

공범이 수사기관에서 한 진술의 증거 사용 - 전문법칙의 이론적 관점에서 -

김 응 제*

| 목차 |

[사안의 개요]

[소송의 경과]

[대상판결의 요지]

[연구]

I. 서론

II. 공범에 대한 경찰 피의자신문조서의 증거능력에 관한 종래의 논의

1. 판례의 태도
2. 학설의 논의
3. 검토

III. 피의자신문조서의 증거능력 제한 - 전문법칙에 의한 정당화

1. 전문법칙의 이론적 근거
2. 전문법칙의 예외 인정의 이론적 근거
3. 전문법칙과 피고인의 진술에 대한 취급
4. 피의자신문조서의 증거능력 제한의 정당화 근거

IV. 피의자신문조서와 조사자증언의 차별취급의 정당화 근거

1. 문제의 소재
2. 전문서류의 신빙성 위험
3. 수사기관이 작성한 피의자신문조서의 신빙성 위험
4. 조사자증언과 피의자신문조서의 신빙성 위험 비교
5. 소결론

V. 공범이 수사기관에서 한 진술의 증거능력

1. 신용성: 공범이 피의자신문에 응하여 한 진술의 유형적 특징
2. 필요성: 공범 지위가 갖는 특징
3. 공범에 대한 피의자신문조서의 증거능력
4. 공범 진술에 대한 조사자증언의 증거능력

VI. 보론 - 영상녹화물의 활용가능성

VII. 결론

* 부산고등법원 판사

논문요지

대법원 2020. 6. 11. 선고 2016도9367 판결은, 공범에 대한 경찰 피의자신문조서는 그 공범이 아닌 당해 피고인이 내용을 인정하지 않는 한 증거능력을 인정할 수 없고 그 결과로 설사 원진술자인 공범이 사망 등으로 진술할 수 없는 경우라고 하더라도 형사소송법 제314조에 따라 증거능력을 부여할 수 없다는 확고한 종래 판례의 태도를 재확인하였다. 이러한 종래 판례·다수설의 태도는 수사기관으로부터 피의자로 신문을 받는 과정에서 하는 진술이 유형적·일반적으로 갖는 신빙성의 취약점, 조서라는 진술기재서류가 갖는 신빙성의 취약점, 다른 가담자에게 책임을 전가하려는 유인이 존재하는 공범 진술의 특징, 증언거부권이 있는 공범에 대한 법정에서의 반대신문 등을 통한 신빙성 검증장치의 불완전성 등을 고려하면 일응 그 합리성을 수긍할 수 있다. 피고인이 내용을 인정한 때에만 피의자신문조서의 증거능력을 인정할 수 있도록 규정한 형사소송법 제312조 제3항 및 그와 같은 내용으로 2020. 2. 4. 개정된 제312조 제1항 역시 마찬가지로 관점에서 전문법칙의 이론적 틀 내에서 합리적으로 설명해낼 수 있다. 다만 위와 같은 종래의 해석론은 특히 개정법 하에서는 구체적인 사건에서 정의관념상 받아들이기 힘든 불합리한 결과를 낳을 위험이 크고, 따라서 공범에 대한 피의자신문조서에 대해서는 형사소송법 제312조 제4항을 적용해야 한다는 소수설의 비판을 진지하게 재검토할 필요도 있다고 생각한다.

2020. 2. 4. 개정된 현행법 하에서 공범이 수사기관에서 한 진술은 형사소송법 제316조의 조사자증언 형태로 법정에 제출될 수밖에 없게 되었으므로, 조사자증언이 증거로서 갖는 한계를 분명히 인식하면서도 구체적 사건에서 충분히 신빙성 있는 수사기관 진술이 증거로 사용되지 못하여 정의관념에 반하는 불합리한 결과가 발생하지 않도록 제도를 합리적으로 운용할 필요가 있다. 조사자증언의 증거능력 인정요건인 특신상태의 판단기준을 보다 구체적이고 명확하게 정립함으로써 법적용의 예측가능성을 제고하는 한편 특신상태 인정에 신중한 태도를 유지함으로써 피의자신문조서의 증거능력을 제한한 법의 취지를 몰각하지 않도록 하여야 할 것이다. 공범의 수사기관 진술의 경우 형사소송법 제316조 제2항을 적용하게 되면 단순한 진술반복이나 진술거부만으로 이를 증거로 쓸 가능성이 완전히 봉쇄되므로, 법정진술의 확보 불가능성이라는 측면에서 피고인과 동등하게 볼 수 있다는 점을 중시하여 제316조 제1항을 적용하는 방안도 적극적으로 고려할 필요가 있을 것이다.

검색어 : 공범에 대한 피의자신문조서, 공범의 진술, 조사자증언, 전문법칙, 형사소송법 제312조 제1항, 형사소송법 제312조 제3항, 형사소송법 제316조

대상판결 : 대법원 2020. 6. 11. 선고 2016도9367 판결¹⁾

[사안의 개요]

의료법은 금품을 제공하는 등의 방법을 통해 영리를 목적으로 환자를 의료기관이나 의료인에게 소개·알선·유인하는 행위 및 이를 사주하는 행위를 금지하고(제27조 제3항 참조), 이를 위반한 자는 3년 이하의 징역이나 3천만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다(제88조 제1호 참조). 그리고 위 위반행위에 대해서 주의·감독을 게을리한 법인이나 사용인 등을 함께 벌하는 양벌규정도 두고 있다(제91조 참조). 위 양벌규정에 의하면, 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 위 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인도 같은 벌금형으로 처벌하되, 다만 법인 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 처벌할 수 없다.

피고인은 인천에서 병원을 운영하는 의사인데, 그에게 고용되어 위 병원의 사무국장으로 근무하였던 A가 위 의료법 규정을 위반하여 환자들을 위 병원으로 소개·알선·유인하도록 사주하였다는 이유로 위 양벌규정에 따라 의료법위반죄로 약식명령이 청구되었다. A가 한 의료법 위반행위의 구체적인 내용은, 사무국장 재직 당시 민간 환자이송업체나 다른 병원 사무국장 등에게 환자를 소개하거나 유인·알선해 주면 그 대가로 환자 1인당 일정 금원을 지급하겠다고 하고, 실제로 이에 따라 총 43회에 걸쳐 환자들을 소개받아서 그 대가를 지급하였다는 것이었다.²⁾

1) 공2020하, 1425.

2) 공소사실의 요지는 제1심 판결에서 인정된 범죄사실을 참고하였다.

[소송의 경과]

1. 제1심 판결³⁾

피고인은 벌금 500만 원의 약식명령을 받고 이에 불복하여 정식재판을 청구하였다. 검사는 제1심에서 사무국장 A에 대한 경찰 피의자신문조서와 A가 환자를 소개해 준 사람들에게 돈을 지급한 금융거래내역 자료를 증거로 제출하였다.

피고인은 'A에게 환자를 유치하라고 돈을 지급하거나 이를 지시한 사실이 없고, A에 대한 관리·감독의무를 다하였으므로 의료법위반죄가 성립하지 않는다'고 주장하면서 공소사실을 다투었다. 한편, A는 이 사건 기소 전에 이미 사망한 상태였는데, 피고인은 A에 대한 경찰 피의자신문조서를 증거로 함에 부동의하면서 이는 '공범에 대한 경찰 피의자신문조서'이므로 피고인의 증거동기가 없는 한 증거능력이 없다고 주장하였다.

이에 대해 제1심 법원은 "피고인의 이 사건 행위는 … 의료법 제91조의 양벌규정에 의하여 종업원인 A에 대한 피고인 자신의 선임감독상의 과실로 처벌되는 것으로 A의 위반행위에 대하여 공범관계에 있다고 볼 수 없다. 따라서 A에 대한 경찰 피의자신문조서는 형사소송법 제312조 제4항에 해당하는 '사법경찰관이 피고인이 아닌 자의 진술을 기재한 조서'에 해당한다고 할 것이다."라고 판단하였다. 그리고 이러한 조서는 형사소송법 제314조에 의해 원진술자가 사망 등의 이유로 진술할 수 없고 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태(이하 '특신상태'라고 한다)하에서 행하여진 경우 증거능력을 인정할 수 있는데, 이 사건의 경우 원진술자인 A가 사망하여 진술할 수 없는 때에 해당하고 A의 진술내용 등에 비추어 특신상태도 인정된다고 판단하여 증거능력을 인정하였다. 그에 따라 제1심 법원은 A에 대한 경찰 피의자신문조서에 기재된 A의 자백을 주요 증거로 하여 공소사실을 유죄로 인정하고 피고인에게 벌금 500만 원을 선고하였다.

3) 인천지방법원 2015. 9. 24. 선고 2014고정1205 판결.

2. 원심판결⁴⁾

피고인은 항소심에서 ‘피고인은 A와 형식상 공범으로 기소된 것은 아니나 실질적으로는 공범관계에 있다고 볼 수 있으므로, A에 대한 경찰 피의자신문조서는 공범에 대한 경찰 피의자신문조서에 해당하여 형사소송법 제314조의 적용대상이 될 수 없으므로 증거로 쓸 수 없다.’라고 제1심에서와 같은 취지로 A에 대한 경찰 피의자신문조서의 증거능력을 다투었다. 그러나 항소심은 위 주장을 배척한 제1심의 판단이 정당하다고 하면서 피고인의 항소를 기각하였다.

[대상판결의 요지]

대법원은 다음과 같은 이유로 A에 대한 경찰 피의자신문조서의 증거능력을 인정할 수 없다고 판단하고 원심판결을 파기·환송하였다.

“형사소송법 제312조 제3항은 검사 이외의 수사기관이 작성한 해당 피고인에 대한 피의자신문조서를 유죄의 증거로 하는 경우뿐만 아니라 검사 이외의 수사기관이 작성한 해당 피고인과 공범관계에 있는 다른 피고인이나 피의자에 대한 피의자신문조서를 해당 피고인에 대한 유죄의 증거로 채택할 경우에도 적용된다. 따라서 해당 피고인과 공범관계가 있는 다른 피의자에 대하여 검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서는 그 피의자의 법정진술에 의하여 그 성립의 진정이 인정되는 등 형사소송법 제312조 제4항의 요건을 갖춘 경우라고 하더라도 해당 피고인이 공판기일에서 그 조서의 내용을 부인한 이상 이를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 없고, 그 당연한 결과로 위 피의자신문조서에 대하여는 사망 등 사유로 인하여 법정에서 진술할 수 없는 때에 예외적으로 증거능력을 인정하는 규정인 형사소송법 제314조가 적용되지 아니한다(대법원 2004. 7. 15. 선고

4) 인천지방법원 2016. 6. 3. 선고 2015노3685 판결.

2003도7185 전원합의체 판결 등 참조). 그리고 이러한 법리는 공동정범이나 교사범, 방조범 등 공범관계에 있는 자들 사이에서만 아니라, 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원 등 행위자의 위반행위에 대하여 행위자가 아닌 법인 또는 개인이 양벌규정에 따라 기소된 경우, 이러한 법인 또는 개인과 행위자 사이의 관계에서도 마찬가지로 적용된다고 보아야 한다. 그 구체적 이유는 다음과 같다.

대법원은 앞서 본 바와 같이 형사소송법 제312조 제3항의 규정이 검사 이외의 수사기관이 작성한 해당 피고인과 공범관계에 있는 다른 피고인이나 피의자에 대한 피의자신문조서에 대해서까지 적용된다는 입장을 확고하게 취하고 있다. 이는 하나의 범죄사실에 대하여 여러 명이 관여한 경우 서로 자신의 책임을 다른 사람에게 미루려는 것이 일반적인 인간심리이므로, 만일 위와 같은 경우에 형사소송법 제312조 제3항을 해당 피고인 외의 자들에 대해서까지 적용하지 않는다면 인권보장을 위해 마련된 위 규정의 취지를 제대로 살리지 못하여 부당하고 불합리한 결과에 이를 수 있기 때문이다(대법원 1986. 11. 1. 선고 86도1783 판결 참조).

나아가 대법원은 형사소송법 제312조 제3항이 형법 총칙의 공범 이외에도, 서로 대항된 행위의 존재를 필요로 할 뿐 각자의 구성요건을 실현하고 별도의 형벌규정에 따라 처벌되는 강학상 필요적 공범 내지 대항범 관계에 있는 자들 사이에서도 적용된다는 판시를 하기도 하였다(대법원 1996. 7. 12. 선고 96도667 판결, 대법원 2007. 10. 25. 선고 2007도6129 판결 등 참조). 이는 필요적 공범 내지 대항범의 경우 형법 총칙의 공범관계와 마찬가지로 어느 한 피고인이 자기의 범죄에 대하여 한 진술이 나머지 대항적 관계에 있는 자가 저지른 범죄에도 내용상 불가분적으로 관련되어 있어 목격자, 피해자 등 제3자의 진술과는 본질적으로 다른 속성을 지니고 있음을 중시한 것으로 볼 수 있다.

무릇 양벌규정은 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원 등 행위자가 법규위반행위를 저지른 경우, 일정 요건하에 이를 행위자가 아닌 법인 또는 개인이 직접 법규위반행위를 저지른 것으로 평가하여 행위자와

같이 처벌하도록 규정한 것으로서, 이때의 법인 또는 개인의 처벌은 행위자의 처벌에 종속되는 것이 아니라 법인 또는 개인의 직접책임 내지 자기책임에 기초하는 것이기는 하다(대법원 2006. 2. 24. 선고 2005도7673 판결, 대법원 2010. 9. 9. 선고 2008도7834 판결, 대법원 2010. 9. 30. 선고 2009도3876 판결 등 참조). 그러나 양벌규정에 따라 처벌되는 행위자와 행위자가 아닌 법인 또는 개인 간의 관계는, 행위자가 저지른 범규위반행위가 사업주의 범규위반행위와 사실관계가 동일하거나 적어도 중요 부분을 공유한다는 점에서 내용상 불가분적 관련성을 지닌다고 보아야 하고, 따라서 앞서 본 형법 총칙의 공범관계 등과 마찬가지로 인권보장적인 요청에 따라 형사소송법 제312조 제3항이 이들 사이에서도 적용된다고 보는 것이 타당하다.”

[연구]

I. 서론

형사소송법 제312조 제3항⁵⁾은 “검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 공판준비 또는 공판기일에 그 피의자였던 피고인 또는 변호인이 그 내용을 인정할 때에 한하여 증거로 할 수 있다.”라고 규정하고 있다. 이는 형사소송법 제정 당시부터 현재까지 유지되어 오는 조항⁶⁾으로서, 대법원은 종래 ① 당해 피고인 본인의 진술을 기재한 경찰

5) 이하 형사소송법의 조문을 인용할 때는 범명을 생략한다.

6) 형사소송법 제정 당시에는 제312조의 단서에 “단, 검사 이외의 수사기관에서 작성한 피의자의 신문조서는 그 피의자였던 피고인 또는 변호인이 공판정에서 그 내용을 인정할 때에 한하여 증거로 할 수 있다.”라고 규정되어 있다가 1961. 9. 1. 개정에 의해 제312조 제2항으로 자리를 옮겼고, 이후 2007. 6. 1. 개정에 의해 제3항으로 위치를 옮기면서 ‘적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것일 것’이란 요건이 추가되어 현재와 같은 조문이 되었다. 그러나 이러한 개정에도 불구하고 경찰 피의자신문조서는 피고인의 ‘내용 인정,’ 즉 ‘그 기재

피의자신문조서뿐만 아니라 피고인과 공범관계에 있는 다른 피고인이나 피의자에 대한 경찰 피의자신문조서 역시 위 조항이 적용되어 당해 피고인(가) 내용을 인정하지 않는 한 증거능력이 없고, ② 이렇게 당해 피고인이 내용을 인정해야만 증거능력이 인정되는 경찰 피의자신문조서에 대해서는 제314조가 적용되지 않으므로 원진술자가 사망 등으로 진술할 수 없는 등 제314조의 요건을 충족하더라도 피고인이 내용을 부인하는 한 증거능력을 인정할 수 없다는 입장을 견지해 왔다.⁸⁾ 대상판결은 이러한 종래 태도를 재확인하는 한편, 여기서 말하는 ‘공범관계’에는 공동정범이나 교사범, 중범과 같은 형법 총칙상의 공범 관계뿐만 아니라 대항범과 같은 필요적 공범 관계도 포함된다는 점을 명확히 하고 양벌규정에 따라 처벌되는 행위자와 범인 또는 개인 관계까지 이에 포함된다는 점을 밝혔다는데 그 의의가 있다.⁹⁾

그러나 대상판결이 갖는 의의는 비단 경찰 피의자신문조서에 관한 제312조 제3항의 해석론에 그치지 않을 수 있다. 대상판결은 검찰 피의자신문조서의 증거능력 부여요건을 변경한 2020. 2. 4. 형사소송법 개정 후에 선고된 판결이기 때문이다. 주지하듯이 제정 이래 형사소송법은 경찰 피의자신문조서와 검찰 피의자신문조서의 증거능력 부여요건에 차등을 두어 왔고, 2020. 2. 4. 개정 전의 구 형사소송법은 검찰 피의자신문조서의 경우 ① 피고인의 진술이나 영상녹화물 등 객관적인 방법에 의한 진정성립 인정 및 ② 특신상태의 두 가지 요건이 충족되면 증거능력을 부여할 수 있다고 규정(제312조 제1항)되어 있었다. 이러한 규

내용이 실제 사실에 부합한다’는 공판기일에서의 진술이 없는 이상 증거능력을 인정할 수 없다는 핵심 내용은 변경된 적이 없다.

- 7) 제312조 제3항에 의하면 피고인 외에 그 피고인의 변호인에 의해서도 내용 인정이 가능하나, 변호인이 독자적으로 내용 인정 권한을 갖고 있다는 점은 이 글의 논의와 특별히 관련이 없으므로, 이하에서는 편의상 내용 인정 진술의 주체를 ‘피고인’에 한정하여 논의를 진행한다.
- 8) 대표적으로 대법원 2004. 7. 15. 선고 2003도7185 전원합의체 판결 참조.
- 9) 대상판결에 대한 대법원판례해설인 이용우, “형사소송법 제312조 제3항이 양벌규정에 따라 기소된 사업주와 행위자 사이의 관계에서도 적용되는지 여부 및 검사 이외의 수사기관이 행위자에 대하여 작성한 피의자신문조서의 내용을 사업주가 부인하는 경우 형사소송법 제314조에 따라 증거능력을 인정할 수 있는지 여부”, 대법원판례해설 제124호(2020), 397 참조.

정 차이를 반영하여, 공범에 대한 검찰 피의자신문조서의 경우 제312조 제4항에 의해 진정성립 인정 및 반대신문 기회보장, 특신상태 요건이 갖추어질 경우 증거능력을 인정할 수 있고¹⁰⁾ 원진술자인 공범이 진술불능인 경우 제314조에 의해 증거능력을 인정할 수도 있다고 해석되어 왔다.¹¹⁾ 그러나 2020. 2. 4. 개정된 형사소송법(이하 ‘개정법’이라 한다) 제312조 제1항은 검찰 피의자신문조서 역시 경찰 피의자신문조서와 동일하게 피고인이 그 내용을 인정한 경우에만 증거능력을 부여할 수 있도록 변경되었고,¹²⁾ 위 개정 조항은 2022. 1. 1.부터 시행될 예정이다.¹³⁾ 개정법 하에서 대법원이 종래 경찰 피의자신문조서의 증거능력에 관하여 취하던 해석론을 검찰 피의자신문조서에까지 그대로 적용할지는 아직 불확실한 상태인데, 개정법상 제312조 제1항과 제3항의 문언이 사실상 동일하므로, 만약 대법원이 법 개정을 계기로 새로운 해석론을 정립하고자 한다면 종래 확립된 제312조 제3항에 관한 해석론을 변경하거나 적어도 이를 재검토하는 것

-
- 10) 다수설의 입장이자(공범이 공동피고인인 경우에는 제312조 제1항에 따라 증거능력을 부여해야 한다는 소수설 있음). 이에 관한 종래 학설상 논의에 대하여는 이은모, “공범자에 대한 피의자신문조서의 증거능력”, 한양대학교 법학논총 제32집 제4호(2015. 12.), 218-219; 권순민, “개정 형사소송법에 따른 검사가 작성한 공범에 대한 피의자신문조서의 증거능력”, 국민대학교 법학논총 제33권 제2호(2020. 10.), 84-85; 김현철, “형사소송법 제312조 제1항의 개정에 따른 수사와 공판 실무의 예상되는 변화와 바람직한 운영 방안”, 전남대학교 법학논총 제41권 제2호(2021. 5.), 260-261 참조. 대법원이 이에 대해 명확하게 판시한 판례는 확인하기 어려우나, 대법원 2014. 8. 26. 선고 2011도6035 판결은 공범에 대한 검찰 피의자신문조서에 제312조 제4항이 적용됨을 전제로 제314조의 요건 충족여부를 판단하고 있고, 실무의 태도 역시 다수결과 같다고 보인다. 법원실무제요 형사(II), 법원행정처(2014), 109-110 참조.
- 11) 대법원 1984. 1. 24. 선고 83도2945 판결, 대법원 2002. 3. 26. 선고 2001도5666 판결 등 참조.
- 12) 2020. 2. 4. 개정된 제312조 제1항의 문언은 “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.”이다. 제312조 제3항에 사용된 “한하여”라는 표현 대신 “한정하여”라는 표현을 사용한 사소한 차이 외에는 제312조 제3항과 동일하다.
- 13) 개정법 부칙 제1조는 개정법 제312조 제1항을 공포 후 4년 이내에 시행한다고만 정하면서 그 구체적 시행시기는 대통령령에 위임하였으나, 약 8개월 후인 2020. 10. 7. ‘법률 제16908호 검찰청법 일부개정법률 및 법률 제16924호 형사소송법 일부개정법률의 시행일에 관한 규정(대통령령 제31091호)’이 제정·시행됨으로써 위 개정 조항의 시행시기가 2022. 1. 1.로 정해졌다.

이 불가피할 것이다. 그런데 대법원은 비록 개정법 시행 전이기는 하나 검찰 피의자신문조서의 증거능력 규정이 개정된 사정을 충분히 인지하고 있는 상황에서 제312조 제3항에 관한 종래의 입장을 그대로 확인하는 대상판결을 선고하였으므로, 이를 통해 대법원이 개정법 시행 이후 경찰 피의자신문조서에 관한 기존의 법리를 그대로 검찰 피의자신문조서에 적용할 것임을 암시하였다고 볼 수 있다.¹⁴⁾ 이렇게 보면 개정법 하에서는 종래 검찰 피의자신문조서를 통해 증거로 법정에 현출할 수 있었던 ‘공범의 수사기관 진술’을 증거로 사용할 수 있는 방법이 상당히 제한되게 된다. 따라서 대상판결이 갖는 의미를 온전히 검토하기 위해서는 대상판결의 법리가 개정법 하에서 검찰 피의자신문조서에까지 적용될 수 있다는 점까지 염두에 둘 필요가 있다.

이처럼 경찰·검찰 등 수사의 주체를 불문한 피의자신문조서 일반의 문제로 시야를 넓히면, 대상판결에서 다루어진 문제의 핵심은 결국 ‘공범이 수사기관에서 한 진술을 어떤 요건 하에 증거로 사용할 수 있는가’가 되고, 그와 관련하여 구체적으로 검토를 요하는 논점은 두 가지라고 할 수 있다. 첫째, 공범에 대한 피의자신문조서의 증거능력 인정요건을 ‘당해 피고인의 내용 인정’으로 보면서 제314조의 적용가능성도 부정함으로써 증거 사용을 엄격히 제한하는 대상판결의 태도는 타당한가? 둘째, 대상판결의 태도에 따를 때, 현행법상 공범이 수사기관에서 한 진술을 증거로 법정에 현출할 수 있는 적절한 방법은 무엇인가?

이상의 논점에 대해 답을 내리기 위해서는, 무엇보다도 피의자신문조서의 증거능력에 관한 제312조 제3항 및 개정법 제312조 제1항이 전문증거에 관한 우리 법의 전체 규율체계 내에서 어떻게 정당화될 수 있는 것인지 검토가 필요하다고 생각한다. 제312조 제3항에 대한 종래 대법원 판례의 태도에 대해서는 2007년

14) 대상판결에 대한 대법원판례해설도 “대상판결이 밝힌 법리는 경찰 작성 피의자신문조서에 대해서만 영향을 주는 것이 아니라, 2020. 2. 4. 자 형사소송법 개정 이후의 검사 작성 피의자신문조서에 대하여도 동일하게 적용될 것으로 보인다.”라고 전망하고 있다. 이용우(주 9), 397. 대상판결의 의미를 마찬가지로 이해하는 입장으로 이승주, “개정 형사소송법상 공범의 진술증거 확보 문제-검사 작성 피의자신문조서의 증거능력 제한에 따른 대안-”, 법조 제69권 제4호(2020. 8.), 291.

법 개정으로 제316조에 도입된 조사자증언 제도와 조화되지 않는다는 비판이 있었고,¹⁵⁾ 개정법 제312조 제1항과 관련해서도 비교법적으로 유례가 없는 것으로서 전문법칙의 원류인 영미의 입법례에 비추어 볼 때 그 “제도의 본뜻”에 맞지 않는다는 비판이 제기되고 있다.¹⁶⁾ 공범에 대한 피의자신문조서의 증거능력에 관한 대법원의 태도나 개정법 제312조 제1항이 우리 형사소송법의 다른 규정들과 모순되거나 형사소송법이 채택한 전문법칙의 이론적 틀로 정당화할 수 없는 것이라면, 그 조항이 실제 운용되는 과정에서 다른 제도들과 충돌을 일으킬 수밖에 없을 것이고, 해석론으로 해결할 수 없는 모순점들을 발생시킬 수도 있다. 그렇다면 굳이 형사정책적 차원에서 발생하는 문제점에까지 나아갈 것도 없이, 이론적 모순을 해결하기 위한 후속 입법을 서둘러야 할 것이다. 반면 만약 개정법의 태도가 형사소송법이 채택한 제도적 틀 내에서 이론적으로 정당화할 수 있는 것으로서 (그것이 최선의 선택인지는 별론으로 하고) 그 안에서 선택 가능한 여러 방안 중 하나를 입법자가 택한 것일 뿐이라고 평가할 수 있다면, 그 이론적인 정당화 근거를 지침으로 삼아 구체적인 운용에 있어서 형사정책상의 부작용을 최소화하는 해석론을 정립해 나가는 후속 작업에 노력을 집중할 수 있을 것이다.

이하에서는 먼저 공범에 대한 피의자신문조서의 증거능력에 관한 기존의 판례·학설의 논의를 살펴보고, 과연 우리 전문법칙의 이론적 틀 내에서 종래 대법원 판례나 개정법의 태도를 합리적으로 설명할 수 없는 것인지 검토한 뒤, 개정법 하에서 공범이 수사기관에서 한 진술을 증거로 현출하는 방법에 관한 합리적인 해석론을 모색해 보기로 한다.

15) 이완규, “공범인 피의자에 대한 경찰 피의자신문조서의 증거능력”, 형사법의 신통향 제 18호(2009. 2.), 213-216 참조.

16) 김성룡, “검사작성 피의자신문조서의 증거능력 관련 규정 개정의 낡긴 과제”, 인권과 정의 제491호(2020. 8.), 53-55 참조. 더 나아가 개정법은 피의자가 수사기관에서 한 진술의 증거현출을 지나치게 제약하는 것으로서, “수사기관에 대한, 검사에 대한 뿌리 깊은 불신에서 벗어나지 못해 누더기의 형사증거법을 한 번 더 너털하게 만들어 버”린 “원한(怨恨) 입법”이라거나[김성룡, 위 글, 63-64 참조], “입법 사고에 가까운 법 개정”이라는 혹독한 평가를 내리기도 한다[이완규, 2020년 검찰개혁법 해설, 박영사(2020), 148-156 참조].

II. 공범에 대한 경찰 피의자신문조서의 증거능력에 관한 종래의 논의

종래 공범에 대한 피의자신문조서의 증거능력 인정요건에 대하여는 경찰 피의자신문조서는 물론이고 검찰 피의자신문조서의 경우에도 여러 견해가 대립해 왔는데, 대상판결 및 개정법과 관련해서 구체적으로 살펴볼 필요가 있는 것은 경찰 피의자신문조서에 대한 논의이다.

1. 판례의 태도

대상판결에서도 밝혔듯이, 대법원은 1979. 4. 10. 선고 79도287 판결 이래로, 당해 피고인과 공범관계에 있는 다른 피고인이나 피의자에 대한 피의자신문조서를 당해 피고인에 대한 유죄의 증거로 채택할 경우에도 제312조 제3항이 적용된다는 입장을 확고히 취하고 있다.¹⁷⁾ 그러면서 공범에 대한 경찰 피의자신문조서는 당해 피고인이 내용을 인정해야만 증거로 할 수 있을 뿐, 설사 원진술자인 공범이 법정진술로 그 내용을 인정하거나 진정성립을 인정하더라도 증거능력을 인정할 수 없다고 하고, 그 당연한 결과로 그 피의자신문조서에는 원진술자가 사망 등으로 법정에서 진술할 수 없는 때에 예외적으로 증거능력을 인정하는 규정인 제314조가 적용되지 않는다고 한다.¹⁸⁾ 이러한 입장은 전문법칙 관련 규정들이 다수 개정된 2007. 6. 1. 형사소송법 개정 이후에도 바뀌지 않았고,¹⁹⁾ 대상판결에서 보듯 현재까지 그대로 유지되고 있다. 그리고 앞서 설명한 것처럼 대법원의 이러한 입장은 개정법 제312조 제1항 시행 후에는 공범에 대한 검찰 피의자

17) 대법원 1986. 11. 1. 선고 86도1783 판결, 대법원 2004. 7. 15. 선고 2003도7185 전원합의체 판결 등 참조.

18) 대법원 2004. 7. 15. 선고 2003도7185 전원합의체 판결, 대법원 2009. 7. 9. 선고 2009도2865 판결 등 참조.

19) 2007. 6. 1. 개정 후 제312조 제3항에 대한 판결로 대법원 2010. 2. 25. 선고 2009도14409 판결 참조.

신문조서에까지 그대로 적용될 가능성이 높다고 생각된다.

대법원은 1986. 11. 1. 선고 86도1783 판결에서 이러한 입장을 취하는 근거를 구체적으로 제시한 바 있다. 그 근거는 ① 공범에 대한 피의자신문조서의 내용이 당해 피고인에 대한 피의자신문조서의 내용과 다르 없다는 점, ② 만약 원진술자인 공범이 피고인에 대한 사건의 법정에서 내용을 인정할 경우²⁰ 증거능력을 부여할 수 있다고 보게 되면, 형사재판이 각각 별도로 이루어진 경우 자기에 대한 사건에서는 내용을 부인하여 증거능력이 없는 피의자신문조서도 공범인 다른 피고인에 대한 관계에 있어서는 유죄의 증거가 될 수 있는 불합리하고 불공평한 결과가 생길 수 있다는 점, ③ 공범에 대한 사건에서 그 공범이나 변호인이 내용을 인정할 바 있다고 하여 이를 당해 피고인에 대한 사건의 증거로 할 수 있다고 본다면 당해 피고인의 반대신문 기회도 없었던 진술만으로 증거능력을 인정하는 것이 되고, 만약 공범에 대한 사건에서 변호인이 내용 인정을 한 경우라면 자기의 변호인도 아닌 사람의 소송행위로 불이익을 받는 결과가 되어 부당한 점의 세 가지였다.

그 후로 대법원은 구체적인 근거 제시는 없이 공범에 대한 경찰 피의자신문조서에 대해서도 당해 피고인이 내용을 인정해야만 증거능력을 인정할 수 있다는 결론만을 반복적으로 실시하여 온 것으로 보이고, 대상판결이 바로 위 86도1783 판결 이후 이 문제에 대해 구체적으로 근거를 제시한 최초의 판결로 보인다. 대상판결은 ④ 여러 명이 하나의 범죄에 관여한 경우 서로 자신의 책임을 다른 사람에게 미루려는 것이 일반적인 인간심리이므로 이런 경우 제312조 제3항을 당

20) 대법원의 판시 문언은 “이와 같이 보지 아니하고 원진술자인 피의자가 피고인에 대한 형사 피고사건의 법정에서 나와 그 내용을 인정하게 되면 증거능력이 부여된다고 보게 되면...”인데, 이용우(주 9), 390 각주 9는, 대법원의 위 판시는 문언상 “그 내용을 인정하게 되면”으로 되어 있으나 전체 맥락상 “그 진정성립을 인정하게 되면”을 뜻하는 것으로 보는 것이 맞다고 한다. 이는 대법원의 이 부분 판시를 후술하는 학설 중 ‘제312조 제4항 적용설(2007. 6. 1. 개정 전의 구범하에서는 제313조 제1항 적용설)’에 대한 반론으로 이해하는 취지로 생각된다. 그러나 이 부분 판시는 후술하는 ‘제312조 제3항 적용설 중 원진술자 내용인정설’에 대한 반론을 제시한 것으로 얼마든지 이해할 수 있고, 전후 문맥을 살펴봐도 이 부분 판시를 옳기라고 볼 만한 근거도 없으므로, 판시 문언대로 “그 내용을 인정하게 되면”으로 보는 것이 맞다고 생각한다.

해 피고인 외의 자들에게까지 적용하지 않으면 인권보장을 위해 마련된 위 규정의 취지를 제대로 살리지 못하여 부당하고 불합리한 결과에 이를 수 있다는 점,²¹⁾ ⑤ 공범관계(필요적 공범이나 양벌규정의 적용을 받는 법인·개인과 행위자 관계)에 있는 경우 어느 한 피고인이 자기의 범죄에 대하여 한 진술이 나머지 자가 저지른 범죄에도 내용상 불가분적으로 관련되어 있어 목격자, 피해자 등 제3자의 진술과는 본질적으로 다른 속성을 지니고 있는 점을 종래의 확립된 법리에 대한 근거로 제시하였다.

2. 학설의 논의

가. 학설은 크게 ① 공범에 대한 경찰 피의자신문조서에 대해서도 제312조 제3항을 적용하여야 한다는 견해(제312조 제3항설)와 ② 공범은 당해 피고인에 대한 관계에서는 제3자인 참고인과 다름없으므로 공범에 대한 경찰 피의자신문조서는 제312조 제4항에서 말하는 “사법경찰관이 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 조서”에 해당하고, 따라서 제312조 제4항을 적용하여 증거능력을 판단해야 한다는 견해(제312조 제4항설)로 나뉜다. 그리고 제312조 제3항설은 증거능력 부여를 위해 내용인정 진술을 하여야 하는 주체가 누구인지를 두고 다시 ①-(1) 원진술자인 공범이 아니라 그 공범의 진술로 불이익을 받을 당해 피고인이 내용을 인정해야 증거능력을 부여할 수 있다는 견해(피고인 내용인정설)와 ①-(2) 원진술자인 공범이 자신의 진술이 기재된 피의자신문조서의 내용을 인정하면 증거능력을 부여할 수 있다는 견해(원진술자 내용인정설)로 나뉜다.

제312조 제3항설은 그 논거로, ㉠ 제312조 제3항은 단순한 전문법칙의 예외가 아닌 위법수사 방지장치의 성격을 갖고 있으므로 공범에 대한 피의자신문조

21) 대법판결은 이 부분 근거를 제시하면서 위 86도1783 판결을 인용하였으나, “여러 명이 하나의 범죄에 관여한 경우 서로 자신의 책임을 다른 사람에게 미루려는 것이 일반적인 인간심리이므로, 이런 경우 제312조 제3항을 당해 피고인 외의 자들에게까지 적용하지 않으면 인권보장을 위해 마련된 위 규정의 취지를 제대로 살리지 못한다”는 판시는 위 86도1783 판결에서는 등장하지 않은, 대법판결에서 최초로 제시된 내용이다.

서에도 적용되어야 한다는 점, ㉠ 제312조 제4항설을 따를 경우 범이 경찰 피의자신문조서에 대해 엄격한 요건을 요구하는 취지가 공범관계에 있는 자들 사이에서는 퇴색할 우려가 있다는 점, ㉡ 제312조 제3항을 적용하는 것이 피고인에게 더 유리하다는 점을 든다. 그리고 다른 견해들에서 주장하는 내용, 즉 2007년 개정으로 수사경찰관이 직접 피고인의 진술을 증언할 수 있는 조사자증언 제도가 도입되었으므로 종래의 경찰 피의자신문조서에 관한 해석론을 변경할 필요가 있다는 주장에 대해서는, 조서재판의 폐해를 극복하기 위해 도입한 조사자증언 제도를 조서 증거능력 확대를 위한 근거로 삼는 것은 입법취지에 역행하는 것으로 부당하다고 반론한다.²²⁾

내용인정 진술의 주체가 누구여야 하는지에 대해서는, 제312조 제3항설을 취하는 견해의 대부분이 대법원이 위 86도1783 판결에서 든 것과 마찬가지로 이유에서 피고인 내용인정설을 취한다.²³⁾ 반면 소수 견해는 원진술자 내용인정설을 취하는데, 제312조 제3항이 “그 피의자였던 피고인”이 내용을 인정할 때 증거능력을 인정할 수 있다고 규정하고 있으므로 문언해석상 원진술자가 내용인정의 주체가 되는 것이 분명하고, 피고인 내용인정설은 문언의 한계를 벗어난 해석이라고 주장한다. 그리고 원진술자인 공범이 피고인의 사건에서 법정에 출석하여 내용인정 진술을 하는 경우 피고인신문절차 또는 증인신문절차에서 당해 피고인이 반대신문을 할 수 있으므로 대법원이 말하는 것처럼 반대신문 기회의 박탈 문제가 생기지 않는다는 점, 조사자증언제도가 도입됨에 따라 만약 원진술자인 공범이 자기 사건에서 피의자신문조서의 내용을 부인하는 경우 조사자증언을 통해 그 진술기재 내용을 증거로 사용할 수 있으므로, 위 86도1783 판결이 말하는 것처럼 ‘자기 사건에서는 증거로 쓸 수 없는 것을 다른 공범에 대한 사건에서 증거로 쓸 수 있게 되는 불합리하고 불공평한 결과’는 생기지 않게 되었다는 점도

22) 이상 제312조 제3항설이 드는 논거들에 대하여는 이은모(주 10), 223; 김경락, “개정 형사소송법상 수사기관이 작성한 공범자의 피의자신문조서의 증거능력—증거능력을 인정하기 위한 적용법조를 중심으로—”, 형사법의 신통향 제67호(2020. 6.), 45-46 및 각 그곳의 문헌지시 참조.

23) 이은모(주 10), 223-224; 김경락(주 22), 47-48 및 각 그곳의 문헌지시 참조.

근거로 든다. 경찰 피의자신문조서의 증거능력을 인정하기 위해서는 내용 인정에 앞서서 진정성립 인정부터 이루어져야 하는데 원진술자가 아닌 사람이 진정성립을 인정할 수는 없다는 점을 들기도 한다.²⁴⁾

한편, 제312조 제4항설은 제312조 제3항의 문언이 “그 피의자였던 피고인”이라고 규정하고 있다는 점,²⁵⁾ 형사소송법 제310조의2 이하에서 ‘피고인’과 ‘피고인 아닌 자’를 구별해서 규정하고 있는데, 제312조를 제외한 모든 조문에 대해서는 관례·통설이 공범을 ‘피고인 아닌 자’에 해당한다고 보면서 제312조 제3항, 제4항의 경우에만 달리 해석하는 것은 일관성이 없는 점,²⁶⁾ 제312조 제4항을 적용하더라도 원진술자인 공범의 진정성립 인정 및 반대신문, 특신상태가 모두 갖추어져야만 증거능력이 인정되는 것이고, 반대신문 기회보장을 요건으로 하고 있다는 점에서 전문법칙과 공판중심주의 원칙과도 조화된다는 점²⁷⁾ 등을 논거로 든다.

나. 제314조의 적용 여부 문제의 경우, 피고인 내용인정설을 취하면 그 논리적인 결과로 공범에 대한 피의자신문조서에는 제314조를 적용할 수 없다고 보게 되고, 따라서 공범이 사망 등으로 진술불능인 경우에도 그 조서의 증거능력을 인정할 수 없다는 결론이 된다. 반면 원진술자 내용인정설이나 제312조 제4항설에 따르면 제314조의 적용을 긍정하고, 원진술자인 공범이 진술불능인 경우 특신상태를 요건으로 피의자신문조서의 증거능력을 인정할 수 있게 된다.

다. 이상의 분류에 따르면 대법원 판례의 입장은 제312조 제3항설 중 피고인 내용인정설[①-(1)]에 해당되고, 이것이 종래 학계의 다수설이기도 하다.²⁸⁾ 다만 2020. 2. 4. 검사 피의자신문조서에 관한 법개정을 계기로 제312조 제4항설의 타

24) 이상 원진술자 내용인정설이 드는 논거들에 대하여 이은모(주 10), 224-225; 김경락(주 22), 61-62 및 각 그곳의 문헌지시 참조.

25) 김경락(주 22), 51-53, 57-58; 강동범, “사법경찰관이 작성한 공범에 대한 피의자신문조서의 증거능력”, 전북대학교 법학연구 제41집(2014. 5.), 158-159 참조.

26) 김경락(주 22), 58-60

27) 강동범(주 25), 161-162; 이상윤, “개정 형사소송법상 공동피고인의 피의자신문조서의 증거능력-피의자신문조서 관련조항의 해석을 중심으로-”, 서울법학 제28권 제2호(2020. 8.), 274 참조.

28) 국내에서 각 학설의 지지 현황은 이은모(주 10), 223-226; 김현철(주 10), 261-262 및 각 그곳의 문헌지시 참조.

당성을 주장하는 견해들도 새로 등장하고 있다.²⁹⁾

3. 검토

가. 판례의 논거에 대한 검토

먼저, 대법원이 위 86도1783 판결과 대상판결에서 제시한 논거들이 모두 충분히 설득력이 있다고 보기는 어렵다고 생각한다.

첫째로 ‘공범에 대한 피의자신문조서의 내용이 당해 피고인에 대한 피의자신문조서의 내용과 다름없다’는 논거에 대해서는, 무엇보다도 여기서 ‘다름없다’라는 것이 무슨 의미인지 불분명하다는 점을 지적할 수 있다. 진술의 내용이 같은 범죄사실에 대한 것이어서 동일하다는 뜻이라면, 범행을 직접 겪은 피해자나 이를 직접 목격한 목격자의 진술 역시 피고인의 진술과 동일한 내용을 담고 있을 수 있다. 진술 내용이 동일하기 때문에 원진술자가 아닌 피고인이 내용을 인정해야만 한다면, 같은 논리를 공범이 아닌 피해자나 목격자의 진술조서에까지도 확장할 수 있을 것이다.³⁰⁾ 대상판결에서 ‘공범관계에 있는 경우 어느 한 사람이 자기의 범죄에 대하여 한 진술이 나머지 자가 저지른 범죄에도 내용상 불가분적으로 관련되어 있어 목격자, 피해자 등 제3자의 진술과는 본질적으로 다른 속성이 있다’고 한 것 역시 같은 맥락에서 나온 판시라고 생각되나, 이 역시 똑같은 반론이 가능하다. 범행을 직접 겪은 피해자의 피해사실에 관한 진술이나 목격자의 진술도, 동일한 시간·장소에서 벌어진 동일한 사태에 대한 진술이라는 점에서 피고인의 진술과 ‘불가분적으로 관련’되어 있다고 할 수 있기 때문이다. 같은 사태에 대한 서로 다른 사람들의 기억에 의한 진술이라는 점은 모두 동일하므로, ‘내용의 동일성’이나 ‘내용의 불가분적 관련성’이라는 기준으로는 목격자나 피해자

29) 김경락(주 22), 67-70; 이상운(주 27), 278-281; 지은석, “형사소송법 제312조 제3항의 확대 적용—대법원 2020. 6. 11. 선고 2016도9367 판결—”, 형사법의 신동향 제69호(2020. 12.), 291-294; 김현철(주 10), 262-265.

30) 이완규(주 15), 198-199.

의 진술과 공범의 진술을 차별취급하는 이유를 설명하기 어렵다.

둘째로, ‘원진술자인 공범이 자기 사건에서는 내용을 부인하여 피의자신문조서의 증거능력이 없게 되는데 피고인에 대한 사건에서는 공범이 출석하여 내용을 인정하였다고 같은 조서의 증거능력이 인정되는 불합리하고 불공평한 결과가 발생할 수 있다’는 논거는, 2007년 개정 전의 상황에서 원진술자 내용인정설에 대한 반론으로는 설득력이 있을지 모르나, 조사자증언 제도가 도입된 2007년 개정 이후의 상황에서 제312조 제4항설을 주장하는 입장에 대한 반론으로는 설득력이 부족하다. 즉, 2007년 개정 이후의 형사소송법상으로는 공범이 자기 사건에서 내용을 부인하여 피의자신문조서의 증거능력이 부정되더라도, 공범을 조사한 경찰관이 그 사건에 증인으로 출석하여 피의자신문 당시 공범이 했던 진술을 증언할 수 있다(제316조 제1항 참조). 이 경우 그 진술이 특신상태하에서 이루어졌어야 한다는 제한이 부가되어 있지만, 제312조 제4항설을 취하는 경우에는 피고인에 대한 사건에서 공범의 피의자신문조서를 증거로 사용하려는 경우에도 마찬가지로 특신상태 요건이 충족되어야 한다. 즉, 2007년 개정으로 도입된 조사자증언 제도 하에서 제312조 제4항설을 취할 경우, 공범이 자기 사건에서 내용을 부인하는 경우 만약 피의자신문의 진술에 특신상태가 인정된다면 조사자증언을 통해 피의자신문 당시 진술을 증거로 현출시킬 수 있고, 피고인에 대한 사건에서도 진정성립 인정 및 반대신문 기회보장, 특신상태를 요건으로 증거로 현출되게 되므로 양자 사이에 불균형이 발생하지 않는다. 반대로 피의자신문 당시 진술에 특신상태가 인정되지 않는다면 공범 자신의 사건에서도 조사자증언이 불가능하여 피의자신문 당시의 진술이 증거로 현출되지 않고, 피고인에 대한 사건에서도 제312조 제4항의 요건을 충족하지 못하여 피의자신문조서의 증거능력이 인정되지 않으므로 역시나 불균형이 발생하지 않게 된다. 따라서 제312조 제4항설에 따르는 한 공범의 의사에 따라 그가 경찰에서 한 진술의 증거사용 여부가 완전히 달라지는 불합리하고 불균형한 상황이 발생할 위험은 크지 않은 것이다.³¹⁾

31) 同旨: 이원규(주 15), 215-216. 대상판결의 관례해설인 이용우(주 9), 377-378은 앞서 본 86도1783 판결의 논지와 마찬가지로 ‘공범 자신의 사건에서는 증거능력이 부정된 조서

또한, ‘공범에 대한 사건에서 공범 또는 그 변호인이 내용을 인정했다고 증거능력을 인정하는 것은 반대신문 기회를 박탈하는 것이어서 부당하다’는 논거도 충분히 설득력이 있다고 할 수 없다. 무엇보다도, 다수설·판례에 반대하는 어느 학설도 공범이 자신의 사건에서 내용을 인정했다고 그 피의자신문조서를 별개의 사건인 피고인의 사건에서 증거로 사용할 수 있어야 한다고 주장하지 않는다. 원진술자 내용인정설이나 제312조 제4항설 모두 원진술자인 공범이 ‘당해 피고인에 대한 사건’에 공동피고인 또는 증인으로 출석하여 진술로 내용을 인정하거나 진정성립 인정과 반대신문을 받는 것을 상정하는 견해들이다. 또한, 현재 학설로 주장되는 원진술자 내용인정설은 제312조 제3항에 따라 공범이 내용을 인정하는 것에 더하여 반대신문의 기회 보장도 이루어져야 증거능력을 인정할 수 있다고 보고 있고,³²⁾ 제312조 제4항설은 해당 조항의 내용상 당연히 원진술자에 대한 반대신문의 기회가 있어야만 증거능력을 부여할 수 있다고 보므로, 반대신문 기회를 박탈하게 되어 부당하다는 주장은 원진술자 내용인정설이나 제312조 제4항설에 대한 반론이 될 수 없다.³³⁾

반대신문의 기회 미보장을 문제삼으려면, 위 판례와 같은 논지보다는 형사소송절차에서 공범이 갖는 지위 자체에 주목하여 반대신문 기회를 실질적으로 보장하는 것이 사실상 불가능하다고 주장하는 것이 더 적절할 것이다. 즉, 공범은 그 지위상 필연적으로 당해 범죄사실에 대해 진술거부권이나 증언거부권을 보유하고 있으므로 설사 반대신문 기회가 형식적으로 주어지더라도 공범이 진술

가 피고인에 대한 사건에서 공범의 진정성립 인정진술만으로 증거능력이 인정되어 불합리한 결과가 발생한다’는 취지로 설명하고 있는데, 2007. 6. 1. 개정으로 제312조 제4항에 추가된 요건들, 즉 반대신문 기회보장 및 특신상태 요건에 대해서는 언급하지 않은 채 마치 진정성립 인정만으로 해당 조서의 증거능력이 인정될 수 있는 것처럼 서술하고 있는 문제가 있다.

32) 정용석, “공범에 대한 조사자증언의 허용여부 및 공범조서와의 관계”, 저스투스 제143호(2014. 8.), 197-198 참조. 이는 제312조 제3항의 문언상 포함되어 있지 않은 요건인 ‘반대신문 기회 보장’ 요건을 해석을 통해 추가하는 취지이다. 이와 달리 제312조 제3항의 문언에 충실하게, 반대신문 기회 보장과 무관하게 원진술자인 공범이 내용을 인정하기만 하면 증거능력이 인정된다는 견해도 상정할 수는 있겠으나, 현재 국내에서 그와 같은 견해는 주장되지 않는 것으로 보인다.

33) 同誌: 이완규(주 15), 202-206.

을 거부해 버릴 수 있어 효과적인 반대신문이 불가능하고, 그런 점에서 피고인 입장에서 자신에게 불리한 진술의 신빙성을 충분히 검증할 수 없다는 문제가 있다고 주장할 수 있는 것이다.³⁴⁾

한편, 인권보장을 위해 마련된 제312조 제3항의 취지를 무력화하지 않기 위해 그 적용범위를 공범에 대한 피의자신문조서에 대해서까지 확장해야 한다는 주장은, 형사소송법 제정 당시 위 조항을 도입한 입법자의 의사³⁵⁾를 고려하면 분명 수긍할 만한 점이 있다. 그러나 2007년 개정 이후의 형사소송법 하에서는 제312조 제3항에 대해 인권보장을 위한 위법수사 방지장치로서의 성격을 강조하는 것은 종전만큼 강한 설득력을 갖는다고 보기 어렵다. 경찰이 피의자신문 과정에서 위법수사를 할 우려가 매우 커서 이를 방지하기 위해 제312조 제3항을 두었다는 관점에 서면, 똑같은 피의자신문 과정에서 얻은 진술을 조사자증언을 통해서 증거로 쓸 수 있게 하는 이유를 명쾌하게 설명하기 어렵기 때문이다. 피의자신문 과정에서의 위법수사 방지장치라는 성격을 강조하면 할수록, 현행법의 태도는 대법원이 2007년 개정 전에 조사자증언의 증거능력을 부정하면서 판시하였듯이 “피고인의 경찰 진술[을 조서에 기재한 것]은 증거능력이 없는데 반하여 그 진술을 들었다는 전문증거는 증거능력이 있다는 불합리하고도 기이한 결과”³⁶⁾가 아닌가 하는 의문이 떠오를 수밖에 없는 것이다.

결국 대법원이 제시한 논거 중 설득력이 가장 높은 것은 대상판결이 제시한 논거, 즉 ‘공범은 서로 자신의 책임을 다른 사람에게 미루려는 것이 일반적이다’라는 점이라고 생각한다. 이는 공범의 진술이 다른 진술에 비해 본질적으로 신빙성이 취약하다는 점을 지적한 것으로서, 공범의 전문진술에 대한 증거능력을 엄격하게 제한해야 하는 근거가 될 수 있다.

34) 이런 취지의 반대신문권 미보장 주장으로 이은모(주 10), 227-228 참조.

35) 형사소송법 제정 당시 경찰 피의자신문조서의 증거능력 인정요건으로 ‘내용 인정’을 규정 한 것은, 수사기관의 고문을 통한 자백강요를 근절하고자 하는 데 있었다. 신동운, “사법개혁추진과 형사증거법의 개정,” 서울대학교 법학 제47권 제1호(2006. 3.), 114-115 참조.

36) 대법원 1983. 7. 26. 선고 82도385 판결. [] 안의 내용은 인용자가 추가한 것이다.

나. 학설의 논거에 대한 검토

다음으로, 다수설이 제시하는 논거 중 ‘법이 경찰 피의자신문조서에 대해 엄격한 요건을 요구하는 취지가 공범관계에 있는 자들 사이에서는 퇴색할 우려가 있다’는 점은 결론의 반복에 불과할 뿐 실질적인 논거가 된다고 보기 어렵다. 여기서는 경찰 피의자신문조서에 대한 엄격한 요건이 어째서 공범관계에 있는 자들에게까지 ‘퇴색’되지 않은 채 그대로 적용되어야 하는지가 문제되는 것인데, 위 논거는 그에 대해서는 아무런 실질적 이유를 제시해 주지 못한다. 또한, 피고인에게 유리하기 때문에 제312조 제3항을 적용해야 한다는 주장은, 피고인의 방어권 보장을 포함한 적법절차의 준수라는 이념뿐만 아니라 실제진실의 발견이라는 이념까지도 추구하는 증거법의 영역에서 피고인에게 불리한 해석이라는 이유만으로 언제나 배척될 수는 없다는 점에서 받아들이기 어렵다.³⁷⁾

반면, 다수설의 주장 중 조사자증언 제도가 조서재판의 폐해를 극복하기 위해 도입되었으므로 이를 이유로 종전보다 조서의 증거능력 인정요건을 완화하는 것은 부당하다고 하는 것은 타당한 지적이라고 생각한다. 그러나 그렇다고 하여 조사자증언 제도의 도입을 통해 전문증거의 규율체계에 큰 변화가 일어났음에도 이를 나머지 범규정의 해석에서 전혀 고려하지 않는 것 또한 부당할 것이다. 조사자증언 제도는 특히 앞서 본 것처럼 제312조 제3항의 입법취지에 관한 종래의 이해와 충돌하는 점이 분명히 있다. 따라서 조사자증언 제도와 제312조 제3항, 그리고 검찰 피의자신문조서에 대한 개정법 제312조 제1항까지 최대한 조화롭게 설명해 낼 수 있는 해석론을 모색할 필요가 있다고 생각한다.

한편, 소수설에서 지적하는 것처럼 다수설·판례의 태도가 제312조 제3항의 “그 피의자였던 피고인…이 내용을 인정할 때”라는 문언에 반하는 측면이 있는 것은 분명 사실이다. 그러나 제312조 제3항의 입법취지나 이론적 근거를 고려하여 문언을 다소 벗어나는 해석을 하는 것도 불가능하지는 않다고 생각되고,³⁸⁾ 이는 결국 제312조 제3항의 입법취지와 이론적 근거를 어떻게 파악할 수 있는지

37) 강동범(주 25), 159-160 참조.

38) 이은모(주 10), 226 참조.

에 달려 있다고 본다.

다. 소결론

이상의 검토 결과를 요약해 보면, ① 제312조 제3항의 취지를 위법수사 방지를 통한 인권보장이라는 측면에서 찾는 것은 분명 타당성이 있으나, 이러한 관점만으로는 조사자증언 제도까지 포함한 전문증거 규율체계 전체를 합리적으로 설명해 내기에 부족한 측면이 있고, ② 공범의 진술이 갖는 특성, 즉 책임전가의 유인동기 등으로 인한 신빙성 취약점을 고려하여야 하며, ③ 공범의 지위가 갖는 특성, 즉 진술거부권 또는 증언거부권으로 인해 실질적인 반대신문이 불가능하다는 점도 고려하여야 한다는 것이 된다. 따라서 전문법칙의 이론적 틀 내에서 제312조 제3항 및 개정법 제312조 제1항의 취지를 합리적으로 설명해 내면서 동시에 공범의 진술 및 지위가 갖는 특성을 적절히 고려하는 해석론을 정립하는 것이 요청된다고 할 수 있다.

Ⅲ. 피의자신문조서의 증거능력 제한 — 전문법칙에 의한 정당화

1. 전문법칙의 이론적 근거

전문법칙의 이론적 근거에 대해서는 여러 가지 서로 다른 설명이 제시되고 있으나,³⁹⁾ 영미법에서 널리 받아들여지는 다음과 같은 설명⁴⁰⁾이 가장 설득력이 높

39) 반대신문권의 보장에서 근거를 찾는 견해와 신용성의 결여에서 찾는 견해 등이 대립한다고 설명된다. 학설대립에 대하여는 편집대표 김희옥·박일환, 주석 형사소송법(제5판) III, 한국사법행정학회(2017), 438-440(노태악 집필부분) 참조.

40) George Fisher, Evidence (3d ed.), Foundation Press (2013), 376-378; Christopher B. Mueller and Laird C. Kirkpatrick, Federal Evidence § 8:3 (4th ed.), Westlaw (database updated May 2020) (이상 미국); J R Spencer, Hearsay Evidence in Criminal Proceedings

다고 생각한다.

사람이 자신이 경험한 사실을 진술할 때, 그와 같은 진술은 언제나 그 신빙성을 의심하게 하는 네 가지 위험성을 안고 있다. 첫째는 지각(perception)의 오류 가능성이다. 진술자 A가 “갑이 을을 총으로 쏘는 것을 보았다.”라고 말하였을 때, 실제로 총을 쏜 것은 병임에도 이를 갑으로 잘못 보았을 가능성이 있다. 둘째는 기억(memory)의 오류가능성이다. 설사 진술자가 목격 당시에는 총을 쏜 사람이 병임을 명확하게 지각하였다고 하더라도, 이후 시간이 경과하면서 기억 왜곡된 나머지 진술 시점에 이르러서는 병이 아닌 갑이 총을 쏘았다고 잘못 기억하게 되었을 수 있다. 셋째는 서술(narration)의 오류가능성이다. 진술자가 병이 총을 쏘는 것을 정확하게 지각하고 기억도 올바르게 하였다고 하더라도, 이를 진술하는 과정에서 말실수를 하여 ‘병’이라고 말할 것을 ‘갑’이라고 잘못 말하였을 수도 있다. 넷째는 정직성(sincerity)과 관련된 위험성이다. 진술자의 지각·기억이 모두 정확하고 말실수도 전혀 없다고 하여도, 진술자가 의도적으로 거짓말을 하고 있을 가능성도 있다.

이러한 신빙성의 취약점에도 불구하고 사람의 진술을 소송에서 증거로 사용할 수 있는 이유는 위와 같은 위험성을 상쇄시킬 수 있는 세 가지 안전장치가 소송절차 내에 갖추어져 있기 때문이다. 즉, ① 선서를 통해 진술자에게 진실만을 말할 것을 맹세하게 함과 동시에 위증죄로 처벌받을 위험을 부담하게 함으로써 오류가능성을 줄이고 정직성을 고양할 수 있고, ② 판단자가 직접 법정에서 진술자의 표정, 어조, 몸짓 등 진술 태도(demeanor)를 관찰함으로써 신빙성을 검증할 수 있으며, ③ 반대당사자의 반대신문을 통해 오류와 허위를 검증할 수 있다는 것이다. 그리고 위와 같은 세 가지 안전장치 중에서 특히 중요하고 효과적인 것

(2d ed.), Hart Publishing (2014), paras. 1.22-1.23 (영국); R. v. Bradshaw, [2017] 1 S.C.R. 865, paras. 26-27 (캐나다) 등 참조. 이는 결국 전문법칙의 근거를 전문증거의 신용성 결여에서 찾는 설명이다. 이러한 설명이 영미법계의 관례와 문헌에서 널리 활용되고 있음을 고려하면, 전문법칙의 이론적 근거를 반대신문의 결여에서 찾는 견해가 영미의 ‘통설’이라는 이재상·조균석, 형사소송법(제12판), 박영사(2019), 599의 설명은 정확하지 않다고 생각한다.

이 반대신문이다.

그런데 진술자가 자신이 직접 경험한 사실을 진술하는 것이 아니라, 다른 사람(원진술자)으로부터 전해 들은 사실을 진술하는 경우에는 위와 같은 진술의 신빙성 위험이 곱절로 증가된다. 통상의 진술과 마찬가지로 원진술자의 지각·기억·서술·정직성과 관련된 위험성이 존재할 뿐만 아니라, 여기에 더하여 전달자의 지각·기억·서술·정직성의 위험성까지 존재하기 때문이다. 전달자가 원진술자의 말을 잘못 들었을 위험성(지각), 제대로 듣고도 잘못 기억하고 있을 위험성(기억), 전달자가 말실수를 하여 원진술자의 진술을 잘못 전할 위험성(서술), 전달자가 고의로 원진술자가 하지도 않은 말을 하였다고 거짓말할 위험성(정직성)이 있는 것이다.

물론 다른 사람으로부터 전해들은 사실을 전달자가 진술하는 경우에도, 만약 전달자가 법정에 나와 증언하게 된다면 위에서 본 세 가지 안전장치가 작동하여 위험성을 상쇄시킬 수 있다. 그러나 안전장치에 의해 상쇄되는 것은 전달자와 관련된 위험성뿐이고, 원진술자와 관련된 위험성은 전혀 상쇄되지 못한다는 데 문제의 핵심이 있다. 법정에서 선서하는 것은 전달자일 뿐이고, 그 진술태도를 관찰할 수 있는 것도 전달자뿐이며, 반대신문으로 그 진술의 진실 여부를 검증할 수 있는 것도 전달자일 뿐이다. 만약 전달자 B가 법정에 출석하여 “A가 내게 말하기를, 갑이 을을 총으로 쏘는 것을 보았다고 했다.”라고 증언하였다면, 법정에서 검증할 수 있는 것은 B가 과연 A의 말을 정확하게 들었는지, 듣지도 않은 말을 꾸며내는 것은 아닌지 등 B의 신빙성 문제일 뿐이다. 정작 더 중요한 문제는 A가 실제로 병이 총을 쏘는 모습을 정확하게 본 것이 맞는지, A가 거짓말을 한 것은 아닌지 등인데, A의 신빙성은 제아무리 B를 상대로 철저히 반대신문을 하더라도 검증할 수 없다. 결국 전달자가 법정에 나와서 전한 원진술자의 진술은, 법정에서의 안전장치에 의해 위험성이 전혀 감쇄되지 않아 신빙성을 담보할 수 없는 진술이 된다. 그렇기 때문에 전문진술은 증거로 사용할 수 있는 최소한의 신빙성이 담보되지 않은 증거로서 원칙적으로 증거능력이 부정되는 것이다.

이해의 편의를 위해 단순화의 위험을 다소 무릅쓴다면, 이상과 같은 설명은

간단한 산식을 통해 수치화하여 표현하는 것이 가능하다. 지각·기억·서술·정직성에 전혀 오류가 없는 이상적인 진술자의 진술 신빙성을 100으로 설정하고, 증거능력이 인정되기 위해 최소한도로 요구되는 신빙성의 수치를 50으로 설정한다면, 법정의 안전장치에 의해 검증되지 않은 통상의 진술, 법정의 안전장치에 의해 위험성이 상쇄된 진술, 전문진술 등의 신빙성은 일응 다음과 같이 수치화할 수 있을 것이다.⁴¹⁾

구분	완벽한 진술	통상의 진술	법정 증언 (검증장치 작동)	법정 외에서 하는 전문진술	법정증인이 전하는 전문진술 (검증장치 작동)
지각	100	100×0.4=40	100×0.8=80	100×0.4×0.4=16	100×0.4×0.8=32
기억	100	100×0.4=40	100×0.8=80	100×0.4×0.4=16	100×0.4×0.8=32
서술	100	100×0.4=40	100×0.8=80	100×0.4×0.4=16	100×0.4×0.8=32
정직성	100	100×0.4=40	100×0.8=80	100×0.4×0.4=16	100×0.4×0.8=32
평균 (=종합적 신빙성)	100	40	80(>50)	16	32(<50)

위 표의 공식에 의해 산출된 전문진술의 신빙성은, 전달자가 법정에 출석하여 위증의 벌을 무릅쓰고 반대신문을 받으며 증언을 하더라도 32에 불과하여 증거능력을 인정하기 위해 요구되는 최소치인 50을 넘지 못한다. 이처럼 전문진술은 그에 내재한 구조적인 신빙성 취약점 때문에 증거능력을 인정할 수 없다.

2. 전문법칙의 예외 인정의 이론적 근거

가. 신용성의 정황적 보장

그러나 전문진술이 일반적·평균적으로 위와 같이 신빙성에 문제가 있어 증거

41) 비슷한 관점에서 전문진술의 신빙성을 수식으로 표현하여 설명하는 문헌으로는 정용석·김희균·오경식, “전문법칙 관련규정의 정비방안”, 대검찰청 연구보고서(2015), 212-215 참조.

로 사용할 수 없다고 하더라도, 모든 전문진술이 언제나 증거능력 인정에 필요한 최소한도의 신빙성 요건을 충족시키지 못하는 것은 아니다. 경우에 따라서는 그 진술이 이루어진 구체적인 상황에 비추어 전문진술이라고 하더라도 특별히 높은 신빙성이 인정될 수도 있다. 이처럼 ‘특히 신빙할 수 있는 상태하에서 이루어진 진술’, 이른바 ‘신용성의 정황적 보장(circumstantial guarantees of trustworthiness)’이 있는 진술이라면, 원진술자가 직접 법정에서 출석하지 않은 채 전달자가 간접적으로 이를 전하더라도 증거로 삼기에 충분할 정도로 신빙성이 있다고 인정할 여지가 있다.

이상과 같은 전문법칙 및 그 예외인정의 이론적 근거에 대한 설명은 다음과 같은 캐나다 대법원의 판시⁴²⁾가 잘 요약하고 있다.

전문진술을 증거로 할 수 있는지 판단함에 있어서 법관은 그 진술이 신빙성의 문턱(threshold reliability)을 넘는지를 평가한다. 전문진술이 신빙성의 문턱을 넘는다고 인정되기 위해서는, 그 진술의 검증 곤란으로 인해 발생하는 위험성을 극복할 수 있을 정도로 충분히 신빙성이 있어야 한다. 여기서 말하는 위험성은 특히 판단자의 면전에서 이루어지는 원진술자에 대한 반대신문의 결여로 말미암아 발생하고, [...] 원진술자의 지각, 기억, 서술, 또는 정직성에 대한 평가곤란과 관련된다. 전문진술의 위험성을 극복하고 신빙성의 문턱을 넘는다고 인정하기 위해서는, (1) 진실성과 정확성을 검증하는 적절한 대체수단이 있다고 인정되거나(절차적 신빙성) (2) 그 진술이 본질적으로 신용성이 있다는 점에 대한 충분한 정황적 보장 또는 증거적 보장(sufficient circumstantial or evidentiary guarantees)이 있어야 한다(실체적 신빙성).⁴³⁾

42) R. v. Bradshaw, [2017] 1 S.C.R. 865.

43) “To determine whether a hearsay statement is admissible, the trial judge assesses the statement's threshold reliability. Threshold reliability is established when the hearsay "is sufficiently reliable to overcome the dangers arising from the difficulty of testing it". These dangers arise notably due to the absence of contemporaneous cross-examination of the hearsay declarant before the trier of fact. [...] The dangers relate to the difficulties of assessing the declarant's perception, memory, narration, or sincerity[...]. The hearsay dangers can be overcome and threshold reliability can be established by

영미법에서 전통적으로 전문법칙의 예외로 인정되어 온 유형의 진술로 ‘반사적 진술(Res Gestae)’이 있다. 이는 사태를 경험하는 바로 그 순간 또는 그 직후에 흥분된 상태에서 그 사태에 대하여 반사적으로 하는 진술을 말하는데, 위와 같은 상황에서는 거짓말을 꾸며낼 심리적·정신적 여유가 현저히 적고, 지각 시점과 진술 시점 사이에 시차가 없으므로 기억의 오류가 발생할 여지도 현저히 적다고 볼 수 있다.⁴⁴⁾ 따라서 이러한 유형의 진술은 전문진술의 형태로 제출된다고 하더라도 그 원진술이 통상의 진술보다 훨씬 신빙성이 높기 때문에 증거능력이 인정되기 위한 문턱을 넘을 정도의 신빙성은 인정되는 것이다. 이를 앞서와 마찬가지로 기준에 따라 수치로 나타내면 다음과 같이 표현할 수 있다.

구분	완벽한 진술	통상의 전문진술		반사적 진술(Res Gestae)	
		원진술	법정 전문진술	원진술	법정 전문진술
지각	100	100×0.4=40	40×0.8=32	40	40×0.8=32
기억	100	40	32	<u>100×0.9=90</u>	90×0.8=72
서술	100	40	32	40	40×0.8=32
정직성	100	40	32	<u>100×0.9=90</u>	90×0.8=72
평균 (종합적 신빙성)	100	40	32	65	52(>50)

나. 필요성

증거사용의 필요성 역시 전문법칙의 예외를 인정할 수 있는 근거가 된다. 즉, 신빙성이 떨어지는 전문진술이라도 있는 것이 아무 증거도 없는 것보다는 나올 수 있으므로, 원진술을 직접 증거로 확보하는 것이 현저히 곤란한 경우에는 다소 신빙성이 떨어진다고 하더라도 전문진술의 증거능력을 인정하는 것이다.⁴⁵⁾ 이

showing that (1) there are adequate substitutes for testing truth and accuracy (procedural reliability) or (2) there are sufficient circumstantial or evidentiary guarantees that the statement is inherently trustworthy (substantive reliability).”

44) Mueller & Kirkpatrick(주 40), § 8:67 참조.

45) Advisory Committee’s Note to the Federal Rules of Evidence Rule 804(b)-(b)(1) 참조.

는 증거능력을 인정하기 위해 요구되는 신빙성의 문턱을 부득이하게 낮추는 것(가령 50에서 45로)으로 이해할 수 있다. 영미법에서 전통적으로 전문법칙의 예외로 인정되어 온 또다른 유형의 진술로 ‘죽음에 임박하여 한 진술(dying declaration)’이 있다. 죽음에 임박한 사람이 마지막으로 남기는 말에는 통상 허위진술의 동기가 현저히 적고, 서술의 오류를 줄이기 위해 주의를 다한다고 볼 수 있기 때문에 통상의 진술보다 서술의 측면에서도 위험성이 낮다고 볼 수 있다는 점이 그 근거로 제시된다.⁴⁶⁾ 미국 연방증거법은 원진술자가 사망 등의 이유로 법정에서 출석하여 진술할 수 없는 것을 조건으로 위와 같은 유형의 진술을 전문법칙의 예외로 인정한다. 이를 수치로는 다음과 같이 나타낼 수 있을 것이다.

구분	완벽한 진술	통상의 전문진술		죽음에 임박하여 한 진술 (Dying Declaration)	
		원진술	법정 전문진술	원진술	법정 전문진술
지각	100	$100 \times 0.4 = 40$	$40 \times 0.8 = 32$	40	$40 \times 0.8 = 32$
기억	100	40	32	40	$40 \times 0.8 = 32$
서술	100	40	32	$100 \times 0.7 = 70$	$70 \times 0.8 = 56$
정직성	100	40	32	$100 \times 0.9 = 90$	$90 \times 0.8 = 72$
평균 (종합적 신빙성)	100	40	32	60	48(>45)

다. 증거능력과 증명력의 혼동?

이런 식의 설명에 대해서는, ‘신빙성은 증거의 증명력에 관한 문제이므로 신빙성을 따져 증거능력 여부를 판단하는 것은 증명력과 증거능력을 혼동하는 것이다’라는 식의 반론이 제기될지 모른다.⁴⁷⁾ 그러나 입법자는 어떤 특정한 유형의 증거가 일반적·본질적으로 신빙성에 문제가 있어 진실왜곡의 우려가 크다고

46) Mueller & Kirkpatrick(주 40), § 8:124 참조.

47) 가령 정승환, “검사작성 피의자신문조서의 증거능력과 ‘특신상태’”, 형사법연구 제19권 제3호(2007. 9.), 693-694 참조.

판단되면, 그러한 유형의 증거에 대해서는 일단 원칙적으로 증거능력을 제한한 뒤(‘신빙성의 문턱’을 세운 뒤), 해당 유형에 속하는 증거라고 하더라도 예외적으로 진실성이 담보되는 경우에는 다시 증거능력의 제한을 해제할 수 있다.⁴⁸⁾ 전문법칙도 바로 그와 같은 법적 장치의 일종이라고 볼 수 있다. ‘전문진술’이라는 유형의 증거가 본질적·일반적으로 갖는 신빙성 문제를 포착하여 그 증거능력을 원칙적으로 배제하되, 신빙성이 담보되는 예외적인 경우는 증거능력을 인정할 수 있도록 하는 것이다.

3. 전문법칙과 피고인의 진술에 대한 취급

가. 문제의 소재

영미법에서는 전통적으로 ‘피고인이 한 스스로에게 불리한 진술’에 대해서는 전문법칙의 예외를 인정하여 증거능력을 배제하지 않았고, 피고인이 직접 한 것이 아니라고 하더라도 피고인과 동일시할 수 있는 일정 범위의 사람(가령 대리인 등)이 한 진술이 피고인에게 불리한 내용이라면 전문법칙의 예외를 인정하였다. 전문법칙이 성문법으로 제정된 오늘날에도 영국의 경우 피고인의 자백 및 피고인의 대리인이 한 불이익진술을 전문법칙의 예외로 인정하고,⁴⁹⁾ 미국의 경우 한 걸음 더 나아가 피고인 또는 그와 동일시할 수 있는 자가 한 진술이라면 피고인에게 불리한 내용의 진술인지도 불문하고 항상 전문법칙의 예외⁵⁰⁾를 인정한

48) 신동운, 신형사소송법(제5판), 법문사(2014), 1362.

49) Criminal Justice Act 2003, § 118 (1) 5, 6.

50) 연방증거법(Federal Rules of Evidence) 제801조 (d)항 (2) 참조. 한편, 피고인 또는 그와 동일시할 수 있는 자가 한 진술에 대해 규정하고 있는 제801조 (d)항은 ‘전문진술이 아닌 진술(Statements That Are Not Hearsay)’이라는 표제를 달고 있어서, 그 문언만을 보면 마치 제801조 (d)항에 규정된 ‘피고인 또는 그와 동일시할 수 있는 자가 한 진술’은 아예 전문진술의 개념정의 자체에 포함되지 않는 것처럼 보이기도 한다. 그러나 제801조의 내용을 구체적으로 살펴보면, 제801조 (a) ~ (c)항에서 전문진술의 개념요소를 규정한 뒤 (d)항에서는 그 개념요소를 모두 갖추고 있는 진술들 중에서 일부를 골라내서 전문법칙이 적용되지 않는다고 규정하고 있음을 알 수 있다. 따라서 제801조 (d)항은 그 표제의 문언에도 불구하고 ‘개념상 전문진술에 해당하나 예외적으로 증거능력이 인정되는 경우’를

다. 따라서 영국이나 미국의 입법례에 따른다면 피고인이 공판정 외에서 한 진술은 그것이 수사기관의 신문과정에서 한 것이든 아니면 자신의 친구나 가족에게 일상적 대화 과정에서 한 것이든 전문법칙을 이유로 증거능력이 배제되지는 않고, 그 진술이 서류에 기재되어 있다면 그 서류의 진정성만 인정되면(즉 위·변조되지 않았다고 인정되면) 증거로 할 수 있다.

이러한 영미법의 태도는, 제정 당시부터 피고인의 진술에 대해서도 진술서류의 진정성립 또는 특신상태 등의 요건이 충족된 경우에만 전문법칙의 예외로 규정하고 있는 우리 형사소송법과 뚜렷이 구별된다. 바로 이런 차이점 때문에 피고인의 내용 인정을 피의자신문조서의 증거능력 인정요건으로 규정하고 있는 제312조 제3항이나 개정법 제312조 제1항은 전문법칙의 본래 취지에 부합하지 않는다는 취지의 비판이 제기되는 것이다. 전문법칙이 유래한 영미법에서는 피고인이 수사단계에서 한 진술에 대해 전문법칙을 적용해서 증거능력을 배제하지는 않고, 다만 강압수사 등을 통해 임의성 없는 진술이 이루어진 경우에는 다른 차원의 법칙, 즉 자백배제법칙이나 위법수집증거배제법칙을 통해 증거능력을 배제하는 태도를 취하고 있으므로, 우리 형사소송법이 “피고인이 수사단계에서 한 자신의 진술에 대해 ‘진실이 아니다’라고 하면 증거로 사용할 수 없다고 하는 것은 [...] 전문법칙의 적용과는 무관하다”는 것이다.⁵¹⁾

그러나 피고인의 진술도 공판정 외에서 법정에서의 검증장치 없이 이루어진 경우에는 앞서 본 진술의 신빙성 문제가 그대로 발생하는 것은 제3자의 진술과 마찬가지로이다. 따라서 피의자신문조서나 피고인의 진술을 구두로 전하는 협의의 전문진술도 모두 신빙성의 문턱을 넘지 못하는 증거라는 점에서 나머지 전문진술과 다르지 않고, 제311조 이하의 규정들은 이를 전제로 필요성과 신빙성에

규정하고 있다고 보는 것이 논리적이다. Fisher(주 40), 406-408 참조. 미국에서도 위 규정이 ‘전문진술이 아닌 진술’이라는 표현을 사용한 것이 개념상 부적절하다는 지적이 많다는 점에 대해서는 Sam Stonefield, Rule 801(d)'s Oxymoronic “Not Hearsay” Classification: The Untold Backstory and a Suggested Amendment, 5 Fed. Cts. L. Rev. 1, 3-4 (2011) 참조.

51) 김성룡(주 16), 54.

기초하여 예외적으로 증거능력을 부여하는 것이라고 전문법칙의 관점에서 이해할 수 있다.⁵²⁾ 또한, 영미법에서 전통적으로 피고인의 공판정 외 진술을 전문법칙의 예외로 인정해 왔다는 사실상의 이유만으로 당연히 그것이 전문법칙이라는 제도의 내용을 구성하게 되는 것은 아니다. 전문법칙의 이론적 틀 안에서 피고인의 공판정 외 진술을 전문법칙의 예외로 인정하는 것이 어떻게 정당화되는 것인지 그 실질적 예외인정 근거를 검토해 보아야 할 것이다.

나. 피고인의 진술을 전문법칙의 예외로 인정하는 정당화 근거에 대한 검토

그런데 영미법에서도 피고인의 진술을 전문법칙의 예외로 인정하는 이론적인 근거에 대해서 보편적으로 받아들여지는 확립된 견해가 없고, 만족스러운 이론적 설명을 찾는 데 어려움을 겪고 있는 것으로 보인다.⁵³⁾ 미국에서 주로 제시되는 정당화 근거로는 세 가지가 있다. 첫째, 본인에게 불리한 내용의 진술은 유형적으로 신빙성이 높은 진술에 속한다고 할 수 있는데, 형사소송절차에서 증거로 제출되는 피고인의 공판정 외 진술은 대부분 피고인의 자백 등 스스로에게 불리한 내용의 진술일 것이므로, 피고인의 공판정 외 진술은 고도로 신빙성 있는 진술로 증거능력을 인정할 수 있다는 것이다. 둘째, 피고인이 자기 자신의 진술에 대해 반대신문권을 보장받지 못했다고 이의를 제기할 수는 없고, 피고인은 법정에서 출석하고 있으므로 본인의 과거 진술의 진실성을 다투고자 한다면 언제든지 증인으로 선서하고⁵⁴⁾ 스스로 그 진술이 잘못되었음을 해명할 수 있으므로 피고인의 진술의 증거능력을 배척할 필요가 없다는 설명이다. 셋째, 당사자주의 소송 구조 하에서 각 당사자는 자신이 한 진술에 대해서 책임을 져야 하므로, 본인이 과거에 스스로 한 진술의 증거능력을 문제삼을 수 없다는 것이다.⁵⁵⁾

그러나 위와 같은 논거들이 모두 충분히 설득력이 있는지는 의문이다. 먼저

52) 이재상·조균석(주 40), 612.

53) Roger Park, The Rationale of Personal Admissions, 21 Indiana Law Review 509 (1988); Fisher(주 40), 408-409 참조.

54) 영미법에서는 피고인도 증인적격이 있으므로 선서하고 증언하는 것이 가능하다.

55) Fisher(주 40), 408-409 참조.

당사자주의적 관점에서 이를 정당화하려는 논거는, 사실확정에 있어서 변론주의가 지배하는 민사소송절차에서는 몰라도 실제적 진실의 발견과 피고인의 방어권이 증시되는 형사소송의 영역에서는 설득력이 있다고 보기 어렵다.⁵⁶⁾ 영미법에서는 전통적으로 민사소송과 형사소송에 공통적으로 적용되는 증거법칙으로서 전문법칙이 발달되었고, 미국의 경우 여전히 민사소송과 형사소송에 동일한 전문법칙이 적용되므로 위와 같은 설명이 일정 정도 설득력이 있다고 볼 수 있겠으나, 민사소송과 형사소송의 절차적 성격이 판이하게 다르고 적용되는 증거법의 내용도 다른 우리 법제에서는 그렇지 않다.

또한, 피고인은 언제든지 법정에서 자신이 과거에 한 진술에 대해 해명하고 반론을 펼 수 있으므로 그 증거능력을 인정하더라도 문제가 없다는 논거 역시 설득력이 높다고 보기 어렵다. 이러한 논거는 통상적인 진술증거의 경우 신빙성 검증의 가장 강력한 수단이 반대신문이므로, 피고인 스스로 증언대에 서서 검찰 측의 반대신문하에 자신의 공판정 외 진술의 진실 여부에 대해 진술한다면 그 신빙성의 취약점은 충분히 제거될 수 있다고 보는 것이다. 그러나 이에 대해서는, 피고인은 본인에게 불리한 다른 사실이 드러날 것을 염려하는 등 여러 가지 이유에서 위증의 벌을 감수한 채 증언대에 서는 것을 꺼릴 수 있으므로 피고인에게 진정한 의미에서 언제든지 증언대에 서서 자신의 과거 진술을 해명할 기회가 보장되어 있다고 보기는 어렵다는 비판이 가능하다.⁵⁷⁾

더 나아가, 피고인 본인에 대해서도 증인적격이 인정되는 영미법에서는 피고인이 진술거부권을 포기하기로 마음먹고 증언대에 서서 진술하는 경우를 전제로 한다면 그나마 위증의 벌에 의한 심리적 강제와 진술태도 관찰, 반대신문이라는 진실성 검증장치가 온전히 작동한다고 할 수 있겠으나, 피고인에게 증인적격

56) 홍진영, “개정 형사소송법 제312조에 대한 검토—조사자증언은 과연 최우량증거인가?—”, 형사소송 이론과 실무 제12권 제1호(2020. 6.), 229 각주 71 참조. 유사한 취지로 실제진실 발견의 중요성을 강조하면서, 당사자주의적 설명방식은 해당 법리의 역사적 연원에 대한 설명은 될 수 있어도 현재 시점에서의 정당화 논거가 될 수는 없다는 평가로 Park(주 53), 510-512 참조.

57) Fisher(주 40), 409 참조.

이 없는 우리나라에서는 그러한 검증장치가 제대로 작동할 수 없다. 우리 형사소송법상 피고인은 선서를 통해 위증의 벌을 감수함으로써 자신이 법정에서 하는 말이 진실임을 법원에 적극적으로 보여 주고 싶어도 그렇게 할 수가 없다. 아무리 피고인이 열심히 법정에서 (과거 수사기관에서 한 자백에 대해) 해명을 시도한다고 해도 이는 진술거부권을 그대로 보유한 채 위증의 벌에 의한 심리적 강제도 없는 상태에서 하는 말에 지나지 않게 된다. 그러한 피고인의 법정진술은, 선서하고 증언하는 증인의 진술과 비교할 때 구조적·본질적으로 신빙성 검증가능성에 있어서 차이가 있을 수밖에 없다. 따라서 설사 피고인이 진술거부권을 행사하지 않은 채 법정에서 자신의 종전 진술에 대해 적극적으로 해명하는 진술을 한다고 하더라도, 그 피고인의 법정진술에 대해서는 증인에 대한 반대신문과 동등한 정도로 신빙성 검증이 이루어질 수 있다고 볼 수 없다.

마지막으로 남는 것은 진술자 본인에게 불리한 진술은 유형적으로 신빙성이 높으므로 전문법칙의 예외를 인정할 수 있다는 논거이다. 통상적인 경우 어떤 사람이 본인이 저지르지도 않은 범죄사실을 허위로 자백하여 형사처벌에 스스로를 노출시키는 진술을 한다는 것은 이례에 속한다고 할 수 있다.⁵⁸⁾ 따라서 만약 어떤 사람이 스스로 범죄를 저질렀음을 인정하는 진술을 하였다면 그러한 진술은 허위진술의 동기가 적다고 평가할 수 있을 것이다. 그에 더하여, 진술 내용의 중대성에 비추어 보통의 경우보다 주의를 기울여 진술하게 될 것이므로 서술의 오류가능성도 상대적으로 낮다고 평가할 수도 있을 것이고, 스스로 범죄를 저질렀다는 사실은 일상적인 경험보다 중대하고 충격적이므로 통상의 경우보다 기억의 오류가능성도 낮다고 주장할 여지도 있을지 모른다. 따라서 ‘본인에게 불리한 내용의 진술’, 특히 본인을 형사책임에 노출시키는 내용의 진술은 통상의 경우보다 유형적으로 신빙성이 높은 증거에 속한다는 명제 자체는 설득력이 있다고 인정할 수 있다.⁵⁹⁾ 영미법에서는 전통적으로 ‘본인에게 불리한 내용의 진

58) 나영민·박노섭, 피의자신문제도의 개선방안에 관한 연구-녹음·녹화방식을 중심으로-, 한국형사정책연구원(2006), 75는 “자기방어의 본능을 가진 인간이 자유로운 판단에 기하여 자신에게 불리한 사실을 진술한다는 것은 극히 이례적인 현상”이라고 한다.

59) 대법원도 이와 같은 관점을 수용하는 듯한 판시를 한 바 있다. 대법원 1983. 3. 8. 선고 82

술'을 전문법칙의 예외 중 하나로 인정해 왔는데(다만 이 경우 원진술자가 사망 등의 이유로 법정에서 진술할 수 없을 것이 요구된다),⁶⁰⁾ 이러한 태도 역시 같은 이유에서 이해할 수 있을 것이다. 그리고 영국의 경우에는 현재까지도 피고인의 공판정 외 진술을 일률적으로 모두 전문법칙의 예외로 인정하는 것이 아니라 그 중 피고인 본인에게 불리한 내용의 진술만을 예외로 인정하여 증거능력을 부여하고 본인에게 유리한 내용의 진술의 경우에는 증거능력을 인정하지 않는데, 이 역시 마찬가지로 생각이 바탕에 깔려 있다고 할 수 있다.⁶¹⁾

그러나 위 논거조차도 피고인의 공판정 외 진술을 일률적으로 전문법칙의 예외로 취급하는 것을 온전히 설명해내기에는 부족하다. 무엇보다도 미국의 경우, 피고인 본인에게 불리한 진술이든 유리한 진술이든 불문하고 전문법칙의 예외를 인정하여 증거능력을 부여하는데, 위와 같은 논거는 본인에게 유리한 진술에 대해서까지 예외가 인정되는 이유를 설명해 주지 못한다.⁶²⁾ 또한, 영국과 미국 공히 피고인이 스스로 한 진술에 대해서만 예외를 인정하는 것이 아니라 피고인의 대리인 등 그와 동일시할 수 있는 일정한 범위의 자가 한 진술에 대해서까지 예외를 인정하는데, 이 역시 위와 같은 논거로는 설명이 곤란하다.

다. 소결론

결국 영미법에서 '피고인이 한 스스로에게 불리한 진술'을 전문법칙의 예외

도3248 판결 참조("이른바 신용성의 정황적 보장이란 자기에게 불이익한 사실의 승인이나 자백은 ... 진실성이 강하다는 데 근거를 둔 것으로서 ...", "일반적으로 자기에게 유리한 진술은 그 신빙성이 약하나 반대로 자기에게 불이익한 사실의 승인은 진실성이나 신빙성이 강하다는 관점에서 ... 특히 신용성의 정황적 보장이 강하다고 설명되는 경우이다.").

60) 가령 미국 연방증거법 제804조 (b)항 (3) 참조.

61) 일본 형사소송법 제322조는 "피고인이 작성한 공술서 또는 피고인의 공술을 녹취한 서면으로 피고인의 서명 혹은 날인이 있는 것은 그 공술이 피고인에게 불이익한 사실의 승인을 내용으로 하는 것인 때 또는 특히 신용할 만한 정황하에서 행해진 때에 한하여 이를 증거로 할 수 있다."고 규정하고 있다. 이는 '피고인에게 불이익한 사실을 승인하는 진술'을 '특히 신용할 만한 정황하에서 한 진술'과 동일시하는 것으로, 본인에게 불리한 진술은 통상 고도의 신빙성이 있다고 취급하는 영미의 전통적인 입장을 그대로 수용한 것으로 이해할 수 있다.

62) Fisher(주 40), 408 참조.

로 취급하여 항상 증거능력을 인정하는 태도가 확립된 것은 전문법칙의 이론적 틀 내에서 온전히 합리적으로 설명해내기 어렵다. 이는 이론상의 근거에 기초한 논리적 귀결로 확립된 예외라기보다는, 당사자주의 소송구조의 전통 하에서 오랜 세월 판례의 집적을 통해 전문법칙이 형성되는 과정에서 생겨난 역사적·경험적 산물이라고 보는 것이 옳다고 생각한다. 따라서 영미의 입법례에서 ‘피고인의 공판정 외 진술’을 전문법칙의 예외로 인정하고 있다고 하여 반드시 그렇게 해야만 전문법칙이라는 “제도의 본뜻”에 부합한다고 할 수는 없을 것이다.

4. 피의자신문조서의 증거능력 제한의 정당화 근거

가. 문제의 소재

영미법에서 나타나는, ‘피고인이 공판정 외에서 한 스스로에게 불리한 진술’의 증거능력을 일반적으로 인정하는 태도가 전문법칙의 이론에 따른 필연적인 결과가 아니라는 점은 이상과 같이 살펴보았다. 그렇다면 다음으로는 우리 형사소송법의 태도, 즉 수사기관이 작성한 피고인에 대한 피의자신문조서의 경우 피고인이 그 내용을 사실로 인정하지 않는 이상 원칙적으로 증거능력을 부정하는 태도가 과연 전문법칙의 이론적 틀 내에서 합리적으로 설명이 가능한 것인지를 검토해야 할 것이다. 그리고 이는 ‘수사기관의 신문에 응하여 한 피의자의 진술’이 갖는 유형적 특징을 고려함으로써 설명해낼 수 있다고 생각한다.

나. ‘수사기관의 피의자신문에 응하여 한 진술’의 유형적 특징

1) 가중된 신빙성 위험

현행 형사소송법 제312조 제3항이나 개정된 형사소송법 제312조 제1항은 모두, 피고인이 공판정 외에서 한 진술 일반을 규율하는 것이 아니라, 피고인의 공판정 외 진술 중 ‘수사기관으로부터 피의자신문을 받는 상황’이라는 특정한 유형의 상황하에서 이루어진 진술만을 규율대상으로 삼는다. 그리고 이렇게 특정

된 유형의 진술은 다음과 같은 두 가지 점에서 통상의 경우보다 신빙성의 위험성이 크다고 할 수 있다.

첫째, 정직성의 측면에서의 위험성이다. 수사기관의 신문은 공개되지 않은 채 밀행적으로 이루어지고, 형사처벌의 가능성이 가시화된 상황에서 수사기관으로부터 추궁을 받는 피의자는 제아무리 진술거부권을 고지받았다고 하더라도 심리적·정신적 압박을 느낄 수밖에 없다. 굳이 부당한 강압수사 등 신문 과정에서 위법행위가 개입할 가능성까지 거론할 필요도 없이, 수사기관 입장에서는 적법하게 허용되는 범위 안에서는 가능한 한 피의자를 압박하여 진실을 실토하게끔 노력하는 것이 그 직무상 당연히 요구되는 것이기도 하다. 여기에다 만약 피의자가 구속되어 있기까지 한 상태라고 한다면, 피의자에게 가해지는 심리적 압박의 정도는 더욱 더 커질 것이다. 이런 상황에서는 그러한 압박에서 벗어나기 위해서, 또는 조금이라도 본인에게 닥칠 형사처벌이나 기타 불이익을 줄이기 위해서 사실과 다른 진술을 할 가능성이 높다고 보는 것이 합리적인 것이다. ‘누구든지 허위로 스스로에게 불리한 진술을 할 이유는 없다’는 명제도, 그것이 아무런 심리적 압박이 없는 자유로운 상황에서 순전히 자발적으로 이루어진 진술인 경우에만 타당성을 인정받을 수 있다. 적법성의 한계까지 심리적 압박을 받으며 추궁을 당하는 피의자가, 법적으로 임의성이 없다고 평가받을 정도에까지는 이르지 않은 심리상태에서 ‘임의로’ 본인에게 불리한 진술을 하였다고 하여, ‘임의로 본인에게 불리한 진술을 하였으니 허위일 리가 없다’고 선불리 인정할 수는 없다고 생각한다. 그보다는 위와 같은 상황에서는 오히려 통상의 경우보다 허위진술의 위험성이 크다고 보는 것이 우리의 경험칙에 부합하는 평가일 것이다.

둘째, 수사기관의 신문에 응하여 하는 진술은 서술의 오류가능성의 측면에서도 위험성이 상대적으로 더 크다. 진술자가 스스로 원하는 대로 진술하는 것이 아니라, 수사기관의 질문에 응답하여 하는 형태로 진술이 이루어진다는 신문의 구조적 특성 때문이다. 즉, 피의자신문조서에 기재되는 이야기(narration)는 진술자인 피의자 스스로 생각하는 중요성과 선후관계에 따라 그가 꺼내려한 것이 아니라, 신문을 주재하는 수사기관이 취사·선택한 사항을 위주로, 수사기관이 정

한 순서에 따라 유도되어 써내려진 것이다. 피의자신문조서에 기재된 진술은 온전히 그 진술자만의 것이 아니다. 조서의 작성자이자 신문을 주재한 수사관도 그 공저자이고, 그것도 이름만 올려놓은 형식적 공저자가 아니라 전체 이야기의 구성과 진행에 상당한 영향력을 발휘한 실질적인 공저자라고 평가할 수 있다.⁶³⁾ 따라서 피의자신문조서에 기재된 피고인의 진술은, 피고인이 오로지 본인의 의사에 따라 자유로이 한 진술보다 그 서술의 측면에서 왜곡이 발생할 가능성이 높다고 할 수 있다.

피고인이 수사기관의 신문에 응하여 한 진술의 위와 같은 취약점을 앞서와 마찬가지로 방식에 따라 수치화한다면 다음과 같이 표시할 수 있을 것이다.

구분	완벽한 진술	통상의 진술	증인의 법정 증언	수사기관의 신문에 응하여 한 진술	피고인의 법정진술
지각	100	100×0.4=40	80	40	?
기억	100	40	80	50 ⁶⁴⁾	?
서술	100	40	80	20	?
정직성	100	40	80	20	?
평균 (종합적 신빙성)	100	40	80	32.5	? (검증장치 불완전)

2) 신빙성 검증장치의 불완전성

한편, 원진술자가 피고인이 아닌 사람인 경우와 달리, 피고인 본인의 진술이 문제되는 경우에는 설사 피고인이 법정에서 출석하여 직접 진술할 수 있는 상황이라고 하더라도 신빙성을 검증할 수 있는 안전장치가 효과적으로 작동할 수 없다.

63) 나영민·박노섭(주 58), 64 참조(“수사기관이 작성하는 신문조서는 피의자의 회상을 사진과 같이 그대로 모사하는 것이 아니라 수사관과 피의자가 공동으로 사안을 재구성하는 작업이다.”).

64) 피고인이 수사기관의 신문에 응하여 한 진술의 경우, 통상 공판정에서 진술이 이루어지는 시점보다는 사건의 발생시점에 더 가까운 때에 이루어지게 되므로, 기억의 오류가능성의 측면에서는 조금 더 위험성이 덜하다고 할 수 있다. 수사기관의 신문에 응하여 한 진술의 ‘기억’ 항목의 점수가 통상의 진술보다 더 높은 것은 이를 반영한 것이다.

피고인은 증인적격이 없어 선서를 통한 심리적 강제효과를 누릴 수 없고, 피고인 신문을 통해 그 진술 내용을 검증하려고 하더라도 진술거부권 때문에 실질적인 신문을 진행하는 것이 불가능하기 때문이다. 피고인이 출석하고 있으므로 진술 태도는 관찰할 수 있겠으나, 이 역시 피고인이 진술거부권을 행사하지 않고 진술을 하는 경우에만 작동할 수 있는 안전장치일 뿐이다.

다만, 만약 피고인이 스스로 수사기관의 신문 당시 자신이 특정한 내용의 진술을 하였음을 인정하는 경우라면(즉 조서의 진정성립을 인정하는 경우라면) 위와 같은 신빙성 검증의 안전장치가 불완전하게나마 어느 정도 작동할 수 있다. 피고인이 ‘수사기관에서 A라고 말한 사실이 있다’라고 인정하는 상황이라면, 일단 피고인이 종전에 그러한 진술을 한 사실을 인정한 이상 만약 입장을 번복하고자 한다면 진술번복의 경위나 종전에 그와 같은 진술을 한 이유 등을(진술거부권을 행사하지 않고) 법정에서 적극적으로 해명할 것이라고 합리적으로 기대할 수 있기 때문이다. 따라서 그런 경우라면 피고인이 수사기관에서 한 진술이라고 하더라도 법정에서의 안전장치에 의해 신빙성의 문턱을 넘을 정도로는 신빙성이 검증되었다고 평가할 수도 있을 것이다. 1961년 이래 형사소송법이 검찰 피의자신문조서에 대해 피고인의 진술에 의해 진정성립이 인정되는 것을 전제로 증거능력을 인정하였던 것은 바로 이러한 관점에서 이해할 수 있다고 생각한다.

그러나 반대로, 피고인이 수사기관의 신문에 응하여 한 진술은 앞서 본 바와 같이 그 허위진술의 위험성 및 서술의 오류가능성이 너무 큰 반면 법정에서의 신빙성 검증장치는 불완전하여 설사 피고인이 수사기관에서 그러한 진술을 하였다고 법정에서 인정하고 그 진술경위를 해명한다고 하더라도 증거능력을 부여할 만한 신빙성의 문턱을 넘지 못한다고 평가할 수도 있을 것이다. 이는 ‘피고인이 수사기관의 신문에 응하여 한 진술’의 일반적·평균적 신빙성을 어떻게 평가할 것인지 입법자의 판단에 달린 문제이다. 우리 입법자는 제정 이후 2020. 2. 4. 개정 전까지는 경찰 수사단계 하에서 한 진술에 대해서 위와 같은 평가를 내렸던 것이고, 이번 개정법에서는 경찰과 검찰을 구분하지 않고 수사단계 전체에 대해 위와 같은 평가를 내린 것으로 볼 수 있다.

다. 소결론

이상의 분석에 비추어 보면, 위와 같은 입법자의 판단이 우리의 수사 현실과 역사적 경험, 그로 인해 필연적으로 발생하는 증거수집의 곤란 등의 제반사정을 모두 섬세하게 고려한 최선의 선택인지는 별론으로 하더라도,⁶⁵⁾ 이것이 전문법칙의 이론적 틀 내에서 합리적인 설명이 불가능하다고 할 수는 없다. 영미의 전문법칙에서 ‘죽음에 임박하여 한 진술’이나 ‘반사적 진술’처럼 일정한 유형의 진술에 대해서는 통상의 진술보다 일반적·유형적으로 신빙성이 높다고 평가하여 전문법칙의 예외로 인정할 수 있다면, 반대로 일정한 유형의 진술은 일반적·유형적으로 신빙성이 매우 낮다고 평가하여 전문법칙의 예외인정 가능성을 엄격

65) 우리의 수사 현실과 역사적 경험에 비추어 볼 때 입법자의 위와 같은 판단은 충분히 이해할 수 있는 측면이 있다고 생각한다. 형사소송법의 제정 당시에는 “경찰관에게 물어보나 검찰관에게 물어보나 고문이라는 것은 절대 없다고 말[하지만] 사실에 있어서는 고문이라는 것이 대한민국에서 공공연한 비밀로 되어 있[다]”는 것이 입법자의 인식이었고 [1954년 2월 16일 제정 형사소송법안에 대한 국회 본회의 축조심사 당시 임상섭 의원의 발언. 한국형사정책연구원(신동운 편), 형사소송법제정자료집, 1990, 289 이하 참조], 그로부터 30년이 넘는 세월이 지나 1987년 박종철 고문치사 사건이 발생할 때까지 위와 같은 세태는 유의미한 개선이 없었다고 할 수 있다. 이후 수사기관의 강압수사 관행이 크게 개선되는 와중에도 2002년 서울지검에서 고문치사 사건이 발생하였고, 그 당시의 언론보도는 여전히 수사기관의 가혹행위가 “공공연한 비밀”이라고 하고 있다(윤영호, “고문치사, 터질 일 터졌다-검찰 가혹행위 공공연한 비밀... 잠 안 재우고 구타 예사 ‘자백 의존 수사 관행’ 전환 시급”, 주간동아 2002. 11. 13.자, <https://weekly.donga.com/3/search/11/69881/1>). 오늘날에는 고문과 같은 위법한 강압수사는 사실상 근절되었다고 생각되지만, 앞서 본 바와 같은 진술 신빙성의 위험성은 적법하게 이루어지는 수사과정 하에서도 얼마든지 존재하는 것이고, 이에 대한 사회의 일반적인 인식 역시 마찬가지로 보인다(정은주, “사건으로 ‘소설’ 쓰는 조서 재판”, 한겨레21 제956호(2013. 4. 12. 자) 참조(“수사기관은 자연스러운 진술을 청취하기보다는 듣고 싶은 내용을 유도하며 피의자 답변을 오염시킨다...수사기관은 미리 사건 진행에 대한 그림을 머릿속에 그려놓는다. 피의자의 진술이 그 그림과 일치하면 조서에 적고, 일치하지 않으면 뻔다. 유죄 그림이 그려지도록 피의자 진술을 짜맞추는 거다.”). 한영규, “검사 작성 피의자신문조서의 증거활용에 대한 고찰”, 법조 제68권 제3호(2019. 6.), 253-254에서 재인용).

수사기관으로서의 과거의 부당한 수사관행과 결별하고 수사과정에서의 투명성과 피의자 인권보장을 증진하기 위해 노력을 기울인 데 대해 합당한 인정을 받지 못한다고 여길 수도 있을 것이고, 그러한 억울함도 충분히 공감가는 측면이 있다. 그러나 어떤 사회이든 입법자는 그 사회의 고유한 집단적·역사적 경험, 그리고 그로부터 형성되어 온 구성원들 일반의 인식에 구속될 수밖에 없다. 우리의 입법자가 내린 판단도 우리 사회의 고유한 경험과 사회 일반의 인식을 좇은 것으로 존중받을 수 있다고 본다.

하게 제한하는 것도 가능하다고 생각되기 때문이다. 이런 관점에서 보면 제312조 제2항 및 개정법 제312조 제1항은 피의자가 수사기관에서 한 진술은 유형적·일반적으로 신용성이 낮다고 평가한 데서 비롯된 규정으로 이해할 수 있게 된다. 대법원도 경찰 피의자신문조서의 증거능력을 ‘내용인정’으로 엄격히 제한한 취지에 대해 “이 규정은 종래 그런 수사기관의 피의자신문은 소위 신용성의 정황적 보장이 박약하다고 보았기 때문이라고 판시함⁶⁶⁾으로써 마찬가지로 이해하고 있음을 보여준 바 있다. 이러한 이해는 고문 등 위법수사 방지라는 제정 당시 입법자의 의사와도 조화될 수 있는데, 제312조 제3항은 위법수사의 방지 그 자체를 목적으로 한 것이 아니라, 수사기관의 피의자신문에는 고문 등 위법한 수단이 사용될 위험이 있는 탓에 피의자가 신문 과정에서 한 진술은 허위일 가능성이 높다는 전제에서 신빙성이 취약한 증거를 배제하는 것을 목적으로 한 것이라고 설명할 수 있기 때문이다.⁶⁷⁾

IV. 피의자신문조서와 조사자증언의 차별취급의 정당화 근거

1. 문제의 소재

여기까지의 설명을 받아들인다면, 다음과 같은 의문이 자연스럽게 떠오르게 된다. ‘피고인이 수사기관의 신문에 응하여 한 진술’의 유형적 신빙성이 상대적으로 낮고 법정에서 그 신빙성을 검증할 안전장치도 불완전하여 증거능력을 인

66) 대법원 1983. 7. 26. 선고 82도385 판결; 대법원 1995. 3. 24. 선고 94도2287 판결; 대법원 2001. 3. 27. 선고 2000도4384 판결 등.

67) 이는 자백배제법칙의 근거에 관한 학설 중 허위배제설과 마찬가지로 맥락에서 제312조 제3항을 이해하는 것이다. 허위배제설은 임의성 없는 자백의 증거능력을 배제하는 이유를 위법수사의 방지 그 자체에서 찾기보다는, 임의성 없는 자백은 허위일 위험성이 크다는 점에서 찾는다. 제312조 제3항의 취지를 자백배제법칙에 관한 허위배제설과 같은 맥락에서 이해할 수 있다는 점에 관하여는 홍진영(주 56), 213-214 참조.

정할 수 없다고 한다면, 조사자증언에 의해서는 그 진술을 증거로 할 수 있다고 보는 이유는 무엇인가? 수사기관의 피의자신문에 응하여 진술이 이루어진다는 객관적인 상황을 근거로 신빙성을 낮게 평가한다면, 이는 조사자증언의 형태로 법정에서 제출되는 피고인의 수사기관 진술의 경우에도 마찬가지라고 보아야 할 것이다. 실제로 2007년 조사자증언이 명문으로 도입되기 전까지 대법원은 바로 그러한 이유에서 조사자증언의 증거능력을 인정하지 않았고, 피의자가 경찰 수사과정에서 작성한 진술서에 대해서도 내용인정 조항을 확장하여 적용하였다.⁶⁸⁾ 그렇다면 피고인에 대한 수사기관 작성의 피의자신문조서의 경우에는 피고인이 내용을 인정하지 않는 한 증거능력을 인정하지 않으면서, 신빙성의 취약점에 있어서 똑같은 진술을 조사자증언의 형태로 증거로 제출하는 것은 허용하는 현행 형사소송법의 태도는 모순적인 것이 아닌가?⁶⁹⁾

그러나 이러한 형사소송법의 태도 역시 전문법칙의 이론적 틀 내에서 설명이 불가능하지 않다고 생각한다. 이는 공판정 외의 진술을 법정에서 전하는 전달자가 서류인 경우, 즉 ‘전문서류’의 경우 전달자와 관련하여 발생하는 위험성, 그리고 수사기관 작성 피의자신문조서가 갖는 고유한 유형적 위험성을 고찰함으로써 설명할 수 있다.

2. 전문서류의 신빙성 위험

원진술자가 공판정 외에서 한 진술이 법정에서 전달되는 방법은 두 가지가 있다. 하나는 그 진술을 들은 사람이 전달자가 되는 경우고, 다른 하나는 그 진술이 기재된 서류가 전달자가 되는 경우이다. 전자의 경우 원진술자의 진술을 들은 사

68) 대법원 1983. 7. 26. 선고 82도385 판결. 홍진영(주 56), 224는 바로 이러한 생각 때문에 2007년 개정 형사소송법으로 조사자증언이 도입되었음에도 법원에서 조사자증언의 증거채택을 꺼리게 되었을 것이라고 분석하고 있다.

69) 가령 2007년 형사소송법 개정으로 도입된 조사자증언 제도에 대해 ‘피고인이 내용을 부인하면 경찰수사단계에서의 진술이 증거로 제출될 수 없도록 하고 있는 현행 규정과 모순된다’고 평가하는 신양균, “형사소송법의 개정방향”, 전북대학교 법학연구 제32집(2011. 5.), 170 참조.

람이 법정에 증인으로 출석하여 선서하고 증언함으로써 인证的 형태로 증거가 제출된다. 후자의 경우에는 사람이 증인으로 출석하는 것이 아니고, 그 서류 자체가 서증으로 제출된다. 통상 전자를 ‘협의의 전문진술’, 후자를 ‘전문서류’라고 칭한다.

협의의 전문진술이 신빙성 측면에서 갖는 가중된 위험성, 그리고 법정에서의 안전장치에도 불구하고 그 위험성이 충분히 제거되지 못한다는 점은 앞서 수치를 통해 살펴본 바 있다. 이를 편의상 여기서 반복하면 다음과 같다.

구분	완벽한 진술	통상의 진술	법정 증언 (검증장치 작동)	법정 외에서 하는 전문진술	법정증인이 전하는 전문진술 (검증장치 작동)
지각	100	$100 \times 0.4 = 40$	$100 \times 0.8 = 80$	$100 \times 0.4 \times 0.4 = 16$	$100 \times 0.4 \times 0.8 = 32$
기억	100	$100 \times 0.4 = 40$	$100 \times 0.8 = 80$	$100 \times 0.4 \times 0.4 = 16$	$100 \times 0.4 \times 0.8 = 32$
서술	100	$100 \times 0.4 = 40$	$100 \times 0.8 = 80$	$100 \times 0.4 \times 0.4 = 16$	$100 \times 0.4 \times 0.8 = 32$
정직성	100	$100 \times 0.4 = 40$	$100 \times 0.8 = 80$	$100 \times 0.4 \times 0.4 = 16$	$100 \times 0.4 \times 0.8 = 32$
평균	100	40	80(>50)	16	32(<50)

그렇다면 원진술을 전하는 전달자가 사람이 아닌 서류인 경우는 어떤가? 사람이 원진술을 전달하는 경우 원진술자의 지각·기억·서술·정직성의 위험성 ($100 \times 0.4 = 40$)에 더하여 전달자의 지각·기억·서술·정직성의 위험성까지 중첩되므로 신빙성의 취약점이 배가된다는 점은 앞서 본 바와 같다($100 \times 0.4 \times 0.4 = 16$). 그런데 원진술자가 직접 자신의 경험을 스스로 기재한 서류(이하 ‘자술서’라고 한다)가 그대로 증거로 제출되는 경우에는, 원진술자 고유의 신빙성 위험 외에 따로 전달자의 신빙성 위험이 가중되지 않은 채 (서류가 위·변조되지 않았다는 전제 하에) 원진술자의 진술이 그대로 법정에 전달되게 된다. 또한, 서류에 기재된 진술은 그 원진술의 신빙성 측면에서도 구두진술보다 다소 우월하다고 볼 여지가 있다. 법정에서 진술이 이루어지는 시점보다 자술서를 작성하는 시점이 문제되는 경험사실의 시점에 더 가까울 것이기 때문에 기억의 측면에서 서류에 기재된 진술이 구두진술보다 위험성이 낮다고 할 수 있고, 서술의 측면에서도

통상 사람이 구두로 말할 때보다 글로 적을 때 보다 주의를 기울이게 된다는 측면에서(퇴고의 가능성도 있다) 오류가능성이 낮다고 평가할 수 있기 때문이다. 이를 수치화하면 다음과 같이 표현할 수 있을 것이다.

구분	완벽한 진술	통상의 법정 외 진술	자술서		협의의 전문진술		
			원진술	서류에 의한 전달	원진술	전달자의 법정 외 진술	전달자의 법정진술 (검증장치 작동)
지각	100	$100 \times 0.4 = 40$	40	$40 \times 1.0 = 40$	40	$40 \times 0.4 = 16$	$40 \times 0.8 = 32$
기억	100	40	$100 \times 0.5 = 50$	$50 \times 1.0 = 50$	40	16	32
서술	100	40	$100 \times 0.5 = 50$	$50 \times 1.0 = 50$	40	16	32
정직성	100	40	40	$40 \times 1.0 = 40$	40	16	32
평균 (종합적 신빙성)	100	40	<u>45</u>	<u>45</u>	40	16	32

즉, 자술서의 경우 개념상 공판정 외에서의 진술을 법정에 간접적으로 전달하는 매체로서 전문증거에 해당하기는 하나, 다른 제3자의 개입 없이 원진술자의 진술이 그대로 기재되기 때문에, 그 신빙성의 측면에 있어서는 ‘원진술자가 공판정 외에서 하는 통상의 진술’에 비견할 수 있고, 위에서 설명한 바와 같이 오히려 통상의 구두진술보다 기억과 서술의 측면에서 신빙성이 우월하다고 볼 여지도 있다. 그러나 자술서 역시 원진술자가 직접 법정에 나와서 진술하는 것이 아니기 때문에 법정에 마련된 신빙성 검증장치, 즉 선서와 반대신문, 진술태도 관찰 등에 의해 원진술에 대한 검증이 이루어지지 않는 것은 마찬가지이다. 따라서 공판정 외에서의 구두진술에 비해 다소 신빙성이 더 담보된다고 해도 증거능력을 부여할 수 있는 신빙성의 문턱을 넘지는 못한다(45<50). 그렇기 때문에 전문서류 역시 “공판기일에서의 진술에 대신하여 진술을 기재한 서류”로 증거능력이 원칙적으로 부정되는 것이다(형사소송법 제310조의2 참조).

그런데 원진술자가 직접 자신의 진술을 기재한 서류가 아니라 제3자가 원진

술자의 진술을 듣고 이를 기재한 서류(이하 '진술기재서류'라고 한다)가 문제되는 경우에는 상황이 다르다. 이 경우는 원진술을 듣고 이를 적는 사람(이하 '작성자'라고 한다)과 그렇게 기재된 원진술을 법정에 전달하는 서류, 총 2인의 전달자가 있는 셈이다. 진술기재서류의 경우에는 자술서와 달리 원진술자의 지각·기억·서술·정직성의 위험성에 더하여 작성자의 지각(원진술자의 말을 잘못 들을 가능성)·기억(들은 말을 잘못 기억할 가능성)·서술(들은 말을 잘못 기재할 가능성)·정직성(고의로 들은 말과 달리 기재할 가능성)의 위험성까지 더하여진다. 앞서 자술서에 관하여 본 바와 마찬가지로, 진술기재서류 역시 작성자를 기준으로 볼 때 그 이후의 시점에 작성자가 구두로 진술하는 경우보다는 기억과 서술의 측면에서 위험성이 다소 덜할 것이다. 그러나 그렇다고 하더라도 다음에서 보듯이 이중으로 배가된 신빙성의 위험을 극복하기에는 턱없이 모자란다.

구분	완벽한 진술	통상의 법정외 진술	자술서		진술기재서류		
			원진술	서류에 의한 전달	원진술	작성자의 기재	서류에 의한 전달
지각	100	$100 \times 0.4 = 40$	40	$40 \times 1.0 = 40$	40	$40 \times 0.4 = 16$	16×1.0
기억	100	40	50	$50 \times 1.0 = 50$	40	$40 \times 0.5 = 20$	20×1.0
서술	100	40	50	$50 \times 1.0 = 50$	40	$40 \times 0.5 = 20$	20×1.0
정직성	100	40	40	$40 \times 1.0 = 40$	40	16	16×1.0
평균 (종합적 신빙성)	100	40	45	45	40	<u>21.5</u>	<u>21.5</u>

3. 수사기관이 작성한 피의자신문조서의 신빙성 위험

수사기관이 작성한 피의자신문조서는 원진술자인 피의자의 진술을 제3자인 수사기관이 듣고 기재한 서류로서 진술기재서류에 속한다. 따라서 위에서 본 진술기재서류에 관한 신빙성 위험이 그대로 존재한다고 할 수 있다. 그러나 우리의 실무상 피의자신문조서의 작성 방식을 고려하면, 통상의 진술기재서류보다 수

사기관 작성의 피의자신문조서의 경우에는 그 신빙성 위험이 더 크다고 보아야 할 것이다. 조서를 작성하는 수사기관이 통상의 평균적 작성자에 비해 지각이나 기억, 정직성의 측면에서 오류가능성이 크다고 볼 수는 없고, 오히려 직업적 전문성과 책임감을 고려하면 지각이나 기억, 정직성의 측면에서는 통상의 평균적 작성자에 비해 오류가능성이 작다고 보는 것이 합리적일 수도 있을 것이다. 그러나 피의자신문조서는 그 서술의 측면에서는 통상의 진술 기재서류보다 오류가능성이 더 높다고 볼 수 있다. 앞서 피고인이 수사기관의 신문에 응하여 하는 진술의 경우에는 수사기관의 취사·선택과 구성하에 유도된 것이므로 서술의 측면에서 신빙성이 상대적으로 낮다고 보아야 한다고 분석한 바 있다. 이는 수사기관에서 피의자가 구두로 하는 진술 그 자체, 즉 원진술의 서술적 취약점이다. 위와 같은 구두진술은 수사기관에 의해 조서에 기재되는 과정에서 다시 한번 가증된 서술적 취약점에 직면하게 되는데, 피의자의 진술이 조서에 가감없이 그대로 기재되는 것이 아니라, 수사기관에 의해 요약·정리된 형태로 조서에 기재되기 때문이다. 그 과정에서 수사기관은 무의식적인 확증편향에 의해서든 의식적으로든 범죄혐의에 부합하는 취지의 진술은 부각하여 기재하고, 이에 부합하지 않는 취지의 진술은 평가절하하여 축약 기재하거나 생략해 버릴 수도 있다. 진술의 뉘앙스가 미묘하게 혐의에 부합하는 취지로 바뀌어 기재될 수도 있다.⁷⁰⁾ 물론 이러한 여지를 줄이기 위해 신문을 마친 뒤에는 피의자에게 조서의 기재내용을 확인하게 한 뒤 ‘진술한 대로 기재되어 있다’고 자필로 기재하고 날인하도록 하며, 이의가 있으면 이를 조서에 기재하도록 하는 등의 법적 안전장치가 마련되어 있는 것은 사실이다. 그러나 위와 같은 안전장치가 그동안 제 역할을 다하지 못하고 피의자의 진술이 조서에 기재되는 과정에서 수많은 서술의 오류가 발생해 왔다는 점은, 일상어구로 자리잡은 ‘조서를 꾸민다’는 표현⁷¹⁾이 웅변하고 있다고 생각한다.

70) 홍진영(주 56), 218-219 참조.

71) ‘조서를 꾸민다’는 표현이 언론에 등장하는 것은 어렵지 않게 찾아볼 수 있다. 가령 정세형, “내가 혐의 인정했다고? 경찰 조서 쓸 때 주의할 점”, 중앙일보 2018. 7. 14. 자, <https://news.joins.com/article/22801102>; 정은주(주 65) 참조.

4. 조사자증언과 피의자신문조서의 신빙성 위험 비교

이상의 분석을 기초로, ‘피의자가 수사기관의 신문에 응하여 한 진술’을 원진술로 한 조사자증언과 피의자신문조서의 신빙성 위험을 비교해 보면 다음과 같다.

조사자증언과 피의자신문조서 모두 동일한 원진술을 전달하는 것이므로, 원진술의 신빙성 측면에서는 차이가 없고 오로지 그 전달자와 관련된 신빙성 측면에서만 차이가 있다. 두 경우 모두 원진술자가 피고인이므로, 피고인의 증인적격 결여 및 진술거부권으로 인하여 법정에서 직접 원진술자를 대상으로 신빙성 검증이 효과적으로 이루어지기 어렵다는 점 역시 동일하다. 조사자증언의 경우에는 원진술이 법정에서 제출되는 과정에서 그 전달자(조사자)의 지각·기억·서술·정직성 관련 위험성이 추가된다. 피의자신문조서의 경우에는 제3자가 원진술자의 진술을 듣고 기재한 진술기재서류로서 작성자가 원진술자의 진술을 서류에 기재하는 단계와 그 서류를 법정에서 제출하는 단계 총 2단계의 전달과정을 거치게 되는데, 작성된 서류를 법정에서 제출하는 후자의 단계에서는 추가적인 신빙성 위험요소가 없으나, 작성자가 원진술자의 진술을 기재하는 전자의 단계에서는 작성자의 지각·기억·서술·정직성 관련 위험성이 추가적으로 개입된다. 결국 조사자증언이나 피의자신문조서 모두 원진술 자체의 신빙성 위험에 더하여 전달자와 관련된 신빙성 위험까지 추가로 존재한다는 점까지도 차이가 없다.

그러나 양자는 신빙성 위험을 완화할 수 있는 안전장치가 마련되어 있는지에 있어서는 분명히 차이가 있다. 조사자증언의 경우 그 전달자가 법정에서 증인으로 출석하여 증언하기 때문에 전달자와 관련된 신빙성 위험에 대해서는 법정에서의 신빙성 검증장치를 통해 그 위험을 완화할 수 있는 반면, 피의자신문조서의 경우 작성자가 증인으로 출석하지 않기 때문에 그 조서작성 과정에서 발생하는 신빙성 위험을 법정에서 검증할 수 없다.

결국 조사자증언과 피의자신문조서의 증거능력 부여 요건을 달리 정할 것인지는, 원진술을 전달하는 조사자에 대한 법정에서의 증인신문을 통해 얼마나 전달자의 신빙성 위험을 완화할 수 있다고 평가하는지, 그리고 수사기관이 피의자

신문조서를 작성하는 과정에 발생하는 신빙성 위험이 얼마나 크다고 평가하는 지에 달려 있다. 만약 조사자에 대한 법정 증인신문을 통해 통상의 증인에 대해서와 마찬가지로 신빙성 검증이 가능하다고 보는 한편, 조서의 작성과정에서 발생하는 오류가능성이 매우 크다고 평가한다면, 개정 형사소송법처럼 피의자신문조서의 경우에는 피고인이 내용을 인정한 경우에 한하여 증거능력을 부여할 수 있도록 하면서 조사자증언의 경우는 피고인의 내용을 부인하더라도 증거능력을 인정할 수 있도록 규정할 수도 있는 것이다. 이를 수치화한다면 다음과 같이 표현해볼 수 있다.

구분	조사자증언			피의자신문조서		
	원진술 (수사기관의 신문에 응하여 한 진술)	전달자의 진술 (법정의)	전달자의 법정증언 (검증장치 작동)	원진술 (수사기관의 신문에 응하여 한 진술)	작성자의 진술 기재 (수사기관의 조서작성)	서류에 의한 전달
지각	40	$40 \times 0.4 = 16$	$40 \times 0.8 = 32$	40	$40 \times 0.5 = 20$	20×1.0
기억	50	$50 \times 0.4 = 20$	$50 \times 0.8 = 40$	50	$50 \times 0.9 = 45$	45×1.0
서술	20	$20 \times 0.4 = 8$	$20 \times 0.8 = 16$	20	$20 \times 0.2 = 4$	4×1.0
정직성	20	$20 \times 0.4 = 8$	$20 \times 0.8 = 16$	20	$20 \times 0.5 = 10$	10×1.0
평균 (종합적 신빙성)	32.5	13	26	32.5	19.75	19.75

5. 소결론

결국 우리 입법자는 2007년 형사소송법 개정을 통해 경찰 단계 피의자신문 과정에서 이루어진 피의자의 진술에 대해 조사자증언 제도를 도입함으로써 위와 같은 평가, 즉 조서의 작성과정에서 발생하는 신빙성 위험보다는 조사자의 법정 증언을 통한 전달과정에서의 신빙성 위험이 더 작다는 평가를 내린 것이고, 이번 형사소송법 개정을 통해서도 검찰 단계 피의자신문 과정에서 이루어진 진술에 대해서도 동일한 평가를 내린 것이라고 이해할 수 있다. 그리고 이러한 입법자의 결단은, 비록 그것이 과연 최선의 선택이었는지는 분명 의문의 여지가 있다고 하

더라도, 원진술자 및 전달자의 진술에 내재한 신빙성 위험에 대한 평가에 기초한 것으로 전문법칙의 이론적 틀 내에서 합리적으로 설명이 가능한 것이다.

V. 공범이 수사기관에서 한 진술의 증거능력

이상의 검토를 기초로 대상판결과 관련된 핵심 쟁점인 ‘공범이 수사기관에서 한 진술을 어떤 요건하에 증거로 사용할 수 있는가’에 대하여, 전문법칙의 예외 인정 근거인 신용성과 필요성의 측면에서 살펴보면 다음과 같다.

1. 신용성: 공범이 피의자신문에 응하여 한 진술의 유형적 특징

공범도 자신의 범죄혐의에 대한 피의자로서 수사기관의 신문을 받게 되므로, 공범이 수사기관의 피의자신문에 응하여 한 진술은 피고인 본인의 진술과 마찬가지로 신용성 측면에서 유형적·본질적으로 취약점이 있다고 보아야 할 것이다. 나아가, 단독범인 피의자와 달리 공범인 피의자의 경우에는 신빙성 위험이 한층 더 가중된다고 할 수 있다. 대상판결이 지적하였듯이, “하나의 범죄사실에 대하여 여러 명이 관여한 경우 서로 자신의 책임을 다른 사람에게 미루려는 것이 일반적인 인간심리”이기 때문이다. 마약사범들에서 흔히 보듯이, 피의자들이 그 범행에 관련된 공범의 가담사실을 진술하여 수사에 협조하는 경우 수사기관은 이를 그 피의자의 기소여부 및 적용법조 결정에 있어 유리하게 참작하여 주기도 하고, 그 피의자에 대한 공판에서 유리한 양형자료로 제출하기도 한다. 따라서 피의자들은 이러한 이익을 바라고 공범에게 책임을 전가하는 진술을 할 위험이 있고, 더 나아가 수사기관이 이를 빌미로 진술을 회유하거나 유도할 위험성도 있다.⁷²⁾ 따라서 공범인 피의자의 진술, 그중에서도 공범 자신의 범행사실에 관한

72) 손동권, “피의자신문조서에 대한 형사소송법 제314조의 적용문제—그리고 피의자신문 조서의 증거능력에 관한 입법론”, 경찰학연구 제11권 제3호(2011. 9.), 41 참조.

부분이 아닌 다른 사람(당해 피고인)의 범행에 관한 부분은 유형적으로 신빙성이 특히 취약하다고 평가할 수 있을 것이다.⁷³⁾ 피해자나 목격자 같은 제3자도 허위로 범행사실을 신고할 가능성이 전혀 없는 것은 아니지만, 유형적·일반적으로 판단할 때 단순한 제3자와 공범은 신빙성 위험의 측면에서 차별취급할 근거가 있다고 볼 수 있다.

또한, 진술의 신빙성에 대한 법정 검증장치가 온전히 작동할 수 없다는 점도 공범이나 피고인 본인이나 마찬가지이다. 증인적격이 없는 피고인과 달리 공범은 별건으로 기소되거나 변론을 분리하는 경우 증인적격이 인정될 수는 있으나, 피고인의 범행사실이 자신의 범행사실과 밀접하게 관련되어 있는 결과 필연적으로 ‘자기가 형사소추 또는 공소제기를 당하거나 유죄판결을 받을 사실이 발로 될 염려 있는 때’에 해당하여 증언거부권이 인정되기 때문이다. 따라서 신빙성 검증장치의 불완전성이라는 측면에서도 공범은 단순한 참고인보다 피고인에 더 가깝다고 할 수 있다. 대 상관결이 말한 ‘불가분적 관련성’이라는 측면은, 단순히 추상적으로 ‘진술 내용이 동일하다’는 차원에서가 아니라, 필연적으로 공범에게 증언거부권이 발생하여 그가 공판정 외에서 한 진술을 법정에서 검증하는 것이 곤란하게 된다는 차원에서 의미를 부여할 수 있을 것이다.

2. 필요성: 공범 지위가 갖는 특징

공범은 증거의 필요성의 측면에서도 피고인과 마찬가지로 특별한 고려가 필요하다. 피고인은 진술거부권의 존재로 인해 참고인과 달리 그 진술을 법정에서 강제할 수 없다는 특징이 있다. 참고인은 증인으로 소환하여 증언의무를 지우고

73) 공범 진술의 신빙성을 낮게 평가하는 태도는 비교법적으로도 찾아볼 수 있다. 가령 미국 연방대법원은 다른 공범의 범행가담사실을 포함하는 공범의 자백은 자신의 책임을 다른 공범에게 전가하려는 유인동기 때문에 ‘본질적으로 신빙성이 없다(inherently unreliable)’고 판시한 바 있다. *Lilly v. Virginia* 527 U.S. 116, 131 (1999) 참조. 유사한 취지로 *Bruton v. United States*, 391 U.S. 123, 136 (1968); *Williamson v. United States*, 512 U.S. 594, 601 (1994); *Lee v. Illinois*, 476 U.S. 530, 541 (1986) 참조.

경험한 바를 진술하게 할 수 있고, 그렇기 때문에 해당 참고인이 사망 등으로 법정진술이 불가능한 상황이 아닌 이상 원칙적으로 공판정 외에서 한 진술을 증거로 쓸 필요성이 없다. 참고인이 기억을 하지 못하거나, 공판정 외에서 한 진술을 반복하는 등 예외적인 경우에 한해 공판정 외의 진술을 증거로 사용할 필요성이 인정될 수 있을 뿐이다. 그러나 피고인은 참고인과 달리 법정에서 진술을 강제할 수 없으므로, 만약 피고인이 과거에 공판정 외에서 해 놓은 진술이 있다면 이를 증거로 사용할 필요성이 커진다. 그 진술이 피고인에게 불이익한 내용의 것이라면 필요성은 더욱 커진다고 할 수 있다. 형사처벌을 어떻게든 피하고자 하는 것이 인지상정인 이상 설사 공판정 외에서 스스로에게 불리한 진술을 했던 적이 있었다고 하더라도 기소되어 재판을 받는 단계에 이르러서는 같은 내용의 진술을 법정에서 반복하지 않을 위험이 크기 때문이다.

우리 형사소송법은 전문법칙에 관한 규정들에서 일관하여 ‘피고인’과 ‘피고인 아닌 자’의 진술을 구별하여 증거능력 인정요건에 있어서 달리 취급하고 있는데, 이는 바로 이러한 증거사용의 필요성 차이를 반영한 것으로 이해할 수 있다고 생각한다. 우리 법상 필요성과 신용성 양자를 예외인정 요건으로 정함으로써 가장 전형적인 전문법칙의 예외를 규정하고 있다고 평가되는 것이 제316조인데, 같은 조 제1항은 피고인의 공판정 외 진술의 경우에는 특신상태(신용성)만을 요건으로 증거능력을 인정할 수 있다고 하는 반면, 같은 조 제2항은 피고인 아닌 자의 공판정 외 진술의 경우에는 특신상태뿐만 아니라 원진술자의 진술불능(필요성) 요건까지 요구하고 있다. 이는 결국 피고인의 공판정 외 진술의 경우에는 원진술자가 피고인이라는 그 이유만으로 필요성 요건이 충족된 것으로 평가하고 있는 것으로 볼 수 있다. 진술거부권으로 인해 법정에서 진술을 강제할 수 없기 때문에, 법정진술의 확보가능성이라는 측면에서 피고인의 공판정 외 진술은 참고인이 사망이나 질병 등으로 진술할 수 없는 것과 동등하게 취급(원진술자가 피고인 = 원진술자의 진술불능)되는 것이다.

이런 태도는 제316조 외의 다른 규정에서도 드러난다. 제313조 제1항은 피고인이나 참고인의 진술을 기재한 서류의 경우 원칙적으로 원진술자인 피고인이

나 참고인의 진술로 진정성립을 인정한 경우에 증거능력을 인정할 수 있다고 하면서도, 그 단서에서 원진술자가 피고인인 경우에는 원진술자 아닌 ‘작성자’의 진술에 의해 진정성립이 인정되고 특신상태까지 인정되면 증거능력을 부여할 수 있다고 규정하고 있다. 이는 결국 원진술자가 참고인인 경우에는 위증의 별로 사실대로 진술할 것을 강제할 수 있으므로 그의 진술에 의해 진정성립을 인정하도록 하는 것으로 충분하고, 그렇게 진정성립이 인정되지 않으면 그 진술기재서류의 증거능력을 인정하지 않는 것이 타당하다고 평가하는 반면, 원진술자가 피고인인 경우에는 설사 실제로 진정하게 성립된 서류라도 피고인에게 진실을 말하도록 강제할 방법이 없으므로 그의 진술을 통해 진정성립을 결정하는 것은 불가능하다고 평가하고, 그 대신 작성자의 진술에 의한 진정성립과 특신상태를 요구하고 있는 것으로 이해할 수 있다.⁷⁴⁾

공범 역시 법정진술의 확보가능성이라는 측면에서는 피고인과 동일하게 취급하는 것이 타당할 것이다. 앞서 언급한 대로 공범은 공동피고인인 경우에는 진술거부권을 가지고, 공동피고인이 아닌 경우에도 당해 피고인의 공소사실에 대해 필연적으로 증언거부권을 갖고 있기 때문이다.

74) 이런 관점에서 보면, 2007년 개정 전 제312조 제1항 단서는 본문에 대한 완화요건으로 보는 것이 체계정합적이라고 생각한다. 2007년 개정 전 제312조 제1항은 “검사가 피의자나 피의자 아닌 자의 진술을 기재한 서류와 검사 또는 사법경찰관이 검증의 결과를 기재한 서류는 공판준비 또는 공판기일에서의 원진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 때에는 증거로 할 수 있다. 단, 피고인이 된 피의자의 진술을 기재한 서류는 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태에서 행하여진 때에 한하여 피의자였던 피고인의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 불구하고 증거로 할 수 있다.”고 규정하고 있었고, 단서의 특신상태를 본문의 진정성립 인정진술에 추가로 요구되는 요건으로 보는 견해(가중요건설)와 피고인이 진정성립 인정진술을 하지 않더라도 특신상태가 있으면 증거능력을 인정할 수 있다고 보는 견해(완화요건설)가 대립하고 있었다. 법원의 실무는 당초 완화요건설의 입장에서 있었으나, 헌법재판소는 2005. 5. 26. 선고 2003헌가7 결정에서 가중요건설을 취한 뒤 대법원도 2007. 1. 25. 선고 2006도7342 판결에서 가중요건설을 취하게 되었다(홍진영(주 56), 217 참조). 2007년 개정 전 제312조 제1항 단서의 해석과 관련된 논의는 정승환(주 47), 684-692 참조(위 문헌은 개정 전 제312조 제1항 단서의 문리해석 및 체계해석상 완화요건설이 타당하다고 주장한다).

3. 공범에 대한 피의자신문조서의 증거능력

이상에서 살펴본 바와 같이 공범이 수사기관의 피의자신문에 응하여 한 진술은 피고인 본인의 것만큼 또는 그보다 더 신빙성이 취약하다는 점, 법정에서의 신빙성 검증장치가 온전히 작동할 수 없다는 점, 특히 신빙성이 취약한 부분은 공범 자신의 범행에 대한 진술 부분이 아니라 책임전가 가능성이 있는 피고인의 범행에 대한 부분이라는 점 등을 고려할 때, 공범에 대한 피의자신문조서는 당해 피고인이 내용을 인정한 때에만 증거능력을 인정하는 다수설 및 관례의 태도(제312조 제3항설·피고인 내용인정설)에는 일응 합리성을 인정할 수 있다.

그러나 소수설인 원진술자 내용인정설이나 제312조 제4항 적용설 역시 앞서 살펴본 전문법칙의 이론적 틀 내에서 정당화가 가능한 견해들이라는 점을 분명히 해둘 필요가 있다. 원진술자 내용인정설이나 제312조 제4항 적용설 모두 원진술자인 공범에 대해 반대신문 기회가 보장될 것을 증거능력 인정요건으로 요구하고 있고 제312조 제4항설은 이에 더하여 특신상태까지 요구하기 때문에, 반대신문이 정상적으로 이루어진다면 공범의 수사기관 진술이 갖는 낮은 신빙성 문제는 법정에서의 반대신문을 통한 검증에 의해 해소되어 신빙성의 문턱을 넘는다고 평가할 수 있고, 만약 공범이 내용 인정 또는 진정성립 인정진술만을 한 채 구체적인 반대신문에 대해서는 일체 진술을 거부하는 등으로 반대신문이 실질적으로 이루어지지 못함으로써 신빙성의 문턱을 넘지 못하는 경우에는 ‘반대신문 기회 보장’ 요건이 충족되지 않았다고 보아 증거능력을 부정하는 것이라는 이론구성이 가능하기 때문이다. 특히 제312조 제4항설의 경우에는 특신상태 요건과 반대신문 기회보장 요건의 충족 여부를 매우 엄격하게 판단하는 입장을 취할 경우 이론적 차원에서나 현실적 차원에서나 상당히 설득력 있는 견해가 될 수 있고, 원진술자인 공범이 사망 등으로 진술불능 상태에 있는 경우 제314조를 통해 그 공범의 수사기관 진술을 증거로 사용할 수 있어 정의관념에 반하는 불합리한 결과를 방지하는 수단이 확보된다는 점도 무시할 수 없는 분명한 장점이다. 제312조 제3항이나 개정법 제312조 제1항의 취지가 수사기관의 피의자신문조

서의 신빙성을 매우 낮게 평가하여 그로 인해 불이익을 받는 피고인이 증거 사용에 이의가 없는 경우에만 증거능력을 인정하고자 하는 데 있다고 본다면, 다수설·판례의 태도가 조서의 신빙성에 대한 강력한 의심을 담고 있는 법의 취지에는 더 부합한다고 평가할 수 있겠으나, 이것만으로 제312조 제4항설의 이론적 강점을 충분히 배척할 수 있는지는 의문이다.

당해 피고인이 공범 피의자신문조서의 내용을 부인하는 상황을 전제로, 다수설·판례와 나머지 견해들 사이의 현실적인 차이는 세 가지 국면에서 발생한다고 할 수 있다. ① 첫째, 원진술자인 공범이 수사기관에서 (피고인의 범행가담 부분을 포함하여) 자백한 뒤 공판정에서도 같은 입장을 유지하는 경우, 그 원진술자의 법정진술(이것은 증언 또는 공동피고인의 진술로 증거능력이 당연히 인정된다)에 더하여 피의자신문조서까지도 증거로 할 수 있는지이다. 다수설·판례에 의하면 피의자신문조서를 증거로 하는 것이 불가능하나, 나머지 견해들에 의하면 가능하다. ② 둘째, 원진술자인 공범이 수사기관에서 자백한 뒤 공판정에서 입장을 번복하여 범행을 부인하는 경우, 공범의 자백 피의자신문조서를 증거로 할 수 있는지이다. 다수설·판례에 의하면 증거사용이 불가능하고, 원진술자 내용인정설에 의하더라도 이 경우 입장을 번복한 공범이 내용 인정을 하지 않을 것이므로 증거사용이 불가능하다. 제312조 제4항설에 의하면 설사 공범이 진정성립 인정진술을 하지 않더라도 영상녹화물 등 객관적 방법으로 진정성립을 인정할 수 있으므로, 반대신문이 이루어지고 특신상태가 인정된다는 전제하에 피의자신문조서의 증거능력을 인정할 수 있게 된다. ③ 셋째, 원진술자인 공범이 사망 등으로 진술불능인 경우 제314조에 의해 피의자신문조서의 증거능력을 인정할 수 있는지이다. 다수설·판례에 의하면 제314조가 적용되지 않으므로 증거능력을 인정할 수 없으나, 나머지 견해에 의하면 314조를 적용하여 특신상태가 인정되는 경우 증거능력을 인정할 수 있을 것이다.⁷⁵⁾

먼저 위 ①의 경우, 최우량 증거라고 할 수 있는 공범의 법정 증언을 증거로 쓰

75) 다만, 제312조 제4항설의 경우 제314조의 적용을 명시적으로 긍정하고 있으나 원진술자 내용인정설의 경우 제314조의 적용까지 긍정하는 것인지 분명하지는 않다.

는 것으로 충분하고, 굳이 여기에 더하여 조서까지 증거능력을 부여할 필요가 없으므로, 다수설·판례의 입장을 취하더라도 특별히 실체진실 발견에 문제가 발생한다고 할 수 없다. 그러나 ②, ③의 경우에는 다수설·판례의 입장에 따를 때 자칫 실체진실 발견에 필요한 증거(공범의 수사기관 진술)를 사용하지 못하게 되는 결과가 발생할 수 있다. 대상판결의 사안이 바로 ③에 해당하는 경우인데, 사망한 공범 A에 대한 경찰 피의자신문조서를 증거로 사용하지 못함에 따라 유·무죄 판단이 달라졌다. 만약 경찰 피의자신문 당시 공범 A가 한 진술이 진실에 부합하는 것이었다고 가정한다면, 제312조 제3항에 관한 다수설·판례의 엄격한 해석론 때문에 진실에 부합하는 결론에 이르지 못한 셈이 된다. 앞서 본 바와 같이 공범이 수사기관에서 한 진술은 일반적·유형적으로 신빙성이 낮다고 보아야 할 것이지만, 그렇다고 해서 예외적으로 신용성의 정황적 보장이 충분히 갖추어진 경우가 절대로 있을 수 없는 것은 아닐 것이다. 최대한 엄격한 잣대로 특신상태의 충족 여부를 심사하더라도 특신상태하의 진술이라고 인정되는 경우도 예외적이거나 있을 수 있다. 그런 진술까지도 일률적으로 증거사용 여지를 차단하는 것이 과연 정의관념상 합당한 것인가? 종래 확고히 유지되어 온 다수설·판례의 태도는 지나치게 경직적이어서 정의관념에 반하는 불합리한 결과를 낳을 위험이 크다는 데 분명한 약점이 있고, 이 점은 개정법 하에서 보다 진지하게 검토되어야 한다고 생각한다.

다만, 2007. 6. 1. 개정 이후의 현행 형사소송법 하에서는 아래에서 보는 바와 같이 다수설·판례의 입장을 따르더라도 조사자증언 제도를 통해 불합리한 결과를 어느 정도 방지하는 것이 가능하다.

4. 공범 진술에 대한 조사자증언의 증거능력

가. 대상판결의 태도를 좇아 제312조 제3항설·피고인 내용인정설을 취하게 되면, 피고인이 범행을 다투는 상황에서는 ‘조서’의 형태로 공범의 수사기관 진술을 법정에 증거로 현출할 수 있는 방법은 사실상 차단된다고 할 수 있다. 그러

나 조직범죄의 주범에 대한 피고사건이나 뇌물사건 등 공범의 진술이 핵심적인 증거가 되는 경우도 있고, 공범이 변심이나 피고인의 압력 등으로 인해 수사기관에서의 진술을 공판단계에서 반복하는 경우도 얼마든지 있을 수 있다. 따라서 공범이 수사기관에서 한 진술을 법정에 현출할 방법이 완전히 봉쇄되어 버린다면 실체진실 발견을 지나치게 저해하여 정의관념에 반하는 결과를 낳게 될 것이다. 개정법 하에서는 제316조의 조사자증언이 피고인이나 공범의 수사기관 진술을 증거로 현출할 수 있는 사실상 유일한 수단이 되었으므로 개정법의 취지는 최대한 살리면서도 정의관념에 반하는 결과가 발생하는 부작용은 최소화하는 합리적인 해석론을 세울 필요가 있다.

나. 그러한 작업은 먼저 조사자증언이 얼마나 신빙성 측면에서 취약한 증거인지를 분명히 하는 데서부터 출발해야 한다고 생각한다. 앞서 검토한 것처럼, 종래 형사소송법이 경찰 피의자신문조서에 대해 내용 인정을 증거능력 요건으로 정하였던 것, 그리고 개정법이 같은 태도를 검찰 피의자신문조서에까지 확대한 것의 가장 주된 이유는 피의자가 수사기관의 신문에 응하여 한 진술은 유형적으로 신빙성이 취약하다는 판단 때문으로 볼 수 있다. 게다가 조사자증언은 어디까지나 전달자에 의해 간접적으로 현출되는 전문진술에 불과하기 때문에, 제이무리 법정의 신빙성 검증장치에 의해 완화된다고 하더라도 전문진술이 구조적으로 갖는 신빙성 약점을 그대로 갖고 있다. 조사자증언에 대해 이루어지는 반대신문·선서·진술태도 관찰은 전달자에 대한 것일 뿐이고, 핵심이라고 할 수 있는 원진술자에 대한 반대신문·선서·진술태도 관찰은 이루어지지 않는다.⁷⁶⁾ 따라서 아무리 조사자가 공개된 법정에 출석하여 선서를 하고 반대신문을 받으며 증언하더라도, 그렇게 전달된 피의자의 수사기관 진술은 전문법칙이 요구하는 신빙성의 문턱을 넘지 못한다. 법정의 신빙성 검증장치를 모두 거친 뒤에도 조사자증언의 수치화된 신빙성은 앞서 표에서 보았듯 26에 불과하다. 그렇기 때문에 조사자증언이 신빙성의 문턱을 넘기 위해서는 추가로 특신상태하에서 행하여졌을

76) 홍진영(주 56), 235-236이 이 점을 정확하게 지적하고 있다.

것'이라는 요건이 필요한 것이고(제316조 참조), 그런 의미에서 종래 법원이 조사자증언의 특신상태 인정에 신중한 태도를 취해 왔던 것⁷⁷⁾ 역시 타당하다고 보아야 할 것이다.⁷⁸⁾

따라서 개정법을 해석·적용함에 있어서는 입법 및 개정취지를 살려 수사기관 진술을 전달하는 조사자증언에 대하여도 제316조의 특신상태 요건의 충족 여부를 신중하게 판단하는 한편, 특신상태에 관한 판단기준을 보다 구체적이고 명확하게 정립할 필요가 있다. 가령 '피의자신문의 전 과정이 영상녹화되고 변호인이 입회한 상태에서 진술이 이루어졌다면 다른 특별한 사정이 없는 한 특신상태 하에 있었다고 인정할 수 있다.'는 식으로 법리를 구체화해 나가면 개정법 적용의 예측가능성을 높일 수 있을 것이다.

다. 다음으로, 공범의 수사기관 진술을 증거로 사용할 수 없어 정의관념에 반하는 결과가 발생하는 부작용을 줄이기 위해서는, 공범과 관련하여 제316조의 적용범위를 확대하는 것도 고려할 필요가 있다고 생각한다. 현재 판례 다수설은 제316조를 해석함에 있어서 공범은 같은 조 제2항의 '피고인 아닌 자'에 해당한다고 보고, 따라서 공범이 사망·질병·외국거주·소재불명 등의 사유로 진술할 수 없는 경우여야만 그 공범의 진술을 내용으로 하는 조사자증언이 가능하다고 보고 있다. 그러나 이렇게 볼 경우 공범의 수사기관 진술의 증거사용 가능성이 지나치게 좁아지게 된다. 대상판결의 사안처럼 공범이 사망한 경우라면 제316조 제2항에 따라 특신상태 요건이 충족된다는 전제하에 조사자증언을 통해 공범의 진술을 증거로 삼을 수 있을 것이나, 공범이 출석하여 진술을 반복하는 경우에는 수사기관에서의 진술을 증거로 삼을 수 있는 가능성이 전혀 없게 된다. 또한, 대법원은 증인이 증거거부권을 행사한 경우는 물론이고 정당한 이유 없이 무단으

77) 조사자증언의 특신상태 인정에 법원이 엄격한 태도를 보임에 따라 2007년 도입 이후 조사자증언의 활용도가 매우 떨어지게 되었다는 분석으로 한연규, "사법경찰관의 조사자증언과 수사상 진술의 증거활용", 형사법의 신동향 제60호(2018. 9.), 246-247 참조. 이완규(주 16), 150-151은 이러한 이유로 현재 조사자증언 제도는 사문화된 것이나 다름없다고 평가한다.

78) 반대로 개정법하에서는 특신상태 요건을 지나치게 엄격하게 해석하는 것이 바람직하지 않고, 조사자증언을 폭넓게 인정할 필요성이 있다고 보는 견해로 이승주(주 14), 303.

로 증언을 거부한 경우까지도 ‘사망·질병·외국거주·소재불명에 준하는 진술불능사유’에 해당할 수 없다고 보고 있으므로,⁷⁹⁾ 공범이 출석하여 적극적으로 번복진술을 하는 데까지 나아가지 않고 일체 증언을 거부해 버리기만 해도 공범의 수사기관 진술을 증거로 쓸 수 있는 방법이 봉쇄되게 된다. 그리고 이는 당해 진술이 아무리 신용성의 정황적 보장이 매우 높은 상황에서 이루어졌다고 하더라도 마찬가지이다. 피의자신문에 응하여 이루어진 진술이라고 하더라도 신용성이 고도로 보장되는 예외적인 상황이 있을 수 있음을 고려한다면, 그런 진술까지도 일체 증거로 쓸 수 없도록 하는 것은 지나치게 불합리하다고 생각한다.

그렇기 때문에 공범의 진술에 대해서는 제316조 제2항의 ‘피고인 아닌 타인의 진술’이 아닌 제316조 제1항의 ‘피고인의 진술’에 해당하는 것으로 보아 사망 등 진술불능 상태가 아니더라도 특신상태를 요건으로 조사자증언이 가능하도록 해석하는 방안을 검토해 볼 필요가 있다고 생각한다.⁸⁰⁾ 앞서 검토하였듯이, 제316조 제1항이 피고인의 진술에 대해 특신상태만을 요건으로 전문진술의 증거사용을 허용하는 이유는, 진술거부권으로 인해 피고인의 법정진술을 확보할 수 없다는 점, 즉 전문진술이라도 증거로 쓸 필요성이 매우 높다는 데에 있다고 볼 수 있다. 그리고 공범의 경우 당해 피고인의 공소사실과 관련하여 필연적으로 진술거부권 또는 증언거부권이 발생하기 때문에 법정진술의 확보불가능성이라는 측면에서는 피고인과 동일한 취급이 정당화될 수 있다. 반면 공범이 아닌 타인의 경우 증언거부권이 없어 증인으로 소환한 뒤 진실을 말할 것을 강제할 수 있으므로, 제316조 제2항에 따라 그 타인이 사망 등으로 진술할 수 없는 경우에만 전문진술을 허용하여야 할 것이다.

79) 대법원 2019. 11. 21. 선고 2018도13945 전원합의체 판결 참조. 다만 위 판결은 제314조의 해석론을 밝힌 것일 뿐 제316조 제2항에 관한 것은 아니고, 그 점을 중시하여 위 판결이 선언한 법리는 제314조의 해석에 한정되는 것이라고 보는 것도 불가능하지는 않다. 그러나 양 규정의 진술불능사유에 관한 문언이 완전히 동일하기 때문에 대법원이 위 판결의 법리를 제314조에 한하여 적용할 가능성은 크지 않다고 생각한다. 위 2018도13945 판결의 당부 및 그 판시 법리의 적용범위에 관하여는 拙稿, “원진술자의 증언거부와 형사소송법 제314조의 전문법칙의 예외—대법원 2019. 11. 21. 선고 2018도13945 전원합의체 판결—”, 저스티스 제182-1호(2021. 2.) 참조.

80) 이러한 해석을 주장하는 견해로 이승주(주 14), 304-305.

이렇게 볼 경우 특히 공범이 공동피고인이 아닌 경우에는 명백히 제316조 제1항의 ‘피고인의 진술’이라는 문언에 반하는 결과가 된다는 문제가 있다.⁸¹⁾ 그러나 이렇게 해석하지 않을 경우 공범의 수사기관 진술의 증거현출 가능성이 극도로 제한되어 구체적 사건에 따라서는 도저히 용인할 수 없는 정의관념에 반하는 결과가 초래될 수 있음을 고려하지 않을 수 없다. 또한, 한편으로는 제312조 제3항과 개정법 제312조 제1항을 ‘그 피의자였던 피고인’이라는 문언에 반하여 확장해석함에 따라 조서의 증거사용 가능성이 봉쇄됨에 따라 발생한 결과를 시정하기 위한 것이라는 점, 2007년에 조사자증언 제도를 도입한 것은 진술을 전달하는 사람에 대해 법정 검증장치가 작동할 수 있다는 점을 중시하여 수사기관에서의 진술이라고 하더라도 조서의 형태로 제출되는 경우와 증언의 형태로 제출되는 경우를 달리 볼 수 있음을 승인한 것으로 볼 수 있는 점도 이러한 해석의 정당화 근거로 들 수 있다고 생각한다. 물론 이렇게 해석하더라도 이는 어디까지나 신용성이 확실하게 보장되는 예외적인 수사기관 진술을 염두에 두고 그야말로 최후의 보루로 증거능력 부여의 길을 열어 두는 것임을 반드시 강조해야 한다. 단순히 종전에 피의자신문조서로 제출되던 것을 그대로 조사자증언의 형태로 제출하게끔 허용하는 것이 되지 않도록 주의해야 할 것이다.⁸²⁾

VI. 보론 - 영상녹화물의 활용가능성

이러한 해석론과는 별개로, 과연 조사자증언이 피의자가 수사기관에서 한 진술을 증거로 현출하는 방법으로 입법자가 택할 수 있던 최선의 방법이었는가 하는 점에 대한 고민도 필요하다. 개정법의 태도가 전문법칙의 이론 틀 내에서 합

81) 공범의 진술에 대해서까지 제316조 제1항을 적용하는 것은 문언의 의미범위를 넘는 것으로 타당하지 않다는 견해로 이완규(주 15), 218-219.

82) 이와 관련하여 조사자증언 제도의 바람직한 운용방법에 대한 김희균, “검사 작성 피의자 신문조서의 증거능력 개정안 검토”, 경상대학교 법학연구(2021. 1.), 119-123 참조.

리적으로 설명 가능하다는 것과 그것이 가장 바람직한 태도라는 것은 구별되어야 하는 문제이고, 결론적으로 개정법이 취한 태도가 최선이라고 평가하기는 어렵다고 생각한다. 2007년 형사소송법 개정 당시 법적 근거가 마련되었을 뿐만 아니라 이미 제한적인 범위에서이긴 하나 본증으로 활용되고 있는 영상녹화물이라는 대안을 충분히 고려하지 못하였다고 보이기 때문이다. 영상녹화물은 조서와 달리 작성자의 주관이 개입하지 않고 기계적인 방법으로 신문의 전 과정이 기록되기 때문에, (조작이 이루어지지 않는다는 전제 하에) 조서작성 과정에서 추가로 발생하는 신빙성 위험이 없고, 녹화물 자체가 법정에 제출되는 결과 증거 제출 과정에서 추가되는 신빙성 위험도 없다. 영상녹화물은 전달자와 관련된 신빙성 위험의 측면에서뿐만 아니라 원진술과 관련된 신빙성 위험의 측면에서도 두 가지 점에서 그 위험을 감소시키는 장점이 있다. 첫째, 피의자신문 과정이 영상으로 녹화되면, 공개되지 않은 밀실에서 신문이 이루어지는 때보다 수사기관의 강압수사 우려가 현저히 줄어든다고 할 수 있고, 그에 따라 피의자에게 가하여지는 심리적 압박 역시 상당 부분 감소할 것이다. 따라서 영상녹화가 이루어진 경우는 그렇지 않은 경우보다 ‘피의자가 수사기관에서 한 진술’ 자체의 신빙성 위험이 상대적으로 적다고 평가할 수 있다. 둘째, 원진술자의 음성과 진술 모습이 영상으로 기록되어 법정에서 그대로 재현되는 결과, 원진술자가 법정에서 직접 진술하는 것과 유사하게 판단자가 원진술자의 진술태도를 관찰함으로써 (제한적으로나마) 신빙성을 검증할 수도 있다. 이런 점을 모두 종합적으로 고려하면, 전문법칙의 예외를 인정받기 위한 신빙성의 문턱을 넘는 데 있어서는 영상녹화물이 피의자신문조서는 물론이고 조사자증언보다도 우월한 증거라고 볼 여지가 충분히 있다.⁸³⁾

83) 홍진영(주 56), 229-246은 조사자증언이 갖는 취약점과 영상녹화물이 갖는 장단점을 상세히 분석하여 조사자증언이 영상녹화물에 비해 반드시 공판중심주의에 더 부합하는 ‘우량증거’라고 할 수 없다는 점을 논증한다.

구분	조사자증언			영상녹화물		
	원진술	전달자의 진술	전달자의 법정증언 (검증장치 작동)	원진술	진술의 녹화	영상녹화물에 의한 전달
지각	40	40×0.4=16	40×0.8=32	40	40×1.0=40	40×1.0
기억	50	50×0.4=20	50×0.8=40	50	40×1.0=50	50×1.0
서술	20	20×0.4=8	20×0.8=16	20	20×1.0=20	20×1.0
정직성	20	20×0.4=8	20×0.8=16	20	20×1.0=20	20×1.0
평균 (종합적 신빙성)	32.5	13	26	32.5 + α (영상녹화 실시로 인한 신빙성 증가)	32.5+α	32.5 + α + β (원진술자의 진술태도 관찰에 의한 신빙성 검증)

그러나 2007년 형사소송법 개정 당시 영상녹화물을 일반적으로 본증으로 사용할 수 있도록 하자는 제안은 입법과정에서 채택되지 않았다. 대법원도 비록 참고인조사의 영상녹화물에 관한 것이기는 하나, 현행법의 해석으로는 영상녹화물을 공소사실 증명을 위한 독립적 증거로 사용할 수 없다고 판시한 바 있다.⁸⁴⁾ 2020년의 개정으로 영상녹화물의 본증 사용을 허용하는 규정이 새로 추가된 것도 아니므로, 단지 검찰 피의자신문조서의 증거능력 인정요건에 관한 규정이 개정되었다고 해서 영상녹화물의 본증 사용 가능성에 대한 현행법의 해석론을 변경하기는 어려울 것이다.⁸⁵⁾

다만 개정법의 구체적인 운용을 통해 간접적인 방법으로나마 피의자신문에 대한 영상녹화물의 활용범위를 확대하는 것은 가능하다. 그 첫 번째 방법은 앞서 예로 든 것처럼, 조사자증언의 증거능력 인정요건으로서 ‘특신상태’를 판단함에

84) 대법원 2014. 7. 10. 선고 2012도5041 판결 참조.
 85) 언론보도에 따르면, 대법원은 이번 형사소송법이 개정된 후 검사의 피의자신문 과정을 녹화한 영상녹화물에 대해 본증으로서의 증거능력을 인정해서는 안 된다는 의견을 국회에 전달하였다고 한다.
 손현수, “대법원 ‘피의자 신문 영상녹화물 증거사용 부적절’”, 법률신문 2020. 6. 24. 자, <https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View/Content/Article?serial=162432> 참조.

있어서 피의자신문의 전 과정을 영상녹화하였다는 사정을 특신상태의 인정에 있어서 중요 요소로 고려하는 것이다. 두 번째 방법은 그 영상녹화물 자체를 ‘특신상태’ 여부 판단에 있어서 주요 증거로 사용하는 것이다. 대법원은 특신상태의 증명의 방법에 있어서는 엄격한 증명의 법리가 적용되지 않고 자유로운 증명으로도 족하다고 보고 있다.⁸⁶⁾ 따라서 비록 현행법상 독자적인 본증으로 사용할 수는 없는 영상녹화물이라고 하더라도 특신상태를 증명하기 위한 증거로는 사용할 수 있다고 보아야 할 것이다.⁸⁷⁾ 실제로 피의자신문 당시의 진술이 특신상태 하에서 이루어졌는지를 판단하는 데 있어서는 신문 당시 수사기관이 어떠한 태도를 취하였는지, 유도신문에 의하여 진술이 이루어졌는지 아니면 단문장답으로 피의자가 직접 설명하는 방식으로 진술이 이루어졌는지 등이 중요 고려 요소가 될 수 있고, 영상녹화물은 이러한 사정을 활용하는 효과적인 수단이 될 수 있다. 이처럼 조사자증언의 증거능력 인정요건인 특신상태와 관련하여 영상녹화를 실시하였다는 사정 자체를 중시하면서 동시에 특신상태 인정의 증거로도 이를 활용하게 되면, 수사기관으로서의 수사단계에서의 피의자 진술을 장래 증거로 현출할 수 있는 가능성을 높이기 위해 영상녹화를 실시할 분명한 유인이 생기게 된다. 그에 따라 수사기관의 피의자신문 영상녹화 활용이 증가한다면, 형사사법제도 전반에 걸쳐 수사절차의 투명성이 제고되고 수사과정에서의 부당한 인권침해 발생여지가 감소하는 긍정적인 효과까지 누릴 수 있으리라고 생각한다.

86) 대법원 2012. 7. 26. 선고 2012도2937 판결 참조.

87) 한연규(주 77), 276; 이승주(주 14), 302; 서원익, “조사자 증언에서의 특신상태 증명수단으로서 영상녹화물 활용”, 형사소송 이론과 실무 제13권 제2호(2021. 6.), 200-204. 반면 영상녹화물을 2020. 2. 4. 개정 전의 피의자신문조서의 증거능력 인정요건이었던 ‘특신상태’의 증명수단으로 사용할 수는 없다고 보는 반대견해도 있는데[오기두, “수사과정 영상녹화물의 증거조사(하)—2008년 이후의 논의에 대한 답변—”, 저스티스 제139호(2013. 12.), 191; 이형근, “영상녹화물에 의한 특신상태 증명: 대법원 2014. 8. 26. 선고 2011도6035 판결의 해석을 중심으로”, 형사정책연구 제30권 제4호(2019), 194], 이러한 입장에서는 조사자증언의 증거능력 인정요건으로서의 ‘특신상태’ 증명에 있어서도 영상녹화물을 증거로 사용할 수 없다는 견해를 취할 것으로 생각된다.

VII. 결론

대상판결은 공범에 대한 경찰 피의자신문조서는 그 공범이 아닌 당해 피고인이 내용을 인정하지 않는 한 증거능력을 인정할 수 없고, 그 결과로 설사 원진술자인 공범이 사망 등으로 진술할 수 없는 경우라고 하더라도 제314조에 따라 증거능력을 부여할 수 없다는 확고한 판례의 태도를 재확인하였다. 이러한 종래의 태도는 수사기관으로부터 피의자로 신문을 받는 과정에서 하는 진술이 유형적·일반적으로 갖는 신빙성의 취약점, 조서라는 진술기재서류가 갖는 신빙성의 취약점, 다른 가담자에게 책임을 전가하려는 유인이 존재하는 공범 진술의 특징, 증거거부권이 있는 공범에 대한 법정에서의 반대신문 등을 통한 신빙성 검증 장치의 불완전성 등을 고려하면 일응 그 합리성을 수긍할 수 있다. 피고인이 내용을 인정한 때에만 피의자신문조서의 증거능력을 인정할 수 있도록 규정한 제312조 제3항 및 개정법 제312조 제1항 역시 마찬가지로 관점에서 전문법칙의 이론적 틀 내에서 정당화하는 것이 가능하다. 다만 위와 같은 종래 판례의 해석론은 특히 개정법 하에서는 구체적인 사건에서 정의관념상 받아들이기 힘든 불합리한 결과를 낳을 위험이 크고, 따라서 종래 다수설·판례에 반대하던 제312조 제4항 설 등 소수설의 비판을 진지하게 재검토할 필요도 있다고 생각한다.

개정법 하에서 공범이 수사기관에서 한 진술은 제316조의 조사자증언 형태로 법정에서 현출될 수밖에 없게 되었으므로, 조사자증언이 증거로서 갖는 한계를 분명히 인식하면서도 구체적 사건에서 충분히 신용성 있는 수사기관 진술이 증거로 사용되지 못하여 정의관념에 반하는 불합리한 결과가 발생하지 않도록 제도를 합리적으로 운용할 필요가 있다. 조사자증언의 증거능력 인정요건인 특신상태의 판단기준을 보다 구체적이고 명확하게 정립함으로써 법적용의 예측가능성을 제고하는 한편 특신상태 인정에 신중한 태도를 유지함으로써 피의자신문조서의 증거능력을 제한한 법의 취지를 몰각하지 않도록 하여야 할 것이다. 공범의 수사기관 진술의 경우 제316조 제2항을 적용하게 되면 단순한 진술번복이나 진

술거부만으로 이를 증거로 쓸 가능성이 완전히 봉쇄되므로, 법정진술의 확보불가능성이라는 측면에서 피고인과 동등하게 볼 수 있다는 점을 중시하여 제316조 제1항을 적용하는 방안도 적극적으로 고려할 필요가 있을 것이다.

참고문헌

1. 국내문헌

[단행본]

- 편집대표 김희욱·박일환, 주석 형사소송법(제5판) III, 한국사법행정학회(2017).
나영민·박노섭, 피의자신문제도의 개선방안에 관한 연구-녹음·녹화방식을 중심으로-, 한국형사정책연구원(2006).
법원실무제요 형사(II), 법원행정처(2014).
신동운, 신형사소송법(제5판), 법문사(2014).
신동운 편, 형사소송법제정자료집, 한국형사정책연구원(1990).
이완규, 2020년 검찰개혁법 해설, 박영사(2020).
이재상·조균석, 형사소송법(제12판), 박영사(2019).
정웅석·김희균·오경식, “전문법칙 관련규정의 정비방안”, 대검찰청 연구보고서(2015).

[논문]

- 강동범, “사법경찰관이 작성한 공범에 대한 피의자신문조서의 증거능력”, 전북대학교 법학연구 제41집(2014. 5.).
권순민, “개정 형사소송법에 따른 검사가 작성한 공범에 대한 피의자신문조서의 증거능력”, 국민대학교 법학논총 제33권 제2호(2020. 10.).
김경락, “개정 형사소송법상 수사기관이 작성한 공범자의 피의자신문조서의 증

- 거능력-증거능력을 인정하기 위한 적용법조를 중심으로-”, 형사법의
신동향 제67호(2020. 6.).
- 김성룡, “검사작성 피의자신문조서의 증거능력 관련 규정 개정이 남긴 과제”, 인
권과 정의 제491호(2020. 8.).
- 김용재, “원진술자의 증언거부와 형사소송법 제314조의 전문법칙의 예외-대법
원 2019. 11. 21. 선고 2018도13945 전원합의체 판결-”, 저스티스 제
182-1호(2021. 2.).
- 김현철, “형사소송법 제312조 제1항의 개정에 따른 수사와 공판 실무의 예상되
는 변화와 바람직한 운영 방안”, 전남대학교 법학논총 제41권 제2호
(2021. 5.).
- 김희균, “검사 작성 피의자신문조서의 증거능력 개정안 검토”, 경상대학교 법학
연구(2021. 1.).
- 서원익, “조사자 증언에서의 특신상태 증명수단으로서 영상녹화물 활용”, 형사
소송 이론과 실무 제13권 제2호(2021. 6.).
- 손동권, “피의자신문조서에 대한 형사소송법 제314조의 적용문제-그리고 피의
자신문조서의 증거능력에 관한 입법론”, 경찰학연구 제11권 제3호(2011.
9.).
- 신동운, “사법개혁추진과 형사증거법의 개정”, 서울대학교 법학 제47권 제1호
(2006. 3.).
- 신양균, “형사소송법의 개정방향”, 전북대학교 법학연구 제32집(2011. 5.).
- 오기두, “수사과정 영상녹화물의 증거조사(하)-2008년 이후의 논의에 대한 답
변-”, 저스티스 제139호(2013. 12.).
- 이상윤, “개정 형사소송법상 공동피고인의 피의자신문조서의 증거능력-피의
자신문조서 관련조항의 해석을 중심으로-”, 서울법학 제28권 제2호
(2020. 8.).
- 이승주, “개정 형사소송법상 공범의 진술증거 확보 문제-검사 작성 피의자신문
조서의 증거능력 제한에 따른 대안-”, 법조 제69권 제4호(2020. 8.).

이원규, “공범인 피의자에 대한 경찰 피의자신문조서의 증거능력”, 형사법의 신동향 제18호(2009. 2.).

이용우, “형사소송법 제312조 제3항이 양벌규정에 따라 기소된 사업주와 행위자 사이의 관계에서도 적용되는지 여부 및 검사 이외의 수사기관이 행위자에 대하여 작성한 피의자신문조서의 내용을 사업주가 부인하는 경우 형사소송법 제314조에 따라 증거능력을 인정할 수 있는지 여부”, 대법원 판례해설 제124호(2020).

이은모, “공범자에 대한 피의자신문조서의 증거능력”, 한양대학교 법학논총 제32집 제4호(2015. 12.).

이형근, “영상녹화물에 의한 특신상태 증명: 대법원 2014. 8. 26. 선고 2011도6035 판결의 해석을 중심으로”, 형사정책연구 제30권 제4호(2019).

정용석, “공범에 대한 조사자증언의 허용여부 및 공범조서와의 관계”, 저스티스 제143호(2014. 8.).

정승환, “검사작성 피의자신문조서의 증거능력과 ‘특신상태’”, 형사법연구 제19권 제3호(2007. 9.)

지은석, “형사소송법 제312조 제3항의 확대 적용—대법원 2020. 6. 11. 선고 2016도9367 판결—”, 형사법의 신동향 제69호(2020. 12.).

한연규, “사법경찰관의 조사자증언과 수사상 진술의 증거활용”, 형사법의 신동향 제60호(2018. 9.).

홍진영, “개정 형사소송법 제312조에 대한 검토—조사자증언은 과연 최우량증거인가?—”, 형사소송 이론과 실무 제12권 제1호(2020. 6.)

2. 외국문헌

[단행본]

Fisher, George, Evidence (3d ed.), Foundation Press (2013)

Mueller, Christopher B. and Laird C. Kirkpatrick, Federal Evidence § 8:3 (4th ed.), Westlaw (database updated May 2020)

Spencer, J R, Hearsay Evidence in Criminal Proceedings (2d ed.), Hart Publishing
(2014)

[논문]

Park, Roger, The Rationale of Personal Admissions, 21 Indiana Law Review 509
(1988).

Stonefield, Sam, Rule 801(d)'s Oxymoronic "Not Hearsay" Classification: The
Untold Backstory and a Suggested Amendment, 5 Fed. Cts. L. Rev. 1, 3-4
(2011).

질의 및 답변*

1. 이동기 회원

[질의 1] 형사소송법 제316조에 의하면, 일정한 요건하에 조사자증언의 증거능력을 인정할 수 있도록 규정하고 있습니다. 그러나 현재 다수의 대법원 판례와 하급심 실무는 조사자증언의 증거능력을 부정하거나 엄격하게 인정하고 있는 것으로 보입니다.

그런데 발표자가 작성한 조사자증언의 신빙성 수치는 증거능력을 인정하기 위해 요구되는 최소치인 50에 훨씬 미치지 못하고 있고, 발표자도 조사자증언에 대하여 제316조의 특신상태 요건의 충족 여부를 신중하게 판단하는 한편, 특신상태에 관한 판단기준을 보다 구체적이고 명확하게 정립할 필요가 있다고 판단하고 있습니다(37쪽). 또한 개정 형사소송법에 의하면 검찰 피의자신문조서의 경우에도 피고인이 내용인정을 하여야 증거능력이 부여되고, 이는 앞으로 조서(진술)가 아닌 증거중심 공판주의를 실현하겠다는 입법자의 의지가 반영되어 있는 것으로 보이며, 현실적으로 피고인을 조사한 수사관이 법정에서 자신이 작성한 조서의 내용(대부분 피고인 자백 내용)과 다른 내용으로 진술하기를 기대하기 어려울 것입니다.

이와 관련하여, 조사자증언의 증거능력을 부여하고 있는 현행 법규정이 정당한 것인지(조사자증언의 증거능력 인정 여부), 현행 규정을 적용한다고 하더라도 실무적으로 조사자증언의 증거능력을 엄격하게 적용하기 위하여 요건이나 범위 등을 어떻게 제한, 해석할 수 있는지에 대한 의견을 말씀해주시기 바랍니다.

[질의 2] 발표자는 공범의 수사기관 진술을 증거로 사용할 수 없어 정의관념에 반하는 결과가 발생하는 부작용을 줄이기 위해서 공범의 진술에 대해서는 제

* 여기에 기재된 질의와 토론은 부산판례연구회 제337차 발표회 당시 질의자의 질문에 대하여 발표자가 답변한 것을 정리한 내용이다.

316조 제2항의 ‘피고인 아닌 타인의 진술’이 아닌 제316조 제1항의 ‘피고인의 진술’에 해당하는 것으로 보아 사망 등 진술불능 상태가 아니더라도 특신상태를 요건으로 조사자증언이 가능하도록 해석하는 방안을 검토해 볼 필요가 있다고 밝히고 있습니다.

그러나 개인적으로는 위에서 본바와 같이 앞으로 조서(진술)가 아닌 증거중심 공판주의를 실천하고, 진술에 의존하는 기존 수사관행과 그에 따른 폐해가 사라져야 된다는 점에서 제316조를 해석함에 있어서 공범은 같은 조 제2항의 ‘피고인 아닌 자’에 해당한다고 보고 있는 기존의 판례와 다수설이 더 타당하다고 보입니다. 다만, 특신상태를 판단함에 있어서 피의자신문의 전 과정을 영상녹화하였다는 사정을 중요 요소로 고려하지는 발표자의 의견에 의한다면 양 견해의 실질적인 차이가 상당히 줄어들 것으로 판단됩니다.

이에 대한 발표자의 견해를 말씀해주시면 감사하겠습니다.

[답변] 저는 발표문에서도 말씀드렸듯이, 필요성(원진술자가 피고인일 것 또는 원진술자가 진술불능일 것) 및 신용성(특히 신빙할 수 있는 상태하에서 한 진술일 것) 요건이 갖추어진 경우 조사자증언의 증거능력을 인정하는 현행 형사소송법의 태도는 전문법칙의 이론적 관점에서 타당하다고 생각합니다. 보다 거시적으로는, 피고인이 수사기관에서 한 진술을 법정에서 증거로 사용할 수 있는 방법이 어떤 식으로든 마련되어 있어야 한다고 생각하고, 그런 관점에서 피고인의 수사기관 진술을 증거로 현출할 수 있는 방법으로 조사자증언을 마련해 두고 있는 것이 그러한 방법을 전혀 마련하지 않는 것에 비해 당연히 바람직하다고 생각합니다. 종래에는 피고인의 수사기관 진술의 증거제출 방법으로 피의자신문조서와 조사자증언의 두 가지 방법이 있었던 셈인데, 2020. 2. 4. 개정을 통해 이제는 조사자증언 한 가지 방법만 남게 되었습니다. 발표문에서 말씀드렸듯이 피고인의 수사기관 진술을 증거로 현출하는 여러 방법 중에서 피의자신문조서 보다는 조사자증언이 더 나은 방법이라고 평가하는 것도 가능하다고 생각되고, 저는 우리 입법자가 그러한 평가를 내린 것이라고 이해할 수 있다고 봅니다.

실무상 조사자가 증인으로 출석해서 자신이 작성해 놓은 조서 내용을 그대로 진술하는 방식으로 조사자증언 제도가 운용되게 된다면, 이는 조서의 증거능력을 엄격히 제한한 취지에 반하는 결과가 될 것입니다. 조사자를 증인으로 채택함에 있어서 특신상태 요건 충족여부에 대해 엄격하게 판단하여 증거채부결정을 내려야 할 것이고, 증인으로 채택한 경우에도 장문단답식으로 조서 내용에 대해 '예'라고만 답하는 증인신문은 허용해서는 안 될 것입니다. 특신상태 요건에 대해서는, 발표문에서 말씀드렸듯이 저는 신문과정 영상녹화 + 변호인 참여의 두 가지 요건이 충족되면 원칙적으로 특신상태를 인정할 수 있지 않을까 생각하고, 그 외 추가적인 고려사항으로 피의자신문에 이르게 된 경위, 피의자가 구속상태에 있었는지, 조사 과정에서 이례적인 점은 없었는지 등을 검토할 수 있다고 생각합니다.

[답변] 저는 기본적으로, 공판중심주의나 직접주의, 구두변론주의 등의 이념으로부터 '피고인 또는 제3자가 법정 외에서 한 진술'을 일체 증거로 쓸 수 없다는 결론이 도출되는 것은 아니라고 생각합니다. 종래 지적되어 왔던 조서재판의 폐해를 줄여야 한다는 데 전적으로 동의하지만, 그렇다고 그 폐해를 줄이는 방법이 피고인이나 제3자가 수사기관에서 한 진술을 증거로 쓸 수 있는 방법을 봉쇄해 버리는 것이 되어서는 안 될 것입니다. 증거능력에 관한 법리를 지나치게 경직적으로 운용하면, 구체적 사건의 해결에 있어서 불합리한 결과가 발생할 위험이 생기게 됩니다. 저는 전문법칙의 예외인정 요건을 엄격하게 심사하여야 한다고 생각하고, 특히 피고인이나 공범이 수사기관에서 한 진술은 그 유형적·일반적 신빙성 취약점 때문에 더더욱이나 그 증거능력 인정에 신중하여야 한다고 생각하지만, 그럼에도 불구하고 그러한 진술을 엄격한 요건 하에 증거로 쓸 수 있는 방법은 마련되어 있어야 한다고 생각합니다.

현재의 다수설·판례의 입장에 따르면, 공범이 수사기관에서 한 진술은, 그것이 아무리 특신상태가 완벽하게 갖추어진 진술이라고 하더라도, 그 공범이 사망·질병 등으로 진술불능 상태에 빠지지 않는 이상에는 법정에서 증거로 사용할 방

법이 없게 됩니다. 저는 이것은 실체진실 발견을 지나치게 저해하는 태도라고 생각합니다. 우리 형사소송법이 수사기관에서 획득한 진술을 증거로 사용하는 방법으로 조사자증언을 채택한 이상, 진술의 재현가능성 측면에서 피고인과 거의 동일한 공범의 경우에도 피고인과 같은 요건 하에서 조사자증언을 통해 그 수사기관 진술을 증거로 사용할 수 있도록 하는 것이 필요하다고 생각합니다. 만약 이러한 해석이 제316조 제2항의 문언에 정면으로 반하여 문제라면, 제312조에 관한 기존의 해석론을 변경하여 공범의 수사기관 진술에 대해서는 제312조 제4항을 적용하여 그 조서를 증거로 쓸 수 있는 길을 열어 줄 필요가 있다고 봅니다.

2. 김경수 회원

전문법칙이라는 쉽지 않은 주제에 대하여 수학적 계산까지 이용하여 흥미롭게 발표해 주신 발표자께 감사의 말씀을 드립니다. 덕분에 전문법칙에 대하여 깊이 고민해 볼 수 있는 시간이 되었습니다. 발표문을 읽다가 아래와 같은 의문이 들어 질문을 드립니다.

[질의 1] 발표자께서는 공범의 경찰 피의자신문조서에 대하여 제312조 제3항 설 중 피고인 내용인정설을 취한 대상 판결의 견해를 지지하면서 그 논거로 ① 여러 명이 하나의 범죄에 관여한 경우 서로 자신의 책임을 다른 사람에게 미루려는 것이 일반적인 인간심리이므로 이런 경우 제312조 제3항을 당해 피고인 외의 자들에게까지 적용하지 않으면 인권보장을 위해 마련된 위 규정의 취지를 제대로 살리지 못하여 부당하고 불합리한 결과에 이를 수 있다는 점), ② 공범이 수

1) 이는 대법원 판결(대상 판결 및 대법원 86도1783 판결)에서 실시한 근거 중 하나이고, 그 밖에 대법원 판결이 들고 있는 나머지 근거들, 즉 공범에 대한 피의자신문조서의 내용이 당해 피고인에 대한 피의자신문조서의 내용과 다름없다는 점, 만약 원진술자인 공범이 피고인에 대한 사건의 법정에서 내용을 인정할 경우 증거능력을 부여할 수 있다고 보게 되면, 형사재판이 각각 별도로 이루어진 경우 자기에 대한 사건에서는 내용을 부인하여 증거능력이 없는 피의자신문조서도 공범인 다른 피고인에 대한 관계에 있어서는 유죄의 증거가 될 수 있는 불합리하고 불공평한 결과가 생길 수 있다는 점, 공범에 대한 사건에서 그

사기관의 피의자신문에 응하여 한 진술은 피고인 본인의 것만큼 또는 그보다 더 신빙성이 취약하다는 점, ③ 특히 신빙성이 취약한 부분은 공범 자신의 범행에 대한 진술 부분이 아니라 책임전가 가능성이 있는 피고인의 범행에 대한 부분이라는 점, ④ 공범에게 증언거부권 내지 진술거부권이 있어 법정에서의 반대신문 기회의 보장 등 신빙성 검증장치가 온전히 작동할 수 없다는 점, ⑤ 조서의 신빙성에 대한 강력한 의심을 담고 있는 법의 취지에 더 부합한다는 점을 들고 있습니다.

또한 위와 같은 대상 판결의 태도와 2020. 2. 4. 개정된 형사소송법 제312조 제1항2)에 따라 공범의 수사기관에서의 진술을 증거로 현출하는 방법이 사실상 봉쇄되어 실제진실의 발견이 어려워지는 것을 막기 위하여 제316조의 조사자증언 제도를 합리적으로 운용할 필요가 있다고 하였습니다.

그런데 제312조 제3항설 중 피고인 내용인정설을 따를 경우, 발표자께서도 지적한 바와 같이 제312조 제3항이 내용인정의 주체를 ‘그 피의자였던 피고인’이라고 규정하고 있음에도 이를 ‘당해 사건의 피고인’으로 해석하여야 하므로 법률의 문언해석의 범위를 넘어서게 되는데다가, 제310조의2 이하에서 ‘피고인’과 ‘피고인 아닌 자’를 구별해서 규정하고 있는데, 제312조를 제외한 모든 조문에 대해서는 관례·통설이 공범을 ‘피고인 아닌 자’에 해당한다고 보면서 제312조 제3항의 경우에만 달리 해석하게 됨으로써 일관성이 없게 된다는 문제가 발생합니다. 나아가 발표자께서 들고 있는 논거 중 ①, ⑤에 대하여는 형사소송법이 전

공범이나 변호인이 내용을 인정한 바 있다고 하여 이를 당해 피고인에 대한 사건의 증거로 할 수 있다고 본다면 당해 피고인의 반대신문 기회도 없었던 진술만으로 증거능력을 인정하는 것이 되고, 만약 공범에 대한 사건에서 변호인이 내용 인정을 한 경우라면 자기의 변호인도 아닌 사람의 소송행위로 불이익을 받는 결과가 되어 부당한 점, 공범관계(필요적 공범이나 양벌규정의 적용을 받는 법인·개인과 행위자 관계)에 있는 경우 어느 한 피고인이 자기의 범죄에 대하여 한 진술이 나머지 자가 저지른 범죄에도 내용상 불가분적으로 관련되어 있어 목격자, 피해자 등 제3자의 진술과는 본질적으로 다른 속성을 지니고 있는 점에 대하여는 발표자도 설득력이 크지 않다고 평가하였습니다.

- 2) 제312조 ① 검사가 작성한 피의자신문조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 공판준비, 공판기일에 그 피의자였던 피고인 또는 변호인이 그 내용을 인정할 때에 한 정하여 증거로 할 수 있다.

문증거 관련 규정에서 수사기관이 작성한 조서의 증거능력을 엄격히 제한하고 있으면서도 조사자증언 제도까지 포함시켜 놓은 규율체계 전체를 합리적으로 설명해 내기에 부족한 측면이 있는 점, ②, ③에 대하여는 위 학설의 대안으로 조사자증언 제도를 이용하더라도 결국 원진술자인 공범의 진술 자체의 신빙성에는 차이가 없는 점, ④에 대하여는 제312조 제4항설에 따를 때에도 원진술자인 공범에 대해 반대신문 기회가 보장될 것을 증거능력 인정요건으로 요구하고 있고, 제312조 제4항설은 이에 더하여 특신상태까지 요구하기 때문에, 반대신문이 정상적으로 이루어진다면 공범의 수사기관 진술이 갖는 낮은 신빙성 문제는 법정에서의 반대신문을 통한 검증에 의해 해소되어 신빙성의 문턱을 넘는다고 평가할 수 있을 뿐만 아니라, 만약 공범이 내용인정 또는 진정성립 인정진술만을 한 채 구체적인 반대신문에 대해서는 일체 진술을 거부하는 등으로 반대신문이 실질적으로 이루어지지 못함으로써 신빙성의 문턱을 넘지 못하는 경우에는 ‘반대신문 기회 보장’ 요건이 충족되지 않았다고 보아 증거능력을 부정할 수 있는 점을 반박 논거로 들 수 있을 것 같습니다.

위와 같이 본다면 제312조 제3항설 중 피고인 내용인정설보다 제312조 제4항설이 오히려 설득력이 있는 것이 아닌가 하는 생각이 드는데, 이에 대한 발표자의 견해가 어떠한지 궁금합니다.

[질의 2] 나아가 발표자께서는 조사자증언 제도의 운용과 관련하여, 현재 판례·다수설이 제316조를 해석함에 있어 공범은 같은 조 제2항의 ‘피고인 아닌 타인’에 해당하는 것으로 보고 있고, 따라서 공범이 사망·질병·외국거주·소재불명 등의 사유로 진술할 수 없는 경우여야만 그 공범의 진술을 내용으로 하는 조사자증언이 가능하다고 보고 있는데, 이에 따를 때 공범의 수사기관 진술의 증거사용 가능성이 지나치게 좁아지게 되어 정의관념에 반하는 결과가 발생할 수 있으므로, 공범의 진술에 대해서는 같은 조 제2항의 ‘피고인 아닌 타인의 진술’이 아닌 같은 조 제1항의 ‘피고인의 진술’에 해당하는 것으로 보아 사망 등 진술불능 상태가 아니더라도 특신상태를 요건으로 조사자증언이 가능하도록 해석하는 방안

을 검토해 볼 필요가 있다는 견해를 밝혔습니다.

그런데 위와 같이 볼 경우, 특히 공범이 공동피고인이 아닌 경우에는 위와 같은 해석이 제316조 제1항의 ‘피고인의 진술’이라는 문언에 명백히 반하는 결과를 초래하게 되고, 이는 앞에서 본 바와 같이 제312조 제3항설 중 피고인 내용인 정설 자체가 ‘그 피의자였던 피고인’이라고 규정하고 있음에도 이를 ‘당해 사건의 피고인’이라고 문언에 반하는 해석을 한 문제점이 있는데, 이를 보완하기 위하여 또다시 법률의 문언해석의 범위를 벗어나는 방법을 선택하는 것으로서, 발표자가 언급한 바와 같은 증거사용의 필요성을 고려하더라도 다소 지나친 확장 해석으로 보이는바, 이에 대한 발표자의 견해가 궁금합니다.

[답변] 질의자께서 말씀해 주신 바와 같은 이유에서, 저도 제312조 제4항설이 이론적 차원에서나 현실적 차원에서 모두 상당히 설득력이 높은 견해이고, 반대신문 요건 및 특신상태 요건의 엄격한 운용을 통해 종래 제312조 제3항설이 주장하는 피의자 인권보장 및 공판중심주의 측면에서의 부작용을 최소화할 수도 있다고 생각합니다. 다만 제312조 제4항설을 채택하는 데 주저하게 되는 것은 대법원이 대상판결에서도 보여주었듯이 종래의 확고한 태도를 바꿀 여지가 거의 없어 보인다는 현실적인 이유 때문입니다.

대법원이 종래의 견해를 변경해서 공범의 피의자신문조서에 대해 제312조 제4항을 적용하는 입장을 취하려고 하였다면, 제312조가 정비됨과 아울러 조사자 증언 제도가 도입된 2007년 개정 당시에 견해를 변경하는 것이 가장 자연스럽게 이론적으로 설명하기도 쉬웠으리라고 생각합니다. 피의자가 경찰에서 한 진술이라고 하더라도 일률적으로 증거로 쓸 수 없는 것이 아니라 조사자증언의 형태를 통해서 증거로 쓸 수 있게끔 법의 태도가 변경되었으므로, 피의자가 경찰에서 한 진술에 대해 일률적으로 ‘신용성이 박약하다’고 하여 증거능력을 배척하던 종래의 태도를 바꾸는 것이 자연스러웠을 것입니다. 즉, ‘① 조사자증언을 통해 피의자의 경찰 진술도 증거로 쓸 수 있다고 입법자가 결단하였는데, 이는 피의자의 경찰 진술도 특신상태 등 예외적 요건 하에 증거로 할 수 있음을 의미한

다. ② 2007년 개정된 제312조 제4항은 반대신문권 보장 및 특신상태 요건을 명문으로 규정함으로써 조서 증거능력 인정요건을 종전보다 엄격하게 하고 있다. ③ 따라서 2007년 개정법하에서는 종래와 달리, 공범에 대한 경찰 피의자신문조서에 대해서는 제312조 제4항을 적용하는 것이 타당하다.'라고 논리를 세울 수 있었을 것입니다.

그러나 대법원은 2007년 개정 이후에도 종래의 해석론을 변경하지 않았고(저는 이 점을 안타깝게 생각합니다), 그런 가운데 2020. 2. 4. 개정을 맞았습니다. 이제 와서 대법원이 종래의 해석론을 변경하려면 '검찰 피의자신문조서의 활용가능성까지 제한되어 공범의 진술증거 사용가능성이 너무 축소되었다'는 지극히 현실적인 이유를 들 수밖에 없을 것인데, 대법원이 그렇게 판단하기는 쉽지 않으리라고 생각합니다.

[답변] 공범의 수사기관 진술에 대해 제316조 제1항을 적용해야 한다는 주장은, 질의자께서 지적해 주신 대로 (문언에 반하여) 제312조 제3항설을 취한 뒤 그에 따른 문제를 보완하기 위해 또다시 문언에 반하는 해석을 시도하는 것이 맞습니다. 그리고 이렇게 문언에 반하는 해석을 하기보다는 공범에 대한 피의자신문조서에 대해 제312조 제3항설이 아닌 제312조 제4항설을 취하고, 공범 진술에 대한 조사자증언에 있어서는 제316조 제2항을 적용하는 것이 일관되게 문언에 부합하면서도 증거법상의 불합리를 줄이는 방법이라고 볼 수도 있다고 생각합니다.

그러나 위에서 말씀드린 대로 가까운 시일 내에 대법원의 견해 변경을 기대하기가 어렵다는 점을 고려하면, 일단 종래의 판례(제312조 제3항설, 피고인 내용 인정설)가 유지된다는 것을 전제로 하여 그러한 상황 하에서 증거법상 문제를 최소화할 수 있는 해석론을 모색해 볼 필요도 있다고 생각합니다. 이러한 현실적인 관점에서 공범의 진술에 대해 제316조 제1항을 적용하여 조사자증언을 허용하는 것도 진지하게 검토해 볼 필요가 있다는 의견을 드린 것이라고 이해해 주셨으면 합니다.