연구총서 17-AA-10

국제범죄수사에 있어서 외국에서 수집된 증거의 증거능력에 대한 연구

Study on the Admissibility of Evidence Collected Overseas in International Criminal Investigation

안성훈 • 김민이 • 김성룡

KIC 한국형사정책연구원
KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

발간사

범죄는 국경을 가리지 않습니다. 교통·통신의 발달과 함께 국가 간의 인적·물적 교류가 증가하면서 이 명제는 현실이 되었습니다. 국내에서 범죄를 저지르고 해외로 도주하거나, 해외에서 범죄를 저지르고 국내로 도주하는 사례가 증가하고 있으며, 수사·공판단계에서 필요한 각종 증거들을 외국에서 수집해야 하는 사례들이 증가하고 있습니다. 국제범죄수사의 경우 특별법에 따른 절차를 거쳐야 하는 등 일반범죄의 수사절차와 다른 특성을 가지고 있습니다. 이에 따라 수사·공판단계에 있어 외국 수사기관 등과의 협조·협력 방안을 모색하기 위해서는 우리나라 형사절차 또한 이러한 상황을 반영할 새로운 절차규정의 모색이 필요불가결하게 되었습니다.

그동안 국가 간의 형사소송절차에 대하여 논의되었던 연구의 범위들은 다소 제한적이었습니다. 형사사법공조에 대한 이론이나 관련 법률을 분석하는데 그치거나, 국제형사경찰기구(인터폴)를 통한 공조수사 부분만을 다루거나, 범죄인인도에 대해서만 다루는 등 다소 한정적이고 수사단계 또는 증거수집에 국한된 연구들이 진행되어 왔습니다. 이에 따라 외국에서 수집한 증거의 증거능력을 인정할 것인지에 대해서는 뚜렷한 기준 및 근거가 없었음에도 불구하고, 외국에서 수집된 증거들이 우리나라 법원에서 어떻게 받아들여지고 있는지에 대해서는 그에 대한 논의가 상대적으로 잘 다루어지지 않았던 것이 사실입니다.

본 연구는 바로 이러한 문제의식에서 출발하였습니다. 기존에 형사사법공조 자체에 대해서 다루거나 공조를 통해 외국에서 증거를 수집하는 단계에서의 연구를 벗어나 외국에서 수집한 증거의 증거능력 인정과 관련한 우리나라 판례의 태도 및 인정기준에 대해서 중점적으로 연구한 것입니다. 본 연구는 국가 간에 적극적이고 효율적인 형사사법공조 시스템을 마련하기 위한 기틀을 다지기 위한 작업으로서 매우 의미가 있을 것이라고 생각됩니다.

본 연구를 위하여 먼저 형사사법공조에 초점을 맞추어 관련 기초이론 및 법률들을 분석함과 동시에 실제로 우리나라가 외국에 공조를 요청하거나 요청을 받는 사례들을 찾아서 분석하는 작업을 진행하였습니다. 다음으로는 증거에 초점을 맞추어 외국에서 수집한 증거의 특성과 한계를 살펴보았습니다. 그리고 전문증거의 증거능력을 인정하

기 위해서는 '특신상태'를 필요로 한다는 점에서 외국에서 수집한 증거에 대해서 특신상태를 어떻게 해석해야 할 것인지에 대해서도 논하였습니다. 앞서 관련 사례들을 분석한 것과 마찬가지로, 이 경우에도 관련 판례들을 수집하여 분석하는 작업을 함께 진행하였습니다. 또한 외국에서 수집된 증거의 증거능력 인정여부에 대하여 그 판단기준이 아직 명확하게 정립되어 있는 것은 아니기 때문에, 독일·유럽연합·일본·미국의 사례를 중심으로 비교법적 검토도 진행하였습니다.

이러한 연구 방법을 통해 외국에서 수집된 증거의 증거능력에 대하여 법적·제도적인 측면에서 개선방안을 도출하고자 하였습니다. 개선방안은 크게 두가지로 나누어 볼 수 있습니다. 첫 번째는 증거획득방법 자체에 접근하는 방안입니다. 영상녹화물을 본증으로 사용하도록 하거나, 원격영상시스템을 적극적으로 도입하여 원격수사·원격재판을 우리나라 수사·공판단계에 활용하는 것입니다. 두 번째는 외국에서 수집된 증거의 증거능력 인정의 범위, 즉 해당 증거의 허용성의 범위를 판단하는 범위를 확대시켜 외국에서 수집한 증거의 증거능력 인정 범위를 확대하는 것입니다.

서로 다른 문화와 법률체계를 가지고 있는 여러 국가가 '공조'라는 명분하에 서로 협조를 도모하는 것은 결코 쉽지 않을 것입니다. 그러나 범죄의 국제화라는 영향은 앞서 살펴본 바와 같이 형사절차의 분야에도 분명히 영향을 미치고 있기 때문에 이에 대한 대책을 마련해야 할 필요성은 점점 더 높아지고 있는 상황입니다. 이러한 점에서 본 연구는 형사사법공조와 관련하여 우리나라 형사소송절차가 앞으로 나아가야 할 방향을 제시하고 있다는 점에서 큰 의미가 있을 것이라고 생각됩니다.

끝으로, 본 연구를 수행해주신 한국형사정책연구원의 안성훈 연구위원, 경북대학교 법학전문대학원의 김성룡 교수님, 한국형사정책연구원의 김민이 초빙연구원의 노고에 치하와 감사를 드립니다. 그리고 본 연구를 위하여 자문을 아끼지 않으신 경찰대학의 류부곤 교수님, 서남대학교의 김범식 교수님께도 깊은 감사의 인사를 전하며, 자료 편집 및 교정 등을 맡아준 이다미 인턴연구원에게도 고마움을 표하는 바입니다.

2017년 12월

한국형사정책연구원

원장 김 진 환

목 차

국문요약 ····· 1

| 제1장 | 서 론 • 안성훈 ····· 15

제1절 연구 목적 ····· 17

제2절 연구 방법 및 구성 ····· 19

| 제2장 | 국제범죄수사에 있어서 외국에서 수집된 증거의 증거능력에 관한 이론적 고찰 • 안성훈·김민이 ····· 21

제1절 국제범죄와 국제형사사법공조 ····· 23

1. 국제형사사법공조의 의의 및 성격 ····· 23
2. 국제범죄의 개념과 국제범죄수사의 한계 ····· 25
3. 국제범죄로 인한 형사사법공조에 따른 외국에서 수집한 증거의 증거능력 ····· 26
4. 국제형사사법공조 관련 실태분석에 따른 사법공조의 필요성 ····· 27

가. 우리나라 국민의 연도별 해외체류 현황 ····· 27

나. 우리나라 국민의 국외 범죄유형별 현황 및 범죄유형별 피해 현황 ····· 30

1) 국민의 국외 범죄유형별 현황 ····· 30

2) 국민의 범죄유형별 피해 현황 ····· 31

다. 외국인 입국자의 연도별 추세범 ····· 33

라. 범죄유형별 외국인범죄자 발생 현황 ····· 33

마. 경찰단계에서의 외국인 범죄 현황 및 외국경찰과의 MOU 체결 현황 ····· 34

1) 외국인 범죄 단속현황 ····· 34

2) 외국경찰과의 MOU 체결 현황 ····· 35

바. 소결 ····· 38

제2절 국제범죄수사와 외국에서 수집된 증거의 증거능력과 관련된 현행 법률 분석 ·· 39

1. 국제형사사법공조법 ····· 40

가. 국제형사사법공조법의 체계 및 내용 ····· 40

나. 국제형사사법공조 현황 ····· 42

2. 범죄인인도법 ····· 43
가. 범죄인인도법의 체계 및 내용 ····· 43
나. 범죄인인도청구 현황 ····· 45
3. 형사소송법 ····· 46
가. 전문법칙과 전문법칙 예외 규정 ····· 46
1) 전문서류 ····· 46
2) 전문진술 ····· 51
3) 당연히 인정되는 서류 등 ····· 51
나. 제308조2의 위법수집증거배제법칙 ····· 52
다. 증거동의 ····· 53
4. 소결 – 관련법제의 통일적 관점에서의 해석 시도와 법률정비의 필요성 제시 ·· 55
제3절 국제범죄수사에서의 증거수집과 관련된 사례분석 ····· 56
1. 우리나라가 공조요청국인 경우 ····· 56
가. 검사가 공조요청을 한 경우 ····· 56
나. 법원이 공조요청을 한 경우 ····· 61
2. 우리나라가 피공조요청국인 경우 ····· 69
가. 검사가 공조요청을 받은 경우 ····· 69
나. 법무부가 공조요청을 받은 경우 ····· 75
3. 소결 ····· 76

| 제3장 | 국제형사사법공조를 통해 외국에서 수집한 증거의 증거능력 • 안성훈·김민이 ····· 79

제1절 외국에서 수집한 증거의 법적 특성과 한계 ····· 81
1. 증거수집방법의 구분과 증거능력 ····· 81
가. 외국의 승낙 없는 직접적인 수사에 의한 수집증거 ····· 81
나. 형사사법공조 및 국제형사경찰기구와의 공조로 수집한 증거 ····· 82
1) 증거수집과 외국의 형사사법기관과의 관계 ····· 82
2) 공조요청 국가의 형사절차 등에 위반하여 수집한 증거 ····· 83
3) 증거의 허용성에 관한 논의 ····· 84

2. 수집한 증거의 유형구분과 증거능력 ····· 85
가. 인적 증거의 증거능력 ····· 85
나. 조서 및 진술증거 ····· 85
1) 외국 수사기관에서의 피의자신문조서 ····· 85
2) 형사사법공조절차에 따른 외국 수사기관 등이 수집한 증거 ····· 86
3) 외국에서 이루어진 우리나라 수사기관의 수사와 증거능력 ····· 86
제2절 불명확한 "특신상태" 판단기준으로 인한 외국에서 수집한 증거의 한계 ····· 88
1. 특신상태 의미에 대한 학설과 판례 검토 ····· 88
2. 특신상태와 전문법칙 예외 근거로서의 '신용성의 정황적 보장'과의 구별 ····· 90
3. 특신상태와 전문법칙에 있어 반대신문권 보장과의 관계 ····· 91
4. 소결: 특신상태의 개념 요소와 판단 기준 마련의 필요성 ····· 92
제3절 국제형사사법공조를 통해 수집한 증거의 증거능력에 관한 판례의 태도 ·· 94
1. 증거능력이 인정되지 않은 판례 ····· 94
가. 대법원 2016. 2. 18. 선고 2015도17115 판결 ····· 94
나. 대법원 2011. 7. 14. 선고 2011도3809 판결 ····· 97
다. 대법원 2007. 12. 13. 선고 2007도7257 판결 ····· 101
라. 대법원 2006. 1. 13. 선고 2003도6548 판결 ····· 104
마. 대법원 2006. 9. 26. 선고 2006도3922 판결 ····· 108
바. 대법원 1999. 2. 26. 선고 98도2742 판결 ····· 112
사. 대법원 1994. 1. 28. 선고 93도1278 판결 ····· 114
2. 증거능력을 인정한 판례 ····· 116
가. 대법원 2007. 6. 14. 선고 2004도5561 판결 ····· 116
나. 대법원 1997. 7. 25. 선고 97도1351 판결 ····· 119
다. 대법원 1987. 9. 8. 선고 87도1446 판결 ····· 122
라. 대법원 1987. 1. 20. 선고 86도2322 판결 ····· 124
마. 서울고등법원 1985. 5. 15. 선고 84노321 판결 ····· 125
바. 대법원 1984. 2. 28. 선고 83도3145 판결 ····· 128
3. 소결 ····· 129

| 제4장 | 외국에서 수집한 증거의 증거능력 판단기준에 관한 비교법적 검토 • 김성룡·안성훈·김민이 ····· 137

제1절 독일과 유럽연합 ····· 139
1. 개관 ····· 139
2. 판단 기준 법률과 문제되는 사례유형 ····· 143
가. 수사행위에 대한 기준법률 (Maßgebliches Recht für Ermittlungshandlungen) ····· 144
나. 증거사용가능성 판단의 기준 법률 (Maßgebliches Recht für Beweisver- wertung) ····· 147
3. 독일법 위반에도 불구하고 사용할 수 있는 경우 [사례 1] ····· 152
4. 독일 법률 위반으로 인한 증거사용금지 ····· 155
가. 독일 형사소추기간의 나태를 이유로 한 비독자적 증거사용금지 ····· 155
나. 국제법·유럽연합법의 공조요청을 받은 국가의 이행의무(Folgepflicht) 불이행 ····· 159
5. 외국법률에 따른 증거수집의 적법성에도 불구한 증거사용금지 ····· 159
가. 독자적 증거사용금지 – 자기부죄금지의 예 ····· 160
1) 진술거부·묵비권이 보장되지 않은 국가들 ····· 160
2) 진술거부권의 고지 없는 상태에서의 자백, 간접강제의 의한 자백 ···· 162
나. 인권적인 최소기준 ····· 165
6. 외국법 위반을 근거로 한 증거사용금지 ····· 166
가. 제한된 심사가능성의 정당성 ····· 167
나. BGHSt 58, 32 (3. Ls.)에 대한 비판적 견해의 논거 ····· 168
1) 실질적 법치국가적 보호의 필요성 ····· 168
2) 독일법(원칙)을 기준으로 외국법 위반의 효과 판정 ····· 170
3) 국가마다 상이한 법규의 합리적인 고려방법 ····· 170
7. 국제법상 특별원칙에 근거한 사용불가능성 ····· 171
8. 소결 ····· 174

제2절 일본 ····· 175
1. 개관 ····· 175
2. 외국에서의 증거수집 방법 ····· 176
가. 수사 공조에 관한 국제 협력 ····· 176

나. 외국에 대한 수사공조 등의 요청 ····· 177
3. 외국 수사당국이 수집한 증거의 증거능력 ····· 179
가. 관련 규정 검토 및 쟁점 ····· 179
1) 피고인 이외의 자의 진술이 기재된 서류 ····· 182
2) 피고인의 진술이 기재된 서류 ····· 182
나. 판례 ····· 182
다. 외국에서 수집한 증거의 증거능력 ····· 184
1) 진술불능 ····· 184
2) 불가결성 ····· 185
3) 특신성 ····· 185
4. 위법수집증거배제 ····· 187
가. 피요청국의 법률상 적법하지만 요청국의 형사절차에 위반되는 경우 ····· 188
나. 공조요청절차에 흠결이 있는 경우 ····· 188
5. 외국에서 수집된 증거의 허용성 ····· 189
가. 증거의 허용성이 문제된 사례 ····· 191
나. 일본의 판례와 학설 ····· 191
1) 판례의 입장 ····· 191
2) 하급심 판례 ····· 195
3) 학설 ····· 199
6. 소결 ····· 199
제3절 미국 ····· 200
1. 개관 ····· 200
2. 미국 형사사법공조 절차와 법적 근거 ····· 201
가. 서설 ····· 201
나. 정식수단을 통한 공조요청 방법 ····· 202
1) 증거조사 의뢰장(Letters rogatory)을 통한 공조요청 ····· 203
2) 조약을 통한 공조요청 ····· 205
3) 행정협정과 양해각서를 통한 공조요청 ····· 206
다. 비공식적 수단을 통한 공조요청 방법 ····· 206
라. 소환장을 통한 공조요청 방법 ····· 207
3. 외국에서 수집된 증거의 증거능력에 대한 미국의 태도 ····· 208
가. 전문증거에 대한 미국의 태도 ····· 208
1) 전문증거의 의의와 전문법칙 ····· 208

2) 연방증거법 제804조 ····· 210
3) 연방증거법 제807조 ····· 212
나. 외국에서 수집된 증거의 증거능력 판단 기준 ····· 212
4. 소결 ····· 213

| 제5장 | 외국에서 수집된 증거의 증거능력 판단에 관한 법적·제도적 문제점과 개선방안 • 김성룡·안성훈·김민이 ···· 215

제1절 제19대 국회부터 현재까지 국제범죄수사 관련 법률안의 현황 및 분석 ···· 217

1. 형사소송법 일부개정법률안(제2002402호, 2016년)의 주요내용 ····· 218
가. 피의자 또는 참고인 진술의 녹음 의무화 ····· 218
나. 검사 작성의 피의자신문조서의 증거능력 인정요건 강화 ····· 220
다. 국제형사사법공조 측면에서의 개정법률안 검토 ····· 222
2. 형사소송법 일부개정법률안(제1915159호, 2015년)의 주요 내용 ····· 223
가. 정보저장매체에 저장된 정보의 증거능력 관련 ····· 223
나. 영상녹화물의 증거능력 관련 ····· 225
다. 진술서 등의 진정성립 인정방법 확대 ····· 229
라. 국제형사사법공조 측면에서의 개정법률안 검토 ····· 230
3. 소결 ····· 231

제2절 외국에서의 증거획득을 위한 영상녹화와 원격영상시스템의 활용방안 ··· 233

1. 영상녹화물의 증거능력 인정여부와 원격영상재판 가능여부 ····· 234
가. 현행 형사소송법적 관점에서의 고찰 ····· 234
1) 직접주의 ····· 234
2) 피고인의 반대신문권 ····· 235
나. 영상녹화물과 원격영상시스템 관련 규정 및 운영현황 ····· 238
1) 영상녹화물과 원격영상시스템 관련 규정 및 분석 ····· 238
2) 영상녹화물과 원격영상시스템 활용실태 ····· 246
다. 형사절차상 영상녹화물과 원격화상시스템 활용을 위한 논의의 방향 설정 ···· 247
2. 본증으로서의 영상녹화물과 원격수사 및 원격재판 도입방안 ····· 248
가. 서설 ····· 248
나. 외국에서 영상녹화된 증거의 증거능력 인정방안 ····· 250

1) 사법경찰관 작성 피의자신문조서에서의 영상녹화물과 증거능력 관계 250
2) 외국에서 수집한 영상녹화물의 본증 인정 가능성 ····· 252
다. 화상통신을 이용한 원격영상재판의 도입방안 ····· 254
1) 원격영상재판이 가능한 형사절차 ····· 254
2) 국제범죄에 있어 외국 거주자와의 원격영상재판의 실현 가능성 ····· 255
가) 시행범위 ····· 255
나) 수사단계 ····· 257
다) 공판단계 ····· 258
3. 국제범죄수사에서의 영상녹화물과 원격영상시스템에 대한 입법안 ····· 259
가. 원격영상재판에 관한 특례법 정비방안 ····· 260
나. 형사소송법 정비방안 ····· 260
1) 영상녹화물을 통한 수사단계 진술의 증거능력 인정방안 ····· 260
2) 수사 및 공판단계에서의 원격영상시스템 활용방안 ····· 263
다. 국제형사사법공조법 정비방안 ····· 264
제3절 국제범죄수사에 있어 외국에서 수집된 증거의 허용성 판단기준 ··· 267
1. 외국에서 수집된 증거의 허용성에 대한 문제제기 ····· 267
2. 헌법상 기본권 침해와 형사소송법상 적법절차 위반 ····· 267
가. 진술증거의 경우 ····· 267
나. 비진술증거의 경우 ····· 268
3. 대법원 판결례 검토 ····· 270
4. 증거사용가능성 판단기준 ····· 271
가. 절대적 사법적 정의를 위한 예외 ····· 271
나. 2차적 증거의 증거능력 문제 ····· 272
5. 소결: 증거사용금지와 증거동의 ····· 273

| 제6장 | 결 론 • 김성룡·안성훈 ····· **275**

1. 개요 ····· 277
2. 현행 국제형사사법공조법의 내용과 절차법적 의미 ····· 277
3. 현행 양자 간 형사사법공조조약의 내용과 절차법적 의미 ····· 278
4. 기존의 형사사법공조 사례의 특징 ····· 279
5. 외국에서 수집한 증거의 증거능력 ····· 280

6. 외국에서 수집된 증거에 대한 증거능력에 관한 판결례 ····· 280
7. 비교법적 검토 ····· 280
가. 독일과 유럽연합 ····· 280
나. 일본 ····· 283
다. 영미 ····· 283
8. 입법 제안 ····· 284

참고문헌 ····· 287

Abstract ····· 293

표 차례

〈표 2-1〉 국민 출국자 연도별 현황 ····· 28
〈표 2-2〉 국민의 해외체류 현황 ····· 29
〈표 2-3〉 국민의 국외 범죄유형별 현황 ····· 30
〈표 2-4〉 국민의 국외 범죄유형별 피해 현황 ····· 31
〈표 2-5〉 국민의 외국에서의 피살 ····· 32
〈표 2-6〉 외국인 입국자 연도별 추세 ····· 33
〈표 2-7〉 외국인범죄자 주요 죄명별 발생 현황 ····· 34
〈표 2-8〉 죄종별 외국인 범죄 단속현황 ····· 35
〈표 2-9〉 경찰청 MOU 체결 현황(2016.2 기준) ····· 36
〈표 2-10〉 지방청 등 산하기관 MOU 체결 현황 ····· 37
〈표 2-11〉 형사사법공조 조약 체결 현황 - 총 74개국 ····· 40
〈표 2-12〉 형사사법공조 현황(2006년~2015년) ····· 42
〈표 2-13〉 범죄인인도조약 체결 현황 - 총 78개국 ····· 43
〈표 2-14〉 범죄인인도청구 현황(2006년~2015년) ····· 45
〈표 2-15〉 전문서류로서 원진술자의 공판정 진술이 필요성 유무 ····· 47
〈표 2-16〉 전문서류 중 특신상태 요건과 제314조가 적용되는 경우 ····· 48
〈표 3-1〉 제314조 “외국거주” 의미를 판시한 판례 분석 ····· 95
〈표 3-2〉 형사사법공조 없이 작성된 검찰관 작성 참고인 진술조서 관련 판례 분석 ····· 98
〈표 3-3〉 영사 작성의 사실확인서의 증거능력에 대한 판례 분석 ····· 102
〈표 3-4〉 미국 CID 수사관이 작성한 피의자신문조서 및 피고인 작성 진술서의 증거능력에 관한 판례 분석 ····· 106
〈표 3-5〉 일본 주재 대한민국 영사가 작성한 참고인 진술청취서의 증거능력에 대한 판례 분석 ····· 110
〈표 3-6〉 피고인 아닌 자의 진술서 및 검찰주사보 작성 수사보고서의 증거능력에 관한 판례 분석 ····· 113
〈표 3-7〉 제316조 제2항 전문진술의 증거능력에 대한 판례 분석 ····· 116
〈표 3-8〉 제314조 “외국거주” 및 “특신상태”에 관한 판례 분석 ····· 118
〈표 3-9〉 미합중국 주검찰 수사관 작성의 참고인 질문서 및 공조요청에 따른 수명자(미합중국 검사)가 작성한 참고인 증언 녹취서의 증거능력에 대한 판례 분석 ···· 121
〈표 3-10〉 사법공조요청에 의한 증인신문이 불가능한 경우 제314조 적용에 대한

판례 분석 ····· 123
〈표 3-11〉 제314조 적용에 대한 판례 분석 ····· 125
〈표 3-12〉 홍콩경찰이 작성한 공범 피의자신문조서의 제315조 제3호에 해당여부에 관한 판례 분석 ····· 127
〈표 3-13〉 일본하관 세관서 통괄심리관이 작성한 감정서 등본 등의 제315조 제1호 해당 여부와 관련된 판례 분석 ····· 129
〈표 3-14〉 외국에서 수집된 증거와 관련된 판례 정리 ····· 129
〈표 4-1〉 문제되는 사례유형 ····· 151
〈표 4-2〉 최근 10년간 일본의 수사공조 건수 ····· 179
〈표 4-3〉 미국 전문법칙 예외인정의 범위 ····· 213
〈표 5-1〉 피의자 또는 참고인 진술의 녹음 의무화에 대한 개정안 ····· 218
〈표 5-2〉 검사 작성의 피의자신문조서의 증거능력 인정요건 강화에 대한 개정안 ··· 220
〈표 5-3〉 정보저장매체에 저장된 정보의 증거능력 관련 개정안 ····· 223
〈표 5-4〉 영상녹화물의 증거능력 관련 개정안 ····· 225
〈표 5-5〉 진술서 등의 진정성립 인정방법 확대에 관한 개정안 ····· 229
〈표 5-6〉 영상물에 대한 증거여부 및 원격영상재판과 관련된 법률 현황 ····· 240
〈표 5-7〉 영상녹화물의 증거능력에 대한 개정안 ····· 260
〈표 5-8〉 사법제도개혁추진위원회가 제시한 영상녹화물의 증거능력에 대한 최종안 ·· 261
〈표 5-9〉 현행 국제형사사법공조법의 구조와 내용 ····· 264
〈표 5-10〉 영상녹화물과 원격영상시스템 도입을 위한 국제형사사법공조법 개정안 ·· 266

국문요약

1. 연구의 목적

국가 간의 인적·물적 교류의 증대는 국내 형사사법절차에 있어서 외국 수사기관 등과의 협력이 필수적일 수밖에 없도록 만들고 있다. 국내에서 범죄를 저지르고 해외로 도주하거나, 해외에서 범죄를 저지르고 국내로 도주하거나, 수사·공판단계에서 필요한 증거를 확보함에 있어서 외국에서의 증거수집활동에 의존할 수밖에 없는 사례가 증가하고 있기 때문이다.

외국 수사기관과의 공조수사는 일반범죄의 수사절차와 달리 특별법에 정해진 절차를 따라야 한다. 각 국가마다 서로 다른 법률체계를 가지고 있기 때문에, 공조수사에 관하여 포괄적으로 규정하는 조약·협정을 만드는 것은 불가능에 가깝다. 국제범죄의 경우 범죄지가 외국이기 때문에 우리나라 수사기관이 직접 수사하는 것이 어렵고, 대부분 실질적인 조사는 외국 수사기관이 진행하는 경우가 대부분이며, 국내에서 기소를 하더라도 증인이 외국에 있기 때문에 증언확보가 어렵다. 이에 대하여 우리나라는 외국정부를 통해 진술조서를 송부 받거나, 보관중인 증거를 송부 받거나, 관련 증거를 수집하여 송부해 줄 것을 요청하는 방법을 취하고 있다. 이렇게 전달받은 증거는 우리나라 형사절차와 다른 방식으로 외국 수사기관에 의해서 종종 획득된다는 점에서 문제가 있다. 이렇게 외국에서 수집된 증거는 우리나라 공판단계에서 증거능력 인정여부에 영향을 미치는 경우가 발생한다.

현재 우리나라 법원에서는 형사사법공조를 통해서 취득한 증거에 대해서도 『형사소송법』상 요구되는 증거법칙을 그대로 적용하여 증거능력을 판단하고 있다. 따라서 형사사법공조에 따라 수집한 증거가 우리나라 『형사소송법』에 부합하지 않는다는 이유로 배척당할 가능성이 농후하다. 그리고 예를 들어 전문증거가 증거능력을 인정받기 위해서 필요한 『형사소송법』 제314조 특신상태 입증이 여기에도 그대로 적용되어 이중 절차를 거쳐야 한다는 문제가 있다.

따라서 본 연구는 외국에서 수집된 증거에 대한 증거능력 판단기준을 세우는데 그 기초를 마련하는데 중점을 두고자 한다. 무엇보다 국제범죄를 수사함에 있어서

증거의 수집뿐만 아니라, 더 나아가 증거능력 인정이라는 문제에 대한 현실적인 대안에 대하여 모색해 보고자 한다.

2. 연구 방법 및 구성

본 연구는 문헌연구를 중심으로 진행하였다. 형사사법공조와 관련하여 이론적인 측면뿐만 아니라 관련 법률 및 사례·판례까지도 두루 다루고자 하였으며, 학계와 실무계의 전문가들과의 자문회의를 통해서 다양한 시각으로 본 연구주제에 대하여 접근하고자 하였다. 본 연구주제는 이전까지 집중적으로 논의됐던 공조수사에 방점을 두는 것이 아니라, 한발 더 나아가 공조수사를 통해 얻은 증거의 증거능력 인정 여부에 주안점을 두고 있기 때문에 이론적인 측면과 실무적인 측면을 모두 살펴보고자 하였다. 또한, 우리나라 『형사소송법』상 이에 대한 명확한 판단기준이 없기 때문에 비교법적 검토 또한 함께 진행하였다.

이러한 점에 착안하여, 먼저 제2장에서는 국제범죄수사에 있어서 외국에서 수집된 증거의 증거능력에 대한 관련 법제 및 각종 사례 등을 정리하였다. 제3장에서는 국제형사사법공조를 통해 외국에서 수집한 증거의 증거능력의 특성과 한계를 살펴보고, 이와 관련이 있는 사례·판례를 분석하여 그 적용현황 및 이로 인해 발생하는 문제점을 분석하였다. 제4장에서는 독일과 유럽연합, 일본, 미국 등과의 비교법적인 검토를 시도하였다. 그리고 제5장에서는 외국에서 수집한 증거의 증거능력과 관련하여 법적·제도적 측면에서 발생하는 문제점을 구체적으로 설시하고자 하였고, 이에 대한 개선방안을 제시하고자 하였다.

3. 외국에서 수집된 증거의 증거능력에 관한 이론적 기초 및 관련법률

(1) 국제범죄와 국제형사사법공조

법무연수원의 범죄백서 및 대검찰청 범죄분석에 따르면 우리나라 국민이 해외에서 범죄를 범한 인원수가 꾸준히 증가하여 2011년 대비 2015년에는 39.1% 증가하였으며, 우리나라 국민이 해외에서 범죄로 인해 피해를 입은 인원수는 2011년 대비 2015년에는 86.1% 급증하였다. 해외에서 우리나라 국민이 범하거나 피해를 입은 범죄가 해를

거듭할수록 그 인원이 증가하고 있다는 점에서, 우리나라 수사기관과 해외 수사기관과의 공조수사는 더욱 빈번해질 수밖에 없으며 긴밀한 협조가 필요해질 것으로 보인다.

국제범죄로 인한 형사사법공조는 현재 증가할 수밖에 없는 구조에 직면해 있음에도 불구하고, 공조를 통해 수집된 증거에 대한 증거능력의 문제, 특히 공조국가 간 범죄수사 및 공판단계에서의 증거능력과 관련된 법률이 상이함에 따른 문제는 범죄의 성립과 처벌에 직접적인 영향을 주고 있어 개선책 마련의 필요성이 증가하고 있다.

(2) 국제범죄수사와 외국에서 수집된 증거의 증거능력에 관한 현행법률

국제범죄수사를 위한 국제형사사법공조는 형사사건의 수사, 기소, 재판 또는 형의 집행과 관련하여 어느 한 국가의 요청에 의한 다른 국가의 협력행위를 의미하는 협의의 형사사법공조가 있고, 범죄인인도를 포함하는 광의의 형사사법공조가 있다. 이에 본 연구에서는 협의의 형사사법공조를 규율한『국제형사사법공조법』에 대해 먼저 살펴보고, 이후『범죄인인도법』, 그리고 이들과 일반법 관계에 있는『형사소송법』에 대해 국제범죄와 관련된 규정만을 발췌하여 살펴보았다. 또한 2006년부터 2015년 최근 10년 동안 우리나라가 외국에 공조 및 범죄인인도를 요청한 경우가 그 반대의 경우보다 매년 크게 증가하고 있음을 법무연수원의 범죄백서를 통해서 확인하였다. 즉 국제범죄로 인한 형사사법공조에 있어서 우리나라가 공조요청국이면서 재판지인 경우가 그 반대의 경우보다 급증하고 있는 상황이다.

이와 관련하여『국제형사사법공조법』제39조가『형사소송법』과의 관계에 대하여 특별법과 일반법의 관계임을 명시하고 있음에 따라, 공조요청국이면서 재판지가 우리나라인 경우는『국제형사사법공조법』이 아닌『형사소송법』규정에 의해 증거능력 유무가 결정된다.『국제형사사법공조법』이 국제공조와 관련된 특별법임에도 불구하고 동법에서는 외국 간 수사 및 재판이 어떻게 진행되는지에 관해서만 규정하고 있을 뿐, 실제 수집된 증거 등에 대한 증거능력과 관련된 규정은 없기 때문이다.

따라서 기존의 입법체계를 유지하되,『국제형사사법공조법』상의 증거능력과 관련된 사항 중 "외국에서" 수집된 증거 및 수사절차에 참여하였던 참고인 등이 "외국"에 있어 증인신문이 불가능한 경우와 같이 특별하게 취급해야 되는 경우와 관련된 규정을 신설할 필요가 있다. 혹은『국제형사사법공조법』제39조에 따라『형사소송법』상의 증거법

관련 규정에 있어 외국에서 수집된 증거, 특히 전문증거와 관련하여 국제범죄를 특별하게 취급할 수 있는 규정의 신설 및 관련 제도 마련도 고려해 볼 수 있다.

(3) 국제범죄수사를 통해 수집된 증거와 관련된 사례분석

국가 간 공조수사가 진행됨에 있어 구체적으로 어떤 기관을 통해 어떤 방법으로 수사가 진행되는지 실제 사례를 통해 분석해 보았다. 먼저 우리나라가 공조요청국일 때 검사가 공조요청을 한 경우와 법원이 공조요청을 한 경우를 나누어서 살펴보았다. 다음으로 우리나라가 외국으로부터 공조요청을 받은 경우, 즉 우리나라가 피공조요청국일 때, 검사가 요청을 받은 경우와 법무부가 공조요청을 받은 경우로 나누어서 관련 사례를 살펴보았다.

관련사례들을 분석한 결과, 내용적인 측면에서는 양국 간 형사사법공조 이행에 있어 주로 참고인 등과 관련된 내용이 대부분이었고, 방법적인 측면에서는 증인이 직접 양 국가를 이동하는 것이 아닌 증인신문조서를 작성하여 송달하는 방식으로 이행되고 있음을 확인할 수 있었다. 또한 형사사법공조요청은 검사 보다는 외교부나 법무부를 통해 들어오는 사례가 상당수였는데, “법원”의 경우에는 직접적으로 증인을 소환하는 역할을 하였으며, 검사는 형사사법공조와 관련된 수사를 진행함에 있어 “조서”의 형태로 증거를 수집함을 알 수 있었다.

사례분석 결과, 형사사법공조가 조약에 의해 “상호주의” 원칙으로 공조수사가 진행되는 경우도 있지만, 조약 없이 공조의 방법과 내용에 있어 각 국가의 특성과 상황에 따라 다르게 운영될 수 있음도 보여주었다. 이것은 각 국가 간 수사권 충돌 문제나 그로 인해 수집된 증거의 증거능력과 관련하여 국가 간 명확한 이행근거를 마련해야 할 필요성이 있음을 잘 보여주는 것이라고 하겠다.

4. 외국에서 수집된 증거의 법적 특성과 한계, 그리고 이와 관련한 판례의 태도

(1) 외국에서 수집된 증거의 법적 특성과 관련 법률과의 관계

외국에서 수집된 증거는 여러 가지의 형태 및 방법, 과정을 통해 획득된다. 따라서 수집된 증거의 유형이나 방법에 따라 증거능력 유무도 다르게 판단될 수 있다. 먼저

국제범죄에 대한 수사가 공식적인 형사사법공조 절차에 따르지 않고 관련 국가의 사전 승낙 없이 이루어진 경우가 있다. 또한 이와 반대로 형사사법공조 및 국제형사경찰기구와의 공식적인 공조로 수사가 이루어지는 경우도 있다. 전자인 경우를 통해 수집된 증거는 『형사소송법』 제308조의2의 '위법수집증거 배제법칙'에 의해 증거능력 여부가 결정될 수 있다. 그러나 국제법상 위법이 반드시 국내법 위법이라고 평가할 수 없을 뿐만 아니라, 양 국가 간의 국제적 관계에 의한 사건의 중대성 및 당해 사건에 있어서 문제된 증거자료의 가치 또는 비중 등도 증거능력 인정여부의 판단기준으로서 고려되어야 할 것이다.

한편 국제범죄수사는 일반적으로 후자의 방법에 의해 이루어진다. 따라서 『국제형사사법공조법』 제39조에 따라 국제범죄수사로 획득된 증거가 보통 "조서" 형태라는 점에 비추어 『형사소송법』상의 전문법칙과 관련된 규정들이 주로 적용된다. 문제는 공조요청 국가의 형사절차 등을 위반하여 수집한 증거의 경우이다. 즉 우리나라가 요청국으로서 재판지인 경우, 우리나라 형사절차에는 위반되지 않지만 피요청국의 형사절차에 위반한 경우, 또는 그 반대의 경우이다. 이는 『형사소송법』의 전문법칙 이외에 제308조의2의 위법수집증거 배제법칙도 고려의 대상이 됨을 의미한다.

그러나 국가마다 형사사법절차가 다름으로 인해서 발생하는 형사법의 충돌문제는 "증거의 허용성"과 관련된 것으로 파악될 수도 있다. 증거수집 절차가 다르다는 이유로 증거능력이 부정된다면 국가가 동일한 형사사법 절차를 가지고 있지 않는 한 형사공조의 의미가 없어지기 때문이다. 따라서 증거수집 절차에 있어서 국제법을 현저하게 위반하여 중대한 위법성이 있는 경우에만 예외적으로 위법성을 이유로 증거능력이 부정된다고 보아야 한다.

(2) 외국에서 수집한 증거의 한계로서 "특신상태" 판단기준의 불명확화

국제범죄수사에서는 이를 통해 인적·물적 증거가 획득될 수도 있다. 그러나 관련 범죄의 핵심 목격자, 또는 피해자 등과 같은 인적 증거는 결론적으로 참고인 진술조서와 같은 "조서"의 형태로 현출되어 획득되기 때문에, 주로 물적 증거, 특히 "조서 및 진술증거"가 국제범죄수사를 통한 증거유형의 대부분을 차지한다. 문제는 "조서 및 진술증거"는 『형사소송법』상 전문증거로서 원칙적으로 증거능력이 부정된다는 것이다.

물론『형사소송법』을 통해 증거능력이 예외적으로 인정되기도 하지만, 증거능력이 인정되기 위해서는 "조서 및 진술증거"의 종류에 따라 엄격한 기준을 충족하여야만 한다. 이 요건들 중 국제범죄수사를 통해 획득된 증거의 경우 "특신상태" 요건이 증거능력 유무와 관련하여 가장 큰 문제가 되고 있다. 일례로 우리나라『형사소송법』에는 전문법칙 예외 규정이 제312조에서 제316조에 규정되어 있는데, 위 규정 대부분에서 "특신상태"가 요구되고 있다. 여기에서 "특신상태"의 개념과 판단기준이 명확하지 않아 전문법칙 예외 요건으로서 특신상태는 삭제하자는 견해도 이미 제시되어 있다.

이에 이 보고서에서는 "특신상태"의 개념과 판단기준이 무엇인지에 대해 전문법칙의 이론적 근거로서의 "반대신문권 보장"과 전문법칙 예외인정 기준으로서의 "신용성의 정황적 보장"과 관련하여 살펴보았다. 또한 국제범죄수사는 보통 국가 간 조약 또는 우리나라의 "국제형사사법공조법"과 같이 법적 근거를 통해 이루어진다. 따라서 "특신상태" 요건은 공식적인 형사사법공조 절차에서는 이미 담보되는 것으로 전제할 수 있는 여지가 있다. 따라서 국내가 아닌 외국에서 사법공조 등 공식적인 요청에 의해 이루어진 수사활동에 대해 국내 형사절차에서의 증거수집에서와 같이 특신상태에 대한 과도한 의미 부여 및 입증의 노력이 공판절차에 참가하는 모두에게 소모적인 것이라면, 국제범죄수사와 관련하여 수집된 증거에 있어서는 또 하나의 예외로서 "특신상태" 요건을 적용하지 않는 방안을 제안하였다.

(3) 외국에서 수집한 증거능력에 관한 판례의 태도

외국에서 수집된 증거와 관련된 판례는 증거능력이 인정된 경우와 부정된 경우로 나누어서 살펴보았다. 이는 비슷한 사안에 대해서 증거능력 유무를 달리 보는 판례의 태도를 도출하기 위함이다.

이 보고서와 관련된 판례는 대체로『형사소송법』제312조와 제313조를 적용법조로 하는 것으로, 쟁점사항은 원진술자가 외국거주로 인하여 진술불능상태에 있어 제314조를 근거로 증거능력이 결정된다는 것에 있다. 이미 언급한 바와 같이 국제범죄수사가 주로 "조서 및 진술서류"를 통해 이루어지기 때문에 "사망, 질병, 외국거주, 소재불명 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 상태", 즉 필요성의 요건과 함께 "특신상태"를 요건으로 하고 있는 제314조의 적용여부가 주로 쟁점이 되고, "필

요성" 요건 중 "외국거주"와 관련된 판례가 다수를 차지하고 있다. 특히 이 보고서에서 위 사항들을 중심으로 하여 여러 판례를 다루었으며, 그 중에서 몇 개의 판례를 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 판례는 "외국거주"에 해당되기 위해서는 ① 외국에 있다는 것만으로는 부족하며, 가능하고 상당한 수단을 다하더라도 진술을 요할 자가 법정에 출석할 수 없는 사정이 있는 경우에만 예외적으로 적용하여야 하며, ② 외국 간 국제형사사법공조조약이 체결된 상태라면 사법공조 절차에 따라 가능한 모든 수단을 거쳐야 한다고 보고 있다. 2016년 2월 18일에 선고한 2015도17115 판결에서는 위와 같은 근거로 증거능력을 부정하였지만, 이보다 앞선 2007년 6월 14일에 선고된 2004도5561 판결에서는 미국과의 사법공조절차도 거치지 않은 사안임에도 진술자가 미국 거주로 인한 "외국거주"에 해당한다고 하고 있다는 점에서 현재 대법원의 입장이 무엇인지 명확하게 판단하기 어려운 상태이다.

둘째, 제314조는 "필요성"의 요건 이외에도 "특신상태"의 요건도 충족되어야만 제312조와 제313조의 전문서류에 대해 예외적으로 증거능력을 인정하도록 규정되어 있다. "특신상태"는 그 진술 또는 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음이 증명된 때를 의미하는 것인데, 이에 대한 판단기준은 여전히 추상적인 수준에 머물러 있다. 이와 관련하여 필요성 요건의 검토 없이 특신상태를 인정하는 경우(98도2742)도 있고, 원진술자의 진술불능상태에 대한 필요성은 인정하면서도 특신상태 불인정으로 증거능력을 부정한 경우(2011도3809, 2006도3922, 93도1278)도 있다.

셋째, 제314조 이외에도 국내 수사기관이 아닌 외국의 수사기관이 작성한 조서 및 서류에 대해 우리나라『형사소송법』제312조와 제313조가 적용되어야 하는지가 문제된다. 이와 관련된 최신 판례는 2006년 1월 13일에 선고된 2003도6548 판결이 있다. 이 대법원 판결은 미국범죄수사대(CID)와 연방수사국(FBI)이 작성한 수사보고서를 "검사 이외의 수사기관"이 작성한 조서에 해당된다고 하였다. 따라서 피고인이 내용을 부인하게 되면 이 조서는 증거능력이 없게 된다. 비슷한 판례로 1997년 7월 25일에 선고된 97도1351 판결이 있다. 이 대법원 판결은 미합중국 주 검찰 수사관 작성의 피해자 및 공범에 대한 질문서가『형사소송법』제312조에 해당한다고 하면서, 당시 원진술자들의 외국거주를 이유로 제314조에 의한 증거능력을 인정하였다. 외국

수사기관이 작성한 조서를 우리나라 수사기관이 작성한 조서와 동일하게 보고 제312조를 적용한 것은 위 2개의 판례가 동일하지만 전자에서는 피고인이 내용을 부인함으로써 증거능력이 부정되었고, 후자의 판결에서는 피고인 아닌 자가 원진술자로 문제되었고, 원진술자의 출석불능으로 인해 제314조에 의해 증거능력이 인정되었다.

넷째, 수사기관이 아닌 영사 작성의 조서 및 서류의 증거능력이 문제가 되는 판례가 있다. 이러한 사안들에서 판례(2007도7257, 2006도3922)는 영사가 작성한 서류 및 진술서 등은 제315조 제1호에 해당되지 않고 제313조의 진술서에 해당된다고 하면서, 제314조에 의한 증거능력 여부를 판시하였다. 한편 고등법원 판례(84노321) 이기는 하지만, 인터폴을 통해 홍콩경찰이 작성한 피의자신문조서의 영문 번역 형태의 복사본에 대해 제315조 제3호를 통해 증거능력을 인정한 경우도 있다. 주지하다시피 제315조 제3호는 전문증거에 대한 포괄적 예외인정 규정으로서 "특히 신용할만한 정황에 의하여 작성된 문서"이면 증거능력을 인정하고 있다.

5. 외국에서 수집한 증거의 증거능력 판단기준에 관한 비교법적 검토

(1) 독일과 유럽연합

유럽연합은 이탈리아를 제외하고 회원국가 사이에 형사사법공조·수사명령제도와 관련된 가이드라인이 이미 적용되고 있다. 이를 통해 증거수집은 물론 수집된 증거들이 더욱 신속하게 이동할 수 있는 발판이 마련되고 있다. 이러한 움직임을 조금 더 구체적으로 접근해 보면 국제형사사법공조와 내국의 형사절차 등에 대해 어떤 입장을 취하는지에 따라서 각 국가별로 세부적인 접근·판단방법은 다양한 양상을 나타내고 있다. 즉 증거사용 가능성에 중점을 둘 것인지, 관계자의 인권에 중점을 둘 것인지, 각 국가의 의사 존중에 중점을 둘 것인지, 범죄 방지에 중점을 둘 것인지에 따라서 증거허용성(증거능력, 증거금지) 판단이 다른 모습으로 나타나게 된다. 결국, 유럽에서도 공조요청국·피공조요청국 중에서 어느 나라의 법률을 기준으로 삼을 것인지에 대해서는 뚜렷한 원칙은 없는 셈이다.

독일 연방대법원에서는 단순히 절차적 요건상의 문제를 이유로 해당 증거의 사용을 금지해서는 안되며 위반행위의 비난가능성의 정도를 판단해야 한다고 보고 있다. 또

한, 판례는 공조 피요청국이 법적·사실적으로 독일 법률상 절차적 요건을 준수하여 수사 및 증거를 수집하도록 요청할 수 있는 경우, 이러한 노력을 의도적으로 태만히 하는 것을 방치할 수 없다는 입장을 보이고 있다.

결론적으로 사법공조사건에 관하여 피요청국이 수사 및 증거 제공을 조건으로 증거 사용의 범위를 일정하게 제한하는 경우에는 이를 위반하여 증거로 사용할 수 없도록 하는 것이 사법공조를 유지하기 위한 상호신뢰를 쌓아 가는데 있어서 정책적으로 필요한 것으로 보인다.

(2) 일본

일본의 경우에는 사법공조를 통해 수집된 증거의 증거능력을 인정하고 있다. 그 근거 중의 하나는 모든 국가가 동일한 증거수집 절차 및 방법을 취하도록 하는 것은 불가능하기 때문에 절차상의 차이를 이유로 해당 증거의 증거능력을 부정한다면 사법공조가 무의미해진다는 점이다. 그리고 일본 형사소송법상 위법이라고 하더라도 상대국가의 수사기관이 일본의 형사소송절차를 준수할 것이라는 기대를 하기 어렵다는 점, 상대 국가의 형사소송법상 적법한 이상 해당 증거를 일본에서 사용하더라도 사법의 완결성을 크게 훼손시키는 것은 아니라는 점 또한 그 근거로 언급되고 있다.

(3) 미국

미국의 경우에는 형사사법공조를 담당하는 법무부 이외의 별도의 기관, 즉 국제업무실(Office of International Affairs: OIA)이 존재한다는 특징이 있었다. 공식적이든 비공식적이든 미국은 이 기관을 통해서 외국과의 형사사법공조 절차가 진행된다. 또한 국제공조와 관련된 사항은 별도의 설명서(US Attorneys' Manual: USAM)에서 규율하고 있으며, 구체적인 사항과 관련하여서는 범죄 자료 설명서(Criminal Resource Manual(CRM))에서 상세하게 다루고 있다. 즉 정식수단을 통한 공조요청 방법으로는 증거조사 의뢰장(Letters rogatory), 조약(MLAT), 행정협정과 양해각서 등이 있으며, 비공식적 수단을 통한 공조요청 방법과 소환장을 통한 공조요청 방법에 대해서도 상세하게 다루고 있음에도 불구하고 정작 외국에서 수집된 증거의 증거능력과 관련하

여서는 우리나라와 마찬가지로 국내에서 수집된 증거와 동일한 법률을 적용하고 있다. 따라서 공조절차를 통해 수집된 증거가 전문증거의 형태인 경우에는 연방증거법상의 전문법칙 예외 규정에 따라 증거능력 여부가 판단되고 있음을 알 수 있다.

6. 외국에서 수집된 증거의 증거능력 판단에 관한 법적·제도적 문제점과 개선방안

(1) 서설

외국에서 수집된 증거를 국내 형사절차에서 사용하기 위한 핵심 쟁점은 공조요청국과 피공조요청국의 법률 중 어느 법률이 판단기준이 될 것인가에 있다. 또한 우리나라 형사절차가 위와 같이 수집된 증거의 판단기준이 된다고 하더라도, 수집된 증거의 형태가 조서 및 진술증거로 현출되고 있어, 전문법칙과의 관계에서 증거능력이 인정되기 어려운 부분이 있다. 이에 대한 개선방안을 논함에 있어 첫째, 실제 이와 관련된 법률안을 살펴봄으로써 현실에 맞는 입법안을 제안하는 토대를 만들고자 하였다. 둘째, 사례 및 판례 분석을 통해 살펴본 결과 외국에서 수집된 증거가 원진술자의 외국거주 등으로 인한 진술불능인 경우가 대부분을 차지하고 있음을 확인한 바, 이에 대한 개선방안으로서 원격녹화와 원격영상시스템 도입을 대안으로서 제시하였다. 셋째, 국제범죄 수사 및 증거의 수집이 국가 상호 간의 사법공조조약의 존재여부나 『형사소송법』상의 각종 제도에 따른 요구의 차이에 영향을 받을 수밖에 없기 때문에, 증거의 허용성 측면에서 외국에서 수집된 증거에 대한 증거능력을 판단하는 방안을 제안해 보고자 하였다.

(2) 제19대 국회부터 현재까지 국제범죄수사 관련 법률안의 현황 및 분석

국제범죄수사와 관련된 우리나라 법률은 대표적으로 『국제형사사법공조법』, 『범죄인인도법』, 『형사소송법』이라고 할 수 있으므로, 이 법률을 대상으로 국제범죄수사와 관련된 제19대부터 현재까지의 각 법률의 일부개정 법률안 현황을 살펴보았다.

첫째, 금태섭 의원이 2016년 9월 22일 대표 발의한 『형사소송법』 일부개정법률안이 있다(제2002402호, 2016년). 이 개정안은 피의자 또는 참고인 진술의 녹음의무화와

검사 작성의 피의자신문조서의 증거능력 인정요건의 강화를 내용으로 하고 있다. 두 번째로는 2015년 5월 15일 김진태 의원이 대표 발의한『형사소송법』일부개정법률안이 있다(제1915159호). 이 법률안은 정보저장매체에 저장된 정보의 증거능력과 영상녹화물의 증거능력, 그리고 진술서 등의 진정성립 인정방법의 확대방안에 대한 내용을 골자로 한다.

첨단기술의 발달로 시간과 장소의 제한이 점점 사라지면서, 원거리에 있는 증인이 영상으로 증언하거나 수사절차에서 피의자 등의 신문을 영상녹화하여 공판정에 제출하는 등 과학적 기법들이 재판에 제한적으로 활용되고 있다. 이는 곧 "영상녹화물"을 포함한 정보저장매체를 조서를 대체하는 증거로 인정하는 것이 주류 입법경향인 것으로 보인다.

그러나 본질적으로 조서든 정보저장매체든, 공판단계에서 증거능력을 인정받기 위해서는 원진술자가 공판정에서 성립의 진정을 인정하여야 함은 변함없는 사실이다. 즉 조서 및 영상녹화물이 증거능력을 인정받기 위해서는 증거조사가 외국에서 이루어지든 증거조사 대상이 외국에 있든 원진술자의 공판정 출석이 원칙적으로 실체진실 발견을 위한 전제조건이 된다.

따라서 형사소송절차에서 영상녹화물과 관련된 개정 이외에도 원격화상시스템 도입 또는 원격영상을 통한 재판을 활용할 수 있도록 법적인 측면에서의 대안이 필요한 실정이다.

(3) 영상녹화와 원격영상시스템의 활용방안

영상녹화물과 소위 원격영상시스템을 수사 및 재판에 도입하는 것이『형사소송법』상의 직접주의 및 피고인의 방어권 침해 문제를 이유로 불가능하다면, 형사사법공조를 통해 수집된 증거만을 예외적으로 특별하게 취급하는 방안에 대해 살펴보았다. 즉 국제범죄수사에서 영상녹화와 원격영상수사를 가능하게 하고 이를 재판에 활용하는 방법으로는, 첫째,『국제형사사법공조법』에 관련 규정을 신설하는 방안, 둘째, 동법 제39조 규정을 근거로『형사소송법』에 관련 규정을 신설하거나 개정하여 준용토록 하는 방안을 생각해 볼 수 있다.

그러나 영상녹화물에 대한 증거능력 인정과 원격영상재판은『원격영상재판에 관한

특례법』 제3조, 『특정범죄신고자 등 보호법』 제10조, 『성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법』 제30조, 『아동·청소년의 성보호에 관한 법률』 제26조, 제27조, 『형사소송법』 제165조, 제165조의2, 제312조, 『군사법원법』 제365조, 『공직선거법』 제218조의33 등을 근거로 이미 활용되고 있다. 따라서, 현재 상황에서 보다 진일보하기 위해서는 무엇보다 위 법률들을 근거로 현행 『원격영상재판에 관한 특례법』과 『원격영상재판에 관한 규칙』에 따른 원격영상재판 적용 범위를 확대할 필요가 있다.

(4) 외국에서 수집된 증거의 허용성 판단기준

수사 및 증거의 수집은 한 국가의 형사사법권 행사의 문제를 함유하고 있기 때문에 국가상호 간의 사법공조조약의 존재여부나 형사소송법에 영향을 받는다. 즉 양 국가가 형사절차적으로 요청하는 사항이 다를 경우 수사와 공판에서 증거의 취득이나 사용, 증거능력 인정여부 등이 어느 국가의 기준으로 평가되어야 하는지가 문제가 된다.

예를 들어, 우리나라가 재판지이고 공조요청국인 경우 피공조요청국에서 수집된 증거가 피공조요청국의 형사절차 규정은 준수하였으나 우리나라 『형사소송법』에 부합하지 않는 경우가 발생할 수 있으며, 반대의 경우도 얼마든지 발생할 수 있다. 또한 외국에서 증거를 수집함에 있어서 피공조요청국의 법률뿐만 아니라 공조요청국인 우리나라의 법률에도 위반되는 경우에는 유죄증거로 채택되지 않거나, 우리나라와 피공조요청국의 법률상 절차적 위반은 없으나 공판정에서 유죄 증거로 채택되지 않는 경우도 발생할 수 있다. 즉 국가 간 상이한 법률체계로 인해 국제범죄수사를 통해 획득된 증거가 『형사소송법』 제308조의2에 의해 위법수집증거로 증거능력이 박탈되는 경우가 발생할 수 있다.

그러나 동조는 위법수집증거배제의 측면에서 피의자와 피고인의 인권을 보호하는 측면도 있으나, 『형사소송법』의 이념으로서 실체진실주의 발견과도 적절한 조화가 이루어져야 할 필요가 있다. 우리나라 헌법재판소와 대법원의 입장도 "증거의 수집이 사법의 공정성을 해할 정도로 중대한 위법이거나, 절차위반의 내용 및 정도, 당해 사건의 중대성, 증거의 중요도 등을 종합적으로 고려하여 실체적 진실발견을 포기하고 기본적 인권보장을 우위에 둘 수 있는 경우에 한해 증거를 배제하여야 한다"고 하였다.

이와 같은 논지에서 제308조의2의 적용범위 및 예외적 허용기준 등을 판단하는 기준으로 독일의 증거금지이론의 적용을 제안하였다. 또한 국제범죄수사에 있어서 위법하게 수집된 증거와 관련하여 제308조의2 이외에 제318조의 증거동의에 의한 증거의 허용성 여부도 대안방안으로 제시하였다.

7. 결론

이 연구보고서는 국제범죄수사를 통해 획득된 증거가 공조요청국인 우리나라에서 재판이 진행될 경우 증거능력이 인정되기 힘든 실정을 이론적인 측면뿐만 아니라 실제 사례와 판례의 분석을 통해서 객관적으로 살펴보았다. 또한 국제범죄수사와 공조를 통해 획득된 증거의 증거능력과 관련된 외국 입법례를 검토함으로써 비교법적 연구도 병행하였다. 이를 통해 아래와 같은 입법제안과 함께 기존 규정의 해석론적 해결방법도 제시해 보고자 하였다.

첫째, 국제범죄수사에서의 영상녹화물과 원격영상시스템에 대한 입법적 해결방안을 제안하였다. 이러한 방식의 입법안으로는『국제형사사법공조법』개정을 통해 입법화 하는 방법과, 동법의 제39조를 통해『형사소송법』을 개정하여 도입하는 방안이 있다. 전자의 예로『공직선거법』에서 규정하고 있는 재외국민에 대한 영상녹화물과 원격영상수사에 관한 내용을 참고한 개정안을 제시해 보았다. 또한, 후자에 대한 입법안으로 본문에서 제시한 영상녹화물의 증거능력에 관한『형사소송법』개정 입법안은 2005년 7월 18일 사법제도개혁추진위원회에서 제시한 개정안을 참고한 것이다. 사법제도개혁추진위원회는 전문증거에 있어 진정성립을 입증하는 방법으로 원진술자의 진술 이외의 다양한 방법이 필요하다고 보았으며, 그 방안 중의 하나로 영상녹화제도의 입법화를 주장하였던 것이다.

둘째, 국제범죄수사로 취득된 증거의 증거능력의 판단 근거는 현재『국제형사사법공조법』,『범죄인인도법』,『형사소송법』등이고, 이러한 현행 법률을 판단기준으로 하면 국제범죄수사를 통해 수집된 증거의 증거능력을 인정받기 힘들다는 것이 자명하다.

따라서 위와 같이 영상녹화, 원격영상재판 도입 및 적용범위 확대를 통한 개선방안을 제시하였으나, 이 개선방안은 국제범죄수사가 재판지인 우리나라 형사사법시스템에

적합하게 이루어진 때를 전제로 한다. 즉 국제범죄의 특성상 국가 간 법률이 상이함에 따른 수사방식의 차이가 있을 경우에는 위법하게 수집된 증거가 발생할 수 있는 경우를 예정하지 못한 방안이다. 이에 이 보고서에서는 이를 보완하고자 『형사소송법』 제308조의2의 해석과 적용범위를 둘러싼 “증거의 허용성”과 제318조에 의한 증거동의에 의한 “증거의 허용성”을 개선방안으로 제안하였다.

제1장

서 론

안 성 훈

제1장

서 론

제1절 연구 목적

최근 국가 간의 인적·물적 교류가 증대됨에 따라 국내에서 범죄를 저지르고 해외로 도주하거나 반대로 해외에서 범죄를 저지르고 국내로 도주하는 사례가 증가하고 있다. 뿐만 아니라 종래와 달리 범죄수사와 공판진행 등에 필요한 인적·물적 증거의 확보가 외국에서의 증거수집활동에 의존할 수밖에 없는 사례도 증대하고 있고, 이에 따라 국내 형사사법절차의 적법하고 효율적인 진행을 위해서 외국 수사기관 등과의 협력이 필수적인 요소로 등장하고 있다.

이와 같은 국경을 넘어서는 범죄의 수사에는 『범죄인인도법』, 『국제형사사법공조법』 등 관련 특별법에 정해진 절차를 거쳐야 하는 등 일반범죄의 수사절차와는 다른 특성이 있다. 무엇보다 국가마다 서로 다른 관련 법규와 법 실무의 특성 때문에 세부적인 모든 관심사들을 포괄하는 조약 내지 협정으로 일처리의 기준을 규율하는 것은 불가능하고, 특히 외교경로를 통해 통상적인 절차를 거치는 국제(형사)사법공조는 긴급사안에 대하여는 복잡한 절차 등으로 인해 공조효과를 기대하기 어렵고 한계가 있다는 점을 부인할 수 없다. 특히 외국에서 범죄를 저지른 사람에 대한 재판은 범죄지가 국내가 아닌 외국이기 때문에 비록 대한민국이 형사재판권을 가지는 경우에도 우리나라 수사기관의 직접수사가 어렵고,[1] 피해자가 해당 국가의 수사기관에 신고한 경우에는 실질적인 조사는 외국의 수사기관이 진행하는 경우가 대부분이며, 국내에서 기소

1) 우리나라의 수사기관 등이 외국에서 직접 증거를 수집하는 것은 상대국의 승낙 여하에 상관없이 이루어지지 않고 있는 상황이다. 우리나라는 원칙적으로 외국의 수사기관 등의 국내에서의 수사활동 등을 인정하지 않는 정책적 입장을 취하고 있기 때문에 상호주의에 근거하는 보증을 상대국에게 요구할 수 없기 때문이다.

된 경우에도 피해자가 원격지에 있기 때문에 증언을 확보하기 어려운 사정 등이 존재한다. 따라서 외국에 있는 증인(참고인)의 진술확보나 증거의 수집은 외국정부를 통해 관계자의 진술을 청취한 결과를 송부받거나 보관 중인 증거의 송부, 또는 증거의 수집·작성과 송부를 요청하는 방법에 의하고 있다. 이러한 방법을 통해 송부되어 온 증거는 해당 국가에서의 증거획득 과정에서 우리나라에서 통상적으로 이루어지고 있는 것과 다른 절차와 수단이 종종 사용된다.

이에 따라 외국에 있는 증인 소환의 문제나 외국에서 수집되거나 외국의 수사기관이 작성한 조서 등이 증거물로 제출될 경우 이 증거물에 대하여 국내 형사절차에서의 증거능력 인정 여부와 그 요건이 쟁점이 되는 경우가 발생한다.

이러한 경우 우리나라 형사재판에서의 증거능력은 어떻게 판단하여야 할 것인가? 외국 수사기관이나 사법기관이 어떠한 절차와 수단을 사용하여 증거를 수집하였는지는 상대국의 국내법의 문제로 우리나라가 이를 규제할 수는 없다. 국제형사사법공조는 이와 같이 국내와 외국의 형사절차의 차이를 전제할 수밖에 없으므로 외국의 증거수집절차와 국내의 형사절차법의 기준과 다소 차이가 있다고 하여 이를 이유로 국제형사사법공조로 확보한 증거의 증거능력을 부정할 수는 없는 것이다. 하지만 현재 국내 법원은 해당 국가의 형사법제의 특성이나 효과적인 국제성 범죄의 소추 등의 필요성을 고려하지 않고, 국제형사사법공조로 취득한 증거에 대해서도 형사소송법에서 요구되는 증거법칙을 그대로 적용해 증거능력을 판단하고 있기 때문에, 국제형사사법공조 절차에 따라 취득한 증거의 증거능력이 국내의 기준에 부합되지 않는다는 이유만으로 증거로 사용할 수 없게 되는 문제가 발생할 수 있는 것이다. 또한 예를 들어 국가 간 정식 형사사법공조절차를 거쳤음에도 불구하고 검사가 다시 형사소송법 제314조의 '특신상태'를 입증해야 하는 것과 같이 이중의 절차적 요건을 충족시켜야 하는 부담도 발생할 수 있는 것이다.[2)]

하지만, 외국수사기관이 수집한 증거에 대해서도『형사소송법』제310조 이하의 각종 증거능력 규정 적용을 그대로 적용해야 하는지, 이를 적용할 경우 그 의미는 어떻게 해석되어야 하는지, 외국수사기관이 증거수집 과정에서 우리나라에서는 위법

2) 박원백(2006), "영국의 국제형사사법공조제도에 관한 연구", 해외연수 검찰공무원 연구논문, 대검찰청, 17쪽.

하다고 평가되거나 혹은 법적 근거가 없는 활동으로 보이는 수사처분으로 확보한 증거라면 그 나라의 법에 따를 때 비록 적법하다고 하더라도 증거능력을 부인해야 하는지 등에 대한 법적 기준은 물론, 실무의 관행이나 해석론적 기준도 명확히 제시되지 못하고 있는 것이 현실이다.

앞서 언급하였듯이 국제화가 급속히 진행되고 있는 현대사회에서는 범죄의 증거가 외국에 존재하는 경우가 많이 발생하고 있고, 이에 따라 외국에서의 요청은 물론 외국에 대한 국내 수사기관의 형사사법공조 요청도 매년 증가하고 있다는 점을 고려할 때 외국의 수사기관이 수집한 증거의 증거능력 판단기준 등을 설정하는 것은 매우 시급한 과제라고 하지 않을 수 없다.

따라서 본 연구에서는 우선 대법원 판례를 중심으로 어떤 경우에 외국에서 수집된 증거에 대한 증거능력이 문제되는지, 이에 대한 현행법의 기준이나 대법원의 판단기준은 무엇인지를 살펴보고, 비교법적 검토의 가치가 있는 몇몇 국가들의 법제와 실무의 판단기준은 어떠한지를 살펴본 후, 국내의 법제와 법원의 판단기준은 어떤 방향으로 구체화되는 것이 바람직할 것인지를 찾아봄으로서 국제범죄의 수사에서의 증거수집과 증거능력의 확보에 관한 현실적인 대안을 모색해 보고자 한다.

제2절 연구 방법 및 구성

본 연구는 국제범죄수사와 외국에서 수집된 증거의 증거능력과 관련이 있는 국내·국외 학술지 논문, 단행본, 각종 연구보고서 등을 중심으로 문헌연구를 중점적으로 진행하였다. 뿐만 아니라, 본 연구주제와 관련하여 문제가 된 사례들 및 관련 판례의 동향을 자세하게 분석 및 검토하여 실무상으로 문제가 되고 있는 부분을 명확하게 살펴보고자 하였다.

또한, 국내의 향후 구체적인 논의를 위하여 외국의 관련 사례와 법제의 비교법적 연구도 병행하였다. 독일과 유럽연합을 비롯하여, 일본, 미국 등을 중심으로 외국에서 수집된 증거의 증거능력과 관련하여 해당 국가의 법제 및 실무사례를 조사하고, 관련 연구 현황을 파악하고자 하였다.

또한 본 연구과제를 수행함에 있어서 법무부, 대검찰청 등 형사사법기관 종사자 등 관련 기관의 실무가와 형사법 분야 학자 등을 연구자문가로 선정하고 여러 차례의 자문회의를 개최함으로써, 외국에서 수집한 증거의 증거능력에 대한 우리나라 형사소송법상 증거법의 해석과 그 적용에 있어서 다각적인 시사점을 도출해내고자 하였다.

이러한 연구 방법을 활용하여 제2장에서는 국제범죄와 국제형사사법공조 현황, 국제범죄수사에 있어서 외국에서 수집된 증거의 증거능력에 관한 국내의 관련 법제 및 문제되는 사례 등을 정리해 보았다. 제3장에서는 국제형사사법공조를 통해 외국에서 수집한 증거의 증거능력의 특성과 한계, 그리고 이에 대한 사례 및 판례를 분석하여 국내의 법적용 현황과 문제점을 정리해 보았다. 제4장에서는 독일과 유럽연합, 일본, 미국 등의 관련 법제와 중요 사례를 본 연구의 관심대상을 중심으로 분석해 보았다. 이러한 사전 논의에서 획득한 인식을 기초로 제5장에서는 본 연구 주제에 대하여 법적·제도적 문제점을 구체화해보고 이에 대한 개선방안을 모색하였다.

제2장

국제범죄수사에 있어서 외국에서 수집된 증거의 증거능력에 관한 이론적 고찰

안성훈·김민이

제2장

국제범죄수사에 있어서 외국에서 수집된 증거의 증거능력에 관한 이론적 고찰

제1절 국제범죄와 국제형사사법공조

1. 국제형사사법공조의 의의 및 성격

교통, 통신 등 과학기술의 비약적인 발전은 국가 간의 인적, 물적 교류를 활성화시켰고, 이는 경제, 사회 등 모든 분야에 걸쳐 급격한 세계화를 진행시켰다. 이러한 국가 간의 인적·물적 교류의 활성화는 범죄의 경우에도 국경을 초월하는 국제범죄의 증가를 가져왔고, 국내에서 범죄를 저지르는 외국인의 수가 급격히 증가하였을 뿐만 아니라 국내에서 범죄를 저지른 후 외국으로 도주하는 경우와 내국인이 외국에서 범죄를 저지르는 경우도 크게 증가하게 되었다.[3] 범죄의 국제화 현상은 범죄지의 『형법』을 적용하는 속지주의 하에서는 적절한 국가형벌권의 행사가 어렵게 되어 형법 적용범위의 인적·지역적 확대를 필요로 하게 되었고, 국제사회는 국제사회의 정의실현과 개별국가의 국가형벌권위의 적절한 행사를 위해서는 국가 간 상호협력이 필요하다는 인식 하에 형사사법제도에 있어서 국제공조를 적극적으로 추진하게 되었다.[4]

국제형사사법공조는 ① 범죄인인도, ② 협의의 형사사법공조, ③ 외국형사판결의 집행,[5] ④ 형사소추의 이송[6]으로 나눌 수 있다. 이 연구의 주제는 주로 ② 협의의

---

3) 법무부 산하 법무연수원이 최근 펴낸 「2016 범죄백서」 239쪽을 보면 국외에서 범죄 피해를 겪은 한국인은 2015년 8천298명으로 전년도 5천952명보다 39.4% 증가한 것으로 파악됐다. 이와 반대로 국외로 나간 한국인이 현지에서 벌이는 범죄 역시 점차 늘어나는 추세다. 같은 책 236쪽에서는 국민의 국외범죄 현황이 2011년 1천248명이었던 한국 국적 국외 범죄자는 2015년 1천736명으로 전년도 1천552명보다 11.9% 불어났음을 보여준다.

4) 우리나라는 1980년대 중반 이후 범죄인인도, 형사사법공조와 관련한 법제도의 정비를 본격적으로 추진하기 시작하여, 1988년 8월 5일 『범죄인인도법』을 제정, 공포하였고, 1991년 3월 『국제형사사법공조법』을 제정하였다.

형사사법공조와 관련이 있다. 협의의 형사사법공조는 "외국에서 행해지는 형사절차를 돕기 위하여 증인 및 감정인의 신문, 물건의 인도, 압수·수색·검증, 문서의 송달, 정보의 제공 등 형사절차와 관련된 행위를 수행하는 것"[7]을 의미한다. 국제형사사법공조는 통상적인 형사사법상의 업무가 아닌 외국의 형사사법작용을 원조하는데 있는 것이기 때문에, 사법공조과정에서 행하여진 행위들은 외국에서 수행되는 형사절차의 연장이라고 할 수 있다.[8] 따라서 사법공조의 내용과 범위는 해당 국가의 형사법이나 형사소송절차, 정책적 고려에 따라 여러 가지 형태로 나타나게 된다. 또한 국제형사사법공조는 범죄인의 신병확보가 주목적이 아니라 형사소추에 대한 국제협력을 통하여 범죄진압을 위한 여러 조건의 개선을 목적으로 하면서 그 성격에 있어서도 범죄피의자의 인권보호를 위한 측면도 가지고 있기 때문에 범죄인인도와도 구분되어야 한다.[9] 우리나라에서는 1991년 3월 8일 『국제형사사법공조법』(법률 제4343호)을 제정하였고, 위 법률에 근거하여 주요 국가들과 형사사법공조조약을 체결한 상태이다.

『국제형사사법공조법』 제5조에는 공조의 주요 내용으로 ① 사람 또는 물건의 소재에 대한 수사, ② 서류·기록의 제공, ③ 서류 등의 송달, ④ 증거수집, 압수·수색 또는 검증, ⑤ 증거물 등 물건의 인도, ⑥ 진술 청취, 그 밖에 요청국에서 증언하게 하거나 수사에 협조하게 하는 조치 등을 규정하고 있다. 다만 구체적인 공조의 내용은 상대방 국가와 체결한 형사사법공조조약에서 규정한 것이 우선하지만 상호주의를 바탕으로 하기 때문에 대부분의 조약의 내용은 유사하며 구체적인 업무 협의는 법무부 국제형사과를 통해서 진행하게 된다.

국제형사사법공조는 국가간의 조약을 체결하는 것 외에도 국내법을 통하여 형사사

---

5) 외국형사판결의 집행은 집행의 인수와 집행의 청구가 있다. 집행의 인수는 국가가 외국에서 형을 선고받은 내국인(자국민)에 대하여 범죄인인도를 청구하는 것이 아니라, 그 집행만을 인수하는 것을 말한다. 한편 집행의 청구는 수형자가 외국인으로 주소지나 통상적인 거소가 외국에 있어 인도되지 않은 경우, 피청구국에서의 집행이 수형자나 공공에 이익이 된다면 당해 외국인에게 과하여진 형 또는 기타 제재조치의 집행을 외국에 대하여 청구하는 것을 말한다(백진현/조균석(1992), 국제형사사법공조에 관한 연구, 연구총서 92-10, 한국형사정책연구원, 4-5쪽).

6) 형사소송의 이송은 형법의 장소적 효력범위에 있어 대리주의에 입각하여 형사소추를 대리하여 줄 것을 다른 나라에 청구하는 것을 말하는데, 피청구국은 소추 이송에 따른 범죄인 처벌에 대한 책임을 부담하고 청구국은 처벌의 책임에서 벗어나게 된다(백진현/조균석(1992), 위의 보고서, 5쪽).

7) 백진현/조균석(1992), 위의 보고서, 6쪽.

8) Karl-Friedrich Nagel, *Beweisaufnahme im Ausland*, 1988, p.60(백진현/조균석(1992), 위의 보고서, 7쪽에서 재인용).

9) 백진현/조균석(1992), 위의 보고서, 7-8쪽.

법공조에 관한 사항을 규율하는 것이 여러 국가에서 나타나는 일반적인 현상이다. 형사사법공조에 관한 국내법의 형태를 보면, ①『형사소송법』이나『범죄인인도법』 등 개별법규에 형사사법공조에 관한 규정을 두는 입법례, ②『범죄인인도법』과 별개의 특별법인『국제형사사법공조법』을 제정하여 규율하는 입법례, ③ 최광의 국제형사사법공조를 종합적으로 규율한 특별법을 두는 입법례 등 다양하다. 우리나라는 ②의 입법례에 해당하는 경우로,『형사소송법』,『국제형사사법공조법』,『범죄인인도법』 등 별개의 법률 형태로 제정되어 있다.

2. 국제범죄의 개념과 국제범죄수사의 한계

국제범죄는 한 나라의 국민이 국내에서 범행을 실행한 후 국외로 도주하거나 외국에서 범죄를 실행하거나 외국에서 외국인에 의한 범죄로 인하여 자국민 또는 자국의 법익이 침해당하는 경우 등을 포함하는 개념이다.[10] 그리고 이 국제범죄의 개념은 범죄의 실행행위는 물론 범죄의 예방, 수사, 재판, 집행 등 전체적인 형사사법단계에서 사건의 일부 또는 전부가 국제적 관련성을 갖는 경우도 포함하는 개념이다.

국제범죄의 수사는 국내 수사와 달리 대부분 증거수집 대상과 장소가 국가 간에 영향을 미치는 등 장소적 관할이 매우 광범위하기 때문에 구체적인 수사 활동을 하기 위해서는 국가 간 조약이나 국제협약, 국제법 및 관련 상대국의 국내법 등에 의하여 많은 제약을 받는 등 일정한 한계를 갖고 있다. 이러한 국제범죄의 수사와 관련된 특징으로는 첫째, 국제범죄의 개념에서 기인하는 제약으로써 수사의 대상은 국내에 체류하는 내국인 및 외국인은 물론 해외에서 거주하거나 체류하는 자국민과 해외 도피사범 등을 모두 포함한다. 그리고 수사의 대상이 되는 위법행위는 국가 간 이동과

10) 국제범죄에 대한 개념정의는 법적인 측면에서 3가지로 구분하여 설명한다. 첫 번째는 국제법적 관점에서의 개념정의로써 범죄의 구성요건 구조와 소추, 처벌절차에의 회부가 국제관습법 또는 조약에 기하여 결정되는 범죄(평화에 대한 죄, 인도에 관한 죄, 집단 살해죄 등)를 의미한다. 두 번째는 국가의 범죄행위로서의 정의로써 국가의 범죄행위를 국제범죄로 이해하려는 흐름으로 국제사회 전체에서 제재를 가하려는 국제적·정치적 목적에서 파생된 것이다. 최근 국제적인 관심의 대상인 환경문제와 관련 있는 공해에서의 핵폐기물 투기행위 등이 이 범주에 속한다. 세 번째로는, 국제화된 범죄로서의 개념으로 국제범죄를 국제법상 범죄나 국가의 범죄행위로 이해하기보다는 일반범죄가 국제화된 것으로 이해하려는 것이다(조규철(2011), "국제범죄수사에 있어 외국에서의 증거수집 및 수집한 증거의 증거능력에 대한 고찰",「한국공안행정학회보」제20권 제3호, 한국공안행정학회, 276-277쪽). 본문에서의 국제범죄의 개념은 세 번째에 해당한다.

관계되는 것으로 한정되어 있다. 둘째, 수사 활동의 광역성에 따른 한계로써 국제범죄와의 관련이 있는 자 또는 피의자 등에 대하여 해당국에서 직접적인 수사 활동이 사실상 불가능하며 범죄경력, 인적 사항 등 수사관련 자료의 확보도 쉽지 않다는 것이다. 따라서 피의자나 참고인 및 피해자 등 사건관계자가 타국 또는 본국으로 출국한 경우에는 인터폴이나 국가 간 외교경로를 통하여 수사가 진행되므로 시간적으로 많은 제한을 받게 된다. 그리고 수집한 증거에 대한 증거능력도 재판지 법원의 엄격한 심사를 거쳐야 인정되는 등 수사기관의 수사 활동의 광역성에서 기인하는 여러 가지 한계점이 나타난다.

따라서 이러한 문제에 대응하기 위한 국제공조수사의 방법으로는『범죄인인도조약』및『형사사법공조법』에 근거하여 일정 외교경로를 통한 국제형사사법공조가 활용되고 있다. 또한 국제범죄의 예방과 진압을 위하여 회원국 상호 간 인터폴(ICPO: 국제형사경찰기구)에 의한 국제수사공조 방법도 있다. 한편 특별한 경우에는 경찰주재관에 의한 해당국의 경찰 및 사법기관과의 직접적인 실무 협조에 의한 국제수사공조 등이 있다. 그러나 저마다의 국가들은 범죄에 관한 형사법 규정, 수사절차, 재판절차 등에 관한 각각 다른 법체계나 형사절차를 가지고 있다. 따라서 국내에서의 범죄수사처럼 일관되고 정형화된 사법절차를 진행하기 어렵고 외국인 피의자나 참고인에 대하여 해당 언어로 조사하기 곤란하여 통역이 필요하며, 이러한 통역의 진실 및 의사전달의 제한성으로 인하여 비록 수사절차뿐 아니라 재판절차 및 형 집행에 있어서도 중요하게 고려해야 할 여러 가지 제한 요소가 등장하게 된다. 이와 같이 외국과 관련하여 범인을 확정하고 증거를 수집하여 유죄 사실을 밝히는 수사의 본질적 목적을 구현하기 위해서는 그에 부합하는 특별한 수사절차 내지 기법 및 해당 영역의 특성을 고려한 판단기준 등을 도입할 필요성이 있는 것이다.

3. 국제범죄로 인한 형사사법공조에 따른 외국에서 수집한 증거의 증거능력

범죄성립요건이 충족되었다고 의심되는 범죄는 보통 범죄지의『형사소송법』에 따른 절차에 따라 수사와 재판이 진행된다. 하지만 교통 통신 등의 과학기술의 발달은 "범죄의 일부 요소가 직접 외국 관련성을 가진 경우는 물론이고 범죄 자체의 외국

관련성은 뚜렷하지 않더라도 그 입증에 필요한 증거가 외국에 있기 때문에 국제 관련성을 가지는 경우"[11]도 포함시키고 있다.

이러한 범죄들에 대하여 외국에서 수집한 증거는 보통 외국 수사기관의 피의자신문조서 및 진술조서 등의 형태로 나타나기 때문에 전문증거에 해당하며, 전문법칙의 예외로서의 요건을 갖춘 경우에만 국내 형사절차에서 증거능력이 인정된다. 하지만 문제는 이러한 증거들의 작성주체가 외국 수사기관이기 때문에, 우리나라의 형사절차법을 적용하여 전문법칙의 예외로서 증거능력을 인정하는데 특별한 난점은 없는지, 국내의 수사기관이 작성한 조서와 동일하게 취급해도 되는지 라는 것이다. 또한 위와 같은 증거능력 문제를 해결하기 위한 첫 번째 조치로 위 전문서류의 원진술자의 공판정 참석이 필요하므로, 먼저 형사사법공조를 통한 진술자(범죄자(피의자 및 피고인) 및 증인) 및 작성자의 송환이 요구된다는 점도 특징적인 것이다.[12] 하지만 국제범죄의 증가와 함께 국제형사사법공조의 필요성은 강조됨에 반해, 외국에서 수집된 증거의 증거능력과 관련하여서는『국제형사사법공조법』또는『범죄인인도법』등에서 규율하고 있지 않다. 따라서 외국에서 수집된 증거와 관련하여서는 일반법인『형사소송법』의 "증거"와 관련된 규정을 적용할 수밖에 없는 상황이다.

아래에서는 현재 국제성 범죄와 국제형사사법 공조에 관한 실태를 간략히 정리해 보기로 한다.

4. 국제형사사법공조 관련 실태분석에 따른 사법공조의 필요성

가. 우리나라 국민의 연도별 해외체류 현황

우리나라 국민이 해외로 출국하는 인원은 해를 거듭할수록 증가추세를 보이고 있다. 2011년에는 출국인구 수가 13,019,134명에서 4년 뒤인 2015년에는 19,580,398명으

11) 범죄 자체는 국내에서 발생하였지만 범죄의 목격자가 범죄 발생 이후에 외국으로 이주하거나, 범죄자들에 의해 범죄의 증거물이 외국에 은닉되거나, 범죄의 증거를 담고 있는 정보 자체가 처음부터 외국에 소재하고 있는 서버에 저장되어 있는 경우이다(이윤제(2011), 외국에서 수집된 증거자료에 대한 효율적 증거능력 부여 및 증거조사 방안에 대한 연구, 법무부 연구용역과제, 1쪽).

12)『국제형사사법공조법』제33조에 의하면 법원이 형사재판에 필요한 경우 법원행정처장에게 공조요청서를 송부할 수 있도록 규정하고 있다. 다만 피요청국의 상황에 따라 이송 일정 등이 조정되거나 거절될 수 있다. 즉 형사사법공조는 피요청국과의 협의를 바탕으로 이루어진다.

로 6,561,264명이 증가함으로써 2011년 대비 50.4% 증가하였다. 2015년 출국인구 수 중에서 승객은 92.7%, 승무원은 7.3%를 차지하였다. 우리나라 국민의 연도별 출국 현황은 아래 〈표 2-1〉과 같다.

〈표 2-1〉 국민 출국자 연도별 현황[13)]

(단위 : 명, %)

구분 / 연도	계	승객	승무원	전년 대비
2011	13,019,134	11,885,121	1,134,013	101.7
2012	14,065,176	12,802,342	1,262,834	108.0
2013	15,155,660	13,834,472	1,321,188	107.8
2014	16,372,830	15,018,234	1,354,596	108.0
2015	19,580,398	18,155,622	1,424,776	119.6

주 : 법무부 출입국·외국인정책본부, 「출입국·외국인정책 통계 연보」, 각년도.

2014년 12월 31일을 기준으로 해외에 체류하고 있는 영주권자 및 체류자는 총 2,472,746명이며, 2012년도 대비 약 5.3%(137,930명) 감소하였다. 이 가운데 영주권자는 43.7%, 일반 체류자는 45.1%, 유학생 신분의 체류자는 11.2%를 차지하였다.

2014년 국가별 우리나라 국민의 해외체류는 미국이 824,114명, 일본이 500,451명, 중국이 369,349명, 캐나다가 102,906명 순이다. 2012년 대비 미국과 일본의 경우에는 각각 14.6%, 8.5%씩 감소하였으나, 중국과 캐나다의 경우에는 각각 5.4%, 8.3%씩 증가하였다. 대륙별로 살펴보면, 북미 지역이 927,020명, 동북아시아 지역이 869,800명, 남아시아태평양 지역이 451,376명, 유럽 지역이 120,316명 순이다. 우리나라 국민의 해외체류 현황은 〈표 2-2〉와 같다.

13) 법무연수원(2017), 2016 범죄백서, 232쪽 〈표 I-119〉.

〈표 2-2〉 국민의 해외체류 현황[14)]

(단위 : 명)

지역별 \ 자격별			계	영주권자	체류자	
					일반	유학생
총계		2012	2,610,676	1,122,161	1,191,758	296,757
		2014	2,472,746	1,080,559	1,115,353	276,834
동북아시아	일본	2012	546,930	442,790	82,376	21,764
		2014	500,451	424,613	60,064	15,774
	중국	2012	350,529	3,211	297,405	49,913
		2014	369,349	5,572	305,657	58,120
	소계	2012	897,459	446,001	379,781	71,677
		2014	869,800	430,185	365,721	73,894
남아시아태평양		2012	428,946	75,823	286,149	66,974
		2014	451,376	83,730	330,014	37,632
북미	미국	2012	965,315	465,916	396,825	102,574
		2014	824,114	426,838	297,714	99,562
	캐나다	2012	95,003	57,017	19,545	18,441
		2014	102,906	56,282	20,425	26,199
	소계	2012	1,060,318	522,933	416,370	121,015
		2014	927,020	483,120	318,139	125,761
중남미		2012	74,077	49,180	23,609	1,288
		2014	67,347	52,024	14,348	975
유럽		2012	114,514	25,846	54,493	34,175
		2014	120,316	28,032	55,122	37,162
아프리카		2012	10,445	2,348	7,077	1,020
		2014	11,460	3,344	7,223	893
중동		2012	24,917	30	24,279	608
		2014	25,427	124	24,786	517

주: 1. 외교부 재외동포와 재외동포현황(2014.12.31. 기준).
2. 재외동포현황은 2년에 한 번씩, 홀수년도 하반기에 전년도 12월을 기준으로 외교부 홈페이지에 게시함.

14) 법무연수원(2017), 2016 앞의 책, 232쪽 〈표 I-119〉.

나. 우리나라 국민의 국외 범죄유형별 현황 및 범죄유형별 피해 현황

1) 국민의 국외 범죄유형별 현황

위와 같이 해마다 증가하는 출국자 수로 짐작할 수 있듯이, 우리나라 국민이 국외에서 범죄를 범한 인원은 2011년 1,248명, 2012년 1,868명, 2013년 1,432명, 2014년 1,552명, 2015년 1,736명으로, 2013년에 잠시 감소하는 소강상태를 보였으나, 2014년부터 다시 맹렬하게 증가하고 있는 추세이다. 2011년과 2015년을 비교해 볼 때 488명이 증가하여 2011년 대비 39.1% 증가하였다.

범죄유형별로 살펴보면, 기타의 경우를 제외하고, 2011년에는 출입국 관련 범죄 158명(12.7%), 폭행죄·상해죄 116명(9.3%), 절도죄·강도죄 92명(7.4%), 사기죄 88명(7.1%), 마약 관련 범죄 45명(3.6%) 순이었으나, 2015년에는 사기죄 163명(9.4%), 폭행죄·상해죄 148명(8.5%), 마약 관련 범죄 115명(6.6%), 절도죄·강도죄 114명(6.6%), 출입국 관련 범죄 73명(4.2%) 순으로, 5년 동안 범죄유형 비율이 크게 변한 양상을 보이고 있다. 2011년 대비 2015년에는 마약 관련 범죄가 155.6%로 크게 증가하였고, 뒤이어 사기죄가 85.2%, 폭행죄·상해죄가 27.6%, 절도죄·강도죄가 23.9% 순으로 증가하였으며, 출입국 관련 범죄의 경우에만 53.8% 소폭 감소하였다. 우리나라 국민이 국외에서 범한 범죄유형별 현황은 아래 〈표 2-3〉과 같다.

〈표 2-3〉 국민의 국외 범죄유형별 현황[15)]

(단위 : 명, %)

연도 / 죄명	2011		2012		2013		2014		2015	
	인원	구성비	인원	구성비	인원	구성비	인원	구성비	인원	구성비
계	1,248	100	1,868	100	1,432	100	1,552	100	1,736	100
살 인	9	0.7	22	1.2	4	0.3	12	0.8	10	0.6
납치·감금	15	1.2	22	1.2	7	0.5	4	0.3	13	0.7
마 약	45	3.6	117	6.2	88	6.1	87	5.6	115	6.6
절도·강도	92	7.4	153	8.2	96	6.7	107	6.9	114	6.7
폭행·상해	116	9.3	180	9.6	147	10.3	167	10.7	148	8.5
사 기	88	7.1	183	9.8	128	8.9	119	7.7	163	9.4
출입국관련	158	12.7	192	10.3	103	7.2	91	5.9	73	4.2
기타	725	58.1	999	53.5	859	60.0	965	62.1	1,100	63.3

주: 1. 외교부 재외국민보호과 통계, 각년도.
2. 「출입국관련」이라 함은 여권·사증의 위·변조 등 불법입국, 불법체류 등을 말함.

2) 국민의 범죄유형별 피해 현황

한편, 국외에서 우리나라 국민이 범죄피해를 입은 경우는 2011년 4,458명, 2012년 4,594명, 2013년 4,966명, 2014년 5,952명, 2015년 8,298명으로 지난 5년 동안 매우 꾸준하고도 급격하게 증가하고 있는 추세이다. 2011년과 2015년을 비교해 볼 때 3,840명이 증가함으로써 2011년 대비 약 86.1% 증가라는 충격적인 추세를 보여주고 있다.

범죄유형별로 국외에서의 우리나라 국민의 범죄피해 현황을 살펴보면, 기타의 경우를 제외하고, 2011년에는 절도죄·강도죄 2,743명(61.5%), 폭행죄·상해죄 259명(5.8%), 사기죄 207명(4.6%), 납치·감금죄 121명(2.7%), 살인죄 28명(0.6%) 순이었으나, 2015년에는 절도죄·강도죄 5,957명(71.8%), 사기죄 299명(3.6%), 폭행죄·상해죄 255명(3.1%), 납치·감금죄 119명(1.4%), 살인죄 37명(0.4%) 순으로, 5년 동안 범죄유형 비율이 폭행죄·상해죄와 사기죄의 순서가 바뀐 것 이외에는 대체로 비슷한 경향을 보이고 있다. 2011년 대비 절도죄·강도죄가 117.2% 크게 증가하였고, 뒤이어 사기죄가 44.4% 증가하였다. 이와는 대조적으로 2011년 대비 살인죄가 36.2%, 납치·감금죄 1.7%, 폭행죄·상해죄 1.5% 순으로 감소하였다. 우리나라 국민의 국외에서 범죄피해를 입는 현황은 아래 〈표 2-4〉와 같다.

〈표 2-4〉 국민의 국외 범죄유형별 피해 현황[16]

(단위 : 명, %)

연도 / 죄명	2011		2012		2013		2014		2015	
	인원	구성비	인원	구성비	인원	구성비	인원	구성비	인원	구성비
계	4,458	100	4,594	100	4,966	100	5,952	100	8,298	100
살 인	28	0.6	27	0.6	29	0.6	23	0.4	37	0.4
납치·감금	121	2.7	113	2.5	82	1.6	67	1.1	119	1.4
절도·강도	2,743	61.5	2,875	62.6	3,314	66.7	4,612	77.5	5,957	71.8
폭행·상해	259	5.8	241	5.2	252	5.1	229	3.8	255	3.1
사 기	207	4.6	252	5.5	311	6.3	244	4.1	299	3.6
기 타	1,100	24.7	1,086	23.6	978	19.7	777	13.1	1,631	19.7

주: 외교부 재외국민보호과 통계, 각년도.

15) 법무연수원(2017), 앞의 책, 236쪽 〈표 I-121〉.
16) 법무연수원(2017), 위의 책, 239쪽 〈표 I-123〉.

범죄유형 중에서도 우리나라 국민이 외국에서 피살당하는 경우만을 따로 살펴보면 2011년 28명, 2012년 27명, 2013년 29명, 2014년 23명으로 증감을 반복하다가 2015년에는 37명으로 크게 증가하였다. 2011년 대비 2015년에는 32.1%가 증가한 것이다. 국가별로 살펴보면, 기타 국가를 제외하고, 2011년에는 미국 8명, 필리핀 7명, 중국 3명 순이었으나, 2015년에는 필리핀 11명, 미국 9명, 일본 4명으로 순서에 변화가 있었다. 외국에서 피살당하는 우리나라 국민의 수는 아래 〈표 2-5〉와 같다.

아래 〈표 2-5〉에 나와 있는 국가를 대상으로 우리나라와의 형사사법공조조약 및 범죄인인도조약의 체결 현황을 살펴보면, 일본의 경우 형사사법공조조약은 2006/1/20에 체결되어 2007/1/26에 발효되었고, 범죄인인도조약은 2002/4/8에 체결되어 2002/6/21에 발효되었다. 중국의 경우에는 형사사법공조조약은 1998/11/12에 체결되어 2000/3/24에 발효되었으며, 범죄인인도조약은 2000/10/18에 체결되어 2002/4/12에 발효되었다. 다음으로 필리핀의 경우 형사사법공조조약은 2003/6/3에 체결되어 2008/11/17에 발효되었으며, 범죄인인도조약은 1993/5/24에 체결되어 1996/11/30에 발효되었다. 미국의 경우에는 형사사법공조조약은 1993/11/23에 체결되어 1997/5/23에 발효되었으며, 범죄인인도조약은 1998/6/10에 체결되어 1999/12/20에 발효되었다. 마지막으로 파키스탄의 경우에는 우리나라와 현재 형사사법공조조약이 체결되어 있지 않으며, 범죄인인도조약만 1996/7/9에 체결되어 1996/12/29에 발효되었다.

〈표 2-5〉 국민의 외국에서의 피살[17)]

(단위 : 명(%))

연도 / 국가	2011	2012	2013	2014	2015
계	28 (100)	27 (100)	29 (100)	23 (100)	37 (100)
일본	2 (7.1)	1 (3.7)	1 (3.3)	2 (8.7)	4 (10.8)
중국	3 (10.7)	5 (18.5)	5 (16.7)	2 (8.7)	1 (2.7)
필리핀	7 (25.0)	8 (29.7)	12 (43.3)	10 (43.5)	11 (29.7)
미국	8 (28.6)	6 (22.2)	2 (6.7)	-	9 (24.4)
파라과이	-	1 (3.7)	-	1 (4.3)	1 (2.7)
기타	8 (28.6)	6 (22.2)	9 (30.0)	8 (34.8)	11 (29.7)

주 : 외교부 재외국민보호과 통계, 각년도.

다. 외국인 입국자의 연도별 추세범

한편, 우리나라로 입국하는 외국인 입국자는 2011년부터 2014년까지 증가 추세를 이어가다가, 2015년에 다소 감소하였다. 2011년에는 외국인 입국자 인원수가 9,765,902명에서 4년 뒤인 2015년에는 13,359,701명으로 2011년 대비 36.8% 증가하였다. 2015년 외국인 입국자 중에서 승객은 89.5%, 승무원은 10.5%를 차지하였다. 우리나라로 입국하는 외국인 입국자의 연도별 추세는 아래 〈표 2-6〉과 같다.

〈표 2-6〉 외국인 입국자 연도별 추세[18)]

(단위 : 명, %)

구분 / 연도	계	승객	승무원	전년 대비
2011	9,765,902	8,666,503	1,099,399	111.4
2012	11,129,305	10,121,950	1,007,355	114.0
2013	12,200,473	10,678,334	1,522,139	109.6
2014	14,264,508	12,682,019	1,582,489	116.9
2015	13,359,701	11,960,087	1,399,614	93.7

주 : 법무부 출입국·외국인정책본부, 「출입국·외국인정책 통계 연보」, 각년도.

라. 범죄유형별 외국인범죄자 발생 현황

외국인범죄자는 2011년 33,722명, 2012년 28,120명으로 다소 감소하는 추세였으나, 2013년부터는 30,681명, 2014년 30,930명, 2015년 37,928명으로 다시 증가하는 추세로 돌아섰으며, 2015년에는 전년 대비 22.6% 증가하였다.

범죄유형 중에서도 특히 '형법범죄'를 중심으로 살펴보면, 기타의 경우를 제외하고, 2011년에는 도박·복표죄 2,822명, 폭행죄 2,506명, 사기죄 2,424명, 절도죄 2,004명 순서였으나, 2015년에는 폭행죄 5,353명, 상해죄 3,047명, 사기죄 2,944명, 절도죄 2,306명으로 5년 동안 외국인범죄자가 발생하는 범죄유형에 대하여 약간의 변동이 있었다.

2015년을 기준으로 2011년 대비 도박·복표죄가 69.9%, 강도죄가 39.3% 크게 감소하였으나, 폭행죄가 113.6%, 상해죄가 100.2%, 성폭력범죄가 96.6%, 횡령죄가 75.8%,

17) 법무연수원(2017), 앞의 책, 243쪽 〈표 I-125〉.
18) 법무연수원(2017), 위의 책, 167쪽 〈표 I-68〉.

사기죄가 21.5%, 절도죄가 15.1%로 형법상의 대부분의 범죄가 크게 증가하였다. 주요 죄명별로 외국인범죄자가 발생하는 현황은 〈표 2-7〉과 같다.

〈표 2-7〉 외국인범죄자 주요 죄명별 발생 현황[19)]

(단위 : 명, %)

죄명 \ 연도	2011		2012		2013		2014		2015	
	인원	구성비	인원	구성비	인원	구성비	인원	구성비	인원	구성비
계	33,722	100	28,120	100	30,681	100	30,930	100	37,928	100
형법범죄	19,409	57.6	16,680	59.3	17,439	56.8	16,729	54.1	20,024	52.8
절도	2,004	5.9	1,735	6.2	1,957	6.4	1,783	5.7	2,306	6.1
사기	2,424	7.2	1,971	7.0	2,269	7.4	2,101	6.8	2,944	7.8
횡령	236	0.7	285	1.0	327	1.1	317	1.0	415	1.1
강도	196	0.6	192	0.7	140	0.5	75	0.2	119	0.3
성폭력	380	1.1	410	1.5	624	2.0	613	1.9	747	2.0
폭행	2,506	7.4	2,531	9.0	2,982	9.7	4,313	13.9	5,353	14.1
상해	1,522	4.5	1,475	5.2	1,409	4.6	3,179	10.2	3,047	8.0
도박·복표	2,822	8.4	918	3.3	716	2.3	650	2.1	850	2.2
기타형법	3,395	10.1	3,374	12.0	3,293	10.7	1,451	4.7	2,121	5.6
특별법범죄	14,313	42.4	11,440	40.7	13,242	43.2	14,201	45.9	17,904	47.2
관세법	71	0.2	47	0.2	89	0.3	63	0.2	75	0.2
도교법	420	1.2	414	1.5	536	1.7	293	0.9	345	0.9
외국환거래법	1,120	3.3	1,256	4.5	1,365	4.4	1,042	3.3	704	1.9
교특법	1,270	3.8	1,025	3.6	1,077	3.5	1,641	5.3	1,958	5.2
기타특별법	11,432	33.9	8,698	30.9	10,175	33.2	11,162	36.1	14,822	39.1

주 : 대검찰청, 「범죄분석」, 각년도.

마. 경찰단계에서의 외국인 범죄 현황 및 외국경찰과의 MOU 체결 현황

1) 외국인 범죄 단속현황

범죄 종류별로 경찰청에서 외국인 범죄를 단속한 현황을 살펴보면, 2009년 21,535명, 2010년 19,445명, 2011년 25,507명, 2012년 22,914명, 2013년 24,984명으로 증감을 반복하다가 2014년에는 28,456명으로 증가하였다. 이는 2009년 대비 32.1% 증가한 것이다.

19) 법무연수원(2017), 앞의 책, 176쪽 〈표 I-74〉.

범죄종류별로 구체적으로 살펴보면, 2009년에는 폭력범죄 5,084명, 지능범죄 3,397명, 절도범죄 1,805명, 도박범죄 1,723명, 교통범죄 1,594명 순이었으나, 2014년에는 폭력범죄 8,641명, 교통범죄 6,942명, 지능범죄 2,888명, 절도범죄 1774명, 도박범죄 649명 순으로 범죄유형 비율이 크게 변동되었다.

2009년과 비교해 볼 때 2014년에 교통범죄가 335.5% 매우 크게 증가하였으며, 폭력범죄의 경우에도 70.0% 크게 증가하였다. 이와는 대조적으로 도박범죄가 62.3% 크게 감소하였으며, 뒤이어 지능범죄가 15.0%, 절도범죄가 1.7% 감소하였다. 이에 대한 구체적인 통계는 아래 〈표 2-8〉과 같다.

〈표 2-8〉 죄종별 외국인 범죄 단속현황[20)]

(단위: 명)

구분	계	살인	강도	강간	절도	폭력	지능	마약	도박	교통	기타
2009년	21,535	86	228	165	1,805	5,084	3,397	760	1,723	1,594	6,393
2010년	19,445	82	191	238	1,581	5,533	2,407	689	1,151	3,609	3,964
2011년	25,507	94	143	305	1,643	7,573	2,466	216	2,874	5,256	4,937
2012년	22,914	84	141	348	1,554	8,073	2,231	221	905	4,673	4,684
2013년	24,984	73	104	499	1,743	8,338	2,299	200	699	5,769	5,260
2014년	28,456	80	74	500	1,774	8,641	2,888	312	649	6,942	6,596

※ 2015년 현황은 하반기 중 업데이트 예정.

2) 외국경찰과의 MOU 체결 현황

우리나라 경찰청은 1996년 11월 5일 중국 공안부와 체결한 MOU를 시작으로 최근 2015년 5월 20일에 온두라스 치안부와 체결한 MOU까지, 2016년 2월을 기준으로 전 세계 총 23개의 경찰청 등의 기관과 MOU를 체결하였다. 구체적인 각 기관 및 체결날짜는 아래 〈표 2-9〉와 같다.

20) 경찰청 홈페이지, 소통·공감 → 경찰통계자료 → 외사 → ② 외국인 범죄 단속현황(2017.11.02. 검색) http://www.police.go.kr/portal/main/contents.do?menuNo=200195.

〈표 2-9〉 경찰청 MOU 체결 현황(2016.2 기준)[21]

기관별	대상기관	체결날짜
경찰청(23)	중국 공안부	1996.11.05.
	러시아연방 내무부	2000.09.19.
	일본 경찰청	2001.03.29.
	몽골 경찰청	2002.07.25.
	인도네시아 경찰청	2004.08.31.
	베트남 공안부	2005.05.06.
	호주연방 경찰청	2006.06.19.
	뉴질랜드 경찰청	2006.06.21.
	태국 경찰청	2006.06.23.
	필리핀 경찰청	2007.03.05.
	싱가포르 경찰청	2007.05.17.
	요르단 경찰청	2007.09.06.
	카타르 내무부	2009.10.29.
	멕시코 공공안전부	2010.03.25.
	이탈리아 내무부	2010.05.07.
	과테말라 경찰청	2012.07.04.
	터키 경찰청	2012.09.03.
	캄보디아 경찰청	2012.10.08.
	미국 국토안보부	2013.08.05.
	홍콩 경무처	2015.04.13.
	콜롬비아 국방부	2015.04.17.
	우즈벡 내무부	2015.05.28.
	온두라스 치안부	2015.05.20.

경찰청 이외에 지방경찰청 및 경찰교육기관에서도 전 세계의 여러 나라들과 활발히 MOU를 체결하고 있다. 지방경찰청의 경우 1996년 12월 4일 부산지방경찰청이 중국 상해시 공안국과 MOU를 체결한 것을 시작으로, 2014년 11월 13일 부산지방경찰청이 베트남 호치민 공안청과 MOU를 체결하기까지, 전국에 16개 지방경찰청에서 총 19개의 전 세계 경찰청 등 기관과 MOU를 체결하였다.

이 외에도 경찰교육기관인 경찰대학, 수사연수원, 경찰교육원에서도 1992년 7월 6일 미국 존제이대학이 경찰대학교와 MOU를 체결한 것을 시작으로 2014년 9월 15일 독일 노르트라인 베스트팔렌주 경찰대학이 우리나라의 경찰대학과 MOU를 체결하기

21) 경찰청 홈페이지, 소통·공감 → 경찰통계자료 → 외사 → ③ 외국과의 MOU 체결 현황(2017. 11.02. 검색) http://www.police.go.kr/portal/main/contents.do?menuNo=200195.

까지, 3개의 교육기관에서 전 세계 12개의 각종 교육기관과 MOU를 체결하였다. 구체적인 체결 기관 및 날짜 현황은 다음 〈표 2-10〉과 같다.

〈표 2-10〉 지방청 등 산하기관 MOU 체결 현황[22)]

기관별		대상기관	체결날짜
지방청(19)	서울청(2)	중국 北京市 공안국	1997.11.20.
		동경 경시청	1999.08.23.
	부산청(2)	중국 上海市 공안국	1996.12.04.
		베트남 호치민 공안청	2014.11.13.
	대구청	베트남 다낭시 공안국	2005.12.02.
	인천청	중국 山東省 공안청	1998.11.23.
	광주청	중국 湖南省 공안청	2008.10.26.
	대전청	태국 촌부리 지방청	2008.11.04.
	울산청	중국 天津市 공안국	2008.05.05.
	경기청(2)	중국 黑龍江省 공안청	2000.05.16.
		토지 코자엘리 지방청	2013.09.05.
	강원청	중국 吉林省 공안청	1999.10.07.
	충북청	중국 遼寧省 공안청	2001.11.06.
	충남청	필리핀 센트럴비사야 경찰청	2005.09.07.
	전북청	중국 江蘇省공안청	2000.09.20.
	전남청	중국 浙江省 공안청	2000.12.13.
	경북청	중국 河南省 공안청	2001.05.22.
	경남청	중국 廣東省 공안청	2004.02.02.
	제주청	베트남 끼엔장성 공안국	2007.05.08.
교육기관(12)	경찰대학(9)	미국 존제이대학	1992.07.06.
		중국 인민공안대학	1998.11.24.
		미국 샘휴스턴대학	2005.10.04.
		터키 경찰대학	2006.06.20.
		베트남 경찰학교	2011.12.13.
		미국 뉴헤이븐대학	2012.07.30.
		미국 웨스턴캐롤라이나 대학교	2012.10.31.
		말레이시아 말라야 대학교	2013.01.16.
		독일 노르트라인 베스트팔렌주 경찰대학	2014.09.15.
	수사연수원	중국 형사경찰학교	2008.05.26.
	경찰교육원(2)	미국 러트거스 행정대학원	2013.09.25.
		미국 노스웨스턴 대학교	2013.09.27.

※ 16개 지방청 중 12개 지방청이 중국 省 단위 공안청과 MOU 체결. 그 외 7개 지방청이 일본·베트남·태국·터키·필리핀 등과 MOU 체결.

22) 경찰청 홈페이지, 소통·공감 → 경찰통계자료 → 외사 → ③ 외국과의 MOU 체결 현황(2017.

바. 소결

지금까지 살펴본 바와 같이 국가 간의 인구이동 추세는 우리나라 국민이 해외로 출국하거나, 반대로 외국인이 우리나라로 입국하는 인원수에 관한 자료만 보더라도 충분히 짐작이 가능할 것이다. 해외로 출국하는 우리나라 국민의 인원수는 해를 거듭할수록 증가하고 있으며, 2011년 대비 2015년에는 50.4% 증가하였다. 그리고 국내로 유입되는 외국인 입국자 또한 마찬가지로 꾸준히 증가해왔으며, 2011년 대비 2015년에는 36.8% 증가하였다. 출국자와 입국자 모두 증가하고 있다는 점에서 오늘날 우리나라에서 국가 간의 인구이동은 활발하게 이루어지고 있는 것으로 보인다.

이러한 국가 간의 활발한 인구이동은 해외로 출국한 우리나라 국민이 타국에서 범죄를 범하거나, 범죄로 인한 피해를 입거나 또는 우리나라로 입국한 외국인이 범죄를 저지르는 경우에 자연스럽게 영향을 줄 수밖에 없을 것이라고 생각된다. 우리나라 국민이 해외에서 범죄를 범한 인원수는 꾸준하게 증가하여 2011년 대비 2015년에는 39.1% 증가하였으며, 우리나라 국민이 해외에서 범죄로 인해 피해를 입은 인원수는 2011년 대비 2015년에는 86.1% 증가함으로써 매우 가파른 상승세를 보여주고 있다. 외국인 범죄자의 경우 2011년, 2012년에는 다소 주춤하였으나, 2013년부터는 다시 증가하여 2015년에는 전년 대비 22.6% 증가하였다. 이렇게 유형별로 현황을 파악함으로써 국제범죄에 해당될 수 있는 유형별 각종 현황들이 모두 증가추세를 보이고 있음을 확인하였다. 이러한 증가는 곧 국가 간의 활발한 인구이동과 무관하지 않은 것으로 보인다.

국제범죄에 해당될 여지가 있는 위의 경우들을 유형별로 나누어 가장 많이 발생하고 있는 범죄들을 살펴보면, 우리나라 국민이 해외에서 범죄를 범한 경우 2011년 대비 2015년에는 마약 관련 범죄가 155.6%, 사기죄 85.2% 크게 증가하였으며, 출입국 관련 범죄만 53.8% 감소하였다. 우리나라 국민이 해외에서 범죄피해를 입은 경우 2011년 대비 2015년에는 절도죄·강도죄가 117.2%, 사기죄 44.4% 증가하였으며, 살인죄 36.2%, 납치·감금죄 1.7%, 폭행죄·상해죄 1.5% 감소하였다. 외국인범죄자의 경우 형법범죄를 중심으로 살펴본 결과 2015년을 기준으로 2011년 대비 도박·복표죄가 69.9%, 강도죄가 39.3% 크게 감소하였으나, 폭행죄 113.6%, 상해죄 100.2%, 성폭력범죄

11.02. 검색) http://www.police.go.kr/portal/main/contents.do?menuNo=200195.

96.6%, 횡령죄 75.8% 등 형법상 대부분의 범죄가 크게 증가하였다. 이를 살펴볼 때 대부분의 범죄들이 해외에서 발생됨을 이유로 특색을 가지고 있거나 출입국관련 범죄에 한하는 것이 아닌 범죄들로 그 유형이 변하고 있음을 알 수 있다.

해외에서 우리나라 국민이 범하거나 피해를 입은 범죄 및 우리나라에서 외국인이 저지른 범죄가 해를 거듭할수록 인원이 급증하고 있다는 점에서 우리나라 수사기관과 해외 수사기관과의 공조수사는 더욱 빈번해질 수밖에 없으며 긴밀한 협조가 필요해질 것으로 보인다. 이에 대응하여 우리나라 경찰청은 23개의 해외 기관, 지방경찰청은 19개의 해외 기관, 경찰 관련 교육기관에서는 총 12개의 해외 기관과 MOU를 체결하였는데, 이러한 MOU 체결을 통해 더욱 활발한 공조수사가 이루어질 것으로 생각된다.

따라서 활발해지는 국가 간의 인구이동만큼이나 범죄 발생률이 급증하고 있는 국제범죄에 대응하여 2개 이상의 국가에서 긴밀한 공조수사가 이루어져야 한다는 것은 기정사실로 보인다. 이때 이루어지는 수사는 범죄 발생지가 국내가 아닌 해외이거나, 해당 피고인, 피해자, 또는 참고인(증인) 등이 우리나라 국민이 아니거나 해외에 체류중인 경우가 빈번할 것으로 예상된다. 따라서 공조수사는 단순히 '수사'로 그칠 것이 아니라, 수사를 통해 획득한 증거들이 우리나라 법정에서 그 증거능력을 인정받을 수 있도록 적절한 대응책을 마련하는 것이 관건인 것이다. 이러한 관점에서 외국에서 수집된 증거에 대하여 국내의 형사절차상 증거능력을 인정할 것인지 여부에 대한 현행 법적 기준이 적정한지에 대한 검토가 필요해 보인다.

제2절 국제범죄수사와 외국에서 수집된 증거의 증거능력과 관련된 현행 법률 분석

국제범죄수사를 위한 국제형사사법공조는 형사사건의 수사, 기소, 재판 또는 형의 집행과 관련하여 어느 한 국가의 요청에 의한 다른 국가의 협력행위를 의미하는 협의의 형사사법공조가 있고, 범죄인인도를 포함하는 광의의 형사사법공조가 있다. 아래에서는 협의의 형사사법공조를 규율한 『국제형사사법공조법』에 대해 먼저 살펴보고, 이후 『범죄인인도법』, 그리고 일반법으로서의 『형사소송법』에 대해 관련 규정을 발췌하여 살펴보고자 한다.

1. 국제형사사법공조법

가. 국제형사사법공조법의 체계 및 내용

대한민국은 협의의 국제형사사법공조를 위해 1991년 3월 8일에 『국제형사사법공조법』을 제정하였고, 1992년 8월 26일 호주와 처음으로 형사사법공조조약을 체결하였다. 이후 우리나라는 2014년 2월 28일 UAE와 체결한 것 까지 29개국과 형사사법공조조약을 체결하였고, 2015년 12월 31일을 기준으로 74개국에 이르는 국가와 형사사법공조조약을 발효하였다.[23]

〈표 2-11〉 형사사법공조 조약 체결 현황 – 총 74개국[24]

체결국	체결일	발효일	체결국	체결일	발효일
호주	1992.08.26.	1993.12.19.	사이프러스		2011.12.29.
미국	1993.11.23.	1997.05.23.	체코공화국		2011.12.29.
캐나다	1994.04.15.	1995.02.01.	덴마크		2011.12.29.
프랑스	1995.03.12.	1997.03.08.	에스토니아		2011.12.29.
중국	1998.11.12.	2000.03.24.	핀란드		2011.12.29.
홍콩	1998.11.17.	2000.02.25.	그루지아		2011.12.29.
러시아	1999.05.28.	2001.08.10.	독일		2011.12.29.
몽골	1999.05.31.	2000.01.27.	그리스		2011.12.29.
뉴질랜드	1999.09.15.	2000.03.30.	헝가리		2011.12.29.
인도네시아	2002.03.30.	2014.04.03.	아이슬란드		2011.12.29.
브라질	2002.12.13.	2006.02.08.	아일랜드		2011.12.29.
우즈베키스탄	2003.02.12.	2004.11.23.	이탈리아		2011.12.29.
필리핀	2003.06.03.	2008.11.17.	라트비아		2011.12.29.
태국	2003.08.25.	2005.04.06.	리히텐슈타인		2011.12.29.
베트남	2003.09.15.	2005.04.19.	리투아니아		2011.12.29.
카자흐스탄	2003.11.13.	2012.09.10.	룩셈부르크		2011.12.29.
인도	2004.10.05.	2005.06.08.	몰타		2011.12.29.
멕시코	2005.09.09.	2007.01.18.	몰도바		2011.12.29.
일본	2006.01.20.	2007.01.26.	모나코		2011.12.29.
알제리	2006.03.12.	2007.06.15.	몬테네그로		2011.12.29.
벨기에	2007.01.17.	2012.09.29.	네덜란드		2011.12.29.
남아프리카공화국	2007.05.03.	2014.06.20.	노르웨이		2011.12.29.

23) 법무연수원(2017), 앞의 책, 248쪽.

체결국	체결일	발효일	체결국	체결일	발효일
쿠웨이트	2007.03.26.	2008.04.08.	폴란드		2011.12.29.
페루	2007.09.09.	2016.07.20.	포르투갈		2011.12.29.
불가리아	2008.10.01.	2010.04.08.	루마니아		2011.12.29.
스페인	2009.03.23.	2012.12.01.	산마리노		2011.12.29.
아르헨티나	2009.08.31.	2013.07.26.	세르비아		2011.12.29.
말레이시아	2010.12.10.	2013.09.26.	슬로바키아		2011.12.29.
UAE	2014.02.28.	2017.05.17	슬로베니아		2011.12.29.
알바니아		2011.12.29.	스웨덴		2011.12.29.
안도라		2011.12.29.	스위스		2011.12.29.
아르메니아		2011.12.29.	마케도니아		2011.12.29.
오스트리아		2011.12.29.	터키		2011.12.29.
아제르바이잔		2011.12.29.	우크라이나		2011.12.29.
벨기에		2011.12.29.	영국		2011.12.29.
보스니아-헤르체고비나		2011.12.29.	이스라엘		2011.12.29.
크로아티아		2011.12.29.	칠레		2011.12.29.

주 : 법무부 국제형사과 자료.

『국제형사사법공조법』은 형사사건의 수사 또는 재판과 관련하여 외국의 요청에 따라 실시하는 공조 및 외국에 대하여 요청하는 공조의 범위와 절차 등을 정함으로써 범죄를 진압하고 예방하는 데에 국제적인 협력을 증진함을 목적으로 제정되었다(제1조). 동법 제2조에서는 공조, 공조조약, 요청국, 공조범죄에 대한 정의를 내리고 있으며, 동법보다는 조약을 우선함을 동법 제3조에서 언급하고 있다. 또한 같은 법 제4조에서는 "공조조약이 체결되어 있지 아니한 경우에도 동일하거나 유사한 사항에 관하여 대한민국의 공조요청에 따른다는 요청국의 보증이 있는 경우에는 이 법을 적용한다"고 규정하면서 상호주의를 명시하고 있다.

24) 법무연수원(2017), 앞의 책, 248쪽 〈표 I-130〉과 국가법령정보센터 홈페이지(http:// law.go.kr)에서 검색한 결과를 합친 것이다. 즉 러시아의 경우, 범죄백서에서는 발효일이 2000년 8월 10일로 표기되어 있으나, 국가법령홈페이지에서는 2001년으로 되어 있어 국가법령홈페이지를 기준으로 하여 표를 작성하였으며, 페루와 UAE의 경우 범죄백서에는 2015년 12월 31일을 기준으로 작성되어 해당 국가 발표일이 표기되어 있지 않았는데, 국가법령홈페이지를 통해 발표일을 본문 표와 같이 기재하였다. 또한 체결일이 기재되어 있지 않은 국가가 있다. 이는 우리나라가 2011년 9월 29일 유럽평의회 사무총장에게 가입서를 기탁함으로써 "형사사법공조에 관한 유럽협약"을 다자조약 형태로 맺게 되었는데, 이로 인하여 2011년 12월 29일 유럽평의회 회원국에 대한 형사사법공조 협약이 모두 같은 날에 발표된 것으로 되어 본문의 표가 공란으로 기재되어 있는 것으로 보인다.

동법 제2장에서는 공조의 범위와 제한에 대해서 제5조에서 제10조까지 규정하고 있다. 이후 제3장에서는 외국의 요청에 따른 수사에 관한 공조를, 제4장에서는 외국의 요청에 따른 형사재판에 관한 공조를 규정함으로써 수사공조와 사법공조를 나누어 국제형사사법공조 절차에 대해 규정하고 있다. 다음으로 제5장에서는 외국에 대한 수사에 관한 공조요청, 제6장에서는 외국에 대한 형사재판에 관한 공조요청을 규정함으로써, 형사사법공조를 요청할 때와 요청을 받을 때도 구분하고 있다. 『국제형사사법공조법』은 제39조를 통해서 동법과 형사소송법이 특별법과 일반법의 관계임을 명시하고 있다.[25]

나. 국제형사사법공조 현황

우리나라가 외국에 국제형사사법공조를 요청한 경우는 2006년부터 2015년까지 매년 꾸준히 증가하였음을 아래 〈표 2-12〉를 통해 알 수 있다. 외국으로부터 요청받은 경우는 10년 간 감소한 적은 있지만, 큰 폭은 아니지만 대체로 매년 증가하였다.

〈표 2-12〉 형사사법공조 현황(2006년~2015년)[26]

(단위: 건(%))

구분 / 연도	우리나라가 외국에 요청한 경우					외국으로부터 요청받은 경우				
	계	미국	일본	중국	기타	계	미국	일본	중국	기타
계	1,021	281	119	173	448	768	58	109	14	587
2006	31 (100)	8	4	7	12	53 (100)	3	6	-	44
2007	38 (123)	13	12	8	5	61 (115)	3	14	2	42
2008	65 (210)	21	8	13	23	57 (108)	4	14	2	37
2009	70 (226)	22	11	19	18	57 (108)	4	15	2	36
2010	87 (281)	16	8	27	36	78 (147)	4	16	1	57
2011	99 (319)	24	9	15	51	78 (147)	7	9	0	62

25) 『국제형사사법공조법』 제39조는 "이 법에 따른 영장 발급, 증거물의 인도허가 결정, 증인신문 등의 절차에 관하여 필요한 사항은 대법원 규칙으로 정한다"고 규정하고 있다.

구분 / 연도	우리나라가 외국에 요청한 경우					외국으로부터 요청받은 경우				
	계	미국	일본	중국	기타	계	미국	일본	중국	기타
2012	103 (332)	31	11	15	46	113 (213)	12	10	2	89
2013	109 (352)	32	16	12	49	80 (151)	8	7	0	65
2014	183 (590)	39	17	29	98	80 (151)	8	6	1	65
2015	236 (761)	75	23	28	110	111 (209)	5	12	4	90

2. 범죄인인도법

가. 범죄인인도법의 체계 및 내용

우리나라는 1988년 8월 5일 『범죄인인도법』을 제정한 후, 1990년 9월 5일 호주와 최초로 범죄인인도조약을 체결하였다. 현재 우리나라는 2014년 2월 28일 체결을 마지막으로 29개국과 범죄인인도조약을 체결하였고, 2015년 12월 31일을 기준으로 78개국과 범죄인 인도조약을 발효하였다.[27]

〈표 2-13〉 범죄인인도조약 체결 현황 – 총 78개국[28]

체결국	체결일	발효일	체결국	체결일	발효일
호주	1990.09.05.	1991.01.16.	크로아티아		2011.12.29.
필리핀	1993.05.24.	1996.11.30.	사이프러스		2011.12.29.
스페인	1994.01.17.	1995.02.15.	체코공화국		2011.12.29.
캐나다	1994.04.15.	1995.01.29.	덴마크		2011.12.29.
칠레	1994.11.21.	1997.10.01.	에스토니아		2011.12.29.
아르헨티나	1995.08.30.	2000.11.09.	핀란드		2011.12.29.
브라질	1995.09.01.	2002.02.01.	그루지아		2011.12.29.
파라과이	1996.07.09.	1996.12.29.	독일		2011.12.29.
멕시코	1996.11.29.	1997.12.27.	그리스		2011.12.29.
미국	1998.06.10.	1999.12.20.	헝가리		2011.12.29.

26) 법무연수원(2017), 앞의 책, 250쪽(( ) 안은 2006년을 기준으로 한 지수임).
27) 법무연수원(2017), 위의 책, 247쪽.

체결국	체결일	발효일	체결국	체결일	발효일
태국	1999.04.26.	2001.02.15.	아이슬란드		2011.12.29.
몽골	1999.05.31.	2000.01.27.	아일랜드		2011.12.29.
중국	2000.10.18.	2002.04.12.	이탈리아		2011.12.29.
인도네시아	2000.11.28.	2007.11.16.	라트비아		2011.12.29.
뉴질랜드	2001.05.15.	2002.04.17.	리히텐슈타인		2011.12.29.
일본	2002.04.08.	2002.06.21.	리투아니아		2011.12.29.
우즈베키스탄	2003.02.12.	2004.11.23.	룩셈부르크		2011.12.29.
베트남	2003.09.15.	2005.04.19.	몰타		2011.12.29.
카자흐스탄	2003.11.13.	2012.09.10.	몰도바		2011.12.29.
페루	2003.12.05.	2005.11.16.	모나코		2011.12.29.
과테말라	2003.12.12.	2006.02.20.	몬테네그로		2011.12.29.
인도	2004.10.05.	2005.06.08.	네덜란드		2011.12.29.
코스타리카	2005.09.12.	-	노르웨이		2011.12.29.
프랑스	2006.06.06.	2008.06.01.	폴란드		2011.12.29.
홍콩	2006.06.26.	2007.02.11.	포르투갈		2011.12.29.
알제리	2007.02.17.	2008.10.24.	루마니아		2011.12.29.
남아프리카공화국	2007.05.03.	2014.06.20.	러시아		2011.12.29.
쿠웨이트	2007.06.14.	2013.08.28.	산마리노		2011.12.29.
불가리아	2008.10.01.	2010.04.08.	세르비아		2011.12.29.
캄보디아	2009.10.22.	2011.10.01.	슬로바키아		2011.12.29.
말레이시아	2013.01.17.	2015.04.15.	슬로베니아		2011.12.29.
UAE	2014.02.28.	2017.05.17.	스웨덴		2011.12.29.
알바니아		2011.12.29.	스위스		2011.12.29.
안도라		2011.12.29.	마케도니아		2011.12.29.
아르메니아		2011.12.29.	터키		2011.12.29.
오스트리아		2011.12.29.	우크라이나		2011.12.29.
아제르바이잔		2011.12.29.	영국		2011.12.29.
벨기에		2011.12.29.	이스라엘		2011.12.29.
보스니아-헤르체고비나		2011.12.29.	남아공화국		2011.12.29.

주 : 법무부 국제형사과 자료.

28) 법무연수원(2017), 앞의 책, 247쪽 〈표 I-129〉와 국가법령정보센터 홈페이지(http://law. go.kr)에서 검색한 결과를 합친 것이다. 즉 캄보디아의 경우 범죄백서에서는 발효일이 2010년 10월 1일로 표기되어 있는데, 국가법령홈페이지에서는 2011년으로 되어 있어, 후자를 기준으로 작성

여기서 "범죄인인도"라는 것은 타국에서 범죄를 범하여 수사 중에 있거나 소추되거나 또는 유죄판결을 선고받은 범죄인에 대하여 범죄인이 현재하고 있는 국가가 상대국의 청구에 따라 그 범죄인의 신병을 구금하여 상대국에 인도하는 절차를 의미한다.

『범죄인인도법』은 위와 같은 범죄인인도에 관한 범위와 절차 등을 정함으로써 범죄 진압 과정에서의 국제적인 협력을 증진함을 목적으로 제정되었다. 동법 제3조에서는 범죄인인도사건의 전속관할을 서울고등법원과 서울고등검찰청으로 함을 명시하고 있으며 인도조약과의 관계에 대해서는 제3조의2를 통해 동법보다는 조약을 우선함을 규정하고 있다. 또한 제4조에서는 『국제형사사법공조법』과 같이 상호주의를 규정하고 있다.

같은 법 제2장에서는 외국으로의 범죄인인도를, 제3장에서는 외국에 대한 범죄인인도청구를 규정하면서, 범죄인인도를 요구하는 주체가 외국일 때와 우리나라일 때를 구분하고 있다. 특히 제2장에서는 인도의 사유와 인도의 제한, 인도심사 절차, 범죄인의 인도구속, 범죄인인도에 대해서 제5조부터 제41조에 이르기까지 범죄인인도법의 주요 내용에 대해 규정하고 있다.

나. 범죄인인도청구 현황

우리나라가 외국으로부터 범죄인 인도청구를 받은 수치는 지난 10년 간 증가와 감소를 반복하고 있지만, 우리나라가 외국에 범죄인인도를 청구한 건수는 2006년 대비 증가하였음이 아래 〈표 2-14〉에 제시되어 있다.

〈표 2-14〉 범죄인인도청구 현황(2006년~2015년)[29]

(단위: 건(%))

구분	계	외국으로부터의 범죄인인도청구	외국에 대한 범죄인인도청구
계	260(100)	76(29)	184(71)
2006	5(100)	4(80)	1(20)
2007	22(100)	15(68)	7(32)

하였으며, UAE의 경우 범죄백서에서는 2015년 12월 31일 기준으로 작성되어 해당 국가 발효일이 표기되어 있지 않으나, 국가법령홈페이지에서는 발효일이 기재되어 있어, 이를 기준으로 하였다. 또한 체결일이 기재되어 있지 않은 국가가 있다. 이는 우리나라가 2011년 9월 29일 유럽평의회 사무총장에게 가입서를 기탁함으로써 "형사사법공조에 관한 유럽협약"을 다자조약 형태로 맺게 되었는데, 이로 인하여 2011년 12월 29일 유럽평의회 회원국에 대한 형사사법공조 협약이 모두 같은 날에 발표된 것으로 되어 본문의 표가 공란으로 기재되어 있는 것으로 보인다.

구분	계	외국으로부터의 범죄인인도청구	외국에 대한 범죄인인도청구
2008	35(100)	11(31)	24(69)
2009	38(100)	7(18)	31(82)
2010	40(100)	12(30)	28(70)
2011	20(100)	5(25)	15(75)
2012	25(100)	7(28)	18(72)
2013	16(100)	3(19)	13(81)
2014	36(100)	8(22)	28(78)
2015	23(100)	4(17)	19(83)

3. 형사소송법

국제형사사법공조와 관련된『형사소송법』규정 및 이론에서는 첫째, 증거수집의 방법이 외국의 승낙 없이 이루어진 경우 동법 제308조2의 위법수집배제법칙 규정의 적용 문제, 둘째, 공조절차에 따라 수집된 증거인 경우에도 요청국과 피요청국 간 절차적 법률 규정이 상이함에 따른 증거의 허용성 문제, 셋째, 증거의 형태가 조서 및 진술증거인 경우 동법 제310조의2~제316조의 전문법칙과 관련된 규정의 적용 여부가 문제가 된다. 또한 마지막으로 위 전문법칙 예외 요건을 충족하지 못한 전문증거와 관련하여 동법 제318조 증거동의의 문제가 있다. 이에 아래에서는『형사소송법』규정과 관련된 제308조의2, 제310조의2~제316조, 그리고 제318조 증거동의의 문제에 대해서만 살펴보고, 이론과 관련한 증거의 허용성 문제에 대해서는 후술하기로 한다.

가. 전문법칙과 전문법칙 예외 규정

1) 전문서류

외국에서 수집한 증거는 국제형사사법공조와 같은 정식절차를 통해 이루어질 수도 있고, 외국 수사기관의 승낙 없이 직접적인 수사의 형태로 이루어질 수도 있다. 이렇게 수집된 증거는 인적 증거의 형태가 있을 수도 있지만, 대부분 조서 및 진술증거의 형태로 발현된다. 하지만 위에서 간략히 살펴본 바와 같이 현재의 국내법에 따르면 외국에서

29) 법무연수원(2017), 앞의 책, 249쪽.

수집된 전문증거는 특별법을 통해 증거능력 유무를 국내에서 수집한 증거와 달리 판단하는 것이 아니라 형사절차의 일반법인 『형사소송법』의 제 규정이 적용되는 실정이다.

우리나라 『형사소송법』상 전문법칙의 예외는 제311조에서 제316조까지 규정되어 있는데, 전문서류와 관련되어 있는 규정은 제311조, 제312조, 제313조, 제315조이다. 제311조가 법관 면전조서를 전문서류임에도 불구하고 특별한 조건없이 증거능력을 인정하고 있고, 제315조는 각 호를 통해 당연히 인정되는 전문서류에 대해 규정하고 있는 것에 비추어 볼 때, 제312조와 제313조에 해당하는 전문서류들이 경우에 따라 증거능력 유무가 달리 판단될 수 있는 규정에 해당된다. 따라서 『형사소송법』은 제312조와 제313조에서의 전문증거가 법적 요건을 충족하지 못하는 경우, 특히 진술자가 공판정에 출석할 수 없는 이유로 증거능력이 결여될 때를 대비하여 제314조의 규정을 두고 있는 것이다.

제314조는 "사망, 질병, 외국거주, 소재불명 그 밖에 이에 준하는 사유"로 진술자가 진술할 수 없는 상태, 즉 "필요성"과 함께 "특신상태"의 요건을 제시한다. 즉 외국에서 수집된 증거는 제312조와 제313조에 해당되는 전문증거가 대부분이기 때문에 아래 〈표 2-15〉에서와 같이 원진술자의 진술을 필요로 하므로 제314조의 요건 충족 여부를 검토하게 된다.

〈표 2-15〉 전문서류로서 원진술자의 공판정 진술이 필요성 유무[30]

원진술자의 공판정 진술	서류의 유형	적용법조
원진술자의 공판정 진술이 필요한 경우	검사·사법경찰관 작성 피의자신문조서	제312조①②③
	검사·사법경찰관 작성 참고인진술조서	제312조④
	수사과정 중 작성된 피의자의 진술서	제312조⑤①②③
	수사과정 외 작성된 피의자의 진술서	제313조①
	수사과정 중 작성된 참고인의 진술서	제312조⑤④
	수사과정 외 작성된 참고인의 진술서	제313조①
	진술기재서	제313조①
	검사·사법경찰관 작성 검증조서	제312조⑥
	감정서	제313조②①
원진술자의 공판정 진술이 필요 없는 경우	법원·법관의 면전조서 (당해 사건의 공판조서, 법원·법관의 검증조서 등)	제311조
	공권적 증명문서, 업무상의 통상문서, 특신상황에서 작성된 문서	제315조
원진술자의 공판정 진술이 불가능한 경우	사망·질병·외국거주·소재불명 그 밖에 이에 준하는 사유가 존재하는 경우	제314조

특히 위 〈표 2-15〉에서 제시하는 제312조와 제313조에 해당하는 서류가 증거능력을 갖추기 위해서는 원진술자의 공판정 진술이 필요하기 때문에 제314조 요건의 검토가 수반되는 경우가 발생한다. 또한 원진술자가 공판정에서 진술을 하더라도 특신상태 요건 판단으로 증거능력이 인정되지 않는 경우도 발생할 수 있다.

〈표 2-16〉 전문서류 중 특신상태 요건과 제314조가 적용되는 경우[31)]

서류의 유형	작성주체	적용법조	증거능력 인정요건	§314
피의자 신문조서	검사	§312①②	- 적법한 절차·방식에 따라 작성 - 피고인의 진술 또는 영상녹화물이나 객관적인 방법에 의하여 성립의 진정 인정 - 특신상태 증명	X
	사법경찰관	§312③	- 적법한 절차·방식에 따라 작성 - 피고인 또는 변호인의 내용 인정	
피의자 진술서	피의자 (검사 면전)	§312⑤→①	- 검사 작성 피의자신문조서와 동일	X
		§312⑤→②		
	피의자 (경찰 면전)	§312⑤→③	- 사법경찰관 작성 피의자신문조서와 동일	
참고인 진술조서	검사	§312④	- 적법한 절차·방식에 따라 작성 - 원진술자의 진술 또는 영상녹화물이나 객관적인 방법에 의하여 성립의 진정 증명 - 피고인·변호인의 원진술자에 대한 반대신문의 기회 보장 - 특신상태 증명	O
	사법경찰관			
참고인 진술서	참고인 (검사 면전)	§312⑤→④	- 참고인진술조서와 동일	O
	참고인 (경찰 면전)			
진술서	참고인 (수사 외)	§313①②	- 작성자의 자필·서명·날인의 존재 - 작성자의 진술, 또는 과학적 분석결과에 기초한 디지털 포렌식 자료, 감정 등 객관적 방법에 의하여 성립의 진정 증명 - 객관적 방법으로 성립의 진정을 인정할 경우 피고인 또는 변호인의 작성자 신문 보장	O
	피고인 (수사 외)		- 작성자의 자필·서명·날인의 존재 - 작성자의 진술, 또는 과학적 분석결과에 기초한 디지털 포렌식 자료, 감정 등 객관적 방법에 의하여 성립의 진정 증명	X

30) 신호진(2015), 「형사소송법요론」, 문형사, 689-690쪽.

서류의 유형	작성주체	적용법조	증거능력 인정요건	§314
진술기재서	피고인 또는 피고인 아닌 자	§313①	[진술자가 피고인이 아닌 경우] - 진술자의 서명·날인의 존재 - 진술자에 의하여 성립의 진정 증명	O
			[진술자가 피고인인 경우] - 진술자의 자필·서명·날인의 존재 - 작성자의 진술에 의하여 성립의 진정 증명 - 특신상태 증명	X
검증조서	수사기관	§312⑥	- 적법한 절차·방식에 따라 작성 - 작성자의 진술에 의하여 성립의 진정 증명	O
감정서	감정인	§313②→①	- 감정인의 자필·서명·날인의 존재 - 감정인의 진술에 의하여 성립의 진정 증명	O

한편『형사소송법』제312조와 제313조는 우리나라의 수사실무를 반영한 것으로서 외국의 수사서류는 제314조 적용범위에서 제외될 여지가 있다. 이에 대한 판례의 견해는 "형사소송법 제312조 소정의 조서나 같은 법 제313조 소정의 서류를 반드시 우리나라의 권한 있는 수사기관 등이 작성한 조서 및 서류에만 한정하여 볼 것은 아니고, 외국의 권한 있는 수사기관 등이 작성한 조서나 서류도 같은 법 제314조 소정의 요건을 모두 갖춘 것이라면 이를 유죄의 증거로 삼을 수 있다."[32]고 판시하여 외국 수사기관 작성의 조서를 우리나라 수사기관 조서와 동일하게 보는 입장이다.

제314조는 제312조 또는 제313조에 의하여 증거능력을 인정받지 못하는 수사서류에 대하여 예외적으로 증거능력을 인정하기 위한 규정이라는 점, 예외적으로 증거능력을 부여해야 할 필요성은 우리나라 수사기관 작성의 서류나 외국 수사기관 작성의 서류에 차이가 없기 때문에 외국의 수사서류도 제314조에 따라 증거능력을 인정할 수 있다고 해야 한다.[33] 다만 제314조에 의해 증거능력을 부여받기 위해서는 동조의 요건, 즉 진술불능이라는 필요성과 특신상태 요건을 충족하여야 한다.

---

31) 신호진(2015), 앞의 책, 688-689쪽.

32) 대법원 1997. 7. 25. 선고 97도1351 판결("범행 직후 미합중국 주검찰 수사관이 작성한 피해자 및 공범에 대한 질문서와 우리나라 법원의 형사사법공조요청에 따라 미합중국 법원의 지명을 받은 수명자(미합중국 검사)가 작성한 피해자 및 공범에 대한 증언녹취서는 이를 형사소송법 제315조 소정이 당연히 증거능력이 인정되는 서류로는 볼 수 없다고 하더라도, 같은 법 제312조 또는 제313조에 해당하는 조서 또는 서류로서 형사소송법 제314조의 규정에 의하여 그 증거능력을 인정할 수 있다").

33) 신이철(2014), "형사증거법상 제314조의 적용범위와 그 한계",「형사법의 신동향」통권 제42호, 대검찰청, 22-23쪽.

먼저 제314조의 첫 번째 요건인 필요성(원진술자의 진술불능)은 원진술자가 사망·질병·외국거주·소재불명 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 경우를 말한다.[34] 필요성은 "요증사실에 대하여 원진술자의 진술이 법관의 면전에서 직접 진술될 수 없고 피고인에게 반대 신문의 기회를 줄 수도 없으나 달리 대체성 있는 증거를 구할 수 없어 이를 이용하여야 할 필요가 있는 사유"를 의미한다. 외국에서 형사사법공조를 통하여 취득한 증거서류는 대부분 전문증거로써 증거능력을 인정받기 위해서는 국외체류로 인한 직접적인 공술의 불능, 즉 필요성을 인정받아야 한다.[35]

다음으로 "특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여진 때"라 함은 그 진술내용이나 조서 또는 서류의 작성에 허위개입의 여지가 거의 없고 그 진술 내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있는 경우를 가리킨다.[36] 결국 특신상태라는 요건은 법원이 구체적인 사건에 따라 당해 조서의 형식과 내용, 원진술자의 학력, 경력, 직업, 사회적 지위, 지능정도 등 제반 사정을 참작하여 자유로운 심증으로 판단하게 될 것이며,[37] 조서의 작성 당시를 기준으로 판단된다.[38] 특신상태의 요건은 검사가 입증하여야 하는 것으로, 형사소송법상의 "피고인의 이익으로"를 생각해 볼 때 특신상태에 관한 명확한 기준을 마련하는 것이 필요하다. 이 문제에 대해서는 본 보고서 제3장 제3절 판례분석을 통해 후술하도록 한다.

---

34) "피고인에게 불리한 증거는 법관의 면전에서 직접 진술되어야 하고 피고인에게 반대신문의 기회를 부여하여야 하는 권리보장은 적법절차에 의한 공정한 재판을 받을 권리나 공개재판을 받을 기본권 실현을 위한 여러 방법 중의 한 방법일 뿐이고, 헌법상 명문으로 규정된 권리는 아니다. 따라서 원칙적으로 이 권리를 부여하고 이 권리를 인정하는 근거를 배제할 만한 부득이한 사유가 있는 경우에 그 예외와 예외의 범위를 정하는 것은 입법권자가 규범체계 전체와의 조화를 고려하여 정할 문제로서 적법절차에 의한 공정한 공개재판을 받을 기본권을 본질적으로 침해하는 것이라거나 이를 형해화한 것이라고 할 수 없다"(헌법재판소 1998. 9. 30. 자 97헌바51 결정).

35) 일본 판례는 "일시적으로 국외에 소재한다는 사실만으로는 부족하며 모든 수단을 다하여도 공판기일 또는 공판준비 기일에 출두시키기 어려운 사정이 있을 것이 필요하다"고 하였다(동경고판 소화48.4.26. 고집26권2호 500정(조규철(2011), 앞의 논문, 281쪽에서 재인용)). 우리나라 형사소송법 제314조에 대한 판례는 외국에 거주하는 외국인인 경우에는 대한민국 법원에서 출석을 강제할 수 있는 관할 구역 내에 없으므로 그 자체가 진술할 수 없는 경우에 해당한다고 판시한 바 있다(대법원 1994. 1. 28. 선고 93도1278 판결).

36) 대법원 1999. 11. 26. 선고 99도3786 판결; 2006. 5. 25. 선고 2004도3619 판결; 2012. 7. 26. 선고 2012도2937 판결.

37) 대법원 1995. 5. 12. 선고 95도484 판결. 소송법적 사실에 관한 것이므로 자유로운 증명으로 족하다.

38) 법원행정처(2008), 「법원실무제요 형사Ⅱ」, 121쪽.

2) 전문진술

제316조는 제310조의2에 의하여 타인의 진술을 내용으로 하는 전문진술은 원칙적으로 증거능력이 없지만 예외적으로 동조 제1항에서는 특신상태를 요건으로 증거능력을 인정하고 있고, 제2항에서는 필요성과 특신상태의 두 가지 요건이 구비되었을 경우에 증거능력을 인정하고 있다.[39] 특히 동조 제2항에서는 "피고인 아닌 자의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술이 피고인 아닌 타인의 진술을 그 내용으로 하는 것인 때에는 원진술자가 사망, 질병, 외국거주, 소재불명, 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없고 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한하여 이를 증거로 할 수 있다"라고 규정하고 있다. 피고인 아닌 타인의 진술을 내용으로 하는 전문진술은 반대신문권의 보장이라는 관점에서 증거능력을 인정할 수 없지만 특별히 원진술자의 공판정 출석 불능 또는 진술불능 사유가 존재하고 특신상황이 인정되는 경우에 증거능력을 인정한 전문법칙 예외에 대한 전형적인 경우를 규정하고 있다.

3) 당연히 인정되는 서류 등

각국의 수사 및 사법기관은 사건과 관련된 여러 가지 공적서류의 상호 제공을 요청하거나 제공하는 등의 방법을 통하여 형사사법공조를 하고 있다. 이와 관련하여 『형사소송법』은 제315조를 통해 전문서류로서 증거능력이 인정되지 않는다고 하더라도 당연히 인정되는 서류로서 증거능력을 부여하고 있다.[40] 실제로 1985년 5월 15일

---

39) **제316조(전문의 진술)** ① 피고인이 아닌 자(공소제기 전에 피고인을 피의자로 조사하였거나 그 조사에 참여하였던 자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술이 피고인의 진술을 그 내용으로 하는 것인 때에는 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한하여 이를 증거로 할 수 있다. ② 피고인 아닌 자의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술이 피고인 아닌 타인의 진술을 그 내용으로 하는 것인 때에는 원진술자가 사망, 질병, 외국거주, 소재불명 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없고, 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한하여 이를 증거로 할 수 있다.

40) **제315조(당연히 증거능력이 있는 서류)** 다음에 게기한 서류는 증거로 할 수 있다.
1. 가족관계기록사항에 관한 증명서, 공정증서등본 기타 공무원 또는 외국공무원의 직무상 증명할 수 있는 사항에 관하여 작성한 문서
2. 상업장부, 항해일지 기타 업무상 필요로 작성한 통상문서
3. 기타 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서

서울고등법원은 “인터폴을 통해 중국어로 작성된 홍콩경찰 작성의 피의자신문조서를 영문으로 번역된 형태의 복사본으로 제출한 경우” 제315조 제3호에 의해 증거능력을 인정한 바 있다. 뿐만 아니라 1984년 2월 28일 선고된 83도3145 대법원 판결에서는 일본하관 세관서 통괄심리관 작성의 범칙물건 감정서 등본과 분석의뢰서 및 분석회답서등본 등의 서류를 제315조 제1호에 해당하는 문서로 보았다.

나. 제308조2의 위법수집증거배제법칙

위법수집증거배제법칙은 2007년 6월 1일에 신설되었으며, 증거법 관련 규정 중 제307조 증거재판주의, 제308조 자유심증주의 다음으로 규정되어 있다. 즉 형사소송 절차에 있어 실체진실주의가 형사소송의 이념이지만, 『헌법』 제12조에 의해 적법절차를 통한 국민의 기본권을 보호하여야 하기 때문에, 『형사소송법』에서 규정하고 있는 절차가 아닌 위법하게 수집된 증거는 증거능력이 부정된다.

그러나 외국에서 수집된 증거는 공적인 절차를 통한 전문서류 등도 있지만, 공조조약이 체결되지 않은 국가 간, 혹은 다른 사유로 인하여 직접 수사를 하는 형태를 가질 수도 있다. 또한 공조수사가 국가 간 상이한 법률로 인하여 요청국의 형사절차에 위배될 수도 있고, 피요청국의 형사절차에 위배되는 경우도 발생할 수 있다. 일례로 외국에서 수집된 전문서류가 전문법칙 예외 규정을 통해 증거능력 인정여부가 결정되기 전에 제308조2의 위법수집증거로서 증거능력이 없을 수도 있다.

대법원은 『형사소송법』 제308조2의 위법수집증거배제법칙을 재량적 위법수집증거배제법칙으로 보아 증거수집절차에 위법이 있더라도 비교형량을 통해 증거능력 유무를 판단한다.[41] 즉 대법원은 증거수집 과정에 적법절차 위반이 있었다 하더라도 자동적으로 증거배제를 하는 것이 아니라 절차위반의 정도나 기본권 침해의 정도와 실체진실의 발견이라는 형사절차상의 공익을 비교형량하여 증거능력 인정여부를 판단하고 있다.[42]

---

41) 대법원 2008. 6. 26. 선고 2008도1584 판결 참조.

42) 증거수집 주체가 수사기관이 아닌 “일반 공무원”인 경우와 관련하여서도 대법원은 재량적 증거배제법칙을 적용하고 있다(대법원 2008. 6. 26. 선고 2008도1584 판결). 또한 미국의 경우도 종래 수사기관이 증거수집의 주체인 경우는 자동적 증거배제를 인정하는 경향이었고, 사인이 수집한 위법증거에 대해서는 증거배제법칙을 적용하지 않고 증거능력을 인정하였으며, 공립학교 교사와 같은 일반 공무원이 증거수집의 주체인 경우 재량적 증거배제법칙을 적용하였지만, 근래 미연방대법원은 증거배제법칙의 적용범위를 제한하고 있다. 최근 미연방대법원 판례에서

따라서 제308조2를 해석하는 위 판례의 태도는 외국에서 수집된 증거가 공식적·비공식적 공조 여부와 상관없이, 증거수집이 준거법의 위반 혹은 다소의 절차적 위법이 있다고 하더라도 비교형량하여 실체진실주의 발견을 위한 증거 유무가 결정될 수 있다는 결론의 근거로 제시될 수 있다.

다. 증거동의

『형사소송법』 제318조는 "검사와 피고인이 증거로 할 수 있음을 동의한 서류 또는 물건은 진정한 것으로 인정한 때에는 증거로 할 수 있다"고 규정하고 있다. 즉 동조에서 규정하는 증거동의의 대상은 "서류 또는 물건"이며, 동의의 주체는 검사와 피고인이다.

먼저 증거동의의 대상에는 동의가 필요한 증거능력이 없는 전문서류 또는 전문진술이 해당된다.[43] 문제는 동조에서 규정하고 있는 "물건"과 관련하여 증거물도 동의의 대상이 될 수 있는가에 있다. 이는 증거동의의 본질이 무엇인가와도 관련이 있다.

증거동의의 본질은 반대신문포기설, 처분권설, 권리포기설로 견해가 나뉜다. 다수설인 반대신문포기설[44]은 제318조 증거동의제도를 전문법칙의 연장선상에서 이해하는 것이다. 이 입장에 의하면 반대신문권과 관계 없는 임의성 없는 자백이나, 위법수집증거는 증거동의가 있더라도 동조에 의해 증거로 사용할 수 없게 된다. 다음으로 처분권설[45]은 반대신문권설과 마찬가지로 형사절차를 당사자주의적 관점에서 바라보지만, 이를 더욱 철저히 해석하여 당사자에게 증거능력에 관한 처분권을 부여한 것이 제318조라고

는 재량적 증거배제법칙의 세부적 기준으로서 "수사기관이 의도적으로, 미필적 고의로 또는 중과실로 위법증거를 수집한 경우" 증거사용을 배제한다고 하면서 수사기관이 증거수집의 주체인 경우에도 재량적 증거배제법칙을 적용하여, 공익과 사익의 비교형량 하에 증거능력 여부를 판단하고 있다(김종구(2014), "재량적 위법수집증거배제법칙과 증거수집의 주체 -대법원 2013. 11. 28. 선고 2010도12244 판결-", 「형사법연구」 제26권 제2호, 한국형사법학회, 254쪽).

43) 전문진술이 제318조의 서류에 해당하는지에 대해서는 견해의 대립이 있지만, 판례는 "피고인이 신청한 증인의 증언이 피고인 아닌 타인의 진술을 그 내용으로 하는 전문진술이라고 하더라도 피고인이 그 증언에 대하여 별 의견이 없다고 진술하였다면 그 증언을 증거로 함에 동의한 것으로 볼 수 있으므로 이는 증거능력이 있다"고 판시하면서 전문진술에 대한 증거동의를 인정하고 있다(대법원 1983.9.27. 선고 83도516 판결). 따라서 증거동의의 대상에는 재전문진술도 포함된다(대법원 2000. 3. 10. 선고 2000도159 판결).

44) 이재상(2014), 「형사소송법(제9판 증판)」, 박영사, §41/3; 신양균(2010), 「형사소송법」, 화산미디어, 837쪽; 이은모(2014), 「형사소송법」, 박영사, 738쪽; 임동규(2014), 「형사소송법」, 법문사, 564쪽; 배종대/이상돈/정승환/이주원(2013), 「신형사소송법」, 홍문사, §59/6; 손동권/신이철(2014), 「새로운 형사소송법」, 세창출판사, 642쪽; 노명선/이완규(2013), 「형사소송법」, 성균관대학교 출판부, 726쪽.

45) 류화진(2014), "위법수집증거와 증거동의", 「영산법률논총」 제11권 제2호, 영산대학교 법률연구소, 97쪽.

한다. 이 견해에 의하면 제318조가 규정하고 있는 동의의 대상, 즉 "서류뿐만 아니라 물건"까지도 견해의 대립 없이 동의의 대상으로 포함시킬 수 있다는 장점이 있다. 또한 전문증거뿐만 아니라 위법수집증거가 동조에 의해 허용될 수 있게 된다. 마지막으로 권리포기설은 당사자가 그 증거의 증거능력과 증명력을 다툴 권리를 포기하는 것이 증거동의의 본질이라고 한다. 이 견해는 권리포기를 의미한다는 점에서는 큰 비난은 없지만 증명력을 다툴 권리까지 포기한다고 보는 점에 대해서는 이견이 있다.[46]

한편『형사소송법』제318조의 증거동의의 본질을 반대신문권이 아닌 당사자의 처분권으로 이해하게 되면 위법수집증거도 증거동의에 의해 증거능력이 인정될 수 있다. 즉 위법수집증거에 대한 증거동의의 문제는 증거동의의 본질을 무엇으로 보는가에 따라 증거능력 여부가 달라질 수 있다. 판례[47]는 다수설[48]이 증거동의의 본질을 반대신문권으로 보아 위법수집증거에 대한 증거동의에 대해 부정적으로 보는 것과 동일한 시각을 가지고 있다.[49]

한편 판례는 제308조2의 위법수집증거에 대한 증거능력 유무와 관련하여 소위 "재량적 위법수집증거배제법칙"에 따라 증거수집의 주체를 불문하고 실체적 진실주의를 위해 비교형량에 따라 증거능력을 판단한다고 하였다. 증거동의의 본질이 반대신문에 있다고 하는 다수견해는 제318조에서 규정하고 있는 증거동의의 대상에 물건이 포함되는 것을 설명할 수 없을 뿐만 아니라, 위법수집증거 중에 실체진실을 밝힐 수 있는 가치가 있는 증거의 증거능력이 인정될 수 있는 제318조의 길을 차단하고 있다.

따라서 증거동의의 본질은 처분권설에 있다고 보면서 실체진실에 좀 더 가까이 갈 수 있는 증거에 대해 당사자의 동의를 요건으로 하여 증거능력을 부여하는 것이 바람직하다.[50] 증거능력이 인정된다고 하더라도 그 증거가 유죄의 증거가 되는 것은 아니며, 결국 증거의 증명력과 관련된 것은 법관의 손에 달려있기 때문이다.

---

46) 백형구(2007),「신형사소송법」, 홍문사, 328쪽.

47) 대법원은 "형사소송법 제318조 제1항(당사자의 동의와 증거능력)은 전문증거금지의 원칙에 대한 예외로서 반대신문권을 포기하겠다는 피고인의 의사표시에 의하여 서류 또는 물건의 증거능력을 부여하려는 규정이므로 피고인의 의사표시가 위와 같은 내용을 적극적으로 표시하는 것이라고 인정되는 경우이면 증거동의로서의 효력이 있다"고 판시하면서 반대신문권설 입장을 취하고 있다(대법원 1983. 3. 8. 선고 82도2873 판결).

48) 이재상(2014), 앞의 책, §41/3; 신양균(2010), 앞의 책, 837쪽; 이은모(2014), 앞의 책, 738쪽; 임동규(2014), 앞의 책, 564쪽; 배종대/이상돈/정승환/이주원(2013), 앞의 책, §59/6; 손동권/신이철(2014), 앞의 책, 642쪽; 노명선/이완규(2013), 앞의 책, 726쪽.

49) 대법원 2010. 10. 14. 선고 2010도9016 판결.

50) 같은 입장으로 류화진(2014), 앞의 논문, 97쪽.

4. 소결 – 관련법제의 통일적 관점에서의 해석 시도와 법률정비의 필요성 제시

우리나라는 국제형사사법공조와 관련하여 『국제형사사법공조법』, 『범죄인인도법』, 『형사소송법』 등으로 별개의 법률들을 제정·운영하고 있다. 다만 『국제형사사법공조법』 제39조를 통해 동법과 『형사소송법』의 관계가 특별법과 일반법의 관계임을 명시하고 있다. 따라서 요청국이면서 재판지인 우리나라에서의 형사절차에서는 현행 입법체계에 따라 『형사소송법』 규정을 통해 당해 증거의 증거능력 유무가 결정된다.

한편 2006년부터 2015년까지 최근 10년 동안의 형사사법공조와 범죄인인도 현황에서는 우리나라가 외국에 공조 및 범죄인인도를 요청한 경우가 그 반대의 경우보다 매년 크게 증가하고 있음을 확인하였다. 즉 우리나라 공판단계에서 외국으로부터 증거를 수집하거나, 외국에 있는 범죄자를 우리나라로 송환하는 경우가 형사사법공조의 경우에는 약 7.6배,[51] 범죄인인도의 경우에는 약 4배[52] 증가하였다. 과학기술의 발전은 국가 간 국제화·세계화를 이끌어냈고 이 현상은 위 통계 수치가 보여주듯 국제범죄의 증가로 이어졌다.

하지만 여전히 우리나라의 입법체계는 공조절차와 관련하여서는 『국제형사사법공조법』을, 광의의 형사사법공조에 포함되는 범죄인인도와 관련하여서는 『범죄인인도법』을 규정하고 있을 뿐이다. 즉 협의의 국제형사사법공조가 『국제형사사법공조법』을 통해 특별하게 취급되고 있지만, 동법은 외국 간 수사 및 재판이 어떻게 진행되는지에 관해서만 규정하고 있을 뿐, 실제로 수집된 증거 등에 대한 증거능력에 대해서는 일반법인 『형사소송법』의 규정을 준용하고 있다는 것이다.

범죄의 성립과 처벌이 『형법』 제2조에서 제6조에 따라 내국인뿐만 아니라 외국인에게도 우리나라 『형법』이 적용될 수 있으며, 범죄지가 우리나라가 아닌 외국에서 발생한다 하더라도 우리나라 『형법』이 적용될 수 있다. 하지만 실제 공판단계에서 유죄로 귀결될 수 있는 가에 대해서는 "외국에서" 수집된 증거 및 우리나라에서든 외국에서든 수사절차에 참여하였던 참고인 등이 "외국"에 있어 증인신문이 불가능한 경우와 관련하여 특별하게 취급할 수 있는 규정이 없다. 따라서 기존의 입법체계를 유지하되, 『국제형사사법공조법』에 증거능력과 관련된 사항까지 포함할 수 있는 규정을 신설할 필요가 있다. 혹은

51) 2006년 100%에서 2015년 761%로, 2006년과 2015년 대비 약 7.6배 증가하였다.
52) 2006년 20%에서 2015년 83%로, 2006년과 2015년 대비 약 4배 증가하였다.

『국제형사사법공조법』 제39조에 따라 『형사소송법』을 준용하는 기존체계를 유지하는 대신에 『형사소송법』상의 증거법 관련 규정에 있어 외국에서 수집된 증거, 특히 전문증거와 관련하여 특별하게 취급할 수 있는 규정의 신설 및 제도 마련이 필요하다.

제3절 국제범죄수사에서의 증거수집과 관련된 사례분석

이하에서는 국제범죄수사를 통해 증거를 수집한 사례를 살펴보고자 한다. 단순히 여러 국가가 공조수사를 진행했다는 추상적인 것에 그치는 것이 아니라, 국가 간에 공조수사를 진행함에 있어서 구체적으로 어떤 기관을 통해서 어떤 방법으로 증거수집이 이루어졌는지를 각종 사례들을 통하여 구체적으로 들여다보고자 한다.

1. 우리나라가 공조요청국인 경우

가. 검사가 공조요청을 한 경우

우리나라가 공조요청국인 상황에서 검사가 공조를 요청한 사례는 수사 관련 서류를 상대 국가로부터 송달받거나, 검사가 직접 상대 국가로 파견을 나가는 형태 2가지로 구분된다.

먼저, 검사가 상대 국가에서 조사한 자료를 송달받는 방식으로는 2012년 2월 인천지방검찰청에서 필로폰 544.9g을 밀수입하려는 자를 국제공조수사를 통하여 검거한 사례가 있다. 한편, 상대 국가에 우리나라 검사가 직접 파견을 나가는 방식으로 수사를 진행하여 증거를 수집한 사례는 1990년대 후반에 발생한 텐유호 사건이 있다. 그리고 이와는 반대로 우리나라를 경유하여 대규모의 메스암페타민을 일본으로 밀수출하려 한 사건에서는 1999년 4월 서울중앙지방검찰청에 상대 국가의 검사가 수사협조를 위하여 방문한 사례가 있었다. 마지막으로 특수절도 및 관세법 위반으로 타국으로 밀수출된 고가의 차량이 형사사법공조를 통해 우리나라로 반환된 사례도 있다. 위에서 언급한 사례들의 구체적인 내용으로는 다음과 같다.

■ 관련 서류를 송달받은 경우

▸국제 공조수사를 통한 필로폰 544.9g 밀수책 검거(2012.2. 인천지검)상대 국가에서 조사한 자료를 송달받는 방식[53]

○ 사건개요

- 피의자는 2011.11.경 중국에서 필로폰 544.9g이 은닉된 전기프라이팬을 운반책에게 건네주고, 운반책은 다음날 중국 청도 유순공항에서 필로폰을 소지하고 우리나라로 출국하려다 중국세관에 적발되어 필로폰 밀수입 미수에 그침 (※ 운반책은 우리나라 국적으로 중국에서 구속)

○ 공조사항

- 2011.11.경 중국세관이 인천본부(항만)세관에 운반책의 구속사실을 통보하고, 인천본부세관은 이를 인천지검에 통보하여 국제 공조수사 착수
- 2011.12.경 인천지검은 국제공조를 통해 중국 측의 조사자료(운반책의 심문기록, 현장 CCTV 사진 및 피의자 인적사항 특정) 등 확보
- 2012.1.경 피의자에 대한 체포영장 발부
- 2012.2.경 세관과 공조, 귀국 후 내연녀 집에 숨어있던 피의자를 검거하여 구속함

■ 상대 국가에 검사가 직접 파견을 나간 경우

▸텐유호 사건(우리나라 검사가 직접 파견을 나가는 방식)[54]

○ 사건개요

- 피고인 이XX는 98.9.28. 인도네시아 부근 말래카해협에서 알루미늄괴 3천여톤을 적재하고 한국 인천항으로 항해중이던 텐유호에 탑승한 한국인 선장 등 15명이 실종된 것과 관련 위 선박 및 알루미늄을 취득하여 장물취득죄로 구속기소되어 공판계류중이다.

---

53) 대검찰청(2017), 2016 마약류 범죄백서, 379쪽.
54) 정성윤(1998), "한·중간의 국제형사사법공조제도", 「해외연구검사논문집」 제15집, 법무연수원, 707-708쪽.

○ 공조요청사항

- 인천지방검찰청은 99.3.10. 위 텐유호 실종사건과 관련하여 중국 공안기관에서 수사한 수사기록목록 상호교환을 요청하고 이어서 99.6.21. 수사기록 제공 및 위 알루미늄 매입자인 마이클XX에 대한 방문조사를 요청하였다. 그 이유는 위 이XX가 위 마이클XX 등과 공모하여 위 알루미늄 등을 해상강도한 것인가 여부를 규명하고 더 나아가 실종선원들의 생사확인을 위하여 요청한 것이다.

○ 공조사항

- 중국 외교부는 상호주의하에 이를 받아들여 99.4.13. 수사기록목록 상호교환이 이루어지고 이어서 인천지검의 주임검사, 수사요원 등 2명이 99.7.12. 부터 7.17.까지 중국 강소성의 공안기관을 방문하여 수사기록을 인계받고 위 마이클XX를 상대로 조사하였다. 이는 우리나라 검사가 외국에 파견하여 현지에서 직접 수사활동을 전개한 최초의 사례가 되었다.

▸ 대규모 메스암페타민 한국 경유 일본 밀수출 사건('99.4.15. 서울지검)(상대 국가의 검사가 수사협조를 위하여 방문한 사례)[55]

○ 사건개요

- 국내 폭력조직인 '신상사파' 조직원 구○○, 일본 폭력조직인 '스미요시파' 고위간부 양○○(다치가와 마쓰루), 부하 조직원 정○○(마쯔나미), 야쿠자 조직인 '송엽회' 간부 안도다케오, 조선족 장○○ 등은 메스암페타민 100㎏을 3억엔에 일본으로 밀반출키로 공모하여, '99.4.10.경 재첩으로 위장된 메스암페타민 100㎏을 묵호항을 경유, 같은달 13. 09:00경 일본 돗토리현 소재 사카이항에 도착시켜, 트럭에 하역하던 도중 장○○, 양○○의 부하 사사모또 도모유끼, 조선족 선원 4명 등이 일본 경찰에 검거되자, 당시 양○○, 정○○, 구○○은 대책을 논의, 구○○이 한화 20억원을 지급받고 혼자서 처벌받기로 약속한 뒤 한국으로 입국하여 양○○과 정○○이 서울지검에 '자신들은 재첩을 수입하기로 하였는데, 구○○이 속이고 재첩속에 메스암페타민을 숨겨서 밀반입하였다'라고 허위 제보

55) 대검찰청(2005), 2004년도 마약류 범죄백서, 248-249쪽.

○ 공조사항

- '99.4.16. 구○○의 자백을 받아 양○○과 정○○을 긴급체포, 구속 후 일본 대사관에 장○○ 사용 핸드폰 내역, 사사모또 도모유끼와 양○○의 관계, 송엽회의 존재여부 등 사실확인 요청 및 구○○ 관련 진술조서 사본 송부, 같은 달 22. 일본대사관으로부터 안도다케오가 송엽회 간부이고 과거 메스암페타민 밀수사실 관여 등 확인내용 통보, 같은달 30. 일본경찰이 구○○의 진술근거로 추궁하여 운송업자 2명을 밀수공범으로 체포하고, 양○○의 조직원 고야노유기시를 공범으로 수배
- '99.5.20. 일본경찰청 무라시다 약물과장 등 4명 및 같은 해 6.1. 도쿄지검 검사 오노 나오타가 외 1명 등 수사협조차 서울지검 방문
- '99.10.26. 사카이 지방검찰청 검사 고하라 고우찌 외 1명 방문, 구○○ 등에 대한 약 300문항 조사협조 의뢰, 조사시 참여
- 한국 검찰과 일본 경찰 및 검찰 공조로 '99.10.14. 양○○, 정○○, 구○○ 각 징역 7년, 5년, 6년 선고 및 일본에서 구속된 장○○, 도모유끼 등에 대한 완벽한 공소유지

■ 범죄취득물을 반환 받은 사례

▸ 특수절도 및 관세법위반 사건(형사사법공조를 통해 범죄취득물이 우리나라로 반환된 사례)[56]

○ 사건개요

- 피의자들은 2006.4.~2006.11. 한국에서 에쿠스 등 국내 고가차량 15대를 절취한 후, 이를 컨테이너에 적입하여 마치 중고 절단기 및 절단기 부품인 양 위장하여 중국으로 밀수출하였다. 부산지방검찰청에서 위 사건과 관련하여 차량절도·밀수출 조직을 검거하여 특수절도 및 관세법위반 혐의로 조사하였다.

56) 김경근(2011), "중국의 형사사법공조, 범죄인인도, 수형자이송에 관한 사례 연구",「국외훈련검사 연구논문집」제26집, 법무연수원, 488-489쪽.

○ 공조사항

- 중국 세관은 2006.11. 중국 대련항에 입항한 컨테이너선박에 은닉된 차량 1대가 한국에서 도난당하고 중국으로 밀수출된 차량임을 확인한 다음 위 차량을 압수하고 통관을 보류하였다. 2007.8. 부산지방검찰청에서 법무부를 통하여 중국 사법부에 위 차량의 반환을 요청하는 형사사법공조요청서를 제출하였다. 2007.12. 중국 사법부와 세관의 협조 아래 중국 대련항에서 피의자들이 범죄행위로 취득한 차량에 대한 반환조치가 이루어졌다. 이 형사사법공조는 형사사법 공조조약이 발효된 이후 동조약 제18조의 규정에 따라 최초로 이루어진 범죄취득물 반환 사건으로 그 의미가 있다.

상대 국가에서 조사한 자료를 받은 사례의 경우, 검사가 필로폰 운반책의 심문기록, 현장 CCTV 사진, 피의자 인적사항에 대한 자료 등을 송달받아 국내에 숨어있던 피의자를 검거 및 구속하는데 활용한 바가 있다.

우리나라 검사가 외국으로 직접 파견을 나간 사례의 경우, 외국으로 파견을 나간 검사가 외국 수사기관의 수사를 단순히 참관하는 것에 그치는 것이 아니라, 직접 수사기록을 인계받아 참고인을 현지에서 조사함으로써 외국에서 우리나라 수사기관이 직접 수사활동을 개시한 사례이다. 이는 당시 중국과의 형사사법공조조약이 체결되기도 전에 이행된 외국에서의 우리나라 수사기관의 수사라는 점에서 매우 파격적이고 진보적인 형태의 공조방식이었던 것으로 보인다(중국과 형사사법공조조약 체결: 1988.11.12, 발효: 2000.03.24.).

이와는 반대로 국외 검사가 수사협조를 위해 우리나라 검찰청에 방문한 사례가 있었다. 피고인 조사 당시 수사협조를 의뢰하고, 조사할 때 함께 참여하는 방식으로 진행되었으며, 이를 통해 각 피고인들에 대하여 징역이 선고될 뿐만 아니라 일본에서 구속된 피고인 등에 대한 공소유지까지 이어질 수 있었다.

형사사법공조를 통하여 중국으로 밀수출 된 고가의 국내 차량을 반환받았던 사례는 2000년 3월 24일에 발효된 「대한민국과 중화인민공화국간의 형사사법공조조약」 제18조에 해당하는 범죄취득물을 최초로 반환받은 경우에 해당한다.[57] '상호주의'라는

57) **「대한민국과 중화인민공화국간의 형사사법공조조약(중국, 제1516호)」 [발효일 2000.3.24.] 제18조**

형사사법공조의 기본원칙에 근거할 뿐만 아니라 형사사법공조조약이라는 구체적인 공조이행 규정을 기반으로 실행되었다는 점에서 그 의의가 있는 것으로 보인다.

나. 법원이 공조요청을 한 경우

법원이 상대 국가에 공조를 요청한 사례는 대부분 '증인'과 관련이 있다. 앞에서 살펴본 검사의 경우와 마찬가지의 방식으로, 상대 국가에서 작성된 증인신문조서를 송달받거나, 상대 국가에 체류하고 있는 증인을 소환하고자 소환장을 전달하여 요청하는 방식이다.

범죄현장 목격자인 증인에 대한 증인신문조서를 상대 국가로 하여금 작성하도록 하여 국내로 송달받은 사례가 있으며, 해외에 체류 중인 증인을 국내로 소환하기 위하여 상대 국가로 하여금 해당 증인에게 소환장을 송달해줄 것을 요청하였으나 보완요청 불이행으로 인하여 공조수사가 불발된 사례가 있다. 이와는 대조적으로 해외에서 이미 수형자 신분이 된 증인을 국내로 이송하여 공판정에 소환한 사례가 있다. 여기에서 언급한 사례들의 구체적인 내용은 다음과 같다.

■ 관련 서류를 송달받은 경우

▸외국에 대한 증인신문 요청(증인신문조서를 받은 사례)[58]

○ 사건개요

- 피고인 이○호는 1991년 8월 9일 06:00경 덴마크 코펜하겐에서 프랑스 노틀역까지 기차를 타고 가다가 위 기차가 독일 뒤셀도르프역 부근에 이르렀을 때, 동석 중인 피해자 안○아가 잠든 틈을 이용하여 동녀의 가방에서

범죄취득물

1. 요청이 있는 경우 피요청국은 범죄취득물이 그 관할권안에 존재하는지를 확인하도록 노력하여야 하고 요청국에 그 조사결과를 통보하여야 한다. 요청국은 그 요청을 함에 있어 그러한 취득물이 피요청국의 관할권안에 있을 것이라고 판단하는 근거를 피요청국에 통보하여야 한다.
2. 제1항에 따라 범죄취득물로 의심되는 것이 발견된 때에는 피요청국은 그러한 취득물에 대한 처분제한 및 몰수를 위하여 자국법상 허용되는 조치를 취하여야 한다.
3. 이 조를 적용함에 있어, 그러한 취득물에 대한 제3자의 법적 권리는 피요청국의 법에 따라 존중되어야 한다.
4. 몰수된 취득물을 관리하는 피요청국은 자국의 법에 따라 이를 처분하여야 한다. 피요청국은 자국의 법이 허용하는 한도안에서 몰수된 취득물을 요청국에 이송할 수 있다.

58) 백진혁/조균석(1992), 앞의 보고서, 114쪽.

미화 664달러를 절취한 혐의로 창원지방법원에서 재판계속중이었으며, 핀란드인 카프야는 당시 이를 목격한 목격자였다.

○ 공조요청사항

- 창원지방법원의 요청에 기하여 정부는 1992년 10월 핀란드정부에 위 카프야에 대하여 증인신문을 한 뒤 그 결과를 송부해 주도록 증인신문사항을 첨부하여 요청하였다.

○ 공조사항

- 위 요청에 기하여 핀란드 정부는 위 카프야로 하여금 창원지방법원에서 작성, 송부한 증인신문사항에 답변을 기재케 한 뒤, 주 핀란드 한국대사관의 확인을 거쳐 증인신문사항을 송부하였다.

■ **증인소환 관련 내용**

▸증인소환을 위한 소환장 송달을 요청한 사례① (공조수사 불발)[59]

○ 사건개요

- 피고인 이XX 등은 91.3.중순 중국 조선족교포 리XX 등 수명에게 한국에 입국시켜주겠다고 속여 이들로부터 입국경비명목으로 중국돈 6만원(한화 600만원) 상당을 편취한 것이다.

○ 공조요청사항

- 법원행정처에서는 97.7.16.부터 9.16.에 걸쳐 중국에 거주하는 리XX 등 피해자 6명에 대한 증인소환을 위한 소환장 송달을 요청하였다.

○ 공조사항

- 중국 외교부는 98.11. 공조요청서상의 증인신문관련 사건의 개요, 법률규정, 피고인의 국적, 증인과 본건과의 관계(증언의 필요성), 여비 이외에 증인이 수령할 수 있는 기타 보조금에 대한 설명 등 보충자료를 제공하여 줄 것을 요구하며 공조요청서를 반송하였고 그 후 법원행정처에서는 이를 보완하지 아니한 채 재공조요청을 하지 않았다.

---

59) 정성윤(1998), 앞의 논문, 708쪽.

▸ 증인소환을 위한 소환장을 송달을 요청한 사례② (공조수사 불발)[60]

○ 사건개요

- 서울남부지방법원은 피해자를 기망하여 미화 98,000달러를 편취한 사기 사건과 관련하여 사건의 정확한 진실규명을 위하여 중국에 거주하고 있는 증인의 진술이 필요하다는 사유로 중국에 형사사법공조를 요청하였다. 그 절차와 관련하여 법원행정처는 법무부를 통하여 중국 사법부에 중국에 살고 있는 증인에게 증인소환장을 송달해줄 것과 그 송달 또는 송달불능 사실을 증명하는 서류를 발급해줄 것을 요청하였다.

○ 공조사항

- 증인소환장 송달과 관련된 위 형사사법공조요청과 관련하여 중국 사법부에서는 공조요청서에 증인에 대한 중국에서의 신분, 주소, 사진 등에 관한 구체적인 정보를 제공하지 않아 중국 측에서 증인을 찾을 방법이 없고, 증인과 본 사안의 관련성에 대한 내용을 제공하지 않고 있어 요청사항과 사안과의 관련성이 충분하지 않으므로 이를 보완해달라고 요구하였다. 실제 우리나라가 중국에 요청하는 형사사법공조의 다수를 점하고 있는 공조내용은 법원에서 재판 중 증인신문을 위하여 중국에 거주하고 있는 증인에 대한 출석요구를 하면서 증인소환장 송달을 의뢰하는 것이다. 하지만, 증인소환장에 기재되어 있는 장소에 증인이 거주하지 않는 경우가 많고 증인의 소재파악이 상당히 어려워 실제 우리나라 법정에 증인이 출석하는 경우는 상당히 드문 실정이다.

▸ 일본 동경에서 강도 범행을 저지르고 우리나라로 도주한 피고인들에 대한 강도상해 등 사건(2007.3.)(수형자인 증인을 이송한 사례)[61]

○ 사건개요

- **경찰단계:** 2010.7. 서울도봉경찰서 형사과 형사2팀에서는 정보원으로부터 피의자 김XX과 피의자 박XX가 문OO 등 공범 2명과 함께 2007.3.경 일본에서

60) 김경근(2011), 앞의 논문, 489-490쪽.

61) 정광일(2012), "국제수형자증인 이송의 실제 사례와 외국에서 수집된 증거의 증거능력", 「형사소송 이론과 실무」 제4권 제1호, 한국형사소송법학회, 219-231쪽.

부유층이 거주하는 곳의 가정집에 침입하여 일본인들을 상대로 강도 범행을 저지르고 공범들은 일본에서 잡혀 복역하고 있는데 피의자들만 한국으로 도주하였고 중국에서도 상습적으로 주거침입절도를 하고 있다는 첩보를 입수하여 피의자들에 대한 수사에 착수하였다. 서울도봉경찰서는 서울지방경찰청 외사과를 통해 일본 경시청에 국제공조수사를 요청하여 일본 경시청으로부터 일본 형무소에 수형중인 문OO과 박OO에 대한 수사 자료를 넘겨받았다. 경찰이 일본으로부터 송부받은 자료는 피의자들에 대한 일본 동경간이재판소 재판관 발부 체포장(체포영장), 일본 동경지방검찰청 검찰관의 추기소장(공소장), 현행범인체포수속서(현행범인체포서), 일본 경찰 작성의 공술조서(피의자신문조서), 사진촬영보고서, 피해자 피해품 신고서, 피해자들에 대한 진단서, 피해자들의 공술조서(진술조서), 피해자 부상부위 촬영보고서, 증거품사진촬영보고서, 피해상황사진촬영보고서(범행재현 검증조서) 등이 있었다. (…)

- **공판단계:** 공소제기시 확보된 증거로는 피고인들에 대한 수사기관의 피의자신문조서와 경찰에서 확보한 일본 경찰의 공범들에 대한 공술조서(피의자신문조서) 등이 있었다. 그런데 피고인들은 최초 경찰 조사 당시에는 공범 문OO 등을 알지 못한다고 부인하였다가 이후 공범 문OO으로부터 범행 제의를 받았으나 거절하였다는 취지로 진술을 일부 번복하였고, 검찰로 구속 송치된 이후에도 같은 주장을 반복하였기 때문에 피고인들에 대한 우리나라 수사기관의 피의자신문조서는 별다른 증거가 되지 못하였다. 한편 피고인들의 변호인은 검사가 제출한 증거에 대해서 다음과 같이 증거인부 의견을 제출하였다. (…)

  재판부는 일본 경찰 작성의 공범들에 대한 공술조서(피의자신문조서)에 대해서는 형사소송법에서 규정하고 있는 사법경찰관 작성의 피의자신문조서와 같이 취급하여 피고인들이 증거로 사용하는데 부동의하였으므로 그 증거능력을 부여 할 수 없다고 판단하였다. (…)

  피고인들은 2011년 1월 14일 제1회 공판기일에 공소사실을 전부 부인하였으며 당연히 증거능력이 인정되는 증거들(출입국조회나 피고인들에 대

한 전과사실과 관련된 판결문사본, 범죄경력조회 등)과 범행을 부인하는 내용만 기재되어 있는 사법경찰관과 검사가 작성한 피의자신문조서 등에 대해서만 동의하였고 일본 경찰이 작성한 서류 중 앞에서 살펴본 바와 같이 피고인들에게 불리한 증거들은 모두 부동의하였다. (…)

○ 공조요청사항

- **형사사법공조를 통한 증인 소환 결정:** 위와 같이 제출된 증거들 중 일본 경찰 작성의 공범들에 대한 공술조서(피의자신문조서)의 증거능력이 인정되지 않았기 때문에 공소사실을 입증하기 위해서는 공범들의 법정 증언이 반드시 필요한 상황이었다. 이를 위해 우선 공범 문OO과 박OO이 현재도 일본에 수형중인지 법무부를 통해 확인하여 공범 문OO은 일본 요코하마 형무소에, 다른 공범 박OO은 일본 오사카 형무소에 각각 복역 중이라는 사실을 파악하였다. 재판부에서는 피고인들의 구속기간 만료가 임박하여 부득이 석방할 수밖에 없으므로 불구속 상태에서 재판하되, 국제형사사법공조법 및 우리나라와 일본이 체결한 형사사법공조조약에 따라 일본에 수형중인 공범들을 증인으로 소환하기로 결정하였다.
- **형사사법공조요청 협의:** 우리나라의 국제형사사법공조법 제33조에 의하면 법원이 형사재판에 필요한 경우 법원행정처장에게 공조요청서를 송부할 수 있도록 규정하고 있다. 이에 따라 재판부는 2011.6.경 서울북부지방법원 제13형사부 재판장 명의로 일본 형무소에 복역 중인 수형자 문OO과 박OO을 피고인들에 대한 강도상해 등 피고사건의 증인으로 이송하는데 공조해달라는 내용의 형사사법공조요청서를 법원행정처와 법무부를 통해서 일본 법무성으로 증인소환장과 함께 송부하였고, 그 무렵 수형자들에게 증인소환장은 송달되었다. 그런데 일본 측에서는 형사사법공조요청서의 주체는 법원이 아닌 검사가 되어야 한다는 이유로 서울북부지방검찰청 검사 명의로 수형자증인의 이송이 필요한 이유를 기재한 형사사법공조요청서를 작성하여 법무부를 통해 일본 측에 전달하기로 결정하였다. 그러나 일본에서도 형사사법공조를 통해 자국의 형무소에 복역 중인 수형자를 실제로 외국의 재판에 증인으로 이송해 준 전례가 없었고, 수형자를 관리하고 있는 교정당국 등 관계 기관의 협조를

구하는데 상당한 기간이 소요되므로 2011.12.16.에는 수형자증인을 우리나라로 이송해주기는 어렵고 2012.2.경에는 수형자증인을 이송해줄 수 있다는 답변이 있어 부득이 재판일정을 조정하기로 하였다.

- **형사사법공조이행 결정:** 위와 같이 일본 측과 협의한 사항을 바탕으로 재판부는 2012.2.3. 증인신문기일을 지정하였다. 이에 서울북부지방검찰청 검사는 2012.1.9. 수형자인 문OO과 박OO을 2012.2.3. 14:00 서울북부지방법원에서 피고인 김XX와 피고인 박XX에 대한 강도상해 등 사건의 증인으로 신문할 수 있도록 이송해달라는 내용의 형사사법공조요청서를 법무부에 송부하였으며, 2012.1.19.경 일본 측으로부터 박OO은 법원의 증인 소환에 응하지 않았고 문OO만 우리나라로의 이송에 동의하였기 때문에 1인만을 수형자증인으로 이송해주겠다는 형사사법공조이행 확약에 대한 통지가 있었다.

  한편 수형자증인 인수는 외국에서 범죄인을 인수하는 절차에 준하여 사전에 구속영장을 준비하여 신병을 인수하기 때문에 지방법원으로부터 구속영장을 발부받아야 했다. 국제형사사법공조법 제10조에 의하면 외국에서 구금되어 있던 사람이 공조에 따라 대한민국에 인도되는 경우에는, 공조목적을 이행한 후 그 사람을 다시 외국으로 송환하기 위하여 공조요청한 곳을 관할하는 지방법원 판사가 발부한 영장에 의하여 구속할 수 있으며, 송환을 위한 절차는 범죄인인도법 제2장 제3절 및 제4절을 준용하도록 하고 있다. 위와 같은 국제형사사법공조법 규정에 따라 수형자증인을 성동구치소에 구속하기 위해 검사는 2012.1.27. 서울북부지방법원에 수형자증인 문OO에 대한 구속영장을 청구하여 같은 날 구속영장을 발부받았다.

- **수형자증인의 이송 계획:** 수형자증인 호송 일정은 다음과 같았는데 출발 당일 새벽에 눈이 많이 내리고 갑자기 날씨가 추워 일본으로 향하는 항공편이 정상적으로 운행될 수 있을지 걱정이었으나 다행히 항공기 운항에는 커다란 문제가 없었다. 일본으로부터 형사사법공조이행의 확약 통지가 있은 후 구체적인 이송계획을 수립하였고, 2012.1.20. 호송을 위한 항공편을 법무부에서 예약하였으며 수형자증인을 구금하는 성동구치소에도 문OO에 대한 수형기록부를 별도로 준비해주도록 요청하였다. 성동구치소에 준비를 요청한 문OO에 대한 수형기

록부와 관련 서류는 문OO이 우리나라에 구속되어 있는 기간은 일본에서 선고받은 형의 복역기간에 산입되어야 하기 때문에 이를 증명하기 위해 반드시 필요한 자료였다. (…)

○ 공조사항

- **증인신문:** 재판부는 2012.2.3. 14:00 서울북부지방법원 501호 법정에서 증인신문절차를 진행하였는데 수형자 증인은 피고인들의 퇴정을 요구하여 피고인들이 없는 상태에서 증인신문을 계속하였다. 피고인들에 대한 공소사실을 입증할 수 있는 증거로는 일본재판소의 공범들에 대한 판결문 외에는 수형자 증인의 증언이 유일한 증거였기 때문에 피고인들과 강도범행을 공모한 사실, 일본에 입국하게 된 이유, 강도범행 도구의 준비, 피해자의 집에서 구체적으로 분담했던 역할과 실행행위 등의 세밀한 부분까지 질문하였다. 검사의 주신문에 대해서 수형자증인 문OO은 일본 경찰 조사에 진술한 내용과 부합하게 진술하였으며, 피고인들이 우리나라 수사기관에 문OO에 대해 진술한 부분과도 대부분 일치하였다.

  다만 피고인들에 대한 최초 공소사실은 피고인 김XX이 일본에서의 강도범행을 주도하였고, 피해자 고테라키요에 대해서도 상해를 가했다는 것이나, 수형자증인 문OO은 자신이 처음부터 강도 범행을 제의하였으며 일본에서의 범행도구 준비와 범행 대상 주택을 물색하고 실행행위의 분담시키는 등 범행을 주도하였다고 증언하였으며, 피해자 고테라키요는 도망치는 과정에서 창문에 부딪혀 무릎 등에 타박상을 입은 것이라고 진술하였다.

  검사의 주신문이 끝난 후 변호인의 반대 신문 절차 과정에서 문OO은 자신의 증언으로 피고인들이 처벌받게 된다는 것을 알게 되자 변호인의 반대신문에 대해서는 진술을 거부하겠다고 하여 변호인들이 당황스러워하는 상황이 발생하였다. 한편 주한 일본대사관 나가노 신지 1등서기관(검찰관)과 일본 법무성 직원1인이 수형자증인 문OO에 대한 증인 신문 과정을 참석하여 방청하였다.

- **판결 선고 결과:** 재판부에서는 피고인 박XX을 마약류관리에관한법률위반(향정)으로 별건 구속할 수 있었지만 피고인 김XX에 대한 1심 법정 구속기

> 간이 2일 밖에 남지 않아서 선고를 위해 변론을 종결하고 새로운 기일을 지정하는 경우에는 피고인들이 불출석할 우려가 극히 높아 피고인들에 대한 보석 결정을 직권으로 취소하고 구속된 상태에서 재판을 진행하였다.
>
> 수형자증인에 대한 증인신문 절차를 종료한 후 검사는 공소사실을 수형자증인의 증언에 부합하게 일부 수정하여 공소장 변경신청을 하였고, 재판부는 공소장 변경을 허가한 다음 2012. 2. 3. 20:00 피고인들에 대한 공소사실 전부에 대해서 유죄를 인정하고 피고인 김XX에 대해서는 징역 4년, 피고인 박XX에 대해서는 징역 5년 및 추징금 220만원을 각각 선고하였다.

우리나라 국민이 외국에서 범한 범죄에서 이를 목격한 증인(외국인)에 대한 증인신문조서를 작성한 사례에서는 핀란드와의 형사사법공조조약이 체결되기 훨씬 이전부터(체결: 2011.09.29, 발표: 2011.12.29.) 상호주의 원칙 하에서 증인신문조서 작성 요청이 가능했다는 점, 증인신문조서 작성시 들어가야 할 내용을 서면으로 작성하여 핀란드 정부에 요청했다는 점을 특징으로 꼽을 수 있을 것이다.

한편, 외국에 체류하고 있는 증인을 소환하기 위해 우리나라 법원이 중국정부로 하여금 해당 증인에게 소환장을 송달해 줄 것을 요청하였으나 불발된 사례의 경우, 이후 중국에서 공조요청 사항에 대하여 보완자료를 요구하였으나 우리나라에서 이에 불응하여 공조가 이루어지지 않았다는 공통점을 가지고 있다. 중국에서 증인의 소재를 파악하기가 쉽지 않다는 국가적인 특성을 고려해야 할 필요성 및 증인신문조서를 송달받는 것과 달리 증인 자체가 양국을 오고간다는 것에는 증인과 해당 사건 사이의 높은 관련성 및 증언 필요성이 요구될 수밖에 없다는 점을 내포하고 있는 것으로 보인다. 따라서 증인을 소환하는 경우에는 증인신문조서를 송달받는 것과는 다른 별개의 절차가 필요함을 확인할 수 있다.

이러한 필요성이 충족된 경우 증인을 국외에서 국내로 이송하는데 성공한 사례가 있다. 바로 수형자인 증인이 국외에서 국내로 이송되어 법정에 출정한 사례이다. 위의 사례와 비교해보자면, 일단 본 사건의 공범인 증인이 일본에서 수형자였다는 점에서 증인의 소재가 확실한 상황이었으며, 우리나라와 일본 사이에 형사사법공조조약이 2006년 1월 20일에 체결되어 2007년 1월 26일에 발효되었다는 점에서 본 형사사법공

조시에는 수형자인 증인을 이송할 구체적인 근거도 마련된 상태였다. 대조적인 결과를 이끌어낸 사례들로 미루어보아, 해당 증인을 소환할 때에는 해당 증인의 소재 파악 및 국내 소환에 대한 근거 마련이 필수적인 것으로 보인다.

2. 우리나라가 피공조요청국인 경우

가. 검사가 공조요청을 받은 경우

우리나라가 상대 국가로부터 형사사법공조 요청을 받는 피공조요청국인 경우에 검사가 공조요청을 받아 진행한 방식으로는 관련 서류를 상대 국가에 송달해주거나, 상대 국가의 수사기관이 우리나라로 파견을 나와 직접 수사절차에 입회하는 사례가 대부분이었다.

사건 관련 서류를 상대 국가에 송달해준 경우로는 피고인과 관련된 은행거래 자료 및 증인인 은행직원에 대한 진술조서를 작성하여 송부하거나(증거보전절차상의 증인신문), 참고인 진술조서를 작성하여 송부한 사례, 피의자의 소재를 파악하는 것뿐만 아니라 참고인 진술조서 등을 상대 국가에 송부한 사례, 피의자 신문조서 및 참고인 진술조서를 작성하여 상대 국가에 송달할 뿐만 아니라 상대 국가의 수사기관으로 하여금 증인신문기일에 방청하도록 한 사례가 있다. 또한, 상대 국가의 수사기관이 우리나라로 직접 파견을 나와 입회한 사례도 있었는데, 여기에는 피해자 진술조서 및 참고인 진술조서 작성시 상대 국가의 검사가 직접 입회하거나, 수사기록목록을 상호 교환하고 상대 국가의 수사관이 직접 우리나라를 방문하여 수사한 사례가 있었다. 여기에서 언급한 사례들의 구체적인 내용으로는 다음과 같다.

■ 관련 서류를 송달한 경우

▸ 은행기록 등 송부(피고인 관련 은행거래자료 및 증인(은행직원)신문조서를 작성하여 송부한 사례)[62]

62) 백진혁/조균석(1992), 앞의 보고서, 114-115쪽.

○ 사건개요

- 백○수은 하와이를 거점으로 한 필로폰 밀매조직의 일원으로 조직의 자금을 관리해 오다가 1991년 11월 7일 필로폰 16㎏을 밀매하려다가 적발되어 마약법 위반은 물론 미국의 은행비밀법상의 현금거래보고의무를 회피하기 위하여 분산거래를 한 혐의로 1992년 3월 12일 하와이 주 미연방대배심에 의해 기소되었다.

○ 공조요청사항

- 미국 정부는 1992년 6월 5일 위 백○숙은 조직의 자금노출을 피해 미국 달러를 가지고 내한하여 국민은행에서 총 129,400 달러로 자기앞수표를 매입하여 한국의 친척으로부터 받은 것처럼 위장하여 미국에 반입하였으니, 이와 관련된 동녀의 은행거래기록 및 수표매입신청서의 제출과 아울러 동자료의 인증과 관련하여 은행직원의 법정진술을 취득하여 송부하여 줄 것을 상호보증과 함께 요청하였다.

○ 공조사항

- 법무부장관은 위 요청을 응락한 뒤 서울지방검찰청 검사장에게 공조를 실시하도록 하였다. 이에 따라, 서울지방검찰청 검사는 동녀와 관련된 은행관련자료(거래한 사실이 없어 거래기록은 송부치 못함)를 수집하고, 은행직원에 대하여 증인신문(증거보전절차에서의 증인신문형식)을 한 뒤 은행관련자료와 증인신문조서를 송부하였다.

▸ 진술조서작성 송부요청건(참고인 진술조서를 작성하여 송부한 사례)[63]

○ 사건개요

- 호북성인민검찰원은 혐의자 주XX(호북성 연초전매국 국장)을 수뢰죄로 조사하던 중 97.6.5. 동인의 집에서 중국돈 144만원(한화 1억 4천 4백만원) 상당의 주식과 예금통장이 발견되어 이를 추궁한 결과 이중 30여만원(한화 3천만원) 상당을 한국에 거주하는 처오빠인 왕XX로부터 받은 것이라고 변명하였다.

---

63) 정성윤(1998), 앞의 논문, 710쪽.

○ 공조요청사항

- 최고인민검찰원은 중국 외교부를 통해 98.10. 국내에 거주하는 왕XX와 그 아들들을 상대로 동인들이 위 주XX의 아내에게 자금을 교부한 경위에 대한 조사를 요청하였다.

○ 공조사항

- 한국 외교부는 상호주의에 의하여 법무부를 통해 서울지검에 송부하였고 서울지검은 98.10.12. 이들에 대한 조사를 완료하여 진술조서 2부를 송부하였다.

▸ 중국인 피의자 이○○ 횡령 사건(피의자 소재파악 및 참고인 진술조서 등 관계서류를 송부한 사례)[64]

○ 사건개요

- 피의자는 중국인으로 중국해운그룹(중국 상하이 소재)의 한국총대리점인 중국해운(한국)주식회사의 경리로 근무한 사람인 바, 2004.2.~2008.1. 서울에 있는 위 중국해운(한국)주식회사에서 회사자금 약 644억원 상당을 횡령하였다. 피의자는 서울에 있는 위 중국해운(한국)주식회사에서 경리로 근무하면서 거액의 공금을 횡령하였고 강원랜드 카지노에서 위 횡령한 자금을 사용하여 피의자에 대한 증거자료가 대부분 한국에 있었다. 이에 중국 공안기관이 본 사건 수사를 진행하고 해결하기 위하여 한국에 거주하고 있는 피의자의 소재파악, 참고인 조사 및 관련 금융자료 등에 관한 조사가 필요하였다.

○ 공조사항

- 중국 사법부는 이 사건과 관련하여 2008. 5. 우리나라 법무부에 양국 사이에 체결된 형사사법공조조약에 따라 형사사법공조를 요청하였다. 중국 사법부의 공조요청 내용은 피의자의 소재파악, 피의자의 횡령범행과 관련된 금융자료 등 증거자료 제공, 참고인들의 진술청취 등이었다. 우선 피의자의 소재파악과 관련하여, 중국해운그룹본사에서 서울중앙지검에 피의자를 상

64) 김경근(2011), 앞의 논문, 487쪽.

대로 고소한 사건에 대하여 서울중앙지검에서 이미 수사에 착수하였으나 2008.6. 피의자의 소재가 불명으로 확인되어 체포영장을 발부받아 기소중지한 사실을 중국 사법부에 통보하였다. 그리고 서울중앙지검에서 피의자에 대한 위 고소사건과 관련하여 이미 수사한 내용, 즉 참고인들의 진술을 청취한 진술조서 및 금융계좌 추적 등을 통하여 확보된 자료를 중국 사법부에 송부해주었다.

▸ STX 조선 사칭 취업사기 사건(피의자 신문조서·참고인 진술조서를 송달 및 외국 수사기관이 증인신문기일에 방청한 사례)[65]

○ 사건개요

- 피의자 여00(한국인, 한국 도피), 피의자 이00(한국인, 중국 흑룡강성 목단강시간수소에 구속 수감)은 공모하여 2006년경부터 중국 흑룡강성에서 취업에 필요한 서류를 위조하고 위조서류를 행사하는 방법으로 STX조선사 취업을 빙자하여 위 흑룡강성에 살고 있는 중국인 피해자 790명으로부터 한화 약 12억원을 편취하였다. 이 사건과 관련하여 피의자 여00은 2009.2.7. 한국에서 체포되어 사기혐의로 구속기소 되었고 공범인 피의자 이00은 2008.7.3. 중국 공안기관에 체포되고 2008.8.8. 구속되어 수사 중에 있었다.

○ 공조사항

- 중국 공안기관은 중국에서 수사 중인 피의자 이00에 대한 증거자료를 수집하기 위하여 중국 사법부를 통하여 우리나라 법무부에 형사사법공조를 요청하였다. 이에 대하여 공범 여00을 기소한 창원지방검찰청에서 공범 여00과 참고인 등 3명에 대해 조사한 피의자신문조서 및 진술조서를 중국 사법부에 송달해주었다. 그리고 창원지방검찰청은 한국에 파견된 중국 공안부 수사팀으로 하여금 창원지방법원에서 진행한 증인신문기일에 출석하여 방청하도록 편의를 제공하였다. 또한, 피의자 여00가 취업사기로 편취한 금원 중 우리나라 수사기관에서 압수한 약 4억 5천만원을 창원지방검찰청에서 피해

65) 김경근(2011), 앞의 논문, 488쪽.

자환부 형식으로 중국 측에 반환하여 취업사기를 당한 중국인들의 피해를 회복하는데 도움을 주었다.

■ 외국 수사기관이 입회한 경우

▸ 외국수사관참여 하의 진술조서 작성 및 수사자료 송부(피해자 진술조서 및 참고인 진술조서 작성시 외국 검사가 직접 입회한 사례)[66]

○ 사건개요

- 일본의 폭력조직인 아라이組의 하부조직의 두목인 다메히로·마사히꼬 등은 1988년 7월 12일 일본 히로시마역에서 신간센 열차에서 내리던 아라이組 두목 박○규의 부하 외에 부근을 지나던 피해자 김○규 등에게 상해를 가한 혐의로 히로시마지방검찰청에서 살인미수, 총포도검류소지등단속법위반 등으로 기소되어 공판계류중이었다. 피해자 김○규는 당시 단기교육연수 목적으로 방일중이었는데, 위 사건으로 전치 3개월의 흉복부관통상을 입고, 1차로 일본 히로시마병원에서 수술을 받은 뒤 귀국하여 마산고려병원, 한양대부속병원에서 치료를 받았다.

○ 공조요청사항

- 일본 법무성은 1992년 5월 위 공판의 보충조사로서 ① 피해자 김○규에 대하여 사고당시의 상황 및 상해정도에 관하여, 치료의사들에 대하여 위 김○규의 치료상태에 관하여 각 조사하여 줄 것을 요청함과 동시에 ② 동조사시에 히로시마지방검찰청의 검사가 입회할 수 있도록 요청하였다.

○ 공조사항

- 법무부는 상호주의의 보증 하에 일본의 공조요청을 응락하여, 서울지방검찰청 및 창원지방검찰청의 검사로 하여금 피해자 김○규와 치료의사를 상대로 각 진술조서를 작성케 한 뒤에 1992년 7월 외무부를 통하여 당시 작성한 진술조서 등 수사자료를 일본에 송부하였으며, 검찰조사시에 일본 히로시마지방검찰청 공판부장검사 외 1명이 방한하여 입회하도록 허용하였다.

---

66) 백진혁/조균석(1992), 앞의 보고서, 111-112쪽.

▸ 텐유호 사건 관련(수사기록목록 상호교환 및 외국 수사관이 직접 방문하여 수사한 사례)[67]

○ 사건개요

- 피의자 마이클XX는 위 텐유호 사건으로 중국 강소성 공안기관에서 장물취득 혐의로 불구속상태에서 조사중이다.

○ 공조요청사항

- 중국 공안부는 99.3.11. 한국의 외교부를 통한 인천지방검찰청의 수사기록목록 상호교환요청을 받고서 이에 응한 다음, 99.7.12.부터 7.17.까지 한국측에게 수사기록 제공 및 방문조사를 허용하였고, 이어서 상호주의에 의해 중국 역시 수사팀을 구성하여 한국을 방문, 위 이XX에 대한 수사기록을 제공받고 동인에 대한 직접조사를 요청하였다. 그 이유는 한국측의 공조요청과 마찬가지로 위 이XX의 해상강도 주범여부 규명과 실종된 중국선원들의 생사확인을 위하여 요청한 것이다.
- 한국 외교부는 상호주의에 의해 이를 받아들여 99.4.13. 수사기록목록을 상호교환하였으며 이어서 99.8.7.부터 8.13.까지 중국 수사관 6명이 인천지검을 방문하여 수사기록을 인계받고 위 이XX를 상대로 조사를 마쳤다.

주로 피고인의 소재 파악, 피고인과 관련된 국내 자료, 검사가 작성한 참고인 진술조서를 상대 국가에 송달하는 형태로 이루어지고 있음을 알 수 있다. 공조요청의 경로는 대부분 법무부에서 사건과 관련된 검찰청에 배분하는 형태로 운영되고 있는 것으로 보인다. 즉 한국 외교부가 법무부에 전달하거나 상대 국가의 정부가 직접 우리나라 법무부로 형사사법공조를 요청하면, 법무부에서 해당 사건과 관련이 있는 각 검찰청에 전달함으로써 형사사법공조가 이루어지고 있는 상황이다. 그래서 검사가 피고인과 관련된 국내 금융자료 등을 조사하여 송달해주거나, 상대 국가에서 요구하는 참고인에 대하여 진술조서를 작성하거나 혹은 이미 작성된 피의자 신문조서나 참고인 진술조서 등을 상대 국가에 송달하는 사례가 대부분이었다.

수사와 관련된 서류를 송달하는 것뿐만 아니라 외국의 수사기관이 우리나라에 직접

67) 정성윤(1998), 앞의 논문, 709-710쪽.

방문하여 참가한 사례도 있다. 피해자 및 참고인이 진술조서를 작성할 때 상대 국가의 검사가 직접 입회를 요청하여 이를 허용한 경우가 있었다. 그리고 중국에서 수사관 6명이 수사기록목록 인계 차원에서 우리나라로 방문하는 것에 그치는 것이 아니라 직접 참고인을 조사하는 단계까지 나아간 사례도 있다.

나. 법무부가 공조요청을 받은 경우

캐나다 형법 제712조에 의거하여 해외에서 증거를 수집하기 위하여 재판담당법원이 임명한 특별위원회[68]가 법무부에 공조요청을 하여 우리나라로 파견을 나와 직접 관련 증인들을 신문하여 증인신문조서를 작성한 사례가 있다. 자세한 내용은 다음과 같다.

▸ 외국관헌의 우리나라에서의 증인신문(외국 특별위원회가 우리나라에서 직접 증인(관세청직원/마약수사관/마약분석관)신문을 한 사례)[69]

○ 사건개요

- 김○수는 캐나다 영주권을 가진 교포로서 1988년 6월 11일 김포발 캐나다행 대한항공여객기편으로 필로폰 2kg을 멸치봉투 속에 넣어 밀수출하려다 출국 검사장에서 세관검사원에게 검거되어 미수에 그친 범죄사실로 1988년 11월 4일 서울형사지방법원에서 징역 2년의 형을 선고받았다. 그 후, 김○수의 공범인 백모 등 9명이 마약소지 등의 혐의로 캐나다에서 검거되어 재판계속중이었다.

○ 공조요청사항

- 캐나다 정부는 1988년 11월 17일 최초 위 김○수를 검거한 한국세관공무원을 캐나다 법정에 증인으로 출석시켜 줄 것과 압수된 마약샘플 1온스를 캐나다에 송부해 줄 것을 요청하였다가, 우리나라에서 증인출석에 대하여 난색을 표명하자 다시 캐나다의 특별위원회(ad hoc commission)가 방한하여 직접 증인신문을 할 수 있도록 요청하였다.

---

68) 백진혁/조균석(1992), 앞의 보고서, 113쪽 각주 297번.
69) 백진혁/조균석(1992), 위의 보고서, 112-113쪽.

○ 공조사항

- 법무부는 캐나다의 상호보증 하에 위 요청을 응락하였다. 이에 따라, 1989년 7월 10일부터 7월 13일까지 특별위원회 소속 수탁판사 1명, 검사 2명, 변호인 3명, 법정서기 1명이 방한하여 시내 모호텔에서 우리나라 관세청직원 3명, 마약수사관 2명, 보사부 마약분석관 1명 등에 대하여 조사를 행하였다. 동조사는 사전에 캐나다 검사가 증인들과 면담을 하고, 수탁판사의 개정선언과 통역인선서, 증인선서, 검사의 주신문, 변호인의 반대신문, 수탁판사의 폐정선언의 순으로 진행되었다.

위 사례의 경우 캐나다와의 형사사법공조조약이 체결(1994.04.15.) 및 발효(1995.02.01.)되기 한참 전에 이행된 공조수사임에도 불구하고 특별위원회를 파견하는 형태의 매우 진보적이고 파격적인 모습을 보여주고 있다. 또한 본 사례의 경우 캐나다로부터 처음 공조를 요청받은 사항은 증인(관세청직원 3명, 마약수사관 2명, 보건사회부 마약분석관 1명)의 캐나다 법정 출석이었다. 이에 대해서 우리나라 법무부가 난색을 표하자 특별위원회에 의한 증인신문이라는 방식으로 선회한 것인데, 이행하기 어려운 증인소환 방식 보다는 외국 수사기관에 의한 증인신문조서 작성이라는 우회적이지만 진보적인 방법으로 이루어졌다는 것에 그 의의가 있는 것으로 보인다.

3. 소결

국제범죄수사에서의 증거수집과 관련된 사례를 분석한 결과, 내용적인 측면에서는 양국의 형사사법공조 이행에 있어서 주로 참고인·증인과 관련된 내용이 대부분이었다. 그리고 방법적인 측면에서는 증인이 직접 양 국가를 이동하는 것보다는 증인신문조서를 작성하여 송달하는 방식으로 대부분 이행되고 있음을 확인할 수 있었다. 이에 대하여 3가지로 나누어 정리하면 다음과 같다.

먼저 우리나라가 공조요청국인 경우와 피공조요청국인 경우를 나누어 살펴보고자 한다. 먼저 수사 관련 자료나 조서 등을 주고받음에 있어서는 제한 없이 이루어지고 있는 것으로 보인다. 그러나 증인을 소환하는 사항에 대해서는 상반적인 태도를 보여

주고 있다. 먼저 우리나라가 공조요청국인 경우에는 우리나라 법원이 해외에 체류 중인 증인을 소환하기 위하여 소환장 송달을 요청하였으나 받아들여지지 않은 사례가 다수 있었다. 증인소환에 대한 상대 국가의 이러한 '소극적'인 태도는 우리나라가 피공조요청국인 경우에도 똑같이 나타나고 있다. 즉 우리나라가 증인소환을 요청받은 경우에도 마찬가지로 소극적인 태도를 보여주고 있기 때문이다. 따라서 주로 피의자신문조서나 참고인 진술조서 등 '조서' 형태의 증거자료가 적극적으로 이용되고 있는 것으로 보인다.

다음으로 각 기관별로 살펴보고자 한다. 먼저 '검사'의 경우에는 우리나라가 공조요청국 또는 피공조요청국인 경우와 구별 없이, 주로 피고인의 소재나 금융기록과 같이 피고인과 전반적으로 관련이 있는 자료들을 요청하거나 요청을 받고 있는 것으로 보인다. 또한 피고인신문조서·피해자진술조서·참고인진술조서 등과 같이 주로 '조서' 등의 송달 대부분이 '검사'를 통해서 진행되고 있음을 알 수 있다. 그리고 이렇게 '검사'를 통해서 대부분의 각종 조서의 송달이 이루어지고 있는 근저에는 상대 국가의 수사기관에 직접적으로 공조요청을 하는 것이 아니라, 외교부나 법무부를 통해서 공조가 이루어진다는 점이 한 몫을 하는 것으로 보인다. 형사사법공조를 요청하거나 요청을 받는 중심에는 '법무부'가 있어, 법무부를 통해서 요청을 하거나 각 검찰청으로 요청을 받는 사례가 대부분이었기 때문이다.

이렇게 형사사법공조요청 자체가 우리나라 외교부나 법무부를 통해서 들어오는 사례가 상당수인 상황에서 우리나라가 피공조요청국일 때에 '법원'이 담당 기관으로 등장하는 사례는 없었으며, 우리나라가 공조요청국일 때에만 '법원'이 공조요청 기관으로 등장하였음을 발견할 수 있었다. 또한, '조서' 중심의 공조요청을 다루었던 검사와 달리, '법원'의 경우에는 직접적으로 증인을 '소환'하는 기관으로 등장하였다는 점에서 차이점을 발견할 수 있다.

마지막으로, 각 국가 간에 『형사사법공조조약』을 체결하기 전·후를 중심으로 살펴보고자 한다. 각 국가 간에 형사사법공조조약이 체결되기 전에는 대부분 '상호주의' 원칙을 통해 공조수사가 진행된 것으로 보인다. 우리나라의 경우에도 1991년 3월 8일에 제정되어 그 해 4월 8일에 시행된 『국제형사사법공조법』 제4조에서 상호주의("공조조약이 체결되어 있지 아니한 경우에도 동일 또는 유사한 사항에 대하여 대한민국의

공조요청에 응한다는 요청국의 보증이 있는 경우에는 이 법을 적용한다.")를 규정하고 있어, 상대 국가와 조약을 맺지 않았더라도 형사사법공조가 진행될 수 있었다. 다만 형사사법공조 형태가 '강제' 사항은 아니었기 때문에, 그 방법과 내용에 있어서는 각 국가의 특성과 상황에 따라 다르게 운영되어 온 것으로 보인다. 또한 상대 국가에 수사기관이 직접 파견을 가더라도 단순히 입회하는 것에 그치는 경우도 있는 반면, 적극적으로 조사를 하는 사례도 각각 발견할 수 있었다.

따라서 각 국가의 수사기관의 상대 국가에서의 수사권 충돌 문제나 그로 인해 수집된 증거의 증거능력과 관련해서라도 국가 간에 『형사사법공조조약』을 맺어 명확한 이행근거를 마련해야 할 필요성이 농후해 보인다. 앞서 계속 언급하였던 것과 같이 '증인소환'에 대해서는 모두 소극적인 태도를 보이고 있는 가운데, '수형자 중인 이송 사례'만 증인소환에 성공하였다. 이때에는 증인이 수형자였으므로 그 소재지가 이미 특정되어 있었다는 이점이 있었으나, 분명한 것은 형사사법공조 절차 및 계획 수립에 있어서 우리나라와 일본 간의 『형사사법공조조약』이 강력한 근거로 작용했다는 점이다. 따라서 추후 각 국가 간의 『형사사법공조조약』을 맺는 것이 추후 국가 간의 긴밀한 형사사법공조를 위해서라도 필요한 것으로 보인다.

제3장

국제형사사법공조를 통해 외국에서 수집한 증거의 증거능력

안성훈·김민이

제3장

국제형사사법공조를 통해 외국에서 수집한 증거의 증거능력

제1절 외국에서 수집한 증거의 법적 특성과 한계

외국에서 수집하는 증거는 여러 가지의 형태 및 방법을 통해 수집된다. 따라서 수집된 증거의 유형에 따라 증거능력도 다르게 판단될 수 있다.

1. 증거수집방법의 구분과 증거능력

가. 외국의 승낙 없는 직접적인 수사에 의한 수집증거

국제범죄수사가 관련 국가의 사전 승낙 없이 그 국가에서 일방적으로 실시하는 직접적인 수사 형태로 이루어지면 당해 국가의 주권은 침해되기 때문에 이러한 수사는 위법행위로써 국제법상으로 인정되지 않는다. 또한 우리나라 실정법은 외국에서의 『형사소송법』 실행을 제한하고 있으므로, 이를 행하였다면 『형사소송법』상 위법이라고 해석할 수도 있다.[70]

하지만 이러한 경우에도 당연히 『형사소송법』상 증거능력이 부정되는 것은 아니고, 『형사소송법』 제308조의2의 '위법수집증거 배제법칙'에 의해 증거능력 인정여부가 결정된다.[71] 다만 국제법상의 위법이 반드시 국내법에서도 위법이라고 똑같이 평가할 수는 없다. 이는 증거수집 절차가 위법이라 하더라도 『형사소송법』에 의한 수사가

---

70) 이재상/조균석(2017), 「형사소송법(제11판)」, 박영사, 9쪽(형사소송법은 대한민국의 법원에서 심판되는 사건에 대해서만 적용된다).

71) 형사사법공조의 경우 『국제형사사법공조법』 제39조에 의해 『형사소송법』이 준용됨은 앞서 본문(제2장 제2절 국제범죄수사와 외국에서 수집된 증거의 증거능력과 관련된 현행 법률 분석)에서 언급한 바 있다.

이루어진 경우라면 피고인의 권리에 대한 진정한 침해가 발생하지 않는다는 점과 외교적인 절차와 방법으로 부당한 증거수집에 대한 문제해결이 가능하기 때문이다. 또한 증거수집이 국제법에 위반되었을 경우 그 국제법 위반이 국내법에서 유발된 것이 아니기 때문에, 그것만으로 국내법상의 형사절차에서 증거자료로 채택할 수 없다고 이해하기 어렵다.

물론 우리나라『헌법』제15조 제1항에서 헌법에 의하여 체결, 공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다고 규정하고 있다. 그러나 국제적 관계에 의한 사건의 중대성, 당해 사건에 있어서 문제된 증거자료의 가치 또는 비중 등을 구체적 사건에 따라 국내 법규와 비교하여 종합적으로 판단해야 한다.[72]

나. 형사사법공조 및 국제형사경찰기구와의 공조로 수집한 증거

1) 증거수집과 외국의 형사사법기관과의 관계

국제수사공조 등을 통해 외국에서 수집한 증거가 조서 또는 진술증거 등인 때는 작성주체가 대부분 당해 국가의 법원이나 수사기관에 의해 이루어진다. 따라서 작성주체에 따라 증거의 증거능력의 요건을 달리하여 인정해야 하는가의 문제가 있을 수 있다. 이는 우리나라『형사소송법』에서 제312조(검사 또는 사법경찰관의 조서 등) 제3항에서 "검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 공판준비 또는 공판기일에 그 피의자였던 피고인 또는 변호인이 그 내용을 인정할 때에 한하여 증거로 할 수 있다"라고 규정한 것과 제4항에서 "검사 또는 사법경찰관이 피고인이 아닌 자의 진술을 기재한 조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 그 조서가 검사 또는 사법경찰관 앞에서 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음이 원진술자의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술이나 영상녹화물 또는 그 밖의 객관적인 방법에 의하여 증명되고 피고인 또는 변호인이 공판준비 또는 공판기일에 그 기재 내용에 관하여 원진술자를 신문할 수 있었던 때에는 증거로 할 수 있다. 다만, 그 조서에 기재된 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음

72) 전국진(2006), "외국에서 수집된 증거의 증거능력: 일본에서의 논의를 중심으로",「해외파견검사 연구논문집」, 대검찰청, 51쪽.

이 증명된 때에 한 한다."라고 규정하고 있다는 점을 미루어보아 알 수 있다.

또한 『형사소송법』은 국내 수사기관인 검사와 사법경찰관 등을 대상으로 규정하고 있는데, 국제공조수사를 통해 수집한 증거가 외국의 수사관 또는 검사에 의해 작성된 경우에는 위 제312조와 제313조가 동일하게 적용되는지 여부도 고려되어야 한다.[73] 또한 외국의 수사관 또는 검사에 의해 작성된 조서 등이 우리나라 『형사소송법』상 제312조에 해당된다면, 우리나라 전문법칙의 예외요건에서 검사작성보다 검사 이외의 수사기관이 작성한 조서를 더욱 엄격하게 규정하고 있는 『형사소송법』의 태도를 외국의 경우에도 그대로 적용하여야 하는지도 고려하여야 한다.

2) 공조요청 국가의 형사절차 등에 위반하여 수집한 증거

공조를 요청받은 국가의 형사절차에 적합하게 수집된 증거가 요청국의 형사절차에 위반되거나 그러한 절차 자체가 없는 상태에서 수집한 증거의 증거능력 여부도 문제가 된다. 형사사법공조는 상대국의 사법절차에 따라 증거를 수집해 줄 것을 요청하는 것이므로 당해 외국의 사법절차상 적법하다면 증거의 수집절차가 요청국의 형사절차에 위배된다고 하여 위법수집증거라고 단언할 수 없고, 다만, 공조를 요청한 국가가 자국의 헌법과 형사소송법 등 실정법의 기준에 의해 공판과정에서 증거능력 유무를 구체적으로 검토하면 된다. 또한 외국의 수사기관은 우리나라 『형사소송법』상의 수사기관이 아니기 때문에 공조를 요청받고 자국의 법률을 위반하여 수집한 증거는 사인에 의해 위법하게 수집한 증거에 해당한다. 하지만 위 증거의 증거능력이 무조건 부정되는 것은 불합리하다고 할 것이며, 따라서 공판과정에서 증거능력 유무를 구체적으로 검토할 필요가 있다.

한편 증거수집과 관련 대상자 등의 권리보호는 공조를 요청받은 국가의 국내법 문제로써 그 자체만으로 위법수집증거배제의 원칙을 적용하는 것은 부당하다는 견해도 있다. 즉 수사공조를 요청한 국가의 형사절차상 문제가 되는 경우 및 그렇지 않은 경우로 구분하여 파악해야 할 것이다. 그러나 공조에 의해 수집한 증거가 우리의

---

73) 대법원 2006. 1. 13. 선고 2003도6548 판결에서는 명시적으로 『형사소송법』 제312조의 수사기관에는 외국의 수사기관이 포함되는 것이라고 하였다. 이 판결의 자세한 내용은 이 보고서의 판례분석 부분에서 다루었다.

헌법질서에 심각한 위법이 있다고 인정할 수 있는 절차상의 하자가 있다면 증거능력은 부정된다.[74]

3) 증거의 허용성에 관한 논의

"증거의 허용성"은 증거능력의 인정요건에 관한 것으로, 위법수집증거배제 원칙과는 다른 영역의 문제이다. 즉 증거 수집을 요청받은 국가가 국내법 기준을 충족하지 못하는 절차를 통해 증거를 수집하여 상대국에 송부한 경우 또는 요청을 받은 국가에서 행하여진 수사절차가 국내법에서 정한 절차위반으로 위법하다는 평가를 받는 경우 등 국가마다 다른 형사사법절차로 인해 발생하는 형사법의 충돌문제를 말한다. 증거수집 절차가 다르다는 이유로 증거능력을 부인한다면 각 국가가 동일한 형사사법절차를 가지고 있지 않는 한 형사공조의 의미가 없어진다는 점, 상대국의 법제상 적법하게 수집된 증거인 이상 당해 증거를 사용하더라도 정의의 사법정신을 해하는 것이 아니라는 점 등을 들어 원칙적으로 사법공조에 의하여 수집된 증거의 증거능력은 인정된다. 따라서 증거수집 절차가 국내법과 현저하게 위배되어 중대한 위법성이 있다고 판단되면 예외적으로 증거능력을 부정하면 될 것이다. 국제수사공조 등으로 외국에서 수집하는 증거는 공조요청을 받은 국가의 형사절차에 따라 수집하여 증거를 요청한 국가에 송부하게 되며, 그 증거는 송부받은 국가의 형사절차에서 증거로 제시된다. 따라서 국제공조를 통하여 취득한 증거는 상호 국가의 『형사소송법』상의 증거능력에 대한 평가를 내재적으로 포함하고 있는 것이다. 증거 수집을 요청하는 국가의 형사절차와 상대국의 요청에 의하여 증거를 수집하여 전달하는 국가는 형사절차가 서로 다를 수 있으며, 증거수집방법 등이 적법 또는 위법한 경우에 대하여 서로 상반된 판단을 내리는 사례가 발생할 수 있다. 따라서 증거능력의 인정 여부에 대한 기준을 정하는 것이 중요한데, 외국에서 수집한 증거의 증거능력을 판단하는 기준은 국내의 『형사소송법』이 되는 것이다.

---

74) 전국진(2006), 앞의 논문, 55쪽.

2. 수집한 증거의 유형구분과 증거능력

가. 인적 증거의 증거능력

외국에 거주하거나 도피한 범죄인은『범죄인인도법』또는 인터폴공조를 통한 강제송환의 방법으로 확보할 수 있다. 다만『범죄인인도법』이 범죄인인도에 관한 법률로서 범죄억제에 대한 국제적인 협력임에 반해, 인터폴공조는 외교적인 공식통로가 아닌 각국의 인터폴 중앙사무국을 창구로 하는 경찰당국과 인터폴 사무총국과의 협력 또는 경찰당국 간의 직접적인 협력절차에 따라 강제송환하는 것이다.

따라서『범죄인인도법』에 의해 관련국 간 상호 법률에 따른 적법한 사법절차와 정상적인 외교수단으로 인수한 피고인 등 인적 증거에 대한 증거능력은 특별한 사정이 없는 한 절대적으로 인정된다고 볼 수 있다.[75] 그러나 인터폴공조에 의한 송환은 그 절차가 위법한 경우 그 증거의 증거능력은 송환절차상 위법 내용과 그 위법정도의 중대성 여부 등을 종합적으로 고려하여 판단해야 한다.

나. 조서 및 진술증거

1) 외국 수사기관에서의 피의자신문조서

우리나라의 검사 작성 피의자신문조서는『형사소송법』제312조 제1항과 제2항에 의해, 사법경찰관 작성 피의자신문조서는『형사소송법』제312조 제3항에 따라 증거로 할 수 있다. 그러나 피고인이 내용을 부인하면 증거로 사용할 수 없다. 따라서 외국 수사기관 작성의 피의자신문조서의 경우에도 동법 제312조 제1항과 제2항, 그리고 제3항에 따른 요건을 갖춘 경우 증거로 사용할 수 있는지 고려해 볼 수 있다.

대법원은 피고인에 대한 외국 수사기관이 작성한 피의자신문조서의 경우 우리나라『형사소송법』에 의해 증거능력을 인정받기 위해서는 적어도 대한민국 검사 지위에 부합하는 외국의 수사기관이 작성한 피의자신문조서일 경우에만 위 법률의 적용을 받는다고 판시한 바 있다.[76]

---

75) 조규철(2011), 앞의 논문, 292쪽.

76) 2001. 3.경 서울 용산구에 있는 한 여관에서 미국인 여성이 난자당하여 사망한 사건이 있었다. 사건의 수사 도중에 유력한 용의자였던 Kenzi Snider은 미국으로 도주하였는데, 범죄인인도조

2) 형사사법공조절차에 따른 외국 수사기관 등이 수집한 증거

형사사법공조요청은 수사기관이 할 수도 있고 재판 중인 경우 법원이 요청할 수도 있으며, 법원은 직권으로 외국에 있는 피해자나 참고인에 대해 『국제형사사법공조법』에 따라 외국에 있는 법원이나 수사기관으로 하여금 참고인 등에 대한 조사를 촉탁할 수도 있다. 법원은 외국(미합중국) 검사가 작성한 피해자와 공범에 대한 증인신문조서의 증거능력을 인정하여 피고인에게 유죄를 선고하였는데,[77] 이는 외국의 수사기관이 작성한 피해자와 참고인(공범)에 대한 진술조서가 『국제형사사법공조법』에 따라 이루어진 것이라면 증거능력을 인정한다는 취지로 해석될 수 있다.

3) 외국에서 이루어진 우리나라 수사기관의 수사와 증거능력

전문서류의 작성주체가 우리나라 수사기관이지만, 조사 대상자가 외국에 있는 경우에 대하여 대법원은 우리나라 수사기관이 외국에 있는 참고인을 조사하여 작성한 진술조서의 증거능력 판단기준을 제시한 바 있다.

먼저 군검찰이 군무원을 뇌물수수로 군사법원에 기소한 사안에서 군검찰관이 작성한 진술조서의 증거능력이 문제가 되었다. 사안의 쟁점은 군무원에게 뇌물을 공여한 자가 과테말라로 출국하자 군검찰관이 『국제형사사법공조법』과 관련 조약에 따르지 않고, 과테말라로 가서 뇌물 공여자를 조사한 다음 참고인진술조서를 증거로 제출한 것이다. 이에 대해 고등군사법원은 검찰관 작성의 진술조서의 증거능력을 인정하여 유죄를 선고하였으나, 대법원은 공여자에 대한 군검찰관의 진술조서는 『군사법원법』 제367조[78]의 특신상태를 인정하기 어려워 증거능력이 없다는 이유로 파기 환송하였다.[79]

약에 따라 우리나라로 인도되어 상해치사로 기소되었다. 이후 미국의 수사기관이 조사한 결과 등을 토대로 기소된 1심에서는 무죄가 선고되었고, 항소심인 서울고등법원도 외국의 권한 있는 수사기관이 작성한 조서도 『형사소송법』 제312조 또는 제313조의 적용을 받지만, 적어도 대한민국의 검사 지위에 부합하는 수사기관이 작성한 피의자신문조서일 경우에만 이에 해당한다(서울고등법원 2003. 10. 14. 선고 2003노1753 판결)고 하면서 무죄를 선고하였고, 대법원에서도 그대로 무죄가 확정되었다.

77) 대법원 1997. 7. 25. 선고 97도1351 판결.

78) 『군사법원법』 제367조(증거능력에 대한 예외) 제365조와 제366조의 경우 공판준비기일 또는 공판기일에 진술을 하여야 할 사람이 사망, 질병, 국외거주, 소재불명, 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없을 때에는 그 조서나 그 밖의 서류를 증거로 할 수 있다. 다만, 그 조서나 서류는 진술 또는 작성이 특별히 신빙할 수 있는 상태에서 이루어졌을 때에만 증거로 할 수 있다[『형사소송법』 제314조와 동일한 내용임].

다음으로 우리나라 수사기관이 아닌 대한민국 대사관의 영사가 참고인을 상대로 공조요청서에 기재된 내용대로 질문하고 그에 대한 답변을 기재한 진술서에 대해서 특신상태가 인정되지 않는다고 판단한 대법원 판례가 있다. 이 사안은 피고인이 직무와 관련하여 청탁을 받아 뇌물을 수수하기로 마음먹고 피고인의 자금을 관리하는 A에게 재벌 회장인 갑(甲)을 만나 뇌물을 요구하는 의사를 전달하게 하게 하였고 A는 재벌 회장인 갑(甲)에게 피고인의 뇌물요구 의사를 전달하면서 핸드폰 번호를 알려주고 무기명양도성예금증서를 뇌물로 건네 달라고 말한 뇌물 사건이다.

원심 법원은 A가 제출한 진술서에 대하여『형사소송법』제314조를 적용하여 유죄로 인정하였으나, 대법원은 제출된 진술서는 특신상태에서 작성된 것이 아니라는 이유로 파기 환송하였다. 파기 환송심에서는 A를 조사할 수 없는 상황이었기 때문에 검찰은 법원에 외국에 있는 영사를 통해 A의 증인신문을 해줄 것을 신청하였고, 법원은 법무부와 외교통상부를 거쳐 일본 주재 대한민국 영사에게 A를 상대로 공조요청서에 첨부된 질문사항을 전달하여 이에 대한 A의 답변을 청취한 후 영사가 서명날인한 영사 작성의 진술기재 서면을 증거로 제출하였으나 파기 환송심은『형사소송법』제313조 소정의 서류로 판단하면서도 제314조의 특히 신빙할 만한 상태를 인정할 수 없다는 이유로 증거능력을 부인하여 피고인에게 무죄를 선고하였고 대법원에서 확정되었다.[80]

위 두 가지 대법원 판례는 우리나라 수사기관 또는 대사관의 영사가 참고인을 상대로 조사하여 작성한 진술조서(또는 진술서)에 대해 특신상태가 인정되지 않는다는 이유로 증거능력을 부정하였다. 이와 같이 대법원은 우리나라 수사기관이 외국에 있는 참고인을 조사하여 작성한 진술로서의 증거능력 판단기준을 제시하고 있지만, 위 두 판례만으로는 우리나라 수사기관이 참고인을 조사할 경우 특신상태를 인정받을

79) 대법원 2011. 7. 14. 선고 2011도3809 판결("군검찰관이 피고인을 뇌물수수 혐의로 기소한 후, 형사사법공조절차를 거치지 아니한 채 과테말라공화국에 현지 출장하여 그곳 호텔에서 뇌물공여자 갑을 상대로 참고인 진술조서를 작성한 사안에서, 갑이 자유스러운 분위기에서 임의수사 형태로 조사에 응하였고 조서에 직접 서명, 날인하였다는 사정만으로 특신 상태를 인정하기에 부족할 뿐만 아니라, 검찰관이 군사법원의 증거조사절차 외에서, 그것도 형사사법공조절차나 과테말라공화국 주재 우리나라 영사를 통한 조사 등의 방법을 택하지 않고 직접 현지에 가서 조사를 실시한 것은 수사의 정형적 형태를 벗어난 것이라고 볼 수 있는 점 등 제반 사정에 비추어 볼 때, 진술이 특별히 신빙할 수 있는 상태에서 이루어졌다는 점에 관한 증명이 있다고 보기 어려워 갑의 진술조서는 증거능력이 인정되지 아니하므로, 이를 유죄의 증거로 삼을 수 없다").

80) 대법원 2006. 9. 28. 선고 2006도3922 판결. 이에 대해서는 이완규(2007),「개정 형사소송법의 쟁점」, 탐구사, 200쪽 이하 참조.

수 있는 기준이 불분명하며, 우리나라 수사기관이 외국에서 참고인을 조사하는 사례 또한 많지 않기 때문에 어떤 방식으로 조사하여야 증거능력을 인정받을 수 있는지의 기준을 마련하기는 쉽지 않다.

제2절 불명확한 "특신상태" 판단기준으로 인한 외국에서 수집한 증거의 한계

국제범죄는 그 특성상 증거의 수집이 용이하지 않을 뿐만 아니라 수집한 증거의 증명력을 담보하기에도 곤란한 경우가 많다. 물론 외국에서 수집한 증거가 범죄사실과 관련한 증거물로써 공판정에서 인정되면 증거능력은 인정되지만, 일반적으로 외국에서 수집하는 증거는 대부분 피의자(피고인) 또는 제3자 등의 진술을 기재한 진술조서로써 서면인 전문증거이다. 또한 외국의 수사기관 등과 국제공조에 의하여 수집한 증거물인 조서 및 서류 등은 법제도의 형식과 운용에 있어서 우리나라와 다를 수 있다. 특히 우리나라의 경우에는 외국에서 수집한 증거의 증거능력을 주로 "특신상태" 입증 문제로 귀결되도록 만드는 법적 근거를 가지고 있다. 그러나 우리나라 형사소송 절차상의 증거법 규정에는 위 "특신상태"에 대한 별도의 판단기준 없이, 법원의 판단에만 맡겨져 있는 상황이다. 이러한 특신상태의 의미 및 판단기준에 대해서는 각각 학설과 판례가 있는데 이하에서 검토하고자 한다.

1. 특신상태 의미에 대한 학설과 판례 검토

우리『형사소송법』은 제310조의2에서 전문법칙을 선언하면서 제311조부터 제316조까지 6개의 조문에 걸쳐 전문법칙의 예외를 규정하고 있다. 전문법칙의 예외 요건은 각 전문증거의 특성에 따라 원진술자(또는 작성자)의 진정성립 인정 또는 이에 준하는 증명을 요구하는 경우가 많고(제312조 제1항, 제2항, 제4항, 제6항, 제313조 제1항, 제2항), 그 밖에도 적법한 절차와 방식에 따른 작성(제312조 제1항, 제3항, 제4항, 제6항), 원진술자의 진술 불가(제314조, 제316조 제2항) 등을 요구하기도 한다. 위 전문법칙 예외 요건 중 "진술 또는 서류 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서

행하여졌을 것"이라는 "특신상태"가 있다.

이 "특신상태"의 요건은 제312조 제1항, 제2항(검사 작성 피의자신문조서), 제4항(진술조서), 제313조 제1항 단서(피고인의 진술서 및 피고인의 진술을 기재한 서류), 제314조(공판기일에 진술을 요하는 자가 진술할 수 없는 때), 제316조 제1항, 제2항(피고인 또는 피고인 아닌 자의 진술을 내용으로 하는 제3자의 진술) 등 7곳에서 언급되고 있다. 또한 제315조 제3호는 당연히 증거능력이 있는 서류로서 "기타 특히 신용할만한 정황에 의하여 작성된 문서"라고 규정하고 있다.

그런데 이러한 특신상태는 전문법칙 예외 규정 대부분에 요건으로 포함되어 있음에도 불구하고, 상황에 따라 다양하게 해석될 여지가 있는 법관의 재량영역에 속한다는 문제가 있다.[81] 또한 각각의 전문증거에서 요구되는 특신상태의 의미가 개별적으로 달리 판단되기도 하고,[82] 단일 개념으로서의 특신상태로 이해되기도 한다. "특신상태" 의미에 대하여는 신용성의 정황적 보장으로 보는 견해(신용성의 정황적 보장설), 법관 면전에서의 진술에 준하는 것으로 객관성과 절차적 적법성을 갖춘 것을 의미한다고 보는 견해(적법절차설), 그리고 위 2가지 의미가 모두 포함되어 있다고 보는 결합설이 있다. 판례는 적법절차설을 취한 것도 있으나,[83] "신용성의 정황적 보장"이라는 표현을 직접 사용하지는 않지만 신용성의 정황적 보장설을 따르고 있는 것으로 보인다.[84]

적법절차는 제308조2에 의해 보장되어 있고, 제312조 제1항, 제4항 등 전문법칙의 예외 인정 요건에서 적법절차를 규정하고 있는 것도 있다. 따라서 일반적으로 "특신상태"는 신용성의 정황적 보장으로 볼 수밖에 없고, 다수의 판례에서 특신상태를 인정하기 위한 신용성의 정황적 보장을 사건별로 판시하고 있다.[85]

---

81) 홍승희(2015), 형사소송법상 특신상태의 체계적 재검토, 대검찰청 연구용역보고서, 3쪽.

82) 검사 작성의 피고인이 된 피의자신문조서와 특신상태, 수사기관 작성의 참고인진술조서와 특신상태, 피고인의 진술서 및 피고인에 대한 진술기재서와 특신상태, 법정출석불능으로 진술이 불가능한 전문증거와 특신상태, 피고인 진술을 내용으로 하는 피고인 아닌 자의 전문진술과 특신상태, 피고인 아닌 자의 진술을 내용으로 하는 피고인 아닌 자의 전문진술과 특신상태의 의미 모두가 개별적으로 판단될 수 있음을 의미한다.

83) 대법원 2000. 7. 28. 선고 2000도2617 판결.

84) 김정한(2014), "형사소송법상 특신상태의 의미와 개념 요소 및 판단기준에 관한 소고", 「비교형사법연구」 제16권 제1호, 한국비교형사법학회, 155-156쪽.

85) 이와 관련된 판례는 제3장 제3절(국제형사사법공조를 통해 수집한 증거의 증거능력에 관한 판례의 태도)에서 후술한다.

2. 특신상태와 전문법칙 예외 근거로서의 '신용성의 정황적 보장'과의 구별

판례는 제310조의2에서는 전문증거의 증거사용을 원칙적으로 금지하면서 제311조 내지 제316조에서 증거사용을 예외적으로 허용하는 이론적 근거가 필요성과 신용성의 정황적 보장에 있다고 설명한다.[86] 신용성의 정황적 보장은 모든 전문법칙의 예외규정, 즉 증거능력이 인정되는 모든 전문증거에 대하여 적용되어야 하는 조건이다. 이에 반해 신용성의 정황적 보장이 특신상태라고 보는 견해는 "특신상태"를 명시적으로 규정한 경우도 있지만 그렇지 않은 경우도 있다. 따라서 전문법칙 예외이론이 말하는 일반적인 의미에서의 신용성의 정황적 보장과 제312조 제1항 등의 특신상태가 말하는 신용성의 정황적 보장은 일치되지 않는 개념으로 보는 것이 타당하다.[87] 그러나 전문법칙의 예외 인정이라는 좁은 영역에서 '신용성의 정황적 보장'이라는 동일한 표현을 사용하는 두 개념에 대해 완전히 다른 의미라고 해석하기 어려운 측면은 있다. 특신상태를 요구하는 조항들은 수사기관이 수집한 진술의 원진술자가 법정에 출석하지 못한 경우, 타인의 진술을 전문한 경우 등 특히 신빙성에 의문이 제기될 수 있는 상황을 대상으로 규정하고 있다.

따라서 두 개념은 보장의 정도에 대해서만 차이가 있는 개념으로 구별되는 것으로 보인다.[88] 즉 전문법칙의 예외이론이 말하는 신용성의 정황적 보장이 전문증거이지만 일응 증거능력을 부여하여도 될 정도[89]의 일반적인 보장이라면, 특신상태가 말하는 신용성의 정황적 보장은 그야말로 특별하게 훨씬 더 강한 정도의 보장이라고 해석되는 것이다. 이 때문에 규정에서 "특히"라는 표현을 사용하면서, "특히 신빙할 수 있는 상태"라는 것은 일반적으로는 인정되기 어렵지만 상황의 특수성에 비추어 볼 때 예외적으로만 '신빙성 있는 외부적 정황'으로 인정되는 경우만을 말하므로, 지극히 제한적으로만 인정되어야 한다.[90]

---

86) 판례도 전문법칙 예외인정의 근거를 신용성의 정황적 보장으로 보고 있다(대법원 1983. 3. 8. 선고 82도3248 판결).
87) 김정한(2014), 앞의 논문, 159쪽.
88) 김정한(2014), 위의 논문, 159쪽.
89) 전문증거에 증거능력을 부여함으로써 혹 발생할지도 모르는 위험이나 우려는 이후 더욱 엄격한 증명력 판단을 통해 보완될 것이다.
90) 김정한(2014), 위의 논문, 159쪽.

3. 특신상태와 전문법칙에 있어 반대신문권 보장과의 관계

전문법칙은 "전문증거는 증거능력이 없다"고 보는 것을 의미한다. 전문증거는 공판주의의 핵심인 직접주의와 반대신문권에 반하는 것이기 때문이다. 직접주의와 반대신문권은 각각 직권주의를 채택하고 있는 대륙법계와 당사자주의를 채택하고 있는 영미법계에서 발달한 이론이지만, 현행『형사소송법』이 "직접주의와 반대신문권"을 양립불가능한 것이 아니라 공정한 재판을 하기 위한 동일한 목적과 가치를 지닌 것으로 보고 있음은 주지의 사실이다. 따라서 전문증거의 증거능력 요건 중 하나인 "특신상태" 또한 "직접주의와 반대신문권"에 이바지하는 의미로 이해해야 한다.[91]

대법원 역시 "검사가 공판준비 또는 공판기일 외에서의 진술을 유죄의 증거로 제출하는 경우 법원은 먼저 검사로 하여금 그 진술이 '특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여진' 사정을 증명하도록 하여야 하고, 이를 엄격히 심사하여 그 요건을 충족한 것으로 인정될 때에 비로소 증거조사의 대상으로 삼을 수 있는 것이다. 이때 요구되는 증명의 정도는 그 진술이 이루어진 구체적인 경위와 상황에 비추어 보아 단순히 적법하고 진술의 임의성이 담보되는 정도를 넘어, 법정에서의 반대신문 등을 통한 검증을 굳이 거치지 않더라도 진술의 신빙성을 충분히 담보할 수 있어 실질적 직접심리주의와 전문법칙에 대한 예외로 평가 할 수 있는 정도(밑줄은 저자가 강조)에 이르러야 할 것이다"고 판시한 바 있고,[92] 헌법재판소도 특신상태의 개념에 대한 대법원의 위 정의를 원용하면서 "'특히 신빙할 수 있는 상태 하'라 함은 … 진실성이나 신용성에 있어 반대신문을 갈음할만한 외부적 정황(밑줄은 저자가 강조)이라고 할 것"이라고 설명한 바 있다.[93]

---

91) 홍승희(2015), 앞의 보고서, 11-14쪽.

92) 대법원 2011. 11. 11. 선고 2010도12 판결(공소외 등이 수사기관에서 한 각 진술의 증거능력이 인정되기 위해서는 "특신상태" 하에서 행하여진 것이 증명되어야 하고 이는 검사가 입증하여야 한다. 그러나 피고인은 이에 대한 반박의 기회도 없었을 뿐만 아니라, 공소외 등은 피고인과 같이 처벌되어야 할 피고인과 반대되는 이해관계인에 해당되는 등 "특신상태"를 인정할 만한 사정이 없었다. 이에 대법원은 제314조에 의한 증거능력을 인정하기 위한 "특신상태" 요건 심리도 전혀 없이 당연히 증거능력이 인정됨을 토대로 공소사실을 인정한 원심은 법리를 오해한 위법이 있다고 판시하였다).

93) 헌법재판소 1994. 4. 28. 93헌바26 결정(이 결정은 직접주의와 전문법칙의 예외를 규정한 형사소송법 제314조가 헌법에 위반되는지 여부에 대해 헌법에 위반되지 않는다고 하였다. 위 본문의 내용은 헌법재판소 결정 중 심판의 대상이 된 제314조에서의 "특신상태"에 대해 헌법재판소가 언급한 부분을 인용한 것이다).

그러나 우리나라에서 통용되고 있는 전문법칙의 대부분은 전문서류에 관한 것이고, 전문서류의 경우에는 전문법칙의 주된 관점이 반대신문권 보장이라는 측면보다는 수사서류에 대한 증거능력 통제에 있다는 점도 부인하기 어려운 것이 사실이다. 이런 이유 때문에 반대신문권과 무관할 수 있는 피의자신문조서(제312조 제1항 내지 제3항)나 참고인 신문조서(제312조 제4항) 등이 전문증거로서 반대신문권 보장을 요구받는다. 특히 수사단계에서 대질신문 등의 방식으로 반대신문의 기회가 실제로 보장되었다 하더라도 공판정에서의 참고인 진술조서는 역시 전문증거로 다루어질 뿐이다.[94]

미국은 반대신문권이라 하는 소위 "대면권"을 수정헌법 제6조에서 규정하고 있다. 즉 우리나라가 형사소송법을 통해 반대신문권을 보장하는 것보다 미국은 더 상위 법률인 헌법을 통해 보장한다. 따라서 전문법칙에서의 반대신문권 보장은 전문법칙의 예외로서 전문증거임에도 증거능력을 부여하는『형사소송법』의 입법취지를 고려할 때, "특신상태" 요건을 검토하는 기준으로서 "반대신문에 갈음할 만한" 이라는 판단기준은 바람직해 보이지 않는다. 반대신문권 보장이 전문법칙 예외 인정의 요건으로 필요하다면 동법 제312조 제4항과 같이 전문법칙 예외 요건으로 개별적 전문증거에서 규정하면 될 것이다.

수사단계에 피고인에게 불리한 진술을 한 증인에 대해 법정에서 피고인에게 반대신문의 기회를 부여한다는 것은 2007년『형사소송법』개정시 처음 도입된 제도로서 진술의 신빙성을 확인하는데 큰 도움이 되는 것은 사실이지만, 그것이 특신상태를 대신할 수 있는 신용성의 정황적 보장에 해당하는지는 의문이다.[95] 또한 증거능력의 요건이 많다는 것은 그만큼 증거능력이 인정되기 어렵다는 것을 의미하는데, "특신상태"를 요건으로 하는 전문증거들이 그렇지 않은 전문증거에 비해 증거능력을 엄격하게 판단할 필요가 있는 것인지도 생각해 볼 문제이다.

4. 소결: 특신상태의 개념 요소와 판단 기준 마련의 필요성

신빙성은 증명력의 요소로서 증거능력의 요건인 특신상태와는 엄격히 구별되어야 한다. 특신상태는 신빙성을 담보할만한 외부적 정황일 뿐 신빙성 자체가 아니다. 즉

94) 김정한(2014), 앞의 논문, 161쪽.
95) 김정한(2014), 위의 논문, 162쪽.

신빙성은 증명력 요소이기 때문에 처음부터 자유심증의 대상이지만, 특신상태는 증거능력 요건이기 때문에 자유심증 이전에 요건 구비 여부의 판단과 법률 적용의 문제가 존재한다. 특신상태에 대하여는 진술이 행하여진 외부적 정황이 과연 신빙할만한 정황이었는지 여부의 객관적 판단이 필요할 뿐, 진술에 과연 신빙성이 있는지 여부에 대한 판단은 요구되지 않는 것이다. 또한 법관의 자유심증 판단대상인 증거자료가 증거능력 인정여부 단계에서 배제되어 법관의 판단대상에서 제외된다면 실체적 진실 발견에 장애를 초래하고 불공평한 재판이 될 수 있기 때문에 특신상태의 개념 정의나 판단기준은 명확하고도 엄격하게 설정되어야 한다.

그러나 언급한 바와 같이 특신상태의 개념과 판단기준이 명확하지 않아 실질적으로 전문법칙의 예외로서 조서가 인정될 수 있는지 여부가 법관 손에 달려 있는 것과 마찬가지일 뿐만 아니라 피고인의 방어권 측면에서도 불안한 요소가 있다.[96] 또한 이 연구보고서가 다루고 있는 국제공조를 통한 수사의 경우에는 증거수집 국가마저 재판지인 우리나라가 아닌 경우가 많기 때문에 "특신상태" 요건이 어떻게 입증될 수 있는지에 대해서는 회의적일 수밖에 없다. 특히 검사 작성의 피의자신문조서에는 "특신상태" 요건을 포함하면서도 사법경찰관 작성의 피의자신문조서에는 "특신상태" 요건을 규정하지 않은 이유를 설명할 수 없다면, 명확한 개념 정의 및 판단 기준을 제시하지 못하는 전문법칙 예외 요건으로서의 특신상태는 삭제되는 것이 타당하다.[97]

특신상태의 의미가 "신용성의 정황적 보장"이라면, 특신상태 요건이 전문법칙 예외 규정에서 삭제되어 전문증거임에도 증거능력이 인정되는 경우가 많아지는 문제는 자유심증주의에 의해 법관이 다투는 증명력에서 해결될 수 있을 것이다. 또한 특신상태의 의미인 신용성의 정황적 보장은 이미 전문법칙 예외 인정 근거로서 보장되고 있다.

한편 국제범죄수사는 보통 국가 간 조약 또는 우리나라의 『국제형사사법공조법』과 같이 법적 근거를 통해 이루어지는 것이 보통이므로, "특신상태" 요건은 공식적인 형사사

96) 특신상태는 증거능력의 요건이기 때문에 검사가 입증하는 것이 당연한 것임에도 불구하고 실무적으로 특신상태가 사실상 추정되어 오히려 피고인이 입증의 부담을 안고 있는 경우가 있다(김정한(2014), 앞의 논문, 160쪽).

97) 홍승희(2015),앞의 보고서에서는 "제312조 제1항 및 제4항, 제313조 제1항 단서, 제314조, 제316조"에서 규정하는 "특신상태" 의미를 구분하여 설명하고 있다. 이는 『형사소송법』이 특신상태의 판단기준을 명확하게 제시하고 있지 않기 때문에, 그 의미에 대해서도 조서 및 서류의 종류에 따라 달리 설명할 수밖에 없는 것에 따른 것이다.

법공조 절차에서 이미 담보될 수 있다. 따라서 특신상태에 대한 과도한 요건부여 및 이에 대한 과도한 입증노력이 공판절차에 참가하는 모두에게 위와 같이 소모적인 것이라면, 국제범죄수사에 있어 외국에서 수집된 증거, 특히 전문증거에 대한 증거능력을 연구하는 이 보고서에서 조심스럽게 “특신상태” 요건을 삭제하는 방안을 제안해 본다.

제3절 국제형사사법공조를 통해 수집한 증거의 증거능력에 관한 판례의 태도

1. 증거능력이 인정되지 않은 판례

가. 대법원 2016. 2. 18. 선고 2015도17115 판결

이 판례는 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 서류의 증거능력과 관련이 있다. 피고인 아닌 자의 진술기재서류는 제313조 제1항에 의해 ① 진술자의 서명, 날인이 있어야 하며, ② 진술자에 의하여 성립의 진정이 증명된 때에 한하여 전문법칙의 예외로서 증거능력이 인정된다. 또한 예외적으로 진술자가 공판정에서 직접 진술하지 않더라도 제314조의 요건을 갖춘 경우 증거능력이 인정된다.

■ **사건과정**

① 피고인이 피해자(공소외 1)가 작성한 진술서 등을 증거로 하는 것에 부동의함

② 검사의 신청에 따라 제1심 법원은 피해자를 증인으로 채택함

③ 2015/2/27 : 검사가 제출한 피해자에 대한 증인신청서에는 주소, 연락처가 특정되어 있었음

④ 2015/3/10 : 피해자가 호주 이민청에서 작성된 통지서 사본을 첨부하여, 임시 체류 비자 E(한국 방문 시 3년 동안 호주 입국 금지)를 받은 상황이기 때문에 법정 출석이 어렵다는 사유서를 제출함

⑤ 제1심 법원은 피해자에 대하여 증인채택을 취소하고, 형사소송법 제314조에 의하여 피해자가 작성한 진술서를 모두 증거로 채택한 상황임

■ **판단근거 :「형사소송법」 제314조**

■ **공조사항**

- 대상 : 피해자(공소외 1)가 작성한 진술서
- 결론 : 외국에 있는 진술자를 우리나라 공판정에서 진술하도록 하기 위한 사법공조절차를 전혀 시도하지 않았기 때문에, 본 사건에서 외국에 거주하는 피해자가 작성한 진술서는「형사소송법」제314조에 해당되지 않으므로 증거능력이 부정된다.

〈표 3-1〉 제314조 "외국거주" 의미를 판시한 판례 분석

<table>
<tr><td rowspan="2">증거능력
인정여부</td><td>1심</td><td>2심</td><td>3심</td></tr>
<tr><td>서울중앙지방법원
2015.7.8. 선고
2015고단676 판결</td><td>서울중앙지방법원
2015.10.23. 선고
2015노2905 판결</td><td>대법원 2016.2.18. 선고
2015도17115 판결</td></tr>
<tr><td></td><td>증거능력 인정</td><td>증거능력 인정</td><td>증거능력 부정</td></tr>
<tr><td colspan="4">판단이유</td></tr>
<tr><td>1심</td><td>2심</td><td colspan="2">3심</td></tr>
<tr><td>증거능력 인정에 대한 이유를 설시하지 않음

"인정함이 상당하다"</td><td>증거능력 인정에 대한 이유를 설시하지 않음

"원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수정할 수 있고"</td><td colspan="2">▸ "외국거주"의 의미(= 예외적으로 §314가 적용될 수 있는 경우)
㉠ 외국에 있다는 것만으로는 부족하며, 진술자의 외국거주 여부와 장래 출국 가능성을 확인해야 함
㉡ 가까운 시일 내에 출국함을 이유로 향후 공판정에 출석하여 진술할 수 없는 경우가 발생할 개연성이 있다면 진술자의 외국 연락처를 확인해야 함
㉢ 일시 귀국할 예정이 있는 경우, 귀국 시기, 귀국 시 체류 장소, 연락 방법 등을 사전에 확인하여 진술자가 공판정에 출석하도록 하는 방안을 확보하여 진술 기회를 충분히 제공해야 함
㉣ 공판정에서 진술하게 할 모든 수단을 강구하는 등 가능하고 상당한 수단을 다하더라도 그 진술을 요할 자를 법정에 출석하게 할 수 없는 사정이 있어야 함

▸ 본 사안에 적용 : 증거능력 부정
① 제1심 법원이 국제형사사법공조를 통한 증인소환 또는 호주법원에 대한 증인신문 요청 등의 조치를 전혀 시도하지 않음
ⓐ 대한민국/호주 형사사법공조조약 : 1992.8.25. 체결, 1993.12.29. 발효
ⓑ "증언 자체를 거부하는 의사가 분명한 경우가 아닌 한 거주하는 외국의 주소나 연락처 등이 파악되고"
ⓒ "해당 국가와 대한민국 간에 국제형사사법공조조약이 체결된 상태라면 우선 사법공조의 절차에 의하여 증인을 소환할 수 있는지 여부를 검토해야 함"
ⓓ "소환을 할 수 없는 경우라 하더라도 외국의 법원에 사법공조로 증인신문을 실시하도록 요청하는 등의 절차를 거쳐야 함"
② 따라서 피고인(공소외 1)이 작성한 진술서는 형사소송법 제314조의 "공판기일에 진술을 요하는 자가 외국거주 등으로 인하여 진술할 수 없는 때"에 해당되지 않는다고 판단</td></tr>
</table>

위 사안은 제314조의 요건 중 “외국거주”와 관련된 것으로서, 진술을 요하는 자가 외국에 거주하고 있어 공판정 출석을 거부하면서 출석할 수 없는 사정을 밝히고 있으나, 거주하는 외국의 주소나 연락처 등이 파악되고 해당 국가와 대한민국 간에 국제형사사법공조조약이 체결된 상태인 경우에 해당한다.

대법원은 “외국거주라고 함은 진술을 요하는 자가 외국에 있다는 것만으로는 부족하고, 수사 과정에서 수사기관이 그 진술을 청취하면서 그 진술자의 외국거주 여부와 장래 출국 가능성을 확인하고, 만일 그 진술자의 거주지가 외국이거나 그가 가까운 장래에 출국하여 장기간 외국에 체류하는 등의 사정으로 향후 공판정에 출석하여 진술을 할 수 없는 경우가 발생할 개연성이 있다면 그 진술자의 외국 연락처를, 일시 귀국할 예정이 있다면 그 귀국 시기와 귀국 시 체류 장소와 연락 방법 등을 사전에 미리 확인하고, 그 진술자에게 공판정 진술을 하기 전에는 출국을 미루거나, 출국한 후라도 공판 진행 상황에 따라 일시 귀국하여 공판정에 출석하여 진술하게끔 하는 방안을 확보하여 그 진술자로 하여금 공판정에 출석하여 진술할 기회를 충분히 제공하며, 그 밖에 그를 공판정에 출석시켜 진술하게 할 모든 수단을 강구하는 등 가능하고 상당한 수단을 다하더라도 그 진술을 요할 자를 법정에 출석하게 할 수 없는 사정이 있어야 예외적으로 그 적용이 있다(대법원 2002. 3. 26. 선고 2001도5666 판결, 대법원 2008. 2. 28. 선고 2007도10004 판결[98] 등 참조).”고 판시하였다.

나아가 대법원은 진술을 요하는 자가 외국에 거주하고 있음을 이유로 공판정 출석을 거부하면서 그 이유를 밝히고 증언 자체를 거부하는 의사가 분명한 경우가 아니라면, “진술을 요하는 자가 거주하는 외국의 주소나 연락처 등이 파악되고, 해당국가와 대한민국 간에 국제형사사법공조조약이 체결된 상태라면 사법공조의 절차에 의하여 증인을 소환할 수 있는지 여부를 검토하여야 하며, 소환 할 수 없는 경우라 하더라도 외국의 법원에 사법공조로 증인신문을 실시하도록 요청하는 등의 절차를 거쳐야 한다(밑줄은 저자가 강조)”고 하였다.

---

98) 대법원 2008. 2. 28. 선고 2007도10004 판결은 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(공갈)·사기·특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)·공갈·공갈미수·배임수재·범죄수익은닉의규제및처벌등에관한법률위반·변호사법위반·뇌물공여와 관련된 사안으로, 제312조의 조서나 제313조의 진술서, 진술서류 등이 진술자의 진술불능에도 불구하고 증거로 하기 위한 요건, 즉 제314조의 요건 중 “외국거주”의 의미에 대해 판시하고 있다.

나. 대법원 2011. 7. 14. 선고 2011도3809 판결

이 사안은 검찰관이 형사사법공조절차를 거치지 않은 채 외국에 현지출장을 가서 뇌물공여자인 참고인을 상대로 진술조서를 작성한 것이 쟁점이 되었다. 첫 번째 쟁점은 형사사법공조 없이 작성된 진술조서가 위법수집증거에 해당하는지, 두 번째 쟁점은 참고인 진술조서가 원진술자의 공판정 진술불능으로 『형사소송법』 제314조(실제 판례에 적용된 규정은 『군사법원법』 제367조)에 의한 증거능력이 인정될 수 있는지에 대한 것이다.

대법원은 첫 번째 쟁점사항은 원심(고등군사법원 2011. 3. 16. 선고 2010노196 판결)과 의견을 같이 하였지만, 『형사소송법』 제314조(실제 판례에 적용된 규정은 『군사법원법』 제367조)와 관련하여서는 입장을 달리하여 무죄 취지로 파기환송하였다.

■ 사건과정

① 참고인(공소외 1)은 수사의 단서가 되는 '고발장'을 작성하여 제출함 (공소외 1은 뇌물공여자로서, 스스로 처벌대상이 되는 자임)

② 참고인은 주식회사 부도 등으로 인해 과테말라에서 도피생활을 하고 있기 때문에, 당분간 귀국의사가 없으며 주소 또한 알 수가 없음. 따라서 증인소환절차를 집행하는 것이 사실상 불가능한 상황임

③ 출입국기록에 따르면, 참고인이 2005/08/10에 출국하여 우리나라 법정에서 신문하는 것이 사실상 어려운 상황임

④ 우리나라 검찰관이 과테말라 현지 호텔에서 참고인에 대한 진술조서를 작성함

⑤ 자유로운 분위기에서 참고인이 자진출석하여 임의수사 방식으로 조사에 응하였으며, 진술조서에 참고인지 직접 서명 및 무인을 함

⑥ 원심은 과테말라에서 검찰관이 작성한 참고인 진술조서에 대하여 위법수집증거에 해당하지 않는다고 복, 「군사법원법」 제367조에 따라 증거능력을 인정한 상황임

■ **판단근거 : 「군사법원법」 제367조(증거능력에 대한 예외)[99]**
(=「형사소송법」 제314조(증거능력에 대한 예외))

■ **공조사항**

- 대상 : 검찰관 작성의 참고인(공소외 1)에 대한 진술조서
- 결론 : 검찰관이 외국에 있는 참고인에게 직접 찾아가서 진술조서를 작성한 경우, 그 진술조서는 위법수집한 증거는 아니지만, 「군사법원법」 제367조의 특신상태에서 이루어졌다고 보기 어려워 증거능력이 부정된다.

〈표 3-2〉 형사사법공조 없이 작성된 검찰관 작성 참고인 진술조서 관련 판례 분석

증거능력 인정여부	1심	2심	3심
	보통군사법원 2010.9.10. 선고 2010고5 판결	고등군사법원 2011.3.16. 선고 2010노196 판결	대법원 2011.7.14. 선고 2011도3809 판결
	증거능력 인정	증거능력 인정	증거능력 부정

판단이유		
1심	2심	3심
증거능력 인정에 대한 특별한 언급 없음	**■ 진술조서의 위법수집증거 해당 여부 : 부정**	**■ 진술조서의 위법수집증거 해당 여부 : 부정**
	① 한국/과테말라 : 「범죄인인도조약」 체결, 「형사사법공조조약」 미체결 ② 「국제형사사법공조법」상 외국에 대하여 수사공조를 요청할 경우, 법무부장관의 승인을 받아 검사가 공조절차를 진행함 → 군검찰관의 경우 이에 대한 규정/준용규정이 없어 적용이 불가능함 ③ 「군사법원법」상 수사기관의 수사 장소에 관한 특별한 규정 및 제한 없음 ④ 군검찰관이 과테말라에 직접 가서 귀국을 거부하는 참고인에 대하여 임의수사의 일종인 진술조서를 받은 점을 인정함	① 검찰관이 참고인을 상대로 한 조사가 증거수집을 위한 수사행위에 해당 ② 조사 장소가 우리나라가 아닌 과테말라라는 점 ③ 조사 상대방이 우리나라 국민이고, 그가 자진하여 조사에 응함으로써 조사 방식·절차에 강제력·위력은 물론, 어떤 비자발적 요소도 개입될 여지가 전혀 없었음이 기록상 분명하다는 점
	"군검찰관이 「헌법」이나 「군사법원법」 기타 형사관련 규정을 위반하지 않고 외국에서 강제수사가 아닌 임의수사를 행한 것	"서로 상대방 국민의 여행과 거주를 허용하는 우호국 사이에서 당연히 용인되는 우호국의 국가기관과 그 국민 사이의 자

99) **『군사법원법』 제367조(증거능력에 대한 예외)** 제365조(군검사 또는 군사법경찰관의 조서)와 제366조(진술서 등)의 경우 공판준비기일 또는 공판기일에 진술을 하여야 할 사람이 사망, 질병, 국외거주, 소재불명, 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없을 때에는 그 조서나 그 밖의 서류를 증거로 할 수 있다. 다만, 그 조서나 서류는 진술 또는 작성이 특별히 신빙할 수 있는 상태에서 이루어졌을 때에만 증거로 할 수 있다.

	을 법률위반으로 보기 힘들며, 조서 작성에 있어 과테말라의 영토주권을 침해했다고 보기 힘듦" "군검찰관의 위와 같은 수사활동이 과테말라의 주권을 침해하였다고 보기 위해서는, 최소한 공소외 1이 과테말라의 법률을 위반하여 피의자신분이 되었거나 기소되어 형사절차의 대상이 되었음에도 불구하고 그와 같은 사안에서 우리나라 군검찰관이 조사와 수사를 행하였을 때 문제가 되는 것이며, 별개의 사건에 대하여 대한민국의 형사사법절차에서 관계인으로 진술한 것을 두고 과테말라의 주권을 침해하였다고 보기 어려움"	유로운 의사연락의 한 형태" "영토주권 침해의 문제 생겨날 수 없음" "우리나라와 과테말라 공화국 사이의 국제법적 문제로서, 피고인은 그 일방인 과테말라 공화국과의 사이에 국제법상 관할의 원인이 될 만한 아무런 연관성도 없음"
	■ 진술조서의 증거능력 인정 여부 : 인정	**■ 진술조서의 증거능력 인정 여부 : 부정**
	① 「국제형사사법공조」상 외국에서의 수사에 대한 공조요청 규정 취지는 범죄진압 및 예방에 국제적인 협력 증진을 목적으로 함 ② 공조협약이 미체결된 과테말라에서 군검찰관은 법무부장관에게 수사협조를 목적으로 하는 공조요청을 하지 않음 → 이러한 절차위반의 정도는 상대적으로 경미하다고 판단함 ③ 공조요청을 하지 않은 이유: 과테말라는 내전과 테러사건 등의 발생으로 중남미 국가 중에서 치안이 가장 불안한 국가로 분류되어 있음. 외교통상부가 과테말라 대부분을 여행자제구역으로 지정한 상황에서 사법체계가 적절히 가동되지 않고 있어 과테말라 정부의 공조수사가 거의 불가능하다고 판단됨 → 위 절차조항을 위반하여 과테말라 정부의 주권이나 사법권을 침해한 정도는 미미해보임 ④ 참고인은 뇌물을 직접 공여한 자로써 이 사건의 수사단서가 된 고발장을 제출한 자이며, 참고인에 대한 진술서 작성은 사전에 참고인과 일정을 협의하였고, 자유로운 분위기에서 임의수사의 형태로 이루어졌으며, 「군사법원법」에서 정한 절차에 따라 자필로 서명·무인한 점	① 형사사법공조절차나 과테말라 공화국 주재의 우리나라 영사를 통한 조사 등의 방법을 선택하지 않고, 직접 현지 호텔에 가서 조사한 것은 수사의 정형적 형태를 벗어난 것으로 보임 ② 참고인은 국외 도피를 통하여 책임을 회피하고 조사 과정의 허위진술에 따른 불이익도 염려할 필요가 없는 상태에서 일방적으로 진술함 ③ 참고진의 진술배경에는 참고인 자신의 도피자금 제공 요구를 피고인이 거절한 것에 대한 나쁜 감정이 있기 때문인 것으로 보임 ④ 참고인은 귀국 후 법정 증언 등을 통해 자신의 진술에 대한 진실성을 담보할 뜻이 없음을 분명히 하고 있음 ⑤ 참고인은 진술조서를 작성한 이후 피고인의 부탁에 의한 것이라고는 하지만, 해당 진술조서의 내용이 사실과 다르다는 취지의 서류를 보냈으며, 원심 증인 공소외 2와의 전화통화에서도 공소사실과 달리 피고인의 주장에 일부 부합하는 진술을 하기도 하였음
	"군검찰관은 피고인에 대한 기소 이후 피고인과 변호인에 의한 증인들의 진술이 조작되거나 왜곡될 가능성이 충분히 있고 공여자인 공소외 1의 태도가 일관되지 못한	"증거능력이 인정되기 위해서는 그 진술이 특별히 신빙할 수 있는 상태에서 이루어졌어야 하고, 이는 진술의 내용이나 조서 또는 서류의 작성에 허위개입의 여지

	점을 고려하여 직접 공소외 1의 진술이 필요하다고 판단한 점 등을 전체적·종합적으로 살펴볼 때, 군검찰관의 「국제형사사법공조법」 위반 행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 아니하고 오히려 그 증거의 증거능력을 배제하는 것이 「헌법」, 「형사소송법(군사법원법)」이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실체적 진실 규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사사법정의를 실현하려 한 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우에 해당”	가 거의 없고 그 진술 내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있는 경우” → 그러나 본 사안은 “정황을 인정하기에 부족함” ∴ 결론) 진술이 특별히 신빙할 수 있는 상태에서 이루어졌다는 점에 관한 증명이 있다고 보기 어렵다.

외국에 거주하는 참고인은 국가 간 국제형사사법공조가 체결된 경우에는 사법공조 요청을 통해 수사 등의 절차가 이루어지는 것이 보통이다. 그런데 우리나라와 과테말라는 이 사건 당시 범죄인인도조약만 체결되어 있었으며, 형사사법공조조약은 체결되어 있지 않았을 뿐만 아니라, 『국제형사사법공조법』에 군검찰관에 대한 규정 또는 준용규정은 없었다. 그리고 이 사건에서 군검찰관은 국내인인 참고인을 임의수사의 형태로 과테말라에서 진술조서를 받았다. 이에 대하여 대법원은 원심과 같이 이 사건 참고인 진술조서는 위법하게 수집된 증거는 아니라고 하였다.

그러나 위 진술조서가 증거능력이 있기 위해서는 과테말라에서 진술한 원진술자가 공판정에서 이에 대한 성립을 진술하여야 하는데, “외국거주”를 이유로 진술을 거부하였다. 법원은 『군사법원법』 제367조 단서규정의 특신상태 요건을 검토하였는데, 고등군사법원과 대법원의 입장차이가 있었다.

먼저 고등군사법원은 이 사건의 제반기록을 종합하여 보면, “참고인은 부도 등으로 인하여 과테말라로 도피생활을 하고 있으며 자신의 범죄행위로 인하여 당분간 귀국의 사가 없는 점, 자신의 주소 또한 알 수 없어 원심이나 당심에서 증인소환절차를 집행하는 것이 사실상 불가능하고 무의미하였던 점 등을 종합할 때, 참고인이 법정에서 신문하는 것이 사실상 어려운 점”이 인정된다고 하여, “외국거주” 요건을 충족한다고 하였다. 또한 “참고인이 과테말라 호텔에서 임의수사 형태로 자유로운 분위기에서 자진출석하여 진술하였고 자신이 직접 서명, 무인한 사실이 인정된다”고 하면서 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여진 것이라고 하였다.

그러나 대법원은 "원심이 들고 있는 사정, 즉 공소외 1이 자유스러운 분위기에서 임의수사의 형태로 조사에 응하였고 진술조서에 직접 서명·무인하였다는 사정만으로 위와 같은 정황을 인정하기에 부족할 뿐만 아니라, 오히려 ① 공소외 1에 대한 참고인 조사가 강제력을 수반하지 아니하여 과테말라공화국에 대한 주권침해의 문제는 낳지 않는다고 하더라도, 검찰관이 이 사건 공소제기 후에 군사법원의 증거조사절차 외에서, 그것도 형사사법공조절차나 과테말라공화국 주재 우리나라 영사를 통한 조사 등의 방법을 택하지 않고 직접 현지 호텔에 가서 조사를 실시한 것은 아무래도 수사의 정형적 형태를 벗어난 것이라고 보지 않을 수 없는 점, ② 공소외 1은 뇌물공여자로서 스스로 처벌대상이 됨에도 국외 도피를 통해 그에 대한 책임을 회피하고 조사 과정의 허위진술에 따른 불이익도 염려할 필요 없는 상태에서 일방적으로 진술한 점, ③ 공소외 1이 이러한 고발에 이르게 된 데는 자신의 도피자금 제공 요구를 피고인이 거절한 것에 대한 나쁜 감정이 배경이 되어 있는 점, ④ 공소외 1은 귀국 후 법정 증언 등을 통해 자신의 진술에 대한 진실성을 담보할 뜻이 없음을 분명히 하고 있는 점, ⑤ 공소외 1은 위 진술조서를 작성한 이후 피고인의 부탁에 의한 것이라고는 하나 위 진술조서의 내용이 사실과 다르다는 취지의 서류를 보내온 바 있고, 원심 증인 공소외 2와의 전화통화 과정에서도 공소사실과 달리 피고인의 주장에 일부 부합하는 진술을 하기도 하는 점 등에 비추어 보면, 위 진술이 특별히 신빙할 수 있는 상태에서 이루어졌다는 점에 관한 증명이 있다고 보기 어렵다"고 판시하고 있다. 즉 대법원은 "외국거주" 요건에 대한 특별한 언급없이, "특신상태"와 관련되어 원심과 다른 의견을 제시하였다.

다. 대법원 2007. 12. 13. 선고 2007도7257 판결

이 사안은 소위 일심회 국가보안법 위반 사건으로, 대법원은 아래 표와 같이 국가보안법위반(간첩)·국가보안법위반(잠입·탈출)·국가보안법위반(잠입·탈출)교사·국가보안법위반(찬양·고무등)·국가보안법위반(회합·통신등)·국가보안법위반(회합·통신등)교사·국가보안법위반(자진지원·금품수수)에 대해 판시하고 있다.

이 보고서와 관련된 사안으로는 대한민국 주중국 대사관 영사가 작성한 사실확인서 중 공인 부분을 제외한 나머지 부분이 당연히 증거능력이 인정하는 제315조 제1호 또는 제3호의 문서에 해당되는지 여부이다.

■ **사건과정**

① 원심에서 검사가 주중국 대사관 영사(공소외 1)가 작성한 사실확인서를 증거로 제출함

② 영사 증명서 기재 내용(2006형제123931호 수사기록 70, 186쪽 기재)

- 북한 조선상명무역공사 북경대표처 지사장(공소외 2)이 사용 중인 승용차의 소유자가 공소외 3이라는 사실
- 공소외 3의 신원 및 공소외 3이 대표로 있는 무역공사의 실체
- 북한 조선상명무역공사 북경대표처 지사장으로 신분을 위장하여 활동 중인 지사장이 거주 중인 북경시 조양구 소재 주택이 북한 대남공작조직의 공작 아지트로 활용된다는 점
- 피고인 3이 2006.6.24.경 북경에서 만난 공소외 4가 북한공작원이라는 취지

③ 영사 증명서에는 주중 한국대사관 공인이 찍혀 있음

④ 원심은 영사 작성 사실확인서에 대하여 제313조~제315조에 의하여 증거능력을 인정할 수 없다고 한 상황임

■ **판단근거 : 제313조, 제314조, 제315조**

■ **공조사항**

- 대상 : 대한민국 주중국 대사관 영사(공소외 1)가 작성한 사실확인서(영사증명서)(공인 부분을 제외한 나머지 부분)
- 결론 : 영사가 작성한 사실확인서의 경우(공인 부분을 제외한 나머지 부분), 공적인 증명보다는 상급자에게 보고할 목적으로 작성되었다고 보고, 「형사소송법」 제315조에 해당하지 않는다고 보아 증거능력이 부정된다.

〈표 3-3〉 영사 작성의 사실확인서의 증거능력에 대한 판례 분석

	1심	2심	3심
증거능력 인정여부	서울중앙지방법원 2007. 4. 16. 선고 2006고합1356,1363,1364, 1366,1367(병합)판결	서울고등법원 2007. 8. 16. 선고 2007노929 판결	대법원 2007. 12. 13. 선고 2007도7257 판결
	언급 없음	증거능력 부정	증거능력 부정

판단이유		
1심	2심	3심
증거능력 인정에 대한 특별한 언급 없음	▸ **영사 작성 사실확인서의 제315조 해당 여부 : X** - 「재외공무원복무규정」상 공관장은 ①공관업무와 주재국 정세 등에 관하여 정기/수시로 보고하여야 하고, ②「영사관계에 관한 비엔나협약」 제5조에서 "모든 합법적 수단에 의하여 접수국의 통상, 경제, 문화 및 과학적 생활의 제 조건 및 발전을 조사하고, 이에 관하여 파견국 정부에 보고하여 또한 이해관계자에게 정보를 제공하는 것"이 포함되어 있음 - 그러나 영사 작성 사실확인서는, → 제315조 제1호 "호적의 등본, 또는 초본, 공정증서등본 기타 공무원 또는 외국공무원의 직무상 증명할 수 있는 사항에 관하여 작성한 문서"에 해당 안됨 → 제315조 제2호 "상업장부, 항해일지 기타 업무상 필요로 작성한 통상문서"에 해당 안됨 → 제315조 제3호 "기타 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서"에 해당 안됨	▸ **엄격한 증빙서류 여부 : X** - 영사가 공무를 수행하는 과정에서 작성함 → 그 목적이 공적 증명 보다는 상급자 등에 대한 보고용이라는 점 → 엄격한 증빙서류를 바탕으로 하여 작성된 것이라고 할 수 없다는 점
	▸ **영사 작성 사실확인서의 제313조 해당 여부 : X** - 공판준비/공판기일에서 작성자인 영사의 진술에 의하여 성립의 진정이 증명되지 않았기 때문에 해당 없음	▸ **제315조 해당 여부 : X** - 제315조 제1호에서 규정한 호적의 등본/초본, 공정증서등본, 기타 공무원 또는 외국공무원의 직무상 증명할 수 있는 사항에 관하여 작성한 문서라고 볼 수 없음 - 제315조 제3호에서 규정한 기타 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성한 문서에 해당하여 당연히 증거능력 있는 서류라고 할 수 없음
	▸ **영사 작성 사실확인서의 제314조 해당 여부 : X** - 제314조 요건 ① 진술을 요할 자가 사망, 질병, 외국 거주 기타 사유로 인하여 공판정에 출석하여 진술을 할 수 없을 것 ② 그 진술 또는 서류의 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행해진 것 - 제314조 "외국거주" 기준(2001도5666 판결) : 진술을 요할 자가 외국에 있다는 것만으로는 부족하고, 가능하고 상당한 수단을 다하더라도 그 진술을 요할 자를 법정에 출석하게 할 수 없는 사정이 있어야 함 → 주중 한국대사관 영사(공소외 1)의 소재가 확실함에도 불구하고, 영사에 대한 소환장 발송과 같은 절차를 전혀 거치지 않은 이상, 제314조 '외국거주' 요건 불충족	▸ **제314조 해당 여부 : X** - 제314조 '외국 거주' 요건과 관련하여, 가능하고 상당한 수단을 다하더라도 영사를 법정에 출석하게 할 수 없는 사정이 없음 - 제314조 사실확인서 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여진 것이라고 볼 자료가 없음

영사증명서의 증거능력과 관련된 기록에는 “대한민국 주중국 대사관 영사 공소외 1 작성의 사실확인서 중 공인 부분을 제외한 나머지 부분은 북한 조선상명무역공사 북경대표처 지사장 공소외 2가 사용 중인 승용차의 소유주가 공소외 3이라는 것과 공소외 3의 신원 및 공소외 3이 대표로 있는 (상호 생략)무역공사의 실체에 관한 내용, 위 공소외 2가 거주 중인 북경시 조양구 소재 주택이 북한 대남공작조직의 공작아지트로 활용되고 있다는 내용, 피고인 3이 2006. 6. 24.경 북경에서 만난 공소외 4가 북한공작원이라는 취지의 내용”이 나타나 있다. 따라서 대법원은 이에 대해서 “비록 영사 공소외 1이 공무를 수행하는 과정에서 작성된 것이지만 그 목적이 공적인 증명에 있다기보다는 상급자 등에 대한 보고에 있는 것으로서 엄격한 증빙서류를 바탕으로 하여 작성된 것이라고 할 수 없으므로, 위와 같은 내용의 각 사실 확인 부분은 형사소송법 제315조 제1호에서 규정한 호적의 등본 또는 초본, 공정증서등본 기타 공무원 또는 외국공무원의 직무상 증명할 수 있는 사항에 관하여 작성한 문서라고 볼 수 없고, 또한 같은 조 제3호에서 규정한 기타 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서에 해당하여 당연히 증거능력이 있는 서류라고 할 수 없다”고 하였다.

또한 대법원은 영사증명서가 피고인 아닌 자가 작성한 서류로서 제313조 제1항에 해당하여 진술자가 제314조의 요건을 충족하여 증거능력이 인정될 수 있는가에 대해서도 판시하고 있다. 이 사안에서는 가능하고 상당한 수단을 다하더라도 공소외 1을 법정에 출석하게 할 수 없는 사정[100]이 있다고 볼 자료가 없고, 위 사실확인서의 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여진 것이라고 볼 자료도 없다면서 영사증명서에 대한 제313조 제1항 및 제314조에 의해서도 증거능력을 인정하지 않았다.

라. 대법원 2006. 1. 13. 선고 2003도6548 판결

판결은 미국 범죄수사대(CID), 연방수사국(FBI)의 수사관들이 작성한 수사보고서 및 피고인이 위 수사관들에 의한 조사를 받는 과정에서 작성하여 제출한 진술서가 『형사소송법』 제312조의 “검사 이외의 수사기관”에 포함되는지 여부와 포함된다면 증거능력이 있는지 여부가 쟁점이 되었다.

---

100) 대법원 2002. 3. 26. 선고 2001도5666 판결은 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률위반(알선수재)과 관련된 사안으로, “‘외국 거주’란 진술을 요할 자가 외국에 있다는 것만으로는 부족하고, 가능하고 상당한 수단을 다하더라도 그 진술을 요할 자를 법정에 출석하게 할 수 없는 사정이 있어야 예외적으로 그 적용이 있다”고 판시하고 있다.

■ **사건 과정**

- 피고인은 피해자를 폭행한 것이 아니라, 술에 취한 피해자를 같이 묵고 있던 여관에 데려다 준 것이라고 진술하면서 범죄사실을 부인하고 있는 상황임

[미국 공소외 4 검사가 작성한 "켄지 스나이던 사건 관련"이라는 서류의 기재 내용]

① 2001/3/17 : 사건 발생

② 2001.5.부터 서울 용산경찰서는 피해자가 미국 시민이고, 범인은 미군일 가능성이 있었기 때문에 FBI, CID와 정보를 교환하면서 사건을 수사하였으나, 혐의점을 발견하지 못하여 피고인의 미국으로의 출국을 허용함

③ 2001/12/20 : FBI 소속 수사관(공소외 2), CID 소속 수사관(공소외 1)과 함께 사건을 검토하던 중 피고인의 진술에 모순점을 발견함

④ CID 소속 수사관과 FBI 소속 수사관은 대한민국 경찰과 상의한 후, 미국에 있는 피고인을 다시 신문하기로 하고 상부에 보고함

⑤ 2002/2/4~6 : CID 소속 수사기관과 FBI 소속 수사관은 3회에 걸쳐 미국 웨스트버지니아 헌틴턴시 소재 호텔에서 미국 오하이오 주 클리블랜드 FBI 소속 거짓말 탐지기 담당자(공소외 3)를 만나 함께 피고인을 신문함

- 2/4 : CID, FBI 소속 수사관들은 피고인을 상대로 성장과정, 대한민국에 교환학생으로 가게 된 경위, 친구인 피해자가 죽은 심경 등에 대해서 질문함
- 2/5 : 피고인이 범행을 저질렀다고 자백함
- 2/6 : CID 소속 수사관은 피고인의 자백을 기재한 수사보고서를 작성하였고, 피고인은 위 자백에 대한 진술서를 작성하고 서명함

⑦ 미국 법률상, 해외에서 발생한 미국 시민에 대한 살인사건은 FBI, 용의자가 미군 형법 적용대상자인 경우에는 CID가 수사권을 가짐 → 따라서 각 기관 소속 수사관들은 피고인을 수사할 권한이 있음 → 각 기관 소속 수사관들은 대한민국 경찰과의 공조수사라는 차원에서 미국 내에서 적법한 수사권한을 갖고 피고인을 피의자 신분으로 신문하게 되었다고 봄이 상당함

⑧ 원심은 미국 CID 소속 수사관이 작성한 피의자신문조서 및 피고인이 작성한 진술서는「형사소송법」제312조 제2항의 검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서에 해당한다고 보고, 피고인이 법정에서 내용을 부인하는 이상 모두 증거능력을 인정할 수 없다고 한 상황임

■ **판단근거 : 제312조 제2항**

■ **공조사항**

- 대상 : 미국 CID 수사관이 미국에서 작성한 피의자신문조서, 피고인이 작성한 진술서
- 결론 : 미국 CID 수사관이 미국에서 작성한 피의자신문조서 및 피고인이 작성한 진술서는「형사소송법」제312조 제2항에 해당하므로, 피고인이 법정에서 해당 조서의 내용을 부인하는 이상 증거능력이 없다.

〈표 3-4〉 미국 CID 수사관이 작성한 피의자신문조서 및 피고인 작성 진술서의 증거능력에 관한 판례 분석

<table>
<tr><td rowspan="2">증거능력
인정여부</td><td colspan="2">1심</td><td colspan="2">2심</td><td colspan="2">3심</td></tr>
<tr><td colspan="2">서울지방법원 서부지원
2003.6.9. 선고 2003고합18
판결</td><td colspan="2">서울고등법원 2003.10.14.
선고 2003노1753 판결</td><td colspan="2">대법원 2006.1.13. 선고
2003도6548 판결</td></tr>
<tr><td></td><td colspan="2">-</td><td colspan="2">증거능력 부정</td><td colspan="2">증거능력 부정</td></tr>
<tr><td colspan="7">판단이유</td></tr>
<tr><td>1심</td><td colspan="3">2심</td><td colspan="3">3심</td></tr>
<tr><td rowspan="3">-</td><td rowspan="3">①</td><td>ⓐ 제312조 제2항 “검사 이외의 수사기관”
- 사법경찰관, 군수사기관
- 97도1351판결: 외국의 권한 있는 수사기관 등이 작성한 조서 및 서류도 포함</td><td colspan="3" rowspan="3">▸ 제312조 제2항 “검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서”
→ 피의자였던 피고인이나 변호인이 그 내용을 인정할 때에 한하여 증거로 사용 가능
→ 86도1152판결
: 피고인이 검사 이외의 수사기관에서 조사받는 과정에서 작성하여 제출한 진술서는 수사기관이 작성한 피의자신문조서로 봄
→ 79도493판결
: 피고인이 수사과정에서 범행을 자백한 검사 아닌 수사기관의 진술이나 같은 내용의 수사보고서 역시 마찬가지임
→ 외국의 권한 있는 수사기관도 포함됨
▸ 사법경찰관 작성 검증조서에 피의자였던 피고인이 자백한 범행내용을 현장에</td></tr>
<tr><td>ⓑ 외국의 권한 있는 수사기관이 작성한 조서 = 제312조, 313조에 해당하는 조서
- 제312조① : 대한민국의 검사 지위에 부합하는 미국의 수사기관(미국의 검사)
- 제312조② : 대한민국의 사법경찰관, 군수사기관의 지위에 해당하는 FBI, CID</td></tr>
<tr><td>ⓒ 미국 CID 수사관이 미국에서 작성한</td></tr>
</table>

		피의자신문조서 : 제312조 제2항 적용 "미국의 수사체계가 우리나라와 다르고 피고인이 참고인 신분(피의자)에서 조사받았다고 해서 제313조 제1항을 적용할 수 있는 것이 아님"	따라 진술/재현한 내용이 기재되고 재연과정을 촬영한 사진이 첨부된 경우 → 피고인이 공판정에서 부인하는 이상 증거능력 없음
	②	ⓐ 대한민국/미합중국 간의 범죄인인도조약 - 1998.6.9.체결, 1999.12.20. 발효 - 「범죄인인도조약」상 대상범죄를 저지른 혐의자에 대하여 피청구국이 범죄인 인도를 결정할 경우, 청구국은 범죄인을 인도받은 후 자국의 형사사법제도 하에서 기소/재판을 진행하면 충분하며, 고유 사법제도를 포기하면서까지 당사국이 제출한 자료를 무리하게 해석하여 증거능력을 부여할 수 없음	
		ⓑ 대한민국/미합중국 간의 형사사법공조조약 - 1993.11.23.체결, 1997.5.23. 발효 - 형사사법공조조약의 규정에 따라 대한민국 사법체계에 부합하는 증거를 획득할 수 있으므로, 미국수사기관에 의할 필요가 없음	
	③	▸ 미국에서 CID 수사관이 피고인의 자백을 기재한 수사보고서, 피고인이 작성한 진술서 : 제312조 제2항의 검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서에 해당함 → 피고인이 법정에서 내용을 부인하는 이상 모두 증거능력 없음	
	∴ 원심 그대로 인정		∴ 원심 그대로 인정

대법원은『형사소송법』제312조 제2항에서 정한 "검사 이외의 수사기관"에는 외국의 권한 있는 수사기관도 포함된다고 하였다. 따라서 이 사건 조서는 "공판준비 또는 공판기일에 그 피의자였던 피고인이나 변호인이 그 내용을 인정한 때에 한하여 증거로 할 수 있다."[101] 즉 피고인이 공판정에서 그 진술내용 및 범행재연의 상황을 모두

101) 대상 판례는 개정 전 형사소송법 규정을 대상으로 하고 있어, 현행『형사소송법』규정에 따르면 제312조 제3항이 이에 해당하며, 요건은 "적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 공판준비 또는 공판기일에 그 피의자였던 피고인 또는 변호인이 그 내용을 인정할 때에 한하여 증거로 할 수 있다."고 하였다.

부인하는 이상 증거능력이 없게 된다.

따라서 이 사안은 미합중국 치안판사가 주재하여 진행한 범죄인인도 공판기일에서의 피고인 진술을 기재한 조서가 증거능력이 없는 것이 아니라, 이 조서는 제312조 제2항에 해당하는 것이고, 다만 피고인 진술이 전체적으로 보아 이 사건 공소사실을 부인하는 취지이기 때문에 증거능력이 없다고 하였다.

마. 대법원 2006. 9. 26. 선고 2006도3922 판결

아래 판결은 피고인이 갑으로부터 피고인의 직무와 관련된 청탁을 받자 뇌물을 교부받기로 마음먹고 평소 피고인의 자금을 관리하는 A에게 대재벌 회장인 갑을 만나 뇌물요구 의사를 전달하게 하였다. A는 재벌계열사 회장인 을로 하여금 무기명 양도성 예금증서 150억 상당을 피고인에게 전달하게 하였고, 피고인은 이 증서를 교부받아 뇌물을 수수한 사건이다.

피고인이 기소되고 자금을 관리하는 A는 미국거주 중으로 공판정에 증인으로 출석할 수 없는 상태였다. 따라서 A의 변호사가 동남아에 있는 한 호텔에서 A를 만나 A의 진술을 청취하고 노트북 컴퓨터를 이용해 그 진술을 정리하여 출력한 다음 A가 이를 확인하고 서명, 무인하여 진술서를 작성하였고, 이 진술서에 대해 1심에서는 제314조를 적용하여 증거능력이 있다고 판단하였다. 그러나 대법원은 위 진술서는 진술자가 외국에 거주하게 된 경위, 진술서 등이 작성된 전후 사정과 작성 경위, 작성 장소 및 방법이 정상적이지 않았고, 진술서의 작성 동기나 목적이 석연치 않은 점 등의 사정에 비추어 “특신상태” 요건 결여로 증거능력을 부정하면서 파기 환송하였다.

파기 환송심은 검사가 외국으로 가서 A를 직접 조사하고 신문하는 대신 A의 진술의 신용성을 담보할 수 있도록 국가기관이 A의 진술을 들을 수 있는 방법을 강구한 끝에, 비엔나협약 제5조 (j)목에 따라 외국에 주재하고 있는 영사 앞에서 A가 진술하게 하고, 그 진술을 영사가 진술기재서면으로 작성하는 방법을 취하게 되었다. 이에 검찰은 법원에 영사를 통한 A의 증인신문을 요청하였고, 법무부와 외교통상부를 거쳐 일본 주재 대한민국 영사에게 공조요청서를 송부하였다. 이에 따라 일본 주재 대한민국 영사가 영사 앞에 출석한 A에 대하여 공조요청서에 첨부된 질문사항에 관해 질문을 하고, A로부터 답변을 청취하여 진술 내용을 서면으로 작성한 후 A의 서명무인을

받은 다음, 작성자인 영사가 서명날인한 영사작성 진술기재서면을 법원에 송부하였다.

그러나 파기 환송심에서는 이 영사작성 진술기재서면에 대해 "영사 진술서"라고 칭하면서 제313조 소정의 서류로 판단한 다음 제314조에 의한 증거능력 인정여부에 대하여 "특신상태"를 인정하지 않음으로써 증거능력을 부인하였다.

아래 대법원 판단은 위 파기 환송심을 원심으로 한 판결로, 원심의 의견과 같이 "특신상태"가 인정되지 않아 증거능력을 부인하여 피고인에게 무죄를 선고한 판결을 확정하였다.

■ **사건과정**

[진술서 작성 경위]

① 2005/6/1 : 검찰이 영사에게 증인신문을 위임함

② 2005/7/4 : 법원은 영사에 의한 진술청취를 증거방법으로 채택함

③「영사관계에 관한 비엔나협약」제5조 (j)목,「국제형사공조법」제4조, 제5조를 근거로「국제형사공조법」에서 정한 절차에 따라 법원행정처장/법무부장관/외무부장관을 경유하는 방식으로 일본 주재 대한민국 영사에게 증인에 대한 진술청취 촉탁에 관하여 공조를 요청함

④ 영사가 공조요청서에 첨부된 진술청취 사항에 관하여 김영X에게 질문하고 답변을 청취하여 작성함

⑤ 원심은 영사진술서는 제311조, 제315조 제3호에 해당되지 않으며, 제314조 요건 중에서 '필요성'은 충족되지만, '특신상태'는 충족되지 않았기 때문에 증거능력을 부정한 상황임

■ **판단근거 : 제311조, 제313조 제1항, 제314조, 제315조 제3호**

■ **공조사항**

- 대상 : 일본 주재 대한민국 영사가 작성한 참고인 진술청취서
- 결론 : 검찰이 일본 주재 대한민국 영사에게 증인신문을 위임하여 영사가 작성한 참고인 진술청취서에 대하여「형사소송법」제313조 제1항에 해당하고, 동법 제314조의 '필요성' 요건은 충족하였으나 동조의 '특신상황' 요건이 불충족되었으므로 증거능력이 없다.

〈표 3-5〉 일본 주재 대한민국 영사가 작성한 참고인 진술청취서의 증거능력에 대한 판례 분석

<table>
<tr><td rowspan="2">증거능력
인정여부</td><td>1심</td><td>2심</td><td>3심</td></tr>
<tr><td>1. 서울중앙지방법원
2003.12.12.
선고 2003고합642,933
판결
2. 서울중앙지방법원
2004.4.12.
선고 2004고합278 판결</td><td>서울고등법원 2006.5.25.
선고 2004노3095 판결</td><td>대법원 2006.9.28. 선고
2006도3922 판결</td></tr>
<tr><td>-</td><td>증거능력 부정</td><td>증거능력 부정</td></tr>
<tr><td colspan="4">판단이유</td></tr>
<tr><td>1심</td><td colspan="2">2심</td><td>3심</td></tr>
<tr><td>-</td><td colspan="2">① 영사진술서 법적성격
▸ 법원 또는 법관의 면전에서 작성된 조서 아님 → 제311조 적용 안됨
▸ 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서라고 볼 수 없음
→ 제315조 제3호 당연히 증거능력있는 서류로 볼 수 없음
▸ 일본 주재 대한민국 영사가 「영사관계에 관한 비엔나협약」의 규정에 근거하여 작성 → “피고인 아닌 자의 진술을 기재한 서류”에 해당(제313조 제1항). 제314조의 요건을 모두 갖춘다면 유죄의 증거로 삼을 수 있음
② 제314조 “필요성” : 요건 충족
- 2003/3/23 : 증인 미국으로 출국
ⓐ 연락처나 소재지를 알리지 않고 여러 나라를 전전하면서 도피
ⓑ 당분간 귀국할 의사가 없음을 밝힘
- 2003/11/28 : 미국과 체결한 「형사사법공조조약」에 따라 미국정부에 대하여 증인에 대한 소재확인을 구하는 형사사법공조 요청을 하였으나 회신이 없음
㉠ 법원 및 당사자 모두가 증인의 소재를 확인할 수 없음
㉡ 법원 및 수사기관으로서도 가능하고 상당한 수단을 다하더라도 진술이 필요한 증인을 법정에 출석할 수 있는 방법을 찾을 수 없을 것으로 판단함
③ 제314조 “특신상태” : 요건 불충족
ⓐ 증인은 피고인과 이해관계가 정면으로 상반되는 위치에 있으며, 본 사건의 핵심적인 증인이자 잠재적 피의자에 해당함
ⓑ 사건 수사가 개시되기 전 증인이 미국으로 출국하였고, 수년간 의도적으로 귀국 및 증언을 회피함
ⓒ 해외도피생활을 하는 상황에서 영사와 증인이 참석한 자리에서 진술서를 작성
→ 피고인은 내용에 대하여 반대신문 할 기회가 봉쇄되어 있어 실체적 진실 발견에 미흡함
ⓓ 증인 스스로도 당분간 귀국의사가 없음을 피력한 상황임. 영사진술서는 장래 공판기일에서 증인에 대하여 반대신문이 이미 불가능하다는 것이 예정되어 있는 상황에서 작성된 것임
ⓔ 영사진술서 기재 내용에 대하여 위증의 벌 등 증인에게 아무런 법적제재나 부담이 없는 상태에서 작성되었음. 본인 희망에 따라 녹음/녹화가 미실시</td><td>∴ 원심과 같은 이유</td></tr>
</table>

	되어 진술태도를 확인할 방법이 없음 ⓕ 영사진술서 작성 시기가 본 사건 수사뿐만 아니라 환송전당심에 이르기까지의 증거조사가 시행된 후임 ⓖ 증인이 언론 등을 통해 해외 관련자들의 진술 내용을 파악할 수 있는 상태에서 영사진술서가 작성됨 ⓗ 내용상 자신에게 불리한 내용은 없으며, 모두 피고인이 부인하고 있는 내용을 담고 있음. 내용 또하 통상 경험칙에 부합하지 않음 ⓘ 증인이 귀국하지 않는 이유에 대하여 의구심이 있음 ⓙ 증인은 서울중앙지방검찰청 2003년 형 제114399호 사건의 피의자로서 2005/1/24에 기소중지됨	
	▸ 영사 진술서가 작성된 전후의 사정, 진술서 작성 시기, 증인이 처한 입장, 진술서 기재내용을 미루어 보아, “영사 진술서 작성에 허위개입의 여지가 거의 없다거나, 진술내용의 신용성/임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있다고 보기에는 부족” “제314조 “특히 신빙할 수 없는 상태에서 행하여진 것”이라는 볼 수 없어, ‘영사 진술서’는 증거능력이 없음”	

대법원은 이 사건 영사 진술서는 “① 진술자가 피고인에 대한 뇌물수수의 공소사실이 인정되지 않을 경우 곧바로 자신의 형사적 책임이 문제될 수 있어 피고인과는 이해관계가 정면으로 상반되는 위치에 있는 자로서 이 사건의 핵심적인 증인 및 잠재적 피의자에 해당하는데, 동인이 이 사건의 수사가 개시되기 직전 미국으로 출국한 이래 수년간 의도적으로 귀국 및 증언을 회피하고, 해외에서 계속 도피 생활을 하고 있는 상태에서 영사와 진술자만이 참석한 자리에서 진술서가 작성됨으로써 피고인 등은 그 내용에 대하여 면전에서 반대신문을 할 수 있는 기회가 봉쇄되어 있어 실체적 진실발견에 극히 미흡한 점, ② 진술자 스스로도 누차 자신이 당분간 귀국의사가 없음을 피력한 상태이므로 영사 진술서는 이미 장래 공판기일에서 진술자에 대하여 피고인이 반대신문하는 것이 불가능하다는 것이 예정되어 있는 상황에서 작성된 것인 점, ③ 진술자가 영사 진술서의 기재 내용에 대하여 위증의 벌 등 아무런 법적 제재나 부담이 없는 상태에서 작성되었고, 동인의 희망에 따라 녹음·녹화도 실시되지 않아 그 진술태도를 확인할 방법도 없는 점, ④ 영사 진술서의 작성 시기가 이 사건 수사뿐 아니라 환송 전 원심에 이르기까지의 증거조사가 시행된 후이고, 진술자가 언론 등을 통하여 해외에서 관련자들의 진술 내용을 모두 파악할 수 있는 상태에서 영사 진술서가 작성된 점, ⑤ 영사 진술서의 내용을 보더라도 자신에게 불리한 내용은 전혀 없이 모두 피고인이 줄곧 부인하고 있는 피고인의 뇌물요구 지시사실과 이 사건

cd 수령사실에 부합하는 내용만을 담고 있을" 등, "이 사건 영사 진술서가 작성된 전후의 사정, 진술서 작성 시기, 진술자가 처한 입장, 진술서의 기재 내용 등에 비추어 볼 때, 이 사건 영사 진술서의 작성에 허위개입의 여지가 거의 없다거나 그 진술 내용의 신용성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있다고 보기에는 부족하다는 이유로 이 사건 영사 진술서의 증거능력을 배척하였다(밑줄은 저자가 강조)"고 보았다.

파기 환송 전 사실심과 대법원에서 진행된 참고인 진술기재서가 참고인과 동인의 변호사 간에 이루어진 진술을 토대로 작성된 것임에 반해, 파기 환송심과 이에 대한 대법원 판례는 공조요청을 통해 이루어진 영사와 동인 간의 진술을 토대로 작성되었다는 점에 차이가 있다. 또한 공적기관이 작성한 진술서라고 하더라도, 특신상태의 요건은 진술이 이루어진 전후 사정 및 여러 가지를 종합하여 불인정될 수 있음을 지적한 판례이다.

바. 대법원 1999. 2. 26. 선고 98도2742 판결

이 사안의 쟁점은 첫째로 제313조 제1항에 해당하는 피의자 아닌 자의 진술서가 제314조에 의해 증거능력이 있는 것인지, 둘째는 우리나라 검찰주사보가 외국에 있는 피고인 아닌 자의 진술을 전화통화를 이용하여 기재하였다면 전문법칙의 예외로서 증거능력을 인정받을 수 있는지에 있다.

■ **사건과정**

① 참고인들이 진술서를 작성함
② 참고인들이 중국에 거주하고 있는 상황임
③ 검찰주사보가 중국에 거주하고 있는 참고인들에게 고소 보충 및 기타 조사를 목적으로 국제전화를 하여 해당 통화 내용을 문답형식으로 기재함
④ 검찰주사보가 작성한 수사보고서에는 참고인의 서명·기명날인 없이 검찰주사보만 기명날인함
⑤ 원심은 참고인이 작성한 진술서 및 검찰주사보가 작성한 수사보고서에 대하여 증거능력을 인정한 상황임

■ **판단근거 : 제313조, 제314조**

■ **공조사항**

- 대상 : ① 참고인들이 작성한 진술서
  ② 검찰주사보가 참고인들과 전화통화한 내용을 기재한 수사보고서
- 결론 : ① 참고인들이 작성한 진술서는 제314조에 의하여 증거능력이 인정되지만, ② 검찰주사보가 참고인들과의 전화통화 내용을 기재한 수사보고서는 제313조에 해당하지 않기 때문에 제314조에 의한 증거능력 유무를 따질 필요 자체가 없다.

〈표 3-6〉 피고인 아닌 자의 진술서 및 검찰주사보 작성 수사보고서의 증거능력에 관한 판례 분석

<table>
<tr><td rowspan="2">증거능력
인정여부</td><td>1심</td><td>2심</td><td>3심</td></tr>
<tr><td>서울지방법원 1997. 9. 18.
선고 96고단12068 판결</td><td>서울지방법원 1998. 8. 7.
선고 97노7443 판결</td><td>1999. 2. 26. 선고
98도2742 판결</td></tr>
<tr><td></td><td>증거능력 인정</td><td>① : 증거능력 인정
② : 증거능력 부정</td><td>① : 증거능력 인정
② : 증거능력 부정</td></tr>
<tr><td colspan="4">판단이유</td></tr>
<tr><td>1심</td><td colspan="2">2심</td><td>3심</td></tr>
<tr><td>증거능력
인정에 대한
특별한 언급
없음</td><td colspan="2">① 참고인들이 작성한 진술서
: 증거능력 인정 (형사소송법 제314조)
ⓐ 참고인들이 현재 중국에 거주한다는 점을 고려함
ⓑ 수사기록에 편철된 참고인들의 진술서와 공판기록에 편철된 참고인들의 진술서 중에서 김X자가 작성한 일부 진술서의 필체가 김X수가 작성한 진술서의 필체와 유사하게 보이지만, 이것만으로는 김X자가 작성한 진술서의 진정성립을 부정할 수 없음
ⓒ 진술서가 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 작성된 것으로 보임</td><td>① 참고인들이 작성한 진술서
: 증거능력 인정 (형사소송법 제314조 적용)
ⓐ 참고인들이 중국에 거주하고 있다는 점을 고려함
ⓑ 서류 작성에 있어서 허위로 개입할 여지가 거의 없다는 점
ⓒ 기재내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있다고 보여짐</td></tr>
<tr><td></td><td colspan="2">② 검찰주사보가 작성한 참고인들의 전화통화 내용을 기재한 수사보고서
: 증거능력 부정
"… 피고인이 위 금원수령을 부인하고 있는 이상 위 각 증거들은 피고인의 위 금원수령 사실에 대한 직접적인 증거가 될 수 없고 달리 이를 인정할 증거가 없다."</td><td>② 검찰주사보가 작성한 참고인들의 전화통화 내용을 기재한 수사보고서
: 증거능력 부정 (법조문에 해당 X)
ⓐ 제311조, 제312조, 제315조, 제316조의 적용대상이 아님
ⓑ 제313조 진술을 기재한 서류에 해당해야만 제314조의 적용 여부가 문제가 됨
→ 제313조가 적용되려면 그 진술을 기재한 서류에 진술자의 서명 또는 날</td></tr>
</table>

		인이 필요함 → 수사보고서에는 검찰주사보의 기명날인만 되어 있을 뿐, 원진술자의 서명·기명날인이 없기 때문에 제313조에 해당하는 서류가 아님 → 수사보고서가 제313조에 해당하지 않기 때문에 (검찰주사보가 법정에서 수사보고서 내용이 전화통화 내용을 사실대로 기재하였다는 취지의 진술을 하더라도) 제314조에 의한 증거능력의 유무를 따질 필요 자체가 없음

먼저 제314조와 관련하여, 이 사안의 진술자가 작성한 진술서가 제313조 제1항과 제314조에 의해 증거능력이 있기 위해서는 ① 원진술자가 사망, 질병, 외국거주 기타 사유로 인하여 공판정에 출정하여 진술할 수 없는 "필요성"의 요건을 갖추어야 하며, ② 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여진 것이 증명되어야 한다. 대법원은 위 사안과 관련하여 현재 중국에 거주하고 있는 진술자들의 필요성에 대한 요건은 특별히 논하지 않은 채, 특신상태에 대해 "그 진술내용이나 조서 또는 서류의 작성에 허위개입의 여지가 거의 없고 그 진술내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있는 경우"로서 특신상태를 인정하여 외국거주 진술자의 진술서에 대한 증거능력을 인정하고 있다.

다만 두 번째 쟁점사항에 대해서는 증거능력을 부정하였다. 국제전화를 통해 이루어진 검찰주사보 작성의 수사보고서의 전문증거는 수사기관에 의해 작성된 것이 아니기 때문에 제312조에 해당되지 않으므로 제313조의 제1항에 해당한다고 할 수 있는데, 제313조에 의해 증거능력을 인정받기 위해서는 진술자의 서명 또는 기명날인이 있어야 하는데 본 사안에서는 이 부분이 누락되어 있어 제314조를 볼 필요도 없이 증거능력이 없다고 하였다.

사. 대법원 1994. 1. 28. 선고 93도1278 판결

사안은 전문진술과 관련된 것으로, 원진술자인 피고인 아닌 자가 외국인이기 때문에 제316조 제2항 소정의 "원진술자가 사망 질병 기타 사유로 인하여 진술할 수 없는

경우"와 "진술이 특히 신빙할 수 있는 상태에서 행하여진 때"에 해당하여 증거능력을 부여받을 수 있는지가 쟁점이다.

■ **사건과정**

① 1989.1. : 피고인이 국내 피해자 회사가 생산한 피.이.랩을 비롯한 3가지 종류의 랩과 미국/일본에서 각각 생산된 3가지 종류의 랩 등에 대한 안전성 검사를 일본에 있는 식품위생연구소의 다까시 다쯔노에게 검사방법 등을 지시하여 의뢰함

② 1989/2/28 : 다까시 다쯔노가 피고인에게 분석결과 보고서를 보냄

③ 1989/3/16 : 피고인은 내용 검토 후 이를 근거로 "국내외 시판 랩의 성분분석에 관한 보고"라는 강연회에서 피해자 회사에서 제조/판매하는 피.이.랩 제품에 대하여 "제가 직접 국내외의 시판 랩 9종류를 성분분석한 결과, 위 피.이.랩 제품에서 최기형성/변이원성/숙주경유 등 기형아의 원인이 되는 발암성 물질인 "디.엘.티.피"가 용출실험에서는 검출되지 아니하였으나 재질실험에서는 나왔다. 이러한 산화방지제는 미국이나 일본 등 선진국에서 사용하는 "일가녹스"로 바꾸어야 한다"는 내용을 발표하여 허위사실을 유포함

④ 그러나, ⓐ 현행 식품위생법규상 규격항목 중 재질실험에 산화방지제인 "디.엘.티.피"의 실험항목이 없으며, ⓑ "디.엘.티.피"는 발암성/기형아의 원인이 되는 물질이 아니며 같은 산화방지제인 "일가녹스 1010, 1076"과 비교하여 인전성에 대한 부분에서 우열이 없음

⑤ 제1심 제4회 공판조서 중, 증인이 "일본에서 피고인의 의뢰에 의하여 식품포장용 랩의 성분분석을 한 다까시를 만나 문의한 바, 위 다까시는 자신이 분석하여 본 결과 크린랩에서는 재질실험, 용출실험 모두에서 "디.엘.티.피."가 검출되지 않았다고 말하였다"는 진술을 기재한 부분이 있음

⑥ 원심에서는 증인의 진술을 기재한 부분의 증거능력을 인정한 상황임

■ **판단근거 : 제316조 제2항**

■ **공조사항**

- 대상 : 제1심 제4회 공판조서 중 증인의 진술기재부분

- 결과 : 공판조서 중에서 증인의 진술이 기재된 부분은 제310조의2에 해당하는 전문진술이므로 예외적으로 제316조 제2항의 요건을 갖춘 경우에만 증거능력이 인정되는 바, 해당 진술기재부분에 대하여 특신상황에 해당한다고 볼 수 없어 증거능력을 인정할 수 없다.

〈표 3-7〉 제316조 제2항 전문진술의 증거능력에 대한 판례 분석

증거능력 인정여부	1심	2심	3심
	-	서울지방법원 1993.4.23. 선고 90노3851 판결	대법원 1994.1.28. 선고 93도1278 판결
	-	증거능력 인정	증거능력 부정

판단이유		
1심	2심	3심
-	-	① 공판조서 중 증인의 진술을 기재한 부분은 「형사소송법」 제310조의2의 공판준비 또는 공판기일 외에서의 타인의 진술을 내용으로 하는 전문진술임 → 예외적으로 제316조 제2항의 요건을 갖춘 경우에만 증거능력이 인정됨 → 원진술자인 다까시는 일본에 거주하는 일본인으로서 우리나라 법원이 그의 출석을 강제할 수 있는 구역의 밖에 있는 상황임 ② "원진술자가 사망·질병 기타 사유로 인하여 진술할 수 없는 경우"에 해당하더라도, "진술이 특히 신빙할 수 있는 상태에서 행하여진 때"에 해당한다고 볼 자료가 전혀 없음

위 사안은 증인이 일본에 거주하는 일본 국적자의 진술을 내용으로 하는 전문진술을 하였고, 이 전문진술이 증거로서의 능력이 있기 위해서는 제316조 제2항에 의해 원진술자인 일본 국적인이 공판정에서의 진술불능상태에 있고 그 진술에 있어 특신상태가 있어야 한다. 대법원은 원진술자의 진술불능상태가 인정된다고 하더라도 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태에서 행해진 것에 해당하지 않아 증거능력을 갖추지 못하였다고 하였다.

2. 증거능력을 인정한 판례

가. 대법원 2007. 6. 14. 선고 2004도5561 판결

본 판례는 외국에서 수집된 증거와 관련된 것은 아니지만, 국내에서 이루어진 수사

과정에서의 진술서의 증거능력 인정과 관련하여 진술자가 외국에 거주한 경우와 관련된 것이다.

■ **사건과정**

① 2002/2/25 : 참고인(공소외 8)은 평소 잘 알고 지내던 검찰간부로부터 공소외 7을 조사할 것 같다는 말을 들었다고 진술함

② 2002/4/9 : 1회차 조사할 당시 위 검찰간부가 '피고인 2'라고 밝힘. 이 사실이 언론을 통해 보도되어 더 이상 숨길 수 없다고 판단하여 실토한다고 하였으나, 피고인 1과 본인과의 연관성은 부인함

③ 2002/6/20 : 5회차 조사할 당시에 검사가 피고인 1과의 전화통화 내역을 제시하면서 추궁하자, 공소외 7의 조사와 관련하여 피고인 1과 전화통화를 한 사실이 있다고 밝힘

④ 제1심은 참고인을 증인으로 채택하여 국내의 주소지 등으로 소환장을 발송하였으나 소환장이 송달불능됨

⑤ 2003/5/16 : 참고인이 미국에 거주하고 있음이 밝혀져 미국 내 주소지로 증인소환장을 발송하였으나, 증인이 제1심 법원에 장기간 귀국할 수 없다는 경위서를 제출함

⑥ 원심은 진술조서, 진술서에 포함된 참고인의 진술에 대하여 특신상황이 인정되어 증거능력을 인정한 상황임

■ **판단근거 : 제314조**

■ **공조사항**

- 대상 : 외국에 거주하고 있는 참고인(공소외 8, 증인)이 출국하기 전에 특별검사 및 검사가 작성한 참고인 진술조서, 참고인이 작성한 진술서
- 결론 : 증인이 외국 거주 등을 이유로 법정에서의 신문이 불가능한 상태이므로, 진술조서/진술서에 포함된 참고인의 진술은 「형사소송법」 제314조의 요건을 충족하여 증거능력이 인정된다.

〈표 3-8〉 제314조 "외국거주" 및 "특신상태"에 관한 판례 분석

증거능력 인정여부	1심	2심	3심
	서울중앙지방법원 2003.12.2. 선고 2002고합717,718(병합) 판결	서울고등법원 2004.8.20. 선고 2003노3391 판결	대법원 2007.6.14. 선고 2004도5561 판결
	-	증거능력 인정	증거능력 인정
판단이유			
1심	2심		3심
-	▸ 진술의 변천 및 구체화 과정은 객관적 증거의 제시 및 설득과 이에 따른 내적인 심경의 변화에 의한 것 ⓐ 참고인의 진술을 신빙할 수 있는 중요한 근거임 ⓑ 참고인은 평소 피고인들과 친밀한 관계를 유지한 자로서, 피고인들에게 치명적으로 불리한 내용의 허위진술을 할 동기나 이유가 없음 ⓒ 참고인의 진술은 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여진 것이라고 인정하기에 충분함 ∴ 증거능력과 신빙성을 인정하기에 충분함		① 참고인에 대한 특별검사 및 검사 작성의 각 진술조서, 참고인이 작성한 각 진술서 → 증인의 외국거주 등 사유로 법정에서의 신문이 불가능한 상태에 해당함 ② 전후 사정 등에 비추어 볼 때, 진술 내용의 신빙성/임의성도 인정됨 ∴ 제314조에 의해 증거능력 인정

위 대법원 판례는 소위 "검찰총장의 공무상 비밀누설 및 직권남용사건"으로서, 제1심(서울중앙지방법원 2003. 12. 2. 선고 2002고합717, 718(병합) 판결)이 증인으로 소환된 공소외 8이 2003년 5월 16일 미국으로 출국하여 그곳에서 거주하고 있고, 증인소환장을 발송 받은 공소외 8이 장기간 귀국할 수 없음을 제1심 법원에 통보한 것에 대해서, 제314조의 "외국거주 등 사유로 진술이 불가능하고, 진술이 이루어진 전후 사정, 그 과정과 내용 등 기록에 나타난 여러 가지 사정 등에 비추어 그 진술내용의 신빙성이나 임의성도 인정된다고 하여 공소외 8의 진술조서와 진술서의 증거능력을 인정한 것(밑줄은 저자가 강조)"에 대해서 위법이 없다고 판시하였다.

이 판례는 『국제형사사법공조법』에 의한 사법공조형태로 이루어진 사안은 아니지만, 외국에서 수집된 증거가 전문법칙의 예외로서 증거능력을 인정받는 요건 중 제314조의 "외국거주"를 해석하는 방향성을 제시해 준다는 점에서 이 보고서와 관련성이 있다.

특히, 미국과 우리나라 간 국제형사사법공조조약이 있음에도 불구하고 그러한 조치를 다하지 않았음에도 외국거주의 요건과 특신상태의 요건 모두를 인정하였다.

이와 같은 취지의 판례로 '대법원 2002. 3. 26. 선고 2001도5666 판결'[102]이 있다.

102) 【판시사항】
진술을 요할 자가 외국에 거주하고 있고 검찰이 그 소재를 확인하여 소환장을 발송하는 등의

이 판결에서도 “공소외 1은 차량공급업체 선정과 관련한 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률위반(알선수재) 혐의로 수사를 받던 중 미국으로 불법도피하여 그 곳에 거주하고 있고, 이러한 공소외 1에 대하여 그 소재를 확인하여 소환장을 발송한다고 하더라도 공소외 1이 법정에 증인으로 출석할 것을 기대하기는 어렵다고 할 것이므로, 공소외 1이 미국에 거주하고 있는 사실이 확인된 후 검찰이 공소외 1의 미국 내 소재를 확인하여 증인소환장을 발송하는 등의 조치를 다하지 않았다고 하더라도 제314조의 ‘외국거주’의 요건은 충족 되었다고 할 것이다”라고 하였으며, “기록을 살펴보면 공소외 1의 검찰에서의 각 진술은 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 것으로 인정되어 그 두 번째 요건도 충족이 되었다고 할 것이므로, 원심이 형사소송법 제314조에 의하여 검사가 작성한 공소외 1에 대한 피의자신문조서 및 진술조서의 각 증거능력을 인정하여 이들 조서를 유죄의 증거로 채택하였음에 아무런 위법이 없다”라고 판시하였다.

나. 대법원 1997. 7. 25. 선고 97도1351 판결

이번 판결은 범행 직후 미합중국 주검찰 수사관 작성의 피해자 및 공범에 대한 질문서와 우리나라 법원의 형사사법공조요청에 따라 미합중국 법원의 지명을 받은 수명자(미합중국 검사)가 작성한 피해자 및 공범에 대한 증언녹취서가 제315조에 해당하는지 여부 및 제312조 또는 제313조에 해당하는 조서 또는 서류로서 제314조 규정에 의해 증거능력을 인정받을 수 있는지가 쟁점이다.

절차를 거치지 않은 경우, 형사소송법 제314조 소정의 '진술을 요할 자가 외국거주 기타 사유로 인하여 공판정에 출석하여 진술할 수 없는 때'의 요건충족 여부(한정 적극)

【판결요지】

형사소송법 제314조에 의하여 같은 법 제312조의 조서나 같은 법 제313조의 진술서, 서류 등을 증거로 하기 위하여는 진술을 요할 자가 사망, 질병, 외국거주 기타 사유로 인하여 공판정에 출석하여 진술을 할 수 없는 경우이어야 하고, 그 진술 또는 서류의 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 것이라야 한다는 두 가지 요건이 갖추어져야 할 것인바, 첫째 요건과 관련하여 '외국거주'라고 함은 진술을 요할 자가 외국에 있다는 것만으로는 부족하고, 가능하고 상당한 수단을 다하더라도 그 진술을 요할 자를 법정에 출석하게 할 수 없는 사정이 있어야 예외적으로 그 적용이 있다고 할 것인데, 통상적으로 그 요건의 충족 여부는 소재의 확인, 소환장의 발송과 같은 절차를 거쳐 확정되는 것이기는 하지만 항상 그와 같은 절차를 거쳐야만 위 요건이 충족될 수 있는 것은 아니고, 경우에 따라서는 비록 그와 같은 절차를 거치지 않더라도 법원이 그 진술을 요할 자를 법정에서 신문할 것을 기대하기 어려운 사정이 있다고 인정할 수 있다면, 이로써 그 요건은 충족된다고 보아야 한다.

■ **사건과정**

① 피고인이 미합중국 뉴저지 주에서 공범(공소외 1)과 함께 범죄를 범함(공소내용)

② 검사가 제출한 미합중국 뉴저지주 버겐카운티 검찰청 수사관이 작성한 피해자 및 공범에 대한 질문서에 대하여 피고인이 증거채택에 부동의함

③ 제1심 법원은 피해자와 공범을 증인으로 채택하여 신문기일을 지정함

④ 제1심 법원은 「형사사법공조조약」이 체결되기 전에 미합중국에 증인들(피해자, 공범)이 제1심 공판정에 출석할 수 있도록 공조를 요청함

⑤ 미합중국에서 아래와 같은 이유로 대한민국 공판정에 증인들의 출석이 불가능하다고 회신함

ⓐ 피해자는 제1심 공판정에 출석하여 증언하는 것을 거부

ⓑ 공범은 위 범행으로 8년간 가석방 불가 조건의 징역 18년형을 선고받아 미국에서 이미 복역 중임

⑥ 제1심 법원은 다시 「국제형사사법공조법」에서 정한 절차에 따라 '법원행정처장 → 법무부장관 → 외무부장관'을 경유하여 미합중국에 피해자와 공범에 대하여 관련 법률상 권한 있는 사람이 신문하여 증인신문조서를 작성하여 송부해 달라는 증인신문촉탁을 요청함

⑦ 미합중국에서 관련 법률에 정한 바에 따라 뉴저지 주 소재 미합중국 지방법원 판사는 위 공조요청에 의한 증인신문 등을 실시할 법원의 수명자로서 미합중국 검사를 지명함

⑧ 수명자인 미합중국 검사는 공범은 뉴저지 주 뉴아크 소재 연방법원 제6호 법정에서, 피해자는 피해자의 집에서 각각 증인선서를 하게 한 후 구두로 직접 신문함

⑨ 증언녹취서, 신문 상황을 녹화한 비디오테이프, 신문 시 증인들에게 제시하여 진정 성립 인정 및 내용을 확인한 뉴저지 주 버겐카운티 검찰수사관 작성의 각 질문서 등 관련 증거를 각 증인신문조서 및 질문서 등이 진정으로 작성되었음을 보증한다는 서명을 한 문서와 함께 미합중국 법무부장관, 우리나라 외무부장관, 법무부장관, 법원행정처장을 경유하는 방식으로 제1심 법원에 송부함

⑩ 원심은 수명자(미합중국 검사) 작성의 각 증언녹취서 및 질문서의 증거능력을 인정한 상황임

■ **판단근거 : 제314조**

■ **공조사항**

- 대상 : 증인(피해자, 공범)에 대한 미합중국 뉴저지 주 버겐카운티 검찰청 수사관이 작성한 질문서 및 형사사법공조요청에 따라 미합중국 법원의 지명을 받은 수명자(미합중국 검사)가 작성한 증언녹취서
- 결론 : 수명자(미합중국 검사)가 작성한 증언녹취서 및 버겐카운티 검찰 수사관이 작성한 질문서는 「형사소송법」 제315조에 해당되지 않으며, 전자는 동법 제312조의 조서, 후자는 동법 제313조의 서류에 해당되어 동법 제314조의 요건을 충족하여 증거능력이 인정된다.

〈표 3-9〉 미합중국 주검찰 수사관 작성의 참고인 질문서 및 공조요청에 따른 수명자(미합중국 검사)가 작성한 참고인 증언 녹취서의 증거능력에 대한 판례 분석

<table>
<tr><td rowspan="3">증거능력
인정여부</td><td colspan="2">1심</td><td>2심</td><td>3심</td></tr>
<tr><td colspan="2">-</td><td>서울고등법원 1997.5.2. 선고
97노274 판결</td><td>대법원 1997.7.25. 선고
97도1351 판결</td></tr>
<tr><td colspan="2">-</td><td>-</td><td>증거능력 인정</td></tr>
<tr><td colspan="5">판단이유</td></tr>
<tr><td>1심</td><td>2심</td><td colspan="3">3심</td></tr>
<tr><td>-</td><td>-</td><td colspan="3">▸ 사건발생 직후 피해자와 공범은 버겐카운티 검찰수사관 앞에서 진술함에 있어서 같은 카운티법원 내 검사실에서 선서 후 자발적으로 진술하는 형태로 수사관의 질문에 답하여 진술함
→ 이 당시의 진술과 공조요청에 따라 수명자(미합중국 검사)가 증인들(피고인, 공범)을 신문함
→ 피해자를 통해 범죄피해 내용 및 공범을 통해 범행내용을 구체적으로 진술하고 있으며, 각 진술 사이에 모순을 발견하지 못함
▸ 수명자(미합중국 검사)가 작성한 증언녹취서, 버겐카운티 검찰수사관이 작성한 질문서의 증거능력 인정 여부
ⓐ 제315조의 당연히 증거능력이 인정되는 서류에 해당 안됨
ⓑ 제312조 또는 제313조에 해당하는 조서 또는 서류로서, 원진술자가 공판기일에서 진술을 할 수 없는 때에 해당함
→「형사소송법」 제312조, 제313조의 서류 : 반드시 우리나라의 권한 있는 수사기관 등이 작성한 조서 및 서류에만 한정할 것은 아니고, 외국의 권한 있는 수사기관 등이 작성한 조서나 서류도 같은 법 제314조의 요건을 갖춘 것이라면 유죄 증거 가능
→ 수명자(미합중국 검사)가 작성한 증언녹취서 : 제312조에 해당하는 조서</td></tr>
</table>

		→ 버겐카운티 검찰수사관이 작성한 질문서 : 제313조에 해당하는 서류 ⓒ 진술 내용이나 조서 또는 서류 작성에 허위 개입의 여지가 거의 없으며, 진술 내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있음 ⓓ 진술 또는 서류 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 진행된 것으로 봄 ∴「형사소송법」 제314조의 규정에 따라 증거능력 인정

대법원은 미합중국 주검찰 수사관이 작성한 피해자 및 공범에 대한 질문서 및 형사사법공조에 의한 수명자 작성의 각 증언녹취서는 제315조의 당연히 증거능력이 인정되는 서류로 볼 수 없다고 하였다. 다만 대법원은 "제312조 소정의 조서나 같은 법 제313조 소정의 서류는 반드시 우리나라의 권한 있는 수사기관 등이 작성한 조서 및 서류에만 한정하여 볼 것이 아니라, 외국의 권한 있는 수사기관 등이 작성한 조서나 서류도 이에 해당한다(밑줄은 저자가 강조)"고 하였다. 이에 위 질문서와 증언녹취서는 제312조 또는 제313조에 해당하는 조서 또는 서류로서 "그 원진술자가 공판기일에서 진술을 할 수 없는 때에 해당하고, 그 각 진술 내용이나 조서 또는 서류의 작성에 허위 개입의 여지가 거의 없으며 그 진술 내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있다고 할 것이어서 그 진술 또는 서류의 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 것이라고 보기에 충분하므로, 형사소송법 제314조의 규정에 의하여 그 증거능력을 인정할 수 있다(밑줄은 저자가 강조)"고 보았다.

다. 대법원 1987. 9. 8. 선고 87도1446 판결

본 판결에서 대법원은 공소외 1에 대한 제312조의 검사 작성의 진술조서와 사법경찰관 작성의 피의자신문조서가 제314조에 의해 증거능력이 인정되는 경우에 대해 판단하고 있다. 먼저, 제312조에 의해 위 진술조서와 피의자신문조서가 증거능력을 인정받기 위해 일본에 거주하는 원진술자인 공소외 1이 증인으로 채택되었다. 하지만 외무부로부터 현재 한일 간에 형사사법공조협정이 체결되어 있지 않았기 때문에 재일동포에 대한 소환장은 일본정부의 양해 하에서만 송달이 가능한데, 현재 일본 측에서는 형사사건에 대하여는 양국 형법체계상의 상이함을 이유로 송달에 응하지 않고 있어 그 송달이 불가능하다는 취지의 회신을 받고 위 증인채택을 취소하였다.

따라서 대법원은 제314조 소정의 요건을 검토한 바, 공소외 1은 "진술할 수 없는 때에 해당"할 뿐만 아니라, "공소외 1에 대한 국가안전기획부와 검찰에서의 각 진술이

특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여진 것으로 인정이 되고 기록상 공소외 1에 대한 피의자신문조서가 나중에 고쳐진 흔적을 찾아볼 수 없으므로 공소외 1에 대한 각 조서는 증거능력이 있다"고 하였다.

■ **사건과정**

① 공소외 1이 국가안전기획부에서 피의자로 조사받던 날(사건이 검찰청으로 송치되기 전임) 검찰청에 와서 다시 검사 앞에서 참고인으로 조사를 받음(검사 작성 참고인 진술조서)

② 이후 제1심 법원이 일본에 거주하는 공소외 1을 증인으로 채택함

③ 외무부로부터 한일 간에 사법공조협정이 미체결되어 재일동포에 대한 소환장은 일본 정부의 양해 하에서만 송달이 가능한데 현재 일본 측에서 형사사건에 대해 양국 형법체계가 상이함을 이유로 송달에 불응하고 있다는 회신을 받음

④ 이후 제1심 법원은 해당 증인을 취소함

⑤ 원심에서는 위 검사 작성 참고인 진술조서에 대하여「형사소송법」제314조 요건에 해당한다고 보고 증거능력을 인정한 상황임

■ **판단근거 : 제314조**

■ **공조사항**

- 대상 : 검사 작성의 참고인에 대한 진술조서
- 결론 : 공조를 요청한 국가로부터 증인소환장 송달이 불가능하다는 취지의 회신을 받고 증인 채택을 취소한 경우, 검사가 작성한 참고인 진술조서는 제314조의 요건을 충족하여 증거능력이 인정된다.

〈표 3-10〉 사법공조요청에 의한 증인신문이 불가능한 경우 제314조 적용에 대한 판례 분석

	1심	2심	3심
증거능력 인정여부	-	서울고등법원 1987.6.12. 선고 87노693 판결	대법원 1987. 9. 8. 선고 87도1446 판결
	-	-	증거능력 인정

판단이유		
1심	2심	3심
-	-	▸ **위 사건과정 ①의 사실만으로는 검사 작성 참고인 진술조서가 허위로 작성되었다고 인정할 수 없다고 판단함** → 검사가 작성한 진술조서와 사법경찰관이 작성한 피의자신문조서에 있는 참고인 서명이 다른 사람 필체라고 인정할 수 없음 ▸ **원진술자가 진술하지 못한 검사 작성 참고인 진술조서의 증거능력 인정여부 : O** ⓐ 검사가 피의자나 피의자 아닌 자의 진술을 기재한 조서 : 공판준비 또는 공판기일에서의 원진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 때에 증거로 할 수 있음(제312조) ⓒ 원진술자가 공판준비/공판기일에 진술할 수 없는 경우 → 제314조의 요건을 충족하면 증거능력이 인정됨 → 참고인의 공판정 출석 불능 사유는 "제314조 소정의 공판기일에서 진술을 요할 자가 기타 사유로 인하여 진술할 수 없는 때"에 해당한다고 판단함 → 제314조 특신상황이 인정됨. "공소외 1의 국가안전기획부와 검찰에서의 각 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여진 것으로 인정이 되고 기록상 공소외 1에 대한 피의자신문조서가 나중에 고쳐진 흔적을 찾아볼 수 없음"

라. 대법원 1987. 1. 20. 선고 86도2322 판결

이 사안은『대한민국과 아메리카합중국 간의 상호방위조약 제4조에 의한 시설과 구역 및 대한민국에서의 합중국군대의 지위에 관한 협정』제22조 제9항 (다)목 및 동 협정의 합의의사록 제22조 규정이『형사소송법』제314조 본문의 적용을 배제하는 특별법에 해당하지 않는다고 하면서, 아메리카합중국군대의 구성원으로서 이미 본국으로 돌아간 원진술자에 대해서 진술서의 증거능력을 다투기 위해서 송환할 방법이 없다고 확정한 후, 그가 작성한 진술서는 제314조에 따라 증거능력이 있다고 판단하였다.

■ **사건 과정**

① 참고인(증인) "스티픈 대릭레몬"이 우리나라에서 진술서를 작성함

② 진술서 작성 이후 미국으로 돌아감

③ 원심에서 참고인이 작성한 진술서에 대하여「형사소송법」제314조에 따라 증거능력이 있다고 인정한 상황임

■ **판단근거 : 제314조**

■ **공조사항**

- 대상 : 참고인(증인) "스티픈 대릭레몬"이 작성한 진술서

- 결론 : 미국으로 돌아간 참고인에 대하여 강제절차에 의하여 우리나라 공판정에 출석시킬 수 있는 방법이 없기 때문에, 참고인이 돌아가기 전에 작성한 진술서는「형사소송법」제314조에 따라 증거능력이 인정된다.

〈표 3-11〉 제314조 적용에 대한 판례 분석

증거능력 인정여부	1심	2심	3심
	-	서울고등법원 1986.10.8. 선고 86노1723 판결	대법원 1987.1.20. 선고 86도2322 판결
	-	-	증거능력 인정
판단이유			
1심	2심	3심	
-	-	▸「대한민국과 아메리카합중국 간의 상호방위조약 제4조에 의한 시설과 구역 및 합중국 군대의 지위에 관한 협정」과「형사소송법」의 관계 → "우리 형사소송법에 제312조, 제313조 소정의 조서 기타 서류에 관하여 공판준비 또는 공판기일에 진술을 요할 자가 사망, 질병 기타 사유로 인하여 진술할 수 없는 때에는 그 조서 기타 서류를 증거로 할 수 있다고 규정한 제314조의 본문의 적용을 배제한 특별법에 해당한다고 할 수 없음" →「형사소송법」제314조를 그대로 적용할 여지 있음 ▸본국으로 돌아간 원진술자(스티픈 대릭레몬)를 강제절차에 의하여 출석시킬 수 있는 방법이 없다고 판단함 → 공판기일에 진술을 요할 자가 사망, 질병 이외의 기타 사유로 진술할 수 없는 때에 해당함 → 따라서 참고인이 작성한 진술서는「형사소송법」제314조 적용하여 증거능력 있다고 판단함	

마. 서울고등법원 1985. 5. 15. 선고 84노321 판결

인터폴은 국가 간의 다자조약이나 쌍무조약에 의한 것은 아니지만 각국 정부의 신임장을 소지하는 경찰기구의 대표자들이 회의를 열어 결정한 헌장조직 등의 방식에 따라 사실상 서로 국제형사사건을 공조한다. 이 사건의 경우는 치안본부의 인터폴 책임자 등 3명의 경찰관이 홍콩에 출장을 가서 그곳의 인터폴 책임자와 논의 끝에 당초 중국어로 작성된 홍콩경찰의 공소외 피의자신문조서를 영문으로 번역한 서류의 제1의 복사본 4통과 공소외 1의 사진 3매를 교부받아 이를 다시 복사한 제2의 복사본을 원심법정에 제출하였고 이에 대한 증거능력이 인정되었다. 이에 대한 판례 요지는 아래와 같다.

■ **사건과정**

[피의자신문조서 내용]

① 1984.6. : 피고인이 공범(공소인 1)에게 한국에 가면 피해자의 집을 털자고 제의함

② 1984.6. 중순 : 피고인과 공범이 함께 한국에 들어와 피해자의 가게에서 환전하면서 가게 내부 구조를 살핀 후 돌아감

③ 1984.6. 말 : 피고인과 공범이 한국에 입국하여 칼 2개를 사서 렉스호텔 방 화장실 천정에 숨김

④ 1984/7/11 : 피고인과 공범이 한국으로 입국하였고, 10시경 피해자의 가게에서 공범이 피해자 목에 칼을 들이대자 피해자가 반항하였고, 피고인이 피해자의 복부를, 공범이 피해자의 목을 찌르고 도망쳤으며, 피해자가 공범의 등을 쳤음

⑤ 우리나라 및 홍콩 경찰은 인터폴에 가입되어 있음. 우리나라 치안본부는 별도의 인터폴 통신망을 설치하고 있어, 이를 이용하여 홍콩 인터폴과 공조함

⑥ 1984/7/18 : 대한민국 인터폴은 홍콩 인터폴에게 대만행 항공기로 출국한 공범을 체포해 줄 것을 요청함

⑦ 대한민국 인터폴은 홍콩 인터폴로부터 홍콩 국제공항에서 공범을 체포했다는 연락을 받음

⑧ 1984/7/19 : 대한민국 인터폴은 3명의 경찰관을 홍콩으로 파견하고자 하였으며, 홍콩 인터폴에서 이를 승낙함

⑨ 대한민국 인터폴 책임자 등 3명의 경찰관이 홍콩으로 가서 중국어로 작성된 홍콩경찰의 공범에 대한 피의자신문조서를 영문으로 번역한 것 제1의 복사본 4통과 공범 사진 3매를 교부받고, 이를 다시 복사하여 원심법정에 제출함

⑩ 1984/7/26 : 홍콩의 검찰총장이 공범에 대한 수사를 종결하고 그를 석방하였다는 내용의 전문을 홍콩 인터폴이 대한민국 인터폴에게 통지함

⑪ 원심에서는 홍콩 경찰관이 작성한 공범에 대한 피의자 신문조서의 증거능력을 인정한 상황임

■ **판단근거 : 제315조 제3호**

■ **공조사항**

- 대상 : 홍콩 경찰이 작성한 공범 피의자신문조서를 영문으로 번역한 것 제1의 복사본 4통
- 결론 : 홍콩 경찰이 작성한 공범 피의자신문조서는「형사소송법」제315조 제3호에 의하여 증거능력이 인정된다.

〈표 3-12〉 홍콩경찰이 작성한 공범 피의자신문조서의 제315조 제3호에 해당여부에 관한 판례 분석

증거능력 인정여부	1심	2심	3심
	서울형사지방법원 선고 84고합868 판결	서울고등법원 1985.5.15. 선고 84노321 판결	-
	-	증거능력 인정	-

판단이유		
1심	2심	3심
-	ⓐ 원심에서 증거로 제출된 공범 피의자신문조서의 복사본은 서울 남대문 경찰서의 경장(공소외 2)이 치안본부 외사계장으로부터 교부받아 한글번역문을 첨부한 것임 → 당심 검증조서 중에 들어있는 공범 피의자신문조서 복사본도 치안본부 형사과 국제형사계에서 보관하고 있는 제1의 복사본을 복사한 제2의 복사본임을 알 수 있음 → 전자와 후자는 완전히 동일함 ⓑ 공범 피의자신문조서에 따르면 4차례에 걸친 공범의 진술내용이 처음부터 끝까지 거의 일치됨 ⓒ 공범 스스로 피해자의 목을 찔렀다고 하는 등, 자신에게 불리한 사실까지 진술하는 것으로 보아 허위진술을 할 가능성이 적다고 판단함 ⓓ 공범은 외국에서 외국인에 대하여 저지른 범죄라는 이유로 홍콩경찰에 의해 불기소 처분으로 석방되는 상황이었기 때문에 굳이 이 사건 범행의 일부를 피고인에게 떠넘길 필요가 없음 ∴ 따라서 홍콩경찰이 작성한 공범 피의자신문조서는 제315조 제3호의 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서이므로 증거능력 인정됨	-

이 사건은 인터폴을 통해 중국어로 작성된 피의자신문조서가 영문으로 번역된 복사본의 형태에서 재차 복사된 형태로 제출된 것과 관련하여, 대법원은 제315조 제3호 소정의 "기타 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서"에 해당하여 당연히 증거능력 있는 서류로 보았다.

바. 대법원 1984. 2. 28. 선고 83도3145 판결

대법원은 “일본하관 세관서 통괄심리관 작성의 범칙물건 감정서 등본과 분석의뢰서 및 분석 회답서등본 등에 대해 제315조 1호에 의해 당연히 증거로 인정되는 전문서류에 해당한다”고 판시하였다.

■ **사건과정**

① 1983/1/2 : 피고인 1이 경영하는 삼천포시 서동 소재 주점 안방에서 피고인 2가 대일활선어 운반선인 제5 동해호에 승선하여 일본국 하관항으로 가는 것을 이용하여 히로뽕을 밀수출 할 것을 모의함

② 1983/1/3 : 같은 시 선구동 소재 삼아제빙 앞 해안도로에서 피고인 1이 수수하여 보관 중이던 히로뽕을 피고인 2에게 전달함

③ 피고인 2는 즉시 그곳 해상에 정박 중인 위 선박에 있는 물탱크 뒤의 틈 속에 히로뽕을 숨겨둠

④ 1983/1/3 : 일본국 하관항을 향하여 출항하여 이를 수출함

⑤ 원심에서 위 사실을 검찰에 대한 피고인 2의 자백과 이에 대한 보강증거로 일본하관 세관서 통괄심리관이 작성한 범칙물건 감정서등본/분석의뢰서/분석회답서등본을 제315조 제1호를 통하여 증거능력을 인정함

■ **판단근거 : 제315조 제1호**

■ **공조사항**

- 대상 : 일본하관 세관서 통괄심리관이 작성한 범칙물건 감정서등본/분석의뢰서/분석회답서등본
- 결론 : 검찰에 대한 피고인 2의 자백과 이에 대한 보강증거로 일본하관 세관서 통괄심리관이 작성한 범칙물건 감정서등본/분석의뢰서/분석회답서등본을 제315조 제1호에 해당하므로 증거능력이 인정된다.

〈표 3-13〉 일본하관 세관서 통괄심리관이 작성한 감정서 등본 등의 제315조 제1호 해당 여부와 관련된 판례 분석

증거능력 인정여부	1심	2심	3심
	알 수 없음	대구고등법원 1983.11.11.선고 83노1367 판결	대법원 1984.2.28. 선고 83도3145 판결
	-	-	증거능력 인정
판단이유			
1심	2심	3심	
-	-	▸ 증거로 제시한 "일본하관 세관서 통괄심리관 작성의 범칙물건 감정서등본, 분석의뢰서, 분석회답서등본" → 제315조 제1호에 해당됨 : 외국공무원의 직무상 증명할 수 있는 사항에 관하여 작성된 문서도 증거로 사용이 가능함 → 위 문서들은 피고인 2의 자백에 대한 보강증거임이 명백하다고 판단함	

3. 소결

외국에서 수집된 전문증거의 증거능력 인정여부는『형사소송법』제312조에서 제316조가 주로 적용된다. 그러나 이때 외국의 수사기관이 작성한 피의자신문조서 혹은 참고인 진술조서에 대하여 국내법상의 제312조 제1항과 제2항, 그리고 제3항 및 제4항의 요건을 동일하게 적용하여 증거 여부를 결정하는 것이 바람직한지 의문이 있다. 또한 제312조와 제313조의 요건 중 진술자의 진술불능이 제314조에 의해 증거능력이 인정될 때 제314조의 "필요성"과 "특신상태"를 해석하는 방법에 있어서도 외국에서 수집한 증거능력을 우리나라의 전문서류와 동일하게 보고 적용해야 하는지도 고려되어야 한다. 앞에서 살펴본 판례를 정리하면 아래 〈표 3-14〉과 같다.

〈표 3-14〉 외국에서 수집된 증거와 관련된 판례 정리

증거능력 인정여부	판례 번호	증거 형태	쟁점 사항
증거 능력 불인정	대법원 2016. 2. 18. 선고 2015도17115 판결	피고인 아닌 자의 진술을 기재한 서류 (제313조 제1항 및 제314조)	① 진술자의 외국거주로 인한 공판정에서의 진술불능상태 ② 제314조 "외국거주" - 진술자가 외국거주의 사유로 증거능력을 인정받기 위해서는 특신상태 이외에도 진술할 수 있는 모든 수단을 강구하고, 증언자체를 거부

			하는 의사가 아닌 한 사법공조를 통해 외국의 법원을 통한 증인신문 등의 모든 절차를 시도하여야 함 - 위와 같은 절차를 전혀 시도하지 않은 이 사안은 외국거주 요건으로 제314조 적용할 수 없음
	대법원 2011. 7. 14. 선고 2011도3809 판결	피고인 아닌 자의 진술을 기재한 서류 (제313조 제1항 및 제314조)	① 대한민국 검찰관이 형사사법공조 없이 외국에 거주하는 국내인을 직접 수사한 경우 위법수집증거에 해당하는지 여부 - 한국과 과테말라 간 국제형사사법조약이 체결되어 있지 않고, 현행 국제형사사법 공조법에는 군검찰관에 대한 규정을 포함하고 있지 않을 뿐만 아니라, 임의수사 형태로 이루어진 점 등을 종합할 때 위법수집증거에 해당하지 않음 ② 제314조의 요건에 충족하는지 여부 - 외국거주와 관련하여서는 원심(고등군사법원 2011. 3. 16. 선고 2010노196 판결)에서는 판결문을 통해 명시적으로 인정하였고, 대법원은 해당 요건에 대한 특별한 언급이 없었음 - 원심은 특신상태를 인정하는 반면, 대법원은 특신상태 요건 결여로 증거능력 부정함
	대법원 2007. 12. 13. 선고 2007도7257 판결	당연히 증거능력 있는 서류(제315조 제1호 또는 제3호) 및 제313조의 진술서	① 대한민국 주중국 대사관 영사가 작성한 사실확인서 중 공인 부분을 제외한 나머지 부분이 제315조 제1호 또는 제3호에 해당하는지 여부 – 불인정 ② 제313조의 진술서에 해당한다고 보고, 제314조의 “외국거주”에 해당되는지 여부 - 가능한 상당한 수단을 다해도 법정에 출석할 수 없는 사정에 해당하지 않음 ③ 제314조의 “특신상태” 불인정
	대법원 2006. 1. 13. 선고 2003도6548 판결	미국범죄수사대(CID), 연방수사국(FBI)가 작성한 수사보고서 및 피고인 진술서 (제312조 및 제313조)	① 미국범죄수사대(CID), 연방수사국(FBI)이 작성한 수사보고서가 “검사 이외의 수사기관”이 작성한 조서에 포함되는지 여부 - 특별한 사정이 없는 한 외국의 권한 있는 수사기관 포함되므로 형사소송법 제312조에 의해 증거능력 여부 결정됨 ② (구 형사소송법)제312조 제2항의 요건으로서 “피고인의 내용인정”여부 - 피고인의 전체적인 진술을 보았을 때, 내용을 부인하고 있어 증거능력 없음
	대법원 2006. 9. 28. 선고 2006도3922 판결	영사 작성의 진술서 (제313조 및 제314조)	① 영사관계에 관한 비엔나협약과 국제형사사법공조법에 근거한 영사 진술서의 증거능력 유무 : 제314조의 “특신상태” 인정여부 - 사실심에 대한 대법원의 판결은 사인과 사인 간에 이루어진 진술기재서류가 변호사 앞에서 구술하고 변호사가 준비해간 노트북을 이용하여 작성되었는 등 작성 경위 및 작성의 장소, 방법이 정상적이라고 볼 수 없는 등의 이유로

			"특신상태"를 불인정하여 파기환송하였음 - 파기환송심에서는 검사가 공적기관에 의해 위 진술자의 진술을 얻기 위해, 비엔나협약 및 국제형사사법공조법을 근거로 공조요청을 통해 작성된 영사 진술서에 대해 "특신상태"불인정을 이유로 피고인에 대해 무죄를 선고하였음 - 파기환송심에 대한 대법원의 판결은 공조요청을 통해 작성된 영사 진술서라 할지라도, 진술자의 진술경위 및 동기, 그리고 진술자와 피고인의 관계 등을 고려하여, 원심과 동일하여, "특신상태 불인정"으로 피고인의 무죄를 확정함
	대법원 1999. 2. 26. 선고 98도2742 판결	피의자 아닌 자의 진술서 및 진술조서 (제313조 제1항 및 제314조)	① 원진술자가 중국에 거주하는 경우, 제314조 유무 - 제314조의 필요성 요건 검토하지 않은 채, "특신상태" 인정으로 증거능력 인정 ② 우리나라 검찰주사보가 중국에 있는 원진술자와 전화통화한 내용을 기재한 수사보고서의 증거능력 유무 - 이 수사보고서는 제313조의 진술기재서류로서 진술자의 서명 날인 있어야 하는데, 전화통화로 이루어진 이 보고서에는 이에 대한 요건을 결함
	대법원 1994. 1. 28. 선고 93도1278 판결	전문진술 (제316조 제2항)	① 전문진술의 원진술자가 외국에 거주하는 외국인인 경우 - 제316조 제2항 "원진술자가 사망 질병 기타 사유로 인하여 진술할 수 없는 경우"에 해당하나 "특신상태" 불인정으로 증거능력 부정
증거능력 인정	대법원 2007. 6. 14. 선고 2004도5561 판결	공소외 8에 대한 특별검사 및 검사 작성의 진술조서와 공소외 8이 작성한 진술서 (제312조 제1항, 제2항 및 제313조)	① 진술자의 외국거주로 인한 진술불능상태 - 진술자는 미국 거주 중으로 "외국거주"에 해당한다고 보았고, "특신상태"도 인정됨 - 외국 수사기관의 공조요청 등은 이루어지지 않음
	대법원 1997. 7. 25. 선고 97도1351 판결	제312조, 제313조	① 미합중국 주검찰 수사관 작성의 피해자 및 공범에 대한 질문서와 형사사법공조요청에 따른 수명자가 작성한 증언녹취서의 증거능력유무 - 질문서는 제312조에 해당하고, 증언녹취서는 제313조에 해당한다고 하면서 외국의 권한 있는 수사기관 등이 작성한 조서나 서류도 위 규정에 해당한다고 함 ② 원진술자들의 외국거주로 진술불능상태 - 외국공조를 통해 가능한 모든 절차를 다했음에도 진술불능상태에 해당했으며, 특신상태도 인정됨에 따라 제314조에 따라 증거능력 인정됨

	대법원 1987. 9. 8. 선고 87도1446 판결	검사작성의 진술조서와 사법경찰관 작성의 피의자신문조서 (제312조)	① 제312조에 의한 진술조서와 피의자신문조서의 원진술자가 일본에 거주함에 따른 진술불능상태 - 한일간 사법공조협정이 체결되지 않은 상태에서 일본정부의 양해하에서만 소환장 송달이 가능한 상태에 비추어, 외국거주이 요건이 충족되며, 특신상태도 인정됨
	대법원 1987. 1. 20. 선고 86도2322 판결	진술서 (제312조, 제313조)	① 원진술자의 본국(외국) 귀국으로 진술상태 불능 - 이미 본국으로 되돌아간 원진술자를 강제절차에 의해 출석시킬 방법이 없다고 확정한 후, 특신상태에 대한 별도의 언급없이 증거능력 있다고 함
	서울고등법원 1985. 5. 15. 선고 84노321 제2형사부 판결	외국경찰 피의자신문조서 복사본 (제315조 제3호)	① 인터폴을 통해 중국어로 작성된 홍콩경찰 작성의 피의자신문조서가 영문으로 번역된 형태의 복사본으로 제출된 경우 증거능력 여부 - 위 조서는 사실상 국제형사사건을 공조하는 인터폴에 의해 작성된 것으로, 이 조서의 복사본은 법원에 제출된 경위 및 진술내용에 흔들림이 없이 처음부터 끝까지 거의 일치하고 있는 점, 본인에게 불리한 사실까지 숨김없이 진술하는 것 등을 고려하면"특히 신용할만한 정황에 의하여 작성된 문서"로서 제315조 제3호에 의해 당연히 증거능력 있는 서류에 해당함
	대법원 1984. 2. 28. 선고 83도3145 판결	당연히 증거능력 있는 서류 (제315조 제1호)	① 일본하관 세관서 통괄심리관 작성의 범칙물건 감정서등본과 분석의뢰서 및 분석 회답서등본 등의 서류에 대한 증거능력 유무 - 외국공무원이 작성한 문서로서 제315조 제1호에 의해 당연히 증거능력 있는 서류에 해당함

위 〈표 3-14〉는 증거능력 인정여부를 기준으로 구분하여 정리하였는데, 이는 비슷한 사안에 대해서 증거능력 인정여부를 달리 하는 판례의 태도를 도출하기 위함이다. 이 보고서와 관련된 판례는 대체로 제312조와 제313조에 해당되는 것들로, 쟁점사항은 원진술자가 외국거주로 인하여 진술불능상태에 있어 제314조를 통한 증거능력 유무에 있다. 제314조는 "사망, 질병, 외국거주, 소재불명 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 상태", 즉 "필요성"의 요건과 함께 "특신상태"를 요건으로 하고 있다. 이 중 "필요성"의 요건은 주로 외국거주와 관련되어 있다.

판례는 "외국거주"에 해당되기 위해서는 아래와 같이 ① 외국에 있다는 것만으로는 부족하고 가능한 상당한 수단을 다하더라도 진술을 요할 자가 법정에 출석할 수 없는 사정이 있는 경우에만 예외적으로 적용하여야 하며, ② 외국 간 국제형사사법공조조

약이 체결된 상태라면 사법공조의 절차에 따른 가능한 수단을 모두 거쳐야 한다고 보고 있다.

> "진술을 요하는 자가 외국에 있다는 것만으로는 부족하고, 수사 과정에서 수사기관이 그 진술을 청취하면서 그 진술자의 외국거주 여부와 장래 출국 가능성을 확인하고, 만일 그 진술자의 거주지가 외국이거나 그가 가까운 장래에 출국하여 장기간 외국에 체류하는 등의 사정으로 향후 공판정에 출석하여 진술을 할 수 없는 경우가 발생할 개연성이 있다면 그 진술자의 외국 연락처를, 일시 귀국할 예정이 있다면 그 귀국 시기와 귀국 시 체류 장소와 연락 방법 등을 사전에 미리 확인하고, 그 진술자에게 공판정 진술을 하기 전에는 출국을 미루거나, 출국한 후라도 공판 진행 상황에 따라 일시 귀국하여 공판정에 출석하여 진술하게끔 하는 방안을 확보하여 그 진술자로 하여금 공판정에 출석하여 진술할 기회를 충분히 제공하며, 그 밖에 그를 공판정에 출석시켜 진술하게 할 모든 수단을 강구하는 등 가능하고 상당한 수단을 다하더라도 그 진술을 요할 자를 법정에 출석하게 할 수 없는 사정이 있어야 예외적으로 그 적용이 있다(대법원 2002. 3. 26. 선고 2001도5666 판결, 대법원 2008. 2. 28. 선고 2007도10004 판결 등 참조). 나아가 대법원은 진술을 요하는 자가 외국에 거주하고 있어 공판정 출석을 거부하면서 공판정에 출석할 수 없는 사정을 밝히고 있으면서 증언 자체를 거부하는 의사가 분명한 경우가 아니라면, 진술을 요하는 자가 거주하는 외국의 주소나 연락처 등이 파악되고, 해당국가와 대한민국 간에 국제형사사법공조조약이 체결된 상태라면 사법공조의 절차에 의하여 증인을 소환할 수 있는지 여부를 검토하여야 하며, 소환 할 수 없는 경우라 하더라도 외국의 법원에 사법공조로 증인신문을 실시하도록 요청하는 등의 절차를 거쳐야 한다(밑줄은 저자가 강조)."

이에 따라 판례는 2015도17115 판결에서 증거능력을 부정[103]하였는데, 2004도5561 판결에서는 미국과의 형사사법공조절차도 거치지 않은 사안임에도 불구하고 진술자의 미국 거주로 인한 "외국거주"에 해당한다고 하였다.

다음으로 제314조는 "필요성"의 요건 이외에도 "특신상태"의 요건도 충족되어야만 제312조와 제313조의 전문서류에 대해 예외적으로 증거능력을 인정하도록 규정되어 있다. "특신상태"는 그 진술 또는 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음

103) 제314조 "외국거주" 불인정으로 증거능력 부정한 판례로는 2007도7257이 있다.

이 증명된 때를 의미하는 것인데, 이에 대한 판단기준은 미비한 상태이다. 위 〈표 3-14〉에서의 판례도 특신상태와 관련하여 필요성 요건을 검토하지 않고 특신상태를 인정한 판례(98도2742)도 있고, 원진술자의 진술불능상태에 대한 필요성은 인정하면서도 특신상태 불인정으로 증거능력을 부정한 판례(2011도3809, 2006도3922, 93도1278)도 있다.

보통 제314조만 문제가 되는 경우는 우리나라 수사기관이 작성한 조서 및 서류와 관련하여 원진술자가 현재 외국에 거주하고 있어 공판정에서의 진술이 불가능한 경우이다. 그러나 외국에서 수집된 증거, 특히 조서 및 서류의 증거능력과 관련하여 제314조 이외에도 국내 수사기관이 아닌 외국의 수사기관이 작성한 조서 및 서류에 대해 우리나라 『형사소송법』 제312조와 제313조를 적용할 수 있는가도 문제가 된다.

이와 관련된 최신 판례로는 2006년 1월 13일에 선고된 2003도6548 판결이 있다. 이 대법원 판결에서는 미국범죄수사대(CID)와 연방수사국(FBI)이 작성한 수사보고서에 대해 "검사 이외의 수사기관"이 작성한 조서에 해당된다고 하였다. 따라서 피고인이 내용을 부인하게 되면 이 조서는 증거능력이 없게 된다. 이와 관련하여 1997년 7월 25일에 선고된 97도1351에서도 증거능력을 인정한 바 있다. 이 대법원 판결은 미합중국 주검찰 수사관 작성의 피해자 및 공범에 대한 질문서가 『형사소송법』 제312조에 해당한다고 하면서 당시 원진술자들의 외국거주를 이유로 제314조에 의한 증거능력을 인정하였다. 위 판례들이 증거능력 유무를 달리 판단한 기준은 조서의 대상이 피고인이었는지의 여부에 있다. 2003도6548 판결은 피고인이 내용을 부인함으로써 증거능력이 부인되었고, 97도1351 판결은 피고인 아닌 자가 원진술자로서, 원진술자의 출석불능으로 인한 제314조에 의해 증거능력이 인정되었다.

다음으로 수사기관이 아닌 영사 작성의 조서 및 서류의 증거능력이 문제가 되었다. 이와 관련하여 판례(2007도7257, 2006도3922)는 영사가 작성한 서류 및 진술서 등은 제315조 제1호에 해당되지 않고 제313조의 진술서에 해당된다고 하면서 제314조에 의한 증거능력 여부를 판시하였다. 한편 고등법원 판례(84노321)에서는 인터폴을 통해 홍콩경찰이 작성한 피의자신문조서의 영문 번역 형태의 복사본에 대해 제315조 제3호를 통해 증거능력을 인정한 바 있다. 제315조 제3호는 전문증거에 대한 포괄적 예외인정 규정으로서 "특히 신용할만한 정황에 의하여 작성된 문서"이면 증거능력을

인정하고 있다.

한 가지 명백한 것은 외국 수사기관을 우리나라 검사 이외 수사기관과 동일시하고 있다는 것이다. 그러나 이와 관련하여서도 형사사법공조요청에 의해 작성된 조서 및 서류에 대해 제315조 제3호에 해당하는지 여부를 달리 보고 있는지에 대해서는 여전히 의문이다.

제4장

외국에서 수집한 증거의 증거능력 판단기준에 관한 비교법적 검토

김성룡·안성훈·김민이

제4장

외국에서 수집한 증거의 증거능력 판단기준에 관한 비교법적 검토

제1절 독일과 유럽연합

1. 개관

지난 약 10년의 시간은 독일은 물론 유럽연합차원에서도 외국에서 획득한 증거의 형사공판에서의 사용에 관한 문제가 호황을 맞았다. 특히 2007년 이후 선고된 독일 연방헌법재판소, 연방대법원 혹은 주최고법원 등의 판결·결정들을[104] 계기로 외국에서 획득된 증거의 사용가능성에 대한 논의는 새로운 관심의 대상이 되었고, 수많은 논문들이[105] 출간되었다. 한편 2008년 에어푸르트(Erfurt)에서 개최된 제67차 법률가 대회에서는 다수의 패널발표가 있었고,[106] EU 입법차원에서도 다양한 입법적 시도들이[107] 있었다.

---

104) 예를 들어 대표적으로는 BVerfG, Beschl. v. 8.6.2010 – 2 BvR 432/07 = NJW 2011, 591; BGH, Beschl. v. 21.11.2012 – 1 StR 310/12 = BGHSt 58, 32; BGH, Beschl. v. 17.3.2010 – 2 StR 397/09 = BGHSt 55, 70; BGH, Beschl. v. 15.3.2007 – 5 StR 53/07 = StV 2007, 627; OLG München, Beschl. v. 4.3.2015 – 4 OLG 13 Ss 662/14 = StV 2015, 348 등을 볼 것.

105) Axel Nagler, Verteidigung gegen im Ausland gewonnene Ermittlungsergebnisse, StV 2013, S. 324ff.; Carsten Momsen, Internal Investigations zwischen arbeitsrechtlicher Mitwirkungspflicht und strafprozessualer Selbstbelastungsfreiheit, ZIS 2011, S. 508ff.; Frank Peter Schuster, Verwertbarkeit von Beweismitteln bei grenzüberschreitender Strafverfolgung, ZIS 2016, S. 564f.; Stefano Ruggeri, Die Verwertung im Ausland erhobener Beweise im europäischen Rechtsraum-Grundrechtliche Probleme und neue Herausforderungen am Beispiel des italienischen Strafprozessrechts, ZIS 2015, S. 456ff..

106) http://www.djt.de/fileadmin/downloads/67/djt_67_beschluesse.pdf (2.5.2016)을 볼 것.

107) Richtlinie 2010/64/EU des Europäischen Parlaments und des Rates über das Recht auf Dolmetscherleistungen und Übersetzungen in Strafverfahren v. 20.10.2010, ABl. EU 2010 Nr. L 280/1; Richtlinie 2012/13/EU über das Recht auf Belehrung und Unterrichtung in Strafverfahren v. 22.5.2012, ABl. EU 2012 Nr. L 142/1; Richtlinie 2013/48/EU über das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand in Strafverfahren etc. v. 22.10.2013, ABl. EU

외국에서 획득한 증거에는 국가기관에 의하여 수집된 증거는 물론, 개인, 탐정, 기업 내부 등의 활동에 의해 수집된 증거도 당연히 포함될 수 있다. 특히 사법영역에서 공동채무자라거나 노동법과 관련한[108] 기업내부의 조사절차에서 진술·고지의무나 협조의무 등이 존재하는 경우에는 그곳에서 획득된 진술증거 등의 사용 여부가 하나의 문제점으로 등장할 수도 있는 것이다. 하지만 아래에서는 특히 수사기관(검찰, 사법경찰관, 기타 수사기관들)에 의해 획득된 증거와 관련한 부분을 중심으로 독일과 EU의 판결과 논의의 최신현황을 정리해 보기로 한다.

유럽연합국가들간에도 한 국가의 공무원이 행사하는 영토고권에 근거한 활동은, 특별히 예외적인 경우를 제외하고는,[109] 그 국가의 영토 내에서 허용되는 것이고, 다른 국가의 형태에서는 사법공조(Rechtshilfe)의 형태를 통해서만 가능하다고 보는 것이 원칙으로 이해되고 있다. 예를 들어 스위스의 경우에는 스위스『형법』제271조에서 이와 관련한 주권침해행위는 범죄로 처벌하기도 한다.[110] 즉 수사 및 증거의

2013 Nr. L 294/1; Richtlinie 2014/41/EU über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen v. 3.4.2014; Richtlinie 2016/343/EU v. 9.3.2016 über die Stärkung bestimmter Aspekte der Unschuldsvermutung und des Rechts auf Anwesenheit in der Verhandlung in Strafverfahren, ABl. EU 2016 Nr. L 65/1; Vorschlag für eine Verordnung des Rates über die Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft (konsolidierte Textfassung), Ratsdok. 15100/15 v. 22.12.2015.

108) 예를 들어 Carsten Momsen, Internal Investigations zwischen arbeitsrechtlicher MItwirkungspflicht und strafprozessualer Selbstbelastungsfreiheit, ZIS 2011, S. 508ff.을 볼 것.

109) Artikel 41 Schengener Übereinkommen – Durchführung
(1) Beamte einer Vertragspartei, die in ihrem Land eine Person verfolgen, die auf frischer Tat bei der Begehung von oder der Teilnahme an einer Straftat nach Absatz 4 betroffen wird, sind befugt, die Verfolgung auf dem Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei ohne deren vorherige Zustimmung fortzusetzen, wenn die zuständigen Behörden der anderen Vertragspartei wegen der besonderen Dringlichkeit der Angelegenheit nicht zuvor mit einem der in Artikel 44 vorgesehenen Kommunikationsmittel unterrichtet werden konnten oder nicht rechtzeitig zur Stelle sind, um die Verfolgung zu übernehmen. Gleiches gilt, wenn die verfolgte Person sich in Untersuchungshaft oder Strafhaft befand und aus der Haft geflohen ist. Spätestens beim Grenzübertritt nehmen die nacheilenden Beamten Kontakt mit der zuständigen Behörde des Gebietsstaates auf. Die Verfolgung ist einzustellen, sobald die Vertragspartei, auf deren Hoheitsgebiet die Verfolgung stattfinden soll, dies verlangt. Auf Ersuchen der nacheilenden Beamten ergreifen die örtlich zuständigen Behörden die betroffene Person, um ihre Identität festzustellen oder die Festnahme vorzunehmen.

110) Art. 271 Verbotene Handlungen für einen fremden Staat
1. Wer auf schweizerischem Gebiet ohne Bewilligung für einen fremden Staat Handlungen vornimmt, die einer Behörde oder einem Beamten zukommen, wer solche Handlungen für eine ausländische Partei oder eine andere Organisation des Auslandes vornimmt, wer

수집은 한 국가의 주권(형사사법권) 행사의 문제를 함유하고 있기 때문에 국가상호간의 사법공조협약의 존재여부나 구체적인 『형사소송법』의 각종 제도적 요구의 차이에 영향을 받을 수밖에 없으며, 어떤 범위와 수준에서 상대국의 제도와 실무를 존중하여야 하는지, 상호주의의 원칙은 어느 범위까지 지켜질 수 있는지, 양국의 형사절차적 요구사항이 상이할 경우 수사와 공판에서 증거의 취득이나 사용·평가 등은 어느 국가의 기준을 적용해야 할 것인지 등에 대해 다양한 목소리가 존재할 수밖에 없을 것이다.

나아가 통상 사법공조는 사전의 협약이나 조약 없이 일회성으로 이루어질 수도 있으며, 사법공조협약을 근거로 이뤄질 수도 있다. 전체 유럽차원에서 사법공조와 관련한 규범들로는 특히 유럽위원회(Europarat)의 추가의정서를 포함한 유럽 사법공조협약(EuRhÜbk 1959[111])과 다수의 2자간 추가협정을[112] 들 수 있을 것이다.

유럽연합(EU) 내에서는 2006년 발효한 이후 (이탈리아를 제외한[113]) 대부분의 EU 국가들에 대한 관계에서는 2000년의 추가의정서를 포함한 유럽연합사법공조협약(Europäische Rechtshilfeübereinkommen; EU-RhÜbk 2000)이 그 자리를 대신하고 있다.[114]

2017년 5월부터 이것은 또다시 이른바 유럽연합의 수사명령제도(Europäische Ermittlungsanordnung: RL-EEA)에 관한 가이드라인(2014/41/EU)에 의해서 광범위하게 대체되었고, 현재 구체적인 집행계획이 제출되어있는 상태이다.

그 주요내용을 보면, 사법공조절차를 단순화하고 신속화 하는 것은 물론 공조거부사유를 대폭 축소하여 사법공조의무이행을 확대하고 있음에도 불구하고 개별 회원국가들의 주

---

solchen Handlungen Vorschub leistet, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe, in schweren Fällen mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bestraft.
2. Wer jemanden durch Gewalt, List oder Drohung ins Ausland entführt, um ihn einer fremden Behörde, Partei oder anderen Organisation zu überliefern oder einer Gefahr für Leib und Leben auszusetzen, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bestraft.
3. Wer eine solche Entführung vorbereitet, wird mit Freiheitsstrafe oder Geldstrafe bestraft.

111) BGBl. II 1964, S. 1369 (1386); II 1976, S. 1799; II 1997, S. 635 bzw. BGBl. II 1990, S. 124 (125); II 1991, S. 909; II 1996, S. 1054.

112) 예를 들어 프랑스와의 협약은 BGBl. II 1978, S. 328; II 1980, S. 1435, 이스라엘과의 협약은 BGBl. II 1980, S. 1334; II 1981, S. 94, 이탈리아와의 공조협약은 BGBl. II 1982, S. 111; II 1985, S. 836, 오스트리아와의 협약은 BGBl. II 1975, S. 1157; II 1976, S. 1818; II 1995, S. 254, 폴란드와의 공조협약은 BGBl. II 2004, S. 531 [1339]), 스위스와의 경우는 BGBl. II 1975, S. 1169; II 1976, S. 1818; II 2001, S. 946 [962]; II 2002, S. 607 그리고 체코와의 경우는 BGBl. II 2001, S. 733; II 2002, S. 1163 등을 참고할 것. 상세한 내용은 Schuster, aaO., S. 564f. 참조.

113) 이에 대해서는 Ruggeri, aaO., S. 456ff.를 참조할 것.

114) BGBl. II 2005, S. 650; BGBl. II 2006, S. 1379.

권을 무시할 수 없다는 것은 변함없다. 모든 개별 수사명령은 그것을 집행하게 되는 소위 집행국가(Vollstreckungsstaat)로부터 승인되고 실행되어야만 하는 것이다.[115]

〈자료 1〉 유럽연합의 형사사건에서의 수사명령(Investigation Order/Ermittlungs- anordnung)제도

형사사건에서 유럽수사명령에 관한 유럽의회(European Parliament)와 유럽위원회(European Council)의 지침·기준(Directive)은 2014년 4월 3일 브뤼셀에서 채택되었고, 2017년 5월 22일부터 발효되었다.[116] 예를 들어 프랑스 사법당국이 벨기에에 숨어있는 테러혐의자를 추적하고 있다면, 프랑스 사법당국은 벨기에 사법당국에게 증인신문을 요청하거나 그들의 요청에 따라 가택수색을 행할 것을 요청할 수 있다. 이러한 새로운 도구는 국경을 넘어서는 범죄수사를 아주 단순하고 신속하게 처리할 수 있도록 해줄 것이라고 기대되고 있다.

이러한 명령제도는 양 당사국간의 승인에 기초하고 있고, 모든 유럽연합 회원국은 마치 그것이 자국의 당국에 의해 나온 결정인 것과 같이, 다른 국가의 요구를 승인하고 이에 따라 이행할 의무를 진다는 것이다. 유럽연합의 언론보도에 따를 때 다음과 같은 특징이 있다.[117]

1) 광범위하고 포괄적인 도구의 신설
유럽연합의 회원국가들간의 수사명령제도는 증거수집을 위한 기존의 완전하지 못한 부분적인 법적 기초를 대체한다. 동 명령제도는 증거를 수집의 전 과정을 포괄하는 것인데, 증거의 보관에서 존재하는 증거의 송부까지를 포함한다.

2) 요구된 증거를 수집하는 기간의 엄격한 제한
회원국가들은 그들이 요구를 받아들인 것인지 여부를 30일 내에 결정해야 한다. 만약 수용하면 요구된 수사 등의 조치를 취하는데 90일간의 시간이 주어진다. 어떤 지연이라도 있게되면 그 사실은 요청한 국가에게 보고되게 된다.

3) 요청국의 요청을 거부하는 명확한 이유제시
피요청국가, 즉 수사명령을 받는 국가는 단지 특정 상황·조건의 경우에만 이를 거절할 수 있다. 예를 들면 만약 그 요구가 그들 국가의 법의 근본원칙에 위배되거나 국가의 안전상의 이익을 침해하는 경우를 들 수 있다.

4) 하나의 통일된 서면 도입으로 서류작업 시간 단축
집행국가의 공식언어로 번역된 하나의 기본문서양식을 사용하게 되어 서류작성에 소요되는 시간을 줄여준다.

5) 방어의 기본적 권리보장
명령을 발부하는 국가의 사법당국은 반드시 요구되는 수사명령의 필요성과 비례성을 검토해야만 한다. 유럽수사명령은 사법당국에 의해 발부되거나 인증되어야만 하고, 명령의 발부는 피의자 또는 피고인 혹은 그를 위해 일하는 변호인에 의해 요청될 수도 있다. 회원국가들은 유사한 국내의 사건에서 가용한 것과 동일한 법적인 권리구제방법을 반드시 보장해야만 하며, 관계인들이 적절하게 이러한 가능성을 고지받을 수 있도록 보장해야 한다.

특히, 유럽조사명령은 증거를 수집하기 위해 구금된 인원의 임시 이송, 피의자 또는 피고인의 은행 계좌 및 금융 운용에 대한 조사, 비밀 수사(covert investigation)한 조사 및 통신감청 및 증거를 보존하는 조치(Article 22~31) 등을 허용한다. 특히 전통적인 수사기법들은 우리가 현재 살고 있는 디지털

세계에서 항상 적용되고 기능할 수 있는 것이 아님에 주목한 것이고 사법당국들은 클라우드 상의 증거와 다른 곳에 혹은 세상의 다른 어느 곳에 있는 증거에도 접근할 수 있는 방법이 필요하다는 것에 의견을 같이한 결과인 것이다. 유럽위원회는 이미 그들이 전자증거(e-Evidence)에 쉽게 접근할 수 있도록 하는 현대적인 수사도구를 갖춘 솔루션을 개발 중이다.

이 지침은 형사절차에서 사용하기 위해 증거를 수집하는 경우에 사법적 결정을 위한 상호승인주의 원칙에 기초를 두고 있으며, 덴마크와 아일랜드를 제외한 모든 EU국가에 적용되는 것이다. 영국도 제안된 지침에 참여하는 것으로 결정했다. 동 지침은 이미 존재하는 EU 상호간의 증거수집을 위한 법적 공조수단들을 대체하게 된다.

서술의 편의를 위해서 아래에서는 우선 이러한 문제들과 관련한 가장 최근까지의 독일의 관련 논의를 중심으로 진행하면서, EU의 회원국 간 사법공조법의 내용과 유럽 수사명령제도의 주요 내용들을 함께 살펴보기로 한다.

2. 판단 기준 법률과 문제되는 사례유형

증거를 필요로 하는 이유는 공판절차에서 피고인의 유죄입증을 위해 필요하기 때문이다. 즉 형법적인 수사처분들과 사법공조행위는 그 자체의 목적을 위해 수행되는 것은 아니라는 말이다. 형사소추기관의 관점에서 볼 때 외국에서 혹은 외국으로부터 획득된 사안에 관한 인식은 당해 공판절차에 도입(사용)될 수 있어야만 하고, 가장 바람직한 형태로는 무엇보다 피고인의 범죄를 증명(Überführung)하는데 기여해야만 하는 것이다. 하지만 변호의 관점에서 보면 이 문제는 사뭇 달라질 것이다.[118] 예를 들어 외국의 법률이나 피의자의 권리보호 수준이 수사절차와 공판절차가 진행되는 해당 국가, 즉 독일에서 보다 더 열악한 경우가 대표적으로 그러한 경우일 것이다. 이 경우 결국 두 나라의 법률 중 어느 법률이 적용되어야 할 것인지가 쟁점이 될 것이고, 이와 관련해서는 누구라도 당연히 다음과 같은 두 가지 질문을 떠올리게 될 것이다.

---

115) Die Vollstreckung einer Europäischen Ermittlungsanord-nung bleibt damit Rechtshilfe (so zutreffend Vogel/Eisele, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim [Hrsg.], Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, Art. 82 AEUV, 58. Lfg., Stand: Januar 2016, Rn. 25); siehe aber auch Ambos, ZIS 2010, 557 (560 f.).

116) 이에 대해서는 http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1388_en.htm 참조(2017.10.22. 최종검색).

117) http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1388_en.htm(2017.10.22. 최종검색).

118) 이에 대한 최근 글로는 Nagler, aaO., S. 324를 참고할 것.

"어느 나라의 법률을 기준으로 수사가 이루어져야 하는가?"와 "어느 나라의 법적 기준에 따라 그 획득된 증거의 증거능력, 즉 증거로 사용할 수 있는 가능성이 판단되어야 하는가?"라는 질문이 그것이다.

가. 수사행위에 대한 기준법률 (Maßgebliches Recht für Ermittlungshandlungen)

첫 번째 물음으로 어느 법률에 따라 수사행위가 이루어져야 하는가에 대해서는 당연히 두 가지의 선택지가 존재한다. 수사가 이루어지는 국가의 법이 아니면 수사를 의뢰하거나 증거확보·송부를 의뢰한 국가의 법 중의 하나가 기준이 될 수밖에 없을 것이다. 첫 번째 물음과 관련해서는 전통적으로 사건이 발생한 장소의 법 혹은 행위가 이루어진 장소의 법이 적용된다는 원칙, 즉 locus regit actum (the law of the place where the facts occurred) 원칙이 유효하다고 할 수 있다.

동 원칙을 사법공조(Rechtshilfe)에 적용한다면, 결국 공조요청을 받은 국가, 즉 피공조요청국의 법률(Rechts des ersuchten Staates)에 따라야 한다는 원칙이라고 할 수 있다. 이러한 원칙의 내용은 유럽연합의 경우에는 이미 앞서 언급한 1959년 협약에서 명문으로 규정되어 있다(Art. 3 Abs. 1 Eu-RhÜbk 1959[119]). 즉 슈트라스부르크(Strassburg)에서 1959년 4월 29일 체결된 '형사사건에 있어서 사법공조에 관한 유럽협약' 제3조 제1항에서는 형사사건에서 사법공조요청을 받은 국가들의 수사 활동과 증거물의 송부 등은 공조요청을 받은 국가가 그들의 법규정에 예정되어 있는 형식과 방법으로 해결할 수 있다고 하고 있다. 달리 말해 만약 독일이 공조요청국가라면

119) Art. 31. Europäisches Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen
Rechtshilfeersuchen in einer Strafsache, die ihm von den Justizbehörden des ersuchenden Staates zugehen und die Vornahme von Untersuchungshandlungen oder die Übermittlung von Beweisstücken, Akten oder Schriftstücken zum Gegenstand haben, lässt der ersuchte Staat in der in seinen Rechtsvorschriften vorgesehenen Form erledigen.
2. Wünscht der ersuchende Staat, dass die Zeugen oder Sachverständigen unter Eid aussagen, so hat er ausdrücklich darum zu ersuchen; der ersuchte Staat hat diesem Ersuchen stattzugeben, sofern sein Recht dem nicht entgegensteht. 3. Der ersuchte Staat braucht nur beglaubigte Abschriften oder beglaubigte Photokopien der erbetenen Akten oder Schriftstücke zu übermitteln. Verlangt der ersuchende Staat jedoch ausdrücklich die Übermittlung von Urschriften, so wird diesem Ersuchen so weit wie irgend möglich stattgegeben.

기본적으로 피공조요청국의 수사와 증거수집활동에서 독일 형사소송법 규정 적용은 기대하기 어렵다는 말이기도 하다.[120]

물론 양자 간 협약에서 이와 달리 정하거나 EU 국가들 내에서는 재판지의 법률을 기준(forum regit actum)으로 하는 원칙이 적용될 수도 있다. 예를 들어 언급한 유럽연합의 2000년 유럽사법공조협약 제4조 제1항(Art. 4 Abs. 1 EU-RhÜbk 2000)에 따르면 공조 요청을 받은 국가는 공조를 요청한 국가가 명시적으로 요구·적시한[121] 형식규정과 절차규정들이 그들의 고유한 법의 근본원칙에 위반되지 않는 한, 그 규정들을 지켜야만 한다. 즉 2000년 5월 29일의 유럽사법공조협약 제4조 제1항은 "사법공조가 수행되는 사례에서, 피공조요청 회원국은 이 협약에서 달리 규정하고 있지 않고 있고, 제시된 형식규정과 절차가 피공조요청 회원국가의 근본원칙에 위반되지 않는 한, 공조요청 회원국가로부터 명시적으로 제시된 형식규정과 절차를 유지한다"[122]라고 하여 피공조요청국의 의무를 규정하고 있다. 물론 이러한 법률의 태도에 대해서는 실무상 상당히 복잡한 문제를 야기한다는 지적도 있다. 즉 국경을 초월하여 활동하는 조직범죄와 같은 경우 어느 한 국가에 대해 다수의 국가들의 사법공조요청을 하면서 명시적으로 그들 국가의 형식규정과 절차를 지켜달라고 요구하는 경우는 어느 국가의 요구를 들어주어야 하는지 문제될 수도 있다는 것이다.[123]

또한 유럽수사명령에 관한 가이드라인(Art. 9 Abs. 2 RL-EEA)에서도[124] 동일하게 규정하고 있다. 이것은 증거수집에 대한 유럽연합수사명령에서 명령(요청)하는 국가에게, 외국에서 증거를 수집하는 것임에도 불구하고, 그 (요청)국가의 절차적 요구를

---

120) Vgl. BGH, Urt. v. 22.4.1952 – 1 StR 622/51 = BGHSt 2, 300 (304), zum innerdeutschen Beweistransfer; BGH, Beschl. v. 11.11.1982 – 1 StR 489/81 = NStZ 1983, 181; BGH, Urt. v. 23.1.1985 – 1 StR 722/84 = NStZ 1985, 376.

121) Insofern entschärfen sich die Bedenken von Heger, ZIS 2007, 547 (553 f.), der eine Überforderung der Strafverfol-gungsorgane des ersuchten Staates befürchtet.

122) "In den Fällen, in denen Rechtshilfe geleistet wird, hält der ersuchte Mitgliedstaat die vom ersuchenden Mitgliedstaat ausdrücklich angegebenen Formvorschriften und Verfahren ein, soweit in diesem Übereinkommen nichts anderes be-stimmt ist und sofern die angegebenen Formvorschriften und Verfahren nicht den Grundprinzipien des ersuchten Mitglied-staates zuwider laufen." (Martin Heger, Europäische Beweissicherung – Perspektiven der strafrechtlichen Zusammenarbeit in Europa, ZIS 2007, S. 547ff, 554 참조)

123) 이에 대해서는 Heger, aaO., S. 554 참조.

124) 이에 관한 최근 글로는 예를 들어 Martin Böse, Die Europäische Ermittlungsanordnung – Beweistransfer nach neuen Regeln?, ZIS 2014, S. 152ff.

충족시킬 수 있는 가능성을 열어주게 된 것이다. 즉, 2013년 12월 20일 보고되고, 2014년 채택된 '형사사건에서 유럽수사명령에 관한 가이드라인'(Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen) 제9조[125] 제2항은 집행국가(Voll- streckungsstaat)에는 유럽수사명령에서 예정하고 있는 수사처분(Ermittlungs- maßnahme)이 존재하지 않는 경우에는 유럽수사명

125) KAPITEL III VERFAHREN UND SCHUTZGARANTIEN FÜR DEN VOLLSTRECKUNGSSTAAT
Artikel 9 Rückgriff auf eine Ermittlungsmaßnahme anderer Art
1. Die Vollstreckungsbehörde greift, wann immer möglich, auf eine nicht in der Europäischen Ermittlungsanordnung vorgesehene Ermittlungsmaßnahme zurück, wenn
a) die in der Europäischen Ermittlungsanordnung angegebene Ermittlungsmaßnahme nach dem Recht des Vollstreckungsstaats nicht besteht oder
b) die in der Europäischen Ermittlungsanordnung angegebene Ermittlungsmaßnahme in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall nicht zur Verfügung stehen würde.
1a. Absatz 1 gilt nicht für folgende Ermittlungsmaßnahmen, die nach dem Recht des Vollstreckungsstaats unbeschadet des Artikels 10 stets zur Verfügung stehen müssen:
a) die Erlangung von Informationen oder Beweismitteln, die sich bereits im Besitz der Vollstreckungsbehörde befinden, wenn diese Informationen oder Beweismittel nach dem Recht des Vollstreckungsstaats im Rahmen eines Strafverfahrens oder für die Zwecke der Europäischen Ermittlungsanordnung hätten erlangt werden können;
b) die Erlangung von Informationen, die in Datenbanken der Polizei oder der Justizbehörden enthalten sind und zu denen die Vollstreckungsbehörde im Rahmen eines Strafverfahrens unmittelbar Zugang hat;
c) die Vernehmung eines Zeugen, eines Sachverständigen, eines Opfers, einer verdächtigen oder beschuldigten Person oder einer dritten Partei im Hoheitsgebiet des Vollstreckungsstaats;
d) eine Ermittlungsmaßnahme ohne Zwangscharakter nach Maßgabe des Rechts des Vollstreckungsstaats;
e) die Identifizierung von Inhabern eines bestimmten Telefonanschlusses oder einer bestimmten IP-Adresse.
1b. Die Vollstreckungsbehörde kann auch auf eine andere als die in der Europäischen Ermittlungsanordnung vorgesehene Ermittlungsmaßnahme zurückgreifen, wenn die von der Vollstreckungsbehörde gewählte Ermittlungsmaßnahme mit weniger einschneidenden Mitteln zu dem gleichen Ergebnis wie die in der Europäischen Ermittlungsanordnung vorgesehene Maßnahme führt.
2. Beschließt die Vollstreckungsbehörde, von der in den Absätzen 1 und 1a genannten Möglichkeit Gebrauch zu machen, so unterrichtet sie zuerst die Anordnungsbehörde; diese kann entscheiden, die Europäische Ermittlungsanordnung zurückzunehmen oder zu ergänzen.
3. Wenn die in der Europäischen Ermittlungsanordnung vorgesehene Maßnahme gemäß Absatz 1 nach dem Recht des Vollstreckungsstaats nicht besteht oder in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall nicht zur Verfügung stehen würde und es keine andere Ermittlungsmaßnahme gibt, die zu dem gleichen Ergebnis führen würde wie die erbetene Maßnahme, muss die Vollstreckungsbehörde der Anordnungsbehörde mitteilen, dass es nicht möglich war, die erbetene Unterstützung zu leisten. (http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A7-2013-0477&language=DE#title1ö 2017.10.19. 최종검색)

령에는 존재하지 않는 수사처분을 할 수 있다는 제1항의 규정에 따라 집행기관(Vollstreckungsbehörde)이 그러한 가능성을 활용하기로 결정한 경우에는 가장 먼저 수사명령관청(Anordnungs- behörde)에 이를 알리도록 하고, 수사명령관청은 유럽수사명령을 철회할 것인지 혹은 보완할 것인지를 결정할 수 있다고 하여 결국 수사명령을 발부하는 국가가 수사처분의 방식을 결정할 수 있는 가능성을 열어 놓고 있는 것이다.

또한 유럽연합검찰청설치에 관한 위원회의 규정에 관한 제안(Proposal for a Regulation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office)도 현재 상태에 따르면 사건을 취급하는 유럽연합에 파견된 검사가 속한 회원국가의 법률을 보충적으로 적용하는 것으로 하고 있다.[126]

결국 공조요청을 하는 국가의 법률과 공조요청을 받은 국가의 법률 중 어느 것을 기준으로 할 것인가에 대해 절대적인 원칙이 있다고 보기는 어렵다는 말이기도 하다.

나. 증거사용가능성 판단의 기준 법률 (Maßgebliches Recht für Beweisver- wertung)

두 번째로 제기되는 의문이자 보다 본질적인 문제는 어느 나라의 법률에 따라서 증거사용가능성(Beweisverwertbarkeit), 즉 증거능력이 결정되어야 하는가이다. 상품거래의 경우 유럽연합에서는 부분적으로 생산(지)국가원칙(Herkunftslandprinzip)이 결정적인 역할을 하며 이것은 상호승인원칙[127]·상호주의원칙(das Prinzip der

---

126) Art. 5 Abs. 3 S. 2 und 3 des Vorschlags für eine Verordnung des Rates über die Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft. 영문법령의 자구는 다음과 같다.

Article 5 Basic principles of the activities

1. The European Public Prosecutor's Office shall ensure that its activities respect the rights enshrined in the Charter of Fundamental Rights of the European Union.

2. The European Public Prosecutor's Office shall be bound by the principles of rule of law and proportionality in all its activities.

3. The investigations and prosecutions on behalf of the European Public Prosecutor's Office shall be governed by this Regulation. National law shall apply to the extent that a matter is not regulated by this Regulation. Unless otherwise specified in this Regulation, the applicable national law shall be the law of the Member State whose European Delegated Prosecutor is handling the case in accordance with Article 12(1). Where a matter is governed by national law and this Regulation, the latter shall prevail. (http://db.eurocrim.org/db/en/doc/2628.pdf; 2017.10.19. 최종검색)

gegenseitigen Anerkennung)의 모범(Vorbild)으로 기여하였다.

하지만 외국에서 획득된 증거방법(Beweismittel)을 형사소송법적으로 사용할 때에는 내국의 규정에 따라 공판의 대상이 되어야만 한다는 것은 당연한 것이다. 달리 말해 법정에 현출되어야만 한다는 것이다. 단지 증인이 외국에 체류한다는 이유만으로 사실을 인지한 사람의 진술이 법정에서 이루어져야 한다는 원칙을 선언하고 있는 독일 형사소송법 제250조 제1문의[128] 인적 신문의 원칙을 무력하게 할 수 없다는 말이기도 하다. 신문조서의 낭독이 인적 신문의 대체물로서 허용되는지 여부는 독일 형사소송법 제251조 제1항 제1호에서 제3호, 제2항 제1호에서 제3호까지 규정된 낭독 사유의 하나로 인정되는가 여부에 따라 결정된다. 물론 그 사유인정요건은 순전히 국내사건보다는 완화된 형태일 수밖에 없다. 달리 말해, 사법공조의 대상이 되는 사건의 경우에도 법원은 모든 가능한 방법으로 그리고 적절한 노력으로 진술할 자를 공판정에 출석하도록 노력해야만 한다. 외국에 있는 증인(Auslands- zeugen)의 출석은 강제될 수 없는 것이기 때문에, 소환자체도 이미 강제수단으로 행해질 수 없는 것이고, 독일 형사소송법 제251조에서 규정하고 있는 낭독의 이유를 받아들이기 위해 요구되는 전제조건은 통상 순전히 국내의 사건에서의 조건보다 상당이 완화된 형태일 수밖에 없는 것도 사실이라는 말이다.

이에 비해 독일로부터 공조요청을 받은 증거수집국가에서 직접주의원칙이 어떻게 규정되어 있는가 하는 것은 독일 법정의 공판절차와 관련해서는 별 의미가 없다. 예를 들어 프랑스에서는 직접주의원칙은 상당히 약하고, 영국과 웨일즈에서는 특히 강화되어 있어 대조적인데, 그 차이가 독일의 절차에 어떤 영향을 미칠 수 있는지, 미칠 수 있도록 하는 것이 타당한가의 문제이기도 하다. 만약 공판이 이루어지는 국가의 기준을 적용한다고 하면 어떤 전제조건하에서 그곳의 공판절차에서 신문조서(Vernehmungsprotokoll)의 낭독이 가능한 것인지 여부는 중요하지 않다는 것이다.

---

127) Art. 82 Abs. 1 AEUV.

128) § 250 Grundsatz der persönlichen Vernehmung(인적 신문의 원칙) Beruht der Beweis einer Tatsache auf der Wahrnehmung einer Person, so ist diese in der Hauptverhandlung zu vernehmen(사실의 증명이 한 인간의 인식에 근거한다면, 그 사람은 공판정에서 신문되어야 한다). Die Vernehmung darf nicht durch Verlesung des über eine frühere Vernehmung aufgenommenen Protokolls oder einer schriftlichen Erklärung ersetzt werden(신문은 이전의 신문에 관하여 기록한 조서의 낭독을 통해서 혹은 서면의 진술서의 낭독을 통해서 대체될 수 없다).

이런 입장에 서면, 재판이 진행되는 국가, 여기서는 독일의 형사소송법 규정이 외국에서 수집된 해당 증거를 독일의 형사공판에서 사용할 수 있는 것인지를 결정하는 기준이 되는 것이다.

하나의 증거방법(Beweismittel)이 도대체 증거로 사용가능한 것인가 여부는 독일 형사소송법을 적용하여 판단하여야 한다는 입장은 2012년 연방대법원 제1형사부가[129] 분명히 밝힌 바 있다. 판결요지의 주요 내용은 아래와 같다.

〈자료 2〉 BGHSt 58, 32의 주요 내용

BGH, Beschl. v. 21.11.2012 – 1 StR 310/12, BGHSt 58, 32.
(독일연방대법원 결정, 제1형사부 2012년 11월 21일 선고 1 StR 310/12)

(판결요지)

1. 사법공조를 통한 외국에서 획득된 증거의 사용가능성은 내국법에 따라 결정된다.
2. 이런 방법으로 획득된 증거는, 만약 그 증거들이 사법공조법을 준수한 경우에도 공조요청을 받은 그리고 공조요청하는 국가를 통해 획득될 수 있었던 경우라면, 기준이 되는 사법공조법의 규정을 지키지 않은 경우에도 불구하고 어떠한 증거금지원칙의 적용을 받지 않는다.
3. 사법공조가 유럽연합의 회원국에 의해 이루어진 경우라면 내국에서 증거사용가능성을 판단하는 경우, **단지 제한된 범위 내에서만**, 그 증거가 **공조요청을 받은 회원국가의 내국법에 따를 때 합법적으로 획득되었는지 여부가 심사**될 수 있다. 이것은 그곳에서의 증거수집이 내국의 사법공조에 근거하지 않은 경우에도 동일하게 적용된다.

원심법원 : BGH, Beschluss vom 21. November 2012 – 1 StR 310/12 – LG Hamburg

이유

1. 피고인들, 모두 체코의 국적을 가진 자들로, 각각은 간접정범의 형태로 저질러진 2개의 조직적·영업적 밀수범죄로 다년간의 전체 형벌을 선고받았다.

2. 피고인들은 중국을 출처로 하는 담배를 세금이나 관세를 지불하지 않고 독일연방공화국으로, 그리고 체코로 밀수하기로 합의했다. 이를 위해 그들은 2007년부터 조직화(범행 1)하고, 2008년 3월에 담배 밀수여행(Schmuggelfahrten von Zigaretten)을 했다(범행 2): 그들로부터 위임을 받은 운전자들은 각각 함부르크의 자유항구역에서 독일 영토로 담배가 실린 하나의 컨테이너를 운반하였다. 피고인들은 그 운전자들이 관세자유구역을 벗어날 때 완전하지 못한 관세신고를 제출하도록 영향력을 행사했고, 그런 이유로 어떤 수입신고도 확정되지 않았다. 이를 통해 그들은 관세를 포탈하고, 담배세와 수입부가세 총 1,583,173.44Euro와 1,163,899.56Euro를 포탈하였다.

3. 화물차가 함부르크 자유항구역을 떠나자마자 바로(사례 1) 혹은 화물차가 베를린의 저장구역에 완전히 물건을 내리기 전에(사례 2), 관세당국은 관찰을 근거로 담배를 압류하고 그 운전자들을 체포하였고, 두 운전자는 2008년에 조세포탈과 영업적 밀수로 자유형을 선고 받았다.

129) BGH, Beschl. v. 21.11.2012 – 1 StR 310/12 = BGHSt 58, 32 (36).

4. 피고인들의 범행참가는 결정적으로 체코 수사당국의 전화감청처분을 통한 인식에 의존한 것이다. 이러한 체코에서의 감청처분은 독일의 사법공조요청에 근거한 것이 아니었다.

5. 절차위반과 사실오인을 근거로 한 피고인들의 상소는 근거지워지지 못했다(형사소송법 제349조 제2항). 단지 피고인이 -내용적으로는 본질적인 부분에서 일치하는- 언급한 전화감청처분에 의해 획득한 인식을 사용한 것에 이의를 제기한 부분에 한해서 상세한 판시가 필요하다(아래의 A). 그리고 피고인 R은 단지 2인의 직업법관으로 한 재판부의 구성과 관련하여 이의를 제기하였다(아래의 B).

A

6. I. 다음은 전화감청을 통하여 사용된 인식들에 기초하고 있다:

7. 2007년과 2008년에 프라하 제4구법원과 제10구법원(Die Bezirksgerichte Prag 4 und Prag 10)들은 체코 형사소송법 제88조 제1항과 제2항에 따라 그곳에서 담배밀수의 혐의를 이유로 개시된 수사절차에서 검찰의 청구에 근거하여 상세하게 특정된 전화번호에 대한 통신감청에 관한 결정을 내렸다. 전화번호들 중의 몇몇은 피고인들에게 혹은 그들에 의해 경영되는 기업의 것들이었다. 이를 근거로 체코 수사당국은 특히 피고인들간의 혹은 피고인들과 제3자간에 이루어진 전화통화를 감청했고 그 내용을 문서로 기록했다; 나중에 체코 영토에 관세를 납부하지 않아 담배의 수입이 확정될 수 없었던 범위내에서 체코에서 그곳의 피의자들에 대한 형사절차는 중단되었다.

8. 여기서 유죄판결을 받은 범행의 혐의로 인한 여기(독일)서의 수사절차의 진행과정에서 함부르크 검찰은 2009년 5월에 프라하의 구역검찰청(Kreisstaatsanwaltschft in Prag)에 사법공조요청을 보냈다. 체코에 있는 증거방법을 독일로 송부해줄 것을 요청했고, 특히 전화통화의 녹음, 관찰보고서(Observationsberichten), 증인진술 그리고 언명력이 있는 중요한 서면들의 송부를 요청했다.

9. 이러한 공조요청에 대해 프라하 구역검찰청은 2009년 9월에 가장 먼저 문서화된 통화내용의 녹음기록을 보냈고, 추가적으로 약 45,000개의 감청된 통화내역 전체를 담은 오디오 CD를 송부해왔다.

10. 공판의 대상은 -피고인의 이의제기에 반해- 재생되고 번역된 통화녹음이었다.

증거사용가능성, 즉 증거능력은 독일 형사소송법을 기준으로 판단하는 것이고, 이 경우 단지 제한된 범위내에서만 피공조요청국가의 법률에 따를 때 합법적으로 취득된 증거인지를 심사할 수 있다는 연방대법원의 위와 같은 태도와 다른 견해는 실천적이지 못한 것으로 평가되고 있고,[130] 단지 입법론적(de lege ferenda)으로 주장될 수 있는 견해로 소개되고 있다.[131]

특히 슈스터(Schuster)의 서술에 따르면, 특정 증거방법을 형사사건의 증거로 사용하는 것은 독일 국가고권행사(deutscher Hoheitsakt)의 하나이며, 이와 관련된 증거금지론(Beweisverbotslehre)은 특히 저마다의 판결발견의 방법과 밀접한 관계가 있다는

130) Schuster, aaO., S. 566.
131) Schuster, aaO., S. 566.

것이다. 달리 말해 사실인정과 법률판단을 어떤 방식으로 하는가에 증거금지이론의 의미와 내용이 영향을 받는다는 말이다. 예를 들어 만약 어느 법질서에서 선서한 자(Geschworene)[132] 즉 배심원이 유무죄를 결정한다면, 상황에 따라서는 직업재판관의 판결발견에서와는 달리, 특정한 증거방법은 단지 그것의 신용성을 의심하게 하는 착안점이 있다는 사실만으로(예를 들어 전문진술이라는 이유만으로)도 증거에서 배제될 수 있다는 것이다. 물론 독일의 경우에는 직업법관이 그와 같은 착안점들을 문서로 근거 지우게 되는 판결이유의 증거평가부분에서 반영하는 것으로 충분하다고 한다.

이상의 원론적인 설명만으로 사실상 앞서 서술한 쟁점들이 문제되는 사례에서 독일 형사소송법의 적용이 어떠한 결론에 이르게 되는가라는 문제들이 모두 해결되었다고 볼 수는 없다. 조금 더 구체적으로 개별 사안의 특징과 해결방법을 알아보기 위해 슈스터가 구별한 사례유형을 보기로 한다. 그의 구별에 따르면 일반적으로 이러한 문제 사례들은 구체적으로 다음과 같은 4가지 유형으로 나타날 수 있다. 사실 우리가 생각해 볼 수 있는 가능한 모든 사례가 다음의 4가지 조합 형태라고 할 수 있다.

〈표 4-1〉 문제되는 사례유형

유형	내용	피공조 요청국의 기준	공조 요청국의 기준
사례 1	외국에서의 증거조사·확보가 그 외국의 내국 형사절차 규정을 준수하였으나, 그 처리방식이 독일 형사소송법의 요구에 부합하지 않는다. 예를 들어 공조요청을 받은 외국의 법률은 준수했지만 그 나라의 법적 요구가 독일의 기준에 미치지 못하여 독일 법정에는 사용할 수 없는 경우.	준수	불충족
사례 2	외국에서의 증거조사·확보과정에서 신문한 지역의 법률에 충돌이 발생했고, 그 업무처리방식이 동시에 독일 형사소송법에도 위반되었다. 예를 들어 외국에서의 증거수집이 그 해당 국가의 법률을 위반했고, 그것이 독일법에도 위반되는 경우.	위반	불충족

132) 통상 배심원들은 자신들의 유무죄판단에 대해 근거지울 의무를 부과받지는 않는다. 그들이 어떻게 그런 결정에 이르렀는지를 사후에 조사하는 것도 허용되지 않는다(이에 대해서는 Andoor, Laien in der Strafrechtsprechung, S. 76 f., 80). 독일의 경우에도 법관과 배심단을 구별하는 배심법원은 1924년 1월 4일의 법원조직과 형사사법에 관한 규정을 통해서 폐지되었다(Emminger-Reform). 폐지이유는 비용문제였고, 한때 다시 부활된 바이에른 주의 경우 1950년 법원조직법이 독일전체법원을 하나의 형태로 통일하기 까지 존재했다고 한다.

사례 3	외국에서의 증거조사·확보과정에서 신문한 지역의 법률에는 충돌했지만, 그 과정이 독일 형사소송법의 기준에 비추어 볼 때 특별한 위법사항이 없다. 예를 들어 공조요청을 받은 국가가 보다 엄격한 절차규정을 가지고 있어서 공조요청국가의 법적 요청을 모두 포함하고 있어서 공조요청국가의 법적 관점에서는 위법이 문제되지 않는 경우.	위반	충족
사례 4	증거조사나 수집을 한 국가가, 그 수사절차가 적법했음에도 불구하고, 유보권을 행사하고 있다. 예를 들어 확보된 증거를 정치적 이유 등으로 공조요청국가에 제공하지 않고 있는 경우.	준수	충족
		유보권 행사	

아래에서는 위 4가지 사례유형에 대해 어떤 해결책이 제시되고 있는지를 확인해 본다는 목적으로 판례와 학설의 최근 내용을 간략히 정리하기로 한다.[133]

3. 독일법 위반에도 불구하고 사용할 수 있는 경우 [사례 1]

우선 증인신문을 예로 들어 첫 번째 사례유형의 특징을 보고자 한다. 독일은 이미 1885년 제국법원이 비인에서 이루어진 경찰의 신문 조서의 낭독가능성(die Verlesbarkeit des Protokolls einer kommissarischen Vernehmung)에 대해 다루었다.[134] 그 사건에서 증인신문을 한 비인의 수사판사(Untersuchungsrichter)는 독일 형사소송법에 위반하는 방식으로, 그리고 함부르크 검찰의 요청에 반하는 방식으로 절차를 진행했으나, 당시 오스트리아 절차법의 강행규정(현행 오스트리아 형사소송법 제165조[135])에는 부합하는 방식이었다. 즉 다른 소송참가자가 동석하지 않은 상태에서 증인신문이 행해진 것이다. 즉 집행국가의 법규 위반은 없지만, 독일 형사소송법에는 위반되는 방식으로 증거수집이 이루어진 경우이다.

---

133) 아래의 서술은 주로 Schuster, aaO., S. 566ff.를 참고한 것임.

134) RG, Urt. v. 5.1.1885 – 3048/84 = RGSt 11, 391.

135) **§ 165 StPO Kontradiktorische Vernehmung des Beschuldigten oder eines Zeugen**
(3) Bei der Vernehmung eines besonders schutzbedürftigen Opfers (§ 66a) oder sonst eines Zeugen, auf den die in § 66a erwähnten Kriterien zutreffen, oder sonst im Interesse der Wahrheitsfindung ist auf Antrag der Staatsanwaltschaft oder von Amts wegen die Gelegenheit zur Beteiligung derart zu beschränken, dass die Beteiligten des Verfahrens (Abs. 2) und ihre Vertreter die Vernehmung unter Verwendung technischer Einrichtungen zur Wort- und Bildübertragung mitverfolgen und ihr Fragerecht ausüben können, ohne bei der Befragung anwesend zu sein. Insbesondere beim Vorliegen besonderer Schutzbedürftigkeit kann ein Sachverständiger mit der Befragung beauftragt werden. In jedem Fall ist dafür Sorge zu tragen, dass eine Begegnung des Zeugen mit dem Beschuldigten und anderen Verfahrensbeteiligten möglichst unterbleibt.

이외에도 무수한 이와 유사한 사례들이 다른 주변 국가들, 예를 들어 프랑스, 네덜란드, 구 소련, 스위스, 체코슬로바키아 등의 참여하에 이루어졌고,[136] 독일연방대법원(BGH)의 2007년 결정도[137] 그 판결에 따랐다. 이 사례에서는 증인 신문이 유사한 조건하에 프랑스에서 이루어졌다. 그 사례에서는 다른 독일 법규정도 지켜지지 않았던 것으로 보인다. 진실을 말해야 한다는 경고나 고지가 독일 형사소송법 제57조의 규정에 정확하게 맞아떨어지게 이루어지지 않았던 것이다. 프랑스에서 증인은 (독일 형사소송법 제59조 제2항과 달리) 형사소송법 제103조(Art. 103 Code de procédure pénale)에 따라 독일에서는 허용되지 않는 사전선서(Voreid) 형식으로도 선서가 가능했었던 것이다. 종종 사법공조요청을 받은 국가는 독일 형사소송법 제69조 제1항 제1문에서 요구된 방식에 부합하지 않는 정확한 질문목록을 요구한다고 한다.

〈자료 3〉 BGHSt 2007, 417의 판결요지

BGH, Beschl. v. 15.3.2007 – 5 StR 53/07
(독일연방대법원 결정, 제5형사부 2007년 3월 15일 선고 5 StR 53/07)

(판결요지)

1. 2006년 2월 2일 효력을 발생한 2000년 5월 29일의 유럽연합의 회원국가들 사이의 형사사건에서의 사법공조에 관한 협약의 제4조 제1항의 개정내용에 따라 **공조요청국가의 법률에 따른 사법공조요청의 해결이라는 유효원칙은,** 프랑스에서 이루어진, 프랑스의 절차규정에 부합하게 변호인에게 통지 없이 이루어진 법관의 증인 F에 대한 신문의 증거사용에 반대하는 상소의 이의제기의 사실상의 정당화를 지지한다(vgl. Gleß in Schomburg/Lagodny /Gleß/Hackner, Internationale Rechts-hilfe in Strafsachen 4. Aufl. Art. 4 EU-RhÜbK Rdn. 1 f.; § 168c StPO). (달리 말해 독일법을 기준으로 하여 프랑스 법률에는 위반한 것이 없는 프랑스 법관에 의한 증인신문을 독일의 법정에서는 증거로 사용할 수 없다는 결과가 도출된다는 것이다)

물론 독일의 관점에서 볼 때 위 사례에서 그러한 조건하의 증인의 진술은 독일 절차법 규정을 정확하게 준수한 상태에서 이루어지고 참여권이 보장된 상태에서 이루

136) RG, Urt. v. 31.5.1907 – V 241/07 = RGSt 40, 189 (오스트리아); RG, Urt. v. 30.3.1912 – I 178/12 = RGSt 46, 50 (프랑스); RG, Urt. v. 17.12.1937 – 4 D 789/37 = HRR 1938 Nr. 637 (체코슬로바키아); BGH, Urt. v. 5.6.1951 – 1 StR 129/51 = BGHSt 1, 219 (오스트리아); BGH, Urt. v. 28.10.1954 – 3 StR 466/54 = BGHSt 7, 15 (스위스); BGH, Beschl. v. 11.11.1982 – 1 StR 489/81 = NStZ 1983, 181 (구 소련); BGH, Beschl. v. 3.11.1987 – 5 StR 579/87 = BGHSt 35, 82 (네덜란드).

137) BGH, Beschl. v. 15.3.2007 – 5 StR 53/07 = StV 2007, 625 m. Anm. Schuster, StV 2008, 396.

어진 경우에 비해서는 증거가치가 확실히 떨어지는 것임은 부인할 수 없지만, 그럼에도 이러한 이유가 해당 증인신문을 증거로 사용할 수 없다는 결론(증거금지)에 이르게 하는 것은 아직 아니라고 본다.

왜냐하면, 독일적 이해에 따를 때, 증거사용금지(Beweisverwertungsverbote)는 실체적 진실발견(materielle Wahrheit)을 방해하는 것이고, 따라서 항상 특별한 근거제시가 필요한 것이다. 그 근거지음은 증거가치 그 자체와는 무관한 것이기 때문이라는 것이다.[138] 달리 말해 형사절차는 실체적 진실발견에 무게 중심이 있다는 말이기도 하다.

한편, 이른바 비독자적증거사용금지(unselbständiges Verwertungsverbot), 즉 그 자체로 자동적으로 증거사용금지에 이르는 것은 아니지만 다른 정황을 함께 고려할 때 증거사용금지에 이를 수 있다는 원칙은 국가의 수사기관에 대해 그들이 피의자·피고인(Beschuldigte)의 법역(Rechtskreis)을 건드린 소송법적 위법행위(Fehl- verhalten)를 비난해야만 하는 경우에 작동될 수 있다고 본다. 이와 관련하며 우리가 외국 수사기관의 행위를 판단할 때, 만약 증거수집행위지법이 적용된다는 locus regit actum 원칙이 적용되는 한, 증거수집 적법성의 문제에 대해서는 단지 그곳의 법에 대한 위반여부만이 문제될 수 있을 것이다.[139] 즉 독일 형사소송법 제57조(위증죄와 선서가능성과 의미 등에 대한 고지), 제59조 제2항(선서가 필요한 경우), 제69조(사건에 대한 증인신문) 규정들을 준수하지 않은 것은 해당 증거의 증거사용가능성 판단에서 어떤 역할도 할 수 없다는 말이 되는 것이다.[140]

또한 원칙적으로 참여권(Beteiligungsrecht)의 경우도 이와 별반 다를 바 없다고 본다. 즉 외국의 법률에서 어떠한 규정도 갖고 있지 않다면 그 외국의 수사과정에서

---

138) Schuster, ZIS 8/2016, S. 566-567; BGHSt 11, 213 (215) 형사소송법 제55조 제2항 위반: BGH, Urt. v. 18.12.1975 – 4 StR 472/75; BGH, Urt. v. 30.3.1976 – 1 StR 63/76, und BGH, Urt. v. 15.9.1982 – 2 StR 233/82 zum Verstoß gegen § 57 StPO, alle bei Pfeiffer, NStZ 1983, 354; ebenso Griesbaum (Fn. 3), L 24, 26 f.; Schuster (Fn. 2), S. 68 f. m.w.N. Als einzige Ausnahme aus der Rechtsprechung kann BGH, Beschl. v. 17.3.1971 – 3 StR 189/70 = BGHSt 24, 125 (130), angeführt werden, wo die Ablehnung eines Beweisverwertungsverbots auch auf die Erwägung gestützt wurde, dass die Blutentnahme durch einen Medizinalassistenten den Beweiswert der Probe nicht minde-re. Eine höchstrichterliche Entscheidung, in der ein Beweis-verwertungsverbot positiv mit dem mangelnden Beweiswert begründet wurde, ist jedoch nicht ersichtlich.

139) 다른 입장으로는 예를 들어 Martin Böse, Die Verwertung im Ausland gewonnener Beweismittel im deutschen Strafverfahren, ZStW 114 (2002), 148 (154 f.).

140) 예를 들어 Schuster, aaO., S. 567.

당해 절차참여자들에게 참여를 고지하지 않고 참여를 허용하지도 않았다는 것은 어떤 소송법적 "행위불법"(Handlungsunrecht)을 실현한 것으로 볼 수 없다는 것이다. 이러한 의미에서 이미 제국법원은 1885년에 다음과 같이 판결한 바 있다.

〈자료 4〉 RGSt 11, 391 판결요지

[RG, Urt. v. 5.1.1885 – 3048/84 = RGSt 11, 391 (397)]

구금 상태에 있는 피고인의 참여권은 수사기관의 신문(kommissarische Vernehmung)에서는 말할 것도 없이 아주 심하게 제한될 수 있고, 그밖에 다른 소송참여자에 대한 고지도 사실상 필요하다는 이유로 이루어지지 않을 수 있다. 따라서 내국의 법원이 그들의 입장에서 독일 규정을 준수하게 하도록 가능한 것을 하였다(dass das inländische Gericht das seinersiets Mögliche getan habe, die Einhaltung der deutschen Vorschriften zu erwirken)는 것으로 충분하다.[141]

동 판결 이후부터 이른바 "상호승인 원칙"(Prinzip der gegenseitigen Anerkennung) 규정도 필요없이, 국경을 넘어서는 사실관계가 문제될 때에서는 광범위한 사안해명에 우선 순위가 인정되었다고 평가되고 있다.[142]

달리 말해 사건해결이 우선이지 내·외국의 증거법규의 위반을 엄격히 평가하는 것이 중요하지 않았다는 것이다. 실체진실발견에 형사소송존재가치를 두고 있는 독일 전통에서 그것도 1880년대 제국법원 시절의 태도로서는 이상할 것도 없는 해석인 것으로 보인다.

4. 독일 법률 위반으로 인한 증거사용금지

가. 독일 형사소추기간의 나태를 이유로 한 비독자적 증거사용금지

외국의 수사기관의 증거수집 행위가 단순히 독일 법률을 준수하지 않은 상태였다는 것이 해당 증거의 사용가능성을 부인하는 이유로 충분하지 않다면, 이렇게 된 원인에 독일 형사소추기관의 게으름(Versäumnisse)은 없었는지를 살펴볼 필요가 있다는 것이다. 만약 사법공조를 요청하는 독일 해당 관청이 집행국가인 외국에서의 수사절차

141) RG, Urt. v. 5.1.1885 – 3048/84 = RGSt 11, 391 (397).
142) 이에 대한 상세는 Schuster, aaO., S. 567.

에서 독일법이 요구하는 조건들을 충족시킬 수 있도록 할 수 있었음에도 그리 하지 않았다면 그 게으름·직무태만에 대해 일정 효과를 부여할 수 있지 않는가 하는 생각인 것이다. 슈스터가 보기에는 이런 경우에 비독자적인 증거금지가 도출될 수 있다는 것이 지난 130년 동안 독일 최고법원의 판결에서 승계되어왔다는 것이다.[143]

요약하자면, 독일 형사소추기관은 사법공조요청을 한 내용을 집행하는 상대국가의 수사와 증거수집절차에 있어서 항상 단순한 관람객의 역할에만 머무를 수는 없다는 말이다. 외국이 원래 자신들의 절차를 위해 수행한 증거수집은 사실상 다시 반복할 수 없는 것이 일반적이라고 해야 할 것이다. 하지만 이미 독일의 사법공조요청을 근거로 이루어진 절차 혹은 장래에 유럽연합의 수사명령에 의해 증거수집이 외국에서 이루어진다면 형사사법공조요청 시에 이미 집행국가의 공조행위시에 독일 절차규정을 준수하도록 독일 해당 관청이 영향력을 행사할 수 있는 것이다(Nr. 26 S. 2 RiVASt). 무엇보다 이러한 방식은 유럽연합의 사법공조협약 제4조(Art. 4 Abs. 1 EU-RhÜbk 2000) 혹은 유럽수사명령가이드라인 제9조(Art. 9 Abs. 2 EEA-RL)가 적용되는 곳에서 효과가 있을 것으로 보인다. 그에 해당하는 지연(나태)이 있었다고 판단되면 독일 형사소송법이 국내에서 인정하고 있는 어떠한 예외구성요건(예를 들자면 형사소송법 제168조c 제5항 제2문[144])에 해당하지 않는 한, 증거금지의 대상이 된다고 보는 것이다.[145] 이와 관련하여 연방대법원 판결례로 소개되는 사안 중에서 1996년에 선고된 사건은 독일의 사법공조요청에 따라 스위스에서 이루어진 증인신문의 증거사용가능성에 대하여 판시한 것으로, 그 내용을 보면 "수사절차에서 증거수집에 있어서 법적 하자가 존재하는지에 대한 문제를 판단함에 있어서는 독일 형사소추기관이 증인 신문에 있어서 변호인의 참여가 가능하도록 신청하는 것을 불법하게 부작위하였는지 여부

---

143) 예를 들면 이미 1937년 제국법원 시절 판결인 RG, Urt. v. 17.12.1937 – 4 D 789/37 = HRR 1938 Nr. 637; 연방대법원 판결로는 BGH, Urt. v. 15.12.1976 – 3 StR 380/76 = Spiegel, DAR 1977, 169 (170); BGH, Beschl. v. 3.11.1987 – 5 StR 579/87 = BGHSt 35, 82 (84); BGH, Beschl. v. 15.3.2007 – 5 StR 53/07, StV 2007, 627(앞의 자료 2에서 소개된 판결임) 등이 소개되고 있음. 이에 대해서는 Schuster, aaO., S. 567을 볼 것.

144) 수사의 결과를 위태롭게 할 우려가 있는 경우에는 참여권 고지가 이루어지지 않는다.
§ 168c Anwesenheitsrecht bei richterlichen Vernehmungen
(5) 1Von den Terminen sind die zur Anwesenheit Berechtigten vorher zu benachrichtigen. 2Die Benachrichtigung unterbleibt, wenn sie den Untersuchungserfolg gefährden würde. 3Auf die Verlegung eines Termins wegen Verhinderung haben die zur Anwesenheit Berechtigten keinen Anspruch.

145) BGH, Urt. v. 19.3.1996 – 1 StR 497/95 = BGHSt 42, 86 (91).

가 결정적이다"[146]라고 하여 독일 수사기관의 '불법한 부작위'를 증거사용가능성 판단의 핵심요건으로 제시하고 있다.

추가적으로 생각해 볼 수 있는 적용사례로는 증언거부권(Zeugnisverweigerungsrechte)과 진술거부권(Aussageverweigerungsrechte)을 들 수 있다. 증언·진술거부권의 인정범위에 대해서는 여러 국가들이 다양한 입장 차이를 보이고 있다. 예를 들면 대부분의 법률들에서는 약혼자(Verlobete)는 증언거부권이나 진술권부권의 특권이 인정되는 가족에 해당하지 않는다고 보고 있다.

특히 영국과 웨일즈에서는 section 80 Police and Criminal Evidence Act(1984)에 따라 심지어 피고인의 배우자만이 보호받을 뿐이고, 그 자녀들도 보호대상에 포함되지 않는다. 그리고 배우자의 경우조차도 만약 피고인에게 그 배우자에 대한 상해, 16세 미만의 사람에 대한 성범죄나 상해죄 혹은 이와 관련된 미수나 방조의 혐의가 문제되는 경우에는 진술의무가 다시 부활하는 것으로 하고 있다.[147]

한편 직업상의 비밀유지의무를 가지는 자와 관련하여 오스트리아의 경우에는 변호인, 변호사, 경제대리인, 정신병의사, 심리학자, 보호관찰관, 그 보조인들의 경우에는 비밀유지의 특권이 인정되지만, 의사들은 이에 포함되지 않는다(§157 Abs. 1-5 öStPO).

---

146) (bb) Für die Frage des Vorliegens eines Rechtsfehlers bei der Beweiserhebung im Ermittlungsverfahren ist daher entscheidend, ob die deutschen Strafverfolgungsbehörden den Antrag auf Ermöglichung der Anwesenheit der Verteidiger bei der Zeugenvernehmung zu Unrecht unterlassen haben(BGH 1 StR 497/95 - Urteil vom 19. März 1996 (LG Rottweil).

147) Section 80 Police and Criminal Evidence Act 1984 (2017년 10월 22일 현재)
(2A) In any proceedings the [spouse or civil partner] of a person charged in the proceedings shall, subject to subsection (4) below, be compellable—
(a) to give evidence on behalf of any other person charged in the proceedings but only in respect of any specified offence with which that other person is charged; or
(b) to give evidence for the prosecution but only in respect of any specified offence with which any person is charged in the proceedings.
(3) In relation to the [spouse or civil partner] of a person charged in any proceedings, an offence is a specified offence for the purposes of subsection (2A) above if—
(a) it involves an assault on, or injury or a threat of injury to, the [F5spouse or civil partner] or a person who was at the material time under the age of 16;
(b) it is a sexual offence alleged to have been committed in respect of a person who was at the material time under that age; or
(c) it consists of attempting or conspiring to commit, or of aiding, abetting, counselling, procuring or inciting the commission of, an offence falling within paragraph (a) or (b) above(https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/60/section/80; 2017.10.22. 최종검색)

우리나라 입법 태도와 비교하더라도 차이점이 보인다.

결국 독일법을 기준으로 할 때 가족(Angehörige)이 문제되는 경우라면, 독일의 형사소추기관들은 형사소송법 제52조 제3항에 부합하는 증인에 대한 증언거부권의 고지가 이루어질 수 있도록 집행국가의 관청에 영향을 미쳐야만 하고, 직업적 비밀유지의 무가 있는 자들이 수사의 대상이 되는 경우에는, 묵비의무로부터 면제되지 않는 한, 애당초 공조대상이 되는 지위에서 완전히 배제해야만 한다는 것이다. 증거사용금지(Unverwerfbarkeit)는 여기서는 물론『형사소송법』제252조[148]의 법적 사고로부터도 도출될 것이다.[149] 즉 공판 전에 진술한 자가 공판정에서 비로소 자신의 증언거부권을 행사한 경우라면 그 조서는 낭독되어서는 안 된다는 법규정에 따라 증거로 사용할 수 없게 된다는 것이다. 그런 범위에서는 독자적인 증거사용금지가 문제되는 것이며, 이 경우 증거수집행위의 합법성과는 무관하게 증거사용이 거부되는 것이다.[150]

〈자료 5〉 BGH, 04.03.1992 – 3 StR 460/91 결정 요지

[결정이유]

피고인은 정당하게도 이탈리아 사법공조법관(Rechtshilferichter)에 의한 증인 Antonella S.의 신문조서(die Niederschriften über die Vernehmungen)가, 그 증인이 형사소송법 제52조 제3항 제1문에 따른 증언거부권(Zeugnisver- weigerungsrecht)에 관해 고지받지 못했음에도 불구하고, 낭독되었다는 것에 이의를 제기하고 있다. 사실 외국에서의 신문에서는 단지 그곳의 유효한 절차규정을 준수하는 것이 필요하다(vgl. BGH NStZ 1983, 181; BGHR StPO § 251 I 2 Auslandsvernehmung 1; Mayr in KK 2. Aufl. § 251 Rdn. 18; Kleinknecht/Meyer StPO 40. Aufl. § 251 Rdn. 20). 하지만 이탈리아 법이 피의자의 애인의 진술거부권을 예정하고 있지 않다고 하더라도 독일 형사소송에서 그러한 진술을 평가·사용함에 있어서는 형사소송법 제252조로부터 도출되는 법적 사상(Rechtsgedanke)을 존중하지 않을 수 없다.

그에 따르면 공판정에 와서야 비로소 자신의 묵비할 권리를 행사한 공판정 외에서 신문받은 증인의 진술은 낭독될 수 없다. 왜냐하면 이 규정에 따르면 증인은 증언을 사후적으로 공판시까지 거부할 수 있기 때문에 형사소송법 제52조 제3항 제1문에 따른 고지의무의 위반은 아직 여전히 살아 있는 증인의 진술의 낭독과는 조화될 수 없는 것이기 때문이다(vgl. Mayr a.a.O. Rdn. 14; Kleinknecht/Meyer a.a.O. Rdn. 30). 이 사례에 대해서 본 재판부는 외국의 법원에 의한 사법공조 신문에서 독일의 규정에 따라 인정되는 증언거부의 권리에 관한 고지가 이루어지지 않았다는 것에 의견을 같이 한다.[151]

---

148) § 252 Verbot der Protokollverlesung nach Zeugnisverweigerung (진술거부 이후의 조서낭독의 금지) Die Aussage eines vor der Hauptverhandlung vernommenen Zeugen, der erst in der Hauptverhandlung von seinem Recht, das Zeugnis zu verweigern, Gebrauch macht, darf nicht verlesen werden.

149) BGH, Beschl. v. 4.3.1992 – 3 StR 460/91 = NStZ 1992, 394.

150) Schuster, aaO., S. 568.

나. 국제법·유럽연합법의 공조요청을 받은 국가의 이행의무(Folgepflicht) 불이행

다음으로 독일의 형사소추기관들에게는 비난할 것이 없으나, 공조요청을 받은 국가·해당 관청이 국제법 혹은 유럽연합법 준수의무를 지고 있음에도 불구하고, 독일의 공조요청기관이 언급한 내용의 요청을 무시한 경우라면, 어쨌든 독일 형사절차에서도 그런 방법으로 획득된 증거에 대해서는 비독자적 증거사용금지의 결론을 인정해야 옳다는 주장도 있다.[152] 일견 지나치게 편향된 입장이 아닌가 하는 의심이 들기도 한다. 특정 사건에 대한 재판을 진행하는 국가의 잘못이 전혀 아님에도 수사와 처벌에 사용될 증거를 사용하지 못하게 한다는 것은 대상자의 인권보호에는 충실하다고 할 수 있겠으나, 사법공조가 필요한 사건의 특성을 생각하면 지나치게 한 쪽으로 기울어진 해석이 아닌가하는 의심이 들기도 한다. 물론 이러한 결론의 착안점은 아마도 외국의 형사소추기관의 독자적인 유럽사법공조협약(2000년) 제4조 제1항(Art. 4 Abs. 1 EU-RhÜbk 2000) 침해라거나 또는 장래에는 유럽수사명령제도 가이드라인 제9조 제2항(Art. 9 Abs. 2 der EEA-RL)을 통해서 수정된 법률의 침해가 될 것이다.[153]

이상의 판례와 해석론의 논의의 의미를 종합하자면, 우선 피의자의 권리는 필요한 경우를 넘어서까지 제한되어서는 안 된다는 생각이 담겨있다. 이런 방식을 택하게 되면 "상호승인의 원칙"을 예외 없이 관철할 경우에 나타나는 문제점을 어느 정도 극복하고, 형사소추의 이익과 시민권이라는 두 목적간의 충돌을 적절히 상쇄하는 것이 가능해진다는 것이다.[154]

5. 외국법률에 따른 증거수집의 적법성에도 불구한 증거사용금지

피공조요청국이 그렇게 광범위한 공조의무를 받아들이지 않았다거나, 혹은 증거가 우선 그 국가의 고유한 절차를 위해 수집된 경우라면, 불가피하게 그 외국의 법질서가 적용될 수밖에 없다. 만약 이러한 사안들에서 독일법의 단순한 불이행은 독일에서

151) https://www.jurion.de/urteile/bgh/1992-03-04/3-str-460_91/(2017.10.22. 최종검색).
152) 예를 들어 Schuster, aaO., S. 568.
153) Vgl. BayObLG, Beschl. v. 8.10.1984 – RReg. 4 St 200/84 = JR 1985, 477; OLG Celle, Beschl. v. 16.2.1995 – 2 StE 4/92 = StV 1995, 179; ausführlich Schuster (Fn. 2), S. 105, 181.
154) 상세는 Schuster, aaO., S. 568 참조.

이루어지는 형사공판절차에서 어떠한 비독자적 증거금지도 근거지우는 것이 아니라는 입장을 취하게 된다면, 설령 외국 법률이 독일의 법치국가적 표상을 (심하게) 침해하는 것으로 만들어져 있는 경우라도 전혀 문제될 것이 없다는 결론이 된다는 반론이 제기되기도 한다.[155]

많은 사람들이 이러한 사례유형들 중에서 가장 먼저 고문(Folter)과 같은 가혹행위를 생각할 수 있을 것인데, 하지만 이것은 저마다의 모든 개별 국가들에서도 불법(Art. 3 EMRK와 UN-Folterkonvention)이고 그 자체가 당연히 증거사용을 불가능하게 만들 것이다. 그래서 무엇보다 제출부담과 증명부담이라는 어려운 문제가 제기되는데, 왜냐하면 자유로운 증명절차(Freibeweisverfahren)에서는 '의심스러울 때는 피고인에게 유리하게' 원칙 그 자체가 적용되지 않기 때문이라는 것이다.[156]

가. 독자적 증거사용금지 – 자기부죄금지의 예

1) 진술거부·묵비권이 보장되지 않은 국가들

지구상의 무수한 국가들에서 피의자(피고인)는 (확실히) 자신의 묵비권을 고지받지 못하는 상태에 있다. 왜냐하면 그 국가들의 법률규정이 그러한 의무를 알지 못하기 때문이다. 전 세계적으로 유명할 뿐만 아니라 독일 연방대법원의 판결(특히BGHSt 38, 214[157])의 모범이 되기도 했던 미국의 미란다 고지[158] 조차도 단지 구금된 피의자("custodial interrogations")의 경우에만 적용되며, 교통검문의 경우처럼 피의자가 체포(verhaftet)되지 않는 한[159] 적용되지 않으며, 피의자가 수사기관의 소환을 받고

---

155) 이에 대해서는 Schuster, aaO., S. 568 참조.

156) Instruktiv EGMR, Urt. v. 25.9. 2012 – 649/08 (El Haski v. Belgien); Ambos (Fn. 2), S. 100 ff.; Nagler, StV 2013, 324 (327 f.); vgl. auch BGH, Beschl. v. 15.5.2008 – StB 4 und 5/08 = NStZ 2008, 643.

157) BGH, Beschl. v. 27.2.1992 – 5 StR 190/91. 이 판결에서는 처음으로 형사소송법 제136조 제1항 제1문과 제163의a 제4항 제2문 위반이 증거금지대상으로 부각되었다. BGH, Beschl. v. 7.6.1983 – 5 StR 409/81 = BGHSt 31, 395와 반대되는 취지였다. 그 이전에는 독일에서 경찰의 피의자신문에서 고지의무를 준수하는 것은 원칙이기 보다는 오히려 예외였다고 한다. 물론 제243조 제4항 제1문에서는 이미 오래전부터 이를 긍정한 것이 연방대법원의 입장이었다 (BGH, Beschl. v. 14.5.1974 – 1 StR 366/73 = BGHSt 25, 325 [329]); 이에 대해서는 Schuster, aaO., S. 568 참조.

158) U.S. Supreme Court, Urt. v. 13.6.1966 – 384 U.S. 436 (Miranda v. Arizona).

159) Vgl. U.S. Supreme Court, Urt. v. 2.7.1984 – 468 U.S. 420 (Berkemer v. McCarty).

자의로 경찰관서에 출석한 경우에도 증언거부권은 적용되지 않는다.

영국에서도 피의자(Beschuldigte)는 다시 고지를 받게 되었다.[160] 그럼에도 침묵할 권리는 section 34-39 Criminal Justice and Public Order Act 1994 (CJPOA)를 통해 심각하게 제한되어 있다. 이에 따르면 경찰관서에서의 피의자의 침묵으로부터는 물론이고(예를 들면 그가 마주하게 된 특정한 범죄흔적에 관해서 침묵하게 되면 그것은 일반적인 유죄의 정황으로 평가됨), 법정에서의 묵비로부터도 그의 책임(유무죄, Schuld)과 관련하여 부정적인 추론을 도출하는 것이 허용되기 때문이다.[161] 단지 -유일한 유죄정황으로- 침묵을 근거로 유죄판결을 하는 것은 사실상 가능하지 않다고 본다(section 38(3) CJPOA[162]).

영국법 상태에서는 아마도 독일의 변호인들에 의해 일반적으로 실무에서 활용되는 방법, 즉 모든 진술(자백) 이전에 우선 한번 서류열람을 해보자고 하는 것은 의뢰인에게 확실하게 손해가 될 수도 있다고 추측하기도 한다.[163] 즉 영국에서의 묵비권의 고지는 그에 부합하는 암시를 담고 있는데, 그 고지의 자구를 보면 단지 나중에 진술에 대한 신용성의 약화에 초점이 맞추어져 있다는 것을 알 수 있고, 그렇기 때문에 본질적으로 완전하지 못한 것이라고 평가받는 것이다.

달리 말해 "너는 무엇을 말해야만 하는 것은 아니다. 하지만 만약 네가 나중에

---

160) Vgl. para. 10 Police and Criminal Evidence Act 1984 (PACE), Code of Practice C (2013). EU의 다른 국가들과 관련해서는 형사절차에서 고지와 통지(안내)에 관한 가이드라인(EU-Richtlinie v. 22.5.2012 über das Recht auf Belehrung und Unterrichtung in Strafver-fahren)을 통해 어느 정도 수준이 비슷해지고 있다고 한다. 덴마크는 아직 가이드라인을 받아들이지 않고 있다.

161) Section 34 [Criminal Justice and Public Order Act 1994] Effect of accused's failure to mention facts when questioned or charged; Section 35 Effect of accused's silence at trial; Section 36 Effect of accused's failure or refusal to account for objects, substances or marks; Section 37 Effect of accused's failure or refusal to account for presence at a particular place. 위 규정들에서는 진술거부가 소송법적으로 진술거부자에 대해 어떤 반대의 불리한 추론이 허용되는지가 상세히 규정되어있다. 예를 들어 section 35 제3항에서는 "(3) Where this subsection applies, the court or jury, in determining whether the accused is guilty of the offence charged, may draw such inferences as appear proper from the failure of the accused to give evidence or his refusal, without good cause, to answer any question."라고 하여 법관이나 배심은 피고인이 유무죄인가를 결정함에 있어서 피고인이 증거를 제시하거나 혹은 정당한 이유없이 어떤 질문에 답하는 것을 거부한 경우에 일정한 추론이 가능하다고 하고 있다.

162) (3) A person shall not have the proceedings against him transferred to the Crown Court for trial, have a case to answer or be convicted of an offence solely on an inference drawn from such a failure or refusal as is mentioned in section 34(2), 35(3), 36(2) or 37(2).

163) Schuster, aaO., S. 568-569.

법정에서 그것에 의지할 무언가(즉 법정에서 주장(진술)할 무언가)에 대해 질문을 받았을 때 그에 대해 말하지 않는다면 너의 방어에 해가 될 수 있을 것이다. 네가 말한 것은 무엇이건 증거가 될 수 있다"(You do not have to say anything. But it may harm your defence if you do not mention when questioned something which you later rely on in Court. Anything you do say may be given in evidence.)라는 말과 다를 바 없다는 것이다.[164]

결론적으로 누구도 형사절차에서 자기자신에게 불리한 진술을 강요당하지 아니한다는 근본원칙은 어느 국가의 형사절차인지를 막론하고 공정한 재판의 필수적 전제조건이자 구성요소임을 부정할 수는 없다. 따라서 이러한 기본적 요구를 충족시키지 못하고 취득된 증거는 어느 국가의 공판절차에서도 증거로 인정해서는 안된다는 것이다.[165]

2) 진술거부권의 고지 없는 상태에서의 자백, 간접강제의 의한 자백

학설 중에서는 진술거부권을 사전에 고지 받지 못한 상태에서의 자백이나 간접적인 진술강제에 의한 자백도 사용할 수 없다고 보는 견해도[166] 있고, 마치 우리나라의 대법원이 때때로 내세우는 바와 같이 진술거부권의 고지가 자백과 어떤 관계가 있는가에 따라 달리 보는 입장도 있다.[167]

---

164) Schuster, aaO., S. 569.

165) 물론 RICHTLINIE (EU) 2016/343 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 9. März 2016 über die Stärkung bestimmter Aspekte der Unschuldsvermutung und des Rechts auf Anwesenheit in der Verhandlung in Strafverfahren에서도 묵비권이 보장되고 있고, 제7조 제5항에서는 "(5)Die Wahrnehmung des Rechts, die Aussage zu verweigern, oder des Rechts, sich nicht selbst belasten zu müssen, durch Verdächtige und beschuldigte Personen, darf weder gegen sie verwendet werden noch als Beweis dafür gewertet werden, dass sie die betreffende Straftat begangen haben."라고 하여 묵비권의 행사가 불리하게 사용되지 못하도록 하고 있으나, 동 가이드라인의 이유 제28번에서 "(28) Die Wahrnehmung des Aussageverweigerungsrechts oder des Rechts, sich nicht selbst belasten zu müssen, sollte weder gegen Verdächtige oder beschuldigte Personen verwendet noch an sich als Beweis dafür gewertet werden, dass die fragliche Person die betreffende Straftat begangen hat. Nationale Vorschriften über die Beweiswürdigung durch Gerichte oder Richter sollten davon unberührt bleiben, soweit die Verteidigungsrechte gewahrt werden."라고 하여 사실상 변호권이 보장된 경우에는 개별국가의 증거평가에 관한 규정에는 특별한 영향을 미치지 못한다고 하여 문제의 소지가 남아있다고 평가되기도 한다.

166) Schuster, aaO., S. 569.

167) Schünemann, StRR 2011, 130 (132).

첫째 독자적인 증거사용금지는[168] 증거획득행위의 합법성과는 무관하게 (대부분 헌법위반적인 것으로) 이용행위(Verwertungsakt)의 위법성으로부터 도출되는 것이다. 달리 말해 어떤 방식으로 증거가 취득되었는가와 무관하게 그 증거를 형사절차에 사용하는 것 자체가 허용될 수 없는 중요한 경우를 말하는 것이다. 독일에서는 영국과 달리 전적인 침묵도 어떠한 유죄인정의 정황증거로 사용될 수 없다고 해석되고 있다. 그것은 한편으로는, 피고인의 침묵에는 아주 다양한 이유가 있을 수 있기 때문에 그 자체의 증거가치가 떨어지기 때문이기도 하고, 인간의 존엄성이나 독일 기본법 제1조 제1항 및 제2조 제1항에서 도출되는 일반적인 인격권에 비추어 볼 때에도 당연히 도출되는 결론이라는 것이다.

영국/웨일즈의 예처럼 묵비권·진술을 거부할 수 있는 권리(Schweigerecht)를 행사할 때 당사자가 부정적인 결과들을 두려워해야만 하는 경우라면 그 권리는 심각하게 침해될 수밖에 없는 것이고, 자백이나 진술을 단순히 미루었다는 것만으로는 어떤 결정적인 추론도 허용될 수는 없다고 보는 것이 옳다고 보는 사람들은, 피의자·피고인은 사전에 특정 방어전략을 선택하도록 강요받아서도 안된다는 입장에서 비록 외국법 위반이 아니라고 하더라도 진술거부권의 침해는 증거능력에 중요한 영향을 미치는 것으로 보자고 주장한다.[169]

영국과 웨일즈(England/Wales) 혹은 아일랜드에서 피의자는 신문을 받을 때, 침묵이 자신에게 불리하게 작용할 것을 두려워해야만 한다. 통상 신문시점에 이미 확실하게 자신은 독일(혹은 보다 조건이 좋은 다른 나라)로 이송되어서 독일(혹은 보다 조건이 좋은 다른 나라) 법정에서 재판을 받게 될 것임을 알 수는 없다고 하면, 마치 독일 연방헌법재판소가 민사법 영역에서 공동채무자(Gemeinschldner)의 정보제공·고지(Auskunft)의무에 관한 결정을 통해 표현한 바와 같이, 외국(위의 예에서 영국이나 웨일즈 혹은 아일랜드의 형사절차)에서 피의자가 한 자신에게 불리한 진술은 (독일) 형사절차에서는 사용할 수 없는 것으로 하자는 주장도 있다.[170]

달리 말해 자기부죄금지의 특권이 실질적으로 보장되지 않은 상태에서의 진술이나

---

168) 법률에 규정된 독립적·독자적 증거사용금지규범은 예를 들어 제100a조 제4항 제2문, 제100d조 제5항 제3문, 제160조 제2항, 제1문, 제252조, 제477조 제2항 제2문(이상 형사소송법)과 § 97 Abs. 1 S. 3 InsO, § 393 Abs. 2 AO und § 51 Abs. 1 BZRG 등에서 찾을 수 있다.

169) 예를 들어 Schuster, aaO., S. 570.

170) 예를 들어 Schuster, aaO., S. 570.

자백 등은 독일 형사소송절차에서는 독자적인 증거금지의 대상처럼 취급하여 증거로 사용하지 못하게 하는 것이 옳다고 주장하는 것이다.

둘째 진술거부권의 고지가 결여된 경우, 증거수집국가, 즉 공조요청을 받은 국가의 법과 무관하게 결정되는 것이 옳다는 주장도 있으나, 판례는 대체로 이와 반대되는 입장을 취하고 있다.[171] 물론 수형자가 징벌절차(Disziplinarverfahren)에서 한 진술과 관련해서는 증거금지를 인정하는 판례도 있다.[172] 이 판결은 위와 같은 주장의 배경이 되기도 한다.

〈자료 6〉 BGH, 09.04.1997 – 3 StR 2/97 판결 요지

[판결요지]

1. 연방대법원이 피의자의 자신의 진술의 자유에 대한 고지, 고지가 없는 상태에서 이루어진 자백(진술)의 사용불가능성, 공판정에서의 이의제기의 필요성에 대해 발전시킨 기본원칙들은(BGHSt 38, 214; 39, 349; 42, 15, 22 f.), 만약 수형자에게 이루어진 비난이 동시에 형벌로 위하되는 행위에 해당하고 형사절차에서의 사용이 문제된다면 어쨌거나 징계절차에서의 수형자의 진술에 대해서도 동일하게 적용된다.[173]

피의자나 혐의를 받고 있는 증인(참고인)은 공식적인 신문을 받을 때 무시할 수 없는 상당한 심리적 압력을 받게 된다는 것은 경험해보지 않아도 짐작할 수 있는 사실이다. 그러한 상황에서 심문하는 사람에게 말하고 답해야만 한다는 인상을 받을 수 있고, 특히 그가 체포된 상태, 구금된 상태이거나, 강제로 구인되거나 적어도 체포나 구속의 위협이나 가능성이 거론되는 경우에는 더욱 그러할 것이다. 이것은 신문이

171) BGH, Urt. v. 1.4.1992 – 5 StR 457/91 = BGHSt 38, 263은 구 동독법률에 따른 신문이 이루어진 경우인데, 여기서는 집행국의 법률을 기준으로 하면 된다는 입장을 보였다. 즉 통독 이전에 DDR에서 이루어진 신문절차에서 피의자는 자신의 진술거부권에 대해 고지 받지 못하고 진술하였고, 통독 이후에도 형사절차가 계속된 사건인데, 대법원은 그 진술증거를 사용할 수 있다고 보았다. 당시 동독법에 따르면 법원과 수사기관은 피의자에 대해 신문전에 동독법률 § 15 Abs. 2 Satz 2, § 61 Abs. 2 Satz 2, § 105 Abs. 2 Satz 2 StPO-DDR에 따라 변호를 받을 수 있는 권리와 전체의 형사소송절차에 적극적으로 기여할 권리에 대해 고지하도록 되어있었다(이에 대해서는 http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/5/91/5-457-91.php ; 2017.10.22. 최종검색). BGH, Urt. v. 10.8.1994 – 3 StR 53/94 = NJW 1994, 3364 (3365)에서는 여하튼 위의 학설적 주장에 회의적인 태도를 보였다. 두 판결례는 BGH, Beschl. v. 27.2.1992 – 5 StR 190/91 = BGHSt 38, 214가 선고되고 나서 얼마 지나지 않은 시점에 선고된 것이다.

172) 예를 들어 BGH StV 1997, 337.

173) https://www.jurion.de/urteile/bgh/1997-04-09/3-str-2_97/(2017.10.22. 최종검색).

국내에서 행해졌는지 아니면 외국에서 이루어졌는지와 무관하게 인간의 심리에서 나타나는 현상인 것이다.

나아가 독일에서 해당 참고인·증인이나 피의자에 대한 재차 신문이 이루어질 경우에는 통상의 국내사례에서 보다 더 상세하고 구체적인 고지가 행해져야할 것이라는 주장도 있다. 이에 대한 예외가 인정될 수 있는 경우는 단지 피의자나 혐의를 받고 있는 증인에게 외국에서 이미 다른 방식으로 침묵할 권리가 있음이 분명하게 제시된 경우로 한정하자는 주장도 있다. 즉 예를 들어 피의자가 신문 전에 변호인과 대화를 한 경우를 그 예로 든다. 달리 말해 실질적으로 진술거부권이 있다는 사실이 변호사와의 접견을 통해 피의자 등에게 분명히 제시된 경우라면 독일법의 요구를 충족시킨 것으로 보자는 것이다.[174]

나. 인권적인 최소기준

또한 '유럽인권협약'(EMRK)의 준수와 그와 거의 동일한 '시민적·정치적 권리에 관한 국제규약'(IPBPR)의 준수가 증거방법의 사용가능성에 대한 충분조건이 될 수는 없다고 하더라도[175] 외국에서 행해진 증거수집(조사)을 포함한 전체의 형사절차가 국제적인 인권 기준에 부합하는지가 심사될 수 있어야만 한다는 견해도 보인다. 유럽인권협약 제6조 제3항 제d호[176] 및 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약 제14조 제3항 제e호[177]에서 말하는 대면권(Konfrontationsrecht)이 충분히 보장되어야만 한다는 말이다.

---

174) 예를 들어 Schuster, aaO., S. 570; BGH, Beschl. v. 27.2.1992 – 5 StR 190/91 = BGHSt 38, 214 (225).

175) 이런 취지의 입장으로는 Rose, Der Auslandszeuge im Beweisrecht des deutschen Strafprozesses(1998), S. 232; Schuster, aaO., S. 570.

176) Europäische Menschenrechtskonvention Art. 6 Recht auf ein faires Verfahren
(3) Jede angeklagte Person hat mindestens folgende Rechte: …
d) Fragen an Belastungszeugen zu stellen oder stellen zu lassen und die Ladung und Vernehmung von Entlastungszeugen unter denselben Bedingungen zu erwirken, wie sie für Belastungszeugen gelten;

177) Art. 14 IPBPR
(3) Jeder wegen einer strafbaren Handlung Angeklagte hat in gleicher Weise im Verfahren Anspruch auf folgende Mindestgarantien: …
e) er darf Fragen an die Belastungszeugen stellen oder stellen lassen und das Erscheinen und die Vernehmung der Entlastungszeugen unter den für die Belastungszeugen geltenden Bedingungen erwirken;

저마다의 법 규정들이 그 자체만을 볼 때에는 인권적 기준을 충족한다고 하더라도, 두 개의 서로 부합하지 않는 절차규정들이 효력을 가지고 있는 상황에서 절차의 각 단면을 조합하게 되면, 전체적으로 볼 때 더 이상 앞서의 협약이나 규약에 부합하지 못한다는 결론이 내려질 수 있는 상황도 있음이 지적된다.[178]

예를 들어 프랑스 규정은 문제가 있고, 영국과 웨일즈에서는 수사절차에서의 참여권의 불인정은 공판절차에서 증인진술의 사용은 엄격한 직접주의원칙으로 인해 그리고 전문증인을 금지하기 때문에 그 자체는 사소한 문제이지만, 그것이 외국에서 낭독되는 경우에는 문제가 발생하게 된다는 것이다. 유럽인권협약 제6조 제3항 제d호는 유죄판결이 그중에서도 조우하지 못한(반대신문의 기회를 갖지 못한) 증인의 진술에 의존하고 있는 경우에는 더 이상 절차의 공정성이 보장되지 않았다는 정도의 자구를 가지고 있기 때문에 그리 엄한 잣대라고 할 수도 없다고 지적되기도 한다.[179]

따라서 비록 외국법률에 대한 형식적인 위반이 없는 경우라고 하더라도, 그 집행국가의 법률의 수준 혹은 판결의 수준을 볼 때, 독일 형사소송법의 근본원칙 혹은 인권의 최소기준을 충족시키지 못한다면, 단지 집행국가의 법률위반이 없다는 이유만으로 증거사용을 허용하는 것은 단견이라는 지적인 것이다. 따라서 실질적으로 피의자나 혐의를 받고 있는 참고인(증인)에 대한 실질적인 권리보장이 증거사용가능성 판단의 기준이 되어야 한다는 학계의 주장과 그에 미치지 못하는 독일 연방대법원의 입장이 대립하고 있는 상황이라고 할 수 있겠다.

6. 외국법 위반을 근거로 한 증거사용금지

앞의 〈표 4-1〉에서 사례 2와 사례 3의 경우는 외국법률에 대한 위반이 어느 정도까지 독일법원에 의해서 심사될 수 있고, 증거사용금지에 이를 수 있는가의 문제와

178) Schünemann, Bürgerrechte ernst nehmen bei der Europäisierung des Strafverfahrens!, StV 2003, 115, 123; Schünemann, Mindestbedingungen einer effektiven Verteidigung in transnationalen europäischen Strafverfahren, StV 2016, S. 178.

179) EGMR, Urt. v. 20.11.1989 – 11454/85 = StV 1990, 481 (Kostovski v. Niederlande); EGMR, Urt. v. 27.9.1990 – 12489/86 = StV 1991, 193 (Windisch v. Österreich); EGMR, Urt. v. 23.4.1997 – 21363/93 = StV 1997, 617 (Van Meche-len u.a. v. Niederlande); EGMR, Urt. v. 20.12.2001 – 33900/96 = StV 2002, 289 (P.S. v. Deutschland); BGH, Urt. v. 25.7.2000 – 1 StR 169/00 = BGHSt 46, 93.

관련되어 있다. 이러한 물음은 아주 논쟁이 심한 상태이고, 특히 앞에서 언급된 2012년 제1형사부의 결정이래로 특히 논쟁거리가 되고 있는 것이다.

이러한 유형으로 외국법 위반이 포함되어 있는 공조사례로 생각해 볼 수 있는 형상은 집행국가의 사법공조 관련 일처리 방법이 그 국가의 법을 위반한 것임은 물론, 독일 절차법에 따라서도 위법인 경우(사례 2)와 비록 집행국가의 법률에 따르면 위법이라고 하더라도 그 처리방법이 독일의 형사절차법에 따라서는 문제될 것이 없는 경우(사례 3)가 있을 수 있을 것이다.

가. 제한된 심사가능성의 정당성

오랫동안 독일 최고법원의 법관들은 외국의 고권적 행위에 대한 심사에 침묵하지 않았다. 달리 말하자면 독일법을 따르지 않은 것을 상쇄해야할 필요가 있을 때에는 제국법원과 연방법원은 항상 외국의 규정들이 준수되었다는 사실을 상세하게 제시했다. 독일법 상태에 위반되는 것은 아니지만 외국법에는 충돌한 경우에 대해서는 물론 지금까지 어떤 공간된 사례에서도 증거사용금지에 이른 적은 없었다고 한다.[180] 물론 이러한 결론은 특정한 사례들에서는 전적인 비판을 받아야 하는 경우도 있을 것이다. 문헌에서는 이에 대해서 다양한 의견이 존재한다.

위에서 언급한 연방대법원 판결에서 대법관들은 외국(체코)에서 시행된 통신감청으로부터 인식한 것을 절차상 사용할 수 있는지에 대해 아주 소상하게 논쟁했다. 상고이유에서는 전화통신녹음의 사용불가능성을 무엇보다 프라하 제4 및 제10구 법원의 명령결정이 체코의 헌법에도 부합하지 않고, 그곳의 법률인 형사소송법에도 부합하지 않는다는 것을 핵심적인 근거로 제시하고 있었다. 제1형사부는 〈판결요지 3.〉에서 다음과 같이 설명하고 있다:

"사법공조가 유럽연합의 회원국에 의해 이루어진 경우라면 내국에서 증거사용가능성을 판단하는 경우, 단지 제한된 범위 내에서만, 그 증거가 공조요청을 받은 회원국가의 내국법에 따를 때 합법적으로 획득되었는지 여부가 심사될 수 있다. 이것은 그곳에서의 증거수집이 내국의 사법공조에 근거하지 않은 경우에도 동일하게 적용된다."

---

180) 예를 들면 BGH, Urt. v. 27.5.1975 – 1 StR 219/75 = GA 1976, 219; BGH, Urt. v. 23.1.1985 – 1 StR 722/84 = NStZ 1985, 376.

판결이유들에서는 더 나아가 내국의 형사법원들이 체코의 법원결정의 합법성을 체코의 법을 기준으로 심사하게 되면, 그들은 국제법과 유럽연합법에 따라 다른 회원국가들과의 관계에서 그들에게 인정되지 아니한 권한을 행사하게 된다는 점이 적시되었다. 재판부는 결과적으로 제한된 심사척도로 심사해야 한다는 입장을 취한 것이고, 단지 일반적인 법치국가적 근본원칙(allgemeine rechtsstaatliche Grundsätze)과의 조화가능성(Vereinbarkeit), 특히 유럽인권협약과 국가의 공공질서(national ordre public)와의 조화가능성만을 심사하였다고 밝혔다.

즉 다른 나라의 권한이나 국법질서를 타국에서 평가하는 것이 자칫 불러올 수 있는 주권침해의 문제를 막기 위해서는 겸억적으로 일정 수준의 심사만이 허용될 수밖에 없다는 인식을 갖고 있는 것이다. 이에 대해서는 학계의 비판이 있다.

나. BGHSt 58, 32 (3. Ls.)에 대한 비판적 견해의 논거

2012년 11월 21일 연방대법원 제1형사부의 판결에 반대하는 입장에서는 주로 다음과 같은 논거들을 내세운다.

1) 실질적 법치국가적 보호의 필요성

우선 위 판결에 따르면 법관유보라거나 혹은 비밀스런 수사처분(전화감청 등)을 위해서 아주 정확한 범죄목록을 제시하게 하는 것 자체도 어쩌면 법치국가적으로 필요불가결한 것으로 간주할 필요가 없다는 결론이 되지 않는가라고 비판한다.[181]

제1형사부가 자신의 법질서의 유지 여부를 심사하기 위하여 단지 증거수집국가의 책임만을 본다면 우리는 수사절차에서 피의자에게 종종 혹은 전혀 효과적으로 이용할 수 없는 이의제기수단(Rechtsbehelfe)을 허용한다는 반론을 제기할 수밖에 없다는 것이다.[182] 달리 말해 피의자의 방어권이나 상소권이 실질적으로 전혀 기능하지 못하

181) 특히 여기서 중요한 체코 형사소송법 제88조는 통신감청이 가능한 범행을 법정형(최소한 최대 8년 형을 선고할 수 있는 범죄)과 독일 형사소송법 제100조의a 제2항 제1-11호에 규정된 목록과는 정확하게 일치하지 않는 범죄목록을 사용하여 정의하고 있다(Schuster, aaO., S. 571, Fn. 69; 2003년 서유럽의 여러국가들의 상태를 보고한 자료로는 Albrecht/Dorsch/Krüpe, Rechtswirklichkeit und Effizienz der Überwachung der Telekommunikation, 2003 참조할 것).

182) Schuster, aaO, S. 572; Perron, ZStW 112 (2000), 202 (219); Schuster (Fn. 2), S. 108 f.;

게 된다는 말이다. 바로 전화감청과 같은 비밀의 수사처분에서 그 시점에는 피의자는 그에 대해 진행되고 있는 처분을 전혀 알지 못하며, 그러한 처분 이전에 피의자의 의사를 들어 본다는 것은 상정할 수도 없는 일이라는 것이다.[183]

수사절차에서 효과적인 권리보호가능성의 결여는 오히려 공판정에서의 증거사용금지를 통해 상쇄되어야만 하는 것은 아니냐고도 묻는다. 사실심 법원에 의한 강제처분의 전제조건에 대한 아주 포괄적이고 광범위한 심사는 집행국가가 아닌 독일(과 다른 나라들)에서 이루어지는 것이고, 그 심사는 그 피고인이 수사절차에서의 결정에 대해 이의를 제기했는가와[184] 무관하게 이루어져야 한다는 것이다. 이러한 통제가능성은 증거수집국가가 아닌 다른 국가에서 공판이 행해진다는 이유만으로, 특히 외국에서 직접적인 이의제기가능성이 주어져있다는 것이 확보되지 않았다는 이유만으로 탈락될 수는 없다는 것이다.[185]

국제법적 관점과 유럽연합법적 관점에서의 염려는 설득력이 없다고 주장하는 사람들은 내국에서 증거방법으로 사용하지 못한다는 결정은 외부적으로, 즉 외국에 대하여 어떠한 법적 효력도 발생하는 것이 아니라는 점을 강조한다. 만약 상호(승인)주의원칙을 문제삼는다면, 아마도 법원이 자신들의 입장의 근거로 사용할 수 있을 것 같은 유럽연합의 일처리방식에 관한 조약 제82조 제1항 제2호 a와 제2항 제2호 a(Rechtsakte nach Art. 82 Abs. 1 UAbs. 2 lit. a und Abs. 2 UAbs. 2 lit. a AEUV)에 따른 법률행위(Rechtsakte)는 아직 행해지지 않았다고 반박할 수 있다는 것이다.

또한 상호 비교가능한 법규정들이 존재하는 경우에 회원국가들은 단지 다른 국가가 그 (회원)국가의 결정을 최종적이고 구속적인 것으로 간주하는 경우와 같은 사례에서만 다른 회원국가의 결정에 구속되는 것이라고도 주장한다. 따라서 모든 수사절차에서의 법관의 처분은 다른 회원국가에게 최종적이고 구속적인 것으로 받아들여지지 않는 것이므로, 당연히 공판국가의 사실심 법원에 의해서 전적으로 심사가능하다고

---

ders., NStZ 2006, 660.

183) 흥미로운 것은 덴마크 법률에 따르면 적어도 법원의 감청명령이 이루어지기 전에 혐의자의 변호인의 지명이 이루어지고, 물론 이 변호인은 혐의자에게 그 사실에 대한 정보를 제공해서는 안된다고 한다. 달리 말해 비밀의 전화감청처분에 있어서도 당사자주의적 구조를 가지고 있는 경우라고 한다. 이에 대해서는 Schuster, aaO., S. 571, Fn. 73 및 그곳에 소개된 Albrecht/Dorsch/Krüpe, aaO., S. 59-109 참조.

184) 독일 형사소송법 제101조 제7항 제2문과 3문과 같은 경우를 말한다.

185) Perron, ZStW 112 (2000), 202 (219) m.w.N.; Schuster, aaO., S. 572.

보는 것이 통상적이라는 것이다. 달리 말해 수사절차에서 공조요청을 받은 국가의 법원의 명령이나 결정은 지금 절차가 진행되는 공조요청국가의 사실심 법관에게는 어떤 구속력 있는 회원국가의 결정이라고 볼 수 없고 원칙적으로 적법성 심사의 대상이 된다는 말이다.[186]

2) 독일법(원칙)을 기준으로 외국법 위반의 효과 판정

공판이 진행되고 있는 국가의 법원은 수사처분의 위법성에 대하여 전적으로 무관하게 있을 수는 없다는 점도 강조된다. 그럼에도 불구하고 외국의 증거가 절차적 위반이 있었다고 하여 그 모든 것을 당연히 증거금지의 대상이 된다고 할 수도 없다는 것도 받아들여야 한다는 것도 인정한다. 외국법에 따를 때 절차위반의 존재가 결정되더라도, 즉 경우에 따라서는 전문가의 감정을 받아서라도 그 위반이 확인되는 경우라도, 그 위반의 효과를 독일법에 따라서 결정되어야만 한다는 것이다. 그런 범위내에서 여타의 이미 승인된 기준들, 즉 규범의 보호목적, 피의자의 보호필요성, 가설적인 대체적 침해처분의 가능성과 위반행위의 비난가능성 등이 적용될 수 있다는 것이다. 이러한 이유로 사실심 법원과 상소심 법원은 변호인에 의해 제기된 모든 형식적 오류와 절차적 오류를 추적해야만 하는 것은 아니라는 것이다.

3) 국가마다 상이한 법규의 합리적인 고려방법

또한 독일에는 정확하게 그에 대응하는 규정이 없는 외국의 특정 규정에 대한 위반은 일반적으로 독일의 형사절차에서는 고려할 필요가 없는 것이라고 보아서는 안된다는 주장도 있다.[187] 피의자의 권리는 나라마다 다양한 절차규정들에서 종종 고도로 상이한 방식으로 보장되어 있기 때문에 형식적인 비교만으로 결정되어서는 안된다는 말이기도 하다. 하나의 국가에서 특정 위치와 단계에 존재하는 보호기재(Schutzmechanismus)가 다른 나라에서는 다른 장소에서 등장할 수도 있고 여러 조항을 종합하여 도출될 수도 있다는 것이다. 예를 들어 독일에서는 형사소송법 제100조의a에서 범죄혐의가 긴급

186) Schuster, aaO., S. 572.
187) Schuster, aaO., S. 572.

하지도, 충분하지도 않아도 감청이 가능하지만 그러한 처분을 위한 원인이 되는 목록범죄는 비교적으로 아주 좁게 열거하고 있으며 다른 국가는 이와 다른 방식으로 대응할 수 있다는 것이다.[188]

대부분의 국가들은 독일과 같이 강제처분을 법관에게 유보시키고 있으나, 프랑스에서 수사의 주재자로서 수사판사는 어떠한 독립된 법관의 기능을 수행하지 않는다. 한편 영국과 웨일즈에서는 국무장관(Secretary of State)이 강제처분을 결정한다.[189] 독일에서는 비밀통신감청의 기간이 최대 3개월이지만 네덜란드의 경우에는[190] 4주로 비교적 엄격하게 상대적으로 단기간 동안 허용되고 있으며, 이탈리아에서는 그보다 더 짧게 최대 15일이다.[191] 물론 허용기간이 짧은 국가들은 동시에 이러한 비밀감청조치를 가장 빈번히 사용하는 국가라는 특징도 있다. 짧으니까 자주 사용하게 된다는 말이다. 따라서 이른바 공조요청국가가 자신들의 형사절차에서 이런 저런 규정들에 대해 아전인수격(Rosinenpicken or Cherry Picking)으로 양 국가에서 유리한 규정만을 골라 사용하는 것을 허용해서는 안 된다고 주장하기도 하는 것이다.

독일법에 따른 가설적 수사절차의 합법성(hypothetische Rechtmäßigkeit)이라는 사고도 단지 사건처리방법이 실제로 그 전체적 관점에서 내국의 절차법에 부합했었던 경우에만 적용할 수 있다고 보아야 한다는 것이다.[192]

7. 국제법상 특별원칙에 근거한 사용불가능성

외국에서 획득된 증거의 사용은 피공조요청국가의 주권(Souveränitätsrechte)으로부터 나오는 제한에도 종속될 수밖에 없는 경우가 있을 것이다. 그러한 예로는 공조요청을 받은 국가, 즉 피공조요청국가가 사법공조의 이행을 조건부로 받아들이는 경우(von Bedingungen abhängig)가 있을 수 있다. 그러한 공조요청이행의 조건들은 집행국가가 일방적으로 정할 수도 있고, 또는 공조요청국가가 일방적으로 정하는 경우도 (드물겠지만) 있을 수 있을 것이고, 혹은 계약적인 기초에 근거할 수도 있을 것이다.

---

188) 예를 들어 Schuster, aaO., S. 372.
189) section 1 (5) Regulation of Investigatory Powers Act.
190) art. 126m lid 5, art. 1261 lid 5 wetboek van Strafvordering.
191) art 267 comma 3 codice di procedura penale.
192) 특히 Schuster, aaO., S. 573.

달리 말해 공조요청을 받은 국가가 이미 존재하는 양국 간의 조약을 근거로 조건을 달거나 일방적으로 조건부로 수용하는 경우를 말한다.

예를 들면 유럽연합의 수사명령제도의 가이드라인(Richtlinie zur Europäischen Ermittlungsanordnung)의 경우에는 Art. 30 RL-EEA에서 통신감청에 대해서 모종의 보호매커니즘을 예정하고 있다.[193]

예를 들어, 피공조요청국의 역할에서 독일은 때때로 목록범죄가 아닌 다른 소송법적 범죄와 관련한 인식들이 발견될 경우, 독일 형사소송법 제477조 제2항 제2문에서 우연한 발견물에 대한 자신들의 법질서에 맞게 사용할 수 없다는 것을 확실하게 할 수 있게 되는 것이다. 그 주장이 없다면 아마도 그 인식들은, 예를 들어 네덜란드에서는 제한 없이 사용가능한 것이 될 것이다. 즉 목록범죄들이 아닌 다른 범행과 관련해서도 제한 없이 사용가능하게 방치하는 것이 될 수도 있는 것이다.[194]

무엇보다 스위스는 독일과 달리 전통적으로 자신들이 제공할 증거방법을 조세형벌절차에서는 사용하지 않는다는 것을 조건으로 사법공조요청을 받아들이곤 한다. 즉 스위스국제사법공조법(Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen; IRSG) 제67조[195] 제1항에는 사법공조를 통해 취득한 정보나 문서 등은 공조요청국가에서, 사법공조가 허용되지 않는 범죄에 대한 절차에서는 허용되지 않고, 수사를 위해서도 증거방법으로서도 사용될 수 없다고 규정하고 있다. 스위스의 법에 따르면, 단지

193) 특히 제5항에서는 공조요청을 거부할 수 있는 사유를 규정하여 해당 국가의 내국의 법원리와 충돌하지 않는 보호조치를 마련해 두고 있다: "5) Zusätzlich zu den in Artikel 11 genannten Gründen für die Versagung der Anerkennung und Vollstreckung kann die Vollstreckung einer EEA gemäß Absatz 1 auch versagt werden, wenn die Ermittlungsmaßnahme in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall nicht genehmigt würde. Der Vollstreckungsstaat kann seine Zustimmung von der Erfüllung jeglicher Bedingungen abhängig machen, die in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall zu erfüllen wären."

194) Schuster, aaO., S. 573; Schuster, StV 2015, S. 393, 397.

195) Art. 671 Grundsatz der Spezialität

1. Die durch Rechtshilfe erhaltenen Auskünfte und Schriftstücke dürfen im ersuchenden Staat in Verfahren wegen Taten, bei denen Rechtshilfe nicht zulässig ist, weder für Ermittlungen benützt noch als Beweismittel verwendet werden.

2. Eine weitere Verwendung bedarf der Zustimmung des Bundesamtes. Diese ist nicht nötig: a.wenn die Tat, auf die sich das Ersuchen bezieht, einen anderen Straftatbestand darstellt, für den Rechtshilfe zulässig wäre; oderb.wenn sich das ausländische Strafverfahren gegen andere Personen richtet, die an der strafbaren Handlung teilgenommen haben.

3. Die Anwesenheit bei den Rechtshilfehandlungen und die Akteneinsicht werden unter den gleichen Bedingungen bewilligt (Art. 65a Abs. 1).

조세사기만이 형사범죄로 처벌되고 있고, 위조 또는 변조된, 혹은 내용이 허위인 문서의 사용, 특히 음모나 간계와 같은 것을 전제하고 있다.

한편 제63조[196] 제5항에 따르면 소추를 받고 있는 자의 부담을 덜어주는, 즉 면책을 위한 사법공조도 제3조부터 제5조까지의 배제사유가 존재하는 경우에는 허용된다고 하고 있고, 이 경우에도 사법공조를 해주는 조건으로 제공된 증거방법이 피고인에게 불리하게 사용되는 것은 없다는 것을 조건으로 할 수도 있는 것이다.

단순한 조세포탈(Steuerhinterziehung)은 이에 반해 행정기관에 의해 추적되고 처리된다. 단지 첫 번째의 경우, 즉 간교행위로 저지른 조세사기범만이 Art. 3 Abs. 3 ISRG에 따라 스위스의 사법공조 대상이 되는 것이다.[197]

독일 내에서는 공조요청된 국가가 사법공조를 이행하는데 결합한 조건들은 사법공조법 제72조[198]에 상응하게 존중되어야만 한다. 당연히 그 조건이나 유보사항은 관할 관청으로부터 사실상 언급이 되어야만 한다. 공조요청을 받은 국가가 조건 없이 이를 이행하면 피고인은 통상 예상치 못한 곤궁에 처하게 된다는 것은 명약관화한 사실로 보인다.[199] 국제사법공조법 제92조의b(Verwendung von nach dem Rahmenbeschluss

---

196) Art. 63 Grundsatz
1. Rechtshilfe nach dem dritten Teil dieses Gesetzes umfasst Auskünfte, nach schweizerischem Recht zulässige Prozesshandlungen und andere Amtshandlungen, soweit sie für ein Verfahren in strafrechtlichen Angelegenheiten im Ausland erforderlich erscheinen oder dem Beibringen der Beute dienen.1
2. Als Rechtshilfemassnahmen kommen namentlich in Betracht:
a. die Zustellung von Schriftstücken;b.die Beweiserhebung, insbesondere die Durchsuchung von Personen und Räumen, die Beschlagnahme, der Herausgabebefehl, Gutachten, die Einvernahme und Gegenüberstellung von Personen;c.die Herausgabe von Akten und Schriftstücken;d.die Herausgabe von Gegenständen oder Vermögenswerten zur Einziehung oder Rückerstattung an den Berechtigten.2
3 Als Verfahren in strafrechtlichen Angelegenheiten gelten insbesondere:
a. die Verfolgung strafbarer Handlungen nach Artikel 1 Absatz 3;b.Verwaltungsmassnahmen gegen einen Straftäter;c.der Vollzug von Strafurteilen und die Begnadigung;d.die Wiedergutmachung wegen ungerechtfertigter Haft.3
4 Rechtshilfe kann auch dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte und der Europäischen Kommission für Menschenrechte gewährt werden in Verfahren, welche die Gewährleistung der Menschenrechte und Grundfreiheiten in Strafsachen betreffen.
5 Rechtshilfe zur Entlastung eines Verfolgten ist auch bei Vorliegen der Ausschlussgründe nach den Artikeln 3-5 zulässig.

197) 물론 이러한 현상은 Änderungsprotokoll v. 27.5.2015에 따를 때 은행고객들의 정보교환이 이루어지면 그 의미가 상실될 것이라고 전망된다.

198) § 72 Bedingungen
Bedingungen, die der ausländische Staat an die Rechtshilfe geknüpft hat, sind zu beachten.

2006/960/JI übermittelten Informationen einschließlich personenbezogener Daten[200]) 의 개인정보사용목적의 제한과 같은 특별규정도 그곳에서 문제되는 조건들은 묵시적으로 서로 의사소통된 것으로 전제하고 있는 것이다.

요약하자면 이러한 특별한 조건들은 당연히 사법공조를 통한 증거사용의 한계로 작동하는 것이다.

8. 소결

독일의 증거사용금지이론은 국경을 넘나드는 형사소추에서 형사소추라는 이익(grenzüberschrietende Strafverfolgung)과 시민의 권리(Bürgerrechte)라는 서로 상충하는 이익충돌을 조화롭게 상쇄하기 위하여 중요한 기초로 기능한다고 할 수 있다. 이상적으로 말한다면 이 국가의 법 규정과 저 국가의 법 규정과 비교하여 국제적인 분업으로 대처한다면 효과적인 형사소추를 어렵게 하거나 피의자 혹은 다른 당사자들의 권리를 축소하는 결과에 이르지는 않을 것이다. 하지만 이것은 늘 그렇게 될 수는 없는 이론적인 추론이거나 이상에 불과한 것일지도 모른다.

독일의 형사실무나 유럽연합검찰제도·사법공조·수사명령제도 등을 추진해나가는 유럽연합의 실무적 관심에서 사법공조에 향해진 기대가 학계나 이론적 관점을 유지하는 사람들의 눈에 달갑게 보이기는 어려울 것이다. 그런 이유로 학계에서는 독일 판례의 기조에 대해 비판적으로 평가하면서 '어디로 가느냐?'며 잘못된 방향으로 가고 있다고 지적하기도 한다.[201] 하지만 국가의 형사사법제도를 운영하는 기관의 관심에서 볼 때 범죄를 해명하여 책임을 가려야 하는 의무와 국제성 범죄의 속성상 어느 국가에 의해서도 처벌되지 않는 처벌 공백을 방치할 수는 없는 것이고, 의도적이거나 경솔한 타국의 실수로 자신들의 국가의 형사절차 전체를 무위로 돌아가게 할 수는

199) BVerfG, Beschl. v. 8.6.2010 – 2 BvR 432/07 = NJW 2011, 591 (Komplex „Schreiber").

200) 1Informationen einschließlich personenbezogener Daten, die nach dem Rahmenbeschluss 2006/960/JI an eine inländische Polizeibehörde übermittelt worden sind, dürfen nur für die Zwecke, für die sie übermittelt wurden, oder zur Abwehr einer gegenwärtigen und erheblichen Gefahr für die öffentliche Sicherheit verwendet werden. 2Für einen anderen Zweck oder als Beweismittel in einem gerichtlichen Verfahren dürfen sie nur verwendet werden, wenn der übermittelnde Staat zugestimmt hat. 3Von dem übermittelnden Staat für die Verwendung der Daten gestellte Bedingungen sind zu beachten.

201) Schuster, aaO, S. 573.

없다는 인식에서 제한적 해석의 정당성을 찾기도 할 것이다.

EU의 전반적인 기조를 볼 때, 한 국가의 절차규범은 외국에서의 절차에서 단순히 권고나 추천 정도로 평가 절하되어서는 안 되는 것이기도 하지만, 그럼에도 불구하고 유럽연합 내에서도 증거방법의 사용가능성에 대한 결정은 공판절차가 진행되고 있는 회원국가들의 권한에 사실상 맡겨져 있는 상태라고 할 수 있다.

이에 반하는 생각들, 예를 들어 자기부죄금지 혹은 수사자료의 목적 종속성의 외연에 대해 달리 생각하는 사람들은 경우에 따라서 증거사용에 장애라는 결과도 감수해야 한다는 것이다.

유럽연합(Union)측에서의 법률제안들(Initiativen)이 10년 혹은 20년 전에는 일방적으로 효율성 관점(Effektivitätsgesichtspunkte)에 정향되어 있었다면, 달리 말해 다소간 맹목적으로 상호간의 인정에 중점을 두었다면 최근에 들어선 도구들은 시민의 권리(Bürgerrechte)가 아주 강하게 그 중심으로 들어선 것으로 보이고, 환영할만한 현상이라고 평가된다. 이것은 결국 상호간의 증거방법에 대한 승인(gegenseitige Anerkennung von Beweismitteln)도 용이하게 해 줄 수 있을 것이라는 전망의 근거가 되기도 한다.[202] 달리 말해 1880년대 독일 제국법원의 판결에서 나타난 사고와 현재의 EEA에 나타난 사고를 비교할 때에는 사법공조의 대상이 되는 증거방법에 대한 실질적인 보호는 물론 공조요청국이나 피공조요청국의 개별적인 이해관계를 넘어선 보편적인 법질서에 속하는 원칙들의 실질적인 보장이라는 관점이 진일보했다는 것을 부정하기는 어려운 것이다.

제2절 일본

1. 개관

일본에서는 1976년의 록히드 사건을 계기로 수사공조에 관한 사법적 관심이 촉발되어 판례와 함께 외국에서 수집된 증거의 증거능력에 관한 이론적인 연구가 진행되

202) 예를 들어 Schuster, aaO., S. 573.

어 왔다. 최근에는 범죄의 국제화 경향이 증가함에 따라 외국에 소재하는 증거를 수집하여야 할 경우가 증가하고 있어 외국에서의 증거수집 방법 및 수집한 증거의 증거능력에 관한 문제는 실무적으로도 매우 큰 관심분야이다.

일본은 한국과 유사한 증거법 규정을 가지고 있기 때문에 외국에서 수집한 증거의 증거능력에 대한 일본의 이론적, 실무적 연구는 우리나라에 많은 시사점을 제공해 줄 것으로 생각된다. 이하에서는 일본에서의 학설과 판례상의 논의를 중심으로 증거능력을 인정하기 위한 요건과 쟁점을 살펴보고자 한다.

2. 외국에서의 증거수집 방법

일본법상 외국에 소재하는 증거를 수집할 수 있는 방법으로는 일본 수사기관이 외국에서 직접 수사하는 방법, 수사공조 및 사법공조에 의해 외국의 수사기관으로부터 증거를 송부받는 방법, 국제형사경찰기구(ICPO)를 통하여 필요한 증거를 수집하는 방법 및 외교영사에 의한 심문 등의 방법이 있다.[203]

가. 수사 공조에 관한 국제 협력

일본은 형사사건 수사(공판에서의 보충수사를 포함한다)에 필요한 증거가 외국에 있는 경우 수사공조에 관한 협약에 따른 별도의 루트를 정하지 않은 외국에 대해서는 외교 경로를 통해 국제예양에 의한 수사공조를 요청하고 있다. 이와 달리 외국 형사사건의 수사에 필요한 증거의 제공 등에 대해 외국에서 협력을 요청하는 경우에는 『국제수사공조 등에 관한 법률』(1980년 법률 제69호)이 정하는 요건 및 절차에 따라 상호주의의 보증 하에 공조협약을 체결하지 않은 외국에 대해서도 수사공조를 하고 있다.[204]

일본의 『국제수사공조 등에 관한 법률』은 1980년 10월에 시행된 국제수사공조법이 2004년 6월 9일에 공포된 『국제수사공조법 및 조직적인 범죄의 처벌 및 범죄수익의 규제 등에 관한 법률의 일부를 개정하는 법률』(2004년 법률 제89호, 동년 6월, 일부 12월 시행)에 따라 명칭이 변경된 것이다. 종래 일본은 어떤 나라와도 수사공조에

203) 전국진(2006), 앞의 논문, 5쪽.

204) 『국제수사공조 등에 관한 법률』에는 외국에서 증거의 제공을 요청받은 경우와 ICPO에서 협력 요청을 받은 경우에 대한 각각의 절차가 규정되어 있다.

관한 양자조약을 체결하지 않았지만, 수사 협력 관계의 강화를 목표로 1999년 이후 미국과 협상을 진행한 결과, 2003년 8월『형사사법 공조에 관한 일본국과 미합중국 간의 협약』(刑事に関する共助に関する日本国とアメリカ合衆国との間の条約, 이하 '미일 형사사법공조조약'이라고 한다)을 체결하였고, 동조약은 2004년 5월 국회에서 승인되었다. 미일 형사사법공조조약에서는 조약에 근거하여 공조의 실시를 법적으로 의무화하는 한편, 공조요청·접수는 외교 경로를 통하지 않고 미리 지정된 '중앙 당국'(요청을 하는 경우에는 법무대신 혹은 국가공안위원회 또는 이들이 각각 지정하는 자이고, 요청을 받는 경우는 법무대신 또는 법무대신이 지정하는 자이다)을 통해 할 수 있도록 하였고,[205] 또한 일정한 범위 내에서의 공조 조건의 완화 등 신속하고 확실한 공조의 이행을 보장하기 위한 규정을 마련하였다. 개정 전의 국제수사공조법에는 조약에 근거하여 공조가 청구된 경우의 관련 규정은 없었지만, 개정 후의 국제수사공조 등에 관한 법률은 이러한 미일 형사사법공조조약의 체결을 위해 필요한 법정비를 실시하여, 수사공조의 원활한 이행을 촉진하기 위한 제반 규정을 마련하였다. 또한 동법은 미국 이외의 나라와 공조조약을 체결할 때의 근거규정으로써의 역할을 하고 있다.[206]

나. 외국에 대한 수사공조 등의 요청

일본의 국제수사공조법은 외국에서 공조요청을 받은 경우의 수리 및 실시에 대해 규정한 법으로, 일본이 외국에 수사공조를 요청하는 경우에 대해서는 아무런 규정을 두고 있지 않다.[207] 일본 형사소송법 제197조 제1항은 "수사에 관하여 그 목적을 달성하기 위하여 필요한 조사를 할 수 있다"고 규정하고 있어, 증거의 수집에 관하여 강제처분에 해당하지 않는 한 필요한 모든 방법을 강구할 수 있는 것으로 해석되고 있으며, 따라서 수사의 한 수단으로서 필요한 증거가 외국에 있는 경우에는 해당

205) 최근 국제범죄에 대처하기 위해 제정된 다자간 조약에서도 조약에 규정된 특정범죄에 대한 수사, 기소, 사법절차에 있어서 상호간에 최대한의 공조를 하는 취지의 규정을 마련하는 등, 더욱 효율적인 공조의 실현을 목표로, '중앙 당국'의 지정에 관한 규정을 두는 경우가 많이 나타나고 있다.

206) 일본은 미합중국(2006년 발효), 대한민국(2007년 발효), 중화인민공화국(2008년 발효), 중화인민공화국 홍콩특별행정구(2009년 발효), 유럽연합(2011년 발효), 러시아 연방(2011년 발효) 간에 각각 형사사법공조조약 또는 협정을 체결하고 있으며, 현재 30여개 이상의 국가 또는 지역과의 원활한 협력체제를 구축하고 있다.

207) 한국의『국제형사사법공조법』은 수사공조를 요청을 하는 경우에 대해서도 규정하고 있다.

외국에 증거제공을 임의로 요구하는 것은 수사의 방법으로서 허용되고 있다. 이에 따라 명문의 규정은 없지만 외국에 대한 수사공조요청은 수사의 일환으로서 널리 인정되고 있다.[208]

한편 수사공조요청을 하기 위한 구체적인 근거법령의 필요유무에 대해서는 "첫째 어떤 기관을 통하여 요청절차가 진행되어야 하는가의 문제는 행정조직 상호간에 있어서의 권한배분, 사무분담의 문제로서 국민의 권리의무에 영향을 주는 것이 아니므로 법률로 규정할 필연성은 인정되지 않는 점, 둘째 외국에서의 증거수집절차에 관해서는 일본 법령으로 규제될 수 있는 성질의 것이 아닌 점, 셋째 외국에서 수집한 증거의 증거능력에 관해서는 전적으로 일본의 형사절차의 문제로서 형사소송법의 원칙에 따라 개별적으로 판단하면 족한 점 등을 이유"로 공조요청과 관련한 특별규정을 마련할 필요는 없다고 한다.[209]

일본은 형사사건의 수사에 필요한 증거수집과 관련하여 외국에 공조를 요청하는 경우 검찰청 또는 경찰 등이 외교 경로를 통해 이를 실시하고 있다.[210]

일반적으로 검찰청의 요청에 따라 공조를 요청을 하는 경우 '검찰청 → 법무성 → 외무성 → 재외일본공관 → 상대국의 외무부'의 경로를, 경찰의 요청에 의한 경우에는 '도도부현(都道府縣) 경찰 → 경찰청 → 외무성 → 재외일본공관 → 상대국의 외교'라는 경로를 통해 각각 해당 국가의 사법당국 등이 수사를 실시하게 된다.

또한 미일 형사사법공조조약에서는 '중앙 당국'제도가 채용되고 있기 때문에 동조약 발효 후 미국에 대해서는 일본 법무성 또는 경찰청이 외교 경로를 통하지 않고 미국 법무부에 직접 공조요청을 할 수 있게 되었다.[211]

또한 외국에 대하여 형사사건의 수사에 필요한 정보 및 자료 제공 등의 협조를 요청하는 방법으로는 국제형사경찰기구(ICPO)의 경로에 의한 방법도 있다. 이 경우

---

208) 전국진(2006), 앞의 논문, 19쪽.

209) 위의 논문, 19~20쪽.

210) 수사공조의 요청은 원칙적으로 외교적 경로를 통해 이루어지고, 외국에서 수집된 증거도 외교적 경로를 통해 일본 수사기관에게 전달된다. 이는 일본 재판소에 증거로 제출될 것을 예정한 공조이므로, 요청 및 실시 경위가 엄정하게 객관화되어 있는 것이 특신성의 판단에 있어서 중요한 요소가 되는 점, 상호주의의 관점에서 일본의 공조법의 기본적 입장에 따르는 것이 적당하다는 점 등이 이유라고 한다.

211) 외교적인 경로를 거칠 경우 상당한 시일이 소요되므로, 수사공조조약에서는 수사공조에 있어서 외교기관을 거치지 않고 양국가의 사법기관이 직접 공조를 할 수 있도록 규정하는 경우가 대부분이다. 일본이 체결한 한국과의 수사공조조약에도 동일한 규정을 두고 있다.

일반적으로 각 도도부현(都道府縣) 경찰의 협력 요청은 일본 내에 있는 ICPO의 국가중앙사무국인 경찰청을 통해 ICPO에 가입하고 있는 외국의 경찰에 전달되어 해당 경찰에서 처리가 진행된다. 일본의 최근 10년간의 수사공조 건수는 아래의 표와 같다.

〈표 4-2〉 최근 10년간 일본의 수사공조 건수[212]

구 분		2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
요청한 수사공조	검찰	16 (4)	12 (6)	10 (3)	9 (5)	9 (6)	10 (8)	17 (12)	17 (6)	17 (11)	12 (6)
	경찰	30 (5)	28 (14)	40 (24)	36 (30)	60 (39)	46 (34)	62 (37)	138 (101)	78 (60)	54 (44)
요청받은 수사공조		35 (2)	34 (12)	28 (11)	26 (9)	40 (7)	55 (37)	98 (76)	76 (62)	62 (49)	70 (46)

3. 외국 수사당국이 수집한 증거의 증거능력

가. 관련 규정 검토 및 쟁점

일본『형사소송법』은 제320조에서 전문증거배제의 원칙을 규정하면서 예외적으로 증거능력이 인정되는 경우를 제321조 이하에서 규정하고 있다. 전문증거 예외규정은 크게 '피고인 이외의 자가 작성한 진술서 또는 그 진술을 녹취한 서면에 대한 증거능력'과 '피고인이 작성한 진술서 또는 피고인 진술을 녹취한 서면에 대한 증거능력과 피고인 이외의 자의 진술서나 그 진술을 녹취한 조서에 대한 증거능력'으로 나누어 규정하고 있다.

피고인의 서명 혹은 날인이 있는 피고인이 작성한 진술서와 피고인의 진술을 녹취한 서면에 대해서는 임의성을 조건(동법 제325조)으로 하여 그 진술이 피고인에게 불이익한 사실을 인정하는 것인 때,[213] 또는 그 진술이 특히 신용할 만한 정황 하에서

212) 法務省(2016), 平成 28年版, 犯罪白書.

213) "형소법 제322조 제1항이 공판정외에서 피고인이 불이익한 사실을 승인한 내용을 기재한 서류에 대해 증거능력을 인정하고 있는 이유에 대해서는, ① 피고인 자신의 진술을 기재한 서면에 대해 피고인이 반대심문을 할 의미가 없고, 검찰의 반대심문도 생각할 여지가 없으므로 반대심문권의 보장이라는 전문증거법칙에 비추어 전문법칙의 적용이 없는 경우로 보는 견해, ② 전문증거이지만 불이익한 사실을 진술하는 것은 경험칙에 비추어 통상적으로 신용성이 매우 높기 때문이라 보는 견해, ③ 불이익한 사실의 승인은 자기모순적인 진술이어서 피고인이 이에 대해 설명할 의무가 있기 때문에 전문법칙의 예외로서 인정한 것이라는 견해, ④ 당사자가

작성된 것인 때에는 증거능력이 인정된다(동법 제322조). 한편 피고인 이외의 자가 작성한 진술서 또는 그 자의 진술을 녹취한 서면에 대해서는 임의성을 조건(동법 제325조)으로, "재판관과 검찰관 면전에서의 진술을 녹취한 조서와 그 외의 진술서 및 진술녹취서를 구분하여 전자에 대해서는 증거능력의 인정요건을 완화하여 규정하고, 후자에 대해서는 전문증거의 예외로 인정되기 위해 공판정에서의 진술불능, 불가결성, 특신성이라는 세 가지 요건을 구비하여야 함을 규정하고 있다."[214]고 한다.

일본 형사소송법 증거 관련 규정 (제317조 ~ 제328조)[215]
제4절 증 거 제317조 사실의 인정은 증거에 의한다. 제318조 증거의 증명력은 재판관의 자유로운 판단에 맡긴다. 제319조 ① 강제·고문 또는 협박에 의한 자백, 부당한 장기간의 억류 또는 구금된 후의 자백 기타 임의로 된 것이 아니라는 의심이 있는 자백은 이를 증거로 할 수 없다. ② 피고인은 공판정에서의 자백 여부를 불문하고 그 자백이 자기에게 불이익한 유일한 증거인 경우에는 유죄로 되지 아니한다. ③ 전2항의 자백에는 기소된 범죄에 대하여 유죄임을 자인하는 경우를 포함한다. 제320조 ① 제321조 내지 제328조에 규정된 경우를 제외하고는 공판기일에서의 진술에 갈음하여 서면을 증거로 하거나 또는 공판기일 외에서의 다른 자의 진술을 내용으로 하는 진술을 증거로 할 수 없다. ② 제291조의2의 결정이 있는 사건의 증거에 대하여는 전항의 규정은 이를 적용하지 아니한다. 단 검찰관·피고인 또는 변호인이 증거로 하는 것에 이의를 제기한 것에 대하여는 그러하지 아니하다. 제321조 ① 피고인 이외의 자가 작성한 진술서 또는 그 자의 진술을 녹취한 서면으로 진술자의 서명 또는 날인이 있는 것은 다음의 경우에 한하여 이를 증거로 할 수 있다. 1. 재판관의 면전(제157조의4 제1항에 규정된 방법에 의한 경우를 포함한다)에서의 진술을 녹취한 서면에 대하여는 그 진술자가 사망, 정신 혹은 신체의 이상, 소재불명 혹은 국외에 있기 때문에 공판준비 혹은 공판기일에서 진술을 할 수 없는 때 또는 진술자가 공판준비 혹은 공판기일에 있어서 전의 진술과 상이한 진술을 하였을 때 2. 검찰관의 면전에서의 진술을 녹취한 서면에 대하여는 그 진술자가 사망, 정신 혹은 신체의 이상, 소재불명 또는 국외에 있기 때문에 공판준비 혹은 공판기일에서 진술할 수 없는 때 또는 공판준비 혹은 공판기일에서 전의 진술과 상반되거나 혹은 실질적으로 상이한 진술을 한 때. 단 공판준비 혹은 공판기일에서의 진술보다도 전의 진술을 신용할 만한 특별한 정황이 있는 때에 한한다. 3. 전2호에 규정된 서면 이외의 서면에 대하여는 진술자가 사망, 정신 혹은 신체의 이상, 소재불명 또는 국외에 있기 때문에 공판준비 혹은 공판기일에서 진술할 수 없고 또한 그 진술이 범죄사실의 존부의 증명에 없어서는 아니 될 것인 때. 단 그 진술이 특히 신용할 만한 정황 하에서 이루어진 것인 때에 한한다.

자기에게 불이익한 진술을 한 경우 상대방 당사자에게 이를 이용할 수 있는 기회를 제공하는 것이 당사자주의에 부합한다는 견해, ⑤ 불이익한 진술은 신용성이 높고, 피고인은 공판정에서 진술거부권이 있으므로(진술의무가 없으므로), 공판정에서 어느 진술이 신용성이 높은 지 판단할 필요가 있기 때문이라는 견해(香城) 등으로 학설이 나뉘고 있다." 전국진(2006), 앞의 논문, 32쪽 각주 43번 재인용.

214) 전국진(2006), 위의 논문, 33쪽.

② 피고인 이외의 자의 공판준비 혹은 공판기일에서의 진술을 녹취한 서면 또는 재판소 혹은 재판관의 검증결과를 기재한 서면은 전항의 규정에 불구하고 이를 증거로 할 수 있다.
③ 검찰관·검찰사무관 또는 사법경찰직원의 검증의 결과를 기재한 서면은 그 진술자가 공판기일에서 증인으로 신문을 받아 그 진정으로 작성된 것임을 진술한 때에는 제1항의 규정에 불구하고 이를 증거로 할 수 있다.
④ 감정의 경과 및 결과를 기재한 서면으로 감정인이 작성한 것에 대하여도 전항과 같다.

제321조의 2 ① 피고사건의 공판준비 혹은 공판기일에서의 절차 이외의 형사절차 또는 다른 사건의 형사절차에서 제157조의4 제1항에 규정된 방법에 의하여 행하여진 증인의 신문 및 진술과 그 상황을 기록한 기록매체가 그 일부로 된 조서는, 전조 제1항의 규정에 불구하고 증거로 할 수 있다. 이 경우에 재판소는 그 조서를 조사한 후 소송관계인에 대하여 그 진술자를 증인으로서 신문할 기회를 부여하여야 한다.
② 전항의 규정에 의하여 조서를 조사하는 경우에는 제305조 제4항 단서의 규정은 적용하지 아니한다.
③ 제1항의 규정에 의하여 조사된 조서에 기록된 증인의 진술은, 제295조 제1항 전단과 전조 제1항 제1호 및 제2호의 적용에 있어서는, 피고사건의 공판기일에서 행하여진 것으로 본다.

제322조 ① 피고인이 작성한 진술서 또는 피고인의 진술을 녹취한 서면으로 피고인의 서명 혹은 날인이 있는 것은, 그 진술이 피고인에게 불이익한 사실의 승인을 내용으로 하는 것인 때 또는 특히 신용할만한 정황 하에서 된 것인 때에 한하여, 이를 증거로 할 수 있다. 단 피고인에게 불이익한 사실의 승인을 내용으로 하는 서면은 그 승인이 자백이 아닌 경우에도 제319조의 규정에 준하여 임의로 된 것이 아니라는 의심이 있다고 인정되는 때에는 이를 증거로 할 수 없다.
② 피고인의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술을 녹취한 서면은 그 진술이 임의로 된 것이라고 인정되는 때에 한하여 이를 증거로 할 수 있다.

제323조 전3조의 서면 이외의 서면은 다음의 것에 한하여 이를 증거로 할 수 있다.
1. 호적등본·공정증서등본 기타 공무원(외국의 공무원을 포함한다)이 그 직무상 증명할 수 있는 사실에 관하여 그 공무원이 작성한 서면
2. 상업장부·항해일지 기타 업무의 통상 과정에서 작성된 서면
3. 전2호에 규정된 것 외에 특히 신용할 수 있는 정황 하에서 작성된 서면

제324조 ① 피고인 이외의 자의 공판준비 혹은 공판기일에서의 진술로서 피고인의 진술을 그 내용으로 하는 것에 대하여는 제322조의 규정을 준용한다.
② 피고인 이외의 자의 공판준비 혹은 공판기일에서의 진술로서 피고인 이외의 자의 진술을 그 내용으로 하는 것에 대하여는 제321조 제1항 제3호의 규정을 준용한다.

제325조 재판소는 제321조부터 전조까지의 규정에 의하여 증거로 할 수 있는 서면 또는 진술이라도 미리 그 서면에 기재된 진술 또는 공판준비 혹은 공판기일에서의 진술의 내용이 된 타인의 진술이 임의로 된 것인지 여부를 조사한 후가 아니면 이를 증거로 할 수 없다.

제326조 ① 검찰관 및 피고인이 증거로 함에 동의한 서면 또는 진술은 그 서면이 작성 되거나 진술이 되었을 때의 정황을 고려하여 상당하다고 인정하는 때에 한하여 제321조 내지 전조의 규정에 불구하고 이를 증거로 할 수 있다.
② 피고인이 출석하지 않더라도 증거조사를 할 수 있는 경우에 피고인이 출석하지 아니한 때에는 전항의 동의가 있었던 것으로 본다. 단 대리인 또는 변호인이 출석한 때에는 그러하지 아니하다.

제327조 재판소는 검찰관 및 피고인 또는 변호인이 합의한 후, 문서의 내용 또는 공판기일에 출석하면 진술할 것이 예상되는 그 진술의 내용을 서면에 기재하여 제출한 때에는 그 문서 또는 진술할 자를 조사하지 아니하여도 그 서면을 증거로 할 수 있다. 이 경우에도 그 서면의 증명력을 다투는 것을 방해하지 아니한다.

제328조 제321조 내지 제324조의 규정에 의하여 증거로 할 수 없는 서면 또는 진술이라도 공판준비 또는 공판기일에서의 피고인, 증인 기타의 자의 진술의 증명력을 다투기 위해서는 이를 증거로 할 수 있다.

---

215) 일본 형사소송법·규칙의 번역은 원칙적으로 법무부(2009)가 발행한 법률번역서를 따랐고, 일부 규정에 있어 수정·번역하였다. 이하 일본 법률 번역도 동일하다.

1) 피고인 이외의 자의 진술이 기재된 서류

수사공조 등을 통해 수집한 외국의 증거의 경우에는 작성주체가 외국의 재판관이나 수사기관인 경우가 대부분이다. 일본은 형사소송법 제321조 제1항에서 피고인 이외의 자가 작성한 진술서, 진술녹취서의 증거능력과 관련하여 재판관 면전조서(제1호 서면), 검찰관 면전조서(제2호 서면), 그 외 서면(제3호 서면)으로 나누어 증거능력이 인정되는 요건을 달리하고 있다. 따라서 수사공조 등을 통해 외국에서 수집한 증거의 증거능력을 판단함에 있어서 작성주체에 따라 증거능력 인정요건을 달리 취급하고 있는 일본 형사소송법상의 규정을 그대로 적용할 수 있는지가 문제(외국 형사사법기관의 지위의 문제)가 된다.[216]

2) 피고인의 진술이 기재된 서류

일본 형사소송법 제322조는 피고인의 진술을 녹취한 서면인 진술녹취서의 경우 피고인의 서명 또는 날인이 있는 것이면 작성주체를 구별하지 않고 있으므로, 동조항의 요건을 충족하면 법관, 검사, 검찰사무관, 사법경찰, 변호사 등 누가 녹취한 것이라도 증거능력이 인정된다. 따라서 피고인의 진술이 기재된 조서가 외국의 재판관 면전의 조서이든 외국의 수사기관 면전의 조서이든 모두 동일하게 취급된다.[217]

나. 판례

이 점에 대해 록히드 사건을 담당한 동경지방재판소는 증거채택결정문에서 "형사소송법상 행위주체를 나타내는 개념은 여러 가지가 있지만, 조문상 외국인을 포함한다는 것을 명백히 한 경우(예컨대 형사소송법 제323조 제1호의 공무원에는 외국의 공무원이 포함된다.)를 제외하고는 이에 외국인이 포함되는지 여부는 형사소송법뿐만 아니라 널리 조직법, 실체법의 제반 규정을 통합하여 이를 판단하지 않으면 안 된다. '피고인', '증인', '감정인', '변호인' 등의 개념에 외국인이 포함되는 것은 명백하나, 제도상 자격요건을 엄격히 규정하고 있는 '재판관', '검찰관'의 개념에 외국인을 포함

216) 전국진(2006), 앞의 논문, 34쪽.
217) 위의 논문, 33쪽.

할 여지는 전혀 없다(밑줄은 저자가 강조)"고 판시하여 미국연방지방재판소에 의한 미국재판관 면전의 촉탁증인신문조서에 대해 제321조 제1항 제1호를 적용하는 것을 부정하였다.[218]

또한 "일본법상의 재판관으로서 인정될 수는 없다고 하더라도 미국 국내법상 판사가 되기 위해서는 엄격한 자격요건을 갖추어야 하므로 미국의 판사는 일본의 재판관과 유사한 고도의 직업적 경험과 지식을 갖추고 있고, 일본의 형사소송법이 재판관 면전조서에 대해 증거능력 인정요건을 완화하여 규정하고 있는 것은 공평한 제3자인 재판관의 면전에서 진술이 이루어지고 나아가 선서를 한 다음 진술이 이루어지는 점에서 그 신용성의 정황적 보장이 고도로 인정된다는 취지인 것을 고려할 때, 미국 판사의 면전에서 선서 후 증언한 촉탁증인신문조서는 위 제1호 서면에 준하여 취급하여야 하고, 동호를 유추적용하여야 한다(밑줄은 저자가 강조)"는 검찰의 주장에 대해서도 다음과 같이 판시하였다.[219]

"형사소송법 제321조 제1항 제1호의 서면이 전문증거배제의 원칙의 예외로서 증거능력이 인정되는 이유는, 그것이 엄격한 자격요건을 구비한 재판관이 그 재판관으로서의 지위에 기초하여 직무의 집행으로서 증인신문을 주재한다는 그 사실 하나만으로 헌법에서 보장하는 반대심문권의 행사에 대체할 만한 신용성의 정황적 보장이 있는 것이라고 인정한 것이기 때문에(동호는 위 보장에 관해 다른 어떤 요건도 정하고 있지 않을 뿐만 아니라, 필요성의 요건에 대해서도 다른 각호와 비교하여 가장 완화한 형태를 취하고 있다), '재판관의 면전에서의 진술'이라는 것은 동호에서는 절대적인 요건이며, 검찰이 주장하는 바와 같은 실질적 이유에 기초하여 이를 다른 경우에까지 확장하는 것은 허용될 수 없다. 예를 들어 일본에서 재판관의 임용자격을 가지는 자라 하더라도, 임관 전 또는 퇴관 후에는 동호의 '재판관'에 포함되지 않는 것은 물론이고, 현직의 재판관이라 하더라도 사법행정사무처리를 위해 참고인을 심문한 조서에 동호를 유추적용하는 것도 인정될 수 없다. 그러한 경우에 당해 재판관 유자격자의 법률지식, 실무경험, 능력과 같은 실질적 요소를 고려할 여지는 없는 것이다. 실제로 일본으로 편입되기 전의 오키나와에서는 일본인 재판관이 본토의 형법, 형사

218) 앞의 논문, 34~35쪽 판례 재인용.
219) 위의 논문, 35쪽 판례 재인용.

소송법과 같은 내용의 규정을 가지는 형법, 형사소송법에 의해 재판을 하고 있었으나, 이들 재판관이 편입 전에 행한 소송행위(재판관 면전조서의 녹취를 포함한다.)는 당연히 본토의 형사소송법상의 행위로는 볼 수 없었고, 그 때문에 특별 규정(오키나와의 복귀에 따른 특별조치에 관한 법률 제27조)을 두지 않을 수 없었던 경위에 비추어 보더라도, 검찰관 주장과 같은 유추적용이 안이하게 인정될 수 없음은 명백하다(밑줄은 저자가 강조)"고 판시하여 동호의 유추적용도 부정하고 있다.[220]

일본 형사소송법상의 재판관, 검찰관, 사법경찰관리에는 외국의 기관이 포함되지 않는 것이 판례 및 학설의 통설이고, 이에 따라 외국의 재판관, 검사, 사법경찰관이 작성한 조서는 사인이 작성한 조서에 불과함으로 형사소송법 제321조 제1항 제3호 서면으로써 증거능력이 검토된다.[221]

다. 외국에서 수집한 증거의 증거능력

상술한 바와 같이 일본의 경우 외국에서 수집하는 증거서류는 대부분 형소법 제321조 제1항 제3호에 의해 증거능력을 판단하게 된다. 동규정은 진술자가 사망, 정신 혹은 신체의 이상, 소재불명 또는 국외에 있기 때문에 공판준비 혹은 공판기일에 진술할 수 없고 또한 그 진술이 범죄사실 존부의 증명에 없어서는 아니 될 때, 그리고 그 진술이 특히 신용할 만한 정황 하에서 이루어진 것인 때에 한하여 전문증거의 예외를 인정하고 있어, 증거능력이 인정되기 위해서 진술불능상태, 불가결성, 특신성이 필요함을 규정하고 있다.[222]

1) 진술불능

일본『형사소송법』제321조 제1항 제3호는 전문증거의 예외 사유로써 진술자의 사망, 심신의 이상, 소재불명, 국외체류를 한정적으로 예시하고 있으나, 외국에서 수집

220) 앞의 논문, 35~36쪽 판례 재인용.
221) 동경지방재판소 2005년 10월 20일 판결에서 한국 법정에서 진술한 공범의 공판조서를 제321조 제1항 제3호 서면으로서 증거능력을 인정하였다. 위의 논문, 37쪽.
222) 외국에서 수집한 증거의 증거능력과 관련하여 일본에서의 논의는 전국진(2006)의 논문을 중심으로 관련 내용을 수정·보완하는 방식으로 작성하였다.

한 증거와 관련하여 주로 문제가 되는 것은 국외체류의 요건이다.[223] "국외체류의 요건을 충족하기 위해서는 일시적으로 국외에 소재한다는 사실만으로는 부족하고, 가능한 수단을 다하여도 공판기일 또는 공판준비기일에 출두시키기 어려운 사정이 있을 것이 필요하다"는 것이 일본 판례(東京高判 昭和48.4.26. 高集26卷2号 500頁)의 기본적인 입장이며, 또한 "재판소가 증인의 소환장의 송달 또는 증인신문을 촉탁할 필요는 없으며, 검찰관이 진술자로부터 입국의사가 없음을 확인한 것만으로도 족하다(東京高判 昭和62.7.29. 高集40卷2号 77頁)"[224]고 판시하고 있다.

2) 불가결성

일본의 판례는 "그 진술내용이 적어도 범죄사실의 존부와 관련된 사실에 속하는 것으로서 그 진술이 그 사실의 증명에 대해 실질적으로 필요하다고 인정되는 것(東京高判 昭和29.7.24. 高集7卷7号 1105頁), 법원의 사실판단에 실질적으로 중요한 기여를 하는 것을 말하는 것으로 다른 입증수단이 없을 것까지 요구하는 것은 아니며(東京地方裁判所 決定 昭和53.12.20. 刑裁月報10卷 11=12号 1514頁), 또한 당해 사건의 해명에 실질적으로 크게 도움이 된다고 할 수 있는지 여부를 중심으로 법원이 종합적으로 판단하여야 한다고 하여 불가결성의 요건에 대해서 판시하고 있다(東京地方裁判所 決定 昭和54.10.30. 刑裁月報11卷 10号 1269頁)."[225]고 한다.

3) 특신성

수사공조 등으로 취득한 외국의 수사기관에 의하여 작성된 진술서는 일본과 법제도나 그 운용방식이 다른 외국에서 작성되는 점, 조사한 당해 외국의 수사기관을 일본의 공판정에서 증인으로서 심문하는 것이 현실적으로 곤란하다는 점에서 그 증거능력을 인정받기 위해서는 특신성의 확보 및 그 입증이 가장 핵심적인 요소가 된다고 한다.[226] 일본의 관련 판례[227]는 아래와 같다.

---

223) 앞의 논문, 40~41쪽.
224) 위의 논문, 41쪽.
225) 위의 논문, 41~42쪽.
226) "형소법 제321조 제1항 제2호에서의 특신성은 이전의 진술과 비교하여 상대적인 판단이 가능

국제수사공조 요청에 근거하여 중화인민공화국에서 작성된 진술조서의 특신상황이 다투어진 사안에서 "이 사건 조사는 조사관이 중국인 乙과 丙에게 진술거부권을 고지한 다음, 일본의 수사관이 미리 작성해간 질문사항에 기초하여 행해진 것으로, 특별히 추궁하거나 유도적인 질문이 없었던 사실이 인정되는 점에 비추어 이 사건 조사과정에서 乙 및 丙은 진술의 자유가 보장된 상황 하에서 임의로 공술한 것이라고 인정할 수 있다. 또한 이 사건 조서 등은 모두 일문일답식의 형식으로 작성되어 있을 뿐만 아니라, 조사 후 乙과 丙이 조서 등을 열람한 후 그 내용에 틀림이 없음을 확인하고 서명, 날인한 점 … 등에 비추어 볼 때, 본건 조서 등에는 乙과 丙의 진술내용이 그대로 기재된 것이라고 인정할 수 있다. 더욱이, 이 사건 조사과정에 일본 검사와 부검사를 비롯해 수명의 일본 경찰수사관이 입회하여, 乙과 丙에 대한 본건 조사 및 조서의 작성이 모두 적정하고 정확하게 이루어졌다는 것을 확인하고 있음을 인정할 수 있으므로 특신성이 인정된다"고 판시하였다(福岡地判 平成17年5月19日 判時1903號 3頁).

또한 미국재판소에 촉탁한 증인신문조서에 대해서 신문의 주재자가 법조자격이 있는 자인 점, 증인선서에서 위증죄의 고지가 있었던 점, 변호사가 입회한 점, 조서가 일문일답의 형식이며 증인의 서명이 있는 점, 형사면책이 부여된 상태의 진술이라 하더라도 특신성을 부정할 사유는 아닌 점 등을 이유로 특신성을 인정한 판례가 있다(東京高判 昭和62.7.29. 高集40卷2号 77頁).

또한 미국 공증인 앞에서 선서하고 진술한 선서진술서에 대해서 "원결정의 인정사실에 따르면, 이 사건 선서진술서는, 일본국 정부로부터 미합중국 정부에 대한 수사공조의 요청에 근거하여 작성된 것으로서, 미합중국에 거주하는 증인이 묵비권의 고지를 받고, 동국의 수사관 및 일본 검찰관의 질문에 대하여 임의로 진술하였으며, 위증죄의 부담 하에 공증인의 면전에서 기재된 진술내용이 진실하다는 취지를 기재하여 서명한 것이다. 이러한 절차 하에 작성된 이 사건 진술서가 형소법 제321조 제1항 3호에서 말하는 특히 신용할 만한 정황 하에서 이루어진 진술에 해당한다고 판단한 원심은 정당하다"고 판시하였다(最高裁 平成12.10.31. 決定 判例時報 1730号).

이상의 판례를 근거로 일본 학설은 "수사공조의 요청절차 및 과정과 당해 외국의 진술작성에 관한 법제도 및 그 실태를 입증함과 동시에 당해 조사의 구체적 상황(조사한 시간과 장소, 진술거부권의 고지방법, 공술자의 공술태도와 상황, 진술조서에의 서명무인 상황)에 관한 외국 수사관의 보고서 등을 작성의뢰 받는 방법" 등을 특신성의

하나, 동항 제3호의 경우에는 비교할 만한 진술이 없으므로 당해 진술 자체의 특신성을 절대적으로 판단하지 않으면 안 되고 따라서 제3호가 전문증거법칙의 원칙적인 규정이라고 보는 것이 일본 학계의 통설이다" 앞의 논문, 42쪽.

227) 위의 논문, 44~45쪽 판례 재인용.

구체적 입증방법[228]으로 제시하고 있다.

그러나 일본 실무에서는 "판례상 외국수사기관의 보고서는 당연히 증거능력이 인정되는 공무원의 업무상 문서로 인정되지 않기 때문에 피고인이 부동의 하는 경우에는 다시 전문증거로서 제321조 제1항 제3호 요건을 검토해야 하는 어려움이 있기 때문에 수사공조의 경우 거의 대부분 검사 또는 사법경찰관이 직접 외국의 조사과정에 입회한 후 그 조사과정에 대해 보고서를 작성하여 재판부에 제출하고 필요한 경우에는 법정에서 조사과정에 대한 증언도 하고 있다"고 한다.[229]

4. 위법수집증거배제

수사공조 등으로 외국에서 수집한 증거는 피요청국의 형사절차에 따라 수집되어 요청국으로 송부되고, 송부 받은 증거는 다시 요청국의 형사재판에서 증거로 사용하게 되는데, 해당 증거의 증거능력 유무는 형사재판을 진행하게 되는 요청국의 형사소송법의 규정에 따라 판단된다. 따라서 수사공조에 의해 취득한 증거는 요청국과 피요청국의 형사소송법상의 평가를 받게 되기 때문에 이 경우 증거를 수집하는 피요청국의 형사절차상 적법 또는 위법한 경우와 공조를 요청하고 그 증거를 재판에 사용하는 요청국의 형사절차상 적법 또는 위법한 경우가 발생할 수 있어 다양한 경우의 수를 예정할 수 있다.[230]

각국의 형사소송법이 그 절차와 운용방식에서 서로 상이한 규정을 두고 있다는 점을 고려할 때 이러한 다양한 경우의 수의 발생은 당연한 귀결로써, 따라서 다양한 경우가 발생하였을 경우에 각각 어떤 기준에 따라 증거능력이 결정되어야 하는지가 문제가 된다.[231]

---

228) 安富潔 犯罪國際化搜査 警察學論集46卷9号, 山本和昭 國際犯罪刑事手續上諸問題 警察學論集29卷1号, 酒井邦彦 國際司法共助考察(下) 警察公論44卷7号(전국진(2006), 앞의 논문, 46쪽 각주 70번 재인용).

229) 일본 수사관이 외국에 파견되어 상대국 수사관의 조사에 입회하는 것은 특신성의 입증을 위해 후일 그 수사관이 조사상황에 대해 증언할 수 있을 뿐만 아니라, 그 자리에서 조사사항을 추가하는 등으로 필요한 진술을 얻는 것이 가능하다는 점에서 이점이 있다고 한다. 日本 法務省 國際課 局付 檢事 塩澤健一 實務刑事判例評釋 公論60卷11号(전국진(2006), 위의 논문, 46쪽 각주 71번 재인용).

230) 전국진(2006), 위의 논문, 49쪽.

231) 위의 논문, 49쪽.

가. 피요청국의 법률상 적법하지만 요청국의 형사절차에 위반되는 경우

피요청국의 절차에는 적합하지만 요청국의 형사절차에 위반되는 경우 어떻게 증거능력이 판단되는지가 문제가 되는데, 수사공조는 외국의 절차에 따라 증거를 수집해 줄 것을 의뢰하는 것이므로 해당 외국의 형사절차상 적법하다면 그 증거가 자국의 형사절차에 위배된다고 하여 곧바로 위법수집증거라고는 할 수 없다. 다만 자국의 헌법과 형사소송법 전체의 이념에서 볼 때에서 그 증거를 자국의 재판에서 증거능력을 인정하여 사용할 수 있는가의 문제는 남아 있다. 일본에서는 이를 종래의 위법수집증거배제법칙과는 다른 증거의 허용성의 문제로 논하고 있다(아래의 5. 외국에서 수집된 증거의 허용성 참조).[232]

나. 공조요청절차에 흠결이 있는 경우

공조요청절차가 일본의 헌법질서에 비추어 보아 간과하기 어려운 위법이 있다고 인정되는 경우에는 증거능력이 부정된다.[233] 이와 관련하여 일본 최고재판소는 보충의견으로 다음과 같이 판시하였다.

"형사면책을 부여한 증인신문은 일본법상으로는 적법이 아니지만, 수탁국인 미국에서는 합법적으로 실시된 것이다. 그러나 수탁국에서의 절차가 일본의 헌법에 위반되거나 또는 중대한 위법이 있다고 평가될 경우에는 그와 같은 촉탁을 하는 것이 허용되지 않는 것이고, 따라서 허용되지 않는 촉탁에 의해 수집된 자료는 위법수집증거로서 증거능력이 없다. 다만, 본건 촉탁증인신문에 대해 검토해보면 그와 같은 헌법위반 내지 중대한 위법이 있다고 까지 할 수는 없다. 한편, 수사로서 그러한 촉탁증인신문을 할 수 있다는 사실과 그 결과를 일본의 형사재판에서 증거로 할 수 있다는 사실은 별개의 문제이다. 본건 촉탁증인신문조서를 증거로 하게 되면, 피고인의 반대심문권 및 대심권 보장의 점에서 문제가 있다. 본건 증인신문은 피의자, 변호인의 입회 없이 이루어졌고, 또한 증인들은 일본에 입국하여 증언할 의사가 전혀 없었다.

232) 앞의 논문, 53~54쪽.
233) 宮崎札壹「國外における捜査(證據收集)」刑事裁判實務大系(11) (전국진(2006), 위의 논문, 54쪽 각주 81번 재인용).

당초부터 일본 법정에서의 피고인, 변호인의 반대심문의 기회를 일체 부정하게 되는 결과가 예측되었음에도 불구하고, 그 절차에 의해 취득된 진술을 증거로 사용한다는 것은 전문증거의 예외에 해당되느냐의 문제 이전에 형사소송법 제1조[234]의 정신에 반한다(밑줄은 저자가 강조)."[235]

즉 반대심문권이 보장되지 않을 것을 미리 예측할 수 있는 상황에서 굳이 증거조사를 촉탁한 것은 형사소송법 제1조의 정신에 위배된 수사공조요청으로써 그 요청행위 자체가 위법하고 또한 중대한 흠결이므로 위법증거로써 배제된다는 취지이다.[236] 이와 같이 요청절차 자체에 흠결이 있는 경우에는 위법수집증거배제법칙이 적용된다.

5. 외국에서 수집된 증거의 허용성

앞서 언급한 바와 같이 외국에서 수집한 증거의 증거능력은 일본 형사소송법에 따라 판단하게 된다. 문제는 피요청국에서 행해진 절차가 일본 형사소송법에서 규정하는 절차를 충족시키지 못하는 경우, 또는 피요청국에서 행해진 절차가 일본 형사소송법상 근거가 없거나 위반되는 절차인 경우에 그 증거의 증거능력을 어떻게 판단할지가 문제가 된다. 이는 수사공조의 요청국과 피요청국 간의 형사사법절차가 동일하지 않은 데서 초래되는 문제로서 일본에서는 이 문제를 위법수집증거배제원칙으로 평가하지 않고, '증거의 허용성' 문제로 평가하고 있다.[237]

국제형사사법공조에 의해 수집한 증거의 증거능력을 판단한 일본의 판례는 하급심 판례를 포함하더라도 많은 숫자는 아니지만 최근 최고재판소에서 관련 판례가 나타나고 있다.

최근 일본 최고재판소 판례에서는 일본측의 요청에 근거하여 미국에서 작성한 사건 관계자의 선서진술서, 한국의 재판소에 기소된 공범자의 공판조서(피고인 질문 부분), 후쿠오카 일가 살해사건에서 중국에 신병이 구속되어 있던 공범자 2인을 중국 수사기관이

---

234) **일본 형사소송법 제1조** 이 법률은 형사사건에 관하여 공공복지의 유지와 개인의 기본적 인권의 보장을 완수하면서 사안의 진상을 규명하고 형벌법령을 적정하고도 신속하게 적용·실현하는 것을 목적으로 한다.

235) 전국진(2006), 앞의 논문, 54~55쪽 판례 재인용.

236) 鈴木義男 「ロッキード事件嘱託審問調書の證據能力」 法律のひろば48卷10号(전국진(2006), 위의 논문, 55쪽 각주 83번 재인용). 같은 취지의 판례로는 最高決 平成7.6.20.

237) 龍岡資晃, 小川正持, 青柳勤 ジュリスト1071号, 전국진(2006), 위의 논문, 56쪽 재인용.

일본측의 요청에 근거하여 조사·작성한 진술조서에 대해서 형사소송법 제321조 제1항 제3호에 근거한 증거능력을 인정하였다(最決 平成12年10月31日 刑集58卷8號 735頁, 最決 平成15年11月26日 刑集57卷10號 1057頁, 最判 平成23年10月20日 刑集65卷7號 999頁).

이들 판례에 대해서는 우선 증거가 외국 수사기관에 의해 수집·작성되었다는 것이 법률에 규정된 증거능력의 요건을 완화하는 사정으로 고려되지 않는다는 점을 알 수 있다. 앞서 살펴본 바와 같이 일본의 형사재판에서 어떠한 증거가 사용되는지는 국내법상의 문제로, 특히 증거법으로써 규정되어 있는 형사소송법 제319조 이하의 증거능력 제한의 취지는 형사재판에서의 정확한 사실인정의 확보에 있다. 이러한 배경 하에서는 외국 수사기관의 활동을 일본측이 구속할 수 없다든지, 증거가 해당 외국에서는 적법한 절차로 수집되었다는 등의 사정은 관계가 없기 때문에 외국에서 수집된 증거에 대해서 법으로 규정된 증거능력의 요건을 완화하지 않고 적용하는 것은 기본적으로 타당하다고 할 수 있다.

그런데 앞에서 기술한 후쿠오카 일가 살해사건에 대한 2011년 판결은 형사절차에서의 권리보장이 일본과 크게 다른 중국에서 작성된 공범자 등의 진술조서에 대해서 중국에서 통상적으로 이루어지는 진술취득 절차가 아니라, 해당 사안에서의 진술취득의 구체적 상황에 주목하여 형사소송법 제321조 제1항 제3호에 근거하는 증거능력을 긍정하였다. 2011년 판결 사안에서는 일본의 수사기관이 질문사항을 준비하고, 묵비권 고지와 보충질문 등을 요청하고, 또한 복수의 일본 검찰관과 수사관이 취조에 입회하여 일문일답 형식으로 작성된 조서의 내용을 확인하는 등 요청국인 일본측의 상당히 주도면밀하고 적극적인 관여가 있었고, 이러한 조치의 존재가 형사소송법 제321조 제1항 제3호의 '특히 신용할 수 있는 상황'의 인정을 지지하는 전제가 되었다는 점에서 주목할 만하다.[238]

외국 수사기관에 의한 증거의 수집·작성 상황을 후일에 인정하는 것은 쉽지 않을 뿐만 아니라, 신병구속 하에 놓여 있던 자의 조사는 부당한 압력이 가해질 가능성이 있고 외부로부터 조사상황이 명확하게 드러나지 않는 만큼 진술의 임의성과 신용성을 특히 경계해야만 하는 상황이라고 말할 수 있다. 상기의 판결에서는 외국의 수사기관

238) 三明翔(2015), "初外国当局の獲得した証拠の許容性ーアメリカ合衆国の判例法理と日本法への示唆ー", 法政論叢 第51卷 第2号, 148~149쪽.

이 작성한 진술조서, 특히 신병구속 하에 있는 자의 진술조서에 대해서는 신뢰할 수 있는 진술을 기대할 수 있는 상황을 확보하여 그러한 상황이 일본의 법원에서 명확히 인정될 수 있는 조치가 강구되어야 한다는 점이 형사소송법 제321조 제1항 제3호의 특신상황과 동법 제319조 제1항의 임의성을 인정함에 있어 전제가 되고 있다.

가. 증거의 허용성이 문제된 사례

일본에서는 록히드 사건에서의 촉탁증인신문조서에 대한 증거채택 여부에 관한 논쟁을 통해 외국의 형사절차에 따라 수집된 증거와 일본 형사소송법상 형사절차와 충돌이 일어날 경우의 일본법상 증거능력을 인정하기 위해서는 그 증거가 일본법상 허용될 수 있는지 판단되어야 한다는 논의가 정립되었다. 이러한 견해는 후술하는 하급심의 판례에서 명확히 나타나고 있는데 福岡地判 平成17年5月19日 判時1903號 3頁은 "원래 위법수집증거배제법칙이 일본의 수사관에 의한 장래의 위법수사를 억제하고자 하는 취지에서 인정된 증거법칙이라는 점을 고려하면, 국제수사공조에 의해 수집된 증거의 증거능력에 관해서는 증거의 허용성 문제로써 검토하면 충분하다"고 판시하고 있다.

나. 일본의 판례와 학설

1) 판례의 입장

일본 최고재판소 판례는 ① 외국에서 작성된 진술조서에 대한 형사소송법 증거능력 규정의 적용에 대해서 일정한 시사점을 제시하고 있지만, ② 외국 수사기관의 활동에 있어 일본에서 적법하지 않다고 평가되는 활동이 피요청국에 존재하는 경우 증거배제의 여지나 논리·범위에 대해서는 명확한 판시를 하지 않고 있다.[239]

②의 관점과 관련하여 주목할 만한 판결은 일본 최고재판소가 처음으로 외국 수사기관이 수집한 증거의 증거능력을 검토한 1995년 록히드 판결이다.

1995년 록히드 판결은 일본의 검찰관이 미국에 있는 공범자 K 등을 일본에서 소추

239) 앞의 논문, 147쪽.

하지 않는다는 것을 확약하고 이에 따라 형사면책이 부여되었다고 하는 전제 하에 미국 재판소에서 작성된 K 등의 촉탁증인신문조서에 대해서 "일본의 형소법은, …… '형사면책제도'에 관한 규정을 두고 있지 않기 때문에, 결국 이 제도를 채용하고 있지 않다고 할 것이며, 형사면책을 부여하여 얻은 진술을 사실인정의 증거로 하는 것은 허용되지 않는다"고 판시하여 증거능력을 부정하였다(最高裁 平成7年2月22日 刑集49卷2號 1頁).

1995년 록히드 판결은 형사면책을 부여하여 얻은 진술을 공판에서 사용하는 것에 대해서 이에 수반되는 형사정책상의 문제점과 종래 일본에서의 필요성이 매우 적었다는 점, 이를 허용하고자 한다면 어떠한 식으로든 규정이 있어야 함에도 관련 규정이 없다는 점에서 입법부는 형사면책을 부여하여 얻은 진술의 공판사용을 현시점에서는 부정한다고 하는 묵시적인 선택(정책적 판단)을 하고 있다고 추론되기 때문에 이에 따라 조서의 증거능력을 부정한 것으로 해석된다.[240] 이러한 관점에서 보면 동 판결의 영향은 일본의 형사절차에 있어서 면책이 부여된 경우에만 미치는 것으로, 동 판결은 외국 수사기관이 획득한 증거의 증거능력에 일반적으로 적용해야할 아무런 적극적인 규범이나 판단범위를 정립한 판단이 아니라고 할 수 있다(아래 판례 참조).

록히드 사건(마루베니 루트)
東京地判 昭和58.10.12.
東京高判 昭和62.7.29. 高集40卷2號 77頁
最高裁 平成7年2月22日 刑集49卷2號 1頁

사안

록히드事件[241]을 수사하던 동경지검 특수부는 美사법성을 통하여 미국증권거래위원회의 의사록, 영수증 및 기타 각종 증거서류의 등본 등을 입수하는 한편, 뇌물죄의 공범인 록히드사

240) 그러나 1995년 판결은 너무 간결한 판시내용으로 인해 증거를 배제한 논리가 명확히 나타나지 않고 있고, 이 때문에 외국 수사기관이 획득한 증거의 증거능력의 판단범위와 관련한 동 판결의 영향에 대해서는 ① 외국 수사기관이 이용한 절차가 일본에서도 명문규정을 가지는 것이 아니라면 증거능력은 부정된다고 하는 견해에서부터, ② 적정절차나 사법의 완결성(Judicial Integrity) 등의 관념이나 국민의 법감정 등에 비추어 국민과 사회의 이해를 얻을 수 있는 증거가 요구된다고 하는 견해, ③ 형사면책제도에 한정해서 보더라도 사법공조가 가지는 의미는 반드시 크지 않다고 하는 견해까지 다양한 해석이 나타나고 있다. 앞의 논문, 150쪽.

사장 등 미국인 3명에 대하여 동경지방재판소를 거쳐 미국재판소에 증인신문을 촉탁하면서 증인들에 대해 기소를 유예한다는 검찰총장 및 동경지검장의 각 宣明書를 제출하였다. 이에 동경지방재판소는 선명서를 첨부하여 미국에 증인신문을 촉탁하였고, 캘리포니아 연방지방재판소 판사는 법률에 따라 퇴임판사를 집행관으로, 사법성 특별검사와 연방검사를 부집행관으로 지명하여 이들에게 증인신문을 하게 하였으나, 증인들은 일본의 선명서가 일본법상 적법한 것인지 및 형사면책의 효력이 있는지를 다투면서 증언을 거부하였다. 이에 판사는 "증언한 결과로 일본국 영토 내에서 기소되지 않는다는 취지를 명백히 한 일본국 최고재판소의 선명서가 제출될 때까지 증인신문 결과를 일본에 전달해서는 안된다"는 결정을 하였다. 이에 일본은 다시 "일본 영토내에서 공소를 제기하지 않을 것을 확약한다"는 검찰총장의 선명서와 "검찰총장의 확약이 장래에 일본의 어떠한 검찰관에게도 준수된다"는 최고재판소의 선명서를 제출함으로써 증인신문이 실시되었다.

1심 판결내용

증인들에 대해 공소권을 행사할 사실상의 가능성은 거의 없었다고 인정한 다음, 공소제기를 방해하는 사실상의 동경지검장이나 검찰총장이 취한 일련의 조취에 의해 기소될 가능성은 사실상 전혀 존재하지 않는 상황이 보장된 것이므로, 법률상 형벌이 과해질 우려가 없어진 것과 마찬가지로 평가될 수 있어 이들 증인들이 자기부죄거부특권을 행사할 여지는 없어진 것이라 할 수 있다.

형사면책을 부여한 증언강제는 일본 법제상 이를 예정한 규정을 찾아 볼 수 없어, 일본의 법적 기준, 전통적 법감정에 부합되지 않는 측면을 가지고 있고, 불공정감을 수반하며, 허위공술을 유발시킬 우려도 있으므로, 일반적으로는 위법한 조치라는 의심을 떨칠 수 없으나, ① 증인들을 기소할 가능성은 처음부터 없었다고 할 수 있으므로, 처벌의 단념과 증언을 거래로 맞바꾼 경우와는 사정을 달리하는 점, ② 면책제도가 확립되어 있는 미국에서 그 제도에 익숙해 있는 미국인에게 행해진 조치라는 점을 감안하면, 특별히 불공정하다고 할 정도의 법감정은 생기지 않는 점, ③ 증인들은 기소유예의 조건으로 결정된 내용의 공술을 할 것을 요구받았고, 신문도 합중국의 재판소에서 소정의 절차에 따라 행해진 것이므로 허위유발의 우려가 있는 상황은 아니었다는 점에서 적법한 것으로서 허용될 수 있다.

2심 판결내용

동경지검 검사장에 의한 기소유예 의사표명은 공소권을 법적으로 소멸시키는 것은 아니며, 그 후의 기소를 당연히 부적법한 것으로 하는 효과는 없으므로, 이에 의해 증인들이 장래

기소될 가능성이 법제도상 모두 소멸하였다고 볼 수는 없으나, 불기소의 확약이 대외적으로 또한 공식적으로 3회 선명되어 있는 이상, 만약 그에 반해 공소가 제기되면 증인들의 보호의 관점 및 국제관습 내지 국제신의에 비추어 형사소송법 규칙 제1조 제2항(성실의무)에 위반되어 부적법한 것으로서 기각되어야 한다고 해석되므로, 형사소추를 받을 우려가 없음이 보장된 것이라고 법적으로 평가할 수 있어, 이들의 자기부죄거부특권은 소멸되었다고 할 것이다.

범죄혐의가 있는 사건관계자의 일부에 대해 면책을 부여하여 그 대가로서 증언을 획득하는 것을 인정하느냐는 본래 입법부가 정해야 할 사항이며, 현행법상 그와 같은 입법조치가 강구되어 있지 않은 일본에서는 자기부죄의 우려를 이유로 공술을 거부하는 증인에 대해 검찰관의 신청에 의해 재판소가 면책을 부여하여 증언을 명하는 것은, 일반적으로는 위법한 조치라는 의심을 떨칠 수 없어, 검찰관의 불기소 확약에 의해 증인의 자기부죄거부특권을 소멸시키고 증언을 강제하는 것은 불가능하다고 하여야하나, 국가별 법제도의 차이를 당연한 전제로 하는 국제사법공제에 의할 경우에는 「일본의 법제와 다른 절차로 행해진 증거조사의 결과라 하더라도, 그 절차가 일본의 헌법 내지 소송법의 기본이념에 비추어 허용할 수 없는 위법한 것이라고 인정되지 않는 한, 이를 받아들일 여지를 인정해야 한다고 해석된다.」 미국의 면책제도는 거래로서의 성격을 가지는 것이라 하더라도, 법집행의 공정성을 해하거나, 진실의 발견을 희생하는 것이 아니며, 법제도상으로도 운용상으로도 합리적인 제도로서 확립되어 있으며, 같은 내용의 형사면책제도를 일본에 도입한다고 하더라도 입법정책상의 당부는 별론으로 하고, 헌법상으로는 문제가 없으며 형사소송법의 기본이념 내지 기본구조에 저촉된다고도 할 수 없다고 판시하여 1심의 증거채택을 인정하였다.

최고재판소 판결내용

일본 최고재판소는 사건이 발각된지 19년이 지난 1995. 2. 22. 피고인들의 상고를 기각하면서 이 사건의 촉탁증인신문조서의 증거능력을 부정하였다.

"형사면책제도는 자기부죄거부특권을 기초로 하는 증언거부권의 행사에 의하여 범죄사실의 입증에 필요한 공술을 획득할 수 없는 사태에 대처하기 위하여 공범 등의 관계에 있는 자 중에서 일부의 자에 대하여 형사면책을 부여함으로써 자기부죄거부특권을 상실시켜 공술을 강제하여, 그 공술을 다른 자의 유죄를 입증하는 증거로 사용하려는 제도로서, 본건 증인신문이 촉탁된 미국에서는 일정한 허용범위, 절차요건 하에서 채용되어 제정법상 확립한 제도로서 기능하고 있는 것이다. 일본 헌법이 그 형사절차 등에 관한 제규정에 비추어 이러한 제도의 도입을 부정하고 있다고 까지는 해석할 수 없으나, 형사소송법은 그 제도에 관한 규정을 두고 있지 않다. 이 제도는 합목적적인 제도로서 기능하는 반면, 범죄에 관계된 자의 이해관계에 직접적으로 관련되고 형사절차상 중요한 사항에 영향을 미치게 되는 제도라는 점에서

이를 채용할 것인지 여부는 이를 필요로 하는 사정의 유무, 공정한 형사절차의 관점에서의 당부, 국민의 법감정에서 본 공정감에 합치여부 등의 사정을 신중히 고려하여 결정되어야 하는 것이며, 이를 채용할 경우에는 그 대상범위, 절차요건, 효과 등을 명문으로써 규정해야 한다고 해석된다. 그러나, 일본의 형사소송법은 이 제도에 관한 규정을 두고 있지 않으므로, 결국 이 제도를 채용하고 있지 않다고 해야 할 것이며, 형사면책을 부여하고 얻은 공술을 사실인정의 증거로 하는 것은 허용되지 않는다고 하지 않을 수 없다."

"이는 본건과 같이 사법공조의 과정에서 위 제도를 이용하여 획득된 증거에 대해서도 똑같이 해당되는 것으로, 이를 별도로 해석할 이유는 없다. 국제사법공조에 의해 얻은 증거라 하더라도 그것이 일본의 형사재판상 사실인정의 증거로 할 수 있는가 여부는 일본의 형사소송법 등의 관계법령에 비추어 결정되어야 하는 것이므로, 일본의 형사소송법이 형사면책제도를 채용하지 않은 전시와 같은 취지를 고려해 본다면, 국제사법공조에 의해 획득된 증거라고 하여 이를 사실인정의 증거로 하는 것은 허용되지 않는 것이라고 할 것이다"고 판시하였다.

2) 하급심 판례

앞서 기술한 바와 같이 일본 최고재판소는 외국 수사기관이 일본이라면 적법하지 않은 수단이나 절차를 이용한 것을 이유로 하는 증거배제의 여지나 논리·범위에 대해서 명확한 판단을 하고 있지 않다고 말할 수 있으나, 하급심에서는 이와 관련된 언급을 하고 있는 판례가 등장하고 있다. 예컨대 수사공조에 의해 수집된 호주의 수사기관의 통신감청 녹음테이프의 증거능력이 일본의 마약사건 재판에서 문제[242]가 된 사안에 대해서 大阪高判 平成8年7月16日 判例時報1585號 157頁은 오스트리아 연방경찰이 영장에 근거하여 독자적으로 행한 공범자의 전화감청 녹음테이프 등에 대해서 "타인

241) "록히드事件 : 1976년 2월 5일 미국 상원외교위원회의 다국적기업 소위원회의 공청회에서 미국의 항공기제조회사인 록히드社의 회계담당자 윌리엄이, 同社가 새롭게 개발한 에어버스 '트라이스터 L1011型機'의 판매를 위해, 비밀장부를 이용하여, 일본·독일·프랑스·이탈리아·네덜란드·스웨덴·터키 등에 총 1,600만 달러를 리베이트 명목으로 공여하였음을 증언함에 따라 각국에서 수사가 개시되었음. 일본의 경우 동경지검 특수부에 의해 兒玉 譽士夫(故人)를 통하여 全日空회사, 록히드社 일본支社인 丸紅회사의 간부들이 田中角榮 수상을 비롯한 정치인에게 뇌물을 공여한 사실이 밝혀져 田中 내각이 붕괴되었음." 전국진(2006), 앞의 논문, 58쪽 각주 90번 재인용.

242) "호주 연방재판관이 발부한 전화검증허가장의 유효기간이 30일이고 실제 감청도 20일간에 걸쳐 모두 15회 실시되었는데, 일본에서는 원칙적으로 감청기간이 7일로 한정되어 있는 점, 일본 판례상 감청은 필요최소한으로 실시해야하고 통상의 경우 감청횟수도 최대 5회 정도인 점에서 호주의 통신감청은 일본 법률에 저촉되어 위법한 증거라는 변호인의 주장이 있었기 때문이다." 위의 논문, 69쪽.

간의 전화감청은 통신비밀의 보장 또는 프라이버시 보호의 견지에서 무조건적으로 허용되는 것은 아니나, 일본과 오스트리아 간의 국제적인 헤로인 밀수출이라고 하는 본건 사안의 특수성 및 중대성에 비추어볼 때 증거수집의 필요성, 확실성 등의 관점에서 검증, 감청기간이나 횟수가 국내에서의 통상의 사안과 대비하여 어느 정도 확장된 부분이 있다고 하더라도 어쩔 수 없는 것으로, 일본국 헌법 및 형소법의 정신에 비추어 보더라도 본건 감청테이프 등의 증거능력을 부정해야할 특단의 사정은 없다"고 판시하였다.[243] 본 판결은 중대범죄에 대한 국제형사사법공조의 노력을 어느 정도 인정하는 판결로써 외국에서 수집한 증거의 증거능력과 관련하여 위법수집증거의 증거능력 부정은 단순한 법률상의 절차위반이 아닌 헌법상의 기본권을 침해할 정도의 중대한 위법이 있는 경우에 인정된다는 점을 보여주고 있다.[244]

또한 후쿠오카 일가 살해사건의 제1심 판결(福岡地判 平成17年5月19日 判時1903號3頁)은 "국제수사공조는 외국에서의 증거수집을 위한 요건이나 절차가 일본에서의 요건이나 절차와 다르다는 것을 당연한 전제로 하여 성립하는 제도라는 점을 고려할 때, 국제수사공조에 의해 수집된 증거를 일본 형사재판에서 사용하는 것이 허용되지 않는 것은 외국 수사기관에 의한 증거수집절차가 형소법 전체의 기본이념에 실질적으로 반하고 있다고 인정되는 경우에 한한다"고 판시하여, 해당 조사는 공범자 등의 진술자백을 침해하지 않고 있고, 형사소송법 전체의 기본이념에 실질적으로 반하지 않고 있다고 하였다. 본 판결 또한 상기의 판결과 같이 중대범죄에 대한 국제형사사법공조의 노력을 어느 정도 인정하는 판결로써 각국의 형사절차가 상이하다는 점을 전제로 국제형사사법공조에 의해 외국에서 수집한 증거의 증거능력은 원칙적으로 인정하고, 다만 형사소송법상의 단순한 절차위반이 아닌 형사소송법 전체의 기본이념에 실질적으로 반하는 정도의 중대한 위법이 있는 경우에 인정된다는 점을 보여주고 있다(아래 판례 참조).

---

243) 본사건은 수사공조에 의해 수집된 호주의 수사기관의 통신감청 녹음테이프의 증거능력이 일본의 마약사건 재판에서 문제가 되었다. 호주 연방재판관이 발부한 전화검증허가장의 유효기간이 30일이고 실제 감청도 20일간에 걸쳐 모두 15회 실시되었는데, 일본에서는 원칙적으로 감청기간이 7일로 한정되어 있는 점, 일본 판례상 감청은 필요최소한으로 실시해야하고 통상의 경우 감청횟수도 최대 5회 정도인 점에서 호주의 통신감청은 일본 법률에 저촉되어 위법한 증거라는 변호인의 주장이 있었기 때문이다.

244) 전국진(2006), 앞의 논문, 70쪽.

후쿠오카 일가 살해사건의 제1심 판결
福岡地判 平成17年5月19日 判時1903號 3頁

사실의 개요

본건은 중화인민공화국(이하, 중국) 국적의 피고인이 동국 출신의 A 및 B와 공모하여 심야에 주거에 침입하여 일가 4인 전원을 살해하고 현금 등을 강취함과 함께 그 사체를 바다에 투기하여 유기하여, 주거침입, 강도살인, 사체유기의 죄로 기소된 사안이다. 또한 공범자인 A 및 B는 범행 후 중국으로 도망하였고 각각 2003년에 중국에서 신병이 구속되어 본건에 대해서 자백하였다. 이후 본 판결에 앞서 2005년 1월 24일 중국 요녕성(遼寧省) 요양시(遼陽市) 중급인민법원에서 A에 대해서는 무기징역, B에 대해서는 사형판결이 선고되었다.

피고인 공판절차에서의 검찰측 증거조사청구에 있어서 후쿠오카현 경찰서로부터 경찰청, 외무성을 통해 중국 외무성에 요청한 국제수사공조에 근거하여 중국에서 요녕성 요양시 공안국 담당자가 작성한 A의 진술조서 4통 및 A가 작성한 도면 1장, B의 진술조서 3통 및 번역문 작성에 관한 보고서의 증거능력이 다투어졌고, 후쿠오카 지방법원은 이들 모두를 증거로서 채용하였다.

변론절차에서 변호인은 ① 본건 조서 등에 대해 A 및 B의 진술의 서류에 대한 침해를 근거로 하여 위법수집증거배제법칙을 적용해야 하며, ② 형사절차에서의 권리보장이 불충분한 중국의 형사소송제도(묵비권이 보장되어 있지 않은 점, 사법의 독립과 무죄추정원칙의 불확립, 수사단계 변호권의 취약성, 수사단계의 신병구속이 사법적 통제를 받지 않은 채 장기화할 수 있는 점) 하에서 수집된 본건 조서는 형소법의 정신에 비추어 볼 때 증거의 허용성이 부정되어야 한다는 점, ③ 반대신문에 갈음할 신용성의 정황적 보장이 없고, 형사소송법 제321조 제1항 제3호에 해당하는 서면요건을 충족하고 있지 않다고 하여 이상의 점에서 본건 조서 등은 증거능력이 없다는 취지를 주장하였다.

판결요지

본판결은 ① 위법수집증거배제법칙의 적용에 관하여 "본건 수사공조는 국가간의 국제예양(禮讓)에 근거하여 일본국이 중국에 임의의 수사협력을 요청한 것으로써, 그 절차는 임의수사의 한 방법으로 적법하게 이루어졌다는 점, 극제수사공조 절차에 근거하여 일본으로부터 수사협력을 요청받은 외국의 수사기관은 그 국가의 법령에 정해진 절차에 따라 증거수집을 실시하는 것으로, 일본의 법률은 적용되지 않는다는 점에서 볼 때 일본 수사관의 위법행위에 의해 수집된 증거의 증거능력을 부정하는 위법수집증거배제법칙이 중국의 수사기관에 의한 증거수집절차에 적용되지 않는다는 것은 명확"하고, "본건 조사가 일본국으로부터의 국제수사공조에

근거하는 것으로 일본의 수사관이 미리 작성한 질문사항에 근거하여 이루어진 것이라고 하더라도 본건 조사에 입회한 일본 수사관이 직접 A 및 B에 대하여 질문하는 것은 일체 허용되지 않았다고 하는 점에서 볼 때, 본건 조사에 대해 일본의 수사관에 의한 조사라고 평가할 수 없다.", "원래 위법수집증거배제법칙이 일본의 수사관에 의한 장래의 위법수사를 억제하고자 하는 취지에서 인정된 증거법칙이라는 점을 고려하면, 국제수사공조에 의해 수집된 증거의 증거능력에 관해서는 증거의 허용성 문제로써 검토하면 충분하다".

② "증거의 허용성"에 대해서는 最高裁 平成7年2月22日 大法廷判決(이른바 록히드 마루베니루트 사건) 刑集49卷2號1頁을 참조하여, "국제수사공조에 근거하여 외국 수사기관이 그 국가의 법령에 따라 적접하게 증거수집을 하였다고 하더라도, 그 결과 수집된 증거는 일본의 형사재판에서 사용된다는 점을 고려하면 그 증거수집절차가 일본의 법령에 비추어 볼 때 위법하다고 보여지는 경우에는 증거능력에 관한 제규정 외에 형소법 전체의 정신에 비추어 그 증거를 사실인정의 증거로 하는 것의 허용여부에 대해서도 검토할 필요가 있다고 해석하는 것이 상당"하며, "원래 국제수사공조는 외국에서의 증거수집을 위한 요건이나 절차가 일본에서의 요건과 절차와 다르다는 점을 당연한 전제로 하여 성립하는 제도라는 점을 고려하면, 국제수사공조에 의해 수집된 증거를 일본의 형사재판에서 사용하는 것이 허용되지 않는다는 것은 외국의 수사기관에 의한 증거수집절차가 형사소송법 전체의 기본이념에 실질적으로 반하고 있다는 점이 인정되는 경우에 한한다고 해석하는 것이 상당하다"고 하여 본건 조사상황을 구체적으로 검토한 후 "본건 조서 등에 대해서는 그 증거수집절차인 본건 조사가 형소법의 기본이념에 실질적으로 반하는 것이 아니라고 말할 수 있기 때문에 본건 조서 등에 대해서 증거의 허용성을 인정할 수 있다."

③ 그리고 이미 A 및 B가 중국에서 유죄판결선고를 받았고, 또한 피고인이 직접 관여하지 않았던 범해의 태양, 상황 등을 인정할 수 없기 때문에 형소법 제321조 제1항 제3호의 '진술불능', '필요성'의 각 요건의 충족을 인정한 후에 "본건 조서 등의 특신상황에 대해서 살펴보면 본건 조사는 조사관이 A 및 B에 대해서 진술거부권을 고지한 후, 일본 수사관이 미리 작성한 질문사항에 근거하여 실시한 것으로써, 특히 추급(追及)적인 질문이나 유도적인 질문은 없었다고 인정된다는 점에서 본건 조사에서 A 및 B는 진술의 자유가 보장된 상황 하에서 임의로 조사에 의하여 진술하였다고 인정할 수 있다. 또한 본건 조서 등은 이미 일문일답의 문답형식으로 작성되어 있고, 본건 조사 후 A 및 B는 본건 조서 등을 열람하여 그 내용이 틀림없음을 확인한 후, … 각 항에 서명 및 지인을 하였다는 점 … 등으로부터, 본건 조서 등에는 A 및 B의 주장이 그대로 기재되어 있다고 인정할 수 있다. 덧붙여 본건 조사에는 … 복수의 일본 수사관이 입회하여 A 및 B에 대한 본건 조사 및 본건 조서 등의 작성이 모두 적정하고 정확하게 이루어졌다는 것을 확인하였다는 점이 인정된다. 이러한 사정에 더해 본건 조서

> 등에서 A 및 B는 피고인과 함께 판시 제5의 범행에 이르렀다는 것을 인정하고 있고, 범행에 이른 경위와 범행상황 등에 대해서 구체적이고 상세히 진술하고 있다는 점을 함께 고려하면 본건 조서 등은 '그 진술이 특히 신용할 수 있는 정황 하에서 작성된 것'이라고 인정하는 것이 상당하다"고 판시하였다.

3) 학설

상기 하급심의 입장과 같이 학설도 외국 수사기관이 고문을 사용하여 진술을 취득하는 경우 등을 염두에 두고 외국 수사기관의 활동이 일본의 헌법과 형사소송법의 기본이념에 반하는 경우 등에 한정하여 예외적으로 증거능력을 부정해야 한다고 하는 견해가 유력하다.[245] 그 이유로는 ① 일본법의 적용을 받지 않는 외국 수사기관의 활동은 '위법'이라고 할 수 없다는 점, ② 증거배제에 의한 외국 수사기관 활동의 억지효과를 기대할 수 없는 점, ③ 약간의 절차적 차이를 이유로 증거능력을 부정한다면 국제형사사법공조제도가 성립하지 않는다는 점, ④ 그렇다고 하더라도 헌법이나 형소법의 기본이념에 반하는 활동으로 수집된 증거를 일본의 형사재판에서 사용하는 것은 적정절차 내지 사법의 완결성을 명백히 침해하는 것으로 허용되지 않는다는 점 등이 주장되고 있다.[246]

6. 소결

일본의 경우 원칙적으로 사법공조에 의하여 수집된 증거는 증거능력이 있다고 본다. 그 근거로는 "수사공조, 사법공조를 의뢰할 가능성이 있는 전세계의 모든 국가와 동일한 증거수집절차와 방법을 채택하여 마련해 둔다는 것을 불가능하므로, 절차의 차이만으로 증거능력을 부인한다면 수사공조, 사법공조의 의미가 없어지는 점, 일본법상 위법하다고 하여 증거배제를 하더라도 당해 상대국 입장에서는 위법한 절차가 아니기 때문에 당해 상대국의 수사기관 등이 일본의 절차에 따를 것을 기대할 수 없다는 점(위

245) 三明翔(2015), 앞의 논문, 151쪽.
246) 위의 논문, 151쪽.

법수사의 억제라는 관점), 당해 상대국의 법제상 적법하게 수집된 증거인 이상 당해 증거를 사용하여도 사법의 완결성을 크게 훼손하는 것은 아니라는 점"을 들고 있다.[247]

다만, ① 증거수집절차가 일본의 헌법, 형소법의 기본정신에 비추어 볼 때 중대한 위법성이 있다고 평가되는 경우에 당해 증거의 증거능력을 인정하는 것은 적정절차를 목적으로 하는 형사소송법 제1조의 정신에 위반된다는 사실, ② 국내에서는 허용되지 않는 절차, 방법으로 증거수집이 행해지는 것을 간과 내지 이용하여 수사공조나 사법공조의 요청을 하는 것과 같이 요청절차 자체에 중대한 흠결이 있는 경우는 형사소송법제1조의 정신에 위배된 수사공조요청으로써 그 요청행위 자체가 위법하고 또한 중대한 흠결이므로 위법증거로써 예외적으로 증거능력이 부정된다.

제3절 미국

1. 개관

미국은 양자조약을 체결한 국가들에 한해서만 범죄인인도 또는 형사사법공조를 하며, 상호주의와 국제간 다자조약의 적용을 배척한다. 또한 외국과의 범죄인인도 또는 형사사법공조의 구체적인 절차는 체결한 양자조약의 규정에 따라 진행된다.[248] 미국의 여러 주와 관련되는 외국과의 범죄인인도 또는 형사사법공조의 경우에는 먼저 미국의 국내법에 따라 지역형사사법공조 절차를 진행하며 그 다음에는 외국과의 양자조약에 따라 국제형사사법 절차를 진행한다. 특히 미국 국내의 단순한 지역형사사법공조와 달리, 외국과 관련되는 경우에는 각 주간의 공조뿐만 아니라, 미국의 연방최고법원과 행정부가 미국의 대표기관으로 국제절차에 참여하도록 되어 있다. 즉 미국의 각 주간의 형사법과 형사소송법이 서로 다르고 독립하더라도 연방 법원과 행정부는 통일된 상위적인 지위로 내부의 지역형사사법 충돌을 통제하고 있는 동시에 외국과의 형사사법공조를 행한다.[249]

---

247) 전국진(2006), 앞의 논문, 70쪽.

248) 전통적인 영미법계 국가로서 미국은 외국과의 범죄인인도 또는 형사사법공조는 조약전치주의를 엄격히 준수하고 있다(United States Code, Title 18, Section 3181).

미국의 국제공조수사와 관련하여 가장 중요한 역할을 담당하고 있는 곳은 국제업무실(Office of International Affairs: OIA)이다. 미국 OIA는 법무장관과 다른 고위 법무부 관리, 형사과 및 기타 법무부, 미국 변호사 사무실 및 주 및 지방 검찰관에게 국제 형사사건에 대한 자문 및 지원을 제공한다. 또한 미국 국제업무실(OIA)은 국제 도난자 및 모든 국제적 증거 수집에 대한 인도 또는 기타 합법적인 조정을 조정한다. 즉 미국은 국제공조의 모든 업무를 국제업무실(OIA)로 하여금 관장하게 하면서 검찰 교범(US Attorneys' Manual)에 그에 대한 상세한 지침을 마련하여 일관되고 통일적인 업무수행을 하고 있다.

2. 미국 형사사법공조 절차와 법적 근거

가. 서설

검찰 교범(US Attorneys' Manual) Title 9-15.000(International Extradition And Related Matters) 국제 송환 및 관련사항에서는 Title 9-15.100에서 국제 인도 절차는 조약에 의해 규제되며 미국 연방 정부와 외국 정부 간에 실시됨을 원칙으로 하고 있다.[250] 또한 동 검찰 교범에서는 범죄인인도와 관련된 법이 국가마다 상이하기 때문에 외교정책을 고려하여 인도 조치를 취하기 전에 국제업무실(OIA)에 해당 인도와 관련된 조언을 구하도록 하였다. 검찰 교범 Title 9-15.000에서는 범죄인인도에 관한 위와 같은 정의와 일반 원칙 이외에도, 인도 청구 요청 지원 서류,[251] 외국에서의 수속,[252] 송환에 대한 대안,[253] 제3국으로부터의 인도,[254] 인터폴 레드 고지[255] 등에

249) 반면에 같은 영미법계 국가인 영국은 유럽대륙과 인접해 있는 지리적인 특성으로, 대외적으로 인적, 물적 교류가 빈번함에 따라 필연적으로 발생하는 국제범죄에 효과적으로 대응하기 위해 형사사법공조의 필요성을 일찍이 인식하였다. 이에 영국은 교류가 활발한 국가와는 국제형사사법공조조약을 체결하고, 국제연합이 주도하는 다자간 조약에도 가입하였다(박원백(2006), 앞의 논문, 22쪽). 더 나아가 영국 자체 입법례를 통해 국제형사사법공조에 관한 명문규정(국제형사사법공조법(Crime(International Cooperation) Act 2003))을 두어 시행하거나 상호주의에 의하여 조약이 체결되지 않은 국가와도 형사사법공조를 실시하는 등으로 적극적으로 외국과의 형사사법공조를 시행하고 있다.

250) 미국 법률 18 USC §3184에서는 인도는 조약에 의거하여 부여될 수 있다고 하면서도, 조약이 체결되지 않은 경우에도 상호주의에 의해 인도가 허용될 수 있다고 하였다. 더욱이 미국 법률 18 USC §3181 및 3184에 대한 1996년 개정안은 조약의 존재 여부와 관계없이 폭력범죄를 범한 시민, 국민 또는 영주권자는 제외하고 인도할 수 있도록 하였다.

251) USAM 9-15.240(Documents Required in Support of Request for Extradition).

대한 지침을 마련하고 있다.

검찰 교범(US Attorneys' Manual)에서는 범죄인 인도 이외에, 외국에서 관련된 증거를 수집하는 방안에 대해서도 Title 9-13.000(Obtaining Evidence)에서 설명하면서, 해외에서 증거를 획득하는 경우에도 국제업무실(OIA)이 해외에 도움을 요청할 수 있는 적절한 방법을 선택하여 검찰관에게 조언하도록 하고 있다.[256] 국제업무실(OIA)이 해외에서의 증거를 수집하기 위해 선택할 수 있는 방법은 정식요청,[257] 비공식적 수단,[258] 소환장[259]의 세 가지 범주로 분류된다.[260]

---

252) USAM 9-15.300(Procedure in the Foreign Country).

253) USAM 9-15.600(Alternatives To Extradition).

254) USAM-15.620(Extradition From a Third Countyr).

255) USAM-15.635(Interpol Red Notices).

256) CRM 267(Obtaining Evidence Abroad-General Considerations) cited in USAM 9-13.510. Obtaining evidence outside the United States involves considerations unfamiliar to many American prosecutors. Most problems associated with international evidence gathering revolve around the concept of sovereignty. Virtually every nation vests responsibility for enforcing criminal laws in the sovereign. The other nation may regard an effort by an American investigator or prosecutor to investigate a crime or gather evidence within its borders as a violation of sovereignty. Even such seemingly innocuous acts as a telephone call, a letter, or an unauthorized visit to a witness overseas may fall within this stricture. A violation of sovereignty can generate diplomatic protests and result in denial of access to the evidence or even the arrest of the agent or Assistant United States Attorney who acts overseas.
The solution is usually to invoke the aid of the foreign sovereign in obtaining the evidence. The Office of International Affairs advises prosecutors in selecting an appropriate method for requesting assistance from abroad. See USAM 9-13.520 and this Manual at 274 et seq. The method chosen depends on the factors listed in this Manual at 268 to 272.

257) CRM 275-277(Letters Rogatory, Treaty Requests, Executive Agreements and Memoranda of Understanding on Mutual Assistance in Crimial Matters).

258) CRM 278(Informal Means).

259) CRM 279(Subpoenas).

260) The Office of International Affairs will assist the prosecutor in choosing the proper means for obtaining evidence from abroad. In general, the methods are grouped in three broad categories: formal requests (see this Manual at 275-277), informal means (278), and subpoenas (279). Formal requests include: (A) letters rogatory, (B) treaty requests, and (C) requests under executive agreements. Informal requests use adhoc methods to secure assistance, often more quickly and flexibly than by formal means, but the evidence obtained may not always conform to the Federal Rules of Evidence or otherwise be admissible in a United States proceeding. Subpoenas are a unilateral way to obtain evidence(cited in Criminal Resource Manual 267; USANM 9-13.520).

나. 정식수단을 통한 공조요청 방법

먼저 정식요청 방법은 증거조사 의뢰장(Letters rogatory)을 통해 공조요청하는 것과, 법적 효력을 지닌 형사사법공조조약(MLAT)을 통해 이루어지는 경우, 그리고 여러 나라를 대상으로 어떤 형태로든 발표 중인 임시 행정협정을 통해 이루어지고 있다.

1) 증거조사 의뢰장(Letters rogatory)을 통한 공조요청

"증거조사 의뢰장(Letters rogatory)은 조약이나 행정 협정이 체결되어 있지 않은 상황에서 해외에 공조를 요청하는 관례적인 방법이다. 그러나 보통 이 절차는 1년 이상의 시간이 소요되는데, 이 시간을 단축하는 방법이 인터폴이다. 증거조사 의뢰장의 형식은 대상 국가와 요청하는 공조내용에 따라 상이하다. 미국 연방검사들은 증거조사 의뢰장 초안을 작성하기에 앞서 국제업무실(OIA)에서 구체적인 가이드라인을 찾아보아야 한다.[261] 절차는 첫째 국제업무실(OIA)에서 견본을 받고 국제업무실(OIA)와 함께 특정 국가의 요구사항을 확인하여야 하며, 둘째는 초안을 준비하고, 국제업무실(OIA)에 보내 승인을 받아야 하며, 셋째는 판사의 서명을 확보하여야 한다. 승인을 받은 최종본의 원본 2부는 증거조사 의뢰장 발급 신청서와 함께 보조적 각서(memorandum in support)를 첨부하여 지방 법원에 제출하여야 한다. 서명된 증거조사 의뢰장 원본 1부는 법원이 보관한다. 다음 넷째로는 국제업무실(OIA)의 지시에 따라 공증을 받아야 한다. 마지막으로 증거조사 의뢰장의 번역(신청서나 기타 각서는 제외)을 마련해 두고, 원본의 사본 1부에 번역을 동봉하여 국제업무실(OIA)에 송달하면, 국제업무실(OIA)에서 미국 국무부와 피요청국 내의 대사관 또는 바로 피요청국의 관계 부처나 당국에 송달하게 된다. 만일 국제업무실(OIA)에서 번역이 동봉된 증거조사 의뢰장을 외교 채널을 통해 송달할 경우, 대사관에서는 이를 외교문서와 함께 외교부에 송부할 것이며, 그러면 주로 외교부는 이를 적절한 사법기관에 송부해 해당

261) 증거 조사 의뢰장 초안 작성 가이드라인은 CRM 281을 참조하도록 되어 있다(CRM 275). 증거조사 의뢰장은 일반적으로 ① 배경(누가 누구를 무엇 때문에 조사 하는지), ② 사실(충분한 정보를 제공함으로써 범죄가 발생하였다는 점, 그리고 구하고자 하는 증거와의 연관성을 외국의 판사가 판단할 수 있도록), ③ 필요한 공조(구체적이되 유연한 조항을 포함시킴으로써 이후 요청 범위를 확대할 때 증거 조사 의뢰장을 추가 작성하지 않아도 되도록 한다), ④ 위반되었다고 주장된 법규의 원문, ⑤ 상호협조 약속.

사법기관에서 이를 실하게 된다. 일반적으로는 일단 증거가 확보되면, 요청을 송달했던 채널과 동일한 채널을 통해서 증거를 받게 된다. 일부 경우에는 해당 요청이 외국의 관할권 내의 변호사에게 전달되어, 해당 변호사가 요청을 진행하고, 증거를 확보한 후 미국으로 보내기도 한다."[262]

---

262) CRM 275는 증거조사 의뢰장에 대해 다음과 같이 규정하고 있다.
Letters rogatory are the customary method of obtaining assistance from abroad in the absence of a treaty or executive agreement. A letter rogatory is a request from a judge in the United States to the judiciary of a foreign country requesting the performance of an act which, if done without the sanction of the foreign court, would constitute a violation of that country's sovereignty. Prosecutors should assume that the process will take a year or more. Letters rogatory are customarily transmitted via the diplomatic channel, a time-consuming means of transmission. The time involved may be shortened by transmitting a copy of the request through Interpol, or through some other more direct route, but even in urgent cases the request may take over a month to execute. See Paragraph B below (fifth item re translation and transmission).
A. Content: The form of a letter rogatory depends on the country to which it is addressed and the assistance sought. Some countries have statutory guidelines for granting assistance. Assistant United States Attorneys should seek specific guidance from the Office of International Affairs (OIA) before drafting a letter rogatory. See this Manual at 281 (drafting guidelines).
Letters rogatory generally include: (1) background (who is investigating whom and for what charge); (2) the facts (enough information about the case for the foreign judge to conclude that a crime has been committed and to see the relevance of the evidence that is being sought); (3) assistance requested (be specific but include an elastic clause to allow subsequent expansion of the request without filing an additional letter rogatory); (4) the text of the statutes alleged to have been violated; and (5) a promise of reciprocity.
Letters rogatory must be signed by a judge and, normally, authenticated by (1) an apostille, (2) an exemplification certificate, (3) a chain certificate of authentication, or (4) as directed by OIA. If the requested state has ratified the Hague Convention Abolishing the Requirement of Legalization of Foreign Public Documents, it is preferable to use an apostille. The chain certification is a cumbersome process involving authentication by the Department of Justice, the Department of State, and the embassy of the foreign country to which the letter rogatory is directed. Consult OIA to ascertain which method to use because authentication requirements change frequently.
B. Procedure: First, obtain a model from OIA and check with OIA to ascertain the requirements of the particular country.
Second, prepare a draft (see this Manual at 281 for drafting guidelines) and send it to OIA for clearance.
Third, secure a judge's signature. Submit the cleared final to the district court in two originals under cover of an application for issuance of letters rogatory and a memorandum in support, models of which have been obtained from OIA. One signed original letter rogatory remains with the court.
Fourth, authenticate as directed by OIA. Unless OIA has instructed you differently, affix an apostille or other authentication to the signed duplicate original and send it and two

2) 조약을 통한 공조요청

"조약요청의 방식은 법적 효력을 지닌 형사사법공조조약(MLAT)에서 이루어진다. 물론 조약 요청에 의한 방식은 일반적으로 증거조사 의뢰장의 절차보다 더 신속하고 확실하다. 형사사법공조조약(MLAT)에는 공조제공 의무, 공조영역, 요청 내용의 범위 등이 정해져 있고, 형사사법공조조약(MLAT)만이 사법공조를 허용하는 유일한 조약은 아니기 때문에 범인인도조약과 다수의 조세조약에도 위와 같은 내용들이 포함되어 있을 수 있다. 또한 국제업무실(OIA)은 공조 요청에 적용되는 조약에 대한 맞춤식 견본을 제공하고 있다.

조약 요청을 통한 공조 절차는 먼저 국제업무실(OIA)에서 견본을 받고, 이 견본을 토대로 초안을 작성하고 국제업무실(OIA)에 보내 승인을 받는다. 현행 조약 모두에는 해당 요청의 수행을 담당하고 있는 감독관청이 미국 법무부로 규정되어 있어, 서명은 법무부에서 한다. 이후 국제업무실(OIA)에서 수령된 번역본을 포함하여 해당 요청의 시행을 감독할 외국의 감독관청으로 송달하게 된다."[263]

---

copies to OIA.

Fifth, make arrangements for translation (see this Manual at 282) of the letter rogatory (not the application or supporting memorandum) and send the duplicate original with translation to OIA, which will transmit it to the Department of State, the American Embassy in the country concerned, or directly to the appropriate ministry or authority in the country concerned. If OIA transmits the letter rogatory with translation via the diplomatic channel, the Embassy will send it to the Foreign Ministry under cover of a diplomatic note, the Foreign Ministry will usually refer it to the Ministry of Justice, and the Ministry of Justice will usually forward it to the proper judicial authority where it will be executed. Normally, the evidence, once obtained, is returned through the same channel by which the request was transmitted. In some cases, the request is sent to an attorney in the foreign jurisdiction who is retained to present the request, obtain the evidence, and deliver it to the United States.

263) CRM 276에서는 조약을 통한 공조요청 방식에 대해 다음과 같이 규정하고 있다.

Most treaty requests are made pursuant to a mutual legal assistance treaty (MLAT), which has the force of law. This procedure is generally faster and more reliable than letters rogatory. Consult with the Office of International Affairs (OIA) to determine whether the United States has an MLAT with the country from which the evidence is sought.

The MLAT will define the obligation to provide assistance, the scope of assistance, and the contents of the request. It may also contain evidentiary provisions that vary from the Federal Rules of Evidence. MLATs are not, however, the only treaties that provide for legal assistance: some extradition treaties and many tax treaties contain such provisions.

A. Content: Because treaties are negotiated separately, each one differs from the next. Experience with one should not be considered universally applicable. OIA will provide

3) 행정협정과 양해각서를 통한 공조요청

"미국은 여러 나라를 대상으로 어떤 형태로든 임시 행정협정이 발효 중에 있다. 이 협정들은 대부분 불법 마약 밀수로 인한 수사에 적용된다. 이중 일부는 검찰총장이 타 국가에 있는 검찰 총장에게 해당 협정에 적용되는 범죄에 대한 급박한 조사와 관련하여 특정 기록물이 필요함을 인증해야 하기도 한다. 해당 요청의 활용과 내용에 관한 정보는 국제업무실(OIA)로 문의한다."[264]

다. 비공식적 수단을 통한 공조요청 방법

이 방법은 위와 같은 공식적인 수단들 이외의 방식에 의해 공조를 이끌어내는데, 수사 단계에 있어서는 유용할지 모르지만, 형사재판에서 수집된 증거가 채택되지 않을 수도 있다는 단점이 있다. 비공식적 수단의 대표적인 것으로는 자발적인 증인들이 미국 대사관이나 영사관에서 조서를 작성하는 것,[265] 경찰 대 경찰로서 비공식적인 요청을 하거나 해외 대사관에 주둔한 미국의 법집행 관리대사들을 통해 이루어진

---

models tailored to the treaty under which assistance is being requested. In general, a treaty request includes the same information that must be provided in a letter rogatory, except that the promise of reciprocity is omitted and certain additional information (e.g., name, address and citizenship of all persons affected by the request) may be required. See this Manual at 281 for general drafting guidelines.

B. Procedure: Obtain a model from OIA. Prepare a draft based on OIA's model and send it to OIA for clearance. OIA will either prepare the request in final (where minimal changes are necessary) or return it to the Assistant United States Attorney to make the necessary changes, which will then be sent back to OIA. All treaties currently in force designate the Department of Justice as the "central authority" assigned to make the request; because of those provisions, the request is signed in the Department rather than by a judge. Make arrangements for translation (see next section)|B382 after the request has been signed or as otherwise directed by OIA. Generally, OIA will transmit the request only after receipt of the translation. OIA will send the request with translation directly to the foreign Central Authority, which oversees its execution.

264) CRM 277에서는 조약을 통한 공조요청 방식에 대해 다음과 같이 규정하고 있다.
Interim executive agreements of one form or another are currently in force with a number of countries. Most apply to investigations arising from illegal narcotics trafficking. Some require the Attorney General to certify to the attorney general of the other nation that specified records located in the other country are required in connection with a pending investigation of criminal conduct that is covered by the agreement. Contact the Office of International Affairs for information about the use and content of such requests.

265) Taking depositions of voluntary witnesses at United States embassies and consulates(CRM 278).

다.[266] 또한 외국 경찰이 입수할 만한 증거(예를 들어 한 개인의 현재 위치나 사진)를 공식적으로 요청하는 대신 인터폴을 통해 증거를 요청할 수도 있다.[267]

라. 소환장을 통한 공조요청 방법

"28 U.S.C. § 1783에 따르면 미국법원이 재외 미국 시민 혹은 영주권자로 하여금 출석하거나 증거를 제출하도록 소환장을 발부할 수 있음이 인정되고 있다. 소환장은 증인으로 하여금 미국 혹은 해외(예를 들어 미국 대사관 혹은 영사관)에 출석할 것을 지시할 수 있다. 28 U.S.C. § 1784는 만일 소환장을 받은 개인이 불출석하거나 소환장에 불응하는 경우 법정모독죄에 대해 제재할 수 있음을 인정하고 있다. 그러나 외국의 법은 그와 같은 소환장의 발부 방식을 제약할 수 있는데, 특히 증인이 이중국적자인 경우가 그러하다. 국제업무실(OIA)은 기소검사가 해외에 소환장을 발부하는 데에 적절한 방식을 택할 수 있도록 도움을 주고 있다. 대부분의 경우에, 소환장은 미국 국무부로부터 요청을 받아 수행하는 미국 영사관 직원이 발부할 수 있다. 이러한 요청들은 특수인가부서(Special Authorizations Unit), 사법행정부(Justice Management Division) (202-307-1942)에서 조정한다."[268]

---

266) Making informal police-to-police requests (often accomplished through United States law enforcement agents stationed at our embassies abroad)(CRM 278).

267) Making requests through Interpol for evidence (or more often for information) that can be obtained by foreign police without an official request (e.g., current location or photo of an individual)(CRM 278).

268) 28 U.S.C. § 1783 authorizes the courts of the United States to issue subpoenas — to a national or resident of the United States located in a foreign country — to appear or to produce evidence. The subpoena may direct the witness to appear in the United States or abroad (e.g., at an American Embassy or consulate). 28 U.S.C. § 1784 authorizes contempt sanctions if the subpoenaed person fails to appear or otherwise comply with the subpoena. Foreign laws may, however, restrict the method of serving such subpoenas, especially when the witness is a dual national. The Office of International Affairs (OIA) aids prosecutors in selecting the appropriate methods for serving subpoenas abroad. In most cases, the subpoena may be served by an American consular official who acts upon receiving a request from the Department of State. These requests are coordinated by the Special Authorizations Unit, Justice Management Division (202-307-1942)(CRM 279의 A).

3. 외국에서 수집된 증거의 증거능력에 대한 미국의 태도

미국은 우리나라와 마찬가지로 범죄인인도를 포함한 형사사법공조에 대한 절차적 근거만을 마련하고 있을 뿐, 외국에서 수집된 증거의 증거능력이 미국 법정에서 어떻게 결정되는지에 관한 특별한 규정을 가지고 있지 않다. 따라서 우리나라와 마찬가지로 해당되는 증거의 형태가 무엇인지에 따라 국내법의 적용 하에 증거능력이 결정된다. 한편 외국에서 수집된 증거는 보통 조서 및 진술서류의 형태가 대부분이다. 우리나라가 형사사법공조를 통해 수집된 증거의 증거능력과 관련하여 어느 나라 법률을 준거법으로 할 것인지에 문제가 있는 것처럼 미국도 마찬가지이다. 이에 미국 국내법에서 조서 및 서류, 즉 전문증거에 대한 증거능력을 어떻게 취급하고 있는지에 대해 살펴보고자 한다.

가. 전문증거에 대한 미국의 태도

1) 전문증거의 의의와 전문법칙

미국 증거법의 기본 전제는 사건과 관련성이 있는 모든 증거는 증거능력이 인정되고 법정(배심원단)에서 증거로 사용되어 질 수 있다는 것이다.[269] 다만 관련성이 있는 모든 증거를 허용하는 경우 그 범위가 너무 넓어지기 때문에 이를 제한하기 위하여 몇 가지 증거법상 원칙이 발전하였는데 그 중 하나가 전문법칙(hearsay rule)[270]이라 할 수 있다.

미국 연방증거법은 민사사건이나 형사사건 모두에 적용되는 것으로 그 체계를 살펴보면, 연방증거법(federal rule of evidence)은 제1장부터 제11장까지 총 11개의 장

---

269) 연방증거법 제401조.

270) 전문법칙(hearsay rule)이란 전문증거의 예외나 비전문증거에 해당하지 아니하는 전문진술에는 증거능력이 인정되지 않는다는 원칙을 말한다(연방증거법 제802조). 전문법칙은 영미법계에서 발전된 증거법칙으로, 그 근거로 ① 1차적 증거가 아닌 2차적 증거는 신빙성이 떨어진다(unreliable)는 점, ② 경험사실의 전달자에 대해 선서가 행해지지 않았으며, 피고인의 반대신문이 행해질 수 없으므로 피고인에게 불리하다는 점, ③ 전문증거의 사용을 허용하게 되면 법정에 현출되는 증거가 부적절하게 확장될 수 있는 점, ④ 배심원이 진술자의 태도 증거에 의한 심증형성을 할 수 없다는 점 등이 들어지고 있다(차동언(2006), 공판중심주의 확립을 위한 전문법칙의 재정립, 동국대학교 박사학위 논문, 105쪽(한웅재(2007), "미국법상 전문법칙의 의의와 예외 - FRE를 중심으로", 「형사법의 신동향」 제8호, 대검찰청, 118쪽에서 재인용). 하지만, 가장 주된 이론적 근거는 반대신문(cross-examination)에 의해서 원진술자의 신용성(신빙성)이 담보되어지지 않았다는 것에 둘 수 있다.

(article)으로 구성되어 있고 '제1장의 제1조는 제101조', '제10장의 제4조는 제1004조' 식으로 구성되어 있다.

전문증거 부분은 연방증거법 제8장에서 규정하고 있는데 제8장은 제801조부터 제807조까지 이루어져 있다. 제801조에서 전문증거의 정의 및 전문증거에 해당하지 아니하는 비전문증거에 대한 정의 규정을 두고 있고, 제802조에서는 전문증거의 증거능력을 부인하는 이른바 '전문법칙'을 규정하고 있다. 그리고 제803조에서는 전문법칙의 예외에 해당하는 경우를 규정하고 있고, 제804조에서는 원진술자가 법정에 출석할 수 없는 경우 그 증거능력을 인정하는 전문법칙의 예외를 규정하고 있다. 제805조는 이중전문증거에 대한 것인데 이중전문증거라도 각 단계에서 전문법칙의 예외나 비전문증거에 해당되게 되면 증거능력이 부여된다고 규정하고 있다.

제806조는 원진술자의 신뢰성(Credibility)에 대한 탄핵과 보강에 대한 규정이고, 제807조는 전문증거 중 비전문증거나 전문법칙의 예외에 해당하지 않더라도 일정한 경우에 증거능력이 부여된다는 것을 규정하고 있다.

위와 같이 연방증거법의 전문증거에 관한 규정 및 체계를 보면, 전문진술에는 증거능력이 없다는 전문법칙의 규정보다 일응 전문진술에 해당하지만 전문법칙이 아예 적용되지 아니하는 「비전문증거」를 먼저 규정하고 있고, 전문진술은 증거능력이 없다는 규정은 제804조뿐이지만 나머지 규정들은 모두 전문증거임에도 증거능력이 있다는 취지의 규정인 점을 알 수 있다. 이러한 점에 비추어 보면 미국의 경우 전문증거라고 하여 무조건 그 증거능력을 배척하려는 의도보다는 다양한 예외규정 및 전문증거에 해당하지 아니하는 비전문증거 규정을 통하여 전문증거에 증거능력을 부여하여 피고인의 방어권과 실체적 진실발견 및 사법정의간의 균형을 꾀하고 있다고 볼 수 있다.

외국에서 수집된 전문증거는 증인이 법정에서 증언을 할 수 없는 경우가 보통인데, 이에 대한 법적 근거는 미국 연방증거법 제803조, 제804조, 제807조에서 규정하고 있다. "제803조는 증인이 법정에서 진술할 수 있는 경우이고, 제804조는 증인이 법정에 나올 수 없는 경우에 대하여 규정하고 있으며, 제807조는 제803조와 제804조에 포섭되지 않는 나머지 전문증거 중 신뢰성(reliability)이 동등하게 보장되는 증거를 예외적으로 규정하고 있다."[271]고 한다.

---

271) 정웅석/김희균/오경식(2015), 전문법칙 관련규정의 정비방안, 대검찰청 연구용역보고서, 40쪽.

위와 같이 전문법칙의 예외를 인정하는 이론적인 근거는 통상 두 가지로 설명이 되는데, "첫째는 반대신문이 결여되어 있다고 하더라도 그 신용성이 보장된다는 것(guarantee of trustworthiness)이고, 둘째는 전문증거임에도 불구하고 증거로 허용해야 할 실무적인 필요성(necessity or practical convenience)이 존재한다"[272]는 것이다.[273]

2) 연방증거법 제804조

연방증거법 제804조는 원진술자가 법정에서 진술할 수 없는 경우를 아래와 같이 예시하면서, 원진술자의 증언이 없더라도 원진술자의 법정외 진술에 대해 증거능력을 부여하고 있다.[274] 원진술자가 법정에서 진술할 수 없는 경우는 다음과 같다. 첫째, 원진술자가 증언이 불가능한 경우이다. 증언이 불가능한 사유는 ① 증인이 수정헌법 제5조상의 자기부죄금지 특권(privilege against selfincrimination), 변호인과 의뢰인 간의 특권(attorney client privilege), 남편과 부인 간의 특권, 성직자의 특권, 의사와 환자 간의 특권 등으로 증할 수 없는 경우, ② 법원의 명령에도 불구하고 원진술자가 증언하기를 계속하여 거부하는 경우, ③ 원진술자가 자신의 증언 내용을 잘 기억하지 못한다(lack of memory)고 증언하는 경우, ④ 원진술자가 사망하거나 정신적 또는 육체적 질병으로 인하여 증언하기가 불가능한 경우, ⑤ 소송절차 또는 다른 합리적은 방법에 의하여 원진술자를 증인으로 확보할 수 없는 경우이다.

둘째는 前 소송절차[275]에서의 증언(former testimony)이 있다.[276] 즉 "현재 소송에서

---

272) 한웅재(2007), 앞의 논문, 129쪽.

273) 한웅재(2007), 위의 논문, 129쪽.

274) 미국 연방증거법 제804조와 유사한 것은 한국 형사소송법 제314조이다. 한국 형사소송법상 수사기관 또는 수사기관 이외의 자가 작성한 전문서류는 원칙적으로 제312조 또는 제313조에 의해서 원진술자가 공판기일에 출석하여 성립의 진정을 인정하는 등의 요건을 갖춘 경우에 한해서 증거능력이 인정된다. 그러나 원진술자가 공판기일에 진술할 수 없는 경우에라도 실체적 진실발견과 소송경제의 관점에서 증거능력을 부여하는 규정이 바로 제314조이며, 이는 제312조 또는 제313조의 보충규정에 해당한다. 제314는 증거능력 인정 요건으로 필요성과 특신 상태를 기초한다는 점에서 미국 연방증거법 제804조와 유사하다(권오걸(2016), "한국형사소송법과 미국 연방증거법상 전문법칙 비교연구", 「법학연구」 제24권 제1호, 경상대학교 법학연구소, 142쪽).

275) 前 소송절차에는 동일한 소송의 예비심리 절차(preliminary hearing)나 deposition 절차에서의 증언도 포함되고 전혀 별개의 소송도 포함된다. 물론 이 경우에도 반대신문이나 이와 유사한 기회가 부여되어야 함을 물론이다(한웅재(2007), 위의 논문, 140쪽).

276) 연방증거법 제804조(b)(1)의 내용은 다음과 같다.
(1) Former Testimony. Testimony that:
(A) was given as a witness at a trial, hearing, or lawful deposition, whether given during

원진술자의 증언이 불가능하고, 원진술이 소송절차(proceeding)나 deposition 절차에서 이루어진 것으로 반대당사자가 반대신문이나 다른 방법으로 신문할 기회 및 신문할 동기를 갖고 있었다면 원진술은 전문법칙의 예외로서 증거능력이 부여된다"[277]는 것이다. 위와 같은 경우 "전문법칙의 예외로서 증거능력을 인정하는 근거는 신뢰성(reliability)이 전 소송절차에서의 반대신문에 의하여 담보되었기 때문"[278]이라고 한다.

세 번째는 임종시의 진술(Statement under belief of impending death)이 규정되어 있다.[279] 원진술자의 증언이 불가능하고, 원진술자가 자신의 죽음이 확실하거나 임박하였다고 믿은 상태에서 원진술자의 죽음의 원인 및 정황에 관한 진술은 전문법칙의 예외로서 증거능력이 인정된다.[280] 다만 이러한 진술은 민사소송이나 살인사건에만 전문법칙의 예외로 인정되고 다른 형사소송에서는 전문법칙의 예외로 인정되지 않는다. 임종시의 진술에 증거능력을 부여하는 이유는 어떤 사람도 죽음에 임박하여서까지 거짓말을 하려고 하지는 않는다는 것에 있다.

네 번째는 이익에 반하는 진술(Statement against interest)이 있다.[281] 원진술자가 자신의 금전적, 경제적, 형사상 이익에 반하는 진술을 하고, 상식적인 사람이라면 진실이라고 믿지 않는 이상 원진술자가 한 진술을 할 수 없는 경우, 원진술자의 진술은

---

the current proceeding or a different one; and
(B) is now offered against a party who had — or, in a civil case, whose predecessor in interest had — an opportunity and similar motive to develop it by direct, cross-, or redirect examination.

277) 정웅석/김희균/오경식(2015), 앞의 보고서, 40쪽.

278) 정웅석/김희균/오경식(2015), 위의 보고서, 40쪽.

279) 연방증거법 제804조(b)(2)의 내용은 다음과 같다.
(2) Statement Under the Belief of Imminent Death. In a prosecution for homicide or in a civil case, a statement that the declarant, while believing the declarant's death to be imminent, made about its cause or circumstances.

280) 원진술자가 자신의 죽음이 임박하였다고 믿는 상태에서 진술하는 것으로 족하며 반드시 원진술자가 사망할 필요는 없다. 다만, 진술 당시에는 원진술자가 자신의 죽음이 임박하였다고 믿고 있는 상태이어야 하고, 현재 소송에서 원진술자가 어떠한 이유에서든 증언이 불가능하여야 함은 물론이다(한웅재(2007), 앞의 논문, 142쪽).

281) 연방증거법 제804조(b)(3)의 내용은 다음과 같다.
(3) Statement Against Interest. A statement that:
(A) a reasonable person in the declarant's position would have made only if the person believed it to be true because, when made, it was so contrary to the declarant's proprietary or pecuniary interest or had so great a tendency to invalidate the declarant's claim against someone else or to expose the declarant to civil or criminal liability; and
(B) is supported by corroborating circumstances that clearly indicate its trustworthiness, if it is offered in a criminal case as one that tends to expose the declarant to criminal liability.

본 조항에 의하여 증거능력이 부여된다. 이익에 반하는 진술에 증거능력을 부여한 이유는 누구를 막론하고 자신에게 불리한 진술을 하는 것은 쉽지 않다는 데 있다.

마지막 다섯 번째로는 범행으로 인한 불이익(forfeiture by wrongdoing)이 규정되어 있다.[282] "고의적으로 원진술자가 증언하지 못하도록 하거나 혹은 이러한 범행에 연관되어 있거나 그 범행을 묵인한 당사자는 자신에게 불리한 원진술자의 법정외 진술에 대하여 전문법칙을 이유로 그 증거능력이 없음을 주장할 수 없다"[283]고 하는 것이다.

3) 연방증거법 제807조

연방증거법 제803조와 제804조에 의하여 인정되지 않은 전문진술은 신용성이 동등하게 정황적으로 보장되는 경우에는 증거능력이 있다. 증거능력 인정 요건은 ① 진술이 중요사실에 대하여 제출된 것이어야 하고, ② 그 진술은 증거제출자의 합리적인 노력을 통해 취득할 수 있는 다른 증거보다 높은 증명력이 있어야 하며, ③ 그러한 진술에 증거능력을 부여하는 것이 연방증거법의 일반적인 목적 및 정의의 이익에 합당한 것이고, ④ 원진술을 증거로 제출한 당사자는 반대 당사자로 하여금 충분히 대비할 수 있도록 원진술자의 이름과 주소를 포함하여 원진술을 증거로 제출하는 이유 등을 미리 알려주어야 하는 것에 있다.

나. 외국에서 수집된 증거의 증거능력 판단 기준

미국은 조서작성의 주체를 구분하지 않고 아래 표와 같이 "전문증거"에 대해 원진술자가 출석가능한지 여부에 따라 예외 요건을 구분하여 규정하고 있다. 또한 미국 전문법칙 예외는 원진술자의 진술과 상관없이 "신용성이 동등하게 정황적으로 보장된" 것을 조건으로 포괄적으로 증거능력을 인정하는 규정을 마련해 놓기도 하였다.

---

282) 연방증거법 제804조(b)(6)의 내용은 다음과 같다.
(6) Statement Offered Against a Party That Wrongfully Caused the Declarant's Unavailability. A statement offered against a party that wrongfully caused — or acquiesced in wrongfully causing — the declarant's unavailability as a witness, and did so intending that result.

283) 정웅석/김희균/오경식(2015), 앞의 보고서, 116쪽.

〈표 4-3〉 미국 전문법칙 예외인정의 범위[284]

구별	미국 연방증거법	한국 형사소송법
개별적 예외	제803조 (원진술자의 출석가능성과 관계없는 예외 : 필요성+ 신용성)[285]	법관 작성 조서(제311조 : 신용성)
		검사 작성 피의자신문조서(제312조 제1항 : 적법절차+진정성립+특신상태)
		사법경찰관 작성 피의자신문조서(제312조 제3항 : 적법절차 + 내용인정 + 특신상태)
		수사기관 작성 검증조서 등(제312조 제4항-제6항 : 적법절차+진정성립+반대신문기회)
		사인작성의 진술서 등(제313조 : 진정성립 + 특신상태)
		당연히 증거능력 있는 서류(제315조 : 신용성)
		피고인의 진술(제316조 제1항 : 특신상태)
		피고인 아닌 자의 진술(제316조 제2항 : 필요성+ 특신상태)
	제804조(원진술자의 법정 증언 불가능으로 인한 예외)	증언불능사유로 인한 예외(제314조)
재 전문증거	제805조	규정 없음
포괄적 예외	제807조	규정 없음

4. 소결

미국의 경우에는 형사사법공조를 담당하는 법무부 이외의 별도의 기관, 즉 국제업무실(Office of International Affairs: OIA)이 존재한다는 특징이 있었다. 공식적이든 비공식적이든 미국은 이 기관을 통해서 외국과의 형사사법공조 절차가 진행된다. 또한 국제공조와 관련된 사항은 별도의 설명서(US Attorneys' Manual: USAM)에서 규율하고 있으며, 구체적인 사항과 관련하여서는 범죄 자료 설명서(Criminal Resource Manual(CRM))에서 상세하게 다루고 있다. 즉 정식수단을 통한 공조요청 방법으로 증거조사 의뢰장(Letters rogatory), 조약(MLAT), 행정협정과 양해각서로, 세 가지의 공조요청을 설명하면서, 비공식적 수단을 통한 공조요청 방법과 소환장을 통한 공조요청 방법에 대해서도 공조절차 및 증거수집 방안에 대해 상세하게 다루고 있다.

그러나 미국은 위와 같이 형사사법공조와 관련한 별도의 기관과 매뉴얼을 가지고 있음에도 불구하고, 정작 외국에서 수집된 증거의 증거능력과 관련하여서는 우리나라

284) 권오걸(2016), 앞의 논문, 140쪽.
285) FRE Rule 803은 증인의 증언불능 여부와 무관한 전문법칙 예외 23가지에 대해 규정하고 있다.

와 마찬가지로 국내에서 수집된 증거와 동일한 법률을 적용하고 있다. 따라서 공조절차를 통해 수집된 증거가 전문증거의 형태라면, 연방증거법상의 전문법칙 예외 인정 규정에 따라 증거능력 여부가 판단되고 있음을 알 수 있다.

제5장

외국에서 수집된 증거의 증거능력 판단에 관한 법적·제도적 문제점과 개선방안

김성룡·안성훈·김민이

제5장

외국에서 수집된 증거의 증거능력 판단에 관한 법적·제도적 문제점과 개선방안

외국에서 수집된 증거(보다 정확히는 외국과 관련성이 있는 증거, 즉 외국에서 외국 수사기관 등 국가기관이 수집한 증거, 외국에서 국내 수사기관이 수집한 증거, 외국에서 외국 사인이 수집한 증거, 외국에서 국내인이 수집한 증거 등)가 문제되는 경우 해당 증거를 국내의 형사절차에서 사용하기 위한 핵심 쟁점은 공조요청국과 피공조요청국의 법률 중 어느 법률이 그 판단 기준이 될 것인가 하는 것이다. 특히 대부분의 경우 증거형태가 전문증거, 즉 조서 및 서류인 경우가 많아 현행 우리나라 『형사소송법』 등 관련 법령에 따른 엄격한 증거능력 인정요건을 갖추지 못하는 경우가 많다는 것이 현실적인 문제로 등장하게 된다. 따라서 아래에서는 지금까지 검토를 통해 획득한 다양한 측면의 인식을 기초로 현행 『형사소송법』상 증거능력과 관련된 규정 및 『국제형사사법공조법』, 『범죄인인도법』 등 국제형사사법공조와 관련된 법률의 입법발의현황을 분석하고, 이를 토대로, 외국에서 수집된 증거의 증거능력에 대한 법적·제도적 개선방안을 제안해 보고자 한다.

제1절 제19대 국회 부터 현재까지 국제범죄수사 관련 법률안의 현황 및 분석

형사사법공조에 관한 국내법은 『형사소송법』, 『국제형사사법공조법』, 『범죄인인도법』 등 별개의 법률 형태로 제정되어 있다. 『국제형사사법공조법』과 『범죄인인도법』에서는 제19대 국회부터 현재까지 외국에서 수집된 증거의 증거능력과 관련된 개정법률안이 제안된 적이 없다.[286] 다만 국제공조 과정에서 수집된 증거의 증거능력과 관련된 『형사소송법』상의 관련 규정에 대한 개정법률안이 다음과 같이 제안된 바 있다.

1. 형사소송법 일부개정법률안(제2002402호, 2016년)의 주요내용

금태섭 의원이 2016년 9월 22일 대표 발의(금태섭의원 등 12인)한 형사소송법 일부개정법률안에 대한 검토보고서의 주요 내용은 다음과 같다.

가. 피의자 또는 참고인 진술의 녹음 의무화

개정안은 수사기관이 피의자 또는 참고인을 조사하는 경우 미리 녹음사실을 알려준 후 조사의 개시부터 종료까지의 전 과정을 녹음하도록 하고, 검사, 피고인, 변호인은 비용을 부담하고 피의자 진술 녹음물의 녹취록 작성을 신청할 수 있도록 하며, 이 경우 법원은 특별한 사유가 없는 한 신청 받은 날로부터 1주일 이내에 녹취록 작성을 완료하도록 하는 것을 내용으로 한다(안 제221조 제4항, 제244조의6 및 제266조의17 신설).

〈표 5-1〉 피의자 또는 참고인 진술의 녹음 의무화에 대한 개정안

현 행	개 정 안
제221조(제3자의 출석요구 등) ① ~ ③ (생 략) 〈신 설〉	**제221조(제3자의 출석요구 등)** ① ~ ③ (현행과 같음) ④ 제244조의6은 제1항에 따라 검사 또는 사법경찰관이 피의자가 아닌 자의 출석을 요구하여 진술을 듣는 경우에 준용한다.
〈신 설〉	**제244조의6(피의자진술의 녹음)** ① 피의자의 진술은 녹음하여야 한다. 이 경우 미리 녹음사실을 알려주어야 하며, 조사의 개시부터 종료까지의 전 과정을 녹음하여야 한다. ② 제1항에 따른 녹음이 완료된 때에는 피의자 또는 변호인 앞에서 지체 없이 그 원본을 봉인하고 피의자로 하여금 기명날인 또는 서명하게 하여야 한다. ③ 제2항의 경우에 피의자 또는 변호인의 요구가 있는 때에는 녹음물을 재생하여 청취하도록 하여야 한다.

286) 『국제형사사법공조법』은 제19대부터 현재까지 단 1건의 법률안도 제안된 적이 없고, 『범죄인인도법』은 2015년 8월 6일 김광진의원 등 10인이 발의한 법률안(제1916335호)이 있다. 그러나 이 법률안은 "검사가 인도심사를 청구할 때 범죄인에게 청구서의 부본을 송부하는" 규정을 "지체없이" 송부하는 것으로 개정하는 안이다. 또한 범죄인의 소재가 분명하지 않은 경우 서울고등검찰청 게시판에 7일간 게시하여 공고하는 내용의 규정신설을 제안하고 있다. 즉 국제범죄수사를 통해 수집된 증거의 증거능력과는 무관한 개정법률안으로 본문에서 소개하지 않는다.

현 행	개 정 안
	이 경우 그 내용에 대하여 이의를 진술하는 때에는 그 취지를 기재한 서면을 첨부하여야 한다. ④ 피의자 또는 변호인은 비용을 부담하고 제1항에 따른 녹음물의 사본을 청구할 수 있다.
〈신 설〉	**제266조의17(녹취록 작성)** ① 검사, 피고인, 변호인은 비용을 부담하고 제244조의6제1항에 따른 녹음물의 녹취록 작성 신청을 할 수 있다. 이 경우 법원은 특별한 사유가 없는 한 신청 받은 날로부터 1주일 이내에 녹취록 작성을 완료하여야 한다. ② 제1항에 따른 녹취록은 소송기록에 첨부한다.

이 개정안은 피의자신문조서 등을 작성할 때 녹음사실을 피의자 등에게 고지한 후 녹음기를 활용해 조사내용을 녹음하도록 의무화함으로써 수사과정의 투명성과 공정성을 확보하고 참고인 및 피의자의 방어권을 보장하려는 것에 취지가 있다.

그러나 이 개정안에 대한 검토보고서에서도 지적하고 있듯이 강압수사나 가혹행위 등으로 인한 피의자의 인권침해를 방지하고 수사절차의 적법성을 담보한다는 측면에서는 현행법[287]상 이미 도입되어 있는 영상녹화제도[288]가 더 효과적이라고 볼 수 있으므로, 새로운 제도의 도입보다는 영상녹화를 의무화하는 등 현행 영상녹화제도를 활성화하는 방안에 대한 논의가 먼저 이루어질 필요가 있다고 하겠다.[289]

---

287) **『형사소송법』 제221조(제3자의 출석요구 등)** ① 검사 또는 사법경찰관은 수사에 필요한 때에는 피의자가 아닌 자의 출석을 요구하여 진술을 들을 수 있다. 이 경우 그의 동의를 받아 영상녹화할 수 있다.
제244조의2(피의자진술의 영상녹화) ① 피의자의 진술은 영상녹화 할 수 있다. 이 경우 미리 영상녹화사실을 알려주어야 하며, 조사의 개시부터 종료까지의 전 과정 및 객관적 정황을 영상녹화 하여야 한다.
② 제1항에 따른 영상녹화가 완료된 때에는 피의자 또는 변호인 앞에서 지체 없이 그 원본을 봉인하고 피의자로 하여금 기명날인 또는 서명하게 하여야 한다.
③ 제2항의 경우에 피의자 또는 변호인의 요구가 있는 때에는 영상녹화물을 재생하여 시청하게 하여야 한다. 이 경우 그 내용에 대하여 이의를 진술하는 때에는 그 취지를 기재한 서면을 첨부하여야 한다.

288) 2004년 이후 약 267억원을 투입하여 858개의 영상녹화조사실이 전국 검찰청(법무연수원 포함)에 설치되어 있으며, 2017년에는 83개의 영상녹화조사실을 추가 구축할 계획이다. 2015년 전체 조사건수(23만 9,228건) 대비 영상녹화 조사건수(3만 9,632건) 비율은 16.6%이다.

289) 금태섭의원 대표발의 제2002402호(2016), 법제사법위원회 검토보고서, 6쪽.

나. 검사 작성의 피의자신문조서의 증거능력 인정요건 강화

다음으로 개정안의 내용은 '검사' 작성의 피의자신문조서도 검사 이외의 수사기관 작성의 피의자신문조서와 같이 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 공판준비 또는 공판기일에 그 피의자였던 피고인 또는 변호인이 그 내용을 인정할 때에 한하여 증거로 할 수 있도록 함으로써 전문법칙의 예외로서 증거능력 인정의 요건을 강화하고 있다(안 제312조).[290]

〈표 5-2〉 검사 작성의 피의자신문조서의 증거능력 인정요건 강화에 대한 개정안

현 행	개 정 안
제312조(검사 또는 사법경찰관의 조서 등) ① 검사가 피고인이 된 피의자의 진술을 기재한 조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 피고인이 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음이 공판준비 또는 공판기일에서의 피고인의 진술에 의하여 인정되고, 그 조서에 기재된 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한하여 증거로 할 수 있다.	**제312조(검사 또는 사법경찰관의 조서 등)** 〈삭 제〉
② 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.	〈삭 제〉
③ 검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 공판준비 또는 공판기일에 그 피의자였던 피고인 또는 변호인이 그 내용을 인정할 때에 한하여 증거	③ 작성한 ---------- ---------- ----------

290) 현행 『형사소송법』에서는 '검사' 작성의 피의자신문조서와 '검사 이외의 수사기관' 작성의 피의자신문조서의 증거능력 인정요건을 달리 규정하고 있는데, '검사' 작성의 피의자신문조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 피고인이 그 조서의 성립의 진정을 인정하거나 영상녹화물이나 그 밖의 객관적인 방법에 의하여 성립의 진정이 증명되고, 그 조서에 기재된 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태에서 행하여졌음이 증명된 때에 증거능력이 인정되고, '검사 이외의 수사기관' 작성의 피의자신문조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 공판준비 또는 공판기일에 그 피의자였던 피고인 또는 변호인이 그 내용을 인정할 때에 증거능력이 인정되도록 하고 있다. 이와 같이 '검사' 작성의 피의자신문조서는 성립의 진정과 특히 신빙할 수 있는 상태가 증명된 경우 증거능력이 인정되는 반면, '검사 이외의 수사기관' 작성의 피의자신문조서는 피고인이 그 내용까지 인정하여야 증거능력이 인정되도록 하고 있어, '검사' 작성의 피의자신문조서는 그 증거능력 인정요건이 '검사 이외의 수사기관' 작성의 피의자신문조서 보다 완화되어 있다.

현 행	개 정 안
로 할 수 있다.	----------.
④ (생 략)	④ (현행과 같음)
⑤ 제1항부터 제4항까지의 규정은 피고인 또는 피고인이 아닌 자가 수사과정에서 작성한 진술서에 관하여 준용한다.	⑤ 제3항 및 제4항의 ----------.
⑥ (생 략)	⑥ (현행과 같음)

개정안의 검토보고서에서는 이와 같이 증거능력 인정요건이 완화되어 있는 '검사' 작성의 피의자신문조서도 '검사 이외의 수사기관' 작성의 피의자신문조서와 같이 공판준비 또는 공판기일에 피고인이 그 내용까지 인정하여야 증거능력이 인정되도록 요건을 강화함으로써 실질적인 공판중심주의를 구현하려는 것에 목적이 있다고 하였다.[291] 이에 대한 근거로서 검토보고서에서는 아래 판례[292]를 인용하면서, '검사' 작성 피의자신문조서의 증거능력 인정요건이 완화될 필요가 있다는 의미로 해석하기는 어렵다고 하였다.[293]

판례는 '검사' 작성의 피의자신문조서 보다 '검사 이외의 수사기관' 작성의 피의자신문조서에 엄격한 요건을 둔 취지는 검사 이외의 수사기관의 피의자신문 시 '개인의 기본적 인권보장의 결여를 방지'하려는 입법정책적 고려라고 판시하였다.

따라서 이 개정법률안에 대한 검토보고서는 검사에게 객관의무가 인정된다고 하여 검사에게 피의자의 이익을 충분히 보장할 것을 기대하기 어렵다는 점, 수사기관이 작성한 피의자신문조서에 대한 신용성의 보장은 현저히 약하며 이는 피의자신문조서의 작성 주체에 따라 다르지 않다는 점, 피의자신문조서의 작성 주체에 따라 증거능력 인정요건을 달리 규정하고 있는 현행법은 외국 법제에서도 찾기 어려운 유일한 입법례인 점[294] 등을 감안해 볼 때, '검사' 작성의 피의자신문조서도 '검사 이외의 수사기

291) 금태섭의원 대표발의 제2002402호(2016), 법제사법위원회 검토보고서, 9쪽.

292) 대법원 1982. 9. 14. 82도1479("증거능력의 부여에 있어서 검사이외의 수사기관작성의 피의자신문조서에 엄격한 요건을 요구한 취지는 그 신문에 있어서 있을지도 모르는 개인의 기본적 인권보장의 결여를 방지하려는 입법정책적 고려라고 할 것이다").

293) 금태섭의원 대표발의 제2002402호(2016), 법제사법위원회 검토보고서, 10쪽.

294) 외국 사례(국회입법조사처 회답자료)를 살펴보면, ① 미국의 경우 수사기관이 피의자를 신문할 때 조서를 작성할 의무가 없고 피의자신문조서의 증거능력에 관한 규정이 별도로 마련되어 있지 않다. 다만, 사법경찰관 또는 검사에 의해 작성된 보고서 또는 메모에 피의자 진술이 담겨

관' 작성의 피의자신문조서와 같이 공판준비 또는 공판기일에 피고인이 그 내용까지 인정하여야 증거능력이 인정되도록 요건을 강화하는 개정안은 반대신문권이 보장되지 않은 조서재판의 폐해를 극복하고 실질적인 공판중심주의를 구현하는 데에 기여하는 바가 클 것으로 판단된다고 하였다.[295]

다. 국제형사사법공조 측면에서의 개정법률안 검토

금태섭의원이 대표 발의한 개정법률안은 국제형사사법공조 측면에서는 다소 퇴보적인 개정법률안이다. 피의자 또는 참고인 진술의 녹음 의무화는 이미 『형사소송법』에 도입되어 있는 영상녹화제도가 포괄할 수 있는 영역으로서 검토보고서 의견과 같이 새로운 제도의 도입보다는 현 제도의 활성화 방안에 대한 논의가 더 중요해 보인다. 다음으로 검사 작성의 피의자신문조서의 증거능력 요건 강화 방안은 이 연구의 개선방안과 배치되는 개정안이다. 특히 국제범죄의 증가로 인해 형사사법공조를 통한 수사에 대한 의존도가 높아지고, 국가마다 상이한 형사절차와 법규를 가지고 있다는 점에서, 예를 들어 우리나라의 증거능력 인정규정이 상대적으로 엄격하다면 이를 합리적인 범위 내에서 완화하는 대신, 유죄의 증거로서 사용할 수 있을 것인지의 판단은 증명력에서 보다 신중하게 다루는 방향이 국제화시대에 적절한 입법방향이라고 해야 할 것이기 때문이다.[296]

있는 경우 피의자신문조서와 유사하다고 볼 수 있으나, 작성 주체가 사법경찰관인지 검사인지에 따라 증거능력 인정요건이 다르지 않고 증거능력은 전문법칙(예외)에 의해서 결정된다. ② 독일은 피고인 또는 증인을 공판정 내에서 직접 신문해야 하고 공판정 외에서 신문한 내용이 담겨진 조서나 기타 서면을 낭독하는 것으로 직접신문을 대체하는 것은 원칙적으로 허용되지 않는 공판 '직접주의'를 규정하고 있다. 다만 사법경찰관 또는 검사가 작성한 피의자신문조서의 경우 검사·변호인·피고인의 동의, 원진술자의 사망 등으로 인한 법정에서의 신문 불가능 등 일정한 요건 하에서 조서를 낭독하는 것으로 구두신문을 대체할 수 있고 원진술자 및 신문관련자의 증언으로 조서의 내용이 증거능력을 갖게 된다. 이 때 조서의 작성 주체가 사법경찰관인지 검사인지에 따라 증거능력 인정요건이 다르지 않다. ③ 프랑스는 피의자신문조서의 작성자가 직접 보고 듣거나 확인한 사항을 법률상 양식에 따라 직무 수행 중에 작성한 경우 증거능력을 갖게 되고, 경죄를 인지하는 조서 및 보고서는 참고자료로서 증거능력이 없다. 이 때 조서의 작성 주체에 따라 증거능력 인정요건이 다르지 않다. ④ 일본은 조서에 피고인의 서명 또는 날인이 있는 경우에 진술자에게 불이익한 진술을 내용으로 하거나 특신정황 하에서 조서가 작성될 때에 증거능력이 있으며, 이 때 조서의 작성 주체가 사법경찰관인지 검사인지에 따라 증거능력 인정요건이 다르지 않다.

295) 금태섭의원 대표발의 제2002402호(2016), 법제사법위원회 검토보고서, 11쪽.

296) 이 법률안에 대한 검토보고서에서는 "검사 작성의 피의자신문조서의 증거능력 인정요건 강화"는 사법경찰관과 같이 검사 작성 피의자신문조서에서도 인정되지 않는 반대신문권 요건의 부재로

2. 형사소송법 일부개정법률안(제1915159호, 2015년)의 주요 내용

2015년 5월 15일 김진태의원이 대표 발의(김진태의원 등 10인)한 제1915159호 형사소송법 일부개정법률안은 2015년 11월 검토보고서가 제출된 이후, 대안반영 폐기된 상태이다.

가. 정보저장매체에 저장된 정보의 증거능력 관련

개정안은 컴퓨터용 디스크 등 정보저장매체에 저장된 정보에 대하여 원진술자에 의한 진정성립 인정 외에 디지털포렌식 조사관 증언 등 제3자의 진술 또는 그 밖의 객관적 방법으로도 증거능력 부여가 가능하도록 하려는데 있다(안 제313조의2 신설).

〈표 5-3〉 정보저장매체에 저장된 정보의 증거능력 관련 개정안

현 행	개 정 안
〈신 설〉	**제313조의2(특수저장매체의 진술)** ① 제311조 및 제312조의 규정 이외에 피고인 또는 피고인 아닌 자가 작성하였거나 진술한 내용이 포함된 문자·사진·영상 등 정보로서 컴퓨터용디스크 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체에 저장된 것은 공판준비나 공판기일에서의 그 작성자 또는 진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명된 때에는 증거로 할 수 있다. 다만, 그 작성자 또는 진술자가 그 정보의 성립의 진정을 부인하는 경우에는 디지털포렌식 조사관 증언 등 제3자의 진술 또는 그 밖의 객관적 방법으로 성립의 진정함이 증명되는 때에는 증거로 할 수 있다. ② 제1항의 정보로서 피고인이 진술한 내용이 포함된 것은 공판준비 또는 공판기일에서 그 작성자 또는 디지털포렌식 조사관 증언 등 제3자 진술 그 밖의 객관적 방법에 의하여 그 성립의 진정함이 증명되고 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태에서 행하여 진 때에는 피고인의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 불구하고 증거로 할 수 있다.

인한 조서재판의 폐해를 극복하기 위해서 필요한 개정안이라고 하였다(금태섭의원 대표발의 제2002402호(2016), 법제사법위원회 검토보고서, 11쪽).

최근 전기통신기술의 비약적인 발전에 따라 컴퓨터 등 각종 정보저장매체를 이용한 정보저장이 일상화되었고, 범죄행위에 사용된 증거들도 종이문서가 아닌 전자적 정보의 형태로 디지털화되어 있는 경우가 많다. 그러나 현행『형사소송법』은 서류로 된 증거를 전제로 증거능력을 규정하고 있고, 정보저장매체에 저장된 디지털 증거의 증거능력에 대하여는 구체적인 규정을 마련하고 있지 않다.[297]

대법원 판례는 전문증거인 사인이 작성한 디지털 증거를 제313조 제1항[298]이 적용되는 진술증거로 보면서 그 증거의 증거능력이 인정되기 위해서는 그 작성자 또는 진술자가 공판정에서 성립의 진정을 인정하여야 하고, 작성자 또는 진술자 본인이 성립의 진정을 부인하는 경우에는 작성자 또는 진술자의 진술 외에 다른 증거를 종합하여 성립의 진정을 증명하는 것은 허용하지 않고 있다.[299] 이러한 판례의 태도는 적법하게 확보한 증거로서 객관적 방법에 의하여 진정성립이 증명되는 전문증거인 디지털 증거라고 하더라도 작성자 또는 진술자가 법정에서 진정성립을 인정하지 않으면 증거로 사용할 수 없게 된다는 문제점이 있다.[300]

과학수사기법의 발달로 작성자 또는 진술자의 진정성립 인정이 없더라도 아이디와 비밀번호의 소유자, 로그기록, IP 주소, 초안 문서의 존재, 작성자만의 고유한 암호 사용, 전자서명 유무 등을 통해 객관적 방법으로 진정성립을 확인할 수 있다는 점, 피고인 또는 증인의 진술이 객관적으로 존재함이 입증될 수 있다면 최대한 공판에서

---

297) 외국 입법례를 살펴보면, 미국의 경우 디지털 자료 자체로 작성자·사용자의 확인이 불가능하더라도 컴퓨터 압수 장소 및 경위, 작성·사용 목격자의 증언 기타 간접 자료들을 종합하여 작성자·사용자의 확인이 가능하고, 독일에서는 중대한 절차법적 하자나 흠결이 인정되는 경우 외에는 전문진술도 증거로 사용할 수 있다. 또한, 프랑스의 경우 원칙적으로 증거자유의 원칙을 채택하고 있어 모든 증거를 유죄입증의 증거로 사용할 수 있고, 일본의 경우 오로지 원진술자의 진술에 따라 진술서 등의 증거능력 여하가 결정되는 방식으로 규정하고 있지 않으며, 피고인 작성 문건은 "피고인에게 불이익한 사실"이 기재된 내용이거나 "특히 신용할만한 정황 하에 행하여진 것인 때" 증거능력을 인정하고 있다(김진태의원 대표발의 제1915159호(2015), 법제사법위원회 검토보고서, 5쪽).

298) **제313조(진술서등)** ① 전2조의 규정 이외에 피고인 또는 피고인이 아닌 자가 작성한 진술서나 그 진술을 기재한 서류로서 그 작성자 또는 진술자의 자필이거나 그 서명 또는 날인이 있는 것은 공판준비나 공판기일에서의 그 작성자 또는 진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명된 때에는 증거로 할 수 있다. 단, 피고인의 진술을 기재한 서류는 공판준비 또는 공판기일에서의 그 작성자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명되고 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여 진 때에 한하여 피고인의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 불구하고 증거로 할 수 있다.

299) 대법원 2007. 12. 13. 선고 2007도7257 판결; 2013. 7. 26. 선고 2013도2511 판결; 2015. 2. 9. 선고 2014노2820 판결 등.

300) 김진태의원 대표발의 제1915159호(2015), 법제사법위원회 검토보고서, 6쪽.

증거로 현출될 수 있도록 하여 증명력의 문제로 해결하는 것이 실체적 진실 발견 및 피해자 보호의 관점에서 더 바람직하다는 점 등을 고려하면, 디지털 증거의 특성에 맞는 증거능력 인정에 관한 특칙을 마련하려는 개정안의 입법취지는 타당하다. 다만 피고인이 아닌 자가 작성하였거나 진술한 내용이 포함된 경우에는 피고인 또는 변호인의 원진술자에 대한 반대신문권 보장을 증거능력 인정 요건으로 추가하는 방안[301]을 검토할 필요가 있다.[302]

나. 영상녹화물의 증거능력 관련

개정안은 수사기관이 피고인이 된 피의자의 진술 또는 피고인이 아닌 자의 진술을 기록한 영상녹화물에 대하여 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 피고인이 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음이 인정되고, 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 진술되었음이 증명된 때 등 일정한 요건이 충족된 경우 증거능력을 인정하고, 영상녹화물을 증거조사할 때 영상녹화물을 재생하는 방법으로 조사하되, 피고인이 다투지 아니하는 부분에 대해서는 영상녹화물 녹취서의 내용을 고지하는 방법으로 조사할 수 있도록 하려는 것을 내용으로 한다(안 제292조의3, 제312조, 제314조 및 제318조의2).[303]

〈표 5-4〉 영상녹화물의 증거능력 관련 개정안

현 행	개 정 안
〈신 설〉	**제292조의3(영상녹화물에 대한 조사방식)** ① 검사가 피고인이 된 피의자의 진술 또는 피고인이 아닌 자의 진술을 기록한 영상녹화물을 증거로 신청하는 때에는 영상녹화물의 내용을 녹취한 녹취서(이하 이 조에서 "영상녹화물 녹취서"라 한다)를 함께 제출하여야 한다.

301) **제312조(검사 또는 사법경찰관의 조서 등)** ④ 검사 또는 사법경찰관이 피고인이 아닌 자의 진술을 기재한 조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 그 조서가 검사 또는 사법경찰관 앞에서 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음이 원진술자의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술이나 영상녹화물 또는 그 밖의 객관적인 방법에 의하여 증명되고, 피고인 또는 변호인이 공판준비 또는 공판기일에 그 기재 내용에 관하여 원진술자를 신문할 수 있었던 때에는 증거로 할 수 있다. 다만, 그 조서에 기재된 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한한다.

302) 김진태의원 대표발의 제1915159호(2015), 법제사법위원회 검토보고서, 6-7쪽.

303) 김진태의원 대표발의 제1915159호(2015), 법제사법위원회 검토보고서, 8쪽.

현 행	개 정 안
	② 법원은 제1항의 신청에 따라 영상녹화물을 조사하는 때에는 영상녹화물을 재생하는 방법으로 조사하여야 한다. 다만, 피고인이 다투지 아니하는 부분에 대해서는 영상녹화물 녹취서의 내용을 고지하는 방법으로 조사할 수 있다.
	③ 그 밖에 영상녹화물의 조사에 관하여 필요한 사항은 대법원규칙으로 정한다.
제292조의3 (생 략)	제292조의4 (현행 제293조의3과 같음)
제312조(검사 또는 사법경찰관의 조서 등) ① 검사가 피고인이 된 피의자의 진술을 기재한 조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 피고인이 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음이 공판준비 또는 공판기일에서의 피고인의 진술에 의하여 인정되고, 그 조서에 기재된 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한하여 증거로 할 수 있다.	**제312조(검사 또는 사법경찰관의 조서 등)** ① _____ 기재한 조서나 기록한 영상녹화물은_____ _____ _____기재되거나 기록되어 _____ _____조서에 기재되거나 영상녹화물에 기록된_____.
② 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 상태하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한하여 증거로 할 수 있다.	② _____조서나 영상녹화물의_____ 기재되거나 영상녹화물에 기록된_____ 기재되거나 기록되어 있음이 제3자의 진술, 감정 또는 그 밖의 객관적 방법에 의하여 증명되고, 그 조서나 영상녹화물에 기재되거나 기록된_____ _____.
③ 검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 공판준비 또는 공판기일에 그 피의자였던 피고인 또는 변호인이 그 내용을 인정할 때에 한하여 증거로 할 수 있다.	③ _____피의자신문조서나 영상녹화물은_____ _____ _____ _____.
④ 검사 또는 사법경찰관이 피고인이 아닌 자의 진술을 기재한 조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 그 조서가 검사 또는 사법경찰관 앞에서 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음이 원진술자의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술이나 영상녹화물 또는 그 밖의 객관적인 방법에 의하여 증명되고, 피고인 또는 변호인이 공판준비 또는 공판기일에 그 기재 내용에 관하여 원진술자를 신문할 수 있었던 때에는 증거로 할 수 있다. 다만, 그 조서에 기재된 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한한다.	④ _____ _____기재한 조서나 기록한 영상녹화물은 _____조서나 영상녹화물이 _____ 기재되거나 기록되어 _____ 제3자의 진술, 감정 _____ 기재 또는 기록된 내용 _____ _____. _____조서나 영상녹화물에 기재되거나 기록된_____ _____ _____.
⑤·⑥ (생 략)	⑤·⑥ (현행과 같음)
제314조(증거능력에 대한 예외) 제312조 또는 제313조의 경우에 공판준비 또는 공판기일에 진술을 요하는 자가 사망·질병·외국거주·소재불명, 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때에는 그 조서 및 그 밖의 서류를 증거로 할 수 있다.	**제314조(증거능력에 대한 예외)** _____ _____ _____ _____조서, 영상녹화물 _____

현 행	개 정 안
다만, 그 진술 또는 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한한다.	_____ _____.
제318조의2(증명력을 다투기 위한 증거) ① 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.	**제318조의2(증명력을 다투기 위한 증거)** ① _____ _____ _____서류, 영상녹화물이나 _____ _____ _____ _____.
② 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 시청하게 할 수 있다.	〈삭 제〉

현행법은 수사기관이 피의자의 진술을 기록한 영상녹화물의 독립된 증거로서의 증거능력을 인정하지 아니하고, 검사가 작성한 피고인이 된 피의자의 진술을 기재한 조서나 참고인에 대한 진술조서의 성립의 진정을 인정하기 위한 보충적인 성립진정 인정 방법과 기억환기용 보조수단으로만 허용하고 있다.[304)305)306)]

304) 제312조 참조.

305) 참고로 『성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법』 등 일부 특별법에서는 피해자 등의 진술을 녹화한 영상녹화물의 증거능력을 인정하고 있다.
『성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법』 제30조(영상물의 촬영·보존 등) ① 성폭력범죄의 피해자가 19세 미만이거나 신체적인 또는 정신적인 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 경우에는 피해자의 진술 내용과 조사 과정을 비디오녹화기 등 영상물 녹화장치로 촬영·보존하여야 한다.
⑥ 제1항에 따라 촬영한 영상물에 수록된 피해자의 진술은 공판준비기일 또는 공판기일에 피해자나 조사 과정에 동석하였던 신뢰관계에 있는 사람 또는 진술조력인의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 경우에 증거로 할 수 있다.
『아동·청소년의 성보호에 관한 법률』 제26조(영상물의 촬영·보존 등) ① 아동·청소년대상 성범죄 피해자의 진술내용과 조사과정은 비디오녹화기 등 영상물 녹화장치로 촬영·보존하여야 한다.
⑥ 제1항부터 제4항까지의 절차에 따라 촬영한 영상물에 수록된 피해자의 진술은 공판준비기일 또는 공판기일에 피해자 또는 조사과정에 동석하였던 신뢰관계에 있는 자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 때에는 증거로 할 수 있다.
『특정범죄신고자 등 보호법』 제10조(영상물 촬영) ① 범죄신고자등에 대하여 「형사소송법」 제184조(증거보전의 청구와 그 절차) 또는 제221조의2(증인신문의 청구)에 따른 증인신문을 하는 경우 판사는 직권으로 또는 검사의 신청에 의하여 그 과정을 비디오테이프 등 영상물로 촬영할 것을 명할 수 있다.
③ 제1항에 따라 촬영한 영상물에 수록된 범죄신고자등의 진술은 이를 증거로 할 수 있다.

영상녹화물의 증거능력을 인정하는 것에 반대하는 견해는 ① 영상녹화물의 독립된 증거능력을 인정하게 될 경우 공판절차가 자칫 비디오재판으로 변질될 우려가 있으며, ② 수사단계에서 촬영한 영상녹화물의 상영에 의하여 법관의 심증이 좌우되어 공판중심주의가 형해화될 우려가 있고, 재판의 경험이 많지 않은 배심원들에게 있어 올바른 심증형성을 방해할 위험이 더욱 커지게 되며, ③ 수사기관에서의 피의자의 자백진술을 담은 영상녹화물은 수사기관에 매우 강력한 무기가 될 수 있으므로 이를 획득하기 위한 자백 위주의 수사관행이 더욱 심화되어 실체적 진실 발견 및 피의자의 인권보장에 역행할 우려가 있고, ④ 외국에서는 수사과정의 투명화를 통한 수사기관의 위법행위 억제를 위해 영상녹화제도가 도입되었고, 관련 논의도 수사과정 영상녹화의 의무화와 영상녹화 없이 얻어진 피의자 자백의 증거능력 배제의 입법화에 집중되어 있는바, 수사과정 영상녹화 의무화 등 수사기관에서의 피의자 인권보장에 관한 별다른 논의 없이 영상녹화물의 독립 증거능력을 부여하는 것인 신중한 접근이 필요하다는 점 등을 이유로 하고 있다.[307]

그러나 ① 피의자의 진술을 녹화촬영한 영상녹화물은 기록매체만 다를 뿐이지 공판정 외의 진술의 기록물이라는 점에서는 실질적으로 피의자신문조서와 다를 바 없으며, 진술 당시의 표정이나 진술경위 등 피의자의 진술을 생동감 있게 그대로 법정에 전달하기 때문에 조서의 단점을 보완할 수 있고, ② 적법한 절차와 방식에 따른 수사상의 진술이라면 최대한 증거능력을 인정하여 공판정에 현출시킨 후 증명력의 문제로 해결하는 것이 공판중심주의에 더 부합하고, 증거능력을 엄격하게 제한하는 경우 오히려 배심원의 사실판단권을 침해할 우려가 있으며, ③ 영상녹화물을 증거조사할 때 개정안과 같이 당사자간에 다툼이 있는 부분에 한하여 영상녹화물을 재생하게 되면 비디오재판의 우려는 불식시킬 수 있고, ④ 법관의 면전진술보다 사건의 발생으로부터 가까운 시점에 이루어진 진술로서 상대적으로 왜곡되지 않은 기억을 제공할 수

306) 외국 입법례를 살펴보면, 미국의 경우 피의자 또는 참고인(증인)의 신문이 녹음·녹화된 녹음·녹화물을 진술을 기재한 서면과 동일하게 증거로 사용할 수 있고, 영국도 증인의 진술이 기억이 생생한 때에 녹화되었고, 증인이 법정에서 녹화된 진술내용이 진실이라고 주장하는 등 일정한 요건을 갖춘 경우 영상녹화물의 증거사용을 인정하고 있다. 또한 호주의 경우 녹음·녹화되지 않은 자백은 오히려 증거로 사용할 수 없도록 하고, 영상녹화물을 법정에 제출하여 증거로 사용하고 있으며, 프랑스에서는 영상녹화물을 특별한 제한 없이 법정에 증거로 제출하여 사용하고 있다.

307) 김진태의원 대표발의 제1915159호(2015), 법제사법위원회 검토보고서, 13-14쪽.

있다는 점에서 실체적 진실발견에 기여할 수 있다는 점, ⑤ 영미법계 국가에서는 증거법상 다른 증거와 마찬가지로 전문법칙 등 일반 원칙에 따라 영상녹화물의 증거능력을 인정하고 있으며, 영상녹화물의 도입취지와 관련해서도 영국과 미국 모두 위법한 수사관행에 대한 반성과 회오에 따라 도입되었지만 그만큼 적법절차의 절대적 보장과 진술의 신빙성을 담보할 수 있기 때문에 증거능력이 인정되는 것인 점 등을 종합적으로 고려할 때 영상녹화물의 증거능력을 인정하는 것이 타당하다.[308]

다. 진술서 등의 진정성립 인정방법 확대

피고인 또는 피고인이 아닌 자가 작성한 진술서나 그 진술을 기재한 서류(이하 "진술서등"이라 한다)의 진정성립 인정 방법으로 현행은 공판준비나 공판기일에서의 작성자 또는 진술자의 진술만 인정하고 있으나, 개정안은 이외에 제3자의 진술, 감정 또는 그 밖의 객관적 방법도 추가적으로 인정하고자 한다(안 제313조 제1항).

〈표 5-5〉 진술서 등의 진정성립 인정방법 확대에 관한 개정안

현 행	개 정 안
제313조(진술서등) ① 前2條의 規定 以外에 被告人 또는 被告人이 아닌 者가 作成한 陳述書나 그 陳述을 記載한 書類로서 그 作成者 또는 陳述者의 自筆이거나 그 署名 또는 捺印이 있는 것은 公判準備나 公判期日에서의 그 作成者 또는 陳述者의 陳述에 依하여 그 成立의 眞正함이 證明된 때에는 證據로 할 수 있다. 但, 被告人의 陳述을 記載한 書類는 公判準備 또는 公判期日에서의 그 作成者의 陳述에 依하여 그 成立의 眞正함이 證明되고 그 陳述이 特히 信憑할 수 있는 狀態下에서 行하여 진 때에 限하여 被告人의 公判準備 또는 公判期日에서의 陳述에 不拘하고 證據로 할 수 있다. ② (생 략)	**제313조(진술서등)** ① _____ _____ _____ _____ 그 작성자 또는 진술자의 진술이나 제3자의 진술, 감정 또는 그 밖의 객관적 방법에 의하여 그 성립의 진정함이 증명 _____. _____ 그 작성자의 진술이나 제3자의 진술, 감정 또는 그 밖의 객관적 방법에 의하여 그 성립의 진정함이 증명되고 _____ _____. ② (현행과 같음)

피고인 또는 증인의 진술이 객관적으로 존재함이 입증될 수 있다면 최대한 공판에서 증거로 현출될 수 있도록 하여 증명력의 문제로 해결하는 것이 실체적 진실 발견 및 피해자 보호의 관점에서 더 바람직하므로 개정안의 취지는 타당하다. 다만 진술서

308) 김진태의원 대표발의 제1915159호(2015), 법제사법위원회 검토보고서, 14-15쪽.

등에 피고인이 아닌 자가 작성하였거나 진술한 내용이 포함된 경우에는 피고인 또는 변호인의 원진술자에 대한 반대신문권 보장을 증거능력 인정 요건으로 추가하는 방안[309]을 검토할 필요가 있다.[310]

라. 국제형사사법공조 측면에서의 개정법률안 검토

김진태의원 등 10인이 2015년 5월 15일 발의한 제1915159호 개정법률안은 "영상녹화물 등과 같은 정보저장매체"의 증거능력과 관련된 내용을 담고 있다. 먼저 정보저장매체에 저장된 정보의 증거능력과 관련된 개정내용은 정보통신기술의 발달에 따라 정보저장매체에 기록된 정보도 조서와 같이 작성자 또는 진술자가 공판정에서 성립의 진정을 인정하는 등의 전문법칙 예외 규정을 충족할 때, 독립적인 증거능력을 인정하자는 것을 골자로 한다. 다음으로 영상녹화물의 증거능력과 관련된 개정안도 영상녹화물이 조서와 마찬가지로 독립적인 증거능력의 주체로 인정하는 방안을 제안하고 있다. 수사방법에 있어서 컴퓨터를 사이에 두고 수사기관과 피의자가 심문하는 방식과 수사기관과 피의자가 컴퓨터를 두지 않고 직접 대면한 채 영상녹화를 통해 심문하는 방식이 독립적인 증거의 주체유무를 달리 볼 만한 근거는 없다. 오히려 수사가 영상녹화를 통해 이루어진다면 수사기관은 피의자의 심문과정을 집중해서 살펴보고 조사할 수 있다는 긍정적 효과가 있다. 다만 현재 영상녹화물과 관련된 위와 같은 개정안이 발의되는 것은 과학기술 발달로 인한, 조서보다 더 용이한 영상녹화물의 사용에 있을 것이다. 마지막으로 제안된 개정안은 제313조에서 규정하는 진정성립의 요건을 완화하여 제3자의 진술, 감정 또는 그 밖의 객관적 방법에 의해서도 진술서 등의 진정성립을 인정하는 확대방안에 관한 것이다.

한편 2015년 5월 15일 발의된 이 개정안이 동년 11월 대안반영 폐기된 이후, 이

---

309) **제312조(검사 또는 사법경찰관의 조서 등)** ④ 검사 또는 사법경찰관이 피고인이 아닌 자의 진술을 기재한 조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 그 조서가 검사 또는 사법경찰관 앞에서 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음이 원진술자의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술이나 영상녹화물 또는 그 밖의 객관적인 방법에 의하여 증명되고, 피고인 또는 변호인이 공판준비 또는 공판기일에 그 기재 내용에 관하여 원진술자를 신문할 수 있었던 때에는 증거로 할 수 있다. 다만, 그 조서에 기재된 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한한다.

310) 김진태의원 대표발의 제1915159호(2015), 법제사법위원회 검토보고서, 17쪽.

개정안과 유사한 취지로 2016년 5월 29일『형사소송법』이 개정·시행 되었다. 피의자신문조서 및 참고인 신문조서와 관련하여서는 제312조의 규정이 여전하지만, 피고인 또는 피고인 아닌 자가 작성한 진술서나 그 진술을 기재한 서류와 관련된 제313조에서는 정보저장매체가 작성자 또는 진술자의 진술에 의해 증거로 할 수 있는 방향으로 개정되었다. 또한 제314조에서도 원진술자의 진술불능 사유가 있을 때, 조서뿐만 아니라 정보저장매체도 증거로 할 수 있음을 명시하였다. 따라서 제312조 규정은 개정된 바 없지만, 정보저장매체의 증거능력과 관련하여서는 제314조를 통해 부분적으로 수용하였다고 볼 수 있다. 다만 김진태의원 등 10인이 발의한 내용 중 영상녹화물의 증거능력 관련한 "제292조의2(영상녹화물에 대한 조사방식)"의 신설 및 이에 따른 "제312조(검사 또는 사법경찰관의 조서 등)"의 개정을 담은 개정안이 입법화되지 못한 것은 아쉬운 부분이다.

3. 소결

첨단기술의 발달에 따라 시간과 장소의 제한으로 인한 불편은 점점 극복되어 가고 있다. 형사소송절차에서는 원거리에 떨어져 있는 증인이 법정 증언에 갈음하여 영상으로 증언을 하거나 수사절차에서 피의자 등의 신문내용을 영상녹화하여 공판정에 제출하는 등의 과학적 기법들이 재판에 제한적으로나마 활용되고 있다. 즉 수사와 공판단계에서 필요한 절차가 기존의 조서중심에서 정보저장매체(대표적으로 영상녹화물)와 원격영상을 통한 재판 등의 새로운 기록매체로 발전하고 있다. 이와 같은 새로운 기록매체의 등장은 수사기법의 선진화, 수사방법의 적정성 확보, 증거법칙과 형사재판실무의 효율적 운영, 검사의 실질적인 수사지휘권 확보, 수사기관의 역할분담 등 긍정적 변화를 가져온다.

물론 영상녹화를 하는 것이 피의자신문의 내용을 완벽하게 신뢰하도록 보장하는 것은 아니다. 영상녹화물 앞에서 심리적으로 위축된 피의자가 진술을 회피할 수도 있고, 영상녹화의 조작가능성도 상존하기 때문이다. 그러나 수사기관에 대한 통제는 수사자체에 대한 직접적인 통제를 통하여 해결하고, 이를 통과하였다면 법정 외 진술을 현출하는 방법으로 수사상의 조서건 인정진술이건 조사자의 증언이건 영상녹화물

이건 일단 증거능력을 부여하여, 공판정에서의 다툼은 이제 증거능력의 인정여부 보다는 증명력을 획득하는 싸움으로 변모시키는 것이 진정한 공판중심주의를 실현시킬 수 있는 방법이다.

제19대 국회부터 현재까지 증거의 증거능력과 관련된 개정안에서도 "영상녹화물"을 포함한 정보저장매체를 조서를 대체하는 증거로서 인정하자는 방향이 입법의 주류를 이루었다. 그러나 본질적으로 조서이든 정보저장매체이든 증거로 현출되기 위해서는 원진술자가 공판정에서 진정성립을 하여야 함은 증거능력에 있어 변함없는 사실이다. 즉 공판단계에서도 사실인정의 근거가 되는 자료에는 물적 증거와 증거서류 외에 사람의 진술내용이 증거가 되는 인적 증거가 있다. "대표적 인적 증거인 증인은 과거 자신이 직접 체험한 사실을 진술하는 바, 증인신문은 이를 통해 증언을 확보할 수 있음은 물론이고 법관의 면전에서 현출되는 증인의 표정이나 진술태도가 법관의 심증형성에 지대한 영향을 미친다는 점에서 중요한 증거조사 방법이 된다"[311]고 한다. 또한 조서 및 영상녹화물이 증거로서 인정받기 위해서는 증거조사가 외국에서 이루어지든 증거조사의 대상이 외국에 있는 경우이든 여전히 원진술자의 공판정 출석이 원칙적으로 실체진실 발견을 위한 증거수집의 전제조건이 된다.

한편 재외국민 또는 외국인이 관련된 사건에서도 원격영상수사를 통해 진술을 확보함으로써 실체적 진실발견에 가까워질 수 있었다.[312] 그러나 『공직선거법』 상의 국외선거범을 제외하고는 일반적으로 검사 또는 사법경찰관의 조서 내지 진술서의 경우에 공판준비 또는 공판기일에 진술을 요하는 자가 외국거주 내지 소재불명 등으로 인하여 진술할 수 없는 때에는 제314조의 요건이 충족된 경우에만 그 조서 또는 서류를 증거로 사용할 수 있다.[313]

형사소송절차에서 영상녹화물과 관련된 개정 이외에도 원격화상시스템 또는 원격영상을 통한 재판을 활용할 수 있는 법적 측면에서의 대안이 필요하다. 원격영상을

---

311) 윤지영(2012), 형사절차상 원격화상시스템의 활용방안, 한국형사정책연구원, 30쪽.

312) **제218조의33(국외선거범에 대한 인터넷 화상조사)** 제1항에서는 검사 또는 사법경찰관이 재외공관에 출석한 이 법의 위반행위와 관련된 피의자 또는 피의자 아닌 자를 상대로 인터넷 화상장치를 이용하여 진술을 들을 수 있도록 규정하고 있으면서, 제3항을 통해 인터넷 화상을 통한 조사의 경우 영상녹화를 의무화하거나 피의자 아닌 자에게는 동의를 받고 영상녹화를 하도록 하고 있다. 물론 이와 같은 수사방식으로 작성된 조서는 동법 제7항을 통해 국내에서 검사 또는 사법경찰관이 작성한 조서와 동일한 것으로 본다.

313) 윤지영(2012), 앞의 보고서, 32쪽.

통한 수사와 재판은 형사사법의 효율성을 제고함과 동시에 소송관계자의 편의를 향상시킬 수 있을 뿐만 아니라 실체적 진실의 발견에도 기여할 수 있다. 그러나 『헌법』상 보장되는 적법절차의 원칙에 따라 공정한 재판을 받을 피고인의 권리는 경제적 효율성이나 사법적 편의를 증진시킨다는 이유로 간과될 수 없다. 또한 형사절차상 위 제도를 활용함에 있어 직접주의 원칙에 반하고, 피고인의 방어권을 침해할 수 있으며, 제도의 실효성 자체도 의문스럽다는 비판이 제기되기도 한다.[314]

따라서 영상녹화물과 소위 원격영상시스템이 수사 및 재판에서 일반적으로 운영되는 것이 『형사소송법』상의 직접주의 및 피고인의 방어권 침해 문제로 가능하지 않다면, 형사사법공조를 통해 수집된 증거만을 특별하게 취급해 영상녹화물과 원격영상시스템 이용이 가능하게 할 수 있는지 검토해보고자 한다. 외국에서 수집된 증거, 특히 조서가 증거로서 인정받기 쉽지 않은 현행법 하에서 실체진실주의를 보장하는 방안으로 영상녹화를 통한 수사와 영상녹화물의 증거능력 인정 가능성 및 원격영상을 통한 재판보다 더 나은 방식은 없어 보이기 때문이다.

제2절 외국에서의 증거획득을 위한 영상녹화와 원격영상시스템의 활용방안

국제범죄수사에서 영상녹화와 원격영상수사를 가능하게 하고 이를 재판에 활용하는 방법으로는 우선 『국제형사사법공조법』에 관련 규정을 신설하는 것, 또는 동법 제39조 규정[315]을 근거로 『형사소송법』에 관련 규정을 신설 및 개정하여 준용토록 하는 방안이 있을 수 있다. 따라서 여기서는 우선 영상녹화물의 증거능력과 원격영상시스템의 활용이 『형사소송법』상 일반적으로 가능한지 여부를 살펴보고, 국제범죄에서의 형사사법공조 절차에 활용할 수 있는 있는지에 관하여 『형사소송법』과 『국제형사사법공조법』 두 가지 측면에서 살펴본다.

---

314) 윤지영(2012), 위의 보고서, 37쪽.

315) 『국제형사사법공조법』 제39조(형사소송법의 준용)에서는 법원이나 판사가 하는 재판, 판사가 하는 영장발급이나 증인신문, 검사나 사법경찰관이 하는 처분 등과 그 불복절차에 대하여는 『국제형사사법공조법』에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 그 성질에 반하지 아니하는 범위에서 『형사소송법』을 준용하도록 규정하고 있다.

1. 영상녹화물의 증거능력 인정여부와 원격영상재판 가능여부

가. 현행 형사소송법적 관점에서의 고찰

1) 직접주의

『형사소송법』상 직접주의는 공판정에서 직접 조사한 증거만을 재판의 기초로 삼을 수 있다는 것을 말한다.[316] 이러한 직접주의는 법관으로 하여금 정확한 심증을 형성하게 하고 피고인에게 증거에 관하여 직접적인 의견진술을 할 기회를 부여한다는 것이다. 이러한 의미에서 직접주의는 단순히 실체적 진실을 발견하는 데에만 의미가 있는 것이 아니라, 피고인에게 반대신문의 기회를 주어 피고인을 보호하고 공정한 재판을 실현하는 의미도 가지고 있다. 특히 직접주의의 실질적 관점에서 증인신문은 공판정에서 직접 행해져야 하며 증인신문조서로 대신할 수 없다는 것이 원칙이다.[317]

이에 대하여 "공판정이 아닌 다른 장소에 있는 증인에 대하여 원격화상시스템을 이용한 신문이 진행될 경우, 법관은 증인의 증언태도나 표정 등을 세밀하게 살필 수 없고, 이로 인해 증언의 신빙성을 판단하는데 어려움이 발생할 수 있다. 또한 증인은 원격화상시스템이라는 매체를 통해 증언함으로써 공판정에 물리적으로 출석했을 때에 느끼는 강도 높은 심리적 부담감을 덜게 되어 위증의 위험성이 증가한다"[318]고 한다. 즉 원격화상시스템이 공판절차에 활용될 경우, 공개주의나 구두변론주의 및 집중심리주의에는 부합할 수는 있으나, 직접주의에는 반할 우려가 있다는 것이다.[319]

그러나 연령으로 인한 미숙 또는 보복위협 등에 기한 두려움으로 인하여 증인이 공판정에서 진술하기 어렵다고 인정되는 경우까지 직접주의 원칙을 양보하지 않을 경우 직접주의 원칙의 목적인 「공정한 재판」이 도리어 저해될 수도 있다. 따라서 일정한 경우 증인을 법정 밖에서 증언할 수 있도록 허용하고 있는 것이 세계적 추세이며, 다만 그 요건을 어떻게 정하고 어느 범위까지 당사자의 대면신문권을 제한할 것인가라는 구체적인 문제만이 향후 논의되어야 할 부분이라 하겠다.

---

316) 이재상(1998), 「형사소송법(제5판)」, 박영사, 376쪽.
317) 전술한 바와 같이 미국 연방형사소송법은 이러한 원칙을 명시하고 있다.
318) 윤지영(2012), 앞의 보고서, 39쪽.
319) 윤지영(2012), 위의 보고서, 38쪽.

일례로 캐나다는 영상녹화에 의한 증언대체에 있어서도 아동증인의 경우 피고인이나 변호인의 참여권을 보장하고 필요한 경우 공판정에서 보충신문을 허용한다면 사전에 녹화된 비디오테이프로 증언을 대체할 수 있도록 하고 있다. 이는 증인이 공판정에서 증언해야 한다는 직접주의와의 갈등을 고려한 것인데, 피고인의 반대신문권이나 보충신문권을 인정한다면 증인이 공판정에서 증언하지 않지만 효과적인 증거대용물로서 실질적으로는 직접주의에 위반하지 않는다고 보는 것이다.[320] 또한 영상녹화물뿐만 아니라 원격화상시스템을 이용한 신문이 진행된다고 하더라도 형식적 직접주의에는 배치될 여지가 있지만, 실질적 직접주의에서는 오히려 직접주의의 실현에 이바지하는 장치가 될 수 있다.

요컨대 "법원에서의 증거조사를 통해 태도 증거에 의한 정확한 심증을 얻는 것이 직접주의의 목적이라고 한다면, 반드시 동일한 공간 내에 있지 않더라도 그와 같은 심증을 얻을 수 있는 기술적 장치가 마련되는 경우에는 직접주의의 예외를 인정할 수 있다. 공판참여자들의 모습과 소리를 보다 현장감 있게 전달할 수 있는 기술이 발전하면 할수록 이러한 예외의 인정은 한층 더 용이해질 것이다. 원격화상시스템을 활용한 공판정 신문의 경우 모든 절차관계인들이 매체를 통해 대면한 상태에서 구두로 절차가 진행되고, 사전에 녹화된 영상물을 방영하는 것이 아니라 실시간으로 생중계된다는 점에서, 원격화상시스템은 직접주의에 오히려 친화적인 장치라고 할 수 있다"[321]고 한다.

2) 피고인의 반대신문권

당사자주의를 대폭 도입한 현행『형사소송법』하에서 공판절차는 검사와 피고인의 공격과 방어에 의해 진행되는 바, 피고인은 형사소송의 주도권을 갖는 당사자로서의 지위를 가진다. 동법은 "피고인이 검사와 대등한 지위에서 공격과 방어를 할 수 있도록 피고인의 소송절차 참여권과 방어권을 보장"[322]하고 있다.

그런데 영상매체를 이용하여 증언하는 경우, 먼저 피고인의 반대신문권을 어떻게

320) 김윤상(2006), 영상증언제도에 대한 검토-캐나다 제도를 중심으로, 대검찰청, 47-48쪽.
321) 윤지영(2012), 앞의 보고서, 51쪽.
322) 윤지영(2012), 앞의 보고서, 39쪽.

보장할 것인지가 문제될 수 있다. 예를 들어 독일 형사소송법 제247조a[323]는 피고인을 퇴정시키거나 신문을 비공개로 하더라도 증인이 받게 될 위험을 방지할 수 없는 경우나, 제168조e[324]는 수사단계에서의 참고인 진술시에 증인이 피고인 등의 면전에서 직접 신문을 받게 되면 증인의 생명 등에 중대한 불이익을 받을 위험이 있으며 이러한 위험을 다른 방법으로 방지할 수 없는 경우에는 예외적으로 영상매체에 의한 증언을 허용하고 있다.

증인보호를 위해 새로 도입된 규정들은 해석상 원칙적으로 피고인이 영상으로나마 증인과 직접 대면하거나 증인에 대해 직접 신문할 수 없다고 보아야 한다. 만일 피고인이 법정 외에서 영상으로 진행되는 증인신문을 화면을 통해 볼 수 있다면 제247조a의 규정은 의미가 없게 된다. 제247조a의 규정은 제247조에 의하여 피고인의 퇴정으로도 증인신문의 목적과 증인보호의 목적을 달성할 수 없는 경우에 비로소 허용되는 규정이기 때문

323) 제247조a(다른 장소에서 이루어지는 증인신문) 증인이 공판정에 참석하여 신문을 받을 경우 증인의 안녕에 현저한 불이익이 발생할 위험이 있는 때에는 법원은 증인의 신문이 다른 장소에서 진행되도록 명할 수 있으며, 진실탐문을 위해 필요한 경우에는 제251조 제2항의 요건하에서도 이러한 명령이 허용된다. 이 결정에 대해서는 불복할 수 없다. 이 경우 진술은 동시 중계를 통해 화면과 음성이 공판정에 전달되어야 한다. 앞으로의 공판에 증인 신문이 가능하지 않을 우려가 있고 그 내용이 진실탐문을 위해 필요한 경우 신문내용을 녹화하여야 한다. 제58조a 제2항을 준용한다(Besteht die dringende Gefahr eines schwerwiegenden Nachteils für das Wohl des Zeugen, wenn er in Gegenwart der in der Hauptverhandlung Anwesenden vernommen wird, so kann das Gericht anordnen, daß der Zeuge sich während der Vernehmung an einem anderen Ortaufhält; eine solche Anordnung ist auch unter den Voraussetzungen des § 251 Abs. 2 zulässig, soweit dies zur Erforschung der Wahrheit erforderlich ist. Die Entscheidung ist unanfechtbar. Die Aussage wird zeitgleich in Bild und Ton in das Sitzungszimmer übertragen. Sie soll aufgezeichnet werden, wenn zu besorgen ist, daß der Zeuge in einer weiteren Hauptverhandlung nicht vernommen werden kann und die Aufzeichnung zur Erforschung der Wahrheit erforderlich ist. § 58a Abs. 2 findet entsprechende Anwendung).

324) 제168조e(증인에 대한 격리신문) 참석권한이 있는 자가 증인신문에 참여하는 것이 증인의 안녕에 중대한 악영향을 미칠 명백한 위험이 존재하고 이를 피할 다른 방법이 없는 경우에, 법관은 참석권한 있는 자와 격리하여 신문을 진행할 수 있다. 이 신문과정은 동시에 화상을 통해 전달되어야 한다. 참석권한이 있는 자가 신문과정에 참여하여 이행할 수 있는 권한은 그대로 존속한다. 제58조a와 제241조a를 준용한다. 제1문의 결정에 대해서는 불복할 수 없다 (Besteht die dringende Gefahr eines schwerwiegenden Nachteils für das Wohl des Zeugen, wenn er in Gegenwart der Anwesenheitsberechtigten vernommen wird, und kann sie nicht in anderer Weise abgewendet werden, so soll der Richter die Vernehmung von den Anwesenheitsberechtigten getrennt durchführen. Die Vernehmung wird diesen zeitgleich in Bild und Ton übertragen. Die Mitwirkungsbefugnisse der Anwesenheitsberechtigten bleiben im übrigen unberührt. Die §§ 58a und 241a finden entsprechende Anwendung. Die Entscheidung nach Satz 1 ist unanfechtbar).

에 피고인의 직접신문이나 접촉권은 더욱 제한적으로 해석된다. 그러므로 이러한 영상매체를 이용한 증인신문은 피고인의 방어권 침해의 가능성을 가지고 있다.[325]

증인보호를 위한 이러한 규정들은 피고인이 증인의 인적사항을 알게 되면 증인이 불이익을 받을 우려가 있으므로 직접 대면이 아닌 영상매체를 통해 한다는 것이다. 즉 이 규정들이 실효성이 있으려면 피고인과 그 변호인을 배제하고 증인신문을 하는 것이지만, 이는 피고인의 방어권에 중대한 불이익을 초래하는 것이므로 허용되기 어렵다 할 것이다. 따라서 어떠한 경우에도 변호인의 증인에 대한 반대신문권은 제한되어서는 안 된다는 주장에도 일리가 있다.[326]

그러나 피고인 또는 변호인이 꼭 증인을 대면하여 신문하지는 않지만 반대신문권의 기회는 주어진 경우라면 피고인의 반대신문권이 본질적으로 침해된 것이라고 보기는 어렵다. 성폭력피해자, 조직을 탈퇴한 조직원 등은 공포감, 보복에 대한 두려움 등으로 피고인의 면전에서 제대로 증언하기 어렵다는 점에 대하여는 대부분 공감하고 있다. 이러한 경우에는 피고인을 퇴정시키고 증인신문을 진행하는 것이 일반적이다.[327] 따라서 문제가 되는 것은 변호인의 증인대면권인데, 영상증언반대론자들이 특히 우려하는 것은 증인의 표정, 시선 등 허위사실이나 자신 없는 진술을 하고 있다는 결정적인 징후를 포착할 수 없다는 것이다.

그러나 18세 미만의 성범죄피해자에 대한 영상녹화물에 있어, 범죄 후 합리적인 시간 내에 작성되었고 피해자가 영상녹화물의 내용을 인정하는 경우에 증거능력을 인정하는 법 규정은 피고인의 공정한 재판을 받을 권리나 기본권을 침해하지 않는다는 것이 캐나다 대법원의 일관된 태도이다.[328] 앞서 살펴 본 외국 입법례에서와 같이, 성폭력피해자나 일정 연령 이하의 증인에게는 변호인의 대면신문권을 제한하고 위와 같은 경우가 아니더라도 잔혹한 범죄의 목격자나 조직에서 탈퇴한 조직원의 내부고발 등 범죄의 성질이나 증언 내용의 성격이 증인이 공개법정에서 변호인 등 소송관

---

325) 안경옥(2000), "비디오 등의 영상매체를 이용한 증인신문", 「민주법학」 제18호, 민주주의법학연구회, 245쪽.

326) 정진수(1999), 형사사법 분야에서의 영상매체의 활용, 한국형사정책연구원, 142쪽.

327) 앞서 소개한 영국의 지침에서는 성범죄 피해아동 등 특정 유형의 취약한 증인에 대하여는 피고인이 증인을 직접 반대신문하지 못하게 하여 피고인의 반대신문권 자체를 봉쇄하기도 한다.

328) R. v D.O.L. et al. 85 C.C.C. (3d) 289 등 다수. 대법원은 또한 18세라는 기준은 자의적이라고 할 수 없고 연약한 증인의 연령한도를 적절하게 규정한 것이라고 판시하기도 하였다.

계인의 면전에서 증언할 경우 정신적 부담을 크게 받아 평온한 상태에서 실체적인 진실을 진술하기 어려운 경우에는 변호인의 대면신문권은 제한될 수 있다고 보아야 할 것이다. 왜냐하면 이러한 증인의 경우 대면신문권의 제한은 증인보호 뿐 아니라 형사사법의 이념인 실체적 진실 발견에 결정적으로 기여하는 역할을 하기 때문이다. 대면신문권 제한에 관한 그간의 논쟁은 주로 피고인의 방어권과 증인보호라는 개인의 기본권 충돌차원에서 주로 논의되어 왔다.

그러나 영상음성증언, 피고인과 증인의 - 차단막 등을 통한 - 분리, 반대신문 내용의 제한 등은 궁극적으로는 증인으로 하여금 자신의 기억에 근거한 진실을 증언하게 유도함으로써 실체적 사실관계에 부합하는 공정한 재판을 하기 위한 것임을 놓쳐서는 안 된다. 또한, 영상기술의 급속한 발달은 곧 증인의 세세한 표정 하나하나까지 포착할 수 있는 영상매체를 개발할 것이므로 변호인의 대면신문권 주장도 점점 그 설득력을 인정받기 힘들 것이다. 또한 형사피고인의 증인신문권이 『헌법』상의 권리로 규정되어 있는 일본과 달리,[329] 우리나라의 경우에는 헌법상 증인신문권에 관한 명문의 규정이 없을 뿐만 아니라,[330] 헌법재판소는 형사피고인의 대면권은 헌법상의 권리가 아니며, 입법자의 재량영역에 속하는 문제라고 파악하고 있다는 것도 고려되어야 할 것이다.[331]

나. 영상녹화물과 원격영상시스템 관련 규정 및 운영현황

1) 영상녹화물과 원격영상시스템 관련 규정 및 분석

국제범죄수사는 형사사법상 수사절차가 외국에서 이루어지고, 원진술자(피의자 또는 참고인)가 실제 국내 공판정에서 진술할 수 없는 경우가 발생된다는 특징이 있다.[332] 따라서 당해 국내 수사기관이 외국에 가서 직접 관련자들을 수사하는 경우는 물론 외국과의 공조를 통해 관련자들을 수사하는 경우 모두 일련의 수사과정에서 수집된 증거에 대한 증거능력이 『형사소송법』상 전문법칙과 관련되어 문제가 된다. 특히

329) 일본 헌법 제37조 제2항은 형사피고인은 모든 증인에 대하여 신문할 기회를 충분히 부여받으며, 공비로 자신을 위해 강제적 절차에 의한 증인을 요구할 수 있는 권리를 가진다고 규정하고 있다.
330) 『형사소송법』상 증인신문의 방식이 제161조의2에 규정되어 있다.
331) 헌법재판소 1998. 9. 30. 선고 97헌바51.
332) 국제범죄수사와 외국에서 수집된 증거와의 관계에 대한 일반적 이론에 대해서는 본 연구보고서의 제2장에서 설명한 바 있다.

우리나라의 전문법칙은 작성주체에 따른 증거능력 인정여부의 요건이 달리 규정되어 있기 때문에, 위와 같은 수사과정에서 획득된 증거의 증거능력 판단에 있어서도 국내법을 기준으로 할 경우 조서의 유형에 따라 증거능력 유무판단이 달라질 수 있다.

즉 그 특징과 차이점을 요약하자면, 첫째, 검사 작성의 피의자신문조서의 경우는 제312조 제1항에 의해 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것, 피고인의 실질적 진정성립, 특신상태를 요건으로 하고 있으며, 동조 제2항에 따라 피고인이 조서의 진정을 부인하는 경우 영상녹화물이나 그 밖의 객관적인 방법에 의하여 증명되고, 특신상태가 증명되면 증거로 할 수 있다.

둘째, 검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서는 제3항에서 적법한 절차와 방식에 따라 작성되고, 피고인 또는 변호인이 내용인정을 하는 경우에만 증거로 할 수 있다.

셋째, 검사 또는 사법경찰관이 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 조서의 경우에는 검사 작성의 피의자신문조서의 요건에 추가적으로 반대신문권의 보장을 동조 제4항에서 요건으로 하고 있다.

넷째, 수사기관이 아닌 피고인이 작성한 진술서 및 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 서류는 작성자 본인의 자필이거나 그 서명 또는 날인이 있고, 작성자의 진술에 의하여 성립의 진정이 증명된 때에 한하여 증거로 할 수 있다. 그러나 수사기관이 아닌 피고인의 진술을 기재한 서류의 경우에는 작성자의 진술에 의하여 성립이 증명되고, 그 진술이 특신상태에서 이루어진 것이 증명된다면 진술자인 피고인의 공판정에서의 진술에도 불구하고 증거로 할 수 있다. 또한 피고인 아닌 자가 작성한 진술서는 작성자 본인의 자필이거나 그 서명 또는 날인이 있고, 작성자의 진술에 의하여 성립의 진정이 증명된 때 이외에도 피고인 또는 변호인이 그 기재내용에 관하여 작성자를 신문할 수 있어야 한다.

다섯째, 위 제312조와 제313조에 해당하는 피의자신문조서, 참고인신문조서 및 진술서 및 진술기재서류의 경우에 일정한 필요성과 특신상태가 인정되면 예외적으로 원진술자가 진술불능인 경우에도 증거로 할 수 있게 된다.

정리하면 외국에서의 수사절차를 통해 수집된 조서 및 진술서 및 진술기재서류가 증거가 되기 위한 핵심요건은 원진술자 및 진술서 작성자의 진술인 것이다. 그러나

국제범죄수사의 특성상 원진술자의 외국거주로 인하여 진술이 불가능한 경우가 발생하기 때문에, 제314조에 의해 원진술자의 진술불능인 경우가 인정된다고 하더라도 특신상태라는 요건이 추가적으로 필요하게 된다. 따라서 원진술자가 외국에 거주한 상태로 원격영상시스템에 의해 진술이 가능하게 된다거나, 또는 외국에서 진행된 수사절차를 촬영한 영상녹화물이 공판정에서의 직접 진술과 똑같이 인정될 수 있다면 제314조를 통하지 않고 증거능력을 인정할 수 있게 되는 것이다.

그렇다면 현행 형사절차법에서는 이와 관련하여 어떠한 제도들이 마련되어 있는지, 이러한 현행 법률에서 우리의 연구목적과 관련하여 어떠한 착안점을 얻을 수 있는지를 간략히 살펴볼 필요가 있다. 이를 위해 아래에서는 "영상물에 대한 증거여부 및 원격영상재판"과 관련된 규정을 포함하고 있는 관련 법률을 정리해 본다.

〈표 5-6〉 영상물에 대한 증거여부 및 원격영상재판과 관련된 법률 현황

법률	조문	내용
원격영상재판에 관한 특례법	제3조 (적용범위)	법원은 다음 각 호의 사건에 대하여만 원격영상재판을 할 수 있다. 1. 법원조직법 제34조 제1항[333] 각 호의 사건(같은 항 제3호의 사건은 즉결심판하는 경우만 해당한다) 2. 원격영상재판을 하는 과정에서 발생하는 법원조직법 제61조 제1항의 사건 3. 다른 법률에 따라 시법원 또는 군법원의 권한에 속하는 사건
특정범죄 신고자 등 보호법	제10조 (영상물 촬영)	① 범죄신고자 등에 대하여 형사소송법 제184(증거보전의 청구와 그 절차) 또는 제221조의2(증인신문의 청구)에 따른 증인신문을 하는 경우 판사는 직권으로 또는 검사의 신청에 의하여 그 과정을 비디오테이프 등 영상물로 촬영할 것을 명할 수 있다. ② 제1항에 따른 영상물의 촬영비용 및 복사에 관하여는 형사소송법 제56조의2(공판정에서의 속기·녹음 및 영상녹화) 제2항 및 제3항을 준용한다. ③ 제1항에 따라 촬영한 영상물에 수록된 범죄신고자 등의 진술은 이를 증거로 할 수 있다.
성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법	제30조 (영상물의 촬영·보존 등)	① 성폭력범죄의 피해자가 19세 미만이거나 신체적인 또는 정신적인 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 경우에는 피해자의 진술 내용과 조사 과정을 비디오녹화기 등 영상물 녹화장치로 촬영·보존하여야 한다. ② 제1항에 따른 영상물 녹화는 피해자 또는 법정대리인이 이를 원하지 아니하는 의사를 표시한 경우에는 촬영을 하여서는 아니 된다. 다만, 가해자가 친권자 중 일방인 경우는 그러하지 아니하다. ③ 제1항에 따른 영상물 녹화는 조사의 개시부터 종료까지의 전 과정 및 객관적 정황을 녹화하여야 하고, 녹화가 완료된 때에는 지체 없이 그 원본을 피해자 또는 변호사 앞에서 봉인하고 피해자로 하여금 기명날인 또는 서명하게 하여야 한다.

법률	조문	내용
		④ 검사 또는 사법경찰관은 피해자가 제1항의 녹화장소에 도착한 시각, 녹화를 시작하고 마친 시각, 그 밖에 녹화과정의 진행경과를 확인하기 위하여 필요한 사항을 조서 또는 별도의 서면에 기록한 후 수사기록에 편철하여야 한다. ⑤ 검사 또는 사법경찰관은 피해자 또는 법정대리인이 신청하는 경우에는 영상물 촬영과정에서 작성한 조서의 사본을 신청인에게 발급하거나 영상물을 재생하여 시청하게 하여야 한다. ⑥ 제1항에 따라 촬영한 영상물에 수록된 피해자의 진술은 공판준비기일 또는 공판기일에 피해자나 조사 과정에 동석하였던 신뢰관계에 있는 사람 또는 진술조력인의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 경우에 증거로 할 수 있다. ⑦ 누구든지 제1항에 따라 촬영한 영상물을 수사 및 재판의 용도 외에 다른 목적으로 사용하여서는 아니 된다.
	제40조 (비디오 등 중계장치에 의한 증인신문)	① 법원은 제2조 제1항 제3호부터 제5호까지의 범죄의 피해자를 증인으로 신문하는 경우 검사와 피고인 또는 변호인의 의견을 들어 비디오 등 중계장치에 의한 중계를 통하여 신문할 수 있다. ② 제1항에 따른 증인신문의 절차·방법 등에 관하여 필요한 사항은 대법원규칙으로 정한다.
	제41조 (증거보전의 특례)	① 피해자나 그 법정대리인 또는 경찰은 피해자가 공판기일에 출석하여 증언하는 것에 현저히 곤란한 사정이 있을 때에는 그 사유를 소명(疏明)하여 제30조에 따라 촬영된 영상물 또는 그 밖의 다른 증거에 대하여 해당 성폭력범죄를 수사하는 검사에게 「형사소송법」 제184조(증거보전의 청구와 그 절차) 제1항에 따른 증거보전의 청구를 할 것을 요청할 수 있다. 이 경우 피해자가 16세 미만이거나 신체적인 또는 정신적인 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 경우에는 공판기일에 출석하여 증언하는 것에 현저히 곤란한 사정이 있는 것으로 본다. ② 제1항의 요청을 받은 검사는 그 요청이 타당하다고 인정할 때에는 증거보전의 청구를 할 수 있다.
아동·청소년의 성보호에 관한 법률	제26조 (영상물의 촬영·보존 등)	① 아동·청소년대상 성범죄 피해자의 진술내용과 조사과정은 비디오녹화기 등 영상물 녹화장치로 촬영·보존하여야 한다. ② 제1항에 따른 영상물 녹화는 피해자 또는 법정대리인이 이를 원하지 아니하는 의사를 표시한 때에는 촬영을 하여서는 아니 된다. 다만, 가해자가 친권자 중 일방인 경우는 그러하지 아니하다. ③ 제1항에 따른 영상물 녹화는 조사의 개시부터 종료까지의 전 과정 및 객관적 정황을 녹화하여야 하고, 녹화가 완료된 때에는 지체 없이 그 원본을 피해자 또는 변호사 앞에서 봉인하고 피해자로 하여금 기명날인 또는 서명하게 하여야 한다. ④ 검사 또는 사법경찰관은 피해자가 제1항의 녹화장소에 도착한 시각, 녹화를 시작하고 마친 시각, 그 밖에 녹화과정의 진행경과를 확인하기 위하여 필요한 사항을 조서 또는 별도의 서면에 기록한 후 수사기록에 편철하여야 한다. ⑤ 검사 또는 사법경찰관은 피해자 또는 법정대리인이 신청하는 경우에는 영상물 촬영과정에서 작성한 조서의 사본을 신청인에게 교부하거나 영상물을 재생하여 시청하게 하여야 한다. ⑥ 제1항부터 제4항까지의 절차에 따라 촬영한 영상물에 수록된 피해

법률	조문	내용
		자의 진술은 공판준비기일 또는 공판기일에 피해자 또는 조사과정에 동석하였던 신뢰관계에 있는 자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 때에는 증거로 할 수 있다. ⑦ 누구든지 제1항에 따라 촬영한 영상물을 수사 및 재판의 용도 외에 다른 목적으로 사용하여서는 아니 된다.
	제27조 (증거보전의 특례)	① 아동·청소년대상 성범죄의 피해자, 그 법정대리인 또는 경찰은 피해자가 공판기일에 출석하여 증언하는 것에 현저히 곤란한 사정이 있을 때에는 그 사유를 소명하여 제26조에 따라 촬영된 영상물 또는 그 밖의 다른 증거물에 대하여 해당 성범죄를 수사하는 검사에게 「형사소송법」 제184조제1항에 따른 증거보전의 청구를 할 것을 요청할 수 있다. ② 제1항의 요청을 받은 검사는 그 요청이 상당한 이유가 있다고 인정하는 때에는 증거보전의 청구를 하여야 한다.
형사소송법	제165조 (증인의 법정 외 신문)	법원은 증인의 연령, 직업, 건강상태 기타의 사정을 고려하여 검사, 피고인 또는 변호인의 의견을 묻고 법정 외에 소환하거나 현재지에서 신문할 수 있다.
	제165조의2 (비디오 등 중계장치 등에 의한 증인신문)	법원은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자를 증인으로 신문하는 경우 상당하다고 인정하는 때에는 검사와 피고인 또는 변호인의 의견을 들어 비디오 등 중계장치에 의한 중계시설을 통하여 신문하거나 차폐(차폐)시설 등을 설치하고 신문할 수 있다. 1. 「아동복지법」 제71조제1항제1호부터 제3호까지에 해당하는 죄의 피해자 2. 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 제7조, 제8조, 제11조부터 제15조까지 및 제17조제1항의 규정에 해당하는 죄의 대상이 되는 아동·청소년 또는 피해자 3. 범죄의 성질, 증인의 연령, 심신의 상태, 피고인과의 관계, 그 밖의 사정으로 인하여 피고인 등과 대면하여 진술하는 경우 심리적인 부담으로 정신의 평온을 현저하게 잃을 우려가 있다고 인정되는 자
	제312 (검사 또는 사법경찰관의 조서 등)	① 검사가 피고인이 된 피의자의 진술을 기재한 조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 피고인이 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음이 공판준비 또는 공판기일에서의 피고인의 진술에 의하여 인정되고, 그 조서에 기재된 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한하여 증거로 할 수 있다. ② 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 상태하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한하여 증거로 할 수 있다. ③ 검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 공판준비 또는 공판기일에 그 피의자였던 피고인 또는 변호인이 그 내용을 인정할 때에 한하여 증거로 할 수 있다. ④ 검사 또는 사법경찰관이 피고인이 아닌 자의 진술을 기재한 조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 그 조서가 검사 또는 사법경찰관 앞에서 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음이 원진술자의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술이나 영상녹화물 또는 그 밖의 객관적인 방법에 의하여 증명되고, 피고인 또는 변호인이 공판준

법률	조문	내용
		비 또는 공판기일에 그 기재 내용에 관하여 원진술자를 신문할 수 있었던 때에는 증거로 할 수 있다. 다만, 그 조서에 기재된 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한한다. ⑤ 제1항부터 제4항까지의 규정은 피고인 또는 피고인이 아닌 자가 수사과정에서 작성한 진술서에 관하여 준용한다. ⑥ 검사 또는 사법경찰관이 검증의 결과를 기재한 조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 공판준비 또는 공판기일에서의 작성자의 진술에 따라 그 성립의 진정함이 증명된 때에는 증거로 할 수 있다.
군사법원법	제365조 (군검사 또는 군사법경찰관의 조서)	① 군검사가 피고인이 된 피의자의 진술을 적은 조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 피고인이 진술한 내용과 같게 적혀 있음이 공판준비기일 또는 공판기일에 피고인이 한 진술에 따라 인정되고, 그 조서에 적힌 진술이 특히 신빙(信憑)할 수 있는 상태에서 이루어졌음이 증명되었을 때에만 증거로 할 수 있다. ② 제1항에도 불구하고 피고인이 그 조서 성립의 진정(眞正)을 부인하는 경우에는 그 조서에 적힌 진술이 피고인이 진술한 내용과 같게 적혀 있음이 영상녹화물이나 그 밖의 객관적인 방법으로 증명되고, 그 조서에 적힌 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태에서 이루어졌음이 증명되었을 때에만 증거로 할 수 있다. ③ 군검사 외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 공판준비기일 또는 공판기일에 피의자였던 피고인이나 변호인이 그 내용을 인정할 때에만 증거로 할 수 있다. ④ 군검사나 군사법경찰관이 피고인이 아닌 사람의 진술을 적은 조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 그 조서가 군검사나 군사법경찰관 앞에서 진술한 내용과 같게 적혀 있음이 원진술자가 공판준비기일 또는 공판기일에 한 진술이나 영상녹화물 또는 그 밖의 객관적인 방법으로 증명되고, 피고인이나 변호인이 공판준비기일 또는 공판기일에 그 적힌 내용에 관하여 원진술자를 신문할 수 있었던 경우에는 증거로 할 수 있다. 다만, 그 조서에 적힌 진술이 특별히 신빙할 수 있는 상태에서 이루어졌음이 증명된 경우로 한정한다. ⑤ 피고인 또는 피고인이 아닌 사람이 수사과정에서 작성한 진술서에 관하여는 제1항부터 제4항까지의 규정을 준용한다. ⑥ 군검사나 군사법경찰관이 검증 결과를 적은 조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 공판준비기일 또는 공판기일에 작성자가 한 진술에 따라 성립의 진정이 증명된 경우에는 증거로 할 수 있다.
공직선거법	제218조의33 (국외선거범에 대한 인터넷 화상조사)	① 검사 또는 사법경찰관은 「형사소송법」 제200조, 제221조에 따라 재외공관에 출석한 이 법의 위반행위와 관련된 피의자 또는 피의자 아닌 자를 상대로 인터넷 화상장치를 이용하여 진술을 들을 수 있다. ② 제1항에 따라 진술을 들을 경우 검사 또는 사법경찰관은 법무부 및 외교부를 경유하여 해당 재외공관의 장에게 조사할 사건에 관하여 통보하여야 하고, 진술을 들을 때에는 영사가 참여하여야 한다. ③ 검사 또는 사법경찰관은 제1항에 따라 진술을 들을 경우 그 진술 내용을 기재한 조서를 작성할 수 있고, 그 과정을 영상 녹화하여야 한다. 다만, 피의자가 아닌 자의 경우에는 동의를 받아야 영상녹화할 수 있다. ④ 검사 또는 사법경찰관은 작성한 조서를 재외공관에 전송하고, 영사는 이를 출력하여 진술자에게 열람케 하여야 한다. ⑤ 제1항에 따른 진술 청취의 절차 및 방식에 관하여는 「형사소송법」

법률	조문	내용
		제241조, 제242조, 제243조의2부터 제245조까지를 준용한다. ⑥ 영사는 완성된 조서를 외교부 및 법무부를 경유하여 검사 또는 사법경찰관에게 송부하여야 한다. ⑦ 제1항부터 제6항까지에 따라 작성된 조서는 국내에서 검사 또는 사법경찰관이 작성한 조서와 동일한 것으로 본다.

위 표에서 알 수 있듯이 먼저 1995년 12월 6일 제정·시행된『원격영상재판에 관한 특례법』은 동법 제3조에서 규정하는 바와 같이 그 적용범위를 한정적으로 규정하고 있다. 즉 동조 제1호의『법원조직법』제34조 제1항 각 호의 사건 중 제3호에 해당하는 범죄사건이란 20만원 이하의 벌금 또는 구류나 과료에 해당하면서 즉결심판을 하는 경우만 해당한다. 따라서 원격지에서 수사절차가 진행되는 국제범죄수사가 우리나라 법원에서 재판이 진행될 때에는 원진술자의 진술불능사유가 있다고 하더라도 현행 법제도 하에서는 즉격심판하는 경우 이외에는 원격영상재판은 할 수 없게 된다.

다음으로『특정범죄신고자 등 보호법』은 1999년 8월 31일 제정(법률 제5997호)되고 2000년 6월 1일 시행되었다. 동법은 범죄신고자 등을 실질적으로 보호함으로써 일반 국민이 특정범죄에 관한 신고·진정·고소·고발 등 수사단서의 제공, 진술 또는 증언 기타 자료제출행위 및 범인검거를 위한 제보 또는 검거활동을 안심하고 자발적으로 협조하게 하기 위해 제정되었다. 범죄신고자 등이 보호될 수 있는 방안 중 하나가 제10조의 영상물 촬영이다. 즉 범죄신고자 등에 대하여『형사소송법』상 증거보전과 참고인 증인신문을 하는 경우에는 판사직권 또는 검사의 신청에 의하여 판사는 그 과정을 비디오테이프 등 영상물로 촬영할 것을 명할 수 있고, 이 촬영된 영상물에 수록된 범죄신고자 등의 진술은 증거로 할 수 있다. 일반적인『형사소송법』상 증거보전제도와 참고인 증인신문제도의 요건과 절차와 구별되며,『특정범죄신고자 등 보호법』의 요건이 좀 더 완화되어 규정되어 있다. 이 경우는 무엇보다 법관의 면전에서

333)『**법원조직법**』**제34조(시·군법원의 관할)** ① 시·군법원은 다음의 사건을 관할한다.
1. 소액사건심판법의 적용을 받는 민사사건
2. 화해·독촉 및 조정에 관한 사건
3. 20만원 이하의 벌금 또는 구류나 과료에 처할 범죄사건
4. 가족관계의 등록 등에 관한 법률 제75조에 의한 협의상 이혼의 확인

② 제1항 제2호 및 제3호의 사건이 불복신청으로 제1심법원에 계속하게 된 경우에는 그 지역을 관할하는 지방법원 또는 그 지원이 관할한다. 다만, 소액사건심판법의 적용을 받는 사건은 그 시·군법원에서 관할한다.

③ 제1항 제3호에 해당하는 범죄사건에 대하여는 이를 즉결심판한다.

이루어진 진술을 녹음한 것이라는 특징이 있다.[334]

2010년 4월 15일 제정(법률 제10258호) 및 시행된 『성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법』은 1995년 1월 5일(법률 제4702호)에 제정된 『성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률』에서 출발한다. 영상물 녹화 및 비디오 등 중계장치에 의한 증인신문제도는 『성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률』이 2003년 12월 11일자(법률 제6995호)로 개정(2004년 3월 12일 시행)되면서 도입되었다. 동법 제30조에서는 피해자 또는 법정대리인이 영상녹화를 원하지 않는다는 의사표시를 하지 않는 한, 성폭력범죄의 피해자가 19세 미만이거나 신체적 또는 정신적인 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 경우에는 영상물을 촬영 및 보존하도록 규정하고 있다. 또한 제40조에서는 범죄피해자를 증인으로 하는 경우 비디오 등 중계장치에 의한 중계 신문이 가능할 수 있도록 규정하고 있다.

한편 동 법률의 제30조와 제40조의 규정이 같은 속성의 성범죄를 규정하고 있는 『아동·청소년의 성보호에 관한 법률』에서는 제26조를 통해 영상녹화만을 규정하고 있다. 그러나 『성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법』 제40조 제1항에서는 미성년자에 대한 강간도 포함하고 있으므로, 아동·청소년과 관련된 성범죄의 경우는 동조에 의해 비디오 등 중계장치를 통한 증인신문이 가능하다.

원격영상시스템을 통한 증인신문 이외에도 『공직선거법』에서는 피의자 또는 피의자 아닌 자를 상대로 인터넷 화상장치를 이용하여 진술을 들을 수 있는 규정(제218조의 33)을 마련하고 있다. 즉 수사절차에서도 원격영상시스템이 활용되고 있고, 동조를 통해 영상녹화와 관련된 규정도 두고 있다.

---

334) 『형사소송법』은 공판절차까지 기다리게 되면 수사절차에서 수집한 증거를 사용하는 것이 불가능하거나 곤란하게 될 것을 고려하여 제184조(증거보전제도)와 제221조의2(증인신문제도)를 규정하고 있다. 먼저 『형사소송법』에서 일반적으로 규정하고 있는 증거보전제도는 검사·피고인·피의자 또는 변호인의 청구에 의하여 수소법원이 아닌 관할법원에서 증거보전을 한다. 증거보전 청구의 내용은 압수·수색·검증·증인신문·감정이 해당된다. 따라서 피의자 또는 피고인의 신문은 청구할 수 없고, 다만 공동피고인 또는 공범자를 증인으로 신문하는 것은 허용된다. 다음으로 동법 제221조의2에서 규정하고 있는 증인신문제도는 참고인을 대상으로 한다. 즉 참고인이 출석 또는 진술을 거부할 경우에 제1회 공판기일 전에 한하여 검사의 청구에 의해 판사가 그를 증인으로 신문하는 것이다. 이 제도는 참고인 조사가 수사절차에서 임의적으로 진행되기 때문에 발생할 수 있는 출석과 진술의 문제를 해결하기 위해서 동조를 통해 참고인을 증인처럼 출석과 진술을 강제할 수 있도록 함에 있다. 한편 『특정범죄신고자 등 보호법』에서 규정하고 있는 증거보전제도는 위 요건과 절차와 달리 판사의 직권 또는 검사의 신청만으로 가능하게 하였다는 점에서 차이가 있다.

2) 영상녹화물과 원격영상시스템 활용실태

2012년 4월에 실시된 제19대 국회의원선거부터 대한민국 국적을 보유한 국외거주자들도 선거에 참여하였다.[335] 그러나 재외국민선거의 경우에도 허위사실 유포나 후보 비방, 금품 살포, 후원회 부정운영 등 조직적인 선거범죄를 발생시킬 수 있음에도 불구하고, 해당국의 사법주권 침해 문제로 인해 선거사범에 대한 수사자체가 진행되기 어려운 문제가 발생하였다. 특히 해외에서 발생한 선거범죄의 경우는 사건관련자들의 국내수사기관으로의 자진출석을 기대할 수 없어, 증거수집에 상당한 어려움이 있다. 이에 2012년 2월 29일『공직선거법』이 일부개정되면서 재외선거사범에 대한 영사조사제도와 함께 인터넷화상조사제도가 도입되었다.[336] 검사 또는 사법경찰관은『형사소송법』제200조(피의자 출석요구), 제221조(제3자의 출석요구 등)에 따라 재외공관에 출석한『공직선거법』위반자를 인터넷 화상장치를 이용하여 진술을 들을 수 있다(『공직선거법』제218조의33 제1항).[337]『공직선거법』제218조의33에서 규정하고 있는 국외선거범에 대한 인터넷 화상조사가 동조의 규정에 따라 이루어지고, 이 조사에 의해 작성된 조서는 동조 제7항에 의해 국내에서 검사 또는 사법경찰관이 작성한 조서와 동일한 것으로 간주된다.

한편 재판과정에서의 원격화상시스템은 구『성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률』에서 비디오 등 중계장치에 의한 중인신문제도로 2003년부터 활용되었다. 이 제도는 강간죄 등의 성폭력범죄 피해자들을 보호하기 위해 도입되었으나, 2007년 6월 1일『형사소송법』개정을 통해 성폭력 범죄 이외의 범죄피해자도 피고인 등과의 대면으로 정신적 평온을 현저하게 잃을 수 있는 경우라면 비디오 등 중계장치에 의한 증인신문이 가능하도록 적용범위가 확대되었다.[338]

---

335) 2007년 6월 28일 헌법재판소는 종래 주민등록 등재 여부로 선거권 행사를 결정하고, 국내 거주자에 한해서만 부재자신고를 허용하던『공직선거법』상의 규정들이 재외국민의 선거권과 평등권을 침해하고 보통선거의 원칙에 위배된다는 헌법불합치 결정을 내렸다(헌법재판소 2007. 6. 28. 선고 2004헌마655(헌법불합치결정)).이후 중앙선거관리위원회는 2008년 10월 15일에『공직선거법』개정의견을 국회에 제출하고 2009년 2월 12일『공직선거법』개정을 통해 재외선거제도가 되었다.

336) 윤지영(2012), 앞의 보고서, 157쪽.

337) 재외선거사범에 대한 인터넷 화상조사제도의 구체적 내용은 윤지영(2012), 위의 보고서, 158-161쪽 참조.

338) 재판과정에서의 비디오 등 중계장치에 의한 증인신문과 관련하여서는 윤지영(2012), 앞의 보고서, 163-168쪽 참조.

다. 형사절차상 영상녹화물과 원격화상시스템 활용을 위한 논의의 방향 설정

국내범죄와 관련한 형사절차에서는『헌법』제12조 제1항에 따라 어떤 법률의 근거 없이는 신체적 자유를 제한하는 어떠한 수사처분도 허용될 수 없기 때문에 법원에 의해 강제구인이 가능한 경우가 아닌 한 수사단계에서 증거확보가 그리 쉽지 않다. 더구나 국제범죄수사에서는 우리나라와 피요청국간의 수사절차가 상이할 수 있음을 고려할 때, 피의자가 아닌 참고인의 진술을 확보하기는 더욱 어려울 것이다.

출석이라는 개념을 형사절차에서 어떻게 해석하고, 직접주의나 피고인의 방어권과의 관계 규명을 어떻게 할 것인지에 관한 문제는 서로 밀접한 관련성을 가진다.『형사소송법』상 "피고인이나 증인은 관련절차 진행을 위해 공판정에 출석해야 하는 것이 원칙이고 일정한 경우 그 예외가 인정되고 있을 뿐, "물리적 출석"이라는 출석의 개념 자체가 "보이거나 들리는 범위 내"로 확대된 것은 아니"[339]라고 할 수 있다.

이에 공판단계가 아닌, 수사단계에서 참고인이 출석 또는 진술을 거부하는 경우 이를 강제할 수 있는 증인신문청구제도와 증거보전제도를 두고 있다. 이 제도는 공판정에서의 정상적인 증거조사가 있을 때까지 기다려서는 증거방법의 사용이 불가능하거나 곤란한 경우 또는 참고인이 출석이나 진술을 거부하는 경우 수사절차에서도 법원의 힘을 빌려 증거조사나 증인신문을 하게 함으로써 증거를 보전할 수 있다.[340] 즉 증인신문청구와 증거보전제도는 모두 공판정에서의 증인신문에 관한 규정이 준용되어 증인의 출석과 진술의무를 부과하는 형태로 참고인의 출석과 진술을 강제하는 기능을 가지고 있다.[341]

그러나 이 제도도 참고인이 외국인이거나 외국에 거주하고 있어서 출석을 강제하기 힘든 경우에는 여전히 수사 및 공판정에서의 증인신문에 어려움이 있다. 따라서 국제범죄에 대한 수사와 증인 등의 공판정 출석이 담보되기 어려운 경우에는 수사 당시의 상황을 녹음한 영상녹화물의 증거능력을 인정하고, 물리적 출석이 어려운 경우에는 원격영상전송방법을 통한 영상재판의 가능성이 담보될 필요가 있는 것이다. 특히『형사소송법』제184조에 의한 증거보전절차에서는 증인신문시 그 일시와 장소를 피의자

339) 윤지영(2012), 위의 보고서, 59쪽.
340)『형사소송법』제184조, 제221조의2.
341) 박미숙(2002), "참고인의 출석, 진술강제와 수사상 증인신문청구제도",「형사정책연구」통권 제52호, 한국형사정책연구원, 165쪽.

및 변호인에게 미리 통지하지 아니하여 증인신문에 참여할 기회를 주지 아니한 경우에는 증거능력이 없다고 하고 있어, 국제범죄에서 이 제도가 적절히 운용되기 위해서도 원격영상시스템의 도입이 절실하다고 생각된다.[342]

한편 공판정에서 직접 조사한 증거만을 재판의 기초로 삼을 수 있는 직접주의와 피고인의 방어권과 관련해서는 원격화상시스템을 통해 얼마나 생동감 있게 현장에서와 같은 상황이 연출될 수 있는지에 관한 기술적인 문제가 검토되어야 한다. 또한 형사절차상 원격화상시스템의 활용은 모든 절차관계인들이 매체를 통해 대면하여 구두로 진행되고, 사전에 녹화된 영상물을 방영하는 것이 아니라 실시간으로 생중계된다는 점에서 직접주의의 원칙과 피고인의 방어권 보장에 친화적이다.[343]

그러나 원격화상시스템이 이용되려면 동 시스템의 활용으로 인한 이익과 직접주의 또는 피고인의 방어권을 비교형량 하였을 때, 전자의 이익이 후자의 가치를 훼손하지 않는 범위에서 그 효용성이 입증될 수 있을 정도로 커야 한다. 그러므로 향후 논의는 실체적 진실의 발견을 비롯한 증인 등의 보호 및 사법의 효율성 제고 등의 이익과 직접주의 및 피고인의 방어권 보장으로 인한 이익을 비교형량한 후 전자의 이익이 우월한 것으로 평가되는 형사절차단계에 원격화상시스템을 활용하는 방안을 모색하는데 초점을 맞추어야 한다.[344]

2. 본증으로서의 영상녹화물과 원격수사 및 원격재판 도입방안

가. 서설

국제범죄수사를 국내범죄수사와 같은 선상에서 현행『형사소송법』상의 증거능력과 관련된 규정을 적용하여 해결하려는 것은 올바른 입법태도가 아님은 앞서 언급한 바 있다. 과학기술의 발전은 국가 간의 인적, 물적 교류의 확대를 가져왔고, 이로 인해 범죄의 외연도 국제화되어 가고 있다. 국가 간의 형사사법공조와 관련해서는

342) 수사에 꼭 필요한 피해자 증인 등의 진술을 확보하기 위해서는 일정한 경우 피의자 측의 참여를 배제할 필요성이 인정된다. 따라서 일정한 경우에 증인보호를 위해서 피의자·피고인 측의 참여권배제는 가능한 것으로 보아야 한다(박미숙(2002), 앞의 논문, 180쪽).

343) 윤지영(2012), 앞의 보고서, 59쪽.

344) 윤지영(2012), 위의 보고서, 59쪽.

국가 간 협약과 각 국가마다 이와 관련된 국내법이 제정되어 있지만, 이 법률들은 주로 국제범죄 수사를 함에 있어 절차적 규정을 담고 있을 뿐 수사절차 이후 해당 국가에서 진행되는 공판절차에서의 증거의 증거능력에 관한 사항은 특별하게 다루고 있지 않다.

예를 들어 공판정외 진술을 증거로 사용할 것인지의 문제에서 증거로 사용하지 않는 것을 원칙으로 하는 전문법칙의 관점에서도 현실의 규율을 위해서는 공판정외 진술을 모두 증거로 사용하지 못하도록 할 수는 없다. 따라서 영미법계의 전문법칙에 따르든 아니면 독일의 직접주의에 따르든 모두 공판정외 진술을 증거로 사용할 수밖에 없음을 인정하는 경우들이 있는 것이다. 그리고 공판정외 진술을 증거로 사용하기 위해서는 첫째, 공판정에 나온 원진술자에게 공판정 외에서 그러한 진술을 한 일이 있는지를 물어서 원진술자가 그러한 진술을 한 일이 있다고 인정하는 방법, 둘째, 공판정외 진술을 문서로 기재하여 그 문서를 제출하는 방법, 셋째, 원진술자의 공판정외 진술을 들은 제3자가 공판정에서 증언하는 방법, 넷째, 공판정외 진술 당시 녹음이나 영상녹화를 하여 그 녹음물이나 영상녹화물을 제출하는 방법이 있을 수 있다.[345]

특히 우리나라 현행『형사소송법』에 따르면 수사상 작성된 조서 및 진술증거 등은 전문증거에 해당하여 공판정에서 원칙적으로 증거로 사용될 수 없게 될 뿐만 아니라, 전문법칙의 예외 규정에 따라 증거능력 여부를 판단한다고 하더라도 원진술자가 공판정에서 진술을 해야 하는 부담이 존재한다. 물론 원진술자가 외국거주의 사유로 공판정에서의 진술불능이 예외적으로 인정된다고 하더라도, 추가적으로 "특신상태" 요건이 검토된 후 증거능력 여부가 결정된다. 즉 제314조에 의한 예외도 있지만, 보통 수사기관 조서나 사인의 진술서면에 대해 증거능력을 인정받기 위해서는 원진술자가 공판정에 출석하는 것을 원칙으로 하고 있다.

따라서 외국에서 수집된 증거가 조서 및 서면의 형태인 경우, 원진술자가 공조요청국인 우리나라 공판정에 출석을 하거나, 또는 제314조의 외국거주로 인한 사유가 인정된다고 하더라도 특신상태 요건을 충족하여야 한다. 이에 국제범죄로 인해 외국에서 증거를 수집해야만 하는 경우에는 예외적으로 증거수집 당시 상황을 영상녹화한

345) 이완규(2017), "전문법칙 해석이론과 입법적 대응 연혁 검토,「법학평론」제7권, 서울대학교 법학평론 편집위원회, 133-134쪽.

영상녹화물에 대한 증거능력을 인정하거나, 혹은 원진술자가 원격지에서 진술할 수 있도록 원격영상재판제도를 도입하는 방안을 제안해본다.

그러나 외국에서 영상녹화된 증거의 증거능력여부는 『형사사송법』상 피고인의 대면권, 즉 반대신문권 보장의 문제로, 원격영상재판은 『형사소송법』의 직접주의 원칙과 관련된 문제로 도입여부를 이론적으로 검토할 필요가 있다. 즉 외국에서의 수사절차상 어떤 형식으로 영상녹화가 가능한지의 문제와 수사 이후 공판정에서의 원격영상재판은 어떤 형태로 가능한지가 검토되어야 한다.

나. 외국에서 영상녹화된 증거의 증거능력 인정방안

1) 사법경찰관 작성 피의자신문조서에서의 영상녹화물과 증거능력 관계

검사 작성 피의자신문조서의 증거능력은 2007년 『형사소송법』 개정을 통해 변화를 겪었지만,[346] 사법경찰관 작성 피의자신문조서의 증거능력은 1954년 『형사소송법』이 제정된 이래 큰 변화는 없다.[347] 그러나 현실적으로 수사의 대부분은 경찰단계에서 이루어지고 있어 피의자신문조서도 사법경찰관이 작성하는 경우가 많다.[348] 사법경찰관 작성 피의자신문조서가 검사 작성 피의자신문조서에 비해 증거능력을 엄격하게 제한하는 이유는 경찰의 수사권 남용 또는 인권침해 우려에서 비롯된 것이라 평가할 수 있다.[349] 그러나 수사단계에서 피의자 진술 영상녹화제도는 수사기관이 검사이든

346) 검사 작성 피의자신문조서는 개정 전 『형사소송법』에서는 "피고인의 진정성립 인정"을 요건으로 규정하고 있었지만, 개정 후에는 "피고인의 실질적 진정성립 인정 혹은 영상녹화물 기타 객관적인 자료에 의한 입증"을 요건으로 하고 있다.

347) "제정 형사소송법은 제312조 단서에서 "검사 이외의 수사기관에서 작성한 피의자의 신문조서는 그 피의자였던 피고인 또는 변호인이 공판정에서 그 내용을 인정할 때에 한하여 증거로 할 수 있다."고 규정하였다. 이 부분이 1961년 개정 때 제312조 제2항으로 독립하면서 "공판준비기일"이 추가되었고, 2007년 개정시 "적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서"라는 문구가 추가되었다"(하재홍(2017), "사법경찰관 작성 피의자신문조서의 증거능력 제한에 대한 검토", 「법조」 제66권 제1호, 법조협회, 167쪽 각주 1). 즉 적법한 절차와 방식에 따른 작성 요건이 추가된 것 외에는 종전의 규정을 그대로 유지하였다.

348) 김정한(2011), "사법경찰관 작성 피의자신문조서와 조사경찰관 증언의 증거능력", 「법학논총」 제18권 제2호, 조선대학교 법학연구원, 70-71쪽.

349) 대법원은 "검사 작성의 피의자 신문조서 보다 검사 이외의 수사기관 작성의 피의자신문조서에 엄격한 요건을 요구한 취지는 검사 이외의 수사기관의 피의자 신문에 있을 수도 있는 개인의 기본적 인권보장의 결여를 방지하려는 입법정책적 고려"라고 한 바 있다(대법원 1982. 9. 14. 선고 82도1479 전원합의체 판결).

사법경찰관이든 가능하도록 규정되어 있는데,[350] 영상녹화를 한 주체가 누구냐에 따라 그 영상녹화의 증거사용가능성을 달리 보는 것은 바람직하지 않다.

특히 우리나라가 국제범죄수사를 이유로 미국에 공조요청을 한 경우, 미국의 수사주체는 경찰이기 때문에, 피공조요청국인 미국의 수사기관에서 작성된 피의자신문조서는 객관적 입증여부와는 상관없이 피고인 본인이 내용을 인정하여야 우리나라에서 증거능력을 인정받을 수 있다.[351] 내용인정,[352] 즉 "내가 진술한 것이 사실이다"라는 확인은 증거의 진실성 내지 신빙성에 대한 것으로 사실상 증명력의 요소라고 해야 한다. 따라서 사법경찰관 작성 피의자신문조서의 증거능력 여부가 법관이 다른 증거자료들을 종합하여 판단하는 것이 아닌, 피고인의 확인을 증거능력의 핵심적 요건으로 하는 것은 증거능력과 증명력을 혼재하는 결과를 초래한다.[353]

따라서 사법경찰관 작성 피의자신문조서의 경우는 검사 작성 피의자신문조서와 같이 "실질적 진정성립, 또는 영상녹화물 기타 객관적인 방법으로 입증될 경우"에는 전문증거임에도 증거능력을 부여하는 것으로 개정될 필요가 있다. 결국 사법경찰관 작성 피의자신문조서의 증거능력은 영상녹화물과 연결이 된다. 더욱이 국제범죄수사에서의 피의자 또는 참고인에 대한 수사기관 작성의 조서와 영상녹화물의 관계에서 보면,

---

350) **제244조의2(피의자진술의 영상녹화)** ① 피의자의 진술은 영상녹화할 수 있다. 이 경우 미리 영상녹화사실을 알려주어야 하며, 조사의 개시부터 종료까지의 전 과정 및 객관적 정황을 영상녹화하여야 한다.
② 제1항에 따른 영상녹화가 완료된 때에는 피의자 또는 변호인 앞에서 지체없이 그 원본을 봉인하고 피의자로 하여금 기명날인 또는 서명하게 하여야 한다.
③ 제2항의 경우에 피의자 또는 변호인의 요구가 있는 때에는 영상녹화물을 재생하여 시청하게 하여야 한다. 이 경우 그 내용에 대하여 이의를 진술하는 때에는 그 취지를 기재한 서면을 첨부하여야 한다.

351) 미국은 수사기관이 피의자를 조사하더라도 피의자의 진술을 피의자신문조서의 형태가 아닌 조사자 증언의 형태로 법원에 현출하므로 피의자신문조서의 증거능력에 대한 법리는 규정되어 있지 않다(안성수(2005), "미국 증거법상 전문법칙 및 수사단계에서의 진술 내지 조서의 증거능력", 「저스티스」 통권 제84호, 한국법학원, 200쪽). 특히 미국의 경우 수사단계에서 피의자가 사법경찰에게 한 자발적인 자백진술은 연방증거법상 자인에 해당하여 전문증거에 대한 정의상 전문증거로도 포함되지 않는다(하재홍(2017), 앞의 논문, 185쪽).

352) 대법원은 내용인정에 대해 "실질적 진정성립의 인정이 아니라 조서의 기재 내용이 실제사실과 부합함을 인정하는 진술"을 의미한다고 언급하였다(대법원 2006. 5. 26. 선고 2005도6271 판결; 2010. 6. 24. 선고 2010도5040 판결; 2013. 3. 28. 선고 2010도3359 판결 등).

353) 김정한(2011), 위의 논문, 75쪽. 같은 견해로 하재홍(2017), 위의 논문, 178-180쪽에서는 "내용인정의 의미는 형사소송법 제정 당시의 입법취지와 관계에서 이해하여 수사과정에서 작성된 조서를 증거로 사용함에 대해 이의가 없다는 것, 즉 조서작성을 비롯한 수사과정의 적법성에 관해 이의가 없다는 취지로 이해하는 것이 옳다"고 서술하고 있다.

영상녹화물 자체를 직접 증거로 사용할 가능성에 대해서도 고려하여야 한다.

현행『형사소송법』은 진정성립 입증과 기억환기 용도 외에는 증거로 사용하지 못한다는 취지를 명문화하고 있다.[354] 그러나 공판중심주의 이념에 따라 영상녹화물 자체가 조서를 대체할 증거로 사용하기는 어렵다고 하더라도, 첫째, 피고인으로부터 '신문과정에 위법수사가 있었다'는 주장이 제기된다면 영상녹화물 자체를 위법수사 여부 확인을 위한 증거로 사용할 수 있을 뿐만 아니라, 둘째, 조서의 기재만으로는 진술의 의미를 이해하기 어려운 등의 사정이 있어 법관이 당시의 진술 상황을 직접 확인하는 것이 필요한 경우에도 영상녹화물의 증거사용을 예외적으로 허용하는 방안을 생각해 볼 수 있다. 오히려 영상녹화물이 예외적으로라도 독립된 직접 증거로 사용할 수 있는 방안이 공판중심주의의 이념을 해치지 않으면서 실체적 진실발견과 소송경제의 이념에도 부합하는 방안일 것이다.[355]

2) 외국에서 수집한 영상녹화물의 본증 인정 가능성

영상녹화물은 진술을 녹음한 진술녹화방식과 범행현장을 녹화한 현장녹화로 나뉠 수 있고, 그 방식은 영상과 음향을 녹화·녹음하여 재생 가능하도록 한다. 따라서 영상녹화물의 증거능력은 사진 및 녹음테이프의 경우와 동일하게 취급된다.

현행『형사소송법』은 수사기관의 영상녹화물을 검사 작성 피의자신문조서와 검사 또는 사법경찰관 작성 참고인진술조서의 진정성립을 증명하는 수단 및 진술하는 피고인 또는 피고인 아닌 자의 기억환기 수단으로 사용될 수 있도록 규정하고 있다.[356] 수사기관의 영상녹화물이 본증 또는 독립된 증거로 사용될 수 있는가의 문제에 대해서는 현행법 하에서는 아직 근거를 마련하고 있지 않다. 이에 영상녹화물은 실질적으

---

354) **『형사소송법』 제318조의2(증명력을 다투기 위한 증거)** ① 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.
② 제1항에도 불구하고 피고인 또는 피고인이 아닌 자의 진술을 내용으로 하는 영상녹화물은 공판준비 또는 공판기일에 피고인 또는 피고인 아닌 자가 진술함에 있어서 기억이 명백하지 아니한 사항에 관하여 기억을 환기시켜야 할 필요가 있다고 인정되는 때에 한하여 피고인 또는 피고인이 아닌 자에게 재생하여 시청하게 할 수 있다.

355) 김정한(2011), 앞의 논문, 88쪽.

356)『형사소송법』 제312조 제2항 및 제4항과 제318조의2 제2항.

로 피의자신문조서 등과 다를 바 없으므로, 조서의 증거능력에 관한 규정을 준용하여 독립적인 증거능력을 인정해야 한다는 견해[357]가 있는 반면, 공판중심주의의 무의미화를 근거로 영상녹화물의 독립적인 증거능력을 부정하는 견해[358]가 있다.

그러나 『성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법』과 『아동·청소년의 성보호에 관한 법률』은 각 법률의 규정대로 촬영된 영상물에 수록된 피해자의 진술은 독립적인 증거능력을 예외적으로 인정받을 수 있다.[359] 즉 공판준비기일 또는 공판기일에 피해자나 조사과정에 동석하였던 신뢰관계에 있는 사람이 진술을 통해 그 성립의 진정을 인정받게 되면 증거로 할 수 있다.[360]

형사절차에 있어 수사는 주로 조서에 의해 이루어진다. 그러나 조서 위주의 수사는 공판단계로 가기 위한 필수적인 코스임에도 불구하고 조서 작성시의 오류개입과 협박 내지 강압에 의한 허위기재의 가능성 등을 이유로 공판단계에서 전문증거로서 증거능력이 원칙적으로 없다. 그러나 『형사소송법』은 실체적 진실주의를 최고 이념으로 하고 있고 초동수사시 확보할 수 있는 실체적 진실에 근접한 최초 진술의 증거 가치는 높다. 영상녹화제도는 수사기관이 피의자를 조사하는 전 과정을 기계적인 방법으로 녹음·녹화하는 방식을 통해 조사자와 피조사자의 질문과 답변이 생생하게 녹음·녹화되어 수사관의 신문방식과 아울러 피의자의 진술과정이 여과없이 드러난다는 점에서 수사과정의 투명성과 공정성을 확보하면서 실체진실 발견에도 부합한다.

또한 수사상 영상녹화는 수사기관과 피의자의 신문과정이 녹음·녹화된다는 점에서 신문의 밀행성으로 오는 가혹행위 발생 가능성을 제거할 수 있다. 즉 피의자의 인권보장이 담보될 수 있다. 영상녹화제도는 피의자뿐만 아니라 수사기관의 입장에서도 조서작성으로부터 벗어나서 조사과정에 집중할 수 있고 즉문즉답을 통하여 조사시간도 단축할 수 있다는 장점이 있다.

---

357) 이재상(2014), 앞의 책, §40/61; 정웅석/백승민(2014), 「사례 형사소송법(전정 제5판)」, 대명출판사, 140쪽.

358) 임동규(2014), 앞의 책, 549쪽; 이은모(2014), 앞의 책, 730쪽; 배종대/이상돈/정승환/이주원(2013), 앞의 책, §58/153; 손동권/신이철(2014), 앞의 책, 597쪽; 송광섭(2012), 「형사소송법(개정판)」, 형설출판사, 647쪽; 김재환(2013), 「형사소송법」, 법문사, 718쪽.

359) 『성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법』 제30조, 『아동·청소년의 성보호에 관한 법률』 제26조.

360) 『성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법』 제30조 제6항, 『아동·청소년의 성보호에 관한 법률』 제26조 제6항.

다. 화상통신을 이용한 원격영상재판의 도입방안

1) 원격영상재판이 가능한 형사절차

교통이 불편한 도서·산간벽지의 주민에게 편리하게 사법서비스를 제공하려는 취지에서 도입된 원격영상재판을 단지 호송상의 불편 해소와 비용절감을 위해 형사재판에까지 확대하는 것은 법정의 존엄을 해하거나 소송관계자의 재판에 대한 신뢰감을 저하시킬 수 있다는 비판이 있다. 특히 원격영상재판은 피의자·피고인의 방어권 침해의 우려와 원격증언의 합법성 여부가 논란이 될 수 있다.

먼저 피의자·피고인의 방어권 침해여부를 살펴보면 다음과 같다. 형사절차에서의 영상재판은 피의자·피고인의 법관 대면권, 자유로운 분위기에서 진술할 권리, 변호인의 조력을 받을 권리 등을 봉쇄하거나 침해할 우려가 있으며, 『형사소송법』상 직접주의 원칙에도 반한다. 또한 검사는 판사와 함께 법정에 위치한 반면, 피고인은 화면을 통하여 법정에 나타나게 될 때, 피고인에 대하여 불공정한 편견을 불러일으킬 수 있다. 다음으로 영상시스템을 이용한 증인신문의 경우는 법관이 증인의 증언태도, 표정 등을 세밀하게 살펴 증언의 신빙성을 판단하는 것이 어렵게 될 수 있고, 공개된 법정에서 증언하게 함으로써 위증에 대한 심리적 부담을 가지게 하는 것이 곤란하여 진실을 말하게 만드는 효과가 감소될 수 있을 것이다. 또한 피고인으로서는 증인과 직접 대면한 자리에서 교차신문을 통하여 자기에게 불리한 증언을 탄핵할 기회를 상실하게 되는 문제가 발생할 수 있다.

그러나 영상재판은 아동학대 또는 성범죄 피해자 및 위협을 받고 있는 증인의 경우 피고인과 대면했을 때 받게 되는 정신적 충격이나 보복위협을 예방함으로써 오히려 실체적 진실을 담보할 수 있다. 또한 증인이 굳이 당해 법정에 나오지 않고 자신의 주거지의 인근법정에 출두하여 화상으로 증언할 수 있게 됨으로써 소송경제적으로 발생할 수 있는 비효율을 방지할 수 있다.[361] 특히 형사절차상 원격영상재판의 활용은

---

361) 연방헌법 수정 제6조에 의하여 대면할 권리를 보장한 미국에서 조차도 대면권이 반드시 실제로 얼굴을 맞댄 상태에서의 증언을 의미하는 것은 아니며, 다른 이익과 비교할 때 분리증언의 필요성이 우월하다면 영상재판을 이용한 증언을 허용하고 있으므로 절대적인 권리가 아니라고 보는 바, 절박한 공익상의 필요성이 있을 경우에는 제한이 가능하다고 보아야 한다(정웅석(2007), 형사절차에 있어서의 화상통신 및 영상녹화 활용에 관한 연구, 법무부 용역연구보고서, 100쪽).

모든 절차관계인들이 매체를 통해 대면함으로써 구두로 형사절차를 진행하는 것이 가능해지고 사전에 녹화된 영상물을 방영하는 것이 아니라 실시간으로 생중계된다는 점에서 직접주의의 원칙과 피고인의 방어권 보장에 보다 친화적이다.

형사사건을 처리함에 있어서 "재외국민은 물론이고 해외에 있는 외국인에 대한 조사가 필요한 경우가 있는 바, 이들을 국내의 수사기관이나 법정에 직접 출석시켜 진술을 취득하는 데에는 상당한 비용이 소요되므로 원격화상시스템의 활용 방안을 모색해"[362] 볼 수 있다. 다만 "해당국의 사법주권 침해 문제를 야기하지 않으면서 동 시스템을 활용하기 위해서는 국제형사사법공조가 전제"[363]되어야 한다. 우리나라의 경우 "형사사건의 수사나 재판과 관련하여 외국과 협조하는 범위와 그 절차 등을 정함으로써 범죄의 진압과 예방에 국가 간의 협력을 증진하고 범죄의 국제화 추세에 대비하기 위해 1991년 3월 8일 『국제형사사법공조법』을 제정하여"[364] 시행하고 있다. 하지만 현재까지 국제형사사법공조시 원격화상방식에 의한 수사 및 증인신문제도 규정은 도입되지 않은 상황이다.

2) 국제범죄에 있어 외국 거주자와의 원격영상재판의 실현 가능성

가) 시행범위

국제범죄에서의 증거확보의 가능성을 높이기 위해서는 무엇보다 현행 『원격영상재판에 관한 특례법』과 『원격영상재판에 관한 규칙』에 따른 원격영상재판 적용 범위를 확대할 필요가 있다. 물론 영상재판을 구현하기 위한 장비가 고가이기 때문에 많은 법원에 시스템을 구축할 수 없어 원격영상재판을 실시할 법원을 특정할 수밖에 없는 현실, 원격영상재판의 주된 목적이 불편함을 해소하기 위한 하나의 선택이었다는 점 등을 감안할 때, 현재 이 제도를 제한적으로 활용하는 것이 오히려 합리적일 수 있다.

그러나 원격영상재판이 도입된 당시에도 향후 영상재판이 성공적으로 실시된다면 그 범위의 확대를 검토할 수 있을 것으로 판단하였던 점을 미루어 보아,[365] 원격영상

362) 윤지영(2012), 앞의 보고서, 178쪽.
363) 윤지영(2012), 위의 보고서, 178쪽.
364) 윤지영(2012), 위의 보고서, 178쪽.
365) 황찬현(1998), "정보화와 재판실무", 「재판자료」 79집, 법원도서관, 95쪽.

재판이 현재 제한된 범위보다 더 확대되지 못할 이유는 없다. 영상재판제도의 확대방안은 특정한 유형의 사건을 추가시켜 선별적으로 인정하는 방식이 아닌, 사건의 유형과 관계없이 형사사법상 증거조사절차를 대상으로 원격영상시스템을 활용하는 방안을 제시해볼 수 있다.[366] 특히 국제민사사법공조 분야의 증인신문절차에서 원격영상시스템이 이미 적극적으로 활용되고 있다는 측면에서,[367] 국제형사사법공조 분야에서의 증거조사절차에서도 원격영상시스템이 활용될 수 있다.

『형사소송법』은 2007년 제165조의2를 신설하여 비디오 등 중계장치에 의한 증인신문절차를 도입한 바 있다. 현재 원격영상시스템 제도는 1995년『원격영상재판에 관한 특례법』의 제정으로 시행된 이후『형사소송법』에 원격영상재판이 도입되었고, 2015년 7월 10일 전해철의원이 대표발의한『민사소송법』 일부개정법률안[368]을 통해 민사재판상 증거조사절차에서도 영상회의시스템이 활용되는 근거가 마련되었다.

『민사소송법』상 비디오 등 중계장치에 의한 증인신문은 동법 제327조의2를 근거로 "어떤 사정으로 말미암아 법정에 직접 출석하기 어려운 경우", "어떤 사정으로 말미암아 법정에서 당사자 등과 대면하여 진술하면 심리적인 부담으로 정신의 평온을 현저하게 잃을 우려가 있는 경우"로 정리된다.『형사소송법』이 "피고인 등과 대면하여 진술하는 경우 심리적인 부담으로 정신의 평온을 현저하게 잃을 우려가 있다고 인정되는 자"로 제한하고 있는 것[369]과 비교해볼 때,『민사소송법』에서의 증인신문절차상

366) 김도훈(2014), "원격영상재판에 관한 특례법에 관한 소고",「원광법학」제30권 제4호, 원광대학교 법학연구소, 141쪽.

367) 오병희(2010), "국제민사사법공조에 있어서의 영상전송(video-link)에 의한 증거조사: 헤이그 증거협약을 중심으로", 법원도서관 참조.

368) 이 법률안은 2015년 7월 13일 법제사법위원회에 회부되어 동년 12월 30일 상정되었는데, 2016년 2월 26일 제1차 법안심사 제1소위원회에서 동 법률안을 본회의에 부의하지 않기로 하는 대신, 김회선의원이 대표발의한 민사소송법 일부개정법률안(2015년 11월 20일 제안한 제1917826호 법률안)과 통합·조정하여 위원회 대안으로 제안하는 것으로 결정되었다. 이에 2016년 2월 29일 민사소송법 일부개정법률안(대안)이 제안되었고(의안번호 제1918600호), 동년 3월 2일 본회의에 상정 및 의결되어 같은 달 29일 공포되어, 2016년 9월 30일자로 민사소송법상 원격영상신문절차 제도가 시행되었다.

369)『**형사소송법**』**제165조의2(비디오 등 중계장치 등에 의한 증인신문)** 법원은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자를 증인으로 신문하는 경우 상당하다고 인정하는 때에는 검사와 피고인 또는 변호인의 의견을 들어 비디오 등 중계장치에 의한 중계시설을 통하여 신문하거나 차폐시설 등을 설치하고 신문할 수 있다.

1. 아동복지법 제71조 제1항 제1호부터 제3호까지에 해당하는 죄의 피해자
2. 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제7조, 제8조, 제11조부터 제15조까지 및 제17조 제1항의 규정에 해당하는 죄의 대상이 되는 아동·청소년 또는 피해자
3. 범죄의 성질, 증인의 연령, 심신의 상태, 피고인과의 관계, 그 밖의 사정으로 인하여 피고

비디오 등 중계장치 사용범위가 완화되어 제정되었음을 알 수 있다.

실제로 미국, 영국, 일본, 싱가포르, 오스트레일리아 등 재판상 영상회의시스템 활용의 근거를 마련하고 있는 다양한 국가에서도 영상회의시스템이 민사소송법, 형사소송법, 증거법 등의 증인신문절차나 전문가를 대상으로 한 절차에 적용되고 있다.[370]

나) 수사단계

"수사단계에서 원격화상시스템은 원거리에 있는 피의자 또는 참고인의 불편을 최소화시켜 신속하게 수사를 진행할 수 있고, 보복우려 등으로 인해 수사에 협조하지 못하는 자들을 보호하여 진술을 확보함으로써 실체적 진실 발견의 장점"[371]이 있다. 경찰은 2004년 원격지 화상조사제도를 도입하였으나 수사촉탁제도가 활성화되면서 현재는 화상조사제도를 이용하고 있지 않다. 그러나 "수사기관의 편의나 사법비용의 절감이라는 측면이 아닌 피의자나 참고인의 보호라는 측면을 고려할 때, 여전히 동 제도는 수사단계에 활용될 필요가 있다."[372] 특히 "일반적인 형사사건의 경우에도 재외국민은 물론이고 외국인에 대해서도 조사가 필요한 경우가 있는 바, 해당국의 사법주권 침해 문제를 야기하지 않으면서 실체적 진실을 발견하기 위해서는 원격화상시스템의 활용을 적극적으로 검토하여야 한다".[373]

『형사소송법』상 수사단계에서의 증거보전제도와 증인신문제도가 공조에 의해 이루어질 때 원격영상재판은 위 두 제도의 효율성을 높일 수도 있다. 특히 동법 제221조의 1에서 규정하고 있는 증인신문은 참고인조사에 관한 검사의 수사활동을 법원을 통해 강제시킨다는 점[374]에서 국제범죄수사에서 참고인진술을 확보할 수 있는 중요

인 등과 대면하여 진술하는 경우 심리적인 부담으로 정신의 평온을 현저하게 잃을 우려가 있다고 인정되는 자

370) 계인국(2016), 원격영상재판에 관한 연구 -외국의 원격영상재판 이용현황을 중심으로-, 사법정책연구원, 51쪽 이하.

371) 윤지영(2012), 앞의 보고서, 178쪽.

372) 윤지영(2012), 위의 보고서, 178쪽.

373) 윤지영(2012), 위의 보고서, 178쪽.

374) 『형사소송법』 제184조의 증거보전제도와 제221조의2의 증인신문제도가 기소 전에 법관이 형사절차에 직접 관여한다는 점이나 증거보전의 구체적 방법 중 하나가 증인신문인 점 등에서 외형상 비슷한 것은 사실이고, 따라서 증인신문제도를 증거보전제도의 일종으로 보는 견해가 있다(배종대/이상돈/정승환/이주원(2013), 앞의 책, 216쪽; 차용석/최용성(2013), 「형사소송법」, 21세기사, 272쪽; 이영란(2008), 「한국형사소송법」, 나남출판, 396쪽에서는 증인신문도 증거보전의 일종으로 보고 있고, 김재환(2013), 앞의 책, 230쪽, 235쪽에서는 증인신문을 증거보전

한 제도이며, 원격영상재판은 국제범죄수사에서 이 제도의 실제 적용 범위를 확대시킬 수 있는 방안 중 하나이다. 또한 외국거주 등 사유에 따라 동법 제314조에 의해 증거능력 부여가 확대되었다고 하더라도, 동조는 참고인이 수사기관에서 진술한 후 법정에 출석할 수 없게 된 경우에 적용될 수 있을 뿐 참고인이 처음부터 우리나라 수사기관에 출석하거나 진술을 거부하는 경우에는 적용될 수 없기 때문에,[375] 원격영상시스템을 통한 동법 제221조의1의 증인신문제도 실현은 반드시 필요하다.

또한 공판 전 피의자의 구속 여부를 결정하는 단계에서도 원격화상시스템을 고려해 볼 수 있다. 우선 검사는 구속영장 청구에 앞서 피의자를 면담하는 과정에서 원격화상시스템을 활용함으로써 체포 후 48시간 이내에 영장청구여부를 결정해야 하는 시간적 한계와 함께 피의자로 하여금 자신에게 이익되는 사실을 진술할 수 있는 기회를 준다는 점에서 인권친화적이라는 장점이 있다. 또한 판사가 원격화상시스템을 통해 구속영장 발부여부를 판단하거나 체포 또는 구속의 적부를 심사하는 과정에서도 피의자심문을 위한 피의자 호송문제, 경찰서와 법원 간 이동시 발생할 수 있는 시간적·경제적 문제 등을 원화시키는 긍정적 측면이 있다.[376] 다만 검사나 판사를 직접 대면하고자 하는 피의자의 의사는 존중되어야 마땅하므로, 피의자가 스스로 동의한 경우에만 원격화상시스템을 활용하는 방향으로 구축되어야 한다.[377]

다) 공판단계

공판과정에서 증인의 증언은 형사사건의 실체적 진실을 발견하는데 중요한 자료로 제공된다. 공판과정에서 원격화상시스템을 활용하는 재판은 수사단계에서와 마찬가지로 피고인의 호송 과정에서 발생하는 시간적·경제적 비용을 감소시키고 보안을

제도의 일종으로 전제하고 있다. 또한 송광섭(2012), 앞의 책, 522쪽에서도 증인신문과 증거보전 중의 증인신문의 차이가 부분적으로 차이는 있지만 증거를 보전한다는 점에서는 동일하다는 취지로 서술되어 있다). 그러나 증거보전은 본질이 장래를 위한 증거조사절차로서 재판절차이므로 법원이나 판사가 진행함이 당연하지만, 증인신문은 현재의 증거를 수집하는 절차로서 본질이 수사절차이므로 판사가 진행하는 것이 특례이다(김정한(2014), "제1회 공판기일 전 증인신문제도에 대한 실무적 고찰-특히 증거보전제도와 비교하여", 「법학논고」 제47집, 경북대학교 법학연구원, 287-288쪽).

375) 김정한(2014), 위의 논문, 289쪽.

376) 윤지영(2012), 앞의 보고서, 179쪽.

377) 윤지영(2012), 위의 보고서, 180쪽.

확보할 수 있다. 하지만 현행 형사법상 공판단계에서의 원격영상재판은 아동학대나 성폭력범죄의 피해자 등이 공판과정에서 받게 될 2차 피해를 방지해야 한다는 필요성에서 "비디오 등 중계장치"를 통해서 시작되었다.[378]

인간의 존엄과 가치를 존중하고 적정절차의 이념을 실현하고자 하는 형사소송에서 피고인은 소송의 주체로서 방어권을 행사할 수 있는데, 원격영상재판의 경우는 피고인이 증인을 직접 대면하지 못하게 되어 반대신문권 행사에 있어서 문제가 발생한다. 그러나 피고인의 반대신문권은 절대적 권리가 아니라 이익형량의 대상이 되는 것이기 때문에 일정한 요건 하에 증인보호 목적으로 피고인의 방어권이 제약될 수 있다.

원격영상재판을 통한 증인신문은 먼저 증인이 원거리에 있어 공판기일에 출석할 수 없는 경우 인근 법원 등에서 원격화상시스템을 통해 증언할 수 있다. 특히 "외국인 관련 형사사건이 점차 늘어나고 있는 추세를 감안할 때, 유럽연합 내 회원국들이 형사사건을 처리하는 과정에서 국경을 넘어서 비디오컨퍼런싱을 활용하고 있다는 점은 주목할 만하다".[379] 해외도피사범들이 지리적 접근성과 경제·문화적 교류의 증대 등으로 인해 중국과 동남아시아 국가들을 도피처로 택하는 경우가 늘고 있어, 오늘날 현재의 사법공조시스템만으로는 범죄에 적극적으로 대처하는데 부족한 측면이 있다.[380] 또한 공판단계에서 원격영상재판은 사건 관련자들의 증언 이외에도, 특정 전문분야의 이슈와 관련된 재판에 있어 국외의 저명한 전문가들의 증언에도 활용될 수 있다.

3. 국제범죄수사에서의 영상녹화물과 원격영상시스템에 대한 입법안

원격화상시스템은 1995년 『원격영상재판에 관한 특례법』의 형태로 도입되었는데, 동법에 의하면 20만원 이하 벌금, 구류나 과료에 처할 범죄사건을 제외하고는 형사절차에 적용되지 않는다. 그러나 『형사소송법』에는 "비디오 등 중계장치 등에 의한 증인신문"을 규정하고 있어 형사절차상 현실적으로 원격화상시스템을 적용하지 않는 것은 아니다. 그러나 수사단계에서부터 공판단계에까지 모든 절차상 원격화상시스템이 하나의 독자적 제도로서 유기적으로 적용될 수 있는 방안이 필요하다.

---

378) 윤지영(2012), 앞의 보고서, 180쪽.
379) 윤지영(2012), 위의 보고서, 182쪽.
380) 윤지영(2012), 위의 보고서, 183쪽.

가. 원격영상재판에 관한 특례법 정비방안

첫째, 『원격영상재판에 관한 특례법』의 목적을 "사법서비스 확충"에서 "효율성 강화"로 전환할 필요가 있다. 둘째, 원격영상재판을 법원의 직권에 의해서만 개시될 수 있는 절차가 아니라 당사자의 신청에 의해서도 진행될 수 있는 절차로 개선할 필요가 있다. 셋째, 장기적으로 원격영상재판을 법정 이외의 장소에서도 진행할 수 있도록 그 범위를 확대할 필요가 있다. 넷째, 원격영상재판을 진행할 수 있는 법원 및 적용대상 사건의 범위를 확대할 필요가 있다.[381]

나. 형사소송법 정비방안

1) 영상녹화물을 통한 수사단계 진술의 증거능력 인정방안

영상녹화물이 증거로서 인정받기 위해서는 『형사소송법』상 직접주의의 벽을 넘어야 한다. 따라서 직접주의적 관점에서 수사단계 진술의 증거능력은 인정하되, 조서로 입증하는 것을 제한하는 방식을 아래 표와 같이 제시해 본다.

〈표 5-7〉 영상녹화물의 증거능력에 대한 개정안[382]

제312조(피고인의 공판기일 외에서의 진술)

(1안)
① 피고인의 공판준비 또는 공판기일 외에서의 진술(사법경찰관의 수사절차에서의 진술은 제외한다.)은 다음 각 호의 경우에 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여진 때에 한하여 이를 증거로 할 수 있다.
1. 위 진술을 한 사실을 인정하는 피고인의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술
2. 위 진술을 내용으로 하는 피고인 아닌 자(검사 또는 검사의 신문에 참여한 자를 포함한다.)의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술 또는 녹음·녹화물

(2안)
① 피고인의 공판준비 또는 공판기일 외에서의 진술(사법경찰관의 수사절차에서의 진술을 포함한다.)은 다음 각 호의 경우에 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여진 때에 이를 증거로 할 수 있다.
1. 위 진술을 한 사실을 인정하는 피고인의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술
2. 위 진술을 내용으로 하는 피고인 아닌 자(검사, 사법경찰관, 검사 또는 사법경찰관의 신문에 참여한 자를 포함한다.)의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술 또는 녹음·녹화물

381) 김도훈(2014), 앞의 논문, 144쪽.

제313조(증인의 공판 또는 수사절차에서의 진술)
① 피고인 아닌 자의 진술이 수사절차 또는 다른 사건의 공판준비 또는 공판기일에서 행하여진 경우 다음 각 호를 증거로 할 수 있다.
1. 위 진술을 한 사실을 인정하는 피고인 아닌 자의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술
2. 위 진술을 내용으로 하는 피고인 아닌 자(판사, 검사 또는 조사나 신문에 참여한 자를 포함한다.)의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술 또는 녹음·녹화물

위 표의 방안은 수사절차에서의 진술은 증거로 사용하되 그 진술의 존재에 대한 입증 수단에 있어서 조서는 인정하지 않고 원진술자가 공판정에서 그러한 진술을 하였다고 인정하는 인정진술, 제3자의 전문증언 그리고 녹음물과 녹화물 등을 그 입증수단으로 하자는 것이다.[383] 위 표와 관련하여 2005년 7월 18일 사법제도개혁추진위원회에서는 아래 표와 같은 최종안을 제출하였다.

〈표 5-8〉 사법제도개혁추진위원회가 제시한 영상녹화물의 증거능력에 대한 최종안[384]

제312조(검사 또는 사법경찰관의 조서 등)
① 검사가 피고인의 진술을 기재한 조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 피고인이 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음이 공판준비 또는 공판기일에 피고인의 진술 또는 영상녹화물 등 객관적인 방법에 의하여 증명되고, 그 조서에 기재된 진술이 변호인의 참여하에 이루어지는 등 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한하여 증거로 할 수 있다.
② 검사 외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 공판준비 또는 공판기일에 그 피의자였던 피고인 또는 변호인이 그 내용을 인정할 때에 한하여 증거로 할 수 있다.
③ 검사 또는 사법경찰관이 피고인이 아닌 자의 진술을 기재한 조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 원진술자가 공판준비 또는 공판기일에 경험사실에 관하여 구체적으로 진술한 후 그 조서가 검사 또는 사법경찰관 앞에서 진술한 내용과 동일하게 진술되어 있음을 인정하고, 피고인 또는 변호인이 공판준비 또는 공판기일에 그 기재내용에 관하여 원진술자를 신문할 수 있었던 때에는 증거로 할 수 있다. 다만, 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한한다.
④ 제1항 내지 제3항의 규정은 피고인 또는 피고인이 아닌 자가 수사과정에서 작성한 진술서에 관하여 이를 준용한다.
⑤ (생략)

제312조의2(피의자 진술에 관한 영상녹화물)
① 검사 또는 사법경찰관 앞에서의 피고인의 진술을 내용으로 하는 영상녹화물은 공판준비 또는 공판기일에 피고인이 검사 또는 사법경찰관 앞에서 일정한 진술을 한 사실을 인정하지 아니하고, 검

382) 〈표 5-7〉은 이완규(2017), 앞의 논문, 174-175쪽의 표를 직접 인용한 것인데, 이 논문의 표는 해당 논문의 저자가 2005년 사법제도개혁추진위원회에서 제시하였던 증거법 분야와 관련된 법안이다.
383) 이완규(2017), 위의 논문, 175쪽.

> 사, 사법경찰관 또는 그 조사에 참여한 자의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술 그 밖의 다른 방법으로 이를 증명하기 어려운 때에 한하여 증거로 할 수 있다.
> ② 제1항의 규정에 의한 영상녹화물은 적법한 절차와 방식에 따라 영상녹화된 것으로서 공판준비 또는 공판기일에 피고인, 검사, 사법경찰관 또는 그 조사에 참여한 자의 진술에 의하여 조서의 모든 과정이 객관적으로 영상녹화된 것임이 증명되고, 영상녹화된 진술이 변호인의 참여 하에 이루어지는 등 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음이 증명된 것이어야 한다.
> ③ 제1항의 영상녹화물을 증거로 제출하는 경우에는 녹취서를 함께 제출하여야 한다.

공판정 외 진술을 전달하는 수단 중 하나로서의 조서가 증거로 제출될 때 그 조서를 작성하게 된 조사과정이 실제로 있었는지, 그리고 조서 작성자가 절차에 따라 적합하게 조서를 작성하였는지 등은 그 조서가 증거로서 갖추어야 할 기본요건으로서의 진정성이다.[385] 즉 조서의 진정성립은 증거로 제출될 때 기본적으로 입증되어야 할 진정성이다.[386] 그러나 판례는 조서의 진정성립을 조서에 기재된 대로의 진술이 실제로 있었는지 여부에 대해 실질적 진정성립 여부를 판단하고 있는데, 이는 조서의 증명력의 문제이지 증거능력의 문제가 아니다. 특히 원진술자가 실질적 진정성립을 부정하면 조서는 그 기재내용대로의 진술이 실제로 있었는지에 대해서는 증명수단으로서 아무런 효력을 인정받지 못하게 된다.[387] 따라서 진정성립을 입증하는 방법이 원진술자의 진술 이외에도 다른 방법이 추가되어 다양화 될 필요가 있고, 그러한 방안 중 하나가 영상녹화이다.

우리나라 『형사소송법』은 영상녹화물로 "행해진 진술"의 존재가 증명되면 아무런 증명력을 갖지 못했던 그 조서를 증거로 사용할 수 있도록 규정하고 있으면서 증명된 영상녹화물 자체는 증거로 사용할 수 없도록 되어 있다.[388] 하지만 앞으로는 과학의 발달로 인해 이전의 조서방식의 수사절차에서 탈피하여 조서보다 더 정확한 영상녹화물이나 녹음물 등 발달된 기술력을 허용하는 방법으로 전환되어야 할 것이다.

---

384) 이완규(2017), 앞의 논문, 176-177쪽의 표를 직접 인용함.
385) 이완규(2017), 위의 논문, 184쪽.
386) 이완규(2017), 위의 논문, 184쪽.
387) 이완규(2017), 위의 논문, 184쪽.
388) "영미법계의 전문법칙이라면 행해진 진술의 존재를 입증하는 수단에는 제한이 없다. 따라서 만약 영상녹화물로 '행해진 진술'이 입증될 수 있다면 이때의 영상녹화물이 바로 입증수단으로서의 증거가 될 것이다. 전문법칙의 문제는 그 다음 차원에서 그렇게 입증된 진술이 전문법칙의 예외상황에 해당하는 상황에서 행해졌는지라는 문제로 검토된다. 또한 독일의 직접주의에 의하더라도, 제3자를 증인으로 신문하여 '행해진 진술'이 입증되면 그 증인신문을 통해 그 진술을 증거로 하면 되는 것이고, 그 증인신문을 통해 행해진 진술이 입증되었다고 하여 이를 제쳐두고 다시 조서를 증거로 하지는 않는다"(이완규(2017), 앞의 논문, 189쪽).

2) 수사 및 공판단계에서의 원격영상시스템 활용방안

우선 수사단계에서 피의자 또는 참고인이 원거리에 있거나 보복 우려 등으로 인해 수사기관에서 진술하지 못할 경우 이들의 동의를 전제로 원격화상시스템을 활용할 수 있는 근거규정을 마련해야 한다. 특히 『공직선거법』상 재외국민선거에서 공직선거법 위반혐의를 받고 있는 피의자나 참고인 등에 대한 인터넷 화상조사에 대한 규정은 가능한 한 『형사소송법』에 체계적으로 정리할 필요가 있다. 여기에서 더 나아가 범죄혐의를 받고 있는 피의자나 참고인이 해외에 있을 때 원격화상시스템을 활용해서 이들을 조사할 수 있는 근거 규정을 마련할 필요가 있다.

첫째, 검사 또는 사법경찰관은 재외공관에 출석한 피의자 또는 피의자 아닌 자를 상대로 인터넷 화상장치를 이용하여 진술을 들을 수 있도록 한다.

둘째, 검사의 구속영장 청구 전 피의자면담제도는 『검찰사건사무규칙』에 근거하고 있는데, 현재 대면면담이 아닌 전화면담으로 대체되기도 하기 때문에 『형사소송법』에 근거 규정을 마련하지 않더라도 구속영장청구 전 면담에 원격화상시스템을 이용할 수 있을 것이다. 그러나 "판사가 구속영장 발부 여부를 판단하거나 체포 또는 구속적부를 심사하기 위해 피의자를 심문하는 과정에 활용하기 위해서는 동 시스템 활용에 대한 피의자의 동의를 전제로 하는 근거 규정이"[389] 『형사소송법』상 마련되어야 한다.

셋째, 증인신문과 관련하여서는 이미 『형사소송법』상 비디오 등 중계장치에 의한 신문이 이루어질 수 있도록 규정되어 있다. 그러나 동 제도는 피고인 등과의 대면으로 인해 정신적 평온상태를 현저히 잃을 우려가 있는 경우에만 가능하기 때문에, 원격영상재판이 원거리 이동을 할 수 없는 특별한 사정이 있는 경우에도 가능하도록 하기 위해서는 별도로 근거규정을 마련할 필요가 있다. 특히 "증인이 해외에 있는 경우에는 재외공관에 출석하여 원격화상증언을 할 수 있도록 하되, 해당국가의 법정 또한 원격화상시스템을 갖추고 있고 우리나라와의 사법공조가 전제된다면 해당국의 법정에서 증언을 하는 방안"[390]도 장기적 관점에서 모색되어야 할 것이다.

---

389) 윤지영(2012), 앞의 보고서, 179쪽.
390) 윤지영(2012), 앞의 보고서, 188쪽.

다. 국제형사사법공조법 정비방안

『국제형사사법공조법』은 “형사사건의 수사 또는 재판과 관련하여 외국의 요청에 따라 실시하는 공조 및 외국에 대하여 요청하는 공조의 범위와 절차 등을 정함으로써 범죄를 진압하고 예방하는 데에 국제적인 협력을 증진함”[391]에 목적이 있다. 즉 동 법률은 우리나라가 요청국가 또는 피요청국가로서 형사사건의 수사 또는 재판에 필요한 절차를 규율하고 있다. 국제형사사법공조에서는 요청국과 피요청국 간의 수사와 공판에 관한 절차적 규정이 다를 때 수사의 방식과 재판과정에서의 증인신문 및 증거능력 인정여부 등이 문제가 된다. 이에 대해 우리나라 『국제형사사법공조법』에서는 아래 표와 같이 규정하고 있다.

〈표 5-9〉 현행 국제형사사법공조법의 구조와 내용

국제형사사법공조법 구성	현행 국제형사사법공조법
제1장 총칙	이 법의 목적 및 정의, 공조조약과 상호주의에 대해 규정하고 있다.
제2장 공조의 범위와 제한	-
제3장 외국의 요청에 따른 수사에 관한 사항	우리나라가 피요청국일 때, 공조절차 중 수사 전반에 관한 사항을 규정하고 있다. - 대한민국의 법률에서 정하는 방식으로 공조한다. 다만 요청국이 요청한 공조방식이 대한민국 법률에 저촉되지 않은 경우에는 그 방식으로 할 수 있다(제13조). **원칙적으로 국내입법 적용의무, 예외적으로 요청국 법률 적용 가능!!**
제4장 외국의 요청에 따른 형사재판에 관한 공조	우리나라가 피요청국일 때, 공조절차 중 재판과정 전반에 관한 사항을 규정하고 있다. 제3장의 수사절차방식 규정을 준용하고 있다.
제5장 외국에 대한 수사에 관한 공조요청	우리나라가 공조 요청국일 때, 수사 및 형사재판에 대해 공조를 요청하는 방식에 대해 규정하고 있다.
제6장 외국에 대한 형사재판에 관한 공조요청	
제7장 보칙	공조에 따른 비용, 협력, 형사소송법 준용, 대법원 규칙 등을 규정하고 있다. - 동법에 따라 법원이나 판사가 하는 재판, 판사가 하는 영장발급이나 증인신문, 검사나 사법경찰관이 하는 처분 등과 그 불복절차에 대하여는 이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 그 성질에 반하지 않은 범위에서 형사소송법 규정을 준용한다(제39조). **공판지가 우리나라인 경우, 형사사법공조에 따른 증거는 결국, 형사소송법에 따라 증거능력 유무가 결정됨**

391) 『국제형사사법공조법』 제1조.

우리나라가 피요청국가일 때는 사실상 재판이 요청국에서 이루어지는 경우이므로, 우리나라 공판단계에서 공조절차를 통해 수집된 증거의 증거능력 유무는 크게 문제되지 않는다. 그러나 우리나라가 공조요청국일 때에는 동법의 제5장과 제6장에서는 공조요청을 하는 방식과 절차에 대해 규율하고 있을 뿐, 피공조요청국가에서 어떠한 형식으로 수사가 이루어지고, 수사를 통해 수집된 증거가 어떠한 요건에 의해 증거로서 취급될 수 있는지에 대한 규정은 없다. 다만 동법 제7장 제39조를 통해 동법에서 규율하고 있지 못한 사항에 대해 『형사소송법』을 준용하도록 규정하고 있을 뿐이다.

따라서 국제범죄로 인해 형사사법공조절차가 진행되고 이를 통해 수집된 증거가 우리나라 공판단계에서 증거로 인정받기 위해서는 『형사소송법』상의 증거와 관련된 규정들을 준수하여야 한다.[392] 그러나 요청국과 피요청국 간의 증거의 증거능력 유무가 가장 애매한 부분이 전문법칙 예외 규정과 관련된 것이며 이는 외국에서 수집된 증거의 핵심쟁점 중 하나인 "원진술자의 공판정에서의 진술"여부이다. 이에 이 보고서에서는 개선방안으로서 영상녹화물 및 원격영상을 통한 수사 및 재판의 가능성에 대해 살펴보았고, 『형사소송법』이 제도를 도입하는 것을 입법안으로 제시하였다.

하지만 영상녹화물과 원격영상수사에 관해서는 이미 『공직선거법』에서 규정하고 있는 바, 형사사법공조의 특별법인 『국제형사사법공조법』 자체에서 이에 대한 규정을 신설하는 방안을 제안해 보고자 한다.

---

392) 『형사소송법』상 증거와 관련된 규정은 제307조에서 제318조의3까지이며, 대표적인 것은 위법수집증거배제법칙, 임의성 없는 자백배제법칙, 전문법칙, 그에 따른 전문증거의 예외 요건들 등이 있다.

〈표 5-10〉 영상녹화물과 원격영상시스템 도입을 위한 국제형사사법공조법 개정안

현 행	개정안
〈신 설〉	제33조(인터넷 화상조사) ① 검사 또는 사법경찰관은 형사소송법 제200조, 제221조에 따라 피의자 또는 피의자 아닌 자를 상대로 인터넷 화상장치를 이용하여 진술을 들을 수 있다. ② 제1항에 따라 진술을 들을 경우 검사 또는 사법경찰관은 법무부 및 외교부를 경유하여 외국의 협조 하에 한다. ③ 검사 또는 사법경찰관은 제1항에 따라 진술을 들을 경우 그 진술 내용을 기재한 조서를 작성할 수 있고, 그 과정을 영상 녹화하여야 한다. 다만, 피의자가 아닌 자의 경우에는 동의를 받아야 영상녹화할 수 있다. ④ 검사 또는 사법경찰관은 작성한 조서를 외국에 전송하고, 해당국은 이를 출력하여 진술자에게 열람케 하여야 한다. ⑤ 제1항에 따른 진술 청취의 절차 및 방식에 관하여는 「형사소송법」 제241조, 제242조, 제243조의2부터 제245조까지를 준용한다. ⑥ 외국은 완성된 조서를 외교부 및 법무부를 경유하여 검사 또는 사법경찰관에게 송부하여야 한다. ⑦ 제1항부터 제6항까지에 따라 작성된 조서는 국내에서 검사 또는 사법경찰관이 작성한 조서와 동일한 것으로 본다.
〈신 설〉	제36조(비디오 등 중계장치에 의한 증인신문) ① 법원은 공조에 의해 수집된 조서 및 서류(피고인 또는 피고인 아닌 자가 작성하였거나 진술한 내용이 포함된 문자·사진·영상 등의 정보로서 컴퓨터용 디스크, 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체에 저장된 것을 포함한다)가 공판준비 또는 공판기일에서의 작성자 또는 진술자의 진술이 원거리에 있어 불가능한 경우는 검사와 피고인 또는 변호인의 의견을 들어 비디오 등 중계장치에 의한 중계를 통하여 신문할 수 있다. ② 제1항에 따른 증인신문의 절차·방법 등에 관하여 필요한 사항은 대법원규칙으로 정한다.

제3절 국제범죄수사에 있어 외국에서 수집된 증거의 허용성 판단기준

1. 외국에서 수집된 증거의 허용성에 대한 문제제기

수사 및 증거의 수집은 한 국가의 형사사법권의 행사라는 문제를 함유하고 있기 때문에 국가상호 간의 사법공조조약의 존재여부나 『형사소송법』상의 각종 제도적 요구의 차이에 영향을 받는다. 즉 양국 간의 형사절차적 요구사항이 상이할 경우 수사와 공판에서 증거의 취득이나 사용, 증거능력 여부 등이 어느 국가의 기준으로 평가되어야 하는지가 문제가 된다.

현재 우리나라에서 재판이 진행될 뿐만 아니라, 우리나라가 공조요청국이라면, 피공조요청국에서 수집된 증거가 피공조요청국의 형사절차 규정은 준수하였으나 우리나라 『형사소송법』의 요구에 부합하지 않는 경우, 또는 그 반대인 경우가 특히 문제가 된다. 외국에서의 증거수집이 피공조요청국 법률뿐만 아니라 공조요청국인 우리나라의 법률에도 위반되는 경우는 유죄의 증거로 채택되지 않는 경우로 상정할 수도 있기 때문이다. 또한 우리나라와 피공조요청국 모두의 절차적 위반은 없지만 공판정에서 유죄의 증거로 채택되지 않는 경우도 발생할 수 있다. 외국에서 수집된 증거는 우리나라 『형사소송법』에 따를 때 보통 조서의 형태로 현출되기 때문에 원진술자의 공판정 출석이 1차적으로 담보되어야 하기 때문이다. 이러한 문제에 대한 대처방안으로 앞서 언급한 바와 같이 영상녹화물제도와 원격영상재판제도를 이미 제시한 바 있고, 아래에서는 이 제도 이외에 『형사소송법』상 "증거의 허용성" 측면에서 외국에서 수집된 증거에 대한 증거능력 여부의 판단기준을 우리나라 대법원 판례들을 인용하여 제안해 보고자 한다.

2. 헌법상 기본권 침해와 형사소송법상 적법절차 위반

가. 진술증거의 경우

대법원은 『형사소송법』 제308조의2가 신설되기 전에도 위법하게 수집된 진술증거에 대해서는 증거능력을 모두 부정하였다. 예를 들어 진술거부권이 고지되지 않은 채

진행된 피의자에 대한 신문을 기재한 조서[393]나 이를 녹화한 녹화테이프 및 그에 대한 법원의 검증조서,[394] 변호인과의 접견이 위법하게 제한된 상태에서 진행된 피의자신문을 기재한 조서,[395] 위법한 긴급체포에 의한 유치 중에 작성된 피의자신문조서,[396] 검사의 서명·날인이 누락된 검사 작성 피의자신문조서[397]의 증거능력을 『형사소송법』 제308조의2가 제정되기 전에 이미 모두 부인하였다.

나. 비진술증거의 경우

대법원은 진술증거와는 달리 비진술증거와 관련하여서는 제308조의2 신설 이전에는 "압수물은 압수절차가 위법이라 하더라도 물건 자체의 성질, 형상에 변경을 가져오는 것은 아니므로 그 형상 등에 관한 증거가치에는 변함이 없다 할 것이므로 증거능력이 있다"[398]고 판시하면서, 위법하게 수집된 비진술증거에 대해 원칙적으로 증거능력을 인정하는 태도를 보였다.[399]

그러나 『형사소송법』이 개정 이후 2007년 11월 15일 전원합의체에서는 "기본적 인권보장을 위하여 압수수색에 관한 적법절차와 영장주의의 근간을 선언한 헌법과 이를 이어받아 실체적 진실 규명과 개인의 권리보호 이념을 조화롭게 실현할 수 있도록 압수수색절차에 관한 구체적 기준을 마련하고 있는 형사소송법의 규범력은 확고히 유지되어야 하므로 헌법과 형사소송법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 기본적 인권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않은 것으로서 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없으며, 수사기관의 위법한 압수수색을 억제하고 재발을 방지하는 가장 효과적이고 확실한 대응책은 이를 통하여 수집한 증거는 물론 이를 기초로 하여 획득한 2차적 증거를 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없도록 하는 것이다"[400]

---

393) 대법원 2009. 8. 20. 선고 2008도8213 판결; 2010. 5. 27. 선고 2010도1755 판결.
394) 대법원 1998. 6. 23. 선고 98도1323 판결; 2010. 5. 27. 선고 2010도1755 판결.
395) 대법원 1990. 8. 24. 선고 90도1285 판결; 1990. 9. 25. 선고 90도1586 판결.
396) 대법원 2002. 6. 11. 선고 2000도5701 판결.
397) 대법원 2001. 9. 28. 선고 2001도4091 판결.
398) 대법원 1968. 9. 17. 선고 68도932 판결.
399) 대법원은 수사기관이 긴급을 요한다는 이유로 형사소송법 예외 조항에 기하여 영장 없이 검증을 시행하였음에도 사후영장을 발부받지 아니한 경우 그 검증조서(대법원 1984. 3. 13. 선고 83도3006 판결; 1989. 3. 14. 선고 88도1399 판결; 1990. 9. 14. 선고 90도1263 판결 등), 자백의 임의성이 의심되어 증거능력이 부정될 때 그 자백에 의하여 획득된 증거물(대법원 1977. 4. 26. 선고 77도210 판결)에 대해서는 비진술증거임에도 위법하게 수집된 증거라는 이유로 증거능력을 배척하였다.

라고 판례를 변경하였다.

하지만 대법원은 한편으로는 "법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집한 압수물의 증거능력 인정 여부를 최종적으로 판단함에 있어서는, 실체적 진실 규명을 통한 정당한 형벌권의 실현도 헌법과 형사소송법이 형사소송 절차를 통하여 달성하려는 중요한 목표이자 이념이므로, 형식적으로 정해진 절차에 따르지 않고 수집한 증거라는 이유만을 내세워 획일적으로 그 증거의 증거능력을 부정하는 것 역시 헌법과 형사소송법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련한 취지에 맞는다고 볼 수 없다"며 예외 인정의 여지를 마련해 두었다.

그리고 그러한 예외를 인정하기 위한 판단 준거로서 "절차 조항의 취지와 그 위반의 내용 및 정도, 구체적인 위반 경위와 회피가능성, 절차 조항이 보호하고자 하는 권리 또는 법익의 성질과 침해 정도 및 피고인과의 관련성, 절차 위반행위와 증거수집 사이의 인과관계 등 관련성의 정도, 수사기관의 인식과 의도 등을 전체적·종합적으로 살펴 볼 때, 수사기관의 절차 위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 아니하고, 오히려 그 증거의 증거능력을 배제하는 것이 헌법과 형사소송법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실체적 진실 규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사 사법정의를 실현하려 한 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우라면, 법원은 그 증거를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다고 보아야 하며, 이는 적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거를 기초로 하여 획득한 2차적 증거의 경우에도 마찬가지여서, 절차에 따르지 아니한 증거 수집과 2차적 증거 수집 사이의 인과관계의 희석 또는 단절여부를 중심으로 2차적 증거 수집과 관련된 모든 사정을 전체적·종합적으로 고려하여 예외적인 경우에는 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다"[401]라고 설시한 바 있다.

---

400) 대법원 2007. 11. 15. 선고 2007도3061 전원합의체 판결.

401) 결국 대법원의 종래의 입장 변경 및 판례가 제시하고 있는 기준들을 분석하면 형사절차에서 적정절차원칙만을 강조하지 않고, 위법수집증거의 예외적 허용과 그 기준을 제시함으로써 적법절차원칙과 실체적 진실규명과의 조화를 도모하고 있는 것으로 볼 수 있다(한성훈(2012), "위법하게 수집된 증거의 예외적 허용에 관한 소고", 「법학연구」 제15집 제1호, 인하대학교 법학연구소, 228쪽). 또한 대법원의 전원합의체 판결을 정리하면, 위법하게 수집된 증거는 헌법과 형사소송법이 정한 절차에 따르지 않고 수집된 1차적 증거이므로 증거능력이 없는 것이 원칙이고, 다만 검사가 1차 예외요건을 입증하면 위법하게 수집된 1차적 증거의 증거능력이 인정된다. 그리고 법원은 1차 예외요건을 판단함에 있어 "절차조항의 취지와 그 위반의 내용 및 정도, 구체적인 위반 경위와 회피가능성, 절차조항이 보호하고자 하는 권리 또는 법익의 성질과 침해 정도 및 피고인과의 관련성, 절차 위반행위와 증거수집 사이의 인과관계 등 관련성의 정도, 수사기관의 인식과 의도 등을 전체적·종합적으로 살펴야 한다(김용배(2014), "위법

3. 대법원 판결례 검토

적법절차에 따르지 않고 수집된 증거에 대하여 어느 범위까지 증거능력을 인정할 것인지와 관련하여서는 우리나라보다 먼저 현대적 형사소송절차를 운영하여 온 미국과 독일의 판례와 이론이 중요한 참고자료가 된다. 미국은 수사기관이 헌법의 수정조항과 관련된 피고인의 기본권을 직접적으로 침해하여 취득한 대상 증거에 대하여 제한적으로 증거능력을 부인하고 있는 입장이다. 최근에는 위법수집증거배제법칙이 적용되는 사안이 점차 줄고 있다.[402] 독일의 경우에는 증거를 수집한 주체에는 제한이 없으나, 적법절차 위반에 관계없이 인격권의 본질적 영역에 대한 침해를 가져온 것인지를 기준으로 증거능력 인정여부, 즉 증거금지여부를 평가하고 있다.[403]

우리나라 『형사소송법』은 제308조의2를 통하여 적법한 절차에 따르지 않고 수집된 증거는 증거로 사용될 수 없음을 원칙으로 하고 있다. 또한 형사소송의 기본이념은 『헌법』에서 선언된 인간의 기본권이 존중될 수 있는 최소한의 절차적 규정 마련에서 시작되었다. 따라서 증거의 수집과정에서 『형사소송법』이 규정하고 있는 절차를 준수하지 않은 경우에는 증거수집의 주체를 불문하고, 또한 증거수집 과정에서 적법한 절차를 따르지 않은 것에 대한 인식이 있었는지 여부와 상관없이 증거능력을 배제하여야 한다. 위 전원합의체 판결을 통해서도 알 수 있듯이, 진술증거뿐만 아니라 비진술증거에 대해서도 수집절차가 『헌법』과 『형사소송법』 규정에서 정하고 있는 적법절차를 위반하였다면 증거능력을 부정하는 것이 타당하다.

다만 비진술증거이든 진술증거이든 실체적 진실을 규명하여야 한다는 형사절차의 이념은 완전히 무시할 수 없을 뿐만 아니라, 적법한 절차에 따르지 않은 선행의 절차적 잘못과는 무관하게 취득된 증거도 있을 수 있으므로 법원의 해석을 통하여 실정법의 한계를 보완해 나갈 필요가 있다.[404]

수집증거배제법칙상 1, 2차적 증거의 개념 및 증거능력 인정요건", 「법조」 제63권 제4호, 법조협회, 176쪽).

402) Steven L. Emanuel, Criminal Procedure, 27th ed. (Wolters Kluwer, Aspen publisher, 2007), p.277(이재방(2011), "적법절차에 따르지 않고 수집된 증거의 증거능력에 대한 고찰", 「홍익법학」 제12권 제1호, 홍익대학교 법학연구소, 368쪽에서 재인용).

403) 이재방(2011), 위의 논문, 368쪽.

404) 이재방(2011), 위의 논문, 369쪽.

4. 증거사용가능성 판단기준

가. 절대적 사법적 정의를 위한 예외

위법수집증거의 예외적 증거능력을 인정하기 위한 기준을 단순히 형사소추를 위한 필요성이라는 공익과 적법절차의 위배로 인하여 침해된 피고인의 권리를 단순 비교형량하여 찾는 것은 타당하지 않다. 즉 이익형량을 하는 공익의 개념이 불분명하고, 사생활의 불가침한 핵심영역과 그 밖의 사생활 영역 구분이 명확하지 않고, 사적이익과 공적이익이 비교형량의 대상이 될 수 있는지 불분명하므로, 규범의 문언과 목적에 충실히 따라 적법절차의 의미를 구체화하고『헌법』상 기본권의 침해여부, 증거수집과정에서 침해된 각 규범의 보호목적을 고려하여 증거배제 여부의 기준을 삼아야 한다.[405]

따라서 적법절차를 준수할 수 없었던 불가항력적 사유로 인하여 적법절차를 준수하지 못한 예외적인 경우 등에 한하여, 그와 같이 적법절차가 준수되지 못한 상태에서 취득된 증거를 형사처벌의 증거로 활용하도록 함으로써 침해되는 사법적 정의와 그와 같은 위법한 절차에 의하여 취득한 증거를 사용하여서라도 형사처벌함으로써 실현되는 사법적 정의를 비교하여 형사처벌에 의하여 실현되는 사법적 정의가 절대적으로 우월한 경우에만 예외적 증거능력을 인정한다.[406] 또한 적법절차를 해석하는 데 있어 양보할 수 없는 기준인 영장제도나 적법절차에 관한『헌법』규정을 위반한 경우, 수사기관의 수사 활동이『형법』에 위반되는 경우,『형사소송법』의 효력규정을 위반하여 압수수색이 무효인 경우에는 중대한 위법에 해당하며, 사인의『헌법』위반에 의하여 수집된 증거 역시 증거능력이 배제되어야 한다.[407] 대표적인 것은 영장주의 위반

---

405) 같은 견해로 권영법(2010), "위법수집증거배제의 기준",「저스티스」제118호, 한국법학원, 323-324쪽 참조. 이에 반해 김재중(2010), "위법수집증거배제법칙 적용기준",「법학연구」제21권 제1호, 충북대학교 법학연구소, 63-64쪽에서는 미국에서도 위법수집증거배제법칙 자체에 대한 비판이 제기되고 있는 실정을 반영하여 실체적 진실발견을 통한 피해자의 권리보호가 이루어지는 형사소송이 실현될 수 있도록 위법수집증거배제법칙도 합리적으로 운용되어야 한다는 전제에서 위법이나 유해성이 경미하거나 위법과 피고인과의 관련성이 부정된다든지 수사기관의 위도하지 않은 위법한 경우에는 증거능력을 인정하자고 주장되고 있다. 또한 이윤재(2009), "위법수집증거배제법칙의 도입과 피해자의 지위",「피해자학연구」제17권 제1호, 한국피해자학회, 305쪽에서는 수사기관이 사소한 절차위반을 이유로 중범에게 면죄부를 주는 일은 없어야 하므로, 위법이 중대하다고 판단되는 경우에 한하여 증거능력을 부인하고, 피해자 등이 수집한 증거는 효과적인 형사소추 및 형사소송에서의 진실발견이라는 공익과 개인의 사생활 보호이익을 비교형량하고 범죄의 중대성과 피해자의 피해를 참작하여 증거능력을 제한하여야 한다고 주장하고 있다.

406) 이재방(2011), 앞의 논문, 369-370쪽.

407) 류지영(2008), "위법수집증거배제법칙 -개정 형사소송법 제308조의2와 관련하여-",「법학연구」

사례[408]와 진술거부권 불고지[409] 등이 있다. 즉 수사기관의 위법적 행위가 『형사소송법』상 적법절차조항 위반이든 적법절차조항에 규정되어 있지 않는 경우이든 기본권을 침해한 경우에는 어떤 경우에도 증거능력이 없으며, 이에 대하여는 이익형량할 여지가 없다. 따라서 수사기관의 위법적 증거수집행위로 인하여 기본권이 침해된 경우에는 증거능력을 부인하여야 한다.[410]

나. 2차적 증거의 증거능력 문제

적법한 절차에 따르지 않고 수집된 증거로부터 연유된 파생증거의 증거능력은 원칙적으로 증거능력을 부인하는 것이 적법절차에 따르지 않고 수집된 증거를 증거로 사용하지 못하도록 하는 취지에 부합한다.[411] 그러나 이 원칙을 예외 없이 적용하게 되면 수사초기단계에서 수사기관이나 사인에 의하여 적법절차에 의하지 않고 수집된 증거와 연결관계가 있다는 이유만으로 사건의 실체를 규명할 수 있는 모든 증거의 증거능력을 부정하여야 하는 경우도 충분히 예상할 수 있다. 그러나 그와 같은 파생증거들 중에는 이전의 적법절차에 따르지 않고 수집된 증거와 무관하게 취득되었다거나 취득될 수 있었다고 평가할 수 있는 경우도 있어 증거능력을 인정할 필요성이 있다. 따라서 파생증거의 경우에는 적법절차에 따르지 않고 직접적으로 수집된 증거와 달리 증거능력을 인정할 필요가 있을 수 있다. 따라서 미국에서 논의되고 있는 일반적인 독수과실의 예외이론을 인권옹호와 위법한 증거수집의 억지 필요성이라는 이념에

제29집, 한국법학회, 326쪽; 류기환(2009), "위법수집증거배제법칙에 관한 연구", 「법학연구」 제33집, 한국법학회, 353쪽.

408) 영장주의를 위반한 사례로는 체포·구속과 관련하여 사전에 구속영장을 제시하지 않은 채 구속영장을 집행한 경우(대법원 2009. 4. 23. 선고 2009도526 판결), 위법한 긴급체포(대법원 2009. 12. 24. 선고 2009도11401 판결; 2010. 4. 15. 선고 2010도2407 판결), 압수·수색에 있어 사후 압수수색영장을 발부받지 않은 경우(대법원 2009. 5. 14. 선고 2008도10914 판결), 소유자, 소지자 또는 보관자가 아닌 자로부터 제출받은 물건을 영장 없이 압수한 경우(대법원 2010. 1. 28. 선고 2009도10092 판결) 등이 있는데, 대법원은 영장주의를 위반한 경우에는 증거동의에도 불구하고 증거능력을 인정할 수 없다고 대부분 판시하고 있다(김용배(2014), 앞의 논문, 180쪽).

409) 대법원 2009. 3. 12. 선고 2008도11437 판결; 2009. 5. 28. 선고 2008도7098 판결; 2009. 8.20. 선고 2008도8213 판결.

410) 하태인(2014), "형사소송법 제308조의2(위법수집증거배제법칙)의 해석", 「형사정책연구」 제25권 제4호(통권 제100호), 한국형사정책연구원, 299쪽.

411) 대법원 2007. 11. 15. 선고 2007도3061 전원합의체 판결에서는 2차 증거에 대해서도 원칙배제, 예외 인정의 법리가 적용된다고 하였으며, 이후 대법원 2009. 3. 12. 선고 2008도11437 판결에서도 이를 재확인하였다.

부합하도록 엄격하게 제한하여 적용하여야 한다.[412]

5. 소결: 증거사용금지와 증거동의

『형사소송법』 제308조의2는 피의자·피고인의 인권보호뿐만 아니라 실체적 진실발견이라는 충돌하는 양대 이념의 적절한 조화를 이루어 낸 타협의 산물이 되어야 한다. 우리나라 헌법재판소와 대법원이 제시하는 예외적 허용기준을 분석하면 헌법재판소는 "헌법 제12조 제1항은 … 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌, 보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다고 하여 적법절차 원칙을 규정하고 있는데, … 적법절차 원칙에서 도출할 수 있는 가장 중요한 절차적 요청 중의 하나로 당사자에게 적절한 고지를 행할 것, 당사자에게 의견 및 자료제출의 기회를 부여할 것을 들 수 있겠으나, 이 원칙이 구체적으로 어떠한 절차를 어느 정도로 요구하는지를 일률적으로 말하기는 어렵고, 규율되는 사항의 성질, 관련 당사자의 사익, 절차의 이행으로 제고될 가치, 국가작용의 효율성, 절차에 소용되는 비용, 불복의 기회 등 다양한 요소들을 형량하여 개별적으로 판단할 수밖에 없을 것이다"고 결정하였다. 즉 헌법재판소의 입장은 증거의 위법수집이 사법의 공정성을 해할 정도로 중대한 위법이거나, 절차위반의 내용 및 정도, 당해 사건의 중대성, 증거의 중요도 등을 종합적으로 고려하여 실체적 진실발견을 포기하고 기본적 인권보장을 우위에 둘 수 있는 경우에 한해 증거를 배제하여야 한다는 것을 의미한다.[413]

한편 대법원은 실체적 진실발견을 위하여 위법수집증거의 예외적 허용기준을 인정하고 있다. 즉 헌법재판소의 위 입장과 비교하여, 대법원은 "실체적 진실규명을 통한 정당한 형벌권의 실현도 헌법과 형사소송법이 형사소송절차를 통하여 달성하려는 중요한 목표이자 이념"임을 강조한다.

따라서 우리나라 『형사소송법』 제308조의2에서 규정하고 있는 위법수집증거의 배제를 문리적으로 해석할 경우 절차위반이 경하든 중하든 간에 그에 위반하여 수집한 증거는 사실상 범죄사실의 인정증거로 사용할 수 없다고 볼 수 있다. 하지만 동조의 의미는 적법한 절차를 통한 인권보호는 물론 실체적 진실발견의 이념도 고려하는 것으로 이해하여야 한다. 그러한 의미에서 여기에서는 동조의 적용범위 및 예외적 허용

412) 이재방(2011), 앞의 논문, 370쪽.
413) 한성훈(2012), 앞의 논문, 241쪽.

기준 등을 판단하는 기준으로써 "첫째, 국가기관에 의한 위법수집증거는 우선적으로 법영역이론을 적용하고, 둘째, 적법절차 위반이 단순한 과실인 경우에는 규범의 보호목적이론과 이익형량이론(이 경우 적법절차의 내용 및 정도 그리고 방법, 적법한 절차에 따르지 아니한 행위에 의하여 침해되는 권리0의 성질 및 적법성의 훼손정도, 적법절차의 희생을 통해 얻게 되는 실체적 진실발견의 필요성 등에 대한 종합적인 비교형량이 요구된다)에 따라 판단해야 한다고 한다. 그리고 국가기관이 증거수집절차의 위법과 무관하게 인간의 존엄권 및 인격의 자유발현권을 침해하는 경우에는 불가양의 사적영역(제1단계: 증거능력 부인), 단순한 사적영역(제2단계: 공익과 사익의 이익형량에 의해 증거능력 유무 판단) 및 인격의 발현과 관련이 없는 사적영역(3단계: 증거능력 인정)이라고 하는 3단계이론 내지 핵심영역이론에 의해 해결한다"는 독일의 증거금지이론의 적용을 제안하고자 한다.[414]

다음으로 위법하게 수집된 증거는 제308조의2의 해석논리 이외에 제318조 증거동의에 의해 증거의 허용성 여부 판단을 고려해 볼 수 있다. 위법하게 수집된 증거가 제318조에 의한 증거동의의 대상이 될 수 있는 가에 대해서는 긍정설[415]과 부정설[416]이 대립하고 있다. 증거동의제도는 소송경제에 기여하여 좀 더 신속하게 실체진실에 다가가기 위한 제도이다. 따라서 제318조의 인정근거를 권리포기설로 해석하고, 서류뿐만 아니라 물건으로 규정한 취지에도 맞게 전문증거 외에 위법수집증거에 대해서도 적용하는 방안을 제안해 본다.[417]

---

414) 같은 견해로 배종대/이상돈/정승환(2009), 「신형사소송법」, 홍문사, 567쪽; 하태영(2007), "개정형사소송법 제308조의2 위법수집증거배제법칙의 법적 의미와 적용범위", 「형사법연구」 제19권 제4호, 한국형사법학회, 185-186쪽; 김재윤(2008), "개정 형사소송법상 인권보호와 정의실현 간의 충돌과 타협", 「영남법학」 제26호, 영남대학교 법학연구소, 63-64쪽; 류지영(2008), 앞의 논문, 326쪽.

415) 증거동의제도의 근거를 처분권설이나 권리포기설에서 설명하는 견해에서는 위법하게 수집된 증거에 대해서도 증거동의가 가능하다고 한다. 그러나 권리포기설에 입각하여 증거동의를 긍정하는 견해에 있어서도 증거수집절차의 위법이 본질적 위법, 즉 고문에 의한 자백강요, 증거선서의 결여, 영장주의의 위반과 같은 것인 때에는 피고인이 증거로 함에 동의하여도 증거능력을 부인하고, 다만 위법이 본질적 위법이 아닌 경우에만 피고인의 증거동의에 의한 증거능력을 인정한다고 하고 있다. 증거동의의 근거가 처분권에 있다고 하는 입장에서도 위와 같이 위법의 본질에 따라 달리 보는 절충설이 있다.

416) 증거동의제도의 근거가 반대신문권 포기에 있다고 하는 다수견해에 의할 때는 판례(대법원 2010. 10. 14. 선고 2010도9016 판결)와 마찬가지로 위법하게 수집된 증거에 대해 증거동의를 부정하고 있다.

417) 영미법에서도 위법수집증거배제법칙은 위법수사를 억지하기 위한 객관적 통제원칙이 아니라, 위법수사로 인한 피고인의 기본권 침해를 보호하기 위한 권리로 이해하고 있다(류화진(2014), 앞의 논문, 106-107쪽).

제6장

결 론

김성룡·안성훈

제6장

결 론

지금까지의 논의의 주요 내용을 간략히 정리하면서 마무리하고자 한다.

1. 개요

국가 간의 인구이동의 확대를 비롯한 세계화와 ICT 기술의 발달을 배경으로 한 국제성 범죄의 증대 등은 모든 국가로 하여금 형사사건해결을 위해서는 과거보다 더 많이 형사사법공조를 통한 외국에서의 증거확보와 국내 형사절차에서의 활용에 의존할 수밖에 없는 환경을 만들고 있다.

우리나라는 이미 1991년『국제형사사법공조법』을 제정하였고, 1992년 8월 호주와의 양자 간 형사사법공조조약을 체결한 이후 2015년 현재 74개국과 형사사법공조조약을 체결한 상태이다. 현행『범죄인인도법』과『형사소송법』도 외국에서 취득된 증거의 국내 형사절차에서의 사용이라는 관점에서는 판단의 준거가 될 수 있는 법률들이지만, 사실상 이들 법률에서는 수사와 재판의 현실에서 실효성있는 구체적 규범으로 활용하기에는 적절한 규정들을 찾기 어려운 것이 현실이다.

2. 현행 국제형사사법공조법의 내용과 절차법적 의미

즉『국제형사사법공조법』제13조의 공조의 방식[418]과 제39조의 준용규정에 따라[419]『형사소송법』을 준용하게 되면 요청국이 우리나라에 형사사법공조를 요청한

418) 요청국에 대한 공조는 대한민국의 법률에서 정하는 방식으로 한다. 다만, 요청국이 요청한 공조 방식이 대한민국의 법률에 저촉되지 아니하는 경우에는 그 방식으로 할 수 있다.

419) 이 법에 따라 법원이나 판사가 하는 재판, 판사가 하는 영장 발급이나 증인신문, 검사나 사법경찰관이 하는 처분 등과 그 불복절차에 대하여는 이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하

경우 대한민국『형사소송법』이 정한 절차에 따라 수사 등의 처분을 하는 것이 원칙이며, 단지 공조요청국이 요구한 방식이 우리나라 법률에 저촉되지 않으면 그 방식에 따를 수 있는 것으로 하고 있다. 즉 우리나라가 피요청국일 경우의 수사기관의 공조방식에 대해서는 최소한 우리나라 법률의 기준을 따르도록 하고 있다. 우리나라가 외국에 공조요청을 하는 경우에는 양자 간 조약에서 어느 국가의 법률을 기준으로 할 것인지에 대한 기준이 나타나 있다.

달리 말해, 법률 차원에서 볼 때 외국에 대해 공조요청을 하는 경우에 대해서는 명문의 규정이 없지만, 우리가 피요청국으로 집행국가가 되는 경우 국내법을 기준으로 수사와 증거수집 등의 공조절차를 진행하고, 요청국가가 추가적으로 요구하는 절차적 요건이 있는 경우에는, 우리나라 법률을 위반하는 경우가 아닌 한 이를 반영할 수 있도록 하고 있다.

3. 현행 양자 간 형사사법공조조약의 내용과 절차법적 의미

보다 구체적인 형사사법공조의 방법과 절차에 대해서는 양자 간의 공조조약을 기준으로 접근해 볼 수 있다. 예를 들어 1997년 발효된 현행『대한민국과 미합중국간의 형사사법공조조약』(Treaty between the Republic of Korea and the United States of America on Mutual Legal Assistance in Criminal Matters) 제1조는 공조의 범위를 규정하고,[420] 제4조에서는 공조요청서의 양식 및 내용을 규정하고 있는데, 제3항 마호에는 "증언, 진술의 취득 및 기록방법에 관한 기술"을 필요하고도 가능한 범위 안에서 공조요청서에 기재하도록 하고 있다.

또한 제5조 요청의 이행 제3항에서는 "공조요청은 이 조약에서 달리 규정하는 경우를 제외하고는 피요청국의 법에 따라 집행되어야 한다. 다만, 피요청국의 법에 금지되

고는 그 성질에 반하지 아니하는 범위에서 형사소송법을 준용한다.

420) 가. 관계인의 증언 또는 진술의 취득
나. 서류. 기록 및 증거물의 제공
다. 서류의 송달
라. 사람 또는 물건의 소재 또는 동일성 파악
마. 구금중인 자의 증언 또는 다른 목적을 위한 이송
바. 수색 및 압수요청의 집행
사. 몰수절차에서의 공조
아. 피요청국의 법에 금지되어 있지 아니한 기타 공조

어있는 경우를 제외하고는 요청서에 특정된 이행방식에 따른다"고 하고, 제8조 피요청국에서의 증언 또는 증거 제5항에서는 "이 조에 따라 피요청국에서 취득하거나 또는 이 조에 따라 행해진 증언의 대상으로서의 문서, 기록 및 기타 증거물은 요청서에 특정된 절차에 따라 인증되어야 한다. 그러한 방법으로 인증된 것은 요청국의 법에 따라 그 안에 적시된 사실을 증명하는 증거로 인정되어야 한다"라고 하여 당연히 증거능력이 인정되도록 하고 있다.

즉 현행 양자 간 형사사법공조조약의 내용 중에는 피요청국에서 금지된 경우를 제외하고는 요청국의 요구를 수용하여 그 방식으로 이행한다고 하고 있으므로, 실질적으로 우리나라 보다 형사절차적 요건이 느슨한 국가들에는 우리나라『형사소송법』규정의 준수를 요청할 수 있는 가능성이 열려 있는 것이다. 또한 제5항에서 각종 증거방법에 대해 국내 형사절차에서 사용할 수 있도록 인증해달라는 취지의 요구도 할 수 있다는 점에서 공조를 요청하는 국내 해당 관청은 이러한 공조조약의 규정을 충분히 활용하지 않을 경우 국내 형사절차에서 증거능력을 인정받기 어려운 상황이 벌어질 수 있다는 것에 주목해야 할 것으로 보인다.

무엇보다 중요한 문제는 국내의 형사절차에서 외국에서 취득된 증거를 활용하는 경우 어떠한 기준을 증거능력 인정의 기준으로 사용할 것인가에 대한 명문의 규정이 결여된 상태에서는 당연히 국내의『형사소송법』적 요구를 원용할 수밖에 없다고 할 수 있고, 그렇다면 결국 상당수의 사건들은 증거불충분으로 무죄 방면해야 하는 사건이 될 것이 자명하다는 점이다.

4. 기존의 형사사법공조 사례의 특징

형사사법공조가 이루어진 기존의 사례에서 문제된 증거유형은 주로 참고인·증인과 관련된 내용이며 증인의 소환이나 이동보다는 신문조서 작성·송달이 주를 이루고 있다. 달리 말해 증인 소환을 시도하는 법원의 경우와 달리 대부분 수사단계의 공조사례들은 피의자·피고인의 소재확인촉탁, 피의자·피고인 신문조서·피해자 진술조서·참고인 진술조서 등과 같이 주로 '조서' 등의 송달이 주요 대상이었다. 그렇다면 결국 전문진술과 전문진술이 기재된 서면에 대한 증거능력 인정이라는 가장 엄격한 증거법칙상의 요건들의 적용 여부 및 준수 여부가 형사사법공조의 성공 조건이라는 말이 되는 것이다.

5. 외국에서 수집한 증거의 증거능력

형사사법공조의 경우 외국의 법과 실무의 상태, 그리고 우리나라의 법과 실무의 상태, 공조과정에서 공조요청국과 피요청국 사이의 공조의 내용과 구체적인 유형의 공조가능성 등을 모두 고려하여 어떠한 경우에는 어떤 기준으로 증거사용 가능성을 판단할 것인지를 예정하고 있지 않는 상태에서는 결국 국내의 형사법원은 기존의 국내 형사절차에서 사용하던 기준을 적용할 수밖에 없을 것이다. 그러한 처리방법의 당부를 떠나 현재까지 대법원은 그러한 기준을 충실히 따르고 있다고 할 수 있을 것이다. 즉 전문증거가 문제되는 경우, 그 증거의 출처 혹은 연원이 어디인지를 불문하고, 『형사소송법』의 증거법규정, 전문법칙, 전문증거의 예외적 증거능력 인정요건, 필요성과 특신상황의 심사 등이 이어지고 있다.

6. 외국에서 수집된 증거에 대한 증거능력에 관한 판결례

앞서 언급한 〈표 3-14〉에서 알 수 있듯이 대법원은 전문증거의 증거능력 인정에 있어서는 『형사소송법』 제312조부터 제316조까지의 규정을 그대로 적용하고 있고, 국내에서 획득한 증거인지, 외국에서 획득된 증거인지를 불문하고 동일한 기준을 적용하고 있다는 것도 알 수 있다. 특히 외국에서 수집된 증거의 활용에서 중요한 잣대가 되는 동법 제314조의 필요성과 특신상황의 해석·적용에 있어서도 외국과의 형사사법공조를 통해 취득한 증거라는 특징은 사실상 전혀 고려되고 있지 않다고 해도 과언이 아닌 듯하다.

외국의 수사기관의 지위와 그것의 형사소송법적 의미, 해당 공조상대국가의 형사소송법제의 인권수준이나 기본권 존중의 정도 차이가 가지는 의미 등에 대한 보다 합리적인 접근이라고 보이는 판결례를 보기 위해서는 조금 더 기다려야 할 상황인 것으로 보인다.

7. 비교법적 검토

가. 독일과 유럽연합

유럽연합의 경우 이탈리아를 제외하고는 회원국가의 전체에 걸친 형사사법공조나 수사명령제도와 관련한 가이드라인이 적용되고 있고, 각 회원국은 그 나라의 내국법

으로 동 제도를 국내법으로 적응시키는 노력을 하고 있다. 따라서 독일의 경우 내국법으로 형사사법공조법을 마련하고 있고, 개별적으로는 예를 들어 오스트리아와 독일 간의 형사사법공조조약과 같은 국가 간의 협약도 맺고 있다. 최근에는 유럽연합의 '형사사건에서 수사명령제도에 대한 가이드라인'이 발효됨으로써 더욱 신속하고 용이한 증거수집과 이동이 가능한 환경이 마련되고 있다.

이러한 모든 국제성 규범과 내국법 규범의 주요 내용과 운용의 방향은 증거사용가능성에 보다 중점을 둘 것인지, 아니면 관계자의 기본권·인권보호에 중점을 둘 것인지, 개별 회원국의 주권 혹은 의사를 존중할 것인지 혹은 가능한 한 범죄해명과 방지에 중점을 둘 것인지의 입장에 따라 저마다 다른 모습으로 나타날 수 있다는 것도 알 수 있다. 수사행위의 기준 법률과 증거사용 가능성(증거능력) 판단의 기준법률을 어떤 국가의 법률로 할 것인가라는 원론적인 문제에서부터 집행국가와 사용국가의 법률의 준수나 위반이 사용(재판)국가의 형사절차에서 해당 증거 사용과 관련하여 어떤 효과를 가지는가에 대한 문제에 대한 해결책이 통일되기 어려운 것도 그 이유 때문이라고 할 수 있다. 결국 현재의 입법과 실무 현황을 종합하자면 공조요청국과 피요청국의 법률 중 어느 나라의 법률을 기준으로 판단할 것인지에 대한 절대적인 기준이나 원칙은 없다고 볼 수 있다.

예를 들어 독일의 현황을 정리하자면, 2012년 연방대법원 제1형사부의 결정에서는 형사사법공조를 통해 외국에서 획득된 증거의 사용가능성은 내국법인 독일법에 따라 결정한다는 입장이 표현되었다. 나아가 이른바 '가설적 수사절차'이론에 따라 설령 관련 법률을 위반하여 수집된 증거라고 하더라도, 적법한 절차와 법률준수를 통해서도 마찬가지로 획득될 수 있었던 증거라고 판단된다면 적법한 증거로 사용하겠다는 기준도 제시되었다. 또한 수사 혹은 증거가 수집된 집행국가에서 그들 국가의 법률을 준수한 상태에서 증거수집이 이루어졌는지 여부가 독일에서의 증거사용에 어떠한 영향을 미치는가와 관련해서는 단지 제한된 범위 내에서만 그러한 사정을 고려하겠다는 입장을 밝혔다. 달리 말해 조금 쉽게 증거로 사용할 수 있도록 하겠다는 최고법원의 의지를 보여준 것이다. 이는 결국 독일보다 인권보호수준이나 형사소송의 민주화가 뒤떨어진 국가에서 수집된 증거를 독일의 기준으로 판단하면 많은 경우에 범죄해명과 범인처벌에 필요한 증거를 사용할 수 없게 되는 결과를 감수할 수밖에 없게 된다는

것이다. 이런 결과를 그대로 수용한다는 것은 형사사법의 본질적 기능 중 하나인 범죄투쟁을 포기하는 것이라는 인식이 깔려 있는 것이다. 물론 이에 대해서는 앞서 살펴본 바와 같이 학계의 일부에서 적지 않은 반론이 존재한다.

개별 사례들에 있어서 독일을 공조요청국이라고 할 때 증거사용 여부와 관련한 판단의 기준이 되는 법률과 그 위반여부가 문제되는 가능한 사례 유형을 나누어 본다면 4가지의 유형으로 구분할 수 있었고, 각각의 경우의 특성은 앞의 사례유형에서 소개하였다.

결론적으로 집행국가의 법률이 준수되었지만, 독일(사용국)의 법률에는 미흡한 절차적 요건이 문제되는 경우에는 원칙적으로 그러한 사실만으로 바로 증거사용금지라고 단정내릴 수는 없고, 재판이 진행되고 있는 독일법을 기준으로 그들의 위반행위가 어느 정도의 비난가능성이 있는가에 따라 판단해야 한다는 것이 연방대법원의 입장이다. 달리 말해 집행국가법에 따를 때 위반행위가 없음에도 독일법 위반을 이유로 증거로 사용할 수 없다는 결론을 쉽게 내려서는 안 된다는 말이기도 하다.

또한 집행국가가 수사와 증거수집절차 등에서 요구되는 독일법의 요구(진술거부권 고지, 참여권, 변호인 조력권 등)를 충족시키지 못한 것이 독일의 공조요청 관련기관(수사기관 혹은 법무기관 등)이 적극적으로 해당 국가의 수사관청에게 그들이 독일의 요구를 충족시킬 수 있도록 노력하지 않은 결과인 경우라면 증거사용을 금지해야 한다는 주장도 있고, 판례도 공조요청기관이 법적·사실적으로 독일의 절차적 요건을 준수하여 수사·증거수집이 가능하도록 요청할 수 있다면 그러한 노력을 의도적으로 나태하는 경우까지 방치할 수는 없다는 입장이다.

나아가 국제적으로 유효한 형사절차규범 준수의 의무를 지고 있는 피요청국이 독일 요청당국이 요구한 절차적 요건을 어긴 경우, 그 요구된 요건이 국제적으로 유효한 규범의 성격을 가지고 있는 경우라면 이러한 방식으로 취득된 증거도 증거사용에서 배제하자는 주장이 있으나, 그러한 처리방식은 아직 실무에서 적용되는 기준은 아니며, 향후 유럽수사명령제도 가이드라인 제9조 제2항과 관련한 위반행위로 판단될 수는 있을 것이라는 진단도 있다.

외국의 법률에 따르면 고문금지나 진술거부권 보장이 전혀 형사절차의 적법 요건이 아니라고 할 때, 고문이나 진술거부권불고지 상태에서 이루어진 수사와 이를 통해

취득한 증거물을 독일 형사절차에 사용하게 할 수 있을 것인가에 대해서는 독일의 독자적 증거금지원칙의 적용대상으로 보아 이유를 불문하고 증거로 사용하지 못하도록 하자는 입장도 있으나, 구체적인 내용을 고려하여 실질적으로 진술거부의 기회가 있었는지, 실질적인 조력가능성이 있었는지도 함께 고려하여 판단하는 것이 옳다는 것이 연방대법원의 입장이라고 할 수 있다.

또한 양자 간의 협약이나 구체적인 사법공조 사건에서 피요청국이 수사나 증거제공의 조건으로 일정한 증거사용의 범위를 제한하는 경우에는[421] 이를 위반한 경우 증거로 사용할 수 없도록 하는 것이 상호신뢰와 지속적인 사법공조의 유지를 위해서도 바람직한 것이므로 정책적으로 수용해야 할 결론으로 보인다.

나. 일본

일본의 경우에는 원칙적으로 사법공조에 의하여 수집된 증거는 증거능력이 있다고 보는 점에서 우리나라 『형사소송법』상의 실무와는 그 출발점을 달리 한다고 볼 수 있다. 그 근거로는 수사공조, 사법공조를 의뢰할 가능성이 있는 전 세계의 모든 국가와 동일한 증거수집절차와 방법을 채택하여 마련해 둔다는 것은 사실상 불가능하므로, 절차의 차이만을 이유로 증거능력을 부인해서는 수사공조, 사법공조의 의미가 없어진다는 점, 일본법상 위법하다고 하여 증거를 배제하더라도 당해 상대국의 수사기관 등이 일본의 절차에 따를 것을 기대할 수 없다는 점, 당해 상대국의 법률·실무상 적법하게 수집된 증거인 이상 당해 증거를 사용하여도 사법의 무결·완전성을 크게 훼손하게 되는 것은 아니라는 점 등을 들고 있다. 앞서 독일과 유럽연합의 관련 논의에서 등장한 논거들의 거의 대부분 투영되고 있는 상황이다.

다. 영미

미국을 통해 우리나라에 도입된 전문법칙의 모법국가라고 할 수 있는 영국에서도, 앞서 일본과 다를 바 없이, 공식적인 형사사법공조 절차에 의해 수집된 증거(진술서면)

421) 여러 가지 경우가 있을 수 있으나 대표적으로 사법협조자 형벌감면제도와 같이 집행국가에서도 일정한 증거사용의 제한을 약속하고 취득한 증거의 경우에는 그 약속이 지켜져야만 해당 국가의 형사사법 기관의 대국민 신뢰성이 유지될 수 있는 등의 중요한 이해관계가 있기 때문이다.

에 대해서는 전문법칙 적용을 배제하고 있다는 점에도 주목해야 한다. 그 대표적인 이유는 형사사법공조 절차의 공식성은 원진술자인 해당 증인이 법정에서 직접 증언하는 것과 같은 신용성을 담보한다고 보기 때문이다. 물론 그런 전제가 결여되는 경우, 즉 공식적인 형사사법공조 절차에 의해 수집된 증거일지라도 피의자 또는 피고인의 절차적 불이익으로 인한 진술의 신빙성이 의심스러운 경우에는 증거능력을 배제하고 있으며, 이러한 결론도 당연해 보인다.

한편 미국의 경우에는 정식수단을 통한 공조요청 방법으로, 예를 들어 증거조사 의뢰장(Letters rogatory), 조약(MLAT), 행정협정과 양해각서 등이 활용되고 있으며, 그와 달리 비공식적 수단을 통한 공조요청 방법과 소환장을 통한 공조요청 방법을 활용하는 경우에도 공조절차 및 증거수집 방법에 대해 상세히 다루고 있다. 물론 미국은 외국에서 수집된 증거의 증거능력과 관련하여서는 우리나라와 마찬가지로 국내에서 수집된 증거와 동일한 법률을 적용하는 모습을 보이고 있다. 따라서 공조절차를 통해 수집된 증거가 전문증거의 형태라면, 연방증거법상의 전문법칙 예외 인정 규정에 따라 증거능력 인정 여부가 판단되고 있음을 알 수 있다. 물론 전문법칙의 적용과 그 예외에 관한 내용은, 주지하다시피, 우리나라 대법원의 입장과는 본질적으로 차이가 있고, 그 예외인정의 범위를 현재 대법원의 입장과 비교한다면, 우리나라의 형사실무가 활용할 수 있는 증거가 얼마나 제한적인지를 알 수 있는 것이다.

8. 입법 제안

결국 본 연구에서 획득한 인식에 기초할 때, 향후 외국에서 획득한 증거의 국내 형사절차에서의 사용이라는 문제에 접근하기 위해서는 기존의 국내 형사소송법제를 개정하는 방법이 가장 효율적이며 합리적인 대책이라는 것을 부정할 수 없다. 따라서 지금까지 부분적으로 이미 국내의 형사절차에서 도입되어 있는 다양한 제도의 적용범위를 확대하는 것을 포함하여 보다 합리적인 증거능력 판단의 기준과 절차를 위한 방법을 요약적으로 정리하자면 다음과 같다.[422]

422) 앞의 266쪽 〈표 5-10〉을 볼 것.

① 외국에서의 증거획득을 위하여 영상녹화와 원격영상시스템을 활용하는 방안이다. 영상녹화물에 대한 증거능력 인정여부와 원격영상재판의 가능성을 검토하여, 형사절차에서 본증으로서의 영상녹화물을 사용할 수 있도록 하고, 원격수사와 원격재판제도를 도입하는 방안을 검토해 볼 수 있다. 그리고 특히, 국내 형사절차로의 조속한 도입에 대한 반감과 저항이 심하다면 국제범죄수사 영역에 대해서 특별법의 형태로 우선 관련 입법을 정비하는 방안을 고려해 볼 수 있을 것이다.

② 공조요청국과 피요청국의 법체계와 형사절차 관련 실정 법규범이 상이하다는 점을 고려하여, 양 당사자국 간에 어느 한쪽 혹은 양쪽 국가의 법률에 위반되어 증거로 채택되지 못하는 경우가 발생할 수 있다는 점에서, 이에 대한 대처방안으로 앞서 언급한 영상녹화물제도 및 원격영상재판제도를 도입하고, 다른 한편으로는 『형사소송법』상 (특히 전문증거의) 필요성, 신용성, 특신상황 등의 '증거의 허용성' 판단기준의 해석을 사안의 특성에 맞게 합리적으로 해석하여 그 적용범위를 일정 부분 확대함으로써, 우리나라 법원에서 외국에서 수집된 증거의 증거능력을 기존보다 조금 더 넓게 인정하는 것 또한 고려해볼 수 있을 것이다.

참고문헌

1. 학술지 논문

권영법(2010), “위법수집증거배제의 기준”, 「저스티스」 제118호, 한국법학원

권오걸(2016), “한국형사소송법과 미국 연방증거법상 전문법칙 비교연구”, 「법학연구」 제24권 제1호, 경상대학교 법학연구소

김경근(2011), “중국의 형사사법공조, 범죄인인도, 수형자이송에 관한 사례 연구”, 「국외훈련검사 연구논문집」 제26집, 법무연수원

김도훈(2014), “원격영상재판에 관한 특례법에 관한 소고”, 「원광법학」 제30권 제4호, 원광대학교 법학연구소

김용배(2014), “위법수집증거배제법칙상 1, 2차적 증거의 개념 및 증거능력 인정요건”, 「법조」 제63권 제4호, 법조협회

김재윤(2008), “개정 형사소송법상 인권보호와 정의실현 간의 충돌과 타협”, 「영남법학」 제26호, 영남대학교 법학연구소

김재중(2010), “위법수집증거배제법칙 적용기준”, 「법학연구」 제21권 제1호, 충북대학교 법학연구소

김정한(2011), “사법경찰관 작성 피의자신문조서와 조사경찰관 증언의 증거능력”, 「법학논총」 제18권 제2호, 조선대학교 법학연구원

_____(2014), “제1회 공판기일 전 증인신문제도에 대한 실무적 고찰 -특히 증거보전제도와 비교하여-”, 「법학논고」 제47집, 경북대학교 법학연구원

_____(2014), “형사소송법상 특신상태의 의미와 개념 요소 및 판단기준에 관한 소고”, 「비교형사법연구」 제16권 제1호, 한국비교형사법학회

김종구(2014), “재량적 위법수집증거배제법칙과 증거수집의 주체 – 대법원 2013. 11. 28. 선고 2010도12244 판결-”, 「형사법연구」 제26권 제2호, 한국형사법학회

류기환(2009), “위법수집증거배제법칙에 관한 연구”, 「법학연구」 제33집, 한국법학회

류지영(2008), “위법수집증거배제법칙 -개정 형사소송법 제308조의2와 관련하여-”, 「법학연구」 제29집, 한국법학회

류화진(2014), “위법수집증거와 증거동의”, 「영산법률논총」 제11권 제2호, 영산대학교 법률연구소

박미숙(2002), “참고인의 출석, 진술강제와 수사상 증인신문청구제도”, 「형사정책연구」 통권 제52호, 한국형사정책연구원

박원백(2006), “영국의 국제형사사법공조제도에 관한 연구”, 해외연수 검찰공무원 연구논문, 대검찰청

신이철(2014), “형사증거법상 제314조의 적용범위와 그 한계”, 「형사법의 신동향」 통권 제42호, 대검찰청

안경옥(2000), “비디오 등의 영상매체를 이용한 증인신문”, 「민주법학」 제18호, 민주주의 법학연구회

안성수(2005), “미국 증거법상 전문법칙 및 수사단계에서의 진술 내지 조서의 증거능력”, 「저스티스」 통권 제84호, 한국법학원

오병희(2010), “국제민사사법공조에 있어서의 영상전송(video-link)에 의한 증거조사: 헤이그 증거협약을 중심으로”, 법원도서관

이완규(2017), “전문법칙 해석이론과 입법적 대응 연혁 검토”, 「법학평론」 제7권, 서울대학교 법학평론 편집위원회

이윤재(2009), “위법수집증거배제법칙의 도입과 피해자의 지위”, 「피해자학연구」 제17권 제1호, 한국피해자학회

이재방(2011), “적법절차에 따르지 않고 수집된 증거의 증거능력에 대한 고찰”, 「홍익법학」 제12권 제1호, 홍익대학교 법학연구소

전국진(2006), “외국에서 수집된 증거의 증거능력: 일본에서의 논의를 중심으로”, 「해외파견검사 연구논문집」, 대검찰청

정광일(2012), “국제수형자증인 이송의 실제 사례와 외국에서 수집된 증거의 증거능력”, 「형사소송 이론과 실무」 제4권 제1호, 한국형사소송법학회

정성윤(1998), “한·중간의 국제형사사법공조제도”, 「해외연구검사논문집」 제15집, 법무연수원

조규철(2011), “국제범죄수사에 있어 외국에서의 증거수집 및 수집한 증거의 증거능력에 대한 고찰”, 「한국공안행정학회보」 제20권 제3호, 한국공안행정학회

하재홍(2017), “사법경찰관 작성 피의자신문조서의 증거능력 제한에 대한 검토”, 「법조」 제66권 제1호, 법조협회

하태영(2007), “개정형사소송법 제308조의2 위법수집증거배제법칙의 법적 의미와 적용범위”, 「형사법연구」 제19권 제4호, 한국형사법학회

하태인(2014), “형사소송법 제308조의2(위법수집증거배제법칙)의 해석”, 「형사정책연구」 제25권 제4호(통권 제100호), 한국형사정책연구원
한성훈(2012), “위법하게 수집된 증거의 예외적 허용에 관한 소고”, 「법학연구」 제15집 제1호, 인하대학교 법학연구소
한웅재(2007), “미국법상 전문법칙의 의의와 예외 -FRE를 중심으로-”, 「형사법의 신동향」 제8호, 대검찰청
황찬현(1998), “정보화와 재판실무”, 「재판자료」 79집, 법원도서관

2. 단행본

김재환(2013), 「형사소송법」, 법문사
노명선/이완규(2013), 「형사소송법」, 성균관대학교 출판부
배종대/이상돈/정승환(2009), 「신형사소송법」, 홍문사
배종대/이상돈/정승환/이주원(2013), 「신형사소송법」, 홍문사
백형구(2007), 「신형사소송법」, 홍문사
손동권/신이철(2014), 「새로운 형사소송법」, 세창출판사
송광섭(2012), 「형사소송법」, 형설출판사
신양균(2010), 「형사소송법」, 화산미디어
신호진(2015), 「형사소송법요론」, 문형사
이영란(2008), 「한국형사소송법」, 나남출판
이완규(2007), 「개정 형사소송법의 쟁점」, 탐구사
이은모(2014), 「형사소송법」, 박영사
이재상(1998), 「형사소송법(제5판)」, 박영사
_____(2014), 「형사소송법(제9판 중판)」, 박영사
이재상/조균석(2017), 「형사소송법(제11판)」, 박영사
임동규(2014), 「형사소송법」, 법문사
정웅석/백승민(2014), 「사례 형사소송법(전정 제5판)」, 대명출판사
차용석/최용성(2013), 「형사소송법」, 21세기사

3. 연구보고서 등 기타 자료

계인국(2016), 원격영상재판에 관한 연구 – 외국의 원격영상재판 이용현황을 중심으로, 사법정책연구원

김윤상(2006), 영상증언제도에 대한 검토 -캐나다 제도를 중심으로-, 대검찰청
백진현/조균석(1992), 국제형사사법공조에 관한 연구, 연구총서 92-10, 한국형사정책연구원
법무부(2009), 일본 형사소송법·형사소송규칙
법원행정처(2008), 법원실무제요 형사 Ⅰ·Ⅱ
윤지영(2012), 형사절차상 원격화상시스템의 활용방안, 한국형사정책연구원
이윤제(2011), 외국에서 수집된 증거자료에 대한 효율적 증거능력 부여 및 증거조사 방안에 대한 연구, 법무부 연구용역과제
정웅석(2007), 형사절차에 있어서의 화상통신 및 영상녹화 활용에 관한 연구, 법무부 용역연구보고서
정웅석/김희균/오경식(2015), 전문법칙 관련규정의 정비방안, 대검찰청 연구용역보고서
정진수(1999), 형사사법 분야에서의 영상매체의 활용, 한국형사정책연구원
홍승희(2015), 형사소송법상 특신상태의 체계적 재검토, 대검찰청 연구용역보고서

대검찰청(2005), 2004 마약류 범죄백서
_____(2017), 2016 마약류 범죄백서
법무연수원(2017), 2016 범죄백서

금태섭의원 대표발의 제2002402호(2016), 법제사법위원회 검토보고서
김진태의원 대표발의 제1915159호(2015), 법제사법위원회 검토보고서

4. 기타

http://db.eurocrim.org/db/en/doc/2628.pdf(2017.10.19. 최종검색)
http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1388_en.htm(2017.10.22. 최종검색)
http://www.djt.de/fileadmin/downloads/67/djt_67_beschluesse.pdf(2.5.2016)
http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A7-2013-0477&language=DE#title1ö(2017.10.19. 최종검색)
http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/5/91/5-457-91.php(2017.10.22. 최종검색)
https://www.jurion.de/urteile/bgh/1992-03-04/3-str-460_91/(2017.10.22. 최종검색)

https://www.jurion.de/urteile/bgh/1997-04-09/3-str-2_97/(2017.10.22. 최종검색)
https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/60/section/80(2017.10.22. 최종검색)
경찰청 홈페이지(http://www.police.go.kr/portal/main/contents.do?menuNo=200195)
국가법령정보센터 홈페이지(http://law.go.kr)

5. 외국문헌

Albrecht, Hans-Jörg/Dorsch, Claudia/Krüpe, Christiane, Rechtswirklichkeit und Effizienz der Überwachung der Telekommunikation, Edition Iuscrim, 2003

Ambos, Kai, Transnationale Beweiserlangung – 10 Thesen zum Grünbuch der EU-Kommission „Erlangung verwertbarer Beweise in Strafsachen aus einem anderen Mitgliedstaat, ZIS 2010

Andoor, George, Laien in der Strafrechtsprechung. Eine vergleichende Betrachtung der Laienbeteiligung an deutschen und englischen Strafgerichten, BWV 2013

Böse, Martin, Die Europäische Ermittlungsanordnung –Beweistransfer nach neuen Regeln?, ZIS 2014

_____, Die Verwertung im Ausland gewonnener Beweismittel im deutschen Strafverfahren, ZStW 114, 2002

Heger, Martin, Europäische Beweissicherung – Perspektiven der strafrechtlichen Zusammenarbeit in Europa, ZIS 2007

Momsen, Carsten, Internal Investigations zwischen arbeitsrechtlicher Mitwirkungspflicht und strafprozessualer Selbstbelastungsfreiheit, ZIS 2011

Nagler, Axel, Verteidigung gegen im Ausland gewonnene Ermittlungsergebnisse, StV 2013

Rose, Frank Guido, Der Auslandszeuge im Beweisrecht des deutschen Strafprozesses, Peter Lang GmbH, 1998

Ruggeri, Stefano, Die Verwertung im Ausland erhobener Beweise im europäischen Rechtsraum-Grundrechtliche Probleme und neue Herausforderungen am Beispiel des italienischen Strafprozessrechts, ZIS 2015

Schünemann, Bernd, Bürgerrechte ernst nehmen bei der Europäisierung des Strafverfahrens!, StV 2003

Schünemann, Bernd, Mindestbedingungen einer effektiven Verteidigung in transnationalen europäischen Strafverfahren, StV 2016

_____, Von Lissabon über Karlsruhe nach Stockholm, StRR 2011.

Schuster, Frank Peter, Die Europäische Ermittlungsanordnung – Möglichkeiten einer gesetzlichen Realisierung, StV 2015

_____, Verwertbarkeit von Beweismitteln bei grenzüberschreitender Strafverfolgung, ZIS 2016

Vogel/Eisele, in: Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin [Hrsg.], Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, 58. Lfg., Stand: Januar 2016

三明翔(2015), “初外国当局の獲得した証拠の許容性ーアメリカ合衆国の判例法理と日本法への示唆ー”, 法政論叢第51巻第2号

Abstract

Study on the Admissibility of Evidence Collected Overseas in International Criminal Investigation

An, Sung-hoon · Kim, Min-ee · Kim, Sung-ryong

As the personal and economic exchanges between countries increase these days, we can see more and more cases where a foreign criminal runs away crossing the border after committing an offense in Korea, or where a Korean national commits an offense or becomes a victim of an offense in another country. Therefore, in today's world, we should necessarily cooperate with foreign investigative agencies under the criminal proceedings, and from this very point, this study has started with a critical mind of the issue.

As each country has a different legal system and because of the issue of jurisdiction, it is impossible to comprehensively regulate the investigative procedure with a treaty or an agreement. For this reason, it is difficult for the Korean investigative agency to conduct an investigation overseas, and in most cases, criminal cases are investigated in such manner as by requesting the investigative agency of the foreign government to collect/prepare evidence for the case. However, even if the prosecutor receives the evidence and indicts the suspect, it is hard to expect witnesses to attend and testify at the court because most of the witnesses reside overseas. Therefore, it is inevitable to submit the exhibits and reports collected/prepared by a foreign investigative agency to the court as evidence. What is at issue here is a possibility that such evidence was collected by a foreign investigative agency in a different procedure from that of Korea.

This ultimately leads to the issue of whether the court should recognize the admissibility of such evidence. It goes against the trend of this era of globalization

to deny the admissibility of evidence only on the ground that it is different from our criminal proceedings because the method/procedures of evidence collection used by a foreign investigative agency is legitimate under the legal system of that country. Currently, the Korean courts apply the Criminal Procedure Act to such evidence, so it can be a problem in that there is still a likelihood that the admissibility of evidence obtained under the Act on International Judicial Mutual Assistance in Criminal Matters can be denied. Moreover, it can also bring about a controversy in that the prosecutor should prove the "particularly reliable state" pursuant to Article 314 of the Criminal Procedure Act even after going through the judicial mutual assistance procedure for criminal matters.

This study intended to examine the stance taken under the criminal laws of Korea regarding the recognition of admissibility of evidence collected abroad by focusing on the cases and precedents where evidence was collected through international judicial mutual assistance for criminal matters. At the same time, it was also intended to identify the problems in the legal and institutional aspects through comparative legal review and to present solutions in terms of revising the Criminal Procedure Act or enacting a special law or in terms of using various systems under the criminal proceedings that are currently in place in Korea.

First is to use video recording or a remote video system which is to use video recordings as the admissible evidence in the criminal procedure by enacting a special act regarding international criminal investigations, or to introduce a remote investigation/remote trial. Second is to expand the range of the "permissibility of evidence" under the Criminal Procedure Act. Its purpose is to widely recognize the admissibility of evidence collected in foreign countries considering the fact that each of the countries exchanging mutual assistance has different criminal legal systems.

It is predicted that in more and more cases, governments around the world will ask for judicial mutual assistance for criminal matters to each other in the

criminal proceedings in the future. Consequently, it seems urgently needed to establish the standards to judge whether the evidence collected by a foreign investigative agency can be admitted or not. This issue requires further in-depth discussions later.

연구총서 17-AA-10

국제범죄수사에 있어서 외국에서 수집된 증거의 증거능력에 대한 연구

발　　행 | 2017년 12월
발 행 처 | 한국형사정책연구원
발 행 인 | 김 진 환
등　　록 | 1990. 3. 20. 제21-143호
주　　소 | 서울특별시 서초구 태봉로 114
전　　화 | (02)575-5282
홈페이지 | www.kic.re.kr
정　　가 | 10,000원
인　　쇄 | 세일포커스(주) 02-2275-6894
I S B N | 979-11-87160-56-4 93360

• 사전 승인 없이 보고서 내용의 무단 전제 및 복제를 금함.