

사법경찰관 작성 피의자신문조서의 증거능력 인정요건과 적용범위

신 이 철*

목 차

- | | |
|-------------------------------------|-----------------------|
| I. 서설 | 2. 다른 사건의 피의자신문조서의 경우 |
| II. 제312조 제3항의 역사적 배경과 취지 | 3. 조서의 형식 불문 |
| III. 증거능력의 예외 인정요건 | 4. 우회 증거의 차단효 |
| 1. 적법한 절차와 방식에 따라 작성
(작성방식의 적법성) | V. 관련문제 |
| 2. 실질적 진정성립과 특신상태의
요건문제 | 1. 증거동의 |
| 3. 내용 인정 | 2. 탄핵증거 |
| IV. 적용 범위 | 3. 입법론에 관련된 논의 |
| 1. 공범자인 공동피의자(피고인)에 대한
피의자신문조서 | VI. 결론 |

I. 서설

형사소송법 제310조의2는 전문증거의 증거능력을 원칙적으로 부정하면서도, 예외규정(제311조 내지 제316조)을 충족하는 경우에 한해서 증거능력을 부여하는 방식을 취하고 있다. 그 중에서 특히 제312조 제3항은 “검사 이외의 수사기관 작성의 피의자신문조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 공판준비 또는 공판기일에 그 피의자였던 피고인이나 변호인이 그 내용을 인정할 때에 한하여 증거로 할 수 있다.”고 규정하고 있다. 물론 피의자신문조서의 증거능력을 인정하기 위해서

* 원광디지털대학교 경찰학과 교수, 법학박사

는 조서에 기재된 진술이 임의성을 갖고 그 신문절차가 적법해야 하는 것은 전제로서 당연한 것이다. 여기서 임의성의 유무는 구체적인 사건에 따라 당해 조서의 형식과 내용, 진술자의 학력·경력·지능정도 등 제반 사정을 참작하여 자유로운 심증으로 판단하면 된다는 것이 판례의 입장이다.¹⁾

그리고 사법경찰관 작성의 피의자신문조서와 관련하여 형사소송법 제200조에 의하면 피의자에게 출석을 요구하여 진술을 들을 수 있는데, 제244조 제1항은 피의자의 진술은 조서로 기재할 것을 규정하고 있는 바, 이러한 사법경찰관이 수사상 필요에 의하여 피의자를 신문하여 그의 진술을 조서에 기재한 서면이 바로 피의자신문조서가 된다. 우선 본 논문에서는 사법경찰관 작성의 피의자신문조서에 있어서 전문법칙과의 관계에 국한하여 살펴보고, 우선 해당 법조문의 해석과 향후 제도의 운영에 대한 시사점을 얻기 위해 제312조 제3항에 대한 역사적 배경과 그 입법취지(Ⅱ)를 간략히 살펴본 다음에, 사법경찰관 작성의 피의자신문조서의 증거능력 예외 요건(Ⅲ)은 물론 적용범위(Ⅳ)를 검토하는 과정에서 이에 대한 올바른 해석방법과 기준을 마련해 본다. 그리고 관련문 제(Ⅴ)에서는 향후 제312조 제3항에 대한 입법론도 아울러 생각해 보기로 한다.

Ⅱ. 제312조 제3항의 역사적 배경과 취지

검사 이외의 수사기관 작성의 피의자신문조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 공판준비 또는 공판기일에 그 피의자였던 피고인이나 변호인이 그 내용을 인정할 때에 한하여 증거로 할 수 있다(개정

1) 대법원 1999. 11. 12. 선고 99도3801 판결.

법 제312조 제3항). 이는 검사작성의 피의자신문조서에 비하여 훨씬 엄격한데, 그 취지는 검사 이외의 수사기관의 피의자신문은 이른바 신용성의 정황적 보장이 박약한데다가²⁾ 그 신문에 있어서 있을지도 모르는 개인의 기본적 인권보장의 결여를 방지하려는 입법정책적 고려에 있는 것으로서³⁾ 우리나라 고유의 조문으로 위법수사의 예방장치로서 독자적인 의미를 가지는 조항이라 할 수 있다.⁴⁾

원래 당시의 일본 형사소송법은 근대적 형사소송법을 지향하여 형사재판은 공개법정에서 열려 시민들이 재판의 공정한 진행을 감시할 수 있도록 하는 ‘공개주의’, 감시가 가능하려면 재판은 평범한 시민들이 알아들을 수 있는 말로써 진행되어야 한다는 ‘구두주의, 변론주의’를 원칙으로 천명하면서도, 경우에 따라 많은 시간과 노력이 필요로 하기 때문에 예외적으로 그 말을 서면에 적어서 그 ‘서면’을 증거로 사용할 수 있도록 하였지만, 대원칙에는 반하는 것이었으므로 그 범위를 원칙적으로 예심판사가 만든 ‘법령에 의하여 작성된 신문조서’에 대폭 제한하였다.

그러나 우리의 일제 시대는 일본의 제국의회가 제정한 일본의 형사소송법을 조선총독이 지정하여 재판규범으로 사용하기로 한 ‘의용형사소송법’이 적용되었기는 하지만, 식민지하에서는 입법기구가 없어 조선총독이 발하는 명령이 법률의 기능을 하여 ‘조선형사령’이 제정되었다. 이는 조선에 일본형사소송법을 의용하면서 여러 특칙(독소조항)을 두었는데⁵⁾ 그것이 바로 식민지형 사법제도를 구축하기 위하여 소위 조서를

2) 대법원 1995. 3. 24. 선고 94도2287 판결.

3) 대법원 1982. 9. 14. 선고 82도1479 판결.

4) 신동운, 신형사소송법 제2판(법문사, 2009), 966쪽 이하. 이는 원진술자인 피고인 이외에 원진술과 무관한 변호인도 내용인정의 진술을 할 수 있도록 한 것은 형사소송법 제312조 제3항이 단순한 전문법칙의 예외규정을 넘어서서 위법수사의 예방장치라는 점을 보여주고 있다.

5) 1912년 총독부가 조선형사령을 입안하면서 근대 형사소송법의 대원칙을 배제하는 독

활용하는 것이었다. 이는 언어 소통의 장애가 있어 의사소통을 위해서는 통역이 필요하게 되고 이는 막대한 사법비용이 들게 되자, 식민지의 사법경찰관이나 검사가 작성한 신문조서를 예심판사가 작성한 신문조서와 대등한 지위로 격상시켜 막대한 사법비용을 절감하게 되었다.

그러나 해방이 되자, 악법을 폐지하고 근대형사소송법의 대원칙으로 회귀하였지만, 입법자는 조서를 활용하여 값싸고 신속한 기존형사재판 실무를 타협하기 위하여 수사기관의 조서에 성립의 진정이라는 표지를 붙여 어느 정도 제한을 가하되, 이 표지가 충족되면 유죄증거로 사용하기로 하였지만, 국회에서는 당시 부산정치파동을 겪으면서 진행된 전시 국회였다. 야당국회의원의 고문의 체험과 앞으로의 탄압을 염두에 두면서 수정안을 마련하였는바, 그것이 현재의 아무런 제한이 없는 판사작성 조서, 진정성립을 요건으로 하는 검사작성조서, 내용 인정을 요건으로 한 사경작성조서이다.⁶⁾ 그러나 이러한 조항으로는 치안을 유지할 수

소조항을 삽입하였는데 그 중 제12조와 제13조에서 검사와 사법경찰관, 특히 사법경찰관에게 독자적인 강제수사권을 부여한 것을 들 수 있다. 즉, 1912년의 조선형사령 제12조는 “① 검사는 현행범이 아닌 사건이라 하더라도 수사의 결과 급속한 처분을 요한다고 사료하는 때에는 공소제기 전에 한하여 영장을 발하여 검증, 수색, 물건 차압을 하거나, 피고인, 증인을 신문하거나 또는 감정을 명할 수 있다. 다만, 벌금, 과료 또는 비용배상의 인도를 하거나 선서를 시킬 수는 없다. ② 전항의 규정에 의하여 검사에게 허용한 직무는 사법경찰관도 역시 임의로 이를 할 수 있다. 다만, 구류장을 발할 수는 없다.”라고 하고 있고, 제13조는 “① 사법경찰관이 전조 제2항의 규정에 의하여 피고인을 신문한 후 금고이상의 형에 해당한다고 사료하는 때에는 14일을 초과하지 않는 기간에 유치할 수 있다. ② 사법경찰관은 전항의 유치기간 내에 증빙서류 및 의견서와 함께 피고인을 관할 재판소의 검사에게 송치하여야 한다.”라고 하였다.

- 6) 이러한 검사와 사법경찰관의 증거능력 차별의 실질적 원인에 대하여 또 다른 원인으로 일제 시대 법률가 출신 입법의원들에 의하여 해방직후 소송경제 차원을 이유로 검사작성 피의자신문조서에 대하여 용이하게 증거능력을 인정할 수 있게 한 반면, 경찰은 인권침해의 주범으로 취급하여 자백을 얻기 위한 고문 등 인권침해를 방지한다는 명분 아래 검찰권을 강화하고자 하는 의도로 사법경찰관작성 피의자신문조서의 증거능력 인정요건이 상대적으로 엄격하게 규정되었다는 분석으로는 이백철, 영미법계의 수사구조와 우리나라 수사권의 합리적 배분방안(치안연구소, 2004), 97-98쪽.

없다는 이승만 정권은 거부권을 행사하였지만 재의결하여 현재의 형사 증거법이 성립된 것이었다.⁷⁾ 결국 경찰에서 자백을 강요하는 일이 없도록 하려는 데에 그 취지가 있다고 하겠다.⁸⁾

Ⅲ. 증거능력의 예외 인정요건

개정법 제312조 제3항은 검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서의 증거능력 부여 요건을 규정하고 있다. 따라서 사법경찰관 작성 피의자신문조서는 동 규정의 적용을 받으며, 동 규정에 따라 조서에 기재된 내용을 피고인 또는 변호인이 공판정에서 인정해야 당해 조서에 증거능력이 부여된다. 이는 개정 전의 형사소송법에서도 마찬가지인 바, 이로 말미암아 사법경찰관이 작성한 피의자신문조서는 공판정에서 증거로 사용될 가능성이 그만큼 적어지는 것이다. 그리고 개정법은 증거능력 부여의 추가적인 요건을 하나 더 신설하고 있는데, 해당 조서가 적법한 절차와 방식에 따라 작성되어야 한다는 조건이 그것이다. 결국 개정법 제312조 제3항에 따를 때 사법경찰관작성의 피의자신문조서는 해당 조서가 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 피고인 또는 변호인이 그 내용을 인정한 경우에 증거능력을 부여받게 된다.

참고로 당사자가 법원에 문서를 제출할 때 원본을 제출하는 것이 원칙이나 등본이나 사본을 제출하는 경우도 많다. 이때 피의자신문조서 등본이 증거능력을 인정받기 위해서는 원본의 증거능력 이외에 원본의

7) 신동운, “사법개혁추진과 형사증거법의 개정”, 법학 제47권 제1호(서울대학교 법학연구회, 2006), 109쪽 이하 참조; 제정 형사소송법의 성립경위, 형사법연구, 제22호(한국형사법학회, 2004년 겨울호), 193쪽 이하.

8) 차용석/백형구, 주석 형사소송법 3권 제3판(한국사법행정학회, 1999), 442쪽(백형구 집필부분).

존재, 원본제출이 불가능하거나 곤란한 사정, 원본의 정확한 사본임이 증명되어야 한다. 이때 등본은 원본의 기재내용 전부를 복사한 문서로 원본과 동일하다는 취지의 인증을 부여한 문서이므로 원본의 존재와 원본의 정확한 사본이라는 요건은 특별한 사정이 없는 한 인증문에 의해 증명이 되고, 원본이 멸실되었거나 다른 공판절차에 제출되어 편철되었다는 사정은 원본제출이 불가능하거나 곤란한 사정이 있는 경우라고 하겠다. 그리고 피의자신문조서의 내용 중 일부를 가린 채 복사를 한 다음 원본과 같다는 인증을 하여 초본의 형식으로 제출하는 경우 그와 같은 피의자신문조서 초본은 원본 중 가려진 부분의 내용이 가려지지 않은 부분과 분리가능하고 당해 공소사실과 관련성이 없는 경우에만 피의자신문조서 등본과 같이 3가지 요건을 전제로 원본과 동일하게 취급될 수 있다.⁹⁾

1. 적법한 절차와 방식에 따라 작성(작성방식의 적법성)

사법경찰관이 작성한 피의자신문조서도 먼저 검사작성 피의자신문조서의 경우와 마찬가지로 ‘적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것’이어야 한다. 이는 위법수집증거배제법칙이 요건으로 설정하고 있는 ‘적법한 절차’와는 구별되는 개념으로서¹⁰⁾ 조서생성 또는 작성 과정의 형식

9) 대법원 2002. 10. 22. 선고 2000도5461 판결.

10) 본래 사개추위 실무위원회 5인의 소위원회의 논의과정에서는 ‘적법한 절차’가 이미 위법수집증거배제법칙에서 나온 문구라서 조서의 증거능력에 이 문구를 쓰면 상호관계를 어떻게 해석해야 하는가하는 의문이 제기될 수 있다는 지적이 있었다. 이에 대해 피의자신문조서는 형소법 제244조 등의 절차를 지키라고 하면 되지만, 참고인진술조서는 형소법에 근거조항이 없어서 ‘적법한 절차와 방식’으로 규정해 놓으면 조서작성의 절차와 방식의 적법성으로 해석될 수 있을 것이라는 설명이 제시되었고, 이 설명이 받아들여져서 ‘적법한 절차와 방식’이라는 요건이 채택되었다(사법제도개혁추진위원회 기획추진단, 형사소송법 개정안 논의를 위한 실무위원회 소위원회 활동경과, 2005. 7, 334쪽 참조).

적 측면에 관한 것으로 결국 ‘조서작성의 절차와 방식의 적법성’을 의미한다고 하겠다. 우선 여기서 적법한 절차와 방식이란 소위 기존의 형식적 진정성립 개념보다 요건을 좀 더 강화한 것이며, 보다 폭넓은 개념으로 설명되고 있다. 따라서 단순히 일차적으로 조서의 서명·날인이 진술자의 것임에 틀림없다는 것 뿐 아니라, 더 나아가 피의자신문에서 요구되는 적법절차가 모두 준수되었고 조서작성의 방식도 법에서 요구되는 대로 모두 갖추어질 것을 의미한다.

즉 형사소송법은 피의자신문조서의 작성방법에 대하여 피의자의 방어권을 보장하기 위해 여러 가지 규정을 두고 준수하도록 하고 있는데(제244조), 피의자신문조서에는 피의자가 조서에 간인한 후 기명날인 또는 서명하여야 한다(동조 제3항). 따라서 조서말미에 피고인의 날인이 없고 기명만 있거나 아니면 간인이 없는 조서는 증거능력이 없게 된다. 그리고 피의자신문조서가 적법한 절차와 방식에 따라서 작성되었다고 하기 위해서는 형식적 진정성립 이외에도 이익사실 진술기회의 부여(제242조), 조서의 열람 및 증감변경의 허용(제244조 제2항), 피의자신문과 참여자(제243조), 변호인 접견 및 참여권의 보장(제243조의2)¹¹⁾, 수사과

11) 종래 변호인의 피의자신문참여권에 대한 규정을 두기 전에 수사실무에서는 변호인의 피의자신문참여권을 인정하지 않았다. 그러나 2003년 대법원은 이른바 재독사회학자 송두을 교수사건에서 “구속된 피의자”의 경우에 피의자신문에 대한 변호인의 참여권은 헌법상 변호인의 조력을 받을 권리에 기초하여 승인되어야 하며(대법원 2003. 11. 11. 선고 2003도402 판결), 이와 관련한 재항고 사건에서 변호인의 신문참여는 명문 규정이 없더라도 인정되는 것이라는 취지의 획기적 판결을 내린 바 있다(대법원 2005. 5. 9. 선고 2004도24 결정). 그리고 이 판결이 구금된 피의자의 신문에 변호인의 참여권을 인정한 것이라면, 2004년 9월 23일 총선낙선운동사건에서 헌법재판소는 구금된 피의자뿐만 아니라, 불구속상태의 피의자의 경우에도 헌법상 적법절차의 원칙 및 변호인의 조력을 받을 권리로부터 “피의자 신문시 변호인을 대동하여 조언과 상담을 받을 수 있는 권리”가 있음을 확인한 바 있다(헌법재판소 2004. 9. 23. 2000헌마138 결정). 이에 학자들은 물론 실무에서도 변호인의 피의자신문참여권을 인정하는데 의견을 같이 하게 되었다. 개정 형사소송법에서도 수사기관의 피의자신문 과정에서 변호인의 조력을 받을 권리를 실질적으로 보장하기 위하여 형사소송법의 명문 규정으

정의 기록(제244조의4)¹²⁾ 등의 규정을 따라야 한다.¹³⁾

따라서 기존 판례 중에는 ‘가사 피의자신문조서를 작성함에 있어 피고인들에게 그 조서의 기재내용을 알려주지 아니하였다 하더라도 그 사실만으로는 피의자신문조서의 증거능력이 없다고 할 수 없다’고 판시¹⁴⁾한 부분에 대하여 피의자신문조서의 작성에 사소한 위법이 있다고 하여 그 증거능력을 항상 부정해야 하는지에 대하여 의문을 제기하는 입장도 보이지만¹⁵⁾ 신 형사소송법이 조서작성에 ‘적법한 절차와 방식’을 요구함으로써 더 이상 유지되기는 어렵다고 본다.

로 이를 뒷받침할 필요가 제기되어 명문으로 규정을 두게 되었다. 특히 신병이 구금된 피의자 신문에 한하지 아니하고, 불구속 상태의 피의자에 대한 신문에도 전면 허용하는 점에서 외국보다 참여의 범위를 확대하고 있는 것을 볼 수 있다.

12) 수사 과정을 투명하게 하여 절차의 적법성과 진술의 임의성을 보장하기 위하여 신문 과정에서의 피의자의 행적이 자세히 기록될 필요가 있었고, 이는 현재 피의자신문조서에 첨부하는 서면에 조사 시작과 종료 시점 등을 기재하고 있는 실무 관행에 법률적인 근거를 부여하여 피의자 인권보호에 기여하도록 하기 위한 것이라고 할 수 있는데, 비록 현재 다른 입법례를 발견할 수가 없지만 우리 형사소송법은 ‘수사 과정 기록 제도’를 도입하였다. 이에 따라 검사 또는 사법경찰관은 피의자가 조사 장소에 도착한 시각, 조사를 시작하고 마친 시각 기타 조사과정의 진행과정을 확인하기 위해 필요한 사항을 피의자신문조서에 기록하거나 별도의 서면에 기록한 후 수사기록에 편철하도록 하였다(개정법 제244조의4 제1항). 여기서 “조사과정의 진행과정”이라고 함은 예를 들어 피고인이 조사 중간에 휴식을 취한 시각, 식사를 한 시각, 대질신문의 경위 및 시간, 조사중간에 진술서를 작성하게 한 경우 그 경위와 시간 등을 들 수 있을 것이다. 뿐만 아니라 그 기재내용에 대해서 피의자에게 열람하게 하거나 읽어 들려주어야 하고, 이에 대하여 증감, 변경청구 있는 경우에는 이를 추가로 기재하여야 한다(제244조의4 제2항, 제244조 제2항). 수사 과정에 관한 기록은 피의자 등의 진술의 임의성, 특신성에 대한 판단자료로 사용될 수 있다는 점에서 실무상 상당히 중요한 의미를 가진다고 할 수 있다.

13) 변호인의 참여권에 대한 자세한 논의로는 김영철, “수사절차에서의 개선입법론”, 형사법연구 제22호(한국형사법학회, 2004년 겨울호), 222쪽 이하; “변호인의 피의자신문참여권”, 고시제 통권577호(고시제사, 2005. 3), 79쪽 이하.

14) 대법원 1993. 5. 14. 선고 93도486 판결.

15) 이재상, 형사소송법(박영사, 2007), 568쪽.

2. 실질적 진정성립과 특신상태의 요건문제

앞서 설명한 적법한 절차와 방식에 따라 작성될 것이라는 이른바 ‘조서작성의 적법성’ 이외에도 ‘실질적 진정성립’을 갖추어야 한다는 점에 대해서는 크게 다툼이 없어 보인다.¹⁶⁾ 다만, 특신상태는 검사작성 피의자신문조서보다 강화된 요건 하에서 증거능력이 인정되므로 사법경찰관작성의 피의자신문조서에도 요구된다는 견해¹⁷⁾와 내용인정을 대신하는 상대적으로 완화된 요건을 검사작성의 조서에 대하여 적용하려는 취지에서 설정된 것이라고 보아 사법경찰관작성의 피의자신문조서는 진정성립만을 전제로 내용의 진정이 인정되는지 여부를 검토하면 충분하다는 견해¹⁸⁾의 대립이 있다. 생각건대 현행 형사소송법 제312조 제3항을 살펴보면 적법한 절차와 방식과 내용인정의 요건만 규정하고 있을 뿐, 실질적 진정성립과 특신상태의 요건은 명시적으로 규정되어 있지 않은 것은 사실이다. 따라서 피의자 등이 공판기일에 내용부인이라는 진술만으로도 사법경찰관 작성의 피의자신문조서의 증거능력을 간단히 배척할 수 있고 이를 대체할 인정방법이 별도로 없는 이상 굳이 법에도 없는 것을 요건화 하는 것에 대하여 의문이 제기될 소지가 분명히 있다.

그러나 검사작성의 피의자신문조서는 물론 검사 또는 사법경찰관 작성의 참고인 진술조서의 증거능력 인정요건에는 모두 규정되어 있으므로 이와는 균형상으로도 사경작성의 피의자신문조서 증거능력 인정요건

16) 형사소송법 제312조는 검사 이외의 수사기관 작성의 피의자신문조서는 공판준비 또는 공판기일에서 원진술자의 진술에 의하여 그 ‘성립의 진정’함이 인정됨과 아울러 피고인이나 변호인이 그 ‘내용을 인정’한 때에 한하여 증거로 할 수 있다고 규정하여 검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서의 증거능력을 엄격히 제한하고 있다 (대법원 1996. 7. 12. 선고 96도667 판결).

17) 손동권, 형사소송법(세창출판사, 2008), 578쪽; 신동운, 앞의 책, 628쪽; 이현종, “수사기관 작성 조서의 증거능력”, 형사재판의 쟁점과 과제(사법발전재단, 2008. 8), 122쪽.

18) 이상돈, 형사소송법 연습(법문사, 2001), 272쪽.

에 포함된다고 해석함이 상당하다는 점, 그리고 실질적 진정성립과 특신 상태가 인정되지 않는 사법경찰관 작성의 피의자신문조서의 증거능력을 인정할 수는 없다는 점에 비추어 보면 전설이 타당하다고 하겠다.

3. 내용 인정

사법경찰관이 작성한 피의자신문조서는 진술의 임의성과 적법성이 인정되고 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것이라고 할지라도 공판준비 또는 공판기일에 그 피의자였던 피고인 또는 변호인이 그 내용을 인정한 때에 한하여 증거로 할 수 있다. 여기서 내용의 인정¹⁹⁾이란 조서의 진정성립 뿐만 아니라 조서의 기재내용이 진실하다고 인정하는 것을 말한다. 즉 피의자신문조서의 기재내용이 진술내용대로 기재되어 있다는 의미가 아니고(그것은 문서의 진정성립에 속하는 사항임), 그와 같이 진술한 내용이 실제사실과 부합한다는 것을 의미한다.²⁰⁾ 따라서 법정에서 조서기재 내용이 부인되면 동 피의자신문조서는 객관적 진실여부를 떠나서 무조건 증거로 사용될 수 없다.

그리하여 피고인이 자기가 법정에서 진술한 내용과 배치되는 조서 기재부분은 내용을 부인한다고 진술하는 경우, 조서의 증거능력은 전적으로 피고인이 행한 법정진술과의 합치여부에 따라 좌우된다. 따라서 피고인이 공판정에서의 피고인의 진술내용과 배치되는 기재 부분을 부인한다고 진술한 때에는 내용을 인정한 경우라고 볼 수 없게 된다.²¹⁾ 이 경우에 증거목록에 내용을 인정한 것으로 기재되어 있어도 이는 착오 기재였거나 아니면 피고인이 그와 같이 진술한 사실이 있었다고 한 것을

19) 내용인정은 성립의 진정 등을 전제로 한다는 점에서 이러한 요건이 갖추어지지 아니한 때에 증거능력을 부여하는 증거동의(법 제318조)와는 구별된다(신동운, 앞의 책, 628쪽).

20) 대법원 2001. 9. 28. 선고 2001도3997 판결.

21) 대법원 1976. 4. 13. 선고 76도378 판결; 동 1979. 10. 30. 선고 78도2216 판결.

(즉, 실질적 진정성립을 인정한 것)을 내용인정으로 조서를 잘못 정리한 것으로 보아야 하며,²²⁾ 신빙성의 판단에 나아가기 이전에 이미 증거능력이 부여될 수 없다고 하겠다.

그리고 내용 인정은 피의자였던 피고인이나 변호인의 진술에 의하여야 하므로 사법경찰관이 작성한 피의자신문조서는 피고인이나 변호인이 내용을 부인하면 증거로 할 수 없게 된다. 여기서 피고인이나 변호인이 아닌 제3자는 내용인정에 관여할 수 없으며, 영상녹화물이나 기타 객관적 방법에 의하여 인정될 수도 없다. 그리고 이러한 증거능력의 제한은 절대적인 것이므로 조서의 기재내용을 들었다는 다른 증인이나 조사한 경찰관의 증언에 의하여 사법경찰관 작성 피의자신문조서의 증거능력을 인정할 수는 없다.²³⁾ 조사자의 진술을 증거로 하는 것과 그것을 근거로 피의자신문조서의 증거능력을 인정하는 문제는 구별되어야 하기 때문이다.

참고로 종래 사법경찰관의 수사 단계에서 피의자가 제출한 진술서의 증거능력에 대하여²⁴⁾ 피의자신문조서와 같이 내용을 인정해야 증거능력이 인정된다는 제312조설과 진술서는 제313조 문리해석에 의하여 당연히 작성자의 진술에 의하여 성립의 진정이 인정되면 증거로 할 수 있다는 제313조설, 자진형의 진술서는 제313조에 의하고 요구형의 진술

22) 대법원 1995. 5. 23. 선고 94도1735 판결; 동 1997. 10. 28. 선고 97도2211 판결; 동 2001. 9. 28. 선고 2001도3997 판결; 동 2004. 9. 24. 선고 2004도4389 판결; 동 2006. 5. 26. 선고 2005도6271 판결.

23) 이와 같은 증거능력의 엄격한 제한은 사법경찰관리의 자백강요로 인한 인권침해의 폐단을 억제함으로써 그 피의자신문과정에서 피의자의 인권을 보장하려는 정책적 입법의 결과이다.

24) 사법경찰관이 작성한 피의자신문조서는 피고인이 내용을 부인하면 증거능력을 부인하면 증거능력을 가질 수 없음에 반하여 피고인이 자술서를 제출한 때에는 성립의 진정을 인정하면 증거능력이 인정되는 것은 부당할 뿐만 아니라, 이에 의하면 사법경찰관은 피의자신문조서를 받는 대신에 또는 이에 함께 피의자에게 진술서를 제출하게 하여 제312조 제3항은 무의미하게 된다는 문제점이 제기되었던 것이다.

서는 제312조에 의하여 증거능력을 판단해야 한다는 절충설의 대립이 있던 가운데 종래 통설과 판례²⁵⁾는 제312조설을 취하여 사법경찰관 수사 단계에서 작성된 피의자 진술서는 사법경찰관이 작성한 피의자신문조서와 같이 피고인이 내용을 인정한 때에 한하여 증거능력이 인정된다고 해석하였다.²⁶⁾ 그러나 개정 형사소송법은 제312조 제5항에서 ‘제1항 내지 제4항까지의 규정은 피고인이나 피고인이 아닌 자가 수사 과정에서 작성한 진술서에 준용한다.’고 규정함으로써 제1항 내지 제4항을 수사 과정에서 작성한 진술서에 준용하도록 입법적으로 해결하였다. 따라서 검사 외의 수사기관의 수사 과정에서 작성된 진술서 중 피고인이 작성한 것은 제312조 제3항이 적용되어 그 피고인이나 변호인이 내용을 인정해야 증거능력을 가지게 되었다. 결국 앞으로는 수사 과정에서 작성된 진술서에 대해서는 개정법 제312조 제5항이 적용되고, 제313조에 의하여 증거능력이 인정될 진술서는 수사 이전에 작성하거나 수사 과정에서 작성되지 아니한 진술서를 피고인 또는 제3자가 스스로 작성하여 법원에 제출하거나, 제3자인 사인에게 작성·교부하여 법원에 제출된 진술서 또는 공판심리 중에 작성된 진술서에 제한된다고 하지 않을 수 없게 되었다.

25) 대법원 1982. 9. 14. 선고 82도1479 전원합의체.

26) 형사소송법 제312조 제3항은 피고인이나 변호인이 그 내용을 인정할 때에 한하여 증거로 할 수 있다고 규정하고 있는 바, 피고인이 검사 이외의 수사기관에서 범죄 혐의로 조사받는 과정에서 작성하여 제출한 진술서는 그 형식 여하를 불문하고 당해 수사기관이 작성한 피의자신문조서와 달리 볼 수 없고, 피고인이 수사 과정에서 범행을 자백하였다는 검사 아닌 수사기관의 진술이나 같은 내용의 수사보고서 역시 피고인이 공판 과정에서 앞서의 자백의 내용을 부인하는 이상 마찬가지로 보아야 하며, 사법경찰관이 작성한 검증조서에 피의자이던 피고인이 검사 이외의 수사기관 앞에서 자백한 범행내용을 현장에 따라 진술·재연한 내용이 기재되고 그 재연 과정을 촬영한 사진이 첨부되어 있다면, 그러한 기재나 사진은 피고인이 공판정에서 그 진술내용 및 범행재연의 상황을 모두 부인하는 이상 증거능력이 없다(대법원 2006. 1. 13. 선고 2003도6548 판결).

IV. 적용 범위

1. 공범자인 공동피의자(피고인)에 대한 피의자신문조서

1.1. 제312조 제3항 또는 제4항 적용여부

사법경찰관이 공범관계에 있는 다른 피의자를 신문하여 작성한 피의자신문조서를 피고인에 대한 유죄의 증거로 사용하는 경우에도 여전히 제312조 제3항이 적용되는가에 있다.²⁷⁾ 이에 대하여 공범이 별개사건으로 재판을 받아 공동피고인이 아닌 경우는 그 공범은 증인의 지위에 있으므로 당연히 제312조 제4항을 적용해야 하는 것은 물론, 함께 공동피고인으로 재판을 받는 경우에도 다른 공동피고인에 대해서는 증인의 증언과 다름이 없으므로 제314조 제4항을 적용하여야 하며 그 논리는 검사의 피의자신문조서나 사법경찰관의 피의자신문조서나 다름이 없다는 점을 논거로 제312조 제4항을 적용해야 한다는 소수 견해²⁸⁾와 참고인 진술조서로 보아 제312조 제4항을 적용하는 것보다는 현행 판례와 마찬가지로 제312조 제3항(개정 전 제312조 제2항)을 적용하는 것이 피고인에게 더 유리한 이상 제312조 제3항의 적용을 받는 것이라고 해야 한다는 통설적 견해의 대립이 있다. 생각건대 제312조 제3항의 규정만으로는 공동피고인의 피의자신문조서가 포함되는지 여부에 대해 분명하지 않은 것은 사실이다. 그러나 형사소송법 제312조 제1항이 검사가 ‘피고인이 된 피의자의 진술을 기재한 조서’의 증거능력을 규정한 것과는 비교해 보면, 동조 제3항은 사법경찰관이 만든 ‘피의자신문조서’의 증거능력

27) 사법경찰관 앞에서 작성한 공동피고인 진술서의 증거능력에 대해서는 정진연/신이철, “형사소송법 제313조 제1항의 해석과 관련한 소고”, 성균관법학 제17권 제3호(성균관대학교 비교법연구소, 2005. 12), 378쪽.

28) 이완규, “공범인 피고인에 대한 경찰 피의자신문조서의 증거능력”, 형사법의 신통향 통권 제18호(대검찰청, 2009. 2), 173-229쪽.

을 규정하고 있기 때문에 다른 공범자에 대한 피의자신문조서에 대하여도 제3항이 적용된다고 해야 한다. 따라서 결국 개정법 하에서 개정 전과 마찬가지로 검사작성의 경우와 사법경찰관작성의 경우를 구별하면서 사법경찰관작성의 경우는 ‘내용의 인정’을 요건으로 하고 있는 이상 제312조 제3항의 적용을 받는 것이라고 해야 한다. 다만 공범관계²⁹⁾에 있지 않은 공동피고인에 대한 피의자신문조서는 원칙적으로 제312조 제4항이 적용된다고 보아야 할 것이다.³⁰⁾

1.2. 제312조 제3항을 적용할 경우 인정주체

제312조 제3항이 적용되는 경우 내용을 인정하는 주체가 누구인가에 대하여는 공범인 공동피고인의 경찰진술은 공범인 공동피고인이 그 피의자신문조서의 내용을 인정하는 것만으로는 부족하고, 상피고인이 그 내용을 인정한 경우에 한하여 증거능력이 있다는 피고인 내용인정설(다수설)³¹⁾과 공범인 공동피고인이 법정에서 내용을 인정하면 당해 피고인이 그 내용을 부인하더라도 증거능력이 있다는 원진술자 내용인정설³²⁾

29) 공범관계가 수사기관의 혐의만으로 인정되면 충분한 것인지 아니면 실제로도 공범관계에 있어야 하는지 대해서는 아직까지 학설의 본격적인 논의가 보이지 않는다. 이러한 논의는 피고인이 공범자로 조사된 진술자인 피의자 등과의 공범관계를 부인하면서 그들의 진술을 기재한 조서의 증거능력을 다툰 경우에 논의의 실익이 있을 것이다.

30) 이에 대한 논의로는 신이철, “형사증거법에서의 공범자진술에 관한 연구”, 건국대학교 박사학위논문(2008. 2) 203쪽 참조.

31) 노명선, 형사소송법 사례연구(성균관대학교 출판부, 2008), 317쪽; 이재상, 신형사소송법(박영사, 2007), 557쪽; 신동운, 앞의 책, 630쪽; 임동규, 제6판 형사소송법(법문사, 2009), 496쪽; 신양균, 신판 형사소송법(화산미디어, 2009), 791쪽; 주석(중), 568쪽; 김영갑, “서증의 증거능력과 증거조사방법의 비교검토”, 형사재판의 제 문제 2권(형사실무연구회, 1999), 437쪽; 황종국, “공범의 자백”, 사법논집 제26집(법원행정처, 1995), 458쪽; 김성주, “공동피고인의 자백의 증거능력”, 재판실무연구(광주지방법원, 2000), 322쪽.

32) 김형진, “공판의 진술의 증거능력”, 형사증거법(하)(법원행정처, 1984), 194쪽. 따라서 공범자인 공동피고인이 단순히 성립의 진정만 인정하고 내용을 부인하면 제312조

및 공범인 공동피고인이 법정에서 내용을 인정하고, 상피고인이 법정에서 실제로 반대신문을 충분히 하거나 반대신문의 기회가 부여된 경우에는 증거능력이 있다는 절충설(가중된 원진술자 내용인정설)³³⁾의 대립이 있다. 이에 대법원은 공범인 공동피고인의 경찰에서의 피의자신문조서에 관하여 “형사소송법 제312조 제2항(개정 형사소송법 제312조 제3항)은 당해 피고인에 대한 검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서를 유죄의 증거로 하는 경우뿐만 아니라 당해 피고인과 공범관계에 있는 다른 피고인에 대한 유죄의 증거로 채택할 경우에 있어서도 다 같이 적용된다고 보아야 할 것이다.”라고 판시하여³⁴⁾ 피고인내용 인정설의 입장을 분명하게 취하고 있다.

생각건대 원진술자 내용인정설에 의하면 공범자인 공동피고인이 자신의 사법경찰관 작성 피의자신문조서에 대하여 그 내용을 인정하면 자신의 공소사실에 대해서 뿐만 아니라 다른 공동피고인의 공소사실에 대해서도 이를 증거로 사용할 수 있게 되는데, 책임전가의 가능성이 있는 공동피고인의 진술만으로 피고인의 공소사실을 인정할 수 있도록

제2항(개정 형사소송법 제312조 제3항)에 따라 증거능력이 없다고 한다.

33) 이은모, “피의자의 조사와 자백”, 고시연구(2005. 10), 76쪽; 백형구, “공범자의 자백의 증거능력과 증명력”, 변호사 23집(서울지방변호사회, 1993), 534쪽; 동인, “형사소송법 제312조 제2항의 적용범위”, 판례월보 198호(판례월보사, 1987), 53쪽; 주석 형사소송법 제3권, 439쪽(백형구 변호사 집필부분). 공동피고인의 법정자백도 피고인이 그 공동피고인에 대해서 사실상 충분히 반대신문을 하거나 피고인에게 반대신문의 기회가 부여된 때에 한해서 증거능력이 인정된다고 해석된다는 점을 논거로 하고 있다.

34) 대법원 1984. 10. 23. 선고 84도505 판결(특수절도의 합동범관계); 동 1987. 12. 22. 선고 87도1020 판결(관세포탈의 공동정범); 동 1992. 4. 14. 선고 92도442 판결(변호사법위반); 동 1994. 3. 22. 선고 93도3612 판결(살인의 공동정범); 동 1996. 7. 12. 선고 96도667 판결(뇌물수수자와 뇌물공여자, 즉 대향적 공범); 동 2000. 5. 12. 선고 2000도661 판결; 동 2001. 11. 27. 선고 2001도4787 판결; 동 2004. 7. 15. 선고 2003도7185 판결; 동 2007. 5. 10. 선고 2007도1807 판결. 특히 대법원 1986. 11. 11, 선고 86도1783 판결에서 그 이유는 그 내용이 당해 피고인에 대한 피의자신문조서의 내용과 다름없기 때문이라고 한다.

한다면 이는 피고인의 이익을 해할 위험이 있다. 원진술자의 내용인정에 피고인에 의한 반대신문여부를 추가요건으로 설정하는 절충설(가중된 원진술자 내용인정설)도 공범자인 공동피고인의 조서에 증거능력을 부여하고 그것에 대한 보강증거 없이 다른 공동피고인의 공소사실을 제308조에 의해 보장된 자유심증의 결과에 따라 인정할 수 있게 함으로써 증거능력의 문제를 증명력의 문제로 전환시킨다는 비판이 제기될 여지가 있다.³⁵⁾ 입법론적으로 검사작성의 피의자신문조서와 경찰작성의 피의자신문조서의 증거능력을 부여함에 차이를 두어야 하는지에 대한 타당성 문제는 별론으로 하고,³⁶⁾ 현행법 규정상으로는 공범자의 진술이 경찰진술인 경우에는 위법수사의 방지장치라고 하는 제312조 제3항(개정 전 형사소송법 제312조 제2항)의 입법취지를 고려하여 다른 피고인이 증거로 함에 동의하지 않거나³⁷⁾ 그 내용을 부인하는 경우에는 증거능력을 인정하지 않는 것이 타당할 뿐만 아니라, 공판절차에서 적법절차의 이념을 실현하는 중심제도라고 할 수 있는 증거재판주의와 증인신문제도의 기능을 확고하게 유지하기 위해서라도 통설과 판례의 입장인 피고인내용인정설이 타당하다고 본다.³⁸⁾ 따라서 공범인 공동피고인이 피고

35) 이상돈, 사례연습 형사소송법 제2판(법문사, 2001), 399쪽.

36) 일본 형사소송법에는 우리나라 개정 형사소송법 제312조 제3항(개정 전 제312조 제2항)과 동일한 규정이 없다. 즉 일본 형사소송법은 피의자 공술녹취서를 검사가 작성하였느냐, 사법경찰직원이 작성하였느냐에 따라 증거능력의 요건에 차이를 두고 있지 않다(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実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状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実の承認を内容とする書面は, その承認が自由でない場合においても, 第三百十九条の規定に準じ, 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。 일본 형사소송법 제322조 참조).

37) 사법경찰관(리)가 작성한 피의자신문조서에 대하여 증거로 함에 부동의 한다는 것과 그 조서의 내용을 인정하지 아니한다는 것은 실제로 있어서 동일한 내용의 의사표시에 해당한다.

인신문과정이란 증인신문과정에서든 성립의 진정과 내용을 인정하더라도, 그 증거에 의하여 입증을 당하는 당해 피고인 또는 변호인이 내용을 인정하지 않는 한 증거능력이 없다고 볼 수밖에 없게 된다.³⁹⁾

1.3. 제314조 적용여부

사법경찰관이 작성한 당해 피고인에 대한 피의자신문조서에 대하여 제314조가 적용될 여지는 없다.⁴⁰⁾ 문제는 당해 피고인과 공범관계에 있는 다른 피의자에 대한 사법경찰관이 만든 피의자신문조서에 대하여 과연 제314조가 적용될 것인가에 있다. 이에 학설은 사법경찰관이 작성

38) 참고로 독일 형사증거법 체계는 엄격하게 구두주의와 직접주의에 구속되어 있기 때문에 법원은 피의자신문을 통하여 작성된 검사의 조서를 증거로 이용할 수 없으며 (독일 형사소송법 제250조), 직접주의에 구속되어 모든 증거를 직접 다시 한 번 더 심사해야 한다. 물론 독일의 형사실무에서도 피고인이 수사 단계에서 행한 진술을 공판정에서 반복하는 경우가 많기 때문에 이전과 모순되는 피고인의 진술을 제거하기 위하여 검사가 피의자신문조서를 법정에서 제출하는 실무가 정착되어 있다(이를 “Vorhalt”제도로 하며 일종의 ‘탄핵’으로서의 의미를 가지고 있다). 물론 이 때 법원의 증거평가의 대상이 되는 것은 공판정에 제시된 피의자신문조서가 아니라 이전 진술의 반복에 대한 검사의 지적에 대응하여 나타나는 피고인의 태도표명 내지 진술이다. 그러나 이러한 피의자신문조서를 통한 검사의 탄핵이 보조수단에만 머무르는 것이 아니라 공판정에서 실체진실을 발견하려는 질문으로서의 성격을 가지게 되고, 이 한도에서 피의자신문조서에 대해서는 사실상의 증거능력을 부여하는 결과가 된다고 한다. 이에 관한 상세한 것은 AK-StPO-Meier, §249, Rn. 36-39.

39) 다만 공범인 공동피고인이 내용을 부인하더라도 당해 피고인이 내용을 인정하는 한 당해 피고인에 대하여는 증거능력이 있다고 보아도 무방할 것으로 보인다(이재홍, “공범 중 어느 한사람에 대한 사법경찰관작성의 피의자신문조서가 다른 공범에 대한 증거로 될 수 있는 요건”, 판례월보 제207호(판례월보사, 1987. 12), 45쪽).

40) 원칙적으로 피고인의 출석 없이는 개정할 수 없으므로 피고인의 출석은 공판개정의 요건이 되며(제276조), 피고인이 사망한 경우 공소기각의 결정으로 절차를 종결하게 된다(제328조 제1항 제2호). 그 외에 질병 등으로 인한 경우에는 공판절차의 정지사유(제306조)에 해당된다. 물론 예외적으로 피고인의 출석 없이 증거조사를 할 수 있는 경우가 있는데 이 경우 증거로 함에 동의가 있는 것으로 보므로(제318조 제2항) 전문 법칙이 적용될 여지가 없게 된다.

한 공동피의자에 대한 피의자신문조서가 제312조 제4항의 조서에 해당한다는 점과 제314조가 제312조를 열거하고 있어 사법경찰관작성의 피의자신문조서에 대하여만 본조의 적용을 부정해야 할 이유는 없고 실제 진실 발견의 필요성이 있다는 점을 근거로 한 긍정설⁴¹⁾과 사법경찰관이 작성한 공동피의자의 피의자신문조서는 피고인 또는 변호인이 내용을 인정한 때에만 증거로 할 수 있다는 점을 근거로 한 부정설(통설)의 대립이 있다. 판례는 구 형사소송법(2007년 6월 1일 법률 제8496호로 개정되기 전의 것. 이하 같다) 제312조 제2항은 검사 이외의 수사기관이 작성한 당해 피고인에 대한 피의자신문조서를 유죄의 증거로 하는 경우뿐만 아니라 검사 이외의 수사기관이 작성한 당해 피고인과 공범관계에 있는 다른 피고인이나 피의자에 대한 피의자신문조서를 당해 피고인에 대한 유죄의 증거로 채택할 경우에도 적용된다. 따라서 당해 피고인과 공범관계가 있는 다른 피의자에 대한 검사 이외의 수사기관 작성의 피의자신문조서는 그 피의자의 법정진술에 의하여 그 성립의 진정이 인정되더라도 당해 피고인이 공판기일에서 그 조서의 내용을 부인하면 증거능력이 부정되므로 그 당연한 결과로 그 피의자신문조서에 대하여는 사망 등 사유로 인하여 법정에서 진술할 수 없는 때에 예외적으로 증거능력을 인정하는 규정인 구 형사소송법 제314조가 적용되지 아니한다는 입장이 다.⁴²⁾

생각건대 현행 형사소송법 제312조 제1항이 검사가 ‘피고인이 된 피의자의 진술을 기재한 조서’의 증거능력을 규정하고 있는 반면에 동조 제3항은 이와 달리 사법경찰관이 작성한 ‘피의자신문조서’의 증거능력을 규정하고 있기 때문에 다른 공범자에 대한 피의자신문조서에도 적용

41) 노명선/이완규, 형사소송법(성균관대학교 출판부, 2009), 596쪽.

42) 대법원 1996. 7. 12. 선고 96도667 판결; 동 2004. 7. 15. 선고 2003도7185 전원합의체 판결; 동 2007. 10. 25. 선고 2007도6129 판결; 동 2008. 9. 25. 선고 2008도5189 판결; 동 2009. 5. 28. 선고 2008도10787 판결.

될 수 있는 것처럼 보일 소지가 있다. 그러나 당해 피고인과 공범관계에 있는 자에 대한 검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서에 대하여도 제312조 제3항이 적용된다고 보고, 사법경찰관이 작성한 피의자신문조서에 대하여 그 피의자였던 피고인이나 변호인이 공판기일에서 내용을 부인하면 증거능력이 부정된다는 점에 비추어 보면 원진술자에게 필요성과 특신상태의 요건이 갖추어진 경우라도 이는 증거로 할 수 없다고 보아야 하므로 결국 제314조의 적용은 없다고 봄이 타당하다.

2. 다른 사건의 피의자신문조서의 경우

형사소송법 제312조 제3항은 검사 이외의 수사기관의 피의자신문은 이른바 신용성의 정황적 보장이 박약하다고 보아 피의자신문에 있어서 진정성립 및 임의성이 인정되더라도 공판 또는 그 준비절차에 있어 원진술자인 피고인이나 변호인이 그 내용을 인정하지 않는 한 그 증거능력을 부정하는 취지로 입법된 것이다.⁴³⁾ 따라서 그 입법취지와 법조의 문언에 비추어 볼 때 당해 사건에서 피의자였던 피고인에 대한 검사 이외의 수사기관 작성의 피의자신문조서에만 적용되는 것은 아니고 전혀 별개의 사건에서 피의자였던 피고인에 대한 검사 이외의 수사기관 작성의 피의자신문조서도 그 적용대상으로 하고 있는 것이라고 보아야 한다.

3. 조서의 형식 불문

형사소송법 제312조 제3항은 제1항과 달리 ‘피의자신문조서’라고 조서의 형식을 특정하고 있으나, 피의자의 진술을 기재한 조서인 이상 진술조서나 그 밖의 다른 형식에 의한 조서도 여기에 포함된다고 하여야 한다. 판례도 피의자의 진술을 녹취 내지 기재한 서류 또는 문서가 수사

43) 대법원 1995. 3. 24. 선고 94도2287 판결 참조.

기관에서의 조사과정에서 작성된 것이라면 그것이 진술조서, 진술서, 자술서라는 형식을 취하였다 하더라도 피의자 신문조서와 달리 볼 필요가 없다는 입장이다.⁴⁴⁾ 그리고 종래 사법경찰관의 수사단계에서 피의자가 제출한 진술서의 증거능력에 대하여 피의자신문조서와 같이 내용을 인정해야 증거능력이 인정된다는 제312조설과 진술서는 제313조의 문리해석에 의하여 당연히 작성자의 진술에 의하여 성립의 진정이 인정되면 증거로 할 수 있다는 제313조설, 자진형의 진술서는 제313조에 의하고 요구형의 진술서는 제312조에 의하여 증거능력을 판단해야 한다는 절충설의 대립이 있던 가운데 종래 통설과 판례⁴⁵⁾는 제312조설을 취하여 사법경찰관 수사 단계에서 작성된 피의자 진술서는 사법경찰관이 작성한 피의자신문조서와 같이 피고인이 내용을 인정한 때에 한하여 증거능력이 인정된다고 해석하였다. 이에 개정 형사소송법은 제312조 제5항에서 “제1항 내지 제4항까지의 규정은 피고인이나 피고인이 아닌 자가 수사 과정에서 작성한 진술서에 준용한다.”라고 규정함으로써 제1항 내지 제4항을 수사 과정에서 작성한 진술서에 준용하도록 함으로써 입법적으로 해결된 바 있다.

4. 우회 증거의 차단효

4.1. 원칙적 배제

사법경찰관의 면진진술은 범행의 시점과 가장 근접된 진술로서 범죄 사실의 증명에 있어서 결정적 자료로 사용해야 할 경우가 많음에도 불구하고 형사소송법 제312조 제3항은 피고인 또는 변호인의 내용부인 진술이 있거나 하면 사경작성 피의자신문조서의 증거능력을 부정하고 있다.

44) 대법원 1983. 7. 26. 선고 82도385 판결; 동 1987. 2. 24. 선고 86도1152 판결; 동 1992.

4. 14. 선고 92도442 판결.

45) 대법원 1982. 9. 14. 선고 82도1479 전원합의체 판결.

그렇기 때문에 사법경찰관은 종래 전문증거의 증거능력을 인정하는 다른 예외규정을 근거로 사법경찰관 면전에서 행해진 피의자의 진술에 증거능력을 인정받으려는 시도가 꾸준히 있어왔다. 예컨대 피의자의 진술을 청취한 사법경찰관을 증인으로 채택하여 피의자의 진술내용을 증언하게 한 후 이 사법경찰관의 증언을 형사소송법 제316조 제1항을 근거로 증거능력을 인정하는 방법⁴⁶⁾, 사건의 조사 당시 사법경찰관작성 피의자신문조서에 기재된 진술과 동일한 내용의 진술을 들었다는 다른 증인의 증언에 대하여 형사소송법 제316조 제1항을 근거로 증거능력을 인정하는 방법⁴⁷⁾, 피의자의 진술을 청취한 사법경찰관리를 검사가 참고인으로 조사하여 진술조서를 작성하고 이 진술조서에 대하여 형사소송법 제312조 제4항(구법 제312조 제1항 본문)을 근거로 증거능력을 인정하는 방법⁴⁸⁾, 사법경찰관이 피의자신문조서를 작성하지 않고 피의자로 하여금 자필로 진술서를 쓰게 하고 이 자필진술서에 대하여 형사소송법 제313조 제1항을 근거로 증거능력을 인정하는 방법⁴⁹⁾, 검찰에 송치되기

46) 대법원 1979. 5. 8. 선고 79도493 판결; 동 2005. 11. 25. 선고 2005도5831 판결. 당시 학설은 피의자를 신문한 수사경찰관이 신문과정에서 피의자로부터 들은 내용을 법정에서 진술하는 경우에 증거능력을 부여할 것인가에 대하여 증거방법에 따라 질적 차이가 있기 때문에 달리 취급할 필요성이 있다는 점을 근거로 피의자신문조서가 아닌 수사경찰관의 법정증언의 형태로 피의자의 경찰진술이 법정에 현출된 경우에는 그 증거능력을 인정해야 한다는 긍정설(조서와 진술을 분리해서 해석하는 견해. 금태섭, 앞의 논문, 420쪽 이하)과 피의자 또는 피고인에게 유리한 방향의 확대해석은 입법목적 내지 취지에 반하지 않는 한 가능하다는 점을 근거로 하거나(백형구, 형사소송법연습(박영사, 1984), 334쪽 이하), 개정 전 제312조 제3항(개정 전 제312조 제2항)은 단순한 전문법칙의 예외를 넘어 위법수사 방지장치라는 의미를 가진다는 점에 근거하여(신동운, 앞의 책, 843쪽) 제316조 제1항의 적용대상이 될 수 없고 여전히 제312조 제2항(개정 후 제312조 제3항)에 의해 증거능력이 판단되어야 한다는 부정설(조서와 진술을 묶어서 이해하는 견해. 통설)이 대립되고 있었다.

47) 대법원 1983. 7. 26. 선고 82도385 판결.

48) 대법원 1984. 2. 28. 선고 83도3223, 83감도538 판결; 동 1994. 9. 27. 선고 94도1905 판결.

49) 대법원 1982. 9. 14. 선고 82도1479 전원합의체 판결.

전에 구속된 피의자로부터 받은 검사작성의 피의자신문조서를 제312조 제1항을 근거로 증거능력을 인정받는 방법⁵⁰⁾, 검증조서에 피의자의 진술을 기재하여 제312조 제6항(구법 제312조 제1항)을 근거로 증거능력을 인정하는 방법⁵¹⁾ 등이 모색된 바 있다. 그러나 판례는 일관되게 형사소송법 제312조 제3항을 다른 규정에 우선하여 적용함으로써 내용이 부인된 사법경찰관 면전의 피의자진술에 증거능력을 인정하지 않고 있었다. 이것은 형사소송법 제312조 제3항의 입법취지를 충실하게 구현하기 위하여 우회적인 방법으로 사경면전의 피의자진술에 증거능력을 부여하는 시도를 금지함으로써 단순한 전문법칙의 예외규정이라는 차원을 넘어서서 위법수사에 대한 예방장치라는 점에 주목하고 있다고 보인다.

4.2. 예외적 인정

4.2.1. 현행법을 체포한 경찰관의 범행목격 부분에 대한 법정진술

형사소송법 제312조 제3항의 입법취지를 충실하게 구현하기 위해서 우회적인 방법으로 사경면전의 피의자진술에 증거능력을 부여하는 시도를 차단하고 있지만 자칫하면 실제적 진실발견에 지장을 초래할 우려가 없지 않다. 따라서 강압수사의 예방과 실제적 진실발견이라는 양자의 조화하기 위하여 대법원은 현행법을 체포한 경찰관의 법정진술은 범행을 목격한 부분에 관하여는 어느 목격자와 다름없이 증거능력이 있고 다만 그 증거의 신빙성만 문제되는 것이라 할 것이며, 위와 같은 경찰관의 체포행위를 도운 자가 범인의 범행을 목격하였다는 취지의 진술은 그 사람이 경찰정보원이라 하더라도 그 증거능력을 부인할 아무런 이유가 없다고 한다.⁵²⁾ 그 이후에도 최근에 이르기까지 동일한 입장⁵³⁾을

50) 대법원 1994. 8. 9. 선고 94도1228 판결.

51) 대법원 1998. 3. 13. 선고 98도159 판결.

52) 대법원 1995. 5. 9. 선고 95도535 판결.

53) 대법원 2004. 6. 25. 선고 2004도2221 판결; 동 2006. 5. 25. 선고 2003도3935 판결.

고수하고 있는 것으로 평가되고 있다.⁵⁴⁾ 생각건대 현실적으로 현행법을 체포하는 경우에 체포경찰관 이외의 자가 현장을 목격하지 못하는 경우가 대부분이라는 점과 논리적으로 현행법을 체포한 경찰관의 진술은 타인의 진술을 전문한 것이 아니라 목격자로서의 직접증거라는 점을 감안하고 있다고 보인다. 다만 이때 범행을 목격한 부분에는 범행현장에서 행하는 피의자의 진술도 포함되어 있다고 볼 여지가 있는데 이러한 범위 내에서는 제312조 제3항의 적용범위가 제한된다고 말할 수 있다.⁵⁵⁾

4.2.2. 조사자 증언제도 - 조사내용의 증거사용 가능성

사법경찰관이 작성한 피의자신문조서는 앞서 살펴본 바와 같이 엄격한 요건이 충족되는 경우에만 증거로 사용될 수 있으므로 수사 과정에서 사법경찰관이 피의자신문으로부터 얻어낸 진술내용은 공판정에 증거로 현출될 가능성이 그만큼 적어진다. 하지만 피의자가 내용을 부인한다고 하더라도 피의자신문시의 해당 내용을 진술한 것이 사실이라면 그 진술 내용을 공판정에 증거로 현출할 방법이 마련되어야 한다는 논의가 있었다.⁵⁶⁾ 그 중에 하나가 피의자의 진술을 청취한 사법경찰관을 증인으로 채택하여 피의자의 진술내용을 증언하게 한 후 이 사법경찰관의 증언에 증거능력을 인정하는 방법이 있는데 이를 ‘조사자증언’ 제도라고 한다.⁵⁷⁾ 종래에 증거능력이 허용되지 않았던 피의자의 진술을 청취한 사

54) 신동운, 앞의 책, 970쪽.

55) 다만 피고인을 검거한 경찰관의 검거 당시 또는 조사 당시 피고인이 범행사실을 순순히 자백하였다는 취지의 법정증언이나 위 경찰관의 진술을 기재한 서류는 피고인이 그 경찰관 앞에서의 진술과는 달리 범행을 부인하는 이상 (구)형사소송법 제312조 제2항의 취지에 비추어 증거능력이 없다고 보아야 한다(대법원 1984. 2. 28. 선고 83도3223, 83감도538 판결, 동 2005. 11. 25. 선고 2005도5831 판결).

56) 금태섭, “피의자의 진술을 내용으로 하는 사법경찰관의 진술의 증거능력”, 형사판례연구 제15권(형사판례연구회, 2007), 407쪽 이하 참조.

57) 여기서 조사자란 검사 또는 사법경찰관 이외에 참여자인 사법경찰관리, 검찰청 수사관 등이 포함됨은 물론이다.

법경찰관을 증인으로 채택하여 피의자의 진술내용을 증언하게 한 후 형사소송법 제316조 제1항을 근거로 이 사법경찰관의 증언에 증거능력을 인정하는 방법이 2007년 신 형사소송법에 의하여 입법적으로 허용됨으로써⁵⁸⁾⁵⁹⁾ 형사소송법 제312조 제3항에 의한 차단효과가 이 부분에 한하여 배제되기에 이르렀다. 이러한 조사자 증언제도에 대하여 조사자는 자신이 조사하여 획득한 진술을 증언의 형태로 법정에서 현출시킬 수 있으므로 그 만큼 더 책임의식을 가지고 수사에 임하게 되며, 피고인은 조사자의 증언과정에서 조사자를 반대신문을 할 수 있어 방어권이 그 만큼 더 보장됨은 물론 사경단계의 진술이 조사자 증언을 통해 법정에서 현출될 수 있어 사경과 검사의 이중수사 문제도 어느 정도 완화될 것이라고 평가받고 있다. 다만 염려스러운 것은 이러한 규정을 기계적으로 운영하다 보면 자칫 경찰 수사 과정에서의 인권보호 등을 목적으로 하는 사법경찰관작성 피의자신문조서에 대한 증거능력 부여 규정(개정법 제312조 제3항)의 의미가 퇴색될 수도 있기 때문에 앞으로 조사자 증언에 대한 증명력을 평가함에 있어서는 학설 및 판례가 형성되어 가겠지만 신중하게 판단할 필요는 있다고 본다. ‘조사자 증언’ 제도를 도입함으로써 비교적 사안이 간단하고 경찰 조사 내용이 명확한 사건의 경우 검찰

58) 원래 사개추위의 구상은 검사작성의 피의자신문조서의 증거능력을 배제하면서 증거능력을 배제할 경우 형사소추권이 약화될 것을 우려되기 때문에 이를 보완하면서도 구두변론주의를 실현하기 위하여 “조사자 증언제도”를 도입한다는 것이었다. 그러나 형사소송법 제312조 제1항에 의하여 검사작성 피의자신문조서가 증거능력을 유지하게 되었고, 동시에 “조사자 증언제도”가 새로이 도입된다는 새로운 상황이 벌어지자, 학계로부터 개악이라는 비판을 받게 되었고, 그러한 의구심을 떨기 위하여 수사절차상의 적법 절차성을 대폭 강화하는 일련의 장치를 마련한 것이다. 예컨대 위법수집 증거배제법칙, 수사과정의 기록제도 등에 대한 검찰 측의 동의를 얻어낸 것을 들 수 있다.

59) 이에 의하면 조서의 증거능력이 부정되어도 그 속에 들어있는 진술의 증거능력이 부인되는 것은 아니므로 조서 이외의 다른 방법으로 그 ‘진술’ 자체를 입증하면 증거로 되는 것으로 독일의 직접주의적 접근방법이라고 할 것이다.

에서 다시 조사하지 않고 경찰 조사 내용을 믿고 그대로 기소하게 될 것이고, 재판 과정에서 피고인이 경찰 조서의 내용을 부인하여 증거로 사용할 수 없게 되더라도 조사 경찰관이 증인으로 나와 경찰 조사 내용에 대해 증언을 하면 되므로 불필요한 2중 조사의 불편을 상당히 시정할 것으로 기대된다.

한편으로 증언을 하게 되는 조사 경찰관은 나중에 위증 시비에 휘말릴 염려가 있어 앞으로 증언하는 조사자는 위증이나 허위공문서작성 등의 시비를 염두에 두고 더욱 더 공정하게 수사에 임하게 됨으로써 수사의 투명성 제고와 적법절차 준수를 촉진하게 되며, 불필요한 시비를 피하기 위하여 수사 과정에서의 영상녹화가 활성화되는 등 수사 방식이 인권친화적으로 전환되는 계기로 작용할 수 있을 것이다.⁶⁰⁾ 또한 경찰은 조사 경찰관의 증언을 통해 수사 단계의 피의자 진술을 법정에 현출하여 증거로 직접 활용할 수 있게 됨으로써 수사뿐 아니라 공판 과정에서도 중요한 역할을 담당하게 될 것으로 판단된다.

한편 피고인이 내용을 부인하는 사법경찰관이 작성한 피의자신문조서의 증거능력을 전문진술에 의하여 인정하는 경우에는 제312조 제3항(개정 전 제2항)의 규정은 무의미하게 된다는 점을 이유로 종래의 판례는 수사경찰관 뿐만 아니라 일반인의 증언이라 할지라도 피고인의 경찰 수사시의 진술을 내용으로 하는 이상 증거능력을 인정할 수 없다는 태도⁶¹⁾를 취하고 있었고, 학설도 이와 크게 다르지 않았다. 그러나 문제는

60) 특히 조사자증언제도와 관련하여 과거에는 수사기관이 조서를 작성하여 이를 재판부에 제출하고 법정에 나올 필요가 없었지만, 이제는 주된 업무장소가 법정인 것이므로 사법비용의 증거가 문제가 될 여지가 있다. 이러한 문제를 극복하기 위하여 현재의 약식명령제도와 즉결심판제도를 결합시키고 그 적용범위를 보다 확대한 형태의 소위 신속처리절차(신속처리절차는 다시 출석신속절차, 서면신속절차, 즉시심판절차 등으로 세분화되어, 서면신속절차는 지금의 약식절차에, 즉시심판절차는 지금의 즉결심판절차에 각각 대응하는 것이라고 할 수 있다. 다만 소추권자에서 경찰서장이 제외되고 검사로 통일된다는 점에서 차이가 있다)를 도입하려 한 바가 있었다.

61) 대법원 1983. 7. 26. 선고 82도385 판결; 동 1994. 9. 27. 선고 94도1905 판결 등.

개정법 하에서는 ‘조사경찰관이 아닌 일반인’이 경찰서에서 피고인의 진술을 들었다는 전문진술도 제316조 제1항에 따라 증거능력을 인정할 수 있는가에 대하여 현재 견해가 대립하고 있다. 즉, 제316조 제1항의 ‘조사에 참여한 자’의 해석문제와 관련하여 제243조의 수사기관만을 의미하는지 아니면, 제245조의 대질과정 등에 참여한 자 등이 포함되는가의 문제라고 하겠다. 이에 개정법 하에서 일반인의 경우도 조사경찰관과 마찬가지로 해석하려는 긍정설⁶²⁾과, 이제는 개정 형사소송법 제316조 제1항에 공소제기 전에 피고인을 피의자로 조사하였거나 그 조사에 참여하였던 자에 대하여만 특별규정을 둔 점을 근거로 한 부정설⁶³⁾의 대립이 있다. 최근 판례는 ‘형사소송법 제312조 제3항은 당해 피고인과 공범 관계에 있는 다른 피고인이나 피의자에 대한 피의자신문조서를 당해 피고인에 대한 유죄의 증거로 채택할 경우 당해 피고인이 공판기일에서 그 조서의 내용을 부인하면 증거능력이 부정된다고 판시하면서, 이러한 경우 그 공동피고인이 법정에서 경찰 수사 도중 피의자신문조서에 기재된 것과 같은 내용으로 진술하였다는 취지로 증언하였다고 하더라도, 이러한 증언은 원진술자인 공동피고인이 그 자신에 대한 경찰 작성의 피의자신문조서의 진정성립을 인정하는 취지에 불과하여 위 조서와 분리하여 독자적인 증거가치를 인정할 것은 아니므로, 위 조서의 증거능력이 부정되는 이상 위와 같은 증언 역시 이를 유죄 인정의 증거로 쓸 수 없다’고 판시한 바 있다.⁶⁴⁾ 생각건대 현행 형사소송법 제312조 제3항의 적용범위와 제316조 제1항의 개정취지를 함께 고려해 볼 때, 만약 제312조 제3항의 적용범위와 관련하여 사법경찰관의 수사 과정에서의 인권침해를 방지하기 위한 규정으로 이해한다면 일반 사인에까지 확대할 필요가 없어 긍정설을 취할 수도 있다. 더욱이 제316조 제1항이 단순

62) 정웅석/백승민, 사례 형사소송법(대명출판사, 2008), 145쪽.

63) 이재상, 신형사소송법 연습(박영사, 2007), 332쪽 이하.

64) 대법원 2009. 10. 15. 선고 2009도1889 판결.

히 ‘피고인을 조사하였거나 그 조사에 참여하였던 자’라고 규정하고 있기 때문에 그 ‘조사에 참여하였던 자’에 피해자 등 일반인이 포함된다고 해석할 여지가 전혀 없는 것은 아니다. 그러나 조사경찰관의 증언을 인정한 이상 일반인의 수사기관에서의 피고인의 진술을 내용으로 하는 증언을 인정할 필요가 없다는 점 등을 고려해 본다면 일반인의 경찰조사 시의 피고인의 진술을 들었다는 취지의 진술은 피고인이 내용을 부인하는 한 증거능력을 부인하는 것이 타당하며, 앞서 살펴본 조사자 증언제도의 입법취지에 비추어 보더라도 부정설이 타당하다고 판단된다.

V. 관련문제

1. 증거동의

검사와 피고인이 증거로 할 수 있음을 동의한 경우에는 그 진정성이 인정되는 조건으로 증거능력을 취득한다(제318조 제1항). 이 조항은 전문법칙에 의하여 증거능력이 없는 증거라 할지라도 당사자가 동의한 때에는 증거로 할 수 있도록 하여 불필요한 증인신문을 회피하는 것이 재판의 신속과 소송경제에 부합한다는 점을 고려한 것이다. 피의자신문조서도 피고인이 증거로 함에 동의한 때에는 성립의 진정이나 내용의 인정 등을 조사할 필요가 없기 때문에 피의자신문조서도 증거동의의 대상이 된다. 그러나 임의성 없는 자백의 증거능력제한은 절대적이므로 그러한 피의자신문조서에 대하여 증거로 함에 동의하더라도 증거능력이 인정되지 않는다. 여기서 만약 피고인이나 변호인이 피의자신문조서에 대하여 증거로 함에 부동의하였다면 이는 그 내용을 인정하지 않는다는 취지로 볼 것이다.⁶⁵⁾

2. 탄핵증거

내용을 부인한 사법경찰관 작성의 피의자신문조서는 유죄의 증거로 사용할 수는 없다. 그렇지만 탄핵증거로는 사용할 수 있는지가 문제될 수 있다.⁶⁶⁾ 이에 대하여 입법론적으로는 타당하지 않지만 제318조의2의 명문의 규정상 피고인의 진술이 탄핵대상으로 되어 있을 뿐만 아니라 별도로 제312조 제3항(개정 전 제312조 제2항)을 제외하고 있지 않은 이상 내용을 부인한 사법경찰관 작성 피의자신문조서도 탄핵증거로 사용할 수 있다는 긍정설⁶⁷⁾과, 피고인의 진술이 탄핵의 대상이 아니므로 당연한 논리로서 내용 부인한 사법경찰관작성의 피의자신문조서는 탄핵증거로 할 수 없다거나⁶⁸⁾, 피고인의 진술도 탄핵대상이라는 견해를 취하면서도 사법경찰관 작성 피의자신문조서만은 내용을 부인한 경우

65) 사법연수원, 형사증거법 및 사실인정론(2009), 47쪽.

66) 이와 관련해 우선 피고인의 진술도 탄핵의 대상이 되는가와 관련하여 입법론상 재검토는 필요하지만 형사소송법 제318조의2가 명문으로 규정하고 있는 점과 공판정에서 행한 피고인의 진술은 증거능력이 인정되므로 피고인 진술의 증명력을 다룰 필요성이 인정된다는 점에서 피고인의 진술도 탄핵의 대상이 된다는 긍정설(이재상, 앞의 책, 567쪽; 신동운, 앞의 책, 900쪽; 임동규, 앞의 책, 546쪽)과 피고인이 공판정 외에서 부인하였다가 공판정에서 자백한 경우는 검사가 공판정 자백의 증명력을 다룰 필요가 없고, 피고인이 수사기관에서 자백하였다고 공판정에서 부인하는 경우에 공판정의 부인진술의 증명력을 증거능력 없는 공판정 외 자백으로 탄핵하는 것은 자백편중의 수사 관행을 부추길 우려가 있다는 점을 근거로 피고인의 진술은 탄핵의 대상이 되지 않는다는 부정설(백형구, 앞의 논문, 804쪽; 배종대/이상돈, 앞의 책, 634쪽; 신양균, 앞의 책, 794쪽(개설); 정웅석, 앞의 책, 1047쪽)의 대립이 있다.

67) 이재상, 위의 책, 567쪽; 임동규, 위의 책, 546쪽; 신양균, 형사소송법(1999), 550쪽; 김동운, “피고인이 내용을 부인하여 증거능력이 없는 사법경찰관 작성의 피의자신문조서등을 탄핵증거로 사용하기 위한 요건”, 법원판례해설 제30호(법원도서관, 1998), 634-635쪽; 이완규, “사법경찰관작성 피의자신문조서와 탄핵증거”, 형사판례연구 15권(한국형사판례연구회, 2007), 398쪽.

68) 배종대/이상돈, 앞의 책, 634-635쪽; 백형구, 앞의 책, 804쪽; 신양균, 형사소송법 제2판(법문사, 2004), 794쪽; 정웅석, 앞의 책, 1047쪽.

위법수사의 방지장치라는 별도의 기능을 수행하고 있다는 점을 고려해 탄핵증거로 사용할 수 없다⁶⁹⁾는 부정설이 있다. 이에 판례는 ‘검사가 유죄의 자료로 제출한 사법경찰관 작성의 피고인에 대한 피의자신문조서는 피고인이 그 내용을 부인하는 이상 증거능력이 없으나, 그것이 임의로 작성된 것이 아니라고 의심할 만한 사정이 없는 한 피고인의 법정에서의 진술을 탄핵하기 위한 반대증거로 사용할 수 있다’고 판시하여⁷⁰⁾ 긍정설을 분명히 하고 있다. 생각건대 형사소송법이 개정되어 자백이 기재된 사법경찰관 작성의 피의자신문조서에 대하여 내용을 부인하여도 제316조 제1항의 조사자증언을 통하여 그 증언의 증거능력이 인정되어 본증으로 사용될 가능성이 있으므로 과거와 달리 탄핵증거로 사용할 수 있는가의 문제는 그 의미가 다소 반감되었다고 판단된다.

그러나 여전히 조서에 기재된 자백 이외의 여러 가지 진술과 관련해 피고인이 공판정에서 이와 다른 진술을 하는 경우에 이를 탄핵함으로써 결과적으로 피고인의 전체 진술의 신빙성을 좌우하는데 사용될 수 있으므로 긍정설이 타당하다고 본다.

69) 신동운, 앞의 책, 900쪽.

70) 대법원 2005. 8. 19. 선고 2005도2617 판결. 또한 탄핵증거는 범죄 사실을 인정하는 증거가 아니므로 엄격한 증거조사를 거쳐야 할 필요가 없음은 형사소송법 제318조의 2의 규정에 따라 명백하나 법정에서 이에 대한 탄핵증거로서의 증거조사는 필요한 것이고, 한편 증거신청의 방식에 관하여 규정한 형사소송규칙 제132조 제1항의 취지에 비추어 보면 탄핵증거의 제출에 있어서도 상대방에게 이에 대한 공격방어의 수단을 강구할 기회를 사전에 부여하여야 한다는 점에서 그 증거와 증명하고자 하는 사실과의 관계 및 입증취지 등을 미리 구체적으로 명시하여야 할 것이므로, 증명력을 다투고자 하는 증거의 어느 부분에 의하여 진술의 어느 부분을 다투려고 한다는 것을 사전에 상대방에게 알려야 한다. 비록 당초 증거제출 당시 탄핵증거라는 입증취지를 명시하지 아니하였지만 피고인의 법정 진술에 대한 탄핵증거로서의 증거조사절차가 대부분 이루어졌다고 볼 수 있는 점 등의 사정에 비추어 위 피의자신문조서를 피고인의 법정 진술에 대한 탄핵증거로 사용할 수 있다.

3. 입법론에 관련된 논의

현재 형사소송법 제312조 제3항에 대해서는 범인이 범행 직후 사법경찰관의 면전에서 자백하였으나 시간경과와 아울러 유죄판결의 가능성이 높아지면서 법정에서 종전 자백을 부인하는 수단으로 사용되는데 이는 실체적 진실발견의 측면에서 바람직하지 않을 뿐만 아니라, 조서작성의 노력을 무위로 돌려 국가의 인적·물적 자원의 효율적 활용 측면에서도 불합리하다는 점, 반면에 증거능력이 완화된다는 점, 검사작성의 피의자신문조서가 증거로 중시되는 관계로 필수적으로 행해져 무용한 절차의 반복이라는 비판이 일선 수사담당 경찰관들을 중심으로 강력하게 문제제기를 하고 있는 상황이다. 이에 한 걸음 더 나아가 통상적인 전문법칙의 예외법리에 따라 증거능력을 인정할 수 있도록 제312조 제3항을 개정하자는 주장도 함께 펼치고 있다.

그러나 피고인의 방어권을 보장하기 위해서는 공개된 법정에서 원본 증거에 의하여 법원이 심증을 형성하는 것이 바람직하다는 이른바 공판 중심주의 측면에서 보면 수사기관이 작성한 조서의 증거능력을 제한하는 것이 오히려 바람직하고 필요하게 된다. 그리고 최근 개정된 형사소송법에 의하면 위법수집증거배제법칙(제308조의2), 변호인의 피의자신문참여권(제243조의2), 진술거부권고지의 실질화(제244조의3), 수사과정기록제도(제244조의4), 영장실질심사제도의 전면 실시(제201조의2 제1항) 등을 바탕으로 수사절차의 적법성과 투명성을 확충함과 동시에 신 형사소송법이 조사자 증언을 도입함으로써 피의자를 조사하였던 사법경찰관이 법정에서 피의자였던 피고인의 진술을 증언할 수 있게 되었기 때문에 실체적 진실발견을 위한 장치를 더욱 보완하고 있다는 점에 비추어 보면 제312조 제3항에 대한 입법적 비판은 그만큼 설득력이 약화되고 있음을 부인할 수가 없다.⁷¹⁾

71) 신동운, 앞의 책, 974쪽. 그 외에도 판례가 현행법을 철폐한 경찰관이 공판정에서

Ⅵ. 결 론

현행 형사소송법상 사법경찰관작성의 피의자신문조서는 형사소송법 제312조 제3항에 따라 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 피고인 또는 변호인이 그 내용을 인정한 경우에 한하여 증거능력을 부여받게 되어 있다. 그렇기 때문에 사법경찰관은 종래 전문증거의 증거능력을 인정하는 다른 예외규정을 근거로 사법경찰관 면전에서 행해진 피의자의 진술에 증거능력을 인정받으려는 시도가 꾸준히 있어왔다. 그러나 판례는 형사소송법 제312조 제3항의 입법취지를 충실하게 구현하기 위하여 일관되게 형사소송법 제312조 제3항을 다른 규정에 우선하여 적용함으로써 내용이 부인된 사법경찰관 면전의 피의자진술에 증거능력을 인정하지 않고 있었지만, 최근 조사자 증언만이 입법을 통하여 허용된 상황이다. 주목해야 할 것은 현행법이 검사 작성의 피의자신문조서의 예외 인정요건에 있어서 차별을 두고 있다는 것이다. 그러나 내용을 부인하면 증거능력을 부정해야 조서재판을 극복하고 공판중심주의를 실현할 수 있기 때문에 입법론적으로는 오히려 사법경찰관 작성의 피의자신문조서와 동일하게 규정하는 것이 타당하다고 본다. 다만 여기서 피의자신문조서는 피고인의 법정진술의 증명력에 대한 탄핵증거로 적극 활용케 함이 타당하다고 본다.

(투고일 2009년 6월 15일, 심사일 2009년 6월 24일, 게재확정일 2009년 7월 14일)

주제어 : 전문증거, 증거능력, 사법경찰관 작성의 피의자신문조서, 조서 재판, 탄핵증거

선서하고 ‘범행을 목격하였다’는 내용의 진술을 하는 경우에 대해서는 형사소송법 제312조 제3항의 제한을 가하지 않기로 하였다는 점 또한 사법경찰관리 작성의 피의자신문조서를 증거로 사용해야 할 필요성을 크게 감소시키고 있다는 지적을 하고 있다.

참고문헌

1. 단행본

- 김형진, 공판외 진술의 증거능력, 형사증거법(하), 법원행정처, 1984.
- 노명선, 형사소송법 사례연구, 성균관대학교 출판부, 2008.
- 노명선/이완규, 형사소송법, 성균관대학교 출판부, 2009.
- 법원행정처, 법원실무제요 형사(Ⅱ), 2008.
- 사법연수원, 형사증거법 및 사실인정론, 2009.
- 손동권, 형사소송법, 세창출판사, 2008.
- 신동운, 신형사소송법(제2판), 법문사, 2009.
- 신양균, 신판 형사소송법, 화산미디어, 2009.
- 이상돈, 제2판 형사소송법 연습, 법문사, 2001.
- 이재상, 신형사소송법 연습, 박영사, 2007.
- _____, 신형사소송법, 박영사, 2007.
- 임동규, 제6판 형사소송법, 법문사, 2009.
- 정웅석/백승민, 사례 형사소송법, 대명출판사, 2008.
- 차용석/백형구, 주석 형사소송법 3권(제3판), 한국사법행정학회, 1999.

2. 논문

- 김태섭, “피의자의 진술을 내용으로 하는 사법경찰관의 진술의 증거능력”, 형사판례연구 제15권, 형사판례연구회, 2007.
- 김동윤, “피고인이 내용을 부인하여 증거능력이 없는 사법경찰리 작성의 피의자신문조서등을 탄핵증거로 사용하기 위한 요건”, 법원판례해설 제30호, 법원도서관, 1998.

- 김성주, “공동피고인의 자백의 증거능력, 재판실무연구”, 광주지방법원 2000.
- 김영갑, “서증의 증거능력과 증거조사방법의 비교검토”, 형사재판의 제 문제 2권, 형사실무연구회, 1999.
- 김영철, “변호인의 피의자신문참여권”, 고시계 2005. 3.
- _____, “수사절차에서의 개선입법론”, 형사법연구 제22호, 한국형사법학회, 2004.
- 백형구, “공범자의 자백의 증거능력과 증명력”, 변호사 23집, 서울지방 변호사회, 1993.
- 사법제도개혁추진위원회 기획추진단, “형사소송법 개정안 논의를 위한 실무위원회 소위원회 활동 경과”, 2005. 7.
- 신동운, “사법개혁추진과 형사증거법의 개정”, 법학 제47권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2006.
- _____, “제정 형사소송법의 성립경위”, 형사법연구, 제22호, 한국형사법학회, 2004.
- 신이철, “형사증거법에서의 공범자진술에 관한 연구”, 건국대학교 박사학위논문, 2008.
- 이백철, “영미법계의 수사구조와 우리나라 수사권의 합리적 배분방안”, 치안연구소, 2004.
- 이완규, “공범인 피고인에 대한 경찰 피의자신문조서의 증거능력”, 형사법의 신동향 통권 제18호, 대검찰청, 2009.
- 이완규, “사법경찰관작성 피의자신문조서와 탄핵증거”, 형사판례연구 15권, 한국형사판례연구회, 2007.
- 이은모, “피의자의 조사와 자백”, 고시연구, 2005. 10.
- 이재홍, “공범 중 어느 한사람에 대한 사법경찰관작성의 피의자신문조서가 다른 공범에 대한 증거로 될 수 있는 요건”, 판례월보 제207호, 1987. 12.

이현종, “수사기관 작성 조서의 증거능력, 형사재판의 쟁점과 과제”, 사법발전재단, 2008. 8.

정진연/신이철, “형사소송법 제313조 제1항의 해석과 관련한 소고”, 성균관법학 제17권3호, 성균관대학교 비교법연구소, 2005. 12.

황종국, “공범의 자백”, 사법논집 제26집, 1995.

[Abstract]

Recognition Requirement and Application Scope of A Suspect's Interrogatory Written by a Judicial Police Officer

Yi-Chul Shin*

A Suspect's Interrogatory Written by a Judicial Police Officer is supposed to be granted its admissibility of evidence as deemed to be drawn up in due process and method only the accused or attorney admit it in accord with article 312, clause 3, the Criminal Procedure Code. According to the law now in force, it makes a discrimination in the exceptional recognition requirement of a suspect's interrogatory written by a prosecutor against, but in a legislative aspect, it is considered rather valid to be provided as same as a suspect's interrogatory written by a judicial police officer.

Since if one denies content, a public trial focusing principle can be realized only by getting over a trial by an interrogatory. So a suspect's interrogatory is considered valid to be positively utilized as a impeachment evidence to the evidence of the accused's legal statement.

Key Words : hearsay evidence, admissibility of evidence, Interrogatory Written by a Judicial Police Officer, trial by dossiers, impeachment evidence

* professor, department of police administration, wonkwang Digital university.