

국민참여재판과 경찰관 법정증언

2008. 3.

연구자 : 한인섭(서울대학교 법과대학 교수)

치안정책연구소장 귀하

<목 차>

제1장. 머리말	2
제2장. 국민참여재판의 도입경과와 국민의 형사재판 참여에 관한 법률의 제정	5
제1절 국민참여재판의 도입경과	5
제2절 사법개혁위원회의 “국민의 사법참여” 건의	8
제3절 사법개혁추진위원회의 “국민의 형사재판참여에 관한 법률안”	10
제4절 국회: “국민의 형사재판 참여에 관한 법률” 의 제정	19
제5절 소 결	22
제3장. 수사관 법정증언에 대한 법리적 고찰	24
제1절 경찰관의 법정증언	25
제2절 검사의 법정증언	41
제4장. 국민참여재판하에서의 경찰증언의 중요성	48
제5장. 수사관법정증언의 실제	51
제1절 종래 수사관 법정증언의 증언 유형	51
제2절 수사관 법정증언의 태도	54
제3절 수사관 법정증언에 대한 검사와 변호인의 신문	63
제4절 증언에 있어 참조 가능한 서류의 범위	73
제6장. 맺음말	80

경찰관 법정증언에 대한 연구*

韓寅燮 (서울대학교 법과대학 교수)

“이 날 국민참여재판에서는 사건을 초기에 수사한 경찰관이 증인으로 출석해 방청석의 눈길을 모았다. 부산 모경찰서 형사계에 근무하는 윤모 형사는 검찰이 신청한 증인으로 출석해 수사 과정에서 피고인이 성추행과 관련해 진술한 내용을 증언했다. 경찰관의 이같은 증언은 지난해까지는 법정에서 증거로 채택될 수 없었다. 대법원이 피고인이 경찰에서의 진술을 부인하는 경우 조사경찰관이 경찰 조사 당시 피고인이 범죄사실을 확인했다고 진술한다고 해도 이의 증거능력을 인정하지 않았기 때문이다.

하지만 올해 개정된 형사소송법이 위증죄의 부담을 무릅쓴 조사경찰관이 피고인 측의 반대신문까지 받아가며 한 증언에 대해서는 증거능력을 인정하면서 이같은 장면의 연출이 가능해진 것이다. 부산지법 박주영 공보판사는 "실체적 진실 발견과 피고인의 방어권 보장 사이에 조화를 도모한 개정 형사소송법에 따라 향후 공판중심주의가 강화될 경우 조사경찰관의 법정 증언이 더 늘어날 것"이라고 말했다.”¹⁾

* 이 연구는 서울대 대학원 법학과 박사과정에 재학중인 김동혁 군의 도움을 받았다.

1) [눈길 끄는 국민참여재판 2제] 사건 초기 수사경찰관 증인 출석 증언, 부산일보 2008/04/01일자 12면 서비스시간: 10:22:28.

제1장. 머리말

지난 2007년 4월 30일 국민의형사재판참여에관한법률이 국회를 통과하였고, 2008년부터 국민이 배심원으로 참여하는 국민참여재판이 시작되었다. 대한민국 정부가 수립된 지 60년만의 일이다. 여태까지 국민이 재판관이 된다는 것은 남의 나라 일인 양 치부해왔고, 우리의 실감으로 포착되기 어려웠다. 이제부터 우리의 일로, 우리의 실감으로 국민참여재판을 시작하게 된다. 매사가 시작이 반이라지만, 진실로 시작이 절반을 향한 길이 되려면 첫 단추부터 제대로 꿰어야 하는 법이다.

우리의 형사재판은 이제까지 오직 직업법관에 의하여서만 이루어져왔다. 불과 몇 해 전만 하더라도 배심재판은 영화속의 이야기이거나, 해외여행기의 한 단편일 뿐이었다. 국민이 입법, 행정에서와 같이 사법에 직접 참여하여야 한다는 주장이 없던 것은 아니었지만, 직업법조인의 우려섞인 무지와 일반 시민들의 무지와 무관심으로 인해 우리 현실에의 도입은 요원한 듯 보였다. 그러나 사법개혁 의제가 진행되면서 무언가의 국민참여의 사법적 실현에 대한 목소리가 조금씩 형성되기 시작했다. 21세기에 들어서 국민의 사법참여는 사법개혁의 한 축을 형성하기에 이르렀다.

한국에서 본격적 의미의 국민사법참여에 대한 논의는 2003년부터 2004년까지 활동한 사법개혁위원회²⁾에서 이루어졌다. 중죄형사사건부터 시작하여 국민사법참여제도를 시행하여, 그 성과를 보아가면서 다른 유형의 사건에 대해서도 국민사법참여제도의 도입을 장기적으로 검토하자는 건의안이 통과되었다. 뒤이어 대통령 직속의 사법제도개혁추진위원회에

2) 사법개혁위원회에서의 자세한 논의는 사법개혁위원회, 「국민과 함께하는 사법개혁-사법개혁위원회 백서-」, 법원행정처, 2005 참조.

서 그 간의 논의를 종합하여 국민이 배심원으로서 형사재판에 참여하는 국민참여재판의 도입을 골자로 하는 “국민의 형사재판참여에 관한 법률안”을 마련하여 2005년 국회에 제출하였다. 국회에서는 동 법률안을 일부 수정하여, 2007년에 법률을 통과시켰고, 2008년부터 일반 국민이 형사재판에 참여하는 국민참여재판의 시대가 열리게 되었다.³⁾

국민참여재판이 시행됨에 따라 재판의 주인공으로 등장할 일반 국민이 배심재판의 의의와 중요성에 대해 인식하는 일이 급선무가 되었다. 또한 법조인과 사법기관은 배심재판의 시행을 위해 세세한 절차에서 각 기관이 어떤 지위에서 어떤 역할을 해야 하는지 상세한 지식을 갖추어야 할 것이다. 큰 틀에서 배심재판의 도입은 법원과 검찰 그리고 변호인 등 각 기관에서 자신의 지위에 맞는 올바른 역할 분담을 통해 성공적으로 실현될 수 있을 것이다.

최근 경찰에서도 배심재판을 염두에 두고 조사자 증언제도와 관련하여 적절한 재판에서의 역할 수행을 위한 여러 가지 준비를 하고 있다. 이렇듯 각 사법기관은 제각기 국민사법참여 재판에서의 소정의 역할을 하기 위해 노력하고 있다. 하지만 법률통과 이후 만 1년의 준비기간도 허락지 않은 일종의 촉박함으로 인해 준비상황이 충분치 못한 채 시행의 시기를 맞게 되었다. 그리하여 시행과 함께 시행착오를 해가야 하는 일종의 긴급상황이 조성된 것이다.

국민참여재판은 일차적으로 우리의 형사사법을 일변시키는 촉매로 기능할 것이 기대된다. 배심원으로 출석하는 국민들은 수시로 법원의 필요에 따라 불러 모을 수 있는 상태에 있지 않다. 배심원들에게 경찰과 검찰이 작성한 두툼한 서류는 제공되지도 않으며, 그 서류를 열람시킬 방법도 거의 없다. 배심원은 수사과정의 참여자가 아니다. 배심원과 검사-변호사는 오직 공판정에서만 만날 뿐이다. 따라서 배심원재판에서는 공판정이 중심무대가 되지 않을 수 없다. 공판중심주의의 도입이 그동안

3) 법원행정처, 「국민의 형사재판 참여에 관한 법률 해설」, 2007.8 참조.

주창되었지만, 배심원재판이 시행됨으로써 공판중심주의는 더 이상 미루는 것이 불가능해졌다.

배심원재판에서는 서류가 아니라 구술증거가 중심이 된다. 모든 증거는 법정에서 구두로 다투어지며, 상대방의 반대신문과 증거탄핵을 거쳐야 한다. 배심원들은 검사와 변호인의 배심원선정절차를 통해 기피되지 않고 남은 시민들이다. 따라서 어느 한쪽에 대한 편파적 선호를 가지고 있지 않다. 그 점에서 배심원 앞에서 검사와 변호인은 대등한 위치에 설 수 있다. 증거에서도 양 당사자는 대등하다. 공판정에 이르기 전에 양 당사자가 제반 증거를 공유해야 한다. 공판중심주의는 비단 공판정에서 양 당사자가 대등하게 증거를 놓고 다툰다는 의미만 갖는 게 아니다. 재판주체의 변화, 공판구조의 변화는 수사방식, 수사주체에도 직·간접적인 영향을 미친다. 형사소송법의 전면 개정은 안 그래도 필요한 일이었지만, 배심제도의 도입으로 인해 더 이상 미룰 수 없는 필수과제가 되었다. 배심제도는 형사소송법의 근본 개정의 한 지렛대의 역할을 한 것이다.

배심원재판의 도입은 종전의 경찰의 역할과 다른 역할을 강제하는 면이 없지 않다. 그 중에서도 이 글은 특히 조사자증언의 도입에 따라 국민참여재판에서 경찰의 법정증언이 현 형사소송법의 틀 안에서 어떻게 이루어져야 하는가에 초점을 맞출 것이다. 다음과 같은 순서로 본 논의를 전개하고자 한다. 첫째, 제도의 실질을 정확히 이해하기 위해 우선 국민참여재판의 도입 경과와 새로 제정된 ‘국민참여재판에 관한 법률’에 대해 알아본다. 둘째, 수사관 법정증언의 허용여부에 대한 종래의 학설과 외국의 입법례를 비교하는 이론적, 법리적 고찰을 한다. 셋째, 공판정에서 경찰의 역할과 증언의 중요성, 재판에 미치는 영향을 알아본다. 넷째, 이러한 경찰관의 법정증언을 효율적으로 하기 위해 실제 법정에서의 태도와 유의점 등에 대해 알아본다.

제2장. 국민참여재판의 도입경과와 국민의 형사재판 참여에 관한 법률의 제정

제1절 국민참여재판의 도입경과

사법부와 관련한 그간의 논점은 “사법권의 독립”을 확보하는 것이었다. 권위주의시대를 경험한 우리나라의 사법부는 이러한 비판에서 자유로울 수 없었다. 두 차례의 사법파동에서도 소장 판사들은 정치권력으로부터 사법권의 독립을 우선 과제로 내걸었다.⁴⁾ 그러나 1987년 이후 민주화 과정을 거치면서 재판에 있어서 부당한 외부적 압력에 의한 독립성 침해는 현저히 줄어들었다.

그럼에도 불구하고 사법에 대한 신뢰도가 충분히 회복되었다고 보기는 어렵다. 사법권의 독립과 법관의 독립은 개개 사건에서 재판에 대한 신뢰도는 회복시킬 수 있었지만, 사법제도 자체에 대한 신뢰도의 제고는 별개의 문제이기 때문이다. 사법제도 자체에 대한 신뢰는 국민을 사법권의 주체가 아닌 재판의 대상으로 삼고 있는 제도 하에서는 그 제고에 한계가 있다.

이에 꾸준한 시민의 사법참여 주장이 학계와 시민단체를 중심으로 있어왔다. 1990년대까지 가장 본격적으로 국민의 사법참여를 주창한 박홍규 교수는 다음과 같이 언급하고 있다.

“무엇보다도 한국의 사법제도는 재판에 대한 국민의 직접참가를 철저히 거부한다는 점에서 세계에서 거의 유일한 비민주적 형태이다. 한국의 관료적 사법을 근본적으로 치유할 수 있는 방법은 민중이 직접 재판에 참여하는 길 밖에 없다.”⁵⁾

4) 한인섭 편, “사법개혁에 관한 소장판사들의 성명서,” 「정의의 법, 양심의 법, 인권의 법」, 박영사, 2004, 452쪽 이하.

“민중의 재판참여는 체제의 구별과도 무관한 범세계적으로 보편적인 사법제도이나, 한국에서만은 논의조차 없다...배심제나 참심제는 대통령직선제보다도 훨씬 중요한 법치민주주의의 요체이다. 그것은 법의 생활화에도 무엇보다 좋은 제도이다. 법이 민중에게 내려오고 그들에게 봉사할 수 있게 만드는 유일한 방법이다.” 6)

이러한 논변을 몇 년에 걸쳐 펼친 학자가 느낀 소회는, “일반적인 무관심 속에 나의 목소리는 먼지 속에 묻혀 버렸다. 그야말로 광야의 외침이고, 사막의 절규였다.” 7) 하지만 10년이 되지 않아 그러한 목소리는 ‘먼지 속에 묻혀버린’ 것이 아님을 우리의 진행과정은 보여준다.

한편 국민의 위한 사법개혁을 추진했던 참여연대에서는 1995년 종합적인 사법개혁의 비전을 만들어냈다. 매우 포괄적이고 구체적인 비전을 제시했던 만큼, 그 중에 ‘시민의 사법참여’도 주요 과제 중의 하나로 포함되어 있었다. 국가주의적이며 관료적인 사법의 폐해를 누누이 역설하면서도 배심제 등 시민의 사법참여 그 자체에 대해서는 유보적인 입장을 폈다.

“배심제가 그 자체로서 이상적이며 국민주권주의에 들어맞는다는 점을 부정할 도리는 없다. ...그러나 유감스럽게도 영미 등 배심제가 정착된 나라에서와 마찬가지로 우리 사회에서 제대로 배심제가 기능하기에는 여러 가지 문제가 있는 것으로 판단된다. ...아직도 관준민비의 사상과 사법참여의 주체로서의 인식부족, 권리의식과 헌법의식의 결여 등이 보편화되어 있는 상태에서 일반시민을 재판의 주체로 내세운다는 것은 오히려 직업법관에 의해 이루어지는 현재의 재판제도보다 더 못한 후유증을 낳을 가능성도 없지 않다. 따라서 배심제 자체를 거부하기

5) 박홍규, 「사법의 민주화 : 재판을 말한다」, 역사비평사, 1994, 151쪽.

6) 박홍규, 앞의 책, 156쪽.

7) 박홍규, 「시민이 재판을」, 사람생각, 2000, 7쪽.

보다는 이러한 이상적 제도가 시행될 수 있는 토대를 만들고 전제를 충족시킬 수 있도록 노력하지 않으면 안된다.” 8)

당시 사법개혁에 대해 가장 전문성과 운동성을 갖춘 시민단체의 배심제를 보는 눈이 이러했던 것이다. 그리하여 ‘토대를 만들고 전제를 충족시킬 수 있는’ 것으로 사법과정에 대한 국민의 감시운동, 재판의 방청과 모니터 운동, 검찰기소권 견제를 위한 방안의 강구 등을 현실적인 방향으로 설정하였다. 필자는 그 사법감시와 재판비평에 적극 참여했으나, 점차 그 활동에서 일정한 한계를 느끼게 되었다. 외부로부터의 감시와 모니터링만으로는 관료사법의 폐해가 해소될 수 없다는 것이다. 그리하여 국민에 의한 사법을 의제로 내걸고 새롭게 공부의 과제로 삼은 것이 1998년부터이다.

국민의 사법참여의 의제가 정부 차원에서 공식적으로 논의되기 시작한 것은 대통령자문위원회였던 사법개혁추진위원회에 와서였다. 그러나 사개추는 이 쟁점을 마지 못해 다른 인상이 짙다. 그 보고서의 결론은 이러했다.

“결국 국민의 재판참여 확대문제는 재판제도 및 절차 전반에 대한 개혁이 수반되어야 하는 문제이며, 궁극적으로는 헌법의 개정도 필요한 문제이므로, 현 단계에서 이를 바로 추진하기는 어렵다는 점에 의견이 일치되었다. ...당장 도입하기는 어렵지만, 사법의 민주화를 고양하는 방안으로서 바람직한 것이므로 중장기적으로는 긍정적으로 연구검토할 과제이다.” 9)

8) 참여연대 사법감시센터, 앞의 책(1996), 1996, 251~252쪽.

9) 사법개혁추진위원회, 민주화를 위한 사법개혁-대통령자문위원회 보고서-, 2000, 326~327쪽.

제2절 사법개혁위원회의 “국민의 사법참여” 건의

이렇게 “광야의 외침”에서 출발하여 “중장기적인 연구검토과제”로 이양되었던 이 쟁점은 바로 4년만에 전원일치의 현실적인 개혁건의안으로 진전되었다. 2004년 사법개혁위원회는 “국민과 사법부의 역량을 두루 감안해 볼 때 이제는 더 이상 미룰 필요 없이 국민이 재판에 직접 참여하는 제도를 도입하여야 한다는 점에 의견”을 일치했다. 국민의 사법참여는 “사법의 민주적 정당성을 강화하고 투명성을 제고함으로써 궁극적으로 국민으로부터 신뢰받고 존중받는 사법을 확립하는 밑거름이 될 것입니다. …여러 외국 제도의 장점을 수용하여 국제적·보편적인 기준에 부합하면서 우리 나라의 실태와 문화에 맞는 국민사법참여제도를 마련하는 것이 적절하다”고 보아, 구체적 건의안을 만들어낸 것이다.¹⁰⁾

건의안의 통과는 만장일치였지만, 그 건의안이 만들어지기까지는 격론의 연속이었다. 다음과 같은 쟁점들이 검토되었다.

- ①국민참여재판을 도입해야 할 이유는 무엇인가
- ②도입한다면 어떤 사건부터 도입할 것인가
- ③배심제, 참심제 중 어느 것을 기본형태로 할 것인가
- ④참여시민의 숫자는 몇 명으로 할 것인가
- ⑤시민 참여범위를 유무죄에 한정할 것인가, 양형에도 미치게 할 것인가
- ⑥시민의 평결에 대해 어떤 효력을 부여할 것인가
- ⑦형사사건이 아니라 민사사건, 노동사건 등에도 국민참여재판을 하도록 해야 할 것인가

개별 쟁점에 대한 결론에 이르는 과정은 수많은 타협적 지혜를 짜내야 했지만, 아마 2003년 사개위가 출범할 때 예상했던 수준보다는 훨씬 진

10) 사법개혁위원회, 국민과 함께하는 사법개혁-사법개혁위원회 백서-, 2005, 260~261쪽.

전된 결과를 도출했음은 분명하다. 특히 법원, 검찰, 변호사, 시민사회, 학계의 참여자 사이에 합치된 결론을 끌어낸 것은 입법화과정에서 추진력을 더할 수 있는 결정적 요인 중의 하나였을 것이다.

사개위의 건의안의 요점¹¹⁾은 국민사법참여를 단계적으로 시행하자는 것이다. 사개위의 안대로라면, 우선 2007년부터 약 5년간 “1단계 국민사법참여제도”를 고안하여 실시할 것이다. 전국 지방법원 본원에 법정을 두고, 중죄의 형사사건에 대해 국민이 재판관으로 참여할 것이다. 국민은 무작위로 선발되고, 소환된 국민재판관 후보자를 상대로 선정절차를 진행하게 될 것이다. 선정된 국민은 법관의 지도하에 피고인의 유무죄에 대한 논의 후 의견을 개진하고, 유죄 합의가 이루어진 경우 형량에 대한 의견을 개진하게 될 것이다.

1단계에서 시행될 국민의 참여형태가 배심이나 참심이나 하는 쟁점에 대해 사개위는 의견일치를 보지 못하였다. 배심과 참심의 장단점에 대해서도 각종 논의가 있었지만, 그보다는 우리에게 적합한 형태가 무엇일가에 대하여 실증적인 검토 없이 외국의 예에 의존하여 단일모델을 결정하기엔 성급하다는 생각에서였다. 그리하여 직업법관 3인에다가 일반시민 5~9명으로 한 재판부를 구성한다는 정도로 합의가 이루어졌다. 재판부에 참여하는 시민의 숫자가 늘수록 배심형에 가까워질 것이고, 숫자가 적을수록 참심형에 가까워질 것으로 예상되는데, 그 가능성에 대하여 보다 개방적으로 대응하자는 것이다.

국민이 낸 합의의 법적 효력에 대하여는 일단 구속력이 없는 권고적 효력을 갖는 것으로 하였다. 이는 국민사법참여에 대한 위헌성 논란을 의식한 측면이 있으며, 더하여 국민참여의 구체적인 장단점과 파급효과에 대해 예단하기 어렵기 때문이다. 하지만 일단 국민사법제도를 도입하는 이상, 국민의 합의가 단순한 권고에 머물 수는 없을 것이다. 법적으로

11) 이하의 사개위의 요점은 안경환/한인섭, 배심제와 시민의 사법참여, 집문당, 2005, 15~16쪽에서 정리한 것이다.

로는 법관이 국민의 합의에 구속되지 않는다고 해도 사실상으로는 영향 받지 않을 수 없을 것이다. 그리고 형사재판에서 유/무죄의 판단에 머물지 않고 양형에 대한 의견개진을 할 수 있도록 하고 있는데, 이는 국민의 양형감각을 확인하고 존중하자는 취지에서였다.

제3절 사법개혁추진위원회의 “국민의 형사재판참여에 관한 법률안”

사개위는 국민재판참여를 단계별로 도입하자는 건의를 하였으며, 그 제도화를 위한 구체적 설계는 사법개혁추진위원회(이하 “사개추위” 라 함)의 과제가 되었다. 사개추위는 2005년 1월부터 50여회에 걸친 회의와 공청회를 거쳐 “국민의 형사재판참여에 관한 법률(안)”을 확정하였다.

사개추위의 법률안은 사개위의 틀 내에서 작업하게 되어 있다. 그러나 기본적 건의안을 제시한 사개위보다 사개추위는 구체적으로 가능한 제도를 단일화해야 하기 때문에, 국민참여재판을 성사시키기 위한 합의를 끌어내는 데 주안점을 둔 사개위보다는 모호성을 줄이고 구체적인 제도적 시안을 만들어낸 것으로 볼 수 있다. 구체화는 단순기계적인 세밀화라기 보다는 그 모호성의 방향을 배심-참심 연속선 중에서 보다 배심제 쪽에 가까운 안으로 설계하였던 것이다. 첫째, 참여시민의 명칭을 ‘배심원’으로 한 점, 둘째, 참여시민의 숫자를 통상의 참심제보다 많으며, 배심제의 숫자에 근접하도록 한 점. 셋째, 배심원의 후보, 선정방법, 기피제도 등이 배심제의 틀 하에서 행해지고 있는 방식을 가져온 점 등이 그것이다. 가장 중요한 것은 평의에서 배심원단에게 1차 평결의 기회를 제공하고, 법관이 평의과정에 시민들과 같이 참석하여 평결에 직접적인 영향을 제한하도록 한 점에서 배심제의 평의의 장점을 최대한 반영하려는 의도를 갖고 있다는 것이다. 흔히 참심제에서 행해지고 있다고 하는 양형과정에서의 시민관여는 꼭 배심제와 모순되는 것은 아니기에 그 점은 크게

중요한 것이 아니라고 본다. 이런 점을 종합적으로 고려하면 사개위 안이 ‘약한 의미의 배심·참심 혼용안’ 이라면, 사개추위의 법률안은 ‘약한 의미의 한국형 배심제안’ 이라고 할 수 있다. 여기서 ‘약한 의미’ 라고 하는 것은 배심원의 평결이 ‘구속적 효력’ 이 아닌 ‘권고적 효력’ 을 갖고 있는 까닭이다. 이하에서는 사개추위안을 분석·비평해보기로 한다.

1. 참여국민의 명칭 문제

사개추위에서 가장 의미있는 결정은 국민참여재판에 참여할 국민을 무엇이라 부를 것인가에 대한 결정이다. 흔히 배심원, 참심원, 명예법관, 시민법관, (국민)재판원 등 여러 명칭을 떠올릴 수 있으며, 사개추위에서도 이 문제를 고심하면서 여론조사를 하기도 하였지만 신통한 성과를 얻지는 못했다. 일본에서 채택한 ‘재판원’ 은 (관료)재판관과 대비된 것인데, 우리의 경우에는 이 용어를 받아들이기 곤란한 정황이 다소 있다. 우선 원(員)이란 용어는 관(官)이란 용어보다 다소 격하된 느낌이 있으며, 우리에게 익숙한 용어도 아니고, 일본용어를 그대로 가져오는데 따르는 부담감도 없지 않을 것이다. 시민법관 혹은 시민재판관의 용어는 국민을 직업법관과 대등한 느낌을 주는 이점이 있을 것이다. 그러나 참여시민이 헌법상의 ‘법관’ 과 같은 지위와 신분을 갖는 것은 아니다. 법관이나 재판관이란 용어를 쓸 때 시민의 법관으로의 격상의 이미지를 줄 수 있고, 또 강력한 국민참여의 의지를 보여준다는 점이 있을지 모른다. 실제로 이런 점 때문에 법관 또는 재판관이란 용어를 굳이 쓰자는 의견도 있고, 바로 그 점 때문에 그런 용어를 절대 써서는 안된다는 심정적 거부감도 강력할 수 있다.¹²⁾ 필자는 그런 논란 보다는 국

12) 사개추위 논란과정에서 법원 측은 ‘사법참여인’을 제안했고, 검찰 측은 ‘시민법관’이라는 명칭을 제안했다. 시민법관의 용어에 대해서는 법원 측의 반대가 매우 컸다고 한다. 김선수, 『사법개혁 리포트』, 박영사, 2008, 154쪽.

민의 사법참여의 원취지인 ‘시민성’, ‘ 시민의 관점과 가치의 반영’을 하려면 오히려 관료적 뉘앙스가 없는 용어가 더 적합하리라 생각한다.

그러면 배심원과 참심원의 용어는 어떤가. 참심원의 경우, 시민들에게 매우 생소하고 그 하려는 일을 제대로 알리는 것도 쉽지 않다. 배심원이란 용어는 곧바로 국민참여재판의 착수를 알리기 위한 가장 적합하고 이해하기 쉬운 용어로 생각된다. 우선 배심원이란 용어는 시민들에게 매우 익숙하다. 영화를 통해서든, 드라마를 통해서든, 책을 통해서든, 배심원이란 단어는 앞으로 무슨 재판이 진행될지에 대한 기본적 정보를 제공할 수 있는 것이다. 이제부터 관료독점재판이 종식되고 국민참여재판이 시작된다는 것을 알려줄 수 있는 것이다.

우리의 제도가 꼭 배심재판을 받아들인 것은 아니지 않느냐는 반론이 물론 있을 수 있다. 그러나 국민참여재판의 원형이 배심제이고, 참심제를 채택하고 있는 국가에서도 참여시민의 명칭을 배심원으로 하고 있는 국가가 적지 않다.¹³⁾ 미국의 배심원은 사실판단에만 관여하고 양형판단에는 관여하지 않는다고 하지만, 나라에 따라서는 참심제를 채택하고 있지 않은 나라에서도 사실판단은 물론, 일정한 방식으로 양형판단에 의견을 제시하는 경우가 없지 않다. 따라서 배심원이란 용어를 쓴다고 곧바로 미국식 배심제를 액면 그대로 채택한다고 볼 이유도 없다. 현재 국민참여방안을 구체화한다고 할 때, 그 기본모형에서 배심제적 방식이 일차적으로 참고될 가능성도 많다. 이렇게 보면, 참여시민의 명칭을 배심원으로 한 것은 대단히 적절하다고 생각된다.

한편 국민이 참여하는 형사재판의 명칭을 가리켜 ‘국민참여재판’이라고 하고 있는데, 그 용어가 가장 적합한지에 대해서는 생각해볼 일이다. 우선 국민참여재판이란 용어는 ‘특정성’이 약한 서술형 명칭이라는 느낌이 들며, 어떤 분야에 그러한 재판이 행해지는지 명료하지 않다.

13) 가령 프랑스는 참심제를 운영하고 있지만, 참여시민의 명칭은 배심으로 하고 있다.

가장 정확한 명칭은 ‘형사배심재판’ 이 아닐까 한다. 앞으로 2010년에 국민참여재판의 구체적 형태가 확정될 때는, 형사배심재판의 형태가 가장 바람직하며, 당해 재판의 명칭도 형사배심재판, 혹 민사 등에 확장된다면 민사배심재판 등으로 하는 것이 바람직하다고 본다.

2. 배심원의 수

사개위는 참여국민의 수에 대하여 직업법관 3인과 일반국민 5~9인으로 한 재판부를 구성한다고 건의했다. 실제로 과연 몇 명이 배심원 적정수인가에 대하여는 논란이 진행되어 왔다. 참여시민의 수가 적으면 재판의 효율적 진행은 가능할지 모르지만, 누가 배심원이 되는가에 따른 오차가 커지게 되며 다양한 경험과 연륜을 판단에 반영하기 어려운 난점이 있다.¹⁴⁾ 숫자가 많을수록 다양한 경험을 반영하고 오차의 한계를 줄이게 되지만, 많은 비용이 들고 평결에 이르는 과정이 복잡하고 수고스러워 진다.

효율성과 다양성의 대립보다 더 중요한 점은 국민사법참여의 취지를 생각해보는 일이다. 국민이 재판에 참여하게 되면 사법에 시민의 관점이 다양하게 반영되어 관료사법의 한계를 극복하고 재판에 대한 국민적 신뢰를 높일 수 있다는 점, 그리고 재판참여로 인해 시민들이 사법과정에 친숙하고 익숙해지도록 함으로써 법의 생활화, 시민화에 기여한다는 점이 장점으로 언급되어 왔다. 이러한 장점을 생각할 경우 배심원의 수가 많은 편을 선호할 것이다. 반면 소송에 참여하는 배심원이 치러야 할 시간·비용 등을 중심으로 생각하면 배심원 수가 적은 편을 선호할 것이다. 사개위에서 전자 편에 선 인사들은 9~12인의 배심원을 주장했고, 후자 편에 선 인사들은 3~5인을 선호했다. 결국 타협과정에서 5~9인으로 건

14) 배심원의 적정수에 대한 미국의 논쟁은 특히 12명보다 적은 수, 가령 6명의 배심, 5명의 배심이 허용될 수 있는가, 그리고 어떤 수가 바람직한가를 둘러싸고 전개되어 왔다. 그 내용에 대해서는 안경환/한인섭, 앞의 책, 188~194쪽 참조.

의안이 결정되었다. 그러나 구체적으로 5~9인 중에 기본선을 어디에 설정할 것인지에 대하여는 합의가 이루어지지 않은 채 사개추위로 그 논의가 넘어온 것이다.

사개추위는 배심원 수에 대한 3가지의 방식을 혼용하는 편을 택했다. 즉 법정형에 사형, 무기형이 규정되어 있는 사건은 9인으로 하되, 기타 사건은 7인으로 한다고 했다¹⁵⁾. 또한 피고인이 공소사실의 주요내용을 인정하는 경우에는 5인으로 가능하도록 했다. 이러한 방식은 사개위의 건의안의 범위 내에서 매우 합리적으로 짜여진 안이라 생각된다. 중대사건에 대해 9인으로 한 것은 국민참여의 범위를 넓히고, 신중한 평의와 평결을 이끌어내기 위한 것이며, 실질적 다툼이 없는 사건에서 5인으로 한 것은 소송경제를 꾀한 것이라 볼 수 있다. 2007년부터 1단계가 실시될 때, 5인, 7인, 9인의 세 유형의 국민참여재판을 두루 시행하여 이를 바탕으로 한 다양한 경험을 조심스럽게 검토해봄으로써, 본격적인 국민참여재판에서의 적정수에 대한 논의에 구체적 도움이 될 것이라 생각한다.

3. 합의방식

사개위의 건의안은 “법관의 지도하에 일반국민들이 피고인의 유무죄에 대한 논의 후 의견을 개진하며, 유죄로 합의가 이루어진 경우 형량에 대한 의견도 개진한다”고 정리하고 있다. 법관 3인과 배심원 5~9인이 어떻게 합의를 도출해 낼 것인가? 배심원과 법관은 같은 자리에 둘러앉아 평결에 도달할 것인가, 아니면 법관은 배심원의 평의 및 평결 자리를 벗어나, 배심원의 평결을 먼저 듣고 그에 대해 이의가 있는 경우에 다른 견해를 제시할 것인가? 등의 문제가 제기될 수 있다.

15) 사개추위 제3차 본회의(5.16.)에서 결정된 내용임. 사법제도개혁추진위원회, 『사법선진화를 위한 개혁--사법제도개혁추진위원회백서(상)』, 2006, 182쪽.

직업법관이 배심원과 동석하여 함께 평의를 하고 평결을 하는 것은 참심제의 형태이다. 참심제적 형태에서는 다음의 결합이 나올 수 있다. 우선 공판정에서 검사, 피고인, 변호인은 평의에서 사실상 우월적 지위에 있게 될 직업법관을 주로 의식하여 변론을 전개할 것이고, 그렇게 되면 배심원은 공판절차에서 주도적 역할을 수행하지 않게 되며, 심하면 들러리로 전락하기 쉽다. 평의과정에서도 마찬가지다. 법관들이 주도적으로 평의를 진행하게 되면, 법관들의 전문용어 및 추론방식에 별다른 이의를 제기하지 못한 채 법관이 주도하는 방향으로 끌려들어가기 쉽다는 것이다. 법관들도 다수의 시민들에게 세세히 설명하고 그들을 설득하는 일에 피로감을 느낄 수 있다.

생각할 점은 법관들과 시민들의 사실판단에의 접근방법에 상당한 차이가 있을 수 있으리라는 것이다. 법관들은 지식으로 출발하며 보다 문자의존적이다. 각계각층의 인사 중에서 무작위로 선정된 시민들은 지식보다는 경험에서 출발할 가능성이 많으며, 보다 구술의존적이다. 법관들은 실생활에 대한 인상을 어떤 간접적 체험을 통해 얻게 되는데, 그 체험의 범위가 다소 제한적일 수 있다. 따라서 검사, 피고인, 변호인들은 “누가 재판의 주도자인가”에 민감하게 반응할 수 밖에 없는 것이다. 국민참여재판의 장점을 제대로 구현하기 위해서는 일단 배심원에게 사실판단자로서의 독자성을 부여하는 형태가 보다 적절하리라 생각한다.

사개추위의 법률안은 사개위가 건의한 범위 내에서 나름대로 합리적인 방안을 추구하고 있다고 생각한다. 즉 평의과정에서 1차적 주도권을 배심원에게 부여한다는 것이다. 우선 평의는 단계적으로 나뉜다. 제1차 평의에서 배심원단은 법정에서 재판장의 설시를 듣고 퇴정하여 평의실로 이동한 다음 “법관의 관여 없이 독자적으로 평의”를 한다. 평결의 정족수는 전원일치로 한다. 단순다수결을 평결정족수로 할 경우, 치열한 토론을 통한 평의의 수준을 높이는 효과를 담보할 수 없다. 첫 투표의 순간에 어느 방향으로의 다수결이 곧바로 형성되어버리고, 그렇게 되면

다수의 우위에 선 배심원들은 소수의 이의제기를 인내하지 못할 가능성이 더 높아지기 때문이다. 평결에 도달하지 못한 경우에는 합의에 이르기 위해 적어도 몇 시간은 증거에 입각한 평의를 진행하여 이견을 해소하려는 치열한 노력이 담보되어야 한다. 자신이 생각한 사실이 다른 견해에 의해 수정되고 정교화되는 과정이야말로 배심제의 꽃이기 때문이다. 영국의 경우에는 적어도 2시간 이상은 전원일치에 이르도록 노력하는 평의과정이 있어야 하며, 그 시간 이후에도 결론이 나지 않은 경우에는 법관의 설시를 들은 후 가중다수결(10:2 이상의 다수결)로 평결을 할 수 있다고 한다. 우리의 경우에는 적어도 3시간 이내에는 전원일치가 아닌 방법으로 평결을 내릴 수 없도록 하는 것이 바람직하다.

전원일치가 되지 아니하면 배심원단은 제2차 평의절차에 들어간다. 사개추위의 법률안에 따르면, 이 때 배심원은 심리에 관여한 판사의 의견을 반드시 들어야 하며, 그 이후에 다시 평결할 수 있다. 이 때 평결 방식은 “만장일치가 아니라 다수결”에 의한다. 이는 “유죄의견이 과반수에 이르렀을 때 유죄평결을 할 수 있다”는 의미를 내포하고 있다. 그러나 이러한 방식에는 쉽게 동의하기 어렵다. 단순다수결로 유죄를 정하는 것보다는 적어도 “2/3 이상의 가중다수결”에 의한 평결을 하도록 제도화하여, 평의의 활성화를 도모해야 한다. 1~2명이 편향된 견해를 가지고 끝까지 밀어붙일 경우는 대비해야겠지만, 소수의 ‘합리적’ 견해를 숫자의 힘으로 밀어붙이는 식은 배심제가 갖는 본래의 의미에 반한다고 본다.

다음으로 배심원의 유 무죄 평결이 법관을 ‘법률적으로 기속하지 않는다’는 것은 사개위의 건의사항에 포함되어 있는 것이다. 배심원 평결을 권고적인 의견으로 한 것은 재조 안팎의 우려를 의식한 측면도 있으며, 위헌가능성의 주장도 일부 배려한 것이지만, 보다 현실적으로는 국민참여재판을 처음으로 정착시키는 단계에서 시행착오를 최소화하기 위함이다. 이렇게 권고적 효력을 부여한다고 한 것이 사개위에서 단일의

합의안을 도출하는 것을 용이하게 만들었던 측면도 있다. 다만 법률상
기속적 효과가 없다고 해서 배심원단의 평결이 쉽게 무시되기란 어려울
것이다.

배심원단의 평결과 법관의 판결이 달리 나올 경우, 과연 누구의 판단
이 타당한 것인지에 대한 심각한 논란이 야기될 것이며, 항소심에서도
심각하게 다루어질 것은 불문가지이다. 실제로 유/무죄가 애매한 경우,
유죄인 것 같지만 합리적 의심을 완전히 지우지 못한 경우 등 경계선상
에 있는 사안에 대해 법관들은 자신들의 판단 못지 않게 배심원단의 판
단을 진지하게 고려할 것이 틀림없다. 더욱이 (가중)다수결이 아닌 전원
일치로 배심원단이 평결을 했다면 사실상의 구속력을 가질 수 있을 것으
로 생각된다. 물론 현재와 같이 배심원단에 1차적 평의권을 부여하면서
그 평결에 단지 권고적 효과만 부여하는 모순은 제2단계 국민사법참여의
방식을 결정할 때 제대로 해결되지 않으면 안될 것이다. 필자는 기본적
으로 배심원단의 평결에 구속력을 부여하면서, 다만 법관이 도저히 납득
할 수 없다고 판단할 때는 배심원단의 평결을 명시하면서, 자신의 판결
을 내리게 하는 것이 바람직하다고 본다. 이 때 평결과 판결상의 차이는
결국 상소심에서 해결될 것으로 생각된다.

4. 사실판단 및 양형판단에서 배심원의 역할

앞서 말했듯이 배심원단은 사실판단에서 (제1차, 제2차) 평의를 진행
하고 평결을 내린다. 유죄평결이 내려지고 법관이 이를 수용할 경우, 사
개위안은 “법관과 함께 양형에 관하여 토의하고 개별적으로 양형에 관
한 의견을 개진한다” 고 하고 있다.

우선 검토할 점은 배심원단의 양형판단 개입은 참심제적 틀에 부합한
것이 아닌가, 그렇다면 우리 제도는 참심제적 요소를 강화한 것이 아닌
가 하는 점이다. 그러나 반드시 그렇게 볼 필요는 없다고 생각한다. 배

심제 하에서도 배심원이 오직 사실판단에만 관여한다는 것은 진정한 사실이 아니기 때문이다. 첫째, 배심원은 순수한 사실판단 뿐 아니라 법적 판단에 관여한다. 예컨대 피고인 측은 정당방위, 정신장애 등의 방어수단을 구사할 수 있으며, 배심원은 그에 대한 평결을 내린다. 이 때 정당방위, 정신장애 등은 순전히 사실판단에 국한되지 않으며, 법적 사실에 대한 규범적 평가가 포함되어 있다. 둘째, 미국을 예로 들면 민사배심에서는 사실판단 뿐 아니라 손해배상액수도 정하며, 통상의 손해배상에 더하여 징벌적 손해배상의 액수까지 평결로 정한다. 셋째, 예를 들면 미국의 경우 형사배심에서 사형판결에는 배심원이 관여하고 있기도 하다. 다시 말해 가장 중대한 사건에 대해서 배심원이 사형양형에 직접 관여하고 있다는 것이다. 넷째, 주한미군에 대한 형사배심에서는 배심원이 유무죄의 판단 뿐 아니라 양형판단에도 직접 개입하고 있다. 이러한 점을 종합해볼 때 배심원이 양형판단에 전혀 개입해서는 안된다는 것도 배심제의 필수적 부가사항이 아니다.

또 한 가지 생각할 것은 배심원의 유무죄 평결과 양형에의 관여 사이에 질적 차이가 있다는 점이다. 사개추위안에 따르면, 배심원단은 유무죄 평의를 배심원끼리 하고 그 평결에 대하여 법관에게 보고하는 형태를 띠고 있다. 그러나 양형판단에 있어서 배심원은 처음부터 법관과 함께 양형에 관하여 토의하고 개별적으로 양형에 관한 의견을 개진한다고 되어 있다. 사실 양형은 형평성, 공정성의 요청을 충족시켜야 하며, 특히 다른 재판부와 양형에서 지나친 편차를 보여서는 안되는 것을 원칙으로 삼고 있다. 양형의 객관화를 위해 양형기준 등이 사개위에서 같이 긍정적으로 검토되는 것도 함께 생각해본다면, 양형은 법관의 경험적 지식을 요하는 부분도 있고 보다 객관화된 양형기준을 존중해야 할 것이다. 따라서 양형의 평의에 있어서는 직업법관과의 합의에 의하더라도 기본적으로 문제가 없으며, 그 때문에 시민에의 의존도를 낮춘 것으로 생각된다.

다만 양형에서 시민의 의견이 반영될 수 있는 통로를 마련하는 것은

대단히 필요하다. 특히 우리나라에서는 양형에 대한 국민적 불신이 매우 높다. ‘유전무죄, 무전유죄’ 라는 세간의 비난으로 인해 법원의 양형에 대한 불신이 퍼져 있다. 뇌물범죄, 기업범죄에 대하여 지나치게 관대하다는 비판에 직면하여, 법원은 시민의 양형감각을 확인하고, 이를 양형에 고려할 필요가 있다. 다른 한편으로 배심원이 유죄평결을 내렸을 때, 전반적인 사정을 봐서 정상에 따라 가감해야 할 경우를 생각할 수 있다. 죄책으로는 살인죄가 되지만 아무래도 양형에서는 정상참작을 해야 한다든가, 아니면 죄책으로는 단순강도죄이지만 죄질이 너무 나빠 오히려 가중해야 마땅하다든가 하는 견해가 평의과정에서 충분히 나올 수 있다. 따라서 유죄평결만 하고 배심원이 무대에서 퇴장할 것이 아니라, 유죄평결에 이르는 과정에서 검토했을 여러 참작사유를 양형에 반영하는 것도 바람직하다고 본다.

제4절 국회: “국민의 형사재판 참여에 관한 법률” 의 제정

사개위와 사개추위의 논의를 거쳐 2007년 4월 30일 “국민의 형사재판 참여에 관한 법률” 이 국회를 통과하여 2008년 1월 1일부터 시행되게 되었다.

앞에서 다룬 몇몇 논점에 대한 법률의 내용은 다음과 같다.

먼저 제 1조 목적에서는 “사법의 민주적 정당성과 신뢰를 높이기 위하여 국민이 형사재판에 참여하는 제도를 시행” 한다고 하여, 국민참여재판이 사법에서 국민주권을 구현하는 한 방법이라는 점을 드러내고, 사법에 대한 국민의 신뢰를 제고하고자 함을 명시하고 있다. 따라서 앞으로 국민참여재판을 시행함에 있어서는, 단순히 수단적 활용을 넘어서 민주적 정당성과 사법신뢰라는 시각에서 전체 내용을 구현해야 할 것이다.

둘째, 재판에 참여하는 국민의 명칭에 관해서는 사개위와 사개추위의 논의대로 ‘배심원’으로 규정되었다. 배심원이 참여하는 형사재판을 “국민참여재판”으로 부른다고 규정하고 있다. 국민이 배심원으로 참여한다면, 그 재판의 명칭도 배심재판이라고 부를 수도 있겠으나, 이럴 경우 배심제와 참심제의 요소를 혼합한 우리의 재판형태를 영미식의 순수한 배심제로 인식될 수 있으므로 ‘국민참여재판’이라는 중립적 용어를 사용하기로 결정되었다.¹⁶⁾

다만 사건으로는 배심원재판이 더 적합한 용어라 생각한다. 국민참여 재판이란 명칭은 참여주체인 ‘국민들’에게 매우 번잡스러운 느낌을 준다. 또 국민이 어떻게 참여할 것인가에 대한 교육을 위해서 매우 부적절하다. 이제 법률가가 아니라 이 제도의 전모를 가장 쉽게 이해할 수 있는 명칭으로 쓰여지는 것이 바람직하다. 국민들은 ‘배심원’의 이름으로 소환되고, 배심원으로 참여한다. 재판장도 그 참여국민들을 ‘배심원 여러분’이라고 부를 것이다. 그러면 앞으로 가장 자연스럽게 유행할 이름은 ‘배심원’이고, 그 재판은 ‘판사재판’에 대응한 ‘배심원재판’이 될 것이다.

셋째, 배심원의 수에 관해서는 사개위가 5-9명, 사개추위가 9-7명을 건의하였다. 이에 본 법에서는 법정형이 사형, 무기징역 또는 무기금고에 해당하는 대상사건에 대해서는 9인의 배심원을 참여토록하고, 그 외의 대상사건에 대해서는 7인의 배심원을 참여토록 하였으며, 다만 법원은 피고인 또는 변호인이 공판준비절차에서 공소사실의 주요내용을 인정할 때에는 5인의 배심원이 참여할 수 있도록 하였다. 또한 특별할 사정이 있다고 인정될 경우에 법원은 검사, 피고인 또는 변호인의 동의가 있는 경우에 한하여 결정으로 배심원의 수를 7인과 9인 중에서 1항과 달리 정할 수 있도록 하였다.¹⁷⁾ 배심원의 수에 대한 논의 초기에는 참여재판

16) 위의 책, 9쪽.

17) 국민의 형사재판 참여에 관한 법률 제13조 제1항, 제2항.

의 의의를 살리기 위해 배심원의 수를 9인으로 하고 자백의 경우 5인으로 할 수 있게 하여야 한다는 견해가 있었으나 이 견해는 배심제에 편향된 것으로 배심제와 참심제의 혼용적 형태에 배치된다는 반론이 있어, 논의 끝에 배심원 수가 5인, 7인, 9인인 제도를 모두 시도해 보아야 한다는 결론이 내려졌다.¹⁸⁾ 사건으로는, 수가 적을수록 직업 법조인의 무형/유형의 영향력에 좌우될 여지가 크다. 따라서 적어도 실행단계에서는 5인으로 구성된 배심은 덜 선택하는 것이 바람직하다고 생각한다.

넷째, 평결 정족수의 문제에 있어서는 우선 피고인의 유무죄의 부분에 대해서 전원의 의견이 일치하면 그에 따라 평결한다. 유무죄에 대해 전원의 의견이 일치하지 아니하는 때에는 평결을 하기 전에 심리에 관여한 판사의 의견을 들어야 한다. 이 경우의 평결은 다수결의 방법에 의하도록 하고 있다. 심리에 관여한 판사는 평의에 참여하여 의견을 진술한 경우에도 평결에는 참여할 수 없다. 적어도 평결에는 법관의 관여를 배제함으로써 배심제의 핵심을 도입한 것이며, 이 점에서 참심제와 매우 동떨어진 구성이 된 셈이다. 다음으로 평결이 유죄인 경우의 양형에 관해서 배심원은 심리에 관여한 판사와 함께 이에 관하여 토의하고 의견을 개진한다. 평결에는 배심원의 배타적 관장사항이지만, 양형에서는 의견 개진으로 제한한 차이를 보이고 있다. 양형에서는 법관의 판단을 보다 중시하는 것이며, 배심원은 법관의 판단에 대해 국민적 상식에 맞추도록 조력하는 셈이다. 그리고 결정적으로는 배심원의 평결과 의견은 법원을 기속하지 아니한다고 규정함으로써 권고적 효력만을 인정하고 있다.¹⁹⁾

18) 위의 책, 29쪽.

19) 국민의 형사재판 참여에 관한 법률 제46조.

제5절 소 결

국민의 재판 참여에 대한 기본적인 입장과 방향을 제시한 사개위의 논의를 이어받은 사개추위는 현 시점에서 우리나라에 도입 가능한 구체적인 제도의 설계에 초점을 맞추었으며, 이어 국회는 사개추위의 내용을 일부 수정하여 국민의 형사재판 참여에 관한 법률을 통과시켰다. 동 법률은 전체적으로 볼 때 배심과 참심의 혼용된 형태를 보이고 있으나 배심제 쪽에 더 가까운 방향으로 제정되었다. 국회의 입법도 사개추위의 방안에 따랐기에, 결국엔 초기의 논의보다는 배심제적 요소가 강화된 셈이다.

첫째, 재판의 명칭은 국민의 재판 참여라고 사용하였으나 재판에 참여하는 시민의 명칭을 ‘배심원’으로 한 점, 둘째, 참여시민의 숫자를 7인 또는 9인으로 함으로써 통상의 참심제보다 많으며 배심제의 숫자에 근접하도록 한 점, 셋째, 배심원의 후보와 선정방법,²⁰⁾ 배심원후보자에 대한 질문과 기피신청²¹⁾ 등이 배심제의 틀 하에서 행해지고 있는 방식을 가져온 점 등이 그것이다. 가장 중요한 것은 1차 평의에서 유무죄에 관한 전원일치의 경우 평결함으로써 원칙적으로 전원일치를 요구하고,²²⁾ 법관이 평결에 관여할 수 없도록 함으로써 배심제의 장점을 최대한 반영하려는 의도를 갖고 있는 것이다.

유무죄에 대한 평의 외에 양형에 관하여 토의하고 그에 관한 의견을 개진하는 것²³⁾은 흔히 참심제에서 행해지고 있다고 하지만 이것이 꼭 배심제와 모순되는 것은 아니기에 그 점은 크게 중요한 것이 아니라고 본다.

20) 국민의 형사재판 참여에 관한 법률 제22조, 제23조, 제24조 등.

21) 국민의 형사재판 참여에 관한 법률 제28조.

22) 국민의 형사재판 참여에 관한 법률 제46조 제2항 본문.

23) 국민의 형사재판 참여에 관한 법률 제 46조 제4항.

이런 점을 종합적으로 고려하면 동법률은 ‘한국형 배심제안’ 이라고 할 만하다. 현재로서는 이 정도의 방안도 매우 진전된 것이다. 다만, 장래의 법발전을 위하여 현시점에서 아쉬운 점을 부기해둔다. 첫째, 평결과 평결의 효력 문제이다. 배심원의 평결은 법원을 기속하지 아니함으로써²⁴⁾ 효과를 ‘권고적’으로 하고, ‘구속력’을 부여하지 않은 점이다. 시행 첫 단계에서 곧바로 구속력을 부여하는 것은 무리한 면이 있는 것은 부정할 수 없다. 하지만 구속력이 없다는 사실이 암암리에 시민(배심원)보다 전문법관들이 더 우월하다는 심리적 효과를 제도도입의 초창기에 만들어낼 수 있어 우려스런 면이 있다. 배심원의 책임있는 자세 여부도 권고적 효과와 구속적 효과에 따라 달라질 수 있다. 앞으로 구속력을 부여할 수 있기 위한 준비를 해가야 할 것이다.

둘째, 제도 시행 초기에 재판의 현실을 고려하여 연간 100-200건만을 시행하여야 한다는 생각으로 국민참여재판의 대상사건²⁵⁾을 중죄의 형사사건 일부로 국한하고 있다. 배심원재판에 회부할 것인가 여부에도 법원의 판단이 개입한다. 법원은 심리의 상황이나 그 밖의 사정을 고려하여 국민참여재판으로 진행하는 것이 적당하지 아니하다고 인정하는 때에 결정으로 국민참여재판에 의하지 아니하고 심판하게 함으로써²⁶⁾ 법원이 일정 경우에 대하여 국민참여재판을 배제할 수 있는 권한을 부여한 것이다. 또한 동 결정에는 불복할 수도 없도록²⁷⁾ 규정하였다. 그러나 배심원재판의 선택은 피고인의 권리라는 차원에서 우선적으로 접근할 필요가 있다. 본격적인 단계에 오면 배심원재판의 대상사건을 인위적으로 축소하려는 개입은 자제되어야 할 것이다.

이렇게 평결의 효력을 권고적으로 한 것이나 대상사건을 제한한 것,

24) 국민의 형사재판 참여에 관한 법률 제46조 제5항.

25) 국민의 형사재판 참여에 관한 법률 제5조.

26) 국민의 형사재판 참여에 관한 법률 제6조 제1항 단서.

27) 국민의 형사재판 참여에 관한 법률 제6조 제2항.

법원의 결정으로 국민참여재판을 배제할 수 있도록 한 것은 국민참여재판의 의미를 퇴색시킬 수도 있으나 제도를 시행하는 첫 단계인 지금으로서는 신중한 숙고를 요한다는 점에서 그리고 우선 제도의 도입에 초점을 맞추고 단계적으로 올바른 모양의 제도를 설계한다는 의미에서 충분히 이해될 수 있다.

법원은 물론 검찰, 경찰은 국민참여재판의 구체화를 위한 각별한 관심을 갖고, 그것이 공판 및 수사의 방식 및 내용에 어떤 영향을 미칠까 하는 점을 세밀하게 고려해야 하며, 이는 배심제도의 이론적 근거와 시행 방식 등을 토대로 이루어져야 한다. 각각의 사법기관은 이러한 고려와 연구를 통해 각각 자신의 입장에서 국민참여재판에서의 올바른 역할 수행을 위해 노력하여야 하며, 특히 경찰의 입장에서는 완전한 공판중심주의와 배심제도의 틀을 고려하여 조서를 위주로 한 기존의 수사 관행에 대한 반성, 성찰과 새로 도입되게 되는 조사자증언제도에 대해 준비하여야 할 것이다.

제3장. 수사관 법정증언에 대한 법리적 고찰

국민참여재판의 도입으로 인해 각 사법기관은 여태까지와 다른 형태의 역할을 하게 되었다. 특히 이전까지 수사기능만을 담당해온 경찰은 공판정을 중심으로 한 사법제도에서 어떤 형태로 재판에 기여할 것인가가 문제된다. 이와 관련하여 종래 논의되어 오던 것이 수사관의 법정증언 문제이며, 증언의 허용여부에 대해 형사소송법 제312조와 제316조의 해석론에 따라 학설과 판례가 다양하게 전개되고 있었다.

그러나 2007. 6. 1. 형사소송법 일부개정에 따라 수사관의 법정증언 문제는 입법적으로 정리되었다. 즉 동 제316조(전문의 진술) 제1항은

“피고인이 아닌 자(공소제기 전에 피고인을 피의자로 조사하였거나 그 조사에 참여하였던 자를 포함한다)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”고 명시하였다. 일정한 제한을 두긴 했지만, 경찰조사관의 법정증언의 길을 명문화한 것이다. 물론 이 규정 이전에도 경찰조사관이 증언대에 서는 경우가 없지는 않았지만, 그 내용과 방식에서 커다란 제약이 있었다. 앞으로 경찰조사관의 주요 임무 중의 하나는 충실한 수사에 못지 않게, 법정증언에 대비해야 할 것이다.

이 장에서는 조서의 증거능력에 따른 실제 조사자의 증언의 허용여부에 관한 종래의 학설을 알아보고, 또한 이와 관련하여 검찰, 경찰의 조서의 증거능력이 다른 상황에서 수사에 관여한 검사의 증언이 가능한가에 대해 알아보기로 한다.

제1절 경찰관의 법정증언

공판중심주의와 직접심리주의에 충실히 따른다면 사건에 관련한 사실을 체험한 자는 이를 공개된 재판정에서 구술로 현출해야 하지만, 우리 형사소송법은 서면 증거에 대해서는 제311조 내지 제315조, 진술 증거에 대해서는 제316조를 통해 전문증거의 배제와 그 예외를 규정하고 있다.

다만 동법 제312조는 증거능력을 인정하기 위해서 제1항에서 검사작성 피의자신문조서의 경우 “적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 피고인이 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음이 공판준비 또는 공판기일에서의 피고인의 진술에 의하여 인정되고, 그 조서에 기재된 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한하여 증거로 할 수 있다”고 하여 성립의 진정 및 특신상태의 증명이 되어야 증거

능력이 있다고 규정한다. 반면 동 제2항에서 경찰관 작성 피의자 신문조서의 경우 “적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 공판준비 또는 공판기일에 그 피의자였던 피고인 또는 변호인이 그 내용을 인정할 때에 한하여 증거로 할 수 있다” 고 하여 그 요건을 규정하고 있다. 즉 검사 작성 피의자 신문조서의 경우에는 성립의 진정과 특신상황을, 경찰관작성 피의자 신문조서의 경우에는 내용인정을 요건으로 하고 있다.

또한 동법 제316조는 ‘피고인 아닌 자의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술이 피고인의 진술을 내용으로 하는 것인 때에는 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여진 때에 한하여 이를 증거로 할 수 있다.’ 고 하여 구두진술에 의한 전문증거에 대해서 특신상황의 증명을 요건으로 그 증거능력을 예외적으로 인정하고 있다.

경찰관의 법정증언과 관련하여 제312조 제2항에서 피고인이 조서 기재 내용을 인정해야 조서의 증거능력을 인정하고 있으므로 공판정에서 피고인이 수사기관에서의 진술 내용을 인정하지 않는 경우 경찰관 작성의 피의자 신문조서는 증거능력을 잃게 된다. 이렇게 조서가 증거능력을 잃게 되는 상황에서 수사를 직접 담당할 경찰관을 제316조 ‘피고인 아닌 자’에 해당한다고 하여 경찰관의 법정증언을 인정할 수 있을 것인가, 제312조에도 불구하고 제316조를 적용할 수 있을 것인가, 즉 제312조와 제316조의 충돌문제를 어떻게 해결할 것인가에 대해 종래(이하에서 “종래”는 2007년 형사소송법 개정 이전을 말한다) 다양한 견해가 제시되고 있었다.

1. 종래 학설의 태도

종래 통설은 부정설의 입장에 서 있다. 즉 공판정에서 피고인이 경찰 수사 단계에서의 진술을 부인할 경우에는 제316조에도 불구하고 제312조

를 우선적용하여 경찰관의 법정증언을 부정해야 한다고 한다.²⁸⁾ 즉 제 312조와 제316조의 관계에서 제312조의 입법취지와 그 실천적 기능 그리고 그 충돌에 대한 체계적 해석의 관점에서 제312조를 적용하여야 한다고 한다.

그 근거로는 첫째, 사법경찰관 작성 피의자신문조서의 증거능력을 제한하고 있는 형소법 제312조 제2항은 피의자신문조서에 대해 매우 제한된 요건 하에서 예외적으로 증거능력을 인정하고 있을 뿐이다. 거기에 이 규정의 중요한 취지는 위법수사의 방지장치라는 의미를 가지고 있다고 한다.²⁹⁾ 제312조는 이러한 인권보장의 의미를 강력하게 가지고 있는 특별조항이다. 제312조와 제316조의 충돌 문제는 전문법칙의 예외라는 평면적인 비교를 하여서는 안되며, 제312조의 특유한 입법취지에 따라 경찰관의 법정증언을 허용하여서는 안되는 것이다.

둘째, 수사과정에서 사법경찰관이 작성한 피의자 신문조서에 기재된 진술을 피고인이 공판정에서 부인하는 경우에, 즉 그 내용을 인정하지 않았으면, 특히 신빙할 수 있는 상태에서 행하여졌는가와는 무관하게, 그 증거능력이 부정된다. 그런데 그 피의자신문조서를 작성한 경찰관이 피의자의 진술의 내용에 대해 진술하는 것을 허용하는 것은 모순된다는 것이다.

셋째, 경찰관의 증언에 의해서 피의자의 경찰단계에서 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태에서 행하여졌다고 한결같이 주장될 텐데, 이러한 경우 제316조에 의해서 경찰관의 전문진술에 대한 증거능력을 인정하게 된다면 경찰관의 법정증언에 의해 피의자의 경찰단계에서 진술이 유죄의 증거로 사용되는 경우가 생겨 무죄추정의 원칙에 어긋난다는 것이다. 경찰관을 처음부터 불시하여 특신정황 주장에 일일이 의문을 다는 것도 법

28) 백형구, 「형사소송법강의」, 제8판, 박영사, 2001, 664쪽; 이재상 「형사소송법」, 제6판, 박영사, 2002, 520쪽; 배중대/이상돈, 「형사소송법」, 제5판, 홍문사, 2004, 600쪽; 임동규, 「형사소송법」, 제2판, 법문사, 2003, 470쪽, 472쪽.

29) 신동운, 「형사소송법 (제3판)」, 법문사, 2005, 843쪽.

원으로서는 부담스런 대목이다. 하지만 제312조에 따르면 조서기재 여부의 증거능력을 오직 피고인의 진술에 의하게 함으로써 법원의 부담은 없다.

넷째, 피고인에게 유리한 형사소송법 규정을 축소해석 함으로써 피고인에게 불리하게 되는 때에는 유추해석 금지의 원칙에 해당하게 되는데, ‘조서’의 개념을 축소해석하여 진술이 기재된 사법경찰관 작성의 조서의 증거능력은 제312조 제2항에 의해 엄격히 제한하면서, 조서에 기재된 ‘진술자체’는 제316조 제1항에 의하여 증거능력을 완화하게 되면 피고인에게 불리한 해석이 되므로 유추해석금지의 원칙에 위배된다³⁰⁾고 한다.

반면 긍정설은 제312조 제2항의 해석에 있어서, 조서의 내용을 부인하는 것이란 피의자였던 피고인이 조서에 기재된 내용인정을 하지 않는다면 사법경찰관이 작성한 피의자신문조서 자체의 증거능력을 부인하는 것이지 그것을 청취한 경찰관의 전문증언을 부인하는 것은 아니고 따라서 제316조 제1항의 요건을 구비한다면 그 증언의 증거능력을 인정하는 입장이다.³¹⁾ 긍정설에 따르면, 수사경찰관의 전문증언은 피고 측 변호인의 반대신문을 받는 증인으로서의 진술이며, 제316조 제1항의 특신상태의 요건을 충족해야 증거능력을 인정받으므로 수사단계에서 작성한 조서와는 달리 증언으로서 취급할 수 있다고 보는 것이다.

긍정설은 그 근거로서 첫째, 제312조는 ‘조서’의 증거능력에 대한 규정이고 제316조는 ‘진술’의 증거능력에 대한 규정이며, 조서와 진술은 명백히 구별되는 개념이므로 제312조의 조서에 대한 규정으로 경찰관의 진술에 대한 증거능력 여부를 판단하는 것은 조서가 가지는 문언의 가능한 의미를 벗어난 해석이라고 한다.

30) 친진호, “피고인의 경찰진술을 내용으로 하는 증언의 증거능력에 관한 재검토”, 저스티스 통권 제84호, 2005, 228쪽.

31) 차용석, “사법경찰관의 수사서류의 증거능력”, 고시계, 1993.6, 89쪽.

둘째, 우리나라는 일제 식민시대를 거치면서 조선인 피고인에 대한 일 본인 소추자와 재판관이라는 기형적인 형태로 재판이 이루어졌다. 조선 형사령에 의하여 검사 및 사법경찰관이 증거조사와 관련하여 예심판사와 같이 피의자를 신문하고 조서를 작성할 권한을 가지게 되었고, 사법경찰관 작성 피의자신문조서가 공판정에서 그대로 증거능력을 가지고 증거자료로 사용되었다.³²⁾ 그러나 근대 형사소송법의 이념인 구두변론주의와 직접주의 그리고 공판중심주의적 관점에서는 재판의 진행과 운용에 있어서는 공판정에서의 증언이 더욱 중요한 역할을 하게 된다. 따라서 경찰관의 법정증언을 부인하는 것은 오히려 피의자였던 피고인의 진술을 증거로 사용하는 방법에 있어 근대적 형사소송법의 발전방향으로 진행하는 것을 방해하는 결과를 낳고 있다는 점을 고려할 때 그 정당성을 인정하기 어렵다고 한다.³³⁾

셋째, 국민사법참여재판이 실시된다면 배심원들에게는 원칙적으로 조서가 제출되지 않으므로 실제 수사를 진행한 경찰관의 증언능력을 인정하지 않는다면 정확한 실체진실발견이 어렵게 될 것이라는 것이다.

2. 종래 판례의 경향

종래 판례는 피의자가 경찰에서 조사받는 도중에 범행을 시인하는 것을 들었다는 취지의 증인의 증언이나 피의자의 진술을 담은 진술조서 기재는 증거능력이 없다는 입장을 일관되게 밝혀왔다.³⁴⁾ 수사경찰관의 범

32) 자세한 내용은 신동운, “일제하의 예심제도에 관하여”, 서울대 법학 제27권 제1호, 1986, 157쪽.

33) 이완규, “피고인의 경찰 진술을 내용으로 하는 수사경찰관의 증언의 증거능력”, 저스티스 통권 제78호, 2004.4, 156쪽.

34) “피고인이 경찰에서 조사받는 도중에 범행을 시인하였고 피해자 측에게도 용서를 구하는 것을 직접 보고 들었다는 취지의 증인들의 각 증언 및 그들에 대한 사법경찰관, 검사작성의 각 진술조서 기재는 모두 피고인이 경찰에서 조사받을 때의 진술을 그 내용으로 하는 것에 다름이 아니어서, 피고인이 공판정에서 경찰에서의 위와 같은 진술내용을 부인하고 있는 이상 위 증거들은 증거능력이 없다고 보아야 한다.” 대법원 1994.9.27. 선고 94도1905 판결.

정증언에 대해서도 부정하는 태도를 취해왔다. 다만 그 근거에 대해서는 제316조 제1항의 특신상태를 기준으로 판단하는 태도를 취하다가 이를 변경하여 제312조 제2항의 조서 규정에 따라 피고인이 내용을 부인한 경우 증거로 할 수 없다고 하고 있다.

68도1366 판결에서는 “...위 각 증거는...제316조 제1항의 피고인의 진술을 그 내용으로 하는 피고인 아닌 자의 공판기일에서의 진술에 해당하여 일응 증거능력이 있는 듯이 보이나, 위 316조 제1항 소정의 전문진술은 그 진술 즉 피고인의 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여진 때에 한하여 증거능력이 인정되는 것이고, ...형사소송법 제312조 제2항의...규정에 비추어 피고인의 경찰 조사 시에 범행을 자백하고 그 자백이 임의성이 있었다는 내용의 진술 내지 조서는 특단의 사정이 없는 한 그 피고인의 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여진 것으로는 볼 수 없다고 함이 상당할 것” 이라고 하여 경찰관의 법정증언은 제316조의 규율대상이기는 하지만, 특신상태의 판단에 있어서 ‘이를 인정할 특단의 사정이 없는 한’ 특신상태를 인정하지 않음으로써 제316조의 적용을 부정하여 경찰관의 법정증언의 증거능력을 인정하지 않았다.³⁵⁾

그러나 73도2123 판결³⁶⁾에서는 “피고인이 인정하지 아니하는 경찰의 피의자신문조서는 형사소송법 제312조 제2항에 의하여 증거능력이 없다고 하면서 그 조서기재내용을 들었다고 하는 증인의 증언을 취신한다는 것은 모순...그 증언을 믿지 아니한 조치는 정당하다” 고 하였다. 동 판결은 ‘그 증언을 믿지 아니한 조치는 정당하다’ 고 하여 경찰관의 법정증언의 증거능력을 인정하고 있는 듯이 보이나 제312조 제2항을 근거로 이를 믿지 않은 것이 정당하다고 하고 있다. 즉 제312조로 인해 결국 경찰관의 증언을 증거로 사용할 수 없도록 하고 있다.

35) 대법원 1968.11.19. 선고 68도1366 판결.

36) 대법원 1974.3.12. 선고 73도2123 판결.

그 후 76도32 판결에서는 “증인이 수사기관에서 이 사건을 조사한 사람만큼 수사기관에서의 진술을 피고인이 부인하는 이상 동 증인의 위와 같은 증언은 범죄사실에 대한 증거력이 없다.”³⁷⁾고 하였다.

79도493 판결에서도 “피고인이 경찰조사시 범행을 자백하였고 그에 따라 범행사실을 확인하였다는 조사경찰관의 증언이나 같은 내용의 동인에 대한 검사 작성의 참고인 진술조서는 피고인이 경찰에서의 진술을 부인하는 이상 증거능력이 없다.”고 하여 제312조의 기준인 피고인의 내용부인에 의해 경찰관의 법정증언에 대해 증거능력부터 부인하고 있다.

82도385 판결에서도 “피고인의 경찰수사시의 진술을 그 내용으로 하는 증인의 증언은 피고인이 공판정에서 경찰에서의 진술내용을 부인하고 있는 이상 증거능력이 없는 것이다”고 하여, 제312조 규정에 따라 공판정에서 피고인이 내용을 부인한 경우 그 피의자신문조서 뿐만 아니라 조사경찰관의 증언에 대해서도 증거능력이 없는 것³⁸⁾으로 판시했다. 이 판결에서는 또한 피고인이 경찰수사시에 행한 진술(자술서)을 내용으로 하는 증인의 증언의 증거능력도 부인하였다. 경찰수사시의 자술서는 피의자신문조서에 기재할 내용을 자술서에 담은 데 불과한 것이기에 실질적으로는 피의자신문조서와 같은 차원에서 증거능력 여부를 판단해야 한다는 취지이다.

또한 85도1590 판결은 수사경찰관이 법정에서 피의자가 범행을 자백하게 된 경위를 진술한 내용에 대해서는 그 피의자=피고인이 공판정에서 경찰자백진술을 부인하는 경우에는 증거능력이 없다고 판시한다.³⁹⁾ 만일 이러한 경우에 증거능력이 있다고 하게 되면 피고인이 경찰진술은 증거능력이 없는데 반하여 그 경찰에서의 진술을 들었다는 증언이나 진술의 기재는 증거능력이 있다는 불합리한 결과를 초래할 것을 우려하는 것

37) 대법원 1976.3.9. 선고 76도32 판결.

38) 대법원 1983.7.26. 선고 82도385 판결.

39) 대법원 1985.10.8. 선고 85도1590 판결.

이다.⁴⁰⁾

이러한 판례의 입장은 최근까지도 변함없이 내려오고 있다. 대법원은 2005도5831판결에서 “피고인을 검거한 경찰관의, 검거 당시 또는 조사 당시 피고인이 범행사실을 순순히 자백하였다는 취지의 법정증언이나 위 경찰관의 진술을 기재한 서류는, 피고인이 그 경찰관 앞에서의 진술과는 달리 범행을 부인하는 이상 형사소송법 제312조 제2항의 취지에 비추어 증거능력이 없다고 보아야 한다”⁴¹⁾고 하고 있다.

3. 종래(2007년 법개정 이전)의 법률환경 하에서의 필자의 견해 정리

<1> 피의자의 진술을 대상으로 한 경찰증언은 허용될 수 없다는 원칙은 우리 입법과 판례에 기반을 둔 것으로 한국적 수사환경을 고려할 때 합당하다.

종래 경찰관의 법정증언 허용 여부에 대해 초점이 모여진 것은 피고인이 피의자였을 때 한 자백을 공판정에서 부인했을 때 그 자백의 증거가치를 확보하기 위한 수사기관의 노력을 어떻게 통제할 것인가 하는 점이었다고 생각된다. 수사기관은 다음과 같이 그 자백의 효력을 보존하기 위해 수사증거를 만들게 된다.

40) 같은 취지는 대법원 1984.2.28. 선고 83도3223, 83감도538 판결.

41) 대법원 2005.11.25. 선고 2005도5831 판결.

수사경찰의 자백 관리	증거방법	개정이전의 형사소송법상의 관련 법조항
㉠수사경찰이 듣는다	법정증언	144조, 316조. 그러나 312조 2항 적용하여 법정증언 불가.
㉡수사경찰이 자백내용 을 기록한다	피의자신문조 서	312조 2항(법률)
㉢자백내용을 피의자가 스스로 기록하도록 한다	자술서	313조 1항, 그러나 실질적으 로 동일한 분위기에서 신문조서 를 받는 것과 차이가 없는 경우 엔 312조 2항 적용(판례)
㉣자백내용을 녹음, 녹 화한다	영상녹화물	특별한 규정 없음

자백을 확보하게 되면 수사경찰관은 매우 유리한 고지에 서게 된다. 자백은 공식적으로 ‘증거의 여왕’의 지위에서 강등되었지만, 실제 수사의 세계에서 자백은 여전히 보이지 않는 왕좌를 차지하고 있다. 경찰기관에서 얻은 자백에 대한 기본적 불신감은 대한민국 형사소송법의 중요한 배경의 하나를 구성하는 것이었다. 그것은 우리의 역사적 경험의 소산이었다. 일제하에서 무수한 애국자들이 일제경찰의 고문에 짓이겨지고, 허위자백을 강요당했다. 해방후 경찰의 고문적 수사체질은 한동안 없어지지 않았다. 형사소송법 제정시에 국회는 경찰의 고문을 통한 자백의 강요를 견제하기 위해 증거법상의 한 조문을 만들었으니 그것이 현행 형소법의 제312조 제2항에 해당하는 것이다. 이 조문의 제정의 동기는 다음과 같이 정리될 수 있다.

“경찰에서 무엇을 말했다든지 수사기관에서 한 자백은 검찰기관 혹은 공판정에서 부인할 때는 언제든지 칠판에다 써두었던 글을 닦아버린다든지 아무런 효과가 없다는 이러한 방향으로 나가야 비로소 경찰기관에서 행해지고 있는 고문을 적어도 근절은 못 시키더라도 어느 정도 견

제할 수 있지 않는가 이러한 생각을 갖고 있습니다.”⁴²⁾

‘칠판에 쓴 글’이 사경작성 피의자신문조서의 운명이다. 그래서 공판정에서 부인하면 그 내용을 묻지 않고 지워버리도록 규정하였다. 그 이유는 경찰의 고문관행을 견제하고 나아가 근절시키기 위한 것이었다. 그러나 일단 고문을 짜내고 나면, 그 고문의 직접활용(㉠피의자신문조서)의 길이 어려워져도 ‘조서’의 형태가 아닌 다른 형태로의 현출을 통해 312조 2항의 규정을 우회할 수 있는 길을 추구했다. 그것이 ㉡자술서를 확보하는 방법이다. 그러나 1980년대 초 대법원은 전원합의체 판결을 통해 그 자술서가 경찰신문과정에서 경찰의 요구에 의하여 피의자가 작성한 자술서라면, 이는 ‘피신조서의 변형태’에 불과하다고 여겨 그 법적 효력을 피의자신문조서와 동등한 것으로 취급하였다. 따라서 같은 수사환경 하에서 피의자신문조서도 작성하고 자술서도 작성케 한 경우 그 법적 효과(증거능력)은 같다고 간주하여 자술서의 형태로 제312조 제2항을 회피하려는 시도에 법적인 중지부를 찍었다.⁴³⁾ 그 다음이 ㉢의 법정증언인데, 적어도 피의자의 자백을 간접적으로 재현하는 방법으로 쓰여지는 한, 경찰의 법정증언은 312조 2항의 취지에 따라 증거능력이 부정되었다.

즉 입법부 및 사법부의 확고한 방향은, 경찰에서의 피의자 자백은, 피고인이 공판정에서 부인하는 한, 어떤 변형된 형태로든 증거로 쓰여져서는 안된다는 것이었다.

42) 형사소송법 제정시 임상섭 의원의 국회발언 중 일부이다. 한국형사정책연구원, 『형사소송법 제정자료집』, 1990, 290쪽. 한인섭, 『한국 형사법과 법의 지배』, 한울아카데미, 1998, 82쪽.

43) 대법원 1982.9.14. 선고 82도1479 전원합의체 판결. “사법경찰관이 피의자를 조사하는 과정에서 형사소송법 제244조에 의하여 피의자신문조서에 기재됨이 마땅한 피의자의 진술내용을 진술서의 형식으로 피의자로 하여금 기하여 제출케 한 경우에는 그 진술성의 증거능력 유무는 검사이외의 수사기관이 작성한 피의자 신문조서와 마찬가지로 형사소송법 제312조 제2항에 따라 결정되어야 할 것이고 동법 제313조 제1항 본문에 따라 결정할 것이 아니다.[다수의견]”

<2> 종래의 입법 해석론에 따르면, 피의자의 진술 그 중에서도 조서에 포함되게 될 진술의 부분, 그리고 그 진술을 둘러싼 수사환경 등 조서의 증거능력의 영향력 범위 내의 사항에 대하여는 형사소송법 제312조 제2항의 취지에 따라 경찰관의 법정증언이 허용될 수 없다고 보아야 할 것이다. 그러나 피의자신문조서의 증거능력의 범위 밖의 부분에 대하여는 경찰관의 법정증언이 종래의 법률 하에서도 허용될 것이다. 초동수사한 경찰의 현장상황에 대하여 공판정에서 증인의 자격으로 진술하는 경우는 당연히 허용될 수 있는 것이다. 피의자의 진술이라고 하더라도 피의자의 자격을 갖기 이전이나 다른 상황에서의 진술이라면 그러한 진술내용에 대해 경찰은 제316조의 조건을 충족하는 한도 내에서는 법정증언을 할 수 있을 것이다.

경찰관의 자격을 가진 자는 공판정에서 증인이 될 수 없다는 규정은 없다. 수사경찰관도 증인적격 자체는 인정된다.

판례도 이같은 취지를 확인하고 있다.

대법원은 2000도2933 판결에서 “형사소송법 제146조는 ‘법원은 법률에 다른 규정이 없으면 누구든지 증인으로 신문할 수 있다.’ 라고 규정하고 있으므로, 원심이 이 사건의 수사경찰관을 증인으로 신문한 것이 증거재판주의나 증인의 자격에 관한 법리를 오해하였다거나 상고이유에서 지적하는 헌법위반의 위법이 있다고 할 수 없고, 기록에 의하면 피고인들에 대한 현행범체포에 상고이유에서 지적하는 바와 같은 위법이 있다고 할 수 없다.” 44)고 하여 경찰관의 법정증언이 증거재판주의나 헌법에 위반되지 않는다고 판결하였다.

또한 경찰공무원을 법정에서 증인으로 신문하여 그 진술을 유죄의 증거로 삼은 데 대하여 형사소송법 제146조가 경찰공무원에게도 적용된다면 이는 위헌이라는 헌법소원을 제기한 데 대하여, 헌법재판소는 헌법에

44) 대법원 2001. 5. 29. 선고 2000도2933 판결.

위반되지 아니한다고 하며 다음과 같이 결정하였다.⁴⁵⁾

“1. 형사소송에 있어서 경찰 공무원은 당해 피고인에 대한 수사를 담당하였는지의 여부에 관계없이 그 피고인에 대한 공판과정에서는 제3자라고 할 수 있어 수사 담당 경찰 공무원이라 하더라도 증인의 지위에 있을 수 있음을 부정할 수 없고, 이러한 증인신문 역시 공소사실과 관련된 실체적 진실을 발견하기 위한 것이지 피고인을 유죄로 추정하기 때문이라고 인정할 만한 아무런 근거도 없다는 점에서 이 사건 법률조항은 무죄추정의 원칙에 반하지 아니한다.”

“2. 수사기관으로서의 검사와 소추기관으로서의 검사는 그 법률상의 지위가 다르므로 공판에 관여하는 소송당사자로서의 검사와 사법경찰관리를 지휘, 감독하는 수사 주재자로서의 검사를 동일하게 볼 수 없고, 실체 판단의 자료가 되는 경찰 공무원의 증언내용은 공소사실과 관련된 주관적 ‘의견’ 이 아닌 경험에 의한 객관적 ‘사실’ 에 그치는 것이며, 또한 형사소송구조상 경찰 공무원은 당사자가 아닌 제3자의 지위에 있을 뿐만 아니라, 나아가 경찰 공무원의 증언에 대하여 피고인 또는 변호인은 반대신문권을 보장받고 있다는 점에서, 이 사건 법률조항에 의하여 경찰 공무원의 증인적격을 인정한다 하더라도 적법절차의 원칙에 반한다거나 그 근거조항인 위 법 조항이 합리적이고 정당한 법률이 아니라고 말할 수는 없다.”

“4. 경찰 공무원에 대한 증인적격의 인정은 피고인이나 피의자에 대한 헌법상의 기본권을 침해하거나 기본원칙에 반하는 것이 아니라 오히려 형사소송의 이념인 실체적 진실의 발견에 도움이 된다는 점, 그리고 증인 채택의 여부는 법원의 재량적 판단사항일 뿐 아니라 이에 불복이 있는 경우에는 이의신청이라는 불복방법에 의하여 다룰 수 있는 점, 또한 증거의 증명력은 법관의 자유판단에 의하는 것이라는 점 등에 비추어 볼 때, 이 사건 법률조항에 의하여 경찰 공무원이 증언할 수 있게 된다 하더라도 이로써 당해 피고인의 인간으로서의 존엄과 가치가 훼손된다고는 말할 수 없다.”

45) 헌법재판소 2001. 11. 29. 2001헌바41 전원재판부.

즉, 헌법재판소는 수사경찰관은 당사자가 아닌 제3자의 지위에 있고, 또한 변호인은 반대신문권을 보장받고 있으므로 실체적 진실 발견을 위해 증인적격을 인정할 수 있다고 하여 경찰관의 법정증언을 인정하고 있다. 그러나 이러한 현재의 결정이 대법원의 견해와 배치되는 것은 아니다. 현재의 결정은 피의자의 진술에 관련된 부분에 직결된 것이 아니라, 경찰관의 증거증거의 원칙에 관련된 것으로 이해해야 할 것이다.

4. 신형사소송법에 따른 조사자증언 제도의 도입: 그 의미

종래 학설과 판례의 태도에 따르면, 경찰단계에서의 피의자 진술의 내용을 피고인이 공판정에서 부인하는 경우 조서의 증거능력이 부인될 뿐만 아니라 그 진술을 내용으로 한 조사자의 증언도 부인하게 되므로, 실제 재판에 있어 경찰 수사단계에서의 피고인 진술은 무의미한 것이 되었다. 이러한 결과로 피고인의 내용부인과 관계없이 증거능력이 인정될 수 있는 검사의 피의자신문조서 작성이 필수적인 절차가 될 수 밖에 없었고, 이에 따라 피고인은 이중수사의 불편을 겪게 되었다. 뿐만 아니라 검사작성 피의자신문조서만이 피의자진술의 유일한 확보방안이 되므로, 검찰 단계에서의 무리한 강압수사를 할 위험성이 상존하였다.⁴⁶⁾ 경찰단계에서 얻은 자백을 검찰 단계에서 거듭 확보하기 위하여 검찰조사의 분위기를 경찰 조사에서와 유사하게 유지하려는 기도도 보여졌다.

더 나아가 검찰조서와 경찰조서의 증거능력 상의 등급차이가 과연 피고인에게 어떻게 실감될까 하는 것도 짚어볼 대목이다. 검사의 입장에서는 수사의 적법성이 훨씬 높은 검찰단계에서의 조서와 수사의 적법성을 신뢰하기 어려운 경찰단계에서의 조서는 증거능력이 다를 수 밖에 없는

46) 신동운, 「신형사소송법」, 법문사, 2008, 969쪽.

것은 당연하다고 할 것이다. 반면 경찰의 입장에서는 고문경찰, 위압적 신문 등의 부정적 세평은 과거의 이야기이며 적어도 현단계에서는 그렇지 않다고 항변할 것이며, 과연 경찰과 검찰의 조서작성환경에서 질적 차이가 있다는 점에 대해 반박할 것이다. 또 반면, 피의자의 입장에서는 검찰단계에 가면 과연 경찰신문환경과 질적으로 전혀 다른 환경 속에서, 적법절차가 충분히 보장되는 환경 속에서 보다 임의적인 진술이 가능하다고 하는 주장에 동의하기 어려울 것이다. 피의자의 입장에서는 다같은 수사기관일 뿐이다. 재판기관과 수사기관 정도는 구분해도, 수사기관 내에서 양자의 차이가 현격하며 조서의 증거능력의 차이가 있다는 것은 보통시민들이 잘 알지도 못하는데, 그런 차등을 둔다는 것이 불합리할 수 있다. 따라서 ‘조서’ 자체의 증거능력에 대한 비판은, 검찰과 경찰 여부에 관계없이, 타당하다는 것이 시민적 감각에 맞는 해석일 것이다. 때문에 형사소송법 개정 논의 때마다 조서의 증거능력이 끊임없이 다투어지고 있는 것이다. 이번 형사소송법 개정은, 대법원의 2004년 판결(전원합의체)을 통해 검찰조서의 증거능력에서 심각한 타격을 입은 이후, 새로이 조서와 증언을 재구성하는 견지에서 입안되었다.

신형사소송법에서는 경찰단계 조사의 무용함을 해소하고, 수사단계에서의 강압수사의 위험성도 없애기 위하여 두가지 측면에서 접근하였다.

첫째는, 수사절차에서 적법성과 투명성을 제고하고자 했다. 조서 작성시에 “적법한 절차와 방식에 따라 작성” 해야 할 것을 명문화(제312조)하였다. 적법절차를 확보하기 위한 여러 장치로써 위법수집증거배제법칙(제308조의2), 진술거부권의 충실화(제244조의3), 수사과정기록제도(제244조의4), 변호인의 피의자신문 참여보장(제243조의2) 등이 포함된다.

둘째는, 공판중심주의의 법정절차를 본격적으로 도입하였다. 형사재판절차에서 일부 존재하는 자백위주의 수사관행과 조서중심의 재판관행을 극복하여 피고인의 적정한 방어권을 보장하고, 공판정에 증거를 집중시켜 증거에 대한 탄핵이 충분히 이루어지도록 했다.

신형사소송법에 조사자의 법정증언은 이러한 배경과 관련하여 이해되어질 수 있다. 즉 신형사소송법 제316조에는 피고인이 아닌 자(공소제기 전에 피고인을 피의자로 조사하였거나 그 조사에 참여하였던 자를 포함한다)라고 하여 명문으로 조사자증언을 도입하였다. 이 조문을 통해 경찰의 법정증언은 종래의 해석론과 판례를 뛰어넘어 실정법적 근거를 마련하게 되었다.⁴⁷⁾

이 조사자증언은 경찰에 대해 다음과 같은 의미를 갖게 해준다. 첫째, 종래 경찰에서의 자백은 공판정에서 피고인이 이를 부인하면 한낱 휴지 조각에 지나지 않게 되었다. 그 때문에 증거법상 경찰의 지위와 사기가 저하되었다. 그러나 이제는 피고인이 공판정에서 이를 부인하더라도 경찰은 조사관의 자격으로 법정에서 수사내용을 증언할 수 있게 되었다. 경찰에서의 자백을 활용할 길이 열린 셈이다. 피의자 진술이 검사작성 피의자신문조서뿐만 아니라 경찰관의 법정진술에 의해서도 공판정에 현출됨으로써 수사내용이 다양한 방법으로 법정에 제출될 수 있게 되었고,⁴⁸⁾ 이에 따라 경찰수사에 대해 사실상 증거능력이 인정될 가능성이 열린 셈이다.

둘째, 경찰에 부담을 주는 면도 있다. 경찰조사자는 법정에서 선서를 하고 증언함으로써 위증죄의 부담을 안은 채 진술해야 한다. 수사과정에서 대한 경찰관의 증언은 피고인과 변호인의 강력한 반대신문 앞에 놓여지게 된다. 만일 수사활동에서 적법절차를 제대로 준수하지 않았다거나 임의성 있는 진술을 저해한 의혹이 부각되면 경찰로서는 치명적인 결과를 빚어내게 된다.⁴⁹⁾ 그만큼 경찰로서는 수사과정에서 적법절차를 준수하고 강압적 수사를 지양해야 하는 부담을 더 강하게 받게 되는 것이다.

47) 백형구, 「형사소송법 조문해설」, 한국사법행정학회, 2008, 345쪽; 손동권, 「형사소송법」, 세창출판사, 2008, 614쪽; 신동운, 「신형사소송법」, 법문사, 2008, 970쪽; 이영란, 「한국형사소송법」, 나남출판사, 2008, 808쪽; 이재상, 「신형사소송법 (제2판)」, 박영사, 2008, 588쪽.

48) 신동운, 2008, 970쪽.

49) 신동운, 2008, 970쪽; 손동권, 2008, 614쪽; 이영란, 2008, 808쪽.

셋째, 조사자증언은 무조건 인정되는 것이 아니다. 제316조에 따르면 조사자의 증언이 증거능력을 가지려면 “그 (피고인의) 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한하여” 가능하다고 명시한다. 여기서 특신정황의 수준은 “수사기관 면전에서 피의자 진술이 법관 면전에서 행해지는 피의자진술에 준할 정도로 적법절차가 보장되는 상황이 인정되어야” 한다는 뜻이다.⁵⁰⁾ 그리고 이 특신정황이 있느냐 하는 판단은 객관적인 자료에 입각해야 한다. 특신정황은 ‘증명’ 되어야 하며, 그 증명이 있어야만 비로소 증거능력이 인정된다. 증명은 검사가 해야 한다. ‘증명’ 해야 하는 것이므로 특신정황은 추정될 수 없다.⁵¹⁾ 경찰이 통상적인 조사를 해왔다면 그것은 ‘신빙할 수 있는 상태’ 일지는 몰라도 ‘특히’ 신빙할 수 있는 상태는 아닐 것이다. 피의자는 신빙하기 어려운 환경 하에서 자백을 강요(요청)받았다고 다툼다면, 검사는 “그렇지 않다. 오히려 피의자는 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 자백을 했음은 이러저러한 증거에 의해 명백히 입증된다” 는 점을 증명해야 하는 것이다.

국민참여재판 하에서 공판중심주의는 완전히 실현된다. 배심원들은 피의자신문조서 등 수사기록을 가져가서 밑줄을 그어가며 읽지 않는다. 배심원들에게 수사자료는 읽도록 제공되지 않는다. 수사자료의 일부를 공판정에서 PPT 등으로 재현하여 보여지도록 할 수 있는 경우에도, 그것은 강력한 인상을 주기에 부족하며 많은 양을 보여지도록 하기도 어렵다. 그보다는 증인들의 진술을 통해 정보와 인상을 얻게 되는 것이 훨씬 자연스럽다. 종래 가장 중요한 증거로 쓰였던 피의자신문조서는 국민참여재판 하에서는 매우 열등한 증거로서의 기능 밖에 못할 것이다. 그 때문에 조사자증언은 매우 중요하다. 그런데 조사자를 불러내 경찰단계에서 수사환경이 특신정황을 입증할 수 없게 된다면, 적법절차를 준수하지

50) 신동운, 2008, 970~971쪽.

51) 신동운, 2008, 925쪽.

않았다든가, 임의성 있는 진술을 할 분위기를 제공하지 못했다는 의혹을 받게 된다면, 그것은 경찰이 알고 있는 바의 실체적 진실을 규명하지도 못하고, 경찰수사 전체에 대해 비판을 받게 될 것이다.

요컨대 조사자증언의 도입은 경찰에게 하나의 기회를 제공하는 동시에, 이전보다 훨씬 투명하고 적법한 수사를 할 것을 강력하게 요청하는 셈이라 할 수 있다.

제2절 검사의 법정증언

1. 공판검사, 수사검사의 증인적격 문제

경찰의 법정증언 이외에, 또하나의 주요한 쟁점이 될 수 있는 것은 검사의 증인적격 문제이다. 경찰관은 수사기관의 일원이지만, 검사는 소추기관의 지위를 가지고 있기 때문에 검사의 법정 증언을 인정하는 것이 당사자주의에 반하는가, 헌법 제12조 제1항 후문의 적법절차의 원칙에 반하는가가 문제된다.

검사에게 증인적격이 인정될 것인가에 관하여는 부정설과 긍정설이 대립되고 있다. 우선적인 쟁점은 수사검사가 공판관여검사로서 소추하고 있을 경우이다.

부정설은 다음과 같은 논거를 가지고 검사의 증인적격을 인정하지 못한다고 한다.

① 당해 사건의 공판에 관여하고 있는 검사는 그 지위에 있는 한 소송주체이며 당해 소송의 제3자가 될 수 없다.⁵²⁾

② 공판관여 검사를 증인으로 신문하게 되면 검사가 당해 소송에서 공소유지자로서의 직무를 수행할 수 없게 될 수 있다.⁵³⁾

52) 이영란, 2008, 582쪽에서는 원칙적으로 검사의 증인적격을 부정하나, 예외적으로 진실발견상 검사의 증인신문이 필요하면 증인적격을 인정하고 있다.

③공판 관여 검사에 대한 증인신문이 필요하다 하더라도 검사를 공판 관여검사의 지위에서 물러나게 할 강제적 방법이 없다.⁵⁴⁾

부정설에 따르면, 공판관여검사는 당해 소송의 제3자가 아닌 당사자의 지위에 있고, 현실적인 절차의 문제에 있어 당사자인 검사의 지위를 박탈할 수단이 없으므로 증인이 될 수 없다는 것이다.

다만, 공소유지에 관여하지 않는 수사검사의 증인적격을 인정하는 데에는 문제가 없다고 한다.⁵⁵⁾

반면 공판관여검사도 증인이 될 수 있다는 긍정설⁵⁶⁾도 강력하다. 다음과 같은 논거를 가지고 검사의 증인적격을 인정할 수 있다고 한다.

① 현행 형사소송법상 검사의 증인적격을 부정해야 할 명문의 법률 규정이 없다.⁵⁷⁾ 다른 규정이 없으면 누구든지 증인으로 신문할 수 있다(제146조)는 규정에 따르면, 검사도 증인적격을 갖는다.

② 소송주체로 활동하는 검사라 할지라도 실체진실의 발견을 위하여 검사를 증인으로 심문할 필요 있는 경우가 있다.

③ 검사가 증언한 후에도 공소유지의 직무수행이 가능하다. 이러한 이유에서 검사의 증인적격이 인정되어야 한다고 한다.

그러나 검사의 증인적격은 입법적으로 해결되었다고 볼 수 있다. 개정형소법 제316조에 의해 조사자증언제도가 도입되었으므로, 피의자를 조사하였던 검사도 증언을 할 수 있다고 보아야 한다.⁵⁸⁾

다만 긍정설을 취하는 경우에도 증언한 후에 공소유지를 할 수 있는가에 대해서는 다시 견해가 나뉜다. 검사가 그 직무수행 내지 수사의 적법

53) 손동권, 2008, 460쪽.

54) 이재상, 2008, 460쪽.

55) 손동권, 2008, 460쪽; 이재상, 2008, 460쪽.

56) 신현주, 형사소송법, 2002, 528쪽; 차용석/최용성, 형사소송법, 2004, 626쪽.

57) 백형구, 「형사소송법 조문해설」, 한국사법행정학회, 2008, 132쪽

58) 신동운, 2008, 727쪽; 이완규, 「개정형사소송법의 쟁점」, 탐구사, 2008, 124쪽, 각주34.

성을 증명하기 위해 증언한 경우에는 굳이 직무수행에서 제외시켜야 할 필요가 없으므로 증언 후 공소유지를 할 수 있다고 보는 견해⁵⁹⁾가 있으나, 준사법기관으로서의 검사에게는 법관에 준하는 객관의무가 요구된다는 점에서 일단 검사가 증인으로 증언 후에는 공소유지자의 지위에서 제외되어 공소유지를 할 수 없다고 해야 할 것이다.⁶⁰⁾

검사의 증인적격을 부인하는 견해는 검사의 제 3자성을 인정할 수 없음을 주된 근거로 하고 있다. 그러나 대체로 수사검사와 공판관여검사가 다른 우리의 경우에 일괄적으로 검사의 증인적격을 논하는 것은 적절치 않다고 본다. 실제 공판정에서 증언 여부가 문제가 되는 것은 공판검사라기 보다는 수사검사인 경우가 많을 것이기 때문이다. 그렇다면 여기서 공소유지에 관여하지 않는 수사검사의 증인적격은 어떻게 볼 것인가가 문제된다. 즉 실제적으로 수사검사와 공판검사가 나뉘고 있는 상황에서 수사검사도 공판검사와 같이 제3자성 문제가 생길 것인가.

헌법재판소는 “수사기관으로서의 검사와 소추기관으로서의 검사는 그 법률상의 지위가 다르므로 공판에 관여하는 소송당사자로서의 검사와 사법경찰관리를 지위, 감독하는 수사 주체자로서의 검찰을 동일하게 볼 수 없다”⁶¹⁾고 봄으로써 수사검사의 증인적격에 대해서는 제3자성의 문제를 삼지 않고 증인적격을 인정하고 있는 듯이 보인다.

생각건대, 적어도 수사검사와 공판검사의 역할이 나뉘고 있다면 수사 검사에 대하여 재판에 있어 당사자성을 인정하기는 어려울 것이다. 실제로 공판에 관여하지 않는데 이를 일반적으로 검사가 재판에서 당사자의 지위를 가진다고 하여 수사검사에게 당사자의 지위를 부여하는 것은 실제에 부합하는 해석이 아니기 때문이다. 따라서 수사검사의 당사자성은

59) 백형구, 형사소송법, 2002, 288쪽; 이영란, 2008, 582쪽; 이재상, 2008, 461쪽; 정영석/이형국, 1996, 395쪽; 차용석/최용성, 형사소송법, 2004, 626쪽.

60) 신동운, 2008, 728쪽.

61) 헌재 2001. 11. 29. 결정, 2001헌바41.

부인되어야 하며 증인적격은 인정될 수 있다고 본다.

다만 검사의 당사자성과 관련한 증인적격 허용여부에 있어서 문제가 되는 것은 수사에 관여한 검사가 공판검사로서의 지위를 겸하고 있는 경우이다. 이 경우에는 검사의 증인적격 허용여부는 수사검사와 공판검사의 지위의 두 가지 관점으로 해석해야 한다고 본다. 첫째, 수사검사의 지위를 가지고 있으므로 공판중심주의와 실체적 진실 발견을 위해 검사의 증인적격을 인정할 수 있으나, 둘째, 또한 공판검사의 지위에 있으므로 재판의 당사자이기 때문에 증언을 한 경우에는 공소유지를 계속할 수는 없을 것이다. 따라서 수사와 공판을 겸하고 있는 경우에 검사는 공판검사의 지위에서 물러선 후 수사검사의 지위에서 증언하도록 하는 것이 가장 합당할 것이다.

2. 미국에서 검사의 법정증언

여기서 다른 나라의 경우를 굳이 언급할 이유는 없으나, 우리의 경우 검사가 실제로 법정에서 증인으로 선 경우가 없는 것으로 생각되므로, 과연 법정증언의 가능성이 있는가를 비교법적으로 한번 살펴보는 것도 무의미하지는 않을 것이다. 미국의 경우만 살펴보기로 한다.

미국은 우리나라와 달리 범죄수사의 주도권은 원칙적으로 경찰기관에게 있다. 검찰은 주에 따라 몇 가지 특수한 범죄에 대한 수사권을 가지고 있는 외에 주로 경찰에서 넘어온 사건에 대한 기소 여부 및 공소유지의 책무를 맡고 있다.⁶²⁾

미국의 검사는 관내에서 발생하는 각종 범죄에 대한 공소권행사여부결정을 주요업무로 수행하며, 소추여부에 관한 재량권을 갖는다. 수사권이 검찰에게 있지 않고 소추기관으로서의 역할만 하는 상황은 구속영장의 발부에 관한 예를 살펴보면 쉽게 알 수 있다. 미국의 경우 구속영장의

62) 박주인, '미국의 검찰제도', 서울대학교 법학, 1972, 특별호 1권(제23호), 23쪽.

발부가 경찰관이 검사를 거쳐 법원의 결정을 통해 이루어지는 점은 한국과 비슷하나, 한국에서와 같이 검사가 전단적 직권으로써 결정하여 하달하지 않는다. 미국의 검사는 구속을 필요로 하는 자료에 대한 법률적용 및 증거에 대한 판단을 내려 만약 증거가 불충분하면 담당 경찰관에게 명령신청을 철회하도록 설득하여 수사경찰관이 스스로 포기하도록 요구한다.⁶³⁾

미국 검찰의 기소 전 절차(intake process)를 살펴보면, 경찰은 범인의 체포나 범죄의 발생 직후 최대한 빠른 시간 내에 관련 정보 일체가 검사에게 전달되도록 경찰보고서를 작성한다. 검사는 이를 통해 공소제기 결정(charging decision)이나 기타 법정 절차의 개시에 앞서 해당사건의 사실관계 전반을 검토·분석한다. 여기서 검찰의 주요 활동의 정점은 공소제기결정이며, 기소 전 절차에서 소추를 위한 활동의 실제적 작업은 경찰에 의해 이루어진다.⁶⁴⁾

한국의 경우, 검사는 검찰권을 행사하는 국가기관으로서, 범죄수사로부터 재판의 집행에 이르기까지 형사절차의 모든 단계에 관여한다. 검사는 수사의 주체로서 수사권, 수사지휘·감독권, 수사종결권을 가진다. 검사가 직접 수사를 수행할 것은 요하지는 않고, 실제 대부분의 수사는 사법경찰관에 의해서 실행되나, 법률에 의하면 사법경찰관은 독립된 수사기관으로 되어 있지는 않다.(형사소송법 제196조) 그러므로 실제 대부분의 수사가 경찰에 의해 실행되어 있음에도 불구하고 검사는 수사의 주체로 수사에 대한 모든 책임을 지게 된다.⁶⁵⁾

63) 위의 글, 31쪽 참조.

64) Joan E. Jacoby, 'The Intake Process', *The American Prosecutor : A Search for Identity*, 1980, p. 107 참조.

65) 그러나 통설과는 달리, 필자는 한국에서 사법경찰관도 단순한 수사의 '보조'자는 아니라고 생각한다. 형소법 제196조 제1항은 "수사관, 경무관, 총경, 경감, 경위는 사법경찰관으로서 검사의 지휘를 받아 수사를 하여야 한다"고 한다. 문자 그대로 보면, 사법경찰관은 수사의 주체라 할 수 있다. 단 수사의 주체가 되 검사의 지휘를 받는 제약을 안고 있다. 지휘를 받는다고 주체성을 상실하는 것은 아니다 법무부장관은 개별 사건에서 검찰총장을 지휘할 수 있다. 그렇다고

이와 달리 미국에서는 경찰과 검찰의 책임을 분명하게 분리하는 방식으로 형사사법체계가 발전해왔다. 비록 경찰과 검찰은 실제 형사소추를 하기 위해 같은 편으로 움직이나, 범죄자에 대한 같은 이해나 책임, 목표를 공유하고 있지는 않다. 예를 들어 경찰은 사회질서를 유지하기 위해 범죄자로 추정되는 자를 체포하는 것에 주요 목표를 두나, 검사는 법정에서 범죄자를 세우기 위해 보다 높은 질의 증거를 만드는 것을 보다 중요하게 평가한다. 이로 인해 경찰과 검찰이 대립되기도 한다.⁶⁶⁾ 그러나 기본적으로 경찰과 검찰은 공소를 제기하기 위해 기소 전 절차를 통해 협력한다.

기소 전 절차가 효과적으로 이루어지기 위해선 경찰의 수사정보가 검사에게 충분히 제대로 전달되어야 한다. 수사 경찰이 직접 해당사건을 검사에게 송치하는 경우에는 범죄와 체포의 상황에 대한 최소한의 정보만 전달되며, 이러한 경우 불완전한 정보인 경우가 많다. 그러나 검사가 사건을 검토하기 앞서 수사기관이 기초적인 사실관계는 물론 증인진술, 서류, 물적 증거, 미란다 원칙의 고지, 수색영장 등 공소제기에 필요한 서류 등을 준비하는 과정을 거친다면 효과적이고 효율적인 공소제기가 이루어질 수 있다. 이 과정에서 검사와 경찰 간의 지속적인 의견교환이 중요하다.

그러나 경찰업무의 결함에 대응하기 위해 검찰직속 수사관을 두는 경우도 있다. 재판에 회부된 사건의 증거 보강을 위해 마련된 검찰수사관제(Prosecutor's Investigator)는 실제 미숙한 경찰을 대신하여 수사의

지휘권이 발동되는 특정한 개별사건에서 검찰총장이 법무부장관의 보조자가 되는 것이 아니듯이 말이다. 동 제2항은 사법경찰관은 “검사 또는 사법경찰관의 지휘를 받아 수사의 보조를 하여야 한다”고 규정한다. 이렇게 사법경찰관은 수사의 보조자이다. 이 조항에서 사법경찰관은 “검사”와 같은 위치에 서게 된다. 사법경찰관이 일정한 범위 내에서 사법경찰관에게 지휘의 재량을 갖는 직책임을 이 조항은 보여준다. 한인섭, “국민참여재판 하에서 경찰 역할의 변화,” 형사정책, 제18권 제2호, 한국형사정책학회, 2006/12, 549-550쪽. 그리고 백형구, “사법경찰관에 관한 소송법상 문제점--특히 사법경찰관사무취급에 관하여--,” 대한변호사협회지, 106호, 대한변호사협회, 1985/4, 44쪽 참조.

66) 앞의 글, pp. 110-111 참조.

기능을 수행함으로써 경찰 보고를 보완하고 공소유지를 위한 준비를 돕는 등 다양하게 이용되어 왔다.

미국에서는 검사의 증언이 일정한 경우에 인정된다. 사건을 담당하는 검사는 다투고 있는 사실에 관련하여 그의 증언이 필수적이라는 주장이 없는 한 증인으로서 증언해선 안된다. 바꾸어 말하면 피고인이 특별한 판단을 요하는 진술을 한 경우에는 수사검사가 증인으로 나와서 증언할 수 있다. 검사 증언의 필요성은 그 증언이 형사사건에 중요하거나 피고인의 주장을 탄핵하는 데에 필수적이라는 의미를 포함하며, 검사의 증언의 필요성이 재판 전 합리적으로 미리 예상되어서는 안된다.⁶⁷⁾

사건을 담당하는 검사는 그가 증인으로 재판에 관련되지 않도록 주의해야 하며, 그렇지 않으면 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 심각하게 위태롭게 하는 결과를 가져올 수 있다.⁶⁸⁾

Ramon v. the State of Texas⁶⁹⁾에서 역시 적법절차 및 기본적 공정성에 대한 개념은 국가 대리인과 증인 간의 분리를 요한다고 적시하면서, 검사의 증언이 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 위태롭게 하는 근거로 “형사소추에서 검사의 전문가로서 영향력과 권력에 대한 인식, 그리고 검사의 지위로 인해 증언의 신빙성이 강화될 위험, 증언 후 최후변론의 검사 참여” 등을 들고 있다. 그러나 재판 중 검사의 증언이 필수적이 되었을 때, 검사가 사건 담당을 철회하지 않는다면, 그는 배심원에게 그의 증언의 신빙성과 신뢰성을 주장할 수 없다.⁷⁰⁾

67) Westlaw 410 Witness, 410II Competency, 410II(A) Capacity and Qualifications in General, 410k68 K. Judges, Jurors, and Officers Acting at Trial, as Witnesses.

68) Westlaw 110 Criminal Law, 110XX Trial, 110XX(E) Arguments and Conduct of Counsel, 110k700 Rights and Duties of Prosecuting Attorney, 110k700(1) k. In General; Misconduct in General.

69) 159 S.W.3D 927 (2004) Ark. 84, 776 S.W.2d 359 (1989).

70) Westlaw 110 Criminal Law, 110XX Trial, 110XX(E) Arguments and Conduct of Counsel, 110k712 Statements as to Facts, Comments, and Arguments, 110k720 Comments on Evidence or Witnesses, 110k720(5)k Credibility and Character of

그렇다면 미국에서 검사의 법정 증언이 허용되는 ‘검사의 증언이 필수적인’ 경우는 어떠한 경우인가?

첫째, 검사의 법정 증언은 특수하거나 필수불가결한 조건에서만 가능하다.⁷¹⁾ *Duncan v. State*⁷²⁾에서 신문절차에 대한 검사의 증언과 주장은 유죄판결의 증거로 채택될 수 있다고 판결된 바 있다.

둘째, 범죄 수사에서 적극적인 역할을 한 검사는 잠재적인 증언이 될 수 있으나, 그러한 경우 국가의 대리인으로 공소유지 및 공판을 담당할 수 없다.⁷³⁾ 그러나 이를 이용하여 피고인 변호인이 검사를 증인으로 요청하여 그의 자격을 상실시킬 수는 없다.⁷⁴⁾

제4장. 국민참여재판하에서의 경찰증언의 중요성

현재의 관행인 조서중심의 재판은 점차 조서의 증거능력을 제한하는 방향으로 변해가고 있다. 그동안 형사소송법 제312조에 의해 사경작성 피의자신문조서와 검사작성 피의자신문조서는 각각의 요건을 충족하면 증거능력을 인정받았으나, 점차 그 요건의 해석이 축소되는 경향이다.

사경작성 피의자신문조서는 공판준비 또는 공판기일에 그 피의자였던 피고인이나 변호인이 그 내용을 인정하는 때에 한하여 증거로 할 수 있다.⁷⁵⁾ 즉 요건상 피고인이 된 피의자가 공판정에서 조서의 내용을 부인하면 증거능력을 인정받지 못하게 된다. 이렇게 사경작성 피의자신문조

Witnesses.

71) *Riddle v. Cockrell*, 288 F.3d 713, 721 (5th Cir. 2002) 참조.

72) 291 Ark. 521, 726 S.W.2d 653 (1987).

73) *Ramon v. the State of Texas* 참조.

74) *Williams v. State*, 300.

75) 형사소송법 제312조 제2항.

서보다 검사작성 피의자신문조서의 증거능력이 인정되기 쉬운 형사소송법의 규정상 사경작성피의자신문조서는 검사작성 피의자신문조서보다 더 쉽게 증거능력이 부인될 수 있었다.

검사작성 피의자신문조서는 이에 비해 증거능력의 인정이 용이하였으나 최근 요건의 해석을 축소하는 판결이 나온 바 있다. 검사작성 피의자신문조서는 성립의 진정⁷⁶⁾과 특신정황⁷⁷⁾을 요건으로 하는데 대법원은 성립의 진정과 관련한 요건의 해석에 있어 최근 주목할 만한 판결을 내놓았다.

성립의 진정을 입증함에 있어 종전에는 형식적 진정이 인정되면 실질적 진정이 추론된다고 하였다. 즉 검사작성 피의자신문조서는 간인과 서명날인이 진정한 것이라면 그 조서에 기재된 진술은 원진술자의 진술대로 기재된 것이라고 추정하였던 것이다.⁷⁸⁾

그러나 최근 판결⁷⁹⁾에서는 이전에 실질적 진정성립이 추정된다는 입장을 버리고 실질적 진정성립의 요건에 대해서도 적극적인 증명을 요구하는 입장으로 판례를 변경하였다. 동 판결에서는 현행 법조문을 그대로 인용하여, 피고인이 된 피의자의 진술은 ‘공판정에서의 진술’에 의해 성립의 진정이 인정된 때 증거능력이 있다고 판시하였다. 즉 이제 피의자신문조서의 증거능력 여부는 그 피고인의 법정진술 여부에 달려있게 되었다.

요컨대, 사경작성 피의자신문조서든 검사작성 피의자신문조서든 공판정에서 피고인이 된 피의자인 원진술자의 진술에 의해서 증거능력을 인정받게 된 것이다.

그러므로 다음과 같은 경우에 수사한 경찰관은 법정증언을 하지 않을

76) 형사소송법 제312조 제1항 본문.

77) 형사소송법 제312조 제1항 단서.

78) 대법원 1984. 6. 26. 선고 84도748.

79) 대법원 2004. 12. 16. 선고 2002도537.

수 없게 된다. 만일 피고인신문절차에서 피고인이 진술거부권⁸⁰⁾을 행사하여 어떤 진술도 하지 않는다거나 조서의 내용을 부인해버리면 사경작성 피의자신문조서는 자연히 증거능력을 잃게 되므로 조서를 작성한 경찰관은 증언으로 수사내용을 현출할 수밖에 없을 것이다.

국민참여재판제도는 공판중심주의를 원칙으로 하며, 구두신문과 직접 심리를 하게 된다. 이전까지의 조서재판은 국민참여재판 하에서는 현행대로 유지되기는 힘들다. 종전처럼 조서를 비롯한 수사서류를 법원에 보내는 방식으로 국민참여재판이 진행될 수 없을 것이고 배심원들이 일정한 결론에 도달하기 위해서는 모든 증거가 공판정에 집중되어야 한다.⁸¹⁾ 피의자신문조서 등의 서류를 법관에게 제출하는 관행은 유지되기 어렵다. 이제 공소장만을 제출하고 나머지 사건의 실체발견에 관한 사항은 배심원들의 면전에서 이루어지게 될 것이다. 따라서 공판중심주의에 따라 현재 조서로만 공판정에 현출되던 경찰의 수사내용은 이에 따라 증언의 형태로 바뀔 수밖에 없으므로 경찰은 이제까지와 다르게 법정에서는 증언자로서의 역할을 하게 될 것이다.⁸²⁾

배심재판이 활발한 미국의 형사재판에서, 경찰증언은 매우 중요하다. 낡은 통계이지만 인용해보면, 정식 형사재판 중 약 4/5 정도에서 경찰이 증인으로 등장한다는 것이다. 일부 사건의 경우 경찰은 감정인(expert witness)으로 법정에 서기도 한다.⁸³⁾

우리의 경우에도 수사경찰관이 그 수사 내용에 대해 공판정에서 증언하는 것은 익숙한 풍경으로 자리잡을 것이다.

법정에서 증언은 가장 비중이 큰 증거의 하나이며 특히 배심재판에 있

80) 헌법 제12조 제2항, 형사소송법 제200조 제2항, 제289조.

81) 황운하, “국민의 사법참여와 경찰수사환경의 변화”, 국민의사법참여연구회 학술토론회 자료집, 2007.3.31, 39쪽.

82) 한인섭, 앞의 글(2006/10), 531쪽.

83) Kevin Tierney (1970), 「*The Courtroom Testimony: A Policeman's Guide*」, Funk & Wagnalls, p.15.

어서는 더욱 그렇다. 법정에서 직접 법관 또는 배심원들을 상대로 면전에서 하는 증언만큼 강렬하고 직접적인 효과를 가진 증거는 달리 없다. 서증, 과학증거도 법정에서 ‘증언’의 형태로 현출되고, 반대신문을 이겨낼 때 비로소 증거로서 강력한 힘을 갖게 된다. 그러므로 증언은 일반적으로 가장 중요한 증거로 작용한다고 할 수 있다.⁸⁴⁾

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 피해자가 죽고 없는 살인사건이라면, 피해자의 증언이 있을 수 없다. 따라서 살인사건의 경우에는 경찰증언이 불가결하다. 경찰증언이 없이는 어떤 살인사건의 기소와 소추도 성공하지 못할 것이다라는 말도 있을 정도이다.⁸⁵⁾ 따라서 수사경찰관은 법정증인이 될 경우를 대비하여, 충실한 준비를 해가지 않으면 안될 것이다.

제5장. 수사관법정증언의 실제

제1절 종래 수사관 법정증언의 증언 유형

실제 법정에서 경찰관의 법정 증언은 엄격한 의미의 조사자증언(형소법 제316조)에 한정되지 않는다. 법정 증언이 요청되는 실제 경찰관의 활동은 피의자에 대한 조사만이 아니기 때문이다. 일선 경찰관서의 수사 기능은 지구대(예전의 파출소)에서의 수사활동, 경찰서 조사계에서의 수

84) Kevin Tierney 앞의 책 p.12.

85) Kevin Tierney 앞의 책 p.15.

사활동과 형사계에서의 수사활동으로 나뉘고 있다. 지구대에서는 관할 지역의 범죄에 일차적으로 출동하여 대응하고, 조사계에서는 고소, 고발 사건에 대해 경찰서에서 직접 조사하며, 형사계에서는 범죄현장에 출동하여 현장수사와 함께 피해자수사, 탐문수사 등의 활동을 한다. 그러므로 엄격하게 말하자면 현장 수사를 하는 지구대와 형사를 담당하는 수사관의 수사활동과 조사를 담당하는 수사관의 수사활동은 그 내용이 다르⁸⁶⁾ 이에 따라 그 법정 증언의 내용 또는 유형이 달라지게 된다.

이러한 수사관 법정증언은 다음과 같이 나눌 수 있다. 즉 범죄현장에서의 초동수사자의 증언과 조사경찰관의 증언, 그리고 공무방해 등에 대한 피해자로서 경찰관의 증언이 그것이다. 경찰관이 아닌 필자로서는 구체적 예를 확보하기 어려워, 이하에서는 각 유형에 따른 증언의 내용에 대해 『경찰관 법정증언 매뉴얼』 책자에 나타난 실제의 예를 분류하여 알아보기로 한다.

첫째, 현장에서의 초동수사자의 증언이다. 그는 교통사고나 폭력사건의 신고를 받은 시기, 범죄현장에 대한 진술, 중요 증인이나 증거물의 위치와 상태 등 범죄발생 상황에 대한 진술을 한다. 특히 초동수사자의 증언은 법정에서 배심원들에게 현장의 생생한 느낌을 전해 줌으로써 유무죄 판단에 결정적인 영향을 미칠 수 있다.

“폭처법 피의사건과 관련하여 피고인과 피해자의 진술이 불일치하자 담당 검사는 당시 현장에 출동하여 초동조치를 수행한 경찰관을 증인으로 신청하였다. 담당 경찰관은 사건 발생 후 약 1개월 밖에 지나지 않아 사건에 대해 정확히 기억하고 있었고, 또한 상세하게 근무수첩에 기록하여 증언에는 어려움이 없었다. 검사는 경찰관인지, 언제부터 당

86) ‘조사’라는 의미를 수사의 의미로 넓게 새길 수도 있겠으나, 실제 경찰관서에서는 조사계라는 수사기능의 한 분과가 존재하고 있으므로, 조사자증언이라는 명칭은 조사 담당 수사관의 증언만을 의미하는 것으로 오해될 수도 있다. 따라서 실제 법정증언이 필요한 지구대와 형사계의 초동수사와 조사계의 조사를 아우를 수 있도록 수사관 법정증언이 더욱 정확한 명칭이라고 본다.

해 경찰관서에 근무했는지, 현장에 출동한 사실이 있는지, 일시와 장소, 그리고 당시 상황과 초동조치 사항은 어떻게 되었는지, 출동당시 피고인과 피해자는 어떤 상황이었는지, 현장에 목격자는 있었는지, 당시 작성된 수사서류가 적절하게 작성되었는지 등에 대해 신문하였다. 변호인은 사건 발생 시간이 23:00이고 현장은 가로등도 없는 어두운 곳 이었는데 어떻게 그렇게 정확하게 볼 수 있었는지에 대해 신문하였다. 담당 경찰관은 사건 현장에 출동할 당시 피고인이 피해자를 폭행하고 있었고, 현장이 어두웠던 것은 사실이나 순찰차의 전조등 불빛에 의해 정확하게 볼 수 있었다고 진술하였다.” 87)

둘째, 조사경찰관은 피고인, 참고인 등 사건 관계자들에 대한 조사 당시 진술한 경위와 내용, 피고인이 자백한 경우 자백의 경위 및 내용에 대해 진술한다.

“특가법상 도주차량 피의사건과 관련하여 피고인이 공소사실을 부인 하자 검사가 현장 초동조치 및 피고인을 조사했던 담당 경찰관을 증인으로 신청하였다. 사건 발생 후 8개월이 지났고 담당 경찰관은 당해 사건에 대한 기록을 찾아보았으나 찾지 못하여 구체적인 사항에 대해 기억하지 못하였다. 검사의 주신문에는 답변을 했으나, 변호인의 반대신문에는 기억이 나지 않는다는 이유로 거의 답변을 하지 못하였다. 이로 인해 주신문에 대한 증언은 신빙성을 인정받지 못하고 이것이 결정적인 이유가 되어 피고인은 무죄판결을 받았다.” 88)

셋째, 공무집행방해죄의 피해자로서 경찰관은 적법한 공무집행 여부, 피고인이 공무 방해를 한 이유와 행위의 유형에 대해 진술한다.

“피고인들이 경찰관을 폭행하고 순찰차를 파손시킨 사건에서 검사가

87) 경찰청, <[기본(전문)매뉴얼 제71호]경찰관 법정증언 매뉴얼>, 2006. 11. 18쪽, 증언사례 1.

88) 경찰청, 위의 글, 19쪽, 증언사례2.

경찰관을 증인으로 신청하였다. 검사는 경찰관인지, 근무 중이었는지, 피해내용이 무엇인지를 확인하고 피고인들이 사건의 가해자가 맞는지 에 대해 신문하였다. 변호인이 당시 상황에 대해 경찰관의 위법한 공권 력의 행사는 없었는지, 피해자의 상처가 피고인의 행위로 인한 것인 지, 피고인의 행위를 말린 사람은 없었는지, 경찰관이 최초 작성한 진 술서와 증인신문 시 진술한 내용이 다른 부분을 집중 추궁하여 신문하 였다. 경찰관은 최초 진술서 작성 당시부터 약 6개월 후에 증언하여 기 억이 희미하여 진술이 번복된 것 같다고 진술하였다. 변호사는 경찰관 의 피해사실에 대해 탄핵하였으나 판사가 이를 저지하였다.” 89)

제2절 수사관 법정증언의 태도

우리의 경우 경찰의 법정증언의 예가 드물었던 만큼 법정증언으로 입 하는 경찰의 태도 및 자세에 대한 연구는 거의 없었다.⁹⁰⁾ 사법개혁 논 의가 진행되면서 한국에서도 2006년 경찰청에서 경찰관 법정증언에 관한 매뉴얼⁹¹⁾이 나왔다. 물론 현재로서는 연구도 그 실제적 훈련도 매우 미 흡하다. 경찰의 법정증언의 신빙성을 높이기 위해 법정증언기술 및 태도 에 대해 연구하고 이를 숙지할 필요가 있다.

여기에서는 배심제 시행 이후 조사자 증언에 실질적으로 자료를 제공 할 수 있도록 경찰의 법정증언 태도에 관한 연구가 많이 축적되어 있는 미국의 경찰관 법정증언에 관한 내용을 검토하고 한국에서의 경찰관 법 정증언에 도움이 될 수 있는 자료를 정리하고자 한다.

1. 증언 전 준비

89) 경찰청, 위의 글, 20쪽, 증언사례3.

90) 한인섭, 앞의 글(2006), 532~536쪽 참조.

91) 경찰청, <[기본(전문)매뉴얼 제71호]경찰관 법정증언 매뉴얼>, 2006. 11.

가. 기본자세

법정증언을 해야 하는 경찰관이 기본적으로 인식해야 하는 중요한 개념은 바로 그가 국민을 대표하며, 국민의 주요한 이익은 사법정의의 실현이지 형사재판에서의 (수사기관의) 승리가 아니라는 점이다. 많은 신참 경찰관들은 유죄판결을 받기 위해 노력하고 유죄판결을 이끌어낼 수 있는 수사와 증언의 능력을 보여주길 원한다. 그러나 이것이 지나쳐 피고인 변호인의 교호신문 과정에서 던져지는 질문의 숨은 동기를 유추하고 솔직하고 진실한 답을 하기보다는 변호인의 의도에 반박하는 방향으로 대응할 때도 있다. 또한 신참 경찰관은 대부분 경험이 부족하고 증거법에 대한 지식이 부족하여 노련한 피고인 변호사의 손에서 약점을 드러내기도 한다.⁹²⁾ 중요한 것은 진실을 말한다는 자세이지, 누구를 불리하게 만들겠다는 의도성이 아니다.

나. 증거법에 대한 사전숙지의 필요성

기본적인 증거법은 매우 중요하다. 증거법은 재판과정에서 현출된 증거가 증거능력이 있는지 여부를 심사하는 기준을 제공한다. 경찰의 법정증언 역시 증거자료 중 하나이므로, 법정에 나가기 전에 증거법적 요건이 무엇인지 알고 있어야 한다. 특히 제316조의 특신상황, 적법절차의 전반에 대한 이해를 충분히 가져야 할 것이다.

피고인과 참고인 등의 진술을 내용으로 하는 경찰의 증언은 전문증거이기 때문에, 전문법칙 및 그 예외에 대해 숙지하는 것이 경찰의 법정증언에 대한 지식과 준비에 있어 핵심적인 부분이다. 자백과 인정, 전문가의견, 법적 공지, 증거의 규칙, 증거능력있는 부대상황 등에 대한 내용도 숙지해야 한다.⁹³⁾

92) C. A. Pantalon, 「*Handbook of Courtroom Demeanor and Testimony*」, Prentice-Hall, 1971, p. 7.

다. 해당사건에 대한 지식

해당사건과 관련 사항에 대해 정확히 아는 것은 마찬가지로 중요하다. 경찰이 증언하는 하는 시기는 피고인 등을 조사한 후 상당한 시간이 지난 후이므로 사건당시를 정확히 기억하는 것은 사실상 매우 어려운 일이다. 따라서 조사당시의 진술 내용 및 상황에 대한 정확하고 상세한 기록을 작성하고 이를 제대로 보관하는 습관을 가져야 한다.⁹⁴⁾ 기록의 내용에는 피의자, 범죄를 유발한 사건, 증인, 피해자 등의 내용이 포함되어야 하며, 적법하게 작성되어야 한다.⁹⁵⁾

이러한 기록은 기억을 환기하는 데에 필요한데, 이는 수사가 진행되는 동안 만들어진 것이어야 한다. 사후에 끼워맞추기 식으로 작성할 게 아니라, 그 때 그 때 작성해두어야 한다. 수사 당시에 만들어지지 않았다면 원칙적으로 그 증언은 증거능력이 없으나, 기록이 작성된 경로가 합리적으로 설명된다면 증거능력을 가질 수 있다.⁹⁶⁾ 경찰관이 작성한 기록 그 자체는 피고인이 제공하지 않았다면 그 자체로 증거가 될 수 없고, 법정에서 읽혀져야 증거능력을 가질 수 있다. 또한 경찰관이 작성한 기록은 재판 전 공판정에서 현출될 증거를 미리 제시하는 증거개시절차(discovery)가 진행될 때 피고인 측이 요구할 수 있다.⁹⁷⁾

이러한 기록은 법정에서 증언할 때 기억을 환기하기 위해 사용할 수도 있다. 그러나 기록에 눈을 박고 그대로 읽어서는 배심원들에게 신뢰를 주기 어려우며, 피고인 변호인에게 빌미를 제공할 수 있다. 되도록 검사

93) 앞의 글, p. 8.

94) 경찰청, 위의 글, 23쪽 참조.

95) R. David Petersen and Charles C. Thamas, 「*The Police Officer in Court*」, 1975, p. 71.

96) C. A. Pantalon. p. 9 참조.

97) 앞의글, pp. 10-11 참조.

와의 재판준비를 적절하고 철저히 하면서 수사 당시 기억을 환기시켜 사건의 내용을 미리 숙지하는 것이 필요하다.⁹⁸⁾

라. 증언 전 예상 질문 및 답변

첫째, 증언 전 경찰관이 개인적으로 사적인 발언을 한 것이 있는지 확인한다.⁹⁹⁾ 우선 사건과 관련하여 언론보도 등에서 공개된 사적인 발언 여부를 확인할 필요가 있다. 주요 형사사건인 경우 수사단계부터 언론에 공개되는 경우가 있는데, 이때에 사건 수사에 핵심적인 역할을 담당하는 경찰관의 사적인 의견이나 견해가 언론에 공개되는 경우가 있다. 이 경우 피고인 변호인에게 위의 정보가 수집될 수 있고 그 내용이 증언과 대비될 수 있다. 재판 전 사전 발언을 한 경우 이를 확인하고 증언할 내용과 비교하여 준비해야 한다. 되도록 사건에 대한 가치판단과 추측이 담긴 대화는 나누지 않도록 해야 한다.

둘째, 누가 경찰관을 증인으로 신청했는지 확인한다.¹⁰⁰⁾ 대개의 경우 유죄입증을 위해 검사가 증인으로 신청하는 경우가 대부분이나, 변호사가 경찰관의 증언을 탄핵하기 위한 방법으로나 판사가 실체적 진실 발견을 위한 방안으로 직접 소환하여 진술을 듣는 경우도 있다. 누가 증인으로 신청하는지에 따라 주신문과 반대신문의 방향이 달라진다. 주신문은 증인을 소환한 측에서 증인에게 먼저 실시하는 신문이다. 이 때 신문할 사항은 ‘증명할 사항과 이에 관련된 사항’, 즉 유죄판결에 직접적으로 관련성 있는 사항이다. 유죄입증과 직접적인 관련이 없어도 증인의 불리한 진술자체에 대해 다투기 위해 필요한 사항까지 포함한다. 주신문의 경우 유도신문은 할 수 없다. 반대신문은 주신문을 마친 다음 증언의 증

98) Petersen and Thamas, p. 72.

99) 경찰청, 위의 글, 30쪽.

100) 경찰청, 위의 글, 30-31쪽.

평가치를 삭감시키려는 의도로 하는 질문을 말한다.

셋째, 이를 바탕으로 예상 질문 및 답변을 정리해본다.¹⁰¹⁾ 예상질문을 작성함으로써 경찰관이 무엇 때문에 법정에 서고, 무엇을 증언해야 하는지에 대해 정리할 수 있다. 준비가 잘 될수록 법정에서 핵심적인 내용을 정확하게 진술할 수 있다. 예상질문 작성시 검사가 증인으로 신청한 경우 검사에게 연락하여 증인으로 신청한 이유를 확인할 필요가 있을 것이다.

마. 용모와 옷차림

법정에서의 개인적인 용모와 옷차림이 법정이나 배심에게 큰 영향을 미치게 될 것이다. 판사는 배심들에게 “보통 증인은 진실을 말할 것이라 가정된다. 그러나 증인의 외양과 행동, 증언할 때의 태도 등에 의해 그 가정이 흔들릴 수도 있다. 배심원들은 모든 증언들, 증언시의 상황, 그리고 증언의 신빙성을 보여주는 증거들을 신중하게 조사해야 한다” 고 설시할 수 있다. 즉 증언의 신빙성은 증인의 신체적 외양, 용모와 옷차림에 영향을 받을 수 있다. 그러므로 법정 증언시 판사나 배심원들에게 전문가로서의 인식을 줄 수 있는 용모와 옷차림을 해야 한다.¹⁰²⁾

제복근무자인 경우, 제복을 입을지 정장 사복을 입을지 결정해야 한다. 제복의 경우, 경찰관으로서 권위나 존경, 신뢰감을 보여줄 수 있다는 점에서 장점이 있다. 다만 때로 배심원들이 제복입은 경찰관이 “권위를 강요한다”는 느낌을 받을 수 있고, 제3자인 수사 경찰관이 공판검사와 한편인 것처럼 보일 수 있다는 점을 고려해야 한다.¹⁰³⁾ 제복 자체에 대한 국민들의 신뢰도도 증언의 신빙성 확보에 영향을 미칠 수 있다.

101) 경찰청, 위의 글, 33쪽.

102) C. A, Pantalón. p. 11.

103) 앞의 쪽.

미국의 한 지침서는, 기본적으로 무엇을 입을지 결정할 때 되도록 신고 현장에 출동할 때나 조사할 때와 같은 옷차림을 하도록 추천한다.¹⁰⁴⁾

사복근무자인 경우, 사복정장을 착용하며, 정장은 깨끗하고 수수하고 보수적인 스타일로 입는다. 무늬가 없는 타이와 흰 와이셔츠를 입는 것이 좋으며, 제복넥타이와 넥타이핀, 벨트, 버클 등을 포함하여 사복정장과 제복을 함께 입지 않도록 유의한다. 사복 정장은 깨끗하고 단정하고 다림질된 것이야 한다. 신발은 잘 닦여있어야 하며 양말은 진한 색으로 신어야 한다.¹⁰⁵⁾

증언시 옷차림에 관해 주의해야 할 것 중의 하나는, 우선 특정한 조합이나 종교, 다른 집단을 표시할만한 옷깃 핀이나 훈장, 넥타이핀, 반지 등은 착용하지 말아야 한다는 것이다. 배심원이 그러한 조직이나 종교에 반발심을 가지고 있는 경우라면, 경찰의 증언에 대해 편견을 가질 수 있다.

둘째, 사복 정장을 착용했을 때 경찰봉이나 권총 등 경찰장구는 휴대하지 말아야 한다. 경찰장구는 억압과 강제를 상징하므로 경찰증언자가 이를 휴대하고 있는 경우 가혹행위를 당했다는 피고인의 주장이 배심원들에게 얼마간 영향을 줄 지도 모른다.

셋째, 청결한 위생상태를 유지하는 것은 매우 중요하다. 머리와 손은 깔끔하게 다듬고, 공공장소에서의 흡연이나 껌을 씹는 행위는 피하는 것이 좋다. 주머니가 볼록해지도록 물건을 넣는 것도 삼간다.¹⁰⁶⁾ 이 정도까지 신경을 쓰야 되는지는 잘 알 수 없지만, 그런 데까지 신경을 쓰는 성실성은 권장할 만하다.

104) C. A, Pantalon. p. 12.

105) 앞의 쪽.

106) 앞의 글, p. 13.

2. 법정 안/밖에서의 태도

증언의 신뢰성 확보를 위해서는 법정 외에서의 태도도 영향을 미칠 수 있으므로 다음의 사항을 주의해야 한다.

먼저 정해진 시간에 맞추어 법정에 도착해야 한다. 되도록 정해진 시간보다 몇 십분 일찍 도착하는 것이 더 좋다. 미리 도착하여 검사에게 도착했음을 알린다. 공판정의 분위기를 파악하고 그에 익숙해지면, 증언하기에 심리적 여유가 생긴다. 그런 여유가 있어야 정확한 증언을 할 수 있다.

법정 밖에서 큰 소리로 떠들거나 이야기하는 것을 피해야 한다. 재판을 기다리면서 오랜만에 만난 동료들과 함께 인사를 하는 상황은 이해될 만하나, 웃음과 속삭임 등의 대화가 배심원들에게는 안 좋은 인상을 심어줄 수 있다. 증인석에 있지 않을 때 다른 증인에게 사건에 대해 이야기해서는 안되고 특히 사건을 이야기 하면서 웃거나 농담을 해서는 안된다.¹⁰⁷⁾

마찬가지로 사건과 관련된 사실관계에 대해 다른 사람과 논의하거나 노트와 증거를 비교하는 일은 없어야 한다.¹⁰⁸⁾

3. 법정 안에서의 자세

피고인 등의 위치를 확인할 필요가 있다. 체포당시 피의자와 다른 모습일 수도 있고 있을 가능성이 많아 피고인을 못 알아보는 경우도 있으므로, 그럴 경우 검사에게 도움을 얻어 피고인의 위치를 파악할 수 있다.

재판장에 의해 이름이 호명되면, 출석을 확인하고 사무적인 태도로 똑

107) R. David Petersen and Charles C. Thamas, pp.72~73.

108) Response - Enforcing the Law: Testimony in Court Technique, *Police Witness-Courtroom Demeanour* (www.rcmp-learning.org) (2007. 10. 11. 검색).

바로 증인석으로 걸어간다. 증인선서를 할 때는 진지하고 주의 깊은 태도로 임한다. 이 과정부터 배심원들의 평가가 시작된다는 점을 염두에 두어야 한다. 재판장이 선서의 과정을 대수롭지 않게 진행하더라도, 같은 방식으로 반응하지 않아야 한다.¹⁰⁹⁾

선서는 분명하고 큰 목소리로 진지하게 자신감을 갖고 한다. 선서가 끝나고 자리에 착석한다. 자리에 앉을 때 두 다리는 모두 바닥에 대며 몸을 흔들거나 구부정한 자세는 피하고 허리를 바로 펴서 앉는다.

증인석에 놓인 마이크와는 적절히 간격을 두고 증언을 한다. 너무 가까이 대면 목소리가 크고 불분명하게 들릴 수 있고 너무 멀리 대면 증언 내용이 정확히 전달되지 않을 수 있다. 마이크 쪽으로 몸을 너무 움직이게 되면 자세가 흐트러져 산만한 느낌을 줄 수 있으므로 주의한다.

4. 증언의 태도

법정에서 증언을 할 때에는 진지한 태도를 가져야 하며, 모욕적인 언사나 속어, 혹은 기교적인 표현들을 써서는 안된다. 재판을 받고 있는 사람에게 경칭을 써야 할 것이다. 의심을 들어내는 호칭을 써서는 안된다.¹¹⁰⁾

주신문은 주로 간단한 질문에 대해 증인이 자유롭게 대답을 하는 방향으로 진행된다. 변호사가 경찰관을 증인으로 신청을 하고 직접신문을 진행하는 경우가 드문 일이나, 피해자와의 유착관계를 주장하거나 수사절차에 대한 적법성을 탄핵하기 위해서 증인 신청을 하는 경우가 있다. 이 경우 당황하지 말고 있는 사실 그대로 진술하면 된다. 검사가 증인으로 신청하는 경우, 변호사의 신문은 반대신문의 형태로 이루어지는데 반대신문은 직접신문에서 제기된 문제에 대해서만 질문과 반박이 가능하므

109) C. A. Pantalon, pp. 17~18 참조.

110) R. David Petersen and Charles C. Thamas, p73.

로, 직접신문시 검사가 질문한 사항과 무관한 것에 대해서는 답을 확장하지 말아야 한다. 검사가 묻지 않는 것에 대해 답을 하면 반대신문의 범위를 넓혀주는 것이 된다. 증인이 검사와 준비하지 않은 내용에 대해서까지 피고인 변호인이 질문하게 될 가능성이 있으므로, 증인은 검사의 질문 내용에 대해서만 답변을 하도록 해야 한다.

증인은 진실을 말해야 하며 사실에서 벗어나서는 안된다. 사실에 관해 개인적으로 얻은 지식 안에서 증언해야 하며, 증언으로 본 바와 들은 바, 말한 바와 행한 바를 밝히도록 한다. 만약 변호사가 “증언한 모든 것이 발생한 일입니까?” 라고 질문한다면 다른 것을 기억하지 말고 “그것이 내가 기억할 수 있는 전부입니다.” 라고 말해야 한다.

변호인으로부터 난처한 질문을 받았을 때 대답을 하기 전에 검사가 질문에 이의를 제기할 수 있도록 잠깐의 여유 시간을 가진다. 검사가 이의를 제기하면 판사의 결정을 기다린다.

증언을 할 때는 배심원들이 듣고 이해할 수 있도록 분명하고 큰 소리로 증언하되, 주저하는 모습을 보여서는 안된다.

증인은 변호인의 질문에 논쟁을 할 필요는 없다. 의문날 때에는 판사에게 대답을 하여야 하는지 물어야 한다. 대답을 할 때에도 논쟁적인 언사를 사용하여서는 안된다.

남의 말을 따라하거나 외워온 증언은 속이려는 인상을 주며, 특히 교호신문에서 공격당하기 쉽다. 자신의 표현대로 증언하는 것이 더욱 자연스러운 인상을 준다.

자신이 한 대답이 명확하지 않을 때는 부연 설명을 하는데 이것은 자의적으로 할 필요는 없고, 질문 받지 않은 부분에 대해 자발적으로 대답을 해서도 안된다. 만약 필요하다면 검사가 이러한 것들을 요구할 것이다.

제3절 수사관 법정증언에 대한 검사와 변호인의 신문

다음으로 검사의 직접신문(direct examination)과 변호인의 반대신문(cross examination)이 공판정에서 어떻게 구체적인 모습으로 나타나는지 살펴보기로 한다. 우리의 예가 개발되어 있지 않으므로, 미국의 것을 소개하기로 한다. 111)

1. 검사의 직접 신문

검찰 측 증인은 범죄가 발생하는 시간적 순서에 따라 증언을 하게 된다. 이 순서에 따라 검사는 사건에 중요한 직접 지식을 가지고 있는 사람에 대해 사실에 대한 명확한 묘사를 하도록 한다. 검찰 측 첫 번째 증인은 사건의 사실과 상황에 대해 관련되어 있으므로 사건에 대해 모호한 생각을 가진 상태의 배심원들에게 큰 영향을 주는 인상을 만들어 낸다.

검사의 직접 신문은 사건에 관련된 대답을 알아내는 질문에 제한된다. 직접 신문의 첫번째 질문은 소속과 인적 사항에 관한 것이다. 이어지는 질문은 논쟁의 여지가 없는 질문이나 물증이 없는 사실을 가정적으로 표현하지 않는 질문이 된다. 직접 신문의 조사사항은 반복되는 것이거나 대답을 유도하는 것이어서는 안된다. 신문의 통상적인 기법은 문답법이이며 증인은 범죄의 전모를 밝히는데 기여할 수 있는 대답을 듣기 위한 의도의 계속되는 질문을 받게 된다. 다음은 그 한 예이다.

“검사: 전화를 받고 난 후 무슨 일이 일어났는지 이야기해 주시겠습니까?”

111) 이하의 소개는 R. David Petersen and Charles C. Thomas, 「*The Police Officer in Court*」, 1975, pp.78-89.

증인: 출동하여 집 앞에서 노크를 하였고, 나이든 노인이 문으로 나왔습니다. 나는 그에게 전화를 하였느냐고 묻자 그렇다고 하였고 살인 사건이 발생한 것 같다고 대답하였습니다. 나는 문으로 나온 남자와 집으로 들어갔고 복도에서 자신의 부인을 살해하였다고 말하는 H씨를 만났습니다.

검사: 당신이 도착하였을 때 그 외에 어떤 사람이 그 집에 있었습니까?

증인: 당시에는 문에서 만난 백인 노인과 H씨, 그리고 부엌에 쓰러져 있는 부인을 보았습니다. 나중에 수사관이 오자 H씨가 침실에서 작은 여자아이를 데리고 나왔습니다.

검사: 작은 여자아이를 보았습니까?

증인: 보았습니다.

검사: 전화를 받은 시각이 대략 몇 시쯤입니까?

증인: 한 11:30분쯤에 전화를 받았습니다.

검사: 그럼 대략 몇 시쯤 그 집에 도착했습니까?

증인: 대략 11:40분쯤 도착한 것 같습니다.

검사: 이제 집에 들어간 후에 대해 이야기해 봅시다. 복도를 지난 후에 어느 방에 들어갔습니까?

증인: 부엌 옆에 있는 작은 방에 들어갔습니다.

검사: 부엌은 집의 어느 쪽에 있습니까?

증인: 부엌은 집의 뒤편에 있습니다.

검사: 그리고 수사관이 도착했다고 말했지요?

증인: 맞습니다. 살인 담당 수사관에게 제가 연락하였습니다.

검사: 수사관이 오기 전에 대략 얼마동안 머물렀습니까?

증인: 15분쯤 있었습니다.

검사: H씨를 어디서 보았습니까?

증인: 부엌에 있었습니다.

검사: 당시에 부인이 살았는지 죽었는지 알 수 있었습니까?

증인: 그 때 앰블런스가 길에 있었고 내가 도착한 직후에 왔습니다.

변호사: 그 대답은 질문에 대한 답변이 아닙니다. 증인은 그 당시 부인이 살았는지 죽었는지 말씀해 주시겠습니까?

증인: 저는 의사가 아닙니다.

변호사: 재판장께 말씀드립니다. 저 대답은 질문에 책임질 수 있는 대답이 아닙니다.

재판장: 검사 측 의견 있습니까?

검사: 없습니다.

재판장: 당시의 앰블런스와 부인에 대한 대답은 제외합니다. 당시 쓰러져 있는 그녀가 살았는지 죽었는지 말할 수 있습니까?

증인: 내 생각으론 죽어있었습니다.

검사: 당신이 온 후에 그녀가 움직이는 모습을 본 적이 있습니까?

증인: 없습니다.

검사: 부엌에 들어가서 처음 한 일이 무엇입니까?

증인: 총이 탁자 위에 있었습니다. H씨가 저와 같이 있었고 저는 탁자에서 총을 치우고 수사관이 도착하였을 때 그에게 넘겨주었습니다.

검사: 탁자에서 총을 치웠다고 했는데 총을 어떻게 했습니까?

증인: 총을 제 주머니에 넣었습니다.

검사: 총을 집었을 때의 총의 상태를 조사하셨습니까?

증인: 조사하지 않았고, 수사관에게 건네주었습니다.

검사: 당신이 피고인을 보았을 때 그의 상태는 어떠했습니까?

증인: 그는 취해 있었습니다.

검사: 그가 당신에게 말을 걸었습니까?

증인: 단지 그가 부인을 죽였다고만 말했습니다. 동시에 나는 그의 권리를 고지해 주었습니다.

검사: 집에서 그의 걸음걸이는 어떠했습니까?

증인: 평범한 걸음걸이라고 말할 수 있습니다.

검사: 당신이 증언한 바에 의하면 H씨를 집안의 복도에서 만났다고 했지요?

증인: 네.

검사: 오늘 이 법정에서 H씨를 보았습니까?

증인: 네.

검사: 그 사람을 지적해 낼 수 있습니까?

증인: (손으로 가리키며) 바로 저기에 있습니다.
검사: 중간에 앉은 사람입니까?
증인: 네.
검사: 증거1호를 보십시오. 이것을 본 적이 있고 이를 확인할 수 있습니까?
증인: 그것은 탁자에 놓여있던 총입니다.
검사: 증거2호를 보십시오. 이것은 무엇입니까?
증인: 사진에 나타난 입과 코에서 피를 흘리고 있는 백인 여성은 피해자입니다.
검사: 당신이 부엌에서 보았던 H씨의 부인이 맞습니까?
증인: 네.
검사: 정확합니까?
증인: 정확합니다.
검사: 증거3호가 무엇인지 알겠습니까?
증인: 부엌에 쓰러져 있던 H씨의 부인의 한 부분이고, 그녀가 쓰러져 있던 부엌의 한 부분입니다.
검사: 증거4호가 무엇인지 알겠습니까?
증인: 그 사진은 H씨 부인이 부엌에 쓰러진 것을 다른 각도에서 찍은 것입니다.
검사: 그럼 한 가지 더, 증거5호는 어떻습니까?
증인: 이것도 다른 각도에서 본 것입니다.
검사: 그럼 물어보겠습니다. 수사관이 오기 전에 어떤 수사활동을 한 적이 있습니까?
증인: 하나도 하지 않았습니다. 나는 단지 살인 담당 수사관에게 연락을 하였고, 현장과 무기를 보존하였을 뿐입니다.
검사: 총을 보았을 때 장전이 된 상태였습니까?
증인: 장전이 된 상태였습니다.
검사: 몇 발을 쏜 상태였습니까?
증인: 한 발 쏘고 다섯 발 남은 상태였습니다.
검사: 수사관이 도착하였을 때 당신은 무엇을 하였습니까?

증인: 그에게 총을 건네주고 H씨의 이름을 알려주고 나서 그 자리를 떠났습니다.

검사: 이상입니다.”

2. 변호인의 반대 신문

주로 경찰관 법정증언에 있어서 중요한 부분은 검사측 증인으로 출석한 경우 변호인의 반대신문, 즉 교호신문에 대한 대응이 될 것이다. 교호신문의 기술과 대응에 대해 알아보고, 다음으로는 이러한 설명에 대한 예로서 실제 공판정에서의 신문과정을 살펴보기로 한다.

“변호사: 그 직에 얼마만큼 복무했습니까?

증인: 14년입니다.

변호사: 당신이 그 집에 도착하였을 때, 당신이 만난 사람에 대해 설명해 보시겠습니까?

증인: 글썄요.

변호사: 대략 몇 세쯤 되어 보였습니까?

증인: 대략 5-60세쯤 되어 보였습니다.

변호사: 그는 옷을 입고 있었습니까?

증인: 전부 입고 있지는 않았습디다.

변호사: 그럼 그는 무엇을 입고 있었습니까?

증인: 그는 바지를 입고 있었습디다.

변호사: 그게 그가 입은 전부였습니까?

증인: 셔츠를 입고 있었습디다.

변호사: 신발은요?

증인: 신발은 신고 있지 않았습디다.

변호사: 맨발이었습니까?

증인: 그렇습디다.

변호사: 3월이면 춥지는 않습디다. 따듯한 밤이겠지요?

증인: 그리 춥지는 않았습시다.

변호사: 그리고 당신은 그 사람들을 알고 있지 않았지요?

증인: 전에 그들을 본 적 없습시다.

변호사: 당신은 이 사건을 명확하게 기억하고 있습니까? 혼란되지는 않았습니까?

증인: 이 사건을 기억합니다.

변호사: 재판이 진행되는 동안 당신은 경찰서에 있었지요?

증인: 네 저는 경찰서에 근무하고 있었습시다.

변호사: 수사국에 있지 않았나요?

증인: 저는 수사국에 근무한 적이 없습시다.

변호사: 보고서도 쓰지 않았나요?

증인: 보고서는 제가 쓰지 않습시다. 살인 담당 수사관의 일입니다.

변호사: 그 외에 어떤 보고서도 안썼나요?

증인: 안썼습시다.

변호사: 이 사건을 가지고 다른 어떤 사람과도 이야기한 적이 없나요?

증인: 없습시다.

변호사: 발생한 사실에 대해 어떤 메모도 남기지 않았나요?

증인: (대답없음)

변호사: 메모를 남겼다면 그 메모를 지니고 있나요?

증인: 가지고 있었습시다.

변호사: 제가 질문을 했을 때 당신은 메모를 하지 않았다고 대답하지 않았나요?

증인: 저는 보고서를 작성하지 않았다고 말했습시다.

변호사: 뭐라고요?

증인: 보고서는 작성하지 않았다고 말했습시다.

변호사: 저는 보고서가 아니라 메모한 것을 가지고 있냐고 물었습시다.

증인: 지금 메모를 가지고 있지 않습시다.

변호사: 그럼 당신은 1972년 3월2일 무슨 일이 일어났는지에 대한 메모를 가지고 있지 않고, 어떤 보고서나 메모도 작성하지 않은 것이지요?

증인: (대답없음)

변호사: 당신은 검사의 질문에는 대답을 하면서 왜 제 질문에는 대답을 거부하시지요?

재판장: 잠깐만요, 그는 대답을 거부하지 않았습니까.

변호사: 너무 오래 머뭇거리어서 제가 잊었습니다.

재판장: 증인은 대답할 시간을 가질 수 있습니다.

변호사: 재판장님, 제가 얼마나 시간을 더 줘야 합니까?

재판장: 질문을 하시지요.

증인: 아닙니다. 저는 메모를 가지고 있지 않고, 어떤 수사 활동도 하지 않았습니까.

변호사: 메모를 작성한 적이 없다고요?

증인: 작성한 적이 없습니다.

변호사: 그럼 만들어진 메모를 본 적도 없나요?

증인: 저는 수사관이 오자마자 그 자리를 떠났기 때문에 거기에 없었습니다.

변호사: 그럼 사진이 찍히는 것은 보았나요?

증인: 보지 못했습니다.

변호사: 그 곳에 도착했을 때가 몇 시였나요?

증인: 대략 11:40분경이었습니다.

변호사: 대략 11:40분 조금 전인가요 후인가요?

증인: 대략이라고 말씀드렸습니다. 조금 전일 수도 후일 수도 있습니다.

변호사: 시간에 대한 메모는 없나요?

증인: 경찰서의 근무일지에 있습니다.

변호사: 메모를 작성한 적이 없다고 했는데 지금은 근무일지는 있다고 하나요?

증인: 신고에 대한 기록입니다.

변호사: 근무일지를 보여주십시오.

증인: 경찰서에서는 매일 근무일지를 작성합니다.

변호사: 제가 말씀드리고 있는 것은 당신이 말한 근무일지를 누가 당신

에게 주었느냐 입니다.

증인: 지나간 것은 모두 박스에 담아둡니다.

변호사: 당신은 그것을 몇 시에 제출했는지 아나요?

증인: 근무가 끝나면 제출합니다.

변호사: 제출한 것 외에는 어떤 메모도 없나요?

증인: 맞습니다.

변호사: 그럼 당신은 메모를 작성하고 그것을 제출한 것이네요?

증인: 근무일지는 작성하였습니다.

변호사: 근무일지에는 어떤 내용이 담겨있나요?

증인: 제가 신고를 받은 시각과 돌아온 시간입니다.

변호사: 다른 것은 아무 것도 없나요?

증인: 없습니다.

변호사: 이름이나 주소도 없나요?

증인: 이름은 없고 전화가 걸려온 주소는 있습니다.

변호사: 그런데 당시 누가 거기에 있었고 문 앞에서 어떤 대화가 이루어졌으며 그날 밤에 어떤 대화가 이루어졌는지에 대해서는 아무런 메모가 없고 단지 근무일지만 있다는 말이네요?

증인: 나는 어떤 것도 작성하지 않았습니다.

변호사: 그러면 처음 당신이 당시 그 곳에서 어떤 일이 일어났는지에 대해 증언한 것에 당신이 작성한 메모가 없다는 것이지요?

증인: 맞습니다.

변호사: 그럼에도 당신은 이 사람을 분별해 낼 수 있다는 것인데요, 그날 만나기 전에 몇 번이나 그 사람을 만났나요?

증인: 그 전에는 그 사람을 본 적이 없습니다.

변호사: 그럼 그 사람의 사진을 찍은 적이 있나요?

증인: 없습니다.

변호사: 그 사람을 사진으로 본 적도 없나요?

증인: 사진으로 본 적은 있습니다.

변호사: 누가 당신에게 그것을 보여주었나요?

증인: 오늘 그 사람의 사진을 보았습니다.

변호사: 그럼 오늘 그 사람의 사진을 처음 본 것인가요?
증인: 네.
변호사: 어디에서 그 사진을 보았으며 오늘 누가 그것을 당신에게 주었
나요? 오늘 어디서 그 사진을 보았나요?
증인: 그 사진은 수사관의 자료에서 보았습니다.
변호사: 그 사람이 여기에 있나요?
증인: 네 여기에 있습니다.
변호사: 수사관을 부를 수 있습니까? 그의 자료를 보고 싶습니다.
재판장: 그 사람을 부르세요.
변호사: 그의 자료가 증인에게 주어졌는지 알고 싶습니다.
수사관: (법정으로 들어옴)
변호사: 근무일지를 가지고 있나요?
재판장: 변호사 잠깐만 기다리세요. 수사관은 이 사건 자료를 가지고
오세요.
검사: 이미 있습니다. 수사관에 의해 만들어진 자료로부터 증인이 증
언한 내용에 동의할 수 없습니다. 수사관을 증인으로 신청할 것이니 그
자료에 대해서는 그때 반대신문을 해주십시오. 전문증거가 될 수 있습
니다.
변호사: 제가 반대신문을 하고 있습니다. 제가 자료를 볼 수 있습니까?
재판장: 검사 측에서 동의하기 전엔 안됩니다. 자료를 수사관에게 돌
려주세요.
변호사: (검사에게) 제가 자료를 볼 수 있습니까?
검사: 안됩니다. 이 자료는 수사관에 의해 만들어 졌으므로 부적절합
니다.
재판장: 양쪽 의견을 모두 수렴하겠습니다.
검사: 재판장님, 이것은 수사관에 의해 만들어 졌으므로 이를 증인이
증언하는 것은 전문진술입니다.
재판장: 변호사는 아직 자료의 내용에 대해 질문하지 않았습니다. 증
인은 사건에 대해 기억을 떠올리기 위해 이 자료를 사용했습니까?
증인: 네, 사용했습니다.

변호사: 그것이 바로 제가 증인에게 질문하려 했던 것입니다.
재판장: 다른 질문이 있으면 하세요.
변호사: 당신은 그 기록을 보기 전에는 어떤 기억도 할 수 없었지요?
증인: 네, 제가 한 증언은 개인적으로 제가 도착했을 때 본 것을 말한 것입니다.
변호사: 당신은 그것을 작성하지는 않았지요?
증인: 네 작성하지는 않았지만 기억하고는 있습니다.
변호사: 그 자료를 보고난 후에 기억해 낸 것이지요?
증인: 신고를 받은 일과 도착 시간, 장소를 보았습니다.
재판장: 수사관은 퇴정하세요.
변호사: 그것을 볼 수 있나요?
재판장: 배심원 여러분은 잠시 배심원실로 돌아가 주십시오.”

교호신문 하에서 변호인의 질문은 피고인에 대한 증인의 이해관계와 편견을 드러내고 이렇게 함으로써 증인으로서의 신뢰성을 떨어트리곤 한다. 또한 기억의 착오, 증언한 부분에 대한 지식의 부족, 과장된 증언 경향, 증인의 잘못된 관념 등으로 증언의 불명확성을 보임으로써 증인의 신뢰성을 떨어뜨린다.

교호신문에 있어 피고인 측 변호인은 부드러운 어투와 미소로 증인을 편안하게 하고 갑자기 증인이 알아차리기 전에 그의 신뢰성을 무너뜨린다. 재판과정동안 검사와 변호인은 자신의 증언을 부적절하거나 불공평한 반대신문으로부터 보호할 책임이 있다.

교호신문의 대상은 대체로 직접신문 시 다루어졌던 내용에 제한된다. 직접신문이든 교호신문이든 질문은 사건에 관계된 것이어야 한다.

교호신문에 있어서 질문 당사자는 유도심문을 할 수 있다. 교호신문의 본질상 탄핵하는 질문에 대해 유도심문을 하는 것이 요구된다. 반대 당사자는 빠르게 다량의 질문을 한꺼번에 함으로써 증인을 혼란스럽게 하려고 할 수도 있다. 상세한 사항에 대한 기억의 불명확성을 해소시킴으

로써 증인의 기억을 시험하는 것은 정당하다고 여겨지며, 또한 일관적이지 못한 증언을 지적하려고 할 수도 있다. 일관적이지 못한 증언을 지적함으로써 반대 당사자는 배심원들에게 증언을 탄핵하거나 의심을 갖게 만들 수도 있다.

질문 당사자는 결과나 의견 상의 착오, 이익의 추구와 관련된 발언, 의견의 토대가 된 사실에 대한 착오 등을 보임으로써 증인의 신뢰성을 떨어트리려고 할 수도 있다.

제4절 증언에 있어 참조 가능한 서류의 범위

변호인의 경찰관의 법정 증언에 대한 반대신문의 주요한 내용은 경찰관 증언의 신빙성 문제이다. 피고인 측의 변호인은 주로 검찰 측 증인이 되는 경찰관의 증언에 대해 그 신빙성을 떨어트리는 방법으로 배심원들의 판단에 영향을 주며, 신빙성을 떨어트리는 주된 내용은 정확한 기억의 유무이다. 즉 경찰관의 증언이 그 한정된 기억으로 인해 정확한 사실관계를 진술하지 못할 수도 있다는 부분을 공격하게 된다.

여기에서 문제되는 것이 기억의 환기를 위해 어느 정도의 기록을 참조할 수 있는가이며, 이것은 증언의 신빙성의 문제와 직결된다. 기록의 참조는 전문법칙과의 관계와 함께 특히 우리나라의 경우 조서의 증거능력이 인정됨으로 인하여 특별한 문제를 발생시킨다.

1. 공판 전 검사와의 접촉

공판 전에 증언 경찰관은 준비된 증거와 사실관계, 법률관계에 대해 검사와 함께 살펴보는 것이 좋다.¹¹²⁾ 우리의 경우 사법경찰관리직무규칙

112) R. David Petersen and Charles C. Thamas, p71.

(안)에는 검사와 면담을 하여야 한다고 의무조항¹¹³⁾으로 규정되어 있다. 반대신문을 이겨내기 위한 준비의 한 가지 방편으로 검사와의 접촉이 의미가 있는데, 공판에 임하기 전에 검사에게 자신의 증언과 재판에 대해 이야기를 하는 것이 좋다. 만약 사건에 대해 검사 측에 불리한 사실을 알고 있다면 자신이 그러한 사실과 관련이 있다는 것을 미리 알려서 검사의 직접 신문시 고려할 수 있도록 하는 것이 좋다.

그러나 다음과 같은 사항은 유의하는 것이 좋다. 즉 우리나라는 경찰과 검찰의 수사가 따로 진행되기 때문에 경찰 수사내용을 인계받은 검찰이 사건내용에 대해 보강수사를 하게 된다. 공판 전 검사와의 접촉에서 이 보강수사 내용을 듣고 이에 따라 증언하는 것은 경우에 따라서 전문법칙에 어긋날 수 있다. 예를 들어 A사실만을 수사하고 심증을 형성한 경찰관이 검사의 보강수사 시 밝혀진 B사실까지 듣고 심증 형성을 더욱 굳히고, 법정에서 B사실에 대해서까지 증언을 하는 것은 전문법칙에 어긋날 수 있다. 그러므로 증언 경찰관은 자신이 직접 수사한 내용 외에 검사의 보강수사 내용에 대해서는 면담 시에 하지 논의하지 않는 것이 증언의 신빙성 확보에 오히려 도움이 될 것이다.

2. 기억 환기를 위한 메모

특히 초동수사나 현장수사의 내용을 증언해야 하는 경찰관의 경우 범죄 수사기간 동안의 범죄내용과 수사내용에 대한 메모를 참조하는 것은 중요하다. 범죄 진행 상황에 따라 수사 대상이 된 사람과 사실, 그리고 피해자, 증인에 대한 정확하고 세밀한 메모는 증언의 신빙성 확보에 큰 도움을 준다. 다만 그 메모는 읽기 쉽도록 표현되고, 조리 있게 쓰여져야 한다.¹¹⁴⁾ 이러한 메모는 공판 전에 참조할 수도 있고, 법정에서 증언

113) 사법경찰관리직무규칙(안) 제60조의 2 [증언준비] 사법경찰관리는 그 직무와 관련한 형사재판에서 증언함에 있어서 공판에 관여하는 검사와 면담하는 등 사건에 필요한 준비를 하여야 한다.

할 때에도 기억 환기를 위해 사용할 수도 있다. 증언 시에 이를 참조하여 증언을 할 때에는 단지 참조하는 것이지 메모를 배심원들에게 메모 자체를 낭독하는 것은 적절하지 않다.

공판이 진행될 때 잘 정리된 수사 메모는 증언경찰관과 검사에게 큰 도움을 줄 것이다. 범죄 사실과 관련된 결과물로서의 메모는 피고인 측 변호사의 반대신문 시 기억력의 한계를 보임으로써 증언의 신빙성을 떨어트리려는 기회를 차단할 수 있다.

다만 공판정에서의 메모는 변호인의 조사를 받게 되기 때문에, 메모를 기억 환기를 위해 잠깐 참조하는 것이 아니고, 이에 근거해서 증언을 한다는 인상을 주는 것은 원래의 기억(root memory)에 따라서 증언을 하지 않는 것으로 보일 수 있으므로 주의해야 한다. 경찰관의 법정증언은 검사와의 협력관계 속에서 증언자가 그 사건의 원래 조사자로서 내용에 정통하다는 것을 보여주어야 한다.

다음으로 중요한 것은 공판정에서 참조하는 메모는 증언을 하는 조사자가 직접 작성한 것이어야 한다. 본인이 직접 작성하지 않은 메모나 서류 또는 다른 사람이 작성을 도와준 메모나 서류, 공동 작업하여 작성한 메모나 서류의 참조는 전문법칙에 어긋날 수 있다. 현재 우리나라의 상황에서는 경찰서 내부 수사보고서를 직접 수사를 담당한 사람이 작성하기 때문에 크게 문제될 것이 없으나, 경찰서에서 지방경찰청이나 경찰청으로 보고하는 수사보고서의 경우 여러 사건을 취합하여 재작성한 수사서류는 증언 시 참조하지 않는 것이 좋다.

현실적으로 경찰의 경우 내부전산망에 자신이 담당할 사건을 자신이 직접 자료를 입력하여 범죄정보관리시스템(Criminal Information Management System : CIMS)이라는 명칭으로 네트워크화하고 있기 때문에¹¹⁵⁾ 법정 증언 전에 이를 참조하는 것이 좋을 것으로 보인다.

114) R. David Petersen and Charles C. Thamas, pp71-72.

115) 이 부분의 상세에 대하여 필자는 충분한 지식이 없으나, 필자의 연구를 보조한 김동혁 군(경

3. 피의자신문조서의 참조여부

경찰관이 법정증언을 하는 경우에 피의자 신문조서와의 관계에서는 다음과 같은 두 가지 관점에서 해석하여야 한다. 즉, 피고인이 수사단계에

찰관 역임)으로부터 확인한 바와 다른 곳을 통해 전문한 바를 정리하면 다음과 같다.

문(조사팀) “여러가지 수사서류 중에서 본인이 작성하는 것과 그렇지 않은 것이 무엇인가?”

답 (현직 수사계장) “경찰서 내부에서 경찰서장에게 보고하는 수사보고서는 담당자가 직접 작성하고 경찰서 계장, 과장은 내용을 읽어보기만 하고-내용에 손은 대지 않고-서장에게 보고, 제출만 한다. 다시 말해 경찰서 내부에서 만들어지는 서류는 사건담당자가 모두 직접 작성한다.”

문 “그럼 수사1계장이 하는 일이 무엇인가” (수사, 형사과에서 서무나 행정을 보는 부서에서는 자신의 경찰서 사건에 관해 지방경찰청으로 보고를 하게 되어있기 때문에 한 질문. 같은 방식으로 지방경찰청에서는 경찰청 본청으로 보고를 한다.)

문 “경찰서 수사계장이 여러 담당자들이 보고한 여러 사건을 간단히 정리하여 보고서 형식으로 지방경찰청으로 보고한다.”

문 “그 때 계장들은 담당자가 작성한 보고서에 손을 대느냐”

답 “내용은 거의 그대로인데 보고서 양식을 맞추기 위해 약간의 손을 대는 경우가 있다”

“경우에 따라서는 한 사건에 여러 사람이 배치되는 경우도 있어 각자가 맡은 부분에 대한 서류, 보고서를 작성하기 때문에 이를 취합하여 하나의 보고서로 만든다”

문 “그럼 이제 법정증언을 해야 하므로 자신이 직접 작성한 문서가 아니면 전문법칙에 걸리지 않겠느냐”

답 “수사계장이 지방경찰청으로 보고한 서류는 간단히 정리되어 있어 그걸 보는 게 사건을 기억하는데 편리하지만 전문법칙이 문제가 될 수도 있을 것 같다. 실제로 사건 담당자는 자기 사건에 관해 작성한 서류는 자기 컴퓨터에 저장해 놓으니까 증언할 때 그걸 보는 게 낫겠다.”

“아, 지금은 심스(CIMS)가 있으니깐 괜찮겠다. 심스는 사건정보를 네트워크화해 놓는 건데, 그 입력작업은 사건 담당자가 직접 하게 되어 있다.”

서 실질적 진정성립을 인정하지만 내용을 부인하는 경우, 실질적 진정성립을 부인하는 경우로 나누어서 보아야 한다. 왜냐하면 사경작성 피의자 신문조서와 검사작성피의자신문조서는 그 증거능력에 있어서 차등을 두어 규정하고 있기 때문이다.¹¹⁶⁾

첫째, 피고인이 사경조서의 내용을 부인하는 경우에는 그 조서의 증거능력이 없다. 그런데 그 사경작성 피의자 신문조서를 경찰증인이 참조할 수 있는가.

사경작성 피의자신문조서의 경우 조서를 직접 작성한 조사관이 법정증언을 하는 경우, 그것은 전문법칙에 어긋난다고 할 수 없다. 그러나 증거능력을 인정받지 못하는 조서의 내용을 참조하는 것이 허용될 수 있는가 하는 문제가 생긴다.

먼저 기억환기를 위한 조서의 참조는 인정된다고 본다. 왜냐하면 기억환기를 위한 참조는 메모와 같이 기억을 되살리기 위한 도구로서 조서를 사용하는 것이기 때문에 그 증거능력까지 요구될 필요는 없기 때문이다. 다만 이 때 기억환기는 조사자의 질문의 부분에 한하여 이의없이 인정될 것이며, 피의자의 답변 부분에 대해서는 제312조와 저촉되지 않는 부분에 한해 검토될 수 있을 것이다.

다음으로 피고인이 조서의 내용을 부인하여 공판정에서 수사기관에서와 다른 진술을 하는 경우에도 조사경찰관의 증언의 증거능력을 인정할 수 있는가. 하나의 주장은 경찰관의 법정증언은 경찰관 작성 피의자 신문조서의 증거능력과는 별도로 형소법 규정에 의해서 직접 인정되는 것이므로 증거능력을 인정하는 것이 타당하다는 견해이다. 이렇게 사경작성 피신조서의 증거능력이 부인되는 경우에 직접 수사를 담당한 조사자 증언의 증거능력을 인정할 수 있다는 것이 본 조항의 입법취지이고 또한 공판중심주의의 이념에도 합치한다는 주장이 성립할 수 있다. 그러나 이 문제를 다른 각도에서 볼 수도 있다. 제312조에 따라 내용이 부인되어

116) 편의상 특신상황은 인정됨을 전제로 논의를 전개하기로 한다.

조서의 증거능력이 부인되어 버렸는데, 그 조서에 기재된 내용 및 당시의 정황을 갖고 증언을 하게 되면 312조와 정면 충돌해버리는 문제가 생기는 것이다. 아울러 조서의 내용부인의 경우에는 제316조상의 ‘특신상황의 입증’의 부담을 경찰관이 져야 한다는 것을 생각해야 할 것이다. 따라서 아직 본격적인 시행이 이제 막 이루어진 상태에서 이 쟁점에 대해 속단하기는 대단히 어렵다. 증거능력의 문제를 풀어놓고 변호인의 도전과 특신상황 입증의 문제로 처리하기엔, 아직 공판정에서의 피고인을 위한 실질적 변론의 수준이 미흡한 부분이 적지 않다는 걱정도 든다. 따라서 이 점에 대해 필자의 의견은 유보하기로 한다.

둘째, 검사작성 피의자신문조서¹¹⁷⁾를 참조할 수 있는가.

이는 다음의 두 가지로 나누어 보아야 한다. 먼저 피의자였던 피고인이 공판정에서 검사작성 피의자신문조서의 실질적 진정성립은 인정하지만 그 내용을 부인하는 경우이다. 이 경우에는 검사작성 피의자신문조서의 증거능력은 인정되므로 증언의 증거능력과 관계는 증명력의 문제로 넘어가게 된다. 즉 검찰조서와 경찰증언의 증거능력은 모두 인정되므로 배심원과 재판관의 심증형성의 문제로 해결이 된다. 그러나 기억환기를 위해 조서를 참조하려 들거나 피고인이 그 내용을 부인하는 경우의 조서를 참조하는 것이든, 검찰조서는 경찰증언자가 직접 작성한 문서가 아니라는 점이 더 결정적이다. 검찰조서는 경찰이 체험한 것이 아니므로 전문증거이다. 따라서 전문법칙에 어긋나므로 증언경찰인 검찰조서를 참조해서는 안된다.

다음으로 검찰조서의 실질적 진정성립이 부인되는 경우이다. 이 경우에는 검사작성 피의자신문조서의 증거능력은 부인된다. 그러나 그보다 전문증거이므로 ‘증언’의 본질에 부합하지 않아 참조도 할 수 없다. 더 이유를 찾자면 실체적 진실 발견에 조력한다고 보기도 어려우므로 이를 참조할 수 없다고 본다. 요컨대 증언경찰관은 검찰조서를 참조할

117) 형사소송법 제312조 제1항.

수 없다.¹¹⁸⁾

우리 형소법의 해석론상 이러한 문제가 생기는 것은 조서의 증거능력을 원칙적으로 인정하면서 동시에 경찰관의 법정증언의 증거능력을 인정하기 때문이다. 입법론상으로는 국민참여재판의 경우에는 조서의 제출이나 증거능력이 인정되는 경우를 분명히 하는 것이 좋다고 본다. 예를 들면 독일과 같이 기억의 환기를 위한 경우 조서의 낭독을 인정한다면 내용부인이나 실질적 진정성립의 여부 등을 고려해 볼 필요 없이 조서의 증거능력을 법문상 열거된 경우에 인정하게 됨으로써 해석상 논란을 줄일 수 있을 것이다.¹¹⁹⁾ 배심제의 원칙과 공판중심주의 원칙이 실현된다면 앞으로 국민참여재판에서는 조서의 증거능력을 인정하지 않고 법정에서 현출된 증언만을 가지고 재판의 자료로 삼는 것이 옳을 것이다.

118) 검사작성 피의자신문조서의 증거능력여부에 따른 증언과의 관계는 사실 수사검사가 법정증언하는 경우에 문제가 된다. 수사검사의 증언에 관한 문제는 본 논문과 직접 관련이 있는 것이 아니므로 이 부분에 대한 해석론은 다음 기회에 논하기로 한다.

119) 독일 형사소송법은 제250조에서 경찰관의 법정증언을 원칙적으로 규정해 놓고, 제251조와 제253조에서 예외적으로 조서의 낭독을 규정하고 있다.

독일형사소송법 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.

제251조(조서의 낭독) ② 피고인에게 변호인이 있는 경우에 검사, 변호인, 피고인이 동의한 때에는 증인, 감정인 또는 공동피의자에 대한 신문을 이들의 서면진술을 포함하는 기록이나 이들에 대한 다른 신문조서의 낭독으로 대체할 수 있다. 그밖에 증인, 감정인 또는 공동피의자가 사망하였거나 다른 이유로 인하여 이들에 대한 법원의 신문이 상당 기간 이루어질 수 없는 경우에만 낭독을 허용한다.

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.

제6장. 맺음말

국민참여재판의 도입은 형사사범의 전 영역에서 국민참여의 취지를 실현하는 계기가 될 것이다. 경찰활동에서도 이는 예외가 될 수 없다¹²⁰⁾. 국민참여재판은 경찰에도 여러 가지 변화를 필연적으로 초래하든지, 아니면 일정한 변화에의 방향성을 함축한다.

경찰 역할의 근본적인 변화는 조사자증언의 도입과 함께 경찰이 법정에서 증인으로 서게 되는 것이다. 그간 조사경찰관의 법정증언을 둘러싸고 사경작성 피의자신문조서와 검사작성 피의자신문조서의 차별된 증거능력 인정과 관련하여 이를 긍정하는 견해와 부정하는 견해가 대립하고 있었다. 그러나 이 문제가 입법적으로 정리되었다. 경찰관의 법정증언은 재판에서 어떤 증거, 증언보다 유죄판결에 큰 영향을 미친다. 법정에서 법관 또는 배심원들을 상대로 면전에서 하는 범죄사실과 피고인의 조사내용에 대한 생생한 증언만큼 강렬하고 직접적인 효과를 가진 증거는 없다고 해도 과언이 아니다. 실제로 배심제가 실시되어오던 나라에서 경찰관의 법정증언은 재판의 일반적인 형태로 자리잡고 있다.

앞으로 경찰은 법정에 증인으로 나설 것에 대비하여 수사과정에서 적법절차를 제대로 준수하고, 특신상황을 입증할 수 있을 정도의 수사환경을 만들어내야 할 것이다. 또한 조서 위주의 입증에서 증언 위주의 입증으로 바뀌어가는 추세에 적극적으로 부응해야 할 것이다.

①이제까지와 같은 조서작성위주의 수사관행은 탈피하여야 하고 수사내용의 투명성과 적법절차의 준수가 필요하다.

②증언내용에 대한 신뢰감을 줄 수 있기 위해 수사내용에 대한 충실하고 정확한 기억이 필요하다. 다만 전문법칙과의 관계를 유의하여 자신이

120) 경찰의 기능과 역할에 있어서 새로운 모색에 대해서는 Samuel Walker(2005), 『The New World of Police Accountability』, SAGE 참조.

증언자가 직접 작성한 자료만을 참고하여야 한다.

③증언을 위해 법정에서 출두하였을 때, 배심원들이 받는 증언에 관한 신뢰감은 증언자의 태도에 영향을 받으므로 증언시의 말투와 복장 그리고 태도에 유의하여야 한다.

이러한 전반적 요구가 무리없이 실현된다면, 후진적 형사사법으로 비판받던 여러 지점들이 개선될 것이다.

경찰관의 법정증언은 배심원재판에 있어 증거상의 꽃인 동시에 경찰관 자신에게는 가장 커다란 부담이 될 것이다. 따라서 경찰관은 사건에 대한 충실하고 적법한 수사와 함께 사전에 법정증언의 법리와 그 의미, 역할에 대한 충분한 지식을 토대로 담담하고 자신감 있게 임해야 할 것이다.

<참고문헌>

- 경찰청, <[기본(전문)매뉴얼 제71호]경찰관 법정증언 매뉴얼>, 2006
- 권영설, “배심제도의 개혁논의와 그 헌법상 쟁점”, 미국헌법학회, 「미국헌법연구」, 제11호, 2000.
- 김상준, 「미국배심재판제도의 연구」, 이화여자대학교출판부, 2004.
- 김선수, 「사법개혁리포트」, 박영사, 2008.
- 문준영, “일본의 배심제도의 역사와 국민의 재판참가의 최근동향”, 서울대학교 법과대학, 「법학연구」, 제8권, 2001.
- 문홍수, 「사법부의 독립」, 박영사, 2004.
- 박강우, “독일, 오스트리아의 배심·참심제도와 국민의 사법참가”, 대한변호사협회, 「인권과 정의」, 제321호, 2003/5.
- 박원순, “시민의 사법참여,” 법과사회이론학회, 「법과 사회」, 제18호, 동성출판사, 2000.
- 박주인, ‘미국의 검찰제도’, 서울대학교 법학, 1972, 특별호 1권(제23호).
- 박홍규, 「시민이 재판을!」, 사람생각, 2000.
- 박홍규, 「사법의 민주화 : 재판을 말한다」, 역사비평사, 1994.
- 박홍규, “영국의 배심제”, 영남대학교 사회과학연구소, 「사회과학연구」, 제19집 제2권, 2000.
- 배종대/이상돈, 「형사소송법」, 제5판, 홍문사, 2004.
- 백종수, “뉴욕 검찰 운영 및 사건처리에 관한 실무적 고찰”, 법조협회, 「법조」, 2003/8.
- 백형구, 「형사소송법강의」, 제8판, 박영사, 2001.
- 백형구, 「형사소송법 조문해설」, 한국사법행정학회, 2008.
- 백형구, 조해 형사소송법, 2002.
- 백형구, “사법경찰관리에 관한 소송법상 문제점--특히 사법경찰관사무 취급에 관하여,” 대한변호사협회지, 106호, 1985/4.
- 법원행정처, 「국민의 형사재판 참여에 관한 법률 해설」, 2007.
- 법원행정처 송무국, 「형사신방식에 따른 공판중심의 구현」, 2003/7.

- 사법개혁위원회, 「국민과 함께하는 사법개혁-사법개혁위원회 백서-」, 법원행정처, 2005.
- 사법개혁추진위원회, 「민주화를 위한 사법개혁-대통령자문위원회 보고서-」, 2000.
- 사법제도개혁추진위원회, 「사법선진화를 위한 개혁」, 사법제도개혁추진위원회백서(상), 2006.
- 서보학, “국민의 사법참여 재판에서의 공판절차,” 사법제도개혁추진위원회, 국민의 사법참여 공청회 자료집, 2005.
- 성선제, “미국의 형사배심제도”, 서강대학교 법학연구소, 「서강법학연구」, 제5권, 2003/5.
- 손동권, 「형사소송법」, 세창출판사, 2008.
- 신동운, 「형사소송법 (제3판)」, 법문사, 2005.
- 신동운, 「신형사소송법」, 법문사, 2008.
- 신동운, “일제하의 예심제도에 관하여”, 서울대 법학 제27권 제1호, 1986.
- 신동운 편, 「형사소송법 제정자료집」, 한국형사정책연구원, 1990.
- 신양균, 형사소송법, 법문사, 2004.
- 신현주, 「형사소송법」, 박영사, 2002.
- 오대성, “미국의 배심제도-심슨사건과 우드워드사건을 중심으로-”, 조선대, 「법학논총」, 2001.
- 오상원, “독일의 참심제 내지 명예직 법관제”, 「시민과변호사」, 제83호, 2000/12.
- 이영란, 「한국형사소송법」, 나남출판사, 2008.
- 이완규, 「개정형사소송법의 쟁점」, 탐구사, 2008.
- 이완규, “피고인의 경찰 진술을 내용으로 하는 수사경찰관의 증언의 증거능력”, 저스티스, 제78호, 2004/4.
- 이재상 「형사소송법」, 제6판, 박영사, 2002.
- 이재상, 「신형사소송법」, 제2판, 박영사, 2008.
- 이재석, “배심제도의 이념과 문제점”, 비교형사법학회, 「비교형사법연구」, 제3권 제1호, 2001.

- 이재석, “영국의 사법에서의 시민참여”, 대구대학교 사회과학연구소, 「사회과학연구」, 제9권 제1호, 2001.
- 임성기, “미국 배심제도의 운영실태와 그 문제점”, 법무연수원, 「해외연수검사연구논문집(II)」, 제17집.
- 임동규, 「형사소송법」, 제2판, 법문사, 2003.
- 차용석/최용성, 「형사소송법」, 세영사, 2004.
- 차용석, “사법경찰관의 수사서류의 증거능력”, 고시계, 1993/6.
- 천진호, “피고인의 경찰진술을 내용으로 하는 증언의 증거능력에 관한 재검토”, 저스티스, 제84호, 2005/4.
- 최준원, “미국의 형사배심제도”, 법무연수원, 「해외연수검사연구논문집(I)」, 제16집, 2001/4.
- 안경환/한인섭, 「배심제와 시민의 사법참여」, 집문당, 2005.
- 한인섭, 「한국 형사법과 법의 지배」, 한울아카데미, 1998
- 한인섭 편, 「정의의법 양심의법 인권의법」, 박영사, 2004.
- 한인섭, “법조비리—문제와 대안,” 서울대 「법학」, 제39권 1호, 1998.
- 한인섭, “국민참여재판 하에서 경찰 역할의 변화,” 형사정책, 제18권 제2호, 한국형사정책학회, 2006/12.
- 황운하, “국민의 사법참여와 경찰수사환경의 변화”, 국민의 사법참여 연구회 학술토론회 자료집, 2007.
- 三井誠/酒卷匡, 신동운 역, 「입문 일본형사수속법」, 법문사, 2003.
- C. A. Pantalon, Handbook of Courtroom Demeanor and Testimony, Prentice-Hall, 1971.
- Joan E. Jacoby, The American Prosecutor : A Search for Identity, LexingtonBooks, 1980.
- Kevin Tierney, The Courtroom Testimony: A Policeman's Guide, Funk & Wagnalls, 1970.
- Neil Vidmar, “A Historical and Comparative Perspective on the Common Law Jury,” in Neil Vidmar (ed.), World Jury Systems,

Oxford University Press, 2000.

R. David Petersen and Charles C. Thomas, *The Police Officer in Court*, Charles C Thomas Publisher, 1975.

Samuel Walker, *The New World of Police Accountability*, SAGE, 2005

Samuel Walker, *Police Accountability; The Role of Citizen Oversight*, Wadsworth, 2001.

Sanja Kutnjak Ivkovic, *Lay Participation in Criminal Trials: the case of Croatia*, Lanham: Austin & Winfield, 1999.

William. F. McDonald, *Police-Prosecutor Relations in the United States*, National Institute of Justice, 1982.