

검사작성 피의자 신문조서의 증거능력

이 광 수*

목 차

- | | |
|---------------------|-------------------------|
| I. 서론 — 전문법칙 개관 | 3. 법관면전의 조서와 검사작성 피의자 |
| II. 법관면전조서와 검사작성조서를 | 신문조서의 취급을 달리하는 근거 |
| 달리 취급하는 근거 | III. 검사의 피의자 신문조서의 증거능력 |
| 1. 직접주의와 전문법칙 | 1. 전문법칙의 적용 |
| 2. 전문법칙의 예외 | 2. 증거능력 인정 요건 |
| | IV. 결 론 |

I. 서론 — 전문법칙 개관

경험자가 자신이 체험한 사실을 직접 외부에 알리는 행위를 원진술이라고 하고 원진술을 간접적으로 법원에 전달하는 증거를 전문증거라고 한다. 현행 「형사소송법」 제310조의2¹⁾는 “제311조 내지 제316조에 규정한 것 이외에는 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 대신하여 진술을 기재한 서류나 공판준비 또는 공판기일 외에서의 타인의 진술을 내용으로 하는 진술은 이를 증거로 할 수 없다.”고 규정하여 전문증거는 원칙적으로 증거능력이 없으나 제311조 내지 제316조에 규정된 것에 한하여 예외적으로 증거능력이 인정된다고 하고 있다.

이처럼 전문증거에 대하여 증거능력을 배제하는 법칙을 전문법칙이

* 국민대학교 법학부 공법학과 조교수, 변호사

1) 이 글은 2007년 6월 1일 「형사소송법」이 법률 제8496호로 개정되기 이전에 집필된 것으로서, 게재시점 당시 시행되고 있는 「형사소송법」 규정에 맞추어 작성되었으므로 위 개정법률의 내용은 반영되지 않았음을 밝혀둔다.

라고 한다. 전문법칙은 자백배제법칙과 함께 증거능력에 관한 양대 기둥을 이루는 증거법칙이라고 할 수 있는데 우리 『형사소송법』은 제310조의 2 이하에서 전문법칙 및 이에 대한 예외 규정을 두고 있다.

『형사소송법』의 규정을 보면 “검사가 피의자나 피의자 아닌 자의 진술을 기재한 조서는 공판준비 또는 공판기일에서의 원진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 때에는 증거로 할 수 있다. 단, 피고인이 된 피의자의 진술을 기재한 조서는 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여진 때에 한하여 피의자였던 피고인의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 불구하고 증거로 할 수 있다.”(제312조 제1항)고 하고 있다. 반면에 법관 면전의 조서에 대하여는 “공판준비 또는 공판기일에 피고인이나 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 조서는 증거로 할 수 있다.”고만 규정하고(제311조), 검사 이외의 수사기관 작성의 피의자 신문조서는 “공판준비 또는 공판기일에 그 피의자였던 피고인이나 변호인이 그 내용을 인정할 때에 한하여 증거로 할 수 있다.”(제312조 제2항)고 하여 세 가지 조서에 대하여 각기 증거능력 인정의 요건을 달리하고 있다.

이하에서는 검사작성 피의자 신문조서를 법관 면전의 조서와 달리 취급하는 근거에 관한 학설 및 그에 따른 증거능력 인정방법에 관하여 개관하고자 한다.

II. 법관면전조서와 검사작성조서를 달리 취급하는 근거

1. 직접주의와 전문법칙

가. 직접주의

법원은 스스로의 면전에서 조사한 직접적인 증거에 의하여 사실을

인정해야 한다는 원칙을 직접주의라고 한다. 직접주의에는 법원이 스스로 조사한 증거에 의하여 재판하여야 한다는 형식적 직접주의(직접심리주의)와 법원은 범죄사실에 가장 근접한 직접증거에 의하여 사실을 인정해야 한다는 실질적 직접주의(직접증거주의)가 포함된다.²⁾ 이 중에서 전문법칙과 관련하여 의미를 갖는 것은 직접증거주의이다. 직접증거주의라고 하여 직접증거가 간접증거보다 우월한 증명력을 갖는다는 것은 아니지만 직접증거주의는 진술증거에 관하여 증인을 신문할 것을 요구하고 증인신문을 기재한 서류에 의하여 대체하는 것을 허용하지 않는다는 것을 요구하게 된다.

나. 전문법칙과 직접주의

전문법칙과 직접주의는 그 연혁과 원리를 달리하는 것으로서 전문법칙에 의하여 배제되지 않는 전문증거라 할지라도 법원에서 진술하지 아니한 증거는 직접주의에 반하는 경우가 있을 수 있고, 전문증언은 전문증거에 해당하지만 직접주의에는 반하지 않게 되는 차이가 있다.

다. 「형사소송법」 제310조의2와 직접주의

제310조의2가 직접주의를 규정한 것인가 여부에 관하여 직접주의와 전문법칙을 함께 규정하고 있는 것이라고는 이원설³⁾과 직접주의가 아닌 전문법칙만을 규정한 것이라고는 일원설⁴⁾로 나뉜다. 다만 전문법칙의 근거에 관하여는 아래에서 보듯이 견해가 나뉘는데 여기서 일원설을

2) 신동운, 「형사소송법」(제3판), 법문사, 2005, 789면은 직접심리주의를 형식적 직접주의와 실질적 직접주의로 나누어 설명한다.

3) 배종대·이상돈, 「형사소송법」(제6판), 홍문사, 2005, 593면; 백형구, 「조해 형사소송법」, 법률문화원, 2002, 741면; 송광섭, 「형사소송법」, 유스티니아누스, 1997, 213면; 신현주, 「형사소송법」(신정2판), 박영사, 2002, 593면; 정영석·이형국, 「형사소송법」(전정판), 법문사, 1996, 345면; 정웅석, 「형사소송법」(제2판), 대명출판사, 2005, 804면; 진계호, 「형사소송법」, 형설출판사, 2001, 573면.

4) 이재상, 「형사소송법」(제6판), 박영사, 2006, 505면.

주장하는 이재상 교수는 신용성 결여를 전문법칙의 근거로 들고 있다.⁵⁾

『형사소송법』 제310조의2의 규정을 전문법칙 외에 직접주의에도 근거가 된다고 보는 이원설에 의하면 우리 형사소송법상 전문법칙 규정은 반대신문권의 보장과 태도증거에 의한 정확한 심증 형성이라는 의미에서 직접주의에 그 근거를 두고 있는 규정이라고 본다.⁶⁾ 이에 비하여 일원설에서는 전문법칙의 근거를 반대신문권만이 아닌 신용성의 보장에도 있다고 보므로 일원설에서 설명하는 전문증거의 경우에 태도증거에 의하여 가능한 정확한 심증을 얻을 수 없다는 점은 일원설의 입장에서는 신용성이 없다는 이유의 하나가 될 수 있다는 이유로, 『형사소송법』 제310조의2는 전문법칙을 규정한 것이고 그 근거는 반대신문권과 신용성의 보장이라고 본다.⁷⁾ 이원설을 취하는 입장에서는 일원설에 대하여 전문법칙의 예외 중에는 피고인의 진술을 기재한 조서, 피고인이 작성하거나 그 진술을 기재한 서류, 피고인의 진술을 내용으로 하는 제3자의 진술 등이 포함되는데 이러한 피고인의 진술에 대하여 피고인에게 반대신문권을 행사하더라도 피고인은 진술거부권을 가지므로 영미법에서처럼 제3자적 지위에서 반대신문권을 행사할 수 없다는 점에서 증거능력을 인정하고자 하는 것이 취지이므로 피고인의 진술을 원진술로 하는 전문증거의 경우에 증거능력을 인정하게 되는 근거는 전문법칙이 아닌 직접 심리주의라고 설명한다.⁸⁾

5) 이재상(2006), 앞의 책, 504면. 다만 신용성의 결여에는 반대신문권의 보장 여부가 포함된다는 입장이다.

6) 신동운(2005), 앞의 책, 789면은 제310조의2는 전문법칙과 함께 실질적 직접주의를 규정한 것으로 이해한다.

7) 앞의 각주에서 설명하였듯 전문법칙의 근거에 관하여 두 가지 모드를 드는 입장과 신용성의 결여만 드는 입장이 있다. 전자의 예로는 강구진, 『형사소송법원론』, 학연사, 1982, 448면; 백형구, 『형사소송법강의』(제8전정판), 박영사, 2001, 288면; 정영석·이형국(1996), 앞의 책, 343면 등이 있고 후자의 예로는 이재상(2006), 앞의 책, 504면이 있다.

8) 신동운(2005), 앞의 책, 789면.

2. 전문법칙의 예외

가. 예외 인정의 필요성

전문법칙을 엄격하게 적용하게 되면 재판이 지연되고 재판에 필요한 증거가 배제되어 실체적 진실 발견에 저해가 될 우려가 있으므로 전문증거라고 할지라도 신용성이 보장되는 경우 등 일정한 경우에 예외를 인정할 필요성이 있다.

나. 예외 인정의 기준

전문법칙의 근거에 관하여 전문법칙이 유래된 영미법에서는 선서결여설, 반대신문권보장설, 신용성결여설이 주장되고 있으나 우리 학계에서는 전문법칙의 근거를 반대신문권의 보장으로 보는 견해와 반대신문권의 보장 및 신용성의 결여에 있다고 해석하는 견해로 나뉜다. 반대신문권의 보장을 전문법칙의 근거로 보는 경우에는 전문법칙의 예외 중 반대신문권과 관계없는 규정들은 애초에 전문법칙의 적용이 없는 경우이거나 대륙법계의 직접주의의 예외를 규정한 것이라고 설명한다. 이러한 입장에서는 공판정 외의 진술에 관하여 이미 반대신문권의 기회가 부여된 경우, 반대신문권이 포기된 경우, 반대신문권이 무의미한 경우에는 전문법칙에 의하여 그 증거능력을 배제될 수 없게 된다.

그러나 신용성의 보장도 전문법칙의 근거로 보는 경우에는 전문법칙은 반대신문권이 보장되었는가 여부의 형식적 기준이 아니라 원진술자가 피고인이건 제3자인 전문증거의 개념과의 관계에서 그 적용범위를 실질적으로 결정하게 된다고 한다.⁹⁾

우리 형사소송법은 전문법칙의 예외를 인정하는 일반적 기준으로 신용성의 정확적 보장과 필요성을 들고 있다. 이 두 가지 요건은 어느

9) 이재상(2006), 앞의 책, 506면.

경우에나 엄격하게 요구되는 것이 아니라 상호보완관계 내지 반비례의 관계에 있으므로 신용성이 강하게 보장되는 경우에는 필요성의 요건은 완화될 수 있다.

3. 법관면전의 조서와 검사작성 피의자 신문조서의 취급을 달리 하는 근거

수사기관, 즉 검사 또는 사법경찰관이 피의자를 신문하여 그 진술을 기재한 조서를 피의자 신문조서라고 한다. 서론에서 보았듯이 검사작성의 피의자 신문조서는 동일한 피의자가 법관의 면전에서 진술한 내용을 기재한 조서에 비하여 그 증거능력 인정에 특별한 요건을 부가하여 취급을 달리하고 있다. 이처럼 검사작성 피의자 신문조서에 대하여 법관 면전의 조서와 다른 취급을 하는 근거에 관하여는 전문법칙 규정의 취지에 대한 학설에 따라 설명을 달리 한다.

가. 반대신문권의 보장에서 찾는 입장

전문법칙의 근거를 반대신문권의 보장에서 찾는 견해에서는 법관 면전의 조서에 대하여는 피고인이 당해 사건의 공판정에 출석할 것을 전제로 하므로 반대신문권이 보장되어 있고 반대신문권의 행사가 충분히 이루어질 수 있음을 근거로 증거능력을 인정할 수 있지만 검사 작성 피의자 신문조서의 경우에는 이러한 피고인의 반대신문권이 보장되어 있지 아니하므로 법관 면전의 조서에 비하여 더 엄격한 요건을 부가하여 증거능력을 인정하게 된다고 설명한다.¹⁰⁾

10) 백형구(2001), 앞의 책, 652면; 신현주(2002), 앞의 책, 548면.

나. 신용성의 결여에서 찾는 입장

이에 대하여 전문법칙의 근거는 반대신문권의 보장뿐만 아니라 신용성의 정황적 보장에 있다고 보는 견해에서는 검사에게 객관의무가 부여되어 있다 하더라도 검사는 공평한 제3자의 지위에 있지 않기 때문에 수사기관이 작성한 조서는 법관의 면전조서에 비하여 신용성의 보장이 약하므로 일정한 요건이 충족되는 경우에만 증거능력이 인정된다고 한다.¹¹⁾

다. 직접주의에서 찾는 입장

우리 형사소송법이 영미법상의 전문법칙뿐만 아니라 대륙법계의 직접주의도 아울러 규정하고 있다고 보는 견해에서는 검사 작성의 피의자 신문조서에 대하여 법관 면전의 조서보다 증거능력 인정 요건을 엄격하게 하는 이유는 진술자의 태도증거에 의한 법관의 정확한 심증형성을 위하여 법관 면전의 조서에 비하여 검사 작성의 피의자 신문조서에 대한 증거능력 인정 요건을 더 엄격하게 규정하는 것이라고 설명한다.¹²⁾

III. 검사의 피의자 신문조서의 증거능력

1. 전문법칙의 적용

전문법칙을 엄격하게 적용하게 되면 수사기관에서는 일단 자백을 하였더라도 법정에서 재판을 받으면서 종전의 자백을 부인하는 것이 더 유리하다고 판단하게 되어 대부분의 피고인이 수사기관의 진술을

11) 이재상(2006), 앞의 책, 510면.

12) 신동운(2005), 앞의 책, 802면.

번복하게 될 것이고 이로 인하여 재판이 지연되고 재판에 필요한 증거가 배제되어 실제적 진실발견에 손해가 될 우려가 있으므로 전문증거라고 할지라도 신용성이 보장되는 경우 등 일정한 경우에 예외를 인정할 필요성이 있다.

이에 우리 형사소송법도 검사 작성의 피의자 신문조서는 전문증거에 해당하므로 증거능력이 인정될 수 없지만 피고인이 피의자의 지위에서 진술한 내용을 기재한 피의자 신문조서 및 공동피고인이나 제3자가 수사기관에서 진술한 내용을 기재한 피의자 신문조서에 대하여 제312조 제1항에서 예외적으로 증거능력이 인정될 수 있는 요건을 규정하고 있는 것이다.

2. 증거능력 인정 요건

『형사소송법』 제310조의2의 규정은 제1항 본문에서 일반적인 검사작성 피의자 신문조서의 증거능력에 관하여 규정하고 피고인이 된 피의자 신문조서의 증거능력에 관한 특칙을 제1항 단서로 규정하는 형식을 취하고 있으나 실무상 더 중요하고 빈번하게 이용되는 것은 단서에 규정하는 피고인이 된 피의자 신문조서의 증거능력에 관한 문제이므로, 우선 피고인 여부를 불문하고 검사작성 피의자 신문조서의 공통된 증거능력에 관한 요건을 먼저 살펴본 후 피고인이 된 자에 대한 피의자 신문조서의 증거능력 부여요건을 설명하고 그 이외의 경우는 항을 달리 하여 설명하는 방식으로 서술하고자 한다.

가. 공통적 요건

검사 작성의 피의자 신문조서가 피고인에 대한 것이든 피고인이 아닌 자에 대한 것이든 증거능력 부여의 전제조건으로 공통적으로 요구되는 요건은 다음과 같다.

(1) 진술의 임의성

피의자 신문조서에 증거능력이 인정되려면 조서에 기재된 진술의 임의성이 인정되어야 하므로 자백인 경우에는 제309조에 의하여, 자백 이외의 진술인 경우에는 제317조에 의하여 임의성이 인정될 것을 전제 조건으로 한다. 임의성 여부는 당해 조서의 형식과 내용, 진술자의 학력, 경력, 지능 정도 등 제반 사정을 참작하여 자유로운 심증으로 판단한다.¹³⁾

(2) 신문절차의 적법성

위법한 절차에 의하여 피의자를 신문한 경우에는 증거능력이 부정되어야 한다고 볼 것이나, 판례는 “수사기관이 피의자 신문조서를 작성함에 있어서는 그것을 열람하게 하거나 읽어 들려야 하는 것이나 그 절차가 비록 행해지지 안했다 하더라도 그것만으로 그 피의자 신문조서가 증거능력이 없게 된다고는 할 수 없고 같은 법 제312조 소정의 요건을 갖추게 되면 그것을 증거로 할 수 있다.”고 한다.¹⁴⁾

진술거부권을 고지하지 않고 이루어진 신문에 관하여 학설은 자백배제법칙과 진술거부권이 연혁을 달리하는 제도이기는 하지만 진술거부권의 고지는 진술거부권의 불가결한 전제이므로 이를 고지하지 않은 위법이 있는 경우에는 자백배제법칙을 적용하여 증거능력을 부정하여야 한다는 견해¹⁵⁾와, 기본권 침해행위는 위법수사의 문제이므로 위법수집증거배제법칙에 의하여 해결할 문제이지 제309조의 자백배제법칙을 적용할 사안이 아니라는 견해¹⁶⁾가 나뉜다. 판례는 “피의자의 진술거부권은 헌법이 보장하는 형사상 자기에 불리한 진술을 강요당하지 않는

13) 대법원 1989. 11. 14. 선고 88도1251 판결.

14) 대법원 1988. 5. 10. 선고 87도2716 판결; 대법원 1993. 5. 14 선고 93도486 판결.

15) 신동운(2005), 앞의 책, 915면; 이재상(2006), 앞의 책, 486면.

16) 백형구(2002), 앞의 책, 716면; 신양균, 앞의 책, 698면.

자기부죄거부의 권리에 터잡은 것이므로 수사기관이 피의자를 신문함에 있어서 피의자에게 미리 진술거부권을 고지하지 않은 때에는 그 피의자의 진술은 위법하게 수집된 증거로서 진술의 임의성이 인정되는 경우라도 증거능력이 부인되어야 한다.”고 한다.¹⁷⁾ 변호인의 접견교통권이 침해된 상태 하에서 작성된 피의자 신문조서에 관하여 판례는 위법수집증거로 취급한 것인지 자백의 임의성을 부정한 것인지 여부는 명확하지 않으나 증거능력을 부정하고 있다. “검사 작성의 피의자 신문조서가 검사에 의하여 피의자에 대한 변호인의 접견이 부당하게 제한되고 있는 동안에 작성된 경우에는 증거능력이 없다.¹⁸⁾ 그러나 변호인 접견 전에 작성된 검사의 피고인에 대한 피의자 신문조서라고 하여 그 자체로 증거능력이 없다고 할 수는 없다.”¹⁹⁾

나. 피고인이 된 피의자 신문조서의 증거능력 인정(제312조 제1항 단서)

검사가 피고인이 된 피의자의 진술을 기재한 피의자 신문조서는 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여진 때에 한하여 피의자였던 피고인의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 불구하고 증거로 할 수 있다(제312조 제1항 단서). 특신상황의 보장이 있는 경우에는 법원 또는 법관면전의 조서와 같이 취급하는 것이다.

(1) 조서의 작성시기

흔한 경우는 아니지만 조서의 작성주체가 검사라 하더라도 검찰에 송치되기 전에 그 조서가 작성되는 경우가 있다. 이에 대하여 판례는 “검찰에 송치되기 전에 구속피의자로부터 받은 검사 작성의 피의자

17) 대법원 1992. 6. 23. 선고 92도682 판결. 신동운(2005), 앞의 책, 916면은 진술거부권 침해의 경우 자백배제법칙적용설을 주장하면서도 이 판례를 아무 논평 없이 인용하고 있다.

18) 대법원 1990. 8. 24. 선고 90도1285 판결; 대법원 1990.09.25 선고 90도1586 판결.

19) 대법원 1990. 9. 25. 선고 90도1613 판결.

신문조서는 극히 이례에 속하는 것으로, 그와 같은 상태에서 작성된 피의자 신문조서는 내용만 부인하면 증거능력을 상실하게 되는 사법경찰관 작성의 피의자 신문조서상의 자백 등을 부당하게 유지하려는 수단으로 악용될 가능성이 있어, 그렇게 했어야 할 특별한 사정이 보이지 않는 한 송치 후에 작성된 피의자 신문조서와 마찬가지로 취급하기는 어렵다.”²⁰⁾고 하나 학설은 비판적이다.²¹⁾

(2) 특신상황의 의미

특신상황의 의미에 관하여는 ① 전문법칙의 예외사유인 신용성의 정황적 보장과 같은 의미로 이해하는 견해²²⁾와 ② 검사 면전에서 진술의 상황이 법관면전에서 진술과 같은 것으로 취급될 수 있는 객관성과 적법성을 갖춘 상황이라고 보는 견해,²³⁾ ③ 신용성의 정황적 보장이 있는 경우 및 피의자신문의 절차규정 준수가 있는 경우 모두를 포함한다고 보는 견해,²⁴⁾ ④ 진술내용의 신빙성이라고 이해하는 견해²⁵⁾가 나뉜다. ④설은 특신상황은 증거능력에 관한 요건이지 증명력에 관한

20) 대법원 1994. 8. 9. 선고 94도1228 판결.

21) 이재상(2006), 앞의 책, 515면.

22) 이재상(2006), 앞의 책, 518면; 임동규, 『형사소송법』(제3판), 법문사, 2004, 479면; 정영석·이형국(1996), 앞의 책, 353면; 정웅석(2005), 앞의 책, 831면; 차용석·최용성, 『형사소송법』(제2판), 세영사, 2004, 576면

23) 송광섭(1997), 앞의 책, 223면; 신동운(2005), 앞의 책, 811면; 진계호(2001), 앞의 책, 583면.

24) 배종대·이상돈(2005), 앞의 책, 549면.

25) 신동운(2005), 앞의 책, 810면은 대법원 1989.11.14. 선고 88도1251 판결에서 “검사작성의 피고인에 대한 피의자 신문조서는 그 피고인이 공판정에서 진정성립을 인정하면 그 조서에 기재된 피고인의 진술이 특히 임의로 되지 아니한 것이라고 의심할 만한 사유가 없는 한 증거능력이 있다.”고 한 점을 들어 판례의 입장을 진술내용기준설로 설명하고 있다. 그러나 사건으로는 이 판례는 피의자 신문조서의 특신상황의 판단에 관하여 성립의 진정이 인정되는 경우에는 특신상황이 사실상 추정된다는 취지를 실시한 것이지 특신상황의 의미를 진술의 신빙성으로 대체한 것은 아니라고 할 것이다.

요건이 아니라는 점에서 부당하다는 비판을 받는다. ①설에 대하여는 신용성의 정황적 보장이 인정되는 경우가 극히 드물다는 점에서 제312조 제1항의 적용범위를 지나치게 좁게 해석하여 사실상 적용될 여지가 거의 없게 된다는 비판이 있다.²⁶⁾ ②설에 대하여는 적법절차규정 위반은 피의자 신문조서의 증거능력을 인정하기 위한 전제조건이므로 전문법칙의 범위를 벗어난 것이라고 하는 비판이 있다.²⁷⁾

판례는 “특히 신빙할 수 있는 상태란 그 진술내용이나 조서 또는 서류의 작성에 허위개입의 여지가 거의 없고 그 진술내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있는 경우를 가리킨다.”²⁸⁾ 고 하고 있어 원칙적으로 신용성보장설의 입장에 서 있는 것으로 보인다.²⁹⁾

(3) 성립의 진정과의 관계

특신상황과 성립의 진정과의 관계에 관하여는 특신상황이 진정성립의 완화요건으로서 진정성립이 인정되지 않더라도 특신상황만 존재하면 증거능력이 인정된다고 하는 견해³⁰⁾가 있다. 이 견해에 의하면 ‘진술에도 불구하고’의 의미를 ‘진정성립을 부인함에도 불구하고’의 의미로 이해한다. 그러나 제312조 제1항 후단의 ‘진술에도 불구하고’의 의미는

26) 신동운(2005), 앞의 책, 811면. 그러나 사건으로는 신용성의 정황적 보장이 있는 경우란 반드시 ‘사기에 입박한 자의 말’, ‘반사적 진술’ 등의 경우뿐만 아니라 ‘경험상 앞뒤가 맞고 이론정연한 말’이나 ‘범행에 접촉하여 범증은폐를 할 시간적 여유가 없을 때 한 말’, ‘범행 직후 자신의 소행에 충격을 받고 깊이 뉘우치는 상태에서 한 말’ 등이 해당하므로 그 주장하는 것처럼 특신상황이 인정되는 진술의 범위가 지나치게 좁게 되는 것은 아니라고 본다.

27) 이재상(2006), 앞의 책, 518면.

28) 대법원 1990. 4. 10. 선고 90도246 판결; 대법원 1995. 2. 28. 선고 94도2880 판결; 대법원 1995. 6. 13. 선고 95도523 판결; 대법원 1997. 7. 11. 선고 97도1097, 97감도34 판결; 대법원 2000. 6. 9. 선고 2000도1765 판결; 대법원 2004. 3. 11. 선고 2003도171 판결.

29) 이재상(2006), 앞의 책, 520면.

30) 신동운(2005), 앞의 책, 805면 이하는 이를 실질적 진정성립부인설이라고 소개한다.

‘내용을 부인하는 경우에도 불구하고’의 의미이므로 증거능력이 인정되려면 진정성립과 특신상황의 요건을 모두 갖추어야 한다는 견해³¹⁾가 타당하다. 판례도 같은 입장이다. “피고인이 공판정에서 그 진정성립을 인정한 검사작성의 피고인에 대한 피의자 신문조서라도 그 조서에 기재된 피고인의 진술이 임의로 되지 아니한 것이라거나 특히 신빙할 수 없는 상태에서 된 것이라고 의심할 만한 사유가 있으면 증거능력이 없다 할 것이고, 그 임의성 유무가 다투어지는 경우에 법원은 구체적인 사건에 따라 증거조사의 방법이나 증거능력의 제한을 받지 아니하고 당해 조서의 형식과 내용, 진술자의 학력, 경력, 지능정도 등 모든 사정을 참작하여 자유로운 심증으로 그 임의성 유무를 판정할 수 있다.”³²⁾

(4) 판단기준

특신상태는 구체적 사안에 따라 외부적 사정에 의하여 판단하여야 한다.³³⁾ 판단의 자료로 진술의 내용이 참작되는가 여부에 관하여 ① 이를 당연히 긍정하는 견해³⁴⁾와 ② 진술 내용은 신문 당시의 부수적 사정과 관련되는 한도 내에서만 특신상황의 판단자료로 이용될 수 있다고 하는 견해³⁵⁾가 나뉜다. ②설에서는 ①설에 대하여 진술 내용의 신빙성은 증거능력에 관한 문제가 아니라 증명력에 관한 문제라는 점을 들어 비판하나,³⁶⁾ 피의자의 진술이 ‘어떠한 자극에 대하여 반사적으로 나온 진술’, ‘경험상 앞뒤가 맞고 이론정연한 말’, ‘범행에 접착하여 범증은폐를 할 시간적 여유가 없을 때 한 말’, ‘범행 직후 자신의 소행에 충격을

31) 이재상(2006), 앞의 책, 517면; 신동운(2005), 앞의 책, 806면은 이를 내용부인설이라고 부른다.

32) 대법원 1987. 9. 22. 선고 87도929 판결.

33) 대법원 1983. 3. 8. 선고 82도3248 판결.

34) 이재상(2006), 앞의 책, 518면.

35) 신동운(2005), 앞의 책, 812면.

36) 위의 책, 812면.

받고 깊이 뉘우치는 상태에서 한 말'인지 여부를 가리기 위하여서는 그 진술 내용을 참작하는 것이 당연한 것이고 이것이 진술내용의 신빙성 유무를 특신상황의 판단기준으로 삼는 것은 아니라 할 것이므로 부당한 비판이라고 생각한다.

(5) 특신상황의 거증책임

학설은 특신상황의 거증책임은 검사에게 있다고 한다.³⁷⁾ 판례도 기본적으로 “진술의 임의성에 관하여는 당해 조서의 형식, 내용(진술거부권을 고지하고 진술을 녹취하고 작성완료 후 그 내용을 읽어 주어 진술자가 오기나 증감변경할 것이 없다는 확인을 한 다음 서명날인하는 등), 진술자의 신분, 사회적 지위, 학력, 지능 정도, 진술자가 피고인이 아닌 경우에는 그 관계 기타 여러 가지 사정을 참작하여 법원이 자유롭게 판정하면 되고 피고인 또는 검사에게 진술의 임의성에 관한 주장·입증책임이 분배되는 것은 아니라고 할 것이고, 이는 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여진 때 즉 특신상태에 관하여서도 동일하다.”고 하고 있어 검사의 거증책임을 인정하는 것으로 보이나, 다만 “검사가 작성한 피의자 신문조서는 그 피의자였던 피고인이 공판정에서 그 서명날인을 시인한 경우에는 검찰에서의 진술이 특히 임의로 되지 아니하여 신빙할 수 없는 상태에서 작성된 것이라고 의심할 만한 사유가 없으면 증거능력이 있다.”³⁸⁾고 한다.

(6) 진정성립의 철회

피고인이 검사작성의 피의자 신문조서에 대하여 성립의 진정을 인정

37) 이재상(2006), 앞의 책, 518면.

38) 대법원 1983. 6. 14. 선고 83도647 판결; 대법원 1983. 12. 27. 선고 82도2840 판결; 대법원 1984. 9. 11. 선고 84도1379 판결; 대법원 1986. 9. 9. 선고 86도1177 판결; 대법원 1986. 11. 25. 선고 83도1718 판결; 대법원 1987. 9. 8. 선고 87도1507 판결.

하는 진술을 하였다가 피고인이 그 진술이 소송법상 증거능력에 미치는 중요성을 간과하였거나 착오로 잘못 의사표시를 하였음을 주장하여 이를 철회하는 경우 원칙적으로 철회가 인정된다고 보아야 한다는 견해가 있으나,³⁹⁾ 판례는 “피고인이 검사 작성의 피고인에 대한 피의자 신문조서의 성립의 진정과 임의성을 인정하였다가 그 뒤 이를 부인하는 진술을 하거나 서면을 제출한 경우, 조서의 증거능력이 언제나 없다고 할 수는 없고, 법원이 조서의 기재내용, 형식 등과 피고인의 법정에서의 범행에 관련한 진술 등 제반 사정에 비추어 성립의 진정을 인정한 최초의 진술이 신빙성이 있다고 보아 성립의 진정을 인정하는 때에는 피의자 신문조서는 증거능력이 인정된다.”⁴⁰⁾

다. 피고인이 아닌 피의자 신문조서의 증거능력 인정 요건(제312조 제1항 본문에 의한 경우)

검사가 피의자나 피의자 아닌 자의 진술을 기재한 조서는 그 진술의 주체가 피고인이 되지 않은 경우에 있어서 공판준비 또는 공판기일에서의 원진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 때에는 증거로 할 수 있다(제312조 제1항 본문).

(1) 성립의 진정의 의의

성립의 진정이란 서명·날인이 원진술자의 것이 틀림없다는 점에 대한 인정 즉 형식적 성립의 진정과, 조서의 기재 내용이 진술자의 진술 내용과 일치한다는 실질적 진정성립 그리고 기재된 내용이 진실과 부합된다는 내용적 진정성립의 세 가지로 나누어진다. 우리 형사소송법 제

39) 신동운(2005), 앞의 책, 809면.

40) 대법원 1994. 8. 9. 선고 94도1318 판결; 대법원 1996. 3. 8. 선고 95도2930 판결; 대법원 1997. 5. 16. 선고 97도60 판결; 대법원 1997. 12. 12 선고 97도2368 판결; 대법원 1999. 10. 22 선고 99도3273 판결.

312조가 내용적 진정성립을 포함한다는 견해⁴¹⁾도 있으나 우리 형사소송법은 성립의 진정과 내용의 진정을 엄격히 구별하고 있으므로 이는 타당하지 않고 제312조는 형식적 진정성립과 실질적 진정성립만을 의미한다고 볼 것이다.⁴²⁾

판례도 “형사소송법 제312조 제1항에서 말하는 검사작성의 피의자 신문조서의 성립의 진정이라 함은 간인, 서명, 날인 등 조서의 형식적인 진정성립뿐만 아니라 그 조서가 진술자의 진술 내용대로 기재된 것이라는 실질적인 진정성립까지 포함하는 뜻으로 풀이하여야 한다고 하고, 다만 형식적 진정성립이 인정되면 그 간인과 서명, 무인이 형사소송법상의 절차를 거친 바 없이 된 것이라고 볼 사정이 없는 한 원진술자의 진술 내용대로 기재된 것이라고 추정된다.”고 하였으나⁴³⁾ 후에 판례를 변경하여 “실질적 진정성립도 원진술자의 진술에 의하여서만 인정될 수 있는 것이라고 보아야 하며, 이는 검사 작성의 피고인이 된 피의자 신문조서의 경우에도 다르지 않다고 할 것인바, 검사가 피의자나 피의자 아닌 자의 진술을 기재한 조서는 공판준비 또는 공판기일에서 원진술자의 진술에 의하여 형식적 진정성립뿐만 아니라 실질적 진정성립까지 인정된 때에 한하여 비로소 그 성립의 진정함이 인정되어 증거로 사용할 수 있다고 보아야 한다.”고 하였다.⁴⁴⁾

성립의 진정이 인정되려면 원진술자의 서명·날인이 인정되어야 하므로 조서 말미에 피고인의 서명만이 있고, 그 날인(무인 포함)이나 간인이 없는 검사 작성의 피고인에 대한 피의자 신문조서는 증거능력이

41) 주광일, 『전문법칙연구』, 법전출판사, 1986, 200면.

42) 이재상(2006), 앞의 책, 516면.

43) 대법원 1984. 6. 26. 선고 84도748 판결; 대법원 1986. 3. 25. 선고 86도218 판결; 대법원 1992. 6. 9. 선고 92도737 판결; 대법원 1992. 6. 23. 선고 92도769 판결; 대법원 1993. 1. 19. 선고 92도2636 판결; 대법원 1994. 1. 25. 선고 93도1747 판결; 대법원 2000. 7. 28. 선고 2000도2617 판결.

44) 대법원 2004. 12. 16. 선고 2002도537 전원합의체 판결.

없다고 할 것이고, 그 날인이나 간인이 없는 것이 피고인이 그 날인이나 간인을 거부하였기 때문이어서 그러한 취지가 조서말미에 기재되었다거나, 피고인이 법정에서 그 피의자 신문조서의 임의성을 인정하였다고 하더라도 마찬가지이다.⁴⁵⁾ 그러나 작성자의 서명날인은 조서의 효력에 관한 문제일 뿐 증거능력과는 관계가 없다.

(2) 성립의 진정의 인정방법

형식적 진정성립과 실질적 진정성립은 공판준비 또는 공판기일에서 원진술자의 진술에 의하여 인정되어야 한다. 종래에는 공판준비기일 또는 공판기일에 피고인에 대한 신문과정에서 신문조서의 서명과 무인 또는 날인이 피고인의 것인가 여부를 확인하는 방법으로 성립의 진정을 확인하였으나, 이는 형식적 진정성립의 인정방법에 불과하므로 대법원 2004. 12. 16. 선고 2002도537 전원합의체 판결 이후에는 실질적 진정성립을 인정하기 위해서는 피고인에게 조서의 요지를 고지하거나, 열람하게 한 후 피고인의 진술대로 기재되었음을 확인하여야 한다. 피고인이 형식적 진정성립을 부인하는 경우 필적감정이나 무인감정 등의 방법에 의하여 조서의 진정성립을 입증하는 것은 명문의 규정에 반하므로 허용되지 않는다.

라. 공동피고인에 대한 특별한 취급

공동피고인의 진술을 기재한 서면도 피고인의 진술을 기재한 서면과 같이 취급할 것인지 아니면 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 서면과 같이 취급할 것인가에 관하여 견해의 대립이 있다. 여기서 공동피고인의 진술을 기재한 서면은 그 명칭이 피의자 신문조서이든 진술조서이든 불문한다.

45) 대법원 1999. 4. 13. 선고 99도237 판결.

공동피고인의 진술은 검사 앞에서 이루어지는 경우(제312조 제1항 단서)도 있지만 검사 이외의 수사기관에서 이루어지는 경우(제313조 제1항 단서)도 있을 수 있다. 그러나 이 글의 주제는 검사 작성의 피의자 신문조서에 대한 것이므로 제312조 제1항 단서의 경우로 국한하여 살펴보기로 한다.

(1) 긍정설

하나의 서류가 진술자 자신에 대한 증거로 사용되는 경우에는 특신상황을 요구하고 다른 공범인 공동피고인에 대한 증거로 사용되는 경우에는 특신상황을 요구하지 않는다는 것은 불합리하다는 점에서 공동피고인의 진술을 기재한 서면도 피고인의 진술을 기재한 서면에 해당한다는 견해이다⁴⁶⁾.

(2) 부정설

공동피고인은 피고인에 대한 관계에서는 피고인으로서의 지위보다 증인으로서의 지위가 우선한다고 보아야 하며, 제310조의 피고인의 자백에 공범자인 공동피고인의 자백이 포함되지 않는다는 입장과 통일성을 기하려면 제312조 제1항 단서 및 제313조 제1항 단서의 피고인의 진술을 기재한 서면에는 공동피고인의 진술을 기재한 서면은 포함되지 않는다고 한다.⁴⁷⁾

46) 배종대·이상돈(2005), 앞의 책, 653면; 백형구(2001), 앞의 책, 634면; 서보학, “공범자의 범정의 진술의 증거능력과 자백의 보강법칙”, 『형사판례연구』(11), 형사판례연구회, 352면

47) 송광섭(1997), 앞의 책, 219면; 신동운(2005), 앞의 책, 803면; 이재상(2006), 앞의 책, 517면; 이일빈, “공동피고인의 진술”, 『형사증거법(상)』, 법원행정처 1984, 355면; 임동규, “형사증거법상 공범인 공동피고인의 범위”, 『형사판례연구』(14), 형사판례연구회, 301면.

(3) 소 결

공동피고인에 대하여 변론이 분리되지 않는 한 증인적격을 부인하고 공동피고인의 자백에 관하여도 증거능력을 부정하여야 한다는 입장에서 당연히 피고인의 진술을 기재한 제312조 제1항 단서 및 제313조 제1항 단서의 서면에는 공동피고인의 진술을 기재한 서면은 포함되지 않는다고 새겨야 한다. 이렇게 새기는 경우에는 공동피고인이 법정에서 출석하여 진정성립 및 임의성을 증언으로 인정하여야 하고 이 과정에서 당연히 피고인의 반대신문권이 보장되므로, 피고인에 대한 반대신문권의 보장 여부에 따라 증거능력을 달리하게 되는 혼란도 피할 수 있다.

그러나 부정설을 취하는 견해 중 공범자 여부를 불문하고 일반적으로 증인적격을 인정하는 적극설이나 공범자가 아닌 공동피고인에 대하여 서면 증인적격을 인정하는 절충설에서는 공범자인 공동피고인의 진술은 피고인의 진술과 동일하게 취급하여 당연히 특신상황에 의하여 증거능력이 인정될 수 있다고 하여야 논리적 일관성이 유지될 것임에도 불구하고 피고인의 진술과 달리 취급하여야 하는 이유를 설명하기가 곤란해진다. 논리적으로는 공범자인 공동피고인의 증인적격을 부정하는 경우에는 제312조 제1항 단서 및 제313조 제1항 단서의 서면에 공동피고인의 진술도 당연히 포함되어야 할 것이기 때문이다.

(4) 반대신문권의 보장 필요 여부

(가) 문제의 소재

공동피고인의 검사 앞에서의 진술이 증거능력을 가지려면 제312조 제1항 단서의 특신상황 외에 추가로 피고인의 반대신문권 보장을 요건으로 하는가에 관하여 다음과 같이 견해가 대립한다.

(나) 소극설

공동피고인의 진술은 원진술자의 진술에 의하여 진정성립이 인정되는 외에 제312조 제1항 단서의 특신상황이 있으면 증거능력이 인정되며

그에 더하여 피고인의 반대신문권 행사의 보장을 요건으로 하지 않는다는 견해이다.⁴⁸⁾

(다) 적극설

공동피고인의 진술은 원진술자의 진술에 의하여 진정성립이 인정되고 제312조 제1항 단서의 특신상황이 인정되는 외에 공판정에서 피고인에 의하여 반대신문이 충분히 이루어지거나 반대신문의 기회가 부여된 경우에만 증거능력이 인정된다고 하는 견해이다.⁴⁹⁾

(라) 판례

판례는 이 점에 관하여 명백하게 실시하고 있지 않고 다만 공동피고인의 진술은 공판정에서 진술자인 공동피고인의 진술에 의하여 진정성립 및 임의성이 인정되면 피고인이 증거로 함에 부동의하였더라도 증거능력이 있다는 태도로 일관하고 있다.⁵⁰⁾ 다만 진정성립 및 임의성을 부여하는 원진술자인 공동피고인의 진술은 피고인에 대한 당해 사건에서 이루어져야 하고 다른 사건에서 이루어진 진술로는 증거능력을 부여할 수 없다. “공범이나 제3자에 대한 검사 작성의 피의자 신문조서등본이 증거로 제출된 경우 피고인이 위 공범 등에 대한 피의자 신문조서를 증거로 함에 동의하지 않는 이상, 원진술자인 공범이나 제3자가 각기 자신에 대한 공판절차나 다른 공범에 대한 형사공판의 증인신문절차에서 위 수사서류의 진정성립을 인정해 놓은 것만으로는 증거능력을 부여할 수 없고, 반드시 공범이나 제3자가 현재의 사건에 증인으로 출석하여 그 서류의 성립의 진정을 인정하여야 증거능력이 인정된다.”⁵¹⁾

48) 송광섭(1997), 앞의 책, 219면; 신동운(2005), 앞의 책, 803면; 이재상(2006), 앞의 책, 517면; 이일빈(1984), 앞의 논문, 355면; 임동규, 앞의 논문, 301면.

49) 배종대·이상돈(2005), 앞의 책, 653면; 백형구(2001), 앞의 책, 634면; 서보학, 앞의 논문, 352면

50) 대법원 1990. 12. 26 선고 90도2362 판결; 대법원 1991. 4. 23 선고 91도314 판결; 대법원 1991. 11. 8 선고 91도1984 판결; 대법원 1992. 4. 14 선고 92도442 판결; 대법원 1993. 6. 22 선고 91도3346 판결; 대법원 1995. 5. 12 선고 95도484 판결; 대법원 1996. 3. 8 선고 95도2930 판결; 대법원 1998. 12. 22 선고 98도2890 판결.

(마) 소결

이론상으로는 피고인의 반대신문권이 충분히 보장되는 경우에만 공동피고인의 진술 기재 서면에 대하여 증거능력이 인정될 수 있다는 적극설이 피고인의 방어권 행사에 더 충실한 것처럼 보이지만, 공동피고인의 진술을 기재한 서면에 증거능력이 부여되려면 원진술자인 공동피고인이 피고인에 대한 당해 사건에서 증인으로 출석하여 법관의 면전에서 그 진술 기재 서면의 진정성립과 임의성을 인정하여야 하고 증인신문에 대하여는 피고인이 당연히 반대신문권이 보장되므로 반대신문권의 부여 여부를 증거능력 부여의 요건으로 추가할 것인가에 관한 논의는 실제적으로는 별다른 차이도 없고 의미도 없는 논쟁에 불과하다고 생각한다. 또 어느 경우에 피고인의 반대신문권이 충분히 행사되었는가 또는 충분한 반대신문권 행사의 기회가 부여되었는가를 판단하는 것은 일률적으로 정할 수 없고 구체적인 사건마다 관련된 사정을 종합적으로 판단하여 결정하여야 할 것이기 때문에 증거능력의 인정 여부에 관하여 소송당사자 사이에 혼란이 초래될 여지가 많다는 점에서도 공범자인 공동피고인의 진술에 대한 증인적격을 부정하면서 진술 기재 서면에 대하여 반대신문권의 보장을 요구하는 적극설은 타당하지 않다고 생각한다.

마. 제314조에 의한 특신상황의 적용 여부

(1) 제314조의 규정취지

제314조는 “제312조 또는 제313조의 경우에 공판준비 또는 공판기일에 진술을 요할 자가 사망, 질병, 외국 거주 기타 사유로 인하여 진술할 수 없는 때에는 그 조서 기타 서류를 증거로 할 수 있다. 다만, 그 조서 또는 서류는 그 진술 또는 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서

51) 대법원 1999. 10. 8. 선고 99도3063 판결.

행하여진 때에 한한다.”고 규정하여 필요성과 특신상황이 인정되는 경우에 증거능력을 인정하고 있다. 판례는 “검사작성의 공소외(갑)에 대한 피의자 신문조서는 제1심에서 동인에 대한 증인 소환장이 소재불명으로 송달불능이 되고 소재탐지촉탁에 의하여도 거주지를 확인할 방도가 없어 그 진술을 들을 수 없는 사정이 있고 그 조서의 내용에 의하면 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 작성된 것으로 보이므로 원심이 형사소송법 제314조에 의하여 증거능력을 인정한 조치는 정당하다.”⁵²⁾고 하고 있다.

(2) 요 건

(가) 필요성

원진술자가 사망, 질병, 외국 거주 기타 사유로 인하여 진술할 수 없는 때여야 한다. 질병, 외국 거주 기타 사유로 인하여 진술할 수 없는 때란 정신적·신체적 고장 또는 소재가 불명하거나 국외에 있기 때문에 임상신문이 불가능한 경우를 말한다.

기타 사유에 해당하는 전형적인 경우로 소재불명이 있는데 “소재불명이라고 하기 위하여는 소환장이 송달불능된 것으로 족하지 않고 소환장의 송달이 불능으로 돌아가고 소재수사에 의하여도 그 소재지를 확인할 방도가 없는 경우임을 요한다.⁵³⁾ 진술을 요할 자가 주소지를 떠나 그 주소를 알 수 없어 이를 공판기일에 출석하게 할 수 없으므로 인하여 진술할 수 없는 경우도 이에 포함된다.”⁵⁴⁾ 진술을 요할 자가 일정한 주거를 가지고 있더라도 법원의 소환에 계속 불응하고 구인하여도 구인

52) 대법원 1984. 1. 24. 선고 83도2945 판결.

53) 대법원 1971. 3. 23. 선고 71도171 판결; 대법원 1983. 5. 24. 선고 83도768 판결; 대법원 1984. 6. 12. 선고 84도790 판결; 대법원 1985. 5. 14. 선고 80도2973 판결; 대법원 1990. 4. 10. 선고 90도246 판결; 대법원 1991. 1. 15. 선고 90도2514 판결; 대법원 1996. 5. 14. 선고 96도575 판결; 대법원 2004. 3. 11. 선고 2003도171 판결.

54) 대법원 1984. 10. 10. 선고 84도1734 판결.

장이 집행되지 않는 등 법정에서의 심문이 불가능한 상태이거나,⁵⁵⁾ 3회에 걸쳐 구인영장을 발부하였으나 가출하여 소재불명이라는 이유로 집행되지 아니한 경우,⁵⁶⁾ 진술을 요하는 자가 일본국에 거주하고 있는데 외무부로부터 현재 한·일간에 사법공조협정이 체결되어 있지 아니하여 재일동포에 대한 소환장은 일본정부의 양해하에서만 송달이 가능한데, 현재 일본측에서는 형사사건에 대하여는 양국 형법체계상의 상이함을 이유로 송달에 응하지 않고 있어 그 송달이 불가능하다는 취지의 회신을 받고 위 증인을 취소한 경우,⁵⁷⁾ 진술을 요하는 자가 노인성 치매로 인한 기억력 장애, 분별력 상실 등으로 인하여 진술할 수 없는 상태하에 있는 경우⁵⁸⁾에도 같다.

그러나 단순히 소환을 받고 출석하지 아니하였다거나 소재탐지를 축탁하였으나 보고서가 도착하지 아니하였다는 사정만으로는 부족하고,⁵⁹⁾ 구인신청도 하지 않거나⁶⁰⁾ 기록상 용이하게 알 수 있는 다른 주소로 소환하지 아니한 경우⁶¹⁾에는 제314조에 의하여 증거능력을 인정할 수 없다.

원진술자의 진술불능에는 원진술자가 공판 준비 또는 공판기일에 법관의 면전에 출두할 수 없는 경우뿐만 아니라 출석한 후에 진술할 수 없는 경우도 포함한다는 견해가 있다.⁶²⁾ 판례도 “법정에 출석한 증인이 증언거부권을 행사하여 증언을 거절한 때도 기타 사유로 진술할 수 없는 때에 해당한다.”고 한다.⁶³⁾

55) 대법원 1989. 6. 27. 선고 89도351 판결; 대법원 1995. 6. 13. 선고 95도523 판결; 대법원 1995. 12. 26 선고 95도2340 판결; 대법원 2000. 6. 9 선고 2000도1765 판결.

56) 대법원 1986. 2. 5. 선고 85도2788 판결.

57) 대법원 1987. 9. 8. 선고 87도1446 판결.

58) 대법원 1992. 3. 13. 선고 91도2281 판결.

59) 대법원 1996. 5. 14 선고 96도575 판결.

60) 대법원 1969. 5. 13. 선고 69도364 판결.

61) 대법원 1973. 10. 31. 선고 73도2124 판결.

62) 신동운(2005), 앞의 책, 835면.

(나) 특신상황

특신상황의 의미를 ① 전문법칙의 예외사유인 신용성의 정황적 보장과 같은 의미로 이해하는 견해⁶⁴⁾와 ② 검사 면전에서 진술의 상황이 법관 면전에서 진술과 같은 것으로 취급될 수 있는 객관성과 적법성을 갖춘 상황이라고 보는 견해,⁶⁵⁾ ③ 신용성의 정황적 보장이 있는 경우 및 피의자신문의 절차규정 준수가 있는 경우 모두를 포함한다고 보는 견해,⁶⁶⁾ ④ 진술내용의 신빙성이라고 이해하는 견해⁶⁷⁾가 나뉜다. ②설에 대하여는 적법절차규정 위반은 피의자 신문조서의 증거능력을 인정하기 위한 전제요건이므로 전문법칙의 범위를 벗어난 것이라고 하는 비판이 있다.⁶⁸⁾

판례는 “특히 신빙할 수 있는 상태란 그 진술 내용이나 조서 또는 서류의 작성에 허위개입의 여지가 거의 없고 그 진술 내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있는 경우를 가리킨다.”⁶⁹⁾고 하고 있어 원칙적으로 신용성보장설의 입장에 서 있는 것으로 보인다.

특신상태는 구체적 사안에 따라 외부적 사정에 의하여 판단하여야 한다.⁷⁰⁾ 사건 발생 당시 또는 직후에 감득한 내용의 진술, 흥분상태 하의 진술, 사건 당시의 심리상태나 감정을 표현한 진술, 진찰 및 치료를

63) 대법원 1992. 8. 14. 선고 92도1211 판결; 대법원 1992. 8. 18 선고 92도1244 판결.

64) 이재상(2006), 앞의 책, 518면; 임동규(2004), 앞의 책, 479면; 정영석·이형국(1996), 앞의 책, 353면; 정웅석(2005), 앞의 책, 831면; 차용석·최용성(2004), 앞의 책, 576면

65) 송광섭(1997), 앞의 책, 223면; 진계호(2001), 앞의 책, 583면; 신동운, 『형사소송법』, 법문사, 1993, 621면은 대법원 1977. 6. 28. 선고 74도2523 판결을 근거로 ‘특신상황’은 원진술에 담긴 내용의 신빙성이라고 파악하여 진술의 내용 자체와 그 진술의 임의성에 영향을 미치는 사유를 기초로 판단한다고 주장한다.

66) 배종대·이상돈(2005), 앞의 책, 549면.

67) 신동운(2005), 앞의 책, 810면.

68) 이재상(2006), 앞의 책, 518면.

69) 대법원 1990. 4. 10. 선고 90도246 판결; 대법원 1995. 2. 28. 선고 94도2880 판결; 대법원 1995. 6. 13. 선고 95도523 판결; 대법원 1997. 7. 11. 선고 97도1097, 97감도34 판결; 대법원 2000. 6. 9. 선고 2000도1765 판결; 대법원 2004. 3. 11. 선고 2003도171 판결.

70) 대법원 1983.3.8. 선고 82도3248 판결.

위한 진술, 기억을 보존하기 위하여 기록한 진술, 사망에 임박하여 행한 진술, 자신의 이익에 반하는 진술 등이 특신상태가 인정될 수 있는 진술이라고 할 것이다.⁷¹⁾

피고인의 진술을 원진술로 하는 진술서면에 대하여는 「형사소송법」 제312조와 제313조가 아닌 전문법칙의 여타 예외규정을 매개로 증거능력을 부여하려는 시도는 타당하지 않다는 점에서 제314조의 적용을 전면적으로 부정하는 견해⁷²⁾와 피고인 또는 피의자로서 신문받은 자가 출석할 수 없는 경우에는 필요성이 인정되고, 신용성은 성립의 진정에 의하여 판단되는 것이 아니며, 제314조에 의한 조서도 증거능력이 없는 조서가 아니므로 이에 의하여 피고인을 유죄로 인정하여도 무방하다는 전제에서 이를 긍정하는 견해⁷³⁾가 있다.

사건으로는 제312조 제1항에 제314조의 적용을 부정하는 견해에서도 제313조 제1항에 대하여는 제314조의 적용을 긍정하고 있는바, 증거능력 부여 요건에는 차이가 있을지라도 제314조의 필요성과 신용성의 정황적 보장 요건에 따른 취급에는 차이를 둘 필요가 없다는 점에서 제312조의 경우에도 제314조의 적용을 부정하는 견해가 논리적으로는 타당할 수 있다고 생각한다. 그러나 이 견해를 고수하는 경우에는 실무상 검사의 수사를 무의미하게 만들 우려가 크므로 실체적 진실발견의 이념을 구현하기 위한 합리적인 해석이 필요하게 될 것이다. 우리 형사소송체계에서 검사는 사법경찰관의 경우와 달리 행정관청에 속하면서도 독립하여 그 직무를 수행하고 있는 준사법기관으로서의 특징을 가지며 또한 공익의 수호자로서의 지위를 겸유하고 있으므로 영미법과 같이 검사를 피고인과 대립하는 소송당사자만으로 파악하여 검사의 피의자 신문조서를 검사 이외의 수사기관의 신문조서와 같이 취급하는 것은 실체적 진실발

71) 신동운(2005), 앞의 책, 837면.

72) 위의 책, 835면.

73) 이재상(2006), 앞의 책, 519면.

견을 저해하고 불필요한 증거조사절차의 과잉진행으로 인한 소송절차의 지연을 초래할 수 있다는 점에서 바람직하지 않다고 할 것이다.

판례의 태도는 확실하지 않은데, 전설을 취하는 입장에서는 “당해 피고인과 공범관계가 있는 다른 피의자에 대한 검사 이외의 수사기관 작성의 피의자 신문조서는 그 피의자의 법정진술에 의하여 그 성립의 진정이 인정되더라도 당해 피고인이 공판기일에서 그 조서의 내용을 부인하면 증거능력이 부정되므로 그 당연한 결과로 그 피의자 신문조서에 대하여는 사망 등 사유로 인하여 법정에서 진술할 수 없는 때에 예외적으로 증거능력을 인정하는 규정인 형사소송법 제314조가 적용되지 아니한다.”⁷⁴⁾는 판례를 들어 판례가 제314조 적용 부정설로 변경되었다고 주장하는 반면, 후설은 “검사작성의 공소외(갑)에 대한 피의자 신문조서는 제1심에서 동인에 대한 증인 소환장이 소재불명으로 송달불능이 되고 소재탐지촉탁에 의하여도 거주지를 확인할 방도가 없어 그 진술을 들을 수 없는 사정이 있고 그 조서의 내용에 의하면 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 작성된 것으로 보이므로 원심이 『형사소송법』 제314조에 의하여 증거능력을 인정한 조치는 정당하다.”는 판례⁷⁵⁾가 위 전원합의체 판결로도 변경되지 않은 점을 근거로 하여 판례의 태도가 제314조 적용부정설을 취한다고 한다. 그러나 위 전원합의체 판결은 검사 아닌 수사기관 작성의 조서에 대하여 제314조를 적용할 수 없다고 한 판결이므로 이를 근거로 검사작성의 조서에까지 그대로 제314조의 적용이 배제되는 것으로 판례의 태도가 변경되었다고 주장하는 것은 논리적 비약이라고 생각한다.

74) 대법원 2004. 7. 15. 선고 2003도7185 전원합의체 판결.

75) 대법원 1984. 1. 24. 선고 83도2945 판결.

바. 기타 전문법칙 예외 규정의 적용 여부

(1) 동의에 의한 증거능력

피의자 신문조서도 증거동의의 대상이 되므로 피고인이 증거로 함에 동의하는 경우에는 성립의 진정 여부 등을 조사할 필요가 없다.

(2) 탄핵증거

피고인이 성립의 진정이나 내용을 부인하는 피의자 신문조서를 탄핵 증거로 사용할 수 있는가에 대하여는 적극설⁷⁶⁾과 소극설⁷⁷⁾이 대립한다.

사. 개정 「형사소송법」(안)의 규정⁷⁸⁾

사법개혁추진위원회를 통한 정부입법안으로 국회에 제출된 「형사소송법」 개정안은 제312조의 서류를 ① 검사가 피고인의 진술을 기재한 조서 ② 검사 외의 수사기관이 작성한 피의자 신문조서 ③ 검사 또는 사법경찰관이 피고인이 아닌 자의 진술을 기재한 조서 ④ 피고인 또는 피고인이 아닌 자가 수사과정에서 작성한 진술서 ⑤ 검사 또는 사법경찰관이 검증의 결과를 기재한 조서로 분류하여 검사가 피고인의 진술을 기재한 조서는 “적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 피고인이 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음이 공판 준비 또는 공판기일예의

76) 이재상(2006), 앞의 책, 522면.

77) 배종대·이상돈(2005), 앞의 책, 665면; 백형구(2002), 앞의 책, 803면; 신동운(2005), 앞의 책, 898면; 신양균, 앞의 책, 793면; 이재상, 앞의 책, 568면. 그러나 이재상(2006), 앞의 책, 521면 이하에서는 피의자의 서명·날인이 있기만 하면 피의자가 성립의 진정이나 내용을 부인하더라도 탄핵증거로 사용할 수 있다고 설시하고 있다. 위 568면의 견해도 탄핵증거에 성립의 진정이나 내용 인정을 요구하는 것이 아니라 서명·날인의 존재를 요구하는 것으로 이해하여야 할 것이고, 이렇게 이해한다면 이재상 교수는 적극설의 입장이라고 해야 할 것이다.

78) 이 글이 작성된 시점에서는 아직 「형사소송법」 개정안이 국회에서 의결되기 전이므로 개정안으로 표시하였다. 이 개정안은 2007년 6월 1일 법률 제8496호로 개정되어 2008년 1월 1일부터 시행될 예정이다.

피고인의 진술 또는 영상녹화물 등 객관적인 방법에 의하여 증명되고, 그 조서에 기재된 진술이 변호인의 참여하에 이루어지는 등 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한하여” 증거로 할 수 있고(안 제312조 제1항), 검사가 피고인이 아닌 자의 진술을 기재한 조서⁷⁹⁾는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 원진술자가 공판준비 또는 공판기일에 경험사실에 관하여 구체적으로 진술한 후 그 조서가 검사 또는 사법경찰관 앞에서 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음을 인정하고, 피고인 또는 변호인이 공판준비 또는 공판기일에 그 기재 내용에 관하여 원진술자를 신문할 수 있었던 때에는 증거로 할 수 있다. 다만, 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한하며(안 제312조 제3항), 피고인 또는 피고인이 아닌 자가 수사과정에서 작성한 진술서에 관하여 이를 준용하도록 하며(안 제312조 제4항), 공판준비 또는 공판기일에 진술을 요하는 자가 사망·질병·외국거주·행방불명 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때에는 그 조서 및 그 밖의 서류를 증거로 할 수 있다. 다만, 그 진술 또는 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한한다(안 제314조)고 규정하고 있다. 제314조(안)은 현행규정과 동일하되 다만 필요성이 인정되는 요건을 행방불명 기타 이에 준하는 사유로 규정하였다는 점이 다르다.

IV. 결 론

검사 작성의 피의자 신문조서의 증거능력에 대하여 법관 면전에서 진술과 달리 취급하는 것은 검사의 수사가 밀실에서 이루어졌기 때문에

79) 이에는 피고인 아닌 자에 대한 피의자 신문조서가 포함된다고 볼 것이다.

증거가치가 없거나, 검사가 법관보다 객관적이지 못하고 공정하지 못하기 때문이라거나, 또는 법관 면전의 진술에 비하여 정황적으로 신용성이 보장되지 않기 때문이라고 하는 견해에는 수긍할 수 없다. 그 이유는 앞에서 살펴본 것처럼 우리 형사소송체계하에서 검사는 피고인과 대립하는 소송당사자로서의 지위뿐만 아니라 공익과 인권을 보장하는 객관적 지위를 가지며 『검찰청법』은 이러한 검사 지위의 독립적 수행을 보장하기 위하여 검사에게 준사법기관으로서의 독특한 지위를 인정하고 있기 때문이다. 이런 점에서 볼 때 검사 작성의 피의자 신문조서를 법관 면전의 진술에 비하여 증거능력 인정의 요건을 엄격하게 하는 취지는 우리 『형사소송법』제가 검사의 수사에 대하여 법관의 면전에서 재판을 받도록 ‘법관에 의한 재판제도’ 즉 공판중심주의를 채택하고 있기 때문이라고 할 것이다. 그러나 이처럼 공판중심주의가 우리 형사소송체제의 근간을 이루고 있다 하더라도 그러한 공판중심주의 자체가 이념이 아니라 공판중심주의를 통한 실체적 진실발견에 있다는 점을 생각한다면 준사법기관으로서의 검사가 공정하고 객관적으로 진행한 수사의 결과물인 피의자 신문조서에 대하여는 보다 융통성 있게 증거능력을 부여하는 입법태도가 바람직하다고 할 것이다.

(투고일 2007년 7월 29일, 심사일 2007년 8월 3일, 게재확정일 2007년 8월 5일)

주제어 : 증거능력, 검사작성 피의자 신문조서, 공판중심주의, 전문법칙, 전문증거

[Abstract]

The admissibility of evidence of the interrogatory of a suspect
written by the prosecutor

Kwang-Soo Lee*

The interrogatory of a suspect written by the prosecutor is treated differently with that of the accused in the judge's face by appending some conditions in admissibility of evidence, who was the same suspect. There are several opinions about the reason. Even someone insists that the interrogatory of a suspect written by the prosecutor is behind that of the accused in the judge's face. But I can't agree it because the prosecutor is not only a litigant party but also is in a public position proportionate to the judge in our criminal procedure system. In my esteem, it is due to the point that our trial system is the system lead by the judge, not by the prosecutor. It means that the doctrine of the focusing on the trial is one of the principles of criminal procedure code. But the doctrine of the focusing on the trial is not the final aim in the criminal procedure. It is what the truth is, our final aim in the criminal procedure. So the interrogatory of a suspect written by the prosecutor must be treated preferentially than the interrogatories of the suspect written by any other criminal investigators.

Key Words : admissibility of evidence, interrogatory of a suspect written by the prosecutor, doctrine of the focusing on the trial, hearsay rule, hearsay evidence

* Assistant Professor, College of Law, Kookmin University; Lawyer