

# 소송절차상 탄핵증거사용 문제에 있어서 융합적 해결에 대한 소고

이찬엽

서남대학교 인문사회과학부 경찰경호학과

## A Study on Solution of Impeachment Evidence in Criminal Proceedings for Employ by the Convergence

Chan-Yeub Lee

Division of Police & Security, Humanities And Social Sciences, Seonam University

**요약** 형사소송절차에 있어서 탄핵증거규정상에는 다양한 논란이 광범위하게 발생한다. 이러한 문제점을 해결하는 방법으로 본고에서는 대법원판례 및 외국의 입법례 등을 종합·분석(연구방법)하였으며 특히, 대법원판례 등에서 강조하고 있는 적정절차원칙은 탄핵증거규정에서도 반드시 준수되어야 한다는 점을 재인식하였다(연구결과). 탄핵증거규정은 형사소송법 제312조 내지 제316조에 의하여 증거능력이 인정되지 않은 증거일지라도(위법성을 띤 증거) 진술의 증명력을 탄핵하는데 이를 사용함으로써 실제진실발견에 가장 중요한 역할을 수행하는 증인 등(피고인 포함)의 증언은 소송상 극단적인 제한을 받을 수밖에 없다. 본고에서는 첫째 탄핵증거의 범위 둘째 증명력감쇄 등에 대한 문제 셋째 탄핵증거로 인한 증인 등의 지위 등을 연구해 보았다. 그런데 이러한 제 문제의 해결(결론)은 불법적인 절차를 배제하면서 적정절차원칙의 준수를 통해야만 융합적인 해결이 가능하다는 점이다.

• **Key Words** : 탄핵증거, 형사소송절차, 증인, 적정절차원칙의 준수, 융합

**Abstract** A Study on Problem of Impeachment Evidence in Criminal Proceedings for Employ by the Convergence Meaning of impeachment evidence in criminal proceedings is liking the spread of the branches moment. The first, there is to set limits of impeachment evidence. The amicable solution is to accept moving flexibly. In a concrete way must to make away with a constituent element unlawfulness. The second, problem a return to probative force exist. This problem agree in principle to resolve an issue for the testimony of an eyewitness. The third, how to admit that institution of criminal investigation after the testimony of an eyewitness exist. This attendant conditions are to eliminate illegality for the authenticity in he testimony of an eyewitness and for the observe due process. Therefore, we must observe due process without illegality to solve the problem for the convergence.

• **Key Words** : Impeachment Evidence, criminal Proceeding, Eyewitness,, Observe due process, Convergence

### 1. 서론

형사소송절차에 있어서 탄핵증거의 의미는 특별하다.

왜냐하면 통상적으로 증거능력이 없는 증거라고 판단된다면 극히 예외적인 경우를 제외하고 소송절차에서 아무런 의미를 가지지 못하지만 탄핵증거의 경우에 있어서는

\*교신저자 : 이찬엽(pinetree0516@hanmail.net)

증거능력을 인정받지 못한 경우라도 진술의 증명력을 다룰 수 있는 증거로 사용할 수 있기 때문이다. 이와 관련하여 형사소송법 제318조의2 제1항에서는 “제312조부터 제316조까지의 규정에 따라 증거로 할 수 없는 서류나 진술이라도 공판준비 또는 공판기일에서의 피고인 또는 피고인이 아닌 자(공소제기 전에 피고인을 피의자로 조사하였거나 그 조사에 참여하였던 자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)의 진술의 증명력을 다투기 위하여 증거로 할 수 있다.”라고 규정하고 있고 동조 제2항에서는 “제1항에도 불구하고 피고인 또는 피고인이 아닌 자의 진술을 내용으로 하는 영상녹화물은 공판준비 또는 공판기일에 피고인 또는 피고인이 아닌 자가 진술함에 있어서 기억이 명백하지 아니한 사항에 관하여 기억을 환기시켜야 할 필요가 있다고 인정되는 때에 한하여 피고인 또는 피고인이 아닌 자에게 재생하여 시정하게 할 수 있다.”라고 규정하고 있다. 이러한 탄핵증거는 본래적으로는 매우 협소한 의미를 지니는 것에 불과했었다. 즉, 종전에는 반대당사자가 제출한 증거에 대하여만 신빙성을 감쇄시키기 위한 특정의 제출증거를 의미함에 그쳤었다. 그러나 상규정에서도 알 수 있듯이 피고인 또는 피고인 아닌 자의 진술의 증명력을 다투는데 사용되는 증거를 포괄적으로 의미함에 이르고 있다는 점에서 그 범위가 매우 넓다 할 것이다. 그러나 이러한 적용범위의 변화에도 불구하고 중국적인 목적은 자기모순진술에 대한 탄핵이라는 불변의 가치를 내포하고 있다. 한편 탄핵증거는 적용범위의 측면에서는 반대신문과 구분되는데 반대신문은 오로지 증언의 증명력을 다투고 반드시 구두진술에 국한되어 있지만 탄핵증거는, 증인의 증언은 물론 피고인의 진술 내지 증인이외의 자가 진술한 것에 대하여도 증명력을 다퉴 수 있으며 구두진술뿐만 아니라 서면제출의 방식에 의해서도 소송목적 달성을 할 수 있다는 점에서 소송경제에 이바지 하는 면이 크다. 또한 반증과도 일정부분 다른 측면이 있는데, 반증은 증거능력의 인정은 물론 증거조사 시 적법절차준수 즉, 법에 규정된 절차를 모두 거쳐야만 하지만 탄핵증거는 본증 또는 반증으로 제출된 증거 자체에 대한 증명력을 다퉴 목적으로 제출된 증거라는 점에서 전문법칙부적용과 증거조사 시 엄격한 절차의 준수가 불요된다는 특징을 가지고 있는 증거라는 점이 다르다. 이렇다보니 결과적으로 탄핵증거는 당사자의 반대신문권보장과 소송경제에 대한 기여가 높은 증거로 받아들여 질 수 있다. 그런데 이와 같은 탄핵증거의 특징

의 이면에 있어서는 그 사용범위와 대상이 무엇인가의 문제가 발생한다. 그리고 나아가 증거로 할 수 있는 범위 및 제한을 어느 선까지 할 것인가가 문제된다. 본고에서는 이와 관련하여 대법원의 입장에 대한 비판과 종전의 주류적 견해에 대한 타당성을 융합적으로 검토해 보고자 한다.

## 2. 본 론

### 2.1 미연방증거법(Federal Rules of Evidence) 규정과 탄핵증거

#### 2.1.1 연방증거법의 탄핵증거규정의 시사점

탄핵증거규정을 외형적으로 판단한다면, 모든 소송절차를 거쳐 이미 증거능력을 부여받았고 이를 토대로 법관의 자유심증에 의하여 증명력까지 인정된 증거에 대하여 사후적으로 또 다른 증인 등의 진술(증언)이 사용됨으로써 증명력을 탄핵할 수 있다는 구조를 가지고 있다. 그런데 이러한 구조에는 소송절차상 본질적인 문제점이 내포되어 있다. 즉, 현행 우리의 형사소송법에서는 소송의 발전적 의미를 고려하고자 하는 노력을 엿볼 수 있는데, 구체적으로 법 제307조에서는 “사실의 인정은 증거에 의하여야 하며(제1항) 범죄사실의 인정은 합리적인 의심이 없는 정도의 증명에 이르러야 한다(제2항).”라고 규정하고 있으며 법 제308조에서는 “증거의 증명력은 법관의 자유판단에 의한다.”라고 규정하고 있다. 또한 증거능력을 제한하기 위하여 위법수집증거의 배제(제308조의2), 강제 등 자백의 증거능력(제309조), 불이익한 자백의 증거능력(제310조), 전문증거와 증거능력의 제한(제310조의2) 등을 규정하고 있고 법 제311조 내지 제316조의 규정에 따라 전문증거일지라도 일정한 요건을 충족시켰을 경우 증거능력을 인정하기 위한 탄력적 절차가 규정되어 있다.<sup>1)</sup> 따라서 이러한 제 규정에 의하여 합리적 소송이념의 실현을 목적으로 하는 증거능력 및 증명력 판단에는 특별한 문제가 없다고 해도 과언이 아니다. 다만 그동안 큰 비판 없이 증거능력 갖춘 증거만이 법관의 증명력판단의 대상이 된다고 하는 너무도 당연시 했던[1] 증

1) 탄핵증거의 성격에 대한 일반적 주장은 전문법칙이 적용되지 않는 증거라고 판단하고 있다. 반면 전문법칙예외설은 탄핵증거로 사용될 수 있는 전문증거를 제한해서는 안 된다고 하면서 이는 단지 전문법칙의 예외적인 증거라는 입장이다.

거법상의 절차가 법 제318조의2(증명력을 다투기 위한 증거)에 이르러 “깨어질 수 있다.”라는 의구심을 갖게 만든다. 그것은 이미 증거능력이 인정되었고 증명의 단계에 도달한 경우라도 탄핵의 목적이 된 때에는 또 다른 증거에 의하여 증명력이 감쇄된다는 과격적 소송절차의 규정 때문일 것이다. 이러한 절차상의 순서에 대한 근본적인 해결의 열쇠는 다름 아닌 미국 연방증거법에서 찾을 수 있다고 판단된다. 이에 의하면 증거능력을 판단하는 단계를 크게 넷으로 나누고 있는데, 첫째로 공소사실과 논리적으로 관련된 증거인가 여부판단 둘째로 신빙성존부판단 셋째로 정책적 판단 넷째로 제403조에 의거한 증명력과 다른 요소들 간의 비교형량 판단의 단계를 거치면서 증거능력인정여부를 판단하고 있다[2]. 특히 네 번째 단계인 연방증거법 제403조의 적용이 문제되는데, 위의 세 가지 절차를 거쳤다고 하더라도 당해 증거는 관련성이 있는 경우에도 불공정한 반대 당사자에 대한 편견, 공소쟁점의 혼동, 배심원에 대한 오도의 위험성존재, 소송상 부적절한 지연 내지 신속한 재판을 해하는 행위, 중복된 증거제출 등이 문제되어 당해 증거능력을 인정하는 것이 오히려 증거가치(증명력) 측면에서 불합리한 경우 증거능력이 배제된다. 이러한 관점에서 판단해 본다면 증명력판단이 증거능력판단의 전제가 된다는 절차상의 의문을 제기할 수 있다. 그런데 우리의 경우 이러한 소송절차상의 의문점을 다소나마 해결해 줄 수 있는 규정이 다름 아닌 법 제318조의2 규정이라고 볼 수 있다. 왜냐하면 “증거능력인정을 전제로 증명력판단을 증거능력이 부정되는 증거를 가지고도 탄핵할 수 있다.”라는 주장이 탄핵증거규정을 통해 가능해 질 수 있기 때문이다. 그런데 미국 연방증거법과 우리의 소송법 구조는 동일하다고 할 수 없고 특히, 전적으로 당사자주의를 수용했다고 보기도 어렵다는 점을 상기해 본다면 소송절차상 증거능력인정 문제는 통상적인 단계(시간적·공간적 순서)만을 기준으로 판단할 것이 아니라 소송당사자는 물론 소송관여자 및 소송관계인의 입장도 고려하여 복합적으로 판단할 문제로 보아야 할 것이다.

### 2.1.2 융합적(融合的) 성격으로 인한 탄핵증거와 자유심증주의 및 배심재판과의 상충문제

특히, 연방증거법상에서의 증인의 증언은 매우 견고하게 담보 받고 있는데(제901조) 그 이유는 범죄의 실체를 규명하는 과정에서 증인의 역할을 매우 중요시 하고 있

기 때문이다. 그런데 이러한 연방증거법의 규정과 우리의 소송절차는 다소 차이가 있는데 그것은 법관의 자유심증주의에 대한 것과 불완전한 배심재판제도에서 기인한다고 볼 수 있다. 즉, 이는 탄핵증거의 범위가 법관의 자유심증주의와 상충하는 측면이 있다는 점을 내포하고 있는 부분이다. 자유심증주의는 재판에 필요한 사실인정 시 증거평가를 법관의 자유로운 판단에 맡겨야 한다는 주의를 말하는데, 탄핵증거는 이러한 주의에 정면으로 배치되지는 않더라도 어느 정도까지는 영향을 받을 가능성이 있다. 왜냐하면 제307조 제1항을 통해 피고인의 방어권을 철저히 담보 받을 가능성이 높다고 판단되지만 증거능력이 없는 증거제출로 말미암아 법관의 심증형성에 변화를 초래할 가능성을 배제할 수 없기 때문이다. 전문법칙은 당사자주의와 직접주의를 실현하기 위해 요구되는 증거법상 대원칙이고 자유심증주의는 이러한 전문법칙에 의해 증거능력을 인정받은 증거에 대하여 증거로서의 가치가 있는가에 대하여 법관의 자유로운 판단에 맡긴다는 원칙이라는 점을 상기해 볼 때 종전의 다수 견해인 전문법칙부적용설을 수용하지 않더라도 상기법칙들은 상충가능성이 충분히 있다할 것이다. 즉, 증거능력이 없는 전문증거가 반드시 진술의 증명력을 다투기 위한 자료로 사용된다고 단언할 수는 없다는 점이 문제이다. 이러한 측면에서 본다면 탄핵증거제도가 당사자주의의 실현을 가로 막지는 않나 하는 의구심이 발생한다. 더구나 국민의 형사재판참여에 관한 법률의 운용에 있어서 직업법관이 아닌 일반국민 즉, 배심원단에 의한 사건에 대한 심리에 있어서 탄핵증거의 제출로 인한 심증형성상의 영향은 지대할 수밖에 없을 것이다.<sup>2)</sup> 이는 특히 국민의 형사재판 참여에 관한 법률규정(각주 참조)을 통해 볼 때 심리는 물론 양형에 까지 배심원의 판단이 영향을 미치고 있음을 알 수 있다. 그런데 이제는 국민참여재판의 대상범위가 대폭 확대되었고 이러한 제도는 특히 구 두변론을 통한 사실의 증명이 일차적인 수단이 될 가능성이 높기 때문에 탄핵증거의 의미는 부각될 수밖에 없을 것이다. 이는 직업법관이 아닌 일반배심원에 의한 유죄심증형성 시 증거능력을 인정받지 못했던 증거가 남용되어 실제진실발견을 해할 가능성이 항상 열려 있다는 것을 의미한다. 이러한 상황은, 과거 많은 부분에서 직권

2) 동법 제46조 제1항에 따르면 재판장은 변론이 종결된 후 법정에서 배심원에게 공소사실의 요지와 적용법조, 피고인과 변호인 주장의 요지, 증거능력, 그 밖에 유의할 사항에 관하여 설명하여야 한다.

주의를 적극 수용하고 있던 시대에서는 문제될 여지가 없었지만 당사자주의 내지 직접주의를 전폭적으로 받아들이고 있는 지금의 소송구조에서는 엄청난 과급을 줄 수 있는 규정이라고 판단된다. 이러한 점을 상기해 볼 때, 법관의 자유심증주의는 다른 아닌 직권주의적 요소를 가장 많이 내포한 주의로 볼 수 있고 국민참여재판 시 많은 범죄에 있어서 배심원단에 의한 재판을 허용하고 있는 현실을 간과해서는 안 된다는 점에서 탄핵증거의 사용에 대한 다양한 제약을 가해야 할 것으로 사료된다.

## 2.2 탄핵증거의 허용범위 및 대상에 대한 비판

### 2.2.1 탄핵증거인정 범위문제

형사소송법 제307조 제1항은 엄격한 증명의 법리를 전제한 증거재판주의를 규정하고 있다. 언급한 바대로 제318조의2는 진술의 증명력을 다룰 수 있도록 규정하고 있다. 그런데 만일, 제318조의2 규정을 지나치게 확대하여 수용한다면, 엄격한 증명을 요구함으로써 피고인의 소송상 이익을 보호하고자 하는 대원칙의 훼손이 불가피하다고 할 것이다. 이는 증거능력을 부여받지 못한 전문증거를 어느 한도까지 진술의 증명력을 다투는데 사용가능한가의 문제로 귀결된다[1]. 이와 관련하여 판례는 이원적인 입장을 고수하고 있는데, 피고인이 제출한 탄핵증거에는 특별한 제한을 두지 않으나 검사가 제출한 탄핵증거는 일정한 제한 즉, 자기모순진술을 탄핵증거로 인정하면서도 범죄사실 또는 간접사실을 인정하는 증거는 탄핵증거로 사용할 수 없다고 판시한 바 있다.<sup>3)</sup>

### 2.2.2 다양한 견해의 논거에 대한 비판

탄핵증거허용범위에 대한 견해의 대립은 증거능력을 인정받지 못한 전문증거를 진술의 증명력을 다투기 위해 어느 한도까지 사용할 수 있는가의 문제인데, 이는 당사자 특히 피고인보호와 매우 밀접한 관련성을 가지는 부분이다. 이러한 중요한 문제에 기인하여 많은 견해의 대립이 있다[4]. 첫째 견해로 한정설<sup>4)</sup>을 들 수 있는데, 이

3) 대판 2014.3.13, 2013도12507; 그 밖의 사안과 관련해서는 대판 2012.10.25, 2011도5459; 대판 2009.7.16, 2005도472; 대판 2006.5.26, 2005도6271; 대판 2005.8.19, 2005도2617 등이 있다.

4) 이 견해는 전문법칙과 탄핵증거와의 관련성이 존재한다는 전제하에서 출발해야 한다고 한다. 당사주의를 완벽히 보장하려면 직접주의를 철저히 준수해야 하고, 이러한 직접주의의 준수에 있어서 가장 중요한 도구가 바로 전문법칙의 견지라는 견해이다.

견해에 의하면 탄핵증거로 사용할 수 있는 증거는 자기모순진술과 관련된 것에 한정해야 한다고 주장한다. 즉, 동일인의 법정진술과 상이한 법정 외의 진술이 기재된 서류나 그 진술을 들은 자의 증언에 제한해야 한다는 입장이다. 상기 견해는 나아가 진술의 증명력을 감쇄시킨다고 하는 단순한 척도는 단지 양적인 기준에 불과하고 그 내용면에서 볼 때에는 수학적인 접근이 타당하지 않다는 점에 주목한다. 예를 들어 진술자(갑)가 공판정에서 “나(갑)는 을이 병을 죽이는 것을 보았다.”라고 진술한 것에 대하여 진술자 아닌 정이 “갑은 나(정)에게 자신은 을이 병을 죽이는 것을 보지 못했다.”라고 말했을 경우 갑이 살인에 대한 진술한 것과 정의 진술은 반대신문권 행사 존부의 차이가 있기 때문에 동일하다고 단정 지을 수 없다는 점을 부각시키고자 한다. 즉, 전문증거가 요증사실의 증명에 초점이 맞춰진 것이라면 탄핵증거는 진술의 시간상 불일치라는 점에 초점이 맞춰진 것이라는 각기 다른 판단기준을 가지고 있다고 판단한다. 이러한 논리를 따르게 되면 탄핵증거규정에 대한 전문법칙의 적용이 근본적으로 차단되고 만다. 그런데 이 견해를 따르게 되면 형사소송의 발전적 성격과도 배치될 우려가 있고 전문법칙과 탄핵증거가 전혀 관련성이 없다는 명백한 근거제시가 없음에도 불구하고 단적으로 양 법칙 내지 규정이 각각 완벽하게 독립의 절차라고 단정하게 된다는 문제가 발생한다. 다음으로 둘째, 탄핵증거의 사용 범위를 자기모순의 진술에 한정시키지 않으며 나아가 범죄사실에 국한시키지 않고 그것이 범죄사실이 아니더라도 증명력을 다투기 위함에 있다면 전문증거도 사용이 가능하다는 주장이 있다. 상기견해는 탄핵증거 사용대상이 소송절차상의 거의 모든 증거이며 구체적으로는 자기모순진술은 물론 신빙성증거, 범죄사실에 관련한 주요사실, 간접사실, 정황증거 등도 여과 없이 탄핵증거로의 사용이 가능하다고 판단한다. 이 견해는 제318조의2의 규정 상에 있어서는 탄핵증거제한에 대한 아무런 사항이 없고 궁극적으로 법관의 자유심증주의를 저해하는 요소로서 탄핵증거의 대상을 제한해서는 안 된다는 논거를 제시하고 있다.<sup>5)</sup> 이러한 주장은 진술의 증명력존부에 대한 판

5) 이러한 입장은, 전문법칙 및 전문법칙 예외규정은 범죄사실에 대한 요증사실에 대한 증거능력인정여부에 대한 판단이지만 탄핵증거는 증거가 가지고 있는 소송법적 가치인 증명력판단의 문제이기 때문에 탄핵증거는 전문법칙의 적용법리에 해당하지 않고 단지 직업법관의 판단 영역에 속한다고 한다.

단의 선택적인 효과가 높다는 점을 강조하고 있는데 즉, 자기모순 진술과 그 밖의 진술(여기서는 다른 사람의 진술)에 대한 법관의 증명력 판단범위를 폭넓게 인정시킴으로써 보다 합리적인 실제진실발견에 이바지 할 수 있다는 입장으로 판단된다. 이러한 판단은 상기 진술 중 어떠한 진술이 진실인가에 대하여 그 누구도 성급히 결론짓지 못하도록 하는 소송절차상 제한적 요소로서 작용할 수 있다는 데에서 기인한다.<sup>6)</sup> 그런데 이러한 비합정설에 대한 비판도 제기되고 있다. 즉, 증거재판주의에 있어서 엄격한 증명의 원리를 해할 수 있다는 문제가 있는 것이다. 이는 진술의 증명력을 다룬다는 것 자체만을 강조하여 자기모순진술은 물론 범죄에 대한 주요사실 내지 간접사실, 정황증거 등에 대한 전문증거가 아무런 제한 없이 법원에 제출 및 현출되게 된다면 실제로 법관의 심증형성과정에서 정상적으로 미쳐야 할 증거부분과 그렇지 못한 부분이 혼합됨으로써 소송절차상 전문법칙규정이 이러한 혼돈을 어느 정도 사전적으로 차단해주는 역할을 수행하고 있다는 소송현실을 경시하는 모습이 될 수 있다는 비판이 가능하다. 다음으로 소송이념실현에 중점을 둔 견해가 있는데 여기에는 절충적인 입장이 있다<sup>4)</sup>. 이 견해는 탄핵증거의 허용범위에 대하여 크게 세 가지로 나누어, 순수보조사실은 탄핵증거의 허용범위에 포함시키지만 범죄사실 관련 주요사실 및 간접사실 등은 제외시켜야 한다고 한다. 그 이유는 탄핵증거의 소송상 의미가 범죄사실의 직접적인 증명에 있지 아니하고 단지 소송상 제3자 즉, 증인의 진술에 대한 신빙성 자체를 증명함으로써 결과적으로는 범죄사실의 준비에 일정한 영향을 준다는 의미로 축소해석 해야 하기 때문에 이를 제외시켜야 한다고 주장한다.<sup>7)</sup> 이 견해는 진술자의 신빙성과 자기 모순진술을 명백히 구분하여 전자의 경우에만 탄핵증거로 사용가능하고 후자의 경우는 불가하다는 입장이다. 그런데 진술자의 신빙성에 대한 사실은 종전의 주장으로 볼 때, 진술자와 관련된 이해관계인이라든지 진술자의 성격·성향, 진술자의 범죄 전과사실 내지 사회적 평

관 등이 이에 해당할 것으로 본다.<sup>8)</sup> 그렇지만 이상과 같은 견해는 몇 가지 문제점이 지적된다. 즉, 첫째로 보조사실과 범죄사실을 실제법상 구분에 의해 판단해서는 안 된다는 점이다. 구체적으로 진술자와의 이해관계인을 놓고 보았을 때, 실제법상으로는 구성요건을 같이 실현하기 위한 자로 분류될 수 있으나 절차법상으로는 소송 당사자가 아닌 소송관계인으로서의 지위에 그칠 수 있기 때문이다. 즉, 소송법적인 의미에서의 보조사실은 실제법상 구성요건사실이 될 수 있다는 점을 간과할 수 있다. 그리고 둘째로 증거재판주의에서 가장 중요한 잣대가 되는 것이 엄격한 법적 절차를 거쳐서 증명을 했는가의 여부인데, 만일 위와 같이 엄격한 증명을 경유할 수 없는 순수보조사실을 증명단계에까지 유입하여 소송을 진행하게 되면 자칫 제307조가 표방하고 있는 소송이념에 절대적 손상을 줄 우려 또한 간과할 수 없다는 점이 문제이다. 전문증거가 범죄사실에 있어서의 주요사실 내지는 간접사실을 증명하기 위한 수단으로 사용하게 되면 진술자의 진술의 신빙성 탄핵이라는 근본적인 취지에 배치되기 때문에 시원적 문제가 있는 주장으로 해석된다. 다음으로 이원설을 들 수 있다<sup>5)</sup>. 이 견해에서는, 검사는 명문상 내지 형식적으로 아직까지 피고인의 지위보다 우월적인 입장에 서있으므로 검사의 경우에는 자기모순의 진술만을 탄핵증거로 제출해야 하지만 피고인은 검사보다 열악한 소송상 지위에 있기 때문에 자기모순의 진술은 물론 자신의 무죄입증과 관련된 모든 증거의 제출이 가능하다고 주장한다.<sup>9)</sup> 검사는 특히 수사단계에 있어서 피고인이 행사하지 못했던 증거수집 내지 증거보존 등 수사관련 행정행위를 통하여 상대방인 피고인보다 우월적인 입장에서 이를 진행해 왔기 때문에 단지 공판단계에 이르러 상기와 같은 소송절차를 수행하게 되는 피고인보다 몇 보는 앞서있다는 전제를 하고 있다<sup>5)</sup>. 이 견해는 순수한 소송행위만을 놓고 보았을 때에는 어느 정도 평등성을 보이지만 검찰이라는 행정주체로서의 행위를 부가적으로 판단했을 때에는 상호 불평등요소가 존재한다

6) 유동적인 증거능력판단은 결국 탄력적인 증명력인정과 연결됨으로써 소송이념실현에 기여할 수 있고 나아가 소송 당사자에게 집중된 소송행위가 그 밖의 제3자에 의한 소송행위에 있어서도 그 중요성이 간과 될 수 없다는 점을 상기시켜주는 계기를 만들 수 있다.

7) 이 견해는 만일 범죄사실과 관련된 증거를 탄핵증거로 사용하게 될 경우 주요사실 내지는 간접사실 자체가 증거능력을 인정받지 못한 증거 즉, 전문증거에 의해 증명되는 불합리가 발생할 수 있다는 우려에서 주장되었다.

8) 상기 주장은 결국, 이를 구분하는 요소인 진술자의 진술상 신빙성 판단은 적어도 범죄사실 자체와 관련한 주요사실 내지는 간접사실과 달리 전문법칙적용에 있어서는 다소 엄격한 적용과 거리를 두어야 한다는 것으로 귀결될 수 있다.

9) 이 견해는 검사의 탄핵증거제출 범위와 피고인의 탄핵증거제출 범위를 차별화하여 형사소송의 이념을 실현해야 한다는 입장이다.

는 점에 초점을 맞추고 있다. 아울러 실질증거로서의 역할을 하는가 여부도 상기 견해를 뒷받침 해 준다고 판단한다.<sup>10)</sup> 그러나 이 견해 또한 다음과 같은 비판에 직면하지 않을 수 없다. 즉, 검사에 대하여만 유독 엄격한 증명의 절차를 거치도록 해야 한다는 범규정이 전무하고 이론적으로 단지 무기평등원칙의 실현이라는 점을 내세워 피고인과 차별적으로 적용한다는 점은 근본적인 문제점으로 지적된다. 그렇기 때문에 제318조의2 규정은 상기 견해를 충족시키지 못한다고 할 수 있다. 또한 상기견해는 증거능력을 인정받지 못한 증거에 대하여 일정한 요건을 충족한 경우 증거능력을 보충적으로 인정하고자 하는 전문법칙예외규정상에서 엄격한 증명(특신상태 등) 절차를 반드시 거칠 것을 요구하고 있다고 할 수 있으므로 상기견해처럼 거의 제한 없이 증거제출을 허용해야 한다는 주장과 모순이 된다는 문제가 발생한다. 다음으로 이러한 주장과 연계하여 만일 피고인에 대하여 자기모순의 진술이외의 것도 제출가능 하도록 허용한다면 증명력 탄핵이라는 순수한 소송목적달성을 위해 증거능력이 존재하지도 않는 증거를 제출케 함으로써 결과적으로 법관의 자유심증형성에 악영향을 끼칠 여지가 있는 주장에 해당한다. 또한 보충적으로 행사되는 증거조사 시 이를 그대로 적용할 수 없는 한계를 드러낼 여지가 높다는 문제가 있다. 이렇게 본다면 상기견해는 검사에 대한 소송상 역할 차별이라는 지적도 가능하다고 볼 것이다[1].

### 2.2.3 소결

그런데 위와 같은 학설의 대립에 대하여 판례는 특정의 입장을 표명하고 있지는 않는 것으로 판단된다. 판례의 주된 특징은 반증과 탄핵증거를 명확히 구분하지 않고 있다는 점이다. 예를 들어 무기평등의 원칙을 견지하고 피고인의 소송상 지위를 보호하기 위한 취지를 담으면서 전문증거이면 증거능력이 인정되지 않는 경우라도 탄핵증거사용이 가능하다는 입장을 취한다.<sup>11)</sup> 즉,

10) 증거제출의 성격을 미루어 볼 때, 검사가 제출한 유죄입증의 증거는 전적으로 피고인에게 불리하므로 무기평등원칙은 물론 종국적으로는 무죄추정의 법리에까지도 악영향을 미칠 수 있기 때문에 자기모순의 진술에 국한시켜야 되지만 피고인이 제출한 증거는 실질적 의미로 본다면 검사가 법관으로 하여금 피고인에 대한 유죄심증을 형성하게 하는 원인을 제공할 수 있으므로 다른 아닌 유죄입증에 대한 무죄입증의 탄핵적인 성격을 가진다고 보기 때문에 실질증거에 해당한다고 판단되므로 무제한이라고 판단한다.

이미 유죄가 어느 정도 확정되었고 이러한 상태에서 단지 유죄의 자료로 제출된 증거의 반대증거인 서류 내지는 진술 자체는 소송상 유죄사실인정의 증거가 아님을 그 이유로 한 바 있다. 덧붙여 위의 판례는, 피고인 측이 탄핵증거로 제출한 증거에 대하여는 특별히 제한을 두지 않으려는 취지가 강했다. 반면 검사측이 제출한 탄핵증거에 대하여는 다소 모호한 표현을 하고 있다. 구체적으로 판례는 “사법경찰관리 작성의 피고인에 대한 피의자 신문조서와 피고인이 작성한 자술서들은 모두 검사가 유죄의 자료로 제출한 증거들로서 피고인이 각 그 내용을 부인하는 이상 증거능력이 없으나 그러한 증거라 하더라도 그것이 임의로 작성된 것이 아니라고 의심할 만한 사정이 없는 한 피고인의 법정에서의 진술을 탄핵하기 위한 반대증거로 사용한 수 있다.”라고 판시<sup>12)</sup>하여, 위에서 언급한 피의자 측이 제출한 증거의 의미와 별반 다르지 않다고 볼 수 있다. 즉, 이와 같은 판례만을 놓고 보았을 때에는 검사측이 제출한 증거 또한 비한정설을 지지하는 것으로 판단된다(다만 이에 대하여 이원철을 지지한다고 판단하는 입장도 있다.)[6].<sup>13)</sup> 다만 상기판례에서 눈여겨볼 것은 탄핵증거로 제출할 수 있는 범위를 한정하는 것이 피고인보호라든지 검사의 소송행위 자체가 아니라 증거가 임의로 수집되었는가 아니면 임의성이 없이 수집되었는가가 중요한 기준으로 작용되고 있다는 점이다. 이렇게 본다면 탄핵증거의 범위를 결정하는 것은 오히려 자기모순 진술이 아닌 소송상 제 원칙이라는 결론에 이르게 된다. 그렇기 때문에 명확하지 않은 판례를 가지고 어떠한 입장을 취했는가를 판단하는 것은 무의미하다고 할 수 있다. 따라서 언급했던 다양한 견해 중 어떠한 것인 소송이념에 부합하며 소송당사자에게 유익한가를 판

11) 대판 1981.12.22, 80도1547. 참조; 이를 한편으로 판단해보면 피고인 측이 제출한 탄핵증거에 대하여는 특정의 제한을 두지 않아야 한다는 것으로 해석될 여지도 있지만 유죄사실을 인정하는 것이 아니라거나 범죄사실을 인정하는 것이 아니라고 판단되는 경우에만 탄핵증거로 사용할 수 있다는 의미로 해석한다면 반증과 탄핵증거를 혼동하여 판단한 것으로 밖에 볼 수 없다.

12) 대판 1985.5.14., 85도441.

13) 이와 관련하여 러시아 형사소송법 제75조(недопустимые доказательства: 허용되지 않는 증거)에서는, 러시아 형사소송법 규칙(требования)에 반하여 취해진 증거의 증거능력을 부정하고 있으며 그러한 증거는 소송법상 법적 효력이 주어지지 않고 나아가 이를 바탕으로 한 유죄판결 및 다른 어떠한 증명에의 사용이 불가하다고 규정하고 있다(использоваться для доказывания).

단하는 것이 중요할 것으로 사료된다. 또한 여기서 간과해서는 안 될 것이 있는데, 그것은 전문법칙의 존재의미, 보조사실의 소송상 역할, 소송행위에 있어서 검사와 피고인의 대등적 지위 등이다. 이렇게 볼 때 위와 같은 제요소를 탄력적으로 수용할 수 있다고 볼 수 있는 주장으로 비한정설에 무게가 실린다고 볼 수 있다. 그렇지만 이 주장 역시 완벽한 논리를 구성하고 있지 않음은 앞에서 언급한 바와 같다.

## 2.3 “증명력을 다투기 위하여”의 의미

### 2.3.1 탄핵의 범위로서 증명력의 감쇄

탄핵증거규정에 있어서 “증명력을 다투기 위하여”의 의미에 대하여는 큰 논란은 없다. 즉, 이 규정은 문언적으로 볼 때 매우 포괄적인 의미를 담고 있다고 할 수 있지만, 탄핵증거로 사용되어지는 증거는 증인의 증언 등에 있어서의 신빙성을 공격함으로써 결과적으로 증명력을 감쇄시킨다는 것에는 의미론적으로 보았을 때 논란은 없다. 이렇게 본다면 증명력을 상승시키거나 유지 내지는 보강해 주기위한 목적이 있을 경우에는 탄핵증거로의 사용은 불가하다 할 것이다. 왜냐하면 증명력을 상승시키거나 유지시키기 위해서는 범죄사실과 관련된 또 다른 증거를 유죄입증 등의 목적으로 제출해야 하기 때문이다. 또한 소송절차상 소송행위를 보강시키기 위해서는 또 다른 별개의 주된 소송행위를 해야 하는데, 탄핵증거는 증인의 증언 등에 대한 탄핵을 목적으로 하는 비독립적인 소송행위로 보아야 하기 때문에 이에 부합하지 못한다. 아울러 부대적 외부증거를 사용하여 증인의 증언 등을 감쇄시키는 경우를 어떻게 볼 것인가도 문제되는데, 이는 전적으로 신속한 재판원칙의 실현이라는 소송이념과 상충되는 면이 많기 때문에 불가하다고 해야 한다. 그러나 실체진실 발견이 중요시되는 경우를 배제할 수 없기 때문에 이러한 증거사용을 절대적으로 배척해서는 안 될 것으로 판단된다. 특히 유죄 내지 무죄판결 등과 같은 실체재판에 있어서는 이와 같은 증거사용이 한편으로는 법관의 심증형성에 악영향을 끼칠 우려도 있지만 그것은 소송절차상에 드러나지 않는 것에 불과하기 때문에 탄력적인 사용도 어느 정도 허용할 수 있다고 해야 한다.

### 2.3.2 감쇄된 증명력회복 포함문제

그런데 위와 같이 “증명력을 다투기 위하여”의 의미에 감쇄된 증명력을 회복하는 경우도 이에 포함시킬 수 있

을 것인가 문제된다. 여기에 대하여는 긍정적인 입장 및 부정적인 입장이 있다. 첫째로 긍정적인 입장에서는, 공평의 원칙을 강조하여 증명력을 감쇄시키는 경우는 물론 이미 감쇄된 증명력을 회복시키기 위한 경우도 이에 해당한다고 판단한다[7]. 반면 둘째로 부정적인 입장에서는, 형사소송의 실질적인 측면에서 이를 판단하여 탄핵증거는 오로지 증인 등의 증언을 공격함으로써 증명력을 감쇄시키는데 유일의 목적이 있다고 주장한다[8].<sup>14)</sup> 즉, 외형적으로 탄핵증거로 보일지 모르지만 실질적으로 범죄사실을 입증하기 위한 증거제출로 판단해야 한다고 한다. 이와 관련하여 판례는 “피고인과 변호인은 그것들의 증거 채용에 동의하고 있지 않으므로 형사소송법 제312조 제2항 등 규정에 비추어서 증거로 할 수 없다 할 것이며 또한 그것들이 탄핵증거가 될 수 있다고 하나 탄핵증거는 탄핵증거의 성질 및 전문증거법칙과 아울러서 볼 때에 형사소송법 제318조의 2에 의하여 증거로서 허용되는 것은 진술의 증명력을 감쇄하기 위하여서 인정되는 것이고 그 증거를 범죄사실 또는 그 간접사실의 인정의 증거로서는 허용되지 않는 것이라 할 것이므로 논지 주장 자료들은 이 사건 범죄사실 또는 그 간접사실의 인정에 관한 것으로서 탄핵증거로 볼 수 없다 할 것이며 더욱이 증거채용에 있어 피고인이 동의도 아니하는 것이다.”라고 판시한 바 있는데<sup>15)</sup> 판례의 태도로 미루어 볼 때 부정적 입장을 견지하는 것으로 판단된다. 물론 “범죄사실 또는 그 간접사실의 인정의 증거로서는 허용되지 않는 것이라 할 것이므로”라는 부분을 논리적으로 해석하게 되면 증명력의 감쇄와 관련된 증거이외의 사용목적으로 불허된다라는 의미를 부여할 수 있으므로 증명력의 감쇄와 관련되기만 하면 탄핵증거로의 사용이 가능한 것이기 때문에 증강된 증명력을 감쇄시키거나 감쇄된 증명력을 회복하는 경우 모두를 포함시킨다고 해석될 여지는 충분하다고 해야 한다. 이렇게 본다면 감쇄된 증명력을 회복시키는 것 또한 “증명력을 다투기 위하여”라는 범위에 포함시키는 것이 합리적인 것으로 판단된다. 이러한 긍정적인 입장은 여타의 공법적인 절차상에서 인정되고 있는 절차상 하자의 치유문제와 비교해 볼 때 형사소송에서도 공평성 실현이라는 견지에서 볼 때 바람직하다고 해야 한다.

14) 상기 주장은, 증명력을 회복시키기 위한 증거제출은 소송행위의 실질적인 방향에서 판단해 볼 때에는 범죄사실을 입증하고 이를 증강시키고자 하는 의미를 가지기 때문에 단순한 의미에서의 탄핵증거가 아니라고 판단한다.

15) 대판 1976.2.10. 75도3433.

## 2.4 탄핵의 대상

### 2.4.1 문제의 소재

소송상 탄핵의 대상은 공판준비 또는 공판기일에서의 피고인 또는 피고인 아닌 자(공소제기 전에 피고인을 피의자로 조사하였거나 그 조사에 참여하였던 자를 포함한다.)의 진술의 증명력인데, 그렇다면 일반적으로 탄핵의 대상은 당사자 아닌 제3자인 증인의 증언이 주로 이에 해당할 것이다. 또한 여기서의 탄핵의 대상으로서 진술에는, 진술 자체는 물론 진술이 기재된 서면은 당연히 포함되는 것으로 새길 수 있다[9]. 다만 여기서의 문제는 소송절차상 제3자가 아닌 당사자로서 피고인의 진술이 탄핵의 대상이 될 수 있는가와 자기 측 증인의 증언도 탄핵의 대상이 될 수 있는가의 문제가 발생한다.

### 2.4.2 피고인의 진술도 탄핵의 대상이 될 수 있는가(소송상 융합적인 측면).

소송절차상 피고인은 당사자이므로 증인적격상 원칙적으로 증인의 지위에는 머물 수 없는 자이다. 그런데 탄핵증거규정으로 본다면 당연히 피고인의 증언은 탄핵의 대상이 됨에 틀림없을 것이다. 그러나 이러한 해석은 문리적 해석이라는 주장이 있다[10].<sup>16)</sup> 이와 관련하여 판례는 “사법경찰관 작성의 피고인에 대한 피의자신문조서와 피고인이 작성한 자술서들은 모두 검사가 유죄의 자료로 제출한 증거들로서 피고인이 각 그 내용을 부인하는 이상 증거능력이 없으나 그러한 증거라 하더라도 그것이 임의로 작성된 것이 아니라고 의심할 만한 사정이 없는 한 피고인의 법정에서의 진술을 탄핵하기 위한 반대증거로 사용할 수 있다.”라고 판시하여 긍정적 태도를 보인 바 있다.<sup>17)</sup> 다만 여기서 탄핵증거의 대상이 되기 위한 전제조건으로 피고인이 피의자신문조서상의 내용을 부인

16) 즉, 부정적 태도는 제312조 제3항 규정의 입법취지에서 접근하고자 하는 입장으로 판단된다. 구체적으로 동규정은 수사기관 등의 위법한 수사를 미연에 방지하여 적정 절차를 실현키 위하여 있기 때문에 탄핵증거규정 내용 그대로 해석해서는 안 되며 적어도 피고인보호를 위해서라도 피고인의 진술은 탄핵증거의 대상에서 제외되어야 한다고 한다.

17) 대판 1998.2.27, 97도1770; 미국의 경우, 불법수집증거의 증거능력은 원칙적으로 봉쇄되지만 공판정에서 피고인이 자신의 범죄를 부인했다면 증인의 신뢰성은 탄핵을 통해 당해 증명력을 감쇄시킬 수 있지만(Oregan v. Hass, 420 U.S. 714(1975)) 임의성이 부재하는 자백은 증인의 신뢰성 탄핵에 부적법하다고 판단한 바 있다 (Mincey v. Arizona, 437 U.S. 385(1978) 참조).

함으로써 증거능력이 부존제해야 한다는 점이다.

### 2.4.3 자기 측의 증인의 증언도 탄핵의 대상이 되는가.

이와 관련하여 긍정적 입장에서는 소송행위의 불공평성을 문제 삼는다. 즉, 자기 측의 증인의 증언에 대한 탄핵을 불허하게 되면 탄핵증거 사용으로 인한 증명력판단이 객관적이지 못하고 증인이 범죄관련사실에 대하여 전적으로 의도하는 편중된 소송으로 발전되거나 상대방 측의 탄핵증거 제출에 기속되는 소송불경제가 발생한다고 주장한다[11]. 반만 부정적 입장에서는 위법적인 소송행위가 발생할 우려가 있다는 점에서 자기 측의 증인의 증언에 대하여는 탄핵의 대상으로 삼아서는 안 된다고 한다. 이 견해는 소송절차에 있어서의 적정절차를 중시하는 입장이다. 즉, 형사소송의 이념을 구현하기 위해서는 소송절차 어느 부분에서나 적정절차원칙이 준수되어야 한다는 전제에서 부정적인 태도를 취한다. 증인의 증언에 대한 신빙성을 탄핵하기 위해서 원인으로 증언을 강요하도록 하는 것과 다르지 않기 때문에 증인의 지위가 위태로워 질 수 있다는 점을 강조하고 있다. 증인은 소송절차상 제3자적 입장을 취하는 자이기는 하지만 만일 피해자가 증인의 지위에 서게 되면 제3자적 입장이 전도될 가능성 또한 배제할 수 없다. 이러한 소송현실을 볼 때 자기 측의 증인의 증언에 대한 탄핵은 불가하다고 판단한다. 다음으로 절충적인 입장이 있는데 이 견해는 극히 예외적인 경우 즉, 자기 측에 대하여 증인의 증언이 정상적인 방법이 아니어서 중대한 불이익 내지는 적극적인 불이익을 초래시킬 의도가 비취질 때에는 이에 대한 탄핵이 가능하다고 주장한다. 이러한 다양한 견해 모두 일면 타당성은 있다. 그렇지만, 형사소송은 소송이념의 실현이라는 최종적 목표도 간과해서는 안 되지만 배분적 정의의 구현이라는 또 다른 이상적 목표도 존재한다는 것을 잊어서는 안 되기 때문에 자기 측의 증인의 증언이 소송당사자가 처한 소송현실을 공격한다거나 상대방의 반대신문 등에 유인되어 불합리한 반복의 결과를 가져올 가능성 또한 배제할 수 없으므로 탄핵증거 대상에 포함시키는 것이 바람직 할 것으로 판단된다.

### 2.4.4 다른 증인을 통해 증인의 증언을 탄핵할 수 있는가.

소송절차상에 있어서는 증인이 여럿 있을 수 있다. 즉,



증인의 지위에 설 수 있는 사람은 특정한 자를 제외하고는 거의 제한이 없다고 할 수 있다. 그렇기 때문에 증인 간에 범죄사실에 대한 증언 내용이 전혀 다를 수 있다는 것이 오히려 현실적이다. 이와 같은 것을 근거로 증인의 진술 즉, 신용력을 탄핵할 목적으로 다른 증인의 증언을 도구로 사용할 수 있을 것인가 문제된다. 이에 대하여 부정적인 입장에서는 신속한 재판원칙에 반하고 반대신문권행사 내지는 서증 등을 통한 우회적인 방법이 가능하다고 하면서 이를 불허해야 한다고 주장한다. 필자의 판단으로는 반대신문권행사는 증인의 증언이 공판정에서 이루어졌을 때 주요한 소송행위인데 반하여 탄핵행위는 공판정 이외의 곳에서 증인이 증언내용을 반복하고 이를 전달 받은 제3자가 증인의 증언을 탄핵하는 수순을 밟는 절차이므로 양자는 소송행위형태로 본다는 전혀 이질적이라고 보아야 하기 때문에 상호 관련성을 통한 문제해결은 부적절하다고 판단된다. 즉, 탄핵을 행한 증인에 대한 중복적 탄핵 또는 이차적 탄핵 또한 가능하다고 해야 한다.

## 2.5 탄핵으로 사용하기 위한 요건 상 문제점

### 2.5.1 임의성 없는 자백과 탄핵증거

제309조에서는 “피고인의 자백이 고문, 폭행, 협박, 신체구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법으로 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 이유가 있는 때에는 이를 유죄의 증거로 하지 못한다.”라고 규정하여 강제 등에 의한 자백의 증거능력을 부정하고 있다. 그런데 이러한 규정이 제318조의2와 어느 정도 상관성이 있는가의 문제가 발생한다. 즉, 제309조의2를 적용하는 과정에 제309조는 아무런 관련을 가지지 못한다는 입장이 있는 반면 제309조는, 제309조의2는 물론 어떠한 경우에도 이를 적용할 수 있다는 주장도 있다. 구체적으로, 아무런 연관성을 가지지 못한다는 입장은 비록 당해 증거가 제309조에 의하여 증거능력을 부여받지 못하였다고 하더라도 탄핵증거로의 사용을 배척할 수는 없다고 한다. 다시 말해 이는 제309조의 적용보다 제318조의2 규정이 특별규정으로 해석되어야 한다는 의미로 받아들여지는 부분이다. 즉, 제309조는 단지 임의성 없는 자백을 유죄의 증거로 사용하는 것을 금지시키는 것에 불과하다고 판단한다. 반면 부정적 입장은, 제309조의 입법취지를 강조하여 만일 임의성이 없는 자백 등이 있었을 경우에는 근본적으로 그와 같은 자백을 증거법상에서 완전히 퇴출시키기

위함에 있고 나아가 제317조 제1항에서 “피고인 또는 피고인 아닌 자의 진술이 임의로 된 것이 아닌 것은 증거로 할 수 없다.”라고 규정한 것은 임의성이 없는 증거에 대하여 또 다른 규정에 의해 사후적으로 증거능력을 인정하게 하는 의미를 담고 있지 않다고 해석되어지고 그것은 제318조의2 규정상에서도 이를 배제시키고자 하는 입법자의 의도가 보이지 않기 때문에 임의성이 없는 자백이 있었다면 그것을 탄핵증거로 사용할 수 없다고 주장한다. 이와 관련하여 판례는 “임의로 작성된 것이 아니라고 의심할 만한 사정이 없는 한 피고인의 법정에서의 진술을 탄핵하기 위한 반대증거로 사용할 수 있다.”라고 판시한 바 있다.<sup>18)</sup> 이와 같은 판례를 부정적인 입장으로 파악할 수도 있겠지만 “반대증거로 사용할 수 있다.”는 부분에 주목하게 되면, 판례는 반증은 엄격한 증명을 필요로 하는 소송행위임에 반하여 탄핵증거는 엄격한 증명을 불요하는 소송행위라는 사실을 혼동하고 있다는 추정을 할 수 있다. 물론 실무상 양자를 명확하게 구분할 필요성이 없을 수도 있지만 개념상으로는 전혀 다른 의미를 갖는다는 점을 간과해서는 안 된다.

### 2.5.2 탄핵증거로 사용되기 위해서 서류상 성립의 진정이 필요한가(융합적(融合的) 기준을 전제).

탄핵증거로 사용하기 위한 증거에 있어서 성립의 진정이 필수적으로 요구되는가 문제되는데, 이는 탄핵증거로 제출한 진술기재서류 자체에 서명 또는 날인이 반드시 존재해야 하는가라는 문제로부터 출발한다. 즉, 형식적 진정성립 조차도 갖추지 못한 증거를 탄핵증거로 사용할 수 있고 이를 통해 형사소송이념을 실현할 수 있는가에 대한 의문점이 발생한다. 이와 관련해서는 크게 두 가지 입장이 있는데, 긍정적인 입장[7, 12]에서는 진술기재서류가 특히, 자백부분에 해당할 경우 이에 대하여는 제309조에 따라 임의성이 부정되어 증거능력을 원천적으로 인정받지 못한 경우를 제외하고는 그 밖의 다른 이유로 말미암은 경우에 있어서는 기재상 서명 또는 날인이 요구되어진다고 한다. 이 견해는 “기재상의 이중적 오류

18) 대판 1998.2.27., 97도1770; 아무튼 판례가 부정적 입장을 취한 데에는 여러 가지 이유가 있을 수 있으나 제309조 내지 제317조는 헌법 제12조상의 기본권관련보호 조항으로 해석되어지므로 임의성이 인정되지 않게 되어 증거능력이 부정된다면 그것을 가지고 탄핵증거로 사용하는 것은 헌법정신에도 반하고 나아가 헌법의 특별법에 해당하는 형사소송법의 취지에도 반하기 때문에 부정적 입장이 타당하다고 해야 한다.

예방” 내지는 “전문법칙 예외인정의 의미 존중”이라는 두 가지 이유를 들어 성립의 진정이 필요하다고 판단한다[13]. 반면 부정적 입장[9]에서는 제318조의2 규정에 주목하여 동 규정이 제312조 내지 제316조의 규정에 의해 증거능력을 얻지 못한 경우라도 탄핵증거로의 사용이 가능하다고 보기 때문에 이와 같은 문언 충실하게 되면 성립의 진정이 없고 나아가 이를 원인으로 증거능력이 부정되는 증거라 할지라도 탄핵증거로 사용되는 것을 제지할 수는 없다고 한다. 학설의 대립에 대하여 판례는 “검사가 유죄의 자료로 제출한 증거들이 그 진정성립이 인정되지 아니하고 이를 증거로 함에 상대방의 동의가 없더라도 이는 유죄사실을 인정하는 증거로 사용하는 것이 아닌 이상 공소사실과 양립할 수 없는 사실을 인정하는 자료로 쓸 수 있다고 보아야 한다.”라고 판시한 바 있다.<sup>19)</sup> 그런데, 이 문제는 나아가 기재 내용을 부인한 경우 증거능력이 부정되나 이 것 역시 탄핵증거로의 사용이 가능한가 또한 문제된다. 이에 대하여도 긍정적인 입장과 부정적인 입장이 있다. 이를 긍정하는 경우에는 제318조의2 명문규정을 놓고 보았을 때 제312조 제3항을 배제시키고 있지 않은 점을 들고 있고[13] 반면 이를 부정하는 경우에는 제312조 규정 취지가 위법수사를 미연에 방지하고자 하는 데에 있고 나아가 피고인의 진술 자체가 탄핵의 대상에서 제외되는 것은 탄핵증거규정의 당연한 귀결이라는 점을 들고 있다[14]. 이상과 같은 견해의 대립과 판례의 태도는 상충하는 입장을 보이고 있지만 특히 판례의 태도는, 형사소송법 제312조 제2항에서 “제1항에도 불구하고 피고인이 그 조서의 성립의 진정을 부인하는 경우에는 그 조서에 기재된 진술이 피고인이 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음이 영상녹화물이나 그 밖의 객관적인 방법에 의하여 증명되고, 그 조서에 기재된 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한하여 증거로 할 수 있다.”라고 규정됨으로써 의미 없는 주장에 불과할 뿐이다. 왜냐하면 개정전의 법과 달리 지금은 성립의 진정 인정을 수사기

관 주도가 아닌 최종적 판단을 피고인에게 일임하고 있기 때문이다. 결국 성립의 진정이 조성되는가 아닌가에 대한 판단은 서류 자체가 아니라 피고인의 의사에 달렸다고 볼 있기 때문이다. 아무튼 상기와 같은 견해의 대립은 당연하다고 할 수 있는데 필자는, 제312조 제2항 규정의 취지 내지는 오류 등으로 인한 재판의 지연과 제318조의2에 대한 문언적 해석의 문제점 등을 근거로 성립의 진정이 조성되지 않은 진술기재서류는 탄핵증거로의 사용이 불가능하다고 본다.

### 3. 결론

법 제318조의2 즉, 탄핵증거제도는 소송절차상 종전에 이루어진 증거의 증명력을 사후적으로 탄핵하는 구조로 되어 있는 당사자주의를 실현하고자 하는 대표적인 소송절차로 판단할 수 있다. 그러나 이러한 규정 내면에는 여러 가지 제한 요소가 자리 잡고 있음을 상기할 필요가 있다. 그러한 제한요소로서 소송원칙 내지 원리와 소송이념 등을 들 수 있는데, 특히 적법절차원칙 및 공판중심주의, 당사자주의, 자유심증주의, 전문법칙 등을 융합적(融合的)으로 판단하여 상기규정 적용 시 면밀히 살펴보지 않으면 안 된다. 본고에서는 이러한 제 원칙 등을 고려하여 탄핵증거의 효율적인 사용방안을 모색해 보았다. 특히, 탄핵증거를 지나친 당사자주의에 근거하여 판단해서는 안 된다는 점을 강조한 바 있다. 그 이유는 동 규정에서 알 수 있듯이 “피고인 또는 피고인이 아닌 자(공소 제기 전에 피고인을 피의자로 조사하였거나 그 조사에 참여하였던 자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)의 진술의 증명력을 다하기 위하여 증거로 할 수 있다.”라고 되어 있기 때문이다. 즉, 이는 당사자주의 및 공판중심주의가 소송절차를 지배하고 있다고 해도 현재의 소송현실을 과도할 정도로 신봉하여 탄핵증거 본연의 역할을 망각하지 못하도록 하는 데에 일정 부분의 취지가 있다는 점에서 그 이유를 찾을 수 있다. 탄핵증거는 당사자 특히, 피고인 보호만을 위한 제도도 아니며 그렇다고 하여 증인만을 보호하기 위한 제도 역시 아니다. 결국 상기 규정은 실체진실발견이라는 소송이념실현을 목적으로 하는 증거법상 증명력관련 규정이기 때문에 증거능력문제에 비중을 두어 상기제도의 의미를 퇴색시켜서도 안 되며 적법절차를 밟지 않은 위법한 증거를 탄핵증거로 사용하는 것 또한 방지해야 할 책무를 지닌 포괄적인 의미를 담고

19) 대판 1994.11.11., 94도1159.; 판례는 덧붙여 “피고인이 내용을 부인하여 증거능력이 없는 사법경찰리 작성의 피의자신문조서에 대하여 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.”라고 판시한 바 있다(대판 2005.8.19, 2005도2617).

있다고 해야 한다. “진술의 증명력을 다투기 위하여...”라는 의미를 되새겨 보건대, 특정의 사건에 있어서 그와 관련된 사실에 대한 증거에 대한 입증 등의 절차가 이루어졌고 이로 인해 어느 정도 소송이 발전된 상태에 이르렀다고 해도 진술자의 진술을 또 다른 조서 내지는 진술을 통하여 증명력을 다룰 수 있게 규정한 것 자체가 매우 극단적인 의미도 갖는다고 볼 수 있다. 증인은 소송 당사자가 아니기 때문에 소송절차상 지위가 당사자보다는 견고하지 못하다. 그러나 실체재판에 있어서의 증인의 역할은 당사자 이상의 의미를 갖는다. 즉, 증인의 증언에 의하여 유·무죄가 법관의 심증형성에 지대한 영향을 끼칠 수 있는 만큼 매우 신중을 기해야 하는 지위에 서있는 자이므로 이러한 증인의 증언에 대한 제한이 소송절차상 필요하다 할 것이다. 그러한 제한의 역할을 하는 것이 탄핵증거라고 필자는 생각한다. 그러나 진술의 증명력을 다룬다는 명목아래 위법 내지 불법의 절차를 거친 증거까지 전적으로 허용하게 되면 이는 융합적(融合的) 의미를 담고 있는 형사소송이념을 퇴색시키고 말 것이라는 점을 상기해야만 한다.

294, 1984.  
 [9] Gi-Du Kim, “Criminal procedure law”, knou, p. 151. 1997.  
 [10] Sae-Sang Lee, “Criminal procedure law”, pybook, p. 564, 2012.  
 [11] Dong-Gue Lim, “Criminal procedure law, bobmunsa”, p. 537, 2014.  
 [12] Byung-Doo Oh, “A Study on the Authentication in Criminal Evidence”, Hongik University, Vol. 15, No. 4, p. 477, 2014.  
 [13] Dong-Woon Shin, “Criminal procedure law”, bobmunsa, p. 1206, 2014.  
 [14] Dong-Yoon Kim, “Supreme Court of Korea Explanation”, Supreme Court, No. 30, p. 634, 1998.  
 [15] Gössel, Karl Heinz: Strafverfahrensrecht. Stuttgart, 1997.  
 [16] Kühne, Hans-Heiner: Strafprozeßlehre, 5. Aufl. 1999.  
 [17] Peter, Karl: Strafprozeß. Heidelberg, 4. Aufl. 1985.

REFERENCES

[1] Chen-Chel Ryu, “Eine Überlegung über den Erlaubnisbereich des “Impeachment” vom Standpunkt des Opfers”, Vol. 20, No. 2, Korean Journal of Victimology, pp. 121-141, 2012.  
 [2] Geo.L.J., “A Critique of The Conventional Wisdom about Excluding Defense Evidence”, p. 621, 1998.  
 [3] Charles A.Wright, Kenneth W. Graham, “Federal Practice & Procedure” p. 522, 1993.  
 [4] Tae-Kyung Seo, “A Study on the permitted Limit of impeachment evidence”, hanyanglaw, Vol. 26, No. 1, pp. 357-383, 2009.  
 [5] Jong-Dae Bae, “Criminal procedure law, hongmoonsa”, p. 694, 2015.  
 [6] Yong-Suk Cha, “Criminal procedure law, seyoungsa”, p. 383, 2004.  
 [7] Huyng-Koo Paek, “Criminal procedure law, bubwonsa”, p. 705, 2012.  
 [8] Hyun-Su Sin, “Criminal procedure law”, pybook, p.

저자소개

이 찬 엽(Chan-Yeub Lee) [정회원]



- 2001년 2월 : 동국대학교 법과대학원 법학과 (법학석사)
- 2004년 8월 : 건국대학교 법과대학원 법학과 (법학박사)
- 2004년 11월 ~ 2007년 2월 : 매일경제 연구위원
- 2007년 10월 ~ 현재 : 서남대학교 경찰경호학과 조교수

<관심분야> : 형사정책, 행정