

형사소송법상 사실인정과 증거법*

김유근 연구위원(법학박사, kimyk11@kic.re.kr)

요 약 |

- 실체적 진실의 규명은 법관의 임무만은 아니며 그 이전에 이미 검사는 행정부에 속하지만 행정부(Exekutive)와 사법부(Judikative)로부터 독립된 사법기관(Rechtspflege, 사법부의 사법(司法)을 의미하는 것은 아님)으로서 실체적 진실을 규명할 의무를 부담하고 기소단계에서 법관과 동일한 정도의 합리적인 의심을 넘는 정도의 심증이 형성되었을 때에(그리고 그러한 입증이 가능할 때에)(proof beyond reasonable doubt) 비로소 공소를 제기하도록 하고 있다는 것을 알 수 있음.
- 예컨대 수사기관은 비진술증거의 확보방안으로서 수사의 효율성의 제고를 주장하기도 하지만 경우에 따라서는 공소유지를 위한 유일한 증거일 수도 있는 피의자신문조서의 중요성을 강조하고(후자의 경우는 공소권 남용이 되는 것은 아닌지라는 의문이 제기될 수 있음) 그리고 법관은 형사소송법상 구두변론주의(「형사소송법」 제37조)에도 불구하고 인증보다는 서증을 선호함으로써 결국 소송경제의 가치를 우선하기도 함. 따라서 단기적으로는 실무의 요구를 반영하여 검사작성 피의자신문조서를 사법경찰관작성 피의자신문조서의 수준으로 그 인정요건을 강화한다고 하더라도 장기적으로 피의자신문조서가 실무에서 실질적으로 자백조서로 활용되고 있다는 점을 고려하여 증거능력을 부인하는 방안도 생각할 수 있음.
- 형사소송법 외에 형사소송절차와 관련된 규정들이 각 특별법들에 산재함으로써 법 적용에 있어서 많은 혼란을 야기할 뿐만 아니라 무엇보다도 과학수사의 영역에서 사실인정을 위한 증거로서의 의미가 증대되고 있다는 현 시점에서 형사소송법의 기본원칙과의 정합성이 문제됨.
- 직권탐지주의 형사소송구조에서 법관과 배심원은 공소사실이 실체적 진실과 일치하는지의 여부를 규명함. 그러나 인간의 인식의 불완전성은 절대적인 확실성을 확인할 수 없다는 점에서 유죄에 대한 확신은 상대적일 수밖에 없음. 이러한 상황 하에서 기대할 수 있는 것은 법관·배심원이 예단을 갖지 않도록 심증형성과정에 절차적인 전제조건을 규정하는 소극적인 방식을 생각할 수 있음.
- 자유심증주의는 역사적인 유래와는 달리 현대사회에서는 많은 변화를 겪고 있음. 즉 현대에 있어서 자유심증주의는 오히려 비판의 대상이 되어 법관의 “자유”보다는 “제한”이 보다 강조되고 있음.

주요키워드

합리적 의심을 넘는 증명, 증거법, 전문증거, 피의자신문조서, 영상녹화물

* 관련보고서 : 김유근 외 7명(2019.12.), 공정하고 인권친화적인 형사절차 구축방안 연구(I), 한국형사정책연구원

01 연구의 필요성

연구배경

- 재판결과와 공정성과 설득력은 공판절차에서 사실인정(facts-finding)이 얼마나 객관적으로 이루어졌는지의 여부에 달려 있으며, 바로 이러한 합리적인 사실인정은 소송당사자의 기본권 보장의 전제조건이 되고 궁극적으로는 형사사법시스템에 대한 국민의 신뢰도를 좌우하게 됨. 이처럼 “실체적 진실”의 규명은 대륙법계 형사소송절차의 궁극적인 목표이기는 하지만 그렇다고 하여 이 문제가 비단 일반 형사사건에만 국한된 것은 아니며, 더 나아가 소년보호사건 및 형사사건, 군사재판절차 그리고 통고처분 등 일반국민의 기본권에 중대한 영향을 미치는 모든 행정 및 형사절차에서 동일하게 대두되는 문제이기도 함. 물론 형사소송절차에서의 사실인정은 공판에서만 중요한 의미를 가지는 것은 아니며 이미 증거수집단계인 사법경찰관리와 검사의 수사단계에서부터 시작됨. 이러한 의미에서 왜 대륙법계 형사소송구조에서 경찰과 검사의 수사강제주의와 기소법정주의를 규정하고 특별히 검사에게 피고인에게 불리한 증거뿐만 아니라 유리한 증거까지도 수집하도록 하는 객관의무를 부여하고 있는지, 그리고 역사적으로도 대륙법계 형사소송절차가 수사법관제도로부터 검찰제도로 이행하게 되었는지를 살펴보다라도(단순히 수사권력구조의 변화만을 의미하지는 않음) 실체적 진실의 규명은 법관의 임무만은 아니며 그 이전에 이미 검사는 행정부에 속하지만 행정부(Exekutive)와 사법부(Judikative)로부터 독립된 사법기관(Rechtspflege, 사법부의 사법(司法))을 의미하는 것은 아님)으로서 실체적 진실을 규명할 의무를 부담하고 기소단계에서 법관과 동일한 정도의 합리적인 의심의 넘는 정도의 심증이 형성되었을 때에(그리고 그러한 입증이 가능할 때에)(proof beyond reasonable doubt) 비로소 공소를 제기하도록 하고 있는지를 이해할 수 있음.

02 주요 연구내용

형사소송법 편장체계 개편의 필요성

- 형사소송법에서의 “수사”의 독립성

- (1) 객관적이고 공정한 사실인정, 즉 실체적 진실의 규명은 비단 법관이나 배심원의 의무에 그치는 것이 아니라 이것은 애초부터 탄핵주의 형사소송구조에서의 국가의 거증책임, 무죄추정의 원칙, 검사에게 부과된 객관의무 등으로부터 귀결되는 의무로서 이미 수사단계에서의 검사의 의무에 속함. 즉 검찰제도가 법관에 준하는 중립적인 지위에서 법관이 유·무죄를 판단하는 것과 마찬가지로 기소·불기소를 판단하여야 함.
- (2) 현재 형사소송법이 제2편 “제1심” 하에 “수사”의 장으로 규정하고 있는 것은 검찰제도가 탄생하기 전의 예심판사제도나 현행 대륙법계의 수사(예심)판사제도에서는 몰라도 우리나라 현행 형사소송구조와 조화되기 어려움.
- (3) 증거재판주의 하에서 어떤 증거를 법관의 자유심증의 대상으로 정할 것인가의 문제는 제 2편 “제1심” 제3장 “공판” 하에 “증거”의 절에 규정되어 있으나 (1)에서 언급한 바와 같이 (수사의 주재자가 법관인 형사소송구조에서와는 달리) 증거의 허용성여부(증거능력)의 문제는 이미 수사의 방법론의 문제로서(“위법하게 증거를 수집해서는 안 된다”) 검사의 행동규범으로 규정되어 있을 필요가 있음. 이로써 증거의 절에 규정된 “공판”에서의 위법수집증거의 “증거능력”의 배제나 강요된 자백의 “증거능력”의 배제의 의미가 수사와의 연계 하에서 이해될 수 있게 됨. 그리고 더 나아가 행동규범을 위반하여 위법하게 증거를 수집함으로써 법관·배심원의 심증형성을 저해하는 행위에 대한 책임을 추궁할 수 있는 근거가 될 수 있음.
- (4) 이와 관련하여 최근에 논란이 되는 형법상 피의사실공표행위(「형법」 제126조)는 단순히 직무상 기밀누설이나 피의자의 인권침해의 문제로 축소될 수 있는 문제는 아니며 오히려 법관·배심원의 판단에 영향을 미치는 행위로서 객관적인 사실인정을 저해하는 행위임.

객관적이고 공정한
사실인정을 위한
증거규칙의 개선방안

- 법관·배심원의 자유로운 심증형성은 증거에 의하여야 한다는 점에서(증거재판주의) 재판에 현출될 수 있는 증거를 어떻게 정할 것인가의 문제는 법관·배심원의 심증형성의 객관성 확보에 중요한 의미를 가짐(증거의 현출 자체가 자칫 법관·배심원에게 예단과 선입견을 심어줄 위험이 있음).
- (1) 그런데 재판에 현출하는 것이 허용되는 증거를 어떻게 정할 것인가와 그 방법은 직권탐지주의와 당사자주의 형사소송구조, 직접주의, 구두주의, 무죄추정의 원칙 등의 기본원칙들 중에서 무엇에 중점을 더 주느냐에 따라 결정됨.
- (2) 예컨대 증거개시 결정에 대하여 불복을 허용하지 않는 것은 다분히 법원중심적인 형사소송구조라고 말할 수 있으나 그렇다고 하여 이것이 직권탐지주의의 필연적인 귀결은 아님. 마찬가지로 법원의 증거결정에 대하여 법령위반이 있는 경우가 아닌 한 이의신청을 할 수 없도록 하고(규칙 제135조의2 단서), 증거결정은 판결 전의 소송절차에 관한 결정에 해당하고 그리고 이에 대해 특히 즉시항고에 관한 규정이 없으므로 이에 대한 항고 역시 할 수 없는 것(법 제403조 제1항)도 다분히 법원중심적인 것임.
- (3) 그리고 제312조(검사 또는 사법경찰관의 조서 등), 제313조(진술서등), 제316조(전문의 진술) 등은 전문의 증거임에도 불구하고 일정한 요건만 충족되면 당연히 증거능력을 인정하여 재판에 현출할 수 있도록 하고 있는데 이것이 과연 직접주의의 예외인지 아니면 전문법칙의 예외인지에 대해서도 논란이 있으며 일단 재판에 현출된 이들 증거들은 사후에 증거능력이 부인된다고 하더라도 자칫 법관·배심원에게 선입견과 예단을 심어줄 위험이 크기 때문에 그런 만큼 이들 증거들이 재판에 현출되는 것에 신중을 기할 필요가 있음.
- (4) 피의자·피고인의 반대신문권과 변호인의 조력을 받을 권리, 특히 수사단계에서의 변호사의 입회권은 탄핵주의 형사소송구조에서 수사단계에서의 (방어권보장 외에) 실체적 진실의 왜곡의 방지를 위하여 그리고 공판단계에서는 교호신문을 통한 법관·배심원의 자유심증의 규제적인 통제를 가능하게 하기 위하여 필수적인 것임. 따라서 변호사의 입회없는 상황 하에서의 피의자·피고인의 진술을 기재한 조서에 일정한 요건만 충족하면 당연히 증거능력을 인정하여 재판에 현출할 수 있도록 하는 것이 과연 정당한가에 대해서는 많은 의문이 제기됨.
- (5) 「형사소송법」의 전문법칙에 관한 규정들은 작성자가 누구인지를 기준으로 하면서 피의자 또는 피고인이 진술한 경우를 우선 서술하고 있음. 그런데 진술을 대신하는 서면에 대하여 예외적으로 증거능력을 인정하는 규정에서는 그 내용이나 형식을 볼 때 전문법칙과 별개의 원칙에 의한 내용이 많이 들어있어 실질적으로는 전문법칙과는 다른 원리가 지배하고 있다는 지적은 이미 오래전부터 존재하였음. 전문진술과 전문서류 모두 전문증거이기는 하나, 체계의 정합성 및 원칙과 예외의 관계를 분명히 하기 위해서는 진술증거에 대해 먼저 규정하고 전문법칙의 전형적 예외에 관하여 규정한 후 피의자신문조서에 관한 조문을 그 다음에 배치하는 방법을 생각해 볼 수 있음.
- (6) 공동연구진들 간에 가장 첨예한 논의가 이루어졌고 그리고 현재 수사권조정논의와 관련해서도 중요한 관심사로 대두되고 있는 것이 바로 피의자신문조서의 증거능력임. 일각에서는 검사와 사법경찰관리 작성 피의자신문조서의 증거능력 요건의 차이가 흡사 검사에게 이른바 보다 강한 수사권력을 부여한 것이기 때문에 부당하다는 논거가 제시되기도 하지만 피의자신문조서의 문제는 그렇게 단순한 문제로 축소될 수 있는 것은 아님. 즉 조서재판이 관례처럼 이루어지고 있는 현행 재판실무에서 피의자신문조서는 흡사 “자백”조서로서 기능하고 있다는 점에서 이미 자백배제법칙과 자백보강법칙과 조화되지 않을 뿐만 아니라 일정한 요건 하에서 당연히 증거능력이 부여됨으로써 (설령 나중에 피고인이 공판에서 이를 부인한다고 하더라도 이미 재판에 현출된) 해당 피의자신문조서에 의하여 법관·배심원에게 예단을 주게 되어 객관적이고 공정한 사실인정을 기대할 수 없게 만듦. 수사기관은 비진술증거의 확보방안으로서 수사의 효율성의 제고를 주장하기도 하지만 경우에 따라서는 공소유지를 위한 유일한 증거일 수도 있는 피의자신문조서의 중요성을 강조하고(후자의 경우는 공소권 남용이 되는 것은 아닌지라는 의문이 제기될

수 있음) 그리고 법관은 형사소송법상 구두변론주의(「형사소송법」 제37조)에도 불구하고 인종 보다는 서증을 선호함으로써 결국 소송경제의 가치를 우선하기도 함. 따라서 단기적으로는 실무의 요구를 반영하여 검사작성 피의자신문조서를 사법경찰관작성 피의자신문조서의 수준으로 그 인정요건을 강화한다고 하더라도 장기적으로 피의자신문조서가 실무에서 실질적으로 자백조서로 활용되고 있다는 점을 고려하여 증거능력을 부인하는 방안도 생각할 수 있음. 그러나 이와 관련해서는 공동연구자들 간에 이견이 있기 때문에 여기에서는 그 결론을 미루고, 피의자신문조서에 관하여 서술한 공동연구자의 서술을 참조하기 바람(제2장 제10절 “3. 개정안”, “나.”, 제12절 “5. 개정안”).

- (7) 진술의 임의성은 그 일관성과 함께 진술증거의 추진력(협의의 증명력, probative value) 과 신용력(credibility)을 결정한다는 점에서 법관·배심원의 자유심증에 많은 영향을 주는 것이 사실임. 특히 증인들간 혹은 피고인과 증인 간에 진술이 상반되거나 혹은 진술 증거만이 재판에 제시되거나 혹은 결정적인 요인이 되는 경우 더욱 더 진술증거의 임의성은 중요한 의미를 가짐. 그런데 「형사소송법」 제317조는 피고인 또는 피고인 아닌 자의 진술의 임의성에 관하여 규정하면서 검사작성 피의자신문조서(제312조 제1항 및 제2 항), 피고인 아닌 자의 신문조서(동조 제4항), 그 밖의 진술서등(제313조 제1항), 진술을 요하는 자가 공판준비기일 또는 공판기일에 출석하지 못한 경우의 진술(제314조) 그리고 전문의 진술(제316조)에서는 “특히 신빙할 수 있는 상태”를 그 요건으로 하고 있는데 판례는 이를 “그 진술을 하였다는 것에 허위 개입의 여지가 거의 없고, 그 진술 내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있는 경우를 가리킨다”고 해석하고 있는데 이 때 진술의 임의성을 정한 제317조와 “특히 신빙할 수 있는 상태”에서의 진술의 임의성의 관계가 문제됨.

- 또한 진술이 임의적으로 이루어져야 한다는 것은 제309조(강제등 자백의 증거능력)나 진술의 임의성을 요구하는 “특히 신빙할 수 있는 상태”의 원칙이라는 점에서 과연 진술의 임의성을 정한 제317조가 이들 규정들 뒤에 위치하는 것이 타당한가라는 근본적인 문제가 제기됨.

기타 증거규칙들의 적정성의 문제

- 형사소송법 외에 형사소송절차와 관련된 규정들이 각 특별법들에 산재함으로써 법 적용에 있어서 많은 혼란을 야기할 뿐만 아니라 무엇보다도 과학수사의 영역에서 사실인정을 위한 증거로서의 의미가 증대되고 있다는 현 시점에서 형사소송법의 기본원칙과의 정합성이 문제됨.

- (1) 영상녹화물과 관련하여 피의자뿐만 아니라 참고인 진술의 영상녹화의 기능을 적법절차 및 인권 보호로 제한하는 한, 그에 부수하여 작성된 영상녹화물의 활용 역시 적법절차 및 진술의 임의성을 입증하는데 필요한 경우로 제한해야 할 것임. 따라서 현행 형사소송법 규정과 같이 실질적 진정성립의 증명수단 또는 특신상태의 하나라고 할 수 있는 진술의 임의성을 증명하는 수단으로 한정해야 할 것임.
- (2) 디엔에이 증거와 관련해서도 감정결과와 오류가능성을 배제할 수 있는 어떠한 규정도 명시되어 있지 않음. 따라서 오류가능성이 없음에 대한 반증가능한 추정으로 충분인가에 대해서는 신중한 검토가 필요함.
- (3) 그리고 디지털증거와 관련하여 현행법상 디지털 증거에 대해서도 작성자를 특정할 수 있는 형식적 진정성립요건이 존재해야 한다면 디지털 형식에 맞는 형식적 진정성립요건을 별도로 규정할 필요가 있다고 할 것임.
- (4) 기타 증거확보 방안으로 논의되는 것으로는 감정과 함정수사를 들 수 있는데 ① 감정과 관련해서는 긴급통신제한조치에 대한 법원의 사후통제의 결여가 독수과실의 원칙의 의미를 희석시킬 우려가 있으며, ② 함정수사와 관련해서는 함정수사를 도입하는 것이 국제적인 추세이기는 하지만 그럼에도 불구하고 여전히 인권침해가능성에 대한 우려를 불식시키지 못하고 있다는 점은 쉽게 간과될 수 없음.

법관·배심원의 객관적인 사실인정

- 직권탐지주의 형사소송구조에서 법관과 배심원은 공소사실이 실제적 진실과 일치하는지의 여부를 규명함. 그러나 인간의 인식의 불완전성은 절대적인 확실성을 확인할 수 없다는 점에서 유죄에 대한 확신은 상대적일 수밖에 없음.
- 이러한 상황 하에서 기대할 수 있는 것은 법관·배심원이 예단을 갖지 않도록 심증형성과정에 절차적인 전제조건을 규정하는 소극적인 방식을 생각할 수 있음.
- 이러한 전제조건은 무엇보다도 ① 허용되지 않는 증거에 의하여 예단이나 선입견을 갖지 않도록 애초부터 법원에 현출되는 것이 허용되는 증거를 정하고(제2장과 제3장 참조), ② 무죄추정의 원칙에 의하여 유죄인정의 최소한의 하한을 정하는 한편(합리적인 의심을 넘는 증명), ③ 이때에도 유죄일 확률과 무죄일 확률의 산술적인 통계에 의하여 유죄의 심증의 정도를 정하는 것이 아니라 피고인이 무죄일 수도 있다는 가능성을 하나씩 제거해 나가면서 마지막에 그러한 가능성이 모두 배제되었을 때 비로소 무죄일 수 없다는 단정적인 가능성에서 합리적인 의심을 넘는 증명과 유죄의 심증의 정도를 찾을 수 있을 것임.
- 이 때 무죄추정의 원칙은 유죄에 대하여 합리적인 의심을 가지는 자는 합리적인 의심을 가지지 않는 자에게 이유를 제시할 의무가 없으며 반대로 합리적인 의심을 가지지 않은 자가 합리적인 의심을 가지는 자에게 그 이유를 제시하여야 한다는 거증책임의 원칙을 제시해 줌.
그럼에도 불구하고 자유심증주의는 역사적인 유래와는 달리 현대사회에서는 많은 변화를 겪고 있음. 즉 현대에 있어서 자유심증주의는 오히려 비판의 대상이 되어 법관의 “자유”보다는 “제한”이 보다 강조되고 있음.
- 이러한 의미에서 법관과 배심원의 심증의 “자유”가 재량을 가장한 자의로 변질되지 않도록 하는 규제적인 장치가 필요한데 무엇보다도 법관·배심원의 심증이 이른바 블랙박스가 되지 않도록 그 심증형성과정의 투명성을 확보할 필요가 있음. 그것이 바로 하급심 판결문의 공개, 상세한 판결이유 설시의무 그리고 항소심 및 상고심의 검증가능성이라고 말할 수 있음.

03 정책제언

- 수사와 관련한 독립된 편제가 필요함.
- 법원중심적인 공판절차의 개선 필요함.
- 증거법 분야에서 법원 및 수사기관 중심적인 절차 개선 필요함.
 - 예컨대 흡사 자백조서로 활용되는 피의자신문조서의 증거능력의 폐지 또는 제한의 필요성
- 수사절차에서의 현대과학기술의 오류가능성을 보정할 수 있는 수단 확보 필요함.
- 진술증거는 왜곡될 위험이 매우 크다는 점에서 피고인·피해자의 행위정황에 대한 신중한 심사(예컨대 증인의 진술의 일관성이 유죄의 유일한 증거로 할 수 있는가의 문제등)나 물적 증거에 의한 담보가 필요함.