

2020년 신형사소송법상의 조사자증언제도에 대한 소고

안성훈*

국 | 문 | 요 | 약

2020년 개정형사소송법에 따라 검사작성 피의자신문조서의 증거능력 규정인 제312조 제1항이 사법경찰관작성 피의자신문조서의 증거능력 인정요건과 동일하게 규정하는 방식으로 개정되고, 피고인이 조서의 진정성립(authenticity)을 부인하는 경우 영상녹화물(the video recording of interrogation) 등 객관적인 방법을 통하여 그 조서의 실질적 진정성립을 증명하는 방법이었던 제312조 제2항이 삭제됨으로써 이제 수사기관에서 작성된 조서는 피고인의 내용부인만으로 증거의 세계에서 사라지게 되었다. 하지만 입법자는 한편으로 이로 인해 형사소추권(public prosecution)이 약화될 것을 우려하여 이를 보완하기 위한 방안으로 2007년 도입한 조사자증언제도를 존치시켰고, 따라서 2020년 개정형사소송법상에서도 조서는 간접적으로나마 증거의 세계에서 부활할 수 있는 기회를 여전히 가지고 있다. 학계에서는 수사단계에서의 투명성을 충분히 담보하는 장치가 확보되지 않은 상황에서 조사자증언에 독자적인 증거능력을 갖도록 한 형사소송법 제316조 제1항은 제312조와의 관계에서 모순이기 때문에 증거능력을 허용해서는 안 된다고 하는 주장이 여전히 설득력 있게 제기되고 있다. 그러나 이러한 주장은 1954년 형사소송법 제정 당시의 수사현실에 근거한 입법취지에만 집착하여 진화하는 범죄 현실과 피의자의 인권보호 및 위법수사 방지를 위한 각종 제도가 마련된 현재의 수사현실을 도외시 하고 있고, 그러한 결과 이론의 논리적 구결이 2007년 개정형사소송법 이전의 강학상의 해석론으로 회귀하고 있다. 조사자증언제도는 공판중심주의를 강조하면서 그 동안에 지속적으로 이어온 조서재판(statement trial)의 현실에 대한 비판적 의견을 반영하여 조서재판의 폐해를 극복할 수 있는 제도적 방안을 모색하고자 하는 의도 하에 검사작성 피의자신문조서의 증거능력을 배제시키면서도 증거능력을 전면적으로 배제할 경우에 형사소추권이 약화될 것을 우려하여 이를 보완하면서도 구두변론주의를 실현하기 위하여 도입되었다. 이러한 도입취지와 제도의 입법과정에 비추어 볼 때 제316조 제1항의 규정은 조사자의 증언을 제312조 제3항에도 불구하고 증거로 인정하겠다는 입법적 의지라는 점을 분명히 알 수 있다. 생각건대, 2007년 개정형사소송법의 입법취지에 비추어볼 때 제316조가 전문법칙(the hearsay rule)의 예외 규정으로서 조사자증언의 증거능력을 인정한 것에는 의문의 여지가 없다. 이러한 입법취지를 몰각하고 증거능력을 인정하는 제도가 이미 도입되었음에도 강학상의 해석론과 현상에 대한 진단과 전망만으로 조사자증언의 증거능력을 부정하는 견해는 타당하지 않다.

* 한국형사정책연구원 연구위원

DOI : <https://doi.org/10.36889/KCR.2021.6.30.2.69>.

- ❖ 주제어 : 조사자증언, 감사작성 피의자신문조서, 사법경찰관작성 피의자신문조서, 조서, 증거능력, 공판중심주의, 구두변론주의

I. 들어가며

형사소송법 [법률 제8496호, 2007. 6. 1, 일부개정]	형사소송법 [법률 제16924호, 2020. 2. 4, 일부개정]
제312조(검사 또는 사법경찰관의 조서 등)	제312조(검사 또는 사법경찰관의 조서 등)
① 검사가 피고인이 된 피의자의 진술을 기재한 조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 피고인이 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음이 공판준비 또는 공판기일에서의 피고인의 진술에 의하여 인정되고, 그 조서에 기재된 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태에서 행하여졌음이 증명된 때에 한하여 증거로 할 수 있다.	① 검사가 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.
② 제1항에도 불구하고 피고인이 그 조서의 성립의 진정을 부인하는 경우에는 그 조서에 기재된 진술이 피고인이 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음이 영상녹화물이나 그 밖의 객관적인 방법에 의하여 증명되고, 그 조서에 기재된 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태에서 행하여졌음이 증명된 때에 한하여 증거로 할 수 있다.	〈삭 제〉
③ ~ ⑥ (생략)	③ ~ ⑥ (현행과 같음)

2020년 개정된 법률 제16924호 형사소송법(이하 2020년 신형사소송법이라고 한다.)은 “2018년 6월 21일 법무부장관과 행정안전부장관이 발표한 「검·경 수사권조정 합의문」의 취지에 따라 검찰과 경찰로 하여금 국민의 안전과 인권 수호를 위하여 서로 협력하게 하고, 수사권이 국민을 위해 민주적이고 효율적으로 행사되도록 하려는 것임”을 개정의 취지로 하고 있다. 이러한 개정취지 하에 검사와 사법경찰관의 관계 -협력관계로의 - 재정립(법 제195조), 검사의 사법경찰관에 대한 지휘감독 규정 삭제 및 사법경찰관 수사권 인정(법 제196조), 사법경찰관에게 범죄 혐의가 인정되지 않는 경우 송치하지 않을 권한(법 제245조의5), 사법경찰관의 영장신청에 대해 검사가 부당하게 영장청구를 하지 않는 경우의 영장청구심의신청권(법 제221조의5) 등을 주요 내용으로 개정이 이루어졌다. 특히 실질적인 공판중심주의 구현에 기여하고 피고인의 방어권을 보다 보장하려는 취지하에 검사작성 피의자신문조서의 증거능력 규정인 제312조 제1항이 사법경찰관작성 피의자신문조서의 증거능력 인정요건과 동일하게 규정하는 방식으로 개정되었고, 피

고인이 조서의 진정성립을 부인하는 경우 영상녹화물 등 객관적인 방법을 통하여 그 조서의 실질적 진정성립을 증명하는 방법이었던 제312조 제2항이 삭제되었다. 이로써 한 때 증거의 왕으로 불렸던 수사기관에서 작성된 조서의 지위는 증거법의 영역에서 사실상 그 지위를 상실하게 되었다.

이와 같이 검사작성 피의자신문조서의 증거능력 인정요건이 사법경찰관작성 피의자신문조서의 증거능력 인정요건과 동일하게 엄격해짐에 따라 수사실무에서는 많은 변화가 예상¹⁾되고 있는데, 특히 법정에서 피고인이 그 내용을 부인하는 경우 그 진술을 법정에 현출시킬 수 있는 방법은 제316조 제1항에 따른 조사자증언이 유일하게 되어 이 제도에 대한 이해와 활용방안이 주목받게 되었다. 주지하다시피 조사자증언제도는 2007년 개정 형사소송법에 도입되었지만, 2007년 개정 형사소송법에서는 검사작성 피의자신문조서의 형식적 진정성립과 함께 영상녹화물 등 객관적 증거방법에 의해 실질적 성립진정을 증명할 수 있는 수단이 마련되어 있었기에 그동안 조사자증언이 사용되는 경우는 거의 없었다. 그러나 이제 검사 또는 사법경찰관작성의 피의자신문조서가 원진술자의 내용부인에 의해 증거능력이 부정되고 그 밖의 증거가 전혀 확보되지 못한 경우에는 조사자증언제도가 피의자의 진술을 법정에 현출시킬 수 있는 유일한 방법이기 때문에 그 활용필요성과 가치가 높아질 것으로 보인다. 2007년 개정 형사소송법에서 당초 제도의 도입 취지와 다르게 불완전한 모습으로 도입되어 주목받지 못했던 제316조 제1항의 조사자증언제도는 이제 2020년 신형사소송법에서 내용의 실질을 떠나 형식적으로는 공판중심주의와 구두변론주의의 실현이라는 본래의 도입 취지²⁾에 따른 지위를 회복하게 되었다.

그러나 2007년 개정 형사소송법에 조사자증언제도가 도입되기 이전부터 수사기관이 신문과정에서 피의자로부터 들은 내용을 조사관이 법정에서 진술하는 경우에 그 증언의 증거능력을 인정할 것인가에 대해서는 극명히 상반된 견해의 대립이 있었다. 그러한 견해의 대립은 지금도 현재형으로 진행 중에 있고, 재판 실무 또한 조사자증언의 독립적인 증거로서의 사용을 엄격히 제한하고 있는 것이 사실이다. 따라서 앞으로도 조사자증언의 허용범위와 그 효력의 문제는 중요한 논의의 대상이 될 것으로 보인다.

1) 예컨대, 검찰의 피의자 출석요구 및 피의자신문조서 작성사태 감소, 법정에서의 피고인·증인 신문 강화, 비진술증거 수집의 중요성, 참고인 조사 강화, 증인신문청구, 증거보전제도 활용 및 공판조치 강화, 조사자증언 활성화 등이 예상된다.

2) 신동운(2006), “한국 형사사법의 개혁과 전망”, 비교형사법연구 제8권 제1호, 17쪽.

이에 이하에서는 증거법 영역에서 전문법칙의 예외로 인정되고 있는 조사자증언제도가 2020년 신형사소송법에서 어떻게 이해되고 정립되어야 하는지에 대해서 종래 학설의 검토와 제도의 도입 취지의 관점에서 살펴보고자 한다.

II. 조사자증언제도의 의의

1. 도입과정

2007년 개정 형사소송법에 의해 도입된 조사자증언은 공소제기 전에 피고인 또는 피고인 아닌 자를 조사하였거나 그 조사에 참여하였던 자가 공판준비 또는 공판기일에 피고인 또는 피고인 아닌 자의 진술을 내용으로 하는 진술을 행하는 것을 말한다(제316조 제1항). 조사자증언제도의 도입배경과 관련하여 원래 사법개혁추진위원회(이하 사개추위라고 한다.)의 구성³⁾은 공판중심주의를 강조하면서 그 동안에 지속적으로 이어온 조서재판의 현실에 대한 비판적 의견을 반영하여 조서재판의 폐해를 극복할 수 있는 제도적 방안을 모색하고자 하는 의도 하에 검사작성의 피의자신문조서의 증거능력을 배제시키면서도 증거능력을 전면적으로 배제할 경우에 형사소추권이 약화될 것을 우려하여 이를 보완하면서도 구두변론주의를 실현하기 위하여 ‘조사자증언제도’를 도입한다는 것이었다.⁴⁾ 그러나 사개추위를 주축으로 한 이러한 개정논의는 검찰의 강한 반발에 부딪혀 본

3) 주지하다시피 사개추위가 이러한 개선안을 마련하게 된 배경에는, 이론적 차원에서는 형사소송구조를 대륙법계의 영향을 받은 종래의 직권주의적 소송구조에서 적정절차(적법절차)원칙의 실현을 보다 강조하고 피고인의 방어권보장에 더욱 충실하다고 평가되는 당사자주의로 전환하면서 원칙적으로 공판정에서의 심리에 의해 유무죄의 심증이 형성되도록 하는 공판중심주의의 확립이 필요하다는 시대적 요청이 자리하고 있다. 이러한 배경 하에 현실적으로는 지속적으로 이어온 조서재판의 현실에 대한 비판적 의견을 반영하여 조서재판의 폐해를 극복할 수 있는 제도적 방안을 모색하였고, 이와 함께 실질적 진정성립을 공판정에서 부인하면 당해 피의자신문조서는 증거로 사용할 수 없다고 판결한 2004년 대법원 전원합의체 판결의 취지를 적극적으로 해석하여 공소사실을 부인하는 피고인에 대해서는 검사작성 피의자신문조서라고 할지라도 증거로 사용할 수 없다는 것을 입법화하고자 한 것이었다. 류부근(2017), “검사작성 피의자신문조서의 증거능력에 대한 입법적 제언”, 형사소송 이론과 실무 제9권 제1호, 한국형사소송법학회, 164쪽.; 신동운(2006), “사법개혁추진과 형사증거법의 개정”, 법학 제47권 제1호, 서울대학교, 120쪽 이하 참조.

4) 검사작성 피의자 신문조서나 사법경찰관작성 피의자 신문조서나 다 같이 그 내용을 부인하면 증거능

래의 취지와 다르게 당초 개정 대상이었던 신문조서의 증거능력은 그대로 둔 채, 오히려 검사작성 피의자신문조서의 실질적 진정성립의 증명수단으로 영상녹화 등 기타 객관적인 증명방법까지 추가함으로써 결과적으로 전문증거인 조서의 증거능력을 강화하는 형태로 개정되었고, 동시에 조사자증언제도를 새로이 도입하는 것으로 개정되어, 2007년 개정 형사소송법의 핵심 내용으로 논의되던 조사자증언제도는 당초의 도입 취지와는 다르게 초라한 도입에 그치게 되었다. 즉 많은 문제점을 야기했던 조서를 대신하여 수사과정에서 행해진 피고인 및 참고인의 진술을 법정에 현출할 수 있는 적합한 수단으로서의 조사자증언제도가 아니라, 전문서류인 기존의 신문조서와 함께 전문진술로서 조사자증언이 공존하게 됨으로써, 공판중심주의의 기본취지인 ‘증거자료의 다양성’과는 차원이 다른 ‘전문증거의 과잉’문제가 발생하게 된 것이다.⁵⁾ 이와 같이 전문서류인 조서와 전문진술인 조사자증언이 증거법 영역에서 공존하는 상황으로 법률이 개정되자 학계로부터 우리 형사소송법의 태도는 이례적인 차원을 넘어 무원칙에 가깝다는 비판과 함께 개선이 아닌 개악이라는 평가를 받았다.⁶⁾

2. 의의

이와 같이 조사자증언제도는 조서에 의한 재판을 폐기하고 직접 심리를 통한 공판중심주의에 의한 재판을 실현하려 한 사개추위와, 현실적 여건 부족의 문제점과 사회방위의 공백을 이유로 조서 중심의 증거 체제 유지 또는 영상녹화로 대체하려는 검찰간의 팽팽한 대립 속에서 절충안의 하나로 탄생된 제도이었지만, 굳이 의미를 부여하자면, 검찰로서는 조서위주의 실무에서 벗어날 변화를 준비할 시간을 벌게 되었고 법원으로서는

력이 상실되고, 그 대신에 조사자 본인을 법정에 불러서 선서시킨 다음에 상호신문방식으로 피자였던 피고인의 진술을 법정에 현출시키도록 한다는 구상으로, 당시 사법제도개혁추진위원회 초안은 다음과 같다. “제316조 제1항 : 피고인 아닌 자(피고인을 공소제기 전에 피의자로 조사한 검사, 사법경찰관 또는 그 조사에 참여한 자를 포함한다)의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술이 피고인의 진술을 내용으로 하는 것인 때에는 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여진 때에 한하여 이를 증거로 할 수 있다.” 신동운(2006), 앞의 논문, 17-18쪽.

5) 이용식(2012), “조사자증언제도에 대한 비판적 소고”, 형사정책 제24권 제3호, 한국형사정책학회, 301쪽.

6) 이용식(2012), 위의 논문, 302쪽.

공판중심주의의 실현이라는 목표를 향한 디딤돌을 놓았다고 평가할 수 있다.⁷⁾

조사자증언제도의 도입 취지는 조사경찰관 등이 증인으로 나와 위증죄의 부담을 안고 피고인 측의 반대신문을 받으면서 행한 증언에 증거능력을 부여함으로써 실체적 진실발견과 피고인의 방어권 보장 사이에 조화를 도모할 것으로 이해되고 있는데,⁸⁾ 이에 따라 조사자증언제도는 피의자를 조사한 수사기관이 언제든지 법정에서 증인으로 증언을 할 수 있게 될 가능성이 있어서 피고인 측의 반대신문과 위증죄 또는 허위공문서작성죄 등으로 처벌을 받을 수 있다는 부담을 가지게 되고, 이로 인해 수사과정에서 적법절차를 준수하여 인권 친화적 수사방식으로 전환될 수 있다는 점, 미국, 일본, 독일 등 다른 선진국에서도 대부분 조사자증언을 허용하고 있는 점, 위증의 부담을 진 조사자증언을 통하여 구두주의, 직접주의가 관철되고 또한 피고인의 반대신문권이 보장되는 등 공판중심주의에 부합하는 제도⁹⁾라는 점 등이 제도 도입의 주요 근거로 제시되고 있다.¹⁰⁾

2020년 신형사소송법에 따라 검사작성의 피의자신문조서의 증거능력이 피의자였던 피고인이나 그 변호인의 내용부인으로 부정되면, 피의자의 수사절차에서의 진술이 공판정의 증거조사의 대상으로 등장할 수 있는 방법은 현행 형사소송법 체계에서는 사실상 조사자증언을 통하는 방법밖에 없기 때문에 조사자증언제도가 적극 활용될 것으로 예상된다. 조사자증언제도는 기존의 조서형태가 아니라 조사자의 법정 증언의 형태로 현출되기 때문에 증거조사 과정에서 구두변론이 활성화되고 공판중심주의적 법정심리 정착에 기여할 것으로 보이며, 또한 조사자는 증인으로 나와 위증죄의 부담을 안고 증언에 증거능력을 부여하는 것이므로 그만큼 수사에 있어 적법 절차를 준수하면서 진술의 증거능력 확보를 위해 책임의식을 가지고 수사과정에 임하는 수사관행이 형성될 것으로 기대된다.¹¹⁾

7) 서맹웅(2010), 사법경찰관 등 조사자증언제도-활성화를 위한 해석중심으로, 연세대학교 석사학위논문, 56쪽.

8) 신동운(2006), 앞의 논문, 124쪽 이하 참조.

9) 조사자증언은 공판중심주의 원칙에 따른 증언제도의 꽃이라 부를 수 있을 정도로 중요하며 필수적인 제도로 평가되고 있다. 한인섭(2008), “국민참여재판과 경찰관 법정증언제도”, 치안정책리뷰 제7호, 2쪽.

10) 이순옥(2021), “영상녹화의 적극적 활용 및 증거능력 인정 필요성에 대한 검토”, 형사법의 신동향 통권 제70호, 39쪽.

11) 김정연·김성룡·김희균(2020), 법정 외 피의자 등의 증언 활용방안, 법무부 연구용역보고서, 47-48쪽. 조사자증언제도의 도입효과로서 그동안 조서의 작성자가 법정에서 등장하지 아니함으로써

Ⅲ. 조사자증언제도의 해석과 관련한 학설의 대립

1. 문제상황

2007년 조사자증언제도 도입 이전의 구 형사소송법(이하 구법이라고 한다.) 제316조 제1항은 피고인의 원진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여진 때에 한하여 예외적으로 증거능력을 부여하고 있었고, 제316조의 성격에 대해서는 전문법칙의 예외규정으로 보는 것이 다수설의 입장이었다.¹²⁾ 다만 피의자의 수사기관에서의 자백을 내용으로 하는 사법경찰관의 진술에 대해서는 이에 대한 증거능력을 부여할 것인가에 대하여 극명히 상반된 학설이 대립하였다. 다수설의 견해는 피고인이 그 내용을 부인하는 경우에는 구법 제316조 제1항이 적용되는 것이 아니고 제312조 제2항(현 제312조 제3항)이 적용된다고 해석하여 증거능력을 부정하였다. 그 이유는 제312조 제2항(현 제312조 제3항)의 도입 취지를 고려할 때 전문법칙의 예외라고 하는 의미뿐만 아니라 위법수사의 방지라고 하는 의미를 가지므로 피고인을 신문한 사법경찰관이 그 진술내용을 법정에서 진술하는 것은 제312조 제2항(현 제312조 제3항)의 입법취지에 비추어 보아 인정해서는 안 된다는 것이었다.¹³⁾ 이에 반해 조사자증언제도의 증거능력을 긍정하는 견해는 ① 사법경찰관은 문리해석상 제316조 제1항의 피고인 아닌 자에 해당할 뿐만 아니라 실제적 진실발견이라는 소송이념에 부합하는 목적론적 해석을 근거로 하거나, 혹은 증거방법에 따라 질적 차이가 있기 때문에 달리 취급할 필요성이 있다는 점, ② 조서의 내용부인의 경우 수사경찰관이 작성한 피의자신문조서의 증거능력을 부인하는 것이지 결코 그것을 청취한 경찰관의 전문증언을 부인한 것은 아니라는 점, ③ 피고인이 조서의 내용의 진정을 부정한다고 해서 수사경찰관의 법정진술의 증거능력을 무조건 인정하지 않는다면 제316조 제1항의 규정에 반하여 사실상 증거능력 판단의 권한이 법관으로부터 피고

발생하였던 조서의 왜곡가능성이 극복될 수 있고, 증거제출방법이 다양화를 기하게 되었고 또한 증거가치가 높은 경찰단계의 피의자 진술이 법정에 제출됨으로써 실제진실발견에도 기여할 것으로 기대된다는 견해도 있다. 서맹웅(2010), 위의 논문, 66-68쪽.

12) 이재상(2004), 형사소송법 제6판, 박영사, 535쪽; 심재무(2010), “피의자진술의 법정진출방식과 조사자증언의 증거능력”, 비교형사법연구 제12권 제1호, 316쪽.

13) 심재무(2010), 위의 논문, 316쪽.

인에게 전이되는 결과를 초래한다는 점 등을 주요 근거로 제시하고 있다.¹⁴⁾

판례는 학계의 다수설의 견해와 마찬가지로 그 증거능력을 부정하였다.¹⁵⁾ 다만 초기의 판례는 형소법의 문언적 해석에 따라 검사나 사법경찰관 역시 제316조 제1항에서 규정하는 “피고인 아닌 자”에 해당한다고 보고 검사나 사법경찰관의 진술이 피고인의 진술을 내용으로 하는 것일 때에는 그것을 증거로 할 수 있다고 해석하여 사법경찰관의 증언을 허용하였으나¹⁶⁾ 대법원 1974.3.12. 선고 73도2123 판결에서 증거능력을 부정하는 판결¹⁷⁾을 하였고, 이러한 대법원의 입장은 2007년 조사자증언제도 도입 시까지 계속 유지되었다.¹⁸⁾

2007년 개정 형사소송법에 조사자증언제도가 전문법칙의 예외로서 명문으로 도입됨¹⁹⁾에 따라 조사자증언제도의 증거능력의 부정을 지지하는 다수설과 대법원의 입장은 그 명분을 잃게 되었지만, 그럼에도 불구하고 학설은 크게 조사자증언제도는 통상의 전문증언의 형태로 규정되어 있으나 입법적 오류에서 비롯된 것으로 사법경찰관 내지 검사 작성 피의자신문조서에 대해 그 내용을 부인하면 증거능력이 부정됨에도 불구하고 조사자증언을 통해 피고인의 진술에 대해 증거능력을 부여하는 것은 피의자신문조서의 증거

14) 신이철(2009), “형사증거법상의 조사자(특히, 조사경찰관) 증언에 대한 소고”, 외법논집 제33권 제4호, 한국외국어대학교, 3쪽.

15) 대법원1974.3.12. 선고 73도2123; 대법원1975.5.27. 선고 75도1089; 대법원1976.3.9. 선고 76도32; 대법원1980.8.12. 선고 80도364; 대법원1982.2.23. 선고 81도3324; 대법원1983.6.14. 선고 83도1011; 대법원1997.10.28. 선고 97도2211 판결 등

16) 대법원1967.6.13. 선고 67도608; 대법원1968.11.19. 선고 68도1366

17) 대법원 1974.3.12. 선고 73도2123 판결 “사건을 경찰에서 조사한 경찰관의 증언은 모두 피고인들이 경찰에서 피의자로서 조사를 받을 때 범죄사실을 시인하더라는 것을 내용으로 하고 있는 바 피고인들이 그 피의자신문조서의 내용을 인정하지 아니하는 이 사건에 있어서는 위 증언들을 믿지 아니한 원심판결의 조치는 정당하다고 할 것이다. 그 까닭은 피고인들이 인정 아니하는 경찰의 피의자신문조서는 형소법 제312조 제2항에 의하여 증거능력이 없다고 하면서 그 조서 기재내용을 들었다는 증인의 증언을 취신하는 것은 모순이기 때문이다.”

18) 이러한 대법원의 입장 변경의 주요 이유는 구법 312조가 일제 강점기 하에서 수사기관에 의하여 자행되었던 고문을 예방하고자 하는 취지에서 검사가 작성한 조서는 진술자가 그 진정성립을 인정하고 특신상황이 인정되어야만 증거능력이 있고, 사법경찰관작성의 피의자신문조서는 피고인이 그 내용을 인정하여야만 증거능력이 부여되는 것으로 하고 있었는데, 수사단계에서 피고인을 조사한 경찰관이 그 조서의 내용과 실질적으로 동일한 내용을 공판정에서 증언의 방법으로 현출할 길을 열어 두는 것은 구법 제312조 제2항의 입법취지와 정면으로 배치될 수 있었기에 해석론으로 그 모순관계를 극복하고자 하였다는 점에 있다.

19) 이재상·조균석(2021), 형사소송법 제13판, 박영사, 674쪽.

능력 인정요건을 우회적으로 인정하는 결과를 초래한다고 보는 견해와, 이와는 달리 조사자증언제도에 대한 개정 형사소송법 제316조는 전문법칙의 예외를 규정한 것으로써 이전 대법원 판례가 피의자 신문 시 조사 또는 참여한 경찰관이 진술에 대해 증거능력을 부정하던 입장을 입법적으로 변경한 것이라는 극명히 상반된 견해로 나뉘어, 여전히 조사자증언(진술)의 증거능력의 인정여부를 둘러싼 견해의 대립은 계속되고 있다.²⁰⁾ 판례는 조사자증언 규정이 도입된 이후에도 조사자증언이 특신상태에서 이루어졌는지를 엄격히 심사하면서 종래와 같이 대부분의 경우 이를 인정하지 않으려는 경향을 보이고 있다.²¹⁾

이하에서는 2007년 개정 형사소송법에 조사자증언제도가 도입됨에 따라 조사자증언의 증거능력을 입법적으로 해결하였음에도 불구하고 그 증거능력을 부정하는 견해가 계속해서 제기되는 이유를 살펴보고 이에 대한 비판적 검토를 통해 2020년 신형사소송법상의 조사자증언제도가 어떻게 이해되고 정립되어야 하는지에 대해서 검토해보고자 한다.

2. 증거능력을 부정하는 견해에 대한 검토

가. 개관

조사자증언의 증거능력을 부정하는 주요 견해의 요지는 다음과 같다.

① 조사자의 전문진술을 허용한 개정 형사소송법 제316조 제1항은 이전의 판례 및 형사소송법 제312조 제3항의 내용과 충돌한다. 피고인이 사법경찰관작성 피의자신문조서에 대해 그 내용을 부인하여 제312조 제3항에 따라 해당 조서의 증거능력이 부정됨에도 불구하고 검사가 피고인을 조사한 사법경찰관을 증인으로 신청하여 조서에 담긴 피고인의 진술에 대해 증언하게 하고 이에 대하여 증거능력을 부여하는 것은 제312조 제3항에 의해 부인된 사법경찰관작성 피의자신문조서의 증거능력을 우회적으로 인정하는 결과가 되고, 이는 사법경찰관작성 피의자신문조서에 대해 엄격한 증거능력의 요건을 규정한 제312조 제3항의 취지를 벗어나는 것이고, 또한 2007년 개정 형사소송법 제316조

20) 위의 책, 676쪽.

21) 조기영(2015), “증거재판주의와 새로운 증명방법의 증거능력”, 동아법학, 제66호, 438쪽.

제1항에 따라 증거능력이 인정되기 위해서는 피고인의 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태에서 행하여졌음이 증명되어야 하는데, 피고인이 그 내용을 부인한 진술에 대해서 특신상태를 인정하는 것도 모순이 된다. 따라서 조사자증언이 피의자였던 피고인의 진술을 내용으로 하는 것인 때에는 개정 형사소송법 제312조 제3항과 충돌하는 범위 내에서는 그 증거능력을 부인하고 그렇지 않은 경우에만 조사자증언의 증거능력을 인정해야 한다.²²⁾

② 2007년 개정 형사소송법상의 조사자증언제도는 사법경찰관작성 피의자신문조서에 관한 제312조 제3항은 그대로 두면서 제316조에서 조사자증언 부분을 추가하였고, 이로 인해 종래의 논의에서 판례와 부정설이 지적한 모순점을 법 자체 내에서 고스란히 안고 있는 형상이 되었고, 따라서 이는 위법수사방지라는 제312조 제3항의 취지에 반하는 해석론을 명문으로 받아들인 것이고, 입법상의 오류이다.²³⁾

③ 피의자 또는 참고인에 대한 진술조서의 증거능력이 인정되는 현행법 하에서 동시에 조사자증언을 허용하는 것은 동일한 진술을 담은 증거자료 중에서 우월한 증거를 가려서 최우량증거만을 증거조서의 대상으로 삼는 최우량증거의 원칙, 그와 동일하거나 열등한 증거자료를 중복하여 법정에 제출하는 것을 금지하는 중복증거금지원칙에 비추어 문제가 있다.²⁴⁾

④ 우리 형사소송법이 수사단계에서의 진술을 증거로 사용하기 위해서 피의자 진술에 대해 조서작성을 수사기관에 의무지우고 있고(제244조), 또한 피의자 진술의 법정 제출이 진술 자체가 아니라 조서의 형태로 법정에 제출하는 것을 원칙으로 하고 있기 때문에 2007년 개정 형사소송법의 조사자증언제도는 피의자신문조서나 참고인진술조서의 성립의 진정을 인정하기 위한 수단으로만 허용하여야 하고, 이러한 해석과 적용을 통해 피고인의 방어권이 보장될 수 있다. 그러나 사법경찰관작성 피의자신문조서는 진정성립이 증명되는 것만으로는 그 증거능력을 인정받을 수 없기 때문에 사법경찰관의 증언은 개정법 하에서도 특별한 의미는 없다.²⁵⁾

22) 정승환(2018), 형사소송법, 박영사, 610쪽.

23) 임웅·도규열(2011), “개정 형사소송법 제316조에 대한 고찰-조사자증언제도를 중심으로”, 성균관법학 제23권 제2호, 234쪽.

24) 심재무(2010), 위의 논문, 324-325쪽.

25) 이은모(2007), 개정 형사소송법상의 증거법칙에 대한 검토, 법학논총 제24권 제2호, 한양대학교

⑤ 조사자증언에 독자적 증거능력을 부여하는 것은 우리나라의 형사소송법이 수사단계에서의 진술을 법정에 현출하는 원칙적 방법으로 조서제도를 선택한 형사소송법 제312조 및 제313조의 입법취지에 반하기 때문에 제316조 제1항의 조사자증언제도는 폐지하는 것이 바람직하고, 다만 형사소송법의 개정을 통해 폐지될 때까지는 조사자증언에 대해 독자적인 증거로서 증거능력을 부여해서는 안 될 것이며, 조서의 실질적 성립진정을 증명하기 위한 수단 또는 탄핵증거로만 인정하여야 할 것이다.²⁶⁾

⑥ 조서와 조사자증언의 공존이 허용되고 있는 현행법 하에서 제316조를 근거로 조사자증언의 증거능력을 인정해야 한다고 주장하는 것은 애초의 의도와는 정반대의 상황에서 놓여 있다는 현실적인 맥락을 도외시킨 채, 제도 자체의 순수한 이상에만 천착하는 것으로서 상황착오적인 것이다.²⁷⁾

⑦ 이 제도는 전문증거의 사용범위를 확대함으로써 공판중심주의 및 직접심리주의의 강화라는 대세에 반할뿐만 아니라, 피고인이 내용을 부인하면 경찰수사단계에서의 진술이 증거로 제출될 수 없도록 하고 있는 현행 규정과도 모순되므로 이를 폐지하여야 한다.²⁸⁾

⑧ 조서에 대해서는 ‘수사기관=악’이라는 전제하에 증거의 세계에서 퇴출시킨 상황에서, 동일한 수사기관이 동일한 피의자 신문에 대하여 그 의미가 아직까지 확실치 않은 특신상태의 요건만 충족하면 피고인이 그 내용을 부인하더라도 조사자증언의 증거능력을 인정하는 것은 모순이다. 조사자증언은 구두주의나 공판중심주의에 부합한다는 등의 논변으로 조사자증언을 피의자신문조서와 차별화된 우량증거로 취급할 수 없고 오히려 기억의 한계라는 추가적인 문제를 가져올 뿐만 아니라, 사안의 경중, 전체 증거에서 피의자진술이 차지하는 비중과 입증취지를 불문하고 조사자를 법정에 나오도록 하는 것은 부족한 형사사법 자원의 효율적인 배분의 차원에서도 문제가 있다.²⁹⁾

법학 연구소, 13-15쪽. 심재무(2010), 위의논문, 323쪽.

26) 심재무(2010), 위의 논문, 329쪽.

27) 이에 조사자증언제도는 본래적 도입 취지에서 벗어난 채, 조서의 대체가 아닌 조서의 증거능력 상실사태를 대비한 후보 선수로서의 역할만을 겨우 부여받고 있다고 한다. 이용식(2012), 위의 논문, 313-315.

28) 신양균(2011), “형사소송법의 개정방향”, 법학연구 통권 제32집, 전북대학교 법학연구소, 170쪽.; 조기영(2015), 앞의 논문, 434쪽.; 권순민(2010), “형사소송법상 조사자증언제도의 합리적 운영방안”, 법학논총 제34권 제2호, 474쪽.

나. 검토

이상에서 살펴본바와 같이 조사자증언의 증거능력을 부정하는 견해는 기본적으로 제316조 제1항 규정은 제312조 제3항의 사법경찰관작성 피의자신문조서의 증거능력 규정의 입법취지에 비추어 해석상 충돌 내지 부정합의 관계에 있다는 점과 중복증거금지의 원칙 반하는 입법적 오류라는 점에 주목하여 이러한 문제점을 토대로 하여 다양한 해석론이 제시되고 있다.

우선 제316조 제1항 규정은 제312조 제3항의 입법취지에 비추어 해석상 부정합하다는 견해의 배경에는 제312조 제3항은 허위개입의 여지가 있는 전문증거를 통제한다는 의미 외에 우리나라의 특성을 반영한 수사기관의 고문·폭행·협박 등의 강압수사 예방장치로서 인권침해를 방지하기 위한 윤리적 목표를 지니고 있기 때문에 법 제312조 제3항의 이러한 입법취지를 존중해야 한다는 견해에 근거하고 있다.³⁰⁾ 이러한 입법취지에 대해서 부정하는 바는 아니지만, 수사단계에서의 피의자 인권보호와 변호인의 참여가 이루어지지 않았고, 또 위법수사가 만연했던 과거의 수사현실 하에서 마련된 1954년 형사소송법 제정 당시의 입법취지를 70년이 지난 지금의 수사현실에 그대로 적용하여 조사자증언제도의 도입 취지마저 부정하는 것은 합리적인 해석이라고 볼 수 없다. 지금의 수사현실은 아직 충분하지는 않지만 수사절차에서 변호인의 참여와 조력을 받을 수 있고 수사기록에 대한 공개 전 개시도 인정되고 있으며, 영상녹화의 활용 등 피의자의 인권보호 및 위법수사를 방지하기 위한 제도가 다양하게 마련되어 있어 수사기관의 수사관행은 과거에 비해 현저하게 달라진 것이 사실이다. 이러한 지금의 수사현실을 고려하면, 현 시점에서의 제312조 제3항의 위치는 이제 허위개입의 여지가 있는 전문증거를 통제하기 위한 규정으로 이해하는 것이 타당하다고 할 수 있다. 이는 2020년 개정 형사소송법에 따라 사법경찰관작성 피의자신문조서의 증거능력 인정요건과 동일하게 규정하는 방식으로 개정된 제312조 제1항의 개정이 “2018년 6월 21일 법무부장관과 행정안전부장관이 발표한 검·경 수사권 조정 합의문의 취지에 따라 검찰과 경찰로 하여금 국민의 안전과 인권 수호를 위하여 서로 협력하게 하고, 수사권이 국민을 위해 민주적이고 효율적으로

29) 홍진영(2020), “개정 형사소송법 제312조에 대한 검토-조사자증언은 과연 최우량증거인가”, 형사소송 이론과 실무 제12권 제1호, 252쪽.

30) 이주원(2021), 형사소송법 제3판, 박영사, 462쪽.

행사되도록 하려는 것임”을 취지로 이루어진 점에서도 충분히 유추할 수 있다. 따라서 조사자증언의 증거능력을 1954년 형사소송법 제정 당시의 입법취지와와의 관계에서 추정하여 부정하는 견해는 타당하지 않다.

또한 중복증거금지의 원칙 반하는 입법적 오류라는 점에 근거한 견해는 2007년 개정 형사소송법이 검사작성 피의자신문조서의 형식적 진정성립과 함께 영상녹화물 등 객관적 증거방법에 의해 실질적 성립진정을 증명할 수 있는 수단이 마련되어 있는 상황에서 조사자증언제도가 함께 도입된 상황에 근거하고 있는데, 이러한 견해는 검사작성 피의자신문조서의 증거능력이 사법경찰관작성 피의자신문조서의 증거능력 인정요건과 동일하게 엄격히 제한되는 것으로 개정된 2020년 개정 형사소송법 상에서는 그 명분이 사라졌다고 할 수 있다.

그 외에 ① 조서의 존재를 전제로 하는 조사자증언제도의 도입은 입법적 오류에 해당하므로 종국적으로 폐지하는 것이 바람직하나, 현행법 하에서는 조서의 진정성립이나 특신상태의 증명수단 내지 탄핵 증거 등으로만 활용하도록 해야 한다는 견해, ② 제312조 제3항의 입법취지를 고려하여 이와 충돌되는 범위 내에서는 조사자증언의 증거능력은 부정되고, 그 이외의 경우에만 증거능력이 인정된다는 견해, ③ 법 제316조를 근거로 조사자증언에 대해 독자적인 증거능력을 인정할 수는 없고, 다만 조서의 존재를 전제로 하여 그 진정성립을 인정하기 위한 수단으로만 인정하지는 견해 등도 입법론으로는 몰라도 제316조 제1항과 제2항에서 조사자의 증언이 특히 신빙할 수 있는 상태에서 행하여졌음이 증명된 때에 이를 증거로 할 수 있다고 하는 견해 등도 그 증거능력을 명문으로 인정하고 있는 증거자료의 증거능력을 그 현상에 대한 진단과 전망만으로 부정하는 것은 바람직한 법해석의 태도가 아니라고 할 수 있다.³¹⁾

3. 판례의 태도

하급심 판례 가운데는 조사자의 증언을 인정하지 않은 종래의 대법원 판례의 태도와 달리 제316조 제1항에서 피고인의 진술을 내용으로 하는 조사자의 증언은 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태에서 행해졌다면 증거능력을 인정하는 사례(대구고등법원

31) 조기영(2015), 앞의 논문, 435쪽.

2008.11.27. 선고 2008노293, 아래 참조)도 등장하고 있으나, 대부분의 판례들은 조사자증언의 증거능력을 엄격하게 적용하고 있는 것 같다(아래 표 참조).³²⁾ 이는 기존 2007년 개정 형사소송법 이전 판례의 기본 태도처럼 조사자증언의 증거능력을 무제한으로 인정할 경우 2007년 개정 형사소송법 제312조 제3항 규정의 취지에 정면으로 반하게 되는 점 및 이 제도의 도입 취지가 수사단계에서 피의자의 인권과 방어권 보장을 도모하려는 점 등을 고려한 것으로 이해된다. 조사자증언의 증거능력을 인정하기 위한 특신상태에 대한 판례의 엄격한 잣대적용 및 증거능력을 인정하되 증명력을 부정하여 조사자증언을 배척하는 판례가 적지 않은 것도 그 연장선에서 이해할 수 있다.³³⁾

증거능력을 부정한 판례
대전지방법원 2008.7.3. 선고 2008노507 조사자인 경찰관의 항소심에서의 증언이 유죄의 유일한 증거인데, 경찰관의 진술에 의하더라도 피고인신문조서 중 구체적 간통경위에 대한 진술부분은 피고인이 직접적으로 기술한 것이 아니라 녹취서, 고소인 진술 등을 확인시켜 주니까 피고인이 이를 인정하여 기재하였다는 점, 위 녹취록은 위법하게 수집된 증거로서 증거능력이 없으므로 피고인의 자백 또한 위법하게 수집된 증거로 볼 여지가 있는 점, 피고인이 조사당시의 상황에 대하여 참피해서 범행을 인정하였고 조사가 끝난 후 사실 대로 말하였으나 조사자가 이를 듣지 않았다고 하여 구체적으로 증언하는 점을 이유로 증거능력을 부정 (증거능력이 인정된다 하더라도 자백의 보강증거가 없다고 판단)
부산지방법원 2008.6.13. 선고 2008노500 조사자인 경찰관의 항소심에서의 증언은 피고인이 경찰조사를 받을 당시 피곤하고 술에 취한 상태였으며, 경찰서 바닥에 무릎 꿇고 사정하는 등 자신의 신병에 관하여 불안감과 압박감을 느끼고 있었던 점, 검찰에 자신의 범행을 부인하는 탄원서를 제출한 이래 원심과 당심에 이르기까지 범행을 부인하며 피해자에게 미안한 마음에 자백하였던 것이라고 진술하고 있는 점에 비추어 볼 때 특신상태가 인정되지 않으므로 증거능력이 없다고 판단.
서울남부지방법원 2008.7.2. 선고 2007고단2471 조사자증언에 대한 판단 : 피고인들이 자백하는 내용을 들은 조사자증언은 피고인들의 변소가 구체적이고, 위장혼인에 대한 돈거래에 관하여 입증이 없는 점, 피고인이 경찰관에게 자신들은 실제 부부가 맞다고 말하여도 무시하여 결국 자백에 이르게 된 것이라고 주장하고 있는 점 등에 비추어볼 때 수사기관에서의 진술에 허위개입의 여지가 거의 없고 그 진술내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 만한 상태 하에서 행하여졌다고 단정하기 어려우므로 증거능력이 없다고 판단.

32) 이승규(2020), 위의 논문, 302-303쪽.; 한연규(2018), “사법경찰관의 조사자증언과 수사상 진술의 증거활용”, 형사법의 신동향 통권 제60호; 한제회(2020), “한국식 형사증거법의 실태와 고민”, 형사사송 이론과 실무, 한국형사소송법학회 제12권 제2호 참조

33) 실무적 관점에서 이러한 판례의 태도에 대해 비판적 관점에서 검토한 논문으로, 한연규(2018), 위의 논문; 한제회(2020), 위의 논문 참조.

서울고법 2011.4.21. 선고 2011노117

피고인을 경찰에서 조사하였던 G의 당시 법정에서의 진술은 ‘피고인이 이 사건 공소사실 기재와 같은 범행을 저질렀다’는 피고인의 진술을 그 내용으로 하고 있는바, 이를 증거로 사용할 수 있기 위해서는 피고인의 위와 같은 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음이 증명되어야 하는데, 피고인이 그 진술 경위나 과정에 관하여 치열하게 다투고 있는 점, 위와 같은 진술이 체포된 상태에서 변호인의 동석 없이 이루어진 점 등을 고려해 보면, 피고인의 위와 같은 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌다는 점이 증명되었다고 보기 어려우므로, 피고인의 위와 같은 진술을 내용으로 한 G의 당시 법정에서의 진술은 증거능력이 없다고 판단.

증거능력을 인정한 판례**대구고등법원 2008.11.27. 선고 2008노293**

피고인의 진술을 내용으로 하는 조사경찰관의 증언은 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌다면 증거능력이 있다고 할 것이다. 원심에서 조사한 증거들과 증인들에 의하면 조사 경찰관인 권○○와 김○○은 피고인들에게 진술거부권과 변호인선임권이 있음을 고지하고 조사 도중에 적절하게 휴식 시간을 주면서 조사하였고, 피고인 들은 2008. 4. 2. 긴급체포된 후 그날 오후부터 다음날 새벽1시경까지 1회 경찰 피의자신문을 받았으나 그후 충분히 수면을 취하고 그 다음 피의자신문부터는 주간에 조사를 받았으며, 피고인들이 영양경찰서에서 1회 경찰 피의자신문을 마치고 영덕경찰서 유치장에 입감되기 직전 담당 검사와의 면담을 위하여 조사경찰관들이 배제된 상태에서 대구지방법검찰청 영덕지청의 담당검사와 면담하였는데 당시 ‘불편한 점이 없었느냐’는 담당 검사의 질문에 피고인들은 경찰의 회유나 협박이 있었다. 불편한 점이 있었다는 등의 이야 기를 한 적이 없었고, 피고인들은 처음부터 범행을 자백한 것이 아니라 피고인 박○○의 집에 대한 압수수색결과 장롱 위에 떠지로 묶인 100만 원권 묶음 15다발이 발견되자 그때부터 자신들의 범행을 자백하기 시작하였으며, 피고인 박○○은 영양군 입암면 출신으로 경상북도 도의회 의원까지 지낸 인물이고, 위 피고인을 주로 조사하여 금품 수수 사실을 자백하는 진술을 받은 경찰관 권○○도 입암면이 고향으로 위 피고인 아들의 중학교 후배 인 점 등에 비추어 볼 때, 경찰에서 피고인들이 금품 수수사실을 자백하는 내용의 진술을 한 것은 그 진술에 허위개입의 여지가 거의 없고 그 진술내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 만한 상태에서 행하여졌다고 보인다.

따라서 경찰수사 단계에서 범행을 자백하는 피고인들의 진술을 내용으로 하는 증인 권○○와 김○○의 원심 및 당시 법정진술은 그 증거능력이 있고, 피고인들의 신분이나 지위에 비추어 볼 때 자백의 의미나 중요성을 제대로 헤아리지 못한 채 허위자백을 하였다고 볼 수 없는 만큼 그 신빙성도 충분하다고 할 것이다.

* 서명웅(2010), 사법경찰관 등 조사자증언제도-활성화를 위한 해석중심으로, 연세대학교 석사학위논문, 24쪽 이하 판례 재인용 편집.

* 증거능력 관련 2010년 이후의 비교적 최신판례에 대해서는 한연구(2018), “사법경찰관의 조사자증언과 수사상 진술의 증거활용”, 형사법의 신동향 통권 제60호; 한제희(2020), “한국식 형사증거법의 실태와 고민”, 형사사송 이론과 실무, 한국형사소송법학회 제12권 제2호 참조.

IV. 결론

2020년 신형사소송법에 따라 검사작성 피의자신문조서의 증거능력 규정인 제312조 제1항이 사법경찰관작성 피의자신문조서의 증거능력 인정요건과 동일하게 규정하는 방식으로 개정되고, 피고인이 조서의 진정성립을 부인하는 경우 영상녹화물 등 객관적인 방법을 통하여 그 조서의 실질적 진정성립을 증명하는 방법이었다던 제312조 제2항이 삭

제됨으로써 이제 수사기관에서 작성된 조서는 피고인의 내용부인만으로 증거의 세계에서 사라지게 되었다. 하지만 입법자는 한편으로 이로 인해 형사소추권이 약화될 것을 우려하여 이를 보완하기 위한 방안으로 2007년 도입한 조사자증언제도를 존치시켰고, 따라서 2020년 신형사소송법상에서도 조서는 간접적으로나마 증거의 세계에서 부활할 수 있는 기회를 여전히 가지고 있다. 학계에서는 수사단계에서의 투명성을 충분히 담보하는 장치가 확보되지 않은 상황에서 조사자증언에 독자적인 증거능력을 갖도록 한 형사소송법 제316조 제1항은 제312조와의 관계에서 모순이기 때문에 증거능력을 허용해서는 안 된다고 하는 주장이 여전히 설득력 있게 제기되고 있다. 그러나 이러한 주장은 1954년 형사소송법 제정 당시의 수사현실에 근거한 입법취지에만 천착하여 진화하는 범죄 현실과 피의자의 인권보호 및 위법수사 방지를 위한 각종 제도가 마련된 현재의 수사 현실을 도외시키고 있고, 그러한 결과 이론의 논리적 귀결이 2007년 개정 형사소송법 이전의 강학 상의 해석론으로 회귀하고 있다.

제도를 설명하고 정의할 수 있는 목적은 제도를 만든 생산자 또는 사용자의 목적에 있다. 따라서 제도 설립의 목적을 위해 제도가 존재하기 위해서는 목적개념이 제도에 완전히 수용되어야 한다.³⁴⁾ 조사자증언제도는 공판중심주의를 강조하면서 그 동안에 지속적으로 이어온 조서재판의 현실에 대한 비판적 의견을 반영하여 조서재판의 폐해를 극복할 수 있는 제도적 방안을 모색하고자 하는 의도 하에 검사작성 피의자신문조서의 증거능력을 배제시키면서도 증거능력을 전면적으로 배제할 경우에 형사소추권이 약화될 것을 우려하여 이를 보완하면서도 구두변론주의를 실현하기 위하여 도입되었다. 이러한 도입 취지와 제도의 입법과정에 비추어 볼 때 제316조 제1항의 규정은 조사자의 증언을 제312조 제3항에도 불구하고 증거로 인정하겠다는 입법적 의지라는 점을 분명히 알 수 있다. 생각건대, 2007년 개정 형사소송법의 입법 취지에 비추어볼 때 제316조가 전문법칙의 예외 규정으로서 조사자증언의 증거능력을 인정한 것에는 의문의 여지가 없다. 이러한 입법 취지를 몰각하고 증거능력을 인정하는 제도가 이미 도입되었음에도 강학 상의 해석론과 현상에 대한 진단과 전망만으로 조사자증언의 증거능력을 부정하는 견해는 타당하지 않다.

34) H. 요나스 지음/이진우 옮김(1994), 책임의 원칙: 기술 시대의 생태학적 윤리, 서광사, 104쪽. 이하 참조.

2020년 신형사소송법은 검사작성 피의자신문조서의 증거능력을 제한함으로써 사실상 피의자신문조서를 증거로 사용하지 말라는 입법정책적 결정을 하였고, 비록 15년이 지난 시점이지만 이제 조사자증언제도는 제도 도입 당시의 입법 취지에 맞는 지위를 회복하게 되었다. 즉 2007년 제도 도입 당시 조서와의 공존으로 인해 제도 도입의 토대가 상실되어 그 제도적 존재 기반을 잃어버리고, 제도 자체의 본질적 기능마저 상실한 제도로 평가³⁵⁾ 받았던 조사자증언제도는 2020년 신형사소송법의 제312조 개정³⁶⁾에 따라 제도 도입 당시의 입법 취지에 맞는 지위를 회복하게 된 것이다. 이는 돌이킬 수 없는 시대의 흐름으로 앞으로 우리 형사사법체계와 실무에 비가역적인 큰 변화를 가져올 것이다. 이런 상황에서 현실적으로 조사자증언의 증거능력 인정 여부를 논의하는 것은 아무런 실익이 없다. 조사자증언제도는 조서 내용을 그대로 재판에 사용하는 것 보다는 피의자를 조사한 조사자를 통하여 피의자 진술의 의미와 내용을 피고인 측의 반대신문을 거쳐 다시 한 번 따져보고 음미하는 작업이라고 할 수 있다.³⁶⁾ 이러한 점에서 구두주의, 직접주의가 관철되고 또한 피고인의 반대신문권이 보장되는 등 공판중심주의에 부합하는 제도인 점은 분명해 보인다.

이제 우리가 고민해야 할 부분은 조사자증언제도가 2007년 도입되었음에도 불구하고 조사자증언제도가 아직 실무에서 많이 활용되지 않고 있다는 점이다. 그 이유로는 형사소송법 제316조를 통하여 조사자증언제도가 도입되었지만 피의자를 조사한 경우나 참고인을 조사한 경우나 모두 조사자증언이 증거로 사용되기 위하여 피의자나 참고인 진술의 특신성이 인정되어야 하는데³⁷⁾ 판례는 조사자증언이 특신상태에서 이루어졌는지 여부를 엄격히 심사하면서 대부분의 경우 조사자증언의 특신상태를 인정하지 않으려는 경향이 있어 특신성 요건을 충족시키기 쉽지 않다는 점 등이 지적되고 있다.³⁸⁾ 조사자증언의

35) 이용식(2012), 앞의 논문, 313쪽.

36) 수사기관에서 작성한 조서는 작성자가 처음부터 의도를 가지고 일관된 목적을 지향하여 가는 하나의 작품이라고 할 수 있다는 지적에서 알 수 있듯이 아무리 적법성과 임의성을 확보하여 작성한다고 하더라도 태생적인 불완전성으로 인해 이에 근거한 재판 관행에 대해 그 동안 많은 비판이 현재 진행형으로 계속해서 제기되고 있다.

37) 형사소송법 제316조 제1항에서 말하는 ‘그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여진 때’라 함은 그 진술을 하였다는 것에 허위 개입의 여지가 거의 없고, 그 진술 내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있는 경우를 의미한다.(대법원2007.7.27. 선고 2007도3798, 대법원 2012.4.12. 선고 2011도10926 판결 등)

38) 이승규(2020), 위의 논문, 302-303.

실질은 자백에 대한 전문증언이므로 자백의 보강법칙이 적용되며 따라서 조사자증언은 수사기관에서의 피의자의 자백 이외에 다른 증거가 있으나 다른 증거만으로는 공소사실을 인정하기에 다소 부족한 경우 유죄의 증거로 사용될 수 있는 바 수사기관의 입장에서는 특신상태의 판단 등 조사자증언의 증거능력을 인정함에 있어 다소 완화된 태도가 필요하다고 하겠으나, 제도 도입의 취지가 조사자증언제도의 도입으로 인해 피고인의 지위가 더 열악해지는 것을 염두에 두고 있는 것이 아니라는 점에서 앞으로도 특신상황의 요건은 제한된 범위에서 엄격하게 적용될 것으로 예상된다. 실제 판례의 태도 또한 2007년 개정법 이전의 판례의 태도에서 크게 벗어나지 않은 것 같다.³⁹⁾ 그러나 앞서 살펴본 바와 같이 하급심 판례에서 조사자의 증언을 인정하지 않은 종래의 대법원 판례의 태도와 달리 제316조 제1항에서 피고인의 진술을 내용으로 하는 조사자의 증언은 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행해졌다면 증거능력을 인정하는 사례도 등장하고 있다는 점은 주목된다.⁴⁰⁾ 앞으로 조사자증언제도가 활성화될 경우 특신상황 요건의 구체적인 정도와 인정방법에 대한 학설과 판례의 발전이 있을 것으로 기대되는 부분이다.

한편 조사자증언제도가 활성화되지 않는 주된 이유가 법원에서 특신상황을 인정받지 못하여 조사자증언이 아무런 실익이 없는 경우가 되는 사례가 많다는데 있으므로 조사자증언과 관련하여 원진술자 진술의 특신상황을 인정받을 수 있도록 하는 방안을 강구할 필요가 있을 것이다. 이를 위해 조사과정에 필요적으로 변호인 또는 신뢰관계 있는 사람을 동석시키거나 조사과정 전부를 영상 녹화하는 방안을 고려할 필요가 있을 것이다. 또한 한편으로 검사와 사법경찰관의 관계가 협력관계로 재정립(법 제195조)되고, 사법경찰관 수사권이 인정된 변화된 수사 실무 상황을 고려할 때 변화된 수사실무에서는 중복 수사가 지양될 것이고 이에 따라 보완수사의 요청이 강화될 것으로 보이는데,⁴¹⁾ 사법경찰관작성의 피의자신문조서가 피고인의 내용부인으로 인정되지 않는 상황에서는 당연히 조사자증언제도를 활용할 것이고, 이를 위해서는 특신상황의 인정이 무엇보다 중요하기

39) 조사자증언의 증거능력을 부정한 판례 청주지법 충주지원 2008.6.5. 선고 2008고단70, 대전지방법원 2008.7.3. 선고 2008노507, 부산지방법원 2008.6.13. 선고 2008노500, 서울남부지방법원 2008.7.2. 선고 2007고단2471, 의정부지방법원 2016.4.19. 선고 2015노3368 판결

40) 조사자증언의 증거능력을 인정한 판례 대구고등법원 2008.11.27. 선고 2008노293

41) 실제로 검경 수사권 조정 뒤 검찰의 보완수사 요구는 급격히 증가한 것으로 나타나고 있다. “수사권 조정 이후…警 “사건처리 폭증” 檢 “야근 줄었다” 2021. 5. 18. 동아일보 인터넷기사, <https://www.donga.com/news/Society/article/all/20210518/106988620/1?ref=main>, (검색일 2021. 5. 27.)

때문에 검사는 보완수사 요청뿐만 아니라 수사의 전 과정에서 특신상황이 확보되고 있는지를 계속해서 확인하고 요청할 필요가 있을 것이다. 바로 공익의 대표자로서의 검사의 지위가 강조되는 지점이다.

참고문헌

- 권순민, “형사소송법상 조사자증언제도의 합리적 운영방안”, 법학논총 제34권 제2호, 2010
- 김정연·김성룡·김희균, 법정 외 피의자 등의 증언 활용방안, 법무부 연구용역보고서, 2020
- 신동운, “한국 형사사법의 개혁과 전망”, 비교형사법연구 제8권 제1호, 2006
- 류부곤, “검사작성 피의자신문조서의 증거능력에 대한 입법적 제언”, 형사소송 이론과 실무 제9권 제1호, 한국형사소송법학회, 2017
- 신동운, “사법개혁추진과 형사증거법의 개정”, 법학 제47권 제1호, 서울대학교, 2006
- 이용식, “조사자증언제도에 대한 비판적 소고”, 형사정책 제24권 제3호, 한국형사정책학회, 2012
- 서맹용, 사법경찰관 등 조사자증언제도-활성화를 위한 해석중심으로, 연세대학교 석사학위논문, 2010
- 한인섭, “국민참여재판과 경찰관 법정증언제도”, 치안정책리뷰 제7호, 2008
- 이순옥, “영상녹화의 적극적 활용 및 증거능력 인정 필요성에 대한 검토”, 형사법의 신동향 통권 제70호, 2021
- 이재상, 형사소송법 제6판, 박영사, 2004
- 이재상·조균석, 형사소송법 제13판, 박영사, 2021
- 심재무, “피의자진술의 법정현출방식과 조사자증언의 증거능력”, 비교형사법연구 제12권 제1호, 2010
- 신양균, “형사소송법의 개정방향”, 법학연구 통권 제32집, 전북대학교 법학연구소, 2011
- 신이철, “형사증거법상의 조사자(특히, 조사경찰관) 증언에 대한 소고”, 외법논집 제33권 제4호, 한국외국어대학교, 2009
- 이은모, 개정 형사소송법상의 증거법칙에 대한 검토, 법학논총 제24권 제2호, 한양대학교 법학 연구소, 2007
- 이주원, 형사소송법 제3판, 박영사, 2021
- 임웅·도규엽, “개정 형사소송법 제316조에 대한 고찰 - 조사자증언제도를 중심으로”,

성균관법학 제23권 제2호, 2011

조기영, “증거재판주의와 새로운 증명방법의 증거능력”, 동아법학, 제66호, 2015

정승환, 형사소송법, 박영사, 2018

한연규, “사법경찰관의 조사자증언과 수사상 진술의 증거활용”, 형사법의 신통향 통권 제60호, 2018

한제희, “한국식 형사증거법의 실태와 고민”, 형사사송 이론과 실무, 한국형사소송법학회 제12권 제2호, 2020

홍진영, “개정 형사소송법 제312조에 대한 검토-조사자증언은 과연 최우량증거인가”, 형사소송 이론과 실무 제12권 제1호, 2020

H. 요나스 지음/이진우 옮김, 책임의 원칙: 기술 시대의 생태학적 윤리, 서광사, 1994

대법원1967.6.13. 선고 67도608

대법원1968.11.19. 선고 68도1366

대법원1974.3.12. 선고 73도2123

대법원1975.5.27. 선고 75도1089

대법원1976.3.9. 선고 76도32

대법원1980.8.12. 선고 80도364

대법원1982.2.23. 선고 81도3324

대법원1983.6.14. 선고 83도1011

대법원1997.10.28. 선고 97도2211 판결

대법원2007.7.27. 선고 2007도3798

대법원 2012.4.12. 선고 2011도10926 판결

대구고등법원 2008.11.27. 선고 2008노293

청주지법 충주지원 2008.6.5. 선고 2008고단70

부산지방법원 2008.6.13. 선고 2008노500

서울남부지방법원 2008.7.2. 선고 2007고단2471

대전지방법원 2008.7.3. 선고 2008노507

의정부지방법원 2016.4.19. 선고 2015노3368 판결

동아일보 인터넷기사(2021. 5. 18.), “수사권 조정 이후… 경찰 “사건처리 폭증” 檢 “야근 줄었다” <https://www.donga.com/news/Society/article/all/20210518/106988620/1?ref=main>

A Review on the Investigator Testimony System under the Amended Criminal Procedure Act in 2020

An, Sung-Hoon

The denial by the defendant in his or her written statement invalidates the written statement submitted by investigation authorities under the Criminal Procedure Amendment Act in 2020 where the Article 312 (1) regarding prosecutor's interrogation dossiers has been amended in the same way as the conditions for the admissibility of evidence of police officer's interrogation dossiers is provided, and the Article 312 (2), which was the way to prove the substantial authenticity of the interrogation statement via the objective way such as the video recording of interrogation when the defendant denies the authenticity of the written statement, is deleted.

However, lawmakers who were concerned about the curtailment of the right of a criminal prosecution of public prosecutors did decide to maintain the Investigator Testimony System introduced in 2007 and the written statement under the Criminal Procedure Amendment Act in 2020 still has an opportunity to survive indirectly in the world of evidence.

The argument coming from academia is still persuasive that the admissibility of evidence should be invalidated, because the Article 316 (1) of the Act in 2020, granting the independent admissibility of evidence to the written statement by investigation authorities with no defensive measures to fully guarantee the transparency at the investigation stage, has been in contradiction with the Article 312.

However, the above argument adheres to the purpose based on past realities about investigation at the time when the Criminal Procedure Act was enacted in 1954, but ignores current realities about investigations, including evolving crimes, victims'

human rights, all preventive measures against illegal investigations, and, as a result, logical consequence of theory is going back to pedagogical interpretations before the Criminal Procedure Amendment Act in 2007.

The Investigator Testimony System has been implemented in order to emphasize the Court-oriented Trial System, exclude the admissibility of evidence of the prosecutor's interrogation dossiers, with the intention of using criticisms against the reality of Statement Trial System standing on its own and seeking for solution in a systematic way to overcome the negative effects of the Statement Trial System, compensate for the curtailment, after being concerned about the curtailment of the right of a criminal prosecution of public prosecutors on the condition that the admissibility of evidence is totally ignored in a criminal court, and realize principle of oral proceedings.

In light of the purpose and legislative process of the Criminal Procedure Act, the Article 316 (1) is clearly seen as a legislative volition where investigator testimony is admissible in criminal court, notwithstanding the Article 312 (3).

Coming to thinking of the purpose of the Criminal Procedure Amendment Act in 2007, there is no question that the Article 316 of the Act admits the admissibility of testimony by investigator as evidence as an exception to the hearsay rule.

It is inappropriate to be ignorant of the purpose of the Act and hold the view that negates the admissibility of the investigator's testimony as evidence, simply based on pedagogical interpretation or diagnosis and prospect of the phenomenon, although the system admitting the admissibility of evidence has come into existence.

❖ key words: Investigator's testimony, prosecutor's interrogation dossiers, police officer's interrogation dossiers, interrogation dossiers, admissibility of evidence, trial-priority principle, principle of oral proceedings

