

경찰관 법정증언 증가에 대한 대응방안

경찰관 법정증언 증가에 대한 대응방안

치안정책연구소 수사구조개혁연구실

경찰연구관 이 기 수

목 차

I. 서론	1
II. 형사사법 개혁과 경찰관 법정증언	4
1. 사법개혁의 핵심인 공판중심주의 강화	4
가. 조서재판의 지배와 폐해	4
나. 사법개혁을 통한 공판중심주의 강화	6
2. 조사자 증언제도의 도입	10
가. 공판중심주의와 증인으로서의 경찰	10
나. 경찰관 법정증언의 중요성	12
3. 공판중심주의 강화가 경찰수사에 미치는 영향	13
가. 수사절차의 투명성과 적법성 강화요청	13
나. 자백위주에서 물증(物證)중심 수사로	14
다. 조서작성에 주안점을 두는 수사관행의 탈피	18
라. 경찰의 수사기능 강화와 검찰의 공판활동 강화	21
마. 공소유지를 위한 경찰·검찰의 협력관계 구축	23
바. 증거개시제도의 도입과 수사	25
III. 외국의 경찰관 법정증언 제도	26
1. 영미법계	26
가. 미국	26
나. 영국	33
2. 대륙법계	35

가. 독일	35
나. 일본	39
3. 소결	41
IV. 경찰관 법정증언 증가에 대한 대응방안	42
1. 법정증언의 대비	42
가. 법정증언에 관한 교육 및 매뉴얼 개발	42
나. 수사과정에 대한 메모의 일상화	43
다. 수사기록의 보존문제	44
2. 과학수사를 통한 객관적인 물증 확보를 위한 노력	45
3. 피의자신문 방법의 개선	47
4. 적법절차의 준수를 통한 인권보장	50
5. 경찰수사에 대한 민주적 통제와 신뢰제고	52
6. 수사구조개혁의 지속적 추진	54
V. 결론	56
참고문헌	59

I. 서론

정부는 2007년 사법개혁의 일환으로 공판중심주의를 대폭 강화한 형사소송법 개정을 단행하고, 국민참여재판 도입을 골자로 “국민의 형사 재판참여에 관한 법률”을 제정하였다. 사법개혁의 거대한 파도가 이미 시작되었지만 우리가 큰 파고를 실감하기까지는 시간이 걸릴지도 모른다. 그러나 분명한 것은 형사사법 체계에 큰 변화를 가져올 것이고, 그 변화의 흐름은 누구도 거스를 수 없을 것이다. 특히나 형사절차에 관계된 경찰, 검찰, 법원의 3대 사법기관은 그 변화의 중심에 서게 될 것이다. 그렇기 때문에 변화에 빠르게 적응하기 위해 해당 기관에서는 새로운 법이 취지에 맞게 조기에 정착되고, 개혁이 성공적으로 수행될 수 있도록 준비에 만전을 기하며, 시행과정에서 즉각적인 문제점의 발견과 시정을 통해 사법개혁의 큰 취지가 실현될 수 있도록 노력해야 할 것이다.

형사소송법 개정과 국민참여재판의 도입은 모두 ‘공판중심주의 강화’라는 개혁의 대명제를 지향하고 있다. 증거개시제도의 도입이나 공판준비절차의 도입은 공판중심주의를 위한 실질적·상징적인 변화라고 할 수 있고, 변호인의 피의자신문참여권 규정이나 수사과정 기록제도, 위법수집증거배제 원칙의 명문화 등은 공판중심주의의 성공을 위한 전제로서 인권보장을 강화한 개혁안으로서의 면모를 더해주고 있다. 특히, 2008년부터 시행되고 있는 국민참여재판은 그 자체로서 공판중심주의의 결정체라고 할 수 있다. 이는 사법절차에 국민의 참여를 보장하여 시민적 가치와 감각의 반영, 법 이론과 현실의 괴리 극복, 법조비리 극복과 윤리성 제고 등을 통해 최종적으로 형사사법의 신뢰성을 제고한다는 것이 목표로 제시되었다. 또한 그렇게 함으로써 관료사법의 폐해를 극복하고, 사

법의 민주적 정당성을 확보한다는 목표도 함께 달성할 수 있을 것이다. 2012년이 되면 국민참여재판제도는 시범실시를 끝내고 본격 시행에 들어간다. 당연히 시범실시 중인 현재보다도 국민참여재판의 시행 빈도가 늘어날 것은 자명한 일이다. 이는 형사소송법과도 매우 관련 있는 것이다. 이 재판이 가능하기 위해서 공판중심주의 실현과 직결된 수많은 형사소송법상의 개정을 동시에 수반해야 하는 문제이다. 그렇기 때문에 국민참여재판은 형사소송법의 대폭적인 개정과 함께 도입된 것이다. 국민참여재판제도 하에서는 서류재판이 아닌 구두변론에 의한 배심재판이므로 검사작성의 조서보다도 경찰관의 증언이 훨씬 중요하게 다루어질 것이고 이런 중대한 변화에 대비하여 경찰에서도 조직 차원의 철저한 준비와 대응이 요구된다.

개정 형사소송법도 이에 부응해 조사자 증언제도를 규정하고 있고 실제로 경찰관의 법정증언도 최근 급속도로 증가하고 있다.¹⁾ 이러한 증가세는 양적인 변화만을 의미하는 것이 아니다. 기존의 경찰관 작성 피의자신문조서의 경우 피고인이 법정에서 내용을 부인할 경우에 증거로서의 가치를 상실하였고 그것은 조사경찰관의 증언도 마찬가지였다. 그러나 조사자 증언제도 도입 이후 경찰관 작성 피의자신문조서와는 달리 조사자의 법정증언은 피고의 내용부인에 불구하고 증거로서 채택될 수 있기 때문에 증인으로서 경찰관의 영향은 이전과 많이 다를 것이고 이러한 변화는 수사에 많은 변화를 가져 올 것이다. 또한 경찰과 검찰의 역할 재정립에도 큰 영향을 줄 것으로 예상되고 있다.

이 글은 이러한 변화, 즉 경찰관법정증언의 증가와 중요성 확대에 따른 대응방안 마련에 초점을 두고 다음과 같은 논의 순서로 전개한다.

첫째, 사법개혁의 구체적 내용들을 살펴보고, 그러한 사법개혁이 경찰수

1) 경찰청 자료에 따르면 2006년 601건이던 경찰관의 법정증언은 2007년에 989건, 2008년에는 1,458건으로, 2009년에는 1,837건으로 최근 들어 매년 급증하는 추세를 명확히 보여주고 있다.

사 환경에 미치는 영향을 조사자 증언제도의 도입과 함께 살펴본다.

둘째, 이제 본격적으로 실시될 우리나라 경찰관 법정증언의 바람직한 모델을 찾아보기 위해 선진외국의 경찰관 법정증언제도와 실무상 운영에 대해 살펴본다.

셋째, 앞서 살펴본 내용들을 토대로 향후 예상되는 경찰관 법정증언의 증가에 대한 대응방안을 모색해보기로 한다.

이 글은 연구범위를 조사자 증언제도 중에서도 경찰관의 법정증언에 한정해 연구하기로 한다. 형사소송법 개정 등 사법개혁 논의과정을 통해 기존의 진행된 연구들을 참고하고, 최근 조사자증언제도에 대한 관심이 높아지면서 외국의 실무운영 등에 대해 진행된 연구내용을 추가로 살펴볼 것이며, 국민참여재판의 시행에 따라 경찰에서 법정증언의 증가와 관련해 도입을 검토할만한 시민감시제도 등에 대해서도 살펴보도록 한다.

부족하나마 이 글이 경찰관의 법정증언 증가에 대한 대비에 기여할 수 있기를 바라며 경찰관의 성공적인 법정증언 실시를 통해 우리나라에 공판중심주의라는 바람직하고 선진적인 개혁의 모토가 실현될 수 있기를 기원한다.

II. 형사사법 개혁과 경찰관 법정증언

1. 사법개혁의 핵심인 공판중심주의 강화

가. 조서재판의 지배와 폐해

조서재판은 일제 이후 반세기가 넘는 긴 시간 동안 우리의 통상적인 형사재판을 지칭하는 유쾌하지 못한 단어였다. 우리의 형사소송법에는 모든 증거자료를 공판에 집중시켜 공판정에서 형성된 심증만을 토대로 심판하는 공판중심주의가 확립되어 있음에도, 이를 실현하기 위한 피고인의 방어권보장이나 공개재판주의, 직접심리주의, 구두변론주의와 같은 공판절차의 기본원칙들은 그저 법전에 기록되어 있을 뿐, 실무현실은 확연한 차이를 보여주고 있었다.

우리나라 조서재판의 연원은 일제시대에서 찾을 수 있다. 일제는 한국인들을 재판하면서 정확한 사실규명과 공정한 재판보다 형사처벌을 쉽고 효율적으로 하는 방식을 채택했다. 일본 법관들이 한국인들을 재판하면서 통역을 통해 피고나 증인 등의 진술을 상세히 들어보고 진실규명을 위해 노력하는 것은 기대하기도 어려웠을 뿐 아니라 어쩌면 당연히 일본 순사나 검사가 작성한 조서에 의해 효율적으로 판결하고 처벌하는 것이 다른 무엇보다 우위의 가치였을 것이다. 재판이 이처럼 실체진실의 발견과 공정성이라는 가치보다 효율성을 우선시 할 때 무고한 죄인은 생겨나게 되어 있다.

일제가 물러간 후인 1954년 현행 형사소송법 제정 당시 일제 조서재

판의 악습을 극복하기 위해 우리의 입법자들은 경찰이 피의자를 상대로 작성한 조서는 원진술자가 법정에서 그 내용을 인정하지 않는 이상 증거로서 사용할 수 없도록 하는 개혁조치를 단행했다. 하지만, 수사현실을 감안하여 절충적으로 검사가 작성한 피의자신문조서에 대하여는 성립의 진정을 요건으로 그 증거능력을 인정했으며, 이는 조서재판이 여전히 우리나라 형사재판의 주류가 되도록 하는 토대를 남겨두는 꼴이 되었다. 이런 악습은 광복 반세기가 지난 시점까지도 극복되지 못한 채 도도히 그 명맥을 유지해오고 있다.

법정에서 검사와 피고인 및 그의 변호인이 실체적 진실이 무엇인가에 관해 치열한 공방을 벌이고, 재판부는 피고인이나 증인의 진술태도와 진술내용 등 눈앞에서 생생하게 펼쳐지는 원본증거를 통해서 증거의 신빙성 여부를 판단하여 유·무죄의 심증형성과 올바른 양형판단을 위해 고민하는 모습은 우리에게는 그저 영화에서나 보는 것으로 낯설기만 하다. 그보다는 검사가 기소장조차 낭독하지 않아 피고인이나 방청객이 어떤 죄로 재판을 받는지도 제대로 모르는 경우는 물론 피고인이 법정에서 자신의 억울함을 주장하더라도 묵살당하는 경우가 허다하고, 5분 남짓 형식적인 심리를 토대로 몇 주 후에 피고인들을 다시 불러놓고 1분 간격으로 재판을 선고하는, 마치 컨베이어에서 줄줄이 전과자를 양산하는 형국이 우리가 익숙한 재판의 모습이었다.²⁾

2) 이동희, “배심제·공판중심주의에 따른 경찰활동의 변화방향”, 형사법연구 제19권, 제3호 (2007 가을·통권 제32호) 下 738면, 한국형사법학회, 2007, 이 글에서는 저자가 국내 모 지방법원 형사법정을 한 주간 방청하고 모니터링한 결과 실체심리가 진행된 300건 가량의 재판에 소요된 평균시간은 5분 47초에 불과했고, 검사가 기소장조차 낭독하지 않아 피고인이 자신이 정확히 어떤 죄로 재판을 받고 있는지 제대로 모르는 경우는 물론, 피고인이 법정에서 자신의 억울함을 주장하더라도 묵살당하는 경우가 허다했다고 소개하고 있다. 이러한 형식적인 심리를 토대로 몇 주 후에 피고인들을 다시 불러 1분 간격으로 재판을 선고하고 있었는데 이는 마치 자동화된 컨베이어에서 줄줄이 전과자를 양산하고 있는 형국이었다고 표현하고 있으며, 이런 부실한 재판이 가능했던 것은 검찰에서 제출한 수사서류에만 의존해서 심리하는 조서재판의 관행을 극복하지 못하고, 검사가 작성한 조서에 무제한적인 증거가치를 부여하고 있었기 때문이라고 평가하고 있다.

법관은 집무실에서 검사가 제출한 수사서류 더미를 뒤적여 보면서 유죄의 심증을 형성해도 상관없도록 「형사소송법」이 규정되어 있었기 때문에 대부분의 사건에서 구두변론이 상당 부분 생략된 채 증거의 제출이나 증거조사가 요식적으로 이루어지고 실제로 피고인의 유·무죄 여부와 양형에 관한 판단은 형사법정이 아닌 법관의 집무실에서 이루어지는 소위 「조서재판」이 된 것이다.

법정에서 심리절차가 열린다고 해도 사건부담 때문에 절차가 축소되거나 생략되는 것이 보통이다. 공판심리의 효율성에 치중하여 양상한 뼈만 남아있는 공판절차가 진행되다보니 법정의 방청객은 물론 피고인조차도 형사법정에서 행해지는 절차의 의미나 재판의 내용을 파악할 수 없거나 이해할 수 없는 경우가 적지 않고, 피고인이 자신을 방어하기 위한 주장이나 의견진술도 못한 채 재판이 종결되기도 한다. 서류증거의 증거능력을 광범위하게 인정하고 있던 舊 「형사소송법」 규정을 근거로 전문증거의 증거능력 판단에 있어서 관대한 태도를 보였던 법원의 재판관행과 이러한 관행에 직·간접적으로 의존하여 자백 중심의 수사에 주력해왔던 검찰의 실무관행 속에서 피고인은 소송 주체가 아니라 단순한 심리의 객체로 취급될 수밖에 없었다. 이와 같은 공판심리절차의 형해화 즉, 조서재판이 형사사법에 대한 불신의 한 원인이 되었음을 부인할 수 없다.³⁾

나. 사법개혁을 통한 공판중심주의 강화

「헌법」 제27조가 보장하고 있는 공정한 재판을 받을 권리 속에는 신속하고 공개된 법정의 법관의 면전에서 모든 증거자료가 조사·진술되고 이에 대하여 피고인이 공격·방어할 수 있는 기회가 보장되는 재판, 즉 원칙적으로 당사자주의와 구두변론주의가 보장되어 당사자가 공소사실에 대한 답변과 입증 및 반증하는 등 공격·방어권이 충분히 보장되는 재판

3) 하태훈, “왜 공판중심주의적 법정심리절차인가?”, 수사연구, 2006.11. (12-17면) 참조

을 받을 권리가 포함되어 있다.⁴⁾ 대법원은 최근에 우리 형사사법의 문제점을 인식하기 시작했고 그 반성적 고려에서 구속된 피의자의 신문에 변호인의 참여가 원칙적으로 허용된다는 결정⁵⁾이나 실질적으로 검사에 의하여 조사가 이루어지지 않은 검사 작성의 피의자신문조서의 증거능력을 부인한 판결⁶⁾, 검사작성 피의자신문조서의 진정 성립요건에 관한 종래의 이른바 ‘추정론’을 폐기한 판결⁷⁾ 등을 내린 바 있다.⁸⁾

헌법재판소 역시 검사가 보관하는 수사기록에 대한 변호인의 열람·등사는 실질적 당사자대등을 확보하고 신속·공정한 재판을 실현하기 위하여 필요불가결한 것이며, 그에 대한 지나친 제한은 피고인의 신속 재판을 받을 권리를 침해한다는 결정⁹⁾, 구속적부심사를 청구한 피의자의 변호인에게 수사기록 중 고소장과 피의자신문조서의 내용을 알 권리 및 그 서류들을 열람할 권리가 인정되고 그 열람·등사를 거부한 경우에는 피의자의 변호인의 조력을 받을 권리를 침해하는 것이라는 결정¹⁰⁾, 수사기관에서 피의자신문을 받는 불구속 피의자의 경우에도 변호인의 조력을 받을 권리가 「헌법」상 인정된다는 결정¹¹⁾ 등을 통해 피의자·피고인의 방어권을 침해하는 잘못된 관행들을 바로잡으려는 노력이 있었다. 이러한 노력들은 피고인의 방어권 보장과 직접주의, 구두변론주의가 충실하게 지켜지는 형사재판을 실현하기 위한 큰 흐름을 형성해 왔고 이러한 흐름은 이제 거스를 수 없는 시대적 요청으로 자리 잡았다고 할 수 있다.¹²⁾

2007년의 형사소송법 개정과 국민의 형사재판참여에 관한 법률 제정

4) 헌재결 1996.12.26. 94헌마1

5) 대법원 2003. 11.11. 2003도402 결정(이른바 송두율씨 사건)

6) 대법원 2003. 10.9. 선고 2002도4372 판결

7) 대법원 2004.12.16. 선고 2002도537 전원합의체 판결

8) 이 판결 이후에도 대법원 2005.1.14. 선고 20046646 판결; 2005.3.10. 선고 2004도8493

9) 헌법재판소 1997. 11.27. 94헌마60 결정

10) 헌법재판소 2003.3.27. 2000헌마474 결정

11) 헌법재판소 2004.9.23. 2000헌마138 결정

12) 하태훈, 앞의 논문 12-17면,

은 이러한 형사사법개혁을 통해 공판중심주의적 법정심리절차를 확립하겠다는 강력한 의지의 표현으로 볼 수 있다. 형사소송법의 대폭 개정은 오히려 국회에서 함께 통과된 「국민의 형사재판참여에 관한 법률」 제정에 영향을 받은 바가 크다. 국민참여재판은 단순히 국민배심원을 도입하는 내용으로 채워질 성질의 것이 아니다. 그 재판이 가능하기 위해서는 공판중심주의, 증거집중주의, 공판 전 절차의 활성화, 증거개시 등 수많은 형사소송법상의 개정을 동시에 동반해야하는 것이다. 국민참여재판만 이런 선진적 제도의 혜택을 볼 수 없는 것이기에, 결국 일부 사건에 국민참여재판을 도입한다고 결단할 때 곧바로 형사절차 전반에 걸친 대개혁을 동반하지 않을 수 없는 것이다. 국민참여재판의 도입이 전체 형사절차 선진화의 지렛대가 될 것이라는 기대에 걸맞게 앞서 언급했던 형사소송법의 개정 범위는 광범위하게 이루어진 것이다.¹³⁾

국민참여재판은 사법절차에 국민의 참여를 보장하여 시민적 가치와 감각의 반영, 법 이론과 현실의 괴리 극복, 법조비리 극복과 윤리성 제고 등을 통해 최종적으로 형사사법의 신뢰성을 제고한다는 것이 목표였다. 이러한 국민참여재판의 시행은 필연적으로 공판중심주의를 더욱 강화시키게 될 것이다. 배심원들이 유무죄를 판단하기 위해서는 모든 증거가 법정에서 집중되어야 하며, 공판절차에서는 구두신문에 의한 직접심리와 집중심리가 이루어져야 하기 때문이다. 종전처럼 서류를 들여다보며 재판하는 방식은 더 이상 유지될 수 없으며, 증인이 직접 법정에서 출석하여 자신이 체험한 사실을 진술하는 방식 위주로 변화되어야 한다.

개정 형소법은 공판중심주의적 법정심리절차를 강화하기 위해 증거개시제도를 도입하여 피고인이 검사가 보관하고 있는 증거서류 등을 열람·등사할 수 있는 근거를 마련하고(개정안 제266조의3), 집중심리의 활성화

13) 한인섭, “사법민주화의 과정과 국민에 의한 재판의 탄생: 그 역사적 의미”, 국민의 사법참여, 경인문화사, 2010. 37면.

화를 위하여 본격적인 공판절차에 들어가기 전에 미리 쟁점정리 및 입증 계획의 수립 등을 할 수 있도록 공판준비절차를 도입하였다(제266조의 2 이하). 또한 집중심리의 원칙을 강화하여 심리에 2일 이상이 필요할 경우에는 부득이한 사정이 없는 한 매일 개정하도록 하였고(제267조의2), 서면이 아닌 구두변론에 의해 공판절차를 진행하는 구두 변론주의를 천명하였다(제275조의3). 그 외에도 증거개시제도에 따르면 공소사실을 실질적으로 다투는 피고인은 형사절차에서 자신을 충분히 방어할 수 있어야 하는데, 피고인의 방어권을 강화하고 공판중심주의적 법정심리절차를 확립하기 위하여 변호인의 피의자신문 참여(제243조의 2), 피의자 진술 거부권 등의 고지(제244조의3), 수사과정 기록제도(제244조의4)를 도입하였다. 그리고 증거능력 규정에 관해서는 형사소송의 목적인 실체적 진실발견과 피의자·피고인의 인권보장을 조화시키기 위하여 증거재판주의 원칙을 강화하고(개정안 307조 제2항), 위법수집증거 배제원칙을 명문화하고(제308조의 2), 조서관련 규정도 증거능력 인정의 요건을 강화하는 등 정비하였다.

형사소송의 기본원칙인 공판중심주의는 사건부담이 많고 비효율적이라는 이유로 생략되어서는 안 될 형사소송의 핵심원칙이다. 조서의 죽은 글자로부터 진실을 캐내려 들지 말고 공판정에서 피고인의 생생한 목소리, 얼굴빛과 진술태도 등을 통해서 실체적 진실을 가려야 한다는 원칙이다. 검찰도 인정하듯이 공판중심주의의 실현은 거스를 수 없는 방향이다. 법정에서 당사자들의 공방을 통해서, 그리고 물증을 통해서 실체적 진실을 발견해 나가는 과정이 독일이나 미국 등 선진국에서 볼 수 있는 재판모습이다. 피고인이 공판정에 나와 있음에도 그의 진술을 들어보는 대신에 신문조서를 증거로 쓴다는 것은 재판제도 자체를 부정하는 것과 같다.

이제 더 이상 피의자나 피고인의 입에 의지하는 수사와 재판이 진행되

어서는 안 된다. 앞으로 사법경찰이나 검찰의 수사는 기소여부와 공판을 대비하기 위한 수사여야 한다. 한마디로 게임은 공판정이라는 링 위에서 피고인과 변호인, 검사 모두가 참여한 가운데 벌어져야 한다. 어느 일방(검사 또는 사법경찰관)이 변호인도 없는 폐쇄된 조사실에서 주도하는 수사절차가 본 게임화 되는 것을 막자는 것이 공판중심주의의 핵심이다. 공개된 법정(법정)이 수사절차의 중심에 서야 투명성도 확보되어 국민의 감시와 통제가 가능해져 사법신뢰도 회복될 것이다. 이것이 지난한 과정을 거쳐 국민참여재판을 도입하고, 형사소송법의 대폭적인 개정을 단행한 이유라 할 것이다.¹⁴⁾

2. 조사자 증언제도의 도입

가. 공판중심주의와 증인으로서의 경찰

앞에서 논한 공판중심주의의 강화는 법관이나 배심원들이 유무죄를 판단하기 위해서는 모든 증거가 법정에 집중되어야 하며, 공판절차에서는 구두신문에 의한 직접심리와 집중심리가 이루어져야 한다. 종전처럼 서류를 들여다보며 재판하는 방식은 더 이상 유지될 수 없으며, 증인이 직접 법정에 출석하여 자신이 체험한 사실을 진술하는 방식 위주로 변화되어야 한다.

수사를 직접 담당한 경찰관도 법정증언에 있어 예외일 수 없다. 범죄현장에서의 초동조치 상황을 비롯하여 용의자를 압축하여 피의자를 범인으로 특정하게 된 경위와 관련증거의 구체적인 수집과정 및 절차 등을 이를 직접 체험한 경찰관이 배심원의 면전에서 구체적으로 증언해야 한다. 경찰관의 법정증언의 대상에는 수사의 전 과정에 걸친 다양한 형태

14) 하태훈, 앞의 논문 참조.

의 체험이 포함될 수 있다. 피의자의 자백이나 참고인의 진술을 청취한 체험, 각종 영장의 집행 등 대인적·대물적 강제수사 과정상의 체험, 임의 동행이나 미행·잠복 등 여타 임의수사 과정상의 체험 등이 모두 증언의 대상이 될 수 있는 것이다.

그리고 수사기관이 취득한 피의자나 참고인의 진술도 이를 녹취한 조서가 아니라 원칙적으로 조사를 담당한 경찰관의 직접적인 진술을 통해서 공판정에 현출되어야 한다. 이와 관련하여 보면, 종래 대법원은 사법경찰관 작성 피의자신문조서의 증거능력을 실질적으로 부정하고 있는 형사소송법 제312조 제2항의 입법취지를 살린다는 명목으로 피의자신문시 자백을 청취한 경찰관의 법정증언에 대하여는 그 증거능력을 부정해 왔다.¹⁵⁾ 그러나 개정 형사소송법은 조사자 증언제도(형소법 제316조)¹⁶⁾를 도입하여 피의자를 조사한 경찰관의 법정증언을 증거로 사용할 수 있도록 하였다. 이제 개정 형사소송법에 따라 경찰도 조사과정에서 취득한 자백을 포함한 피의자의 진술을 법정증언이라는 방식을 통해 법정에서 현출할 수 있는 길이 열리게 된 것이다.

미국의 형사재판은 경찰증언이 없이는 제대로 기능하지 않을 정도라고 한다. 미국의 경우 정식 형사재판 중 약 4/5정도에서 경찰이 증인으로 등장한다고 하며, 일부 사건의 경우 경찰은 감정인(expert witness)으로 법정에서 서기도 한다.¹⁷⁾

15) 대법원 1979.5.8. 선고 79도493 판결 ; 대법원 1980.8.12. 선고 80도1364 판결; 대법원 1983. 6. 14. 선고 83도1011 판결; 대법원 1984. 2.28. 선고 83도 3223 판결 ; 대법원 1985.2.13. 선고 84도 2897 판결 ; 대법원 1995. 3.24. 선고 94도 2287 판결 ; 대법원 2002. 8.23. 선고 2002도 2112 판결 등 참조

16) 형사소송법 제316조(전문의 진술) ①피고인이 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 상태 하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한하여 이를 증거로 할 수 있다.

17) Kevin Tierney, *The Courtroom testimony : A Policeman's Guide*(Funk & Wagnalls, 1970), p.12-15. 한인섭, 국민참여재판 하에서의 경찰 역할의 변화, 형사정책 제18권 제2호, 한국형사정책학회, 2006, 재인용.

이와 같이 국민참여재판의 시행에 따른 공판중심주의의 철저화는 곧 경찰관의 법정증언으로서의 역할의 대폭적인 확대라는 변화를 수반할 것으로 예상된다. 앞으로 경찰관이 증언을 위해 법정에서 등장하는 일은 흔히 접하는 일상의 모습이 될 것이다.¹⁸⁾

나. 경찰관 법정증언의 중요성

법정에서 증언은 가장 비중이 큰 증거의 하나이며 특히 배심재판에 있어서는 더욱 그렇다. 물론 과학수사를 모토로 하고 있는 만큼 과학적인 물적 증거가 중요한 것은 불문가지의 사실이다. 이러한 범행현장의 물증이나, 수사단계에서의 피의자 및 참고인의 진술이 서증의 형태로 제공될 때 그것 역시 매우 중요할 수 있다.

그러나 법정에서 직접 법관 또는 배심원들을 상대로 면전에서 하는 증언만큼 강렬하고 직접적인 효과를 가진 증거는 달리 없다. 서증, 과학증거도 법정에서 ‘증언’하는 형태로 현출되고, 반대신문을 이겨낼 때 비로소 증거로서 강렬한 힘을 갖게 된다. 그러므로 증언은 일반적으로 가장 중요한 증거로 작용한다고 할 수 있다.¹⁹⁾

일반적으로 경미한 사건보다는 중대한 사건으로 갈수록 직접 수사한 경찰관 증언의 중요성이 더해진다. 예컨대 일반 폭력사건의 경우에는 피해자 혹은 목격자가 있으므로 이들이 증언대에 설 수 있다. 그러나 살인사건의 경우에 피해자는 죽고 없으므로 사건에 대한 증언이 있을 수 없다. 따라서 살인사건의 경우에는 경찰증언이 불가결하다. 경찰증언이 없이는 어떤 살인사건의 기소와 소추도 성공하지 못할 것이다.²⁰⁾ 세인의

18) 이동희, 앞의 논문 참조.

19) Kevin Tierney 앞의 책 p.12

20) Kevin Tierney 앞의 책 p.15

뇌리를 자극하는 사건이라면 대중은 경찰증언에 일차적으로 의존하게 된다.

경찰증언은 그 증언의 신뢰성과 그것이 재판의 결과에 주는 영향 때문에 더욱 중요하다. 유명한 O.J 심슨 사건의 공판정에서 가장 쟁점이 되었던 것 중의 하나는 경찰증언의 신뢰성 문제였다. 심슨의 혈액을 운반한 형사, 장갑을 발견한 형사가 법정에서 증인으로 진술했을 때, 심슨의 변호인들은 그들이 ‘거짓말쟁이’이고 ‘인종차별주의자’라는 점을 보여주는 증거를 제시하면서 그들의 증언을 탄핵했다. 검찰 측은 이 점을 일부나마 시인할 수밖에 없었으나, 다만 압도적인 증거의 우위에 비추어 “증언한 경찰이 거짓말쟁이이고 인종차별주의자라고 하여 검찰 측이 합리적 의문을 넘어 입증하지 않았다는 것이 되지는 않는다.”고 반박했다. 그러나 결과적으로 심슨은 무죄판결을 받았고 이에 변호인들이 주장한 내용에 따라 수사를 담당할 경찰 증언의 신뢰성 여부가 재판결과에 영향을 미쳤을 수도 있다는 여운을 남기게 되었다.²¹⁾

3. 공판중심주의 강화가 경찰수사에 미치는 영향

가. 수사절차의 투명성과 적법성 강화요청

공판중심주의적 법정심리절차 확립을 위한 일련의 조치들은 그 동안 형해화(形骸化)되었던 피고인의 방어권보장을 보다 적극적으로 실현하기 위해 마련된 조치들이다. 즉, 이는 형사사건의 실체형성이 수사단계에서 공판중심으로 진행된다는 의미를 갖는데, 이로부터 수사단계에서 행해졌던 피의자의 진술은 위법수사를 근거로 공판에서 번복할 가능성이 높아

21) 한인섭, “경찰관 법정증언제도에 대한 연구”, 치안정책연구소, 2007

지게 되었으며, 피의자가 인정한 혐의도 공판에서 부인될 여지가 있게 되었다. 이러한 번복된 진술은 그 진위여부를 떠나 수사기관의 입장에서는 그동안 수사과정에서 들인 노력이 수포로 돌아가게 되고, 공판에서 피고인의 번복진술을 허위진술로 밝히지 못할 경우, 자백을 받아내기 위해 무리한 수사를 감행했다는 비난을 면치 못하게 될 것이다.

더 나아가 이러한 피고인의 진술번복이 증가할 경우, 수사의 신뢰성이 상실되어 수사협조에 차질을 빚게 되고, 결국 수사의 비효율성으로 나아가는 악순환에 빠지게 될 것이 예상된다. 따라서 그동안 수사과정에서 행해오던 심야 내지 밤샘조사, 그리고 입회자 없는 경찰관 또는 검사의 단독조사에 대한 금지가 보다 확고하게 실현되리라 보여 진다. 또한 피의자신문단계에서부터 변호인의 입회는 수사절차의 적법성을 보장하는 측면에 있어서도 보다 폭넓게 실현될 것으로 전망된다. 더 나아가 자백 조서의 증거능력이 인정될 수 있는 형사소송법 제312조 제1항 단서의 ‘특신상태’와 동법 제309조의 ‘임의성’의 요건이 더욱 강화될 것이 예견되는데, 이에 따라 수사기관은 자백조서가 증거로 채택될 수 있도록 이러한 ‘특신상태’와 ‘임의성’의 입증에 보다 적극적으로 대처할 수 있도록 적법절차를 준수하도록 최선을 다해야 한다.

요컨대 수사기관은 피고인의 진술번복 가능성을 염두에 두고, 수사과정에서 투명성을 확보하여 적법절차를 준수하고 또 이를 입증하는데도 노력을 기울여야 할 것이다.²²⁾

나. 자백위주에서 물증(物證)중심 수사로

이제까지 절대적이었던 수사기관의 자백의존도는 다음과 같은 두 가지 요인에 의해 크게 다른 양상으로 변화해갈 것으로 보인다.

22) 홍승희, “공판중심주의적 법정심리절차가 수사절차에 미치는 영향”, 수사연구, 2004.8 29-30면.

우선 변호인참여권의 실질적 행사이다. 변호인참여권에 대하여 지금까지 경찰은 2000년부터, 검찰은 2003년부터 일정한 제한 하에 보장하고 있었다. 그러나 그 동안의 변호인 조력을 받을 권리는 수사현실에서 제대로 보장받지 못하고 있었다. 그 이유 중의 하나는 변호인에게 ‘입회’만 시킬 뿐이고 ‘조력’을 하지 못하도록 하고 있기 때문이다. 법률전문가이고 검사와 대등한 입장에 서는 변호인을 수사과정에서 입회는 시키되, 법적 조언을 하거나 법적 권리를 환기시킬 수 없도록 함으로써 변호인의 존재의의를 무력화시킨 것이다. 다른 이유는 아직도 변호인 참여를 꺼리는 수사기관의 문화와 분위기 속에 변호인이 뛰어들기 귀찮아하거나 꺼리는 것도 느껴진다. 수사는 언제 이루어질지 모르는데, 변호인은 수사 시에 언제나 입회할 수 있도록 대기태세에 있을 수도 없는 일이다. 때문에 수사과정에서 변호인의 조력을 실제로 받기 어려운 경우가 대부분일 것이다.

그러나 개정형소법은 변호인참여권을 제243조의 2에서 명문으로 규정하고 있다. 이것은 그간의 실질적으로 행사되지 못하던 변호인 조력을 받을 권리를 합법적으로堂堂하게 행사할 수 있게 됨을 의미하는 것으로 실질적으로 수사기관에서 수사 시 변호인이 입회하게 되면 더 이상 고문이나 강압수사가 아니더라도 자백을 이끌어내는데 일방적으로 수사기관에 유리했던 상황이 변화됨을 의미하는 것이다.

두 번째는 진술거부권의 행사이다. 그동안 헌법과 법률상의 기본권으로서 확립되어 있으나 ‘중이 위의 권리’에 머물러 있었던 진술거부권의 실질적 행사가 수사관행에 큰 영향을 끼칠 수 있을 것이다. 지금까지 진술거부권의 행사는 존재 자체를 모르고 있는 피의자가 있는가 하면, 알더라도 “감히” 행사했다간 오히려 꾀죄에 걸리지 않을까 우려하기도 한다. 막상 진술거부권을 행사하려는 피의자에 대하여 “죄를 짓지 않았으면 떳떳이 말해야 한다”는 소박한 생각과 진술거부권은 변호인이 수사

방해를 위한 책략적 조언이라는 세간의 인식으로 인해 진술거부권의 행사가 매우 어렵다. 그리고 그러한 반 헌법적인 문화풍토에 힘입어 수사기관은 진술거부권을 행사하는 피의자에 대하여 증거인멸의 우려가 있는 것처럼 보아 구속영장을 청구하거나 거듭 소환하여 진술을 압박하는 실정이다.²³⁾

그러나 예전에 수사기관에서 피의자신문조서에 ‘부동문자’로 적시되어 있던 진술거부권의 고지방법이 별도의 용지에 작성하고 서명하는 방식으로 변화하는 등 진술거부권의 고지가 보다 확실히 이루어지는 방향으로 진일보하였고, 헌법과 법률상의 권리를 앞으로도 계속해서 행사하지 않을 리 없으며, 형사변호의 실질화에 따라 형사변호인이 실질적으로 조력할 첫 번째 권리 항목이 진술거부권이 될 것임을 고려한다면 진술거부권의 행사는 훨씬 보편화될 것이다. 진술거부권의 보편화는 곧 수사기관이 자백을 얻어내는데 가장 큰 장애물이 생겨남을 의미하는 것이고 증거로서의 자백확보는 더 이상 쉬운 수단이 아니게 된다. 이에 따라 수사기법도 달라질 것이 요청된다. 크게 두 가지의 변화를 생각해볼 수 있다.

첫째, 증거의 중심이 자백으로부터 물증으로 이동할 것이다. 과학적 수사기법을 통해 증거를 확보하는 일이 매우 중시된다는 것이다. 수사관은 억박지름과 강압이 아니라 과학적 전문기법이 몸에 밴 전문가로 바뀌어나갈 것이 요구된다. 수사기관들은 이러한 과학수사의 강화를 위한 물적 설비와 인적 전문성의 확보를 위해 각별한 노력을 기울여야 할 것이다. 법의학의 중요성이 훨씬 커지고, 검시관제도의 도입이 검토되어야 할 것이다. DNA검사는 가장 보편적이고 손쉬운 방법으로 보급되어야 할 것이다.²⁴⁾

23) 이해광·최동렬·정준영·이상원·임동규, “바람직한 형사사법 시스템의 모색”, 바람직한 형사사법시스템의 모색 자료집, 대법원, 2004, 122면.

24) 이와 관련해 전혀 다른 주장을 하는 이도 있다. 노명신, “국민참여재판 실시와 수사 활동의 변화가능성”, 인권과 정의, 208.3월(51면)에서 배심원이 관여하는 국민참여재판을 할 경우 수사기관은 자백을 하지 않은 부인사건에서는 배심원을 설득하기 위해 더 많은 노력과

둘째, 과학적 수사기법이 중시되더라도 범행을 했는지 여부를 확실히 알고 있는 피의자의 존재는 여전히 사건해결의 가장 손쉬운 접근로임에 틀림없다. 그러나 고문수사, 강압수사도 불가능하고 진술거부권이 보편화된 상황에서 피의자의 입을 열게 하는 것은 강제와 회유가 아니라 협상이 되지 않을 수 없다. 범행을 인정하고 수사에 전폭적으로 협조하면 양형상의 배려를 해주겠다고 약속하고, 대신 피의자는 진술거부권을 포기하고 자신에게 불리한 진술을 하도록 하는 것이다.

강압 대신 협상이 기본적 수사기법의 하나로 자리 잡게 될 것이다. 물론 현재도 그러한 협상이 이루어지고 있다. 유죄를 인정하고 증거수집에 협조하면 그 대가로 집행유예 등을 제안하는 방식이 그것이다. 이를 ‘자백감면절차’로 개념화하기도 한다. 그러나 피의자로서는 그러한 제안이 과연 지켜질 것인지에 대해 전혀 확신할 수 없다. 완전히 검사마음이기 때문이다. 그 과정에 변호인 참여도 없고 증거개시제도도 없는 상황에서 협상은 피의자에게 일방적으로 불리할 수밖에 없다. 그러나 협상이 제도화되고 법관이 이를 보증하게 되면 상황은 달라진다. 미국식의 유죄인정 및 양형의 협상(plea bargaining)은 바로 이러한 토양에서 자리 잡게 된다. 다시 말해 진술거부권이 법적으로, 실제적으로 보편화되어 있고, 자기부죄금지특권이 피의자의 분명한 특권으로 자리 잡고 있는 법문화 속에서는, 자기부죄금지특권 및 진술거부권을 무장 해제시키기 위해서는 제도화된 협상절차가 보장되어야 할 것이다.

이러한 협상을 통해 검사와 피의자는 각각 얻을 것이 있다. 검사는 손쉽게 유죄인정을 받아낼 수 있어 시간과 비용을 절감할 수 있으며, 정식 재판에 따른 불확실성과 위험을 제거할 수 있다. 특히 공범수사에서 손쉬운 진전을 이룩할 수 있다. 또한 자신의 범행을 인정하지 않은 중죄의

수고가 들어가야 하기 때문에 오히려 자백획득의 필요성이 더욱 커질 것으로 예상된다고 보고 있다. 그러나 설령 자백의 필요성이 커진다고 하더라도 자백에 대한 임의성 입증의 부담은 전보다 커질 것에는 동의하는 입장이다.

수사에 전력을 쏟을 수 있게 된다. 피의자는 공소취하 혹은 감경처벌을 기대할 수 있으며, 신속한 절차를 통해 재판을 종결함으로써 불안감을 일찍 덜 수 있다. 물론 사법정의를 거래대상으로 삼기에 국민들의 정서적 거부감이 클 수 있다는 비판이 충분히 나올 수 있으나, 그러한 비판에 대하여는 협상의 가능한 범위(형기의 상한과 하한) 및 협상이 가능한 범위를 제한함으로써 우려를 상당부분 덜어낼 수 있을 것으로 생각한다.

자백위주의 수사관행이 앞으로도 관행으로 계속 남을 수는 없다. 특히 진술거부권, 자기부죄금지특권, 변호인의 조력을 받을 권리 등이 실질적으로 보장된다면, 자백위주의 수사관행은 더욱 유지되기 어렵다. 국민참여재판은 바로 이러한 피의자의 권리를 실질화하는 지렛대가 될 것이다. 수사기관들은 자백의존도를 벗어나 ‘과학성’과 ‘경제성’의 토대 위에서 증거수집을 위한 수사기법을 재구축해야 할 과제를 안고 있다고 할 것이다.²⁵⁾

다. 조서작성에 주안점을 두는 수사관행의 탈피

조서재판이라 불리는 우리의 재판에서는 가장 중요한 증거가 사법경찰관리 및 검사가 작성한 피의자신문조서가 됨을 의미한다. 사법경찰관이 작성한 피의자신문조서는 법정에서 그 내용을 부인하면, 마치 “철관에 분필로 쓴 글씨”²⁶⁾처럼 지워버릴 수 있게 되며, 따라서 그것의 증거능력이 인정되지 않는다. 그러나 거개의 피의자들은 같은 수사기관인 사법경찰관과 검사 앞에서의 자백의 증거능력의 차이를 알지 못하며, 초범일수

25) 한인섭, “국민참여재판 하에서의 경찰 역할의 변화”, 형사정책 제18권 제2호, 한국형사정책학회, 2006

26) 엄상섭 의원의 표현이다. “경찰에서 무엇을 말했든지 수사기관에서 한 자백은 검찰기관 혹은 공판정에서 부인할 때에 언제든지 철관에다 써두었던 글을 닦아버린다든지 아무런 효과가 없다는 이러한 방향으로 나가야 비로소 경찰기관에서 행해지고 있는 고문을 적어도 ... 어느 정도 견제할 수 있지 않는가 이러한 생각을 갖고 있습니다.”(한국형사정책연구원, 「형사소송법 제정자료집」, 1990, 290면)

록 더욱 그렇다. 그 차이를 알고 있다고 해도, 사법경찰관 앞에 자백을 해놓고 검사 앞에서 그 자백을 부인하기도 심리적으로 매우 어렵다. 최근까지 피의자는 경찰이나 검사와 단독으로 대면하고, 신문 시에 자신을 조력해줄 변호인의 참여도 허락되지 않았다. 때문에 피의자는 고립무원의 상태에서 수사기관과 대면하고, 특히 체포·구속 상태에서 조사를 받는 경우에는 방어권을 적절하게 행사하기 매우 어려웠다.

앞서 지적했듯이 진술거부권이 헌법과 형사소송법에 각각 명문화되어 있지만, 실제로 피의자의 자유로운 진술을 어렵게 만들어놓고, 피의자의 입을 열도록 강요하는 분위기 속에서 진술거부권의 행사는 극히 어렵게 되어 있다. 이리하여 피의자의 진술을 압박하고, 그 진술을 조서에 기재함으로써 수사기관은 피의자에 불리한 결정적인 증거를 확보하게 되는 것이다.

현재까지 형사피고인이 유죄를 입증하는데 가장 기본적인 증거는 검사 작성의 피의자신문조서이다. 사법경찰관 작성의 조서와는 달리 검사 작성한 피의자신문조서는 그 ‘성립의 진정’만 인정되면 증거능력을 갖는다. 그런데 이제까지의 판례에 따르면 그 성립의 진정은 형식적 진정, 다시 말해 조서의 서명·날인과 간인이 피의자의 것이면 곧 그 내용적 진정, 다시 말해 피의자의 진술과 조서상의 기재내용이 일치하는 것으로 ‘추정’했다.²⁷⁾ 이렇게 되면 조서의 서명·날인·간인이 피의자의 것인 경우에는 조서기재 내용이 피의자의 진술을 그대로 기재했느냐에 대한 실질적 진정 성립 여부에 대한 거증책임을 피고인에게 부담시킨다는 문제를 낳는다. 피의자가 몰래 녹음·녹취를 하지 않는 이상 그러한 추정을 깨트리기란 사실상 불가능하다. 이같이 형식적 진정만 인정되면 증거능력이 있는 것으로 된 셈이므로 검사는 어떤 방법을 쓰든 조서에 피의자의 범

27) “형식적인 진정 성립이 인정되는 피의자신문조서는 특별한 사정이 없는 한 원진술자의 진술내용대로 기재된 것이라고 추정한다.”(대법원 1995. 5.12. 선고, 95도484).

죄사실 자백만 기재할 수 있으면 증거다툼에서 결정적 우위에 서게 되는 셈이기에, 자백을 받아내기 위한 무리수를 쓰게 된다.

또한 검사작성의 피의자신문조서는 ‘그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여진 때에 한하여’ ‘공판기일에서의 진술에도 불구하고 증거로 할 수 있다’(형사소송법 제312조 제1항)고 규정한다. 그런데 이러한 예외적인 증거능력 부여조항은 실제로는 일반적인 증거능력 부여조항으로 변질되어 운용되고 있다. 대법원판례에 따르면, “단순히 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 된 것이라고 믿을만한 자료가 없다고 하여 배척할 수는 없다”²⁸⁾고 하여 특신 상태까지 추정하는 입장을 보인다. 즉 검사작성의 조서를 특히 신빙할 수 없는 상태 하에서 행하여졌다고 판사가 신빙할 수 있는 증거가 없는 이상, 특신 상태하의 진술이라고 추론해버리는 셈이다. 이 같은 증거법 하에서는 아직도 피의자, 피고인의 입만 바라보며, 그 입을 열게 하기 위해 모든 노력을 쏟는다.

최근 대법원은 전원합의체 판결²⁹⁾을 통해 검사작성조서에 대한 기존의 해석론을 폐기한 것은 무척 다행스런 일이다. 대법원은 진정 성립에 대한 종래의 “추정론”을 깨트리고, 법의 문언 그대로 해석하여, 법정에서 원진술자의 진술에 의하여 형식적 진정 성립은 물론 실질적 진정 성립까지 인정해야만 증거능력을 인정하도록 하였다. 종래까지는 법정에서 원진술자(피의자)의 진술 이외에 성립의 진정을 인정할 수 있는 방법을 명시적으로 규정하고 있지 아니함에도 불구하고 검사의 준사법기관적 지위를 존중하여 그에 높은 추정력을 부여함으로써 자백편중의 수사를 추진해 왔다. 이는 수사단계에서 검사의 우월한 지위를 공판단계까지 지속시켜, 피고인은 공판단계에서조차 자신의 진술을 번복하거나 자신의 진술기재의 정확성을 다툼을 통해 종래의 추정론을 파기함으로써, 공판중

28) 대법원 1983. 3.8. 선고 82도3248

29) 대법원 2004. 12.16. 선고, 2002도537

심주의를 강화하고 피의자·피고인의 지위를 강화하는 데 기여하게 되었다. 이 판결 이후 검찰은 피의자신문실의 구조를 바꾸고, 신문 시에 변호인의 참여를 확실히 제도화하는 등의 변화를 보였다.

이렇게 긴 우회로를 거쳐 조서재판주의의 폐해를 간신히 시정해가고 있지만 아직도 조서는 증거능력과 증명력을 갖추고 있다. 더욱이 검찰조서에서 자백이 나온 경우 공판단계에서 그 성립의 진정이 부인된다고 해도 한번 자백했다는 사실이 판사의 인상에 미치는 부정적 영향을 쉽게 제거할 수 있는 것은 아닐 것이다. 즉, 법적으로 증거능력이 부인되어 그 조서를 증거로 쓰지 못한다고 해도, 검찰단계에서 일단 행해진 자백이 법관의 심증에 미치는 영향을 배제할 방법이 없다는 것이다. 이러한 상황에서는 대법원 전원합의체 판결의 취지가 충분히 반영된다고 해도 법정에서의 증거조사보다 검찰의 자백조서에 주로 의존하게 되는 문제점을 완전히 불식시킬 수 없는 것이다.

조서재판주의를 완전히 극복할 수 있는 방법은 무엇일까. 무엇보다 배심제의 도입에서 그 답을 찾을 수 있다. 배심제 하에서는 조서재판이 그야말로 무의미하게 된다. 배심원에게 조서나 서류가 제공되지 않기 때문이다. 배심원은 읽는 것이 아니라, 보고 듣는 것이다. 수사경찰은 조서를 법원에 제출하고 마는 것이 아니라 법정에서 증언자로 나서야 하며, 증언과정에서 변호인의 반대신문에 답해야 한다.³⁰⁾

라. 경찰의 수사기능 강화와 검찰의 공판활동 강화

앞으로 법정에서 조사자 증언의 중요성이 증대된다면 경찰의 정확하고 철저한 수사가 바탕이 되어야 한다. 그동안 경찰의 미진한 수사는 검사의 재수사를 통해서 보완할 수 있었지만, 향후 공판정에서 배심원들에게 직접적으로 밝혀질 경찰의 수사과정은 보다 철저하고 완전해야 할 것이

30) 한인섭, 앞의 논문 참조

기 때문이다. 검찰수사의 수준은 구조적으로 수사와 공소업무를 책임지는 검사의 책임의식이 그 기본이 된다. 경찰도 팀장 책임수사제와 함께 전문수사체제로 수사조직구조를 지속적으로 개편하고 있으며, 수사경과제와 전문수사관 인증제 시행을 통해 경찰수사의 전문성을 제고시키기 위한 노력을 하고 있다.

공판중심주의 강화로 경찰 수사기능의 강화와 검찰의 공판활동의 강화라는 수사권 조정의 문제에도 변화가 일어날 수 있다. 경찰관 증인의 존재가 중요해질수록 수사 과정에서의 검사의 역할비중은 줄어들 수밖에 없게 될 것이다. 경찰이 검사의 지휘를 받는 수사 보조자 위치에 있게 된다면, 경찰의 증언은 검사 지휘·감독의 영향을 받았을 것이라는 의심을 받게 될 것이기 때문이다. 사법경찰관리가 단순히 검사의 보조자에 불과하고 독자적인 수사를 실시하지 않는다고 한다면 검사가 아닌 사법경찰관리를 법정에 증인으로 신문하는 의미는 반감될 수밖에 없다. 검사가 사법경찰관리를 증인으로 신문하기 위해서는 적어도 사법경찰관에게 직무상의 독립성을 부여하는 방향으로 전환하지 않을 수 없다.

국민참여재판제도는 이러한 의미에서 검찰과 경찰의 수사권 조정 문제에 있어서도 시사하는 바가 크다. 또한 검사 집무실에서 피의자나 참고인에 대한 조사를 통해 취득한 진술을 조서로 확보해 이를 유죄입증의 증거로 사용하는 수사방식이 유지되더라도 향후 국민참여재판의 확대와 더불어 조서의 증거능력을 제한하는 방향으로 나아간다면 검사에 의한 이중수사의 실익도 줄어들게 될 것이다. 그리고 공판중심주의 확립에 따라 검사의 공소유지자로서의 업무가 현저히 증가하게 될 것이며, 현재 수사검사 위주로 편성되어 있는 인력구조의 재조정도 필요할 것으로 생각된다. 배심원들로부터 유죄의 평결을 얻어내기 위해서는 단순히 수사과정에서 피의자로부터 얻어낸 조서에만 의지해서는 안 되고 공판정에서의 유죄입증활동을 더욱 강화시켜야 할 것이기 때문이다. 검사의 업무평

가의 주요한 기준이 되는 것은 공소유지능력이 될 것이다. 이렇게 볼 때 검사의 수사절차 관여는 공소유지에 필요한 범위 내에서 관여하는 형태가 되어야 하며, 사후적인 위법체크로서의 성격을 띠어야 한다. 법률전문가가 필요한 고도의 법률적 지식을 요하는 사건이나 정치적 압력으로부터 중립적으로 해결되어야 하는 사건 등에 한정시켜 사법자원이 합리적으로 재배분될 수 있어야 한다.³¹⁾

마. 공소유지를 위한 경찰·검찰의 협력관계 구축

조사자 증언제도를 채택하고 있는 사법 선진국에서는 경찰·검찰의 협력관계에 있어 우리나라와는 대조적인 모습이다. 검찰은 공소관이고 경찰은 수사관으로 구분되어 있는 사법 선진국과는 달리 우리나라는 검찰이 수사를 지휘·감독하고 경찰은 이에 복종하는 상명하복식의 구조로 되어 있다. 따라서 법정증언의 활성화와 함께 그동안 사건의 검찰 송치와 동시에 사건을 머리 속에서 깨끗이 지웠던 경찰의 행태는 변화되어야 한다. 또한 자백보다는 객관적인 물증의 중요성이 더욱 중요해질 것이므로 경찰은 그와 관련한 물증들을 잘 확보해 두어야 한다. 그리고 경찰은 공판활동의 원활한 진행을 위해 검찰과 증거에 대해 더욱 협력해야 하며, 앞으로 우리나라의 사법시스템이 공판중심주의를 완전히 확립하는데 있어 수사주체들의 역할 정립과 상호협력에 크게 기여할 것이고, 이는 곧 사법서비스를 제공받는 국민을 위한 길이기 때문이다.

또한 조사자 증언제도가 도입됨으로써 수사절차에서 증거 획득과 공판정에서의 증거 제출에 대한 검사의 독점적 지위를 완화시킬 것으로 보인다. 조사경찰관의 증언에도 증거능력이 부여됨으로써 검사 작성의 피의자신문조서가 가지는 의미가 축소될 것이기 때문이다. 따라서 그동안 경

31) 최응렬, 임유석, “국민참여재판 법정증언에 대비한 조사경찰관 역할의 변화 방향”, 한국공안행정학회보 제36호, 2009, 404-406면

찰의 피의자신문조서에 대해 피고인이 내용을 부인하는 경우 필연적으로 뒤따랐던 검찰의 이중수사 관행이 개선될 것이다. 영미법계 국가와 대륙법계 국가를 불문하고 경찰이 사건을 송치한 이후에도 공소유지를 위해서 필요한 증거가 있는 경우에는 검찰의 요구에 따라 경찰이 추가적인 수사를 통해 증거를 보완하고 있고, 법정증언자로서도 경찰의 역할을 수행하기 위해서 지속적으로 사건에 관심을 가지고 있으며, 경찰과 검찰의 긴밀한 협력관계가 송치 이후에도 유지되고 있는 것이다. 그러나 우리나라는 현실적으로 경찰관들이 사건을 송치한 이후에는 사건의 진행 상태에 관심을 가지는 경찰관도 찾아보기 힘들다.³²⁾ 하지만 조사자 증언제도 도입으로 인해서 종래 송치 이후 사건에 무관심했던 경찰의 태도는 바뀌어야 할 것이고, 이는 사건에 대해서 경찰로 하여금 책임의식을 갖도록 하는 계기가 될 것이다. 조사경찰관은 언제든지 증인의 자격으로서 공판에 요청되면 자신이 담당했던 사건에 대해서 위증죄와 허위공문서작성죄의 부담과 변호인의 전략에 대응해야 하는 부담을 안고 법정에서 서야 하는 역할을 맡게 되었기 때문이다.³³⁾ 조사경찰관이 책임의식을 갖고 수사에 임하게 되면 결국 그 수혜자는 경찰로부터 치안서비스를 제공받는 대부분의 국민이 될 것이다.³⁴⁾

32) 이에 대한 원인은 여러 가지로 분석될 수 있다. 단순히 외국경찰에 비해 한국경찰의 책임의식이 떨어져서 그렇다고 볼 수는 없는 일이다. 우선 수사와 관련된 거의 모든 권한을 검찰이 갖고 있는 상황에서 송치한 이후에는 수사종결권을 포함한 포괄적인 권한을 가진 검찰이 수사종결에 필요한 사항을 포함해 기소를 위한 준비까지 하는 것이 당연하다는 생각이 있을 수 있고, 검경의 지휘복종관계나 일부 권위적인 태도의 검사에 대한 경찰의 거부감도 사건 송치 후 검찰과의 접촉을 꺼리게 하는 요인이 될 것이다. 무엇보다도 97% 이상의 수사를 경찰이 처리하면서도 실질적인 권한을 인정받지 못하는 법적 현실은 송치 이후의 사건 수사에 대한 권한이 전혀 없는 상태에서 지휘권을 가진 검찰과의 접촉을 어렵게 하는 현실적인 이유가 될 수도 있을 것이다.

33) 이와 관련해 매우 바람직하게도 경찰은 2010년 6월 14일에 전국경찰에 KICS(형사사법정보시스템)을 설치해 사건을 검찰에 송치한 이후에도 기록 전체를 전산 상으로 확인할 수 있도록 하여 법정증언에 활용할 수 있는 길이 열렸고, 송치 이후에도 법원의 판결 등 결과를 확인할 수 있도록 하였다.

34) 최웅렬, 임유석, 앞의 논문 참조.

바. 증거개시제도의 도입과 수사

국민참여재판에서 공판절차는 집중심리의 방법에 의하지 않을 수 없다. 법원의 직장인 직업법관과는 달리 시민들은 언제나 불러올 수 있는 존재가 아니다. 배심원들은 한 사건의 평의, 평결을 위해 모인 사람들인 만큼, 2주에 한 번씩 불러 모을 수 없는 것이다. 공판이 개시된 때부터 연일 개정하여 공판절차를 끝내는 것이 타당하다. 이를 가능케 하기 위해서는 공판이 개시되기 이전에, 검사 및 변호인은 모든 증거를 공유하고, 서로의 공격·방어방법에 대한 기초정보를 공유할 필요가 있다. 그를 위한 제도화가 공판준비절차이며, 특히 각자가 활용할 증거를 노출시키기 위한 증거개시제도가 필수적이다.

미국 법에서 증거개시제도가 인정되는 것은 무엇보다 배심제와 연관된다. 배심재판의 필수적 전제인 집중심리를 가능케 하기 위해서 증거의 사전적 공유가 필요할 것이기 때문이다. 물론 증거개시제도를 배심제와 무관하게 인정할 수도 있으나, 배심제 하에서 그 제도를 받아들이지 않을 수 없다.³⁵⁾

둘째, 공판절차에서 증거개시가 이루어진 뒤에는 새로운 증거의 제출이 어려울 것이므로, 적어도 공판준비절차가 개시되기 전에 필요한 증거의 수집을 종료해야 할 것이다. 이는 수사의 신속성과 증거확보의 충실성을 요청한다는 것이다. 종래 우리의 경우에는 공판절차의 진행 중에도 검사는 새로운 증거를 법정에서 내놓을 수 있었으며, 심지어 상소절차에서도 새로운 증거를 제출하는 것이 가능했다. 이는 피고인에게 매우 불리한 제도이다. 검사가 언제 어떤 증거를 제출할지 모르는 상태에서, 피고인과 변호인은 변론의 초점을 어디에 맞추어야 할지 매우 불확실한 처지에 놓이게 되기 때문이다. 더욱이 제1심에서 검토되지 않은 증거를 상소

35) 신동운, 형사소송법 제3판, 법문사, 2005. 528면 참조.

심에서 내놓는다면, 그 증거들은 정상적인 심급재판을 일탈하게 되는 셈이다. 이러한 ‘반칙’적 행태의 범람을 지양하고, 앞으로는 수사과정에서 증거 수집을 완료해야 할 의무를 갖게 된다.³⁶⁾

Ⅲ. 외국의 경찰관 법정증언 제도

1. 영미법계

가. 미국

1) 조사자 증언의 허용

대체로 영미법계에서는 공판정 외에서 이루어진 피고인의 불이익한 진술을 내용으로 하는 전문증거는 전문법칙을 적용시키지 않고 증거능력을 인정함으로써 증거로 사용하는 것을 허용하고 있다.³⁷⁾

미국 연방증거법은 다음과 같이 규정하고 있다.³⁸⁾

제801조 (d) (전문진술이 아닌 진술)

전문진술이 아닌 진술은 다음과 같다.

(2)반대당사자에 의한 인정진술

36) 한인섭, 앞의 논문 참조

37) common law에서는 ‘exception to the hearsay rule(전문법칙의 예외)’로서, 미국연방증거법에서는 ‘statements which are not hearsay(전문진술이 아닌 진술)’라고 하여 그 증거능력을 인정하고 있다.

38) Federal rules of Evidence(FRE) 제801조(d)(2).

증언이 반대 당사자에 대하여 제출되고,

- (A) 개인 혹은 대리권을 가진 반대 당사자의 반대 당사자 자신의 진술,
- (B) 반대 당사자가 채택하거나, 진실하다고 믿고 있다는 것을 명백히 한 진술,
- (C) 반대 당사자로부터 일정한 사항에 대해 진술할 수 있는 권한을 부여받은 사람에게 의한 진술,
- (D) 대행이나 고용관계의 범위 내에 있는 문제에 대하여 그 대행이나 고용관계가 존재하고 있는 동안에 행해진 당사자의 대행인이나 직원에 의한 진술,
- (E) 공모의 진행 중이거나 또는 이를 더 진행시키기 위한 과정에서 행하여진 당사자와의 공범자 진술

따라서 피고인이 된 피의자를 조사한 경찰관이 수사과정에서 피의자의 불이익한 사실의 진술을 공판정에서 증언하는 것은 피고인이 공판정에서 이를 부인하더라도 증거능력을 인정받게 된다. 공판중심주의와 구두변론주의 시각에 따라 피고인이 법정에서 출석하고 있으므로, 선서나 반대신문의 문제가 없으므로 피고인의 진술을 내용으로 하는 공판 외의 진술에 증거능력을 인정하는 것이다. 즉 영미법계에서는 수사단계에서 피의자의 진술이 법정에서 현출되는 전형적인 방식이 수사경찰관의 법정증언 형식이 되는 것이다.³⁹⁾

2) 실무상 운영⁴⁰⁾

미국에서 조사자 증언제도는 전문법칙과 관련하여 전문진술이 아니므로 자주 활용되고 있고,⁴¹⁾ 미국의 구두주의원칙과 부합하며, 특히 배심

39) 한인섭, “경찰관 법정증언제도에 대한 연구”, 치안정책연구소, 2007

40) 외국의 제도와 관련한 내용은 한인섭의 앞의 논문과 변필건, “조사경찰관에 의한 전문진술의 현출방법에 관한 비교법적 고찰”, 형사법의 신동향 통권 제19호(2009.4), 153-193을 주로 참조하여 작성하였음.

41) 수사경찰관 대부분은 통상 1주일에 2일 가량 법정에서 자신이 수사한 사건에 대해 증언을 하고, 상당한 액수의 시간외 근무 수당을 지급받는다고 한다. 또한 조사경찰관은 증언에 대비하여 피의자 신문 후 보고서나 메모를 남겨두는 것이 일반적이라고 한다. 이두봉, “미국 검사의 증인면접 및 조사자 증언실무 연구”, 검사 장기국외훈련 해외검사연구논문, 2008. 31면.

원이 사실인정을 하는 미국의 경우 배심원에게 증언을 청취하도록 하는 것이 효율적이라는 측면에서 이해할 수 있다. 미국에서 조사자 증언은 피고인이 자백을 하였던 경우라도 담당 경찰관이 직접 피의자의 자백 내용을 증언하는 것이 배심원들의 주의를 집중시키기에 유리하고, 조서 형식이나 녹음의 경우 세부적인 차이로 인하여 변호인에게 진술내용의 신빙성을 공격할 수 있는 빌미를 제공하게 되기 때문에 조사한 경찰관의 증언을 통해 증거로 현출시키는 경우가 실무상 선호될 수밖에 없다고 한다.⁴²⁾ 물론 미국에서 피의자의 진술을 증거로 현출하는 방법은 문서화된 자백, 조사보고서, 녹음녹화, 조사자 증언 등 다양한 제도가 있음은 구두주의, 공판중심주의와 관련된 것이다.

조사자가 법정에서 증언하는 대표적인 경우로는 예비신문 절차⁴³⁾, 대배심절차⁴⁴⁾, 정식 재판절차가 있으나 우리나라와의 비교상 정식재판절차에서의 증언에 한하여 논하고자 한다. 이러한 경우 공판정에서 자백을 기재한 진술서의 제출이 문제되는바, 검사가 경찰관을 증인으로 신청하여 증언을 하도록 하는 경우 피의자의 자백을 기재한 서류(진술서 혹은

42) 한동훈, “미국 형사사법상 주요 제도의 실무운용에 대한 검토 - 우리 실무와의 비교를 중심으로”, 해외연수검사논문 22집, 2006, 26면 참조.

43) 이두봉, 앞의 논문, 24-25면 참조. 치안판사는 최초출두절차(initial hearing)에서 경범죄의 경우에는 그 자리에서 피의자에게 피의사실을 인정하는지, 아니면 유죄인정 답변협상(Plea bargaining)을 할 것인지 등을 확인하고, 피의자가 범죄사실을 부인하거나 중죄인 경우에는 예비신문(Preliminary hearing)기일을 지정하기도 하며 피의자에 대하여 보석허가 여부 및 보석조건을 결정한다. 즉, 검사가 정식기소를 하면 이때 검사는 피의자가 범죄를 저질렀다고 의심할 만한 상당한 이유(probable cause)를 증명해야 하는 바, 예비신문 절차는 이러한 상당한 이유(probable cause)가 있는지 여부를 판단하는 절차로서 여기서는 피의자의 자인 진술에 대하여 증거개시를 하고, 피고인이나 변호인은 증거배제 신청을 할 수 있는바, 경찰관이 법정에서 나가 증언을 하게 되면 피의자가 어떤 절차를 거쳐서 어떤 상황에서 진술을 하게 되었는지 혹은 진술서를 작성하게 되었는지 증언하여야 하고, 검사는 경찰관의 증언을 통해 피의자의 진술이 강압 등에 의해 취득된 것이 아님을 입증하여야 한다.

44) 이두봉, 앞의 논문, 26면 참조. 대배심(Grand Jury)에 의한 기소는 중죄에만 적용되는 것으로 일반적인 증거법 규정이 적용되지 않고, 검사는 통상 수사를 담당하는 경찰관을 증인으로 신청하여 배심원들에게 사건 전체에 대해 설명하도록 하는바, 이를 ‘summary witness’라고 한다. 대배심에는 charging grand jury와 investigative grand jury가 있고, 일반적으로 후자가 우리가 대부분의 주에서 행하는 직접 수사하여 기소하는 대배심제도이다.

이를 수사관이 정리한 report)를 제출할 경우 피고인이나 변호인이 이를 제기하면 경찰관이 서류를 보고 육하원칙에 의해 피의자가 그 진술을 하게 된 경위를 증언해야 증거로 채택될 수 있다고 한다. 진술서가 증거로 채택되는데 있어서 피고인이나 변호인의 동의 여부는 전혀 상관이 없고, 위와 같이 적법절차를 거쳐서 어떤 상태에서 자백 진술을 받았는지 여부만이 중요하다.⁴⁵⁾ 증거로 채택되면 검사는 판사에게 배심원들에게 돌려보기를 원한다고 말하여 배심원들에게 이러한 진술서의 제출로 주의 환기시키고 유죄의 심증을 형성케 하는 효과가 있다고 할 것이다.⁴⁶⁾

3) 기억 환기용 기록물 제시

이와 관련하여 문서화된 자백의 증거능력에 대하여⁴⁷⁾ 상당수의 주에서도 일정한 요건 하에서 인정하고 있고, 증거능력이 없는 경우라도 조사 경찰관이 증언을 하면서 기억을 되살리기 위한 기록물(recorded recollection)로서 이를 바탕으로 증언을 한다면 문서화된 자백이 법정에 현출되는 것과 다르지 않은 결과를 얻을 수 있고 수사보고서도 기억을 되살리기 위한 자료로 사용할 수 있다.⁴⁸⁾ 즉, 이러한 서류 및 메모, 수사보고서 등을 법정에서 증인이 읽을 수 있느냐가 문제가 되는 바, 경찰관이 증언 당시 조사 당시의 상황을 정확하게 기억하지 못하는 경우 기억을 환기시키기 위하여 메모 등을 참고할 수 있다.⁴⁹⁾ 이는 기억의 한

45) 이두봉, 앞의 논문, 28-29면 참조.

46) 우리나라의 경우 조사자 증언 자체가 증거능력을 갖는 것으로 내용을 부인하면 경찰조사 자체를 증거로 사용할 수 없으므로 배심재판을 하더라도 이러한 효과가 없다는 점에서 다르다.

47) Leonard Fields v. Nevraska. 125 Neb. 290(1933) 노스캐롤라이나의 경우, 피의자의 자백진술이 기재된 서면이 경찰관에 의해 작성되는 경우, 이를 “피의자에게 열람하게 하거나 읽어주어야 하고 서명을 받거나 수정의 기회가 허용되었음이 입증될 때에만 그 서면의 증거능력이 인정될 수 있으며 다만 조사과정의 대화를 정확히 반영할 수 있도록 진술 그대로 기재가 된 경우라면 그러한 과정은 필요하지 않다”는 것이 확립된 관례이다.

48) 이시원, “미국 형사절차상 피의자의 수사단계 진술 법정 현출 방안”, 검사 장기 국외훈련 해외검사연구논문, 2008. 24면 참조.

49) 미국에서는 경찰관이 조사 당시에 피의자의 진술 내용을 메모한 메모지 등을 보고 증언할

계를 보완하기 위한 실질적 필요성과 인간의 기억 자체의 한계에 근거한 것이다. 기억의 한계나 왜곡된 기억으로 인한 잘못된 증언이나 불명확한 증언을 회피하기 위해 적절한 문서자료를 준비하는 것이 필수적인 바, 문서화된 자백이 피고인의 서명을 받아 확보되었다면 위에서 본 진술서를 증거로 채택하면 되는 것이나 그러한 진술서 등이 없는 경우 적절한 자백 내용의 메모가 필수적이라고 한다.⁵⁰⁾ 다만, 주의할 것은 조사보고서나 메모 자체가 증거가 되는 것이 아니라 기억을 환기시키고 하는 증언이 증거로 되는 것이다.⁵¹⁾ 물론 이 경우에도 경찰관에게 참조한 서면은 구체적인 증인신문에 들어가기 전에 회수한다고 한다. 또한 반대당사자에 의한 서류 등에 대한 열람권한이 있고⁵²⁾, 판사가 필요하다고 판단하는 경우 재판 전에 서면의 제출을 요구할 수 있는 바, 만약 검찰 측에서 이에 불응할 경우 판사는 증언내용을 기록에서 삭제하거나 공소를 기각할 수 있고, 범정부독죄로 의율하는 등 소송상의 제재를 가할 수 있다.⁵³⁾ 물론 이러한 메모의 경우 경찰관이 조사 당시 진술을 메모하지 않았더라도 검사와 사전 면담 시 조사 당시 피의자로부터 자백취지의 진술을 들었다고 말을 하면 검사는 경찰관에게 수첩에 메모를 하게하고, 법정증언 시 그 메모를 이용하여 증언하게 하기도 한다고 한다. 결국 메모 자체가 증거는 아니나 기억을 되살리기 위해 메모 등을 참조할 수 있다

수 있다. 이를 'Refreshing recollection'이라 한다. 단 그 메모지가 증거로 제출되는 것이 아니므로 그 메모지를 그대로 읽을 수는 없으며 그 메모지를 보고 기억을 되살린 다음 자신의 기억에 의존하여 증언하여야 한다. 한동훈, 앞의 논문, 27면 참조.

- 50) 메모에 포함되어야 할 사항으로서 자백의 내용 외에 다음과 같은 내용이 권유되고 있다.
 ① 미란다원칙 고지 여부, 누구로부터 언제 ②미란다 원칙 고지가 없었다면 피의자에게 체포상태가 아니며 자유롭게 떠날 수 있다는 사실을 고지하였는지 여부 ③ 신문시작 및 종료 시각 ④ 피의자에게 물, 음식 제공 및 휴식시간 보장 등 기본적인 요구가 충족되었는지 여부 ⑤ 신문 시작 당시 피의자의 심리적 상태 ⑥ 피의자가 자백을 결심한 질문 ⑦ 자백 당시 피의자의 태도 ⑧ 참여자 등이다. 이시원, 앞의 논문, 26면 각주 99참조.
- 51) FRE 제612조에서는 증인이 자신의 기억을 되살리기 위해 증언시 그 내용을 기재한 서면을 참고할 수 있도록 허용하고 있다.
- 52) FRE 제612조에서는 반대 당사자에게 증인의 기억을 되살리는데 사용한 서면(경찰관의 조사보고서 등)을 검사할 권한을 부여하고 있다.
- 53) 권순철, '미국 증거법 개론(연방증거법을 중심으로)', 85-86면 참조.

는 점에 우리나라와 차이가 있는 것이다. 우리나라의 경우 피의자신문조서나 경찰자백을 내용으로 하는 진술서, 서류 등을 공판정에서 내용 부인하는 이상 일체 현출하지 못하므로 이러한 메모나 서류 등의 참고가 허용될지는 의문이다.

4) 사전면담

또한 사전면담⁵⁴⁾을 통하여 대부분은 검사와 협의를 하고, 수사관은 문서화된 자백, 수사보고서 및 다른 증인의 진술 등의 내용을 숙지하여 변호인의 신문에 대응할 준비를 하여야 하며, 각 개별 내용을 신속히 파악할 수 있도록 정리하여 자신이 알고 있는 증언의 취약점에 대해 미리 검사와 상의하기도 한다고 한다.⁵⁵⁾ 즉, 이러한 사전면담에서는 검사는 경찰관의 법정증언의 신빙성(credibility)을 증대하는 방향으로 면담을 하여 입증전략을 세우는바, 먼저 경찰관의 신문의 적법성을 확인하고, 미란다원칙 고지, 변호인 참여권 고지 등이 문제가 된다. 다음으로는 경찰관과 함께 보고서, 진술서 등을 검토하고, 각종 서류에 오류나 차이가 있는지 확인하여 변호인이 증명력 탄핵의 수단으로 일관성 결여 주장을 차단하는 것이다. 다만, 위 면담에서 증언을 어떻게 하라고 하는 것은 아니라는 점에 유의하여야 할 것이다. 다만, 이러한 면담에 대하여 변호인이 반대신문에서 탄핵을 하는 경우가 종종 있으나 실무상 허위조작의 비난까지 하지는 않는다고 한다.⁵⁶⁾ 이러한 변호인의 증언의 신빙성 탄핵시 주로 검사들은 재신문을 통하여 반박한다고 한다. 이와 관련하여 참고할 만한 것으로 검사와의 사전면담 매뉴얼⁵⁷⁾이 검찰청에 존재하는 경

54) 사전면담에 대한 자세한 논의는 류장만, “조사자 증언제도 연구(미국 실태를 중심으로)”, 법조 2008.5, 302-308면 참조.

55) 이시원, 앞의 논문, 27면 참조.

56) 류장만, 앞의 논문, 306-307면 참조. 이러한 이유로 “그러한 비난은 부적절한 관여이고 명성에 대한 해가 되고 부적절한 비난에 대하여 배심원들 앞에서 변호인을 제재할 가능성이 있다”라고 언급하고 있다.

57) 이러한 매뉴얼에는 “1)경찰관이 법정증언에 익숙하다고 전제하지 말고 전체 사건을 숙지하

우가 있다고 한다.

또한 중요한 것으로 사전에 경찰관에게 독직폭행 및 징계 등 과거경력 이 있는지를 철저히 확인하여 경찰관이 피고인에게 부당한 편견이 없다는 점을 강조하고 표적수사 가능성을 배제하여 변호인의 증언 신빙성 탄핵에 대하여 준비한다고 한다.⁵⁸⁾

5) 변호인의 탄핵에 대한 구체적 대응

먼저, 허위자백을 주장하는 반대신문에는 자백을 진실한 것으로 판단한 근거와 허위 자백을 할 이유가 없었다는 점을 구체적으로 증언하고, 위에서 본 바와 같이 검사와 사전면담에 대하여 문제를 삼을 경우에는 면담 사실을 설명하고, 그 면담의 목적이 증언취지의 고지, 기억의 환기에 있을 뿐, 증언내용의 조작 등에 있지 않음을 전달할 필요가 있고, 사건 해결의 부담에서 비롯된 과잉수사 논란에 대하여는 이를 적극적으로 부인할 필요는 없으나 자백을 받아내려는 부담은 없었음을 간명하게 증언하면 된다.

또한 변호인이 반대신문에서 가정적인 상황을 전제로 허위자백의 가능성을 질문하는 경우 경찰관은 가정적인 상황의 구체적인 취지를 밝혀줄 것을 변호인에게 요구하여 유도신문이나 잘못 호도되는 경우가 없도록 당해 사건은 그러한 가정적 상황에 포함되지 아니한다는 점을 분명히 할

도록 할 것. 2)경찰관의 전문용어는 배심원들에게 기억하기 어렵고, 3) 증언대에서 기억환기용 이외에 가급적 보고서를 읽어보도록 하지 말 것. 4)경찰관들이 증언에 관심이 많은 것처럼 보이도록 할 것 5) 경찰관들이 검사와 배심원들을 응시하도록 할 것. 6) 검사가 입증하려고 하는 내용을 경찰관들에게 정확히 이해하도록 할 것. 7) 증언 시 실수에 대하여 그들로 하여금 설명하도록 할 것, 8)가능하면 재판 전 과정에 대기하도록 할 것. 9) 정복을 입도록 할 것. 10) 법정 안이나 밖에서 전문가처럼 행동하도록 할 것”이 담겨져 있다고 한다. LA county district attorney's office의 Witness Management, D. Types of Witness 중 4. Police Officer에서 발췌한 내용으로 류장만, 앞의 논문, 307-308면 참조.

58) 류장만, 앞의 논문. 310면 참조, 뉴욕 카운티 검찰청의 경우 실무상 경찰관 증언의 경우 90% 이상 증명력이 인정된다고 한다. 다만, 이러한 경우 자필진술서를 받게 하여 서명을 받거나 녹음녹화를 하여 증명력을 높이는 수단으로 활용한다고 한다.

필요가 있고, 검사는 반대신문이 가정적인 질문으로 이루어져 증인이 경험한 내용에 대한 질문으로 볼 수 없을 경우에는 적절한 이의제기가 필요하다.

마지막으로 문서내용과 증언이 일부 불일치하는 경우가 가장 문제가 되나, 이러한 경우 그 내용을 숨기거나 애써 당황하여 증언을 번복하기 보다는 경찰관은 솔직히 그 점을 시인하되, 자백의 중요 취지가 다른 것은 아니라는 점을 해명하고, 사소한 불일치에 불과하거나 증언이 조작되지 않았음을 상기시켜야 한다.

이와 관련하여 증인의 태도가 문제가 되는 바, 변호인의 통상적인 전략 중 하나는 증언 중인 조사자의 자존심을 공격하거나, 흥분을 유도하는 것으로 변호인은 증인 신문과정에서 경찰관이 변호인에게 보인 공격적인 태도를 근거로 조사실에서도 피고인에 대해 강압적인 신문이 진행되었음을 주장할 수 있는 것이다. 그러나 이러한 경우에도 경찰관은 변호인과 논쟁을 해서는 안 된다. 불필요한 변호인과의 논쟁은 변호인의 전술에 휘말려 증언의 신빙성을 훼손하는 결과밖에 낳지 않는다.

나. 영국

영국에서는 녹음⁵⁹⁾이 원칙적인 피의자 조사방법이나 서면으로 기록하는 방식도 부분적으로 사용되고 있으며 녹음 대신에 녹화를 이용하는 경우도 있다고 한다. 전문법칙과 관련하여 영국에서도 자백은 전문법칙의 예외인바, 즉 자백이 강박 혹은 특별히 신뢰할 수 없는 상황 하에서 작성되지 않은 이상 증거능력이 인정된다.⁶⁰⁾ 피고인 측에서 자백의 증거능력에 대하여 이의를 제기하는 경우에는 배심원이 없는 자리에서 판사가

59) Police and Criminal Evidence Act 1984에서 녹음제도의 근거규정을 신설하여 PACE Code of Practice on Tape Recording Interview with Suspects(Code E)를 제정함, 변필건, 앞의 논문 154면.

60) Section 76 of Police and Criminal Evidence Act 1984. 변필건 위의 논문, 173면.

증거능력에 관하여 재판(Voire Dire)을 하게 된다. 이 재판은 자백의 증거능력 유무(admissibility)에 관하여만 심리하고, 자백의 진실성(truthfulness)에 관하여는 심리하지 아니한다. 입증책임은 검사에게 있으므로 자백이 강박 혹은 특별히 신뢰할 수 없는 상황 하에서 이루어진 것이 아니라는 점을 합리적인 의심이 없을 정도로 증명하여야 한다. 검사는 경찰관을 포함한 검찰 측 증인을 소환하거나 녹음테이프를 제출하는 등 여러 가지 방법으로 자백의 임의성을 입증할 수 있다.

즉, 이러한 경우 검사는 녹음테이프를 제시하거나 조사경찰관을 증인으로 신청하여 자백의 임의성을 입증할 수 있는바, 증거능력이 인정되면 ROTI(Record of Taped Interview, ROTI)⁶¹⁾나 조서 및 녹음테이프 자체가 일종의 서증으로서 법정에서 제출된다. 조사경찰관의 증언이나 피고인신문을 하면서 경찰에서의 진술내용을 확인하게 될 경우 배심원들이 볼 수 있도록 ROTI나 피의자신문조서 등 서증의 사본을 배심원에게 교부해 주고 있다고 한다. 그러나 모든 사건에 경찰관이 증인으로 출석하는 것은 아니며 증인 출석 여부는 소송전략 차원에서 검사가 판단할 문제라고 한다. ROTI, 피의자신문조서나 녹음테이프 내용을 반드시 경찰관이 증언하는 자리에서 법정에 현출하여야 할 필요는 없으며 ROTI나 피의자신문조서의 내용은 검사와 변호인이 피고인 신문과정에서 대부분 현출되게 된다고 한다.⁶²⁾

61) PACE Code E. 5a. 주로 “녹취요약서”로 불리고 그 자체로 증거능력을 인정받고 있다.

62) 김기동, “영국 수사단계진술의 증거능력”, 검사 장기국외훈련 해외연수검사논문 2005.

2. 대륙법계

가. 독일

1) 독일의 형사소송법

독일에서는 수사단계에서 작성된 조서에 대해 원칙적으로 증거능력을 부인하며, 예외적인 경우에 이를 인정하고 있다. 즉 구두주의와 직접주의에 의해 증인을 공판정에서 직접 신문하여야 하므로, 경찰관의 법정증언이 원칙이지만 예외적인 경우에 조서의 낭독을 허용하고 있다.

독일 형사소송법 제250조(증거조사의 직접성) 사실의 증명이 사람의 지각에 의존하는 경우에는 공판에서 그 자를 신문하여야 한다. 이전의 신문을 녹취한 조서 또는 진술서의 낭독으로써 신문을 갈음할 수 없다.

독일 형사소송법 제251조(조서의 낭독) ② 피고인에게 변호인이 있는 경우에 검사, 변호인, 피고인이 동의한 때에는 증인, 감정인 또는 공동피의자가 사망하였거나 다른 이유로 인하여 이들에 대한 법원의 신문이 상당기간 이루어질 수 없는 경우에만 낭독을 허용한다.

독일 형사소송법 제253조(기억환기를 위한 낭독과 모순시 낭독) ① 증인이나 감정인이 일정사실을 더 이상 기억할 수 없다고 밝히는 경우 이들에 대한 과거 신문내용 중 이들의 기억을 도울 수 있는 조서의 관련 부분을 낭독할 수 있다. ② 공판을 중단하는 이외의 다른 신문에서 나타난 과거 진술과의 모순을 확인하거나 제거할 수 없는 경우에도 전항의 규정을 준용할 수 있다.

즉 독일 형사소송법은 제250조에서 경찰관의 법정증언을 원칙적으로 규정해 놓고, 제251조와 제253조에서 예외적으로 조서의 낭독을 규정하고 있다. 조서에 기재된 진술이라도 일단 그 원진술자가 공판정에 나와 그 조서 기재 내용을 구두주의에 따라 진술의 형식으로 공판정에서 현출하면 증거가 되는 것이고,⁶³⁾ 조서의 기재내용이 진술로서

현출되는 한 그 증거로서의 가치를 가지는 것이다.

또한 특기할 것은 독일 형소법 제244조 제2항 소정의 진실발견의무⁶⁴⁾인바, 즉, 법관의 직무상 증거조사 의무로서 독일 연방법원도 “법원의 진실발견의무로 인해 법원은 공판절차에서 피고인이 진술거부권을 행사하는 경우 전에 자백한 내용에 관하여 조사자를 증인으로 신문하여야 할 의무가 있다”라고 명시하고 있다. 이에 따라 독일에서는 수사기관에서의 진술을 피고인이 법정에서 번복하거나 진술을 거부하는 경우 수사기관에서의 자백을 공판정에 현출할 의무가 법원에 있다고 보고 있는 것으로 피고인을 조사한 조사자의 증언은 이와 같은 법원의 진실발견의무 차원에서 논의되는 것이다.

2) 실무상 운영

독일에서 조사자 증언제도는 주로 경찰관 등이 문제가 되는 바, 피의자가 수사기관에서 자백하였으나 법정에서 진술거부권을 행사하거나 진술을 번복하는 경우, 수사기관에서의 진술과 법정 진술이 상호 모순되는 경우 등에서 주로 활용한다. 그 외에도 증인 신문 시 증인의 기억이 분명하지 아니하여 기억을 뒷받침하기 위해 조서를 낭독하게 하였으나, 증인이 그 정확성에 대해 다투는 경우, 법원의 진실발견의무에 의해 조사자를 증인으로 신문하는 경우도 있다.

다만, 수사과정에서 작성된 조서 자체를 법정에서 증거로 사용할 목적으로 낭독할 수는 없으나 기억을 환기하기 위한 용도로는 사용할 수 있다고 한다.⁶⁵⁾ 위와 같이 조사자를 증인으로 신청하여 그의 기억을 환기

63) “사법제도개혁을 위한 제3차 법관세미나 결과보고서”, 76면.

64) 독일 형소법 제244조 제2항에서는 “법원은 진실발견을 위해 결정에 의미를 가지는 모든 사실과 증거에 관하여 직무상 증거조사를 하여야 한다.”라고 규정하고 있다.

65) 독일 형사소송법 제253조 제1항에서는 “증인이나 감정인이 어떤 사실에 관하여 더 이상 기억을 하지 못한다고 밝히는 경우에는 전에 이루어진 신문조서 중 해당 부분을 기억을 뒷받침하기 위해 낭독할 수 있다”라고 규정하고 있다.

시킴을 위해 조서의 내용을 낭독하게 하는 경우 피의자신문조서 자체가 바로 증거가 되는 것이 아니라 피의자신문조서를 법정에서 낭독케 하여 경찰에서의 자백에 부합하는 조사자의 증언 내용이 증거가 되는 것이기 때문에 독자적인 증거로서의 가치를 가진다. 즉, 기억 환기용으로 경찰 조서를 제시하여 조서가 낭독되는 경우에는 이를 토대로 한 증인의 증언 내용이 증거가 될 수도 있다. 그러나 조사자 증언에 대한 증명력과 관련하여 조사자의 기억 환기를 위해 조서를 낭독하게 하는 경우에는 증언의 신빙성 문제가 생길 수 있다. 즉, 경찰관이 신문 당시의 상황을 잘 기억하고 있어 조서 내용을 낭독하지 아니하고도 당시 신문내용을 법정 증언 시 잘 현출할 수 있는 경우에는 문제가 없으나 기억을 못하여 조서를 확인하고 증언을 하는 경우에 문제소지가 있어 보임에도 독일에서는 일반적으로는 증언의 신빙성에 큰 문제가 없다고 한다. 66)

또한 조사 경찰관이 법정 증언을 하기 전에 검사와 사전 면담을 하는 경우는 직권주의적인 구조와 맞지 아니하므로 거의 없다고 한다. 이러한 이유 중 하나가 독일에서는 경찰이 검찰에 사건을 송치한 경우에도 모든 사건기록을 복사하여 별도 보관하고 있으므로 별도로 검찰에 가서 조서 내용 등을 확인할 필요도 없다는 현실적인 측면도 있다고 한다. 이는 당사자주의적 요소가 가미된 우리나라의 경우와는 다르다고 할 것이다.

66) 이에 대한 이유로서 김석우, “개정형소법 관련 독일의 실무 운영 상태보고 중 조사자 증언 제도”, 2008.2. 대검찰청 e-pros 국제협력 db, 10면에서 “독일 실무상으로 경찰관들이 법정증언 전에 조사자 증언을 준비할 시간적 여유 등이 별로 없고, 증언 당시의 구체적인 기억내용을 최대한 솔직하고 가감 없이 현출하게 할 필요가 있기 때문이며 만약 조사자 증언 시 신문당시의 내용을 정확하게 기억하지 못하는 경우 일반적으로 신빙성을 배척하고, 법정 증언 시 조서의 낭독 등을 통한 직접적인 도움을 받을 길을 막는다고 한다면, 담당 경찰관들은 실제로 기억나는 것 이상으로 자신의 기억 내용에 관한 확실성을 과대 포장할 유혹에 빠지기 쉽고, 법정증언에 나서기 전에 기 작성된 조서의 열람 등을 통해 조서의 내용에 지나치게 기속될 가능성을 배제할 수 없는 바, 이는 결국 서증보다 인증을 우선시 하는 독일의 직접주의 원칙의 취지에 반하게 인증이 서증의 부차적인 형식들이 될 가능성을 야기할 우려도 있다고 할 것이다”라고 평가하고 있는바, 우리나라의 향후 운영에도 시사하는 바가 크다.

3) 판례

앞에서 보았듯이 “검사가 비록 조사자 증언신청을 하지 않았더라도 법원은 공판절차에서 피고인이 진술거부권을 행사하는 경우 전에 자백한 내용에 관하여 조사자를 증인으로 신문하여야 할 의무가 있다”라고 판시하여 진실발견의무와 관련하여 조사자 증언을 취할 의무가 있다고 보고 있다.⁶⁷⁾

또한 경찰관이 조사자 증언을 함에 있어 신문 당시의 구체적 내용을 완전히 기억하지 못하는 경우라도 조서의 제시 및 낭독을 통해 기억을 환기시켜 그 신문 내용을 확인한 경우라도 “증거로 사용될 수 있는 것은 조서 자체가 아니라 조사자 증언의 기억 속에 확고히 자리 잡고 있는 내용 및 조서의 제시 등을 통해 비로소 기억의 일부분으로 확인됨으로써 자리 잡게 된 내용뿐이다.”⁶⁸⁾ 그러므로 만약 조사자가 “현재는 조서의 제시에도 불구하고 피고인의 신문 당시 진술 내용을 더 이상 기억해낼 수 없다.”라고 증언을 하는 경우에는 조서에 기재된 내용을 법정증거로 더 이상 사용할 수 없게 된다는 것이 독일의 일관된 판례⁶⁹⁾의 태도라고 한다. 즉, 조서의 제시, 낭독으로도 기억을 되살릴 수 없다면 조사과정에서 피고인이 한 진술 내용을 법정증거로 현출할 수 없으므로 조사자가 허위로 기억이 난다고 허위증언을 하는 경우도 상정해 볼 수 있으나 독일에서는 조사자 증언의 허위를 둘러싼 문제가 발생한 사례는 거의 찾아보기 어렵다고 하는 바, 조사자 증언에 대하여 신빙성을 신뢰하는 독일 법원의 태도는 우리나라에 시사하는 바가 크다고 할 것이다.

67) BGH NJW 66. 1524.

68) BGHSt 14, 312.

69) BGHSt 14, 313 : BGH NSTz 95, 47 등, 김석우, 앞의 논문, 12면에서 재인용. 그 이유로 조서에 기재된 내용을 증거로 사용할 수 있다고 할 경우 법원이 증거로 사용하는 것은 결과적으로 증언이 아니라 조서가 되는 셈이 되고, 이는 서증에 대한 인증의 우선을 천명한 직접주의 원칙에 정면으로 반하는 결과가 발생하기 때문이라고 한다. 즉, 이는 법원의 직접주의와 관련이 있는 것이다.

조서 작성 없이 경찰관이 증언하는 경우 독일 형사소송법도 피의자에 대한 신문 시 조서작성을 의무화⁷⁰⁾하고 있음에도 불구하고 “피의자와의 대화내용을 조서에 작성하지 아니한 채 조사자 증언을 하는 것도 허용된다.”고 보는 것이 독일 연방법원의 판례⁷¹⁾의 태도이다.

나. 일본

일본에서는 피고인의 진술을 기재한 서면, 공술서나 공술을 녹취한 서면에 대해 진술자에게 불이익한 내용을 진술한 것이면 증거능력을 인정하고 있다. 조서의 증거능력을 인정하고 있는 우리나라와 같이 일본에서는 경찰관의 법정증언을 인정하지 않더라도 큰 문제가 없다.

일본 형사소송법 제319조(자백의 증거능력, 증명력) 제1항 강제, 고문 또는 협박에 의한 자백, 부당하게 오래 억류 또는 구금된 후의 자백 기타 임의로 된 것이 아니라는 의심이 있는 자백은 이를 증거로 할 수 없다. 제2항 피고인은 공판정에서 있어서의 자백 여부를 불문하고 그 자백이 자기에게 불이익한 유일한 증거인 경우에는 유죄로 되지 아니한다.

제3항 전2항의 자백에는 기소된 범죄에 대하여 유죄임을 자인하는 경우를 포함한다.

일본 형사소송법 제322조(피고인의 공술서, 공술녹취서의 증거능력) 제1항 피고인이 작성한 공술서 또는 피고인의 공술을 녹취한 서면으로 피고인의 서명 혹은 날인이 있는 것은 그 공술이 피고인에게 불이익한 사실의 승인을 내용으로 하는 것인 때 또는 특히 신용할만한 정황 하에서 행하여진 것인 때에 한하여 이를 증거로 할 수 있다. 단 피고인에게 불이익한 사실의 승인을 내용으로 하는 서면은 그 승인이 자백이 아닌 경우에 있어서도 제319조의 규정에 준하여 임의로 이루어진 것이 아니라는 의심이 있다고 인정되는 때에는 이를 증거

70) 독일 형사소송법 제168조 b 제1항에서는 “검찰의 조사활동 결과는 서류화하여야 한다.”라고 규정하고, 제2항에서는 “피의자, 증인 및 감정인에 대한 신문은 조사에 현저한 지장을 초래하지 아니하는 이상 제168조 및 제168조 a 에 의하여 조서를 작성하여야 한다.”라고 규정하고 있고 제168조 b 제2항은 경찰의 경우에도 준용된다고 해석하여 조서작성 의무를 명시하고 있다.

71) BGH NStz 95. 353판결. 김석우 앞의 논문 16면 참조.

로 할 수 없다.

제2항 피고인의 공판준비 또는 공판기일에 있어서의 공술을 녹취한 서면은 그 공술이 임의로 이루어진 것이라고 인정되는 때에 한하여 이를 증거로 할 수 있다.

일본 형사소송법 제324조 제1항 피고인 이외의 자의 공판준비 혹은 공판기일에 있어서의 공술로서 피고인의 공술을 그 내용으로 하는 것에 대하여는 제322조의 규정을 준용한다.

즉, 일본에서는 우리나라 형사소송법 제312조와 제316조의 구조와 유사하게 제322조에서 ‘특히 신용할만한 정황’이 인정되는 경우에 조서의 증거능력을 인정하고 있으며 제324조에서 전문공술의 증거능력은 제322조를 준용하고 있다.⁷²⁾

하지만 피의자신문조서가 작성되지 못한 상태에서 피의자의 자백을 들은 담당 수사관의 법정증언의 증거능력이 문제가 된 사안에서 東京高等裁判所는 증거능력판단에 있어서 “형사소송법 제324조 제1항의 적용을 부인할 법령상·실질적 이유가 없고, 피고인의 진술이 정확히 재현되었는지의 여부는 반대신문과정을 통해 음미가 가능할뿐더러, 피고인의 진술내용을 조서에 기재한 경우와 비교할 때 공판정에 현출된 피고인의 수사관에 대한 진술내용이 그 신용성이나 증명력에서 부족하지 않다”는 점을 실시함으로써 경찰관 법정증언의 증거능력을 인정하였다.⁷³⁾

72) 한인섭, “경찰관 법정증언제도에 대한 연구”, 치안정책연구소, 2007

73) 정웅석, “수사경찰관의 법정 진술의 증거능력”, 「형사법의 신통향」, 통권 제4호 (2006.10) 69면.

3. 소결

우리나라에서는 개정 형사소송법이 조사자 증언제도를 규정한 이후 이를 반영하여 판례도 이를 긍정하는 태도를 보이고 있다. “피고인의 진술을 내용으로 하는 조사경찰관의 증언은 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌다면 증거능력이 있다고 할 것이다.··· 피고인들이 금품 수수 사실을 자백하는 내용의 진술을 한 것은 그 진술에 허위개입의 여지가 거의 없고 그 진술내용이 신빙성이나 임의성을 담보할만한 상태에서 행하여졌다고 보인다.”⁷⁴⁾라고 하여 경찰수사 단계에서 범행을 자백하는 피고인들의 진술을 내용으로 하는 조사경찰관의 증언에 대해 증거능력을 인정하였다.

발생한 범죄와 시간적 접근성, 장소적 접근성이 가장 크고 사건과 관련해 가장 많은 것을 알 수 있는 위치에 있는 경찰관의 체험을 법정에서 듣고 진실을 가리는 기회를 부여하지 않는다면 실제적 진실을 밝혀야 할 법정은 오히려 진실에서 멀어질 수도 있을 것이다. 앞서 살펴본 대로 외국의 모든 국가가 조사자 증언제도를 규정하고 활용하고 있는 것은 아니라 할지라도, 역으로 경찰관의 법정증언에 대한 증거능력을 인정하지 않는 나라의 사례도 찾기 힘들다. 그런 면에서 우리나라의 개정 형사소송법에서 규정한 조사자 증언제도는 실제진실의 발견이라는 형사사법의 목표에 한 걸음 다가간 발전이라고 할 것이며, 이는 또 공판중심주의라는 사법개혁의 큰 흐름에 부합하는 것이라고 할 것이다.

74) 대구고등법원 2008.11.27. 선고2008노293 판결

IV. 경찰관 법정증언 증가에 대한 대응방안

1. 법정증언의 대비

가. 법정증언에 관한 교육 및 매뉴얼 개발

경찰관의 법정증언은 배심원의 심증형성에 상당한 영향을 미치게 되는 만큼 이에 대한 철저한 대비가 요구된다. 경찰관의 법정에서의 매너와 증언 태도 등은 증언의 신뢰성 여부에 일정한 영향을 미치게 된다. 경찰관의 세련되지 못한 매너와 태도는 당해 경찰관에 대한 개인적 평가절하뿐만 아니라 경찰조직의 전체적인 이미지와 신뢰도에도 영향을 미칠 수 있다. 따라서 법정증언을 할 때에는 배심원들로부터 신뢰감을 얻을 수 있도록 용모복장부터 매너와 사용하는 어휘까지 세심하게 관심을 가져야 함은 물론 변호인의 유도신문이나 트릭에 넘어가지 않도록 증언전략까지 수립하여 법정증언에 임해야 할 것이다.

경찰은 법정증언을 통해 증거를 수집하게 된 과정이나 피의자를 범인으로 압축하여 특정하게 된 과정 등을 객관적인 증거자료에 기초하여 주장해야 한다. 배심제 하에서 경찰관의 증언은 법률전문가인 변호인의 반대신문에 의해 철저히 공격당할 수 있다. 경찰관의 증언에 대한 변호인의 탄핵공격에 제대로 대응하지 못할 경우, 배심원들의 유죄심증 형성에 악영향을 줄 수밖에 없다.

경찰관이 법정증언으로서의 역할을 제대로 수행하기 위해서는 이에 대한 충분한 사전교육과 훈련이 요구된다. 또한, 법정증언을 위한 자세한

매뉴얼⁷⁵⁾도 개발하여 활용할 필요가 있다.⁷⁶⁾ 그 외에도 경찰관 법정증언이 경찰수사의 중요한 부분을 차지하게 됨에 따라 이를 근무평정에 반영하는 문제 등 실무적으로 개선하고 대비해야 할 문제들은 계속해서 생겨날 것이므로 지속적인 관심과 대응이 요구된다고 할 것이다.

나. 수사과정에 대한 메모의 일상화

법정증언이 일상화되면, 이를 통해 범죄현장에 입장한 초동수사 단계부터 피고인을 범인으로 압축하게 된 경위 등을 진술해야 한다. 그러나 수사관의 입장에서 보면 자신이 처리한 다수의 사건들의 수사과정을 정확히 기억하고 있는 것은 그리 쉬운 일이 아닐 것이다. 특히 수사시점과 공판시점이 시간적으로 상당한 차이가 있는 경우에는 기억이 더욱 희미해질 수밖에 없다. 이에 대비하기 위한 방법 중의 하나가 사건마다 구체적인 수사과정을 자세히 메모해두는 방법이다.

그런데 메모의 경우에 작성자의 서명이나 작성일자 등도 없는 상태에서 증거능력을 부여받을 수 있느냐는 문제가 있다. 경찰관이 메모를 보고 기억을 되살려 낸 경우를 ‘회복된 현재의 기억’이라고 칭하는데 이때는 증언만이 증거로 사용되기 때문에 메모 자체가 문제되지 않는다. 그러나 메모를 보고도 기억이 회복되지 않을 경우 메모 자체를 증거로 제출할 수 있느냐는 문제가 있다. 이 경우는 일정한 요건⁷⁷⁾이 충족될 경우에

75) 경찰청은 2006년 11월에 ‘경찰관 법정증언 매뉴얼’을 책자로 발간하여 일선에 배포하였다. 매뉴얼은 모두 5장으로 나누어 법정에 나가기 전 준비사항, 재판정에서의 증언방법, 변호인의 신문전략에 따른 대응까지 비교적 상세하게 작성되어 있다. 그런 면에서 이 매뉴얼은 일선 경찰관들이 법정증언을 함에 있어 참고할 교재로 매우 유용하게 활용될 수 있을 것이다. 그러나 조사자 증언제도가 도입된 지 얼마 되지 않아 아직 초기단계라고 할 수 있고 실무적 지식이 누적되지 않은 상태이므로 시행착오는 불가피할 것으로 보이며, 향후 활용도를 높이기 위해 지속적으로 수정·보완되어야 할 것으로 보인다.

76) 이동희, 배심제-공판중심주의에 따른 경찰활동의 변화방향, 형사법연구 제19권 제3호, 2007.

77) 백승민, 정용석, “형사소송법(전정 제2판)”, 서울:대명출판사, 2008, 320-321면.에서 이 요건을 설명하고 있는데, 첫째, 증인이 개인적으로 기억하고 있는 부분(personal knowledge)에 관한 것일 것, 둘째, 메모는 증인에 의하여 작성되거나 증인의 지시 하에 작성될 것일

한하여 진술자에 의해 그 메모가 정확한 기록임을 증언하고 반대신문을 받아 증거능력을 인정받을 수 있을 것인데 이것이 소위 ‘메모 이론’이다.

수사경찰관이 수많은 사건을 처리하고 몇 개월에서 길게는 해가 바뀐 후에 증언하는 경우도 있는 현실에서 순수한 경찰관의 기억력에만 의지해 증언을 한다는 것은 불가능하다고 할 것이고, 법정에서 위증죄의 부담을 지고 증언하는 만큼 기억의 회복을 조력할 자료에 대하여 일정한 요건 하에 증거능력을 인정하고 이를 활용토록 하는 것은 실체진실의 발견을 위해 타당하다고 할 것이다.⁷⁸⁾ 이와 관련해 개인적인 메모장을 만드는 것도 방법이겠지만 더 바람직한 방법으로는 조사경찰관 개개인이 법정증언과 관련해 중요한 사항들을 메모할 수 있도록 통일된 메모양식을 만들어 평소에 메모하고 이를 내부적으로 결재해두는 방법도 신빙성 제고를 위해 검토해볼 만한 방안이 될 수 있을 것이다. 요컨대 메모는 경찰관의 법정증언을 대비해 아주 유용한 수단이 될 수 있을 것이다.

다. 수사기록의 보존문제

경찰이 수사기록의 사본을 보관하는 것은 경찰관의 법정증언이 일상화되어 있는 영미법계 국가는 물론 독일 등의 대륙법계 국가나 일본에 있어서도 마찬가지인 것으로 파악되고 있다.⁷⁹⁾ 이는 경찰이 사건을 검찰로

것, 셋째, 증인이 생생한 기억을 가지고 있을 경우, 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 작성될 것일 것, 넷째, 메모 자체가 정확하다는 사실(accurate)이 증인에 의하여 인정될 것, 다섯째 증인이 증언 당시에는 불충분(insufficient)한 기억을 가지고 있을 것이라는 다섯 가지의 요건이 충족되어야 한다고 기술하고 있다.

78) 미국의 경우 경찰관이 증언을 하기 전에 피고인이 작성한 진술서나 자기 자신의 노트를 포함한 모든 서류들을 보는 것이 허용되며, 그렇게 하는 것이 일반적이다. 또한 증언 중에 판사의 허락을 얻어 잠시 증언을 중단하고 자료나 기록을 본 후 증언을 재개할 수 있다. 이러한 과정을 refreshing recollection이라고 한다. 다만 경찰관이 증언대에 조서를 들고 가거나 증언 도중에 메모를 하거나 서류를 소리 내어 읽을 수는 없다 : 류장만, 앞의 논문 334면.

79) 일본경찰의 경우에는 검찰송치 후에도 모든 수사기록의 열람이 가능하도록 모든 형사사건의 수사기록은 그 전체를 사본하여 경찰관서에서 보관하고 있다. 구속사건의 경우에는 검찰송치 이후에도 검사구속기간(최장 20일)중에는 피의자가 경찰유치장에 수감되어 있어 실무

보낸 이후에도 추가적으로 보완수사를 수행하기도 하고, 법정증언을 대비한 자료로서 활용해야 할 필요성 등이 있기 때문인 것으로 보인다. 우리나라도 여기서 예외일 수 없다. 기억의 보존을 통해 법정증언을 제대로 행하기 위해서는 수사관의 메모 일상화와 더불어 경찰의 수사기록의 내용을 보존해두는 조치가 병행되어야 한다. 정식적인 수사기록을 경찰관서에 보존하여 수사진행 상황 등을 추후에 확인할 수 있도록 해야 한다는 것이다.⁸⁰⁾

다행스럽게도 현재 경찰에서는 2010년 6월 14일에 전국경찰에 KICS(형사사법정보시스템)을 설치해 사건을 검찰에 송치한 이후에도 기록 전체를 확인할 수 있도록 하여 법정증언에 활용할 수 있는 길이 열렸다. 이 시스템은 송치한 기록 전부를 전산망을 통해 확인할 수 있기 때문에 따로 사본을 보존할 필요가 없어졌고, 법정증언과 관련해 송치기록을 확인하는 일도 간편하게 업무용 컴퓨터에서 해결할 수 있도록 함으로써 오히려 선진 외국보다도 앞선 시스템을 확보하여 기록보존의 문제를 해결하였다.

2. 과학수사를 통한 객관적인 물증 확보를 위한 노력

배심재판은 수사기관으로 하여금 자백위주의 종래의 수사관행에서 탈피하여 물증중심의 과학수사체제를 강화시키는 방향으로 영향을 미치게 될 것이다. 직업법관이 아닌 배심원들로부터 유죄의 심증을 형성시키기 위해서는 객관적인 물증을 충분히 확보하여 이를 법정에서 현출하는 것이

상 경찰수사가 진행되고 있어 추가적인 보완수사의 목적상 사본보관이 반드시 필요한 상황이다. 독일경찰의 경우에는 실무상 원본 1부 이외에 사본 2부를 추가로 만들고 있으며, 이중 사본 1부는 당해 경찰관서에 이를 보관하고 있고, 나머지 원본 및 사본 1부는 각각 법원 제출용과 검찰보관용으로 사용되고 있다고 한다.(독일경찰 실무운용상황에 관한 위 내용은 경찰대 박노섭 교수의 독일경찰에서의 수습체험담에 기초한 것임을 밝혀둔다).

80) 이동희, 앞의 논문.

가장 효과적인 방법의 하나이다. 따라서 수사기관은 우선 과학수사를 통해 객관적인 물증을 확보하는 데에 주력해야 한다.

그러나, 과학수사를 통해 객관적인 물증을 확보하더라도 증거수집의 절차가 적법절차를 위반하게 되면 증거로서 활용될 수 없으므로 적법절차를 위반하지 않도록 유의해야 한다. 개정 형사소송법이 위법수집증거 배제법칙을 명문화한 만큼⁸¹⁾, 적법절차의 준수를 우선시 하는 수사관의 의식변화가 요구된다. 또한, 적법절차를 위반한 정도까지는 이르지 않았다고 하더라도 경찰단계에서의 수집한 증거가 객관적이고 신뢰할 수 있는 절차를 통해 수집된 것인지가 법정에서 문제되지 않도록 유의해야 할 것이다. 변호인의 입장에서 보면, 수사과정에서 수집된 물증에 대하여는 증명력을 감퇴시키고자 할 경우 과학적인 메커니즘에 기초하여 얻어진 검증결과 자체를 대상으로 탄핵을 시도하기 보다는 수사관의 전문성이나 수사관이 증거를 수집한 절차의 신뢰성 등을 공격하는 것이 오히려 효과적일 것이다. 예컨대, 수사관이 범죄현장에서 수집한 혈흔·지문·타액 등의 증거나 유류된 범행도구 등의 증거를 수집한 경우, 지문감식이나 DNA 감정 등의 과학적 검증결과에 대한 진위여부를 다투기 보다는 증거수집 과정에서 경찰관이 인위적인 조작이 개입되지 않았는지, 또는 수사관의 전문성은 담보되어 있는 것인지 등을 문제 삼는 쪽이 수사의 허점을 드러내 배심원의 유죄심정을 약화시키기 쉽다는 것이다. 따라서 이러한 변호인 측의 탄핵공격을 받지 않으려면 수사관의 전문성을 확보하고, 공인 인증제에 기초하여 물증수집에 있어서도 객관적이고 표준화된 절차를 명확히 확립해두는 것이 필요하다.

아울러, 과학수사를 기반으로 사건과 관련된 다양한 물증을 수집·보관하고, 이를 법정까지 온전히 전달하기 위해서는 수사기관 내에 이와 관

81) 개정형사소송법 제308조의 2는 “적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다”고 하여 위법수집증거배제법칙을 명문화해두고 있다.

련된 충분한 장비와 시설을 마련해두어야 할 것이다.

3. 피의자신문 방법의 개선

현재 피의자나 참고인을 상대로 사건과 관련된 진술을 청취하는 조사 절차는 수사기관이 사건의 진상을 파악하기 위한 가장 기초적인 수사방법의 하나이다. 현행 형사소송법은 제정 당시부터 조사과정에서 취득한 진술을 보존하는 방식으로 소위 조서의 작성을 상정하고 있다. 주지하다시피 특히 사법경찰이 작성한 피의자신문조서는 피고인이 법정에서 그 내용을 인정하지 않는 한 증거능력이 없음에도 불구하고, 실무상으로는 사실상 거의 모든 사건에 있어 필수적으로 작성되고 있는 실정이다.⁸²⁾

전술한 바와 같이 공판중심주의가 확립된 배심재판에서는 수사기관이 작성한 조서의 증거능력은 원칙적으로 부정되거나 극히 제한되어야 한다. 또한, 설사 조서의 증거능력이 예외적으로 인정된다 하더라도 배심원에 의한 재판에서는 조서의 증거가치가 현재보다는 현저히 낮게 평가될 가능성이 높다. 수사관의 면전에서 작성된 조서에 대하여 피의자나 참고인이었던 원진술자가 법정에서 그 내용의 진실성을 부인하고 있음에도 일반시민으로 구성된 배심원들이 수사기관의 조서를 신뢰하여 이를 바탕으로 유죄심증을 형성할 것이라 기대하기는 쉽지 않기 때문이다. 수사기관이나 사법기관에 대한 국민의 신뢰도가 낮은 상황에서는 더욱 그러할 것이다.

결국 조서작성에 치중하는 현재의 수사관행을 굳이 유지해야할 실익이 더욱 적어지기 때문에 수사기관으로서도 또 다른 대안을 모색해야할 입장이다. 전술한 바와 같이 금번 형사소송법 개정에 의해 피의자를 조사

82) 경찰수사상 피의자신문 및 조서작성의 실태에 관한 자세한 내용은 이동희, 수사절차상 피의자조사의 실태분석 및 적정화방안에 관한 연구, 경찰과 사회 제1집, 경찰대학 2006, 532-547면 참조.

한 경찰관의 법정증언이 증거로서 활용될 수 있도록 명문화하였다(개정 형사소송법 제316조). 따라서 경찰에서는 우선적으로는 법정증언을 통해 피의자나 참고인의 수사과정에서 진술을 공판정에 현출하는 방식으로 대응할 수 있게 되었다. 이제 경찰에서는 조서가 아니라 법정증언으로 출석하여 증언의 형태로 이를 현출해야 하는 것이다.

한편, 조서를 대체 또는 보완하여 피의자나 참고인의 진술을 기록·저장해둘 수 있는 첨단적인 방법이 바로 영상녹화제도이다. 조서 작성과 별도로 피의자 조사과정을 녹음·녹화한 영상녹화물을 제작하는 것이며, 이 제도는 개정형사소송법에 의해 이제 입법화가 이루어졌다(제244조의2). 사실 영상녹화제도는 기계적 장치에 의한 최첨단 인권감시제도로써 선진 각국에서 시행되고 있거나 그 도입이 강력하게 주장되고 있다.⁸³⁾ 그러나 아쉽게도 영상녹화제도의 필요성과 순기능 등에 대한 국내의 학계나 인식은 여전히 낮은 수준으로 느껴진다. 특히, 사법개혁의 과정에서 제도 도입에 대한 시도가 다른 나라와 달리 조서를 대신하는 증거로서의 활용을 목적으로 한 수사기관인 검찰의 주장에 기초하여 이루어졌다는 점이란 이유일 것이다.

어쨌든 선진적인 인권감시제도가 도입된 상황인 만큼 수사실무에서 적극적으로 활용되어야 할 것이다. 수사기관에서의 제도 활용도를 높이는 가장 이상적인 방안은 피의자신문 시 영상녹화를 의무화시키는 방안일

83) 일본의 경우에도 녹음·녹화제도의 도입과 관련하여 학계에서 피의자신문의 적정화를 위해 그 필요성을 주장하는 견해가 지속적으로 제기되어 왔고, 특히 변호사단체에서 제도 도입을 강력하게 주장하고 있는 상황이다. 제도도입의 필요성에 대한 논거로서는 ①수사기관의 협박, 이익유도 등의 부당한 신문을 방지, 감소할 수 있다는 점, ②사후에 피의자 진술의 입의 성이나 신용성에 관하여 법원에 의한 효과적인 체크가 가능하기 때문에 소송관계자의 입증 부담이 경감되어 소송 지연이나 불필요한 다툼을 방지하는 부수적 효과가 기대된다는 점, ③수사기관의 신문이 공명정대함을 보여줌으로써 국민의 신뢰를 향상시킬 수 있다는 점, ④신문의 전 과정을 녹음·녹화에 따라 수사에 있어서의 피의자신문 중심주의의 폐해를 수사기관을 자각시켜 그 결과로서 현재의 상담자적 내지 가부장적인 성격의 신문을 변화시킬 수 있다는 점 등이 제시되고 있다. 그간 수사기관의 반대와 일본정부의 소극적인 태도로 인해 제도도입이 실현되지는 않았지만, 지난해 2007년 7월 일본법무성이 용단을 내려 현재 검찰 단계의 시범실시가 이루어지고 있는 상황이기도 하다.

것이다.⁸⁴⁾ 아울러 수사기관의 제도 활용의 필요성이라는 측면에서 보면, 영상녹화물이 향후 법정에서 일정한 제한된 수준에서 증거로 활용될 수 있는 여지가 필요하다. 영상녹화물의 증거활용과 관련해서는 이미 사법제도 개혁추진위원회의 논의과정에서 많은 검토가 이루어진 상황이지만, 생각건대 본증으로서의 활용은 법관이나 배심원에게 주는 강력한 영향력에 비추어 제한되어야 할 것이나, 적어도 피의자의 수사기관에서의 진술을 부인하는 경우에는 이를 탄핵하는 증거로서 활용하는 것은 허용될 수 있다고 본다.

그리고 경찰실무상 영상녹화제도의 활성화 측면에서 또 하나 문제되는 것은 기존의 조서는 작성하지 않은 채 영상녹화만 하는 것이 가능한지 여부이다. 경찰이 피의자를 조사한 경우 조서를 작성하는 것이 형사소송법상 의무적 사항이라고 엄격하게 해석한다면,⁸⁵⁾ 영상녹화제도는 조서

84) 영상녹화제도는 수사기관의 피의자신문과정의 투명화라는 측면에서 볼 때, 현재의 신문장소의 폐쇄성 극복, 피의자신문의 절차적 적법성에 대한 통제, 피의자진술의 임의성에 대한 사후확인가능성 제고 등을 위한 인권 보장적 제도로서 도입의 효용성이 크다고 본다. 그러나 이 제도가 피의자신문과정에 대한 위법감시기능을 제대로 수행하기 위해서는 영상녹화가 의무화될 필요가 있다. 영상녹화의 의무화에 따른 필요이상의 녹음·녹화에 따른 낭비를 줄일 필요가 있다면, 죄종이나 범죄의 경중, 피의자의 신체구속 여부, 자백·부인의 여부 등을 기준으로 영상녹화가 요구되는 대상사건의 유형을 한정하는 방법도 고려할 수 있을 것이다. 개정 형사소송법은 영상녹화여부를 수사기관의 재량에 맡기고 있는 입법형식이며(제244조의2 제1항 참조), 이러한 방식은 결국 녹음·녹화제도 본연의 취지인 수사기관의 피의자신문에 대한 외부감시기능을 담보할 수 없게 하고 동 제도를 수사기관이 영상녹화물을 증거로서 사용하기 위해 자신에게 유리한 경우에만 편의적으로 악용하는 제도 정도로 전락시킬 위험성이 크다. 게다가, 피의자나 변호인에게는 영상녹화를 청구할 권리가 인정되어 있지 않기 때문에 영상녹화를 요구하더라도 수사기관이 이에 응할 의무도 없다고 본다. 따라서 피의자의 입장에서 보면, 신문과정에서 폭언이나 강압, 이익유도 등의 탈법적인 신문을 받더라도 이를 제지하는 방법으로서 영상녹화제도를 활용할 수 없는 것이다. 이상과 관련된 자세한 내용은 이동희, “사개추위안의 피의자신문 녹음·녹화제도의 도입방안에 대한검토”, 비교형사법 연구 제8권 제1호 특집호, 한국비교형사법학회, 2006 참조

85) 이 논점에 대하여도 관련 법규정의 해석론에 따라 찬반의 의견대립이 있을 수 있다고 본다. 형사소송법 제244조 1항에는 수사기관이 피의자를 신문하였을 때는 “피의자의 진술은 조서에 기재하여야 한다”고 규정되어 있어 일반적으로 「기재」가 의무화된 것이라 해석되었지만, 이를 훈시규정 정도로 해석한다든지 또는 개정 형사소송법 제244조의 2에 규정된 영상녹화 관련규정-동조 제1항 1문 “피의자의 진술은 영상 녹화할 수 있다.”-의 의미를 전조의 조서작성을 대체할 수 있다는 의미로 읽는 등의 반론적 해석도 예상해볼 수 있을 것이다. 참고로, 정상명, 미국형사재판에서의 비디오 시스템 이용소개<하>, 법률신문 제1584호

작성과는 별도로 부가되는 번잡한 업무가 되어버려 그 활용도가 떨어지게 될 것이다. 수사실무에서의 활용도를 높이기 위해서는 입법론적으로 관련 규정을 재정립하는 것이 바람직하다고 본다. 다만, 조서작성을 의무적 사항으로 해석하는 입장에서도, 실무상 기존의 피의자신문조서의 기재내용 등을 포함한 작성방식을 간이화하는 방안, 예컨대 현재의 문답형의 장황한 내용이 아니라 핵심요지만 배심원이 알기 쉬운 용어로 기재하는 서술형 형태의 기재방식-일본의 경우, 수사기관에서는 진술요지를 6하 원칙에 맞추어 서술하는 형태로 조서를 작성하고 있다-으로 조서작성 방식을 변화시킴으로써 이중적인 업무처리에 따른 부담을 다소 경감시킬 수도 있을 것이다.

경찰은 영상녹화물이 수사실무상 조서 작성을 대체 또는 보완할 수 있게 된다면 증거능력이 인정되는지 여부와 관계없이 이를 적극 활용할 필요가 있다고 본다. 선진외국에서 인권침해방지를 위해 도입·시행하고 있는 기계장치에 의한 외부감시제도가 도입된 만큼 적극적으로 활용되는 것이 마땅하기 때문이다. 또한 수사기관의 입장에서 보더라도 새로운 기록매체에 의해 조사과정상의 진술을 생생하게 보존할 수 있고, 행동분석 과학 등을 활용한 과학적 조사를 가능케 하여 수사기관의 조사기법 과학화를 촉진할 수 있다는 순기능이 있다.⁸⁶⁾ 그뿐 아니라 향후 경찰관 법정증언에 따라 악의적인 위증·허위공문서 작성 등의 시비를 제지하는데도 크게 기능할 수 있을 것이다.

4. 적법절차의 준수를 통한 인권보장

(1985. 4.8.자), 10면은 형사소송법이 피의자의 진술을 조서에 기재하도록 명문화해놓고 있기 때문에 피의자신문 시 조서를 작성하지 않고 진술모습과 내용을 비디오 녹화만 한 경우에는 형소법 제244조 제1항에 위반한 위법수집증거로서 증거능력이 부인되어야 한다는 견해를 보이고 있다.

86) 이동희, “배심제·공판중심주의에 따른 경찰활동의 변화방향”, 형사법연구 제19권 제3호, 2007. 참조

공판중심주의는 피의자·피고인의 방어권 보장이라는 인권보장의 이념 과도 결부되어 있다. 경찰은 이러한 이념에 부합하도록 수사절차에 있어서의 피의자의 방어권 보장이나 인권침해의 방지를 위해 노력해야 할 것이다.

이와 관련해서 보자면, 개정 형사소송법이 위법수집증거배제법칙을 명문화했다는 점은 특히 주목해야할 부분이다(제308조의 2 신설). 이제껏 대법원판례에 의하면 위법 수집된 진술증거에 한해서만 부분적으로 증거 배제를 인정하고 있고, 반면 비진술증거인 증거물에 대하여는 설사 위법 절차가 있었다고 하더라도 물건 자체의 성질이나 형상에 변경을 가져오는 것은 아니므로 그 형상 등에 관한 증거가치에는 변함이 없다는 취지로 위법수집증거배제법칙을 적용하지 않고 있다.⁸⁷⁾ 그러나 이제 개정형사소송법이 시행된 이후부터는 개별 사안에 대한 판례의 축적을 통해 증거배제의 기준 등이 제시되겠지만, 수사경찰의 증거수집절차에 일정한 수준 이상의 위법이 개입되면 증거로서 배제되는 결과를 초래하게 될 것이다. 경찰관의 절차적 위법이 곧바로 증거배제의 효과를 발생시키게 되고, 이러한 증거배제로 인해 피고인이 무죄가 될 경우에는 피해자로부터 손해배상이 청구될 가능성도 상존하게 된다.

또한 개정 형사소송법이 인권침해가 일어나기 쉬운 핵심절차로 평가되던 피의자신문과정을 투명화하고 외부감시가 가능하도록 하기 위해 다양한 방안을 강구했다는 점도 주목된다. 이와 관련해서 구체적으로 보면, ①우선 진술거부권의 고지내용을 구체화하였고(개정형사소송법 제244조의3), ②변호인의 피의자 조사과정에서의 참여권을 명문화하였으며(제243조의2), ③조사과정 서면기록제도를 도입했다(제244조의 4). ④피의자신문조서의 작성절차를 보다 자세히 규정하는 한편(제244조), ⑤장애인 등 특별보호를 요하는 피의자를 조사하는 경우의 신뢰관계인의 동석(제244

87) 대법원 1968. 9. 17. 판결 68도932

조의5), ⑥새롭게 도입된 피의자 조사과정 영상녹화제도(제244조의2)도 기계적 장치에 의해 피의자신문과정을 사후적으로 확인할 수 있도록 외부감시제도의 성격을 가지고 있다.

경찰 내부적으로 이러한 변화에 제대로 적응하기 위해서는 적법절차와 관련된 법규정이나 판례 등에 대한 교육을 충분히 실시해야 할 것이며, 실무에서 업무지침으로 활용할 수 있도록 구체적인 가이드라인이나 지침서 등을 제공하는 것도 필요하다고 본다.

5. 경찰수사에 대한 민주적 통제와 신뢰제고

우리나라 정부기관에 대한 신뢰도는 선진 주요국과 비교할 때 그리 높지 않은 편이다. 특히 수사기관인 경찰과 검찰의 신뢰도는 최근 몇 년간 계속해서 정부기관 중 최하위의 수치를 나타내고 있다.⁸⁸⁾ 뿐만 아니라 두 기관 모두 국민권익위원회가 발표한 청렴도 평가에서도 최하위 수준을 나타내고 있다.⁸⁹⁾ 국민권익위원회는 국민들로부터 정부기관에 대한 민원을 접수하여 처리하고 있는데 경찰에 대한 국민들의 민원 중에서도 수사 분야에 대한 민원이 압도적인 비중을 차지하고 있다.⁹⁰⁾

88) 2006년도 KDI가 실시한 신뢰지수 조사에서도 10점 만점에 검찰 4.2, 경찰 4.5점으로 낙제에 가까운 점수를 받았다. 2008년 여론조사 전문기관 리얼미터가 조사한 주요기관 신뢰도에서 검찰은 3.2%로 최하위(1위는 시민단체로 21.6%, 경찰은 제외됨). 2009.8.13 시사 INLive 기사와 2006. 12.26 부산일보 기사 참고. 2009년 8월 시사주간지인 '시사 IN'이 실시한 국가기관 신뢰도 조사에서 최저0(전혀 신뢰하지 않음), 최고 10점(매우 신뢰함) 기준에 검찰 4.01점으로 최하위, 경찰은 4.02점, 국정원 4.26, 국세청 4.25, 감사원 4.62점으로 나타났다. (2009.8.13 시사INLive)

89) 국민권익위가 발표한 청렴도 수준을 살펴보면 경찰청과 검찰청은 중앙행정기관 중 '매우 미흡'(최하위) 수준으로 분류되어 있고, 전년도 대비 개선도도 매우 낮게 나타나고 있다(중앙행정기관 청렴도 수준 비교표-국민권익위 발표, 2010. 6.10 인터넷 검색).

90) 국민권익위에 따르면 경찰 읍부즈만을 신설한 2006. 12월 이래 2008.11월 현재 총 4,760건의 경찰민원을 접수했고, 그 중 수사관련 민원은 2,077건으로 43.6%, 교통사고를 포함한 교통관련 민원이 1,678건으로 35.3%에 달한다. 이 중 교통관련 민원에서 수사로 분류할 수 있는 교통사고조사 관련 민원을 분류해 수사에 합산할 경우 수사분야 민원은 절반을 넘어설 것으로 예상돼 수사분야 민원이 압도적인 비중을 차지하고 있음을 말해준다(공감코리아 2008.12.18 '권익위, 경찰민원 수사분야가 최다'기사참고, 2010.6.10 검색).

이 모든 사실들은 경찰수사에 대한 국민의 신뢰가 높지 않음을 나타내는 것으로서 경찰관의 법정증언이 성공적으로 정착·발전되어 나가는데 걸림돌이 될 수밖에 없다. 수사를 담당한 경찰조직의 신뢰가 높고, 조직 청렴도도 높은 상태에서의 경찰관 법정증언은 일반인의 증언보다도 그 자체로 권위를 부여받고 신뢰성을 가진 증언으로서 형사절차의 중요한 영역을 차지하고 실체진실 발견이라는 형사재판의 목표달성에 큰 역할을 할 수 있을 것이다. 그러나 현실은 반대의 수치를 보여주고 있고, 이것이 경찰관 법정증언 시에 뜻하지 않은 증언의 신뢰성 논란으로 변저 다시 경찰의 신뢰를 저하시키는 악순환을 가져올 가능성을 보여주고 있는 것이다.

이러한 근본적 문제점의 해소를 위해 경찰수사에 대한 민주적 통제를 강화하고 신뢰도를 제고할 수 있는 방안으로 검토할 만한 것이 바로 영미법계 국가에서 시행하고 있는 ‘시민감시제도(Citizen Oversight)’이다. ‘시민감시제도란 경찰에 대한 수사이의제기를 포함하여 민원처리 절차에 경찰관이 아닌 일반 시민이 참여하여 민원처리심사, 정책평가와 제언 등을 통해 경찰의 민원처리를 감시하고 시민과 관련된 정책결정 등에 영향력을 행사하는 제도’로 정의할 수 있다. 특히 경찰수사에 대한 ‘수사이의제도’에 이를 적용할 경우 경찰수사의 신뢰를 제고하고 경찰관 법정증언의 성공적 정착에도 기여할 것으로 보인다. 다시 말해 경찰수사에 대한 이의제기사건 처리에 시민이 참여하도록 해 시민이 직접 조사하거나 경찰의 자체조사를 시민이 감독·심사·검토하여 자체조사 결과에 따라 처리하거나 재조사 권고 등을 할 수 있도록 실질적인 권한을 부여하는 제도를 말하는 것이다.⁹¹⁾ 이 제도는 형태가 조금 다를 뿐 미국 외에도 영국, 캐나다, 호주, 뉴질랜드 등 영미법계 국가의 거의 모든 법집행기관들이 시행하고 있는 제도로서 경찰행정의 민주적 정당성을 확보하고, 경찰수

91) 시민감시제도에 대한 구체적인 내용은 이기수, “미국경찰에 대한 시민감시제도 고찰”, 치안정책연구소, 2010. 8. 참고(동 연구소 홈페이지에서 검색 가능)

사의 신뢰제고에도 크게 기여할 수 있는 제도로 보인다. 가장 대표적인 국가로 꼽을 수 있는 미국의 경우 경찰에 대한 신뢰도는 군대와 병원에 이어 3위(신뢰도 72%)를 차지하는 것으로 나타났는데 이는 교회와 학교에 대한 신뢰도보다 높은 것으로 우리에게 많은 교훈을 주고 있다.⁹²⁾

따라서 경찰관 법정증가에 대한 장기적 대응방안으로 우리나라에서도 경찰수사에 대한 시민감시제도를 적극 검토할 필요가 있다고 할 것이다. 또한 이것은 궁극적으로 조사자 증언제도를 규정하게 했던 국민참여재판의 정신, 즉 사법절차에 국민의 참여를 보장하여 시민적 가치와 감각의 반영, 법 이론과 현실의 괴리 극복, 법조비리 극복과 윤리성 제고 등을 통해 최종적으로 형사사법의 민주적 정당성을 확보하고 신뢰성을 제고한다는 정신에도 부합하는 것이라고 할 것이다.

6. 수사구조개혁의 지속적 추진

형사절차의 시작은 수사에서 시작되므로 경찰이 1차적인 수사책임을 다하고, 검찰이 공소유지를 충실히 할 때라야 법원도 공판중심주의를 수월하게 추진할 수 있다. 그런 점에서 공판중심주의는 당연히 수사구조개혁을 전제로 한다. 따라서 수사구조개혁은 거시적 측면에서 사법개혁의 큰 틀과 맥을 같이하여 설계되고 추진되어야 한다. 또한 수사구조개혁의 원활한 추진을 위해서는 우선적으로 범죄수사를 권한이 아닌 책임으로 인식해야 할 것이며 그동안 권한다툼으로 왜곡되어 갈등의 골이 깊어진 경찰과 검찰 간 대화의 채널을 복원하고 상호 협력하는 자세로 바람직한 미래 수사구조모형을 만들어가는 것이 필요하다. 수사구조개혁의 당위성에 대한 공감을 바탕으로 검찰과의 협력적 파트너십이 형성될 때에야 수사구조개혁은 진정한 방향을 찾게 되어 더욱 구체화될 것이며 양 기관도

92)2005년 미국 여론조사기관 갤럽이 실시한 신뢰도 조사(2010.6.8. 미디어다음, 인터넷 검색)

상생의 결실을 맞볼 수 있을 것이다.

형사소송법 개정을 필요로 하는 대외적인 수사구조개혁과 함께 경찰 자체적인 수사구조개혁이 실질적으로 추진될 필요가 있다. 그동안 과거 시국치안체제에서 민생치안체제로 대폭 전환하였다고 하지만 아직까지 경찰 본연의 임무인 수사업무를 수사부서 경찰관만 하여야 한다는 인식이 적지 않고 업무분장도 대체로 그렇게 되어 있다. 일본의 경우 경무부서를 제외한 모든 경찰부서가 범죄예방과 수사업무를 기본으로 하고 있으며 우리나라와 비교하여 경찰관 1인당 담당인구는 별다른 차이가 없으나 수사관 1인당 사건처리량은 큰 차이를 보이고 있다는 점은 시사하는 바가 크다.⁹³⁾

국가예산 및 인력증원의 한계를 고려할 때 막연히 수사인력을 증원하겠다는 방안보다는 업무분장의 개선을 통해 현재 수사부서의 실질적인 업무부담을 줄여주는 것이 경찰조직을 건강하게 만드는 길이다. 구체적으로 강력, 폭력, 경제범죄를 제외한 생활질서·풍속사범, 불법집회시위 및 선거사범 등 공안범죄 등은 해당업무를 맡는 전문부서로 업무분장을 변경하고 지구대의 경우도 경미사건에 대하여는 국민편의와 업무효율 측면에서도 자체처리를 하도록 할 필요가 있다.⁹⁴⁾

또한 적법절차와 수사공정성 보장을 위해서라도 하루빨리 유치장관리 업무도 비수사부서로 전환하여야 할 것이다. 한편 경찰조직 체계가 전국적으로 지나치게 획일화되어 있어 경찰관서별로 지역별, 부서별로 업무

93) 현재 일본경찰의 1인당 담당인구는 524명으로 우리 한국경찰의 521명과 비슷하고 경찰관 월평균 적정처리건수가 4.3건으로 제시되고 있으며 실제 처리건수와 적정처리건수와 근접해 있다고 한다. 이에 비해 우리나라 경제팀 수사관 1인당 월평균 사건처리건수는 18.6건(2005년 기준)이라는 점에 심각성을 인식해야 할 것이다.

94) 이렇게 될 경우 수사경과자는 현재 수사, 형사, 교통, 외사, 여성청소년 부서 외에 경무, 감사·유치장을 제외한 모든 경찰부서의 수사요원으로 확대해 배치하는 방안이 강구되어야 하며 분야별 전문수사관인증제도가 더욱 활성화되어야 할 것이다. 또한 수사와 범죄예방이 경찰본연의 임무로 특정부서의 전유물이 아니라는 시각에서 최근 방범국의 명칭이 생활안전국으로 변경된 점도 고려해 수사국의 명칭을 형사국으로 변경할 필요가 있다.

량과 인력의 편차가 크다고 보여 진다. 예를 들어 형사사건이 많은 서울 강남경찰서의 형사과장과 집회시위 및 경호업무가 많은 종로서 경비과장의 업무량은 다른 경찰서의 2-3배를 초과하는 것으로 알려져 있다. 그냥 고생해야 승진한다고 놔둘 것이 아니라 이렇게 업무량이 많은 경찰서의 형사과와 경비과는 각각 형사1,2과나 경비과 및 경호과로 분과하는 방안을 모색할 필요가 있다. 반대로 집회시위 부담이 적은 경찰서는 경비과와 정보·보안과를 통합할 수도 있을 것이다. 지역별 특성에 맞는 탄력적 조직운영이 절실히 요구된다. 95)

V. 결론

이상에서 형사사법 개혁의 내용과 그에 따른 경찰수사환경의 변화, 그리고 조사자 증언제도의 도입과 외국의 경찰관 법정증언 제도 및 그 실무상 운영 등에 대해 살펴보고, 그에 따른 대응방안에 대해서 기술하였다.

2007년 형사소송법이 대폭 개정되고, 국민의 형사재판참여에 관한 법률이 제정되면서 형사사법개혁의 큰 물결이 시작되었다. 핵심은 과거의 조서재판 위주에서 공판중심주의 강화로의 발전이다. 개정 형사소송법은 조사자 증언제도를 도입함으로써 경찰관이 법정증언을 할 수 있고 이것은 중요한 증거로서 증거능력을 인정받을 수 있는 길이 열리게 되었다.

이 중대한 변화는 단순히 경찰이 법정에 나간다는 의미를 훨씬 초월하

95) 나영민, “공판중심주의와 이에 따른 경찰수사의 대응방향”, 수사연구, 2006.11. (25-35면) 참조

는 것이다. 경찰관작성의 피의자신문조서는 피고인의 내용부인으로 ‘철관에 분필로 쓴 글씨’처럼 쉽게 지워져 무의미해지지만 경찰관이 법정에서 증언하는 것은 증거로서 매우 중요한 의미를 갖게 되었으며 경찰수사 환경에 여러 가지 변화를 가져올 것으로 판단된다.

먼저 경찰관 증언의 신빙성을 확보하기 위해 경찰수사의 투명성과 적법성 강화가 요청된다. 이전 조서재판에 따른 자백위주 수사에서 물증 중심의 수사로 수사관념의 대변혁이 요구되고 있다. 조서작성에 주안점을 주었던 수사관행도 탈피할 것을 요구받고 있다. 경찰은 수사기능을 보다 강화해야하고, 검찰은 공판 활동을 획기적으로 강화해야 한다. 또한 이러한 기능의 분담을 통해 공소유지를 위한 협력관계도 새롭게 구축되어야 할 것이다. 기존과 같은 검찰의 권위적인 대경찰 태도는 오히려 검찰 스스로를 고립시키고 공소유지를 힘들게 하는 장애물이 될 것이다.

선진 외국의 경찰관 법정증언제도를 살펴봄으로써 미국, 독일 등 선진 주요 국가들이 경찰관의 법정증언을 폭넓게 인정하고, 경찰관의 법정증언에 대한 신뢰도가 상당히 높다는 것을 확인하였고, 경찰관의 수사업무 중 법정증언은 중요한 업무로 자리하고 있음을 살펴보았다. 그리고 이것은 우리 경찰이 법정증언과 관련하여 어떤 생각을 갖고 제도의 정착과 발전을 위해 노력해야 하는지를 보여주는 것이다.

이처럼 사법개혁에 따른 경찰관 법정증언의 필수성과 중요성을 감안하여 경찰에서는 법정증언의 증가에 철저히 대비하기 위하여 매뉴얼 개발과 관련 교육을 대폭 강화할 필요가 있다. 이를 통해 수사과정에서 일상적인 메모의 정착, 기억 환기를 위한 기술과 방법 개발 및 전수교육 등을 실시해야 할 것이다. 뿐만 아니라 자백위주의 조서작성 관행을 과감히 탈피하여 과학수사를 통한 객관적인 물증 확보를 위해 노력해야 할 것이다. 피의자신문에 있어서도 신뢰도 제고를 위해 여러 가지 장점을 갖는 영상녹화제도의 시행을 적극 검토하고 장기적으로 이를 제도화시키는 것

이 바람직하다고 할 것이다. 아울러 개정형소법이 규정한 인권보장을 위한 세부 규정들을 철저히 준수함으로써 경찰수사의 인권보장 수준을 한 단계 업그레이드하는 계기가 되어야 할 것이다. 그리고 아직까지 낮은 수사기관의 대국민 신뢰도 제고와 관련해 시민이 참여할 수 있는 ‘시민감시제도’의 도입을 적극 검토할 필요가 있다. 우리가 40%대의 신뢰도를 보이는 반면에 미국경찰은 70% 이상의 높은 신뢰도를 나타내고 있다. 영미법계 국가 대부분이 시행하며 민주적 정당성을 확보하고 경찰수사의 신뢰제고에 크게 기여하고 있는 시민감시제도야 말로 국민참여재판의 정신을 경찰수사 단계에서도 도입하는 것으로서 국민의 신뢰를 확보하는데 크게 기여할 수 있을 것이다.

또한 수사구조개혁 즉, 경찰은 수사, 검찰은 공소유지라는 어찌면 당연한 기능의 분담을 통해 상호 협력하는 시스템이야 말로 형사사법개혁이 요구하는 양 기관의 관계임을 직시하고, 개혁시스템에 맞는 구조를 만들고 양 기관이 형사정의 실현이라는 공통의 목표달성을 위해 노력해야 할 것이다. 아울러 경찰은 내부적으로도 수사기능의 비중을 확대·강화하고, 경찰조직이 수사기관으로서 역할을 원활히 해내기 위한 인력구조 조정 및 조직개편 등 내부적인 수사구조 개혁도 지속적으로 추진해나가야 할 것이다.

개혁은 선진화를 추구하고 있다. 그것은 어느 일부 기득권층을 위한 것이 아니다. 결국 국민에 혜택을 주는 것이 어떤 것인지에 집중하고 개혁이 추구하는 바가 무엇인지를 명확히 해 해당기관과 관련 부처, 관계된 사람들이 함께 힘을 합쳐야 성공할 수 있는 것이다. 따라서 사법개혁이 지향하고 있는 인권보장과 공판중심주의 강화를 통한 올바른 형사정의 실현이야 말로 우리가 놓쳐서는 안 될 개혁과제임을 명심하고 해당기관 특히 경찰에서는 철저한 대비를 해야 할 것이다.

참고문헌

1. 국내문헌

이동희, “배심제·공판중심주의에 따른 경찰활동의 변화방향”, 형사법연구 제19권, 제3호(2007 가을·통권 제32호) 下, 한국형사법학회, 2007, 738면
하태훈, “왜 공판중심주의적 법정심리절차인가?”, 수사연구, 2006. 11, 12-17면.

한인섭, “사법민주화의 과정과 국민에 의한 재판의 탄생; 그 역사적 의미, 국민의 사법참여”, 경인문화사, 37면.

한인섭, “국민참여재판 하에서의 경찰역할의 변화”, 형사정책 제18권 제2호, 한국형사정책학회, 2006, 재인용.

한인섭, “경찰관 법정증언제도에 대한 연구”, 치안정책연구소, 2007

홍승희, “공판중심주의적 법정심리절차가 수사절차에 미치는 영향”, 수사연구, 2004. 8, 29-30면.

이해광, 최동렬, 정준영, 이상원, 임동규, “바람직한 형사사법 시스템의 모색”, 바람직한 형사사법시스템의 모색 자료집, 대법원, 2004, 122면.

노명선, “국민참여재판 실시와 수사활동의 변화가능성”, 인권과 정의, 2008.3, 51면.

한국형사정책연구원, 형사소송법 제정자료집, 2990, 290면.

최응렬, 임유석, “국민참여재판 법정증언에 대비한 조사경찰관 역할의 변화방향”, 한국공안행정학회보 제36호, 2009, 404-406면.

- 신동운, 형사소송법 제3판, 법문사, 2005, 528면.
- 이두봉, “미국검사의 증인면접 및 조사자 증언실무 연구”, 장기국외훈련 해외연수검사논문, 2008.
- 한동훈, “미국 형사사법상 주요 제도의 실무운용에 대한 검토-우리 실무와의 비교를 중심으로”, 해외연수검사논문 제22집, 2006.
- 이시원, “미국 형사절차상 피의자의 수사단계 진술 법정 현출 방안, 검사 장기 국외훈련 해외연수검사논문, 2008.
- 권순철, 미국증거법 개론(연방증거법을 중심으로), 85-86면.
- 류장만, “조사자 증언제도 연구(미국 실태를 중심으로), 법조 2008. 5.
- 변필건, “조사경찰관에 의한 전문진술의 현출방안에 관한 비교법적 고찰”, 형사법의 신동향 통권 제19호, 2000.4. 153-193면.
- 김기동, “영국 수사단계 진술의 증거능력”, 검사 장기국외훈련 해외연수 검사논문 2005.
- 김석우, “개정형소법 관련 독일의 실무 운영 상태보고”, 2008.2 대검 e-pros 국제협력 db.
- 정용석, “수사경찰관의 법정 진술의 증거능력”, 형사법의 신동향, 통권 제4호, 2006. 10, 69면.
- 백승민, 정용석, 형사소송법(전정 제2판), 서울;대명출판사, 2008, 320-321면.
- 이동희, “수사절차상 피의자조사의 실태분석 및 적정화방안에 관한 연구”, 경찰과 사회 제1집, 경찰대학, 2006, 532-547면.
- 이동희, “사개추위안의 피의자신문 녹음·녹화제도의 도입방안에 대한 검토”, 비교형사법연구 제8권 제1호 특집호, 한국비교형사법학회, 2006.

정상명, “미국형사재판에서의 비디오 시스템 이용소개<하>”, 법률신문 제1584호, 1985.4.8, 10면.

이기수, “미국경찰에 대한 시민감시제도 고찰”, 치안정책연구소, 2010. 8. 책임연구보고서(웹게시물)

나영민, “공판중심주의와 이에 따른 경찰수사의 대응방향”, 수사연구, 2006.11. 25-35면

2. 외국문헌

Kevin Tierney, *The Courtroom testimony : A Policeman's Guide*(Funk & Wagnalls, 1970), p.12-15.

Witness Management, D. Types of Witness 중 4. Police Officer

3. 인터넷 자료

시사INLive 국가기관 신뢰도 조사, 2008.8.13

리얼미터 주요기관 신뢰도 조사, (2006. 12.26 부산일보)

국민권익위, 중앙행정기관 청렴도 수준 비교표-, 2010. 6.10

공감코리아 ‘권익위, 경찰민원 수사분야가 최다’, 2008.12.18

2005년 미국 Gallup의 신뢰도 조사(2010.6.8 미디어다음)

책 임 연구 보고서 2010-35

경찰관 법정증언 증가에 대한 대응방안

2010년 12월 30일 발행

발행인 : 김 영 식

발행처 : **치안정책연구소**

경기도 용인시 기흥구 연동1길 29

홈페이지 : www.psi.go.kr

이 책의 무단 복제를 금합니다.

이 책자에 게재된 내용은 연구자 개인의 의견이며
치안정책연구소 공식견해가 아님을 밝혀드립니다.



POLICE SCIENCE INSTITUTE