성균관대학교 법학연구원 『성균관법학』 10.17008/skklr.2021.33.2.008
제33권 제2호 (2021. 6.)
Sungkyunkwan Law Review Vol.33. No.2 (June 2021) pp 237 - 266

조사자 증언의 문제점과 개선방안*

박성민**

【목 차】

1. 들어가며
가. 조사자증언제도의 도입과 필요성 논란
나. 현행 형사소송법의 구조 및 문제 제기

2. 전문진술 및 조사자증언제도에 대한 입법례
가. 미국
나. 독일
다. 일본

3. 조사자증언제도의 필요성과 특신상태에 대한 논란
가. 조사자 증언제도에 대한 부정적 입장
나. 조사자 증언의 증거방법으로서의 가치
다. 특신상태의 상이(相異)에 대한 문제

4. 조사자증언제도의 개선방안
가. 조사자증언제도의 효율성 제고를 위한 대안 모색
나. 증명력의 제한
다. 필요서 요건의 보완
라. 조사자 증언의 증거능력 판단에 있어 특신상태의 구체화

5. 나가며

* 이 논문은 2019년 11월 한국형사정책연구원 보고서 “공정하고 인권친화적인 형사절차 구축방안 연구(I) - 형사사건에서의 객관적인 사실인정을 위한 증거조사방법의 합리화 방안 연구” 중 저자의 연구부분을 수정·보완한 것입니다. 그리고 형법학의 발전과 후진 양성에 평생을 바치시고 2021년 1학기 명예롭게 정년을 맞으시는 박광민 교수님의 정년기념호에 졸고를 게재하게 되어 무한한 영광으로 생각합니다.
**경상대학교 법과대학 부교수, 법학박사, 경상대학교 법학연구소 선임연구원

【국 문 요 약】

조사자 증언은 2007년 형사소송법 개정으로 정식으로 제도화되었지만, 그 필요성에 대한 논란이 끊이지 않았다. 하지만 2020년 형사소송법의 개정으로 검사작성 피의자신문조서의 증거능력요건이 강화되면서 향후 조사자증언의 중요성이 부각되는 상황이다. 본 논문은 이와 같은 상황에서 조사자증언에 있어 조사자와 피의자의 대립관계 및 조사자 진술의 객관성에 대한 의문을 근거로 조사자증언의 증거가치를 부정하는 입장을 반박하고 이를 재확인하였다. 조사자의 법정진술 내용은 다양해서 피의자 및 참고인의 수사기관 진술로서 그들의 법정 진술과 상이한 진술일 수도 있고, 진술과정에서의 상황적 묘사일 수도 있으며, 범행현장의 목격담일 수도 있다. 따라서 피의자와 참고인의 진술이 엇갈리거나 참고인이 수사기관에서 진술 후 법정에서 진술을 거부하는 경향이 있는 성폭력범죄, 가정폭력범죄, 데이트폭력범죄의 경우 조사자증언의 중요성은 극대화된다고 할 수 있다.

이에 본 논문에서는 조사자증언과 수사기관 작성 조서의 증거능력이 충돌하는 형사소송법적 문제를 해결하면서 그 효율성을 극대화할 수 있는 방안을 제시하였다. 우선 조사자증언을 요증사실의 직접증거보다는 간접증거로 사용할 것을 제안하였고, 참고인이 증언거부권을 행사하면 조사자증언의 증거능력을 부인하는 판례의 입장을 비판하면서 원진술자의 진술불가능 사유에 심리강제 및 회유 등 범죄심리학적 요소를 감안할 것을 제안하였다. 그리고 제316조의 특신상태요건이 조사자와 조사자 아닌 자의 구별이 없다는 점을 비판하면서 조사자의 경우 진술채득과정의 적법절차를 특신상태와 구별하여 별도의 요건으로 구성할 것을 주문하였다.

1. 들어가며

가. 조사자증언제도의 도입과 필요성 논란

형사소송법 제316조는 구두진술 형태의 전문증거에 관한 증거능력 인정요건을 규정하고 있다. 전문진술의 증거능력에 관한 본조는 1961년 전문법칙이 도입될 때부터 존재했던 규정인데, 이는 영미법상의 전문법칙이 구두의 전문진술에 대해 그 증거능력을 제한하기 위해 발달한 법리이기 때문이다.[1] 이후 2007년 형사소송법 개정에서 피고인 아닌 자의 진술에 피고인을 조사한 조사자를 포함시키는 입법이 이루어졌다. 종래 우리 대법원은 제316조 제1항의 피고인 아닌 자에 피고인을 조사한 수사관을 포함시키지 않는 것이 확립된 판례였고,[2] 학설은 판례의 입장을 지지하는 통설적 입장과 조사자의 증언에 대해서는 제316조 제1항을 적용해야 한다는 소수설의 입장으로 나뉘어 있었는데, 이를 입법적으로 해결한 것이다. 개정법은 피고인이 조서의 내용을 부인하는 경우 사법경찰단계의 수사결과인 피고인의 진술이 무의미해지고, 결국 피고인의 진술을 확보하기 위해 검찰작성 피의자신문조서에 의존하게 되면서 무리한 강압수사가 있을 수 있다는 점이 고려된 것이다.[3] 이러한 개정입법에 찬성하는 근거로는 ⅰ) 영미는 일찍이 피의자의 진술을 전문증거에서 배제함으로써 조사자의 법정증언을 증거로 하는 것이 당연히 전제되어 왔는데, 우리 판례는 조서와 진술을 일체화하여 판단하는 오류를 범하고 있다는 점, ⅱ) 제312조 제3항과 달리 제316조 제1항은 증거능력 판단의

---

1) 사실의 판단자인 배심원을 설득하기 위해서는 구두에 의한 진술이 필수적인데, 증인에 대한 교호신문과정에서 전문진술의 허용여부를 둘러싸고 전문법칙이 발달했다는 점에서 동조를 전문법칙의 예외 규정의 출발점으로 평가하는 입장으로는 신동운, 「신형사소송법」, 박영사, 2014, 1237면.

2) "피고인을 검거한 경찰관의, 검거 당시 또는 조사 당시 피고인이 범행사실을 순순히 자백하였다는 취지의 법정증언이나 위 경찰관의 진술을 기재한 서류는, 피고인이 그 경찰관 앞에서의 진술과는 달리 범행을 부인하는 이상 형사소송법 제312조 제2항의 취지에 비추어 증거능력이 없다고 보아야 한다."(대법원 2005. 11. 25. 선고 2005도5831 판결), 법원은 조사자증언이 증거능력이 부정된 피의자신문조서의 증거가치를 담보할 우회적 방법으로 악용될 수 있다는 점을 우려한 것으로 해석된다.

3) 신동운, 앞의 책, 1241면.

주도권이 피고인이나 변호인이 아닌 법원에 주어져 있는데, 종래 판례처럼 피고인의 내용부인만으로 조사자의 법정진술의 증거능력을 부정하는 것은 증거능력 판단권한이 법원에서 피고인으로 전환되는 결과를 초래하며, 구두변론주의의 의미도 사라진다는 점, iii) 조사자를 법정에 불러내어 그 익명성을 제거하고 신문하게 되면 오히려 강압수사를 확인하고 억지하는 효과가 있다는 점 등이 제시된다.[4] 하지만 개정입법 이후에도 학계에서는 그 필요성에 대해 의문을 제기하는 입장이 꾸준히 제기되었는데, 그 이면에는 피의자의 내용부인으로 사법경찰관 작성 피의자신문조서의 증거능력이 부정되더라도 검사작성 피의자신문조서를 증거방법으로 활용할 수 있다는 대안이 있었기 때문이다.[5] 하지만 2020년 형사소송법이 개정됨에 따라 검사작성 피의자신문조서도 피의자가 내용을 부인하면 증거능력이 부정[6]되므로 피의자진술을 내용으로 하는 조사자의 법정진술의 필요성논란에 변화가 있을 것으로 생각된다.

나. 현행 형사소송법의 구조 및 문제제기

형사소송법의 전문법칙은 형사소송법 제310조의2에서 전문법칙을 규정하고 제311조부터 전문서류와 전문진술로 구분한 후, 매체의 종류, 매체 작성자 및 작성시기 등을 기준으로 증거능력인정 요건을 개별적으로 규정하고 있다. 미국이 전문법칙이 적용되는 진술(statement)에 대한 정의규정을 두고 전문증거배제사유와 전문증거예외사유를 구분하고 있는 것과 달리 우리 형사소송법은 전문진술에 대한 별도의 정의규정 및 비전문증거의 기준을 제시하지 않은 채 형사소송법 제316조에 전문진술에 대한 증거능력인정요건을 규정하고 있다. 제1항은 피고인의 진술을 내용

4) 개정안 찬성 논거에 대해 자세히는 정웅석·최창호, 「형사소송법」, 대명출판사, 2018, 642면 이하.

5) 검사 작성 피의자신문조서의 증거능력을 인정하는 이상 조사자 증언제도의 필요성은 크지 않다는 입장으로는 이용식, “조사자증언제도에 대한 비판적 소고”, 형사정책 제24권 제3호, 한국형사정책학회, 2012, 312면.

6) 개정법률은 수사구조개혁이 완결된 상황에서 수사실무에 지장을 주지 않는 상황에서 시행될 수 있도록 부칙에 경과규정을 두어 2022년 1월부터 시행될 예정이다. 종래 피의자 진술에 의존하는 수사방법에 일대전환을 초래할 이번 입법은 수사기관의 보다 과학적이고 인권친화적인 증거수집을 유도하기 위한 것으로 풀이된다.

으로 하는 피고인 아닌 자의 진술을 특신상태 요건하에 증거능력을 인정하고 있고, 제2항은 피고인 아닌 자의 진술을 내용으로 하는 피고인 아닌 자의 진술을 원진술자의 진술불능요건과 특신상태 요건을 전제로 증거능력을 인정하고 있는데, 전문진술 중 증거법에서 의미있는 전문증거로서의 전문진술의 구체적 기준은 물론이고, 중요한 요건인 특신상태에 대해서도 명확한 판단기준을 제시하고 있지는 않아 학계와 판례의 입장이 분분(紛紛)한 상황이다. 물론 학자들이 전문증거와 비전문증거에 대한 해석상의 기준을 제시하고 있고, 판례도 이를 일부 반영하고 있으며,[7] 법원도 특신상태에 대한 일반적 기준과 함께 개별사례에 있어 이를 판단의 근거를 설시하고 있지만, 통일성 있는 기준인지는 의문이 있다.[8]

먼저 현행법의 구조에서 비롯된 쟁점으로 전문진술의 정의규정을 전제로 구체적 개별기준을 제시할 필요성이 있는가 하는 점이다. 즉 미국처럼 진술의 정의, 비전문증거와 전문증거의 구별 기준, 전문법칙 예외의 구체적 기준을 별도로 설시해야 하는지 여부이다.[9] 미국식의 구체적 기준을 도입할지 여부는 전문법칙 전반에 걸친 구조적 변화를 의미하는 것으로 실현 가능성에 의문이 있을 수 있지만, 제316조로 논의를 좁히면 2007년 조사자증언제도를 도입하면서 피고인이나 참고인을 조사한 조사자의 진술과 조사자 아닌 일반인의 진술에 동일한 특신상태요건을 설시함으로써, 제316조에 한해 최소한 특신상태의 판단기준은 진술자에 따라 구별되는가라는 의문점은 남게 되었다. 즉 형사실무상 수사기관 조서에 요구되는 특신상태에 대해서는 적법절차 준수를 주요한 판단기준으로 보는 것처럼 조사자 증언의 특신상태도 이와 동일하게 판단하는지에 대한 문제이다. 판례는 이에 대해 수사기관의 강요 및 변호인의 동석여부 등 적법절차와 같은 진술 과정 및 진술 경위를 주요한 기준으로 보면서

7) 요증사실을 기준으로 진술내용의 진실성이 범죄사실을 직접 증명하기 위해 사용되는 경우에 전문증거가 된다는 판례의 입장(대법원 2013.6.13. 선고 2012도16001 판결)이 있다.

8) 특신상태 판단의 기준으로 우리 판례가 제시하는 것으로는 진술의 경위 및 과정, 절차의 적법성, 진술의 임의성 및 진술의 구체성과 일관성 등이며, 우리 판례는 이와 같은 기준들을 종합적으로 평가하여 특신상태를 판단한다. 자세히는 후술한다.

9) 이와 같은 논의를 시작할 필요가 있다는 점에서 이를 긍정하는 입장으로는 정웅석. “전문증거의 의의에 따른 전문법칙의 적용범위” 형사법의 신동향 49호, 대검찰청, 2015, 159면 이하 참조.

도[10] 진술의 일관성 및 구체성 등 진술 자체의 신빙성도 판단기준으로 제시하고 있다.[11] 이에 대해 진술자체의 신빙성은 특신상태 판단의 기준으로 보아서는 안된다는 입장도 제기되는데, 진술자체의 신빙성을 판단하는 진술의 일관성이나 구체성은 증명력과 관계가 있는 사유라는 점을 유력한 근거로 제시한다.[12] 그러나 진술의 일관성 및 구체성이 증명력과 관련있다는 반론은 법관의 자유심증에 맞겨져야 할 부분-설사 법원이 해당 증거의 증명력의 관점에서도 진술의 일관성 등을 판단하고 있다고 하더라도-이고, 이와 같은 기준이 진술당시의 임의성 및 신뢰성을 보완하는 것임은 분명하다는 점에서 특신상태 판단의 주요한 기준임을 부정할 수 없다. 아무튼 위 요건을 제외하고 법원이 인정하는 구체적 사례들-변호인의 동석 및 강요에 의한 진술 등 진술의 과정과 경위를 다투는 사정 등-은 절차의 적법성으로 평가된다는 점에서 조사자 이외의 피고인 아닌 자의 전문진술에 요구되는 특신상태 요건과 구별된다. 이러한 입장을 견지한다면 조사자 증언제도가 형사소송법 제316조에 함께 규정되어야 하는 지에 대한 근본적인 의문을 가질 수 밖에 없다. 이는 조사자증언의 증거능력 인정을 위한 개별요건을 세분화하여 형사소송법에 규정할지 여부로 귀결되고, 특히 개정형사소송법에 따라 조서의 증거능력이 제한되는 상황에서 조사자증언의 증거능력인정요건의 구체화는 최소한 조사자 증언제도의 활용도 제고와 관련해서 중요한 문제일 수 있다. 일찍이 조사자 증언제도가 활성화되지 못하고 있다는 비판이 있어 왔고, 이를 활성화하기 위한 방안으로 다양한 대안이 제시되고 있지만,[13] 사실 조사자

10) "원심은, 피고인을 조사하였던 경찰관공소외인의 원심 법정진술은 '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 상태하에서 행하여졌음이 증명되어야 하는데, 피고인이 그 진술 경위나 과정에 관하여 치열하게 다투고 있는 점, 위와 같은 진술이 체포된 상태에서 변호인의 동석없이 이루어진 점 등을 고려해 보면, 피고인의 위와 같은 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌다는 점이 증명되었다고 보기 어려우므로"(대법원 2012. 10. 25. 선고 2011도5459 판결)

11) 우리 법원은 원진술자의 진술의 구체성 및 일관성과 같은 진술 자체의 신빙성을 특신상태의 주요한 판단기준으로 보고 있다.(대법원 2017. 7. 18. 선고 2015도12981; 대법원 2014. 4. 30. 선고 2012도725; 그 외 2010도11297 및 2010도16278 등)

12) 대표적으로는 한연규, "사법경찰관의 조사자증언과 수사상 진술의 증거활용", 형사법의 신동향 제60호, 대검찰청, 2018, 244면.

13) 이에 대해서는 특신상태 요건의 완화, 영상녹화물을 특신상태 입증에 활용하는 방법 등의

증언제도의 활용도는 조서의 증거능력 인정과 분리해서 생각할 수 없는 지점이 있다. 즉 개정형사소송법에 따라 조서의 증거능력 인정요건이 강화되면, 조서의 법정현출이 지금보다 까다로워지는 상황에서 수사의 효율성 제고를 위해 조사자 증언제도의 필요성은 증가할 수 밖에 없을 것이다. 조사자 증언제도의 필요성에 대해 과거에는 경찰수사의 실효성확보를 강조했다면,[14] 향후 조사자 증언제도는 내용부인으로 조서가 법정에 현출될 수 없는 상황에서 이를 보완하기 위한 제도로 그 필요성이 더욱 증가할 것이기 때문이다.

이하에서는 전문진술 및 조사자증언에 대한 외국의 입법례를 확인한 후(2), 조사자증언제도의 필요성을 검증하고, 우리 형사소송법상의 특신상태 판단의 차이를 확인한다(3). 이후 제기된 문제를 중심으로 조사자증언제도의 개선방안(4)을 모색한다.

2. 전문진술 및 조사자증언제도에 대한 입법례

가. 미국

미국 연방증거법은 제802조에 전문법칙의 증거능력을 부정하는 규정을 두면서 제803조 이하에 그 예외를 규정하고 있다. 미국연방증거법 제803조는 원진술자의 증언가능성과 상관없이 현장감 있는 인상(Present Sense Impressio), 흥분상태에서의 발언(Excited Utterance), 기록된 기억(Recorded Recollection) 등에 대해 증거능력을 인정한다. 제803조는 특히 신용성 내지 신빙성이 높은 유형을 나열하여 원진술자를 증인으로 출석시켜 신문하는 시간과 비용을 줄이기 위해 허용하는 것이므로 필수적으로 각 규정의 요건을 충족해야 한다.[15] 그리고 미국연방증거법 제

대안이 제시되고 있다. 이에 대해 자세히는 한연규, 앞의 논문, 273면 이하 참조.

14) 피의자가 경찰에서는 혐의를 인정하다가 검찰수사에 이르러서야 비로소 혐의를 부인하는 경우가 비일비재하고, 2007년 조사자증언제도가 도입된 배경에는 이러한 실무상의 문제점을 보완하기 위한 것이라는 점은 주지의 사실이다.

15) 예를 들면 미국연방증거법 제803조(5)에 의하면, 기록된 과거의 기억은 “증인이 당시에는 알고 있었지만, (A)현재는 완전하고도 정확하게 증언하기에는 기억이 충분하지 않은 내용에 관한 것으로서 (B)증인의 기억이 선명할 때 작성했거나 사실이라고 인정하였고, (C) 증인의 지식을 정확하게 반영하고 있는 기록을 말한다. 만일 이러한 기록된 기억이 증거로

804조는 원진술자가 사망, 질병 등으로 법정에 출석할 수 없거나 증언을 거부하거나 원진술자가 자신의 증언내용을 기억할 수 없다고 증언하는 때에 증인의 종전 진술(Former Testimony), 임종시의 진술(Statement Under the Belief of Imminent Death), 이익상반진술(Statement Against Interest) 등의 경우에 증거능력을 인정한다. 미국 연방증거법 제803조 및 제804조의 예외들은 진술자의 사망직전에서의 진술처럼 진술자가 거짓을 말할 위험성이 없는 것과 같이 법정외 진술이 특히 정확하거나 진실일 가능성이 있어서 원진술자의 진술에 대한 입증에 어려움이 있어도 그다지 해가 없다고 볼만한 이유가 있거나, 법정외 진술이 왜곡될 위험성보다도 더 우월한 다른 요소들이 있다는 믿음이 있는 경우에 적용된다고 할 수 있다.[16] 이 밖에도 제807조는 제803조 및 제804조에 해당하지 않는 경우에도 신용성의 정황적 보장이 인정되면 전문증거라도 증거능력을 인정하는 포괄적 예외규정을 두고 있는데,[17] 그 요건을 보면 신용성의 정황적 보장이 인정되고, 중요쟁점에 대한 증거로서 증거의 필요성이 인정되고, 증거법의 목적과 취지에 부합하며 반대당사자에게 사전에 통지될 것을 요건으로 한다. 즉 신용성의 정황적 보장과 필요성이라는 큰 틀에서 그 예외가 논의된다고 할 수 있다.

이와 같은 전제하에 조사자증언의 증거능력 인정여부를 살펴보면 먼저 피의자의 자백취지의 진술은 전문진술이 아니기 때문에 임의성이 인정된

서 허용된 경우 그러한 기록은 낭독을 통해 증거로 할 수 있지만, 다만 반대당사자에 의해 제출된 경우에 한해서는 증거물로서 제출될 수 있다."고 하여 신용성의 정황적 보장을 인정할 수 있는 구체적 기준을 충족한 경우에 한해 증거능력이 인정된다.

16) Arthur Best, Evidence(8th ed), Wolters Kluwer, 2012, pp. 68, 93.

17) Rule807(a) In General. Under the following circumstances, a hearsay statement is not excluded by the rule against hearsay even if the statement is not specifically covered by a hearsay exception in Rule 803 or 804:
(1) the statement has equivalent circumstantial guarantees of trustworthiness;
(2) it is offered as evidence of a material fact;
(3) it is more probative on the point for which it is offered than any other evidence that the proponent can obtain through reasonable efforts; and
(4) admitting it will best serve the purposes of these rules and the interests of justice
(b) Notice. The statement is admissible only if, before the trial or hearing, the proponent gives an adverse party reasonable notice of the intent to offer the statement and its particulars, including the declarant's name and address, so that the party has a fair opportunity to meet it.

다는 전제하에 조사자 증언으로 증거사용이 가능하고, 피의자가 작성한 진술서나 영상녹화물도 증거로 사용할 수 있다. 참고인의 자필 진술서는 증인이 법정에서 기억이 나지 않는다거나 진술을 번복하는 경우 이를 제시하여 증거활용이 가능한데, 공판진술과는 다른 수사상 모순진술이 있었다는 사실을 조사자증언 등으로 입증하더라도 수사상 모순진술을 탄핵증거로만 사용할 것인지 본증으로 사용할 것인지에 대하여는 재판장의 재량이다.[18]

나. 독일

독일형사소송법 제250조 및 제251조에 의하면 원진술자가 공판정에 출석할 수 있다면 조서를 낭독할 수 없지만, 피고인이 동의하거나 원진술자가 사망, 질병 등의 사유로 법정에서 증언할 수 없는 경우에는 조서를 낭독할 수 있다고 한다. 직접주의가 적용되는 독일은 원진술자의 공판정 진술이 가능한 상황에서는 조서의 법정 현출을 제한하고 있다. 우리 형사소송법이 원진술자의 법정진술이 가능한 상황에서도 조서를 주된 증거방법으로 채택하고 있는 현실과 구별된다.

그런데 피고인이 공판정에서 수사기관에서 행한 진술과 모순된 진술을 하고, 또 독일형사소송법 제254조에 의한 신문의 영상녹화물(die Bild-Ton-Aufzeichnung der Vernehmung)의 상영[19]도 어려운 상황이라면 직접주의원칙에 따라 조서로써 피고인의 원진술을 대체할 수 없는 상황에서 조사자를 공판정에서 증인으로 직접신문할 수 있다. 다만 이 경우 조사자 증언은 피고인의 직접진술에 비해 2차적인 증거방법으로서 그 증거가치는 낮게 평가된다고 한다.[20]

---

18) 진술의 종류에 따른 증거활용방법에 대해 자세히는 한연규, 앞의 논문, 260면 참조.

19) 독일형사소송법 제254조 제1항은 피고인 진술의 영상녹화물에 대해 조서의 낭독과 동일한 효력을 인정한다.

20) 신상현, “조사자증언 제도의 개선방안-독일의 직접심리주의대한 비교법적 고찰을 중심으로-” 법학논총 제31권 제3호, 국민대학교 법학연구소, 2019, 300면

다. 일본

피고인 이외의 자의 공판준비 혹은 공판기일에서의 진술로서 피고인의 진술을 내용으로 하는 것에 대해서는 일본형사소송법 일본 형사소송법 제324조 제1항에 의거 제322조의 규정을 준용한다. 따라서 피고인의 진술이 자백 또는 불이익사실의 승인인 경우에는 임의성에 의심의 여지가 없는 때, 그 이외에 경우에는 특히 신용할만한 정황이 있는 때에 한하여 증거능력이 인정된다. 한편 피고인 이외의 자의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술이 피고인 이외의 자[21]의 진술을 내용으로 하는 것은 일본 형사소송법 제324조 제2항에 의거 제321조 제1항 제3호를 준용한다.[22] 따라서 진술불능, 증거의 필요성, 그리고 특신상태가 인정될 때에만 증거능력이 인정된다.[23] 일본도 우리 형소법과 마찬가지로 피고인의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술이 피고인 이외의 자의 진술을 내용으로 하는 경우에는 특별한 규정이 없다. 이에 대한 해석론으로 피고인에게 불이익한 진술인 경우에는 반대신문권을 포기한 것으로 보아 형사소송법 제326조의 증거동의가 있는 것으로 해석하여 증거능력을 인정하는 반면에 그 이외의 경우에는 검사의 반대신문권의 기회를 보장하기 위해 형사소송법 제324조 제2항에 따라 형사소송법 제321조 제1항 제3호를 준용하여 진술불능, 증거의 필요성, 그리고 특신상태가 인정될 때에 한하여 증거능력을 인정한다.[24] 한편 조사자증언제도와 관련해 일본은 우리와 같은 규정을 두고 있지는 않지만 조사자의 진술을 전문증언의 형태로 보아 형사소송법 제324조의 규정을 적용하여 증거능력을 인정할 수 있다.

---

21) 일본 최고재판소는 형소법 제324조 제2항과 제321조 제1항 제3호 소정의 요건을 구비한 전문진술의 원진술자가 특정한 갑 또는 을 어느쪽인지 불명확하더라도 그러한 이유로 그 전문진술이 증거능력이 없다고는 할 수 없다고 한다.(最判昭38·10·17(刑集17·10·1795))

22) 일본 형사소송법 제324조 제2항.

23) 일본 최고재판소는 제1심 공판에서 검사측 증인이 피고인 아닌 자의 진술을 내용으로 하는 증언을 하고 피고인이 이에 이의를 제기하지 않은 경우에 항소심에서 원진술자가 기억을 전부 상실했거나 소재불명인 경우에도 형사소송법 제321조 제1항 3호의 취지에 따라 제1심 공판조서 중에 해당 전문증언을 증거로 할 수 있다고 한다.(最判昭33·10·24(刑集12·14·3368))

24) 池田 修/前田雅英, 「刑事訴訟法講義」, 東京大學出版會, 2012, 453면.

라. 소결

이상의 입법례를 살펴보면 조사자증언에 대해서는 그 요건에 있어 국가별 다소간의 차이가 있지만 신용성의 정황적 보장(또는 특신상태)이나 필요성 요건(또는 원진술자의 모순진술)하에 그 증거능력을 긍정하고 있음을 알 수 있다. 다만 조사자 증언의 증거가치에 대해서는 법원의 재량사항임을 강조하거나 또는 낮은 가치의 증거가치를 인정하는 등 다소 차이가 있음을 보았다. 아무튼 조사자 진술의 증거가치에 대한 논의는 별론으로 하고 그것이 증거방법으로서 기능할 수 있는가라는 증거능력의 문제에 대해서는 각국의 입법례가 수용적인 태도를 보이고 있는 것으로 이해된다. 우리 형사소송법도 최근 피의자 신문조서의 증거능력 인정요건이 강화되었지만 여전히 원진술자의 법정진술과 함께 조서의 증거방법으로서의 가치를 인정하고 있다는 점에서 유독 조사자의 법정진술만을 제한할 이유는 없는 것으로 보인다. 그럼에도 우리 형법학계에 조사자증언에 대한 필요성 논의가 있음도 부인할 수 없고, 조사자증언의 필요성 논의는 조사자 증언의 활용도 제고 및 개선방안 이전에 반드시 확인하고 넘어가야할 문제가 되었다.

3. 조사자증언제도의 필요성과 특신상태에 대한 논란

가. 조사자 증언제도에 대한 부정적 입장

피고인이나 주요 참고인이 수사단계에서의 진술을 법정에서 번복하면 해당 조서의 증거능력을 인정받기 어려워지고 기왕의 수사가 무효로 됨은 물론 실체진실발견도 어려운 상황에 놓일 수 있다. 특히 과거 사법경찰관 작성의 피의자신문조서의 경우에는 내용을 부인하면 증거능력이 부정되므로 송치 후 검찰단계에서 혐의사실을 부인하는 일들이 비일비재하였다. 이에 일찍이 조사자를 법정에 증인으로 세워 증언을 청취하여 이를 보완하고자 하였으나,[25] 우리 판례는 조서의 증거능력에 대한 취지를

25) 이에 대해 학설은 형사소송법 제312조 제3항의 취지를 감안하여 원진술자가 내용을 부인하면 조사자 증언의 증거능력을 부정해야한다는 입장(대표적으로는 천진호, “피고인의 경찰 진술을 내용으로 하는 증언의 증거능력에 대한 재검토”, 저스티스 제84호, 한국법학원,

감안하여 조사자의 증언 역시 원진술자가 내용을 부인하면 증거능력을 부정하는 것으로 이해하였다.[26] 이후 2007년 형사소송법 제316조 제1항에 조사자증언제도를 명문화함으로써 이러한 논란에 종지부를 찍고 특신상태 인정을 요건으로 조사자 증언의 증거능력을 인정할 수 있게 되었다.

그러나 2007년 형사소송법 개정에도 불구하고 여전히 사법경찰관 작성의 피의자신문조서를 중심으로 그 증거능력을 제한하려는 학설들이 제기되었다. 형사소송법의 개정에도 불구하고 제316조 제1항의 조사자 증언의 증거능력을 조서의 진정성립이나 특신상태의 증명수단 또는 탄핵증거 등으로 활용하도록 해야 한다는 입장이 그것이다. 조사자증언의 증거방법으로서의 기능을 축소하고자 하는 논의의 핵심은 외국의 입법례가 증거의 법정현출방법과 관련하여 조서를 원칙으로 하면 원진술자의 법정증언을 부차적으로 하거나, 원진술자의 법정증언을 원칙으로 하면 조서를 부차적으로 하는 방법으로 소위 중복증거금지원칙을 채택하고 있는데, 조서를 원칙적인 증거방법으로 사용하는 우리형사소송구조에서 조서의 증거능력이 부인된 상황에서 조사자증언에 독자적 증거능력을 인정하는 것은 이에 반한다는 점을 들거나,[27] 개정형사소송법이 영상녹화물에 대해 독립된 증거능력을 인정하고 있지 않은 취지와도 부합하지 않는 점,[28] 또는 형사소송법 제312조 제3항과 제316조 제1항이 논리모순이라는 점,[29] 즉 사법경찰관 작성 피의자신문조서의 경우에는 내용을 부인하는 경우에는 조서에 특신상태가 인정되는 경우에도 증거능력이 부정되는 반면에 조사자의 증언은 특신상태를 요건으로 증거능력을 인정하는

2005, 226면)과 형사소송법 제316조 제1항의 취지를 살려 특신상태가 인정되면 증거능력을 인정해야한다는 입장(대표적으로는 이완규, "피고인의 경찰진술을 내용으로 하는 수사경찰관 증언의 증거능력" 저스티스 제78호, 한국법학원, 2004, 154면 이하)으로 나뉘어 있었다.

26) 대법원 1995. 3. 24. 선고 94도2287 판결.

27) 이은모, "개정형사소송법상의 증거법칙에 대한 검토", 법학논총 제24권 제2호, 한양대학교 법학연구소, 2007, 301면.

28) 심재무, "피의자진술의 법정현출방식과 조사자증언의 증거능력", 비교형사법연구 제12권 제1호, 한국비교형사법학회, 2010, 327-8면.

29) 천진호, 앞의 논문, 226면.

것은 모순이라는 점 등을 제시한다. 이와 같은 입장은 모두 나름의 설득력을 가지면서 조사자증언제도를 부정하는 논거가 되거나 최소한 제한하기 위한 근거로 제시되었는데, 이처럼 조사자증언은 현행 증거법체계하에서 무용한 것이라 할 수 있는가?

나. 조사자 증언의 증거방법으로서의 가치

조사자 증언의 증거방법으로서의 기능을 제한하려는 입장 중에는 전문증거로서 조사자 증언의 증거가치를 근거로 조사자증언의 법정현출을 자제해야 한다는 입장도 있다.[30] 이 입장은 우리 형사소송법이 증거방법으로 조서를 주로 하면서 원진술자가 공판정에서 조서의 증거능력을 부정하는 경우에까지 조사자증언의 증거능력을 인정하는 것은 옳지 않다고 한다. 특히 조사자의 진술이 객관적일 것이라는 것은 피의자를 처벌하기 위한 조사자의 입장 및 인간의 기억이 왜곡되거나 편집될 수 있다는 점에 비추어 환상에 불과하다고 평가한다.[31] 조사자 증언의 증거가치에 대해 부정적인 입장에서 종종 조사자의 진술이 왜곡되거나 오염될 수 있다는 점을 근거로 제시하는데, 조사자의 진술은 실무상 조사당시로부터 상당한 시간적 간격이 있고, 수사기관의 확증편향이나 선별적 정보처리과정을 통해 수사기관에 유리한 방향으로 피의자의 진술을 왜곡할 수 있다는 것이다.[32] 하지만 기억의 왜곡이나 편집은 전문증거에 있어 진술자 모두에게 해당되는 것으로 조사자에게만 국한된 문제는 아니며, 우리 형사소송법 제311조 이하는 그 왜곡이나 편집의 가능성을 고려하여 증거능력 인정요건을 규정하고 있다. 형사소송법 제316조의 특신상태는 이를 고려한 요건이며, 이 점에 대한 논란은 특신상태의 판단기준이 적절한가의 문제로 귀결될 수 밖에 없다. 또한 법정에 현출되는 증거방법은 피의

30) 신상현, 앞의 논문, 311면.

31) 신상현, 앞의 면.

32) 홍진영, “개정 형사소송법 제312조에 대한 검토”, 형사소송 이론과 실무 제12권 제1호, 한국형사소송법학회, 2020, 230면 이하. 홍진영 교수는 특히 이와 같은 관점에서 조사자증언을 통해 구두주의와 직접주의를 실현하고 결과적으로 공판중심주의를 보장할 수 있다는 주장은 허구일 수 있음을 지적하고 있다.

자에게 유리하거나 불리한 것으로써 피의자에게 불리하게 작용되는 조사자의 위치를 근거로 그 객관성을 판단할 수는 없다. 특히 전문증거에 있어 증거능력 인정여부는 진술증거의 객관성만으로 결정되는 것이 아니라 절차적 정당성을 전제로 필요성이라는 증거방법의 확장요소와 피의자의 방어권보장이라는 제한요소의 조화도 고려되어야 할 것이다. 일반적으로 조사자는 소송절차에서는 피고인의 반대에서 그를 공격하는 위치에 있으면서도 범죄현장에서 범죄를 목격하거나 피고인 또는 참고인의 최근접에서 그들이 경험한 사실을 왜곡이나 오염이 적은 상태에서 청취한 자라는 점에서 그 증거방법으로서의 가치를 일율적으로 무시하는 것은 바람직하지 않다. 개별 사건에 있어 수사기관의 확증편향의 문제도 분명하지만, 한편으로 조사자의 전문성(專門性)은 일반적인 전문(傳聞)증거와 차별화되는 증거가치를 가질 수 있다는 점에서 조사자의 진술을 일관해서 배격하는 것에 찬동하기 어렵다. 경우에 따라 조사자는 범죄현장의 유력한 목격자이거나 오염이나 왜곡이 덜한 상태에서 원진술자의 최초진술을 청취한 사람일 수 있다. 물론 기억은 왜곡될 수 있고, 경험은 편향되기 쉽다. 하지만 전문법칙의 예외를 인정하는 형사소송법의 규정은 왜곡과 편향성이라는 당연한 전제를 가진 전문증거의 증거능력을 인정하기 위한 것이다. 오히려 위증의 위험을 감수하면서 증언대에 서는 조사자의 부담과 직접 조사한 조사결과가 부정되는 것에 대한 반론의 기회보장에 더해, 원진술자의 반대신문권이 제한되지 않는다는 점까지 고려하면 조사자증언의 필요성은 분명하다고 할 것이다. 이에 반해 조사자증언의 반대신문은 원진술자에 대한 반대신문이 아니라 조사자에 대한 반대신문이므로 이를 통해 원진술자 진술의 진실성이나 일관성 및 객관적인 증거와의 합치성을 입증하기는 어렵다는 입장도 있다.[33] 이러한 입장은 조사자가 증거능력이 부정된 조서의 작성자라는 위치에서는 타당할 수 있지만, 초기 수사과정에 참여하여 증거수집을 하고 진술과정을 경험한 경험자라는 특성에서는 수긍하기 어렵다. 법원은 실체진실을 확인하는 과정에서 수사과정의 위법여부나 현장상황, 진술의 경위 등을 청취할 필요가 있고, 조사자의 진술은 요증사실의 판단에 있어 중요한 정황증거가 될 수도 있

33) 홍진영, 앞의 논문, 235-236면.

으므로 원진술자의 입장에서도 반대신문권의 보장은 중요한 의미를 가질 수 있다.

또한 참고인 진술조서에 대해 원진술자가 성립의 진정을 부정하는 상황에서 객관적인 증명방법에 의해 성립의 진정이 인정되어 조서가 법정에 현출되었지만, 공판단계에서 원진술자인 증인의 증언과 조서의 내용이 충돌하는 상황을 가정해보자. 이 경우 법관으로 하여금 조사에 참여한 조사자의 진술을 청취할 기회를 제공하는 것[34]도 법관에게는 사실관계 판단에 있어 중요한 증거자료를 제공하는 것이며, 피고인에게도 조사자에 대해 반론의 기회를 제공할 수 있다는 점에서 증거방법으로서 충분한 가치가 있다고 할 것이다. 특히 우리가 간과하고 있는 것이 현재 전문법칙의 예외에 대한 현행 형사소송법의 규정들은 증거능력에 대한 것으로 그 자체로 증명력을 담보하는 것은 아니라는 점이다. 법정에 현출되는 증거의 다양성, 증거가치의 상이함 등을 고려하면 해당 증거의 증거가치에 다소간의 제한을 둔다면 증거능력에 대해서까지 과도한 제한을 하는 것은 공판중심주의를 통해 실체진실발견의 목적을 실현하려는 현행 공판제도의 방향성과도 일치하지 않는 것으로 판단된다.

다. 특신상태의 상이(相異)에 대한 문제

특신상태는 검찰작성의 피의자신문조서, 참고인 조서, 진술서, 진술기재서, 전문진술 이외에도 형사소송법 제314조의 증거능력 인정요건으로 규정되어 있다. 조사자 증언에 있어서도 특신상태의 판단 기준은 특히 중요한 의미를 가지는데, 제316조 제1항은 특신상태만으로 증거능력을 판단하고, 제316조 제2항은 필요성과 특신상태로 증거능력을 판단하므로 조사자증언에 있어서는 특신상태의 판단이 중요한 의미를 가질 수 밖에 없다. 그런데 작성주체, 매체의 종류, 진술채득과정의 차이에도 불구하고 우리 형사소송법은 개별 규정의 특신상태에 대해 구체적 기준을 설

34) 물론 이와 같은 경우 현행 형소법체계에서는 필요성요건이 충족되지 않아 조사자의 법정증언은 허용되지 않을 터이지만, 본 논문은 개선방안에서 참고인의 증언거부나 모순진술에서 그 필요성을 제시하고 있으므로 후술하는 개선방안을 참고할 것.

시하고 있지 않아 학설과 판례의 입장이 분분한 실정이다. 그 일단을 보면, 먼저 형사소송법상의 특신상태에 대해서는 진술의 임의성 내지 신빙성, 적법절차, 신용성의 정황적 보장이라는 학설상의 대립이 있지만, 우리 판례는 진술의 임의성으로 본 판례도 있고,[35] 임의성만으로는 부족하고 진술내용의 신빙성을 포함한 신용성의 정황적 보장으로 본 판례도[36] 있다. 우리 법원이 진술내용의 신빙성까지 판단하는 것은 진술과정의 외부적 상황만을 고려하는 것이 아니라 진술의 내용까지도 증거능력 판단에서 고려하고 있는데서 비롯된다.[37] 특신상태의 판단에 있어 진술내용의 신빙성을 고려하는 것은 진술의 증명력과 관련된 사항을 증거능력 판단에 끌어들인 것으로 이러한 판단기준이 적절한가가 논의의 핵심이다. 이는 특신상태의 판단기준으로 적법절차나 진술의 임의성 또는 신용성의 정황적 보장 이외에 진술의 신빙성을 판단하기 위한 자료로 진술의 구체성이나 일관성을 필요로 하는가로 귀결된다.

한편 제316조의 규정형식을 보면 진술자에는 조사자 아닌 자와 조사자의 구별을 두지 않고 있는데, 조사자가 원진술자의 진술을 채득(採得)하는 과정과 조사자 아닌 자가 원진술자의 진술을 청취하는 과정에는 분명한 차이가 있다. 즉 일반 사인과 달리 조사자는 수사기관으로서 원진술자의 진술을 채득하는 과정에서 적법절차를 준수해야하고, 이에 따라 판례도 조사자증언에 있어서는 적법절차에 반함이 없어야 특신상태를

35) "검사 작성의 피고인에 대한 피의자신문조서는 그 피고인에 공판정에서 진정성립을 인정하면 그 조서에 기재된 피고인의 진술이 특히 임의로 되지 아니한 것이라고 의심할 만한 사유가 없는 한 증거능력이 있는 것이고 그 임의성 유무가 다투어지는 경우에는 법원은 구체적인 사건에 따라 당해 조서의 형식과 내용, 진술자의 학력, 경력, 지능정도 등 제반 사정을 자유로운 심증으로 이를 판단하면 되는 것이다."(대법원 1989. 11. 14. 선고 88도1251 판결)

36) 우리 판례는 특신상태의 판단에 있어 "형사소송법 제312조 제4항에서 '특히 신빙할 수 있는 상태'란 진술 내용이나 조서 작성에 허위개입의 여지가 거의 없고, 진술 내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있는 것을 말한다." 라고 한다.(대법원 2012.7.26. 선고 2012도2937 판결) 이외에도 "형사소송법 제316조 제2항에서 말하는 '그 진술 또는 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 때'라 함은 그 진술내용이나 조서 또는 서류의 작성에 허위개입의 여지가 거의 없고, 그 진술내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있는 경우를 가리킨다"(대법원 2014. 4. 30. 선고 2012도725; 2017. 7. 18. 선고 2015도12981 등) 판례의 일반적인 입장이라고 할 수 있다.

37) 법원실무제요 형사 〔Ⅱ〕, 법원행정처, 2008, 109면.

인정하고 있다.[38] 일반적으로 적법절차는 진술의 임의성을 판단하는 기준인데, 진술의 임의성을 특신상태 판단의 주요한 축으로 이해하는 판례의 입장에 의하면 특신상태 판단에 적법절차를 요구하는 것에 논리적 모순은 없다. 다만 적법절차의 준수를 특신상태와 구별하여 전문증거의 증거능력인정요건으로 별도 규정하는 현행법의 태도 및 특신상태 판단에 있어 전문증거의 종류에 따른 차이를 고려하지 않고 동일한 법리를 적용하는 우리 판례의 입장[39]을 고려하면, 당연히 구별해야할 것을 특신상태라는 하나의 요건에서 판단하고 있는 것은 아닌가 한다.

4. 조사자증언제도의 개선방안

가. 조사자증언제도의 효율성 제고를 위한 대안 모색

개정 전 형사소송법이 피의자신문조서의 작성주체에 따라 증거능력인정요건을 차등해서 규정한 것은 피의자 인권보호에 대한 검찰과 경찰의 역할의 차이와 맥락이 닿아 있다. 통계상으로도 경찰단계의 조서내용을 검찰에서 부인하는 경우가 많다는 분석이 있는 것을 보면,[40] 내용부인만으로 증거능력이 부인되는 경찰작성 피의자신문조서의 한계에도 원인이 있겠지만 조사가 거듭되면서 상황의 유불리에 민감해진 피의자의 심경변화 및 경찰수사의 압박감을 인권침해로 받아들이는 피의자의 인식에서도 그 원인을 찾을 수 있을 것이다. 다만 수집한 증거를 바탕으로 피의자의 자백에 집중하는 전통적 수사기법은 다분히 강압적인 신문방법으로 피의자의 인권을 침해할 가능성이 있다. 그래서 구 형사소송법 제312조 제1항 및 제3항이 전문법칙의 예외로서 증거능력인정요건을 차등해서 규정

38) 조사자증언과 관련하여 변호인의 동석여부 및 영상녹화물의 존재여부 등 적법절차의 준수를 특신상태 판단의 기준으로 제시하고 있는 판례(대법원 2012. 10. 25. 선고 2011도5459 판결; 그 외에도 춘천지법 강릉지원 2009고합29 판결도 있는데 상급심들은 1심의 판단을 긍정하였음)가 있다.

39) "형사소송법 제314조의 '특신상태'와 관련된 법리는 마찬가지로 원진술자의 소재불명 등을 전제로 하고 있는 형사소송법 제316조 제2항의 '특신상태'에 관한 해석에도 그대로 적용된다."(대법원 2014. 4. 30. 선고 2012도725 판결)

40) 2018년 기준 최근 5년간 경찰에서의 자백비율과 검찰에서의 자백비율이 15%정도 차이가 나는데, 15% 중 상당부분이 경찰에서 범행을 자백하다가 검찰에서 부인하는 사건으로 추정된다는 분석으로는 한연규, 앞의 논문, 247면 각주11).

하고 있는 것은 임의성과 신빙성이 의심되는 전문증거의 법정현출을 통제하겠다는 의미 이외에도 임의성과 신빙성을 저해하는 수사기관의 인권침해를 방지하기 위한 의미도 함께 담고 있는 것으로 풀이된다. 그러나 최근 수사구조개혁 과정에서 검찰의 경찰에 대한 수직적 통제와 감시라는 수사절차의 패러다임이 상호간 협력관계로 전환됨에 따라 조서의 증거능력 인정에도 차등을 둘 이유가 없어졌다. 다만 조서의 증거능력을 지금보다 완화하는 것은 조서재판의 회귀로 평가되어 공판중심주의의 취지가 훼손될 가능성이 있으므로 검사작성 조서를 비롯한 수사기관 작성 조서를 사법경찰관 작성 조서에 준해서 조서의 내용을 부인하면 증거능력을 부정하는 것으로 그 요건을 강화할 필요가 있었고, 개정형사소송법은 이를 반영하였다.

한편 피의자나 주요 참고인이 수사기관 조서의 내용을 부인한다는 것은 원진술자의 수사기관에서의 진술과 법정에서의 진술이 불일치함을 의미한다. 이 경우에 조서가 법정에 현출될 수 없는 상황에서 원진술자의 진술만으로 사건의 실체에 접근하는 것은 피의자와 피해자의 진술이 엇갈리거나 피해자의 진술번복이 일상적인 특정사건[41]에서는 형사사법시스템의 기능이 무력화되는 결과를 초래할 수 있다. 반면에 원진술자가 법정에서 진술할 수 있는 상황에서도 조서의 법정현출을 인정하는 우리 형사소송법의 태도 역시 형사소송이 표방하는 공판중심주의에 부합하지 않으며, 전문법칙의 원칙적인 모습과도 거리가 있다. 따라서 조서의 증거능력인정요건을 강화하면서도 조사자증언제도의 효율성을 제고하는 패러다임의 전환이 필요할 것으로 판단된다. 조사자의 법정증언은 조사자의 범죄사실의 직접증명에 요구되는 사실의 진술이외에도 범행당시의 정황 등 간접사실의 증명에 필요한 진술도 유의미하게 제시된다. 특히 후자와 관련해서는 범행현장을 확인하고 범행전후의 피의자의 정황 등을 분석한 유력한 증인이라는 점에서 조사자증언의 필요성여부는 의심의 여지가 없다. 전문법칙이 적용되는 진술과 적용되지 않는 진술의 엄격한 분리 판단, 조사자증언의 증거가치 재정립, 특신상태 판단에 있어 법원의 노력이

41) 다른 범죄군과 달리 종종 피의자 진술과 피해자 진술이 엇갈리는 사건으로는 성폭력범죄가 있고, 피해자의 진술번복이 일상적인 범죄군으로는 가정폭력범죄나 데이트폭력범죄 등이 있다. 이들 범죄군에 대해서는 최근 피해자보호를 위한 다양한 형사정책이 모색되고 있다.

전제된다면 조사자 증언은 증거방법으로 그 의미를 가질 수 있을 것이다.

나. 증명력의 제한

조사자증언제도에 대한 개선방안으로 제316조 제1항의 요건을 더욱 강화하는 방안을 제시하는 입장이 있는데, 이 중에는 보강증거에 의한 증거가치의 보완을 요구하는 입장도 있다.[42] 이는 증명력의 보강을 법률에 의해 강제하는 것으로 소위 자유심증주의의 예외로 평가할 수 있다. 하지만 자유심증주의의 예외는 자백처럼 특정 증거의 증거가치가 절대적인 경우 이를 제한하기 위한 방향으로 기능하는 것이며, 특정 증거의 증거가치가 제한된 상황에서 이를 강화하기 위한 방향으로 기능하는 것이 아니다. 조사자증언의 증거가치가 제한된다는 전제하에 이를 보강하는 증거를 요구하는 것은 법관의 자유심증주의에 반할 우려가 있다.[43]

그럼에도 불구하고 위 견해의 증명력에 대한 제한논의는 반추할 필요가 있다. 해당 입장은 독일이 조사자 증언의 증거가치를 다른 증거방법에 비해 제한한다는 점에 착안하고 있는데, 이는 우리 형사실무에서도 반영할 만한 것으로 생각된다. 조사자의 진술이 피의자의 진술을 내용으로 하는 경우에는 이미 법정에서 내용을 부인함으로써 증거능력이 상실된 최초진술의 증거능력을 우회적으로 인정하는 통로가 된다는 점은 부인하기 어렵다. 다만 법관이 조사자의 진술을 청취하는 것은 법정에 제출된 증거만으로는 사실판단에 어려움이 있는 경우라고 할 수 있으므로, 조사과정에서의 다양한 이벤트를 조사자의 입을 통해 청취함으로써 실체진실에 다가갈 수 있는 기회를 제공한다는 점도 부인하기는 어려울 것이다. 생각건대 애초에 해당 진술의 증거가치를 요증사실의 직접 증명이 아니라 간접적으로 추인하게 하는 정도로 제한하는 것도 고려해볼만하다. 조사자증언의 증명력 제한은 조서의 증거능력을 부인하는 제312조의

---

42) 신상현, 앞의 논문, 317면

43) 한편 해당 입장에서 보강증거의 존재가 증명력의 문제가 아니라 증거능력의 인정을 위한 것이라면 이는 특신상태에 대한 구체적 기준 강화 또는 특신상태와 구별되는 별도요건의 추가와 큰 차별점이 없으며, 비단 형법 제316조 제1항의 경우에만 국한되는 문제라고 할 수 없을 것이다.

취지를 훼손하지 않는 한도에서 조사자증언제도의 효용성을 제고할 수 있는 방안이 될 수 있다.

다. 필요성 요건의 보완

우리 판례는 참고인이 법정에서 증언을 거부하는 경우 참고인이 정당하게 증언거부권을 행사한 경우가 아니라 하더라도 형사소송법 제314조의 필요성 요건을 충족하지 못한 것으로 보아 참고인의 수사기관에서의 진술을 기재한 조서의 증거능력을 부인한다.[44] 해당 판례는 제314조의 필요성 요건에 대한 판결인데, 형소법 제316조 제2항의 경우에도 필요성 요건을 전제로 조사자의 법정진술의 증거능력을 긍정하고 있으므로 판례의 취지대로라면 참고인이 법정에서 증언을 거부하는 경우 조서뿐만 아니라 조사자의 법정진술에 대해서도 증거능력이 부인될 것이다. 그러나 법률이 정한 증언거부권의 취지는 증언거부권자의 자기부죄특권에 기인한 것이며, 증언거부권의 취지를 넘어서는 부분에까지 필요성 요건을 요구하는 경우에는 피고인이 피해자 등 참고인의 증언거부를 회유하는 문제가 발생할 수 있으므로 최소한 증언거부권이 없는 증인의 증언거부의 경우에는 필요성 요건을 충족하는 것으로 보아야 할 것이다.[45]

한편 학설 중에는 조사자증언에 있어 원진술자의 진술거부권 또는 증언거부권의 행사가 있는 경우에는 그 자체로 공판정에서 조서의 증거능력을 부인하는 진술과 동일한 의미가 있으므로 이 경우 조사자 증언의 증거능력을 인정하는 것은 형사소송법 제312조의 규정과 부합하지 않으며 진술거부권의 취지와도 부합하지 않는다고 하는 견해도 있다.[46] 그러

---

44) "수사기관에서 진술한 참고인이 법정에서 증언을 거부하여 피고인이 반대신문을 하지 못한 경우에는 정당하게 증언거부권을 행사한 것이 아니라도, 피고인이 증인의 증언거부 상황을 초래하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 형사소송법 제314조의 '그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때'에 해당하지 않는다고 보아야 한다. 따라서 증인이 정당하게 증언거부권을 행사하여 증언을 거부한 경우와 마찬가지로 수사기관에서 그 증인의 진술을 기재한 서류는 증거능력이 없다."(대법원 2019. 11. 21. 선고 2018도13945 전원합의체 판결)

45) 이와 같은 관점에서 최소한 증언거부권이 없는 증인의 증언거부를 제314조의 '그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때'에 해당하는 것으로 보아야 한다는 지적으로는 해당 전원합의체 판결에 대한 박상옥 대법관의 별개의견.

나 일관되게 증언을 거부한 것이 아니라 최초 수사기관에서의 진술 후 공판정에서 증언을 거부하거나 또는 수사기관에서의 진술을 번복한 경우(소위 모순진술의 경우)라면 오히려 수사기관 작성 참고인 진술조서의 증거능력이 인정되는 상황[47]에서는 조사자증언을 통해 피고인에게 조서의 증명력을 다툴 수 있는 기회를 보장할 수도 있다. 실무상으로도 진술거부나 모순진술이 있는 경우 수사절차상의 위법행위 및 사실관계의 변화 등을 법원이 확인하는 것은 실체진실발견을 위한 직권주의의 실현이라는 측면에서도 부정적이라고 볼 수는 없으므로, 진술거부 등을 이유로 조사자증언의 증거능력을 일율적으로 부인하는 것도 바람직하다고 할 수 없다.

과거 청취한 데이트폭력사건에서 피해자인 여성은 가해자인 남자 친구로부터 상해를 입었는데 담당 경찰에게 피해사실을 진술하고 조서를 작성하였지만, 이후 남자친구와 화해하면서 피해사실을 부인하였다. 해당 사건의 진술과정을 녹화한 영상녹화물은 존재하지 않았고 주변 이웃들도 시끄러운 소리만 들었을 뿐 상해사실을 직접 목격한 것은 아니라고 증언하는 상황에서, 제316조 제2항 필요성 요건이 충족되지 못해 조사자증언조차 불가능하게 되었으며 결국 사건은 무혐의 처분으로 종결되고 말았다. 과거 검찰이 사법방해죄 성격의 참고인허위진술죄 도입을 검토한 이력이 있지만 그 당부를 여기서 거론하는 것은 논점을 벗어난 것이라 하더라도, 우리 판례가 참고인의 허위진술에 대한 사법처리를 자제하는 경향을 감안하면,[48] 형법상의 강제를 통해 참고인의 진술을 유도하기보

46) 신상현, 앞의 논문, 312면 이하.

47) 개정형사소송법에 의하면 검사작성 피의자신문조서의 증거능력 요건 강화로 성립의 진정을 대체할 수 있는 제312조 제2항이 삭제되었지만, 참고인진술조서의 경우에는 여전히 영상녹화물 등 객관적인 증명방법에 의해 성립의 진정이 대체될 수 있다.

48) 피의자나 참고인이 아닌 자가 자발적이고 계획적으로 피의자를 가장하여 수사기관에서 허위진술을 한 경우에 위계에 의한 공무집행방죄의 성립을 부정한 판례로는 대법원 1977. 2. 8. 선고 76도3685 판결, 그 외에 참고인이 수사기관에서 진술을 함에 있어 단순히 범인으로 체포된 사람과 동인이 목격한 범인이 동일함에도 불구하고 동일한 사람이 아니라고 허위진술을 한 정도의 것만으로는 참고인의 그 허위진술로 말미암아 증거가 불충분하게 되어 범인을 석방하게 되는 결과가 되었다 하더라도 바로 범인도피죄를 구성한다고 볼 수 없다고 한 판례로는 대법원 1987. 2. 10. 선고 85도897 판결. 우리 판례는 수사기

다는 최초 참고인의 진술을 청취한 조사자증언을 통해 그 당부를 확인하는 것도 필요할 것으로 생각된다. 특히 데이트 폭력이나 가정폭력의 경우 피해자는 매맞는 여성증후군이라는 심리적 경향성을 보임으로써 종국에는 더 심각한 범죄로 이어질 수 있다는 점에서 공판단계에서 조사자의 진술을 청취할 기회를 제공할 필요가 있다. 특히 피의자신문조서의 증거능력이 강화된 상황에서 유력 참고인의 법정진술을 막기 위한 회유가 있을 수 있다는 점도 감안할 필요가 있다. 이런 관점에서 제316조 제2항의 필요성 요건의 경우 원진술자의 진술불가능 사유에 범죄심리학적 요소를 감안한 사유(예를 들면 : 심리적 강제 또는 회유 등)를 추가하는 방안도 고려해볼만하다.

라. 조사자 증언의 증거능력 판단에 있어 특신상태의 구체화

형사소송법 제316조의 특신상태 판단에 있어 진술자체의 신빙성을 제외하고 진술당시의 외부정황의 신용성에 초점을 맞출 경우, 진술의 일관성, 구체성 등은 특신상태 판단의 기준에서 제외해야 한다는 입장이 있다.[49] 그러나 진술자체의 신빙성을 판단하는 진술의 일관성 및 구체성이 증명력과 관련있다는 반론은 법관의 자유심증에 맡겨져 있는 문제이고, 진술의 일관성 및 구체성 등이 진술의 임의성 및 진술상황의 신뢰성을 추완하는 것만은 분명하다는 점에서 특신상태 판단의 주요한 기준임을 부인할 수 없다. 특히 미국처럼 전문법칙의 예외가 되는 신용성의 정황적 보장에 대한 구체적 기준을 설시하고 있지 않은 우리 형사소송법의 현실에 비추어 보면, 전문진술의 특신상태 판단에 있어서는 진술의 경위, 진술의 일관성 및 구체성이 주요한 판단기준으로 작용할 수 밖에 없다. 다만 피고인이나 참고인의 진술은 사법상의 유불리 및 기억의 왜곡 등으

관의 실체진실발견의무에 입각하여 참고인(또는 참고인 아닌 자)의 적극적 기망없는 허위진술은 처벌할 수 없다고 한다.

49) 한연규, 앞의 논문, 244면. 한연규 검사는 특신상태는 진술의 신용성이 아니라 진술상황의 신용성이라는 전제하에 특신상태는 진술의 임의성을 의미하며, 특신상태 판단에 있어 진술의 신용성과 관련한 요소는 증명력과 관련된 요소들이므로 배제되어야 한다고 주장한다. 특히 특신상태에 있어 진술의 구체성은 진술자체를 믿을 수 있느냐의 문제이지 진술의 임의성을 증명하는 것은 아니라고 하면서 진술의 구체성을 판단기준에서 배제해야 한다고 한다.

로 인해 그 일관성과 구체성에 차이가 있을 수 있는 만큼 피고인 또는 참고인의 수사기관에서의 진술과 법정에서의 진술이 상이한 경우에는 수사기관에서의 진술과 법정에서의 진술의 신빙성을 견주어 살필 필요가 있다. 법원의 특신상태 판단은 증거의 신빙성에 대한 최종적인 판단이 아니라 그 증거를 다른 증거와 함께 고려할 수 있다고 하는 낮은 단계의 신빙성 판단이어야 한다는 입장은 그런 점에서 설득력이 있다.[50] 특히 조사자 증언의 경우 원진술자의 법정진술과 조서의 내용이 일치되지 않은 상황에서 조사자가 법정에서 진술하는 경우가 대부분일 것이므로 결국 조사자의 진술의 내용이 되는 원진술자의 진술 내용은 조사자 증언에 있어 특신상태 판단의 주요한 기준이 될 수 밖에 없다. 더구나 형소법개정으로 피의자신문조서에 있어서는 특신상태가 인정되더라도 피의자가 내용을 부인하면 조서의 증거능력이 부정되는데 반해 조사자증언은 특신상태만으로 증거능력을 긍정하게 되는데, 피의자신문조서와 조사자증언의 증거능력 판단의 균형차원에서도 조사자증언의 특신상태 판단기준을 약화시키는 주장이 설득력을 얻기는 어려울 것이다. 결국 조사자 증언의 특신상태판단은 진술경위 이외에도 원진술의 일관성 및 구체성 등을 종합적으로 검토해야 하며, 다만 그 신빙성의 판단이 최종적인 판단이 되어 증명력 판단으로 귀결되어서는 안될 것이다. 법원이 진술내용의 신빙성이라는 증명력과 관련-또는 증명력에 대한 판단으로 비춰질만한-되는 판단을 함으로써 진술내용의 신빙성을 입증하기 위해 수사기관이 강한 압박을 받게 되고, 수사기관이 조서의 증거능력 판단에 더욱 예민할 수 밖에 없는 계기가 된 현실이 착잡할 뿐이다.

한편 특신상태 판단 지점의 분명한 차이가 진술의 신빙성과 관련한 논란을 발생시킨 것은 아닌가 생각된다. 일반적으로 형사소송법이 요구하는 특신상태의 의미에 대해서는 진술의 신빙성이라는 견해, 전문법칙의 예외사유인 신용성의 정황적 보장이라고 보는 견해, 검사의 면전에서 진술한 상황이 법관의 면전에서 행한 진술에 준하는 객관성과 적법성을 갖추어야 한다고 보아 특신상태란 절차의 적법성을 의미한다는 견해 등이 대립되고 있다.[51] 판례는 조사자증언의 특신상태와 관련해서 수사절차의

50) 이완규, 형사소송법 연구Ⅰ, 탐구사, 2007, 328면 이하.

적법성을 주요한 판단기준으로 보면서도 특히 진술의 신빙성을 담보할 외부적 정황을 요구하고 있다.[52] 그런데 수사기관 작성 조서의 증거능력이 조서작성절차의 적법성과 분리해서 생각할 수 없는 것처럼 조사자의 진술채득과정에서도 절차의 적법성이 주요한 판단기준임을 부인할 수 없다. 생각건대 진술 채득과정에서 절차의 적법성을 준수하지 않은 경우 "증거능력이 부정된다는 점"과 진술이 일관되고 구체적이어서 진술에 신빙성이 인정되어 "증거능력이 인정된다는 점"을 분리해서 평가할 필요가 있다. 우리 형사소송법이 전문법칙의 예외를 인정하면서 조서의 증거능력 인정요건에 적법절차의 준수를 명문으로 요구하고 있는 만큼 조사자가 진술을 채득하는 과정에서의 적법절차의 준수여부를 특신상태와 구별되는 독자적인 요소로 규정하는 것도 고려해볼만하다. 특히 특신상태의 판단에 있어 우리 판례가 전문증거의 종류에 따른 차이를 두지 않는다는 점을 고려하면 전문진술 중 조사자증언에 대해서는 다른 전문진술과 차별화되는 요건으로 적법절차를 규정하는 것은 향후 조서보다 조사자증언이 활용도가 증가하는 상황에서 조사자증언의 무분별한 법정현출을 막는 또 하나의 허들이 될 수 있을 것이다.

5. 나가며

조사자 증언은 2007년 형사소송법 개정으로 제도화되었지만 끊임없는 논란에 휩싸여왔다. 원진술자의 진술에도 불구하고 수사기관의 조서가

---

51) 학설대립에 대해 자세히는 신동운, 앞의 책, 1176면 이하 참조.

52) "전문진술이나 전문진술을 기재한 조서는 형사소송법 제310조의2에 따라 원칙적으로 증거능력이 없다. 다만 전문진술은 형사소송법 제316조 제2항에 따라 원진술자가 사망, 질병, 외국거주, 소재불명, 그 밖에 이에 준하는 사유로 진술할 수 없고, 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한하여 예외적으로 증거능력이 있다. 그리고 전문진술이 기재된 조서는 형사소송법 제312조 또는 제314조에 따라 증거능력이 인정될 수 있는 경우에 해당하여야 함은 물론 형사소송법 제316조 제2항에 따른 요건을 갖추어야 예외적으로 증거능력이 있다. 형사소송법 제316조 제2항에서 말하는 '그 진술 또는 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음'이란 진술 내용이나 조서 또는 서류의 작성에 허위가 개입할 여지가 거의 없고, 진술 내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있는 경우를 가리킨다."(대법원 2017. 7. 18. 선고 2015도12981) 해당 판례에서는 진술내용이 모순되거나 불일치하고(진술의 일관성), 진술경위가 범행의 엄중함과 불일치하거나 오래된 사실에 대해 세부적인 상황까지 묘사(진술의 구체성)하는 등의 사유를 들어 특신상태를 부정하였다.

법정에 현출될 수 있는 현행 구조에서 조사자의 법정진술까지 허용하는 것은 과도하게 보여질 수 있다. 하지만 최근 형사소송법 개정으로 피의자신문조서의 증거능력요건이 강화되어 해당 조서의 법정현출이 까다로워진 점, 그에 반해 피고인 등의 참고인 및 증인에 대한 회유로 인해 증인의 진술거부 및 번복이 잦아질 수 있다는 점은 원진술자의 수사기관에서의 진술과 법정에서의 진술이 불일치하는 사례가 더욱 잦아질 것으로 판단된다. 특히 성폭력범죄, 가정폭력, 데이트폭력범죄처럼 피의자 및 참고인의 진술이 사실관계 판단에 중요한 영향을 미치는 범죄군의 경우라면, 범죄현장을 목격했거나 피의자 등의 최초진술을 채득한 조사자-이 경우 조사자는 경찰이나 검찰일 수도 있고, 보호기관의 상담관일수도 있다-의 진술이 중요할 수 밖에 없다. 물론 우리 증거법의 구조상 조사자증언이 원진술자의 진술을 대체할 수 있다는 우려도 일응 설득력이 있으며, 본 논문에서는 이런 점에 착안하여 조사자증언의 필요성을 강조하면서도 그 효율성 제고를 위한 방안을 제시하였다. 먼저 조사자증언을 요증사실의 직접증거보다는 간접증거로 사용할 것을 제안하였고, 참고인이 증언거부권을 행사하면 조사자증언의 증거능력을 부인하는 판례의 입장을 비판하면서 원진술자의 진술불가능 사유에 심리강제 및 회유 등 범죄심리학적 요소를 고려할 것을 제안하였다. 그리고 제316조의 특신상태요건이 조사자와 조사자 아닌 자의 구별이 없다는 점을 비판하면서 조사자의 경우 진술채득과정의 적법절차를 특신상태와 구별하여 별도의 요건으로 구성할 것도 주문하였다.

일반적으로 학계의 조사자증언의 필요성여부 및 증거능력제한 논의는 대체로 조사자의 법정진술이 피의자 및 참고인의 진술을 내용으로 하는 경우에 국한되는데, 조사자증언의 가치는 비단 그것에만 머물러 있는 것은 아니다. 왜냐하면 조사자의 법정진술은 다양해서 피의자 및 참고인의 수사기관에서의 진술내용으로서 법정에서의 진술과 상이한 진술일 수도 있고, 진술과정에서의 상황적 묘사일 수도 있으며, 범행현장의 목격담일 수도 있기 때문이다. 제316조의 전문진술의 증거능력을 논함에 있어 조사자증언의 필요성이나 증거능력에 대한 논의는 그 요부에 대한 각 입장이 나름의 타당성을 확보함으로써 이미 학문의 영역이 아닌 정책의 영역

으로 넘어온 듯한 인상이 강하다. 우리 입법자들이 제312조의 개정을 통해 피의자신문조서의 증거능력을 강화한 것도 소위 인질사법으로 불릴 정도로 피의자의 진술을 쥐어짜는 관행에 변혁을 꾀하면서 수사기관이 보다 직접적인 물증을 바탕으로 사실관계를 확인할 것을 주문한 것으로 평가할 수 있으며, 한편으로는 수사기관의 수사가 원진술자의 법정진술로 무위로 돌아갈 가능성도 염두에 둔 것으로 생각된다. 입법자가 조서의 증거능력 인정요건을 강화하면서도 조사자증언제도를 유지한 정책적 결단이 수사관행의 변혁과 실체진실발견에 긍정적인 결과를 가져오기를 기대해 본다.

(논문투고일: 2021.5.26., 심사개시일: 2021.6.8., 게재확정일: 2021.6.23.)

박성민

조사자증언, 특신상태, 증거능력, 증명력, 형사소송법

【참 고 문 헌】

Ⅰ. 단행본

신동운, 「신형사소송법」, 박영사, 2014

이완규, 형사소송법 연구Ⅰ, 탐구사, 2007

정웅석·최창호, 「형사소송법」, 대명출판사, 2018

법원실무제요, 형사〔Ⅱ〕, 법원행정처, 2008

Ⅱ. 논문

신상현, "조사자중언 제도의 개선방안-독일의 직접심리주의대한 비교 법적 고찰을 중심으로-" 법학논총 제31권 제3호 국민대학교 법학연구소, 2019

심재무, "피의자진술의 법정현출방식과 조사자증언의 증거능력", 비교형사법연구 제12권 제1호, 한국비교형사법학회, 2010

이용식, "조사자증언제도에 대한 비판적 소고", 형사정책 제24권 제3호, 한국형사정책학회, 2012

이은모, "개정형사소송법상의 증거법칙에 대한 검토", 법학논총 제24권 제2호, 한양대학교 법학연구소, 2007

이완규, "피고인의 경찰진술을 내용으로 하는 수사경찰관 증언의 증거능력" 저스티스 제78호, 한국법학원, 2004,

정웅석, "전문증거의 의의에 따른 전문법칙의 적용범위" 형사법의 신동향 49호, 대검찰청, 2015

천진호, "피고인의 경찰 진술을 내용으로 하는 증언의 증거능력에 대한 재검토", 저스티스 제84호, 한국법학원, 2005

한연규, "사법경찰관의 조사자증언과 수사상 진술의 증거활용", 형사법의 신동향 제60호, 대검찰청, 2018

홍진영, "개정 형사소송법 제312조에 대한 검토", 형사소송이론과실무, 제12권 제1호, 한국형사소송법학회, 2020

Ⅲ. 외국문헌

Arthur Best, Evidence(8th ed), Wolters Kluwer, 2012

池田 修/前田雅英, 「刑事訴訟法講義」, 東京大學出版會, 2012

Abstract

Problems and Improvement Measures of police officer's testifying in court

Park, Sung-min*

Police officer's testifying in court was formally institutionalized by the amendment of the Criminal Procedure Law in 2007, but the necessity of the Police officer's testifying was constantly controversial. However, with the revised Criminal Procedure Law in 2020, the requirements for admissibility of the suspect interrogation protocol written by prosecutor have been strengthened, and the importance of the Police officer's testifying in court is emerging. In such circumstances, this thesis based on the confrontation between the police officer and the suspect and the objectivity of the police officer's statements, refutes the position of denying the evidence value of police officer's testifying in court and reaffirmed the evidence value of this. The statements in court of the police officer are diverse. For example, a statement different from the statement of the suspect and the reference person at the investigative agency, a circumstantial description in the process of statement, or an sightings of the crime. Therefore, in the case of sexual assault crimes, domestic violence crimes, and dating violence crimes in which the statements of the suspect and the reference person has a tendency to mix or the reference person has a tendency to reject the statement in court after making a statement in an investigative agency, the importance of the Police officer's testifying in court can be said to be maximized.

* Associate professor, college of law, Gyeongsang National University.

Therefore, in this thesis, a method to maximize the efficiency of police officer's testifying in court was proposed. And the problem of criminal procedure law, in which police officer's testifying in court and the admissibility of the evidence of the report prepared by the investigating agency conflict, was solved. First of all, it was proposed to use police officer's testifying in court as indirect evidence rather than direct evidence about the fact of requiring proof. And it was argued that the necessity requirements included criminal psychological reasons. In addition, while criticizing the lack of distinction between the police officer and the others in the circumstantial guarantees of trustworthiness of Article 316, the police officer requested that the due process of the statement acquisition be distinguished from the circumstantial guarantees of trustworthiness and constitute a separate requirement.

Park, Sung-min

Police officer's testifying in court, the circumstantial guarantees of trustworthiness, Admissibility of the evidence, Probative value of the evidence, criminal procedure law