

日帝强占期 調書裁判의 實態

沈 羲 基 (심희기)

(연세대학교 법학부 교수)

1. 문제의 제기

"판시 각 사실 중, 판시 제1의 사실은

1. 피고인의 이 법정에서의 이에 일부 부합하는 진술

(중략)

1. 검사 작성의 피고인에 대한 제1, 2, 3, 5, 6, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 19, 20회 각 피의자신문조서 중 이에 일부 부합하는 각 진술 기재

1. 검사 작성의 K에 대한 각 피의자신문조서사본 중 이에 부합하는 각 진술 기재

1. 검사 작성의 H, W에 대한 각 진술조서 중 이에 부합하는 각 진술 기재

1. 사법경찰관 작성의 K2에 대한 각 피의자신문조서사본 중 이에 부합하는 각 진술 기재

1. 사법경찰관 작성의 W에 대한 2000. 7. 3.자, 2003. 9. 28.자 각 진술조서 중 이에 부합하는 각 진술 기재

1. 사법경찰관 작성의 수사보고 중 이에 부합하는 기재

1. K3 작성의 진술서사본 중 이에 부합하는 기재

1. 외교통상부장관 작성의 2000. 2. 24.자 사실조회회신사본(수사기록 18권 308면), 국가정보원장 작성의 2000. 11. 21.자 사실조회 요청사항 답변(수사기록 19권 733면, 변호인이 증 제22호증으로 제출한 것과 같다), 2001. 1. 31.자 사실조회 답변자료 통보(수사기록 19권 823면, 변호인이 증 제23호증으로 제출한 것과 같다) 중 이에 부합하는 각 기재

(후략)¹⁾

위의 인용문은 현대한국의 형사 제1심의 유죄판결에서 전형적으로 나타나고 있는 ‘증거의 요지’ 기재의 일부분이다. 이것은 현대한국의 형사재판에서 소송관계인의 ‘공판정에서의 진술’ 이외에 ‘각종의 조서’ (written records, 주로 수사절차상 수사기관에 의하여 작성된 수사서류이거나 수사기관의 감정위촉·사실조회에 응하여 수사기관에 송부된 서류)가 피고인의 유죄인정에 얼마나 크게 기여하고 있는가, 수사기록이 공판정에서 얼마나 중요하게 작용하고 있는가 하는 점을 극명하게 보여주고 있다. 사실인정자(법원)가 ‘소송관계인의 공판정에서의 진술’ 이외에 ‘각종의 조서에 지나치게 의존하는 재판현실’을 개탄하는 취지의 용어가 ‘조서재판’ (調書裁判)²⁾이다. ‘조서재판’의 극복은 현재 진행되고 있는 ‘형사사법개혁’ 논의의 핵심話頭³⁾이다.

¹⁾ 서울중앙지방법원 제24 형사부 2004. 3. 30. 선고 2003고합1205 판결 중 판시 ‘제1사실에 관한 증거의 요지’ 부분

²⁾ 車鍾碩, 調書裁判의 問題點과 證人裁判, 법률신문 1791-1793號 (1988.10)

³⁾ 대법원, 바람직한 형사사법시스템의 모색 자료집(III), 138-141쪽 참조.

‘ 현대한국의 형사사법의 현실의 한 斷面 ’ 을 보여주고 있는 ‘ 조서재판 ’ 의 관행은 ‘ 일제강점기 식민지조선 ’ 에서 고착되어 민족해방 후 반세기가 지난 2004년 현재에까지 지속되고 있음은 이미 한국의 형사법학과 실무계에 잘 알려져 있는 사실⁴이다. 그러나 일제강점기 ‘ 조서재판 ’ 의 실태를 상세히 검증한 작업은 아직 출현하지 아니하였다. 그 결과 ‘ 일제강점기의 조서재판 ’ 과 ‘ 현대한국의 조서재판 ’ 의 異同, 그 극복이 가능할 것인지 여부, 그 극복의 계기를 어디에서 찾을 것인지 등에 관한 실천적 프로그램의 모색이 막연한 상태에 있다. 본 연구는 위와 같은 문제의식에서 ‘ 일제강점기 조서재판의 실태 ’ 를 확인·검증하여 현재의 위치를 가늠하고 그 극복방안 탐구의 기초자료를 제공하려는 작업이다.

그런데 조서재판이 왜 문제인가? 1995년에 선고된 헌법재판소 결정(이하 ‘ 1995년 헌재결정 ’ 으로 약칭함)⁵의 계기가 된 사건으로부터 문제를 탐색해 보기로 하자.

D는 공문서변조 등 죄로 기소되어 법정에서 공소사실을 부인하였다. 수소법원은 검사 작성의 D에 대한 피의자신문조서 중 D의 자백진술 부분 및 증인들의 증언, 참고인들에 대한 각 진술조서의 기재내용 등을 증거로 인용하여 D에 대하여 유죄판결을 선고하였다. D는 이에 불복하여 고등법원에 항소를 제기하면서 ‘ 검사 작성의 피의자신문조서 ’ (이하 ‘ 검면 피신조서 ’ 로 약칭함)는 피고인이 법정에서 그 내용을 부인하는 경우에도 증거능력을 인정할 수 있도록 규정한 형사소송법(이하 ‘ 법 ’ 으로 약칭함) 제312조 제1항에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였다. 고등법원은 D의 항소를 기각함과 동시에 위헌법률심판제청신청을 기각하는 결정을 하였고, D는 헌법소원심판을 청구하였다.

D의 주장 중 본 연구에 직접 관련되는 주장은 “ 검면 피신조서에 대하여 피고인이 법정에서 그 내용을 부인하는 경우에도 증거능력을 인정할 수 있도록 규정한 것은 ‘ 공판정에서 법관이 직접 조사한 증거에 한하여 재판의 기초로 하여야 한다 ’ 는 직접심리주의(principle of immediacy) 및 ‘ 법관은 공판심리에 의하여 사건의 실체에 대한 심증을 형성하여야 한다 ’ 는 공판중심주의⁶에 배치 ” 된다는 주장⁷이다.

헌법재판소(이하 ‘ 헌재 ’ 로 약칭함)의 다수의견은 직접심리주의와 공판중심주의를 키워드로 삼은 D의 주장에 대하여 정면으로 답하지 않고 현행법상의 전문법칙(hearsay rule) 조항들을 키워드로 삼아 “ 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 구현하기 위하여 전문법칙을 채택할 필요가 있는지 여부 및 과연 전문법칙을 채택할 경우 여러 가지 종류의 전문증거에 대해

¹ 신동운, 일제하의 형사절차에 관한 연구, 한국법사학논총(1991, 박영사), 401-417; 신동운, 일제하의 예심제도에 관하여, 서울대학교 법학, 제27권 제1호, 1986, 149 이하; 문준영, 한국검찰제도의 역사적 형성에 관한 연구(2004, 서울대학교 법학박사학위논문), 140 이하.

⁵ [헌법재판소 전원재판부 1995. 6. 29. 선고 93헌바45 결정(헌공 제10호)]

⁶ “오직 공판(trial)에서 제출되고 심리된 자료만이 재판과 평결의 기초”로 될 수 있음을 인정하는 방침

⁷ “형사소추절차에 있어서 검사는 피고인과 대등한 당사자의 지위에 있고 그 취급하는 사무도 근본적으로 행정사무이므로 준사법 기관이라고 할 수 없다. 피의자는 검사와 입회서기만이 있는 폐쇄된 검사실에서 혼자 조사를 받고 현실적으로 검사의 업무과중으로 인하여 참여주사가 피의자를 심문하는 경우가 대부분인 사정을 고려하면, ‘ 검사 작성의 피의자 신문조서 ’ (이하 ‘ 검면 피신조서 ’ 로 약칭함)의 신빙성을 인정할 수 있는 정황적 보장이 높다고 할 수 없다. 또한 피고인이 법정에서 공소사실을 부인하는 경우에 피의자의 진술이 기재된 신문조서가 증거로 제출된다면 법관이 그 신빙성을 따로 심사하여 증거능력을 배척하기를 기대한다는 것도 어렵고”, “검면 피신조서에 대하여 비록 피고인이 법정에서 그 내용을 부인하는 경우에도 증거능력을 인정할 수 있도록 규정한 것은 공판정에서 법관이 직접 조사한 증거에 한하여 재판의 기초로 하여야 한다는 직접심리주의 및 법관은 공판심리에 의하여 사건의 실체에 대한 심증을 형성하여야 한다는 공판중심주의에 배치될 뿐 아니라, 피고인의 자백이 유일한 증거일 때 이를 유죄의 증거로 쓸 수 없다는 헌법 제12조 제7항, 형사소송법 제310조의 취지와도 모순 되어 헌법 제27조 제1항에 의하여 보장되는 법관에 의한 재판을 받을 권리의 본질적인 내용을 침해한 것”

여 한결같이 동일한 전문법칙을 적용할 것인가, 아니면 증거의 종류에 따라 전문법칙의 내용을 달리 할 것인가 여부의 문제는 오로지 입법형성권을 가지고 있는 입법자가 우리사회의 법 현실, 수사관행, 수사기관과 국민의 법의식수준, 수사기관에 의한 인권침해의 실태, 우리 형사 재판의 구조 등 제반사정을 종합적으로 판단하여 결정할 성질의 것” 이라고 전제한 다음 “ 검사를 비롯한 수사기관에서 작성한 피의자신문조서를 전혀 증거로 사용할 수 없다면, 형사소송에 있어서의 ‘ 실체적 진실’ (material truth)은 이를 규명할 수 없게 되는 경우가 적지 않을 것” 이며 “ 피고인은 형사절차의 진행과 함께 유죄판결의 가능성이 높아진다고 느끼면 종전의 자백진술을 부인하기 쉬운데 반하여 법원으로서는 그에게 인정되는 진술거부권으로 인하여 피고인에게 새로운 진술을 요구할 수 없으므로 그가 진범일지라도 증거불충분으로 무죄를 선고하지 않으면 안될 경우가 생겨날 수 있” 고, “ 피의자신문조서에 기재된 자백진술의 내용에 충분한 신빙성이 인정되는데도 불구하고 그 증거능력을 언제나 한결같이 부인하게 된다면, 수사기관은 이를 보강할 수 있는 증거 이외에도 언제나 피의사실에 대한 직접의 증거를 확보하여야 하고, 피고인의 부인진술을 탄핵하기 위하여 조서를 작성한 수사관에 대한 증인신문을 하여야 할 필요성이 증가하는 등으로 수사와 재판절차의 지연이 초래될 우려 또한 현저” 하므로, “ (법 제312조 제1항) 단서가 검사 작성의 피의자신문조서에 대하여 그것이 전문증거임에도 불구하고 증거능력을 인정할 수 있도록 한 것은 형사소송법이 목적으로 하는 ‘ 실체적 진실의 발견’ 과 ‘ 신속한 재판’ 을 위한 것으로서 그 목적의 정당성이 인정” 되며, “ 검사에 의한 피의자 신문 시에는 고문 등의 부당한 인권유린행위가 개입될 가능성이 상대적으로 낮” 고 “ 검사 이외의 수사기관은 그 자격과 권한, 법률적 지위에 있어 차이가 있으므로 그럼에도 불구하고 검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서와 검사 작성의 피의자신문조서의 증거능력을 언제나 동일한 조건으로 인정해야 한다면 그것이야말로 오히려 불합리” 하고, “ 검사 작성의 피의자신문조서와 검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서에 대하여 증거능력인정의 요건에 차등을 두어 검사 작성의 피의자신문조서의 증거능력인정 요건을 완화한 것은 피의자의 인권보장과 실체적 진실발견 및 재판의 신속한 진행 사이의 조화를 이루기 위한 것으로서 그 합리적 이유가 인정된다” 고 선언하였다.

이에 반하여 반대의견⁸은 공판중심주의 개념을 키워드로 삼아 “ ㉞ 법 제312조 제1항의 규정 전부는 공판중심주의를 현대 형사소송의 원리로 삼고 있는 각국의 입법례에서 찾아보기 드문 규정이며, 신속한 실체적 진실발견에만 치중하여 공정한 실체적 진실발견을 외면한 규정이고 ‘ 신속’ 과 ‘ 공정’ 의 조화를 이루지 못한 규정” 으로서 “ 무죄추정을 받는 피고인의 법정진술보다 우선하여 검사 작성의 ‘ 피고인이 된’ 피의자신문조서를 믿게 하는 것은 법관에 의한 공정한 재판을 받을 권리의 한 보장으로서의 공판중심주의에 현저히 반” 하고, “ ㉞ 보다 근본적인 문제는 검사 작성의 피의자신문조서에 대하여 그 피고인의 법정에서의 진술여하에 불구하고 증거능력을 인정하는 것은 제3의 심판기관인 법관에 의한 재판이 실질적으로는 소추기관인 검사에 의하여 재판이 왜곡될 개연성을 제도적으로 보장하는 셈” 이 되며, “ ㉞ 수사 및 소추의 주체인 검사로 하여금 특히 수사단계에서의 자백의 확보에 주력하게 함으로써 현실적으로 인권의 침해가능성을 높이는 것이 결과적으로 헌법의 고문금지, 불리한 진술거부권 등 명문규정을 形骸化 할 가능성을 전혀 배제할 수 없다” 고 판정하여 위헌의견을 제시하였다.

⁸ 재판관 김진우, 재판관 조승형

직접심리주의(이하 ‘ 직접주의’ 로 약칭함), 공판중심주의, 전문법칙은 모두 조서재판을 부정적으로 평가하는 평가개념이다. 그러나 위의 세 가지 개념은 그 개념이 담고 있는 내포와 외연이 多岐하고 역사성을 가지고 있는 개념이어서 이하의 논증에서는 무언가 명확한 한정을 가하지 아니하면 생산적인 토론과 논증이 불가능하다. 이하의 논증에서 필자는 직접주의를 현행 독일 형사소송법의 규정과 그에 관한 통설적인 주석에 의존하여 파악하기로 한다. 전문법칙은 현행 미국연방증거법과 그에 관한 통설적인 주석에 의존하여 파악하기로 한다.

독일 형사소송법상의 직접주의(Der Grundsatz der Unmittelbarkeit, the principle of immediacy)⁹는 대체로 다음과 같은 내용을 담고 있다. 논의를 단순화시키기 위하여 이하에서는 당분간 ‘ 수사기관 작성의 피의자신문조서’ (이하 ‘ 피신조서’ 로 약칭한다)와 ‘ 수사기관 작성의 참고인·감정인진술조서’ (이하 ‘ 참고인조서’ 로 약칭한다)에 집중하기로 하자.

첫째, 참고인 조서는 ‘ 원칙적으로’ 증거로 할 수 없다. 참고인의 진술을 증거로 삼으려면 공판법원은 반드시 참고인을 증인으로 출석시켜 구술주의 하에 진술시키고 그 공판정진술만을 토대로 심증을 형성하여야 한다.¹⁰ 예외가 있다. 공판정에 출석한 증인의 기억력 회복을 돕기 위하여 필요하거나 ‘ 전에 행한 진술’ (참고인이 수사절차에서 수사기관에게 행한 진술이 그 예이다)과 모순 되는 진술을 할 때 수소법원은 공판정 진술을 탄핵하기 위하여 그 부분을 낭독할 수 있다.¹¹

둘째, 자백이 포함되어 있는 피신조서는 검면피신조서이든 사경피신조서이든 증거로 할 수 없다. 여기에는 예외가 없다.¹²

II. 1912년 형사령과 ‘메이지 법’ 시기(1912-1924)

일제강점기의 조선이나 일본국의 형사실무에서는 미국 증거법이 발전시킨 전문법칙(hearsay rule)적 발상이 희박¹³하였으므로 일제강점기의 조선이나 일본국의 형사실무를 비교

⁹ 독일인들은 오직 ‘인적 증거방법과의 교통의 직접’(좁은 의미의 직접주의, 형식적 의미의 직접주의)과 ‘사실인식의 직접’을 요구하는 직접주의(넓은 의미의 직접주의, 실질적 의미의 직접주의)를 구분하고 있는데 독일 형소법은 ‘좁은 의미의 직접주의(형식적 의미의 직접주의)’만을 채택한 것이라는 해석이 통설이다.

¹⁰ “[제1문] 사실의 증명이 사람의 지각에 의존하는 경우에는 공판에서 그 자를 질문하여야 한다. [제2문] 이전의 질문을 녹취한 조서 또는 진술서의 낭독으로 질문에 가름할 수 없다”(1877년의 독일 형소법 제249조; 현행 독일 형소법 제250조)

¹¹ “(기억을 돕기 위한 조서의 낭독) ① 증인 또는 감정인이 이미 어떤 사실을 기억하지 못한다고 진술하는 경우에는 기억을 돕기 위하여 이미 행한 질문조서 중 그에 관한 부분을 낭독할 수 있다. ② 전에 행한 진술과의 모순이 질문에서 나타나며 그 모순이 공판을 정지하지 아니하고는 다른 방법으로 확정되거나 제거될 수 없는 경우에는 전항과 동일한 조치를 취할 수 있다”(1877년의 독일 형소법 제252조; 현행 독일 형소법 제253조)

¹² “(자백의 낭독 및 전에 행한 진술과 모순된 경우의 낭독) ① 판사의 조서 중에 포함되어 있는 공판피고인의 진술은 자백에 대한 증거조사의 목적으로 낭독될 수 있다. ② 전에 행한 진술과의 모순이 신문 중 발생하고 그 모순이 공판을 정지하지 아니하고는 다른 방법으로 확정되거나 제거될 수 없는 경우에는 전항과 동일한 조치를 취할 수 있다”(1877년의 독일 형소법 제253조; 현행 독일 형소법 제254조). 제1항에서 ‘판사의 조서’만을 언급하고 있으므로 그 반대해석으로 수사기관 작성의 자백조서는 예외가 없는 것으로 해석되어 왔다.

¹³ “증인이 傳聞하여 知得한 사실상의 공술이라 하더라도 증언의 효력이 있다”(明治 44년, 7월 24일)(司法協會, 朝鮮高等法院判例要旨類集, 昭和 18년 12, 962); “증인의 공술 중 특정인으로부터 聞知한 사실의 공술부분은 증거로 채용할 수 없는 것이 아니고 설사 공술이 증인의 이해에 관계된다 하더라도 그것을 채용함은 사실심 재판소의 직권에 속한다”(大正 8년 5월 24일)(司法協會, 朝鮮高等法院判例要旨類集, 昭和 18년 12, 962)

법적 관점에서 규명하려는 목표를 가진 사람은 제1차적으로 직접주의적 관점에서 바라보아야 공평한 평가가 될 것이다.

1. 메이지 법과 직접주의

‘ 메이지(明治) 형사소송법’ (1890년 시행)(이하 ‘ 메이지 법’ 으로 약칭함)과 이를 조선에 의용한 1912년 조선형사령(이하 ‘ 1912년 형사령’ 으로 약칭함) 체제에 구현된 ‘ 직접주의’ 의 모습의 검토로부터 시작하자.

메이지 법의 관련조항은 제90조, 제188조, 제189조, 제219조이다.

“ [제90조] 피고인의 자백, 관리의 검증조서, 증거물건, 증인과 감정인의 공술 기타 제반의 증빙은 판사의 판단에 맡긴다.

[제188조] 조서를 작성한 사법경찰관은 검사 기타 소송관계인의 청구로 또는 재판소의 직권으로 증인으로 호출될 수 있다.

[제189조] [제1문] 예심에서 신문한 증인 또는 예심에서 감정한 감정인은 (공판정에: 필자첨가) 다시 호출될 수 있다. [제2문] 예심에서 작성된 증인의 공술서, (예심에서 감정한 감정인의: 필자첨가) 감정서는, 증인·감정인을 공판정에 다시 호출하지 아니할 때, 증인·감정인이 다시 호출을 받아 출두하지 아니할 때, 또는 예심과 공판에서의 공술, 감정을 비교할 수 있을 때는 검사 기타 소송관계인의 청구로 또는 재판장의 직권으로 낭독하게 할 수 있다.

[제219조] [제1문] 판사는 피고사건에 관하여 피고인을 신문할 수 있다. [제2문] 필요한 조서 기타 증빙서류는 서기로 하여금 낭독하게 하고 또한 증인의 공술을 듣고 기타 증빙의 조사를 할 수 있다. [제3문] 피고인의 자백이 있는 경우에 검사, 민사원고인(民事原告人)의 이의 없을 때는 다른 증빙을 조사하지 아니한다”

메이지 법의 이 규정들로부터 메이지 법이 과연 ‘ 직접주의 원칙’ 을 채택하였는가, 채택하였다면 어떤 내용의 ‘ 직접주의 원칙’ 을 채택하였는가를 확인하는 것은 쉽지 않다. 따라서 그 시기의 일본에서 제시된 학설과 실무의 태도를 검증·확인할 필요가 있다.

메이지 시기 일본의 법실무는 메이지 법이 ‘ 직접주의 원칙’ 을 채택하지 아니하였다는 해석 하에 움직였다. 학설의 대세도 법실무와 같은 입장이었다. 메이지 일본에서 이런 견해를 밝힌 대표적인 논자는 平沼騏一郎(검사)이었다. 그는 자신의 저술 속에서 “ 메이지 법은 간접심리주의를 채택하였다” 고 주장하였다. 그러나 메이지 법 제189조를 근거로 메이지 법이 ‘ 직접주의 원칙’ 을 채택하였다고 주장하는 것이 불가능한 것은 아니었다. 예를 들어 독일 형사소송법학의 영향을 받은 몇몇 논자들(富田山壽, 豊島直通)은 메이지 법 제189조를 근거로 메이지 법이 ‘ 직접주의 원칙’ 을 채택하였다고 주장하였다. 메이지 법에는 豫審에서 작성된 증인의 供述書, 예심에서 감정한 감정인의 감정서는, ㉠ 증인·감정인을 공판정에 다시 호출하지 아니할 때, ㉡ 증인·감정인이 다시 호출을 받아 출두하지 아니할 때, ㉢ 예심과 공판에서의 공술, 감정을 비교할 수 있을 때에 검사 기타 소송관계인의 청구, 또는 재판장의 직권으로 낭독하게 할 수 있음이 명시(제189조)되어 있다. 그러나 다음의 서면에 대하여 메이

기능의 일부를 수행할 것이 기대되었음을 의미한다.²¹ 검찰, 경찰의 강제처분권 행사의 요건은 ‘搜查의 결과 급속한 처분을 요하는 것으로 思料한 때’ 라는 추상적인 기준이었으며 그것도 검찰, 경찰에게 裁量權을 부여하기 위한 것이었으므로 아무런 통제장치가 마련되지 아니한 것이었다.²²

메이지 법상 수사기관의 강제처분권은 제한되었지만 1912년 형사령은 수사기관의 강제처분권을 더욱 확대·강화시켰고 검사와 사법경찰관은 일상적으로 피의자신문·증인신문을 행하고 피고인신문조서·증인신문조서를 작성하여 공판정에 증거로 제출하였다.

III. ‘1924년 형사령’과 ‘다이쇼 법’ 시기(1924-1945)와 직접주의

1922년 공포된 다이쇼 법의 1924년 실시에 맞추어 日帝는 1924년에 朝鮮刑事법을 개정하였다. 1924년에 개정된 ‘조선형사령’ (이하 ‘1924년 형사령’ 으로 약칭함)이 조선에 의용한 ‘다이쇼 형사소송법’²³(이하 ‘다이쇼 법’ 으로 약칭함)은 메이지 법 시대에 일본 내에서 해석상 다툼이 있었던 ‘직접주의 채택 여부 논쟁’을 명문의 조항으로 해결하였다. 다이쇼 법 제343조는 “피고인, 기타의 자의 공술을 녹취한 서류로서 법령에 의하여 작성된 신문조서”의 증거능력을 명시적으로 인정²⁴하였다. 다이쇼 시대의 대표적인 형사법학자 오노 세이이찌로(小野清一郎)는 다이쇼 법상의 직접주의에 관하여 다음과 같이 서술하고 있다.

“증거조사에 관하여는 직접심리주의를 원칙으로 삼아 증거자료가 될 수 있는 한 직접 재판관의 인식에 達함을 이상으로 한다. 이 원칙은 사람의 진술에 관하여 기록에 의한 중개를 배척하려는 것이어서 절차의 방식에 관한 구두주의의 원칙과 상통한다. 그러나 이런 의미의 직접주의 또는 구두주의를 철저히 화시켜 서류에 의한 採證을 절대로 허용하지 아니하는 것은 실제상 도저히 행하기 어렵다. 때문에 형사소송법은 법령에 의하여 작성한 조서 같은 것은 완전한 증거력이 있는 것으로 하고 오직 ‘피고인 기타의 자의 진술을 녹취한 서류로서 법령에 의하여 작성한 신문조서가 아닌 것’은 진술자가 사망하였든가, 질병 기타의 사유로 인하여 다시 신문할 수 없든가, 소송관계인에게 이의가 없는 때 이외에는 이

은 급기야 恣意의 표적으로 化하고 나아가 통치의 방침에 危懼感을 품도록 할 우려 없음을 담보하기 어렵다”<警察部長에 대한 松寺高等法院 檢事長 訓示>(1931년 8월)(高等法院 檢事 山澤佐一 編纂, 高等法院檢事長訓示通牒類纂[1936년(昭和 11년) 5월] 136-137)

²¹ 신동운, 日帝下の 豫審制度에 關하여, 151.

²² 신동운, 일제하의 형사절차에 관한 연구, 한국법사학논총(1991, 박영사), 409-410.

²³ “1922년 일본은 독일법의 영향 하에 종래의 메이지 법을 전면 개정하여 다이쇼 법을 공포하였다. 다이쇼 법의 특색은 메이지 법이 프랑스법의 영향 하에 重罪, 輕罪 등을 구별하여 소송절차의 엄격성과 豫審判事의 관여도를 달리하였던 것을 1907년 日本刑法의 중죄, 경죄의 폐지에 맞추어 單一節次로 변경한 점에서 찾아볼 수 있다. 다음으로 新法은 1890년 명치형사소송법이 프랑스 형사소송법의 영향을 받아 예심판사에게 강제수사에 관한 각종 처분 및 訊問權限 등을 집중하였고 檢事 및 司法警察官 등 수사 기관에 대하여는 現行犯의 개념을 통한 극히 제한된 범위 내에서만 強制搜查를 인정하였던 점을 대폭 수정한 점에서 주목된다. 1922년 전면 개정된 대정형사소송법의 실질적 주안점은 바로 搜查機關의 強制處分權擴大에 있었던 바, 소위 ‘要急事件’이라는 개념을 통하여 전통적인 현행범 이외에 일정한 중요범죄에 대하여 검사 및 사법경찰관에게 豫審判事 등에 請求하여 강제 수사할 수 있는 권한을 부여하였다(다이쇼 법 제255조). 세 번째로는 신법이 종래의 기소법정주의, 기소편의주의의 논쟁에 대하여 起訴便宜主義를 明文化한 점을 특징으로 지적할 수 있다(다이쇼 법 제279조)”(신동운, 일제하의 형사절차에 관한 연구, 한국법사학논총, 1991, 박영사, 411, 412)

²⁴ “① 피고인, 기타의 자의 공술을 녹취한 서류로서 법령에 의하여 작성된 신문조서가 아닌 것은 다음의 경우에 한하여 증거로 할 수 있다. 1. 공술자가 사망한 때 2. 질병 기타 사유로 공술자를 신문할 수 없을 때 3. 소송관계인의 이의가 없을 때 ② 區裁判所의 사건은 전항에 규정한 제한을 받지 아니한다”

IV. 조서재판을 생성시킨 물적 조건과 조서재판에 수반되는 법적 현상들

전술한 바와 같이 일제강점기 조선에서는 검사와 사법경찰관이 예심판사·공판정 판사의 기능의 일부를 수행할 것이 기대되었다. 그 이유는 무엇인가?

“조선 現下의 정세는 各地에 대개 수사사건이 檢事의 定員에 비하여 현저히 많아 檢사는 그 本領을 발휘하기 어렵다. 檢사는 거의 사법경찰관이 송치한 사건처리에 忙殺되어 다른 일을 돌아 볼 餘力이 없다. 그리하여 부득이 機宜의 處置로서 前에 通牒을 發하여 直受事件이라 하더라도 특히 직접수사를 행할 필요가 있다고 사료되지 않는 한 사법경찰관에게 수사를 맡기도록 하여 겨우 그 過重한 負擔의 緩和를 도모하였다” <檢事局 監督官에 대한 笠井 高等法院 檢事長 訓示>(1935년 4월)²⁹

일제강점기 조선에서 검사와 사법경찰관이 예심판사·공판정 판사의 기능의 일부를 수행할 것이 기대된 가장 근본적인 이유는 인건비가 많이 드는 판사와 검사 등 司法官의 정원을 줄여 예산을 절감하기 위한 것이었다.³⁰ 예산절감의 對價는 ‘사법경찰관의 고문자행과 부패현상의 漫然’ 이었다. 일제강점기 조선의 형사정책을 총괄한 高等法院 檢事局長들은 예의 없이 사법경찰관의 고문자행과 부패현상을 억제하려고 무진 애를 썼다.

“拷問은 근래 크게 감소하고 있습니다. 이것은 주로 各位의 部下에 대한 지도가 온당함(宜)을 얻은 결과에 다름 아닙니다. 그럼에도 불구하고 아직 완전히 그 흔적이 끊이지 않음이 유감입니다. 생각건대 경찰관이 罪證을 蒐集함에는 범인의 자백을 얻는 것보다 간편한 방법이 없고 또 조선인은 威喝 또는 폭력을 사용하지 아니하면 진실을 實吐할 자 없으므로 고문으로 죄證수집 함이 가장 切경의 방법입니다. 그러나 고문은 그로 인하여 얻는 이익을 보상할 수 없을 정도의 큰 폐해를 傷는 點을 생각하지 않을 수 없습니다. 고문의 폐는 外國인의 排日사상 宣傳에 좋은 빌미(辭柄)를 주고 不逞鮮人의 독립운동에 좋은 구실(好餅)을 주고 良民에게 兇毒정치를 咀呪하게 하여 諸般의 行정에 지장을 준은 각위가 이미 아는 바 일뿐만 아니라 재판상 실로 한심한 劣影響을 발생시키고 있습니다. 무릇 형사사건의 증거자료로 가장 많은 量을 차지하는 것은 警察官의 調書입니다. 그래서 지금 그 조서가 고문 끝에 나온 것이면 증거의 태반은 이를 상실하게 된다고 아니할 수 없고 그 결과 피고는 無罪를 言渡받거나 그렇지 않더라도 證據薄弱함으로 인하여 適當한 情報보다 현저히 가벼운 형에 처하여지는 폐해를 蒙습니다. 실제로 이런 예는 적지 않습니다. 거기에 더하여 ‘一事는 萬事’ 라고 고문의 형적이 명료한 사건뿐만 아니라 다른 일반 사건에 대하여 까지 고문의 혐의가 덧붙여져 재판관의 심증을 해하는 때가 적지 않습니다. 이리 되면 奸譎輩들이 범망을 벗어나 刑政상 실로 한심한 劣結果를 발생시킵니다. 형사정책은 科刑의 적정보다 범죄검거에 遺漏함이 없도록 함을 중시하여야 하고 범죄검거에 遺漏가 없도록 하는 것 보다는 罪證의 確실함이 더 중한 것입니다. 즉 형사정책은 罪證의 確실함을 제1위에 두어야 하므로 고문을 하지 말아야 함은 다시 상설할 필요가 없습니다. 각위는 부하에게 이런 취지를 천명하여 고문근절을 기약

²⁹ [高等法院 檢事 山澤佐一 編纂, 高等法院 檢事長 訓示 通牒類纂(1936년(昭和 11년) 5월)] [이하 이 책은 ‘1936년 훈시집’으로 약칭함, 이 책은 1920년(大正 9년) 9월 이후 1935년(昭和 10년) 12월 31일 사이에 發하여진 歷代 高等法院 檢事長의 訓令 通牒, 會議席上에서 行한 訓示 講話 중 장래 例規가 되고 또 일상집무의 準繩으로 삼을 만한 것을 모두 輯錄한 것이다](1936년 훈시집, 162). 사법경찰관의 고문자행과 부패현상을 억제하려는 訓示 通牒은 이 책 전반에 걸쳐 가장 큰 이슈를 구성하고 있다.

³⁰ “인원의 부족으로 인한 업무의 과중과 적체는 식민지 시기 내내 문제되었다. 조선의 재야법조계가 인권유린의 해소방안으로 내걸었던 요구사항에는 판검사의 증원이 담겨 있었다” 상세는 문준영, 한국검찰체도의 역사적 형성에 관한 연구(2004, 서울대학교 법학박사학위논문), 123-126 참조.

하셔야 합니다. 사법관은 오로지 법령에 따라 행동하여 일반행정관에 비하여 자유재량의 범위가 극히 협소합니다. 그런데 近時는 법령의 운용에 관하여 그 형식적 해석이 왕성합니다. 그래서 오직 형식론에 사로잡히지 말도록 애써 시세에 순응하여 시대에 도달하여야 합니다. 특히 형사에 관하여는 형사정책에 의거하여 행동하여야 합니다. 자유재량의 범위는 舊時에 비하여 현저히 확장되었습니다. 그러므로 오직 법규의 자귀에 얽매어 시세에 적합하지 아니한 처치를 함은 검사가 애써 피하는 바입니다. 이런 의미로 검사는 정치상·경제상·사회상의 현상을 살필 필요가 있음은 물론입니다. 일반 보통의 일은 물론이고 특수한 것에 대하여도 경찰관이 통보하지 아니하면 알 수 있는 것이 없습니다. 그러므로 (경찰관은: 필자 첨가) 사건을 송치할 때 是든 非든 숨김없이 모두 검사에게 통보하도록 하여야 합니다. 경찰관이 그렇게 하지 아니하면 검사의 처분이 사정에 적합하지 않게 되고 때로 施政의 대방침에 저촉을 초래할 위험이 없다고 할 수 없습니다. 그러므로 경찰관은 사법경찰사무에 관하여는 검사와 一心同體가 되어 그 사이에 하등 숨기거나 치장하는 바 없이 일체의 사정을 보고하여 검찰처분에 잘못을 초래하지 않도록 부하에게 주의를 주실 것을 희망합니다” <警察部長에 대한 中村 高等法院 檢事長 훈시>(1921년 4월 29일)³¹

일제강점기 조선의 형사절차의 효율적 작동은 사법경찰관의 피의자신문, 증인신문, 감정인 신문 등의 원활한 행사와 그 결과의 조서화에 달려 있었음을 알 수 있다. 이 때문에 각급 사법경찰관리의 고문과 부패가 발각되었을 때 일제강점기의 경찰과 검찰국의 처분은 준엄할 수 없었다. 사법경찰사무에 관하여 ‘검사와 사법경찰관의 一心同體적 協助’가 불가피하였으므로 검찰국의 처분은 준엄할 수 없었으며 준엄하지 못한 만큼 민심은 이반되어 갔다. 조선총독부는 그런 사정을 알면서도 각급 사법경찰관리의 고문과 부패를 크게 警責하지 않았다.

“一. 경찰관리의 고문을 근절하여야 함은 말할 필요도 없습니다. 그러나 종래 이에 대한 각위의 처치는 때로 관대함에 그치는 것이 아닌가 하는 느낌을 버릴 수 없습니다. 예를 들어 犯情이 가볍지 아니하고 피해정도가 낮지 아니하고 수단 역시 잔혹한 경우임에도 불구하고 단지 징계처분을 위임하거나 불기소처분에 붙인 경우 같은 것, 또 다소 疑端이 있는 案件으로 검사의 조사가 필요한 경우임에도 불구하고 경찰관리가 조사한 대로 만연 불기소처분에 붙인 경우 같은 것은 아무래도 이런 事犯을 撲滅하는 길이 아닙니다. 검사는 경찰관리와는 항상 동심일체가 되어 그 사이에 협조를 도모하고 원활함에 결루가 있어서는 아니되지만 그렇다 하더라도 너무나 협조에 지나쳐 자기직책에 대한 반성이 없으면 그 폐는 측량할 수 없는 바가 있을 수 있습니다. 각위는 이런 유의 범죄에 대하여도 일반예방을 고려하여 신중한 태도를 갖고 그 처치에 관하여 엄숙한 자세를 견지하여 그런 사범의 근절을 기하셔야 합니다. 덧붙여 경찰관리 중 고문에 아랑곳하지 아니하고 官威를 빙자하여 용이하게 인민을 상해하는 일이 자못 많은 것 같습니다. 이런 일은 民衆으로 하여금 官憲을 咀呪하는 빌미가 될 뿐만이 아니므로 이런 사범에 대하여도 일반예방을 고려하여 頻發할 때는 상당히 엄중한 처치에 나아갈 것을 희망합니다.

一. 하급경찰관리의 收賄事犯이 자못 많습니다. 그리하여 지난 번 경찰부장 회의 때 微罪檢擧를 獎勵하도록 처치하여 장래는 범죄검거에 관한 수회사범이 종래보다 일층 증가할지 모르겠습니다. 각위는 이에 주의하여 증가의 징조가 있으면 일반예방을 고려하여 적당한 처치를 채택하여 주십시오” <檢事局 監督官에 대한 中村 高等法院 檢事長 훈시>(1921년 5월 9일)³²

“一. 작년 이래 현저히 증가한 感이 있는 것이 하급경찰관리의 인민에 대한 상해죄이고 그 중 致死의 결과를 발생시킨 사건과 고문 때문에 상해 한 사건에 대하여는 지금 中村 檢事長의 훈시 중에 언급 하셨습니다. 생략하고 단순상해죄에 관하여 一言하여 두겠습니다.

³¹ 1936년 훈시집, 2-5.

³² 1936년 훈시집, 13

이 인용문에는 “ 이 때까지의 공판에 있어서는 피고가 법정에서 경찰에서 받은 조사서 혹은 청취서의 내용을 부인하면 재판장은 이것을 채택하지 않았[다]” 는 다소 이해하기 어려운 기술이 보인다. 사정은 이러하다. 미군정법령 제176호에 의하여 조선형사령(1924년 형사령) 제12조가 폐지되자 사법경찰관이 피의자를 신문할 수 있는 법적 근거가 소멸되었다. 그 결과 다이쇼 법 제343조가 절대적 증거능력을 부여한 ‘ 법령에 의하여 작성된 신문조서’ 에 사법경찰관 조서는 포함되지 않게 되었다. 이에 부합하는 단기 4282년 형상 제97호 판례도 있다. “ 사경작성의 각종 서류를 다른 증거와 종합하여 증거로 할 수 있다” 고 규정한 제317조의2는 사경작성의 각종 서류에 다시 증거능력을 인정할 수 있는 길을 연 것이다.³⁷ 미군정법령 제176호로 조선형사령이 폐지되어 사경피신조서, 검면피신조서는 이제 증거로 쓸 수 없게 되었다. 그런데 1950년 1월의 법전편찬위원회의 형사소송법초안 심의단계에서는 “ 이러한 서류의 증거라도 다른 증거와 종합되는 때에는 채택하여 증거자료로 한다” 는 방침으로 旋回하고 있었음이 주목된다.

2. 1954년 新刑事訴訟法

마지막으로 1954년에 제정된 신형사소송법(이하 ‘ 1954년 법’ 으로 약칭함)을 ‘ 일제강점기의 조서재판과의 연속과 단절’ 의 측면에서 분석하여 보자. 1954년 법의 관련조항들은 다음과 같다.

“ 제311조 (증거능력) 공판준비 또는 공판기일에 피고인 또는 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 조서, 법원 또는 법관의 검증, 감정의 결과를 기재한 조서와 압수한 서류 또는 물건은 증거로 할 수 있다.

제312조(同前) 검사 또는 사법경찰관이 피의자 또는 피의자 아닌 자의 진술을 기재한 조서, 검증 또는 감정의 결과를 기재한 조서와 압수한 서류 또는 물건은 공판준비 또는 공판기일에 피고인 또는 피고인 아닌 자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 때에는 증거로 할 수 있다. 단, 검사 이외의 수사기관에서 작성한 피의자의 신문조서는 그 피의자였던 피고인 또는 변호인이 그 내용을 인정할 때에 한하여 증거로 할 수 있다.

제313조 (同前) ① 前二條의 규정 이외에 피고인 또는 피고인이 아닌 자가 작성한 서류 또는 그 진술을 기재한 서류로서 작성 또는 진술한 자의 자필이거나 그 서명 또는 날인 있는 것은 공판준비나 공판기일에 피고인 또는 피고인이 아닌 자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명된 때에는 증거로 할 수 있다.

제314조 (증거능력에 대한 예외) 前二條의 경우에 공판준비 또는 공판기일에 진술을 요할 자가 사망, 질병, 기타 사유로 인하여 진술할 수 없는 때에는 그 조서, 기타 서류 또는 물건을 증거로 할 수 있다. 다만, 그 조서 또는 서류는 그 진술 또는 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여진 때에 한한다.

³⁷ 1950년 1월 23일자 조선일보(신동운, 제정형사소송법의 성립경위, 2004년도 한국형사법학회 추계학술발표회 자료집.

제315조 (당연히 증거능력이 있는 서류) 다음에 제기한 서류는 증거로 할 수 있다.

1. 호적의 등본 또는 초본, 공정증서등본 기타 공무원 또는 외국공무원의 직무상 증명할 수 있는 사항에 관하여 작성한 문서
2. 상업장부, 항해일지 기타 업무상 필요로 작성한 통상문서
3. 기타 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서

제316조 (증거능력의 제한) 피고인 아닌 자의 공판준비 또는 공판기일에 있어서의 진술이 피고인 아닌 자의 진술을 그 내용으로 하는 것인 때에는 원진술자가 사망, 질병 기타 사유로 진술할 수 없는 때에 한하여 증거로 할 수 있다. 단, 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여진 때에 한한다.

제317조 (진술의 임의성) ① 피고인 또는 피고인 아닌 자의 진술이 임의로 된 것이 아닌 것은 증거로 할 수 없다.

② 전항의 서류는 그 작성 또는 내용인 진술이 임의로 되었다는 것이 증명된 것이 아니면 증거로 할 수 없다.

③ 검증조서의 일부가 피고인 또는 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 것인 때에는 그 부분에 한하여 전2항의 예에 의한다.

제318조 (당사자의 동의와 증거능력) ① 검사와 피고인이 증거로 할 수 있음을 동의한 서류 또는 물건은 진정한 것으로 인정할 때에는 증거로 할 수 있다.

② 피고인의 출정 없이 증거조사를 할 수 있는 경우에 피고인이 출정하지 아니한 때에는 전항의 동의가 있는 것으로 간주한다. 단, 대리인 또는 변호인이 출정한 때에는 예외로 한다”

첫째, 다른 사건 혹은 동일사건에 관하여 법원 또는 법관이 작성한 조서의 증거능력을 무조건 허용하는 제311조는 종전의 조서재판을 연속시키는 의미가 있다. 독일 형사소송법도 일정한 제한 하에 다른 사건 혹은 동일사건에 관하여 법원 또는 법관이 작성한 조서의 증거능력을 허용하지만 무조건 허용하지는 아니한다. 제311조는 ‘독일식 직접주의’와 크게 벗어나는 조항이다.

둘째, ‘사법경찰관 작성 피의자신문조서’ (이하 ‘사경면전 피신조서’로 약칭함)를 “피의자였던 피고인 또는 변호인이 그 내용을 인정할 때에 한하여 증거로 할 수 있”게 한 ‘제312조 단서는 종전의 조서재판과의 단절을 의미하는가’가 문제된다. 피의자였던 피고인 또는 변호인이 그 내용을 인정하는가 여부와 관계없이 무제한적으로 증거능력이 인정되었던 일제강점기의 상황과 비교하면 단절의 측면이 크지만 연속되는 측면도 없지 않다. 독일 형사소송법상의 직접주의는 구술주의와 밀접하게 결합되어 있기 때문에 수사서류가 예외적으로 증거로 사용될 수 있는 경우라 할지라도 수사서류는 반드시 먼저 구술증거를 청취한 후에 구술증거를 탄핵하는 탄핵증거로서만 활용된다. 그러나 1954년 법 제312조 단서는 이런 제한

을 가하지 아니한다. 더구나 독일 형사소송법이 자백이 포함되어 있는 피신조서는 검면피신조서이든 사경피신조서이든 예외 없이 증거능력을 박탈하고 있는 점을 부가하여 검토하면 1954년 법 제312조 단서는 여전히 후진성을 면할 수 없다.

셋째, 공판정에서 피고인이 성립의 진정을 인정하면 검면피신조서의 증거능력을 인정하는 ‘ 법 제312조 본문은 종전의 조서재판과의 단절을 의미하는가’ 가 문제된다. 공판정에서 피고인이 성립의 진정을 인정하는가 여부와 상관없이 무제한적으로 증거능력이 인정되었던 일제강점기의 상황과 비교하면 단절의 측면이 없지 않지만 ‘ 성립의 진정’ 의 의미를 협소하게 책정할수록 연속의 측면이 생기거나 증가하게 된다. 1995년의 현재결정은, ‘ 한국의 검사는 준사법관이므로 문제가 적다’ 고 판시하지만 독일 형사소송법이 자백이 포함되어 있는 피신조서는 검면피신조서이든 사경피신조서이든 예외 없이 증거능력을 박탈하고 있는 점을 부가하여 검토하면 1954년 법 제312조 단서는 대단히 후진적인 조항임을 알 수 있다.

넷째, 공판정에서 원진술자가 ‘ 성립의 진정’ 을 인정하면 참고인진술조서의 증거능력을 허용하는 ‘ 법 제313조는 종전의 조서재판과의 단절을 의미하는가’ 가 문제된다. 공판정에서 원진술자가 ‘ 성립의 진정’ 을 인정하는가 여부와 상관없이 무제한적으로 증거능력이 인정되었던 일제강점기의 상황과 비교하면 단절의 측면이 없지 않지만, 이런 류의 수사서류가 예외적으로 증거로 사용될 수 있는 경우라 할지라도 수사서류는 반드시 먼저 구술증거를 청취한 후에 구술증거를 탄핵하는 탄핵증거로서만 활용되는 독일 형사소송법상의 직접주의를 비교대상으로 설정하면 ‘ 단절의 측면’ 은 현저히 손상된다. 지금까지 검토한 것은 독일 형사소송법상의 직접주의를 염두에 두고 검토한 ‘ 1954년 법의 혁신성’ 이었다. 비교대상을 미국연방법의 전문법칙으로 바꾸면 어떻게 될 것인가?

1954년 법은 ‘ 특히 신빙할 만한 정황’ (법 제314조, 제315조, 제316조), ‘ 당사자의 동의’ (법 제318조), ‘ 전문진술의 증거능력 제한’ (법 제316조) 등 미국식 전문법칙의 용어를 다수 구사하고 있다. 그러나 ‘ 특히 신빙할 만한 정황’ 에 관한 그 후의 대법원 판결이나 학설의 추이를 검토하면 미국식 전문법칙으로부터 한참 비껴가고 있다. 더구나 미국의 증거법은 배심재판을 염두에 두고 있기 때문에 구술주의가 철저하고 일체의 조서는 증거로 제출될 수 없다. 미국식 전문법칙의 핵심은 ‘ 조서에 관한 증거법’ 에 있지 않고 ‘ 전문진술에 관한 증거법’ 에 있다. 미국식 가치관에 입각하면 일제강점기의 조서재판은 재판으로서의 품격이 거의 제로에 가까운 것이 될 것이고 ‘ 1954년 법의 혁신성’ 도 그다지 크게 평가될 수 없다. 물론 이 글의 ‘ I. 문제의 제기’ 부분에서 인용한 현재의 역사주의적 관점, 즉 “ 전문법칙을 채택할 필요가 있는지 여부 및 과연 전문법칙을 채택할 경우 여러 가지 종류의 전문증거에 대하여 한결같이 동일한 전문법칙을 적용할 것인가, 아니면 증거의 종류에 따라 전문법칙의 내용을 달리 할 것인가 여부의 문제는 오로지 입법형성권을 가지고 있는 입법자가 우리사회의 법현실, 수사관행, 수사기관과 국민의 법의식수준, 수사기관에 의한 인권침해의 실태, 우리 형사재판의 구조 등 제반사정을 종합적으로 판단하여 결정할 성질의 것” 이라는 문제의식은 정당한 것이다. 그러나 직접주의이든 전문법칙이든 최소한의 개념요소를 무시하면 ‘ 법의 변용’ (transformation of law)이 아니라 ‘ 법의 외곡’ (distortion of law)이 될 것이다. 직접주의와 전문법칙의 최소한의 개념요소는 ‘ 구술주의’ 라고 생각한다.

VI. 결어

민족 해방 이후 근 반세기가 경과한 이 시점에서든 현재는 1954년 법의 골격을 유지하고 있는 현행 형사소송법이 “ 직접주의의 바탕 위에 영미법계의 전문법칙을 받아 들여 공판중심주의의 철저를 기하였다” 고 높게 평가³⁸하고 대법원³⁹도 형사소송법 제161조의2와 제310조의2의 입법취지를 현재와 거의 동일하게 평가하고 있다. 그러나 그런 평가는 ‘ 매우 修辭的인 평가’ 이거나 아니면 ‘ 지나치게 誇張된 평가’ 로 보인다. 1954년 법이든 현행 형사소송법이든 일제강점기의 조서재판으로부터 크게 벗어난 것이 아니다. 1995년에 선고된 헌법재판소 결정의 반대의견의 ㉠, ㉡, ㉢의 논증은 정당한 논증이다. 그런 논증정신 하에서 현행법의 ‘ 조서재판적 토대’ 를 서서히 허물어야 할 때가 왔다. ‘ 실제적 진실발견 및 재판의 신속한 진행’ 을 이유로 조서재판의 정당성을 변호하려는 논증은 일제강점기의 조선형사령이 검사와 사법경찰관에게 예심판사에 버금가는 강제처분권을 부여한 논리를 연상시킨다. 그런 논증이 거듭되기 때문에 현대한국에서 ‘ 시민의 재판참여’ 논의가 촉발되고 있는 것으로 보인다. 현대한국의 ‘ 조서재판 해체’ 의 계기는 배심제든 참심제든 ‘ 시민의 재판참여’ 에 있다.

그런데 1945년부터 남한과 다른 길을 걷기 시작한 북한의 형사절차에서 일제강점기에 형성된 ‘ 조서재판적 토대’ 는 어떻게 되었는지 궁금하다. 북한의 형사소송법은 1950년 새로 제정된 이래 1999년 9월 8차로 개정되었다. 그런데 8차 개정된 북한의 형사소송법에는 남한 이상으로 일제강점기의 ‘ 조서재판적 토대’ 가 지속되고 있다.⁴⁰ 조서재판은 독일, 프랑스 등 유럽 대륙의 개혁된 형사소송법에서도 기저를 이루고 있는 것인데 일제강점기의 조선에서 극단적으로 강화된 것이다. 민족해방 후 남한이나 북한에서 조서재판의 극복현상이 매우 희박한 것을 보면 식민지 유산의 극복이 얼마나 어려운 것인가 하는 점을 새삼 확인할 수 있다.

³⁸ [헌법재판소 1994.4.28. 선고 93헌바26 결정]

³⁹ “형사소송법은 제161조의2에서 피고인의 반대신문권을 포함한 교호신문제도를 규정함과 동시에, 제310조의2에서 법관의 면전에서 진술되지 아니하고 피고인에 의한 반대신문의 기회가 부여되지 아니한 진술에 대하여는 원칙적으로 증거능력을 부여하지 아니함으로써, 형사재판에 있어서 모든 증거는 법관의 면전에서 진술·심리되어야 한다는 직접주의와 피고인에게 불리한 증거에 대하여는 반대신문 할 수 있는 권리를 원칙적으로 보장하고 있는바, 반대신문권의 보장은 형식적·절차적인 것이 아니라 실질적·효과적인 것이어야 하므로, 증인이 반대신문에 대하여 답변을 하지 아니함으로써 진술내용의 모순이나 불합리를 드러내는 것이 사실상 불가능하였다면, 그 사유가 피고인이나 변호인에게 책임 있는 것이 아닌 한 그 진술증거는 법관의 올바른 심증형성의 기초가 될 만한 진정한 증거가치를 가진다고 보기 어렵다 할 것이고, 따라서 이러한 증거를 채용하여 공소사실을 인정함에 있어서는 신증을 기하여야 할 것”[대법원 2001. 9. 14. 선고 2001도1550 판결(수회후부정처사·뇌물수수·횡령 공2001, 2296)].

⁴⁰ “제43조 찾아낸 증거는 조서, 진술서 같은 것을 만드는 방법으로 고착시킨다. 제39조 증거문서로는 그 내용이 증거적 의의를 가지는 문서가 된다. 제98조 피심자를 심문하였을 경우에는 심문조서를 만들어야 한다. 심문조서에는 범죄와 관련하여 피심자가 말한 것을 그대로 적어야 하며 특별히 필요한 경우에는 피심자가 말한 것을 조서에 자기가 직접 쓰게 할 수 있다. 제99조 예심원은 피심자에 대한 심문이 끝나면 그에게 조서를 읽어보게 하거나 읽어준 다음 피심자에게 그가 말한 것이 조서에 옳게 씌여졌는가를 물어보아야 한다. 조서를 고칠 데 대한 피심자의 신청이 있을 경우에는 그것이 정당하면 고쳐주며 부당하면 거부하고 그에 대하여 조서에 밝혀야 한다. 제165조 검사는 사건을 재판에 넘길 수 있게 예심이 충분하고 옳게 진행되었을 경우 기소장을 만들어 피심자를 재판소에 기소한다. 이 경우 검사는 기소장과 함께 사건기록을 재판소에 보내야 한다. 제221조 재판심리에서는 필요한 경우 예심조서를 읽는 방법으로 증거를 검토할 수 있다.”[대한민국 법무부, 개정 북한형사소송법 해설, 2004.]