

第 25 輯

ISSN 1738-2971

Police Science Journal

治安論叢

第二十五輯

治安政策研究所

발 간 사

급변하는 국제경제의 소용돌이 속에서 신종플루의 유행 등 변화를 예측하기 어려운 각종 치안수요에 신속한 치안정책의 제시와 적시에 이를 수행하는 것이 그 어느 때보다 절실하며 이는 국민의 기대치를 충족시키는 중요한 치안서비스라 하겠습니다.

이에 우리 경찰은 '정성을 다하는 국민의 경찰'로 거듭나기 위해서 묵묵히 소임을 다하는 모습으로 최선의 노력을 기울이고 있습니다.

치안정책연구소 또한 이러한 치안환경에 대응하여 긍지와 책임감을 가지고 각종 치안정책을 연구·개발하여 정책결정에 필요한 자료를 제공하고 있고, 이제 '국가간 치안경쟁력 비교를 위한 표준지표 연구' 등 4편의 논문을 엄선하여 「치안논총」 제25집을 발간하였습니다.

그 동안에도 「치안논총」에 지대한 관심과 아낌없는 성원을 보내 주시어 항상 감사하는 마음을 가지고 있으며 이번 제25집에 대하여도 많은 관심과 격려를 주시리라 믿습니다.

저희 노력의 결실이 실무부서에 활용됨은 물론 치안정책 관련분야 연구에 일조하는 알찬 도우미가 되고자 합니다.

끝으로, 그동안 연구에 전념하여 훌륭한 논문을 완성하여 주신 연구진과 논총발간에 애써주신 관계자 여러분들의 노고에 깊이 감사드립니다.

2009. 9.

치안정책연구소장 김 김 씨

총 목 차

- ◆ 국가간 치안경쟁력 비교를 위한 표준지표 연구5

- ◆ 사법경찰관 작성 피의자신문조서의 증거에 대한 비교법적 연구95

- ◆ 외국의 집회·시위 관리시 물리력 사용에 관한
규정 및 실태에 관한 연구199

- ◆ 노사분규시 외국의 경찰력 투입기준에 관한 연구335

사법경찰관 작성 피의자신문조서의 증거에 대한 비교법적 연구



《 研 究 陣 》

연 구 위 원 : 안 경 옥 (경희대학교 법과대학)

치안논총 2009

사법경찰관 작성 피의자신문조서의 증거에 대한 비교법적 연구

《研究陣》

연구위원 : 안 경 옥 (경희대학교 법과대학)

목 차

제1장 연구의 목적과 방법	101
제1절 연구배경 및 목적	101
1. 연구 배경	101
2. 연구 목적	102
제2절 연구 내용 및 방법	102
1. 연구내용	102
2. 연구방법	103
제2장 피의자신문조서의 연혁 및 규정 내용	104
제1절 의의 및 법적 성격	104
1. 의의	104
2. 법적 성격	105
3. 소결	105
제2절 연혁 및 개정 과정	106
1. 제정 형사소송법	106
2. 제1차 개정	108
3. 사법개혁추진위원회의 개정 경과	109
4. 소 결	111
제3절 개정 전 후의 내용 비교	112
1. 검사 작성의 피의자 신문조서	112
2. 사법경찰관 작성의 피의자신문조서	117
제4절 개정 규정에 대한 비판적 논의	119
1. 적법한 절차와 방식에 따른 조서 작성	119
2. 실질적 진정 성립에 대한 객관적 증명	121
3. 제312조 3항과 제316조의 충돌	123
4. 작성 주체에 따른 차별적 증거능력	124

5. 공판중심주의의 의미 감소	125
6. 수사의 효율성 감소	126
제3장 외국의 입법례	128
제1절 미국	128
1. 형사절차	128
2. 연방증거규칙 (Federal Evidence Rule)	129
3. 검 토	134
제2절 영국	136
1. 인정진술	136
2. 전문법칙의 예외와 영상녹화물의 사용	136
제3절 독일	138
1. 피의자신문	138
2. 검 토	139
3. 증거조사	140
4. 법정 외 진술의 활용	143
제4절 프랑스	145
제5절 일본	146
1. 형사소송의 구조	146
2. 피고인의 진술서 및 진술녹취서 (제322조)	146
3. 피고인 이외의 자의 진술조서 및 진술서	148
4. 검 토	150
제6절 소 결	152
제4장 개선방안	153
제1절 조서 사용의 필요성	153
1. 공판중심주의의 이해	153
2. 공판중심주의와 전문법칙	156
3. 법정 외 진술의 사용	158
4. 소 결	161

제2절 차별적 증거능력의 폐지	161
1. 차등적 규정의 배경	162
2. 피의자신문과 인권보장	163
3. 수사상 적법절차 보장	165
4. 수사의 효율성	166
5. 소결	167
제3절 피의자신문조서의 증거사용을 위한 필요조건	168
1. 변호인의 피의자 신문 참여	169
2. 진술과정의 녹화(제244조의2, 제221조) 등	173
3. 위법수집증거배제원칙 (제308조의 2)	173
4. 영상녹화물의 활용(제312조 제2항, 제4항)	173
5. 진술의 '특신상태'	175
6. 소 결	177
제4절 조사자 증언제도 : 제312조와 제316조의 관계	178
1. 제316조의 의의	178
2. 제312조와 제316조의 관계	180
3. 책임수사와 구두변론주의의 활성화	181
4. 조서의 차별적 증거능력 규정 불필요	182
제5절 피의자신문조서의 탄핵증거로서의 사용 가능성	183
1. 탄핵의 대상	183
2. 증거능력 없는 피신조서의 탄핵증거 사용	184
제6절 경찰 수사 환경의 개선	185
1. 법정 증언 대비 매뉴얼 개발	185
2. 인권교육 강화	187
3. 과학수사 및 책임수사 강화	188
제5장 요약 및 결론	190
참 고 문 헌	194

제1장 연구의 목적과 방법

제1절 연구배경 및 목적

1. 연구 배경

2005년 7월 18일 사법제도개혁추진위원회가 ‘공판중심주의적 법정심리절차의 확립’을 위한 형사소송법 개정 법률안을 의결한 이후 제17차 개정 형사소송법이 2007년 6월 1일 공포되어 2008년 1월 1일부터 시행중에 있다. 개정된 형사소송법은 사개추위의 개정방향에 따라 피의자·피고인의 방어권을 강화하기 위해 인신구속제도를 합리적으로 개선하고 수사절차에서 변호인의 참여권을 보장하는 등 수사절차의 적법성·투명성을 제고하고자 하였다. 또한 공판중심주의적 법정절차를 도입하고 재청신청제도를 개선하여 형사사법 선진화의 기틀을 마련하고자 하였다.

그 중에서도 소위 조서재판의 폐해를 제거하고 공판중심주의를 확립하기 위해 사개추위는 수사기관이 만든 조서의 증거능력을 엄격히 제한할 필요성을 인정하였다. 이에 따라 검사 작성과 사법경찰관 작성의 피신조서에 대해 똑같이 증거능력을 제한하는 개정안을 마련하였으나 검찰 측의 반발과 국회 통과과정의 수정을 거치면서 현행 개정내용이 위 개정방향과 맞지 않다는 비판이 받고 있다. 아울러 보다 궁극적인 문제로, 조서의 사용이 공판중심주의에 부합하는지 여부, 혹은 우리 형사소송절차의 구조와 조서와의 관계 등에 대한 검토도 논의되고 있다.¹⁾

한편 사법경찰관 작성의 피의자신문조서는 개정 전후 내용이 크게 차이가 없다. 사경 작성의 피신조서의 경우 그 내용의 신빙성 여부와 상관없이 피고인이 내용을 부인하면 증거로 사용할 수 없도록 하는 점은 개정 전의 내용과 동일하며, 개정 후 검사 작성의 피신조서에는 인정하고 있는 조서의 ‘객관적 증명의 방법’을 사경 작성의 피신조서에는

1) 관련 참고문헌은 해당부분에서 후술함.

인정하고 있지 않아 개정 후 작성 주체에 따른 조서의 증거능력 요건은 더 큰 차이를 보이고 있다고 하겠다. 여기서 작성 주체에 따른 증거능력의 차별적 인정이 전문법칙을 포함한 증거법의 원칙적 내용인지, 아니면 증거법 외의 다른 필요성에 의해 인정된 내용이 별 비판 없이 그대로 개정되지 않고 존속되고 있는지 여부에 대해 검토해 볼 필요성이 있다고 여겨진다.

2. 연구 목적

피의자신문조서와 관련된 판례와 선행 연구를 살펴 본 결과 검사 작성의 피의자신문조서에 대해서는 개정 전 후 많은 논의들이 있으나 사법경찰관 피의자신문조서에 관련된 내용은 많지 않으며, 그 논의도 피상적인 내용에 그친다고 보여 진다. 이번 형사소송법 개정과정에서도 검사 작성의 피신조서에 대한 논의는 활발하였고 적극적으로 의견이 개진된 것에 비해 사경 작성의 피신조서에 대해서는 특별한 논의가 없었다.

본 연구는 작성된 주체에 따른 조서의 차별적인 증거능력을 인정해야 하는지 여부, 개정을 통해 수사단계의 적법절차보장이 충분히 이루어졌다면 공판중심주의를 표방한다고 하더라도 조서를 증거로 활용할 수 있는 방안 등, 공판중심주의에 반하지 않으면서도 가능한 한 사법경찰관 작성의 피의자신문조서의 증거사용을 제고하는 입법론적 제도적 방안을 제시하는 데에 연구의 목적이 있다.

제2절 연구 내용 및 방법

1. 연구내용

연구내용으로는 먼저 1. 피의자신문조서의 의의 및 제정 형사소송법의 관련 내용 및 입법적 배경을 검토, 작성 주체에 따른 차별적 증거능력 규정의 입법 이유를 정리하고자 한다. 다음으로 2. 개정 형사소송법의 내용 중 피의자신문조서와 관련된 개정의 논의 과정을 살펴보고 개정과정에 나타난 특징들을 정리하고자 한다. 이러한 내용은 피신조서의 차별적 증거

능력을 인정하게 된 배경을 증거법 자체의 원칙에서 찾을 수 있는지 혹은 우리나라의 특수한 연혁적 배경이 있는지를 알게 해주어 앞으로의 연구방향을 가늠해 볼 수 있도록 해준다.

다음으로 3. 피의자신문조서의 작성 주체(검사와 사법경찰관)별로 개정 전 후 판례 및 관련 규정의 변경된 내용을 살펴보고 각 규정의 쟁점사항 및 문제점을 정리하고자 한다. 4. 현행 규정에 대한 정리 후에는 참고가 될 수 있는 외국의 입법례를 살펴보고자 한다. 여기에서는 피의자신문조서의 사용이 형사소송의 직권주의적 성격을 강조하는 대륙법계 국가와 당사자주의적 성격을 강조하는 영미국가에서의 피신조서의 증거사용 여부를 살펴보고자 한다. 아울러 직접 피의자신문조서의 증거능력보다는 피의자였던 피고인의 수사 단계의 진술(법정 외 진술)과 법정진술의 증거능력 및 증명력에 대한 각국의 규정과 실무 내용에 대해 검토 비교하고자 한다. 이는 현행 우리 형사소송의 구조가 직권주의와 당사자주의가 혼합된 성격을 가지며, 각 소송구조에 따라 피의자신문조서나 피고인의 진술의 증명능력이나 증명력의 정도가 다를 수 있기 때문이다.

마지막으로 5. 현행 규정의 문제점을 살펴보고 피의자신문조서 관련 규정에 대한 입법론적 개선방안을 제시하고자 한다. 이를 위해서는 공판중심주의의 내용 및 전문법칙과의 관계, 조서의 증거능력 부여 요건과 함께 현행 적법절차 보장 규정의 적절성 여부도 함께 검토되어야 한다.

2. 연구방법

본 연구의 연구방법으로는 문헌연구와 비교법적 연구를 병행한다. 먼저 피의자신문조서와 관련된 개정 전의 판례나 학계의 견해를 정리하기 위해 국내의 문헌을 정리한 후 외국의 입법례를 위해 국내의 문헌을 참조, 그 내용에 대한 비교법적인 분석을 하고자 한다. 검사 작성의 피의자신문조서와 관련된 문헌들이 주를 이루기는 하지만, 이미 많은 문헌들이 피신조서와 관련 판례에 대해 축적되어 있는 상황이므로 관련 문헌이나 판례에 대한 비판적 분석을 통해 개정 전후의 피신조서 내용을 충실히 정리하고, 피신조서나 전문증거와 관련된 입법방향을 제시하는 것은 중요하다고 여겨진다. 궁극적으로 본 연구는 공판중심주의를 지향하면서도 형사소송의 또 다른 목적 중 하나인 실체진실의 발견을 위해 적법절차가 보장된 가운데 얻은 증거의 활용도를 높이는 데에 그 목적이 있다고 하겠다.

제2장 피의자신문조서의 연혁 및 규정 내용

제1절 의의 및 법적 성격

1. 의의

피의자신문조서는 검사 또는 사법경찰관이 피의자를 신문하여 그 진술을 기재한 조서를 말한다. 검사 또는 사법경찰관이 피의자를 신문하여 피의자가 한 진술을 녹취 또는 기재한 서류라면 그 명칭이 진술조서, 진술서 등의 형식을 취하는 경우에도 피의자신문조서로 보아야 하며,²⁾ 신문내용을 비디오테이프에 녹화한 경우 그 녹화내용을 기재한 검증조서도 피의자신문조서에 준해 증거능력을 가진다.³⁾ 피의자신문조서의 증거능력을 인정하기 위한 전제조건으로는 조서에 기재된 진술의 임의성이 있어야 한다. 그 진술의 내용이 자백인 경우에는 제309조가, 자백 이외의 진술인 경우에는 제317조가 적용된다. 임의성 유무는 법관의 자유로운 심증으로 판단한다.⁴⁾

원래 조서는 법원의 재판보다 통상 사건현장에 보다 가깝게 있는 수사기관의 수사과정에서 작성되었으므로 진술자의 기억이 보다 생생할 때 작성된 것으로서 실제적 진실을 보다 정확하게 반영하고 이를 재판기관에 전달하는 데에 그 가치가 있다고 할 수 있다. 그러나 다른 한편으로 진술자의 진술이나 조서에 기재되는 내용은 수사기관의 관점에서 재구성되고, 그 밀행성, 일방성으로 인해 반대신문에 의한 오류검증을 거치지 아니한 진술이 기재되어 있다.⁵⁾

2) 대법원 1987.2.24 선고 86도1152 판결; 대법원 1992.4.14. 선고 92도442 판결; 나영민/박노섭, 피의자신문제도의 개선방안에 관한 연구 -녹음·녹화방식을 중심으로-, 형사정책연구원(2006), 19면.

3) 대법원 1992.6.23. 선고 92도682 판결.

4) 대법원 1996.6.14. 선고 96도865 판결; 임동규, 형사소송법, 법문사(2008), 491면.

5) 나영민/박노섭, 앞의 책, 25,26면; 이영한, "새로운 형사소송법에서의 조서와 영상녹화", 법조 제 617호(2008년 2월), 79면.

2. 법적 성격

피의자신문조서를 규정하고 있는 제312조의 법적 성격과 관련하여서는 본 규정이 전문법칙의 예외 규정이라는 견해와⁶⁾ 직접주의의 예외라는 견해가⁷⁾ 있다. 전자는 피의자신문조서도 공판기일의 진술을 대신할 만한 신용성이 보장되는 증거가 아니라는 점에서 전문증거이고 제312조는 신용성과 필요성을 조건으로 증거능력을 인정하는 전문법칙의 예외규정이라고 본다. 후자는 피의자신문조서의 경우 원진술자는 피고인 자신이므로 피고인의 반대신문권을 보장하는 것은 의미가 없고 신문의 주체인 검사의 반대신문을 보장할 필요도 없으므로 제312조는 직접주의와 피의자의 인권보장의 요청에 의해 증거능력을 제한한 것으로 본다.

후술하는 형사소송법의 제정과 개정 경과를 보면 전문법칙을 규정하고 있는 제310조 2의 규정은 제311조부터 제316조 규정 이후에 들어간 규정이다. 따라서 제312조가 반드시 전문법칙의 예외라고 보기는 어렵다.⁸⁾ 아울러 당사자주의 하에서 재판장은 사실인정을 할 주체가 아니기 때문에 재판을 공정하게 진행할 뿐 사실인정을 어떻게 할 것인가 여부는 관심의 대상이 아니며 당사자들의 반대신문권 보장이 중요하다. 그러나 우리나라의 형사소송절차는 직권주의와 당사자주의적 요소가 함께 있기 때문에,⁹⁾ 재판장은 스스로 재판을 진행하면서 사실인정의 주체가 되므로 당사자의 반대신문권의 보장보다는 '태도증거'에 의한 법관의 심증형성, 법정에서 직접 조사한 원본증거에 사실인정의 직접주의 원칙이 중요하다고 하겠다.¹⁰⁾ 이러한 점에서 제311조부터 316조 규정은 직접주의의 예외로 보는 견해도 일명 타당하다고 할 있다.

3. 소결

형사재판은 원칙적으로 공판중심주의의 원칙에 따라 가능한 한 원본증거나 법정에서

6) 배종대, /이상돈, 형사소송법, 홍문사(2006), 601면; 이재상, 신형사소송법, 박영사(2008), 556면; 임동규, 형사소송법, 491면.

7) 신동운, 형사소송법, 법문사(2007), 801면.

8) 김희균, "미국법상 전문법칙의 최근동향- 공판중심주의의 문제", 형사법연구 제20권 제2호(2008 여름), 238면.

9) 우리나라 형사소송구조와 공판중심주의의 관계에 대한 상세한 내용은 후술함.

10) 유해용, "공판중심주의와 전문법칙", 저스티스 통권 98호, 211면.

직접 조사한 증거에 의해 사실을 인정하는 것이 바람직하다. 다만 다수설적인 견해처럼 전문증거의 신뢰성에 대해 신용성이 보장되면 전문법칙의 예외를 인정하여 전문법칙의 적용범위를 좁힐 필요성도 있으며, 이는 직접주의의 예외로 진술조서의 증거사용을 보는 관점에서도 마찬가지이다. 어느 범위에서 전문법칙의 예외 혹은 직접주의의 예외를 인정할 것인가 하는 점은 정책적인 문제라고 할 수 있다.¹¹⁾

제2절 연혁 및 개정 과정

1. 제정 형사소송법

형사소송법은 1954년 9월 23일 법률 제341호로 공포되어 동년 10월 14일부터 시행되었다. 1954년 형사소송법 제정 당시 형소법 초안은 '검사, 수사관, 사법경찰관의 피의자... 진술을 기재한 조서는 ... 공판준비 또는 공판기일에 피고인의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 때에는 증거로 할 수 있다'고 규정하여 수사기관이 작성한 피의자신문조서의 증거능력을 폭넓게 인정하였고, 검사와 사법경찰관이 작성한 피의자신문조서의 증거능력에 차이를 두지 않았다.

그러나 당시 국회 심의과정에서 제312조 단서를 추가하여 사법경찰관이 작성한 피의자신문조서의 경우에는 검사가 작성한 피의자신문조서와는 달리 증거능력을 제한하였다. 제312조의 규정에 따르면 검사 또는 사법경찰관의 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 의해 그 성립의 진정함이 인정된 때에는 증거로 할 수 있다. 단, 검사 이외의 수사기관에서 작성한 피의자의 신문조서는 그 피의자였던 피고인 또는 변호인이 공판정에서 그 내용을 인정할 때에 한하여 증거로 할 수 있었다.¹²⁾

제정 형사소송법이 사법경찰관 작성의 피의자신문조서에 '내용인정'이라는 엄격한 요건

11) 이에 대해서는 후술하는 피신조서 관련 규정의 개선방안에서 상술하고자 함.

12) 신동운, 형사사법개혁의 쟁점과 전망, 21세기 형사사법 개혁의 방향과 대국민법률서비스 개선방안(II), 형사정책연구원, 2004, 96면 이하.

을 규정한 취지는 종래 사법경찰관이 피의자의 자백을 얻는 데 편중하여 가혹행위를 하는 등 인권유린의 위험성이 많아 이를 방지하려는 입법정책적 고려에서 나온 것이며,¹³⁾ 다만 조서의 진정 성립은 반드시 원진술자가 공판준비 또는 공판기일에 진술할 경우에 의하도록 규정을 하였다. 수사기관이 작성한 조서에 '성립의 진정'이라는 표지를 붙여 유죄의 증거로 사용하는 일본식 입법을 모방하게 된 것이라고 한다.¹⁴⁾ 아울러 제317조에 다시 진술의 임의성에 관한 규정을 두어 진술의 임의성을 확보하는데 주력하였다.

결국 제정 형사소송법은 직권주의적 증거규정이므로¹⁵⁾ 법원이 어떤 방식으로 증거를 획득하든 사실상 제한이 없었고 다만 규문주의 당시에 횡행했던 법원의 고문을 방지하기 위하여 고문에 의한 임의성 제한규정만을 두었을 뿐이라고 점만을 입법배경으로 들고 있어,¹⁶⁾ 당시의 수사기관의 불법수사관행에 근거한 제한적 규정이었을 뿐 전문법칙 등 증거법에서 유래한 조서의 작성주체간의 차별적 증거능력 인정요건으로 보기는 어렵다고 하겠다.

-
- 13) 신동운, 앞의 논문, 115면 참조; 김형진, “공판 외 진술의 증거능력”, 재판자료 제23집, 202면. 대법원도 ‘증거능력에 있어 검사 이외의 수사기관 작성의 피의자신문조서에 엄격한 요건을 요구한 취지는 검사 이외의 수사기관의 피의자신문에 있어 있을지도 모르는 개인의 기본적 인권보장의 결여를 방지하려는 입법 정책적 고려’라고 판시하였다(대법원 1982.9.14 선고 82도1479 판결)
- 14) 이완규, 형사소송법특강, 법문사(2006), 336면. 일본의 경우에는 성립의 진정 대신 ‘서명 또는 날인이 있는 것’이라고 규정하고 있어 진정 성립의 의미에 대한 논란은 없다.
- 15) 신동운, 형사사법개혁, 71면; 차동언, 형사증거법I - 공판중심주의와 전문법칙 -, 법문사(2007), 146,147면.
- 16) 피의자신문조서를 작성한 주체에 따라 차별적 증거능력을 인정하게 된 것은 일제시대 당시 조선총독부에 의해 발령된 조선형사령 제12조 이하의 규정에 따라 식민지 조선에서는 사법경찰관과 검사가 작성하는 신문조서에 일본에서 예심판사가 작성하게 되는 신문조서와 대등한 지위를 부여한 데서 기인한다고 한다. 일본인 재판장과 식민지 조선사람들인 피고인 사이의 언어소통 장애 때문에 양쪽 언어를 쓸 수 있는 사법경찰관들이 조선어로 신문하고 일본어로 조서를 작성하게 하여 이를 ‘법령에 의하여 작성된 조서’로 격상시킨 후 재판의 증거로 쓸 수 있게 함으로써 막대한 사법비용을 절감하였다는 것이다. 당시 검사가 공소제기와 함께 관련 기록을 법원에 제출하면 판사는 일본어로 된 기록을 미리 정독하고 법정에서의 신문 과정에서 그 정확성을 확인하는 정도로 재판을 진행하였다고 하는데, 이러한 ‘신속한’ 재판을 가능하게 했던 조서는 ‘성립의 진정’이라는 어느 정도의 제한을 가하여 그 자체를 유죄의 증거로 쓸 수 있는 형태로 우리 제정 형사소송법에 도입하게 되었다는 것이다(신동운, 사법개혁추진과 형사증거법의 개정, 법학 제47권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2006.3.; 신동운, 21세기 형사사법개혁, 89,90면).

2. 제1차 개정

가. 특신상태 도입

5.16 군사쿠데타 직후인 1961년 9월 1일 형사소송법 제1차 개정이 있었는데, 이 때 제312조의 본문과 단서를 제1항과 제2항으로 분리, 제312조 제1항 단서에 ‘특신상태’를 추가하였다.¹⁷⁾

개정된 제312조 제1항에 대해서는 검사 작성 조서에 대해 원진술자가 법정에서 진정성립을 인정하는 경우에 더하여 피의자신문조서의 경우에는 특신상태 하에서 원진술자의 법정진술에도 불구하고 증거로 할 수 있도록 단서를 규정하고 있다고 보는 견해가 있다. 학계나 실무에서는 개정 전 대법원의 판례가 나오기까지 단서조항을 증거능력에 대한 ‘가중요건’인지 ‘완화요건’으로 볼 지에 대해 견해가 대립되게 되었다.¹⁸⁾

나. 당사자주의와 직권주의의 혼재

아울러 1961년의 개정을 통해 우리나라 형사소송 구조는 철저하게 법원이 실체적 진실을 입증할 직권주의적 형사법체계에서 당사자주의적 전문법칙 규정이 포함되었다고 볼 수 있다. 그것은 제312조 규정의 개정과 함께 전문법칙을 규정하고 있는 제310조2가 새로 도입되었고 당사자주의적 전문법칙이 도입됨으로써 형사소송법 해석에 있어 양자간의 견해대립이 있어왔다.¹⁹⁾

먼저 제312조 등의 규정이 직접주의에 대한 예외라는 견해에 따르면, 제312조나 제313조는 조서를 법정에서 증거로 사용하기 위해 직접주의의 예외를 인정하는 조문이었는데, 전문법칙규정을 도입하면서 오히려 직접주의의 예외를 인정하려는 원래의 취지는 상실되고 난데없이 피고인의 수사단계 진술을 통제하는 규정으로 변신을 하게 된 것이라는 것이다.²⁰⁾ 물론 제312조가 전문법칙의 예외 인정요건인 필요성 및 신용성과는 전혀 관련성이 없으며, 원진술자의 진정성립에만 의존하여 증거능력을 인정하려는 것으로 이

17) 신동운, 형사사법개혁, 102,103면.

18) 제312조 1항 단서 조항에 관한 논의는 후술함.

19) 신동운, 앞의 책, 74면 이하.

20) 차동언, 형사증거법I, 152면.

는 '전문법칙의 예외의 예외'를 규정한 것으로 볼 수 있다는 반대의 견해도 있다.²¹⁾

3. 사법개혁추진위원회의 개정 경과

가. 개정 초안

대법원 산하의 사법개혁위원회는 사법개혁의 내용을 보다 구체화시키기 위해 2004년 12월 최종건의문에서 사법개혁추진위원회('사개추위')의 설치를 건의하였다. 이에 따라 사법개혁추진위원회는 형사사법제도를 근본적으로 재검토, 헌법상 보장된 기본권을 충실히 구현하고 '공판중심주의'의 확립을 실천하기 위한 새로운 형사소송법의 초안을 마련하였다.²²⁾

사개추위의 형사소송법 초안 중 피신조서와 관련하여서는, 원칙적으로 공판중심주의를 관철하기 위해 피의자신문과정에서 획득한 자백을 기재한 조서의 증거능력을 엄격히 제한하고자 하였다. 즉 수사기관이 작성한 피의자신문조서나 참고인 진술조서, 그리고 수사과정에서 피의자나 참고인이 작성한 진술서 등에 대해 모두 원칙적으로 피고인이 그 내용을 인정하거나 증거사용에 동의한 경우에만 증거능력을 인정하고자 하였다. 이는 검사 작성의 피신조서도 사경 작성의 피신조서와 차이를 두지 않고 모두 내용 인정을 증거능력 부여의 요건으로 하는 것이었다.²³⁾

피의자신문조서의 증거능력을 엄격히 제한하고자 한 이유는 종래 형사재판이 법정에서의 구두변론을 생략하고 수사기관이 제출한 조서의 진정 성립 여부에만 관심을 두어 수사상 작성된 조서에 나타난 피의자 혐의내용만을 확인하는 수준이어서 소위 '조서재판'이라는 비판을 받았기 때문이다.²⁴⁾ 아울러 피고인의 공정한 재판을 받을 권리 및 방어권을

21) 계경문, "형사소송법 제312조에 관한 소고", 외법논집, 한국외대 법학연구소(1996), 508면 이하.
 22) 형사소송법 개정과정 전반에 대한 개괄적인 소개는 신동운, "사법개혁추진과 형사증거법의 개정", 서울대 법학, 제47권 1호(2006.3); 신동운, "21세기 형사사법개혁(2004)", 21면 이하 참조.
 23) 서보학, "개정형사소송법에 의한 수사조서 및 영상녹화물의 증거능력", 사법, 2008, 1, 2면; 이승호, "개정 형사소송법상 전문증거의 증거가치에 대한 검토", 형사법연구 제19권 제4호(2007 겨울·통권 제33호), 201면.
 24) 형사재판이 조서재판의 형태로 실제 운영되어 왔던 관행은 소추기관인 검사가 수사과정에서 생성한 심증을 자신들이 '만든' 조서를 제출함으로써 법원에 그대로 전달하게 되고 법원은 증거를 '찾는' 과정을 사실상 포기한 채 제출된 조서에 의거하여 피고인 및 증인에게 그 사실 여부를 확인하는 형태로 재판을 진행하게 된 결과 조서가 소추기관으로 재판기관으로의 심증전달의 훌륭한 통로

침해한다는 이유로 위헌심판제청이 이뤄지기도 했다.²⁵⁾ 조서재판이라는 비판에 대해 구두변론주의와 직접주의의 철저한 보장을 통한 실체진실의 발견에 기여하고 동시에 조서재판의 관행을 탈피하고자 검·경 피신조서의 증거능력을 동일하게, 엄격한 방향으로 제한하고자 한 것이었다.

나. 수정 개정안

위의 개정방향이 오히려 실체진실의 발견에 장애에 될 수 있다는 검찰 측의 지속적인 이의제기와 집단적 반발 움직임 속에 초기의 개정방향과는 전혀 다르게 검찰과 사경작성의 피신조서의 증거능력 부여 요건에 큰 차이를 가져오게 되었다.²⁶⁾ 결국 사개추위는 검찰의 주장을 상당부분 수용하여 개정안의 내용을 ‘검사가 피고인이 된 피의자의 진술의 기재한 조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 피고인이 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음이 공판준비 또는 공판기일에서의 피고인의 진술 또는 영상녹화물 등 객관적 방법에 의해 증명되고 그 조서에 기재된 진술이 변호인의 참여하에 이루어지는 등 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한하여 증거로 할 수 있다’로 하였다. 즉 검사 작성의 피신조서에 대해 원진술자인 피고인의 진술뿐만 아니라 영상녹화물 등 객관적인 방법으로도 진정성립을 증명할 수 있도록 하였다. 이는 논의가

역할을 해오게 된 것에 비롯된 것이라고 하였다(이영한, 법조 2008.2, 73면).

25) 현재 1995.6.29. 선고 93헌바45 결정; 2005.5.23. 선고 2003헌가7 결정. 헌법재판소 결정에 관한 평석으로는 서보학, “형사소송법 제312조 제1항의 위헌성과 형사소송법적 문제점”, 형사법연구 22호(2002.8), 555면; 하태훈, “검사 작성의 피의자신문조서와 참고인진술조서의 증거능력”, 형사판례연구 14호(2006.8), 212면 이하 참조.

26) 이영한, “새로운 형사소송법에서의 조서와 영상녹화”. 법조 2008.2, 72면. 형사소송법 개정을 위한 논의과정에서 사회적 이목은 주로 사개추위와 검찰 사이의 대립, 특히 검사작성의 피의자신문조서와 영상녹화물의 증거능력에 맞추어 졌으며, 이 사안에 대해서만은 양보 없는 전쟁, 즉 조서의 증거능력을 없애려는 진영과 이를 사수하려는 진영 간의 격돌과 절충이 행해졌다. 이완규 검사는 사개추위에서의 논의는 ‘줄속중의 줄속’이며 사개위와 사개추위의 주도자들은 공판중심주의에 대한 왜곡된 시각과 수사절차상 진술의 증거능력에 대한 편향적 시각을 가지고 있었다고 비난하였으며(이완규, 검찰제도와 검사의 지위, 성민기업(2006), 38면), 2006년 5월2일에는 서울중앙지검 평검사들이 평검사회의를 열고 성명을 발표하는 등 검사들의 집단반발이 일어난다. 상대적으로 사법경찰관작성의 피신조서에 대한 논의는 적었다. 이는 그 후 나온 관련 문헌이나 연구에서도 그대로 나타났다. 조국, “검사 작성 피의자신문조서와 영상녹화물의 증거능력”, 저스티스 통권 107호, 172면.

진행되는 중에 검사작성 피의자 신문조서와 참고인 진술조서의 증거능력에 대해서는 당사자가 법정에서 진정 성립을 인정하는지 여부에 좌우되게 하는 대신 증거능력을 합리적으로 보완할 수 있는 방안을 논의하게 된 결과였다.

검찰 측의 요구를 수용한 개정안은 검사 작성 피신조서의 증거능력을 오히려 이전의 규정보다 더 폭넓게 인정하는 결과를 가져왔고 사경 작성의 피신조서에 대해서는 종전과 같이 피고인의 내용 인정을 조서의 증거능력 인정요건을 하였다. 그 결과 작성주체에 따른 피의자신문조서의 차등적 증거능력 요건은 더욱 더 차이가 나게 되었다. 27)

4. 소 결

제정 형사소송법 제311조에 있어서 ‘증거능력’이라는 개념은 직접주의의 예외로서 수사단계에 작성된 조서의 사용을 인정하는 긍정적인 규정(제311조 : ‘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’)이었으나, 1961년 개정으로 도입된 제310조의 2에서의 ‘증거능력’은 전문증거와 연결되어 제311조 내지 제316조에 규정된 방식 이외의 방법으로는 수사단계의 진술은 증거로 사용하지 않는다는 식으로 부정적 개념으로 변형된 것이라고 보는 견해가 있으며, 학계의 다수설적인 견해도 제312조를 제310조 2의 규정에 대한 예외(전문법칙의 예외)로 보는 견해가 우세하다고 하겠다.

1961년의 1차 개정을 통해 작성주체에 따른 피신조서의 차별적 증거능력 인정과 검사작성의 피신조서에 대한 ‘특신상태’의 규정이후 제312조는 2007년까지 아무런 변화가 없었다. 2007년도 형사소송법의 개정이전까지 피의자신문조서를 둘러싼 문제들은 입법적인 방법이 아닌 해석론적인 방법에 의해 그때 그때 해결되었거나 논쟁을 불러왔을 뿐이며 체계적이고 비판적인 검토는 없었다고 하겠다. 피신조서와 관련된 문제점, 작성주체간의 차별적 증거능력, 검사 작성의 피신조서 규정의 본문과 단서조항의 관계, 피신조서의 ‘성립진정’ 해석의 문제, 사경 작성의 피신조서의 탄핵증거의 사용 문제 등은 일부 2007년 개정을 통해 해결되었다.

27) 신동운, “한국 형사사법의 개혁과 전망”, 비교형사법연구, 제8권 제1호(2006.8), 18-19면.

그러나 피의자신문조서를 둘러싼 개정 논의가 주로 검사 작성의 피의자신문조서의 증거능력에 대한 것이고 사경 작성의 피신조서에 대해서는 종전과 같이 피고인의 내용인정을 요구함으로써 조서 자체의 신빙성이나 수사초기 단계의 경찰에서 행한 피의자 진술의 증거가치보다는 피고인의 의사에 따라 수사상 작성된 조서의 사용 여부가 결정되므로 개정 전과 마찬가지로 사경 작성의 피신조서는 증거법상 여전히 큰 의미를 갖지 못한다.

물론 작성 주체에 따른 피신조서의 증거능력의 차이는 영상녹화물의 활용과 조사자 증언제도 규정과 함께 '조서'의 활용도를 '차별적으로' 높이는 결과를 가져와 공판중심주의에 대한 심각한 후퇴라는 비판도 불러왔다.²⁸⁾

제3절 개정 전 후의 내용 비교

1. 검사 작성의 피의자 신문조서

가. 개정 전 규정과 판례의 태도

(1) 형식적·실질적 진정 성립

개정 전 검사 작성의 피의자신문조서는 진정 성립과 특신상태를 요건으로 증거능력을 인정하였다(구 제312조 1항). 즉 검사작성의 피신조서는 원진술자의 진술에 의해 진정 성립이 인정되어야 조서의 증거능력이 인정되며, 진정 성립은 조서의 서명, 날인 등의 진정을 의미하는 '형식적 진정 성립'과 원진술자의 진술과 조서의 내용이 일치하는 '실질적 진정 성립'을 의미한다고 하였다.²⁹⁾

판례는 형식적 진정 성립이 인정되면 실질적 진정성립도 추정되며, 특신상태도 특별한 사정이 없는 한 추정된다고 하였다. 이러한 특신상태까지 추정되면 더 나아가 조서에 기

28) 이승호, 앞의 논문, 202면; 이영한, 앞의 논문, 72면. 이러한 개정안을 통해 공판중심주의 개혁이라는 사개추위의 목표는 거의 유명무실한 것으로 전락하게 되었다는 비판도 제기 되었다. 즉 조서재판의 극복이 공판중심주의 개혁의 핵심과제임에도 불구하고 최종 개정안은 수사기관에서 행해진 진술의 증거사용 가능성을 오히려 개정전보다 더 넓혀주고 있기 때문이다(이승호, 앞의 논문, 201면 각주3) 참조.)

29) 이재상, 신형사소송법, 551면.

재된 자백의 임의성(제309조)까지도 추정되는 소위 '삼 단계 연속추정'을 적용하였다고 평가할 수 있다.³⁰⁾ 물론 대법원이 임의성을 추정하는 내용을 공식적으로 부인하지 않고 검사가 그 임의성 여부를 입증하여야 한다는 판결도 있다.³¹⁾ 대법원이 이렇게 조서의 증거능력을 삼 단계 연속 추정하는 입장을 취한 결과, 검찰 앞에서 진술만 확보되면 사실상 유죄가 확보되어 재판이 형해화되는 '검찰사법'현상이 계속되었으며, 재판이 원진술자의 진술을 공판정에서 확인하고 그 진위를 다투는 방식으로 운영되지 않고 수사기록에 의존, 운영되는 '조서재판'현상이 고착되었다는 평가가 내려졌다.³²⁾

더 나아가 특신상태까지 추정되면 사실상 검사작성의 피신조서는 실질적인 증명력을 가지고 검찰에서의 자백은 곧 유죄판결을 의미하기 때문에 그 내용이 사경 작성의 조서를 그대로 반복한 것이라고 하여도 검사 작성의 피신조서는 형사재판을 지배하게 되었고, 경찰에 대해 확실한 우위를 점한 검찰은 중복된 피의자조사로 인해 수사업무가 폭증, 검찰주사나 파견 경찰관이 작성한 조서 역시 검사의 조서로 둔갑하였다고 하였다.³³⁾

그 이후 대법원은 형식적 진정 성립이 인정되면 실질적 진정 성립이 추정된다는 종래의 태도를 변경 피고인이 실질적 진정 성립까지 인정하여야 조서의 증거능력을 인정하였다.³⁴⁾ 동 판결은 '검사가 피의자나 피의자 아닌 자의 진술을 기재한 조서는 공판준비 또

30) 조국, "검사작성 피의자신문조서와 영상녹화물의 증거능력", 저스티스, 107호, 173면.

31) 대법원 1998.4.10. 선고 97도3234 판결; 대법원 1999.1.29. 선고 98도3584 판결 : 대법원 2000.1.21 선고 99도4940 판결)

32) 조국, 앞의 논문, 173면. 신동운, 형사사법개혁(2004), 86,87면; 형사소송법의 개정을 가져오게 된 형사재판의 실상을 표현하고 있는데, 먼저 법원은 피고인에 대해 인정신문을 행한다. 이어서 검사가 기소요지를 진술하는 하는 것이 원칙이겠지만 거의 모든 사건에서 이 부분은 생략된다. 인정신문에 있어서 검사는 피고인에 대해 신문을 행한다. 이 때 검사는 피고인에게 공소장을 받아보았느냐고 묻는다. 만일 피고인이 또 다시 '예'라고 대답하면 이어서 그 내용이 사실이냐고 묻는다. 만일 피고인이 또 다시 '예'라고 대답하면 검사는 피고인신문을 마친다. 이어서 변호사가 양형에 관한 사정을 피고인에 대하여 신문한다. 이어서 재판부가 몇 가지 사항을 보충적으로 신문한다. 이 단계까지 방청객은 심리되는 사건에 대해 거의 윤곽을 파악할 수가 없다.

인정신문과 피고인신문이 끝나면 이어서 증거조사에 들어간다. 재판장은 검사에게 증거를 제출하라고 한다. 그러면 검사는 일건의 수사기록을 증거로 제출한다. 이어서 재판장은 피고인에게 이의가 있는가 하고 묻는다. 이의가 없다는 진술이 있으면 추가로 증거 제출할 것이 있는가 묻고 이 경우에도 없다고 진술하면 증거조사는 그것으로 종결된다. 이 단계에서도 방청객은 사안에 대해 거의 내용을 파악하지 못한다. 유죄의 증거로 제출된 일건 수사기록에 어떤 내용이 적혀 있는지 알 길이 없다.

33) 유해용, 앞의 논문, 205면.

34) 대법원 2004.12.16. 선고 2002도 537.

는 공판기일에서 원진술자의 진술에 의해 형식적 진정 성립뿐만 아니라 실질적 진정 성립까지 인정된 때에 한해 비로소 그 성립의 진정함이 인정되어 증거로 사용할 수 있다고 봐야 한다'며 이같이 해석하는 것이 우리 형사소송법이 취하고 있는 직접심리주의 및 구두변론주의를 내용으로 하는 공판중심주의의 이념에 부합하는 것'이라고 밝혔다. 결국 성립의 진정은 원진술자의 진술에 의하여서만 인정될 수 있는 것이므로 피고인이 조서의 진정성립을 부인하면 검사작성의 피의자신문조서의 증거능력이 부정되는 결과를 가져오게 되었다.³⁵⁾ ³⁶⁾

이러한 판결의 내용은 당연히 검찰 측의 반발을 불러왔다.³⁷⁾ 검찰은 조서를 비롯한 수사단계의 진술은 공판정에 증거로 현출될 수 있어야 하는데, 2004년 대법원 전원합의체 판결로 검사 작성 피의자신문조서의 증거능력이 그 피의자였던 사람의 공판기일에서의 진술에 따라 좌우되어 버렸으며, 변경된 판례는 피고인의 '거짓말을 조장하는 판례'라면서 강력 비판하였다.³⁸⁾

35) 대법원 2004.12.16. 선고 2002도537 판결 : 검사가 피의자나 피의자 아닌 자의 진술을 기재한 조서와 검사 또는 사법경찰관이 검증의 결과를 기재한 조서는 공판준비 또는 공판기일에서의 원진술자의 진술에 의해 그 성립의 진정함이 인정된 때에 증거로 할 수 있다고 규정하고 있는데, 여기서 성립의 진정이라 함은 간인, 서명, 날인 등 조서의 형식적 진정성립과 그 조서의 내용이 원진술자가 진술한 대로 기재된 것이라는 실질적인 진정성립을 모두 의미하는 것이고, 위 법문의 문언상 성립의 진정은 '원진술자의 진술에 의하여' 인정되는 방법 외에 다른 방법을 규정하고 있지 아니하므로 실질적 진정성립도 원진술자의 진술에 의하여서만 인정될 수 있는 것이라고 보아야 하며, 이는 검사 작성의 피고인이 된 피의자신문조서의 경우에도 다르지 않다고 할 것인바, 검사가 피의자나 피의자 아닌 자의 진술을 기재한 조서는 공판준비 또는 공판기일에서 원진술자의 진술에 의해 형식적 진정성립 뿐만 아니라 실질적 진정성립까지 인정된 때에 한하여 비로소 그 성립의 진정함이 인정되어 증거로 사용할 수 있다고 보아야 한다.

36) 실질적 진정성립 추정입장에 대한 반대견해로는 신양균, 형사소송법, 법문사 (2004), 727면; 신동운, "공판절차에 있어서 피고인의 방어권 보장", 형사재판의 제문제(2003), 541면 이하, 서보학, 앞의 논문, 299면 이하. 반면에 형식적 진정성립에서 실질적 진정성립의 추정을 지지하는 견해로는 정용석, 형사소송법, 대명사 (2005), 828,829면.

기타 주요 대법원 판결 : 대법원 1987.2.24. 선고 86도1152 판결; 대법원 1992.6.26. 선고 92도682 판결; 대법원 1994.8.9. 선고 94도1228 판결; 대법원 1989.11.14. 선고 88도1251 판결; 대법원 2001.4.27. 선고 99도484 판결; 대법원 2001.10.26. 선고 2000도2968 판결; 대법원 2003.10.9. 선고 2002도4372 판결; 대법원 2004.12.6. 선고 2002도537 전원합의체판결; 대법원 1999.4.13. 선고 99도237 판결; 대법원 1998.12.22. 선고 98도2890 판결.

37) 이완규, 형사소송법특강, 2006, 266면 이하 : 이완규, 검찰제도, 38면.

38) 이완규, 앞의 책, 237면; 김정환, 피의자신문조서의 증거능력에 관한 소고, 법조(2006), 303면. 2004년 대법원 전원합의체 판결로 거의 죽었던 조서가 다시 살아나고 오히려 조서의 진정성립 요건으로 객관적 증명으로도 가능하다는 개정 전 보다 더 완화된 요건으로 인해 형사소송법 개정의

(2) '특신상태'의 해석

개정 전 피의자의 신문조서의 해석을 둘러싼 또 다른 논쟁은 피고인이 된 피의자의 진술을 기재한 조서는 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여진 때에 한해 피의자였던 피고인의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 불구하고 증거로 할 수 있도록 규정하고 있으며 이러한 특신상태가 가중요건인지 완화요건인지에 대해서는 것이었다.

이에 대해 학설의 견해가 대립되었으나³⁹⁾ 대법원은 가중요건설의 입장을 취하였다.⁴⁰⁾ 대법원은 피고인 된 피의자의 진술을 기재한 검사 작성의 피의자신문조서가 그 실질적 진정 성립이 인정되지 아니한다면 그 조서에 기재된 피고인의 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여 졌다고 하더라도 이를 증거로 사용할 수 없다고 하여 소위 '가중요건설'을 취하였다.⁴¹⁾ 이에 대해 검찰은 제312의 본문과 단서의 관계를 '완화요건설'로 해석하여 피고인이 진정 성립을 부인하더라도 특신상태가 입증되면 조서의 증거능력을 인정할 수 있다는 입장을 취하였다.⁴²⁾ 검찰은 성립의 진정을 인정하더라도 강요, 고문 등의 자백과정에 개입되었다는 의심이 있으면 임의성이나 특신상태 판단에서 제약을 걸 수 있음에도 불구하고 증거사용부터 제한하는 것은 바람직하지 않다고 비판하였다. 이는 피고인의 선택에 따라 수사과정에서 얻은 피고인이나 참고인 등의 진술의 증거능력을 사실상 봉쇄할 수 있는 길을 열어주게 되어 진실발견에 역행하며, 범죄에 대한 적절한 대처가 곤란하며, 수사결과가 무의미하게 되어 소송경제면에서도 낭비라고 주장하면서 법원의 태도는 입법자의 의사를 넘어서는 것이 비교법적으로도 유례가 없는 전문법칙의 과잉적용이라고 비판하였다.⁴³⁾

최대 수혜자는 검찰이 되는 상황이 연출되었다고 까지 비판하고 있다(서보학, 앞의 논문, 2면).

39) 이재상, 신형사소송법, 554면.

40) 대법원 2007.1.25. 선고 2006도7342판결.

41) 학계의 다수설적인 입장도 가중요건을 취하였다; 신양균, 형사소송법, 683면; 신현주, 형사소송법, 박영사(2000), 542면; 이재상, 신형사소송법, 516면; 차용석/최용성, 형사소송법, 박영사(2004), 781면.

42) 이완규, 앞의 책, 274면; 정용석, "검사작성의 피고인이 된 피의자신문조서의 증거능력", 저스티스 83호, 223-225면.

43) 주37) 참조.

나. 개정 후 규정

(1) 진정 성립

검사가 피고인이 된 피의자의 진술을 기재한 피의자신문조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성되어야 하며, 원칙적으로 피고인이 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음이 공판준비 또는 공판기일에서의 피고인의 진술에 의해 인정되고, 조서에 기재된 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한하여 증거로 할 수 있다(제312조 1항). 피고인이 그 조서의 성립의 진정을 부인하는 경우에는 그 조서에 기재된 진술이 피고인이 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음이 영상녹화물이나 기타 객관적 방법에 의하여 증명된 때에 한하여 증거로 할 수 있다(제312조).

개정 이후의 제312조 규정은 종래의 ‘가중요건설’을 명시하여 조서의 진정 성립과 특신상태는 별개의 요건임을 밝히고 있고, 형식적 진정 성립으로 해석상 논의되던 부분을 ‘적법한 절차와 방식에 작성된 것’으로 규정하였으며, 형식적 진정 성립보다는 넓은 개념으로 단순히 조서의 서명, 날인이 진술자의 것임이 틀림없다는 것을 포함하는 것 외에도 제242조의 피의자신문사항, 제243조의 피의자신문과 참여자, 제244조의 피의자신문조서의 작성방법, 제244조의 3 진술거부권의 고지, 제244조의 4 수사과정의 기록 등 형사소송법이 정한 절차와 방식을 모두 갖추어야 한다. 또한 수사과정에서 피의자 또는 피의자의 법정대리인, 배우자, 직계친족, 형제자매, 변호인의 신청이 있는 때에는 그 신청에 따라 변호인이 피의자와 접견하게 하거나 원칙적으로 피의자에 대한 조사 및 신문에 참여하게 하여야 한다(제243조의 2).⁴⁴⁾

(2) 영상녹화물 등 ‘객관적 증명방법’

검사 작성의 피의자신문조서를 증거로 사용할 수 있는 두 번째 요건으로, 조서에 기재된 내용이 원진술자인 피의자의 진술내용과 동일하다는 점이 공판준비 또는 공판기일에서의 피고인의 진술이나 영상녹화물 기타 객관적인 방법에 의해 증명되어야 한다. 이러한 ‘실질적 진정 성립’은 구법에서는 피고인의 성립진정 인정만을 그 요건으로 하였는데,

44) 임동규, 형사소송법, 493면.

개정 후 형사소송법은 실질적 진정 성립의 인정방법을 피고인의 법정진술 외에 영상녹화물 기타 객관적 방법에 의해서도 가능하도록 하였다.⁴⁵⁾ 영상녹화물에 의해 실질적 진정 성립을 증명하기 위해서는 조사의 개시부터 종료까지의 전 과정 및 객관적 정황을 영상 녹화하는 등 피의자진술의 영상녹화에 관한 규정(제244조의 2)을 준수한 것이어야 한다. 피의자의 경우에는 미리 이를 알려주고 영상녹화를 할 수 있도록 하되, 영상녹화물은 본증으로는 사용할 수 없도록 하였다.

원진술자가 법정진술을 할 수 없는 경우, 즉 사망, 질병, 외국거주, 소재불명 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없게 된 때에는 특신상황을 전제로 증거능력을 인정하는 것으로 하였다. 이는 조서의 증거능력을 완화함으로써 당해 조서의 증거로서의 사용가능성을 높혔다고 할 수 있다.

(3) 특신상태

개정 형사소송법은 '조서에 기재된 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한하여 증거로 할 수 있다'고 하여 특신상태를 가중요건으로 명확히 하였다.

원래 정부원안은 '특신상황과 관련하여서는... 그 조서에 기재된 진술이 변호인의 참여 하에 이루어지는 등 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음이 증명된 때...'라고 하여 변호인이 참여하는 것과 같은 정도의 사유가 존재할 때에만 특신상태를 인정할 수 있도록 하였다. 그러나 국회 법사위 심의과정에서 '변호인의 참여하에 이루어지는 등'의 문구가 빠져 조서의 실질적 진정 성립은 영상녹화 등을 통해 다원화시키고 조서의 특신상태는 변호인의 참여 등을 예로 들어 제한하고자 했던 의도가 달성되지 못했다고 비판하고 있다.⁴⁶⁾

2. 사법경찰관 작성의 피의자신문조서

가. 개정 전·후 규정 및 판례의 태도

검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된

45) 이한용, 앞의 논문, 84면.

46) 서보학, "개정 형사소송법에 의한 수사조서 및 영상녹화물의 증거능력", 5면.

것으로서 공판준비 또는 공판기일에 그 피의자였던 피고인이나 변호인이 그 내용을 인정할 때에 한하여 증거로 할 수 있다(제312조 3항). 검사 이외의 수사기관이 작성하는 피의자조서의 증거능력 요건은 실제 개정 전과 차이가 없다. 즉 '적법한 절차와 방식'이 추가된 것 외에는 피의자였던 피고인이 조서의 내용까지 인정하여야 했던 개정 전의 내용과 별반 차이가 없다.

개정 전 사법경찰관 작성의 피신조서의 증거능력과 관련하여 주요 판례의 경향은 다음 세 가지로 요약될 수 있다. 먼저 대법원은 일관되게 사법경찰관이 작성한 피신조서는 피고인이 내용을 부인하면 증거능력이 없다고 하였다. 다음으로 증거능력이 없는 사경의 피신조서는 탄핵증거로도 사용이 제한되며, 마지막으로 피고인이 조서의 내용을 부인한 경우 피고인을 조사한 경찰관이 공판정에서 증인으로 나와 증언하더라도 피의자신문조서의 증거능력은 인정되지 않는다는 것이다.⁴⁷⁾

나. 차등적 증거능력

검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서에 대해 증거능력을 엄격히 제한한 이유는 사법경찰관이 피의자를 수사하면서 자백을 강요하여 피의자의 인권을 침해할 위험성을 방지하고자 함을 이유로 한다.⁴⁸⁾

개정 후에도 작성 주체에 따른 피신조서의 차별적 증거능력 인정은 그대로 유지되고, 사경 작성의 피신조서의 증거능력 여부는 피고인의 내용 인정 여부에만 달려 있어 사법경찰관이 작성한 피의자신문조서가 공판정에서 피고인이 무죄를 다투는 경우 증거로 사용될 여지는 거의 없다고 하겠다.

다만 제316조에서 조사자의 증언제도를 도입함으로써 법정에서 피고인이 내용을 부인하더라도 검사가 조사한 경찰관을 법정에서 증인으로 신청하여 경찰 조사 단계에서 진술한 내용을 공판정에 증거로 제시할 수 있도록 하였다. 이는 조서의 증거사용을 일체 배제하

47) 대법원 1997.10.28 선고 97도2211 판결. 기타 사경 작성의 피신조서와 관련한 판례로는 대법원 2001.9.28. 선고 2001도3997 판결; 대법원 1997.10.28. 선고 97도2211 판결; 대법원 1995.3.14. 선고 94도2287 판결; 대법원 2001.3.27. 선고 2000도4383 판결; 대법원 2002.8.23. 선고 2002도2112 판결; 대법원 2001.3.27. 선고 2000도4383 판결 참조.

48) 임동규, 앞의 책, 496면.

는 독일이나 미국의 입법례와 실무에서 조사자의 증언을 유죄의 증거로 쓸 수 있도록 하는 것을 도입하여, 조사 경찰관이 집요한 반대신문을 받으면서 증언을 하게 함으로써 피고인의 방어권을 적절히 보장하는 범위 내에서 실체진실발견의 요청에도 부응하도록 한 결과라고 본다.

제4절 개정 규정에 대한 비판적 논의

1. 적법한 절차와 방식에 따른 조서 작성

검사 작성의 피의자신문조서나 사경 작성의 피의자신문조서 모두 그 증거능력을 인정받기 위한 전제로 적법한 절차와 방식에 따라 조서가 작성되었을 것을 필요로 한다. 이는 개정 전 증거인정의 요건으로 요구한 ‘형식적 진정 성립’보다 넓은 개념으로 해석한다.⁴⁹⁾

형식적 진정 성립은 피의자의 서명과 날인을 요구하는 것으로, 조서에 기재된 서명 날인이 피의자의 것이 틀림없다는 원진술자의 진술을 의미한다. 반면에 조서가 적법한 절차와 방식에 따라 작성되어야 함은 개정 형사소송법이 규정한 피의자신문조서의 작성방법(제244조), 수사기관의 피의자에 대한 진술거부권의 고지(제244조의 3), 수사과정의 기록(제244조의 4) 등의 규정을 준수하여 조서가 작성되어야 함을 의미한다. 이는 단순히 조서 작성의 적법한 절차와 방식뿐만 아니라 신문방식의 적법한 절차와 방식까지 엄격하게 요구하는 것으로 보여 진다.⁵⁰⁾ 과거 대법원이 피의자신문이나 조서 작성에 있어 절차적 하자가 있음에도 불구하고 성립의 진정이 인정되는 한 피신조서의 증거능력을 인정하였다.⁵¹⁾ 이러한 대법원의 태도는 법문에서 명시하고 있는 적법절차의 요구를 무시하는 것으로 피고인의 방어권을 침해하는 것이기 때문에 개정 형사소송법은 절차적 하자를 갖고 작성된 피의자신문조서에 대해 그 증거능력을 인정할 수 없다는 점을 분명히 하였

49) 서보학, 앞의 논문, 2면.

50) 이재상, 공판중심주의의 활성화 방안, 박영사(2006), 65면; 임동규, 형사소송법, 493면.

51) 피의자신문조서의 열람 및 증감·변경청구권이 제대로 보장되지 않은 경우에도 피신조서의 증거능력을 인정할 판례로는 대법원 199993.5.24. 선고 93도486판결이 있다.

다는 점에서 그 의의를 찾아볼 수 있다.⁵²⁾

그러나 직접주의의 예외이든 전문법칙의 예외이든 조서에 기재된 진술은 그 적법성과 임의성이 전제되어야 하는 것은 당연하다. 수사기관이 피의자에게 진술거부권을 고지하지 않거나 변호인의 참여 등을 거부한 경우에는 이미 위법수집증거배제의 법칙이나 자백배제의 원칙에 의해 조서 증거능력 문제 이전에 증거능력이 부인되어지기 때문이다. 따라서 '진술의 적법절차와 방식'은 엄밀히 말해 피의자신문조서 자체와 관련된 문제는 조사자나 진술자의 서명, 날인이나 그야 말로 조서 작성의 형식과 관련된 문제라고 볼 수 있다.⁵³⁾ 따라서 자백배제의 법칙이나 위법수집증거배제의 법칙과 관련이 있는, 즉 자백의 임의성 자체와 관련된 내용은 피의자신문조서의 적법절차와 방식과는 관련이 없다고 하겠다.

따라서 조서 작성의 방식과 절차와 관련하여서는 피의자의 서명, 날인과 조서자의 서명, 날인 문제된다. 그런데 조사자의 서명, 날인은 조서의 증거능력의 문제가 아니라 조서의 효력 자체의 문제이기 때문에⁵⁴⁾ 결국 피의자의 서명, 날인만이 조서의 증거능력과 관련이 있다고 하겠다. 조서에 기재된 서명과 날인이 진술자의 것임을 확인하는 것은 결국 개정 전의 형식적 진정 성립과 동일한 내용이며, 원진술자의 서명만 있고 날인이 없거나 반대의 경우 피의자신문조서는 증거능력이 없다.⁵⁵⁾

결국 피의자신문조서의 작성방법(제244조의4), 수사과정의 기록(제244조의4)의 규정에 따라 적법하게 피의자신문조서가 작성되어야 한다는 것 외에는 조서의 형식적 진정 성립을 원진술자(피의자)에 의해 인정받아야 한다는 점은 개정 전의 내용과 차이가 없다. 따라서 조서를 '적법한 절차와 방식'에 따라 작성하여야 한다는 것은 상징적 의미 외에는 개정 전의 규정과의 차이를 찾아보기 어렵다고 하겠다.

52) 서보학, 앞의 논문, 3면.

53) 이재상, 앞의 책, 65면; 정웅석, "영상녹음 녹화에 대한 법적 고찰", 형사법의 신동향 제7호(2007.4), 대검찰청, 197면. 적법한 절차와 방식'이라는 것이 그 실질에 있어 별다른 추가사항이 규정한 것이 아닌 개정의 품격을 높이기 위한 '치장' 정도로 이해하기도 한다(이승호, 앞의 논문, 208면).

54) 임동규, 형사소송법, 493면.

55) 대법원 1999.4.13. 선고 99도237 판결.

2. 실질적 진정 성립에 대한 객관적 증명

검사 작성의 피의자신문조서의 경우 피고인이 그 조서의 성립을 부인하면 조서에 기재된 진술이 피고인이 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음이 영상녹화물 등 객관적 방법에 의해 증명되면 증거로 사용할 수 있다. 이는 사경 작성의 피신조서에 비해 증거능력의 요건이 대폭 완화되었다는 평가를 받고 있다.⁵⁶⁾ 그것은 개정 전 2004년 대법원의 전원합의체 판결로 조서의 진정 성립이 형식적 진정 성립에서 자동적으로 실질적 진정 성립을 추정하는 방식을 폐기하고 피고인의 진술에 의해서만 실질적 진정 성립을 인정하도록 하여 검사 작성의 피의자신문조서의 증거능력은 상당히 제한을 받을 수밖에 없는 상황이 되었기 때문이다.

피의자신문조서의 진정 성립을 영상녹화로 증명하고자 하는 방법에 대해서는 개정 전보다 그 증거능력 인정 요건이 완화되었다는 비판 이외에도 피고인의 진술을 녹화한 영상녹화물은 실질적으로 수사기관에서의 피고인의 진술을 기재한 피신조서와 그 성질에 있어 차이가 없어 피고인신문조서의 진정 성립을 동일한 내용의 영상녹화물로 증명하는 것은 타당하지 않다는 비판도 있다.⁵⁷⁾

더 나아가 '그 밖의 객관적 증명'의 방법이 무엇인지, 그 방법이나 범위도 명확하지 않아 조사자 증언이나 녹음, 자필 감정결과 등도 객관적 증명 방법으로 포함될 수 있는가 하는 점에 대해 논란이 있다. 법무부의 개정 형사소송법 해설집에는 증언과 같은 인적조사방법도 포함될 여지가 있는 것으로 설명하고 있다. 일부 견해도 '객관적 증명'의 방법은 과학적 기계적 방법에 제한되지 않는다고 본다. 다만 조사자의 증언은 객관적 방법이라고 볼 수 없어 여기에 포함되지 않는다고 한다.⁵⁸⁾ 그러나 또 다른 견해에 따르면 객관적 증명은 영상녹화물에 준하는 수준으로 엄격하게 제한, 조사자 증언 뿐 아니라 녹음 내지 자필 감정결과 등도 객관적 증명방법에 해당하지 않는다고 해야 한다고 한다.⁵⁹⁾ 이 경우에도 조사자가 아닌 조사사실을 들은 일반사인이나 조사자 아닌 수사기관의 진술에 의해

56) 이재상, 앞의 책, 66면.

57) 이승호, 앞의 논문, 209면; 이재상, 앞의 책, 66면.

58) 법원행정처, 개정 형사소송법 해설, 132면; 이재상, 신형사소송법, 2007, 553면; 임동규, 형사소송법, 494면.

59) 이승호, 앞의 논문, 210면.

서도 성립의 진정을 인정할 수 있는가에 대해서는 명확하지 않다.

조서의 진정성립을 객관적인 방법에 의해 증명하는데 있어 우선, 조사자의 증언은 ‘객관적’이라고 볼 수 없어 제외되어야 할 것이다. 그러나 조사자의 증언은 제312조에 의하지 않더라도 제316조에 의해 조사자의 진술이 증거로 사용될 수 있으며, 이는 실질적으로 피의자신문조서의 증거능력을 인정하는 것과 마찬가지로의 결과라고 할 수 있어 조사자의 증언이 조서의 진정 성립을 증명할 수 있는 방법에 제외되는 것이 그렇게 큰 의미를 가지는 것으로 보기는 어렵다. 궁극적인 문제는 조서에 기재된 진술의 내용을 조사자의 법정 증언에 의해 법정에서 다투는 것이 타당하는 점이다.

조서의 진정 성립을 영상녹화 등에 의해 객관적으로 증명하는 것은 앞서의 문제점 외에도 공판심리의 대부분이 수사단계에서 작성된 영상녹화물을 확인하는 방식으로 치우치게 되어 공판중심주의에 역행할 여지가 있다는 점이다.⁶⁰⁾ 국회 법사위에 제출된 형사법학회와 형사정책학회의 의견도 이 점을 분명히 하고 있다.⁶¹⁾

조서의 진정 성립을 영상녹화 등 객관적 증명방법에 의해 증명하고자 하는 방법은 영상녹화물을 공판정에서 사용하는 경우 생겨날 수 있는 소송지연과 이로 인한 공판중심주의 실현의 어려움을 첫 번째 문제점으로 지적할 수 있을 것이다. 아울러 객관적 증명이 영상녹화에 준하는 객관적 증명이어야 하는지 아니면 그 범위와 방법에 있어 아무런 제한이 없는 것인지 명확하지 않아 향후 계속적으로 논란이 될 있다는 점이 두 번째 문제점으로 지적되고 있다. 마지막으로 객관적 증명의 방법 중 피의자신문을 담당한 조사자를 불러 증언하도록 하는 방법이 제316조의 규정에 의한 경우 외에도 제312조에서 가능한가 하는 점도 문제이다.

분명한 것은 제312조의 영상녹화 등 객관적 증명방법은 조서의 진정 성립을 인정하기

60) 이영한, 앞의 논문, 89면.

61) 서보학, 앞의 논문, 4면 주8) 참조.

한국 형사법학회 의견서 : 증거법칙에 관한 개정안은 공판중심주의를 구현하겠다는 당초의 취지를 무색하게 하는 계약적 입법으로 평가된다. 제312조 제1항은 검사 작성의 피의자신문조서의 증거능력 부여의 요건을 영상녹화물 등 객관적 방법으로 증명된 경우로까지 확대하고 있는데, 이는 현행법 및 판례의 입장보다도 대폭 후퇴한 것으로서 개정의 의미를 전혀 찾기 어렵다.

한국 형사정책학회의견서 : 제312조 제1항에서 검사 작성 피의자신문조서의 증거능력 부여의 요건을 영상녹화물 등 객관적 방법으로 증명된 경우로까지 확대하고 있다. 그런데 이렇게 영상녹화물을 증거의 체계로 적극 투입하게 되면 공판심리의 대부분은 수사단계에서 작성된 영상녹화물을 확인하는 방식으로 치우치게 되어 공판중심주의에 역행할 우려가 크다.

위한 방법으로 제316조가 규정하고 있는 전문진술의 한 내용으로 조사자 증언을 규정하고 조항과는 그 목적이나 인정취지가 다른다는 점이다. 후술하는 바와 같이 전문진술이 예외적으로 증거로 사용될 수 있는 이유는 법정에서 원진술자에 대한 반대신문이 가능하기 때문이다. 따라서 제312조의 진정 성립을 인정하기 위한 객관적 증명방법으로 조사자의 증언이 포함되는가 하는 점은 제316조의 규정과는 별도로 조서의 진정성을 인정하기 위한 '객관적' 방법인가 하는 점만을 평가하는 것으로 충분하다고 하겠다.

3. 제312조 3항과 제316조의 충돌

개정된 제316조 1항은 피고인을 공소제기 전에 피의자로 조사하거나 조사에 참여한 자의 피고인의 수사과정에서의 진술에 관해 증언할 경우 그 증언에 증거능력을 부여하도록 하였다. 그 이유로 공판중심주의적 법정절차를 확립하기 위해 조서의 증거사용을 제한하고 법정에서의 구두변론과 신문의 활성화가 필요하다는 점을 개정 이유로 들고 있다. 따라서 검사나 사법경찰관 등이 수사과정에서 이루어진 피고인의 진술에 관해 증언할 경우 그 증언의 증거능력을 부여하면서 피고인 측의 반대신문을 통해 조사자를 탄핵할 수 있도록 하였다.

제316조 1항 규정의 의미는 피의자신문조서가 그 요건을 충족하지 못하여 증거능력이 부인되는 경우 그 서면을 배제하고도 그들 진술의 증거능력을 인정받을 수 있게 된 데에 있다고 할 수 있다. 동조에 의하면 피고인이 아닌 자, 예컨대 피의자의 조사관이 공판준비 또는 공판기일에서의 진술이 피고인의 진술을 그 내용으로 하는 것인 때에는 그 진술의 특신상태만 인정되면 증거능력을 얻게 된다는 사실이다. 따라서 제312조 제1항 및 제2항의 신문조서의 증거능력이 부인되더라도 제316조에 따라 신문자의 증언에 의하여 그 내용의 증거능력을 인정받게 되어 검사나 경찰의 신문조서의 증거능력을 실질적으로 보다 쉽게 인정받을 수 있게 되었다.

특히 사경 작성의 피신조서는 개정 전후 내용에 변함이 없으며, 피의자가 진술 내용을 부인하면 피신조서의 증거사용이 부정된다. 그런데 제316조 1항 규정에 의해 조사자의 증언도 증거로 활용된다면 조서의 증거사용을 제한하고자 했던 내용은 무의미해진다고 할 수 있으며, 사실상 동 조의 규정은 제312조에 의해 피의자신문조서의 증거능력을 제

한하고자 하는 내용과 충돌하는 것으로 볼 수 있다.

더 나아가 제312조의 규정은 조서의 작성 주체에 따라 증거능력의 요건을 달리 하는데, 제316조에 의하면 이러한 차별적 규정은 아무런 의미를 갖지 못하게 된다.⁶²⁾ 따라서 제312조와 제316조의 관계를 어떻게 정리해야 하는지, 작성주체간의 조서의 증거능력에 차등을 두는 것이 바람직한 것인지에 대한 논의가 필요하다고 하겠다.

4. 작성 주체에 따른 차별적 증거능력

형사소송법 개정 이후 검사 작성의 피의자신문조서는 피고인의 진술 외에 영상녹화물 등 객관적 방법에 의해 실질적 진정 성립을 인정할 수 있도록 하여 그 증거능력의 요건이 개정 전보다 완화되었다. 아울러 제316조의 규정에 의해 검사가 법정에서 출석하여 증언을 한 경우 그 진술도 증거로 사용될 수 있기 때문에 피신조서의 증거사용은 개정 전보다 더 큰 의미를 가진다고 하겠다.

반면에 검사 외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서는 물론 피고인이 수사과정에서 작성한 진술서도 제312조 제3항이 적용되어 피고인이나 변호인이 그 내용을 인정하여 증거능력이 있다. 물론 조사를 담당한 경찰도 제316조 1항 규정에 따라 법정에서 출석하여 증언을 할 수 있으므로 제312조 2항에 의한 제한이 실제 큰 의미를 갖지는 못할 수 있다. 다만 검찰 작성 조서와의 차별적 증거 인정은 여전하므로 수사를 받는 피의자는 종래와 마찬가지로 이중으로 피의자조사를 받아야 하는 불편함을 감수해야 한다.

제312조만 본다면 개정 후 작성주체에 따라 차등적으로 증거능력을 인정하는 요건은 더욱 차이가 생기게 되었다고 할 수 있다. 이러한 차별적 조서의 증거능력 인정은 앞서 본 바와 같이 사법경찰관이 피의자의 자백을 얻는 데 편중하여 가혹행위를 하는 등 인권 유린의 위험성이 많아 이를 방지하려는 입법정책적 고려에서 나온 것이며, 그 외에 증거법상의 이유는 찾아보기 어렵다.

그러나 인권을 침해하는 상황은 경찰뿐만 아니라 검찰에서도 발생할 수 있는데 실제 2002년 10월 검사의 수사를 받던 살인피의자 치사사건이 발생하기도 했다. 아울러 검찰 수사과정에 작성되는 피의자신문조서는 사실상 수사에 참여하는 계장에 의해 작성되는

62) 정용석, "검사작성의 피고인이 된 피의자신문조서의 증거능력", 저스티스 제83호, 228면.

것이 현실이라고 한다.⁶³⁾ 수사과정의 적법절차가 충분히 보장되어 있다면 이러한 차등적 증거능력 규정이 합리적 이유가 있는지 의문이 생길 수 있다. 검찰 조서의 증거능력의 요건을 개정전 보다 완화하는 것이 수사의 효율성과 실체진실의 발견에 기여한다면 검경 작성의 조서간의 차별을 없앨 가능성에 대해서도 검토해 보아야 한다. 아울러 조서사용이 공판중심주의에 반하는 것으로 이야기 되고 있기 때문에 공판중심주의의 의의와 함께 조서사용의 한계에 대해서도 논할 필요가 있다.

5. 공판중심주의의 의미 감소

원래 사개추위의 개정작업의 주요 목표 중 하나는 피의자신문조서의 증거능력을 엄격히 제한하는 것이었으나, 개정 후 피신조서 관련 규정의 내용은 오히려 피신조서의 증거능력 요건을 완화시키는 결과를 가져왔다. 이는 종래 입법이 아닌 대법원 판례로 정리된 증거능력 인정기준을 법률로 명시하는 대신에 엄격하게 전문법칙을 적용하는 데 따른 수사상의 어려움을 감안하여 전문법칙의 예외조건을 다소 완화한 것으로 평가할 수 있다.

그러나 이러한 개정내용은 공판중심주의를 철저히 실현하고자 하는 의도와는 맞지 않다는 비판들이 제기되고 있다.⁶⁴⁾ 그 주된 논거는 영상녹화물 등의 객관적 방법으로 피고인이 부인하더라도 피신조서가 증거로 사용될 수 있게 되어 구두변론주의의 활성화를 통한 공판중심의 형사재판이라는 시대적 흐름에 반하다는 것이다.

개정 전후와 관계없이 형사소송법은 전문증거의 예외 규정을 두어 수사단계에서 작성된 서류는 원진술자가 공판정에서 진정 성립을 인정하는 경우 증거로 할 수 있다. 따라서 개정 전 전 원진술자가 법정에서 증인으로 출석하더라도 증거서류의 진정성립만 진술하였고, 변호인이 없는 경우에는 반대신문권이 유명무실하기 때문에 실제 법원의 심증은 원진술자의 법정 진술이 아니라 다시 증거서류에 의하는 경우가 많아 결국은 조서재판을 조장하는 측면이 있으며 피고인은 증거동이나 진정 성립을 확인해 주는 데에 그치는 면이 많았다. 물론 증인이나 참고인도 해당 진술조서의 진정 성립을 확인하기 위한 수단으로 전략하였다는 비판이 제기되었다.⁶⁵⁾

63) 황운하, “공판중심주의 확립을 위한 형사소송법개정에 대한 의견”, 민주사회를 위한 변론, 제64호 (2005.5), 민주사회를 위한 변호사모임, 50면.

64) 서보학, “개정형사소송법에 의한 수사조서 및 영상녹화물의 증거능력”, 사법, 2008, 1면 이하.

조서의 사용이 바로 공판중심주의에 반한다고 주장하는 이면에는 법원이 형식적 진정 성립이 인정되면 실질적 진정 성립, 더 나아가 특신상태도 인정된다고 추정하여 증거능력을 비교적 쉽게 인정하고 공판정에 자백이나 조서의 증거가치(증명력)을 판단한다는 태도에서 그 원인을 찾아볼 수 있다.

그러나 조서의 사용이 반드시 공판중심주의에 반하는 것인가 하는 점에 대해서는 각국의 입법례를 통해 조서나 조서의 진술내용에 대한 평가를 통해 살펴볼 필요가 있다.

6. 수사의 효율성 감소

작성주체에 따른 차별적 증거능력 인정은 경찰에서의 피의자 신문 외에도 검찰에서의 또 한 번의 피의자신문이 요구되므로 동일한 내용에 대해 이중수사가 될 수 있어 검찰과 경찰은 이중 수사로 인해 수사력을 낭비할 수 있으며 피의자나 참고인에 대해서는 그로 인한 불편을 야기할 수 있다.⁶⁶⁾ 물론 피의자가 검사 앞에서 다시 한 번 진술의 기회를 가지는 것이 좋을 수도 있으나 실상은 검찰에서의 피의자신문이나 수사는 경찰에서의 자백이나 진술과 동일한 내용의 자백 등을 받는 데 주력하기 때문에 실제진실의 발견에 기여하거나 피의자의 억울함을 해소하는 데에 도움이 되지 못할 것이다.⁶⁷⁾

아울러 검찰 작성의 피의자신문조서는 피의자의 부인에도 불구하고 증거사용의 가능성이 넓어졌고 사법경찰관 작성의 피의자신문조서의 진술내용도 제316조 1항 규정에 따라 조사자의 증언에 따라 실제 증거로 사용될 수 있으므로 피고인의 자백과 진술조서의 비중이 오히려 개정 전보다 커졌다고 할 수 있다. 이는 과학수사보다는 자백에 의존하는 수사관행이 계속될 수 있는 우려가 생기게 한다.

검정 작성 주체에 따른 조서의 차등적 증거능력 인정에 대한 종래의 비판은 개정 이후 더욱 적절하다고 할 것이다. 개정 이후 검사 작성의 신문조서에 대해서는 그 증거능력의 요건이 완화되었고 경찰 작성의 피신조서의 증거능력은 아무런 차이가 없으므로 비록 조사자증언 제도를 활용할 수 있다 하더라도 검사의 피신조서를 무조건적으로 확보하려고 할 것이기 때문이다.

65) 유해용, 앞의 논문, 209면.

66) 서보학, 앞의 논문, 8면; 신동운(역), 입문 일본 형사수속법, 2003, 273면.

67) 서보학, 앞의 논문, 9면.

다만 검사 작성의 피신조서와 사경 작성의 피신조서의 차등적 증거능력은 검사와 사법경찰관리간의 수사지휘권과 관련하여 이야기 할 수 있기 때문에 이러한 차등적 증거능력 문제는 수사권 독립과도 간접적으로 연계될 수 있을 것이다.

제3장 외국의 입법례

앞서 본 바와 같이 우리 형사소송법은 제정 때부터 수사기관이 작성한 피의자신문조서에 대해 증거능력을 부여하되 인권보장 등의 이유로 검사 작성 조서와 사경 작성 조서를 차등하여 규제하는 독특한 형식을 취해오고 있다. 이번 형사소송법의 개정 방향 중 하나인 공판중심주의를 철저히 실현하면서도 조서의 사용 내용과 범위의 타당성 여부를 살펴 보기 위해 먼저 외국의 입법례를 살펴볼 필요가 있다.

제1절 미국

1. 형사절차

미국의 형사절차는 당사자주의적 체계를 갖추고 있어 경찰의 입건으로 법원에 의한 사법절차가 개시된다. 다만 일부 주에서는 중죄사건 경우 경찰수사의 적법성을 확인하기 위해 검사가 피의자를 소환하여 확인하는 제도를 두는 등 예외적인 경우에 한하여 검사의 수사가 진행되기도 한다. 그러나 피의자가 수사기관에서 자백하면 기소인부절차에 의해 사실 심리가 끝나므로 피의자신문조서의 증거능력 인정여부는 사실상 문제되지 않는다.⁶⁸⁾

만약 피의자가 수사기관에서 범죄사실을 부인하면 실질적인 진술거부권 보장으로 계속적인 신문이 불가능하고 법정에서 수사기관에서의 자백진술을 부인하는 경우 수사단계에서의 진술을 증거능력이 있는가에 대해서 관심을 가지는 것이 아니라 법정의 진술을 이전과의 불일치한 진술로서 신빙성이 있느냐에 대해 검토하는 것으로 보인다. 즉 당사자주의를 취하고 있는 형사절차의 특성상 수사단계에서 피의자가 행한 진술이나 그 진술을

68) 이백철/박병식, 미국의 형사사법제도, 경기대 연구교류처(1998), 50-52면; 이영한, 앞의 논문, 86면; 정완 (역), 미국의 형사절차, 형사정책연구원(2000), 65,66면.

기재한 피의자신문조서가 증거로 사용될 수 있다는 점에 대해서는 별 문제가 없으며, 다만 수사단계의 진술과 법정 진술이 불일치하는 경우 법정진술의 신빙성 여부를 평가하는 것이 중요하다.⁶⁹⁾

다만 유죄협상 등을 위해 자백진술을 서면으로 객관적으로 기록화하는 것에 철저를 기하고 있으며 피의자의 자백진술을 서면화한 진술서면(written statement)은 우리나라의 피의자신문조서와 같은 기능을 한다. 피고인이 된 피의자가 수사단계에서 경찰이나 혹은 검사 앞에서 한 진술이나 이를 기재한 조서는 후술할 연방증거규칙에 따르면 전문법칙의 예외가 해당하는 증거(전문증거)가 아니라고 본다.⁷⁰⁾

수사단계의 피의자 진술에 대해서는 연방증거법 제801조 이하가 적용될 수 있다.

2. 연방증거규칙 (Federal Evidence Rule)⁷¹⁾

연방증거규칙은 8장(Article VIII)의 제801조부터 제807조까지 7개 조문에서 전문법칙을 규정하고 있다. 이들 규정은 작성자 또는 서류의 종류에 따라 구별하는 것이 아니라 전문증거이지만 신용성의 정확적 보장이 인정되기 때문에 증거능력이 인정되는 경우와 원진술자의 법정증언이 불가능하여 증거로 사용할 필요성이 인정되는 경우로 나누어 서술하고 있다.⁷²⁾ 그중 제801조d는 전문증거로 보지 않는 몇 가지 진술을 규정하고 있다. 따라서 요증사실과 관련성만 있으면 증거능력이 인정된다.

가. 제801조⁷³⁾

69) 이영한, 앞의 논문, 86면.

70) 전문증거의 예외 내용 중 하나로 피고인의 자인과 증인의 불일치진술을 이야기 하는 견해도 있다 (이재상, 앞의 책, 23면).

71) 미국의 증거법 법원으로는 연방증거규칙과 각 주의 개별 증거 규칙 및 보통법 규칙이 있다. 그 중 연방증거규칙은 연방재판절차에 적용되며 가장 중요한 의미를 가진다 (사법연수원, 미국 형사법, 2004, 73면).

72) 김철, “미국 연방증거규칙상 전문법칙의 예외에 관한 연구”, 해외연수검사연구논문집 21집 (2006.01); 차동언 저, 형사증거법I-공판중심주의와 전문법칙, 법문사(2007), 89면 이하; Thomas Buckles, Laws of Evidence, 2005, p.13.

73) Rule 801. Definitions

The following definitions apply under this article :

(a) Statement. A “statement” is (1) an oral or written assertion or (2) nonverbal

제801조는 전문증거에 대한 정의규정으로, 본조 a항은 '진술'이 말로 하거나 글로 쓴 상태의 진술 및 말로 하지 않는 행동으로서의 진술도 진술에 해당된다고 하고 있으며, 이러한 진술은 법정에서 주장하려는 목적으로 행해진 것임을 요구한다. b항은 진술자에 대해, c항은 전문진술에 대한 규정으로 진술자가 법정에서 진술한 이외의 진술로서 공판에 의해 주장된 사실을 입증하기 위해 제출된 것이라고 규정한다.

d항은 '전문증거가 아닌 진술'에 대한 규정으로,⁷⁴⁾ 먼저 ① 재판 또는 심리에서 증언하는 증인의 진술로 그 진술에 대한 반대신문이 보장되고 그 진술이 다음 진술 중 하나에 해당하면 전문증거가 아니다. 먼저 i) 종전의 불일치 진술로, 증인의 종전 불일치 진술이 이전의 절차에서 선서 후에 이루어진 것이면 비전문증거이다. ii) 종전의 일치진술로, 증인이 특정한 동기 때문에 거짓말 또는 과장을 하고 있다는 공격을 받고 이를 반박할 목적으로 제출된 이전의 일치 진술은 그 진술이 선서 후에 이루어졌는지 여부에 관계없이 증거능력이 있다.⁷⁵⁾ iii) 종전의 범인 지목 진술로 증인이 범인의 사진 등을 보고

conduct of a person, if it is intended by the person as an assertion.

(b) Declarant. A "declarant" is a person who makes a statement.

(c) Hearsay. "Hearsay" is a statement, other than one made by the declarant while testifying at the trial or hearing, offered in evidence to prove the truth of the matter asserted.

(d) Statements which are not hearsay.

A Statement is not hearsay if

- (1) Prior statement by witness. The declarant testifies at the trial or hearing and is subject to cross-examination concerning the statement, and the statement is (A) inconsistent with the declarant's testimony, and was given under oath subject to the penalty of perjury at a trial, hearing, or other proceeding, or in a deposition, or (B) consistent with the declarant's testimony and is offered to rebut an express or implied charge against the declarant of recent fabrication or improper influence or motive, or (C) one of identification of a person made after perceiving the person; or
- (2) Admission by party-opponent. The statement is offered against a party and is (A) the party's own statement, in either an individual or a representative capacity or (B) a statement of which the party has manifested an adoption or belief in its truth, or (C) a statement by a person authorized by the party to make a statement concerning the subject, or (D) a statement by the party's agent or servant concerning a matter within the scope of the agency or employment, made during the existence of the relationship, or (F)... (in : Steven I. Friedland, Evidence Problems and Materials, 2005, P.265, 266).

74) 사법연수원, 미국형사법 (2004), 193면 이하

그를 범인으로 지목한 내용의 종전진술은 전문증거가 아니다.

② 다음으로 반대당사자의 불이익한 진술(시인 ; Admission)은 전문증거가 아닌데, 시인이란 관련 있는 사실의 어느 당사자에 의한 종전의 승인에 해당될 수 있는 진술 또는 동작을 말한다. 여기에는 구체적으로 반대당사자 본인이나 권한이 있는 대리인의 불이익한 진술, 반대당사자가 진술을 말한다고 선언한 사람의 불이익한 진술, 반대당사자에 의해 특정 분야에 관하여 진술하도록 권한이 부여된 사람의 불이익한 진술, 고용관계가 유지되는 상태에서의 자신의 권한 범위 내에서의 담당직원의 불이익한 진술, 공모관계가 유지되거나 이를 촉진하는 단계에서의 공범의 진술이다.⁷⁶⁾

전문증거가 아니라고 인정되면 이를 법정에서 제출하는 데 아무런 제약이 없어진다. 대표적으로 경찰관이 청취한 피고인의 자백진술에 대한 증언인데, 피고인의 자백진술은 전문증거가 아니므로 경찰관은 자신이 수사과정에서 듣거나 조서로 작성하던 자백진술에 대해 법정에서 증언할 수 있고, 이는 증거로 사용된다.

나. 제802조⁷⁷⁾

제802조는 전문법칙 규정으로, 특별한 법률이 없으면 전문증거를 사용할 수 없다는 원칙 규정이다.

다. 제803조⁷⁸⁾

75) 사법연수원, 앞의 책, 193면.

76) 차동언, 앞의 책, 90면.

77) Rule 802. Hearsay Rule

Hearsay is not admissible except as provided by these rules or by other rules prescribed by the Supreme Court pursuant to statutory authority or by Act of Congress.

78) Rule 803. Hearsay Exceptions: Availability of Declarant Immaterial.

The following are not excluded by the hearsay rule, even though the declarant is available as a witness:

(5) Recorded recollection. A memorandum or record concerning a matter about which a witness once had knowledge but now has insufficient recollection to enable the witness to testify fully and accurately, shown to have been made or adopted by the witness when the matter was fresh in the witness memory and to reflect that knowledge correctly. If admitted, the memorandum or record may be read

제803조 이하는 전문증거임에도 증거로 사용할 수 있는 예외사유를 규정하고 있다. 제803조는 총 23개의 예외사유를 규정하고 있는데,⁷⁹⁾ 그 중 제1항은 '현재의 감각적 느낌에 관한 진술'을, 제2항은 '흥분한 상태의 표현'을 규정하고 있는데, 이는 범행 당시에 범인이나 목격자가 순간적으로 발설한 발언들은 그 신빙성이 매우 높다고 보기 때문이다. 다음으로 제5항의 '기록된 기억'인데, 이는 증인이 전에 기억하였으나 이제 거의 망각한 사실에 대해 이미 기억을 기록하였던 서류를 보고 기억을 되살려 증언하는 것을 말한다.⁸⁰⁾ 이는 경찰관이 법정에서 자신이 수사한 내용에 대해 증언할 때 주로 사용된다고 한다. 미국 경찰관들도 많은 사건을 수사하므로 자신이 수사한 내용에 대해 이미 기록된 사항을 보고 나서야 증언을 할 수 있기 때문이다.⁸¹⁾

라. 제804조⁸²⁾

제804조는 증인이 법정에서 나올 수 없을 경우 전문법칙의 예외를 규정하고 있는데, 그

into evidence but may not itself be received as an exhibit unless offered by an adverse party.

79) 피의자신문조서를 제외한 나머지 전문법칙의 예외 사유는 차동언, 앞의 책, 90면 이하 참조.

80) 차동언, 앞의 책, 90면.

81) Catherine R. Lazuran, Admissibility of statement under Rule 803(5) of Federal Rules of Evidence, *providence, providing for recorded - recollection exception to Hearsay Rule*, American Law Reports, 1977, 6면.

82) Rule 804. Hearsay Exceptions: Declarant Unavailable

(a) Definition of unavailability. "Unavailability as a witness" includes situations in which the declarant-

- (1) is exempted by ruling of the court on the ground of privilege from testifying concerning the subject matter of the declarant's statement; or
- (2) persists in refusing to testify concerning the subject matter of the declarant's statement despite an order of the court to do so; or
- (3) testifies to a lack of memory of the subject matter of the declarant's statement; or
- (4) is unable to be present or to testify at the hearing because of death or then existing physical or mental illness or infirmity; or
- (5) is absent from the hearing and the proponent of a statement has been unable to procure the declarant's attendance by process or other reasonable means

(b) Hearsay exceptions

내용으로는 증언거부특권이 있는 경우, 재판부의 명령에도 불구하고 증인이 증언을 거부하는 경우, 기억이 나지 않는다는 이유로 증언을 하지 못하는 경우, 사망이나 현재의 건강상태를 이유로 증언을 하지 못하는 경우, 증인이 소재불명인 경우를 예시하고 있다.

마. 제805조⁸³⁾

제805조는 이중전문진술에 대한 규정을, 제806조는 전문진술이 허용되었을 경우 해당 전문진술에 대한 탄핵수단으로서 원진술자의 법정 외 행동이나 언행으로 탄핵할 수 있다는 내용과 전문진술의 반대당사자는 원진술자를 법정 외 불러내어 반대신문과 같이 신문할 수 있다는 내용이다.⁸⁴⁾

바. 제807조⁸⁵⁾

제807조는 보충적인(포괄적인) 예외사항에 대한 규정으로, 위에서 언급한 전문법칙의 예외에 해당되지 않더라도 법원이 i) 법정 외 진술이 중요 사실의 증거로 제출되었고 ii) 증거를 제출한 측에서 정상적인 노력으로 얻을 수 있는 어느 증거보다 증명력이 높고, iii) 그 증거를 허용하는 것이 증거법의 정신과 정의 관념에 부합할 경우에는 전문증거라 하더라도 증거로서 허용한다는 내용을 담고 있다.⁸⁶⁾

83) Rule 805 Hearsay Within Hearsay

Hearsay included within hearsay is not excluded under the hearsay rule if each part of the combined statements conforms with an exception to the hearsay rule provided in these rules.

84) 차동언, 앞의 책, 91면.

85) Rule 807 Residual Exception

A statement not specifically covered by Rule 803 or 804 but having equivalent circumstantial guarantees of trustworthiness, is not excluded by the hearsay rule, if the court determines that (A) the statement is offered as evidence of a material fact; (B) the statement is more probative on the point for which it is offered than any other evidence which the proponent these rules and the interests of justice will best be served by admission of the statement into evidence. However, a statement may not be admitted under this exception unless the proponent of it makes known to the adverse party sufficiently in advance of the trial or hearing to provide the adverse to offer the statement and the particulars of it, including the name and address of the declarant.

3. 검토

가. 피의자의 법정 외 진술

앞서 미국 연방증거규칙을 살펴 본 결과 피고인의 법정 외 진술에 대해서는 다음과 몇 가지 내용으로 정리될 수 있다고 하겠다.

- ① 검찰 작성의 피의자신문조서나 경찰작성 피의자신문조서 등을 별도로 취급하는 규정을 두고 있지는 않다. 따라서 앞서 살펴 본 바와 같이 형사피의자의 수사기관에서의 진술은 당사자의 법정 외에서의 진술이며 다만 전문증거인지 여부만이 문제된다고 하겠다.
- ② 제801조에서 전문증거의 개념 정의를 하면서 일정한 요건을 갖춘 증인의 '중진진술'은 전문증거의 개념에서 제외함으로써 증거능력을 부여하고 있다. 특히 연방증거법 제801조 d의 2에 따르면 공판정 외에서의 피의자의 불이익한 사실을 인정하는 진술(시인 또는 자인 admission)은 전문진술이 아니므로 증거로 사용할 수 있다. 즉 피고인의 법정 외 자인진술은 전문증거가 아니므로 신용성의 정황적 보장과 상관없이 증거능력이 인정된다.
- ③ 자백과 시인을 전문법칙의 예외로 취급하거나 그 부적용의 경우로 취급하여 증거능력을 인정하고 있으나 형사사건에서 피의자의 자백이나 시인은 서명된 서면으로 작성하여 그것을 청취하거나 신문한 자가 공판정에 증인으로 나와서 진술함으로써 그 증언이 증거로 되는 것이지, 자백 서면 자체가 직접 증거로 되는 것은 아니다.⁸⁶⁾
- ④ 법정 증언과 모순되는 법정 외 진술은 그것이 공판(trial), 심문절차(hearing) 또는 전서 증언(deposition)에서 전서 아래 한 것일 때 한하여 증거로 허용된다. 법정 증언과 일치하는 법정 외 진술은 그 증언이 최근에 조작되었거나 부적절한 영향 또는 동기에 의한 것이라는 명시적 또는 묵시적 주장을 반박하기 위해서만 증거로 허용된다.

86) 사법연수원, 앞의 책, 199면.

87) 이백철/박병식, 앞의 책, 50-52면; 이영한, 앞의 논문, 86면; 정완(역), 앞의 책, 65,66면.

나. 신용성의 정황적 보장과 필요성

피고인의 법정 외 자백에 대해서는 무조건적인 증거능력을 부여하는 것은 아니다. 우선 진술내용을 기재에 대한 서면에 대한 진정성 여부를 특별히 문제 삼고 있는 것처럼 보여지지 않지만, 피의자의 자백진술이 담긴 진술서면의 경우 임의성과 진정성이 인정되면 진술서면 자체가 증거로 채택되는 경우가 발생한다. 그것은 미국의 경우 우리의 피의자신문제도를 두고 있지는 않으며 법정 외의 자백을 전문증거로 보지는 않고 일정한 요건을 충족하는 경우 증거로 할 수 있다고 보기 때문이다.⁸⁸⁾ 따라서 진술을 하게 된 과정과 상황, 자백을 뒷받침할 다른 증거 여부, 자백이 자발적인 것인지의 여부, 자기부죄금지 원칙 침해 여부, 변호인의 조력을 받을 권리의 침해 여부를 보장했는지 여부를 엄격하게 조사, 자백을 증거로 허용할지 여부를 결정한다.⁸⁹⁾

그러나 전문증거의 사용과 관련하여서는, 사실인정을 위해서는 반대신문을 통해 검증할 수 있도록 진술자에 의한 직접 증언이 바람직하지만 직접 증언이 불가능한 경우 사실 발견절차에서 법정 외 진술을 증거로 사용하지 않는 것보다 사용하는 것이 실제진실의 발견을 위해 필요한 경우, 즉 증인의 법정증언이 불가능한 경우 예외가 허용된다. 이러한 예외(전문법칙의 예외)를 인정하는 기준이 '신빙성의 정황적 보장'과 '필요성'이다.⁹⁰⁾ 전자는 당사자에게 반대신문의 기회를 주지 않더라도 당사자의 이익을 해하지 아니할 정도로 진실성이 여러 가지 상황에 의해 보장되는 경우, 사건 직후의 충동적 발언과 같은 '진술의 자연성'이 보장되는 경우, 죽음에 직면한 자의 임종의 진술과 같은 '진술의 양심성', 재산상의 이익에 반하는 진술과 같은 '진술의 비이익성', 공문서나 업무상 문서와 같이 업무상 통상의 과정에서 작성되는 문서 같은 '진술의 공식성'이 인정되는 경우가 그 예가 된다.⁹¹⁾

88) 미국의 경우 실제 수사실무에서도 강력사건 등 초동 수사단계에서 피의자의 진술이 절대적으로 필요한 사건의 경우 피의자에 대한 강도 높은 신문(interrogation)이 이루어지고 있다고 한다. 이러한 신문을 통해 취득한 진술이 유죄협상이나 유죄인정답변을 이끌어 내는데 결정적 역할을 하기 때문이다. 따라서 피의자 신문의 결과 즉 자백진술을 서면 등으로 객관적으로 기록하는 것에 철저를 기하고 있으며, 실제로 피의자의 자백진술을 서면화한 진술서면은 사실상 우리나라의 피의자신문조서와 같은 기능을 한다(차동언, 앞의 책, 194면).

89) 유해용, 앞의 논문, 198면.

90) 서철원, 미국의 형사소송법, 법원사(2005), 225면.

91) 연방증거규칙 제804조; 유해용, 앞의 논문, 197, 199면.

증인이 법정에서 수사기관에서의 진술과 달리 증언할 경우에는 종전 불일치진술에 해당되어 그 진술이 선서진술인 경우에는 본증으로, 비선서 진술인 경우에는 탄핵증거로 사용이 될 수 있다.⁹²⁾

제2절 영국

1. 인정진술

영국의 형사소송법(Criminal Justice Act)은 2003년 개정되었다. 개정 전의 법이 전문증거의 증거능력을 과도하게 제한하고 있어 실제진실의 발견에 장애가 된다는 비판을 수용하여 전문증거를 포함하여 증거제출을 유연하게 할 목적으로 개정한 것이다.⁹³⁾

동법은 증인이 공판정에서 수사단계에서 특정 진술을 한 사실을 인정하면 이 인정진술을 증거로 할 수 있고, 증인이 수사단계에서 특정 진술을 한 사실 자체를 다투는 경우 그 사실을 이야기했음을 입증하면 이를 증거로 할 수 있도록 하였다. 이때 증인을 신문하면서 조서를 보여 줄 수 있다(동법 제119조). 이는 증인이 법정에 행한 인정진술과 증인의 법정 외 진술을 입증하도록 한 것이다.⁹⁴⁾

2. 전문법칙의 예외와 영상녹화물의 사용

형사소송법은 자백(Confessions) 또는 자백이 포함된 진술(mixed statements)은 전문법칙의 예외로 열거하고 있으며, 변호인선임권이나 진술거부권을 고지하지 않은 경우 피의자의 자백은 신뢰성 없는 자백에 해당되어 증거능력이 없다고 하였다.⁹⁵⁾ 우리나라의 임의성 없는 자백과 마찬가지로 신뢰성 없는 자백 등에 대해서는 전문법칙과 상관 없이 증거로 사용될 수 없다.

92) 차동언, 앞의 책, 195면.

93) 김기동, 앞의 논문, 22면; 정웅석, 형사증거법상의 전문법칙에 관한 연구, 연세대 박사학위 청구논문(1999), 108면 이하.

94) 정웅석, “조서와 진술의 증거능력 관계”, 비교형사법연구 제8권 제1호(2006.8), 711면.

95) 김기동, “영국의 수사단계 진술의 증거능력”, 해외연수검사연구논문집(II) (2006), 14면.

피의자의 진술을 기재한 조서나 영상녹화물 등 피의자의 자백 등을 기재한 조서가 진술거부권을 고지하는 등 적법한 절차와 방식에 따라 취득하고 자백이 강요나 신뢰할 수 없는 상황에서 이루어진 것이 아닌 이상 증거능력을 인정받는다. 조서의 진정 성립은 증거능력 인정요건이 아니다.

한 편 전문증거의 예외적 허용사유로 '두려움'의 개념도 도입하여 증인이 두려움으로 인해 법정에서 진술하기 곤란하거나 법정에 출석하여도 진술을 계속할 수 없는 경우에는 수사단계에서의 진술을 증거로 할 수 있다(동법 제116조 제2항 e호). 두려움에는 재산상의 손실도 포함하는 것으로 본다.⁹⁶⁾

증인이 증언을 하면서 자신의 기억을 상기시키기 위해 진술조서를 보는 것 외에 영상 녹화물을 재생하는 것도 허용한다. 공판정의 진술에 대하여도 일정한 요건 하에 영상 녹화물의 증거능력을 인정한다(동법 제139조).

구체적으로 피의자신문절차 및 조서 작성 방법에 관하여는 경찰과 형사증거법(The Police and Criminal Evidence Act)의 실무규정(PACE Code of Practice for the Detention, Treatment and Questioning of Persons by Police Officers)에서 규정한다. 피신조서는 문답식 외에 서술식 보고서 형식으로 작성되기도 한다.⁹⁷⁾

영국은 실무규정(PACE)에서 경찰관이 피의자와의 신문을 반드시 녹취하여야 한다는 규정을 명시하였다. 그것은 진술의 증거능력 및 정확성을 둘러싼 경찰관과 형사피의자 간의 분쟁을 원천적으로 방지하기 위함이었다.⁹⁸⁾

96) 정웅석, 앞의 논문, 711면.

97) 김기동, 앞의 논문, 17면.

98) 조국, 위법수집증거배제의 법칙, 박영사 (2005), 93,93면. 영국에서는 피의자신문의 테이프 녹취 문제가 장기간 논쟁의 대상이었으나, 신문의 테이프 녹취가 구두진술의 신빙성 또는 진실성에 대한 의혹을 해소해 주는 장점이 있음을 알게 되었다(조국, 앞의 책, 93면).

제3절 독일

1. 피의자신문

가. 제163조a (수사단계에서의 신문)⁹⁹⁾

- (1) 항 : 피의자는 늦어도 수사가 종결되기 전까지 신문을 받을 수 있으나, 절차가 중단된 경우에는 예외로 한다. 단순한 사건의 경우에는 피의자에게 서면으로 그 내용을 제출할 수 있도록 할 수 있다.
- (2) 항 : 피의자가 자신의 혐의를 부인하기 위해 증거의 채택을 신청한다면, 그 증거가 관련이 있는 한 증거제출을 하도록 한다.
- (3) 항 : 피의자는 검사의 소환에 출석할 의무가 있다. 출석요구의 적법성에 대해서는 법원이 판단하며, 제161조a 3호 2문부터 4문이 적용된다.
- (4) 경찰이 행하는 첫 번째 피의자신문에서는 피의자에게 피의사실을 주지해 주어야 한다. 그 외의 경찰의 피의자신문에 관한 것은 제136조 제1항 1문부터 4문, 제2항, 제3항, 제136조a 가 적용된다.
- (5) 경찰에 의한 증인이나 감정인 신문에 대하여는 제52조 제3항과 제136조a와 함께

99) §163a (Vernehmung des Beschuldigten)

- (1) Der Beschuldigte ist spätestens vor dem Abschluß der Ermittlungen zu vernehmen, es sei denn, daß das Verfahren zur Einstellung führt. In einfachen Sachen genügt es, daß ihm Gelegenheit gegeben wird, sich schriftlich zu äußern.
- (2) Beantragt der Beschuldigte zu seiner Entlastung die Aufnahme von Beweisen, so sind sie zu erheben, wenn sie von Bedeutung sind.
- (3) Der Beschuldigten ist verpflichtet, auf Ladung vor der Staatsanwaltschaft zu scheinen. Die §§ 133 bis 136a und 168c Abs. 1 und 5 gelten entsprechend. über die Rechtmäßigkeit der Vorführung entscheidet auf Antrag des Beschuldigten das Gericht: §161a Abs.3 Satz 2 bis 4 ist anzuwenden.
- (4) Bei der ersten Vernehmung des Beschuldigten durch Beamte des Polizeidienstes ist dem Beschuldigten zu eröffnen, welche Tat ihm zur Last gelegt wird. Im übrigen sind Satz 2 bis 4, Abs.2,3 und § 136a anzuwenden.
- (5) Bei der Vernehmung eines Zeugen oder Sachverständigen durch Beamte des Polizeidienstes sind §52 Abs.3, §§ 55 Abs. 2 und § 81c Abs. 3 Satz 2 in Verbindung mit §52 Abs.3 und §136a entsprechend anzuwenden.

제52조 제3항, 제55조 2항, 제81조c 제3항 2문이 적용된다.

나. 제168조 (조서)¹⁰⁰⁾

법관의 신문내용은 조서로 작성되어야 한다....

다. 제168조 b (검사 진술조서)¹⁰¹⁾

- (1) 항 : 검사의 신문의 결과는 서면으로 작성되어야 한다.
- (2) 항 : 피의자, 증인, 감정인에 대한 신문은 제168조와 제168조a에 따라 조서로 작성되어야 하며, 이는 수사의 중대한 지연이 있는 경우는 제외한다.

2. 검토

독일은 직권주의적 소송구조를 가지고 있어, 재판장은 미리 송부된 수사기록을 철저히 읽고 법정에서 들어와 직접 피고인 및 증인을 신문하고 피고인과 증인이 수사기록과 다른 진술을 할 경우에는 수사기록과 비교, 어느 쪽 진술이 사실이 진실인지 추궁하여 실제 진실을 밝히고자 한다.¹⁰²⁾ 아울러 수사단계에서 법관은 피의자나 증인을 제168조에 따라 신문할 수 있다. 독일 형사소송법은 전문법칙은 채용되지 않고 있지만 제250조 규정 등에 따르면 직접주의원칙에 따른 것이다.¹⁰³⁾ 따라서 수사단계에서 획득한 조서나 다른 서면 등은 원칙적으로 증거사용이 금지된다(Beweisverbot).¹⁰⁴⁾

100) § 168 (Protokoll)

Über jede richterliche Untersuchungshandlung ist ein Protikoll aufzunehmen. ...

101) § 168b (Protokoll über staatsanwaltschaftliche Untersuchungshandlungen)

(1) Das Ergebnis staatsanwaltschaftlicher Untersuchungshandlungen ist aktenkundig zu machen.

(2) Über die Vernehmung des Beschuldigten, der Zeugen und Sachverständigen soll ein Protokoll nach den §§ 168 und 168a aufgenommen werden, soweit dies ohne erhebliche Verzögerung der Ermittlungen geschehen kann.

102) 차동언, 앞의 책, 92면.

103) Lutz Meyer-Großner, §250, Rn.1.

104) Lutz Meyer-Großner, §250 Rn,6,7.

제163조 a의 제3항은 검사가 피의자를 신문할 수 있음을 규정하고 있으며, 제163조 a의 제4항은 경찰관이 피의자를 신문할 수 있음을 규정하고 있다.¹⁰⁵⁾ 피의자나 증인, 감정인을 신문한 내용은 조서(Protokolle)로 작성되어야 하는데, 조서의 작성과 관련된 조항은 제168조와 제168조b 규정이다. 주체에 따른 조서의 작성과 그 증거사용 여부 외에는 조서작성에 대한 구체적인 언급은 없다.¹⁰⁶⁾ 아울러 검찰과 법원은 피의자신문을 위해 강제로 피의자를 소환할 수 있으나 경찰은 가능하지 않다.¹⁰⁷⁾

제168조는 법관이 피의자나 증인을 신문한 내용을 조서로 작성하여 함을 규정하고 있다. 따라서 제168조의 법관의 신문(Untersuchungshandlung)은 법관의 피의자나 증인을 신문하는 수사활동이다.¹⁰⁸⁾ 제168조b는 검사가 피의자나 증인, 감정인을 신문하고 그 내용을 조서로 작성하여야 함을 규정하고 있다. 동 조항에서 제168조와 제168조a에 따라 조서 작성을 이야기 하고 있으므로 내용에 있어서는 제168조 등과 차이가 없다. 경찰은 피의자를 신문한 후 제168조 이하의 규정에 따라 조서(Protokolle)를 작성하도록 한다.

조서에 기재된 내용은 제251조 제1항에 따라 공판정에서 낭독되면 증거로 사용할 수 있으며 법정에서 그 증명력을 평가한다.¹⁰⁹⁾

독일은 신문의 내용과 관련하여 진술서의 형태에 대해서는 특별히 규정하고 있지 않으나 이후 법정에서 증거로 사용하는 것에 대비하여 대체로 진술한 자가 스스로 작성하고 서명 날인하도록 한다.¹¹⁰⁾

3. 증거조사

가. 제250조 (인적 신문의 원칙)¹¹¹⁾

105) Lutz Meyer-Großner, Strafprozessordnung, §163a, Rn 2.

106) Kühne, Strafprozessrecht, S. 192 Rn. 358.

107) Eisenberg, Beweisrecht der StPO, S.191 Rn. 512; Kühne, Strafprozessrecht, S.190 Rn. 354.

108) Karlsruher Kommentar-Wache, § 168 Rn. 2.

109) KK-Wache, §163a Rn.35.

110) Karlsruher Kommentar-Wache, Strafprozessordnung, § 168a Rn.8.

111) § 250 (Grundsatz der persönlichen Vernehmung)

Beruhet der Beweis einer Tatsache auf der Wahrnehmung einer Person, so ist diese

사실의 증명이 사람의 지각에 의존하는 경우에는 공판에서 그 자를 신문하여야 한다. 이전의 신문을 녹취한 조서 또는 진술서의 낭독으로써 신문을 갈음할 수 없다.

나. 제251조는 (조서의 낭독)¹¹²⁾

- (1) 항 : 다음 각 호의 경우 증인, 감정인 또는 공동피의자에 대한 신문은 이들의 서면 진술을 포함하는 기록이나 이들에 대한 다른 신문조서의 낭독으로 대체할 수 있다.
1. 증인, 감정인 또는 공동피의자가 사망하였거나 정신병원에 수용되어 있거나 소재가 알 수 없는 경우
 2. 지병 등의 사유로 증인, 감정인 또는 공동피의자가 공판정에 상당기간 법정에서 출석할 수 없는 경우
 3. 증인, 감정인 또는 공동피의자가 그의 증언 내용에 비해 상당히 먼 거리에 소재하고 있어 공판정의 출석을 기대할 수 없는 경우
 4. 검사, 변호인 그리고 피고인인 낭독에 동의한 경우

다. 제253조 (기억을 돕기 위한 낭독과 모순 시 낭독)¹¹³⁾

in der Hauptverhandlung zu vernehmen. Die Vernehmung darf nicht durch Verlesung des über eine frühere Vernehmung auf genommenen Protokolls oder einer schriftlichen Erklärung ersetzt werden.

112) § 251 (Verlesung von Protokoll=

- (1) Die Vernehmung eines Zeugen, Sachverständigen oder Mitbeschuldigten darf durch Verlesung der Niederschrift über seine frühere richterliche Vernehmung ersetzt werden, wenn
1. der Zeugen, Sachverständige oder Mitbeschuldigte verstorben oder in Geisteskrankheit verfallen ist oder wenn sein Aufenthalt nicht zu ermitteln ist;
 2. dem Erscheinen des Zeugen, Sachverständigen oder Mitbeschuldigten in der Hauptverhandlung für eine längere oder ungewisse Zeit Krankheit, Gebrechlichkeit oder andere nicht zu beseitigende Hindernisse entgegenstehen;
 3. dem Zeugen oder Sachverständigen das Erscheinen in der Hauptverhandlung wegen großer Entfernung unter Berücksichtigung der Bedeutung seiner Aussage nicht zugemutet werden kann;
 4. der Staatsanwalt, der Verteidiger und der Angeklagte mit der Verlesung einverstanden sind.

113) § 253 (Protokollverlesung zur Gedächtnisunterstützung)

- (1) 항 : 증인이나 감정인이 특정 사실이 기억나지 않는다고 하는 경우 이들에 대한 과거 신문내용 기억을 도와 줄 수 있는 조서의 관련 부분을 낭독할 수 있다.
- (2) 항 : (1)항은 공판을 중단하는 것 이외에는 다른 방법으로는 과거의 진술과 모순된 진술내용을 확인하거나 제거할 수 없는 경우에도 적용될 수 있다.

라. 검토

독일은 직접주의 원칙 하에서 전문법칙이나 그 예외와 관련된 규정이 없다. 그 대신 영미의 전문법칙이나 그 예외에 해당한다고 볼 수 있는 규정이 제250에서 제255조에서 규정하고 있다.¹¹⁴⁾

형사소송법 제250조는 '사실의 증명이 사람의 지각에 의존하는 경우에는 공판에서 그 자를 신문하여야 한다. 이전의 신문을 녹취한 조서 또는 진술서의 낭독으로써 신문에 갈음할 수 없다'라는 규정을 두어 '직접주의'를 선언하고 있다.¹¹⁵⁾ 아울러 원칙적으로 진술 조서의 증거능력을 부인하되 증인이 사망하였거나 가까운 장래에 법정에서 증언할 수 없는 경우에는 낭독을 인정하고 있다.¹¹⁶⁾

제251조는 과거 진술자가 사망하였거나 정신질환을 앓고 있거나 그의 거주지를 알 수 없는 경우, 질병, 노쇠 기타 제거할 수 없는 장애를 이유로 감정인 또는 공동피의자의 공판에의 출석이 장기간 또는 불확정기간 동안 불가능한 경우, 증인 또는 감정인의 진술의 중요성을 고려해 볼 때 원격으로 인해 이들의 공판에의 출석들 요구할 수 없는 경우이고, 검사나 공판피고인 및 변호인이 낭독에 동의한 경우이다.¹¹⁷⁾ 그러나 증인이 증언거부권을 행사한 경우에는 조서의 낭독을 불허하는 제252조의 규정도 있다.

- (1) Erklärt ein Zeuge oder Sachverständiger, daß er sich einer Tatsache nicht mehr erinnere, so kann der hierauf bezügliche Teil des Protokolls über seine frühere Vernehmung zur Unterstützung seines Gedächtnisses verlesen werden.
- (2) Dasselbe kann geschehen, wenn ein in der Vernehmung hervortretender Widerspruch mit der früheren Aussage nicht auf andere Weise ohne Unterbrechung der Hauptverhandlung festgestellt oder behoben werden kann.

114) KK-Diemer, §250 Rn.1.

115) 정용석, 앞의 논문, 717면.

116) 이영한, 96,97면: 이재상, 공판중심주의, 21면.

117) KK-Diemer, §251 Rn21-26; 차용석, "형사소송법상의 공판중심주의에 관한 고찰", 법조 617호(2008.2), 17면.

제254조는 피고인의 자백이 기재된 법관의 피고인신문조서의 전의 진술과 모순을 제거하기 위한 조서의 낭독도 허용된다. 제255조는 관청의 진술 및 의사의 진단서의 낭독 등을 규정하고 있다.

위의 규정들은 전문법칙이라기 보다는 직접심리주의의 요청을 반영한 것이라는 견해가 다수설이며, 조문자체에도 전문증거 또는 전문법칙이라는 표현은 사용하지 않는다. 이는 반대신문권의 보장이 목적이 아니라 증인의 태도 관찰에 의한 정확한 심증형성이 목적이 라고 해석한다.¹¹⁸⁾

4. 법정 외 진술의 활용

가. 조서의 증거사용 금지

독일은 제250조 규정에 따라 수사기관이 작성한 피의자신문조서는 앞서 본 바와 같이 공판에서 피의자 신문조서를 제출하는 것은 원칙적으로 금지되고 있다.

그러나 조서의 독자적인 증거능력이 부인된다고 하더라도 이것은 원진술자의 출석이 가능하다면 원칙적으로 원진술자를 법정에서 신문하는 것이 원칙이고 그에 대한 법정 외 조서만으로 법정증언을 대체할 수 없다는 것일 뿐, 원진술자의 법정에서의 진술이 법정서 증거로 사용될 수 없다는 것을 의미하는 것은 아니다.¹¹⁹⁾

피고인이 공소사실을 부인하는 경우, 피고인 신문 시에 피고인에게 조서의 내용을 보여 주거나 낭독하여 주는 방법 등으로 알려주면서 수사단계에서 진술한 내용을 신문하고 이때 피고인이 조서의 내용대로 진술하였음을 인정하는 때에는 그 피고인의 진술이 증거로 사용되어 법정에서의 번복진술과 함께 법관의 자유심증에 의한 판단대상이 된다.

아울러 피고인이 조서에 기재된 진술을 부인하는 경우 신문을 담당한 조사자나 입회한

118) 유해용, 앞의 논문, 202면.

119) 이완규, 공판중심주의의 실현방향, 형사사법 토론회 자료집(2005.4.18), 사법제도개혁추진위원회 기획추진단, 227면; 차동언, 앞의 책, 93면. 법정증언 대신 조서의 낭독으로 대체하는 규정이 활용되는 것은 수사판사가 조사하면서 작성한 조서에 관한 것이 대부분이라고 한다. 따라서 우리처럼 수사기관이 조사한 서류의 진정성립 여부만 확인하여 그것이 증거자료의 핵심부분을 차지하게 되는 것은 아니라고 한다. 이러한 해석에 대해 검찰은 우리나라 검사가 독일의 수사판사의 지위와 역할을 일부 겸하고 있는 것이라고 주장할 가능성도 있다 (유해용, 앞의 논문, 202면)

자 등이 법정에서 증언하거나 기타의 방법으로 피고인이 수사단계에서 그러한 진술을 하였음을 입증하는 경우에는 이를 증거로 할 수 있는 것이며, 이는 사법경찰관의 조서이든 검사의 조서이든 같다.¹²⁰⁾

나. 조사자의 증언

명문의 규정은 없지만 재판실무상 피고인이나 증인이 수사단계에서 경찰이나 검사 앞에서 행한 이전의 진술과 모순되는 진술을 하거나 그 진술 내용을 기억하지 못할 때에 재판장이 그들의 이전 진술이 기재된 조서를 제시하면서 진술여부를 확인하는 'Vorhalt'가 있다. 이는 조서 자체를 증거로 사용한 것으로 볼 수 없고 단지 공판심리의 보조수단에 불과한 것으로 독일연방대법원에 의하여 허용되고 있다.¹²¹⁾ 이때 재판장의 확인에 대해 피고인이 명시시적으로 수사기관에서 그러한 진술을 하였다고 밝히거나 다투지 않겠다고 하는 경우에는 피고인의 법정진술이 증거로 사용되고, 피고인이 침묵하거나 이를 다투는 경우에는 조사자를 증인으로 채택함으로써 피고인이 수사단계에서 행한 구체적인 진술에 관해 신문하여 그 증인의 증언을 유죄의 증거로 사용한다. 증인으로 나서는 조사자는 조사과정에 대해 '조서를 작성할 당시에 들은 대로 기재하였다'는 정도가 아닌 보다 구체적인 증언을 하여야 한다.¹²²⁾

조사자의 증언은 언제나 허용되며 진술의 신빙성 여부에 대해 평가하는 것은 법정에서의 조사자의 증언이지 조서에 기재된 진술 그 자체는 아니다.¹²³⁾

결론적으로 수사기관의 피의자신문조서에 대하여는 명문의 규정은 없으나, 수사기관의 조서도 증거로 사용할 수 있다.

120) Lutz Meyer-Großner, § 251 Rn. 13.

121) Lutz Meyer-Großner, §255 Rn.6.

122) Lutz Meyer-Großner, §255 Rn. 8.; BGH 14, 310; 23, 213,220; NSTZ 95,47. 반대의 견해로는 Wömpner, NSTZ 83, 299.

123) BGH 14, 310,312; BBGH 22, ZStW 87, 130. 이러한 연방대법원의 견해에 반대하는 견해도 있다(Hanack JZ 72, 274)

제4절 프랑스

프랑스의 형사소송절차는 소추, 예심절차, 판결의 3 단계로 분리되어 있으며, 소추는 검찰이, 예심수사는 예심법원이, 판결은 판결법원이 담당한다.¹²⁴⁾ 검찰과 법원이 각각 소추와 판결을 담당하지만 검찰의 기소에 의해 곧바로 재판이 계속되는 것이 아니라 일정한 경우 예심절차를 거쳐 재판회부 여부를 결정한다. 물론 모든 형사사건이 예심을 거쳐 처리되는 것은 아니나, 중죄사건의 경우에는 예심이 필수적이며, 경죄의 경우에는 예심이 임의적이다.¹²⁵⁾ 예심법원은 정식재판에 앞서 피의자에 대한 혐의사실이 재판을 받기에 충분한지 여부를 판단한다.

형사절차에 대한 본격적인 수사권은 예심법원에 소속된 예심판사에 있는데, 그 이유는 판사를 수사단계에 관여시켜 수사의 독립성 및 공정성을 보장함으로써 인권보장에 충실하고자 하기 때문이다. 범죄의 단서가 될 수 있는 정보의 수집이나 범죄가 발생한 경우 범죄를 특정하고 범인을 확인할 수 있는 자료를 수집하는 기초조사는 사법경찰관의 임무이다. 예심법원과 사법경찰이 수사와 조사를 담당하며, 예심판사의 수사가 개시되지 않은 한도 내에서는 사법경찰관이 범죄를 확인하고 증거를 수집하고 범인을 발견할 의무를 지닌다.¹²⁶⁾

검찰도 형사소송법상으로는 수사권이 부여되어 있으나 사실상 직접 수사를 담당하지는 않으며 사법경찰에 대한 수사지휘, 예심판사에 대한 수사청구를 통한 본격적인 수사착수여부의 결정 등을 통해 수사를 주재하는 역할을 한다.¹²⁷⁾

프랑스 형사소송법 제427조 제1항은 '법률이 달리 규정하고 있는 경우를 제외하고는 범죄사실은 모든 증거방법에 의해 증명할 수 있으면 판사는 그 자유 심증에 의해 판단한다'고 규정한다. 동조 제2항은 '판사는 법정에서 제시되고 자신의 면전에서 대심의 방식으로 토의된 증거만을 판단이 근거로 한다'고 규정하고 있다.¹²⁸⁾

124) 정현미, 수사의 효율성 제고를 위한 참고인 진술의 확보방안, 21세기 형사사법개혁의 방향과 대국민 법률서비스 개선방안(IV) (2004), 362면.

125) 김태현, 프랑스 형사소송법상의 소추제도, 17면; 정현미, 앞의 논문, 362면 재인용.

126) 한명관, 프랑스 형사소송절차 개관 1, 법조 488호(97.5), 235면 이하.

127) 한명관, 앞의 논문, 236면; 정현미, 앞의 논문, 363,363면.

128) 이완규, 검찰제도, 95,96면; 정용석, 앞의 논문, 716면.

프랑스에는 영국의 전문법칙이나 독일의 직접주의 원칙에 상응하는 원칙이 없으나, 형사소송법 제427조에 따라 작성자가 수사판사이든 검사 혹은 경찰이든 피의자나 증인의 진술을 기재한 조서는 증거능력이 인정된다. 단 경찰이 독자적으로 작성한 조서는 단순 정보로서의 가치 밖에 없다고 한다.¹²⁹⁾

제5절 일본

1. 형사소송의 구조

일본은 직권주의와 당사자주의가 혼합된 형사체계를 가지고 있으며 수사단계에서의 피의자에 대한 조서의 내용이 공판정에 현출되는 것이 중요하며 피의자에 대한 조서의 증거능력을 피의자의 서명 또는 날인을 요건으로 인정하는 것이 우리와 유사하다. 다만 사법경찰관 작성의 조서에 까지 위의 요건으로 증거능력을 인정하는 것이 우리의 경우와 다른 점이다.

2. 피고인의 진술서 및 진술녹취서 (제322조)

가. 규정

피고인에 대한 조서나 피고인이 작성한 진술서 또는 피고인의 진술서를 녹취한 서면으로 피고인의 서명 또는 날인이 있는 것은 그 진술이 피고인에게 불이익한 사실의 승인을 내용으로 하는 경우 또는 특히 신용해야 할 정황 하에 이루어졌다는 경우에 한하여, 그것을 증거로 사용할 수 있다. 단 피고인에게 불이익한 사실의 승인을 내용으로 하는 서면은 그 승인이 자백이 아닌 경우에 있어서도 제319조¹³⁰⁾의 규정에 준하여, 임의가 아

129) 김종규, 형사사법개혁론 - 새로운 패러다임의 비교법적 모색 -, 2004, 147면.

130) 第319條 強制、拷問又は脅迫による自白、不当に長く抑留又は拘禁された後の自白その他任意にされたものでない疑のある自白は、これを証拠とすることができない。2 被告人は、公判廷における自白であると否とを問わず、その自白が自己に不利益な唯一の証拠である場合には、有罪とされない。3 前2項の自白には、起訴された犯罪について有罪であることを自認する場合を含む。

니라는 의심이 있다고 인정되는 때에는 그것을 증거로 할 수 없다.¹³¹⁾

피고인의 공판준비 또는 공판기일에 있어서 진술을 녹취한 서면은 그 진술이 임의로 된 것이라고 인정될 때에 한하여, 이것을 증거로 할 수 있다.¹³²⁾

나. 검토

일본은 피고인의 서명 또는 날인이 있는 것으로서 자신에게 불리한 사실을 시인하는 내용이거나 또는 특히 신용할 만한 정황 하에 작성된 것일 때에는 증거로 사용된다(형사소송법 제322조 제1항). 아울러 진술자에게 불이익한 진술을 내용으로 하는 경우 임의성이 의심되지 않는 한 증거능력이 있으며 서명 날인과 동시에 실질적 진정성립 등은 요구되지 않는다.

피고인의 진술서는 구체적으로 피고인이 쓴 일기, 수기, 편지, 메모, 시말서 등이다. 피고인의 진술녹취서는 피고인의 진술을 녹취한 서면으로 피고인의 서명 또는 날인이 있는 것이면 진술 상대나 녹취자가 누구이든 상관없다. 법관, 검사, 검찰사무관, 사법경찰, 사법순사, 변호인, 사인 등 누가 녹취한 것이라도 증거능력을 인정하는 요건에는 차이가 없다.

불이익한 사실의 승인이라는 것은 범죄사실을 추인시키는 간접사실의 승인, 범죄사실을 인정하는 증거의 증명력에 관한 불이익한 진술을 말한다. 자백을 포함한다.¹³³⁾

피고인의 진술서, 진술녹취서는 공판정에서 진술이 아니기 때문에 그야말로 전문증거이다. 그러나 불이익한 사실의 승인은(임의성이 있는 조건에서) 전문예외로서 증거능력이 인정된다.

이러한 규정은 사람은 임의로 거짓말을 해서 불이익한 사실을 승인하지 않는다는 경험

131) 第322條 被告人が作成した供述書又は被告人の供述を録取した書面で被告人の署名若しくは押印のあるものは、その供述が被告人に不利益な事實の承認を内容とするものであるとき、又は特に信用すべき情況の下にされたものであるときに限り、これを証拠とすることができる。但し、被告人に不利益な事實の承認を内容とする書面は、その承認が自白でない場合においても、第319條の規定に準じ、任意にされたものでない疑があると認めるときは、これを証拠とすることができない。

132) 被告人の公判準備又は公判期日における供述を録取した書面は、その供述が任意にされたものであると認めるときに限り、これを証拠とすることができる。

133) 寺崎嘉博, 刑事訴訟法, 成文堂, 2007, 343면 참조; 차동언, 앞의 책, 96면.

칙으로부터 나온 것이다. 그러나 경험칙이라고는 해도 자기에게 불이익한 진술은 일반적으로 신용성이 높다고 말할 수 있는가에 대해서는 의문이 남는다.

불이익한 사실의 승인 이외의 진술에 증거능력이 인정되기 위해서는 특신상황이 필요하다. 특신상황이 필요한 진술은 피고인에게 유리한 진술만이 아니고, 범죄사실의 인정에 전혀 영향이 없는 신상관계나 전과, 경력 등에 관한 진술도 포함된다. 검찰이 반대신문을 해도 피고인은 포괄적인 묵비권을 가지고 있기 때문에 유효한 반대신문은 기대할 수 없다. 그래서 반대신문에 대체하는 특신상황이 요구되는 것이다.

공판준비 또는 공판기일의 피고인의 진술을 녹취한 서면은 진술이 임의로 되었다는 것을 조건으로 증거능력이 인정된다.

3. 피고인 이외의 자의 진술조서 및 진술서

일본은 형사소송법 제321조 제1항에서 피고인 이외의 자가 작성한 진술서, 진술녹취서의 증거능력에 관해 서술하고 있다. 구체적 내용을 보면, 재판관 면전조서(1호), 검찰관면전조서(2호), 그 외 서면(3호)로 나누어 증거능력이 인정되는 요건을 각각 정하고 있다.

가. 형사소송법 제321조 제1항

피고인 이외의 자가 작성한 진술서 또는 그 자의 진술을 녹취한 서면으로 진술자의 서명 또는 날인이 있는 것은 다음의 경우에 한하여, 이것을 증거로 할 수 있다.

제1호 재판관의 면전에서 진술을 녹취한 서면에 대해서는 그 진술자가 사망, 정신 또는 신체의 이상, 소재불명 또는 국외에 있기 때문에 공판기일에 진술할 수 없을 경우, 또는 진술자가 공판준비 또는 공판기일에서 전의 진술과 다른 진술을 하는 경우

제2호 검찰관 면전에 있어서 진술을 녹취한 서면에 대해서는 그 진술자가 사망, 정신

또는 신체의 이상, 소재불명 또는 국외에 있기 때문에 공판준비 또는 공판기일에 진술할 수 없는 때 또는 공판준비 혹은 공판기일의 전의 진술과 상반되거나 실질적으로 다른 진술을 할 경우, 단 공판준비 또는 공판기일 진술보다도 전의 진술을 신용할 특별한 정황이 존재하는 때에 한한다.¹³⁴⁾

제3호 전2호 이외의 서면에 대해서는 진술자의 사망, 정신 또는 신체의 장애, 소재불명 또는 국외에 있기 때문에 공판, 공판준비기일에 진술하지 못하고, 그 진술이 범죄사실 존재의 증명에 빠뜨릴 수 없는 경우, 단 그 진술이 특히 신용해야하는 정황 하에 이루어 졌을 때에 한한다.¹³⁵⁾

나. 제321조 제2항

피고인 이외의 자의 공판준비 또는 공판기일에 있어서 진술을 녹취한 서면 또는 재판소 또는 재판관의 검증의 결과를 기재한 서면은 전항의 규정과 관계없이, 이것을 증거로 사용할 수 있다.¹³⁶⁾

134) 이 규정은 공판에서 전의 진술과 상반되는 진술을 할 경우 특신상황이 있다면 증거로 채택할 수 있는 것으로, 검찰 조사 당시 불리한 진술을 한 자(피해자, 목격자, 공범자)가 공판정에서 유리한 진술을 할 경우 증거로 사용할 수 있는 길을 열어 놓은 것이다. 岡愼一、刑訴法321條1項2号後段書面として証據請求された場合への対応, 刑事弁護54, 2008, 38면.

135) 第321條 被告人以外の者が作成した供述書又はその者の供述を録取した書面で供述者の署名若しくは押印のあるものは、次に掲げる場合に限り、これを証據とすることができる。

1. 裁判官の面前(第157條の4第1項に規定する方法による場合を含む。)における供述を録取した書面については、その供述者が死亡、精神若しくは身体の故障、所在不明若しくは國外にいるため公判準備若しくは公判期日において供述することができないとき、又は供述者が公判準備若しくは公判期日において前の供述と異つた供述をしたとき。
2. 檢察官の面前における供述を録取した書面については、その供述者が死亡、精神若しくは身体の故障、所在不明若しくは國外にいるため公判準備若しくは公判期日において供述することができないとき、又は公判準備若しくは公判期日において前の供述と相反するか若しくは實質的に異つた供述をしたとき。但し、公判準備又は公判期日における供述よりも前の供述を信用すべき特別の情況の存するときに限る。
3. 前2号に掲げる書面以外の書面については、供述者が死亡、精神若しくは身体の故障、所在不明又は國外にいるため公判準備又は公判期日において供述することができず、且つ、その供述が犯罪事實の存否の証明に欠くことができないものであるとき。但し、その供述が特に信用すべき情況の下にされたものであるときに限る。

136) 被告人以外の者の公判準備若しくは公判期日における供述を録取した書面又は裁判所若しくは裁判官の検証の結果を記載した書面は、前項の規定にかかわらず、これを証據とすることができる。

다. 제321조 제3항

검찰관, 검찰사무관 또는 사법경찰직원의 검증의 결과를 기재한 서면은 그 진술자가 공판기일에서 증인으로서 신문을 받고, 그것이 진정으로 작성된 것이라는 것을 진술한 때에는 제1항의 규정과 관계없이 이것을 증거로 사용할 수 있다.¹³⁷⁾

라. 제321조의2 제1항

피고사건의 공판준비 혹은 공판기일에서 절차 이외의 형사절차 또는 다른 사건의 형사절차에 있어서 제137조의 4 제1항이 규정하는 방법에 의해 한 증인 신문 및 진술 및 그 상황을 기록한 기록매체가 그 일부로 된 조서는 전조 제1항의 규정에 관계없이 증거로 할 수 있다. 이 경우 재판소는 그 조서를 조사한 후, 소송관계인에 대해 그 진술자를 증인으로서 신문할 기회를 주어야 한다.

마. 제321조의2 제2항

전 항의 규정에 의해 조서를 조사한 경우에는 제305조 제4항 단서 규정은 적용하지 않는다.

바. 제321조의2 제3항

제1항의 규정에 의해 조사된 조서에 기록된 증인의 진술은 제295조 제1항 전단 및 전조 제1항 제1호 및 제2호의 적용에 대해서는 피고 사건의 공판기일에 된 것으로 간주한다.

4. 검 토

전문증거라고 해도 증거로 할 “필요성”이 있고, 그 진술에 대해서 “신용성의 정확적 보

137) 檢察官、檢察事務官又は司法警察職員の検証の結果を記載した書面は、その供述者が公判期日において証人として尋問を受け、その真正に作成されたものであることを供述したときは、第1項の規定にかかわらず、これを証拠とすることができる。

장"이 인정되는 경우 예외적으로 증거능력이 인정된다. "필요성"은 범죄입증에 있어서 원진술자 이외의 증거를 얻을 수 없기 때문에 원진술이 필요한 경우이다. "신용성의 정확한 보장"은 그 진술이 이루어진 외부적 상황으로부터 판단하여, 반대신문에 의해 진술과정을 음미하지 않아도 좋다고 할 정도의 진술의 신용성이 긍정되는 경우이다.

실무에서는 서증(진술증거) 조사의 청구가 있으면 먼저 상대방의 동의, 부동의 확인이 이루어진다. 동의를 있으면 동의서면으로서 조사(전문법칙예외 형소법 제321조-제324조)인지 판단도 임의성 조사(형소법 제325조)도 필요 없다.¹³⁸⁾ 부동의 서증에 대해서만 ① 서면의 조사청구를 철회하여 원진술자의 증인신문을 청구할 것인지 ② 전문예외의 요건을 입증할 것인지를 선택한다.¹³⁹⁾

피고인 이외의 진술자가 작성한 진술서 등에서 원진술자가 진술불능인 경우와 진술모순인 경우 전문법칙의 예외가 인정된다.

특히 형소법 제321조 제1항 제2호 규정은 공판에서 검찰 조사 당시 진술과 상반되는 진술을 할 경우 특신상황이 있다면 증거로 채택할 수 있는 것으로, 검찰 조사 당시 불리한 진술을 한 자(피해자, 목격자, 공범자)가 공판정에서 유리한 진술을 할 경우 증거로 사용할 수 있는 길을 열어 놓은 것이라고 볼 수 있다.¹⁴⁰⁾

피의자신문조서의 경우 검사와 경찰작성의 조서 사이에 차등을 두지 않고, 피고인에게 불이익한 사실을 승인하는 진술의 증거능력 인정요건을 다른 진술보다 완화하는 것이 특색이며, '필요성(법정증언 불가능)' 요건의 규정 형식도 우리와 다소 다르다. 원진술자가 조서의 진정성립을 인정하여야 하는지에 대해서는 명문의 규정을 두지 않고 있다.

138) 第326條 檢察官及び被告人が証據とすることに同意した書面又は供述は、その書面が作成され又は供述のされたときの状況を考慮し相当と認めるときに限り、第321條乃至前條の規定にかかわらず、これを証據とすることができる。；最決昭 26・6・7 刑集 5卷7号, 1243.

139) 寺崎嘉博, 刑事訴訟法, 成文堂, 2007, 329면 참조.

140) 岡慎一、刑訴法321條1項2号後段書面として証據請求された場合への対応, 刑事弁護54, 2008, 38면.

제6절 소 결

앞서 본 바와 같이 미국은 피고인의 진술을 기재한 조서의 증거사용을 제한하지 않으며 법정에서의 조사자의 증언도 가능하다. 독일은 피고인의 진술조서(서면)은 원칙적으로 증거로 할 수 없으나 조사자는 법정에서 증언할 수 있다. 일본은 피고인의 진술조서나 조사자의 법정 증언 모두 증거로 할 수 있다. 이러한 나라들은 수사단계에서 작성된 조서의 주체가 누구냐에 따라 증거능력에 차별을 두는 규정은 없다.

반면에 우리나라는 2007년 개정 전에는 사경작성의 피신조서는 피고인이 내용을 부인을 하면 증거로 사용할 수 없고 조사자도 피고인의 진술에 대한 증언이 증거능력이 없다고 하였다. 개정 후에는 검사 작성의 피신조서는 피고인의 진정 성립이나 객관적 증거가 있으면 증거로 사용할 수 있으나 사경 작성의 조서는 여전히 피고인이 내용을 부인하면 증거로 사용할 수 없으나, 조사자 증언제도의 규정을 두어 검사나 사법경찰관이 법정에서 증언할 수 있도록 하는 길을 열어 놓았다.

미국이나 영국에서 전문법칙의 적용 제한이 논의되는 상황은 우리와 상당히 다르다고 할 수 있다. 우리나라에서는 수사기관이 수사과정에서 조사한 관련자의 진술을 전문증거인 진술 서류의 형태로 바꾸어 법정에서 증거로 제출하고 있기 때문에 이와 같은 수사기관이 작성한 조서가 증거의 중심이 되는 폐단을 지양하기 위해 전문법칙이 제 역할을 하여야 한다는 측면에서 전문법칙이 논의되고 있다.¹⁴¹⁾

141) 유해용, 앞의 논문, 215면.

제4장 개선방안

제1절 조서 사용의 필요성

앞서 현행 형사소송법이 개정된 이후에도 여전히 가지고 있는 문제점에 대해 피의자신문조서와 관련하여 살펴보았다. 앞으로도 계속적인 수정과 보완작업이 필요하다고 본다. 다음에서 피의자신문조서 관련 규정에 대한 입법론적 개선방안과 조서에만 의존하지 않는 수사 등을 위한 제도적 운용과 보완책을 함께 제시하고자 한다. 이를 위해서는 먼저 선진적 형사소송절차의 가장 주요 이념이라고 할 수 있는 공판중심주의에 대한 이해가 필요하다. 공판중심주의의 강화와 조서와의 관계, 특히 전문법칙에 대한 논의를 정리하고자 한다. 다음으로 조서를 여전히 공판정에서 증거로 사용할 수 있는 전제조건으로 현행 형사소송법의 규정이 충분한지를 검토하고자 한다. 현행 형사소송법이 수사단계에서 피의자의 인권 침해를 방지할 수 있는 충분한 보장을 하고 있으며 증거법 단계에서도 위법하게 수집된 증거의 증거사용 등을 방지할 수 있다면 조서가 공판정에서 사용되는 것을 막을 필요는 없다고 하겠다. 따라서 공판중심주의와 조서의 활용, 수사 단계의 적법절차 보장 규정 및 증거법상 위법수집증거 사용을 금지할 수 있는 규정과 그 적절성 여부를 검토하고자 한다.

1. 공판중심주의의 이해

가. 의의

사법개혁위원회는 소위 조서재판의 관행을 개선하고자 2004년 11월 공판중심주의 확립에 관한 건의문을 채택하였고 사법개혁추진위원회는 피의자·피고인의 인권을 보장하고 국제적 기준에 부합하는 형사절차를 구현하기 위한 공판중심주의의 구체적인 방안을 제시하였다. 이는 법정에서 가급적 당사자가 제출하는 원본증거에 의해 심증을 형성하도록

하고 사건 관계자들의 진술을 기재한 증거서류의 증거능력의 인정범위를 최대한 엄격히 하는 방향으로 증거법을 개정, 피고인의 방어권 보장과 당사자주의에 충실한 공판중심주의를 철저히 실현하고자 한 것이었다. 그 결과 공판중심주의적 법정심리절차를 확립하기 위해 증거개시제도(제266조의 3), 공판준비절차(제265조의 5)의 규정, 피고인의 방어권 강화를 위한 여러 규정을 마련하였으며, 위법수집증거배제원칙(제308조의2)을 명문화하였다.¹⁴²⁾

형사소송법 개정의 주요 목표였던 공판중심주의는 다양하게 정의되고 있다. 즉 피고사건에 대한 조사를 공판기일의 심리에 집중하고자 하는 것으로,¹⁴³⁾ 법관의 심증형성은 공판기일의 심리에 의하여야 한다는 원칙으로,¹⁴⁴⁾ 실제진실의 발견은 공판이전이나 이후의 공개되지 않은 장소에서 행해지는 형사절차에 의해 실체를 판명해서는 안된다는¹⁴⁵⁾ 것이 등이 그 예이다. 중요한 것은 시대와 국가의 사정에 따라 공판중심주의를 실현하는 정도에는 차이가 있을 수 있지만, 적어도 당사자의 절차 참여권이 보장되고 법관이 수사서류를 당사자의 공격·방어 아래 그 증거능력과 증명력을 조사하여 변론종결과 함께 유무죄를 선고하면 공판중심주의의 요청은 반영된다고 하였다.¹⁴⁶⁾ 결국 공판중심주의는 형사재판에 있어 유·무죄의 판단이 공개된 법정에서 행해지는 당사자의 공격과 방어에 의해 이루어지는 것을 의미하며, 이러한 공판중심주의의 개념에는 공개재판주의, 직접주의, 구두변론주의 내지는 피고인의 반대신문권이 포함되어 있다고 하겠다.¹⁴⁷⁾

공판중심주의를 통해 피고인은 공개된 법정에서 법관의 면전에서 증거조사나 진술에 참여하게 되고 구두에 의한 공격과 방어를 할 수 있는 권리가 생긴다. 형사소송법은 헌법의 이념을 실천하며 헌법이 보장하고 있는 기본적 인권을 형사절차상 구체적으로 실현하는 임무를 띠고 있다. 그 중 헌법이 보장하는 적법한 절차 내지 공정한 재판을 받을 권리를 형사소송법적으로 표현한 것이 공판중심주의라고 할 수 있다.¹⁴⁸⁾ 대법원도 우리

142) 법무부, 개정 형사소송법 해설(2007).

143) 임동규, 형사소송법, 323면.

144) 이재상, 신형사소송법, 551면.

145) 신양균, "바람직한 형사재판의 방향", 저스티스 78호(2004.4), 128면; 이원규, "공판중심주의를 둘러싼 개념상의 혼돈과 해결방향", 법조 585호(2005.6), 20면.

146) 차용석, "형사소송법상의 공판중심주의에 관한 고찰", 법조 2008.2, 8면.

147) 독일은 공판중심주의라는 말 대신에 공개주의, 직접주의, 구두변론주의라는 용어를 사용한다(법무부, 개정 형사소송법 해설(2007), 159면).

148) 헌재 1994.4.28. 93헌바26결정 ; 헌재 1996.12.26. 94헌바1 결정.

형사소송법이 공판중심주의 내지는 '실질적 직접심리주의'를 채택하고 있다고 보았다.¹⁴⁹⁾ 적법절차나 공정한 재판을 받을 권리나 이를 구체적으로 실현하고 있는 공판중심주의는 형사소송의 지도적 이념으로, 효율성과 합목적성을 내세운 수사기관의 실체적 진실추구의 한계로서 작용하게 된다.

나. 공판중심주의와 형사소송구조

공판중심주의도 형사재판이 당사자주의적 구조인가 직권주의적 구조인가에 따라 그 내용이 조금은 달라질 수 있다. 학계의 다수설적인 견해에 따르면 우리나라 형사절차는 영미의 당사자주의와 대륙의 직권주의를 혼합한 절충적 구조를 취하고 있다.¹⁵⁰⁾ 공판절차가 검사와 피고인의 공소사실과 증거조사에 대한 공격과 방어에 의해 진행된다는 점에서 당사자주의적이다. 아울러 공판절차에는 직권에 의한 증거조사와 직권에 의한 피고인과 증인신문이 인정되며, 법원의 공소장변경요구 규정을 두고 있다는 점에서 직권주의적 요소를 가지고 있다고 할 수 있다.¹⁵¹⁾

구두변론에 의한 직접주의가 실현되기 위해서는 전문증거의 범위가 최소화되고, 법정에서의 증거조사는 실질적으로 원본증거를 수집·조사하는 방식으로 진행되는 것이 바람직하다. 직접주의는 원칙적으로 첫째 사실심 법원이 판결의 기초가 되는 소송자료를 직

149) 대법원 2006.11.24. 선고 2006도4994 판결 : 우리 형사소송법은 형사사건의 실체에 대한 유죄 무죄의 심증 형성은 법정에서의 심리에 의하여야 한다는 공판중심주의의 한 요소로서, 법관의 면전에서 직접 조사한 증거만을 재판의 기초로 삼을 수 있고 증명 대상이 되는 사실과 가장 가까운 원본 증거를 재판의 기초로 삼아야 하며 원본 증거의 대체물 사용은 원칙적으로 허용되어서는 안된다는 실질적 직접심리주의를 채택하고 있다. 이는 법관이 법정에서 직접 원본 증거에 관한 직접적인 의견진술의 기회를 부여함으로써 실체적 진실을 발견하고 공정한 재판을 실현할 수 있기 때문이다. 형사소송절차를 주재하는 법원으로서의 형사소송절차의 진행과 심리과정에서 법정을 중심으로 특히, 당사자의 주장과 증거조사가 이루어지는 원칙적인 절차인 제1심의 법정에서 위와 같은 실질적 직접심리주의의 정신이 충분하고도 완벽하게 구현될 수 있도록 하여야 한다.

150) 이재상, 신형사소송법, 45,46면. 당사자주의와 직권주의의 형사사법체계에 대한 상세한 비교는 이원규, 검찰제도와 검사의 지위 (2005), 47면 이하 참조.

151) 이재상, 공판중심주의, 11면. 한국의 형사절차가 기본적으로 당사자주의인가 직권주의인가에 대해서는 견해의 대립이 있다. 그러나 공판절차에서는 특히 당사자주의적 요소가 지배적인 역할을 하며 직권주의는 법원의 실체진실발견을 위한 보충적인 역할을 한다고 볼 수 있으나 형사소송에서 실체진실의 발견을 위한 법원의 광범위한 개입을 허용하고 있으므로 기본적으로는 직권주의를 원칙으로 하고 당사자주의를 가미하고 있다는 견해가 더 적절하다고 볼 수 있다(임동규, 16면).

접 조사하여야 하며, 둘째 법원이 본래적 증거에 의해 사실관계를 스스로 파악하여야 하며, 이러한 증거의 대체물을 이용해서는 안 된다는 것을 그 내용으로 한다고 보았다.

그러나 공판중심주의를 직접주의와 관련하여 이야기하느냐, 전문법칙의 측면에서 이야기 하느냐에 따라 그 방향이 조금 차이가 날 수 있다. 먼저 직접주의를 강조하면, 공판중심주의는 피고인의 공소사실에 대한 유·무죄의 판단은 공판정에서 공판기일의 심리절차에 의해 형성된 심증만으로 해야 할 뿐만 아니라 공판절차의 심증형성도 서면에 의한 것보다는 직접 사실을 경험한 자를 직접 조사하여 법원이 심증을 형성해야 한다는 원칙을 의미한다고 한다.¹⁵²⁾

반면에 전문법칙의 관점에서 보면, 공판중심주의는 직접 사실을 경험한 자가 공판정에서 증인으로서 조사되고 충분한 반대신문의 기회를 부여하여 공격 방어를 거치고 그 과정에서 법원이 심증을 형성한다는 것을 의미한다고 한다.¹⁵³⁾

2. 공판중심주의와 전문법칙

공판중심주의의 핵심적 내용에 공개주의, 구두변론주의, 직접주의 및 전문법칙의 적용 등이 포함된다는데에는 이견이 없다. 다만 이들 개념은 그 적용에 한계가 있어 공판중심주의를 어떤 범위에서, 어떤 방법으로 실현해야 하는가는 입법정책적 문제라고 하겠다. 그것은 공판중심주의가 피고사건에 대한 조사를 공판기일의 심리에 집중시킬 것을 요구한다고 해서 원본증거만을 법정에서 현출하여 심증을 형성할 수는 없으며 당사자의 구두변론에 의해 실체진실을 발견하고자 하더라도 수사서류의 사용을 완전히 배제할 수는 없기 때문이다.¹⁵⁴⁾

피의자신문조서는 앞서 본바와 같이 일정한 요건 하에서 증거로 사용될 수 있다.¹⁵⁵⁾

152) 김회균, 미국법 상 전문법칙의 최근 동향, 227면.

153) 이재상, 공판중심주의, 13면.

154) 수사기관이 작성한 피의자신문조서와 진술조서의 증거능력을 일정한 요건 아래 인정했다고 해서 그것이 바로 조서재판의 원인이 되는 것은 아니며, 조서재판은 공판절차에서의 증인이나 피고인이 조서의 성립의 진정을 확인하는 절차로 변질하여 공판절차가 형해화되는 것을 의미한다고 한다. 그러므로 현실의 재판이 조서의 증거능력을 부여하기 위한 조서재판이 되었다면 이는 형사소송법의 규정 때문이 아니라 법원 재판의 잘못된 관행 때문이라고 하였다(이재상, 공판중심주의, 25면).

155) 본 연구의 제2장에서 살펴본 바와 같이 독일 형사소송법은 직접주의 원칙 하에서 검찰과 사법경

그렇다면 공판중심주의 하에서도 수사단계의 진술이나 진술을 기재한 서류의 증거사용의 가능성과 그 한계를 검토해 보아야 할 것이다. 이는 특히 증거법 중 전문증거의 증거능력 및 증명력의 문제이며 현행 제311조부터 제316조의 규정을 전문법칙의 예외로 해석할지 혹은 직접주의의 예외로 해석할지에 따라 증거사용의 범위나 가능성이 달라진다고 할 수 있다.

전문증거는 사실인정의 기초가 되는 경험적 사실을 경험자 자신이 직접 법원에 진술하지 않고 다른 형태로 간접적으로 보고하는 것을 의미한다.¹⁵⁶⁾ 전문증거의 증거능력을 부정하는 것이 전문법칙이며, 전문법칙에 대한 예외들을 인정할 수 있다. 한 예로 미국은 전문증거가 배척되는 근거로 전문진술의 위험성 내지 한계를 들고 있는데, 즉 전문증거의 애매함, 신뢰성 결여, 부정확한 인식, 전달과정의 오류, 반대신문을 통한 검증의 불가능 등을 그 요소로 한다.¹⁵⁷⁾

전문증거의 예외를 인정하는 범위와 관련하여서는 무엇보다 수사기관이 수사단계에서 얻은 진술을 어떻게 판단하는가 하는 점이다. 이는 좀 더 구체적으로 두 가지 방향에서 논의될 수 있다. 하나는 피고인이나 참고인 등 진술자의 법정 진술이 있고 그것이 종전의 법정 외 진술과 모순될 경우 법정 외 진술을 어떻게 판단하는가의 문제이며, 다른 하나는 진술자의 법정 증언이 불가능하거나 곤란한 경우 법정 외 진술을 어떻게 취급할 것인가의 문제이다.¹⁵⁸⁾

먼저 진술자의 법정 진술이 종전의 법정 외 진술과 모순될 경우, 법정 외 진술의 증거사용과 관련하여, 원칙적으로 법정 외 진술의 증거사용을 배제하는 근거로 독일은 직접주의의 원칙을, 영미법은 피고인에게 불리한 진술을 한 진술자에 대한 반대신문권 보장을 이야기 한다. 이는 대륙법계의 직권주의 하에서는 직업법관이 직접 증거를 수집하기

찰관의 피의자와 참고인의 진술은 조서에 기재할 것을 요구하고 있다(제168조의 b). 이러한 조서는 조사자의 증언에 의하거나 또는 직접주의의 예외에 해당할 때 증거가 될 수 있다. 미국에서는 경찰에서 미란다 고지를 받고 진술한 피의자의 자필 진술서나 그 진술을 기재한 조서는 법정에 제출되거나 경찰관의 증언에 의해 증거가 될 수 있다. 일본 형사소송법도 검사와 사법경찰관이 작성한 피의자신문조서는 피고인의 서명 또는 날인이 있고 그 내용이 피고인에게 불이익한 사실의 승인을 내용으로 할 때에는 증거능력이 인정된다(제322조).

156) 이재상, 신형사소송법, 551면; 배종대/이상돈, 형사소송법, 598면.

157) 이재상, 신형사소송법, 552, 553면.

158) 유해용, 앞의 논문, 211면.

때문에 당사자의 반대신문권 보장 보다는 '태도증거'에 의한 심증형성이 중요하다고 본다. 반면에 영미법계의 당사자주의에서는 당사자가 증거를 수집하고, 증인신문도 당사자가 직접 신문하므로 반대신문권의 보장여부가 중요한 기준이 될 수 있다.

법정 진술과 다른 법정 외 진술의 증거사용 여부는 앞서 살펴본 바와 같이 각 나라의 입법례에 따라 달라진다. 우리나라의 경우처럼 피고인이 진술대로 내용이 기재되었다는 진정 성립이나 객관적 사실과 부합한다는 내용인정이 있으면 증거로 사용될 수 있다는 입법례, 미국처럼 반대신문권이 보장된 절차에서 한 진술만을 증거로 사용하는 입법례 등이 있다. 중요한 것은 피신조서를 증거로 사용할 필요성이 있는가는 법정 외 진술이 담당하는 기능에 있다고 하겠다. 법정 외 진술이 법정에서의 피고인의 진술에도 불구하고 실체진실의 발견에 기여하는가, 단순히 법정 진술을 탄핵하는 증거로서만의 가치를 가지는가, 아니면 가능한 한 위법하지 않고 임의성 있는 진술을 법정에 현출시켜 법관으로 하여금 그 증명력에 대해 평가하기만 하면 충분한가 등의 물음이 전제되어야 할 것이다. 따라서 피신조서의 증거사용이 필요한가는 먼저 법정 증언과 수사기관의 진술을 비교, 그 우위성 여부를 평가할 필요가 있다는 견해¹⁵⁹⁾는 이러한 측면에서 의미가 있다고 하겠다.

3. 법정 외 진술의 사용

원래 조서는 법원보다는 시간적으로 사건에 더 가까이 있는 수사기관이 수사과정에서 작성하였고 진술자도 기억이 생생할 때 조서를 작성한 것이기 때문에 사건 관계인의 진술이 상당기간이 경과한 이후의 법정에서의 진술보다 신뢰할 수 있다는 견해도 있고, 실체적 진실을 보다 정확하게 반영하며 법정진술보다 신빙성이 높을 수 있다.¹⁶⁰⁾ 다만 피의자신문조서나 참고인조서는 수사기관이 진술자를 신문하기에 앞서 사전준비를 통해 나름대로 사건을 파악하고 신문에 임하기 때문에 조사자의 의도대로 질문내용이 정해지거나 답변이 유도되어 진술자의 진술이나 조서에 기재되는 내용은 수사기관의 관점에서 재구성한 사건이 될 가능성이 있다.¹⁶¹⁾ 그것도 당사자가 진술하는 것을 그대로 기재하는

159) 유해용, 앞의 논문, 212면.

160) 이영한, 앞의 논문, 78, 213면.

161) 먼저 조서사용의 필요성은 개정 후 도입된 조사자 증언제도가 조서보다 효율적이지 못하다는 점

것이 아니고 조서 작성자가 이를 요약하여 기재하는 것이며,¹⁶²⁾ 수사의 비공개성이나 일방적인 성격으로 인해 반대신문에 의한 오류검증도 거치지 아니한 진술만이 기재되어 있다고 볼 수 있다.¹⁶³⁾

따라서 헌법상 적법절차의 관점에서 볼 때 조서의 증거능력을 광범하게 인정하면 할수록 수사과정의 특수성으로 인해 인권침해의 가능성이 높아지고 밀실 수사의 결과가 법정에서 더 많이 노출되게 되어 공개재판을 통한 진실발견이라는 국민의 절차적 권리가 제한될 뿐만 아니라 직접 체험한 사람의 법정 진술과 이에 대한 반대신문을 통해 심증을 형성하여야 한다는 실질적 공판중심주의도 멀어질 수 있다.

판례도 수사기관이 원진술자의 진술을 기재한 조서는 원본 증거인 원진술자의 진술을 대체하는 증거방법으로, 원진술자의 진술을 처음부터 끝까지 그대로 기재한 것이 아니라 그 중 공소사실과 관련된 주요부분의 취지를 요약하여 정리한 것이어서 본질적으로 원진술자의 진술을 있는 그대로 전달하지 못한다는 한계를 가지고 있고, 경우에 따라 조서 작성자의 선입관이나 오해로 인해 원진술자의 진술취지와 다른 내용으로 작성될 가능성도 배제하기 어렵다고 하였다. 또 조서에 기재된 원진술자의 진술 내용의 신빙성을 판단하는 데 불가결한 요소가 되는 진술 당시 원진술자의 모습이나 태도, 진술의 뉘앙스 등을 법관이 직접 관찰할 수 없다는 점에서 조서에 기재된 원진술자의 진술 내용은 그 신빙성 평가에 있어 근본적인 한계가 있을 수밖에 없다고 하였다.¹⁶⁴⁾

그러나 다른 한편으로는 비공개적으로 진행되는 수사에서 얻은 신문조서에 대해 그 진정 여부만을 확인하는 종래의 재판은 법관이 수사결과에 대해 결재자의 역할만 수행하는 것이며, 피고인의 자기방어기회를 빼앗은 것이라고 하는 비판이 있다.¹⁶⁵⁾ 결국 비공개로

을 들고 있는 견해도 있다. 수사담당자를 증인으로 소환 신문하면 피의자의 진술과 그 정황 등을 증언하게 하여 이 증언을 증거로 사용하게 하는 것이다. 조서는 당사자가 진술하는 것이 그대로 기재되는 것이 아니고 조서작성자가 요약하여 기재하는 것이며, 조사자를 증인으로 하면 피고인이 반대신문을 하면서 탄핵을 하고 방어할 기회를 가진다는 것이다. (이완규, "사법경찰관 작성 피의자신문조서 증거능력 문제의 올바른 방향", 형사정책연구소식 제75호(2003.1/2), 5-7면). 그러나 조사자 증언도 조서와 마찬가지로 피의자의 진술 당시의 상황을 주관적으로 정리해서 이야기하는 것이기 때문에 조서보다 더 바람직하다는 견해는 타당하다고 할 수 없다.

162) 박노섭, "수사절차상의 신문과 비디오 녹화제도", 형사정책 제16권 제1호(2004), 114,115면; 유해용, 앞의 논문, 190면.

163) 이영한, 앞의 논문, 79면.

164) 대법원 2006.12.8. 선고 2005도9730 판결

165) 유해용, "공판중심주의와 전문법칙", 저스티스 98호, 187면

진행되는 수사절차는 범죄의 혐의를 명백히 하고 사실 인정을 위한 증거수집에 그 목적이 있으므로 피고인이 자신의 방어권을 충분히 행사할 수 없으며, 구두변론주의에 의해 공판정에서 비로소 자신의 방어권을 충분히 행사할 수 있는데 공판정에서조차 수사결과를 추인하는 식으로 재판이 이루어진다고 하면 피고인의 방어권 행사가 실질적 보장된다고 할 수 없으며, 이것도 결국 법원에 의한 재판을 받을 권리를 침해하는 것으로 볼 수 있다는 것이다.

구두주의, 변론주의, 공개주의나 직접주의가 공판중심주의의 핵심적 내용이기는 하지만 수사기관의 수사활동을 통해 실체진실을 규명, 범인을 처벌하는 수사활동도 존중되어야 하며, 실체진실의 발견위해 수사단계에서 작성된 서류의 증거사용도 허용되어야 한다. 법원이 과도하게 수사활동을 제약하여 스스로 수사활동을 하는 것처럼 절차를 운용하는 것은 규문주의에로의 후퇴를 초래할 위험을 낳는다는 비판¹⁶⁶⁾을 새겨둘 필요가 있다.

앞서 본바와 같이 미국은 공판중심주의와 당사자주의를 철저히 하고자 하지만 많은 예외를 두어 법정에서의 서류 조사를 허용하고 있으며, 독일에서도 원칙적으로는 진술조서 등을 배척하면서도 예외적으로 법정에서의 진술서의 사용 등을 허용하고 있다. 직접주의도 직접 증거를 관찰한 자의 공판정에서의 진술을 요한다는 증거능력 면에서 요청되는 경우도 있지만 법원이 직접 심리한 증거를 통해 심증 형성을 하면 된다는 ‘직접심리주의’의 의미로 사용되는 경우에는 서면심리도 반드시 불허되는 것은 아니다.¹⁶⁷⁾ 공판중심주의가 당사자의 적극적이 주장과 공방을 통해 실체적 진실을 가려야 한다는 입장에서 보면, 법정 증언과 수사기관에서 적법하게 수집한 증거를 공개된 법정에서 집중시키고 법원이 심리과정 중에 이를 평가하여 실체적 진실 발견을 추구해야 할 것이다.

따라서 가능한 한 원본증거나 법정에서 직접 조사한 증거에 의해 사실을 인정하는 것이 바람직하나, 전문증거의 신뢰성에 대해 신용성이 보장되면 전문법칙의 예외를 인정할 필요성과 타당성도 있다. 이는 직접주의의 예외로 진술조서의 증거사용을 보는 관점에서

166) 차용석, 앞의 논문, 9면

167) 수사기관의 활동을 무시하고 공판정에서의 피고인 측의 진술에만 의존하여 진실을 가린다는 것은 불가능하고 결국 진실발견을 통한 재판을 거부하는 셈이라고 비판하였다. 피고인 측의 공판정에서의 진술에만 의존하여 실체진실을 찾아 헤매다가는 진실의 문턱에도 접근 못하는 결과를 가져올 수 있으며 자칫하면 소송구조 자체를 규문주의로 되돌려 법원이 수사, 재판을 전횡할 우려도 있다고 하였다.(차용석, 앞의 논문, 20, 21면.)

도 마찬가지이다.

4. 소 결

결론적으로 공판중심주의를 강조하더라도 모든 형사사건에서 수사기관이 조사과정에 획득한 각종 증거자료나 수사서류를 무시하고 법정에서 백지상태에서 다시 조사하는 것은 가능하지도 않고 바람직하지도 않다. 수사기관의 수사결과를 증거로 하지 않으면 공판절차가 수사절차가 되나, 공개된 공판절차에 검사와 피고인의 공격과 방어를 통해 수사의 목적이 달성될 수는 없다.¹⁶⁸⁾ 수사결과인 수사기관이 작성한 피의자신문조서나 참고인 진술조서를 증거로 할 필요성에는 의문의 여지가 없다고 하겠다.

특히 피고인이 부인을 하는 사건의 경우에는 전문법칙과 그 예외 인정에 신중을 기하여 가능하면 법정에서 원진술자의 생생한 진술을 듣고, 이와 상반되는 법정 외 진술이 어떤 형태로든 존재한다면, 그 진정 성립, 특신상태, 임의성, 증명력 등을 철저히 검증하여야 할 것이다. 이를 위해 조서의 사용은 진술의 임의성 등이 인정되는 한 공판중심주의 하에서도 필요하다고 할 것이다.¹⁶⁹⁾ 공판중심주의가 조서의 사용을 배척하는 것이 아니므로 그 사용을 신중히 하여 전문법칙이나 직접주의의 예외의 합리성과 타당성이 인정되면 조서 등의 법정 외 진술은 원본증거와 함께 실체진실의 발견에 기여할 수 있을 것이다. 다만 조서에 대해 어느 조건에서 증거능력을 인정할 것인가 하는 점은 적법절차의 보장 하에서 수사의 효율성을 위해 합리적으로 결정하여야 할 것이다. 다음에서 현행 피의자신문조서의 규정이 합리적인가를 검토해 볼 필요가 있다.

제2절 차별적 증거능력의 폐지

사법경찰관 작성의 피의자신문조서의 증거능력은 개정 전후 동일하게 공판준비 또는 공판기일에 피의자였던 피고인이나 변호인이 그 내용을 인정하지 않으면 피의자신문조서

168) 이재상, 공판중심주의, 26면.

169) 유해용, 앞의 논문, 215면.

는 증거로 사용할 수 없기 때문에 검사 작성의 피의자신문조서에 비해 증거로서의 가치는 극히 적다고 하겠다.

다음으로 조서의 증거사용의 필요성이 있다 하더라도 차별적 증거사용이 정당한가 여부를 검토해 보아야 한다.

1. 차등적 규정의 배경

제정 형사소송법은 수사단계의 진술을 조서에 의하여 법정에서 제출하여 법정 증언을 대체하는 것을 원칙으로 하되, 수사 주체를 구별하여 검사 작성 피의자신문조서에만 진정성립을 요건으로 허용하고 제317조에 다시 진술의 임의성에 관한 규정을 둬으로써 수사기관의 고문 등으로부터 진술의 임의성을 확보하는데 주력하였다.¹⁷⁰⁾

피의자신문조서의 작성주체에 따른 차등적 규정이 마련된 연혁을 살펴보면, 일제시대에 검사가 공소제기와 함께 관련 기록을 법원에 제출하면 판사는 일본어로 된 기록을 미리 정독하고 법정에서의 신문 과정에서 그 정확성을 확인하는 정도로 재판을 진행하였다고 하는데, 이러한 ‘신속한’ 재판을 가능하게 했던 조서는 ‘성립의 진정’이라는 어느 정도의 제한을 가하여 그 자체를 유죄의 증거로 쓸 수 있는 형태로 우리 제정 형사소송법에 도입하게 되었다는 것이다.

이와 함께 제정 형사소송법의 입안자들은 고문에 대한 유혹이나 동기를 원천적으로 차단할 수 있는 안전장치로 각종 조서의 증거능력을 차등화하여, 먼저 법관의 조서는 절대적으로 증거능력을 인정하고, 검사는 법관보다 객관성이 떨어지나 법률전문가이므로 약간의 제한과 함께 증거능력을 인정하고, 사법경찰관의 조서는 엄격하게 증거능력을 제한하였다.¹⁷¹⁾

검사 이외의 사법경찰관 작성의 피의자신문조서에 ‘내용인정’이라는 엄격한 요건을 규정한 이유는 종래 사법경찰관이 피의자의 자백을 얻는 데 편중하여 가혹행위를 하는 등 인권유린의 위험성이 많았고 이를 방지하려는 입법정책적 고려에서 나온 것으로, 다른 나라의 입법례에서는 찾아볼 수 없는 우리 입안자들의 고유한 결단이었다고 설명한

170) 신동운, 앞의 논문, 115면 참조.

171) 신동운(역), 일본 형사수속법, 법문사(2003), 260면.

다.172)

그 이후 1961.9.1. 형사소송법 제1차 개정 당시 제312조의 본문과 단서를 제1항과 제2항으로 분리, 제312조 제1항 단서에 '특신상태'를 추가하였다. 검사가 작성한 조서에 대하여는 검사가 경찰보다 인적 요소가 우월하고 인권 침해의 가능성이 상대적으로 적다고 하는 경험칙 등을 강조하여 성립의 진정과 특신상태가 인정되면 증거능력이 부여되도록 차등 규정하는 형태로 개정되었다.

위의 연혁적 배경에서 알 수 있는 것처럼 작성주체에 따른 조서의 차등적 규정은 사법경찰관의 불법수사를 방지하기 위함이었다고 전문법칙 등의 증거법과 직접적인 관련은 없다고 하겠다. 그러므로 불법수사를 방지하고 수사단계의 피의자의 진술을 사용할 수 있는 적법절차가 충분히 보장되어 있고 경찰의 자질이 향상되었다면 차등적 규정의 필요성은 적다고 하겠다.

2. 피의자신문과 인권보장

수사를 담당하는 사법경찰관의 수준이 과거 제정 형사소송법의 상황이나 지난 7,80년대와 다른 경우 인권침해나 불법을 억제할 목적으로, 전문법칙과 직접적 관련이 없는 차등적 규정을 둔 것이라면 이제 증거법 본래의 목적에서 차등적 피신조서의 증거능력 여부를 검토해볼 필요가 있다고 하겠다. 이는 적법절차가 과거 어느 때보다 철저히 규정되고 제고된 현 상황에서는 더욱 그러하다고 하겠다.

역설적이지만 공판중심주의를 실질적으로 보장하고 조서 위주의 재판 관행을 막기 위해서는 조서의 진정 성립이나 내용인정에만 관심을 가지는 것이 아니라 피고인 자백의 신빙성이 인정되는 한은 피고인의 법정 외 진술이나 법정진술, 피고인을 조사한 수사담당자의 진술에 대한 반대신문과 증언가능성을 보장함으로써 위법하게 수집된 증거 외에는 필요하다면 공판정에서 피고인 진술의 신빙성 여부를 검토하는 것이 더 바람직할 수도 있다. 이것이 공판중심주의에 기여하면서도 실체적 진실발견이라는 다른 형사소송절

172) 김형진, 공판외 진술의 증거능력, 재판자료 제23집, 202면. 대법원도 '증거능력이 있어 검사 이외의 수사기관 작성의 피의자신문조서에 엄격한 요건으로 요구한 취지는 검사 이외의 수사기관의 피의자신문에 있어 있을지도 모르는 개인의 기본적 인권보장의 결여를 방지하려는 입법정책적 고려'라고 판시하였다(대법원 1982.9.14 선고 82도1479 판결)

차의 목적달성에도 기여하는 것이라고 볼 수 있다.

헌법재판소는 검사 작성의 피의자신문조서와 검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서에 대하여 증거능력 인정의 요건에 차등을 두어 검사 작성의 피의자신문조서의 증거능력 인정 요건을 완화한 것은 피의자의 인권보장과 실체적 진실발견 및 재판의 신속한 진행 사이의 조화를 이루기 위한 것으로서 그 합리적 이유가 있다고 하였다.¹⁷³⁾ 그러나 본 결정의 소수의견에 따르면, 검사가 작성한 피의자신문조서를 피고인이 법정에서 그 내용을 명백히 부인하고 있음에도 이를 증거로 사용할 수 있다고 하는 것은 형사소송의 일방당사자로서 유죄의 입증책임이 부과되어 있는 검사에게 그 책임을 경감시키는 부당한 혜택을 주고, 그 반사로서 피고인에게 불이익을 강요함으로써 공정한 재판의 틀을 깨는 것이 된다고 하였다. 그러나 보다 근본적인 문제는 검사 작성의 피의자신문조서에 대해 그 피고인의 법정에서의 진술 여부에도 불구하고 증거능력을 인정하는 것은 제3의 심판기관인 법원에 의한 재판이 실질적으로는 소추기관인 검사에 의해 재판이 왜곡될 개연성을 제도적으로 보장하는 셈이 된다고 비판하였다.¹⁷⁴⁾

검사가 작성하는 조서의 증거로서의 지위와 증거가치가 사법경찰관이 작성하는 조서에 비하여 더 우월한 것으로 보장받으면서도 조서를 작성하기 위하여 행하는 검사의 피의자 조사는 현실적으로 적지 않은 문제점을 갖고 있다는 지적이 있다.¹⁷⁵⁾ 우선 출석단계에

173) 헌재 1995.6.29. 자 93헌바 45 결정 : 청구인들은 서울형사지방법원에 공문서변조 등 죄로 기소되어 법정에서 공소사실을 부인하였음에도 위 법원은 검사 작성의 청구인들에 대한 각 진술조서의 기재내용 등을 증거로 인용하여 청구인들에 대해 모두 유죄판결을 선고하였다. 청구인들은 이에 불복하여 서울고등법원에 항소를 제기하면서 검사작성의 피의자신문조서는 피고인이 법정에서 그 내용을 부인하는 경우에도 증거능력을 인정할 수 있도록 규정한 형사소송법 제312조 제1항 단서에 대해 위헌법률심판제청신청을 하였다. 그러나 서울고등법원은 1993.9.17. 청구인의 항소를 기각함과 동시에 위헌법률심판제청신청을 기각하는 결정을 하였고 청구인들은 9.28. 헌법재판소법 제68조 제2항에 의해 이 사건 헌법소원을 청구하였다.

본 결정의 다수의견은 검사는 행정기관이면서도 동시에 사법기관인 이중의 성격을 가진 기관이며 오로지 진실과 법리에 따라 직무를 수행할 의무를 가지고 있는 준사법기관이다. 검사 이외의 수사기관은 그 자격과 권한, 법률적 지위에 있어 차이가 있으므로 그럼에도 불구하고 검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서와 검사작성의 피의자신문조서의 증거능력을 언제나 동일한 조건으로 인정해야 한다면 불합리한 것이다. 그러므로 검사 작성의 피의자신문조서와 검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서에 대해 증거능력인정의 요건에 차등을 두어 검사 작성의 피의자신문조서의 증거능력을 완화한 것은 피의자의 인권보장과 실체적 진실발견 및 재판의 신속한 진행 사이의 조화를 이루기 위한 것으로서 그 합리적 이유가 인정된다고 하였다.

174) 헌재 1995.6.29. 자 93헌바 45 결정.

175) 서보학, "피의자신문에 있어 인권보장 및 방어권 강화 방안", 형사법연구 제20호(2003), 267면.

있어 그 취지를 명확히 하지 않거나 조사할 사실을 제대로 고지하지 않은 채 출석하도록 하는가 하면 출석요구에 응하여 제발로 자진 출석한 피의자를 신문이 끝난 뒤 긴급체포 하면서 사실상 48시간의 시간을 추가로 벌 수 있을 뿐만 아니라 피의자신문조서에 부동문자로 명시된 내용으로 실제의 진술거부권의 고지를 갈음하는 사례도 있었으며, 검찰청의 검사실에 외부인 참여 없이 밀행적 성격을 유지해 왔고 이로 인해 피의자의 인권을 침해할 염려가 존재해 왔다. 더욱이 형사소송법에 '특신상태'를 규정하였지만 수사단계의 인권침해적 요소에도 불구하고 법원에 의해 특신상태가 없다는 이유로 조서의 증거능력이 부인된 것은 1995년까지 약 40건에 불과하다고 한다.¹⁷⁶⁾

아울러 2002년 검찰에서 무리한 고문으로 피의자가 사망하는 사건이 발생하는 등 검찰에서의 자백을 검사 작성 조서에 담아두려는 무리한 시도가 생기면서 막상 검찰 단계에서의 고문방지에 대해서는 제대로 규제하지 못한 구조적 문제점을 가져왔다. 경찰보다 우월한 지위를 보장받아 온 검사는 진정 성립이라는 요건 하나만 충족시키면 자신의 면전에서 획득한 자백을 조서라는 확실한 증거로 법정에서 제출할 수 있게 되어 증거법상으로도 독점적, 차별적 지위에 의해 그 우월적 지위가 담보된 결과 전 세계적으로 유례가 없는 강력한 권한을 부여받게 되었다.

3. 수사상 적법절차 보장

개정된 형사소송법(법률 제8496호)은 피의자·피고인의 방어권 강화와 수사절차의 적법성·투명성을 제고하기 위한 규정을 신설 혹은 보완하거나 증거법 체계를 합리적으로 정비하고자 하였다. 위법수집증거 배제법칙을 명문화하여 중대한 위법에 의해 수집된 증거의 법정 제시를 엄격히 제한하였고 수사과정의 투명성 확보를 위해 수사과정 기록제도와 피의자의 변호인신문 참여권 등을 보장하였다.

개정 전 보다 강화된 피의자·피고인의 방어권 보장과 공판중심주의의 법정심리절차가 마련되었고 아울러 위법수집증거배제규정을 통해 수사의 투명성과 적법절차가 마련되었다면 피의자신문조서의 증거능력을 제한하거나 작성주체에 따라 그 증거능력에 차등을 둘 필요성은 적다고 하겠다.¹⁷⁷⁾

176) 서보학, 앞의 논문, 265면 이하.

아울러 조서의 진정 성립에만 관심을 가지는 것이 아니라 수사단계의 진술이 법정에서 증거로 사용될 수 있는 다른 환경이 마련되어 있다면 실체진실의 발견이라는 목적을 위해 이러한 진술을 증거로 사용할 수 있을 것이다. 이에 대한 예로서 미국의 입법례를 참조할 수 있다.

또한 수사과정에 변호인의 참여가 허용되는 새로운 형사소송법 하에서는 경찰 수사까지 거치면서 어느 정도 진술이 정리된 피고인이 검사 앞에서 순순히 자백하리라 기대하기 어렵고, 사건 초기에 처음 수사를 받는 경찰 앞에서 피의자가 진술한 신선한 자백과 피의자의 정리되지 않는 태도는 조사 경찰관이 증인으로 출석하여 반대신문을 거쳐 구체적으로 조사 과정을 증언함으로써 웬만큼 규명되는 이상 굳이 검사 작성의 조서라는 서류증거에 대한 증거능력의 부여 범위를 확대하는 방법으로 실체진실의 발견이 담보된다고 보기는 어려울 것이다.

4. 수사의 효율성

실제 수사를 담당하는 사법경찰관 작성의 피의자신문조서도 증거능력의 요건을 좀 더 완화할 수 있거나 그 진정 성립 방법을 다양화하여 수사의 효율성을 높이고 실체진실발견에 기여할 수 있는가 하는 점을 검토해보아야 할 것이다. 이는 국민이 경찰에서 조사 받고 다시 검찰에서 동일한 수사를 받아야 하는 이중수사의 불편함을 없앨 수 있는 가능성에 대한 고려를 의미한다.

동일한 증거능력의 인정으로 이중수사로 인한 수사의 비효율성도 방지할 수 있다는 데에 대해 반대하는 견해에 따르면,¹⁷⁷⁾ 검사가 공소제기를 위해 '수사'를 하는 우리나라에서는 이중수사의 불편함을 이유로 할 수 없다고 주장한다. 즉 경찰이 독자적으로 검사의

177) 정용석, 검사의 수사지휘에 관한 연구, 2007, 601면. 현재 1995.6.29, 93헌바45 사건의 청구인들은 검사 작성의 피신조서도 신용성의 정황적 보장이 없기 때문에 조서의 증거능력을 인정하는 것은 당사자인 피고인에 대한 차별이라고 주장하였다. 즉 형사피고인과 마찬가지로 형사소송의 당사자 지위를 가지는 검사의 준사법기관으로서의 지위를 인정하기 어렵다고 하였다. 아울러 현실적으로 검사 작성의 피의자신문조서도 그 신용성을 인정할 수 있는 정황적 보장이 높지 않는데, 실제 검사실에서 수사나 신문은 참여주사에 의해 행해지는 것이 대부분이기 때문이다. 아울러 검사 이외의 수사기관 작성의 피신조서와의 균형도 맞지 않는다고 하였다.

178) 이완규, 형사정책소식(2003.1/2호), 8면.

관여 없이 수사하는 것이 아니며 피의자가 극구 부인하는 경우 공소제기 여부를 결정하기 위해 다시 수사할 필요성이 있다는 것이다.

그러나 피의자가 범행을 부인하지 않는 경우에도 동일한 사항을 신문하고 동일한 내용의 조서를 작성해야 하므로 피의자나 참고인에게 이중수사 등으로 인한 불편함은 인정할 수 있을 것이다.

앞서 본 바와 같이 미국도 불리한 진술한 경우(진술서 등) 이를 증거로 사용하는 것이 가능하다.

5. 소결

검찰과 경찰이 피의자신문조서에 대해 그 증거능력을 차등하여 규정하는 입법례는 찾아보기 힘들다. 영미법계의 국가는 수사기관의 조서에 대해 증거능력을 원칙적으로 부정하는 대신 피의자의 자백을 청취한 경찰관이 법정에서 직접 증언하는 방식이 활용되고 있으며, 대륙법계의 프랑스나 독일의 경우는 증거능력을 차등적으로 규정하지 않고, 일본은 전문법칙의 예외로서 제한적인 요건 하에서 동일하게 규정하고 있다.

공판중심주의를 철저히 실현하는 공판절차가 조서의 증거사용을 무조건적으로 배제하는 것이 아니라 오히려 법정 외 진술획득의 투명성과 적법성이 확보됨을 전제로 관련자의 증언이나 인정진술 외에 다양한 증거자료, 조서나 조사자 증언, 영상녹화물 등을 법정에 충분히 현출시키는 것이 실질적 공판주의 이념과 실체진실의 발견에 기여할 것이다.

법정 외 진술 획득의 투명성과 적법성을 위한 여러 법적 장치를 개정법이 마련하고 있으나, 사법경찰 작성의 피의자신문조서에는 조서 획득상의 적법절차나 방식은 규정하고 있으나 정작 획득한 조서나 조서에 기재된 진술내용을 증거로 사용할 수 있는 장치는 마련되어 있지 않다. 단순히 피고인의 법정에서의 내용 부인만으로 조서에 기재된 내용이거나 조서는 증거로 사용될 수 없다는 점은 실체진실의 발견이나 수사의 효율성 측면에서 타당하지 않다.

우선 피의자신문조서를 작성한 주체가 누구인가에 따라 증거능력을 차등 규정하는 것은 타당하지 않다. 과거 차등적 규정의 입법적 배경이 불법수사나 인권침해의 우려에 있었다면 이는 경찰뿐만 아니라 검사의 수사에서도 그 가능성이 있으며, 개정 형사소송법

은 적법절차와 피의자·피고인의 방어권보장을 위한 여러 규정을 마련하고 있기 때문이다. 오히려 피의자신문조서는 그 작성 주체에 따른 차등적 증거능력을 인정하기 보다는 조서의 진정 성립이 인정되고 조서 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태에서 작성된 것인지를 기준으로 증거능력을 평가하는 것이 타당하다고 하겠다.

결국 현행 형사소송법이 검사 작성의 피신조서에 대해 그 증거능력을 부여하는 요건으로 인정된 제312조 1항과 2항 규정은 사법경찰관 작성의 피의자신문조서에 대해서도 인정할 수 있을 것이다. 즉 검사 작성이나 사경작성이나의 구별 없이 피고인의 서명 날인 등이 있으며 적법절차의 요건과 방식에 의해 작성된 것이어야 하며, 서명 날인에도 불구하고 그 내용을 부인하게 되면 영상녹화물이나 조사자의 증언을 통해 객관적으로 조서의 진정성이 증명될 수 있도록 한다.

다만 조서의 특신상태와 관련하여서는 현행 규정은 막연히 '특신상태'만 규정해 놓고 있으며 그 판단을 법원에 일임하고 있으나 특신상태를 좀 더 명확히 제시할 필요가 있다. 그 예로 생각할 수 있는 것이 피의자신문 시 변호인의 참여가 있는 경우이다. 피의자신문 시 변호인의 참여는 개정 형사소송법이 명문으로 인정하고 있으며 변호인은 피의자신문에 참여할 뿐만 아니라 의견도 개진할 수 있다. 피의자 신문 시 변호인이 참여가 보장되고 변호인의 의견을 들어 진술을 할 수 있다면 수사단계에서 행한 피의자의 진술의 임의성을 인정할 수 있으며, 진술을 기재한 조서의 내용에 대한 진정 성립 및 자백의 신빙성도 담보할 수 있게 된다.

공판중심주의는 전적으로 조서에 의존한 재판은 지양하지만 조서나 그 기재된 진술이 변호인의 참여까지 보장된 상태라면 진술의 임의성이나 특신상태를 인정할 수 있는 것이기 때문에 법정에 현출하여 증거로 사용될 가능성을 부인할 필요는 없을 것이다.

제3절 피의자신문조서의 증거사용을 위한 필요조건

조서의 증거사용의 필요성은 인정되며, 차별적 증거능력의 규정이 폐지되어야 한다는 것은 조서나 수사상 진술의 획득과정에 있어 충분한 적법절차의 보장이나 진술의 특신상태가 전제되어야 한다. 다음에서 현행 (개정 후) 형사소송법이 이러한 적법절차를 충분

히 보장하고 있는지 비판적으로 검토하고자 한다.

1. 변호인의 피의자 신문 참여

피의자신문은 수사기관이 피의자를 출석시켜 신문하고 진술을 듣는 임의수사의 한 방법이다. 피의자신문은 법정에서 유죄의 증거로 사용될 수 있으며, 피의자가 한 자백을 기초로 다른 물적·인적 증거를 확보할 수 있으므로 실체진실의 발견을 위해 중요한 의미를 가진다. 아울러 피의자의 입장에서는 자기에게 유리한 사실을 주장하여 범죄 혐의에서 벗어날 수 있는 기회가 되기도 한다. 그러나 피의자신문이 어쩔 수 없이 피의자를 신문의 대상으로 하여 일방적으로 이루어지며, 검사실 등에서 이루어지기 때문에 밀행성도 가지고 있다. 따라서 피의자신문과정에 외부인의 참여나 신문장소의 지나친 폐쇄성도 제거하는 것이 피의자의 인권보장을 위해 필요하다고 하겠다.¹⁷⁹⁾ 변호인의 피의자신문참여 권은 독일이나 영국, 미국 모두 인정하고 있으며,¹⁸⁰⁾ 변호인의 피의자신문에의 참여권을 보장하지 않는 것은 실질적인 적법절차 원리에 반한다고 할 수 있다. 심지어 한 나라의 형사사법 민주화의 척도는 형사피의자와 피고인의 방어권 보장과 관련된 변호인제도와

179) 경찰에서의 피의자신문과정보다 검찰에서의 피의자신문과정이 그 밀행성이나 폐쇄성이 더 크다는 지적이 있다(서보학, “피의자신문에 있어서 인권보장 및 방어권 강화 방안”, 형사법연구 제20호(2003 겨울), 262면). 피의자신문은 임의수사이기 때문에 피의자가 언제든지 조사 받기를 중단하고 자유로이 퇴거할 수 있는 장소에서 이루어져야 한다. 따라서 피의자신문은 외부인의 출입이 어느 정도 자유롭고, 다수인이 현재하는 장소에서 이루어져야 한다고 보면 폐쇄된 검사실에서 이루어지는 피의자신문은 피의자는 위축되고 심리적 절망감을 느끼게 되어 자신을 적절히 방어할 수 없으며 수사기관은 자백을 강요하고 싶은 환경적 유혹을 느끼게 된다는 것이다(서보학, 앞의 논문, 262면).

180) 법무부, 개정 형사소송법 해설 (2007); 조국, 피의자신문시 변호인 참여권, 21세기 형사사법개혁의 방향과 대국민 법률서비스 개선방안(IV), 한국형사정책연구원(2004), 135면 이하; 천진호, 앞의 논문, 115면 이하).

각국의 입법례를 보면, ① 일본은 변호인의 신문참여는 인정하지 않음

② 미국은 수사기관이 체포 구속된 피의자를 신문하는 때에 변호인의 입회를 허용함

다만 실체진실의 발견을 위해 허위진술제 참고인 구인제 등을 인정함

③ 영국은 피의자신문에 변호인 참여를 허용하나 제한도 가능함

④ 프랑스는 수사기관의 조사 시에는 변호인 참여를 불허하고 사법경찰이 보호유치를 개시한 후 48시간 동안은 변호인의 접견도 불허함

⑤ 독일은 검사가 피의자를 신문하는 때에는 변호인의 참여를 허용하나 경찰수사 단계에서는 이를 허용하지 아니함

인신구속제도를 어떻게 운용하느냐에 달려 있다는 견해도 있다.¹⁸¹⁾

개정된 형사소송법 제243조의 2 제1항은 '검사 또는 사법경찰관은 피의자 또는 그 변호인·법정대리인·배우자·직계친족·형제자매의 신청에 따라 변호인을 피의자와 접견하게 하거나 정당한 사유가 없는 한 피의자에 대한 신문에 참여하게 하여야 한다'고 규정하여 모든 피의자에 대해 피의자신문 시 변호인의 참여권을 보장하고 있다. 특히 변호인 참여권을 실질적으로 보장하기 위해 동 조 제3항에서 '신문한 참여한 변호인은 신문 후 의견을 진술할 수 있다. 다만 신문 중이라도 부당한 신문방법에 대하여 이의를 제기할 수 있고, 검사 또는 사법경찰관의 승인을 얻어 의견을 진술할 수 있다'고 규정하고 있다.¹⁸²⁾

변호인의 피의자신문 과정에의 참여는 단순히 '참여'가 아닌 실질적인 '의견진술'이 가능하다는 점에서, 피의자는 수사기관에 어떤 정보를 제공해야 하는지 변호인의 조언을 들을 수 있다는 점에서 변호인의 피의자신문참여권은 피의자의 정보적 자기결정권에 대한 실질적 보장으로 보기도 한다.¹⁸³⁾ 아울러 피의자 신문 시 변호인의 참여가 보장되고 변호인의 의견을 들어 진술을 할 수 있다면 수사단계에서 행한 피의자의 진술의 임의성을 인정할 수 있으며, 진술을 기재한 조서의 내용에 대한 진정성립 및 자백의 신빙성도 담보할 수 있게 된다.¹⁸⁴⁾ 결국 피의자신문시 변호인의 참여권을 보장한 규정은 수사단계에서 행한 피의자의 진술이나 조서의 증거사용 및 그 신빙성을 인정받을 수 있게 한다.

개정 전 형사소송법에는 변호인의 피의자신문참여권을 인정하는 규정이 없었다. 그러나 대법원은 이미 변호인의 피의자신문참여권을 인정하였다. 즉 '신체구속을 당한 피고인 또는 피의자와 변호인의 접견교통권이 헌법과 형사소송법에 의해 보장되고 있을 뿐만 아니라 구속 피의자의 변호인의 조력을 받을 권리를 보장하고 있는 헌법규정에 비추어 구금된 피의자는 피의자신문을 받음에 있어 변호인의 참여를 요구할 수 있고 그러한 경우

181) 천진호, "개정 형사소송법상 형사피의자·피고인의 방어권 보장", 저스티스 통권 제103호, 112면.

182) 개정 형사소송법 이전에는 경찰의 경우 2002.8.26.부터 '신문시 변호인 참여지침'에 의하여, 검찰의 경우 '변호인의 피의자신문 참여 운영지침'과 '인권보호수사준칙' 제36조에 의하여 피의자나 그 법정대리인 등이 신청할 경우에 피의자 신문에 변호인의 참여를 허용하고 있었지만 모두 조직내부적 규정에 불과하였다(천진호, 앞의 논문, 117면 각주 15).

183) 천진호, 앞의 논문, 114면.

184) 변호인의 입회는 진술의 임의성 및 신문조서의 성립의 진정을 담보하고 나아가 법관면전조서에 준하는 정도의 높은 신용성과 증거능력을 부여할 수 있게 함으로서 신속한 재판의 진행도 가능하게 하는 장점이 있다고 한다 (서보학, 앞의 논문, 268면; 정영일, "형사변호인제도의 개선방향", 형사정책 제7호(1995), 245면).

수사기관은 이를 거절할 수 없는 것으로 해석하여야 한다'고 하였다.¹⁸⁵⁾ 헌법재판소도 '불구속피의자의 경우에도 변호인의 조력을 받을 권리는 우리 헌법에 나타난 법치국가원리, 적법절차원칙에서 인정되는 당연한 내용이므로, 불구속피의자가 피의자신문 시 변호인을 대동하여 신문과정에서 조언과 상담을 구하는 것은위법한 조력의 우려가 있어 이를 제한하는 다른 규정이 있고 그가 이에 해당한다고 하지 않는 한 수사기관은 피의자의 위 요구를 거절할 수 없다'고 결정하여 변호인의 피의자신문참여권을 인정하였다.¹⁸⁶⁾

개정 후 규정에 의해 변호인이 피의자의 신문에 단순히 참여할 뿐만 아니라 변호인의 조력을 받고 피고인이 진술 내용을 의논하거나 진술을 할 수 있는 기회가 보장되어 있다면 검찰이 작성하지 않고 사경이 작성했다고 해서 단순히 피의자의 조서 내용의 인정 여부에 따라 조서의 증거능력을 결정하는 것은 수사의 효율성을 해치는 것이며, 실체진실의 발견에도 반한다고 할 수 있다.

공판절차가 수사절차가 아니라면 증거능력이 인정되는 수사서류는 법정에서 현출시켜 그 증명력을 평가하는 것이 타당할 것이다. 피의자신문조서에 기재된 진술이 임의로 된 것이고 진술 획득에 있어 중대한 위법이 없었다면 진술조서의 증거능력은 일단 인정할 수 있고 법정에서 그 증명력의 정도, 신빙성에 대해 법관의 자유심증에 따라 평가할 수 있을 것이다. 다만 조서 자체가 증거로 사용되는 것보다는 조서에 기재된 진술에 대해 원진술자나 조사자를 법정에서 반대신문을 통해 탄핵한 후 그 진실성 여부를 법정에서 직접 평가하는 것이 타당하므로 조서의 증거능력은 제한적으로 인정하는 것이 타당하다고 본다.

여기서 조서의 증거능력을 '제한적으로' 인정한다는 것은 검사 작성의 조서이고 그 진정 성립이 인정되기만 하면 피의자가 그 내용을 부인함에도 불구하고 증거능력을 인정하는 것은 타당하지 않을 의미한다. 현행 형사소송법은 검사 작성의 피신조서에 대해서는 피고인의 진정 성립이 있거나, 부인하는 경우 객관적인 방법에 의해 진정 성립이 인정되면 증거로 사용될 수 있도록 하였다.

그러나 검사 작성의 피신조서에 대해서도 피고인이 법정에서 그 조서의 내용을 인정하지 않는 경우에는 경찰 작성의 조서와 마찬가지로 증거능력을 부인하는 것이 타당하다.

185) 대법원 2003.11.11. 2003모402 결정.

186) 헌재 2004.9.23. 2000헌마138.

다만 검찰 작성의 피의자신문조서이든 사법경찰관 작성의 피의자신문조서이든 신문과정에 변호인이 참여한 경우에는 수사단계에서 행한 피의자의 진술이나 진술을 기재한 조서의 증거사용을 막을 이유가 없다. 변호인의 참여를 현행 형사소송법이 규정하고 있고 변호인의 의견까지 들을 수 있다면 피신조서의 작성주체가 검사이든 사법경찰관이든 구별 없이 진술의 임의성과 성립의 진정, 높은 신용성이 담보될 수 있기 때문이다. 반면에 피의자신문과정에 변호인의 참여가 없는 경우에는 피의자의 내용 부인이 있으면 작성주체가 누구냐에 상관없이 그 증거능력을 부인하는 것이 타당하다고 하겠다.¹⁸⁷⁾

피신조서의 작성 주체와 상관없이 신문 시 변호인의 참여 여부에 따라 피신조서의 증거능력을 인정한다면 경찰에서 피의자가 순순히 자백함에도 불구하고 재판과정에서 부인할 것을 대비 검사가 재차 피의자신문조서를 작성하는 이중수사의 불편과 수사력 낭비를 제거할 수 있는 장점도 있다.

피의자 신문 과정에서 작성된 조서의 증거능력을 인정하기 위해 피의자신문 시 변호인의 참여권을 보장하는 것 외에 현행 규정을 보완할 필요가 있다. 그것은 동 조 제3항에서 형사피의자의 신문과정에서 변호인의 참여를 허용하되 '피의자신문 후 의견을 진술'할 수 있도록 함으로써 피의자 단계에서 변호인의 조력을 받을 수 있는 권리를 무의미하게 할 수 있기 때문이다.¹⁸⁸⁾ 피의자는 수사기관에 어떻게 답변해야 할지를 변호인으로부터 조언을 받을 수 있어야 한다. 그러므로 신문종료후가 아니라 제한 없이 변호인의 조력을 받을 수 있도록 할 필요가 있다고 하겠다.

187) 서보학, 앞의 논문, 273면. 개정 전 검사작성의 피의자신문조서의 증거능력도 경찰 작성의 그것과 마찬가지로 법정에서 피고인이 그 내용을 인정하는 경우에만 인정하자는 견해로는, 계경문, 형사소송법 제312조에 관한 소고, 외법논집 제3집(1996.12), 520면-522면; 신동운, 형사소송법, 622면. 제312조를 폐지하자는 견해로는 손동권, 전문법칙과 사법경찰, 형사판례연구 II, 한국형사판례연구회 (1994), 268면.

188) 피의자신문 시 변호인의 참여규정의 또 다른 문제점으로 제기되고 있는 점은 수사기관이 변호인의 참여를 제한할 수 있는 '정당한 사유'가 구체화되지 않았다는 것이다. 정당한 사유를 어떻게 해석하느냐에 따라 변호인의 참여에 대한 자의적인 제한이 될 수 있기 때문이다. 그러나 법무부는 2008년 1월 7일 검찰사건사무규칙을 개정하여 신설된 제9조2에서 피의자신문에서 변호인의 참여가 제한되는 정당한 사유를 변호인의 참여로 인하여 신문방해, 수사기밀 누설 등 수사에 현저한 지장을 초래할 우려가 있다고 인정되는 경우 등으로 구체화하였다.

2. 진술과정의 녹화(제244조의2, 제221조) 등

검사와 사법경찰관은 피의자신문시의 진술을 영상 녹화할 수 있다. 아울러 수사기관은 신문에 들어가기 전에 피의자의 진술거부권, 변호인 조력권을 고지하여야 하며(제244조의3), 수사과정을 투명하게 하여 절차의 적법성과 진술의 임의성을 보장하기 위해 신문과정에서의 피의자의 행적을 자세히 기록할 필요성에 의해 수사과정 기록하는 제도를 도입하였다(제244조의4).

이러한 규정은 외국의 입법례에는 없는 규정으로, 이는 피의자 등의 진술의 임의성, 특신성에 대한 판단자료로 사용될 수 있다고 하겠다.

3. 위법수집증거배제원칙 (제308조의 2)

개정된 형사소송법은 적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다고 규정하여 위법하게 수집된 증거의 증거능력을 배제, 증거수집절차의 적법성을 제고하고자 하였다. 따라서 적정절차에 위반하여 수집된 증거나 위법한 증거조사절차에 의해 수집된 증거는 증거로 사용될 수 없다. 자백의 임의성과 관련하여서는 자백배제의 법칙이 위법수집증거배제의 법칙에 우선하여 적용되는 것으로 본다.¹⁸⁹⁾

4. 영상녹화물의 활용(제312조 제2항, 제4항)

우리 형사소송법에서 수사과정의 영상녹화제도를 도입하게 된 것은 외국의 입법례와 달리¹⁹⁰⁾ 수사기관이 보다 효율적이고 안정적인 유죄의 증거를 확보하기 위해 모색된 결과라고 한다. 그러나 사개추위에서 2005년 4월에 내놓은 최초의 개정안은 종전 형사소

189) 임동규, 형사소송법, 465, 467면.

190) 이동희, "사개추위안의 피의자신문 녹음·녹화제도 도입방안에 대한 검토", 비교형사법연구 제8권 제1호(2006.8), 507면 이하; 박노섭, 앞의 논문, 116면-124면; ① 미국은 텍사스, 미네소타, 알라스카, 일리노이 등 4개 주는 녹화되지 아니한 수사상 진술에 대한 증거능력을 배제하는 등 미국 38개 주가 녹화제도를 시행하고 있으며, 대체로 구금상태에서의 신문에 대한 녹화를 의무화하고 있음. ② 영국은 1984년 '경찰 및 형사증거법'에서 피의자 조사에 관한 녹음기록 시스템을 입법화함. ③ 독일은 참고인 조사에만 활용되고 피의자에 대한 녹음·녹화는 하지 아니하며, 일본도 아직까지 영상녹화 제도를 도입하지 않은 상태임

송범에 비해 수사기관에서 작성된 조서의 증거능력을 강력히 제한하여 수사기관에서 작성된 피의자신문조서, 참고인 진술조서 및 진술서 등에 대해 모두 원칙적으로 피고인 또는 변호인이 그 내용을 인정하거나 증거사용에 동의한 경우에만 증거능력을 가지도록 하는 한편, 영상녹화물을 처음으로 형사소송법에 도입하여 그 근거규정을 두면서 피의자신문을 녹화한 영상녹화물에 대해 피의자신문조서에 준해 취급하도록 함으로써 피고인이 그 내용을 부인하면 증거능력을 상실하도록 하였다.¹⁹¹⁾

정부의 당초 개정안은 영상녹화물의 독자적 증거능력을 부여하였으나, 수사의 투명성과 수사과정에서의 피의자의 인권보장을 확인하는 수단으로 사용되어야 할 영상녹화물이 수사기관의 무기로 변질되는 오류를 범하였다거나 사실상 비디오재판을 초래해 조서재판보다 더 공판중심주의를 방해할 위험성이 매우 크다는 반론이 강하게 제기되자 국회 심의과정에서 독자적 증거능력의 규정은 삭제된 채 국회를 통과, 개정법이 확정되었다.¹⁹²⁾

따라서 영상녹화물의 증거사용은 먼저 검사 작성의 피의자신문조서 및 검사·사법경찰관 작성의 참고인 진술조서의 진정 성립 등의 증명의 방법으로 도입되고(제312조), 공판기일에 피고인 또는 피고인 아닌 자가 진술함에 있어 기억이 명백하지 아니한 사항에 관해 기억을 환기시킬 필요가 있다고 인정되는 때에 사용한다(제318조의 2).¹⁹³⁾

피의자신문과정을 영상녹화하기 위해서는 미리 영상녹화를 한다는 사실을 고지하여야 하며 조사의 개시부터 종료까지의 전 과정 및 객관적 정확을 녹화하여야 한다. 조사의 전 과정 녹화요건을 확인하기 위한 구체적인 장치로서 개정 형사소송규칙은 검사 또는 사경이 조사가 개시되는 시점에서 조사가 종료되어 피의자가 조서에 기명날인 또는 서명

191) 사개추위의 피의자신문 녹음 녹화제도에 대한 평가는 이동희, 앞의 논문, 502면 이하.

192) 구법 하에서부터 수사기관의 진술에 대한 영상녹화물의 증거조사 방법과 증거능력에 관한 일정한 논의가 있어왔는데, 위 규정이 삭제된 신법하에서도 여전히 영상녹화물을 여전히 영상녹화물을 유죄의 증거로 쓸 수 있는가 하는 해석상 논란이 있다. 그러나 개정 과정에 나타난 반론과 마찬가지로 영상녹화물이 당초 도입 목적을 넘어서 진술과정에 반대신문권이 보장되지 아니하는 위험성에 대한 지적을 무릅쓰고 영상녹화물에 대한 독자적인 증거능력을 부여하는 유례 없는 입법을 할 필연적 이유는 없다고 하겠다.(이영한, 앞의 논문, 114면). 비디오 신문의 위험성에 관해서는 박노섭, 앞의 논문, 129면 이하 참조.

193) 또한 제318조의 2 제1항에서 전문증거로서 증거능력이 없지만 탄핵증거로 쓸 수 있는 대상에서 영상녹화물을 명백히 제외하고 있다. 이는 수사기관이 작성한 영상녹화물이 공판정에 무분별하게 제출되어 공판중심주의가 퇴색하고 영상녹화물에 의존한 재판이 되지 않도록 하기 위한 것이라고 해석할 수 있을 것이다(이영한, 앞의 논문, 116면).

을 마치는 시점까지 전 과정을 영상녹화하여야 한다는 것 등의 규정을 두고 있다(규칙 제134조의 2).

현행 형사소송법은 검사 작성의 피의자신문조서에 대해서만 피고인이 그 진정 성립을 부인하는 경우 영상녹화물 등 객관적 방법에 의해 그 진정 성립을 인정할 수 있다고 하였다. 그러나 검사작성의 피의자신문조서와 사경 작성의 피의자신문조서의 차등적 증거능력을 인정해야 할 증거법 외적인 이유가 없고 수사단계에서 변호인의 참여 등 적법절차도 구체적으로 보장되어 있다면 사경 작성의 피의자신문조서에 대해서도 영상녹화물 등의 객관적 방법을 활용하여 진정성립을 다양화하는 방안도 고려해 볼 수 있을 것이다.

아울러 인권옹호적인 관점에서만 본다면 수사한 경찰관이 언제든지 법정에서 증언할 가능성을 열어 두는 것이 조서의 증거능력을 무조건 부정하는 것보다 오히려 피의자신문과정에서 진술강요와 같은 피해자의 인권침해적인 행위에 대한 적절한 통제장치로 작용할 수 있다고 보는 견해가 있다. 그것은 수사를 담당했던 담당자 등을 법정에서 불러내어 익명성을 없애는 것이 오히려 고문 등 인권침해적인 행위를 방지할 수 있는 방법일 수 있기 때문이라는 것이다.¹⁹⁴⁾

5. 진술의 ‘특신상태’

피의자진술조서의 ‘진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여진 때’는 일반적으로 ‘특신상태’ 또는 ‘신용성의 정황적 보장’이라는 요건으로 설명한다. 이는 원 진술이 공판정에서 행해지지 아니하였더라도 그 원 진술의 진실성이 여러 정황으로 미루어 보장되는 경우를 말한다. 여기서의 신용성은 증거능력과 관련된 것이므로 진술내용의 진실성을 의미하는 것이 아니라 진실성을 보장할 만한 외부적 정황을 의미한다고 해석한다.¹⁹⁵⁾ 즉 여기서의 ‘특신상태’는 영미법에서의 ‘신용성의 정황적 보장’과 같은 의미로서 진술내용이나 조서 또는 서류의 작성에 허위개입의 여지가 없고 그 진술내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있는 경우를 가리킨다.¹⁹⁶⁾

종래 피의자신문조서의 특신상태를 부정하는 판례는 많지 않았다. 특신상태는 형식적

194) 이동희, 앞의 논문, 518, 519면.

195) 임동규, 형사소송법, 438-439면.

196) 이영한, 앞의 논문, 93면.

진정성립이 인정되면 실질적 진정성립이 추정되고 실질적 진정성립이 추정되면 특신상태가 추정되는 삼 단계 추정에 의해 증거로 사용되는 경우가 대부분이었기 때문이다. 그러나 특신상태가 무엇을 의미하는지는 개정 이후에도 명확해졌다고 보기 어렵다.

그러나 조서의 적법성과 투명성을 확보하기 위해서는 조서의 특신상태의 의미를 객관적으로 평가하는 것이 필요하며, 그 한 예가 될 수 있는 것이 영상녹화물에 의한 객관적 증명방법일 것이다. 그러나 영상녹화물 외에는 다시금 '그 밖의 객관적 증명'이 무엇을 의미하는지에 대해서는 다시금 견해가 나뉘고 있다.¹⁹⁷⁾

객관적 방법의 의미와 범위가 무엇인가는 규정되어 있지 않으므로 이후 판례와 학계의 검토가 필요하다. 법무부는 '그 밖의'라는 문언의 취지를 강조, 영상녹화물 외에 녹음테이프, 조사자 증언, 조사 시 대질을 했거나 참여한 사람이 있으면 그 사람의 증언, 속기사의 증언 등 다양한 방법을 허용해야 하는 것으로 해석한다.¹⁹⁸⁾

피고인이 법정에서 실질적 진정성립을 부인할 경우 새로운 형사소송법과 형사소송법규칙에 의해 엄격한 요건 하에 작성되고 법정에서 조사되는 영상녹화물에 의한 입증은 제외한 다른 방법에 의해 실질적 진정성립의 입증범위는 가급적 배제하도록 하고, 그 범위내로만 조서의 증거능력 부여 범위를 한정하여 보다 폭 넓은 범위의 구두변론을 통한 진실 규명이 법정에서 이뤄질 수 있도록 재판진행을 하여야 한다는 견해도 있다.¹⁹⁹⁾

개정 형사소송법이 조서의 진정성립을 인정하는 새로운 방법을 추가하였다고 하여 온

197) 이영한, 앞의 논문 93면 이하 참조 : 영상녹화물의 증거능력 : 독자적 증거사용의 가능성에 대해서는,

- 본래의 개정안에서는 요증사실을 입증하는 전문증거로서 영상녹화물이 사용가능하였으나 국회 논의과정에서 삭제됨
- 신문절차 중의 위법수사관행을 예방하고 피의자 진술의 임의성을 보장, 증거가치를 높이기 위해 피의자신문과정과 그 진술내용을 영상 녹화하는 것은 긍정적인 의미를 가질 수 있음
- 영상녹화물이 예방적 효과와 진술의 증거가치를 높이기 위해서는 조사가 이루어지는 전 과정이 녹화하여야 함
- 진술을 녹화한 영상녹화물의 본증과 탄핵증거 사용 여부에 대해서는 주장이 나뉘진술증거로서 전문증거이며, 반대신문권의 행사가 보장되지 않으며, 사후편집에 의한 조작의 가능성이 있다는 점이 지적됨
- 영상녹화물에 증거능력을 부여하는 것은 신중하게 논의하여야 한다는 것이 학계의 다수설적인 견해임

198) 법무부, 개정형사소송법(2007), 238면.

199) 이영한, 앞의 논문, 92면.

갖 방법이 다 동원될 수 있는 것은 아니며, 진정 성립 인정을 위해 사용될 수 있는 방법은 영상녹화물에 준하는 객관적인 방법이어야 한다고 보는 견해²⁰⁰⁾가 타당하다고 하겠다. 따라서 조사자, 조사과정에 참여하여 조사사실을 들은 사인, 속기사 등의 증언 등이 영상녹화물과 같은 정도의 객관성을 가지고 있다고 평가하기 어렵다. 특히 조사자의 증언의 경우는 객관적 제3자가 될 수 없으며 이를 조서의 증거능력을 뒷받침하는 방법으로 활용되는 것은 입법의 취지에 반한다.²⁰¹⁾ 아울러 조사자의 증언은 형소법 제316조를 통해 현출될 수 있음에도 불구하고 조사자의 증언을 제312조 제2항에 끌어들이려는 해석은 검사 작성 피의자신문조서의 증거능력을 강화하고자 하는 시도로 본다.²⁰²⁾

영상녹화물, 조사자 증언 등으로 현행법보다 진정 성립의 인정방법이 확대된 만큼 앞으로 임의성과 특신상태의 검증이 중요해진다.²⁰³⁾ 특신상태는 검사가 이를 구체적으로 주장, 입증하여야 하고, 외부적 정황의 유무를 판단하기 위한 자료로서 진술내용을 참작하게 될 것이다.²⁰⁴⁾

아울러 수사기관에서 한 진술의 증거능력이 인정되더라도 법정 진술과 비교하여 증명력을 가리는 데 신중을 기해야 할 것이다. 이 점에서 '수사기관이 원진술자의 진술을 기재한 조서'는 원본증거인 원진술자의 진술에 비해 본질적으로 낮은 정도의 증명력을 가질 수밖에 없다는 한계를 지니는 것이고, 특히 원진술자의 법정 출석 및 반대신문이 이루어지지 못한 경우에는 그 진술이 기재된 조서는 법관의 올바른 심증 형성의 기초가 될 만한 진정한 증거가치를 가진 것으로 인정받을 수 없는 것이 원칙이다.²⁰⁵⁾

6. 소 결

결론적으로 원진술자에 대한 신문은 중심으로 한 증거조사와 검사 작성의 피의자신문 조서가 형사소송법에 정한 적법 절차와 방식에 따른 것인지 여부, 특신상태를 증명할 수

200) 조국, 앞의 논문, 180면.

201) 서보학, 개정 형사소송법에 의한 수사조서 및 영상녹화물의 증거능력, 169면; 이재상, 신형사소송법, 568-569면; 법원행정처, 형사소송법 개정법을 해설(2007), 12면.

202) 조국, 앞의 논문, 181면.

203) 유해용, 앞의 논문, 218면.

204) 신동운, 앞의 논문, 925면; 신양균, 앞의 책, 730면. 법무부는 특신상태가 추정된다는 입장이다(법무부, 개정형사소송법, 237면).

205) 유해용, 앞의 논문, 219면.

있는 객관적 사유가 존재하는지 여부에 대해 엄격하게 판단하여야 한다.

향후 법원이 제반 정황의 종합적 고려라는 모호한 개념보다는 특신상태의 입증에 대해 보다 엄격하고 구체적인 잣대를 사용할 필요가 있다. 예컨대 변호인이 참여한 경우는 특신상태가 인정되는 대표적인 예일 것인데, 변호인 참여가 거절된 경우 정당한 이유가 있었는지 검토하여 정당한 이유가 없다면 특신상태는 인정되어선 안 될 것이다. 이외에도 신문 시 각종의 적법절차가 지켜졌는지, 진술 당시 피의자가 자신에게 고지된 진술거부권을 제대로 알고 있었는지 등 진술당시의 정황도 검토되어야 한다.

개정 형사소송법 규정에 따라 적법한 절차와 방식으로 피의자를 신문하고 변호인의 참여 하에 신문하는 등의 특신상태를 증명할 수 있다면 사경 작성의 피신조서라고 해서 피의자의 부인만으로 증거능력이 배척되는 것은 타당하지 않다.

적법절차의 철저한 준수를 보장하는 한 수사의 효율성을 위해 사법경찰관 작성의 조서도 진정 성립이나 객관적 방법에 의한 증거능력 인정을 고려해 볼 수 있다.

제4절 조사자 증언제도 : 제312조와 제316조의 관계

1. 제316조의 의의

개정 전 대법원은 사법경찰관 작성 피의자신문조서의 증거능력과 관련하여 사경 작성의 피신조서는 제312조 2항에 의해 증거능력이 부정되더라도 제316조 1항에 의해 피고인을 조사한 사법경찰관이 법정에서 증인으로 나서서 피고인의 반대신문을 통한 검증을 받으면서 자신이 들은 피고인의 진술을 들을 수 있는 가능성이 있었다. 그러나 대법원은 제316조를 제312조 2항에 연관시켜 해석하면서 사실상 제316조 1항의 규정을 무의미하게 만들었다고 하겠다. 대법원은 '피고인이 사법경찰관 앞에서의 진술의 내용을 부인하고 있는 이상 피고인을 수사한 경찰이 증인으로 나와서 수사과정에서 피고인이 범행을 자백하게 된 경위를 진술한 증언은 형사소송법 제312조 2항의 규정과 그 취지에 비추어 볼 때 역시 증거능력이 없다'는 일관된 견해를 취하였다.²⁰⁶⁾

206) 대법원 1983.6.14. 선고 83도1011; 대법원 1990.9.28 선고 90도1483; 대법원

그러나 개정된 형소법 규정은 피의자를 조사하거나 조사에 참여한 자의 피고인의 수사 과정에서의 진술에 관해 증언할 경우 그 증언에 증거능력을 부여하도록 하였다. 그 이유로 공판중심주의적 법정절차를 확립하기 위해 조서의 증거사용을 제한하고 법정에서의 구두변론과 신문의 활성화가 필요하다는 점을 개정 이유로 들고 있다. 이는 피의자신문조서가 그 요건을 충족하지 못하여 증거능력이 부인되는 경우 그 서면을 배제하고도 그들 진술의 증거능력을 인정받을 수 있게 된 새로운 규정을 두게 됨을 의미한다.

제316조(전문의 진술)에 의하면 피고인이 아닌 자, 예컨대 피의자의 조사관이 공판준비 또는 공판기일에서의 진술이 피고인의 진술을 그 내용으로 하는 것인 때에는 그 진술의 특신사정만 인정되면 증거능력을 얻게 된다. 따라서 제312조 제1항 및 제2항의 신문조서의 증거능력이 부인되더라도 제316조에 따라 신문자의 증언에 의하여 그 내용의 증거능력을 인정받을 수 있게 된다. 결과적으로 동 조항은 검사나 경찰의 신문조서의 증거능력 인정을 보다 용이하게 하였다고 할 수 있다.

제316조는 제312조 제3항에 의해 검사 이외의 수사기관이 피의자신문조서에 대해 피고인 측이 그 내용을 부인하더라도 수사를 담당한 자를 법정에서 불러 피의자의 진술을 옮기는 경우에 활용될 수 있다.

피의자를 조사한 사법경찰관이 법정에서 증언하는 경우 증거능력을 인정한다면 굳이 수사단계에서 적법하게 작성된 피신조서의 증거능력을 부인할 이유가 크지는 않다고 하겠다. 그리고 사경의 법정 증언이 증거로 채택되는 경우가 증가되면 자연히 검찰에서의 이중수사가 줄어들어 경찰은 수사의 책임기관으로, 검찰은 중요사건의 수사과 기소유지에 집중, 경찰과 검찰간의 역할분담이 가능해진다는 견해도 고려해 볼 수 있다.

경찰과 검찰의 역할 분담, 각각 수사와 기소유지에 집중할 수 있게 되면 이는 장기적으로는 경찰의 독립적인 수사권 인정에도 기여할 것이다. 다시말해 검찰에서 피의자가 행한 진술에 대해서는 그 수사검사를 조사자로 채택하여 법정에서 진술하게 할 수 있으나 이는 사경의 진술이 증거능력을 가지는 경우 그 필요성이 점차 줄어들 것이며, 이중수사의 폐해도 방지할 수 있게 될 것이다. 아울러 경찰은 피의자를 신문하고 단순히 그 결과를 조서로 작성, 제출하는 것만으로 충분하지 않으며 책임지고 자기 사건에 대해 철저히 수사를 하여 검사가 공판정에서 유죄를 입증할 수 있도록 객관적 증거자료를 확보

하여야 한다. 또한 필요하다면 법률전문가인 검사에게 자문을 요청하고 검찰의 요구가 있는 경우에는 경찰이 추가적인 수사를 통해 증거를 보완할 수 있도록 신속히 조치하여야 한다.

이러한 수사단계나 법정에서의 유죄입증을 위해 서로 긴밀하게 협조하는 모습은 장기적으로는 검찰과 경찰간의 관계가 협력관계로 발전하게 하며, 경찰의 수사주체로서의 지위를 공고히 할 수 있도록 하여 수사권 독립을 주장할 수 있는 충분한 근거가 될 수 있을 것이다.

물론 조사자 증언의 경우 조사내용에 관한 정보를 보유하고 있는 조사자는 담당 사건이 많고 사건을 전부 기억할 수 없기 때문에 조서 기재대로 진술한 사실이 있다고 법정에서 기계적으로 증언할 개연성이 있다. 그러나 조사자의 증언은 조사과정에서 얻은 기억의 재생이어야지 조서로 확인한 내용의 전달이 되어서는 안되며, 특신상태의 인정이나 증거가치의 판별에 있어서 유의할 필요가 있다.²⁰⁷⁾

2. 제312조와 제316조의 관계

공판중심주의는 법정에서의 원진술자의 진술을 전제로 하며, 공판절차는 당사자주의적 구조를 가지는데, 당사자주의 하에서 재판장은 사실인정을 할 주체가 아니기 때문에 재판을 공정하게 진행하는 데 주력할 뿐 사실인정을 어떻게 할 것인가 여부는 관심의 대상이 아니다. 그런데 우리나라의 재판장은 스스로 재판을 진행하면서 사실인정의 주체가 되므로 당사자주의 하의 전문법칙에 대해 왜곡이 있게 되었다.²⁰⁸⁾ 한 예로 제312조와 제316조의 관계를 들 수 있다.

제312조 2항과 제316조 1항과의 관계에서 제312조가 제316조의 보충적 규정인지 아니면 그 반대인지에 대해 분명하게 하지 않고 먼저 사경 작성의 피신조서의 증거능력을 제312조 규정에 따라 평가하면 이와 관련하여 제316조 1항 규정을 해석, 수사를 담당한 사경의 증언은 증거능력이 없다고 평가하였다.

그러나 제312조와 제316조와의 관계에서 피고인을 직접 법정에서 진술할 수 있고 수

207) 유해용, 앞의 논문, 219면.

208) 차동연, 앞의 책, 164면.

사를 담당한 검사나 사경의 진술을 법정에서 들을 수 있으면 피고인의 진술을 기재한 조서는 법정에 제출할 필요가 없다고 하겠다. 오히려 법정 진술의 신빙성이나 증명력 등에 대한 공방이 필요하다고 할 수 있다. 사경의 법정 증언에 대한 대법원의 태도는 무엇보다 명문규정(제316조 1항)이 허용하고 있는 증거를 대법원이 금지하였다는 점에서 법률에 반하는 해석, 입법에 가까운 해석이라고 볼 수 있으며, 피고인의 법정외의 진술이 전문증거가 아니라면 전문법칙에 대한 왜곡이 있는 셈인데, 피고인의 수사단계의 진술이 미국에서는 법정에 증거로 제출된다. 아울러 제312조와 제316조 규정의 관계에 대한 오해가 있으며, 마지막으로 공판중심주의에도 반하는 결과라는 점을 들어 타당하지 않다고 볼 수 있다.²⁰⁹⁾

3. 책임수사와 구두변론주의의 활성화

사법경찰관의 법정증언이 가지는 긍정적인 의미도 있다. 즉 범행과 시간적으로 가까운 시점의 진술로 증거가치가 높아 실체진실의 발견에 기여할 수 있으며, 증거조사 과정에서 반대신문 등의 구두변론이 활성화될 것을 예상할 수 있다.²¹⁰⁾

물론 원진술자의 법정진술과 수사기관에서의 진술기재 중 반드시 법정진술이 진실에 가깝다거나 수사기관에서의 진술기재가 더 진실에 가깝다고 말할 수 있는 것도 아니다. 더욱이 진술조서에 의한 진술은 진술자의 진술을 그대로 녹취하는 것이 아니라 신문자와 진술자가 공동으로 사건을 재구성한 것으로 볼 수 있다. 이에 비해 법정 진술은 반대신문권과 대면권이 보장되고 법관의 직접 확인 과정을 거친 진술이라는 점에서 전문증거보다 우위에 있다고 할 수 있다.

아울러 조사자 증언제도는 사법경찰관 작성 피의자신문조서에 대해 피고인이 내용을 부인하면 조서를 증거로 사용하지 못하는 형소법 규정 하에서 경찰에서 자백한 피의자에 대해 검찰의 이중조사로 인한 피의자의 불편함을 조사자 증언을 통해 해소시킬 수 있다는 점도 개정의 이유로 들고 있다. 따라서 경찰 조사에 대해 사실상 증거능력을 부여하여 책임 있는 수사를 가능하게 하는 긍정적인 면이 있음이 강조된다고 하겠다.

209) 안성수, 피의자나 참고인의 수사단계에서의 진술 및 조서의 증거능력, 법률신문, 2005.6.13.

210) 서보학, 앞의 논문, 13면.

조사자는 위증이나 허위공문서 작성 등의 시비를 염두에 두고 수사에 임하게 되어 수사의 투명성 제고와 적법절차 준수를 촉진하며, 불필요한 시비를 피하기 위해 수사과정에서의 영상녹화가 활성화되는 등 수사방식이 인권친화적으로 전환되는 계기로 작용할 수 있을 것으로 평가할 수 있을 것이다.

4. 조서의 차별적 증거능력 규정 불필요

조사자 증언제도를 적극적으로 활용할 수 있다면 더 이상 검 경간 차별적 조서 증거능력의 인정은 의미가 없다고 하겠다.

물론 관심을 가져야 하는 부분은 조서의 내용이 피고인이 말한 객관적 진술에 일치하는가 하는 점이다. 다시 말해 조서의 내용이 행위자가 말한 대로 기재된 것인가 여부만 조사하여 진술내용을 조사자의 편의대로 왜곡하거나 수정한 부분이 없다면 공판정에서의 피고인의 진술과는 무관하게 증거로 사용될 수 있어야 한다. 여기에 작성자에 따른 차별적 증거능력을 정당화할 수 있는 논거는 증거법상으로 보이지 않는다. 단지 사법경찰관의 인권침해적 행위나 피의자신문서의 적법절차의 보장 여부에 대해서만 검토해야 한다면, 그리고 더 이상 사경의 인권침해적 행위가 문제되지 않거나, 혹 수사기관의 전체의 구조적인 문제가 아닌 수사기관의 개인적 문제인 경우 이는 이미 위법수집증거배제의 법칙에 의해 해결될 수 있다. 그러한 경우 사경 작성의 피신조서만이 피고인의 내용인정을 요구할 필요성은 크지 않다고 하겠다. 즉 경찰단계에서의 수사가 개정 형사소송법이 요구하는 적법절차를 준수하였고 심지어 변호인이 신문과정에 참여하여 특신상태를 인정할 수 있는 경우에도 검사 작성의 피의자신문조서와는 달리 피고인의 내용 부인에 의해 증거능력이 인정되지 않는다는 것은 타당하다고 할 수 없다. 똑같은 적법절차와 방식에 따라 특신상태도 인정된 조서를 작성 주체에 따라 차별적으로 증거능력을 인정하는 합리적 이유를 찾기 어렵다.²¹¹⁾

그리고 조서와 피고인의 진술이 각각 증거능력을 부여받을 수 있다면 피고인의 법정진술과 법정 외 진술(조서의 기재내용)을 반드시 일치시킬 필요성은 없다고 하겠다. 더욱

211) 이러한 차등적 증거능력의 인정은 검사의 우월적 지위를 부여하기 위한 특권적 조항이라고 보기도 한다(서보학, 앞의 논문, 10면).

이 피고인의 법정 외 진술에 대해 영상녹화물 등에 의한 객관적 증명이 가능하고 경찰의 위법 여부에 대해 현행 소송법 하에서는 여전히 검찰의 수사지휘권을 인정하기 때문에 검사만이 피신조서의 증거능력을 완화시키는 개정 후의 내용이 타당하다고 보기는 어렵다.

제5절 피의자신문조서의 탄핵증거로서의 사용 가능성

1. 탄핵의 대상

피고인의 진술이 탄핵의 대상이 될 수 있는가에 대해 견해의 다툼이 있다. 먼저 긍정설은 제318조의 2가 명문으로 규정하고 있으며, 법정에서의 피고인의 진술도 그 증명력을 다룰 필요가 인정된다는 점에서 긍정한다.²¹²⁾ 판례도 긍정설의 입장이다.²¹³⁾ 다만 사법경찰관 작성 피의자신문조서만은 내용을 부인한 경우 탄핵증거로 사용할 수 없다고 하는 견해도 있다.²¹⁴⁾

반면에 부정설은 피고인의 진술은 탄핵의 대상이 아니라는 견해로, 그 이유는 피고인이 법정 외에서 부인하였다가 법정에서 자백한 경우는 검사는 법정 자백의 증명력을 다룰 필요가 없고 반대로 수사기관에서 자백하였고 법정에 부인하는 경우에는 증거능력 없는 법정 외 자백으로 법정진술을 탄핵하는 것은 자백편중의 수사관행을 부추길 우려가 있다는 것이다.²¹⁵⁾

피고인이 법정에서 내용을 부인하여 사법경찰관 작성 피의자신문조서의 증거능력이 인정되지 않는다 하더라도 제309조나 제317조의 임의성을 부인할 만한 자료가 없다면 탄핵증거로 사용하는 것을 제한할 논리적 근거는 없다고 보아야 한다.²¹⁶⁾ 그것은 탄핵증거의 경우에도 피고인의 반대신문이 가능하므로 피고인의 수사단계의 진술은 수사기관 종사자의 법정 증언을 통해 본증으로 뿐만 아니라 탄핵증거로도 사용함에 제약을 두는 것

212) 배종대/이상돈, 형사소송법, 679면; 이재상, 신형사소송법, 621면; 임동규, 형사소송법, 545면.

213) 대법원 1998.2.27 선고 97도1770 판결; 대법원 2005.8.19 선고 2005도2617 판결.

214) 신동운, 형사소송법, 794면

215) 배종대/이상돈, 형사소송법, 679면.

216) 차동언, 앞의 책, 223,224면.

은 공판중심주의에 반하는 것이라고 할 수 있다.

2. 증거능력 없는 피신조서의 탄핵증거 사용

보다 궁극적인 문제는 피고인의 수사단계 자백으로 증거능력이 없는 것을 탄핵증거로 사용할 수 있는가 하는 점은 사법경찰관 작성 피의자신문조서의 탄핵증거의 사용과 관련된 것이다. 그것은 사경 작성의 피신조서는 피고인이 내용을 부인하기만 하면 증거능력이 없기 때문에 피신조서의 '신용성' 자체에 대한 구체적인 평가가 행해지는 것은 아니기 때문이다. 따라서 '신용성'과 관계없이 증거능력이 부정되는 사경 작성의 피신조서에 대해 탄핵증거의 사용이 타당한가하는 문제가 제기된다.

위의 문제에 대한 논의에 앞서 피신조서와 관련된 입법방향은 작성주체간의 차별적 증거능력을 배제하고 검사 작성의 피신조서와 같은 요건으로 증거능력을 부여하는 것이 바람직하다고 하겠다. 개정 후의 요건에 따라 서명 날인 등의 형식적 진정 성립을 포함한 적법절차와 요건에 부합하는 피신조서의 경우에는 탄핵증거가 아닌 본증으로 사용이 가능하므로 탄핵증거를 논하는 실익을 크지 않다고 하겠다.

다만 작성 주체간의 차별적 증거능력을 인정하는 상황에서 증거능력 없는, 그러나 위법하게 수집된 증거가 아닌, 사경 작성의 피신조서가 탄핵증거로는 사용이 가능한가 하는 점이 논의의 내용이 된다.

대법원은 '사법경찰관 작성의 피고인에 대한 피의자신문조서와 피고인이 작성한 자술서들은 모두 검사가 유죄의 자료로 제출한 증거들로서 피고인이 각 그 내용을 부인하는 이상 증거능력이 없으나 그러한 증거가 아니라고 하더라도 그것이 임의로 작성된 것이 아니라고 의심할 만한 사정이 없는 한 피고인의 법정에서의 진술을 탄핵하기 위한 반대증거로 사용할 수 있다'고 판시하고 있다.²¹⁷⁾

사법경찰관 작성 피의자신문조서의 증거능력 제한에 대해 위법수사를 방지하기 위한 장치로서 자백편중 수사의 방지를 위한 취지에 중점을 두고 탄핵증거로 사용하는 것을 부정하는 견해도 있다.²¹⁸⁾

217) 대법원 1998.2.27 선고 97도1770 판결; 서보학, 앞의 논문, 15면.

218) 신동운, 형사소송법, 900면.

그러나 사법경찰과 작성 피의자신문조서의 증거능력 제한이 위법수사나 자백편중 수사를 방지하려고 하는 취지에는 동의하지만 그렇다고 하여도 탄핵증거로 사용하는 것 자체를 부정할 이유는 없다고 본다.²¹⁹⁾

제6절 경찰 수사 환경의 개선

검사 작성의 조서는 그 진정성에 대해 객관적으로 증명할 수 있으나 경찰 작성의 피의자신문조서는 현재로서는 피의자가 내용을 부인하는 경우 피의자신문조서를 증거로 사용될 수는 없다. 다만 피의자 신문을 담당한 경찰관이 법정에서 출석하여 신문 상황을 증언할 수 있으며, 이때 경찰의 증언에 대해서는 피고인이나 변호인의 반대신문을 통해 철저히 검증되어질 것이다. 따라서 위에서 언급한 피의자신문조서 관련 규정에 대한 입법론적 개선방안 외에 실질적으로 피의자를 신문하는 수사과정에서 발생할 수 있는 절차상의 불법 등을 예방하여 실질적으로 피의자신문조서에 기재된 진술의 증거능력을 제고할 수 있는 방안을 모색할 필요가 있다. 형사소송절차는 한편으로 피고인의 인권침해를 방지하고 피고인의 방어권을 충실하게 보장, 법률전문가인 검사에 대항하는 피고인의 지위를 실질적으로 보충하는 무기대등원칙을 실현하여야 하지만 다른 한편으로 실제적 진실발견을 목표로 하기 때문이다.

1. 법정 증언 대비 매뉴얼 개발

경찰은 사건 발생 후 일차적으로 피의자를 신문하면서 생생한 증거를 수집할 수 있다. 따라서 수사과정에서 피의자를 출석시켜 신문하고 진술을 듣는 피의자신문을 통해 얻은 수사기록은 실제진실의 발견을 위해 중요한 증거가 될 수 있다. 또한 피의자신문에서 얻어진 진술, 특히 자백이 법정에서 유죄의 증거로 채택되고, 자백에 기초해 또 다른 물적, 인적 증거가 확보될 수 있다면 여전히 수사기관은 자백을 획득하기 위한 수사에 치중할 것이다.

219) 이완규, 형사소송법 특강, 302면.

그러나 피의자신문에서 피의자는 단순히 신문의 대상이 되고 형사소송절차의 주체가 되지 못하는 것이 현실이다. 더욱이 검사 작성의 피의자신문조서의 경우 피의자가 부인 하더라도 조서의 진정 성립이 객관적으로 증명되기만 하면 피의자신문조서 및 그 기재내용은 증거로 사용될 수 있어 피고인에게 상당히 불리할 수 있다. 따라서 조서의 사용은 앞서 말한 바와 같이 피의자신문 시 변호인이 참여한 경우에 제한적으로 사용할 수 있도록 하고 그 외의 경우에는 피의자가 부인하는 경우 조서 자체의 증거 사용을 제한할 수 있도록 하여야 할 것이다.

조서의 사용은 제한적이어야 하는데 반해, 조서에 기재된 내용에 대해 피의자를 신문한 조사자가 당시의 진술내용에 대해 증언을 하고 이에 대해 피고인이나 변호인의 반대신문이 가능하다면 실제 피의자의 진술 내용을 기초로 실체적 진실발견에 기여할 수 있을 것이다. 이는 조서 자체에 대한 증거사용이 아니며 조서에 기재된 내용에 대한 조사자의 증언을 통한 사실증명이라고 하겠다. 가능하다면 조서 자체가 증거로 사용되기 보다는 수사기관이 피의자나 참고인으로부터 청취한 진술을 조사자나 진술자의 증언이라는 형태로 법정에서 현출하는 방법이므로 공판중심주의에 더 부합한다고 할 수 있다.

조사자나 진술자의 증언을 법정에서 현출하는 방법을 마련한 것이 조사자 증언제도이다. 그러나 법정에서 피고인이 범죄사실을 부인하여 검사가 수사 경찰관을 증인으로 소환하여 신문하는 경우, 수사경찰관이 단순히 '피고인이 진술한 대로 조서가 작성되었다'라고만 진술하는 것은 법관의 유죄 심증 형성에 기여한다고 볼 수는 없다. 아울러 수사경찰관의 수사 절차나 법률적 지식부족 등에 대해 변호인이 반대신문하면서 수사 경찰관의 진술을 탄핵하고자 할 것이기 때문에 변호인의 반대신문에 맞서 피고인의 유죄를 주장할 수 있도록 준비하여야 할 것이다.

그러므로 조사자 증언제도를 좀 더 실효성 높은 제도로 활용하기 위해서는 먼저 경찰관은 수집된 증거에 대해 과거와는 달리 법정에서 철저히 탄핵되어지므로 법정 증언을 대비하여 이미 수사단계에서 철저한 자료수집과 분석을 하여야 하며 법정증언에 임할 때에는 해당 사건에 대해 철저히 분석하고 사건내용을 숙지하고 객관적 사실을 조리 있게 답변하도록 하여 변호인의 반대신문에 대비하는 한편 법관의 유죄 심증 형성에 기여할 수 있도록 하여야 할 것이다. 법정 증언을 대비하여 준비사항이나 증언방법이나 태도 등에 대해 교육을 하거나 증언을 위한 구체적인 매뉴얼 등을 마련하는 것도 필요하다.²²⁰⁾

2. 인권교육 강화

과거 검찰과 경찰의 수사권 독립 문제를 이야기할 때 항상 빠짐없이 검찰의 논거로 등장하는 것이 피의자의 인권보호와 경찰의 자질 문제였다. 그러나 이번 형사소송법의 개정을 통해 인권구속제도의 개선 및 수사상의 적법절차준수를 위한 다양한 제도적 장치가 도입되었다. 피의자의 인권도 한층 강화된 형태로 보장되었다고 할 수 있다. 아울러 수사상 중대한 위법이 있는 경우에는 증거사용이 금지되는 위법수집증거배제의 원칙이 명문화되었다.

아울러 앞서 말한 바와 같이 수사단계에서 피의자를 신문한 경찰은 필요한 경우 법정에서 증언을 하여야 하고 피고인이나 변호인의 반대신문을 통해 탄핵될 수 있으며, 공판중심주의에 따라 피고인의 진술반복, 변호인의 무죄 주장이 수사과정 중의 절차상의 문제를 들어 더욱 치열하게 전개될 것이다. 따라서 검찰에서의 수사 외에도 경찰 단계에서의 수사 적법성 여부가 과거 어느 때 보다 더 중시하게 될 것이다.

그러므로 경찰의 수사도 형사소송법 개정 취지에 맞추어 피의자의 인권보장 및 수사절차의 적법성 제고에 힘써야 할 것이다. 불법수사는 단순히 과거에 문제되어 왔던 자백의 강요 차원을 넘어 수사 전범위에 걸쳐 피고인의 방어권 보호를 위한 적법수사 규정의 준수 여부와 관련되어 검토하여야 할 것이다. 이를 위해서는 일선 경찰에 대한 인권교육과 함께 적법절차 및 관련 규정이나 판례에 대한 지속적인 교육이나 지침서 등의 제공이 필요하다 하겠다.²²¹⁾

220) 경찰에서는 국민참여재판 도입 등에 대비해서 이미 2007년 12월 '경찰관 법정증언 매뉴얼'을 발간하여 일선 경찰에게 배포하였는데, 그 핵심적 내용으로는 배심제 시행 및 공판중심주의 강화에 따른 경찰수사의 변화 내용, 증인 진 준비해야 할 사항, 증언 시 유의사항, 증명력을 다투는 변호인의 변론에 대한 대응방법 등이 포함되어 있다 (김근준, 공판중심주의 강화에 따른 경찰수사환경 변화 및 대응방안연구, 경희대 행정대학원 석사학위 청구논문, 2008, 46면 참조).

221) 사실 피의자신문의 보다 현실적인 문제는 피의자신문의 주체가 사법경찰관이나 검사가 아닌 사법경찰리(경사, 경장, 순경)와 검찰주사라는 점이다. 형사소송법은 피의자신문의 주체로 검사와 사법경찰관을 규정하고 있지만, 현실적으로 사법경찰관이나 검찰의 수가 한정되어 있어 대부분의 피의자신문은 사법경찰리가 담당한다는 것이다. 수사에 실질적 책임을 지지 않는 사법경찰리 주도의 피의자신문을 사실상 용인함으로써 인권침해나 불공정 수사의 시비가 계속될 것이며, 검찰직원에 의한 신문 결과를 검사작성의 피의자신문조서로 증거능력을 인정하는 것은 문제가 있다는 것이다. 따라서 형사소송법을 현실에 맞게 개정한다든지 수사권을 독립하여 사법경찰관의 감독하에 신문이 진행될 수 있도록 수사권 독립이 필요하다는 견해이다 (서보학, 앞의 논문,

3. 과학수사 및 책임수사 강화

공판중심주의의 실현이 조서를 법정에 현출하는 것을 반대하는 것은 아니지만 가능한 자백과 조서 위주의 수사와 재판관행을 탈피하기 위해 과학적 증거를 수집하고자 수사체계를 강화시키는 것도 필요하다.²²²⁾ 과거 수사는 피의자의 자백을 받아내는 데에 주력하였고 경찰에서의 피의자 자백과 동일한 내용의 자백을 검찰에서 받아내는 중복적인 수사, 자백편중의 수사를 해왔다고 비판받아 왔다. 수사과정에서 얻은 자백이나 진술을 뒷받침할만한 물적 인적 증거를 확보하기 위해 노력해야 할 것이다. 피의자신문 시 변호인의 참여권을 보장하여 조서의 신뢰성을 높이는 한 편 자백에 의존하여 수사하기는 점점 더 어려워질 것이다. 따라서 자백을 보강할 수 있는 증거 확보를 위해 노력하여야 할 것이다.²²³⁾

아울러 수사기관은 피의자를 신문하고 단순히 그 결과를 조서로 작성, 제출하는 것만으로 충분하지 않으며 사건 송치나 공소제기 후에도 유죄를 입증할 수 있도록 검사의 기소에 능동적으로 협조하고 과학적 수사에 비중을 두어야 할 것이다. 이는 수사 경찰관이 수사결과에 대해 끝까지 책임을 지는 수사체제를 요구하는 것이기도 하다.²²⁴⁾

경찰이 책임지고 자기 사건에 대해 철저히 수사를 하여 검사가 공판정에서 유죄를 입증할 수 있도록 객관적 증거자료를 확보할 수 있어야 한다. 또한 필요하다면 법률전문가인 검사에게 자문을 요청하고 검찰의 요구가 있는 경우에는 경찰이 추가적인 수사를 통해 증거를 보완할 수 있도록 신속히 조치하여 수사단계 뿐만 아니라 법정에서의 유죄입증을 위해서도 서로 긴밀하게 협조하는 모습을 보여야 할 것이다.²²⁵⁾ 이러한 사법경찰관

265,266면).

222) 김근준, 앞의 논문, 2008, 50면.

223) 자백이나 조서에 의존하는 수사관행은 그대로 법원이 수사조서를 유죄의 증거로 무제한적으로 채택했던 종래의 관행도 변해야 할 것이다. 사실 조서재판은 조서가 법정에 현출된 것만으로 야기된 것이 아니라 법원이 법정에서의 증거조사를 수사서류에 담겨 있는 진술내용을 확인하는 절차에 머물렀던 것에 기인한다. 따라서 진문서류에 담겨 있는 진술내용은 법정에서 현출되는 원본진술의 신빙성 여부를 가늠하는 보조자료로만 활용되어야 하며, 조서에 대한 조사보다는 원진술자에 대한 신문을 중심으로 증거조사가 이루어져야 한다(서보학, 앞의 논문, 7면). 판사의 수사절차 의존에 대한 실증적 검토는 박노섭, 수사절차상의 신문과 비디오 녹화제도, 108면 이하 참조.

224) 김근준, 앞의 논문, 36면.

225) 나영민, 공판중심주의와 이에 따른 경찰수사의 대응방향, 수사연구 제24권 (2006.11), 59면.

의 책임있는 수사는 장기적으로는 검찰과 경찰간의 관계가 협력관계로 발전하게 하며, 경찰의 수사주체로서의 지위를 공고히 할 수 있도록 하여 장기적으로는 수사권 독립을 주장할 수 있는 충분한 근거가 될 수 있을 것이다.

제5장 요약 및 결론

우리나라의 형사소송절차는 직권주의와 당사자주의적 요소가 함께 있기 때문에, 재판장은 스스로 재판을 진행하면서 사실인정의 주체가 되므로 당사자의 반대신문권의 보장보다는 '태도증거'에 의한 법관의 심증형성, 법정에서 직접 조사한 원본증거에 사실인정의 직접주의 원칙이 중요하다고 하겠다. 이러한 점에서 제311조부터 제 316조 규정은 직접주의의 예외로 보는 견해도 일명 타당하다고 할 수 있다.

제311조 이하의 규정을 전문증거의 예외로 보든 직접주의의 예외로 보든 공판은 공판 중심주의의 원칙에 따라 가능한 한 원본증거나 법정에서 직접 조사한 증거에 의해 사실을 인정하는 것이 바람직하다. 다만 다수설적인 견해처럼 전문증거의 신뢰성에 대해 신용성이 보장되면 전문법칙의 예외를 인정하여 전문법칙의 적용범위를 좁힐 필요성도 있으며, 이는 직접주의의 예외로 진술조서의 증거사용을 보는 관점에서든 마찬가지이다.

피의자신문조서 중 사법경찰관 작성의 피의자신문조서는 개정 전후 내용이 크게 차이가 없다. 사경 작성의 피신조서의 경우 그 내용의 신빙성 여부와 상관없이 피고인이 내용을 부인하면 증거로 사용할 수 없도록 하는 점은 개정 전의 내용과 동일하며, 개정 후 검사 작성의 피신조서에는 인정하고 있는 조서의 '객관적 증명의 방법'을 사경 작성의 피신조서에는 인정하고 있지 않아 개정 후 작성 주체에 따른 조서의 증거능력 요건은 더 큰 차이를 보이고 있다고 하겠다.

개정 후 피의자신문조서 관련 규정의 문제점으로 지적되고 있는 사항은, 먼저 진술의 적법절차와 방식은 엄밀히 제312조의 문제는 아니라는 점이다. 진술이나 진술을 기재한 조서는 진술의 적법성과 임의성이 전제되어야 하는 것은 당연하다. 수사기관이 피의자에게 진술거부권을 고지하지 않거나 변호인의 참여 등을 거부한 경우에는 이미 위법수집 증거배제의 법칙이나 자백배제의 원칙에 의해 조서 증거능력 문제 이전에 증거능력이 부인되어진다. 따라서 '진술의 적법절차와 방식'은 엄밀히 말해 피의자신문조서와 관련된 문제는 아니다.

사경 작성의 피신조서는 개정 전후 내용에 변함이 없으며, 피의자가 진술 내용을 부인하면 피신조서의 증거사용이 부정된다. 그런데 제316조 1항 규정에 의해 조사자의 증언도 증거로 활용된다면 조서의 증거사용을 제한하고자 했던 내용은 무의미해진다고 할 수 있으며, 사실상 동 조의 규정은 제312조에 의해 피의자신문조서의 증거능력을 제한하고자 하는 내용과 충돌하는 것으로 볼 수 있다.

작성주체에 따른 차별적 증거능력 인정은 경찰에서의 피의자 신문 외에도 검찰에서의 또 한 번의 피의자신문이 요구되므로 동일한 내용에 대해 이중수사가 될 수 있어 검찰과 경찰은 이중 수사로 인해 수사력을 낭비할 수 있으며 피의자나 참고인에 대해서는 그로 인한 불편을 야기할 수 있다.

더 나아가 검찰에서의 피의자신문이나 수사는 경찰에서의 자백이나 진술과 동일한 내용의 자백 등을 받는 데 주력하기 때문에 실제진실의 발견에 기여하거나 피의자의 억울함을 해소하는 데에 도움이 되지 못할 것이다. 이러한 검경 작성 주체에 따른 조서의 차등적 증거능력 인정에 대한 종래의 비판은 개정 이후 더욱 적절하다고 할 것이다. 개정 이후 검사 작성의 신문조서에 대해서는 그 증거능력의 요건이 완화되었고 경찰 작성의 피신조서의 증거능력은 아무런 차이가 없으므로 비록 조사자증언 제도를 활용할 수 있다 하더라도 검사의 피신조서를 무조건적으로 확보하려고 할 것이기 때문이다.

형사소송법 개정 이후에도 지적되고 있는 문제점을 해결할 수 있는 방안으로는, 작성주체에 따른 조서의 차등적 증거능력의 폐지이다. 검찰과 경찰이 피의자신문조서에 대해 그 증거능력을 차등하여 규정하는 입법례는 찾아보기 힘들다. 영미법계의 국가는 수사기관의 조서에 대해 증거능력을 원칙적으로 부정하는 대신 피의자의 자백을 청취한 경찰관이 법정에서 직접 증언하는 방식이 활용되고 있으며, 대륙법계의 프랑스나 독일의 경우는 증거능력을 차등적으로 규정하지 않고, 일본은 전문법칙의 예외로서 제한적인 요건 하에서 동일하게 규정하고 있다.

공판중심주의를 철저히 실현하는 공판절차가 조서의 증거사용을 무조건적으로 배제하는 것이 아니라 오히려 법정 외 진술획득의 투명성과 적법성이 확보됨을 전제로 관련자의 증언이나 인정진술 외에 다양한 증거자료, 조서나 조사자 증언, 영상녹화물 등을 법정에서 충분히 현출시키는 것이 실질적 공판주의 이념과 실제진실의 발견에 기여할 것이다.

법정 외 진술 획득의 투명성과 적법성을 위한 여러 법적 장치를 개정법이 마련하고 있

으나, 사경 작성의 피신조서에는 이러한 장치가 없다. 사경 작성의 피의자신문조서에 대해서도 피고인의 내용 부인만으로 증거사용이 부정되어지는 것이 아니라 조서에 기재된 진술의 임의성, 수사단계의 적법절차 준수 여부, 조서의 신빙성 여부를 가지고 증거사용 여부를 결정하는 것이 합리적일 것이다.

현행 헌법과 형사소송법이 수사상의 피의자 인권보호를 충실하게 보장하고 있다면, 피의자신문조서는 검사 작성이나 사경작성이나의 구별 없이 피고인의 서명 날인 등이 있으며 적법절차의 요건과 방식에 의해 작성된 것이면 증거능력을 인정하며, 서명 날인에도 불구하고 그 내용을 부인하게 되면 영상녹화물이나 조사자의 증언을 통해 객관적으로 그 진술 작성의 신빙성이 인정되어 증거로 사용될 수 있도록 하는 것이 바람직하다고 하겠다.

아울러 검찰에서의 수사 외에도 경찰 단계에서의 수사 적법성 여부가 과거 어느 때 보다 더 중시하게 될 것이므로 경찰의 수사도 형사소송법 개정 취지에 맞추어 피의자의 인권보장 및 수사절차의 적법성 제고에 힘써야 할 것이다. 불법수사는 과거에 문제되어 왔던 자백의 강요 차원을 넘어 수사 전범위에 걸친 적법수사 규정의 준수 여부와 관련되어 검토하여야 할 것이다.

공판절차가 수사절차가 아니라면 증거능력이 인정되는 수사서류는 법정에서 현출시켜 그 증명력을 평가하는 것이 타당할 것이다. 피의자신문조서에 기재된 진술이 임의로 된 것이고 진술 획득에 있어 중대한 위법이 없었다면 진술조서의 증거능력은 일단 인정할 수 있고 법정에서 그 증명력의 정도, 신빙성에 대해 법관의 자유심증에 따라 평가할 수 있을 것이다. 다만 조서 자체가 증거로 사용되는 것보다는 조서에 기재된 진술에 대해 원 진술자나 조사자를 법정에서 반대신문을 통해 탄핵한 후 그 진실성 여부를 법정에서 직접 평가하는 것이 타당하므로 조서의 증거능력은 제한적으로 인정하는 것이 타당하다고 본다.

여기서 조서의 증거능력을 '제한적으로' 인정한다는 것은 검사 작성의 조서이고 그 진정 성립이 인정되기만 하면 피의자가 그 내용을 부인함에도 불구하고 증거능력을 인정하는 것은 타당하지 않음을 의미한다. 현행 형사소송법은 검사 작성의 피신조서에 대해서는 피고인의 진정 성립이 있거나, 부인하는 경우 객관적인 방법에 의해 진정 성립이 인정되면 증거로 사용될 수 있도록 하였다.

그러나 검사 작성의 피신조서에 대해서도 피고인이 법정에서 그 조서의 내용을 인정하

지 않는 경우에는 경찰 작성의 조서와 마찬가지로 증거능력을 부인하는 것이 타당하다. 다만 검찰 작성의 피의자신문조서이든 사법경찰관 작성의 피의자신문조서이든 신문과정에 변호인이 참여한 경우에는 수사단계에서 행한 피의자의 진술이나 진술을 기재한 조서의 증거사용을 막을 이유가 없다. 변호인의 참여를 현행 형사소송법이 규정하고 있고 변호인의 의견까지 들을 수 있다면 피신조서의 작성주체가 검사이든 사법경찰관이든 구별 없이 진술의 임의성과 성립의 진정, 높은 신용성이 담보될 수 있기 때문이다. 반면에 피의자신문과정에 변호인의 참여가 없는 경우에는 피의자의 내용 부인이 있으면 작성주체가 누구냐에 상관없이 그 증거능력을 부인하는 것이 타당하다고 하겠다.²²⁶⁾

피신조서의 작성 주체와 상관없이 신문 시 변호인의 참여 여부에 따라 피신조서의 증거능력을 인정한다면 경찰에서 피의자가 단순히 자백함에도 불구하고 재판과정에서 부인할 것을 대비 검사가 재차 피의자신문조서를 작성하는 이중수사의 불편과 수사력 낭비를 제거할 수 있는 장점도 있다.

피의자 신문 과정에서 작성된 조서의 증거능력을 인정하기 위해 피의자신문 시 변호인의 참여권을 보장하는 것 외에 현행 규정을 보완할 필요가 있다. 그것은 동 조 제3항에서 형사피의자의 신문과정에서 변호인의 참여를 허용하되 '피의자신문 후 의견을 진술'할 수 있도록 함으로써 피의자 단계에서 변호인의 조력을 받을 수 있는 권리를 무의미하게 할 수 있기 때문이다.²²⁷⁾ 피의자는 수사기관에 어떻게 답변해야 할지를 변호인으로부터 조언을 받을 수 있어야 한다. 그러므로 신문종료후가 아니라 제한 없이 변호인의 조력을 받을 수 있도록 할 필요가 있다고 하겠다.

226) 서보학, 앞의 논문, 273면. 개정 전 검사작성의 피의자신문조서의 증거능력도 경찰 작성의 그것과 마찬가지로 법정에서 피고인이 그 내용을 인정하는 경우에만 인정하자는 견해로는, 계경문, 형사소송법 제312조에 관한 소고, 외법논집 제3집(1996.12), 520면-522면; 신동운, 형사소송법, 622면. 제312조를 폐지하자는 견해로는 손동권, 전문법칙과 사법경찰, 형사판례연구 II (1994), 268면.

227) 피의자신문시 변호인의 참여규정의 또 다른 문제점으로 제기되고 있는 점은 수사기관이 변호인의 참여를 제한할 수 있는 '정당한 사유'가 구체화되지 않았다는 것이다. 정당한 사유를 어떻게 해석하느냐에 따라 변호인의 참여에 대한 자의적인 제한이 될 수 있기 때문이다. 그러나 법무부는 2008년 1월 7일 검찰사건사무규칙을 개정하여 신설된 제9조2에서 피의자신문에서 변호인의 참여가 제한되는 정당한 사유를 변호인의 참여로 인하여 신문방해, 수사기밀 누설 등 수사에 현저한 지장을 초래할 우려가 있다고 인정되는 경우 등으로 구체화하였다.

참 고 문 헌

- 계경문, 형사소송법 제312조에 관한 소고, 외법논집, 한국외대 법학연구소, 1996.
- 구본진외 (역), 미국연방형사소송절차, 2006
- 김기동, 영국의 수사단계 진술의 증거능력, 해외연수검사연구논문집(Ⅱ), 2006.
- 김근준, 공판중심주의 강화에 따른 경찰 수사환경 변화 및 대응방안 연구, 경희대 행정대학원 석사학위논문, 2008.
- 김성돈, 미란다법칙과 위법수사통제방안, 형사법연구 제14호, 2000.
- 김용선, 피의자신문조서에 관한 연구, 성균관대학교 석사학위 청구논문, 2008.
- 김희균, 미국법 상 전문법칙의 최근 동향 공판중심주의의 문제, 형사법연구 제20권 제2호 (2008 여름·통권 제35호)
- 김정환, 피의자신문조서의 증거능력에 관한 소고, 법조, 2006.
- 김 철, 미국 연방증거규칙상 전문법칙의 예외에 관한 연구, 해외연수검사 연구논문집, 21집, 2006. 01.
- 나영민, 공판중심주의와 이에 따른 경찰수사의 대응방향, 수사연구 제24권, 2006.11.
- 나영민·박노섭, 피의자신문제도의 개선방안에 관한 연구 - 녹음·녹화방식을 중심으로, 한국형사정책연구원, 2006.
- 로어크 M 리드 외(정완 역), 미국의 형사절차, 형사정책연구원, 2000.
- 박노섭, 수사절차상의 신문과 비디오녹화제도, 형사정책 16권 제1호, 2004.
- 박승대, 공판중심주의에 따른 수사상 대응방안 연구, 검찰 통권 제114호, 2003.12.
- 배종대·이상돈, 형사소송법(제7판), 2006.
- 법무부, 개정 형사소송법, 2007.
- 법원행정처, 형사소송법 개정법률 해설, 2007.
- 사법제도개혁추진위원회, 사법제도개혁추진위원회 백서(상), 사법신진화를 위한 개혁, 2006.
- 사법연수원, 미국형사법, 2004.
- 서보학, 형사소송법 제312조 제1항의 위헌성과 형사소송법적 문제점, 형사법연구 22호, 2002. 8.

- 서보학, 피의자신문에 있어서 인권보장 및 방어권 강화 방안, 형사법연구 제20호, 2003 겨울.
- _____, 개정 형사소송법에 의한 수사조서 및 영상녹화물의 증거능력, 사법, 대법원, 2008.
- 서철원, 미국 형사소송법, 법원사, 2005.
- 손동권, 전문법치과 사법경찰, 형사판례연구(2), 한국형사판례연구회, 1994.
- 신동운, 형사사법개혁의 쟁점과 전망, 21세기 형사사법개혁의 방향과 대국민 법률서비스 개선방안(Ⅱ), 한국형사정책연구원, 2004.
- _____, 한국형사사법의 개혁과 전망, 비교형사법연구 제8권 1호, 2006.8.
- _____, 사법개혁추진과 형사증거법의 개정, 서울대학교 법학 제47권 제1호, 2006.
- _____, 형사소송법, 법문사, 2007.
- 신동운(역), 입문 일본 형사수속법, 법문사, 2003.
- 신동일, 전문증거에 대한 사개추위안의 문제점과 개선방안, 비교형사법연구 제8권 제1호, 2006. 8.
- 신양균, 형사소송법, 법문사, 2004.
- _____, 바람직한 형사재판의 방향, 저스티스 78호, 2004. 4.
- 신현주, 형사소송법, 박영사, 2000.
- 안성수, 피의자나 참고인의 수사단계에서의 진술 및 조서의 증거능력, 법률신문 제3369호, 2005. 6.
- _____, 미국 증거법상 전문법칙 및 수사단계에서의 진술 내지 조서의 증거능력, 저스티스 84호, 2005. 4.
- 엄명용, 사법경찰관리의 진술증거수집 효율화 방안 -진술녹화제 도입에 대한 사법경찰관리와 피의자 태도조서-, 형사정책연구원, 2004.
- 유해용, 공판중심주의와 전문법칙, 저스티스 통권 98호
- 이동희, 사개추위안의 피의자신문 녹음·녹화제도 도입방안에 대한 검토, 비교형사법연구 제8권 제1호, 2006. 8.
- 이백철·박병식, 미국의 형사사법제도, 경기대 연구교류처, 1998.
- 이상원, 공판중심주의와 조서의 증거능력, 민주사회를 위한 변론 제64호, 2005. 5.
- 이승호, 개정 형사소송법상 전문증거의 증거가치에 대한 검토, 형사법연구 제19권 제4호

- (2007 겨울·통권 제33호)
- 이영한, 새로운 형사소송법에서의 조서와 영상녹화, 법조 제617호, 2008. 2.
- 이완규, 검찰제도와 검사의 지위, 2005.
- _____, 형사소송법특강, 2006.
- _____, 사법경찰관 작성 피의자신문조서 증거능력 문제의 올바른 방향, 형사정책연구소식 제75호, 2003.1/2.
- 이재상, 신형사소송법, 박영사, 2007. 8.
- _____, 형사소송법(제5판), 박영사, 2002.
- _____, 공판중심주의의 활성화 방안, 박영사, 2006.
- 임동규, 형사소송법(제5판), 법문사, 2008.
- 정영일, 형사변호인제도의 개선방향, 형사정책 제7호, 1995.
- 정용석, 형사증거법상의 전문법칙에 관한 연구, 연세대 박사학위 청구논문, 1999.
- _____, 조서와 진술의 증거능력 관계, 비교형사법연구 제8권 제1호, 2006. 8.
- _____, 형사소송법(제2판), 대명출판사, 2005.
- _____, 검사의 수사지휘에 관한 연구, 2007.
- 정완(역), 미국의 형사절차, 형사정책연구원, 2000.
- 정현미, 수사의 효율성 제고를 위한 참고인 진술의 확보방안, 21세기 형사사법개혁의 방향과 대국민 법률서비스 개선방안(IV), 2004.
- 조 국, 위법수집증거배제법칙, 박영사, 2005.
- _____, 피의자신문시 변호인 참여권, 21세기 형사사법개혁의 방향과 대국민 법률서비스 개선방안(IV), 한국형사정책연구원, 2004.
- _____, 검사 작성 피의자신문조서와 영상녹화물의 증거능력, 저스티스 통권 107호, 2008.
- 조현욱, 형사소송법개정안에 나타난 전문증거의 문제점과 개선방안, 법학연구 제23집, 2006. 8.
- 차용석/최용성, 형사소송법, 2004.
- 천진호, 피고인의 경찰진술을 내용으로 하는 증언의 증거능력에 관한 재검토, 저스티스 통권 제84호, 2005. 4.
- _____, 개정 형사소송법상 형사피의자·피고인의 방어권 보장, 저스티스 103호, 2007.
- 최영승, 피의자신문과 적법절차, 2005.

- 탁희성, 피의자신문의 녹음·녹화시스템에 관한 비교법적 고찰, 형사정책연구소식 제84호, 2004.
- 표성수, 영미 형사사법의 구조, 2004.
- 하태훈, 검사 작성의 피의자신문조서와 참고인진술조서의 증거능력, 형사판례연구14호, 2006. 8.
- 한명관, 프랑스 형사소송법, 대검찰청, 2005.
- 허일태, 피의자 비디오진술녹화와 인권과의 관계, 수사연구, 2004. 4.
- 한국형사정책연구원, 21세기 형사사법개혁의 방향과 대국민 법률서비스 개선방안(IV)-수사절차상 인권보호와 효율성 제고-, 형사정책연구원, 2004.
- _____, 21세기 형사사법개혁의 방향과 대국민 법률서비스 개선방안(III) -형사사법기관의 선진화를 위한 기초연구-, 형사정책연구원, 2004.
- _____, 21세기 형사사법개혁의 방향과 대국민 법률서비스 개선방안(II) -형사사법개혁의 기본방향-, 형사정책연구원, 2004.
- 황운하, 공판중심주의 확립을 위한 형사소송법개정안에 대한 의견, 민주사회를 위한 변호사협회, 2005. 5.
- 바람직한 형사사법절차에 관한 공청회 자료, 2006. 9. 25.
- 寺崎嘉博, 刑事訴訟法, 成文堂, 2007.
- 岡愼一、刑訴法321條1項2号後段書面として證據請求された場合への對應, 刑事弁護54, 2008.
- Catherin R. Lazuran, Admissibility of statement under Rule 803(5) of Federal Rules of Evidence, providing for recorded recollection exception to Hearsay Rule, American Law Reports, 1977.
- Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Spezialkommentar, 4.Aufl, 2002.
- Federal Judicial Center (구본진외 역), 미국연방형사소송절차, 검찰, 2006.
- Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, Kurzkommentar, 50.Aufl, 2007.
- Karlsruher Kommentar, Strafprozessordnung, C.H.Beck, 2003.
- Kleinknecht/Müller, Kommentar zur Strafprozessordnung, 2002.
- Kühne, Strafprozessrecht, C.F.Müller, 6.Aufl, 2003.
- LöweRosenberg, Großkommentar der Praxis, 25 Aufl, 1997.

Ronaldo V. Del. Carmen(김성돈 역), 미국 형사소송법, 길안사, 1999.

Roxin, Strafverfahrensrecht, 25.Aufl, 1998.

Steven I. Friedland, Evidence Problems and Materials, 3. Ed Lexis Nexis, 2007.

Steven L. Emanuel, Crimal Procedure, Aspen, 2002.

Thomas Buckles, Laws of Evidence, Thomson, 2003.

Yale Kamisar, Modern Criminal Procedure, 10. ed, West Group, 2002.

治安論叢 (제25집)

2009년 9월 발행

2009년 9월 인쇄

발행인 : 김 길 배

발행처 : 치안정책연구소
경기도 용인시 기흥구 언동1길 29

인쇄처 : (주) 대한피앤디

이 책의 무단 복제를 금합니다.

이 책자에 게재된 내용은 연구자 개인 의견이며
치안정책연구소 공식 견해와 다를 수 있습니다.



Police Science Institute