

司法警察官의 搜查書類의 證據能力

車 鏞 碩*

〈目 次〉

- | | |
|---|---|
| 1. 序 言 | 作成된 被疑者의 陳述書 |
| 2. 證據能力이 문제되는 搜查書類 | (4) 共同 被疑者의 陳述調書 |
| (1) 被疑者 陳述調書 | (5) 檢證調書·實況調査書 |
| (2) 被疑者 訊問調書의 證據能
力認定에 있어서의 몇가지
問題點 | (6) 司法警察官의 領置調書·
押收調書·鑑定受託者의
鑑定調書·虛言檢知器 |
| (3) 搜查機關의 要求에 의하여 | 3. 結 言 |

1. 序 言

公訴의 제기 유지를 위한 搜查機關의 활동으로서는 첫째 범죄의 발각에서 시작하여 客觀的인 범죄사실의 실태를 밝히면서 被疑者를 특정·확보해가는 과정과 둘째 특정된 被疑者와의 관계에서의 사실인정을 위한 각종의 증거의 수집활동으로 구성되고 있다. 둘째의 활동가운데는 뒤에 전개될 公判節次에서 有罪로 의 立證을 위한 被疑者등의 訊問의 결과를 기재한 書面을 비롯한 각종의 報告의 文書의 작성·수집이 중요한 위치를 차지하고 있다. 종래 소위 '紉問的搜查構造'아래에서의 특징이라고 할 '調書裁判'의 관례에서는 그러한 搜查機關의 報告

* 漢陽大 法大 教授

的文書가 公判段階에서 범죄혐의 사건의 전운명을 결정하는 중대한 역할을 해왔던 것이다. 종래의 實體的眞實主義訴訟形態, 즉 犯人必罰主義와 職權의인 權力行使型訴訟構造 아래에서는 비밀리에 전개되는 수사활동의 결과를 書面化하여 이것을 공판정에 제시함으로써 法官으로 하여금 여기에 따라 有罪의 心證을 형성하게 하였다. 이렇게 볼 때에는 搜查活動에 의하여 實質的으로 有罪로의 확인 절차가 마무리되고 公判節次는 内部的으로 확인된 有罪의 인정과정을 訴訟의 형태로써 合法化시키는 形式的인 節次에 불과하다는 인상을 주었다.

그러나 근자에 이르러 搜查節次가 憲法상 보장된 人權尊重의 요청과 가장 예리하게 충돌되는 국면이라는 그 重大性의 인식과 함께 어느 節次보다는 ‘法の 適正節次’ 및 ‘無罪의 推定法理’가 강력하게 작용되어야 하는 영역이라는 인식이 강화되었다. 최근의 判決¹⁾등에서 보인 被疑者訊問調書의 證據能力을 둘러싸고 이룩한 종래의 태도의 변천은 ‘法の 適正節次’ 原理의 보장방향으로 획기적인 발전을 이룩한 것으로 평가되고 있다. 그러한 問題意識의 발전을 촉진한 原因으로서 첫째 實務에 있어서의 搜查에의 관심의 深化, 특히 搜查上 法の 適正節次의 보장요청에 대한 自覺, 둘째 學界와 法曹界에 있어서의 憲法感覺의 銳利化, 이것과 병행하는 憲法裁判所의 人權保障방향으로의 다소의 積極主義태도, 셋째 1960년대의 미국의 判例에 있어서의 人權 ‘法の 適正節次’ 原理로의 革命的展開²⁾

- 1) 大法 83. 7. 26선고, 82 도285事件, 判例總覽 22-1(B), 7-2; 大判 92. 6. 23. 92 도682 (진술거부권을 고지하지 아니한 피의자 신문조서에 대하여 증거능력을 부인한 것)
- 2) 대표적인 몇개 McNabb v. United States, 318 U.S. 332, 63 S. Ct, 608, 87 L.E.819(1943); Malloy v. United States, 354 U.S.449, 77 S.Ct, 1356(1957); Escobedo v. Illinois, 378 U.S. 478, 84 S Ct, 1758(1964); Malloy V. Hogan, 378 U.S. 1., 84 S.Ct, 1489(1964); Miranda v. Arizona 384 U.S.486, 86 S.Ct, 1602(1966) 위법수집증거에 대하여 法の 適正節次原理를 적용하여 證據能力을 배제한 것 Weeks v. United States, 232 U.S.383(1914); People v. Cahdn, 44 Calif, 21, 434(1955); Rochin v. Calif, 342 U.S.165(1952); Mapp v. Ohio, 367 U.S.643(1961). 辯護人依賴權 침해 한것-Powell v. Alabama 387 U.S.643(1961); Betts v. Brady. 316 U.S.455(1942); Gideon v. Wainwnigat, 372 U.S.385(1963); Escobedo v. Illinois, 378 U.S.478(1964) Massiah v. United States, 377 U.S. 201(1964)

의 영향등을 들 수 있다.

本稿에서 취급될 '搜查書類의 證據能力'에서의 搜查書類란 法典에서나 또는 學問上으로 정착된 用語로서 定義된 것이 아니고 다분히 時事的인 문제의식을 담고있는 표현이다. 필자는 이것을 「搜查節次에서 搜查機關의 활동에 의하여 작성·수집된 사실인정을 위한 報告의 文書」로 파악하고 있다. 搜查機關에 의한 被疑者 또는 被疑者이외의 자의 陳述調書, 檢證의 결과를 기재한 調書, 鑑定受託者에 의한 鑑定報告書, 수사기관이 제출한 醫師의 진단서, 鑑定調書, 押收·搜索調書, 實況調查書, 道路交通法上的 酒醉運轉罪등의 立證資料로서 사용되고 있는 「酒醉鑑識調書」, 司法警察職員의 自動車速度測程器에 의한 차량속도에 관하여 작성한 書面, 稅務職員작성의 臨檢顛末書 및 알콜용량 檢證調書, 盜聽調書, 陳述을 녹음한 테이프 및 polygraph 檢査 回答書등이 搜查書類에 포함될 것이다. 그뿐만아니라 최근의 大法院判決³⁾에서 취급한 「搜查機關의 요구에 의하여 작성된 被疑者陳述書」 기타 수사기관의 면전에서 작성된 진술서등도 수사서류에 포함될 것이다. 그러나 本稿에서는 주로 搜查機關, 특히 司法警察官吏에 의하여 작성된 被疑者訊問調書의 證據能力의 문제에 치중하여 이문제를 다루어 보려고 한다.

그러한 書面的 證據能力의 문제는 訴訟의 構造論, 특히 搜查의 構造論, 즉 搜查를 糺間主義構造로 보느냐 彈劾主義構造로 보느냐의 문제, 搜查機關으로서의 司法警察官의 獨自搜查權을 인정하느냐 어떠한의 문제 및 裁判을 調書裁判形式으로 운영하느냐 아니면 證人裁判形式으로 운영하느냐 의 문제와 관련되고 있다. 또 直接的으로는 證據法上的 自白法則과 傳聞法則의 '콜로라리'를 형성하는 문제이다. 따라서 이들 제 原理와 관련시켜 問題書面的 證據能力을 論證하여야 한다.

3) 大法 82. 9. 14, 82도 1479; 大法 84. 8. 14 84도 1139 總覽 22-1(B) 8-20; 大法 87. 2. 24. 선고, 86도115 總覽 22-1(B) 7-67~68

2. 證據能力이 문제되는 搜查書類

(1) 被疑者陳述調書

① 檢事 또는 司法警察官은 搜查에 필요한 때에는 被疑者의 출석을 요구하여 陳述을 들을 수 있다(刑訴法 제200조) 실제로는 被疑者의 訊問없이 搜查를 종결하는 경우란 거의 없다고 할 만큼 그 訊問은 搜查上의 證據수집방법중에 가장 중요한 위치를 차지하고 있다. 被疑者의 진술을 기재한 陳述調書(제244조)는 일정한 適法條件(제241조-제244조)에 따라 작성되고 또 그 訊問이 適法한 절차에 따라 행하여져서 진술내용에 任意性을 의심할 만한 사정이 없다면 (제309조, 제317조) 刑訴法 제312조의 요건아래에서 범죄사실의 인정자료로 될 수 있다. 그 뿐아니라 共犯事件에서는 同法條에 의하여 「被疑者아닌 자의 陳述調書」로서 다른 共犯者와의 관계에서 證據로 된다.

科學的搜查의 필요성·중요성이 강조되더라도 被疑者陳述의 수사상 차지하는 역할이 크게 감소되지는 않는다. 被疑者陳述을 기다려서 科學的搜查가 행하여지는 경우도 있을뿐만 아니라 被疑者의 진술을 얻는 과정도 科學的이어야 하며 또한 그 진술의 증거가치의 분석·평가도 科學的이어야 한다. 被疑者訊問은 搜查官측에서의 積極的인 發問을 통하여 有罪의 증거를 이끌어내기도 하지만 被疑者의 自己解明을 위해서 필요한 경우도 있다.

② 搜查機關의 面前에서의 陳述調書는 傳聞證據로서 傳聞法則의 적용을 받는다(제310조의 2). 要證事實을 관찰한 原經驗者의 진술을 書面으로 전환하여 그 진술내용을 입증하기 위하여 法廷에 제출한 것이기 때문이다.⁴⁾ 傳聞은 證據로 되지 않는다 (Hearsay is no evidence)는 原則을 陪審制度和 當事者主義訴訟構造를 배경으로 하여 1675년에서 1690년 사이에 확립된 것으로서 「英美證據法에 있

4) J. H. Wigmore, A. Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law, vol.3. p. 3 ; McCormick, Evidence, § 457

어서 가장 특징적인 規則이고…… 세계의 訴訟節次에 대한 가장 위대한 貢獻物⁵⁾이라고 평가되고 있다. 傳聞證據를 배척하는 여러 理由가운데서도 오늘날 가장 강력하게 지지되고 있는 것은 當事者主義訴訟에서 인정되고 있는 反對當事者의 法廷外에서의 原陳述者에 대한 反對訊問의 기회(제 161조의 2)를 박탈하는데 있다는 것은 韃靼를 요하지 않는다. 이 때의 反對訊問이란 것은 法院또는 法官의 面前에서 직접신문에 이어서 행하여지는 것이라야 한다. 搜查機關의 面前에서의 被疑者등의 陳述調書는 法廷外에서의 진술을 書面으로 전환하여 法廷에 제출된 것이므로 그 陳述당시에는 反對訊問의 기회라고는 부여될 수가 없다. 물론 原陳述者가 뒤에 公判廷에 나타나서 公判廷에서 행한 진술에 대해서는 反對訊問이 행하여지지마는 이것은 搜查機關에서 진술한 것에 대한 反對訊問은 아니다. 그러므로 傳聞法則의 적용을 받는 傳聞證據이다. 現行刑事訴訟은 當事者主義訴訟構造를 基本型으로 하고 있다고 해석되고 當事者에게 反對訊問權을 보장하고 있다(제 161조의 2). 다만 그 反對訊問權이 美法에서처럼 憲法上的의 權利로 규정되고 있지 않고 있을 뿐이다.

③ 刑訴法 제312條는 被疑者訊問調書에 대하여 일정한 조건아래에서 傳聞法則의 例外로서 證據能力을 인정하고 있다. 美法에서는 傳聞法則의 例外의 要件으로서 대체로 ‘信用性的의 情況的保障’과 ‘必要性’이라는 보장요건이 충족되는 경우에 證據能力을 인정하고 있다는 것은 주지된 사실이다. 現行法아래에서도 傳聞法則은 當事者主義構造에서의 當事者의 反對訊問權을 보장하기 위한 것으로 이해할 때에는 그것을 대신할 수 있는 ‘特信事情’의 보장과 ‘必要性’이라는 요건 아래에서 被疑者陳述調書의 證據能力을 인정하도록 해석하여야 할 것이다.

그런데 美法에서도 被告人의 法廷外의 陳述를 傳聞法則의 例外⁶⁾의 하나로 인

5) 5 Wigmore, 3rd ed.(1940) p.27 ; McCormick, op. cit, § 457.

6) 4 Wigmore, Evidence, § 1048(1940) ; Morgan, Admission as an Exception to the Heansay Rule, 30 Yale L.J.355(1921)

정하고 있지마는 완전히 만족할만한 理論的基礎는 제시하지 못하고 있는 듯하다. 陳述者가 自己에게 自白을 포함하여 不利益한 陳述을 한 경우에는 傳聞法則을 문제시 할 理由가 없다. 自己자신에게 反對訊問한다는 것은 無意味한 것이고 결국 自白은 反對訊問權의 포기라고 한다. 만약 그가 이전의 陳述의 眞實性을 부인하고 싶으면 公判廷에서 證言席에 서면 된다. 被疑者의 陳述이 被告人에게 有利한 事實인 경우에는 被疑者에게는 默秘權이 있으므로 檢事는 反對訊問을 할수 없다.

이렇게 볼때 被疑者의 訊問調書에 담은 陳述내용이 被告人에게 不利益한 것이건 有利한 것이건간에 反對訊問은 겪지 않고 있다. 이러한 의미에서 傳聞法則의 적용을 받아야하고 그것이 일정한 信用性의 情況的保障아래에서 작성된 것이라면 그 法則의 예외로서 證據能力을 인정받게 된다. 被疑者의 陳述調書는 犯行時間에 근접한 時點에서 작성되었고 또 公判廷에서 默秘權과 辯護權이 보다 철저히 보장된 상황아래에서는 搜查기관에서의 陳述을 그대로 再現할 수도 없으므로 訊問당시의 陳述調書를 사용할 필요도 있다고 하겠다. 이와같이 전형적인 傳聞法則의 例外의 조건이 다소 完화된 상태아래에서 證據能力을 인정하고 있다고 풀이된다.

④ 그런데 現行法제312조의 被疑者訊問調書는 傳聞法則의 적용을 받는 것이 아니라 大陸法의 直接主義의 例外라고 하거나 또는 그것을 直接主義의 요청에 따라 傳聞法則으로 규제하고 있다는 見解⁷⁾도 있다. 본래 直接主義의 요청은 職權主義構造 아래에서 발달된 것으로서 法院과 證據와의 관계를 규제하려는 데 있었다. 이에 反하여 傳聞法則은 證據와 當事者와의 관계에서 當事者의 權利를 보장하려는 當事者主義 요청에서 유래된 것이다. 直接主義가 傳聞法則의 요청을 충족하는 수도 있지마는 이때에도 法官이 證人의 陳述태도로부터 직접적으로 心證을 형성한다는데 그 意義를 두는 것이지, 當事者의 證人에 대한 反對訊問權

7) 高田卓爾, 刑事訴訟法 250면; 石川才 顯, 刑事訴訟法, 265면

의 보장요건의 충족과는 관계가 없다.

現行法の 基本構造는 當事者主義를 原則型으로 하고 傳聞法則은 그 構造를 배경으로 하여 當事者로 하여금 證據에 대한 實質的吟味權을 보장하려는 것으로 해석되고 따라서 法文 그대로 제310조2는 傳聞法則의 原則을 선언한 것이며 그 이하 제311조에서 제316조까지는 그 例外를 규정한 것으로 이해하는 것이 타당할 것이다.

(2) 被疑者訊問調書의 證據能力認定에 있어서의 몇가지 問題点

① 제312조에 의하면 檢事의 被疑者陳述調書는 특별한 요건, 즉 公判準備 또는 公判期日에서 被疑者(原陳述者)가 그 成立의 眞正을 인정한 때에 證據能力을 부여하고 또 檢事의 被疑者陳述調書가 公判準備 또는 公判期日에서의 陳述과 그 內容을 달리하는 것을 인정하려고 할 때에는 「특히 信憑할 수 있는 상태하에서 행하여진 것」이라는 요건을 요청하고 있다. 이 경우에 해석상 但書의 「被疑者였던 被告人의 公判準備 또는 公判期日에서의 陳述에 불구하고」를 本文의 「그 成立의 眞正」을 「否認하더라도」로 파악하는 見解도 있을 수 있다. 그러나 本文에서의 요건은 모든 被疑者陳述調書의 證據能力의 요건으로 필요로 하는 것으로 해석하고 但書에서는 公判準備 또는 公判期日에서의 被告人의 陳述이 그 調書의 「成立의 眞正」은 인정하되 그 內容을 부인하는 경우에는 特信事情이 있을 때 그 調書의 證據能力을 인정하고 있는 것으로 해석함이 타당할 것이다.

判例⁸⁾도 같은 입장이다. 그러나 判例는 「特信事情」을 적극적으로 입증하지 않고 이것을 被疑者의 陳述의 任意性의 문제와 혼동하여 「진술이 임의로 되지 아

8) 判例도 「檢事が 작성한 被疑者訊問調書는 그 被疑者였던 被告人이 公判廷에서 서명날인을 시인하여 眞正成立을 인정하는 경우에는 檢察에서의 진술이 특히 임의로 되지 아니하여 신빙할 수 없는 상태하에서 된 것이라고 의심할 만한 사유가 없으면 證據能力이 있다」고 하고 있다(大法 83. 12. 27선고 82도 2840사건 判例總覽 22-1(B), 7-5)

의 보장요건의 충족과는 관계가 없다.

現行法の 基本構造는 當事者主義를 原則型으로 하고 傳聞法則은 그 構造를 배경으로 하여 當事者로 하여금 證據에 대한 實質的吟味權을 보장하려는 것으로 해석되고 따라서 法文 그대로 제310조2는 傳聞法則의 原則을 선언한 것이며 그 이하 제311조에서 제316조까지는 그 例外를 규정한 것으로 이해하는 것이 타당할 것이다.

(2) 被疑者訊問調書의 證據能力認定에 있어서의 몇가지 問題点

① 제312조에 의하면 檢事의 被疑者陳述調書는 특별한 요건, 즉 公判準備 또는 公判期日에서 被疑者(原陳述者)가 그 成立의 眞正을 인정할 때에 證據能力을 부여하고 또 檢事의 被疑者陳述調書가 公判準備 또는 公判期日에서의 陳述과 그 內容을 달리하는 것을 인정하려고 할 때에는 「특히 信憑할 수 있는 상태하에서 행하여진 것」이라는 요건을 요청하고 있다. 이 경우에 해석상 但書의 「被疑者였던 被告人의 公判準備 또는 公判期日에서의 陳述에 불구하고」를 本文의 「그 成立의 眞正」을 「否認하더라도」로 파악하는 見解도 있을 수 있다. 그러나 本文에서의 요건은 모든 被疑者陳述調書의 證據能力의 요건으로 필요로 하는 것으로 해석하고 但書에서는 公判準備 또는 公判期日에서의 被告人의 陳述이 그 調書의 「成立의 眞正」은 인정하되 그 內容을 부인하는 경우에는 特信事情이 있을 때 그 調書의 證據能力을 인정하고 있는 것으로 해석함이 타당할 것이다.

判例⁸⁾도 같은 입장이다. 그러나 判例는 「特信事情」을 적극적으로 입증하지 않고 이것을 被疑者의 陳述의 任意性의 문제와 혼동하여 「진술이 임의로 되지 아

8) 判例도 「檢事が 작성한 被疑者訊問調書는 그 被疑者였던 被告人이 公判廷에서 서명날인을 시인하여 眞正成立을 인정하는 경우에는 檢察에서의 진술이 특히 임의로 되지 아니하여 신빙할 수 없는 상태하에서 된 것이라고 의심할 만한 사유가 없으면 證據能力이 있다」고 하고 있다(大法 83. 12. 27선고 82도 2840사건 判例總覽 22-1(B), 7-5)

니하여 신빙할 수 없는 상태에서 된 것이라고 의심할만한 사유가 없으면 證據能力이 있다」고 한데에는 찬성할 수 없다. 본래 「특히 신빙할 수 있는 狀態下」라는 요건은 反對訊問에 대신할 수 있는 신용할 만한 外部의情況으로서 陳述者의 公判廷에서의 陳述의 분위기에 못지않는 自由롭고 아무런 제약이 없는 外部의 狀態를 말한다. 虛僞가 개재할 위험이 없는 사정만으로는 부족하고 또 陳述內容의 信用性을 評價하여 경정할 사정도 아니다. 「반드시 外部的인 특별한 事情은 아니라도 그 陳述內容 자체에 의하여 그것이 信用性이 있는 情況의 존재를 推知할 만한 事由도 된다」는 判旨⁹⁾는 證據能力을 마치 證明力의 문제처럼 취급한 것으로서 타당하지 않다고 생각된다.

제312조의 被疑者陳述調書에 證據能力을 인정하기 위해서는 제312조의 요건 뿐만 아니라 그 被疑者의 陳述자체가 ‘任意性’의 요건을 구비하여야 한다는 것은 確언을 요하지 않는다.¹⁰⁾ 제312조의 요건은 調書자체의 證據能力의 요건일 뿐이고 이것은 그 陳述자체의 任意性을 당연히 전제로 하는 것이다. 그런데 앞서 인용한 判例는 陳述의 任意性의 보장만 있으면 「特信狀態」의 존재를 추정하는 것처럼 옳혀진다. 아니면 任意性의 보장은 곧 特信狀態로 보고 있는 듯하다. 「特信狀態」는 陳述調書의 證據能力을 위한 요건이지, 陳述내용의 任意性과는 별개의 것이다. 「任意性」의 보장상황으로써 「特信狀態」를 추정하는 것도 타당하지 않다. 왜냐하면 法文에 特信狀態下에서 「행하여진때」라고 함은 적극적으로 그 상태를 증명하여야 한다. 舉證責任은 檢事에게 있다. 調書내용인 陳述이 신빙할 수 있는 外部의 狀態下에서 행하여졌다는 것을 적극적으로 제시하여야 한다. 이러한 점에서 앞서 인용한 判例에서의 ‘特信狀態’의 인정방법에는 찬성할 수 없다.

9) 日最判 昭和 30. 1.11 刑集 9권 1호 15면.

10) 그 陳述內容이 自白인 경우에는 제309조에 의하고 그외의 진술내용도 제317조에 의하여 任意性을 구비하여야 한다.

② 제312조 2항에서는 「檢事이외의 搜查機關작성의 被疑者訊問調書는 公判準備 또는 公判期日에 그 被疑였던 被告人이나 辯護人이 그 內容을 인정할 때에 한하여 證據로 할 수 있다」고 규정함으로써 司法警察官吏의 被疑者陳述調書는 公判廷에서의 證據로서는 별 意味가 없는 것으로 취급하고 있다. 司法警察의 被疑者陳述調書는 公判廷에서 그 內容이 否認되는 경우에는 기껏해야 檢事の 拘束令狀請求의 자료로 사용되거나 檢事の 搜查資料로 이용될 뿐이다.

이것은 搜查節次가 法律上 그리고 事實上 二段階로 구성되어 우선 司法警察이 搜查를 행하고 다음 事件이 檢察에 송치되어 檢事が 재차 被疑者訊問등의 搜查를 반복하는 傳統에서 기인된 것이다. 즉 司法警察의 獨自搜查權이 인정돼 있지 않고 檢事の 지휘·감독아래에서 警察등의 수사활동이 행하여지는데서 유래된 것이다. 여기에다가 理論的으로는 搜查構造면에서 被疑者の 法的 適正節次를 보장받을 權利를 보다 강화하려는 소위 彈劾의 搜查觀이 가세하여 司法警察 등의 被疑者訊問調書의 證據能力을 약화시킨 것이다. 糾問의 搜查構造를 철저화하고 實體的眞實主義理念에 투철하려는 입장에서는 犯罪事件발생과 가장 근접한 시간내에서 행하여지는 司法警察의 被疑者訊問調書에 證據能力을 당연히 인정하게 된다.

③ 舊刑事訴訟法은 「被告人기타의 자의 供述을 錄取한 書類로서 法令에 의하여 작성된 訊問調書」는 무조건 증거능력을 인정하고 있었다(제343조). 다른한편 「搜查에 있어서 그 目的을 달성하기 위해서 필요한 取調를 할 수 있고(제254조) 警察은 檢事の 지휘를 받아 搜查할 수 있다고 규정하였었다(제248조, 제249조). 또 總則 제10章에는 ‘被告人訊問’을 두고 ‘被告人에 대하여 被告事件을 告知하고 그 事件에 대하여 陳述할 것이 있는지 與否를 물어야 한다’(제134조)고 규정하였다. 동시에 ‘本章의 규정은 被疑者를 訊問하는 경우에도 이것을 準用한다’(제139조)고 하였다.

이상의 규정에서 보건데 檢事 또는 司法警察官은 被疑者 기타의 자에 대하여 그 同意·承諾을 얻어 取調할 수 있고 또 그외에도 현장에서의 實況調査·物件

의 任意領置·任意鑑定등도 허용된다고 해석되었다. 동시에 그러한 被疑者訊問 調書는 '法令에 의하여 작성된 書類'로서 무조건 證據能力이 인정되었다.

舊刑訴法 아래에서의 裁判은 주로 搜查機關의 각종의 調書에 의하여 사실인정을 행하는 調書裁判의 形式을 취하였다. 이것은 公判廷에서의 證人의 證言에 의한 裁判을 일컫는 證人裁判과 대조되는 것이다. 전자는 大陸의 糺問主義 傳統이었던 書面裁判의 잔재라고 하겠고 이것은 후자의 英美의 陪審裁判의 전통에서 정착된 裁判形式과 대조된다고 하겠다. 調書裁判은 그 現念型으로서는 搜查機關의 調查結果를 담은 각종의 書類를 모두 法院에 제출케 하여 書面의 검토를 통하여 法院의 心證을 형성하게 하는 方式이다.

現行法 아래에서의 裁判도 法官의 방대한 업무량 처리의 편의 및 集中·繼續 審理가 아닌 隔月 또 隔週에 따른 裁判期日에서의 裁判審理(소위 醫科治療式 裁判)로 인하여 公判期日에서의 證人의 證言과 公判期日에서의 證據調書의 調查에서 法院의 心證이 형성되는 것이 아니고 후일 法官의 事務室이나 家庭등에서 調書를 검토함으로써 心證이 이루어진다. 이러한 慣行을 舊刑訴法 아래에서 裁判形式과 별 차이가 없는데도 오직 司法警察官의 被疑者陳述調書만은 原則적으로 心證形成의 자료로서는 배제된다.

④ 現行法上 司法警察官의 被疑者陳述調書에 대하여 證據能力을 크게 제한한 것은 日帝時代의 刑訴法 아래에서의 警察機關의 拷問등의 강제에 의한 被疑者 取調의 폐습을 억제하여 搜查權濫用으로부터 개인의 人權을 보장하려는 데 있었다. 現行法 制定過程의 자료를 잠시 살펴보면 다음과 같은 것을 알 수 있다.

刑事訴訟法草案은 「檢事, 搜查官, 司法警察官의 被疑者 또는 被疑者아닌 자의 陳述을 기재한 調書, 檢證·鑑定의 결과를 기재한 調書 및 押收한 書類나 物品은 公判準備 또는 公判期日에 被告人이나 被告人 아닌자의 陳述에 의하여 그 成立의 眞正함이 인정된 때에는 證據로 할 수 있다」고 규정하였었다(제2992). 이것이 法制司法委員會에 회부되어 修正案으로 나온 것이 同條但書로서 「但 檢事以外の 搜查機關에서 作成한 被疑者의 陳述調書는 그 被告人 또는 辯護人이

公判廷에서 그 內容을 認定할 때에 限하여 證據로 할 수 있다」고 新設規定을 두었다.

司法警察官의 被疑者陳述調書의 證據能力을 檢事의 그것에 비하여 월등하게 제한 것은 제도적으로는 檢事が 搜查의 主宰者가 되고 司法警察官을 지휘·감독하게 함으로써 司法警察의 搜查의 獨自性을 인정하지 않는데 기인한다고 하겠다. 그런데 이점에 관하여 「刑事訴訟法 草案에 대한 公聽會速記錄에서의 嚴詳 變議員의 발언내용에는 敬청할만한 것이 있는데 이것을 발취해보면 다음과 같다.

「…美國의 例를 들면 美國은 搜查는 警察官, 起訴는 檢察官, 裁判은 法官… 이렇게 나누어져 있습니다. 그리고 日本도 지금은 刑訴法에 이 점이 明確하게 나와 있습니다. 그러나 우리는 여러가지 우리나라 實情에 비추어 역시 檢察官이 搜查의 主導的立場에 있어야 되겠다… 이렇게 생각해왔습니다. 그런데 美國에 있어서 왜 搜查는 警察官, 起訴는 檢察官 이렇게 나누었느냐 하면 이것은 역시 미국사람들 생각에는 權力이 한군데에 집중되면 濫用되기 쉬우므로 權力은 分散이 되어야 개인에게 利益이 된다. 이렇게 생각했던 겁니다. 그런데 우리나라 實情으로 보면 檢察機關이 犯罪搜查의 主體者가 된다면 起訴權만을 가지고도 강력한 機關이거늘 또 搜查의 權限까지 「프러스」하게 되어 이것은 결국 檢察‘팻쇼’를 가지고 온다는 것입니다. …

혹은 영국같은데서도 그렇습니다. 이런나라에서도 「搜查는 警察官이 해라, 起訴與否는 檢察官이 해라…」 또 「證據가 모자라면 警察에다가 의뢰해라…」 이렇게 되어있는데 우리나라는 警察이 中央執權制로 되어있는데 警察에다가 搜查權을 전적으로 맡기면 警察 ‘팻쇼’라는 것이 나오지 않나, 檢察 ‘팻쇼’보다 警察 ‘팻쇼’의 경향이 더 세지 않을까? 이런점을 보아가지고 小委員會나 法制司法委員會에서는 오직 우리나라에 있어서의 犯罪搜查의 主導權은 檢察이 가지는 것

이 좋다는 정도로 생각을 했던 것입니다. 그러나 장래에 있어서는 우리나라도 조만간 搜查權하고 起訴權하고는 分離시키는 이러한 方向으로 나가는 것이 좋겠다는 생각을 가지고 있습니다.¹¹⁾ 40년이 지난 지금에와서도 이 문제를 두고 볼 때에는 嚴議員의 생각이 우리의 공명을 불러일으킨다고 여겨진다.

1954. 9. 23. 法行 제341호로 제정·공포된 刑事訴訟法 제312조는 위와같은 내용을 확정지었다. 이에 관련된 國會定期會議速記錄에는 다음과 같은 發言들이 주목된다.

大法院長(金炳魯) 「... 경찰의 조서를 裁判에 가서 그것을 증거로 채용을 하려면 그 調書만 가지고는 有罪의 증거로 하지 못합니다. ... 公判에 와서 被告人이 경찰에서 그와같이 내가 말 한 것이 사실입니다. 또는 그런말을 안하더라도 事實內容을 물을때 거기에 부합하게 被告人이 진술해야만 警察이 기록한 조서가 有罪判斷의 자료가 되는 것입니다. 이렇게 해서 公判에 대한 有罪判斷의 증거를 제한 또는 被疑者의 搜查機關審議를 받을때부터 自己를 보위할 方法을 충분히 고려하고 이래서 오늘날 소위 人權을 유린한다는 무슨 拷問·不自然한 陳述이니 해서 한다는 폐해를 미리 예방하는 규정이 어느 정도 可及的 잘 되었다고 생각합니다. ...」¹²⁾ 이것은 搜查機關 특히 警察의 人權蹂躪의 폐습을 억제하기 위하여 調書의 증거능력을 제한한 규정이 잘 되었다는 취지로 읽혀진다.

嚴詳變議員 「... 事實에 있어서는 拷問이라는 것이 大韓民國에서 공공연한 祕密로 되어있습니다. 이렇게 되면 이것은 아주 根源을 꺾어버리는 그런일은 어떤 일이나, 결국 檢察官이나 警察官이 만든 調書에 대해서 證據力을 주지 말 것, 檢察官이나 警察官에서 진술한 내용은 被告人이나 被告人의 辯護人側에서 異義가 없는 한에서만 有罪의 證據資料로 할 수 있다 하는 이러한 方向으로 나가야 이렇게 나가면 개인의 人權을 존중하는 意味에서도 대단히 좋지만 비교적 警察

11) 韓國 刑事政策 研究院, 刑事訴訟法制定 資料汁 109面.

12) 同 268面.

보다는 人的要素가 조금 우월하다고 볼 수 있는 檢察機關이 작성한 調書에까지 이러한 證據力을 주지 않는다면 訴訟이 지연되고 여러가지 문제가 있을 것이다 해서 警察機關에서 작성한 調書에서만 異義가 있을 때에는 證據力을 주지 않도록 하고 檢察機關은 그대로 두는 이런 식으로 절충이 되어서 규정된 것입니다.

그러면 적어도 警察에서 무엇을 말했다든지 搜查機關에서 한 自白은 檢察機關 혹은 公判에서 確認할 때에 언제든지 竊판에다가 써두었던 글을 닦아버린다고든지 아무런 효과가 없다는 이런 방향으로 나가야 비로소 警察機關에서 행해지고 이 拷問을 적어도 근절은 못시키더라도 어느 정도 견제할 수 있지 않는가 이러한 생각을 가지고 있습니다.…」¹³⁾

이와같은 발언을 통하여 표현된 취지에 따라서 오늘날의 刑訴法 第312條는 제정된 것이다. 檢事は ‘人的要素가 우월하다’는 점과 그 地位의 客觀의性格·準司法官의性格¹⁴⁾에 비추어 檢事이외의 搜查機關에 의한 被疑者 陳述調書보다는 信用性의 保障이 강하므로 보다 적은 제약아래에서 證據能力을 인정하고, 특히 司法警察官의 被疑者陳述調書는 전통적으로 大陸에서는 警察이 警察 國家時代의 主役이었다는 역사성과 日帝時代의 警察像을 모델로 하여 人權蹂躪의 主犯처럼 취급하여 그에 의한 被疑者陳述調書에 대해서는 證據能力을 格下시킨 것이라고 하겠다. 제도적으로는 被疑者·被告人과의 관계에서 檢事만이 當事者性이 인정되고 또 搜查에 있어서 獨自搜查權이 부인되고 있는데다가 소위 調書裁判의 慣行아래에서 또한 국민적 신뢰성이 약한 警察에 의한 調書에 너무나 치중한다면 裁判의 權威에도 不信이 일어날 것이라는 우려가 덧붙여져 警察의 被疑者陳述調書는 속죄양처럼 희생되게 된 것이다

⑤ 이러한 전통적인 警察에 대한 不信의 풍토와 제도적인 장벽을 극복한다면

13) 同 290面.

14) 필자는 檢事의 當事者性·主觀性을 강조하므로 이와같은 客觀의地位를 중요시 하지 않는다.

그에 의한 被疑者訊問調書도 檢事의 그것과 동등하게 취급하여도 좋을 것이다. 오히려 이것은 犯罪時點과 가장 근접한 시간대에 이루어진 진술을 기재한 것이므로 어떤 의미에서는 客觀的事實을 보다 선명하게 반영할 수 있을 것이다. 司法警察의 行政警察로 부터의 分離, 搜查活動의 獨自性的의 보장, 司法警察官의 格上된 資格과 훈련, 政治的中立과 身分의 보장 등의 제 요건의 구비와 함께 司法警察의 각종 調書 특히 被疑者陳述調書의 證據能力도 檢事의 그것과 동정도로 格上될 수 있을 것이다.

다만 調查裁判이 갖고 있는 제문제점 때문에 오늘날 公判中心主義·證人裁判의 형식이 강조되고 있는 상황에서는 司法警察官의 公判廷에서의 證言을 間接證據로 활용하는 것이 바람직한 방향이라고 생각한다. 이것은 독일에서 채용하고 있는 慣行이다. 陳述調書는 原則으로 法庭에서 낭독되는 것을 금지하지만(法 제250조, 제251조, 제252조) 陳述을 들은 訊問者를 불러 「原陳述者가 訊問者에게 … 라고 진술하였다」는 間接事實에 대하여 證言하게 하는 것은 허용하고 있다. 이 경우에 獨 刑訴法은 傳聞法則을 채용하지 않고 있으므로 被告人에게 反對訊問權은 보장하지 않고 있지만 우리의 刑訴法 아래에서는 被告人측에 反對訊問權을 허용하고 있다(제161조의 2)

그런데 被疑者의 陳述을 들은 司法警察官을 間接事實의 證人으로 불러 訊問하는 것은 우리의 刑訴法에서도 금지되고 있지 않다. 오히려 刑訴法 제316조 제1항은 傳聞法則의 예외로서 이것을 정면으로 허용하고 있다고 해석된다. 즉 被告人 아닌 자의 公判準備 또는 公判期日에서의 陳述이 被告人의 陳述을 그 내용으로 하는 것인 때에는 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 때에 한하여 이를 證據로 할 수 있다」고 한 것이다.

이러한 明文의 규정이 있는데도 우리의 裁判慣行은 調書裁判에만 익숙되어 이것을 활용하지 않을 뿐만아니라 오히려 그 證言을 부정하고 있다. 예컨대 「被告人이 公判廷에서 경찰의 陳述內容을 부인하고 있는 이상 被告人의 경찰수사

때의 진술을 그 내용으로 하는 證人의 證言은 證據能力이 없다」는 判旨¹⁵⁾가 그것이다. 被告人의 犯行自白경위에 관한 搜查警察官의 증언에 대하여 證據能力을 인정하게 되면 被告人의 警察陳述은 證據能力이 없는데 반하여 그 警察에서의 진술을 들었다는 증언이나 陳述記載는 證據能力이 있다는 不合理한 결과로 된다는 것을 이유로 들고 있다.¹⁶⁾ 이에 반하여 「被告人이 경찰에서 한 진술의 任意性を 부인하고 경찰의 檢證調書を 증거로 함에 동의하지 않고 있다 하여도 檢證이나 押收를 한 경우에 관한 담당경찰관의 진술을 증거로 할 수 없는 것은 아니다¹⁷⁾」고 한 것은 주목된다. 이것은 司法警察官의 檢證調書와 實況調查書에 대하여 그 檢證調書 중 被告人의 犯行內容을 현장에 따라 진술한 것과 犯行再演의 상황을 公判廷에서 모두 부인하고 있는 경우에는 그 檢證調書의 證據能力을 부정하고 있는 태도¹⁸⁾와 조화될 수 있을지 의문이다.

제312조 2항에서 調書의 내용을 부인하는 경우에는 경찰의 陳述調書의 證據能力을 부인하는 것이지 그것을 청취한 警察官의 傳聞證言 또는 情況陳述을 부인한 것은 아니고 따라서 제316조 제1항의 요건 아래에서 證據能力이 인정된다고 해석함이 타당할 것이다. 청취자의 傳聞證言은 그의 調書보다는 한 단계 傳聞性이 약한데다가 反對訊問을 받는 證人으로서 진술하며 또한 제316조 제1항의 ‘特信狀態’의 요건도 충족하여야 하기 때문에 그가 작성한 調書와는 달리 취급할 수 있으리라고 생각한다. 傳聞法則을 엄격히 준수하는 美法에서도 警察官은 公判廷의 證人으로 나와서 被告人의 自白內容을 證言한다. 이 태도는 調書裁判을 지양하고 證人裁判의 형식을 강조할 때에는 더욱 바람직한 방향이라고 생

15) 大法 83. 7. 26. 宣告, 82도 385事件 總覽 22-1(B)

16) 大法 84. 2. 28. 宣告, 83도 3223 總覽 등 7-14; 代法 85. 12. 13. 宣告, 84도 2897 同 7-38.

17) 大法 90. 2. 13. 宣告, 89. 2567, 總覽 22-1(c) 312-4

18) 大法 84. 1. 24 宣告 83도 3032 總覽 22-1(B) 7-11; 大法 84. 5. 29 宣告, 84도 378 삼동 7-18; 大法 88. 3. 8 宣告, 87도 2692 同 7-84.

각된다.

⑥ 몇몇 立法例

司法警察官의 被疑者陳述調書에 관한 立法例는 각국의 訴訟構造, 司法警察의 搜查上의 地位, 調書裁判이나 證言裁判이나 등에 따라 다르다.

A) 美法에서는 自認과 自白을 傳聞法則의 例外로 취급하거나 또는 그 法則의 不適用의 경우로 취급하여 證據能力을 인정하고 있다(연방 증거규칙, 규칙 801(d)(2)).

그외에도 예컨대 연방증거규칙에는 傳門法則의 예외로서 23개의 사항을 규정하고 있다(규칙 803.). 그리고 그 예외의 경우의 진술(statement)이라고 함은 口述 또는 書面에 의한 주장을 뜻한다(규칙 801(a)). 따라서 傳門法則의 예외에 해당하는 사항이 書面으로 표현된 경우에도 일정한 조건아래에서 그것을 증거로 인정하게 된다.

그러나 刑事事件에서 被疑者의 自認이나 自白은 서명된 書面으로 작성되고 그것을 청취하거나 訊問한 者가 公判廷에 證人으로서 나와서 진술함으로써 그 證言이 증거로 되는 것이지, 自白書面自體가 직접증거로 되는 것은 아니다. 陪審裁判·當事者主義 아래에서는 證人裁判·公判中心主義에 철저히 하기 때문이다.

B) 獨刑訴法에서는 傳聞法則을 채용하고 있는 것은 아니지만 法院의 直接訊問主義를 철저히 하여 原則적으로 어떤 事實의 證明이 「어떤 사람의 知覺에 의존하는 경우에는 그 자를 公判에서 訊問하여야 한다. 訊問은 전에 행한 訊問에 관하여 작성된 調書를 낭독하거나 陳述書를 낭독함으로써 대신될 수 없다」고 규정하고 있다. 原則으로 陳述調書는 證據調查의 대상으로 되지않는다. 예외적으로 法官의 이전의 訊問調書와 그외의 調書에 대해서는 일정한 엄격한 조건아래에서 이것은 조사되는 경우도 있다(獨刑訴法 제251조). 그러나 이 예외의 경우에도 檢事나 司法警察官의 被疑者訊問調書는 포함되고 있지 않다.

獨에서도 警察任務를 담당하는 관청 및 공무원은 被疑者등의 訊問調書를 작성하여 이것을 지체없이 檢事에게 송부하도록 했으며(제 163조) 檢事의 訊問行

爲의 결과는 調書로 작성되도록 규정하였다. 그러나 證人裁判, 直接主義, 公判中心主義 등의 요청에 따라 이들은 公判廷에서 조사되지 않는다. 즉 法院의 心證形成을 위한 調書의 열독은 허용되지 않는다. 裁判長은 搜查機關에서 온 書類를 읽어두는 경우가 있어도 이것은 心證形成을 위한 것이 아니고 訴訟指揮를 원활히 하기 위하여 행하여지는 것이다. 證據로 되는 것은 裁判廷에서의 質問에 대한 證人の 陳述자체이다. 參審員은 그 調書를 전혀 보지 못하고 公判廷에서의 證據調査로 부터 心證을 형성한다. 동시에 辯論종결후에 곧 參審員과 合議하여 判決을 선고하는 것이 통상적이다. 이것은 西歐社會의 일반적 재판관행인듯 하다.

辯論종결후 數週내지 數10일이 지나서 法官이 自己房이나 家庭에서 調書를 읽고 검토하여 心證을 형성해서 判決을 선고하는 관행과는 다르다. 무죄의 裁判은 口頭辯論自體에 따른 裁判이라기 보다는 완전한 書面裁判이라고 하겠다. 公判廷에서의 法院의 心理作用에 의한 裁判이 아니고 각종의 調書內容을 분석·검토·종합하여 그 내용중 일치된 부분과 모순된 부분을 論理的으로 檢討한 뒤에 判決이 유도된다. 이것은 刑法時代의 糾問主義의 관행을 오늘날까지 유지해 오고 있는 폐습이라고 하겠다. 이와같이 調書裁判을 중시한다면 事件발생에 가장 접근한 시점에서 작성되는 司法警察에 의한 被疑者陳述調書를 단지 檢事の 搜查의 補助的資料로 밖에 인정하지 않는 데에는 문제가 있다고 하겠다.

C) 日本에서는 搜查가 二元化되어 있어 司法警察에게 獨自的搜查權이 부여되고 있다는 것은 주지의 사실이다(日刑訴法 제189조 이하). 동시에 司法警察의 被疑者陳述調書도 被疑者の 署名 또는 押印이 있는 것은 그 진술이 被告人에게 不利益한 事實의 承認을 내용으로 할때 또는 특히 信用할만한 情況아래에서 행하여진 때에 한하여 이것을 증거로 할 수 있다고 규정하고 있다(日刑訴 제321조) 다만 被告人에게 不利益한 事實의 承認을 내용으로 하는 書面은 그 承認이 自白이 아닌 경우에도 注意性이 의심스런 경우에는 證據로 될 수 없다고 하였다.(동조 但書)

被告人에 不利한 事實의 承認을 증거로 할 수 있다고 한 것은 美法의 自認·自白(admission, confession)에 대한 證據能力을 인정한 것을 채용한 듯 하다, 美法에서는 이것을 傳聞法則의 不適用의 경우로 보는 意見(少數意見, 연방증거규칙, 규칙 801(d)(2)과 承認事實의 眞實性을 증명하기 위하여 제공된것이므로 이것을 허용하는것은 傳聞法則의 例外로 보는 多數意見이 있다(Link V. Eastern Aircraft, 57 A,2d8(N. J. 1948) ; Calif Evid Code. & 1220). 美法에서는 自認의 경우에는 信用性的 情況保障이라는 요건없이 證據能力을 인정하고 있다. 이것은 英美의 當事者主義 아래에서는 當事者측에서 그 自認내용이 眞實하지 않으면 진술하지 않았을 것이라는 이유에서 그 被疑者에게 不利한 증거로 될수 있는 것은 당연하다고 본다. 다만 公判廷에서 그 自認書를 증거로 하는 것이 아니라 自認을 청취한 證人(警察)의 證言에 의한다는 것이 日本의 調書裁判의 관행과 다르다.

司法警察의 獨自搜查權을 인정하는 제도아래에서 그리고 독자수사권의 전통 아래에서는 陳述채취자가 누구일지라도(檢事이던 司法警察이던)간에 마찬가지로 證據로 될 수 있게한 것은 타당한 방향이 아닐까 생각한다.

(3) 搜查機關의 요구에 의하여 작성된 被疑者의 陳述書

여기에 관해서는 명문의 규정은 없다. 傳聞法則의 예외로서의 書證은 原則으로 「必要性」과 「信用性的 情況的條障」이라는 요건을 충족하여야 한다. 특히 反對訊問權行使를 대신할만한 정도의 신뢰성을 보장할 수 있는 外部의事情이 존재하여야한다. 현행법아래에서는 피의자등의 陳述을 채취하는 主體의 地位가 客觀性과 公平性을 어느정도 지느냐, 그리고 陳述狀況이 어느정도 자유롭고 또 채취자측이 違法이 개재할 여지가 있는 상황이나 어떠한에 따라서 被疑者등의 自述書에 적용될 해당조문이 달라질 것이다.

「陳述 및 陳述記載의 客觀的狀況」이 표준이 된다면 진술채취主體의 성질, 被

被告人에 不利한 事實의 承認을 증거로 할 수 있다고 한 것은 美法의 自認·自白(admission, confession)에 대한 證據能力을 인정한 것을 채용한 듯 하다, 美法에서는 이것을 傳聞法則의 不適用의 경우로 보는 意見(少數意見, 연방증거규칙, 규칙 801(d)(2)과 承認事實의 眞實性을 증명하기 위하여 제공된것이므로 이것을 허용하는것은 傳聞法則의 例外로 보는 多數意見이 있다(Link V. Eastern Aircraft, 57 A,2d8(N. J. 1948) ; Calif Evid Code. & 1220). 美法에서는 自認의 경우에는 信用性的 情況保障이라는 요건없이 證據能力을 인정하고 있다. 이것은 英美의 當事者主義 아래에서는 當事者측에서 그 自認내용이 眞實하지 않으면 진술하지 않았을 것이라는 이유에서 그 被疑者에게 不利한 증거로 될수 있는 것은 당연하다고 본다. 다만 公判廷에서 그 自認書를 증거로 하는 것이 아니라 自認을 청취한 證人(警察)의 證言에 의한다는 것이 日本의 調書裁判의 관행과 다르다.

司法警察의 獨自搜查權을 인정하는 제도아래에서 그리고 독자수사권의 전통 아래에서는 陳述채취자가 누구일지라도(檢事이던 司法警察이던)간에 마찬가지로 證據로 될 수 있게한 것은 타당한 방향이 아닐까 생각한다.

(3) 搜查機關의 요구에 의하여 작성된 被疑者의 陳述書

여기에 관해서는 명문의 규정은 없다. 傳聞法則의 예외로서의 書證은 原則으로 「必要性」과 「信用性的 情況的條障」이라는 요건을 충족하여야 한다. 특히 反對訊問權行使를 대신할만한 정도의 신뢰성을 보장할 수 있는 外部의事情이 존재하여야한다. 현행법아래에서는 피의자등의 陳述을 채취하는 主體의 地位가 客觀性과 公平性을 어느정도 지느냐, 그리고 陳述狀況이 어느정도 자유롭고 또 채취자측이 違法이 개재할 여지가 있는 상황이나 어떠한에 따라서 被疑者등의 自述書에 적용될 해당조문이 달라질 것이다.

「陳述 및 陳述記載의 客觀的狀況」이 표준이 된다면 진술채취主體의 성질, 被

疑者の 그동안의 처우상황, 警察과의 面前狀況 및 경찰의 영향력의 강약등이 고려되어야 할 것이다. 이렇게 볼때 수사 警察의 요청에 의하여 수사기관의 面前에서 이들의 指示를 받으면서 被疑者등이 직접작성한 것은 제312조에 해당하는 것으로 해석된다.

여기에 대하여 이것은 文理해석에 反하고 또한 傳聞法則의 예외에 文言은 엄격한 해석을 요한다는 이유와 다른 한편 實體的眞實主義理念 및 自由心證主義의 요청에 反한다는 이유로 反論이 제기될 수 있다.⁽¹⁹⁾ 그리고 傳聞法則의 例外를 엄격히 해석하여야 한다는 요청에서 볼때에는 「被疑者の 警察官面前 自述書」를 제313조의 다소 완화된 요건아래에서 증거로 인정하는것 보다는 제312조 2항의 보다 엄격한 요건 아래에서 認定하는것은 결코 금지되는 것은 아니다. 그리고 實體眞實主義와 自由心證主義는 憲法上的 法の 適正節次의 요청에 양보하여야 한다.

判例도 「司法警察官이 被疑者の 陳述內容을 진술서의 형식으로 피의자로 하여금 기재하게 한 경우에 위 진술서의 證據能力 有無는 機事이외의 수사기관이 작성한 被疑者訊問調書와 마찬가지로 刑事訴訟法 제312조 제2항에 따라 결정하여야 할 것이고 同法 제313조 제1항에 따라 결정할 것은 아니라고 해석하여야 할 것으로 본다」⁽²⁰⁾고 하였다. 傳聞法則의 例外의 法理를 옳게 해석한 正當한 결론이라고 생각한다. 그러나 제312조 2항의 적용의 논리를 機關法則의 原理에 비추어 詳論했어야 할 것이다.

(4) 共同 被疑者の 陳述調書

共同被疑者이었던 乙의 陳述調書나 自述書가 被告人 甲에게 어떠한 요건아래에서 證據로 될 수 있느냐도 하나의 문제이다 原則的으로 檢事에 의한 乙의 陳

19) 大判 82. 9. 14. 82도 1479 이 判法의 少數意見 참조.

20) 大法 82. 9. 14. 82도 1479; 大法 84. 8. 14, 84도 1139 동 8-20

疑者の 그동안의 처우상황, 警察과의 面前狀況 및 경찰의 영향력의 강약등이 고려되어야 할 것이다. 이렇게 볼때 수사 警察의 요청에 의하여 수사기관의 面前에서 이들의 指示를 받으면서 被疑者등이 직접작성한 것은 제312조에 해당하는 것으로 해석된다.

여기에 대하여 이것은 文理해석에 反하고 또한 傳聞法則의 예외에 文言은 엄격한 해석을 요한다는 이유와 다른 한편 實體的眞實主義理念 및 自由心證主義의 요청에 反한다는 이유로 反論이 제기될 수 있다.⁽¹⁹⁾ 그리고 傳聞法則의 例外를 엄격히 해석하여야 한다는 요청에서 볼때에는 「被疑者の 警察官面前 自述書」를 제313조의 다소 완화된 요건아래에서 증거로 인정하는것 보다는 제312조 2항의 보다 엄격한 요건 아래에서 認定하는것은 결코 금지되는 것은 아니다. 그리고 實體眞實主義와 自由心證主義는 憲法上的 法の 適正節次의 요청에 양보하여야 한다.

判例도 「司法警察官이 被疑者の 陳述內容을 진술서의 형식으로 피의자로 하여금 기재하게 한 경우에 위 진술서의 證據能力 有無는 機事이외의 수사기관이 작성한 被疑者訊問調書와 마찬가지로 刑事訴訟法 제312조 제2항에 따라 결정하여야 할 것이고 同法 제313조 제1항에 따라 결정할 것은 아니라고 해석하여야 할 것으로 본다」⁽²⁰⁾고 하였다. 傳聞法則의 例外의 法理를 옳게 해석한 正當한 결론이라고 생각한다. 그러나 제312조 2항의 적용의 논리를 機關法則의 原理에 비추어 詳論했어야 할 것이다.

(4) 共同 被疑者の 陳述調書

共同被疑者이었던 乙의 陳述調書나 自述書가 被告人 甲에게 어떠한 요건아래에서 證據로 될 수 있느냐도 하나의 문제이다 原則的으로 檢事에 의한 乙의 陳

19) 大判 82. 9. 14. 82도 1479 이 判法의 少數意見 참조.

20) 大法 82. 9. 14. 82도 1479;大法 84. 8. 14, 84도 1139 동 8-20

述調書는 被疑者甲의 陳述은 아니므로 原陳述書인 乙이 그 成立의 眞正을 인정하면 甲에게도 證據로 될 수 있을 것이다(제312조 1항)

이 경우 甲이 乙에게 公判廷에서 충분한 反對訊問을 행할 것을 전제로 한다.

그런데 司法警察官의 共同被疑者 乙의 陳述調書가 甲에 대하여 어떻게 취급되느냐에 대해서는 아무런 규정이 없다 判例는 수사기관의 「被疑者訊問調書의 證據能力을 엄격히 제한하는 규정은 당해 被告人에 대한 검사이외의 수사기관이 작성한 被疑者訊問調書를 有罪의 증거로 하는 경우뿐만 아니라 당해 被告人과 共犯관계에 있는 다른 被告人 또는 被疑者에 대한 檢事이외의 수사기관이 작성한 被疑者訊問調書를 被告人에 대한 有罪의 證據로 채택한 경우에도 다 같이 된다」⁽²¹⁾고 하였다. 그러나 共同被疑者乙이 그 訊問調書의 내용을 인정한다고 하여 그것을 부인하는 甲에게 증거로 될 수 있을지 의문이다. 甲도 그에 대하여 同意하여야 하지 않을까.

(5) 檢證調書·實況調査書

檢證또는 司法警察官의 檢證調書는 公判準備또는 公判明日에서 그 檢證者가 그 成立의 眞正을 인정하는 경우에 證據가 될 수 있다(제312조 1항) 그런데 判例는 司法警察官의 檢證調書에 대하여 「그 調書중에는 그 사건 법행에 부합되는 被疑者이었던 被告人의 陳述記載部分이 포함되어있고 또한 犯行을 재연하는 사진이 첨부되어 있으나 기록을 자세히 살펴보아도 이들에 관하여는 原陳述書이며 行爲者인 被告人에 의하여 그 진술 및 犯行재연의 진정함이 인정되지 아니하므로 위 檢증조서중 피고인의 진술부분과 犯行재연의 사진영상에 관한 부분은 證據能力이 없다고 할 것이다」⁽²²⁾라고 판단하고 있다.

檢證調書의 내용부분이 被告人등의 진술에 해당하는 경우에는 제312조 2항의

21) 大法 86. 12. 22, 87도 1020 總意 21-1(13) 7-83

22) 大法 88. 3. 8 87도 2692상동 7-84; 大法 84. 5. 29, 84도 378상돈 7-18

述調書는 被疑者甲의 陳述은 아니므로 原陳述書인 乙이 그 成立의 眞正을 인정하면 甲에게도 證據로 될 수 있을 것이다(제312조 1항)

이 경우 甲이 乙에게 公判廷에서 충분한 反對訊問을 행할 것을 전제로 한다.

그런데 司法警察官의 共同被疑者 乙의 陳述調書가 甲에 대하여 어떻게 취급되느냐에 대해서는 아무런 규정이 없다 判例는 수사기관의 「被疑者訊問調書의 證據能力을 엄격히 제한하는 규정은 당해 被告人에 대한 검사이외의 수사기관이 작성한 被疑者訊問調書를 有罪의 증거로 하는 경우뿐만 아니라 당해 被告人과 共犯관계에 있는 다른 被告人 또는 被疑者에 대한 檢事이외의 수사기관이 작성한 被疑者訊問調書를 被告人에 대한 有罪의 證據로 채택한 경우에도 다 같이 된다」⁽²¹⁾고 하였다. 그러나 共同被疑者乙이 그 訊問調書의 내용을 인정한다고 하여 그것을 부인하는 甲에게 증거로 될 수 있을지 의문이다. 甲도 그에 대하여 同意하여야 하지 않을까.

(5) 檢證調書·實況調査書

檢證또는 司法警察官의 檢證調書는 公判準備또는 公判明日에서 그 檢證者가 그 成立의 眞正을 인정하는 경우에 證據가 될 수 있다(제312조 1항) 그런데 判例는 司法警察官의 檢證調書에 대하여 「그 調書중에는 그 사건 법행에 부합되는 被疑者이었던 被告人의 陳述記載部分이 포함되어있고 또한 犯行을 재연하는 사진이 첨부되어 있으나 기록을 자세히 살펴보아도 이들에 관하여는 原陳述書이며 行爲者인 被告人에 의하여 그 진술 및 犯行재연의 진정함이 인정되지 아니하므로 위 檢증조서중 피고인의 진술부분과 犯行재연의 사진영상에 관한 부분은 證據能力이 없다고 할 것이다」⁽²²⁾라고 판단하고 있다.

檢證調書의 내용부분이 被告人등의 진술에 해당하는 경우에는 제312조 2항의

21) 大法 86. 12. 22, 87도 1020 總意 21-1(13) 7-83

22) 大法 88. 3. 8 87도 2692상동 7-84; 大法 84. 5. 29, 84도 378상돈 7-18

被疑者訊問調書처럼 취급하여 司法警察官作成의 檢證調書에 대해서도 被疑者였던 被告人이나 辯護人이 그 내용을 인정할 때에 한하여 증거로 할 수 있다고 보는 것이 균형상 타당할 것이다. 다만 被告人陳述과 그의 태도에 관한 것 이외에 예컨대 現場狀況같은 것에 대한 檢證調書부분은 제312조1항 本文의 적용을 받을 것이다.

實況調査나 檢證에 있어서 실무상 흔히 被疑者, 第三者, 또는 被告人등의 참여를 요구하며 이들에게 檢證등에 필요한 指示說明을 시키는 경우가 있다.

이 경우에 ①순수하게 檢證등의 대상을 지시하는 것만을 목적으로 하는 현장 지시와 ②사건 당시의 상황설명을 목적으로 하는 「現場陳述」과를 구별할 필요가 있다. ①의 경우의 참여인의 지시는 물건등의 形狀은 아니므로 그 기재는 엄밀한 의미에서 檢證등의 결과를 기재한 것은 아니지만 檢證者등이 조사한 사실의 1部로 보아 非陳述證據로 취급하여 檢證의 경과에 포함시켜 檢證調書와 취급을 같이 한다. ②와 경우는 본래 檢證과는 관계없는 陳述證據이므로 陳述證據에 관한 一般原則에 따라 證據能力의 存在를 판단받게 된다.(제312조 또는 제313조의 적용)

司法警察官의 實況調査書의 證據能力에 관해서도 判例는 「公判廷에서 實況調査書에 기재된 陳述內容및 犯行 再演의 상황을 부인하고 있다면 그 實況調査書는 證據能力이 없다」²³⁾고 하였다.

實況調査書의 證據能力에 대해서는 檢證調書와 같이 취급하는 입장과 그 반대의 입장이 있다. 前者의 입장은 양자에게는 實質的인 차이가 없고 따라서 強制處分이나 任意處分이나는 문제로 되지 않는다고 보고 있다(判例, 通說). 反對說에서는 檢證은 強制處分이므로 觀察·記憶이 意識的이며 正確性을 기할수 있는데 반하여 實況調査는 그와같은 檢證이 행하여 지지 않는다고 주장한다. 후자의 實況調査書는 私人作成의 實況書와 같이 제313조의 적용을 받는다고 주장하

23) 大法 84. 5. 29, 84도 378 상동 7-81.

게 된다.

(6) 司法警察官의 領置調書·押收調書·鑑定受託者의 鑑定調書·虛言檢知器

檢査結果書, 酒醉감식카드, 吸氣·尿·血液의 鑑識書面등의 證據能力에 대해서도 論及되어야 하겠지만 여기서는 생략하기로 한다.

3. 結 言

이상에서 살펴본바에 의하면 현행의 檢事를 搜查의 主宰者로 하는 糾問的 搜查構造 및 調書裁判의 관행아래에서는 司法警察官의 被疑者陳述調書는 그 證據能力에 있어서 檢事의 그것에 비하여 격하된 취급을 받을 수 밖에 없을 것이다. 게다가 현행 刑事刑法의 제정과정의 자료에서 본 것 처럼 日帝時代의 警察의 搜查를 비롯한 여러 활동의 관행이 고문등의 人權유린을 수반하는 것으로 인정된 상황아래에서는 경찰의 각종 調書 특히 被疑者陳述調書를 檢事의 그것과 같은 정도로 증거능력을 인정 하는데에는 극히 회의적인 시각으로 보는 것은 당연하다고 생각된다.

그 뒤 40년가까이 지난 지금에 와서도 경찰에 대한 不信과 無能力을 理由삼아 그에게 獨自搜查權이 부인되고 있는 것은 權力집중을 담하는 政治權과 일부 法律貴族들이 경찰을 政治的 道具내지 搜查方便으로 이용해온데 전적인 책임이 있다고 생각한다. 그 동안 많은 시련을 겪어 오늘날에는 警察의 能力도 향상되고 그에 대한 국민의 신뢰도도 높아 졌다고 평가된다. 搜查의 民主化·可視化의 요청에 따라 종래 暗黑의 계곡이라고 불리워진 수사과정에도 法의 適正節次의 조명이 확대되었다. 搜查의 능률성·기동성·탄력성을 살리면서도 搜查構造의 彈劾化(當事者主義化)와 證人裁判의 深化의 요청도 강화되고 있다.

이러한 상황아래에서 搜查書類, 특히 警察의 被疑者 陳述調書의 취급에 있어

게 된다.

(6) 司法警察官의 領置調書·押收調書·鑑定受託者의 鑑定調書·虛言檢知器

檢査結果書, 酒醉감식카드, 吸氣·尿·血液의 鑑識書面등의 證據能力에 대해서도 論及되어야 하겠지만 여기서는 생략하기로 한다.

3. 結 言

이상에서 살펴본바에 의하면 현행의 檢事를 搜查의 主宰者로 하는 糾問的 搜查構造 및 調書裁判의 관행아래에서는 司法警察官의 被疑者陳述調書는 그 證據能力에 있어서 檢事의 그것에 비하여 격하된 취급을 받을 수 밖에 없을 것이다. 게다가 현행 刑事刑法의 제정과정의 자료에서 본 것 처럼 日帝時代의 警察의 搜查를 비롯한 여러 활동의 관행이 고문등의 人權유린을 수반하는 것으로 인정된 상황아래에서는 경찰의 각종 調書 특히 被疑者陳述調書를 檢事의 그것과 같은 정도로 증거능력을 인정 하는데에는 극히 회의적인 시각으로 보는 것은 당연하다고 생각된다.

그 뒤 40년가까이 지난 지금에 와서도 경찰에 대한 不信과 無能力을 理由삼아 그에게 獨自搜查權이 부인되고 있는 것은 權力집중을 담하는 政治權과 일부 法律貴族들이 경찰을 政治的 道具내지 搜查方便으로 이용해온데 전적인 책임이 있다고 생각한다. 그 동안 많은 시련을 겪어 오늘날에는 警察의 能力도 향상되고 그에 대한 국민의 신뢰도도 높아 졌다고 평가된다. 搜查의 民主化·可視化의 요청에 따라 종래 暗黑의 계곡이라고 불리워진 수사과정에도 法의 適正節次의 조명이 확대되었다. 搜查의 능률성·기동성·탄력성을 살리면서도 搜查構造의 彈劾化(當事者主義化)와 證人裁判의 深化의 요청도 강화되고 있다.

이러한 상황아래에서 搜查書類, 특히 警察의 被疑者 陳述調書의 취급에 있어

서 바람직한 개혁방향은 다음과 같다고 생각한다. 첫째 調書裁判을 지양하고 證人裁判形式을 강화하여 모든 搜查機關의 調書에 대하여 原則적으로 證據能力을 배제하는 방향이다. 檢事와 司法警察 사이에 搜查權을 어떻게 分化하던간에 搜查에 있어서 權威主義를 버리고 相互協調체제아래 檢事は 搜查의 一般的指揮權은 가지되 주로 公判에 대비한 證인과 기타의 證據를 확보하고 公判廷에서의 투쟁에 주력하도록하여야 할 것이다. 司法警察官도 調書에 의존하지말고 수준높은 搜查技法을 개발·동원하여 證인과 證據를 확보하고 필요하면 스스로 公判廷의 證言臺에 서서 證言하도록 한다. 이것은 現行法 아래에서 判例는 부정적인 태도를 보이지만 불가능한 것도 아니고(제316조) 또 證人裁判·公判中心主義에 비추어 타당한 방향이기도 하다. 둘째 現行의 調書裁判의 관행이 당분간 유지될 수밖에 없다면 犯行시간에 가장 근접한 시간대에 작성된 司法警察의 調書를 일정한 조건의 성숙을 기하면서 檢事の 그것과 같을 정도로 法的 資格을 부여하도록 하여야 할 것이다. 여기에는 물론 어느정도의 獨自搜查權保障이 전제되어야 한다. 여기서 일정한 條件이란 搜查에서의 충분한 辯護權의 보장, 被疑者訊問의 可視性, 法的 適正節次의 보장, 司法警察의 行政警察과의 分離, 그의 政治的 中立및 身分의 보장 그리고 수준 높은 法律的·技術的 敎育의 이수등이다.

그러면서 警察내부에 法律部를 두어 法律 專門家로 채워서 이들로 하여금 搜查警察에 항상 法律的 助言을 할수있도록 하는 것이 바람직한 방향이 아닐까 생각한다.

