

피의자신문조서의 증거능력

원 해 육*

I. 들어가는 말

II. 피의자신문조서와 전문법칙

1. 피의자신문조서의 개념
2. 전문법칙의 예외요건
3. 피의자신문조서의 증거능력

III. 검사작성의 피의자신문조서(제312조 제1항)

1. 피고인이 되지 않은 피의자신문조서
(제312조 제1항 본문)
2. 피고인이 된 피의자신문조서
(제312조 제1항 단서)
3. 공범자에 대한 피의자신문조서의 증거능력

IV. 사법경찰관작성의 피의자신문조서

1. 피의자신문조서의 증거능력
2. 공범자에 대한 피의자신문조서의 증거능력

V. 제312조 제1항과 제2항의 구별근거

1. 외국의 법제(法制)
2. 구별의 근거
3. 구별근거는 타당한가?
(맺음말에 대신하여)

◎ 참고 문헌

* 인하대학교 법과대학 교수

I. 들어가는 말

피의자신문조사란 검사·사법경찰관 등 수사기관이 피의자를 신문하여 작성한 조서를 말한다. 변호인의 참여권이 보장되지 않는 실무현실에 비추어 볼 때 被疑者訊問時 수사기관이 객관의무를 준수하고 피의자의 이익을 보장할 것으로 기대하기는 어려운 점이 있다. 따라서 수사기관이 작성한 피의자신문조서에 대한 신용성의 보장은 법관의 면전조서에 비해 현저히 약하다고 하지 않을 수 없기 때문에 현행 형사소송법은 법관의 면전조서의 경우와는 달리 피의자신문조서에 대하여는 일정한 요건 아래 증거능력을 인정하고 있다. 즉 검사가 작성한 피의자신문조서는 공판준비 또는 공판기일에서의 원진술자에 의하여 성립의 진정이 인정된 때에 한하여 증거로 할 수 있으며, 검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서는 내용을 인정하여야 증거로 할 수 있다.¹⁾ 이와 같이 수사기관이 작성한 피의자신문조서의 증거능력을 제한하는 것은 피의자의 인권보장, 소극적 실체진실주의의 실현, 직접심리주의와 공판중심주의의 요청, 반대신문권의 보장 등을 그 이유로 들 수 있다.²⁾

그런데 대법원은 검사작성 피의자신문조서의 형식적 성립진정이 인정되면 특별한 사정이 없는 한 자백의 임의성도 추정된다는 입장을 견지하고 있다. 이는 검사작성 피의자신문조서에 대해 법관의 면전조서에 방불케 하는 힘을 부여했다는 의미로 이해할 수 있다.³⁾ 검사작성 피의자신문조서의 증거능력 인정요건을 이처럼 완화한 것과는 달리 대법원은 인권옹호라는 이유로 검사 이외의 수사기관인 사법경찰관작성의 피의자신문조서에 대해서는 여전히 내용의 인정이라는 엄격한 요건을 요구하고 있다. 여기서 작성주체에 따라 피의자신문조서의 증거능력을 구별하고 있는 것이 관현주의적 사고에 의한 것은 아닌가라는 의문이 제기된다.

이에 본 논고에서는 수사기관이 작성한 피의자신문조서를 전문증거로 보아, 그 증거능력을 인정하기 위한 전문법칙의 일반적인 예외요건 및 형사소송법이 규정하고 있는 구체적인 요건을 살펴보고, 검사와 사법경찰관이 작성한 피의자신문조서의 증거능력을 인정하기 위한 요건에 차이를 두고 있는 형사소송법 제312조 제1항과 제2항의 구별근거가 무엇이며, 그 구별이 타당한가에 대해 살펴보고자 한다.

0) 이재상, 형사소송법, 513면; 배중대/이상돈, 형사소송법, 543면; 손동권, 전문법칙과 사법경찰, 형사판례연구 2, 262면; 김영갑, 증거의 증거능력과 증거조사방법의 비교검토, 형사재판의 제문제(諸問題) 제2권, p. 406.

0) 백형구, 형사소송법, p. 661 이하.

0) 조국, 검사작성 피의자신문조서의 성립진정과 증거능력, 형사판례연구 9, p. 407 이하.

II. 피의자신문조서와 전문법칙

1. 피의자신문조서의 개념

피의자신문은 검사, 사법경찰관 등 수사기관이 수사에 필요한 경우 피의자를 출석시켜 신문하고 듣는 것을 말한다. 피의자신문은 수사기관의 입장에서는 증거를 획득하여 진실을 밝힐 수 있는 기회가 될 뿐 아니라 피의자의 입장에서도 자기에게 유리한 사실을 주장하여 수사기관의 혐의를 벗어날 수 있는 기회가 된다.⁴⁾ 그러므로 피의자신문에서 피의자가 진술을 행하고 그 진술이 법원에 의해 증거로 사용되는 과정은 피의자의 인권을 보장하고, 그의 진술내용이 왜곡 없이 수소 법원에 보고될 수 있도록 해야 한다.

수사기관이 작성한 피의자신문조서에 대해서는 이러한 증거의 증거능력에 대해 규정하고 있는 형사소송법 제312조가 전문법칙의 예외에 속하는가에 대하여 다툼이 있다. ① 첫 번째 견해⁵⁾는 피의자신문조서의 경우에 원진술자는 피고인 자신이므로 피고인에게 반대신문권을 부여한다는 것은 무의미하므로 전문법칙의 예외가 아니라 직접주의와 피의자의 인권보장의 요청에 의하여 증거능력을 제한한 것이라고 본다. ② 두

번째 견해⁶⁾에 의하면 피의자신문조서의 증거능력을 제한하는 것이 피의자에 대한 수사과정에서의 인권보장을 고려한 것임을 부정할 수는 없으나 제312조가 피의자의 인권보장을 주된 근거로 하는 규정이라고 할 수는 없다. 또한 전문법칙의 근거가 전문증거에 반대신문이 보장되어 있지 않다는 점에만 있는 것이 아니라 신용성이 결여되어 있기 때문이라고 본다면 피의자신문조서도 공판기일의 진술에 대신하는 신용성이 보장되지 않은 증거라는 점에서 전문증거라 할 것이며, 제312조는 신용성과 필요성을 조건으로 증거능력을 인정하는 전문법칙의 예외에 관한 규정이라고 본다. ③ 현행 형사소송법의 규정을 고려할 때, 특히 사법경찰관작성의 피의자신문조서에 대해 피의자였던 피고인이 내용의 진정을 인정한 경우에만 증거능력을 인정하고 있는 것은 피의자신문조사에 대해 전문법칙의 예외를 인정한 것으로 볼 수 있을 것이다.

2. 전문법칙의 예외요건

증거에 대해 전문법칙을 엄격하게 적용하면, 사실인정에 필요한 자료를 지나치게 제한하는 결과를 가져와 실제적 진실발견을

0) 이상돈, 형사소송법연습, p. 270.

1) 신동운, 형사소송법, p. 618.

0) 이재상, 형사소송법, p. 514.

저해할 수 있으며, 무용한 증거조사절차를 강요하게 되어 절차의 신속성과 소송경제의 요청에 반하는 결과를 초래할 염려가 있기 때문에 일정한 제한하에 그 예외를 인정하고 있다. 전문법칙의 예외는 영미의 증거법에서 판례를 통하여 형성되어 온 이론으로 예외요건으로 ‘신용성의 정황적 보장’과 ‘필요성’을 들고 있다.⁷⁾ 일반적으로 신용성의 정황적 보장과 필요성은 모든 경우에 엄격하게 병존할 것을 요하지 않고, 상호보완관계 내지 반비례의 관계에 있다고 본다.

1) 신용성의 정황적 보장

신용성의 정황적 보장이란 공판정 외에서의 진술의 진실성이 제반의 정황에 의하여 보장되어 있는 것 또는 반대신문에 대신할 만한 외부적 정황하에서 진술이 행하여진 것을 말한다. 영미법상 신용성의 정황적 상황의 보장이 인정된 대표적인 사례로는

- 사건직후의 충동적 발언과 같은 자연적·반사적 진술(진술의 자연성),
- 죽음에 직면한 자의 임종의 진술(진술의 양심성),
- 자기의 재산상의 이익에 반하는 진술(진술의 불이익성),

○ 공문서·업무상문서와 같이 업무상 통상의 과정에서 작성된 문서(진술의 공식성) 등이 제시되고 있으며, 그 예외의 범위가 점차 확대되고 있다고 한다.⁸⁾

이와 관련하여 우리나라 판례⁹⁾는 “이른바 신용성의 정황적 보장이란 사실의 승인, 즉 자기에게 불이익한 사실의 승인이나 자백은 재현을 기대하기 어렵고 진실성이 강하다는 데 근거를 둔 것으로서 때때로 특신상태라는 표현으로 잘못 이해되는 경우가 많은 것은 우리 형사소송법 체계상으로는 아직 생소한 개념이며 어떠한 것이 이에 해당하는 것인가를 정형화하기 어려움에 기인하는 것이라고 생각되나, 일반적으로 자기에게 유리한 진술은 그 신빙성이 약하나 반대로 자기에게 불이익한 사실의 승인은 진실성이나 신빙성이 강하다는 관점에서 ‘부지불식중에 한 말’, ‘사람이 죽음에 임해서 하는 말’, ‘어떠한 자극에 의해서 반사적으로 한 말’, ‘경험상 앞뒤가 맞고 이론정연한 말’ 또는 ‘범행에 접착하여 범행의 증거를 은폐할 시간적 여유가 없을 때 한 말’, ‘범행직후 자기의 소행에 충격을 받고 깊이 뉘우치는 상태에서 한 말’ 등이 특히 신용성의 정황적 보장이 강하다고 설명되는 경우이다”라고 판

7) 사법연수원, 형사증거법, p. 124 이하.

8) 사법연수원, 형사증거법, 125면; 김영갑, 앞의 논문, p. 396.

9) 대법원 1983.8.22. 82도3248.

시함으로써 우리 형사소송법의 해석에서도 영미법상의 정황적 상황의 보장을 요구하고 있다. 그러나 우리 형사소송법은 법관의 면전조서나 진술에 관하여는 특별히 신용성의 보장을 요구하지 않고 있다는 점에서 영미법에 비하여 그 요건이 완화되어 있다고 할 수 있다.¹⁰⁾

2) 필요성

필요성이란 같은 가치의 증거를 얻는 것이 불가능하거나 곤란하기 때문에 전문증거라도 사용할 필요가 있는 것을 말하며, 여기에는 원진술자의 사망, 질병, 행방불명, 국외체재 등의 사정들로 인하여 원진술자를 공판정에 출석케 하여 다시 진술하게 하는 것이 불가능하거나 현저하게 곤란한 경우가 이에 해당한다. 현행 형사소송법은 필요성을 제314조 및 제316조 제2항에 규정하고 있다.

3. 피의자신문조서의 증거능력

피의자신문조서의 증거능력을 인정하기 위해서는 ① 우선 조서에 기재된 ‘진술의 임의성’이 인정되어야 한다. 즉 진술내용이 자

백인 때에는 제309조에 의하여, 자백 이외의 진술인 때에는 제317조에 의하여 임의성이 인정될 것을 요한다. 다만 제309조는 제317조와 달리 임의성의 부존재를 자백의 증거배제사유로 규정하지 않고 ‘임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 이유’를 자백의 증거배제사유로 규정하고 있음에 주의할 필요가 있다.¹¹⁾ 판례¹²⁾는 “성립의 진정이 인정되면 그 조서에 기재된 피고인의 진술이 임의로 한 것이 아니라고 특히 의심할 만한 사유가 없는 한 임의성이 추정된다”고 한다. 또한 피고인이 그 진술을 임의로 한 것이 아니라고 다투는 경우에, 법원은 구체적인 사건에 따라 당해 조서의 형식·내용, 진술자의 학력·경력·지능정도 등 제반 사정을 참작하여 자유로운 심증으로 판단하면 족하다고 한다. ② 다음으로 피의자의 신문절차가 적법할 것, 즉 신문절차에 위법이 없어야 한다. 판례¹³⁾는 수사기관이 피의자 신문조서를 작성함에 있어서 피의자에게 열람하게 하거나 읽어 들려주지 않았다고 하더라도 제312조의 요건이 갖추어지면 증거능력이 인정된다고 하고 있다.¹⁴⁾ 또한 진술거부권의 고지 없이 한 신문, 변호인선임권

0) 김영갑, 앞의 논문, p. 396.
0) 이재상, 형사소송법, 514면; 배종대/이상돈, 형사소송법, p. 544 이하.
0) 대법원 1989.11.14. 88도1251; 대법원 1990.6.22. 90도741.
0) 대법원 1988.5.10. 87도2716; 대법원 1993.5.14. 93도739.
0) 이에 대해 피의자신문조서를 피의자에게 읽어 주지 아니하거나 열람의 기회를 부여하지 않은 경우에는 그 조서의 증거능력을 부정하여야 한다는 주장이 있다(백형구, 형사소송법, p. 662 참조).

이나 접견교통권을 침해하면서 행한 신문 등에 의해 작성된 피의자신문조서는 그 ‘진정성립’과 ‘진술의 임의성’이 인정되더라도 증거능력이 없다고 하고 있다. 이는 위법한 신문절차에 의한 진술증거에 대해서는 대법원판례도 최근에 증거능력을 부정하고 있음을 나타내는 것으로 위법한 신문절차에 의한 진술증거에 관하여는 학설과 대법원판례의 견해가 일치하고 있음을 나타내는 것이다.¹⁵⁾

피의자신문조서의 증거능력을 인정하기 위해 요구되는 이러한 일반적인 요건 이외에 현행 형사소송법은 수사기관작성 피의자신문조서의 증거능력 인정을 위해서 제312조의 규정을 두고 있다.

Ⅲ. 검사작성의 피의자신문조서 (제312조 제1항)

「검사가 피의자의 진술을 기재한 조서는 원진술자에 의하여 성립의 진정이 인정된 때에 한하여 증거로 할 수 있다. 다만 피고인이 된 피의자의 진술을 기재한 조서는 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 이루어진 때에 한하여 증거로 할 수 있다(형

사소송법 제312조 제1항).」

본 규정의 성격에 대해서 검사에게 객관 의무가 인정되고 있기는 하지만 검사에게 피의자의 이익을 충분히 보장할 것을 기대하기가 어렵고, 피의자신문에 있어서 변호인의 참여권도 보장되지 아니하는 등 검사작성의 피의자신문조서에 대한 신용성의 보장은 법관의 면전조서에 비하여 약하기 때문에 법관의 면전조사보다는 엄격한 요건을 요구하는 반면, 검사의 준사법기관으로서의 지위에 비추어 그 이외의 수사기관에 비하여는 보다 공정한 직무수행이 기대되므로 검사 이외의 수사기관 작성의 피의자신문조서보다는 그 요건을 완화하여 증거능력을 인정하고 있는 것으로 본다.¹⁶⁾

본 규정은 그 본문과 단서의 해석에 관하여 견해가 대립하고 있다. 즉, ○ 본문과 단서를 문리적으로 파악하여 피고인이 공판준비 또는 공판기일에서 형식적 진정성립조차 부인하더라도 ‘특히 신빙할 수 있는 상태’하에서 행하여진 때에는 증거능력을 인정할 수 있다고 하여 이를 피고인이 된 자에 대한 피의자신문조서에 대한 증거능력 인정의 요건을 완화한 것으로 보는 견해, ○ 형식적 진정성립만 인정되면 피고인이 그 기재 내용의 정확성·진실성 여부에 대하여 다툼

0) 손동권, 앞의 논문, p. 264 이하.

0) 이재상, 형사소송법, 515면; 신현주, 형사소송법, p. 605.

다고 하더라도 특신상태가 인정되는 한 증거능력이 있다는 의미라고 보는 견해¹⁷⁾,

○ 성립의 진정은 당연히 인정되어야 하고, 다만 피고인이 공판기일 등에서 검사작성 피의자신문조서의 내용을 부인하는 진술을 하는 경우 그 내용부인의 진술에도 불구하고 그 조서가 증거능력을 가지기 위해서는 성립의 진정에 덧붙여 특신상태가 인정되어야 한다고 하여 이를 가중요건으로 보는 견해¹⁸⁾가 있다.

○ 판례¹⁹⁾는 “피의자이던 피고인이 공판정에서 그 진정성립을 인정한 검사작성의 피고인에 대한 피의자신문조서는 그 조서에 기재된 피고인의 진술이 임의로 되지 아니한 것이라거나 특히 신빙할 수 없는 상태에서 된 것이라고 의심할 만한 사유가 없으면 증거능력이 있다”고 하거나 “피고인이 공판정에서 그 진정성립을 인정한 검사작성의 피고인에 대한 피의자신문조서라도 그 조서에 기재된 피고인의 진술이 임의로 되지 아니한 것이라거나 특히 신빙할 수 없는 상태에서 된 것이라고 의심할 만한 사유가 있으면 증거능력이 없다”²⁰⁾고 하여 어느 견해를 취하고 있는지 그 태도가 명확하지 않다.

○ 생각건대 제312조 제1항 단서는 본문의 성립의 진정을 전제조건으로 하여 특신상태는 가중요건으로 보는 세 번째 견해가 피의자의 보호라는 측면에서도 타당하다고 보여진다.

1. 피고인이 되지 않은 피의자신문조서 (제312조 제1항 본문)

형사소송법 제312조 제1항 본문에 의하면, 검사가 작성한 피고인이 되지 않은 피의자신문조서는 공판준비 또는 공판기일에서의 원진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 때에는 증거능력이 있다. 법관의 면전조서와는 달리 수사기관에서의 피의자진술이 기재된 조서에 대해서는 반대신문의 기회가 피고인에게 전적으로 부여되지 아니하고 원진술자는 선서도 하지 아니하였을 뿐만 아니라 신문에 임하는 검사에 대하여는 법관에게 기대할 수 있는 것과 똑같은 공정을 기대할 수 없다. 그러나 본 조항은 검사의 임용자격이 법관과 동일하고, 검사는 공익의 대표자로서 준수법적 직무를 행하고 있는 점 등을 고려하여 검사의 면전조서는 법관의 면전조서와 마찬가지로 구체

0) 백형구, 수사기관이 작성한 서류의 증거능력, 고시연구 1981/8, p. 59.
1) 손동권, 앞의 논문, p. 265.
2) 대법원 1984.5.29. 84도378; 대법원 1986.2.11. 85도2685; 대법원 1986.11.25. 83도1718.
3) 대법원 1987.9.22. 97도929.

적인 특신상태의 존재는 요구하지 아니하고, 다만 공판준비 또는 공판기일에서의 원진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정되면 증거로 할 수 있다고 규정한 것이다.²¹⁾

1) 성립의 진정

‘성립의 진정’의 의미에 대하여는 서명·날인 등이 진술자의 것임에 틀림없다는 형식적 성립의 진정 이외에 필요한 내용이 무엇인가에 관하여는 견해가 대립하고 있다. ○ 형식적 성립진정 이외에 기재내용이 진실과 부합된다는 내용적 성립의 진정도 필요하다는 견해, ○ 성립의 진정과 내용의 진정을 엄격히 구별하는 형사소송법의 입장에 따라 형식적 진정성립 이외에 그 조서의 기재내용과 진술자의 진술내용이 일치한다는 실질적 진정성립까지만 필요하다는 견해²²⁾가 대립하고 있다. 그러나 전자의 견해에 의하면 성립의 진정과 내용의 인정을 구별할 수 없게 된다. 우리 형사소송법은 성립의 진정과 내용의 인정을 엄격히 구별하고 있다. 따라서 성립의 진정이란 서명·날인 등 조서의 형식적 성립진정과 진술을 그대로 정확히 기재하였다는 실질적 진정성립을

의미한다고 해석하는 것이 타당하다. 이에 대해 대법원²³⁾은 “형식적 진정성립이 인정되는 피의자신문조서는 특별한 사정이 없는 한 실질적 진정성립이 추정되며 따라서 검사작성의 피의자신문조서는 그 간인과 서명·날인의 진정이 인정되면 원진술자의 진술대로 기재된 것이라고 추정되고, 나아가 원진술자인 피고인이 공판정에서 검사작성의 피의자신문조서에 기재된 내용이 자기의 진술내용과 다르게 기재되었다고 다투더라도 그 조서에 간인, 서명, 무인한 사실이 있음을 시인하여 조서의 형식적 진정성립을 인정하고, 그 진술이 특히 신빙할 수 없는 상태에서 이루어진 것이라고 볼 만한 사정이 발견되지 않는 경우라면, 그 피의자신문조서는 성립의 진정함이 인정되는 것으로 볼 수 있다”고 하여, 실질적 진정의 성립까지 필요하다는 태도를 취하고 있으며, 형식적 진정성립이 인정되면 특별한 사정이 없는 한 실질적 진정성립은 추정된다는 입장을 보이고 있다. 그러나 형식적 진정성립과 실질적 진정성립은 구별되며, 형사소송법 제312조는 성립의 진정은 원진술자의 진술에 의하여 인정될 것을 요구하고 있으므로 형식적 진정이 인정된다고 하여 실질적 진

0) 손동권, 앞의 논문, p. 263.

0) 배종대/이상돈, 형사소송법, 547면; 신현주, 형사소송법, 604면; 손동권, 앞의 논문, 264면; 김영갑, 앞의 논문, p. 407.

0) 대법원 1995.5.12. 95도484; 대법원 1998.6.9. 98도980.

정성립이 추정된다는 것은 타당하다고 할 수 없다.²⁴⁾ 이러한 대법원의 ‘추정론’은 조서의 실질적 진정성립에 대한 거증책임을 피고인에게 부담지운다는 문제를 제기하게 한다. 조서의 진정성립은 증거능력의 요건이기 때문에 피의자신문조서의 기재내용이 자백인 경우 그 조서의 성립진정에 대한 입증책임을 검사에게 있다고 보는 것이 타당할 것인바, 대법원이 이를 뒤집고 있는 것이다.²⁵⁾

2. 피고인이 된 피의자신문조서 (제312조 제1항 단서)

형사소송법 제312조 제1항 단서에 의하면, 피고인이 된 피의자의 진술을 기재한 조서는 그 진술이 ‘특히 신빙할 수 있는 상태’에서 행하여진 때에 한하여 그 피의자였던 피고인의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에도 불구하고 증거로 할 수 있다. 여기서 특신상태의 해석에 대해서는 다음과 같이 견해가 대립하고 있다.

① 신용성의 정황적 보장설²⁶⁾

피의자의 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태에서 행하여진 것인가는 구체적 사안에 따라 판단하지 않을 수 없다. 특신상태는 증거능력의 요건이므로 외부적 부수사정에 따라 판단해야 한다. 그러나 판단의 자료로 진술의 내용을 참작하는 것은 당연히 허용된다고 해야 한다. 따라서 피고인의 검찰에서의 자백과 공범자에 대한 형사기록검증결과가 다르고 피고인이 부인하는 경우나, 진술내용이 모순되는 경우에는 신빙성에 의문이 있다고 할 수 있다.²⁷⁾ 이에 따라 피고인이 된 피의자의 진술을 기재한 조서에 대해서는 성립의 진정 이외에 신용성의 정황적 보장이 있는 경우에만 증거능력이 인정될 수 있다. 판례²⁸⁾도 특신상태의 의미를 이와 같은 입장으로 이해하는 듯 하고, 다만 피고인이 공판정에서 성립의 진정을 인정하면 특신상태는 반증이 없는 한 추정된다는 입장을 보이고 있다.

② 적법절차설²⁹⁾

제312조 제1항은 직접주의의 예외이므로 특신상태란 검사면전의 진술상황이 법관면

0) 이재상, 형사소송법, p. 516 이하.
0) 조국, 앞의 논문, p. 410.
0) 이재상, 형사소송법, p. 518.
0) 대법원 1981.3.10. 81도68; 대법원 1967.4.25. 67도322.
0) 대법원 1984.9.11. 84도1379; 대법원 1986.9.9. 86도1177; 대법원 1987.9.8. 87도1507.
0) 신동운, 형사소송법, p. 621 이하.

전의 진술에 준하는 것으로 취급될 수 있는 객관성과 적법성을 갖춘 상황이라고 보는 견해이다. 이 견해에 따르면 제200조 제2항, 제242조, 제244조 제2항의 위반이 있으면 특신상태는 부정된다.

③ 절충설³⁰⁾

제312조의 특신상태는 제314조의 특신상태나 제315조 3호의 ‘특히 신용할 만한 정황’보다는 약한 의미이어야 한다. 그렇지 않으면 제314조, 제315조와 달리 독일법에 없는 직접주의의 예외규정인 제312조의 고유한 의미가 사라지기 때문이다. 따라서 현행법의 체계적 이해로는 적법절차설이 타당하다. 그러나 법정책적으로 직접주의를 근거없이 파괴하는 제312조의 폐지가 바람직하다고 보는 한, 제312조의 적용을 제한하는 해석이 요구된다. 이를 위하여 신용성의

정황적 보장이 없는 경우 또는 피의자신문의 적법절차규정의 위반이 있는 경우 모두를 특신상태가 없는 것으로 보는 것이 타당하다고 한다.

④ 판례

판례는 기본적으로 검사작성 피의자신문조서가 성립의 진정뿐 아니라 신용성의 보장이 있을 때 그 증거능력을 인정하며, ‘특신상태’는 증거능력의 요건이므로 외부적 부수사정에 따라 판단하겠다는 입장을 나타내고 있다.³¹⁾ 그러나 대법원은 이에 한 걸음 더 나아가 ‘특신성’은 성립진정이 인정되면 이로부터 추정되고, ‘특신성’이 인정되면 자백의 ‘임의성’도 추정된다는 입장을 취하고 있다.³²⁾ 그 결과 실제적으로는 조서의 형식적 진정성립이 인정되면 실질적 진정성립이 추정되고, 실질적 진정성립이 추정되면 ‘특

0) 배중대/이상돈, 형사소송법, p. 549.

0) “피고인이 된 피의자에 대한 검사작성의 피의자신문조서는 그 피고인의 공판정에서의 진술에 의하여 진정성립이 인정되면 그 조서에 기재된 피고인의 진술이 특히 임의로 되지 아니하여 신빙할 수 없는 상태에서 작성된 것이라고 의심할 만한 사유가 없으면 증거능력이 있는 것이고, 그 임의성 유무가 다투어지는 경우에는 법원은 구체적인 사건에 따라 당해 조서의 형식과 내용, 진술자의 학력, 경력, 지능 정도 등 제반 사정을 종합 참작하여 자유로운 심증으로 그 임의성 유무를 판정하면 된다”(대법원 1980.12.23. 80도2570; 대법원 1983.3.8. 82도3249); 조국, 앞의 논문, p. 411.

0) “진술의 임의성을 잃게 하는 위와 같은 사정이 없다는 것은 헌법이나 형사소송법 등의 규정에 비추어 특히 이례에 속하는 것이므로 진술의 임의성은 추정된다고 풀이해야 할 것이다. 따라서 진술의 임의성에 관하여는 당해 조서의 형식, 내용, ... 진술자의 신분, 사회적 지위, 학력, 지능정도 진술자가 피고인이 아닌 경우에는 그 관계 그 밖의 여러 가지 사정을 참작하여 법원이 자유롭게 판정하면 되고 특히 피고인 또는 검사에게 진술의 임의성에 관한 주장 입증책임이 분배되는 것은 아니라고 풀이할 것이며 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에 행하여진 때, 즉 소위 특신상태에 관하여도 같은 이유에서 또한 같다고 할 것이다”(대법원 1983.3.8 82도3248).

신성'이 추정되어 결국 자백의 '임의성'까지 추정된다는 결론이 된다. 여기서 증거능력의 요건인 '특신성'에 대한 거증책임의 부담을 피고인에게 지우는 것이 과연 타당한 것인가에 의문이 제기된다. 피고인이 자백의 증거능력의 배제를 주장함에 있어 수사기관의 위법행위를 들고 있는 경우 이를 피고인이 입증하기란 거의 불가능하다. 따라서 검사에게 그러한 위법행위가 없었음을 적극적으로 입증하게 하고 법원은 필요한 증거조사를 한 후에 피고인의 주장의 수용여부를 판단하도록 하자는 주장이 제기되고 있다.³³⁾

3. 공범자에 대한 피의자신문조서의 증거능력

성립의 진정은 원진술자의 진술에 의하여 인정되어야 한다. 제312조 제1항은 공범이나 제3자인 피의자에 대하여도 적용된다. 대법원은 피의자가 공범인 경우에 병합기소된 공동피고인인 경우와 분리기소된 경우로 나누어 증거능력을 인정하고 있다.

1) 공범자가 병합기소된 경우

피고인에게 불이익한 공범자의 검사 앞에서의 진술이 증거로 사용되기 위해서는 두

가지의 가능성이 있다. 첫째, '공범자를 피고인과 동시'하여 공범자에 대한 검사 작성의 피의자신문조서가 증거로 사용되려면 원진술자인 공범자는 물론이고 피고인도 성립의 진정을 인정해야 한다는 입장이 있을 수 있다. 둘째, '공범자를 순전한 제3자'로 보아 공범자에 대한 검사 작성의 피의자신문조서를 제3자의 진술조서 등으로 보아 공범자만의 성립의 진정의 인정으로 족하다고 보는 입장이 있다.³⁴⁾ 판례³⁵⁾는 "원진술자인 공범자가 법정에서 성립 및 임의성을 인정하면 피고인이 이를 증거로 함에 부동의하였다 하더라도 피고인의 범죄사실에 대한 유죄의 증거로 삼을 수 있다"고 판시하여 전자의 견해를 취하고 있다. 이와 같이 검사 작성의 공범자인 공동피고인에 대한 피의자신문조서의 증거능력을 인정하는 대법원판결은 종래 공동피고인의 법정진술의 증거능력에 관한 판례입장을 공동피고인의 법정외 진술에 반영시킨 것이라고 할 수 있다. 이것은 ○ 실질적 진정성립을 형식적 진정성립으로부터 사실상 추정하고 있고, ○ 공범자자백에는 보장증거를 필요로 하지 않는다는 확립된 판례입장과 결합하여 검사작성의 공범자인 공동피고인에 대한 피의자신문조

0) 조국, 앞의 논문, p. 412 이하.
0) 심희기, 형사소송판례 70선, p. 293.
0) 대법원 1990.12.26. 90도2362; 대법원 1991.1.18. 91도1984; 대법원 1992.4.14. 92도442.

서에 거의 결정적인 증거가치를 부여하는 결과를 가져온다. 이는 검사작성 피의자신문조서의 증거능력문제를 법관의 자유심증에 의한 증명력판단의 문제로 사실상 이전시키는 결과를 가져온다.³⁶⁾ 이처럼 판례는 공동피고인이 공판정에서 행한 ‘피고인에게 불이익한 진술’에 대하여 ‘피고인에게 반대신문권이 보장되어 있음’을 근거로 증거능력을 긍정하고 있는데, 피고인의 반대신문을 거치지 아니한 검찰진술에 대하여 ‘원진술자의 성립의 진정 진술’만에 의지하여 증거능력을 인정하는 것은 부당하다 할 것이다. 이는 판례가 검사작성의 피의자신문조서에 막강한 힘을 부여하여 ‘검찰관사법’ 현상을 부채질하고 있는 셈이다.³⁷⁾

2) 공범자가 분리기소된 경우

공범자가 분리기소된 경우 피고인에게 불이익한 공범자의 검사 앞에서의 진술이 증거로 사용되기 위해서도 위의 병합기소된 공동피고인인 경우의 진술과 달라질 것이 없을 것이다. 공동피고인인가 아닌가 여부

는 검사와 수소법원의 편의에 따라 결정되는 것이므로 ‘피고인에게 불이익한 공범자의 검사 앞에서의 진술’을 증거로 할 수 있는 요건이 그 공범자가 공동피고인인가 아닌가 하는 우연적 요소 여하에 따라 달라지도록 하는 것은 부당하기 때문이다. 그런데 최근에 판례는³⁸⁾은 공범이 분리기소된 경우 피고인에게 불이익한 공범자의 검사 앞에서의 진술이 증거로 사용되기 위하여는 원진술자인 공범이 현재의 피고인의 사건에 ‘증인’으로 출석하여 그 서류의 ‘성립의 진정’을 인정하여야 증거능력이 인정되고 원진술자인 공범이 자신에 대한 공판절차에서 진정성립을 인정해 놓은 것만으로는 증거능력을 부여할 수 없다고 한다. 공범자가 피고인의 피고사건에 증인으로 출석하였다면 이 기회에 피고인은 반대신문을 할 수 있을 것이다. ‘반대신문을 거쳐 공범자에 의해 성립의 진정이 인정된 검찰조서는 증거로 쓸 수 있다’는 것이 이 판례의 취지로 보인다. 이 판례는 피고인에게 반대신문의 기회를 제공하므로 타당성을 재검토하게 만든다.³⁹⁾ 그러

0) 배종대/이상돈, 형사소송법, p. 546 이하.

0) 심희기, 형사소송판례 70선, p. 294.

0) “공범이나 제3자에 관한 검사 작성의 피의자신문조서 등본이 증거로 제출된 경우 피고인이 위 공범 등에 대한 피의자신문조서를 증거로 함에 동의하지 않는 이상, 원진술자인 공범이나 제3자가 각기 자신에 대한 공판절차나 다른 공범에 대한 형사공판의 증인신문절차에서 위 수사서류의 진정성립을 인정해 놓은 것만으로는 증거능력을 부여할 수 없고, 반드시 공범이나 제3자가 현재의 사건에 ‘증인’으로 출석하여 그 서류의 성립의 진정을 인정하여야 증거능력이 인정된다”(대법원 1999.10.8. 99도3063).

0) 심희기, 형사소송판례 70선, p. 294 이하.

나 이러한 판례의 입장은 공범자가 병합기소되면 피고인은 자신에게 불이익한 공범자의 검찰진술에 대하여 반대신문권을 행사할 수 없는데 반하여 공범자가 분리기소되면 피고인은 자신에게 불이익한 공범자의 검찰진술에 대하여 반대신문권을 행사할 수 있게 하는 것이다. 이렇게 되면 자신에게 불이익한 공범자의 검찰진술로 유죄판결을 받을 위험에 노출된 피고인측으로서는 가급적 공범자와 분리기소될 것을 선호하거나 이미 병합된 변론의 분리를 희망하게 될 것이다. 반대로 검사는 자신에게 불이익한 공범자의 검찰진술을 부인하는 피고사건인 경우에는 그 사건을 가급적 자백하는 공범자의 사건과 병합기소하거나 이미 분리기소된 경우라도 변론을 병합하여 줄 것을 법원에 요청하게 될 것이다. 여기서 변론의 병합 여부에 따라 피고인측의 방어상의 이익이 달라지도록 운용하는 것이 타당한 재판운용인가에 대해 의문이 제기된다. 따라서 공범자가 병합기소되었든 아니면 분리기소되었든 자신에게 불이익한 공범자의 진술이 피고인의 유죄의 증거로 제출될 때에는 그 공범자에게 증인적격을 인정하여 피고인의 반대신문권을 보장하든가 법원이 변론을 분리하여 공범자를 증인으로 신문해야 할 것이다.⁴⁰⁾

IV. 사법경찰관작성의 피의자신문조서

1. 피의자신문조서의 증거능력

「사법경찰관이 작성한 피의자신문조서는 공판준비 또는 공판기일에 그 피의자였던 피고인이나 변호인이 그 내용을 인정할 때에 한하여 증거로 할 수 있다(형사소송법 제312조 제2항)」.

피의자신문은 원칙적으로 사법경찰관이 하여야 하는 것이나, 판례⁴¹⁾는 사법경찰관작성의 피의자신문조서는 형사소송법 제196조 제2항과 이에 근거를 둔 사법경찰관리집무규칙 제2조 등에 의하여 사법경찰관이 검사의 지휘를 받고 수사사무를 보조하기 위하여 작성한 서류라 할 것이므로 이를 권한 없는 자의 조서라고 할 수 없다고 한다. 즉, 사법경찰관작성의 피의자신문조서에 대해서도 제312조 제2항이 적용된다. 사법경찰관작성의 피의자신문조서가 증거능력이 있는가는 크게 증거능력을 제한하는 두 가지, 즉 전문법칙과 위법수집배제법칙을, 특히 자백조서의 경우에는 위법수집배제법칙을 벗어날 수 있는가에 의해 좌우된다. 따라서 ○ 피의자였던 피고인이 피의자신문조서를 증거로 동

0) 심희기, 형사소송판례 70선, p. 295 이하.

0) 대법원 1981.6.9. 81도1357; 대법원 1982.12.28. 82도1080.

의하거나 그 내용의 진정을 인정한 경우이어야 하며, ○ 피의자신문조서가 수집되는 과정에 위법수사가 없었어야 한다. 여기서 내용의 인정은 조서의 진정성립을 전제로 하여 조서의 내용이 객관적으로 진실하다고 인정하는 것을 말한다.⁴²⁾

1) 성립의 진정

형사소송법 제312조 제2항은 제312조 제1항의 요건이 충족됨을 전제로 한다. 따라서 피의자였던 피고인은 자신에 대한 피의자신문조서의 진정성립을 인정하였어야 한다. 이러한 전제설정은 피의자신문조서는 증거방법은 피의자신문에서 행한 피의자의 진술이 적어도 형사소송법 제244조를 준수한 가운데 수집되었을 것을 요구하는 것이라 할 수 있다.

2) 내용의 인정

내용의 인정이란 조서의 진정성립뿐 아니라 조서의 기재내용이 객관적 진실에 부합한다는 조서내용의 진실성을 의미한다.⁴³⁾ 내용의 인정은 피의자였던 피고인이나 변호인의 진술에 의하여야 한다. 따라서 사법경

찰관이 작성한 피의자신문조서는 피고인이 내용을 부인하면 증거로 할 수 없게 된다. 이러한 증거능력의 제한은 절대적인 것이다.⁴⁴⁾ 또한 조서의 기재내용을 들었다는 다른 증인이나 조사한 경찰관의 증언에 의하여 증거능력을 인정할 수는 없다. 이 경우의 경찰관의 증언은 전문증거로서 증거능력이 인정되지 않는다. 본 조항은 검사 이외의 수사기관이 작성한 당해 피고인에 대한 피의자신문조서를 유죄의 증거로 하는 경우 뿐 아니라 검사 이외의 수사기관이 작성한 당해 피고인과 공범관계가 있는 다른 피고인 또는 피의자에 대한 피의자신문조서를 피고인에 대한 유죄의 증거로 하는 경우에도 적용된다.⁴⁵⁾ 따라서 검사 이외의 수사기관이 작성한 공범관계에 있는 자에 대한 피의자신문조서는 당해 피고인 또는 그의 변호인이 그 내용을 인정하여야만 증거능력을 인정할 수 있으며, 원진술자인 공범관계에 있는 자 또는 그의 변호인이 내용을 인정하였다 하여 증거능력을 인정할 수는 없다.⁴⁶⁾ 사법경찰관이 작성한 공범자에 대한 피의자신문조서에 대해서 제312조 제2항을 적용하는 것은 판례가 ‘피고인에게 불이익한 공

0) 이상돈, 형사소송법연습, p. 272.

0) 대법원 1995.5.23. 94도1735.

0) 이재상, 형사소송법, 520면; 배중대/이상돈, 형사소송법, p. 553.

0) 대법원 1979.4.10. 79도287; 대법원 1986.11.11. 86도1783; 대법원 1996.7.12. 96도667.

0) 대법원 1986.11.11. 86도1783.

범자의 수사상 진술'을 '검사 앞에서의 진술'과 '사법경찰관 앞에서의 진술'로 나누어 차별적인 취급을 하고 있는 것을 나타내는 것이다.

2. 공범자에 대한 피의자신문조서의 증거능력

피고인에게 불이익한 공범자의 수사상 진술을 피고인의 공소사실에 대한 유죄의 증거로 바로 사용할 수는 없다. 왜냐하면 그것은 피고인의 반대신문을 거친 증거가 아니기 때문이다. 피고인에게 불이익한 공범자의 사법경찰관 앞에서의 진술이 증거로 사용되기 위해서는 검사 앞에서의 진술과 마찬가지로 두 가지 가능성이 있다. 하나는 '공범자를 피고인과 동시'하여 공범자에 대한 사법경찰관 작성의 피의자신문조서를 제312조 제2항에 의하여 증거능력을 인정하게 하는 방법이고, 다른 하나는 '공범자를 순전한 제3자'로 보아 공범자에 대한 사법경찰관 작성의 피의자신문조서를 제3자의 진술조서 등으로 보아 법 제313조에 의하여 증거능력을 인정하게 하는 방법이다. 만일 후자의 견해를 취하면 공범관계에 있는 자에 대한 경찰조서에 대하여 한 공범자가 다른 공범자의 진술에 대하여 각기 성립과

임의성은 인정하나 내용을 부인하는 경우 검사는 그 조서를 서로 바꾸어 사용할 것이다. 그렇게 된다면 검사 이외의 수사기관작성의 피의자신문조서에 엄격한 요건을 요구하고 있는 형사소송법의 취지가 공범관계에 있는 자들에 대하여 무색해 질 우려가 생길 수 있다고 한다. 이에 판례⁴⁷⁾는 형사소송법 제312조 제2항 규정은 당해 피고인에 대한 검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서를 유죄의 증거로 하는 경우뿐 아니라 당해 피고인과 공범관계에 있는 다른 피고인 또는 피의자에 대한 검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서를 피고인에 대한 유죄의 증거로 채택할 경우에 있어서도 다같이 적용되어야 한다고 하고 있다. 이는 판례가 부분적으로 '공범자를 피고인과 동시'하는 견해를 수용했음을 보여주고 있는 것이다. 여기서 성립의 진정은 원진술자인 공범자가 해야 할 것이고 내용은 원진술자와 피고인 모두가 인정해야 할 것이다. 그런데 피고인이 자신에게 불이익한 공범자에 대한 경찰조서의 내용을 좀처럼 인정할리 없기 때문에 판례의 입장에 의하면 사법경찰관작성의 공범자에 대한 피의자신문조서는 거의 증거로 사용하기 어려워질 것이다.⁴⁸⁾ 이는 범죄수사에 있어서 사법경찰관

0) 대법원 1979.4.10. 79도287; 대법원 1984.10.23. 84도505.

0) 심희기, 형사소송판례 70선, p. 289 이하.

이 가장 먼저 범죄사실을 청취하고 조서를 작성하는 수사실무를 고려하지 않은 입장이라 할 것이다.

V. 제312조 제1항과 제2항의 구별근거

1. 외국의 법제(法制)

제312조의 이론적 근거와 관련하여서는 일원설과 이원설이 대립하고 있는데, 일원설은 본 조문이 전문법칙과는 별도로 대륙법의 직접심리주의를 규정한 바 없다는 이유로 영미법상의 전문법칙을 우리나라에 도입한 것이라고 보는 견해이다. 반면 이원설은 본 조문이 대륙법에서 유래한 직접심리주의와 영미법에서 유래한 전문법칙을 함께 규정한 것이라고 보는 견해이다. 이에 형사소송법 제312조 제1항과 제2항의 구별근거를 찾아보기 위해서는 영미법과 독일법에 우리 형사소송법상과 마찬가지로 피의자신문조서의 증거능력을 인정하기 위한 예외요건이 규정되어 있는가를 살펴볼 필요가 있을 것이다.

○ 전문법칙을 발전시킨 영미법은 전문법

칙의 예외를 인정하기 위한 요건으로 신용성의 정황적 보장과 필요성을 요구하고 있을 뿐이며, 피의자신문조서와 관련하여 그 이외에 요건을 별도로 요구하고 있지 않다.

○ 독일은 형사소송법 제215조 제2항에 증인, 감정인 또는 공동피의자의 진술수사서류에 대한 직접주의의 예외를 규정하고 있다. 동조항에 의해 예외를 인정할 수 있는 사유는 필요성이다. 그 이외에 직접주의를 예외를 인정하기 위해서 형사소송법 제251조 제2항에는 당사자의 동의를 규정하고 있다. 그러나 이러한 예외는 증인, 감정인 또는 공동피의자에 대한 진술서류에 적용되는 것이며, 피의자(피고인)의 진술을 기재한 조서에 대해서는 직접주의의 예외를 인정하지 않는다. 다만 법관에 의한 ‘피고인 진술조서’에 대해서는 피고인이 공판정에 출석하지 않은 경우(제232조 제3항)와 자백에 대한 증거조사의 경우(제254조 제1항), 자기모순의 탄핵증거로 사용될 경우에(제254조 제2항) 직접주의의 예외를 인정하고 있다.⁴⁹⁾

이상에서 살펴본 바와 같이 영미법과 독일법에는 수사기관작성의 피의자신문조서에 대한 전문법칙의 예외 혹은 직접주의의 예외를 규정하고 있지 않다. 현행 형사소송법

0) Claus Roxin, Strafverfahrensrecht, S. 319 ff.; Friedrich-Christian Schroeder, Strafprozeßrecht, S. 165 ff.; Werner Beulke, Strafprozeßrecht, S. 204 ff.

제312조는 우리나라 고유의 법규정인 것이다. 즉 현행 형사소송법은 영미와 독일과는 달리 피의자신문조서에 대해 제312조 이하에 전문법칙의 예외규정(혹은 직접주의의 예외규정)을 두고 있는 것이다. 이는 당사자가 증거로 함에 동의하지 않거나 필요성 및 신용성이 없는 경우라 할지라도 일정한 요건을 충족하면 증거능력을 인정할 수 있다는 것이다. 그런데 여기서 문제되는 되는 것은 피의자신문조서가 그 작성주체에 따라 증거능력의 인정요건에 차이가 있다는 것이다. 물론 공판정에서의 피고인신문은 공개 심문과 심문시 변호인의 참여 및 보호가 이루어지지만, 수사기관에서의 피의자신문은 이것이 보장되지 않는다. 따라서 인권침해의 우려와 허위진술의 우려가 당연히 연결될 수 있는 구조이므로, 법관면전조서와 수사기관작성의 피의자신문조서에 대한 증거능력의 인정요건에 차이를 둘 수는 있다.⁵⁰⁾ 그러나 검사와 사법경찰관이 작성한 피의자신문조서에 대해서도 차이를 두어야 하는 것에는 의문이다. 이하에서는 현재 인정되고 있는 이러한 차이의 근거를 살펴보고, 맺음말에 대신하여 이러한 구별근거가 타당한가에 대해 살펴보고자 한다.

2. 구별의 근거

검사작성의 피의자신문조서와 사법경찰관작성의 피의자신문조서의 증거능력에 차이를 두는 근거로는,

① 첫째, 해당 국가기관의 소송법상 지위에 따른 차이를 논거로 한다. 즉 법관은 사법기관의 지위를 가지고 검사는 준사법기관의 지위에서 객관의무를 지니지만 사법경찰관은 그런 지위를 누리지 못한다는 지위의 차등이 그와 같은 증거능력인정요건의 차등을 가져오는 것이라고 한다. 이 견해는 작성주체의 지위 자체로부터 신용성이나 필요성과 같은 전문법칙의 예외가 인정되는 근거를 도출하고 있다.

② 둘째, 피의자의 인권보장의 요청에서 그 근거를 찾는다. 대법원⁵¹⁾은 “검사작성의 피의자신문조서보다 검사 이외의 수사기관작성의 피의자신문조서에 엄격한 요건을 요구한 취지는 검사 이외의 수사기관의 피의자신문에 있어 있을지도 모르는 개인의 기본적인 인권보장의 결여를 방지하려는 입법정책적 고려라고 할 것이다”라고 판시하고 있다.

0) 김영갑, 앞의 논문, p. 398.

0) 대법원 1995.3.24. 94도2287; 대법원 1982.9.14. 82도1479.

3. 구별근거는 타당한가?

(맺음말에 대신하여)

위에서 살펴본 제312조 제1항과 제2항의 구별근거에 대한 비판을 살펴보면,

① 첫 번째 근거는 관헌주의적(官憲主義的) 사고의 연장에 있는 논리라고 할 수 있다. 신용성이나 필요성은 원진술자의 진술 상황이나 증거확보상황의 속성이지 국가기관의 지위가 갖는 속성은 아니다. 또한 피의자신문에 관한 검찰실무가 피의자진술에 신용성을 보장할 만한 형태로 이루어지지 않고 있는 실상⁵²⁾에서 단지 주체의 지위에 따라 증거능력의 인정요건이 차이를 두는 것은 타당하지 않다.

② 두 번째 근거는 검사 이외의 수사기관 작성의 서류에 대하여 증거능력을 엄격히 하는 근거는 될 수 있어도 피의자의 공개심리를 받을 권리와 법관의 직접심리권이 박탈된 검사작성의 피의자신문조서에 대하여 전문법칙의 예외를 완화하여야 하는 근거는 될 수 없다. 공개법정에서의 방어권이 보장되지 않은 검사작성의 피의자신문조서에 대하여 전문법칙의 예외를 완화하는 것이 피의자의 인권보장책이 될 수는 없다. 피고인의 인권을 최대로 보장하는 것은 공판정에

피고인이 출석하여 진술하는 한(즉 필요성이 인정되지 않는 한) 피고인에 대한 직접신문을 통하여 사실을 인정하도록 해야 할 것이며, 신문은 그 작성주체가 검사이든, 사법경찰관이든 구별하지 않고 피의자신문조서의 낭독으로 대체할 수 없도록 해야 하는 것이다. 또한 피의자신문조서에 기재된 진술은 그것이 검사작성의 것이든 사법경찰관작성의 것이든 그 자체로서는 똑같이 직접주의의 요청을 충족시킬 수 없는 증거이다. 따라서 제312조 제1항과 제2항에 차이를 둘 것이 아니라 피고인의 인권보장이라는 측면을 강조한다면 오히려 제1항을 폐지하는 것이 바람직하다 할 것이다.⁵³⁾ 단순히 신문주체가 누구냐에 따라 그 증거능력의 정도에 차이를 둔 우리 형사소송법은 전문법칙의 실질적 근거에 비추어 보아 합리적인 설득력이 없으며, 사법주체간의 계급화만을 조장하는 부당한 입법이라 할 것이다.

이상에서 살펴본 구별에 대한 비판 이외에도 사법경찰관작성 피의자신문조서의 증거능력을 인정함에 있어서 검사작성의 그것보다 엄격하게 요구하고 있는 것은 “공소제기 후 법관 면전에서 한 진술이 가장 믿을 수 있고 수사기관에서의 진술은 상대적으로 신빙성, 진실성이 약한 것이라고 일률적으

0) 배종대/이상돈, 형사소송법, p. 543 이하.

0) 손동권, 앞의 논문, p. 268.

로 단정할 수 없을 뿐 아니라, 오히려 수사 기관에 검거된 후 제일 먼저 작성한 청취서의 진술기재가 범행사실을 숨김없이 승인한 것이었는데 그 후의 수사과정과 공판과정에서 외부와의 접촉, 시간의 경과에 따른 자신의 장래와 가족에 대한 걱정 등이 늘어감에 따라 이러한 신용성의 정황적 보장의 존재 및 그 강약에 관하여는 구체적 사안에 따라 이를 가릴 수밖에 없다”고 판시한⁵⁴⁾ 대법원의 견해와도 상치되는 것이다. 즉 본 판례에서는 범죄자가 수사기관에 검거된 후 가장 먼저 작성하게 된 청취서를 언급하고 있는데, 이는 검사보다는 사법경찰관작성의 피의자신문조서를 의미한다고 보아야 할 것이다. 따라서 사법경찰관작성의 피의자신문조서에 대해 신빙성과 진실성을 이유로 검사작성의 피의자신문조서보다 엄격한 요건이 갖추어져야 한다는 것은 타당하지 않다. 그러나 최근의 대법원 판례는 사법경찰관작성의 피의자신문조서에 대한 증거능력의 엄격성과는 달리 검사작성의 피의자신문조서에 대해서는 그 증거능력 인정요건을 완화하여 형식적 진정성립의 인정되면 실질적 진정성립 및 임의성까지 추정하고 있는 추세임은 이미 위에서 살펴보았다. 피의자신문시 변호인입회가 허용되지 않는 현재의

수사실무 속에서 검사작성 피의자신문조서의 진정성립과 증거능력에 관한 대법원의 이러한 ‘추정론’은 사실상 검찰작성 피의자신문조서를 법관면전조서화 한 것이다. 이는 신문조서의 주체가 누구인가에 따라 그 증거능력의 인정에 분명한 차이를 규정하고 있는 형사소송법의 기본입장에 배치됨은 물론이고, 반대신문권을 보장하는 것이 공정한 재판을 실현하는 것이라는 관점에서 볼 때에도 타당하지 않은 입장이다. 이러한 법원의 태도는 현재의 ‘검찰사법’ 현상을 추인하는 것이라 할 수 있다.⁵⁵⁾ 이렇듯 대법원이 검사와 사법경찰관작성의 피의자신문조서를 명확하게 구별하여 그 증거능력을 인정하고 있는 것은 위에서 언급한 바와 같이 사법주체간의 계급화만을 조장하는 부당한 입장이라고 할 수 있다. 따라서 제312조 제1항과 제2항의 구별폐지와 아울러 대법원의 입장도 변화되어야 할 것이다.

0) 대법원 1983.8.22. 82도3248.

0) 조국, 앞의 논문, p. 423.

참 고 문 헌

1. 국내문헌

- 배종대/이상돈, 형사소송법, 홍문사, 1999년.
백형구, 형사소송법강의, 박영사, 2001년.
이상돈, 형사소송법연습, 법문사, 1999년.
이재상, 형사소송법, 박영사, 2002년.
신동운, 형사소송법, 법문사, 1993년.
신현주, 형사소송법, 박영사, 2002년.
심희기, 형사소송법판례 70선, 홍문사, 2000년.
김영갑, 증거의 증거능력과 증거조사방법의 비교검토, 형사재판의 제문제(諸問題) 제2권, 박영사, 1999년.
백형구, 수사기관이 작성한 서류의 증거능력, 고시연구, 1981/8, 58면.
손동권, 전문법칙과 사법경찰, 형사판례연구 2, 박영사, 1992년.
조 국, 검사작성 피의자신문조서의 성립진정과 증거능력, 형사판례연구 9, 박영사, 2001년.
사법연수원, 형사증거법, 1999년.

2. 외국문헌

- Claus Roxin, Strafverfahrensrecht, 23. Auflage, Verlag C.H.Beck.
Friedrich-Christian Schroeder, Strafprozeßrecht, 3. Auflage, Verlag C.H.Beck.
Werner Beulke, Strafprozeßrecht, 5. Auflage, C.F.Müller.