

개정 형사소송법상 조서의 증거능력 규정 논의 경과

이 완 규*

국문요약

개정 형사소송법의 수사절차상 진술의 증거능력 규정들에 대한 논의경과의 배경에는 공판중심주의의 개념에 관한 법원과 검찰간의 대립이 있다. 법원은 공판중심주의를 내세우면서 수사절차상 진술의 증거능력을 부인하려는 주장을 하였고 이에 대해 검찰은 공판중심주의란 재판투명화를 위한 공판심리 충실화 원리이며 수사절차상 증거능력 배제와는 관련이 없는데 법원이 공판중심주의를 이용하여 증거법의 일반이론에 맞지 않는 이상한 논리를 전개하고 있다고 주장하였다.

국회의 심의과정에서 사개추위의 조서관련 규정은 그 문제점을 인식한 법사위 위원들에 의해 대폭 수정되었다. 그리하여 조서의 실질적 진정성립을 원진술자의 진술뿐만 아니라 영상녹화물이나 기타의 방법으로 증명할 수 있게 하고, 사법경찰관의 피의자신문조서의 증거능력은 피고인이 내용부인하면 상실되지만 경찰관이 법정에서 조서의 내용을 증언하면 증언의 형태로 조서의 내용을 증거로 할 수 있게 되어 전문법칙이나 직접주의의 일반이론에 따르되 우리나라의 실정을 감안한 합리적인 법안이 만들어졌다. 특히 조서의 증거능력과 관련하여 판례가 전개한 실질적 진정성립이론으로 초래된 불합리한 해석에 대하여 입법적인 시정을 하게 되었다.

비록 이와 같은 문제점이 남아 있지만 법원이 제도의 일반이론에 적합하게 합리적인 해석을 하여준다면 이러한 우려는 기우에 불과하게 될 것이다. 향후 개정법의 시행에 있어서는 적절한 해석론이 전개되어야 할 것이다.

* 대검찰청 검찰연구관, 법학박사

I. 서

2007. 4. 30. 국회에서 형사소송법 중 개정법률안이 통과되었다. 2004년도에 대법원 산하에 설치되어 활동한 사법개혁위원회(이하 사개위라 한다)의 논의와 그 논의 결과의 입법화를 위하여 대통령 직속으로 설치되어 2005~2006년 활동한 사법제도개혁추진위원회(이하 사개추위라 한다)에서 성안한 개정안이 정부안으로 국회에 제출되었는데 국회 심의과정에서 많은 수정을 거쳐 개정법이 되었다.

필자는 사개위에 검찰측 전문위원으로 참여하였고, 사개추위 논의시에는 대검찰청에 구성된 대책팀의 일원으로 일을 하였으며 사개추위의 공판중심주의 관련 법률개정안 논의시에는 전문가로서 토론회 등에 관여한 일이 있다.

이와 같은 논의과정에 참여하거나 관여하면서 필자로서는 사개위나 사개추위를 주도하였던 사람들이 「형사소송의 이론과 현실」에 대한 체계적 이해가 결여된 상태에서 편협한 사고¹⁾에 따라 개별 법조문의 수정과 관련된 자신들의 주장을 자신들이 주도하는 장을 만들어놓고 밀어붙이기 식으로 입법안으로 관철하려는 태도 등을 보고 너무 실망하였었다. 그리고 그러한 그들의 주장의 많은 부분이 사개추위의 입법안으로 관철되어 형사소송법이 만신창이가 되어 가는 것을 바라보면서 이러한 잘못된 방향으로 가는 것을 실무가로서 막아내지 못하는 무력성에 대한 자괴감과 그 소송법이 초래할 시스템의 공백에 대한 우려로 밤잠을 설칠 때가 한 두 번이 아니었다.

사개추위 형사소송법 개정안이 가지고 있는 이러한 문제점들은 공판중심주의를 강화한다는 명분으로 추진된 증거법 개정안, 특히 수사기관 조서의 증거능력에 관한 규정에서 가장 심각하였다. 이에 따라 필자는 이미 발간한 저서²⁾에서 사개추위의 공판중심주의 관련 형사소송법 개정안은

1) 이들의 편협성은 이후에 국회 논의과정에서 대폭 수정된 점, 사개추위 논의시에 배제되었던 형사소송법 학계의 권위있는 학자들인 이재상 교수, 백형구 변호사 등이 국회 공청회시 제출한 발표문에서 사개추위안의 문제점으로 지적한 수많은 논점들, 그리고 변협이 민경식 변호사가 지적한 수많은 문제점 등을 보면서 돌이켜보면 쉽게 알 수 있다.

2) 2006. 7.경 출간된 『형사소송법 특강』(법문사).

그 출발점이 된 사개추위 주도자들의 발상부터 문제가 있으므로 그 발상에 대한 타당성부터 시작하여 국회에서 처음부터 다시 논의를 해야 한다고 본다는 의견을 개진한 일이 있다.

다행스럽게도 국회의 심의과정에서 사개추위의 조서관련 규정은 그 문제점을 인식한 법사위 위원들에 의해 대폭 수정되어 사개추위의 안과는 전혀 다른 모습으로 환골탈태하였다. 그리하여 전문법칙이나 직접주의의 일반이론에 따르되 우리나라의 실정을 감안한 합리적인 법안이 만들어졌고 특히 조서의 증거능력과 관련하여 실질적 진정성립이론 등으로 펼친 불합리한 해석에 대하여 입법적인 시정을 하게 되었다. 국회의 현명함에 진심으로 감사한다.

그러나 이러한 국회의 노력에도 불구하고 너무 많은 조항들이 한꺼번에 시간에 쫓기듯이 논의되다 보니 법안의 입안과정에서 문제점으로 지적되었던 많은 사항들이 국회 논의과정에서 충분히 해소되지 않은 채로 법률로 규정되었고 특히 법문에 불명확한 개념들이 많이 사용되어 그 개념의 해석과 관련하여 시행과정에서 나타날 혼란이 우려스럽다. 그리고 불명확한 개념의 문제는 조서의 증거능력 요건에도 남아 있다.

비록 이와 같은 문제점이 남아 있지만 법원이 제도의 일반이론에 적합하게 합리적인 해석을 하여준다면 이러한 우려는 기우에 불과하게 될 것이다. 그러나 법원이 현행법의 해석과 관련하여 최근에 보여준 바와 같이 일반이론과는 동떨어진 무리한 해석론을 판례로 펼치게 되면 실무에서 많은 충돌과 문제가 노정될 것으로 보인다. 그러면 다시 또 법을 개정하여 판례의 해석을 시정하게 하여야 할 것이다.

향후 또 다시 이러한 악순환, 즉 문제점이 있는 대법원 판례의 발생과 이에 대한 입법적 수정이라는 부적절한 상황이 발생하지 않도록 개정법의 시행에 있어서는 적절한 해석론이 전개되어야 할 것이다. 이러한 관점에서 먼개정법상 조서 규정이 성안되기까지의 과정을 살펴보고 개정 형사소송법상 증거규정을 어떻게 해석하여야 할 것인지에 대한 검토를 하여 보고자 한다.

II. 공판중심주의에 대한 관점의 대립

1. 조서 증거능력 배제의 배경이념으로서의 법원의 공판중심주의론

법원은 2003년경부터 공판중심주의라는 이념을 앞세우면서 재판절차의 변화를 도모하였다. 즉, 2003. 3. 대법원에서 공판중심주의적 재판운영을 중심으로 하는 「새로운 형사재판 운영방식」에 관한 기본계획을 확정, 시행하면서 종래에 형식적으로 운영되고 있는 직접주의, 구술주의를 보다 실질화한다고 선언한다. 그리고 나름대로 이와 관련된 연구를 진행하여 연구 성과물들을 내며 공판중심주의와 관련된 이론을 세워나간다.

그러한 준비과정의 하나로서 2003년도에 사법연수원에서 「공판중심주의」를 주제로 형사법관세미나가 개최되는데 주제발표자 1명 지정토론자 수명씩으로 조를 편성하여 4개 주제, 즉 ① 공판중심주의적 심리진행방법(주제발표, 박홍우 부장판사), ② 충실심리를 위한 효율적인 기일운영(주제발표, 박이규 판사), ③ 소송구조론과 공판중심주의의 관계(주제발표, 최철환 판사), ④ 공판중심주의 실현을 위한 공판관여자의 새로운 역할 모델(주제발표, 창원지방법원 임성근 부장판사) 등을 논의한다.³⁾

이와 같은 연구로 토대를 갖춘 법원의 공판중심주의관은 2003. 12.경부터 대법원 산하에 조직되어 활동한 사법개혁위원회에서 법원 측으로부터 배포된 자료 중 공판중심주의에 관한 설명자료에 보면 잘 나타난다.

이 자료는 먼저 공판중심주의에 관하여 현행 제도와 문제점을 다음과 같이 지적한다.

“현행 형사소송법은 재판공개주의, 구두변론주의, 직접심리주의, 공판중심주의에 따른 세부적 형사재판절차를 규정하고 있다. 그러나 현실의 재판은 수사기록을 중심으로 하여 유무죄의 양형이 법정심리가 아니라 수사기록과 법관의 집무실에서 이루어진다는 비판이 있다(이른바 조서재판 관행). 이로 인하여 재판절차가 투명하게 공개되지 아니하는 결과 변호사를 통한 법관에 대한 로비 명목으로 과도한 형사수임료를 지급하는 등의 비리가 발생하고 있으며, 무전유죄·유전무죄, 전관예우, 변호사 선임사건

3) 사법연수원, 『법관세미나 자료집』, 2003. 참조.

의 선처경향 등에 관한 인식이 확산되어 사법신뢰를 무너뜨리고 있다.”⁴⁾

여기서 현재의 재판관행의 문제점을 “재판절차의 불투명성”으로 본 점에 대하여는 필자도 이의가 없으며 지당하다고 생각한다. 그런데 이러한 문제점을 해결하고자 하는 법원의 해결방안에서 문제가 발생한다.

즉, 법원은 이러한 문제점의 해결방안으로 ① 수사기록에 대한 피고인의 실질적 접근보장(증거개시 문제), ② 법정심리에서의 검사의 역할강화, ③ 법정속기와 영상녹화, ④ 집중심리제 활성화, ⑤ 조서중심의 증거방법탈피 방안, ⑥ 피고인신문제도 및 공판정좌석 배치 재검토를 들었다.⁵⁾ 그중 ①번부터 ④번까지는 재판절차의 투명성을 강화하기 위한 방안으로 필자도 이의가 없다. 그런데 문제는 ⑤의 조서문제와 ⑥의 피고인신문제도 및 공판정 좌석재배치가 문제였다.

여기서 법원은 피고인신문제도의 폐지와 공판정 좌석에 있어 검사와 피고인이 나란히 법대의 정면에 좌석하는 미국식 좌석배치를 주장하였는데 이는 공판중심주의의 기본인 재판절차의 투명화와는 관련이 없고 단지 재판절차의 미국식 당사자주의화에 불과한 것이었다. 그리고 이 점은 본 논문의 주제인 조서의 증거능력 문제와는 거리가 있으므로 여기서는 언급만 하고 넘어가기로 한다.

가장 큰 문제는 법원이 “조서중심의 증거방법탈피”라는 제목을 내걸고 도모한 방향이었는데 그 방향이 수사절차상 진술의 증거사용에 있어서 조서위주의 증거방법을 탈피하고 다른 증거방법, 즉 조사자 증언, 인정진술, 영상녹화물 등으로 다양화하여 구두주의와 직접주의에 맞는 투명한 재판을 하자는 것이었다면 문제가 없었을 것이다. 그런데 이와 달리 법원은 조서의 증거능력을 없앴으로써 아예 수사절차상 진술은 공판정에서 증거로 하지 못하고 오로지 법정에서 진술된 것만 증거로 된다는 이상한 논리를 펴면서 이것이 직접주의이고 이것이 공판중심주의라고 내세운 것이 문제였다. 그리고 법원은 공판중심주의를 내세우면서 제시한 몇가지 쟁점사항 중에서 다른 어떤 것보다도 바로 이 조서의 증거능력 배제, 특히 검사작성 피의자신문조서의 증거능력 배제를 가장 중요사항으로 강력히 추진하였다.⁶⁾ 이는 큰 오류였고 이러한 오류 때문에 2004년부터 2007년 4. 30.

4) 사법개혁위원회, 『사법개혁위원회 자료집(III)』, 2004, 74-75쪽.

5) 사법개혁위원회, 앞의 책, 75-82쪽.

의 법개정까지 3년이 넘는 기간 동안 많은 혼란을 초래하게 된다.

2. 재판절차의 투명화이념으로서의 검찰의 공판중심주의론

법원이 공판중심주의 및 조서재판 관행의 극복을 내세우면서 조서의 증거능력을 배제하고 나아가 이를 통하여 아예 수사절차상 진술의 증거능력 자체를 일체 부인하려고 하는 방향성을 가지고 있음에 대하여 검찰은 법원이 가지는 이러한 방향성에 대해 부당성을 지적하고 검찰 나름대로의 공판중심주의론을 주장하였다.

즉, 공판중심주의는 시민이 감시하는 공판정이 재판의 중심이 되게 하라는 것으로 결국 법원의 심증형성에 대한 시민의 감시가능성 확보로 재판을 투명화하고자 하는 이념이므로 수사절차상 진술을 증거로 하지 말아야 한다는 식의 주장은 공판중심주의와 거리가 멀다. 수사절차상 진술이라도 시민이 감시할 수 있도록 원진술자를 공판정에 불러 물어보는 것을 원칙으로 하되, 원진술자가 수사절차상 진술을 번복하더라도 수사절차에서 일정한 진술을 한 사실을 원진술자에게 묻거나 조사자가 증언하는 등 구두진술의 방식으로 현출하게 하고, 또는 필요한 경우 조서를 증거로 사용하는 때에는 조서를 낭독하는 형식으로 시민이 증거내용을 알 수 있도록 하여 어떠한 증거로 어떠한 사실인정을 하고 어떠한 형을 선고하는 지를 시민이 모두 감시할 수 있도록 하자는 것이다. 따라서 예컨대 조서 등 서면증거를 증거로 사용하는 경우에도 이에 대한 증거조사를 구체적으로 공판정에서 하지 않고 판사가 기록을 받아 공판정 증거조사절차 없이 판사실에 가서 읽어보고 심증을 형성한다든가, 공판정에서 제출되지 않은 별도의 자료(예컨대 의견서, 참고자료 등)를 판사실에서 제출받아 판결의

6) 대법원에서 2004. 초경부터 2004. 6.경까지 사이에 판사 수첩명을 여러 팀으로 구성하여 각국의 형사사법시스템을 연구하고 우리나라에 바람직한 형사사법시스템을 모색하는 연구를 하여 그 연구결과를 2004. 7.초에 발표한다. 그 종합보고서라고 할 수 있는 이해광 부장판사 등 5인의 판사가 작성한 “바람직한 형사사법시스템의 모색”이라는 논문에 보면 공판중심주의 실질화를 논하는 장에서 다른 논점은 생략하고 조서재판관행의 극복과 피고인식의 좌석배치를 논하는데 특히 조서재판관행의 극복에서 검사작성 피의자신문조서의 증거능력 제한을 강조하고 있다. 이해광 등 5인, “바람직한 형사사법시스템의 모색”, 『바람직한 형사사법시스템의 모색 자료집(III)』, 대법원, 2004, 138-141쪽.

기초로 삼는 것을 금지하는 것이다. 그러므로 재판투명화라는 이념으로서의 공판중심주의는 구두변론주의, 집중심리주의, 변론종결 당일선고원칙 등 시민의 감시와 통제를 가능하게 하는 원리들을 충실히 실현하는데 있는 것이지 조서를 비롯한 수사단계 진술의 현출수단을 일체 막는 것이 공판중심주의가 아니라고 주장을 하였다.⁷⁾

앞에서 본 바와 같이 법원의 공판중심주의론도 그 전제로서 공판중심주의가 재판 투명화의 원리라는 점을 전제로 하고 있어서 “재판투명화”라는 점에서 검찰의 입장과 다르지 않았다. 그러나 구체적인 방안에 있어 법원은 재판투명화를 위하여 정말 필요한 구두변론주의의 강화, 집중심리주의, 변론종결 당일선고 등 공판심리의 충실화의 측면은 별로 논하지 않으면서 주로 조서를 중심으로 하는 수사단계진술의 증거능력을 제한하거나 배제하는 것을 중점 추진내용으로 삼았고, 검찰은 수사단계진술의 증거능력 배제가 공판중심주의의 주된 내용이 아니라 구두변론주의, 집중심리주의, 변론종결 당일선고 등으로 공판심리를 충실화하여 시민이 감시하는 재판을 확립하는 것이 공판중심주의라고 주장하여 결국 조서를 중심으로 하는 수사단계 진술의 증거능력문제가 2004년도의 사개위 논의에 이어 있게 된 2005년도의 사개추위 논의에서 첨예한 대립사항이 되었던 것이다.

III. 사개위와 사개추위 논의과정

1. 사개위에서의 증거법 논의과정

가. 사법개혁위원회 설치 과정

2003. 8.경 신임 대법관의 추천과 관련하여 대법관 임명에 대한 외부의 견 수렴을 요구하던 여론에도 불구하고 내부의 의견을 고수하던 대법원의 입장이 충돌하여 대법관제청자문위원회에서 자문위원인 강금실 법무장관과

7) 이완규, “공판중심주의에 대한 오해와 개선되어야 할 공판운영관행”, 『사법개혁위원회 자료집(VI)』, 사법개혁위원회, 2005, 307-312쪽.

박재승 대한변협회장의 사퇴과문 등으로 대법원의 대법관 구성에 관하여 다양화를 주장하는 여론이 일어났다. 이에 따라 이후에 있게 될 대법관의 퇴임과 새 대법관 임명시에 제청절차를 개선하자는 등 대법관 다양화에 대한 요구가 드세게 일어났다.⁸⁾ 이와 같이 「사법개혁」의 물결이 대법원 구성의 변화라는 형태로 대법원에 대한 공격으로 다가오게 된 상황에서 대통령과 대법원장이 갑자기 사법개혁을 공동추진하기로 합의를 한다.

2003. 8. 22. 노무현 대통령과 대법원장이 사법개혁의 공동추진에 합의를 하고, 사법개혁추진기구를 대법원 산하에 설치하기로 함에 따라 대법원에서 그 준비작업을 하게 되었다. 그리고 2003. 10. 24. 사법개혁위원회 규칙이 대법원규칙으로 공포되고, 2003. 10. 28. 사법개혁위원회가 출범하였는데 실질적인 활동은 운영세칙, 분과위원회 구성, 전문위원 위촉 등의 절차를 거쳐 대법원장 부의안건 설명을 하게 된 2003. 12. 1.자 3차 회의에서부터였다고 할 수 있다.⁹⁾

나. 증거법 논의과정의 졸속성

앞에서 보았듯이 사법개혁위원회의 설치 동기는 대법원의 개혁이었다. 즉 대법원의 기능을 어떻게 볼 것인가, 즉 정책판단형으로 할 것인지 아니면 권리구제형으로 할 것인지의 근본적인 방향 설정과 대법원 구성, 즉 대법관을 직업법관 위주에서 다양한 직역대표로 다양화하자는 것이 큰 문제였다.

그런데 이와 같은 주제만을 논하여도 많은 토의와 논의가 필요할 것인데 2003. 12. 1.자 3차 회의에서 법원이 제시한 논의 안건은 대법원 개혁의 쟁점을 흐리기에는 너무도 충분한 것이었다.

즉 소위 대법원장 부의안건이라는 명목으로 법원에서는 ① 대법원의 기능과 구성, ② 법조일원화와 법관 임용방식의 개선, ③ 법조인 양성 및 선발제도 개선, ④ 국민의 사법참여, ⑤ 사법서비스 및 형사사법제도 개선이라는 5개 주제를 내걸었다.

특히 5주제인 사법서비스 및 형사사법제도 개선에는 다시 소주제로 ①

8) 2003. 8. 13. 경향신문 참조.

9) 필자는 이때부터 사법개혁위원회에 전문위원으로 참여하였다.

형사사법절차에서의 피의자·피고인의 인권보장이라는 제목 하에 인신 구속절차 개선, 변호인의 조력을 받을 권리의 실질적 보장, 공판중심주의적 법정심리절차 확립, 형사사건처리절차의 다양화, 형벌체계의 합리적 재정립, ② 형사피해자 보호방안이라는 제목 하에 형사피해자의 권리보장, 재정신청제도의 확대, ③ 사법서비스 개선방안이라는 제목 하에 법률구조제도 개선, 공적 변호사 제도, 법조비리 근절, ④ 법조인력의 효율적 운영, ⑤ 군사법제도 개혁이라는 대규모의 주제들이 포함되어 있어 각 소주제가 앞의 대주제들에 맞먹는 무게가 있고 쟁점이 복잡한 것들이었다.

이와 같은 논의과정에서 그 졸속성은 매우 심각하였다. 이와 같이 많은 주제들을 매월 2회씩 모여서 그것도 오후 2시부터 5시 30경까지 약 3시간 30분 정도를 논의하여 2004. 1.부터 2004. 11.경까지 약 22회 정도 회의를 열어 개선안을 마련하여 건의문을 내겠다는 것이다. 게다가 사개위 위원들의 수가 위원장 포함 21명이다 보니 한 주제에 한 사람당 한번씩 발언을 하여도 시간이 많이 갈뿐더러 중구난방이 된다.

그 때문에 2004. 3. 부터는 오후 2시부터 4시까지의 전체회의를 하고, 4시부터 5시30분까지는 위원들을 2개 분과로 나누어 논의를 하게 된다. 각 분과위원회는 그 논의결과를 다음 전체회의에서 보고하고 전체회의에서 그 보고를 듣고 마무리 논의를 하는 방식으로 진행하는 것이다.

특히 조서 등 증거법 분야가 논의되었던 2분과의 경우는 이러한 경향이 더욱 심했다. 2분과는 국민의 사법참여 및 사법서비스와 형사사법제도를 담당하였는데 국민의 사법참여제도도 배심제도나 참심제도에 대한 이해가 충분하지 않아 사법참여 모델에 대하여도 견해가 나뉘었고 이에 따라 논의를 진전시키지 못한 채로 모의재판을 하는 등의 행사를 하면서 시간이 지나갔다. 사법서비스 및 형사사법제도 개선의 논점들도 견해의 대립이 매우 심할 수 있는 논점들이 많은데 이러한 많은 논점들을 1개월에 2회씩 그것도 분과위원회 회의 시간 1시간 30분으로 논의한다는 것 자체가 무리가 있었다.

처음에 경죄처리절차 도입이나 국선변호제도 확대 등 견해 차이가 그리 크지 않은 논점들을 논의하는데 만도 2004. 6.경까지 진행이 되었다. 그 후 2004. 7.부터 긴급체포와 사후체포영장문제가 논의되면서 찬성론과 반대론이 첨예하게 대립하여 논의가 지연되었고, 또한 갑자기 군사법제도

개혁 논의를 먼저 논하여야 한다고 하여 군사법제도 개혁논의가 앞서게 되면서 논의가 늘어졌다.

그리하여 공판중심주의와 관련된 논의는 그야말로 졸속중의 졸속이라고 평가할 만 하였다. 즉, 공판중심주의 관련 논의는 2분과위원회에서는 2004. 11. 1. 12차 회의에 처음이자 마지막으로 논의되었는데 이 날은 분과위원회로는 마지막으로 예정된 회의였고 그 이후에는 분과위원회는 열리지 않기로 되어 있었다. 그런데 그날 2분과 위원회는 오후 5시부터 6시 30까지 1시간 30분 진행되었는데 이 시간 동안에 ① 공판중심주의적 법정 심리절차의 확립 논의, ② 법률구조제도 개선방안 논의, ③ 재판기록 및 재판정보의 공개논의, ④ 범죄피해자 보호방안 논의, ⑤ 긴급체포 및 긴급 압수수색 논의 등 5개 주제가 논의하기로 하였으나 공판중심주의 관련 논의가 길어지면서 나머지 주제들은 논의되지도 못하였었다.

이날 출석한 위원은 2분과 위원 9명 중에서 위원장인 신동운 교수, 위원으로 목영준 법원행정처 기획조정실장, 김갑배 변호사, 문성우 대검찰청 기획조정부장, 박주범 국방부 법무관리관, 박배희 위원 등 6명이 참석하였다. 이날 회의에서 증거개시제도 도입과 공판준비절차의 정비 등에 관하여 논의를 한 후에 조서의 증거능력 특히 검사작성 피의자신문조서의 증거능력과 관련하여 의견의 대립이 심하였다. 조서의 증거능력과 관련하여서는 논의제목을 「전문증거법칙의 재정비」라고 하여 논의가 시작되었으나 이와 같이 의견 대립이 심하여 지자 재정비라는 용어를 완화하자는 제안이 나왔고 나아가 전문법칙의 부분만 논하려 하여도 오랜 시간을 두고 논의하여야 할 큰 주제이므로 나중에 충분히 검토하자는 의미에서 「공판중심주의 구현과 국민의 사법참여를 위하여 증거법을 전면적으로 재검토한다」는 식으로 정리하자는 제안이 나왔다.¹⁰⁾ 그리하여 어렵고 많은 논의가 필요하다는데 위원들 대부분 동의하여 그와 같은 문언으로 정리하는 것으로 되었다. 그리고 나서 또 피고인신문제도의 개선과 관련하여서도 견해가 팽팽히 대립되었는데 6시 30분이 가까워 오자 이 부분은 그냥 전체회의에 넘기기로 하고 회의를 마치게 된다.¹¹⁾

그리고 2004. 11. 15. 사개위 전체 회의에서 공판중심주의와 관련한 논

10) 이 제안을 한 사람은 법원의 목영준 기획조정실장이었다.

11) 사법개혁위원회, 『사법개혁위원회 자료집(IV)』 (2004), 265-274쪽.

의가 있었는데 다른 주제와 함께 논의되다 보니 이 주제에 대하여는 16:50부터 18:25까지 약 1시간 30분 정도 논의되고 증거개시, 공판준비절차 정비, 집중증거조사제도 도입, 전문증거법칙의 재검토 등을 2분과 위원회의 회의 결과대로 의견을 한 후 피고인신문제도에 대하여 논의하였다. 피고인신문제도에 관하여도 의견이 분분하여 이 부분도 추후에 충분하고도 전문적인 논의를 계속할 필요가 있다는 취지에서 재검토할 필요가 있다는 식으로 정리를 하는 것으로 하였다.¹²⁾

다시 말하면 형사소송법의 핵심규정이라 할 수 있는 공판절차와 증거능력에 관한 변화의 논의를 분과위원회 1시간30분, 전체회의 1시간 30분으로 결론을 냈다는 것이다.

2. 사개추위의 입법논의

가. 사개추위의 입법추진

앞에서 논한 바와 같이 사개위에서는 공판중심주의, 특히 증거법과 피고인신문제도 등에 대하여는 논의도 제대로 하지 못한 상태였고, 이에 따라 향후 이에 대해 충분한 논의를 하면서 재검토 하여보자는 취지로 건의문 문안이 제시되었다.

그런데 사개추위가 구성되자 사개추위를 주도하였던 사개추위 기획추진단에서는 이러한 사개위의 건의문을 근거로 하여 증거법과 피고인신문제도도 법을 개정한다는 것을 당연한 전제로 하고 개정법의 입법을 추진하게 된다. 그리고 이와 같은 사개추위 기획추진단의 입법추진은 이에 대한 법원의 준비와도 관련이 있는 것으로 보인다.

사개위에서 공판중심주의와 관련된 논의를 하게 된 것이 사개위의 활동이 마무리되어 갈 무렵인 2004. 11. 1.의 2분과 위원회와 2004. 11. 15.의 전체회의였는데 이미 2004. 11. 2. 대법원장은 대통령께 사법개혁위원회 건의사항을 입법으로 추진할 후속 추진기구 설치를 제안한다. 그리고 이에 따라 2004. 12. 15. 대통령령으로 사법제도개혁추진위원회 규정이 제정,

12) 사법개혁위원회, 『사법개혁위원회 자료집(IV)』(2004), 290쪽. 특히 위원장의 언급부분 참조.

공포되었다.

또한 법원은 2004. 11.경 「공판중심주의적 법정심리절차」라는 주제로 사법연수원에서 세미나를 개최하여 향후의 형사법 개정방향을 구체적으로 논하고 개정법률안까지 준비를 하여 놓았다. 그리고 이 때 준비해놓은 법안이 거의 그대로 사개추위 논의시 법원측 안으로 제출된다.

즉, 공판중심주의와 관련된 사개위의 졸속적인 논의로 두리몽실한 건의문을 만들어 내기 전에 이미 법원은 사개위의 논의를 바탕으로 한 입법추진기구를 구상하고 있었고, 그 입법추진기구도 법원이 주도하게 될 것이므로 입법추진을 위한 근거로서 건의문에 두리몽실하게 적절한 문구만 집어 넣으면 얼마든지 입법안을 만들 수 있을 것으로 생각한 것으로 보인다.

나. 사개추위의 증거법 초안 성립과정

1) 전문가 토론회

그리하여 2005. 2.경이 되자 사개추위 기획추진단에서는 공판중심주의와 관련된 개정법안을 작성한다고 하면서 분야를 ① 증거개시와 공판준비절차, ② 집중심리와 증거조사절차, ③ 전문증거의 증거능력 등 증거법부분, ④ 피고인신문과 모두절차 등으로 나누어서 법원과 검찰이 각각 입법안을 제시하여 전문가 토론회를 개최하자고 통보한다.

물론 이 때 입법안은 사개추위에서 성안을 하는 것이므로 법원과 검찰에서 입법안을 제시하되 그것을 법원과 검찰의 공식안으로 하는 것은 아니고 제시하는 판사와 검사가 개인 자격으로 전문가로서 제시하는 형식으로 한다. 그래서 2004. 3.에 4개 분야에 대하여 4회에 걸쳐서 전문가 토론회가 개최되는데 그 토론회에는 법안을 제시하는 전문가로서 판사와 검사가 각 출석하고, 교수 몇분, 그리고 사개추위 기획추진단의 담당자들이 참여한다.

2) 전문가 토론회시 법원측 증거법안

사개추위 전문가 토론회시 오기두 부장판사가 제시한 수사단계 진술의

증거능력과 관련된 법원측 증거법안은 현행법에 대한 판례의 실질적 진정성립이론에 따라 조서의 증거능력이 피고인이나 원진술자의 진술에 좌우되는 문제상황을 넘어 이를 더욱 심화시키는 안이었다. 즉, 이는 조서의 증거능력을 부정함으로써 이를 매개로 수사절차상 진술의 증거능력을 완전히 없애고자 하는 법원의 생각을 그대로 담은 것이었다.

오 판사는 현행법 제312조 제1항의 검사의 피의자신문조서와 참고인진술조서 부분 및 제2항의 사법경찰관의 피의자신문조서 부분을 삭제하는 법안을 제시하였다.¹³⁾ 이에 의하면 전문증거에 관한 정의와 증거능력 제한의 일반 조항인 제310조의2에 대하여 증거능력을 인정받을 예외규정의 근거가 없어지므로 검사와 사법경찰관의 조서는 피의자신문조서든 참고인진술조서든 모두 무조건 증거능력이 없게 된다. 다만, 제318조 제1항에 의하여 피고인이 증거동의를 한다면 증거능력을 부여받을 수 있게 될 것이다.

더 큰 문제는 오 판사의 이러한 법안은 현행법상 조서의 증거능력과 진술의 증거능력을 패키지로 이해하여 조서의 증거능력이 없어지면 이에 따라 진술을 현출하는 수단으로서 조서 이외의 다른 모든 수단도 불가능하게 하는 사고방식에 기초하고 있다는 것이었다. 그 때문에 결국 피의자의 진술이든 참고인의 진술이든 검사 앞에서의 진술이든 사법경찰관 앞에서의 진술이든 수사절차상 있었던 진술은 모두 피고인이 동의하지 않는 한 증거가 될 수 없는 결과로 된다는 점이다. 특히 참고인의 수사절차상 진술에 대하여 피고인이 동의하지 않거나 하면 원진술자인 참고인의 진술 여하에도 불구하고 증거능력을 인정하지 않겠다는 것은 도저히 납득하기 어려웠다. 현행법에서 판례가 그나마 원진술자가 진정성립을 인정하면 증거로 하는 것 보다 더 증거능력을 없애는 것으로 수사절차상 진술의 증거능력을 아예 피고인의 의사에 맡겨버리는 것이 된다.

오 판사는 전문가 토론회시에는 조서의 증거능력 조문을 삭제하면서 그외에 수사절차상 진술을 증거로 사용할 수 있는 방법을 일체 인정하지 않는 법안을 제시하였으나 나중에 피의자신문 내용에 관하여만은 수사담당자의 증언을 증거로 사용하는 안을 보완안으로 제시하였다.

13) 오기두, “증거능력규정 신·구 조문대비표”, 『형사사법 토론회 자료집』, 사법제도개혁추진위원회, 2005, 475-479쪽.

3) 전문가 토론시 검찰측 증거법안

이에 대해 검찰측 증거법안을 제시한 것은 필자였는데 필자는 공판중심주의란 공판정에서 법원의 심증형성과정을 감시하는 일반 시민에게 심리과정과 증거의 내용을 알려 감시가 가능하게 하고 이를 통해 법관의 심증형성과정, 즉 재판의 투명화를 이루어 적정한 재판을 이루고자 하는 원리라고 주장하였다. 따라서 이를 위해 구두주의, 집중심리, 변론종결 당일 선고 등을 강조하여 공판심리를 충실화하는 것이 필요한 것이지 수사절차상 진술의 증거능력을 배제하는 것은 공판중심주의의 내용도 아니고 오히려 공판중심주의를 충실히 시행하고 있는 선진국들의 증거법의 일반이론에도 거리가 먼 위험한 발상이라고 다시 한번 더 주장하였다.

이에 따라 구두주의적 심리의 충실화를 위하여 독일의 직접주의적 증거법 이론과 전문법칙이론을 절충하여 수사절차상 진술은 ① 인정진술¹⁴⁾, ② 조사자 증언, ③ 녹음테이프, 영상녹화물 등을 입증수단으로 인정하여 증거능력을 인정하고, 조서는 신문시 제시하는 등으로 보완적으로 사용하거나 탄핵증거로 사용하는 안을 제시하였다.¹⁵⁾ 따라서 예컨대 검사 앞에서 자백하였던 피고인이 공판정에서 부인하면 검사 앞에서 자백진술을 한 사실을 인정진술이나 조사자 증언 또는 녹음테이프, 영상녹화물 등으로 입증하면 그 자백진술을 증거로 할 수 있으므로 독일이나 미국의 일반이론에 가깝다.

조서를 신문수단으로 보완적으로만 사용하자는 것은 독일의 직접주의적 접근방법이나 녹음테이프, 영상녹화물을 그 자체 독립적 증거로 인정하는 것은 전문법칙적 접근방법이다. 이렇게 하여 현재 조서를 위주로 하고 있는 재판을 구두의 진술을 위주로 하는 재판으로 변경하기 위하여 직접주의적 접근방법에 따라 조서를 신문수단으로서만 이용하되 녹음테이프나 영상

14) 예컨대 참고인 갑이 수사절차에서 A라고 진술하였는데 공판정에서는 증인으로 나와 B라고 번복하는 경우에 A라는 진술을 증거로 사용하기 위하여 A라는 진술을 한 사실을 입증하여야 하는데 그 입증을 갑 자신에게 물어 갑의 진술에 의하는 것이다. 즉 갑에게 수사절차에서 A라고 말한 일이 있는지를 물어서 갑이 A라고 진술한 일이 있다고 인정하는 진술을 말한다.

15) 이완규, “증거규정 개선안”, 『형사사법 토론회 자료집』, 사법제도개혁추진위원회, 2005, 506-516쪽.

녹화물 등 기록방법이 기계적이어서 오류가능성이 적은 수단을 증거로 인정함으로써 구두위주 재판에서의 불안정성을 보완하고자 한 것이었다.

4) 사개추위 초안

이와 같이 법원과 검찰측 전문가가 제시한 법안에 대한 토론회를 마친 후 약 1개월 정도 사개추위 기획추진단에서 내부 검토회의를 한 후에 2006. 4. 22. 추진단 초안을 성안하였다. 물론 법원안과 검찰안이 대립되는 논점에 있어서 검찰측 주장은 철저히 배척되고 오기두 판사의 법원안이 그대로 초안이 되었다.

다만, 오기두 판사는 제312조제1항과 제2항의 진술 관련 조서부분을 삭제하는 안이었으나 이렇게 되면 피고인의 자백여부에도 불구하고 무조건 원칙적으로 증거능력을 배제하게 되고 또한 제314조에 의해 참고인진술조서에 대해 참고인이 출석불능인 경우 이를 증거로 사용하려면 증거능력 예외 조항이 있어야 가능한데(제314조는 제312조에서 진술할 자가 공판정에서 진술할 수 없을 때를 요건으로 하므로) 제312조의 근거조항이 아예 없으면 제314조 적용 자체가 불가능한 문제점이 있어 이를 “검사 또는 사법경찰관 작성의 피의자 또는 피의자 아닌 자의 진술을 기재한 조서는 공판준비 또는 공판기일에 그 피의자였던 피고인이나 변호인이 그 내용을 인정할 때에 한하여 증거로 할 수 있다.”(초안 제312조 제1항)고 바꾸었다.

그리고 도면, 사진, 컴퓨터 디스크, 녹음녹화테이프, 필름, 슬라이드, 전자문서, 특수매체기록 등 모든 진술기록매체도 조서, 서류 등에 관한 규정이 준용되어(초안 제318조의4) 결국 피고인이 내용부인하면 증거능력이 없다. 다만, 피의자신문에 관하여서만은 검사와 사법경찰관이 증언을 하면 그 증언만은 증거로 인정된다(제316조 제1항).

이 증거법안은 수사단계 진술과 관련된 것은 모든 것이, 심지어 사진이나 필름 등 조차도 모두 피고인이 내용부인하면 증거로 할 수 없다는 것이다. 오로지 피의자의 진술에 한하여만은 조사자 증언이 있으나 그 조사자도 증언시에 조서 등 서면기재를 볼 수 없고 오로지 기억에 의존하여만 증언하여야 하므로(초안 제162조의2) 사실상 진술의 존재를 입증하기 어렵다. 간단히 말하면 이제 피고인이 법정에서 부인만 하면 사법경찰관

과 검사 앞에서의 자신의 진술뿐만 아니라 증인의 진술마저도 없었던 것으로 만들고 법정에서 다시 시작할 수 있다. 이제 증인만 진술을 반복하여주면 무죄다. 그러니 피고인은 증인만 구슬려서 수사절차상 진술은 사실이 아니라고 진술하도록 하면 된다.

이러한 증거법체계는 세계 어느 나라에도 없으며 형사사법의 운영을 파탄으로 이끌게 될 것이다. 그런데 이 증거법안을 주장한 사람들은 이렇게 피고인이 부인만 하면 수사절차상 진술을 모두 없었던 것으로 만들고 공판정에서의 진술만 가지고 재판을 하여야 하는 것이 공판중심주의라고 주장한다.¹⁶⁾ 증거법의 일반이론에 비추어 너무 거리가 멀다.

다. 5인 소위와 사개추위 최종안 성안 과정

기획추진단의 초안이 알려지자 검찰에서 강력히 반발하였고, 일선 검찰에서도 평검사회회가 개최되는 등 동요가 있었다. 당시 법무부장관이던 김승규 장관도 우려를 표시하면서 전격적으로 사개추위 위원장인 한승헌 위원장과 김승규 장관의 회동이 있는 후에 기획추진단에서는 검찰에 초안의 수정안을 알려오는데 검찰측 전문가가 주장하였던 규정 중에서 피고인이든 참고인이든 수사단계에서의 진술을 공판정에서 반복할 때 원진술자가 공판정에서 수사단계에서 행하였던 일정한 진술을 한 사실을 인정하면¹⁷⁾ 이를 증거로 할 수 있다는 규정을 추가하겠다고 통보를 한다. 그리고 피고인신문에 대하여 사개추위 초안에서는 이를 확정하지 못하고, 폐지하는 안, 증거조사 뒤로 옮기되 법원에 신청하여 하는 안 등이 논의되었으나 일단은 존치하되 증거조사 뒤로 옮기는 방안을 검토하겠다고 통보를 한다.

16) 예컨대, 사개추위 추진단에 학계 위원으로 근무하면서 증거법안 성안팀에서 일을 한 서보학 교수는 당시 증거법 관련 토론회에서 처음에는 수사담당자를 증인으로 하는 것조차 반대하면서 “수사담당자를 증인으로 하는 것을 허용할 경우 여전히 자백에 집착한 수사관행을 극복하기 어렵다면서 그것을 탄핵증거로 사용하는 것은 몰라도 증거능력있는 증거로 사용할 것은 아니다”라고 하기도 하고, “수사과정에서의 진술을 법정에서 까지 끌고 들어와 증거로 사용하고자 하는 것에는 반대한다”는 주장을 할 정도였다. 사법제도개혁위원회 기획추진단 기획연구팀, “형사사법 토론회 결과(3/24)”, 『형사사법 토론회 자료집』, 사법제도개혁추진위원회, 2005, 595, 597쪽.

17) 필자는 이를 「인정진술」이라고 칭하고 있다.

검찰에서는 그것만으로는 부족하고, 영상녹화물의 증거규정이 추가되어야 한다고 요구하게 되고 이후에도 증거법에 관한 논란이 언론에 보도되면서 혼란스러워지자 사개추위 본회의에 법개정안을 상정하는 것을 7월까지 연기하기로 하고 사개추위 실무위원 중에서 학계의 교수 2인, 변호사 1인, 법원측 1인, 검찰측 1인 등 5인으로 소위원회를 구성하여 영상녹화물의 증거능력 등과 함께 공판중심주의 관련 개정안의 논의과정을 좀 더 거친 후에 결정하기로 한다.

그리하여 학계의 실무위원 중에서 신동운 교수, 박상기 교수, 변호사인 실무위원 중에서 정미화 변호사가, 법원측에서는 박병대 사법정책실장, 검찰측에서는 이준보 대검 기획조정부장이 5인 소위원회를 구성하여 2006. 5. 20.부터 2006. 7. 6.까지 7회에 걸쳐 회의를 개최하여 논의를 하게 된다. 이 무렵 일선 법원의 형사재판을 담당하는 판사들도 조서의 증거능력을 완전 부인하여 증거로 사용할 수 없으면 현실적으로 재판을 할 수 없다고 반발을 하였고 법원(법원행정처)에서도 사개추위 초안의 증거법의 문제점을 인식하고 조서를 증거로 사용하여야 한다는 입장으로 전환하나 그럼에도 불구하고 조서의 증거능력을 가능한 한 제한하려는 사개추위의 기본 입장에 따라 각종의 제한문구를 추가하여 조서의 증거능력을 지극히 제한하는 안이 만들어진다.

이렇게 하여 5인 소위원회에서는 검사작성 피의자신문조서에 대하여는 특신상태를 좀 더 제한적으로 규정하는 형태로 증거능력을 유지하고, 참고인진술조서의 경우는 원진술자의 진술에 의하여만 진정성립을 인정하게 하면서도 조서내용을 구체적으로 진술한다든가, 반대신문이 행해진다든가 하는 추가조항과 특신상태 규정을 추가하는 등 제한을 가하여 증거능력이 유지되는 안을 마련하였다. 그리고 영상녹화물의 증거능력은 조서를 증거로 사용할 수 없고, 수사담당자가 증언을 하여도 다툼이 있는 경우에 최후에만 증거로 사용할 수 있는 것으로 하였다.

어떻든 소위원회에서도 많은 쟁점 사항에서 검찰측 의견이 받아들여지지 않았고 이는 당시의 사개추위 논의상황에서는 어쩔 수 없었다. 그래서 이준보 위원은 2006. 7. 11.의 실무위원회에서 당시 사개추위에서 향후에 논의할 사항이 산적해 있어 진행될 논의를 중단시킬 수는 없으므로 논의절차의 진행에는 협조할 수밖에 없으나 쟁점사항에 대한 검찰의 의견을 포기

하고 합의하는 것이 아니므로 향후의 논의를 위하여 쟁점사항에 대한 검찰의 의견을 남겨놓겠다고 하면서 각종 문제점에 대한 의견서를 제출하였다.

그리하여 수사단계 진술의 증거사용이 아직 불안정한 상태인 증거규정, 그럼에도 불구하고 원칙적으로 모든 증거를 개시하여야 하는 등을 내용으로 하는 사개추위 개정안이 2006. 7. 18. 사개추위 본위원회를 통과하여 사개추위안이 되었고 그 법률안이 법무부를 거쳐 국회에 제출되었다.

IV. 사개추위 증거법안에 대한 국회의 합리적 수정

1. 검사작성 피의자신문조서

가. 조서의 성립의 진정 개념의 문제

이와 같이 성안된 사개추위의 증거법안은 여러 가지 문제점을 가지고 있었다. 첫째, 조서는 수사단계에서 어떠한 진술이 있었는지를 입증하는 수단에 불과하므로 조서의 성립의 진정은 증거법의 일반이론에 의하면 서명날인이나 작성절차의 진정성을 의미하는 것으로 해석하여야 진술의 존재에 대한 입증수단으로서의 조서의 증거능력의 취지에 맞다. 그런데 이에 반하여 조서의 기재내용과 실제진술의 일치까지를 조서의 증거능력 요건으로 끌어 들여 부적절한 결과를 초래하고 있는 판례의 실질적 진정성립 이론을 오히려 명문화하였다는 점이다.

조서의 기재내용대로 실제 진술이 있었는가는 이러한 실제진술의 입증수단으로서의 조서의 증거능력과는 별도로 판단하여야 한다는 것이다. 일단 입증수단으로서의 조서가 형식적 진정성립을 갖추면 그 조서는 그러한 실제진술이 있었는지를 인정할 수 있는 자료로서의 증거능력은 인정되는 것이고 그러한 조서의 존재에도 불구하고 다른 사정이 있어서 그 조서대로의 진술이 실제로 있었음을 인정할 수 없다면 법원은 자유심증에 따라 여러 자료를 종합하여 실제 진술의 존재를 부정하면 되는 것이다.

그러나 사개추위 최종안은 이와 관련하여 현행법의 「성립의 진정」이라

는 문구를 아예 판례이론에 따라 풀어써서 “적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로써 ○○○이 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음”이라고 하여 조서의 증거능력 요건으로서 실제진술과 조서기재내용의 동일성도 포함하는 것으로 하였다. 그런데 이렇게 되면 이는 조서의 증거능력이 아니라 “진술” 자체의 증거능력이 된다. 조서는 원래 어떠한 진술이 있었는지를 입증하기 위한 수단으로서의 의미를 갖는 것인데 어떠한 진술이 있었는지가 입증되어야 조서를 증거로 쓸 수 있다는 것은 진술의 존재에 대한 입증수단으로서의 조서의 증거능력은 없는 것이 된다. 다만 조서 이외의 다른 방법에 의하여 그러한 진술이 있었다는 것이 입증되면 입증된 내용을 전달하기 위한 방법에 불과하게 된다.

나아가 여기서 말하는 적법한 절차와 방식이 조서 작성절차에 있어 법에 정한 조서기재 방식을 말하는 것이라면 이미 종전의 성립의 진정이라는 해석론에서 누구나 그것이 성립의 진정에 포함되는 개념인 것으로 이해하고 있는데 성립의 진정이라는 용어를 굳이 이렇게 풀어쓸 이유가 없다. 그러나 만약 이것이 신문과정에서의 적법성을 말하는 것이라면 이는 조서의 증거능력 요건으로는 부적절한 것이다. 신문과정의 적법성여부는 제309조의 자백의 임의성 등 진술 자체의 증거능력을 따지는 별개의 제도로 이해를 하여야지 문서에 진술이 적정하게 기재되어 있는지를 따지는 조서의 진정성립에서는 그 개념은 불필요한 것이다.

따라서 검찰에서는 현행법의 성립의 진정이라는 개념을 그대로 유지할 것을 주장하였으나¹⁸⁾ 사개추위 5인소위의 논의과정에서는 검찰은 거의 4:1의 외로운 상황이었고 그 주장은 거의 반영되지 않았다.

나아가 이와 같이 조서기재와 진술내용의 동일성이 입증되어야만 조서를 증거로 한다는 것이 사실상 조서의 증거능력을 인정하는 것이 아닌 결과가 됨에도 불구하고 검찰에서는 일단 이를 수용하는 수밖에 없었다. 그 이유는 현재 판례이론으로 고착화되어 있는 실질적 진정성립이론이 너무 광범위하게 확고히 자리잡고 있어서 조서는 단지 진술의 존재자체를 입증하는 수단에 불과한 것이고 공소사실의 인정근거가 되는 것은 「진술」 그 자체이므로 조서와 진술을 분리하여 사고하여야 한다는 증거법의 일반이

18) 2005. 6. 17. 사개추위 5인 소위에서 대검찰청 기획조정부장 이준보 검사가 제출한 대안조문 참조, 대검찰청, 『공판중심주의 형사소송법 개정백서』, 2005, 507쪽.

론적 관점을 아무리 설명을 하여도 현재의 상황에서는 잘 이해하지 못할 뿐만 아니라 수사상 진술의 증거능력을 가능한 제한하려는 생각을 가지고 있는 사람들이 아예 이해하려 들려고 하지도 않았기 때문이었다.¹⁹⁾ 이러한 근본적인 문제점부터 해결하기에는 이와 같은 편협한 생각이 지배하던 당시의 사개추위보다는 증거법에 대해 좀 더 높은 이해수준으로 공론화되는 장이 열리기를 기다려야 하였다.

한편, 현재의 대법원 판례는 앞에서 본 바와 같이 조서와 진술을 패키지로 이해하여 조서의 증거능력 규정이 없으면 이에 따라 조서 이외의 모든 현출수단에 대하여 모두 증거능력을 부정하는 식의 이론을 전개하고 있고 학계의 통설적 이해도 이와 궤를 같이 하고 있으며 사개추위를 주도한 사람들도 이러한 관점에서 조서의 증거능력을 없애는 것을 통해 모든 현출수단을 없애려는 의도였으므로 이러한 논의의 장에서 조서 이외의 현출방법 즉, 조사자증언, 인정진술, 녹음테이프, 영상녹화물 등의 현출방법을 확보하기 위하여는 조서의 증거능력 규정을 확보하는 것이 절대적으로 필요하였다.

또한, 조서가 진술의 존재자체에 대한 입증수단으로서의 증거능력은 없게 되었지만 다른 방법으로 진술의 존재자체가 입증된 경우에도 증거능력이 인정된다는 것은 조서를 법원에 증거로 제출하여 증거조사되게 할 수 있다는 점에서 의미가 크다. 즉 조서의 증거능력 규정이 아예 없으면 진술의 존재를 다른 방법으로 증명하더라도 조서는 증거로 제출될 수 없는데 조서의 증거능력 규정이 있으면 조서를 증거로 제출할 수 있는 것이다. 현재와 같이 공판조서의 기재가 부실한 상황이고 집중심리와 당일선

19) 예컨대 사개추위의 증거법안 성안의 중요 회의였던 5인에서 신동운 교수는 “수사기관 조서도 살리고 조사자 증언도 되고 비디오도 나올 수 있다면 이것이 과연 개혁이라고 볼 수 있겠느냐”고 하면서 “조서에 증거능력이 인정되지 않고 탄핵증거로 사용할 수 있으므로 족하다”하였고(2005. 6. 10.자 5인소위 4차 회의, 대검찰청, 『공판중심주의 형사소송법 개정백서』, 2005, 486-487쪽), 정미화 변호사는 피의자신문조서도 피의자가 동의한 경우에 한하여 쓰도록 하는 것이 원칙이며 직접주의의 원칙상 참고인 진술조서 역시 당사자의 동의가 없는 한 증거로 쓸 수 없다고 하여야 한다고 주장하면서 사개추위 초안에 찬성하는 주장을 하였다(2005. 6. 17. 5차 소위원회, 대검찰청, 『공판중심주의 형사소송법 개정백서』, 2005, 545쪽). 박상기 교수도 검사작성 피의자신문조서를 증거능력을 인정하지 않더라도 보충적 자료로 사용하면 될 것으로 본다고 주장하여 탄핵증거로만 사용할 수 있게 한다는 취지의 주장을 하였다(2006. 6. 17. 5차 소위원회, 대검찰청, 545쪽).

고가 행해지지 않는 상황에서 조서가 제출되지 않으면 다른 방법으로 조서의 기재내용대로 진술한 것을 아무리 잘 증명해냈다고 하여도 나중에 판결을 할 때 수사절차상 어떤 진술이 있었는지를 정확히 기억해내지 못하여 적정한 판결을 하는데 장애가 있을 우려가 있고, 나아가 상소심에서 1심 재판내용을 제대로 알 수 없으므로 조서를 증거로 제출할 수 있는 길을 확보하는 것은 현재의 상황에서는 아직은 매우 중요하였다.

따라서 어떤 형태로든 조서의 증거능력을 확보할 필요성이 있었으므로 조서규정의 유지에 전력을 쏟아야 하였고²⁰⁾, 사개추위안의 “적법한 절차와 방식에 따라 작성되고, 조서의 기재내용과 진술내용이 동일함”이라는 식의 문구가 갖는 문제점의 해결은 다른 방식 즉, 이 진정성립의 입증수단의 다양화에서 찾아야 하였다.

나. 조서의 진정성립 증명방법의 다양화 문제

검사작성 피의자신문조서의 경우 현행법 해석에 대한 판례이론은 피고인의 공판정 진술에 의하여만 성립의 진정을 인정할 수 있다고 하고 있어 문제였다. 따라서 성립의 진정 입증수단을 피고인의 진술 이외의 방법으로 다양하게 인정할 필요가 있었다. 이 점에 대하여 검찰은 대법원 판례의 부당성을 강력히 주장하여 “피고인의 진술 또는 기타의 방법”으로 증명하자는 안을 제시하였다.²¹⁾ 이에 대해 법원에서도 피의자 신문조서에 있어 피고인 본인이 그러한 말을 한 사실을 인정함에도 공소사실을 부인한다는 이유로 증거로 사용할 수 없도록 하는 것은 적절하지 않다는 점을 인정하여 증명체제는 받아들이겠다는 의견을 제시하면서도 진정성립 인정을 엄격한 요건하에서 할 필요가 있다면서 “객관적 방법”에 의한 증명에 한정하여야 한다는 안을 제시하였고²²⁾ 이것이 사개추위 최종안이 되었다.

20) 앞에서 본 바와 같이 5인 소위에서도 법원과 정미화 변호사, 신동운 교수는 거의 모든 쟁점에 있어 같은 의견이었고, 박상기 교수도 몇 가지 쟁점 이외에는 최종 표결시 이들과 같은 입장에 서는 상황이었다. 이러한 상황에서 당시에는 조서의 증거능력을 확보한다는 점에 몰두하여야 하였고 그 내용까지 일일이 의견을 지적하여 설득하는 것은 불가능하였다.

21) 2005. 6. 17. 사개추위 5인 소위에서 대검찰청 기획조정부장 이준보 검사가 제출한 대안조문 참조, 대검찰청, 『공판증심주의 형사소송법 개정백서』, 2005, 507쪽.

검찰의 안은 기본적으로 피의자가 어떠한 말을 한 일이 있는지는 객관적인 사실의 문제이므로 이 객관적인 사실을 증명할 방법을 제한하는 것은 부적절하고 증명방법은 다양하게 하자는 것이었다. 문제의 핵심인 그런 객관적 사실이 있었는지를 인정할 수 있는가는 법원의 자유심증의 문제이기 때문이다.

이에 대해 법원은 5인소위에서 “목격자들에 의한 진술로 들어오도록 하는 것은 전면적으로 트는 것이므로 부적절하다면서 엄격히 제한한다는 의미에서 객관적이어야 한다”고 하여 피의자신문과정을 목격한 증인의 진술은 객관적 방법에서 제외하는 의미로 주장하였다.²³⁾ 결국 법원측의 이러한 주장이 관철되어 사개추위 최종안은 객관적 방법이 물적 입증방법에 한정된다는 취지가 나타나게 물적 입증방법인 영상녹화물을 예시어로 하여 “영상녹화물 등 객관적 방법”으로 성안되었다.

따라서 이제 객관적 방법 앞에 부가된 “영상녹화물 등”이라는 문구가 문제가 되게 되었다. 이런 경우 열거된 영상녹화물이라는 문구만 집착하여 영상녹화물이나 이에 준하는 녹음테이프 등 물적 증거방법만으로 한정할 우려가 있었다. 그러나 그렇게 해석하면 객관적 사실인 어떤 진술의 존재사실이 입증될 때 그 진술을 증거로 쓴다는 입법적 결단을 하면서 그 진술의 존재사실의 입증을 오로지 물적 증거만에 의하게 되는 불합리성이 있고 이는 증거법의 일반이론과는 다시 거리가 멀어지고 부당하게 수사절차상 진술의 증거능력을 제한하는 결과가 될 위험이 있었다.

따라서 이러한 제한적 해석가능성을 배제하고 객관적 사실인 진정성립을 입증하는 방법은 물적 증거뿐만 아니라 다양한 증거방법을 사용할 있도록 하는 것이 중요한 문제였고 이에 따라 사개추위 논의시 검찰에서 제시하였던 대로 “기타”라는 문구로 변경할 필요가 있었다. 다행스럽게도 국회 법사위 논의에서는 법사위 위원들이 사개추위 법안이 가지고 있는 제한적 해석의 가능성과 그런 해석이 결과할 불합리한 증거제한의 우려를 인식하여 “영상녹화물 등 객관적 방법”을 “영상녹화물 기타 객관적 방법”

22) 2005. 6. 17. 5인 소위 5차 회의에서 법원행정처 사법정책실장 박병대 판사의 발언, 대검찰청, 『공판중심주의 형사소송법 개정백서』, 2005, 547쪽.

23) 2005. 6. 17. 5인 소위 5차 회의에서 박병대 판사의 발언, 대검찰청, 『공판중심주의 형사소송법 개정백서』, 2005, 547쪽.

으로 문구를 수정하였다.

따라서 이 문구를 해석함에 있어서는 처음에 객관적이라는 문구를 제안하였던 법원측의 의도가 무엇이었던 간에 증거법의 일반이론과 국회 논의 “기타”라는 용어가 포함된 취지 등을 참작하여 해석하여야 할 것이다. 즉, 진정성립을 증명할 수 있는 가장 전형적인 영상녹화물을 필두로 하여 녹음테이프, 조사자 증언, 조사시 대질한 사람이 있으면 그 대질자의 증언, 조사시 참여자가 있었으면 그 참여자의 증언²⁴⁾, 속기사의 증언 등 다양한 방법이 허용되는 것으로 해석하여야 할 것이다.²⁵⁾ 이러한 다양한 방법으로 원진술자의 주관적 진술과는 별도로 “객관적 사실”로서의 실질적 진정성립을 증명하라는 것이 이 문구의 의미이다.

다. 특신상태의 의미 문제

사개추위안은 검사작성 피의자신문조서에 관한 제312조 제1항 단서의 특신상태를 가중요건으로 명문화하고, 특신상태의 예시규정으로 “변호인의 참여 하에 이루어 지는 등”이라는 문구를 집어 넣음으로써 전문법칙의 일반이론에서의 특신상태와는 다른 의미를 부여하려 하였다.

만약 이 문구로 인하여 변호인의 참여하에 이루어진 경우나 이에 준하여 신뢰관계자가 동석하는 경우에만 조서의 증거능력이 인정된다면 현실적으로 변호인이 신문에 참여하는 비율이 극히 적은 점을 감안한다면 사실상

24) 이들 진술상황의 목격자의 증언은 개정법 제316조 제1항에 의하면 독자적으로 증거능력이 있다. 따라서 이 증언 자체도 증거가 될 뿐만 아니라 이들의 증언에 의하여 조서의 진정성립이 증명되면 조서도 증거가 될 수 있게 되는 것이다. 이렇게 됨으로써 조서나 조사자 증언 등은 원래 실재하는 진술을 공판정에 전달하는 다양한 수단들로 파악하는 일반이론에 가깝게 되는 것이다.

25) 같은 취지로 객관적 방법이 무엇인가에 대하여 2006. 9. 에 있는 국회 공청회에서 이재상 교수는 “객관적인 방법이 무엇인가도 명확하지 않지만 조사자가 아닌 조사사실을 들은 일반 사인이나 조사자 아닌 수사기관의 진술에 의하여도 성립의 진정이 인정되는 결과”라고 하고 있다. (이재상, “형사소송법 일부개정법률안에 대하여”, 국회법사위 공청회 자료, 2006, 21쪽). 반면에 2007. 3. 27. 제266회 국회 법제사법위원회(법안심사 제1소위원회)에서 차한성 법원행정처 차장은 조사자 증언이 ‘객관적인 방법’에 해당하지 않는 것으로 생각한다는 취지로 발언한 바 있으나(제266회 국회법제사법위원회 회의록) 그것은 증거법의 일반이론과 거리가 먼 주장이고 나아가 국회에서 “등”이라는 문구를 “기타”로 변경한 취지에도 부합하지 않는다.

검사작성 피의자신문조서의 증거능력을 부인하는 것이나 다름이 없었다.²⁶⁾

그러나 특신상태를 이와 같이 제한하는 것은 전문법칙의 일반이론과 너무 거리가 멀고 합리적이지 않다. 전문법칙의 일반이론에 의하면 피의자의 진술인 경우는 아예 특신상태를 요구하지도 않는다. 그러나 우리나라에서 피의자신문 상황에 있어 일부 문제가 있어왔던 과거의 경험과 이에 따라 앞으로도 문제가 있을 수도 있다는 가능성으로 인한 불신 때문에 증거능력 차원에서 일부 법원이 해석재량으로 개입할 여지를 만들려는 취지²⁷⁾까지는 우리나라의 특수성을 감안하여 수긍이 된다. 그리고 이미 제316조 제1항에 피의자의 진술을 내용으로 하는 증언의 경우도 단서에 특신상태가 규정되어 있으므로 같은 피의자의 진술을 증거로 사용하는 것이라면 조서든 증언이든 같은 기준에서 똑 같이 특신상태를 필요로 하게하는 것이 타당하다 할 것이다.

그러나 증언의 경우는 일반적 규정으로서 특신상태를 요구하는데 조서의 경우는 변호인이 참여하는 등으로 극히 제한한다면 문제가 있다. 전문법칙에서 증거능력을 부여하기 위한 일반적 기준인 특신상태 개념을 증거능력을 부정하기 위한 개념으로 사용하여 사실상 조서의 증거능력을 사문화하는 것도 비합리적이지만 같은 상황의 피의자신문에서 행한 피의자의 진술을 증거로 함에 있어서 예컨대 변호인이 참여하지 않은 상황이면 조서는 증거능력이 없는데 조사자 증언은 증거능력이 있다는 것은 합리적인 근거가 없는 차별로 부당한 것이다.

나아가 사개추위안은 현행법과 달리 참고인진술조서의 경우도 특신상태를 요건으로 하였는데 참고인진술조서는 예시문구 없이 일반적인 특신상태 문구를 사용하고 있다. 이와 같이 특신상태가 증거방법에 따라 각각 달라지는 것도 타당하지 않은 것이다.

본래 전문법칙에서 특신상태라 함은 전문증거를 증거로 사용하기 위한

26) 실제로 서울중앙지방법원 2006. 5. 24. 2005도단6978, 2006고단518(병합) 사건에서는 검사작성 피의자신문조서의 증거능력과 관련하여 특신상태를 논하면서 “일반적 피의자신문과 달리 특히 신빙할 수 있는 상태(변호인의 입회 등)”라는 설시를 한 일이 있다.

27) 사개추위 5인 소위 논의시 법원의 사법정책실장 박병대 판사는 피의자신문조서도 엄격한 요건하에서 실질적 진정성립을 증명한다면 증거로 나올 수 있도록 할 필요가 있다고 증명체제를 수긍하면서도 다만, 임의성, 특신성 강화를 주장하였고 이를 위해 특신상태가 가중요건으로 명확히 되도록 규정하여야 한다고 하였다 (2005. 6. 17. 사개추위 5차 소위원회, 대검찰청, 『공판중심주의 형사소송법 개정백서』, 2005, 546쪽).

예외사유의 일반적 기준으로서의 신용성과 필요성 중에서 신용성에 관한 것으로 그 신용성을 정황적으로(circumstantially) 보장할 수 있는 상태를 말하는 것이다. 그리고 여기서 말하는 신용성은 그 진술로서 공소사실을 인정할 것인가라는 높은 단계의 증명력 수준의 신용성이 아니라 그 진술을 다른 증거들과 같이 증명력 판단의 대상으로서 평가할 수 있는가라는 정도의신용성에 불과한 것이다. 이런 정도의 신용성이 있는 증거를 증거로서의 자격을 부여하여 다른 증거와 같이 평가의 대상으로 놓은 후에 다른 증거자료와 함께 검토하여 공소사실을 인정할 수 있는 증명력이 있다고 하여 공소사실을 인정하는 증거로 사용하든지 아니면 다른 증거자료들에 비추어 볼 때 그 진술을 믿을 수 없다고 판단하면 증명력을 배제하여 이를 증거로 사용하지 않으면 되는 것이며 이는 증명력에 관한 법원의 자유심증의 문제인 것이다.

그럼에도 불구하고 법원의 일부에서는 특신상태를 가중함으로써 조서를 비롯한 수사절차상 진술을 제한하고자 하는 견해가 있었고²⁸⁾ 그러한 견해가 사개추위 논의시 관철되어 특신상태 앞에 “변호인의 참여하에 이루어지는 등”이라는 문구가 추가된 것이다. 따라서 검찰에서는 이 부분의 문제점을 지적하면서 예시문구를 삭제하거나 “변호인의 참여 또는 참여할 기회의 부여, 영상녹화 기타의 방법으로”로 증명방법을 다양하게 규정할 필요가 있다고 주장하였으나²⁹⁾ 5인 소위 논의상황은 검찰의 이런 주장이 전혀 반영되지 않는 분위기였다.

그러나 국회 논의과정에서 이 예시문구에 의하면 변호인 참여나 이에 준하여 신뢰관계자가 동석하는 등의 상황하에서 행해진 신문이 아니면 조서를 증거로 할 수 없어 사실상 조서의 증거능력을 부인하는 것과 다름없게 되므

28) 하급심 판결이기는 하지만 앞에서 본 바와 같이 서울중앙지방법원 2006. 5. 24. 2005도단6978, 2006고단518(병합) 사건에서는 검사작성 피의자신문조서의 증거능력과 관련하여 특신상태를 논하면서 “일반적 피의자신문과 달리 특히 신빙할 수 있는 상태(변호인의 입회 등)”라는 설시를 한 일이 있는바 법원 일부에서 가지고 있는 견해가 이제 판결상으로도 나타나고 있다. 이는 전문법칙이론에서의 신용성의 정황적 보장이라는 특신상태와는 거리가 먼 것이다. 그러나 그럼에도 불구하고 이런 견해를 주장하는 것은 일반이론과 달리 특신상태에 새로운 의미를 부여함으로써 조서나 수사절차상 진술의 증거능력을 제한하고자하는 것으로 보인다.

29) 2005. 6. 17. 사개추위 5인 소위에서 대검찰청 기획조정부장 이준보 검사가 제출한 의견서 및 대안조문 참조, 대검찰청, 『공판중심주의 형사소송법 개정백서』, 2005, 502, 507쪽.

로 부당한 제한이라는 문제점을 법사위 위원들이 인식하고 일반이론에 따라 폭넓고 다양한 방법으로 특신상태를 인정할 수 있게 하여야 한다는 이유로 이 예시문구가 삭제되어 특신상태는 현행법상의 문구대로 유지되었다.

따라서 개정법에서도 특신상태는 전문법칙의 일반이론에 따라 증거능력 부여라는 단계의 신용성의 정황적 보장을 말하는 것이다. 그리고 그러한 정황은 진술자가 진술하게 된 경위, 진술자와 사건과의 관계, 진술자가 진술할 당시의 상황(예컨대 수사기관의 신문의 경우는 신문당시의 분위기), 진술자의 기억력의 정도, 지적 수준, 진술내용이 전체적으로 보아 그 사건을 경험한 사람의 진술로 평가할 수 있는지 등의 제반 정황을 종합적으로 고려하여(under all circumstances) 판단하는 것이다.³⁰⁾

30) 이미 판례도 특신상태의 의미에 대하여 같은 취지로 판시하고 있다. 대법원 1995.6.13. 선고 95도523 판결에서는 소매치기 목격자가 범인의 보복이 두려운다는 이유로 범정의 소환에 불응하여 법정 진술이 이루어질 수 없는 상황이 되어 그에 대한 참고인진술조서를 제314조에 따라 증거로 사용함에 있어 단서의 특신상태를 판단하게 되었는데 이 때 다음과 같이 설시한다. “특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 때라 함은 그 진술 내용이나 조서 또는 서류의 작성에 허위개입의 여지가 없고, 그 진술내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있는 경우를 가리킨다 할 것이다… 기록에 의하면 공소외인은 시내버스에 승차하여 가던 중 피고인의 이 사건 범행을 목격하고 버스안의 승객들에게 주의를 준 다음, 버스를 파출소 앞에 정차시켜 피고인을 범인으로 지목하였고 그 직후 경찰에서 피고인과의 대질신문을 통해 피고인의 범행내용을 구체적으로 진술한 사실을 알 수 있으므로 이 요건은 충족되었다고 할 것이다.” 또한 대법원 1983.3.8. 선고 82도3248판결에서는 피고인 자신의 진술에 관한 특신상태가 문제되었는데 이른바 신용성의 정황적 보장이란 사실의 승인 즉 자기에게 불이익한 사실의 증인이나 자백은 재현을 기재하기 어렵고 진실성이 강하다는데 근거를 둔 것으로서 때때로 특신상태라는 표현으로 잘못 이해되는 경우가 많은 것은 우리 형사소송법 체계상으로는 아직 생소한 개념이며 어떠한 것이 이에 해당하는 것인가를 정형화하기 어려움이 기인하는 것이라 생각되나 일반적으로 자기에게 유리한 진술은 신빙성이 약하나 반대로 자기에게 불이익한 사실의 승인은 진실성이나 신빙성이 강하다는 관점에서 “부지불각 중에 한 말” 또는 “사람이 죽음에 임해서 하는 말”, “어떠한 자극에 의하여 반사적으로 한 말”, “경험상 앞뒤가 맞고 이론정연한 말” 또는 “범행에 접촉하여 범증은폐를 할 시간적 여유가 없을 때 한 말”, “범행 직후 자기의 소행에 충격을 받고 깊이 뉘우치는 상태에서 한 말” 등이 특히 신용성의 정황적 보장이 강하다고 설명되는 경우이다. 따라서 반드시 공소제기 후 법관 면전에서 한 진술이 가장 믿을 수 있고 그 앞의 수사기관에서의 진술은 상대적으로 신빙성, 진실성이 약한 것이라고 일률적으로 단정할 수 없는데 그 후의 수사과정과 공판과정에서 외부와의 접촉, 시간의 경과에 따른 자신의 장래와 가족에 대한 걱정 등이 늘어감에 따라 점차 그 진술이 진실로부터 멀어져가는 사례는 흔히 있는 것이어서 이러한 신용성의 정황적 보장의 존재 및 그 강약에 관하여는 구체적 사안에 따라 이를 가릴 수밖에 없는 것”이라고 설시한다.

한편, 현행법은 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 때에 한한다고 하여 그 인정 주체가 법원인 방식의 용어를 사용하고 있는데 이는 제정형사소송법 당시 제314조에 부가되었던 특신상태 조문부터 사용된 것이다. 제정형사소송법은 공판심리가 직권주의적 구조로 되어 있었으므로 법원이 직권적으로 제반정황을 조사하여 특신상태를 인정하면 되는 것이었다. 1961년 형사소송법 개정에서 공판심리절차에 당사자주의적 요소가 대폭 도입되면서도 제312조와 제313조에 도입된 특신상태문구에도 그대로 “인정”이라는 문구가 사용된 것은 이 부분이 증거의 증거능력과 관련된 것으로서 자유로운 증명의 대상이고 나아가 법원의 직권적 권한은 그대로 유지되고 있으므로 검사의 입증과 법원의 필요한 조사에 따라 법원이 인정하면 된다는 취지에서 합리성이 있는 것이다.

그런데 사개추위안에서는 특신상태를 “증명”하여야 하는 것으로 문구가 변경되었고 그 문구가 그대로 국회를 통과하여 현행법의 인정과 개정법의 증명의 차이가 무엇인지가 문제된다. 그러나 증명이라고 문구가 변경되었다고 하여 특신상태의 의미 자체가 변경된 것은 아니다. 단지 현행법은 검사가 특별한 입증행위를 하지 않아도 법원이 스스로 공판정에서의 원진술자인 진술이나 제반 정황에 대한 자료를 판단하여 인정할 수 있었으나 개정법 하에서는 증명이라는 문구를 사용하여 특신상태를 인정할 수 있는 제반정황에 대하여 검사가 적극적으로 제시하여야 하는 것으로 변경된 것일 뿐이다. 그러므로 검사는 피고인신문에서 진술하게 된 경위, 사건과의 관계, 진술당시의 분위기(진술거부권 등 신문에 필요한 절차적 규정이 지켜졌는지), 진술당시의 기억상태, 지적 수준 등을 피고인에게 묻거나 피고인이 진술을 거부하거나 사실과 다른 진술을 할 때에는 다른 입증방법으로 이러한 사항에 대한 판단자료를 제출하고, 제반사정을 종합하여 특신상태를 인정할 수 있다는 의견진술을 하는 등 적극적 행위를 하여야 할 것이다.

2. 참고인진술조서

가. 진정성립 입증방법의 다양화

사개추위안에 대한 국회논의과정에서의 합리적 수정 가운데 필자가 가

장 높게 평가하고 싶은 것이 참고인진술조서의 진정성립 입증방법의 다양화이다. 검사작성 피의자신문조서의 진정성립 입증방법의 다양화는 사개추위 논의시에 일부 수긍되어 사개추위 안에도 반영이 되어 있어 다양화의 길이 열려 있었으나 참고인진술조서만은 원진술자의 진술에 의하여만 진정성립을 인정할 수 있는 대법원의 판례이론을 그대로 조문화한 안이 사개추위안으로 만들어져 국회에 제출되어 있었기 때문이고, 이를 변경하는 것은 판례이론의 전면적 수정을 의미하는 것이어서 법원의 반대가 매우 거셀 것이기 때문이었다.

그러나 그럼에도 불구하고 국회에서는 판례이론과 같이 진정성립을 오로지 원진술자의 진술에만 의존하여 인정하면 객관적인 사실인 진정성립이 원진술자의 말에 좌우되게 되므로 검사도 객관적인 사실을 원진술자의 진술 이외의 방법으로 증명하게 하는 것이 타당하다는 점을 인정하고 검사작성 피의자신문조서의 진정성립 입증방법과 동일하게 참고인진술조서의 진정성립 입증방법도 “원진술자의 진술, 영상녹화물 기타 객관적 방법”으로 변경하였다. 증거법의 일반이론에 비추어 매우 타당한 입법이다. 그 논의과정을 좀 더 살펴보면서 그 의미를 검토해보기로 한다.

나. 사개추위에서의 판례이론의 조문화와 법왜곡의 고착화

앞에서 논한 바와 같이 사개추위 초안은 참고인진술조서도 피고인이 공판정에서 내용부인하면 증거능력이 없는 것으로 하여 참고인진술조서의 증거능력을 아예 피고인의 진술에 좌우되게 만드는 이상한 안이었다. 2005. 3. 경 사개추위 전문가 토론회시 필자가 제시하였던 참고인진술에 관한 증거규정안은 참고인 진술의 경우에도 조서 이외의 방법, 즉 인정진술, 조사자 증언, 영상녹화물이나 녹음테이프 등으로 그 존재를 입증하면 증거가 되는 것이었는데 이러한 제안은 전혀 받아들여지지 않고 조서를 비롯한 모든 방법의 입증수단이 피고인의 내용부인의 말 한마디로 막히는 것이었다.

이 사개추위 초안에 대한 검찰과 법원 일선의 반발에 의해 조서의 증거능력을 일정 부분 확보할 필요성을 다시 인식하고 검찰에서는 참고인진술조서도 피의자신문조서와 마찬가지로 진정성립 입증에 “원진술자의 진술 기타의 방법”으로 증명할 수 있도록 하자고 주장하면서 현재의 판례이

론과 같이 진정성립이 원진술자의 진술에만 의존하게 되는 문제점을 해결하여야 한다고 하였다. 그리고 이 주장이 받아들여지지 않는 경우에도 최소한 현행법을 유지하여야 한다고 주장하였다.³¹⁾

이에 대해 2006. 6. 17. 5인소위 5차 회의에서는 사개추위 초안과 같이 피고인이 동의하지 않는 한 참고인진술조서의 증거능력을 부인하여야 한다는 주장,³²⁾ 일본 형사소송법상의 검사작성 참고인진술조서 규정 수준으로 증인의 증언과 동일한 진술내용인 경우는 조서의 증거능력을 인정하지 않지만 공판정 진술과 모순되는 진술을 내용으로 하는 조서의 경우는 그 부분에 한하여 조서를 증거로 제출할 수 있도록 하자는 주장³³⁾ 등이 제시되어 모순진술에 한하여 인정하는 것을 다수의견으로 정리하였다. 이에 더하여 반대신문권 보장과 증인의 법정 진술 충실화를 위하여 조서를 증거로 사용하기 전에 증인이 경험사실에 대하여 먼저 구체적으로 진술할 것과 반대신문이 행해지는 것 등을 증거능력 요건으로 하여야 한다는 법원측 주장에 대하여 신동운 교수, 박상기 교수 등이 동조하였다.

특히 당시는 사개추위 초안이 성안될 무렵의 사개추위의 분위기가 참고인진술조서도 증거능력을 아예 없애는 방향이었으므로 실무적인 필요에 의하여 조서의 증거능력을 인정하는 방향으로 선회하여도 적어도 현행법하의 대법원 판례에 의한 체제, 즉 원진술자의 진술에 의하여만 진정성립을 인정하는 체제는 사개추위를 주도하는 사람들의 입장에서 물러설 수 없는 선이었다. 그리하여 모순진술로만 한정하면 현실적으로 법정에서 모든 진술을 구체적으로 할 수 없는 취약한 증인의 경우 문제가 생길 수 있다는 검찰의 주장을 일부 받아들여 조문을 정리하면서도 진정성립을 원진술자의 진술로만 인정하게 하는 문구가 조문화되게 되었다.

그리하여 만들어진 사개추위 최종안의 참고인진술조서 규정은 검사작성과 사법경찰관작성의 구분없이 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으

31) 2005. 6. 17. 사개추위 5인 소위에서 대검찰청 기획조정부장 이준보 검사가 제출한 의견서, 대안조문 및 토론내용 참조, 대검찰청, 『공판중심주의 형사소송법 개정백서』, 2005, 509-515, 550-558쪽.

32) 5인 소위 위원이던 정미화 변호사의 주장이었고 이에 사개추위 기획추진단 전문위원으로 근무하면서 회의에 참석하였던 서보학교수가 동조하는 의견을 제시하였다. 대검찰청, 『공판중심주의 형사소송법 개정백서』, 2005, 550-557쪽.

33) 법원행정처 사법정책실장 박병대 판사, 신동운 교수, 박상기 교수의 의견이었다. 대검찰청, 『공판중심주의 형사소송법 개정백서』, 2005, 550-557쪽.

로서 ① 원진술자가 공판준비 또는 공판기일에 경험사실에 관하여 구체적으로 진술한 후, ② 원진술자가 그 조서가 검사 또는 사법경찰관 앞에서 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음을 인정한 후, ③ 피고인 또는 변호인이 원진술자를 신문할 수 있어야 하고, 나아가 ④ 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한하여 증거능력을 인정하는 것이었다.

사개추위안 중 가장 문제가 있는 부분은 원진술자의 진술로만 진정성을 인정하도록 한 규정이었다. 이 부분은 당시 사개추위의 분위기가 초안에서 아예 증거능력을 없애려다가 그나마 현행법상의 판례해석체제 정도로 양보된 것만도 다행으로 알라는 식이었고 이를 수용하지 않으면 초안처럼 아예 증거능력을 없애는 쪽으로 다시 간다는 식이었으므로 이 부분의 합리화는 다음 기회로 미룰 수밖에 없었다.

또한 사개추위안 중에서 “원진술자가 경험사실에 대하여 구체적으로 진술한 후”라는 것은 진술의 입증수단으로서의 조서의 증거능력 규정에 올 것이 아니고 증거조사의 방법이나 구두변론주의의 문제이므로 구두변론주의 규정이 새로 도입되는 사개추위안에서는 이 문구는 불필요하며 나아가 “구체적”이 어느 정도의 진술을 하여야 충족되는 것인지 해석상 문제가 있어 부당하고 주장하였다. 그리고 반대신문권에 관한 문구는 그 취지는 수궁이 가나 어차피 현행법규정으로도 증인이 법정에서 나와야 하므로 법정에 나온 증인에게 당연히 반대신문을 할 수 있어서 불필요한 규정이며 만약 이 규정을 개별 진술내용에 대하여 각각 반대신문이 행해진 때라는 식으로 해석된다면 취약한 피해자의 경우 증언을 거부하거나 대답하기 어려운 경우는 증거능력을 인정받지 못할 우려도 있어 부적절하다는 의견을 제시하였으나 일체 받아들여지지 않았다.³⁴⁾ 물론 특신상태 문구를 가중요건으로 추가하는 것은 전문법칙의 일반이론에 의한 것이어서 이에 대하여는 이의를 제기하지 않았다.

34) 2005. 7. 5. 사개추위 5인 소위 6차회의에서 대검찰청 기획조정부장 이준보 검사가 제출한 의견서, 대안조문 및 토론내용 참조, 대검찰청, 『공판중심주의 형사소송법 개정 백서』, 2005, 607쪽.

다. 국회 논의과정에서의 합리화

앞에서 본 바와 같이 사개추위라는 논의의 장은 매우 편향적인 일부 사람들이 주도하고 있었고 일반이론이 통하지 않는 장이었으나 국회는 역시 달랐다. 국회 법사위는 법안 심사에 있어 법원과 법무부, 검찰, 학계의 모든 주장을 공평하게 수렴하려 하였고, 공청회 등에서도 사개추위 논의시에 배제되었던 학계의 권위자들을 골고루 선정하여 의견을 듣는 등 객관성을 유지하려 노력하였다. 따라서 그렇게 일반이론에 따라 합리적인 증거법을 만들기 위하여 제시하였던 검찰의 주장을 사개추위에서는 반영하려 하지 않았으나 국회에서는 그러한 주장이나 지적이 합리적이라면 받아들여졌다.

국회 논의과정에서 참고인진술조서의 진정성립 증명방법 다양화는 처음에는 역시 현행법상 대법원의 실질적 진정성립이론에 따라 원진술자의 진술로만 진정성립을 인정하는 해석체제보다 조서의 증거능력 인정범위가 더 넓어진다는 점에서 개혁이 아니라 후퇴라는 식의 반대론과 합리성이라는 측면에의 찬성론이 팽팽히 대립되었었다.

그러나 논의가 진행됨에 따라 다음과 같은 찬성론의 지적이 반대론으로부터 설득력을 인정받아 결국 검사작성 피의자신문조서와 마찬가지로 “원진술자의 진술, 영상녹화물 기타 객관적 방법”으로 진정성립을 증명할 수 있는 것으로 합리화되었다.

즉, ① 실질적 진정성립이라는 것은 조서에 기재된 내용과 실제 진술이 동일한가라는 객관적 사실인데 이러한 객관적 사실을 오로지 원진술자의 진술로만 인정하고 검사는 아무런 입증을 하지 못하게 하는 것은 세계에 유례가 없는 비합리적인 것이다.

② 판례의 실질적 진정성립이론은 진정성립이라는 문구를 규정하게 된 제정형사소송법 당시에는 존재하지도 않았고 아무도 그런 생각을 하지 않았으며 당시의 진정성립은 형식적 진정성립으로 이해한 것이었다. 그런데 판례가 실질적 진정성립개념을 도입하여 해석함으로써 제정형사소송법 입법자들이 조서를 증거로 하기 위해 규정한 문구가 그 취지와는 반대로 조서를 증거로 하지 못하게 하는 문구로 변화시킨 것으로 이는 판례 입법에 가깝다. 따라서 이 판레이론은 금과옥조로 지켜야할 것으로 전제되어서는 안되며 오히려 이번 법개정으로 불합리를 시정하여야 한다.

③ 참고인진술조서의 진정성립 입증방법을 다양화하지 않으면 개정법은 검사작성 피의자신문조서는 진정성립 입증방법이 다양한데 참고인진술조서는 오로지 원진술자의 진술로만 인정되어 차별이 생긴다. 그런데 실질적 진정성립이 인정되면 이를 증거로 하면서도 같은 내용인 실질적 진정성립의 입증방법을 구별하는 것은 합리적인 근거도 없을 뿐만 아니라 구체적 사건, 특히 공범사건에 있어 비합리적인 결과를 초래하여 실무에 혼란을 줄 우려가 있다.

예컨대 마약거래 사범에 있어 수사절차에서 마약매도자는 자백을 하고, 매수자는 부인을 하였으나 공판정에서 양자 모두 부인하는 사건에 있어서 마약매도자에 대하여 검사가 작성한 피의자신문조서는 개정법에 의하면 매도자 자신의 범행에 대하여는 피의자신문조서로서 제312조 제1항, 매수자의 범행에 대하여는 참고인진술조서의 자격으로서 제312조 제3항에 의하여 증거능력이 판단된다. 그런데 만약 매도자가 공판정에서 조서의 실질적 진정성립을 부인하는 경우 자신의 범행에 대하여는 제312조 제1항에 의하여 실제로 자백진술을 한 사실이 입증되면 증거가 된다. 그런데 이와 같이 진술을 한 사실이 공판정에서 증명되었음에도 불구하고 매수자의 범행에 대하여는 제312조 제3항에 의해 참고인진술조서로 취급되므로 이를 증거로 할 수 없다. 즉 같은 문서가 실질적 진정성립이 증명되었음에도 자신의 범행에 대하여는 증거가 되나 타인의 범행에 대하여는 증거가 되지 않는다.

나아가 공범사건에서 피의자신문조서에는 자신의 범행에 대한 부분과 공범인 타인의 범행에 대한 부분이 혼합되는 경우가 허다한데 같은 조서의 진술사실에 대하여 실질적 진정성립을 증명하였음에도 자신의 범행에 대한 부분은 제312조 제1항에 따라 증거로 할 수 있고 타인의 범행에 대한 부분은 제312조 제3항에 따라 증거로 할 수 없게 되는 이상하고 납득할 수 없는 결과가 초래된다.

④ 진정성립 입증방법을 다양화하는 것은 현행체제보다 후퇴라는 주장이 있으나 이는 후퇴가 아니라 합리화이다. 특히 개정법에는 참고인진술조서의 증거능력을 위하여 실질적 진정성립이 인정된 후에도 다시 특신상태가 가중요건으로 규정되었는데 이 특신상태에 대한 법원의 판단이 하나의 안전장치가 될 것이고 이와 같이 특신상태로 안정장치를 만들었던 것

이 전문법칙의 일반이론에 부합하다.

한편, 사개추위안 중 “경험사실에 대하여 구체적으로 진술한 후”라는 문구는 성폭력 피해자등 취약한 피해자의 경우 문제가 있다고 검찰에서 지적한 바 있으나 국회 논의과정에서 성폭력피해자상담소 등 여선단체들에서 이 문제가 취약한 피해자 보호에 문제가 있다는 취지로 법사위에 의견을 제출하였고 국회에서도 이 문구는 불필요하고 부적절하다는 이유로 문구를 삭제하였다.³⁵⁾

그런데 사개추위 논의시에 검찰은 “반대신문을 할 수 있었던 때”라는 문구를 불필요하다는 이유로 삭제하자는 의견이었으나 국회 논의시에는 이 부분은 유지의견이었다. 왜냐하면 진정성립 입증방법이 다양화되면 원진술자인 증인이 공판정에 나오지 않은 상태에서 영상녹화물 등으로 조서의 진정성립만 증명하고 조서를 증거로 사용하여도 된다는 해석도 가능하기 때문에 원칙적으로 증인이 공판정에 나와야 한다는 점을 조문화하기 위하여 이제는 이 반대신문 문구가 필요하기 때문이다. 즉, 종래에는 원진술자가 공판정에 출석하는 원칙을 “원진술자의 진술에 의하여”라는 문구가 수행하고 있었지만 이제는 이 반대신문 문구가 이 기능을 수행하게 된 것이다. 따라서 이 “반대신문을 할 수 있었던 때” 증인이 출석하여 피고인 또는 변호인에게 반대신문의 기회를 부여되었다면 족하고, 개별적 사항에 대하여 꼬치꼬치 묻고 이에 대해 대답이 이루어졌을 때에만 이에 해당한다고 이해하여서는 안된다.

3. 사법경찰관의 증언

한편, 사개추위 초기의 전문가 토론회에서 검찰에서 피의자신문과 관련하여 사법경찰관 증언의 증거능력을 인정하는 안이 제시되었고 이 부분은 사개추위 논의시 학계에서 반대하였으나³⁶⁾ 그외 큰 반대없이 받아들여져

35) 2007. 4. 16. 제267회 국회 법제사법위원회 회의록 제2호, 26쪽.

36) 그런데 학계에서는 사법경찰관 증언의 증거능력 인정은 현행법에 대한 대법원판례에 반하고 제정형사소송법 이래 존재하고 있는 경찰의 피의자신문조서의 증거능력 제한의 경찰 위법수사의 방지책으로서의 성격을 몰각시키는 것으로 부적절하다는 의견을 사개추위에 제시하였다. 2005. 6. 27. 한국형사법학회, 한국형사정책학회, 한국비교형사법학회 등 3개 학회 공동명의로 사개추위에 제출한 “사법제도개혁추진위원회의 형사소송법

사개추위안이 되었고 국회에서도 특별한 문제점 제기 없이 통과되었다.³⁷⁾

이 조문은 종래의 대법원 판례와 달리 조서와 진술을 분리하여 사고하여야 이해할 수 있다. 즉 어떤 진술의 현출수단으로서 조서는 증거로 부정하나 조사자 증언은 인정하는 것이기 때문이다.

개정법에 의하여 조서와 진술이 분리되기는 하였는데 그러면 이 때 사법경찰관의 피의자신문시의 진술은 개정법이 명문화한 조사자 증언 이외에 다른 방법 즉 피고인의 인정진술이나 영상녹화물 등으로도 현출이 가능한가. 사건으로는 이는 부정되어야 한다고 본다. 이 조문은 현행법의 해석상 사법경찰관의 피의자신문시의 피의자의 진술이 피고인이 내용부인하면 조서의 증거능력이 부인됨과 함께 진술 자체를 전달하는 조서 이외의 모든 방법도 막혀 있는 상황에서 조사자 증언이라는 방법에 대하여만 특별히 길을 연 것으로 해석하여야 할 것이다.

먼저, 사법경찰관의 증언은 구두주의, 직접주의적 요청을 충족할 수 있을 뿐만 아니라 위증죄의 부담을 안고 있는 사법경찰관에 대해 반대신문을 함으로서 피고인이 다룰 수도 있어 방어권보장에도 낮고 법원에 생생한 인상을 줄 수 있으며 다른 현출방법에 비해 수사과정의 투명성 확보에도 도움이 된다는 점에서 조서의 증거능력이 부정됨에도 불구하고 조사자 증언의 형태로 허용하는 근거가 있다.

한편, 사개추위안은 사법경찰관의 피의자신문에 있어서 영상녹화물의 경우는 피고인이 내용을 부인하더라도 증거능력을 인정하는 특칙을 두었었으나 국회 심의과정에서 그 특칙 규정이 삭제되었다. 따라서 조서 이외의 영상녹화물은 사법경찰관의 경우는 진술의 현출방법으로서 증거능력이 없게 되었다.

인정진술의 경우도 사법경찰관의 조서의 경우는 실질적 진정성립에 따라 증거능력이 판단되는 검사의 경우와 달리 내용부인으로 증거능력이 상실되기 때문에 조사자 증언과 같은 특칙 규정을 두지 않은 개정법 하에서

개정안에 대한 형사법 관련 3개 학회의 공동 의견서” 참조.

37) 제316조 제1항은 조사담당자 및 참여자로 되어 있어 사법경찰관 뿐만 아니라 검사도 포함되고 있으나 검사는 이미 조서의 증거능력이 인정되었으므로 대법원의 전문법칙적 패키지론에 의하여 조서의 증거능력이 인정되면 당연히 조사자 증언도 증거능력이 있게 된다. 따라서 개정법에서 이 조문이 의미가 있는 것은 사법경찰관의 조서의 경우이다.

는 인정진술만으로는 사법경찰관 앞에서의 피의자진술을 증거로 하는 수단으로 인정되지 않는다고 하겠다.

V. 결 어.

개정법이 통과되기 까지 있었던 2004년도의 대법원 산하 사개위, 2005년의 사개추위 논의 그리고 2006~2007년도의 국회 심의과정을 지켜보면 한편의 드라마 같다는 생각이 든다. 그 과정에서 사개위나 사개추위의 주도자들이 가진 공판중심주의에 대한 왜곡된 시각과 수사절차상 진술의 증거능력에 대한 편향적 시각에 대하여 도저히 납득하기 어려웠고 형사소송법이 망가져가는 모습을 보면서 많이 가슴앓이를 하였다.

그러나 역시 공론의 장인 국회는 달랐다. 사개추위 논의시 배제되었던 형사소송법의 권위자들이 참여한 국회 공청회에서 사개추위안의 문제점에 대한 수많은 지적들이 제기되었고 2007년의 사개추위 법안 수정과정에서 증거규정들이 비교적 합리적으로 수정되어 가는 모습을 보면서 합리적인 논리가 통하는 “공개된 논의의 장”의 중요성을 다시 한번 실감하였다.

개정법상의 수사절차상 진술의 증거능력 규정들에 대한 국회의 합리적인 법안 수정에 따라 개정법은 공판중심주의의 개념에 관한 법원과 검찰간의 대립과 관련하여 공판중심주의란 재판투명화를 위한 공판심리 충실화 원리이며 수사절차상 증거능력 배제와는 관련이 없다는 검찰의 주장을 받아들였다. 그리하여 이제 미국, 독일, 일본 등 선진국의 증거법과 비교하여도 별로 손색없는 합리적인 법안이 되었다. 다만, 사개추위에서 성안한 법안의 문구들에 법원의 해석재량을 크게 부여하는 불명확한 개념들이 많이 들어 있었고 그런 세부적인 부분들은 국회 논의에서도 걸러지지 못하였다.

그러나 그러한 세부적인 문제점들은 법원을 비롯한 법조실무에서 합리적으로 해석하고 운영함으로써 해결할 수 있는 것들이고 또한 그렇게 해결되어야 할 것이다. 향후 법원이 일반이론에 대한 깊은 이해와 수사절차에 대한 좀 더 유연한 자세로 합리적인 해석론을 전개하여 주기 바란다. 또 다시 법원의 납득할 수 없는 법해석으로 인하여 법을 고쳐서 판례를

변경하는 식의 일이 발생하게 되지 않기를 바란다.

참고문헌

- 대검찰청, 『공판중심주의 형사소송법 개정백서』, 2005.
- 사법연수원, 『법관세미나 자료집』, 2003.
- 사법개혁위원회, 『사법개혁위원회 자료집(III)』, 2004.
- 사법개혁위원회, 『사법개혁위원회 자료집(IV)』, 2004.
- 사법제도개혁위원회 기획추진단 기획연구팀, “형사사법 토론회 결과 (3/24)”, 『형사사법 토론회 자료집』, 사법제도개혁위원회, 2005.
- 오기두, “증거능력규정 신·구 조문대비표”, 『형사사법 토론회 자료집』, 사법제도개혁추진위원회, 2005.
- 이완규, “공판중심주의에 대한 오해와 개선되어야 할 공판운영관행”, 『사법개혁위원회 자료집(VI)』, 사법개혁위원회, 2005.
- 이완규, “증거규정 개선안”, 『형사사법 토론회 자료집』, 사법제도개혁추진위원회, 2005.
- 이재상, “형사소송법 일부개정법률안에 대하여”, 국회법사위 공청회 자료, 2006.
- 이혜광 등 5인, “바람직한 형사사법시스템의 모색”, 『바람직한 형사사법시스템의 모색 자료집(III)』, 대법원, 2004.
- 한국형사법학회/한국형사정책학회/한국비교형사법학회, “사법제도개혁추진위원회의 형사소송법 개정안에 대한 형사법 관련 3개 학회의 공동 의견서” 2006. 6. 27.
2007. 3. 27. 제266회 국회 법제사법위원회(법안심사제1소위원회) 회의록.
2007. 4. 16. 제267회 국회 법제사법위원회 회의록 제2호.

The Development of the Discussion on the Amendment of the Criminal
Evidence Law for the Investigative Protocol

Lee, Wan-Kyu*

Recently, many parts of the Criminal Procedure have been amended and among very important parts amended lies the Evidence Law for the investigative protocol. The discussion on the amendment of the Evidence Law has been made in connection with the so-called " trial -priority principle"

The leading group of the Presidential Committee on Judicial Reform(PCJR), which prepared the govenment's amendment draft of the Criminal Procedure, and the several judges in the Supreme Court insist that the principle require to admit as evidence only the oral evidence made in front ofthe judge and not to admit the statements of investigative stage by anyone, including defendant.

But the Public Prosecutors understand the principle as one for the transparency of the trial and for the control of the people over the process in which the Court find the fact and decide the sentence. Therefore, as contents of the principle, public trial, orality, concentration of the trial are most important. The principle does not require the exclusion of the pre-trial statement and does not deny the admissiblity of the investigative protocol.

The National Assembly came to know the distortion of the draft and modified many provisions. As a result, New Criminal Procedure says the orality, concentration of the trial and make the investigative protocol and the pre-trial statement admissible. Therefore the incorrect notion and the distortion of the leading group of PCJR and several judges were overcome.

* Research Officer(Senior Public Prosecutor) at Supreme Prodecutor's Office, Ph. D. in Law

Notwithstanding the modification of the National Assembly, there are provisions, which include the indefinite words and give broad room for interpretaion of the Court. In the future, the Court should interpret the Code in the appropriate way and throw the incorrect notion of the principle which it has distorted.

주제어 : 공판중심주의, 구두주의, 집중심리주의, 전문법칙, 수사기관조서의 증거능력

Keywords : trial priority principle, orality, concentration of the trial, hearsay rule, admissibility of the investigative protocol