

피의자 및 공범 진술의 증거능력 부여에 관한 합리적 개선 방안

홍찬영*

【목 차】

I. 서설	
II. 개정 형사소송법에 따른 변화	2. 형사소송법 제312조의 개정
1. 개정 전 형사소송법상 피의자 신문조서의 증거능력	3. 검사 작성 공범에 대한 피의자 신문조서에 관한 판례의 변화
가. 검사 작성 피의자신문조서의 증거능력	III. 개정 형사소송법에 따른 문제점
1) 피고인이 된 피의자신문조서의 증거능력	1. 변경된 대법원 판례의 문제점
2) 공범에 대한 피의자신문조서의 증거능력	2. 전략적 진술변복으로 인한 실제적 진실 발견 저해
나. 검사 이외 수사기관이 작성한 피의자신문조서의 증거능력	3. 대체 수단의 부재
1) 피고인이 된 피의자신문조서의 증거능력	4. 소결
2) 공범에 대한 피의자신문조서의 증거능력	IV. 개선 방안
	1. 공범에 대한 피의자신문조서의 별 도규정 마련
	2. 조사자 증언의 증거능력 요건 변경
	3. 영상녹화 제도의 활성화 방안
	V. 결어

【국 문 요 약】

지난 2022년 1월 1일 시행된 개정 형사소송법으로 인해 검사 작성 피의자신문조서의 증거능력 인정 요건은 경찰이 작성한 피의자신문조서의 증거능력 인정 요건과 동일하게 변경되었다. 대법원 역시 위와 같은 변화에 발맞추어 기존 형사소송법 제312조 제4항이 적용된다고 판단하였던 검사 작성 공범에 대한 피의자신문조서의 증거능력 인정 요건에 대해

* 김·장 법률사무소 변호사, chanyeong.hong@kimchang.com.

제312조 제1항이 적용된다고 그 입장을 변경하였고, 형사소송법 제316조 제1항이 규정한 조사자 증언 제도를 제312조 제1항과 제3항의 중대한 예외로 보아 증거능력 요건 중 ‘그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태’를 보다 엄격히 해석하여 사실상 수사단계에서 확보한 피고인, 공범의 진술은 당해 피고인이 내용을 부인하면 증거 현출 자체가 불가능한 지경에 이르게 되었다. 이상과 같은 변화는 피고인의 방어권을 보장하고 공판중심주의를 강화한다는 이점이 있으나, 수사단계에서 자백한 피고인, 공범의 진술 번복 가능성을 높여 소송경제를 저해시킬 뿐만 아니라 피고인, 공범의 진술이 핵심 증거가 되는 중요 사건들의 공소사실 입증을 무력화하여 실제적 진실발견에 커다란 장애를 초래할 가능성이 높다. 이에 본 연구는 개정 형사소송법으로 인한 형사실무상 변화와 문제점을 분석하고, 공범 작성 피의자신문조서에 대한 규정 마련, 조사자 증언의 증거능력 요건 변경, 영상녹화 제도 활성화 등의 개선 방안을 모색하였다.

I. 서설

우리나라 형사소송법은 시행 이래 수차례의 개정을 거쳤으나 2020년 개정¹⁾을 통해 다시 큰 변화를 맞이하게 되었다. 개정 형사소송법은 검사 작성 피의자신문조서도 경찰 작성 피의자신문조서와 마찬가지로 당해 피고인이 그 조서의 내용을 부인하면 조서의 증거능력이 인정되지 않게끔 형사소송법 제312조 제1항의 규정을 변경하였다.

이러한 개정 형사소송법의 변화로 당해 피고인이 원진술자에 해당하는 검사 작성 피의자신문조서의 경우, 원진술자인 당해 피고인이 조서의 내용을 부인하면 해당 조서의 증거능력이 인정되지 않는 것은 분명하다. 다만 그간 대법원이 형사소송법 제312조 제4항을 적용하였던 검사 작성 공범에 대한 피의자신문조서가 기존처럼 제312조 제4항이 적용될지, 개정 형사소송법으로 인해 경찰 작성 공범에 대한 피의자신문조서와 마찬가지로 제312조 제1항이 적용될지 논란이 있었으나, 대법원은 검사 작성 공범에 대한 피의자신문조서도 제312조 제1항이 적용

1) 2022년 1월 1일 시행된 형사소송법(법률 제16924호, 2020. 2. 4. 일부개정)을 개정 형사소송법으로 약칭하고 개정 이전의 형사소송법을 개정 전 형사소송법으로 약칭하기로 한다.

되므로 원진술자인 공범이 아닌 당해 피고인이 내용을 부인하면 증거능력이 인정되지 않는다고 그 입장을 변경하였다²⁾.

나아가 대법원은 수사단계에서 작성된 피고인, 공범에 대한 피의자신문조서가 당해 피고인의 내용부인으로 모두 증거능력이 상실됨에도 “형사소송법 제316조 제1항은 제312조 제1항과 제3항의 중대한 예외로 제316조 제1항이 규정한 ‘진술이 특히 신빙할 수 있는 상태’에 대한 증명은 개연성 정도로는 부족하고 합리적 의심의 여지를 배제할 정도에 이르러야 한다.”는 취지로 판시³⁾하여 당해 피고인을 수사한 조사자의 증언 역시 당해 피고인이 피의자신문조서의 내용을 부인하면 사실상 증거로 인정하지 않는 경향을 보인다.

이상과 같은 변화는 피고인의 방어권 보장, 공판중심주의 강화 등 형사소송법이 지향해야 할 가치를 강화하였다는 점에 의의가 있다. 그러나 대다수 중요 범죄의 경우 피의자 또는 공범의 진술이 공소사실 입증에 위한 핵심 증거로 기능하는 점, 수사단계의 진술은 공판정에서의 진술보다 시간적으로 앞서 있는 점, 피고인 또는 공범이 자의 내지 회유 등에 의해 공판정에서 거짓 진술을 할 가능성이 높은 점 등에 비추어 경우에 따라 수사단계에서의 진술이 공판정에서의 진술보다 높은 증명력을 가질 수 있다는 점, 피고인, 증인신문의 실질화를 위한 법자원이 아직 부족하다는 점 등을 고려할 때, 대체수단 없는 형사사법제도의 변화는 자칫 실체적 진실발견에 커다란 장애로 작용할 가능성이 크다.

이에 본 연구는 높은 증거가치를 가졌음에도 개정 형사소송법 하에서 증거로 사용되기 어려운 수사단계에서의 피의자, 공범의 진술을 활용할 수 있는 방안을 모색하였다.

II. 개정 형사소송법에 따른 변화

1. 개정 전 형사소송법상 피의자신문조서의 증거능력⁴⁾

2) 대법원 2023. 6. 1. 선고 2023도3741 판결.

3) 대법원 2023. 10. 26. 선고 2023도7301 판결.

4) 개정 전 형사소송법상 수사기관 작성 피의자신문조서는 검사 작성 피의자신문조서와 경찰 작성 피의자신문조서로 크게 분류될 수 있고, 각 수사기관이 작성한 피의자신문조서는 피고인에 대한 피의자신문조서, 공범에 대한 피의자신문조서, 공범이 아닌 자에 대한 피의자

가. 검사 작성 피의자신문조서의 증거능력

1) 피고인이 된 피의자신문조서의 증거능력

검사 작성 피의자신문조서의 증거능력 인정 요건을 규정한 형사소송법 제312조 제1항의 요건 중 ‘조서가 적법한 절차와 방식에 따라 작성되었을 것’의 의미는 조서가 형사소송법령에 규정된 각종 절차와 방식을 준수하여 작성되었어야 함을 의미한다⁵⁾. 다음으로 ‘조서에 기재된 내용이 피고인이 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음이 공판준비 또는 공판기일에서의 피고인의 진술에 의하여 인정될 것’은 소위 성립의 진정을 의미하는바, 성립의 진정은 간인·서명·날인 등 형식적 진정성립과 해당 조서의 내용이 원진술자의 진술대로 기재되었음을 의미하는 실질적 진정성립을 모두 의미한다⁶⁾. 다음으로 특신상태의 의미에 대해 신용성의 정황적 보장을 의미한다는 견해(신용성의 정황적 보장설)⁷⁾, 조사절차의 적법성을 의미한다고 보는 견해(적법절차설)⁸⁾, 신용성의 정황상 보장이 없거나 적법절차를 위반하였을 경우 모두 특신상태가 인정되지 않는다는 견해(결합설)⁹⁾가 있으나 대법원은 “진술내용이나 조서 작성에 허위개입의 여지가 거의 없고 진술한 내용의 신빙성 내지 임의성을 담보할 수 있는 구체적·외부적 정황이 있는 상태를 의미한다.”라는 취지로 판시¹⁰⁾하

신문조서로 분류될 수 있을 것이다. 그 중 공범이 아닌 자에 대한 피의자신문조서는 수사기관을 구분하지 않고 형사소송법 제312조 제4항이 적용됨에 이견이 없고, 이는 개정 형사소송법과 무관하며 당해 피고인에 대한 증거로 활용할 실익이 없는 만큼 공범이 아닌 자에 대한 피의자신문조서의 증거능력에 대한 논의는 지면상 생략하기로 한다.

- 5) 대법원 2017. 7. 18. 선고 2015도12981, 2015전도218 판결.
- 6) 대법원 2004. 12. 16. 선고 2002도537 전원합의체 판결; 대법원 2008. 6. 12. 선고 2007도7671 판결.
- 7) 김신규, 「형사소송법 강의」, 박영사, 2019, 503면; 정웅석·최창호, 「형사소송법」, 대명출판사, 2018, 587면; 노명선·이완규, 「형사소송법」, 성균관대학교 출판부, 2017, 683면; 배종대·홍영기 「형사소송법」, 홍문사, 2018, 337면; 이재상·조균석, 「형사소송법」, 박영사, 2019, 616면; 이창현, 「형사소송법」, 정독, 2019, 881-882면; 임동규, 「형사소송법」, 법문사, 2019, 528면; 강동욱·황문규·이성기·최병호, 「형사소송법 강의」, 2018, 564면; 이은모, 「형사소송법」, 2018, 박영사, 662면; 최병각, “특신상태의 증명정도”, 비교형사법연구 제20권 제1호, 2018, 151면.
- 8) 신동운, 「신형사소송법」, 법문사, 2012, 1176-1179면; 이영란, 「한국형사소송법」, 나남출판, 2008, 784면
- 9) 권오걸, 「형사소송법」, 형설출판사, 2010, 731면; 신양균, 「형사소송법」, 화산미디어, 2010, 729면.
- 10) 대법원 2012. 7. 26. 선고 2012도2937 판결.

여 신용성의 정확적 보장설의 견해를 취하는 것으로 보인다¹¹⁾.

결국 개정 전 형사소송법에 의하면 피고인이 된 피의자신문조서는 검사가 수사과정의 적법절차, 원진술자인 피고인의 진정성립 또는 영상녹화물 등 객관적 장치에 의한 진정성립, 특신상태를 각 증명하면 피고인이 증거동의 여부와 상관없이 증거로 사용할 수 있었다.

2) 공범에 대한 피의자신문조서의 증거능력

검사 작성 공범에 대한 피의자신문조서의 경우, 공범이 공동피고인에 해당하느냐를 불문하고 형사소송법 제312조 제1항에서 규정한 피고인이 된 피의자가 아니므로 제312조 제1항은 적용되지 않으며 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 조서에 해당하므로 제312조 제4항이 적용되어야 한다는 제312조 제4항설¹²⁾과 공범과 당해 피고인이 공동피고인이 되었는지를 구분하여 공동피고인인 경우에는 제312조 제1항을 적용하고, 그렇지 아니한 경우에는 제312조 제4항을 적용해야 한다는 견해¹³⁾ 등이 존재하나 대법원은 사망 전 검사 작성 공범의 피의자신문조서의 증거능력 요건에 대해 제312조 제4항이 적용됨을 전제로 형사소송법 제314조의 적용을 판단한바¹⁴⁾, 제312조 제4항설의 견해를 취한 것으로 보인다¹⁵⁾. 즉, 개정 형사소송법 시행 이전의 학계의 다수 의견과 대법원 입장에 의하면 검사 작성 공범에 대한 피의자신문조서는 당해 피고인이 그 조서에 대해 증거 부동의 하더라도 검사가 제312조 제4항의 요건을 증명하면 증거로 사용할 수 있었다.

11) 최병천, "특신상태에 대한 비판적 고찰", 법학논고 제66집, 2019, 273-306면.

12) 배종대·홍영기 「형사소송법」, 홍문사, 2018, 342면; 임동규, 「형사소송법」, 법문사, 2019, 528-529면; 이은모, 「형사소송법」, 2018, 박영사, 658면; 이은모, "공범자에 대한 피의자신문조서의 증거능력", 법학논총 제32집 제4호, 2015, 225-226면.

13) 정웅석·백승민, 「형사소송법」, 2014, 664면; 정웅석·최창호, 「형사소송법」, 2018, 대명출판사, 596-598면: 피고인의 자백에는 공범자의 자백이 포함되지 않는다는 보강증거 불요설에 따라 공범자의 자백만으로 피고인에게 유죄판결이 가능해지는 문제점, 공범인 공동피고인의 증인적격이 부정되는 상황에서 '피고인 아닌 자의 진술(참고인 진술)로 공판정에 나올 수 있는지 의문이고 공범에게 위증죄가 성립할 수 있다는 점에서 불합리하다는 입장이다.

14) 대법원 2014.8.26. 선고 2011도6035판결.

15) 권순민, "개정 형사소송법에 따른 검사가 작성한 공범에 대한 피의자신문조서의 증거능력", 법학논총 제33권 제2호, 2020, 79-109면.

나. 검사 이외 수사기관이 작성한 피의자신문조서의 증거능력

1) 피고인이 된 피의자신문조서의 증거능력

경찰 작성 피의자신문조서의 증거능력을 규정한 형사소송법 제312조 제3항은 개정 전후 변화가 없고 위 조문의 요건 중 적법한 절차와 방식은 검사 작성 피의자신문조서와 동일하므로 ‘내용인정’의 의미가 문제된다. 관련하여 대법원은 내용인정이란 “조서의 내용이 실제 사실과 부합함을 원진술자가 인정한 경우를 의미한다”는 입장이다¹⁶⁾. 즉, 검사 이외 수사기관이 작성한 피의자신문조서의 경우, 적법한 절차와 방식에 따라 작성되고 성립의 진정이 인정되더라도 원진술자인 피고인이 조서에 기재된 내용이 사실과 다르다고 주장하는 순간 증거능력이 부정된다.

2) 공범에 대한 피의자신문조서의 증거능력

경찰이 작성한 공범에 대한 피의자신문조서의 증거능력에 관하여 제312조 제3항설¹⁷⁾과 제312조 제4항설¹⁸⁾ 등의 견해가 대립되고 제312조

16) 대법원 2001. 9. 28. 선고 2001도3997 판결.

17) 신동운, 「신형사소송법」, 법문사, 2019, 484-486면; 이재상·조균석, 「형사소송법」, 박영사, 2019, 618면; 이은모, 「형사소송법」, 2018, 박영사, 664-665면; 정용석·최창호, 「형사소송법」, 2018, 대명출판사, 600면; 신이철, “공동피고인 진술의 증거법적(증거능력) 규제”, 刑法研究 제21권 제2호, 2009, 99-120면; 이창섭, “공범에 대한 피의자신문조서의 증거능력 소고”, 비교형사법연구 제12권 제2호, 2010, 142면; 형사소송법 제312조 제3항은 전문법칙의 예외 조항을 넘어선 위법수사를 방지하기 위한 통제장치로 공범에 대한 경찰 작성 피의자신문조서에 대해 형사소송법 제312조 제4항을 적용하여 원진술자인 공범자의 성립의 진정 인정으로 피고인에 대한 증거로 활용 가능하게 되면 형사소송법 제312조 제3항을 통제장치로 활용하고자 한 취지에 반하는 결과에 이르게 된다는 점, 경찰 작성 공범에 대한 피의자신문조서에 대해 제312조 제4항을 적용하는 것보다 제312조 제3항을 적용하는 것이 피고인에게 유리한 점 등을 논거로 한다.

18) 노명선·이완규, 「형사소송법」, 성균관대학교출판부, 2013, 664면(다만, 노명선·이완규, 형사소송법, 성균관대학교 출판부, 2017, 498면에서는 경찰 작성 공범에 대한 피의자신문조서는 형사정책적 측면에서 제312조 제3항설이 타당하다는 입장을 표명하였다); 이완규, “공범인 피의자에 대한 경찰 피의자신문조서의 증거능력”, 형사법의 신동향 제18호(2009. 2), 대검찰청, 222면; 강동범, “사법경찰관이 작성한 공범에 대한 피의자신문조서의 증거능력”, 法學研究 제41집, 2014, 162면; 최병각, “공범과 공동피고인, 왜 문제인가?”, 저스티스 제122호, 2011, 176면; 경찰 작성 공범에 대한 피의자신문조서 역시 검사 작성 공범에 대한 피의자신문조서와 동일하게 제312조 제4항을 적용해야 한다는 입장으로, 공범자의

제3항설은 내용인정의 주체와 관련하여 원진술자 내용인정설¹⁹⁾과 피고인 내용인정설²⁰⁾로 구분되나 대법원은 제312조 3항설 중 피고인 내용인정설의 입장을 취하고 있다²¹⁾.

이상과 같이 대법원은 경찰이 작성한 공범에 대한 피의자신문조서의 증거능력과 검사가 작성한 공범에 대한 피의자신문조서의 증거능력을 다르게 판단하고 있을 뿐만 아니라 별개의 사건에서 피의자였던 피고인에 대한 피의자신문조서에 대해서도 제312조 제3항을 적용하는 등, 경찰이 작성한 피의자신문조서는 그 대상과 유형을 불문하고 제312조 제3항이 적용된다는 입장이다²²⁾. 이는 경찰이 작성한 피의자신문조서가 검사가

진술은 당해 피고인에 대한 관계에서 증언의 의미를 가지므로 공범자에 대한 피의자신문조서는 수사기관에 상관없이 모두 참고인진술조서에 해당한다는 점, 제312조 제3항은 내용부인의 주체를 '그 피의자였던 피고인'이라고 규정하므로 위 문구의 문리해석상 내용인정 주체가 원진술자임이 명백한 점, 형사소송법 제316조 제1항에서 조사자 증언의 증거능력을 인정하는 규정을 두고 있는 만큼 동일한 피의자신문조서를 두고 일방은 무죄판결을 받고 다른 일방은 유죄판결을 받을 수 있는 불공평한 결과를 방지할 수 있는 점, 경찰 작성 공범에 대한 피의자신문조서에 제312조 제3항을 적용하면 자신의 범행을 인정한 자만 그 조서가 유죄의 증거로 사용되는 불합리한 결과가 발생한다는 점 등을 논거로 한다.

- 19) 정용석·최창호, 「형사소송법」, 2018, 대명출판사, 600면.
- 20) 신동운, 「신형사소송법」, 법문사, 2019, 486면; 신이철 (2009). "공동피고인 진술의 증거법적(증거능력) 규제." 刑法研究 21(2), 115면; 이창섭, "공범에 대한 피의자신문조서의 증거능력 소고", 비교형사법연구 제12권 제2호, 한국비교형사법학회, 2010, 145면.
- 21) 대법원 1996. 7. 12. 선고 96도667 판결: "형사소송법 제312조는 검사 이외의 수사기관 작성의 피의자신문조서는 공판준비 또는 공판기일에서 원진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정됨과 아울러 피고인이나 변호인이 그 내용을 인정할 때에 한하여 증거로 할 수 있다고 규정하여 검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서의 증거능력을 엄격히 제한하고 있는바, 이 규정은 검사 이외의 수사기관이 작성한 당해 피고인에 대한 피의자신문조서를 유죄의 증거로 하는 경우뿐만 아니라 검사 이외의 수사기관이 작성한 당해 피고인과 공범관계가 있는 다른 피고인 또는 피의자에 대한 피의자신문조서를 피고인에 대한 유죄의 증거로 하는 경우에도 적용된다고 보아야 할 것이다."라고 판시.
- 22) 대법원 1995. 3. 24. 선고 94도2287 판결: "(구)형사소송법 제312조 제2항은 검사 이외 수사기관이 작성한 피의자신문조서는 소위 신용성의 정황적 보장이 약하므로 피의자신문조서의 성립의 진정 및 임의성이 인정되더라도 공판 또는 그 준비절차에 있어 원진술자인 피고인 또는 변호인이 그 내용을 인정하지 않는 한 증거능력을 부정하는 취지로 입법된 것으로, 위 입법취지와 법조문에 비추어 볼 때 당해 사건에서 피의자였던 피고인에 대한 피의자신문조서에만 적용되는 것은 아니고 별개의 사건에서 피의자였던 피고인에 대한 피의자신문조서도 그 적용대상으로 하고 있는 것이라고 보아야 한다."라고 판시.

작성한 피의자신문조서에 비해 신용성의 정황적 보장이 약한 점을 고려하여 제정된 제312조 제3항의 입법취지를 관철하여 경찰수사가 불투명하게 이루어질 경우를 엄격히 통제하기 위한 정책적 판단으로 해석된다. 즉, 종전 대법원은 공범에 대한 피의자신문조서는 제312조 제4항을 적용하여야 하나 경찰이 작성한 공범에 대한 피의자신문조서는 경찰의 위법수사를 통제하기 위한 제312조 제3항의 입법취지를 관철하기 위해 정책적으로 제312조 제3항을 적용하여야 한다고 본 것이다.

2. 형사소송법 제312조의 개정

개정 형사소송법은 국무총리, 행안부장관, 법무부장관, 민정수석 등의 논의를 걸쳐 마련된 ‘검·경 수사권 조정합의문²³⁾’이 2018년 6월 21일 발표된 이후, 위 합의문의 취지가 반영된 형사소송법과 검찰청법 개정안(법률 제16908호, 2020. 2. 4., 일부개정)이 2020년 1월 13일 국회 본회의를 통과하면서 확정되었다²⁴⁾.

위와 같은 개정 형사소송법의 실마리가 된 ‘검·경 수사권 조정합의문’에는 검찰과 경찰 간의 수사권 조정 사항과 함께 자치경찰체 도입에 관한 내용이 담겨있을 뿐 본 연구의 주요 대상이 되는 검사 작성 피의자신문조서의 증거능력 인정 요건에 대한 내용은 언급되지 않는다. 그러던 중 2019. 3. 29. 권성동 의원 안(권성동 의원 등 14인, 의안번호 제19484호), 2019. 4. 26. 채이배 의원 안(채이배 의원 등 11인, 의안번호 제20030호), 2019. 4. 30. 최경환 의원 안(최경환 의원 등 13인, 의안번호 제20088호)이 각 발의되었고, 위 발의안은 2019. 6. 사법개혁특별위원회의 심의를 거친 후 법제사법위원회에 회부되었는바 당시 사법개혁특별위원회의 검토보고서에 의하면 검사 작성 피의자신문조서의 증거능력 요건 변화에 대한 논의가 있었던 것으로 보인다.

위 논의 당시 입법부는 공판중심주의 강화, 수사권 조정에 따른 이중

23) 청와대, “검·경 수사권 조정 합의문 서명식 개최”, 민정수석실 보도자료(2018. 6. 21.), http://www.opm.go.kr/doc/_attach/file/pmo/2018/06//d8770a6ff7412934c54aa25611fc758b.hwp.files/Sections1.html(최종 검색일: 2024. 2. 20.)

24) “검·경 수사권 조정안, 국회 본회의 ‘통과’”, 법률신문(2020. 1. 13.), <https://www.lawtimes.co.kr/news/158802>(최종 검색일: 2024. 2. 20.)

조사 방지 등을 위해 검사 작성 피의자신문조서 역시 공판준비 또는 공판기일에 그 피의자였던 피고인이 내용을 인정할 때만 증거능력을 인정하도록 하여야 한다고 주장하였다. 반면 법무부는 검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서가 검사 작성 피의자신문조서에 비해 엄격한 증거능력 요건을 갖게 된 이유는 피의자 등 수사대상자의 인권보호를 위한 정책적 고려에 기인한 것으로 그 취지는 유지되어야 하며, 우리나라는 외국과 다르게 영상녹화물을 독립된 증거로 사용할 수 없고, 조사자 증언의 활용도 어렵다는 점을 고려할 때, 검사 작성 피의자신문조서의 증거능력 요건은 유지되어야 한다고 주장하였다²⁵⁾.

그러나 위와 같은 논쟁에도 불구하고 개정 형사소송법은 검사 작성 피의자신문조서의 증거능력 요건을 규정한 형사소송법 제312조 제1항을 검사 이외 수사기관이 작성한 피의자신문조서의 증거능력 요건을 규정한 형사소송법 제312조 제3항과 동일하게 규정하고, 영상녹화물 또는 그 밖의 객관적 방법에 의해 성립의 진정을 인정할 수 있다는 제312조 제2항을 삭제하여 수사기관 조서의 증거능력 요건을 일원화하였다.

3. 검사 작성 공범에 대한 피의자신문조서에 관한 판례의 변화

앞서 언급한 것처럼 형사소송법 개정 과정에서 검사 작성 피의자신문조서의 증거능력 인정 요건 변화와 관련된 논의가 있었으나 중국적으로 검사 작성 피의자신문조서는 검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서의 증거능력 요건과 동일한 요건으로 개정되었고, 이는 2022년 1월 1일부터 시행되었다. 위 개정 형사소송법 제312조에 의하면 수사기관이 작성한 피고인에 대한 피의자신문조서는 원진술자인 당해 피고인이 그 조서의 내용을 부인하면 증거능력이 인정되지 않는다는 점은 명백하다. 그러나 개정 형사소송법 시행 후에도 논란이 되었던 부분은 검사 작성 공범에 대한 피의자신문의 증거능력 인정 요건에 대해 종전과 같이 제312조 제4항을 적용할 것인지 검사 이외의 수사기관이 작성한 공범에 대한 피의자신문조서의 증거능력 인정 요건과 같은 취지로 제312조 제1

25) 전상수, 「형사소송법 일부개정 형사소송법률안 검토보고」, 제369회 국회(임시회) 제15차 사법개혁특별위원회(2019. 6.), 1-12면, 43-48면.

항을 적용할지에 관한 사항이었다.

이러한 논란은 형사소송법이 수사기관이 작성한 공범에 대한 피의자신문조서에 대한 증거능력 인정 요건을 명확히 규정하고 있지 않음에 기인한다. 학계는 제312조 제1항을 적용하게 되면 공소사실 입증에 중요한 역할을 하는 공범의 수사단계에서의 진술을 사실상 공판에 현출할 방법이 없는 점, 제312조 제1항·제3항의 문언상 ‘그 피의자였던 피고인’은 원진술자로 해석함이 타당한 점, 공범은 피고인에 대한 관계에서 제삼자에 해당하는 점 등을 근거로 제312조 제4항이 적용되어야 한다는 견해²⁶⁾, 공판중심주의를 강화하고 수사기관 조서의 증거능력을 일원화 하겠다는 개정 형사소송법의 입법 취지와 검사 작성 공범에 대한 피의자신문조서에 대해 제312조 제4항을 적용하게 되면 공범의 자백이 피고인의 유일한 유죄의 증거인 경우에 자백보강법칙이 적용되지 않는다는 대법원 판례에 따라 공범의 자백만으로 유죄판결을 인정하게 되는 불합리한 결과가 발생할 수 있으므로 제312조 제1항이 적용되어야 한다는 견해²⁷⁾, 피고인 중 일방인 甲이 자기 피의자신문조서의 내용을 부인하면 자신의 조서를 공범 乙에 대한 유죄의 증거로 사용할 수 없음은 수공이 되나, 甲이 자기 피의자신문조서의 내용을 인정함에도 원진술자가 아닌 공범 乙이 甲이 진술한 조서의 내용을 부인한다는 이유만으로 그 조서를 乙에 대한 증거로 사용할 수 없음은 모순에 해당하므로 제312조를 적용하되 조서의 내용인정 주체는 원진술자로 해석함이 타당하다는 견해²⁸⁾ 등이 제시되고 있었다.

그러나 대법원은 “개정 형사소송법 제312조 제1항의 ‘검사 작성 피의자신문조서’는 당해 피고인에 대한 피의자신문조서와 당해 피고인과 공범 관계에 있는 다른 피의자나 피고인에 대한 검사 작성 피의자신문조서를 포함하고, ‘공범’은 형법 총칙상의 공범 외에도 강학상 필요적 공범과

26) 이재상·조근석·이창운, 「형사소송법」, 박영사, 2022, 687-688면; 김경락, “개정 형사소송법상 수사기관이 작성한 공범자의 피의자신문조서의 증거능력”, 형사법의 신통향 제67호, 2020, 67-69면.

27) 권순민, “개정 형사소송법에 따른 검사가 작성한 공범에 대한 피의자신문조서의 증거능력”, 법학논총 제33권 제2호, 2020, 79-109면.

28) 이승주, “개정 형사소송법상 공범의 진술증거 확보 문제 - 검사 작성 피의자신문조서의 증거능력 제한에 따른 대안”, 法曹 제69권 제4호, 2020, 283-325면.

대항범까지 포함한다. 따라서 피고인이 공범관계에 있는 다른 피의자 또는 피고인에 대한 검사 작성 피의자신문조서를 내용부인하는 경우 제 312조 제1항에 의해 유죄의 증거로 쓸 수 없다.”라는 취지로 판시하여 위 논쟁은 종결되었다. 즉, 검사 작성 공범에 대한 피의자신문조서 역시 검사 이외의 수사기관이 작성한 공범에 대한 피의자신문조서와 동일하게 당해 피고인이 내용부인하면 증거능력이 부정된다²⁹⁾.

Ⅲ. 개정 형사소송법에 따른 문제점

1. 변경된 대법원 판례³⁰⁾의 문제점

형사소송법은 제2절에서 증거를 다루고 있으며, 제310조의2에서 제 311조 내지 제316조에서 규정한 것 이외의 전문증거는 증거로 할 수 없다고 규정하는 등 전문증거의 종류에 대해 열거하고 있다. 구체적으로 당연히 증거능력이 인정되는 제311조(법원 또는 법관의 조서) 및 제315조(당연히 증거능력이 있는 서류)와 원진술자의 사망·질병·외국거주·소재 불명 등 진술불능 상태가 있는 경우 예외적으로 증거능력이 인정되는 제 314조(증거능력에 대한 예외)를 제외한 나머지 조문들은 각 전문증거의 증거능력 인정 요건과 관련하여 ‘공판준비, 공판기일에 그 피의자였던 피 고인 또는 변호인이 그 내용을 인정할 때³¹⁾’, ‘원진술자의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술³²⁾’, ‘공판준비 또는 공판기일에서의 작성자의 진술³³⁾’, ‘공판준비나 공판기일에서의 그 작성자 또는 진술자의 진술³⁴⁾’, ‘단, 피고인의 진술을 기재한 서류는 공판준비 또는 공판기일에서 그 작성자의 진술³⁵⁾’ 등과 같이 ‘진정성의 인정 주체³⁶⁾’를 규정하고 있다.

29) 대법원 2023. 6. 1. 선고 2023도3741 판결.

30) 대법원 2023. 6. 1. 선고 2023도3741 판결. 이하에서 해당 판결을 ‘변경된 대법원 판례’라고 칭하기로 한다.

31) 형사소송법 제312조 제1항, 제3항.

32) 형사소송법 제312조 제4항.

33) 형사소송법 제312조 제6항.

34) 형사소송법 제313조 제1항 본문.

35) 형사소송법 제313조 제1항 단서: 단, 피고인의 진술을 기재한 서류는 공판준비 또는 공판 기일에서의 그 작성자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명되고 그 진술이 특히 신

위와 같이 조문별 진정성의 인정 주체에 대한 표현에 일부 차이가 있으나 형사소송법 제313조 제1항 단서와 같이 원진술자가 아닌 작성자가 진정성의 인정 주체가 된다는 별도의 조문이 없는 이상³⁷⁾ 문언의 해석상 진정성의 인정 주체는 원진술자이며 대법원 역시 후술하는 경찰 작성 피의자신문조서를 제외한 다른 전문증거에 대한 진정성 인정 주체를 원진술자로 해석해 왔다³⁸⁾.

그러나 대법원은 개정 형사소송법이 시행되기 이전 경찰 작성 공범에 대한 피의자신문조서에 대해서만 위법수사 등을 통제하기 위한 정책적 목적으로 원진술자인 공범이 아닌 당해 피고인을 진정성의 인정 주체로 판단하였고 검사 작성 공범에 대한 피의자신문조서는 원진술자인 공범을 진정성의 인정 주체로 판단하였다. 그러던 중 개정 형사소송법이 시행되어 검사 작성 공범에 대한 피의자신문조서의 증거능력 인정 요건이 문제가 된 것이다. 이에 대해 대법원은 제312조 제4항이 적용될 수 없는 이유에 대한 별도의 설명 없이 검사 작성 피의자신문조서란 당해 피고인에 대한 피의자신문조서만이 아니라 공범에 대한 피의자신문조서도 포함된다고 종전의 입장을 변경하였다.

즉, 대법원은 개정 형사소송법으로 인해 검사 작성 피의자신문조서의 증거능력이 경찰 작성 피의자신문조서와 동일하게 변경되었으므로 검사 작성 공범에 대한 피의자신문조서의 증거능력 요건도 경찰 작성 공범에 대한 피의자신문조서의 증거능력 요건과 동일해야 한다고 판단한바, 이는 공판중심주의를 강화하고 수사기관 조서의 증거능력 요건을 일원화하

빙할 수 있는 상태에서 행하여진 때에 한하여 피고인의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 불구하고 증거로 할 수 있다.

- 36) 성립의 진정, 내용 인정의 주체를 편의상 진정성의 인정 주체로 표현하기로 한다.
- 37) 이창섭, "형사소송법 제313조 제1항에 관한 몇 가지 검토", *東亞法學* 제62호 2014, 211-240면; 형사소송법 제313조 제1항 본문과 단서의 해석상, 진정성의 인정 주체는 원칙적으로 원진술자에 해당하나, 피고인의 진술 녹취서는 피고인이 성립의 진정을 부인하더라도 녹취서를 작성한 자의 진술에 의해 성립의 진정을 인정할 수 있다고 해석한다.
- 38) 대법원 2005. 6. 10. 선고 2005도1849 판결: 개정 전 형사소송법상 검사 작성 피의자신문조서 또는 진술조서 중 일부에 관하여만 원진술자가 공판정에서 실질적 진정성립을 인정하는 경우, 법원은 원진술자가 실질적 진정성립을 인정한 부분과 그렇지 않은 부분을 구분하여 성립의 진정을 인정하여야 한다고 판시하는 등 원진술자가 성립의 인정 주체임을 명시하고 있다.

여 이중조사를 방지하고자 한 정책적 목적을 고려한 것으로 보인다.

그러나 법 해석의 목표는 법적 안정성을 저해하지 않는 범위 내에서 구체적 타당성을 찾는 데 있고 그 과정에서 가능한 한 법률에 사용된 문언의 통상적 의미에 충실하게 해석하는 것이 원칙이라는 대법원 입장³⁹⁾을 고려할 때, 형사소송법 제312조 제1항과 제3항의 진정성의 인정 주체로 명시된 ‘그 피의자였던 피고인 또는 변호인’은 문언상 피의자신문조서의 ‘원진술자인 피고인 또는 그 변호인’으로 해석된다. 게다가 대법원은 전문증거에 관한 조문인 형사소송법 제316조 제2항⁴⁰⁾에 규정된 ‘피고인 아닌 자’의 의미와 관련하여 “피고인 아닌 자라고 함은 제3자는 말할 것도 없고 공동피고인이나 공범자를 모두 포함한다.”고 판시⁴¹⁾하는 등 피고인에는 공범 및 공범인 공동피고인이 포함되지 않음을 분명히 하였다. 이는 형사소송법 제310조에 규정된 ‘피고인의 자백’에 관한 대법원의 해석에서도 나타나는데, 여기서도 대법원은 “형사소송법 제310조의 피고인의 자백에는 공범인 공동피고인의 진술이 포함되지 아니하는바 공범인 공동피고인의 진술은 다른 공동피고인에 대한 범죄를 인정하기 위한 증거로 쓸 수 있다.”는 취지로 판시한바, 형사소송법상 피고인은 공범 및 공동피고인과 구별되는 개념으로 해석되어 왔다.

즉, 수사기관 작성 공범에 대한 피의자신문조서에 대해 형사소송법 제312조 제1항 및 제3항을 적용한 종전 및 변경된 대법원 판례는 정책적 목적을 고려하더라도 제312조 제1항 및 제3항의 문리해석을 초월하였을 뿐만 아니라 형사소송법 제316조 제2항 및 제310조에 규정된 피고인의 범위에 관한 대법원의 기존 입장과도 모순된다⁴²⁾.

39) 대법원 2010. 12. 23. 선고 2010다81254 판결.

40) 형사소송법 제316조 제2항: 피고인 아닌 자의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술이 피고인 아닌 타인의 진술을 그 내용으로 하는 것인 때에는 원진술자가 사망, 질병, 외국거주, 소재불명 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없고, 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태에서 행하여졌음이 증명된 때에 한하여 이를 증거로 할 수 있다.

41) 대법원 2011. 11. 24. 선고 2011도7173 판결.

42) 이완규, “공범인 피의자에 대한 경찰 피의자신문조서의 증거능력”, 형사법의 신통향 제18호, 2009, 219-224면.

2. 전략적 진술번복으로 인한 실체적 진실 발견 저해

변경된 대법원 판례에 의하면 수사기관 작성 공범에 대한 피의자신문 조서는 당해 피고인이 내용을 부인하면 증거로 사용할 수 없고, 경찰 작성 공범에 대한 피의자신문조서에 대해 형사소송법 제314조가 당연히 적용되지 않는다는 대법원 판례⁴³⁾에 의하면 수사기관 작성 공범에 대한 피의자신문조서는 당해 피고인이 내용을 부인하면 어떠한 방법으로도 증거로 사용할 수 없게 된다. 그러나 위와 같은 결론에 의하면 증거의 선택이 사실상 당해 피고인의 입맛에 맞게 좌우되는 불합리한 현상이 발생하는바, 과연 이러한 현상이 공판중심주의와 실체적 진실 발견에 부합하는지 고민해 볼 필요가 있다. 게다가 공범인 피고인들이 수사기관에서 한 자백 등 종전 진술을 번복할 가능성이 높아지는 문제점도 발생한다.

구체적으로 공범인 A와 B가 수사기관의 피의자신문 당시 모두 자백하여 공소제기 되었는데 A는 자기 피의자신문조서에 대해 내용인정을 하고 B는 자기 피의자신문조서에 대해 내용인정을 하지 않았다고 가정해 본다. 이 경우 A는 자백과 형사소송법 제310조⁴⁴⁾에 의해 자백이 진실한 것임을 인정할 만한 정도의 증거⁴⁵⁾가 있으면 유죄로 판단되는 반면, B는 형사소송법 제307조 제2항⁴⁶⁾에 의해 합리적인 의심이 없는 정도의 증명력을 가진 증거가 없다면 유죄로 판단되기 어렵다. 결국 공범들은 형사소송법 제266조의3⁴⁷⁾ 등에 기초하여 수사기관이 확보한 증거를 열람한 후, 별다른 물증이 없는 것으로 판단되면 자백 등이 기재된 피의자신문조서의 내용을 부인하는 것이 유리하다고 판단을 할 것인바, 이는 진술번복 사건의 증가를 야기할 것이다.

43) 대법원 2004. 7. 15. 선고 2003도7185 전원합의체 판결.

44) 형사소송법 제310조: 피고인의 자백이 그 피고인에게 불이익한 유일의 증거인 때에는 이를 유죄의 증거로 하지 못한다.

45) 대법원 2002. 1. 8. 선고 2001도1897 판결: “자백에 대한 보강증거는 범죄사실의 전부 또는 중요부분을 인정할 수 있는 정도가 되지 아니하더라도 피고인의 자백이 가공적인 것이 아닌 진실한 것임을 인정할 수 있는 정도만 되면 족할 뿐만 아니라 직접증거가 아닌 간접증거나 정황증거도 보강증거가 될 수 있으며, 또한 자백과 보강증거가 서로 어울려서 전체로서 범죄사실을 인정할 수 있으면 유죄의 증거로 충분하다.”고 판시.

46) 형사소송법 제307조 제2항: 범죄사실의 인정은 합리적인 의심이 없는 정도의 증명에 이르러야 한다.

47) 형사소송법 제266조의3(공소제기 후 검사가 보관하고 있는 서류 등의 열람·등사).

3. 대체 수단의 부재

검사는 피고인이 자신 내지 공범에 대한 피의자신문조서의 내용을 부인하는 경우 다른 증거를 통해 공소사실을 입증해야 한다. 이 경우 검사가 피고인들의 진술 외 객관적 증거를 충분히 확보하였다면 피고인들의 내용부인 여부는 별다른 문제가 되지 않겠으나 내부자들의 진술이 공소사실 입증에 유력한 증거가 되는 경우 또는 객관적 증거가 불충분한 경우 그 문제는 심각해진다. 이 경우 검사는 범죄사실 입증을 위해 형사소송법 제316조 제1항·제2항의 조사자 증언, 제318조의2의 탄핵증거 활용을 고려할 수 있겠으나 이마저도 사실상 활용이 어려운 상태이다.

먼저 피고인이 자기 피의자신문조서의 내용을 부인하는 경우, 형사소송법 제316조 제1항에서 규정된 조사자 증언제도를 활용할 수 있다. 다만, 위 조사자 증언제도는 특신상태를 요건으로 하는바, 개정 형사소송법 이후 대법원은 “진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음”이란 진술에 허위 개입의 여지가 거의 없고, 진술내용의 신빙성이나 임의성을 담보하는 구체적이고 외부적인 정황이 있음을 의미하며, 특신상태는 증거요건으로 검사가 입증하여야 하며, 그 증명은 개연성이 있다는 정도로는 부족하고 합리적 의심의 여지를 배제할 정도에 이르러야 한다. 조사자의 법정증언을 통하여 피고인의 수사기관 진술이 법정에 현출되는 것을 허용하는 것은, 형사소송법 제312조 제1항, 제3항이 피고인의 수사기관 진술은 신용성의 정황적 보장이 부족하다고 보아 피고인이나 변호인이 그 내용을 인정하지 않는 이상 피의자신문조서의 증거능력을 인정하지 않음으로써 그 진술내용이 법정에 현출되지 않도록 규정한 것의 중대한 예외로 위 규정의 적용을 폭넓게 허용하는 경우 형사소송법 제312조 제1항, 제3항의 입법취지와 기능이 크게 손상될 수 있기 때문이다.”라는 취지로 판시⁴⁸⁾하여 특신상태의 요건을 엄격하게 해석하고 있다.

즉, 대법원은 개정 형사소송법으로 인해 검사 작성 피의자신문조서의 증거능력 요건이 엄격히 변화했음에도 불구하고 조사자 증언의 증거능력 인정 요건인 특신상태를 보다 엄격히 해석하고 있는바, 피고인이 조서의 내용을 부인하는 경우 조사자 증언의 증거능력 요건은 사실상 인정받기

48) 대법원 2023. 10. 26. 선고 2023도7301 판결.

어려울 뿐만 아니라 가사 특신상태가 인정되더라도 조사자 증언의 증명력을 높게 평가하지 않을 것으로 보이는데, 조사자 증언을 통해 피고인의 피의자 진술을 증거로 사용하기는 어렵다.

다음으로 피고인이 공범의 피의자신문조서의 내용을 부인하는 경우, 공범을 조사한 자의 증언을 통한 증명을 고려할 수 있다. 그러나 앞서 언급한 것처럼 대법원이 형사소송법 제316조 제2항이 규정한 피고인 아닌 자에 공범, 공동피고인이 포함된다고 해석하는 이상 원진술자인 공범 또는 공동피고인이 사망 등 진술불능 상태에 이르지 않는다면 위 조항을 근거로 공범에 대한 피의자신문조서를 증거로 사용하거나 공범을 조사한 자의 증언을 법정에 현출할 수 없다. 결국 검사는 공범을 당해 피고인에 대한 증인으로 신문해야 하는바, 이는 소송경제에 부합하지 않을뿐더러 수사기관에서 어렵게 자백한 공범의 진술마저도 번복될 위험을 야기한다. 이는 앞서 언급한 것처럼 내용을 인정한 공범이 유죄로 판단될 가능성이 높고, 다른 공범의 보복, 회유 가능성을 배제할 수 없기 때문이다.

결국 검사가 피의자의 수사기관에서의 진술을 활용할 수 있는 방안으로는 탄핵증거가 있을 수 있으나 탄핵증거는 유죄를 입증하는 증거로 사용할 수 없을 뿐만 아니라 수사기관에서 작성된 피의자신문조서가 신용성이 미흡하다고 판단하는 판례의 입장⁴⁹⁾을 고려하면, 피의자신문조서가 탄핵증거로 갖는 가치는 크지 않을 것으로 보인다.

4. 소결

개정 형사소송법 및 변경된 대법원 판례의 입장은 피고인의 방어권 보장에는 기여를 하였으나 피고인, 공범의 수사기관에서의 진술을 활용할 수 있는 대체 수단을 마련하지 않음으로 실제적 진실발견에 장애를 가져올 것으로 보인다. 그럼에도 개정 형사소송법과 대법원이 변화를 취한 근본적 이유는 수사기관에서의 진술이 공판정에서의 진술보다 신용성이 낮으므로 법관이 공판정에서 피의자들의 진술을 직접 듣고 유무죄의 심증을 형성함이 바람직하다고 판단하였기 때문으로 보인다.

그러나 대법원은 “경찰 또는 검찰조서라 할지라도 법정 증거능력을 구

49) 대법원 1995. 3. 24. 선고 94도2287 판결; 대법원 2023. 10. 26. 선고 2023도7301 판결.

비한 것이면 법원이 조사한 증거와 동등의 증거가치가 있으므로 증거의 취사선택은 사실심의 자유심증에 의하여 결정될 것으로 그 채용순서에 우열이 없다.”고 판시하였고⁵⁰⁾, 나아가 “공판중심주의와 직접심리주의 등 형사소송의 기본원칙에 따라 검찰진술보다 법정진술에 더 무게를 두어야 한다는 점을 감안하더라도, 증인의 법정진술을 믿을 수 없는 사정 아래에서 증인이 법정에서 검찰진술을 번복하였다는 이유만으로 검찰에서의 진술의 신빙성이 부정될 수는 없고, 진술 내용 자체의 합리성, 객관적 상당성, 전후의 일관성, 이해관계 유무 등과 동시에 다른 객관적 증거나 정황사실에 의해 진술의 신빙성이 보장될 수 있는지, 반대로 공소사실과 배치되는 사정이 존재하는지 등을 종합적으로 판단할 때 검찰진술의 신빙성이 인정되므로, 증인의 공판정에서의 진술과 배치되는 검찰진술 등을 기초로 공소사실을 모두 유죄로 인정한 원심 판단에 자유심증주의의 한계를 벗어나는 등의 잘못이 없다.”는 취지로 판시하는 등⁵¹⁾ 스스로 공판정에서의 진술이 수사기관에서의 진술보다 항상 신용성 내지 증명력이 높지 않을 수 있음을 인정하고 있다.

즉, 피고인들의 수사기관에서의 진술 그 자체는 경우에 따라 신용성 내지 증명력이 높을 뿐만 아니라, 피고인들의 수사기관에서의 진술 자체가 유일 내지 유력한 증거가 되는 사건들이 존재한다는 점, 공판중심주의를 수사기관에서 작성된 모든 증거를 배제하기 위한 원칙으로 볼 수 없는 점 등을 고려할 때, 개정 형사소송법 및 변경된 대법원 판례 입장과 같이 수사기관이 작성한 피의자신문조서의 증거능력을 당해 피고인이 내용을 부인하면 일률적으로 증거능력이 상실되도록 한 것은 피고인의 방어권 보장을 위해 실제적 진실발견을 후퇴시키는 불균형적인 조처를 한 것으로 판단된다. 따라서 수사기관 조서의 증거능력을 일원화 하겠다는 입법자의 취지와 피의자의 수사기관에서의 진술이 신용성의 정확한 보장이 부족하다고 판단한 대법원 입장에 반하지 않는 범위 내에서 피의자 내지 공범 진술을 증거로 사용할 수 있는 방안이 모색되어야 하는바, 이하에서 구체적 개선 방안에 대해 살펴보기로 한다.

50) 대법원 1958. 1. 24. 선고 4290형상433 판결.

51) 대법원 2015. 8. 20. 선고 2013도11650 전원합의체 판결.

IV. 개선 방안

1. 공범에 대한 피의자신문조서의 별도규정 마련

형사소송법 제312조 제1항 및 제3항에 단서 조항을 신설하여 공범에 대한 피의자신문조서에 대한 증거능력 인정 요건을 명확히 규정할 필요가 있다. 개정 전후 형사소송법상 수사기관이 작성한 공범에 대한 피의자신문조서의 증거능력 요건에 대해 견해가 대립한 이유 자체가 공범에 대한 피의자신문조서의 증거능력 인정 요건을 별도로 규정하지 않았음에 기인하는바, 별도 규정을 통해 공범에 대한 피의자신문조서의 증거능력 요건 및 진정성의 주체를 명확히 규정할 필요가 있다.

구체적으로 제312조 규정의 문언상 해석과 제310조, 제316조 제2항 등 관련 규정의 해석을 종합해 볼 때 진정성의 인정 주체는 원진술자로 규정함이 타당하다. 다만, 전문법칙을 인정하는 주된 근거가 반대신문권 보장에 있다는 점⁵²⁾을 고려할 때 당해 피고인에게 원진술자에 대한 반대신문 기회를 보장해야 할 것이다. 아울러 당해 피고인의 실질적 반대신문권을 강화하기 위해 영상녹화물 등 객관적 수단에 의한 통제장치를 마련해야 한다. 조서는 수사기관이 주도권을 가지고 작성하기 때문에 내용이 왜곡되어 기재될 가능성이 존재하기 때문이다. 나아가 공범 중 일방만 자기 피의자신문조서의 내용을 인정하는 경우 그 일방은 검사와 협력관계에 있을 가능성이 높아 검사가 원하는 방향으로 법정진술을 할 가능성이 있기 때문이다. 즉, 당해 피고인에게 공범에 대한 피의자신문조사 과정을 열람할 기회를 제공하여 기재된 내용 외 모순된 진술이 존재하였는지, 회유 내지 유도된 진술 등이 존재하는지를 확인할 기회가 제공되어야 당해 피고인은 실질적 반대신문권을 행사할 수 있을 것이다. 이상과 같은 입장에서 단서 조문을 추가한다면 아래와 같다.

52) 홍영기, “반대신문권 보장: 전문법칙의 근거”, 고려법학 제75호, 2014, 1-2면.

<현행 조문과 개정안의 비교>

현행 제312조 제1항·제3항	개정안(밑줄 친 부분 추가)
<p>검사가(검사 이외의 수사기관이) 작성한 피의자신문조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로 공판준비, 공판기일에 그 피의자였던 피고인 또는 변호인이 그 내용을 인정할 때에 한정하여 증거로 할 수 있다.</p>	<p>검사가(검사 이외의 수사기관이) 작성한 피의자신문조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로 공판준비, 공판기일에 그 피의자였던 피고인 또는 변호인이 그 내용을 인정할 때에 한정하여 증거로 할 수 있다. 단, 검사가(검사 이외의 수사기관이) 작성한 공범에 대한 피의자신문조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로 피고인에 대한 공판준비, 공판기일에 원진술자인 공범이 그 내용을 인정하고 조사 과정이 영상녹화물 또는 그 밖의 객관적 방법에 의해 열람 가능하며, 피고인 또는 변호인이 조서의 기재 내용에 관하여 원진술자인 공범을 신문할 수 있었던 때에 당해 피고인에 대한 증거로 사용할 수 있다.</p>

2. 조사자 증언의 증거능력 요건 변경

현행 형사소송법 제316조 제1항은 조사자 증언에 관한 조문으로 ‘그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태(특신상태)에 행하여졌음’을 증거능력 요건으로 규정하고 있다. 이에 대해 대법원은 특신상태는 허위 개입의 여지가 거의 없고, 그 진술내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있음을 의미하며 검사는 해당 요건에 대해 개연성이 있다는 정도로는 부족하고 합리적인 의심의 여지를 배제할 정도로 입증해야 한다는 취지로 판시하였다⁵³⁾. 결국 제316조 제1항 조문과 대법원 판례를 종합하면 검사는 ‘조사자가 법정에서 진술하고자 하는 피고인의

53) 대법원 2023. 10. 26. 선고 2023도7301 판결.

진술이 허위 개입의 여지가 거의 없고 진술내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있는 상태에서 이루어졌음'을 합리적인 의심의 여지가 없을 정도로 증명해야 한다. 즉, 검사가 증명해야 하는 특신상태의 판단 시점은 '진술할 당시'이고 기준은 진술 당시의 '객관적 상황'이다. 따라서 진술 당시 조사자를 포함한 타인에 의한 협박, 진술유도 등 허위 진술이 이루어질 객관적 상황이 존재하지 않았다면 피고인의 내심 또는 피고인의 진술번복과 같은 사후적 사정과 무관하게 특신상태는 인정되어야 한다. 그럼에도 대법원은 '진술자의 지위 또는 입장을 고려할 때 특정인에게 불리한 내용을 일방적으로 진술하고 있을 개연성이 있어 보인다는 점과 같은 내심의 사정'⁵⁴⁾, '진술자가 수사기관 외에서 종전 진술과 모순되는 진술을 하였다는 등의 사후적 사정'⁵⁵⁾을 특신상태를 판단하는데 고려하고 있는바, 이는 진술 당시의 객관적 상황을 확인할 수 없는 상황에서의 불가피한 조처라고 해석된다. 따라서 진술이 이루어진 당시를 재현할 수 있는 영상녹화물 또는 객관적 방법이 존재한다면 특신상태를 판단할 수 있는 주된 지표가 될 것으로 보인다.

게다가 대법원은 제312조 제4항에서 정한 '특히 신빙할 수 있는 상태'에 대해 "검사가 그 존재에 대하여 구체적으로 증명하여야 하지만, 이는 소송상의 사실에 관한 것으로 엄격한 증명을 요하지 않고 자유로운 증명으로 족하다."는 취지로 판시하였다⁵⁶⁾. 따라서 소송법상 사실에 해당하는 제316조 제1항의 특신상태 역시 자유로운 증명의 대상에 해당하는 이상 영상녹화물 또는 객관적 방법을 통한 증명도 허용되어야 한다.

나아가 조사자 증언이 이루어지는 상황은 피고인이 수사기관에서 한 진술을 번복하는 경우로 피고인의 법정 진술과 조사자의 증언이 상반될 가능성이 농후하다. 피고인과 조사자의 증언이 팽팽하게 대립하는 상황에서 입증책임을 부담하는 검사가 영상녹화물 또는 객관적 방법을 통한 증명 없이 특신상태를 합리적 의심이 없는 정도로 증명하기는 현실적으로 매우 어렵다. 따라서 검사에게 피의자조사 과정을 녹화한 영상녹화물 또는 객관적 방법을 특신상태를 증명하는 수단으로 활용할 기회를 제공

54) 대법원 2014. 4. 30. 선고 2012도725 판결.

55) 대법원 2014. 2. 21. 선고 2013도12652 판결.

56) 대법원 2012. 7. 26. 선고 2012도2937 판결.

하여야 한다. 이 경우 피고인, 변호인에게 증명의 수단이 되는 영상녹화물 또는 객관적 방법에 대한 열람권을 제공하여 검사의 특신상태 증명을 탄핵할 기회를 제공한다면 방어권 보장 측면에서도 무리가 없을 것으로 보인다. 이상과 같은 입장에서 단서 조문을 추가한다면 아래와 같다.

<현행 조문과 개정안의 비교>

현행 제316조 제1항	개정안(밑줄 친 부분 추가)
<p>피고인이 아닌 자(공소제기 전에 피고인을 피의자로 조사하였거나 그 조사에 참여하였던 자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술이 피고인의 진술을 그 내용으로 하는 것인 때에는 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태에서 행하여졌음이 증명된 때에 한하여 이를 증거로 할 수 있다.</p>	<p>피고인이 아닌 자(공소제기 전에 피고인을 피의자로 조사하였거나 그 조사에 참여하였던 자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술이 피고인의 진술을 그 내용으로 하는 것인 때에는 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태에서 행하여졌음이 증명된 때에 한하여 이를 증거로 할 수 있다. <u>검사는 피고인, 변호인에게 열람의 기회를 제공한 영상녹화물 또는 그 밖의 객관적 방법을 통해 피고인의 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태에서 행하여졌음을 증명할 수 있다.</u></p>

3. 영상녹화 제도의 활성화 방안

앞서 제안한 입법적 변화를 끌어내기 위해서는 영상녹화 자체가 활발히 이루어져야 한다. 그러나 형사소송법 제318조의2 제2항은 영상녹화물의 용도를 기억환기용으로 엄격히 제한하고 있고, 대법원 역시 별도의 법률 규정이 없는 한 영상녹화물을 제312조 제4항의 진정성립의 증명수단과 기억환기용 수단 외 다른 용도로 사용할 수 없다고 판시하고 있다⁵⁷⁾. 결국 형사소송법상 영상녹화물은 기억환기용 수단 외 별다른 가치를 가지지 못하므로 이용 실적이 저조할 수밖에 없는바⁵⁸⁾, 이는 국가에

57) 대법원 2014. 7. 10. 선고 2012도5041 판결.

상의 막대한 낭비에 해당한다. 나아가 형사소송법상 영상녹화물 제도가 도입된 이유는 수사과정의 투명성 등을 확보하기 위한 것으로 현행 영상녹화물 제도는 당초의 도입 목적과는 다르게 운영되고 있는바⁵⁹⁾, 영상녹화물 제도 개선이 시급해 보인다.

그러나 별다른 유인 없이 수사기관 종사자들이 갑작스럽게 그 입장을 변경하여 영상녹화 제도를 활발히 이용할 이유가 없는바, 전술한 것처럼 영상녹화물 또는 객관적 방법을 형사소송법 제312조 제1항·제3항, 제316조 제1항 각 단서의 증거능력 요건 또는 증명 수단으로 규정하는 등 입법적 유인을 제공할 필요가 있다. 다만, 입법적 변화를 끌어내기까지는 학계 및 실무자들의 충분한 의견 수렴이 필요한 만큼 상당한 시간이 소요될 것으로 보인다. 따라서 입법적 유인과 더불어 수사기관 자체적으로 영상녹화 제도 활성화를 위한 행정적 유인을 제공할 필요가 있다. 비록 피조사자가 영상녹화조사를 요청한 사건 등 일부 사건에 대해 영상녹화가 의무적으로 이루어지고 있으나⁶⁰⁾, 수사기관 종사자들의 영상녹화 기피 현상, 피조사자들이 선제적으로 영상녹화를 신청하기 어려운 환경 등으로 인해 영상녹화가 드물게 이루어지고 있기 때문이다⁶¹⁾. 따라서 변호

58) 김주완, “300억 쓰고도 ... 사용 않는 검찰 영상녹화조사실”, 한국경제신문(2017. 10. 24.), <https://www.hankyung.com/article/2017102481451>(최종 검색일: 2024. 2. 20.)

59) 윤해성·이진국·문성준, “변화된 수사구조에 따른 형사증거법 개정 연구”, 한국형사·법무정책연구원, 2015, 62면: 영상녹화물 제도는 2002. 10. 26. 서울중앙지방법검찰청 특별조사실에서 발생한 피의자 고문치사 사건을 계기로 수사과정의 투명성 등을 확보하기 위해 도입 논의가 시작되었고, 이후 참여정부가 집권한 2003년 후반기에 출범한 사법개혁위원회와 2004년부터 활동을 개시한 사법제도개혁추진위의 개혁안에서 본격적으로 논의된 끝에 2007. 6. 1. 개정되어 2008. 1. 1. 시행된 형사소송법부터 시행되었다.

60) 영상녹화 업무처리 지침(대검찰청예규 제1325호, 2023. 2. 1. 일부개정) 제4조

② 검사 등은 다음 각 호의 경우에 대하여는 원칙적으로 영상녹화조사를 실시하여야 한다.

1. 검사가 직접 수사를 개시한 사건(고소·고발·관련인지 포함)의 피의자를 출석조사하는 경우
2. 성폭력 및 아동학대 사건의 피해자를 조사하는 경우
3. 진술보호가 필요한 조직범죄 사건의 참고인을 조사하는 경우(다만, 조직범죄사건 피해자의 신원보호를 위해 가명조사 하는 경우는 제외)
4. 통역이 필요하거나 영주 체류자격이 없는 외국인을 조사하는 경우
5. 글을 읽거나 쓰지 못하는 사람, 시각에 이상이 생겨 앞을 보지 못하는 사람을 조사하는 경우
6. 피조사자가 영상녹화조사를 요청한 사건

61) 김원태, “경찰의 영상녹화제도 2021년 전체 피의자의 약 6.0%만 이용”, 대한뉴스(2022. 9. 28.),

인이 참여하지 않는 수사 과정에 대한 영상녹화를 의무화하거나 영상녹화 사용 빈도를 성과지표로 고려하는 등 영상녹화 제도가 활발히 이루어질 수 있는 제반적 환경이 마련되어야 한다.

V. 결어

개정 형사소송법과 대법원 판례에 의해 피의자신문조서는 유형을 불문하고 당해 피고인이 내용을 부인하면 증거능력이 부정된다. 그러나 피의자 진술은 사건 발생 시점과 근접한 시기에 이루어지는 점, 피고인 또는 공범이 공판 과정에서 회유 등으로 의해 종전 진술을 번복할 가능성이 있는 점 등을 고려하면 법정진술보다 신빙성이 높을 수 있고, 공모에 의한 범죄에서 내부자들의 진술은 유일 내지 유력한 증거가 되는 점을 고려할 때 피의자신문조서는 공소사실을 입증하는 핵심 증거로 기능한다.

그럼에도 개정 형사소송법과 대법원 판례는 피고인, 공범에 대한 피의자신문조서의 증거 사용을 사실상 무력화하였을 뿐만 아니라 조사자 증언의 증거능력 요건마저 엄격히 해석함으로써 피고인, 공범의 피의자 진술을 증거로 사용할 기회를 원천 차단하고 있다.

그러나 위와 같은 변화는 개정 형사소송법이 강조한 공판중심주의의 진정한 의미와 부합하지 않을 뿐만 아니라 실제적 진실발견에 중대한 장애를 초래할 가능성이 크다. 이에 본 연구에서는 공범에 대한 피의자신문조서의 증거능력 요건 마련, 조사자 증언의 증거능력 요건 개정, 영상녹화 제도 활성화 방안 등을 제시함으로써 피의자 및 공범 진술의 증거능력 부여에 관한 합리적 개선 방안을 모색하였다. 이상 본 연구가 미약하나마 도움이 되길 바란다.

(논문투고일: 2024.2.20., 심사개시일: 2024.3.5., 게재확정일: 2024.3.27.)



▶ 홍 찬 영

개정 형사소송법, 피의자신문조서의 증거능력 변화, 조사자의 증언, 특신상태, 영상녹화물

【참 고 문 헌】

I. 단행본

- 김신규, 「형사소송법 강의」, 박영사, 2019.
- 정웅석·최창호, 「형사소송법」, 대명출판사, 2018.
- 노명선·이완규, 「형사소송법」, 성균관대학교 출판부, 2017.
- 배종대·홍영기, 「형사소송법」, 홍문사, 2018.
- 이재상·조균석, 「형사소송법」, 박영사, 2019.
- 이창현, 「형사소송법」, 정독, 2019.
- 임동규, 「형사소송법」, 법문사, 2019.
- 강동욱·황문규·이성기·최병호, 「형사소송법 강의」, 오래, 2018.
- 이은모, 「형사소송법」, 박영사, 2018.
- 신동운, 「신형사소송법」, 법문사, 2012.
- 이영란, 「한국형사소송법」, 나남출판, 2008.
- 권오걸, 「형사소송법」, 형설출판사, 2010.
- 신양균, 「형사소송법」, 화산미디어, 2010.
- 신동운, 「신형사소송법」, 법문사, 2019.
- 정웅석·백승민, 「형사소송법」, 2014.
- 노명선·이완규, 「형사소송법」, 성균관대학교출판부, 2013.
- 전상수, 「형사소송법 일부개정 형사소송법틀안 검토보고」, 제369회 국회(임시회) 제15차 사법개혁특별위원회, 2019.
- 윤혜성·이진국·문성준, 「변화된 수사구조에 따른 형사증거법 개정 연구」, 한국형사·법무정책연구원, 2015.

II. 논문

- 최병각, “특신상태의 증명정도”, 비교형사법연구 제20권 제1호, 2018.
- 최병천, “특신상태에 대한 비판적 고찰”, 법학논고 제66집, 2019.
- 이은모, “공범자에 대한 피의자신문조서의 증거능력”, 법학논총, 제32집 제4호, 2015.
- 권순민, “개정 형사소송법에 따른 검사가 작성한 공범에 대한 피의자신

- 문조서의 증거능력", 법학논총 제33권 제2호, 2020.
- 신이철, "공동피고인 진술의 증거법적(증거능력) 규제", 刑事法研究 제21권 제2호, 2009.
- 이창섭, "공범에 대한 피의자신문조서의 증거능력 소고", 비교형사법연구 제12권 제2호, 2010.
- 강동범, "사법경찰관이 작성한 공범에 대한 피의자신문조서의 증거능력", 法學研究 제41집, 2014.
- 최병각, "공범과 공동피고인, 왜 문제인가?", 저스티스 제122호, 2011.
- 김경락, "개정 형사소송법상 수사기관이 작성한 공범자의 피의자신문조서의 증거능력 - 증거능력을 인정하기 위한 적용법조를 중심으로", 형사법의 신동향 제67호, 2020.
- 이승주, "개정 형사소송법상 공범의 진술증거 확보 문제 - 검사 작성 피의자신문조서의 증거능력 제한에 따른 대안", 法曹 제69권 제4호, 2020.
- 이창섭, "형사소송법 제313조 제1항에 관한 몇 가지 검토", 東亞法學 제62호, 2014.
- 홍영기, "반대신문권 보장: 전문법칙의 근거", 고려법학 제75호, 2014.

Ⅲ. 보도자료

- 청와대, "검·경 수사권 조정 합의문 서명식 개최", 민정수석실 보도자료(2018. 6. 21.), https://www.opm.go.kr/doc/_attach/file/pmo/2018/06//d8770a6ff7412934c54aa25611fc758b.hwp.files/Sections1.html.
- "검·경 수사권 조정안, 국회 본회의 '통과'", 법률신문(2020. 1. 13.), <https://www.lawtimes.co.kr/news/158802>.
- 김주완, "300억 쓰기도 ... 사용 않는 검찰 영상녹화조사실", 한국경제신문(2017. 10. 24.), <https://www.hankyung.com/article/2017102481451>.
- 김원태, "경찰의 영상녹화제도 2021년 전체 피의자의 약 6.0%만 이용", 대한뉴스(2022. 9. 28.), <http://www.dhns.co.kr/news/articleView.html?idxno=291918>.

Abstract

Reasonable measures to improve the admissibility of statements of suspects and accomplices

Hong, Chan Yeong

Due to the amendment of the Criminal Procedure Act that took effect on January 1, 2022, the requirement to acknowledge the admissibility of a suspect interrogation transcript prepared by a prosecutor has been changed to the same as the requirement to acknowledge the admissibility of a suspect interrogation transcript prepared by the police.

Reflecting such changes, the Supreme Court also changed its position that Article 312(1) rather than Article 312(4) of the Criminal Procedure Act applies in order to determine the requirements for recognizing the admissibility of a prosecutor's protocol on the interrogation of a suspect as an accomplice. In addition, the Supreme Court took a stricter interpretation of the "situation in which the statement is particularly credible" as one of the requirements for recognizing the admissibility of evidence by deeming the examiner's testimony system under Article 316(1) of the Criminal Procedure Act as a grave exception under Articles 312(1) and 312(3).

As a result, the testimony of the defendant himself/herself or his/her accomplice, which was obtained during the investigation stage, became inadmissible if the defendant denied its contents.

Such changes have the advantage of guaranteeing the defendant's right to defend himself/herself and strengthening the trial-oriented principle, but they

may undermine the judicial economy by increasing the possibility that the defendant or his/her accomplice who confessed at the investigation stage will later reverse his/her statement. In addition, such changes are likely to make it difficult to prove the facts charged in the cases where the statements of the defendant or his accomplice serve as key evidence, and thus hinder the discovery of substantive truth.

This study analyzed the practical changes and problems caused by the amendment to the Criminal Procedure Act as described above and, in particular, sought improvement measures such as establishing regulations on interrogatory transcripts of suspects prepared by accomplices, changing the admissibility requirements of testimony by investigators, and facilitating the video recording system.



▶ **Hong, Chan Yeong**

Amendment of the Criminal Procedure Act, Change in the admissibility of the suspect's statement, Investigator's testifying in court, Situation in which the statement is particularly credible and Video-recording