형사정책연구 Korean Criminological Review
제31권 제2호(통권 제122호, 2020・여름)

개정 형사소송법 하에서 실질적 진정성립 및 특신상태 요소의 증거법적 기능에 관한 전망

이형근*

국 | 문 | 요 | 약

2020년 개정 형사소송법은 수사기관 작성 피의자신문조서의 증거능력 인정요건을 적법한 절차와 방식 및 내용인정으로 단일화하였다. 따라서 실질적 진정성립과 특신상태가 피의자신문조서에 대한 증거법적 평가 과정에 직접적으로 기능하기는 어렵게 되었다. 그러나 피의자신문조서의 증거능력과 증명력 평가에 적용되는 판단기준이 다양하고, 각 판단기준 간에 중첩되는 부분도 있어 실질적 진정성립과 특신상태가 피의자신문조서에 대한 증거법적 평가 과정에 간접적으로 기능할 여지는 있을 것으로 생각되었다. 이에 본연구는 피의자신문조서의 증거능력과 증명력에 관한 학설과 판례를 종합적으로 고찰하여, 개정 형사소송법 하에서 실질적 진정성립과 특신상태가 어떠한 증거법적 기능을 할지 전망해 보고자 하였다.

관련 학설과 판례를 고찰한바, 적법한 절차와 방식, 실질적 진정성립, 특신상태, 임의성 등 증거능력 인정요건의 판단기준이 되는 하위 구성요소가 다양하고 하나의 하위 구성요소가 둘 이상의 증거법칙과 연관되는 경우가 있다는 점, 증거능력 인정요건 중 진정성립, 특신상태 등은 증명력의 문제와 엄격히 구별되지 못하고 있다는 점 등을 확인할 수 있었다. 이와 같은 검토 결과 등을 토대로 본연구는 실질적 진정성립과 특신상태가 피의자신문조서에 대한 증거법적 평가 과정에 간접적으로 기능할 여지를 △ 법률상 다른 요건의 이름으로 기능할 가능성, △ 증명력 평가의 기준으로 기능할 가능성, △ 조사자 증언의 요건인 특신상태를 매개로 기능할 가능성, △ 탄핵증거 사용에 관한 절충점으로 기능할 가능성, △ 공판 내외 진술증거의 적정화 장치로 기능할 가능성 등으로 나누어 전망해 보았다. 아울러 두 가지 요건이 법률상 다른 요건의 이름을 기능할 경우 위반 효과가 미치는 범위, 증거동의의 허용 여부, 탄핵증거로의 사용 가능성 등에 있어 차이가 있을 수 있음을 전망하였다.

본연구에서의 전망은 대부분 현행 형사소송법 하에서도 존재하는 기능을 재확인한 것에 불과하지만, 개정 형사소송법의 시행을 앞둔 시점에서 두 가지 요건의 의미와 기능을 미리 음미해봄으로써 ‘ 실질적 진정성립과 특신상태는 더 이상 법률상 요건이 아니므로 수사와 재판에서의 고려사항이 아니다. ’ 라는 인식에 신중을 기해야 함을 지적하고자 하였다.

DOI : https://doi.org/10.36889/KCR.2020.06.30.2.149

❖ 주제어 : 개정 형사소송법, 실질적 진정성립, 특신상태, 증거능력, 증명력.

* 경찰수사연수원 경정(Korean Police Investigation Academy, Superintendent)

Ⅰ. 서론

2020년 1월 13일 세칭 ‘수사권 조정’을 주요 내용으로 하는 형사소송법 일부개정 법률안이 국회 본회의를 통과하였다. 개정 형사소송법은 검사와 사법경찰관의 관계(제195조), 검사와 사법경찰관의 수사권(제196조, 제197조) 등 수사권 조정에 관한 조항뿐만 아니라 검사 작성 피의자신문조서의 증거능력 인정요건(제312조)에 관한 조항도 개정하였다. 개정 형사소송법상 검사 작성 피의자신문조서의 증거능력 인정요건은 ‘적법한 절차와 방식에 따라 작성되었을 것(이하 ‘적법한 절차와 방식’)’과 ‘공판준비 또는 공판기일에 그 피의자였던 피고인 또는 변호인이 그 내용을 인정할 것(이하 ‘내용인정’)’이다. 이로써 수사기관 작성 피의자신문조서의 증거능력 인정요건이 단일화되게 되었다[1]. 따라서 개정 형사소송법 하에서 ‘실질적 진정성립’과 ‘특신상태’ 요건이 수사기관 작성 피의자신문조서의 증거능력 인정요건 등으로 ‘직접’ 기능하지는 못할 것으로 생각된다.

그런데 실질적 진정성립과 특신상태의 판단기준이 되는 하위 구성요소가 다양하고, 특히 특신상태는 현재까지도 추상적·다의적 개념으로 남아있어, 이 두 가지 요건의 판단기준이 되는 하위 구성요소가 법률상 다른 요건(예: 임의성)의 이름을 ‘빌어’ 기능할 가능성은 배제할 수 없을 것이라는 생각을 하게 되었다. 또한, 개정 형사소송법이 조사자 증언에 관한 제316조에서 특신상태 요건을 삭제하지 않아, 수사기관이 피의자신문 및 조서작성 과정에서 특신상태 요건을 고려하지 않기는 어려울 것이라는 생각이 들었다. 아울러 이 두 가지 요건이 피의자신문조서의 탄핵증거 인부, 증명력 평가 등에 있어 일정한 기능을 할 여지는 없는지 의문이 들었다. 이에 본연구는 개정 형사소송법의 시행을 앞둔 시점에서 피의자신문조서의 증거능력과 증명력에 관한 학설과 판례를 일별해 보고(Ⅱ, Ⅲ), 개정 형사소송법 하에서 실질적 진정성립과 특신상태 요소의 증거법적 기능을 전망해 보고자 하였다(Ⅳ).

---

1) 현행 형사소송법상 검사 작성 피의자신문조서의 증거능력 인정요건은 ‘적법한 절차와 방식’, ‘피고인이 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음이 피고인의 진술에 의하여 인정되거나, 영상녹화물 그 밖의 객관적인 방법에 의하여 증명될 것(이하 ‘실질적 진정성립’)’, ‘조서에 기재된 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음이 증명될 것(이하 ‘특신상태’)’이다(제312조 제1항, 제2항).

Ⅱ. 피의자신문조서의 증거능력 인정요건

현행 형사소송법상 피의자신문조서의 증거능력 인정요건은 전문법칙 요건과 기타 요건으로 나뉜다. 전문법칙 요건은 적법한 절차와 방식, 실질적 진정성립, 특신상태, 내용인정이다(제312조). 이 중 적법한 절차와 방식은 검사의 조서와 사법경찰관의 조서에 공통되는 요건이고, 내용인정은 사법경찰관의 조서에만 요구되는 요건이다. 전문법칙 요건과 관련하여, 사법경찰관 작성 피의자신문조서의 전문법칙 요건에는 검사작성 피의자신문조서의 전문법칙 요건에 더하여 내용인정이라는 요건이 추가로 포함되어 있다는 견해가 있었다[2]. 즉, 사법경찰관 작성 피의자신문조서의 전문법칙 요건은 적법한 절차와 방식, 실질적 진정성립, 특신상태 및 내용인정이라는 것이다. 신동운(2014)은 "이것은 사법경찰관 면전 피의자신문조서가 검사 면전 피의자신문조서에 비하여 증거능력 부여의 요건을 강화한 것이라는 논리적 구조에서 추론된다."라고 설명하였다[3]. 기타 요건에는 위법수집증거배제(제308조의2), 자백배제(제309조), 임의성(제317조) 등이 포함된다. 위법수집증거배제는 모든 증거에 공통되는 증거법칙이고, 자백배제는 인적 증거 중 자백에 한정되는 증거법칙인 점을 고려하여, 본장에서는 피의자신문조서의 증거능력 인정요건을 전문법칙과 임의성에 한정하여 고찰하고(제1절 - 제5절), 관련 문제로 조사자 증언의 요건을 살펴보고자 한다(제6절).

1. 적법한 절차와 방식

형사소송법은 피의자신문조서를 비롯한 각종 조서의 증거능력 인정요건으로 적

2) 신동운, 신형사소송법 제5판, 법문사, 2014, 1184면.

3) 이와 같은 견해에 따르면, 개정 형사소송법에 따라 검사 작성 피의자신문조서의 증거능력 인정요건은 강화(규정상 내용인정 신설)된 반면, 사법경찰관 작성 피의자신문조서의 증거능력 인정요건은 완화(해석상 실질적 진정성립 및 특신상태 제외)된 것으로 평가될 여지가 있다. 검사 작성 피의자신문조서의 증거능력 인정요건에서 삭제된 요소가 더 이상 '강화'라는 논리를 통해 사법경찰관 작성 피의자신문조서의 증거능력 인정요건으로 원용될 수는 없을 것이기 때문이다. 다만, 종래에 내용인정의 의미와 내용에 관한 연구, 내용인정과 다른 전문법칙 요건과의 관계에 관한 연구가 많지 않았던 관계로, 개정 형사소송법의 시행과 더불어 보다 심층적인 논의가 필요할 것으로 생각된다.

법한 절차와 방식을 규정하고 있다(제312조)[4]. 적법한 절차와 방식은 "피의자에 대한 조서작성 과정에서 지켜야 할 진술거부권의 고지 등 형사소송법이 정한 제반절차를 준수하고 조서의 작성방식에도 어긋남이 없어야 [함]"을 의미한다[5]. 적법한 절차와 방식은 2007년 개정 형사소송법을 통해 신설된 요건이다. 구법 하에서는 진정성립에 형식적 진정성립과 실질적 진정성립이 포함되는 것으로 보고, 간인 및 기명날인 또는 서명 등 조서작성 과정에서의 제반절차 위반을 형식적 진정성립 위반으로 보았다[6]. 따라서 형식적 진정성립이 1954년 제정 형사소송법 때부터 요구되던 요건이라면, 형식적 진정성립 외의 적법한 절차와 방식은 2007년 개정 형사소송법을 통해 비로소 신설된 것으로 볼 수 있다.

적법한 절차와 방식의 판단기준이 되는 하위 구성요소에는 ① 간인 및 기명날인 또는 서명의 진정성(형식적 진정성립: 제57조, 제244조 제3항)[7], ② 신문자의 적법성(제241조, 제242조)[8], ③ 참여자의 적법성(제243조)[9], ④ 이익되는 사실을 진술할 기회의 부여 여부(제242조)[10], ⑤ 변호인의 참여권 보장 여부(제243조의2)[11], ⑥

4) 피의자신문조서(제312조 제1항, 제3항), 진술조서(제4항), 진술서(제5항), 검증조서(제6항) 등에 공통되는 증거능력 인정요건이다.

5) 대법원 2013. 3. 28. 선고 2010도3359 판결.

6) 신동운, 앞의 책, 1163면; 노명선·이완규, 형사소송법 제4판, 성균관대학교 출판부, 2015, 489면; 대법원 1984. 6. 26. 선고 84도748 판결. 동 판결은 "형사소송법 제312조 제1항에서 말하는 검사작성의 피의자신문조서의 성립의 진정이라 함은 간인, 서명, 날인 등 조서의 형식적인 진정성립 뿐만 아니라 그 조서가 진술자의 진술내용대로 기재된 것이라는 실질적인 진정성립까지 포함하는 뜻으로 풀이하여야 한다."라고 판시하였다.

7) 대법원 1967. 9. 5. 선고 67도59 판결, 대법원 1993. 4. 23. 선고 92도2908 판결, 대법원 1999. 4. 13. 선고 99도23 판결, 대법원 2001. 9. 28. 선고 2001도4091 판결.

8) 대법원 1982. 3. 9. 선고 82도63·82감도15(병합) 판결, 대법원 1982. 12. 28. 선고 82도1080 판결, 대법원 1990. 9. 28. 선고 90도1483 판결, 대법원 2003. 10. 9. 선고 2002도4372 판결, 대법원 2010. 4. 15. 선고 2010도1107 판결.

9) 손동권·신이철, 새로운 형사소송법 제3판, 세창출판사, 2016, 599면; 신동운, 앞의 책, 261면; 이지은·박노섭, 사법경찰관의 피의자 신문시 '참여'의 법적 성질에 관한 연구, 형사법연구 제27권 제3호, 2015, 4면.

10) 변종필, '적법한 절차'를 위반한 사법경찰관 작성 피의자신문조서의 증거능력, 형사법연구 제25권 제4호, 2013, 334면; 신동운, 앞의 책, 1167면; 이형근·백윤석, 피의자신문조서의 왜곡에 대한 증거법적 평가방향: 왜곡에 대한 일반인과 변호사의 인식 비교연구, 경찰학연구 제19권 제4호, 2019, 141면.

11) 대법원 2003. 11. 11. 자 2003모402 결정, 대법원 2008. 9. 12. 자 2008모793 결정, 대법원 2013. 3. 28. 선고 2010도3359 판결.

조서작성 원칙 규정의 준수 여부(제244조 제1항)[12], ⑦ 조서의 열람 또는 낭독 여부(제244조 제2항)[13], ⑧ 진술거부권 등의 고지 여부(제244조의3 제1항)[14], ⑨ 수사과정의 기록 여부(제244조의4)[15], ⑩ 실질적 진정성립 등에 관한 피의자의 이의나 의견을 기재하는 방식의 준수 여부(제244조 제3항)[16], ⑪ 진술거부권 등의 고지에 따른 피의자의 답변을 기재하는 방식의 준수 여부(제244조의3 제2항)[17] 등이 포함된다. 이상의 하위 구성요소 중에는 대법원 판결 등을 통해 적법한 절차와 방식의 판단기준임이 확정된 것도 있고(①, ②, ⑤, ⑦, ⑧, ⑨, ⑪), 학계 등에서 판단기준으로 거론된 것도 있다(③, ④, ⑥, ⑩). 따라서 적법한 절차와 방식의 판단기준이 되는 하위 구성요소는 가변적이다.

적법한 절차와 방식 위반의 효과는 당해 조서 '전체'의 증거능력 불인정이다. 대법원은 형식적 진정성립이 인정되지 않는 사안에서 당해 조서 전체의 증거능력을 부정하였고[18], 형식적 진정성립 외의 적법한 절차와 방식을 위반한 사안에서도 당해 조서 전체의 증거능력을 부정한 바 있다[19]. 또한, 단순한 위반의 경우에는 전문법칙만 적용되는 반면, 중대한 위반의 경우에는 위법수집증거배제법칙도 적용된다[20]. 대법원은 진술거부권 등을 고지하였으나 고지에 따른 피의자의 답변 기재 방식(자필 등)을 위반한 사안에는 제312조만 적용하였으나[21], 아예 진술거부권 등을

12) 변종필, 앞의 논문, 334면; 손동권·신이철, 앞의 책, 599면; 신동운, 앞의 책, 1167면.

13) 대법원 1993. 5. 14. 93도486 판결. 동 판결은 "피의자신문조서를 작성함에 있어 피고인들에게 조서의 기재내용을 알려주지 아니하였다 하더라도 그 사실만으로는 피의자신문조서의 증거능력이 없다고 할 수 없다."라고 판시하였으나, 2007년 개정 형사소송법이 제312조에 적법한 절차와 방식 요건을 신설함으로써 이와 같은 판례의 태도는 입법적으로 극복된 것으로 평가되고 있다(신동운, 앞의 책, 269면).

14) 대법원 2009. 3. 12. 선고 2008도11437 판결, 대법원 2009. 8. 20. 선고 2008도8213 판결, 대법원 2011. 11. 10. 선고 2011도8125 판결.

15) 대법원 2015. 4. 23. 선고 2013도3790 판결.

16) 이형근·백윤석, 앞의 논문, 141면.

17) 대법원 2013. 3. 28. 선고 2010도3359 판결.

18) 대법원 2001. 9. 28. 선고 2001도4091 판결.

19) 대법원 2013. 3. 28. 선고 2010도3359 판결.

20) 손동권·신이철, 앞의 책, 599-600면; 신동운, 앞의 책, 1168면; 신양균, 신판 형사소송법, 화산미디어, 2009, 784면.

21) 대법원 2013. 3. 28. 선고 2010도3359 판결.

고지하지 않은 사안에는 제308조의2도 적용한 바 있다[22]. 후자의 경우에는 피고인이나 변호인이 증거로 함에 동의하더라도 본증이 될 수 없고[23], 탄핵증거로도 사용될 수 없다[24].

2. 실질적 진정성립

현행 형사소송법은 피의자신문조서, 진술조서 등의 증거능력 인정요건으로 실질적 진정성립을 규정하고 있다(제312조 제1항, 제4항, 제5항). 실질적 진정성립은 피의자 등이 "적극적으로 진술한 내용이 그 진술대로 기재되어 있어야 한다는 것뿐 아니라 진술하지 아니한 내용이 진술한 것처럼 기재되어 있지 아니할 것"을 의미한다[25]. 진정성립은 1954년 제정 형사소송법 때부터 존재하던 요건인데, 학설과 판례는 진정성립을 형식적 진정성립과 실질적 진정성립으로 나누어 논의하였다[26]. 다만, 대법원은 형식적 진정성립으로부터 실질적 진정성립은 물론 특신상태와 임의성까지 연쇄적으로 추정하는 판례이론을 정립하여 장기간 사용해 오다가[27], 2004년에 이르러서야 이와 같은 추정방식을 폐기하였다[28]. 2004년 대법원의 전원합의체 판결로 인해 실질적 진정성립은 피고인의 공판정 진술에 의해서만 인정될 수 있게 되었고, 증거법적으로 내용인정과 거의 대등한 의미를 갖게 되었다[29]. 이후 2007년 개정 형사소송법은 실질적 진정성립을 영상녹화물 등으로 증명하는 소위 '대체증명' 방식을 도입하였고, 2020년 개정 형사소송법은 실질적 진정성립 요건과 함께 대체증명 방식을 삭제하였다.

앞서 대법원이 제시한 실질적 진정성립의 의미를 설명하였다[30]. 이를 통해 실질

22) 대법원 2009. 8. 20. 선고 2008도8213 판결.
23) 신동운, 앞의 책, 1168면.
24) 이형근·백윤석, 앞의 논문, 141면.
25) 대법원 2013. 3. 14. 선고 2011도8325 판결.
26) 신동운, 앞의 책, 1163면; 대법원 1984. 6. 26. 선고 84도748 판결.
27) 대법원 1980. 12. 23. 선고 80도2570 판결, 대법원 1982. 6. 8. 선고 82도754 판결, 대법원 1983. 3. 8. 선고 82도3248 판결, 대법원 1984. 6. 26. 선고 84도748 판결.
28) 대법원 2004. 12. 16. 선고 2002도537 전원합의체 판결.
29) 신동운, 앞의 책, 1170면.

적 진정성립이 인정되기 위해서는, (1) 피의자가 적극적으로 진술한 내용이 조서에 기재되어야 한다는 점, (2) 피의자가 진술한 내용은 피의자가 진술한 것과 동일하게 조서에 기재되어야 한다는 점, (3) 피의자가 진술하지 않은 내용은 조서에 기재되지 않아야 한다는 점 등을 알 수 있다[31]. 이형근 등(2014, 2019)은 사례연구 등을 통해 실질적 진정성립 위반, 즉 조서왜곡의 하위유형을 ① 답변생략, ② 문답생략, ③ 답변의 뚜렷한 조작, ④ 답변의 미묘한 조작, ⑤ 질문조작, ⑥ 문답추가, ⑦ 문답전환, ⑧ 사전면담·신문, ⑨ 조서편집 등으로 분류하였다[32]. 조서왜곡의 하위유형 중에는 대법원 판결의 개념요소에 포섭되는 것도 있고[①, ② → (1); ③, ④ → (2); ⑥ → (3)], 정확히 포섭되지 않는 것도 있다[⑤, ⑦, ⑧, ⑨]. 한편, 조서가 속기록과 같이 진술자의 진술을 빠짐없이 모두 기재하는 방식으로 작성되어야 하는 것은 아니나, 공소사실을 유죄로 인정하기 위한 구성요건적 사실이나 핵심적 정황에 관한 사실에 있어서는 진술과 조서 간에 차이가 없어야 한다[33].

실질적 진정성립 위반의 효과는 당해 조서 중 '해당 부분'의 증거능력 불인정이다. 적법한 절차와 방식에 대한 판단과 달리 실질적 진정성립에 대한 판단은 조서에 기재된 각각의 진술에 대해 개별적으로 이루어지기 때문이다[34]. 따라서 피고인이나 변호인은 실질적 진정성립을 부정하는 부분을 특정해야 하고[35], 법원은 실질적 진

30) 대법원 2013. 3. 14. 선고 2011도8325 판결.

31) 이형근·백윤석, 앞의 논문, 142면.

32) 이형근·조은경, 피의자신문조서의 왜곡 유형과 정도에 관한 연구: 조서와 영상녹화물의 비교를 통한 사례연구, 경찰학연구 제14권 제2호, 2014, 38면; 이형근·백윤석, 앞의 논문, 145-146면. ① 답변생략: 어떤 답변의 전부 또는 일부를 조서에서 생략하는 경우, ② 문답생략: 어떤 질문과 그 질문에 대한 답변을 함께 조서에서 생략하는 경우, ③ 답변의 뚜렷한 조작: 어떤 답변의 전부 또는 일부를 실제와 다르게 조서에 기재하는 경우, ④ 답변의 미묘한 조작: 어떤 답변의 취지, 뉘앙스 등을 실제와 다르게 조서에 기재하는 경우, ⑤ 질문조작: 어떤 질문의 전부 또는 일부를 실제와 다르게 조서에 기재하는 경우, ⑥ 문답추가: 실제로 주고받지 않은 질문과 답변을 조서에 기재하는 경우, ⑦ 문답전환: 실제로는 질문한 내용임에도 답변한 것처럼 기재하는 경우, ⑧ 사전면담·신문: 신문이나 조사에 앞서 조서나 다른 수사서류에 기록하지 않고 비공식적으로 진술을 청취하는 수사관행, ⑨ 조서편집: 조서 내에서 특정 문답의 위치를 임의로 변경하거나, 문답의 배열을 논리·연대기 순으로 편집하는 작성방식.

33) 대법원 2014. 8. 26. 선고 2011도6035 판결.

34) 김인회, 형사소송법 제2판, 피앤씨미디어, 2018, 492면; 신동운, 앞의 책, 1172면; 이은모, 형사소송법 제4판, 박영사, 2014, 693면; 이재상·조균석, 형사소송법 제10판 보정판, 박영사 2016, 611면, 이형근·백윤석, 앞의 논문, 142면.

정성립이 인정 또는 증명되는 부분만 증거능력을 인정하고, 실질적 진정성립이 인정 또는 증명되지 않는 부분은 증거능력을 부정해야 한다[36]. 실질적 진정성립 위반의 경우에는 전문법칙만 적용되므로, 피고인이나 변호인이 증거로 함에 동의하면 본증이 될 수 있고, 탄핵증거로도 사용될 여지가 있다.

3. 특신상태

현행 형사소송법은 피의자신문조서, 진술조서 등의 증거능력 인정요건으로 특신상태를 규정하고 있다(제312조 제1항, 제4항, 제5항). 특신상태는 "진술 내용이나 조서작성에 허위개입의 여지가 거의 없고, 진술 내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있는 것"을 의미한다[37]. 형사소송법 제312조의 특신상태는 1961년 개정 형사소송법을 통해 신설된 요건이다. 그 이전에는 제314조, 제316조 등에만 특신상태가 규정되어 있었다. 그런데 학계에서는 특신상태에 관한 가중요건설과 완화요건설의 대립이 특신상태에 관한 논의의 주류를 이루었고[38], 대법원은 진정성립으로부터 특신상태를 추정하는 판례이론을 정립하여 장기간 사용해 왔던 관계로[39], 특신상태는 적법한 절차와 방식, 실질적 진정성립 등 여타의 요건에 비해 상대적으로 추상적인 개념으로 남아 있다[40]. 2020년 개정 형사소송법은 검사 작성 피의자신문조서의 증거능력 인정요건에서 특신상태를 삭제하였다.

특신상태의 본질에 관하여는, 이를 신용성의 정황적 보장으로 보는 견해[41], 적법절차가 준수되는 상황으로 보는 견해[42], 진술 내용의 신빙성으로 보는 견해[43] 등이

35) 대법원 2005. 1. 14. 선고 2004도6646 판결.

36) 대법원 2013. 3. 14. 선고 2011도8325 판결.

37) 대법원 2012. 7. 26. 선고 2012도2937 판결.

38) 신동운, 앞의 책, 1176면; 정웅석, 검사작성 피고인이 된 피의자신문조서의 증거능력: 대법원(전합) 2004. 12. 16., 2002도537 판결에 대한 비판적 검토, 저스티스 통권 제83호, 2005, 228면; 조국, 검사작성 피의자신문조서와 영상녹화물의 증거능력, 저스티스 통권 제107호, 2008, 181-183면.

39) 대법원 1983. 3. 8. 선고 82도3248 판결.

40) 이형근, 영상녹화물에 의한 특신상태 증명: 대법원 2014. 8. 26. 선고 2011도6035 판결의 해석을 중심으로, 형사정책연구 제30권 제4호, 2019, 185면.

41) 이재상·조균석, 앞의 책, 612면.

42) 신동운, 앞의 책, 1178면; 이은모, 앞의 책, 695면.

병존하고 있다. 또한, 제312조 이하에 규정된 특신상태는 각각 서로 다른 의미를 갖는 것으로 이해되고 있으며[44], 특정 조항의 특신상태에 관한 해석이 다른 조항의 특신상태에 관한 해석에 준용되기도 한다[45]. 최병천(2019)은 특신상태에 관한 대법원 판결을 분석하여, 특신상태의 판단기준이 되는 하위 구성요소를 ① 진술에 이르기까지의 정황, ② 피고인과 진술인과의 관계, ③ 진술 내용이 구체적이며 모순이 없는지 여부, ④ 진술 이후의 행동, ⑤ 수사기관의 수사방법이 적절한지 여부, ⑥ 특신상태에 대한 검사의 주장·입증의 존부 등으로 분류하였다[46]. 다만, 하위 구성요소 중 일부는 진술 당시의 정황이 아니고(①, ④), 일부는 증명력의 문제이며(③), 일부는 적법한 절차와 방식의 문제라고 지적하였다(⑤)[47]. 한편, 법원행정처(2014)는 ① 변호인과 자유롭게 접견하였는지 여부, ② 변호인의 참여가 정당한 사유 없이 배제되었는지 여부, ③ 합리적인 조사 기간을 넘어서 조사가 이루어졌는지 여부, ④ 구속상태에서 별다른 조사 없이 매일 소환하여 같은 질문을 반복하였는지 여부 등을 특신상태의 판단기준으로 제시하고 있다[48].

특신상태 위반의 효과는 당해 조서의 증거능력 불인정이다. 다만, 특신상태 판단이 조서 전체를 대상으로 이루어지는지 또는 개개의 진술을 대상으로 이루어지는지는 명확하지 않다. 대법원 판결과 실무규범 등에서 확인되는 특신상태의 판단기준을 고려할 때, 조서 전체를 대상으로 이루어지는 경우가 더 많을 것으로 보이지만, 특신상태의 의미와 내용이 명확히 정립되어 있지 않은 현시점에서 이를 단언하기는 어려울 것으로 생각된다[49]. 통상적인 특신상태 위반의 경우에는 전문법칙만 적용되므로, 피고인이나 변호인이 증거로 함에 동의하면 본증이 될 수 있고, 탄핵증거로도

43) 이영란, 한국형사소송법 개정판, 2008, 784면.

44) 신동운, 앞의 책, 1178면; 이영란, 앞의 책, 784면; 최병천, 특신상태에 대한 비판적 고찰, 경북대학교 법학논고 제66집, 2019, 277면.

45) 신동운, 앞의 책, 1178-1179면. 신동운은 “판례는 검사 면전 피의자신문조서에 대해서는 명시적으로 언급하고 있지 않으나 ... 기존 판례에서 제시되고 있는 개념정의에 기초하여 검사 면전 피의자신문조서의 특신상태의 내용을 모색해 보는 것은 결코 무의미한 작업은 아니다.”라고 보았다.

46) 최병천, 앞의 논문, 300면.

47) 최병천, 앞의 논문, 300-301면,

48) 법원행정처, 법원실무제요 형사II, 법원행정처, 2014, 109면.

49) 가령, “진술 내용이 구체적이며 모순이 없는지 여부”는 조서 전체를 대상으로 판단하기보다 개개의 진술을 대상으로 판단해야 할 기준 중 하나가 될 수 있을 것이다.

사용될 여지가 있다. 그러나 변호인과의 접견·교통권이나 변호인의 신문참여권이 침해된 경우에는 위법수집증거배제원칙도 적용될 것으로 생각된다[50].

4. 임의성

형사소송법은 피의자 등의 진술이 기록된 서류는 그 작성 또는 내용인 진술이 임의로 되었다는 것이 증명되었을 때에 한하여 증거능력을 인정하도록 하고 있다(제317조 제2항). 따라서 피의자신문조서는 작성의 임의성과 진술의 임의성 모두가 증명되어야 한다[51]. 임의성은 1954년 제정 형사소송법 때부터 존재하던 요건이다. 그러나 대법원이 진정성립으로부터 임의성을 추정하는 판례이론을 정립하여 장기간 사용해 왔던 관계로[52], 제317조의 임의성이 갖는 독자적 의미에 관한 논의가 부족했던 것으로 생각된다. 가령, 제317조의 임의성을 명확하게 정의한 연구나 판례를 발견하기는 어려웠고, 임의성은 주로 제309조의 자백배제법칙과 관련하여 논의되고 있었다[53].

신동운(2014)은 형사소송법 제317조 제2항의 해석에 의할 때, 피의자신문조서는 작성의 임의성과 진술의 임의성 모두가 증명되어야 증거로 할 수 있다는 점에 착안하여, ① 서류의 작성이 자유로운 상태 하에서 이루어질 것, ② 기재의 대상을 잘 알면서 기재가 이루어질 것, ③ 기재의 효과를 잘 알면서 기재가 이루어질 것(이상 작성의 임의성에 관한 판단기준), ④ 진술이 자유로운 상태 하에서 이루어질 것, ⑤ 진술의 대상을 잘 알면서 진술이 이루어질 것, ⑥ 진술의 효과를 잘 알면서 진술이 이루어질 것(이상 진술의 임의성에 관한 판단기준) 등을 임의성의 판단기준이 되는

50) 이형근, 앞의 논문, 143면.

51) 신동운, 앞의 책, 1276-1277면; 이형근·백윤석, 앞의 논문, 144면.

52) 대법원 1982. 6. 8. 선고 82도754 판결.

53) 김혁돈, 형사소송법 제309조의 해석에 있어 제308조의2와 제317조의 관계, 형사소송의 이론과 실무 제8권 제1호, 2016, 59-82면; 이용식, 자백배제법칙의 근거와 임의성의 판단: 위법배제설의 관점에서 본 형사소송법 제309조의 의미 재검토, 외법논집 제35권 제3호, 2011, 193-214면; 이은모, 자백배제법칙의 근거와 임의성의 입증, 한양대학교 법학논총 제24집 제2호, 2007, 1-21면; 대법원 1983. 4. 26 선고 82도2943 판결; 대법원 1987. 2. 10 선고 86도2399 판결. 제309조의 이론적 근거에 관하여는 허위배제설, 인권옹호설, 절충설, 위법배제설, 종합설 등이 거론되고 있다(이용식, 앞의 논문, 169-199면; 이은모, 앞의 논문, 5-11면).

하위 구성요소로 제시하였다[54]. 형사소송법 제317조 제2항은 '작성 또는 진술'이라고 규정하고 있으나, 제1항과의 관계에 비추어볼 때 여기에서의 임의성은 택일적 임의성이 아니라 이중의 임의성으로 보아야 할 것이다[55].

임의성 위반의 효과는 당해 조서의 증거능력 불인정이다. 임의성 판단이 조서 전체를 대상으로 이루어지는지 또는 개개의 진술을 대상으로 이루어지는지는 명확하지 않으나, 조서 전체를 대상으로 판단해야 할 경우(①, ④), 개개의 진술을 대상으로 판단해야 할 경우(②, ⑤), 구체적 사안에 따라 적합한 판단방식을 취해야 할 경우(③, ⑥) 등이 병존하는 것으로 생각된다. 임의성은 전문법칙 요건이 아니다. 따라서 임의성 위반의 경우에는 피고인이나 변호인이 증거로 함에 동의하더라도 본증이 될 수 없고[56], 탄핵증거로도 사용될 수 없다[57]. 한편, 조서에 기재된 자백이 고문, 폭행, 협박, 신체구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법으로 이루어져 그 임의성이 의심될 때에는 자백배제법칙도 적용될 것으로 생각된다[58].

5. 내용인정

형사소송법은 사법경찰관 작성 피의자신문조서의 증거능력 인정요건으로 내용인정을 규정하고 있다(제312조 제3항). 내용인정은 "진술한 내용이 실제 사실과 부합한다는 것"을 인정함을 의미한다[59]. 따라서 내용인정은 진술한 내용이 조서에 기재된 내용과 부합함을 인정하는 실질적 진정성립의 인정과 다르다[60]. 또한, 내용인정은 우리나라 특유의 전문법칙 요건 중 하나로[61], 전문법칙 요건 중 일부 또는 전부

54) 신동운, 앞의 책, 1276-1277면.

55) 신동운, 앞의 책, 1277면; 이형근·백윤석, 앞의 논문, 144면.

56) 대법원 2006. 11. 23. 선고 2004도7900 판결.

57) 신동운, 앞의 책, 1309면; 이형근·백윤석, 앞의 논문, 144면.

58) 김혁돈, 앞의 논문, 77면. 김혁돈은 자백이 강요 등으로 임의적이지 않은 경우에는 제309조를 적용하고, 자백 외의 진술이 [강요 등의 유무와 무관하게] 임의적이지 않은 경우에는 제317조를 적용하는 것이 제309조와 제317조의 조화로운 해석이라고 보았다.

59) 대법원 2001. 9. 28 선고 2001도3997 판결, 대법원 2006. 5. 26 선고 2005도6271 판결.

60) 대법원 2010. 6. 24 선고 2010도5040 판결, 대법원 2008. 2. 14 선고 2005도4202 판결.

61) 김현숙, 피의자신문조서와 영상녹화물의 증거능력에 관한 연구, 서울대학교 박사학위논문, 2008, 46-47면.

가 갖추어지지 않은 때에도 증거능력을 부여할 수 있도록 하는 증거동의와 구별된다[62]. 내용인정은 1954년 제정 형사소송법 때부터 존재하던 요건이다. 그러나 여타 전문법칙 요건이나 임의성 요건과 달리 내용인정 요건의 충족 여부는 전적으로 피고인 또는 변호인의 공판정 진술에 의해 결정되었던 관계로 이에 관한 연구나 판례를 발견하기는 어려웠다. 2020년 개정 형사소송법은 검사 작성 피의자신문조서의 증거능력 인정요건에 내용인정을 추가하였다.

형사재판 실무자에 의하면, 피의자신문조서에 대한 내용인정 여부는 수사기관에서의 자백 여부 또는 공판정에서의 자백 여부에 크게 좌우되는 것으로 확인된다. 가령, 부인조서의 경우에는 내용부인을 하는 경우가 대부분이나, 자백조서의 경우에는 사법경찰관이 작성한 것이라고 하더라도 내용부인을 하는 경우가 드물며, 다만 피고인이 자신의 신분·명예·위신(예: 공무원 등의 경우), 피해자와의 관계(관계가 매우 좋지 않아 감정상 승복할 수 없는 경우) 등을 의식하여 재판의 결과와 무관하게 내용부인을 하는 경우가 종종 있을 뿐이라고 한다[63]. 또한, 수사기관에서의 자백 여부와 별개로 공판정에서 공소사실을 부인하는 경우에는 내용부인을 하는 경우가 대부분이나, 공소사실을 시인하는 경우에는 내용부인을 하는 경우가 드물다고 한다[64]. 피의자신문조서에는 범죄사실과 정상에 관한 필요사항이 기재되므로(제242조, 제244조 제1항), 피고인 등이 내용인정을 하면 판사는 범죄사실에 관한 사항뿐만 아니라 정상에 관한 사항도 재판의 자료로 활용할 수 있게 된다고 한다[65].

내용부인의 효과는 당해 조서의 증거능력 불인정이다. 내용부인의 대상이 조서 전체인지 또는 개개의 진술인지는 명확하지 않으나, 내용인정 요건은 "피의자신문조서에만 적용되는 것이 아니고, 피의자였던 피고인의 ... 진술 자체를 그 적용 대상으로 하고 있는 것"이라는 대법원 판결을 고려할 때[66], 양자 모두가 가능할 것으로 생각된다. 다만, 형사재판 실무자에 의하면, 전자의 방식이 보다 빈번한 것으로 확인된다[67]. 내용부인의 경우에는 전문법칙만 적용되므로, 피고인이나 변호인이 증거

62) 손동권·신이철, 앞의 책, 652면; 신동운, 앞의 책, 1184, 1282면.
63) 내용부인의 실태에 관한 검사 경력자(50대, 서울)의 응답이다.
64) 내용부인의 실태에 관한 판사 경력자(40대, 대전)의 응답이다.
65) 내용인정의 효과에 관한 앞의 검사 경력자 및 판사 경력자의 공통된 응답이다.
66) 대법원 2001. 3. 27 선고 2000도4383 판결.

로 함에 동의하면 본증이 될 수 있고, 탄핵증거로도 사용될 여지가 있다[68].

6. 조사자 증언의 요건

형사소송법은 수사절차에서 피고인을 피의자로 조사하였거나 그 조사에 참여하였던 사람의 피고인의 진술을 내용으로 하는 진술(이하 '조사자 증언')을 증거로 할 수 있도록 규정하고 있다(제316조 제1항). 조사자 증언제도는 2007년 개정 형사소송법을 통해 신설되었다. 구법 하에서 대법원은 제316조 제1항의 '피고인이 아닌 자'에 조사자가 포함되지 않는 것으로 보았다[69]. 2007년 개정 형사소송법은 이와 같은 해석론을 입법적으로 극복하고, 피의자의 진술을 공판정에 현출할 수 있는 방법을 다원화하였다[70]. 다만, 조사자 증언을 하기 위해서는 피고인의 원진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음이 증명되어야 한다(제317조 제1항)[71]. 제312조 이하에 규정된 특신상태는 각각 서로 다른 의미를 갖는 것으로 이해되고 있으나[72], 조사자 증언에 있어 제316조 제1항의 특신상태는 제312조 제1항의 특신상태와 같은 의미를 갖는 것으로 해석되고 있다[73].

7. 소결

피의자신문조서의 증거능력과 관련하여 전문법칙과 임의성 요건 등을 고찰한 바, ① 각 요건의 판단기준이 되는 하위 구성요소가 다양하다는 점, ② 하나의 하위 구성요소가 둘 이상의 증거법칙과 연관되는 경우가 있다는 점, ③ 각 요건에 따라 판단 단위와 방식이 다르다는 점, ④ 각 하위 구성요소에 따라 위반의 효과가 다르다

67) 내용부인의 방식에 관한 앞의 검사 경력자 및 판사 경력자의 공통된 응답이다.
68) 대법원 1998. 2. 27 선고 97도1770 판결, 대법원 2005. 8. 19. 선고 2005도2617 판결.
69) 대법원 2005. 11. 25. 선고 2005도5831 판결.
70) 김인회, 앞의 책, 517면; 이재상·조균석, 앞의 책, 635면; 신동운, 앞의 책, 1241-1242면; 신양균, 앞의 책, 812면. 한편, 조사자 증언제도에 대한 부정적 평가도 있다(이은모, 앞의 책, 720면).
71) 대법원 1996. 10. 15. 선고 96도1669 판결.
72) 신동운, 앞의 책, 1178면; 이영란, 앞의 책, 784면; 최병천, 앞의 논문, 277면.
73) 김인회, 앞의 책, 518면; 신동운, 앞의 책, 1142-1143면, 이은모, 앞의 책, 718면.

는 점 등을 확인할 수 있었다. 또한, ⑤ 내용인정 여부는 수사기관 또는 공판정에서의 자백 여부에 크게 좌우되며, 피고인 등이 내용인정을 하면 범죄사실과 정상에 관한 사항 모두가 재판의 자료로 활용된다는 점, ⑥ 조사자 증언을 위해서는 특신상태 요건이 충족되어야 하며, 이때 특신상태는 피의자신문조서 작성시의 특신상태와 같은 의미라는 점 등을 확인할 수 있었다.

Ⅲ. 피의자신문조서의 증명력

형사소송법은 "증거의 증명력은 법관의 자유판단에 의한다."라고 규정함으로써 자유심증주의를 천명하고 있다(제308조). 증명은 증거를 통해 일정한 사실을 밝히는 것을 의미하고[74], 증명력은 피고 사건의 요증사실 인정을 위한 증거의 실질적 가치를 의미한다[75]. 통상 증명력은 어떤 증거가 엄격한 증명의 자료로 사용될 수 있는 법률상의 요건을 의미하는 증거능력과 구별되는 개념으로 이해되지만[76], 이론적·실무적 측면에서 양자가 엄격히 구별되지는 않는 것으로 보인다[77]. 한편, 증명력에 대한 법관의 자유판단은 무제한적으로 허용되는 것이 아니며, 여기에는 논리·경험칙 등의 제약이 따른다[78]. 본장에서는 증거능력과 증명력의 관계, 증명력 판단의 기준 등을 중심으로 증명력 일반을 고찰하고(제1절), 관련 문제로 증명력을 다투기 위한 증거의 요건을 살펴보고자 한다(제2절).

74) 신양균, 앞의 책, 709면.

75) 김인회, 앞의 책, 447면; 신동운, 앞의 책, 1384면; 이영란, 앞의 책, 692면; 이은모, 앞의 책, 601면.

76) 손동권·신이철, 앞의 책, 515면; 신동운, 앞의 책, 1103면.

77) 이은모, 앞의 논문, 6, 11면; 이진수, 형사소송법상 '성립의 진정'에 관한 연혁적 고찰과 그 함의, 비교형사법연구 제20권 제1호, 2018, 121면; 정승환, 검사작성 피의자신문조서의 증거능력과 '특신상태', 형사법연구 제19권 제3호, 2007, 693-694면; 정웅석, 형사소송법상 '특신상태'의 필요성에 대한 비판적 고찰, 저스티스 통권 제138호, 2013, 327면; 최병천, 앞의 논문, 301면.

78) 대법원 2011. 1. 27. 선고 2010도12728 판결.

1. 증명력 일반

증거능력과 증명력은 구별되는 개념이고, 후자는 전자의 관문을 통과한 증거에 관하여만 문제되는 개념으로 이해되고 있다[79]. 하지만 이론적·실무적 측면에서 양자가 엄격히 구별되지 않는 경우가 있고, 이러한 현상은 진정성립[80], 특신상태[81], 임의성[82] 등과 증명력 간에서 발견된다. 첫째, 연혁적으로 볼 때, 1954년 제정 형사소송법에 영향을 주었던 일본 대정 형사소송법의 운용에 있어 '진정성립 여부는 사실의 문제로서 재판관에게 맡겨야 할 것'으로 해석된 바 있고[83], 일본 대정 민사소송법의 운용에 있어서는 '진정성립이 증거능력 이후 단계인 증거가치의 문제'로 논의된 바 있다[84]. 둘째, 대법원이 특신상태의 판단기준으로 삼고 있는 '진술 내용이 구체적이며 모순이 없는지 여부'는 증명력의 문제로 보아야 한다는 지적이 있고[85], 진술이 이루어진 상황의 신빙성은 증거능력의 문제이고, 진술 자체의 신빙성은 증명력의 문제인데, 학설과 판례에서 양자를 혼동하는 경우가 있다는 지적이 있다[86]. 셋째, 종래에 대법원은 허위배제설의 입장에서 증명력을 중심으로 임의성 여부를 판단한 바 있는데[87], 이와 같은 방식은 증명력 요소인 진술 내용의 진실성이 증거능력 요소인 임의성 여부를 좌우하는 결과를 초래한다는 지적이 있다[88]. 이와 같이 증거능력과 증명력이 준별되지 않는 현상을 긍정적으로 평가하기는 어렵다고 생각

79) 손동권·신이철, 앞의 책, 515면; 신동운, 앞의 책, 1104면.

80) 이진수, 앞의 논문, 121면.

81) 정승환, 앞의 논문, 693-694면; 정웅석, 앞의 논문, 327면; 최병천, 앞의 논문, 301면.

82) 이은모, 앞의 논문, 6면.

83) 이진수, 앞의 논문, 122-123면.

84) 이진수, 앞의 논문, 121면. 이진수는 제정 형사소송법 초안과 제정 민사소송법 초안의 국회제출일이 동일한 점, 양자가 공히 가인 김병로 선생의 주도 아래 성안된 점 등을 근거로 대정 형사소송법뿐만 아니라 대정 민사소송법이 제정 형사소송법의 진정성립 요건에 영향을 미쳤을 것으로 보았다(이진수, 앞의 논문, 120면).

85) 최병천, 앞의 논문, 301면. 대법원 1986. 2. 5. 선고 85도2788 판결 및 대법원 2000. 3. 10. 선고 2000도159 판결은 이를 증거능력의 문제로 보았다.

86) 정승환, 앞의 논문, 693-694면; 정웅석, 앞의 논문, 327면.

87) 대법원 1959. 10. 31. 선고 4292형상257 판결, 대법원 1968. 5. 7. 선고 68도379 판결, 대법원 1977. 4. 26. 선고 77도210 판결.

88) 이은모, 앞의 논문, 6, 11면.

된다. 다만, 이러한 현상은 증거능력과 증명력의 연관성 내지는 밀접성에 기인하는 자연스러운 현상일 수도 있다. 신동운(2014)은 “일반적으로 볼 때 법률은 증명력이 강한 증거에 대하여 증거능력을 부여하는 것이 보통이기 때문에 통상적으로 증거능력이 있는 증거는 증명력도 있다고 말할 수 있다.”라고 설명하였다[89].

증명력 판단의 기준에 관하여 대법원은 “증거의 증명력에 대한 법관의 판단은 논리와 경험칙에 합치하여야 하고 ... 증명력이 있는 것으로 인정되는 증거를 합리적인 근거가 없는 의심을 일으켜 배척하는 것은 자유심증주의의 한계를 벗어나는 것으로 허용될 수 없다.”라고 판시한 바 있다[90]. 또한, “증거의 가치판단은 법관의 자유재량에 맡겨져 있기는 하나 자의적인 재량이 허용되는 것은 아니며 합리성과 객관성을 결여한 증거가치의 판단은 위법한 것”이라고 판시한 바 있다[91]. 따라서 형사소송법상 자유심증주의는 합리적 심증주의 내지는 과학적 심증주의를 의미하며[92], 여기에는 논리칙·경험칙 등이 적용된다[93]. 다만, 증명이 모든 의문과 불신을 해소하는 수준에 이르러야 하는 것은 아니고, 논리칙과 경험칙에 기하여 요증사실과 양립할 수 없는 사실의 개연성에 대한 합리성 있는 의문을 배제하는 정도[94], 즉 인간능력의 한계 내에서 최선을 다하는 수준이면 족하다[95].

2. 증명력을 다투기 위한 증거의 요건

형사소송법은 “제312조부터 제316조까지의 규정에 따라 증거로 할 수 없는 서류나 진술이라도 ... 피고인 ... 진술의 증명력을 다투기 위하여 증거로 할 수 있다.”라고 규정하고 있다(제318조의2 제1항). 앞의 증거는 본증을 의미하고 뒤의 증거는 탄핵증거를 의미한다[96]. 대법원은 탄핵증거로서의 자격에 관하여, “탄핵증거는 범

89) 신동운, 앞의 책, 1103면.
90) 대법원 2011. 1. 27. 선고 2010도12728 판결.
91) 대법원 1984. 5. 29 선고 84도554 판결.
92) 손동권·신이철, 앞의 책, 537면.
93) 신동운, 앞의 책, 1391-1392면.
94) 대법원 2011. 9. 29 선고 2010도5962 판결, 대법원 2014. 5. 16 선고 2013도14656 판결.
95) 신동운, 앞의 책, 1398면.
96) 손동권·신이철, 앞의 책, 662면; 신동운, 앞의 책, 1298-1299면.

죄사실을 인정하는 증거가 아니어서 엄격한 증거능력을 요하지 아니하는 것"이라고 판시한 바 있으며[97], 학계에도 이와 같은 대법원의 입장에 대하여 특별한 이견이 없는 것으로 보인다[98]. 다만, 탄핵증거의 경우에도 진정성립이 인정 또는 증명되어야 증명력을 다투기 위한 증거로 사용할 수 있으며[99], 이때 진정성립은 반드시 원진술자의 진술 등에 의해 인정되어야 하는 것은 아니고 형식적 진정성립 또는 적법한 절차와 방식의 준수 등으로 증명될 수 있다는 것이 학계의 일반적인 견해다[100].

한편, 피고인의 이전 진술이 탄핵증거가 될 수 있는지에 관하여, 학계에는 적극설[101]과 소극설[102]이 병존하고 있으며, 대법원은 "사법경찰리 작성의 피의자신문조서는 피고인이 내용을 부인하는 이상 증거능력이 없으나, 그것이 임의로 작성된 것이 아니라고 의심할 만한 사정이 없는 한 피고인의 법정에서의 진술을 탄핵하기 위한 반대증거로 사용할 수 있[다.]"라고 판시함으로써[103], 적극설의 입장을 취하고 있다[104]. 다만, 형사재판 실무자에 의하면, 공판중심주의의 강화와 증거분리제출제도의 도입에 따라 하급심으로 중심으로 피고인이 내용을 부인하는 사법경찰관 작성 피의자신문조서의 탄핵증거 사용을 불허하는 판결이 누적되고 있다고 하며[105], 개

97) 대법원 1996. 1. 26. 선고 95도1333 판결, 대법원 2012. 9. 27. 선고 2012도7467 판결.

98) 신동운, 앞의 책, 1314-1315면; 신양균, 앞의 책, 856면; 이영란, 앞의 책, 846면; 이은모, 앞의 책, 765면; 이재상·조균석, 앞의 책, 674면.

99) 손동권·신이철, 앞의 책, 668면; 신동운, 앞의 책, 1310면; 신양균, 앞의 책, 852면; 이영란, 앞의 책, 849-850면; 이은모, 앞의 책, 762면; 이재상·조균석, 앞의 책, 672-673면.

100) 손동권·신이철, 앞의 책, 668면; 노명선·이완규, 앞의 책, 538면; 신동운, 앞의 책, 1310면; 이재상·조균석, 앞의 책, 672-673면.

101) 손동권·신이철, 앞의 책, 666면; 이은모, 앞의 책, 765면; 이재상·조균석, 앞의 책, 671면; 임동규, 형사소송법 제4판, 법문사, 2006, 546면. 다만, 이은모, 이재상 등은 입법론 차원의 재고가 필요하다고 보았다.

102) 신동운, 앞의 책, 1312면 신양균, 앞의 책, 854면; 이영란, 앞의 책, 851면.

103) 대법원 1998. 2. 27 선고. 97도1770 판결, 대법원 2005. 8. 19. 선고 2005도2617 판결.

104) 김동윤, 피고인이 내용을 부인하여 증거능력이 없는 사법경찰리 작성의 피의자신문조서 등을 탄핵증거로 사용하기 위한 요건, 대법원판례해설 30호, 1998, 621-639면; 손동권·신이철, 앞의 책, 666면; 신동운, 앞의 책, 1311-1312면.

105) 서울고등법원 선고일자 미상 2012노28 판결[법률신문, '피고인이 부인하는 경찰 작성 피의자신문조서, 법정서 탄핵증거로도 사용할 수 없다', 2012. 5. 9. https://www.lawtimes.co.kr/Case-Curation/View?serial=64158(2020. 5. 1. 검색)]. 동 판결은 "증거분리제출주의가 정착된 현행 형사사법 체계에서 피고인의 공판정에서의 진술을 증거능력 없는 공판정 외의 자백으로 탄핵하는 것은 증거능력 없는 증거가 법정에 아무런 제한 없이 현출되게 해 공판중심주의를 형해화시키고

정 형사소송법이 시행될 경우 피고인이 내용을 부인하는 수사기관 작성 피의자신문조서의 탄핵증거 사용 논쟁이 재점화될 것이라고 한다[106].

3. 소결

피의자신문조서에 있어 증거능력과 증명력의 관계, 증명력 판단의 기준 등을 고찰한 바, ① 증거능력 요건 중 진정성립, 특신상태, 임의성 등이 특히 증명력과 준별되지 못하고 있다는 점, ② 증거의 증명력에 관한 법관의 자유판단에도 합리성·객관성·논리칙·경험칙 등의 제약이 따른다는 점 등을 확인할 수 있었다. 또한, 탄핵증거의 요건 등을 고찰한 바, ③ 탄핵증거는 본증과 같은 수준의 증거능력을 요하지 않으나, 적어도 진정성립이 증명되어야 한다는 점, ④ 피고인의 이전 진술도 탄핵증거가 될 수 있다는 것이 대법원의 입장이나, 학계와 실무계에서 공히 이에 대한 비판이 제기되고 있다는 사실 등을 확인할 수 있었다.

Ⅳ. 실질적 진정성립과 특신상태 요소의 증거법적 기능 전망

2020년 개정 형사소송법이 피의자신문조서의 증거능력 인정요건에서 실질적 진정성립과 특신상태를 삭제하였으므로, 향후 이 두 가지 요건이 피의자신문조서에 대한 증거법적 평가 과정에서 직접적으로 기능하지는 못할 것으로 생각된다. 하지만 제2장과 제3장에서의 고찰에 의하면, 이 두 가지 요건이 다른 증거능력 요건의 이름으로 기능하거나 증명력 평가에 영향을 미치는 등 간접적으로 기능할 가능성을 배제할 수는 없을 것으로 생각되었다. 본장에서는 개정 형사소송법 하에서 이 두 가지 요건의 증거법적 기능을 법률상 다른 요건의 이름으로 기능할 가능성(제1절), 증명력 평가의 기준으로 기능할 가능성(제2절), 조사자 증언의 요건인 특신상태를 매개로 기능할 가능성(제3절), 탄핵증거 사용의 요건으로 기능할 가능성(제4절), 공

자백편중의 수사 관행을 부추길 우려가 있어 원칙적으로 허용되지 아니한다.”라고 판시하였다.

106) 탄핵증거 사용의 실태 및 전망에 관한 판사 경력자(40대, 대전)의 응답이다.

판 내외 진술증거의 적정화 장치로 기능할 가능성(제5절) 등으로 나누어 전망해 보고자 한다.

1. 법률상 다른 요건의 이름으로 기능할 가능성

가. 실질적 진정성립

실질적 진정성립은 피의자 등이 "적극적으로 진술한 내용이 그 진술대로 기재되어 있어야 한다는 것뿐 아니라 진술하지 아니한 내용이 진술한 것처럼 기재되어 있지 아니할 것"을 의미한다[107]. ① 형사소송법상 검사와 사법경찰관은 피의자에 대하여 범죄사실과 정상에 관한 필요사항을 신문하고 그 이익되는 사실을 진술할 기회를 주어야 하며(제242조), 이에 따른 피의자의 진술은 조서에 기재하여야 한다(제244조 제1항). 따라서 범죄사실, 정상, 이익되는 사실 등에 관한 피의자의 진술이 누락, 조작, 추가된 피의자신문조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로 보기 어렵다. 실질적 진정성립이 적법한 절차와 방식의 이름으로 기능할 경우 위반의 효과가 조서 전체에 미칠 것으로 생각된다. ② 임의성이 인정되기 위해서는 진술의 임의성과 작성의 임의성 양자가 필요하며, 피의자신문조서의 경우에는 피의자가 진술의 대상뿐만 아니라 기재의 대상을 잘 아는 상태 하에서 조서작성이 이루어져야 한다[108]. 따라서 작성자가 피의자의 진술을 취사가감하여 만든 피의자신문조서는 그 작성이 임의로 된 것으로 보기 어렵다. 실질적 진정성립이 임의성의 이름으로 기능할 경우 증거동의와 탄핵증거로의 사용이 허용되지 않을 것으로 생각된다.

실질적 진정성립이 적법한 절차와 방식 또는 임의성의 이름으로 기능할 가능성은 관련 연구를 통해 간접적으로 예견된 바 있다. 이형근 등(2019)은 피의자신문조서 왜곡의 하위유형에 대한 변호사의 인식을 조사하여, 조서왜곡이 실질적 진정성립뿐만 아니라 적법한 절차와 방식, 임의성 등 여타 증거능력 요건과 연관될 수 있음을 확인한 바 있다[109]. 가령, 실질적 진정성립 위반이 동시에 적법한 절차와 방식 위반

107) 대법원 2013. 3. 14. 선고 2011도8325 판결.

108) 신동운, 앞의 책, 1276-1277면.

109) 이형근·백윤석, 앞의 논문, 133-164면. 다만, 이 연구는 변호사 등에 대한 인식조사의 방법으로

이 될 것으로 인식하는 경우가 22%에 달했고, 동시에 임의성 위반이 될 것으로 인식하는 경우가 13% 정도였다[110]. 특히, 조서왜곡의 하위유형 중 질문조작은 적법한 절차와 방식과(29%), 사전면담·신문은 임의성과(33%) 연관성이 큰 것으로 인식되고 있었다[111]. 응답자 중 1인은 자유서술형 응답에서 "조서왜곡의 원인이 부적법한 신문 또는 조서작성에 있다고 보면, 실질적 진정성립은 물론 적법한 절차와 방식, 특신상태 및 임의성에도 영향을 주는 것으로 볼 수 있다."라고 설명하였다[112].

나. 특신상태

특신상태는 "진술 내용이나 조서작성에 허위개입의 여지가 거의 없고, 진술 내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있는 것"을 의미한다[113]. 이와 같은 개념 정의에도 불구하고 특신상태는 여타의 증거능력 요건에 비해 상대적으로 추상적·다의적 개념으로 남아 있다[114]. ① 선행연구와 실무규범이 제시한 특신상태의 판단기준 중 '수사기관의 수사방법이 적절한지 여부', '합리적인 조사 기간을 넘어서 조사가 이루어졌는지 여부', '구속상태에서 별다른 조사 없이 매일 소환하여 같은 질문을 반복하였는지 여부' 등은 적법한 절차와 방식의 판단기준이 될 것으로 생각된다[115]. 형사소송법은 수사비례의 원칙을 규정하고 있고(제199조 제1항)[116], 수사준칙 등은 "지체 없이 진술을 들어야 하며 오랫동안 기다리는 일이 없도록 하여야 한다."라고 규정하고 있으므로(제19조 제4항)[117], 뒤의 두

수행되었고, 인식조사 참여자 중에는 증거능력에 관한 각 요건의 관계에 대한 충분한 고려 없이 각 왜곡유형의 영향을 직관적·일반적으로 판단한 경우도 있을 수 있으므로, 그 결과를 일반화하기는 어려울 것으로 생각된다(이형근·백윤석, 앞의 논문, 159-160면). 다만, 실질적 진정성립이 다른 요건의 이름으로 기능할 가능성에 관한 간접적인 참고자료로 삼고자 연구결과의 요지를 간략히 소개하였다.

110) 이형근·백윤석, 앞의 논문, 154면.

111) 이형근·백윤석, 앞의 논문, 154면.

112) 이형근·백윤석, 앞의 논문, 154면.

113) 대법원 2012. 7. 26. 선고 2012도2937 판결.

114) 이형근, 앞의 논문, 185면.

115) 최병천도 '수사기관의 수사방법이 적절한지 여부'는 적법한 절차와 방식의 문제라고 지적하였다(최병천, 앞의 논문, 300-301면).

116) 손동권·신이철, 앞의 책, 207-208면; 신동운, 앞의 책, 225면.

가지는 '수사기관의 수사방법이 적절한지 여부'에 포섭되는 하위유형으로 볼 수 있을 것이다. ② 한편, '구속상태에서 별다른 조사 없이 매일 소환하여 같은 질문을 반복하였는지 여부'는 임의성 판단의 기준이 될 것으로 생각된다. 반복질문은 진술자에게 최초의 답변이 잘못되었다는 암시를 줌으로써 진술자의 향후 답변에 영향을 주는 질문방식이기 때문이다[118]. 특신상태가 임의성의 이름으로 기능할 경우 증거동의와 탄핵증거로의 사용이 허용되지 않을 것으로 생각된다. ③ 선행연구와 실무규범이 제시한 특신상태의 판단기준 중 '변호인과 자유롭게 접견하였는지 여부', '변호인의 참여가 정당한 사유 없이 배제되었는지 여부' 등은 적법한 절차와 방식 및 위법수집증거 여부의 판단기준이 될 것으로 생각된다[119]. 연혁적으로 볼 때 변호인의 참여가 특신상태 판단에 관한 긍정적 지표임에 틀림없으나[120], 동시에 정당한 사유 없는 변호인의 참여 제한이 적법한 절차와 방식 및 위법수집증거 여부 판단에 관한 부정적 지표임도 명확하기 때문이다[121]. 특신상태가 위법수집증거배제법칙의 이름으로 기능할 경우 증거동의와 탄핵증거로의 사용이 허용되지 않을 것으로 생각된다.

2. 증명력 평가의 기준으로 기능할 가능성

가. 실질적 진정성립

현재 증거능력과 증명력은 구별되는 개념으로 이해되고 있으나[122], 연혁적으로 볼 때 진정성립은 증거능력 이후 단계인 증거가치의 문제로 논의된 바 있다[123]. 또

117) 2017. 7. 26. 타법개정 대통령령 제28211호 '검사의 사법경찰관리에 대한 수사지휘 및 사법경찰관리의 수사준칙에 관한 규정' 제19조 제4항, 2019. 11. 14. 일부개정 경찰청훈령 제954호 '범죄수사규칙' 제54조 제3항.

118) 이기수·김지환, 피의자신문기법의 문제점과 개선방안에 관한 연구: Reid Technique과 PEACE 모델 비교·검토를 중심으로, 한국경찰연구 제11권 제4호, 2012, 238면; 이형근, 수사면담기법론, 경찰대학, 2018, 80면.

119) 이형근, 앞의 논문, 143면.

120) 조 국, 앞의 논문, 181-183면.

121) 대법원 2013. 3. 28. 선고 2010도3359 판결.

122) 손동권·신이철, 앞의 책, 515면; 신동운, 앞의 책, 1104면.

한, 현재의 법해석에 있어서도 통상 진정성립 여부와 증명력의 강도 간에는 일정한 관계가 있는 것으로 보인다[124]. 진정성립의 관문을 무난히 통과한 조서와 그 관문을 어렵사리 통과한 조서가 있다면, 전자의 증명력이 후자의 증명력보다 클 것임을 어렵지 않게 짐작할 수 있다. 또한, 증명력 판단의 기준이 되는 논리칙·경험칙 등에 비추어보더라도[125], 왜곡이 없는 조서와 왜곡이 있는 조서 중 전자의 증명력이 더 클 것으로 생각해볼 수 있다. 따라서 개정 형사소송법 하에서도 실질적 진정성립은 증명력 평가의 기준으로 기능할 가능성이 있다.

실질적 진정성립이 증명력 평가의 기준으로 기능할 가능성은 관련 연구를 통해 간접적으로 예견된 바 있다. 이형근 등(2019)은 변호사의 인식을 조사하여, 조서왜곡이 증거능력뿐만 아니라 증명력과 연관됨을 확인한 바 있다[126]. 가령, 거의 대부분의 조서왜곡 유형이 증명력 평가에 부정적 영향을 미칠 것으로 인식되고 있었으며(평균 81%)[127], 조서왜곡은 증거능력 평가보다 증명력 평가에 더 큰 영향을 미칠 것으로 인식되고 있었다(영향도 점수 2.09 : 2.22)[128]. 특히, 조서왜곡의 하위유형 중 답변의 뚜렷한 조작(2.90)과 문답추가(2.77)의 영향도 점수가 높게 나타났다[129]. 응답자 중 1인은 자유서술형 응답에서 “잘못된 방식으로 작성된 조서를 바탕으로 사실을 인정하는 것은 경험칙과 논리칙에 위배되므로 왜곡된 조서에 대한 증명력 평가는 부정적으로 이루어질 것이다.”라고 설명하였다[130].

---

123) 이진수, 앞의 논문, 121면.

124) 신동운, 앞의 책, 1103면.

125) 대법원 1984. 5. 29 선고 84도554 판결, 대법원 2011. 1. 27. 선고 2010도12728 판결.

126) 이형근·백윤석, 앞의 논문, 133-164면. 인식조사 과정에서 증거능력과 증명력의 관계에 대한 충분한 고려 없이 직관적·일반적 판단을 한 참여자가 있을 수도 있으므로, 그 결과를 일반화하기는 어려울 것으로 생각되나(이형근·백윤석, 앞의 논문, 159-160면), 실질적 진정성립이 증명력 평가의 기준으로 기능할 가능성에 관한 간접적인 참고자료로 삼고자 연구결과의 요지를 간략히 소개하였다.

127) 이형근·백윤석, 앞의 논문, 152-153면.

128) 이형근·백윤석, 앞의 논문, 155면. 영향도 점수는 0.00 - 3.00 사이에 위치하며, 3.00에 가까울수록 영향도가 크다는 의미다.

129) 이형근·백윤석, 앞의 논문, 155면.

130) 이형근·백윤석, 앞의 논문, 153면.

나. 특신상태

제2장에서의 고찰을 통해 특신상태의 의미와 내용에 관한 학설이 다양함을 알 수 있었고, 그 중에는 특신상태를 진술 내용의 신빙성으로 보는 견해도 있었다[131]. 선행연구와 실무규범이 제시한 특신상태의 판단기준 중 '진술 내용이 구체적이며 모순이 없는지 여부'는 증명력 평가의 기준이 될 것으로 생각된다[132]. 진술이 이루어진 상황의 신빙성이라는 증거능력의 문제와 진술 자체의 신빙성이라는 증명력의 문제를 혼동해서는 안 된다는 지적이 있으나[133], 현실에서는 양자의 구분이 쉽지 않은 것으로 보인다[134]. 진술의 신빙성을 진술이 이루어진 상황과 독립하여 평가하려는 데서 오는 인지적 어려움 때문일 것으로 생각된다. 또한, 증명력 판단의 기준이 되는 논리칙·경험칙 등을 고려할 때[135], 선행연구와 실무규범이 제시한 특신상태의 판단기준 대부분이 증명력 평가에 일정한 영향을 줄 것으로 생각된다. 이는 증거능력과 증명력의 연관성, 특히 특신상태와 증명력의 밀접한 연관성에 기인하는 현상으로 생각된다. 따라서 개정 형사소송법 하에서도 특신상태는 증명력 평가의 기준으로 기능할 가능성이 있다.

3. 조사자 증언의 요건인 특신상태를 매개로 기능할 가능성

개정 형사소송법 하에서는 수사기관, 특히 검사 작성 피의자신문조서의 본증 사용에 상당한 제약이 따를 것으로 생각된다. 형사재판 실무에서 이러한 환경에 대한 대안으로 고려될 수 있는 방법 중 하나가 조사자 증언이다. 그런데 개정 형사소송법은 피의자신문조서의 증거능력 인정요건으로 규정된 특신상태는 삭제하였으나(제312조 제1항), 조사자 증언의 요건으로 규정된 특신상태는 존치하였다(제316조 제1항). 또한, 제312조 제1항의 특신상태와 제316조 제1항의 특신상태는 그 의미가 동

131) 이영란, 앞의 책, 784면.

132) 최병천도 '진술 내용이 구체적이며 모순이 없는지 여부'는 증명력의 문제라고 지적하였다(최병천, 앞의 논문, 300-301면).

133) 정승환, 앞의 논문, 693-694면; 정웅석, 앞의 논문, 327면.

134) 대법원 1986. 2. 5. 선고 85도2788 판결, 대법원 2000. 3. 10. 선고 2000도159 판결.

135) 대법원 1984. 5. 29 선고 84도554 판결, 대법원 2011. 1. 27. 선고 2010도12728 판결.

일한 것으로 이해되고 있다[136]. 따라서 수사기관의 피의자신문 및 조서작성 과정에서 특신상태의 의미와 기능에 즉각적인 변화는 없을 것으로 생각된다(현행 제312조 제1항의 특신상태 요소가 제316조 제1항의 특신상태 요건을 매개로 기능할 가능성)[137]. 현행 형사소송법 하에서 사법경찰관 작성 피의자신문조서는 그 피의자였던 피고인 등이 그 내용을 부인하면 증거로 할 수 없지만[138], 경찰청에서 제작한 '경찰관 법정증언 매뉴얼' 등이 피의자신문 및 조서작성 과정에서의 특신상태 준수를 강조하고 있다는 점도[139] 이와 같은 추론을 뒷받침한다. 다만, 특신상태 요건의 추상성·다의성, 피의자신문조서의 증거법적 의미 변화 등을 고려할 때, 특신상태에 대한 새로운 해석론이 제기될 가능성도 적지 않을 것으로 생각된다.

한편, 대법원은 구성요건적 사실과 핵심적 정황에 관한 영상녹화물의 내용과 이에 대응하는 피의자신문조서의 기재가 상이한 사안, 즉 통상 실질적 진정성립이 부정되어야 할 조서왜곡 사안에 대하여 당해 조서와 이후 조서들의 특신상태를 부정한 바 있다[140]. 이와 같은 대법원의 판결은 영상녹화물에 관한 이론의 측면에서는 허용될 여지가 적으나, 특신상태에 관한 이론의 측면에서는 허용될 여지가 충분히 있는 것으로 평가되고 있다[141]. 특신상태를 판단할 매체를 제한하는 학설이나 판례가 없고, 가장 엄격한 학설에 의하더라도 객관적인 자료에 입각한 특신상태의 증명은 허용되기 때문이다[142]. 따라서 개정 형사소송법 하에서 실질적 진정성립은 조사자 증언의 요건인 특신상태를 매개로 기능할 가능성이 있다(현행 제312조 제1항의 실질적 진정성립 요소가 제316조 제1항의 특신상태 요건 및 판례이론 등을 매개로 기능할 가능성)[143].

---

136) 김인회, 앞의 책, 518면; 신동운, 앞의 책, 1142-1143면, 이은모, 앞의 책, 718면.

137) 이기수, 경찰관 법정증언의 실태와 개선방안, 치안정책연구소 책임연구보고서, 2012, 5-6면; 한연규, 사법경찰관의 조사자증언과 수사상 진술의 증거활용, 형사법의신동향 통권 제60조, 2018, 251-252면; 한인섭, 국민참여재판과 경찰관 법정증언, 치안정책연구소 정책연구보고서, 2008, 40면.

138) 개정 형사소송법 하에서 검사 작성 피의자신문조서의 증거능력 인정요건과 동일하다.

139) 경찰청, 경찰관 법정증언 매뉴얼, 경찰청, 2006, 20-22면; 경찰청, 피의자신문조서 작성기법, 경찰청, 2016, 12-14면.

140) 대법원 2014. 8. 26. 선고 2011도6035 판결.

141) 이형근, 앞의 논문, 195면.

142) 이형근, 앞의 논문, 193면.

143) 관련 연구에 의하면, 실질적 진정성립은 특신상태와 연관되는 것으로 인식(평균 13%)되고 있었으

4. 탄핵증거 사용의 요건으로 기능할 가능성

수사기관 작성 피의자신문조서를 본증으로 사용할 수 없는 환경 하에서 수사기관과 법원이 그 대안으로 고려할 수 있는 방법 중 다른 하나는 탄핵증거다. 형사소송법은 "제312조부터 제316조까지의 규정에 따라 증거로 할 수 없는 서류나 진술이라도 ... 피고인 ... 진술의 증명력을 다투기 위하여 증거로 할 수 있다."라고 규정하고 있다(제318조의2 제1항). 이 조항을 문리적으로 해석하면, 피의자신문조서에 의한 피고인 진술의 탄핵이 가능하고[144], 전문법칙의 모든 요건을 결한 피의자신문조서의 탄핵증거 사용도 가능하다[145]. 그러나 탄핵증거의 경우에도 최소한 진정성립이 인정 또는 증명되어야 하며[146], 이때 진정성립은 형식적 진정성립 또는 적법한 절차와 방식의 검토 등으로도 증명될 수 있다는 것이 학계의 일반적인 견해다[147]. 피고인의 이전 진술이 탄핵증거가 될 수 있는지는 입법론의 영역에 가까운 반면[148], 어떤 요건 하에 탄핵증거가 될 수 있는지는 해석론의 영역에 가까운 것으로 보인다. 공판중심주의 강화 등의 차원에서 피의자신문조서의 탄핵증거 사용을 지양하려는 현재의 분위기와 검사 작성 피의자신문조서의 본증 사용에 제동이 걸리게 될 머지않은 미래의 상황이 맞닥뜨리게 될 경우 법원은 불가피하게 양자 간의 절충점을 찾아야 할 것이다. 생각건대, 실질적 진정성립을 피의자신문조서의 탄핵증거 사용 요건 중 하나로 삼는 것이 가능한 절충점 중의 하나가 될 것이다.

며, 특히 조서왜곡의 하위유형 중 사전면담·신문이 특신상태와 큰 연관성을 갖는 것으로 인식(33%)되고 있었다(이형근·백윤석, 앞의 논문, 154면).

144) 손동권·신이철, 앞의 책, 666면; 이은모, 앞의 책, 765면; 이재상·조균석, 앞의 책, 671면; 대법원 1998. 2. 27 선고. 97도1770 판결; 대법원 2005. 8. 19. 선고 2005도2617 판결.

145) 전현욱, 조서 등의 진정성립 증명 방법 다양화 가능성: 전문법칙의 도구적 합리성에 대한 반성적 검토라는 관점에서, 형사정책연구 제26권 제2호, 2015, 142면; 최병각, 탄핵증거로서의 증거능력과 증거조사, 형사법연구 제22권 제1호, 2010, 394, 397면.

146) 손동권·신이철, 앞의 책, 668면; 신동운, 앞의 책, 1310면; 신양균, 앞의 책, 852면; 이영란, 앞의 책, 849-850면; 이은모, 앞의 책, 762면; 이재상·조균석, 앞의 책, 672-673면.

147) 손동권·신이철, 앞의 책, 668면; 노명선·이완규, 앞의 책, 538면; 신동운, 앞의 책, 1310면; 이재상·조균석, 앞의 책, 672-673면.

148) 이은모, 앞의 책, 765면; 이재상·조균석, 앞의 책, 671면.

5. 공판 내외 진술증거의 적정화 장치로 기능할 가능성

개정 형사소송법의 시행에 따라 피의자신문 및 조서작성 과정에서 발생한 하자의 사후적 통제가 한결 용이해질 것으로 전망된다. 그러나 공판에 부쳐지기 이전 단계(예: 구속전피의자심문절차) 또는 공판에 부쳐지지 않는 사안(예: 약식절차)의 경우에는 이와 같은 사후적 통제장치가 작동될 수 없다. 최근 대법원은 수사기관의 조서 왜곡으로 인해 피의자가 구속되었던 사안에 대하여 국가의 손해배상 책임이 인정된다는 판결을 확정하였다[149]. 이 사건의 조서에는 문답생략, 문답추가, 문답전환 등 다양한 종류의 왜곡이 포함되어 있었다[150]. 그러나 이와 같은 사실은 검사의 영장청구 단계에서도 판사의 영장발부 단계에서도 검토되지 않았다. 생각건대, 구속전피의자심문을 할 때 법원은 구속영장청구서 외에 수사관계서류 및 증거물을 접수하고 있고(형사소송법 제201조의2 제7항), 이 절차는 공판절차가 아니기 때문에 접수된 조서는 피의자의 내용인정 여부와 무관하게 구속 여부 판단의 자료로 사용되었을 것이다. 진술을 수사나 재판의 증거 내지는 자료로 활용하기 위해서는 최소한 그 진정성이 담보되어야 할 것이며, 그 담보 장치는 공판 내외에 걸쳐 두루 갖추어져야 할 것이다. 개정 형사소송법 하에서는 내용인정이 공판 내 진술증거 통제에 가장 큰 기능을 하겠지만, 공판 외 진술증거의 적정화를 위해서는 실질적 진정성립 등의 역할이 필요할 것이다.

또한, 제2장에서의 고찰을 통해 피의자신문조서에 대한 내용인정 여부는 수사기관 또는 공판정에서의 자백 여부에 크게 좌우되고, 내용인정 또는 내용부인은 조서 전체를 대상으로 이루어지는 것이 일반적이며, 피고인 등이 내용인정을 하면 범죄사실과 정상에 관한 사항 모두가 재판의 자료로 활용된다는 사실을 알 수 있었다. 즉, 조서의 사용 여부는 주로 '자백' 여부에 따라 결정되지만, 조서의 사용 범위는 통상 '자백 외'에까지 미친다는 것이다. 형사소송법상 피의자신문조서의 핵심은 범

149) 대법원 2020. 4. 29. 선고 2015다224797 판결; 뉴스원, "신문조서 작성시 직무상 의무 위반했다면 국가 배상해야" 대법 첫 판단, 2020. 4. 29. https://www.news1.kr/articles/?3921590(2020. 5. 3. 검색)

150) SBS, 그것이 알고 싶다 제908회 "수상한 조서", 2013. 8. 31. https://programs.sbs.co.kr/culture/unansweredquestions/vod/55075/22000003419(2020. 5. 3. 검색)

죄사실과 정상에 관한 사항이고(제242조, 제244조 제1항), 양자 모두가 엄격한 증명을 요하는 사항이다[151]. 그러나 형사재판 실무에서는 이와 같은 원칙이 잘 지켜지지 않는 것으로 보인다. 피고인 등이 내용인정을 하여 조서를 양형의 자료로 활용함에 있어서도 최소한 그 진정성이 담보되어야 할 것이다. 공판 내 진술증거의 적정화를 위해 실질적 진정성립 등의 역할이 필요한 부분이다.

6. 소결

개정 형사소송법 하에서 실질적 진정성립과 특신상태가 ① 적법한 절차와 방식, 임의성 등 법률상 다른 요건의 이름으로 기능할 가능성, ② 증명력 평가에 관한 논리칙·경험칙 등을 매개로 증명력 평가의 기준으로 기능할 가능성, ③ 조사자 증언의 요건인 특신상태를 매개로 기능할 가능성 등을 전망해 보았다. 또한, 실질적 진정성립이 ④ 피의자신문조서의 탄핵증거 사용에 관한 절충점으로 기능할 가능성, ⑤ 기타 공판 내외 진술증거의 적정화 장치로 기능할 가능성 등을 전망해 보았다. 이와 같은 가능성 중에는 증거능력과 증명력에 관한 해석론을 통해 자연스럽게 구현될 수 있는 것도 있고(①, ②, ③), 수사기관과 법원 차원의 노력과 논의가 필요한 것도 있다(④, ⑤).

Ⅴ. 결론

2020년 개정 형사소송법이 수사기관 작성 피의자신문조서의 증거능력 인정요건을 적법한 절차와 방식 및 내용인정으로 단일화함에 따라 실질적 진정성립과 특신상태는 피의자신문조서에 대한 증거법적 평가 과정에 '직접적으로' 기능하지 못하게 되었다. 그러나 관련 학설과 판례를 고찰해 본 바, 증거능력과 증명력 등의 판단기준이 되는 하위 구성요소가 다양하고, 각 구성요소 간에는 중첩되는 부분이 있어

151) 손동권·신이철, 앞의 521-523책, 면; 신동운, 앞의 책, 1106-1109면.

실질적 진정성립과 특신상태가 피의자신문조서에 대한 증거법적 평가 과정 등에 '간접적으로' 기능할 여지는 있을 것으로 생각되었다. 본연구는 실질적 진정성립과 특신상태가 피의자신문조서에 대한 증거법적 평가 과정 등에 간접적으로 기능할 여지를 ① 법률상 다른 요건의 이름으로 기능할 가능성, ② 증명력 평가의 기준으로 기능할 가능성, ③ 조사자 증언의 요건인 특신상태를 매개로 기능할 가능성, ④ 탄핵증거 사용에 관한 절충점으로 기능할 가능성, ⑤ 공판 내외 진술증거의 적정화 장치로 기능할 가능성 등으로 나누어 제시해 보았다. 또한, 실질적 진정성립과 특신상태가 법률상 다른 요건의 이름을 기능할 경우 위반의 효과가 미치는 범위, 증거동의의 허용 여부, 탄핵증거로의 사용 가능성 등에 있어서도 차이가 있을 수 있음을 전망하였다.

실질적 진정성립 및 특신상태 요소의 증거법적 기능에 관한 본연구의 전망은 대부분 현행 형사소송법 하에서도 존재하는 기능을 재확인한 것에 불과하지만, 개정 형사소송법의 시행을 앞둔 시점에서 두 가지 요건의 의미와 기능을 미리 음미해볼 기회를 제공하였다는 데 의의가 있다. 특히, '실질적 진정성립과 특신상태는 더 이상 법률상 요건이 아니므로 수사와 재판에서의 고려사항이 아니다.'라는 인식에 신중을 기해야 함을 지적하고자 하였다. 피의자신문조서의 작성은 수사단계에서 이루어지고 그에 대한 증거법적 평가는 주로 재판단계에서 이루어진다. 따라서 형사사법절차상 진술증거를 적정화하기 위해서는 두 단계 모두가 점검되어야 할 것이다. 특히, 공판에 부쳐지기 이전 단계 또는 공판에 부쳐지지 않는 사안까지 고려한다면, 공판준비 또는 공판기일에만 작동 가능한 요건(예: 내용부인) 외에 보다 다양한 적정화 장치를 모색하여야 할 것이다. 개정 형사소송법 시행을 앞두고 진행중에 있는 수사준칙(대통령령) 개정 과정이 진술증거의 적정화 논의에 좋은 기회가 될 수 있을 것이고, 우리 입법자들이 고안한 실질적 진정성립과 특신상태가 이러한 논의의 장에 적지 않은 함의를 제공할 수 있을 것으로 생각된다.

참고문헌

Ⅰ. 단행본

경찰청, 경찰관 법정증언 매뉴얼, 경찰청, 2006.
경찰청, 피의자신문조서 작성기법, 경찰청, 2016.
김인회, 형사소송법 제2판, 피앤씨미디어, 2018.
노명선·이완규, 형사소송법 제4판, 성균관대학교 출판부, 2015.
법원행정처, 법원실무제요 형사Ⅱ, 법원행정처, 2014.
손동권·신이철, 새로운 형사소송법 제3판, 세창출판사, 2016.
신동운, 신형사소송법 제5판, 법문사, 2014.
신양균, 신판 형사소송법, 화산미디어, 2009.
이기수, 경찰관 법정증언의 실태와 개선방안, 치안정책연구소 책임연구보고서, 2012.
이영란, 한국형사소송법 개정판, 2008.
이은모, 형사소송법 제4판, 박영사, 2014.
이재상·조균석, 형사소송법 제10판 보정판, 박영사 2016.
이형근, 수사면담기법론, 경찰대학, 2018.
임동규, 형사소송법 제4판, 법문사, 2006.
한인섭, 국민참여재판과 경찰관 법정증언, 치안정책연구소 정책연구보고서, 2008.

Ⅱ. 논문

김동윤, 피고인이 내용을 부인하여 증거능력이 없는 사법경찰리 작성의 피의자신문조서 등을 탄핵증거로 사용하기 위한 요건, 대법원판례해설 30호, 1998, 621-639.
김혁돈, 형사소송법 제309조의 해석에 있어 제308조의2와 제317조의 관계, 형사소송의 이론과 실무 제8권 제1호, 2016, 59-82.

김현숙, 피의자신문조서와 영상녹화물의 증거능력에 관한 연구, 서울대학교 박사학위논문, 2008.

변종필, '적법한 절차'를 위반한 사법경찰관 작성 피의자신문조서의 증거능력, 형사법연구 제25권 제4호, 2013, 325-349.

이기수·김지환, 피의자신문기법의 문제점과 개선방안에 관한 연구: Reid Technique과 PEACE 모델 비교·검토를 중심으로, 한국경찰연구 제11권 제4호, 2012, 233-257.

이용식, 자백배제법칙의 근거와 임의성의 판단: 위법배제설의 관점에서 본 형사소송법 제309조의 의미 재검토, 외법논집 제35권 제3호, 2011, 193-214.

이은모, 자백배제법칙의 근거와 임의성의 입증, 한양대학교 법학논총 제24집 제2호, 2007, 1-21.

이지은·박노섭, 사법경찰관의 피의자 신문시 '참여'의 법적 성질에 관한 연구, 형사법연구 제27권 제3호, 2015, 3-23.

이진수, 형사소송법상 '성립의 진정'에 관한 연혁적 고찰과 그 함의, 비교형사법연구 제20권 제1호, 2018, 199-145.

이형근, 영상녹화물에 의한 특신상태 증명: 대법원 2014. 8. 26. 선고 2011도6035 판결의 해석을 중심으로, 형사정책연구 제30권 제4호, 2019, 175-201.

이형근·백윤석, 피의자신문조서의 왜곡에 대한 증거법적 평가방향: 왜곡에 대한 일반인과 변호사의 인식 비교연구, 경찰학연구 제19권 제4호, 2019, 133-164.

이형근·조은경, 피의자신문조서의 왜곡 유형과 정도에 관한 연구: 조서와 영상녹화물의 비교를 통한 사례연구, 경찰학연구 제14권 제2호, 2014, 29-53.

전현욱, 조서 등의 진정성립 증명 방법 다양화 가능성: 전문법칙의 도구적 합리성에 대한 반성적 검토라는 관점에서, 형사정책연구 제26권 제2호, 2015, 131-164.

정승환, 검사작성 피의자신문조서의 증거능력과 '특신상태', 형사법연구 제19권 제3호, 2007, 679-696.

정웅석, 형사소송법상 '특신상태'의 필요성에 대한 비판적 고찰, 저스티스 통권 제138호, 2013, 306-331.

정웅석, 검사작성 피고인이 된 피의자신문조서의 증거능력: 대법원(전합) 2004. 12. 16., 2002도537 판결에 대한 비판적 검토, 저스티스 통권 제83호, 2005, 165-183.

조 국, 검사작성 피의자신문조서와 영상녹화물의 증거능력, 저스티스 통권 제107호, 2008, 171-192.

최병각, 탄핵증거로서의 증거능력과 증거조사, 형사법연구 제22권 제1호, 2010, 383-405.

최병천, 특신상태에 대한 비판적 고찰, 경북대학교 법학논고 제66집, 2019, 273-306.

한연규, 사법경찰관의 조사자증언과 수사상 진술의 증거활용, 형사법의신동향 통권 제60조, 2018, 215-291.

A Study on Evidential Functions of Substantive Authenticity and Particularly Reliable State Element under the Amended Criminal Procedure Act

Lee, Hyoung-keun*

'Compliance with the due process and proper method' and 'Criminal defendant or his/her defense counsel's admission of its contents' are the only elements for using a protocol concerning interrogation of a criminal suspect as evidence in Criminal Procedure Act amended in 2020. However, 'Substantive authenticity' and 'Particularly reliable state' elements could also be considered as evidential criteria in amended Criminal Procedure Act, because various criteria are applied in estimating admissibility and probative value of evidence, and there are considerable overlaps between criteria.

Based on comprehensive review of theories and judicial precedents, this study suggested some possibilities of evidential functions of 'Substantive authenticity' and 'Particularly reliable state' element under the amended Criminal Procedure Act. Those are as follows: (1) Possibility of act in the name of another element of admissibility, (2) Possibility of act as criterion of estimating probative value of evidence, (3) Possibility of act by mediational role of 'Statement of Hearsay' clause(§316①), (4) Possibility of act as condition for using a protocol concerning interrogation of a criminal suspect as evidence challenging the probative value of a statement of a criminal defendant at a preparatory hearing or a trial, (5) Possibility of act as means to optimize statement evidences of inner and outer trial. In case of Possibility (1), range of effect of violation, possibility of agreement of parties, possibility of impeachment evidence are different from those of the original functons.

* Korean Police Investigation Academy, Superintendent

Most of suggestions of this study are merely based on theories and judicial precedents in current Criminal Procedure Act. However, it could provide meaningful implications to hands-on workers and scholars at the time before enforcement date of amended Criminal Procedure Act. Especially, this study emphasizes that the idea ‘Substantive authenticity and Particularly reliable state are no more elements to consider’ should be sublated.

❖ key words: Amended Criminal Procedure Act, Substantive authenticity, Particularly reliable state, Admissibility of evidence, Probative value of evidence.

투고일 : 5월 14일 / 심사일 : 6월 24일 / 게재확정일 : 6월 24일