

조서 등의 진정성립 증명 방법 다양화 가능성*

- 전문법칙의 도구적 합리성에 대한 반성적 검토라는 관점에서 -

전 현 욱**

국 | 문 | 요 | 약

형사소송법 제312조 제2항과 제4항은 원진술자가 그 성립의 진정을 부인하는 경우에도 “영상 녹화물이나 그 밖의 객관적인 방법에 의하여” 피고인이 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음이 증명된 경우 증거능력을 부여한다. “그 밖의 객관적인 방법”의 내용과 범위에 대한 해석은 전문 법칙의 예외를 어떻게 볼 것인가에 대한 근본적인 입장에 따라 달라진다.

전문법칙을 통하여 조서의 증거능력을 배제하거나 예외적으로 인정하는 것은 이익형량을 통해 적법절차 원칙과 실체적 진실 발견을 합리적으로 그리고 구체적으로 조화시키기 위함이며, 당연하게도 전문법칙 그 자체가 형사소송법이 달성해야 하는 절대명령이자 지상(至上)목표인 것은 아니다. 도구는 적절하게 활용되고 결과적으로 목적을 달성하는데 실질적으로 기여할 수 있어야 가치를 갖는다. 실제로 피고인의 방어권에 대한 부당한 침해가 발생하였을 가능성이 없고, 정의 실현을 위하여 실체적 진실발견의 필요가 높다는 사실이 명백히 확인되는 경우에는 적법절차 원칙에 치우친 규범적 이익형량의 결론은 수정되어야 할 것이며 조서의 증거능력은 당연히 인정되어야 한다. 객관적 방법에 의한 진정성립 증명 허용 규정은 바로 이런 경우의 구체적 불합리를 해소하기 위하여 활용 가능한 방향으로 해석되어야 한다.

따라서 진정성립의 입증방법은 ‘조서 기록과정에서 내용의 왜곡이 없었음을 확인할 수 있을 정도의 상세한 정보를 제공하는 것’이어야 하며, 또한 ‘수사과정에서 적법절차를 위반하여 부당한 인권침해가 발생하지 않았음에 대한 입증이 가능한 수준의 구체적인 정보가 명확하게 제공되는 것’이어야 한다. 이러한 기준을 충족한다면, 제312조는 물론 제313조의 경우에도 객관적으로 진정성립이 입증되는 경우, 일괄하여 증거능력을 배제하는 것 보다 증명력의 문제로 다루는 것이 더 합리적일 것이다. 다만 이 경우에도 피고인의 반대신문권은 절차적으로 보장되어야 한다.

❖ 주제어 : 전문법칙, 증거능력, 조서, 진술서, 영상녹화물, 디지털 증거

* 이 글은 2015.5.27. 국회의원 김진태의원실, 한국형사소송법학회, 한국형사정책연구원이 공동주최한 “형사소송법상 증거법칙 개선방안” 세미나에서 발표한 원고를 토대로 작성되었다. 세미나에서 토론해 주신 전문가분들과, 게재 여부 결정을 위한 논문심사에서 특히 논문을 꼼꼼히 읽고 좋은 의견을 주신 심사위원에게 감사드린다.

** 한국형사정책연구원 부연구위원.

I. 들어가며

형사소송법 제312조 제2항은 검사 작성의 피의자 신문조서에 대하여 피고인이 그 성립의 진정을 부인하는 경우에도 “영상녹화물이나 그 밖의 객관적인 방법에 의하여” 피고인이 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음이 증명된 경우 증거능력을 부여한다. 적법절차 및 특신상태 등의 다른 요건들이 충족된 것을 전제로 하여 피고인의 진정성립 인정의 요건을 갖추지 못한 경우라 하더라도 성립의 진정을 “객관적인 방법”으로 증명하기만 하면 명시적인 피고인의 의사에 반해서 조서를 증거로 쓸 수 있게 해주는 것으로, 직접주의 또는 전문법칙의 예외에 해당하는 규정이다.¹⁾ 또한 형사소송법 제312조 제4항도 마찬가지로 수사기관 작성 참고인 진술조서에 대하여 진정성립을 객관적으로 증명하면 원진술자의 인정 여부와 상관없이 증거능력을 인정하도록 하고 있다.

이러한 규정들은 2007년 형사소송법 개정시에 추가된 것으로 전문법칙의 예외에 해당하는 조서의 증거능력 인정 가능성을 대폭 확대하는 것이어서, 개정논의 과정에서 공판중심주의 및 직접심리주의를 적극적으로 강화해야 한다는 견해를 가진 다수의 학자들로부터 비판적인 의견이 개진된 바 있다.²⁾ 그러나 “①피의자신문조서의 증거능력을 피의자의 진정성립 인정여부에 절대적으로 의존하게 할 경우 증거법 체계가 지나치게 불안정해지므로 결국 사회방위의 공백이 초래될 우려가 있고 ②참고인 진술조서의 경우에도 조서의 증거능력이 법정에서 원진술자(참고인)가 진정성립

- 1) 직접주의의 예외로 보아야 하는지 아니면 전문법칙의 예외로 보아야 하는지에 대하여 학계의 견해 대립이 있으나 법적 효과가 달라지는 바가 없으므로 “이러한 견해 대립은 별 의미가 없”으며 두 가지 성격을 모두 갖는 것으로 보는 것이 타당하다. 배종대/이상돈/정승환/이주원 신형사소송법, 제5판, 홍문사, 2013, 58/39. 특히 전문법칙을 실질적 직접주의의 내용으로 보면 더욱 그러하다. 대법원은 “실질적 직접심리주의와 전문법칙”을 함께 언급한다. 대판 2011.11.10. 2010도12. 헌법재판소도 이와 같다. 헌재결 1994.4.28. 93헌바26. 이 글에서는 특별히 구별이 필요한 경우를 제외하고 주로 전문법칙으로 서술한다.
- 2) 한국형사법학회는 2007년 형사소송법개정안에 대하여 국회 법제사법위원회에 제출한 의견서에서 “이는 현행법 및 판례의 입장보다도 대폭 후퇴한 것으로서 개정의 의미를 전혀 찾기 어렵다”고 하였다. 본 의견서는 형사법연구, 제19권 제1호, 2007, 245쪽 이하 참조. 312조 2항은 물론 장기적으로는 제1항도 폐지해야 된다는 의견으로 변종필, 증거법 분야의 개정방안, 형사법연구, 제23권 제1호, 2011, 36-37쪽.

을 인정하느냐 여부에 전적으로 의존하게 되면, 이해당사자가 재정한 법정에서 원 진술자가 제대로 진술을 못할 경우에는 조서의 증거능력이 부인되어 뇌물, 조직폭력 사건 등 중요 범죄의 처벌 공백이 발생할 우려가 있다는 점이 지적³⁾됨에 따라, 결국 검사 작성 피고인 신문조서와 수사기관 작성 참고인 진술조서의 증거능력 인정 가능성을 확대하는 현행 규정이 확정되었다.

“객관적인 방법”에 의한 조서 등의 진정성립 증명 허용 규정은 형사소송법 개정 과정에서 이처럼 상반된 입장간의 치열한 논쟁 끝에 현실적 타협을 거쳐 입법되었다.⁴⁾ 그래서 실제 진정성립을 증명하기 위한 방법으로 “그 밖의 객관적인 방법”의 내용과 범위에 대한 해석은 전문법칙의 예외를 어떻게 볼 것인가, 즉 조서의 증거능력이 확장되어야 하는가 축소되어야 하는가에 대한 근본적인 입장에 따라 달라진다. 이에 폐지해야 한다는 견해에서부터 더욱 폭넓게 인정하여야 한다는 견해에 이르기까지 다양한 관점이 등장하게 되는 것이다. 이하에서는 조서 등의 진정성립 증명 방법의 다양화 가능성을 전문법칙의 도구적 합리성에 대한 반성적 검토라는 관점에서 살펴보고 그 구체적인 가능성을 검토해 본다.

II. 전문법칙 - 실체적 진실 발견에 이르는 적법절차의 기준

1. 전문법칙의 도구적 성격

당초 2007년의 형사소송법 개정은 이른바 ‘조서재판’에 대한 문제의식을 바탕으로 이를 입법적 수단을 통해 해결하기 위하여 공판중심주의와 직접심리주의를 강화해야 한다는 공감대 아래에서 추진되었다. 특히 검사 작성 피고인 신문조서에 대한 제312조 제1항의 규정은 2004년 대법원의 전원합의체 판결⁵⁾로 인하여 공판중심주의와 직접심리주의를 강화하는 취지로 변경된 판례의 입장을 반영한 것이었다. 해

3) 법무부, 개정 형사소송법, 2007, 229쪽.

4) 이를 판례의 불합리를 입법적으로 해결한 것으로 보는 견해로 노명선/이완규, 형사소송법, 제4판, 성균관대학교출판부, 2015, 581쪽.

5) 대판 2004.12.16. 2002도537 전원합의체.

당 판결 이전에 대법원은 검사가 작성한 조서에 대한 형식적 진정성립이 인정되면 특별한 사정이 없는 한 실질적 진정성립도 인정되고, 피고인의 특별한 반증이 없는 한 특신상태까지 추정된다는 입장을 취하고 있었으며, 따라서 형사소송절차 실무에서 서명날인 등의 형식적 요건을 갖춘 검사 작성 조서의 경우 대부분 별다른 문제없이 당연히 증거능력이 인정되었다.⁶⁾ 그러나 본 판결에서 “성립의 진정이라 함은 간인·서명·날인 등 조서의 형식적인 진정성립과 그 조서의 내용이 원진술자가 진술한 대로 기재된 것이라는 실질적인 진정성립을 모두 의미하는 것이고, 위 범문의 문언상 성립의 진정은 ‘원진술자의 진술에 의하여’ 인정되는 방법 외에 다른 방법을 규정하고 있지 아니하므로, 실질적 진정성립도 원진술자의 진술에 의하여서만 인정될 수 있는 것이라고 보아야 하며, 이는 검사 작성의 피고인이 된 피의자신문조서의 경우에도 다르지 않다고 할 것”이라고 판시함으로써 결과적으로는 검사 작성의 피고인 신문조서의 경우에도 일차적으로 피고인의 진정성립에 대한 진술에 따라 그 증거능력의 인정 여부가 좌우되게 되었다.⁷⁾

대법원의 판례 변경이 직접주의 또는 공판중심주의 강화에 획기적으로 기여하였으며 그 결과로 피고인의 방어권을 대폭 신장하는 계기가 되었다는 점에 대해서는 전적으로 공감한다 하더라도, 결과적으로는 피고인이 부인하는 조서에 대하여는 일괄하여 증거능력을 배제함으로써, 실무에서 현실적으로는 이른바 “소송경제”상의 문제가 발생하게 되었으며, 이로 인하여 특히 실체적 진실발견 및 이를 통한 형사사법 정의실현에 장애가 된다는 비판도 역시 나름대로의 논거와 설득력을 가지고 있다는 사실을 인정하지 않을 수는 없을 것이다.⁸⁾ 형사소송법은 당연히게도 시민의 기본권에 대한 불이익을 최소화하라는 적법절차 원칙을 그 기본원칙이자 근본이념으로 하고 있으나, 결국 이를 통해서 궁극적으로 달성하고자 하는 목적은 실체적

6) 일부 학자는 이러한 과거의 형사사법실무에 대하여 이른바 ‘검찰사법’이라는 용어를 사용하기도 한다. 이에 대한 비판적 고찰은 조국, 검사작성 피의자신문조서와 영상녹화물의 증거능력, 저스티스, 제107호, 2008, 172-174쪽.

7) 물론 개정 전 제312조 제1항 단서에 의하면 피고인이 진정성립을 부정하는 경우에도 “특신상태”를 입증하는 방법으로 증거능력을 인정받을 수 있었다.

8) 우리 헌법재판소도 “우리 나라와 같이 전문법관에 의한 재판과 하고 있는 제도하에서는 전문증거배제의 필요성이 배심제나 참심제를 채택한 경우보다 크지 않다”고 판시한 바 있다. 헌재결 2005.5.26. 2003헌가7 전원재판부.

진실을 발견하여 범죄자를 처벌하고 형사사법정의를 실현하는데 있기 때문이다.

본래 전문법칙이 증거의 증거능력을 부인하는 것을 원칙으로 하는 이유는 적법절차 원칙의 관점에서 반대신문권 등 피고인의 방어권을 보장하기 위한 것⁹⁾이면서도 동시에 실체적 진실 발견이라는 관점에서 진술이 옮겨지는 가운데 그 내용이 왜곡되어 신용성이 결여될 가능성이 상당하기 때문이기도 하다.¹⁰⁾ 마찬가지로 직접주의가 요청되는 이유 또한 피고인의 참여권을 보장하기 위함이기도 하지만 동시에 법원이 법정에서 진술하는 태도를 직접 관찰하는 등의 방법으로 더 많은 정보를 획득하여 실체적 진실에 보다 부합하는 심증을 형성하기 위함이기도 하다.¹¹⁾

2. 규범적 이익형량

다만 앞에서 본 바와 같이 적법절차 원칙과 실체적 진실발견은 언제나 전문법칙 아래에서 상호 보완적으로 조화를 이루는 것은 아니다. 자백에 편중하는 이른바 ‘조서재판¹²⁾’의 폐단을 없애고 피고인의 방어권을 실질적으로 보장하기 위하여 전문법칙을 강화하여 조서의 증거능력을 제한해야 할 수도 있으며, 반대로 현실적으로 투입할 수 있는 인력과 시간이 제한될 수밖에 없는¹³⁾ 형사사법체계 속에서 범죄자를 명확히 가려 처벌하기 위하여 조서의 증거능력을 예외적으로 인정하고 방어권이 다소 양보되어야 하는 상황도 발생할 수 있다.¹⁴⁾ 주지하는 바와 같이 2007년 개정 형사소송법 중 조서 등의 진정성립의 객관적 증명을 통한 전문법칙 예외 인정 규정은 바로 후자의 관점이 적극적으로 반영된 것이라고 할 수 있으며, 반면 전자의 관점이

9) 서희석, 우리 형사소송법상의 전문법칙, 형사소송법(상), 법원재판자료 제22집, 1984, 271쪽.

10) 이재상, 형사소송법, 제9판중판, 박영사, 2014, 40/13.

11) 배종대/이상돈/정승환/이주원 신형사소송법, 제5판, 홍문사, 2013, 40/29.

12) 조서재판에 대해서는 권영법, 현행 조서관련 규정에 관한 비판적인 고찰, 저스티스, 제131호, 2012, 205쪽 이하 참조.

13) 사법 선진국인 독일은 우리나라에 비하여 사건 수 대비 판사 수는 6배, 검사 수는 3배라고 한다. 정웅석, 공판중심주의에 따른 증거능력의 개념 및 증거판단의 우선순위, 저스티스, 제130호, 2012, 245쪽.

14) 물론 피고인의 방어권은 최대한 보장되어야 한다. 그러나 법치국가적 관점에서도 현실의 소송절차에서 아무 제한 없이 무조건적으로 인정될 수 있는 권리가 될 수는 없을 것이다. 독수독과이론에 대해서도 이를 제한하기 위한 예외가 인정된다.

해당 규정에 대한 비판적인 견해들¹⁵⁾, 그리고 더 나아가 2004년 대법원의 판례변경의 바탕이 된 것이다.

오히려 전문법칙과 관련하여 실제적 진실 발견과 적법절차가 조화를 이루는 경우보다 정면으로 충돌하는 상황이 더 일반적일 것이며, 따라서 우리는 양자의 “상호보완 내지 반비례 관계”¹⁶⁾라는 상황을 조서의 원칙적인 증거능력 배제와 예외적 허용이라는 형식으로 적절하게 조율하고 있다. 즉 전문법칙을 통하여 조서의 증거능력을 배제하거나 예외적으로 인정하는 것은 이익형량을 통해 적법절차 원칙과 실제적 진실 발견을 합리적으로 그리고 구체적으로 조화시키기 위함이며, 당연하게도 전문법칙 그 자체가 형사소송법이 달성해야 하는 절대명령이자 지상(至上)목표인 것은 아니다. 같은 관점에서 전문법칙의 이론적 근거로 논의되는 직접심리주의나 공판중심주의도 모두 적법절차 원칙과 실제적 진실발견과의 관계에서 결국 수단에 불과할 뿐이다.

도구는 그 자체로 목적이 아니며, 처한 상황에 따라 그 가치를 달리한다. 인간에 의하여 강약을 조절하여 적절하게 활용되고 결과적으로 목적을 달성하는데 실질적으로 기여할 수 있어야 가치를 갖게 된다. 특히 시민의 자유제한을 통한 자유보장을 궁극적인 목적으로 하는 형사사법적 수단에 있어서 무가치는 단지 불필요한 것에서 그치지 않고 실질적으로 유해하다. 그러므로 전문법칙을 비롯한 형사소송법제를 설계하고 해석함에 있어서 입법자를 비롯한 모든 관련자들은 언제나 부당한 선이해로부터 벗어나 그 제도가 시민의 기본권에 미칠 영향을 철저하게 논증하고 검증해야 한다. 그러므로 이때의 논증은 단지 과거에 어떠하였다는 경험적인 것에 머물러서는 안 된다. 현재 달라지고 있는 사실의 변화를 거시적인 관점에서 충분히 고려하여 규범이 이에 상응하여 항상 정당한 것이 될 수 있도록 하여야 한다. 조서의 증거능력 인정에 관한 이익형량 판단의 역사적 변천과정은 다음과 같이 설명될 수 있다.

15) 대표적으로 조국, 검사작성 피의자신문조서와 영상녹화물의 증거능력, 저스티스, 제107호, 2008, 171쪽 이하.

16) 배종대/이상돈/정승환/이주원 신형사소송법, 제5판, 홍문사, 2013, 58/18. 다만 이 책의 저자는 피고인의 방어권에 중대한 지장을 초래하지 않기 위하여 예외인정에 신중해야 함을 유념해야 한다고 강조한다.

3. 소송구조의 발전과 전문법칙

가. 규문주의 - 조서의 증거능력 인정

유럽의 형사절차법의 발전 과정¹⁷⁾에서 과거 규문주의가 지배하던 시절에는, 물론 현대적 의미의 전문법칙이라는 개념 자체가 존재하지는 않았겠지만, 조서의 증거능력을 인정하는 것, 즉 조서재판이 상당부분 도구적 합리성을 갖고 있었다. 판사와 검사의 역할이 구분되지 않고 모든 권한이 규문관에게 집중되어 있던 과거의 재판 과정은 공개되지 않았고 자백을 중심으로 하는 증거법정주의가 지배하였다. 이 당시 형사재판은 주로 서류절차로 진행되었고 증인의 증언과 고문으로 얻은 피고인의 증언인 자백이 결정적인 증거의 역할을 하였다.¹⁸⁾ 이러한 상황에서 중세 말기인 1532년 완성된 카롤리나 형법전¹⁹⁾은 신문조서의 작성 방법을 상세하게 정하고 서류상의 진술에도 증거능력을 부여함으로써 간접적으로나마 절차의 적법성을 사후적으로 확인할 수 있는 길을 열어주었다. 이처럼 조서는 정치적으로 권위주의를 타파할 수 없는 상황에서 국가권력 행사에 대한 최소한의 투명성 담보장치로 작동할 수 있었으며, 조서의 증거능력을 인정하는 것은 비록 매우 불완전하지만 적법절차의 출발점으로서, 재판권의 자기구속 내지 사후적 통제的可能性이라도 열어두는 긍정적인 역할을 수행할 수 있었다.²⁰⁾

17) 안타깝게도 현대 법체계가 만들어지기 이전의 우리나라 형사절차법제에 대한 연구는 찾기도 어려울 뿐만 아니라 서구 선진국의 법을 계수하면서 만들어진 우리나라 현대 법체계를 비교하여 분석하기도 어렵다. 논의의 전개를 위하여 우리 형사소송법제의 계보상 연결된 서구의 과거 법제도를 검토한다.

18) 상세한 내용은 박상기, 중세독일의 형사재판제도 - 카롤리나형법전을 중심으로, 법학사연구, 제14권, 1993, 212쪽 이하 참조.

19) 카롤리나 형법전에 대하여 상세한 내용은 신양균, 카롤리나형사법전 입문(상), 사법행정 제27권 제3호, 1986, 53-59쪽; 신양균, 카롤리나형사법전 입문(하), 사법행정 제27권 제4호, 1986, 45-53쪽 참조.

20) 규문주의와 조서의 순기능에 대한 이러한 해석은 안승진, 형사소송에 있어 조서의 증거능력에 관하여 - 신문조서를 중심으로, 법학실무연구회 발표자료, 2009, 331쪽 참조(대검찰청 홈페이지 http://www.spo.go.kr/spo/info/study/data02.jsp?mode=view&board_no=35&article_no=40698).

나. 탄핵주의 - 조서의 증거능력의 원칙적 부정

그러나 권위주의의 산물인 규문주의 소송구조가 극복되고 시민의 기본권 또는 피고인의 방어권 보장을 보다 우선하게 되면서, 수사권과 재판권을 분할하여 일종의 권력분립을 통한 기본권 보장을 추구하는 탄핵주의 소송구조가 등장하게 된다. 탄핵주의 소송구조 아래에서 조서의 증거능력을 인정하는 것은 수사결과가 그대로 법원으로 넘어가는 것이 되어 결국 수사권과 재판권의 부적절한 재결합에 다름 아닌 것으로 받아들여지게 되었으며, 따라서 자백 등의 진술을 이끌어내기 위하여 고문과 같은 불법적인 수사방법에 빠지게 되기 쉬울 뿐만 아니라 피고인의 반대신문권이 원칙적으로 제한되는 이른바 ‘조서재판’은 적극적으로 배척해야 할 것이 되었다.

탄핵주의 소송구조는 영미법계의 당사자주의 또는 대륙법계의 직권주의 소송구조로 분화하였으나 양자 모두에서 각자의 이론적 배경을 바탕으로 조서의 증거능력은 결국 부정되는 동일한 결과에 이르게 된다. 다만 조서의 증거능력을 모든 경우에 일괄하여 부정하는 것은 소송경제 및 실체적 진실발견이라는 관점에서 불합리를 야기하였으며, 당사자주의와 직권주의 소송구조 둘 다에서 각각 구체적인 상황에 대한 개별적인 이익형량을 통하여 필요가 인정되는 범위에 한하여 전문법칙의 적용을 배제하고 예외적으로 증거능력을 인정하는 규정 또는 조사자 증언제도와 같이 우회적으로 법정에 증거를 현출시키는 방법들을 법전에 추가하게 된다.

(1) 당사자주의 - 미국의 경우

당사자주의 소송구조를 갖는 미국의 경우 반대신문권의 보장이라는 관점에서 전문법칙이 발전하였으며, 따라서 조서는 전문증거로 그 증거능력이 원칙적으로 부정된다.²¹⁾ 그래서 전문법칙의 예외를 규정하고 있는 연방증거법 Rule 803(8)(ii)²²⁾와 (iii)²³⁾에 따르면 수사기관이 작성한 서면에 대해서는 전문법칙의 예외규정 적용이

21) 미국 연방증거법 Rule 801(d)에 따르면 증인과 당사자의 증언은 일정한 요건 하에서 전문법칙의 적용이 배제될 수 있으나 그 진술을 기재한 서면은 전문으로 취급된다. 미국 연방증거법상 전문법칙 적용 배제에 대해서는 안성수, 미국 증거법상 전문법칙 및 수사단계에서의 진술 내지 조서의 증거능력, 저스티스, 통권 제84호, 2005, 193-200쪽 참조.

22) Federal Rules of Evidence Rule 803, (8), (ii) a matter observed while under a legal duty to report, but not including, in a criminal case, a matter observed by law-enforcement personnel.

명시적으로 배제된다.²⁴⁾ 다만 수사기관이 작성한 서면은 조사자 증언과 관련하여 기록된 기억(Rule 803(5))이나 기억을 환기시키기 위한 서면(Rule 612)으로 간접적으로만 재판에 활용될 수 있을 뿐이며, 이때 증거능력은 조서가 아니라 법정에서 진술한 조사자의 증언에 부여된다.²⁵⁾ 기록된 내용이 참고인 진술인 경우 재전문²⁶⁾으로 취급되며, 참고인의 진술 자체가 개별적으로 별도의 전문법칙의 예외에 해당함이 인정되어야 할 뿐만 아니라, 더 나아가 수정헌법 제6조에서 규정하고 있는 반대신문의 기회도 주어져야 한다.²⁷⁾

(2) 직권주의 - 독일의 경우

직권주의 소송구조를 채택하고 있는 독일은 직접주의가 발전하였다. 직접주의는 전문법칙과는 다른 출발점을 가지는 개념이나 실질적 직접주의라는 관점에서 조서의 증거능력과 관련하여서는 사실상 거의 같은 기능을 갖는다.²⁸⁾ 독일 형사소송법은 조서의 공판정에서의 낭독을 원칙적으로 금지(StPO §250, §256①5)함으로써 조서의 현출을 막는다. 다만 피고인 등이 동의하였거나 현실적으로 직접 증언이 불가능한 사정이 있는 경우에는 이를 낭독할 수 있다(StPO §251①). 또한 증인이나 감정인의 기억을 보조하기 위하여, 또는 진술에서 드러난 모순을 확인하기 위하여 증인이나 감정인의 과거 신문내용에 해당하는 조서의 관련부분은 낭독이 가능하다

23) Federal Rules of Evidence Rule 803, (8), (iii) in a civil case or against the government in a criminal case, factual findings from a legally authorized investigation.

24) 미국의 연방증거법상 조서에 대한 전문법칙 예외규정 적용배제 상세한 내용은 표성수/윤동호/이석배/지유미, 외국법제 및 판례 분석을 통한 조서의 증거능력에 대한 연구 - 수사기관 작성 조서를 중심으로, 대검찰청 연구용역보고서, 2014, 39-43쪽 참조.

25) 표성수/윤동호/이석배/지유미, 외국법제 및 판례 분석을 통한 조서의 증거능력에 대한 연구 - 수사기관 작성 조서를 중심으로, 대검찰청 연구용역보고서, 2014, 45-46쪽.

26) 참고인의 진술을 들은 수사관이 적은 글이므로.

27) 표성수/윤동호/이석배/지유미, 외국법제 및 판례 분석을 통한 조서의 증거능력에 대한 연구 - 수사기관 작성 조서를 중심으로, 대검찰청 연구용역보고서, 2014, 47-62쪽.

28) 전문증인이 공판정에 출석하여 법원이 직접 조사하는 경우 원칙적으로 이 증인은 직접증인이며 경우에 따라서 이는 (형식적) 직접주의의 위반이 아닐 수도 있다. 이점에 대한 설명은 최준혁, 직접심리주의에 대한 논의의 기초 - 직접심리주의의 '전형적 예외'인 독일형사소송법 제251조의 검토, 형사법의 신동향, 통권 제41호, 2013, 172쪽 참조.

(StPO §253). 다만 조사자의 증언을 통해 해결될 수 있는 경우라면 낭독은 허용되지 않는다.²⁹⁾

(3) 우리나라의 현황

헌법재판소는 “형사소송(刑事訴訟)의 구조(構造)를 당사자주의(當事者主義)와 직권주의(職權主義) 중 어느 것으로 할 것인가의 문제는 입법정책(立法政策)의 문제로서 우리나라 형사소송법(刑事訴訟法)은 그 해석상 소송절차(訴訟節次)의 전반에 걸쳐 기본적으로 당사자주의(當事者主義) 소송구조(訴訟構造)를 취하고 있는 것으로 이해”³⁰⁾된다고 판시한 바 있으며, 대법원의 견해 또한 같다.³¹⁾ 그러나 다수의 학자들은 우리나라의 소송구조를 직권주의를 중심으로 당사자주의적인 요소를 도입하여 보완하고 있는 것으로 판단하고 있으며³²⁾ 이때 당사자주의적 요소들은 대체로 피고인의 방어적 참여권을 보장하기 위한 제도들을 의미한다.³³⁾

우리나라 형사소송법상의 전문법칙은 일반적으로 당사자주의적 요소로 구분되며³⁴⁾ 상술한 바와 같이 2004년의 대법원 판례를 비롯하여 상당수의 학술문헌들이 당사자주의에 근거해서 조서의 증거능력을 예외적으로 인정하는 형사소송법 규정에 대하여 비판적 입장을 취하고 있다. 이러한 이해로부터 현재 우리나라에서 전문법칙과 관련한 규범적 이익형량의 결론은 실체적 진실 발견보다 적법절차 원칙에

29) 독일 형사소송법상 조서의 증거능력에 대해서는 김성룡, 수사단계 진술의 증거능력 및 증명력 보존을 위한 제도적 방안 연구 - 증거보전요건의 확대 등을 포함하여, 대검찰청 연구용역보고서, 2012, 33-56쪽 참조.

30) 헌재결 1995.11.30. 92헌마44.

31) 대판 1984.6.12. 84도796.

32) 학자들의 견해에 대한 정리는 주승희, 당사자주의와 직권주의 소송구조 비교 연구, 한국형사정책연구원, 2006, 137-138쪽 참조.

33) 그래서 직권주의에 비하여 당사자주의가 우월한 것으로 보이는 착시가 발생하기도 한다. 그러나 양자의 구분이 현실적으로 기여하는 바가 없다는 지적으로 배종대/이상돈/정승환/이주원 신형사소송법, 제5판, 홍문사, 2013, 8/14.

34) 우리나라 형사소송법의 문언의 구조상 전문법칙은 영미법의 전문법칙을 계수한 것이 아니라 독일법의 직접주의를 받아들인 것으로 볼 수 있다는 견해에 따르면 하더라도 실질적 직접주의의 관점에서 조서 등의 증거능력을 원칙적으로 배제하는 것을 내용으로 하는 전문법칙이 실체적 진실의 발견보다 적법절차 원칙을 우선하는 것이라는 판단이 달라지는 것은 아니다. 배종대/이상돈/정승환/이주원 신형사소송법, 제5판, 홍문사, 2013, 58/9.

훨씬 치우쳐 있는 것으로 받아들여지고 있음을 확인할 수 있다.³⁵⁾

이는 약 10년 전까지도 이른바 ‘조서재판’을 완전히 탈피하지 못했던 우리나라의 형사소송절차가 권위주의를 극복하고 반대신문권 등 소송절차상 권리의 보장을 강화하는 과정에서 탄핵주의 소송구조의 주요 요소 중 하나인 전문법칙을 강화하는 것을 그 핵심적인 수단으로 삼고 있음을 의미한다. 게다가 조서의 증거능력을 부정하는 것은 인권을 침해하는 무리한 수사로의 유인을 상당부분 제거하기 때문에 피고인의 권리보장에 실질적으로 기여하며, 또한 특별한 사정이 없는 한 기술적으로도 법관이 진술 태도 등을 관찰할 수 있는 공판정 진술이 서면에 기록된 진술에 비하여 당연히 정보량이 많을 것으로 판단되기 때문에 최량증거 원칙에도 반하지 않는 것으로 보인다. 그래서 전문법칙은 실체적 진실 발견을 크게 제한하지 않을 뿐만 아니라 부분적으로는 상호 조화를 이루고 있는 것으로까지 이해된다. 지금까지의 전문법칙에 대한 규범적 이익형량을 통해 도출된 결론은 분명히 증거능력 배제의 확대에 치우쳐 있다고 할 수 있으며 이러한 결론은 지극히 합리적인 것이라 할 수 있다. 이러한 관점을 일관되게 관찰한다면 조서의 증거능력을 확장하는 제312조 제2항과 같은 규정은 제거되어야 할 뿐만 아니라 더 나아가서 제312조 제1항도 폐지되어야 할 것이다.³⁶⁾

4. 소결 - 이익형량에 있어서 선이해의 제거

그러나 상술한 바와 같이 전문법칙은 그 자체로 지켜져야 하는 필수적인 근본이념이 아니라 적법절차와 실체적 진실 발견을 위해 필요한 도구이다. 그래서 위법수집증거 배제법칙³⁷⁾과는 달리 다양한 예외가(제312조 내지 제316조) 인정될 뿐만

35) 다만 우리나라의 형사사법실무에서 2004년 대법원이 판례를 변경하기 전까지는 사실상 검사 작성 조서의 경우 원칙적으로 증거능력이 인정되었으며 극히 예외적으로만 전문법칙이 적용되었다. 또한 2007년 형사소송법 개정으로 객관적 방법으로 성립의 진정을 증명할 수 있는 검사작성 피의자 신문 조서 또는 수사기관 작성 참고인 진술조서는 증거능력이 인정된다고 할 수 있다. 영상녹화가 일상화 되고 있는 현재의 신문조서 작성과정을 고려하면 조서에 있어서는 앞서 살펴본 미국과 독일의 예에서처럼 원칙적으로 전문법칙을 적용, 증거능력을 배제한 후에 예외적으로 증거능력을 인정해주는 구조를 갖고 있다고 보기는 어려울 것으로 생각된다.

36) 변종필, 증거법 분야의 개정방안, 형사법연구, 제23권 제1호, 2011, 36-37쪽.

아니라 전문법칙의 예외에도 해당하지 않아 증거능력이 배제되는 경우에도 피고인 등이 증거에 동의하면 증거로 사용할 수 있고(제318조), 심지어 동의조차 없는 경우에도 탄핵증거로 사용된다(제318조의2). 조서의 증거능력을 배제하는 것은 규범적 이익형량의 결과 증거능력을 인정하는 것 보다 배제하는 것이 합리적이라는 관점에서 입법자가 정책적인 결단을 내렸기 때문³⁸⁾이지 그 자체가 본질적으로 오염되었거나 증거로서의 가치에 문제가 있어서가 아니다.³⁹⁾

이러한 관점에서 다음 견해는 주목할 가치가 있다고 생각되므로 다소 긴 분량이나 원문을 그대로 인용한다. “사법개혁의 논의과정과 형소법의 개정논의에서 공판중심주의의 강화는 수사기관이 작성한 피의자신문조서 등 전문서류의 증거능력을 전면 부정하는 주장을 확신했다. 이른바 조서재판, 즉 수사기관이 작성한 조서에 의존하여 조서가 사실인정의 절대적 자료가 되는 재판의 폐해를 극복하기 위한 것이 공판중심주의를 위한 소송법 개정의 핵심이라고 보았기 때문이다. 그러나 공판중심주의가 법관의 합리적 심증형성을 보장하기 위한 것이라면, 그것은 법정에서 등장하는 정보, 즉 증거의 최대화와 다양화를 요구하는 것이지 법정에서 직접 조사된 증거만 심증형성에 사용되어야 함을 요구하는 것은 아니다. 법관 앞에서의 진술만

37) 제308조의2. 심지어 위법수집증거 배제법칙 역시 실체적 진실 발견을 위해 양보하기도 한다. 위법수집증거 배제법칙을 선언한 대법원에 전원합의체 판결(대판 2007.11.15. 2007도3061)의 다수의 견과 별개의견 모두 법이 정한 절차를 위반하여 수집한 압수물의 증거능력은 “원칙적”으로 부정될 뿐이라고 판시하였으며 “예외적”인 경우에는 이를 유죄의 증거로 사용할 수 있다고 명시적으로 선언하였다.

38) 헌법재판소는 2007년 개정되기 전의 형사소송법 제312조의 규정에 대해서도 “공판중심주의와 직접심리주의를 절대적으로 관철한다면 수사기관 작성의 피의자신문조서에 대하여는 공판정에서 피고인이 그 내용을 부인하는 경우에 사법경찰관작성 피의자신문조서이든 검사작성 피의자신문조서이든 원칙적으로 증거능력을 인정하지 않는 것이 논리적 귀결이라고 할 수 있다. 그러나 공판중심주의와 직접심리주의는 헌법상의 원리라기보다는 형사소송법상의 원리로서 각국의 실정에 따라 제한이 가해질 수 있는 성질의 것이다.”라고 판시하였으며, 따라서 “입법자의 입법형성의 범위”를 벗어나지 않았으므로 합헌이라고 판시하였다. 헌재결 2005.5.26. 2003헌가7 전원재판부. 다만 이러한 결정은 형식적 성립의 진정만으로 증거능력을 인정하던 종래의 입장을 바꾼 대법원의 판례변경(대판 2004.12.16. 2002도537)이 있기 전에 제기된 위헌제청에 대하여 판례변경 후에 이를 고려하여 내린 결정으로 판단된다. 해당 판결에 대한 분석은 정승환, 검사작성 피의자신문조서의 증거능력과 ‘특신상태’, 형사법연구, 제32호, 2007, 679쪽 참조.

39) 이 글은 물론 조서가 이른바 “최우량증거”가 되어야 한다는 점을 논증하기 위한 글은 아니다. 피고인의 인권을 보장하기 위한 요건을 충족하는 경우 다양한 증거 가운데 하나로 활용될 가능성을 검토하기 위하여 작성된 글이다.

이 진실을 말해주고, 수사기관 앞에서의 진술은 그렇지 않다는 생각은 ‘인식론적 맹목’이라고 할 수 있다. 바꿔 말해 만일 피의자신문조서가 법관이 심증형성에 사용하는 다양한 증거 가운데 단지 하나로서만 기능한다면, 조서는 오히려 법관의 합리적 심증형성과 공정한 재판의 보장에 기여한다. 조서재판의 문제점은 피의자신문조서의 증거능력 인정 자체에 있는 것이 아니라 그것이 실질적으로 법관의 심증을 사실상 지배하는 재판현실에 있으므로 이러한 문제를 지양해 나가면서 조서의 증거사용을 논의하여야 할 것이다.”⁴⁰⁾

Ⅲ. 조서 등의 진정성립 증명의 전제조건

1. 부정적 요소와 긍정적 요소

이러한 관점에서 조서의 증거능력 인정여부에 대한 이익형량을 함에 있어서 이른바 ‘조서재판’의 폐해를 극복하기 위한 공판중심주의의 강화가 ‘인식론적 맹목’으로 작동하는지, 그래서 현실의 변화를 적절하게 평가하지 못하게 하는 선이해가 되고 있지는 않는지에 대하여 반성적으로 검토해 볼 필요가 있다는 점은 넉넉히 인정된다. 실제로 피고인의 방어권에 대한 부당한 침해가 발생하였을 가능성이 없고, 정의 실현을 위하여 실체적 진실발견의 필요가 높다는 사실이 명백히 확인되는 경우에는 적법절차 원칙에 치우친 규범적 이익형량의 결론은 명백히 수정되어야 할 것이며 조서의 증거능력은 당연히 인정되어야 한다. 객관적 방법에 의한 진정성립 증명 허용 규정은 바로 이런 경우의 구체적 불합리를 해소하기 위하여 활용 가능한 방향으로 해석되어야 한다.

특히 피고인 등이 진술을 반복하는 경우 과거의 진술내용이 법정에 현출되어 법관이 판단하도록 하는 것은 일정한 경우 의미가 있다. 게다가 수사과정에서의 진술은 범죄시점에 더 가까운 진술이라는 점에서 그리고 소송결과에 대한 전략적 고려가 상대적으로 적게 개입한 진술이라는 점에서 공판정에서의 진술보다 실체적 진실

40) 배종대/이상돈/정승환/이주원 신형사소송법, 제5판, 홍문사, 2013, 58/40에서 인용.

을 더 생생하게 묘사할 가능성이 더 높은 것으로 평가되기도 한다. 조서를 통해 드러나는 사실은 진술자가 해당 일시에 해당 내용의 진술을 했다는 것이며, 그 진술된 내용대로 실제적 진실이 존재하였음을 간접적으로 드러낼 뿐 직접 증명하는 것이 아니다. 이러한 관점에서 범죄사실에 대한 입증은 경우에 따라 증거능력의 문제가 아니라 증명력의 문제로 접근하는 것이 보다 합리적일 수도 있다. 또한 조서는 진술의 기록이자 사실 입증을 위한 증거이면서 동시에 수사절차의 기록이라는 성격을 동시에 갖는다. 만약 수사절차의 기록이 이를 통해 수사절차상 인권침해를 확인할 수 있을 만큼 구체적이라면 오히려 불법적 수사를 통제하는 장치로 작동할 수도 있다.

이러한 관점에서 선이해를 제거하고 이익형량을 하기 위해 지금까지의 논의들을 종합하여 조서의 증거능력 인정에 대한 부정적 요소와 긍정적 요소를 정리해 보면 다음과 같다.⁴¹⁾

부정적 요소	적법 절차 원칙	수사과정에서의 인권침해 반대신문권 침해
	실체적 진실 발견	기록 과정에서의 왜곡
긍정적 요소	적법 절차 원칙	수사과정에 대한 통제 가능성
	실체적 진실 발견	실체적 진실에 대한 더 많은 정보 제공 가능성

이 중 부정적 요소는 그 본질적으로 증거의 증거로서의 가치를 좌우하는 요소로서 성질상 절대 있어서는 안 되는 것이므로 그 존재 자체가 증거능력을 부인하는 요소가 되는 반면, 긍정적 요소는 가능성에 해당하는 것이어서 더 강할수록 더 좋은 것이 될 것으로 판단된다. 이러한 관점에서 위 요소들을 바탕으로 조서의 증거능력 인정에 대한 이익형량에서 고려해야 할 요소, 즉 진정성립의 객관적 증명방법이 진술자가 스스로 성립의 진정을 인정하는 것을 대체할 수 있을 정도로 인정받기 위하여 갖추어야 할 요건을 실제 적용 가능한 수준의 언어로 구체화해 보면 다음과 같다.

41) 이 외에도 형사절차의 기본원칙의 하나인 신속한 재판의 원칙(또는 형사사법자원의 현실적 한계)의 관점에서는 조서의 증거능력을 인정하는 것은 언제나 긍정적으로 평가될 수 있다. 이러한 요소 역시 이익형량에 있어서 부가적으로 고려될 수 있을 것이다.

2. 진정성립 인정의 조건

① 진실에 부합할 가능성이 높은 증거가 법정에 현출될 수 있어야 한다.

객관적 방법에 의한 진정성립 입증은 조서 등의 기록과정에서 진술하는 그대로 기재되었음, 즉 ‘내용의 왜곡’이 없었음을 확인할 수 있을 정도의 상세한 정보를 제공하는 것이어야 하며, 따라서 진술 및 기록과정 전체에 대한 정보를 확인하고 조서 등에 기재된 내용과 비교할 수 있는 것이어야 한다. 더 나아가 입증하고자 하는 실체적 진실에 대하여 조서가 단독으로, 경우에 따라서는 진정성립에 대한 객관적 증명방법과 함께, 직·간접적으로 더 많은 정보를 제공할 가능성이 있어야 한다.⁴²⁾

② 그 가운데에 피고인의 권리가 부당하게 침해되지 않았어야 한다.

수사과정에서 적법절차를 위반하여 ‘부당한 인권침해’가 발생하지 않았음에 대한 입증이 가능한 수준의 구체적인 정보가 명확하게 제공되는 것이어야 하며, 이러한 점에서 그 정보원은 수사기관의 영향력으로부터 본질적으로 자유로운 것이거나 최소한 전혀 영향을 받지 않았음이 객관적으로 입증되는 것이어야 한다. 더 나아가 수사기관의 적법절차 준수 여부를 확인하기 위한 정보가 더 많이 제공될 가능성이 있어야 하며, 특히 참고인 진술조서의 경우 ‘반대신문권’의 행사가 가능했거나 불필요한 경우여야 한다.

3. 내용인정과 구별

다만 여기서 진정성립은 ‘내용인정’을 의미하는 것이 아님에 유의해야 한다. 객관적 방법에 의한 조서의 진정성립 증명은 증언한 내용이 그대로 기재되었음을 드러내는 것으로 충분하며, 기재된 내용이 객관적이 사실에 부합할 것 까지를 입증하도록 해서는 안 된다. “증거능력이란 증거가 엄격한 증명의 자료로 사용될 수 있는 자격을 의미할 뿐이고, 당해 증거가 가지는 실질적 가치인 증명력과는 엄격히 구별되는 개념으로서 비록 증거능력이 인정되는 증거라고 하더라도 그것이 과연 믿을

42) 이는 결국 증명력 판단의 문제로 귀착될 것이다.

만한 것인가의 문제, 즉 증명력의 유무는 오로지 법관의 자유심증에 맡겨진 것이다”⁴³⁾ 객관적 증명을 통해 밝혀져야 할 것은 공판 이전의 진술이 왜곡 없이 기록된 것이라는 점이지 실제적 진실 그 자체는 아니다. 증거는 아직 밝혀지지 않은 실제적 진실에 다가가기 위한 단서인 것이다.⁴⁴⁾

4. 특신상태와의 관계

2007년의 법 개정으로 사법경찰관 작성 피의자 신문조서를 제외⁴⁵⁾ 모든 조서의 증거능력을 인정하기 위해서는 조서에 기재된 진술이 “특히 신빙할 수 있는 상태에서 행하여졌음이 증명”되어야 함이 명백해졌다.⁴⁶⁾ 그런데 상술한 바와 같은 요건 아래에서 진정성립이 객관적으로 증명된 경우라면 특신상태는 당연히 증명된 것으로 보아야 할 것이다.⁴⁷⁾ 특신상태는 “진술내용이나 조서 또는 서류의 작성에 허위개입의 여지가 거의 없고, 그 진술내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있는 경우”⁴⁸⁾를 의미하며 이를 적법절차의 준수로 보는 견해⁴⁹⁾에 따르면 앞에서도 서술한 진정성립의 객관적 증명방법이 갖추어야 할 요건 안에 포섭되기 때문이다. 따라서 이러한 경우 “특신상태의 존재는 의심의 여지없이 인정될 것이다.”⁵⁰⁾

43) 헌재결 2005.5.26. 2003헌가7 전원재판부.

44) 홍영기, 검사작성 피의자 신문조서의 실질적 진정성립 인정방식, 형사법연구, 제21권 제2호, 2009, 234쪽.

45) 사법경찰관 작성 피의자 신문조서는 아예 내용인정을 그 요건으로 한다. 이는 사실상 피고인이 법정에서 동일한 내용의 진술을 다시 하는 것과 다르지 않다.

46) 종래의 가중요건설과 완화요건설의 대립은 가중요건설을 수용함으로써 입법적으로 해결된 것으로 볼 수 있다. 법원행정처, 2007 형사소송법 개정법률 해설, 2007, 131쪽 참조.

47) 이러한 견해는 신동일, 전문증거에 대한 사개추위안의 문제점과 개선방안, 비교형사법연구, 제8권 제1호, 2006, 491쪽 이하.

48) 대판 2006.5.25. 2004도3619.

49) 배종대/이상돈/정승환/이주원 신형사소송법, 제5판, 홍문사, 2013, 58/54.

50) 홍영기, 검사작성 피의자 신문조서의 실질적 진정성립 인정방식, 형사법연구, 제21권 제2호, 2009, 232쪽.

Ⅳ. 제312조 제2항의 “그 밖의 객관적인 방법”의 해석

제312조 제2항은 피고인이 진정성립을 부인하는 경우, 어떠한 조건 아래에서 피고인의 검찰 수사단계에서의 자백이 담긴 조서를 법정에 현출시키는 것을 허용할 것인가의 문제가 된다. 그런데 피고인은 항상 법정에 있으므로, 피고인에 대한 신문은 논리적으로 당연히 가능하며, 따라서 검찰의 피고인 신문조서는 증거능력이 인정되지 않는 경우에도 제318조의2 제1항에 의하여 피고인의 법정 진술에 대한 탄핵 증거로 사용될 수 있다. 또한 현실적인 어려움이 예상되기는 하나 만약 각각의 사건마다 수사검사가 직접 공판검사의 역할을 담당하거나 공판검사와 함께 공판정에 출석할 수 있으면, 조사자 증언을 통해 피고인의 검찰 수사단계에서의 자백이 공판정에 현출될 수 있으므로 조서의 증거능력 인정 필요성은 사실상 그리 높지 않다고 할 수 있다.⁵¹⁾

전문법칙은 결국 자백 의존적 수사를 막고 수사과정에서 피고인의 인권이 부당하게 침해되는 일을 막기 위해 공판정에서 진술의 증거가치를 우선하는 것을 그 내용으로 한다. 따라서 상술한 바와 같이 피고인이 성립의 진정을 부정하는 조서에 대하여 증거능력을 인정하기 위한 입증방법은 설령 조서에 증거능력을 부여하더라도 이러한 폐단에 대한 우려를 막을 수 있는 것이어야 한다. 제312조 제2항에서 대표적으로 예시되고 있는 영상녹화는, 영상녹화 그 자체에 대한 증거능력 인정 문제는 별론으로 하더라도, 이러한 관점에 가장 부합하는 입증방법이라고 할 수 있다. 오히려 영상녹화된 수사과정이 법원에 의해 검토됨으로써 수사과정에서 혹시 있을지도 모르는 부당한 인권침해가 확인될 가능성이 높아진다는 점도 생각해 볼 수 있을 것이다. 물론 영상녹화물의 검토에 있어서 현실적인 시간과 비용상의 한계는 있을 수 있으나 결과적으로는 진정성립 증명의 전제조건을 모두 충족하는 바람직한 방법이 된다.

51) 검찰은 지속적으로 수사검사의 공판참여를 확대하고 있으나 아직 대부분의 사건에서 공소유지는 별도의 공판검사가 맡고 있는 것이 현실이다.

1. 자연과학적인 객관성

이러한 관점에서 “그 밖의 객관적인 방법”의 객관성을 법문에서 예시로 제시하고 있는 영상녹화물에 준하는 절대적 객관성 또는 자연과학적인 객관성이 담보되는 방법으로 해석할 수 있다. 이렇게 볼 경우 현실적으로 영상녹화보다 더 많은 양의 정보를 제공하는 방법을 찾을 수 없기 때문에, 상대적으로 정보량이 작은 방법, 예컨대 녹음이나 사진 등이 입증방법으로 인정될 수 있는지가 문제된다. 그러나 앞에서 정리한 바와 같이 입증방법은 ‘조서 기록과정에서 내용의 왜곡이 없었음을 확인할 수 있을 정도의 상세한 정보를 제공하는 것’이어야 하며, 또한 ‘수사과정에서 적법 절차를 위반하여 부당한 인권침해가 발생하지 않았음에 대한 입증이 가능한 수준의 구체적인 정보가 명확하게 제공되는 것’이어야 한다. 사진이나 녹음은 제공되는 정보의 양이 영상녹화물에 비하여 극히 작을 뿐만 아니라 적법절차 위반 사실을 숨기기 위한 조작이 용이한 면이 있다. 따라서 자연과학적으로 객관적인 방법은 오직 영상녹화만이 가능한 것으로 보아야 한다.⁵²⁾

그래서 만약 영상녹화물에 별도의 증거능력을 부여한다면, 사실상 현재의 기술 수준에서 실질적 성립의 진정을 입증하기 위한 자연과학적인 객관성을 갖는 또 다른 방법을 찾기는 어렵다. 다만 미래에 기술이 더욱 발전하여 영상녹화보다 조작이 어렵고 정보량이 더 많은 방법이 개발된다면 추가적인 입증방법이 될 수 있을 것이다. 따라서 이 요건은 미래를 향해 열려 있으며, 이는 결국 과거에 존재한 사실을 기록으로 고정하는 방법이 발전함에 따라 전문법칙의 내용에 대한 근본적인 재검토가 필요함을 의미하는 것일 수도 있다.

2. 주장하는 자로부터의 독립성

입증방법에 있어서 ‘객관적’이라는 말은 입증해야 할 사실을 ‘주장하는 자로부터 독립된’이라는 의미로 해석할 수도 있다. 현실적으로 영상녹화물 이외의 자연과학

52) 홍영기, 검사작성 피의자 신문조서의 실질적 진정성립 인정방식, 형사법연구, 제21권 제2호, 2009, 239쪽.

적으로 객관적인 방법을 찾기 어렵다면, 이렇게 보는 것이 더 타당하다고 생각된다.⁵³⁾ 그렇다면 검찰 및 경찰 등 조서의 증거능력을 인정받고자 하는 입장에 서있는 수사기관으로부터 독립된 제3자의 증언 등을 통하여 성립의 진정이 입증될 수 있는 경우 피고인의 부인에도 불구하고 검사 작성 피고인 신문조서의 증거능력을 인정할 수 있을 것이다. 따라서 조사자 증언을 통해서도 진정성립을 ‘객관적’으로 입증할 수 없다.⁵⁴⁾ 조사자의 증언은 별개의 증거로 인정되어야 하며, 물론 증거능력이 부정되는 피고인의 진술조서에 담긴 내용을 우회하여 현출하는 방법이 될 것이라는 우려는 있으나, 조사자에 대한 반대신문권이 보장되는 범위 내에서는 실체적 진실 발견을 위하여 비례성을 충족할 것으로 생각된다.

반면 피고인의 검찰에서의 증언절차에 참여한 변호인은 바로 여기에 해당한다. 변호인은 비록 피고인과의 관계에서는 전혀 객관적이지 않겠으나, 수사기관과의 관계에서는 독립된 자이기 때문이다. 그러나 사실상 피고인이 부인하는 조서의 진정성립을 변호인이 인정할 것을 기대하기는 어려울 것이다. 이를 보완하기 위하여 검찰 내에 수사기관으로부터 독립적이면서 조사과정에 참여하여 피고인 진술조서의 진정성립을 확인도록 하는 사람을 상주케 하여 조서 작성과정에 참여하게 하거나 기타의 방법으로 수사기관으로부터 독립된 제3자⁵⁵⁾로 하여금 수사기관에서의 조서 작성 과정을 확인하도록 하는 조치를 생각해 볼 수는 있다. 그러나 이 제3자가 실질적으로 성립의 진정 여부를 파악하고 법정에서 이를 증언할 수 있기 위해서는 마치 영상녹화의 경우와 마찬가지로 피고인 신문절차의 전과정에 참여해야 하며, 별도의 제도적 방식으로 신용성 등이 보장될 수 있어야 한다. 따라서 역시 비용 등의 문제로 인하여 현실적인 어려움이 있다. 게다가 여기서 말하는 제3자는 제316조 제1항에 의하여 전문진술을 할 수 있는 증인이 된다. 별도의 제도적 방식으로 신용성이 보장된다면 제316조 제1항의 요건인 ‘특신상태’도 당연히 충족할 것이기 때문이다.

53) 홍영기, 검사작성 피의자 신문조서의 실질적 진정성립 인정방식, 형사법연구, 제21권 제2호, 2009, 239쪽.

54) 부산지법 2008.4.15. 2008노131 참조; 조국, 검사작성 피의자신문조서와 영상녹화물의 증거능력, 저스티스, 제107호, 2008, 181쪽.

55) 예컨대 인권감시 변호인 등.

3. 영상녹화물이 독립하여 조서에 준하는 증거방법이 될 경우

영상녹화물이 조서에 대응하는 증거방법이 될 경우, 만약 피고인이 성립의 진정을 부인한다면 이때 별도의 객관적 입증 방법을 검토해 볼 필요가 있다. 영상녹화물의 정보량을 고려하면 피고인은 사실상 성립의 진정을 부인하기가 사실상 어렵겠지만 그럼에도 불구하고 만약 부인한다면, 영상녹화물의 무결성 등이 “객관적”인 방법으로 입증되어야 할 것이다. 이때에는 봉인 등 증거보관의 물리적 연속성 확인, 편집 흔적에 대한 디지털 포렌식 전문가 등의 감정 등 결합하여 객관적 입증방법으로 의미 있을 것으로 생각된다. 만약 피고인 신문의 전 과정이 녹화된 영상녹화물이 조작 내지 편집되지 않았다는 점이 입증된다면 이러한 입증만으로도 피고인이 진술한 내용을 그대로 담고 있는 것임이 명백해지며, 따라서 진정성립을 확인할 수 있기 때문이다.

V. 그 밖의 조서 등의 경우

1. 사법경찰관 작성 피의자 신문조서(제312조 제3항)

사법경찰관 작성 피의자 신문조서의 경우 피고인의 내용인정을 증거능력의 요건으로 하고 있으며 따라서 진정성립이 설령 객관적으로 입증된다 해도 당연히 전문법칙의 예외에 해당하지 않는다. 만약 피고인에 의해 조서의 내용이 부인될 경우 본 조서는 증거능력이 확정적으로 배제된다. 이는 결국 검사와 경찰이 작성한 조서의 가치평가에 대한 정책적 문제이다.

다만 조서의 증거능력을 포기하더라도 진술내용의 법정 현출은 특신상태에 대한 추가적인 입증을 전제로 조사자 증언제도를 통해서 이루어질 수 있다.⁵⁶⁾ 또한 피고인이 내용을 부인하는 경우에도 조서는 제318조의2에 의하여 탄핵증거로 사용될 수 있다. 만약 피고인의 범죄사실을 입증하기 위한 증거가 이 조서밖에 없다면 설령 증거능력이 인정된다 해도 자백배제법칙(제310조)에 의해 증거능력이 부인되고 다

56) 그러나 현실적으로는 거의 이용되지 않는다고 한다.

른 증거가 없으면 무죄가 되므로, 탄핵증거로 밖에 사용될 수 없다고 하여도 결과에 있어서 차이가 발생하기 어렵다. 다른 증거가 있으면 논리적으로 피고인의 조서의 내용에 반하는 공판정에서의 진술이 탄핵되고 유죄가 될 가능성이 크기 때문이다.

2. 수사기관 작성 참고인 신문조서(제312조 제4항)

수사기관 작성 참고인 신문조서에 대해서는 그 성립의 진정과 관련하여 “영상녹화물 또는 그 밖의 객관적인 방법”에 의하여 증명되면 증거능력을 인정한다는 규정이 있다. 이 때의 증명방법에 대한 논의는 제312조 제2항의 경우에서 살펴본 바와 같다. 다만 객관적인 방법의 범위와 관련하여서는 피고인에 대한 부당한 인권침해의 우려가 없으므로 제312조 제2항의 경우보다 폭넓게 인정되는 것으로 볼 가능성이 있다. 그럼에도 불구하고 문언상 영상녹화물을 예시로 들고 있다는 점과, 진정성립을 확인하기 위하여 신문의 전과정이 왜곡 없이 확인될 수 있는 수준의 정보량이 필요하다는 점을 고려할 때 자연과학적인 객관성 측면에서는 제313조 제2항의 경우에 준하는 범위가 될 수밖에 없을 것이다. 수사기관으로부터의 독립성이라는 측면에서도 마찬가지로 현실적인 한계가 있을 수밖에 없어 결과적으로 제312조 제2항의 경우와 크게 다르지 않을 것으로 생각된다. 다만 제312조 제4항의 ‘제3자’는 제312조 제2항의 제3자와는 달리 참고인의 진술에 관한 진술을 하는 자로서, 그 “진술이 피고인의 진술을 그 내용으로 하는 것”이 아니기 때문에 제316조 제1항에 의하여 전문증인이 될 수 없다는 차이가 있다.

게다가 조서에 기재된 참고인의 진술에 대하여 증거능력을 인정하기 위해서는, 설령 진정성립이 객관적으로 입증된다 하더라도, 앞에서 전제조건으로 검토했던 바와 같이 제312조 제4항이 규정하고 있는 피고인의 원진술자에 대한 ‘반대신문권’이 실질적으로 보장되어야 한다. 원진술자에 대한 반대신문이 있는 한 참고인 진술조서의 증명력은 상대적으로 그 가치가 떨어질 수밖에 없다. 영상녹화물 등 객관적인 방법으로 성립의 진정을 입증하여 증거능력이 인정된다 하더라도 원진술자가 증인으로 출석하여 반대신문 과정에서 한 법정 진술과의 사이에서의 증명력 경쟁에서 우위를 점하기 어려울 것이다.

3. 진술서 등(제313조)

가. 원진술자의 실질적 진정성립 인정

진술서는 스스로 작성하였다는 점에서 일반적으로 형식적 성립의 진정만 인정되어도 실질적 진정이 추정된다고 할 수 있으나 제313조는 작성자의 “진술에 의하여 성립의 진정함이 증명된 때” 증거능력을 인정하는 것으로 규정하고 있다. 또한 진술 기재 역시 진술자의 공판정에서의 진술에 의하여 실질적 성립의 진정이 인정되어야 한다. 그런데 만약 원진술자에 의하여 진정성립이 부정되는 경우 진술서 등에 대해서는 제313조 단서의 경우를 제외하고 증거능력을 부여할 방법이 없으며, 단서의 경우에도 작성자의 진술이외에 객관적인 방법으로는 진정성립을 입증하여 증거능력을 부여할 수 없다.⁵⁷⁾ 그러나 진술서 등의 경우에 대해서도 앞에서 정리한 전문법칙 적용배제를 위한 전제조건에 비추어 공판정에 최대한의 증거자료를 제출하기 위하여 이익형량을 통해 증거능력을 인정하는 것이 합리적인 경우가 있는지, 그렇다면 어떠한 방법으로 이를 허용할 것인지에 대해서 검토해 보는 것은 의미가 있다. 이하에서는 입법적 기준을 확인하기 위하여 “그 밖의 객관적인 방법”으로 진정성립을 입증하여 증거능력을 부여하기 위해서는 어떠한 점들을 고려해야 할 것인지 대해서 검토해 본다.

나. 제313조 본문의 경

(1) 실질적 진정성립

우선 수사기관 면전에서 작성한 진술서는 제312조 제5항에 의해서 제312조 제1항 내지 제4항이 적용되므로, 여기서 말하는 진술서 등은 개인이 사적인 방법으로 작성하는 것만을 의미한다. 따라서 성립의 진정을 입증하는 방법을 검토함에 있어서 국가권력에 의한 인권침해 우려에 대한 고려는 원칙적으로 필요하지 않다. 이러

57) 특히 대법원은 “법문의 문언상 성립의 진정은 ‘원진술자의 진술에 의하여’ 인정되는 방법 외에 다른 방법을 규정하고 있지 아니하므로, 실질적 진정성립도 원진술자의 진술에 의하여서만 인정될 수 있는 것”이라고 판시하였다. 대판 2004.12.16. 2002도537 전원합의체.

한 측면에서 수사기관의 조서와는 달리 입증을 위해 필요한 정보량을 영상녹화에 준하여 진술의 전과정에 대한 생생한 기록 등의 수준으로 요구할 필요는 없을 것으로 생각된다. 그러므로 진술과정을 직접 경험한 객관적인 제3자의 진술⁵⁸⁾, 자필 진술서인 경우 전문가의 필적감정 등이 종합적인 입증수단으로 폭넓게 활용될 수 있을 것으로 생각된다.

그러나 여기서 입증해야 하는 것은 형식적 성립의 진정이 아니라 실질적 성립의 진정이며, 진술자가 진술한 대로 기재되어있다는 사실이다. 따라서 최소한 진술자가 기재된 내용대로 해당 진술을 했다는 사실이 객관적인 방법으로 입증되어야 한다. 따라서 진술기재서인 경우 서명날인 등에 대한 감정만으로는 실질적 진정성립이 객관적으로 입증된 것으로 볼 없다.

만약 원진술자의 공판정에서의 부인에도 불구하고 실질적 성립의 진정이 객관적으로 인정되는 경우라면, 진술서 또는 진술기재서의 증거능력을 인정하는 것을 긍정적으로 고려해 볼 필요가 있다. 피고인 또는 증인의 과거 진술이 존재함이 객관적으로 명백하게 존재함이 입증될 수 있음에도 불구하고 그 내용이 공판정에 현출조차 되지 못하는 것은 실제적 진실 발견에 기여할 수 있는 증거를 불필요하게 배제하는 것일 뿐만 아니라, 해당 진술이 기록되는 과정에 왜곡 등이 없었다는 점이 역시 객관적으로 확인될 수 있다면 적법절차 원칙에도 문제가 되지 않을 것이기 때문이다. 그러나 과연 이러한 방식으로 진정성립을 인정하여 증거능력을 부여할 것인가에 대한 판단은 입법정책적 결단을 필요로 한다.

(2) 방어권의 절차적 보장

다만 원진술자가 피고인이 아닌 경우에는 진술이 서면의 형태로 제시됨으로써 피고인의 반대신문권이 원천적으로 봉쇄되는 문제가 있는 점은 유의하여야 한다. 이러한 이유로 현행법은 작성자 또는 진술자가 공판기일에 출석하여 성립의 진정을 인정한 경우에만 증거능력을 인정하고 있는 것이다.⁵⁹⁾ 만약 작성자 또는 진술자의

58) 제3자의 진술이 피고인의 진술을 내용으로 하는 것일 경우에는 마찬가지로 제316조 제1항에 의하여 전문증인이 될 수 있음은 상술한 바와 같다.

59) 이러한 분석은 최병각, 진술과 기록의 증거능력, 형사판례연구[21], 2013, 476쪽.

공판정 진술 없이 객관적인 방법으로 성립의 진정을 입증하여 증거능력을 부여한다면 피고인의 반대신문권에 대한 절차적 보장이 당연히 수반되어야 할 것이다.

다. 313조 단서의 경우

제313조 단서에서 규정하고 있는 피고인의 진술을 기재한 서류는 작성자가 성립의 진정을 인정할 경우 증거로 할 수 있다. 본 단서의 내용의 해석에 관하여 강화요건설과 완화요건설이 대립하고 있으나 문리해석상 완화요건으로 보이며 판례도 이와 같다. 원진술자인 피고인이 부인하는 경우에도 작성자의 인정만으로 증거능력을 인정하는 것만으로도 이미 전문법칙이 상당히 양보되고 있는 것으로 볼 수 있다. 그래서 제313조 단서의 경우에도 전문법칙의 추가적인 완화, 즉 작성자조차 성립의 진정을 인정하지 않는에도 객관적 방법에 의한 입증을 통해 증거능력을 부여하는 것이 과연 필요한지에 대해서는 더욱 신중한 검토가 필요하다. 그러나 제313조 단서에 해당하는 피고인의 진술기재서는 제313조 본문의 규정에 따라 이미 원진술자인 피고인의 서명 또는 날인이 있는 문서이며, 이러한 문서에 대한 진정성립이 객관적으로 증명될 수 있음에도 불구하고 작성자의 진정성립 부인으로 인하여 무조건 증거로 법정에 현출되지 못하도록 하는 것이 과연 합리적인가 하는 점에 대해서는 의문이 있다.

이러한 점들을 종합적으로 고려하여 진정성립의 객관적 증명 가능성을 검토해 보면 다음과 같다. 우선 원진술자인 피고인과 작성자가 모두 부인하고 있는 서면의 증거능력을 인정하기 위해서는 피고인의 방어권이 부당하게 침해되지 않도록, 피고인이 해당 진술 기재서에 기재된 내용대로 진술한 바가 있음이 영상녹화물 또는 이에 준하는 정도의 정보를 제공하는 방법에 의하여 객관적인 방법으로 명확하게 입증되어야 한다. 이때 단순한 ‘감정’ 등의 방법은 증명방법이 되기에는 사실상의 한계가 있을 것으로 보인다. 피고인의 자필이 아니므로 진술기재서의 내용에 대한 필적감정은 의미가 없으며, 서명날인 등에 대한 감정은 그것만으로는 진술한 내용대로 기재되었음을 입증하는 것이 아니기 때문이다. 게다가 만약 이러한 증명이 가능한 객관적인 방법이 있다면 그 증명을 위해 이용되는 자료들, 예컨대 피고인의 진술에 대한 객관적인 제3자의 증언 등은 그 자체로 별도의 증거로 공판정에 현출되는 것이 오히려 범행의 입증을 위해 더 효과적일 것으로 생각된다.

4. 특수저장매체의 경우

가. 전문법칙 적용

오늘날 대부분의 기록은 컴퓨터 등을 이용하여 이루어진다. 종이위에 자필로 내용을 적는 경우가 오히려 예외적일 것이다. 따라서 형사사법 절차에 있어서 특수저장매체에 저장된 기록은 범죄행위를 입증하기 위한 증거로서 점차 그 중요성을 더하고 있다. 그러나 우리 형사소송법은 제106조에 “정보저장매체”에 기억된 정보를 출력 또는 복제의 방법으로 압수할 수 있다고 규정하고 있을 뿐, 압수 이후 공판정에서의 증거조사와 관련해서는 구체적인 기준을 제시하고 있지 않다. 특히 특수저장매체에 기록된 내용이 “진술”인 경우 우리 대법원은 “그 기재의 매체가 다를 뿐 실질에 있어서는 피고인 또는 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 서류와 크게 다를 바 없고, 압수 후의 보관 및 출력과정에 조작의 가능성이 있으며, 기본적으로 반대신문의 기회가 보장되지 않는 점 등에 비추어 그 기재내용의 진실성에 관하여는 전문법칙이 적용된다고 할 것이고, 따라서 형사소송법 제313조 제1항에 의하여 그 작성자 또는 진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명된 때에 한하여 이를 증거로 사용할 수 있다 할 것⁶⁰⁾”이라고 판시하여 전문법칙이 적용되어야 함을 명시적으로 선언하고 있다. 그런데 제313조의 규정에 따라야 함에도 불구하고, 특수저장매체는 “그 자필이거나 그 서명 또는 날인이 있는 것”이 될 수 없으므로⁶¹⁾, 이를 글자 그대로 적용하면 애초에 제313조의 적용가능성이 배제되어버리는 문제가 발생한다. 피고인이 제318조에 의해 증거동의를 하지 않으면 증거능력이 인정될 가능성이 봉쇄되는 것이다.⁶²⁾ 그러므로 특수저장매체의 특성에 맞는 요건을 제시하는

60) 대판 1999.9.4. 99도2317; 대판 2007.12.13. 2007도7257.

61) 전자서명법 제3조 제1항 “다른 법령에서 문서 또는 서면에 서명, 서명날인 또는 기명날인을 요하는 경우 전자문서에 공인전자서명이 있는 때에는 이를 충족한 것으로 본다”의 내용을 적용하여 전자서명으로 대체할 수 있다고 보는 견해도 있다. 탁희성, 전자증거에 관한 연구, 이화여자대학교 박사학위논문, 2004, 212쪽.

62) 다만 우리 대법원은 녹음테이프에 대하여 “그 성질상 작성자나 진술자의 서명 혹은 날인이 없을 뿐만 아니라, 녹음자의 의도나 특정한 기술에 의하여 그 내용이 편집, 조작될 위험성이 있음을 고려하여, 그 대화내용을 녹음한 원본이거나 혹은 원본으로부터 복사한 사본일 경우에는 복사과정에서 편집되는 등의 인위적 개작 없이 원본의 내용 그대로 복사된 사본임이 입증되어야만 하고,

전문법칙 예외규정의 입법이 시급한 상황이다.

나. 진정성립의 객관적 입증 필요성

특수매체기록이 피고인 또는 피고인 아닌 자의 진술을 그 내용으로 하고 있다면, 판례의 입장에 따라 특수매체기록 또는 그 출력물에 대해서도 전문법칙이 적용되어야 함은 당연할 것이다. 이때 적용되어야 하는 조문은 역시 판례가 실시한 바와 같이 제313조가 된다. 특수매체기록은 “자필”이 아니므로 제313조에 의하여 증거능력이 인정되기 위해 “서명날인”이 필요함은 앞에서 언급한 바와 같다. 성질상 “서명날인”이 불가능함도 역시 언급하였다. 이러한 점이 해결되는 것을 전제로 하고 보면 특수매체기록도 원진술자의 진술로 진정성립이 증명되면 제313조에 의하여 증거능력이 인정된다.

문제는 진정성립을 부정하는 경우에도 객관적인 방법으로 이를 입증하여 증거능력을 부여할 것인가이다. 상술한 바와 같이 우리 형사소송법은 제313조에 진정성립의 객관적 입증 가능성을 규정하고 있지 않다. 그럼에도 불구하고 앞에서 서술한 바와 같이 피고인 또는 증인의 과거 진술이 객관적으로 명백하게 존재함이 입증될 수 있음에도 불구하고 그 내용이 공판정에 현출조차 되지 못하는 것은 불필요하게 실체적 진실 발견을 방해하는 것이 되며, 따라서 피고인의 방어권에 대한 부당한 침해가 되지 않는 범위 내에서 증거능력을 인정하기 위해 필요한 조건을 검토해 보는 것은 특수매체기록에 있어서도 마찬가지로 의미가 있다고 할 것이다.

다. 진정성립 입증 방법

특수저장매체에 저장된 진술서 등의 경우 매체의 특성상 디지털 포렌식 전문가 등 특수한 기술을 가진 전문가의 감정이 객관적인 입증 방법으로 제시될 수 있다.

그러한 입증이 없는 경우에는 쉽게 그 증거능력을 인정할 수 없다(대판 2005.12.23. 2005도2945)”고 하여 서명날인이 없음에도 증거능력을 인정할 수 있는 것으로 판시하고 있으며, 디지털 증거에 대하여 상기한 판례에서도 서명날인 요건은 검토하지 않고 “작성자 또는 진술자의 진술에 의하여 성립의 진정함이 증명”되면 증거능력을 인정할 수 있다고 판시하고 있는 점으로 미루어 서명날인이 없음에도 증거능력을 인정할 수 있는 것으로 해석하고 있음을 알 수 있다.

그러나 여기서의 입증은 단순히 무결성, 동일성, 신뢰성 등에 대한 입증⁶³⁾에 그치는 것이 아니라 성립의 진정, 즉 진술한 대로 기재되어 있음에 대한 입증이어야 한다. 따라서 전 과정이 녹화된 영상녹화물의 경우와는 달리 조작되지 않았다는 점에 대한 전문가의 감정만으로는 실질적 진정성립이 증명된 것으로 볼 수 없다.

진술자만이 배타적으로 사용하는 컴퓨터에서 작성되었거나, 작성자만 사용하는 email 계정을 통해 작성되었다는 점 등도 역시 진정성립에 대한 간접적 증거일 뿐이지 진술자가 직접 기재하였다는 점을 바로 입증하는 것은 아니다. 이 경우 문서의 작성일시를 기술적으로 확인하여 진술자의 위치정보를 확인하고 당시에 해당 컴퓨터와 같은 장소에 있었으며, 진술자 이외의 다른 사람이 없었다는 점을 입증하는 등의 방법으로 관련된 객관적 증거를 종합하여 입증할 수 있을 것으로 생각된다. 더 나아가 만약 과학기술의 발전으로 통계적 확실성이 보장된다면, 작성자의 어투나 문체, 주로 사용하는 단어나 오타 등의 습관을 이용하여 특수매체기록의 작성주체를 특정해 내는 것도 방법이 될 수 있을 것으로 생각한다.⁶⁴⁾ 물론 자연과학적으로 객관적인 방법 이 외에도 수사기관으로부터 객관적인 방법, 즉 제3자의 진술 등을 통해서도 입증 가능한 것으로 보아야 한다. 그러나 제313조의 문리해석상 이러한 내용을 바로 적용할 수는 없고, 특수매체기록에 대한 조문을 신설하는 등의 입법적 보완이 필요하다.

라. 방어권의 절차적 보장

다만 원진술자가 피고인이 아닌 경우에는 진술이 특수매체기록의 형태로 제시됨으로써 피고인의 반대신문권이 원천적으로 봉쇄되는 문제가 있는 점은 유의하여야 함은 진술서 및 진술기재서의 경우와 다르지 않다. 만약 상기한 기술적인 방법으로 실질적 성립의 진정이 입증 될 수 있다면, 앞에서 서술한 제313조의 경우와 마찬가지로

63) 이러한 입증은 서명날인을 대체하기 위한 동일성 입증에 해당할 것이다.

64) 만약 작성주체가 명확하지 않으면 제314조의 적용을 생각해볼 수 있다. 그러나 특신상태의 요건을 충족하기가 어려울 것으로 생각된다. 이외에도 작성된 특수매체기록이 특히 신용할만한 정황에 의하여 작성된 문서로 당연히 증거능력이 있는 서류에 해당한다면 제315조에 의하여 증거능력이 인정될 수도 있다.

지로 반대신문권에 대한 절차적 보장 또는 피고인 방어권의 부당한 침해 방지를 전제로 증거능력을 인정할 수 있을 것이다.

Ⅶ. 맺음말 - 정보기술의 발전과 전문법칙의 변화

정보처리기술 등의 발달로 인하여 과거의 진술이 기억과 문자에만 의지해 보존되던 시대에 비하여 기록도 용이해지고 보다 풍부한 정보를 담을 수 있게 되었다. 멀티미디어 방식의 특수매체기록은 공판정에서의 진술에 상응할 만큼의 생생한 정보를 담을 수 있게 되었으며, 따라서 시간적으로 범죄시점에 가까운 진술의 기록을 통해 실체적 진실에 접근하는 것이 보다 용이해졌다. 수사시점은 범죄시점에 보다 가까우며 기억이 보다 생생할 가능성이 높은 반면 법관 면전 진술은 직접주의 원칙에 보다 충실하며 진술과정에서 진술자의 태도 등의 간접증거를 법관이 직접 관찰할 수 있다는 장점이 있다. 따라서 일반적으로 실체적 진실에 대한 정보의 생생함은 수사시점의 진술이, 정보의 전달량은 법관 면전 진술이 더 크다고 할 수 있을 것이다. 따라서 수사과정의 진술에 대하여 증거능력을 배제하는 방법으로 두 진술의 증거로서의 가치를 본질적으로 달리할 것이 아니라 실체적 진실 발견과 적법절차 원칙의 합리적인 이익형량 아래에서 요건을 충족하는 경우 최대한 법관에게 현출될 수 있도록 하여 증명력의 문제로 해결하는 것이 바람직 할 것으로 생각된다.

물론 정보처리 기술발전에 상응하여 기록의 조작 및 편집 등의 위험도 커졌으나, 조작 여부를 객관적으로 확인하기 밝혀내기 위한 기술도 동시에 개발되고 있다. 기술발전에 따라 사진 및 녹음테이프의 증거능력은 이미 폭넓게 인정되고 있다. 사인이 관리하는 CCTV의 녹화내용은 증거능력이 인정되면서 국가기관이 엄격한 절차 아래에서 촬영한 영상녹화물의 증거능력은 일괄하여 부정하는 것은 다소 어색한 것이 사실이다. 이러한 기록들도 역시 피고인의 방어권에 대한 부당한 침해를 야기하지 않으면서 형사사법정의를 실현하는데 도움이 된다면, 적법절차 원칙과 실체적 진실 발견 원칙의 이익형량을 통하여 증거능력을 인정해야 할 것이다. 이러한 측면에서 진술서 또는 진술조서의 진정성립을 객관적으로 입증하여 증거능력을 부여하

는 방안에 대해서도 적극적으로 검토해 볼 필요가 있다. 피고인 또는 증인의 과거 진술이 객관적으로 명백하게 존재함이 입증될 수 있음에도 불구하고 그 내용이 공판정에 현출조차 되지 못하는 것은 불필요하게 실제적 진실 발견을 방해하는 것일 뿐만 아니라, 해당 진술이 기록되는 과정에 왜곡 등이 없었다는 점이 역시 객관적으로 확인될 수 있다면 적법절차 원칙에도 문제가 되지 않을 것이기 때문이다.

최근의 기술적 상황을 고려하면 수사기관의 진술과정에 대하여 영상녹화 등 정보 기술을 적극적으로 활용하는 것이 조서의 증거능력을 일괄해서 배제하는 것보다 오히려 적법절차 보장에 더 기여할 수 있을 것으로 보인다. 기술적인 방법으로 기록된 정보를 통한 사후적 통제의 가능성이 높아지기 때문이다. 이처럼 과학기술적으로 보완된 통제장치를 활용하면 조서의 증거능력을 배제함으로써 얻어지는 수사과정의 적법절차 준수 촉진 가능성은 크게 의미를 잃는다고 할 수 있을 것이다. 다소 성급한 예단일지는 모르겠으나, 기술이 발전함에 따라 언젠가는 적법절차의 준수나 실제적 진실 발견이 전문법칙과 같은 법칙이나 원칙에 의한 도구보다 기술적 수단에 의해 더욱 확실하게 보장될 수 있는 날이 그리 멀지 않은 미래에 올 수도 있을 것으로 생각한다.

참고문헌

〈단행본〉

- 김성룡, 수사단계 진술의 증거능력 및 증명력 보존을 위한 제도적 방안 연구 - 증거
보전요건의 확대 등을 포함하여, 대검찰청 연구용역보고서, 2012
- 노명선/이완규, 형사소송법, 제4판, 성균관대학교출판부, 2015
- 배종대/이상돈/정승환/이주원 신형사소송법, 제5판, 홍문사, 2013
- 법무부, 개정 형사소송법, 2007
- 법원행정처, 2007 형사소송법 개정법률 해설, 2007
- 이재상, 형사소송법, 제9판증판, 박영사, 2014
- 표성수/윤동호/이석배/지유미, 외국법제 및 판례 분석을 통한 조서의 증거능력에 대
한 연구 - 수사기관 작성 조서를 중심으로, 대검찰청 연구용역보고서, 2014

〈논문〉

- 권영범, 현행 조서관련 규정에 관한 비판적인 고찰, 저스티스 제131호, 2012
- 박상기, 중세독일의 형사재판제도 - 카롤리나형법전을 중심으로, 법학사연구, 제14권,
1993
- 변종필, 증거법 분야의 개정방안, 형사법연구, 제23권 제1호, 2011
- 서희석, 우리 형사소송법상의 전문법칙, 형사소송법(상), 법원재판자료 제22집,
1984
- 신동일, 전문증거에 대한 사개추위안의 문제점과 개선방안, 비교형사법연구, 제8권
제1호, 2006
- 신양균, 카롤리나형사법전 입문(상), 사법행정 제27권 제3호, 1986
- 신양균, 카롤리나형사법전 입문(하), 사법행정 제27권 제4호, 1986
- 안성수, 미국 증거법상 전문법칙 및 수사단계에서의 진술 내지 조서의 증거능력, 저
스티스, 통권 제84호, 2005

- 안승진, 형사소송에 있어 조서의 증거능력에 관하여 - 신문조서를 중심으로, 법학실무연구회 발표자료, 2009(대검찰청 홈페이지 http://www.spo.go.kr/spo/info/study/data02.jsp?mode=view&board_no=35&article_no=40698) * 2015년 5월 28일 최종확인
- 정승환, 검사작성 피의자신문조서의 증거능력과 ‘특신상태’, 형사법연구, 제32호, 2007
- 정웅석, 공판중심주의에 따른 증거능력의 개념 및 증거판단의 우선순위, 저스티스, 제130호, 2012
- 조국, 검사작성 피의자신문조서와 영상녹화물의 증거능력, 저스티스, 제107호, 2008
- 주승희, 당사자주의와 직권주의 소송구조 비교 연구, 한국형사정책연구원, 2006
- 최병각, 진술과 기록의 증거능력, 형사판례연구[21], 2013
- 최준혁, 직접심리주의에 대한 논의의 기초 - 직접심리주의의 ‘전형적 예외’인 독일 형사소송법 제251조의 검토, 형사법의 신동향, 통권 제41호, 2013
- 탁희성, 전자증거에 관한 연구, 이화여자대학교 박사학위논문, 2004
- 홍영기, 검사작성 피의자 신문조서의 실질적 진정성립 인정방식, 형사법연구, 제21권 제2호, 2009

〈판례〉

- 대판 1984.6.12. 84도796
- 대판 1999.9.4. 99도2317
- 대판 2004.12.16. 2002도537 전원합의체
- 대판 2005.12.23. 2005도2945
- 대판 2006.5.25. 2004도3619.
- 대판 2007.11.15. 2007도3061 전원합의체
- 대판 2007.12.13. 2007도7257
- 대판 2011.11.10. 2010도12

부산지법 2008.4.15. 2008노131

헌재결 1994.4.28. 93헌바26

헌재결 1995.11.30. 92헌마44

헌재결 2005.5.26. 2003헌가7 전원재판부

The Means to Prove The Authenticity in Formation of the
Protocol and Statement
- Revaluation of The Exclusive Rule of Hearsay -

Chun Hyun-wook*

Article 312 (2) and (4) of Criminal Procedure Act state that evidence is admissible when it is proved by a video-recorded product or any other objective means that the statement recorded in the protocol is the same as the original stater and was made in a particularly reliable state even if the defendant or any person other than defendant denies the authenticity in formation of the protocol. However, interpretation on the extent and scope of the phrase “any other objective means” is determined by how exceptions of hearsay principle should be implemented. The purpose of determining whether hearsay evidence is admissible or not is to pursue procedural due process and find substantial truth based on balancing conflict interest. In addition, hearsay evidence itself is not necessary to serve the ultimate goal or order of Criminal Procedure Act to find substantial truth. Tools are recognized their own values only when they are used in an appropriate way or contribute to achieving goals. when it is confirmed that there is fat chance for right to defense of the defendant to much focusing on due process principle is infringed or ultimate demanding for finding substantial truth, decision on normative conflicts of interest should be corrected shall be revised and the evidence shall limitedly admissible. The provision on proven authenticity of evidence by objective ways should be used as a way to deal with irrationality.

To prove evidence are admissible, the prosecutor or judicial police officer shall

* Researcher, Korean Institute of Criminology

provide detailed information stating that there is no distortion or untruth on the process of recording protocol and at the same time there is no unreasonable infringement on human rights of the defendant and violation of procedural due process during investigation phases. When evidence presented meet requirement above mentioned, it would be reasonable to determine whether evidence is admissible or not rather than exclude evidence admissible at all only when authenticity of evidence is proved regarding Article 312 and 313. Furthermore, to serve to the main purpose of criminal law, the right of confrontation of the defendant must be ensured during due process.

❖ Keyword: The Exclusive Rule of Hearsay, Admissibility of Evidence, Protocol of Examination, Statement, Video Recording of Statement, Digital Evidence