제출하였다. 그런데 형사소송법의 심의에 임한 국회는 전시국회였던 제2대 국회이었다. 6·25전쟁 직전에 실시된 5·30총선거에 의하여 구성된 제2대 국회는 애초에 간선제를 천명한 헌헌헌법에 의하여 대통령선출권을 가지고 있었다. 그러나 반 이승만 노선을 견지하고 있는 의원들이 과반수를 차지하는 상황에서 이승만 대통령은 재선을 꿈꿀 수가 없었다. 이러한 상황에서 이승만 정권은 1952년 5월에 소위 부산정치파동을 일으켜서 간선제 헌법을 직선제로 바꾸었는데 이것이 유명한 발췌개헌이다. 이 부산정치파동의 와중에서 많은 야당의원들이 투옥되었고 고문을 당하였다.

형사소송법안에 대한 심의는 부산정치파동을 겪으면서 진행되었다. 야당 국회의원들은 고문의 체험, 앞으로 가해질 형사재판을 통한 탄압 등을 염두에 두면서 형사소송법안의 수정안을 마련하였다. 그리하여 나온 것이 유명한 ‘내용부인’이라는 표지이다. 정부가 제출한 형사소송법안은 국회 법제사법위원회에 회부되었고 이를 토대로 수정안이 작성되었다. 형사소송법안에 대한 축조심의 과정에서 야당의 대표적 이론가였던 효당 엄상섭 의원은 본회의에 참석한 동료의원들을 상대로 다음과 같은 발언을 하고 있다.<sup>12)</sup>

10) 자세한 내용은, 신동운, 전계논문, “형사사법개혁의 쟁점과 동향”, 96면 이하; 신동운, 전계논문, “제정형사소송법의 성립경위”, 166면 이하 참조.

11) 법전편찬위원회 형사소송법초안 (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.

12) 1954년 2월 16일 국회 본회의 발언. 한국형사정책연구원(신동운 편), **형사소송법제정 자료집**(1990), 289면 이하 참조.



그 다음에 끝으로 한 가지 강조할 문제는 이 범죄수사에 있어서 고문을 한 다든지, 또는 자백을 강요한다든지, 이러한 면에 있어서 자백강요를 어떻게 막아야 될까, 이러한 문제가 있었던 것입니다. 이것은 입으로는, 우리가 경찰관에게 물어보나 검찰관에게 물어보나, 고문이라는 것은 절대로 없다고 말합니다. 그렇지만 사실에 있어서는 고문이라는 것이 대한민국에서 공공연한 비밀로 되어 있습니다. 이렇게 되면, 이것은 아주 근원을 끊어버리는 그런 일은 어떤 일이나, 결국 검찰관이나 경찰관이 만든 조서에 대해서 증거력을 주지 말 것, 검찰관이나 혹은 경찰관이 범죄수사를 할 때에 단서를 찾아가는 그 정도는 봐주지만, 재판장에서 유죄의 증빙재료로 할 수 없게 만들면 고문을 하지 않지 않겠느냐, 이러한 생각으로 해서 검찰관이나 경찰기관에서 진술한 내용은 피고인이나 피고인의 변호인 측에서 이의가 없는 한에서만 유죄의 증빙재료로 할 수 있다, 하는 이러한 방향으로 나가야 될 것입니다.

이렇게 나가면 개인의 인권을 존중하는 의미에서는 대단히 좋지만, 비교적 경찰보다는 인적 요소가 조금 우월하다고 볼 수 있는 검찰기관이 작성한 조서에까지 이러한 증거력을 주지 않는다면 소송이 지연되고 여러 가지 문제가 있을 것이다 해서, 경찰기관에서 작성한 조서에서만 이의가 있을 때에는 증거력을 주지 않도록 하고 검찰기관은 그대로 두는, 이런 것으로 절충이 되어서 규정된 것입니다. 그러면 적어도 경찰에서 무엇을 말했다든지, 수사기관에서 한 자백은 검찰기관 혹은 공판정에서 부인할 때에 언제든지, 칠판에다가 써 두었던 글을 닦아버린다든지 하는 것처럼, 아무런 효과가 없다는, 이러한 방향으로 나가야 비로소 경찰기관에서 행해지고 있는 이 고문을 적어도 근절은 못 시키더라도, 어느 정도 견제할 수 있지 않는가, 이러한 생각을 가지고 있습니다.

법사위수정안의 구상에 의하면 이제 조서는 세 가지 형태로 차등화된다.<sup>13)</sup> 하나는 판사가 작성한 조서이다. 이것은 의용형사소송법 이래로 ‘법령에 의하여 작성된 신문조서’로서 아무런 제한이 없이 유죄의 증거로 사용될 수 있는 자격(소위 증거능력)을 갖는다. 다음으로 검사가 작성한 조서이다. 이 경우는 정부안과 마찬가지로 ‘진정성립’이라는 요건이 추가되어, 이 요건이 충족되는 경우에 증거

13) 법제사법위원회 형사소송법수정안 제299조

검사 또는 사법경찰관의 피의자 또는 피의자 아닌 자의 진술을 기재한 조서, 검증 또는 감정의 결과를 기재한 조서와 압수한 서류 또는 물건은 공판준비 또는 공판기일에 피고인 또는 피고인 아닌 자의 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.

로 사용될 수 있다. 즉 공판정에서 피고인이나 변호인이 “그 조서에 기재된 서명·날인은 피고인의 것이 맞습니다. 또한 피고인이 말한 대로 기재되어 있습니다.”라고 말하면 유죄의 증거로 쓸 수 있는 것이다.

끝으로 사법경찰관이 작성한 조서이다. 이 경우에는 검사작성의 조서와 마찬가지로 ‘진정성립’을 요건으로 하지만 여기에 그치지 않고 ‘내용인정’의 요건이 추가된다. 이 경우 ‘내용인정’이란 공판정에서 피고인이나 변호인이 “조서에 기재된 내용은 사실과 같습니다.”라고 말하는 것이다. 이를 역으로 말한다면 공판정에서 피고인이나 변호인이 “그 조서에 기재된 서명·날인은 피고인의 것이 맞습니다. 또한 피고인이 말한 대로 기재되어 있습니다.”라고 말한다고 하여도(이상은 진정성립), “그렇지만 조서에 적힌 내용은 사실과 부합하지 않습니다.”라고 말하면(이상은 내용부인) 이제는 유죄의 증거로 쓸 수 없게 되어버린다. 마치 칠판에 적어두었던 글을 닦아버리거나 열심히 적어두었던 서류를 구겨서 휴지통에 넣어버리는 것과 같다.

법제사법위원회가 수정안으로 제안한 조서의 3분화는 정부측의 강력한 반발에 부딪혔다. 이승만 정권은 이와 같은 형사증거법 조항으로는 치안을 유지할 수 없다고 주장하면서 사경작성 피의자신문조서에 ‘내용인정’의 요건을 삭제하도록 요구하였다. 이승만 정권은 바로 이 증거법조문을 첫번째 이유로, 그리고 검사의 불기소처분에 대한 불복방법으로 법원에 재정신청을 제기할 수 있도록 한 소위 재정신청제도의 도입을 두 번째로 이유로 하면서 도합 7개 항목을 이유로 들어서 국회를 통과한 형사소송법안에 대하여 거부권을 행사하였다. 그러나 국회 3분의 2 이상의 다수의석을 점하고 있었던 야당의원들은 정부가 환부한 형사소송법안을 재의결하였고, 이로써 국회법사위 수정안이 반영된 법안이 마침내 대한민국의 형사소송법으로 성립하기에 이르렀다.<sup>14)</sup>

### III. 현행 형소법 제312조의 문제점

#### 1. 고문방지의 실패

한국 형사증거법의 핵심적 조문은 형사소송법 제312조이다.<sup>15)</sup> 즉 검사작성 피

14) 제2대 국회의 형사소송법 재의결 과정에 대해서는, 신동운, 전계논문, “제정형사소송법의 성립경위”, 193면 이하 참조.

15) 현행 형사소송법 제312조는 5·16 군사쿠데타 직후인 1961년 9월 1일 국가재건최고

의자신문조서와 사법경찰관작성 피의자신문조서의 증거능력을 차등취급하고 있는 형소법 제312조 제1항과 제2항이다. 앞서도 언급한 바와 같이 형소법 제312조는 1954년에 6·25전쟁의 혼란기를 배경으로 하면서 고문방지를 위한 교육책으로 도입되었다. 그런데 과연 이러한 입법자의 구상은 성공을 거두었는가? 대한민국에서 고문은 실제로 그 자취를 감추었는가?

한 마디로 답한다면 그 대답은 “아니올시다.”이다. 대한민국에서 고문은 사라지지 않았다. 2002년에 당시 서울지방검찰청에서 발생한 고문치사사건은 이를 웅변으로 말해주고 있다. 서울지검 고문치사 사건을 놓고 일부에서는 이를 의욕과 영의 검사가 저지른 우발적인 사고로 의미를 축소하고 있다. 정의를 위하여 자신의 몸을 돌보지 않고 싸운 흑기사에 비유하는 사람도 있다. 그러나 결코 그렇지 않다. 이 비극적인 사건은 한국 형사증거법이 가지고 있는 구조적 모순이 그 구체적인 모습을 드러낸 것에 다름 아니다.

한국 형사소송법 제312조는 다른 나라에서 유사한 예를 찾아보기 어려운 대단히 독창적인 조문이다. 그 입법취지는 고문방지에 있다. 그리고 그 뜻은 매우 숭고하다. 그렇지만 형사실무에서 이 조문의 쓰임새는 대단히 다른 형태로 나타나고 있다.

먼저 사경작성 피의자신문조서의 증거능력을 ‘내용부인’과 연결시킨 형소법 제312조 제2항이 과연 고문방지라는 성과를 거양했는가? 대단히 유감스럽게도 전혀 그러하지 못하였다. 그렇다면 그 이유는 무엇인가? 그 이유는 간단하다. 구속영장을 발부받기 위해 자백조서가 필요하기 때문이다. 형사소송법 제312조 제2항에 의할 때 피의자나 변호인이 법정에서 사법경찰관 면전에서 자백을 기재한 조서에 대해 “그 내용은 사실과 다릅니다.”라고 한 마디 말만 하면 그 사경조서는 유죄의 증거로 사용할 수 없다. 그런데 이 조문은 법정에서 재판부가 유죄·무죄를 논할 때 적용되는 준칙이다. 구속영장을 청구하는 단계에서는 형소법 제312조가 적용되지 않는다. 인신구속 여부만을 결정하는 단계에서는 복잡한 전문법칙(傳聞法則)이 적용되지 않는다.

이러한 상황에서 사법경찰관은 구속영장을 발부받기 위하여 자백조서를 선호한다. 검사에게 영장청구를 신청할 때 가장 확실한 담보자료는 피의자 스스로 자

---

회의에서 개정된 것이다. 이 개정과정에서 형소법 제312조는 제1항과 제2항으로 나뉘었고 제1항 단서에 소위 ‘특신정황’의 요건이 추가되었다. 또한 제1항의 규율대상에서 ‘물건’이 제외되었다.

백을 하였다는 사실이다. 구속영장을 발부받기 위하여 자백조서가 필요하다. 자백을 얻어내는 신문절차는 비공개로 진행된다. 외부인이 보지 않는 곳에서 자백을 얻어내려고 하면 자연히 고문의 유혹에 빠지게 된다. ‘내용부인’이라는 구상은 고문방지의 장치로 너무나 무력하다. 사법경찰관은 유죄·무죄에 관심이 없다. 경찰 단계에서는 구속 여부가 가장 중요하다. 유죄·무죄는 공소를 유지해야 하는 검찰의 문제일 뿐이다.

## 2. 이중수사의 폐단

다음으로 형소법 제312조는 소위 이중수사의 폐단을 불러왔다. 검사의 입장에서 보면 피의자가 경찰수사 단계에서 자백을 하였다 하더라도 결코 안심하여서는 아니 된다. 형사증거법을 어느 정도라도 알게 된 피의자는 법정에서 사경조서의 내용을 부인해 버릴 것이다. 이러한 상황에 대비하는 확실한 방법은 피의자의 자백을 검찰조서에 담아두는 것이다. 어떠한 방법을 써서라도 검사면전의 자백을 확보하려고 하다가 빚어진 비극이 서울지검 고문치사 사건이었음을 상기할 필요가 있다. 경찰조사 다음에 반드시 검찰조사가 진행되는 수사의 중복성, 이것이 한국 형사실무의 특징이다. 그리고 그 진원지는 바로 형소법 제312조이다.

## 3. 검찰·경찰의 반목과 대립

세 번째로 형소법 제312조는 검찰과 경찰 사이의 뿌리 깊은 반목의 출발점이 되었다. 요즈음 검·경간의 수사권조정문제가 논란이 되고 있다. 검사가 사법경찰관리를 지휘·감독하는 것을 도저히 받아들일 수 없다는 것이 경찰측의 주장이다. 그러나 이와 같은 감정적인 문제의 이면에는 검찰조서와 경찰조서의 차별적 취급이 중요한 계기로 작용하고 있다. 평생을 수사현장에서 활동한 베테랑 형사가 작성한 조서는 법정에서 피고인이나 변호인이 그 내용을 부인하면 휴지조각이 되고 만다. 이에 반해 사법연수원을 마치고 갓 임관한 젊은 검사가 작성한 조서는 소위 검사작성 피의자신문조서로서 피고인 측의 내용부인에도 불구하고 증거능력을 인정받는다. 피의자는 경찰을 우습게 안다. 그러나 검사 면전에 가면 그렇지 않다. 검사작성 피의자신문조서를 유죄의 증거로 쓸 수 없게 하는 것은 기실 낙타가 바늘구멍을 지나가기만큼이나 어렵다.

## 4. 변호사의 직업윤리 부재

여기에 한 가지 더 첨언할 점이 있다. 어느 나라나 형사재판에 있어서 변호인은 특별한 지위를 향유한다. 변호인은 피의자·피고인의 법적 조언자이면서 동시에 형사재판에 있어서 실체적 진실발견에 협조할 의무를 진다. 물론 적극적으로 협조할 의무는 없지만 적어도 진실발견을 왜곡하여서는 아니 된다. 이와 같은 일견 상충된 임무를 수행하기 위하여 변호는 직업법률가인 변호사가 담당하도록 되어 있다. 그리고 변호의 업권(業權)은 강고하게 보장되고 있다(변호사법 제109조 참조).

그런데 한국의 경우 많은 사건에서 형사사건의 변호인이 피의자를 만나 우선적으로 조언하는 것이 “사경면전의 자백은 걱정할 것이 없다. 내용부인만 하면 그만이다.”라고 하는 말이다. 범죄현장에 가까운 시점에서 사람들은 자신의 행동을 뉘우치기 쉽다. 끔찍한 범행결과를 보면서 반성하고 그 진실을 실토하는 것이 많은 사람들의 경우에 일어나는 일이다. 그런데 시간이 경과하면서 형사처벌의 시점이 점점 다가오게 되면 사람들은 방어본능에 의하여 범행을 부인하기 쉽다. 이러한 사람들의 인지상정 속에서 법이 허용하는 최선의 방어를 제공하는 것이 변호사의 임무이다. 우리나라 변호사들은 형소법 제312조 제2항에 착안하면서 사경작성 피의자신문조서의 내용부인을 권장한다. 그와 함께 실체적 진실은 왜곡되기 시작한다. 그러나 그렇다고 변호사를 탓할 수는 없다. 형소법 제312조 제2항이 제공하는 법률상의 혜택을 활용할 뿐이다. 설사 그 변호를 받는 피고인이 고문의 두려움과는 전혀 무관한 유력인사들일지라도 그러하다.

#### IV. 사개추위의 형사증거법 개정안

##### 1. 한국 검찰의 소송법적 지위

어느 국가기관이라도 권한이 집중되면 남용되기 마련이다. 우리의 경우 형사사법, 그 가운데에서도 형사증거법의 영역으로 오게 되면 권한집중의 중심부에는 한국 검찰이 자리잡고 있다. 한국의 검사는 헌법에 의하여 영장청구권을 담보받고 있다(헌법 제12조 제3항, 제16조 제2문). 어느 다른 국가기관도 판사에게 영장을 청구할 수 없다. 오로지 검사만 가능하다. 한국의 검사는 ‘진정성립’이라는 간단한 요건을 충족하기만 하면 자신의 면전에서 획득한 자백을 조서의 형태로 재판부에 제출할 수 있다. 독일, 일본, 미국 어느 나라의 검사에게도 이와 같이 강력한 권한은 없다.

검찰개혁이라는 말이 우리 시대의 화두가 되어 있다. 검찰의 정치적 중립성을 위시하여 여러 가지 점에서 논의할 점이 많이 있지만, 중요한 것은 검사의 독점적이고 절대적인 지위를 상대화시키는 일이다. 우리나라 형사소송법은 국가소추주의와 기소독점주의를 채택하고 있다. 국가소추주의는 국가기관만 형사재판을 법원에 청구할 수 있다는 것이며(형소법 제246조), 기소독점주의는 그 국가기관을 검사로 한정한다는 의미이다(형소법 제246조). 나아가 한국의 검사는 기소편의주의에 입각하여 소추재량권을 행사할 수 있다(형소법 제247조 제1항). 설령 유죄의 증거가 충분하다고 하더라도 여러 가지 사항을 참작하여 기소를 하지 않을 수도 있다는 것이다.

이에 반해 시민의 입장에서 직접 법원에 형사재판을 청구할 수가 없다. 오로지 검찰의 소추권행사를 지켜보아야만 할 뿐이다. 단 하나의 예외가 검사의 불기소처분에 대한 재정신청제도(형소법 제260조 이하)이다. 이와 같은 극도의 권력 독점에 대항하여 한국 사람들이 고안해 낸 장치는 무엇인가? 그것은 다름 아닌 특별검사제도이다. 한국의 검찰이 독점하고 있는 형사소추권을 검찰조직과는 별도의 기관에 일부 떼어준 것이 바로 특별검사제도이다.

## 2. 검찰조서의 상대화 추진

이러한 원리는 형사증거법의 경우에도 그대로 적용될 수 있다. 수사기관 중 검사만이 ‘조서’라는 형태로 피의자의 자백을 유죄의 증거로 제출할 수 있는 시스템이 현행 형사소송법이 보유하고 있는 증거법의 핵심이다. 이와 같은 독점적 지위를 어떠한 형태로 상대화할 것인가? 이 물음에 대한 해결책의 모색이 사법제도개혁추진위원회가 추진한 개혁작업의 내용이었다.

이와 관련하여 사법제도개혁추진위원회가 채택할 수 있는 방법은 검사조서와 사경조서를 대등하게 취급하는 것이었다. 그러나 그 세부적인 방안으로 들어가면 다시 두 가지로 나누어진다. 검사의 독점적 지위를 상대화한다는 측면에서 생각하면 검사조서와 사경조서를 모두 동등하게 취급하면 된다. 이 경우 동등하게 취급하는 방법은 ‘진정성립’이라는 요건 하에 검사조서와 사경조서를 모두 유죄의 증거로 쓸 수 있게 하는 것이다. 이 구상은 1954년 형사소송법 제정 당시 정부 원안에 들어 있었던 것이다. 그렇지만 근대 형사소송법의 대원칙인 구두주의와 변론주의의 관점에서 볼 때 이것은 받아들일 수 없는 구상이다. 특히 일제 이래의 조서재판을 극복하려는 사법개혁의 취지에 비추어 볼 때 조서의 사용을 확대

하는 방향으로 나아가는 구상은 채택할 수가 없다.

다른 하나의 방법은 검사조서와 사경조서를 모두 ‘내용인정’의 요건 하에 동일하게 취급하는 것이다.<sup>16)</sup> 즉 검사조서도 사경조서와 마찬가지로 피고인이나 변호인이 “그 기재된 내용은 사실과 다릅니다.”라고 한 마디 말하기만 하면 곧바로 증거능력을 잃게 하자는 주장이다. 사법개혁추진의 대의에 비추어 볼 때 당연히 이 방향으로의 개정안이 채택될 것임은 누구나 짐작할 수 있을 것이다.<sup>17)</sup>

### 3. 검찰반발의 계기

사법제도개혁추진위원회의 실무추진단이 개정안 초안을 마련하는 시점에서 검찰측은 신중론을 적극 주장하였다.<sup>18)</sup> 그러나 전면적인 거부반응을 보이지는 아니하였다.<sup>19)</sup> 그러나 시일이 경과하면서 한국 검찰은 문제의 심각성을 의식하기 시작하였고 급기야 법무부장관이 전면에 등장할 정도로 조직적인 반대 움직임을 보이기 시작하였다. 검찰 측이 형소법 제312조의 개정에 민감한 이유는 우선 기존의 지위에 위협을 받게 된다는 점에서 어느 정도 이해할 수 있다. 그러나 그 이면에는 보다 복잡한 사정이 깔려 있다고 생각된다. 그것은 사법제도개혁추진위원회가 추진하고 있는 형사소송법의 개정과는 별도로 진행되고 있는 검·경간의

16) 사법제도개혁추진위원회 실무추진단 형사소송법 개정안 초안 제312조 (검사 또는 사법경찰관의 조서 등)

① 검사 또는 사법경찰관이 피의자의 진술을 기재한 조서와 피의자가 수사과정에서 작성한 진술서는 공판준비 또는 공판기일에 그 피의자였던 피고인이나 변호인이 그 내용을 인정할 때에 한하여 증거로 할 수 있다.

② 검사 또는 사법경찰관이 피의자 아닌 자의 진술을 기재한 조서와 피의자 아닌 자가 수사과정에서 작성한 진술서는 공판준비 또는 공판기일에 그 피의자였던 피고인이나 변호인이 동의할 때에 한하여 증거로 할 수 있다.

③ 검사 또는 사법경찰관이 검증의 결과를 기재한 조서는 공판준비 또는 공판기일에 서의 작성자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 때에는 증거로 할 수 있다.

17) 사개추위 실무추진단안의 구상에 대하여는, 하태훈, “공판중심주의 확립을 위한 형사소송법 개정안”, 사법제도개혁추진위원회, **공판중심주의 확립을 위한 『형사소송법 개정안』 공청회**(2005. 6. 24.), 7면 이하 참조.

18) 예컨대, 차동언, “한국 형사사법의 미래를 생각하며”, 대검찰청, **형사소송법 개정안 공청회 — 국민을 위한 바람직한 형사사법절차의 모색 —**(2005. 5.), 15면 이하 참조.

19) 그 이유 가운데 하나로 검사작성 피의자신문조서의 진정성립과 관련하여 형식적 진정성립으로부터 실질적 진정성립을 추정하던 종전의 판례를 폐기한 대법원의 2004. 12. 16. 2002도537 전원합의체판결(공 2005, 173)을 들 수 있다. 진정성립의 요건이 강화된 상황에서 검사작성 피의자신문조서의 입지가 크게 좁아졌기 때문이다. 자세한 내용은, 신동운, **형사소송법**, 제3판(2005), 802면 이하 참조.

수사권조정문제와 복합적으로 결합되어 있다.<sup>20)</sup>

경찰은 그 동안 줄기차게 검찰에 대한 대등관계를 주장하여 왔다. 상하의 지휘 감독관계가 아니라 대등한 수사기관으로서 협력관계를 주장해 온 것이다. 경찰은 초동수사 단계에서 독자적으로 활동하고 검찰은 수사종결 단계에서 법적 판단을 하도록 역할분담을 하자는 것이다. 검찰청법에 의하면 검찰의 수사지휘권과 관련하여 검사의 수사지휘에 따르지 않는 사법경찰관리에 대해 검사는 체임요구권(替任要求權)을 행사할 수 있다(검찰청법 제54조 제1항). 그러나 현실의 세계에서 이 체임요구권이 행사되는 일은 거의 없다. 경찰과 검찰이라는 두 국가기관의 체면에 관계되는 미묘한 감정문제가 개입되어 검찰이 감히 이 체임요구권을 행사할 생각을 할 수가 없는 것이다.

검사의 우월적 지위는 지휘감독권의 행사로만 확보되는 것은 아니다. 굳이 기관간의 마찰을 불러일으키면서까지 외형적인 우월성을 과시할 필요도 없다. 검사의 우월적 지위는 증거법상의 독점적·차별적 지위에 의하여 이미 굳건히 담보되어 있는 것이다. 그런데 이제 사법제도개혁추진위원회가 한국 검찰의 자존심이자 자부심이라고 할 수 있는 형소법 제312조에 손을 대기로 한다는 것이다. 이러한 상황을 맞이하여 검사조서와 사경조서의 차등적 취급을 그대로 유지시켜야 한다고 하는 것이 검찰측의 주장이었다.<sup>21)</sup> 그리고 한국 검찰 특유의 집요함과 단결력에 의하여 사법제도개혁추진위원회의 차원에 있어서는 차등취급의 구도를 유지하는 데에 일단 성공을 거두었다.<sup>22)</sup>

20) 검·경수사권조정에 관한 논의상황에 대하여는, 조국, “현 시기 검찰·경찰 수사권조정의 원칙과 방향 — 형사소송법 제195조, 제196조의 개정을 중심으로 —”, **서울대학교 법학**, 제46권 제4호(2005. 12.), 219면 이하; 대검찰청, **검·경 수사권조정자문위원회 활동경과에 대한 보고 및 의견서**(2005. 5. 31.), 1~33면; 지영환, **국가 수사권 입법론**(2005), 335~367면 참조.

21) 사법제도개혁추진위원회에서의 형사증거법의 실질적 조정은 사개추위 실무위원회가 위임한 5인 소위원회에서 이루어졌다. 5인 소위는 법원 1인, 검찰 1인, 변호사 1인, 학계 2인의 실무위원으로 구성되었다. 이 5인 소위원회의 활동경과에 대해서는, 사법제도개혁추진위원회 기획추진단, **형사소송법 개정안 논의를 위한 실무위원회 소위원회 활동 경과**(2005. 7.) 참조.

22) 사법제도개혁추진위원회 형사소송법 개정안 제312조 (검사 또는 사법경찰관의 조서 등)

① 검사가 피고인의 진술을 기재한 조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 피고인이 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음이 공판준비 또는 공판기일에서의 피고인의 진술 또는 영상녹화물 등 객관적인 방법에 의하여 증명되고, 그 조서에 기재된 진술이 변호인의 참여 하에 이루어지는 등 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행



#### 4. 조사자증언제도의 채택

그러나 그렇다고 하여 검찰이 전면적으로 성공을 거둔 것은 아니다. 그 이유는 소위 조사자증언이라는 형태로 경찰 단계에서의 자백진술이 법정에서 나올 수 있는 길이 열렸기 때문이다. 한국 형사소송법 제312조 제2항은 “그 조서에 기재된 내용은 사실이 아닙니다.”라는 한 마디 말만 있으면 사경작성 피의자신문조서의 증거능력을 상실케 하는 위력을 가진 조문이다. 이러한 입법례는 우리에게 입법적 모델을 제공하고 있는 일본이나 미국, 그리고 독일의 경우에도 예를 찾아볼 수가 없다.

처벌의 위협에 직면한 피고인의 말 한 마디에 의하여 자백조서가 휴지로 되어 버리는 현상에 직면하여 증거법상 여러 가지 우회방법이 모색되었다. 예컨대 사법경찰관이 피의자를 신문할 때 우연히 옆에서 함께 그 말을 들은 사람을 법정에서 세워서 말을 전하게 하는 방법<sup>23)</sup>이나 피의자를 신문한 경찰관을 법정에서 불러서 피의자로부터 들은 말을 전하게 하는 방법<sup>24)</sup> 등이 그것이다. 그러나 이러한 시도들에 대하여 대법원은 일관되게 이를 거부하였다. 모처럼 마련한 고문방지장치인 형소법 제312조 제2항이 무의미해진다는 것이 그 이유였다. 그러나 그 이면에는 검사조서의 독점적 지위를 보장하는 법원 측의 암묵적 고려도 함께 작용하고 있었던 것이 아닌가 생각된다.

사법제도개혁추진위원회는 증거법의 무대에서 누리는 검사의 독점적 지위를

---

하여졌음이 증명된 때에 한하여 증거로 할 수 있다.

② 검사 이외의 수사기관 작성의 피의자신문조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 공판준비 또는 공판기일에 그 피의자였던 피고인 또는 변호인이 그 내용을 인정할 때에 한하여 증거로 할 수 있다.

③ 검사 또는 사법경찰관이 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 원진술자가 공판준비 또는 공판기일에 경험사실에 관하여 구체적으로 진술한 후 그 조서가 검사 또는 사법경찰관 앞에서 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음을 인정하고, 피고인 또는 변호인이 공판준비 또는 공판기일에 그 기재 내용에 관하여 원진술자를 신문할 수 있었던 때에는 증거로 할 수 있다. 다만, 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한한다.

④ 제1항 내지 제3항의 규정은 피고인 또는 피고인 아닌 자가 수사과정에서 작성한 진술서에 준용한다.

⑤ 검사 또는 사법경찰관이 검증의 결과를 기재한 조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 공판준비 또는 공판기일에서의 작성자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명된 때에는 증거로 할 수 있다.

23) 1983. 7. 26. 82도385, 공 1983, 1367.

24) 1979. 5. 8. 79도493, 공 1979, 11994.

상대화하기 위하여 소위 조사자증언의 방법을 채택하였다.<sup>25)</sup> 지금까지 대법원이 조사자의 법정증언을 허용하지 아니하였던 것을 입법자의 권위를 통하여 법률의 차원에서 이를 허용하자는 것이다. 사실 조사자증언은 구두주의, 변론주의를 채택하고 있는 다른 나라의 경우에 대부분 채택되고 있는 방식이다. 영화에서도 자주 볼 수 있는 것처럼 다른 나라의 경우에는 수사담당 경찰관이 법정에서 출두하여 위증의 벌을 받겠다는 선서를 한 다음에 자신이 피의자로부터 들은 말을 증언한다. 유독 우리나라의 경우에만 이러한 조사자증언 방식이 허용되지 않는다.

이제 조사자증언 방식이 채택되면 검사작성 피의자신문조서라는 형식으로만 전달되던 수사단계에서의 자백은 보다 다양한 방식으로 법정에서 전달되게 된다. 사법경찰관은 언제 휴지로 될지 알 수 없는 조서의 작성에 대해 허탈감이나 분노감을 느낄 필요가 없다. 자신이 조사한 내용을 재판부에 직접 전달할 수 있는 길이 열려 있기 때문이다. 변호인의 입장에서 보면 사경단계에서의 자백진술은 이제 재판부에 직접 전달되기 때문에 사경 단계에서의 피의자신문에 보다 많은 주의를 기울여야 한다. 어차피 내용을 부인하면 그만일 사경조서를 놓고 그 작성 과정에 신경을 쓸 필요가 없었던 지금까지의 변호사 실무는 변화하게 될 것이다.

## 5. 국민참여재판제도의 실시

조사자증언제도의 도입과 관련하여 한 가지 더 지적하고 싶은 것은 국민참여재판의 실시이다. 사법개혁위원회는 중대한 형사사건의 경우에 시민이 배심원으로 참여하는 소위 국민참여재판을 실시할 것을 건의하였다.<sup>26)</sup> 그 실시일정을 보면 2007년부터 권고적 효력을 가지는 수준에서 시범적으로 실시하고 2012년부터는 완성된 형태로 전면 실시하도록 예정되어 있다. 사법제도개혁추진위원회는 이

25) 사법제도개혁추진위원회 형사소송법 개정안 제316조 (전문외 진술)

① 피고인 아닌 자(피고인을 공소제기 전에 피의자로 조사하였거나 그 조사에 참여하였던 자를 포함한다)의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술이 피고인의 진술을 내용으로 하는 것인 때에는 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한하여 이를 증거로 할 수 있다.

② 피고인 아닌 자의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술이 피고인 아닌 타인의 진술을 내용으로 하는 것인 때에는 원진술자가 사망, 질병, 외국거주, 행방불명 기타 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없고, 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한하여 이를 증거로 할 수 있다.

26) 사법개혁위원회, **국민과 함께 하는 사법개혁** — 사법개혁위원회 백서 — (2005), 260면 이하 참조.

건의안을 보다 구체화하여 「국민의 형사재판 참여에 관한 법률(안)」을 대통령에게 건의하였다. 이 법률안은 입법예고를 거친 후 현재 국회의 심의과정에 있다

시민이 재판부로 참여하게 되면 형사재판의 모습은 지금까지와는 사뭇 다른 양상이 될 것이다. 현재처럼 조서를 증시하는 실무 하에서는 검사가 피고인의 자백이 기재된 피의자신문조서를 재판부에 증거로 제출하고, 재판부는 이를 판사실로 가지고 가서 내용을 정독하면서 범죄사실의 유무를 판단해 들어가게 된다.<sup>27)</sup> 이러한 재판방식이 일제 이래의 것임은 앞에서 언급한 바와 같다. 이에 대해 국민참여재판이 실시되면 시민인 배심원은 검사작성 피의자신문조서를 볼 수가 없다. 설령 보여준다고 해도 방대한 양의 수사서류를 읽어내기가 쉽지 않다. 여기에 어려운 법률용어라도 들어 있게 되면 그 내용의 이해는 거의 불가능에 가깝게 된다. 이러한 상황에서 조사자가 증언대에 서서 피의자로부터 들은 말을 진술하게 되면 그 내용은 직접적이고 생생하게 전달된다.

이번의 사개추위 최종 개정안에 의하여 검사작성 피의자신문조서는 일단 증거능력을 유지하게 되었다. 그렇지만 국민참여재판의 경우에 그 의미는 크게 축소될 것이다. 검사작성 피의자신문조서에 증거능력이 인정된다고 하더라도 그 내용은 반드시 법정에서 구두로 전달되지 않으면 안 된다. 형사소송법은 이러한 증거조사방식을 가리켜서 ‘내용의 고지 또는 낭독’이라고 한다(형소법 제289조 제1항, 제2항 참조). 이 방식은 지금의 형사소송법에서도 요구되고 있다. 그러나 기존의 실무는 이 절차를 사실상 생략해 왔다. 그런데 국민참여재판이 실시되면 이 절차를 생략할 수가 없다. 실체판단의 주체인 배심원에게 내용을 고지하거나 낭독하지 않고서는 조서의 내용을 전달할 수 없기 때문이다.

이제 국민참여재판을 염두에 두고 보면 수사단계에 얻어진 자백을 법정에 제출하는 방법은 두 가지이다. 하나는 조사자가 증언대에 나와서 증언하는 것이고 다른 하나는 검찰조서를 법정에 제출하여 그 내용을 고지하거나 낭독하는 것이다. 그런데 조서내용의 고지는 생동감이 없고 지루하다. 마지못해서 생업을 포기하고 법정에 앉아있는 배심원의 입장에서 보면 조서의 낭독은 수면제나 다름이 없다. 이에 반해 조사자의 증언은 생생하다. 특히 피고인의 변호인이 날카로운 반대신문을 행하여 진술의 신빙성을 탄핵해 들어가면 그 내용은 더욱 또렷해진다. 이와 같

27) 기록 중심의 재판에 대한 비판으로, 신동운, “공판절차에 있어서 피고인의 방어권 보장 — 수사기록 열람·등사권 확보를 중심으로 —”, 형사실무연구회 편, **형사재판의 제문제**, 제4권(2003), 541면 이하 참조.

은 재판방식이 정착되면 이제 한국 검찰이 그토록 자부심을 가져왔던 검사작성 피의자신문조서는 그 의미가 크게 후퇴하게 될 것이다. 그리고 그와 동시에 증거법 영역에서 검사의 독점적 지위는 대폭적으로 상대화하게 될 것이다.

## V. 예상되는 반론

### 1. 소위 ‘두 개의 몽둥이’ 이론의 검토

사법제도개혁추진위원회가 마련한 형사증거법의 개정안은 법원, 검찰, 변호사, 학계, 시민단체 등의 여러 의견들이 절충되고 종합된 것이다. 이러한 절충안이 최선의 선택인가 하는 점에 대해서는 여러 방면에서 다양한 비판들이 가해지고 있다.<sup>28)</sup> 아래에서는 이 점에 대한 검토를 해보기로 한다.

우선 무엇보다도 크게 지적되는 비판은 이번의 형소법개정안이 국가 측에 지나치게 많은 힘을 실어주고 있다는 점이다. 지금까지의 형사재판에서는 검사작성 피의자신문조서에 대해 방어를 하면 족하였다. 사경작성 피의자신문조서에 대해서는 내용부인을 하면 그만이므로 이 부분은 신경을 쓰지 아니하여도 좋았던 것이다. 그런데 이제는 사경 단계에서의 자백도 조사자증언이라는 형태로 법정에 나오게 된다. 국민의 입장에서 보면 지금까지는 검사작성 조서라는 몽둥이가 있었을 뿐인데 이제는 검사작성 조서 이외에 조사자증언이라는 또 하나의 몽둥이가 국가 측에 제공되는 것이다. 형사재판의 영역에서 국민인 피고인을 더 열악한 지위로 몰아가는 것을 두고 과연 형사사법의 ‘개혁’이라고 할 수 있는가? 오히려 ‘개악’이 아닌가 하는 점이 비판의 골자이다.

이 점에 대해서는 두 가지 입장에서 반론이 가능하다. 첫째로 피의자신문서에 변호인의 참여를 보장하고(사개추위 개정안 제244조의4) 위법수집증거배제법칙을 도입하는 방법(동 개정안 제308조의2) 등을 통하여 사개추위 형소법개정안이 수

28) 한국형사법학회는 2005년 6월 25, 26일 양일에 걸쳐 ‘형사사법개혁의 주요과제’라는 제목으로 당시 사법제도개혁추진위원회가 마련한 개정초안을 검토하는 세미나를 개최하였다. 이 세미나에서 발표된 주요논문들은 이 학회의 학회지 **형사법연구**, 제24호(2005 겨울)에 수록되어 있다. 또한 한국비교형사법학회는 한국형사정책연구원과 공동주최로 2006년 1월 17, 18일 양일 간 사법제도개혁추진위원회가 최종 의결한 각종 형사사법 개혁법률안을 놓고 “제1회 동아시아 형사사법 국제학술대회 — 형사사법의 정비방안 —”이라는 제목으로 세미나를 개최한 바 있다. 이 세미나에 발표된 글들은 이 학회의 학회지 **비교형사법연구**에 수록될 예정이다.

사과정에서의 적법절차를 대폭적으로 강화하였다는 점이다. 자백을 활용하는 재판에 필수적으로 수반되는 것이 고문 내지 강압수사의 위험이다. 사개추위 개정안은 피의자가 자발적이고 자유스러운 상태에서 자신을 방어할 수 있도록 일련의 보장장치를 마련하였다. 그리고 그와 동시에 적법절차가 담보되는 상황 하에 서의 사경자백을 실제적 진실발견의 자료로 사용하기로 한 것이다.

이러한 인식전환은 특히 형소법 제312조 제2항이 지향하였던 고문방지의 입법 취지와 관련하여서도 발견된다. 앞서서도 언급한 것처럼 ‘내용부인’을 핵심으로 하는 형소법 제312조 제2항은 본래의 기능을 발휘하지 못한 채 오히려 역기능만을 노정하고 있다. 고문의 방지는 법정에서 ‘내용을 부인하는 것’에 의하여 이루어지는 것이 아니다. 고문은 밀실수사에서 탄생한다. 아무도 보지 않는 곳에서 고립무원의 처지에 빠진 피의자를 상대로 이루어진다. 고문을 방지하는 최선의 방법은 외부인에게 피의자의 신병을 내보이는 것이다. 변호인과의 접견교통권은 이를 위한 중요한 장치이지만 모든 피의자에게 변호인이 선임된다는 보장은 없다. 여기에서 주목되는 것이 구속영장실질심사제도이다.

이미 입법에 예고되어 있던 법무부 형소법개정안도 그러하지만 사개추위 형소법 개정안도 구속영장실질심사제도를 전면적으로 실시하기로 하였다(사개추위 개정안 제201조의2). 구속영장이 청구된 피의자는 예외 없이 모두 판사 앞에 인치된다. 판사는 그로부터 변명이나 이익되는 사실을 청취한 다음에 구속 여부를 결정한다. 이 과정에서 판사는 피의자로부터 고문의 유무에 대한 주장을 듣고 그 사실의 진위를 확인할 수 있다. 이렇게 함으로써 이제 고문방지의 장치는 ‘내용부인’이라는 피의자의 말에 의존하는 방식으로부터 제3자의 감시에 의하도록 하는, 보다 합리적인 방법으로 변경되는 것이다.

사개추위 개정안이 법률로 실시된다면 앞으로 자백과 관련한 수사관들의 인식도 크게 전환될 것이다. 지금까지 수사관들의 자백조서는 조서의 형태로만 법정에 제출되었다. 조사자인 사법경찰관리는 법정에 나올 필요가 없었다. 설사 자백조서가 거짓으로 작성되거나 사실이 침소봉대되었다고 하여도 그 조서를 작성한 사람은 큰 위험부담을 느끼지 않았다. 수사관의 입장에서 생각해 보자. 「대법원 판례는 조사자의 직접 증언을 금지하고 있다. 다른 한편으로, 검사가 그 보조를 절실히 필요로 하는 사법경찰관리를 허위공문서작성죄로 과연 기소할 것인가? 그리고 지금까지 기소된 건수는 실제로 얼마나 될까?」

만일에 이러한 인식이 일선 수사관들의 뇌리에 있었다면 이제 사정은 크게 달

라지게 될 것이다. 조사를 담당한 수사관은 법정에서 출두하여 증인환시리(衆人環視裡)에 증언을 하여야 한다. 만일에 거짓말을 하면 위증의 벌을 받겠다는 맹세를 한다(형소법 제157조 제2항). 교호신문 과정에서 변호인은 날카로운 반대신문을 행한다. 이 신문과정에서 혹시 과거에 고문이나 강압수사의 전력이 있었다는 사실이 밝혀지게 되면 설사 지금의 피고사건에서 강압수사가 없었다고 할지라도 그 조사자의 증언은 신빙성을 결정적으로 상실하게 될 것이다. 이와 같은 상황을 예상한다면 자백을 얻기 위한 강압수사는 자연히 크게 줄어들지 않을 수 없다. 강압수사의 위험이 사라진다면 자백은 그 자체로서 유력한 증거이다. 목격자 없는 범죄의 경우에 자백이 가지는 증거가치를 생각해 보면 이를 금방 알 수 있다.

## 2. 사법비용의 증가 문제

이번 사개추위의 형소법개정안을 놓고 지적되는 또 하나의 비판은 사법비용의 증가이다.<sup>29)</sup> 지금까지는 수사기관이 조서를 작성하여 이를 재판부에 제출하면 그 만이었다. 조사자는 굳이 법정에서 나올 필요가 없었다. 그런데 이제 조사자증언제도가 도입되면 조사자는 기존의 업무를 미뤄둔 채 법정으로 가지 않으면 안 된다. 그의 주된 업무장소는 경찰서가 아니라 법정이 될 것이다. 과연 그렇게 된다면 얼마나 많은 수사관이 더 보장되어야 하는가? 과연 국가는 이와 같은 비용을 감당할 여력이 있는가?

이 점은 확실히 일리 있는 지적이다. 한국의 형사사법이 이처럼 적은 비용을 들이고도 신속하게 사건을 처리해 온 데에는 조서가 기여한 공적이 적지 않았다. 그렇지만 그로 인하여 지불한 비용은 또한 얼마이었는가? 고문으로 목숨을 빼앗기거나 불구가 된 사람은 또한 얼마인가? 설혹 그 숫자가 미미하다고 할지라도 대한민국이라는 법공동체가 국민으로부터 잃어버린 신뢰는 도대체 얼마의 비용으로 환산해야 할 것인가?

이와 같은 비용계산론에도 불구하고 실제로 사법비용이 증가한다는 현실만은 부정할 수 없다. 이러한 상황을 타개하기 위하여 사법제도개혁추진위원회는 사법개혁위원회의 건의를 바탕으로 소위 신속처리절차를 도입하기로 하였다. 현재의 약식명령제도와 즉결심판제도를 결합시키고 그 적용범위를 보다 확대한 형태의 신속처리절차는 경미사건의 신속한 처리를 도모하기 위한 장치이다. 판결문의 작

29) 예컨대, 차동언, 전계논문, “한국 형사사법의 미래를 생각하며”, 41면 이하 참조.

성에 소요되는 기계적인 노력을 생략하고 시민들이 한시라도 빨리 생업에 복귀할 수 있도록 간소한 절차에 의하여 신속하게 재판을 할 수 있도록 하자는 것이 신속처리절차의 골자이다.

사개추위 개정안에 의하면 기본적으로 선고형 1년 이하의 징역을 기준으로 하는 범죄가 신속처리절차의 대상으로 설정되어 있다.<sup>30)</sup> 그 구체적인 내용을 이 자리에서 상론할 여유는 없다. 그러나 그 동안 사건의 경중을 가리지 아니하고 일률적으로 진행되어 왔던 형사재판이 중대한 사건의 경우에는 보다 신중하고 투명성이 제고된 재판으로, 경미한 사건은 보다 신속하고 저렴하게 종결되는 재판으로 재판성될 것이다.

## VI. 결론

지금까지 최근에 진행되어 온 사법제도개혁추진위원회의 활동을 형사증거법의 개정을 중심으로 살펴보았다. 이 자리에서 지금까지 설명한 내용을 되풀이하거나 요약할 생각은 없다. 다만 이번 사법개혁추진작업의 주된 지향점은 적어도 형사재판에 관한 한 시민을 위한 재판이자 시민이 이해할 수 있는 재판이 되도록 하자는 것이다. 사법에 대한 신뢰는 특히 형사재판에 대한 피고인의 승복과 일반시민의 공감대에서 이루어진다.

2006년은 우리 형사소송법이 제정된 지 52년이 되는 해이다. 일제하의 노예법령이었던 조선형사령으로부터 벗어나고 일본말로 된 법전 대신에 우리의 법전을 가진 때로부터 반세기 이상의 세월이 흐른 것이다. 그러나 형사재판의 실무에서는 조서재판이라는 일제 이래의 망령이 끊임없이 우리 형사재판을 왜곡시켜 왔다. 이제는 이러한 폐습을 청산할 시기가 되었다. 50년이 넘는 세월이면 우리의 역량도 충분히 성숙되었다고 본다.

적어도 형사소송법의 개정에 관한 한 그 동안 개정의 주무대는 법무부였다. 개정초안의 작성자들은 엘리트 검사들이었다. 이번의 사개추위 형소법개정안은 기존의 심의 패턴을 크게 바꾼 것이다. 법원, 검찰, 변호사, 학계, 시민단체 등 각계의 인사들이 참여한 가운데 법무부가 아닌 별도의 장소에서 이루어진 논의의

30) 사법제도개혁추진위원회 형사소송법 개정안 제447조의5 (선고형의 제한)

출석신속절차에서는 피고인에 대하여 1년을 초과하는 징역 또는 금고의 형을 선고할 수 없다. 다만, 형의 집행을 유예하는 경우에는 그러하지 아니하다.

성과이다. 이제 이러한 논의의 성과물이 민의의 전당인 국회에서 어느 정도 수용될 것인지 실로 궁금해진다. 혹시 형사사법의 개혁이 미진하다고 하여 더욱 전향적인 개정이 국회에서 이루어지지 않을까? 아니면 현실을 모르는 철없는 이상론이라고 좌절될 것인가? 형사사법의 개혁과 관련한 국회의 심의과정을 지켜보면서 모처럼의 형사사법 개혁작업이 성공적으로 마무리되기를 소망해 본다.

주요어: 증거법, 사법개혁, 검찰조서, 형사소송법개정



<Abstract>

## The Recent Promotion of the Judicial Reform and the Revision of the Evidence Rule for the Korean Code of Criminal Procedure

Dong Woon Shin\*

Korea has been undergoing a series of Judicial Reforms since 2003. The Presidential Committee on the Judicial Reform was established in 2005. They have been preparing the drafts of proposed laws based on the agenda that were proposed by the Committed on Judicial Reform. The reform in the criminal justice system has been considered the most difficult part in the Judicial Reforms because there is a conflict of interests among the interested parties such as the Court, Prosecution, and Bar Association. Especially each side holds different views on the issue of the Evidence Rule of Criminal Procedure. The issue bears a significant importance because the Evidence Rule of Criminal Procedure is a critical criterion in determining the conviction or acquittal of the accused.

The author has participated in the revision process of the Code of Criminal Procedure as an executive committee member of the Presidential Committee on Judicial Reform. As a member of a so-called “5 member small committee”, the author was particularly involved in the negotiation and agreement of the revised draft of Evidence Rule of Criminal Procedure. This paper is based on the author's experience during the participation in the revision process.

The paper points out that the issue of exclusion of the interrogation protocol made by the prosecution was the most important issue of the revision of the Evidence Rule of Criminal Procedure. The prosecution's opposition and the negotiation process are depicted in this paper. The main goal of the revision of

---

\* Professor of Law, Seoul National University

the Evidence Rule was to change the old system of judgement, which has been used since the Japanese occupation and mainly based on the interrogation protocol, into the new system of judgement, which is based on the matters orally discussed at the trial. However, the goal is not completely accomplished due to the prosecution's opposition. As an alternative, new mechanisms such as the witness testimony by the interrogation officer, participation of defendant attorney at the interrogation of a suspect during investigation and exclusionary rule of evidence are introduced, while the admissability for evidence of the interrogation protocol made by the prosecution is still authorized partially.

Key Words : Evidence Rule, Judicial Reform, Interrogation Protocol by  
Prosecution, Reform of the Code of Criminal Procedure