연구총서 19-B-06

KIC

KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

공정하고 인권친화적인 형사절차 구축방안 연구(I)

– 형사사건에서의 객관적인 사실인정을 위한 증거조사 방법의 합리화 방안 연구

Study on the Reforms for the criminal justice system based on fairness and human rights(I)
- focused on the evidence examination and evaluation designed to improve fact–finding accuracy

김유근·탁희성·박성민·이근우·이상한·최준혁·최호진·황태정

한국형사정책연구원

머리말

재판결과의 공정성과 설득력은 공판절차에서 사실인정이 얼마나 객관적으로 이루어졌는지의 여부에 달려 있으며 바로 이러한 합리적인 사실인정은 소송당사자의 기본권 보장의 전제조건이 되고 궁극적으로는 형사사법시스템에 대한 국민의 신뢰도를 좌우하게 됩니다. 이러한 의미에서 본 보고서에서는 공정하고 객관적인 사실인정을 위한 형사소송법상의 전제조건이 합리적으로 마련되어 있는지를 검토하는 것을 주된 내용으로 합니다.

본 보고서의 출판에 즈음하여 보고서의 집필을 기꺼이 맡아주신 내부 공동연구진인 탁희성 박사님을 비롯하여 외부 공동연구진인 박성민 교수님, 이근우 교수님, 이상한 교수님, 최준혁 교수님, 최호진 교수님 그리고 황태정 교수님(가나다 순)에게 감사드립니다. 특히 모든 연구진이 총 5회에 걸친 연구모임에 빠짐없이 참여해 주시고 매번 2시간이 넘는 시간 동안 열띤 발표와 토론을 해주신데 대해서 감사드립니다.

그리고 매번 연구모임의 준비를 챙겨주시고 출판과 관련해서도 교정뿐만 아니라 내용을 꼼꼼하게 검토하여 집필자들이 미처 발견하지 못한 오류 등을 수정해 주신 이다미 전문조사원이 없었다면 본 보고서의 출판은 그리 쉽지만은 않았을 것으로 생각합니다. 또한 이성민 인턴연구원은 이다미 전문조사원과 함께 연구모임의 원활한 진행을 위하여 많은 도움을 주셨을 뿐만 아니라 보고서의 교정과 내용의 수정에 많은 도움을 주셨습니다.

이 자리를 빌어 본 보고서의 출판을 위하여 도와주신 모든 분들에게 다시 한번 감사드립니다.

2019년 12월 31일

김유근

목 차

국문요약 ····· 1

제1장 김유근

서 론 ····· 7

제2장 박성민·이근우·이상한·최준혁·최호진·황태정

객관적 사실인정을 위한 전제조건으로서의 증거의 허용여부 ····· 27

제1절 서 론(최준혁) ····· 33

1. 논의의 기본방향 ····· 33
2. 논의의 순서 ····· 35

제2절 소송서류등의 열람·등사(황태정) ····· 36

1. 제도적 의의 ····· 36
2. 소송서류등 열람·등사권 문제 ····· 37
3. 수사서류 등 열람·등사권 문제 ····· 37

제3절 증거개시(황태정) ····· 39

1. 제도적 의의 ····· 39
2. 검사가 보관 중인 소송서류 등의 열람·등사 ····· 40
3. 열람 · 등사 허용신청과 법원의 결정 ····· 45
4. 피고인·변호인이 보관하고 있는 소송서류 등의 열람·등사 ····· 48

제4절 공판준비절차(황태정) ····· 49

1. 제도적 의의 ····· 49
2. 공판준비절차 회부와 진행방식 ····· 50

3. 서면공판준비절차 ····· 53
4. 기일공판준비절차 ····· 57
제5절 증거조사(황태정) ····· 64
1. 증거신청의 시기 ····· 64
2. 증거조사의 순서 ····· 65
3. 증거조사의 대상 ····· 66
4. 증거조사의 방법 ····· 66
5. 증거결정 ····· 68
6. 증거조사에 대한 불복 ····· 69
제6절 증인신문(황태정) ····· 70
1. 증인의 출석 확보 ····· 70
2. 증언거부권 ····· 71
3. 증인신문 방식과 반대신문권 ····· 72
제7절 위법수집증거배제법칙(이상한) ····· 206
1. 서 론 ····· 206
2. 연 혁 ····· 206
3. 외국 입법례 ····· 208
4. 쟁 점 ····· 223
5. 개선방안 ····· 227
제8절 자백배제법칙(이상한) ····· 230
1. 서 론 ····· 230
2. 연 혁 ····· 230
3. 외국 입법례 ····· 231
4. 쟁 점 ····· 235
5. 개선방안 ····· 237
제9절 자백보강법칙(이상한) ····· 239
1. 서 론 ····· 239
2. 외국 입법례 ····· 239
3. 쟁 점 ····· 242
4. 개선방안 ····· 246
제10절 전문법칙 논의의 기초(최준혁) ····· 247
1. 전문법칙과 직접주의의 관계 ····· 247

2. 현행법은 어떤 입장을 취하고 있는가? ····· 250
3. 개정안 ····· 259
제11절 전문법칙(최준혁) ····· 260
1. 제311조 ····· 260
2. 제56조 ····· 269
3. 제314조 ····· 270
4. 제315조 ····· 280
제12절 수사기관 작성 피의자 신문조서의 증거능력(이근우) ····· 288
1. 의 의 ····· 288
2. 연혁 ····· 289
3. 쟁점 ····· 289
4. 외국 입법례 ····· 290
5. 개정안 ····· 292
제13절 참고인 진술조서(박성민) ····· 298
1. 서 설 ····· 298
2. 참고인 진술조서의 증거능력 인정요건 ····· 300
3. 외국의 입법례 ····· 303
4. 개선방안 ····· 317
제14절 진술서 및 진술기재서(박성민) ····· 321
1. 서 설 ····· 321
2. 제313조의 증거능력 인정요건 및 쟁점의 해결 ····· 324
3. 외국의 입법례 ····· 330
4. 개선방안 ····· 336
제15절 전문진술(박성민) ····· 338
1. 서 설 ····· 338
2. 증거능력 인정요건 ····· 342
3. 외국의 입법례 ····· 343
4. 관련문제 - 조사자증언제도 ····· 350
5. 개선방안 - 조사자증언제도를 중심으로 ····· 352
제16절 제317조의 형사소송법상의 위치(박성민) ····· 355
제17절 증거동의와 증거능력(최호진) ····· 357
1. 의의 ····· 357

2. 연혁 ····· 358
3. 쟁점 ····· 360
4. 외국 입법례 ····· 373
5. 개정안 ····· 376
제18절 탄핵증거(최호진) ····· 377
1. 의의 ····· 377
2. 연혁 ····· 378
3. 쟁점 ····· 381
4. 외국 입법례 ····· 386
5. 개정안 ····· 389
제19절 결 론 ····· 390

제3장 탁희성
각 특별법에 분산되어 있는 증거규칙들의 적정성 ····· 395

제1절 영상녹화 진술증거의 증거능력 ····· 397
1. 서론 ····· 397
2. 현행법상 영상녹화 근거규정 ····· 398
3. 주요 국가의 형사절차상 영상녹화 관련 규정 ····· 401
4. 수사절차상 영상녹화 관련 법적 쟁점 ····· 427
5. 영상녹화 관련 판례 경향 ····· 437
6. 현행 형사소송법상 영상녹화 규정의 개정방향 ····· 439
제2절 DNA 증거 ····· 441
1. 서론 ····· 441
2. 현행법상 DNA 관련 입법 현황 ····· 442
3. 주요 국가의 DNA 증거관련 규정 ····· 444
4. DNA 증거 관련 판례 ····· 483
5. DNA 증거 관련 법적 쟁점 ····· 491
6. DNA 증거 관련 규정의 개정방향 ····· 498
제3절 디지털 증거 ····· 500

1. 서론 ····· 500
2. 법률적 쟁점 ····· 501
3. 주요 외국의 입법례 ····· 507
4. 디지털 증거 관련 규정의 개정방안 ····· 516
제4절 기타 수사절차상 수집된 증거 ····· 518
1. 감청에 의해 획득한 증거 ····· 518
2. 함정수사에 의해 획득한 증거 ····· 559

제4장 김유근
법관·배심원의 객관적인 사실인정 - 유죄에 대한 법관의 심증형성과 합리적인 의심을 넘는 증명 ····· 577

제1절 서 론 ····· 579
제2절 유죄에 대한 법관의 심증과 확신-합리적인 의심을 넘는 증명 582
1. 자유심증주의의 하에서의 법관·배심원의 확신 ····· 585
2. 합리적인 의심을 넘는 증명 ····· 587
제3절 법관·배심원의 자유심증의 제한 ····· 600
1. 논리법칙·경험칙·자연과학적 법칙 ····· 600
2. 사실심 법관의 자유심증에 대한 외재적 통제가능성 ····· 604
제4절 소결: 자유심증주의의 의미의 변화 ····· 608

제5장 김유근
결 론 ····· 613

참고문헌 ····· 623

Abstract ····· 647

표 차례

[표 2-1] "증거보전" 입법례 ····· 75
[표 2-2] "소송서류 등의 열람·등사" 입법례 ····· 78
[표 2-3] "증거개시" 입법례 ····· 95
[표 2-4] "공판준비절차" 입법례 ····· 114
[표 2-5] "증거조사" 입법례 ····· 132
[표 2-6] "증인신문" 입법례 ····· 153
[표 2-7] 제308조의2 입법례 ····· 219
[표 2-8]「형사소송법」제308조의2 개정안 ····· 229
[표 2-9]「형사소송법」제309조 입법례 ····· 235
[표 2-10]「형사소송법」제309조 개정안 ····· 238
[표 2-11]「형사소송법」제310조 입법례 ····· 241
[표 2-12]「형사소송법」제310조 개정안 ····· 247
[표 2-13]「형사소송법」제311조 입법례 ····· 262
[표 2-14]「형사소송법」제56조 입법례 ····· 269
[표 2-15]「형사소송법」제314조 입법례 ····· 272
[표 2-16]「형사소송법」제315조 입법례 ····· 281
[표 2-17]「형사소송법」제312조 개정안 ····· 292
[표 2-18]「형사소송법」제312조 제4항 관련 입법례 정리 ····· 310
[표 2-19]「형사소송법」제312조 개정안 ····· 321
[표 2-20]「형사소송법」제313조 진술서 등에 대한 입법례 ····· 333
[표 2-21]「형사소송법」제313조 개정안 ····· 337
[표 2-22]「형사소송법」제316조 전문진술에 대한 입법례 ····· 346
[표 2-23]「형사소송법」제318조의2 개정안 ····· 389
[표 2-24]「형사소송법」개정안 ····· 390
[표 3-1] 외국의 영상녹화 관련 규정 비교 ····· 423
[표 3-2]「형사소송법」제244조의2 개정안 ····· 439
[표 3-3]「형사소송법」제221조 개정안 ····· 440
[표 3-4] 외국의 DNA 증거 관련 규정 비교 ····· 479

[표 3-5]「형사소송법」 제313조 개정안 ····· 499
[표 3-6]「디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률」 제10조 개정안 ····· 500
[표 3-7] 외국의 디지털 증거 관련 규정 비교 ····· 515
[표 3-8]「형사소송법」 제106조 개정안 ····· 516
[표 3-9]「형사소송법」 제313조 개정안 ····· 517
[표 3-10]「형사소송규칙」 제134조의7 개정안 ····· 518
[표 3-11] 외국의 통신감청 관련 규정 비교 ····· 553
[표 3-12]「통신비밀보호법」 제4조 개정안 ····· 557
[표 3-13]「통신비밀보호법」 제8조 개정안 ····· 558
[표 3-14] 외국의 함정수사 관련 규정 비교 ····· 571

국문요약

1. 형사소송법 편장체계 개편의 필요성 – 형사소송법에서의 "수사"의 독립성

⑴ 객관적이고 공정한 사실인정, 즉 실체적 진실의 규명은 비단 법관이나 배심원의 의무에 그치는 것이 아니라 이것은 애초부터 탄핵주의 형사소송구조에서의 국가의 거증책임, 무죄추정의 원칙, 검사에게 부과된 객관의무 등으로부터 귀결되는 의무로서 이미 수사단계에서의 검사의 의무에 속한다. 즉 검찰제도가 법관에 준하는 중립적인 지위에서 법관이 유·무죄를 판단하는 것과 마찬가지로 기소·불기소를 판단하여야 한다.

⑵ 현재 형사소송법이 제2편 "제1심" 하에 "수사"의 장으로 규정하고 있는 것은 검찰제도가 탄생하기 전의 예심판사제도나 현행 대륙법계의 수사(예심)판사제도에서는 몰라도 현행 형사소송구조와 조화되기 어렵다.

⑶ 증거재판주의 하에서 어떤 증거를 법관의 자유심증의 대상으로 정할 것인가의 문제는 제2편 "제1심" 제3장 "공판" 하에 "증거"의 절에 규정되어 있으나 ⑴에서 언급한 바와 같이 (수사의 주재자가 법관인 형사소송구조에서와는 달리) 증거의 허용성여부(증거능력)의 문제는 이미 수사의 방법론의 문제로서("위법하게 증거를 수집해서는 안 된다") 검사의 행동규범으로 규정되어 있을 필요가 있다. 이로써 증거의 절에 규정된 "공판"에서의 위법수집증거의 "증거능력"의 배제나 강요된 자백의 "증거능력"의 배제의 의미가 수사와의 연계 하에서 이해될 수 있게 된다. 그리고 더 나아가 행동규범을 위반하여 위법하게 증거를 수집함으로써 법관·배심원의 심증형성의 저해하는 행위에 대한 책임을 추궁할 수 있는 근거가 될 수 있다.

⑷ 이와 관련하여 최근에 논란이 되는 형법상 피의사실공표행위(「형법」 제126조)는 단순히 직무상 기밀누설이나 피의자의 인권침해의 문제로 축소될 수 있는 문제는 아니며 오히려 법관·배심원의 판단에 영향을 미치는 행위로서 객관적인 사실인정을 저해하는 행위이다.

2. 객관적이고 공정한 사실인정을 위한 증거규칙의 개선방안

법관·배심원의 자유로운 심증형성은 증거에 의하여야 한다는 점에서(증거재판주의) 재판에 현출될 수 있는 증거를 어떻게 정할 것인가의 문제는 법관·배심원의 심증형성의 객관성 확보에 중요한 의미를 가진다(증거의 현출 자체가 자칫 법관·배심원에게 예단과 선입견을 심어줄 위험이 있다).

⑴ 그런데 재판에 현출하는 것이 허용되는 증거를 어떻게 정할 것인가와 그 방법은 직권탐지주의와 당사자주의 형사소송구조, 직접주의, 구두주의, 무죄추정의 원칙 등의 기본원칙들 중에서 무엇에 중점을 더 주느냐에 따라 결정된다.

⑵ 예컨대 증거개시 결정에 대하여 불복을 허용하지 않는 것은 다분히 법원중심적인 형사소송구조라고 말할 수 있으나 그렇다고 하여 이것이 직권탐지주의의 필연적인 귀결은 아니다. 마찬가지로 법원의 증거결정에 대하여 법령위반이 있는 경우가 아닌 한 이의신청을 할 수 없도록 하고(규칙 제135조의2 단서), 증거결정은 판결 전의 소송절차에 관한 결정에 해당하고 그리고 이에 대해 특히 즉시항고에 관한 규정이 없으므로 이에 대한 항고 역시 할 수 없는 것(법 제403조 제1항)도 다분히 법원중심적인 것이다.

⑶ 그리고 제312조(검사 또는 사법경찰관의 조서 등), 제313조(진술서등), 제316조(전문의 진술) 등은 전문의 증거임에도 불구하고 일정한 요건만 충족되면 당연히 증거능력을 인정하여 재판에 현출할 수 있도록 하고 있는데 이것이 과연 직접주의의 예외인지 아니면 전문법칙의 예외인지에 대해서도 논란이 있으며 일단 재판에 현출된 이들 증거들은 사후에 증거능력이 부인된다고 하더라도 자칫 법관·배심원에게 선입견과 예단을 심어줄 위험이 크기 때문에 그런 만큼 이들 증거들이 재판에 현출되는 것에 신중을 기할 필요가 있다.

⑷ 피의자·피고인의 반대신문권과 변호인의 조력을 받을 권리, 특히 수사단계에서의 변호사의 입회권은 탄핵주의 형사소송구조에서 수사단계에서의 (방어권보장 외에) 실체적 진실의 왜곡의 방지를 위하여 그리고 공판단계에서는 교호신문을 통한 법관·배심원의 자유심증의 규제적인 통제를 가능하게 하기 위하여 필수적인 것이다. 따라서 변호사의 입회없는 상황 하에서의 피의자·피고인의 진술을 기재한 조서에 일정한

요건만 충족하면 당연히 증거능력을 인정하여 재판에 현출할 수 있도록 하는 것이 과연 정당한가에 대해서는 많은 의문이 제기된다.

⑸「형사소송법」의 전문법칙에 관한 규정들은 작성자가 누구인지를 기준으로 하면서 피의자 또는 피고인이 진술한 경우를 우선 서술하고 있다. 그런데 진술을 대신하는 서면에 대하여 예외적으로 증거능력을 인정하는 규정에서는 그 내용이나 형식을 볼 때 전문법칙과 별개의 원칙에 의한 내용이 많이 들어있어 실질적으로는 전문법칙과 다른 원리가 지배하고 있다는 지적은 이미 오래전부터 존재하였다. 전문진술과 전문서류 모두 전문증거이기는 하나, 체계의 정합성 및 원칙과 예외의 관계를 분명히 하기 위해서는 진술증거에 대해 먼저 규정하고 전문법칙의 전형적 예외에 관하여 규정한 후 피의자신문조서에 관한 조문을 그 다음에 배치하는 방법을 생각해 볼 수 있다.

⑹ 공동연구진들 간에 가장 첨예한 논의가 이루어졌고 그리고 현재 수사권조정논의와 관련해서도 중요한 관심사로 대두되고 있는 것이 바로 피의자신문조서의 증거능력이다. 일각에서는 검사와 사법경찰관리 작성 피의자신문조서의 증거능력 요건의 차이가 흡사 검사에게 이른바 보다 강한 수사권력을 부여한 것이기 때문에 부당하다는 논거가 제시되기도 하지만 피의자신문조서의 문제는 그렇게 단순한 문제로 축소될 수 있는 것은 아니다. 즉 조서재판이 관례처럼 이루어지고 있는 현행 재판실무에서 피의자신문조서는 흡사 "자백"조서로서 기능하고 있다는 점에서 이미 자백배제법칙과 자백보강법칙과 조화되지 않을 뿐만 아니라 일정한 요건 하에서 당연히 증거능력이 부여됨으로써 (설령 나중에 피고인이 공판에서 이를 부인한다고 하더라도 이미 재판에 현출된) 해당 피의자신문조서에 의하여 법관·배심원에게 예단을 주게 되어 객관적이고 공정한 사실인정을 기대할 수 없게 만든다. 수사기관은 비진술증거의 확보방안으로서 수사의 효율성의 제고를 주장하기도 하지만 경우에 따라서는 공소유지를 위한 유일한 증거일 수도 있는 피의자신문조서의 중요성을 강조하고(후자의 경우에 따라서는 공소권 남용이 되는 것은 아닌지라는 의문이 제기될 수 있다) 그리고 법관은 형사소송법상 구도변론주의(「형사소송법」 제37조)에도 불구하고 인증보다는 서증을 선호함으로써 결국 소송경제의 가치를 우선하기도 한다. 따라서 단기적으로는 실무의 요구를 반영하여 검사 작성 피의자신문조서를 사법경찰관 작성 피의자신문조

서의 수준으로 그 인정요건을 강화한다고 하더라도 장기적으로 피의자신문조서가 실무에서 실질적으로 자백조서로 활용되고 있다는 점을 고려하여 증거능력을 부인하는 방안도 생각할 수 있다. 그러나 이와 관련해서는 공동연구자들 간에 이견이 있기 때문에 여기에서는 그 결론을 미루고, 피의자신문조서에 관하여 서술한 공동연구자의 서술을 참조하기 바란다(제2장 제10절 "3. 개정안", "나.", 제12절 "5. 개정안").

(7) 진술의 임의성은 그 일관성과 함께 진술증거의 추인력(협의의 증명력, probative value)과 신용력(credibility)을 결정한다는 점에서 법관·배심원의 자유심증에 많은 영향을 주는 것이 사실이다. 특히 증인들 간 혹은 피고인과 증인 간에 진술이 상반되거나 혹은 진술증거만이 재판에 제시되거나 혹은 결정적인 요인이 되는 경우 더욱 더 진술증거의 임의성은 중요한 의미를 가진다. 그런데 「형사소송법」 제317조는 피고인 또는 피고인 아닌 자의 진술의 임의성에 관하여 규정하면서 검사작성 피의자신문조서(제312조 제1항 및 제2항), 피고인 아닌 자의 신문조서(동조 제4항), 그 밖의 진술서등(제313조 제1항), 진술을 요하는 자가 공판준비기일 또는 공판기일에 출석하지 못한 경우의 진술(제314조) 그리고 전문의 진술(제316조)에서는 "특히 신빙할 수 있는 상태"를 그 요건으로 하고 있는데 판례는 "그 진술을 하였다는 것에 허위 개입의 여지가 거의 없고, 그 진술 내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있는 경우를 가리킨다"고 해석하고 있는데 이 때 진술의 임의성을 정한 제317조와 "특히 신빙할 수 있는 상태"에서의 진술의 임의성의 관계가 문제된다.

또한 진술이 임의적으로 이루어져야 한다는 것은 제309조(강제등 자백의 증거능력)나 진술의 임의성을 요구하는 "특히 신빙할 수 있는 상태"의 원칙이라는 점에서 과연 진술의 임의성을 정한 제317조가 이들 규정들 뒤에 위치하는 것이 타당한가라는 근본적인 문제가 제기된다.

3. 기타 증거규칙들의 적정성의 문제

형사소송법 외에 형사소송절차와 관련된 규정들이 각 특별법들에 산재함으로써 법적용에 있어서 많은 혼란을 야기할 뿐만 아니라 무엇보다도 과학수사의 영역에서 사실인정을 위한 증거로서의 의미가 증대되고 있다는 현 시점에서 형사소송법의 기본

원칙과의 정합성이 문제된다.

⑴ 영상녹화물과 관련하여 피의자 뿐만 아니라 참고인 진술의 영상녹화의 기능을 적법절차 및 인권보호로 제한하는 한, 그에 부수하여 작성된 영상녹화물의 활용 역시 적법절차 및 진술의 임의성을 입증하는데 필요한 경우로 제한해야 할 것이다. 따라서 현행 형사소송법 규정과 같이 실질적 진정성립의 증명수단 또는 특신상태의 하나라고 할 수 있는 진술의 임의성을 증명하는 수단으로 한정해야 할 것이다.

⑵ 디엔에이 증거와 관련해서도 감정결과의 오류가능성을 배제할 수 있는 어떠한 규정도 명시되어 있지 않다. 따라서 오류가능성이 없음에 대한 반증가능한 추정으로 충분한가에 대해서는 신중한 검토가 필요하다.

⑶ 그리고 디지털증거와 관련하여 현행법상 디지털 증거에 대해서도 작성자를 특정할 수 있는 형식적 진정성립요건이 존재해야 한다면 디지털 형식에 맞는 형식적 진정성립요건을 별도로 규정할 필요가 있다고 할 것이다.

⑷ 기타 증거확보 방안으로 논의되는 것으로는 감청과 함정수사를 들 수 있는데 ① 감청과 관련해서는 긴급통신제한조치에 대한 법원의 사후통제의 결여가 독수과실의 원칙의 의미를 희석시킬 우려가 있으며, ② 함정수사와 관련해서는 함정수사를 도입하는 것이 국제적인 추세이기는 하지만 그럼에도 불구하고 여전히 인권침해가능성에 대한 우려를 불식시키지 못하고 있다는 점은 쉽게 간과될 수 없다.

4. 법관·배심원의 객관적인 사실인정

직권탐지주의 형사소송구조에서 법관과 배심원은 공소사실이 실체적 진실과 일치하는지의 여부를 규명한다. 그러나 인간의 인식의 불완전성은 절대적인 확실성을 확인할 수 없다는 점에서 유죄에 대한 확신은 상대적일 수밖에 없다.

이러한 상황 하에서 기대할 수 있는 것은 법관·배심원이 예단을 갖지 않도록 심증형성과정에 절차적인 전제조건을 규정하는 소극적인 방식을 생각할 수 있다.

이러한 전제조건은 무엇보다도 ① 허용되지 않는 증거에 의하여 예단이나 선입견을 갖지 않도록 애초부터 법원에 현출되는 것이 허용되는 증거를 정하고(제2장과 제3장 참조), ② 무죄추정의 원칙에 의하여 유죄인정의 최소한의 하한을 정하는 한편(합리적

인 의심을 넘는 증명), ③ 이때에도 유죄일 확률과 무죄일 확률의 산술적인 통계에 의하여 유죄의 심증의 정도를 정하는 것이 아니라 피고인이 무죄일 수도 있다는 가능성을 하나씩 제거해 나가면서 마지막에 그러한 가능성이 모두 배제되었을 때 비로소 무죄일 수 없다는 단정적인 가능성에서 합리적인 의심을 넘는 증명과 유죄의 심증의 정도를 찾을 수 있을 것이다.

이 때 무죄추정의 원칙은 유죄에 대하여 합리적인 의심을 가지는 자는 합리적인 의심을 가지지 않는 자에게 이유를 제시할 의무가 없으며 반대로 합리적인 의심을 가지지 않은 자가 합리적인 의심을 가지는 자에게 그 이유를 제시하여야 한다는 거증책임의 원칙을 제시해 준다.

그럼에도 불구하고 자유심증주의는 역사적인 유래와는 달리 현대사회에서는 많은 변화를 겪고 있다. 즉 현대에 있어서 자유심증주의는 오히려 비판의 대상이 되어 법관의 “자유”보다는 “제한”이 보다 강조되고 있다.

이러한 의미에서 법관과 배심원의 심증의 “자유”가 재량을 피상을 한 자의로 변질되지 않도록 하는 규제적인 장치가 필요한데 무엇보다도 법관·배심원의 심증이 이른바 블랙박스가 되지 않도록 그 심증형성과정의 투명성을 확보할 필요가 있다. 그것이 바로 하급심 판결문의 공개, 상세한 판결이유의 설시 의무 그리고 항소심 및 상고심의 검증가능성이라고 말할 수 있다.

서 론

김 유 근

제1장

서 론

재판결과의 공정성과 설득력은 공판절차에서 사실인정(facts-finding)이 얼마나 객관적으로 이루어졌는지의 여부에 달려 있으며, 바로 이러한 합리적인 사실인정은 소송당사자의 기본권 보장의 전제조건이 되고 궁극적으로는 형사사법시스템에 대한 국민의 신뢰도를 좌우하게 된다. 이처럼 "실체적 진실"의 규명은 대륙법계 형사소송절차의 궁극적인 목표이기는 하지만 그렇다고 하여 이 문제가 비단 일반 형사사건에만 국한된 것은 아니며, 더 나아가 소년보호사건 및 형사사건, 군사재판절차 그리고 통고처분 등 일반국민의 기본권에 중대한 영향을 미치는 모든 행정 및 형사절차에서 동일하게 대두되는 문제이기도 하다.

물론 형사소송절차에서의 사실인정은 공판에서만 중요한 의미를 가지는 것은 아니며 이미 증거수집단계인 사법경찰관리와 검사의 수사단계에서부터 시작된다. 이러한 의미에서 왜 대륙법계 형사소송구조에서 경찰과 검사의 수사강제주의와 기소법정주의를 규정하고 특별히 검사에게 피고인에게 불리한 증거뿐만 아니라 유리한 증거까지도 수집하도록 하는 객관의무를 부여하고 있는지, 그리고 역사적으로도 대륙법계 형사소송절차가 수사법관제도로부터 검찰제도로 이행하게 되었는지를 살펴보더라도(단순히 수사권력구조의 변화만을 의미하지는 않는다) 실체적 진실의 규명은 법관의 임무만은 아니며 그 이전에 이미 검사는 행정부에 속하지만 행정부(Exekutive)와 사법부(Judikative)로부터 독립된 사법기관(Rechtspflege, 사법부의 사법(司法)을 의미하는 것은 아니다)으로서 실체적 진실을 규명할 의무를 부담하고 기소단계에서 법관과 동일한 정도의 합리적인 의심을 넘는 정도의 심증이 형성되었을 때에(그리고 그러한 입증이 가능할 때에)(proof beyond reasonable doubt) 비로소 공소를 제기하도록 하고 있다는 것을 알 수 있다.

그런데 이때에도 입증의 대상이 되는 사실(facts)을 어떻게 이해하느냐에 따라 (전부는 아니지만) 많은 점에서 형사소송구조에 영향을 미치기도 한다. 즉 "실체적 진실(materiale Wahrheit)"이라는 개념은 일반적으로 대륙법계, 특히 관념주의적 경향이 강한 독일법계 형사소송구조에서 유래하지만 그 밖의 입법례에서는 단순히 "진실(truth)"이라는 용어를 사용하거나 혹은 공판의 대상을 소인(訴因, count)[1]으로 보기도 한다. 즉 독일법계 소송구조에서는 범죄를 역사적인 사실로서 실제로 벌어진 사건을 있는 그대로 찾아내야 한다는 의미에서 실재론적·존재론적 개념인 "실체"라는 용어를 사용하고, 실체적 진실의 규명은 이미 존재하는 사건의 실재를 찾아내는 것을 의미한다. 그 귀결로서 그러한 실재는 소송당사자들의 처분의 대상이 될 수 있는 것이 아니며 실체적 진실의 규명은 궁극적으로 법관의 의무가 된다(직권탐지주의). 이러한 맥락에서 왜 대륙법계 소송구조가 직권주의 소송구조를 원칙으로 하고 당사자주의적 요소를 가미하고 있는지, 많은 유럽국가들이 수사법관 또는 예심법관제도(프랑스, 이탈리아, 스페인 등)를 도입하고, 수사법관 또는 예심법관제도가 폐지되거나(스위스) 또는 그 의미가 희석된 소송구조(독일)에서 검찰에게 명문으로 객관의무를 부여하고 있는지, 그리고 최근까지도 영미법계 법체계에서 흔히 찾아볼 수 있는 유죄답변협상제도(plea bargaining)의 도입이 대륙법계 입법례에서는 주저되었는지[2]를 쉽게 이해할 수 있다

---

1) 일본의 경우 영미법계의 영향을 받아 소인(訴因)개념을 사용한다. 일본「형사소송법」제256조 제3항(기소장, 소인, 법조, 예단배제) "공소사실에는 소인을 명시하지 않으면 아니 된다. 소인을 명시할 때에는 가능한 한 일시, 장소 및 방법에서 죄가 될 사실을 특정하여 명시하지 않으면 아니된다(公訴事実は、訴因を明示してこれを記載しなければならない。訴因を明示するには、できる限り日時、場所及び方法を以て罪となるべき事実を特定してこれをしなければならない)". 따라서 일본에서는 당사자주의적 소송구조에서는 소인 이외의 그 배후에 존재하는 역사적 사실이란 상정할 수 없기 때문에 공소사실의 동질성에 대한 판단은 소인 자체의 동질성을 판단하는 것일 수밖에 없으며 그 배후에 존재하는 것으로 상정되는 역사적 사실과의 동질성을 판단하는 것은 아니라는 주장도 제기되고 있다(佐藤文哉,「公訴事実の同一性に関する非両立性の基準について」,『河上和雄先生古希祝賀論文集』, 青林書院, 2003, 260頁. 이에 관한 것은 川出敏裕,「外国法の継受という観点から見た日本の刑事訴訟法と刑事手続き」, 早稲田大学比較法研究所 編,『日本法の中の外国法 一基本法の比較法的考察一』, 2014, 290頁).

2) 그러나 최근 프랑스(*CCP Section 8: De la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité* Article 495-7 – Article 495-16, 2004), 독일(§§160b, 202a, 257b, 257c, 2010), 스위스(Art. 358-362, 2011), 일본(第四章 証拠収集等への協力及び訴追に関する合意, 제350조의2 이하, 2016.5.24. 개정, 2018.6.1. 시행)은 수사 및 공판의 효율성을 위하여 유죄답변협상제도를 도입하였다. 특히 독일의 경우 헌법재판소에서 합헌결정이 내려지기도 하였다(합헌 결정: BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, 2 BvR 2155/11, BVerfGE 133, 168-241). 프랑스의 유죄답변협상제도에 관한 상세한 것은 *Peters, Julia, Urteilsabsprachen im Strafprozess: Die deutsche Regelung im Vergleich mit Entwicklungen in England & Wales, Frankreich und Polen*, Göttinger

(즉 특히 기소사실인부절차(arraignment)는 자백보강법칙[3]과 자기부죄거부특권("Nemo tenetur seipsum accusare" 원칙)(피고인은 공판의 불확실보다는 자백을 통한 경한 형벌을 원하게 된다)과 모순된다는 이유 때문만은 아니다).

그런데 (사실개념을 어떻게 파악하든) 범죄사실의 인정은 증거에 의하여 이루어져야 한다는 점에서(증거재판주의) 수집된 증거를 통하여 얼마나 사건을 정확하게 재구성하고[4] 설득력 있게 설명하느냐가 재판에서 관건이 된다. 그런데 문제는 증거에 대한 판단에는 증거의 적절성에 대한 평가의 오류나 증거로부터의 추론의 오류 등 사고의 오류와 왜곡이 관여할 수밖에 없는데, 이러한 오류와 왜곡이 발생되는 것을 최소화시키려는 것이 바로 추상적으로는 예컨대 무죄추정의 원칙, 직접주의, 구두주의 또는 검사의 거증책임 및 자기부죄거부특권, 피고인의 방어권보장(피고인의 반대신문권 및 증인대면권과 증거개시제도) 등과 같은 원칙과 제도뿐만 아니라 구체적으로는 전문증거의 배제 원칙, 위법수집배제법칙 또는 자백배제 및 보강법칙 등이며, 이들 원칙들이 관철되었을 때 비로소 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 담보할 수 있게 된다.

그런데 과연 현행 「형사소송법」이 사실인정절차를 피고인의 공정한 재판을 받을 권리와 조화될 수 있도록 규정하고 있는지가 문제된다.

우리나라 「형사소송법」은 1954년 9월 23일 법률 제341호에 의하여 제정된 이래(1954년 5월 30일 시행)[5] 크고 작은 개정들이 이루어졌는데, 특히 여기에서 문제가 되는 객관적 사실인정과 관련해서는 많은 변화를 가져온 것이 사실이다. 즉 (1) 1961년

Studien zu den Kriminalwissenschaften Band 13, 2011, S. 118 ff.(https://oapen.org/download?type=document&docid=610198; 검색일: 2019년 7월 31일). 참고로 우리나라의 경우도 유죄답변협상제도와 반드시 정확히 일치하는 것은 아니지만 피고인의 자백이 있는 경우 간이공판절차에 따를 수 있도록 함으로써 증거능력에 관한 「형사소송법」 규정의 적용배제를 인정하고 있는 것은 신속한 공판이라는 효율성을 지향한 것이라고 볼 수 있다(특히 "간이공판절차에서의 증거능력에 관한 특례"에 관하여 정하고 있는 「형사소송법」 제318조의3). 우리나라의 간이공판절차와 유사한 제도로는 스위스의 간이공판절차를 들 수 있다(Abgekürztes Verfahren, Art. 358 이하).

3) 이러한 비판은 이은모·김정환, 『형사소송법』(제7판), 박영사, 2019, 629면 이하.

4) *Roxin, Claus/Schünemann, Bernd, Strafverfahrensrecht: Ein Studienbuch*, 29. Auflage, C.H. Beck, München, 2017 § 45 Rn. 43("*Roxin/Schünemann*[29]"로 인용한다): "die dem Richter obliegende Rekonstruktion eines in der Vergangenheit liegenden Sachverhalt".

5) 우리나라 「형사소송법」의 제정과정에 관한 상세한 것은 신양균 편저, 『형사소송법 제개정 자료집(상)』, 한국형사정책연구원, 2009, 13면 이하; 신동운, "제정형사소송법의 성립경위", 『형사법연구』, 제22호(2004.2.), 한국형사법학회, 159면 이하 참고.

개정에 의하여 전문증거의 배제원칙(제310조의2)이, 그리고 ⑵ 1980년 개정에서는 헌법상 무죄추정의 원칙(헌법 제27조 제4항)이 「형사소송법」에 명문화되었으며(제275조의2), ⑶ 1995년 개정에 의하여 변호인에게만 인정되었던 소송계속 중의 증거서류의 열람·등사권이 피고인에게로 확대되었다(제55조). 또한 ⑷ 2007년 개정에서는 ① 위법수집증거배제법칙(제308조의2)이 명문화되고, ② 수사단계에서 증거서류의 열람·등사권이 보장되었을 뿐만 아니라(제243조의2, 제266조의3, 제266조의4, 제266조의9 제1항 제10호, 제266조의11, 제266조의16), ③ 영미법계 형사소송원칙으로부터 유래하는 유죄의 입증의 정도 및 증거판단의 증명정도에 관한 원칙, 즉 범죄사실의 인정은 합리적인 의심이 없는 정도의 증명에 이르러야 한다는 것을 명문화함으로써(제307조) 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 실질적으로 보장하도록 하였다.

그러나 우리나라 형사소송법체계는 앞서 언급한 인권보장적 제도들의 도입과 공정한 재판을 받을 권리의 강화에도 불구하고 여전히 해소하지 못하는 문제점들을 안고 있으며 이것은 인권친화적이고 공정한 객관적 사실인정을 어렵게 하는 요인으로 작용한다.

⑴ 무엇보다도 우리나라 형사소송법체계는 법원중심적 체계를 벗어나지 못하면서 이것이 직권주의와 결합되어 형사사법기관의 객관적 사실인정에 대한 통제를 어렵게 만든다. 즉 우리나라 「형사소송법」 편제는 제1편 “총칙”을 제외하면 제2편 “제1심”, 제3편 “상소”, 제4편 “특별소송절차” 그리고 제5편 “재판의 집행”으로 구성되어 있어서 「형사소송법」이 마치 공판절차만을 위한 규칙을 정한 것과 같은 편제로 구성되어 있다. 앞서 언급한 바와 같이 형사소송절차의 궁극적인 목표가 객관적인 사실인정을 통한 실체적 진실의 발견과 확인된 사실에 대한 정의로운 형벌의 부과(책임원칙)에 있다면 이러한 객관적 사실발견의무는 이미 수사단계에서부터 요구된다. 그런데 수사와 관련된 규정들은 제2편 “제1심” 제1장에 규정되어 있어서 수사가 흡사 법원의 소관인 것과 같이 규정하고 있으나 이것은 근대 초기 독일이 엄격한 수사법관제도를 규정하고 있었을 때와 같이 법관이 수사의 주재자였던 시대, 그리고 프랑스나 이탈리아와 같이 예심판사제도를 두고 있는 형사소송구조에서는 적절한 편제방식일지는 모르지만, 법원의 사법권남용과 인권보장을 위하여 수사와 공판을 명확히 구별하고 있는 우리나라 「형사소송법」에는 맞지 않는 편제이다(특히 법원의 증거개시에 관한

결정에 대하여 불복을 허용하지 않는 것은 다분히 법원중심적인 형사소송구조의 전형적인 예로서 증거재판주의의 의미를 희석시킬 우려가 있는데, 이것은 재심에서의 결정에서도 마찬가지이다).

⑵ ① 그런데 이러한 「형사소송법」 편제의 문제는 수사기관의 사실인정의 객관성 확보를 위한 증거법 규정에도 영향을 미친다. 예컨대 「형사소송법」 제308조의2는 "위법수집증거의 배제"라는 표제 하에 수사기관에 의하여 위법하게 수집된 증거의 증거능력을 법관이 증거판단을 함에 있어서 배제하도록 하고 있다(제2편 "제1심" 제3장 "공판" 제2절 "증거"). 그런데 위법수집증거배제법칙은 과연 수사기관에 대한 행동규범인지 아니면 단순히 법관의 행동규범인지라는 궁극적인 문제를 제기할 수 있다. 물론 두 가지 의미를 모두 포괄하고 있다는 점에 대해서는 이견은 없으나, 문제는 양자 중 어느 쪽에 무게를 두느냐에 따라 위법수집증거배제법칙의 형사소송법상의 의미뿐만 아니라 형사소송법체계에서의 위상도 달라진다는 점이다. 즉 위법수집증거배제법칙을 수사기관으로 하여금 위법행위를 하지 않도록 하는 행동규범으로 파악하는 경우 동 법칙은 증거위법수집의 금지규범으로서의 의미를 가지게 된다(예컨대 "수사기관은 … 한 방식을 사용하여 위법하게 증거를 수집해서는 아니 된다" 등)(독일). 따라서 동 법칙은 증거의 장이 아니라 공판(물론 "제1심")으로부터 분리된 독립된 수사의 장에 규정하는 것이 타당하게 된다(행동규범으로서 증거위법수집금지는 위법행위를 한 수사기관의 제재까지도 정당화시킬 수 있게 된다). 그리고 이 때 위법수집증거의 증거능력의 배제는 수사기관의 위법행위에 대한 당연한 귀결로서의 의미를 가지게 되고, 증거의 장에는 법관으로 하여금 수사기관이 행동규범을 위반하여 신청한 증거를 애초부터 증거조사에서 배제하도록 하면 된다. 이에 대하여 현행법과 같이 위법수집증거배제법칙을 법관의 행동규범으로서의 의미에 초점을 맞추게 되면 위법하게 수집된 증거는 증거판단에서 비로소 그 증거능력을 배제하게 되고 위법수집증거의 증거능력의 배제는 다른 한편으로 수사기관의 위법행위에 대한 면책규정이 되어 버린다. 이것은 강제 등 자백의 증거능력에 관한 제309조에 대해서도 앞서 서술한 것과 동일한 것이 적용된다. 그런데 현행법은 동 규정을 더 나아가 "피고인"의 자백의 증거능력 배제규정으로만 규정하고 있어서 참고인이나 증인에 대해서는 침묵하고 있다.

② 그리고 위법수집증거의 배제를 규정한 규정도 위법수집증거는 "증거로 할 수 없다"라고만 규정할 뿐, 이것이 증거능력의 배제를 의미하는 것인지 아니면 증명력판단에서도 배제하여야 하는지, 그리고 증거능력이 배제되더라도 탄핵증거로는 사용할 수 있는 것은 아닌가라는 논란을 초래하고 있다. 이것은 증거능력이나 증명력에 관하여 규정하고 있는 다른 규정들도 크게 다르지 않다(자백보강법칙을 규정한 제310조는 법관의 자유심증주의에 대한 예외를 정하면서도(증명력) 그 표제는 "불이익한 자백의 증거능력"으로 규정하고 있다).

이와 관련하여 판례는 위법수집증거의 예외를 폭넓게 인정함으로써[6] 증거배제의 절대적 효력을 비교형량의 대상으로 전락시키고 있을 뿐만 아니라, 본래 법관의 재량을 제한하고자 한 규정이 역설적으로도 법관의 재량을 확대시키는 결과를 초래한 것은 아닌가라는 의문이 제기된다. 그 결과 위법하게 수집된 1차 증거와 이로부터 파생된 2차 증거의 적법성의 판단(이른바 "독수의 과실이론(Doctrine of the fruit of the poisonous tree))"도 별건수사의 빌미를 제공하고 있을 뿐만 아니라(그렇다고 2차 증거를 활용한 증거수집이 언제나 별건수사가 되는 것인가의 문제를 포함하여) 사인이 위법하게 수집한 증거에 대한 증거능력과 증명력에 대한 논란이 끊이지 않고 있는 것이 사실이다.

⑶ 그리고 객관적 사실인정에서 가장 큰 문제점으로 지적되고 있는 것이 바로 일상적인 재판실무인 이른바 "조서재판"(실질적으로는 "자백"조서에 가깝다)이다. 본래 2006년「형사소송법」개정논의에서도 조서재판의 폐해를 극복하려는 노력이 있었으나[7] 현재까지 그 결실을 맺지 못하고 있다. 특히 일정한 요건만 갖추어지면 당연히 증거능력이 인정되는 피의자신문조서에 의하여 진행되는 재판실무가 과연 객관적

---

6) 대표적으로 대법원 2007.11.15. 선고 2007도3061 전원합의체 판결("수사기관의 증거 수집 과정에서 이루어진 절차 위반행위와 관련된 모든 사정 즉, 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「헌법」과「형사소송법」이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실체적 진실 규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사 사법 정의를 실현하려 한 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우라면, 법원은 그 증거를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다고 보아야 한다").

7) 이에 관한 상세한 것은 신동운, "사법개혁추진과 형사증거법의 개정",『서울대학교 법학』, 제47권 제1호(2006.3.), 서울대학교 법학연구소, 108면 이하.

사실인정을 위한 공판의 기본원칙인 직접주의와 전문증거배제원칙과 조화될 수 있는가라는 근본적인 문제와 연관된다. 피의자신문조서는 그것이 사법경찰관리에 의하여 작성된 것이든 아니면 검사에 의하여 작성된 것이든 상관없이 일정한 요건만 갖추어지면 증거능력이 당연히 인정되도록 하고 있다. 그런데 문제는 피의자신문조서가 과연 전문법칙의 "예외"인가라는 문제이다. 전문법칙의 예외는 원칙적으로 공판에서 원진술자의 진술을 들을 수 없을 때 "예외적으로" 조서 등에 의하여 증거능력을 인정하는 것을 말한다(물론 그 밖에 당연히 증거능력을 인정하는 것 등도 포함). 그래서 전문법칙의 예외의 전형이라고 말할 수 있는 것이 바로 「형사소송법」 제314조에 정한 "증거능력에 대한 예외"이다. 즉 원본증거(피고인)가 법정에 있는데 전문증거인 피의자신문조서에 (일정한 요건만 갖추어지면) 당연히 증거능력을 인정하는 것은 직접주의에 대한 위반이 아닌지, 그리고 순수하게 수사 및 공판의 효율성에만 정향된 규정은 아닌지, 그리고 수사단계에서의 피고인의 진술과 공판단계에서의 피고인의 진술이 일치하지 않는 경우 피의자신문조서는 피의자의 공판정에서의 진술을 탄핵하기 위한 탄핵증거로서의 의미를 부여하면 되는 것은 아닌지,[8] 아니면 피의자신문조서를 포기할 수 없다면 피의자 신문 시 변호인이 입회하지 않은 경우 해당 조서는 공판에서 피고인에게 불리한 증거로 사용될 수 없도록 하는 방안에 대하여 근본적으로 고민할 필요가 있다(그런데 이 경우 필연적으로 변호인의 조력을 받을 권리가 수사단계에서부터 철저하게 관철되었을 때 의미가 있게 되는데, 이것을 보면 증거법은 피고인의 권리에 대한 근본적인 개정작업이 수반될 필요가 있다는 것을 알 수 있다).

② 그런데 이처럼 직접주의의 상대화를 감수하면서까지도 공판 및 수사효율성을 지향하고 있는 규정들은 그리 어렵지 않게 찾을 수 있다. 즉 2007년 형사소송법 개정에 의하여 ㉠ 검사작성 피의자신문조서의 성립의 진정은 피고인의 진술 이외에 영상녹화물 기타 객관적 방법으로도 증명할 수 있도록 하였을 뿐만 아니라, ㉡ 참고인 진술조서의 성립의 진정도 원진술자의 진술 또는 영상녹화물 기타 객관적 방법으로 증명되고 피고인의 반대신문 기회 보장되며 특신상태가 증명된 경우에 인정할 수 있도록 하였으며, 이를 위하여 ㉢ 피의자와 참고인 진술의 영상녹화제도도 도입하였다. 즉 영상녹화는 본래 영미법계

8) 이러한 문제제기는 2019년 6월 26일 제2차 공동연구진 세미나에서 이근우 교수가 적절하게 지적한 바 있다.

법체계에서 수사의 투명성 확보 및 수사과정에서의 인권침해를 감시하기 위한 수단으로 도입되었던 것이 이제는 증거능력의 엄격한 요건을 완화하기 위한 수단으로 사용되고 있다(경우에 따라서는 피고인의 증인에 대한 대면권과 반대신문권을 제한하면서까지[9]). 그 밖에도 ㉣ 2016년 「형사소송법」 개정에 의하여 피고인 또는 피고인이 아닌 자가 작성한 진술서나 그 진술을 기재한 서류의 증거능력의 요건인 그 작성자 또는 진술자의 자필이거나 그 서명 또는 날인에 "피고인 또는 피고인 아닌 자가 작성하였거나 진술한 내용이 포함된 문자·사진·영상 등의 정보로서 컴퓨터용디스크, 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체에 저장된 것"을 포함시킨 것도 수사의 효율성을 위한 것이라고 볼 수 있다.

⑶ ① 그런데 이러한 증거능력의 완화는 국민참여재판에 대하여 부정적인 영향을 미치게 될 우려가 있다. 즉 국민참여재판의 도입은 앞서 언급한 조서재판실무의 주된 증명방식인 서증(書證)으로부터 인증(人證)으로의 이행을 촉진할 것으로 기대되었으나 증거능력에 대하여 판단을 할 수 없는[10] 배심원들은 앞서 언급한 방식으로 증거능력이 당연히 인정된 증거들을 바탕으로 유·무죄의 판단을 하여야 하는 문제가 발생한다.[11]

---

9) 일본 헌법 제37조 제2항은 피고인의 반대신문권을 보장하고 있는데 이것은 반대신문권이 보장되지 않는 전문증거를 배제하는 것으로 이해되고 있으나(後藤昭·白取祐司, 『新·コメンタール刑事訴訟法』, 第3版, 日本評論社, 2018, 第321条(後藤), 916頁(이하 "新·コメンタール刑事訴訟法, 第319条(저자)"로 인용한다). 그렇다고 하여 전문증거의 예외가 전혀 인정되지 않음을 의미하는 것은 아니라고 한다. 最大決昭和25·10·4 刑集4巻10号1866頁;, 922.

10) 「국민의 형사재판 참여에 관한 법률」
제44조(배심원의 증거능력 판단배제) "배심원 또는 예비배심원은 법원의 증거능력에 관한 심리에 관여할 수 없다."
제46조(재판장의 설명·평의·평결·토의 등) ① "재판장은 변론이 종결된 후 법정에서 배심원에게 공소사실의 요지와 적용법조, 피고인과 변호인 주장의 요지, 증거능력, 그 밖에 유의할 사항에 관하여 설명하여야 한다. 이 경우 필요한 때에는 증거의 요지에 관하여 설명할 수 있다."

11) 정확하게는 배심원은 유무죄에 관하여 평결하지만 법관은 평결과 양형의견에 대하여 기속되지 않는다.
「국민의 형사재판 참여에 관한 법률」
제46조(재판장의 설명·평의·평결·토의 등) ① "재판장은 변론이 종결된 후 법정에서 배심원에게 공소사실의 요지와 적용법조, 피고인과 변호인 주장의 요지, 증거능력, 그 밖에 유의할 사항에 관하여 설명하여야 한다. 이 경우 필요한 때에는 증거의 요지에 관하여 설명할 수 있다."
② "심리에 관여한 배심원은 제1항의 설명을 들은 후 유·무죄에 관하여 평의하고, 전원의 의견이 일치하면 그에 따라 평결한다. 다만, 배심원 과반수의 요청이 있으면 심리에 관여한 판사의 의견을 들을 수 있다."
③ "배심원은 유·무죄에 관하여 전원의 의견이 일치하지 아니하는 때에는 평결을 하기 전에 심리에 관여한 판사의 의견을 들어야 한다. 이 경우 유·무죄의 평결은 다수결의 방법으로 한다. 심리에 관여한 판사는 평의에 참석하여 의견을 진술한 경우에도 평결에는 참여할 수 없다."

⑷ ① 「형사소송법」 제307조는 "증거재판주의"라는 표제 하에 제2항에 "범죄사실의 인정은 합리적인 의심이 없는 정도의 증명에 이르러야 한다"[12]고 규정하고, 제308조는 "자유심증주의"라는 표제 하에 "증거의 증명력은 법관의 자유판단에 의한다"고 규정하고 있다.[13] 자유심증주의와 합리적인 의심없는 증명과 관련하여 많은 문제가 제기되고 있다. 가장 전형적인 것이 어떻게 동일한 증거를 심급에 따라 정반대로 평가할 수 있는가,[14] 증거의 적절성 판단, 증거에 의한 사실인정, 유죄의 심증형성과정(증거로부터의 추론), 그리고 심증의 정도란 법관의 심리적인 추론과정 속에서 이루어지는 것인 만큼 이를 추상적으로 논의한다고 하여 실익이 없는 것은 아닌가,[15] 그러나 그럼에도 불구하고 구체적인 증거로부터의 추론과정에 기준을 정립할 수 있는 것은 아닌가라는 의문들이 바로 그것이다.

② 일반적으로 법관의 심증의 정도를 나타낸다고 설명되고 있는 "합리적인 의심을 넘는 증명(*proof beyond reasonable doubt*)"은 본래 검사의 거증책임의 정도를 나타내는 것으로서 검사는 피고인의 유죄를 합리적인 의심을 넘는 정도로 증명할 의무가 있다는 의미에서 검사의 행동규범이며(그 귀결로서 공판단계에서 법관이 유·무죄판결을 내리는 것과 같이 수사단계에서 검사는 기소·불기소의 판단을 내려야 하며, 따라서 검사에게는 법관의 중립의무에 준하는 객관의무가 부과되어 있다는 것은 유럽에서의 검찰제도의 탄생과정을 보더라

---

④ "제2항 및 제3항의 평결이 유죄인 경우 배심원은 심리에 관여한 판사와 함께 양형에 관하여 토의하고 그에 관한 의견을 개진한다. 재판장은 양형에 관한 토의 전에 처벌의 범위와 양형의 조건 등을 설명하여야 한다."

⑤ "제2항부터 제4항까지의 평결과 의견은 법원을 기속하지 아니한다."

⑥ "제2항 및 제3항의 평결결과와 제4항의 의견을 집계한 서면은 소송기록에 편철한다."

12) "합리적인 의심이 없는 증명"은 영미법의 "proof *beyond a* reasonable doubt"로부터 유래한 것으로 볼 수 있으나 우리나라 언어사용상 "의심이 없는"이라고 표현하는 것이 자연스러울지는 모르나 문언상으로 보면 이것은 "proof *beyond all* doubt" 또는 "beyond *shadow* of doubt"로 오해될 여지가 있는 것으로서 합리적인 의심이 없는 증명과 합리적인 의심을 넘는 증명은 명확히 구별되어야 한다는 의미에서 여기에서는 "합리적인 의심을 넘는 증명"이라는 용어를 사용하도록 한다.

13) 그런데 사고의 순서상 범죄사실의 인정은 증거에 의하여야 하고(제307조 제1항) 그 증거에 의하여 "어느 정도로" 범죄사실이 입증되어야 하는지의 심증의 정도가 바로 합리적인 의심이 없는 정도의 증명이라고 한다면 조문의 순서는 자유심증주의 다음에 합리적인 의심없는 증명에 관한 규정이 위치되어야 하는 것은 아닌가라는 의문이 제기된다.

14) 본래 증거판단이라기 보다는 증거에 대한 평가(evaluation of evidences; Beweiswürdigung)라고 말하는 것이 정확할 것이다.

15) 이러한 비판적인 시각으로는 新·コメンタール刑事訴訟法, 第319条(白取), 909頁.

도 쉽게 알 수 있다), 법관은 검사에 의하여 피고인의 유죄가 합리적인 의심을 넘는 정도로 입증되었다고 심증이 형성되었을 때에 비로소 유죄의 선고를 내릴 수 있다.[16]

그런데 「형사소송법」이 유죄의 인정을 위하여 합리적인 의심을 넘는 정도의 증명을 요구하는 것은 무엇보다도 자주 인용되는 *Blackstone*(1769)의 "한 명의 무고한 사람을 벌하는 것보다도 열 명의 죄인을 풀어주는 것이 낫다(*the law holds that it is better that ten guilty persons escape, than that one innocent suffer*)"[17]로 표현되는 무죄추정의 원칙(의심스러울 때는 피고인의 이익으로(*in dubio pro reo*)[18])의 귀결로서 오판의 위험을 최소화하려는 것이다.[19] 그런데 이 *Blackstone*의 말이 이론상으로는 몰라도 국민정서상 여전히 오늘날에도 유효한가에 대하여 많은 의문이 제기되고 있는 것이 사실이다(흉악범죄나 권력형 비리가 발생할 때마다 대중매체에 표출되는 국민들의 분노를 볼 때 국민의 눈높이에 맞는 사법정의를 요구할 때 그 눈높이를 어디에 맞출 것인가, 아니면 형사사법이란 국민이 원하지 않더라도 법의 정의를 실현하여야 하는가의 문제(국민의 정의와 법의 정의는 항상 일치하는 것만은 아니기 때문

---

16) 대법원 2011.4.28. 선고 2010도14487 판결("형사재판에서 범죄사실의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도의 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 엄격한 증거에 의하여야 하므로, 검사의 입증이 위와 같은 확신을 가지게 하는 정도에 충분히 이르지 못한 경우에는 비록 피고인의 주장이나 변명이 모순되거나 석연치 않은 면이 있는 등 유죄의 의심이 간다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단하여야 한다").

17) *Blackstone, William, Commentaries on the Laws of England(Oxford, 1769), vol. IV(Of Public Wrongs)*, ch. 27, p. 352(여기에서는 with an Introduction by *Thomas A. Green, Chicago/London*, 1979를 참고하였다).

18) 무죄추정의 원칙은 증거판단(*Beweiswürdigung*)이 종료된 후에 적용되는 것이기 때문에 증거규칙(*Beweisregel*)이 아니라 결정규칙(*Entgwcheidungsregel*)이라는 것에 관해서는 *Roxin/Schünemann*[29] §45 Rn. 56; *Stuckenberg, Carl-Friedrich, Untersuchungen zur Unschuldsvermutung,* de Gruyter, Berlin/New York, 1998, S. 469 ff.(*Beweislastregel*); *Beulke, Werner/Sowada, Sabine, Strafprozessrecht,* 14. Auflage, C.F. Müller, 2018, Rn. 490("*Beulke/Sowada*[14]"로 인용한다).

19) 무죄추정의 원칙의 기원은 로마법으로까지 거슬러 올라간다고 한다(Trojan-Reskript in Dig. 48.19.5.pr.(*Stuckenberg, Carl-Friedrich, Untersuchungen zur Unschuldsvermutung*, de Gruyter, Berlin/New York, 1998, S. 11 f. Fn 5에서 재인용): "Absentem in criminibus damnari non debere divus traianus iulio frontoni rescripsit. sed nec de suspicionibus debere aliquem damnari divus traianus adsidio severo rescripsit: satius enim esse impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnari". 그 밖에 1789년 프랑스 인간과 시민의 권리선언 제9조: "Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne sera pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi".

에)[20]). 물론 공리주의적-결과론적 관점(*utilitaristic-consequentialistic logic of the approach*)에서 한 사람의 무고한 사람을 벌하게 될 개연성은 극히 적을 뿐만 아니라 10명의 죄인을 벌함으로써 보다 큰 공공선(사회방어)을 실현할 수 있다면 한 사람의 무고한 사람을 벌하게 될 리스크를 두려워해서는 안 된다는 주장[21]도 그렇다고 하여 전혀 근거가 없는 것이라고 말할 수 없다. 더욱이 만약에라도 무고할 개연성이 있는 사람을 벌하게 될 리스크는 현재의 과학기술의 발전을 보더라도 극히 적어졌다고 해도 과언이 아니라고 말할 수 있다. 그러나 반대로 "그렇게 확실한" 과학적 증거를 가지고 합리적인 의심을 넘는 정도로 입증할 수 있다면 입증의 정도를 낮추어서는 안 되며, 무엇보다도 무고한 사람으로 하여금 죄가 없다는 것을 입증하도록 함으로써 국가권력의 입증의

---

20) 이와 관련하여 언론매체가 "검찰관계자의 말에 따르면…"이나 "경찰관계자의 말에 따르면…"이라는 상투적인 어구로 공익신고도 아닌 개별사건들의 상세와 당사자의 행적들을 "공익의 이름으로" 보도하고 있는 것은 종종 헌법상 국민의 알권리에 의하여 정당화되기도 하지만, 그러나 다른 한편으로 이러한 보도들에 의하여 이미 당사자는 유죄의 추정을 받고 있는 것은 아닌지, 그래서 법관과 장래에 배심원으로 선발될 수도 있는 국민들에게 예단을 심어주는 것은 아닌지, 그렇다면 보도 자체의 위법성은 헌법상 언론의 자유에 의하여 문제삼을 수 없다고 하더라도 이러한 보도의 취재원은 직무상 기밀을 누설함으로써(법령상 기밀로 정해지지 않는 한 수사내용의 누설은 직무상 비밀누설죄가 성립되지 않는다고 항변할 것인지) 결과적으로 현행법상 그 공정성이 여러 제도에 의하여 담보되어 있고 또 공정하여야 하는 재판에서 법관과 배심원의 의사결정에 영향을 미치게 되는 것은 아닌지 혹은 국민들은 예컨대 당사자의 구속을 또 하나의 형벌로서 유죄의 확정으로 생각하고 있는 것은 아닌지라는 질문들은 궁극적으로는 과연 "모든" 국민의 알권리와 (언론에 따르면 이미 범인임이 확정된) "단 한 사람"의 인간의 존엄은 비교형량될 수 없는 대상은 아닌지, 이미 여기에서부터 공리주의적-결과론적 관점이 지배하고 있는 것은 아닌지, "무죄"일 수도 있는 개연성 때문에(무죄추정의 원칙) 비로소 인간의 기본권이 보장되는 것인지, 아니면 그 이전에 이미, 즉 유·무죄의 확정이나 그 추정과는 전혀 상관없이(설령 모든 사람이 그렇게 생각한다고 하더라도) 인간의 기본권은 인간이라면 당연히 보장되어야 하는 권리가 아닌지(죄인이라면 어떻게 대우해도 된다는 원칙이나 혹은 인간의 존엄에 대한 예외는 존재하지 않는다), 그리고 마지막으로 왜 형법상 피의사실공표죄(제126조)가 직무상 폭행·가혹행위(제125조) 다음에 규정되어 있고 피의사실공표죄가 동조와 마찬가지로 친고죄로 규정되어 있지 않은지에 대하여 한 번이라도 생각해 본다면 그 대답은 어렵지 않게 가늠할 수 있을 것이다. 공리주의적-결과론적 관점에 관해서는 바로 아래에 후술한다.

21) 실제로 Paley, William, The Principles of Moral and Political Philosophy(1785)(Foreword By D . L . Le Mahieu), Liberty Fund, Indianapolis, 2002, Book IV, Chapter 9, p. 393("But when certain rules of adjudication must be persued, when certain degrees of credibility must be accepted, in order to reach the crimes with which the public are infested; courts of justice should not be deterred from the application of these rules, by every suspicion of dabger, or by the mere possibility of confounding the innocent with the guilty. They ought rather ro reflect, that he who falls by a mistaken sentence, may be considered as falling for his country; whilst he suffers under the operation of those rules, by the general effect and tendency of which the welfare of the community is maintained and uphold")(http://lf-oll.s3.amazonaws.com/titles/703/0158_LFeBk.pdf; 검색일: 2019년 6월 15일).

실패를 무고한 사람의 부담으로 돌려서는 안 된다는 주장은 인간의 존엄을 공공선(*bonum commune*) 앞에 세운다. 이것은 우리나라 형법 제263조가 "동시범"이라는 표제 하에 "독립행위가 경합하여 상해의 결과를 발생하게 한 경우에 있어서 원인된 행위가 판명되지 아니한 때에는 공동정범의 예에 의한다"고 규정함으로써 "의심스러우면 피고인의 불이익으로" 돌리고 있는 것이 과연 타당한가를 생각해 보더라도 쉽게 알 수 있다. 즉 사실인정의 확신에 대한 최소한의 문턱("*the minimum threshold of fact-finder confidence*")[22]을 낮추는 것은 한편으로는 무죄추정의 원칙의 중대한 상대화를 그리고 다른 한편으로는 그 실질에 있어서는 검사가 부담하는 거증책임의 완화 혹은 전환을 의미하게 된다는 것을 염두에 두어야 한다.[23]

여기에서 명확해 지는 것은 합리적인 의심을 넘는 증명을 국가형벌권을 행사하는 자에게 요구하는 것은 단순히 인간이성의 "오류가능성의 부담의 최적의 배분(*optimal distribution of errors*)"[24][25]이라는 의미로 축소될 수 있는 것이 아니라 바로 수사와 공판단계에서 자의적인 국가권력의 남용으로부터 국민의 기본권을 보호하기 위한 이념에 있다는 점이다("*rights-based approach*"[26]).

③ 자유심증주의와 관련해서도 역사적인 유래와는 달리 현대사회에서는 많은 변화를 겪고 있다.

자유심증주의는 역사적으로는 중세 및 근대 초기의 규문주의 소송구조(*Inquisitionsverfahren*)에서의 법정증거주의(*gesetzliche Beweistheorie*) 하에서 법률에 정한 특정 증거(예컨대 자백 등)가 존재하는 한 유죄의 유일한 증거라고 하더라도 유죄의 선고를 허용하거나(적극적 법정증거주의) 또는 특정 증거가 없는 한 자신의 심증과는 관계없이 유죄를 선고할 수 없도록 함으로써(소극적 법

22) Roberts, Paul/Zuckerman, Adrian, Criminal Evidence, 2nd Edition, Oxford University Press, 2010, p. 253.
23) Diesen, Christian, Beyond Reasonable Doubt: Standard of Proof and Evaluation of Evidence in Criminal Cases, Scandinavian in Law – Law Theory, Vol. 40(2000), p. 172.
24) Lippke, Richard L., Fundamental Values of Criminal Procedure, in: Brown, Darry K./Turner, Jenia I./Weisser, Bettina ed., The Oxford Handbook of Criminal Process, Oxford University Press, 2019, p. 34.
25) 합리적인 의심을 넘는 증명은 법관과 배심원의 판단의 오류가능성을 제거하기 위해서 필수적인 기본원칙이라는 점을 확인한 것으로는 미국 판례 In re Winship, 397 U.S. 358(364) (1970).
26) Lippke, Richard L., ibid., p. 35.

정증거주의)[27] 해당 특정 증거를 획득하기 위하여 필연적으로 비인도적인 증거수집방법이 수반되었던 것에 대한 반성으로 "법정" 증거를 포기하고 증거판단에 있어서 법관의 판단의 "자유"에 초점을 맞추었다.[28]

그런데 현대에 있어서 자유심증주의는 오히려 비판의 대상이 되어 법관의 "자유"보다는 "제한"이 더욱 강조된다.[29] 즉 역사적으로 법관을 법정증거로부터 자유롭게 한다는 의미보다는 오히려 법관의 증거판단의 자유에 대한 제한으로 그 초점이 이행하고 있다.[30] 이것은 법관도 인간으로서 오판의 위험에 항상 노출되어 있어서 추론상의 오류를 범할 수 있다는 데에 그 원인을 찾을 수 있으며[31] 동시에 법관의 재량의 축소를 의미하게 된다.

이러한 의미에서 현행법은 법관의 합리적인 심증형성을 담보하기 위하여 ㉠ 제척·기피·회피제도를 통하여 애초부터 객관적 사실인정을 담보할 수 없는 법관을 재판에서 배제하고, ㉡ 공소장 외에 법관에게 예단을 초래할 우려가 있는 서류 등의 첨부 및 인용을 금지하는 한편(공소장일본주의), ㉢ 자백배제법칙이나 전문법칙을 통하여 채증과정에서 반대신문을 통한 특정 증거의 증거능력을 제한하는 한편, ㉣ 자백이 과도하게 신뢰되는 것을 방지하기 위하여 보강증거를 요구하고 있다(자백의 증명력의 제한). 그리고 ㉤ 사실인정의 사후통제를 위하여 유죄판결에 판결이유를 기재하는 한편, ㉥ 심급제도와 함께 특별구제절차(재심·비상상고 등)를 마련하고 있다.[32] ㉦ 또한 과학기술의 발전은 사실인정에 많은 변화를 가져오게 되는데 예컨대 도로교통법 제142조의2 제2항에 정한 음주운전의 혈중알코올농도로부터[33] 혈액형검사나 DNA

---

27) 카롤리나 형법전의 법정증거주의(gesetzliche Beweisregeln)와 관련해서는 Geppert, Klaus, Die Peinliche Halsgerichtsordnung Karls V.(die »Carolina«), in: Juristische Ausbildung(JA) 2015(2), S. 152 f.; Schmidt, Everhard, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Auflage, Vandenheck & Ruprecht, Göttingen, 1995, § 109 f.; Walter, Gerhard, Freie Beweiswürdigung – Eine Untersuchung zu Bedeutung, Bedingungen und Grenzen der freien richterlichen Überzeugung, J.C.B. Mohr, Tüningen, 1979, S. 56 ff.; Roxin25 §69.

28) 白取祐司, 『刑事訴訟法』, 第9版, 日本評論社, 2017, 345頁.

29) 白取祐司, 『刑事訴訟法』, 第9版, 日本評論社, 2017, 345頁.

30) 이 점을 매우 적절하게 지적하고 있는 것으로는 白取祐司, 前掲書, 345頁以下.

31) 白取祐司, 前掲書, 345頁.

32) 일본 「형사소송법」과 관련하여 상세한 것은 白取祐司, 前掲書, 346頁; 新·コメンタール刑事訴訟法, 第319条(白取), 908頁.

33) 그러나 우리나라 특가법상 위험운전치사상죄의 "음주 또는 약물의 영향으로 정상적인 운전이 곤란한 상태"(특가법 제5조의11)의 판단에서는 법관은 도로교통법상 혈중알코올농도에 기속되

감정 등에 이르기까지 과학기술에 의하여 취득한 증거는 이제 사실인정에서 실질적으로 절대적인 효력을 가지게 되어(법관은 자유심증주의를 표방하여 이러한 과학적 증거도 "규범적으로" 판단할 수 있다고 주장하지만)[34] 이러한 증거를 규범적인 논거를 통하여 배척하는데 대해서는 많은 부담을 느끼게 되며 실질적으로는 법관의 자유심증주의에 대한 중대한 제한을 의미하고 있는 것이 사실이다. 이러한 의미에서 새로운 법정증거주의가 도래한 것은 아닌가라는 의문이 제기된다.

④ 그런데 자유심증주의이든 아니면 합리적인 의심을 넘는 증명이든 이것은 직업법관에게만 요구되는 것이 아니라 유·무죄를 판단하여야 하는 한 국민참여재판에 참여하는 배심원에게도 동일하게 요구된다. 물론 심증의 정도를 나타내는 합리적인 의심을 넘는 증명은 영미법계 형사소송구조에서 본래 배심원의 유·무죄의 판단에서 요구되던 것이며 현재도 배심원의 판단의 합리성에 대한 신뢰는 원칙적으로 유지되고 있다. 그러나 애초부터 영미법계와 같은 당사자주의 소송구조 속에서는 모든 증거에 대한 개시(開示)와 탄핵이 자유로울 뿐만 아니라 경찰의 수사단계에서부터 피의자의 방어권이 보장된다. 즉 합리적인 의심을 넘는 증명을 요구할 수 있는 전제조건부터 구별된다.

⑤ 어느 정도의 심증이 형성되었을 때 합리적인 의심을 넘는 증명이 있다고 볼 것인가라는 문제는 여전히 해소되지 못하고 있다. 예컨대 독일의 경우 유죄에 대한

지 않고 자유심증주의에 따라 "정상적인 운전이 곤란한 상태"를 판단하여야 한다는 것이 판례의 입장이다. 대법원 2018.1.25. 선고 2017도15519 판결("음주로 인한 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(위험운전치사상)죄는 도로교통법 위반(음주운전)죄의 경우와는 달리 형식적으로 혈중알코올농도의 법정 최저기준치를 초과하였는지 여부와는 상관없이 운전자가 '음주의 영향으로 실제 정상적인 운전이 곤란한 상태'에 있어야만 하고, 그러한 상태에서 자동차를 운전하다가 사람을 상해 또는 사망에 이르게 한 행위를 처벌대상으로 하고 있는바, 이는 음주로 인한 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(위험운전치사상)죄는 업무상과실치사상죄의 일종으로 구성요건적 행위와 그 결과 발생 사이에 인과관계가 요구되기 때문이다(대법원 2008. 11. 13. 선고 2008도7143 판결 등 참조)"). 이와 관련하여 독일의 경우에도 같은 입장을 취한다. 즉 독일 판례는 혈중알코올농도는 음주운전에 대한 강력한 증거이기는 하지만 유일한 증거는 아니며 법관의 자유심증주의는 혈중알코올농도에 의하여 제한받지 않는다고 한다. BGH 4 StR 401/14 – Urteil vom 9. April 2015.

34) 단적인 예로 우리나라 형법 제17조에 정한 "인과관계" 규정과 관련하여 종래 과거의 독일의 인과관계론의 영향을 받아(대표적으로 Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 1996, S. 275 ff.에 소개된 인과관계에 관한 논의 참조) 자연과학적 인과관계 외에 흡사 별도로 "규범적 의미"의 인과관계가 존재하는 것과 같이 해석되기도 한다. 이러한 의미에서 인과관계론의 무용론을 주장되기도 한다(오영근, 『형법총론』(제3판,) 박영사, 2014, 109면 이하).

"확실성에 근접한 개연성(an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit)"[35]을, 그리고 일본의 경우 "고도의 개연성"[36]이 거론되기도 한다.

그런데 절대적 확실성이란 존재하지 않으며 언제나 상대적 확실성만이 존재할 뿐이기 때문에 원칙적으로 합리적인 의심을 넘는 증명을 무죄일 개연성을 하나씩 제거해 나가는 소극적인 배제절차(消去法)("a procedure for eliminating doubt",[37] "eliminative induction"[38])로 이해하는 한 유죄에 대한 상대적 확실성을 담보할 수 있게 된다고 한다.[39] 즉 무죄가 아닐 것이라는 확률 또는 유죄일 것이라는 확률이나 아니면 추상적인 주관적 확신에 따라 합리적인 의심을 넘는 증명이 요구하는 – 유죄에 대한 – 상대적인 확실성을 요구하기 보다는 오히려 피고인이 무죄일 수도 있다는 가능성을 하나씩 제거해 나가면서 마지막에 그러한 가능성이 모두 배제되었을 때 비로소 무죄일 수 없다는 단정적인 가능성을 얻게 된다("a residual probability of innocence").[40][41]

---

35) BGH NJW 1980, 2423(2424); Herdegen, Gerhard, Bemerkungen zur Beweiswürdigung, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht(NStZ), 1987, S. 195 ff.; Kühne, Hans-Heiner, Strafprozessrecht: Eine Systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts, 9. Auflage, C.F. Müller, 2015, § 56 Rn. 947("Kühne[9]"로 인용한다); Roxin/Schünemann StPO[26] § 45 Rn. 43. 이에 관한 상세한 것은 김유근·Lee, Stella Jee-min, 『신임검사 교육을 위한 합리적인 의심을 넘는 증명의 의미 및 미국·독일의 사례 연구』, 법무연수원, 2011, 33면 이하.

36) 最高裁 昭和48·12·13判時756号104頁(新·コメンタール刑事訴訟法, 第319条(白取), 909頁에서 재인용).

37) *Diesen, Christian, op. cit.,* p. 176("*... the prevailing method of evidence bevaluation in criminal cases is to examinate the prosecutor's case by disproving alternative hypotheses*"); *Klamberg, Mark, Evidence in International Criminal Trials: Confronting Legal Gaps and the Reconstruction of Disputed Events,* Marinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2013, pp. 158; *Roberts, Paul/Zuckerman, Adrian, op. cit.*, 2010, pp. 259.

38) Shum, David A., The Evidential Foundations of Probabilistic Reasoning, Willey, 1994, pp. 26-30, 245-251(Roberts, Paul/Zuckerman, Adrian, op. cit., p. 259에서 재인용).

39) 이러한 소극적 배제절차는 칼 퍼포(Karl Popper)의 비판적 합리주의의 학문이론(Wissenschaftstheorie des Kritischen Rationalismus)의 방법론으로 거슬러 올라간다. 이에 관한 상세한 것은 Chalmers, Alan F., Wege der Wissenschaft: Einführung in die Wissenschaftstheorie(english original: A.F. Chalmers, What is This Tiling Called Science?, University of Queensland Press, St. Lucia, Queensland, 1999)(Herausgegeben und übersetzt von Niels Bergemann und Christine Altstotter-Gleich), 6. Auflage, Springer, 2007, S. 51 ff., 63 ff., 73 ff.

40) Roberts, Paul/Zuckerman, Adrian, op. cit., pp. 259 참고.

41) 最高裁 平成19·10·16 刑集61巻7号677頁("형사재판에서 유죄를 인정함에 있어서는 합리적인 의심을 품을 여지가 없는 정도의 입증이 필요하다. 여기에서 합리적인 의심을 품을 여지가 없다는 것은 반대사실이 존재할 수도 있다는 의심을 전혀 남기지 않는 경우를 말하는 것이 아니

⑥ 마지막으로 법원의 판단에 대한 재량을 어떻게 통제할 것인가라는 문제가 제기된다. 법관의 심리적인 추론과정의 투명성을 확보하기 위해서는 무엇보다 외부로부터의 검증가능성을 담보하는 것이 관건이 되는데, 그러한 의미에서 판결이유의 중요성이 강조된다. 또한 법관의 사실인정에서의 재량에 대한 통제와 관련하여 사실심과 법률심의 구별이 과연 어떤 의미를 가지는지, 대법원이 실질적으로 "사실오인의 위법"을 판단하고 있는 상황 하에서 객관적 사실인정에서의 상고심의 의미를 다시 생각해 볼 필요가 있는 것은 아닌가라는 문제도 제기될 수 있다.

이상에서 서술한 바와 같이 사실인정과 관련된 현행「형사소송법」규정들이「형사소송법」의 기본원칙에 비추어 보아 인권친화적이라거나 혹은 공정한 재판을 담보해 준다고 보기 어려운 부분들이 전혀 없다고 단정하기는 어려운 것이 사실이다. 따라서 한편으로는 수사의 효율성과 소송경제 그리고 다른 한편으로 객관적 사실인정을 통한 공정한 재판의 담보라는 양 극단 사이에서 양자를 저해하지 않으면서 실체적 진실을 규명하고 법관의 심증형성의 합리성을 확보할 수 있는 방안이 무엇인가를 찾아내는 것이 관건이 된다.

이러한 의미에서 본보고서는 우선 ⑴ 객관적 사실인정을 위한 전제조건으로서의 증거규칙의 적정성에 관하여 살펴보고자 한다. 다만 주요 외국의 입법례들의 최근의 발전방향을 살펴보면 (거의 대부분이라고 해도 과언이 아닐 정도로) 수사의 효율성 제고와 소송경제에 초점이 맞추어져 있는 것이 사실이며, 그렇다고 하더라도 이러한 세계적인 추세를 그대로 받아들일 수 있는 것도 아닐 것이다. 왜냐하면「형사소송법」의 기본원칙을 포기할 수 없기 때문이다(제2장). ⑵ 또한 한편으로 최근의 과학기술은 안전하면서도 확실한 사실인정을 가능하게 하는 방법론을 제시해 주고 있으나, 다른 한편으로 합법과 불법의 경계가 그리 명확하지 않다는 점, 그리고 증거의 위조 및 변조기술도 이에 상응하여 발전하고 있다는 점에서 과학기술을 이용한 증거수집의

라 추상적인 가능성으로서는 반대사실이 존재할 수도 있다는 의심이 있을 여지는 있으나 건전한 사회상식에 비추어 그 의심에 합리성이 없다고 일반적으로 판단되는 경우에는 유죄를 인정할 수 있다는 취지이다. 그리고 이것은 직접증거에 의하여 사실인정을 하여야 하는 경우와 정황증거에 의하여 사실인정을 하여야 하는 경우에 어떠한 차이도 없다고 말해야 한다").

방법론상의 의미를 검토하고자 한다. 이와 동시에 증거수집방식의 다변화와 사안에 따른 형사소송절차의 특례들이 각 특별법에 산재되어 있는데 이들 규정들의 통합가능성을 가늠하는 동시에 "특별법"이라는 이름으로 허용되어온 형사소송법상 기본원칙의 예외나 객관적 사실인정에서 특히 문제가 되는 개별 쟁점들, 예컨대 영상녹화물, 디엔에이 증거, 디지털 증거, 감청이나 함정수사 등에 관해서도 구체적인 사례연구의 차원에서 다루고자 한다(제3장). ⑶ 마지막으로 수집된 증거에 대한 평가(*evaluation*)를 통한 법관과 배심원의 심증의 형성은 한편으로 산술적인 계산이나 증거로부터의 필연적인 귀결이 아니라 논리적인 추론과정이라는 점에서 자유심증주의와 심증의 정도인 합리적인 의심을 넘는 증명을 어떻게 파악할 것인가, 그리고 법관의 추론의 오류를 방지할 수 있는 형사소송법상의 증거법 외에 추론의 준칙이나 기준을 설정할 수 있는가에 대하여 검토하고자 한다(제4장).

객관적 사실인정을 위한 전제조건으로서의 증거의 허용여부

박성민·이근우·이상한·최준혁·최호진·황태정

제2장

객관적 사실인정을 위한 전제조건으로서의 증거의 허용여부

「형사소송법」 제307조는 "증거재판주의"라는 표제 하에 "사실의 인정은 증거에 의하여야 한다"고 규정하여(동조 제1항) 법관과 배심원[42]은 증거에 의해서만 사실(실체적 진실)을 인정할 수 있음을, 그러나 이때에도 특히 범죄사실[43]을 인정할 때에는 (따라서 무죄의 인정이 아니다) "합리적인 의심이 없는 정도의 증명에 이르러야 함[한다]"을 규정하고 있다(제2항). 그러나 그렇다고 하여 어떠한 증거라도 판단의 근거로 삼을 수 있는 것은 아니며 그 수집방식과 내용에 따라 증거의 허용여부(admissibility of evidences), 즉 증거능력이 결정된다. 따라서 이러한 의미에서 법관과 배심원의 유죄에 대한 심증형성은 증거에 대한 자유로운 판단(evaluation)에 맡겨져 있기는 하지만(제308조(자유심증주의)) 이 한도 내에서 이러한 자유로운 심증형성은 제한된다고 말할 수 있다(자유심증주의에 대한 제한). 즉 이른바 증거재판주의 하에서 왜곡되거나 조작된, 혹은 법관이나 배심원에게 예단을 심어줄 위험이 있는 증거들은 법관이나 배심원의 심증형성에 오류를 발생시킬 위험이 있다는 의미에서 증거의 허용여부는 애초부터 객관적이고 공정한 사실인정을 위한 전제조건이라고 말할 수 있다.

---

42) 「국민의 형사재판 참여에 관한 규칙」 제37조(재판장의 설명) ① "재판장이 법 제46조제1항에 따라 배심원에게 그 밖에 유의할 사항에 관한 설명을 할 때에는 다음 각 호의 내용을 포함한다."
1. "「형사소송법」 제275조의2(피고인의 무죄추정), 제307조(증거재판주의), 제308조(자유심증주의)의 각 원칙"
2. "피고인의 증거제출 거부나 법정에서의 진술거부가 피고인의 유죄를 뒷받침하는 것으로 해석될 수 없다는 점"
3. "「형사소송법」 제2편 제3장 제2절의 각 규정에 의하여 증거능력이 배제된 증거를 무시하여야 한다는 점"
(이하 생략)

43) 이때 양형의 전제사실에 대해서도 합리적인 의심을 넘는 정도의 증명이 요구되는지에 대해서는 논란이 있다.

이때 심증형성의 근거로 사용되지 못하도록 하는 방법(*Beweisverbot*)은 다양한데 이를 대략적으로 구별하면 다음과 같다: ⑴ 법원으로의 현출(증거신청) 자체를 차단하거나[44] 또는 ⑵ 법원에 신청되거나 또는 현출된 증거라고 하더라도 심증형성의 근거로 사용하지 못하도록 하는 방식[45]이 바로 그것이다.

⑴ 허용되지 않는 증거가 법원으로 현출되지 못하도록 하는 방법으로는 예컨대 ① 애초부터 특정 사실이 법원에 현출되지 못하도록 하는 방법[46]과 ② 특정 방식으로 취득한 증거를 법원에 현출하지 못하도록 하는 방법[47] 등을 들 수 있다.

① 법원에 현출되는 것이 허용되지 않는 것으로는 예컨대 ㉠ 증인거부권을 가지는 자의 증언내용(제147조(공무상 비밀과 증인자격))을 들 수 있으며, ㉡ 설령 증인으로 소환되었다고 하더라도 증언거부권을 가지는 자에 대해서는 증언거부권을 행사하는 한 증언을 강요할 수 없도록 하고 있다(제148조(근친자의 형사책임과 증언거부), 제149조(업무상비밀과 증언거부)). ㉢ 참고로 미국연방 증거규칙(*Federal Rules of Evidence*)은 "성폭력범죄 사건"의 경우 단순히 범죄피해자의 성행위나 성향을 증명하기 위한 증거의 제출을 허용하지 않기도 하는데(*FRE* Rule 412 (a)), 다만 이때에도 피해자의 성행위나 성향이 정자, 상처 또는 다른 물적 증거들의 출처가 피고인이 아니라는 사실을 입증하기 위하여 제3자와의 성관계를 입증하는 증거를 제시하거나((b)(1)), 피고인과 피해자 간에 동의가 있었다는 사실을 입증하기 위하여 피해자의 특정 성행위를 입증하는 증거를 제시하거나((b)(2)), 또는 해당 증거를 배제하는 경우 피고인의 헌법상 기본권을 침해하는 경우에는 해당 증거의 현출이 허용된다. ㉣ 그리고 우리나라 「형사소송법」 제318조의2 제2항은 "피고인 또는 피고인이 아닌 자의

---

44) 독일 형사소송법상 이것은 "Beweiserhebungsverbot"로 설명된다. 독일 형사소송법상 증거능력에 관한 것은 Kühne, Hans-Heiner, Strafprozessrecht: Eine Systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts, 9. Auflage, C.F. Müller, 2015, § 54("Kühne9"로 인용한다).

45) "*Beweiswervertungsverbot*".

46) 독일의 경우 특정 사실이 법원에 현출되지 못하도록 하는 방식은 다시 ① 애초부터 현출되지 못하도록 하는 "Beweisthemenverbot"(예컨대 증인거부권을 가지는 자의 증언내용)와 ② 특정 증거방법을 사용하지 못하도록 하는 방법("Beweismittelverbot")으로 구별되어 설명된다. Kühne[9] § 54 Rn. 882 ff.

47) "Beweismethodenverbot". Kühne9 § 54 Rn. 890 ff. 또한 스위스 「형사소송법」 제140조(금지되는 증거수집방법, Verbotene Beweiserhebungsmethoden).

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 있도록[다]" 하고 있는 것도 바로 영상녹화물이 법관과 배심원의 심증형성에 영향을 줄 위험이 있기 때문이다.[48)49)]

② 특정 방식으로 취득한 증거를 법원에 현출하지 못하도록 하는 방법으로는 ㉠ 절대적으로 그 증거능력을 부인하는 방법과 ㉡ 상대적으로 부인하는 방법이 있다.

㉠ 특정방식으로 취득한 증거의 증거능력을 절대적으로 부인하는 것으로서 대표적인 것은 ⓐ 위법수집증거(제308조의2)와 ⓑ 강제 등 자백(제309조)이라고 말할 수 있으며, 따라서 피고인이 증거동의(당사자의 처분권)를 한다고 하더라도 그 하자는 치유되지 않으며[50)] 탄핵증거로도 사용할 수 없다(제318조의2(증명력을 다투기 위한 증거)).

---

48) 이은모·김정환, 『형사소송법』(제7판), 박영사, 2019, 691, 720면 이하.

49) 그런데 「형사소송법」 제316조(증거능력에 대한 예외) 제2항의 경우를 별론으로 하더라도 제312조 제2항(피고인이 그 조서의 성립의 진정을 부인하는 경우) 및 제4항(검사 또는 사법경찰관이 피고인이 아닌 자의 진술을 기재한 조서), 그리고 제313조 제1항(진술서)에서는 해당 진술조서 등 증거의 증거능력을 인정할 수 있는 하나의 요건으로 영상녹화물을 들고 있는데 제318조의2 제2항과의 관계가 문제된다. 즉 제318조의2 제2항에 의하여 증거로 사용할 수 없음에도 불구하고 다른 진술조서 등 증거의 증거능력의 요건으로 규정되어 있는데, 그렇다면 이때 사용되는 영상녹화물은 증거능력이 없어도 되는 것인지, 그렇다면 증거능력이 없다는 것은 법원에 현출되어서는 안 되는 것임에도 불구하고 다른 진술 등의 증거의 증거능력을 증명하기 위하여 법원에 현출되어도 되는 것인지 등의 문제들이 제기될 수 있다. 그리고 제313조 제2항은 진술서의 성립의 진정이 "과학적 분석결과에 기초한 디지털포렌식 자료, 감정 등 객관적 방법으로" 증명된 경우에 증거로 할 수 있도록 하고 있으나 이때 "객관적 방법"에 영상녹화물이 포함되는지에 대해서도 논란이 있다. 또한 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제30조 제6항("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")와 동일한 규정은 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 제36조 제6항에 규정되어 있으나, 「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법」에는 관련규정은 없다.

50) 다만 해당 증거수집방법의 "위법성" 판단 자체에 대해서는 많은 논란이 있다. 예컨대 대법원은 일정한 요건 하에서는 위법하게 수집한 증거를 기초로 하여 획득한 2차적 증거의 증거능력을 예외적으로 인정할 수 있다고 해석함으로써 이른바 "독수독과이론(The fruit of the poisonous tree doctrine)"을 우회하고 있다. 대법원 2007.11.15. 선고 2007도3061 전원합의체 판결; 대법원 2019.7.11. 선고 2018도20504 판결. 그 밖에도 함정수사의 위법성과 관련해서는 대법원 2005.10.28. 선고 2005도1247 판결.

㉡ 이와 달리 특정 증거수집방식에 요건을 정하여 해당 요건을 충족하는 한 법원에 현출하는 것이 허용되는 경우가 있는데 대표적인 것이 바로 ⓐ 전문증거이다. 특히 전문진술은 "특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한하여" 법원에 현출되는 것이 허용되지만(제316조(전문의 진술) 제1항), ⓑ 사법경찰관작성 피의자신문조서의 경우를 제외하고(제312조 제3항)[51] 일정한 요건 하에서는 당사자의 공판준비기일 또는 공판기일의 진술에도 불구하고 당연히 증거능력이 있는 것으로 간주된다.

⑵ 물론 증거의 허용여부 또는 증거능력에 대한 판단이 곧바로 증명력 판단을 의미하는 것은 아니지만 법원에 현출됨으로써 법관과 배심원에게 결정적인 영향, 특히 예단을 줄 수 있다는 점에서 법원에 현출되는 것이 허용되는지의 여부는 법관과 배심원의 심증형성에 중요한 의미를 갖는다. 더욱이 "일정한 요건 하에서" 당연히 증거능력이 인정된다는 것은 다른 한편으로 거증책임의 배분으로까지 문제가 확장될 수 있다는 점에서 과연 우리나라 「형사소송법」에 규정된 증거능력에 관한 규정들이 "객관적이고" 그리고 "공정한" 사실인정에 충분하고도 필요한 정도로 적절한 것인가에 대하여 의문이 제기된다. 즉 증거의 증거능력의 논의는 형사소송법 전반에 걸친 체계와 연결된다. 예컨대 앞서 언급한 피의자신문조서와 관련하여 당연히 검사가 작성한 것이든 아니면 사법경찰관이 작성한 것이든 변호사가 입회하지 아니한 상태에서 작성된 피의자신문조서는 피고인에게 불리한 증거(belastende Beweise)로 사용할 수 없도록 한다면, 한편으로 검사나 사법경찰관은 가능한 한 변호인을 동석시키기 위하여 고지의무를 철저히 하고 변호인이 없는 경우 법정대리인의 선임에 적극적으로 나설 것이라는 의미에서 피의자·피고인의 기본권 보장이 간접적으로 강제되는 효과를 기대할 수 있을 뿐만 아니라 다른 한편으로 피의자 입장에서는 변호인 동석 하에서 행한 진술을 공판에서 번복하는 데에는 많은 부담을 느끼게 될 수밖에 없다는 점, 그리고 공판정에서의 진술의 번복은 피의자의 진술의 신빙성에 대한 의심을 주게 된다는 점에서 검사와 사법경찰관의 수사의 효율성, 즉 진술증거의 확보를 제고할 수 있는 것은 아닌가라는 의문도 제기해 볼 수 있다. 다만 이때 변호사의 직업윤리가

51) 사법경찰관 작성 피의자신문조서는 "피의자였던 피고인 또는 변호인이 그 내용을 인정할 때에 한하여 증거로 할 수 있다".

이와 함께 강화되어야 한다는 문제는 발생한다. 그러나 피의자신문조서가 “특히 신빙할 수 있는 상태 하에서” 작성될 것을 요구하는 취지가 피의자의 자유로운 의사결정에 영향을 미칠 수 있는 상태 하에서의 신문이 피의자의 기본권을 침해하는 것이라는 점을 고려할 때 변호인의 입회는 피의자의 기본권 보장뿐만 아니라 별도의 “특히 신빙할 수 있는 상태”에 대한 증명을 생략할 수 있게 함으로써 수사의 효율성도 제고할 수 있다. 이처럼 증거법 영역에서의 피의자·피고인의 변호사의 조력을 받을 권리의 관철은 비단 피의자·피고인의 인권보장의 의미만을 갖는 것이 아니라 검사·사법경찰관 그리고 증거능력을 심사하여야 하는 법관에게 소송경제의 측면에서 장점이 되는 것은 아닌가라는 의문도 제기된다. 이때 만약 피의자가 변호인의 동석을 거부하는 경우에는 자신의 권리를 포기한 것으로 볼 수 있을 것이다. 그리고 현행 형사소송법과 같이 피의자신문조서의 증거능력을 인정하기 위한 여러 요건들(“공판준비 또는 공판기일에서의 피고인의 진술에 의하여 인정되고”, “특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음”, “그 피의자였던 피고인 또는 변호인이 그 내용을 인정할 때”)을 복잡하게 설정할 필요도 없을 뿐만 아니라 그리고 “그 조서의 성립의 진정을 부인하는 경우”에 대하여 규정할 필요도 없는 것은 아닌가라는 의문이 제기된다.

이것은 현행 형사소송법 개선방향의 하나의 예시로서 이것이 과연 적절한 것인가에 대해서는 아래에서 보다 상세하게 다루어질 것이다.(김유근)

제1절 | 서 론 (최준혁)

1. 논의의 기본방향

증거법은 형벌법규 적용의 전제인 사실관계를 확정하는데 필요한 법규범의 총체이다.[52] 형사절차의 본질적 과제는 실체형법에서 발생하는 국가형벌권을 구체적으로 실현하는 일이며, 이를 위해서는 형사절차의 기초가 되는 사실에 관하여 사안의 진상

52) 신동운, 『신형사소송법』(제4판), 법문사, 2012, 1014면.

을 명백히 밝힐 필요가 있다. 형사절차의 목표인 실체적 진실발견은 합리적 사실인정을 통해 달성되며[53] 합리적 사실인정을 위한 방법을 형사소송법에 미리 규정해 놓은 것이 증거법이라고 이해할 수 있다.

합리적 사실인정은 형사절차에 관한 법과 제도를 가지고 있는 국가라면 공통적으로 추구하고 있다는 점에서 글로벌 스탠다드에 상응하는 형사절차 확립을 위한 본 연구에서는 해당 영역에 대한 외국의 법과 제도를 적극적으로 참고하고 소개하려고 한다. 하지만 이러한 비교법적 검토는, 그 자체가 목표가 아니라 우리나라의 법률과 제도를 어떻게 글로벌 스탠다드에 상응하는 방향으로 개정할 수 있는지에 대한 질문에 답하기 위한 연구방법일 뿐이다. 외국의 체계를 우리나라의 법제와 실무에 맞추어서 적극적으로 수용하는 동시에 우리나라의 장점은 보완, 유지하겠다는 생각[54]이 형사소송법의 개정을 위한 논의의 출발점이 되어야 한다. 그러므로 외국의 제도에 대한 단순한 비교는 연구의 목적이 될 수 없으며, 우리나라의 상황을 비판적으로 이해하기 위한 소재로 이용되어야 한다.

연구진들이 여러 차례의 회의를 통해 설정한 연구의 방향은 다음과 같다.

증거법의 개정을 통해 추구하려는 목표는 공판중심주의의 강화이다. 이때의 공판중심주의란 공판정에 제시되는 증거방법 중 서증보다 인증이 우선한다는 것이며, 구체적으로는 공판정에서의 진술을 우선으로 하며, 조서의 사용을 억제하겠다는 의미이다. 법관에게 예단을 줄 수 있는 증거방법은 가능한 한 배제하도록 한다.

개정방향 중의 하나로 조문순서의 변경이 필요한지도 적극적으로 검토한다. 국민이 이해하기 쉬운 형사소송법을 만들기 위한 적절한 수단[55] 중 하나가 조문순서의 변경이며, 구체적으로는 형사절차의 흐름에 따른 배열, 원칙과 예외의 적절한 구분, 비슷한 규정은 함께 규정하는 방법 등이 필요하다고 보았다. 전자의 예로, 연구진은 증거동의를 전문증거에 관한 법조문보다 앞으로 위치하는 개정안을 제안하였다. 다음으로는 증거법에 관한 형사소송법의 큰 원칙이며 적법절차 이념의 구현이라고 볼 수 있는 위법수집증거배제법칙과 자백배제법칙을 앞으로 두고 전문법칙을 다음에 규정하는

53) 이재상·조균석, 『형사소송법』(제12판), 박영사, 2019, 4/9.
54) 이동희, "형사소송법의 편장체계 전면개정의 필요성과 개정시론 -일본 형사소송법에 대한 비교검토를 포함하여-", 『비교형사법연구』, 제21권 제1호(2019.4.), 한국비교형사법학회, 28면.
55) 이동희, "형사소송법의 편장체계 전면개정의 필요성과 개정시론 -일본 형사소송법에 대한 비교검토를 포함하여-", 26면.

현행의 규정순서는 유지하기로 하였으며, 다만 진술의 임의성에 관한 제317조는 자백의 증거능력 및 증명력에 관한 규정과 함께 규정하는 방안을 제안하였다. 전문법칙에 관한 법조문 중에서도 영미법에서의 전문법칙의 적용례라고 보기 어려운 피의자신문조서에 관한 제312조는 위치와 내용을 바꾼다.

2. 논의의 순서

먼저 증거가 공판정에 현출되는 절차인 증거개시와 증거조사에 대하여 검토하였다. 증거개시는 "피고인의 방어권을 충실히 보장하고 신속한 재판이 가능하도록 하기" 위해서 2007년 개정을 통해 형사소송법에 도입되었다.[56] 적법하고 올바른 증거조사는 공판중심주의의 실현을 위해 필요함에도 불구하고, 종전 형사재판실무에서는 한정된 시간에 많은 사건을 처리해야 하는 과중한 업무부담으로 인해 증거조사절차가 법에서 요구하는 엄격한 절차에 따라 이루어지지 못하였던 문제가 있었다.[57]

증거법에서는 위법수집증거배제법칙에 관하여 논의한 후 자백이라는 측면에 착안하여 자백배제법칙과 자백보강법칙을 함께 검토하였다. 전문법칙에 대한 서술에서는 전문법칙에 대한 현재의 이해가 전문법칙 및 직접심리주의가 혼재되어 복잡한 양상을 띠고 있다는 점을 지적하고 전문법칙과 그 예외에 관한 설명이 정합적이어야 한다는 점을 밝혔다. 전문법칙의 개별적 내용으로는 법원이 작성한 조서의 증거능력인 제311조와 공판조서의 배타적 증명력에 관한 제56조를 함께 검토한 후 전문법칙의 전형적 예외로 보이는 제314조, 제316조를 서술하였다. 그 다음으로는 전문법칙의 논의에서 지금까지 가장 중요한 위치를 차지하고 있었던 수사기관이 작성한 피의자신문조서에 관하여 검토하고 대안을 제시하였다. 수사기관이 작성한 피의자신문조서에 대한 논의는 전문법칙에 관한 우리나라 형사소송법의 다른 조문의 이해에도 영향을 미치고 있어서 이 문제를 분명히 해야 그 이후의 논의 및 개선방향이 선명해질 수 있다는 이유에서이다. 다음으로는 참고인 진술조서에 관한 제313조, 전문진술에 관한 제316조를 검토하고 증거동의에 관한 내용도 서술하였다.

---

56) 법무부, 『개정 형사소송법』, 2007, 165면.
57) 법원행정처, 『새로운 형사재판의 이해』, 2007, 68면.

제2절 | 소송서류등의 열람·등사 (황태정)

1. 제도적 의의

대한민국헌법은 “모든 국민의 신속한 재판을 받을 권리”와 “형사피고인의 지체 없는 공개재판을 받을 권리”를 보장하고 있고, “변호인의 조력을 받을 권리”를 헌법상 기본권으로 보장하고 있다(「헌법」 제27조 제3항 및 제12조 제4항). 피고인이 형사재판을 받음에 있어 적절한 방어권을 행사하기 위해서는 자신의 소송 관련 기록에 대한 접근가능성이 보장되어야 하며, 변호인이 있는 경우 변호인에게도 같은 권리가 보장되어야 한다. 즉 소송 관련 서류의 열람·등사권은 헌법상 보장된 기본권의 실현을 위한 구체적 수단이라고 할 것이다. 따라서 변호인의 소송 관련 서류에 대한 열람·등사권은 형사소송의 목적에 본질적 장애가 되지 않는 한 수사단계에서부터 소송종료 및 재판확정 단계에 이르기까지 폭넓게 보장될 필요가 있다.

우리나라 형사소송법 또한 헌법의 입법취지에 따라 변호인에게 소송계속 중의 관계서류 또는 증거물을 열람 또는 등사할 수 있도록 하였고(법 제35조), 피고인에게 공판조서에 대한 열람·등사권을 보장하였으며(법 제55조), 공익 목적을 위하여 일정하게 제한되는 경우를 제외하고 누구든지 재판확정기록 및 확정판결서 등에 대한 열람·등사를 할 수 있도록 보장함으로써(법 제59조의2 및 제59조의3 참조) 피고인의 자기정보통제권 및 변호인의 조력을 받을 권리, 국민의 알권리 등 헌법상의 기본권과 이로부터 파생되는 변호인의 조력권 등 법률적 권리를 보장하고자 하고 있다.

그런데 이러한 입법적 조치가 마련되어 있는 영역 외에 법률의 규율이 미치지 않는 영역에서 피고인 및 변호인의 소송서류 등에 대한 접근권이 문제되는 경우 이에 대해 어떻게 대응할 것인지가 문제된다. 이와 관련하여서는 특히 수사단계에서의 수사서류에 대한 접근가능성의 문제, 즉 수사기록에 대한 열람·등사권의 문제와, 소송단계에서 특정 주체 또는 특정 시기의 소송서류에 대한 접근가능성의 문제, 즉 피고인의 소송서류 열람·등사권 및 공소제기 후 검사가 공판정에 현출하지 않은 상태의 소송서류에 대한 열람·등사권(이른바 증거개시)의 문제가 논의되고 있다.

2. 소송서류등 열람·등사권 문제

종래에도 소송서류 등에 대한 열람·등사권을 인정하는 제도가 없었던 것은 아니었다(법 제35조). 그러나 동 조항은 "변호인은 소송계속 중의 관계서류 또는 증거물을 열람 또는 등사할 수 있다"고 규정하여 기록열람·등사의 주체를 '변호인'으로, 그 객체를 '소송계속 중'의 관계서류 또는 증거물로 한정하고 있었다. 따라서 변호인 이외의 자가 기록열람·등사를 할 수 있는 것인지, 소송계속 중이기만 하면 검사가 해당 증거를 법원에 제출한 상태인지 여부를 가리지 않고 열람·등사의 객체가 되는 것인지가 불분명하였고, 이에 대해 논란이 있어 왔다.

실무적으로는 공판기일이 지정되면 검찰에서 법원으로 수사기록이 일괄 제출되던 시절에는 이러한 기록이 모두 소송계속 중의 서류로서 열람·등사의 대상이라는 점이 비교적 명백하였으나, 공소장일본주의의 강화와 증거분리제출제도의 시행에 따라 공판기일에 공판정에서 증거조사를 할 때 비로소 증거서류와 증거물이 공판검사로부터 수소법원으로 제출되면서 이러한 문제점이 더욱 부각되었다.[58]

2017년 6월 개정 형사소송법은 이와 같은 규정 및 제도상의 문제점을 해결하고, 공소제기 후 아직 법원에 제출되지 않고 검사가 보관 중인 수사기록의 열람·등사를 보장하기 위해 증거개시제도(법 제266조의2 내지 제266조의16)를 도입하였다. 신설된 조항에서는 검사가 보유한 증거서류 등에 대한 열람·등사의 청구권자로 변호인 외에 피고인을 새로이 규정하였는데, 이와의 균형상 형사소송법 제35조의 주체 또한 기존의 '변호인'에서 '피고인 또는 변호인'으로 함께 개정함으로써 소송기록 열람·등사의 주체에 관한 기존의 논란은 입법적으로 해소되었다.

3. 수사서류 등 열람·등사권 문제

전술한 바와 같은 약간의 논란은 있었으나 소송이 개시된 후, 즉 공소가 제기된 후 소송서류 등에 대한 열람·등사가 허용된다는 점은「형사소송법」제35조에 의해 비교적 명백하다.[59] 그렇다면 소송계속 전 단계에서 작성되는 소송 관계서류 등에

58) 이창현,『형사소송법』(제4판), 피앤씨미디어, 2018, 695-696면 참조.

59) 1954년 9월 제정 형사소송법(법률 제341호)에서는 열람·등사의 주체를 '변호인'으로, 객체를 '소송에 관한 서류나 증거물'로 규정하고 있었다(제정법 제35조). 이 가운데 열람·등사의 객체

대해서는 열람·등사가 가능한지가 문제된다. 수사의 밀행성의 원칙상 수사단계에서 수사 관련 서류의 열람·등사를 상정하기 어려운 것이 사실이나, 이는 한편으로는 피의자의 방어권 행사 및 변호인 조력권 행사의 실질적 보장을 위해 필요한 부분이기도 하기 때문이다.

헌법재판소는 2003년 3월 구속적부심 절차에서 피구속자에 대한 피의자신문조서 등에 대한 열람은 변호인 조력권의 충분한 행사를 위해 변호인에게 반드시 보장되어야 하는 핵심적 권리라고 함으로써, 일부 수사서류에 대한 열람·등사권을 인정하여야 한다는 취지로 판시한 바 있다.[60]

이러한 헌법재판소 결정의 취지에 따라 형사소송규칙은 2006년 8월 개정을 통해 체포·구속적부심사를 청구한 피의자의 변호인, 구속전피의자심문에 참여할 변호인에게 구속영장청구서 및 그에 첨부된 고소·고발장, 피의자의 진술을 기재한 서류와 피의자가 제출한 서류를 열람할 수 있도록 하는 규정을 신설하였고(규칙 제96조의21 및 제104조의2 참조), 2007년 10월 개정에서는 기존의 체포·구속적부심 청구권자 외에 구속영장이 청구된 자 및 그와 일정한 신분관계에 있는 자에게도 검사·사법경찰관 등에게 긴급체포서, 현행범인체포서, 체포영장, 구속영장 또는 그 청구서 등본의 교부를 청구할 수 있도록 하였다(규칙 제101조).

2007년 6월 개정된 형사소송법이 기존에 오기(誤記) 확인에 그치고 있던 피의자신문조서 작성 후 피의자 확인 규정을 조서의 내용검토와 변경요구로 확대하고(법 제244조), 변호인 참여시 변호인에게도 열람권 보장 규정을 신설하고 있는 것(법 제243조의2) 또한 위와 같은 취지로 이해할 수 있을 것이다. 참고로 현재 피의자 또는 변호인은 대검찰청 예규 「사건기록 열람·등사에 관한 업무처리지침」[61]에 의하여 공소제기 전

를 '소송계속 중의 관계서류 또는 증거물'로 바꾼 것은 1961년 9월 개정된 형사소송법(법률 제705호)이다.

60) 헌법재판소 2003.3.27. 2000헌마474 결정("[2] 고소로 시작된 형사피의사건의 구속적부심절차에서 피구속자의 변호를 맡은 변호인으로서는 피구속자에 대한 고소장과 경찰의 피의자신문조서를 열람하여 그 내용을 제대로 파악하지 못한다면 피구속자가 무슨 혐의로 고소인의 공격을 받고 있는 것인지 그리고 이와 관련하여 피구속자가 수사기관에서 무엇이라고 진술하였는지 그리고 어느 점에서 수사기관 등이 구속사유가 있다고 보았는지 등을 제대로 파악할 수 없게 되고 그 결과 구속적부심절차에서 피구속자를 충분히 조력할 수 없음이 사리상 명백하므로 위 서류들의 열람은 피구속자를 충분히 조력하기 위하여 변호인에게 반드시 보장되지 않으면 안 되는 핵심적 권리이다").

61) [시행 2018.12.31.] [대검찰청예규 제972호, 2018.12.31, 일부개정]; [시행 2008.1.9.] [대검찰청예규 제427호, 2008.1.9, 폐지제정].

에 수사기록 등의 열람·등사를 신청할 수 있고(동 지침 제3조[62]), 이 경우 담당 검사는 「검찰보존사무규칙」[63]에서 열람·등사를 제한하는 경우(동 규칙 제22조 제1항[64])를 제외한 열람·등사를 허용하도록 하고 있다(지침 제3조 제4항).

제3절 | 증거개시 (황태정)

1. 제도적 의의

증거개시(discovery)란 검사 또는 피고인·변호인이 자신이 보유한 증거를 상대방에게 공개하여 열람·등사할 수 있도록 함으로써, 미리 증거조사의 범위를 정하고 피고인의 방어권을 충실히 보장하는 동시에 형사재판의 신속을 도모하고자 하는 제도이다.

62) 「사건기록 열람·등사에 관한 업무처리 지침」 제3조(기소전 기록의 열람·등사의 허용범위)
① "사건관계인 또는 참고인은 수사중인 기록, 진정·내사중인 기록, 불기소기록(기소중지·참고인중지기록, 항고·재항고기록을 포함한다), 종결된 진정·내사 기록중 본인진술서류 및 본인제출서류의 전부 또는 일부에 대하여 열람·등사를 신청할 수 있다."
② "항고인 · 재항고인 또는 변호인은 항고·재항고이유서를 작성하기 위하여 필요한 경우에는 그 사유를 소명하고 검사의 불기소이유서(경찰의견서를 원용한 경우에는 그 의견서) 및 비진술서류의 전부 또는 일부에 대하여 열람·등사를 신청할 수 있다."
③ "피고소인·피고발인 또는 변호인은 필요한 사유를 소명하고 고소·고발장, 항고장, 재항고장의 열람·등사를 신청할 수 있다. 다만, 고소·고발장, 항고장, 재항고장에 첨부된 제출서류는 제외한다."
④ "제1항 내지 제3항의 경우 담당검사는 검찰보존사무규칙(이하 "규칙"이라고 한다) 제22조 제1항 각호에 해당하는 사유가 있는 때에는 그 사유를 명시하여 기록의 열람·등사를 제한할 수 있다."

63) [시행 2018.1.3.] [법무부령 제916호, 2018.1.3, 일부개정]; [시행 1982.1.1.] [법무부령 제234호, 1981.12.24., 제정].

64) 「검찰보존사무규칙」 제22조(불기소사건기록등의 열람·등사 제한)
① "검사는 제20조의2에 따른 불기소사건기록등의 열람·등사 신청에 대하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 기록의 열람·등사를 제한 할 수 있다."
1. "기록의 공개로 인하여 국가의 안전보장, 선량한 풍속 그 밖의 공공의 질서유지나 공공복리를 현저히 해칠 우려가 있는 경우"
2. "기록의 공개로 인하여 사건관계인의 명예나 사생활의 비밀 또는 생명·신체의 안전이나 생활의 평온을 현저히 해칠 우려가 있는 경우"
3. "기록의 공개로 인하여 공범관계에 있는 자 등의 증거인멸 또는 도주를 용이하게 하거나 관련 사건의 수사 또는 재판에 중대한 장애를 가져올 우려가 있는 경우"
4. "기록의 공개로 인하여 비밀로 보존하여야 할 수사방법상의 기밀이 누설되거나 불필요한 새로운 분쟁이 야기될 우려가 있는 경우"
5. "그 밖에 기록을 공개함이 적합하지 아니하다고 인정되는 현저한 사유가 있는 경우"

전술한 바와 같이 피고인의 소송서류에 관한 접근권 중 공소제기 후 검사가 공판정에 현출하지 않은 상태의 소송서류에 대한 열람·등사권의 문제가 이에 해당한다. 실무적으로는 공소장일본주의의 강화와 증거분리제출제도의 시행과 함께 소송계속의 개시와 피고인의 검사 보유 소송서류 등에의 접근 가능 시점에 괴리가 발생하면서 문제의 해결 필요성에 대한 논의가 활성화되었다. 이에 「형사소송법」은 2007년 6월 개정에서 증거개시에 관한 규정(법 제266조의3, 제266조의4, 제266조의11 및 제266조의16)을 신설하여 그간 지적되어 왔던 문제점들을 입법적으로 해결하였다.

이에 따르면 피고인 또는 변호인은 검사에 대하여 공소제기된 사건에 관한 서류 등의 열람·등사 또는 서면 교부를 신청할 수 있고(법 제266조의3), 검사가 이러한 신청을 거부하거나 열람·등사의 범위를 제한한 때에는 법원에 이를 허용하도록 할 것을 신청할 수 있다(법 제266조의4 제1항). 이 경우 법원은 검사의 의견을 들어 피고인 또는 변호인이 신청한 서류 등의 열람·등사 또는 서면의 교부를 허용할 것을 명할 수 있고(동조 제2항 및 제3항), 만약 검사가 이러한 법원의 명령을 지체 없이 이행하지 아니하는 때에는 해당 증인 및 서류 등에 대한 증거신청을 할 수 없게 된다(동조 제5항). 그리고 무기대등을 위해 검사 역시 피고인의 주장과 관련된 서류 등에 대한 증거개시를 요구할 수 있도록 하고 있다(법 제266조의11).

결국 새로 만들어진 제도는 기존에 인정되어 왔던 피고인 또는 변호인의 소송서류 등에 대한 접근권을 확대·개편한 것으로서, 그간 다소 불명확하였던 공소제기 후 검사의 미제출 증거에 대한 열람·등사권을 보장하고, 법원의 증거개시명령에도 불구하고 검사가 부당하게 이를 거부하는 경우 해당 증거를 증거로 사용할 수 없게 하는 것을 핵심적인 내용으로 하는 것이라 할 수 있다.[65]

2. 검사가 보관 중인 소송서류 등의 열람·등사

현행 형사소송법이 도입한 증거개시의 가장 핵심적인 내용 중 하나는 피고인 또는 변호인이 검사에게 공소제기된 사건에 관한 서류 또는 물건(이하 '소송서류 등'이라 함)의 목록과 공소사실의 인정 또는 양형에 영향을 미칠 수 있는 소송서류등에 대한

65) 대검찰청, 『증거개시 및 공판준비절차』, 2007, 12면.

열람·등사 청구를 인정하였다는 점이다(법 제266조의3 제1항). 이와 관련하여 검사가 보유한 증거에 대해서는 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」에 의한 구제방법이 인정되고 있고(동법 제10조 내지 제20조 참조), 검사의 증거개시 거부는 「헌법재판소법」상 공권력의 불행사로 인한 기본권 침해를 이유로 하는 헌법소원의 대상이 된다는 점(동법 제68조 제1항 참조)에서 실익이 없다는 견해[66]도 있으나, 무용한 절차의 경유 없이 형사소송법 규정에 따라 이러한 권리를 행사할 수 있다는 점은 긍정적 평가의 대상이 된다고 하여야 할 것이다.

열람·등사의 대상은 소송서류 등의 목록과 소송서류 중 검사가 증거로 신청할 서류 등, 검사가 증인으로 신청할 사람의 성명·사건과의 관계 등을 기재한 서면 또는 그 사람이 공판기일 전에 행한 진술을 기재한 서류 등, 이들 서류의 증명력과 관련된 서류 등, 피고인 또는 변호인이 행한 법률상·사실상 주장과 관련된 서류 등(관련 형사재판확정기록, 불기소처분기록 등 포함)이다.[67]

가. 열람·등사의 대상

피고인 또는 변호인은 먼저 검사에게 공소제기된 사건에 관한 서류 또는 물건의 목록과 공소사실의 인정 또는 양형에 영향을 미칠 수 있는 소송서류 등의 열람·등사 또는 서면의 교부를 신청할 수 있다(법 제266조의3 제1항). 검사는 국가안보, 증인보호의 필요성, 증거인멸의 염려, 관련 사건의 수사에 장애를 가져올 것으로 예상되는 구체적인 사유 등 열람·등사 또는 서면의 교부를 허용하지 아니할 상당한 이유가 있다고 인정하는 때에는 열람·등사 또는 서면의 교부를 거부하거나 그 범위를 제한할 수 있지만(동조 제2항), 서류 등의 목록[68]에 대하여는 열람 또는 등사를 거부할 수 없다(동조 제5항).

먼저 제1항 제1호와 관련하여서는 피고인 또는 변호인이 열람·등사를 할 수 없었던 사유가 검사가 해당 증거를 수사기록에 편철하지 않았기 때문인 경우 이러한 증거에

---

66) 천진호, "개정 형사소송법상 형사피의자·피고인의 방어권 보장", 『사법』, 제3호(2008.3.), 사법연구지원재단, 64-65면.
67) 법원행정처, 『새로운 형사재판의 이해』, 51-53면 참조.
68) 형사소송법의 내용으로 볼 때 서류나 물건의 목록에는 기록목록과 압수물의 목록이 모두 포함되는 것으로 봄이 타당하다(대검찰청, 『증거개시 및 공판준비절차』, 14면).

대해 증거신청을 할 수 있는지가 문제된다. 피고인 또는 변호인의 증거개시신청을 회피하기 위해 검사가 의도적으로 수사기록에 편철하지 않은 증거에 대해 증거신청을 허용하는 것은 증거개시제도의 입법취지에 맞지 않다. 이러한 점에서 검사가 의도적으로 기록을 누락한 경우에는 「형사소송법」 제266조의13을 유추하여 이러한 증거신청을 제한해야 한다는 견해[69]도 제시된다. 그러나 서면공판준비절차의 경우 공판준비절차를 거쳤음에도 증거신청 제한에 관한 「형사소송법」 제266조의13이 적용되지 않는다는 점과의 형평성을 고려한다면, 이러한 상황에 동조를 유추적용하는 것은 적절해 보이지 않는다. 증거신청 자체는 허용하되 증거결정 과정에서 그러한 사유에 대한 충분한 소명을 요하는 것으로 해석함이 타당하다고 생각된다.

동조 제1항 제4호는 피고인 또는 변호인이 행한 법률상·사실상 주장과 관련된 서류에 관한 내용이다. 구성요건해당성이나 위법성조각사유 및 책임조각사유에 관한 법률적 주장, 소송조건의 불비에 관한 주장 등 법령의 해석·적용에 관한 주장 등이 '법률상 주장'에 해당된다. '사실상 주장'에는 현장부재증명(알리바이), 공소사실 등 구성요건해당성에 관한 주장, 정당방위상황이나 심신미약상태의 존부 등 위법성조각사유 및 책임조각사유를 구성하는 사실관계에 대한 주장 등이 포함된다. 이와 관련하여 피고인 또는 변호인의 법률상 · 사실상 주장과 관련된 서류를 어느 범위까지로 할 것인지가 문제되는데, 이는 특히 수사기관의 내부문서와 같이 범죄사실 입증과 무관한 서류도 피고인 또는 변호인의 주장과 관련된다면 열람 · 등사의 대상이 되는 것인지 여부와 관련하여 논의된다. 생각건대 피고인의 방어권 행사가 중요한 가치라는 점은 재론의 여지가 없지만, 이를 위해 소송수행과 무관한 수사기관의 순수한 내부문서까지 공개하라는 것이 이 조항의 취지라고 보기는 어렵다. 피고인의 방어권과 국가기관의 효율적인 업무처리와의 조화라는 관점에서 증거개시의 대상에 일정한 제한이 필요하다고 생각되며,[70] 이러한 관점에서 형사소송법 제266조의3이 열람·등사의 대상으로 하고 있는 서류는 "공소사실의 인정 또는 양형에 영향을 미칠 수 있는" 서류 중 수사기관이 범죄사실 입증과 소송수행을 목적으로 작성한 문서를 의미한다고 봄이 타당할

69) 민영성, "형사증거개시제도의 바람직한 운용방향", 『사법』, 제3호(2008.3.), 사법연구지원재단, 18면.

70) 민영성, "형사증거개시제도의 바람직한 운용방향", 25면; 성낙현, "사개추위안의 증거개시제도에 대한 검토", 『비교형사법연구』, 제8권 제1호(2006), 한국비교형사법학회, 438면 등 참조.

것으로 생각된다.

헌법재판소는 피고인의 수사기록에 대한 열람·등사권은 그 본질상 일정한 내재적 한계가 있고, 이를 무제한적으로 허용할 경우 형사피고인에게 보장된 적법절차의 원칙과 기본권을 넘어 당사자대등과 무기각자개발의 원칙을 전제로 한 당사자주의 소송구조 자체를 무너뜨리게 된다는 입장을 취하고 있다. 헌법재판소는 이러한 관점에서 수사기록 중 열람·등사가 허용되는 것은 피고인에 대한 수사의 범위 내에서 수집된 것으로서 장차 법원에 증거로 제출될 서류, 증거물 등과 같은 피고인의 공격과 방어의 준비를 위하여 필요한 부분에 한정되고,[71] 피고인의 범죄사실 입증과 관련된 증거가 아니거나 방어활동과 직접 관계가 없는 수사기관 내부의 의견서, 보고문서, 메모, 법률검토, 내사자료 등은 열람·등사의 대상이 되지 않는다고 하고 있다.[72]

나. 열람·등사의 거부 및 제한

피고인의 방어권 행사를 보장하고 형사절차의 원활한 진행을 위해 피고인의 증거에 대한 열람·등사를 인정하고 있지만, 더 높은 가치의 보호 등 일정한 필요성이 인정되는 경우 불가피하게 열람·등사를 제한하여야 할 경우도 있다. 형사소송법은 이와 관련하여 "국가안보, 증인보호의 필요성, 증거인멸의 염려, 관련 사건의 수사에 장애를 가져올 것으로 예상되는 구체적인 사유 등 열람·등사 또는 서면의 교부를 허용하지 아니할 상당한 이유가 있다고 인정하는 때"에는 해당 서류 또는 물건의 열람·등사 또는 서면의 교부를 거부하거나 그 범위를 제한할 수 있도록 하고 있다(법 제266조의3 제2항). 다만, 이러한 경우에도 피고인의 최소한의 방어권 보장을 위해 소송서류 등의 목록에 대하여는 열람·등사를 거부할 수 없도록 하고 있다(동조 제5항).

이밖에 검찰사건사무규칙은 사건관계인의 명예나 사생활의 비밀 또는 생명·신체의 안전이나 생활의 평온을 현저히 해칠 우려가 있는 경우, 법령상 타인에게 제공

71) "수사기록 중 증거로서 중요한 의미를 갖는 압수조서, 증거물, 실황조사서, 감정서, 피고인 자신의 자술서, 피의자신문조서 등은 제한 없이 열람·등사가 허용된다고 보아야 할 것이고, 참고인 진술조서도 증인에 대한 신분이 사전에 노출됨으로써 증거인멸, 증인협박 또는 사생활침해 등의 폐해를 초래할 우려가 없는 한 원칙적으로 허용되어야 할 것이라고 한다"(헌법재판소 1997.11.27. 94헌마60 결정).

72) 헌법재판소 1997.11.27. 94헌마60 결정.

또는 누설하거나 목적 외 사용이 금지된 정보·자료 또는 수사방법상의 기밀을 보호할 필요가 있는 경우, 수사기관의 의견 또는 법률판단 등을 기재한 내부문서인 경우, 열람·등사 대상 서류 등이 없거나 특정되지 아니한 경우, 형사소송법 제266조의3 제1항 제3호 또는 제4호 소정의 관련성이 인정되지 아니하는 경우를 추가적으로 규정하고 있으며(검찰사건사무규칙 제112조의3 제1항 전문), 검사가 열람·등사 또는 서면의 교부를 거부하거나 그 범위를 제한하는 경우 열람·등사 또는 서면 교부의 시기 및 방법을 지정하거나 조건·의무를 부과할 수 있도록 하고 있다(동조 제3항).[73]

검사는 열람·등사 또는 서면의 교부를 거부하거나 그 범위를 제한하는 때에는 지체 없이 그 이유를 서면으로 통지하여야 한다(법 제266조의3 제3항). 참고로 대법원은 수사기록의 공개를 거부하기 위해서는 수사기록의 어느 부분이 어떠한 법익 또는 기본권과 충돌되는지를 주장·입증하여야 하고, 수사기록 전부에 대하여 개괄적인 사유만을 들어 그 공개를 거부하는 것은 허용되지 아니한다는 취지로 판시하고 있다.[74]

다. 특수매체에 대한 열람·등사

"도면·사진·녹음테이프·비디오테이프·컴퓨터용 디스크" 등의 특수매체 역시 열람·등사의 대상이 되지만(법 제266조의3 제6항 전문), 이러한 "매체에 대한 등사는

---

73) 예컨대 열람·등사 또는 서면교부의 시기를 여죄수사나 증인신문 종료 후 등으로 지정하여 제한하는 경우가 있을 수 있고, 열람·등사 또는 서면교부의 방법 또한 진술자의 인적사항 등을 가리고 열람·등사하게 하는 등으로 지정할 수 있다. 또한 일부 서류나 도면은 열람만 가능하고 등사는 허용하지 않는다는 등의 조건 또는 의무를 부과할 수도 있을 것이다(대검찰청, 『증거개시 및 공판준비절차』, 23-24면).

74) 대법원 1999.9.21. 선고 98두3426 판결("[1] 국민의 알 권리, 특히 국가 정보에의 접근의 권리는 우리 헌법상 기본적으로 표현의 자유와 관련하여 인정되는 것으로, 그 권리의 내용에는 자신의 권익보호와 직접 관련이 있는 정보의 공개를 청구할 수 있는 이른바 개별적 정보공개청구권이 포함되고, 이러한 개별적 정보공개청구권에 대하여는 공공기관의정보공개에관한법률이 1998. 1. 1. 시행될 때까지 그 제한에 관한 일반 법규가 없었던 것이나, 그렇다고 하더라도 특히 수사기록에 대한 정보공개청구권의 행사는 때에 따라 국가의 안전보장, 질서유지 및 공공복리라는 국가·사회적 법익뿐만 아니라 당해 형사사건에 직접·간접으로 관계를 가지고 있는 피의자나 참고인 등의 명예와 인격, 사생활의 비밀 또는 생명·신체의 안전과 평온 등의 기본권의 보장과 충돌되는 경우가 있을 수 있으므로, 그 행사는 이러한 국가·사회적 법익이나 타인의 기본권과 상호 조화될 수 있는 범위 내에서 정당성을 가지나, 구체적인 경우에 수사기록에 대한 정보공개청구권의 행사가 위와 같은 범위를 벗어난 것이라고 하여 그 공개를 거부하기 위하여는 그 대상이 된 수사기록의 내용을 구체적으로 확인·검토하여 그 어느 부분이 어떠한 법익 또는 기본권과 충돌되는지를 주장·입증하여야만 할 것이고, 그에 이르지 아니한 채 수사기록 전부에 대하여 개괄적인 사유만을 들어 그 공개를 거부하는 것은 허용되지 아니한다").

필요 최소한의 범위에 한"한다(동항 후문). 매체의 특성에 따른 제한으로 위·변조의 가능성 및 높은 전파가능성을 고려한 것이라 할 수 있다. 이와 관련하여 특수매체의 형태로 작성되는 수사 과정에서의 영상녹화물이 열람·등사의 대상에 포함될 것인지가 문제된다. 영상녹화물도 "피고인 또는 변호인이 행한 법률상·사실상 주장과 관련된 서류 또는 물건"과 무관하다고 볼 수 없고, 공판 과정에서 기억환기용으로 재생되는 경우 법관의 심증에 영향을 미칠 수 있으므로 "증명력에 관련된 서류 또는 물건"(법 제266조의3 제1항 제3호)에 해당할 여지도 있다고 생각된다. 이러한 점에서 영상녹화물 역시 증거개시의 대상이 된다고 봄이 타당할 것이다.[75]

3. 열람 · 등사 허용신청과 법원의 결정

가. 열람 · 등사 허용신청과 법원의 심리

검사가 소송서류 등의 열람·등사 또는 서면교부를 거부하거나 그 범위를 제한한 경우, 피고인 또는 변호인은 법원에 소송서류 등의 열람·등사 또는 서면교부의 허용을 신청할 수 있다(법 제266조의4 제1항). 검사가 열람·등사를 허용하지도 않고 신청을 받은 때부터 48시간 이내에 거부나 제한의 통지를 하지 않는 때에도 마찬가지다(법 제266조의3 제4항). 법원이 열람·등사 허용신청에 대한 결정을 하는 때에는 검사에게 의견을 제시할 수 있는 기회를 부여해야 하는데(법 제266조의4 제3항), 법원은 이를 위해 열람·등사 허용신청이 있는 경우 신청서 부본을 검사에게 즉시 송부하고, 의견을 제시받아야 한다(법 제266조의4 제3항). 심리절차는 서면심리가 원칙이므로 법원은 검사가 제시하는 의견만으로 별도의 심문기일 지정 없이 즉시 결정이 가능하지만, 만약 이것이 어려운 경우 기일을 별도로 지정하여 심리할 수도 있다.[76]

나. 열람·등사 허용명령

법원은 열람·등사 또는 서면의 교부를 허용하는 경우에 생길 폐해의 유형·정도, 피고인의 방어 또는 재판의 신속한 진행을 위한 필요성 및 해당 서류 등의 중요성

75) 대검찰청, 『증거개시 및 공판준비절차』, 34면.
76) 법원행정처, 『새로운 형사재판의 이해』, 55면.

등을 고려하여 열람·등사의 허용 여부를 결정하여야 한다(법 제266조의4 제2항 전문). 심리 결과 열람·등사의 필요성은 인정되지만 그에 대한 일정한 제한이 필요할 것으로 인정되는 경우가 있다. 이 경우 법원은 검사에게 열람·등사 또는 서면의 교부를 허용할 것을 명하되, 열람 또는 등사의 시기·방법을 지정하거나 조건·의무를 부과할 수 있다(법 제266조의4 제2항).

다. 열람·등사 허용명령에 대한 불복

현행 형사소송법은 법원의 증거개시결정, 즉 열람·등사 허용명령에 대한 불복 관련 규정을 두고 있지 않은바, 법원의 열람·등사 허용여부의 결정에 대한 불복을 허용해야 할 것인지와 관련하여 견해의 대립이 있다. 일본 형사소송법의 경우 이와 동일한 상황, 즉 법원의 증거개시결정에 대하여 즉시항고로 불복할 수 있도록 하는 규정을 두고 있기 때문이다(일본 형사소송법 제316조의26 제3항).

이와 관련하여서는 증거개시에 관한 견해의 대립이 단순한 절차적 다툼이라고 보기는 어렵고, 부적절한 증거개시가 판결에 미치는 영향을 사후적으로 측정하기도 어려우며,[77] 특히 증거개시에 대한 판단은 항소이유도 아니어서 종국재판 전에 불복신청을 허용하지 아니하면 이를 시정할 가능성이 없게 된다는 문제점 등이 지적된다.[78] 우리나라 대법원은 형사소송법상 명문의 규정이 없는 이상 집행정지효를 갖는 즉시항고는 불가능하다는 입장[79]이지만, 일본 형사소송법과 같이 법원의 결정에 대한 즉시항고를 허용해야 한다는 견해[80]도 있다.

법원의 증거개시결정에 대한 불복을 허용하는 것은 재판의 신속과 절차의 효율을 지향하는 공판준비절차와 증거개시절차의 이념과 배치되고, 이를 유명무실하게 만들 우려가 있다는 점에서[81] 법원의 열람·등사 허용 여부 결정에 대한 즉시항고의 인정에

77) 민영성, "형사증거개시제도의 바람직한 운용방향", 29면.
78) 대검찰청, 『증거개시 및 공판준비절차』, 64면.
79) 대법원 2012.11.15. 선고 2011다48452 판결("형사소송법 제266조의4는 검사의 열람·등사 거부처분에 대하여 법원이 그 허용 여부를 결정하도록 하면서도, 법원의 열람·등사 허용 결정에 대하여 집행정지의 효력이 있는 즉시항고로 불복할 수 있는 명문의 규정을 두고 있지 않다. 따라서 법원의 열람·등사 허용 결정은 그 결정이 고지되는 즉시 집행력이 발생한다").
80) 대검찰청, 『증거개시 및 공판준비절차』, 64면; 성낙현, "사개추위안의 증거개시제도에 대한 검토", 457면; 이완규, "개정 형사소송법상 증거개시제도", 『형사법의 신동향』, 제10호(2007.10.), 대검찰청, 65면.

는 신중을 기할 필요가 있다고 생각된다. 특히 일본 형사소송법과 같이 즉시항고를 허용하게 되면, 검사가 열람·등사명령에 대해 즉시항고를 한 경우 즉시항고의 집행정지효로 인해 피고인의 방어권이 침해될 우려가 있다는 점 또한 고려할 필요가 있을 것이다.[82]

그러나 한편으로는 증거개시 허용 여부에 대한 법원 결정의 의미와 무게를 생각할 때 이를 단순히 형사소송법 제403조의 "판결 전의 소송절차"로 보아 불복을 전혀 허용하지 않는 것도 적절하다고 생각되지 않는다. 이러한 관점에서 이에 대한 입법적 결단이 있기 전까지는 증거개시에 관한 법원의 결정은 형사소송법 제402조의 "법원의 결정"으로 보아 이에 대한 보통항고를 허용함이 타당할 것이다.[83]

라. 열람·등사 허용결정의 불이행에 대한 제재

형사소송법은 검사가 열람·등사 등에 관한 법원의 결정을 지체 없이 이행하지 아니하는 때에는 해당 증인 및 서류 또는 물건에 대한 증거신청을 할 수 없도록 규정하고 있다(법 제266조의4 제5항). 법원의 열람·등사 허용결정의 실효성을 확보하기 위한 것이다. 헌법재판소[84]와 대법원[85]은 이 조항이 검사가 그와 같은 불이익을 감수하기

---

81) 법원행정처, 『새로운 형사재판의 이해』, 56면.

82) 정한중, "변호인의 피의자신문 참여권과 증거개시 청구권", 『외법논집』, 제27집(2007.8.), 한국외국어대학교 법학연구소, 473면. 검사의 즉시항고로 인한 피고인의 불이익에 반해, 피고인의 즉시항고는 집행정지의 대상이 없는 무의미한 것으로서 형평에 어긋나는 측면이 있다는 점도 문제점으로 지적하고 있다.

83) 민영성, "형사증거개시제도의 바람직한 운용방향", 29면; 법무부, 『개정 형사소송법』, 173면 등 참조.

84) 헌법재판소 2010.6.24. 2009헌마257 결정("[3] 형사소송법 제266조의4 제5항은 검사가 수사서류의 열람·등사에 관한 법원의 허용 결정을 지체 없이 이행하지 아니하는 때에는 해당 증인 및 서류 등에 대한 증거신청을 할 수 없도록 규정하고 있다. 그런데 이는 검사가 그와 같은 불이익을 감수하기만 하면 법원의 열람·등사 결정을 따르지 않을 수도 있다는 의미가 아니라, 피고인의 열람·등사권을 보장하기 위하여 검사로 하여금 법원의 열람·등사에 관한 결정을 신속히 이행하도록 강제하는 한편, 이를 이행하지 아니하는 경우에는 증거신청상의 불이익도 감수하여야 한다는 의미로 해석하여야 할 것이므로, 법원이 검사의 열람·등사 거부처분에 정당한 사유가 없다고 판단하고 그러한 거부처분이 피고인의 헌법상 기본권을 침해한다는 취지에서 수사서류의 열람·등사를 허용하도록 명한 이상, 법치국가와 권력분립의 원칙상 검사로서는 당연히 법원의 그러한 결정에 지체 없이 따라야 할 것이다. 그러므로 법원의 열람·등사 허용 결정에도 불구하고 검사가 이를 신속하게 이행하지 아니하는 경우에는 해당 증인 및 서류 등을 증거로 신청할 수 없는 불이익을 받는 것에 그치는 것이 아니라, 그러한 검사의 거부행위는 피고인의 열람·등사권을 침해하고, 나아가 피고인의 신속·공정한 재판을 받을 권리 및 변호인의 조력을 받을 권리까지 침해하게 되는 것이다"). 같은 취지로 대법원 2012.11.15. 선고 2011

만 하면 법원의 열람·등사 결정을 따르지 않을 수도 있다는 의미가 아니라, 법원의 결정을 신속히 따르도록 강제함과 동시에 그 불이행시 불이익까지 감수해야 한다는 의미라고 해석하고 있다.

또한 피고인·변호인 등 열람·등사를 청구한 자는 열람·등사가 허용된 소송서류 등을 다른 목적으로 타인에게 제공하여서는 아니 되며(법 제266조의16 제1항), 이를 위반한 때에는 1년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다(동조 제2항).

4. 피고인·변호인이 보관하고 있는 소송서류 등의 열람·등사

2007년 6월 개정된 「형사소송법」이 신설한 증거개시제도의 특징 중 하나는 피고인의 검사에 대한 증거개시신청권(법 제266조의3) 외에 검사의 피고인 또는 변호인에 대한 증거개시요구권(법 제266조의11)을 규정하고 있다는 점이다. 형사재판에서의 "무기대등의 원칙"이라는 관점에서 검사의 증거개시뿐만 아니라 피고인의 증거개시의무도 함께 규정하고 있는 것이라 할 수 있다. 이에 따라 검사는 피고인 또는 변호인이 공판기일 또는 공판준비절차에서 현장부재·심신상실 또는 심신미약 등 법률상·사실상의 주장을 한 경우, 피고인 또는 변호인이 증거로 신청할 서류 또는 물건(법 제266조의11 제1항 제1호), 피고인 또는 변호인이 증인으로 신청할 사람의 성명, 사건과의 관계 등을 기재한 서면(동항 제2호), 서류 또는 서면의 증명력과 관련된 서류 또는 물건(동항 제3호), 피고인 또는 변호인이 행한 법률상·사실상의 주장과 관련된 서류 또는 물건(동항 제4호)의 열람·등사 또는 서면의 교부를 요구할 수 있다.

형사소송법은 이와 함께 피고인의 증거개시신청권과 검사의 증거개시요구권이 공평하고 균형 있게 행사되도록 하기 위해, 검사가 정당한 이유 없이 서류 또는 물건의 열람·등사 또는 서면의 교부를 거부한 경우 피고인 또는 변호인 역시 자신이 보유하는 서류 또는 물건의 열람·등사 또는 서면의 교부를 거부할 수 있도록 하고 있다(동조 제2항 본문).

다48452 판결 참조.

85) 대법원 2012.11.15. 선고 2011다48452 판결.

제4절 | 공판준비절차 (황태정)

1. 제도적 의의

공판에 회부되는 사건의 유형은 다양하고, 사건에 따라 피고인의 자백 여부나 피고사건의 복잡성 등은 천차만별이라 할 수 있다. 이러한 다양한 상황을 고려하지 않고 사건의 접수순으로 공판기일을 지정하여 운영하는 종래의 재판실무에서 효율적 재판의 운영을 기대하는 것은 어려운 일이었다. 제한된 사법자원 아래서 직접주의와 구두주의에 기초한 충실한 공판심리를 위해서는 사전적으로 피고사건의 쟁점을 정리하고 입증계획을 수립함으로써 공판기일의 절차를 효율적으로 진행하는 것이 필요하였다. 공판준비절차는 쟁점이 다양하고 복잡한 사건에서 공판절차의 신속하고 효율적 진행을 위한 하나의 대안이라고 할 수 있다.

2007년 6월 개정된 형사소송법은 쟁점이 다양하고 복잡하거나, 증거관계에 관해 다툼이 있는 사건의 경우 공판기일이 시작되기 전에 당사자의 의견을 들어 사건의 쟁점을 정리하고 입증계획을 세우며, 나아가 검사와 피고인 또는 변호인이 보유하고 있는 증거를 일정 범위 내에서 상호 공개함으로써 공판심리의 효율적 진행을 도모한다는 취지에서 공판준비절차와 증거개시에 관한 일련의 규정(법 제266조의2 내지 제266조의16)을 신설하였다.

공판준비절차와 증거개시제도는 모두 넓은 의미에서의 공판을 위한 준비절차에 해당하고, 그 취지가 공판기일의 집중적이고 효율적인 심리를 도모하는데 있다는 점에서 공통점이 있다. 그러나 증거가 개시되지 않은 경우에도 공판준비절차가 필요한 경우가 있고, 반대로 공판준비절차에 회부되지 않은 사건에서도 증거개시가 필요한 경우가 있는 등 양 제도는 개념상 분리가 가능하고 논리필연적 연관성을 갖는 것은 아니다.[86]

86) 이승현, 『참여재판제도와 공판전준비절차』, 한국형사정책연구원, 2006, 58-61면 참조.

2. 공판준비절차 회부와 진행방식

가. 의견서 제출의 의무화

검사가 공소장을 법원에 제출하면 법원은 “지체 없이 공소장 부본을 피고인 또는 변호인에게 송달”한다(법 제266조). 검사의 의견이 피고인에게 전달되지만 피고인의 의견을 검사에게 전달할 방법이 없다는 점을 고려하여, 2007년 6월 개정된 형사소송법은 송달된 검사의 공소장 부본에 대한 피고인의 의견서[87] 제출과, 제출된 의견서를 검사에게 송달하는 것을 규정하였다(법 제266조의2). 이전까지는 공판기일이 되어 피고인의 모두진술 단계에 이르러서야 알 수 있었던 공소사실에 대한 피고인의 의견을 공판기일 전에 미리 파악할 수 있도록 함으로써 법원의 심리계획 수립을 용이하게 하기 위한 것이다.

형사소송법은 피고인 또는 변호인으로 하여금 “공소장 부본을 송달받은 날부터 7일 이내에 공소사실의 인정 여부, 공판준비절차에 관한 의견 등을 기재한 의견서를 법원에 제출하여야” 하는 것으로 규정하고(법 제266조의2 제1항), 법원은 이러한 피고인의 의견서가 제출된 경우 “이를 검사에게 송부”하도록 하고 있다(동조 제2항). 여기서 피고인 또는 변호인에게 단순한 ‘공소사실에 대한 의견’이 아닌 ‘공소사실에 대한 인정 여부’에 관한 의견서 제출을 ‘의무화’하고 있는 법률 규정의 타당성 여하가 문제된다. 유죄의 답변이 포함되어 있을 수도 있는 피고인의 의견서 제출과 검사의 공소장 일본주의 원칙과의 부조화가 문제되기 때문이다.

물론 의견서를 제출하거나 제출하지 않은 것에 대한 불이익이 있는 것은 아니지만, 이는 피고인에게 사실상의 심리적 압박을 주고 진술을 강요하는 결과로 이어질 수 있다는 점에서 구두주의와 직접주의를 기초로 하는 공판중심주의의 취지에 부합한다고 보기 어렵다. 다만, 이러한 의견서 제출로 인한 공판심리의 효율화라는 측면 또한 무시할 수 없다고 생각되므로, 이러한 가치 사이의 조화를 위해 의무적으로 제출하도록 규정된 의견서의 내용은 ‘공소사실에 대한 의견’의 수준으로 함이 타당할 것으로 생각된다.[88]

---

87) 피고인의 의견서는 기존에 ‘의견서 제출에 관한 예규’(재형 2002-1)에 따라 임의적으로 운영되던 것을 입법화한 것이다.

88) 권오걸, “현행 형사소송법과 개정 법률안에서의 공판준비절차의 검토”, 『형사법연구』, 제25호

나. 공판준비절차 회부의 기준

형사소송법은 "재판장은 효율적이고 집중적인 심리를 위하여 사건을 공판준비절차에 부칠 수 있다"고 규정하고 있다(법 제266조의5 제1항). 어떤 사건이 "효율적이고 집중적인 심리"를 요하는 사건인지에 대해서는 정해진 바 없지만, 일반적으로는 의견서의 내용을 참작하여, 쟁점이 복잡하고 피고인이 공소사실을 다투는 사건이 주가 될 것이다.[89] 문제는 이러한 예측이 재판장의 판단에 전적으로 위임되어 있어 피고인의 입장에서는 공판준비절차 회부 여하에 대한 예측가능성이 거의 없다는 점이다. 향후 형사절차의 진행에 대한 피고인의 예측가능성 확보와 절차 진행의 투명성을 위해 공판준비절차 회부 여부에 관한 일반적 기준을 마련하는 것이 필요할 것으로 생각된다.

다. 공판준비절차 회부에 대한 불복

「형사소송법」은 재판장이 "사건을 공판준비절차에 부칠 수 있다"고 규정함으로써(법 제266조의5 제1항) 재판장의 공판준비절차 회부가 법적으로 어떤 성격을 가진 것인지, 이에 대한 불복이 가능한 것인지가 문제되고 있다. 참고로 일본 형사소송법의 경우 공판전정리절차의 회부를 '재판소'의 '결정'으로 하도록 하고 있고(일본 형사소송법 제316조의2 제1항), 이러한 '결정'에 대해서는 '항고'의 형태로 불복할 수 있게 된다는 점(일본 형사소송법 제419조)에서 우리나라와 차이가 있으며, 이와 관련하여 우리나라 「형사소송법」 규정을 어떻게 해석하여야 할 것인지가 논의된다.

공판절차의 효율적 진행을 위한 공판준비절차의 취지를 고려할 때, 공판절차 회부에 대한 불복을 생각하기 어려운 것이 사실이다. 이와 관련하여 '이의신청과 법원의 결정 및 이에 대한 항고'라는 구조로 불복을 허용할 수 있다는 견해[90]가 있어 주목된

(2006. 여름.), 한국형사법학회, 367면; 이외에도 법무부 형사소송법 개정안에 대한 "한국형사법학회의 의견"(2006.2.14.), 31면 등 참조.

89) 법원행정처, 『새로운 형사재판의 이해』, 23-24면에 의하면, 피고인이 의견서를 제출하지 않았거나, 의견서를 제출하면서 공소사실을 모두 인정한 경우 또는 공소사실을 인정하면서도 주취 등으로 인한 심신장애 주장만을 하는 경우 등에는 공판준비절차 회부가 필요 없을 것이라고 한다.

90) 대검찰청, 『증거개시 및 공판준비절차』, 83-84면, 90면.

다. 즉 형사소송법은 제266조의9 제2항에서 검사, 피고인 또는 변호인의 재판장의 증거조사 및 처분에 대한 이의신청권을 규정한 형사소송법 제296조와 제304조를 준용하고 있는데, 재판장의 처분의 일종인 공판준비절차 회부에 대해 이의신청이 있는 경우 법원은 결정을 하여야 하고(법 제304조 제2항), 법원의 결정에 대해서는 항고가 가능하므로(법 제402조) 결국 재판장의 공판준비절차 회부에 대해 불복의 가능성이 있다는 것이다.

일본「형사소송법」과 같이 재판장의 공판전정리절차 회부의 법적 성격이 명확히 드러나고 있지 않은 우리나라「형사소송법」에 대하여 일본과 같은 해석론을 전개하는 것은 일단 무리라고 생각된다. 또한 이의신청-결정-항고로 이어지는 불복가능성의 이론구성 역시 일리가 없는 것은 아니나, 사건의 단순화를 통한 효율적 공판심리의 구현을 지향하는 공판준비절차의 이념 및 불복에 관한 명문의 규정을 두고 있지 않은 형사소송법의 태도를 고려할 때 재판장의 공판준비절차 회부에 대해서는 불복할 수 없다고 봄이 타당하다고 할 것이다.[91]

라. 공판준비절차의 진행방식

형사소송법은 "공판준비절차는 주장 및 입증계획 등을 서면으로 준비하게 하거나 공판준비기일을 열어 진행한다"고 규정하여(법 제266조의5 제2항) 공판준비절차를 서면에 의한 공판준비절차와 기일을 정하여 진행하는 공판준비절차의 두 가지 형태로 구성하고 있다. 제한규정이 없으므로 양자를 혼용하는 것도 불가능하지 않다.[92] 이에 의하면 공판준비절차는 공판준비기일에 이루어지는 절차와 공판준비기일 외에서 이루어지는 절차로 대별할 수 있게 된다.[93] 전자를 '공판준비기일'(법 제266조의7), 후자

91) 법원행정처,『새로운 형사재판의 이해』, 28면.

92) 대검찰청,『증거개시 및 공판준비절차』, 90면에 따르면, 재판장이 공판준비절차 회부를 명한 뒤 당사자로 하여금 필요한 서면을 제출하도록 하고, 해당 서면을 상대방에게 송달하여 이에 대한 반박서면을 제출하도록 함으로써 대략적인 쟁점을 정리한 뒤, 공판준비기일을 열어 최종적으로 심리계획을 수립하는 것이 일반적인 모습일 것으로 예상된다고 한다.

93) "기일외 공판준비절차를 광의의 개념으로 공판준비기일 외의 일체의 공판준비행위라고 파악한다면 이에는 석명권 행사, 공소장 변경, 당사자의 주장 촉구 등과 같은 쟁점정리와 관련된 행위와, 증거의 신청, 이에 대한 의견 진술, 증거의 채부, 공판기일의 지정과 변경 등 입증계획과 관련된 행위를 모두 포함시킬 수 있다. 그러나 그 구체적인 형태는 검사·피고인·변호인의 공판준비를 위한 주장 제출 및 신청할 증거의 제시와 이를 위한 법원의 명령의 형태로 나타나게 될 것이다"(법원행정처,『새로운 형사재판의 이해』, 25-26면).

를 '기일외 공판준비절차'(규칙 제123조의9)라고 지칭할 수 있다.

한편 피고사건이 처음부터 복잡하고 다툼이 있는 사건으로 인정되는 경우 제1회 공판기일 전에 공판준비절차가 선행되는 것이 보통이겠지만, 제1회 공판기일이 열린 후 이러한 필요성이 인정된 경우에도 공판준비절차를 진행할 수 있음은 물론이다. 형사소송법은 후자를 기일 전에 이루어지는 일반적 의미의 공판준비절차에 대비되는 개념으로 '기일간 공판준비절차'라고 표현하고 있다(법 제266조의15 전단). 양자는 공판준비절차 회부시기만 차이가 있을 뿐이므로, 기일간 공판준비절차에 대해서는 "기일전 공판준비절차에 관한 규정을 준용"한다(동조 후단).

3. 서면공판준비절차

가. 공판준비서면과 예단배제의 원칙

공판준비절차에 회부되었다 하여도 원활한 공판준비를 위해서는 당사자의 적극적인 협력이 필요하다. 이에 형사소송법은 검사, 피고인 또는 변호인에게 "공판준비절차가 원활하게 진행될 수 있도록 협력"할 것을 요구하고 있으나(법 제266조의5 제3항, 국민참여재판법 제36조 제4항), 권고적 규정에 불과하여 실효성을 담보할 수 없다는 문제점이 있다. 형사소송법은 이러한 협력의 실효성 확보를 위해 재판장이 "검사·피고인 또는 변호인에게 사건의 쟁점 및 증거의 정리를 위해 법률상·사실상 주장의 요지 및 입증취지 등이 기재된 서면의 제출"을 명할 수 있도록 하고(법 제266조의6 제2항), 이밖에도 "공소장 등 이미 제출된 서면에 대한 설명을 요구하는 등 공판준비에 필요한 명령"을 할 수 있도록 하고 있다(법 제266조의6 제4항).[94]

공판준비절차에 대해서는 당사자의 의사와 무관하게 순수한 법원의 직권으로 이루어지는 제도로서 당사자주의적 소송구조와 조화되기 어렵고, 특히 공판기일의 증거조사 전에 사건의 내용을 법원이 사실상 인지하게 된다는 점에서 예단배제의 원칙에 위반된다는 지적이 있다. 그러나 공판준비절차의 개시는 재판장이 결정하지만 이후 절차에서는 소송당사자가 참여하여 각자의 주장을 펼치고, 필요한 경우 쌍방이 가진

94) 의견서를 제출한 경우 이는 법 제266조의2에서 규정한 의견서 제출과 중복되므로 이러한 서면의 제출은 생략하여도 될 것이라는 견해가 있다(권오걸, "현행 형사소송법과 개정 법률안에서의 공판준비절차의 검토", 368면).

증거의 목록 및 입증취지를 법원에 전달하는 형태라는 점 또한 고려의 대상이 될 필요가 있다. 이러한 관점에서 보자면 현행법상 공판준비절차가 반드시 당사자주의적 소송구조와 배치되고 예단배제의 원칙을 침해한다고 볼 수는 없을 것이다.[95]

나. 서면공판준비절차와 국선변호인

형사소송법은 공판준비기일이 지정된 사건에 변호인이 없는 경우 법원이 직권으로 변호인을 선정하도록 함으로써 공판준비기일의 절차를 필요적 변호사건으로 하고 있으나(법 제266조의8 제4항), 이와 달리 서면공판준비절차에는 이러한 규정을 두고 있지 않다. 참고로 일본 형사소송법은 공판전정리절차에 회부된 경우 기일을 연 경우(일본 형사소송법 제316조의7, 제316조의8)뿐 아니라 서면절차로 진행되는 경우(동법 제316조의4) 역시 모두 '필요적 변호사건'으로 하고 있으며, 나아가 "변호인이 공판전정리절차 기일에 출석하지 않을 우려가 있는 때에도 재판소가 직권으로 변호인을 선임할 수 있"는 것으로 하고 있다(동법 제316조의8 제2항).

공판준비기일은 사건의 쟁점을 사전에 정리함으로써 공판기일의 효율적 진행을 지향하는 절차라는 점에서 쟁점 정리를 위한 법률전문가의 조력이 필수적이고, 이는 공판준비기일을 연 경우뿐 아니라 서면에 의한 공판준비에 있어서도 마찬가지라고 하여야 할 것이다. 이러한 점에서 서면에 의한 공판준비절차 역시 필요적 변호사건으로 함이 타당할 것으로 생각되며, 이미 법규정을 두고 있는 일본 형사소송법의 태도를 참고할 필요가 있을 것이다.

다. 서면공판준비절차의 진행

1) 검사에 대한 공판준비명령?

「형사소송법」은 공판준비절차에 회부된 사건에서 검사, 피고인 또는 변호인 등 당사자가 공판준비서면을 법원에 제출할 수도 있지만, 법원이 당사자에게 서면제출을

95) 김현석, "공판중심주의 실현을 위한 법정심리절차", 『사법』, 제3호(2008.3.), 사법연구지원재단, 83-84면; 민영성, "공판중심주의와 공정한 재판", 『법조』, 제593호(2006.2.), 법조협회, 102면 등 참조.

명할 수도 있도록 하고 있다(법 제266조의6 제1항 및 제2항). 이에 반하여 일본 「형사소송법」은 공판전정리절차 회부가 결정되면 당사자가 공판준비서면을 재판소에 제출하고, 동일한 서면을 상대방에게 직접 송부하도록 하고 있다(일본 형사소송법 제316조의13 제1항). 재판소는 서면의 제출·송부, 증거조사청구의 기한을 당사자의 의견을 참작하여 정할 뿐이다(동조 제4항).

생각건대 전술한 바와 같이 공판준비절차 자체에 대해서도 당사자주의적 소송구조와의 배치가 문제되고 있다는 점을 고려한다면, 당사자가 임의적으로 제출하는 공판준비서면 외에 법원이 공판준비서면의 제출을 '명령'하는 것은 적절하다고 생각되지 않는다. 역시 일본의 입법례를 참고할 필요가 있다고 생각된다.

2) 피고인 측의 반박서면 제출

재판장은 당사자 모두에 대하여 "법률상·사실상 주장의 요지 및 입증취지 등이 기재된 서면의 제출"을 명할 수 있고, "제출된 서면에 대한 설명"을 요구할 수 있다(법 제266조의6). 이와 관련하여서는 특히 피고인에 대한 서면제출명령이 전술한 바와 같이 피고인에게 보장된 헌법상 기본권, 즉 진술거부권을 침해하는 것은 아닌지 여부가 문제된다.

공판기일 절차의 효율적 진행을 위한 공판준비절차의 유용성이라는 측면에서 쟁점정리 및 당사자의 입증계획진술이 필요한 것도 사실이고, 앞서 살펴본 바와 같이 서면제출명령 불이행에 대한 제재가 있는 것도 아니지만, 기본적으로 피고인이 법원의 명령에 의해 진술을 강제당하는 상황은 진술거부권의 관점에서나 당사자주의적 소송구조의 관점에서 적절하다고 보기 어렵다. 다만, 절차의 효율적 진행을 위해 불가피하다고 판단된다면, 현재의 규정을 유지하되 전술한 바와 같이 서면공판준비절차를 필요적 변호사건으로 하여 피고인이 서면제출에 필요한 법률적 조력을 받을 수 있도록 함이 바람직할 것이다.[96]

3) 공판준비절차의 종결

법원은 사건의 쟁점이 모두 정리되었거나 일정한 사유가 있는 때 공판준비절차를

96) 민영성, "공판중심주의의 활성화 방안", 한국형사법학회 2005년 하계학술대회(2005.6.25.) 자료집, 5면.

종료할 수 있다(법 제266조의12 본문). 형사소송법은 공판준비절차의 종결사유로 "쟁점 및 증거의 정리가 완료된 때"(동조 제1호), "사건을 공판준비절차에 부친 뒤 3개월이 지난 때"(동조 제2호), "검사·변호인 또는 소환받은 피고인이 출석하지 아니한 때"(동조 제3호)의 세 가지를 들고 있다.

이와 관련하여서는 「형사소송법」이 검사·피고인 또는 변호인에게 공판준비절차의 원활한 진행을 위한 협력의무를 부과하고 있는데(법 제266조의5 제3항), 이러한 의무에도 불구하고 이들 소송당사자가 출석하지 아니한 때를 공판준비절차의 종결사유로 규정하고 있는 것(법 제266조의12 제3호)이 적절한 것인지 여부에 대한 논의가 있다.

생각건대 소송당사자의 협력의무는 선언적인 것일 뿐이고 이들이 협력하지 아니한 데 대하여 어떠한 제재가 있는 것도 아니다. 소송당사자가 협력의무를 이행하지 않고 출석 또한 하지 않는 경우 법원으로서는 결국 공판준비절차를 종료하는 것 이외에 다른 방법이 없다는 점에서 불가피한 부분이라고 생각된다. 다만, 변호인이 출석하지 않은 경우를 피고인의 출석 여하와 무관하게 독립된 절차종료사유로 두는 것은 재고할 필요가 있을 것이다.[97]

4) 기일간 공판준비절차

공판준비절차는 제1회 공판기일에 앞서 진행되는 것이 기본이겠지만, 법원은 "쟁점 및 증거의 정리를 위하여 필요한 경우" 제1회 공판기일 후에도 사건을 공판준비절차에 부칠 수 있다(법 제266조의15 전단). 형사소송법은 이를 '기일간 공판준비절차'라고 표현하고 있다. 공판준비절차의 시기가 언제인지의 차이만 있을 뿐 절차의 본질에는 차이가 없으므로 이에 대해서는 기일전 공판준비절차에 관한 규정을 준용한다(동조 후단).

기일간 공판준비절차의 개시에 해당 사건이 공판기일 전에 이미 공판준비절차를 경유한 사건인지 여부는 영향을 주지 않으므로, 기일간 공판준비절차에 회부되는 사건은 두 경우가 모두 가능하다. 일반적으로는 공판준비절차를 거치지 않았으나 뒤에 사건의 복잡성이 밝혀진 경우가 많겠지만, 이미 공판준비절차를 거쳐 쟁점이 정리되

97) 권오걸, "현행 형사소송법과 개정 법률안에서의 공판준비절차의 검토", 374면. 특히 변호인의 불출석이 바로 피고인의 불이익으로 돌아가는 것은 문제가 있으므로 이에 대한 대책이 필요하다고 지적한다.

었다고 생각하였으나 아직까지 공판준비의 필요성이 남은 경우도 충분히 예상할 수 있다. 제1회 공판기일 이후 심리를 계속하는 과정에서 쟁점이 추가적으로 제기되거나, 사건의 복잡성이 발견된 경우나, 당사자가 새롭게 증거를 신청하여 새로운 심리계획을 수립할 필요가 있는 경우 등이 그 예라 할 것이다.[98]

4. 기일공판준비절차

가. 공판준비기일의 지정 및 변경

「형사소송법」은 "법원은 필요하다고 인정하는 경우 검사·피고인 또는 변호인의 의견을 들어 공판준비기일을 지정할 수 있다"고 규정하여 법원이 임의로 기일지정방식에 의한 공판준비절차를 열 수 있도록 하고 있다(법 제266조의7 제1항). 지정은 임의적이므로 할 수도 있고 하지 않을 수도 있지만, 일단 공판준비기일을 지정하게 되면 절차 종료와 함께 증거신청이 제한된다는 중대한 효과(이른바 '실권효')가 발생하게 된다. 형사소송법은 이러한 점을 고려하여 기일을 지정을 재판장이 아닌 '법원'이 하도록 하고 있고, 기일을 지정할 때 당사자의 의견을 들어야 하는 것으로 하고 있다. 참고로 단기간의 집중심리를 통해 공판심리를 마쳐야 하는 국민참여재판의 경우 법원이 필요적으로 공판준비기일을 지정하도록 하고 있다(국민참여재판법 제37조 제1항).

공판준비기일의 지정은 법원이 임의로 할 수도 있으나(법 제266조의7 제1항), 소송당사자도 원하는 경우 "법원에 대하여 공판준비기일의 지정을 신청할 수 있"다(법 제266조의7 제2항). 형사소송법은 공판준비기일 지정신청에 관한 법원의 결정에 대하여는 불복할 수 없는 것으로 하고 있다(동항 후단). 절차의 효율을 도모하고자 하는 취지로 이해되나, 공판준비절차 자체의 직권주의적 색채와 이에 대한 당사자주의 관점에서의 비판[99]을 생각한다면 재고가 필요하다고 생각된다.

한편 이와 관련하여 법원이 직권으로 기일을 지정하는 경우에는 당사자의 의견청취에 관한 규정이 있는 데 반해, 당사자의 신청에 의한 공판기일의 지정에는 당사자의 의견청취에 관한 명문의 규정이 없어 이 경우를 어떻게 처리하여야 하는지에 대해

98) 법원행정처, 『새로운 형사재판의 이해』, 42-43면.
99) 권오걸, "현행 형사소송법과 개정 법률안에서의 공판준비절차의 검토", 369면.

논란이 있다. 생각건대 법원의 직권에 의해서든 당사자의 신청에 의해서든 일단 공판준비기일이 지정되면 이른바 실권효라는 중대한 법적 효과가 발생한다는 점은 동일하고, 공판준비기일의 효율적 진행을 위해서는 신청을 하지 않은 상대방 당사자의 협력이 반드시 필요하다는 점에서 명문의 규정은 없으나 의견청취를 함이 타당할 것이다.[100]

또한 소송당사자는 부득이한 사유로 공판준비기일을 변경할 필요가 있는 경우 그 사유와 기간 등을 구체적으로 명시하여 공판준비기일 변경을 신청할 수 있는 데 반해(규칙 제123조의10), 법원의 직권에 의한 공판준비기일의 변경에 대해서는 별도의 규정이 없어 그 처리방법이 논의의 대상이 되고 있다. 참고로 일본 형사소송법은 명문으로 직권에 의한 공판전정리절차기일 변경을 규정하고 있다(일본 형사소송법 제316조의6 제3항). 우리나라의 경우도 형사소송법이 공판준비기일에 법원이 할 수 있는 행위로 "공판기일을 지정 또는 변경하는 행위"를 들고 있으므로(법 제266조의9 제1항 제11호), 이 규정에 따라 직권에 의한 공판준비기일 변경이 일응 가능하다고는 해석되나, 좀 더 명확하게 입법적 조치를 하는 것이 필요할 것으로 본다.

나. 공판준비기일의 진행

1) 공판준비기일의 주재자

형사소송법은 법원이 "합의부원으로 하여금 공판준비기일을 진행하게" 할 수 있고, 이 경우 수명법관은 공판준비기일에 관하여 "법원 또는 재판장과 동일한 권한"을 갖는 것으로 하고 있다(법 제266조의7 제3항). 형사소송법은 공판준비기일에 법원이 할 수 있는 일로 공소장변경의 허가, 증거결정, 열람·등사신청의 당부결정까지도 할 수 있도록 하고 있는데(법 제266조의9 제1항 제2호, 제8호 및 제10호), 수명법관에 의한 공판준비기일 진행시 이에 대한 제한규정은 없는 상황이어서 이 경우 수명법관이 이러한 중대한 사안까지 처리할 수 있도록 해야 하는지에 대해 견해가 대립되고 있다.

생각건대 이러한 사안들은 공판절차의 핵심적 내용을 구성하는 것으로서, 형사소송법은 그 중요성을 감안하여 그러한 행위는 공판절차에서도 '법원'만이 할 수 있는

100) 법원행정처, 『새로운 형사재판의 이해』, 34면.

것으로 하고 있다(법 제298조(공소장의 변경), 제295조(증거신청에 대한 결정), 제266조의4(법원의 열람·등사에 관한 결정) 등 참조). 특히 공판준비절차가 공판기일을 위한 단순한 준비뿐 아니라 사실상 공판절차의 기능을 수행하게 되는 데 대하여 공판중심주의 및 공소장일본주의 관점에서의 비판적 지적이 있는 것을 감안한다면, 수명법관에게 제한 없는 권한을 주는 것은 적절치 않다고 생각된다.

일본 형사소송법은 우리나라와 비슷하게 재판소가 합의체 구성원으로 하여금 공판전정리절차를 진행하게 할 수 있고, 이 경우 수명재판관이 재판소 또는 재판장과 동일한 권한을 갖는 것으로 하고 있으면서도, 한편 우리나라와는 달리 수명재판관의 권한에 대한 제한규정을 두고 있는바(일본 형사소송법 제316조의11)[101] 입법적으로 참고할 필요가 있을 것으로 본다.

2) 공판준비기일의 출석

형사소송법은 법률전문가에 의한 효율적 절차 진행을 위해 공판준비절차를 필요적 변호사건으로 하고 있고(법 제266조의8 제4항, 규칙 제123조의11 참조), 이에 따라 공판준비기일에는 법률전문가인 "검사 및 변호인이 출석하여야 한다"(법 제266조의8 제1항). 이에 반해 피고인의 출석은 임의적이다. 공판준비절차에서 법원은 "필요하다고 인정하는 때에는 피고인을 소환할 수 있고", 피고인은 "법원의 소환이 없는 때에도 공판준비기일에 출석할 수 있다"(법 제266조의8 제5항).

법원의 피고인 소환 및 피고인의 출석과 관련하여, 법원이 피고인을 소환 대상으로 하는 것은 공판준비절차와 공판기일의 심리를 혼동한 것이라는 지적[102]이 있고, 특히 1차적으로 법원의 피고인 소환을 규정하고 피고인의 임의적 출석을 보충적인 것으로 규정한 것은 피고인의 구두변론권을 제한하는 것이라는 비판[103]도 있다.

---

101) 이에 따르면 수명재판관은 공판전정리절차에서 할 수 있는 사유(일본 형사소송법 제316조의5) 중 소인(訴因) 또는 벌조(罰條)의 추가·철회 또는 변경을 허가하는 것(제2호), 증거조사 결정 또는 증거조사 청구를 각하하는 결정(제7호), 증거조사 이의신청에 대한 결정(제9호), 증거개시에 관해 재정(裁定)하는 것(제10호), 피해자의 절차참가신청에 대한 결정 또는 해당 결정을 취소하는 결정(제11호)은 할 수 없다(일본 형사소송법 제316조의11).

102) 법무부 형사소송법 개정안에 대한 "한국형사법학회의 의견"(2006.2.14.), 31면.

103) 권오걸, "현행 형사소송법과 개정 법률안에서의 공판준비절차의 검토", 370면; 신양균, "헌법상 적법절차의 형사소송법에서의 구현", 제1회 동아시아 형사사법 국제학술회의 -형사사법의 정비방안-(한국비교형사법학회·한국형사정책연구원 공동학술회의(2006.1.) 자료집), 513면 등.

공판준비기일의 결과는 공판준비기일조서에 기재하게 되는데(법 제266조의10 제2항), 공판준비기일조서는 법관의 면전조서로서 절대적 증거능력을 갖게 되므로(법 제311조) 이러한 중대한 법적 효과의 발생에 대비할 필요가 있다. 형사소송법은 법원이 소송당사자에게 공판준비기일을 통지하도록 하고(법 제266조의8 제3항), 만약 피고인이 출석한 경우 재판장으로 하여금 피고인에게 진술거부권을 고지하도록 하고 있다(동조 제6항).

3) 공판준비기일의 공개

대한민국헌법은 재판의 "심리"와 "판결"을 공개하도록 하고 있다(헌법 제109조 본문). 공판준비절차는 소송의 본질적 내용과 무관한 '심리'를 위한 준비절차에 불과하고, 따라서 공개하지 않는다고 하더라도 「헌법」상 공개재판의 원칙에 어긋난다고 볼 수는 없다. 그러나 형사소송법은 이러한 헌법상의 기본원칙과 알권리라는 국민의 기본권 보장을 위해 공판준비기일도 공개하는 것이 원칙으로 하되, 공판준비기일의 절차를 공개하면 "절차의 진행이 방해될 우려가 있는 때"에는 공개하지 아니할 수도 있는 것으로 하고 있다(법 제266조의7 제4항).

4) 공판준비기일의 결과확인과 조서의 작성

법원은 공판준비기일을 종료하는 경우 검사, 피고인 또는 변호인 등 소송당사자에게 공판준비절차에서 이루어진 쟁점 및 증거 관련 정리결과를 고지하고, 해당 내용에 대한 당사자의 이의 유무를 확인하여야 한다(법 제266조의10 제1항). 또한 위의 "정리결과를 공판준비기일조서에 기재하여야 한"다(동조 제2항).

형사소송법은 "공판준비 또는 공판기일"에 이루어진 "피고인 또는 피고인 아닌 자의 진술"을 기재한 조서를 증거로 할 수 있도록 하고 있다(법 제311조 참조). 즉 공판준비기일조서는 법관면전조서로서 절대적 증거능력을 갖게 된다. 피고인으로서는 아직까지 소송 전체에 대한 파악 및 방어준비가 미흡한 상태인 경우가 많을 것이고, 이러한 상태에서 이루어진 진술이 바로 증거능력을 갖게 되는 결과는 피고인의 방어권 행사에 큰 지장을 초래할 수 있다.

이러한 관점에서 공판준비기일조서의 기재사항은 공판준비절차의 본질에 충실한 사항, 즉 쟁점정리 및 입증계획수립에 필요불가결한 사항으로 한정될 필요가 있다. 공판준비기일조서가 상세해지는 경우 공판준비기일이 본안재판화 될 우려가 있고, 필요불가결한 사항 이외의 피고인의 진술이 조서에 기재되게 되면 공판준비절차가 피고인신문과 사실상 같은 결과가 되어, 공소장일본주의 및 증거조사를 피고인신문에 선행되도록 함으로써 법관의 예단 배제를 달성하고자 하는 형사소송법의 취지에 정면으로 반하게 될 것이기 때문이다.

따라서 법원은 공판준비기일에 피고인에게 질문을 하는 경우 쟁점정리와 입증계획을 확인하기 위한 필요최소한도의 내용만을 단문단답식 형태로 할 필요가 있고,[104] 불가피하게 피고인이 진술하게 되는 경우 당사자에게 해당 진술이 향후 증거로 사용될 수 있음을 알려줌으로써 신중한 진술이 이루어질 수 있도록 유도하여야 할 것이다.[105]

5) 공판준비기일의 재개

공판준비기일도 공판기일에 준하여 법원이 필요하다고 인정한 때에는 직권 또는 검사·피고인이나 변호인의 신청에 의하여 결정으로 종결한 변론을 재개할 수 있다(법 제266조의14, 제305조). 다만 공판기일과는 달리 공판준비기일의 종결에는 후술하는 실권효의 문제가 수반되므로 기일의 재개에 신중을 기할 필요가 있을 것이다.

다. 공판준비절차에서 할 수 있는 사항

법원은 공판준비절차에서 "공소사실 또는 적용법조를 명확하게 하는 행위"(제1호), "공소사실 또는 적용법조의 추가·철회 또는 변경을 허가하는 행위"(제2호), "공소사실과 관련하여 주장할 내용을 명확히 하여 사건의 쟁점을 정리하는 행위"(제3호), "계산이 어렵거나 그 밖에 복잡한 내용에 관하여 설명하도록 하는 행위"(제4호), "증거신청을 하도록 하는 행위"(제5호)[106], "신청된 증거와 관련하여 입증 취지 및 내용 등을

104) 권순민, "공판준비기일의 합리적 운용방안에 대한 연구", 『형사법연구』, 제20권 제1호(2008. 봄.), 한국형사법학회, 185면.
105) 법원행정처, 『새로운 형사재판의 이해』, 36면.
106) 권오걸, "현행 형사소송법과 개정 법률안에서의 공판준비절차의 검토", 372면에 따르면, 형사

명확하게 하는 행위"(제6호), "증거신청에 관한 의견을 확인하는 행위"(제7호)[107], "증거 채부(採否)의 결정을 하는 행위"(제8호)[108], "증거조사의 순서 및 방법을 정하는 행위"(제9호)[109], "서류 등의 열람 또는 등사와 관련된 신청의 당부를 결정하는 행위"(제10호), "공판기일을 지정 또는 변경하는 행위"(제11호)[110], "그 밖에 공판절차의 진행에 필요한 사항을 정하는 행위"(제12호) 등을 할 수 있다(법 제266조의9 제1항).

이 가운데 동항 제2호, 제8호, 제10호 등은 같이 공판절차에서 이루어져야 할 소송의 핵심적인 내용으로서, 공판준비절차에서, 나아가 수명법관에 의해 이루어지는 것은 재고될 필요가 있다는 점은 기술하였다. 이와 함께 제12호의 경우 이외의 각호에 규정되지 않은 사항을 널리 포함하는 포괄규정으로서, 심리를 위한 준비절차를 본질로 하는 공판준비절차와 조화되지 않고 공판절차를 넘어서는 소송행위들을 허용하는 결과를 초래할 수 있다는 비판이 제기되고 있다.[111]

라. 공판준비기일 종결의 효과

공판준비절차는 복잡한 사건의 쟁점을 정리하고 입증계획을 수립하기 위한 절차로서, 그러한 목적의 달성을 위한 쟁점 및 증거관계의 정리를 핵심적 내용으로 한다.

소송법이 검사·피고인 또는 변호인은 서류나 물건을 증거로 제출할 수 있다고 규정함으로써 당사자의 증거신청권을 명문으로 보장하고 있음에도 불구하고(법 제294조), 이를 법원의 재량으로 한 것은 피고인에게 불리한 규정이라고 한다.

107) 권오걸, "현행 형사소송법과 개정 법률안에서의 공판준비절차의 검토", 372면에 따르면, 이는 "법원은 증거결정을 함에 있어서 필요하다고 인정할 때에는 그 증거에 대한 검사, 피고인 또는 변호인의 의견을 들을 수 있다"라고 규정한 형사소송규칙 제134조(증거결정의 절차)와 중복되는 규정이라고 한다.

108) 이재상, 『신형사소송법』(제2판), 박영사, 2008, §31/16에 따르면, 형사소송법 제266조의9 제1항 제8호는 "증거 채부의 결정을 하는 행위"라고 표현을 사용하고 있다. 그런데 증거채부결정은 증거조사를 마친 후에 하는 것이라는 점에서 형사소송법의 표현에는 의문이 있다고 한다. 참고로 이와 관련하여 일본 형사소송법은 증거조사 결정 또는 증거조사청구 각하결정(일본 형사소송법 제316조 제7호), 증거조사 이의신청에 대한 결정(동조 제9호)이라고 규정하고 있다.

109) 권오걸, "현행 형사소송법과 개정 법률안에서의 공판준비절차의 검토", 371면에 따르면, 이 규정은 "법원은 검사, 피고인 또는 변호인의 신청에 의하여 공판준비에 필요하다고 인정한 때에는 공판기일전에 피고인 또는 증인을 신문할 수 있고 검증, 감정 또는 번역을 명할 수 있다"고 규정한 형사소송법 제273조(공판기일전의 증거조사)와 중복되는 규정이라고 한다.

110) 권오걸, "현행 형사소송법과 개정 법률안에서의 공판준비절차의 검토", 373면에 따르면, 공판기일의 지정과 변경은 형사소송법 제267조(공판기일의 지정)와 제270조(공판기일의 변경)에 의해서도 충분히 가능한 내용이라고 한다.

111) 권오걸, "현행 형사소송법과 개정 법률안에서의 공판준비절차의 검토", 373면.

그런데 공판준비절차에서 제시하지 않았던 쟁점이나 증거를 공판기일에 제시하는 것을 허용하게 되면 공판준비절차가 형해화될 우려가 있다는 점에서, 특별한 이러한 행위를 합리화할 사유가 없는 한 공판준비절차에서 제시되지 않았던 쟁점 및 증거를 공판기일에 제시하는 것을 제한할 필요가 있다. 이른바 '실권효(失權效)'의 문제이다.

형사소송법은 이러한 점을 고려하여 공판준비기일에서 신청하지 못한 증거는 "그 신청으로 인하여 소송을 현저히 지연시키지 아니하는 때"(동항 제1호) 및 "중대한 과실 없이 공판준비기일에 제출하지 못하는 등 부득이한 사유를 소명한 때"(동항 제2호)에 한하여 공판기일에 증거로 신청할 수 있도록 함으로써(법 제266조의13 제1항), 공판준비절차를 무력화시키는 기습적인 증거신청을 제한하고 있다. 다만, 이러한 규정은 당사자의 부적절한 증거신청에 대한 제한을 입법화한 것이라는 점에서, 만약 법원이 필요하다고 인정한 경우에는 직권으로 증거조사를 할 수도 있도록 하고 있다(동조 제2항).

이와 관련하여 소송당사자가 공판준비기일에 하지 않았던 '새로운 주장'을 공판기일에 하는 것이 가능한지 문제된다. 「형사소송법」은 공판준비기일에 하지 않았던 증거신청을 공판기일에 하는 것을 금지하고 있을 뿐, 그 외의 사항에 대한 언급은 하고 있지 않기 때문이다. 생각건대 형사소송법이 금지의 대상을 '증거'라고만 명시하고 있음에도 불구하고 이 규정을 '증거' 이외의 '주장'에 대해서까지 유추적용하는 것은, 특히 피고인에 대해서는 진술권의 지나친 제한이자 방어권 행사에 지장을 초래하는 것으로서 허용되지 않는다고 하여야 할 것이며, 실권효 규정은 법문대로 '증거'에 관하여만 인정된다고 봄이 타당할 것이다.

한편 「형사소송법」은 기일공판준비절차 종결의 효과로서 실권효를 인정하면서(법 제266조의13 제1항), 서면공판준비절차가 종결된 경우에 대해서는 아무런 규정을 두고 있지 않다. 양자의 형평을 위해서는 서면공판준비절차 종결시에도 실권효를 인정함이 타당하다고 생각되지만, 명문의 근거가 없는 상태에서 이같은 법효과를 인정하는 것은 소송당사자에게 불리하다는 점에서 현행법의 해석상으로는 서면공판준비절차에는 실권효가 인정되지 않는다고 봄이 타당할 것이다.[112] 참고로 일본 형사소송

112) 대검찰청, 『증거개시 및 공판준비절차』, 165면 및 법원행정처, 『새로운 형사재판의 이해』, 40면 등 참조.

법은 공판전정리절차 회부 사건은 기일 지정 여부와 무관하게 공판기일에서의 증거신청을 허용하지 않고 있다(일본 「형사소송법」 제316조의32 제1항).

제5절 | 증거조사 (황태정)

1. 증거신청의 시기

「형사소송법」은 재판장의 쟁점정리질문 및 당사자의 입증계획진술(법 제287조)이 끝난 시점에 증거조사를 하도록 하고 있으므로(법 제290조), 이 때 증거신청을 하게 되는 것이 일반적일 것이다. 그렇다고 이 시점으로 증거신청 시기가 한정되는 것은 아니고, 증거신청은 공판기일 전이나(법 제274조) 증거조사가 개시된 후에도 할 수 있다. 다만, 공판절차 전 기간에 걸쳐 제한 없이 증거신청을 허용하게 되면 효율적인 심리를 저해할 수 있으므로 일정한 제한이 필요하다.

이에 2007년 6월 개정된 「형사소송법」은 "법원은 검사, 피고인 또는 변호인이 고의로 증거를 뒤늦게 신청함으로써 공판의 완결을 지연하는 것으로 인정할 때에는 직권 또는 상대방의 신청에 따라 결정으로 이를 각하할 수 있다"는 내용으로 당사자의 증거신청 시기 제한 규정을 신설하였다(법 제294조 제2항). 당사자의 고의적인 증거신청 지체를 각하할 수 있도록 함으로써 상대방 당사자에 대한 불측의 불이익을 방지하고, 공판심리의 효율화를 도모할 수 있도록 한 것이다.

당초 정부 제출안은 증거신청을 원칙적으로 최초 증거조사기일 전까지만 할 수 있도록 하고, 최초 증거조사기일이나 법원이 별도로 정한 증거신청 기한이 지난 후에는 부득이한 사유가 있었던 때를 제외하고는 증거신청 기회를 인정하지 않는 것으로 하고 있었다. 민사소송법상 증거신청기한[113]과 유사한 태도이다. 그러나 법안심사

113) 「민사소송법」 제147조(제출기간의 제한) ① "재판장은 당사자의 의견을 들어 한 쪽 또는 양쪽 당사자에 대하여 특정한 사항에 관하여 주장을 제출하거나 증거를 신청할 기간을 정할 수 있다."
② "당사자가 제1항의 기간을 넘긴 때에는 주장을 제출하거나 증거를 신청할 수 없다. 다만, 당사자가 정당한 사유로 그 기간 이내에 제출 또는 신청하지 못하였다는 것을 소명한 경우에는 그러하지 아니하다."

과정에서 실체적 진실발견이 우선되는 형사소송에서 당사자 처분권주의가 적용되는 민사소송과 같이 증거신청기한을 제한하는 것은 부적절하다는 이유에서 현재의 내용으로 수정되었고[114] 이 수정안이 국회에서 통과되었다.[115]

참고로 이와 함께 개정된 형사소송규칙은 법률의 이같은 취지를 살리기 위하여 검사·피고인·변호인은 특별한 사정이 없는 한 필요한 증거를 일괄하여 신청할 의무가 있는 것으로 규정하고 있다(규칙 제132조).

2. 증거조사의 순서

2007년 6월 개정된 형사소송법은 증거조사의 순서와 관련하여 먼저 검사가 신청한 증거를 조사한 후 피고인 또는 변호인이 신청한 증거를 조사하고, 법원은 이러한 조사가 끝난 후에 직권으로 결정한 증거를 조사하도록 하는 규정을 신설하였다(법 제291조의2). 이 경우에도 법원은 직권 또는 검사, 피고인·변호인의 신청에 따라 위와 같은 증거조사의 순서를 변경할 수 있다(동조 제3항).

한편 이와 함께 2007년 10월 개정된 「형사소송규칙」은 "형사소송법 제312조 및 법 제313조에 따라 증거로 할 수 있는 피고인 또는 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 조서 또는 서류가 피고인의 자백 진술을 내용으로 하는 경우에는 범죄사실에 관한 다른 증거를 조사한 후에 이를 조사하여야 한다"고 규정하여 증거조사의 순서에 대한 제한을 두고 있다(규칙 제135조). 이는 피고인이 수사기관에서 자백하였다가 법정에서 부인하는 사건에서 의미가 있는데, 피고인의 자백 진술을 내용으로 하는 증거를 다른 증거보다 먼저 조사하는 경우 자칫 유죄에 대한 예단이 생길 수 있고 피고인이 충분한 방어권을 행사하는 데 사실상의 제약이 생길 수 있음을 고려한 규정이다.[116] 개정 형사소송법이 피고인신문의 시기를 '증거조사 종료 후'로 하고 있는 것(법 제296조의2 제1항)과 기본적으로 같은 취지로 볼 수 있을 것이다.

참고로 「형사소송규칙」이 증거조사 순서에 관하여 규정하고 있는 것은 피고인의 자백 진술을 내용으로 하는 '조서 또는 서류'이다. 이 조항의 취지가 객관적 증거에

---

114) 2007.3.27. 제266회 국회 법제사법위원회(법안심사1소위) 회의록 제2호 참조.
115) 법무부, 『개정 형사소송법』, 213-214면.
116) 이창현, 『형사소송법』(제4판), 738면; 법원행정처, 『법원실무제요 형사(II)』, 2014, 192면.

대한 조사를 주관적 증거에 대한 조사에 선행시키겠다는 데 있음을 고려할 때, 형사소송규칙이 규정하고 있는 피고인의 자백 진술을 내용으로 하는 '증인의 진술'의 경우에도 해당 규정의 적용이 있는 것으로 봄이 타당할 것이다.

3. 증거조사의 대상

「형사소송법」은 "소송관계인이 증거로 제출한 서류나 물건, 제272조, 제273조의 규정에 의하여 작성 또는 송부된 서류는 검사, 변호인 또는 피고인이 공판정에서 개별적으로 지시설명하여 조사하여야 한다"는 내용으로 증거조사의 대상 및 증거조사의 장소와 일반적 방법에 대하여 규정하고 있다(법 제291조 제1항). 또한 재판장이 직권으로 위의 서류나 물건을 공판정에서 조사할 수도 있도록 하고 있다(동조 제2항).

먼저 증거조사의 대상이 되는 서류 또는 물건으로는 제291조의2가 규정하고 있는 것 외에 ① 검사, 변호인 또는 피고인이 공판기일 또는 공판기일 전에 증거로 제출한 서류나 물건(법 제294조, 제274조), ② 공무소 또는 공사단체에 대한 조회 또는 송부요구에 의한 회보문서 또는 송부문서(법 제272조 제1항), ③ 공판기일 전 증거조사에 의해 작성된 피고인신문조서, 증인신문조서, 검증조서, 감정서 또는 번역서(법 제273조), ④ 증거보전을 위해 작성된 증인신문조서, 검증조서, 감정서(법 제184조), ⑤ 증인신문 청구에 의해 작성된 증인신문조서(법 제221조의2) 등이 있다.

「형사소송법」 제291조는 증거조사의 장소와 일반적 방법에 대해서도 규정하고 있다. 증거조사는 기본적으로 '공판정에서', '개별적 지시설명'의 방법으로 조사하게 되는데, 지시설명의 주체는 그 서류나 물건을 증거로 제출한 소송관계인이고, 지시설명의 내용은 증거조사의 대상인 서류나 물건을 개별적으로 특정하여 그 서류나 물건의 당해 사건 쟁점사항과의 관련성 및 입증취지 등을 진술하는 것이다.[117]

4. 증거조사의 방법

개정전 형사소송법은 증거조사의 기본적인 방법으로 "재판장은 검사, 변호인 또는 피고인에게 증거물을 제시하고 증거물이 서류인 때에는 그 요지를 고지하여야 한다"

117) 법원행정처, 『법원실무제요 형사(II)』, 193면.

고 규정하고 있었다(개정전 법 제292조 제1항). 그러나 증거서류의 경우 그 내용을 알기 위해 증거조사를 하는 것인데, 재판장으로 하여금 요지를 고지하는 방법으로 증거서류를 조사하도록 하는 것은 증거조사 전에 이미 재판장이 증거서류의 내용을 알고 있을 것을 전제로 하는 것으로서 논리적으로 모순이라는 비판이 있었다.

2007년 6월 개정 형사소송법은 이러한 지적을 수용하여 재판장의 '제시' 및 '요지고지' 규정을 삭제하고, 증거서류를 조사하는 때에는 신청인이 이를 '낭독'하고, 증거물을 조사하는 때에는 신청인이 이를 '제시'하는 것으로 변경하였고(법 제292조 제1항 및 제292조의2 제1항 참조), 증거물 및 증거서류 외의 기타 증거, 즉 도면·사진·녹음테이프·비디오테이프·컴퓨터용디스크, 그 밖의 정보를 담기 위하여 만들어진 물건으로서 문서가 아닌 증거의 조사에 관하여 필요한 사항은 대법원규칙으로 정하는 것으로 하였다(법 제292조의3).

개정법에 의해 이제 증거서류의 조사 방식은 증거신청인에 의한 낭독이 원칙적인 모습이 되었고, 다만 재판장이 필요성을 인정하는 경우 예외적으로 낭독 대신 내용고지[118] 또는 열람의 방법으로 증거조사를 하도록 할 수 있게 되었다(법 제292조 제3항 및 제5항). 문제는 법문이 "재판장은 필요하다고 인정하는 때에는 제1항 및 제2항에도 불구하고 내용을 고지하는 방법으로 조사할 수 있다"고 하고 있는데, 이때 증거서류의 내용의 고지를 하는 주체가 재판장인지, 아니면 증거신청인지가 다소 불분명하다는 점이다.

먼저, 법문을 국어적으로 이해하여 재판장이 증거신청인으로 하여금 내용을 고지하게 하는 대신, 스스로 내용을 고지하는 방법으로 증거조사를 할 수 있다고 해석하는 견해가 있을 수 있다. "재판장은 열람이 다른 방법보다 적절하다고 인정하는 때에는 증거서류를 제시하여 열람하게 하는 방법으로 조사할 수 있다"고 규정한 형사소송법 제292조 제5항과의 균형상 그 주체는 재판장이 되어야 하고, 동조 제3항 역시 내용고지의 주체에서 재판장을 배제하고 있지도 않기 때문이다.

그러나 이와 반대로 실무적으로 증거분리제출제도가 시행되고 있는 상황에서 재판장이 증거를 사전검토하여 그 내용(요지)을 고지하는 것은 현실적으로 불가능하고,[119]

118) 법원행정처, 『새로운 형사재판의 이해』, 81면에 따르면, 내용의 고지는 그 요지를 고지하는 방법으로 하도록 하고 있고(규칙 제134조의6), 요지고지는 증거서류의 내용 중 입증취지와 관련 있는 본질적인 내용을 고지하는 것을 말한다.

증거서류 조사방식이 재판장의 요지고지에서 당사자에 의한 낭독으로 변경된 법개정의 취지를 고려할 때, 법문의 표현은 재판장이 증거신청인으로 하여금 증거서류를 낭독하는 대신 내용고지로 갈음하게 할 수 있다는 의미로 해석하는 견해[120]도 제시되고 있다.

생각건대 현행 규범상 '내용고지'는 곧 '요지고지'를 의미하는 것이라는 점에서(규칙 제134조의6 제1항), 개정전법과 달리 증거신청인을 중심으로 하는 증거조사절차를 규정하고 있는 개정법의 취지, 증거서류의 예외적 조사방법을 규정한 법 제292조 제3항 및 제5항 사이의 균형 있는 해석 등을 고려할 때, 법 제292조 제3항의 '고지하여'는 '고지하게 하여'의 뜻으로 새기는 것이 입법자의 의사에 부합하는 해석이라고 하여야 할 것이다.

5. 증거결정

증거결정이란 검사, 피고인 또는 변호인 등의 증거신청이나 법원이 직권에 의해 수집한 증거에 대하여 법원이 증거조사의 실시 여부를 결정하는 것을 말한다.

증거결정은 직권주의나 당사자주의 소송구조와 직접적 관련이 없으며 법원의 소송지휘권에 근거하는 것이라고 보는 견해가 일반적이다. 다만, 증거조사에 관한 법원의 재량이 구체적으로 어떤 성격의 것인가에 대해서는 견해가 대립한다. 형사소송법상 증거결정에 관한 기준이 없으므로 증거조사의 필요성과 범위는 사실심 법원의 자유재량이라는 견해와, 법률상 기준은 없지만 일정한 기준에 의해 합리적으로 행사되어야 하므로 기속재량에 해당한다는 견해이다.

판례는 "증거신청의 채택 여부는 법원의 재량으로서 법원이 필요하지 아니하다고 인정할 때에는 이를 조사하지 아니할 수 있다"고 판시하고 있다.[121] 구체적으로는 적법하게 공판의 심리를 종결한 후 검사가 공소장변경신청을 하였거나[122] 피고인의

---

119) 법원행정처, 『형사소송법 개정법률 해설』, 2007, 114-115면.
120) 법원행정처, 『법원실무제요 형사(II)』, 184면; 법원행정처, 『새로운 형사재판의 이해』, 81면 등 참조.
121) 대법원 2014.2.27. 선고 2013도12155 판결; 대법원 2011.1.27. 선고 2010도7947 판결; 대법원 2003.10.10. 선고 2003도3282 판결 등 참조.
122) 대법원 2007.6.29. 선고 2007도984 판결.

증인신청이 있는 경우[123] 법원이 반드시 공판의 심리를 재개하여 공소장변경을 허가하거나 증인신문을 할 필요가 없다고 한다.

생각건대 증거평가에 관한 법관의 자유심증과 마찬가지로 법원의 증거결정 과정에도 일정한 한계가 있다고 하여야 할 것이므로, 자유재량설과 기속재량설의 차이가 크다고 생각되지는 않는다. 다만, 당사자의 증거신청이 명백히 불합리하지 않는 한 법원은 이에 대해 증거결정을 함이 적절하다는 관점에서 본다면, 소송의 이념상 증거결정은 기속재량에 해당한다고 봄이 타당하다고 생각된다.

6. 증거조사에 대한 불복

검사, 피고인 또는 변호인은 증거조사에 관하여 이의신청을 할 수 있고, 법원은 이의신청이 있는 경우 이에 대하여 결정을 하여야 한다(법 제296조). 여기서 '증거조사에 관하여'란 증거조사의 절차뿐만 아니라 증거조사단계에서 행하여지는 모든 처분을 포함한다. 형사소송규칙은 증거조사에 대한 이의신청은 법령의 위반이 있거나 상당하지 아니함을 이유로 하여 이를 할 수 있다고 하면서도(규칙 제135조의2 본문), 재판장의 증거신청의 결정에 대한 이의신청은 법령의 위반이 있음을 이유로 하여서만 이를 할 수 있도록 하고 있다(동조 단서).

이러한 형사소송규칙 제135조의2 단서 규정을 놓고 타당성에 대한 논의가 제기되고 있다. 대법원은 이 조항의 규정 취지를 증거결정의 재량행위성에 있는 것으로 보고 있다. 즉 법원의 증거결정은 소송지휘권에 근거한 것이고 당사자가 신청한 증거에 법원이 구속될 여지가 없으므로 증거결정은 법원의 재량행위라는 취지이다.[124] 재량행위에 근거한 법원의 결정에 대하여 '상당하지 아니함'을 이유로 이의신청을 하는 것은 모순이라는 것이다.

결국 법원의 증거결정에 대해서는 법령위반이 있는 경우가 아닌 한 이의신청을 할 수 없고(규칙 제135조의2 단서), 증거결정은 판결 전의 소송절차에 관한 결정에 해당하는바, 이에 대해 특히 즉시항고에 관한 규정이 없으므로 이에 대한 항고 역시 할 수 없다(법 제403조 제1항). 대법원은 이와 관련하여 "당사자의 증거신청에 대한

123) 대법원 2014.2.27. 선고 2013도12155 판결; 대법원 2011.1.27. 선고 2010도7947 판결.
124) 대법원 1977.4.26. 선고 77도814 판결.

법원의 채택여부의 결정은 판결 전의 소송절차에 관한 결정으로서 이의신청을 하는 외에는 달리 불복할 수 있는 방법이 없고, 다만 그로 말미암아 사실을 오인하여 판결에 영향을 미치기에 이른 경우에만 이를 상소의 이유로 삼을 수 있을 뿐이다"라고 판시하고 있다.[125]

전술한 바와 같이 증거결정이 법원의 재량이라지만 법원의 증거결정 과정에도 일정한 한계가 있다고 하여야 할 것이므로, 이에 대한 법원의 재량은 자유재량이라기보다는 기속재량에 해당한다고 봄이 타당하다. 이렇게 본다면 법원이 재량범위를 일탈하여 증거결정을 한 경우 법령위반까지 이르지는 않았으나 상당하지는 아니한 경우도 충분히 있을 수 있을 것이며, 이러한 경우 증거결정에 대한 이의신청이 허용됨이 바람직할 것이다. 입법론적으로는 증거결정에 대해서도 일반 증거조사와 마찬가지로 '상당하지 아니함'을 이유로 한 이의신청을 인정함이 타당할 것으로 생각한다.

제6절 | 증인신문 (황태정)

증인은 법원 또는 법관에 대하여 자신이 과거에 체험한 사실을 진술하는 제3자를 말하며, 증인신문은 증인으로부터 그 체험한 사실을 내용으로 하는 진술을 얻는 증거조사 방법을 말한다. 증인신문과 관련하여 2007년 6월 개정된 「형사소송법」은 증인의 불출석에 대한 제재(법 제150조의2, 제151조), "신뢰관계에 있는 자의 동석"(법 제163조의2), "비디오 등 중계장치 등에 의한 증인신문"(법 제165조의2) 규정을 신설하였고, 그 밖의 규정은 개정전법과 근본적으로 달라진 것은 없다.

1. 증인의 출석 확보

형사재판에서 가장 중요한 과제 중 하나는 공소사실의 입증이고, 인적 증거인 증인의 공판정 출석 확보는 이러한 측면에서 매우 중요하다. 특히 수사절차에서의 참고인

125) 대법원 1990.6.8. 선고 90도646 판결.

진술이 아닌 공판정에서의 증인의 증언 확보는 공판중심주의적 소송절차의 핵심적 부분이며, 실체적 진실 발견과 공정한 재판을 위해 필요불가결한 요소라 할 것이다.

법원은 법률에 다른 규정이 없으면 누구든지 증인으로 신문할 수 있고(법 제146조), 이에 따라 증인은 적법한 소환을 받으면 증인으로 출석할 의무를 지게 된다. 출석의무는 공판기일뿐만 아니라 공판기일전 증거조사(법 제273조), 증거보전을 위한 증인신문(법 제184조), 제1회 공판기일전 증인신문(법 제221조의2)으로 소환을 받은 증인에게도 인정된다.[126] 출석의무가 있는 증인이 정당한 사유 없이 소환에 응하지 않는 경우 구인할 수 있도록 하고 있다(법 제152조).

2007년 6월 개정된 「형사소송법」은 증인의 출석 확보를 위해 "소환장의 송달, 전화, 전자우편, 그 밖의 상당한 방법으로 증인을 소환"할 수 있도록 증인소환 방법을 다양화하였고(법 제150조의2 제1항), 증인신청인에게 "증인이 출석하도록 합리적인 노력을 할 의무"를 부과하였으며(법 제150조의2 제2항), 이와 함께 증인소환에 응하지 않는 불출석 증인에 대한 제재를 기존의 10배 수준으로 강화하였다(법 제151조 제2항, 규칙 제68조의3·4). 또한 범죄피해자를 증인으로 신문하는 경우 증인이 느낄 불안과 긴장을 줄이고 증인의 심리적 안정과 원활한 진술을 도모하기 위해 증인과 신뢰관계에 있는 자의 동석에 관한 규정을 마련하고(법 제163조의2), 아동이나 청소년 등 취약한 지위에 있는 자를 증인으로 신문하는 경우 비디오 등 중계장치를 이용하거나 차폐시설을 설치하고 신문을 할 수 있는 규정을 신설하였다(법 제165조의2).

2. 증언거부권

증언거부권이란 증인이 일정한 법률상 사유를 근거로 증언을 거부할 수 있는 권리를 말한다. 일정한 법률상 사유를 이유로 증언의무가 면제되지만 출석의무는 여전히 남는다는 점에서, 증인적격에 대한 제한으로 출석의무조차 인정되지 않는 증인거부권(법 제147조)과는 구별된다.

형사소송법상 증언거부권은 자기 또는 근친자의 형사책임과 관련된 증언거부권(법 제148조)과, 업무상 비밀과 관련된 증언거부권(법 제149조)의 두 가지가 있다. 먼저

126) 증인거부권이 인정되는 자(법 제147조)는 출석의무가 없지만, 증언거부권을 갖는 자(법 제148조 및 제149조)는 증언거부권은 있으나 출석의무 자체는 인정된다.

자기 자신 또는 자신과 친족 또는 친족관계가 있었던 자, 자신의 법정대리인·후견감독인이 형사소추 또는 공소제기를 당하거나 유죄판결을 받을 사실이 발로될 염려가 있는 경우 증언을 거부할 수 있다(법 제148조). 대법원은 이 경우의 증언거부권은 헌법상의 불이익진술강요금지에 기초한 자기부죄거부특권으로부터 비롯된 것이라고 보고 있다.[127] 다른 하나는 변호사, 변리사, 공증인, 공인회계사, 세무사, 대서업자, 의사, 한의사, 치과의사, 약사, 약종상, 조산사, 간호사, 종교의 직에 있는 자 또는 이러한 직에 있던 자가 그 업무상 위탁을 받은 관계로 알게 된 사실로서 타인의 비밀에 관한 것인 경우에 인정되는 증언거부권(법 제149조)이다. 이 증언거부권은 형법상 업무상비밀누설죄(형법 제317조)의 행위주체에 해당하는 자들의 비밀유지의무를 보장하고 의뢰인의 비밀을 보호하기 위해 인정되는 것이다.

업무상 비밀을 이유로 하는 증언거부권자의 범위에는 현직자 외에 과거에 그러한 직에 있었던 자가 포함된다. 그런데 이들 외에 현실적으로 이러한 비밀을 취급하게 되는 '직무상 보조자'도 증언거부권자에 포함되는지가 문제된다. 즉 제149조가 열거하고 있는 신분을 제한적 열거로 볼 것인지 예시적 열거로 볼 것인지의 문제이다. 이에 대해서는 긍정설과 부정설이 대립하나, 이 조항은 특정업무종사자와 위탁자 사이의 신뢰유지와 비밀유지를 위해 특별히 마련된 것으로서, 형사소송법의 실체진실주의 이념을 예외적으로 희생시키는 경우이므로 제한적으로 해석하여 직무상 보조자들에게는 증언거부권이 인정되지 않는다고 함이 타당할 것으로 생각된다. 참고로 형법 또한 죄형법정주의 원칙에 따라 업무자를 제한적 열거로 해석하고 있고, 이들 이외의 실질적 업무보조자 등은 업무상비밀누설죄의 주체가 되지 못하는 것으로 보고 있다.

3. 증인신문 방식과 반대신문권

증인신문은 기본적으로 증인을 신청한 당사자가 먼저 신문하고 이어서 상대방 당사자가 신문하는 것이 원칙이다(법 제161조 제1항). 재판장은 당사자들의 신문이 끝난 뒤에 신문하는 것이 원칙이지만(동조 제2항), 필요한 경우 어느 때나 신문할 수 있다

127) 대법원 2011.11.24. 선고 2011도11994 판결(" '누구든지 자기가 형사소추 또는 공소제기를 당하거나 유죄판결을 받을 사실이 발로될 염려 있는 증언을 거부할 수 있다'는 형사소송법 제148조의 증언거부권은 헌법 제12조 제2항에 정한 불이익 진술의 강요금지 원칙을 구체화한 자기부죄거부특권에 관한 것[이다]").

(동조 제3항). 공정한 재판진행을 위해 상대방 당사자의 반대신문권을 보장하는 것이 형사소송법의 기본적 태도이다.

검사, 피고인 또는 변호인을 증인신문에 참여할 수 있도록 하고, 증인신문의 시일과 장소를 참여할 수 있는 자에게 미리 통지하여야 한다는 조항이나(법 제163조), "피고인 또는 변호인의 참여없이 증인을 신문한 경우 피고인에게 예기하지 아니한 불이익의 증언이 진술된 때에는 반드시 그 진술내용을 피고인 또는 변호인에게 알려주어야 한다"는 조항(법 제164조 제2항), 증인 또는 감정인이 피고인 또는 어떤 재정인의 면전에서 충분한 진술을 할 수 없다고 인정하여 피고인을 퇴정하게 하고 증인, 감정인 또는 공동피고인의 진술을 들은 경우, 진술이 종료한 때에는 "퇴정한 피고인을 입정하게 한 후 법원사무관 등으로 하여금 진술의 요지를 고지하게 하여야 한다"는 조항(법 제297조 제2항) 역시 이러한 취지를 반영한 규정이라 할 것이다.

그런데 대법원 판례는 기본적으로 실질적인 반대신문의 기회가 확보되지 않은 경우 이러한 증인신문은 위법하지만, 이 경우에도 다음 공판기일에 증인신문 등의 결과를 증인신문조서 등에 의해 피고인 또는 변호인에게 고지하였던 바 이들이 이의를 제기하지 않는 경우 반대신문기회 미부여의 하자는 책문권의 포기로서 치유된다는 입장을 취하고 있다.[128] 그러나 증인신문에 대한 피고인 등의 반대신문권을 명문으로 규정하고 있음에도 반대신문권 미부여라는 하자를 당사자의 이의가 없음을 이유로 치유되도록 하는 것이 바람직한 것인지 의문이다. 특히 대법원 판례는 절차상의 하자가 법원의 귀책사유라고 판단되는 경우에도 이러한 절차하자의 치유를 인정하고 있는바, 법률규정상의 문제는 아니지만 기본적으로 적절치 못한 태도라고 생각된다.

2007년 6월 개정 형사소송법이 신설한 중계·차폐신문의 경우에도 이와 유사한 문제점이 노출되고 있다. 중계시설을 이용하거나 차폐시설을 설치하고 이루어지는

128) 대법원 1974.1.15. 선고 73도2967 판결("법원이 피고인에게 증인신문의 시일과 장소를 미리 통지함이 없이 증인들의 신문을 시행하였음은 위법이나 그 후 동 증인등신문결과를 동 증인등신문조서에 의하여 소송관계인에게 고지하였던바, 피고인이나 변호인이 이의를 하지 않았다면 위의 하자는 책문권의 포기로 치유된다"); 대법원 2010.1.14. 선고 2009도9344("[2] 형사소송법 제297조에 따라 변호인이 없는 피고인을 일시 퇴정하게 하고 증인신문을 한 다음 피고인에게 실질적인 반대신문의 기회를 부여하지 아니한 채 이루어진 증인의 법정진술은 위법한 증거로서 증거능력이 없다고 볼 여지가 있으나, 그 다음 공판기일에서 재판장이 증인신문 결과 등을 공판조서(증인신문조서)에 의하여 고지하였는데 피고인이 '변경할 점과 이의할 점이 없다'고 진술하여 책문권 포기 의사를 명시함으로써 실질적인 반대신문의 기회를 부여받지 못한 하자가 치유되었다고 한 사례").

증인신문의 경우, 피고인 퇴정 후 신문과 유사하게 피고인과 증인 간의 직접적 접촉을 회피할 수 있고 그 결과 증인신문의 결과가 좀 더 신뢰성 있는 결과로 나타날 수 있다는 점에서 기본적으로는 긍정적인 효과가 크다고 생각된다. 다만, 차폐시설 설치 후 증인신문이 피고인-증인 간의 관계뿐 아니라 변호인-증인 간에도 적용되는 경우 변호인의 반대신문권이 일정 부분 제한될 수밖에 없다는 점에서[129] 이에 대한 개선이 필요하다는 지적이 있다.

생각건대 증인신문 과정에 당사자의 참여를 보장하고 있는 형사소송법의 태도나, 형사절차에서의 실체진실발견 및 공정한 재판에 기여하고 있는 증인신문의 역할을 고려할 때, 증인신문에서의 반대신문권 보장은 현재의 수준보다 좀 더 엄격히 이루어질 필요가 있다. 반대신문권 미부여의 하자가 손쉽게 치유되는 것으로 인정하고 있는 대법원 판례의 태도도 재고될 필요가 있으며, 차폐신문의 대상을 한정하지 않음으로써 실질적인 반대신문권의 훼손을 가져오는 현행법의 정비 또한 필요할 것으로 본다.

---

129) 헌법재판소 2016.12.29. 2015헌바221 결정("강력범죄 또는 조직폭력범죄의 수사와 재판에서 범죄입증을 위해 진술·증언한 자의 안전을 효과적으로 보장해 줄 수 있는 조치가 마련되어야 할 필요성은 매우 크다. 그리고 이 때 증인을 피고인과 대면하여 진술하는 것으로부터 보호하는 것에서 나아가 경우에 따라서는 피고인의 변호인과 대면하여 진술하는 것으로부터 보호할 필요성이 있을 수 있다. 다만 변호인에 대한 차폐시설의 설치는 반대신문권을 일정 부분 제한하는 것이므로 더욱 한정적으로 인정되어야 한다").

[표 2-1] "증거보전" 입법례

	우리나라	일본	독일[130]	프랑스	중국[131]
제1회 공판기일전 증거보전·증인신문	제184조(증거보전의 청구와 그 절차) ① "검사, 피고인, 피의자 또는 변호인은 미리 증거를 보전하지 아니하면 그 증거를 사용하기 곤란한 사정이 있는 때에는 제1회 공판기일 전이라도 판사에게 압수, 수색, 검증, 증인신문 또는 감정을 청구할 수 있다." ② "전항의 청구를 받은 판사는 그 처분에 관하여 법원 또는 재판장과 동일한 권한이 있다." ③ "제1항의 청구를 함에는 서면으로 그 사유를 소명하여야 한다." ④ "제1항의 청구를 기각하는 결정에 대하여는 3일 이내에 항고할 수 있다." 제221조의2(증인신문의 청구) ①"범죄의 수사에 없어서는 아니되는 사실을 안다고 명백히 인정되는 자가 전조의 규정에 의한 출석 또는 진술을 거부한 경우에는 검	제179조 ① "피고인·피의자 또는 변호인은 미리 증거를 보전해 두지 아니하면 그 증거를 사용하는 것이 곤란한 사정이 있는 때에는, 제1회 공판기일 전에 한하여 재판관에게 압수·수색·검증·증인신문 또는 감정의 처분을 청구할 수 있다." ② "전항의 청구를 받은 재판관은 그 처분에 관하여 재판소 또는 재판장과 동일한 권한을 갖는다." 제226조 "범죄의 수사에 없어서는 아니될 지식을 가지고 있다고 명백히 인정되는 자가 제223조 제1항의 규정에 의한 조사에 대하여 출석 또는 진술을 거부하는 경우에는 제1회 공판기일 전에 한하여 검찰관은 재판관에게 그 자의 증인신문을 청구할 수 있다."	제223조 수명법관 또는 수탁법관에 의한 신문 (1) "증인이나 감정인이 공판에 상당 기간 또는 불확정 기간 질병, 노약, 다른 극복할 수 없는 장애로 출석하지 못하는 경우에 법원은 수명법관 또는 수탁법관에 의한 신문을 명할 수 있다." (2) "증인이나 감정인에게 먼 거리 때문에 출석을 기대할 수 없는 경우에도 제1항과 같다." (3) (삭제) 제225조 수명법관 또는 수탁법관에 의한 검증 실시 "공판 준비를 위하여 법관의 검증을 실시해야 하면, 제224조의 규정을 적용해야 한다." 제224조 참가인에게 기일 통지 (1) "신문을 위하여 지정한 기일은 검찰, 피고인 그리고 변호인에게 사전에 통지해		

	우리나라	일본	독일[130]	프랑스	중국[131]
	사는 제1회 공판기일 전에 한하여 판사에게 그에 대한 증인신문을 청구할 수 있다." ② 삭제 ③ "제1항의 청구를 함에는 서면으로 그 사유를 소명하여야 한다." ④ "제1항의 청구를 받은 판사는 증인신문에 관하여 법원 또는 재판장과 동일한 권한이 있다." ⑤ "판사는 제1항의 청구에 따라 증인신문기일을 정한 때에는 피고인·피의자 또는 변호인에게 이를 통지하여 증인신문에 참여할 수 있도록 하여야 한다." ⑥ "판사는 제1항의 청구에 의한 증인신문을 한 때에는 지체없이 이에 관한 서류를 검사에게 송부하여야 한다."	제227조 ① "제223조 제1항의 규정에 의한 검찰관, 검찰사무관 또는 사법경찰직원의 조사시 임의의 진술을 한 자가 공판기일에서 전에 한 진술과 다른 진술을 할 우려가 있고 또 그 자의 진술이 범죄의 증명에 없어서는 아니 되는 것으로 인정되는 경우에는 제1회 공판기일 전에 한하여 검찰관은 재판관에게 그 자의 증인신문을 청구할 수 있다." ② "전항의 청구를 함에는 검찰관은 증인신문을 필요로 하는 이유 및 그것이 범죄의 증명에 없어서는 아니되는 것임을 소명하여야 한다." 제228조 ① "전2조의 청구를 받은 재판관은 증인의 신문에 관하여 재판소 또는 재판장과 동일한 권한을 갖는다." ② "재판관은 수사에 지장이 발생할 우려가 없다고 인정하는 때에는 피고인·피의자	야 한다. 이들이 신문에 참석하는 것을 필요로 하지 않는다. 통지가 심리를 위태롭게 할 경우에 통지하지 않는다. 작성한 조서는 검찰과 변호인에게 제시해야 한다." (2) "구금된 피고인은 변호인이 있으면 그 구금된 장소의 법원 청사에서 진행되는 기일에 한하여 출석권이 있다."		

	우리나라	일본	독일[130]	프랑스	중국[131]
		또는 변호인을 전항의 신문에 입회하도록 할 수 있다."			

130) 독일 형사소송법은 독일 법무부 법령정보시스템(http://www.gesetze-im-internet.de/index.html; 검색일: 2019년 5월 30일)에 게재되어 있는 현행법을 기준으로 번역본인 독일법연구회, 『독일 형사소송법』, 사법발전재단, 2017과 법무부, 『독일 형사소송법』, 2012.(http://www.moj.go.kr/moj/431/subview.do?enc=Zm5jdDF8QEB8JTJGYmJzJTJGbW9qJTJGMTc1JTJGNDIzMzAyJTJGYXJ0Y2xWaWV3LmRvJTNG; 검색일: 2019년 5월 30일)를 참조하였다.

131) 중국 형사소송법은 1996년, 2012년 그리고 최근에는 2018년 10월 26일에 대대적으로 개정되었다(岡村志嘉子, 「(中国) 刑事訴訟法の改正」, 『外国の立法』, No.278-2(2019.2.), 22頁(http://dl.ndl.go.jp/view/download/digidepo_11239713_po_02780210.pdf?contentNo=1; 검색일: 2019년 5월 30일)). 현행 형사소송법은 중국 변호사협회 홈페이지(http://www.chnlawyer.net/; 검색일: 2019년 5월 30일)에 게재된 것(http://www.chnlawyer.net/law/proc/xingsufa.html#1.5; 검색일: 2019년 5월 30일)에 게재되어 있다. 2012년 개정 형사소송법은 Luo, Wei, Amended and Annotated Criminal Procedure Law of the People's Republic of China with Official Interpretations(Chinese Law Series v. 16), Second Edition, William S. Hein & Co., Inc., 2018, 法務省大臣官房司法法制部, 『中華人民共和国刑事訴訟法(2013年1月1日施行)』, 『法務資料』, 第463号, 2013(http://www.moj.go.jp/content/000115369.pdf; 검색일: 2019년 5월 30일) 그리고 独立行政法人 日本貿易振興機構(ジェトロ) 北京事務所 知識産権部編, 『中華人民共和国刑事訴訟法(改正)(2013年1月1日施行)』, 2013(https://www.jetro.go.jp/ext_images/world/asia/cn/ip/law/pdf/regulation/20130101_2.pdf; 검색일: 2019년 5월 30일)을 참고. 1996년 개정 중국 형사소송법은 법무부, 『中國刑事法』, 2008.3., 161면 이하(http://www.moj.go.kr/moj/418/subview.do?enc=Zm5jdDF8QEB8JTJGYmJzJTJGbW9qJTJGMTY0JTJGMjQxNTU2JTJGYXJ0Y2xWaWV3LmRvJTNG; 검색일: 2019년 5월 30일); 田口守一·張凌, 「中華人民共和国新旧刑事訴訟法対照」, 『比較法学』, 31(1), 1997.7., 347頁以下; Luo, Wei, The Amended Criminal Procedure Law and the Criminal Court Rules of the People's Republic of China: with English Translation, Introduction, and Annotation(Chinese Law Series v. 3), William S. Hein & Co., Inc., Buffalo/New York, 2000을 참조. 여기에서는 2012년 개정 중국 형사소송법의 영어 및 일본어 번역본을 바탕으로 현행법을 반영하였다.

[표 2-2] "소송서류 등의 열람·등사" 입법례

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
(증거보전) 소송서류등 열람·등사(당사자)	제185조(서류의 열람등) "검사, 피고인, 피의자 또는 변호인은 판사의 허가를 얻어 전조의 처분[증거보전처분]에 관한 서류와 증거물을 열람 또는 등사할 수 있다."	제180조 ① "검찰관 및 변호인은 재판소에서 전조 제1항의 처분[증거보전처분]에 관한 서류 및 증거물을 열람하고 등사할 수 있다. 단 변호인이 증거물의 등사를 함에 있어서는 재판관의 허가를 받아야 한다." ② "전항의 규정에 불구하고 제157조의4 제3항에 규정된 기록매체는 등사할 수 없다." ③ "피고인 또는 피의자는 재판관의 허가를 받아 재판소에서 제1항의 서류 및 증거물을 열람할 수 있다. 단 피고인 또는 피의자에게 변호인이 있는 때에는 그러하지 아니하다."			
(소송계속중) 소송서류등 열람·등사(피고인)	제35조(서류·증거물의 열람·복사) ① "피고인과 변호인은 소송계속 중의 관계 서류 또는 증거물을 열람하거나 복사할 수 있다." ② "피고인의 법정대리인, 제	제40조 ① "변호인은 공소제기 후에는 재판소에서 소송에 관한 서류 및 증거물을 열람하거나 등사할 수 있다. 단 증거물의 등사에 대하여는 재판장의 허가를 받아야 한다."	제147조 기록열람권, 검사권; 피범행혐의자의 정보권 (1) "변호인은 법원에 제출되었거나 공소가 제기되면 법원에 제출될 기록을 열람하고, 공적으로 보관하는 증거물을 검사할 수 있다."	제278조 ① "피고인은 그 변호인과 자유롭게 접견·교통할 권리를 침해받지 아니한다." ② "변호인은 소송절차의 진행을 지연시키지 않는 한 즉석에서 일체의 소송기록을	

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
	28조에 따른 특별대리인, 제29조에 따른 보조인 또는 피고인의 배우자·직계친족·형제자매로서 피고인의 위임장 및 신분관계를 증명하는 문서를 제출한 자도 제1항과 같다." ③ "재판장은 피해자, 증인 등 사건관계인의 생명 또는 신체의 안전을 현저히 해칠 우려가 있는 경우에는 제1항 및 제2항에 따른 열람·복사에 앞서 사건관계인의 성명 등 개인정보가 공개되지 아니하도록 보호조치를 할 수 있다." ④ "제3항에 따른 개인정보 보호조치의 방법과 절차, 그 밖에 필요한 사항은 대법원규칙으로 정한다."	② "전항의 규정에 불구하고 제157조의4 제3항에 규정된 기록매체는 등사할 수 없다."	(2) "수사 종결이 아직 기록에 기입되지 않았으면, 변호인이 기록의 전부나 일부를 열람하거나 공적으로 보관하는 증거물을 검사하는 것은 심리 목적을 위태롭게 할 수 있는 경우에 거부될 수 있다. 제1문의 요건이 존재하고 피범행혐의자가 심리구속되어 있거나 심리구속이 잠정적인 체포의 사안에서 신청되어 있으면, 구금의 적법성을 판단하는 데 중요한 정보는 변호인이 적합한 방법으로 접근할 수 있어야 한다; 원칙적으로 이 한도에서의 기록열람은 허용해야 한다." (3) "피범행혐의자 신문조서, 변호인의 참석이 허용되었거나 허용돼야 했던 법관의 심리행위에 관한 조서 및 감정인의 감정서에 대한 열람은 절차의 어느 단계에서도 거부돼서는 안 된다." (4) "신청이 있으면, 다른 중대한 장애사유가 없는 한도에서, 변호인에게는 증거물을 제외한 모든 기록을 그의 사무실이나 주거에서 열람하	열람할 수 있다." 제279조 "각 피고인 및 사소청구인에게는 그 범죄사실을 증명하는 조서, 증인의 진술서 및 감정보고서의 사본을 무상으로 교부한다." 제280조 "피고인 및 사소청구인 또는 그들의 변호인은 자신의 비용으로 일체의 소송기록 사본을 교부받거나 교부받게 할 수 있다."	

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
			도록 교부해야 한다. 그 판단에 불복할 수 없다." (5) "기록열람의 허용에 관하여는 공판개시 전의 절차에서 또는 절차의 확정력 있는 종결 후에는 검찰이 판단하고, 그 밖의 경우에는 본안법원의 재판장이 판단한다. 검찰이 수사 종결을 기록에 기입한 후에 기록 열람을 거부하거나, 검찰이 제3항에 따른 열람을 거부하거나 또는 피범행혐의자가 구금되어 있으면, 제162조에 따른 관할법원에 재판을 신청할 수 있다. 제297조 내지 제300조, 제302조, 제306조 내지 제309조, 제311조a와 제473조a를 준용한다. 이 재판은 그 이유의 공개가 심리 목적을 위태롭게 할 수 있는 한도에서 이유를 기재하지 않는다." (6) "기록 열람의 거부사유가 사전에 소멸하지 않았으면, 검찰은 늦어도 수사 종결 시에 명령을 취소한다. 변호인에게는 기록 열람권이 다시 제한 없는 상태로 되는 즉시		

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
			통지해야 한다." (7) "변호인 없는 피범행혐의자에게는 기록상의 정보와 사본의 교부가 적절한 변호에 필요하고 다른 형사절차를 포함해 심리 목적을 위태롭게 하지 않으며 제3자의 중대한 보호가치 있는 이익에 장애가 되지 않는 한도에서 피범행혐의자의 신청이 있으면 그 정보와 사본을 교부해야 한다. 제2항 제2문 전단, 제5항과 제477조 제5항을 준용한다."		
(소송계속중) 소송서류등 열람·등사(피해자)	제294조의4(피해자 등의 공판기록 열람·등사) ① "소송계속 중인 사건의 피해자(피해자가 사망하거나 그 심신에 중대한 장애가 있는 경우에는 그 배우자·직계친족 및 형제자매를 포함한다), 피해자 본인의 법정대리인 또는 이들로부터 위임을 받은 피해자 본인의 배우자·직계친족·형제자매·변호사는 소송기록의 열람 또는 등사를 재판장에게 신청할 수 있다."				

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
	② “재판장은 제1항의 신청이 있는 때에는 지체 없이 검사, 피고인 또는 변호인에게 그 취지를 통지하여야 한다.” ③ “재판장은 피해자 등의 권리구제를 위하여 필요하다고 인정하거나 그 밖의 정당한 사유가 있는 경우 범죄의 성질, 심리의 상황, 그 밖의 사정을 고려하여 상당하다고 인정하는 때에는 열람 또는 등사를 허가할 수 있다.” ④ “재판장이 제3항에 따라 등사를 허가하는 경우에는 등사한 소송기록의 사용목적을 제한하거나 적당하다고 인정하는 조건을 붙일 수 있다.” ⑤ “제1항에 따라 소송기록을 열람 또는 등사한 자는 열람 또는 등사에 의하여 알게 된 사항을 사용함에 있어서 부당히 관계인의 명예나 생활의 평온을 해하거나 수사와 재판에 지장을 주지 아니하도록 하여야 한다.” ⑥ “제3항 및 제4항에 관한 재판에 대하여는 불복할 수 없다.”				

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
(소송종결 후) 소송서류등 열람·등사		제53조 ① "누구라도 피고사건의 종결 후 소송기록을 열람할 수 있다. 단 소송기록의 보존 또는 재판소 혹은 검찰청의 사무에 지장이 있는 때에는 그러하지 아니하다." ③ "일본국 헌법 제82조 제2항 단서(정치범죄·출판범죄 또는 기본적 인권에 관한 사건)의 사건에 관하여는 열람을 금지할 수 없다." ④ "소송기록의 보관 및 그 열람의 수수료에 관하여는 별도로 법률로 이를 정한다."			제201조 ① "법정에서의 모든 재판 활동은 서기원이 기록하고, 재판장의 심사·열람을 거친 후 재판장 및 서기원이 서명하여야 한다." ② "법정 기록에서 증인의 증언 부분은 법정에서 낭독하거나 증인에게 교부하고 열람하게 하여야 한다. 증인은 잘못이 없음을 확인한 후 서명 또는 날인하여야 한다." ③ "법정 기록은 당사자에게 교부하여 열람하게 하거나 당사자에게 읽어 들려주어야 한다. 당사자는 기록에 누락 또는 잘못이 있다고 인정한 경우 보충 또는 변경을 청구할 수 있다. 당사자는 잘못이 없음을 확인한 후 서명 또는 날인하여야 한다."
소송서류등 열람·등사 제한		제53조 ② "변론의 공개를 금지한 사건의 소송기록 또는 일반의 열람에 적합하지 아니한 것으로서 그 열람이 금지된 소송기록은, 전항의 규정에 불구하고 소송관계인 또는 열	제147조 기록열람권, 검사권; 피범행혐의자의 정보권 (2) "수사 종결이 아직 기록에 기입되지 않았으면, 변호인이 기록의 전부나 일부를 열람하거나 공적으로 보관하는 증거물을 검사하는 것은		

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
		람에 관하여 정당한 이유가 있어 특별히 소송기록의 보관자의 허가를 받은 자가 아니면 이를 열람할 수 없다." 제53조의2 ① "소송에 관한 서류 및 압수물에 대하여는 행정기관이 보유하는 정보의 공개에 관한 법률(平成11 법률 제42호) 및 독립행정법인등이보유하는정보의공개에관한법률(平成13 법률 제140호)의 규정은 적용하지 아니한다." ② "소송에 관한 서류 및 압수물에 기록된 개인정보에 대해서는 행정기관이 보유하는 정보의 공개에 관한 법률(平成15 법률 제58호) 제4장 및 독립행정법인등이보유하는 정보의 공개에 관한 법률(平成15 법률 제59호) 제4장의 규정은 적용하지 않는다."	심리 목적을 위태롭게 할 수 있는 경우에 거부될 수 있다. 제1문의 요건이 존재하고 피범행혐의자가 심리구속되어 있거나 심리구속이 잠정적인 체포의 사안에서 신청되어 있으면, 구금의 적법성을 판단하는 데 중요한 정보는 변호인이 적합한 방법으로 접근할 수 있어야 한다; 원칙적으로 이 한도에서의 기록열람은 허용해야 한다." (3) "피범행혐의자 신문조서, 변호인의 참석이 허용되었거나 허용돼야 했던 법관의 심리행위에 관한 조서 및 감정인의 감정서에 대한 열람은 절차의 어느 단계에서도 거부돼서는 안 된다."		
소송서류등 열람·등사 제한에 대한 불복			제147조 기록열람권, 검사권; 피범행혐의자의 정보권 (4) "신청이 있으면, 다른 중대한 장애사유가 없는 한도에서, 변호인에게는 증거물		

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
			을 제외한 모든 기록을 그의 사무실이나 주거에서 열람하도록 교부해야 한다. 그 판단에 불복할 수 없다." (5) "기록열람의 허용에 관하여는 공판개시 전의 절차에서 또는 절차의 확정력 있는 종결 후에는 검찰이 판단하고, 그 밖의 경우에는 본안법원의 재판장이 판단한다. 검찰이 수사 종결을 기록에 기입한 후에 기록 열람을 거부하거나, 검찰이 제3항에 따른 열람을 거부하거나 또는 피범행혐의자가 구금되어 있으면, 제162조에 따른 관할법원에 재판을 신청할 수 있다. 제297조 내지 제300조, 제302조, 제306조 내지 제309조, 제311조a와 제473조a를 준용한다. 이 재판은 그 이유의 공개가 심리 목적을 위태롭게 할 수 있는 한도에서 이유를 기재하지 않는다."		
공판조서 열람·등사	제55조(피고인의 공판조서 열람권등) ① "피고인은 공판조서의 열	제49조 "피고인에게 변호인이 없는 때에는 공판조서는 재판소의	제147조 기록열람권, 검사권; 피범행혐의자의 정보권 (7) "변호인 없는 피범행혐의		

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
	람 또는 등사를 청구할 수 있다." ② "피고인이 공판조서를 읽지 못하는 때에는 공판조서의 낭독을 청구할 수 있다," ③ "전2항의 청구에 응하지 아니한 때에는 그 공판조서를 유죄의 증거로 할 수 없다."	규칙에 규정된 바에 의하여 피고인도 이를 열람할 수 있다. 피고인은 읽을 수 없거나 볼 수 없는 때에는 공판조서의 낭독을 요구할 수 있다."	자에게는 기록상의 정보와 사본의 교부가 적절한 변호에 필요하고 다른 형사절차를 포함해 심리 목적을 위태롭게 하지 않으며 제3자의 중대한 보호가치 있는 이익에 장애가 되지 않는 한도에서 피범행혐의자의 신청이 있으면 그 정보와 사본을 교부해야 한다. 제2항 제2문 전단, 제5항과 제477조 제5항을 준용한다."		
재판확정기록 열람·등사	제59조의2(재판확정기록의 열람·등사) ① "누구든지 권리구제·학술연구 또는 공익적 목적으로 재판이 확정된 사건의 소송기록을 보관하고 있는 검찰청에 그 소송기록의 열람 또는 등사를 신청할 수 있다." ② "검사는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 소송기록의 전부 또는 일부의 열람 또는 등사를 제한할 수 있다. 다만, 소송관계인이나 이해관계 있는 제3자가 열람 또는 등사에 관하여				

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
	정당한 사유가 있다고 인정되는 경우에는 그러하지 아니하다." 1. "심리가 비공개로 진행된 경우" 2. "소송기록의 공개로 인하여 국가의 안전보장, 선량한 풍속, 공공의 질서유지 또는 공공복리를 현저히 해할 우려가 있는 경우" 3. "소송기록의 공개로 인하여 사건관계인의 명예나 사생활의 비밀 또는 생명·신체의 안전이나 생활의 평온을 현저히 해할 우려가 있는 경우" 4. "소송기록의 공개로 인하여 공범관계에 있는 자 등의 증거인멸 또는 도주를 용이하게 하거나 관련 사건의 재판에 중대한 영향을 초래할 우려가 있는 경우" 5. "소송기록의 공개로 인하여 피고인의 개선이나 갱생에 현저한 지장을 초래할 우려가 있는 경우" 6. "소송기록의 공개로 인하여 사건관계인의 영업비밀(「부정경쟁방지 및 영업비밀				

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
	보호에 관한 법률」 제2조제2호의 영업비밀을 말한다)이 현저하게 침해될 우려가 있는 경우" 7. "소송기록의 공개에 대하여 당해 소송관계인이 동의하지 아니하는 경우" ③ "검사는 제2항에 따라 소송기록의 열람 또는 등사를 제한하는 경우에는 신청인에게 그 사유를 명시하여 통지하여야 한다." ④ "검사는 소송기록의 보존을 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 그 소송기록의 등본을 열람 또는 등사하게 할 수 있다. 다만, 원본의 열람 또는 등사가 필요한 경우에는 그러하지 아니하다." ⑤ "소송기록을 열람 또는 등사한 자는 열람 또는 등사에 의하여 알게 된 사항을 이용하여 공공의 질서 또는 선량한 풍속을 해하거나 피고인의 개선 및 갱생을 방해하거나 사건관계인의 명예 또는 생활의 평온을 해하는 행위를 하여서는 아니 된다." ⑥ "제1항에 따라 소송기록				

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
	의 열람 또는 등사를 신청한 자는 열람 또는 등사에 관한 검사의 처분에 불복하는 경우에는 당해 기록을 보관하고 있는 검찰청에 대응한 법원에 그 처분의 취소 또는 변경을 신청할 수 있다." ⑦ "제418조 및 제419조는 제6항의 불복신청에 관하여 준용한다."				
확정판결서등 열람·등사	제59조의3(확정 판결서등의 열람·복사) ① "누구든지 판결이 확정된 사건의 판결서 또는 그 등본, 증거목록 또는 그 등본, 그 밖에 검사나 피고인 또는 변호인이 법원에 제출한 서류·물건의 명칭·목록 또는 이에 해당하는 정보(이하 "판결서등"이라 한다)를 보관하는 법원에서 해당 판결서등을 열람 및 복사(인터넷, 그 밖의 전산정보처리시스템을 통한 전자적 방법을 포함한다. 이하 이 조에서 같다)할 수 있다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 판결서등의 열람 및 복사를 제한				

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
	할 수 있다.” 1. “심리가 비공개로 진행된 경우” 2. “「소년법」 제2조에 따른 소년에 관한 사건인 경우” 3. “공범관계에 있는 자 등의 증거인멸 또는 도주를 용이하게 하거나 관련 사건의 재판에 중대한 영향을 초래할 우려가 있는 경우” 4. “국가의 안전보장을 현저히 해할 우려가 명백하게 있는 경우” 5. “제59조의2 제2항 제3호 또는 제6호의 사유가 있는 경우. 다만, 소송관계인의 신청이 있는 경우에 한정한다.” ② “법원사무관등이나 그 밖의 법원공무원은 제1항에 따른 열람 및 복사에 앞서 판결서등에 기재된 성명 등 개인정보가 공개되지 아니하도록 대법원규칙으로 정하는 보호조치를 하여야 한다.” ③ “제2항에 따른 개인정보 보호조치를 한 법원사무관등이나 그 밖의 법원공무원은 고의 또는 중대한 과실로 인한 것이 아니면 제1항에 따				

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
	른 열람 및 복사와 관련하여 민사상·형사상 책임을 지지 아니한다." ④ "열람 및 복사에 관하여 정당한 사유가 있는 소송관계인이나 이해관계 있는 제3자는 제1항 단서에도 불구하고 제1항 본문에 따른 법원의 법원사무관등이나 그 밖의 법원공무원에게 판결서등의 열람 및 복사를 신청할 수 있다. 이 경우 법원사무관등이나 그 밖의 법원공무원의 열람 및 복사에 관한 처분에 불복하는 경우에는 제1항 본문에 따른 법원에 처분의 취소 또는 변경을 신청할 수 있다." ⑤ "제4항의 불복신청에 대하여는 제417조 및 제418조를 준용한다." ⑥ "판결서등의 열람 및 복사의 방법과 절차, 개인정보 보호조치의 방법과 절차, 그 밖에 필요한 사항은 대법원규칙으로 정한다."				
열람등사시 주의의무		제281조의3 "변호인은 검찰관이 피고사			

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
		건의 심리준비를 위해 열람 또는 등사의 기회를 제공한 증거에 관한 복제 등(복제, 그 밖에 증거의 전부 또는 일부를 그대로 기록한 물건 및 서면을 말함. 이하 같음)을 적정하게 관리하고, 그 보관을 함부로 타인에게 맡겨서는 아니된다." 제281조의4 ① "피고인, 변호인(제440조에 규정된 변호인을 포함) 또는 피고인이거나 변호인이었던 자는 검찰관이 피고사건의 심리준비를 위해 열람 또는 등사의 기회를 제공한 증거에 관한 복제 등을, 다음에 기재된 절차 또는 그 준비에 사용할 목적 이외의 목적으로 다른 사람에게 교부·제시하거나 전기통신회선을 통해 제공해서는 아니된다." 1. "해당 피고사건의 심리 그 밖에 해당 피고사건에 관한 재판을 위한 심리" 2. "해당 피고사건에 관해 다음에 기재된 절차" 가. "제1편 제16장의 규정에			

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
		의한 비용보상 절차” 나. “제349조 제1항의 청구절차” 다. “제350조의 청구절차” 라. “상소권회복 청구절차” 마. “재심 청구절차” 바. “비상상고 절차” 사. “제500조 제1항의 신청절차” 아. “제502조의 신청절차” 자. “형사보상법 규정에 의한 보상 청구절차” ② “전항의 규정에 위반한 경우의 조치는, 피고인의 방어권을 참작해, 복제 등의 내용, 행위의 목적 및 태양, 관계인의 명예, 사생활 또는 업무의 평온을 해하였는지 여부, 해당 복제 등에 관한 증거가 공판기일에 조사된 것인지 여부, 조사방법 및 그 밖의 사정을 고려한다.” 제281조의5 ① “피고인 또는 피고인이었던 자가 검찰관이 피고사건의 심리준비를 위해 열람 또는 등사의 기회를 부여한 증거에 관한 복제 등을 전조 제			

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
		1항 각호에 기재된 절차 또는 그 준비에 사용할 목적 이외의 목적으로 다른 사람에게 교부·제시하거나 전기통신회선을 통해 제공한 때에는 1년 이하의 징역 또는 50만엔 이하의 벌금에 처한다.” ② “변호인(제440조에 규정된 변호인을 포함. 이하 이 항에서 같음) 또는 변호인이었던 자가 검찰관이 피고사건의 심리준비를 위해 열람 또는 등사의 기회를 부여한 증거에 관한 복제 등을 재산상의 이익에 대한 대가나 그 밖의 이익을 얻을 목적으로 다른 사람에게 교부하거나 제시 하거나 전기통신회선을 통해 제공한 때에도 전항과 같다.”			

[표 2-3] "증거개시" 입법례

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
검사의 (직권)증거개시		제316조의13 ① "검찰관은 사건이 공판전 정리절차에 회부되었을 때에는 증명예정사실(공판기일에 증거에 의해 증명하고자 하는 사실을 말함. 이하 같음)을 기재한 서면을 재판소에 제출하고 피고인 또는 변호인에게 송부해야 한다. 이 경우 해당서면에는 증거가 될 수 없거나 증거로서 조사를 청구할 의사가 없는 자료로서 재판소에 사건에 관한 편견 또는 예단을 생기게 할 우려가 있는 사항을 기재할 수 없다." ② "검찰관은 전항의 증명예정사실을 증명하기 위한 증거조사를 청구해야 한다." ③ "전항의 규정에 의해 증거조사를 청구함에는 제299조 제1항의 규정은 적용하지 않는다." ④ "재판소는 검찰관 및 피고인 또는 변호인의 의견을 들은 후 제1항 서면의 제출, 송부 및 제2항의 청구 기한을			

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
		정한다." 제316조의14 "검찰관은 전조 제2항의 규정에 의해 조사를 청구한 증거(이하 검찰관 청구증거라고 함)에 대해서는 신속히 피고인 또는 변호인에게 다음의 각호에 기재된 증거의 구분에 따라 해당 각호에서 정하는 방법에 의해 개시해야 한다." 1. "증거서류 또는 증거물 : 해당 증거서류 또는 증거물을 열람할 기회(변호인에 대해서는 열람 및 등사할 기회)를 부여하는 것" 2. "증인, 감정인, 통역인 또는 번역인 : 성명 및 주소를 알 기회를 부여하고 그 자의 진술녹취서 등(진술서, 진술을 녹취한 서면으로 진술자의 서명 또는 날인이 있는 것 또는 영상 또는 음성을 기록할 수 있는 기록매체로서 진술을 기록한 것을 말함. 이하 같음) 중에 그 자가 공판기일에 진술할 것으로 생각되는			

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
		내용이 명백하게 된 것(해당 진술녹취서등이 존재하지 않을 때 또는 이를 열람시키는 것이 상당치 않다고 인정될 때에는 그 자가 공판기일에 진술할 것으로 생각되는 내용의 요지를 기재한 서면)을 열람할 기회(변호인에 대해서는 열람 및 등사할 기회)를 부여하는 것" 제316조의16 ① "피고인 또는 변호인은 제316조의13 제1항 서면의 송부를 받고 제316조의14 및 전조 제1항의 규정에 의해 개시해야 하는 증거를 개시받은 때에는 검찰관 청구증거에 대해 제326조의 동의여부 또는 조사청구에 관한 이의여부에 대한 의견을 밝혀야 한다." ② "재판소는 검찰관 및 피고인 또는 변호인의 의견을 들은 후 전항의 의견을 밝혀야 하는 기한을 정할 수 있다."			
검사의 (신청)증거개	제266조의3(공소제기 후 검사가 보관하고 있는 서류 등	제316조의15 ① "검찰관은 전조의 규정에			

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
시	의 열람·등사) ① “피고인 또는 변호인은 검사에게 공소제기된 사건에 관한 서류 또는 물건(이하 "서류등"이라 한다)의 목록과 공소사실의 인정 또는 양형에 영향을 미칠 수 있는 다음 서류등의 열람·등사 또는 서면의 교부를 신청할 수 있다. 다만, 피고인에게 변호인이 있는 경우에는 피고인은 열람만을 신청할 수 있다.” 1. “검사가 증거로 신청할 서류등” 2. “검사가 증인으로 신청할 사람의 성명·사건과의 관계 등을 기재한 서면 또는 그 사람이 공판기일 전에 행한 진술을 기재한 서류등” 3. “제1호 또는 제2호의 서면 또는 서류등의 증명력과 관련된 서류등” 4. “피고인 또는 변호인이 행한 법률상·사실상 주장과 관련된 서류등(관련 형사재판 확정기록, 불기소처분기록 등을 포함한다)” ② “검사는 국가안보, 증인보	의해 개시한 증거 이외의 증거로서 다음 각호에 기재된 증거의 유형에 해당하고, 특정한 검찰관 청구 증거의 증명력을 판단하기 위해 중요하다고 인정되는 것에 대해 피고인 또는 변호인으로부터 개시청구가 있을 경우 그 중요도, 그 밖의 피고인의 방어준비를 위한 개시의 필요성 및 개시에 의해 생길 우려가 있는 폐해의 내용 및 정도를 고려해 상당하다고 인정될 때에는 신속히 동조 제1항에서 정하는 방법에 의해 개시하여야 한다. 이 경우 검찰관은 필요하다고 인정될 때에는 개시의 시기 또는 방법을 지정하거나 조건을 붙일 수 있다.” 1. “증거물” 2. “제321조 제2항에 규정된 재판소 또는 재판관의 검증 결과를 기재한 서면” 3. “제321조 제3항에 규정된 서면 또는 그에 준하는 서면” 4. “제321조 제4항에 규정된 서면 또는 그에 준하는 서면”			

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
	호의 필요성, 증거인멸의 염려, 관련 사건의 수사에 장애를 가져올 것으로 예상되는 구체적인 사유 등 열람·등사 또는 서면의 교부를 허용하지 아니할 상당한 이유가 있다고 인정하는 때에는 열람·등사 또는 서면의 교부를 거부하거나 그 범위를 제한할 수 있다." ③ "검사는 열람·등사 또는 서면의 교부를 거부하거나 그 범위를 제한하는 때에는 지체 없이 그 이유를 서면으로 통지하여야 한다." ④ "피고인 또는 변호인은 검사가 제1항의 신청을 받은 때부터 48시간 이내에 제3항의 통지를 하지 아니하는 때에는 제266조의4제1항의 신청을 할 수 있다." ⑤ "검사는 제2항에도 불구하고 서류등의 목록에 대하여는 열람 또는 등사를 거부할 수 없다." ⑥ "제1항의 서류등은 도면·사진·녹음테이프·비디오테이프·컴퓨터용 디스크, 그	5. "다음에 기재된 자의 진술녹취서 등" 가. "검찰관이 증인으로서 심문을 청구한 자" 나. "검찰관이 조사를 청구한 진술녹취서등의 진술자로서 해당 진술녹취서 등이 제326조의 동의가 없을 경우에는 검찰관이 증인으로서 심문을 청구할 것을 예정하고 있는 자" 6. "전호에 기재된 자 이외에, 피고인 이외의 자의 진술녹취서등으로서 검찰관이 특정한 검찰관 청구증거에 의해 직접 증명하려고 하는 사실의 유무에 관한 진술을 내용으로 하는 것" 7. "피고인의 진술녹취서 등" 8. "조사상황의 기록에 관한 준칙에 기초해 검찰관, 검찰사무관 또는 사법경찰직원이 직무상 작성할 것이 의무로 되어 있는 서면으로서, 신체가 구속당한 자의 조사에 관해 그 연월일, 시간, 장소 그 밖의 조사상황을 기록한 것(피고인에 관한 것에 한함)"			

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
	밖에 정보를 담기 위하여 만들어진 물건으로서 문서가 아닌 특수매체를 포함한다. 이 경우 특수매체에 대한 등사는 필요 최소한의 범위에 한한다.”	② “피고인 또는 변호인은 전항의 개시청구를 할 때에는 다음에 기재된 사항을 밝혀야 한다.” 1. “전항 각호에 기재된 증거 유형 및 개시청구에 관한 증거를 식별함에 족한 사항” 2. “사안의 내용, 특정한 검찰관 청구증거에 대응하는 증명예정사실, 개시청구에 관한 증거와 해당 검찰관 청구증거와의 관계, 그 밖의 사정에 비추어 해당 개시청구 증거가 해당 검찰관 청구증거의 증명력을 판단하기 위해 중요하다는 것, 그 밖에 피고인의 방어준비를 위해 개시가 필요한 이유” 제316조의20 ① “검찰관은 제316조의14 및 제316조의15 제1항의 규정에 의해 개시한 증거 이외의 증거로서 제316조의17 제1항의 주장에 관련된다고 인정되는 것에 대해서 피고인 또는 변호인으로부터 개시청구가 있을 경우 그 관련			

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
		성의 정도 그 밖에 피고인의 방어준비를 위한 개시의 필요성 및 개시에 의해 생길 우려가 있는 폐해의 내용 및 정도를 고려해 상당하다고 인정될 때에는 신속히 제316조의14 제1호에 정한 방법에 의해 개시해야 한다. 이 경우 검찰관은 필요하다고 인정할 때에는 개시의 시기 또는 방법을 지정하거나 조건을 붙일 수 있다." ② "피고인 또는 변호인은 전항의 개시청구를 한 때에는 다음에 기재된 사항을 밝혀야 한다." 1. "개시청구에 관한 증거를 식별하는데 족한 사항" 2. "제316조의17 제1항의 주장과 개시 청구된 증거와의 관련성, 그 밖에 피고인의 방어준비를 위해 해당 개시가 필요한 이유"			
피고인의 (신청)증거개시	제266조의11(피고인 또는 변호인이 보관하고 있는 서류등의 열람·등사) ① "검사는 피고인 또는 변호인이 공판기일 또는 공판준				

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
	비절차에서 현장부재·심신상실 또는 심신미약 등 법률상·사실상의 주장을 한 때에는 피고인 또는 변호인에게 다음 서류등의 열람·등사 또는 서면의 교부를 요구할 수 있다." 1. "피고인 또는 변호인이 증거로 신청할 서류등" 2. "피고인 또는 변호인이 증인으로 신청할 사람의 성명, 사건과의 관계 등을 기재한 서면" 3. "제1호의 서류등 또는 제2호의 서면의 증명력과 관련된 서류등" 4. "피고인 또는 변호인이 행한 법률상·사실상의 주장과 관련된 서류등" ② "피고인 또는 변호인은 검사가 제266조의3 제1항에 따른 서류등의 열람·등사 또는 서면의 교부를 거부한 때에는 제1항에 따른 서류등의 열람·등사 또는 서면의 교부를 거부할 수 있다. 다만, 법원이 제266조의4 제1항에 따른 신청을 기각하는 결정				

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
	을 한 때에는 그러하지 아니하다." ③ "검사는 피고인 또는 변호인이 제1항에 따른 요구를 거부한 때에는 법원에 그 서류등의 열람· 등사 또는 서면의 교부를 허용하도록 할 것을 신청할 수 있다." ④ "제266조의4 제2항부터 제5항까지의 규정은 제3항의 신청이 있는 경우에 준용한다." ⑤ "제1항에 따른 서류등에 관하여는 제266조의3 제6항을 준용한다."				
법원의 (직권)증거개시명령		제316조의27 ① "재판소는 제316조의25 제1항 또는 전조 제1항의 청구에 대한 결정을 함에 있어 필요하다고 인정될 때에는 검찰관, 피고인 또는 변호인에게 해당 청구 증거의 제시를 명할 수 있다. 이 경우 재판소는 누구에게도 해당 증거를 열람 또는 등사하게 할 수 없다." ② "재판소는 피고인 또는 변호인이 한 전조 제1항의 청			

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
		구에 대한 결정을 함에 있어 필요하다고 인정될 때에는 검찰관에게 그 보관하는 증거로서 재판소가 지정하는 범위에 속하는 것의 標目을 기재한 일람표의 제시를 명할 수 있다. 이 경우 재판소는 누구에게도 해당 일람표를 열람 또는 등사하게 할 수 없다." ③ "제1항의 규정은 제316조의25 제3항 또는 전조 제3항의 즉시항고가 계속된 항고재판소에 대하여, 전항의 규정은 전조 제3항의 즉시항고가 계속된 항고재판소에 대하여 각각 준용한다."			
검사의 증거개시에 대한 피고인의 대응		제316조의17 ① "피고인 또는 변호인은 제316조의13 제1항의 서면을 송부받고 제316조의14 및 제316조의15 제1항의 규정에 의해 개시해야 하는 증거를 개시받은 경우, 그 증명예정사실이나 그 밖에 공판기일에 할 것으로 예정된 사실상 및 법률상의 주장이 있을 때에는 재판소 및 검찰관에			

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
		게 이를 밝혀야 한다. 이 경우 제316조의13 제1항 후단의 규정을 준용한다.” ② “피고인 또는 변호인은 전항의 증명예정사실이 있을 때에는 이를 증명하기 위한 증거조사를 청구해야 한다. 이 경우 제316조의13 제3항의 규정을 준용한다.” ③ “재판소는 검찰관 및 피고인 또는 변호인의 의견을 들은 후 제1항의 주장을 밝혀야 할 기한 및 전항의 청구기한을 정할 수 있다.” 제316조의18 “피고인 또는 변호인은 전조 제2항의 규정에 의해 조사를 청구한 증거에 대해 신속히 검찰관에게 다음 각호에 기재된 증거구분에 따라 해당 각호에 정한 방법에 따라 개시해야 한다.” 1. “증거서류 또는 증거물 : 해당 증거서류 또는 증거물을 열람하고 등사할 기회를 부여하는 것” 2. “증인, 감정인, 통역인 또			

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
		는 번역인 : 성명 및 주소를 알 기회를 부여하고 그 자의 진술녹취서 등 중에 그 자가 공판기일에 진술할 것으로 생각되는 내용이 명백하게 된 것(해당 진술녹취서등이 존재하지 않을 때 또는 이를 열람시키는 것이 상당치 않다고 인정될 때에는 그 자가 공판기일에 진술할 것으로 생각되는 내용의 요지를 기재한 서면)을 열람하고 등사할 기회를 부여하는 것”			
피고인의 증거개시에 대한 검사의 대응		제316조의19 ① “검찰관은 전조의 규정에 의해 개시해야 할 증거를 개시받은 때에는 제316조의17 제2항의 규정에 의해 피고인 또는 변호인이 조사를 청구한 증거에 대해 제326조의 동의 여부 또는 조사청구에 관한 이의여부에 대한 의견을 밝혀야 한다.” ② “재판소는 검찰관 및 피고인 또는 변호인의 의견을 들은 후 전항의 의견을 밝혀야 하는 기한을 정할 수 있다.”			

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
증거개시 내용의 추가 및 변경 (검사)		제316조의21 ① “검찰관은 제316조의13부터 전조에 규정된 절차가 종료된후 증명예정사실을 추가하거나 변경할 필요가 있다고 인정할 때에는 신속히 그 추가하거나 변경해야 하는 증명예정사실을 기재한 서면을 재판소에 제출하고 피고인 또는 변호인에게 송부해야 한다. 이 경우 제316조의13 제1항 후단의 규정을 준용한다.” ② “검찰관은 증명예정사실을 증명하기 위한 증거조사 청구를 추가할 필요가 있다고 인정할 때에는 신속히 그 추가해야 할 증거조사를 청구해야 한다. 이 경우 제361조의13 제3항의 규정을 준용한다.” ③ “재판소는 검찰관 및 피고인 또는 변호인의 의견을 들은 후 제1항의 서면제출 및 송부와 전항의 청구기한을 정할 수 있다.” ④ “제316조의14부터 제316조의16의 규정은 제2항			

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
		의 규정에 의해 검찰관이 조사를 청구한 증거에 대하여 준용한다.”			
증거개시 내용의 추가 및 변경 (피고인)		제316조의22 ① “피고인 또는 변호인은 제316조의13부터 제316조의20에 규정된 절차가 종료된 후 제316조의17 제1항의 주장을 추가하거나 변경할 필요가 있다고 인정할 때에는 신속히 재판소 및 검찰관에게 그 추가 또는 변경해야 할 주장을 밝혀야 한다. 이 경우 제316조의13 제1항 후단의 규정을 준용한다.” ② “피고인 또는 변호인은 증명예정사실을 증명하기 위한 증거조사 청구를 추가할 필요가 있다고 인정할 때에는 신속히 그 추가해야 할 증거조사를 청구해야 한다. 이 경우 제316조의13 제3항을 준용한다.” ③ “재판소는 검찰관 및 피고인 또는 변호인의 의견을 들은 후 제1항의 주장을 밝혀야 할 기한 및 전항의 청구기한을 정할 수 있다.”			

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
		④ "제316조의18 및 제316조의19 규정은 제2항 규정에 의해 피고인 또는 변호인이 조사를 청구한 증거에 대하여 준용한다." ⑤ "제316조의20 규정은 제1항의 추가 또는 변경해야 할 주장과 관련된다고 인정되는 증거에 대하여 준용한다."			
증거개시 제한	제266조의3(공소제기 후 검사가 보관하고 있는 서류 등의 열람·등사) ② "검사는 국가안보, 증인보호의 필요성, 증거인멸의 염려, 관련 사건의 수사에 장애를 가져올 것으로 예상되는 구체적인 사유 등 열람·등사 또는 서면의 교부를 허용하지 아니할 상당한 이유가 있다고 인정하는 때에는 열람·등사 또는 서면의 교부를 거부하거나 그 범위를 제한할 수 있다." ③ "검사는 열람·등사 또는 서면의 교부를 거부하거나 그 범위를 제한하는 때에는 지체 없이 그 이유를 서면으	제316조의25 ① "재판소는 증거개시의 필요성 정도와 증거개시에 의해 생길 우려가 있는 폐해의 내용 및 정도, 그 밖의 사정을 고려해 필요하다고 인정될 때에는 제316조의14(제316조의21 제4항에서 준용하는 경우를 포함)의 규정에 의해 개시해야 할 증거에 대해서는 검찰관의 청구에 의해, 제316조의18(제316조의22 제4항에서 준용되는 경우를 포함)의 규정에 의해 개시해야 할 증거에 대해서는 피고인 또는 변호인의 청구에 의해, 결정으로 해당 증거의 개시시기 또는 방법을 지정하			

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
	로 통지하여야 한다." ⑤ "검사는 제2항에도 불구하고 서류등의 목록에 대하여는 열람 또는 등사를 거부할 수 없다." ⑥ "제1항의 서류등은 도면·사진·녹음테이프·비디오테이프·컴퓨터용 디스크, 그 밖에 정보를 담기 위하여 만들어진 물건으로서 문서가 아닌 특수매체를 포함한다. 이 경우 특수매체에 대한 등사는 필요 최소한의 범위에 한한다." 제266조의11(피고인 또는 변호인이 보관하고 있는 서류등의 열람·등사) ② "피고인 또는 변호인은 검사가 제266조의3 제1항에 따른 서류등의 열람·등사 또는 서면의 교부를 거부한 때에는 제1항에 따른 서류등의 열람·등사 또는 서면의 교부를 거부할 수 있다. 다만, 법원이 제266조의4 제1항에 따른 신청을 기각하는 결정을 한 때에는 그러하지 아니	거나 조건을 붙일 수 있다." ② "재판소는 전항의 청구에 대해 결정할 때에는 상대방의 의견을 들어야 한다." ③ "제1항의 청구에 대한 결정에 대해서는 즉시항고 할 수 있다."			

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
	하다." ④ "제266조의4 제2항부터 제5항까지의 규정은 제3항의 신청이 있는 경우에 준용한다." ⑤ "제1항에 따른 서류등에 관하여는 제266조의3 제6항을 준용한다."				
증거개시 제한(검사, 피고인)에 대한 불복과 법원의 조치	제266조의3(공소제기 후 검사가 보관하고 있는 서류 등의 열람·등사) ④ "피고인 또는 변호인은 검사가 제1항의 신청을 받은 때부터 48시간 이내에 제3항의 통지를 하지 아니하는 때에는 제266조의4제1항의 신청을 할 수 있다." 제266조의4(법원의 열람·등사에 관한 결정) ① "피고인 또는 변호인은 검사가 서류등의 열람·등사 또는 서면의 교부를 거부하거나 그 범위를 제한한 때에는 법원에 그 서류등의 열람·등사 또는 서면의 교부를 허용하도록 할 것을 신청할 수 있다."	제316조의26 ① "재판소는 검찰관이 제316조의 14이나 제316조의15 제1항(제316조의21 제4항에서 준용하는 경우를 포함) 또는 제316조의20 제1항(제316조의22 제5항에서 준용하는 경우를 포함)의 규정에 의해 개시해야 할 증거를 개시하지 않는다고 인정할 때 또는 피고인이나 변호인이 제316조의18(제316조의22 제4항에서 준용하는 경우를 포함)의 규정에 의해 개시해야 할 증거를 개시하지 않는다고 인정할 때에는 상대방의 청구에 의해 결정으로 해당 증거개시를 명해야 한다. 이 경우 재판소는 개시의 시기나 방법을 지정하거			

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
	② “법원은 제1항의 신청이 있는 때에는 열람·등사 또는 서면의 교부를 허용하는 경우에 생길 폐해의 유형·정도, 피고인의 방어 또는 재판의 신속한 진행을 위한 필요성 및 해당 서류등의 중요성 등을 고려하여 검사에게 열람·등사 또는 서면의 교부를 허용할 것을 명할 수 있다. 이 경우 열람 또는 등사의 시기·방법을 지정하거나 조건·의무를 부과할 수 있다.” ③ “법원은 제2항의 결정을 하는 때에는 검사에게 의견을 제시할 수 있는 기회를 부여하여야 한다.” ④ “법원은 필요하다고 인정하는 때에는 검사에게 해당 서류등의 제시를 요구할 수 있고, 피고인이나 그 밖의 이해관계인을 심문할 수 있다.” 제266조의11(피고인 또는 변호인이 보관하고 있는 서류등의 열람·등사) ③ “검사는 피고인 또는 변호인이 제1항에 따른 요구를	나 조건을 붙일 수 있다.” ② “재판소는 전항의 청구에 대해 결정을 할 때에는 상대방의 의견을 들어야 한다.” ③ “제1항의 청구에 대한 결정에 대해서는 즉시항고 할 수 있다.”			

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
	거부한 때에는 법원에 그 서류등의 열람·등사 또는 서면의 교부를 허용하도록 할 것을 신청할 수 있다."				
법원의 증거개시명령 미이행의 결과	제266조의4(법원의 열람·등사에 관한 결정) ⑤ "검사는 제2항의 열람·등사 또는 서면의 교부에 관한 법원의 결정을 지체 없이 이행하지 아니하는 때에는 해당 증인 및 서류등에 대한 증거신청을 할 수 없다."				

[표 2-4] "공판준비절차" 입법례

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
공판절차개시 위한 기타 절차 독일의 이른바 '중간절차' (Zwischenverfahren) 프랑스의 필요적 준비절차			제199조 공판절차 개시에 관한 재판 (1) "공판을 관할하는 법원은 공판절차가 개시돼야 하는지 또는 절차가 잠정적으로 중지돼야 하는지를 재판한다." (2) "기소장은 공판절차 개시의 신청을 담고 있다. 기소장과 함께 기록이 법원에 제출된다." 제201조 기소장의 전달 (1) "재판장은 예비피고인에게 기소장을 통지하고, 그와 동시에 그에게 공판절차 개시에 관한 재판 전에 개별적인 증거조사를 신청하고자 하는지 또는 공판절차 개시에 대한 이의를 제기하고자 하는지에 관하여 일정한 기간 내에 의사를 표시하도록 요구한다. 기소장은 부대기소인에게 그리고 기소장을 신청한 부대기소권자에게도 송부해야 한다; 제145조a 제1항, 제3항을 준용한다." (2) "신청과 이의에 관하여	제269조 "기소결정이 확정되거나, 이에 대해 항고를 받은 중죄항고법원이 기소결정을 추인한 경우에 구속된 피고인은 중죄재판의 개정지 소재 구치소로 이감한다." 제272-1조 ① "중죄법원 서기를 통해 행정절차를 거쳐 소환된 피고인이 중죄법원 재판장의 신문기일에 정당한 사유 없이 출석하지 아니할 경우, 이유를 붙인 결정으로 피고인을 구인할 수 있다." ② "중죄법원의 재판 진행 중에 피고인의 출석을 담보하거나 피해자 또는 증인에게 압력을 가하는 것을 방지하는 유일한 수단이 구속이라고 판단되는 경우, 또는 피고인이 사법통제에 정한 의무를 위반한 경우, 법원은 검사의 청구에 따라 구인영장 혹은 체포영장을 발부할 수 있다. 법원은 피고인의 출석을	제182조 ① "인민법원은 개정하여 재판을 하기로 결정한 후 합의체의 구성원 수를 확정하고 인민검찰원의 기소장 등본을 늦어도 개정 10일 전까지 피고인 및 변호인에게 송달하여야 한다." ② "개정 전에 재판관은 공소인, 당사자, 변호인, 소송대리인을 초청하여 기피, 출정할 증인의 명부, 불법증거배제 등 재판과 관련된 문제의 상황을 파악하고 의견을 청취할 수 있다." ③ "인민법원은 개정 기일을 확정한 후 개정의 기일 및 장소를 인민검찰원에 통지하여야 하고, 당사자를 소환하고, 변호인, 소송대리인, 증인, 감정인 및 통역자 또는 번역자에게 통지한다. 소환장 및 통지서는 늦어도 개정 3일 전까지 송달한다. 공개재판 사건은 개정 3일 전에 미리 사건명, 피고인의 성명, 개정의 기일 및 장소를 공시한

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
			법원이 결정한다. 이 재판에는 불복할 수 없다." 제202조 추가 증거조사의 명령 "법원은 공판절차 개시에 관하여 재판하기 전에 사안의 더 나은 규명을 위하여 개별적인 증거조사를 명할 수 있다. 그 결정에는 불복할 수 없다." 제202조a 공판절차의 진행에 관하여 절차참가인과 논의 "법원은 공판절차의 개시를 고려하고 있으면 공판절차의 촉진에 적합해 보이는 한도에서 공판절차의 진행에 관하여 절차참가인과 논의할 수 있다. 논의의 주요 내용은 기록에 기재해야 한다." 제203조 개시 결정 "법원은 공판개시 전의 절차의 결과에 따라 예비피고인에게 범행의 혐의가 충분히 있다고 보이는 경우에 공판	담보하거나 피해자 또는 증인에게 압력을 가하는 것을 방지하기 위하여 재판 개시 시부터 피고인을 사법통제에 부칠 수 있다. 본항의 규정은 관련 경죄를 위하여 이송된 피고인에게도 적용된다." ③ "언제라도 피고인은 법원에 대하여 석방을 청구할 수 있다." 제272조 ① "중죄법원 재판장은 피고인이 구치소에 도착하고 서기에게 증거물이 송부된 후 최단기간 내에 피고인을 신문한다." ② "피고인이 구속되어 있지 아니한 때에는 제272-1조에 정한 바에 따라 절차를 진행한다." ③ "재판장은 배석판사 중 1인에게 신문을 행할 것을 명할 수 있다." ④ "피고인이 프랑스어를 말하지 못하거나 이해하지 못할 때에는 통역인을 선임하여야 한다."	다." ④ "전항의 활동 상황은 기록으로 남기고 재판관과 서기원이 서명하여야 한다."

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
			절차 개시를 결정한다.” 제204조 불개시 결정 (1) “법원이 공판절차를 개시하지 않는다는 결정을 하면, 그 결정이 사실적 이유에 근거하는지 또는 법적 이유에 근거하는지가 결정에서 드러나야 한다.” (2) “결정은 예비피고인에게 고지해야 한다.” 제205조 일시적인 장애사유 시의 절차 중지 “공판이 상당 기간 예비피고인의 부재 또는 다른 일신상의 장애사유로 방해를 받으면, 법원은 결정으로 절차를 잠정적으로 중지할 수 있다. 재판장은 필요한 한도에서 증거를 보전한다.” 제206조 신청에 불기속 “법원은 결정을 할 때 검찰의 신청에 구속되지 않는다.”	제276조 ① “제272조 내지 제285조에 정한 절차의 이행 여부에 대해서는 재판장 또는 수명법관·서기·피고인, 통역인이 있는 경우에는 통역인이 서명한 조서에 의하여 이를 증명한다.” ② “피고인이 서명할 수 없거나 서명을 거부하는 경우에는 그 취지를 조서에 기재한다.” 제277조 “심리는 중죄법원 재판장의 피고인 신문이 있는 날로부터 5일 이상을 경과하지 아니하면 이를 개시할 수 없다. 피고인 및 그 변호인은 이 기한의 이익을 포기할 수 있다.”	
공판준비절차 회부	제266조의5(공판준비절차) ① “재판장은 효율적이고 집중적인 심리를 위하여 사건	제316조의2 ① “재판소는 충실한 공판심리를 계속적, 계획적으로 신	제213조 공판기일의 지정 (1) “공판기일은 재판장이 지정한다.”		

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
	을 공판준비절차에 부칠 수 있다."	속히 수행하기 위해 필요하다고 인정될 때에는 검찰관 및 피고인 또는 변호인의 의견을 들어 제1회 공판기일 전에 결정으로 사건의 쟁점 및 증거를 정리하기 위한 공판준비로서 사건을 공판전 정리절차에 회부할 수 있다."	(2) "지방법원 또는 고등법원의 제1심절차가 특히 방대하여 공판이 10일을 초과하여 지속될 것으로 예상되면, 재판장은 공판의 외부적 진행을 기일지정 전에 변호인, 검찰 그리고 부대기소인의 대리인과 조율해야 한다."		
공판준비절차의 방식 (서면, 기일)	제266조의5(공판준비절차) ② "공판준비절차는 주장 및 입증계획 등을 서면으로 준비하게 하거나 공판준비기일을 열어 진행한다."	제316조의2 ② "공판전 정리절차는 이 관(款)에 정하는 바에 따라 소송관계인을 출석시켜 진술을 듣거나 소송관계인에게 서면을 제출시키는 방법에 의한다."			
공판준비절차 위한 법원과 소송관계인의 의무	제266조의5(공판준비절차) ③ "검사, 피고인 또는 변호인은 증거를 미리 수집·정리하는 등 공판준비절차가 원활하게 진행될 수 있도록 협력하여야 한다."	제316조의3 ① "재판소는 충실한 공판심리를 계속적, 계획적으로 신속히 수행할 수 있도록 공판전 정리절차에서 충분한 준비가 이루어지도록 함과 동시에 가능한 신속히 종결하도록 노력해야 한다." ② "소송관계인은 충실한 공판심리를 계속적, 계획적으로 신속히 수행할 수 있도록 공판전 정리절차에서 상호			

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
		협력함과 동시에 그 실시에 관해 재판소에 협력해야 한다.”			
서면 공판준비절차	제266조의6(공판준비를 위한 서면의 제출) ① “검사, 피고인 또는 변호인은 법률상·사실상 주장의 요지 및 입증취지 등이 기재된 서면을 법원에 제출할 수 있다.” ② “재판장은 검사, 피고인 또는 변호인에 대하여 제1항에 따른 서면의 제출을 명할 수 있다.” ③ “법원은 제1항 또는 제2항에 따라 서면이 제출된 때에는 그 부본을 상대방에게 송달하여야 한다.” ④ “재판장은 검사, 피고인 또는 변호인에게 공소장 등 법원에 제출된 서면에 대한 설명을 요구하거나 그 밖에 공판준비에 필요한 명령을 할 수 있다.”				
출석 공판준비절차 (공판준비기일	제266조의7(공판준비기일) ① “법원은 검사, 피고인 또는 변호인의 의견을 들어 공	제316조의6 ① “재판장은 소송관계인을 출석시켜 공판전 정리절차를	제214조 재판장에 의한 출석요구; 증거방법의 제출 (1) “공판에 필요한 출석요구		

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
)	판준비기일을 지정할 수 있다." ② "검사, 피고인 또는 변호인은 법원에 대하여 공판준비기일의 지정을 신청할 수 있다. 이 경우 당해 신청에 관한 법원의 결정에 대하여는 불복할 수 없다." ④ "공판준비기일은 공개한다. 다만, 공개하면 절차의 진행이 방해될 우려가 있는 때에는 공개하지 아니할 수 있다."	할 때에는 공판전 정리절차 기일을 정해야 한다." ② "공판전 정리절차 기일은 검찰관, 피고인 및 변호인에게 통지해야 한다." ③ "재판장은 검찰관, 피고인 또는 변호인의 청구에 의하거나 직권으로 공판전 정리절차 기일을 변경할 수 있다. 이 경우 재판소 규칙에서 정하는 바에 따라 미리 검찰관 및 피고인 또는 변호인의 의견을 들어야 한다."	는 재판장이 명한다. 재판장은 그와 동시에 제397조 제2항 제3문, 제406조d 제1항 그리고 제406조h 제2항 제2문에 따라 필요한 기일통지를 하게 한다; 제406조d 제4항을 준용한다. 법원사무국은 출석요구가 이루어지고 통지가 전달되게 하는 것을 담당한다." (2) "공판이 상당 기간 지속될 것으로 인정되면, 재판장은 모든 또는 개별 증인과 감정인의 출석요구를 공판 시작 후의 시점으로 명해야 한다." (3) "검찰은 그 밖의 사람에게 직접 출석요구를 할 수 있다." (4) "검찰은 증거방법으로 이용될 대상물이 제출되도록 한다. 이는 법원도 할 수 있다."		
공판준비기일의 진행 (수명법관, 수탁판사 등)	제266조의7(공판준비기일) ③ "법원은 합의부원으로 하여금 공판준비기일을 진행하게 할 수 있다. 이 경우 수명법관은 공판준비기일에 관하	제316조의11 "재판소는 합의체 구성원으로 하여금 공판전 정리절차(제316조의5 제2호, 제7호 및 제9호부터 제11호까지의	제223조 수명법관 또는 수탁법관에 의한 신문 (1) "증인이나 감정인이 공판에 상당 기간 또는 불확정 기간 질병, 노약, 다른 극복할	제272조 ① "중죄법원 재판장은 피고인이 구치소에 도착하고 서기에게 증거물이 송부된 후 최단기간 내에 피고인을 신	

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
	여 법원 또는 재판장과 동일한 권한이 있다.”	결정을 제외)를 진행하게 할 수 있다. 이 경우 수명재판관은 재판소 또는 재판장과 동일한 권한을 가진다.”	수 없는 장애로 출석하지 못하는 경우에 법원은 수명법관 또는 수탁법관에 의한 신문을 명할 수 있다.” (2) “증인이나 감정인에게 먼 거리 때문에 출석을 기대할 수 없는 경우에도 제1항과 같다.” (3) (삭제) 제225조 수명법관 또는 수탁법관에 의한 검증 실시 “공판 준비를 위하여 법관의 검증을 실시해야 하면, 제224조의 규정을 적용해야 한다.” 제224조 참가인에게 기일 통지 (1) “신문을 위하여 지정한 기일은 검찰, 피고인 그리고 변호인에게 사전에 통지해야 한다; 이들이 신문에 참석하는 것을 필요로 하지 않는다. 통지가 심리를 위태롭게 할 경우에 통지하지 않는다. 작성한 조서는 검찰과 변호인에게 제시해야 한다.”	문한다.” ② “피고인이 구속되어 있지 아니한 때에는 제272-1조에 정한 바에 따라 절차를 진행한다.” ③ “재판장은 배석판사 중 1인에게 신문을 행할 것을 명할 수 있다.” ④ “피고인이 프랑스어를 말하지 못하거나 이해하지 못할 때에는 통역인을 선임하여야 한다.”	

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
			(2) “구금된 피고인은 변호인이 있으면 그 구금된 장소의 법원 청사에서 진행되는 기일에 한하여 출석권이 있다.”		
공판준비기일과 소송관계인의 출석, 필요적 변호사건	제266조의8(검사 및 변호인 등의 출석) ① “공판준비기일에는 검사 및 변호인이 출석하여야 한다.” ② “공판준비기일에는 법원사무관등이 참여한다.” ③ “법원은 검사, 피고인 및 변호인에게 공판준비기일을 통지하여야 한다.” ④ “법원은 공판준비기일이 지정된 사건에 관하여 변호인이 없는 때에는 직권으로 변호인을 선정하여야 한다.” ⑤ “법원은 필요하다고 인정하는 때에는 피고인을 소환할 수 있으며, 피고인은 법원의 소환이 없는 때에도 공판준비기일에 출석할 수 있다.”	제316조의7 “공판전 정리절차 기일에 검찰관 또는 변호인이 출석하지 않은 때에는 그 기일의 절차를 행할 수 없다.” 제316조의12 ① “공판전 정리절차 기일에는 재판소서기관을 입회시켜야 한다.” 제316조의4 ① “공판전 정리절차는 피고인에게 변호인이 없으면 그 절차를 행할 수 없다.” ② “공판전 정리절차에서 피고인에게 변호인이 없을 때에는 재판장은 직권으로 변호인을 붙여야 한다.” 제316조의29 “공판전 정리절차 또는 기일간 정리절차에 회부된 사건을 심리하는 경우에는 제289	제216조 피고인의 출석요구 (1) “불구속 피고인에 대한 출석요구는 피고인이 정당한 사유 없이 불출석하는 경우에 구속 또는 구인될 것이라는 경고를 하여 서면으로 한다. 경고는 제232조에 해당하는 경우에 하지 않을 수 있다.” (2) “구속 피고인은 제35조에 따른 공판기일의 통지로써 출석요구를 한다. 이 경우에 피고인에게는 공판에 대한 방어를 위하여 신청이 있는지 여부와 어떠한 신청인지를 물어보아야 한다.” 제217조 출석요구 기간 (1) “출석요구서의 송달(제216조)과 공판일 사이에는 최소한 1주일의 기간이 있어야 한다.” (2) “그 기간이 준수되지 않았으면, 피고인은 자신에 대	제274조 ① “피고인은 방어권 행사에 도움을 받을 수 있는 변호인을 선임할 수 있다.” ② “피고인이 변호인을 선임하지 않을 경우, 재판장 또는 수명법관은 직권으로 변호인을 지명한다.” ③ “전항의 지명이 있고 나서 피고인이 변호인을 선임한 경우 지명은 무효로 한다.” 제275조 “예외적으로 재판장은 피고인에게 부모 또는 친구 중 1명의 조력을 받을 수 있도록 허가할 수 있다.” 제278조 ① “피고인은 그 변호인과 자유롭게 접견·교통할 권리를 침해받지 아니한다.”	

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
		조 제1항에 규정된 사건에 해당하지 않을 때에도 변호인이 없으면 개정할 수 없다." 제316조의8 ① "변호인이 공판전 정리절차 기일에 출석하지 않은 때 또는 재석(在席)하지 않게 된 때에는 재판장은 직권으로 변호인을 선임하여야 한다." ② "변호인이 공판전 정리절차 기일에 출석하지 않을 우려가 있을 때에는 재판소는 직권으로 변호인을 선임할 수 있다." 제316조의9 ① "피고인은 공판전 정리절차 기일에 출석할 수 있다." ② "재판소는 필요하다고 인정될 때에는 피고인에 대해 공판전 정리절차 기일에 출석할 것을 요구할 수 있다."	한 본안 신문의 시작 시까지 심리의 중단을 요구할 수 있다." (3) "피고인은 그 기간의 준수를 포기할 수 있다." 제218조 변호인의 출석요구 "피고인 외에 국선변호인에게는 항상, 사선변호인에게는 그 선임이 법원에 신고된 경우에 출석요구를 해야 한다. 제217조를 준용한다." 제220조 피고인에 의한 직접 출석요구 (1) "재판장이 사람의 출석요구에 대한 신청을 기각하면, 피고인은 직접 그 사람에게 출석요구를 할 수 있다. 피고인은 사전에 신청하지 않은 경우에도 이 출석요구를 할 수 있다." (2) "직접 출석요구를 받은 사람은 그에게 출석요구 시에 여비와 결근에 대한 법적 보상이 현금으로 제공되거나 법원사무국에 공탁된 사실이 증명된 경우에만 출석의무가		

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
			있다." (3) "직접 출석요구를 받은 사람에 대한 신문이 본안의 규명에 유용했다는 것이 공판에서 드러나면, 법원은 신청에 따라 국고에서 그 사람에게 법적 보상을 하도록 명해야 한다."		
공판준비기일과 진술거부권 고지	제266조의8(검사 및 변호인 등의 출석) ⑥ "재판장은 출석한 피고인에게 진술을 거부할 수 있음을 알려주어야 한다."	제316조의9 ③ "재판장은 피고인을 출석시켜 공판전 정리절차를 진행할 경우 피고인이 출석하는 최초의 공판전 정리절차 기일에 우선 피고인에 대해 계속 침묵하거나 개개의 질문에 대해 진술을 거부할 수 있다는 취지를 고지해야 한다."			
공판준비기일과 피고인 의사의 확인		제316조의10 "재판소는 변호인의 진술 또는 변호인이 제출한 서면에 대해 피고인의 의사를 확실하게 해야 할 필요가 있다고 인정될 때에는 공판전 정리절차 기일에 피고인에 대해 질문할 수 있고, 변호인에 대해 피고인과 연서(連署)한 서			

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
		면의 제출을 요구할 수 있다."			
공판준비절차에서 할 수 있는 행위 (증거신청 포함)	제266조의9(공판준비에 관한 사항) ① "법원은 공판준비절차에서 다음 행위를 할 수 있다." 1. "공소사실 또는 적용법조를 명확하게 하는 행위" 2. "공소사실 또는 적용법조의 추가·철회 또는 변경을 허가하는 행위" 3. "공소사실과 관련하여 주장할 내용을 명확히 하여 사건의 쟁점을 정리하는 행위" 4. "계산이 어렵거나 그 밖에 복잡한 내용에 관하여 설명하도록 하는 행위" 5. "증거신청을 하도록 하는 행위" 6. "신청된 증거와 관련하여 입증 취지 및 내용 등을 명확하게 하는 행위" 7. "증거신청에 관한 의견을 확인하는 행위" 8. "증거 채부(採否)의 결정을 하는 행위" 9. "증거조사의 순서 및 방법을 정하는 행위"	제316조의5 ① "공판전 정리절차에서는 다음에 기재된 사항을 수행할 수 있다." 1. "소인(訴因) 또는 벌조(罰條)를 명확히 하는 것" 2. "소인 또는 벌조의 추가, 철회 또는 변경을 허가하는 것" 3. "공판기일에 할 것으로 예정된 주장을 명백히 하여 사건의 쟁점을 정리하는 것" 4. "증거조사의 청구를 시키는 것" 5. "전호의 청구에 관한 증거에 대해 입증취지, 심문사항 등을 명백히 하는 것" 6. "증거조사 청구에 관한 의견(증거서류에 대한 제326조의 동의여부 의견을 포함)을 명백히 하는 것" 7. "증거조사 결정 또는 증거조사 청구를 각하하는 결정" 8. "증거조사를 하기로 결정한 증거에 대해 조사의 순서 및 방법을 정하는 것"	제219조 피고인의 증거신청 (1) "피고인은 증인 또는 감정인의 공판에의 출석요구나 다른 증거방법의 공판에의 제출을 요구하면 그에 관하여 증거조사가 되어야 하는 사실을 표시하여 재판장에게 신청해야 한다. 그 신청에 대한 처리는 피고인에게 고지해야 한다." (2) "피고인의 증거신청은 채택되는 경우에 한하여 검찰에 통지해야 한다." 제221조 직권에 의한 증거방법 제출 "재판장은 직권으로도 증거방법으로 이용될 다른 대상물의 제출을 명할 수 있다." 제222조 증인과 감정인의 이름 고지 (1) "법원은 검찰과 피고인에게 증인과 감정인의 이름을 적시에 밝히고 그들의 주소지 또는 거소지를 알려야 한	제281조 ① "검사와 사소청구인은 피고인에게, 피고인은 검사와 사소청구인이있는 때에는 사소청구인에게, 최소한 변론개시 24시간 전까지 증인으로서 진술하려고 하는 자의 명단을 송부한다." ② "예심수사 과정에서 감정을 한 자를 감정 작업에 관한 설명을 듣기 위하여 소환한 때에는 전항과 같은 방식으로 그 명단을 송부하여야 한다." ③ "송달장에는 증인과 감정인의 성명·주소·직업을 기재하여야 한다." ④ "당사자가 청구한 증인의 소환비용 및 일당을 청구하는 경우 그 일당은 당사자의 부담으로 한다. 다만, 검사는 변론개시 최소 5일 이전에 당사자가 제출한 증인 명단에 열거된 증인을 직접 청구할 수 있다. 이 명단에는 최대 5인까지만 기재할 수 있다."	

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
	10. “서류등의 열람 또는 등사와 관련된 신청의 당부를 결정하는 행위” 11. “공판기일을 지정 또는 변경하는 행위” 12. “그 밖에 공판절차의 진행에 필요한 사항을 정하는 행위” ② “제296조 및 제304조는 공판준비절차에 관하여 준용한다.”	9. “증거조사 이의신청에 대한 결정” 10. “제3목에서 정하는 바에 따른 증거개시에 관해 재정하는 것” 11. “제316조의33 제1항의 규정에 의한 피고사건 절차참가신청에 대한 결정 또는 해당 결정을 취소하는 결정” 12. “공판기일을 정하거나 변경하는 것, 그 밖에 공판절차의 진행상 필요한 사항을 정하는 것”	다. 검찰은 제214조 제3항에 따라 직접 출석요구를 하는 경우에 법원과 피고인에게 증인과 감정인의 이름을 적시에 밝히고 그들의 주소지 또는 거소지를 알려야 한다. 제200조 제1항 제3문 내지 제5문을 준용한다.” (2) “피고인은 법원과 검찰에 자신이 직접 출석요구를 했거나 공판에 세워야 할 증인과 감정인의 이름을 적시에 밝히고 그들의 주소지 또는 거소지를 알려야 한다.” 제222조a 법원 구성의 통지 (1) “제1심공판이 지방법원이나 고등법원에서 열리는 경우에 늦어도 공판의 시작시에는 재판장, 예비법관4)과 예비참심원을 명시하여 법원 구성을 통지해야 한다. 법원 구성은 재판장의 명령에 따라 공판 전에 미리 통지할 수 있다; 피고인에 대하여는 변호인에게 통지해야 한다. 통지 후에 법원 구성이 변경되면, 늦어도 공판의 시작	제282조 ① “제266조의 규정에 따라 결정된 당해 재판의 배심원명부는 적어도 변론 개시 전날까지 각 피고인에게 송달한다.” ② “전항의 명부에는 주소 또는 거소에 관한 사항을 제외하고 배심원의 동일성을 확인할 수 있는 충분한 정보가 기재되어야 한다.”	

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
			시에는 이를 통지해야 한다." (2) "법원 구성 또는 구성변경의 통지가 공판 시작 1주일 전보다 뒤늦게 도달하면, 피고인, 변호인 또는 검찰이 법원 구성을 검토하기 위하여 늦어도 첫 번째 피고인에 대한 본안에 관한 신문의 시작 시까지 공판의 정지를 신청하는 경우에 법원은 공판을 정지할 수 있다." (3) "법원 구성의 준거가 되는 서류는 피고인의 경우에는 변호인 또는 변호사만이, 부대기소인의 경우에는 변호사만이 열람할 수 있다." 제222조b 법원 구성에 대한 이의 (1) "제222조a에 따라 법원 구성이 통지되었으면, 법원이 규정에 위반하여 구성되었다는 이의는 공판에서 첫 번째 피고인에 대한 본안에 관한 신문의 시작 시까지에 한하여 제기할 수 있다. 법원 구성이 규정 위반임을 드러나게 하는 사실을 그 이의에		

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
			서 적시해야 한다. 모든 이의사항은 동시에 제출해야 한다. 공판 외에서는 서면으로 이의를 주장해야 한다; 제345조 제2항, 부대기소인의 경우에는 제390조 제2항을 준용한다." (2) "이의에 관하여는 법원은 공판 외에서 하는 재판을 위하여 규정된 구성으로 재판한다. 법원은 이의가 이유 있다고 여기면 법원 구성이 규정에 따르지 않았음을 확인한다. 이의로 말미암아 법원 구성이 변경되면, 새로운 법원에는 제222조a가 적용되지 않는다."		
공판준비기일의 종결, 조서	제266조의10(공판준비기일 결과의 확인) ① "법원은 공판준비기일을 종료하는 때에는 검사, 피고인 또는 변호인에게 쟁점 및 증거에 관한 정리결과를 고지하고, 이에 대한 이의의 유무를 확인하여야 한다." ② "법원은 쟁점 및 증거에 관한 정리결과를 공판준비기일조서에 기재하여야 한다."	제316조의24 "재판소는 공판전 정리절차를 종료함에 있어 검찰관 및 피고인 또는 변호인과 사건의 쟁점 및 증거정리의 결과를 확인해야 한다." 제316조의12 ② "공판전 정리절차 기일의 절차에 대해서는 재판소 규칙이 정하는 바에 따라 공판			

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
		전 정리절차 조서를 작성해야 한다.”			
공판준비절차 종결 사유	제266조의12(공판준비절차의 종결사유) “법원은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있는 때에는 공판준비절차를 종결하여야 한다. 다만, 제2호 또는 제3호에 해당하는 경우로서 공판의 준비를 계속하여야 할 상당한 이유가 있는 때에는 그러하지 아니하다.” 1. “쟁점 및 증거의 정리가 완료된 때” 2. “사건을 공판준비절차에 부친 뒤 3개월이 지난 때” 3. “검사·변호인 또는 소환받은 피고인이 출석하지 아니한 때”				
공판준비기일 종결과 증거신청 제한 (실권효)	제266조의13(공판준비기일 종결의 효과) ① “공판준비기일에서 신청하지 못한 증거는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에 한하여 공판기일에 신청할 수 있다.”	제316조의32 ① “공판전 정리절차 또는 기일간 정리절차에 회부된 사건에 대해 검찰관 및 피고인 또는 변호인은 제298조 제1항의 규정에도 불구하고 불가피한 사유에 의해 공판전			

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
	1. “그 신청으로 인하여 소송을 현저히 지연시키지 아니하는 때” 2. “중대한 과실 없이 공판준비기일에 제출하지 못하는 등 부득이한 사유를 소명한 때” ② “제1항에도 불구하고 법원은 직권으로 증거를 조사할 수 있다.”	정리절차 또는 기일간 정리절차에 청구할 수 없었던 것을 제외하고는 해당 공판전 정리절차 또는 기일간 정리절차가 종료된 이후에는 증거조사를 청구할 수 없다.” ② “전항의 규정은 재판소가 필요하다고 인정할 때에 직권으로 증거조사하는 것을 방해하지 않는다.”			
공판준비절차 종결 후 공판기일절차		제316조의31 ① “공판전 정리절차에 회부된 사건에 대해 재판소는 재판소 규칙이 정하는 바에 따라 전조의 절차가 종료된 후 공판기일에 해당 공판전 정리절차의 결과를 밝혀야 한다.” ② “기일전 정리절차에 회부된 사건에 대해 재판소는 재판소 규칙이 정하는 바에 따라 그 절차가 종료된 후 공판기일에 해당 기일간 정리절차의 결과를 밝혀야 한다.”			
기일간 공판준비절차	제266조의15(기일간 공판준비절차) “법원은 쟁점 및 증거의 정리	제316조의28 ① “재판소는 심리경과를 감안하여 필요하다고 인정할			

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
	를 위하여 필요한 경우에는 제1회 공판기일 후에도 사건을 공판준비절차에 부칠 수 있다. 이 경우 기일전 공판준비절차에 관한 규정을 준용한다.”	때에는 검찰관 및 피고인 또는 변호인의 의견을 들어 제1회 공판기일 후에 결정으로 사건의 쟁점 및 증거를 정리하기 위한 공판준비로서 사건을 기일간 정리절차에 회부할 수 있다.” ② “기일간 정리절차에 대해서는 전관(前款)(제316조의2 제1항 및 제316조의9 제3항을 제외함)의 규정을 준용한다. 이 경우 검찰관, 피고인 또는 변호인이 전항의 결정 전에 조사를 청구한 증거에 대해서는 기일간 정리절차에서 조사를 청구한 증거로 간주하고, 제316조의6부터 제316조의10 및 제316조의12 가운데 ‘공판전 정리절차기일’은 ‘기일간 정리절차기일’로 동조 제2항 중 ‘공판전 정리절차 조서’는 ‘기일간 정리절차 조서’로 대체한다.”			
증거개시 내용 남용금지	제266조의16(열람·등사된 서류등의 남용금지) ① “피고인 또는 변호인(피고인 또는 변호인이었던 자				

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
	를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)은 검사가 열람 또는 등사하도록 한 제266조의3제1항에 따른 서면 및 서류등의 사본을 당해 사건 또는 관련 소송의 준비에 사용할 목적 이 아닌 다른 목적으로 다른 사람에게 교부 또는 제시(전기통신설비를 이용하여 제공하는 것을 포함한다)하여서는 아니 된다." ② "피고인 또는 변호인이 제1항을 위반하는 때에는 1년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다."				

[표 2-5] "증거조사" 입법례

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
증거조사 시기	제290조(증거조사) "증거조사는 제287조에 따른 절차[쟁점정리 및 입증계획진술]가 끝난 후에 실시한다."	제292조 "증거조사는 제291조의 절차[공소장낭독]가 끝난 후 이를 행한다. 다만 다음 절 제1관에 정한 공판전 정리절차에 있어 쟁점 및 증거정리를 위해 행하는 절차에 있어서는 그러하지 아니하다."	제244조 증거조사; 심리원칙; 증거신청의 기각 (1) "피고인신문 후에 증거조사를 한다." (2) "법원은 진실 규명을 위하여 직권으로 재판에 의미있는 모든 사실과 증거방법에 관한 증거조사를 해야 한다." (3) "증거신청은 그 증거의 조사가 부적법한 경우에 기각해야 한다. 그 밖에 증거신청을 기각할 수 있는 것은 공지의 사실이어서 증거 조사가 불필요한 경우, 증명하려는 사실이 재판에 무의미하거나 이미 증명된 경우, 증거방법이 완전히 부적합하거나 취득할 수 없는 경우, 신청이 절차 지연의 목적으로 제기된 경우 또는 피고인의 책임감면을 위하여 증명하려는 중요한 주장을 마치 그 주장사실이 진실인 것처럼 취급할 수 있을 경우에 한한다."	제442조 "재판장은 증인의 진술을 듣기 전에 피고인을 신문하고, 그 진술을 듣는다."	
증거조사		제296조	제245조 증거조사의 범위;		

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
범위, 개시時 주의사항		"증거조사의 처음에 검찰관은 증거에 의하여 증명할 사실을 명확히 하여야 한다. 단 증거로 할 수 없거나 증거로서 그 조사를 청구할 의사가 없는 자료에 기하여 재판소에 사건에 대하여 편견 또는 예단을 발생하게 할 우려가 있는 사항은 진술할 수 없다." 제308조 "재판소는 검찰관 및 피고인 또는 변호인에 대하여 증거의 증명력을 다투기 위하여 필요한 적당한 기회를 부여하여야 한다."	증거방법 (1) "증거조사는 법원이 미리 출석요구를 하여 출석한 모든 증인과 감정인, 그 밖에 제214조 제4항에 따라 법원이나 검찰이 제출한 증거방법에 대하여 해야 하고, 다만 증거조사가 부적법한 경우에는 그렇지 않다. 개별적인 증거조사는 검찰, 변호인과 피고인이 동의하는 경우에 배제할 수 있다." 제246조 실기를 이유로 증거신청의 기각 (1) "증거조사는 증거방법이나 증명할 사실이 너무 늦게 제출되었다는 이유로 기각할 수 없다." (2) "그러나 신문할 증인이나 감정인의 이름이 신청인의 상대방에게 너무 늦게 알려지거나 증명할 사실이 너무 늦게 제출되어 상대방이 조회하는 데 필요한 시간이 부족하게 되면, 상대방은 증거조사의 종료 시까지 조회를 위한 공판 중단을 신청할 수 있다."		

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
			(3) “검찰과 피고인은 재판장이나 법원의 명령으로 출석요구를 받은 증인이나 감정인의 경우에 동일한 권한을 갖는다.” (4) “그 신청에 대하여 법원은 자유재량으로 재판한다.”		
증거조사 장소	제291조(동전) ① “소송관계인이 증거로 제출한 서류나 물건 또는 제272조, 제273조의 규정에 의하여 작성 또는 송부된 서류는 검사, 변호인 또는 피고인이 공판정에서 개별적으로 지시설명하여 조사하여야 한다.” ② “재판장은 직권으로 전항의 서류나 물건을 공판정에서 조사할 수 있다.”				
증거조사 순서	제291조의2(증거조사의 순서) ① “법원은 검사가 신청한 증거를 조사한 후 피고인 또는 변호인이 신청한 증거를 조사한다.” ② “법원은 제1항에 따른 조사가 끝난 후 직권으로 결정	제297조 ① “재판소는 검찰관 및 피고인 또는 변호인의 의견을 들어 증거조사의 범위, 순서 및 방법을 정할 수 있다.” ② “전항의 절차는 합의체의 구성원에게 이를 하도록 할 수 있다.”			

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
	한 증거를 조사한다." ③ "법원은 직권 또는 검사, 피고인·변호인의 신청에 따라 제1항 및 제2항의 순서를 변경할 수 있다."	③ "재판소는 적당하다고 인정하는 때에는 언제라도 검찰관 및 피고인 또는 변호인의 의견을 들어 제1항의 규정에 의하여 정한 증거조사의 범위, 순서 또는 방법을 변경할 수 있다."			
증거조사 내용(피고인자백내용)	규칙 제135조(자백의 조사시기) "법 제312조 및 법 제313조에 따라 증거로 할 수 있는 피고인 또는 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 조서 또는 서류가 피고인의 자백 진술을 내용으로 하는 경우에는 범죄사실에 관한 다른 증거를 조사한 후에 이를 조사하여야 한다."	제301조 "제322조 및 제324조 제1항의 규정에 의하여 증거로 할 수 있는 피고인의 진술이 자백인 경우에는 범죄사실에 관한 다른 증거가 조사된 후가 아니면 그 조사를 청구할 수 없다."			
증거조사 내용(수사기록일부)	규칙 제132조의3(수사기록의 일부에 대한 증거신청방식) ① "법 제311조부터 법 제315조까지 또는 법 제318조에 따라 증거로 할 수 있는 서류나 물건이 수사기록의 일부인 때에는 검사는 이를 특정하여 개별적으로 제출함으	제302조 "제321조 내지 제323조 또는 제326조의 규정에 의하여 증거로 할 수 있는 서면이 수사기록의 일부인 때에는, 검찰관은 가능한 한 다른 부분과 분리하여 그 조사를 청구하여야 한다."			

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
	로써 그 조사를 신청하여야 한다. 수사기록의 일부인 서류나 물건을 자백에 대한 보강증거나 피고인의 정상에 관한 증거로 낼 경우 또는 법 제274조에 따라 공판기일전에 서류나 물건을 낼 경우에도 이와 같다." ② "제1항의 규정에 위반한 증거신청은 이를 기각할 수 있다."				
증거조사 내용 (공판준비절차 현출 증거)		제303조 "공판준비에서 한 증인 기타의 자의 신문, 검증, 압수 및 수색의 결과를 기재한 서면 및 압수한 물건에 대하여는 재판소는 공판기일에서 증거서류 또는 증거물로서 이를 조사하여야 한다."			제193조 ① "법정 심리에서 범죄의 인정 및 형의 양정에 관한 사실, 증거에 대해서는 조사, 변론을 하여야 한다." ② "공소인, 당사자, 변호인 및 소송대리인은 재판장의 허가를 얻어 증거 및 사건의 사정에 대하여 의견을 표명할 수 있고, 상호 변론을 할 수 있다."
증거조사 방식 (일반)	제291조(동전) ① "소송관계인이 증거로 제출한 서류나 물건 또는 제272조, 제273조의 규정에 의하여 작성 또는 송부된 서				제191조 ② "인민법원은 증거를 조사하고 확인할 때에 신체검증, 봉인, 압류, 감정(예금 또는 송금의) 조사 및 동결을 할 수

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
	류는 검사, 변호인 또는 피고인이 공판정에서 개별적으로 지시설명하여 조사하여야 한다.”				있다.”
증거조사 방식 (증인)	제161조의2(증인신문의 방식) ① “증인은 신청한 검사, 변호인 또는 피고인이 먼저 이를 신문하고 다음에 다른 검사, 변호인 또는 피고인이 신문한다.” ② “재판장은 전항의 신문이 끝난 뒤에 신문할 수 있다.” ③ “재판장은 필요하다고 인정하면 전2항의 규정에 불구하고 어느 때나 신문할 수 있으며 제1항의 신문순서를 변경할 수 있다.” ④ “법원이 직권으로 신문할 증인이나 범죄로 인한 피해자의 신청에 의하여 신문할 증인의 신문방식은 재판장이 정하는 바에 의한다.” ⑤ “합의부원은 재판장에게 고하고 신문할 수 있다.” 제162조(개별신문과 대질) ① “증인신문은 각 증인에 대		제250조 직접 신문의 원칙 “사실의 증명이 사람의 인지에 근거하면, 그 사람을 공판에서 신문해야 한다. 신문은 그 전의 신문에 관하여 작성된 조서의 낭독 또는 진술서의 낭독으로 대체해서는 안 된다.”		제189조 ② “재판관은 증인 및 감정인을 심문할 수 있다.”

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
	하여 신문하여야 한다." ② "신문하지 아니한 증인이 재정한 때에는 퇴정을 명하여야 한다." ③ "필요한 때에는 증인과 다른 증인 또는 피고인과 대질하게 할 수 있다." ④ 삭제 제163조(당사자의 참여권, 신문권) ① "검사, 피고인 또는 변호인은 증인신문에 참여할 수 있다." ② "증인신문의 시일과 장소는 전항의 규정에 의하여 참여할 수 있는 자에게 미리 통지하여야 한다. 단, 참여하지 아니한다는 의사를 명시한 때에는 예외로 한다."				
증거조사 방식 (증거서류)	제292조(증거서류에 대한 조사방식) ① "검사, 피고인 또는 변호인의 신청에 따라 증거서류를 조사하는 때에는 신청인이 이를 낭독하여야 한다." ② "법원이 직권으로 증거서류를 조사하는 때에는 소지	제305조 ① "검찰관, 피고인 또는 변호인의 청구에 의하여 증거서류의 조사를 함에 있어서는 재판장은 그 조사를 청구한 자에게 이를 낭독하도록 하여야 한다. 단 재판장은 스스로 이를 낭독하거나 또는	제249조 낭독을 통한 서증조사; 혼자 읽는 절차 (1) "문서와 그 밖에 증거방법이 되는 서류는 공판에서 낭독한다. 이는 특히 이미 선고된 형사판결, 범죄인등록부, 교회부 초본 그리고 가족관계등록부 초본에 적용되고		제190조 "공소인 및 변호인은 법정에서 물증을 제시하여 당사자에게 변별시켜야 하고, 출두하지 않은 증인의 증언 기록, 감정인의 감정 의견, 검증 기록, 기타 증빙 서류는 법정에서 낭독하여야 한다. 재판관

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
	인 또는 재판장이 이를 낭독하여야 한다.” ③ “재판장은 필요하다고 인정하는 때에는 제1항 및 제2항에도 불구하고 내용을 고지하는 방법으로 조사할 수 있다.” ④ “재판장은 법원사무관등으로 하여금 제1항부터 제3항까지의 규정에 따른 낭독이나 고지를 하게 할 수 있다.” ⑤ “재판장은 열람이 다른 방법보다 적절하다고 인정하는 때에는 증거서류를 제시하여 열람하게 하는 방법으로 조사할 수 있다.”	배석 재판관 또는 재판소서기에게 이를 낭독시킬 수 있다.” ② “재판소가 직권으로 증거서류의 조사를 함에 있어서는 재판장은 스스로 그 서류를 낭독하거나 배석재판관 또는 재판소서기에게 이를 낭독시켜야 한다.” ③ “제290조의2 제1항 또는 제3항의 결정이 있었던 때에는 전 2항의 규정에 의한 증거서류의 낭독은 피해자 특정사항을 밝히지 않는 방법으로 행한다.” ④ “제157조의4 제3항의 규정에 의하여 기록매체가 그 일부가 된 조서의 조사에 대하여는, 전2항에 의한 낭독에 갈음하여 당해 기록매체를 재생한다. 단 재판장은 검찰관 및 피고인 또는 변호인의 의견을 들어 상당하다고 인정하는 때에는, 당해 기록매체의 재생에 갈음하여 당해 조서의 조사를 청구한 자, 배석재판관 혹은 재판소서기관에게 당해 조서에 기록된 진술의 내용을 고지하도록	법관의 검증조서에도 적용된다.” (2) “낭독의 생략은 제253조와 제254조의 경우 이외에 법관과 참심원이 문서 또는 서류의 문언을 인식하고 있고 그 밖의 참가인이 이에 관한 기회를 가진 경우에 가능하다. 검사, 피고인 또는 변호인이 제1문에 따라 절차를 진행하는 재판장의 명령에 대하여 지체 없이 이의를 제기하면, 법원이 재판한다. 재판장의 명령, 문언 인식과 그 기회에 관한 확인 그리고 이의제기는 조서에 기재해야 한다.” 제251조 조서의 낭독을 통한 서증 (1) “증인, 감정인 또는 공동피범행혐의자의 신문은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에 신문조서 또는 그가 작성한 진술서를 포함하는 문서의 낭독으로 대체될 수 있다.” 1. “피고인에게 변호인이 있고, 검사, 변호인 그리고 피		은 공소인, 당사자 변호인 및 소송대리인의 의견을 청취하여야 한다.”

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
		하거나 또는 직접 이를 고지할 수 있다." ⑤ "재판소는 전항의 규정에 의하여 제157조의4 제3항에 규정된 기록 매체를 재생하는 경우에 필요하다고 인정하는 때에는, 검찰관 및 피고인 또는 변호인의 의견을 들어 제157조의3에 규정된 조치를 취할 수 있다."	고인이 이에 동의한 경우" 2. "낭독이 피고인의 자백을 확인하는 데에만 소용되고 변호인 없는 피고인 및 검사가 낭독에 동의하는 경우" 3. "증인, 감정인 또는 공동피범행혐의자가 사망하거나 다른 이유로 가까운 장래에 법원에서 신문을 받을 수 없는 경우" 4. "조서 또는 문서가 재산상 손해의 존재 또는 액수와 관련된 한도에서" (2) "증인, 감정인, 또는 공동피범행혐의자에 대한 신문은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에도 그 전의 법관에 의한 신문조서의 낭독으로 대체될 수 있다." 1. "증인, 감정인 또는 공동피범행혐의자의 공판 출석이 질병, 노쇠, 그 밖에 극복할 수 없는 장애로 인하여 상당 기간 또는 불확정 기간 동안 어려울 경우" 2. "진술의 중요성을 감안하면 증인이나 감정인의 공판 출석을 원거리 때문에 기대할 수 없는 경우"		

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
			3. “검사, 변호인 그리고 피고인이 낭독에 동의한 경우” (3) “낭독이 판결에 이르는 데 직접적으로 이바지하기 위한 것이 아니라 다른 목적, 특히 누군가에게 출석요구를 하여 신문할지 여부에 관한 재판을 준비하는 데 이바지해야 한다면, 신문조서, 문서, 그 밖에 증거방법으로 사용되는 서류는 그렇지 않은 경우에도 낭독될 수 있다.” (4) “제1항, 제2항에 해당하는 사안에서 법원은 낭독을 명할지를 결정한다. 그 낭독의 이유를 고지한다. 법관에 의한 신문조서가 낭독되면, 피신문자가 선서했는지 여부를 확인한다. 선서는 법원이 이를 필요하다고 보고 여전히 가능한 경우에 보완한다.”		
증거조사 방식 (증거물인 서류)		제307조 “증거물 중 서면의 의의가 증거로 되는 것의 조사를 함에 있어서는 전조의 규정에 의하는 외에 제305조의 규정에 의한다.”			

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
증거조사 방식 (증거물)	제292조의2(증거물에 대한 조사방식) ① "검사, 피고인 또는 변호인의 신청에 따라 증거물을 조사하는 때에는 신청인이 이를 제시하여야 한다." ② "법원이 직권으로 증거물을 조사하는 때에는 소지인 또는 재판장이 이를 제시하여야 한다." ③ "재판장은 법원사무관등으로 하여금 제1항 및 제2항에 따른 제시를 하게 할 수 있다."	제306조 ① "검찰관, 피고인 또는 변호인의 청구에 의하여 증거물의 조사를 함에 있어서는 재판장은 청구를 한 자로 하여금 이를 제시하도록 하여야 한다. 단 재판장은 스스로 이를 제시하거나 배석재판관 또는 재판소서기에게 이를 제시하도록 할 수 있다." ② "재판소가 직권으로 증거물의 조사를 함에 있어서는 재판장은 직접 이를 소송관계인에게 제시하거나 배석재판관 또는 재판소서기에게 이를 제시하도록 하여야 한다."	제214조 재판장에 의한 출석요구; 증거방법의 제출 (4) "검찰은 증거방법으로 이용될 대상물이 제출되도록 한다. 이는 법원도 할 수 있다."		제190조 "공소인 및 변호인은 법정에서 물증을 제시하여 당사자에게 변별시켜야 하고, 출두하지 않은 증인의 증언 기록, 감정인의 감정 의견, 검증 기록, 기타 증빙 서류는 법정에서 낭독하여야 한다. 재판관은 공소인, 당사자 변호인 및 소송대리인의 의견을 청취하여야 한다."
증거조사 방식 (기타증거)	제292조의3(그 밖의 증거에 대한 조사방식) "도면·사진·녹음테이프·비디오테이프·컴퓨터용디스크, 그 밖에 정보를 담기 위하여 만들어진 물건으로서 문서가 아닌 증거의 조사에 관하여 필요한 사항은 대법원규칙으로 정한다."	제305조 ⑤ "재판소는 전항의 규정에 의하여 제157조의4 제3항에 규정된 기록 매체를 재생하는 경우에 필요하다고 인정하는 때에는, 검찰관 및 피고인 또는 변호인의 의견을 들어 제157조의3에 규정된 조치를 취할 수 있다."			
증거신청	제294조(당사자의 증거신	제298조	제245조 증거조사의 범위;		제192조

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
(당사자)	청) ① "검사, 피고인 또는 변호인은 서류나 물건을 증거로 제출할 수 있고, 증인·감정인·통역인 또는 번역인의 신문을 신청할 수 있다." ② "법원은 검사, 피고인 또는 변호인이 고의로 증거를 뒤늦게 신청함으로써 공판의 완결을 지연하는 것으로 인정할 때에는 직권 또는 상대방의 신청에 따라 결정으로 이를 각하할 수 있다."	① "검찰관, 피고인 또는 변호인은 증거조사를 청구할 수 있다." 제299조 ① "검찰관· 피고인 또는 변호인이 증인, 감정인, 통역인 또는 번역인의 신문을 청구함에 있어서는 미리 상대방에 대하여 그 성명 및 주거를 알 기회를 주어야 한다. 증거서류 또는 증거물의 조사를 청구함에 있어서는 미리 상대방에게 이를 열람할 기회를 부여하여야 한다. 단 상대방에게 이의가 없는 때에는 그러하지 아니하다."	증거방법 (2) "피고인이나 검찰이 미리 출석요구를 하여 출석한 증인과 감정인, 그 밖의 제출된 증거방법에 대한 증거조사는 증거신청이 있는 경우에만 법원은 이를 실시할 의무가 있다. 그 신청은 증거조사가 부적법한 경우에 기각해야 한다. 그 밖에 증거신청을 기각할 수 있는 것은 증명하려는 사실이 이미 증명되었거나 공지의 사실인 경우, 그 사실과 판결 대상 사이에 연관성이 없는 경우, 증거방법이 완전히 부적합하거나 신청이 절차 지연의 목적으로 제기된 경우에 한한다."		① "법정심리 과정에서 당사자와 변호인, 소송대리인은 새로운 증인으로 출석하도록 통지할 것, 새로운 물증을 조사할 것, 감정 또는 현장 검증을 다시 할 것을 신청할 권리를 가진다." ② "공소인 당사자 및 변호인, 소송대리인은 법정에 대하여 전문지식을 가진 자에게 출석을 통지하고, 감정인이 제출한 감정 의견에 의견을 제출케 하도록 신청할 수 있다." ③ "법정은 위 신청에 대하여 채택할 것인지 여부의 결정을 내려야 한다." ④ "제2항에 규정한 전문지식을 가진 자가 출정한 때에는 감정인에 관한 규정을 적용한다."
증거신청(피해자)	제294조의2(피해자등의 진술권) ① "법원은 범죄로 인한 피해자 또는 그 법정대리인(피해자가 사망한 경우에는 배우자·직계친족·형제자매를 포함한다. 이하 이 조에서 "피	제292조의 2 ① "재판소는 피해자 또는 그 법정대리인으로부터 피해에 관한 심정 기타 피고사건에 관한 의견진술의 신청이 있는 때에는, 공판기일에서 그 의견을 진술시킨다."			

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
	해자등"이라 한다)의 신청이 있는 때에는 그 피해자등을 증인으로 신문하여야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다." 1. 삭제 2. "피해자등 이미 당해 사건에 관하여 공판절차에서 충분히 진술하여 다시 진술할 필요가 없다고 인정되는 경우" 3. "피해자등의 진술로 인하여 공판절차가 현저하게 지연될 우려가 있는 경우" ② "법원은 제1항에 따라 피해자등을 신문하는 경우 피해의 정도 및 결과, 피고인의 처벌에 관한 의견, 그 밖에 당해 사건에 관한 의견을 진술할 기회를 주어야 한다." ③ "법원은 동일한 범죄사실에서 제1항의 규정에 의한 신청인이 여러 명인 경우에는 진술할 자의 수를 제한할 수 있다." ④ "제1항의 규정에 의한 신청인이 출석통지를 받고도 정당한 이유없이 출석하지	② "전항의 규정에 의한 의견진술의 신청은 미리 검찰관에게 하여야 한다. 이 경우에 검찰관은 의견을 붙여 이를 재판소에 통지한다." ③ "재판장 또는 배석재판관은 피해자 또는 해당 피해자의 법정대리인이 의견을 진술한 후 그 취지를 명확히 하기 위하여 이들에게 질문할 수 있다." ④ "소송관계인은 피해자 또는 해당 피해자의 법정대리인이 의견을 진술한 후 그 취지를 명확히 하기 위하여 재판장에게 알리고 이들에게 질문할 수 있다." ⑤ "재판장은 피해자 또는 해당 피해자의 법정대리인의 의견진술 또는 소송관계인의 피해자 또는 해당 피해자의 법정대리인에 대한 질문이 이미 한 진술 혹은 질문과 중복되는 때 또는 사건에 관계없는 사항에 미친 때 기타 상당하지 아니한 때에는 이를 제한할 수 있다." ⑥ "제157조의2, 제157조의3 및 제157조의4 제1항의			

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
	아니한 때에는 그 신청을 철회한 것으로 본다." 제294조의3(피해자 진술의 비공개) ① "법원은 범죄로 인한 피해자를 증인으로 신문하는 경우 당해 피해자·법정대리인 또는 검사의 신청에 따라 피해자의 사생활의 비밀이나 신변보호를 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 결정으로 심리를 공개하지 아니할 수 있다." ② "제1항의 결정은 이유를 붙여 고지한다." ③ "법원은 제1항의 결정을 한 경우에도 적당하다고 인정되는 자의 재정(在廷)을 허가할 수 있다." 제294조의4(피해자 등의 공판기록 열람·등사) ① "소송계속 중인 사건의 피해자(피해자가 사망하거나 그 심신에 중대한 장애가 있는 경우에는 그 배우자·직계친족 및 형제자매를 포함한다), 피해자 본인의 법정대리	규정은, 제1항의 규정에 의한 의견의 진술에 대하여 준용한다." ⑦ "재판소는 심리상황 기타의 사정을 고려하여, 상당하지 아니하다고 인정하는 때에는 의견의 진술에 갈음하여 의견을 기재한 서면을 제출하도록 하거나 또는 의견의 진술을 하지 아니하도록 할 수 있다." ⑧ "전항의 규정에 의하여 서면이 제출된 경우에는, 재판장은 공판기일에서 그 취지를 명확히 하여야 한다. 이 경우에 재판장은 상당하다고 인정하는 때에는 그 서면을 낭독하거나 또는 그 요지를 고지할 수 있다." ⑨ "제1항의 규정에 의한 진술 또는 제7항의 규정에 의한 서면은, 범죄사실의 인정을 위한 증거로 할 수 없다."			

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
	인 또는 이들로부터 위임을 받은 피해자 본인의 배우자·직계친족·형제자매·변호사는 소송기록의 열람 또는 등사를 재판장에게 신청할 수 있다." ② "재판장은 제1항의 신청이 있는 때에는 지체 없이 검사, 피고인 또는 변호인에게 그 취지를 통지하여야 한다." ③ "재판장은 피해자 등의 권리구제를 위하여 필요하다고 인정하거나 그 밖의 정당한 사유가 있는 경우 범죄의 성질, 심리의 상황, 그 밖의 사정을 고려하여 상당하다고 인정하는 때에는 열람 또는 등사를 허가할 수 있다." ④ "재판장이 제3항에 따라 등사를 허가하는 경우에는 등사한 소송기록의 사용목적을 제한하거나 적당하다고 인정하는 조건을 붙일 수 있다." ⑤ "제1항에 따라 소송기록을 열람 또는 등사한 자는 열람 또는 등사에 의하여 알게 된 사항을 사용함에 있어서 부당히 관계인의 명예나 생				

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
	활의 평온을 해하거나 수사와 재판에 지장을 주지 아니하도록 하여야 한다." ⑥ "제3항 및 제4항에 관한 재판에 대하여는 불복할 수 없다."				
직권증거조사	제295조(증거신청에 대한 결정) "법원은 제294조 및 제294조의2의 증거신청에 대하여 결정을 하여야 하며 직권으로 증거조사를 할 수 있다."	제298조 ② "재판소는 필요하다고 인정하는 때에는 직권으로 증거조사를 할 수 있다." 제299조 ② "재판소가 직권으로 증거조사의 결정을 함에 있어서는 검찰관 및 피고인 또는 변호인의 의견을 들어야 한다."			
증거결정	제295조(증거신청에 대한 결정) "법원은 제294조 및 제294조의2의 증거신청에 대하여 결정을 하여야 하며 직권으로 증거조사를 할 수 있다."		제244조 증거조사; 심리원칙; 증거신청의 기각 (3) "증거신청은 그 증거의 조사가 부적법한 경우에 기각해야 한다. 그 밖에 증거신청을 기각할 수 있는 것은 공지의 사실이어서 증거 조사가 불필요한 경우, 증명하려는 사실이 재판에 무의미하거나 이미 증명된 경우, 증거방법이 완전히 부적합하거나		

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
			취득할 수 없는 경우, 신청이 절차 지연의 목적으로 제기된 경우 또는 피고인의 책임 감면을 위하여 증명하려는 중요한 주장을 마치 그 주장 사실이 진실인 것처럼 취급할 수 있을 경우에 한한다." (4) "감정인신문을 구하는 증거신청은, 달리 규정되어 있지 않은 한, 법원 자신이 필요한 전문지식을 갖고 있는 경우에도 기각할 수 있다. 추가 감정인에 대한 심문은 주장 사실의 반대사실이 선행 감정을 통해 이미 증명된 경우에도 기각할 수 있다; 선행 감정인의 전문지식이 의심스러운 경우, 그의 감정이 부정확한 사실적 전제를 근거로 하는 경우, 그 감정이 모순되는 경우, 새로운 감정인이 선행 감정인의 것을 능가하는 것으로 보이는 연구수단을 구비하는 경우에는 그렇지 않다." (5) "검증을 구하는 증거신청은 그 검증이 법원의 의무합치적인 재량에 따라 진실 규명에 필요하지 않는 경우에		

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
			기각할 수 있다. 증인 신문을 구하는 증거신청도 그의 출석요구가 외국에서 이루어져야 할 경우에 위와 동일한 요건 하에 기각할 수 있다." (6) "증거신청의 기각에는 법원의 결정이 필요하다. 직권에 의한 증거조사의 종결 후에 재판장은 증거신청을 위한 상당한 기간을 정할 수 있다. 그 기간의 경과 후에 제출된 증거신청에 대하여는 판결에서 답할 수 있다; 증거신청을 기간경과 이전에 할 수 없었던 경우에는 그렇지 않다. 증거신청을 기간경과 후에 하면, 기간준수를 불가능하게 했던 사실은 그 증거신청시에 소명돼야 한다."		
증거조사에의 의견진술 (피고인)	제293조(증거조사 결과와 피고인의 의견) "재판장은 피고인에게 각 증거조사의 결과에 대한 의견을 묻고 권리를 보호함에 필요한 증거조사를 신청할 수 있음을 고지하여야 한다."	제293조 ① "증거조사가 끝난 후 검찰관은 사실 및 법률의 적용에 관하여 의견을 진술하여야 한다." ② "피고인 및 변호인은 의견을 진술할 수 있다."	제257조 증거조사 후의 피고인에 대한 질문과 의견진술권 (1) "공동피고인 개개인에 대한 신문 후와 개개의 개별적인 증거조사 후에 피고인에게 이에 관하여 의견을 진술할 것이 있는지를 물어보아야 한다."	제341조 ① "진술 중 또는 진술 후에 재판장은 필요한 때에는 피고인 또는 증인에게 증거물을 제시하고 의견을 듣는다." ② "재판장은 필요한 때에는 배석판사 및 배심원에게도 이를 제시하게 한다."	제193조 ① "법정 심리에서 범죄의 인정 및 형의 양정에 관한 사실, 증거에 대해서는 조사, 변론을 하여야 한다." ② "공소인, 당사자, 변호인 및 소송대리인은 재판장의 허가를 얻어 증거 및 사건의 사정에 대하여 의견을 표명

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
			(2) “요구가 있으면 검사와 변호인에게도 피고인에 대한 신문 후와 개개의 개별 증거조사 후에 의견을 진술할 기회를 주어야 한다.” (3) “그 의견진술은 최종변론을 대신할 수 없다.”		할 수 있고, 상호 변론을 할 수 있다.”
증거조사에의 이의신청 (당사자)	제296조(증거조사에 대한 이의신청) ① “검사, 피고인 또는 변호인은 증거조사에 관하여 이의신청을 할 수 있다.” ② “법원은 전항의 신청에 대하여 결정을 하여야 한다.”	제309조 ① “검찰관, 피고인 또는 변호인은 증거조사에 관하여 이의신청을 할 수 있다.” ② “검찰관, 피고인 또는 변호인은 전항에 규정된 경우 외에, 재판장의 처분에 대하여 이의신청을 할 수 있다.” ③ “재판소는 전2항의 신청에 관해서 결정을 하여야 한다.”			
증거조사특례 (간이공판절차)	제297조의2(간이공판절차에서의 증거조사) “제286조의2[간이공판절차]의 결정이 있는 사건에 대하여는 제161조의2, 제290조 내지 제293조, 제297조의 규정을 적용하지 아니하며 법원이 상당하다고 인정하는 방법으로 증거조사를	제307조의2 “제291조의2[간이공판절차]의 결정이 있는 사건에 있어서는 제296조, 제297조, 제300조 내지 제302조 및 제304조 내지 전조의 규정은 이를 적용하지 아니하며, 증거조사는 공판기일에서 적당하다고 인정하는 방법으로			

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
	할 수 있다.”	이를 할 수 있다.”			
증거조사 종료時 주의사항		제310조 “증거조사가 종료된 증거서류 또는 증거물은 지체 없이 이를 재판소에 제출하여야 한다. 단 재판소의 허가를 얻은 때에는 원본에 갈음하여 그 등본을 제출할 수 있다.”			
피고인신문 (시기, 순서, 방식)	제296조의2(피고인신문) ① “검사 또는 변호인은 증거조사 종료 후에 순차로 피고인에게 공소사실 및 정상에 관하여 필요한 사항을 신문할 수 있다. 다만, 재판장은 필요하다고 인정하는 때에는 증거조사가 완료되기 전이라도 이를 허가할 수 있다.” ② “재판장은 필요하다고 인정하는 때에는 피고인을 신문할 수 있다.” ③ “제161조의2 제1항부터 제3항까지 및 제5항[증인신문방식]은 제1항의 신문에 관하여 준용한다.”	제311조 ① “피고인은 시종 침묵하거나 개개의 질문에 대하여 진술을 거부할 수 있다.” ② “피고인이 임의로 진술을 하는 경우에는 재판장은 언제라도 필요한 사항에 대하여 피고인의 진술을 요구할 수 있다” ③ “배석재판관·검찰관·변호인·공동피고인 또는 그 변호인은 재판장에게 알리고 전항의 진술을 요구할 수 있다.”	제240조 질문권 (1) “재판장은 배석법관에게 그의 요구에 따라 피고인과 증인, 감정인에게 질문하는 것을 허용해야 한다.” (2) “재판장은 검찰, 피고인, 변호인 또는 참심원에게도 동일하게 허용해야 한다. 공동피고인이 피고인에게 직접 질문하는 것은 허용되지 않는다.”	제312조 ① “제309조가 적용되는 경우를 제외하고 검사 및 각 당사자의 변호인은 재판장에게 신청한 후에 피고인·사소청구인·증인·기타 법정에 소환된 모든 사람들에게 직접 질문할 수 있다.” ② “피고인 및 사소청구인은 재판장을 통해 질문한다.” 제328조 ① “재판장은 피고인을 신문하고 그 진술을 듣는다.” ② “재판장은 피고인의 유무죄에 관한 의견을 표명하여서는 안 된다.”	제186조 ① “공소인이 법정에서 기소장을 낭독한 후 피고인 및 피해자는 기소장에 기재된 범죄사실에 대하여 진술할 수 있다. 또한 공소인은 피고인을 심문할 수 있다.” ② “피해자, 부대 민사소송의 원고 및 그 변호인 또는 소송대리인은 재판장의 허가를 얻어 피고인에게 질문할 수 있다.” ③ “재판관은 피고인을 심문할 수 있다.”
피고인신문 제한	제297조(피고인등의 퇴정) ① “재판장은 증인 또는 감정	제304조의2 “재판소는 증인을 신문하는	제247조 공동피고인과 증인에 대한 신문 시의 피고인 퇴		

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
	인이 피고인 또는 어떤 재정인의 면전에서 충분한 진술을 할 수 없다고 인정한 때에는 그를 퇴정하게 하고 진술하게 할 수 있다. 피고인이 다른 피고인의 면전에서 충분한 진술을 할 수 없다고 인정한 때에도 같다." ② "전항의 규정에 의하여 피고인을 퇴정하게 한 경우에 증인, 감정인 또는 공동피고인의 진술이 종료한 때에는 퇴정한 피고인을 입정하게 한 후 법원사무관등으로 하여금 진술의 요지를 고지하게 하여야 한다."	경우에 증인이 피고인의 면전(제157조의3 제1항에 규정된 조치를 취하는 경우 및 제157조의4 제1항에 규정된 방법에 의하는 경우를 제외한다)에서는 압박을 받아 충분한 진술을 할 수 없다고 인정하는 때에는 변호인이 출석하고 있는 경우에 한하여 검찰관 및 변호인의 의견을 들어 그 증인의 진술 중 피고인을 퇴정시킬 수 있다. 이 경우에는 진술종료 후 피고인을 입정시켜 증언의 요지를 고지하고 그 증인을 신문할 기회를 부여하여야 한다."	정 "법원은 공동피고인이나 증인이 피고인의 면전에서 진실을 말하지 않을 염려가 있는 경우에 그 신문 동안의 피고인 퇴정을 명할 수 있다. 18세 미만의 사람을 증인으로 피고인의 면전에서 신문할 때 증인의 안녕에 현저한 해악을 끼칠 염려가 있는 경우 또는 그 밖의 사람을 증인으로 피고인의 면전에서 신문할 때 증인의 건강에 중대한 해악을 끼칠 급박한 위험이 존재하는 경우에도 마찬가지다. 피고인의 건강에 현저한 해악을 끼칠 염려가 있는 경우에 피고인의 상태와 치료전망에 관하여 논의를 하는 동안 피고인의 퇴정을 명할 수 있다. 재판장은 피고인이 다시 재정하는 즉시 그에게 퇴정한 동안 진술된 것이나 그 밖에 심리된 것의 요지를 고지해야 한다."		

[표 2-6] "증인신문" 입법례

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
증인적격 (누구든지)	제146조(증인의 자격) "법원은 법률에 다른 규정이 없으면 누구든지 증인으로 신문할 수 있다."	제143조 "재판소는 이 법률에 특별히 정한 경우를 제외하고는 누구든지 증인으로 신문할 수 있다."		제101조 ① "예심판사는 진술을 들을 필요가 있다고 판단되는 모든 자를 집행관 또는 경찰력을 행사하는 공무원에게 지시하여 소환한다. 소환장의 사본은 소환을 받은 자에게 교부한다." ② "증인은, 통상우편·등기우편 또는 행정상 수단으로 소환할 수 있고, 증인이 임의 출석할 수도 있다." ③ "소환장을 집행하면서 증인에게, 불출석하거나 또는 출석을 거부할 경우에는 제109조에 따라 강제로 구인될 수 있음을 고지한다." 제310조 ① "재판장은 자신의 명예와 양심에 따라 진실발견에 유용하다고 생각되는 일체의 조치를 하기 위하여 재량권을 행사한다. 재판장은 필요하다고 판단하는 때에는 제316조에 규정된 요건 하에 법원의 심판을 구할 수 있	제60조 ① "사건의 상황을 아는 자는 모두 증언할 의무를 진다." ② "생리적·정신적 결함을 가졌거나 나이가 어리기 때문에 시비의 판별이 불가능하거나 정확히 표현할 수 없는 자는 증인이 될 수 없다."

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
				다.” ② “재판장은 심리 진행 중 필요한 경우 누구든 구인영장으로 소환하여 진술을 듣거나, 심리의 전개 과정에서 진실발견을 위해 유용하다고 판단되는 일체의 새로운 증거를 제출하게 할 수 있다.” ③ “전항에 따라 소환된 증인은 선서를 하지 아니하며 그의 진술은 참고자료 로만 취급한다.” 제337조 ① “법률상의 의무에 따라 또는 자발적으로 범죄사실을 법원에 고발한 자도 증언할 수 있다. 그러나 재판장은 소환된 자가 고발인이라는 취지를 중죄법원에 고지하여야 한다.” ② “법률상 고발에 대한 금전적 보상이 주어지는 때에는 당사자의 일방 또는 검사가 이의를 신청하지 아니한 경우에 한하여 증언을 하게 할 수 있다.”	
증인적격 제한	제147조(공무상 비밀과 증	제144조	제54조 공무수행인의 증언		

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
(증인거부권)	인자격) ① "공무원 또는 공무원이었던 자가 그 직무에 관하여 알게 된 사실에 관하여 본인 또는 당해 공무소가 직무상 비밀에 속한 사항임을 신고한 때에는 그 소속공무소 또는 감독관공서의 승낙 없이는 증인으로 신문하지 못한다." ② "그 소속공무소 또는 당해 감독관공서는 국가에 중대한 이익을 해하는 경우를 제외하고는 승낙을 거부하지 못한다."	"공무원 또는 공무원이었던 자가 알게 된 사실에 관하여, 본인 또는 당해 공무소가 직무상 비밀에 관한 것임을 신고한 때에는, 당해 감독관청의 승낙이 없으면 증인으로서 이를 신문할 수 없다. 단 당해 감독관청은 국가의 중대한 이익을 해하는 경우를 제외하고는 승낙을 거부할 수 없다." 제145조 ① "다음의 자가 전조의 신고를 한 때에는 제1호에 기재된 자에 대하여는 그 院, 제2호에 기재된 자에 대하여는 내각의 승낙이 없으면 증인으로서 이를 신문할 수 없다." 1. "중의원 또는 참의원의 의원 또는 그 직에 있던 자" 2. "내각총리대신 기타의 국무대신 또는 그 직에 있던 자" ② "전항의 경우에 중의원, 참의원 또는 내각은 국가의 중대한 이익을 해하는 경우	에 관한 승낙 (1) "법관, 공무원, 그 밖에 공무를 수행하는 사람을 그의 직무상 비밀유지의무와 관련된 사항에 관하여 증인으로 신문하는 것과 그 증언의 승낙에는 공무원법의 특별규정을 적용한다." (2) "연방하원의원, 주의회의원, 연방정부 또는 주정부의 장관과 연방하원 또는 주의회 원내교섭단체의 직원에게는 그를 위하여 마련된 특별규정을 적용한다." (3) "연방대통령은 자신의 증언이 연방 또는 주의 안녕에 불이익을 야기할 경우에는 증언을 거부할 수 있다." (4) "제1항 내지 제3항에 규정된 사람이 더 이상 공무를 수행하지 않거나 원내교섭단체의 직원이 아니거나 또는 의원직을 마친 경우에도 그 공무수행기간이나 근무기간, 의원재직기간 중 발생했거나 그 기간 중 알게 된 사실에 관하여는 제1항 내지 제3항을 적용한다."		

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
		를 제외하고는 승낙을 거부할 수 없다.”			
증인적격 제한 (장애인, 연소자)					제60조 ② “생리적·정신적 결함을 가졌거나 나이가 어리기 때문에 시비의 판별이 불가능하거나 정확히 표현할 수 없는 자는 증인이 될 수 없다.”
증인소환	제150조의2(증인의 소환) ① “법원은 소환장의 송달, 전화, 전자우편, 그 밖의 상당한 방법으로 증인을 소환한다.” ② “증인을 신청한 자는 증인이 출석하도록 합리적인 노력을 할 의무가 있다.” 제154조(구내증인의 소환) “증인이 법원의 구내에 있는 때에는 소환함이 없이 신문할 수 있다.” 제153조(준용규정) “제73조, 제74조, 제76조의 규정[소환장 방식·송달]은 증인의 소환에 준용한다.”		제48조 증인의 의무; 출석요구 (1) “증인은 신문기일에 법관 앞에 출석할 의무가 있다. 증인은 법률상 허용된 예외의 경우 외에는 증언할 의무가 있다.” (2) “증인에게 출석요구를 하는 때에는 증인의 이익을 보호하기 위한 절차법적 규정, 증인보호의 현실적 수단 그리고 불출석의 법률적 효과를 고지해야 한다.” (3) “증인이 피해자이면, 그와 관계있는 심리, 신문, 그 밖의 심리행위는 항상 그에 대한 특별한 보호필요성을 고려한 상태에서 이루어져야 한다. 특히 다음 각 호를 검토	제435조 “증인은 제550조 이하에 정한 바에 따라 소환한다.” 제329조 “검사 또는 당사자가 신청한 증인은 예심수사에서 진술한 사실이 없거나 소환된 사실이 없더라도 제281조의 규정에 따라 소환된 경우에는 심리 중 증인신문의 대상이 된다.” 제330조 ① “검사 또는 당사자는 소환되지 않은 증인이나 소환장의 송달에 문제가 있는 증인에 대한 신문에 대해서는 이의를 제기할 수 있다.”	

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
			해야 한다." 1. "증인의 복지를 중대하게 해하는 급박한 위험이 있어 제168조e 또는 제247조a에 따른 조치가 필요한지" 2. "증인의 보호가치 있는 우월적인 이익이 법원조직법 제171조b 제1항에 따라 공개성의 배제를 필요로 하는지" 3. "증인의 사적 생활영역에 관한 불가피하지 않은 질문이 어느 범위에서 포기될 수 있는지" "이와 관련하여 증인의 신상관계 그리고 범행의 종류와 제반 사정이 고려돼야 한다." 제214조 재판장에 의한 출석요구; 증거방법의 제출 (1) "공판에 필요한 출석요구는 재판장이 명한다. 재판장은 그와 동시에 제397조 제2항 제3문, 제406조d 제1항 그리고 제406조h 제2항 제2문에 따라 필요한 기일통지를 하게 한다; 제406조d 제4항을 준용한다. 법원사무국	② "법원은 이의에 대하여 재판한다." ③ "이의가 이유 있다고 인정하는 때에는 재판장은 소환된 자를 참고인으로 하여 진술을 청취할 수 있다."	

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
			은 출석요구가 이루어지고 통지가 전달되게 하는 것을 담당한다." (2) "공판이 상당 기간 지속될 것으로 인정되면, 재판장은 모든 또는 개별 증인과 감정인의 출석요구를 공판 시작 후의 시점으로 명해야 한다." (3) "검찰은 그 밖의 사람에게 직접 출석요구를 할 수 있다."		
증인소환 불응시 제재	제151조(증인이 출석하지 아니한 경우의 과태료 등) ① "법원은 소환장을 송달받은 증인이 정당한 사유 없이 출석하지 아니한 때에는 결정으로 당해 불출석으로 인한 소송비용을 증인이 부담하도록 명하고, 500만원 이하의 과태료를 부과할 수 있다. 제153조에 따라 준용되는 제76조 제2항·제5항에 따라 소환장의 송달과 동일한 효력이 있는 경우에도 또한 같다." ② "법원은 증인이 제1항에 따른 과태료 재판을 받고도	제150조 ① "소환을 받은 증인이 정당한 이유 없이 출석하지 아니한 때에는 결정으로 10만엔 이하의 과료에 처하고 또 출석하지 아니함으로써 발생한 비용의 배상을 명할 수 있다." ② "전항의 결정에 대해서는 즉시항고를 할 수 있다." 제151조 ① "증인으로서 소환을 받고 정당한 이유 없이 출석하지 아니하는 자는 10만엔 이하의 벌금 또는 구류에 처한	제51조 증인이 출석하지 않은 경우의 효과 (1) "증인이 적법한 출석요구를 받고도 출석하지 않으면, 그 불출석으로 발생한 비용은 증인이 부담하게 한다. 이와 동시에 이 증인에게 과태료를 부과하고, 과태료를 징수할 수 없는 경우 질서구금을 부과한다. 증인은 강제구인도 할 수 있다; 제135조를 준용한다. 반복하여 불출석하면 질서벌을 한 번 더 부과할 수 있다." (2) "증인의 불출석사유가 적시에 충분히 해명된 때에는	제112조 "증인이 출석할 수 없는 때에는, 예심판사는 진술을 듣기 위하여 그 소재 장소에 가거나 또는 제151조에 규정된 방식에 따라 수사를 위임한다." 제113조 "전조에 정한 바에 따라 진술한 증인이 소환에 응하기에 불가능한 상황이 아닌 경우에는 예심판사는 그 증인에 대하여 제109조에 규정된 벌금을 선고할 수 있다."	제188조 ② "증인이 정당한 이유 없이 출정을 거부하거나, 또는 출정하였으나 증언을 거부하는 경우에는 훈계를 준다. 정상이 무거운 경우에는 원장의 허가를 거쳐 10일 이하의 구류에 처한다. 처벌을 받은 자가 구류 결정에 불복이 있는 경우에는 직근 상급 인민법원에 재의를 신청할 수 있다. 재의 기간 동안 집행은 정지되지 않는다."

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
	정당한 사유 없이 다시 출석하지 아니한 때에는 결정으로 증인을 7일 이내의 감치에 처한다." ③ "법원은 감치재판기일에 증인을 소환하여 제2항에 따른 정당한 사유가 있는지의 여부를 심리하여야 한다." ④ "감치는 그 재판을 한 법원의 재판장의 명령에 따라 사법경찰관리·교도관·법원경위 또는 법원사무관등이 교도소·구치소 또는 경찰서 유치장에 유치하여 집행한다." ⑤ "감치에 처하는 재판을 받은 증인이 제4항에 규정된 감치시설에 유치된 경우 당해 감치시설의 장은 즉시 그 사실을 법원에 통보하여야 한다." ⑥ "법원은 제5항의 통보를 받은 때에는 지체 없이 증인신문기일을 열어야 한다." ⑦ "법원은 감치의 재판을 받은 증인이 감치의 집행 중에 증언을 한 때에는 즉시 감치결정을 취소하고 그 증인을	다." ② "전항의 죄를 범한 자에게는 정상에 따라 벌금 및 구류를 병과할 수 있다."	비용 부담이나 과태료 등 제재를 하지 않는다. 제1문에 따른 해명이 적시에 이루어지지 않으면, 해명의 지연에 관하여 증인에게 귀책사유가 없다는 점이 소명된 경우에만 비용 부담이나 과태료 등 제재를 하지 않는다. 증인이 사후에 충분히 해명하면, 이미 내려진 명령은 제2문의 요건 하에 취소한다." (3) "수사절차의 법관, 수명법관 및 수탁법관에게도 그 처분을 할 권한이 있다."	제326조 ② "어느 경우에도, 법원은 출석하지 아니하거나 선서 또는 증언을 거부한 증인에 대하여 검사의 청구에 따라 3,750유로 이하의 벌금에 처할 수 있다. 형법 제226-14조 및 제226-13조에 따라 업무 수행 중 알게 된 취재원에 관한 정보를 공개하지 않을 권리가 있는 기자 등을 제외하고 모든 증인은 아는 바대로 진술하여야 한다." ③ "출석하지 아니하여 형을 선고 받은 증인은 선고에 대하여 불복할 수 있다. 불복은 구두 선고일 경우에는 고지시로부터, 우편송달일 경우에는 주거지로 판결이 송달된 때부터 5일 이내에 하여야 하며, 법원은 이에 대하여 당해 개정기일 또는 다음 개정기일에 재판한다." 제438조 "출석하지 아니하거나 선서 또는 진술을 거부하는 증인은 검사의 청구에 따라	

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
	석방하도록 명하여야 한다.” ⑧ “제1항과 제2항의 결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다. 이 경우 제410조는 적용하지 아니한다.”			3,750유로 이하의 벌금형에 처할 수 있다.” 제440조 ① “불출석으로 인하여 벌금형을 선고 받거나 비용부담을 선고 받은 증인은, 판결 선고 시로부터 또는 판결이 주소지에 송달된 날로부터 5일 이내에 이의신청을 할 수 있다.” ② “항소는 전항의 이의신청에 대한 판결에 대하여서만 제기할 수 있다.”	
증인소환 불응시 조치 (구인)	제152조(소환불응과 구인) “정당한 사유없이 소환에 응하지 아니하는 증인은 구인할 수 있다.” 제155조(준용규정) “제73조, 제75조, 제77조, 제81조 내지 제83조, 제85조제1항, 제2항의 규정[구속영장 관련]은 증인의 구인에 준용한다.”	제152조 “소환에 응하지 아니하는 증인에 대하여는 다시 이를 소환하거나 이를 구인할 수 있다.” 제153조 “제62조, 제63조 및 제65조의 규정은 증인의 소환에 대하여, 제62조, 제64조, 제66조, 제67조, 제70조, 제71조 및 제73조 제1항의 규정은 증인의 구인에 대하여 이를 준용한다.”		제109조 ③ “증인이 출석하지 않거나 출석을 거부한 때에는 예심판사는 검사의 청구에 기하여 경찰력으로 그 출석을 강제할 수 있다.” 제110조 “출석하지 않은 증인에 대한 강제처분은 신청에 의한다. 신청에 따라 증인은 처분을 명한 사법관에게 직접, 지체없이 인치된다.”	제188조 ① “인민법원의 통지를 거쳐 증인이 정당한 이유 없이 출두하여 증언하지 않은 경우에는, 인민법원은 당해자가 출두하도록 강제할 수 있다. 단, 피고인의 배우자, 부모, 자녀를 제외한다.”

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
		제153조의2 "구인장의 집행을 받은 증인을 호송하는 경우 또는 인치한 경우에 필요한 때에는 일시적으로 가장 가까운 경찰서 기타의 적당한 장소에 이를 유치할 수 있다."		제326조 ① "소환을 받은 증인이 출석하지 아니한 때에는 법원은 검사의 청구 또는 직권으로 그 증인의 진술을 듣기 위하여 즉시 경찰력으로 법원에 구인할 것을 명하거나, 사건을 다음 기일로 연기할 수 있다." 제439조 "증인이 출석하지 아니하고 정당한 사유를 주장하지 않는 때에는, 법원은 검사의 청구에 따라 또는 직권으로 경찰로 하여금 당해 증인을 즉시 동행토록 하여 진술하게 하거나, 당해 공판을 다음 기일로 연기할 것을 명할 수 있다."	
증인선서	제156조(증인의 선서) "증인에게는 신문 전에 선서하게 하여야 한다. 단, 법률에 다른 규정이 있는 경우에는 예외로 한다."	제154조 "증인에게는 이 법률에 특별히 정한 경우를 제외하고 선서를 하도록 하여야 한다."	제59조 선서 (1) "법원은 증인의 진술이 결정적 의미가 있거나 증인의 진실한 진술을 끌어내기 위하여 증인의 선서가 필요하다고 여기는 경우에 한하여 재량으로 증인에게 선서를 하게 한다. 증인에게 선서	제109조 ① "진술청취를 위하여 증인으로 소환된 자는 누구든 출석하여 선서하고, 진술을 하여야 한다. 다만, 형법 제226-13조 및 제226-14조가 적용되는 경우에는 그러하지 아니하다."	

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
			하게 한 이유는 조서에 기재할 필요가 없고, 다만 공판 외에서 증인신문을 하는 경우에는 그렇지 않다." (2) "증인의 선서는 증인마다 따로따로 그리고 신문 후에 한다. 별도의 규정이 없는 한 증인의 선서는 공판에서 한다." 제62조 공판개시 전의 절차에서 선서 "공판개시 전의 절차에서는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하고 제59조 제1항의 요건이 충족되는 경우 선서하게 할 수 있다." 1. "지체하면 위험할 우려가 있는 경우" 2. "증인이 공판에 출석하는데 장애가 있을 것으로 예상되는 경우" 제63조 수명법관 또는 수탁법관에 의한 신문 시의 선서 "법원이 위임 또는 촉탁을 하면서 증인의 선서를 요구했고 그 선서가 허용되는 한 수	② "모든 기자는 그 직무수행 중 취득한 정보에 관하여 증인으로 진술하는 경우 취재원을 밝히지 않을 수 있다." ③ "증인이 출석하지 않거나 출석을 거부한 때에는 예심판사는 검사의 청구에 기하여 경찰력으로 그 출석을 강제할 수 있다." 제331조 ③ "증인은 증언을 시작하기에 앞서 "증오와 공포심 없이 일체의 진실을 말하고, 진실 이외의 어떠한 사실도 진술하지 아니한다"는 취지로 선서한다. 증인은 구두로 진술하며, 재판장은 신문 중에 증인이 서류 등을 참고하게 할 수 있다." 제437조 ① "증인으로서 진술하기 위하여 소환된 자는 법정에 출석하여 선서하고 진술하여야 한다." ② "업무 수행 중에 알게 된 정보에 관하여 증언하게 된	

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
			명법관이나 수탁법관은 증인을 신문하는 경우에 증인에게 선서를 하게 해야 한다."	언론인은 취재원을 공개하지 않을 수 있다.“ 제446조 "증인은 진술하기 전에 일체의 진실을 진술하고, 진실만을 말할 것을 선서한다.“	
증인선서예외 (선서무능력, 피범죄혐의자, 선서거부권)	제159조(선서 무능력) “증인이 다음 각 호의 1에 해당한 때에는 선서하게 하지 아니하고 신문하여야 한다.” 1. “16세미만의 자” 2. “선서의 취지를 이해하지 못하는 자”	제155조 ① “선서의 취지를 이해할 수 없는 자는 선서를 시키지 아니하고 이를 신문하여야 한다.” ② “전항의 자가 선서를 한 때에도 그 진술은 증언으로서의 효력을 방해받지 아니한다.”	제60조 선서금지 “다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람에게는 선서를 하게 하지 않는다.” 1. “신문 당시 아직 만 18세가 되지 않은 사람 또는 사고력의 미성숙 때문에 또는 정신질환이나 정신적, 심리적 장애 때문에 선서 제도와 그 의미를 충분히 이해하지 못하는 사람” 2. “심리대상인 범죄 또는 그 범죄에 가담했다는 혐의 또는 데이터장물죄, 범죄비호죄, 범인은닉죄, 장물죄의 혐의를 받고 있거나 그에 대하여 이미 유죄판결을 받은 사람” 제61조 선서거부권 “제52조 제1항에 규정된 피	제108조 “16세 미만의 아동은 선서 없이 진술하게 한다.” 제335조 “다음 각 호의 자는 선서 하에 증언하게 할 수 없다.” 1. “피고인의 부모, 기타 직계존속 또는 동일한 공판에 출석하여 심리를 받는 다른 피고인” 2. “자녀 기타 직계비속” 3. “형제자매” 4. “이상과 동일한 촌수의 친족” 5. “배우자. 이혼 후에도 같다” 6. “사소청구인” 7. “16세 미만의 아동” 제336조	

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
			범행혐의자 친족은 선서를 거부할 권리가 있다; 그 친족에게 선서거부권을 알려주어야 한다."	① "다만, 전조에 열거된 자에게 선서를 시켜 증언을 하게 한 경우에도 검사 및 당사자가 그 선서를 시킨 것에 대하여 이의를 제기하지 않는 한 진술 자체가 무효로 되지 않는다." ② "검사 또는 당사자 1인 또는 수인의 이의가 있는 경우 재판장은 소환된 자를 참고인으로 하여 진술을 청취할 수 있다." 제447조 "16세 미만인 사람은 선서 없이 진술하게 한다." 제448조 "다음 각호에 해당하는 자도 선서 없이 진술한다." 1. "피고인의 부, 모, 기타 모든 직계존속 또는 공동피고인 중 1인" 2. "자녀 또는 기타 직계비속" 3. "형제자매" 4. "위에 열거한 사람들과 동급의 친척"	

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
				5. “배우자. 이혼 후에도 마찬가지다.” 제449조 “제447조 및 제448조에 열거된 자이더라도 검사와 당사자가 이의를 제기하지 않는 한, 선서하고 진술하게 할 수 있다.”	
증인선서前 위증벌 경고	제158조(선서한 증인에 대한 경고) “재판장은 선서할 증인에 대하여 선서 전에 위증의 벌을 경고하여야 한다.”		제57조 고지 “증인신문에 앞서 증인에게 진실만을 말하도록 경고하고 거짓 진술이나 불완전 진술의 형사법적 효과를 알려주어야 한다. 증인이 선서할 것을 요구받을 수 있음을 증인에게 알려주어야 한다. 선서를 하는 경우에는 선서의 의미와 선서를 종교적 서약과 함께 할 수도 있고 종교적 서약 없이 할 수도 있음을 알려주어야 한다.”		제189조 ① “재판관은 증인이 입증을 함에 있어 증언을 있는 그대로 제공하여야 한다는 것, 의도적으로 위증하거나 또는 죄증을 은닉한 경우 져야 할 법률상의 책임을 고지하여야 한다. 공소인, 당사자 또는 그 변호인이나 소송대리인은 재판장의 허가를 거쳐 증인·감정인에게 질문할 수 있다. 재판장은 질문의 내용이 사건과 관계가 없다고 인정한 때에는 제지하여야 한다.”
증인선서 방식	제157조(선서의 방식) ① “선서는 선서서에 의하여야 한다.” ② “선서서에는 「양심에 따		제64조 선서문구 (1) “종교적 서약을 함께하는 선서는 법관이 증인에게 “귀하는 아는 범위 내에서 진실	제103조 “증인은 모든 진실을 말할 것과 진실 이외의 어떠한 사항도 말하지 않을 것을 선서한	

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
	라 숨김과 보탬이 없이 사실 그대로 말하고 만일 거짓말이 있으면 위증의 벌을 받기로 맹세합니다」라고 기재하여야 한다." ③ "재판장은 증인으로 "하여금 선서서를 낭독하고 기명날인 또는 서명하게 하여야 한다. 단, 증인이 선서서를 낭독하지 못하거나 서명을 하지 못하는 경우에는 참여한 법원사무관등이 이를 대행한다." ④ "선서는 기립하여 엄숙히 하여야 한다."		만을 말했고 아무것도 숨기지 않았다는 것을 전지전능한 신에게 맹세합니다."라고 말하고, 이에 대하여 증인이 "나는 맹세하며, 신께서 진실로 나를 도울 것입니다."라고 말하는 방식으로 한다." (2) "종교적 서약 없이 하는 선서는 법관이 증인에게 "귀하는 아는 범위 내에서 진실만을 말했고 아무것도 숨기지 않았다는 것을 맹세합니다."라고 말하고, 이에 대하여 증인이 "나는 맹세합니다."라고 말하는 방식으로 한다." (3) "증인이 종교단체 또는 신앙단체의 일원으로서 그 단체의 서약문을 이용하겠다는 의사를 표시하면 그 서약문을 선서에 부가할 수 있다." (4) "선서하는 사람은 선서시에 오른손을 들어야 한다." 제65조 진술의 진실성을 선서와 동등하게 보증 (1) "증인은 신앙 또는 양심	다. 판사는 증인의 성명·연령·신분·직업·주소와 증인이 당사자의 혈족 또는 인척인지 여부, 친족이라면 몇 촌 간인지, 당사자의 고용인인지 여부를 질문한다. 질문과 답변은 조서에 기재한다." 제331조 ③ "증인은 증언을 시작하기에 앞서 "증오와 공포심 없이 일체의 진실을 말하고, 진실 이외의 어떠한 사실도 진술하지 아니한다"는 취지로 선서한다. 증인은 구두로 진술하며, 재판장은 신문 중에 증인이 서류 등을 참고하게 할 수 있다."	

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
			상의 이유로 선서하지 않겠다는 의사를 표시하는 경우에 진술의 진실성을 보증해야 한다. 이 보증은 선서와 동등하다; 이에 관하여 증인에게 알려주어야 한다.“ (2) ”진술의 진실성에 대한 보증은 법관이 증인에게 “귀하는 아는 범위 내에서 진실만을 말했고 아무것도 숨기지 않았다는 것을 법원에 보증하고 그 보증의 책임을 인식하고 있습니다.”라고 말하고, 이에 대하여 증인이 “예”라고 말하는 방식으로 한다.“ (3) ”제64조 제3항을 준용한다.“ 제66조 청각 또는 언어장애인의 선서 (1) ”청각 또는 언어장애인은 자신의 선택에 따라 선서문을 따라 말하는 방식 또는 선서문을 옮겨 적고 서명하는 방식으로 선서하거나 법원이 출석시킨 통역인의 도움을 받아 선서한다. 법원은 이에 적합한 기술적인 보조수단을	

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
			준비해야 한다. 청각 또는 언어장애인에게 그의 선택권을 알려주어야 한다.“ (2) ”청각 또는 언어장애인이 제1항에 따른 선택권을 행사하지 않았거나 제1항에 규정된 방식으로 선서하는 것이 가능하지 않거나 이에 과도한 비용이 들 경우에는, 법원은 서면에 의한 선서를 요구하거나 통역인의 출석을 명할 수 있다.“ (3) ”제64조, 제65조를 준용한다.“ 제67조 종전 선서의 원용 ”증인이 증언을 하고 선서를 한 후에 동일한 수사절차에서 또는 동일한 공판절차에서 다시 증언을 하는 경우에 법관은 증인에게 다시 선서를 하게 하는 대신 종전의 선서를 원용하여 진술의 진실성을 보증하게 할 수 있다.“		
증인선서 거부시 제재	제161조(선서, 증언의 거부와 과태료) ① “증인이 정당한 이유없이 선서나 증언을 거부한 때에	제160조 ① “증인이 정당한 이유 없이 선서 또는 증언을 거부한 때에는 결정으로 10만엔 이하	제70조 부당한 증언거부나 선서거부의 효과 (1) “증인이 법률상 근거 없이 증언이나 선서를 거부하	제326조 ② “어느 경우에도, 법원은 출석하지 아니하거나 선서 또는 증언을 거부한 증인에	

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
	는 결정으로 50만원 이하의 과태료에 처할 수 있다." ② "제1항의 결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다."	의 과료에 처하고 그 거부에 의하여 발생한 비용의 배상을 명할 수 있다." ② "전항의 결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다." 제161조 ① "정당한 이유 없이 선서 또는 증언을 거부한 자는 10만엔 이하의 벌금 또는 구류에 처한다." ② "전항의 죄를 범한 자에게는 정상에 따라 벌금 및 구류를 병과할 수 있다."	면, 그 거부로 말미암아 발생한 비용을 증인에게 부과한다. 이와 동시에 과태료를 부과하고, 과태료를 징수할 수 없는 경우 질서구금을 부과한다." (2) "또한 증언을 강제하기 위하여 구금을 명할 수 있으나, 그 기간은 해당 심급 절차의 종료 시점을 넘지 못하고 6개월을 넘을 수 없다." (3) "제1항, 제2항에 따른 처분은 수사절차의 법관, 수명법관, 수탁법관도 할 수 있다." (4) "증인이 제1항 내지 제3항의 처분을 모두 받은 후에는 동일한 절차 또는 동일한 범죄를 대상으로 하는 다른 절차에서 증인에게 처분을 다시 할 수 없다."	대하여 검사의 청구에 따라 3,750유로 이하의 벌금에 처할 수 있다. 형법 제226-14조 및 제226-13조에 따라 업무 수행 중 알게 된 취재원에 관한 정보를 공개하지 않을 권리가 있는 기자 등을 제외하고 모든 증인은 아는 바대로 진술하여야 한다." 제438조 "출석하지 아니하거나 선서 또는 진술을 거부하는 증인은 검사의 청구에 따라 3,750유로 이하의 벌금형에 처할 수 있다." 제441조 "선서 또는 진술 거부를 이유로 유죄판결을 받은 증인은 항소할 수 있다."	
증언의무	제150조(증언거부사유의 소명) "증언을 거부하는 자는 거부사유를 소명하여야 한다."	제156조 ① "증인에게는 실제로 경험한 사실에 의하여 추측한 사항을 진술하도록 할 수 있다." ② "전항의 진술은 감정에 속하는 것이라도 증언으로서의	제48조 증인의 의무; 출석요구 (1) "증인은 신문기일에 법관 앞에 출석할 의무가 있다. 증인은 법률상 허용된 예외의 경우 외에는 증언할 의무가 있다."	제326조 ② "어느 경우에도, 법원은 출석하지 아니하거나 선서 또는 증언을 거부한 증인에 대하여 검사의 청구에 따라 3,750유로 이하의 벌금에 처할 수 있다. 형법 제226-14	제187조 ① "공소인, 당사자 또는 변호인, 소송대리인이 증인의 증언에 이의가 있고, 또한 증인의 증언이 사건의 범죄 인정 및 형의 양정에 중대한 영향을 미치며, 인민법원은 증

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
		효력을 방해받지 아니한다.”	제56조 거부이유의 소명 “증인이 제52조, 제53조 그리고 제55조에 해당하는 사안에서 증언거부권이나 답변거부권을 행사하는 경우에 그 근거가 되는 사실은 요구가 있으면 소명해야 한다. 이는 증인의 선서에 의한 보증으로 충분하다.” 제69조 본안에 관한 신문 (1) “증인은 신문대상에 관하여 알고 있는 것을 전후맥락에 따라 죽 이어서 진술하도록 해야 한다. 신문에 앞서 증인에게 심리대상을 알려주고, 피범행혐의자의 인적사항이 밝혀진 경우에는 이를 알려주어야 한다.” (2) “증인의 진술내용을 명확하게 하거나 보충하기 위하여 또는 증인이 알고 있는 것의 기초가 되는 근거를 규명하기 위하여 필요한 경우 추가신문을 할 수 있다. 그 범죄로 피해를 당한 증인에게는 특히 범죄가 그에게 미친 영	조 및 제226-13조에 따라 업무 수행 중 알게 된 취재원에 관한 정보를 공개하지 않을 권리가 있는 기자 등을 제외하고 모든 증인은 아는 바대로 진술하여야 한다.” 제331조 ① “각 증인은 재판장이 정하는 순서에 따라 진술한다.” ② “증인은 재판장의 요구에 따라 그 성명·연령·직업·주소 또는 거소, 증인이 공판 회부 결정서에 기재된 범죄사실의 발생 이전에 피고인을 알고 있었는지 여부, 증인이 피고인 또는 사소청구인의 부모 또는 친·인척인지 여부, 친척이라면 그 촌수 등을 고지해야 한다. 재판장은 증인이 피고인 또는 사소청구인과 업무 상 서로 관련이 있는지 여부를 질문한다.” ④ “제309조에 정한 경우를 제외하고 증인의 증언은 이를 중단시키지 아니한다.” ⑤ “증인은 오로지 피고인의 범죄사실, 피고인의 인격 및	인이 출정하여 증언 할 필요가 있다고 인정하는 경우에는 증인은 출정하여 증언하여야 한다.” ② “인민경찰로서 직무를 집행할 때 목격한 범죄의 상황에 대하여 증인으로 출석하여 증언하는 때에는 전항의 규정을 적용한다.” ③ “공소인, 당사자 또는 변호인, 소송대리인이 감정 의견에 대하여 이의가 있고, 인민법원이 감정인의 출정이 필요하다고 인정하는 경우, 감정인이 출정하여 증언하여야 한다. 인민법원의 통지를 거쳐 감정인이 출정·증언을 거부한 경우, 감정 의견을 사건 확정을 위한 근거로 삼아서는 아니 된다.”

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
			향에 관하여 진술할 기회를 주어야 한다." (3) "제136조a의 규정을 증인신문에 준용한다."	그 도덕성에 대하여 증언한다." 제437조 ① "증인으로서 진술하기 위하여 소환된 자는 법정에 출석하여 선서하고 진술하여야 한다." ② "업무 수행 중에 알게 된 정보에 관하여 증언하게 된 언론인은 취재원을 공개하지 않을 수 있다." 제452조 ① "증인은 구두로 진술한다." ② "예외적으로 재판장의 허가를 얻어 문서의 도움을 받을 수 있다."	
증언거부時 제재	제161조(선서, 증언의 거부와 과태료) ① "증인이 정당한 이유없이 선서나 증언을 거부한 때에는 결정으로 50만원 이하의 과태료에 처할 수 있다." ② "제1항의 결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다."	제160조 ① "증인이 정당한 이유 없이 선서 또는 증언을 거부한 때에는 결정으로 10만엔 이하의 과료에 처하고 그 거부에 의하여 발생한 비용의 배상을 명할 수 있다." ② "전항의 결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다."	제70조 부당한 증언거부나 선서거부의 효과 (1) "증인이 법률상 근거 없이 증언이나 선서를 거부하면, 그 거부로 말미암아 발생한 비용을 증인에게 부과한다. 이와 동시에 과태료를 부과하고, 과태료를 징수할 수 없는 경우 질서구금을 부과	제326조 ② "어느 경우에도, 법원은 출석하지 아니하거나 선서 또는 증언을 거부한 증인에 대하여 검사의 청구에 따라 3,750유로 이하의 벌금에 처할 수 있다. 형법 제226-14조 및 제226-13조에 따라 업무 수행 중 알게 된 취재원	

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
			한다." (2) "또한 증언을 강제하기 위하여 구금을 명할 수 있으나, 그 기간은 해당 심급 절차의 종료 시점을 넘지 못하고 6개월을 넘을 수 없다." (3) "제1항, 제2항에 따른 처분은 수사절차의 법관, 수명법관, 수탁법관도 할 수 있다." (4) "증인이 제1항 내지 제3항의 처분을 모두 받은 후에는 동일한 절차 또는 동일한 범죄를 대상으로 하는 다른 절차에서 증인에게 처분을 다시 할 수 없다."	에 관한 정보를 공개하지 않을 권리가 있는 기자 등을 제외하고 모든 증인은 아는 바대로 진술하여야 한다." 제438조 "출석하지 아니하거나 선서 또는 진술을 거부하는 증인은 검사의 청구에 따라 3,750유로 이하의 벌금형에 처할 수 있다." 제441조 "선서 또는 진술 거부를 이유로 유죄판결을 받은 증인은 항소할 수 있다."	
증언거부권 (자기·친족)	제148조(근친자의 형사책임과 증언거부) "누구든지 자기나 다음 각 호의 1에 해당한 관계있는 자가 형사소추 또는 공소제기를 당하거나 유죄판결을 받을 사실이 발로될 염려있는 증언을 거부할 수 있다." 1. "친족 또는 친족관계가 있었던 자" 2. "법정대리인, 후견감독인"	제146조 "누구라도 자기가 형사소추를 받거나 유죄판결을 받을 우려가 있는 증언을 거부할 수 있다." 제147조 "누구라도 다음의 자가 형사소추를 받거나 유죄판결을 받을 우려가 있는 증언을 거부할 수 있다." 1. "자기의 배우자, 3촌 등 이	제55조 답변거부권 (1) "모든 증인은 질문에 대한 답변으로 말미암아 자기 자신이나 제52조 제1항에 규정된 친족이 범죄 또는 질서위반으로 소추될 염려가 있는 경우에 답변을 거부할 수 있다." (2) "증인에게 답변거부권을 알려주어야 한다." 제52조 피범행혐의자 친족		

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
		내의 혈족 혹은 2촌 등 이내의 인척 또는 자기와 이러한 친족관계가 있던 자" 2. "자기의 후견인, 후견감독인 또는 보좌인" 3. "자기를 후견인, 후견감독인 또는 보좌인으로 하는 자"	의 증언거부권 (1) "다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 증언을 거부할 수 있다." 1. "피범행혐의자의 약혼자 또는 피범행혐의자와 생활동반자가 되기로 약속한 사람" 2. "피범행혐의자의 배우자, 배우자였던 사람" 2a. "피범행혐의자의 생활동반자, 생활동반자였던 사람" 3. "피범행혐의자의 직계 혈족 또는 인척, 방계 3촌 이내의 혈족 또는 2촌 이내의 인척이거나 그런 관계에 있었던 사람" (2) "이해력이 부족한 미성년, 정신병 또는 정신적 내지 심리적 장애가 있는 미성년이나 피후견인이 증언거부권의 의미를 충분히 이해하지 못하면, 그들이 진술할 준비가 되어 그들의 법정대리인이 동의한 경우에만 그들을 증인으로 신문할 수 있다. 법정대리인은 자신이 피범행혐의자인 경우에 증언거부권의 행사에 관하여 결정할 수 없		

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
			다; 부모가 모두 법정대리권을 갖는 경우 피범행혐의자가 아닌 부모 중 일방에 대하여도 마찬가지다." (3) "증언거부권자, 제2항의 경우 증언거부권 행사에 관하여 결정할 권한이 있는 법정대리인에게 신문 전에 매번 증언거부권을 고지해야 한다. 그들은 신문 중에도 증언거부권의 포기를 철회할 수 있다."		
증언거부권 (업무상비밀)	제149조(업무상비밀과 증언거부) "변호사, 변리사, 공증인, 공인회계사, 세무사, 대서업자, 의사, 한의사, 치과의사, 약사, 약종상, 조산사, 간호사, 종교의 직에 있는 자 또는 이러한 직에 있던 자가 그 업무상 위탁을 받은 관계로 알게 된 사실로서 타인의 비밀에 관한 것은 증언을 거부할 수 있다. 단, 본인의 승낙이 있거나 중대한 공익상 필요있는 때에는 예외로 한다."	제149조 "의사, 치과의사, 조산사, 간호사, 변호사(외국법사무변호사를 포함한다), 변리사, 공증인, 종교의 직에 있는 자 또는 이러한 직에 있던 자는 업무상 위탁을 받아 알게 된 사실로서 타인의 비밀에 관한 것에 대하여는 증언을 거부할 수 있다. 단 본인이 승낙한 경우, 증언의 거부가 피고인만을 위하여 행하여지는 권리의 남용이라고 인정되는 경우(피고인이 본인인 경우를 제외)와 기타 재판소의 규칙에 규정된 사유가 있는 경	제53조 업무상비밀보유자의 증언거부권 (1) "그 밖에 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 증언을 거부할 수 있다." 1. "성직자가 사제로서의 업무상 고백을 받았거나 알게 된 사실에 관하여" 2. "피범행혐의자의 변호인이 업무상 고백을 받았거나 알게 된 사실에 관하여" 3. "변호사와 그 밖에 변호사협회의 회원, 변리사, 공증인, 공인회계사, 선서한 회계감정인, 세무사, 세무대리인, 의사, 치과의사, 심리치료사,		

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
		우에는 그러하지 아니하다.”	아동 및 청소년 심리치료사, 약사, 조산원이 업무상 고백을 받았거나 알게 된 사실에 관하여; 제53조a를 제외하고는 사내변호사(연방변호사법 제46조 제2항)와 사내변리사(변리사법 제41조a 제2항)에 대하여는 업무상 고백을 받았거나 알게 된 사실에 관하여는 그렇지 않다.”. 3a. “임신분쟁법 제3조, 제8조에 따라 승인된 상담소의 구성원 또는 수임인이 그 업무상 고백을 받았거나 알게 된 사실에 관하여” 3b. “관청 또는 공법상 사단, 시설 또는 재단이 승인하거나 그 기관 자체에 설립한 상담소에서 마약중독 문제에 관한 상담원이 그 업무상 고백을 받았거나 알게 된 사실에 관하여” 4. “연방의회의원, 연방총회 구성원, 유럽의회의 독일연방공화국 의원, 주의회의원이 이러한 기관의 구성원 지위에서 자신들에게 일정한 사실관계를 고백한 사람이나		

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
			자신들이 일정한 사실관계를 고백한 사람에 관하여 또는 이런 사실관계 자체에 관하여" 5. "출판물, 방송, 영상다큐멘터리의 준비나 제작, 유포, 보도 또는 여론형성에 영향을 주는 정보서비스나 통신서비스에 직업적으로 종사하거나 종사했던 사람" "제1문 제5호에 해당하는 사람은, 기고문이나 서면의 작성자나 투고자 또는 그 밖의 정보주체의 신상, 아울러 그들이 업무상 받게 된 보고와 그 내용 및 직접 처리한 자료의 내용과 업무와 관련하여 관리하는 대상에 관하여 증언을 거부할 수 있다. 이런 증언거부는 편집 중인 부분 또는 편집으로 정제된 정보서비스나 통신서비스에 관한 기고문, 서면, 보고 및 자료가 문제되는 경우에만 인정된다." (2) "제1항 제1문 제2호 내지 제3호b에 규정된 사람은 비밀유지의무에서 벗어난 경우		

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
			에 증언을 거부하지 못한다. 제1항 제1문 제5호에 규정된 사람이 스스로 처리한 자료의 내용과 그에 상응하여 인지하는 대상에 관하여 증언을 거부할 권리는 그 진술이 중죄의 규명에 기여해야 하는 경우 또는 심리대상이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하고 사실관계의 조사 또는 피범행혐의자 소재의 파악이 다른 방법으로는 불가능하거나 본질적으로 방해될 경우에 없어진다." 1. "평화교란, 민주적 법치국가 위험 또는 간첩과 외환의 범죄(형법 제80조a, 제85조, 제87조, 제88조, 제95조, 제97조b 중 제95조 부분, 제97조a, 제98조 내지 제100조a)" 2. "형법 제174조 내지 176조, 제177조 제2항 제1호에 따른 성적 자기결정에 대한 범죄" 3. "형법 제261조 제1항 내지 제4항에 따른 자금세탁, 즉 불법적으로 취득한 재산		

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
			의 은닉 그러나 증인은 이런 경우에도 기고문이나 서면의 작성자나 투고자의 신상 또는 그 밖의 정보주체의 신상 또는 제1항 제1문 제5호에 따라 그가 업무상 받게 된 보고 또는 그 내용을 공개하게 되는 결과가 되는 한도에서 진술을 거부할 수 있다." 제53조a 업무보조인의 증언거부권 (1) "제53조 제1항 제1문 제1호 내지 제4호에 규정된 사람에는 그의 보조인이나 그 직업의 준비를 위하여 그 직업상 활동을 하는 사람이 포함된다. 이러한 보조인의 증언거부권 행사는 제53조 제1항 제1문 제1호 내지 제4호에 규정된 사람이 재판하고, 다만 그 재판을 예견 가능한 시간 내에 할 수 없는 경우에는 그렇지 않다." (2) "비밀유지의무의 소멸에 관한 규정(제53조 제2항 제1문)은 보조인에게도 적용한다."		

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
증언거부권 (공범 아닌 공동피고인)		제148조 "공범 또는 공동피고인의 1인 또는 여러 명에 대하여 전조의 관계가 있는 자라도 다른 공범 또는 공동피고인에만 관한 사항에 대하여는 증언을 거부할 수 없다."			
증언거부권 고지	제160조(증언거부권의 고지) "증인이 제148조, 제149조에 해당하는 경우에는 재판장은 신문 전에 증언을 거부할 수 있음을 설명하여야 한다."		제55조 답변거부권 (1) "모든 증인은 질문에 대한 답변으로 말미암아 자기 자신이나 제52조 제1항에 규정된 친족이 범죄 또는 질서위반으로 소추될 염려가 있는 경우에 답변을 거부할 수 있다." (2) "증인에게 답변거부권을 알려주어야 한다."		
증인신문 주체 (법원! 당사자참여권)	제163조(당사자의 참여권, 신문권) ① "검사, 피고인 또는 변호인은 증인신문에 참여할 수 있다." ② "증인신문의 시일과 장소는 전항의 규정에 의하여 참여할 수 있는 자에게 미리 통지하여야 한다. 단, 참여하지 아니한다는 의사를 명시한	제157조 ① "검찰관, 피고인 또는 변호인은 증인의 신문에 입회할 수 있다." ② "증인신문의 일시 및 장소는 미리 전항의 규정에 의하여 신문에 입회할 수 있는 자에게 이를 통지하여야 한다. 단 이들이 미리 재판소에 입회하지 아니한다는 의사를	제224조 참가인에게 기일 통지 (1) "신문을 위하여 지정한 기일은 검찰, 피고인 그리고 변호인에게 사전에 통지해야 한다; 이들이 신문에 참석하는 것을 필요로 하지 않는다. 통지가 심리를 위태롭게 할 경우에 통지하지 않는다. 작성한 조서는 검찰과 변호인	제311조 ① "배석판사 및 배심원은 재판장에게 신청한 후 피고인 및 증인에게 질문할 수 있다." ② "배석판사 및 배심원은 자기의 의견을 표명하여서는 안 된다." 제312조	제189조 ② "재판관은 증인 및 감정인을 심문할 수 있다."

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
	때에는 예외로 한다." 명시한 때에는 그러하지 아니하다." ③ "제1항에 규정된 자는 증인의 신문에 입회한 경우 재판장에게 알리고 그 증인을 신문할 수 있다."	에게 제시해야 한다." (2) "구금된 피고인은 변호인이 있으면 그 구금된 장소의 법원 청사에서 진행되는 기일에 한하여 출석권이 있다."	① "제309조가 적용되는 경우를 제외하고 검사 및 각 당사자의 변호인은 재판장에게 신청한 후에 피고인·사소청구인·증인·기타 법정에 소환된 모든 사람들에게 직접 질문할 수 있다." ② "피고인 및 사소청구인은 재판장을 통해 질문한다." 제332조 ① "각 증언이 끝난 후 재판장은 증인에게 질문할 수 있다." ② "검사, 피고인 및 사소청구인의 변호인, 피고인, 사소청구인은 제312조에 정한 바에 따라 질문할 수 있다." 제442-1조 ① "제401조에 정한 바에 따라, 검사 또는 당사자의 변호인은 재판장에게 요구하여 피고인·사소청구인·증인 또는 법정에 소환된 모든 사람에 대하여 직접 신문할 수 있다." ② "피고인과 사소청구인 역	

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
				시 재판장을 통하여 질문할 수 있다.”	
증인신문 주체 (법원의 당사자 대행)	제164조(신문의 청구) ① “검사, 피고인 또는 변호인이 증인신문에 참여하지 아니할 경우에는 법원에 대하여 필요한 사항의 신문을 청구할 수 있다.” ② “피고인 또는 변호인의 참여없이 증인을 신문한 경우에 피고인에게 예기하지 아니한 불이익의 증언이 진술된 때에는 반드시 그 진술내용을 피고인 또는 변호인에게 알려주어야 한다.” ③ 삭제				
증인신문 주체 (증인신문 촉탁)	제167조(수명법관, 수탁판사) ① “법원은 합의부원에게 법정 외의 증인신문을 명할 수 있고 또는 증인 현재지의 지방법원판사에게 그 신문을 촉탁할 수 있다.” ② “수탁판사는 증인이 관할 구역 내에 현재하지 아니한 때에는 그 현재지의 지방법원판사에게 전촉할 수 있다.”	제163조 ① “재판소 외에서 증인을 신문할 때에는 합의체의 구성원에게 이를 하도록 하거나 또는 증인의 현재지의 지방재판소, 가정재판소 또는 간이재판소의 재판관에게 이를 촉탁할 수 있다.” ② “수탁재판관은 수탁권한이 있는 다른 지방재판소, 가정재판소 또는 간이재판소의	제223조 수명법관 또는 수탁법관에 의한 신문 (1) “증인이나 감정인이 공판에 상당 기간 또는 불확정 기간 질병, 노약, 다른 극복할 수 없는 장애로 출석하지 못하는 경우에 법원은 수명법관 또는 수탁법관에 의한 신문을 명할 수 있다.” (2) “증인이나 감정인에게 먼 거리 때문에 출석을 기대할		

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
	③ “수명법관 또는 수탁판사는 증인의 신문에 관하여 법원 또는 재판장에 속한 처분을 할 수 있다.”	재판관에게 전촉할 수 있다.” ③ “수탁재판관은 수탁사항에 관하여 권한이 없는 때에는 수탁권한이 있는 다른 지방재판소, 가정재판소 또는 간이재판소의 재판관에게 촉탁을 이송할 수 있다.” ④ “수명재판관 또는 수탁재판관은 증인신문에 관하여 재판소 또는 재판장에게 속하는 처분을 할 수 있다. 단 제150조 및 제160조의 결정은 재판소도 이를 할 수 있다.” ⑤ “제158조 제2항 및 제3항과 제159조에 규정된 절차는 전항의 규정에 불구하고 재판소가 이를 하여야 한다.”	수 없는 경우에도 제1항과 같다.” (3) (삭제)		
증인신문 시기 (공판기일외신문)		제281조 “증인에 대하여는 재판소는 제158조에 규정된 사항을 고려한 후 검찰관 및 피고인 또는 변호인의 의견을 들어 필요하다고 인정되는 때에 한하여 공판기일 외에서 이를 신문할 수 있다.” 제281조의2			

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
		"재판소는 공판기일 외에서의 증인신문에 피고인이 입회한 경우에, 증인이 피고인의 면전(제157조의3 제1항에 규정된 조치를 취하는 경우 및 제157조의4 제1항에 규정된 방법에 의하는 경우를 제외한다)에서는 압박을 받아 충분한 진술을 할 수 없다고 인정하는 때에는, 변호인이 입회하고 있는 경우에 한하여 검찰관 및 변호인의 의견을 들어 그 증인의 진술 중 피고인을 退席시킬 수 있다. 이 경우에는 진술 종료 후 피고인에게 증언의 요지를 고지하고 그 증인을 신문할 기회를 부여하여야 한다."			
증인신문 장소 (법정외신문)	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."	제158조 ① "재판소는 증인의 중요성, 연령, 직업, 건강상태 기타의 사정과 사안의 경중을 고려한 후, 검찰관 및 피고인 또는 변호인의 의견을 들어 필요하다고 인정할 때에는 재판소 외에 이를 소환하거나 그 현재장소에서 이를 신문할 수 있다."	제58조b 중계에 의한 신문 "공판 외에서 하는 증인신문은 그 신문하는 사람의 체류장소가 아닌 다른 장소에 증인이 체류하고 있고 그 증인신문의 영상과 음성을 증인의 체류 장소와 신문실로 생중계하는 방식으로 진행할 수 있다."	제112조 "증인이 출석할 수 없는 때에는, 예심판사는 진술을 듣기 위하여 그 소재 장소에 가거나 또는 제151조에 규정된 방식에 따라 수사를 위임한다."	

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
		② “전항의 경우에는 재판소는 미리 검찰관, 피고인 및 변호인에게 신문사항을 알 기회를 부여하여야 한다.” ③ “검찰관, 피고인 또는 변호인은 전항의 신문사항에 부가하여 필요한 사항의 신문을 청구할 수 있다.” 제159조 ① “재판소는 검찰관, 피고인 또는 변호인이 전조의 증인신문에 입회하지 아니하였을 때에는 입회하지 아니한 자에게 증인의 진술내용을 알 기회를 부여하여야 한다.” ② “전항의 증인의 진술이 피고인에게 예기하지 못한 현저히 불이익한 것인 경우에는 피고인 또는 변호인은 다시 필요한 사항의 신문을 청구할 수 있다.” ③ “재판소는 전항의 청구가 이유 없는 것이라고 인정하는 때에는 이를 각하할 수 있다.”			
증인신문 장소 (동행명령)	제166조(동행명령과 구인) ① “법원은 필요한 때에는 결	제162조 “재판소는 필요한 때에는 결			

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
	정으로 지정한 장소에 증인의 동행을 명할 수 있다." ② "증인이 정당한 사유없이 동행을 거부하는 때에는 구인할 수 있다."	정으로 지정된 장소에 증인의 동행을 명할 수 있다. 증인이 정당한 이유 없이 동행에 응하지 아니하는 때에는 이를 구인할 수 있다."			
증인신문 방식 (개별신문, 대질)	제162조(개별신문과 대질) ① "증인신문은 각 증인에 대하여 신문하여야 한다." ② "신문하지 아니한 증인이 재정한 때에는 퇴정을 명하여야 한다." ③ "필요한 때에는 증인과 다른 증인 또는 피고인과 대질하게 할 수 있다." ④ 삭제		제58조 신문; 대질 (1) "증인은 따로따로 그리고 나중에 신문할 증인이 재정하지 않은 상태에서 신문해야 한다." (2) "수사절차에서 다른 증인 또는 피범행혐의자와 대질은 그것이 다음 단계의 절차에 필요하다고 보이는 경우에 허용된다. 피범행혐의자와 대질에는 변호인의 참석이 허용된다. 기일은 변호인에게 사전에 통지해야 한다. 변호인은 장애를 이유로 기일의 연기를 청구할 수 없다."	제102조 ① "예심판사는 서기의 입회하에 개별적으로 증인의 진술을 청취하거나, 당사자 또는 다른 증인과 대질한 상태에서 진술을 청취할 수 있다. 증인의 진술은 조서에 적는다." 제338조 "검사와 사소청구인 및 피고인은 증언 후에 증인을 법정에서 퇴정시키고, 필요한 경우 다른 증인의 증언을 들은 후에 다시 입정시켜 단독으로 혹은 대질 하에 증언하게 할 수 있다. 재판장은 언제든 이와 같은 조치를 취할 수 있다." 제444조 ① "증인들은 따로 분리하여 범죄사실, 피고인의 성격, 도	

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
				덕성에 관하여 진술한다.” ② “재판장이 직권으로 증인의 신문 순서를 정하는 때를 제외하고는, 소환된 증인 중에서 피고인이 신청한 증인의 진술을 먼저 듣는다.” ③ “정식으로 소환을 받지 아니하고 공판정에 출석한 자도 당사자의 요청이 있는 때에는 법원의 허가를 얻어 증언할 수 있다.”	
증인신문 방식 (교호신문)	제161조의2(증인신문의 방식) ① “증인은 신청한 검사, 변호인 또는 피고인이 먼저 이를 신문하고 다음에 다른 검사, 변호인 또는 피고인이 신문한다.” ② “재판장은 전항의 신문이 끝난 뒤에 신문할 수 있다.” ③ “재판장은 필요하다고 인정하면 전2항의 규정에 불구하고 어느 때나 신문할 수 있으며 제1항의 신문순서를 변경할 수 있다.” ④ “법원이 직권으로 신문할 증인이나 범죄로 인한 피해자의 신청에 의하여 신문할	제304조 ① “증인, 감정인, 통역인 또는 번역인은 재판장 또는 배석재판관이 우선 이를 신문한다.” ② “검찰관, 피고인 또는 변호인은 전항의 신문이 끝난 후 재판장에게 알리고 그 증인, 감정인, 통역인 또는 번역인을 신문할 수 있다. 이 경우에 그 증인, 감정인, 통역인 또는 번역인의 조사가 검찰관, 피고인 또는 변호인이 청구한 때에는 청구를 한 자가 먼저 신문한다.” ③ “재판소는 적당하다고 인정하는 때에는 검찰관 및 피	제239조 교호신문 (1) “검찰과 피고인이 지명한 증인과 감정인에 대한 신문은 검찰과 변호인의 일치된 신청에 따라 재판장이 검찰과 변호인에게 맡길 수 있다. 검찰이 지명한 증인과 감정인의 경우에는 검찰이, 피고인이 지명한 경우에는 변호인이 일차로 신문할 권리가 있다.” (2) “재판장은 제1항의 신문 후에도 본안의 추가적인 규명에 필요하다고 보이는 질문을 증인과 감정인에게 해야 한다.”	제311조 ① “배석판사 및 배심원은 재판장에게 신청한 후 피고인 및 증인에게 질문할 수 있다.” ② “배석판사 및 배심원은 자기의 의견을 표명하여서는 안 된다.” 제312조 ① “제309조가 적용되는 경우를 제외하고 검사 및 각 당사자의 변호인은 재판장에게 신청한 후에 피고인·사소청구인·증인·기타 법정에 소환된 모든 사람들에게 직접 질문할 수 있다.”	제59조 “증인의 증언은 법정에서 공소인, 피해자 및 피고인, 변호인 쌍방의 질문을 거쳐야 하고, 확인 된 후에 한하여 사건을 확정하는 근거로 할 수 있다. 법정에서 증인이 의도적으로 위증하거나 죄증을 은닉한 것이 판명된 때에는 법에 따라 처리하여야 한다.”

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
	증인의 신문방식은 재판장이 정하는 바에 의한다." ⑤ "합의부원은 재판장에게 고하고 신문할 수 있다."	고인 또는 변호인의 의견을 들어 전2항의 신문의 순서를 변경할 수 있다."	제240조 질문권 (1) "재판장은 배석법관에게 그의 요구에 따라 피고인과 증인, 감정인에게 질문하는 것을 허용해야 한다." (2) "재판장은 검찰, 피고인, 변호인 또는 참심원에게도 동일하게 허용해야 한다. 공동피고인이 피고인에게 직접 질문하는 것은 허용되지 않는다." 제241조 재판장에 의하여 질문의 불허 (1) "제239조 제1항의 경우에 신문권을 남용한 사람은 신문권이 재판장에 의하여 박탈당할 수 있다." (2) "제239조 제1항과 제240조 제2항의 경우에 재판장은 적절하지 않거나 본안과 관련 없는 질문을 불허할 수 있다." 제241조a 미성년인 증인에 대하여 재판장의 신문 (1) "18세 미만의 증인에 대한 신문은 재판장만이 한다."	② "피고인 및 사소청구인은 재판장을 통해 질문한다." 제332조 ① "각 증언이 끝난 후 재판장은 증인에게 질문할 수 있다." ② "검사, 피고인 및 사소청구인의 변호인, 피고인, 사소청구인은 제312조에 정한 바에 따라 질문할 수 있다." 제442-1조 ① "제401조에 정한 바에 따라, 검사 또는 당사자의 변호인은 재판장에게 요구하여 피고인·사소청구인·증인 또는 법정에 소환된 모든 사람에 대하여 직접 신문할 수 있다." ② "피고인과 사소청구인 역시 재판장을 통하여 질문할 수 있다."	

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
			(2) “제240조 제1항, 제2항 제1문에 규정된 사람은 재판장이 증인에게 추가 질문을 할 것을 요구할 수 있다. 재판장은 의무합치적인 재량에 따라 증인의 안녕에 불이익할 염려가 없는 경우에 그 사람이 증인에게 직접 질문하는 것을 허락할 수 있다.” (3) “제241조 제2항을 준용한다.” 제242조 질문의 허용 여부에 관한 재판 “질문의 허용 여부에 의문이 있을 때는 모든 경우 법원이 이에 관하여 재판한다.”		
증인신문 방식 (신뢰관계인 동석)	제163조의2(신뢰관계에 있는 자의 동석) ① “법원은 범죄로 인한 피해자를 증인으로 신문하는 경우 증인의 연령, 심신의 상태, 그 밖의 사정을 고려하여 증인이 현저하게 불안 또는 긴장을 느낄 우려가 있다고 인정하는 때에는 직권 또는 피해자·법정대리인·검사의 신청에 따라 피해자와 신뢰	제157조의2 ① “재판소는 증인을 신문하는 경우에, 증인의 연령, 심신상태 기타 사정을 고려하여 증인이 현저히 불안 또는 긴장을 느낄 우려가 있다고 인정하는 때에는 검찰관 및 피고인 또는 변호인의 의견을 들어, 그 불안 또는 긴장을 완화함에 적당하고 또 재판관 혹은 소송관계인의 신문			

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
	관계에 있는 자를 동석하게 할 수 있다." ② "법원은 범죄로 인한 피해자가 13세 미만이거나 신체적 또는 정신적 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 경우에 재판에 지장을 초래할 우려가 있는 등 부득이한 경우가 아닌 한 피해자와 신뢰관계에 있는 자를 동석하게 하여야 한다." ③ "제1항 또는 제2항에 따라 동석한 자는 법원·소송관계인의 신문 또는 증인의 진술을 방해하거나 그 진술의 내용에 부당한 영향을 미칠 수 있는 행위를 하여서는 아니 된다." ④ "제1항 또는 제2항에 따라 동석할 수 있는 신뢰관계에 있는 자의 범위, 동석의 절차 및 방법 등에 관하여 필요한 사항은 대법원규칙으로 정한다."	혹은 증인의 진술을 방해하거나 또는 그 진술내용에 부당한 영향을 줄 우려가 없다고 인정되는 자를, 그 증인의 진술 중 증인을 돌봐주게 할 수 있다." ② "전항의 규정에 의하여 증인을 돌봐주게 된 자는, 그 증인의 진술 중 재판관 혹은 소송관계인의 신문 혹은 증인의 진술을 방해하거나 또는 그 진술내용에 부당한 영향을 줄 수 있는 언동을 하여서는 아니된다."			
증인신문 방식 (중계·차폐 신문)	제165조의2(비디오 등 중계장치 등에 의한 증인신문) "법원은 다음 각 호의 어느	제157조의4 ① "재판소는 다음의 자를 증인으로 신문하는 경우에 상	제247조a 증인에 대한 영상신문의 명령 (1) "증인이 공판에 출석한		

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
	하나에 해당하는 자를 증인으로 신문하는 경우 상당하다고 인정하는 때에는 검사와 피고인 또는 변호인의 의견을 들어 비디오 등 중계장치에 의한 중계시설을 통하여 신문하거나 차폐(遮蔽)시설 등을 설치하고 신문할 수 있다." 1. "「아동복지법」 제71조 제1항제1호부터 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"	당하다고 인정하는 때에는, 검찰관 및 피고인 또는 변호인의 의견을 들어 재판관 및 소송관계인이 증인을 신문하기 위하여 재석하는 장소 이외의 장소(이들이 在席하는 장소와 동일한 구내에 한함)에 그 증인을 재석시켜 영상과 음향의 송수신에 의하여 상대의 상태를 서로 인식하면서 통화를 할 수 있는 방법에 의하여 신문할 수 있다." 1. "형법 제176조부터 제178조의2, 제181조, 제225조, 제226조의2 제3항(외설 또는 결혼 목적에 관한 부분에 한함. 이하 이 호에서 같음), 제227조 제1항(제225조 또는 제226조의2 제3항의 죄를 범한 자를 방조할 목적에 관련된 부분에 한함) 혹은 제3항(외설 목적에 관련된 부분에 한함) 혹은 제241조 전단의 죄 또는 이들 죄의 미수죄의 피해자" 2. "아동복지법(昭和22 법률 제164호) 제60조 제1항의 죄 혹은 동법 제34조 제1항	사람들의 면전에서 신문을 받는 경우에 증인의 안녕에 중대한 해악을 끼칠 급박한 위험이 존재하면, 법원은 그 증인이 신문 동안에 다른 장소에 머무르도록 명할 수 있다; 그런 명령은 진실 규명에 필요한 경우에 한하여 제251조 제2항의 요건 하에서도 허용된다. 그 재판에 불복할 수 없다. 그 진술은 실시간으로 영상과 음성이 법정으로 전송된다. 그 진술은 증인이 계속되는 공판에서 신문받을 수 없을 염려가 있고 녹화가 진실 규명에 필요한 경우에 녹화해야 한다. 제58조a 제2항을 준용한다." (2) "법원은 감정인이 법원 외의 다른 장소에 머무르며 감정인 신문의 영상과 음성이 실시간으로 감정인의 체류 장소와 법정으로 전송되는 방법으로 감정인 신문을 하도록 명할 수 있다. 제246조a의 경우에는 그렇지 않다. 제1문에 따른 재판은 불복할 수 없다."		

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
		제9호에 관련된 동법 제60조 제2항의 죄 또는 아동매춘·아동포르노에관련된행위등의처벌및아동의보호등에관한법률(平成11 법률 제52호) 제4조부터 제8조까지의 죄의 피해자" 3. "전2조의 자 외에 범죄의 성질, 증인의 연령, 심신상태, 피고인과의 관계 기타의 사정에 의하여 재판관 및 소송관계인이 증인을 신문하기 위하여 在席하는 장소에서 진술하는 때에는 압박을 받아 정신의 평온이 현저히 침해될 우려가 있다고 인정되는 자" ② "전항에 규정된 방법에 의하여 증인신문을 행하는 경우에, 재판소는 그 증인이 나중의 형사절차에서 동일한 사실에 대하여 다시 증인으로서 진술을 요구받는 경우가 있다고 사료되는 경우로서 증인의 동의가 있는 때에는 검찰관 및 피고인 또는 변호인의 의견을 들어 그 증인의 신문 및 진술과 그 사항을	제58조b 중계에 의한 신문 "공판 외에서 하는 증인신문은 그 신문하는 사람의 체류 장소가 아닌 다른 장소에 증인이 체류하고 있고 그 증인신문의 영상과 음성을 증인의 체류 장소와 신문실로 생중계하는 방식으로 진행할 수 있다."		

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
		기록매체(영상 및 음향을 동시에 기록할 수 있는 물건을 말함. 이하 같음)에 기록할 수 있다." ③ "전항의 규정에 의하여 증인의 신문 및 진술과 그 상황을 기록한 기록매체는 소송기록에 첨부하여 조서의 일부로 한다." 제157조의3 ① "재판소는 증인을 신문하는 경우에, 범죄의 성질, 증인의 연령, 심신상태, 피고인과의 관계 기타의 사정에 의하여, 증인이 피고인의 면전(다음 조 제1항에 규정된 방법에 의하는 경우를 포함)에서 진술하는 때에는 압박을 받아 정신의 평온이 현저히 침해될 우려가 있다고 인정하는 경우로서 상당하다고 인정하는 때에는, 검찰관 및 피고인 또는 변호인의 의견을 들어 피고인과 그 증인과의 사이에 한쪽으로부터 또는 서로 상대의 상태를 인식할 수 없도록 하기 위한 조치			

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
		를 취할 수 있다. 단 피고인으로부터 증인의 상태를 인식할 수 없도록 하기 위한 조치에 있어서는 변호인이 출석하고 있는 경우에 한하여 이를 할 수 있다." ② "재판소는 증인을 신문하는 경우에, 범죄의 성질, 증인의 연령, 심신상태, 명예에 대한 영향 기타 사정을 고려하여 상당하다고 인정하는 때에는 검찰관 및 피고인 또는 변호인의 의견을 들어 방청인과 그 증인과의 사이에 서로 상대의 상태를 인식할 수 없도록 하기 위한 조치를 취할 수 있다."			
증인신문 방식 (퇴정후신문)	제297조(피고인등의 퇴정) ① "재판장은 증인 또는 감정인이 피고인 또는 어떤 재정인의 면전에서 충분한 진술을 할 수 없다고 인정한 때에는 그를 퇴정하게 하고 진술하게 할 수 있다. 피고인이 다른 피고인의 면전에서 충분한 진술을 할 수 없다고 인정한 때에도 같다." ② "전항의 규정에 의하여 피	제304조의2 "재판소는 증인을 신문하는 경우에 증인이 피고인의 면전(제157조의3 제1항에 규정된 조치를 취하는 경우 및 제157조의4 제1항에 규정된 방법에 의하는 경우를 제외한다)에서는 압박을 받아 충분한 진술을 할 수 없다고 인정하는 때에는 변호인이 출석하고 있는 경우에 한하여	제247조 공동피고인과 증인에 대한 신문 시의 피고인 퇴정 "법원은 공동피고인이나 증인이 피고인의 면전에서 진실을 말하지 않을 염려가 있는 경우에 그 신문 동안의 피고인 퇴정을 명할 수 있다. 18세 미만의 사람을 증인으로 피고인의 면전에서 신문할 때 증인의 안녕에 현저한	제339조 "재판장은 증인신문 전 또는 증인신문 중이나 신문 후에, 1인 또는 수인의 피고인을 퇴정시킨 후 여러 가지 사실에 대하여 조사할 수 있다. 그러나 각 피고인에 대하여 그의 퇴정 중에 진행된 상황 및 그 결과를 고지한 후가 아니면 심리를 속행하지 않도록 주의하여야 한다."	

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
	고인을 퇴정하게 한 경우에 증인, 감정인 또는 공동피고인의 진술이 종료한 때에는 퇴정한 피고인을 입정하게 한 후 법원사무관등으로 하여금 진술의 요지를 고지하게 하여야 한다.”	검찰관 및 변호인의 의견을 들어 그 증인의 진술 중 피고인을 퇴정시킬 수 있다. 이 경우에는 진술종료 후 피고인을 입정시켜 증언의 요지를 고지하고 그 증인을 신문할 기회를 부여하여야 한다.”	해악을 끼칠 염려가 있는 경우 또는 그 밖의 사람을 증인으로 피고인의 면전에서 신문할 때 증인의 건강에 중대한 해악을 끼칠 급박한 위험이 존재하는 경우에도 마찬가지다. 피고인의 건강에 현저한 해악을 끼칠 염려가 있는 경우에 피고인의 상태와 치료전망에 관하여 논의를 하는 동안 피고인의 퇴정을 명할 수 있다. 재판장은 피고인이 다시 재정하는 즉시 그에게 퇴정한 동안 진술된 것이나 그 밖에 심리된 것의 요지를 고지해야 한다.”		
기타 증인보호 (신변안전보호)			제68조 인적사항의 신문; 진술의 제한, 증인보호 (1) “증인신문은 증인에게 그의 이름, 나이, 직업과 주소를 물어볼 때에 시작한다. 공무상 알게 된 증인은 주소 대신 근무지를 진술할 수 있다.” (2) “증인이 자신의 주소를 진술하면 자신이나 타인의 법익이 위협받거나 자신이나 타인에게 부당한 영향력이		제61조 ① “인민법원, 인민검찰원과 공안기관은 증인 및 그 근친자의 안전을 보장하여야 한다.” ② “증인 또는 그 근친자에 대한 협박, 모욕, 구타 또는 보복은 범죄를 구성하는 경우에는 법에 따라 형사책임을 추급하고, 형사책임을 추급할 정도에 이르지 않은 경우에는, 법에 따라 치안관리

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
			행사될 것이라는 우려를 정당화하는 사유가 있는 경우에 주소 대신 직장 소재지나 근무지 또는 출석요구의 통지가 가능한 다른 주소를 진술하는 것은 허용돼야 한다. 공판에서는 제1문의 요건이 충족되면 재판장은 증인이 자신의 주소를 진술하지 않는 것을 허용해야 한다." (3) "증인은 자신의 신원이나 주소지 또는 거소지를 공개하면 자신이나 타인의 생명이나 신체, 자유가 위협받을 것이라는 우려를 정당화하는 사유가 있는 경우에 자신의 인적사항을 진술하지 않거나 과거의 신원만을 진술할 수 있다. 그러나 공판에서 증인은 자신이 증언하는 범죄사실을 어떠한 지위에서 알게 되었는지를 묻는 질문에 대답해야 한다." (4) "제2항 또는 제3항의 요건이 충족된다고 볼 만한 근거가 있으면, 증인에게 해당 조항의 권리를 알려주어야 한다. 제2항의 경우에 증인		처벌에 처한다." 제62조 ① "국가의 안전을 위협하는 범죄, 테러리스트에 의한 범죄, 폭력단에 의한 범죄, 약물범죄 등 사건에 대하여 증인, 감정인, 피해자가 소송에서 증언함으로써 본인 또는 그 근친자의 인신상의 안전이 위험에 노출될 경우에는, 인민법원, 인민검찰원, 공안기관은 다음 각 호의 하나 또는 복수의 보호조치를 강구하여야 한다." 1. "실제 이름, 주소 및 근무처 등의 개인정보를 공개하지 않는 것." 2. "외모, 육성 등을 분명히 하지 않고 출정·증언케 하는 조치를 강구하는 것." 3. "특정한 자가 증인, 감정인, 피해자 및 그 근친자와 접촉하는 것을 금지하는 것." 4. "인신 및 주택에 대하여 전문적인 보호조치를 강구하는 것." 5. "기타 필요한 보호 조치."

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
			은 출석요구의 통지가 가능한 주소를 정해야 한다. 증인의 주소지 또는 신원을 확인하는 증빙서류는 검찰에서 보관한다. 그 증빙서류는 위협의 우려가 사라진 때에 비로소 소송기록에 편철돼야 한다." (5) "제2항 내지 제4항은 증인신문이 끝난 후에도 적용한다. 제2항과 제3항의 위협이 사라진 것으로 보이는 경우가 아니라면, 증인이 그 데이터를 진술하지 않을 수 있는 한도에서 각종 통지와 기록열람 시에 그 데이터가 다른 사람에게 알려지지 않도록 해야 한다." 제68조a 인격보호를 위하여 질문권의 제한 (1) "증인이나 그의 제52조 제1항에 따른 친족에게 불명예가 될 수 있는 사실 또는 그들의 사적 생활영역과 관계있는 사실에 관한 질문은 불가피한 경우에만 해야 한다." (2) "본안에 관한 증인의 신		② "증인, 감정인, 피해자는 소송에서 증언함으로써 본인 또는 그 근친자의 인신상의 안전이 위험에 노출될 경우에는, 인민법원, 인민검찰원, 공안기관에 대하여 보호를 청구할 수 있다." ③ "인민법원, 인민검찰원, 공안기관은 법에 따라 보호조치를 강구하고, 관련 기관(單位)과 개인은 이에 협력하여야 한다."

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
			빙성과 관계있는 사정, 특히 피범행혐의자와 증인 또는 피해자와 증인의 관계에 관한 질문은 그것이 필요한 경우에 할 수 있다. 증인의 전과는 그것의 확인이 제60조 제2호의 요건이 충족되는지를 재판하거나 증인의 신빙성을 판단하는 데 필요한 경우에만 증인에게 물을 수 있다."		
기타 증인보호 (증인에 대한 변호인조력권)			제68조b 증인 조력인 (1) "증인은 변호사를 조력인으로 이용할 수 있다. 증인신문 시에 나온 변호사인 조력인에게는 참석이 허용된다. 그러나 그 조력인의 참석이 증거의 원활한 조사를 중대하게 침해할 것일 뿐이라고 인정할 만한 일정한 사실이 있는 경우에는 조력인을 신문에서 배제할 수 있다. 이는 원칙적으로 일정한 사실에 비추어 다음 각 호의 어느 하나가 인정되는 경우에 그러하다." 1. "조력인이 그 조사할 범행에 가담한 경우 또는 그 범행과 관련 있는 데이터장물죄,		

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
			범죄비호죄, 범인은닉죄 또는 장물죄에 가담한 경우" 2. "조력인이 증인의 이익만을 위한 것으로 보이지 않음으로 인하여 증인의 진술태도가 영향을 받는 경우" 3. "조력인이 신문에서 알게 된 사항을 제112조 제2항 제3호의 의미에서 증거인멸행위에 이용하거나 심리 목적을 위태롭게 하는 방식으로 넘겨주는 경우" (2) "증인이 증인신문에서 변호사인 조력인이 없고 다른 방법으로는 자신의 보호가치 있는 이익을 고려할 수 없는 경우에, 증인이 신문에서 자신의 권리를 스스로 행사할 수 없는 특별한 사정이 있다면, 증인에게 그 증인신문 동안에 그러한 조력인을 붙여주어야 한다. 제142조 제1항을 준용한다." (3) "제1항 제3문, 제2항 제1문에 따른 재판에 불복할 수 없다. 그 이유는 심리 목적을 위태롭게 하지 않는 한 기록에 기재해야 한다."		

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
기타 증인보호 (취약자보호)				제102조 ② "예심판사는 서기와 다른 증인을 배제하고 성년의 통역인을 지명할 수 있다. 선서를 하지 않은 통역인은 명예와 양심에 따라 사법에 협력한다는 취지를 선서한다." ③ "증인이 청각장애인일 때에는 예심판사는 직권으로 신문 시 증인을 보좌하기 위하여 수화자 또는 청각장애인과 의사소통이 가능한 언어 또는 방법을 알고 있는 자를 지명한다. 이들이 선서를 하고 있지 아니한 때에는, 그 명예와 양심에 따라 사법에 협력한다는 취지를 선서한다. 이들은 증인과 의사소통에 필요한 모든 수단을 동원할 수 있으며, 청각장애인인 증인이 읽고 쓸 능력이 있으면, 예심판사는 필기로 증인과 의사소통할 수 있다." 제344조 ① "피고인·사소청구인·증인 또는 그들 중 1인이 프랑스어를 충분히 할 수 없을 때	

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
				또는 심리에 제출된 문서를 번역할 필요가 있는 때에는 재판장은 직권으로 21세 이상의 통역인을 임명하여 그에게 자기의 명예와 양심에 따라 사법에 협력한다는 취지의 선서를 하게 한다." ② "검사·피고인·사소청구인은 기피 이유를 진술하여 통역인을 기피할 수 있다. 법원은 기피에 대하여 결정하며, 이 결정에 대하여는 불복할 수 없다." ③ "통역인은 피고인 또는 검사의 동의가 있는 때에는 법원을 구성하는 판사·배심원·공판담당서기·당사자 및 증인 중에서 이를 선임할 수 있다." 제345조 ① "피고인이 청각장애인일 경우, 재판장은 직권으로 그를 도울 수 있는 수화통역인 또는 청각장애인과 의사소통을 할 수 있는 언어 또는 수단을 구사할 수 있는 자를 지명한다. 지명된 자는 자기의 명	

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
				예와 양심에 따라 사법에 협력한다는 취지로 선서한다.” ② “재판장은 또한 청각장애인과 의사소통을 할 수 있는 모든 기술적 장치의 도움을 받을 것을 결정할 수 있다.” ③ “피고인이 쓰고 읽을 줄 아는 경우, 재판장은 그와 필기로 의사소통할 수 있다.” ④ “전조의 모든 규정들은 본조에 적용된다.” ⑤ “재판장은 청각장애인인 증인 또는 사소청구인에 대해서 동일한 조치를 취하여 절차를 진행할 수 있다.” 제407조 ① “피고인, 사소청구인 또는 증인이 프랑스어를 충분히 말하지 못하거나 공판에 제출된 서류를 번역할 필요가 있는 때에는 재판장은 직권으로 21세 이상의 통역인을 선임하고 명예와 양심에 따라 재판에 협력하겠다는 선서를 하게 한다.” ② “검사, 피고인 및 사소청구인은 이유를 붙인 기피신	

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
				청으로 통역인을 기피할 수 있다. 법원은 기피신청에 대하여 결정하며, 그 결정에 대하여는 불복할 수 없다." ③ "통역인은 피고인 또는 검사의 동의가 있는 경우에도 법원을 구성하는 판사, 공판에 참여한 서기, 당사자 및 증인 중에서 선임할 수 없다." 제408조 ① "피고인이 청각장애인인 때에는 재판장은 직권으로 수화통역자나 청각장애인과 의사소통을 할 수 있는 언어 또는 방법에 숙달된 사람을 선임하여 절차에 참여시킨다. 이때 선임된 사람은 명예와 양심에 따라 재판에 협력할 것을 선서한다." ② "재판장은 또한 청각장애인과의 의사소통을 가능하게 하기 위해서 모든 형태의 기술적 장치 사용을 결정할 수 있다." ③ "만약 피고인이 읽고 쓸 수 있을 때에는, 재판장은 필기의 방법으로 의사 소통을	

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
				할 수 있다." ④ "전조의 규정은 본조에 준용한다." ⑤ "재판장은 증인이나 사소청구인이 청각장애인인 경우에도 본조의 규정을 준용할 수 있다." 제443조 "증인이 농아자이거나 프랑스어를 충분히 구사하지 못하는 때에는 제407조 및 제408조의 규정을 준용한다."	
증인신문 기록(조서, 녹화)	제48조(조서의 작성방법) ① "피고인, 피의자, 증인, 감정인, 통역인 또는 번역인을 신문하는 때에는 참여한 법원사무관등이 조서를 작성하여야 한다." ② "조서에는 다음 사항을 기재하여야 한다." 1. "피고인, 피의자, 증인, 감정인, 통역인 또는 번역인의 진술" 2. "증인, 감정인, 통역인 또는 번역인이 선서를 하지 아니한 때에는 그 사유" ③ "조서는 진술자에게 읽어		제58조a 신문의 녹화 (1) "증인신문은 녹화할 수 있다. 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 당해 사안에서 중요한 여러 사정을 고려하여 증인신문을 녹화해야 하고 법관이 증인신문을 해야 한다." 1. "그 신문의 녹화와 법관에 의한 신문을 함으로써 18세 미만인 사람, 어린이 또는 청소년 시기에 제255조a 제2항에 규정된 범죄로 피해를 당한 사람의 보호가치 있는 이익이 더 보장될 수 있는 경	제333조 "증인의 증언과 그 증인이 앞서 한 진술 사이에 사실의 추가, 변경 또는 차이가 있는 때에는 재판장은 직권 또는 검사나 당사자의 청구에 따라 서기에게 조서를 작성하게 한다. 이 조서는 공판조서에 첨부한다." 제453조 ① "서기는 공판심리 과정을 기록하고, 특히 재판장의 지휘에 따라 증인의 진술 및 피고인의 답변을 기록한다."	

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
	주거나 열람하게 하여 기재 내용의 정확여부를 물어야 한다." ④ "진술자가 증감변경의 청구를 한 때에는 그 진술을 조서에 기재하여야 한다." ⑤ "신문에 참여한 검사, 피고인, 피의자 또는 변호인이 조서의 기재의 정확성에 대하여 이의를 진술한 때에는 그 진술의 요지를 조서에 기재하여야 한다." ⑥ "전항의 경우에는 재판장 또는 신문한 법관은 그 진술에 대한 의견을 기재하게 할 수 있다." ⑦ "조서에는 진술자로 하여금 간인한 후 서명날인하게 하여야 한다. 단, 진술자가 서명날인을 거부한 때에는 그 사유를 기재하여야 한다."		우" 2. "증인을 공판에서 신문할 수 없을지도 모른다는 우려가 있고 진실규명을 위하여 녹화가 필요한 경우" (2) "증인신문 녹화물은 형사소추의 목적에만 그리고 진실규명에 필요한 한도 내에서만 이용할 수 있다. 제101조 제8항을 준용한다. 기록열람권이 있는 사람에게 녹화복사본을 교부할 수 있다는 조건과 관련해서는 제147조와 제406조e를 준용한다. 복사본은 재복사를 하거나 타인에게 교부해서는 안 된다. 복사본은 계속하여 이용할 정당한 이익이 소멸하는 즉시 검찰에 반환해야 한다. 앞서 적시한 사람 외의 사람에게 녹화물을 교부하거나 복사본을 반환하는 데에는 증인의 사전 동의가 필요하다." (3) "증인이 제2항 제3문에 따른 증인신문 녹화복사본의 교부에 이의하면, 그 교부에 갈음하여 녹화내용을 조서로	② "공판조서는 서기가 이에 서명하며, 늦어도 각 공판이 종결된 날로부터 3일 이내에 재판장이 서명으로 승인한다." 제457조 ① "증인의 진술이 허위라고 판단될 경우, 재판장은 직권으로 또는 검사나 당사자 1인의 청구에 의하여 증인의 정확한 진술 내용을 공판조서에 기록한다." ② "재판장은 필요하다고 인정하는 경우, 특별히 위 증인을 다시 신문하기 위하여 법원이 지정하는 곳에 대기하도록 명할 수 있다." ③ "당일 판결을 선고하여야 하는 때에는, 재판장은 경찰로 하여금 당해 증인을 법정 내 또는 법정 외의 장소에 유치하도록 명할 수 있다." ④ "법원은 본안에 대한 판결문을 낭독한 후 증인을 검사에게 인치하도록 명하고, 검사는 증인에 대한 위증죄의 예심수사 개시를 청구한다."	

	우리나라	일본	독일	프랑스	중국
			작성하여 이를 제147조와 제406조e에 따른 기록열람권 있는 사람에게 교부한다. 녹화내용을 조서로 작성한 사람은 그 조서 기재의 정확성을 확인한다는 부기를 하고 서명해야 한다. 제147조, 제406조e에 따라 녹화물를 시청할 수 있는 권리는 영향을 받지 않는다. 증인에게 제1문에 따른 이의권을 알려주어야 한다."	⑤ "법원은 본안에 대한 판결문을 낭독한 후, 위증임이 의심되는 진술 혹은 사실관계를 즉석에서 조서에 기재한다." ⑥ "위 조서 및 공판조서의 등본은 지체 없이 검사에게 송부한다."	
증인의 권리 (비용청구권)	제168조(증인의 여비, 일당, 숙박료) "소환받은 증인은 법률의 규정한 바에 의하여 여비, 일당과 숙박료를 청구할 수 있다. 단, 정당한 사유없이 선서 또는 증언을 거부한 자는 예외로 한다."	제164조 ① "증인은 여비, 일당 및 숙박료를 청구할 수 있다. 단 정당한 이유 없이 선서 또는 증언을 거부한 자는 그러하지 아니하다." ② "증인은 미리 여비, 일당 또는 숙박료의 지급을 받은 경우에 정당한 이유 없이 출석하지 아니하거나 선서 또는 증언을 거부한 때에는 그 지급을 받은 비용을 반납하여야 한다."	제71조 증인보상 "증인은 사법보수와 보상에 관한 법률에 따라 그 비용을 보상받는다."		제63조 ① "증인이 증언 의무를 이행하기 위하여 지출한 교통비, 숙박비, 식비 등 필요한 경비는 보조하여야 한다. 증인의 증언에 관련된 보조는 사법기관의 업무경비로 계상하고 동급 정부의 재정이 보장한다." ② "근무 기관(單位)에 소속한 증인이 증언하는 경우, 그 근무 기관은 그 사람의 급여, 상여, 기타 복리후생을 공제하거나 형태를 바꾸어 공제하여서는 아니 된다."

제7절 | 위법수집증거배제법칙 (이상한)

1. 서 론

위법수집증거배제법칙이란 수집된 증거가 적법한 절차에 의하지 않을 경우 증거로 사용할 수 없다는 법칙을 말한다. 「형사소송법」 제308조의2는 "적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다"고 규정하여 이 법칙을 선언하고 있는데, 진술증거 중에서 자백에 대하여는 「헌법」 제12조 제7항과 「형사소송법」 제309조에 규정하고 있고, 불법검열이나 불법감청에 의하여 수집한 증거에 대하여는 「통신비밀보호법」 제4조에서 "제3조(통신 및 대화비밀의 보호)의 규정에 위반하여 불법검열에 의하여 취득한 우편물이나 그 내용 및 불법감청에 의하여 지득 또는 채록된 전기통신의 내용은 재판 또는 징계절차에서 증거로 사용할 수 없다"고 규정하여 이러한 법칙을 구체화하고 있다.

2. 연 혁

과거 위법수집증거배제법칙에 관해서 학설로는 거의 수용되고 있었으나 우리나라 대법원은 진술증거, 즉 피의자의 자백에 관하여 중대한 절차적 위법이 있는 경우에는 그 자체로 증거능력을 부정[132]하였으나, 비진술증거인 물적 증거에 대하여는 "압수물은 압수절차가 위법하다 하더라도 물건 자체의 성질·형상에 변경을 가져오는 것은 아니므로 그 형상 등에 대한 증거가치에는 변함이 없다 할 것이므로" 증거능력이 인정된다는 태도였다.[133]

---

132) 대법원 1990.8.24. 선고 90도1285 판결; 1992.6.23. 선고 92도682 판결; 2001.9.28. 선고 2001도4091 판결 등. 진술증거에 대하여는 형사소송법의 개정 전에도 「헌법」 제12조 제7항("피고인의 자백이 고문·폭행·협박·구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법에 의하여 자의로 진술된 것이 아니라고 인정될 때 … 이를 유죄의 증거로 삼거나 이를 이유로 처벌할 수 없다") 및 「형사소송법」 제309조("피고인의 자백이 고문, 폭행, 협박, 신체구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법으로 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 이유가 있는 때에는 이를 유죄의 증거로 하지 못한다")에 명문 규정이 있다.

133) 대법원 1987.6.23. 선고 87도705 판결; 1994.2.8. 선고 93도3318 판결 등("압수물은 압수절차가 위법이라 하더라도 물건 자체의 성질·형상에 변경을 가져오는 것이 아니므로 그 형상 등에 관한 증거 가치에는 변함이 없다할 것이므로 증거능력이 인정된다").

그러다가 2004년 12월에 설치된 사법제도개혁추진위원회(이하 "사개추위"라 한다)는 2005년부터 입법안에 대한 성안작업에 들어가서 개정가안을 마련하였다. 즉, 개정가안 제307조의2에 위법수집증거배제법칙을 명시적으로 선언함으로써 증거수집절차의 적법성을 제고하려는 것으로, 진술증거는 물론 비진술증거에 대해서도 적용한다는 취지로 '위법수집증거의 배제'라는 표제 하에 "위법하게 수집된 증거는 증거로 할 수 없다"라는 규정을 제안하였고, 이후 법원 역시 동일한 안을 제시하였다.[134]

이에 검찰 측은 위법수집증거배제법칙을 발전시켜온 미국에서도 경미한 위법의 경우 위법수집증거라도 증거사용을 허용하는 판례도 나오고 있고, 일본의 경우에도 위법의 정도와 사안의 중대성을 비교형량하여 결정하는 해석론을 전개하고 있으며, 이러한 이론적 발전들은 모든 위법수집증거물을 자동적, 의무적으로 증거에서 배제할 경우 수사기관의 경미한 위법행위로 범죄인이 누리는 혜택이 너무 커지는 경우가 생길 수 있어 형사사법의 정의와 형사사법체제에 대한 불신이 조장될 수 있는 점을 감안한 것이고, 법칙을 성문법으로 도입한 영국이나 캐나다 또는 국제상설형사재판소 규정들에서도 위법의 중대성과 사안의 정도 등 모든 사정을 고려하여 증거를 허용하는 것이 사법적 정의의 관념에 반할 때에 비로소 증거배제를 하도록 규정하고 있어 개개 사안에 대한 구체적 상황에 맞는 이론과 판례를 가지고 해결해 나갈 필요가 있는데, 그러한 점에서 사개추위안은 너무 포괄적인 규정이라는 문제가 있다고 비판하였다.[135] 그리고 위법수집증거물에 대한 오해가 없도록 위법의 중대성과 사법적 정의의 비교형량 등 판단의 기준을 구체화하는 것이 바람직하다고 하면서 "위법하게 수집한 증거는 그 위법성이 중대하고 사건의 내용과 비교하여 이를 증거로 함이 사법적 정의에 반할 때에는 이를 증거로 할 수 없다"는 대안을 제시하였다.[136]

이후 소위원회에서 관련 논의를 여러 번 거쳤으며, "이러한 여러 안과 반론에 대해 포괄적인 문제점을 언급하며 아예 규정을 두지 않고 판례에 맡기자"는 방안과 "초안을 그대로 두고 '위법하게'의 해석을 판례에 맡겨 두는 것"이 좋을 것 같다는 의견 등이 제시되었고, "헌법 제12조의 적법절차 조항을 참고하여 '위법하게' 앞에 '적법절차를

---

134) 김두상, "위법수집증거배제법칙의 적용범위에 관한 연구", 경상대학교 박사학위논문, 2012, 154면.
135) 이완규, 『형사소송법 연구 I』, 탐구사, 2008, 542~543면.
136) 이완규, 『형사소송법 연구 I』, 542~543면.

준수하지 않고'를 넣는 것이 좋겠다는 의견이 제출된 후 '위법하게'를 '적법한 절차에 의하지 아니하고'라고 바꾸자는 의견이" 제시되었고, 이에 검찰 측은 반대하였지만 대부분 위원들이 찬성하였다.[137]

그리고 조문의 위치에 대해서도 자백배제법칙과 전문법칙과의 관계를 생각할 때 제308조의2로 하자는 의견을 반영하여 최종적으로 제308조의2에 "적법한 절차에 의하지 아니하고 수집한 증거는 증거로 사용할 수 없다"고 규정되었다. 이후 2006년 1월에 국회에 정부안으로 제출되었고, 2007년 4월에 국회의결을 거치면서 같은 해 6월, 법 제8491호로 공포되었으며, 이듬해인 2008년 1월 1일에 발효되었다.[138]

새로운 「형사소송법」의 시행을 앞둔 2007년 11월 15일에 대법원은 물적 증거에 대하여 위법수집증거배제법칙을 인정하지 않았던 종전 판례를 변경하여, 전원합의체 판결로 위법수집증거의 증거능력을 원칙적으로 부정하는 판결을 선고하였다.[139] 즉 "헌법과 형사소송법이 정한 절차를 따르지 아니하고 수집한 증거는 기본적 인권 보장을 위해 마련한 적법한 절차를 따르지 않은 것으로서 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다. … 이를 기초로 하여 획득한 2차적 증거를 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없도록 하는 것이다"고 판시하였다.

이와 같이 위법수집증거배제법칙은 진술증거뿐 아니라 물적 증거의 경우에도 「형사소송법」에 정면으로 등장하였을 뿐 아니라, 우리나라 대법원도 기존의 판례를 변경하여 위법수집증거배제법칙이 모든 증거에 대하여 적용된다고 명시적으로 선언함으로써 이제 위법수집증거배제법칙의 적용범위 등에 대한 논란은 일단락 된 것처럼 보인다.

3. 외국 입법례

가. 미 국

미연방 수정헌법 제4조는 "부당한 수색·체포·압수로부터 신체, 가택, 서류 및 동산의 안전을 보장받는 인민의 권리는 이를 침해할 수 없다. 체포·수색·압수의 영장은,

137) 김두상, "위법수집증거배제법칙의 적용범위에 관한 연구", 163면.
138) 김두상, "위법수집증거배제법칙의 적용범위에 관한 연구", 163면.
139) 대법원 2007.11.15. 선고 2007도3061 전원합의체 판결.

상당한 이유에 의하고, 선서 또는 확약에 의하여 뒷받침되고, 특히 수색될 장소, 체포될 사람 또는 압수될 물품을 기재하지 아니하고는 이를 발급할 수 없다"고 규정하고 있다.[140]

1) 이론의 효시 : Boyd v. United State 사건

미연방 대법원이 위법수집증거를 배제하여야 한다는 이론을 처음으로 선언한 것은 1886년 Boyd v. United State 사건이다.[141] Boyd 사건에서 연방대법원은 피고인에게 사적인 서류를 작성하도록 강요하는 것은 불법적인 수색과 압수에 따른 헌법위반과 같은 것이라고 판결하였는데, 브래들리(Bradley) 대법관은 수정헌법 제4조 및 제5조를 연관시켰다. 이 판결에서 사적인 서류를 작성하도록 강요하는 것은 본질적으로 피고인에게 자기의 죄를 시인하는 증언을 요구하는 것은 명백히 수정헌법 제5조를 위반한 것이라고 하였다. 경찰이 종종 피고인으로 하여금 자기에게 불리한 증언을 강요하기 위해 불합리한 수색이나 압수에 관여하기 때문에, 법원이 이러한 증거를 재판에서 인정하게 되면 수정헌법 제4조 및 제5조를 위반한 것이 된다고 하였다.

2) 형사재판에서의 적용 : Weeks v. United States 사건

위법수집증거배제법칙은 1914년 Weeks v. United States 사건에서 처음으로 미연방대법원의 형사재판 절차에 적용되었다.[142] 이 사건에서 미연방 대법원은 "법원은 수정헌법 제4조를 위반하여 압수한 편지와 같은 사적인 서류들을 형사재판의 증거로 사용할 수 없다"고 판시하였다. 법원은 위헌적 행위를 묵인하지 않고 불법적으로

---

140) Amendment 4 - Search and Seizure. Ratified 12/15/1791.
"The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized."
(https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm; 검색일: 2019년 6월 25일)

141) Boyd v. United State, 116 US 616 (1886). "뉴욕 항에서 보이드가 수입관세를 납부하지 않아 판유리 35개를 압수하였는데, 이 사실을 입증하기 위해 검사가 위 보이드에게 누락된 영국의 리버풀유니언 플레이트 글래스 컴퍼니(United Plate Glass Company)로부터 수입한다는 내용의 인보이스(송장)를 작성하도록 강요하였다. 보이드는 이것이 수정헌법 제5조의 자기부죄금지조항에 위배된다고 주장하였다. 이 사건은 민사사건으로, 경찰의 수색이 관련되지 않은 사건이라고 한다"(조국, 『위법수집증거배제법칙』, 박영사, 2005, 23면 재인용).

142) Weeks v. United States, 232 US 383 (1914).

압수한 증거를 사용하는 것을 불허함으로써 사법의 염결성(integrity)을 유지할 수 있다고 보았다.

3) 독수과실이론("fruit of the poisonous tree doctrine")

1920년 Silverthorn Lumber Co. v. United States 사건[143]에서 위법하게 수집된 1차적 증거(독과)에서 발견된 제2차 증거(과실)의 증거능력을 배제하는 '독수과실이론'이 확립되었다. 이 사건에서 홈즈 대법관은 "증거의 획득을 특정 방식으로 금지하는 조항의 본질은 그렇게 획득된 증거가 단지 법정에서 사용되어서는 안 된다는 것이 아니라 어떤 경우에도 사용되어서는 안 된다. 물론 이것은 이렇게 얻어진 사실들이 신성하고 접근불가능하다는 것을 의미하지는 않는다"고 하면서 독수과실이론의 수정이 필요하다고 하였다. 이에 따르면, 일반적으로 위법하게 수집된 증거 그 자체뿐 아니라 그 증거를 이용하거나 그 증거에서 파생된 증거도 증거능력을 배제하는 것으로, 그러한 증거는 독이 있는 나무의 오염된 과실로 간주한다.

미연방 대법원은 상당한 이유가 없음에도 피고인을 체포하여 경찰서로 데려와 미란다원칙을 고지하였으나, 2명의 친구와 면회를 한 후 범행을 자백한 사안에서 위 자백은 불법체포의 직접적인 결과물(과실)이기 때문에 증거능력을 배제하여야 한다고 판결하였다. 피고인이 불법체포를 당하지 않았다면 구금되지 않았을 것이고, 자백도 하지 않았을 것이라는 이유에서다.

4) 위법수집증거배제법칙 이론의 확립 : Mapp v. Ohio 사건

1961년 Mapp v. Ohio 사건에서 미연방 대법원은 "수정헌법 제4조 위반의 구제책으로서의 위법수집증거배제법칙이 연방 뿐 아니라 주(州)에도 적용이 된다"고 판시하여 이 원칙이 미국 증거법상의 확고한 원칙으로 자리 잡게 되었다. 여기서 미연방 대법원은 "위법수집증거배제법칙은 수정헌법 제4조에 포함된 개인의 사생활보호에 필수적

---

143) Silverthorn Lumber v. United States, 251 US 385 (1920). "이 사건은 연방수사관이 적법한 권한없이 사무실에 들어가 책과 서류 등을 압수·수색하여 가지고 간 다음 복사한 후 돌려주고, 책과 서류 등 원본 제출명령을 발부받아 원본제출을 명하였으나, 피고인이 이를 거부하자 법정모욕죄로 기소되었다. 연방대법원은 연방수사관의 금지된 행위는 그를 통하여 목적달성에 필요한 어떠한 이득도 얻을 수 없다고 하면서 무죄를 선고하였다"(김용효, "위법수집증거배제법칙과 그 적용예외에 관한 고찰 -미국의 판례를 중심으로-", 『법학논총』, 제26집 제3호(2009.9.), 한양대학교 법학연구소, 23-24면 재인용).

인 요소로, 수정헌법 제14조의 절차 조항에 따라야 한다"고 판시하였다.

미연방 대법원은 이 판결에서 위법수집증거배제법칙의 3가지 근거로 헌법적 특권, 사법의 염결성, 억지력을 들고 있다. 즉, 위법수집증거배제법칙은 헌법상의 특권으로, 수정헌법 제4조에 의해 불법적으로 획득한 증거의 사용을 금지한다. 그리고 판사가 불법적으로 획득한 증거를 인정함으로써 수정헌법 제4조 위반을 법정까지 연장할 수 있음을 인식하고, 사법적으로 승인된 불법 증거를 채택하는 것은 사법부의 염결성을 훼손하는 것으로 보았다. 마지막으로, 경찰이 수정헌법 제4조를 위반하는 유인(incentive)을 제거함으로써, 위법수집증거배제법칙은 향후 경찰의 불법행위를 억지하는 역할을 한다고 보았다.

나. 영 국

위법수집증거배제에 관하여 영국의 「경찰 및 형사증거법」(Police and Criminal Evidence Act 1984) 제78조 제1항에 "어떠한 절차에 있어서도 소추측이 신청하는 증거에 대하여, 그 증거가 획득한 상황을 포함한 모든 사정을 고려하여 그 증거를 허용하는 것이 당해 절차의 공정성에 적대적인 효과를 미치므로 이를 허용해서는 안된다고 판단되는 경우 법원은 증거의 허용을 거부할 수 있다"고 규정하고 있다.[144]

다. 독 일

독일은 증거금지가 증거능력을 제한하는 이론으로 논의되고 있다. 증거금지에는 증거수집의 금지와 증거평가의 금지가 있다. 증거수집금지에는 "① 증거대상의 금지와 ② 증거자료의 금지, 그리고 ③ 증거방법의 금지가 있으며, ④ 상대적 증거수집금지는 일정한 사람에게만 증거수집이 허용"된다.[145] 한편 증거평가금지는 세 가지 유형이

144) 78 Exclusion of unfair evidence. (1) "In any proceedings the court may refuse to allow evidence on which the prosecution proposes to rely to be given if it appears to the court that, having regard to all the circumstances, including the circumstances in which the evidence was obtained, the admission of the evidence would have such an adverse effect on the fairness of the proceedings that the court ought not to admit it." (https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/60/section/78; 검색일: 2019년 6월 25일).

145) 하태영, "개정 형사소송법 제308조의2 위법수집증거배제법칙의 법적 의미와 적용범위", 『형사법연구』, 제19권 제4호(2007.1.), 한국형사법학회, 183면.

있는데, "① 증거수집절차의 위법으로 증거평가를 금지하는 경우, ② 증거수집절차의 위법과 상관없이 증거평가를 금지하는 경우, ③ 위법하게 수집된 증거를 매개하여 적법하게 취득한 파생증거(독수과실이론) 등"이다.[146]

독일의 경우, 증거수집에 대한 증거평가를 유형에 따라 여러 이론으로 해결한다. 즉, ① 증거수집절차의 위법으로 증거평가를 금지하는 경우에는 법영역이론, 보호목적이론, 이익형량이론으로, 그리고 ② 증거수집절차의 위법과 상관없이 증거평가를 금지하는 경우에는 3단계이론(핵심영역이론)으로 해결한다.[147]

라. 일 본

일본의 경우, 학계는 미국 판례의 영향을 받아서 위법수집증거배제법칙을 인정하고 있다. 그러나 판례는 위법한 절차에 의해 수집한 압수물에 대해서는 증거능력을 인정하는 입장을 오랫동안 견지해 왔다. 그 후 1978년 일본 최고재판소의 판결에 의해 위법수집증거배제법칙을 받아들였다. 다만, 물적 증거에 대해서는 위법수집증거배제법칙을 일부 수용하였으나, 위법의 정도 및 사안의 중대성을 비교형량하여 결정하는 해석론을 전개하였다.[148]

마. 캐나다

1982년 제정된 「캐나다 권리와 자유헌장」(The Canadian Charter of Rights and Freedoms) 제24조 제1항에는 "이 권리헌장에 의하여 보장된 권리 또는 자유를 침해당하거나 부인당한 자는 누구든지 관할법원에 청원하여, 법원으로부터 적정한 구제를 받을 수 있다"고 규정되어 있는 바, 기본권을 침해당한 국민은 이 조항에 의하여 일반적인 구제를 받을 수 있게 되었다.[149] 또한 동조 제2항에는 "제1항과 관련된 절차가

146) 하태영, 앞의 글, 183면.
147) 하태영, 앞의 글, 183~184면.
148) 하태영, 앞의 글, 182면.
149) 24. (1) "Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances."
(https://www.justice.gc.ca/eng/csj-sjc/rfc-dlc/ccrf-ccdl/check/art241.html; 검색일: 2019년 6월 25일)

진행되는 과정에서, 법원은 이 권리헌장에 의하여 보장된 권리 또는 자유를 침해하거나 부인하는 방법으로 수집된 증거에 대하여 모든 정황을 고려할 때 이를 채택하는 것이 사법정의 실현에 불명예를 가져온다고 판단이 되면 이를 배척하여야 한다"고 규정되어 있는바,[150] 수사기관이 위법하게 수집한 증거에 대한 증거능력을 배척할 수 있는 근거규정을 마련함으로써 위법수집증거배제법칙이 도입되었음을 천명하였다.

바. 중 국

중국의 위법수집증거배제법칙에 관한 규정은 주로 2012년에 개정된「형사소송법」에 신설한 제54조와「위법증거배제규정」에 있다. 중국「형사소송법」제54조에 의하여 "고문 등 위법한 방법으로 범죄피의자, 피고인의 자백을 받아 내거나, 폭력 및 협박 등 위법한 방법으로 수집한 증인의 증언, 피해자 진술은 반드시 배제해야 한다. 물증, 서증의 수집이 법정 절차에 부합되지 않고, 사법 공정성에 심각한 영향을 줄 수 있는 경우, 반드시 보충 혹은 합리적인 해석을 해야 한다. 보충 혹은 합리적인 해석을 못할 경우, 반드시 배제하여야 하고 조사, 기소 심사, 재판 시, 마땅히 배제하여야할 증거를 발견하였을 경우 반드시 배제하여야 하며, 기소의견, 기소결정 및 판결의 근거로 사용할 수 없다"고 하였다.[151]「위법증거배제규정」제1조, 제2조, 제14조의 규정에 따라서 "고문 등 위법한 방법으로 범죄피의자, 피고인의 자백을 받아 내거나 폭력 및 협박 등 위법한 방법으로 수집한 증인의 증언, 피해자 진술은 위법진술증거에

150) 24. (2) "Where, in proceedings under section (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute."
(https://www.justice.gc.ca/eng/csj-sjc/rfc-dlc/ccrf-ccdl/check/art242.html; 검색일: 2019년 6월 25일)

151) 中国刑事诉讼法 第五十四条 "采用刑讯逼供等非法方法收集的犯罪嫌疑人、被告人供述和采用暴力、威胁等非法方法收集的犯罪嫌疑人、被告人供述和采用暴力、威胁等非法方法收集的证人证言、被害人陈述，应当予以排除。收集物证、书证不符合法定程序，可能严重影响司法公正的，应当予以补正或者作出合理解释；不能补正或者作出合理解释的，对该证据应当予以排除。在侦查、审查起诉、审判时发现有应当排出的证据的，应当依法予以排除，不得作为起诉意见、起诉决定和判决的依据。" (http://www.moj.gov.cn/Department/content/2019-01/16/592_226961.html; 검색일: 2019년 6월 25일)

속한다. 법에 의하여 위법진술증거로 확인한 증거를 배제하여야 하며 사건을 정하는 근거로 사용할 수 없다. 물증, 서증의 수집이 법률규정을 분명히 위반하고 공정 심판에 영향을 줄 수 있는 경우, 보충 혹은 합리적인 해석을 하여야 한다. 아니면 해당 물증, 서증은 사건을 정하는 근거로 사용할 수 없다"고 하였다.[152]

사. 스위스

「**형사소송법**」

제140조 금지된 증거조사방법[153]

1. "증거 수집은 강압, 무력 사용, 위협, 약속, 속임수, 그리고 개인의 사고 능력이나 자유의지에 영향을 미칠 수 있는 수단을 금지한다."
2. "이러한 방법은 해당 당사자가 자신의 사용에 동의하는 경우에도 허용되지 않는다."

제141조 위법하게 수집된 증거의 유효성[154]

1. "제140조를 위반하여 수집된 증거는 어떤 경우에도 이용할 수 없다. 이 법에서 증거를 무효로 간주하는 경우에도 마찬가지다."
2. "형사법원은 형사상 방법 또는 시행규칙을 위반하여 수집한 증거는 심각한 범죄를 밝혀내는 데 필수적인 경우를 제외하고 이용되어서는 안 된다."
3. "질서규정을 위반한 증거는 이용할 수 있다."
4. "제2항에 따라 사용할 수 없는 증거가 있을 경우 추가 증거를 수집할 수 없는 경우에는 이전 증거를 수집하지 않고는 사용할 수 없다."
5. "유효하지 않은 증거의 기록은 형벌(사실)심리에서 제외되고, 재판이 최종 확정될 때까지 별도의 비밀유지 하에 보관되며, 그 후에 파괴된다."

---

152) 《非法证据排除规定》第一条 "采用刑讯逼供等非法手段取得的犯罪嫌疑人、被告人供述和采用暴力、威胁等非法手段取得的证人证言、被害人陈述，属于非法言词证据。"
第二条 "经依法确认的非法言词证据，应当予以排除，不能作为定案的根据。"
第十四条 "物证、书证的取得明显违反法律规定，可能影响公正审判的，应当予以补正或者作出合理解释，否则，该物证、书证不能作为定案的根据。"
(https://www.spp.gov.cn/flfg/sfjs/201212/t20121228_52203.shtml; 검색일: 2019년 9월 25일)

153) Schweizerische Strafprozessordnung Art. 140 Verbotene Beweiserhebungsmethoden
1. "Zwangsmittel, Gewaltanwendung, Drohungen, Versprechungen, Täuschungen und Mittel, welche die Denkfähigkeit oder die Willensfreiheit einer Person beeinträchtigen können, sind bei der Beweiserhebung untersagt."
2. "Solche Methoden sind auch dann unzulässig, wenn die betroffene Person ihrer Anwendung zustimmt."
(https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20052319/index.html; 검색일: 2019년 9월 25일)

아. 프랑스

프랑스의 경우, 증거배제법칙은 명문규정에 따르는 경우와 실질적 위법에 따르는 경우로 구분되고 있다. 증거배제를 규정에 명문화되어 있는 것으로 가택수색,[155] 신원확인,[156] 도청[157] 등에서 일부 발견된다.[158] 이를 '규정무효(textual nullity)'라고 하는

---

154) Schweizerische Strafprozessordnung Art. 141 Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise
1. "Beweise, die in Verletzung von Artikel 140 erhoben wurden, sind in keinem Falle verwertbar. Dasselbe gilt, wenn dieses Gesetz einen Beweis als unverwertbar bezeichnet."
2. "Beweise, die Strafbehörden in strafbarer Weise oder unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben haben, dürfen nicht verwertet werden, es sei denn, ihre Verwertung sei zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich."
3. "Beweise, bei deren Erhebung Ordnungsvorschriften verletzt worden sind, sind verwertbar."
4. "Ermöglichte ein Beweis, der nach Absatz 2 nicht verwertet werden darf, die Erhebung eines weiteren Beweises, so ist dieser nicht verwertbar, wenn er ohne die vorhergehende Beweiserhebung nicht möglich gewesen wäre."
5. "Die Aufzeichnungen über unverwertbare Beweise werden aus den Strafakten entfernt, bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens unter separatem Verschluss gehalten und danach vernichtet."
(https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20052319/index.html; 검색일: 2019년 9월 25일)

155) 프랑스「형사소송법」제59조 ① "가옥의 내부로부터 요구가 있는 경우 또는 법률이 정하는 예외의 경우를 제외하고는 수색 및 거주에 들어가는 것은 6시 이전 및 21시 이후에 이를 개시할 수 없다."
③ "제56조, 제56-1조, 제57조, 및 본조에 규정된 방식에 위반한 때에는 그 절차를 무효로 한다."
Code de procédure pénale Article 59
"Sauf réclamation faite de l'intérieur de la maison ou exceptions prévues par la loi, les perquisitions et les visites domiciliaires ne peuvent être commencées avant 6 heures et après 21 heures."
"Les formalités mentionnées aux articles 56, 56-1, 57 et au présent article sont prescrites à peine de nullité. "
(https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=9E7F428DA326225636CD4F38F7D88249.tplgfr22s_1?idSectionTA=LEGISCTA000006151876&cidTexte=LEGITEXT000006071154&dateTexte=20160620; 검색일: 2019년 9월 22일)

156) 제78-3조 ③ "신분확인 대상자는 신분의 증명을 위하여 필요한 최소한의 시간외에는 유치가 지속되지 아니한다. 유치는 제78-2조에 기하여 행하여지는 신분검사의 개시로부터 4시간을 초과할 수 없다. 검사는 언제든지 유치를 종료시킬 수 있다."
⑪ "본 조의 규정에 위반한 때에는 그 절차를 무효로 한다."
Article 78-3 "La personne qui fait l'objet d'une vérification ne peut être retenue que pen dant le temps strictement exigé par l'établissement de son identité. La rétention ne peut excéder quatre heures, ou huit heures à Mayotte, à compter du contrôle effectué en appl ication de l'article 78-2 et le procureur de la République peut y mettre fin à tout moment."
"Les prescriptions énumérées au présent article sont imposées à peine de nullité."
(https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=9E7F428DA326225636CD4F38F7D88249.tplgfr22s_1?idSectionTA=LEGISCTA000006151880&cidTexte=LEGITEXT000006071

데, 규정에 의하여 무효가 되는 경우에는 배제는 당연한 것으로 보이며, 적어도 그 위반으로 인해 직접적으로 취득한 증거에 대해서는 그러하다.[159] 또한 이러한 위반행위가 피고인의 이익을 침해하였는가 여부는 요구하지 않는다.

그러나 대부분의 규정위반은 형사소송법이나 다른 법의 중요한 규정을 위반하였다고 간주되는 경우에만 증거배제로 연결되는데, 이를 '중대무효 또는 실질무효'(substantial or virtualnullity)라고 한다.[160] 중대무효인 경우에는 "그러한 사유가 있다고 하더라도 법원이 증거배제에 관하여 상당한 재량을 가지고 있다. 증거배제를

154&dateTexte=20160620; 검색일: 2019년 9월 22일)

157) 제100-7조 ① "하원의원 또는 상원의원의 전화회선에 대하여는 예심수사판사가 당해 의원이 소속된 의회의 의장에게 통지한 경우가 아니면 감청할 수 없다."
② "변호사의 사무소 또는 주거에 접속하는 전화회선에 대하여는 예심수사판사가 변호사회 회장에게 통지한 경우가 아니면 감청할 수 없다."
③ "사법관의 집무실 또는 주거에 접속하는 전화회선에 대하여는 사법관이 소속된 법원의 법원장 또는 검사장에게 통지한 경우가 아니면 감청할 수 없다."
④ "본 조에 규정된 절차에 위반한 경우 감청은 무효로 한다."
Article 100-7 "Aucune interception ne peut avoir lieu sur la ligne d'un député ou d'un sénateur sans que le président de l'assemblée à laquelle il appartient en soit informé par le juge d'instruction."
"Aucune interception ne peut avoir lieu sur une ligne dépendant du cabinet d'un avocat ou de son domicile sans que le bâtonnier en soit informé par le juge d'instruction."
"Aucune interception ne peut avoir lieu sur une ligne dépendant du cabinet d'un magistrat ou de son domicile sans que le premier président ou le procureur général de la juridiction où il réside en soit informé."
"Les formalités prévues par le présent article sont prescrites à peine de nullité."
(https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=9E7F428DA326225636CD4F38F7D88249.tplgfr22s_1?idSectionTA=LEGISCTA000032655289&cidTexte=LEGITEXT000006071154&dateTexte=20160620; 검색일: 2019년 9월 22일)

158) 이윤제, "위법수집증거배제법칙의 적용기준에 관한 비교법적 연구", 『형사판례연구』, 제18권(2010.6.), 한국형사판례연구회, 435면.

159) 이윤제, "위법수집증거배제법칙의 적용기준에 관한 비교법적 연구", 436면.

160) 제802조 "법률이 이에 위반하는 때에는 무효로 한다는 취지를 규정하고 있는 방식에 위반한 경우 또는 중요한 절차적 흠결이 있는 경우, 무효의 청구를 수리하거나 직권으로 이를 인지한 대법원을 포함한 모든 법원은 그 위반행위로 인하여 관계 당사자의 이익을 해치는 경우에만 무효를 선고한다."
Article 802 "En cas de violation des formes prescrites par la loi à peine de nullité ou d'inobservation des formalités substantielles, toute juridiction, y compris la Cour de cassation, qui est saisie d'une demande d'annulation ou qui relève d'office une telle irrégularité ne peut prononcer la nullité que lorsque celle-ci a eu pour effet de porter atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne."
(https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=81910840D54C2DA36397D9920FA35D73.tplgfr22s_1?idSectionTA=LEGISCTA000006151952&cidTexte=LEGITEXT000006071154&dateTexte=20160620; 검색일: 2019년 10월 22일)

하기 위하여는 법원이 그 위반행위가 관련 당사자의 이익에 해악을 일으켰다는 사실을 확인하여야 한다. 그러나 위반행위가 중대한 공익에 관련된 공공질서무효(public order nullities) 사안인 경우에는 피고인에게 미치는 불이익이나 피고인의 당사자적격 등을 필요로 하지 않으며 피고인이 자신의 권리를 포기했다는 것도 인정되지 않는다"고 한다.[161]

규정무효나 중대무효 모두 파생적 증거에 대해서도 증거배제가 이루어질 수 있는데, 그 정확한 적용범위는 명확하지 않다고 할 수 있다. 어떤 방식에 의하여 무효가 되던 배제된 증거는 기록에서 완전히 삭제될 뿐만 아니라 그 사건에서 변호사나 판사는 이에 대하여 언급해서는 안 되며, 이를 위반한 경우에는 징계절차에 회부된다.[162]

---

161) 이윤제, "위법수집증거배제법칙의 적용기준에 관한 비교법적 연구", 436면.

162) 제174조 ③ "무효가 된 예심수사 상 처분 또는 증거는 예심수사 기록에서 삭제하고 고등법원 사무국이 정리한다. 일부가 무효로 된 예심수사 상 처분 또는 증거는, 등본을 작성한 후에 무효 부분을 삭제하고, 고등법원 사무국이 정리한다. 무효가 된 예심수사 상 처분 또는 증거는 당사자를 공격하는 자료로서 이를 인용하는 것을 금지하며, 이를 어길 경우에 변호인 및 사법관은 징계절차에 회부된다."

Article 174 "Les actes ou pièces annulés sont retirés du dossier d'information et classés au greffe de la cour d'appel. Les actes ou pièces de la procédure partiellement annulés sont cancellés après qu'a été établie une copie certifiée conforme à l'original, qui est classée au greffe de la cour d'appel. Il est interdit de tirer des actes et des pièces ou parties d'actes ou de pièces annulés aucun renseignement contre les parties, à peine de poursuites disciplinaires pour les avocats et les magistrats."
(https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=9E7F428DA326225636CD4F38F7D88249.tplgfr22s_1?idSectionTA=LEGISCTA000006167430&cidTexte=LEGITEXT000006071154&dateTexte=20160620; 검색일: 2019년 9월 22일)

제802조 "법률이 이에 위반하는 때에는 무효로 한다는 취지를 규정하고 있는 방식에 위반한 경우 또는 중요한 절차를 지키지 않은 경우에는, 무효의 청구를 수리하거나 직권으로 이를 인지한 대법원을 포함한 모든 법원은 그 위반행위로 인하여 관계 당사자의 이익을 해치는 경우에만 무효를 선고한다."

Article 802 "En cas de violation des formes prescrites par la loi à peine de nullité ou d'inobservation des formalités substantielles, toute juridiction, y compris la Cour de cass ation, qui est saisie d'une demande d'annulation ou qui relève d'office une telle irrégular ité ne peut prononcer la nullité que lorsque celle-ci a eu pour effet de porter atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne."
(https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=9E7F428DA326225636CD4F38F7D88249.tplgfr22s_1?idSectionTA=LEGISCTA000006151952&cidTexte=LEGITEXT000006071154&dateTexte=20160620; 검색일: 2019년 9월 22일)

자. 이탈리아

이탈리아「형사소송법」제191조는 "법에 의해 확립된 금지를 위반한 행위에 의하여 수집된 증거는 사용할 수 없다"고 하여 적용범위를 보다 넓게 예정하여 규정하고 있다.[163] 뿐만 아니라 당사자는 위법수집증거의 문제를 형사소송절차의 어느 단계에서라도 자유롭게 제기할 수 있고, 법관은 그에 따라 증거를 사용할 수 없다고 선언할 수도 있다고 한다.[164]

163) Art. 191. Prove illegittimamente acquisite 1. "Le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate."
(https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.del.presidente.della.repubblica:1988-09-22;447; 검색일: 2019년 6월 25일)

164) 이윤제, "위법수집증거배제법칙의 적용기준에 관한 비교법적 연구", 437면.

[표 2-7]「형사소송법」 제308조의2 입법례

우리나라	미국	영국	캐나다	중국	스위스	프랑스	이탈리아
형사소송법 제308조의2(위법수집증거의 배제) "적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다."	수정헌법 제4조 "부당한 수색·체포·압수로부터 신체, 가택, 서류 및 동산의 안전을 보장받는 인민의 권리는 이를 침해할 수 없다. 체포·수색·압수의 영장은, 상당한 이유에 의하고, 선서 또는 확약에 의하여 뒷받침되고, 특히 수색될 장소, 체포될 사람 또는 압수될 물품을 기재하지 아니하고는 이를 발급할 수 없다."	경찰 및 형사증거법 제78조 ① "어떠한 절차에 있어서도 소추측이 신청하는 증거에 대하여, 그 증거가 획득한 상황을 포함한 모든 사정을 고려하여 그 증거를 허용하는 것이 당해 절차의 공정성에 적대적인 효과를 미치므로 이를 허용해서는 안 된다고 판단되는 경우 법원은 증거의 허용을 거부할 수 있다."	권리와 자유헌장 제24조 ① "이 권리헌장에 의하여 보장된 권리 또는 자유를 침해당하거나 부인당한 자는 누구든지 관할법원에 청원하여, 법원으로부터 적정한 구제를 받을 수 있다." ② "제1항과 관련된 절차가 진행되는 과정에서, 법원은 이 권리헌장에 의하여 보장된 권리 또는 자유를 침해하거나 부인하는 방법으로 수집된 증거에 대하여 모든 정황을 고려할 때 이를 채택하는 것이 사법정의 실현에 불명예를 가져온다고 판단이 되면 이를 배척하여야 한다."	형사소송법 제54조 "고문 등 위법한 방법으로 범죄피의자, 피고인의 자백을 받아 내거나, 폭력 및 협박 등 위법한 방법으로 수집한 증인의 증언, 피해자 진술은 반드시 배제해야 한다. 물증, 서증의 수집이 법정 절차에 부합되지 않고, 사법공정성에 심각한 영향을 줄 수 있는 경우, 반드시 보충 혹은 합리적인 해석을 해야 한다. 보충 혹은 합리적인 해석을 못할 경우, 반드시 배제하여야 하고 조사, 기소 심사, 재판 시, 마땅히 배제하여야할 증거를 발견하였을 경우, 반드시 배제	형사소송법 제140조(금지된 증거조사방법) 1. "증거 수집은 강압, 무력 사용, 위협, 약속, 속임수, 그리고 개인의 사고 능력이나 자유의지에 영향을 미칠 수 있는 수단을 금지한다." 2. "이러한 방법은 해당 당사자가 자신의 사용에 동의하는 경우에도 허용되지 않는다." 제141조(위법하게 수집된 증거의 유효성) 1. "제140조를 위반하여 수집된 증거는 어떤 경우에도 이용할 수 없다. 이 법에서 증거를 무효로 간주하는 경우에도 마찬가지	형사소송법 제59조 ① "가옥의 내부로부터 요구가 있는 경우 또는 법률이 정하는 예외의 경우를 제외하고는 수색 및 거주에 들어가는 것은 6시 이전 및 21시 이후에 이를 개시할 수 없다. ③ 제56조, 제56-1조, 제57조, 및 본조에 규정된 방식에 위반한 때에는 그 절차를 무효로 한다." 제78-3조 ③ "신분확인 대상자는 신분의 증명을 위하여 필요한 최소한의 시간외에는 유치가 지속되지 아니한다. 유치는 제78-2조에 기하여 행하여지는	형사소송법 제191조 "법에 의해 확립된 금지를 위반한 행위에 의하여 수집된 증거는 사용할 수 없다."

우리나라	미국	영국	캐나다	중국	스위스	프랑스	이탈리아
				하여야 하며, 기소의견, 기소결정 및 판결의 근거로 사용할 수 없다."	다." 2. "형사법원은 형사상 방법 또는 시행규칙을 위반하여 수집한 증거는 심각한 범죄를 밝혀내는 데 필수적인 경우를 제외하고 이용되어서는 안 된다." 3. "질서규정을 위반한 증거는 이용할 수 있다." 4. "제2항에 따라 사용할 수 없는 증거가 있을 경우 추가 증거를 수집할 수 없는 경우에는 이전 증거를 수집하지 않고는 사용할 수 없다." 5. "유효하지 않은 증거의 기록은 형벌(사실)심리에서 제외되고, 재판이 최종 확정될 때까지 별도의 비밀유지 하에 보관되며,	신분검사의 개시로부터 4시간을 초과할 수 없다. 검사는 언제든지 유치를 종료시킬 수 있다. ⑪ 본 조의 규정에 위반한 때에는 그 절차를 무효로 한다." 제100-7조 ① "하원의원 또는 상원의원의 전화회선에 대하여는 예심수사판사가 당해 의원이 소속된 의회의 의장에게 통지한 경우가 아니면 감청할 수 없다." ② "변호사의 사무소 또는 주거에 접속하는 전화회선에 대하여는 예심수사판사가 변호사회 회장에게 통지한 경우가 아니면 감청할 수 없다."	

우리나라	미국	영국	캐나다	중국	스위스	프랑스	이탈리아
					그 후에 파괴된다."	③ "사법관의 집무실 또는 주거에 접속하는 전화회선에 대하여는 사법관이 소속된 법원의 법원장 또는 검사장에게 통지한 경우가 아니면 감청할 수 없다." ④ "본 조에 규정된 절차에 위반한 경우 감청은 무효로 한다." 제174조 ③ "무효가 된 예심수사 상 처분 또는 증거는 예심수사 기록에서 삭제하고 고등법원 사무국이 정리한다. 일부가 무효로 된 예심수사 상 처분 또는 증거는, 등본을 작성한 후에 무효 부분을 삭제하고, 고등법원 사무국이 정리한다. 무효가 된	

우리나라	미국	영국	캐나다	중국	스위스	프랑스	이탈리아
						예심수사 상 처분 또는 증거는 당사자를 공격하는 자료로서 이를 인용하는 것을 금지하며, 이를 어길 경우에 변호인 및 사법관은 징계절차에 회부된다." 제802조 "법률이 이에 위반하는 때에는 무효로 한다는 취지를 규정하고 있는 방식에 위반한 경우 또는 중요한 절차를 지키지 않은 경우에는, 무효의 청구를 수리하거나 직권으로 이를 인지한 대법원을 포함한 모든 법원은 그 위반행위로 인하여 관계 당사자의 이익을 해치는 경우에만 무효를 선고한다."	

4. 쟁 점

가. 적법한 절차

「형사소송법」 제308조의2의 "적법한 절차"라는 문구의 해석과 관련하여 헌법상 적법한 절차를 의미하는 것인지 「형사소송법」상 적법한 절차를 의미하는 것인지 문제되는데, 다수의 견해는 헌법상 적법한 절차를 의미하는 것으로 파악하고 있다.[165] 이와 같이 파악하게 된다면 헌법상 적법절차의 개념은 실질적 적법절차와 동일하게 평가되고, 형사절차에서 "인간의 존엄을 보장하고 기본권의 보장이 반영된 객관적 가치질서와 결합된 법치국가원리를 반영한 제도들 내지 헌법정신이 침투되어 형사소송의 원리들이 전체로서 적법절차의 원칙의 내용을 이룬다"고 한다.[166]

이에 대해 대법원에서는 2007년부터, 즉 동법이 시행되기 이전부터 이미 일관적으로 "수사기관의 절차 위반 행위가 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 사법 정의를 실현하려 한 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우라면, 법원은 그 증거를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다. 따라서 법원이 2차적 증거의 증거능력 인정 여부를 최종적으로 판단할 때에는 먼저 절차에 따르지 아니한 1차적 증거 수집과 관련된 모든 사정들, 즉 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 살피는 것은 물론, 나아가 1차적 증거를 기초로 하여 다시 2차적 증거를 수집하는 과정에서 추가로 발생한 모든 사정들까지 구체적인 사안에 따라 주로 인과관계 희석 또는 단절 여부를 중심으로 전체적·종합적으로 고려"[167]해야 한다고 하여, "위법하게 수집된

---

165) 하태인, "형사소송법 제308조의2(위법수집증거배제법칙)의 해석", 『형사정책연구』, 제25권 제4호(통권 제100호)(2014.12.), 한국형사정책연구원, 290면.
166) 하태인, "형사소송법 제308조의2(위법수집증거배제법칙)의 해석", 292면.
167) 대법원 2007.11.15. 선고 2007도3061 판결; 2009.3.12. 선고 2008도11437 판결; 2009.4.23. 선고 2009도526 판결; 2010.1.28. 선고 2009도10092 판결.

모든 증거의 증거능력을 부인하지 아니하고 적법절차의 원칙과 실체적 진실 추구와 이를 통한 형사사법 정의 실현을 이유로 절차를 위반하여 위법하게 수집된 증거라도 이의 증거능력을 인정할 수 있는 예외인정의 길을 열어 놓았다"고 한다.[168]

대법원이 취하고 있는 입장은 적법절차에 반하는 행위가 기본권의 침해 및 제한과 관련된 규정을 위반하는 경우에는 위법수집증거로 증거능력을 인정하지 않고, 그렇지 않은 경우 그 침해의 태양이나 중요성을 고려하여 증거능력을 인정할 가능성의 여지를 남겨두고 있다.[169] 적법절차를 규정하고 있는 법률조항이 위헌이 아니라면 헌법위임을 통하여 기본권 제한을 할 수 있기 때문에, 대부분의 경우 기본권 침해 및 제한과 관련되어 증거능력을 부정하게 되고 해당 조문을 무의미하게 만들 것이기 때문에 적법절차조항을 위반한 경우에는 그 자체가 기본권침해가 되고 증거능력이 부정될 수밖에 없다고 해석된다.[170]

그러나 "동조 규정의 이와 같은 문구와 그에 따른 대법원의 해석은 위법수집증거배제법칙이 실체적 진실발견을 절대적 가치로 하는 것은 타당하지 않으며 절차적 정의에 의하여 실체적 진실발견이 왜곡되는 것을 일정 부분 감수한다는 측면이 있다는 것을 볼 때 적절하지 않"으며,[171] 게다가 판례의 태도는 "위법수집증거배제법칙의 예외를 소송법적인 근거 없이 적법절차의 형식적·실질적 침해의 분류에 따라 미국 등 해외의 판례에 근거하여 대량 생산해낼 우려가 있으므로 "적법한 절차"를 삭제하고 "위법하게 수집"한 증거의 증거능력을 부인하는 규정으로 개정할 필요가 있을 것"이라고 하였다.[172]

나. 독수의 과실이론

위법수사로 인한 제1차적 증거에 대해서만 증거능력을 부인하고 파생적 증거에

---

168) 형사소송법 개정특별위원회, 『형사소송법 개정연구』, 연구총서 10-14, 한국형사정책연구원, 2010, 284-285면.
169) 김혁돈, "형사소송법 제309조의 해석에 있어 제308조의2와 제317조의 관계", 『형사소송 이론과 실무』, 제8권 제1호(2016.6.), 한국형사소송법학회, 72면.
170) 김혁돈, "형사소송법 제309조의 해석에 있어 제308조의2와 제317조의 관계", 72면.
171) 신양균, "형사소송법의 개정방향", 『법학연구』, 제32권(2011.6.), 전북대학교 법학연구소, 165면.
172) 신양균, "형사소송법의 개정방향", 165면.

대하여 증거능력을 인정하는 경우에 위법수집증거배제법칙이 무의미해지는 것을 막기 위하여 파생적 증거에 대한 증거능력을 부정해야 한다. 우리나라 대법원도 "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"라고 판시하여[173] 원칙적으로 인정하고 있다.

하지만 대법원은 "법원이 2차적 증거의 증거능력 인정 여부를 최종적으로 판단할 때에는 … 2차적 증거를 수집하는 과정에서 추가로 발생한 모든 사정들까지 구체적인 사안에 따라 주로 인과관계 희석 또는 단절 여부를 중심으로 전체적·종합적으로 고려하여야 한다"고[174] 하여 위법하게 수집된 증거라고 할지라도 예외적으로 독수과실이론이 적용되지 않는다고 한다.

위법수집증거배제법칙의 취지가 위법수사 억제와 적정절차 보장이라는 것에는 동의하지만, 실체적 진실 발견의 목적도 동시에 달성해야 하므로 그 적용범위에 관하여는 실체적 진실 발견을 위해 부득이한 경우에는 예외를 인정해야 할 것이다.

2차적 증거는 개별 사안에 따라 증거사용의 허용 여부에 대한 형상이 다르게 보일 수 있고, 형태도 다양하게 나타날 수 있다는 점을 고려하면 판례에만 의존할 수 있는 문제가 아니라 어느 정도의 기준이 필요하다고 생각된다. 그러므로 판례를 기속하기 위해 조문에 2차적 증거를 배제하는 것을 내용으로 하는 규정을 도입해야 할 것이다.[175] 좀 더 상세하게 말하자면, 위법수집증거배제법칙이 위법수사를 억제하고 적정절차를 보장하기 위해 필요하다는 점에는 동의하지만, 실체적 진실 발견의 목적도 경시할 수 없으므로 실체적 진실발견을 위해 부득이한 경우 그 적용범위의 예외를 인정해야 한다고 생각한다.

다. 사인이 위법하게 수집한 증거의 증거능력문제

사인이 적법절차를 따르지 않고 자의적으로 증거를 수집한 경우에 증거로 사용할 수 없는지에 대해서 견해의 다툼이 있다. 부정설에 따르면, 위법수집증거배제법칙은

---

173) 대법원 2007.11.15. 선고 2007도3061 전원합의체 판결.
174) 대법원 2009.4.23. 선고 2009도526 판결.
175) 김두상, "위법수집증거배제법칙의 적용범위에 관한 연구", 204면.

수사기관의 위법수집증거에 대하여만 적용되는 법칙이므로 사인이 수사기관에 고용되었거나 수사기관의 위임에 의하여 위법하게 증거를 수집한 경우가 아닌 한 적용되지 않는다고 한다. 긍정설은 헌법상 적법절차의 원칙이 국가작용을 기속하는 헌법적 원리이지만 사인에 대해서도 일정한 기준에 따라 위법수집증거배제법칙이 적용된다고 한다. 그 중 이익형량설은 실체적 진실발견이라는 공익과 개인의 사생활 보호이익을 비교형량하여 결정하여 개인의 사생활 보호이익의 침해가 더 큰 경우에 한하여 위법수집증거배제법칙을 적용한다는 것이고, 권리영역설은 사인의 위법행위가 침해를 가져오는 권리의 영역을 분류하여 사인의 위법행위가 기본권의 핵심적 영역을 침해하는 경우에는 증거로 사용할 수 없도록 해야 한다고 한다.[176] 판례는 "…국민의 사생활 영역에 관계된 모든 증거의 제출이 곧바로 금지되는 것으로 볼 수는 없으므로 법원으로서는 효과적인 형사소추 및 형사소송에서 진실발견이라는 공익과 개인의 인격적 이익 등 보호이익을 비교형량하여 그 허용 여부를 결정하여야…"[177]라고 하여 이익형량설을 취하고 있다.

제308조의2가 "적법한 절차에 의하지 아니하고 수집한 증거"를 사용할 수 없다고 규정한 점을 고려하면, 그러한 절차위반이 수사기관에 의한 것이든 사인에 의한 것이든 불문하고 위법수집증거배제법칙이 적용된다고 추론할 수 있을 것이다. 따라서 수사기관에 의한 경우와 동일한 기준에 따라 사인의 위법하게 수집한 증거에 대해서도 증거능력을 판단해야 한다.[178] 따라서 「형사소송법」 제308조의2의 주체, 즉 증거수집의 주체를 더 명확하게 지정할 필요가 있을 것이다.

라. 위법수집증거배제법칙의 주장적격

증거배제의 신청권자는 자기의 권리가 침해된 자에 한하는가, 즉 수사기관이 "피고인 아닌 자"를 대상으로 위법하게 수집한 증거를 "피고인"의 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있는지 여부가 위법수집증거배제법칙의 주장적격과 관련하여 문제된다. 즉,

---

176) 하태훈, "사인에 의한 증거수집과 그 증거능력", 『형사법연구』, 제12권(1999.1.), 한국형사법학회, 44면.
177) 대법원 2013.11.28. 선고 2010도12244 판결.
178) 신양균, "우리나라 형사소송법상 위법수집증거배제법칙", 『형사법연구』, 제26권 제2호, (2014.6.), 한국형사법학회, 462면.

수사기관이 제3자로부터 위법하게 수집한 증거에 대하여도 피고인에 대한 유죄 인정의 증거로 사용할 수 없는지의 문제이다.

미국 연방대법원은 위법수집증거배제법칙이 적용되어 증거능력이 배제되기 위해서는 당해 피고인에 대한 위법한 수사절차에 의하여 수집된 증거의 경우에만 적용되고, 즉 위법수사의 당사자만이 주장할 수 있고 위법하게 수집된 증거라도 제3자에게는 사용할 수 있다는 입장이다. 최근 대법원은 "수사기관이 피고인 아닌 자를 상대로 적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 원칙적으로 피고인에 대한 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다"고 한다.[179] 적법절차의 준수와 위법수사의 억지라는 위법수집증거배제법칙의 취지 및 실효성에 비추어 위법수사의 당사자뿐만 아니라 공범을 포함하는 제3자도 위법수집증거의 배제를 주장할 수 있다고 해야 할 것이다.

5. 개선방안

가. 제308조의2에서 "적법한 절차에 따르지 아니하고"를 "위법하게"로 수정하는 방안

공동연구진 회의에서는 "위법하게"로 문구를 수정할 경우에 대해 "위법"의 의미가 전체 법질서에 반한다는 의미이기 때문에 매우 포괄적이며, 이때 민사절차와 관련된 법률도 포함될 가능성이 있다는 점에서 위법수집증거를 사용할 가능성이 넓어진다는 견해가 있는 반면, 판례에서 적법절차를 이익형량을 토대로 해석하기 때문에 "위법하게"가 더 엄격하다는 견해가 있었다.

그리고 "적법한 절차에 따르지 아니하고"라는 기존의 문구를 유지할 경우에는 더 엄격하게 위법수집증거 사용 금지가 가능하다는 견해와 "적법절차"란 흔히 헌법상의 절차나 형사상의 절차를 이야기하는 것이지, 민사상의 절차까지 폭 넓게 해석할 것은 아니라는 견해, 그리고 판례의 "적법절차"의 의미에 대한 (완화하기 위한) 해석의 시도를 통해 결론을 도출하도록 하는 것이 바람직하다는 의견이 있었다.

---

179) 대법원 2011.6.30. 선고 2009도6717 판결.

나. 제308조의2에서 예외규정을 신설하는 방안

우선 논의의 전제조건으로 1차 증거와 2차 증거 구분의 명확하게 할 필요가 있다. 1차 증거의 예외 인정 여부를 봤을 때 전면사용금지를 할지 또는 예외적 허용을 인정할지에 대해서 살펴보았다. 현행법 및 판례에서는 1차·2차 증거를 명확히 구분하고 있기 않기 때문에, 스위스 「형사소송법」을 참조하여 이를 명문화하는 개정이 필요하다는 의견이 있었다. 판례의 경우 1차 증거가 적법절차에 위반되더라도 이익형량에 의해 절차상 중대하고 명백한 위법성이 없으면 증거로 사용이 가능하다는 점에서 1차 증거에 대한 예외를 인정하는 것으로 보인다. 1차 증거에 대한 전면사용금지를 택할 경우, 원칙과 예외에 대한 강·약의 표현을 분명하게 할 필요가 있다는 견해는 1차 증거는 "…어떠한 경우에도 증거로 사용할 수 없다"로 규정할 수 있다는 것이다. 이러한 경우 단서조항은 제한적인 열거가 되므로 예외에 대한 제한이 가능하다는 것이다.

다음으로 위법수집증거의 배제에 대한 예외를 어떻게 규정할 것인가에 대해서, 원칙이 있음에도 불구하고 법원의 해석을 통해 예외를 확대하는 방식보다는 원칙적으로는 위법수집증거 사용을 금지하고 몇 가지 예외적인 경우를 토대로 단서조항을 신설하여 "원칙과 예외의 관계"를 확실히 할 필요가 있다는 견해가 있었다. 하지만 단서조항의 존재는 위법수집증거를 탄핵증거·보강증거로 사용 가능하다는 여지를 줄 수 있다는 점에서, 그리고 적법절차에 대해서 판례가 이익형량을 취하고 있으므로, 원칙 자체를 약간 넓게 규정하여 적법절차에 위배되지 않는 정도로 두고 판례를 통해서 예외적으로 인정하는 방향으로 갈 필요가 있으며, 단서조항에 명문으로 규정하는 것은 위험하다는 점에서 단서조항 신설에 대해서 반대하는 견해가 있었다. 또한 단서조항 신설로 기존의 법조문을 건드리기 보다는, 예외가 가능한 사례들을 열거하는 방식으로 별도의 조문 신설하자는 견해와 특별법에 예외규정을 신설하는 방안은 위법수집증거를 예외적으로 허용하는 예외규정의 위치를 일반법(「형사소송법」)이 아닌 특별법(「패트리어트법」(Patriot Act) 등)에 신설하자는 견해가 제시되었다.

끝으로 "증거능력이 없다"와 "증거로 할 수 없다"의 규정방식에 대해 "증거능력이 없다"의 의미는 증명력에 대해서는 명확하게 언급하고 있지 않기 때문에, 증명력을 다룰 때 탄핵증거나 자백보강을 할 때에는 증거로 사용될 수 있다고 해석될 여지가

있다고 본다. 이에 「형사소송법」의 편제상 증거능력과 증명력을 구별할 필요가 있다는 점에서 구별이 가능하다는 견해와 「형사소송법」 제310조의2에서 제목은 "…증거능력의 제한"으로 되어 있으며, 본문에서는 "…증거로 할 수 없다"고 되어 있어, 이는 제314조, 제315조에서도 마찬가지라는 점에서 구별하지 않는 것으로 봐야 한다는 의견이 제시되었다.

다. 제308조의2의 주체에 사인("누구든지" 문구 추가)을 포함시키는 방안

형사소송 구조와 연관 지어 고려했을 때 "사인"을 추가하는 것은 한국 「형사소송법」상 편제와 맞지 않는다는 견해가 있었다.

사인이 불법으로 취득한 증거를 "수사기관"이 사용할 때 적법절차가 문제가 되기 때문에 "사인"이 불법으로 취득한 증거가 제308조의2의 적법절차를 위반한 것인지 여부는 문제의 대상이 아니라고 하면서, "적법절차"란 국가기관의 염결성을 염두에 둔 것이기 때문에 이를 사인에게까지 확대하여 적용시킬 필요가 있는지에 대한 의문을 표시하는 견해가 있었다. 또한 위법수집증거배제법칙 규정이 「형사소송법」의 "증거"에 편제되어 있다는 점에서 "사인"을 추가하게 되면, 현행법 편제와 맞지 않게 된다고 본다. 그리고 사인이 위법하게 수집한 증거를 수사기관이 증거로 사용할 가능성에 대한 우려가 있다. 민간인이 촬영허가를 받지 않고 도로로 뛰어 들어서 촬영하다가 범죄현장을 찍은 경우, 해당 촬영물의 증거능력 인정 여부가 문제되는데, 현행법상 "적법절차"는 "국가기관"과 연관되기 때문에 "사인"이 위법하게 수집한 증거는 사용이 가능하다고 해석될 여지가 있다.

라. 개정안

[표 2-8] 「형사소송법」 제308조의2 개정안

현 행	개정안
제308조의2(위법수집증거의 배제) "적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다."	제308조의2(위법수집증거의 배제) "위법하게 수집한 증거는 어떠한 경우에도 증거로 할 수 없다."

제8절 | 자백배제법칙 (이상한)

1. 서 론

「헌법」은 제12조 제7항에서 "피고인의 자백이 고문·폭행·협박·구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법에 의하여 자의로 진술된 것이 아니라고 인정될 때 … 이를 유죄의 증거로 삼거나 이를 이유로 처벌할 수 없다"고 규정하고 있고, 이러한 규정을 구체화하여 「형사소송법」 제309조는 "피고인의 자백이 고문·폭행·협박·신체구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법으로 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 이유가 있는 때에는 이를 유죄의 증거로 하지 못한다"고 하여, 위법한 방법으로 받아낸 자백을 유죄의 증거로 사용할 수 없도록 하는 자백배제법칙을 채택하고 있다.[180]

2. 연 혁

과거 조선왕조의 형사절차에서 고문이 법적으로 허용되었던 점을 고려하면 우리나라에서는 임의성 없는 자백에 대한 증거능력을 제한한다는 관념이 처음부터 성립할 여지가 없었다고 할 수 있다. 게다가 한일합방 이후 우리나라에 적용된 일본 「형사소송법」도 자백에 대한 증거능력을 제한하는 규정을 두지 않고 있다는 점을 고려하면, 1954년까지 시행된 「(舊)형사소송법」 하에서의 고문 등에 의한 임의성 없는 자백은 그 신뢰성에 관한 문제로 취급되었을 뿐이라 할 수 있으므로, 법관이 그 자백의 증명력을 인정한 경우에는 유죄의 증거로 사용할 수 있었고, 그 자백이 유일한 증거라 하더라도 유죄 선고가 가능하였다.[181] 우리나라에서 임의성 없는 자백에 대해 증거능력을 부정하는 것을 받아들인 것은 1954년에 제정된 현행 「형사소송법」에 의해서였으며, 이러한 적법절차원칙의 요청은 1962년 「헌법」에 명문화되기에 이른다.[182]

---

180) 이은모, "자백배제법칙의 근거와 임의성의 입증", 『법학논총』, 제24집 제2호(2007.6.), 한양대학교 법학연구소, 151면.
181) 이은모, "자백배제법칙의 근거와 임의성의 입증", 154면.
182) 이은모, "자백배제법칙의 근거와 임의성의 입증", 154면.

3. 외국 입법례

가. 영 국

18세기 초반까지 영국의 보통법(common law) 하에서는 자백은 아무런 제한을 받지 않고 증거로 허용되었다. 그러나 18세기 후반 King v. warickshall 판결(1783)에서 "희망을 주는 유인(flattery of hope)이라든가 공포의 고문에 의하여 강요된 자백은 신뢰성이 없다"고 하여 자백의 증거능력을 제한하기 시작하였다.[183] 자백의 허용성을 신빙성 내지 신뢰성(reliability)에 바탕을 둔 임의성 유무를 기준으로 판단하여 왔다. 그러다가 1984년 「경찰 및 형사증거법」(Police and Criminal Evidence Act)과 1985년 「실무규정」(Codes of Practice)을 제정하였다. 그 결과 경찰의 불법수사로 얻은 자백이라 하더라도 무조건 증거능력이 부정되는 것이 아니라 전체적인 상황을 종합하여 임의성이 없다고 인정되는 경우에 한하여 원칙적으로 증거능력이 부정되며, 다만 법관은 자백을 획득한 상황 등을 고려하여 판단할 때 증거로서의 사용을 인정하는 것이 절차의 공정성을 해할 염려가 있다고 인정되면 임의성의 유무와 관계없이 자백의 증거능력을 부인하도록 하고 있다.

나. 미 국

미국은 이러한 영국의 자백배제법칙을 수용하였으나 전개과정에서 허위배제보다는 적법절차의 원리를 기초로 점차 그 적용범위를 확대시켰다는 특징이 있다. 1936년의 Brown 사건 판결[184]은 주법원의 사건에 대해 적정절차위반의 논리로 자백배제법칙의 적용범위를 확대하였는데, 동 판결은 영국법상 자백배제법칙의 적용범위를 확대시키는 전환의 선구가 된 판례라 할 수 있다. 이후 자백획득 절차가 위법하다는 이유로 증거로서의 사용을 허용하지 않은 판례도 있다. 1943년의 McNabb 사건[185]이 그것인

183) 차용석·최용성, 『형사소송법』(제4판), 21세기사, 2013, 528면.

184) Brown v. Mississippi, 297 U.S. 278(1936). "백인지주를 살해한 흑인소작인을 고문하여 자백을 얻고 그 자백을 근거로 유죄를 선고한 주법원의 판결에 대하여, 연방대법원은 주의 형사절차도 연방수정헌법 제14조의 적법절차의 원칙에 따라야 한다고 하면서 주법원의 판결을 파기하였다"(이은모, "자백배제법칙의 근거와 임의성의 입증", 153면 재인용).

185) McNabb v. United States, 318 U.S. 332(1943).

데 체포한 피의자를 경찰관리가 지체 없이 치안판사에게 데리고 갈 것을 요구하는 「연방형사소송규칙」(Federal Rules of Criminal Procedure) 제5조(a)에 위반하여 불법으로 구금하면서 그 기간 중 획득한 자백을 문제 삼은 것이었다. 연방대법원은 이에 이어서도 몇 개의 판결을 통해 이러한 입장을 강화하는 방향으로 나아감을 보여줬다. 1957년의 Mallory 판결[186]은 불법구속 중 획득한 자백을 배제하는 이른바 McNabb-Mallory Rule을 확립하며 이러한 원칙들을 재확인한 것이다. 동 판결에서 연방대법원은 경찰이 피체포자에 대한 불필요한 인치 지연을 묵인하는 것은 「연방형사소송규칙」 제5조(a)의 운영을 체포하는 관리에게 맡기는 것으로, 이것을 무시할 수 있는 상황을 만들게 되어 해당규칙을 유명무실하게 한다는 점을 강조하면서, 경찰이 마음대로 체포한 후 상당한 이유를 밝히기 위해 경찰에서의 신문절차를 이용해서는 안되고 상당한 이유(probable cause)가 있을 때 체포하는 것이라고 하였다.[187][188]

이후 연방대법원은 1960년대 이르러서 자백배제법칙을 적정절차조항(due process clause)과 관련시켜 더욱 명확화 하였는데, 구체적인 사건별로 개관하면 다음과 같다. 먼저 1961년에는 Rogers 사건[189]에서 자백에 대한 위법배제법칙을 명확히 하면서, 임의성 없는 자백이 배제되는 이유는 그러한 자백이 허위일 가능성 때문이 아니라 자백을 얻기 위해 사용한 수단이 형벌권 실현에 있어 기본인 원칙을 침해하였기 때문이라고 하였다. 1964년과 1966년에는 각 Escobedo 사건[190]과 Miranda 사건[191]을 통해 피의자신문과 헌법상의 변호권 및 자기부죄거부 특권을 결부하여 적정절차조항의 위반을 이유로 한 자백의 위법배제법칙을 확립하였다. Escobedo 판결은 경찰이 피의자 신문 과정에서 변호인의 조력을 구하는 피의자의 요청을 거절하는 것이 연방수정헌법 제6조의 변호인의 조력을 받을 권리를 침해한 것이기 때문에 자백을 배제하였으며,[192] Miranda 판결의 경우 피의자에게 변호인선임권과 접견교통권 및 진술거부권을 고지하지 않은 상태에서 이루어진 자백은 그 피의자신문절차가 적정절차조항

186) Mallory v. United States, 354 U.S. 449(1957).
187) *Wayne R. LaFave·Jerold H. Israel·Nancy J. King, Criminal Procedure(3rd Ed.)*, West, 2000, p.318.
188) 이은모, "자백배제법칙의 근거와 임의성의 입증", 153면.
189) Rogers v. Richmond, 365 U.S. 534(1961).
190) Escobedo v. Illinois, 378 U.S. 478(1964).
191) Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436(1966).
192) *Wayne R. LaFave·Jerold H. Israel·Nancy J. King, op. cit.*, p.323.

에 위반된 것이기 때문에 증거로 허용되지 않음을 선언한 것이다. 특히 Miranda 사건은 구금 중 경찰신문을 받은 사람의 진술의 허용성 및 개인이 자기부죄를 강요당하지 않게 하는 절차가 필요하다는 점을 다루면서, 연방대법원이 경찰신문을 받는 피의자가 진술을 거부할 권리가 있다는 사실과 경찰신문에 대한 자백이 법정에서 자신에게 불리한 증거로 사용될 수 있다는 사실 및 그가 의뢰하거나 지명되었는지 여부를 불문하고 변호인과 접견할 권리를 가진다는 것을 고지받아야 한다는 점을 명시하여 소위 Miranda 법칙을 형성하였다. 이상과 같이 미국의 자백배제법칙은 자백배제법칙의 적용 범위가 현저히 확대된 것이라고 할 수 있으며, common law의 임의성 원칙을 초월하여 임의성과 무관하게 채취과정에 위법이 있는 자백을 배제하는 의미를 가지게 되었다.[193]

다. 독 일

독일의 경우, 「형사소송법」을 1950년에 개정하면서 '증거금지'의 하나로서 피의자 신문과정에서 진술의 자유를 침해하여 얻은 자백의 증거사용을 금지하는 규정으로, 제136조의a에서 금지된 신문방법을 명문화하였다.[194] "제136조의a 금지되는 신문방법; 증거 사용의 금지 (1) 가혹행위, 혹사, 신체침해, 투약, 학대, 기망 또는 최면에 의하여 피의자의 의사결정 및 의사표현의 자유를 침해하여서는 안 된다. 형사절차법이 허용하는 경우에 한하여 강제수단을 허용한다. 형사절차규정에서 허용하지 않는 처분을 수반한 협박 및 법률로 규정하고 있지 않은 이익의 약속은 금지된다"고 규정하였다.[195] 독일 「형사소송법」의 증거금지에 관한 규정은 형사소송에 있어서 법치국가 원리를 실현하는 것을 이념으로 한다. 따라서 독일의 「형사소송법」 제136조의a는

193) 이은모, "자백배제법칙의 근거와 임의성의 입증", 153-154면.
194) 이은모, "자백배제법칙의 근거와 임의성의 입증", 154면.
195) § 136a Verbotene Vernehmungsmethoden; Beweisverwertungsverbote
(1) "Die Freiheit der Willensentschließung und der Willensbetätigung des Beschuldigten darf nicht beeinträchtigt werden durch Mißhandlung, durch Ermüdung, durch körperlichen Eingriff, durch Verabreichung von Mitteln, durch Quälerei, durch Täuschung oder durch Hypnose. Zwang darf nur angewandt werden, soweit das Strafverfahrensrecht dies zuläßt. Die Drohung mit einer nach seinen Vorschriften unzulässigen Maßnahme und das Versprechen eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils sind verboten."
(http://www.gesetze-im-internet.de/stpo/index.html; 검색일: 2019년 6월 25일)

윤리적·법적 가치관, 즉 공정한 재판의 이념에 의한 실체진실주의의 한계를 의미할 뿐만 아니라 증거금지에는 증거조사의 금지와 증거절차의 금지, 증거제출의 금지와 증거사용의 금지가 포함된다.[196]

라. 일 본

일본「헌법」제38조 제2항 "강제, 고문이나 협박에 의한 자백 또는 부당하게 장기간 억류나 구금 후의 자백은 증거로 삼을 수 없다"고 규정한다.[197] 이에 따라 형사소송법 제319조 제1항에서 "강제, 고문 또는 협박에 의한 자백, 부당하게 장기간 억류 또는 구금된 후의 자백 기타 임의로 된 것이 아닌 의심이 있는 자백은 이를 증거라고 할 수가 없다"고 규정하고 있다.[198]

마. 중 국

중국「헌법」제37조에는 "중화인민공화국 공민의 인신자유는 침해를 받지 않는다. 불법감금 및 기타 방법으로 공민의 인신자유를 박탈 또는 제한하는 것을 금지하며, 공민의 신체를 조사하는 것을 금지한다"고 규정하고 있다.[199] 이에 따라 중국「형사소송법」제52조는 "재판인원, 검찰인원 및 조사인원은 반드시 법정절차에 따라 범죄피의자와 피고인의 유죄 또는 무죄 및 범죄사건의 경중을 입증할 수 있는 각종 증거를 수집하여야 한다. 고문에 의한 자백강요와 위협, 유인, 사기 등 그 밖의 불법적인 방법으로 증거를 수집하는 것을 엄격히 금지하며 누구에게도 자신의 유죄 사실을

196) 이재상, "자백의 증거능력",『경희대학교 논문집』, 제15집(1986), 경희대학교, 121면.

197) 第三十八条 ○2 "強制、拷問若しくは脅迫による自白又は不当に長く抑留若しくは拘禁された後の自白は、これを証拠とすることができない。"
(http://elaws.e-gov.go.jp/search/elawsSearch/elaws_search/lsg0500/detail?lawId=321CONSTITUTION#108; 검색일: 2019년 6월 25일)

198) 第三百十九条 "強制、拷問又は脅迫による自白、不当に長く抑留又は拘禁された後の自白その他任意にされたものでない疑のある自白は、これを証拠とすることができない。"
(http://elaws.e-gov.go.jp/search/elawsSearch/elaws_search/lsg0500/viewContents?lawId=323AC0000000131_20170713; 검색일: 2019년 6월 25일)

199) 第三十七条 中华人民共和国公民的人身自由不受侵犯。
"任何公民，非经人民检察院批准或者决定或者人民法院决定，并由公安机关执行，不受逮捕。"
"禁止非法拘禁和以其他方法非法剥夺或者限制公民的人身自由，禁止非法搜查公民的身体。"
(http://www.gov.cn/guoqing/2018-03/22/content_5276318.htm; 검색일: 2019년 6월 25일)

입증할 것을 강요할 수 없다"고 규정하고 있다.[200]

[표 2-9]「형사소송법」제309조 입법례

우리나라	일본	미국	독일	중국
형사소송법 제309조(강제등 자백의 증거능력) "피고인의 자백이 고문, 폭행, 협박, 신체구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법으로 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 이유가 있는 때에는 이를 유죄의 증거로 하지 못한다."	형사소송법 제319조 ① "강제, 고문 또는 협박에 의한 자백, 부당하게 장기간 억류 또는 구금된 후의 자백 기타 임의로 된 것이 아닌 의심이 있는 자백은 이를 증거라고 할 수가 없다."		형사소송법 제136조의a (금지되는 신문방법; 증거 사용의 금지) (1) "가혹행위, 혹사, 신체침해, 투약, 학대, 기망 또는 최면에 의하여 피의자의 의사결정 및 의사표현의 자유를 침해하여서는 안 된다. 형사절차법이 허용하는 경우에 한하여 강제수단을 허용한다. 형사절차규정에서 허용하지 않는 처분을 수반한 협박 및 법률로 규정하고 있지 않은 이익의 약속은 금지된다."	형사소송법 제52조 "재판인원, 검찰인원 및 조사인원은 반드시 법정절차에 따라 범죄피의자와 피고인의 유죄 또는 무죄 및 범죄사건의 경중을 입증할 수 있는 각종 증거를 수집하여야 한다. 고문에 의한 자백강요와 위협, 유인, 사기 등 그 밖의 불법적인 방법으로 증거를 수집하는 것을 엄격히 금지하며 누구에게도 자신의 유죄 사실을 입증할 것을 강요할 수 없다."

4. 쟁 점

가. 위법수집증거배제법칙과 자백배제법칙의 관계

「형사소송법」의 개정으로 인하여 위법수집증거배제법칙이 제308조의2로 명문화되면서 그동안 자백의 증거능력 제한과 관련된 제309조의 의미와 그 내용에 있어서도 변화가 불가피하게 되었다. 위법수집증거배제법칙이 명문화되지 않았던 개정 전의

200) 第五十二条 "审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定程序，收集能够证实犯罪嫌疑人、被告人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各种证据。严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法方法收集证据，不得强迫任何人证实自己有罪。必须保证一切与案件有关或者了解案情的公民，有客观地充分地提供证据的条件，除特殊情况外，可以吸收他们协助调查。" (http://www.moj.gov.cn/Department/content/2019-01/16/592_226961.html; 검색일: 2019년 6월 25일)

형사소송법 하에서는「형사소송법」제309조를 통하여 자백의 증거능력 인부를 판단하는 것이 일반적이었으며, 또한 그 이론적 근거에 관하여도 허위배제설, 인권옹호설, 위법배제설 등 여러 학설이 대립되어 있었던 바, 그 중 위법배제설이 유력한 견해로 등장하기도 하였다. 이에 대하여 위법배제설은「형사소송법」제309조와 조화를 이루지 못한다고 비판하면서 제309조를 자백의 임의성 법칙을 선언한 규정으로 이해하는 입장에서 허위배제설과 인권옹호설의 절충하는 견해가 주장되기도 하였고, 허위배제설, 인권옹호설뿐만 아니라 위법배제설까지 아우르는 종합설도 주장되었다.

그러나 위법수집증거배제법칙이 명문화된 개정 형사소송법 하에서 제309조를 위법하게 수집된 자백의 증거능력을 배제하는 법칙을 규정한 조항으로 이해하는 것은 무리가 있다. 왜냐하면 제309조가 비록 고문, 폭행, 협박 등 위법한 수단을 예시하고 있기는 하지만, 그 근본적 내용은 임의성의 의심이 되는 자백에 대해서는 증거능력을 배제하는 것으로 보아야 하고, 제308조의2로서 위법수집증거배제법칙을 명문화한 취지를 고려하면 위법한 방법에 의하여 취득된 증거는 (자백이건, 자백이 아니건 상관없이) 제308조의2에 의하여 그 증거능력을 배제하는 것이 올바른 해석이기 때문이다.[201]

따라서 비진술증거와 달리, 진술증거의 경우 증거능력을 인정하기 위해 임의성이 필요하다는 점을 생각해 볼 때 자백배제법칙을 규정한 제309조의 경우 그대로 존속되는 것이 좋을 것으로 생각된다.

나. 자백배제법칙의 적용범위

자백의 증거능력과 관련하여 '임의성'이 무엇보다 중요한 의미를 갖는다. 자백의 임의성을 의심할 이유로서 검토된 제유형 중에서 고문·폭행·협박에 의한 자백, 불법구금 중의 자백, 진술거부권을 고지하지 아니한 채 취득된 자백, 변호인선임권을 침해하여 취득한 자백, 변호인과의 접견교통이 위법하게 제한된 상태에서 취득한 자백 혹은 마취분석에 의한 자백 등은 모두 위법한 방법에 의하여 취득된 자백에 해당하므로 더 이상「형사소송법」제309조가 아니라 제308조의2에 의하여 증거능력 인부가 결정되어야 한다. 이에 반하여 그 밖의 유형, 즉 신체구속의 부당한 장기화에 의한

201) 김성진·이춘산, "자백증거의 증거능력에 관한 법해석론적 고찰",『중앙법학』, 제17집 제3호 (2015.9.), 중앙법학회, 300면.

자백, 기망에 의한 자백, 약속에 의한 자백, 별건구속 중 본건에 대한 자백, 수갑을 채우고 신문하여 얻은 자백, 철야신문에 의한 자백, 유도신문에 의한 자백 또는 거짓말 탐지기 조사에 의한 자백 등은 모두 위법하지 아니한 방법에 의하여 취득된 자백이므로,「형사소송법」제309조에 의하여 그 자백이 임의로 진술된 것이 아니라고 의심할 만한 이유가 있는 때에 한하여 그 증거능력 인부가 결정되어야 한다.

결국 "고문, 폭행, 협박, 신체구속의 부당한 장기화"를 규정한 제309조 및 동일한 취지로 규정되어 있는「헌법」제12조 제7항은 위법수집증거배제법칙을 천명한 제308조의2와 조화되지 않게 됨이 분명하여 이들 조항에 대한 개정이 필요할 것이다.

5. 개선방안

가. 자백배제법칙과 유죄협상제도·플리바게닝제도·arraignment 제도(기소인부절차)

자백배제법칙은 제309조에서 기망이나 위법한 것은 아니지만, 부당한 이익제공이나 그 약속과 같은 것이 존재해야 비로소 의미가 있다. 예를 들면, 미성년자 성매매의 경우 미성년자를 대상으로 보호처분을 받지 않도록 해준다는 조건으로 성매매 관련 진술을 받는 경우를 들 수 있다. 또한 자백배제법칙은 유죄협상제도·플리바게닝제도·arraignment 제도 등의 도입 여부에 의해 많은 영향을 받을 것이라는 견해가 있었다. 미국의 경우 공판의 불확실성에 본인의 인생을 걸 필요가 없기 때문에 99%가 플리바게닝을 실시한다고 한다. 이를 통해 간이공판절차로 사건이 넘어가면 전문증거 등의 요건이 굉장히 완화된다고 한다. 이러한 점에서 우리나라에도 유죄협상제도 등의 도입은 우리나라 형사소송의 틀 자체에 영향을 끼칠 수 있다고 본다. 즉, 기소 전 단계에서 피의자가 검사와 협상을 하거나, 공판단계에서 피고인·검사와 법원이 협상을 하는 경우에 합의가 이루어지면 자백의 보강증거를 필요로 하지 않기 때문에 자백배체법칙의 적용대상이 안된다는 점에서 증거에 대한 증거능력을 배제하는 규정 신설이 필요하다는 견해가 있었다. 따라서 독일의 경우와 같이, 합의 내용 등에 대해 법적인 확인·승인하는 절차 신설 필요할 것이다.

끝으로 제308조의2(위법수집증거의 배제)와 제309조(강제 등 자백의 증거능력)를

하나의 규정으로 묶는 개정논의가 필요하다는 견해도 있었다.

나. 자백배제법칙의 적용대상을 확대하는 방안

기망 등과 같이 상대방의 의사결정능력·진술능력에 영향을 미치는 수단은 많고, 피의자·피고인보다는 참고인·증인을 대상으로 하는 경우가 많기 때문에, 자백배제법칙의 적용대상을 확대할 필요가 있다는 견해가 있었다. 예를 들면 독일의 경우 피의자뿐만 아니라 참고인에 대해서도 자백배제법칙 적용할 것을 명문화하고 있다. 이에 참고인·증인에 대한 진술강요금지 관련 규정을 명문화하는 개정에 대한 논의가 필요하다.

일본의 경우 "피고인의 자백"으로 규정하여 "피의자의 자백·합의"는 포함되지 않는 것으로 해석하고 있다.

다. 자백배제법칙과 인과관계를 관련지어서 논의하는 방안

"~로 인하여"라고 하여 자백배제법칙에서의 인과관계 채택 여부에 대하여 학설사적 논의가 필요하다는 견해가 있었다.

라. 제309조(강제 등 자백의 증거능력)의 위치를 이동하는 방안

형사소송법 편제에서 "증거능력"과 "증명력" 관련 규정의 위치를 정비하여 제309조의 위치를 이동시키는 방안 고려해 볼 필요가 있다.

마. 개정안

[표 2-10]「형사소송법」제309조 개정안

현 행	개정안
제309조(강제등 자백의 증거능력) "피고인의 자백이 고문, 폭행, 협박, 신체구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법으로 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 이유가 있는 때에는 이를 유죄의 증거로 하지 못한다."	제309조(자백의 증거능력) "피고인의 자백이 고문, 폭행, 협박, 신체구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법으로 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 이유가 있는 때에는 이를 증거로 할 수 없다."

제9절 | 자백보강법칙 (이상한)

1. 서 론

자백보강법칙은 증거능력을 갖추고 진술의 신용성을 갖춘 피고인의 자백을 통해 법관이 유죄의 심증을 갖게 된 후에도 자백과 독립된 별개의 보강증거가 없으면 유죄로 인정할 수 없다는 원칙이다.[202] 「헌법」 제12조 제7항 후단에서 "피고인의 자백이 고문·폭행·협박·구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법에 의하여 자의로 진술된 것이 아니라고 인정될 때 또는 정식재판에 있어서 피고인의 자백이 그에게 불리한 유일한 증거일 때에는 이를 유죄의 증거로 삼거나 이를 이유로 처벌할 수 없다"고 규정하여 헌법상 원칙으로 확정되었다. 아울러 「형사소송법」 제310조에 불이익한 자백의 증명력 규정을 두고 있는데, 이는 증거능력이 인정된 자백으로 법관이 유죄심증을 얻었음에도 신중을 기해 자백의 진실성을 담보할 보강증거가 없다면 유죄판결을 할 수 없도록 하는 법관의 자유심증주의의 예외로 작용하는 것이다.[203]

2. 외국 입법례

가. 미 국

기소인부절차에 따라 공판정에서 자백이 있으면 사실확인 절차, 즉 유무죄 판단절차를 생략하고 곧바로 양형절차로 들어가기 때문에 공판정에서의 자백에 대하여는 보강법칙이 적용될 여지가 없다. 다만 공판정 외에서의 자백에 대하여는 전혀 달리 취급하여 대부분의 주에서는 추가증거를 요구하고 있는데,[204] 추가증거가 필요한 범위에 대하여 기본적으로 죄체설을 따르고 있다. 보강법칙이 영미법에서 유래한 것은 맞지만, 공판정 외에서의 자백에 대하여만 추가증거를 요구하고 있다는 점에서 우리나라 법제와 큰 차이를 보이고 있다. 추가증거의 요구가 증거능력 요건인지 증명력 요건인지에

202) 손병현, "형사소송법상 자백에 대한 법칙과 사법적 통제", 『법학연구』, 제16권 제4호 (2016.12.), 한국법학회, 291면.
203) 손병현, "형사소송법상 자백에 대한 법칙과 사법적 통제", 291면.
204) 이삼, "자백의 보강법칙", 『법조』, 제51권 제11호(2002.11.), 법조협회, 40면 이하.

대하여는 미국에서도 여전히 다투어지고 있으며, 추가증거가 구비되었는지에 대하여 법관이 판단할 것인지 배심원이 판단할 것인지 역시 법정마다 차이가 있다.

나. 독 일

독일 등의 대륙법에서는 직업법관제 하에서 자백을 증거 중의 하나로 취급하며 유무죄는 자백 등 모든 증거의 증명력을 종합 판단하여 결정하기 때문에 별도의 보강법칙이 존재하지 않는다.[205]

다. 일 본

일본「헌법」제38조 제3항은 "누구든지 자기에게 불리한 유일한 증거가 본인의 자백인 경우에는 유죄가 되거나 형벌을 부과하지 아니한다"고 규정하고,[206] 일본「형사소송법」제319조는 "자백의 증명력"이라는 표제 하에 제2항에서 "피고인은 공판정의 자백 여부를 불문하고, 그 자백이 자신에게 불이익한 유일한 증거일 경우에는 유죄로 인정되지 않는다"고 규정하고[207] 있어 우리나라「형사소송법」제310조와 거의 동일한 취지를 밝히고 있다. 다만 표제에서 보강법칙이 증명력을 제한하는 법리임을 명시하고 있다는 점에서 차이가 있을 뿐이다. 특히 공판정에서의 자백에 대하여도 추가증거가 요구된다는 점을 명시적으로 밝히고 있음에도 일본 최고재판소는 공판정에서의 자백만으로 유죄를 선고한 원심을 파기하지 않고 상고를 기각한 바 있다.

라. 프랑스

프랑스의 경우, 민사소송절차분야는 증거가치가 규정되어진 일정한 증거방법만이

---

205) 차용석·최용성,『형사소송법』(제4판), 545면.

206) 第三十八条 "何人も、3 何人も、自己に不利益な唯一の証拠が本人の自白である場合には、有罪とされ、又は刑罰を科せられない。"
(http://elaws.e-gov.go.jp/search/elawsSearch/elaws_search/lsg0500/detail?lawId=321CONSTITUTION#108; 검색일: 2019년 6월 25일)

207) 第三百十九条 2 "被告人は、公判廷における自白であると否とを問わず、その自白が自己に不利益な唯一の証拠である場合には、有罪とされない。"
(http://elaws.e-gov.go.jp/search/elawsSearch/elaws_search/lsg0500/viewContents?lawId=323AC0000000131_20170713; 검색일: 2019년 6월 25일)

허용되는데 반해, 「형사소송법」 제427조 제1항에서 "법률이 달리 규정되는 경우를 제외하고는 범죄는 모든 증거방법에 의하여 입증될 수 있다"고 규정하여 법관의 자유심증주의 원칙을 채택하고 있다. 우리나라와 달리 프랑스는 자유심증주의에 관한 형사소송법규정만 있을 뿐 자백의 증명력을 제한하는 자백보강법칙에 관한 규정은 두고 있지 않다고 한다.[208]

프랑스「형사소송법」 제427조 ① "법률이 달리 규정하는 경우를 제외하고 범죄사실은 모든 증거방법에 의하여 증명할 수 있으며, 판사는 그 자유심증에 따라 판단을 한다."[209]

제428조 "자백도 다른 증거와 마찬가지로 판사의 자유로운 판단에 맡긴다."[210]

[표 2-11] 「형사소송법」 제310조 입법례

우리나라	일본	미국	독일	프랑스
형사소송법 제310조(불이익한 자백의 증거능력) "피고인의 자백이 그 피고인에게 불이익한 유일의 증거인 때에는 이를 유죄의 증거로 하지 못한다."	형사소송법 제319조(자백의 증명력) ② "피고인은 공판정의 자백 여부를 불문하고, 그 자백이 자신에게 불이익한 유일한 증거일 경우에는 유죄로 인정되지 않는다."			형사소송법 제427조 ① "법률이 달리 규정하는 경우를 제외하고 범죄사실은 모든 증거방법에 의하여 증명할 수 있으며, 판사는 그 자유심증에 따라 판단을 한다." 제428조 "자백도 다른 증거와 마찬가지로 판사의 자유로운 판단에 맡긴다."

208) 손병현, "형사소송법상 자백에 대한 법칙과 사법적 통제", 286면.

209) Article 427 "Hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et le juge décide d'après son intime conviction." (https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=089514E70AC7257BA680CB8597A60027.tplgfr41s_1?idSectionTA=LEGISCTA000006182908&cidTexte=LEGITEXT000006071154&dateTexte=20160620; 검색일: 2019년 6월 25일)

210) Article 428 "L'aveu, comme tout élément de preuve, est laissé à la libre appréciation des juges." (https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=089514E70AC7257BA680CB8597A60027.tplgfr41s_1?idSectionTA=LEGISCTA000006182908&cidTexte=LEGITEXT000006071154&dateTexte=20160620; 검색일: 2019년 6월 25일)

3. 쟁 점

가. 공판정에 있어서의 자백

「형사소송법」 제310조의 보강증거를 요하는 자백은 공판정 외의 것에 국한할 것인지에 대한 문제가 있다. 미국의 경우에는 공판정에서의 자백은 기소인부절차(arraignment)에서 행하는 유죄의 답변(plea of guilty)이라는 형태로 나타나거나 위증의 경고에 따라 증언의 형태로 행하여지므로 그 진실성이 고도로 보장된다고 보아 공판정에서의 자백에 대하여는 보강법칙이 적용되지 않는다고 본다. 그러나 우리나라의 경우, 미국의 기소인부절차를 통한 '유죄'의 인정 자체를 허용하지 않고, 피고인에 대한 증인신문을 허용하지 않으며, 공판정의 자백에도 허위가 개입할 여지는 존재하므로 공판정의 자백에도 보강법칙이 적용된다고 본다. 판례도 "…피고인의 법정 및 검찰이나 경찰에서의 자백은 형사소송법 제310조에서 규정하는 자백의 개념에 포함되어 그 자백만으로는 유죄의 증거로 삼을 수 없는 것…"이라고[211] 하여 「형사소송법」 제310조의 자백은 공판정의 자백과 공판정 외의 자백을 모두 포함하는 것으로 본다.

자백의 증명력을 제한하는 것은 직접적으로는 그 자백이 임의성이나 진실성을 결여하기 때문이 아니고 모든 절차에서 자백 편중을 피하고 만에 하나라도 있을 수 있는 오판을 배제하려는 정책적 고려에 기인한 것이다. 그렇다면 이러한 이유는 수사과정에서 뿐만 아니라 법원의 심증형성과정에서도 충분히 있을 수 있다. 공판정 외에서 특히 수사과정에서 채취한 자백에 대해서는 비판적인 법원이 자기가 직접 얻은 자백에 대해서는 경솔하게 과신(過信)하는 경향이 없다고 할 수도 없다. 이 대목을 경계하는 것도 보강법칙의 기능이라고 할 수 있다. 그렇다면 본조의 자백을 공판정 외의 것으로 국한할 이유는 없다고 하겠다. 따라서 공판과정에 대한 제약으로서 공판정의 자백에도 보강증거가 필요하다고 할 것이다.[212]

나. 정식재판

「헌법」 제12조 제7항 후단에는 자백보강법칙이 적용되는 대상을 '정식재판'이라

211) 대법원 1981.7.7. 선고 81도1314 판결.
212) 차용석·최용성, 『형사소송법』(제4판), 549-550면.

규정하고 있다. 여기서 정식재판이라고 함은 「형사소송법」이 적용되는 형사사건을 의미하기 때문에 정식공판절차에서는 물론이고 간이공판절차나 약식절차에서도 자백보강법칙이 적용된다.[213] 그러나 즉결심판사건이나 소년보호사건의 경우 「형사소송법」에 의한 절차가 아니라 각 「즉결심판에 관한 절차법」과 「소년법」에 따른 절차이므로 자백보강법칙이 적용되지 않는다.[214] 현행법상 이렇게 자백보강법칙이 적용되지 않는 사건은 자백만으로 범죄사실인정이 가능하다. 「헌법」 제12조 제7항 후단에서 "정식재판"에서만 자백보강법칙이 적용되어야 함을 강조한 것이라면, 즉결심판사건 및 소년보호사건과 같은 상대적으로 경미한 사건은 피의자·피고인의 인권보장보다 신속한 재판이나 소송경제를 앞세워 법원의 정식적인 사법심사를 해태하는 결과가 초래될 수 있다. 비록 「헌법」의 하위규범이기는 하나 「형사소송법」 제310조에 "피고인의 자백이 그 피고인에게 불이익한 유일의 증거인 때에는 이를 유죄의 증거로 하지 못한다"고 하여 여기에는 "정식재판에 있어서"라는 법문이 분명히 빠져있다. 형사사건의 실체적 진실발견을 위해서는 시간과 비용이 소요되고 노력이 필요하더라도 자백보강법칙의 적용이 필요하다고 할 것이므로, 자백보강법칙이 지니는 중대한 역할을 고려하여 「헌법」 제12조 제7항 후단에 있는 "정식재판에 있어서" 부분의 삭제를 고려할 필요가 있을 것이다.[215]

다. 공범자의 자백

자백보강법칙은 형사절차상 어느 지위에서 행해졌든 간에 해당 피고인의 자백에 한한다. 즉 피의자·참고인·증인·피고인 등의 지위에서 행한 자백은 물론이고 일반인의 입장에서 행한 자백도 자백을 한 자가 피고인이 된 경우에 증거로 사용하게 되면 보강증거를 요한다. 자백은 형식을 요하거나 상대방을 묻지 않기 때문에 구두나 서면, 일기, 메모 또는 진술서 등 모두가 자백에 해당한다.[216] 하지만 증거능력 있는 자백이 되려면, 임의성과 전문법칙의 예외요건을 충족해야 한다.[217] 또한 자백의 허위로 인한

---

213) 손병현, "형사소송법상 자백에 대한 법칙과 사법적 통제", 292면.
214) 이은모·김정환, 『형사소송법』(제7판), 628면.
215) 손병현, "형사소송법상 자백에 대한 법칙과 사법적 통제", 292면.
216) 손병현, "형사소송법상 자백에 대한 법칙과 사법적 통제", 292면.
217) 김태계, "자백의 보강증거능력", 『법학연구』, 제6권 제2호(2008.12.), 경상대학교 법학연구소,

오판의 가능성은 공판정에서의 자백이나 공판정 외의 자백에 모두 있기 때문에 「형사소송법」 제310조의 자백에 모두 포함된다.

다음으로 공범자의 자백만으로 보강증거 없이 피고인을 유죄로 인정할 수 있는지의 문제와 피고인이 자백한 경우에 공범자의 자백이 피고인의 자백에 대한 보강증거가 될 수 있는지가 문제된다. 공범자의 자백을 유일한 증거로 하여 피고인에게 유죄를 선고할 수 없고 공범자의 자백과 독립한 별도의 보강증거가 필요하다는 입장과[218] 공범자의 자백만 있으면 보강증거가 없더라도 피고인에게 유죄판단을 할 수 있다는 입장[219]이 대립한다. 판례는 "형사소송법 제310조 소정의 '피고인의 자백'에 공범인 공동피고인의 진술은 포함되지 아니하므로 공범인 공동피고인의 진술은 다른 공동피고인에 대한 범죄사실을 인정하는 증거로 할 수 있는 것일 뿐만 아니라 공범인 공동피고인들의 각 진술은 상호간에 서로 보강증거가 될 수 있다"고 하여[220] 공범자의 자백에는 보강증거를 요하지 않는다고 한다. 공범자의 자백은 당해 피고인에 대한 관계에서는 증언에 지나지 않는다는 점, 보강증거가 없는 경우에 자백한 공범자가 무죄로 되는 것은 보강법칙의 당연한 결론이며 부인한 피고인이 유죄로 되는 것은 법관의 자유로운 증거평가에 의한 심증형성에 기인한 것이므로 불합리하다고 할 수는 없다는 점을 근거로 공범자의 자백은 피고인의 자백에 해당하지 않는다는 보강증거불요설이 타당할 것이다.

해석론으로는 공범자의 자백을 제310조에 포함시킬 수 없고 그 자백에 대해서는 엄격한 조건을 붙여 유죄의 증거로 할 수 있다고 볼 수밖에 없다. 다만, 입법론으로는 공범자의 자백에는 보강증거를 필요로 하게 하되 영미법의 태도에 접근시켜 공범자의 공판정에서의 자백과 그 이외의 자백을 나누어 보강증거의 범위 및 정도를 명문화할 필요가 있다. 뿐만 아니라 피고인의 자백에 대한 보강증거도 공판정에서의 자백과 공판정 외의 자백을 분류하여 그 정도나 범위를 법정화 할 필요가 있을 것이다.[221]

151면.

218) 배종대·홍영기, 『형사소송법』, 홍문사, 2018, 393면; 백형구, 『형사소송법』, 법원사, 2012, 455면; 신양균, 『형사소송법』(신판), 화산미디어, 2009, 881면.

219) 권오걸, 『형사소송법』, 형설출판사, 2010, 647면; 이재상·조균석, 『형사소송법』(제12판), 690면; 이창현, 『형사소송법』(제3판), 피앤씨미디어, 2017, 1009면; 차용석·최용성, 『형사소송법』(제4판), 554-555면.

220) 대법원 1990.10.30. 선고 90도1939 판결.

221) 차용석·최용성, 『형사소송법』(제4판), 555면.

그리고 공범자의 자백이 존재하면 그것이 보강증거가 되어 피고인을 유죄로 인정할 수 있는지에 대하여 견해는 대립한다.[222] 공범자와 피고인의 관계에 따라 범죄와 관련된 상황이 달라질 수 있겠으나 사실상 공범자가 피고인일 수는 없는 것이기 때문에 공범자의 자백은 독립된 제3자의 증언에 해당한다고 보아야 할 것이다. 다른 공범자에게 책임을 전가하려는 허위개입의 위험성에 대해서는 피고인의 반대신문권을 실질적으로 보장하고 법관의 합리적이면서 신중한 자유심증주의의 발현으로 신뢰성을 갖춘 증명력 평가가 이루어져야 한다.[223] 이 외에도 공범자의 자백을 보강증거로 인정할 수 있는 논리적이거나 현실적인 필요성이 있다. 이러한 문제를 단순히 이론적으로만 볼 것이 아니라 현실적으로 본다면, 막상 독립된 2인 이상의 진술이 있는 경우 「형사소송법」 제310조가 예상하는 오판에 대한 위험성이 해소 가능할 것이며 공범자의 자백은 제3자의 증언에 해당하여 피고인 자백의 보강증거가 될 수 있다.[224]

라. 보강증거의 범위

자백자의 자백에 보강증거를 요한다는 법칙의 전제에만 치중할 것이 아니라 어떤 증거가 보강증거로서의 역할을 담당할 수 있는가에 대한 내용적 연구도 필요하다. 우선, 보강증거가 자백한 사실을 어느 범위까지 보강할 필요가 있는가에 대해 학설은 죄체설과 진실성담보설로 견해가 나뉘어 있다. 판례는 범죄사실을 구성하는 여러 요

---

222) "우선, 공범자의 자백을 피고인의 자백으로 보아 공범자의 자백에도 보강증거가 필요하다는 보강증거필요설은 공범자에게는 다른 공범자에게 책임전가하려는 허위진술의 위험이 있고 공범자 중 1명이 자백한 경우 보강증거가 없게 되면 자백한 공범자는 무죄가 되고 범죄를 부인한 공범자는 유죄가 되는 불합리한 결과가 발생하므로 이를 방지하기 위해서 공범자의 자백으로 보강증거를 삼아서는 안되고 새로운 보강증거를 필요로 한다고 한다. 결국 공범자의 자백만으로 유죄를 인정할 수는 없더라도 공범자의 자백이 이미 존재하는 피고인 자백에 대한 보강증거로 사용할 수 있다고 한다. 다음으로, 공범자의 자백은 피고인의 자백이 아니므로 공범자의 자백으로 피고인의 자백에 대한 보강증거를 삼을 수 있어서 따로 보강증거가 불필요하다는 보강증거불요설은 공범자의 자백은 피고인에게 있어 제3자의 진술에 불과하며 자백보강법칙은 자유심증주의의 예외에 해당하므로 엄격하게 해석하여 형사소송법 제310조의 "피고인의 자백"을 '피고인 또는 공범자의 자백'으로 확장해석해서는 아니 되며 다른 보강증거가 없이 공범자의 자백으로 범죄사실을 부인한 피고인이 유죄가 되는 것은 법관의 자유심증에 기인한 증명력 평가의 결과이며 자백한 공범자가 무죄로 되는 것은 자백보강법칙이 적용된 결과이므로 불합리한 것이 아니라는 주장이다"(손병현, "형사소송법상 자백에 대한 법칙과 사법적 통제", 293면).

223) 손병현, "형사소송법상 자백에 대한 법칙과 사법적 통제", 293면.

224) 손병현, "형사소송법상 자백에 대한 법칙과 사법적 통제", 293면.

소 중 어느 부분에 대해 보강이 이루어져야 하는지에 대해 개별적으로 판시하고 있다. 죄체란 범죄의 객관적 구성사실로 범죄로 법익침해가 이루어진 객관적 구성요건해당 사실을 뜻하기 때문에 죄체설은 자백사실의 죄체의 전부 또는 중요부분에 대해 보강증거를 필요로 한다는 견해로 형식적 관점에서 범인으로 인해 법익이 침해되어 발생한 객관적 범죄사실에 걸쳐 보강증거가 필요하다고 한다. 대법원은 진실성담보설에 입각하여, "자백에 대한 보강증거는 범죄사실의 전부 또는 중요 부분을 인정할 수 있는 정도가 되지 아니하더라도 피고인의 자백이 가공적인 것이 아닌 진실한 것임을 인정할 수 있는 정도만 되면 족할 뿐만 아니라, 직접증거가 아닌 간접증거나 정황증거도 보강증거가 될 수 있다"고 판시하여[225] 보강증거는 실질적 관점에서 자백에 대한 오판위험성을 방지할 정도의 진실성을 담보할 수 있는 정도면 족하다고 한다. 보강법칙의 직접적 근거가 오판의 방지에 있다는 점에서 볼 때 보강증거가 자백의 진실성을 담보할 수 있으면 오판의 위험이 없어진다고 할 것이므로 진실성담보설이 타당하다.[226]

4. 개선방안

가. 제310조(불이익한 자백의 증거능력)의 위치를 이동하는 방안

「형사소송법」 제310조의 내용은 "증명력"에 대한 것임에도 불구하고, 표제는 "증거능력"으로 규정되어 있기 때문에 법조문의 위치를 이동시킬 필요가 있다고 생각된다.

나. 자백의 보강증거의 범위를 구체화하는 방안

보강증거의 범위가 광범위하므로 그 범위를 구체화하는 방안이 고려되어야 할 것이다.

---

225) 대법원 2006.1.27. 선고 2005도8704 판결.

226) 이은모·김정환, 『형사소송법』(제7판), 633면; 권오걸, 『형사소송법』, 654면; 김인회, 『형사소송법』(제1판), 피앤씨미디어, 2015, 598면; 백형구, 『형사소송법』, 458면; 신동운, 『신형사소송법』(제5판), 법문사, 2014, 1413면; 신양균, 『형사소송법』(신판), 886면; 이재상·조균석, 『형사소송법』(제12판), 691-692면; 이창현, 『형사소송법』(제3판), 1011면.

다. 자백의 내용에 대한 보강 필요

자백의 임의성에 대한 보강이 아니라 자백의 내용에 대한 보강이 필요하다는 견해가 있었다.

라. 소 결

자백보강법칙과 관련하여 특별한 개정안을 도출하는 것은 어려울 것으로 판단되며, 해당 법조문의 위치 이동 정도만 가능할 것으로 보인다.

마. 개정안

[표 2-12]「형사소송법」제310조 개정안

현 행	개정안
제310조(불이익한 자백의 증거능력) "피고인의 자백이 그 피고인에게 불이익한 유일의 증거인 때에는 이를 유죄의 증거로 하지 못한다."	제310조(불이익한 자백의 증명력) "피고인의 자백이 그 피고인에게 불이익한 유일의 증거인 때에는 이를 유죄의 증거로 하지 못한다."

제10절 | 전문법칙 논의의 기초 (최준혁)

1. 전문법칙과 직접주의의 관계

가. 개념의 이해

전문증거란 법원이 직접 듣지 않고 '전해듣는' 증거, 구체적으로는 공판준비기일 또는 공판기일에서의 진술을 대신하여 진술을 기재한 서류, 또는 공판준비기일 또는 공판기일 외에서의 타인의 진술을 내용으로 하는 진술로서 그 원진술의 내용을 이루는 사실의 진실성의 증명에 사용되는 증거를 말한다.[227] 그리고 전문법칙이란 전문증

227) 법원행정처, 『법원실무제요 형사(II)』, 96면.

거는 증거로 사용할 수 없다는 내용이다.

전문증거의 증거능력 제한에 관한 「형사소송법」 제310조의2의 이론적 근거로 영미법상 전문법칙과 대륙법의 직접심리주의를 함께 논의하는 이원설이 다수설이다. 직접주의 또는 직접심리주의는 공개주의, 구두변론주의, 집중심리주의 등과 함께 공판절차의 기본원칙 중 하나이며, 형식적 직접주의와 실질적 직접주의로 나누어 설명하는 견해가 일반적이다. 전자는 수소법원이 직접 재판의 기초가 되는 증거를 조사해야 한다는 원칙이며, 후자는 법원이 사실의 증명 여부를 판단할 때 증명의 대상이 되는 사실과 가장 가까운 원본증거를 기초로 삼아야 한다는 원칙이다.[228]

전문법칙의 전형적 예외로 이해되고 있는 「형사소송법」 제314조에 대한 헌법재판소의 결정[229]도 이원설의 입장에서 전문법칙과 직접주의, 반대신문권에 대하여 자세히 판시한다. 즉 "적법절차에 의한 공개법정에서의 공정한 재판을 받을 권리보장을 위하여 현대 민주국가에서는 형사소송절차상의 증거법에 있어서도 임의성 없는 증거와 유일한 증거인 자백에 대한 증거 능력을 배제하는 한편 공판중심주의에 의한 직접주의와, 반대신문의 기회가 부여되지 않은 전문증거에 대한 증거능력을 부인하는 전문법칙을 채택하고 있다", "직접주의와 전문법칙은 다 같이 오판방지와 방어권 보장으로 공정한 재판을 달성하는 기능을 한다. 1954.9.23. 제정된 우리 형사소송법(법률 제341호)은 증거능력에 관하여 대륙법계의 이 직접주의에 바탕을 두었었다. 그러던 중 1961.9.1. 법률 제705호로 이를 개정하여, 그 제161조의2와 제310조의2를 신설하여 위와 같은 적법절차에 의한 공정한 공개재판을 받을 권리보장을 위한 헌법상의 위 각 원리에 입각하여 직접주의의 바탕 위에 영미법계의 전문법칙을 받아들여 이를 확립하고 공판중심주의의 철저를 기하였다. … 하지만 미국헌법이나 일본헌법과 같이 피고인의 증인에 대한 반대신문권을 헌법상 명시된 권리로 규정하지는 않았다"고 판시하였다.

---

228) 실질적 직접심리주의는 최량증거의 원칙과 연결된다.
미국 「연방증거법」 제1002조 "서면, 녹음, 사진의 내용을 증명함에는 서면, 녹음 또는 사진의 원본이 요구된다. 단 이 법률이나 의회가 달리 정한 경우에는 그러하지 아니하다."
오스트리아 「형사소송법」 제13조 ①, ② (생략)
③ "직접 조사될 수 있는 증거는 간접증거로 대체되어서는 안 된다. 조서 및 다른 서면의 내용은 이 법률이 허용하는 방식으로 다시 제시된 경우에만 증거로 사용할 수 있다."

229) 헌법재판소 1994.4.28. 93헌바26 전원재판부 결정.

직접주의와 전문법칙은 서로 구별되는 개념이기 때문에, 대륙의 직접주의는 전문법칙의 근거가 될 수 없다는 주장[230]이 있다. 그러나 직접주의와 전문법칙이 개념적으로 구별된다는 설명과, 어떠한 사례가 직접주의나 전문법칙 중 어느 쪽으로 이해되고 해결될 수 있는지, 나아가 우리나라 법을 이들 개념 중 무엇에 기반하여 어떻게 이해해야 하는지에 대한 질문은 구별할 필요가 있다.

나. 역사적 고찰

1954년의 제정 「형사소송법」은 직권주의 원칙을 관철하면서도 직접주의의 예외로 조서를 허용하고 있었다.[231] 이 법률은 전문법칙에 대한 원칙규정을 두고 있지 않았으나, 직접심리주의의 요청상 전문증거는 원칙적으로 증거능력이 없다고 해석되었다. 1961년의 형사소송법 개정을 통해 전문증거를 배제하는 원칙규정이 명문화되었는데, 당시 개정은 증인에 대한 교호신문방식 등을 포함하여 당사자주의를 대폭 강화한다는 취지였으며, 일본 「형사소송법」상의 여러 제도를 도입하는 것이 주된 내용이었다.[232] 그런데 직접주의의 예외인 증거능력에 관한 규정들을 거의 그대로 둔 상황에서 전문증거의 정의규정(제310조의2)과 제316조 제1항을 추가하였기 때문에 조문해석에서 전문법칙에 관한 이론 전체를 적용하기가 어려울 뿐만 아니라 과거처럼 직접주의의 예외규정으로 해석할 수도 없게 되었다. 그럼에도 불구하고 실무와 학계가 전문법칙에 대한 충분한 이해 없이 직접주의의 예외인 조서의 증거능력 규정을 중심으로 전문법칙을 '조서 등 서류'에 대한 증거능력 규정으로 이해하면서 어려움이 생기게 되었다.[233]

---

230) 이재상·조균석, 『형사소송법』(제12판), 40/13.
231) 차동언, 『형사증거법 Ⅰ -공판중심주의와 전문법칙-』, 법문사, 2007, 145면.
232) 三井誠·酒券匡(신동운 역), 『입문 일본형사소송법』, 법문사, 2003, 257면.
233) 아서 베스트(형사법연구회 옮김), 『미국증거법』, 탐구사, 2009, 15면.

2. 현행법은 어떤 입장을 취하고 있는가?

가. 역사적·비교법적 접근

1) 일본 「형사소송법」의 증거법규정

국민참여재판을 도입하기 전의 우리나라 「형사소송법」이 직권주의를 중심으로 당사자주의의 요소를 가미하였다고 본다면, 일본 「형사소송법」의 증거법체계에 대한 설명은 우리나라의 증거법을 이해하는 데도 도움을 줄 수 있다. 일본 「형사소송법」은 직권주의 체제에 전문법칙을 삽입한 형태를 취하고 있는데, 이는 조서에 의한 수사 및 재판체제를 유지하기 위한 의도에서였다.[234] 직권주의적 공판중심주의에서도 조서를 직접 증거로 제출할 수는 없고 당사자주의에서도 조서는 사용되지 않으나, 영미에서의 피고인의 법정외 자백이 전문증거가 아니라는 점을 활용하면 조서가 그대로 증거로 현출될 수도 있다는 것이다. 미국에서는 피고인의 수사단계 자백을 청취한 경찰관이 법정에서 증언하는 형태가 주로 활용되는데, 기록된 기억의 형태로 법정에 현출되며 경찰관은 조서를 보면서 증언해야 한다. 그런데 일본에서는 불이익한 진술은 어차피 법정에 제출할 수 있는데 증거의 형태가 경찰관의 증언이면 허용되고 조서이면 허용되지 않을 이유가 없다는 생각에 기반하여, 경찰관이 작성한 조서에도 불이익한 진술이 내용으로 있거나 특신상태가 있다면 법정에 그냥 제출할 수 있도록 함으로써 직권주의에서의 직접주의 및 구두주의에 따른 제한과 당사자주의에서의 전문법칙의 제한을 모두 피해가는 절충적 형태를 취한 것이다.

2) 직접주의 관점에서의 전문법칙

독일 「형사소송법」 제250조는 독일 (舊)「형사소송법」 제249조와 동일한 규정으로서, 피고인, 증인이나 감정인에 대한 공판정에서의 신문은 과거의 신문에서 작성된 조서의 낭독이나 서류상의 진술로 대체될 수 없다고 명시하고 있다.[235] 오스트리아 「형사소송법」도 제13조에서 직접주의의 원칙을 명시한 후 그 내용을 제252조와 제258조 제1항에서 구체화하고 있다.[236] 이러한 법제에서 문서가 증인 또는 참고인의

234) 차동언, 『형사증거법 I -공판중심주의와 전문법칙-』, 95면.
235) 최준혁, "직접심리주의에 대한 논의의 기초 -직접심리주의의 '전형적 예외'인 독일형사소송법 제251조의 검토-", 『형사법의 신동향』, 제41호(2013.12.), 대검찰청, 172면.

대체물일 경우에는 인증이 서증보다 우선한다. 그러나 이 조문 자체가 전문증거의 사용을 금지하는 규정은 아니며, 직접주의는 법원과 증거방법과의 관계에 관한 설명이므로 전문증인이라고 하더라도 법원에서 신문대상이 될 경우에는 직접증인이다. 따라서 전문증거의 사용을 금지하는 전문법칙과 직접주의는 구별되며, 독일연방대법원에서는 독일「형사소송법」제251조에서 전문증인에 대한 제한을 도출할 수는 없다고 판결하며, 학자들도 전문증인에 대한 신문에 의해서는 직접주의가 아닌,[237] 법원의 실체적 진실발견의무가 훼손된다고 설명하고 있다. 그리고 증명력을 적극적으로 규정하는 방식과 다르게 전문법칙은 증거능력 자체에 대한 배제이므로 법관의 자유심증주의를 침해하는 것이 아니라고 설명하며, 영미에서 전문법칙으로 논의하는 사례들을 직접주의로 포섭할 수 있는지에 대하여 지속적으로 논의되어 왔다.

다른 한편으로, 대륙법계의 형사소송법을 가진 국가라고 하더라도 직접주의 개념을 반드시 활용하거나 그 개념의 의미를 독일과 동일하게 이해하는 것은 아니다. 가령 프랑스에는 독일에서 논의하는 형태의 직접주의를 찾을 수 없으며,[238] 스페인과 네덜란드도 마찬가지이다. 그러나 직접주의에 관한 규정을 두고 있지 않으며 해석으로도 인정되지 않는 국가에서도 유럽인권협약이 체결된 후에는 반대신문권 조항[239]의 해석을 통하여 이 문제를 해결하고 있다.

---

236) *Fabrizy*, StPO, 12. Aufl., Manz 2014, §252 Rz. 1.

237) *Winsel, Der Zeuge vom Hörensagen im deutschen und US-amerikanischen Strafprozessrecht, Duncker & Humblot*, 2018, S. 23.

238) 프랑스「형사소송법」제427조 ① "법률이 달리 규정하는 경우를 제외하고 범죄사실은 모든 증거방법으로 증명할 수 있으며, 판사는 자유심증에 따라 재판한다."
② "판사는 공판정에 제시되고, 자기의 면전에서 대심의 방식으로 토의된 증거만을 그 판단의 근거로 한다."
제2항이 피고인의 법정진술권, 구두주의와 직접주의의 요소를 혼합했다는 설명(*Kühne, Strafprozessrecht*, 9. Aufl., C.F.Müller 2015, Rn. 1233)도 있으나 제537조의 규정을 볼 때 프랑스 형사절차에서 구두주의와 직접주의가 제한적이라는 지적으로 *Winsel, Der Zeuge vom Hörensagen im deutschen und US-amerikanischen Strafprozessrecht*, Duncker & Humblot 2018, S. 103.
프랑스「형사소송법」제537조 ① "위경죄는 조서 또는 증명서로 증명하고, 보고서와 조서가 없을 때에는 증언 또는 증거물로 증명한다."
② "법률에 다른 규정이 있는 경우를 제외하고 사법경찰관 및 사법경찰리 또는 법률에 의해 위경죄를 인지할 권한이 부여되어 일정한 사법경찰의 직무를 수행하는 공무원이 작성한 조서 또는 증명서는 반증이 없는 한 증명력을 갖는다."
③ "반증은 서면 또는 증언으로만 입증할 수 있다."

239) 그에 관하여 김성룡, "독일·오스트리아·스위스 형법학자들의 형사증거법 개정안의 주요내용과 시사",『형사정책연구』, 제25권 제3호(2014.9.), 한국형사정책연구원, 253면.

나. 전문법칙에 기반한 이해 · 직접주의에 기반한 이해에 대한 비판

1) 전문법칙과의 충돌

법정 외의 진술을 전문증거로 파악하면, 그 진술을 내용으로 하는 전달은 어떠한 형태를 취하든 모두 전문증거이므로 법정에 제출할 수 없다. 반면 법정 외의 진술이 처음부터 전문증거가 아니거나 전문법칙의 예외에 해당한다면 이를 법정에 제출할 수 있다. 이러한 미국법의 이해는 진술이 조서 또는 진술 중 어디에 담겨있는지에 따라 구분하는 우리나라의 방식과는 다르다고 보이며, 전문법칙은 배심제와 구분지어 생각하기 어렵다.[240]

전문법칙의 이론적 근거로는 선서의 결여, 원진술자의 공판정 불출석, 반대신문의 결여를 들 수 있으며,[241] 공판중심주의와 구두변론주의의 강화에 의해 선서 결여나 태도관찰 결여보다는 반대신문의 결여라는 관점이 전문법칙의 기초로 더욱 중요해졌다. 그런데 영미법에서 반대신문의 결여가 전문법칙의 근거가 되는 이유는 영미의 형사절차의 특수성 때문이다. 여기에서 피고인은 당사자이므로 피고인신문은 생각할 수 없고, 피고인은 자기부죄금지의 특권을 포기하고 증인으로 선서하여 체험사실을 진술할 수 있으며, 검사는 피고인, 즉 증인을 상대로 반대신문을 행할 수 있다. 그러므로 영미법에서의 진술증거는 원칙적으로 모두 반대신문의 객체가 될 수 있다.[242] 그런데 우리나라 법률은 피고인의 진술이 기재되어 있는 전문서류 및 피고인의 진술을 내용으로 하는 전문진술에서도 전문증거라는 전제 아래 예외요건을 충족하면 증거능력을 인정한다. 피고인의 진술에 대한 피고인의 반대신문이 논리모순이라는 점에서, 전문증거에 대한 증거능력을 부인하기 위한 새로운 이론적 근거가 필요하며 실질적 직접주의가 그 근거라는 설명[243]이 있다.

---

240) 김희옥·박일환(편집대표),『주석 형사소송법(III)』(제5판), 한국사법행정학회, 2017, 440면; 차동언,『형사증거법 I -공판중심주의와 전문법칙-』, 82면.
241) 신동운,『신형사소송법』(제4판), 1051면.
242) 신동운,『신형사소송법』(제4판), 1054면.
243) 김희옥·박일환(편집대표),『주석 형사소송법 III』(제5판), 442면; 신동운,『신형사소송법』(제4판), 1055면; 이주원,『형사소송법』, 박영사, 2019, 381면.

2) 직접주의와의 충돌

직접주의에 따르면 직접 증거조사가 곤란한 경우가 아니면 진술기재서면은 증거로 사용할 수 없다. 그러나 현행법은 직접 증거조사가 곤란한 경우가 아니더라도 '성립의 진정' 또는 '특히 신빙할 수 있는 상태에서 이루어진 때'라는 요건 아래 예외적으로 전문증거를 사용할 수 있다고 규정하여 서면에 의한 사실심리가능성을 넓게 인정하고 있다. 다시 말하자면 엄격한 의미에서 직접주의에 위반되는 경우에서도 실체해명의 필요성을 내세워 전문법칙의 예외를 인정한다는 것이다. 뿐만 아니라 직접주의에 따르면 전문진술에 대하여 정황증거와 마찬가지로 증거능력을 인정한 후 증명력평가에 대해서만 제한을 두는 것이 일반적인데, 이는 전문진술도 전문법칙의 적용대상으로 하는 현행법의 태도와 일치하지 않는다.[244]

이러한 상황을 해결하기 위하여 직접주의를 현행 전문법칙의 근거가 아니라 전문법칙을 규제하는 원리로서 실천적 의미가 있다고 보면서, 직접주의의 관점에서 현행법의 전문법칙을 재검토하여 예외를 엄격히 제한하는 방향으로 법률을 개정할 필요가 있다는 제안[245]이 있다.

다. 이론의 의미와 법률규정의 연결

그륀발트(Grünwald)[246]는 진실발견을 위해 반드시 증인을 공판정에서 신문해야 하는지, 아니면 수사기관 또는 다른 법관의 신문결과를 활용할 수 있는지, 전문증인에 대한 신문이 가능한지 등의 문제를 직접주의의 개념을 먼저 밝힌 후 관련된 법률규정을 나열하는 방법으로 해결하는 전통적인 독일의 설명은 직접주의에 대하여 불분명하거나 서로 다른 내용을 제시할 수밖에 없다고 지적한다. 그 이유는 직접주의의 개념이 무엇인지 분명히 확립되어있지 않기 때문이다. 이러한 난점을 피하기 위해서는 먼저 관련규정의 내용이 무엇인지 확인한 후 그 규정이 특정한 원칙에 기반하고 있는지, 나아가 그 원칙을 어떻게 이해할 수 있는지 판단하는 방법을 택할 필요성이 있다고 보이는데, 이러한 생각은 전문법칙에 대해서도 같다.

---

244) 신양균, 『형사소송법』(신판), 767면.
245) 신양균, 『형사소송법』(신판), 768면.
246) *Grünwald, Das Beweisrecht der Strafprozeßordnung*, Nomos 1993, S. 114.

우리나라「형사소송법」제310조의2 이하가 전문법칙을 규정하였다고 판단한 후, 전문법칙의 근거는 전문증거가 가지는 신용성의 결여에 있다고 보면 충분하다고 보는 설명[247]도 있다. 그러나 이때에는 '전문증거'와 '신용성'을 어떻게 정의할지가 다시 문제가 되기 때문에 전문법칙에 관한 의문이 해결되었다고 볼 수 없다. 그리고 모든 전문증거가 신용성이 없거나 희박하다고 볼 수는 없고, 반대신문은 전문증거의 신용성 탄핵을 목적으로 하기 때문에, 신용성의 결여가 전문증거의 증거능력을 부정하는 이유가 되기는 어렵다.[248] 다음으로, 이러한 관점은 제312조를 설명하기에 불충분하다. 조서란 사실 전문법칙에서 가장 금하는 형태 중 하나인데, 법정에서는 반드시 원진술자가 진술하여야 하고 피고인의 진술에 대한 반대신문이 허용되어야 하며, 다만 피의자의 자백에서는 당사자주의 아래에서의 자백의 한계로 인해 예외가 인정된다고 이해하기 때문이다.[249]

이론적, 체계적 관점에서 보면 현행법의 전문법칙은 단순히 영미법계 증거법의 전문법칙을 계수한 것이라기보다는 독일「형사소송법」의 직접주의를 수용했다고 이해할 수 있다.「형사소송법」은 독일법과 유사하게 형식적 직접주의에 관한 예외규정(제165조, 제167조, 제273조 등)을 두고 있고, 실질적 직접주의에 관해서도 독일「형사소송법」제251조, 제252조와 문언과 형식에서 매우 유사한 형태의 예외규정(예를 들어 제314조, 제316조 등)을 두고 있기 때문이다.[250]

물론 직접주의에 기반을 두더라도 우리나라 조문을 완전히 설명할 수 없다는 비판에는 설득력이 있다. 그런데, 직접주의는 형사절차의 원칙 중 하나로서, 이러한 원칙은 형사절차의 목표 또는 과제와는 구별되는 개념들이다. 이때의 원칙이란 형사절차의 목표 및 과제, 그리고 개별입법의 역사적 경험을 통하여 형성되는데, 그 내용이 반드시 완전하게 관철되어야 할 것은 존재하지 않으며, 어떠한 문제에 대해 형사절차의 원칙 중 무엇을 선택하여 그 내용을 법조문을 통해 어느 정도로 규정할 것인지는 반대되는

247) 이재상·조균석,『형사소송법』(제12판), 40/13; 주광일,『전문법칙연구』(제3판), 법전출판사, 1986, 24면.
248) 김희옥·박일환(편집대표),『주석 형사소송법 III』(제5판), 439면.
249) 차동언,『형사증거법 I -공판중심주의와 전문법칙-』, 161면.
250) 이주원,『형사소송법』, 380면; 정승환,『형사소송법』, 박영사, 2018, 569면. 제314조와 유사한 독일형사소송법 제251조에 대한 설명으로 최준혁, "직접심리주의에 대한 논의의 기초 -직접심리주의의 '전형적 예외'인 독일형사소송법 제251조의 검토-", 173면 이하.

이익과의 형량을 통해 결정해야 한다. 이는 직접주의에서도 다르지 않기 때문에, 직접주의에서는 항상 그 예외가 무엇인지가 문제가 된다.[251] 전문법칙도 결국 그 예외가 무엇인지 문제가 되므로 차이가 없다고 생각할 수도 있으나, 직접주의에 기반하여 우리나라 증거법 조문을 이해하려고 하는 이유는 증거법 조문의 핵심인 제312조 때문이다.

대법원도 직접주의에 대해서 "사건의 실체에 대한 심증 형성은 법관의 면전에서 본래증거에 대한 반대신문이 보장된 증거조사를 통하여 이루어져야 한다는 실질적 직접심리주의와 전문법칙", "실질적 직접심리주의와 전문법칙이 형사소송절차 진행 및 심리 과정에서 원칙적이고 실질적인 지배원리로서 충실히 기능할 수 있도록 하여야 하고, 그 예외는 직접주의와 공판중심주의에 의한 공정한 공개재판을 받을 권리와 무죄추정을 받을 권리를 본질적으로 침해하거나 형해화하는 결과가 초래되지 않도록 형사소송법이 정한 필요한 최소한도에 그쳐야"라는 표현을 사용한다.[252] "우리 형사소송법은 형사사건의 실체에 대한 유죄·무죄의 심증 형성은 법정에서의 심리에 의하여야 한다는 공판중심주의의 한 요소로서, 법관의 면전에서 직접 조사한 증거만을 재판의 기초로 삼을 수 있고 증명 대상이 되는 사실과 가장 가까운 원본 증거를 재판의 기초로 삼아야 하며 원본 증거의 대체물 사용은 원칙적으로 허용되어서는 안 된다는 실질적 직접심리주의를 채택하고 있는바, 이는 법관이 법정에서 직접 원본 증거를 조사하는 방법을 통하여 사건에 대한 신선하고 정확한 심증을 형성할 수 있고 피고인에게 원본 증거에 관한 직접적인 의견진술의 기회를 부여함으로써 실체적 진실을 발견하고 공정한 재판을 실현할 수 있기 때문이다"라고 판결하기도 하였다.[253]

실무가 공판중심주의, 직접심리주의 등을 강조하는 이유는 결국 '조서재판'을 벗어나기 위해서라고 보인다. 우리나라의 형사재판은 일제 강점기 이래로 형성된 조서재판의 틀에서 좀처럼 벗어나지 못하고 있으며, 법전에 규정된 절차와 현실의 절차 사이에 가장 괴리가 큰 분야라는 지적[254]을 받고 있었다. 폐단을 개선하기 위한 대표

---

251) 최준혁, "형사소송에서의 직접심리주의의 의미", 『법학연구』, 제36집(2012.9.), 전북대학교 법학연구소, 82면.
252) 대법원 2011.11.10. 선고 2010도12 판결.
253) 대법원 2006.11.24. 선고 2006도4994 판결.
254) 신동운, "공판조서의 증명력과 그 제한가능성", 『판례월보』, 제303호(1995.4.14.), 판례월보사, 34면. 과거의 제312조와 제313조가 성립의 진정이라는 제한 하에서 전문법칙의 예외에 관한

적인 입법인 제312조 제1항과 제2항은 구두변론주의의 지향이라는 점에서 방향이 같다.[255] 피의자에 대하여 수사기관이 작성한 조서의 증거능력 인정이 전문법칙과 그 예외에 대한 일반적 설명과 합치하지 않는다면, 적어도 제312조 제1항과 제2항은 전문법칙에 기반하여 이해하기 어려우며 이 조문이 전문법칙의 전형적 예외에 해당한다고 생각하기도 어렵다.[256] 위법수사를 견제할 필요성, 특히 수사기관의 피의자신문에 대한 통제를 위해 전문법칙이 활용된 것이다.[257]

라. 전문법칙의 예외의 의미 : '특신상태'의 해석과 관련하여

전문증거인 것처럼 보이나 실질적으로 전문증거가 아니어서 전문법칙의 적용을 받지 않는 경우를 제외하면, 전문법칙을 적용할 때의 문제는 전문법칙의 예외가 무엇인가라는 질문이다.[258] 전문법칙의 예외사유는 영미의 증거법에서 판례에 의해 형성된 신용성의 정황적 보장과 필요성이라는 두 요건으로 설명되고 있으며, 「형사소송법」의 전문법칙에 관한 조문의 근거가 영미법상의 전문법칙이 아니라 대륙법계의 직접주의에서 찾는 견해에서도 예외사유에 대한 설명은 다르지 않다.[259]

신용성의 정황적 보장이란 원진술이 공개된 법정에서의 법관의 면전에서 행하여지지 않았다고 하더라도 그 원진술의 진실성이 제반의 정황에 의하여 담보되는 것이며, 필요성이란 "요증사실에 대하여 원진술자의 진술이 법관의 면전에서 직접 진술될 수 없고 피고인에게 반대신문의 기회를 줄 수도 없으나 달리 대체성 있는 증거를 구할 수 없어 이를 이용하여야 할 필요가 있는 사유"[260]를 말한다. 신용성의 정황적

요건인 필요성과 신용성의 정황적 보장 없이 조서의 증거능력을 인정한 것은 '변형된 조서중심주의'라는 지적으로 주광일, 『전문법칙연구』(제3판), 201면.

255) *Eisenberg, Beweisrecht der StPO*, 8. Aufl., C.H.Beck 2013, Rn. 63ff; Roxin·Schünemann, Strafverfahrensrecht, 29. Aufl., C.H.Beck 2017, 46/1 이하는 구두주의와 직접주의를 함께 설명한다. 酒巻 匡, 「刑事訴訟法」, 有斐閣, 2015, 326頁도 참조.

256) 酒巻 匡, 「刑事訴訟法」, 328頁도 종래 전문법칙을 도입했다고 설명되었던 일본 형사소송법 제320조 제1항에는 사실인정을 위해 최량·고품질의 증거를 사용하라는 의미에서 직접주의 원칙이 구현되었다고 설명한다.

257) 김인회, 『형사소송법』(제2판), 피앤씨미디어, 2018, 484면.

258) 전문법칙의 역사는 전문법칙의 예외의 확장의 역사라는 설명으로 권오걸, 『전문법칙연구』, 경북대학교 출판부, 2014, 27면.

259) 김희옥·박일환(편집대표), 『주석 형사소송법 III』(제5판), 470면.

260) 헌법재판소 1994.4.28. 93헌바26 전원재판부 결정. 헌법재판소는 " '그 진술 또는 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여 진 때'가 구체적으로 어떤 경우인가를 법률에 열거도 예시

보장과 필요성이라는 두 가지 요건이 동시에 존재해야 전문증거에 증거능력을 인정할 수 있으며, 양자는 상호보완관계이거나 반비례관계인 경우도 있으나 필요성만을 지나치게 강조하면 피고인의 방어권에 중대한 지장을 초래할 위험이 있다. 이때의 신용성이란 증거능력과 관련된 것이므로 진술내용의 진실성이 아니라 진실성을 보장할만한 외부적인 정황을 의미한다.

공판기일에서의 진술을 대신하는 증거의 증거능력을 제한하기 위해서 「형사소송법」은 증거능력의 요건으로 특신상태를 규정하고 있다. 이는 원진술의 진술정황에 관한 것으로서 진술의 임의성(제317조) 외에 요구되는 요건이라는 공통점이 있으며, 원진술의 진술정황이 진술내용에 허위가 개입될 여지가 거의 없고, 진술의 신빙성이나 임의성을 담보할만한 구체적이고 외부적인 정황이 있는 것이며, 신용성의 정황적 보장과 같은 뜻이라고 일반적으로 이해하고 있다. 특신상태는 전문법칙의 예외를 규정하고 있다고 보이는 여러 조문에서 요건으로 명시하고 있어, 과연 제312조와 제314조 중 어디에 연결시켜 이해할 것인지에 대한 논의는 예전부터 있었다.[261]

특신상태는 1954년 「형사소송법」 제314조와 제316조에서 원진술자가 사망, 질병 기타 사유로 법정진술이 불가능한 경우 전문증거의 증거능력을 인정하는 예외요건으로 등장하였다. 그런데, 1961년 개정을 통해 제312조 제1항 단서, 제313조 제1항 단서 및 제316조 제1항에서 원진술자의 법정진술에도 불구하고 전문증거의 증거능력을 인정하는 요건으로도 확장되었다.[262] 제313조에서 보듯이 같은 조문 안에서도 특신상태의 요건을 규정한 경우와 규정하지 않은 경우가 있어 이를 어떻게 이해해야 하는지에 관한 논의가 있다.[263]

「형사소송법」에서 특신상태가 규정되어 있는 조문을 원진술자와 진술의 상대방을 기준으로 분류하면 네 가지로 나눌 수 있다.[264] 첫째는 피고인이 수사기관에게 진술하

도 된 바 없다(직접주의와 전문법칙에 대한 예외를 인정하여야 할 필요성이 있는 사유에 관하여 구체적 사유를 열거한 일본·독일의 형사소송법에도 신용성의 정황적 보장이 있는 경우에 관하여는 열거하지 않았다)"고 밝히고 있다.

261) 그에 관하여 최준혁, "형사소송에서의 직접심리주의의 의미", 60면 이하.

262) 최병각, "특신상태의 증명정도", 『비교형사법연구』, 제20권 제1호(2018.4.), 한국비교형사법학회, 149면.

263) 이주원, 『형사소송법』, 425면 참조.

264) 법원행정처, 『법원실무제요 형사(II)』, 2014, 107면. 한국형사소송법학회(차정인 집필부분), "특신상태의 증명정도(합리적 의심의 여지가 없는 증명)", 『형사소송법 핵심판례 110선』(제3판), 박영사, 2017, 195면은 수사기관이 작성한 조서(제312조 제1항, 제2항, 제4항), 수사기관

거나 수사과정에서 진술서를 작성한 경우이다(제312조 제1항, 제2항, 제5항, 제316조 제1항). 이때의 특신상태는 실질적 직접심리주의를 실현하면서 피고인의 인권보장을 위한 안전장치로 기능하며, 그 예는 변호인의 조력이 실질적이고도 충분히 보장된 경우 등이다. 둘째는 피고인이 수사기관이 아닌 사람에게 진술한 경우이다(제315조 단서, 제316조 제1항). 이때의 특신상태는 실질적 직접주의를 실현하는 기능을 하며, 예로 범행 직후 자신의 행동에 충격을 받고 깊이 뉘우치는 상태에서의 진술 등을 든다. 셋째는 피고인이 아닌 사람이 수사기관에게 진술하거나 수사과정에서 진술서를 작성한 경우이다(제312조 제4항, 제5항, 제314조, 제316조 제2항). 이때의 특신상태는 실질적 직접심리주의의 실현 이외에도 피고인의 반대신문권을 보장하는 기능을 하는데, 예로는 피고인과의 대질신문 등을 통해 충분한 탄핵과 검증을 거친 경우 등이 거론된다. 넷째는 피고인이 아닌 사람이 수사기관이 아닌 사람에게 진술하거나 수사과정 외에서 진술서를 작성하는 경우이다(제314조, 제316조 제2항). 이때의 특신상태는 피고인의 반대신문권을 보장하면서 실질적 직접심리주의를 실현하며, 예로 죽음에 임박해서 한 말이나 반사적으로 한 말 등을 든다.

첫 번째의 대표적인 경우인 검사가 작성한 피의자신문조서의 증거능력을 인정하기 위해 특신상태를 요구하는 이유는 이 조서에 대해 증거능력이 과도하게 부여되는 상황을 통제하기 위해서이다.[265] 이 조문이 우리나라 「형사소송법」에서 갖는 의미로 인해 제312조 제1항과 제2항에 의해 증거능력이 인정되지 않는 검사작성 피의자신문조서는 제314조에 기해 증거능력이 인정될 수도 없다. 이에 비추어 볼 때 전문법칙의 전형적인 예외는 제312조가 아니라 제314조라고 보아야 할 것이다.[266] 다른 한편으로 제314조의 특신상태는 제313조[267]와 비교해 볼 때, 피고인이 출석할 수 있는 상황과 원진술자의 진술불능의 상황을 규정하고 있다는 점에서 구별된다.[268] 그러므로 제313

이외의 자가 작성한 진술기재서류(제313조 제1항 단서)와 전문진술(제316조 제1항), 원진술자가 공판에 출석할 수 없는 경우(제314조, 제316조 제2항)로 분류한다.

265) 신동운, 『신형사소송법』(제4판), 1086면; 김인회, 『형사소송법』(제2판), 483면.

266) 제312조의 '특신상태'가 증거능력의 문제를 증명력판단의 문제로 이전시킬 염려가 있다는 지적으로 배종대·이상돈·정승환·이주원, 『형사소송법』(제2판), 홍문사, 2016, 58/55.

267) 제313조 제1항의 서면은 수사과정 이외의 상황에서 작성되며, 검사면전 피의자신문조서와 달리 아무런 절차적 제한 없이 여러 가지 상황 하에서 다양한 형태로 작성될 수 있다. 신동운, 『신형사소송법』(제4판), 1123면.

268) 대법원 2017.12.22. 선고 2016도15868 판결("형사소송법 제312조, 제313조는 참고인 진술조서 등에 대하여 피고인 또는 변호인의 반대신문권이 보장되는 등 엄격한 요건이 충족될 경우

조 제1항 단서의 특신상태는 제314조 단서의 특신상태에도 해당할 수 있으나, 제314조 단서의 특신상태에는 출석불능 상태하에서의 특신상태가 추가된다고 이해할 수 있으며,[269] 원진술자가 진술이 불가능한 경우에는 그렇지 않은 경우와 비교해서 특신상태에 대한 높은 수준의 증명을 요구하는 대법원의 입장[270]은 타당하다고 보인다.

3. 개정안

가. 조문의 배열순서의 변경

(1안) 현행유지

(2안) 진술에 관한 규정을 앞에 두는 방안

전문법칙에 따라 증거능력이 인정되지 않는 전문증거는 사실인정의 자료로 사용할 수 없을 뿐만 아니라 증거조사 자체도 허용되지 않는다.[271] 전문법관이 재판하는 경우에는 피고인의 공판정에서의 진술과 검사작성 피의자신문조서에 기재된 진술의 증거능력을 인정한 후 어느 쪽이 더 신빙성이 있는지를 판단하면 되기 때문에, 전문증거의 증거능력을 배제할 필요성이 크지 않다는 설명이 보통이었다. 그러나 국민참여재판이 도입된 후 배심원 또는 예비배심원은 법원의 증거능력에 관한 심리에 관여할 수 없으므로, 공판준비절차에서 법원은 공판정에 제출될 증거에 관하여 전문법칙에 따라 증거능력이 배제되는지 여부를 더욱 엄격히 심리해야 한다.[272] 이러한 상황에서의 법관의 역할은 증거능력의 문제 등 절차규정이 준수되었는지를 감시하는 것이 주된 임무인 영미법에서의 법관[273]에 접근하게 된다.

에 한하여 증거능력을 인정할 수 있도록 함으로써 직접심리주의 등 기본원칙에 대한 예외를 인정하고 있다. 형사소송법 제314조는 여기에서 나아가 원래의 진술자 등에 대한 반대신문을 할 기회가 없었는데도 참고인 진술조서 등의 증거능력을 인정할 수 있는 예외를 정하고 있다").

269) 신동운, 『신형사소송법』(제4판), 1134면.

270) 한국형사소송법학회(차정인 집필부분), "특신상태의 증명 정도(합리적 의심의 여지가 없는 증명)", 『형사소송법 핵심판례 110선(제3판)』, 195면.

271) 이창현, 『형사소송법』(제5판), 정독, 2019, 865면.

272) 김희옥·박일환(편집대표), 『주석 형사소송법 III』(제5판), 436면.

273) *Weigend, "Evidence Law im anglo-amerikanischen Strafverfahren"*, in: Fischer (Hrsg.), Beweis, Nomos 2019, 253.

우리나라 「형사소송법」은 전문법칙에 관한 규정에서 작성자가 누구인지를 기준으로 하면서 피의자 또는 피고인이 진술한 경우를 우선 서술하고 있다. 그런데, 진술을 대신하는 서면에 관하여 예외적으로 증거능력을 인정하는 규정에는 그 내용이나 형식을 볼 때 전문법칙과 별개의 원칙에 의한 내용이 많이 들어있어 실질적으로는 전문법칙과 다른 원리가 지배하고 있다는 지적은 이미 오래전부터 존재하였다.[274] 전문진술과 전문서류 모두 전문증거이기는 하나, 체계의 정합성 및 원칙과 예외의 관계를 분명히 하기 위해서는 진술증거에 대해 먼저 규정하고 전문법칙의 전형적 예외에 관하여 규정한 후 그 다음에 피의자신문조서에 관한 조문을 배치하는 방법을 생각해 볼 수 있다.

나. 검사 작성 피의자신문조서의 증거능력

(1안) 내용부인으로 요건 변경

검사가 작성한 피의자신문조서의 증거능력을 경찰이 작성한 피의자신문조서와 구별할 합리적 이유를 전문법칙에서는 찾을 수 없다. 그러므로 양자를 같은 정도로 규정할 필요가 있으며 그 요건은 내용인정으로 하면 족하다.

제11절 | 전문법칙 (최준혁)

1. 제311조

가. 연혁

1) 법률 제341호(1954. 9. 23.)

제311조(증거능력) “공판준비 또는 공판기일에 피고인 또는 피고인 아닌 자의 진술

274) 주광일, 『전문법칙연구』(제3판), 189면.

을 기재한 조서, 법원 또는 법관의 검증, 감정의 결과를 기재한 조서와 압수한 서류 또는 물건은 증거로 할 수 있다."

2) 법률 제705호(1961. 9. 1.)

제311조(법원 또는 법관의 조서) "공판준비 또는 공판기일에 피고인이나 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 조서와 법원 또는 법관의 검증, 감정의 결과를 기재한 조서는 증거로 할 수 있다. 제184조의 규정에 의하여 작성한 조서도 또한 같다."

3) 법률 제2450호(1973. 1. 25.)

제311조(법원 또는 법관의 조서) "공판준비 또는 공판기일에 피고인이나 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 조서와 법원 또는 법관의 검증, 감정의 결과를 기재한 조서는 증거로 할 수 있다. 제184조 및 제221조의2의 규정에 의하여 작성한 조서도 또한 같다."

4) 법률 제5054호(1995. 12. 29.)

제311조(법원 또는 법관의 조서) "공판준비 또는 공판기일에 피고인이나 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 조서와 법원 또는 법관의 검증의 결과를 기재한 조서는 증거로 할 수 있다. 제184조 및 제221조의2의 규정에 의하여 작성한 조서도 또한 같다."

나. 외국의 입법례

[표 2-13]「형사소송법」제311조 입법례

우리나라	일본	독일	오스트리아	영국
제311조 "공판준비 또는 공판기일에 피고인이나 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 조서와 법원 또는 법관의 검증의 결과를 기재한 조서는 증거로 할 수 있다. 제184조 및 제221조의 2의 규정에 의하여 작성된 조서도 또한 같다."	제321조(피고인 이외의 자의 공술서·공술녹취서의 증거능력) ① "피고인 이외의 자가 작성한 진술서 도는 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 도는 진술자가 공판준비 혹은 공판기일에 있어서 전의 진술과 상이한 진술을 하였을 때" 2. 3. (생략) ② "피고인 이외의 자의 공판준비 혹은 공판기일에 있어서의 공술을 녹취한 서면 또는 재판소 혹은 재판관의 검증결과를	제251조(조서의 낭독을 통한 서증) ① "증인, 감정인 또는 공범인 공동피고인의 신문은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에 신문조서 또는 그가 작성한 진술서를 포함하는 문서의 낭독으로 대체될 수 있다." 1. "피고인에게 변호인이 있고, 검사, 변호인 그리고 피고인이 이에 동의한 경우" 2. "낭독이 피고인의 자백을 확인하는 데에만 소용되고 변호인 없는 피고인 및 검사가 낭독에 동의하는 경우" 3. "증인, 감정인 또는 공범인 공동피고인이 사망하거나 다른 이유로 가까운 장래에 법원에서 신문을 받을 수 없는 경우" 4. "조서 또는 문서가 재산상 손해의 존재 또는 액수와 관련된 한도에서" ② "증인, 감정인 또는 공범인 공동피고인에 대한 신문은 다음	제245조(피고인신문) ① "다음으로 재판장은 피고인에게 공소사실을 신문한다. 피고인이 공소사실에 대하여 자신이 무죄라고 답하였다면, 재판장은 피고인에게 사실관계에 관한 설명을 할 권리와 관련증거를 제출하고 설명할 권리가 있음을 고지해야 한다. 피고인이 자신의 과거진술을 부인할 경우, 재판장은 그 부인의 이유를 질문해야 한다. 재판장은 이때 피고인이 대답을 거부하였다면 과거의 진술이 기재되어 있는 조서의 일부 또는 전부를 낭독하거나 피의자심문에 대한 영상녹화물(제172조 제1항)을 상영하게 할 수 있다." (하략) 제252조 ① "공동피고인과 증인에 대한 신문조서, 증거조사에 관한 조서, 증인 또는 공동피고인의 진술이 기재되어 있는 서류	

우리나라	일본	독일	오스트리아	영국
	기재한 서면은 전항의 규정에도 불구하고 이를 증거로 할 수 있다."	각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에도 그 전의 법관에 의한 신문조서의 낭독으로 대체될 수 있다." 1. "증인, 감정인 또는 공범인 공동피고인의 공판출석이 질병, 노쇠 그밖에 극복할 수 없는 장애로 인하여 상당기간 또는 불확정기간 동안 어려운 경우" 2. "진술의 중요성을 감안하면 증인이나 감정인의 공판출석을 원거리 때문에 기대할 수 없는 경우" 3. "검사, 변호사 그리고 피고인이 낭독에 동의한 경우" ③ "낭독이 판결에 이르는데 직접적으로 이바지하기 위한 것이 아니라 다른 목적, 특히 누군가에게 출석요구를 하여 신문할지 여부에 관한 재판을 준비하는데 이바지해야 한다면, 신문조서, 문서, 그밖에 증거방법으로 사용되는 서류는 그렇지 않은 경우에도 낭독될 수 있다." ④ "제1항, 제2항에 해당하는 상황에서 법원은 낭독을 명할지를 결정한다. 그 낭독의 이유를 고지한다. 법관에 의한 신문조	(Amtsvermerk) 또는 공공문서, 감정인의 감정서, 공동피고인 또는 증인신문에 대한 영상녹화물은 다음의 경우에만 낭독 또는 상영될 수 있다." 1. "피신문자가 사망한 경우, 피신문자의 소재지가 불명확하거나 연령, 질병이나 노쇠, 소재지가 멀리 떨어져있거나 다른 중대한 사유로 인해 접근할 수 없는 경우" 2. "피신문자의 공판정에서의 진술이 과거의 진술과 본질적으로 다른 때" 3. "증인이 정당한 사유가 없이 증언을 거부하거나 공동피고인이 증언을 거부하는 때 또는" 4. "낭독에 대해 검사와 피고인이 동의한 때" ② "검증에 대한 서류(Amtsvermerk)(제149조 제2항)와 피고인의 과거의 범행에 대한 소견, 그리고 사건의 해명에 의미가 있는 문서와 다른 종류의 서면은 낭독해야 한다." ③ "소송당사자가 동의하고 소송당사자가 서면 및 참심법원의 모든 구성원에게 접근가능하였	

우리나라	일본	독일	오스트리아	영국
		서가 낭독되면, 피신문자가 선서했는지 여부를 확인한다. 선서는 법원이 이를 필요하다고 보고 여전히 가능한 경우에 보완한다." 제254조(자백 또는 모순시에 법관 조서의 낭독) ① "법관에 의한 조서 또는 신문의 영상녹화물에 담긴 피고인 진술은 자백에 관한 증거조사를 목적으로 낭독하거나 상영할 수 있다." ② "신문에서 드러난 그전의 진술과의 모순이 공판의 정지 외의 다른 방법으로는 확인되거나 제거될 수 없는 경우에도 제1항과 동일하게 할 수 있다."	다면 재판장은 낭독이나 상영(제1항, 제2항) 대신에 서면의 주요 내용을 제시할 수 있다." ④ "각 낭독과 제시(제2항a) 후에는 피고인에게 진술할 내용이 있는지 질문해야 한다. 이때 피고인은 제시된 서면의 다른 부분도 열람할 수 있으며 당해서면 또는 사건의 해명에 의미가 있는 다른 서면의 낭독을 요청할 수 있다." (하략)	
	제322조(피고인의 공술서·공술녹취서의 증거능력) ① (생략) ② "피고인의 공판준비 또는 공판기일에 있어서의 공술을 녹취한 서면은 그 공술이 임의로 이루어진 것이라고 인정되는 때에 한하여 이를 증거로 할 수 있다." 제324조(전문공술의 증거능력)			

우리나라	일본	독일	오스트리아	영국
	① "피고인 이외의 자의 공판준비 혹은 공판기일에 있어서의 공술로서 피고인의 공술을 그 내용으로 하는 것에 대하여는 제322조(피고인의 공술서·공술녹취서의 증거능력)의 규정을 준용한다." ② "피고인 이외의 자의 공판준비 혹은 공판기일에 있어서의 공술로서 피고인 이외의 자의 공술을 그 내용으로 하는 것에 대하여는 제321조 제1항 제3호(피고인 이외의 자의 공술서·공술녹취서의 증거능력)의 규정을 준용한다."			

다. 쟁점

1) 공판절차의 유효성 확보방안

「형사소송법」 제311조는 다른 전문법칙의 예외 규정과는 달리 증거능력의 인정에 관한 특별한 요건을 두고 있지 않아 사실상 제한 없이 증거능력을 부여하고 있는데, 이는 법원 또는 법관의 조서는 다른 전문서류나 전문진술에 비하여 더 큰 신용력이 인정된다는 것을 의미한다.[275]

직접심리주의에 따라 원진술자는 공개된 법정에 대하여 체험사실을 보고해야 하겠으나 수소법원이 아니라고 하더라도 수소법원을 구성하는 법관과 동일한 자격을 가지고 있는 법관이 진술을 청취하고 그 결과로서 조서가 작성되었다면 원칙의 예외를 인정할 수 있을 것이다.[276]

그런데 진정성립을 인정하기 위해서는 – 제315조 제3호에서도 마찬가지이지만 – 공판조서가 정확하게 작성되어야 한다. 공판조서의 정확성 담보장치로 「형사소송법」은 변경청구 및 이의신청(제52조, 제54조)과 열람등사(제55조) 이외에, 제48조 제1항에서 피고인, 증인 등을 "신문하는 때에는 참여한 법원사무관 등이 조서를 작성하여야 한다"고 규정하며, 그 조서에는 진술자가 간인한 후 서명날인하여야 한다(제7항). 다만 공판조서 및 공판기일외의 증인신문조서는 제48조 제3항 내지 제7항의 규정에 의하지 아니한다(제52조).

우리나라 「형사소송법」상 항소심의 성격은 속심으로서 1심 법원이 행한 심리의 결과를 토대로 하면서 항소심이 새로운 사실과 증거를 추가하여 피고사건에 대한 판단을 행하는 방식[277]이므로, 정확한 조서 작성은 항소심의 판단에도 도움을 줄 것이다.

---

275) 권오걸, 『전문법칙연구』, 117면.

276) 신동운, 『신형사소송법』(제4판), 1063면. 법관의 면전조서나 진술에 관하여는 특별히 전문증거의 예외인정의 기준인 신용성의 보장을 별도로 요구하고 있지 않다는 점에서 영미법보다 요건이 완화되었다는 설명으로 이재상·조균석, 『형사소송법』(제12판), 40/25.

277) 신동운, 『신형사소송법』(제4판), 1491면.

2) 피고인의 진술을 기재한 조서

가) 다른 사건의 공판준비조서 또는 공판조서

피고인의 진술을 기재한 공판조서라면 다른 사건의 조서를 제외할 이유가 없다는 설명[278]에 따르면 제311조를 적용해야겠으나, 이러한 조서는 제315조 제3호에 기해 증거능력이 인정된다는 설명이 일반적이다.[279]

나) 당해 사건의 공판준비조서 또는 공판조서

공판정에서 피고인이 행한 진술은 그 자체가 증거이므로 전문법칙의 적용대상이 아니다. 여기서의 조서는 공판절차갱신 전의 공판조서, 상소심에 의한 파기환송 전의 공판조서, 이송된 사건의 이송 전의 조서, 관할위반의 재판이 확정된 후에 재기소된 경우의 공판조서 등을 말한다.

3) 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 조서

가) 당해 사건의 경우

당해 사건에서의 피고인 아닌 자란 피고인을 제외한 제3자이므로 증인, 감정인, 공범인 공동피고인을 모두 포함한다고 설명한다.

나) 다른 사건의 경우

「형사소송법」이 증거보전절차의 조서와 제1회 공판기일 전의 증인신문절차에 의한 조서를 이 조문에 별도로 명시하고 있다는 점에 비추어 볼 때, 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 다른 사건의 조서는 제315조 제3호에 의해 증거능력이 인정된다.[280]

다) 공동피고인의 진술을 기재한 조서

공범인 공동피고인은 피고인 아닌 자에 해당하므로, 공판정에서 공범인 공동피고인의 진술을 기재한 조서는 피고인의 동의가 없더라도 증거능력이 인정된다. 공범이

---

278) 이재상·조균석, 『형사소송법』(제12판), 40/34.
279) 이주원, 『형사소송법』, 393면; 이창현, 『형사소송법』(제5판), 869면; 김희옥·박일환(편집대표), 『주석 형사소송법 III』(제5판), 477면.
280) 신동운, 『신형사소송법』(제4판), 1066면; 김희옥·박일환(편집대표), 『주석 형사소송법 III』(제5판), 477면; 이재상·조균석, 『형사소송법』(제12판), 40/31.

아닌 공동피고인은 서로 다른 공소사실로 기소되어 병합심리가 된 것일 뿐 당해 피고인에 대해서는 증인의 지위에 있으므로, 선서 없이 진술을 하였다면 그 진술을 피고인에 대한 공소사실을 인정하는 증거로는 사용할 수 없다.[281] 그러므로 공판조서 중 공범이 아닌 공동피고인의 진술이 기재된 부분에는 제311조를 적용할 수 없다.[282]

4) 증거보전절차(제184조)와 증인신문절차(제221조의2)에서 작성된 경우

이러한 조서도 선서를 하고 법관의 면전에서 한 진술을 기재하였으므로 증거능력이 인정되며 공범인 공동피고인에 대해서도 마찬가지이다. 다만, 증거보전절차에서 피의자였던 피고인이 증인으로서 증언한 내용을 기재한 것이 아니라 피고인이 당사자로 참여하여 자신의 범행사실을 시인하는 전제 하에서 증인에게 반대신문한 내용이 기재되어 있는 증인신문조서는 제311조에 의해 증거능력을 인정할 수 없다.[283]

5) 법원 또는 법관의 검증조서

가) 다른 사건의 검증조서 또는 공판조서

당사자의 참여가 보장되어 있지 않으므로 제311조를 적용할 수 없고 제315조 제3호에 의해 증거능력이 인정된다.[284]

나) 검증조서에 기재된 진술

검증결과 이외에 검증조서에 기재되는 참여인의 진술에는 검증대상을 지시하는 진술인 현장지시와 검증현장을 이용하여 행해지는 현장지시 아닌 진술인 현장진술이 있다. "현장진술"은 법원 또는 법관의 면전에서 이루어졌으므로 제311조 전단에 의해 증거능력이 인정되며, "현장지시"는 법원의 검증활동에 대한 동기를 설명하는 비진술

---

281) 신동운, 『신형사소송법』(제4판), 1066면; 이창현, 『형사소송법』(제5판), 870면.

282) 일본은 공술불능성(공술의 재현불능)이나 공술자의 자기모순(공술의 상반성)이 있는 경우에 그 증거능력을 인정한다. 즉, 다른 사건의 피고인 또는 공동피고인인 공술자가 법정에 나와서 진술할 수 없는 경우에는 반대신문권이 보장되지 않는다고 하여도 증거능력을 인정하고 있고, 진술할 수 있는 경우에도 공술자의 진술이 원진술과 상이한 대에는 기존의 공술서나 공술녹취서의 증거능력을 인정한다. 오경식, "공판조서의 증거능력에 대한 위헌여부에 대한 연구 -형사소송법 제315조 제3호 위헌소원-", 『형사판례연구』, 제22권(2014.6.), 한국형사판례연구회, 437면.

283) 대법원 1984.5.15. 선고 84도508 판결.

284) 김희옥·박일환(편집대표), 『주석 형사소송법 III』(제5판), 477면.

증거로 이용되는 때에는 검증조서와 일체를 이루나 현장지시 자체가 범죄사실을 인정하기 위한 진술증거로 이용되는 때에는 현장진술과 같이 취급된다.[285]

라. 개선방향 및 초안

없음

2. 제56조

가. 연혁

법률 제341호(1954. 9. 23.) 제56조 : 동일함.

나. 외국의 입법례

[표 2-14]「형사소송법」제56조 입법례

우리나라	일본	독일
제56조(공판조서의 증명력) "공판기일의 소송절차로서 공판조서에 기재된 것은 그 조서만으로써 증명한다."	제52조(공판조서의 증명력) "공판기일에서의 소송절차로 공판조서에 기재된 것은 공판조서에 의하여만 이를 증명할 수 있다."	제274조(조서의 증명력) "공판에 관하여 규정된 형식적 사항의 준수는 조서를 통해서만 증명할 수 있다. 이 형식적 사항에 관한 조서 내용에 대하여는 위조의 증명만 허용된다."

다. 쟁점

1) 의미

조서만으로 증명한다고 함은 원심의 공판심리에 참여한 피고인과 변호인, 검사, 법원사무관 등 다른 자료를 통한 반증이 허용되지 않는다는 의미이고 이는 자유심증주의의 예외라는 설명이 일반적이다.[286] 그러나 공판조서에 배타적 증명력을 인정하

285) 이주원, 『형사소송법』, 394면.
286) 배종대·이상돈·정승환·이주원, 『형사소송법』(제2판), 58/2; 신양균, 『형사소송법』(신판), 890면; 이재상·조균석, 『형사소송법』(제12판), 44/1; 이주원, 『형사소송법』, 491면.

는 이유는 상소심에서 원심의 공판심리절차의 존부와 위법성에 관한 분쟁을 방지하고 소송의 지연을 방지하기 위해서이다.[287] 즉 이 조문은 유죄판결의 심증형성에 신중을 기하기 위해 고안된 자유심증주의의 제한원리들과 성격이 다르며 소송경제적 관점에서 마련된 특칙이다.[288] 공판조서의 유효성 확보에 관한 설명은 제311조와 동일하다.

2) 증명력 인정의 원칙과 예외

배타적 증명력은 공판기일의 소송절차로서 공판절차에 기재된 것에 한하며 당해 사건의 유효한 공판조서를 전제로 한다.

공판조서의 기재사항이 불명확하거나 모순이 있는 때에는 배타적 증명력이 인정되지 않는다. 제54조의 이의신청이 있거나 신청이 방해된 때에도 그러하다. '특단의 사정'이 있는 때에도 그러한데, 예컨대 공판조서의 기재가 소송상 명확한 오기인 때이다.[289]

라. 개선방안 및 초안

없음

3. 제314조

가. 연혁

1) 법률 제341호(1954. 9. 23.)

제314조(증거능력에 대한 예외) "전2조의 경우에 공판준비 또는 공판기일에 진술을 요할 자가 사망, 질병 기타 사유로 인하여 진술할 수 없는 때에는 그 조서 기타 서류 또는 물건을 증거로 할 수 있다. 단, 그 조서 또는 서류는 그 진술 또는 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 때에 한한다."

---

287) 김희옥·박일환(편집대표), 『주석 형사소송법 I』(제5판), 한국사법행정학회, 2017, 303면.
288) 신동운, 『신형사소송법』(제4판), 1313면.
289) 한국형사소송법학회(최준혁 집필부분), "공판조서에 대한 이의와 그 증명력", 『형사소송법 핵심판례 110선』(제3판), 211면.

2) 법률 제614호(1961. 9. 1.)

제314조(증거능력에 대한 예외) "전2조의 경우에 공판준비 또는 공판기일에 진술을 요할 자가 사망, 질병 기타 사유로 인하여 진술할 수 없는 때에는 그 조서 기타 서류를 증거로 할 수 있다. 단, 그 조서 또는 서류는 그 진술 또는 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여 진 때에 한한다."

3) 법률 제5054호(1995. 12. 29.)

제314조(증거능력에 대한 예외) "제312조 또는 제313조의 경우에 공판준비 또는 공판기일에 진술을 요할 자가 사망, 질병, 외국거주 기타 사유로 인하여 진술할 수 없는 때에는 그 조서 기타 서류를 증거로 할 수 있다. 다만, 그 조서 또는 서류는 그 진술 또는 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여 진 때에 한한다."

4) 법률 제8496호(2007. 6. 1.)

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. 다만, 그 진술 또는 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한한다."

나. 외국의 입법례

[표 2-15]「형사소송법」제314조 입법례

우리나라	일본	미국	독일	영국	오스트리아
“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 서류(피고인 또는 피고인 아닌 자가 작성하였거나 진술한 내용이 포함된 문자·사진·영상 등의 정보로서 컴퓨터용디스크, 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체에 저장된 것을 포함한다)를 증거로 할 수 있다. 다만, 그 진술 또는 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한한다.”	제321조(피고인 이외의 자의 공술서·공술녹취서의 증거능력) ① “피고인 이외의 자가 작성한 공술서 또는 그 자의 공술을 녹취한 서면으로 공술자의 서명 또는 날인이 있는 것은 다음에 기재한 경우에 한하여 이를 증거로 할 수 있다.” 1. “재판관의 면전(제157조의4 제1항(영상 등의 송수신에 의한 통화방식에 의한 증인심문)에 규정된 방법에 의한 경우를 포함한다)에 있어서의 공술을 녹취한 서면에 대하여는 그 공술자가 사망, 정신 혹은 신체의 이상, 소재불명 혹은 국외에 있기 때문에 공판준비 혹은 공판기일에 있어서 공술할 수 없는 때 또는 공술자가 공판준비 또는 공판기일에 있어서	연방증거법 제804조(전문법칙의 예외: 원진술자가 증언할 수 없는 때) (b) 전문법칙의 예외 “원진술자가 증인으로서 증언할 수 없을 경우, 다음 각 호의 증거는 전문법칙에 의하여 증거능력이 배제되지 아니한다.” (1) “종전 증언: 당해 소송 또는 다른 소송의 심문절차에서 당해 소송 또는 다른 소송의 과정에서 법률에 따라 행해진 진술보전절차에서 증인으로서 한 증언. 다만, 현재 그 증언이 증거로 제출되는 민사적 소송 또는 절차에서는 반대 당사자와 이해관계를 같이 하는 피승계인이 주신문, 반대신문 또는 재주신문에 의하여 증인의 증언을 전개할 기회 및 유사한 동기를 가진 때에 한한	제251조(조서의 낭독) ① “다음의 경우 증인, 감정인 또는 공동피의자에 대한 신문을 이들의 서면진술을 포함하는 기록이나 이들에 대한 다른 신문조서의 낭독으로 대체할 수 있다.” 1. “공판피고인에게 변호인이 있으며 검사, 변호인, 공판피고인이 동의한 때” 2. “증인, 감정인 또는 공동피고인이 사망하였거나 다른 사유로 인하여 이들에 대한 법원의 신문이 당분간 이루어질 수 없는 때” 3. “기록 또는 문서가 재산상 손해의 존재 또는 정도에만 관련된 때” ② “다음의 경우 증인, 감정인 또는 공동피의자에 대한 신문을 이들에 관한 과거 법관의 신문조서의 낭독 또는 그의 서류상의 진술로 대체할 수 있다.”	1993년 형사사법법 제116조 (증인이 법정에서 진술하지 못하는 때) (1) “형사재판에서는 구두증거의 방식이 아닌 진술은 다음의 요건 하에서 어떤 문제에 대한 증거로서 허용된다.” (a) “재판에서 진술을 한 사람이 구두로 증언한다면 그 문제에 대한 증거로 허용되고,” (b) “그 진술을 한 사람(원진술자라 한다)의 인적사항이 법원에 충분히 특정되며” (c) “아래 (2)항의 각 요건에 해당할 때” (2) “요건은 다음과 같다.” (a) “원진술자가 사망한 때” (b) “신체적, 정신적 장애로 인하여 원진술자가 법정에서 증인으로 증언하기	제252조 ① “공동피고인과 증인에 대한 신문조서, 증거조사에 관한 조서, 증인 또는 공동피고인의 진술이 기재되어 있는 서류(Amtsvermerk) 또는 공공문서, 감정인의 감정서, 공동피고인 또는 증인신문에 대한 영상녹화물은 다음의 경우에만 낭독 또는 상영될 수 있다.” 1. “피신문자가 사망한 경우, 피신문자의 소재지가 불명확하거나 연령, 질병이나 노쇠, 소재지가 멀리 떨어져있거나 다른 중대한 사유로 인해 접근할 수 없는 경우” 2. “피신문자의 공판정에서의 진술이 과거의 진술과 본질적으로 다른 때” 3. “증인이 정당한 사유가 없이 증언을 거부하거나 공동피고인이 증언을 거부

우리나라	일본	미국	독일	영국	오스트리아
	전의 공술과 상이한 공술을 한 때" 2. "검찰관의 면전에 있어서의 공술을 녹취한 서면에 대하여는 그 공술자가 사망, 정신 또는 신체의 이상, 소재불명 또는 국외에 있기 때문에 공판준비 혹은 공판기일에 있어서 공술할 수 없는 때 또는 공판준비 혹은 공판기일에서 전의 공술과 상반되거나 혹은 실질적으로 상이한 공술을 한 때. 단 공판준비 혹은 공판기일에 있어서의 공술보다 전의 공술을 신용할 만한 특별한 정황이 있는 때에 한한다." 3. "전2호에 게기한 서면 이외의 서면에 대하여는 공술자가 사망, 정신 또는 신체의 이상, 소재불명 또는 국외에 있기 때문에 공판준비 혹은 공판기일에 있어서 공술할 수 없고 또한 그 공술이 범죄사실의 존부의 증명에 없어서는 아니 될 것인 때. 단 그 공	다." (2) "임종시의 진술: 살인죄로 기소된 형사사건 또는 민사소송 절차에서 원진술자가 자신의 죽음이 임박하였다고 믿는 동안에 한 진술로서, 그가 믿는 임박한 죽음의 원인이나 상황에 대한 진술" (3) "이해관계에 반하는 진술: 진술이 행해질 당시 원진술자의 금전상 또는 재산상 이익에 현저히 반하거나, 원진술자로 하여금 민사 및 형사책임을 부담하게 할 경향성이 현저하거나, 또는 원진술자의 타인에 대한 권리를 무효화하게 할 진술이기 때문에, 합리적인 사람이 원진술자의 지위에 있는 경우라면 그것이 진실이라고 믿지 않는 한 하지 않았을 진술. 원진술자로 하여금 형사책임을 지게 할 수 있고 피고인의 무죄를 증명하기 위하여 제출되는 진술은 보강하는 상황들에 의하여	1. "질병, 노쇠 기타 제거할 수 없는 장애로 인해 증인, 감정인 또는 공동피의자의 공판에의 출석이 장기간 또는 불확정기간 동안 불가능한 경우" 2. "증인 또는 감정인의 진술의 중요성을 고려해 볼 때 원격으로 인하여 이들의 공판에의 출석을 기대할 수 없는 경우" 3. "검사, 공판피고인 및 변호인이 낭독에 동의한 경우" ③ "직접적으로 판결에 이르기 위한 것과 다른 목적, 특히 어떤 자에 대한 소환과 신문 수행 여부에 관한 판단의 준비를 위해 낭독되어야 하는 경우에도 신문조서, 기록 기타 증거방법으로 사용되는 문서를 낭독해야 한다." ④ "제1항과 제2항의 경우 낭독명령 여부는 법원이 결정하며, 낭독의 근거를 고지한다. 법관의 신문조서를 낭독하는 경우 피신	어려울 때" (c) "원진술자가 영국 국토의 밖에 있고 그를 출석하게 하는 것이 현실적이지 않은 합리적 이유가 있을 때" (d) "원진술자의 소재를 확인하기 위한 현실적으로 합리적인 노력을 하였음에도 불구하고 소재불명인 때" (e) "원진술자가 두려움으로 인하여 재판에서 구두로는 전혀 또는 진술될 주된 주제와 관련하여 증언하지 않으려고 하고(또는 증언을 계속하지 않으려고 하고) 이에 따라 법원이 진술을 증거로 함을 허용한 때" (3) "전 (2)항의 (e) 규정의 목적에 비추어 '두려움(fear)'은 넓게 해석되며 (예를 들면) 사망이나 다른 사람의 신체의 상해 또는 재정적 손해 등을 포함한다." (4) "전 (2)항의 (e) 규정에	하는 때 또는" 4. "낭독에 대해 검사와 피고인이 동의한 때" ② "검증에 대한 서류(Amtsvermerk)(제149조 제2항)와 피고인의 과거의 범행에 대한 소견, 그리고 사건의 해명에 의미가 있는 문서와 다른 종류의 서면은 낭독해야 한다." (2a) "소송당사자가 동의하고 소송당사자가 서면 및 참심법원의 모든 구성원에게 접근가능하였다면 재판장은 낭독이나 상영(제1항, 제2항) 대신에 서면의 주요 내용을 제시할 수 있다." ③ "각 낭독과 제시(제2항 a) 후에는 피고인에게 진술할 내용이 있는지 질문해야 한다. 이때 피고인은 제시된 서면의 다른 부분도 열람할 수 있으며 당해서면 또는 사건의 해명에 의미가 있는 다른 서면의 낭독을 요청할 수 있다."

우리나라	일본	미국	독일	영국	오스트리아
	술이 특히 신용할 만한 정황 하에서 이루어진 것인 때에 한한다." 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 규정에도 불구하고 이를 증거로 할 수 있다." ④ "감정의 경과 및 결과를 기재한 서면으로 감정인이 작성한 것에 대하여도 전항과 같다."	그 진술이 명백히 신빙성이 있다고 인정되는 경우에 한하여 증거로 할 수 있다." (4) 개인사나 가족사에 대한 진술 (A) "원진술자 자신의 출생, 입양, 결혼, 이혼, 적출자 문제 또는 혈연이나 입양, 결혼, 조상계보에 의한 친족관계, 기타 이와 유사한 개인이나 가족력에 대한 진술, 원진술자가 진술된 문제에 대하여 개인적 경험에 의한 지식을 얻을 수단이 없었던 경우에도 같다." (B) "타인에 대한 (A)항에서 열거한 문제들 및 사망과 관련된 진술로서 원진술자가 혈연, 입양 또는 결혼에 의하여 타인과 관계가 있거나 또는 타인의 가족과 밀접한 관계를 가지고 있어 진술된 문제에 대하여 정확한 정보를 가졌을 가능성이 있는 경우." (5) [제807조로 옮겨감]	문자의 선서 여부를 확인한다. 선서가 필요하다고 법원이 인정하거나 아직 선서가 가능한 경우 이를 추완한다."	따른 증거사용의 허가는 법원이 다음 각 호의 내용을 참작하여 그 진술을 증거로 사용함이 정의의 이익에 합당하다고 사료하는 때에 할 수 있다." (a) "진술의 내용" (b) "그 진술을 증거로 사용하거나 배제하는 것이 소송의 일방당사자에 대하여 불공정한 결과가 될 우려(그리고 특히 원진술자가 구두의 방식으로 진술하지 않을 때 그 진술을 탄핵하기 어려운 정도)" (c) "1999년의 소년사법 및 형사증거법 해당 사건의 경우에 위 법 제19조(두려움의 우려 있는 증인 등에 의한 증거현출과 관련된 특별조치)에 의한 지시가 원진술자에 대하여 행해질 수 있었는지" (d) "기타 관련있는 정황들" (5) "위 (2)항의 각 요건들이 사실상 충족되더라도 그 요건이 규정하는 상황	(하략)

우리나라	일본	미국	독일	영국	오스트리아
		(6) "부정한 행위로 인한 권리박탈: 어떤 당사자에게 불리하게 제출된 진술로서 당사자가 원진술자의 증인으로서의 증언을 불가능하기 만들 의도였고, 실제로 불가능하게 만든 부적절한 행위에 관여하였거나 이를 묵인한 경우"		이 아래 각 호의 사람에 의해 원진술자가 재판에서 구두로 진술하는 것을 막기 위하여(진술을 전혀 하지 않게 하거나 진술의 주된 주제에 대하여만 말을 하지 않게 하든 묻지 않는다) 발생된 경우에는 요건이 충족되지 않은 것으로 본다." (a) "그 진술을 증거로 사용하고자 하는 당사자" (b) "그 진술을 증거로 사용하고자 하는 당사자를 위하여 행동하는 사람"	

다. 쟁점

1) 조문의 의미

제312조 또는 제313조에 규정된 전문서류들에 대해서 제314조가 적용되는지 여부는 개별적인 경우에 대한 해석을 통해 확인하여야 한다. 이 조문이 전문증거의 전형적인 예외라는 측면에서 미국「연방증거법」의 조문과 해석론을 참고할 필요성이 있으며, 다른 한편으로는 우리나라「형사소송법」에서 제312조가 갖는 의미도 간과할 수 없다. 이 조문의 규정 내용 중 진술이 반대신문이 허용되는 절차에서 행해진 경우는 제314조가 규정하는 전2조의 경우에 해당한다. 진술이 자신(또는 가족의 내력)에 대한 것이거나 기타의 경우를 제외하면, 우리나라 조문의 해석론에 의미가 있는 부분은 사망에 임박한 진술과 자신의 이익에 반하여 행해진 진술이 될 것이다.[290]

가) 피의자신문조서

당해 피고인에 대한 피의자신문조서의 증거능력을 제314조에 의해 인정할 수 있는지가 문제된다. 피고인의 출석 없이는 원칙적으로 개정할 수 없고, 예외적으로 피고인 없이 재판할 수 있는 경우에도 제314조에 의해 피고인에 대한 피의자신문조서의 증거능력을 인정하는 것은 타당하지 않다.[291] 직접심리주의의 요구를 실체적 진실발견과 소송경제를 위해 예외적으로 배제한 제312조와 제313조의 의미를 볼 때, 이 조문의 예외적 성격은 엄격히 유지되어야 한다는 이유에서이다.[292] 그러므로 제312조 제1항과 제2항에 대해서는 제314조가 적용되지 않으며, 제312조 제3항에서도 피고인이 된 피의자에 대한 신문조서에 대해서는 제314조가 적용되지 않는다고 보아야 한다.[293]

공범 아닌 다른 피의자에 대하여 검사 또는 사법경찰관이 작성한 피의자신문조서

---

290) 신동운,『신형사소송법』(제4판), 1134면. 미국「연방증거법」제804조(b)(3)에 규정된 이해관계에 반하는 진술은 소송의 일방 당사자가 한 진술로서 재판에서 그 당사자에게 불리하게 제출되는 증거로서 미국「연방증거법」제801조(d)(2)에 의해 전문증거가 아닌 자인(admission)과 구별된다. 이해관계에 반한 진술은 원진술자가 현재 소송의 당사자일 필요는 없으나 원진술자가 증언이 불가능해야 하며, 원진술자가 진술할 때 원진술자에게 금전적 또는 형사적 위험을 초래하는 진술을 말한다. 아서 베스트(형사법연구회 옮김),『미국증거법』, 201면.

291) 이재상·조균석,『형사소송법』(제12판), 40/45.

292) 신동운,『신형사소송법』(제4판), 1130면.

293) 정승환,『형사소송법』, 605면.

(제312조 제4항)는 제314조에 의해 증거능력을 인정할 수 있다. 공범인 다른 피의자에 대한 피의자신문조서 중 검사가 작성한 피의자신문조서에 대해서는 본조가 적용된다고 해석하고 있다.[294] 그러나 공범에 대한 사법경찰관 작성 피의자신문조서는 공범의 법정진술에 의하여 성립의 진정이 인정되더라도 피고인이 그 조서의 내용을 부인하면 증거능력이 부정된다.[295] 따라서 제314조도 적용되지 않는다.[296]

외국의 수사기관이 작성한 서류에 대해서는 해석을 통해 제314조의 적용을 제한할 필요가 없으며, 대법원 또한 제314조에서 말하는 서류에는 외국의 권한 있는 수사기관 등이 작성한 조서나 서류가 포함된다고 해석한다.[297]

나) 진술조서·검증조서·진술서·감정서 등

검사 또는 사법경찰관이 작성한 참고인진술조서(제312조 제4항)와 검증조서(제312조 제6항)에 대해서 제314조가 적용된다는 데는 이견이 없다. 진술서와 감정서도 그 작성자가 법정에서 진술할 수 없는 불가피한 사유가 있을 때에는 제314조가 적용된다. 다만 피고인이 수사과정에서 작성한 진술서(제312조 제5항)는 피의자신문조서와 마찬가지로 제314조가 적용되지 않는다.

2) 특신상태의 의미와 증명방법

현행법은 증거능력에 대한 예외사유를 종래 "…사망, 질병, 외국거주 기타 사유로 인하여 진술할 수 없는 때…"에서 "…사망·질병·외국거주·소재불명 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때…"로 개정하였는데, 이는 예외인정의 요건을 엄격하게 하는 방향이었다고 이해할 수 있으며, 다른 조문에서의 특신상태와의 관계는 위에서 설명하였다.

과거의 실무에서는 증거능력의 요건인 신용성의 정황적 보장에 대한 판단이 사실상 생략되는 경향이 있었으나, 이는 증거에 대한 판단순서와 맞지 않을 뿐만 아니라 직업법관의 능력을 과신한다는 문제점이 있었다.[298] 즉, 증거능력에 대한 판단과 증명

---

294) 대법원 1992.8.14. 선고 92도1211 판결.
295) 대법원 1996.7.12. 선고 96도667 판결.
296) 대법원 2004.7.15. 선고 2003도7185 전원합의체 판결; 대법원 2009.11.26. 선고 2009도6602 판결, 이재상·조균석, 『형사소송법』(제12판), 40/50.
297) 대법원 1997.7.25. 선고 97도1351 판결.

력의 판단은 구별할 필요가 있으며 증거능력을 판단할 때의 내용이 진술 자체의 신빙성이 되어서는 안 된다. 대법원은 "검사가 공판준비 또는 공판기일 외에서의 진술을 유죄의 증거로 제출하는 경우 법원은 먼저 검사로 하여금 그 진술이 '특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진' 사정을 증명하도록 하여야 하고, 이를 엄격히 심사하여 그 요건을 충족한 것으로 인정될 때에 비로소 증거조사의 대상으로 삼을 수 있는 것이며, 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 평가할 수 있는 정도에 이르러야 할 것"이라고 판결하였다.[299]

3) '필요성'

원진술자의 진술불능은 전문법칙의 예외 사유 중 필요성의 요건을 구체화한 것이다. 외국거주에 대해서 대법원은 진술을 요할 자가 외국에 있는 것만으로는 불가능하며, 수사과정에서 수사기관이 원진술자의 진술을 청취하면서 출국 가능성을 확인해서 연락처를 받아 두었어야 하며, 일시 귀국만 가능한 사정이라면 귀국시기와 귀국시 체류장소를 사전에 확인해야 하며, 아예 출국 자체를 미루게 하거나 급히 귀국할 수 있도록 하는 방안 등을 강구하는 등 모든 수단을 동원하였다는 점이 입증되어야 한다고 판결하였다.[300] 2007년「형사소송법」개정을 통해 요건으로 추가된 소재불명에 대해서도 엄격하게 해석하고 있으며, 소환장의 송달불능만으로는 부족하고 경찰관서에 대한 소재탐지를 하여 그 결과에 의하더라도 소재불명임이 확인되어야 하며, 형식적으로 구인장 집행이 불가능하다는 취지의 서면이 제출되었다는 것만으로는 부족하며 구인장의 강제력에 의하여 증인의 법정 출석을 위한 가능하고도 충분한 노력을 다하였다는 점을 검사가 입증하여야 한다[301]고 대법원은 판단한다.

---

298) 최준혁, "형사소송에서의 직접심리주의의 의미", 73면.

299) 대법원 2011.11.10. 선고 2010도12 판결에 관하여 최준혁, "형사소송에서의 직접심리주의의 의미", 57면; 한국형사소송법학회(한제희 집필부분), "특신상태의 의미와 증명방법",『형사소송법 핵심판례 110선』(제3판). 192면.

300) 대법원 2008.2.28. 선고 2007도10004 판결. 그에 관하여 한국형사소송법학회(김희균 집필부분), "형사소송법 제314조의 적용요건(1) -외국거주자-",『형사소송법 핵심판례 110선』(제3판), 196면.

원진술자가 법정에 증인으로 출석하였으나 증언을 거부한 상황이 제314조의 기타 사유에 해당하는지에 대해서, 대법원은 증인이 정당하게 증언거부권을 행사한 경우에는 이에 해당하지 않는다고 최근 입장을 변경하였다.[302]

라. 개선방안 및 초안

제314조의 기타 사유를 넓게 인정하면 「형사소송법」이 전문법칙을 선언한 취지가 훼손될 위험이 존재한다. 외국의 입법례를 살펴볼 때, 일본 「형사소송법」 제321조 제1항 제2호나 오스트리아 「형사소송법」 제252조 제1항 제2호처럼 진술자가 과거와 모순된 진술을 하는 경우 제314조를 적용할 수 있는지 생각해 볼 수 있으나, 제314조의 개정방향과 해석론을 볼 때 그렇게 보기는 어렵다.[303]

2010년의 형사법학회 개정안은 사법제도개혁추진위원회의 정부원안에 따라 현재의 '소재불명'을 '행방불명'으로 바꾸자고 제안하였다. 소재불명보다 행방불명이 더욱 엄격한 단어이며, '소재불명 기타 이에 준하는 사유'라고 문언을 개정하였다고 하더라도 당시까지의 대법원 판결을 따르면 사실상 달라진 것이 없다는 이유에서였다.[304] 그러나 이러한 문제점은 반대신문권 강화를 통해 해결해야 할 것이며, 소재불명이라는 단어를 행방불명으로 바꾸는 방법으로 바로 해결될 수 있다고 보이지 않는다.[305]

---

301) 대법원 2007.1.11. 선고 2006도7228 판결. 그에 관하여 한국형사소송법학회(박이규 집필부분), "형사소송법 제314조의 적용요건(2) -증인에 대한 구인장 집행불능-", 『형사소송법 핵심판례 110선』(제3판), 198면.

302) 대법원 2012.5.27. 선고 2009도6788 전원합의체 판결. 이 판결은 소위 소극설의 입장을 따른 것으로 이해되고 있다. 사실상 증언을 회피하기 위하여 증언을 거부한 때에는 기타사유에 해당한다는 견해로 이재상·조균석, 『형사소송법』(제12판), 40/58. 증언거부권이 없거나 정당한 이유 없이 사실상 증언을 거절한 경우 반대신문의 기회보장이 증거능력의 요건이 아닌 때에는 기타사유에 해당한다는 견해로 이주원, 『형사소송법』, 440면.

303) 대법원 2013.6.13. 선고 2012도16001 판결은 현행 제314조의 문언과 개정취지, 증언거부권 관련 규정 등의 내용에 비추어 보면, 피고인이 증거서류의 진정성립을 묻는 검사의 질문에 대하여 진술거부권을 행사하여 진술을 거부한 경우에는 제314조에 해당하지 않는다고 판결한다.

304) 형사소송법 개정특별위원회, 『형사소송법 개정연구』, 303면.

305) '소재불명'을 적시하고 있는 법률의 예로는 「소년법」이 있다.
「소년법」 제19조(심리 불개시의 결정) ④ "소년부 판사는 소재가 분명하지 아니하다는 이유로 심리를 개시하지 아니한다는 결정을 받은 소년의 소재가 밝혀진 경우에는 그 결정을 취소하여야 한다."
'행방불명'에 대하여 대법원은 "민법 제27조(실종신고)의 문언이나 규정의 체계 및 취지 등에 비추어, 그 제2항에서 정하는 "사망의 원인이 될 위난"이라고 함은 화재·홍수·지진·화산 폭발

여기에서 발생되는 다양한 문제들은 해석을 통해 해결할 수 있다고 생각하여, 개정안은 따로 제시하지 않는다.

4. 제315조

가. 연혁

1) 법률 제341호(1954. 9. 23.)

제315조(당연히 증거능력이 있는 서류) "다음에 게기한 서류는 증거로 할 수 있다."

1. "호적의 등본 또는 초본, 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"

2) 법률 제8435호(2007. 5. 17.)

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"

등과 같이 일반적·객관적으로 사람의 생명에 명백한 위험을 야기하여 사망의 결과를 발생시킬 가능성이 현저히 높은 외부적 사태 또는 상황을 가리킨다. 甲이 잠수장비를 착용한 채 바다에 입수하였다가 부상하지 아니한 채 행방불명되었다 하더라도, 이는 "사망의 원인이 될 위난"이라고 할 수 없다는 원심판단이 정당하다"고 판단하였다(대법원 2011.1.31. 선고 2010스165 결정).

나. 외국의 입법례

[표 2-16]「형사소송법」제315조 입법례

우리나라	일본	미국	독일	영국
"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"	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"	연방증거법 제902조 당연히 진정성이 인정되는 경우 "다음 각 호의 경우에는 증거능력의 전제조건으로서 진정성 입증을 위한 외부적 증거가 필요하지 아니하다." (1) "관인이 있는 국내 공문서": (A) "미연방, 주, 지역, 연방령, 영토 및 그 군도, 파나마해협 지역, 태평양군도의 신탁령, 또는 정치적 하부조직, 부, 그 부의 공무원이나 기관을 나타내는 관인이 있는 서류" (B) "증명이나 집행을 위한 서명이 있는 서류" (2) "관인이 없는 국내 공문서": (A) "관인은 없으나 위 (1) 규정에 포함된 조직의 공무원 또는 직원으로서 공적 권한에 의한 서명이 있는 서류로" (B) "지역에서 공적 의무를 지거나 그 공무원 또는 직원의 정치적 하부 조직에서 공적 의무를 지는 공무원이 관인을 찍고 그 서명자	제256조(관청과 감정인 작성 의견서의 낭독) ① "다음의 문서는 낭독될 수 있다." 1. "다음 각 목의 어느 하나의 증언 또는 감정을 포함하는 진술서" a) "공공관청" b) "해당 종류의 감정을 하는 것에 관하여 일반적으로 선서한 감정인" c) "신원증명을 제외한 법원의(法院醫) 직무를 수행하는 의사" 2. "범죄혐의의 여하를 불구하고 의사의 상해진단서" 3. "혈액표본 채취에 관한 의사의 보고서" 4. "운행기록계의 평가, 혈액형이나 혈중알코올농도와 그 역산을 정하는 것에 관한 감정서" 5. "수사행위에 관하여 형사소추관청의 조서 및 문서에 포함된 의견서. 다만 그 조서나 의견서가 신문을 대상으로 하고 있지 않은 경우에 한한다."	1993년 형사사법법 제118조(보통법상 증거능력 인정) (1) "다음에 관한 보통법상 증거법원칙은 유지된다." "공공정보 등" 1. "형사절차에서의 증거규정으로" (a) "공공성의 문제를 다루는 출판물(역사, 과학 작품, 사전 및 지도 등)과 그 진술에 포함된 공공성의 사실에 대한 증거인정 여부" (b) "공공문서(공공등록부 및 공공의 이익 문제에 관하여 공공권한에 따라 만들어진 회신 등)와 그 문서에 기재된 사실에 대한 증거능력 여부" (c) "기록(특정한 법원, 조약, crown grant, 사면장 및 임명서 등)과 그에 기재된 사실에 대한 증거능력 여부" (d) "사람의 연령, 출생일, 출생지와 관련된 내용과 그 문제에 대한 개인적인 이해관계 없는

우리나라	일본	미국	독일	영국
		가 공적 권한을 가지고 있으며 그 서명이 진정한 것임을 입증하는 서류" (3) "외국의 공문서: 외국의 법에 따라 집행이나 증명을 할 권한이 부여된 사람에 의하여 공적 권한에 따른 집행이나 증명을 위하여 작성된 서류. 서류에는 집행이나 증명을 행한 사람의 서명과 공적 지위의 진정성에 대한 최종적인 인증이 첨부되어 있거나 서명이나 공적 지위의 진정성에 대한 최종적인 인증이 집행 또는 증명과 연관이 있거나 집행 또는 증명과 연관이 있는 서명과 공적 지위의 진정성 입증의 연속에 있는 외국 공무원의 서명과 공적 지위의 진정성에 대한 최종적 인증이 첨부되어 있어야 한다. 이 최종적 인증은 대사관이나 공사관의 서기관, 총영사, 영사, 부영사 또는 미연방의 영사적 대리기관, 미국에 지명되거나 신임된 외국의 외교적 또는 영사적 공무원에 의하여 행해질 수 있다. 모든 당사자들에게 공적 문서들의 진정성과 정확성을 조사할 합리적인 기회가 주어진 경우에는, 법원은 합당한 이	② (생략)	사람에 의한 입증 여부" "성격에 관한 평판증거" 2. "형사절차에서 어떤 사람의 선하거나 악한 성품을 입증하기 위한 평판증거" "평판 또는 가족사" 3. "다음의 내용을 입증 또는 반증하기 위한 평판증거 또는 가족사" (a) "가계 또는 혼인의 존부" (b) "공권 또는 일반적 권리의 존재" (c) "사람 또는 사물의 동일성" "동시적 발언" 4. "형사절차에서 다음의 진술의 증거능력 여부" (a) "허위 또는 왜곡의 가능성을 배제할 수 있는 사건에 의해 감정적으로 압도된 사람의 진술" (b) "진술과 함께 고려되는 경우에만 증거로 적절히 평가할 수 있는 행위에 수반된 진술" (c) "육체적 감각 또는 정신적 상태(의도, 감정 등)에 대한 진술" "자인 등" 5. "형사절차에서 자인 또는 혼합진술의 증거능력 여부" "대리인의 자인 등"

우리나라	일본	미국	독일	영국
		유가 소명되는 때에는” (A) “최종적 인증서 없이도 그것을 추정적으로 진정한 것으로 취급하도록 명하거나,” (B) “최종적 인증서의 유무와 관계없이 증명된 요지에 따라 입증된 것으로 보아 증거로 허용할 수 있다.” (4) “공공기록의 인증등본: 공적인 기록의 등본 또는 공무소에서 법에 의하여 기록·보존되도록 권한이 부여되고 실제로 기록·보존되는 문서의 사본으로서” (A) “관리자 또는 인증할 권한이 있는 사람에 의하여 정확성에 대한 인증이 있는 서류 또는” (B) “본조의 (1), (2), (3)에 따른 인증이 있거나 의회가 제정한 법률 또는 법률상의 위임에 따라 연방대법원이 규정한 법규에 따른 인증이 있는 서류” (5) “공적 간행물: 공적 권한에 의하여 발행된 서적, 팸플릿, 기타 출판물” (6) “신문과 정기간행물: 신문이나 정기간행물로 출간된 인쇄물” (7) “상품 표기문과 그 유사물: 영업 과정에서 작성되어 첨부되고		6. “형사절차에서 다음의 증거능력 여부” (a) “피고인의 대리인에 의한 자인이 피고인에 대하여 진술된 문제의 증거능력 여부” (b) “정보를 얻기 위해 피고인이 언급한 사람에 의한 진술과 피고인에 대하여 진술된 문제의 증거로 사용할 수 있는지” “공동기업” 7. “형사절차에서 공동기업에 대한 일방당사자의 진술이 그 공동기업의 타방 당사자에 대한 증거능력 여부” “전문가증거” 8. “형사절차에서 전문가증인이 전문 증인이 자신의 분야와 관련된 전문지식을 논의하는 경우” (2) “이 조가 규정한 예외를 제외하고 전문증거의 증거능력을 다루는 보통법원칙은 폐지한다.”

우리나라	일본	미국	독일	영국
		소유권, 관리 또는 원산지를 나타내는 취지의 표기문, 표시, 첨부표, 상표” (8) “인증된 문서: 공증인 또는 법에 따라 인증할 권한이 있는 다른 공무원에 의하여 법에 규정된 방법으로 행해진 인증서가 첨부된 서류” (9) “기업어음과 관련 서류: 기업어음, 그에 있는 서명과 일반적인 상사법에 의하여 규정된 범위에서 그 상업어음과 관련된 서류” (10) “의회의 법률에 의한 추정: 의회가 정한 법률에 의하여 진정한 것으로 추정되거나 일응 진정한 것으로 선언된 서명, 서류, 그 외의 자료” (11) “정규적으로 이루어지는 행위에 대한 인증된 국내 기록: 법 제803조 (6)(A)-(C)에 의하여 증거로 허용될 수 있는 정규적으로 이루어지는 행위에 대한 국내 기록의 원본이나 사본으로서, 그 보관자나 그 외의 권한을 가진 자가 의회에 의한 법률이나 법률상의 위임에 의하여 연방대법원이 제정한 법규에서 규정한 방식에 따라 그 기록이 다음 각 호에 해당		

우리나라	일본	미국	독일	영국
		한다는 인증을 하는 서면의 확인서가 첨부된 경우" "이 조항에 의하여 기록을 증거로 제출하려는 당사자는 그러한 의도를 모든 상대방 당사자들에게 서면으로 고지하여야 하고, 증거로 제출하기 전에 상대방 당사자가 그 기록이나 진술서를 충분히 검토하여 이에 대하여 다툴 수 있는 공정한 기회를 제공하여야 한다." (12) "정규적으로 이루어지는 행위에 대한 인증된 외국 기록: 민사사건에서 법 제902조 (11)의 요건을 충족시키는 외국기록의 원본 또는 사본에 대한 인증은 연방법령 또는 연방 대법원 규칙을 준수하는 것이 아니라, 그것이 허위인 때에는 그 작성자가 인증에 서명이 이루어진 국가의 법에 의하여 형사처벌을 받을 수 있는 방식으로 서명이 행해져야 한다는 요건 하에 증거로 사용할 수 있다. 당사자는 문서를 제출할 때 제902조(11)의 통지에 관한 요건을 충족해야 한다." (13) "전자적 절차 또는 시스템에 의해 생성되었으며 인증된 기록:		

우리나라	일본	미국	독일	영국
		제902조(11) 또는 (12)의 인증 요건을 준수하는 권한 있는 자의 인증과 동일한 정확한 결과를 산출하는 전자적 절차 또는 시스템에서 생성된 기록. 당사자는 문서를 제출할 때 제902조(11)의 통지에 관한 요건을 충족해야 한다." (14) "전자장치, 저장매체 또는 파일에서 복사된 인증된 정보: 제902조(11) 또는 (12)의 인증 요건을 준수하는 권한 있는 자의 인증과 동일한 결과가 디지털 식별 절차에 의해 인정된 전자장치, 저장매체 또는 파일에서 복사된 정보. 당사자는 문서를 제출할 때 제902조(11)의 통지에 관한 요건을 충족해야 한다."		

다. 쟁점

1) 의미

제315조에 규정된 서류는 원래 진술서에 해당하므로 제313조에 의해 성립의 진정이 인정되어야 증거능력이 인정될 수 있다. 그러나 제315조에 기재한 문서 등은 신용성이 특히 높기 때문에 그 작성자를 증인으로 신문하는 것이 적당하지 않거나 의미가 없어서 문서 자체로 필요성이 인정된다.[306] 이 조문은 전문법칙의 예외 또는 직접주의의 예외[307] 어느 쪽으로도 설명할 수 있다.

2) 제1호, 제2호의 서면/제3호의 서면

다른 사건에서 공범의 피고인이라는 지위에서 진술한 것을 기재한 공판조서의 증거능력에 관하여 제313조를 적용하자는 견해와 제315조 제3호를 적용하자는 입장이 있으며, 판례는 후자를 취해왔다.[308] 헌법재판소 2013.10.24. 2011헌바79 결정에서 이정미 재판관, 안창호 재판관, 서기석 재판관의 보충의견은 "공범의 진술이 기재된 공판조서는 어디까지나 타인의 진술을 문자의 형태로 기록한 전문증거의 하나로서 일반 진술증거가 갖는 오류 가능성을 그대로 갖고 있고 내용에 관해서는 원진술자인 공범이 당해사건의 피고인에게 책임을 전가하는 허위진술을 할 가능성이 얼마든지 있"다고 지적하였다.

제3호는 제1호와 제2호에서 전문법칙의 일반적 예외를 인정하는 근거를 일반조항의 형식으로 규정한 것으로, 제1호와 제2호와 유사한 성격의 서류로서 고도의 신용성이 보장되는 문서를 의미한다고 이해해야 한다.[309]

---

306) 이창현, 『형사소송법』(제5판), 931면.

307) 독일「형사소송법」제256조는 신속한 재판이라는 이념을 달성하기 위한 직접주의의 예외인데 독일연방대법원은 이 조문이 문서를 낭독할 수 있다고 규정하고 있으나, 재판장이 낭독 이외의 다른 방법(예를 들어 공판정에서의 감정인신문 또는 다른 감정인의 감정)을 통해서 그 내용을 확정할 수 있다고 판단할 수 있었음에도 문서를 낭독했다면 법관의 진실발견의무가 침해되었다고 판결하였다. BGHSt 1, 94. 이 판결에 대해 BeckOK StPO/Ganter, 32. Ed. 1.1.2019, StPO § 256 Rn. 1-3; Cornelius, NStZ 2008, 248.

308) 그에 관하여 한국형사소송법학회(오경식 집필부분), "형사소송법 제315조 '당연히 증거능력 있는 서류'의 의미", 『형사소송법 핵심판례 110선』(제3판), 200면.

309) 배종대·이상돈·정승환·이주원, 『형사소송법』(제2판), 53/116.

라. 개선방안 및 초안

매체의 다양화 등으로 인하여 다양한 형태의 진술증거가 나타날 수 있다는 점에서 제315조 제3호의 적용범위도 커질 수 있는데, 전문법칙이 예외적 성격을 가진다는 점에서 보면 이러한 해석은 타당하지 않으며 피고인의 인권을 침해할 우려도 있다.[310]

오히려 전문법칙을 규정하고 있는 다른 조문인 제313조나 제314조에 의한 엄격한 제한 아래 증거로 사용하는 것이 바람직하며, 영미법의 판례를 통해 확립된 자연적 진술이나 임종의 진술에 대해서도 제314조에 따라 증거능력을 인정하는 것이 타당하다. 왜냐하면 제315조가 공공성이나 업무성을 가진 문서 또는 이에 준하는 내용의 문서를 그 대상으로 하는 반면, 자연적 진술이나 임종의 진술은 일반적인 진술서면이기 때문이다.[311] 이러한 문제는 해석을 통해 해결할 수 있다고 보인다.

개정안은 따로 두지 않는다.

제12절 | 수사기관 작성 피의자 신문조서의 증거능력 (이근우)

1. 의 의

전문증거는 사실인정의 기초가 되는 경험적 사실을 경험자 자신이 직접 법정에서 구두로 보고하지 않고 다른 제3의 매체를 통하여 간접적으로 보고하는 경우 그 제3의 매체를 지칭하는 것이다. 이러한 전문증거는 여러 단계에서 왜곡될 가능성이 있기 때문에 원칙적으로 증거로 사용될 수 없고, 그것이 믿을만하고 증거로 사용할 수밖에 없는 특별한 사정이 인정되는 경우에만 허용되는 것이 원칙이다.

그런데 수사기관이 작성한 피의자신문조서는 원진술자였던 당시의 피의자가 현재 법정에 재정해 있는 피고인이라는 점에서, 또한 전문증거 사용 요건 중 원칙적 금지에도 불구하고 전문증거를 사용해야만 하는 불가피성이 인정되기 힘들다는 점에서 다른

310) 김희옥·박일환(편집대표), 『주석 형사소송법 III』(제5판), 557면.
311) 신양균, 『형사소송법』(신판), 780면; 이창현, 『형사소송법』(제5판), 934면.

전문증거들과는 궤를 달리하는 것이다.

2. 연혁

수사기관이 작성한 피의자 신문조서를 독자적인 증거로 사용하는 것에 대한 입법례는 일본을 제외한 다른 국가에서는 찾아보기 힘든 규정이다. 우리나라「형사소송법」이 일본의 영향을 많이 받은 것으로부터 기인한 것으로 보인다. 이 규정은 거의 변함없이 유지되다가 2007년「형사소송법」개정시에 현재와 같은 형태가 되었다.[312]

3. 쟁점

가. 인정 여부

앞서 언급한 것처럼 수사기관이 작성한 피의자신문조서는 그 원진술자가 현재 법정에 재정하여 언제든지 진술할 수 있는 피고인 자신이라는 점에서, 그의 법정진술과는 별개로 수사기관이 과거에 작성한 신문조서에 독자적 증거능력을 인정할 필요가 있을 것인지에 대한 논의가 있다.

공판의 직접주의 원칙의 관점에서 보면 이를 부정하는 편이 자연스럽다. 다만 제318조의2에 따른 탄핵증거로서는 활용될 수 있을 것이다. 이를 인정하는 가장 중요한 논거는 소송경제의 관점이 아닌가 생각된다. 수사기관 특히 검사가 사실상 예심판사와 같은 과정에서 작성한 신문조서의 증거능력을 인정함으로써 공판절차에서 다투어져야 할 대다수의 쟁점들을 사전에 정리하고, 공판정에서는 증거동의를 통하여 개별 쟁점을 다투지 않을 수 있는 것이다. 특수한 경우 - 주로 뇌물사건 등 - 수사절차에서의 자백적인 진술을 법정에서 부인하는 경우에 그 증거능력을 인정함으로써 유죄인정을 용이하게 하는 기능도 수행하는 것으로 보인다.

그동안 피의자신문조서 작성과정에서 수사기관이 행하는 여러 기망적 혹은 억압적 방법들 때문에 이를 해소하기 위하여 피신조서의 증거능력인정 요건을 엄격하게 함으로써 무리한 조서 작성을 억제하고자 하였다. 특히 사경 작성 피신조서의 증거능력인

312) 상세한 연혁적 설명은 김현숙, "피의자신문조서와 영상녹화물의 증거능력에 관한 연구", 서울대학교 박사학위논문, 2008, 33-61쪽 참조.

정 요건이 엄격해짐으로써 사실상 검사 작성 피신조서만이 의미를 가지게 되었다.

나. 증거사용의 요건

수사기관 작성의 피의자 신문조서의 증거능력 인정 요건에 관한 선택지는 제한적이다. 전면부정, 제한적 인정(현행 유지, 종전처럼 사경・검사 동일 완화 요건, 사경・검사 모두 요건 강화), 전면허용 가운데 전면 허용을 논할 이유는 없다.

다만 피의자신문조서의 독자적 증거능력을 전면부인하는 경우에도 어떠한 형식으로든 피의자신문조서는 작성될 것으로 보인다. 이 문제는 즉결심판이나, 약식명령청구와 같은 비공판적 재판의 개혁 문제와 연결된다.

4. 외국 입법례

가. 일본

일본「형사소송법」제321조와 제322조는 피고인 이외의 자의 검찰관 면전 진술서면의 경우 전의 진술과 상반되거나 혹은 실질적으로 상이한 진술을 한 때, 그리고 피고인의 경우에는 피고인에게 불이익한 사실의 승인을 내용으로 할 때 "서명 또는 날인"이 있으면 그 임의성이 부인되지 않는 이상 증거능력을 인정한다.[313] 일본의「형사소송법」개정과정은 우리나라「형사소송법」에서도 많은 영향을 주었으므로 검

313) 百二十一条 ① "被告人以外の者が作成した供述書又はその者の供述を録取した書面で供述者の署名若しくは押印のあるのは、次に掲げる場合に限り、これを証拠とすることができる。"
② "検察官の面前における供述を録取した書面については、その供述者が死亡、精神若しくは身体の故障、所在不明若しくは国外にいるため公判準備若しくは公判期日において供述することができないとき、又は公判準備若しくは公判期日において前の供述と相反するか若しくは実質的に異なつた供述をしたとき。ただし、公判準備又は公判期日における供述よりも前の供述を信用すべき特別の情況の存するときに限る。"
第三百二十二条 ① "被告人が作成した供述書又は被告人の供述を録取した書面で被告人の署名若しくは押印のあるものは、その供述が被告人に不利益な事実の承認を内容とするものであるとき、又は特に信用すべき情況の下にされたものであるときに限り、これを証拠とすることができる。但し、被告人に不利益な事実の承認を内容とする書面は、その承認が自白でない場合においても、第三百十九条の規定に準じ、任意にされたものでない疑があると認めるときは、これを証拠とすることができない。"
② "被告人の公判準備又は公判期日における供述を録取した書面は、その供述が任意にされたものであると認めるときに限り、これを証拠とすることができる。"

토가 적극적으로 필요하다. 그러나 현재 일본의 사법 현실에 비추어 과연 오늘날에도 우리나라가 규문주의적 전통이 강하게 남아 있는 일본 제도를 적극적으로 수용하여야 하는지도 또한 검토해야 한다.

나. 미국

미국에는 오랜 전통에 따라 형성된 증거법 체계가 있고, 특히 형사소송에서는 보다 엄격한 형태로 적용된다. 우리나라와 같은 조서 작성 관행이 없으므로 유사 규정은 없고, 각종의 영장 청구 등에서 수사관이 작성한 선서진술서(affidavit)가 활용되나, 공판정에서는 조사자 본인이 증인으로서 증언함으로써 그가 지득한 피의자였던 피고인의 진술을 법정에 현출해야 한다. 이 경우에는 조서가 아니라, 진술청취자로서 조사자가 증인으로서 진술하는 형태이므로 우리나라와는 성격이 전혀 다르다.

실무상 피의자 본인이 자백하는 경우에는 대부분 유죄 협상으로 처리되거나, 기소인부절차(Arraignment)에 의하여 사실확정이 이루어지므로 별도로 공판정에서 증거능력이 다투어지는 경우는 극히 드물 것이다. 다만, 피고인이 공판정에서 종전 진술을 부인하는 경우에는 조사자 진술과 증명력을 다투게 될 것이다. 그리고 피고인 본인도 진술거부권을 포기하고 증인으로 선서한 다음의 증언하는 형태로 본인 진술을 증거로 할 수 있다. 피고인 이외의 자의 경우에는 법정에서 진술을 번복하거나 증언을 거부하는 경우가 있을 수 있는데, 이 경우에 검사는 대배심(Grand Jury)을 통하여 면책권(immunity)을 부여하는 대신 출석과 증언을 강제하는 방식으로 증언을 확보한다.

다. 독일

독일도 우리나라와 같이 수사과정에서 행한 피의자였던 피고인의 진술이 독자적 증거능력을 가지고 법정에 현출될 수는 없다. 피고인이 수사단계에서 수사기관(경찰관·검사) 앞에서 했던 진술과 모순되는 진술을 공판정에서 하거나, 그 진술내용 자체를 기억하지 못할 경우 재판장이 수사기관에서 작성한 진술서를 보여주면서 "당신은 이런 내용의 진술을 하지 않았느냐?"라는 방법으로 모순을 지적하거나 기억환기를 돕는 '제시'라는 관행을 갖고 있으며, 이는 독일 연방대법원에서도 승인되는데 피고인

이 재판장의 이러한 “제시”에 대하여 이전에 한 진술을 그대로 인정한다면 그 공판정에서는 진술을 증거로 인정할 수 있고, “제시”에 침묵하거나 다투는 경우에는 피의자를 신문한 경찰관을 증인으로 부를 수 있으며, 그 증인의 진술은 법관의 자유로운 증거평가의 대상이 되는 것은 물론이다.[314]

5. 개정안

위와 같이 검토된 내용을 기본으로 하여 현행「형사소송법」제312조를 개정할 필요가 있는지, 있다면 어떻게 개정해야 되는 것이 바람직한지에 대하여 검토한다.

[표 2-17]「형사소송법」제312조 개정안

현 행	개정안
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 “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.”
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.”	② (삭제)
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.”	③~⑥ (현행과 같음) [2019. 4. 29. 국회 사법개혁특별위원회에서 채택한 채이배 의원안(의안번호 제2020030호)과 동일]

314) 헌법재판소 2005.5.26. 2003헌가7 전원재판부 결정.

가. 개정 제안 취지

수사기관이 작성한 조서에 대하여 증거능력의 문제가 두드러지는 것은 이것이 원체험자 혹은 요증사실에 최대한 근접한 증거가 법정에 제출되고, 이것이 법관 혹은 사실발견자가 사실을 판단하는 데에 기초로 사용되어야 한다는 전문증거배제법칙 혹은 직접주의 원칙을 심각하게 위협하는 것이다. 그러나 다른 한편, 수사기관이 작성한 조서는 제한된 사회적 자원을 활용하는 사법제도가 최소한의 비용으로 작동하기 위해서 공판제도에 가해지는 부담을 경감시키는 기능을 수행하여 왔다. 동시에 수사기관이 작성하는 조서에 기재된 내용이 법정에서 활용될 가능성이 해당 수사기관이 가지는 (정치적) 권력의 일부처럼 여겨져서 각 기관에서는 다양한 논거를 들어 그 조서의 증거능력 인정을 도모하여 왔다. 최근에도 검찰과 경찰 간에는 수사권 조정 논의의 일부로서 이 문제에 접근하고 있는 것으로 보인다. 그러나 검사 작성의 피의자신문조서는 피의자였던 원진술자가 피고인의 지위에서 법정에 재정한 상태에서 그의 부인에도 불구하고 종전의 그의 진술을 증거로 사용할 수 있도록 한다는 점에서 전문법칙의 예외적 허용 요건에도 맞지 않고, 직접주의에도 반하는 것이다.

또한 여러 차례 헌법재판소와 대법원이 인정하는 바와 같이, 우리나라 형사소송절차가 당사자주의에 기반하고 있다면, 이 제도는 당사자 일방인 검사의 주장을 타방 당사자인 피고인 본인의 법정진술보다 절대적 우위에 놓는 것으로서 공평한 재판이라는 재판 제도의 본질에 반할뿐더러 수사검사와 공판검사가 분리되어 있는 기형적 검찰 실무 하에서는 수사검사의 질문 부분도 당해 공판에서는 전문증거에 해당한다는 점에서 이중의 전문증거에 해당하는 것으로서 증거능력을 인정하는 것이 이론적으로는 정당화되기 힘든 것이다. 우리나라 현행법 제312조 제1항이 “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 상태 하에서 행하여졌음이 증명된 때”와 같이 과도할 정도로 여러 겹의 요건을 둔 것은 그 자체로서 매우 예외적인 경우에만 증거능력을 인정하겠다는 취지로 이해되어야 하는 것이었다.

결국 수사기관에서 피의자 진술을 담은 조서는 그가 법정에서 그 내용을 부인하는 경우에는 성립의 진정이 인정된다고 하더라도, 그의 범행 자백을 입증하는 독립된

증거가 될 수 없고, 수사기관에서 이러한 취지로 진술한 바 있으나, 법정에서 부인하고 있다는 점에 대한 탄핵증거로서의 가치만을 가질 뿐이다. 그러므로 현행「형사소송법」제312조 제1항 소정의 규정을 개정하여 수사기관에서 작성한 피의자 신문조서의 증거능력은 원칙적으로 부정하는 것이 타당하다. 남는 것은 피의자였던 피고인의 완전한 동의가 없는 조서가 법정에서 활용되지 못하는 경우에 추가적으로 요구되는 입증의 부담, 궁극적으로는 법원, 사법제도가 짊어져야할 부담을 어떻게 해소할 것인지에 대한 현실적 고려의 문제이다.

결국 이 제도가 지금까지 유지되고 있는 것은 재판의 경제적 효율 문제와 특수한 사건에서의 '정의 실현'(?)의 문제이다. 어떤 기사에서 대법원 관계자의 말처럼 "억울한 사정이 다소 생기더라도 빠르고 효율적인 재판을 할 것인지, 느리고 더뎌도 억울한 사람이 없는 정의로운 재판을 할 것인지 이제 선택해야 할 시점"이다.[315] 이미 국민 다수의 권리의식이 신장되고, 변호제도가 실질화됨에 따라 과거와 같이 신속성만 추구하는 재판제도는 운영이 힘들다는 것이 재판 실무에 참여하는 다수 법조인의 의견이다.

결국「형사소송법」제312조 제1항, 제2항이 결정적으로 문제가 되는 것은 "피의자의 검찰에서의 자백이 유죄인정의 결정적인 증거인 경우"이고, "공모 내용이 생생하게 저장된 녹음 파일 내지 범행 장면이 선명하게 저장된 CCTV가 있는 경우 등 피의자의 검찰에서의 자백이 없이도 합리적 의심 없이 유죄로 입증 가능한 경우"에는 문제가 되지 않는다.[316] 이러한 경우에 법원은 검사작성 피의자신문조서의 증거능력이 인정되고, 불충분하지만 보강증거가 있는 경우 이를 부인할만한 다른 반대증거가 없어서 '유죄'의 선고를 하게 되는 관행이 있다면 이를 정의로운 것이라고 할 수는 없다. 오히려 기소 자체가 불충분한 증거적 근거에 기초한 것이라고 보아야 하지 않을까.[317]

---

315) 경향신문, "검찰개혁의 열쇠 … 피의자 옥죄는 '형소법 312조' ", 2019년 5월 14일자 (http://m.khan.co.kr/view.html?art_id=201905140600035; 검색일: 2019년 5월 30일).

316) 김태헌, "법정에서 허위로 진술을 번복하는 상황에서 종전 진술을 제시하는 검사 작성의 피의자신문조서",『형사법의 신동향』, 제64호(2019.9.), 대검찰청, 113면.

317) 개인적인 경험을 이야기하자면, 소위 '약촌오거리' 사건에서 누명을 쓰고 옥살이를 했던 분에 대한 검사 작성 피의자신문조서를 읽은 적이 있다. 피의자는 지나치게 깔끔하게 모든 사실을 인정하고 있었다. 그러나 그는 그 조사가 경찰인지, 검찰인지도 모를 정도의 상태에 있었다고 했다. 그는 이 피신조서를 증거로 삼은 1, 2심 유죄 판결 후에 10년을 복역했다. 즉 조서의 신빙성은 조서의 기재만으로 확인할 수 있는 것이 아니다.

우리나라 형사소송제도가 많은 발전을 이루어왔지만, 수사과정에서 변호인의 실질적 조력을 받기 힘든 것은 여전하다. 수사기관이 주도하는 절차 속에서 적절한 변호인 조력을 받지 못한 상태에서 작성된 조서에 결정적 증거능력을 부여하는 것은 대단히 위험한 것이라고 할 수 있다. 남게 되는 것은, 소위 뇌물사건의 경우 당해 피고인이 아니라 뇌물공여자로서 공범인 자의 피의자신문조서가 증거능력을 가지는 경우이다. 이 경우에도 마찬가지로 이들의 진술 이외에 다른 충분한 증거가 존재한다면 피신조서의 증거능력은 문제가 되지 않는다. 이러한 경우 비록 '부패사건 척결'에 대한 국민적 기대가 높기는 하지만, 무리하게 유죄 인정의 근거로 삼아야 하는 것인지는 고민해 볼 문제이다. 평소 친분이 있어 금전적 거래가 있던 관계에서 공여자가 그 금전거래가 뇌물성이었다고 진술해버리면 피고인으로서는 이를 방어할 방법이 없기 때문이다.

결국 이 문제는 이론적으로 엄밀한 분석을 통하여 해답이 도출된다기보다 궁극적으로 국민, 국회라는 의사결정자들이 내려야 할 결단의 문제에 가깝다고 판단된다. 입법례들을 보아도 각 국가는 각자의 역사와 사정에 따라 증거능력의 부여를 포함하는 진실발견을 위한 여러 장치들을 가지고 있다. 우리나라의 경우 「형사소송법」상 증거능력 인정 요건이 형성된 지 10여년이 흐른 지금, 현재 체계가 당연하여 이를 뒤흔드는 것은 불필요한 혼란을 초래하는 것으로 여겨지지만, 현재의 체계를 만들었던, 큰 변혁이 있었던 2007년 「형사소송법」 개정 시에도 이러한 우려의 목소리가 높았었다. 하지만 현실의 제도는 지금의 규정에 맞추어 변화되고 안정화된 것이다. 오히려 검사 작성 피의자신문조서의 증거능력 인정 요건이 상대적으로 완화되었기 때문에 검사가 사법경찰관의 수사의 적법성과 그에 의해 수집된 증거가 유죄 인정에 충분한지를 판단하고 감독하는 자보다, - 그가 피고인에 대하여 악의적이라서가 아니라, 수사기관으로서의 직업적 소명감 때문에라도 - 어떻게든 피의자(피고인)를 유죄로 만들기 위해 적극적으로 수사의 전면에 나서게 되어 실질적인 수사기관처럼 행동하게 된 것은 아닌가 생각된다. 또한 현행의 공판검사는 피의자(피고인)를 직접 수사하여 그의 진술을 직접 청취하고 이를 조서화한 자가 아니라, 기록된 조서를 넘겨받아 공소유지에 집중하는 자로서 기록된 조서에 집착할 수밖에 없는 자라고 할 수 있다.

이처럼 「형사소송법」 전면 개정시에 검사 작성 피의자신문조서의 증거능력을 사법경찰관 작성 피의자신문조서와 동일한 요건으로 하게 되면 한동안은 기존의 수사방식

에 혼선이 있겠지만, 수사기관들은 그 규범체계에 적응하게 될 것이고, 조서 작성의 완결성 보다 비진술증거의 획득에 집중하게 될 것이다. 또한 대다수 형사사건에서 검사는 굳이 수사기관으로서 떠맡았던 역할을 반납하고 본래 수행하였어야 할 (준)사법관으로서의 감독기능에 충실하게 될 것이다.

나. 수사방법의 허용범위 확대

역사적 경험 때문에 우리나라 법제에서는 수사기관에게 다른 나라에서는 이미 허용되어 있는 수사방법을 금지하고 있는 경우가 많다. 재판정에서의 입증방법에서 피의자의 진술의 비중을 줄이기 위해서는 지금까지 금지되어 있던 수사방법을 허용하여야 하는 것은 아닌가 하는 문제의식이 있다. 특히 조직범죄나 경제, 지능범죄 등 고위층 혹은 화이트칼라 범죄에 있어서 지금의 수사방식 제한이 오히려 자백획득 중심의 강압적 수사를 초래하는 것은 아닌가 하는 것이다. 물론 이러한 주장은 매우 조심스러운데, 범죄의 경중에 따른 사회적 허용의 요건이 엄격하게 유지될 필요가 있다.

물론 현행 제312조 제2항처럼 보조증거 방법으로서가 아니라 독립된 증거방법으로서 피의자였던 피고인의 진술에 대하여 영상녹화물 등을 사용하는 것은 허용되어서는 안 된다. 실무상 여러 차례의 주사나 설득의 과정이 있은 후에 영상녹화가 행해지는 경우 녹화물로서는 담아내지 못하는 여러 사정들이 존재하므로 이를 독립된 증거로 할 수는 없고, 수사과정에서 녹화된 대로 진술한 바 있다는 사실에 대한 증거가 될 뿐, 요증사실인 범죄사실에 관한 독립된 증거가 될 수는 없는 것이다.

다. 피고인의 동의(법정자백)에 대한 유인(incentive) 방법

이미 우리나라 법제가 범행 이후의 정황이라고 할 수 있는 피의자·피고인의 자수, 자백에 일정한 양형의 혜택을 주고 있는 것처럼, 수사기관에서의 진술 및 증거관계에 대하여 피고인이 재판상 동의하는 경우, 법관이 그 진의를 확인한 후 간이한 방식으로 절차를 종결시키면서 이를 양형에 반영함으로써 피고인의 자발적 동의를 유도하는 방안에 대한 모색도 필요하다. 이를 통하여 피고인의 동의가 있는 사건에 대한 절차진행의 부담을 덜고, 이 역량을 피의자신문조서의 증거능력을 부인하는 사건에 대하여

형사사법절차에 추가하여야 적정한 형사사법제도의 운영이 가능할 것이다.

다만 이 제도의 형식은 적어도 피고인이 재정한 법정에서 주요 사실인정이 이루어져야 한다는 점에서 검사가 일방적으로 청구하고 법관이 서면심리만으로 결정을 내리는 약식명령청구와 유사한 것이 아니라, 현행 제도로서는 즉결심판제도와 유사한 형태가 더 바람직하다고 판단된다. 다만 이러한 경우에도 법관이 사전에 서면을 충분히 숙지할 수 있고, 피고인도 수사기관이 어떠한 증거를 확보하고 있는지를 알고, 장차 법정에서 어떠한 답변을 할 것인가를 변호인의 조력을 받아 숙려할 수 있는 상당한 기간을 부여한 후에 재판이 이루어져야 할 것이다.

다만 (수사기관-)검사-피고인 간의 타협에 의한 사실왜곡은 일정 정도 법관이 걸러낼 수 있겠지만, 법관까지 개입하는 사실왜곡의 경우가 문제가 될 수 있을 것이다. 이 문제는 소위 법왜곡죄와 같은 문제이지만, 개인적 의견으로는 극히 제한된 조건하에서 피고인에게 불이익한 재심을 허용하는 것은 어떤가 하는 조심스러운 의견이 있다.

라. 개정의 파급력

(1)

현행 신속처리절차들은 직접주의 내지 공판중심주의적 고려 없이 간이한 사건처리만을 목표로 설계될 것이어서 새롭게 개편되어야 한다. 특히 수사기관 작성의 조서 등이 거의 절대적 증명력을 가지는 간이절차에서 엄격한 정식공판절차로 이행하는 경우를 고려한 수사방식, 증거능력에 대한 고려가 필요하다.

(2)

불필요한 사족일 수 있지만, 소위 공수처에 대한 기대가 크다. 그러나 어떻게 보면 이 제도는 대검찰청이라는 단일 조직 하에서 소위 검사동일체로 묶인 검사 대신 독립적인 조직으로서의 검찰(청)을 만드는 것인데, 그 전제로서는 검사의 위세를 이용한 강압적 수사와 현행 제312조 제1항과 같이 공판에서 강력한 증거능력을 전제로 삼고 있는 것이라고 할 수 있다. 만약 제312조 제1항이 개정되어 일반 사법경찰관리와 동일한 요건이 되고 별도의 특별 규정을 두지 않는다면, 공수처의 수사가 가능할

것인가 하는 문제도 간략히 지적하고자 한다.

제13절 | 참고인진술조서 (박성민)

1. 서 설

가. 입법연혁

2007년 개정 이전의 (舊)「형사소송법」은 검사작성의 조서는 피신조서와 참고인진술조서의 구분 없이 성립의 진정이 인정되면 증거능력을 인정하였고,[318] 사법경찰관 작성의 참고인진술조서는 별도의 규정이 없어 진술서 및 진술기재서의 증거능력 인정요건에 관한 제313조 제1항을[319] 적용할 것인지 아니면 검사작성의 조서와 마찬가지로 제312조의 서면으로 볼 것인지에 대한 논란이 있었다. 더구나 「(舊)형사소송법」에 의하면, 수사기관이 작성한 조서는 진정성립의 증명만으로도 증거능력이 인정되었으므로, 특히 참고인진술조서의 경우 신빙성의 정황적 보장이 담보되지 않은 상태에서 피고인의 반대신문권의 보장, 직접주의 및 구두주의에 충실하지 못하다는 비판이 제기되었다. 이후 2007년 「형사소송법」이 개정될 때 공판중심주의의 강화를 통한 법정심리절차의 중요성이 도모되면서 「형사소송법」 제312조 제4항에 반대신문권의 기회

318) 「(舊)형사소송법」 제312조(검사 또는 사법경찰관의 조서) ① "검사가 피의자나 피의자 아닌 자의 진술을 기재한 조서와 검사 또는 사법경찰관이 검증의 결과를 기재한 조서는 공판준비 또는 공판기일에서의 원진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 때에는 증거로 할 수 있다. 단, 피고인이 된 피의자의 진술을 기재한 조서는 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여 진 때에 한하여 그 피의자였던 피고인의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 불구하고 증거로 할 수 있다."
② "검사 이외의 수사기관 작성의 피의자 신문조서는 공판준비 또는 공판기일에 그 피의자였던 피고인이나 변호인이 그 내용을 인정할 때에 한하여 증거로 할 수 있다."

319) 「(舊)형사소송법」 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 상태하에서 행하여 진 때에 한하여 피고인의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 불구하고 증거로 할 수 있다."

를 보장하는 것을 골자로 하는 현재의 인정요건을 갖춤으로써 이러한 논란을 입법적으로 해결하였다. 이 과정에서 원래 정부안(이하 "정부원안")은[320] 원진술자의 공판절차에서의 진술 이후의 증거조사의 한 방편으로 구성되어 있던 것을 그 이후 논의과정에서 원진술자의 공판절차에서의 진술이 2차 피해를 일으킬 수 있다는 점 등을 이유로 삭제하고, 원안에도 없던 영상녹화물 등을 통한 진정성립의 증명요건을 추가함으로써 오늘날의 요건을 갖추게 되었다.

나. 현행법의 구조 및 쟁점

1) 현행법의 구조

일부 외국의 입법례가 진술불능 및 필요성 요건에 대한 검토 하에 참고인 진술조서의 증거능력을 인정하는 것과 달리, 현행 「형사소송법」에는 이에 대한 검토규정이 없다. 구법에 비해 개정 「형사소송법」은 참고인진술조서의 증거능력과 관련하여 반대신문권의 기회보장이라는 제한조건을 규정함으로써 증거능력 판단에 신중을 기한 것으로 이해되지만, 신용성의 정황적 보장(또는 적법절차의 준수)[321]을 중점으로 그 증거능력을 인정하고 있는 것으로 평가된다.

---

320) "검사 또는 사법경찰관은 피고인 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 기재되어 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"(2007년 개정당시 정부원안). '원진술자가 경험사실에 대하여 구체적으로 진술한 후'라는 것은 진술의 입증수단으로서의 조서의 증거능력 규정에 올 것이 아니고, 증거조사의 방법이나 구두변론주의의 문제이므로 구두변론주의 규정이 새로 도입되는 경우 이 문구는 불필요하며, 나아가 '구체적'이 어느 정도의 진술을 충족되는 것인지 해석상 문제가 있어 부당하다는 주장이 강력히 주장되었다(이완규, "개정 형사소송법에서의 수사절차상 진술의 증거능력", 『형사법의 신동향』, 통권 제8호(2007.6.), 대검찰청, 40면).

321) 참고인인 원진술자가 공판정에서 조서의 성립의 진정을 부인하더라도 우리나라 「형사소송법」 제312조 제4항은 영상녹화물이나 그 밖의 과학적이고 객관적인 방법으로 성립의 진정을 증명할 기회를 열어두고 있다. 특히 후술하는 특신상태는 성립의 진정과 구별되는 별도의 요건임에도 불구하고 그 구체적인 판단기준에 있어서는 성립의 진정에 대한 과학적이고 객관적인 증명과 그 판단기준에 있어 중첩되는 부분이 있음을 부인할 수 없다. 성립의 진정과 특신상태의 인정이 신용성의 정황적 보장(또는 적법절차의 준수)으로 수렴(?)되는 것으로 이해되는 한, 결국 절차적인 정당성을 갖추면 요건은 충족되고 반대신문권의 기회보장이라는 형식적 절차만 갖추면 참고인 진술조서는 참고인의 내용부인에도 불구하고 증거능력을 갖추게 된다.

2) 직접주의의 강화 또는 필요성 요건의 도입?

원진술자의 진술불능 및 필요성 요건의 부재는 참고인이 증인으로 법정에서 증언할 수 있음에도 조서가 증거로써 법정에 제출되는 통로가 되어왔고, 이는 현행「형사소송법」에서도 여전하다. 이는 정부원안이 원진술자의 진술 이후에 참고인 진술조서를 보충적으로 검토하려 한 것과 대비된다. 더구나 현행「형사소송법」은 원진술자의 공판정에서의 진술에도 불구하고 영상녹화물 등 객관적인 방법으로 성립의 진정을 증명할 길을 열어둠으로써 공판중심주의를 실현하려는「형사소송법」의 취지가 무색해질 수 있다. 최근 수사기관을 중심으로 참고인허위진술죄의 도입논의가 있는 상황에서는 수사기관 조서의 신뢰도 강화를 통한 조서재판으로의 회귀로 비춰질 가능성도 있다. 이처럼 참고인 진술조서의 활용도를 제고하려는 움직임이 가시화된 상황에서 공판중심주의의 회복을 위해 직접주의의 강화 또는 필요성 요건의 도입을 검토할 필요는 없는지 살펴볼 지점이 있다.

2. 참고인진술조서의 증거능력 인정요건

가.「형사소송법」제312조 제4항의 증거능력 인정요건

현행「형사소송법」제312조 제4항에 의하면 "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 기재내용에 관하여 원진술자를 신문할 수 있었던 때에는 증거로 할 수 있다. 다만, 그 조서에 기재된 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한한다"고 하여 ⅰ) 적법절차와 방식-형식적 진정성립, ⅱ) 실질적 진정성립 또는 진정성립의 증명, ⅲ) 반대신문권의 보장, ⅳ) 특신상태를 증거능력 인정요건으로 규정하고 있다.

나. 개별요건의 문제점

먼저 원진술자의 성립의 진정인정 이외에 영상녹화물 등 객관적인 방법에 의한 증명에 의해 성립의 진정을 인정하는 부분이 합리적인지에 대한 문제이다. 「형사소송법」 개정 당시에는 성립의 진정을 원진술자의 진술에만 의존하는 것은 합리적이지 못하고 수사기관에 증명기회를 부여하여야 한다는 입장이 받아들여져 지금의 증명요건을 갖추게 되었다. 참고인이었던 증인이 공판과정에서 종전의 진술을 번복하는 것은 흔히 있는 일이지만, 그 동기가 단순히 기억의 왜곡에 있는지[322] 아니면 범인을 도피하고 증거를 인멸하기 위한 의도에 있는지는 분명하지 않다. 만약 전자라면 원진술자의 내용의 부인에도 불구하고 성립의 진정에 대한 원진술자의 진술 또는 영상녹화물 등에 의한 진정성립의 증명으로 참고인진술조서의 증거능력이 인정되는 불합리한 상황이 연출된다는 점도 고려할 필요가 있다.[323]

한편 개정 「형사소송법」은 (舊)「형사소송법」과 달리 조서의 기재내용에 대해 원진술자를 신문할 수 있었던 때에 한해 조서의 증거능력을 인정한다. 이와 같은 반대신문권의 보장요건은 원래 원진술자에 의한 성립의 진정에 의해 당연히 도출되는 요건으로 인식된다. 그러나 원진술자의 진술이 없더라도 과학적·객관적 증명을 통해 성립의 진정이 인정되는 상황에서 반대신문권의 보장요건은 나름의 의미를 가지는 것으로 평가되기도 한다.[324] 이와 비슷한 맥락에서 반대신문권의 보장을 통해 원진술자가 공판정에 출석한 상황에서 원진술자의 법정증언을 직접 증거로 사용하면 충분한데 굳이 조서의 증거능력을 인정할 것인가라는 의문에 대해 제312조 제4항의 규정은 조서의 내용이 원진술자의 법정증언과 상반된 경우에 의미를 가지는 것으로 이해하는 입장이 있다.[325] 그러나 동조에서 의미하는 반대신문권의 보장은 현실적으로 원진술자에 대한 반대신문이 이루어질 필요는 없다는 점[326]에서 동조의 의미를 조서의 내용

322) 경험한 사실에 대한 진술은 진술 이후 기억을 조합하는 과정에서 전혀 다른 결론에 이르기도 한다. 원칙적으로 공판정에서 원진술자의 진술과 조서의 내용이 불일치하는 경우에도 진정성립의 증명으로 조서의 증거능력을 인정하는 것은 직접주의 및 전문법칙의 기본원칙에 반하는 것으로 평가된다.

323) 후술하겠지만, 일본 「형사소송법」은 원진술자의 종전진술(이를 바탕으로 작성한 조서)과 공판정에서의 진술이 상반되는 경우에는 종전진술을 바탕으로 한 조서가 공판정에서의 진술보다 신뢰할 수 있는 상태에서 작성된 경우에 한해 조서의 증거능력을 인정한다.

324) 이완규, "개정 형사소송법에서의 수사절차상 진술의 증거능력", 43면.

325) 신이철, "참고인 진술조서의 증거능력 인정요건 -특히 전문법칙과의 관계에서-", 『동아법학』, 제48호(2010.8.), 동아대학교 법학연구소, 382-3면.

이 원진술과 불일치하는 경우로 제한할 수 있는지는 의문이다.[327]

마지막으로 특신상태 인정 요건이 있다. 현재 수사규칙 및 수사준칙에 입각한 형사실무를 보면 수사절차의 준수를 특신상태인 정에 주요한 요건으로 인정하고 있는 것으로 판단되며,[328] 법무부의 입장도 성립의 진정이 증명되면 특신상태는 추정되는 것으로 이해한다.[329] 이처럼 제312조 제4항의 특신상태가 수사실무상 수사절차의 준수를 주요한 기준으로 보면서 진정성립의 증명만으로 추정할 수 있다고 판단하는 점, 그리고 법원이 특신상태를 판단하는 데 있어 주요한 기준이 되는 진술의 임의성에 대해서는 별도의 소송법 규정(제309조 및 제318조 등)을 두고 있는 점 등을 감안하면 지금의 실무관행에서 별도로 특신상태 요건을 둘 필요가 있는지도 의문이다. 이처럼 2중, 3중의 요건을 두어 증거능력을 인정하는 것이 단순히 증거능력판단의 엄격성을 반영하는 것인지 아니면 소송경제의 관점에서 불필요한 조건을 나열하고 있는 것은 아닌지 검토할 필요가 있다.

---

326) 대법원 2001.9.14. 선고 2001도1550 판결.

327) 일본이나 미국의 경우 원진술자의 모순진술 또는 상반진술을 전문증거의 증거능력 인정요건으로 규정하면서 이를 반대신문권과 결부시키고 있지 않은 것과도 비교된다. 원진술자가 공판정에서 진술한다는 것만으로도 반대신문권의 의미는 상당히 희석되는 것으로 평가할 수 있다.

328) 우리나라 법원도 수사절차준수를 특신상태 인정의 주요한 요건으로 인식하면서 수사절차를 준수하지 않은 경우에는 특신상태의 인정을 부인하는 것으로 평가된다. "검찰관이 피고인을 뇌물수수 혐의로 기소한 후, 형사사법공조절차를 거치지 아니한 채 과테말라공화국에 현지출장하여 그곳 호텔에서 뇌물공여자 갑을 상대로 참고인 진술조서를 작성한 사안에서, 갑이 자유스러운 분위기에서 임의수사 형태로 조사에 응하였고 조서에 직접 서명·무인하였다는 사정만으로 특신상태를 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 없다고 한 사례"(대법원 2011.7.14. 선고 2011도3809 판결). 이에 반해 "형사소송법 제312조 제4항은 … 라고 규정하고 있는 바, 여기서의 '특히 신빙할 수 있는 상태'라 함은 진술 내용이나 조서의 작성에 허위개입의 여지가 거의 없고, 진술 내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있는 것을 말한다. 그리고 이러한 '특히 신빙할 수 있는 상태'는 증거능력의 요건에 해당하므로 검사가 그 존재에 대하여 구체적으로 주장·입증하여야 하는 것이지만, 이는 소송상의 사실에 관한 것이므로 엄격한 증명을 요하지 아니하고 자유로운 증명으로 족하다"(대법원 2012.7.26. 선고 2012도2937 판결). 해당 판결에서 법원은 법정에서의 진술이 수사기관에서 진술과 일관성이 인정된다는 점을 구체적 기준으로 제시하고 있다.

329) 법무부, 『개정 형사소송법』, 237면.

3. 외국의 입법례

가. 미국

우리나라 「형사소송법」의 전문법칙의 예외인정 요건을 보면, 작성자(전달자), 원진술자, 진술을 담은 매체를 구분하고 작성자와 원진술자가 일치하지 않거나(예 : 전문서류 중 공판조서, 피고인신문조서, 참고인진술조서, 검증조서, 진술기재서 및 전문진술 등) 작성자와 원진술자가 일치하더라도 매체라는 중간단계를 거친 것(예 : 진술서)을 전문증거로 정의하고 증거능력 인정 요건을 설시한다. 그 예외인정의 기준은 크게 신용성의 정황적 보장과 필요성으로 나눌 수 있다.

반면에 미국은 전문법칙인정의 기준을 작성자와 원진술자, 매체로 구분하는 것이 아니라 기억이나 오감과 관련한 개인의 능력차, 서술과정, 의도적 날조로 인한 왜곡의 위험성에 초점을 맞추고, 법정 내에서 그러한 위험을 방지할 수 있는 절차, 즉 증인의 선서, 사실심리 법원에의 출석, 주신문과 같은 기회에 행해진 반대신문 등의 과정을 거치면 우선 전문증거에서 배제되는 것으로 본다.[330] 예를 들면 미국 「연방증거법」 제801조 (d)항 (1)호에 의하면[331] 법정 외 진술로서 보통법상 전문증거일 수 있는 것을 반대신문권을 전제로 특별한 목적 하에[332] 진술이 행해진 경우에 전문증거에서 배제(exemption)하는 것으로 구성한다. 즉 미국의 경우 반대신문권의 기회가 부여되어 있거나 증인이 선서한 경우 등 왜곡의 위험을 방지할 공판정절차가 마련된 경우에 특별한 목적의 범위에서 애초에 전문증거가 아닌 것으로 이해한다. 생각건대

---

330) 미국 「연방증거법」 801(a), 801(d)(1), 801(d)(2) 참조(조국현, 『미국증거법』, 진원사, 2019, 360-1면 재인용).

331) Rule 801 (d) "Statements That Are Not Hearsay. A statement that meets the following conditions is not hearsay":
(1) "A Declarant-Witness's Prior Statement. The declarant testifies and is subject to cross-examination about a prior statement, and the statement":
(A) "is inconsistent with the declarant's testimony and was given under penalty of perjury at a trial, hearing, or other proceeding or in a deposition"

332) 미국 「연방증거법」 801(d)(1)(a)에 의하면 증인의 종전 진술의 내용이 현재의 진술내용과 불일치하는 진술로서 증인의 종전 진술이 사실심 재판, 심문, 기타 다른 절차에서 위증죄로 처벌받을 것을 선서한 후에 행해진 진술은 그 목적이 현재 증인의 진술이 진실함을 입증하기 위한 목적이 아니라 일치하지 않음을 입증하기 위해 제출한 것으로 비전문증거로 기술한다. 특히 미국은 기타 다른 절차의 경우에 법집행관에게 행한 진술은 영상녹화물에 녹화되었다고 하더라도 이에 해당하지 않는다는 입장이다(*Michael H. Graham, Federal Rules of Evidence*, West Academic Publishing, 2015, p.479).

미국「연방증거법」에서 반대신문권의 보장은 진술자의 법정외 진술을 법정내 진술과 동일한 정도로 그 왜곡의 위험성을 상쇄시키는데 착안하여 전문증거성을 부정하는 것으로 이해하며, 전문증거 예외인정의 한 근거로 활용하는 우리나라「형사소송법」의 입장과 대비된다고 할 것이다.

다음으로 미국「연방증거법」은 제802조에 전문법칙의 증거능력을 부정하는 규정을 두면서 제803조 이하에 그 예외를 규정하고 있다. 이러한 예외들은 진술자의 사망 직전에서의 진술처럼 진술자가 거짓을 말할 위험성이 없는 것과 같이 법정 외 진술이 특히 정확하거나 진실일 가능성이 있어서 원진술자의 진술에 대한 입증에 어려움이 있어도 그다지 해가 없다고 볼만한 이유가 있거나, 법정외 진술이 왜곡될 위험성보다도 더 우월한 다른 요소들이 있다는 믿음이 있는 경우에 적용된다고 할 수 있다.[333] 즉 신용성의 정황적 보장과 필요성이라는 큰 틀에서 그 예외가 논의된다고 할 수 있는데, 이러한 예외 인정의 기준이 우리나라「형사소송법」에 영향을 미친 것으로 풀이된다.

미국의 전문법칙의 기조는 애초에 형사기소를 전제로 한 원진술자의 진술의 경우에는 소위 "증언적인 법정외 진술"(testimonial out-of court statement)로서 연방수정헌법 제6조 대면권 조항(Confrontation Clause)이 적용된다. 이에 따라 전문증거에 의한 진술이 형사소송에서 피의자에게 불리하게 작용하는 것으로서 원진술자의 환문이 불가능하며, 그러한 진술이 본질적으로 증언적 진술이었고 피의자가 사실심 심리 이전에 이러한 증언적 진술에 대해 반대신문권을 행사할 기회를 갖지 못한 경우라면 증거능력을 부정할 것이다.[334] 반면에 미국「연방증거법」제803조는 전문증거이지만 원진술자에 대한 신문가능성 여부와 상관없이 증거능력을 인정하는 예외규정을 두고 있고, 제804조는 신문이 불가능한 경우에 증거능력을 인정하는 예외규정을 두고 있다. 즉 제803조는 원진술자의 법정외 진술이 신용성 내지 신빙성의 정황적 보장이 인정되어 공판정에서 증거능력을 인정하여도 전문증거의 위험성 적다고 할 수 있어 반대신문권의 보장여부와 상관없이 증거능력을 인정하는 것이고, 제804조는 법정외 진술을 사용할 필요성 때문에 예외적으로 인정되는 것이다. 전자는 우리나라「형사소

333) *Arthur Best*, *Evidence*, Wolters Kluwer, 2012, p.p.68, 93.
334) 조국현,『미국증거법』, 389면.

송법」에 특신상태 요건으로 구현되어 있고, 후자는 제314조의 전문법칙에 대한 증거능력 예외 규정으로 구현되어 있다. 이 외에도 미국 「연방증거법」은 제807조에 포괄적 예외규정을 두고 있지만,[335] 우리나라 「형사소송법」은 이러한 규정을 두고 있지 않다.

원칙적으로 미국 「연방증거법상」 공적인 기록(Public Record)은 제803조에 의하여 전문법칙의 예외가 인정되지만, 법집행기관 종사자가 법적의무에 따라 인지하고 보고한 내용은 원칙적으로 공적기록에 포함되지 않고 전문증거로서 증거능력이 부정된다.[336] 미국에서는 수사기관이 조서를 작성하는 대신에 피의자나 참고인이 진술서를 작성하거나 영상녹화를 하는 방식으로 관계인의 진술을 확보하고, 조사를 담당한 경찰관이 보고서나 메모 등을 작성하는데, 특히 보고서나 메모 등에 참고인의 진술내용이 기재되어 있는 경우에는 그 진술내용이 전문법칙의 예외사유에 해당해야만 진술부분을 증거로 사용할 수 있다.[337]

나. 독일

독일의 경우 직접주의에 의해 공판정에 원진술자가 증인으로 출석이 가능한 한 증인을 신문하여야 하며, 조서의 낭독으로 이를 대체할 수는 없다.[338] 증인이 공판정에 출석할 수 있다면, 이를 조서로 대체할 수 없다는 의미이며, 이는 신용성의 정황적

335) 미국 「연방증거법」 제803조와 제804조의 개별규정에 해당하지는 않더라도 높은 신용성의 정황적 보장이 있는 진술은, 법원이 ① 진술이 중요한 사실에 대한 증거로 제출되고, ② 진술이 그것이 증명하려는 쟁점에 대하여 증거 신청자가 합리적인 노력을 통하여 획득할 수 있는 다른 증거들보다 더 증거적 가치가 있고, ③ 진술을 증거로 허용하는 것이 법 규정의 일반적 목적과 정의의 이익에 잘 부합한다고 인정하는 때에는 전문법칙에 의하여 배제되지 아니한다. 다만, 증거 제출자는 공판기일 또는 공판 전 심문 기일 이전에 상대방이 충분히 준비 할 수 있도록 이 진술을 제출하려는 의도, 원진술자의 성명, 주소를 포함한 진술의 세부내용을 고지하여야 한다.

336) 다만 이 경우 검사가 제출한 증거와 달리 피고인이 제출한 증거의 경우에는 형사피고인의 헌법상 권리를 고려하고 연방증거법에서 반대당사자의 자백 내지 자인을 취급하는 방식을 유추하여 증거능력을 인정하고 있다(*Arthur Best*, Id. p115).

337) 한연규, "사법경찰관의 조사자증언과 수사상 진술의 증거활용", 『형사법의 신동향』, 통권 제60호(2018.9.), 대검찰청, 259면 이하 참조.

338) § 250 Grundsatz der persönlichen Vernehmung
"Beruht der Beweis einer Tatsache auf der Wahrnehmung einer Person, so ist diese in der Hauptverhandlung zu vernehmen. Die Vernehmung darf nicht durch Verlesung des über eine frühere Vernehmung aufgenommenen Protokolls oder einer Erklärung ersetzt werden."

보장으로 조서의 증거능력을 인정하는 우리나라 「형사소송법」의 규정과 대비된다. 다만, 독일 「형사소송법」도 피고인 등 소송당사자가 동의하거나, 원진술자가 사망, 질병 등의 사유로 법정에서 증언할 수 없는 경우 등에는 조서를 낭독할 수 있다.[339] 독일 「형사소송법」은 당사자 동의 및 진술불능의 경우에는 수사기관의 조서라도 낭독이 허용된다는 취지이다. 또한 독일 「형사소송법」은 증인이 더 이상 기억을 못하거나 자기모순의 진술을 할 경우에도 조서를 낭독할 수 있다고 하는데,[340] 이는 조서의 낭독을 통해 증인의 기억을 환기하기 위한 방편일 뿐 그 자체로 원진술자의 증언을 대체하기 위한 것으로 이해할 수는 없다. 즉 "이때에도 조서가 증거로 되는 것이 아니라 조서를 제시받아 기억을 되살린 증인이 그 조서내용대로 진술한 것을 인정할 때 그 진술이 증거가 된"다.[341] 물론, 이때에도 "증인은 알려주는 조서의 내용을 보고 기억을 되살려 구체적으로 각각의 진술을 한 사실을 인정하여야 하며 단순히 조서 기재내용이 맞다는 식으로 증언하는 것만으로는 부족"하다.[342]

다. 일본

일본은 검사작성의 참고인진술조서로서 서명 또는 날인이 있는 것은 재판관 면전에서 작성한 조서와 마찬가지로 그 진술자가 사망하거나 정신·신체에 이상이 있거나 소재불명 또는 국외에 있어 공판준비 또는 공판기일에 진술할 수 없을 때(진술불능)에는 증거능력을 인정한다.[343] 일본 「형사소송법」은 원진술자의 진술불능의 경우에

---

339) 독일 「형사소송법」 제251조 참조.

340) § 253 Protokollverlesung zur Gedächtnisunterstützung
(1) "Erklärt ein Zeuge oder Sachverständiger, daß er sich einer Tatsache nicht mehr erinnere, so kann der hierauf bezügliche Teil des Protokolls über seine frühere Vernehmung zur Unterstützung seines Gedächtnisses verlesen werden."
(2) "Dasselbe kann geschehen, wenn ein in der Vernehmung hervortretender Widerspruch mit der früheren Aussage nicht auf andere Weise ohne Unterbrechung der Hauptverhandlung festgestellt oder behoben werden kann."

341) *Diemer, StPO-Karlsruher Kommentar*, 4 Aufl., 1999, § 249, Rn.42 『Grundlage der tatsächlichen Feststellung ist nicht die Urkunde』, sondern sind allein die durch den Vorhalt veranlassten Erklärungen der Auskunftpersonen(신이철, "참고인 진술조서의 증거능력 인정요건 -특히 전문법칙과의 관계에서-", 367면에서 재인용).

342) *Gerhard Schäfer, Die Praxis des Strafverfahrens*, 6.Aufl., Kohlhammer, 2000, S 381(신이철, 앞의 면에서 재인용).

343) 일본 「형사소송법」 제321조 제1항 제2호 전단.

검사작성 참고인 진술조서에 대해 재판관의 면전에서 작성한 참고인의 조서와 동일한 정도의 신용성을 부여하고 있는데, 일본 최고재판소는 해당 규정에 대한 위헌여부에 대해 합헌판단을 하였다.[344]

또한 진술자가 진술할 수 있는 경우라 하더라도 공판기일에 참고인(증인)이 이전 진술과 상반되거나 실질적으로 다른 내용을 진술한 때에[345] 증거로 사용할 수 있지만, 공판기일의 진술보다 그 이전의 진술을 신용할만큼 특별한 정황의 존재를 필요로 한다고 규정하고 있다(일본「형사소송법」제321조 제1항 제2호).[346] 일본「형사소송법」은 검사 작성의 참고인 진술조서의 경우 원진술자인 증인의 증언과 조서의 내용이 동일한 경우에는 조서의 증거능력을 부인한다는 전제하에 증인의 증언과 조서의 내용이 불일치하는 한도에서만 조서의 증거능력을 인정하겠다는 것이다. 이 경우 조서에 적용되는 특신상태는 원진술자의 공판정에서의 증언에 비해 신뢰할 만한 특별한 정황이 있을 것을 요한다.[347] 한편 사법경찰관이 작성한 참고인진술조서의 경우에는 기본적으로 반대당사자의 동의가 없으면 증거능력이 인정되지 않는 실정이다.[348]

일본은 원진술자가 진술불능이거나 공판정에서의 진술과 일치하지 않는 진술에 한해서만 참고인 진술조서의 증거능력을 인정하는 반면에, 우리나라는 그러한 제한 없이 증거능력을 인정한다. 또 일본은 검사면전에서 작성한 참고인진술조서와 사경작성 참고인진술조서의 증거능력 인정에 차등을 두고 있지만, 우리나라는 그러한 차등을 두고 있지 않다. 우리나라「형사소송법」이 참고인진술조서의 증거능력 인정에

---

344) 最高裁判決1961年3月9日刑集15卷3號500. 이에 대해서는 위헌의 소지가 있으므로 특신상태를 조건으로 증거능력을 인정해야 한다는 입장도 있다(鈴木茂嗣,「刑事訴訟法改訂版」, 青林書院, 1990, 207頁).

345) 한편 일본「형사소송법」에서 제312조의 '실질적으로 다른 진술'이라고 함은 실무상으로는 증언거부, 부지, 기억이 없다고 하는 경우에도 인정되는데, 상반성과 상이성이 진술의 전부에서 상반되거나 상이할 필요는 없는 것으로 이해된다(池田 修·前田雅英,「刑事訴訟法講義」, 東京大學出版會, 2012, 449頁).

346) 일본「형사소송법」제321조 제1항 제2호 단서.

347) 단서 규정의 특신상태(일본은 특신정황이라 함)는 동항 제3호(피고인 이외의 자가 재판관 및 검찰면전에서 작성한 서면 이외의 서면)의 특신상태와 달리 상대적인 평가에 의해 특신상태를 판단한다. 특신상태 판단을 위해 진술의 내용을 참작하거나 진술의 외부적 부수사정에 의하여 결정할 것을 전제로 이 사정을 추인하는 한도에서 진술의 내용을 참작해도 좋다는 입장이 있다(이에 대해 자세히는 히라라키 토키오(조균석 역),『일본형사소송법』, 박영사, 2012, 390면 이하 참조). 그러나 진술내용의 신용성을 비교하는 것은 증거능력요건을 결정하는데 있어 증명력을 평가하는 것으로써, 증거평가에 혼란을 초래할 수 있다는 견지에서 외부적인 사정을 기준으로 평가해야 한다는 입장도 유력하게 전개되고 있다(池田 修·前田雅英, 前揭書, 451頁).

348) 히라라키 토키오(조균석 역),『일본형사소송법』, 384면.

있어서는 일본보다 더 완화된 형태로 증거능력을 인정하고 있는 것으로 평가된다.

라. 프랑스

프랑스 형사증거법의 특징은 영미법상의 전문법칙이나 소위 대륙법계의 직접주의 원칙에 상응하는 증거능력 제한규정이나 이론 없이 소위 증거자유주의의 원칙에 따라 원칙적으로 수사과정에서 수집된 모든 자료를 증거로 사용할 수 있다. 프랑스「형사소송법」은 예심법원, 중죄법원, 경죄재판, 위경죄 재판으로 나누어 형사소송법을 규정하고 있는데, 증거자유주의는 경죄재판의 장 중 제427조에[349] 규정하고 있지만, 중죄재판에도 적용되는 것으로 이해한다.[350] 프랑스「형사소송법」제427조 제1항은 "법률이 달리 규정하는 경우를 제외하고 범죄사실은 모든 증거방법으로 증명할 수 있으며, 판사는 자유심증에 따라 재판한다"고 하고 있는데, 그렇다고 해서 프랑스 증거법이 법정에 현출된 증거를 모두 증거방법으로 인정하는 것은 아니다. 사법관인 예심판사나 사법경찰관은 증거를 수집함에 있어 부적정하거나 위계적이거나 교활한 방법을 사용해서는 안되고, 합법적이고 진실한 방법을 사용해야 하는데, 특히 사법경찰관이 수집한 증거에 대해서는 예심절차의 무효제도[351]나 검찰이 직접 판결법원에 기소한 경우에는 법원의 결정[352]을 통해 통제할 수 있다.[353] 또한 적법하게 수집된 증거에

---

349) Code de procédure pénale Article 427
① "Hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et le juge décide d'après son intime conviction."
② "Le juge ne peut fonder sa décision que sur des preuves qui lui sont apportées au cours des débats et contradictoirement discutées devant lui."

350) *F. Fourment, Procedure penal*, 14ed., Paradigme, 2013, p.53(유주성, "프랑스 형사증거법상 증거자유주의에 관한 연구",『비교형사법연구』, 제16권 제2호(2014.12.), 한국비교형사법학회, 103면에서 재인용).

351) Code de procédure pénale Article 170.
"En toute matière, la chambre de l'instruction peut, au cours de l'information, être saisie aux fins d'annulation d'un acte ou d'une pièce de la procédure par le juge d'instruction, par le procureur de la République, par les parties ou par le témoin assisté."(모든 사건에서 예심판사, 검사, 당사자는 예심수사가 행하여지고 있는 동안 고등법원 예심부에 대하여 예심수사상 처분의 무효 또는 증거의 무효를 청구할 수 있다).

352) Code de procédure pénale Article 802.
"En cas de violation des formes prescrites par la loi à peine de nullité ou d'inobservation des formalités substantielles, toute juridiction, y compris la Cour de cassation, qui est saisie d'une demande d'annulation ou qui relève d'office une telle irrégularité ne peut prononcer la nullité que lorsque celle-ci a eu pour effet de porter atteinte aux intérêts

대해서는 증거조사 및 논의단계에서 적정성 원칙이 적용되는데, 특히 프랑스「형사소송법」제427조 제2항에 따라 "판사는 공판정에 제시되고, 자기의 면전에서 대심의 방식으로 토의된 증거만을 그 판단의 근거로 한다"고 하여 대심(contradictoire)의 원칙이 적용된다. 다만 심리는 실제로 진행할 필요는 없고, 심리의 가능성이 있었던 것으로 족하다.[354] 이는 우리나라의 참고인 진술조서에 규정된 반대신문권과 유사하지만, 프랑스의 경우에는 모든 증거에 대해 대심권을 보장하는 것이 우리나라와 차이가 있다. 한편 프랑스「형사소송법」은 경죄의 경우 사법경찰관 작성 조서의 증거능력을 별도로 규정하고 있는데, 제430조에 의하면 "법률에 달리 규정하는 경우를 제외하고 경죄를 인지하는 조서 및 보고서는 단순한 참고자료로서만 그 효력을 갖는다"고 하면서도[355] 제431조에서는 법률에 달리 정한 바에 따라 사법경찰관이 작성한 조서 또는 보고서에 경죄를 인지할 수 있는 권한을 부여받은 경우에는 이에 대한 반증은 서증 또는 증언으로만 주장할 수 있다고 함으로써,[356] 사법경찰관이 작성한 조서는 원칙적으로 참고자료로만 활용되지만, 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 본증으로서 증거능력을 확보하는 규정을 두고 있음을 알 수 있다.

---

de la partie qu'elle concerne."

353) 사법경찰관에 의해 수집된 증거의 통제에 대해 자세히는 유주성, "프랑스 형사증거법상 증거자유주의에 관한 연구", 108면 이하.

354) *Bernard Bouloc, procédure pénale*, Dalloz, 2008, p.124(한제희, "프랑스의 위법수집증거 취급방법 개관",『형사소송 이론과 실무』, 제3권 제2호(2011.12.), 한국형사소송법학회, 200면에서 재인용).

355) Code de procédure pénale Article 430.
"Sauf dans le cas où la loi en dispose autrement, les procès-verbaux et les rapports constatant les délits ne valent qu'à titre de simples renseignements."

356) Code de procédure pénale Article 431.
"Dans les cas où les officiers de police judiciaire, les agents de police judiciaire ou les fonctionnaires et agents chargés de certaines fonctions de police judiciaire ont reçu d'une disposition spéciale de la loi le pouvoir de constater des délits par des procès-verbaux ou des rapports, la preuve contraire ne peut être rapportée que par écrit ou par témoins."

[표 2-18]「형사소송법」제312조 제4항 관련 입법례

우리나라	미국	독일	일본	프랑스
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."	제801조(d)(전문증거 아닌 진술) "다음의 조건을 충족한 진술은 전문증거가 아니다." "(1) (원진술자의 종전진술) 진술자가 이전에 증언하고 그 진술에 관해 반대신문을 받으며 그 진술이 다음 중 각 호의 조건을 충족시킨 경우 전문증거가 아니다. (A) 원진술자의 증언과 불일치하는 것으로서 그 진술이 사실심재판, 심문, 기타 다른 절차나 증거보전절차에서 위증죄로 처벌을 받을 것을 선서한 후에 행해지는 경우 (B) 증언자의 증언과 일치하는 것으로서 (ⅰ) 그와 같이 증언함에 있어서 진술자의 증언이 최근에 조작되었다거나 최근의 부당한 영향이나 동기에 따라 행동하였다는 명시적이나 묵시적인 주장에 대해서 이를 반작할 목적으로 제출된 경우 또는 (ⅱ) 다른 사유로 공격당한 증인인 원진술자의 신용성을 보강하기 위한 목적으로 제출된 경우 (C) 진술자가 이전에 보았던 어떤 사람이 그 사람임을 확인해 주는 진술"	제250조(직접신문의 원칙) "사실의 증명이 사람의 인지에 근거하면, 그 사람을 공판에서 신문해야 한다. 신문은 그 전의 신문에 관하여 작성된 조서의 낭독 또는 진술서의 낭독으로 대체되어서는 안된다." 제251조(조서의 낭독을 통한 서증) (1) "증인, 감정인 또는 공동피고인에 대한 신문은 다음 각 호에 해당하는 경우에 신문조서 또는 그들이 작성한 진술서를 포함하는 문서의 낭독으로 대체될 수 있다." 1. "피고인에게 변호인이 있고, 검사, 변호인 그리고 피고인이 이에 동의한 경우" 2. "낭독이 피고인의 자백을 확인하는 데에만 소용되고 변호인 없는 피고인 및 검사가 낭독에 동의하는 경우" 3. "증인, 감정인, 또는 공동피고인이 사망하거나 다른 이유로 가까운 장래에 법원에서 신문을 받을 수 없는 경우" 4. "조사 또는 문서가 재산상 손	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 진술자가 공판준비 혹은 공판기일에 있어서 전의 진술과 상이한 진술을 하였을 때" 2. "검찰관의 면전에서의 진술을 녹취한 서면에 대하여는 진술자가 사망, 정신 혹은 신체의 이상, 소재불명 혹은 국외에 있기 때문에 공판준비 혹은 공판기일에서 진술을 할 수 없는 때 또는 공판준비 혹은 공판기일에서 전의 진술과 상반되거나 혹은 실질적으로 상이한 진술을 한 때, 단 공판준비 혹은 공판기	제427조 ① "법률이 달리 규정하는 경우를 제외하고 범죄사실은 모든 증거방법으로 증명할 수 있으며, 판사는 자유심증에 따라 재판한다." ② "판사는 공판정에 제시되고 자기의 면전에서 대심의 방식으로 토의된 증거만을 그 판단의 근거로 한다." 제430조 "법률이 달리 규정하는 경우를 제외하고 경죄를 인지하는 조서 및 보고서는 단순한 참고자료로서만 그 효력을 갖는다." 제431조 "사법경찰관리 또는 특별사법경찰관리가 법률의 특별규정에 따라 조서 또는 보고서에 의하여 경죄를 인지할 수 있는 권한을 부여받은 경우에 이에 대한 반증은 서증 또는 증언으로만 주장할 수 있다."

우리나라	미국	독일	일본	프랑스
	(2) "(반대당사자의 진술) 반대당사자에게 불리하게 제출된 진술로서 (A) 개인이나 대표자가 당사자 자격으로서 행한 진술 (B) 그 당사자가 진술의 내용이 진실임을 원용하거나 믿는다고 표명한 진술 (C) 그 당사자로부터 그 주제에 관해 진술할 권한을 부여받은 자가 행한 진술 (D) 대리 또는 고용관계가 존속하는 동안 그 업무의 범위내에서 대리인 또는 종업원에 의해 행해진 진술 또는 (E) 공모중이거나 공모를 조장하는 과정에서 그 당사자와 공무관계에 있는 자가 행한 진술. (C)호상의 원진술자가 부여받은 권한, (D)호상의 대리 또는 고용관계의 존재나 범위, 또는 (E)호상의 공모의 존재나 공모에의 가담에 대해서는 원진술자의 진술이 고려되어야 하지만 그 진술자체로 입증되는 것은 아니다." 제802조(전문증거배제의 법리) "전문증거는 연방법, 본법에서의 규정들 또는 연방 대법원이 정한 다른 규정들에서 정한 경	해의 존재 또는 정도와 관련된 때" (2) "증인, 감정인, 또는 공동피의자에 대한 신문은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에도 그 전의 법관에 의한 신문조서의 낭독으로 대체될 수 있다." 1. "증인, 감정인 또는 공동피의자의 공판 출석이 질병, 노쇠, 그 밖에 극복할 수 없는 장애로 인하여 상당기간 또는 불확정기간 동안 어려울 경우" 2. "증인 또는 감정인의 진술의 중요성을 감안하면 그들의 공판 출석을 원거리로 인해 기대할 수 없는 경우" 3. "검사, 변호인 그리고 피고인이 낭독에 동의한 경우" (3) "낭독이 판결에 직접적으로 기여하기 위한 것이 아니라 다른 목적, 특히 누군가에게 출석요구를 하여 신문할지 여부에 관한 재판을 준비하는데 이바지해야 한다면, 신문조서, 문서 그 밖에 증거방법으로 사용되는 서류는 그렇지 않은 경우에도 낭독될 수 있다."	일에서의 진술보다도 전의 진술을 신용할만한 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 신용할만한 정황하에서 이루어진 것인 때에 한한다." 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 규정에도 불구하고 이를 증거로 할 수 있다." ④ "감정의 경과 및 결과를 기재	

우리나라	미국	독일	일본	프랑스
	우를 제외하고 증거로 허용되지 않는다." 제803조(전문증거법칙의 예외들) "다음과 같은 경우에는 원진술자가 증인으로서의 환문가능성 여부와는 관계없이 전문증거법리에 의해 배제되지 않는다." "(1) (현재의 감각적인 인상) 원진술자가 어떤 사건이나 상태를 지각하는 동안 또는 그 직후에 사건이나 상황을 묘사하거나 설명하는 진술 (2)(흥분상태에서의 언급) 원진술자가 놀라운 사건이나 상황에 처했을 때 이로 인해 야기된 흥분상태에 있는 동안 행한 진술 (3)(진술당시 존재하던 정신적, 감정적 또는 신체적 상태에 관한 진술) … (8)(공적인 기록들) 공공기관의 기록 또는 진술은 (A) (ⅰ)해당 공공기관의 활동에 대한 것으로서 (ⅱ) 보고해야 할 법적의무하에서 관찰된 내용(단 형사사건에서 법집행기관 종사자에 의해 인지된 것은 이에 포함되지 않음)을 포함하고 있고, (ⅲ) 민사사건 또는 정부에 대한 형사사	(4) "제1항, 제2항에 해당하는 사안에서 낭독명령여부는 법원이 결정하며 법원은 낭독의 근거를 고지한다. 법관에 의한 신문조서를 낭독하는 경우 피신문자의 선서여부를 확인한다. 선서는 법원이 이를 필요하다고 보고 가능한 경우에 이를 추완한다." 제253조(기억을 돕기 위한 조서의 낭독) (1) "증인 또는 감정인이 어떤 사실이 더 이상 기억나지 않는다고 진술하면 그의 기억을 돕기 위하여 그 전의 신문조서 중 이와 관련있는 부분은 낭독될 수 있다." (2) "신문에서 드러난 종전진술과의 모순이 공판의 전지 외의 다른 방법으로는 확인되거나 제거될 수 없는 경우에도 제1항과 동일하게 할 수 있다."	한 서면으로 감정인이 작성한 것에 대하여도 전항의 형과 같다."	

우리나라	미국	독일	일본	프랑스
	건에 있어서 법률에 의해 부여된 권한에 따른 조사를 통해 확인된 사실들로서 (B) 정보의 출처나 기타 정황상 신용성이 결여된 것으로 인정되는 것이 아니어야 한다. … (24) 기타의 예외는 제807조로 이동되었다." 제804조(전문법칙의 예외 : 원진술자를 소환하여 신문할 수 없는 경우) (a) "(원진술자를 증인으로 소환하여 신문하기 불가능한 경우가 갖는 의미) 원진술자를 소환하여 신문하기 불가능한 경우로 고려되는 경우는 원진술자가 (1) 자신의 진술 주제에 관한 증언을 거부할 수 있는 어떤 특권이 있어 진술의 주제에 대해서 증언하는 것을 법원의 결정으로 면제받은 경우, (2) 법원의 명령에도 불구하고 진술의 주제에 대한 증언을 거부하는 경우 (3) 진술할 주제에 대해 기억하지 못한다고 증언하는 경우 …" (b) "(전문법칙의 예외들) 다음과 같은 증거는 원진술자의 환문이 불가능한 경우 전문법칙에			

우리나라	미국	독일	일본	프랑스
	따라 증거능력이 배제되지 않는다. (1) (증인의 종전진술) 증인의 종전진술은 (A) 그 종전의 진술이 현재의 재판이나 다른 재판절차가 진행되는 동안 사실심 공판절차, 준비기일 혹은 법률에 따른 진술보전절차에서 증인으로서 행한 증언으로서 (B) 이제 그 이전의 증언이 증거로 제공되는 반대 당사자나 민사사건에서의 이해관계를 같이 하는 피승계인이 주신문, 반대신문, 재주신문을 통해 증언할 기회를 갖거나 비슷한 동기를 갖게 된 경우를 말한다." (2) "(죽음이 임박했다는 믿음하에서 행한 진술) 살인죄로 소추된 형사사건 또는 민사사건에 있어서 원진술자가 스스로 죽음에 임박해 있다고 믿는 동안에 행한 진술로서 원진술자 자신이 믿는 임박한 죽음의 원인이나 상황에 관한 진술 (3) (이익에 반하는 진술) 이익에 반하는 진술은 (A) 원진술자의 진술이 행해진 시점을 기준으로 원진술자의 금전상 혹은 재산상의 이익에 상당히 반하거나 타인에 대한			

우리나라	미국	독일	일본	프랑스
	원진술자의 주장을 무효로 하거나 원진술자에게 민사상이나 형사상의 책임을 지우려는 경향이 현저한 것으로서 합리적인 사람이 원진술자의 입장에 있다면 진실임을 믿지 않는 한 하지 않았을 원진술자의 진술과 (B) 형사사건에서 원진술자에게 형사적인 책임을 지우게 하려는 진술로서 제공될 경우 그 진술의 신용성을 명백하게 나타내는 정황증거들에 의해 보강되는 진술 …" 제807조(기타 예외적 규정) "(a) (일반원칙) 다음과 같은 경우 전문진술은 비록 제803조 및 제804조에서 정한 전문증거의 예외로서 특별한 취급을 받지 못하는 경우라도 전문증거의 법리에 따라 배제되지 않는다. 즉 (1) 당해 진술의 신용성에 대해 동등할 정도의 정황적 보장이 있고, (2) 제출되는 증거는 중요한 사실에 대한 증거이며, (3) 증거제출자가 합리적인 노력을 통해서 얻을 수 있는 어떤 다른 증거보다도 당해 진술은 제출된 쟁			

우리나라	미국	독일	일본	프랑스
	점에 대해서 보다 증거적 가치를 가지며, (4) 당해 진술을 증거로서 인정하는 것이 본 규정들의 목적과 정의를 가장 잘 실현할 것이라고 인정되는 진술이어야 한다.(b)(통지) 당해 진술은 사실재판기일이나 재판전심문기일 이전에 증거제출자가 반대당사자에 대해서 원진술자의 성명 및 주소를 포함하는 진술 제출의 계획 및 그 구체적인 내용에 대한 합리적인 통지를 행하여 이에 따라 반대당사자가 이에 대응하기 위한 공정한 기회를 갖는 경우에만 허용된다."			

4. 개선방안

대체로 외국의 입법례의 경우에는 반대신문권의 기회가 부여되어 있으면 진술증거의 전문증거성을 부정하거나 전문증거라 하더라도 증거능력을 인정하고 있다. 또한 원진술자가 공판정에서 진술할 수 있는 경우에는 원진술을 우선하고, 원진술자가 진술할 수 없거나 상반되는 진술을 하는 등의 특별한 경우에 한해 조서의 증거능력을 인정하는 구조를 취하고 있는 것으로 판단된다. 즉 원진술자의 법정진술을 우선하고 조서는 보충적인 수단으로 이해되는 것으로 평가할 수 있는데, 2007년 개정 「형사소송법」의 정부원안의 경우에는 참고인진술조서의 경우에 "원진술자가 공판준비 또는 공판기일에 경험사실에 관하여 구체적으로 진술한 후"에 조서의 증거능력 인정요건을 설시함으로써 이를 조문에 명시적으로 규정하려 한 것으로 평가된다(조서의 보충성). 진술증거에 있어 직접주의의 실현이든, 전문법칙의 예외든 그 규정취지 및 해석론을 불문하고, 참고인진술조서에 대한 정부원안은 과거 예심재판체제하에서 횡행했던 조서재판을 극복하고 공판중심주의를 실현하려는 정책기조에 더욱 부합하는 것으로 평가된다. 차제에 조서를 진술증거의 원칙적 증거방법으로 활용하는 입법례에서 벗어나 조서의 보충성을 보다 명확히 할 필요가 있다.

사실 참고인진술조서의 증거능력 인정요건에 반대신문의 기회가 부여되어 있다면 피고인이 스스로 진술의 신빙성을 확인할 기회가 부여되어 있으므로 그 자체로 증거능력을 인정하는데 큰 무리는 없다.[357] 하지만 현행법은 조서작성의 형식적 진정성립과 원진술자의 진술에 의한 실질적 진정성립[358]에 덧붙여 특신상태[359]까지 요구하고

---

357) 흔히 영미에서 증인이 진실을 말할 확률을 높이는 방편으로 선서, 증인의 태도, 맥락, 반대신문을 열거하고, 특히 반대신문의 경우에는 증인을 불러 선서하게 하고 증인의 태도를 살피고 맥락을 확인할 수 있다는 점에서 앞선 3가지를 모두 포함하는 것으로 이해한다(김희균, "형사증거법의 재조명(1): 전문법칙과 불일치진술", 『홍익법학』, 제14권 제1호(2013.2.), 홍익대학교 법학연구소, 369면).

358) 전문서류의 진정성립을 요구하는 이유는 증거의 진정성(authentication)을 입증하라는 것이다. 미국 「연방증거법」(Federal Rules of Evidence) 제901조도 진정성의 문제는 사실을 알고 있는 증인의 증언(testimony of witness with knowledge), 필적감정(nonexpert opinion on handwriting), 음성의 동일성(voice identification), 전화대화(telephone conversations), 공적기록이나 리포트(public records or report), 절차나 시스템(process or system) 등 여러 방법으로 입증할 수 있도록 하고 있다.

359) 우리나라 판례는 특신상태의 판단에 있어 "형사소송법 제312조 제4항에서 '특히 신빙할 수 있는 상태'란 진술 내용이나 조서 작성에 허위개입의 여지가 거의 없고, 진술 내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있는 것을 말한다"고 한다(대법원

있는데 이는 불필요한 요건을 중복으로 설시한 것으로 생각된다. 수사절차의 준수를 특신상태 판단의 주요한 기준으로 보거나 실질적 진정성립이 있으면 특신상태를 추정하는 우리나라 형사실무의 관행은 진정성립과 특신상태 판단이 맥락상 크게 다르지 않음을 반증한다. 또한 반대신문의 기회에 조서작성 경위와 같은 적법절차뿐만 아니라 판례가 요구하는 진술의 임의성 및 신빙성까지 법정에서 확인할 기회가 있으므로 「형사소송법」 제312조 제4항의 특신상태요건은 옥상옥(屋上屋)이라 할 수 있다. 더구나 진술의 임의성에 대해서는 우리나라 「형사소송법」이 별도의 규정을 두어 증거능력을 판단하고 있으므로 조서의 내용이 된 참고인 진술의 신용성 및 신빙성과 관련한 요건을 별도로 규정하는 것은 과잉입법으로 판단된다. 사견을 전제로 반대신문권의 기회가 보장되어 있는 상황에서 「형사소송법」 제312조 제4항에 특신상태 요건이 필요한지는 의문이다.

생각건대 조서의 경우에는 피고인과 변호인이 증거사용에 동의하거나 내용을 인정한 경우에 한해 증거능력을 긍정하는 것이 타당하다는 점에서 참고인진술조서의 경우에도 그 요건을 강화하는 것이 타당한 것으로 판단된다. 2005년 사개추위의 제1차 시안에 의하면 조서는 검찰, 경찰을 구분하지 아니하고 모두 피고인 또는 변호인이 그 내용을 인정하거나 동의하는 경우에 한하여 증거능력을 인정해야 하는 것으로

2012.7.26. 선고 2012도2937 판결). 다만 특신상태의 의미내용에 대해서는 구체적인 언급을 하지않고 있다. 해당 논의의 답을 찾기 위해 「형사소송법」 제312조 제1항 및 제2항의 특신상태요건에 대한 논의를 차용하면 「형사소송법」 제312조 제1항 등의 특신상태에 대해서는 우리나라 법원이 별다른 판단을 하고 있지 않아 진술내용의 신빙성설, 적법절차설 및 신용성의 정황적 보장설에 대한 학설대립이 있다. 신빙성설에 대해서는 증명력과 증거능력을 혼동하고 있다는 비판이 있고, 신용성의 정황적 보장설은 수사과정에서 사술이나 기망이 개입될 여지가 지극히 제한적인 상황에서 검사면전 피신조서의 증거능력을 지나치게 제한함으로써 제312조 제1항 및 제2항을 사문화시킬 우려가 있다는 비판이 제기된다(제312조 제1항의 특신상태에 대해서 자세히는 신동운, 『신형사소송법』(제5판), 박영사, 2014, 1278면 참조). 사견을 전제로 조서작성의 경우에 진술의 신빙성에 대한 외부적 정황이든 진술자체의 신빙성이든 조서작성 절차를 떼어 놓고서는 상정하기 어려운 만큼 적법절차설의 관점에서 특신상태를 이해하는 것이 바람직하고, 수사기관 면전에서 작성된 조서의 특신상태에 대해서는 동일한 기준을 해석해야 한다는 점을 감안하면 제312조 제4항의 특신상태도 적법절차설의 관점에서 파악하는 것이 바람직할 것으로 생각된다. 우리나라 판례도 공무원의 수뢰사건을 수사하는 검찰관이 해외도피중인 뇌물공여자를 대상으로 참고인진술조서를 받는 과정에서 정상적인 사법공조절차를 거치지 않은 점을 주요한 기준으로 하여 특신상태를 부정한다(대법원 2011.7.14. 선고 2011도3809 판결. 물론 해당 판례의 경우에 참고인이 해외도피한 사정에서의 진술의 신빙성에 대한 부분 - 굳이 진술할 필요가 없는 상황에서 진술한 점, 피고인에 대한 나쁜 감정이 배경이 된 점, 법정에서 자신의 진술에 대한 신빙성을 담보하지 않겠다고 한 점 등 - 을 같이 검토하였지만, 주된 판단기준이 사법절차의 미준수였음을 부정할 수는 없다).

제안하였는데,[360] 수사기관이 범죄의 증명에 사용하기 위해 작성한 서류는 일반적인 전문증거에 해당하지 않는다는 것이 미국의 입법례라는 점에 비추어 보더라도 피고인과 변호인의 내용인정을 증거능력 인정요건으로 설시하는 것이 타당한 것으로 판단된다.

한편 미국 「연방증거법」이 법집행기관의 공적인 기록을 형사재판에 증거로 사용하는데 부정적이고, 법정 외에서의 종전진술과 법정에서의 현재진술이 불일치하는 경우에는 위증의 벌을 경고받은 경우에 한해 진술의 불일치성을 증명하기 위한 목적범위 내에서 전문증거의 배제를 규정하고 있음을 감안하면, 이에 덧붙여 참고인이 내용을 부인하는 경우에도 해당 증거의 증거능력을 부정하고 특정범위에서 증거가치를 인정하는 것이 적절한 것으로 평가된다.[361] 이에 따라 수사기관이 작성하는 조서의 경우에는 조사대상자가 피의자인지 아니면 참고인인지, 또 작성주체가 검찰인지 아니면 사법경찰관인지 불문하고 공판정에서 조서의 내용을 부인하는 한 그 증거능력을 부인하는 것이 타당하다고 판단된다.[362] 다만 이 경우에도 요증사실의 증명을 위한 직접증거로서의 증거능력을 부인하는 것일 뿐, 원진술자의 공판정에서의 진술을 탄핵하기 위한 증거로서의 증거능력까지 부인하는 것은 아니다. 미국의 「연방증거법」도 증인의 자기모순의 진술은 전문증거가 아니라고 규정하고 있는데,[363] 이는 원래 영미의 전통

---

360) 사법제도개혁추진위원회, 『사법제도개혁추진위원회 백서(상) -사법선진화를 위한 개혁-』, 2006, 197면 이하.

361) 역으로 일본처럼 참고인이 내용을 부인하는 경우에 특신상태를 요건으로 조서의 증거능력을 인정할 수도 있을 것이다. 실제로 「형사소송법」을 개정하기 위해 활발하게 논의하던 사법개혁추진위원회에서 피고인이 동의하지 않는 한 참고인진술조서의 증거능력을 부인해야 한다거나, 모순진술에 한해 증거능력을 인정하자는 의견들이 주장되었던 바, 모두가 이러한 외국의 입법례가 그 기초를 이루고 있음을 알 수 있다. 그 외에도 정부원안처럼 당시에 반대신문권 보장과 증인의 법정진술의 충실화를 위해 조서를 증거로 사용하기 전에 증인이 경험사실에 대하여 먼저 구체적으로 진술할 것과 반대신문이 행해지는 것 등을 증거능력 요건으로 삼아야 한다는 주장 등이 있었다(신이철, "참고인 진술조서의 증거능력 인정요건 -특히 전문법칙과의 관계에서-", 368면).

362) 개정 「형사소송법」 제312조 제3항의 사경작성 피신조서에 대한 규정이 전문법칙을 가장 충실하게 표현한 규정으로 이해하면서 검사작성피신조서의 입법적 타당성을 지적하는 입장(신이철, "참고인 진술조서의 증거능력 인정요건 -특히 전문법칙과의 관계에서-", 365면 각주5)도 최소한 피신조서에 한해서는 동일한 취지로 이해된다.

363) 미국 「연방증거법」 801(d)(1)(a) 참조. 동규정은 원진술자의 진술과 모순되는 것으로서 원진술자가 이전의 신문절차에서 위증죄처벌을 전제로 선서한 후에 진술이 행해진 경우에는 전문증거가 아니라고 하고 있는데, 우리나라도 만약 참고인허위진술죄를 도입하면 본 조의 경우처럼 범죄성립의 부담을 안고 작성된 조서에 대해 전문증거성을 부정하고 증거능력을 인정하는 취지의 입법도 가능할 것이다.

은 증인의 자기모순의 진술에 대해서도 그것이 전문증거인 경우에는 탄핵증거로 허용되지 않는다는 입장이었지만, 증인의 자기모순진술이 현재의 진술이 허위이고 종전의 진술이 진실이라는 것을 증명하기 위한 것이 아니라 증인의 신빙성을 다투기 위한 것으로 보아야 한다는 고려에서 전통적인 견해를 포기하고 연방증거법에 자기모순의 진술은 전문증거가 아니라는 규정을 둔 것으로 이해하고 있다.[364] 우리나라 「형사소송법」이 증거능력과 증명력을 구별하고 있으므로 내용이 부인된 참고인 진술조서가 탄핵증거로서 공판정에 현출되고 참고인의 공판정에서의 진술의 신빙성에 영향을 미치는 한, 그 자체로 요증사실의 증명방법인 증거로서의 역할에 충실한 것으로 이해해야 한다. 조서가 자기모순의 진술로서 탄핵증거로 기능한다는 것은 결국 법정에서 증인의 원본증거의 증명력에 영향을 준다는 의미를 가지고 있으므로 증거로서의 가치가 폄하되는 것으로 보기 어렵다. 오히려 조서의 증거능력 요건을 지금보다 완화하려는 의도가 소위 수사효율성 및 사법시스템의 무력화를 방지하기 위한 것이라는 허울에 기대어 진술증거에 의존해서 실체진실을 발견하려는 수사편의주의의 일단은 아닌지 고민해볼 필요가 있다. 그리고 우리나라 「형사소송법」이 참고인진술조서의 증거능력 인정요건에 집중하는 것이 단순히 증거의 자격으로서 증거능력을 인정받기 위한 것이 아니라 증거능력 인정요건을 충족하는 것만으로 증명력에 영향을 준다는 착시 또는 법원에 대한 기대를 반영한 것은 아닌지 고민할 지점이 있다. 원진술자가 공판정에서 진술할 수 있는 한, 원진술자가 내용을 부인하는 경우까지 조서의 증거능력을 인정하는 것은 현재 우리 형사소송법의 공판중심주의로의 지향성에도 부합하지 않는 것이며, 과거 조서재판의 효율성에 경도된 지나친 입법적 배려가 아닌가 한다.[365][366]

한편 참고인인 증인이 내용을 인정하는 경우, 즉 종전진술과 부합하는 진술을 하는 경우에 곧바로 조서의 증거능력을 인정한다면, 피고인의 방어권보장에 치밀하

364) 이재상·조균석, 『형사소송법』(제12판), 672면.

365) 공판중심주의의 실현이라는 점에서는 일본처럼 원진술자인 참고인의 법정 진술과 조서의 내용이 일치하는 경우에는 조서의 증거능력을 부인한다는 전제하에 진술이 불일치하는 경우에 한해서 특신상태요건을 전제로 증거능력을 인정하는 대안도 고려해 볼 만하다.

366) 수사기관 입장에서는 피조사자의 내용부인만으로 기껏 작성한 조서의 증거능력이 부정된다면 수사기관의 역할 및 그 효용성에 비추어 적절하지 않다고 비판할 수 있다. 설득력 있는 비판이다. 따라서 수사의 효율성과 조서의 보충성에 입각한 공판중심주의의 조화를 모색하는 노력이 필요할 것으로 판단된다. 성급한 결론일 수 있지만, 조사자증언제도의 활용도를 제고하는 것이 그 대안이 되지 않을까?

지 못한 문제가 있으므로 피고인에게 반대신문의 기회를 부여하여 진술의 신빙성에 대하여 탄핵할 수 있는 기회를 줌으로써 피고인의 방어권보장과 재판의 공정성을 확보할 필요가 있다. 따라서 이와 같은 경우에는 피고인의 반대신문권의 기회보장을 주된 요건으로 하여 증거능력을 인정하도록 개선안이 요구된다. 종전진술과 부합하는 진술의 경우에 필요성(해당 조서가 범죄사실의 존부의 증명에 반드시 필요하다는 요건) 요건이나 특신상태의 추가 등 별도의 요건을 마련할지는 다시 고민할 필요가 있겠지만, 직접주의에 위반된다는 비판을 예상하면서도 현재의 진술내용과 부합하는 진술조서의 증거능력을 긍정하는 것은 소송경제 이외에 증거법상의 특별한 의미는 없는 것으로 생각된다.

[표 2-19]「형사소송법」제312조 개정안

현행	개정안
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."	제312조 ④ "검사 또는 사법경찰관이 피고인이 아닌 자의 진술을 기재한 조서는 다음 각 호의 경우에 한해 그 증거능력이 인정된다." 1. "적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 피고인이 내용을 인정한 경우" 2. "적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 원진술자가 내용을 인정하고 피고인 또는 변호인이 공판준비 또는 공판기일에 그 기재내용에 관하여 원진술자를 신문할 수 있었던 경우"

제14절 | 진술서 및 진술기재서 (박성민)

1. 서 설

가. 입법연혁

수사과정에서는 통상 수사기관이 작성 주체인 조서 이외에도 수사상의 필요에 의해

참고인 또는 피의자가 직접 진술내용을 기록하는 방법으로 소위 진술서를 작성하는 경우들이 있다.[367] 수사과정에서 작성된 진술서는 진술서류의 형식에만 차이가 있을 뿐 조서와 실질에 있어서는 차이가 없으므로 「형사소송법」 제312조 제5항은 조서와 동일한 요건으로 증거능력을 인정한다. 반면에 수사과정 이외에서 작성한 진술서 및 진술기재서는 「형사소송법」 제313조에 그 요건을 규정하고 있는데, 제313조의 경우 그 요건의 모호성과 법원의 불명확한 판단기준들로 인해 일찍부터 해석론이 왕왕한 상황이었다. 그럼에도 불구하고 2007년 「형사소송법」 개정 당시에 수사기관 작성 조서의 증거능력 인정기준에 대한 논의가 주를 이룬 관계로 제313조에 대해서는 그 개정이 없다가, 2016년에 비로소 진술정보를 수록한 정보저장매체도 진술서 등 서류에 준하는 객체로 입법화하는 등 일부개정이 있었다.[368] 아울러 동조 제2항을 개정하여 진술서의 작성자가 성립의 진정을 부인하는 경우에는 디지털 포렌식 자료 등 과학적이고 객관적인 방법에 의해 성립의 진정이 증명되면 증거능력을 인정하는 규정을 두고 있다. 다만 피고인 아닌 자가 작성한 진술서의 경우 증거능력을 인정하기 위해서는 반대신문권이 보장되어야 함을 명문화하였다.

나. 쟁점

1) 「형사소송법」 제313조와 전문법칙과의 관계

해석론상 문제가 되는 것은 「형사소송법」 제정 당시부터 이미 존재했던 제313조[369]와 달리, 1961년 개정 「형사소송법」에 전문법칙에 대한 제310조의2가 신설됨으

---

367) 「검찰사건사무규칙」 제13조 제3항은 "검사는 피의자 또는 피의자 외의 자의 진술을 들음에 있어 진술인이 서면 진술을 원하는 경우, 진술 사항이 복잡하고 진술인이 서면 진술에 동의하는 경우 등 서면 진술을 하게 함이 상당하다고 인정되는 때에는 별지 제20호의2 서식의 진술서를 작성하도록 할 수 있다"고 규정하고 있고, 「검사의 사법경찰관리에 대한 수사지휘 및 사법경찰관리의 수사준칙에 관한 규정」 제24조 제3항은 "진술사항이 복잡하거나 참고인이 서면진술을 원할 때에는 진술서를 작성하여 제출하게 할 수 있다"고 하면서 제4항에서는 "이 경우에는 가능하면 자필로 작성할 것을 권고하여야 하며 수사담당 사법경찰관리가 대필하지 아니하도록 한다"고 규정하고 있어 참고인의 동의를 전제로 진술조서를 작성하는 대신 진술서를 제출받을 수 있다.

368) 입법 이전에도 우리나라 판례는 정보저장매체에 입력하여 기억된 문자정보 또는 그 출력물을 증거로 사용하는 경우 진술서 및 진술기재서와 동일하게 취급하였다(대법원 2011.9.8. 선고 2010도7497판결 등 참조).

369) 제정 「형사소송법」 제313조 "전2조의 규정 이외에 피고인 또는 피고인이 아닌 자가 작성한 서류 또는 그 진술을 기재한 서류로서 작성 또는 진술한 자의 자필이거나 그 서명 또는 날인

로써 제313조에 새로이 전문법칙의 예외라는 의미가 덧씌워지고, 이후 제313조 제1항 단서가 추가됨으로써 제313조와 전문법칙의 관계가 의미있는 쟁점이 되었다.[370] 즉 제313조가 직접주의의 예외인지 아니면 전문법칙의 예외인지가 특히 문제된다.

2) 제313조 제1항의 해석론

「형사소송법」 제313조에 대해서는 특히 제1항의 본문과 단서의 관계 및 단서의 개별문구에 대한 해석논의가 있다. 제1항 본문은 피고인 또는 피고인 아닌 자가 작성한 진술서나 진술을 기재한 서류에 대한 증거능력 인정요건으로서, 동 규정에 의하면 진술서와 진술을 기재한 서류(이하 진술기재서로 칭함)를 구분하고 있어 작성주체에 따라 피고인의 진술서 및 진술기재서, 피고인 아닌 자의 진술서 및 진술기재서로 나눌 수 있다. 문제는 제1항 본문의 작성자와 진술자의 의미인데, 진술서의 경우에는 작성자와 진술자가 일치하므로 특별히 문제가 되지 않지만, 진술기재서는 작성자와 진술자가 일치하지 않으므로 작성자나 진술자 가운데 1인의 성립의 진정만으로 증거능력이 인정된다는 의미인지, 아니면 진술서는 작성자에 대비되는 개념이고 진술기재서는 진술자에 대비되는 개념으로 해석해서 진술기재서의 경우에는 원진술자의 성립의 진정이 필요한 지가 문제된다. 대체로 학계[371]와 판례[372]의 입장은 후자의 입장에서 본문의 경우 원진술자의 성립의 진정이 필요하다는 입장이다.[373]

한편 「형사소송법」 제313조 제1항 단서는 "피고인의 진술을 기재한 서류는 공판준비 또는 공판기일에서의 그 작성자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명되고 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 때에 한하여 피고인의 공판준비

이 있는 것은 공판준비 또는 공판기일에 피고인 또는 피고인 아닌 자의 진술에 의하여 성립의 진정함이 증명된 때에는 증거로 할 수 있다."

370) 신동운, 『신형사소송법』(제5판), 1211면.

371) 신동운, 『신형사소송법』(제5판), 1218면; 법원행정처, 『법원실무제요 형사(II)』, 1998, 114면.

372) 대법원 2005.2.18. 선고 2004도6323 판결.

373) 이에 반해 원진술자와 작성자 중 어느 일방의 성립의 진정이 있으면 증거능력이 인정된다는 입장으로는 양동철, "진술서·진술녹취서의 증거능력", 『경희법학』, 제48권 제3호(2013.3.), 경희대학교 법학연구소, 453면. 이 입장에서는 항상 원진술자의 서명날인과 진정성립을 요구하는 것은 증거능력 인정범위를 지나치게 제한하는 것이며, 조서의 경우 성립의 진정에 대한 객관적 증명방법을 규정하고 있는 것에 비해서도 지나치게 불공평한 해석으로 이해한다. 그러나 수사절차에서 작성한 조서와 달리 수사과정 이외에서 작성된 진술서 등은 법적절차의 보장 없이 신용성이 의심되는 다양한 상황에서 작성되므로 그 요건을 좀 더 촘촘히 제한하는 것이 합리적일 것이다.

또는 공판기일에서의 진술에 불구하고 증거로 할 수 있다"고 하고 있는데, 피고인의 진술을 기재한 서류의 의미가 진술서를 의미하는지 또는 진술기재서를 의미하는지, 그도 아니면 양자를 모두 포함하는지에 대해 학설이 대립되고 있으며, "피고인의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 불구하고"라는 문구의 의미도 내용부인을 의미하는 것인지 아니면 성립의 진정을 부인하는 진술인지에 대해 학설이 나뉘어 있다. 이처럼 「형사소송법」 제313조 제1항의 해석론이 왕왕한 것은 우리나라 「형사소송법」이 매체를 기준으로 규정을 달리하면서도 유독 2중 전문구조를 취하는 진술기재서를 진술서와 함께 규정함으로써 해석상의 혼란을 초래한 것으로 판단된다.

2. 제313조의 증거능력 인정요건 및 쟁점의 해결

가. 증거능력 인정요건

1) 피고인의 진술서 및 (피고인의 진술을 내용으로 하는)진술기재서

피고인의 진술서는 수사단계에서 작성된 것은 「형사소송법」 제312조 제5항에 따라 「형사소송법」 제312조 제1항, 제2항, 제3항이 적용되고, 그 이외에서 작성된 것은 제313조 제1항이 적용된다. 피고인이 수사절차 이외에서 작성한 진술서는 원진술자인 피고인이 자필로 작성한 것이거나 서명날인이 있는 경우에는 피고인이 법정에서 진정성립을 인정하면 제313조 제1항 본문에 따라 증거능력이 인정된다.[374] 한편 피고인의 진술기재서는 원진술자인 피고인의 진술내용을 제3자가 작성한 것으로, 이 경우에는 원진술자인 피고인의 서명 날인이 있고 피고인이 법정에서 성립의 진정을 인정하면 제313조 제1항 본문에 따라 증거능력이 인정된다. 문제는 피고인이 성립의 진정을 부정하는 경우가 문제되는데, 이에 대해서는 「형사소송법」 제313조 제1항 단서에 별도의 규정을 마련하고 있다.[375]

---

374) 피고인이 성립의 진정을 부인하는 경우에도 「형사소송법」 제313조 제2항에 따라 디지털포렌식 등 과학적이고 객관적인 방법에 의해 성립의 진정이 증명되면 증거능력이 인정된다.

375) 다만 판례는 피고인의 진술기재서의 경우에 피고인이 증거사용에 부동의하는 경우에는 작성자인 제3자의 성립의 진정과 특신상태 인정을 조건으로 증거능력을 인정하는데, 이에 대해서는 후술한다.

2) 피고인 아닌 자의 진술서 및 (피고인 아닌 자의 진술을 내용으로 하는)진술기재서

피고인 아닌 자의 진술서 및 진술기재서는 수사단계의 경우에는 제312조 제5항에 따라 제312조 제4항이 적용되고, 그 이외에 작성된 진술서 및 진술기재서는 제313조 제1항 본문이 적용된다. 피고인 아닌 자의 진술서 및 진술기재서는 원진술자인 피고인 아닌 자가 성립의 진정을 인정하면 증거능력이 인정되지만, 부인하면 증거능력이 부정된다. 작성자와 원진술자가 다른 경우 원진술자가 성립의 진정을 부정하면 피고인의 진술기재서와 달리 「형사소송법」 제313조 제1항 단서는 적용되지 않는다.

나. 쟁점의 해결

1) 「형사소송법」 제313조와 전문법칙과의 관계

구두진술이 서면으로 전환된 진술서에 있어 진술서에 기재된 진술의 진실성이 요증사실이 되는 경우에는 전문법칙이 적용되고 「형사소송법」 제313조의 요건을 충족한 경우에 한해 증거능력이 인정된다.[376] 그런데 진술내용의 진실성이 아니라 진술의 존재자체가 입증의 대상이 되는 경우에는 전문법칙이 적용되지 않는다. 우리나라 대법원도 이를 인정하고 있는데, 구두진술을 서면으로 전환한 서류의 존재 자체가 요증사실로 되는 경우에는 전문법칙의 적용이 없음을 분명히 하고 있다.

> "피고인 또는 피고인 아닌 사람이 컴퓨터용디스크 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체에 입력하여 기억된 문자정보 또는 그 출력물을 증거로 사용하는 경우, 이는 실질에 있어서 피고인 또는 피고인 아닌 사람이 작성한 진술서나 그 진술을 기재한 서류와 크게 다를 바 없고, 압수 후의 보관 및 출력과정에 조작의 가능성이 있으며, 기본적으로 반대신문의 기회가 보장되지 않는 점 등에 비추어 그 내용의 진실성에 관하여는 전문법칙이 적용되고, 따라서 원칙적으로 형사소송법 제313조 제1항에 의하여 작성자 또는 진술자의 진술에 의하여 성립의 진정함이 증명된 때에 한하여 이를 증거로 사용할 수 있다. 다만 정보저장매체에 기억된 문자정보의 내용의 진실성이 아닌 그와 같은 내용의 문자정보의 존재 자체가 직접증거로 되는 경우에는 전문법칙이 적용되지 아니한다."[377]

---

376) "어떤 진술이 기재된 서류가 그 내용의 진실성이 범죄사실에 대한 직접증거로 사용될 때는 전문증거가 된다고 하더라도 그와 같은 진술을 하였다는 것 자체 또는 그 진술의 진실성과 관계없는 간접사실에 대한 정황증거로 사용될 때는 반드시 전문증거가 되는 것은 아니다"(대법원 2013.6.13. 선고 2012도16001 판결).

문제는 위 판결에서 우리나라 대법원이 디지털 저장매체에 저장된 이적표현물은 내용의 진실성이 아니라 존재자체가 요증사실의 대상이 된다는 점에서 전문증거가 아니라는 전제에서 작성자 또는 진술자의 성립의 진정이 없더라도 증거능력이 인정된다고 하면서, 한편으로는 해당 이적표현물이 첨부된 각 수사보고서는 이러한 첨부자료의 입수경위와 내용 등을 요약·설명한 서류로서 제313조 제1항을 적용하여 작성자인 경찰관이 법정에 증인으로 출석하여 성립의 진정을 인정하면 증거능력을 긍정한다.[378] 이에 대하여 문법칙의 예외로서 기능한 것이 아니라 실질적 직접심리주의의 예외로서 기능한 것으로 평가하는 입장이 있다.[379] 한편으로는 작성자와 진술자 및 매체의 종류를 구분하여 적용법조를 달리하는 우리나라 「형사소송법」의 입장에 따라 수사보고서는 수사기관내부에서 의미를 가지는 기록으로 제312조의 적용대상이 아니라 제313조 제1항의 적용대상이라는 것이 판례의 일관된 입장이고,[380] 입법연혁적으로도 제313조 제1항 단서는 전문법칙이 도입된 1961년 「형사소송법」 개정 이후에 신설된 것이므로 당연히 전문법칙의 예외로서 기능해야 한다고 할 수도 있다. 그러나 증거의 입증취지와 관련한 전문증거여부의 판단은 전문증거의 일반론으로서, 그것이 수사보고서에 기재되었다고 해서 그 입증취지를 달리 볼 것은 아니므로 위 사례의 경우 제313조의 적용을 전문법칙의 예외로 이해하는 것은 무리가 있다고 생각된다.

---

377) 대법원 2013.2.15. 선고 2010도3504 판결.

378) "원심판결 이유 및 제1심이 적법하게 채택하고 원심이 유지한 증거에 의하면, 각 첨부 자료는 그 내용의 진실성을 요증사실로 하는 것이 아니라, 그 자료 자체가 이적표현물에 해당한다는 점 또는 수사기관이 피고인 2의 주거지에서 입수한 해당 첨부 자료가 전국회의 ○○지부 사무실 등에서 발견된 기존 증거와 동일한 것이라는 점을 증명하기 위한 것으로서, 그와 같은 내용을 담은 자료의 존재 자체가 요증사실인 증거에 해당하고, 위 각 수사보고의 작성자인 경찰관 공소외 2가 제1심 공판기일에 증인으로 출석하여 그 성립의 진정에 관하여 진술한 사실이 인정된다. 이를 앞서 본 증거능력에 관한 법리에 비추어 살펴보면, 위 각 첨부 자료는 전문법칙이 적용되는 증거라고 할 수 없고 달리 그 증거능력을 배척할 사유가 없으며, 위 각 수사보고는 이러한 첨부 자료의 입수경위와 내용 등을 요약·설명한 서류로서 그 작성자의 공판기일 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명되었으므로, 형사소송법 제313조 제1항에 의하여 증거로 할 수 있다고 할 것이다"(대법원 2013.2.15. 선고 2010도3504 판결).

379) 신동운, 『신형사소송법』(제5판), 1212면.

380) 대법원 2010.10.14. 선고 2010도5610, 2010전도31 판결.

2) 제313조 제1항 단서의 해석론

가) "피고인의 진술을 기재한 서류"의 의미

「형사소송법」 제313조 제1항 단서는 본문과 달리 1961년 개정 「형사소송법」의 전문법칙 도입 이후에 신설된 것으로 그 자체로 전문법칙의 예외로 평가된다. 단서의 경우에는 "피고인의 진술을 기재한 서류는 공판준비 또는 공판기일에서의 그 작성자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명되고 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 때에 한하여 피고인의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 불구하고 증거로 할 수 있다"고 하고 있다. 이 때 피고인의 진술을 기재한 서류에 피고인의 진술기재서 이외에 피고인이 스스로 진술내용을 기재한 진술서를 포함할 것인가가 문제된다. 이에 대해서는 피고인의 진술서를 포함한다고 보는 입장[381]과 피고인의 진술서는 포함되지 않는다는 입장[382]으로 구분된다.

나) "공판준비 또는 공판기일에서의 진술에도 불구하고"의 의미

「형사소송법」 제313조 제1항 단서의 "공판준비 또는 공판기일에서의 진술에도 불구하고"의 의미에 대해서는 원진술자인 피고인의 진술에 의해서만 성립의 진정이 증명된다면 피고인이 진정성립을 부인하는 경우에는 해당 증거의 증거능력이 부정되므로 피고인이 공판기일에서 성립의 진정을 부인하더라도 제3자인 작성자의 진술에 의하여 성립의 진정이 인정되고 특신상태가 증명되면 증거능력을 인정한다는 입장[383]과 원진술자인 피고인이 성립의 진정을 인정하고 특신상태가 인정되면 피고인이 공판정에서 내용을 부인하더라도 증거능력을 인정한다고 하는 입장[384]이 대립된다. 후자의 입장은 제313조 제1항 단서의 "공판준비 또는 공판기일에서의 진술에도 불구하고"에서 진술의 의미를 성립의 진정이 아니라 내용의 인정여부로 해석한다. 이 밖에도 원진술자인 피고인의 진정성립 이외에 서류작성자인 타인의 진술에 의하여 재차 성립의 진정이 증명되어야 증거능력을 인정하겠다는 입장도 있다.[385] 사견으로는 피고인의 진술기재서의 경우에 피고인이 내용을 부인하는 경우에도 해당 진술기재서의 증거

381) 배종대·이상돈·정승환·이주원, 『신형사소송법』(제5판), 홍문사, 2013, 662면 이하.
382) 신동운, 『신형사소송법』(제5판), 1220면.
383) 신동운, 『신형사소송법』(제5판), 1221면.
384) 배종대·이상돈·정승환·이주원, 『신형사소송법』(제5판), 663면.
385) 손동권·신이철, 『새로운 형사소송법』(제4판), 세창출판사, 2019, 632면.

능력을 인정하는 데에는 신중할 필요가 있다고 생각된다. 이러한 입장에 의하면 피고인의 진술기재서와 검사작성 피의자신문조서의 증거능력 인정요건이 유사하게 되는데, 피고인 아닌 자에게 준사법기관인 검사와 동일한 정도의 신용성을 인정할 수 있는지는 의문이다. 오히려 진술기재서의 경우에는 형식적 진정성립을 요건으로 하지 않는다는 점에서 조서에 비해 높은 신뢰도가 부여되는 것으로 평가될 수 있음을 상기할 필요가 있다.

다) 판례의 입장

우리나라 판례는 피고인의 진술기재서의 증거능력을 인정함에 있어 피고인이 증거사용에 부동의한 경우 제313조 제1항 단서를 적용하여 작성자(고소인으로서 피고인 아닌 자)의 진술에 의하여 피고인의 진술내용이 피고인이 진술한 대로 기재한 것임이 증명되고 특신상태가 인정되면 증거능력이 인정된다는 입장이다.[386] 해당 판례에 대해서는 피고인의 증거부동의의 의미를 성립의 진정을 부인한 것으로 해석하는 입장이 있다.[387] 그러나 피고인의 진술기재서의 경우 진술자인 피고인의 서명이나 날인이 있는 경우가 오히려 예외적인 상황에서 피고인이 증거사용에 부동의하는 경우에는 본문이 적용될 여지가 없으므로 단서에 따라 작성자인 피고인 아닌 자의 진술과 특신상태를 요건으로 증거능력을 인정한 것으로 해석하는 것이 합리적이다.

한편 우리나라 판례는 「형사소송법」 제313조 제1항이 진술서와 진술을 기재한 서류를 구분하여 규정하고 있음에도 불구하고 제313조 제1항 단서에 피고인의 진술을 내용으로 하는 진술기재서 이외에 피고인의 진술서도 포함된다는 입장이다. 문제는 판례가 이러한 전제하에 피고인의 진술서는 피고인의 진술에 의하여 성립의 진정이 증명되고 특신상태가 인정되면 증거능력을 인정하는 것으로 판단하고 있는데[388] 이를 본문과 단서의 관계를 병합적으로 보면서 요건의 가중을 인정하고 있는 것인지, 아니면 본문의 규정에도 불구하고 단서만의 적용을 통해 - 어차피 작성자는 피고인이므로 - 증거능력 인정여부를 확인하고 있는지는 불분명하다.[389] 다만 판례가 피고인

386) 대법원 2001.10.9. 선고 2001도3106 판결.
387) 이은모 · 김정환, 『형사소송법』(제7판), 670면.
388) 대법원 2001.9.4. 선고 2000도1743 판결.
389) 이에 대해 본문에 단서를 추가한 것으로 이해하기 보다는 단서만의 적용으로 보아야 한다는 입장으로는 양동철, "진술서·진술녹취서의 증거능력", 451면.

의 진술서의 경우에는 작성자인 피고인의 진정성립 이외에 특신상태요건을 추가적으로 요구하고 있는 것만은 분명하다(가중요건설의 입장). 해당 판결에 대해서는 피고인이 그 내용을 부인하는 경우에도 작성자인 피고인이 성립의 진정을 인정한 경우에 제313조 제1항 단서의 규정을 적용하여 증거능력을 인정한 것으로 보는 입장[390]이 있다. 그러나 해당 판례의 경우에는 피고인이 해당 진술을 작성할 당시에 강압이 있었는지에 대한 문제, 즉 진술의 임의성 및 신빙성과 관련한 특신상태 여부가 문제된 것으로, 내용부인의 문제는 아닌 것으로 판단된다. 다만 진술당시에 강압이 있었다는 사정은 내용의 인부(認否)와도 어느 정도 관련성이 있음을 부정하기는 어렵다.

또한 우리나라 판례는 피고인 아닌 자의 진술을 피고인 아닌 제3자가 작성한 진술기재서에 대해서는 「형사소송법」 제313조 제1항의 본문에 따라 원진술자인 피고인 아닌 자의 진술에 의해 성립의 진정이 인정되면 증거로 사용할 수 있다는 입장이다.[391] 법문에 충실한 판단이지만, 피고인의 진술서나 피고인의 진술을 내용으로 하는 피고인 아닌 자의 진술기재서가 단서를 적용하여 특신상태를 요건으로 하는 것과 대비된다. 진술자와 작성자 모두 피고인이 아닌 상황에서 원진술자의 성립의 진정만으로 증거능력을 긍정하게 되면, 이중전문으로서 피고인이 검증하고 방어할 수 없는 진술들이 전문법칙을 벗어나 증거능력을 부여받게 되는데, 이는 피고인의 진술서 등에 비해 불합리한 면이 있다. 개정 「형사소송법」 제313조 제2항에 의하면 피고인의 진술서에 대해서는 과학적이고 객관적인 방법에 의한 진정성립의 증명을 인정하고, 피고인 아닌 자의 진술서의 경우에는 이에 더해 반대신문의 기회까지 요구하고 있음을 상기해보면, 피고인 아닌 자의 진술을 내용으로 하는 피고인 아닌 자의 진술기재서에 대해 반대신문의 기회보장도 없이 성립의 진정만으로 증거능력을 인정하는 것은 분명히 문제가 있는 것으로 판단된다.

390) 이은모 · 김정환, 『형사소송법』(제7판), 670면.
391) 대법원 1999.3.9. 선고 98도3169 판결.

3. 외국의 입법례

가. 미국

미국「연방증거법」은 제802조에 전문법칙의 증거능력을 부정하는 규정을 두면서 제803조 이하에 그 예외를 규정하고 있다. 미국「연방증거법」제803조는 원진술자의 증언가능성과 상관없이 현장감 있는 인상(Present Sense Impression), 흥분상태에서의 발언(Excited Utterance), 기록된 기억(Recorded Recollection) 등에 대해 증거능력을 인정한다. 제803조는 특히 신용성 내지 신빙성이 높은 유형을 나열하여 원진술자를 증인으로 출석시켜 신문하는 시간과 비용을 줄이기 위해 허용하는 것이므로 필수적으로 각 규정의 요건을 충족해야 한다.[392] 그리고 미국「연방증거법」제804조는 원진술자가 사망, 질병 등으로 법정에 출석할 수 없거나 증언을 거부하거나 원진술자가 자신의 증언내용을 기억할 수 없다고 증언하는 때에 증인의 종전 진술(Former Testimony), 임종시의 진술(Statement Under the Belief of Imminent Death), 이익상반진술(Statement Against Interest) 등의 경우에 증거능력을 인정한다. 미국「연방증거법」제803조 및 제804조의 예외들은 진술자의 사망직전에서의 진술처럼 진술자가 거짓을 말할 위험성이 없는 것과 같이 법정 외 진술이 특히 정확하거나 진실일 가능성이 있어서 원진술자의 진술에 대한 입증에 어려움이 있어도 그다지 해가 없다고 볼만한 이유가 있거나, 법정외 진술이 왜곡될 위험성보다도 더 우월한 다른 요소들이 있다는 믿음이 있는 경우에 적용된다고 할 수 있다.[393] 이 밖에도 제807조는 제803조 및 제804조에 해당하지 않는 경우에도 신용성의 정황적 보장이 인정되면 전문증거라도 증거능력을 인정하는 포괄적 예외규정을 두고 있는데,[394] 그 요건을 보면 신용성의

---

392) 예를 들면 미국「연방증거법」제803조(5)에 의하면, 기록된 과거의 기억은 "증인이 당시에는 알고 있었지만, (A) 현재는 완전하고도 정확하게 증언하기에는 기억이 충분하지 않은 내용에 관한 것으로서 (B) 증인의 기억이 선명할 때 작성했거나 사실이라고 인정하였고, (C) 증인의 지식을 정확하게 반영하고 있는 기록을 말한다. 만일 이러한 기록된 기억이 증거로서 허용된 경우 그러한 기록은 낭독을 통해 증거로 할 수 있지만, 다만 반대당사자에 의해 제출된 경우에 한해서는 증거물로서 제출될 수 있다"고 하여 신용성의 정황적 보장을 인정할 수 있는 구체적 기준을 충족한 경우에 한해 증거능력이 인정된다.

393) *Arthur Best*, *Evidence(8th ed)*, Wolters Kluwer, 2012, pp.68, 93.

394) Rule807 (a) "In General. Under the following circumstances, a hearsay statement is not excluded by the rule against hearsay even if the statement is not specifically covered by a hearsay exception in Rule 803 or 804":

정황적 보장이 인정되고, 중요쟁점에 대한 증거로서 증거의 필요성이 인정되고, 증거법의 목적과 취지에 부합하며 반대당사자에게 사전에 통지될 것을 요건으로 한다. 미국은 매체나 작성자를 기준으로 하는 것이 아니라 신용성의 정황적 보장과 필요성이라는 큰 틀에서 그 예외가 논의된다고 할 수 있다.

나. 독일

참고인 진술 부분 참조

다. 일본

일본은 "피고인이 작성한 진술서 또는 피고인의 진술을 녹취한 서면"(일본「형사소송법」제322조)과 "피고인 이외의 자가 작성한 진술서 또는 그 자의 진술을 녹취한 서면"(일본「형사소송법」제321조)을 별도의 규정을 두어 증거능력을 인정하고 있다. 우리나라「형사소송법」이 제313조 제1항에 이들 모두를 함께 규정하고 있는 것과 대비된다. 이를 자세히 살펴보면 일본「형사소송법」제322조는 "피고인이 작성한 진술서 또는 피고인의 진술을 녹취한 서면의 경우, 피고인의 서명 또는 날인이 있는 것은 그 진술이 피고인에게 불이익한 사실을 승인한 때 또는 특신상태"를 조건으로 증거능력을 인정한다. 다만 피고인이 불이익한 사실을 승인한 경우에는 그 진술내용이 자백이 아니라도 임의성에 의심이 있을 때는 증거능력을 부인한다고 규정하고 있다.[395] 피고인의 진술서 및 진술녹취서는 전문증거이지만 반대신문권을 보장하고 있는 일본 헌법 제37조 제2항과는 관계가 없는 것으로 평가되는데, 피고인이 불이익한 사실을 승인하고 있으므로 반대당사자인 검사의 반대신문이 의미가 없기 때문인 것으

---

(1) "the statement has equivalent circumstantial guarantees of trustworthiness";
(2) "it is offered as evidence of a material fact";
(3) "it is more probative on the point for which it is offered than any other evidence that the proponent can obtain through reasonable efforts; and"
(4) "admitting it will best serve the purposes of these rules and the interests of justice"
(b) "Notice. The statement is admissible only if, before the trial or hearing, the proponent gives an adverse party reasonable notice of the intent to offer the statement and its particulars, including the declarant's name and address, so that the party has a fair opportunity to meet it."

395) 일본「형사소송법」제322조 제1항.

로 풀이된다.[396] 불이익 사실의 승인이 포함되지 않은 피고인의 진술은 검사에 의한 반대신문이 고려되어야 하는데, 이에 대한 대안으로써 특히 신용할만한 정황하에서 진술한 것인 때에 한하여 증거능력을 인정하는 것이다.[397]

이에 반해 피고인이 아닌 자의 진술서 및 진술녹취서에 대해서는 보다 엄격한 요건을 규정하고 있다. 재판관의 면전 및 검찰의 면전에서 작성된 진술서 및 진술녹취서[398] 이외의 서면에 대해서는 진술자의 서명날인이 있어야 한다는 전제하에 "진술자의 사망, 정신 혹은 신체의 이상, 소재불명 또는 국외에 있기 때문에 공판준비 또는 공판기일에서 진술할 수 없고(진술불능) 또한 그 진술이 범죄사실 존부의 증명에 없어서는 안 될 것인 때(증거의 필요성)에 그 진술이 특히 신용할만한 정황하에서 이루어진 것인 때(특신상태)"에 한하여 증거능력을 인정한다.[399] 우리나라 「형사소송법」이 피고인 아닌 자의 진술서 또는 진술기재서에 대해 특히 진술불능 및 증거의 필요성을 요건으로 하고 있지 않은 것과 구별된다.

라. 프랑스

참고인 진술 부분 참조

---

396) 池田 修·前田雅英, 前揭書, 433頁.
397) 池田 修·前田雅英, 前揭書, 434頁.
398) 이에 대해서는 참고인 진술조서 부분 참조.
399) 일본 「형사소송법」 제321조 제1항 제3호.

[표 2-20]「형사소송법」제313조 진술서 등에 대한 입법례

우리나라	미국	독일	일본	프랑스
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 것(피고인 또는 피고인 아닌 자가 작성하였거나 진술한 내용이 포함된 문자·사진·영상 등의 정보로서 컴퓨터용디스크, 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체에 저장된 것을 포함한다. 이하 이 조에서 같다)은 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 상태하에서 행하여 진 때에 한하여 피고인의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 불구하고 증거로 할 수 있다." ② "제1항 본문에도 불구하고	참고인 진술부분 참조	참고인 진술부분 참조	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 진술자가 공판준비 혹은 공판기일에 있어서 전의 진술과 상이한 진술을 하였을 때" 2. "검찰관의 면전에서의 진술을 녹취한 서면에 대하여는 진술자가 사망, 정신 혹은 신체의 이상, 소재불명 혹은 국외에 있기 때문에 공판준비 혹은 공판기일에서 진술을 할 수 없는 때 또는 공판준비 혹은 공판기일에서 전의 진술과 상반되거나 혹은 실질적으로 상이한 진술을 한 때, 단 공판준비 혹은 공판기	참고인 진술부분 참조

우리나라	미국	독일	일본	프랑스
진술서의 작성자가 공판준비나 공판기일에서 그 성립의 진정을 부인하는 경우에는 과학적 분석 결과에 기초한 디지털포렌식 자료, 감정 등 객관적 방법으로 성립의 진정함이 증명되는 때에는 증거로 할 수 있다. 다만, 피고인 아닌 자가 작성한 진술서는 피고인 또는 변호인이 공판준비 또는 공판기일에 그 기재 내용에 관하여 작성자를 신문할 수 있었을 것을 요한다." ③ "감정의 경과와 결과를 기재한 서류도 제1항 및 제2항과 같다."			일에서의 진술보다도 전의 진술을 신용할만한 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 신용할만한 정황하에서 이루어진 것인 때에 한한다." 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 규정에도 불구하고 이를 증거로 할 수 있다." ④ "감정의 경과 및 결과를 기재	

우리나라	미국	독일	일본	프랑스
			한 서면으로 감정인이 작성한 것에 대하여도 전항의 형과 같다." 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 정황하에서 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 인정된 때에 한하여 이를 증거로 할 수 있다."	

4. 개선방안

「형사소송법」 제313조는 단일전문구조를 가지고 있는 진술서(원진술자 겸 작성자→매체)와 2중 전문구조를 가지고 있는 진술기재서(원진술자→작성자→매체)를 병렬적으로 구성하고 있는데서 해석론의 대립이 발생하는 것으로 생각된다. 원진술자가 피고인인 경우보다 피고인이 아닌 경우에 진술의 신빙성을 보완할 필요성이 크고 - 일본 「형사소송법」은 이 점에 착안하고 있다 -, 단일전문구조에 비해 2중 전문구조의 경우가 진술의 신빙성을 보완할 필요성이 크다는 점을 감안해야 한다. 따라서 「형사소송법」 제313조의 개선방안으로 먼저 진술서와 진술기재서를 분리하여 규정할 것을 제안한다. 그리고 피고인의 진술서의 경우에는 우리나라 판례가 취하고 있는 본문과 단서의 개별요건을 가중하는 취지를 살려 피고인의 성립의 진정과 특신상태[400]를 조건으로 증거능력을 인정하고, 피고인 아닌 자의 진술서는 수사기관 이외에서 작성된 것으로 피고인에게 방어권의 기회를 부여할 필요성이 있으므로 성립의 진정과 특신상태 이외에 피고인에게 반대신문권의 기회를 별도로 부여하는 것이 적절할 것으로 판단된다.

한편 피고인의 진술을 제3자가 작성한 진술기재서와 피고인 아닌 자의 진술을 제3자가 작성한 진술기재서의 경우에는 양자를 나누어 살펴본다. 먼저 피고인의 진술을 제3자가 작성한 진술기재서의 경우에는 피고인의 서명이나 날인이 있는 경우에 작성자의 성립의 진정과 특신상태를 요건으로 증거능력을 인정할 수 있다. 원진술자인 피고인의 성립의 진정이 아니라 작성자의 성립의 진정을 요구하는 이유는 피고인의 서명이나 날인이 있는 경우에 피고인에 의한 성립의 진정을 인정하는 것은 요건의 중첩에 불과하고 통상 피고인이 성립의 진정을 부인하는 경우라 하더라도 공판정에서 작성자가 성립의 진정을 인정하면 그 과정에서 피고인에게 방어권의 기회가 부여될 수 있다는 점을 감안한 것이다. 이러한 개선방안은 제313조 제1항의 본문과 단서를

400) 본조의 특신상태는 제312조 제1항, 제2항 및 제4항의 특신상태와는 본질적으로 다르다. 제312조의 조서는 수사과정에서 특별한 절차적 보장하에 작성된 것임에 비해 제313조는 별다른 절차적 보장 없이 다양한 상황에서 작성될 수 있으므로 제313조 제1항의 특신상태와 제312조의 특신상태는 구별해야 한다(신동운, 『신형사소송법』(제5판), 1224면). 개인적으로는 본조의 특신상태는 신용성의 정황적 보장으로 보아야 할 것으로 판단된다(배종대·이상돈·정승환·이주원, 『신형사소송법』(제5판), 663면).

병합하여 가중요건으로 구성한 것이다. 만약 해당 진술기재서에 피고인의 서명·날인이 없거나 서명·날인이 있어도 피고인이 내용을 부인하는 경우에는 작성자의 성립의 진정과 특신상태와는 별도로 피고인의 방어권 보장을 위해 피고인에게 반대신문권의 기회를 부여하는 조건을 추가하여야 할 것이다.

다음으로 피고인 아닌 자의 진술을 내용으로 하는 피고인 아닌 자의 진술기재서의 경우에는 2중 전문구조이면서도 진술의 내용이 피고인의 진술이 아니기 때문에 필요성 요건과 신용성의 정황적 보장이 강하게 요구된다고 할 것이다. 원진술자인 피고인 아닌 자가 법정에서 진술할 수 있는 경우에는 그 증거능력을 부정하는 것이 타당하다. 그래서 원진술자인 피고인 아닌 자가 진술할 수 없다는 사유(원진술자의 진술불능)와 필요성(해당 진술기재서가 요증사실의 입증에 필수)이 인정된다는 전제하에 작성자의 진정성립과 특신상태 또는 반대신문권의 보장을 조건으로 증거능력을 인정할 수 있을 것이다.

[표 2-21] 「형사소송법」 제313조 개정안

현행	개정안
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 것(피고인 또는 피고인 아닌 자가 작성하였거나 진술한 내용이 포함된 문자·사진·영상 등의 정보로서 컴퓨터용디스크, 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체에 저장된 것을 포함한다. 이하 이 조에서 같다)은 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 상태하에서 행하여 진 때에 한하여 피고인의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 불구하고 증거로 할 수 있다."	제313조(진술서) ① "전2조의 규정 이외에 피고인 또는 피고인이 아닌 자가 작성한 진술서로서 작성자의 자필이거나 그 서명 또는 날인이 있는 것(피고인 또는 피고인 아닌 자가 작성한 내용이 포함된 문자·사진·영상 등의 정보로서 컴퓨터용디스크, 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체에 저장된 것을 포함한다. 이하 이 조에서 같다)은 공판준비나 공판기일에서의 그 작성자의 진술에 의하여 성립의 진정함이 증명되고, 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여 진 때에 한하여 증거능력이 인정된다."
② "제1항 본문에도 불구하고 진술서의 작성자가 공판준비나 공판기일에서 그 성립의 진정을 부인하는 경우에는 과학적 분석결과에 기초한 디지털포렌식 자료, 감정 등 객관적 방법으로 성립의 진정함이 증명되는 때에는 증거로 할 수 있다. 다만, 피	② "제1항 본문에도 불구하고 진술서의 작성자가 공판준비나 공판기일에서 그 성립의 진정을 부인하는 경우에는 과학적 분석결과에 기초한 디지털포렌식 자료, 감정 등 객관적 방법으로 성립의 진정함이 증명되는 때에는 증거로 할 수 있다. 다만, 피고인 아닌

현행	개정안
고인 아닌 자가 작성한 진술서는 피고인 또는 변호인이 공판준비 또는 공판기일에 그 기재 내용에 관하여 작성자를 신문할 수 있었을 것을 요한다." ③ "감정의 경과와 결과를 기재한 서류도 제1항 및 제2항과 같다."	자가 작성한 진술서는 피고인 또는 변호인이 공판준비 또는 공판기일에 그 기재 내용에 관하여 작성자를 신문할 수 있었을 것을 요한다." ③ "감정의 경과와 결과를 기재한 서류도 제1항 및 제2항과 같다." 제313조의2(진술기재서) ① "제311조 및 제312조의 규정 이외에 피고인의 진술을 기재한 서류로서 원진술자의 서명 또는 날인이 있는 것(피고인 또는 피고인 아닌 자가 진술한 내용이 포함된 문자·사진·영상 등의 정보로서 컴퓨터용디스크, 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체에 저장된 것을 포함한다. 이하 이 조에서 같다)은 공판준비나 공판기일에서의 그 작성자의 진술에 의하여 성립의 진정함이 증명되고, 원진술자의 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여 진 때에 한하여 증거능력이 인정된다." ② "제311조 및 제312조의 규정 이외에 피고인이 아닌 자의 진술을 기재한 서류로서 원진술자의 서명 또는 날인이 있는 것은 원진술자가 사망, 소재불명 등의 사유로 공판준비 혹은 공판기일에서 진술할 수 없고 또한 그 진술이 범죄사실의 존부의 증명에 없어서는 아니 될 것인 때에는 원진술자의 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여 진 때에 한하여 증거능력이 인정된다." ③ "감정의 경과와 결과를 기재한 서류도 제1항 및 제2항과 같다."

제15절 | 전문진술 (박성민)

1. 서 설

가. 입법연혁

「형사소송법」 제316조는 구두진술 형태의 전문증거에 관한 증거능력 인정요건을 규정하고 있다.[401] 전문진술의 증거능력에 관한 본조는 1961년 전문법칙이 도입될

401) 「형사소송법」 제316조 ① "피고인이 아닌 자(공소제기 전에 피고인을 피의자로 조사하였거나 그 조사에 참여하였던 자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)의 공판준비 또는 공판기일에서의

때부터 존재했던 규정인데, 이는 영미법상의 전문법칙이 구두의 전문진술에 대해 그 증거능력을 제한하기 위해 발달한 법리이기 때문이다.[402] 이후 2007년「형사소송법」개정 당시에 피고인 아닌 자의 진술에 피고인을 조사한 조사자를 포함시키는 입법이 이루어졌다. 종래 우리나라 대법원은 제316조 제1항의 피고인 아닌 자에 피고인을 조사한 수사관을 포함시키지 않는 것이 확립된 판례였고,[403] 학설은 판례의 입장을 지지하는 통설적 입장과 조사자의 증언에 대해서는 제316조 제1항을 적용해야 한다는 소수설의 입장으로 나뉘어 있었는데 이를 입법적으로 해결한 것이다. 개정법은 피고인이 내용을 부인하는 경우 사법경찰단계의 수사결과인 피고인의 진술이 무의미해지게 되고, 결국 피고인의 진술을 담보하기 위해 검찰작성 피신조서에 의존하게 되면서 무리한 강압수사가 있을 수 있다는 점이 고려된 것이다.[404] 이러한 개정입법에 찬성하는 근거로는 ⅰ) 영미는 일찍이 피의자의 증언을 전문증거에서 배제함으로써 조사자의 법정증언을 증거로 하는 것이 당연히 전제되어 왔는데, 우리나라 판례는 조서와 진술을 일체화하여 판단하는 오류를 범하고 있다는 점, ⅱ) 제312조 제3항과 달리 제316조 제1항은 증거능력 판단의 주도권이 피고인이나 변호인이 아닌 법원에 주어져 있는데, 종래 판례처럼 피고인의 내용부인만으로 조사자의 법정진술의 증거능력을 부정하는 것은 증거능력 판단권한이 법원에서 피고인으로 전환되는 결과를 초래하며, 구두변론주의의 의미도 사라진다는 점, ⅲ) 조사자를 법정에 불러내어 그 익명성을 제거하고 신문하게 되면 오히려 강압수사를 확인하고 억지하는 효과가 있다는 점 등이 제시된다.[405] 다만 그 필요성에 대해서는 의문을 제기하는 입장도 있는 만큼

진술이 피고인의 진술을 그 내용으로 하는 것인 때에는 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 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 상태하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한하여 이를 증거로 할 수 있다."

402) 사실의 판단자인 배심원을 설득하기 위해서는 구두에 의한 진술이 필수적인데, 증인에 대한 교호신문과정에서 전문진술의 허용여부를 둘러싸고 전문법칙이 발달했다는 점에서 동조를 전문법칙의 예외 규정의 출발점으로 평가하는 입장으로는 신동운,『신형사소송법』(제5판), 1237면.

403) 종전 판례가 제312조의 입법취지를 근거로 제시하는 것으로 보아, 법원은 수사관의 법정 진술을 허용하는 경우 제312조의 피신조서의 증거능력이 피고인의 내용부인으로 부정되는 경우, 해당 증거방법의 증거가치를 담보할 우회적인 방법으로 악용될 수 있다는 점을 우려한 것으로 해석된다(대법원 2005.11.25. 선고 2005도5831 판결).

404) 신동운,『신형사소송법』(제5판), 1241면.

조사자 증언제도에 대해서는 관련부분에서 보다 자세히 다루기로 한다.[406]

나. 현행법의 구조 및 쟁점

1) 현행법의 구조

현행 전문법칙은「형사소송법」제310조의2에서 전문법칙을 규정하고 제311조부터 전문서류와 전문진술로 구분한 후, 매체의 종류, 매체 작성자 및 작성시기 등을 기준으로 증거능력인정 요건을 개별적으로 규정하고 있다. 미국의 경우 전문법칙이 적용되는 진술(statement)에 대한 정의규정을 두고 전문증거배제사유와 전문증거 예외사유를 구분하고 있는 것[407]과 달리 우리나라「형사소송법」은 전문진술에 대한 별도의 정의규정 및 비전문증거의 기준을 제시하지 않은 채「형사소송법」제316조에 전문진술에 대한 증거능력 인정요건을 규정하고 있다. 제1항은 피고인의 진술을 내용으로 하는 피고인 아닌 자의 진술을 특신상태 요건하에서 증거능력을 인정하고 있고, 제2항은 피고인 아닌 자의 진술을 내용으로 하는 피고인 아닌 자의 진술을 원진술자의 진술불능 요건과 특신상태 요건을 전제로 증거능력을 인정하고 있는데, 전문진술 중 증거법에서 의미있는 전문증거로서의 전문진술의 구체적 기준은 물론이고, 중요한 판단기준인 특신상태에 대해서도 명확한 기준을 제시하고 있지는 않아 학계와 판례의 입장이 분분한 상황이다. 물론 학자들이 전문증거와 비전문증거에 대한 해석상의 기준을 제시하고 있고, 판례도 이를 일부 반영하고 있으며,[408] 법원도 특신상태에 대한 일반적 기준과 함께 개별사례에 있어 이를 판단의 근거를 설시하고 있지만, 통일성 있는 기준이라 할 수는 없다.

---

405) 개정안 찬성 논거에 대해 자세히는 정웅석·최창호,『형사소송법』, 대명출판사, 2018, 642면 이하.

406) 검찰 작성 피신조서의 증거능력을 인정하는 이상 조사자 증언제도의 필요성은 크지 않다는 입장으로는 이용식, "조사자증언제도에 대한 비판적 소고",『형사정책』, 제24권 제3호(2012.12.), 한국형사정책학회, 312면.

407) 전술한 참고인진술부분 참조.

408) 요증사실을 기준으로 진술내용의 진실성이 범죄사실을 직접 증명하기 위해 사용되는 경우에 전문증거가 된다는 판례의 입장(대법원 2013.6.13. 선고 2012도16001 판결)이 있다.

2) 쟁점

먼저 현행법의 구조에서 비롯된 쟁점으로 전문진술의 정의규정을 전제로 구체적 개별기준을 제시할 필요성이 있는가 하는 점이다. 미국처럼 진술의 정의, 비전문증거와 전문증거의 구별 기준, 전문법칙 예외의 구체적 기준을 별도로 설시해야 하는지 여부이다.[409] 미국식의 구체적 기준을 도입할지 여부는 전문법칙 전반에 걸친 구조적 변화를 의미하는 것으로 실현 가능성에 의문이 있을 수 있지만, 현행「형사소송법」규정만 보더라도 2007년 조사자증언제도를 도입하면서 피고인이나 참고인을 조사한 조사자의 진술과 조사자 아닌 자의 진술에 동일한 특신상태 요건을 설시함으로써, 제313조에 한해 최소한 특신상태 판단기준은 구별되는지에 대한 의문점은 남게 되었다. 즉 수사기관 조서에 요구되는 특신상태를 형사실무와 같이 적법절차의 준수를 주요한 판단기준으로 보는 것처럼 조사자 증언의 특신상태도 이와 동일하게 판단하는지에 대한 문제이다. 판례는 이에 대해 수사기관의 강요 및 변호인의 동석여부 등 진술의 경위를 주요한 기준으로 보면서도[410] 진술의 일관성 및 구체성 등 진술 자체의 신빙성도 판단기준으로 제시하고 있다.[411] 아무튼 개별요건의 구체적 기준을 규정할

409) 이와 같은 논의를 시작할 필요가 있다는 점에서 이를 긍정하는 입장으로는 정웅석, "전문증거의 의의에 따른 전문법칙의 적용범위",『형사법의 신동향』, 제49호(2015.12.), 대검찰청, 159면 이하 참조.

410) "원심은, 피고인을 조사하였던 경찰관공소외인의 원심 법정진술은 '피고인이 이 사건 공소사실 기재와 같은 범행을 저질렀다'는 피고인의 진술을 그 내용으로 하고 있는바, 이를 증거로 사용할 수 있기 위해서는 피고인의 위와 같은 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명되어야 하는데, 피고인이 그 진술 경위나 과정에 관하여 치열하게 다투고 있는 점, 위와 같은 진술이 체포된 상태에서 변호인의 동석없이 이루어진 점 등을 고려해 보면, 피고인의 위와 같은 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌다는 점이 증명되었다고 보기 어려우므로"(대법원 2012.10.25. 선고 2011도5459 판결).

411) 2010도11297 및 2010도16278 등(한연규, "사법경찰관의 조사자증언과 수사상 진술의 증거활용", 각각 277, 280면 재인용). 해당 판결은 피고인의 진술의 구체성 및 주취상태에서의 진술 등 원진술자의 진술의 구체성 및 일관성과 같은 진술 자체의 신빙성을 특신상태의 주요한 판단기준으로 보고 있다. 이에 대해 이러한 요소들을 특신상태 요건으로 보아서는 안된다는 입장으로는 한연규, 위의 논문, 244면. 해당 입장은 진술의 일관성이나 구체성은 진술자체의 신빙성에 대한 문제로 증명력과 관계가 있는 사유라고 지적한다. 그러나 진술자체의 신빙성을 판단하는 진술의 일관성 및 구체성이 증명력과 관련있다는 반론은 법관의 자유심증에 맡겨져야 할 부분 - 설사 법원이 해당 증거의 증명력의 관점에서도 진술의 일관성 등을 판단하고 있다고 하더라도 - 이고, 이와 같은 기준이 진술당시의 임의성 및 신뢰성을 보완하는 것임은 분명하다는 점에서 특신상태 판단의 주요한 기준임을 부인할 수 없다. 아무튼 위 요건을 제외하고 법원이 인정하는 구체적 사례들 - 변호인의 동석 및 강요에 의한 진술 등 진술의 경위를 다투는 사정 등 - 은 절차의 적법성으로 평가된다는 점에서 조사자 이외의 피고인 아닌 자의 특신상태 요건과 구별되고, 이러한 입장을 견지한다면 조사자 증언제도가「형사소송법」제316조에 함께 규정되어야 하는 지에 대한 근본적인 의문을 가질 수밖에 없다.

지 여부는 최소한 조사자 증언제도의 활용과 관련해서는 중요한 문제이다.

조사자 증언제도와 관련한 논의에 붙여 한 가지 더 확인해야 할 점은 조사자증언제도의 활용도 제고이다. 일찍이 조사자 증언제도가 활성화되지 못하고 있다는 비판이 있어 왔고, 이를 활성화하기 위한 방안으로 다양한 논의[412]가 있지만, 사실 조사자증언제도의 활용도는 앞선 조서의 증거능력 인정과 분리해서 생각할 수 없는 지점이 있다. 즉 조서의 증거능력 인정요건을 강화하게 되면 - 예를 들면 검찰조서 및 참고인 진술조서의 증거능력을 모두 내용부인으로 구성하는 등 - 조서의 증거현출이 지금보다 까다로워지는 상황에서 수사의 효율성 제고를 위해 조사자 증언제도의 필요성은 증가할 수밖에 없다. 조사자 증언제도의 필요성에 대한 다양한 학설의 입장에도 불구하고 조사자 증언제도가 경찰조서의 내용부인을 보완하기 위한 제도[413]라는 점은 주지의 사실이며, 검찰조서의 증거능력 인정요건이 강화되면 조사자 증언제도의 필요성은 더욱 증가할 것이기 때문이다.

2. 증거능력 인정요건

가. 피고인 아닌 자의 진술이 피고인의 진술을 내용으로 하는 경우

우리나라「형사소송법」제316조 제1항이 적용되어 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태에서 행하여졌음이 증명된 경우에 한하여 이를 증거로 할 수 있다.

나. 피고인 아닌 자의 진술이 피고인 아닌 자의 진술을 내용으로 하는 경우

우리나라「형사소송법」제316조 제2항이 적용되어 원진술자의 사망 등 필요성의 요건과 특신상태 요건하에 증거능력이 인정된다.

---

412) 이에 대해서는 특신상태 요건의 완화, 영상녹화물을 특신상태 입증에 활용하는 방법 등의 대안이 제시되고 있다. 이에 대해 자세히는 한연규, "사법경찰관의 조사자증언과 수사상 진술의 증거활용", 273면 이하 참조.

413) 실제 실무에서 피의자가 경찰에서는 혐의를 인정하다가 검찰수사에 이르러서야 비로소 혐의를 부인하는 경우가 비일비재하고, 2007년 조사자 증언제도가 도입된 배경에는 이러한 실무상의 문제점을 보완하기 위한 것이라는 점은 주지의 사실이다.

다. 피고인의 진술이 피고인 아닌 자의 진술을 내용으로 하는 경우

피고인의 진술이 피고인 아닌 자의 진술을 내용으로 하는 경우에는 명문의 규정이 없으며, 제316조 제2항의 유추적용 여부가 문제된다.

3. 외국의 입법례

가. 미국

미국「연방증거법」은 제802조에 전문법칙의 증거능력을 부정하는 규정을 두면서 제803조 이하에 그 예외를 규정하고 있다. 미국「연방증거법」제803조는 원진술자의 증언가능성과 상관없이 현장감 있는 인상(Present Sense Impression), 흥분상태에서의 발언(Excited Utterance), 기록된 기억(Recorded Recollection) 등에 대해 증거능력을 인정한다. 제803조는 특히 신용성 내지 신빙성이 높은 유형을 나열하여 원진술자를 증인으로 출석시켜 신문하는 시간과 비용을 줄이기 위해 허용하는 것이므로 필수적으로 각 규정의 요건을 충족해야 한다.[414] 그리고 미국「연방증거법」제804조는 원진술자가 사망, 질병 등으로 법정에 출석할 수 없거나 증언을 거부하거나 원진술자가 자신의 증언내용을 기억할 수 없다고 증언하는 때에 증인의 종전 진술(Former Testimony), 임종시의 진술(Statement Under the Belief of Imminent Death), 이익상반진술(Statement Against Interest) 등의 경우에 증거능력을 인정한다. 미국「연방증거법」제803조 및 제804조의 예외들은 진술자의 사망직전에서의 진술처럼 진술자가 거짓을 말할 위험성이 없는 것과 같이 법정외 진술이 특히 정확하거나 진실일 가능성이 있어서 원진술자의 진술에 대한 입증에 어려움이 있어도 그다지 해가 없다고 볼만한 이유가 있거나, 법정외 진술이 왜곡될 위험성보다도 더 우월한 다른 요소들이 있다는 믿음이 있는 경우에 적용된다고 할 수 있다.[415] 이 밖에도 제807조는 제803조 및 제804조에

414) 예를 들면 미국「연방증거법」제803조(5)에 의하면, 기록된 과거의 기억은 "증인이 당시에는 알고 있었지만, (A) 현재는 완전하고도 정확하게 증언하기에는 기억이 충분하지 않은 내용에 관한 것으로서 (B) 증인의 기억이 선명할 때 작성했거나 사실이라고 인정하였고, (C) 증인의 지식을 정확하게 반영하고 있는 기록을 말한다. 만일 이러한 기록된 기억이 증거로서 허용된 경우 그러한 기록은 낭독을 통해 증거로 할 수 있지만, 다만 반대당사자에 의해 제출된 경우에 한해서는 증거물로서 제출될 수 있다"고 하여 신용성의 정황적 보장을 인정할 수 있는 구체적 기준을 충족한 경우에 한해 증거능력이 인정된다.

해당하지 않는 경우에도 신용성의 정황적 보장이 인정되면 전문증거라도 증거능력을 인정하는 포괄적 예외규정을 두고 있는데,[416] 그 요건을 보면 신용성의 정황적 보장이 인정되고, 중요쟁점에 대한 증거로서 증거의 필요성이 인정되고, 증거법의 목적과 취지에 부합하며 반대당사자에게 사전에 통지될 것을 요건으로 한다. 즉 신용성의 정황적 보장과 필요성이라는 큰 틀에서 그 예외가 논의된다고 할 수 있다.

먼저 피의자의 자백취지의 진술은 전문진술이 아니기 때문에 임의성이 인정된다는 전제하에 조사자 증언으로 증거사용이 가능하고, 피의자가 작성한 진술서나 영상녹화물도 증거로 사용할 수 있다. 참고인의 자필 진술서는 증인이 법정에서 기억이 나지 않는다거나 진술을 번복하는 경우 이를 제시하여 증거활용이 가능한데, 공판진술과는 다른 수사상 모순진술이 있었다는 사실을 조사자증언 등으로 입증하더라도 수사상 모순진술을 탄핵증거로만 사용할 것인지 본증으로 사용할 것인지에 대하여는 재판장의 재량이다.[417]

나. 독일

참고인 진술부분 참조

다. 일본

"피고인 이외의 자의 공판준비 혹은 공판기일에서의 진술로서 피고인의 진술을

---

415) *Arthur Best, Evidence(8th ed)*, Wolters Kluwer, 2012, pp.68, 93.

416) Rule807 (a) "In General. Under the following circumstances, a hearsay statement is not excluded by the rule against hearsay even if the statement is not specifically covered by a hearsay exception in Rule 803 or 804":
(1) "the statement has equivalent circumstantial guarantees of trustworthiness";
(2) "it is offered as evidence of a material fact";
(3) "it is more probative on the point for which it is offered than any other evidence that the proponent can obtain through reasonable efforts; and"
(4) "admitting it will best serve the purposes of these rules and the interests of justice"
(b) "Notice. The statement is admissible only if, before the trial or hearing, the proponent gives an adverse party reasonable notice of the intent to offer the statement and its particulars, including the declarant's name and address, so that the party has a fair opportunity to meet it."

417) 진술의 종류에 따른 증거활용방법에 대해 자세히는 한연규, "사법경찰관의 조사자증언과 수사상 진술의 증거활용", 260면 참조.

그 내용으로 하는 것"에 대해서는 일본「형사소송법」제322조의 규정을 준용한다.[418] 따라서 피고인의 진술이 자백 또는 불이익 사실의 승인인 경우에는 임의성에 의심의 여지가 없는 때, 그 이외에 경우에는 특히 신용할만한 정황이 있는 때에 한하여 증거능력이 인정된다. 한편 피고인 이외의 자의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술이 피고인 이외의 자[419]의 진술을 내용으로 하는 것은 일본「형사소송법」제321조 제1항 제3호를 준용한다.[420] 따라서 진술불능, 증거의 필요성, 그리고 특신상태가 인정될 때에만 증거능력이 인정된다.[421] 일본도 피고인의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술이 피고인 이외의 자의 진술을 내용으로 하는 경우에는 특별한 규정이 없다. 이에 대해 해석론으로 피고인에게 불이익한 진술인 경우에는 반대신문권을 포기한 것으로 보아「형사소송법」제326조의 증거동의가 있는 것으로 해석하여 증거능력을 인정하는 반면에 그 이외의 경우에는 검사의 반대신문권의 기회를 보장하기 위해「형사소송법」제324조 제2항에 따라「형사소송법」제321조 제1항 제3호를 준용하여 진술불능, 증거의 필요성, 그리고 특신상태가 인정될 때에 한하여 증거능력을 인정한다.[422] 조사자증언제도와 관련해 일본은 우리나라와 같은 규정을 두고 있지는 않다. 다만 조사자의 진술을 전문증언의 형태로 보아「형사소송법」제324조의 규정을 적용하여 증거능력을 인정할 수 있다.

라. 프랑스

참고인 진술부분 참조

---

418) 일본「형사소송법」제324조 제1항.

419) 일본 최고재판소는「형사소송법」제324조 제2항과 제321조 제1항 제3호 소정의 요건을 구비한 전문진술의 원진술자가 특정한 갑 또는 을 어느 쪽인지 불명확하더라도 그러한 이유로 그 전문진술이 증거능력이 없다고는 할 수 없다고 한다(最判昭38·10·17(刑集17·10·1795)).

420) 일본「형사소송법」제324조 제2항.

421) 일본 최고재판소는 제1심 공판에서 검사측 증인이 피고인 아닌 자의 진술을 내용으로 하는 증언을 하고 피고인이 이에 이의를 제기하지 않은 경우에 항소심에서 원진술자가 기억을 전부 상실했거나 소재불명인 경우에도「형사소송법」제321조 제1항 제3호의 취지에 따라 제1심 공판조서 중에 해당 전문증언을 증거로 할 수 있다고 한다(最判昭33·10·24(刑集12·14·3368)).

422) 池田 修·前田雅英, 前揭書, 453면.

[표 2-22]「형사소송법」제316조 전문진술에 대한 입법례

우리나라	미국	독일	일본	프랑스
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 상태하에서 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 상태하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한하여 이를 증거로 할 수 있다."	참고인 진술부분 참조	참고인 진술부분 참조	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 진술자가 공판준비 혹은 공판기일에 있어서 전의 진술과 상이한 진술을 하였을 때" 2. "검찰관의 면전에서의 진술을 녹취한 서면에 대하여는 진술자가 사망, 정신 혹은 신체의 이상, 소재불명 혹은 국외에 있기 때문에 공판준비 혹은 공판기일에서 진술을 할 수 없는 때 또는 공판준비 혹은 공판기일에서 전의 진술과 상반되거나 혹은 실질적으로 상이한 진술을 한 때, 단 공판준비 혹은 공판기	참고인 진술부분 참조

우리나라	미국	독일	일본	프랑스
			일에서의 진술보다도 전의 진술을 신용할만한 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 신용할만한 정황하에서 이루어진 것인 때에 한한다." 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 규정에도 불구하고 이를 증거로 할 수 있다." ④ "감정의 경과 및 결과를 기재	

우리나라	미국	독일	일본	프랑스
			한 서면으로 감정인이 작성한 것에 대하여도 전항의 형과 같다." 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 정황하에서 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 인정된 때에 한하여 이를 증거로 할 수 있다." 제324조 ① "피고인 이외의 자의 공판준비 혹은 공판기일에서	

우리나라	미국	독일	일본	프랑스
			의 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.”	

4. 관련문제 – 조사자증언제도

가. 조사자증언제도의 취지

피고인이나 주요 참고인이 수사단계에서의 진술을 법정에서 번복하면 해당 조서의 증거능력을 인정받기 어려워지고 기왕의 수사가 무효로 됨은 물론 실체진실 발견도 어려운 상황에 놓일 수 있다. 특히 사법경찰관 작성의 피신조서의 경우에는 내용을 부인하면 증거능력이 부정되므로 송치 후 검찰단계에서 혐의사실을 부인하는 일들이 비일비재하였다. 이에 일찍이 조사자를 법정에 증인으로 세워 증언을 청취하여 이를 보완하고자 하였으나,[423] 우리나라 판례는 조서의 증거능력에 대한 취지를 감안하여 조사자의 증언 역시 원진술자가 내용을 부인하면 증거능력을 부정하는 것으로 이해하였다.[424] 그러나 2007년「형사소송법」제316조 제1항에 조사자증언제도를 명문화함으로써 이러한 논란에 종지부를 찍고 특신상태 인정을 요건으로 조사자 증언의 증거능력을 인정할 수 있게 되었다.

나. 조사자증언제도의 문제

1) 조사자증언의 증거능력 제한 논의

2007년「형사소송법」개정에도 불구하고 사법경찰관 작성의 피의자신문조서를 중심으로 그 증거능력을 제한하려는 학설들이 있다.「형사소송법」의 개정에도 불구하고 제316조 제1항의 조사자증언의 증거능력을 조서의 진정성립이나 특신상태의 증명수단 또는 탄핵증거 등으로 활용하도록 해야 한다는 입장이 그것이다. 조사자증언의 증거방법으로서의 기능을 축소하고자 하는 논의의 핵심은 외국의 입법례가 증거의 법정현출방법과 관련하여 조서를 원칙으로 하면 원진술자의 법정증언을 부차적으로 하거나, 원진술자의 법정증언을 원칙으로 하면 조서를 부차적으로 하는 방법으로 소

423) 이에 대해 학설은「형사소송법」제312조 제3항((구)제312조 제2항)의 취지를 감안하여 원진술자가 내용을 부인하면 조사자 증언의 증거능력을 부정해야한다는 입장(김희옥 · 박일환(편집대표)(백형구 집필부분),『주석 형사소송법(Ⅲ)』(제4판), 한국사법행정학회, 2009, 438-439면)과「형사소송법」제316조 제1항의 취지를 살려 특신상태가 인정되면 증거능력을 인정해야 한다는 입장(이완규, "피고인의 경찰진술을 내용으로 하는 수사경찰관 증언의 증거능력",『저스티스』, 통권 제78호(2004.4.), 한국법학원, 154면 이하)으로 나뉘어 있었다.

424) 대법원 1995.3.24. 선고 94도2287 판결.

위 중복증거금지원칙을 채택하고 있는데, 조서를 원칙적인 증거방법으로 사용하는 우리나라 형사소송구조에서 조서의 증거능력이 부인된 상황에서 조사자증언에 독자적 증거능력을 인정하는 것은 이에 반한다는 점을 들거나,[425] 개정 「형사소송법」이 영상녹화물에 대해 독립된 증거능력을 인정하고 있지 않은 취지와도 부합하지 않는 점,[426] 또는 「형사소송법」 제312조 제3항과 제316조 제1항이 논리모순이라는 점,[427] 즉 사경작성 피신조서의 경우에는 내용을 부인하는 경우에는 조서에 특신상태가 인정되는 경우에도 증거능력이 부정되는 반면에 조사자의 증언은 특신상태를 요건으로 증거능력을 인정하는 것은 모순이라는 점 등을 제시한다.

2) 특신상태의 상이(相異)에 대한 문제

특신상태는 검찰작성의 피신조서, 참고인 조서, 진술서, 진술기재서, 전문진술 이외에도 「형사소송법」 제314조의 증거능력 인정요건으로 규정되어 있다. 그런데 작성주체, 매체의 종류, 진술채득과정의 상이에도 불구하고 우리나라 「형사소송법」은 개별규정의 특신상태에 대해 구체적 기준을 설시하고 있지 않아 학설과 판례의 입장이 분분한 실정이다. 그 일단을 보면, 먼저 형사소송법상의 특신상태에 대해서는 진술의 임의성 내지 신빙성, 적법절차, 신용성의 정황적 보장이라는 학설상의 대립이 있지만, 우리나라 판례는 진술의 임의성으로 본 판례도 있고,[428] 임의성만으로는 부족하고 진술내용의 신빙성을 포함한 신용성의 정황적 보장으로 본 판례도[429] 있다. 우리나라

---

425) 이은모, "개정형사소송법상의 증거법칙에 대한 검토", 『법학논총』, 제24권 제2호(2007.7.), 한양대학교 법학연구소, 301면.

426) 심재무, "피의자진술의 법정현출방식과 조사자증언의 증거능력", 『비교형사법연구』, 제12권 제1호(2010.7.), 한국비교형사법학회, 327-8면.

427) 천진호, "피고인의 경찰 진술을 내용으로 하는 증언의 증거능력에 대한 재검토", 『저스티스』, 통권 제84호(2005.4.), 한국법학원, 226면.

428) 검사 작성의 피고인에 대한 피의자신문조서는 그 피고인이 공판정에서 진정성립을 인정하면 그 조서에 기재된 피고인의 진술이 특히 임의로 되지 아니한 것이라고 의심할 만한 사유가 없는 한 증거능력이 있는 것이고 그 임의성 유무가 다투어지는 경우에는 법원은 구체적인 사건에 따라 당해 조서의 형식과 내용, 진술자의 학력, 경력, 지능정도 등 제반사정을 자유로운 심증으로 이를 판단하면 되는 것이다(대법원 1989.11.14. 선고 88도1251 판결).

429) 우리나라 판례는 특신상태의 판단에 있어 "형사소송법 제312조 제4항에서 '특히 신빙할 수 있는 상태'란 진술 내용이나 조서 작성에 허위개입의 여지가 거의 없고, 진술 내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있는 것을 말한다"고 한다(대법원 2012.7.26. 선고 2012도2937 판결). 이외에도 "형사소송법 제314조, 제316조 제2항에서 말하는 '그 진술 또는 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 때'라 함은 그 진술내용이나 조서 또는 서류의 작성에 허위개입의 여지가 거의 없고, 그 진술내용의 신빙성이나 임의

법원이 진술내용의 신빙성까지 판단하는 것은 진술과정의 외부적 상황만을 고려하는 것이 아니라 진술의 내용까지도 증거능력 판단에서 고려하고 있는데서 비롯된다.[430] 이처럼 법원이 진술내용의 신빙성이라는 증명력과 관련 - 또는 증명력에 대한 판단으로 비춰질만한 - 되는 판단을 함으로써 진술내용의 신빙성을 입증하기 위해 수사기관이 강한 압박을 받게 되고, 수사기관이 조서의 증거능력 판단에 더욱 예민할 수밖에 없는 계기가 된 것으로 판단된다. 법원의 특신상태 판단은 증거의 신빙성에 대한 최종적인 판단이 아니라 그 증거를 다른 증거와 함께 고려할 수 있다고 하는 낮은 단계의 신빙성 판단이어야 한다는 입장은 그런 점에서 설득력이 있다.[431] 조사자 증언에 있어 특신상태의 판단 기준은 특히 중요한 의미를 가진다.

5. 개선방안 – 조사자증언제도를 중심으로

가. 조사자증언제도의 효율성 제고

우리나라 「형사소송법」이 피신조서의 작성주체에 따라 증거능력 인정요건을 차등해서 규정하고 있는 것은 수사과정에서의 피의자 인권보호에 대한 검찰과 경찰의 전문성 및 역할의 차이와 맥락이 닿아 있다. 통계상으로도 경찰단계의 조서내용을 검찰에서 부인하는 경우가 많다는 분석이 있는 것을 보면,[432] 경찰수사와 검찰수사의 효율성의 차이도 실재하는 것으로 판단된다. 그러나 「형사소송법」 제312조 제1항 및 제3항이 전문법칙의 예외로서 증거능력 인정요건을 규정하고 있는 것은 임의성과 신빙성이 의심되는 전문증거의 법정현출을 통제하겠다는 의미 이외에도 임의성과 신빙성을 저해하는 수사기관의 인권침해를 방지하기 위한 의미도 함께 담고 있는 것으로 풀이된다. 일방적 통제와 견제를 불식해야 한다는 국민적 공감대를 감안하면 조서의 증거능력 인정에 차등을 둘 이유가 있는지는 의문이다. 다만 조서의 증거능력

성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있는 경우를 가리킨다"(대법원 2014.4.30. 선고 2012도725 판결).

430) 법원행정처, 『법원실무제요 형사(II)』, 1998, 109면.

431) 이완규, 『형사소송법 연구 I』, 328면 이하.

432) 2018년 기준 최근 5년간 경찰에서의 자백비율과 검찰에서의 자백비율이 15% 정도 차이가 나는데, 15% 중 상당부분이 경찰에서 범행을 자백하다가 검찰에서 부인하는 사건으로 추정된다는 분석으로는 한연규, "사법경찰관의 조사자증언과 수사상 진술의 증거활용", 247면 각주 11).

을 지금보다 완화하는 것은 조서재판의 회귀로 평가되어 공판중심주의의 취지가 훼손될 가능성이 있으므로 검사작성 조서를 비롯한 수사기관 작성 조서를 사법경찰관 작성 조서에 준해서 조서의 내용을 부인하면 증거능력을 부정하는 등 증거능력 요건을 강화할 필요가 있다.

한편 피의자나 주요 참고인이 수사기관 조서의 내용을 부인한다는 것은 원진술자의 수사기관에서의 진술과 법정에서의 진술이 불일치함을 의미한다. 이 경우에 조서가 법정에 현출될 수 없는 상황에서 원진술자의 진술만으로 사건의 실체에 접근하는 것은 형사사법시스템을 부정하고 그 기능을 무력화하는 것과 다름없다. 하지만 원진술자가 법정에서 진술할 수 있는 상황에서 조서를 원칙적인 모습으로 하고 원진술자의 증언을 부차적인 증거방법으로 채택하고 있는 우리나라 「형사소송법」의 실제 역시 형사소송이 표방하는 공판중심주의에도 부합하지 않으며, 전문법칙의 원칙적인 모습과도 거리가 있다. 따라서 조서의 증거능력 인정요건을 강화하되 다만 조사자증언제도의 효율성을 제고하는 대안을 제시하고자 한다. 조사자의 법정증언은 조사자의 범죄사실의 직접증명에 요구되는 사실의 진술 이외에도 범행당시의 정황 등 간접사실의 증명에 필요한 진술도 유의미하게 제시된다. 특히 후자와 관련해서는 범행현장을 확인하고 범행전후의 피의자의 정황 등을 분석한 유력한 증인이라는 점에서 조사자증언의 필요성 여부는 의심의 여지가 없다. 전문법칙이 적용되는 진술과 적용되지 않는 진술의 엄격한 분리 판단, 특신상태 판단에 있어 증명력 관련 판단기준의 배제 등의 법원 자체의 노력이 전제된다면 조사자증언은 증거방법으로 그 의미를 가질 수 있을 것이다.

나. 조사자증언제도의 특신상태의 의미

「형사소송법」 제316조 제1항의 특신상태 판단에 있어 진술 자체의 신빙성을 제외하고 진술 당시의 외부정황의 신용성에 초점을 맞출 경우, 진술의 일관성, 구체성 등은 특신상태 판단의 기준에서 제외해야 한다는 입장이 있다.[433] 그러나 진술 자체의 신빙성을 판단하는 진술의 일관성 및 구체성이 증명력과 관련이 있다는 반론은 법관

433) 한연규, "사법경찰관의 조사자증언과 수사상 진술의 증거활용", 244면.

의 자유심증에 맡겨져 있는 문제이고, 진술의 일관성 등이 진술 당시의 임의성 및 신뢰성을 보완한다는 것인 것만은 분명하다는 점에서 특신상태 판단의 주요한 기준임을 부인할 수 없다. 특히 미국처럼 전문법칙의 예외가 되는 신용성의 정황적 보장에 대한 구체적 기준을 설시하고 있지 않은 우리나라 「형사소송법」의 현실에 비추어 보면, 수사기관 이외의 진술의 특신상태 판단에 있어서는 진술의 경위, 진술의 일관성 및 구체성이 주요한 판단기준으로 작용할 수밖에 없다. 개인적으로는 특신상태 판단의 지점에 분명한 차이가 이러한 논란을 발생시킨 것은 아닌가 한다. 일반적으로 「형사소송법」 제312조 제1항에서 요구되는 특신상태의 의미에 대해서는 진술의 신빙성이라는 견해, 전문법칙의 예외사유인 신용성의 정황적 보장이라고 보는 견해, 검사의 면전에서 진술한 상황이 법관의 면전에서 행한 진술에 준하는 객관성과 적법성을 갖추어야 한다고 보아 특신상태란 절차의 적법성을 의미한다는 견해 등이 대립되고 있다.[434] 형사실무는 후자의 입장에서 접근하고 있는 반면에, 판례는 수사절차의 적법성을 주요한 판단기준으로 보면서도 제312조 제4항의 특신상태의 의미에 대해서는 진술의 신빙성과 임의성을 담보할 외부적 정황을 특신상태의 주요한 판단기준으로 보고 있다.[435] 조서작성에 있어 특히 신뢰할 수 있는 상황이라는 것이 조서작성 절차와 분리해서 생각할 수 없는 만큼 절차의 적법성은 주요한 판단기준임을 부인할 수 없다. 다만 절차의 적법성을 준수하지 않은 경우 "특신상태가 부정된다는 점"과 진술이 일관되고 구체적이어서 진술에 신빙성이 인정되어 "특신상태가 인정된다는 점"을 분리해서 평가할 필요가 있다. 즉 적법절차를 준수했다는 것은 특신상태 판단의 주요한 기준이지만, 소극적 배제 요건으로 이를 준수하지 않은 경우 특신상태가 부정되는

434) 학설대립에 대해 자세히는 신동운, 『신형사소송법』(제5판), 1176면 이하 참조.

435) "형사소송법 제312조 제4항은 "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"고 규정하고 있는바, 여기서의 '특히 신빙할 수 있는 상태'라 함은 진술 내용이나 조서의 작성에 허위개입의 여지가 거의 없고, 진술 내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있는 것을 말한다. 그리고 이러한 '특히 신빙할 수 있는 상태'는 증거능력의 요건에 해당하므로 검사가 그 존재에 대하여 구체적으로 주장·입증하여야 하는 것이지만, 이는 소송상의 사실에 관한 것이므로 엄격한 증명을 요하지 아니하고 자유로운 증명으로 족하다"(대법원 2012.7.26. 선고 2012도2937 판결).

요건이지만, 그 외 진술의 구체성과 일관성은 특신상태의 적극적 인정 요건으로 이것이 인정될 때는 특신상태를 긍정할 수 있을 것이다. 즉 소극적 배제요건이 있는 경우에는 특신상태를 부정하고, 해당 요건이 충족된다는 전제에서 진술의 일관성과 구체성이 있는 경우에는 특신상태를 인정할 수 있을 것이다. 다만 적법절차를 준수했지만 수사기관에서의 진술과 법정에서의 진술이 일관되지 않다는 것만으로 특신상태를 부정해서는 안 될 것이다. 피고인이나 참고인의 진술은 사법상의 유불리 및 기억의 왜곡 등으로 인해 그 일관성과 구체성에 차이가 있을 수 있는 만큼 피고인 또는 참고인의 수사기관에서의 진술과 법정에서의 진술이 상이한 경우에는 수사기관에서의 진술과 법정에서의 진술의 신빙성을 견주어 살필 필요가 있다. 다만 본 보고서의 경우 개선방안으로 수사기관 작성 조서의 경우 특신상태요건을 배제하고 있으므로, 조서작성 당시(원진술자의 진술 당시)의 특신상태의 의미는 조사자증언제도로 제한될 수밖에 없다. 이러한 관점에서 조사자 증언제도의 특신상태의 경우에도 적법절차의 준수를 소극적 배제요건으로 보아 절차의 적법성이 담보되지 않으면, 조사자증언의 특신상태를 부정하는 것이 타당하다. 다만 조사자 증언의 경우 원진술자의 법정진술과 조서의 내용이 일치되지 않은 상황에서 조사자가 법정에서 진술하는 경우가 대부분일 것이므로 결국 조사자의 진술의 내용이 되는 원진술자의 진술 내용은 조사자증언에 있어 특신상태 판단의 주요한 기준이 될 것이다. 결국 조사자 증언의 특신상태 판단은 진술경위 이외에도 원진술의 일관성 및 구체성 등을 종합적으로 검토해야 할 것이다.

제16절 | 제317조의 형사소송법상의 위치 (박성민)

현행 형사소송 체계를 보면 진술의 임의성에 관한 제317조 및 증거동의에 관한 제318조의 경우에는 전문법칙 적용 이전에 적용되어야 할 증거법칙임에도 불구하고 형식상 전문법칙 이후에 규정되어 있다. 규정체계의 관점에서 해당 조문의 재배치를 고민해 볼 필요가 있다. 종래 우리나라 학계에서는 일반적으로 제317조와 제318조를 진술증거의 증거법칙인 전문법칙의 틀에서 이해하는 것이 일반적이었다. 이에 대해

제318조는 진술증거 이외에 물건도 증거동의의 대상으로 하고 있는 점, 판례가 공판정에서의 증인신문 후의 수사기관에 의한 증인신문의 경우에도 증거동의에 의한 증거능력 인정을 긍정하거나 증거동의로써 위법수집증거의 증거능력이 인정되는지 여부를 검토하고 있는 점 등에 비추어 보면 제318조의 증거동의는 절차의 하자를 추완하거나 석명권의 포기 등으로 해석될 여지가 있다는 점에서 전문법칙에 제한적으로 적용되는 규정은 아니라고 할 수 있다.

반면에 제317조는 진술증거의 임의성에 대한 증거능력 규정으로 해당 규정이 전문증거에 한해 적용될 것인지, 아니면 진술증거 일반에 적용할 것인지 여부가 문제된다. 「형사소송법」 제317조를 제310조의2의 앞에 위치시킬 것인지 아니면 뒤에 위치시킬 것인지에 따라, 전자의 경우에는 진술증거 일반에 대한 증거법칙으로 기능하게 됨을 의미하고 후자의 경우에는 전문진술의 임의성에 대한 규정으로 기능하게 됨을 의미한다. 다분히 정책적인 논의임에도 불구하고 다음 두 가지 이유에서 후자처럼 전문진술 임의성에 대한 규정으로 이해하는 것이 타당할 것으로 판단된다.

먼저 임의성이 의심되는 진술증거의 증거능력을 부정하는 일반규정을 두는 것은 법관의 자유심증형성을 지나치게 제한하고 실체진실 발견을 저해할 가능성이 있다. 우리나라 형사증거법은 기본적으로 임의성과 신빙성을 구분하고 있는데, 임의성이 의심되는 진술증거 일반의 증거능력을 부정하게 되면 오히려 판사의 심증형성을 지나치게 제한해 진술증거 일반에 법관의 증명력 판단의 기회를 배제하는 결과를 초래할 수도 있기 때문이다. 전문진술의 임의성에 대해서는 제317조를 적용함으로써 증거능력을 제한한다면 고문 등 강제에 의한 피고인의 자백진술,[436] 적법절차를 위반한 진술증거,[437] 기타 임의성 없는 전문진술은 법문에 따라 증거능력을 배제하고, 그 이외의 원본증거로서의 진술증거에 대해서는 법관이 그 임의성과 신빙성을 판단하게 함으로써 증거능력 및 증명력 판단에 조화를 기할 수 있다는 장점이 있다. 한편 제309조와의 관계에 비추어 보아도 제317조를 진술증거 일반의 증거법칙에 관한 규정으로 파악하는 것은 적절하지 않다. 현행 「형사소송법」을 보면 제317조가 특별한 사유를

436) 제309조에는 임의성이 의심되는 자백의 증거능력 배제규정을 두고 있다. 이에 따라 제317조는 제309조의 자백을 제외한 진술의 임의성에 대한 규정이라는 것이 일반적이다.
437) 진술증거의 채증과정에서의 적법절차 위반에 대해서는 「형사소송법」 제308조의2의 위법수집증거배제법칙이 적용될 수 있다.

제시함이 없이 임의성이 의심되는 진술증거의 증거능력을 부정함에 비추어 그보다 중요한 피고인의 자백에 대해서는 구체적인 사례를 제시함은 물론이고[438] 개별 사유와 진술의 임의성과의 인과관계 여부에 대한 논란도 존재한다. 증거방법으로서 자백의 중요성을 감안한다면, 제317조를 자백 이외의 진술증거 일반의 증거능력 배제법칙으로 자리매김하는 것은 과잉입법으로 비춰질 수 있다.

「세관공무원의 법칙조사에 관한 훈령」 제29조 제1항[439]에 의하면 특별사법경찰관리는 참고인의 진술을 들을 때는 제317조를 준수할 것을 규정하고 있는데, 이는 실무에서도 제317조를 전문진술에 활용하고 있음을 보여주고 있는 것으로 판단된다.

제17절 | 증거동의와 증거능력 (최호진)

1. 의의

「형사소송법」 제318조에 따르면 전문법칙에 의하여 증거능력이 없는 서류와 물건임에도 불구하고 검사와 피고인 양 당사자가 증거사용에 동의하고 법원이 진정한 것으로 인정하면 증거능력이 인정될 수 있다. 증거조사하기 전에 검사는 공소사실을 입증할 전문증거와 증거물 등이 기재되어 있는 증거목록을 법원에 제출하게 된다. 검사가 제출한 증거목록에서 피고인이 동의하는 증거는 진정성에 의심이 없다면 「형사소송법」 제318조 제1항에 의하여 증거능력이 인정된다. 피고인이 부동의하는 증거에 대하여 비로소 「형사소송법」 제311조 내지 제316조에 따른 전문법칙의 예외규정이 적용되어 그에 따른 증거조사가 이루어지기 때문에 증거동의 규정은 증거능력 인정의 첫 번째 관문이라고 평가할 수 있다.[440]

---

438) 해당 사례가 예시적인지 아니면 열거인지에 대한 논쟁은 중요하지 않다. 진술증거의 임의성이 의심되는 증거일반의 증거능력을 배제하게 되면 진술증거 중 자백의 증거능력에 대한 제309조는 그 의미를 상당부분 상실할 수밖에 없다.

439) 제29조(참고인의 진술) ① "특별사법경찰관리는 참고인의 진술을 들을 때에는 「형사소송법」 제317조를 준수하며 진술을 강요해서는 아니 된다."

440) 이흔재, "증거동의의 본질에 대한 역사적 고찰과 현대적 의의", 『형사법연구』, 제28권 제1호(2016.3.), 한국형사법학회, 148면.

당사자가 증거로 함에 동의한 때에는 불필요한 증거조사절차를 하지 않는 것이 재판의 신속과 소송경제에 부합한다는 점에서[441] 그 서류나 물건을 증거로 삼을 수 있다는 것으로, 이는 입증활동에 있어 당사자주의의 이념을 구현한 것이라 할 수 있다. 다만 당사자의 동의가 있더라도 법원이 그 서류나 물건을 진정한 것으로 인정하는 때에 한하여 증거능력이 인정된다. 이와 같이 증거동의에 대한 당사자의 의사뿐만 아니라 진정성 조사라는 법원의 판단을 모두 있어야 함으로써 「형사소송법」 제318조는 당사자주의와 직권주의를 조화시켰다고 평가받는다.

2. 연혁

가. 서설

증거동의에 대한 입법례는 일본을 제외한 다른 국가에서는 찾아보기 힘든 규정이다. 우리나라 「형사소송법」이 일본의 영향을 많이 받은 것으로부터 기인한 것으로 보인다. 이에 「형사소송법」 제정자료집 등을 통하여 증거동의에 대한 입법과정과 이후 증거동의에 대한 개정논의에 대한 자료를 검토한다.

나. 우리나라 「형사소송법」의 도입과정

해방 이후 1954년에 제정된 「형사소송법」은 법전편찬위원회의 심의과정에서 총 17개의 형사소송법요강을 심의하면서 의용형사소송법(대정 형사소송법)을 기초로 미군정법령 제176호로 도입된 영장주의 등 미국의 인권보장장치를 대폭 도입한 것으로 평가되고 있다.

처음 「형사소송법」을 제정할 때에는 전문법칙을 명시적으로 도입하지 않았으며, 증거에 관하여 일본의 대정 형사소송법의 직접심리주의를 도입하여 이를 원칙으로 하면서도 제311조부터 제315조까지의 서류들에 대해서는 직접주의의 예외로서 증거능력을 부여할 수 있는 규정을 두었다.[442]

---

441) 실무에서는 증거동의에 의하여 전문증거 등에 증거능력이 부여되는 경우가 상당수에 이르고 있어 법원과 검찰의 인력과 비용을 크게 절감하면서 다수의 사건을 신속하게 처리하는 순기능을 지니고 있다(이흔재, "증거동의의 본질에 대한 역사적 고찰과 현대적 의의", 149면).

442) 이흔재, "증거동의의 본질에 대한 역사적 고찰과 현대적 의의", 156면.

제318조의 증거동의에 대한 규정은 대정 형사소송법 제343조 제1항 제3호의 규정이 "검사와 피고인이 증거로 할 수 있음을 동의한 서류 또는 물건은 진정한 것으로 인정한 때에는 증거로 할 수 있다"는 내용으로 수정·계수된 것으로 보인다.

제정「형사소송법」제318조(당사자의 동의와 증거능력)에 따르면, ① "검사와 피고인이 증거로 할 수 있음을 동의한 서류 또는 물건은 진정한 것으로 인정한 때에는 증거로 할 수 있다", ② "피고인의 출정없이 증거조사를 할 수 있는 경우에 피고인이 출정하지 아니한 때에는 전항의 동의가 있는 것으로 간주한다. 단, 대리인 또는 변호인이 출정한 때에는 예외로 한다"고 하였다. 수정과정에서의 차이점은 '이의를 제기하지 않는 때'를 '동의한 때'로 수정하였고, 동의의 대상에 '물건'이 추가되었다. '피고인과 그 이외의 자의 진술을 녹취한 서류'를 '서류'로 바뀌었고, '진정한 것으로 인정한 때'라는 직권주의 요소가 추가되었다.[443]

「형사소송법」제정 당시 소송구조를 영미법식으로 할 것인지 대륙법계를 따를 것인지에 대하여 많은 논의가 있었으나, 당시 우리나라의 현실을 고려하여[444] 증거법은 대륙법계를 중심으로 하였으므로 증거동의의 규정은 직접심리주의의 예외규정으로 기능하게 된다.

그 후, 군사정변을 주도했던 군사혁명위원회가, 1961년 5월 16일, 군정을 통치하기 위해 만든 국가재건최고회의는 9월 1일 상임위원회 39차 회의에서「형사소송법」을 개정하였다.[445]「형사소송법」제310조 다음에 제310조의2를 신설하였는데, 제310조의2에 따르면 "제311조 내지 제316조에 규정한 것 이외에는 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 대신하여 진술을 기재한 서류나 공판준비 또는 공판기일 외에서의 타인의 진술을 내용으로 하는 진술은 이를 증거로 할 수 없다"고 규정하였다. 전문법칙을 도입하게 된 입법이유는 명시적으로 확인되지는 않았지만, 영미법계의 증거법칙인 전문법칙을 도입하게 되면서 동의규정은 직접주의뿐만 아니라 당사자주의 및 전문법칙과의 연관성을 고려하여 해석상 변화가 발생하였다.

---

443) 이흔재, "증거동의의 본질에 대한 역사적 고찰과 현대적 의의", 156면.

444) 신동운,『효당 엄상섭 형사소송법논집』, 서울대학교 출판부, 2005, 188면 각주 20. 타인의 면전에서 불리한 진술을 잘 하지 않으려는 국민의 정서, 증거법칙과는 무관하게 자유심증주의에 의하여 판단하여 온 우리나라 법관의 현실, 북한과 대치하고 있는 우리나라의 현실 등이 감안되었다고 한다.

445) 한국형사정책연구원,『형사소송법 제·개정 자료집(상)』, 2009, 251면.

다. 평가

'서류'에 대한 동의규정은 우리 제정 「형사소송법」이 일본의 대정 형사소송법을 계수한 것은 사실이지만, '물건'에 대한 동의규정은 제정 형사소송법 당시 최초로 규정된 것이 특징이다. 일본의 대정 형사소송법에서 '피고인 그 이외의 자의 진술을 녹취한 서류'만을 증거동의의 대상으로 한 것으로 영미법의 당사자주의적 요소를 받아들인 것이다.

대정 형사소송법에서 증거동의의 대상으로 '피고인 그 이외의 자의 진술을 녹취한 서류'를 규정하였는데, 현재 일본 「형사소송법」은 동의의 대상으로 '검찰관 및 피고인이 증거로 하는 것에 동의한 서면 또는 진술'을 규정하고 있다. 제정 「형사소송법」에서 '물건'을 증거동의의 대상으로 규정한 이유는 분명하지 않다. 이는 증거동의 규정의 본질과 관련하여 논란이 되고 있다.

3. 쟁점

가. 증거동의의 본질

1) 문제제기

당사자의 증거동의는 형식적으로 증거능력이 없는 전문증거에 대하여 증거능력을 부여하기 위한 당사자의 소송행위이다. 이러한 증거동의가 어떤 의미를 가지는지, 제318조 규정의 법적 성격에 관하여 견해의 대립이 있다.

증거동의에 대한 제318조가 전문증거에만 해당하는가, 증거 일반에 널리 해당하는가에 대한 견해 대립이다. 동의를 반대신문권의 포기로 해석하는 입장은 동 규정을 전문증거에만 적용된다고 설명하고, 동의를 증거의 증거능력에 대한 당사자의 처분권으로 이해하는 견해는 동 규정을 전문증거뿐만 아니라 임의성 없는 자백이나 위법수집증거까지 널리 적용시킨다. 증거동의의 본질을 어떻게 파악할 것인가에 따라 증거동의의 범위가 달라지므로 이에 대한 세밀한 검토가 필요하다. 학설로는 반대신문포기설, 처분권설, 병합설이 있으며, 판례는 반대신문포기설의 입장이라고 볼 수 있다.[446]

2) 학설의 대립

가) 반대신문포기설

증거동의는 전문법칙에 의하여 증거능력을 가지지 못하는 전문증거에 대하여 반대당사자가 증거능력을 인정하는 것에 이의가 없다는 취지이며, 전문법칙의 취지가 반대신문권의 보장에 있으므로 증거동의는 결국 반대신문권의 포기로 본다. 우리나라 다수설의 입장이다.[447]

이 견해는 당사자주의적 관점에서 파악하는 것으로, 전문증거에 대하여 굳이 반대신문권을 행사하여 성립의 진정이나 내용의 진정 등 진실 여부를 음미할 필요를 느끼지 않아 반대신문권을 포기하였다면 이 경우에는 그 증거에 증거능력을 인정해도 무방하다는 것이다. 이와 같이 증거동의의 본질을 반대신문권의 포기로 보게 되면 동의의 객체는 전문의 진술증거로 한정된다. 또한 증거동의의 다른 요건인 진정성 즉, 증거가 '진정한 것으로 인정되는가'라는 문제는 중요한 의미를 갖지 못하고 부차적인 의미만을 가지게 된다.[448]

이 견해에 따르면 증거동의의 대상은 전문법칙에 의하여 증거능력이 배제되는 증거로 제한되므로 진술증거가 아닌 '물건'은 전문법칙과는 무관하기 때문에 「형사소송법」 제318조 제1항의 증거동의의 대상 중 '물건'은 입법상의 오류에 해당한다. 또한 이 견해에 따르면 반대신문권과 관계가 없는 것은 당사자의 동의가 있더라도 증거로 할 수 없다. 예를 들면 임의성 없는 자백이나 위법수집증거는 증거동의가 있더라도 제318조에 의해 증거로 사용할 수 없다.[449]

피고인이 된 피의자신문조서의 경우에도 피고인이 자신에 대한 반대신문권을 생각할 수 없기 때문에 이 역시 증거동의를 한다고 하더라도 반대신문권의 포기로는 설명

---

446) 대법원 1983.3.8. 선고 82도2873 판결.

447) 배종대·이상돈·정승환·이주원, 『신형사소송법』(제5판), 699면; 손동권·신이철, 『새로운 형사소송법』(제4판), 655면; 신양균, 『형사소송법』(신판), 836면; 이은모 · 김정환, 『형사소송법』(제7판), 704면; 이재상·조균석, 『형사소송법』(제12판), 662면; 임동규, 『형사소송법』(제10판), 법문사, 2014, 573면; 차용석·최용성, 『형사소송법』(제4판), 625면; 이성룡, "증거로 함에 대한 당사자의 동의", 『재판자료』, 제22집(1984.9.), 320면; 박찬주, "증거로 함에 대한 당사자의 동의", 『대법원 판례해설』, 제10호(1988.12.), 법원행정처, 466면.

448) 이찬엽, "소송절차에 있어서 증거동의의 의미에 관한 연구", 『비교형사법연구』, 제7권 제1호(2005.7.), 한국비교형사법학회, 295면.

449) 배종대·이상돈·정승환·이주원, 『신형사소송법』(제5판), 639면.

할 수 없다는 문제점이 있다.[450]

나) 권리포기설(처분권설)

이 견해는 반대신문권의 포기설보다 더 적극적으로 당사자주의에 충실한 입장이다. 증거능력이 제한되는 모든 증거의 증거능력에 대하여 당사자의 처분권을 인정하는 견해이므로,[451] 여기에는 증거물뿐만 아니라 위법수집증거도 포함될 수 있다. 하지만 처분권설을 지지하면서도 증거능력이 없는 모든 증거가 증거능력을 회복하는 것은 아니며, 위법수집증거나 임의성 없는 자백과 같이 당사자의 동의로도 증거능력 인정 여부가 양보될 수 없는 경우에는 피고인의 동의가 있다고 하더라도 증거능력이 없는 경우가 있다는 견해도 있다.[452]

적극적 당사자주의는 증거에 대한 반대당사자의 이의가 없으면 원칙적으로 증거능력의 제한이 없다는 점, 「형사소송법」 제318조에 증거동의의 대상인 '물건'의 경우 전문법칙과 관련이 없다는 점[453] 등을 그 근거로 제시하고 있다.

다) 병합설(증거능력 및 증명력 인정설)

이 견해는 피고인이 증거로 함에 동의한다는 것은 그 증거의 증거능력과 증명력을 다툴 권리를 포기한다는 것을 의미하는 것으로 이해한다.[454] 이 견해를 따르더라도 증거동의의 대상에는 제한이 없게 된다.

주장의 근거로 제시하는 것은 피의자의 수사상 자백이 기재된 수사서류에 대해서는 피고인 스스로 반대신문권을 포기한다는 것이 무의미하다는 점, 압수된 물건에 대하여 증거동의를 한 경우에도 반대신문권이 있을 수 없다는 점, 피해자, 기타 참고인의 진술이 기재된 서류에 대하여 증거동의하는 것은 원진술자에 대한 반대신문권의 포기

---

450) 류화진, "위법수집증거와 증거동의", 『영산법학논총』, 제11권 제2호(2014.12.), 영산대학교 법학연구소, 91면.

451) 신현주, 『형사소송법』(신정2판), 박영사, 2002, 654면; 김정한, "형사소송에서의 증거동의", 『인권과 정의』, 통권 제349호(2005.9.), 대한변호사협회, 114면.

452) 김정한, "형사소송에서의 증거동의", 116면 이하 참조.

453) 김정한, "형사소송에서의 증거동의", 108면.

454) 백형구, "피고인의 증거동의, 증거부동의에 관한 실무적, 이론적 고찰", 『외법논집』, 제9집(2000.12.), 한국외국어대학교 법학연구소, 257면; 백형구, "증거동의, 증거부동의 : 학설비판에 대한 반론", 『인권과 정의』, 통권 제351권(2005.11.), 대한변호사협회, 139면. 이 견해는 피고인이 무죄입증을 위하여 제출한 증거에 대하여 검사가 증거로 함에 동의하는 사례가 실무상 없다는 것을 전제로 논의를 하고 있다.

만을 의미하는 것이 아니라 그 서류의 증거능력과 증명력을 다툴 권리를 포기한다는 점을 그 근거로 제시한다.

3) 판례

증거동의의 의미에 대하여 판례는 반대신문권의 포기로 보는 입장이다. 판례에 따르면 "형사소송법 제318조 제1항은 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 한다.[455]

4) 결론

증거동의의 본질에 대한 학설의 대립은 팽팽하다. 반대신문권포기설을 제외하고 다른 학설의 명칭 또한 주장하는 학자에 따라 달리 표현된다. 병합설의 경우에도 주장하는 학자에 따라 그 내용에 미세한 차이점을 보이고 있다.

증거동의의 본질이 무엇인가에 따라 증거동의의 대상이나 증거동의의 주체에 대한 범위가 달라진다. 증거동의의 대상으로 물건을 추가할 수 있는지가 가장 큰 핵심이다. 반대신문포기설에 따르면 물건을 포함시킨 것은 입법의 오류라고 보지만, 처분권설이나 병합설의 입장에서는 물건을 포함시킬 수 있다고 한다. 하지만 위법수집증거의 경우에는 증거동의의 대상이 되지 않는다는 것에 대해서는 견해가 일치하고 있다. 또한 피고인의 진술을 기재한 서면이나 검증조서의 경우에도 반대신문권포기설에 따르면 제외되는 것이지만, 처분권설이나 병합설에 따르면 증거동의의 대상이 된다.

이러한 학설의 대립은 당사자주의와 직접심리주의에 대한 이해의 폭이 다름에서 출발하는 것으로 생각된다. 당사자주의를 적극적으로 이해하는 것은 처분권설이며, 보다 완화된 것으로 이해하는 것은 반대신문권포기설이다. 병합설은 직접심리주의를 주장의 주된 근거로 제시한다. 증거동의의 대상으로 물건을 규정하고 있다는 것은 외국의 입법례에서 찾아보기 힘든 내용이다.

따라서「형사소송법」제318조의 증거동의에 대한 논의의 중점은 '물건'을 그대로

---

455) 대법원 1983.3.8. 선고 82도2873 판결.

유지할 것인가? 아니면 삭제할 것인가의 문제이다. 이는 증거동의의 본질에 대하여 반대신문권의 포기설로 볼 것인가 아니면 처분권설이나 병합설로 볼 것인가의 문제이다.

증거동의의 본질에 대한 논의가 발생한 것은 「형사소송법」 제318조에 증거의 동의 대상으로 '물건'을 두고 있는 점뿐만 아니라, '진정한 것으로 인정한 때'에 증거로 할 수 있다고 하여 법원의 진정성 심사라는 직권주의적 요소를 두고 있기 때문이다.

이러한 점 때문에 병합설은 동의규정을 반대신문권의 포기와 직접주의의 예외규정으로 파악하여 전문서류에 대하여는 반대신문권의 포기로, 물건에 대하여는 직접주의의 예외로 해석되고 있다.

나. 증거동의의 대상으로 '물건'

1) 쟁점

「형사소송법」 제318조는 동의의 대상으로 서류 또는 물건을 규정하고 있다. 증거능력이 없는 전문증거는 그것이 진술이던 서류이던 동의대상이 된다. 문서의 사본[456]과 사진,[457] 진술자의 서명은 있으나 착오로 날인이 누락된 진술조서[458]도 증거동의의 대상이 되며, 문서의 일부에 대한 동의도 가능하다.

그런데 제318조는 증거동의의 대상으로 '물건'을 규정하고 있다. 증거동의의 본질에 대해 반대신문권의 포기로 이해하는 입장에서는 물건은 반대신문권과 관계가 없기 때문에 논리적으로 증거동의의 대상에 포함시키는 것에 다소 문제가 있다. 따라서 제318조가 물건을 규정하고 있는 것은 입법의 오류라고 한다.[459] 이에 대하여 물건도 증거동의의 객체가 된다는 견해도 있다.[460] 물건이 진정한 것으로 인정되는 경우에는 입법자가 신속한 재판과 소송경제의 관점에서 제318조를 통하여 증거능력을 부여할 수 있는 길을 열어 놓은 것이라고 이해한다.

---

456) 대법원 1996.1.26. 선고 95도2526 판결.
457) 대법원 2007.7.26. 선고 2007도3906 판결.
458) 대법원 1982.3.9. 선고 82도63 판결.
459) 배종대·이상돈·정승환·이주원, 『신형사소송법』(제5판), 688면; 이은모 · 김정환, 『형사소송법』(제7판), 708면; 임동규, 『형사소송법』(제10판), 563면.
460) 신동운, 『신형사소송법』(제5판), 1286면.

2) 학설의 대립

가) 물건 불포함설

증거동의의 본질을 반대신문권의 포기로 보는 입장에서는 물건에 대한 반대신문권의 포기라는 것은 있을 수 없기 때문에 제318조에서 물건을 포함시킨 것은 입법의 오류라는 입장이다. 이에 대한 자세한 논거는 다음과 같다.

첫째, 물적 증거는 반대신문권과 관계없는 증거일 뿐만 아니라 현행법이 물적 증거의 증거능력에 대하여 전문법칙의 제한을 가하고 있지 않다는 점을 든다. 둘째, 「형사소송법」의 개정취지와 관련하여 제318조가 현재와 같이 규정된 것은 연혁적으로 1961년 개정되기 이전의 「형사소송법」 제312조와 제314조의 관계 때문이라는 것이다. 1961년 개정 전 「형사소송법」 제312조와 제314조는 '서류와 물건'이라고 규정되어 있었는데, 1961년 개정에 의하여 「형사소송법」 제310조의2가 신설됨과 동시에 제312조와 제314조의 규정에서 '물건'이라는 문구가 삭제되었음에도 불구하고 제318조에는 삭제되지 않고 그대로 둔 것은 입법의 착오 또는 오류라는 입장이다.

나) 물건 포함설

물건도 증거동의의 대상이 된다는 견해 또한 존재한다. 이 견해는 불포함설이 제310조의2와 제318조의 관계를 오해하고 있다고 비판한다. 피고인의 진술을 원진술로 하는 전문증거의 경우에는 반대신문권의 행사를 생각할 수 없음에도 피고인의 진술을 원진술로 하는 전문증거가 제318조에 의한 증거동의의 객체가 되는 것과 마찬가지로, 반대신문권의 대상이 될 수 없는 증거물도 경우에 따라서는 증거동의의 대상이 될 수 있다고 한다. 특히 현장사진이나 현장녹음·현장녹화와 같이 비진술증거인지 진술증거인지가 다투어지는 경우에는 증거동의의 구체적 활용가능성이 있다고 한다.[461]

또한 「형사소송법」의 '물건'에 대한 규정 부분은 입법자가 의도적으로 남겨 놓았다고 볼 여지가 있기 때문에 이를 입법의 과오로만 보는 것은 해석론의 한계를 넘는 태도라는 것이다.

---

461) 신동운, 『신형사소송법』(제5판), 1004면.

다) 판례

판례는 물건도 증거동의의 대상이 된다는 입장이다. 판례에 따르면「형사소송법」제318조 제1항은 "검사와 피고인이 증거로 할 수 있음을 동의한 서류 또는 물건은 진정한 것으로 인정한 때에는 증거로 할 수 있다"고 규정하고 있을 뿐 진정한 것으로 인정하는 방법을 제한하고 있지 아니하므로, 증거동의가 있는 서류 또는 물건은 법원이 제반 사정을 참작하여 진정한 것으로 인정하면 증거로 할 수 있다.[462]

다만 판례 사안의 경우 물건에 대하여 직접적으로 증거동의를 문제삼은 판례는 없으며, 대부분 전문법칙과 관련된 서류 등에 대한 증거동의가 문제된 사안에서 물건에 대한 증거동의를 같이 언급하고 있는 것이 대부분이다. 따라서 판례가 증거동의의 대상으로 물건을 포함하고 있는지는 불분명하다.

라) 결론

물건에 대해서도 증거동의의 대상이 된다는 입장 또한 상당한 설득력이 있다.[463] 처분권설의 입장을 해석상 무시할 수 없는 이론이라고 본다면 물건을 증거동의의 대상으로 하는 것 또한 이론상·실무상 의미가 있다고 볼 수 있다.[464] 전문증거의 경우 당사자가 증거동의를 해주면, 이러한 증거에 대한 증거능력의 제한이 해제되어 이를 재판의 증거로 사용할 수 있게 된다고 보는 것이다. 이는 어디까지나 당사자가 자유롭게 결정하는 것이며, 당사자가 불리할 경우에는 동의를 하지 않으면 결국 전문법칙에 의하여 다시 원칙적으로 사용하지 못하는 증거가 되기 때문에, 당사자 입장에서는 본인에게 유리한 증거에 대해서 선택적으로 증거동의가 가능하여 얼마든지 방어권의 행사로 증거동의를 활용할 수 있게 된다.

특히 새로운 유형의 증거물인 디지털증거 등이 새롭게 등장하면서 디지털의 특성상 증거물의 조작이나 변경이 손쉽게 이루어질 수 있게 되었다. 따라서 증거의 동일성에 대한 입증이 실패하면 증거능력이 부인되므로 소극적 처분권주의설에 따른 증거동의 규정이 디지털 환경에서 그 진가를 발휘할 수 있다고 한다.[465]

---

462) 대법원 2015.8.27. 선고 2015도3467 판결; 2008.9.11. 선고 2008도6136 판결.
463) 백형구, "증거동의, 증거부동의 : 학설비판에 대한 반론", 145면; 김정한, "형사소송에서의 증거동의", 115면; 류화진, "위법수집증거와 증거동의", 97면.
464) 이찬엽, "소송절차에 있어서 증거동의의 의미에 관한 연구", 166면.
465) 이찬엽, "소송절차에 있어서 증거동의의 의미에 관한 연구", 170면.

증거능력의 제한은 전문법칙 이외에도 존재하고 있으며, 「형사소송법」 제318조는 반드시 전문법칙의 경우에만 국한하고 있지 않다는 점도 고려할 필요가 있다. 제318조의 표제는 '당사자의 동의와 증거능력'으로 반드시 '전문법칙'과 관련된 증거능력의 제한만을 문제삼고 있지 않다. 따라서 전문증거이든 본래적 증거이든 가리지 않고 모든 증거에 적용되며, 증거능력이 제한되어 증거능력이 없는 서류, 물건이 동의의 대상이 되는 것이다.

제318조의 증거동의의 대상으로 '물건'을 삭제할 것인지, 아니면 그대로 유지할 것인지에 대해서는 좀 더 학술적 논의가 필요한 것으로 보인다. 법조문의 위치 등을 고려할 때 반드시 반대신문권포기설의 입장에만 서있는 것으로 해석하기는 어렵다. 현행 형사소송법의 해석상 처분권설의 입장 또한 설득력이 있다.

다. 진정성의 조사

증거동의 규정은 당사자 처분주의의 관점에서 이해를 할 수 있지만, 증거동의가 있다고 하더라도 법원이 '진정한 것으로 인정한 때'에 증거능력을 인정한다. 이는 피고인의 보호와 실체진실주의에 반할 수 있어 직권주의적 요소로써 당사자주의를 후견하기 위해 진정한 것으로 인정되는 경우에만 증거로 할 수 있다고 규정하고 있다.

진정성의 의미에 대하여 견해의 대립이 있지만, 일반적으로 진정성이란 그 서류 또는 물건의 신용성에 대한 의심을 불러일으키는 유형적 상황이 없음을 의미한다고 본다. 예를 들면 진술서에 서명·날인이 없는 경우, 진술서의 기재내용이 진술과 서로 다른 경우, 진술내용이 객관적 사실과 명백히 다른 경우, 현장사진, 현장녹음·녹화의 작성과정이 의심스러운 경우 등은 진정성이 인정되지 않는 상황이라고 한다. 즉 진정한 것으로 인정한다는 의미는 성립의 진정과 내용의 진정을 포함하는 개념으로서 동의가 있으면 그대로 증거로 하여도 좋다고 생각될 정도로 신용성이 있다는 의미로 해석된다.[466]

---

466) 이성룡, "증거로 함에 대한 당사자의 동의", 312면; 김태계, "증거동의와 증거능력에 관한 소고", 『법학연구』, 제17권 제2호(2009.12.), 경상대학교 법학연구소, 57면.

라. 증거동의의 의제

1) 문제제기

피고인의 공판정 출석권은 피고인의 방어권을 행사할 수 있는 중요한 수단 중 하나이다. 공판정에 출석할 권리는 피고인 방어권의 기초가 된다. 현행「형사소송법」에서 보장되는 권리의 상당수는 피고인이 실제로 공판정에 출석하여야 행사할 수 있다. 공판절차의 모두절차뿐만 아니라 피고인에 대한 신문과정에서 피고인은 공소사실 등에 대한 변소나 자신의 주장을 제기하며, 자신에게 유리한 각종의 증거를 제출 또는 신청할 수 있다.

하지만 피고인이 출석하지 않은 경우 공판을 개정할 수 없거나 또는 출석하였다고 하더라도 피고인이 법정에서 퇴정하여 재정하지 않게 되어 공판을 진행할 수 없게 된다면, 이것은 공판절차가 지연되는 문제점이 있을 뿐만 아니라 피고인이 이를 악용할 여지도 있다. 이러한 이유 때문에 현행「형사소송법」은 원칙적으로 피고인이 출석하는 것을 공판을 개정할 수 있는 요건으로 하면서도 피고인의 참여권과 방어권 보장에 큰 문제점이 없다고 판단되는 경우에는 궐석으로 재판을 진행할 수 있도록 하는 예외를 규정하고 있다.[467]

궐석재판은 피고인의 참여권과 방어권 침해라는 기본적인 문제에만 한정되는 것이 아니라 전문증거의 증거능력과 관련한 문제에 대해서도 동시에 발생한다.「형사소송법」제318조 제2항에 의하여 증거동의가 의제되는지,「형사소송법」제314조에 의하여 피의자신문조서가 증거능력을 획득할 수 있는지에 대한 문제[468]가 바로 그것이다.[469] 진술조서나 진술서뿐만 아니라 피고인 자신의 피의자신문조서에 대하여 증거동의가 의제되어 특별히 위법한 수집에 의한 증거이거나 임의성에 문제가 없다면 증거능력이 인정된다.

「형사소송법」제318조 제2항에 따르면 "피고인이 출정없이 증거조사를 할 수 있는

---

467) 김정한, "궐석재판과 증거동의 의제에 관한 소고",『법학논고』, 제54집(2016.5.), 경북대학교 법학연구원, 81면.

468)「형사소송법」제314조는 제312조와 제313조에 규정된 전문서류에 대해서 공판기일에 성립의 진정을 인정해야 할 자에게 소재불명 등의 사유가 있고 서류의 작성 또는 원진술이 특신상태에 있었다면 진정성립의 인정이 없이도 증거능력이 있다는 특칙을 마련하고 있다.

469) 김정한, "궐석재판과 증거동의 의제에 관한 소고", 83면.

경우에 피고인이 출정하지 아니한 때에는 전항의 동의가 있는 것으로 간주한다. 단 대리인 또는 변호인이 출정한 때에는 예외로 한다"고 규정하고 있다.

2) 불출석 재판사건

피고인의 출정없이 증거조사를 할 수 있는 경우에 피고인이 출정하지 아니한 때에는 피고인의 동의가 있는 것으로 간주된다. 다만 피고인의 대리인 또는 변호인이 출정한 때에는 예외로 한다(법 제318조 제2항). 증거동의의 의제는 피고인이 공판정에 출석하지 아니한 경우에 전문증거의 증거능력을 결정하지 못함으로 인하여 절차가 지연되는 것을 방지하기 위하여 마련된 절차이다.[470]

"피고인의 출정없이 증거조사를 할 수 있는 경우"란 「형사소송법」 등에서 "피고인의 출석 없이 공판절차를 진행할 수 있도록 인정하고 있는 경우"를 말한다. 구체적으로 ① 피고인이 법인인 때에 그 대표자가 출석하지 아니하고 대리인도 출석하지 아니한 경우(법 제27조 제1항, 제276조 단서), ② 다액 500만원 이하의 벌금 또는 과료에 해당하는 사건이나 공소기각 또는 면소의 재판을 할 것이 명백한 사건(법 제277조 제1호, 제2호), ③ 장기 3년 이하의 징역 또는 금고, 다액 500만원을 초과하는 벌금 또는 구류에 해당하는 사건에서 피고인의 불출석 허가신청이 있고 법원이 피고인의 불출석이 그의 권리를 보호함에 지장이 없다고 인정하여 이를 허가한 사건(법 제277조 제3호), ④ 약식명령사건에서 피고인만 정식재판을 청구하여 판결선고를 하는 사건(법 제277조 제4호), ⑤ 피고인이 출석하지 아니하면 개정하지 못하는 경우에 구속된 피고인이 정당한 사유 없이 출석을 거부하고, 교도관에 의한 인치가 불가능하거나 현저히 곤란하다고 인정되는 때(법 제277조의2),[471] ⑥ 피고인이 항소심의 공판기일에 2회 출정하지 아니한 경우(법 제365조), ⑦ 약식명령에 대한 정식재판을 청구한 피고인이 정식재판절차의 공판기일에 2회 출정하지 아니한 경우(법 제458조, 제365조) 등이다.

---

470) 대법원 2010.7.15. 선고 2007도5776 판결.

471) 구속된 피고인이 법정출석을 거부하는 이유 중에는 검사가 제출하는 증거에 대하여 증거동의를 하지 않겠다는 의사표시를 하는 것으로 볼 여지가 있는 경우가 있다. 그런데 법 제277조의2에 의하여 불출석재판이 가능해지면서 구속피고인이 출석을 거부하면 피고인의 재판거부 의사에도 불구하고 증거동의가 있는 것으로 간주된다. 피고인의 불출석의 경우 검사 및 변호인의 의견을 들어야 하는데(법 제277의2 제2항), 의견진술시에 변호인은 증거로 함에 대한 이의를 표시하여 증거동의의 효력을 배제할 수 있다.

3) 피고인의 퇴정

재판장의 허가 없이 피고인이 퇴정하거나, 재판장의 퇴정명령에 의해 피고인이 재정하지 않는 경우에도 동의가 의제되는지에 대하여 견해의 대립이 있다.

판례는 피고인과 변호인이 재판을 거부하고 퇴정한 사안에서 증거동의를 의제하고 있다. 판례에 따르면 "필요적 변론사건이라 하여도 피고인이 재판거부의 의사를 표시하고 재판장의 허가 없이 퇴정하고 변호인마저 이에 동조하여 퇴정해 버린 것은 모두 피고인측의 방어권의 남용 내지 변호권의 포기로 볼 수밖에 없는 것이어서 수소법원으로서는 형사소송법 제330조에 의하여 피고인이나 변호인의 재정 없이도 심리판결할 수 있는 것이고,[472] 또 공판심리는 사실심리와 증거조사가 행해지게 마련인데 이와 같이 피고인과 변호인들이 출석하지 않은 상태에서 증거조사를 할 수밖에 없는 경우에는 형사소송법 제318조 제2항의 규정상 피고인의 진의와는 관계없이 형사소송법 제318조 제1항의 동의가 있는 것으로 간주하게 되어 있다"고 한다.[473]

생각건대, 피고인이 무단퇴정하는 것이 가지는 의미는 피고인이 법원 등에 대하여 공정한 재판을 촉구하는 수단으로 사용되는 경우가 많다. 퇴정하는 피고인의 의사는 증거로 함에 동의하지 않겠다는 의사가 묵시적으로 표시되어 있다고 보는 것이 타당하다. 그럼에도 불구하고 피고인의 무단퇴정한 것을 이용하여 증거능력이 인정되지 않는 증거들이 법정에 제출된다는 것은 바람직하지 않다. 따라서 피고인의 무단퇴정을 이유로 증거동의를 의제하는 것은 원칙적으로 허용되지 않는다고 보는 것이 타당하다.[474] 재판장의 퇴정명령에 의하여 피고인이 퇴정하는 경우에도 마찬가지라고 생각한다.

4) 간이공판절차에서의 특칙

간이공판절차의 결정이 있는 사건의 증거에 관하여는 전문법칙에 의하여 증거능력이 인정되지 않는 증거에 대하여 증거동의가 있는 것으로 간주한다. 단, 검사, 피고인 또는 변호인이 증거로 함에 이의가 있는 때에는 그러하지 아니하다(법 제318조의3).

---

472) 대법원 1990.6.12. 선고 90도672 판결; 1990.6.8. 선고 90도646 판결 등 참조.
473) 대법원 1991.6.28. 선고 91도865 판결.
474) 배종대·이상돈·정승환·이주원, 『신형사소송법』(제5판), 705면; 신동운, 『신형사소송법』(제5판), 1297면; 이은모 · 김정환, 『형사소송법』(제7판), 745면.

피고인이 공소사실에 대하여 자백을 하고 있는 이상 공소사실을 증명하기 위한 개개의 증거에 대하여도 다툴 의사가 없는 것으로 보고 증거동의를 의제하는 특칙을 둔 것이다.[475]

5) 검토 및 결론

「형사소송법」 곳곳에 궐석재판에 있어서 증거동의의 의제에 대한 규정이 있다. 이러한 규정은 공판의 신속성을 실현하기 위한 규정이라고 볼 수 있다. 이러한 규정이 「형사소송법」의 원칙인 적정절차의 원칙에 부합하는지, 피고인의 이익을 과도하게 침해하는 것은 아닌지에 대한 검토가 필요하다.

판례에 따르면 "법 제458조 제2항, 제365조는 피고인이 출정을 하지 않음으로써 본안에 대한 변론권을 포기한 것으로 보는 일종의 제재적 규정"으로 보고 있다.[476] 또한 "제318조의 입법취지가 재판의 필요성 및 신속성 즉, 피고인의 불출정으로 인한 소송행위의 지연 방지 내지 피고인 불출정의 경우 전문증거의 증거능력을 결정하지 못함에 따른 소송지연 방지에 있는 점"에 있다고 한다.[477]

피고인이 출석하지 않은 상태에서 재판을 진행하면 피고인의 참여권과 방어권이 심각한 침해를 유발하게 된다. 즉 피고인이 공소사실에 대하여 변소하고 그에게 유리한 증거를 제출하고 반대신문을 하는 등의 기회가 모두 박탈되는 불이익을 받을 수밖에 없다. 이러한 참여와 방어를 하지 않음으로 인하여 받게 되는 불이익은 공판정 불출석에 있어서 자신에게 귀책사유가 있는 피고인이 받는 것은 정당할 수 있다.

하지만 이러한 불이익 이외에도 피고인에게 검사가 제출한 증거에 대하여 증거동의까지 의제되는 불이익이 정당화 될 수 있는 합리적 근거가 부족하다고 생각한다. 법정에 출석한 피고인이 진술거부권을 행사하면서 별다른 방어활동을 하지 않는 경우에도 피고인의 변소권, 증거제출권, 증인에 대한 반대신문권을 행사하지 않음으로 인한 불이익을 받을 뿐이지 증거동의에 대한 의제라는 불이익을 받지 않는다는 점과 같은 논리이다.[478] 뿐만 아니라 피고인의 불출석이 피고인의 귀책사유에 의하지 아니

---

475) 이창현, 『형사소송법』(제5판), 980면.
476) 대법원 2009.6.11. 선고 2009도1803 판결.
477) 대법원 2010.7.15. 선고 2007도5776 판결.
478) 김정한, "궐석재판과 증거동의 의제에 관한 소고", 88면.

한 경우도 있을 수 있는데, 이러한 경우에도 피고인이 반대신문권을 포기한 것으로, 증거에 대한 동의를 한 것으로 의제하는 것은 다소 무리가 있다. 또한 궐석에 대한 제재로는 판결함에 있어서 양형상 고려를 하는 것이 바람직하며, 판례가 표현하고 있는 것처럼 제재의 일종으로 증거동의 의제를 인정하는 것은 문제가 있다.[479]

특히 무단퇴정, 퇴정명령이나 출석거부의 경우에는 달리 볼 필요가 있다. 「형사소송법」 제330조에 따르면 "피고인이 진술하지 아니하거나 재판장의 허가없이 퇴정하거나 재판장의 질서유지를 위한 퇴정명령을 받은 때에는 피고인의 진술없이 판결할 수 있"기 때문에 무단퇴정이나 퇴정명령을 받은 경우에도 궐석재판을 할 수 있다.

'무단퇴정'은 피고인이 스스로의 자유의사에 의해 퇴정하는 것이지만, '퇴정명령'은 피고인의 의사와는 달리 재판장의 명령에 의해 강제로 퇴정당하는 것으로, '무단퇴정'과 '퇴정명령'은 그 의미상 차이가 있으므로 증거동의에 대한 의제를 인정할 것인지에 대해서도 별도로 살펴볼 필요가 있다.

「형사소송법」 제281조 제1항에 따르면 "피고인은 재판장의 허가없이 퇴정하지 못"하며, 제2항에 따르면 재판장은 피고인의 퇴정을 제지할 수 있다. 결국 '무단퇴정'이라고 함은 재판장의 허가없이 또는 피고인 퇴정에 대한 재판장의 제지가 있었음에도 불구하고 퇴정해버리는 경우를 말한다.

피고인의 무단퇴정에 대해서도 증거동의 의제를 인정할 수 있는가에 대하여 이를 긍정하는 견해도 있지만,[480] 증거동의에 대한 의제를 부정하는 것이 타당하다고 생각한다. 피고인이 무단으로 퇴정한다는 것은 법원 등에 대하여 공정한 재판을 촉구한다는 의미이므로 증거에 대하여 동의를 하지 않겠다는 의사가 묵시적으로 포함되어 있다고 보는 것이 합리적이라는 점,[481] 무단퇴정이 피고인의 방어권 행사를 포기하는 것이 아니라 불공정한 재판에 대하여 가장 강력한 항의의 의사표시라는 점,[482] 무단퇴정을 하였다는 것, 그 자체만으로 반대신문권을 포기했다고 보기 어려울 뿐만 아니라 증거동의에 대한 의제가 피고인의 불출석이나 무단퇴정에 대한 제재의 성격을 가져서

---

479) 김정한, "궐석재판과 증거동의 의제에 관한 소고", 90면.

480) 노명선·이완규, 『형사소송법』(제5판), 성균관대학교 출판부, 2017, 527면; 손동권·신이철, 『새로운 형사소송법』(제4판), 661면; 이재상·조균석, 『형사소송법』(제12판), 665-666면; 이창현, 『형사소송법』(제5판), 984면.

481) 신동운, 『신형사소송법』(제5판), 1297면.

482) 배종대·이상돈·정승환·이주원, 『신형사소송법』(제5판), 683면.

는 안된다는 점,[483] 피고인을 강제로라도 출정시켜 증거 동의 여부를 묻는 것이 형사재판의 공정이라는 관점에서 요청되고 적법절차 법리에 부합된다는 점[484] 등을 고려한다면 피고인의 무단퇴정의 경우에는 증거동의를 의제할 수 없다고 보는 것이 타당하다.

4. 외국 입법례

가. 일본

1) 증거동의

「형사소송법」에 증거동의에 대한 규정을 직접적으로 명시하고 있는 국가는 일본이다. 일본「형사소송법」제326조 제1항에 따르면 "검찰관 및 피고인이 증거로 함에 동의한 서면 또는 진술은 그 서면이 작성되거나 진술되었을 때의 상황을 고려하여 상당하다고 인정하는 때에 한하여 제321조 내지 전조의 규정에 불구하고 이를 증거로 할 수 있다"고 한다.

우리나라「형사소송법」의 경우와는 달리 증거동의를 함에 있어서 '진정한 것'이 아닌 '상당하다고 인정되는 때'라고 규정되어 있다는 점이 다르다. 이는 증거로 하는데 동의한 서면 또는 진술이 임의성이 없거나 증명력이 현저하게 낮거나 하는 등의 사유가 있으면 증거능력을 얻지 못한다는 것을 의미한다는 것이 일본의 판례이다.[485]

2) 증거동의의 본질

제2항에 따르면 피고인이 출석하지 않아도 증거조사를 할 수 있는 경우에 피고인이 출석하지 아니한 때에는 전항의 동의가 있는 것으로 본다. 다만 대리인 또는 변호인이 출석한 경우에는 그러하지 아니한다.

우리나라「형사소송법」은 증거동의가 전문증거에 대해서만 적용되는지, 아니면 증거일반에 대한 규정으로 볼 수 있는지에 대한 명문의 규정이 없다. 하지만 일본「형사소송법」제326조에서 증거동의는 전문증거에 대하여만 적용된다는 점을 명문으

483) 신양균,『형사소송법』(신판), 843면.
484) 김희옥·박일환(편집대표),『주석 형사소송법(III)』(제4판), 457면(백형구 집필부분).
485) 히라라기 토키오(조균석 역),『일본형사소송법』, 376면.

로 밝히고 있다.

일본「형사소송법」제326조에 따르면, 전문증거는 반대당사자의 동의가 있으면 일본「형사소송법」제321조 내지 제325조의 전문법칙의 예외에 해당되는지 여부를 판단할 필요가 없이 이를 증거로 할 수 있다. 검찰관은 증거서류에 대해서 동의서면으로 신청하며(일본「형사소송법」제326조 제1항), 이에 대하여 피고인은 증거에 동의하는지 여부를 진술하여야 한다. 피고인이 증거에 대하여 동의하면, 그 서면 또는 진술은 해당 서면이 작성되거나 진술된 때의 상황을 고려하여 상당하다고 인정되는 때에는 동의서면 또는 진술로서 증거능력이 인정된다.[486]

일본의 경우에도 증거동의의 본질에 대하여 반대신문포기라고 보는 견해가 통설이지만, 동의는 증거능력이 없는 증거에 증거능력을 부여하는 의사표시로 보는 이른바 '증거능력부여설'도 존재한다. 양 견해 중 어느 견해를 따를 것인지에 따라 이론적으로, 실무적으로 문제가 있다. 자백조서에 대하여「형사소송법」제326조의 동의가 있을 수 있는지 여부와 동의한 증거서류에 대하여 원진술자를 증인으로서 신문할 수 있는지 여부가 논의되고 있다. 이에 대한 이론의 구체적 논의는 우리나라의 경우와 같이 거의 유사한 내용으로 전개되고 있다.

3) 불출석과 의제동의

피고인이 출석하지 않아도 증거조사를 실시할 수 있는 경우에는 피고인이 불출석하였다고 하더라도 전문증거에 대하여 동의가 있는 것으로 간주된다. 이를 '의제동의'라고 한다. 피고인이 불출석한 경우에는 의제동의가 있는 것으로 보는 것이다.

다만 구속피고인이 출석을 거부한 경우(일본「형사소송법」제286조의2), 피고인이 허가를 받지 않고 퇴정하거나 퇴정명령을 받은 경우(일본「형사소송법」제341조)에도 의제동의가 있는지 논의가 있다.

이에 대하여 일본 판례에 따르면 일본「형사소송법」제326조 제2항은 동의를 의제하려는 것이 아니라, "법원이 그 동의의 유무를 확인할 방법이 없고 소송의 진행이 현저하게 저해되기 때문에 이것을 방지하기 위해 피고인의 진의와 무관하게 특히 그 동의가 있었던 것으로 간주하는 취지로 만들어진 규정"이라고 본다. 즉 피고인

---

486) 히라라기 토키오(조균석 역),『일본형사소송법』, 373면.

스스로의 책임으로 반대신문권을 상실하는 것으로 보기에[487] 법정의 질서유지를 위해 퇴정당한 피고인은 스스로의 귀책사유로 반대신문권을 상실하게 된 것이라는 것이 일본 판례이다.

나. 미국

미국의 경우 증거동의에 대한 직접적인 규정이 존재하지 않는다. 미국은 "기소인부제도에 의해 피고인이 법정에서 자백하면 사실인정 절차 자체가 생략되는 외에 연방증거법 등에 전문증거의 증거능력에 대한 동의, 더 나아가 궐석재판에서의 전문증거의 증거능력에 대한 예외 등에 대한 규정은 가지고 있지 않다"고 한다.[488] 따라서 이와 직접적 관련 논의는 어려울 것으로 보인다.

다. 독일

1) 증거동의

독일의 경우에도 증거동의에 대한 직접적인 규정은 존재하지 않는다. 독일「형사소송법」은 제250조에서 증거조사의 직접성을 규정하고 있을 뿐 전문법칙에 대하여 규정하고 있지 않다. 전문증거의 증거능력을 회복시켜준다는 의미에서의 증거동의와 같은 제도는 존재하지 않는다.

독일「형사소송법」제251조 제1항에 따르면 증인, 감정인 또는 공동피범행혐의자의 신문의 경우 피고인에게 변호인이 있고, 검사·변호인 그리고 피고인이 동의한 경우 신문조서 또는 그가 작성한 진술서를 포함하는 문서의 낭독으로 대체될 수 있다.

이러한 규정은 증거능력에 대한 규정이 아니라 증거조사의 방법에 대한 규정이므로 우리나라「형사소송법」의 증거동의와는 다르다.

2) 증거동의의 의제

독일「형사소송법」은 "전문법칙이 아닌 직접심리주의를 채택하고 있기 때문에, 증

487) 最高裁判所 昭和 53.6.18. 刑集 32卷4号 724頁.

488) *Arthur Best, Evidence(7.Ed.)*, 2009, p.272-282(김정한, "궐석재판과 증거동의 의제에 관한 소고", 87면 각주 14번 재인용).

거동의도 조서의 낭독으로 인증 조사에 갈음할 수 있는가의 문제로 다루어지고 있"으며, "제250조와 제251조를 통해 당사자의 동의에 의한 직접심리주의의 예외를 허용하면서도, 피고인 불출석과 관련하여서는 원칙적으로 공판을 열지 못할 뿐만 아니라 부재자에 대하여 공판절차가 시작되었다 하더라도 그가 장래에 출두할 경우에 대비하여 증거를 보전하여야 할 뿐(독일 형사소송법 제285조) 부재자에 대하여 낭독 동의가 의제되는 등의 어떠한 증거법상 불이익을 부과하지 않는다"고 한다.[489]

판사의 신문에 대한 조서만 예외로 하고 오히려 낭독에 대한 동의도 원칙적으로 "변호인 있는 피고인에게만 허용함으로써 형사절차에 무지하거나 경솔한 피고인이 함부로 낭독에 동의하지 못하도록 제한하고 있다"고 한다.[490]

라. 결론

우리나라 「형사소송법」에서 규정하고 있는 증거동의는 전문법칙 등에 의하여 증거능력이 제한되는 증거에 대하여 피고인 등의 동의가 있으면 증거능력을 회복시켜주는 제도이다. 이러한 의미에서 우리나라와 같은 의미인 증거동의를 전문법칙과 직접 연결하고 있는 입법례는 일본의 「형사소송법」 정도에 불과하다.

하지만 일본 「형사소송법」의 증거동의에 대한 규정은 우리나라 「형사소송법」과 동일하므로 일본 「형사소송법」의 입법례는 현행 「형사소송법」의 개정에 자료가 되지 못한다.

5. 개정안

증거동의에 대한 현행 「형사소송법」 제318조의 의미는 증거동의의 본질을 어떻게 이해할 것인가에 따라 그 해석의 범위가 달라진다. 본질에 대한 견해의 차이가 극명히 드러나는 부분은 증거동의의 대상으로 '물건'을 인정할 것인가라는 문제이다. 이에 대하여 반대신문권설과 처분권설의 대립이 있는 것에 대해서는 이미 논의를 하였다. 반대신문권설에 따를 경우 물건을 증거동의의 대상에서 제외하는 것이 바람직하지만,

489) 김정한, "궐석재판과 증거동의 의제에 관한 소고", 86면.
490) 김정한, "궐석재판과 증거동의 의제에 관한 소고", 86면.

처분권설에 따를 경우에는 현행 법조문 그대로 존치하는 것이 바람직할 것이다. 이에 대한 개정안은 추후 학계의 발전적 논의가 전개된 후에 다시 진행되는 것이 좋다는 생각이 든다. 따라서 이에 대한 별도의 개정안은 제시하지 않는다.

제18절 | 탄핵증거 (최호진)

1. 의의

탄핵증거란 진술의 증명력을 다투기 위한 증거를 말한다. 탄핵증거의 본래적 의미는 진술자의 진술의 신빙성을 탄핵하는데 사용되는 증거이다. 즉 신빙성을 감쇄시켜서 진술의 신빙성을 의심하게 하고 결과적으로 그 진술을 믿지 않게 되어 그 진술을 사실인정의 자료로 사용하지 않게 하는 것이다.[491] 탄핵증거는 증명력과 관련된 자유심증주의의 적용영역이다. 어떤 증거를 탄핵증거로 사용하는데 제한은 없다. 즉 증인 갑이 공판정에서 증언을 하였는데, 갑이 평소 거짓말을 잘하는 사람이라는 것을 증인 을이 증언을 하였다면 증인 을의 증언은 탄핵증언이 되는 것이다.

원래 진술의 증명력을 다투는 방법에는 2가지가 있다.[492] 증인신문을 할 경우 반대신문에 의하여 증인의 증언의 신빙성을 감쇄시키는 방법과 독립된 외부증거에 의하여 증인의 증언을 탄핵하는 방법이 있다. 「형사소송규칙」 제77조에서 증인의 증명력을 다투기 위한 신문의 방법에 대하여 규정하고 있다.[493] 증언의 증명력을 다투기 위하여 필요한 사항에 관한 신문은 증인의 경험, 기억 또는 표현의 정확성 등 증언의 신빙성에 관한 사항 및 증인의 이해관계, 편견 또는 예단 등 증인의 신용성에 관한 사항에 대한 것이다.

---

491) 김희옥·박일환(편집대표), 『주석 형사소송법(III)』(제5판), 583면.

492) 이재상·조균석, 『형사소송법』(제12판), 617면.

493) 「형사소송규칙」 제77조(증언의 증명력을 다투기 위하여 필요한 사항의 신문) ① "주신문 또는 반대신문의 경우에는 증언의 증명력을 다투기 위하여 필요한 사항에 관한 신문을 할 수 있다." ② "제1항에 규정한 신문은 증인의 경험, 기억 또는 표현의 정확성 등 증언의 신빙성에 관한 사항 및 증인의 이해관계, 편견 또는 예단 등 증인의 신용성에 관한 사항에 관하여 한다. 다만, 증인의 명예를 해치는 내용의 신문을 하여서는 아니된다."

주요사실의 존부에 대하여 직접·간접적으로 증명하기 위하여 사용되는 '실질증거'에 대하여 그의 증명력을 다투기 위하여 사용되는 증거로서 '보조증거'에 해당되는 것이다. 탄핵증거는 증명력을 감쇄하기 위한 증거로서의 의미를 가진다. 현행「형사소송법」은 보조증거로서의 탄핵증거에 대한 직접적인 규정은 존재하지 않으며, 오히려 형사소송규칙에서 보조증거로서의 탄핵증거에 대한 규정을 두고 있다.

「형사소송법」 제318조의2에서는 '증명력을 다투기 위한 증거'라는 표제로 전문증거라도 탄핵증거로 사용할 수 있다고 규정하고 있다. 전문증거의 경우 일정한 예외요건을 갖추지 않으면 이를 증거로 할 수 없는데, 이러한 예외요건을 갖추지 않은 전문증거라도 탄핵의 증거로 사용할 수 있다.「형사소송법」 제318조의2 제1항에 따르면 "제312조부터 제316조까지의 규정에 따라 증거로 할 수 없는 서류나 진술이라도 공판준비 또는 공판기일에서의 피고인 또는 피고인 아닌 자의 진술의 증명력을 다투기 위하여 증거로 할 수 있다"고 한다. 이는 전문법칙에 의해 증거능력이 없는 증거일지라도 진술의 증명력을 다투기 위해 사용될 수 있다는 것을 말한다.

2. 연혁

「형사소송법」 제318조의2 탄핵증거 규정은 1961년「형사소송법」 제1차 개정에 의해 도입되었다. 제1차 개정「형사소송법」 제318조의2(증명력을 다투기 위한 증거)에 따르면 "제312조 내지 제316조의 규정에 의하여 증거로 할 수 없다는 서류나 진술이라도 공판준비 또는 공판기일에서의 피고인 또는 피고인이 아닌 자의 진술의 증명력을 다투기 위하여는 이를 증거로 할 수 있다"고 하여 증거능력이 없는 전문증거일지라도 탄핵증거로 사용하는 것을 인정하였다.

1961년 개정 당시 탄핵증거를 도입한 것은 영미법의 당사자주의의 강화라는 흐름의 연장선상에 있었다고 평가된다. 즉 탄핵증거는 영미법에서 발전한 개념으로, 영미의 증거법에서 유래하였다는 것에는 견해가 일치하고 있다.[494] 이해관계가 대립하는 당사자가 배심원의 면전에서 공격과 방어의 변론활동을 행하고 이를 통하여 변증법적으로 실체적 진실발견을 추구해나간다. 대립하는 양 당사자들은 증인을 주신문과 반

494) 권영법, "형사소송법상 탄핵규정에 대한 비판적 고찰 -미국 연방증거규칙상 탄핵관련 규정과의 비교·검토를 중심으로-",『형사법의 신동향』, 통권 제38호(2013.3.), 대검찰청, 59면.

대신문의 형태로 신문함으로써 증언을 획득하게 된다. 영미법의 경우 검사와 피고인 양 당사자가 상호 대등한 입장에서 증인 및 증언의 증명력을 다투게 되므로 탄핵증거는 검사와 피고인에게 동등한 입장에서 중요성을 가지게 된다.[495]

1961년에 개정된 「형사소송법」은 당사자주의를 강화하기 위해 교호신문제도 등을 도입하고 전문증거의 증거능력을 일반적으로 인정하지 않고 검사와 피고인 양 당사자가 공판의 주도권을 가지도록 하였다. 새로 도입된 탄핵증거는 영미법의 배심재판이 검사와 피고인의 지위를 동등하게 인정함으로써, 증인과 증언의 신빙성 확보와 그에 대한 공격이 배심원의 사실인정에 대한 핵심적인 동인으로 작용할 수 있었기 때문에 발달되었던 개념을 도입한 것이다.[496]

그런데 1961년에 개정된 「형사소송법」은 제310조의2에 전문법칙을 명시적으로 도입하고 제311조부터 전문법칙의 예외조항을 둔 후, 이어서 제318조의2의 탄핵증거에 대한 규정을 둠으로써 전문법칙에 의해 증거능력이 없는 증거일지라도 탄핵증거로 우회적으로 사용할 수 있게 만들었다. 형사소송절차에서 사실에 대한 인정은 법관이 독점하여 직권적 판단을 하게 되므로, 1961년에 도입된 영미법상의 탄핵증거 규정은 한국적 변용을 겪을 수밖에 없었다.[497] 즉 엄격한 증명의 법리에 제한을 받지 않는 피고인은 자유로이 탄핵증거의 사용이 가능하지만, 엄격한 증명의 법리에 제한을 받는 검사는 제318조의2 제1항을 근거로 증거능력이 없는 전문증거를 법원에 제출할 수 있게 되는 기회가 주어진 것이다.[498]

이러한 「형사소송법」 제318조의2 제1항에 대해 판례는 "피고인이 경찰에서의 진술을 부인하는 경우 피고인의 범행 자백이 있었으며 그에 따라 사실을 확인하였다는 조사자의 법정증언이나 같은 내용의 검사 작성의 조사자에 대한 참고인 진술조서가 구법 제312조 제2항의 취지에 비추어 모두 증거능력이 인정 되지 아니한다"고 판시하였다.[499]

사법경찰관리가 획득한 피고인의 진술에 대하여 내용을 부인한 경우 피고인의 종전

---

495) 신동운, 『신형사소송법』(제5판), 1301면.
496) 이승준, "형사소송법 제318조의2(탄핵증거)의 해석에 대한 소고", 『한양법학』, 제23권 제3집 (2012.8.), 한양법학회, 95면.
497) 이승준, "형사소송법 제318조의2(탄핵증거)의 해석에 대한 소고", 95면.
498) 신동운, 『신형사소송법』(제5판), 1301면.
499) 대법원 2002.8.23. 선고 2002도2112 판결.

진술이 법정에 현출될 수 있는 방법으로는 조사자의 법정증언이나 검사 작성의 조사자에 대한 참고인 진술조서밖에 없게 되자, 검사 작성의 피의자신문조서의 역할이 중요하게 되었고 결국 무리하게 검사 면전에서의 자백을 획득하기 위해 수사를 강압적으로 할 위험성이 제기된 것이다.[500]

결국 2007년「형사소송법」개정에서 제1항이 부분개정되었고, 제2항이 새로 도입되었다. 또한 위법수사를 억제하고 피고인의 방어권이 침해되지 않는 정도에서 제316조 제1항에 조사자증언제도를 도입하였다. 탄핵증거에 대해서도 제318조 제1항에 조사자 등의 진술을 탄핵할 수 있도록 '공소제기 전에 피고인을 피의자로 조사하였거나 그 조사에 참여하였던 자를 포함한다'는 부분을 추가한 것이다. 뿐만 아니라 제318조 제2항은 조사과정에 대한 영상녹화의 결과물인 영상녹화물을 탄핵증거가 아니라, '기억이 명백하지 않은 사항에 대해 기억환기용으로' 피고인 또는 피고인 아닌 자 본인에게 재생하여 시청할 수 있도록 규정하였다.

이와 같이「형사소송법」과「형사소송규칙」에 도입된 조문들을 종합적으로 분석해 보면 비록 탄핵증거라는 명시적인 표현은 존재하지 않지만, 증인 등의 진술의 증명력을 다투어 감쇄시키기 위해 사용되는 증거를 '탄핵증거'라고 볼 수 있다. 그럼에도 불구하고 탄핵증거에 대한 구체적인 해석은 관련규정의 불충분성과 불명확성으로 인해 학설과 판례에 의해 그 추가적 의미를 밝힐 수밖에 없다.

특히 검사가 '피고인 또는 피고인 아닌 자의 진술의 증명력을 다투기 위하여'라는 목적하에 증거능력이 없는 전문증거를 법원에 제출하게 되면 그 증거가 진술증거의 증명력 판단의 자료로 사용되는 것을 넘어서 범죄사실의 존부 자체에 관한 법관의 심증형성에 영향을 미칠 수 있다는 문제점이 발생할 수 있다.[501] 여기서 법관의 증명력 판단에 적정을 도모하려는 탄핵증거의 기본목적과 증거능력 있는 증거만을 사용하여 범죄사실을 증명하도록 함으로써 피고인의 보호를 위한 엄격한 증명의 법리가 충돌하게 되므로, 이를 적절하게 조화시키는 노력이 필요하다. 특히 2008년부터 도입된 국민참여재판의 실시에 따라 이에 대한 요청이 더욱 절실하다.

---

500) 신동운, "공판절차에 있어서 피고인의 방어권보장", 『서울대학교 법학』, 제44권 제1호 (2003.3.), 서울대학교 법학연구소, 158면 이하.

501) 신동운, 『신형사소송법』(제5판), 1302면.

3. 쟁점

가. 탄핵의 대상으로서의 피고인의 진술

1) 문제제기

탄핵증거는 '공판준비 또는 공판기일에서의 피고인 또는 피고인 아닌 자의 진술의 증명력'을 다투기 위해 제출된다.

탄핵증거의 대상인 피고인 또는 피고인 아닌 자의 진술의 경우 법관 면전에서의 진술만을 대상으로 하는 것은 아니며, 진술에 한정되지 않고 진술이 기재된 서면도 포함된다.[502] 탄핵증거는 피고인 또는 피고인 아닌 자의 진술의 증명력을 다투는 것이므로 '피고인'과 '피고인 아닌 자'의 의미가 중요하다.

'피고인 아닌 자', 즉 증인의 증언이 탄핵의 대상이 된다는 점에는 의문이 없다. 탄핵증거의 본래 모습이 피고인에 대한 탄핵이 아니라, 피고인 아닌 증인의 증명력에 대한 것이기 때문이다. 예를 들면 피고인 아닌 자의 진술 자체가 피고인의 유죄 혹은 무죄를 지적하는 하나의 증거로 법정에 현출된 경우 그의 진술의 증명력을 다투기 위해, 즉 이전에는 다른 취지의 진술을 했다는 것을 보임으로써 그 진술자의 증언이 못 믿을 것이라는 점을 밝히기 위해 전문증거를 사용할 수 있다. 여기에는 '공소제기 전에 피고인을 피의자로 조사하였거나 그 조사에 참여하였던 자'도 포함된다. 즉 조사자증언이 2007년 개정「형사소송법」제316조 제1항에 의해 도입되었으므로 조사자의 증언에 대한 탄핵도 가능하다.

문제는 피고인의 진술이다. 피고인의 진술도 탄핵의 대상이 될 수 있는지에 대하여 문제가 된다. 피고인의 진술을 탄핵한다는 것은 피고인의 공판정에서의 진술에 대하여 수사기관에서의 진술과 자백을 가지고 탄핵한다는 것을 의미하기 때문에 공판중심주의와 관련하여 위배될 여지가 있다. 또한 내용부인으로 인해 증거능력이 인정되지 않는 사법경찰관 작성의 피의자신문조서가 법정에 제출되는 효과가 발생할 수 있다. 이러한 점에서 견해의 대립이 존재한다.

---

502) 김인회,『형사소송법』(제2판), 543면; 신동운,『신형사소송법』(제5판), 1311면; 이재상·조균석,『형사소송법』(제12판), 677면.

2) 학설의 대립

'피고인의 진술'에 대해서도 탄핵의 대상이 되는지가 문제된다. 피고인의 진술에 대해 탄핵의 대상이 될 수 있다는 점이 명문의 규정이 있음에도 불구하고 탄핵의 대상이 될 수 없다는 소극설이 있다.[503] 이 견해는 피고인의 진술의 증명력을 다투기 위함이라는 명목으로 범죄사실에 대한 전문증거가 무분별하게 법정에 현출되어 전문법칙을 형해화시킬 수 있으므로 피고인 보호를 위해서는 축소해석을 통해 피고인의 진술을 제외할 것을 주장한다.

이에 대하여 적극설에서는 현행 「형사소송법」이 명문으로 피고인의 진술을 탄핵의 대상으로 규정하고 있고, 공판정에서 한 피고인의 진술에 대하여 증거능력이 인정되기 때문에 그 진술의 증명력을 다툴 필요성이 인정된다는 등의 이유로 피고인의 진술도 탄핵의 대상이 된다고 한다.

3) 판례

판례는 "임의로 작성된 것이 아니라고 의심할 만한 사정이 없는 한 탄핵증거로 사용할 수 있다"고 하여 적극설의 입장을 따르고 있다.

판례에 따르면 "검사가 유죄의 자료로 제출한 사법경찰리 작성의 피고인에 대한 피의자신문조서는 피고인이 그 내용을 부인하는 이상 증거능력이 없으나, 그것이 임의로 작성된 것이 아니라고 의심할 만한 사정이 없는 한 피고인의 법정에서의 진술을 탄핵하기 위한 반대증거로 사용할 수 있으며, 또한 탄핵증거는 범죄사실을 인정하는 증거가 아니므로 엄격한 증거조사를 거쳐야 할 필요가 없음은 형사소송법 제318조의2의 규정에 따라 명백하나 법정에서 이에 대한 탄핵증거로서의 증거조사는 필요한 것이고, 한편 증거신청의 방식에 관하여 규정한 형사소송규칙 제132조 제1항의 취지에 비추어 보면 탄핵증거의 제출에 있어서도 상대방에게 이에 대한 공격방어의 수단을 강구할 기회를 사전에 부여하여야 한다는 점에서 그 증거와 증명하고자 하는 사실과의 관계 및 입증취지 등을 미리 구체적으로 명시하여야 할 것이므로, 증명력을 다투고자 하는 증거의 어느 부분에 의하여 진술의 어느 부분을 다투려고 한다는 것을 사전에 상대방에게 알려야 한다"고 한다.[504]

---

503) 배종대·이상돈·정승환·이주원, 『신형사소송법』(제5판), 715면.

사법경찰관이 작성한 피의자신문조서는 제312조 제2항에 따라서 피고인이 내용을 부인할 경우에는 증거능력이 없게 되지만, 증거능력이 없는 피의자신문조서도 제318조의2에 따라서 피고인의 진술의 '증명력을 다투는 데 있어서'는 증거능력이 있다는 것이다.[505]

4) 소결

피고인의 진술이 탄핵의 대상이 될 수 있는가라는 문제는 피고인이 공판절차에서 내용을 부인하여 증거능력이 인정되는 않은 사법경찰관 작성의 피의자신문조서를 가지고 법정에서 피고인의 진술을 탄핵하는 증거로 허용될 수 있는가의 문제와 직결된다.

현행법의 해석론상 피고인의 진술을 탄핵의 대상에서 제외하는 것은 다소 어려움이 있다. 명문으로 탄핵의 대상에 피고인의 진술을 포함시키고 있기 때문이다. 일부의 견해는 명문의 규정에도 있고 피고인의 진술의 증명력을 다툴 필요가 있기 때문에 피고인의 진술도 탄핵의 대상이 된다고 본다. 해석론과 입법론이 엄격히 구분되어야 하므로 해석론상으로는 피고인의 진술도 탄핵의 대상이 된다고 볼 수밖에 없다.

하지만 입법론적으로 볼 때 피고인의 진술을 탄핵의 대상으로 삼는 것은 바람직하지 않다.[506] 예를 들면 수사기관 면전에서 자백한 피고인이 공판정에서 자백과 상반되는 사실을 진술하는 경우 적극설에 따르면 증거능력이 없는 공판정 외에서의 자백을 가지고 공판정에서 행한 피고인의 상반되는 진술의 증명력을 탄핵할 수 있게 된다. 이와 같은 탄핵증거의 사용을 허용하게 되면 자백에 편중된 수사관행을 오히려 조장할 우려가 있다. 피고인의 진술에 대하여 수사단계에서의 진술을 기반으로 하여 탄핵한다는 것은 논리적이지 않을 뿐만 아니라 자칫 수사기관에게 잘못된 관행을 조장할 우려가 있다. 즉 피의자신문조서 등이 범죄사실의 존부에 대한 실체증거로 사용되지

---

504) 대법원 2005.8.19. 선고 2005도2617 판결("피고인이 내용을 부인하여 증거능력이 없는 사법경찰리 작성의 피의자신문조서에 대하여 비록 당초 증거제출 당시 탄핵증거라는 입증취지를 명시하지 아니하였지만 피고인의 법정 진술에 대한 탄핵증거로서의 증거조사절차가 대부분 이루어졌다고 볼 수 있는 점 등의 사정에 비추어 위 피의자신문조서를 피고인의 법정 진술에 대한 탄핵증거로 사용할 수 있다고 한 사례").

505) 이 판결에 대한 세밀한 분석으로는 김희균, "형사소송법 제318조의2의 해석론 : 탄핵증거와 전문법칙의 관계", 『성신법학』, 제6호(2007.2.), 성신여자대학교 법학연구소, 75면 이하 참조.

506) 신동운, 『신형사소송법』(제5판), 1312면.

않더라도 탄핵증거로는 사용할 수 있으니 일단 조서를 받아두고 보자는 식의 태도를 조장할 수 있다.[507] 따라서 피고인의 진술은 「형사소송법」 제318조의2 제1항이 규정하고 있는 증명력을 다투기 위한 진술의 범위에서 삭제하는 것이 입법론적으로 타당하다.

물론 수사기관 면전에서의 자백을 부인하는 피의자신문조서는 조사자의 법정 증언을 허용하는 개정 「형사소송법」에 따라 그 의미가 낮아진 것은 사실이다. 즉 피고인이 내용을 부인하였다고 하더라도 조사자증언을 통해 조서의 기재내용을 입증하면 본증으로 사용할 수 있으므로 탄핵증거로서의 사용 필요성이 줄어든 것은 사실이다.[508] 이런 점에서 본다면 탄핵의 대상에 피의자신문조서 등을 제외할 경우에는 조사자증언 제도나 영상녹화물에 대한 활용도가 다소 높아질 필요가 있다.

나. 탄핵증거의 범위

1) 문제제기

제318조의2에서 '제312조부터 제316조까지의 규정에 따라 증거로 할 수 없는 서류나 진술이라도'라고만 규정되어 있어 구체적으로 탄핵증거로 할 수 있는 전문증거의 범위에 대하여 규정상 아무런 제한이 없기 때문에 견해의 대립이 있다.

학설로는 한정설,[509] 비한정설, 절충설,[510] 이원설[511]이 대립되어 있다. 자기모순 진술에만 적용되고 그 나머지 전문증거들은 탄핵증거로서 허용되지 않는지, 자기모순의 진술에 한정되지 않고 증명력을 다투기 위한 증거라면 모든 전문증거를 사용할 수 있는지, 자기모순의 진술 이외에 증인의 신빙성에 대한 보조사실을 입증하기 위한 증거도 포함되는지 등 다양한 논의가 전개되고 있다. 탄핵증거에 대한 논의는 이에 대한 논의를 기본적으로 전제하고 있기 때문에 검토가 필요하다.

---

507) 김희균, "형사소송법 제318조의2의 해석론 : 탄핵증거와 전문법칙의 관계", 85면.
508) 이승준, "형사소송법 제318조의2(탄핵증거)의 해석에 대한 소고", 98면.
509) 이은모 · 김정환, 『형사소송법』(제7판), 717면; 이재상·조균석, 『형사소송법』(제12판), 673면.
510) 신동운, 『신형사소송법』(제5판), 1202면; 이창현, 『형사소송법』(제5판), 1022면; 임동규, 『형사소송법』(제10판), 73면; 정웅석·백승민, 『형사소송법』(전정증보제5판), 대명출판사, 2014, 751-752면.
511) 배종대·이상돈·정승환·이주원, 『신형사소송법』(제5판), 700면.

2) 견해의 대립

한정설에 따르면 탄핵증거 특칙은 피고인이나 증인의 진술과 모순되는 동일인의 진술, 즉 자기모순 진술에만 적용되고 그 나머지 전문증거들은 탄핵증거로서 허용되지 않는다고 보는 견해이다.[512] 이는 전문증거를 탄핵증거로 사용할 수 있게 한 근본적인 이유가 자기모순 진술 자체의 신빙성을 입증하기 위하여 증거제출하는 것이 아니라 자기모순 진술이 있었다는 사실만을 입증하기 위하여 증거를 제출하는 것으로 이해한다. 진술자 자신의 진술로 증명력을 다투는 경우와 타인의 진술로 증명력을 다투는 경우를 구분하여 전자의 경우에는 별다른 문제점이 없지만, 후자의 경우인 타인의 진술로 다투는 경우에는 그 진술을 먼저 신용할 수 있어야 가능하게 되며, 이는 전문법칙의 취지에 반한다는 것이다. 결국 전문법칙에 의하여 증거능력이 인정되지 않는 '타인의 진술'은 탄핵증거가 될 수 없다.

비한정설은 자기모순의 진술에 한정되지 않고 증명력을 다투기 위한 증거라면 모든 전문증거를 사용할 수 있다는 견해이다. 즉 전문증거라는 이유로 탄핵증거로의 사용이 제한되지는 않는다고 보는 견해이다. 즉 탄핵증거의 범위를 자기모순 진술이나 범죄사실에 관한 것인지를 불문하고 널리 인정하여 진술의 증명력을 다투는 증거에 제한을 두지 않는 견해이다.

위 특칙 규정은 "제312조부터 제316조까지의 규정에 따라 증거로 할 수 없는 서류나 진술이라도"라고만 규정하고 있고 그 외 일체의 제한을 가하고 있지 않다는 것을 직접적인 근거로 하고 있으며, 특칙의 3가지 존재이유, 즉 탄핵증거가 요증사실을 내용으로 하는 것이 아니므로 처음부터 전문법칙이 적용되지 않으며 법관의 합리적인 증명력 판단과 소송경제에 도움이 된다는 설명과도 잘 부합된다.

절충설은 탄핵증거로 사용할 수 있는 증거는 자기모순의 진술 이외에 증인의 신빙성에 대한 보조사실을 입증하기 위한 증거도 포함된다는 견해이다.[513] 범죄사실에 대한 진술의 증명력을 직접 다투기 위해서는 자기모순의 진술만이 탄핵증거로 사용될 수 있지만, 증인의 신빙성에 대한 보조사실을 증명하기 위해서는 타인의 진술이나 그 진술을 기재한 서류도 탄핵증거로 사용될 수 있다는 것이다.[514] 예를 들면 증인의

512) 이은모 · 김정환, 『형사소송법』(제7판), 717면; 이재상·조균석, 『형사소송법』(제12판), 673면
513) 김인회, 『형사소송법』(제2판), 544면; 신동운, 『신형사소송법』(제5판), 1305면; 이창현, 『형사소송법』(제5판), 1022면; 임동규, 『형사소송법』(제10판), 573면.

능력, 평판이나 성격, 증인이 관련된 이해관계 등의 입증을 위한 증거는 사용될 수 있다.

이원설은 탄핵증거로 사용할 수 있는 증거로 검사와 피고인을 구별하여 검사는 자기모순의 진술만을, 피고인은 제한없이 모든 전문증거를 탄핵증거로 사용할 수 있다는 견해이다.[515] 검사에게만 엄격한 증명의 법리가 적용된다는 점을 강조한 이론이며, 피고인 보호에 장점이 있다. 피고인과 비교해 볼 때 검사는 강력한 수사망 및 수사지휘권을 보유하고 있기 때문에 탄핵증거의 허용범위를 달리 보아야 공평의 견지에 부합한다는 점을 근거로 제시한다.

3) 결론

한정설은 탄핵증거를 전문법칙과 관계없이 독자적으로 진술증거의 증명력을 다투는 증거로 보아 탄핵증거의 범위를 좁게 본다. 다만 현행법이 전문증거를 탄핵증거로 사용할 수 있도록 하는 법규정과 맞지 않다는 문제점이 있다.

이원설은 피고인 보호에 장점이 있지만, 탄핵증거의 범위를 피고인과 검사로 나눌 수 있다는 법적 근거가 불명확하다는 단점이 있다.

자기모순 진술로만 제한하는 것은 한정적이며, 오히려 진술자의 성격, 이해관계 등 진술자의 신빙성에 관한 사실을 입증하는 증거인 보조사실도 탄핵증거로 사용하는 것이 바람직하다. 이러한 사실은 유죄인정의 보조사실이 아니므로 엄격한 증명의 법리에 따라 증거능력이 있는 증거로 증명할 필요는 없다. 절충설이 가장 설득력이 있다고 생각한다.

4. 외국 입법례

가. 미국

우리나라의 탄핵증거이론과 달리 미국은 주요사실인 공소사실의 존부가 아니라 증인의 신용성(the witness' credibility)을 탄핵하는 목적으로 사용된다. 증인이 의식

514) 법원행정처, 『새로 쓰는 증거조사 : 공판중심주의의 실천적 증거조사 방법론』, 2007, 57면.
515) 배종대·이상돈·정승환·이주원, 『신형사소송법』(제5판), 700면.

적으로 거짓말을 하고 있다는 것뿐만 아니라 증인이 진실한지 아닌지(sincere or not) 또는 증인이 틀렸다거나 착오에 빠져 있다는 것(wrong or mistaken)을 입증하는 것도 탄핵의 목적이다.[516] 증인의 신용성을 증거능력이 있는 실질증거(substantive evidence)에 의해서도 탄핵할 수 있음은 당연하다. 이와 같이 실질증거에 의해 증인의 신용성을 탄핵하는 경우에는 이미 증거능력이 구비되어 있으므로 우리나라 「형사소송법」이 말하는 탄핵증거로서의 요건을 별도로 갖출 필요는 없다.[517] 결국 미국의 탄핵증거에 대한 법리는 전문법칙과 직접적 관련성은 없다. 우리나라 「형사소송법」과 같이 전문법칙에 의해 증거능력이 없는 증거라도 탄핵증거로는 사용할 수 있다는 의미와는 다른 것이다.

미국의 증거법에서 말하는 탄핵증거로는 성격증거(character), 과거의 불일치 진술(prior inconsistent statement), 편향성(bias), 인지적 또는 정신적 결함(sensory or mental defect), 모순(contradiction)의 5가지로 분류하는 것이 보통이다.[518] 증인의 신빙성을 공격하기 위하여 ① 증인의 불일치진술을 증명하거나, ② 증인이 친족관계·적대관계와 같은 감정적 영향이나 금전적 이익의 동기가 있다는 것, ③ 증인의 성격, ④ 증인의 관찰·기억 및 판단력의 결함을 지적하거나, ⑤ 실질적 사실이 증언내용과 다르다는 것을 증명하는 방법이 사용되고 있으며, 이 가운데 가장 자주 사용되는 것이 증인의 자기모순의 진술이다.[519] 증인의 자기모순의 진술 또는 불일치진술은 현재의 진술이 허위이고 이전의 진술이 진실이라는 것을 증명하는 것이 아니라, 증인의 신빙성을 다투기 위한 것에 불과하다는 고려에서 전통적인 견해를 포기하고 실질증거로서는 전문증거가 허용되지 않지만 탄핵증거로서는 허용된다는 태도를 취하게 된다.

나. 영국

미국은 영국의 보통법을 계수하였으므로 영국과 미국의 증거법, 특히 탄핵과 관련

---

516) *Graham C. Lilly et al*, 『*Principles of Evidence*』, Thomson Reuters, 2009, p.281.
517) *Ronald J. Allen et al*, 『*Evidence - Text, Problems, and Cases -*』, Aspen Publishers, 2006, pp.354-355.
518) 아서 베스트(형사법연구회 옮김), 『미국증거법』, 231-247면.
519) 이재상·조균석, 『형사소송법』(제12판), 672면.

된 법이론은 유사한 점이 많다. 영국의 경우 증인신문과 관련하여 이에 대한 논의를 전개하고 있으며, 주로 법정에서의 증인에 대하여 양 당사자에 의한 교호신문의 허용범위와 관련하여 논의가 전개되고 있다. 영국에서의 탄핵증거는 법정에서의 양 당사자가 증인의 신빙성을 다투는 방법을 말하는 것으로 신문에 있어서 아무런 제한 없이 허용할 경우 불공정한 예단이나 쟁점의 혼란, 시간의 낭비를 초래할 수 있으므로 이를 규율하기 위해서 전개하고 있다.

미국과 마찬가지로 영국의 경우에도 증인의 신뢰성에 대하여 탄핵이 허용된다고 본다. 예를 들면 증인이 거짓말을 하고 있거나 잘못 알고 있다는 등 증언의 신빙성에 관한 사항은 주신문에서의 증언 내용과 직접적인 관련을 논하지 아니하고 언제든지 반대신문의 기회에 신문할 수 있다. 이러한 내용의 반대신문이 허용되지 않을 때에는 경우에 따라 헌법적 기본권의 침해가 되어 상급심에서 파기의 사유가 될 수 있다.[520] 구체적 증인의 신빙성을 다투는 형식의 반대신문은 주신문에서 증언을 탄핵하기 위한 핵심적 부분이다. 예를 들면 ① 증인이 사실에 관한 충분한 이해와 경험을 갖지 못하거나 사실관계의 일부를 인식하지 못한 채 증언이 이루어진 것으로 증언 자체가 불완전한 경우, ② 증인이 쟁점과 사실관계 자체에 관하여 선입견이나 편견을 가지고 있거나 이해관계가 있어서 증언 자체의 왜곡을 초래하고 해당 증언의 신빙성이 결여되어 있다는 것 등이 공격의 주된 대상이 된다.[521]

하지만 영국의 경우에도 미국의 경우와 마찬가지로 우리나라 「형사소송법」과 같이 증거능력이 없는 전문증거라도 탄핵증거로 사용할 수 있다는 의미로 규정하고 있는 것은 아니다. 즉 탄핵이란 증인으로 소환한 증인의 신빙성을 다투는 사유와 그 방법을 규율하는 것인데, 우리나라 「형사소송법」은 이에 대한 아무런 언급은 하지 않은 채 전문법칙에 따라 허용되지 않는 증거라도 탄핵증거로 허용될 수 있다고 하여 탄핵의 기본규정은 존재하지 않는다.

---

520) 표성수, "형사소송에서 반대신문의 범위와 한계", 『인권과 정의』, 통권 제420호(2011.9.), 대한변호사협회, 99면.

521) 표성수, "형사소송에서 반대신문의 범위와 한계", 99면.

다. 일본

일본「형사소송법」제328조에 따르면「형사소송법」제321조 내지 제324조 규정에 따라 전문증거이기 때문에 증거능력이 없는 서면 또는 진술이더라도 공판준비 또는 공판기일에서의 피고인, 증인 그 밖의 사람의 진술의 증명력을 다투기 위한 증거로 사용할 수 있다. 이와 같이 전문증거라는 이유로 증거능력이 인정되지 않는 증거에 대하여 증명력을 감쇄하는 자료로 사용하는 것을 허용하는 것이며, 사실인정을 위한 실질증거로 사용되는 것은 허용되지 않는다.

5. 개정안

위와 같이 검토된 내용을 기본으로 하여 현행「형사소송법」제318조의2 제1항에 따르면 "제312조부터 제316조까지의 규정에 따라 증거로 할 수 없는 서류나 진술이라도 공판준비 또는 공판기일에서의 피고인 또는 피고인 아닌 자의 진술의 증명력을 다투기 위하여 증거로 할 수 있다"를 개정할 필요가 있는지, 있다면 어떻게 개정해야 되는 것이 바람직한지에 대하여 검토를 한다.

탄핵증거와 관련된 논의 중 가장 중요한 부분은 '피고인의 진술'을 탄핵의 대상으로 할 수 있는가이다. 이에 대하여 견해의 대립이 있지만, 현행법의 해석론으로는 피고인의 진술도 탄핵의 대상이 될 수 있다. 그러나 입법론적으로는 탄핵의 대상으로 피고인의 진술을 제외하는 것이 바람직하다는 것이 학계의 다수견해이다. 이에 따라 피고인의 진술을 제외하는 개정안을 제시해본다.

[표 2-23]「형사소송법」제318조의2 개정안

현행	개정안
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 "제312조부터 제316조까지의 규정에 따라 증거로 할 수 없는 서류나 진술이라도 공판준비 또는 공판기일에서의 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."

현행	개정안
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.”	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.”

제19절 | 결 론

실체적 진실발견을 위하여 합리적 사실인정이 필요한 바, 이를 위한 방법을 「형사소송법」에는 증거부분에서 규정하고 있다. 그런데 현행 「형사소송법」은 기본적인 증거조사방법과 관련해서는 제정 이래 크게 변경된 것이 없을 뿐만 아니라 법관의 심증형성에 관한 것은 1개의 규정만을 두고 있어서 증거조사의 객관성과 법관의 심증형성의 합리성에 관한 구체적인 기준은 여전히 명확하지 않은 점이 있다. 이러한 점을 고려하여 유죄판결 또는 무죄판결의 전제조건이 되는 증거조사방법과 법관의 유죄의 심증형성절차를 위한 객관적인 기준 마련의 기초자료를 제공하고자 한다. 나아가 재판실무에 기여하고자 아래와 같은 결론을 내리게 되었다.

[표 2-24] 「형사소송법」 개정안

현행 조문	개정 조문
제35조(서류·증거물의 열람·복사)	좌 동
제55조(피고인의 공판조서열람권등)	좌 동
제56조(공판조서의 증명력)	좌 동
제59조의2(재판확정기록의 열람·등사) 제59조의3(확정 판결서등의 열람·복사)	좌 동
제186조(피고인의 소송비용부담)	좌 동
제266조의3(공소제기 후 검사가 보관하고 있는 서	좌 동

현행 조문	개정 조문
류 등의 열람·등사) 제266조의4(법원의 열람·등사에 관한 결정) 제266조의5(공판준비절차) 제266조의6(공판준비를 위한 서면의 제출) 제266조의7(공판준비기일) 제266조의8(검사 및 변호인 등의 출석) 제266조의9(공판준비에 관한 사항) 제266조의10(공판준비기일 결과의 확인) 제266조의11(피고인 또는 변호인이 보관하고 있는 서류등의 열람·등사) 제266조의12(공판준비절차의 종결사유) 제266조의13(공판준비기일 종결의 효과)	
제266조의15(기일간 공판준비절차) 제266조의16(열람·등사된 서류등의 남용금지)	좌 동
제2절 증 거	**제2절 증 거**
제307조(증거재판주의) 제308조(자유심증주의)	좌 동
제308조의2(위법수집증거의 배제) "적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다."	제308조의2(위법수집증거의 배제) "위법하게 수집한 증거는 어떠한 경우에도 증거로 할 수 없다."
제309조(강제등 자백의 증거능력) "피고인의 자백이 고문, 폭행, 협박, 신체구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법으로 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 이유가 있는 때에는 이를 유죄의 증거로 하지 못한다."	제309조(자백의 증거능력) "피고인의 자백이 고문, 폭행, 협박, 신체구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법으로 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 이유가 있는 때에는 이를 증거로 할 수 없다."
제310조(불이익한 자백의 증거능력) "피고인의 자백이 그 피고인에게 불이익한 유일의 증거인 때에는 이를 유죄의 증거로 하지 못한다."	제310조(불이익한 자백의 증명력) "피고인의 자백이 그 피고인에게 불이익한 유일의 증거인 때에는 이를 유죄의 증거로 하지 못한다."
제311조(법원 또는 법관의 조서)	좌 동
제312조(검사 또는 사법경찰관의 조서 등)	좌 동
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 있	제312조 ④ "검사 또는 사법경찰관이 피고인이 아닌 자의 진술을 기재한 조서는 다음 각 호의 경우에 한해 그 증거능력이 인정된다." 1. "적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 피고인이 내용을 인정한 경우" 2. "적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 원진술자가 내용을 인정하고 피고인 또는 변호인이 공판준비 또는 공판기일에 그 기재내용에 관하여 원진술자를 신문할 수 있었던 경우"

현행 조문	개정 조문
었던 때에는 증거로 할 수 있다. 다만, 그 조서에 기재된 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한한다.”	
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 것(피고인 또는 피고인 아닌 자가 작성하였거나 진술한 내용이 포함된 문자·사진·영상 등의 정보로서 컴퓨터용디스크, 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체에 저장된 것을 포함한다. 이하 이 조에서 같다)은 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 상태하에서 행하여 진 때에 한하여 피고인의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 불구하고 증거로 할 수 있다.” ② “제1항 본문에도 불구하고 진술서의 작성자가 공판준비나 공판기일에서 그 성립의 진정을 부인하는 경우에는 과학적 분석결과에 기초한 디지털포렌식 자료, 감정 등 객관적 방법으로 성립의 진정함이 증명되는 때에는 증거로 할 수 있다. 다만, 피고인 아닌 자가 작성한 진술서는 피고인 또는 변호인이 공판준비 또는 공판기일에 그 기재 내용에 관하여 작성자를 신문할 수 있었을 것을 요한다.” ③ “감정의 경과와 결과를 기재한 서류도 제1항 및 제2항과 같다.”	제313조(진술서) ① “전2조의 규정 이외에 피고인 또는 피고인이 아닌 자가 작성한 진술서로서 작성자의 자필이거나 그 서명 또는 날인이 있는 것(피고인 또는 피고인 아닌 자가 작성한 내용이 포함된 문자·사진·영상 등의 정보로서 컴퓨터용디스크, 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체에 저장된 것을 포함한다. 이하 이 조에서 같다)은 공판준비나 공판기일에서의 그 작성자의 진술에 의하여 성립의 진정함이 증명되고, 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여 진 때에 한하여 증거능력이 인정된다.” ② “제1항 본문에도 불구하고 진술서의 작성자가 공판준비나 공판기일에서 그 성립의 진정을 부인하는 경우에는 과학적 분석결과에 기초한 디지털포렌식 자료, 감정 등 객관적 방법으로 성립의 진정함이 증명되는 때에는 증거로 할 수 있다. 다만, 피고인 아닌 자가 작성한 진술서는 피고인 또는 변호인이 공판준비 또는 공판기일에 그 기재 내용에 관하여 작성자를 신문할 수 있었을 것을 요한다.” ③ “감정의 경과와 결과를 기재한 서류도 제1항 및 제2항과 같다.” 제313조의2(진술기재서) ① “제311조 및 제312조의 규정 이외에 피고인의 진술을 기재한 서류로서 원진술자의 서명 또는 날인이 있는 것(피고인 또는 피고인 아닌 자가 진술한 내용이 포함된 문자·사진·영상 등의 정보로서 컴퓨터용디스크, 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체에 저장된 것을 포함한다. 이하 이 조에서 같다)은 공판준비나 공판기일에서의 그 작성자의 진술에 의하여 성립의 진정함이 증명되고, 원진술자의 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여 진 때에 한하여 증거능력이 인정된다.” ② “제311조 및 제312조의 규정 이외에 피고인이 아닌 자의 진술을 기재한 서류로서 원진술자의 서명 또는 날인이 있는 것은 원진술자가 사망, 소재불명 등의 사유로 공판준비 혹은 공판기일에서 진술할 수 없고 또한 그 진술이 범죄사실의 존부의 증명에 없어서는 아니 될 것인 때에는 원진술자의 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여 진 때에 한하여 증거능력이 인정된다.” ③ “감정의 경과와 결과를 기재한 서류도 제1항 및 제2항과 같다.”

현행 조문	개정 조문
제314조(증거능력에 대한 예외)	좌 동
제315조(당연히 증거능력이 있는 서류)	좌 동
제316조(전문의 진술)	좌 동
제317조(진술의 임의성)	좌 동
제318조(당사자의 동의와 증거능력)	좌 동
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 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."	제318조의2(증명력을 다투기 위한 증거) ① "제312조부터 제316조까지의 규정에 따라 증거로 할 수 없는 서류나 진술이라도 공판준비 또는 공판기일에서의 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 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."

각 특별법에 분산되어 있는 증거규칙들의 적정성

탁 희 성

제3장

각 특별법에 분산되어 있는 증거규칙들의 적정성

제1절 | 영상녹화 진술증거의 증거능력

1. 서론

현행 형사절차에서 시행되고 있는 영상녹화에 관한 규정은 형사소송법과 형사특별법을 통해 도입되어 있다. 이는 수사과정에서 발생가능한 인권침해적 상황을 방지하고 형사절차의 공정성과 투명성을 확보하고자 하는 측면과 형사절차 과정에서 실체적 진실의 발견을 위해 협조를 제공해야 하는 참고인, 증인 및 피해자 등의 인권과 프라이버시 보호 및 제2차 피해발생을 방지하고자 하는 측면에서 도입되었다.

하지만 형사소송법상 영상녹화 관련 규정과 형사특별법상 영상녹화 관련 규정은 그 대상 및 영상녹화물의 사용목적에 있어서 그 차이가 명확하다. 먼저 형사소송법상 영상녹화 규정은 형사피의자 및 피고인을 대상으로 하고 있으며, 수사과정에 있어서의 적법절차 보장에 그 목적이 있다. 한편 형사특별법상 영상녹화 규정은 대상범죄의 피해자 또는 증인을 대상으로 하고 있으며, 피해자 및 증인의 보호와 2차 피해의 방지를 그 목적으로 하고 있다. 뿐만 아니라 영상녹화물의 증거사용과 관련하여서도 명확한 차이가 존재하는데, 형사특별법에 근거를 두고 작성된 영상녹화물은 명문의 규정에 의해 본증으로서의 증거사용을 허용하고 있지만, 형사소송법상 피의자진술의 영상녹화물은 조서의 진정성립 또는 기억환기를 위해 사용할 수 있을 뿐, 그 자체를 증거로 사용할 수 있는 근거규정을 두고 있지 않다. 이러한 증거사용의 차이는 형사절차상 영상녹화를 하고자 하는 본래의 취지와 목적의 차이에서 비롯된 것이라고 할

수 있다. 따라서 형사소송법에 규정된 영상녹화에 관한 법적 쟁점과 형사특별법에 규정된 영상녹화에 관한 법적 쟁점은 상이할 수밖에 없다.

2. 현행법상 영상녹화 근거규정

가. 형사소송법상 영상녹화 규정

현행 형사소송법상 영상녹화 규정은 피의자 아닌 제3자 진술의 영상녹화에 관한 규정과 피의자 진술의 영상녹화에 관한 규정을 두고 있다. 제3자 진술, 즉 참고인 진술의 영상녹화는 당사자의 동의를 전제로 하는데 비해, 피의자 진술의 영상녹화는 수사기관이 임의로 할 수 있으며 당사자의 동의를 요하지 않는다.

또한 형사소송법 규정에 따라 작성된 영상녹화물은 증거사용을 엄격히 제한하는 규정을 두고 있는데, 먼저 피의자진술의 영상녹화물은 피의자 진술조서의 진정성립을 증명하기 위해서만 사용할 수 있을 뿐, 그 자체를 증거로서 사용할 수 규정을 두고 있지 않다(제312조 제4항). 또한 참고인진술의 영상녹화물에 대해서는 공판준비 또는 공판기일에서 참고인의 기억환기용으로만 사용할 수 있도록 제한하는 규정을 두고 있다(제318조의2 제2항). 동법률 제318조의2 제1항에 의하여 증거로 할 수 없는 서류나 진술도 아무 제한 없이 탄핵증거로 사용할 수 있도록 규정하고 있는 것에 비하여 볼 때, 영상녹화물에 대해서는 단순히 기억의 환기가 필요한 피고인 또는 피고인 아닌 자에게만 재생하여 시청하게 함[522]으로써 법관의 증명력 판단에 영향을 미치지 못하기 때문에 탄핵증거로서도 사용되지 못하도록 하고 있는 것이다.

이에 대해 판례는 "수사기관이 참고인을 조사하는 과정에서 형사소송법 제221조 제1항에 따라 작성한 영상녹화물은 다른 법률에서 달리 규정하고 있는 등의 특별한 사정이 없는 한, 공소사실을 직접 증명할 수 있는 독립적인 증거로 사용될 수는 없다고 해석함이 타당하다"고 판시하고 있다.[523]

---

522) 「형사소송규칙」 제134조의5(기억환기를 위한 영상녹화물의 조사) ① "법 제318조의2 제2항에 따른 영상녹화물의 재생은 검사의 신청이 있는 경우에 한하고, 기억의 환기가 필요한 피고인 또는 피고인 아닌 자에게만 이를 재생하여 시청하게 하여야 한다."
② "제134조의2 제3항부터 제5항까지와 제134조의4는 검사가 법 제318조의2 제2항에 의하여 영상녹화물의 재생을 신청하는 경우에 준용한다."

523) 대법원 2014.7.10. 선고 2012도5041 판결.

제221조(제3자의 출석요구 등) ① "검사 또는 사법경찰관은 수사에 필요한 때에는 피의자가 아닌 자의 출석을 요구하며 진술을 들을 수 있다. 이 경우 그의 동의를 받아 영상녹화할 수 있다."

제244조의2(피의자진술의 영상녹화) ① "피의자의 진술은 영상녹화할 수 있다. 이 경우 미리 영상녹화 사실을 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."

나. 형사특별법상 영상녹화 규정

현행 형사특별법상 영상녹화에 관한 규정은 피해자와 증인보호를 위한 목적으로 도입되어 있다. 먼저 피해자 보호 목적의 영상녹화 규정은 성범죄와 아동학대범죄의 피해자 가운데 소송구조상 상대적으로 취약한 상황에 놓여 있는 미성년자와 정신적 장애를 지닌 사람에 대하여 형사절차과정에서의 반복신문에 의한 2차 피해 방지를 위해, 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」, 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」, 「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법」에 각각 규정되어 있다. 그리고 증인보호를 위한 영상녹화 규정은 생명·신체·재산에 대한 보복의 우려가 있는 범죄신고자의 보호를 위하여 「특정범죄신고자 등 보호법」에 규정되어 있다.

이에 따라 형사특별법에 의한 피해자 및 증인진술의 영상녹화물은 본증으로서의 사용을 허용함으로써 증거능력을 인정하고 있다.

1) 피해자 보호를 위한 영상녹화 규정

현행법상 피해자 보호를 위한 영상녹화 규정은 성폭력범죄특례법 제30조, 아동청소년성보호법 제26조, 아동학대범죄처벌특례법 제17조에 마련되어 있다. 이는 성범죄와 아동학대범죄 피해자인 미성년자와 정신적 장애인이 가해자와의 대면으로 인해 초래될 수 있는 고통을 차단함과 아울러 수사과정에서 반복되는 신문으로 인한 2차 피해 내지 인권침해를 방지함으로써 형사절차에 취약한 피해자를 보호하고자 하는데 그 목적이 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 진술내용과 조사과정을 비디오녹화기 등 영상물 녹화장치로 촬영·보존하여야 한다."

② "제1항에 따른 영상물 녹화는 피해자 또는 법정대리인이 이를 원하지 아니하는 의사를 표시한 경우에는 촬영을 하여서는 아니된다. 다만, 가해자가 친권자중 일방인 경우는 그러하지 아니하다."

③ "제1항에 따른 영상물 녹화는 조사의 개시부터 종료까지의 전과정 및 객관적 정황을 녹화하여야 하고, 녹화가 완료된 때에는 지체없이 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 발급하거나 영상물을 재생하여 시청하게 하여야 한다."

⑥ "제1항에 따라 촬영한 영상물에 수록된 피해자의 진술은 공판준비기일 또는 공판기일에 피해자나 조사과정에 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 아니된다."

■ **「아동·청소년 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 지체없이 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 피해자의 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."

■ **「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제17조(준용)**

"아동학대범죄의 조사·심리에 관하여는 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제29조부터 제32조까지, 제34조부터 제41조까지 및 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 제29조를 각각 준용한다. 이 경우 "성폭력" 또는 "아동·청소년대상 성범죄"는 "아동학대범죄"로, "피해자"는 "피해아동"으로 본다."

2) 증인보호를 위한 영상녹화 규정

현행법상 증인보호를 위한 영상녹화제도는 「특정범죄신고자 등 보호법」에 규정되어 있다. 동법률에 의하면 증인신문시 영상녹화는 판사의 직권 또는 검사의 청구에 의하여 임의적으로 할 수 있도록 규정하고 있다.

「**특정범죄신고자등 보호법**」 **제10조(영상물 촬영)** ① "범죄신고자 등에 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."

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."

3. 주요 국가의 형사절차상 영상녹화 관련 규정

가. 독일 「형사소송법」

1) 피의자 진술의 영상녹화

독일은 2017년 8월 24일 "보다 효율적이고 실무에 적합한 형사절차를 구성하기 위한 법률"에 의해 「형사소송법」을 광범위하게 개정하였다. 이러한 개정을 통해 형사소송법 제136조 제4항을 신설하여 피의자신문의 영상녹화를 의무화하는 규정을 두었다.[524] 피의자 신문의 영상녹화는 기존의 형사소송법 제163a조에 의해서도 가능[525]했

524) 다만 본 개정 규정은 2020년 1월 1일부터 시행하도록 되어 있다(Anja Schiemann, "Effectivere und praxistauglichere Ausgestaltund des Strafverfahrens? Was von der großen StPO-Reform übriggeblieben ist", KriPoZ 6. 2017, s. 343).

525) 형사소송법 제163a조(피고인 신문)에서 증인신문의 영상녹화에 관한 규정인 형사소송법 제58a조와 제58b조를 준용하도록 규정하고 있다.

지만, 고살의 혐의가 존재하거나 특히 보호가 필요한 피고인이 존재하는 경우에 한해서는 영상녹화를 의무적으로 하도록 하는 규정을 새로 도입하였다.[526]

그러나 영상녹화에 의한 신문의 기록가능성의 확대는 무엇보다도 진실발견을 향상시키는데 기여하며 신문과정을 확실하게 재현하기 때문에, 종래 서면에 의한 조서내용보다 우월하다고 보는 개정이유를 밝히고 있다.[527] 또한 영상녹화 신문은 법정에서 피고인이 언제 어떻게 진술했는가에 대한 지루한 논쟁을 처음부터 없앨 수 있는 장점이 있다고 설명하고 있다.[528] 그 외에도 동 규정은 부적절하고 위법한 신문방법으로부터 피고인을 보호하는데 기여할 뿐만 아니라, 신문을 하는 사람이 신문과정에서 적법절차를 지키지 않았다는 부적절한 의심으로부터 보호될 수 있는 장점이 있다는 것도 논거로 제시되어 있다.[529]

형사소송법 제136조는 임의적 영상녹화 규정과 의무적 영상녹화 규정을 함께 규정하고 있는데, 먼저 임의적 영상녹화를 규정하고 있는 동조 제1항은 영상녹화 결정이 조사자의 재량에 맡겨져 있기 때문에 피조사자는 이로 인해 발생할 수 있는 인격권 침해를 수인해야 하는 것으로 해석되고 있다.[530] 의무적 영상녹화를 규정하고 있는 동조 제4항에 의하면 고살사건의 피의자와 18세 미만의 피의자, 그리고 제한된 정신능력 혹은 중대한 정신적 장애를 가진 피의자에 대해서는 의무적으로 영상녹화를 하도록 하되, 외부적 상황 또는 긴급성을 이유로 한 예외를 허용하고 있다.

독일의 형사절차는 직접주의 원칙에 기반하고 있기 때문에, 공판절차에서 피의자신문을 대신하여 피의자신문의 영상녹화물을 상영할 수는 없지만, 형사소송법 제251조의 예외가 인정되는 경우에는 서면의 내용조서를 낭독하는 대신에 피의자신문의 영상녹화물을 상영함으로써 증거로 인정될 수 있다.[531] 또한 형사소송법 제254조의

---

526) Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens(https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Gesetz_zur_effektiveren_und_praxistauglicheren_Ausgestaltung_des_Strafverfahrens.pdf?__blob=publicationFile&v=1; 검색일: 2019년 6월 13일).

527) ibid.

528) ibid.

529) ibid.

530) Heidelberg Kommentar zur StPO, Gercke·Julius·Temming·Zöller (Hrsg.), C.F. Muller, 2019, §136 Rn.53, 55(차종진, "디지털 증거, DNA 증거 및 영상녹화물의 증거능력 –독일–", 2019.8.29. 연구과제 워크숍 발표자료에서 재인용).

531) Heidelberg Kommentar zur StPO, Gercke·Julius·Temming·Zöller (Hrsg.), C.F. Muller, 2019, §136 Rn.60(차종진, "디지털 증거, DNA 증거 및 영상녹화물의 증거능력 –독일–",

개정에 의해 피의자신문의 영상녹화물은 자백에 대한 증거조사 또는 항변(모순)에 대한 진상규명에 관한 한, 법관에 의한 신문조서와 마찬가지로 직접적으로 법정에 들어올 수 있게 되었다.[532]

한편 의무적 영상녹화를 위반한 경우 「형사소송법」 제136a조의 금지되는 신문방법으로서 위법한 수사에 해당하여 증거사용금지가 예상될 수 있지만, 녹화의무 위반이 증거사용금지로 바로 귀결되지는 않으며, 다만 피의자 진술의 증거평가나 증거가치에 영향을 미칠 수 있다고 해석된다.[533]

제136조 (최초신문) (1) "최초의 신문을 시작할 때, 피의자가 어떠한 행위로 책임을 부담하게 되며, 어떠한 형벌규정이 고려되고 있는지를 피의자에게 고지해야 한다. 또한 법률에 따라 범죄혐의에 관해 진술하거나 그 사건에 관하여 진술하지 않을 수 있으며, 언제든지 신문 전에 자신이 선임할 변호인에게 그에 관해 문의를 할 수 있다는 사실을 고지해주어야 한다. 피의자가 신문 전에 변호인에게 문의하기를 원하는 경우, 변호인과의 접촉을 용이하게 할 수 있는 정보를 활용할 수 있게 해주어야 한다. 그 경우 당시의 당직변호사를 알려주어야 한다. 나아가 그가 자신의 혐의를 벗기 위해 개별적인 증거조사를 신청할 수 있으며, 제140조 제1항, 제2항의 요건하에서 제141조 제1항, 제3항의 기준에 따른 변호인의 선정을 요구할 수 있다는 것을 알려주어야 한다. 그 경우 후자의 경우에는 비용이 수반된다는 것을 알려주어야 한다. 적합한 경우 피의자는 서면으로 진술을 할 수 있으며, 아울러 가해자-피해자 조정의 가능성에 대해서도 알려주어야 한다."

(2) "신문은 피의자에게 당면한 혐의의 근거를 불식시킬 수 있고, 자신에게 유리하게 이야기될 수 있는 사실을 주장할 수 있는 기회를 주어야 한다."

(3) "피의자의 최초의 신문시 피의자의 개인적인 상황에 대한 조사도 동시에 고려되어야 한다."

(4) "피의자 신문은 영상과 음성으로 기록될 수 있다. 만약 다음과 같은 경우에는 녹화되어야만 한다."

1. "고의의 살인죄가 절차의 기초가 되고, 영상녹화(기록)가 신문의 외적 사정들이나 특별한 시급성에 저촉되지 않는 경우 혹은,"
2. "18세 미만의 피의자의 보호가치 있는 이익, 제한된 정신능력 혹은 중대한 정신적 장애를 겪고 있는 피의자의 보호가치 있는 이익이 기록을 통해 보다 더 보장될 수 있을 때"

제251조(조서의 낭독에 의한 서증)

(1) "증인, 감정인, 또는 공동피고인의 신문은, 그에 의해 작성된 서면진술을 포함하는 문서 또는 신

2019.8.29. 연구과제 워크숍 발표자료에서 재인용).

532) Anja Schiemann, "Effectivere und praxistauglichere Ausgestaltund des Strafverfahrens? Was von der großen StPO-Reform übriggeblieben ist", KriPoZ 6. 2017, s. 344.

533) Heidelberg Kommentar zur StPO, Gercke·Julius·Temming·Zöller (Hrsg.), C.F. Muller, 2019, §136 Rn.60; Singelnstein./Derin, NJW, 2017, ss.2646, 2649(차종진, "디지털 증거, DNA 증거 및 영상녹화물의 증거능력 -독일-", 2019.8.29. 연구과제 워크숍 발표자료에서 재인용).

문조서의 낭독으로 대체될 수 있다."

1. "피고인에게 변호인이 있고, 검사, 변호인 그리고 피고인이 이에 동의한 경우"
2. "그 낭독이 단지 피고인의 자백의 확인만을 위한 것이고, 변호인 없는 피고인 및 검사가 그 낭독에 동의한 경우"
3. "증인, 가정인, 또는 공동피고인이 사망했거나 다른 이유로 가까운 장래에 법원에서 신문을 받을 수 없는 경우"
4. "재산상 손해의 여부와 범위에 관한 문서 또는 조서에 해당하는 경우"

(2) "증인, 감정인 또는 공동피고인의 신문은, 다음의 경우 이전의 법관에 의한 신문조서의 낭독으로 대체될 수 있다."

1. "증인, 감정인 또는 공동피고인의 공판출석이 질병, 노쇠, 기타 극복할 수 없는 장애로 인하여 장기간 또는 불확실한 기간 동안 공판정 출석이 어려운 경우"
2. "그 진술의 중요성을 고려했을 때 원거리로 말미암아 증인 또는 감정인에게 공판정 출석을 기대할 수 없는 경우"
3. "검사, 변호인 그리고 피고인이 낭독에 동의한 경우"

(3)-(4) 생략

제254조 자백 또는 모순시 법관조서의 낭독

(1) "법관조서 또는 음성과 영상이 녹화된 신문안에 포함된 피고인의 진술은 자백에 관한 증거조사의 목적으로 낭독하거나 상영할 수 없다."

(2) "신문에서 드러난 이전 진술과의 모순이 재판의 중단 이외의 다른 방법으로는 확인되지 않거나 해결될 수 없는 경우에도 그와 같이 할 수 있다(제1항과 동일하게 할 수 있다)."

2) 증인신문의 영상녹화

독일 형사소송법상 증인신문에 대한 영상녹화 규정은 1998년「형사절차상 증인신문에 있어서 증인보호와 피해자보호의 개선에 관한 법률 : 증인보호법」(Gesetz zum Schutz von Zeugen bei Vernehmungen im Strafverfahren und zur Verbesserung des Opferschutzes:ZSchG)에 의하여 형사소송법에 도입되었다.[534]

피의자신문의 영상녹화와 마찬가지로 증인신문의 영상녹화도 임의적인 경우와 의무적인 경우로 구분하여 규정하고 있다. 즉 원칙적으로 모든 증인신문은 영상녹화를 할 수 있지만, 녹화의 실시 여부는 조사자의 재량적 판단에 맡겨져 있다. 또한 증인신문의 영상녹화가 증인보호의 이익과 중복신문의 부담감경이라는 이점이 있지만, 증인

534) 차종진, "디지털 증거, DNA 증거 및 영상녹화물의 증거능력 -독일-", 2019.8.29. 연구과제 워크숍 발표자료.

의 인격권 침해 및 직접주의 훼손의 우려가 있기 때문에 제한적으로 실시될 필요가 있다고 해석된다.[535]

한편 증인신문시 의무적 영상녹화는 법에 규정하는 제한된 요건 – 18세 미만자, 제255a조 제2항에 규정된 범죄피해자인 아동과 청소년, 기타 직접신문이 불가능하거나 진실발견을 위해 영상녹화가 필요한 경우 – 하에서만 행해져야 하고, 그 신문을 법관이 하도록 규정하고 있다. 검찰, 피의자 또는 피의자의 변호인은 증인신문시 참관이 허용되고, 신문에 대해 설명하거나 피신문자에 대하여 질문할 기회가 인정된다고 본다.[536] 의무적 영상녹화물의 경우에는 제255a조 제2항에 따라 증인신문의 영상녹화물이 공판절차에서 판사의 직접 신문을 대체할 수 있고, 이를 증거로 사용할 수 있도록 규정하고 있다. 다만 증인신문의 영상녹화 후 증인이 증언을 거부하는 경우, 연방대법원은 "수사판사에 의해 행해진 공판전 신문의 영상녹화물이라면 '전치된 공판의 일부분'으로 이해하여 사후 증언거부가 법원에 의한 영상녹화물의 증거사용을 방해하지 않는다"[537]고 하는 판시를 제시한 바 있다.

제58a조 신문의 녹화

(1) "증인신문은 녹화할 수 있다. 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 때에는 각 사건의 중요한 사정을 고려하여 증인신문을 녹화해야 하고, 이 경우 신문은 법관이 해야 한다."

1. "그로 인해 18세 미만인 자, 어린이 또는 청소년 시기에 제255a조 제2항에 규정된 범죄로 피해를 당한 사람의 보호가치 있는 이익이 더 잘 보장될 수 있는 경우"

2. "증인을 공판절차에서 신문하지 못할 수 있고, 진실규명을 위하여 녹화가 필요한 경우"

(2) "영상녹화물의 사용은 형사소추의 목적을 위해서 그리고 진실규명에 필요한 한에서만 허용된다. 제101조 제8항은 준용한다. 기록열람권이 있는 사람에게 녹화물의 복사본을 교부할 수 있다는 조건과 관련해서는 제147조와 제406e조를 준용한다. 복사본은 재복사를 하거나 타인에게 교부해서는 안된다. 복사본을 계속 사용할 정당한 이익이 더 이상 존재하지 않는 경우, 즉시 복사본을 검사에게 반환해야 한다. 앞서 기술한 사람 이외의 사람에게 복사본을 교부하거나 반환하려면 증인의 사전동의가 필요하다."

(3) "증인이 제2항 제3문에 따른 증인신문 녹화물 복사본의 교부에 이의를 제기하는 경우, 그 대신

535) Heidelberg Kommentar zur StPO, Gercke·Julius·Temming·Zöller (Hrsg.), C.F. Muller, 2019, §58a Rn.3(차종진, "디지털 증거, DNA 증거 및 영상녹화물의 증거능력 –독일–", 2019.8.29. 연구과제 워크숍 발표자료에서 재인용).

536) StPO §186c Anwesenheitsrecht bei richterlichen Vernehmungen.

537) BGHSt 49, 72. Rn.29(차종진, "디지털 증거, DNA 증거 및 영상녹화물의 증거능력 –독일–", 2019.8.29. 연구과제 워크숍 발표자료에서 재인용).

에 녹화내용을 서면조서로 옮겨 작성하고 녹화물 대신 그 조서를 제147조와 제406e조에 따라 기록열람권자에게 교부한다. 녹화내용을 조서로 옮겨 작성한 사람은 작성내용의 정확성을 확인한다는 부기를 하고 서명을 한다. 이는 제147조와 제406e조에서 정한 녹화물 시청권에 영향을 미치지 않는다. 증인에게는 제1문에 따른 항의권이 있음을 알려주어야 한다."

제247a조 증인에 대한 시청각 기기에 의한 신문의 명령

(1) "증인이 재판에 출석한 사람들 앞에서 신문을 받는 경우 증인의 안녕에 중대한 해악을 미칠 급박한 위험이 존재하면, 법원은 증인이 심문을 받는 동안에 다른 장소에 머물 수 있도록 명령할 수 있다. 그러한 명령은 진실규명에 필요한 경우에 한하여 제251조 제2항의 요건하에서 허용된다. 이 결정에 대해서는 불복할 수 없다. 그 진술은 법정 안에서 음성과 영상의 형태로 동시에 전송된다."
"증인이 앞으로의 재판에서 신문을 받을 수 없다고 하는 우려가 있는 경우 그리고 그 녹화가 진실규명에 필요한 경우에는 그 진술을 녹화해야 한다. 제58a조 제2항을 준용한다."

(2) "법원은 감정인이 법원 외의 다른 장소에 머물면서, 감정인이 체류하고 있는 장소에서 음성과 영상을 동시에 법정으로 전송하는 방식으로 신문을 하도록 명할 수 있다."
"이 규정은 제246a조의 경우에는 적용하지 않는다. 이 결정은 제1항에 따라 불복할 수 없다."

제255a조 녹화된 증인신문의 상영

(1) "음성과 영상이 녹화된 증인신문의 상영은 제251조, 제252조, 제253조, 제255조에 따른 신문조서의 낭독에 관한 규정을 준용한다."

(2) "성적 자기결정을 침해하는 범죄 또는 생명을 침해하는 범죄, 또는 피보호자에 대한 학대로 인한 범죄, 또는 형법 제232조 내지 제233a조에 규정된 개인적 자유를 침해하는 범죄로 인한 절차에 있어서는, 18세 미만의 증인에 대한 신문은 법관이 그 전에 피고인과 변호인이 참여할 기회를 가진 상태에서 한 신문의 영상녹화물을 상영하는 것으로 대체할 수 있다. 이는 이러한 범행의 피해자이고 범행당시 18세 미만인 증인의 경우에도 적용된다. 법원은 그러한 결정시 증인의 보호가치 있는 이익도 고려해야 하며 상영의 이유를 공개해야 한다. 증인에 대한 보충적인 신문은 허용된다."

나. 프랑스「형사소송법」

프랑스의 경우 피의자 신문시 영상녹화는 의무적으로 실시하도록 하되 그 대상은 중죄로 제한하고 있으며, 영상녹화물은 신문조서의 내용을 확인하는 용도로만 재생할 수 있도록 하고 있다. 또한 영상녹화가 곤란하거나 불가능한 예외사유 – 동시에 영상녹화를 해야 할 피의자가 많은 경우, 기술적인 이유로 불가능한 경우 – 를 두되, 그러한 예외사유가 존재하는 때에는 검사의 결정 또는 보고 후 신문조서에 이를 기재하도록 규정하고 있다.[538]

538) 법무부, 『프랑스 형사소송법』, 2015, 61면, 106-107면.

제64-1조 ① "중죄로 보호유치된 자에 대하여 경찰서, 지서 또는 사법경찰직의 임무를 수행하는 헌병대 내에서 신문이 이루어지는 경우 그 내용을 영상녹화하여야 한다."

② "예심 또는 정식재판에서 영상녹화물은 신문조서의 내용을 확인하는 목적으로만 재생할 수 있고, 영상녹화물을 틀지 여부는 검사 또는 양 당사자의 신청에 따라 예심판사 혹은 정식재판 판사가 결정한다."

③ "누구든 본조에 정한 영상녹화물을 배포한 자는 1년 이하의 징역과 15,000유로 이하의 벌금에 처한다."

④ "공소가 소멸된 날로부터 5년이 경과된 경우 1개월 안에 영상녹화물을 폐기한다."

⑤ "동일한 절차 또는 다른 절차에서 동시에 영상녹화하여야 할 자가 많아서 영상녹화가 곤란할 경우에 사법경찰관은 수사상 필요에 따라 누구를 영상녹화할지에 대한 검사의 의견을 구하고, 검사는 문서로써 이를 결정하며, 결정문은 기록에 철한다."

⑥ "기술적인 이유로 영상녹화가 불가능할 경우, 사법경찰관은 신문조서에 영상녹화가 불가능한 이유를 기재하고, 이러한 사정을 즉시 검사에게 보고하여야 한다."

⑦ "형법 제4권 제1편 및 제2편, 본법 제706-73조에 정한 범죄로 보호유치된 경우에는 영상녹화에 관한 본조의 규정을 적용하지 않는다. 단, 검사가 영상녹화를 명령한 경우에는 그러하지 아니하다."

⑧ "본조의 적용을 위하여 필요한 사항은 명령으로 정한다."

제116-1조 ① "중죄에 대하여 예심판사실에서 이루어지는 피의자신문과 최초 출석시 진술청취, 대질신문 등은 그 내용을 영상녹화하여야 한다."

② "전항의 영상녹화물은 예심 또는 정식재판에서 검사 또는 양 당사자의 신청에 따라 신문조서의 내용을 확인하는 목적으로만 재생할 수 있다. 당사자중 일방이 영상녹화물의 확인을 요청하는 경우, 그 요청은 적법한 절차에 따라야 하고, 이에 대하여 예심판사는 제82-1조 제1항 및 제2항에 정한 바에 따라 결정한다."

③ "누구든 본조에 정한 영상녹화물을 배포한 자는 1년 이하의 징역과 15,000유로 이하의 벌금에 처한다."

④ "공소가 소멸된 날로부터 5년이 경과된 경우 1개월 안에 영상녹화물을 폐기한다."

⑤ "동일절차에서 또는 다른 절차에서 동시에 영상녹화하여야 할 자가 많아서 영상녹화가 곤란할 경우에 예심판사는 수사상 필요에 따라 어느 것을 영상녹화에 부치지 않을지를 결정한다."

⑥ "기술적인 이유로 영상녹화가 불가능할 경우, 예심판사는 신문조서에 그 취지 및 영상녹화가 불가능한 이유를 기재한다."

⑦ "형법 제4권 제1편 및 제2편, 본법 제706-73조에 정한 범죄로 피의자신문을 하는 경우에는 영상녹화에 관한 본조의 규정은 적용되지 않는다. 단, 예심판사가 영상녹화를 하기로 결정한 경우에는 그러하지 아니하다."

⑧ "본조의 적용을 위하여 필요한 사항은 명령으로 정한다."

다. 일본「형사소송법」

일본은 2016년 5월 24일 "형사소송법 등의 일부를 개정하는 법률"에 의하여 피의자 조사과정에 대한 녹음녹화제도를 도입하였으며, 형사소송법 제301조의2 규정을 신설하여 2019년 6월 1일부터 시행하고 있다. 즉 신병구속 중인 피의자를 일정한 대상사건(재판원제도 대상사건 및 검찰관 독자 수사사건)에 대하여 조사를 하는 경우에 원칙적으로 그 조사의 전과정에 대한 녹음녹화를 의무화하였으며, 진술조서의 임의성 입증에 있어서는 녹음녹화기록 증거조사의 청구를 필요로 한다고 규정하였다.[539]

하지만 이미 실무에서는 2014년 10월부터 검찰 내부 운영지침에 따라 피의자신문의 영상녹화가 필요하다고 인정되는 경우 죄명과 상관없이 영상녹화를 할 수 있도록 되어 있었다.[540]

일본의 개정「형사소송법」은 피의자진술의 임의성을 확인하기 위해 영상녹화기록매체의 제출을 의무화하고 있지만, 유죄입증을 위한 본증으로 사용할 수 있는지에 대해서는 명문규정을 두고 있지 않다.[541] 이와 관련하여 일본 학계에서는 녹음녹화매체를 공판정에서 상영하는 것은 자칫 조서재판에 의한 "정밀사법시대"로의 회귀를 초래할 수 있다는 우려와 함께, 사용방법에 따라 편견을 유발함으로써 조서보다 더 나쁜 결과를 초래할 수도 있다는 부정적인 입장을 보이고 있다.[542]

한편 일본 판례에 있어서 피의자신문 영상녹화물의 증거사용에 관한 태도를 보면, 2016년 동경고등재판소 판례에서는 영상녹화물을 실질증거로 사용하는 것은 개정법률의 배경에 있는 사회적 요청, 즉 취조나 진술조서에 과도하게 의존하는 수사·공판으로부터 탈피해야한다는 요청에도 부합하지 않는다고 하는 견해를 제시하고 있다.[543] 또한 2018년 8월 3일 동경 고등재판소 판결[544]에 있어서는 "녹음녹화기록매체가 양

539) http://www.moj.go.jp/content/001149703.pdf; 검색일: 2019년 6월 17일.
540) 이동희, "수사과정 영상녹화제도에 대한 비교법제연구", 『경찰법연구』, 제14권 제2호(2016.12.), 한국경찰법학회, 14면.
541) 이동희, "수사과정 영상녹화제도에 대한 비교법제연구", 16면.
542) 秋田眞志「新時代の刑事司法と刑事辯護の在り方」,『刑法雜誌』, 第56卷 第3号(2017), 356頁; 指宿 信,「被疑者調書 錄畫制度 最前線」,『法律文化史』, 2016年, 290頁(문희태, "일본의 피의자신문의 녹음녹화, 디지털 증거, DNA 증거에 대한 학계논의 및 판례의 태도", 2019.8.29. 과제워크숍 발표자료에서 재인용).
543) 東京高等裁判所判決 2015(平城 27年), 제1521호, 2016.8.10(이동희, "수사과정 영상녹화제도에 대한 비교법제연구", 각주 22에서 재인용).
544) 川出敏裕, 「取調べ錄音錄畫記錄媒體の證據として扱い」, 『ジュリスト』, 第1531号(重要判例解

당사자의 의사에 기하여 작성되었고, 적정절차에 근거하여 이루어진 증거인 이상 녹음녹화기록매체를 신용성의 보조증거로 이용하는 근거규정이 형소법에 없더라도 이를 증거로 채용한 원심의 절차상 위법은 없지만, 보조증거임에도 녹음녹화기록매체상의 진술태도 등으로부터 직접적인 범인성에 대한 사실인정을 한 원판결은 형소법 제317조 위반이라고 인정"함으로써 영상녹화물의 본증사용에 대해서는 제한을 두고 있음을 볼 수 있다.

이에 반해 증인신문을 영상녹화한 경우에는 그 기록을 조서에 첨부하도록 하고 있으며, 증거로 사용할 수 있다는 명문규정을 두고 있다.

1) 피의자신문의 영상녹화 규정

제301조의2 피의자조사 등 기록매체조사 청구의무, 피의자조사 등 녹음녹화의무

① "다음에 제시된 사건에 대해서는, 검찰관은 제322조 제1항의 규정에 의하여 증거로 하는 것이 가능한 서면으로서, 해당 사건에 대한 제198조 제1항의 규정에 의한 조사(체포 또는 구류되어 있는 피의자의 조사에 한한다. 제3항에 있어서도 같다) 또는 제203조 제1항, 제204조 제1항 또는 제205조 제1항(제211조 및 제216조에서 이 규정을 준용하는 경우를 포함한다. 제3항에서도 동일하다)의 변명의 기회를 부여할 때 작성되고 또한 피고인에게 불이익한 사실의 승인을 내용으로 하는 조사를 청구한 경우에, 피고인 또는 변호인이 그 조사의 청구에 관하여 그 승인이 임의로 된 것이 아니라는 의심이 있다는 이유로 이의를 제기한 때에는 그 승인이 임의로 된 것임을 증명하기 위하여 해당 서면이 작성된 조사 또는 변명의 기회가 개시되어 종료에 이르기까지 사이의 피고인의 진술 및 그 상황을 제4항의 규정에 따라 기록한 기록매체의 조사를 청구해야 한다."
"단, 동항 각호의 어느 하나에 해당하는 경우에 의하여, 동항의 규정에 따라 기록이 행해지지 않았다는 것 그 외의 다른 부득이한 사정에 의해서 해당 기록매체가 존재하지 않을 때에는 그러하지 아니하다."

1. "사형 또는 무기징역 혹은 금고에 해당하는 죄에 관한 사건"
2. "단기 1년 이상의 유기징역 또는 금고에 해당하는 죄로서, 고의의 범죄행위에 의하여 피해자를 사망하게 한 것에 관한 사건"
3. "사법경찰원이 송치 또는 송부한 사건 이외의 사건(전2호에 규정한 것을 제외한다)"

② "검찰관이 전항의 규정을 위반하여 동항에 규정한 기록매체의 조사를 청구하지 않은 때에는 법원은 결정으로 동항에 규정한 서면조사의 청구를 각하하여야 한다."

③ "전2항의 규정은 제1항 각호에 열거한 사건에 대하여 제324조 제1항에서 준용하는 제322조 제1항의 규정에 의하여 증거로 할 수 있는 피고인 이외의 자의 진술로서, 해당 사건에 대하여 제198조 제1항의 규정에 의한 조사 또는 제203조 제1항, 제204조 제1항 또는 제205조 제1항의 변명의 기회를 부여할 때 한 피고인의 진술(피고인에게 불이익한 사실의 승인을 내용으로 하는 것에 한한다)을 그 내용으로 하는 것을 증거로 하는 것에 관하여 피고인 또는 변호인이 그 승인이

說)(2019), 178-179頁(문희태, "일본의 피의자신문의 녹음녹화, 디지털 증거, DNA 증거에 대한 학계논의 및 판례의 태도", 2019.8.29. 과제워크숍 발표자료에서 재인용).

임의로 된 것이 아니라는 의심이 있다는 이유로 이의를 제기한 경우에는 이를 준용한다."

④ "검찰관 또는 검찰사무관은 제1항 각호에서 열거하는 사건(동항 제3호에서 열거하는 사건 중 관련된 사건이 송치되거나 또는 송부되는 것으로서, 사법경찰원이 현재 수사하고 있는 사건, 그 밖의 사정에 비추어 사법경찰관이 송치하거나 또는 송부하는 것이 예상되는 사건을 제외한다)에 대하여 체포 또는 구류되어 있는 피의자를 제198조 제1항의 규정에 의하여 조사할 때 또는 피의자에 대하여 제205조 제1항 또는 제205조 제1항(제211조 및 제216조에서 이 규정을 준용하는 경우를 포함한다)의 규정에 의하여 변명의 기회를 부여할 때에는 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우를 제외하고는 피의자의 진술 및 그 상황을 녹음 및 녹화를 동시에 하는 방법에 의하여 기록매체에 기록하여야 한다. 사법경찰직원이 제1항 제1호 또는 제2호에서 열거하는 사건에 대하여 체포 또는 구류되어 있는 피의자를 제198조 제1항의 규정에 의하여 조사할 때 또는 피의자에 대하여 제203조 제1항(제211조 및 제216조에서 준용하는 경우를 포함한다)의 규정에 의하여 변명의 기회를 부여할 때에도 마찬가지이다."

1. "기록에 필요한 기기의 장애, 그 밖의 부득이한 사정에 의하여 기록을 할 수 없는 경우"
2. "피의자가 기록을 거부한 것 그 밖의 피의자의 언동에 비추어 기록을 했다면 피의자가 충분한 진술을 할 수 없다고 인정되는 경우"
3. "해당 사건이 「폭력단원에 의한 부당한 행위의 방지 등에 관한 법률(平成 3년 법률 제77호)」 제3조의 규정에 의하여 도도부현 공안위원회의 지정을 받은 폭력단체의 구성원에 의한 범죄와 관련된 것이라고 인정되는 경우"
4. "전2호에서 열거하는 것 이외에 범죄의 성질, 관계자의 언동, 피의자가 그 구성원인 단체의 성격, 그 밖의 사정에 비추어 피의자의 진술 및 그 상황이 밝혀진 경우에는 피의자 또는 그 친족의 신체 또는 재산에 해를 가하거나 또는 이러한 자를 외포시키거나 곤혹스럽게 할 행위가 이루어질 우려가 있으므로, 기록을 했다면 피의자가 충분히 진술을 할 수 없다고 인정되는 경우"

2) 증인신문의 영상녹화 규정

제157조의6 비디오링크에 의한 동일구내심문

① "재판소는 다음에 열거하는 자를 증인으로 신문하는 경우 상당하다고 인정되는 때에는 검찰관 및 피고인 또는 변호인의 의견을 들어 재판관 및 소송관계인이 증인을 신문하기 위하여 재석하는 장소 이외의 장소인 동일한 구내(이러한 자가 재석하는 장소와 동일한 구내를 말한다. 다음 항에서도 같다)에 증인을 재석하도록 하여 영상과 음향의 송수신에 의하여 상대방을 서로 인식하면서 통화할 수 있는 방법에 의하여 신문할 수 있다."

1. "형법 제176조부터 제179조까지 또는 제181조의 죄, 동법 제225조 또는 제226조의2 제3항의 죄(외설 또는 결혼의 목적에 관한 부분에 한한다. 이하 이 호에서 같다), 동법 제227조 제1항(제225조 또는 제226조의2 제3항의 죄를 범한 자를 방조할 목적에 관한 부분에 한한다) 또는 제3항(외설의 목적에 관한 부분에 한한다) 또는 제241조 제1항 또는 제3항의 죄 또는 이러한 죄의 미수죄의 피해자"
2. "아동복지법(昭和 22년 법률 제164호) 제61조 제1항의 죄 또는 동법 제34조 제1항 제9호에 관한 동법 제60조 제2항의 죄 또는 아동매춘, 아동 포르노에 관한 행위 등의 규제 및 처벌 및 아동의 보호 등에 관한 법률(平成 11년 법률 제52호) 제4조부터 제8조까지의 죄의 피해자"
3. "전2호에서 열거하는 자 이외의 범죄의 성질, 증인의 연령, 심신의 상태, 피고인과의 관계, 그

밖의 사정에 의하여 재판관 및 소송관계인이 증인을 신문하기 위하여 재석하는 장소에서 진술할 때에는 압박을 받아 정신의 평온이 현저하게 침해될 우려가 있다고 인정되는 자"

② "재판소는 증인을 신문하는 경우에 있어서 다음에 열거하는 경우 상당하다고 인정되는 때에는 검찰관 및 피고인 또는 변호인의 의견을 들어 동일한 구내 이외의 장소에서 재판소 규칙에 따라 증인을 재석시켜 영상과 음향의 송수신에 의하여 상대방을 서로 인식하면서 통화할 수 있는 방법에 의하여 신문할 수 있다."

1. "범죄의 설질, 증인의 연령, 심신의 상태, 피고인과의 관계, 그 밖의 사정에 의하여 증인이 동일한 구내에서 출석하는 경우에는 정신의 평온이 현저하게 침해될 우려가 있다고 인정되는 경우"
2. "동일한 구내에서 출석하여 이동할 때 증인의 신체 또는 재산에 손해를 가하거나 증인을 두려움에 떨게 하거나 곤혹스럽게 하는 행위가 발생할 우려가 있다고 인정되는 경우"
3. "동일구내로 출두 후 이동할 때 미행 그 이외의 방법으로 증인의 주거, 근무지, 그 밖에 통상 거처하는 장소가 특정됨에 따라 증인 또는 그 친족의 신체 또는 재산에 해를 가하거나 이러한 사람들을 두려움에 떨게 하거나 곤혹스럽게 하는 행위가 발생할 우려가 있다고 인정되는 경우"
4. "증인이 원격지에 거주하고, 그 연령, 직업, 건강상태 그 외의 사정에 의해 동일구내에 출두하는 것이 현저하게 곤란하다고 인정되는 경우"

③ "전2항의 규정에 의한 방법으로 증인심문을 행하는 경우(전항 제4호에 의한 경우를 제외한다) 재판소는 증인이 나중의 형사절차에서 동일한 사실에 대하여 다시 증인으로 진술을 요구받는 경우가 있다고 사료되는 경우, 증인의 동의가 있는 때에는 검찰관 및 피고인 또는 변호인의 의견을 들어 증인의 신문 및 진술 및 그 상황을 기록매체(영상 및 음향을 동시에 기록할 수 있는 것에 한한다)에 기록할 수 있다."

④ "전항의 규정에 의하여 증인의 신문 및 진술 및 그 상황을 기록한 기록매체는 소송기록에 첨부하여 조서의 일부로 한다."

제321조의2 비디오 링크 방식에 의한 증인심문의 기록매체의 취급

1. "피고사건의 공판준비 또는 공판기일의 절차 이외의 형사절차 또는 다른 사건의 형사절차에 있어서 제157조의6 제1항 또는 제2항에 규정하는 방법으로 행해진 증인의 심문 및 진술 및 그 상황을 기록한 기록매체가 그 일부로 된 조서는 전조 제1항의 규정에도 불구하고 증거로 할 수 있다. 이 경우 법원은 그 조서를 조사한 후 소송관계인에게 그 진술자를 증인으로 심문할 기회를 주어야 한다."
2. "전항의 규정에 의한 조서를 조사하는 경우는 제305조 제5항 단서의 규정은 적용하지 않는다."
3. "제1항의 규정에 의하여 조사된 조서에 기록된 증인의 진술은, 제295조 제1항 전단 및 전조 제1항 제1호 및 제2호의 적용에 대해서는 피고사건의 공판기일에서 된 것으로 본다."

라. 미국

미국의 경우 피의자신문 영상녹화제도는 수사과정에서 이루어지는 피의자의 허위자백으로 인한 잘못된 판결을 방지하고 피의자인권을 보호하고자 하는데 주된 목적을 두고 도입되었고, 의무적 영상녹화방식으로 확대되어가고 있다.[545]

미국에 있어서 영상녹화는 주에 따라 법률에 근거 규정을 두는 방식, 판례를 통해 영상녹화 의무화를 요구하는 방식으로 크게 구분된다. 하지만 어느 방식을 취하든 피의자신문에 대한 영상녹화는 원칙적으로 의무적으로 시행하도록 요구하고 있다. 즉 영상녹화되지 않은 피의자 신문과정에서의 진술은 불승인 추정대상으로 규정하고 있음을 볼 수 있다.

영상녹화물의 증거사용에 대해서는 주에 따라 차이가 있지만 엄격한 제한요건하에서만 증거로 사용할 수 있도록 하고 있음을 볼 수 있다. 즉 신문과정에서 행해진 피의자 진술이 영상녹화 방식으로 기록되어 있지 않는 한 증거로 허용할 수 없도록 하는 소극적 배제방식을 취하고 있다. 또한 영상녹화물의 증거로서의 불승인 요건으로서 피고인의 권리보호와 적법절차 준수에 관한 상세한 규정을 두고 있다.

다만, 영상녹화 의무규정에 반한 영상녹화물이라 하더라도 본증이 아닌 탄핵증거로서는 활용할 수 있도록 규정하고 있음을 볼 수 있다.

1) District of Columbia

D.C. Code §§ 5-116.01. 전자적으로 기록하는 신문절차[546]

(a) (1) "메트로폴리탄 경찰국(MPD)은 전자적 기록장비가 구비된 MPD 신문실 내에서 신문이 행해지는 경우, § 23-1331(4)에 정의된 바와 같이 폭력범죄 용의자에 대한 구금상태의 신문은 실현가능한 최대한 전체적으로 전자적으로 기록해야 한다."

(2) "이 subsection para.(1)에 의해 요구되는 기록은 피의자가 신문실에 도착하자마자 피의자와 법집행직원간의 첫 번째 접촉으로 시작해야 하며, 그 신문실에서 피의자와 법집행직원간에 이루어지는 모든 이후의 접촉을 포함해야만 한다."

(3) "이 subsection하에서의 어떤 것도 MPD가 법집행직원이 신문실에 없는 동안 피의자의 행위를 기록할 수 없도록 하지 못한다."

(b) "이 조항의 subsection(a)에 의해 요구되는 기록은 법률에 의해 요구되는 권리에 대한 경고의 제공, 그러한 경고에 대한 피의자의 응답 그리고 만약에 있다면 피의자의 그 신문에 대한 동의를 포함해야 한다. 만약 피의자가 신문실에 들어오기 전에 필요한 경고를 받았다면, 피의자는 그 권리를 고지받았고 포기한다는 것을 확인하는 질문을 받아야 한다."

(c) (1) "피의자가 법률에 의해 요구되는 권리에 대한 경고를 제공받았고 자발적으로 그 권리를 포기한 후 만약 피의자가 그 신문이 더 이상 기록되지 않는다는 명시적인 조건하에서만 법집행직원과 자발적으로 대화할 것이라고 표명한 경우에는 그 신문의 나머지는 기록되어질 필요가 없다. 그러한 경우, 경고의 제공, 피의자의 대답, 피의자의 조건부 동의, 조건부 동의 이전의 모든 상황들은 기록되어야만 한다."

545) 김용욱, "미국의 수사과정에서의 영상녹화제도 연구", 『국외훈련검사 연구논문』(2017), 법무연수원, 70-71면.

(2) "법집행직원은 완전하게 기록되는 신문 대신에 그러한 조건부 동의를 하도록 명시적 또는 묵시적으로 피고인을 독려해서는 안된다."

D.C. Code §§ 5-116.02. 추가적인 절차를 확립할 권한[547]

"경찰서장은 MPD에 의한 신문의 전자적 기록을 위해 § 5-116.01 규정과 일치하지 않는 추가적인 절차를 확립할 수 있는 일반적 명령을 발할 수 있다."

D.C. Code §§ 5-116.03. 입증 추정[548]

"§ 5-116.01을 위반하여 얻은, 컬럼비아 지방 고등법원에서 형사범죄로 기소된 사람의 진술은 그것이 비자발적이라는 반증가능한 추정의 대상이 된다. 이러한 추정은 만약 검찰이 그 진술이 자발적으로 주어졌다는 명확하고 설득력있는 증거에 의해 입증한 경우에는 극복될 수 있다."

2) 텍사스주

Texas Code of Criminal Procedure Art.2.32. 구금상태에서의 신문[549]

(a) "이 조문에서"

(1) " "전자적 기록(녹음)"은 진정하고, 정확하며, 변경되지 않는 시청각 전자기록 또는 만약 시청각 전자기록이 활용될 수 없는 경우에는 오디오 기록을 의미한다."

(2) " "법집행기관"은 경찰관의 일상적인 업무에 있어서 범죄를 범한 사람에 대한 구금상태에서의 신문을 수행하는 경찰관들을 채용하고 있는 주, 군, 시, 또는 기타 이 주의 정치적 구분지역의 기관을 의미한다."

(3) " "구금장소"는 시경찰청 또는 군보안관 부서를 포함하여 법집행기관의 운영장소인 경찰서 또는 기타 건물을 의미하며, 형법위반 혐의와 관련한 사람을 구금할 목적으로 법집행기관이 소유하거나 운영한다. 이 용어는 법원을 포함하지 않는다."

(b) "전자적 기록을 불가능하게 하는 정당한 이유(good cause)가 존재하지 않는 한, 법집행기관은 다음에 해당하는 범죄를 범했다고 혐의를 받고 있거나 또는 그 범행으로 기소된 사람에 대한 그리고 구금장소에 행해진 모든 구금상태에서의 신문에 대한 완전하고 동시적인 전자적 기록을 작성해야 한다."

(1) "살인"

(2) "중대한 살인(capital murder)"

(3) "납치"

(4) "가중처벌되는 납치"

---

546) https://code.dccouncil.us/dc/council/code/sections/5-116.01.html; 검색일: 2019년 8월 20일.

547) https://code.dccouncil.us/dc/council/code/sections/5-116.02.html; 검색일: 2019년 8월 20일.

548) https://code.dccouncil.us/dc/council/code/sections/5-116.03.html; 검색일: 2019년 8월 20일.

(5) “인신매매”

(6) “지속적인 인신매매”

(7) “지속적인 유아 또는 아동에 대한 성폭력”

(8) “아동추행”

(9) “교육자와 학생의 부적절한 관계”

(10) “성폭행”

(11) “가중처벌되는 성폭행”

(12) “아동에 의한 성행위”

(c) “(b)의 목적상, 다음과 같은 경우 구금상태에서의 전자적 기록은 완료된다.”

(1) “기록(녹음녹화)은 신문대상자가 구금상태에서의 신문이 진행되는 구금장소에 들어오거나 Art.38.22.Sec.2(a)에 의해 명시된 경고를 받는 시점 또는 그 전에 시작한다.”

(2) “신문이 종료될 때까지 지속한다.”

(d) “(b)의 목적상, 전자적 기록을 불가능하게 만드는 정당한 이유는 다음과 같다.”

(1) “신문대상자가 전자적 기록이 행해지는 구금상태에서의 신문에서 응답 또는 협조를 거부한 경우는 다음과 같다.”

(A) “거부에 대한 동시기록이 행해진 경우”

(B) “신문을 행하는 경찰관 또는 법집행기관 직원이 선의로 그 사람의 거부를 기록하려고 시도했지만, 그 사람이 거부를 기록하기를 꺼렸고, 경찰관 또는 법집행기관 직원이 동시에 서면으로 그 거부를 기록한 경우”

(2) “피고인에 의해 자발적으로 행해진 진술 그리고 경찰관의 신문에 대한 답변이 아닌 진술을 포함해서 구금상태에서의 신문의 결과로서 행해지지 않은 진술”

(3) “신문을 수행하는 경찰관 또는 법집행기관의 직원이 선의로 신문을 기록하고자 시도했지만 기록장비가 작동하지 않은 경우, 경찰관 또는 법집행기관 직원이 부주의하게 장비를 잘못 작동했거나 그 장비가 오작동하거나 경찰관이나 직원이 모르는 사이에 작동이 중단된 경우”

(4) “그 진술을 전자적으로 기록하는 것을 방해하거나 불가능하게 만드는 심각한 공공안전문제“

(5) “경찰관 또는 법집행기관의 직원이 신문을 시작하는 시점에 신문을 받는 사람이 구금상태에 있지 않거나 Subsec.(b)항에 열거된 범행에 관하여 신문을 받고 있다고 합리적으로 믿은 경우”

(e) “본 조문에 따른 구금상태에서의 신문은 Government Code Sec.552.108에 규정된 바와 같은 공개적인 공개에서 배제된다.”

Texas Code of Criminal Procedure Art.38.22. 진술이 사용되어질 수 있는 경우[550]

Sec.1. “이 조문에서 피고인의 서면진술은 다음을 의미한다.”

(1) “피고인이 직접 작성한 진술서”

(2) “피고인이 읽거나 이해할 수 있는 언어로 작성된 진술서”

(A) “피고인이 서명한”

(B) “피고인이 글을 쓸 수 없고, 경찰관 이외의 사람이 입증하는 표시가 있는 경우, 피고인의 표시를 포함하는”

Sec.2. "구금상태의 신문의 결과로서 행해진 어떠한 진술도, 다음의 것이 그 진술서상에서 나타나지 않는 한 형사소송에서 그에 대한 증거로 허용될 수 없다."

(a) "피고인이 진술하기 전에 치안판사로부터 본 법률 Art.15.17.에 규정된 경고를 받았거나 피고인이 진술을 한 사람으로부터 다음과 같은 경고를 받았다는 것"

(1) "그는 묵비권을 행사할 권리가 있고, 어떠한 진술도 하지 않을 권리가 있으며, 그가 한 어떤 진술도 그의 재판에서 그에게 불리하게 사용될 수 있다."

(2) "그가 하는 어떤 진술도 법정에서 그에 대한 증거로 사용될 수 있다."

(3) "그는 신문전이나 신문 중에 그에게 조언을 해줄 변호사를 선임할 권리가 있다."

(4) "만약 그가 변호사를 고용할 능력이 없다면, 그는 신문전이나 신문 중에 그에게 조언을 해주도록 지정된 변호사 접견권을 갖는다."

(5) "그는 언제든지 신문을 종료할 권리를 갖는다."

(b) "피고인은 진술을 하기 전에 그리고 진술 중에 동조(a)항에 의해 규정된 경고 안에 명시된 권리를 잘 알면서 의식적으로 그리고 자발적으로 포기한다."

Sec.3.

(a) "구금상태에서의 신문결과로 행해진 어떠한 피고인의 구두진술 또는 수화도, 다음의 경우가 아닌 한 형사절차에서 피고인에 불리하게 허용되어서는 안된다."

(1) "진술이 동영상, 비디오테이프, 또는 다른 시각적 기록을 포함할 수 있는 전자적 기록으로 작성되어진 경우"

(2) "진술 전에 그리고 기록(녹음)중에 피고인이 위에 규정된 Sec.2(a)에 열거된 경고를 받고 잘 알면서 의식적으로 그리고 자발적으로 경고에 명시된 모든 권리를 포기한 경우"

(3) "기록(녹음)장치가 정확한 기록을 할 수 있었으며, 운영자가 자격이 있고 그 기록(녹음)이 정확하고 변경되지 않은 경우"

(4) "기록(녹음)상의 모든 목소리가 식별되는 경우"

(5) "소송일로부터 20일전에 피고인을 대리하는 변호인이 이 조문 하에서 작성된 피고인의 모든 기록(녹음)에 대한 진술하고 완전하며 정확한 사본을 제공받은 경우"

(b) "구금상태에서의 신문 중에 피고인에 의해 행해진 진술에 대한 모든 전자적 기록(녹음)은 그와 관련한 범죄에 대하여 피고인의 유죄판결이 확정되거나 그로인한 모든 직접적 항소가 만료되고, 그 범죄로 인한 기소가 금지될 때까지 보존되어야 한다."

(c) "본조(a)는 범죄를 저질렀다고 그가 진술한 도구 또는 절취한 재산 또는 은닉한 재산의 발견 등과 같이, 피고인의 유죄를 진실로 판단한 그리고 그것을 입증하는데 기여한 사실이나 상황들에 대한 주장을 포함하는 어떠한 진술에도 적용되지 않는다."

(d) "만약 피고인이 청각장애인인 경우, Art.38.22 Sec.3(a) 또는 Sec.2하에서의 피고인의 진술은 동조문 Sec.2의 경고가 동 법률 Art.38.31.에 규정된 바와 같이 자격이 있고 선서를 한 통역자에 의해 그 청각장애 피고인에게 해석되어지지 않는 한, 피고인에게 불리한 진술로 허용되지 않는다."

(e) "이 주(State)의 법원은 동조(a)를 엄격히 해석해야 하며, 다음의 경우를 제외하고는 (a)의 모든 요건들이 주에 의해 충족되지 않는 한 (a)를 허용가능한 진술을 하는 것으로 해석할 수 없다."

(1) "중요한 음성만이 식별된다."

(2) "피고인은 상기 Sec.2(a)에 해당하는 경고를 제공받았거나 충분히 유효한 그에 준하는 경고

를 제공받았다."

Sec.4.~Sec.8. 생략

Sec.9. "이 조항의 다른 규정에도 불구하고 Art.2.32(b)에 열거된 범죄로 혐의를 받고 있는 자에 의해 행해진 그리고 구금장소에서 행해진 구금상태에서의 신문의 결과로서 작성된 구두진술, 수화진술, 또는 서면진술은 그 어떠한 것도 Art.2.32에 정의된 용어와 같이 다음의 경우가 아닌 한 형사소송에서 피고인에게 불리하게 허용될 수 없다."

(a) "Art.2.32(b)에 의해 요구된 바와 같이 진술이 전자적 기록으로 작성된 경우"

(b) "Art.2.32(d)에 기술된 바와 같이, 주를 대리하는 변호인(검찰)이 구금상태의 신문에 대한 전자적 기록이 불가능하게 되었던 충분한 이유를 법원에 충분히 입증한 경우"

3) 일리노이주

725 ILCS §5/103-2.1 피고인에 의한 진술이 이용될 수 있는 경우[551]

(a) "이 조항에서 "구금상태의 신문"이란 (i) 그 대상자의 입장에 있는 합리적인 사람이 자신이 구금되어 있다고 생각는 동안의 신문 그리고 (ii) 유죄답변이 도출될 가능성이 높은 질문을 받는 신문을 의미한다."

"이 조항에서 "구금장소"는 형사기소와 관련하여 사람들을 구금하거나 구금할 수 있는 법집행기관에 의해 소유되거나 운영되는, 법원이 아닌 다른 법집행기관 또는 지방경찰서 또는 군 보안관 부서의 업무장소인 건물 또는 경찰서를 의미한다."

"이 조항에서 "전자적 기록"은 영상, 오디오테이프, 비디오테이프, 또는 디지털 기록을 포함한다."

(a-5) "범행당시 18세 미만이었던 미성년자의 구두진술, 서면진술, 또는 수화 진술은, 미성년자가 법집행직원, 주검찰, 공무원 또는 직원이 다음의 사항을 하기 이전에 그들로부터 구금상태의 신문을 받은 때에는 그 미성년자로부터 확보한 진술은 허용되지 않는 것으로 추정된다."

(1) "다음의 진술을 미성년자로부터 응답을 얻거나 또는 이해를 확인하기 위해 중단없이 전체를 미성년자에게 지속적으로 읽어준다. "당신에게는 묵비권을 행사할 권리가 있다. 그것은 당신이 아무 말도 하지 않아도 된다는 것을 의미한다. 당신이 하는 말은 법정에서 불리하게 사용될 수 있다. 당신은 변호사에게 도움을 받을 권리가 있다. 변호사 비용을 낼 수 없다면, 법원은 무료로 당신에게 변호사 한 명을 줄 것이다. 언제든지 변호사를 선임할 수 있다. 당신은 이 인터뷰를 언제든지 중지할 수 있는 권리가 있다." "

(2) "(a-5)의 (1)에 의해 요구되는 진술을 읽은 후, 공무원 또는 직원은 미성년자에게 다음과 같은 질문을 하고, 각 질문에 대한 미성년자의 답변을 기다려야 한다."

(A) "당신은 변호사를 원합니까"

(B) "당신은 나와 말하기를 원합니까"

549) https://codes.findlaw.com/tx/code-of-criminal-procedure/crim-ptx-crim-pro-art-38-22.html; 검색일: 2019년 8월 20일.

550) https://statutes.capitol.texas.gov/Docs/CR/htm/CR.38.htm; 검색일: 2019년 8월 20일.

(a-10) "범행당시 18세 미만이었던 미성년자의 구두진술, 서면진술, 또는 수화 진술은 다음이 아닌 한, 경찰서 또는 다른 구금장소 또는 this amendatory Act of the 99th General Assembly 시행일 이후에 수행된 구금상태의 신문의 결과로서 행해진 경우, 만약 그 범행이 성인에 의해 행해졌더라면 2012 형법 제11조하에서의 경범죄 또는 2012 형법 하에서의 중범죄에 해당하는 행위에 대한 형사절차 또는 소년법원절차에 있어서 증거로서 허용되지 않는 것으로 추정되어야 한다."

(1) "구금상태의 신문이 전자적 기록으로 작성된 경우"

(2) "그 기록이 실질적으로 정확하고 고의적으로 변경되지 않은 경우"

(b) "경찰서 또는 다른 구금장소에서 행해진 구금상태의 신문의 결과로서 작성된 구두진술, 서면진술 또는 수화진술은, 다음의 경우가 아닌 한 Section 9-1, 9-1.2, 9-2, 9-2.1, 9-3, 9-3.2, or 9-3.3 of the Criminal Code of 1961 or the Criminal Code of 2012 또는 clause (d)(1)(F) of Section 11-501 of the Illinois Vehicle Code 하에서 제기된 형사절차에서 피고인에게 불리한 증거로서 허용되지 않는 것으로 추정된다."

(1) "구금상태의 신문이 전자적 기록으로 작성된 경우"

(2) "그 기록이 실질적으로 정확하고 고의적으로 변경되지 않은 경우"

(b-5) "다음의 정황하에서 경찰서 또는 다른 구금장소에서 행해진 구금상태의 신문의 결과로서 작성된 구두진술, 서면진술 또는 수화진술은, 구금상태의 신문이 전자적 기록으로 작성되고 그 기록이 실질적으로 정확하고 고의적으로 변경되지 않은 경우가 아닌 한 피고인에게 불리한 증거로서 허용되지 않은 것으로 추정된다."

(1) "Section 11-1.40 or 20-1.1 of the Criminal Code of 1961 or the Criminal Code of 2012, if the custodial interrogation was conducted on or after June 1, 2014하에서 제기된 형사절차"

(2) "Section 10-2, 18-4, or 19-6 of the Criminal Code of 1961 or the Criminal Code of 2012, if the custodial interrogation was conducted on or after June 1, 2015하에서 제기된 형사절차"

(3) "Section 11-1.30 or 18-2 or subsection (e) of Section 12-3.05 of the Criminal Code of 1961 or the Criminal Code of 2012, if the custodial interrogation was conducted on or after June 1, 2016하에서 제기된 형사절차"

(b-10) "이 조항하에서 행해진 전자적으로 기록된 구금상태에서의 신문과정에 있어서 피고인이 subsection (b) or (b-5)하에서 기록하도록 요구된 범죄 이외의 범죄를 범했다고 믿을만한 합리적인 의심을 낳는 진술을 한 경우, 신문을 하는 사람은 피고인의 동의없이 반대되는 법률조항에도 불구하고 그 다른 범죄에 관한 신문을 계속 기록할 수 있다. 이 하위조항하에서의 신문의 결과로서 행해진 피고인의 구두진술, 서면진술, 수화진술은 그 기록이 실질적으로 정확하고 의도적으로 변경되지 않은 경우가 아닌 한 형사절차에서 피고인에게 불리한 증거로서 허용될 수 없는 것으로 추정된다."

(c) "이 조항하에서 작성된 모든 전자적 기록은 그 진술과 관련한 범죄에 대한 피고인의 유죄판결이 확정되고 모든 직접적이고 인신보호영장에 의한 항소가 만료되고, 그 범죄에 대한 소추가 법에 의해 금지될 때까지 보존해야만 한다."

(d) "만약 법원이, 증거의 우월성에 의하여 피고인이 이 조항에 반하는 구금상태의 신문을 받았다는 것을 발견한 경우, 기록되지 않은 구금상태의 신문 동안에 또는 그 후에 피고인에 의해 행해진 모든 진술은, 비록 본 조항에 따라 달리 준수하더라도, 탄핵의 목적을 제외하고는 피고인에 대한 형사절차에서 허용될 수 없는 것으로 추정된다."

(e) "이 조항의 어떠한 것도 다음의 진술의 승인을 배제하지 않는다."

(i) "재판의 공개법정에서, 대배심 앞에서 또는 예비심문에 있어서 피고인에 의해 행해진 진술,"

(ii) "전자적 기록이 불가능했기 때문에 이 조항에 의해 요구되었던 바와 같이 기록되지 않은 구금상태의 신문 동안에 행해진 진술,"

(iii) "구금상태의 신문의 결과인가 아닌가와 상관없이 증인으로서 피고인의 신뢰성에 관한 자발적 진술,"

(iv) "질문에 대한 대답으로 행해지지 않은 자연스런 진술,"

(v) "피의자의 체포처리과정에서 일상적으로 물어본 질문 후 행해진 진술,"

(vi) "진술이 기록되지 않은 경우, 그 신문을 하는 사람의 질문에 대한 대답에 동의하는 진술이 전자적으로 기록되어진 경우라면, 그 진술이 전자적으로 기록되지 않은 경우에만 진술을 하기 전에 신문자의 질문에 대한 대답을 하도록 요청한 피의자에 의해 구금상태의 신문 중에 행해진 진술"

(vii) "구금상태 신문 중에 행해진 진술이 subsection에 위반하여 주어진 주 밖에서의 진술로 행해진 경우"

(viii) "신문을 한 사람이 실제 사망이 발생했는지를 알지 못한 시점에서의 진술"

(ix) "피고인이 subsection(b-5) 하에서 기록하도록 요구되는 범죄를 행했다고 믿을만한 상당한 이유를 야기하는 사실과 상황들을 알지 못한 시점에서 (b-5)를 위반하여 얻어진 진술"

(x) "법률에 의하여 허용될 수 있는 기타 다른 진술"
"주는 이 subsection(e)에 기술된 예외 가운데 하나가 적용될 수 있는지를 증거의 우위에 의하여 입증해야 하는 부담을 진다."
"이 조항의 어떤 것도 이 조항하에서 달리 허용될 수 없는 진술이 실체적 증거가 아닌 탄핵증거로만 사용되는 경우 그 진술의 승인을 배제하지 않는다."

(f) "경찰서 또는 다른 구금장소에서 구금상태의 신문으로 행해진 피의자의 진술의 불승인의 추정은 그 진술이 상황의 총체성에 근거하여 자발적으로 이루어졌고, 신뢰할만하다는 증거의 우위에 의하여 극복될 수 있다."

(g) "이 조항의 요건을 충족하기 위하여 이 조항에 의해 규정된 바와 같이 법집행기관에 의해 수집된 구금상태의 신문 중 피고인에 의해 행해진 전자적으로 기록된 모든 진술은 비밀이며, 정보자유법 Sec.7에 규정된 바와 같이 공개적인 열람 및 복제 대상에서 제외되며, 그 정보는 이 조항에 따라 필요로 하는 경우를 제외하고는 어느 누구에게도 전송되어서는 안된다."

---

551) https://codes.findlaw.com/il/chapter-725-criminal-procedure/il-st-sect-725-5-103-2-1.html; 검색일: 2019년 8월 20일.

마. 영국

영국은 「경찰 및 형사증거법」(Police and Criminal Evidence Act 1984) 제60조와 제60A조에 피의자신문에 대한 오디오 녹음과 영상녹화를 의무화하는 근거규정을 두고 있으며, 그에 대한 구체적인 시행방법에 대해서는 실무규범(Code of Practice) E와 F에 상세한 세부규정을 두고 있다.

CODE E는 피의자신문의 녹음에 관한 개정 실무규범(Revised Code of Practice on Audio Recording Interviews with Suspects)으로, 본 규범에 따라 녹음해야 하는 신문대상이 되는 유형, 의무적 녹음의 예외사항, 신문에 대한 원격 모니터링, 마스터 기록물의 무결성 보장을 위한 봉인 및 사본작성, 신문개시에서 종료시까지 세부적인 절차, 신문녹음에 대한 피의자의 이의제기 절차, 청각장애인에 대한 신문녹음절차, 디지털기록 네트워크장치를 이용한 신문녹음절차 등과 관련한 상세한 내용을 규정하고 있다.[552] 그리고 CODE F는 피의자신문의 영상녹화에 관한 개정 실무규범(Revised Code of Practice on visual recording with sound of interviews with suspects)은 CODE E의 규정에 추가규정을 두는 방식으로 되어 있기 때문에 기본적인 프레임은 CODE E와 거의 동일한 형식을 취하고 있다. 따라서 영상녹화를 의무적으로 시행해야 하는 범죄유형, 영상녹화시 신문을 진행하는 경찰 공무원 등의 신원노출 차단을 위한 조치, 영상녹화에 관한 피의자 이의제기시(녹화거부 포함) 절차, 비침해적 방식의 신문 영상녹화 등과 관련한 규정을 두고 있다.[553]

영상녹화물의 증거능력과 관련하여서는 Criminal Justice Act 2003을 제정하여 제137조(Evidence by video recording)[554]와 제138조(Video evidence; further provisions)[555]를 규정함으로써 영상녹화된 진술을 증인진술과 동일한 것으로 취급할 수 있도록 하였을 뿐 아니라 녹화된 내용이 증인의 법정증언 보다 주요한 증거로 제공할 수 있도록 하는 규정을 두었었다. 즉, 기존의 전통적인 최량증거법칙을 수정하

552) https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/729863/pace-code-ef-2018.pdf; 검색일: 2019년 7월 10일.
553) https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/729863/pace-code-ef-2018.pdf; 검색일: 2019년 7월 10일.
554) https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/44/section/137; 검색일: 2019년 7월 10일.
555) https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/44/section/138; 검색일: 2019년 7월 10일.

여 증인의 법정외 진술이 기억이 생생한 때 녹화되었고, 증인이 법정에서 녹화된 진술내용이 진실이라고 주장하는 등 일정한 요건을 갖춘 때에는 영상녹화물의 증거능력을 인정한 것이었다.[556]

하지만 동 규정은 개정에 의하여 효력이 상실되었으며, common law 및 전문법칙의 예외이론에 의해 다른 전문증거와 동일한 요건하에서 영상녹화물의 증거능력을 판단하고 있다.

제60조 Audio Recording of Interviews

(1) "Secretary of State는 다음과 같은 의무를 지닌다."

(a) "경찰서에서 경찰관에 의해 행해지는 형사상 범죄실행으로 혐의를 받고 있는 사람에 대한 신문을 오디오로 녹음하는 것과 관련하여 실무규범(Code of Practice)을 공표해야 한다."

(b) "현재 시행중인 규범에 따라 유지되는 명령안에 명시된 형사상 범죄 또는 그러한 범죄의 일부의 실행으로 혐의를 받고 있는 사람에 대한 인터뷰를 오디오로 녹음하도록 명령해야 한다."

제60A조 Visual Recording of Interviews

(1) "Secretary of State는 다음과 같은 권한을 갖는다."

(a) "경찰서에서 경찰관에 의해 행해지는 영상녹화를 위한 실무규범(Code of Practice)을 공표할 권한"

(b) "이 조항하에서 현재 시행중인 규범에 따라 영상녹화를 하도록 요구하고, 그와 같이 행해진 신문의 영상녹화를 요구하도록 명령할 수 있는 권한"

(2) "이 조항하에서의 명령에 의해 부과된 요건은 그 명령안에 명시되었거나 기술된 대로 그와 같은 사건 또는 그러한 지역 내의 경찰서와 관련하여 혹은 둘 다와 관련하여 부과될 수 있다."

(3) 생략

(4) "이 장에서"

(a) "신문은 형사상 범죄로 혐의를 받고 있는 사람에 대한 신문을 말한다."

(b) "영상녹화는 오디오 녹음이 행해지는 영상녹화를 말한다."

바. 호주「Summary Offences Act 1953」Sect.74D

호주는 1990년 이후부터, 피고인이 구금상태에서 한 자백이나 인정은 그것이 전자적으로 오디오로 또는 오디오비디오로 기록되어야만 허용될 수 있도록 규정하고 있

556) 정웅석, "영상녹화물의 증거능력 인정에 관한 연구 -법무부 개정안을 중심으로-",『형사법의 신동향』, 통권 제29호(2010.12.), 대검찰청, 135-136면.

다. 그리고 이와 같이 오디오 또는 오디오비디오로 기록하지 못한 경우에는, 법원이 사법의 이익이 조사관의 불준수에도 불구하고 증거로서의 승인을 요구한다고 확신하는 경우가 아니면 그 신문증거는 허용할 수 없도록 규정하고 있다.

Sect.74D. 피의자에 대한 신문기록에 대한 의무[557]

(1) "기소 가능한 범죄를 범한 사람(피의자)이라고 의심하거나 의심할만한 합리적인 근거를 갖고 있고, 그 피의자를 신문할 예정인 조사관은 다음의 요건을 반드시 준수해야만 한다."

(a) "그 신문에 대한 영상녹화가 합리적으로 실행가능한 경우, 신문에 대한 영상녹화는 작성되어야만 한다."

(b) "그 신문에 대한 영상녹화가 합리적으로 실행가능하지는 않지만 그 신문에 대한 음성녹음은 합리적으로 실행가능한 경우, 그 신문에 대한 음성녹음이 작성되어야만 한다."

(c) "그 신문에 대한 영상녹화도 음성녹음도 합리적으로 실행할 수 없는 경우에는"

(i) "그 신문에 대한 서면기록이 신문을 받을 때 또는 신문 후 가능한 한 빨리 작성되어야 한다."

(ii) "신문 후 가능한 한 빨리, 그 기록은 피의자에게 소리내어 읽어주어야 하고, 그 읽어주는 것을 영상녹화해야 한다."

(iii) "영상녹화를 시작할 때(그 읽기를 시작하기 전에) 피의자는 언제든지 그 기록의 오류나 누락을 지적하기 위해 그 읽기를 중단하도록 요청해야 한다."

(iv) "만약 피의자가 실제로 오류나 누락을 지적하기 위해 그 읽기를 중단한 경우, 피의자는 그렇게 할 수 있는 합리적인 기회를 허용받아야만 한다."

(v) "읽기가 끝났지만 영상녹화가 계속 중인 경우, 피의자는 그 기록내의 오류나 누락을 지적할 수 있으며, 그렇게 할 수 있는 합리적인 기회가 허용되어야만 한다."

(vi) "조사를 담당한 직원이 그 기록에 오류나 누락이 있다는 것에 동의한 경우, 그 직원은 그 오류나 누락을 수정하기 위해 기록을 수정해야만 하며, 만약 그 직원이 그 기록에 오류나 누락이 있음을 동의하지 않는 경우, 그 직원은 그럼에도 불구하고 피의자에 의해 주장된 오류나 누락에 대한 기록을 신문기록에 첨부해야만 한다."

(2) "신문과정에서 의심이 생기거나 의심할 합리적인 근거가 있는 경우, 그 시점에서 조사를 담당한 직원의 subsection(1)에 따른 의무가 생겨나며, 그 시점으로부터 신문에 해당한다."

(3) "신문에 대한 영상녹화 또는 음성녹음이 합리적으로 실행가능한가의 여부를 결정함에 있어서 다음의 문제들이 고려되어야 한다."

(a) "신문을 받는 사람을 구금하는 것이 합법적인 기간 내에 기록장비의 사용가능 여부"

(b) "기록장비의 기계적 고장"

(c) "그 신문에 대한 영상녹화 또는 음성녹음이 작성되는 것을 피신문자가 거부하는 경우"

(d) "기타 다른 관련문제"

(4) "이 장에 따라 신문의 영상녹화 또는 음성녹음이 행해진 후 가능한 한 빨리, 신문을 한 직원은 피의자에게 다음의 내용이 기록된 서면을 제공해야 한다."

(a) "영상녹화가 행해진 경우 – 피의자 또는 피의자의 법적 조언자(또는 둘 다) 그 기록을 볼 수 있

는 권리가 있으며, 영상녹화기록으로부터 오디오기록을 확보할 수 있는 권리에 대하여"

(b) "영상녹화가 아닌 음성녹음이 행해진 경우 – 그 음성녹음의 복사본을 확보할 수 있는 피의자의 권리에 대하여"

(5) "피의자 요청시, 적절한 시간과 장소에서 영상녹화기록을 재생할 적절한 조사관이 지명되도록 조치를 취해야 한다."

(6) 생략

Sect.74E 신문증거의 허용가능성[558]

(1) "다음의 경우를 제외하고는 기소 가능한 범죄에 대한 절차에서, 조사관과 피고인사이에 행해진 신문의 증거는 피고인에 대하여 허용될 수 없다."

(a) "조사관이 이 Division을 준수한 경우"

(b) "법원이 조사관의 불준수에도 불구하고 사법의 이익이 증거의 승인을 요구한다고 확신하는 경우"

(2) "배심에 의한 재판과정에서 만약 법원이 subsection(1)(b)에 의하여 신문의 증거를 허용한 경우, 법원은 불준수가 경미하다고 생각하지 않는 한,"

(a) "배심원이 조사관의 불준수에 대하여 주의를 돌리도록 해야 한다."

(b) "불준수를 고려한 적절한 경고를 제공해야 한다."

---

557) http://www5.austlii.edu.au/au/legis/sa/consol_act/soa1953189/s74d.html; 검색일: 2019년 8월 20일.

558) http://www5.austlii.edu.au/au/legis/sa/consol_act/soa1953189/s74e.html; 검색일: 2019년 8월 20일.

사. 외국법제 비교표

[표 3-1] 외국의 영상녹화 관련 규정 비교

구분	독일	프랑스	일본	미국	호주	영국
피의자신문 영상녹화	○	○	○	○	○	○
신문자	검찰	경찰	검찰	경찰	경찰	경찰
의무시행 대상	• 고살 • 18세 미만 피의자 • 제한된 정신능력 또는 중대한 정신장애 피의자	• 중죄로 보호유치된 자	• 사형, 무기 또는 금고에 해당하는 죄 • 단기 1년 이상 유기징역 또는 금고에 해당하는 죄로서 고의에 의한 피해자사망사건 • 사법경찰원이 송치 또는 송부한 사건 이외의 사건	• 폭력범죄 용의자(D.C) • 살인, 중대 살인, 납치, 가중처벌 납치, 인신매매, 지속적 인신매매, 지속적 아동성폭력, 아동추행, 교육자와 학생의 부적절한 관계, 성폭행, 가중처벌 성폭행, 아동에 의한 성행위(텍사스) • 범행당시 18세 미만 미성년자, 구금상태의 신문(일리노이)	• 기소 가능한 범죄를 범한 사람이라고 의심하거나 의심할만한 합리적 근거가 있는 자	• 약식기소범죄 또는 정식기소범죄에 관한 혐의를 고지받은 사람 • 피의자가 후견인을 요구하는 경우 • 피의자, 변호인, 후견인이 신문녹화를 요구하는 경우 • 피의자 또는 입회가 필요한 사람이 청각장애, 시각장애, 언어장애 등이 있는 경우 • 피의자에 대한 범행가담여부 질문시 행위재연 또는 특정 물건에 대한 검토를 요청할 것이 예상되는 경우 • 수사진행에 도움이 되는 것으로 판단되는 경우

구분	독일	프랑스	일본	미국	호주	영국
						• 녹음기능과 녹화기능을 별도로 작동할 수 없는 경우
영상녹화물 사용	• 형사소추 및 진실규명의 필요한도 내에서 사용 • 신문조서 낭독규정준용 • 성범죄, 생명침해범죄, 학대범죄 등의 18세 미만 증인신문은 영상녹화물 상영으로 대체	• 신문조서 내용확인 목적으로만 재생 가능	• 반대신문권 보장을 전제로, 형사절차상 증인신문 및 진술 등을 기록한 매체가 그 일부로 된 조서는 증거로 할 수 있음	• 탄핵증거로서 허용(D.C.) • 전자적으로 기록되지 않은 구금상태 신문은 피고인에게 불리하게 허용되지 않음(텍사스) • 구금상태의 신문이 전자적 기록으로 작성된 경우, 기록이 실질적으로 정확하고 고의적으로 변경되지 않은 경우가 아닌 한, 증거로서 허용되지 않음(일리노이) • 탄핵증거로서 허용되는 경우 - 공개법정, 대배심 또는 예비신문시 피고인진술, 전자적 기록이 불가능한 상태에서의 진술, 증인으로서 피고인의 신뢰성에 관한 자발적 진술, 답변이 아닌 자연스런 진술, 일상적	• 영상녹화 절차규정을 준수한 경우, 영상녹화절차 불준수에도 불구하고 사법의 이익이 증거의 승인을 요구한다고 확신하는 경우, 배심재판에서 법원이 신문증거를 허용한 경우에는 증거로 허용됨	• 일반 전문증거와 동일한 요건하에서 증거허용

구분	독일	프랑스	일본	미국	호주	영국
				진술, 피의자 요청으로 기록되지 않은 경우, 주 밖에서의 진술, 신문자가 실제사망의 발생여부를 모른 시점에서의 진술, 피고인이 기록의무범죄의 발생사실과 상황을 모른 시점에서 얻어진 진술, 법률에 의해 허용되는 진술(일리노이)		
영상녹화 예외사유		• 영상녹화해야 할 사람이 많아 영상녹화가 곤란한 경우 • 기술적인 이유로 영상녹화가 불가능한 경우	• 기기장애 또는 부득이한 사정으로 기록이 불가한 경우 • 피의자의 거부 또는 기록시 충분한 진술이 불가능한 경우 • 폭력단체구성원의 범죄와 관련된 경우 • 피의자 또는 그 친족의 신체 또는 재산상 피해우려 • 기록시 피의자가 충분히 진술할 수 없는 경우	• 피신문자의 거부, 피고인의 자발적 진술과 비구금진술, 기록장비의 오작동 및 작동중지, 심각한 공공안전 문제, 구금상태에 있지 않거나 대상범죄에 대한 신문이 아니라고 믿은 경우(텍사스)	• 피신문자의 합법적인 구금기간내 기록장비의 사용가능여부 • 기록장비의 기계적 고장 • 피신문자가 거부하는 경우 • 기타 관련문제	• 피신문자가 녹화를 거부하는 경우(이 경우에도 녹음은 해야 함) • 기록장비에 이상이 발생하여 녹화가 불가능한 경우(기록장비를 수리할 수 없고, 다른 기록장비가 없는 경우에 한함)
증인신문시 영상녹화	○		○			

구분	독일	프랑스	일본	미국	호주	영국
증인신문시 신문자	수사판사		판사			
증인신문시 의무시행 대상	• 18세 미만 피해자 • 청소년기 성범죄피해자 • 공판절차에서 증인신문이 불가한 경우					

4. 수사절차상 영상녹화 관련 법적 쟁점

가. 수사기관에 의한 신문절차 영상녹화의 필요성과 한계

1) 영상녹화의 필요성

가) 위법수사 관행의 억지

현행법상 형사절차에 있어서 수사기관이 피의자 등의 신문의 결과를 기재하는 진술조서가 직접증거로서 사용될 수 있도록 되어 있기 때문에, 수사기관의 입장에서는 피신문인의 진술을 확보하는 것이 무엇보다 중요할 수밖에 없다. 이러한 피신문인의 진술을 확보하는 과정에서 수사기관에 의해 행해져온 인권침해문제는 조서 중심의 수사관행에서 비롯될 수밖에 없는 결과라고 할 수 있다. 더욱이 수사의 밀행성과 조사실의 폐쇄성은 수사기관에 의한 위법·부당한 신문방식을 은폐하는데 기여한 측면이 있다. 그리고 이러한 위법·부당한 신문방식에 의해 작성된 조서는 그 정확성과 신뢰성을 담보할 수 없고, 이러한 조서의 불완전성은 수사의 공정성을 저해하는 주요 요인이 되어왔다.

따라서 피의자 등의 신문과정에 대한 영상녹화는 수사기관에 의한 위법부당한 수사방식과 그로 인한 피의자 등 피신문인에 대한 인권침해를 방지할 수 있는 제도적 장치로서 그 필요성이 요구된다고 볼 수 있다.

나) 피의자 등의 진술의 임의성 확보

수사기관에 의한 신문과정을 영상녹화하는 경우, 피의자 등이 진술할 당시 수사관의 신문태도, 신문내용과 함께 피신문인의 진술태도, 진술내용 및 반응, 당사자의 권리에 대한 정확한 고지와 이해 여부 등이 모두 포함[559]되기 때문에, 피의자 등 피신문인의 진술이 적법절차에 따라 자유로운 의지하에서 임의적으로 행해진 것인가에 대한 정확한 판단이 가능해진다는 이점이 있다.

다) 피의자 등의 진술의 왜곡방지 및 실체적 진실에의 근접성 확보

기존의 조서 중심의 수사방식에 의하는 경우, 신문과정에서 조서를 작성하는 수사

559) 허일태, "피의자 비디오진술녹화와 인권과의 관계", 『수사연구』(2004.4.), 수사연구사, 35면.

관이 진술내용을 생략 내지 추가함으로써 오류가 발생할 수도 있고, 강압에 의한 허위기재, 위압적 언사로 인한 피신문인의 심리적 위축의 결과 진술의 회피 등이 발생함으로써 진술조서의 왜곡이 발생할 우려가 있다. 그런데 수사기관이 피의자 등을 신문하는 전과정이 영상녹화되는 경우에는 신문을 진행하는 수사관의 의도로 피신문인의 진술이 왜곡될 가능성을 방지할 수 있으며, 뿐만 아니라 초기 수사단계에서 확보 가능한 실체적 진실에 근접한 최초 진술의 증거가치를 확보할 수 있는 이점이 있다.[560]

라) 수사기법의 선진화

조서 중심의 수사방식을 취하게 되면 진술을 확보하는데 수사의 중점이 두어질 수밖에 없기 때문에 구시대적인 기존의 수사관행에서 크게 벗어나기 어렵다고 할 수 있다. 하지만 신문의 전과정을 영상녹화하게 되면 물리적 환경의 제약을 받을 수밖에 없기 때문에 적법절차에 반하지 않는 신문기법을 개발해야 하고, 신문을 받는 사람으로부터 정확한 진술을 이끌어 내거나 태도와 표정의 변화가 영상을 통해 나타나게 함으로써 진술의 신뢰성을 뒷받침할 수 있도록 하는 대화기법을 개발하지 않을 수 없다.[561] 즉 영상녹화를 통해 수사기관이 과거의 신문방식에서 벗어나 좀 더 공정하고 체계적인 수사기법을 개발하는 기회가 될 수 있다고 본다.

2) 영상녹화의 문제점

가) 절차지연 및 공판중심주의의 형해화

일반적인 수사과정에서 피의자 등에 대한 신문절차는 1회에 그치는 것이 아니라 수회에 걸쳐 이루어지는데, 그 모든 신문과정을 영상녹화하게 되면 지나치게 많은 시간이 소요되어 형사절차의 진행 자체가 지체될 우려가 있다는 문제점이 지적될 수 있다. 그리고 만약 수차례의 신문절차 가운데 하나의 신문절차만 선택하여 영상녹화를 하는 경우에는 영상녹화된 신문절차 이전의 신문절차에서 수사관과 피의자간에 어떠한 상황이 있었는지 알 수 없고, 이미 이전 신문절차에서 수사관의 불법부당한 압박에 의하여 피의자가 위축된 상황에서 영상녹화가 진행되는 경우에는 진술의 부정

560) 정웅석, "영상녹화물의 증거능력 인정에 관한 연구 -법무부 개정안을 중심으로-", 122-123면.
561) 정웅석, "영상녹화물의 증거능력 인정에 관한 연구 -법무부 개정안을 중심으로-", 125면.

확성과 왜곡가능성을 배제하기 어렵다는 문제도 제기될 수 있다.

또한 공판정에서 법관이나 배심원에게 영상녹화물이 상영되는 경우, 법정심리시간 대부분을 영상녹화물을 보는데 할애할 수밖에 없을 뿐만 아니라 영상녹화물에 담겨진 수사기관의 심증이 고스란히 법관과 배심원들에게 전달됨으로써 법정심리를 통한 심증형성을 저해할 우려가 있다는 점도 비판의 대상이 되고 있다.[562] 이는 공판중심주의를 저해하는 결과를 초래할 우려가 있다.

나) 조작 및 왜곡의 위험

영상녹화물은 촬영자·편집자의 일방적인 영향력 또는 촬영·편집기법에 따른 조작가능성이 있다는 비판이 제기된다.[563] 특히 디지털 방식의 영상녹화물의 경우 위변조의 확인이 특수한 기술적 방법에 의하지 않는 한 불가능하기 때문에 조작가능성의 위험성을 배제하기는 어렵다고 할 수 있다. 다만, 현재 신문절차상 영상녹화 시행방식에 있어서 신문진행과 동시에 실시간으로 두 개의 CD에 녹음녹화되며, 신문종료시 피의자 등에게 영상녹화 내용을 확인하게 한 후, 하나는 수사 및 재판에 활용하고 다른 하나는 봉인하고 서명날인을 받아 보관하기 때문에 현실적인 조작가능성이 배제된다는 점에서 볼 때 이러한 비판은 적절하다고 보이지 않는다.

다) 법관 등 사실판단자의 올바른 심증형성 방해의 위험

영상녹화물은 시청각적 정보의 전달로 이루어지기 때문에 그 진술의 내용을 인지하기에 앞서 진술자의 태도, 표정, 언어표현 등의 시각적 효과가 매우 크기 때문에 사실을 판단해야 하는 법관이나 배심원들의 심증형성을 왜곡시키는 결과를 초래할 우려가 있다는 문제가 있다는 점이 지적되고 있다.[564]

영상녹화 자체의 기계적 정확성과 정보전달의 명확성은 분명한 장점이지만, 영상이 갖고 있는 시각적 선명성은 진술내용 자체에 기반한 객관적 판단을 흐리게 할 우려가

---

562) 이영한, "새로운 형사소송법에서의 조서와 영상녹화", 『법조』, 통권 제617호(2008.2.), 법조협회, 113면.

563) 서보학, "피의자진술의 비디오녹화 도입에 따른 법정책적 검토 및 재판상 증거능력", 『수사연구』(2004.4.), 수사연구사, 28면.

564) 참여연대, "공판중심주의 법정심리절차 확립을 위한 형사소송법 개정안에 대한 의견서", 2005.11(정웅석, "영상녹화물의 증거능력 인정에 관한 연구 -법무부 개정안을 중심으로-", 129면에서 재인용).

있다는 점도 문제가 될 수는 있다고 할 것이다.

라) 진술증거 중심의 수사방식의 강화 우려

피의자 등 신문절차에 있어서 영상녹화의 시행은 수사기관에 의한 위법수사를 억지하고 적법절차의 준수를 담보함으로써 피의자 등의 인권보장은 물론 수사기관에 대한 신뢰를 제고하는데 기여할 수 있다. 이와 같이 영상녹화물이 신문절차의 적법성과 진술의 임의성을 담보한다고 해서 그 자체로서 증거가치를 인정하게 되면 기존의 조서와 마찬가지로 진술 위주의 수사관행을 유지케 하는 또 다른 방식의 조서 – 서면이 아닌 전자기록물 – 중심의 수사방식을 강화시킬 우려가 있다[565]는 점을 배제하기는 어렵다고 할 것이다.

나. 피의자신문 영상녹화의 법적 쟁점

1) 피의자신문 영상녹화물의 법적 지위

피고인 진술을 영상녹화한 기록물의 법적 지위와 관련하여서 현행 형사소송법은 제312조 제2항과 제318조 제2항에 근거 규정을 두고 있다. 즉 현행「형사소송법」제312조는 검사가 작성한 피의자신문 영상녹화물을 피고인에 대한 피의자신문조서에 관하여 그 성립의 진정을 인정하기 위한 자료로 사용할 수 있도록 규정하고 있으며, 동법 제318조의2는 피고인이 진술함에 기억이 명백치 않은 사항에 관해 기억을 환기시켜야할 필요가 인정되는 때 진술자 본인에게 재생하여 시청하게 할 수 있도록 규정하고 있다. 즉 피의자신문 영상녹화물은 신문조서의 진정성립 입증자료로서 '증거의 증거능력을 증명하는 수단'으로서의 지위를 갖는다[566]고 할 수 있다.

또한 진술자 본인의 기억환기용으로만 규정함으로써 영상녹화물 그 자체에 대해서는 어떠한 증거사용이나 증거가치를 배제하고 있기 때문에 법정 증거로서의 지위는 허용될 수 없다고 할 수 있다. 즉 제318조 제2항은 '제1항에도 불구하고 … 인정되는 때에 한하여'라고 규정함으로써 피의자신문 영상녹화물이 공판정진술의 증명력을 다

565) 탁희성·백광훈,『수사상 녹음녹화자료의 증거능력 부여방안』, 법무부 연구용역보고서, 2003, 108면.

566) 류부곤, "영상녹화물의 증거능력을 둘러싼 논의의 분석과 평가",『형사법연구』, 제31권 제2호(2019.6.), 한국형사법학회, 172면.

투기 위한 용도, 즉 탄핵증거로도 사용할 수 없음을 명시하고 있음을 볼 수 있다.[567]

2) 피의자신문 영상녹화물의 증거능력을 둘러싼 학설대립의 논거

앞서 기술한 바와 같이 피의자신문 영상녹화물에 대한 형사소송법 규정에도 불구하고, 형사소송법이 영상녹화물을 증거로 사용할 수 있는가의 여부에 대한 명시적인 규정을 두고 있지 않다는 이유로, 영상녹화물 그 자체를 사실인정의 증거 즉 본증으로 사용할 수 있는가에 대한 논쟁이 지속되고 있다. 특히 영상녹화물의 실질적 유용성에 초점을 맞추어 법무부가 발의한 2011년 형사소송법 개정안에서 영상녹화물을 조서와 대등한 수준의 증거로 사용할 수 있도록 하는 규정이 마련[568]되면서 영상녹화물의 증거능력에 관한 견해의 대립이 좁혀지지 않고 있다.

가) 증거능력 긍정설

영상녹화물의 증거능력에 관한 명문규정이 없는 현재의 법적 상태에서는 개정전 형사소송법에 대한 판례이론과 같이 일반이론에 따라 서류에 관한 조문을 원용하여 증거능력을 인정할 수 있다는 것이 긍정설의 기본적인 입장이다.[569] 긍정설에서 제시하는 영상녹화물의 증거능력 인정의 근거는 다음과 같다.

(1) 형사소송법 제244조의2 신설의 입법취지

2007년 개정된 형사소송법 제244조의2(피의자진술의 영상녹화) 규정은 그 구조상 제244조(피의자신문조서의 작성)와 유사한 바, 제244조의2는 증거법상 영상녹화물이 조서와 동등한 지위에 있다는 전제하여 이에 준하는 증거능력을 인정하고자 한 것으로 해석해야 한다는 견해이다.[570]

(2) 특수매체기록의 증거능력에 대한 기존 판례의 태도

기존 판례이론에 따르면 녹음테이프, 컴퓨터 디스켓, MP3 등 특수한 진술기록매체

---

567) 류부곤, "영상녹화물의 증거능력을 둘러싼 논의의 분석과 평가", 169면.
568) 동 개정법률안은 입법되지 못한 채 무산되었다.
569) 노명선·이완규, 『형사소송법』, 성균관대학교 출판부, 2009, 589-591면; 이완규, 『형사소송법 연구 I』(증보판), 탐구사, 2008, 253-265면(정웅석, "영상녹화물의 증거능력에 관한 연구", 『형사소송 이론과 실무』, 제7권 제1호(2015.6.), 한국형사소송법학회, 220면에서 재인용).
570) 박수희, "영상녹화물의 증거능력 -법무부 형사소송법개정안을 중심으로-", 『한양법학』, 제24권 제1호(통권 제41집)(2013.2.), 한양법학회, 87면.

들에 대해서는 일반이론에 따라 조서 등의 서류 관련 규정을 적용하여 증거능력을 판단해야 한다. 이와 같이 녹음테이프 등에 대해서는 조서에 준하여 증거능력을 인정하면서, 이 보다 더 진실에 가까운 영상녹화물에 대해서 증거능력을 부정하는 것은 논리적으로 맞지 않다고 보는 견해이다.[571]

(3) 과학적이고 중립적인 기록수단

기존의 조서는 작성자의 의도에 따라 왜곡 내지 조작의 우려가 있는 반면에, 영상녹화물은 기계적 정확성에 기반하여 조사과정을 왜곡없이 전달할 수 있는 과학적이고 중립적인 기록수단으로서 조서를 대체하는 수단으로 적극 활용될 필요가 크다.[572]

(4) 실체적 진실발견에 유효한 수단

영상녹화물은 진술 당시의 표정이나 진술경위 등 원진술자의 진술을 법정에 생동감 있게 그대로 전달하기 때문에 조서의 단점을 보완할 수 있는 우량증거[573]일 뿐 아니라, 범행발생 시점에 가까운 시기에 행해진 진술을 입체적으로 정확하게 보여줄 수 있어 실체적 진실발견에 유효한 수단이며, 피의자 인권보호를 위한 적합한 증거방법이다.[574]

(5) 공판중심주의 영미법계 국가의 증거 허용성 판단기준

구두주의를 핵심으로 하는 공판중심주의 영미법계 국가들은 공통적으로 전문법칙의 예외에 근거하여 영상녹화물의 증거능력을 인정하고 있다.[575]

나) 증거능력 부정설

피의자 등 진술의 영상녹화물의 증거능력을 부정하는 견해는 영상녹화물에 기록된 진술은 전문증거로서 그 증거사용을 위해서는 법률에 전문법칙의 예외를 허용하는 근거규정이 존재해야 하는데, 현행 형사소송법에는 영상녹화물의 증거능력을 인정할

571) 정웅석, "영상녹화물의 증거능력에 관한 연구", 221면.
572) 류부곤, "영상녹화물의 증거능력을 둘러싼 논의의 분석과 평가", 174면.
573) 정웅석, "영상녹화물의 증거능력 인정에 관한 연구", 183면.
574) 정웅석, "영상녹화물의 증거능력 인정에 관한 연구", 183면; 박수희, "영상녹화물의 증거능력", 『88면.
575) 허인석, "영상녹화제도의 합리적 운용방향", 『법조』, 제57권 제9호(2008.9.), 법조협회, 79면 (박수희, "영상녹화물의 증거능력", 89면에서 재인용).

수 있는 요건을 규정한 명문규정이 없기 때문에 그 증거능력을 허용할 수 없다고 보는 입장이다. 부정설이 취하는 구체적인 논거는 다음과 같다.

(1) 현행 형사소송법 규정(제312조 제2항, 제318조의2 제2항, 제244조 제1항)의 취지

현행 형사소송법상 영상녹화물에 관한 규정은 수사기관 작성조서의 진정성립 입증수단 또는 진술자 본인의 기억환기 수단으로 그 용도를 제한하고 있을 뿐, 그 자체의 증거가치에 대해서 또는 그 증거로서의 허용과 관련한 어떠한 명문규정도 두고 있지 않기 때문에 그 증거능력은 허용되지 않는다고 보아야 한다는 것이다.[576]

(1) 영상녹화제도의 본래적 의도 및 형사소송법 개정의 취지

현행법상 조서라는 강력한 무기를 가진 검사에게 조사자 증언제도 외에 반대신문에 의한 탄핵이 불가능한 영상녹화물까지 유죄 입증수단으로 인정된다고 해석하는 것은 영상녹화제도 본래의 취지에도 반할 뿐 아니라 수사절차 통제라는 형사소송법 개정방향에도 반한다고 보는 것이다.[577] 즉 조서재판의 폐해를 극복하고 당사자주의와 공판중심주의의 강화를 주된 방향으로 하는 형사소송법의 개정취지에 비추어 볼 때, 조서가 종래와 같이 여전히 사용되는 상황에서 영상녹화물을 증거수단으로 추가하는 것은 전문증거의 과잉과 자백위주 수사관행을 오히려 강화하기 때문에 법정책적으로 바람직하지 않다고 보는 것이다.[578]

(3) 전문법칙의 예외로서 명문규정 미비

수사기관에서 신문을 받는 과정에서 나온 진술을 영상녹화한 자료는 전문증거로서 전문법칙에 의해 증거능력이 배제되는 것이 원칙이다. 전문증거임에도 증거로서 허용되기 위해서는 법률에 전문법칙의 예외로서 영상녹화물을 증거로서 허용하는 명문규정이 있어야 한다. 하지만 현행 형사소송법상 전문증거에 관한 규정에 영상녹화물을 예외적으로 허용하는 규정이 없기 때문에 그 증거능력은 인정될 수 없다고 보는 것이

576) 김태업, "형사증거법상 영상녹화물에 관한 검토", 『2016년도 법관연수 어드밴스과정 연구논문집』, 사법연수원, 2016, 23면.
577) 이영한, "개정 형사소송법상의 조서와 영상녹화", 『개정형사소송법과 국민참여재판의 주요 쟁점, 한국형사법학회 추계학술대회 토론문』(2007.11.), 한국형사법학회, 112면(박수희, "영상녹화물의 증거능력", 82면에서 재인용); 김태업, "형사증거법상 영상녹화물에 관한 검토", 25면.
578) 류부곤, "영상녹화물의 증거능력을 둘러싼 논의의 분석과 평가", 173면.

다.[579]

(4) 편견야기 우려를 내포하는 불량증거

영상녹화물의 증거능력을 부정하는 주요 논거 가운데 하나로서 영상녹화 자체가 갖고 있는 시각적 정보의 영향력 또는 일부 신문절차의 녹화로 인한 편견야기의 문제가 제시되고 있다. 즉 영상녹화된 진술내용 자체보다 피의자 특유의 표정이나 태도 또는 진술방식에서 비롯될 수 있는 선입견의 우려뿐만 아니라 수회의 신문절차 가운데 1회에 한해서만 영상녹화를 함으로써 녹화 이전 단계에서의 위법부당한 수사로 인한 영향력을 배제하기 어렵다는 점에서 불량증거라고 보는 것이다.[580]

3) 피의자신문 영상녹화물의 입증가치 및 한계 – 본증 및 탄핵증거로서의 활용가능성 여부

앞서 기술한 바와 같이 피의자신문의 영상녹화물의 증거능력에 대해서는 긍정설과 부정설이 극명하게 대립해오고 있다. 이러한 견해의 차이는 형사절차상 영상녹화물의 기능에 대한 관점의 차이 그리고 공판중심주의에 대한 견해의 차이[581]에서 비롯된 것이라 할 수 있다.

즉 영상녹화가 피의자의 인권과 적법절차의 보장을 위한 것인가 아니면 실체적 진실발견을 위한 최우선적 수단인가에 대한 견해의 차이, 그리고 수사활동의 결과물로서 법정에 현출되어 법관의 판단대상이 되어야 하는가 아니면 법정에서의 진술과 물증이 중심이 된 심리가 이루어져야 하는가에 대한 견해의 차이에서 영상녹화물의 증거능력 허용여부를 달리 판단하고 있는 것이라 할 수 있다.

피의자신문 영상녹화물의 증거능력을 허용할 것인가의 여부를 고려함에 있어서는 다음의 사항들이 고려되어야 할 것으로 생각된다.

첫째, 우리나라에 앞서 이미 수사절차상 영상녹화제도를 시행해 왔던 영미법계 주요 국가들에 있어서 이 제도는 수사기관에 의한 적법절차의 이행을 담보하기 위한 장치로서 허용되어왔다는 점이다. 즉 미국의 경우에는 미란다고지 이행 여부를 입증

579) 류부곤, "영상녹화물의 증거능력을 둘러싼 논의의 분석과 평가", 173면.
580) 진상훈, "수사과정 영상녹화의 의무화와 영상녹화물의 증거능력",『형사법 실무연구』, 제123집(2011.12.), 법원도서관, 532-533면.
581) 류부곤, "영상녹화물의 증거능력을 둘러싼 논의의 분석과 평가", 181면.

하는 방법의 일환으로서 녹화제도가 도입[582]되었고, 이것이 판례법 내지 성문법을 통해 점차 확대되어 왔다. 뿐만 아니라 피의자신문시 영상녹화를 의무적으로 시행하도록 하고 있는 주들의 경우에는 이를 준수하지 않았을 경우 법정에서 해당 영상녹화물을 어떠한 용도로도 사용할 수 없도록 함으로써 형사절차상 적법절차를 보장하기 위한 수단으로서 기능하고 있음을 볼 수 있다. 영국 역시 경찰관에 의한 피의자조사방법 등에 대한 심각한 의문이 제기됨으로써 녹음제도 도입의 필요성이 제기되었고, 그에 따라 경찰 및 형사증거법하에서 실무규범 E와 F를 제정하여 의무적 시행을 규범화하였다. 이와 같이 피의자신문시 영상녹화는 근본적으로 증거확보의 수단이 아닌 적법절차 보장수단으로서 그 절차적 의미에 중점을 두어야지, 그 부산물에 불과한 영상녹화물을 주요 법정증거로서 활용하고자 해서는 안된다고 할 것이다.

둘째, 피의자신문시 영상녹화 규정이 도입되었던 당시 형사소송법 개정의 주된 방향은 공판중심주의의 구현이라 할 수 있다. 그런데 이미 조서에 대해 상당한 증거능력을 허용하고 있는 소송구조하에서 영상으로 녹화된 진술을 증거로 허용하는 것은 소추 당사자측의 무기를 강화[583]시킴으로써 당사자대등을 기본으로 하는 공판중심주의에 반할 뿐 아니라, 공판정에서 직접 진술하는 증거만을 허용하는 직접주의에도 반하는 증거방법이라는 점에서 그 증거가치에 대한 평가기준이 엄격해질 필요가 있다고 할 것이다.

셋째, 피의자신문 영상녹화물이 기존의 법에서 허용하는 피의자신문조서와 다를 바가 없다는 이유로 영상녹화물의 증거능력을 허용하는 경우, 기존의 피의자 진술중심의 수사방식에서 벗어나기보다는 오히려 진술중심의 수사방식이 강화되는 결과를 초래할 우려가 있다고 할 것이다. 이와 같이 진술 중심의 수사방식이 유지되는 한, 수사기관의 진술확보를 위한 억압적이고 인권침해적인 수사관행은 사라지기 어렵다고 할 것이다. 실체적 진실의 발견이 피의자의 진술이 아니라 객관적 증거를 통해 입증되지 않고서는 현행과 같이 피의자진술에 의존하고자 하는 편의적인 수사관행은 사라지지 않을 것이다.

넷째, 수사기관에 의한 신문절차는 전체적인 사건의 프레임을 확인하고 그것을

582) 탁희성·백광훈, 『수사상 녹음녹화자료의 증거능력 부여방안』, 37면.
583) 류부곤, "영상녹화물의 증거능력을 둘러싼 논의의 분석과 평가", 181면.

토대로 구체적인 증거를 확보해 나가고자 하는 것이라 할 것이다. 수사기관에 의한 신문절차는 소송절차와 달리 피의자가 대등한 당사자로서 지위를 갖는 것이 아니라, 공권력의 위력 앞에 피신문자로서 심리적으로 위축 내지 억압된 상태에 놓일 수밖에 없다. 이러한 상황에서 행해지는 피의자신문을 통해 객관적인 실체적 진실이 확인되기 보다는 조사자의 암묵적 의도에 기한 주관적인 혹은 조작적인 실체적 진실로 변형될 우려를 배제하기 어렵다고 할 것이다. 그런데 그러한 신문절차를 녹화한 영상물 그 자체를 소송절차상 증거로 한다는 것은 실체적 진실의 발견이라고 하는 형사소송의 이념에도 부합하지 않을 뿐 아니라 당사자 대등에 기반한 소송구조에도 반하는 것이라 할 것이다.

이러한 고려 등에 비추어 볼 때 피의자신문의 영상녹화는 그 절차적 수단으로서의 가치와 중요성에 의미를 두어야 할 것이지, 증거로서의 활용가능성에 중점을 둘 것은 아니라고 할 것이다.

다. 참고인 진술 영상녹화의 법적 쟁점

1) 참고인 진술 영상녹화물의 법적 성격

참고인 진술에 대한 영상녹화 규정은 피의자신문 영상녹화 규정과 함께 2007년 형사소송법 개정시 도입되었다. 동 법률 제221조 제1항에 의하면 수사기관은 참고인의 동의를 얻어 진술을 영상녹화할 수 있도록 규정하고 있다. 피의자신문 영상녹화와는 달리 참고인진술에 대한 영상녹화는 당사자의 동의를 전제로 하기 때문에 엄격한 시행요건 규정을 두고 있지 않다. 즉 참고인진술에 대한 영상녹화시에는 개시부터 종료시까지 전과정의 녹화의무 및 녹화 완료 후 원본 봉인 및 기명날인 또는 서명 요건 등을 요하지 않는다고 할 수 있다.

참고인 진술 영상녹화물은 피의자신문 영상녹화물과 마찬가지로 진술조서의 진정성립을 증명하는 소위 '증거의 증거능력을 증명하는 수단'으로서의 지위를 갖는다[584] 고 할 수 있다. 또한 형사소송법 제317조의2 제2항의 규정에 의하여 진술에 대한 기억이 명백하지 아니한 사항에 대한 본인의 기억환기용으로만 사용할 수 있도록

584) 류부곤, "영상녹화물의 증거능력을 둘러싼 논의의 분석과 평가", 172면.

되어 있기 때문에 사실인정을 위한 증거방법으로서의 활용은 제한되어 있다. 즉 신문방법으로서 영상녹화 결과물에 대해서는 증거로서 사용하지 못하도록 규정하고 있는 것이라 할 수 있다.

2) 참고인 진술 영상녹화물의 증거능력 논의

참고인 진술은 피의자 진술과 달리 조서작성의무가 없을 뿐만 아니라 당사자의 동의하에 영상녹화를 할 수 있도록 규정하고 있기 때문에 해당 영상녹화물을 조서를 대체하는 증거방법으로서 허용할 수 있다고 하는 주장이 지속적으로 제기되고 있다.[585]

하지만 피의자신문 영상녹화물에 대한 증거능력 논의와 마찬가지로 참고인 진술 영상녹화물에 대한 증거능력 인정 여부를 판단할 수 있는 명문규정이 없을 뿐만 아니라, 현행 법규정상 명시적으로 조서의 실질적 진정성립 증명수단 내지는 진술자 본인의 기억환기용으로 그 사용에 제한을 두고 있음을 고려해야만 할 것이다.

더욱이 앞서 기술한 바와 같이 참고인 진술 영상녹화는 피의자신문 영상녹화와 달리 조사의 전과정에 대한 녹화의무규정도 없을 뿐만 아니라 진술자 본인에 의한 봉인 및 서명날인 규정도 없기 때문에 해당 영상녹화물의 조작가능성에 대한 우려를 배제하기 어렵다고 할 것이다. 더욱이 IT를 기반으로 한 영상녹화의 경우 위변조시 전혀 흔적이 남지 않을 뿐만 아니라 특정 신문장면만 녹화한 경우 그로 인한 왜곡된 심증형성을 가능하게 할 수 있다는 점에서 상당히 위험한 증거방법이 될 수 있다고 생각한다.

즉 현행과 같은 참고인 진술 영상녹화는 영상녹화제도의 본래의 취지인 수사과정에서의 투명성과 적법성을 오히려 저해하는 역효과를 초래할 수 있을 뿐만 아니라 실체적 진실을 왜곡할 수 있다고 할 것이다.

5. 영상녹화 관련 판례 경향

피의자 신문 영상녹화물과 참고인 진술 영상녹화물에 대한 판례의 태도는 수사기관

585) 이완규, "참고인진술 영상녹화물의 증거능력", 『법조』, 제65권 제9호(통권 제720호)(2016.12.), 법조협회, 75-76면.

이 직접 작성한 영상녹화물은 공소사실을 직접 증명할 수 있는 사실인정의 증거로 사용할 수 없다는 점을 명확히 밝히고 있다.

가. 피고인진술 영상녹화 관련 판례

- 서울남부지방법원 2007.6.20. 선고 2006고단3255 판결 -

"영상녹화물중 피고인에 대한 영상녹화부분은, 이와 같이 검사작성의 피고인에 대한 피의자신문조서의 제출없이 유죄의 증거로 제출된다면 이는 형사소송법 제244조에서 규정한 바와 같이 피의자의 진술은 반드시 조서에 기재하도록 하고, 오기여부를 확인한 다음 피의자로 하여금 그 조서에 간인하게 하며 서명 또는 기명날인하도록 하여 피고인이 될 피의자에 대한 수사절차를 엄격히 규제하고 이같은 절차를 거쳐 작성된 증거만 유죄의 증거로 법정에 제출하도록 하고 있는 형사소송법의 취지를 잠탈하는 부적법한 증거로서 증거능력이 없다고 할 것이다(개정 형사소송법도 제244조의 제1항에서 피의자의 진술을 반드시 조서에 기재하도록 하는 현행 규정을 그대로 유지하되 그 아래에서 그 작성방법이 좀 더 구체적으로 개정된 것을 감안하면, 제244조의2에서 그 작성절차와 방법이 신설된 피의자의 진술에 대한 영상녹화물은 재312조 제2항에서 규정한 바와 같이 피고인이 공판기일에 검사작성의 피의자신문조서의 성립의 진정을 부인하는 경우에 그 조서에 기재된 진술이 피고인이 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음을 증명하기 위한 증거로서만 쓸 수 있을 뿐 피의자신문조서를 갈음하는 독자적인 유죄의 증거로 쓸 수 없다는 점을 명문화한 것으로 보인다)."

나. 참고인진술 영상녹화 관련 판례

- 대법원 2014.7.10. 선고 2012도5041 판결 -

"2007.6.1. 법률 제8496호로 개정되기 전의 형사소송법에는 없던 수사기관에 의한 참고인 진술의 영상녹화를 새로 정하면서 그 용도를 참고인에 대한 진술조서의 실질적 진정성립을 증명하거나 참고인의 기억을 환기시키기 위한 것으로 한정하고 있는 현행 형사소송법의 규정내용을 영상물에 수록된 성범죄 피해자의 진술에 대하여 독립

적인 증거능력을 인정하고 있는 성폭법 제30조 제6항 또는 아청법 제26조 제6항의 규정과 대비하여 보면, 수사기관이 참고인을 조사하는 과정에서 형사소송법 제221조 제1항에 따라 작성한 영상녹화물은 다른 법률에서 달리 규정하고 있는 등의 특별한 사정이 없는 한, 공소사실을 직접 증명할 수 있는 독립적인 증거로 사용될 수 없다고 해석함이 타당하다."

6. 현행 형사소송법상 영상녹화 규정의 개정방향

가. 피의자진술의 영상녹화

피의자진술의 영상녹화는 그 본래적 취지에 부합할 수 있도록 진술의 임의성 확보와 수사절차의 적법성 확보수단으로 그 기능을 제한하는 것이 타당하다고 생각한다. 따라서 피의자진술의 영상녹화는 의무적으로 시행하되, 피의자가 명시적으로 거부하거나 기술적인 이유로 인한 영상녹화가 불가능한 경우에는 예외적으로 해당 사유를 조서에 기재하고 영상녹화를 하지 않을 수 있도록 하는 방식을 검토해 볼 수 있다.

[표 3-4]「형사소송법」제244조의2 개정안

제244조의2(피의자진술의 영상녹화) ① "피의자진술은 영상녹화하여야 한다. 단 다음의 경우에는 예외로 한다."

1. "피의자가 명시적으로 거부하는 경우"
2. "기술적인 이유로 영상녹화가 불가능한 경우"

"이 경우 그 사유를 조서에 기재하고 피의자로 하여금 서명하게 해야 한다."

② "영상녹화는 조사의 개시부터 종료까지 전과정 및 객관적 정황을 영상녹화하여야 한다."

③ "영상녹화가 완료된 때에는 피의자 또는 변호인 앞에서 지체없이 그 원본을 봉인하고 피의자로 하여금 기명날인 또는 서명하게 하여야 한다."

④ "전항의 경우 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."

이와 같이 피의자진술 영상녹화의 기능을 적법절차 및 인권보호로 제한하는 한, 그에 부수하여 작성된 영상녹화물의 활용 역시 적법절차 및 진술의 임의성을 입증하

는데 필요한 경우로 제한해야 할 것이다. 따라서 현행 형사소송법 규정과 같이 실질적 진정성립의 증명수단 또는 특신상태의 하나라고 할 수 있는 진술의 임의성을 증명하는 수단으로 한정해야 할 것이다.

나. 참고인진술 영상녹화

현행 형사소송법은 피의자 진술 영상녹화물과 참고인 진술 영상녹화물 모두 실질적 진정성립의 증명수단 및 진술자 본인의 기억환기용으로 사용할 수 있도록 규정하고 있다. 이와 같이 양자의 법률상 용도가 동일함에도 불구하고 피의자 진술 영상녹화에 비교해서 참고인 진술 영상녹화의 절차적 규정을 현저하게 완화함으로써 영상녹화물 자체의 진정성 내지 정확성을 담보하기 어려운 문제가 있다고 할 것이다. 물론 참고인 진술 영상녹화는 임의수사로서 당사자의 동의를 전제로 하는 것이지만, 증거로서 활용가능한 참고인 진술조서의 진정성립을 증명하는 수단임에도 편집, 왜곡, 위변조의 개연성이 존재한다는 것은 바람직하지 않다고 생각한다.

따라서 참고인 진술에 대한 영상녹화에 대해서도 피고인 진술 영상녹화에 준하는 절차적 규정이 필요하다고 본다. 즉 영상녹화 개시부터 종료시까지 전과정을 녹화하고, 영상녹화 완료시 지체없이 봉인하고 참고인의 서명을 받도록 할 필요가 있다고 할 것이다.

[표 3-3]「형사소송법」제221조 개정안

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." ② "피의자 아닌 자의 진술을 영상녹화하는 경우, 조사의 개시부터 종료시까지 전과정 및 객관적 정황을 영상녹화하여야 한다." ③ "전항에 따른 영상녹화가 완료된 때에는 지체없이 그 원본을 봉인하고, 진술자로 하여금 기명날인 또는 서명하게 하여야 한다."

제2절 | DNA 증거

1. 서론

과학기술의 발전으로 생성가능한 증거가 형사절차에 이용되면서부터 진술 또는 유체물을 중심으로 한 범죄사실의 증명보다 더욱 정확하고 정교한 실체적 판단이 가능하게 되었다. 또한 수사기관은 과학적 증거를 통하여 수사가능영역과 대상을 확대함으로써 채증을 둘러싼 불필요한 위법성 논란에서도 벗어날 수 있게 되었다.[586]

이러한 과학적 증거 가운데 형사절차에서 가장 일반적으로 그리고 이제는 거의 필수적인 입증자료로 활용되고 있는 것이 유전자 감식증거라고 할 수 있다. 이에 유전자정보의 활용을 제고하고자 2010년 「디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률」이 제정되어 시행 중에 있다.

유전자감식증거는 해당 과학기술 분야의 기술적 발전이 상당히 축적되어옴으로써 증거로서의 높은 논리성과 정확성을 인정받고 있을 뿐만 아니라, 사실인정에 있어서도 우선적 증거로 사용할 정도로 그 입증가치를 높게 평가받고 있다. 특히 2007년 대법원[587]이 유전자감식증거가 일정 요건을 갖춘 경우 자유심증주의의 영역에서도 벗어날 수 있는 증거로서 볼 만큼 법적판단에 있어서 강력한 신뢰를 제공하는 증거로서 여겨지고 있다.

하지만 유전자감식증거 역시 다른 과학적 증거와 마찬가지로 감식기법 및 감식전문가의 한계, 분석절차의 오류 등의 개입으로 인해 증명력의 한계에 부딪치면서 보다 비판적 시각에서 유전자 감식결과의 증거로서의 지위와 기능에 대해 재고찰할 필요성

586) 윤성진, "유전자 감식 증거의 통계적 확률과 자유심증주의의 한계 -STR 분석방법을 중심으로-", 『2016년 법관연수 어드밴스 과정 연구논문집』, 사법연수원, 2016, 321면.

587) 대법원 2007.5.10. 선고 2007도1950 판결("증거의 증명력은 법관의 자유판단에 맡겨져 있으나 그 판단은 논리와 경험법칙에 합치하여야 하고, 형사재판에 있어서 유죄로 인정하기 위한 심증형성의 정도는 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도여야 한다. 특히, 유전자검사나 혈액형검사 등 과학적 증거방법은 그 전제로 하는 사실이 모두 진실임이 입증되고 그 추론의 방법이 과학적으로 정당하여 오류의 가능성이 전무하거나 무시할 정도로 극소한 것으로 인정되는 경우에는 법관이 사실인정을 함에 있어 상당한 정도로 구속력을 가지므로, 비록 사실인정이 사실심의 전권이라 하더라도 아무런 합리적 근거 없이 함부로 이를 배척하는 것은 자유심증주의의 한계를 벗어나는 것으로서 허용될 수 없다").

이 제기되고 있다.

2. 현행법상 DNA 관련 입법 현황

가.「디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률」제정 배경

범죄자 유전자정보를 데이터베이스화하고자 하는 논의는 1990년 중반부터 시작되었다고 할 수 있다. 즉 이는 수사과정에서 피의자를 용이하게 특정할 수 있고, 범인의 검거율을 높일 수 있다는 장점 때문에 검찰과 경찰이 각각 법률안을 만들 정도로 법률제정에 높은 관심을 보였지만, 주관부서 및 데이터베이스 관리, 운영책임 등을 두고 갈등과 대립을 보임으로써 구체적인 입법안 마련에는 이르지 못하였다.

이후 유전자정보의 데이터베이스 구축을 위한 법률적 근거를 마련하기 위한 시도는 2006년「유전자감식정보의 수집 및 관리에 관한 법률안」을 국회에 제출하면서 비롯되었다. 당시 유영철 사건과 대전 발바리 사건 등을 계기로 성폭력예방대책의 일환으로 유전자정보은행을 도입하자는 사회적 여론이 조성되면서 법률안 발의의 배경이 되었지만, 인권침해와 프라이버시 침해의 관점에서 여러 문제가 제기되면서 제17대 국회 회기가 만료됨과 함께 폐기되었다.[588]

유전자정보의 데이터베이스 구축의 필요성이 다시 제기된 것은 연쇄살인사건 등 강력사건과 성폭력범죄가 사회적 이슈가 되면서 흉악범죄에 대한 일련의 강경책이 추진되면서 이와 아울러 2009년 10월 법무부와 행정안전부에 의해 유전자정보의 데이터베이스 구축을 위한 법률안으로서「디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률안」이 국회에 제출되어 그해 12월에 본회의에서 가결되기에 이르렀다.[589] 동 법률의 제정목적은 기존의 수사방식에 의한 강력범죄 사전예방 및 사후검거의 한계를 극복하기 위해서는 강력범죄자의 DNA 신원확인정보를 사전에 확보함으로써 조속한 범인검거 및 범죄예방의 실효성을 제고하고자 하는데 있다고 할 수 있다.[590]

---

588) 조성용, " "DNA 신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률"에 대한 비판적 검토",『형사정책연구』, 제21권 제3호(통권 제83호)(2010.9.), 한국형사정책연구원, 226면.

589) 김성규, "DNA 정보의 데이터베이스화에 관한 법제의 의미와 형사정책적 과제",『형사정책연구』, 제23권 제1호(통권 제89호)(2012.3.), 한국형사정책연구원, 262면.

590) 조성용, " "DNA 신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률"에 대한 비판적 검토", 226면.

나. 법률의 주요 내용 - DNA 증거와 관련하여

「디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률」은 범죄수사 및 예방의 목적으로 디엔에이신원확인정보를 수집 및 이용하고자 한 것으로, 개인의 신체침해 더 나아가 DNA 안에 포함되어 있는 개인의 내밀한 유전적 정보 등을 포함한 개인정보에 대한 기본권의 침해를 수반하기 때문에 법률적 근거하에서 적법절차를 준수하도록 규정하고 있다. 즉 동 법률에 규정하고 있는 범죄유형과 적용대상자에 한해서 동의 또는 영장에 의해서만 채취할 수 있도록 하고 있으며, 채취방법 역시 최소침해의 원칙을 준수하도록 요구하고 있다. 또한 형사소송법상 일반적인 압수수색절차를 준수하도록 함으로써 DNA 감식시료 채취절차의 적법성을 확보하도록 하고 있다.

이와 같이 동법률은 범인특정과 검거 및 재범방지에 목적을 두고 있기 때문에 공판절차에서 직접 이용할 수 있는 법률적 근거를 제공하는 것은 아니라고 할 수 있다. 즉 DNA 증거를 무고한 용의자의 조기배제라고 하는 소극적 무죄추정의 근거로 제한하고 있을 뿐 적극적 유죄추정의 근거로 명시하고 있지는 않다. 이는 DNA 증거가 그 자체로 식별가능한 물적 증거가 아니라, 해당 분야 전문가의 전문적 지식과 분석기술에 기반해서 산출되는 과학적인 데이터 그 자체이기 때문에 증거로서의 입증가치에 대해서는 법률적 평가 이전에 법과학적 판단이 전제되어야 하기 때문이라고 할 수 있다.

즉 DNA 신원확인정보를 산출해내는 감식기법이라고 하는 것이 과학기술의 특성상 완성형이 아닌 현재진행형일 수밖에 없고, 해당 과학기술을 구현하는 전문가의 수준에 따라 혹은 분석기기의 성능에 따라 결과가 달리 산출될 수 있기 때문에 그 증거가치에 대해서는 엄격한 법적 판단기준 뿐만 아니라 해당 과학분야의 판단기준이 필수적이라고 할 수 있다. 따라서 DNA 신원확인정보가 아무리 과학적 신뢰성을 확보하고 있다고 해도 그 증거가치를 법률에 구체적으로 명시하는 것은 불가능하다고 할 수 있다. 다만, DNA 신원확인정보의 증거가치에 대한 판단은 그때그때의 과학적 기준을 근거로 법정에서 정해져야 할 것이지만, DNA 감식시료의 채취절차에 수반될 수밖에 없는 개인의 기본권침해에 대해서는 이를 정당화할 수 있는 적법절차가 법률에 명확히 근거지워져야만 한다.

이에 따라 현행 「디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률」에서 규정하고

있는 DNA 감식시료 채취절차의 적법성과 관련하여 동의원칙, 영장주의원칙, 침해최소의 원칙, 과잉금지원칙, 비례성의 원칙, 무죄추정의 원칙, 인권보장의 문제 등이 제기되고 있다.

3. 주요 국가의 DNA 증거관련 규정

가. 독일「형사소송법」

독일의 경우 범죄수사를 위해 DNA 정보이용이 인간존엄성에 비추어 허용되는 것인가에 대해서 오랜 논의가 있었지만, 형사절차에서 DNA 감정이용이 법제화된 것은 1997년 신설된 형사소송법 제81조a 이하의 규정에 의해서였다. 하지만 형사소송법 제81조a~제81조c 조항은 DNA 감식규정이 아니라 혈액표본 또는 신체세포채취와 같은 인체유래물에 관한 감식규정이었다. 이에 대해 당시 독일 법원은 인체유래물에 대한 감식규정이 DNA 분석에 대한 법적 근거로 충분하다고 보았고,[591] 연방대법원도 DNA 감정을 목적으로 하는 혈액채취는 원칙적으로 허용된다고 판시[592]하였지만, 이러한 해석은 인격권과 정보자기결정권에 대한 침해를 초래할 수 있다는 비판을 받았다. 하지만 독일 연방헌법재판소도 특별한 침해에 직면하여 일정한 기본권 제한을 감수해야 하는 피의자의 특별한 지위를 인정하면서, 형사소송법 제81a조에 근거한 DNA 감정을 비례성 원칙에 따라 최후수단으로서 사용하는 것은 헌법에 합치된다고 보았다.[593]

하지만 독일연방의회의 조사보고서와 학계로부터 DNA 감정이 인격의 핵심을 다루는 과도한 침해행위가 될 것이라는 우려에 직면하여 형사절차에서 유전자감식을 위한 명시적인 법적 근거마련의 필요성이 제기[594]되었다.

이후 1998년 연방경찰청에 DNA 정보를 수집·보관하는 기관이 설치되어 장래의

---

591) LG Berlin, Beschl. v.1412. 1988-529-20/88, NJW, 1989, s.787(강인숙, "형사절차에서 DNA 분석에 대한 규범적 통제", 전북대학교 박사학위논문, 2004, 139면에서 재인용).

592) BGHSt 37, 157(158), NJW 1990, s.2945(강인숙, "형사절차에서 DNA 분석에 대한 규범적 통제", 140면에서 재인용).

593) BVerfGE 16, 194(200); 17, 108(117); 27, 211(219); 47, 239(248)(강인숙, "형사절차에서 DNA 분석에 대한 규범적 통제", 141면에서 재인용).

594) Lothar Senge, Strafverfahrensänderungsgesetz-DNA-Analyse, NJW Haft37, 1997, s.2409.

형사절차를 위한 DNA 정보의 축적이 개시되면서 DNA 데이터베이스화에 관한 「DNA 신원확인법(DNA-Identitatsfeststellungsgesetz)」이 제정되었다.[595] 동 법률에 의해 DNA 감정을 위한 시료채취가 장래의 범죄수사 및 범죄억지를 위해 사용가능하게 되었으며, 2004년에는 성범죄의 경우에는 그 중대성 여부와 상관없이 DNA 감정이 가능하도록 규정되었다.[596] 2005년 동법률이 폐지되면서 DNA 감정에 관한 규정은 형사소송법에 일체화되었고 이는 형사절차상 DNA 감정의 활용을 확대시키는 결과를 가져왔다는 평가를 받고 있다.[597]

제81e조(분자유전학적 검사)

(1) "제81a조 제1항[598] 또는 제81c조[599]에 따른 조치를 통해 취득한 자료에 대한 분자유전학적 검사로써 그 사람의 DNA 신원확인 시료, 혈연관계와 성별을 확인하고 그 확인결과를 비교자료와 맞추어보는 것은 사실관계의 조사를 위해 필요한 경우에 한한다. 다른 확인은 행해져서는 안된다. 이를 위한 검사는 허용될 수 없다."

(2) "제1항에 따라 허용되는 검사는 발견된 자료, 확보된 자료 또는 압수된 자료에 대해 행해질 수 있다. 제1항 제2문과 제81a조 제3항 전단을 준용한다. 어떤 사람으로부터 그 자료가 연유한 것인지 알고 있는 경우에는 제81f조 제1항을 준용한다."

제81f조 분자유전학적 검사 절차

(1) "제81e조 제1항에 따른 검사는 당사자의 서면동의가 없으면 법원만이 명할 수 있고, 다만 지체시 위험한 경우 검찰과 검찰수사관(법원조직법 제152조)도 이를 명할 수 있다. 그 검사에 동의한 사람에게는 수집할 데이터가 무슨 목적을 위해 사용되는지에 관하여 알려주어야 한다."

(2) "제81e조에 따른 검사는 공적으로 임명되거나 비공무원의 공적 의무에 관한 법률에 따라 의무가 있는 감정인, 또는 공무원의 지위에 있는 감정인에게 서면명령 방식으로 위임해야 하고, 그 중 공무원의 지위에 있는 감정인은 수사를 하는 관청에 소속되지 않거나 그 수사를 하는 관청과 조직적, 객관적으로 분리된 조직에 소속되어 있어야 한다."

"감정인은 분자유전학적으로 허용되지 않는 검사와 권한없는 제3자의 조사가 배제되고 있다는 것을 기술적이고 조직적인 조치로써 보장해야 한다. 감정인에게는 당사자의 이름, 주소, 생년월일을 뺀 검사자료가 전달되어야 한다."

"감정인이 공적인 지위에 있지 않는 경우, 이러한 규정의 침해에 대한 충분한 근거가 존재하지 않거나 감정인이 인적관련 데이터(개인정보)를 데이터로 자동처리하지 않은 경우에도 감독관청이 데이터 보호에 관한 규정의 이행을 감독한다는 조건 하에서 제38조가 적용된다."

제81g조 DNA 신원확인

595) 김성규, "DNA 정보의 데이터베이스화에 관한 법제의 의미와 형사정책적 과제", 270면.
596) 김성규, "DNA 정보의 데이터베이스화에 관한 법제의 의미와 형사정책적 과제", 271면.
597) 김성규, "DNA 정보의 데이터베이스화에 관한 법제의 의미와 형사정책적 과제", 271면.

(1) "피의자가 현저히 중대한 범행 또는 성적 자기결정을 침해한 범행의 혐의가 있는 경우, 그 범행의 종류나 실행, 피의자의 인격 또는 그 밖의 여러 가지 사정에 비추어 볼 때, 피의자에 대하여 향후에 중대한 범행으로 형사절차가 진행될 것이라고 인정할 근거가 있는 경우에 장래의 형사절차에서 신원확인을 위하여 피의자의 체세포를 채취하고 DNA 신원확인 시료와 성별의 확인을 위해 분자유전학적 검사를 할 수 있다. 그 밖의 반복된 범행은 중대범죄의 불법내용과 동일시될 수 있다."

(2) "채취한 체세포는 제1항에 규정된 분자유전학적 검사에만 사용할 수 있다. 그 체세포는 검사에 더 이상 필요하지 않으면 즉시 폐기해야 한다. 검사과정에서 DNA 신원확인 시료와 성별을 밝혀내는데 필요한 것 이외의 사항을 확인해서는 안된다. 그 밖의 것을 확인하기 위한 검사는 허용되지 않는다."

(3) "피의자의 서면동의가 없는 경우 체세포의 채취는 법원만이 명할 수 있고, 지체시 위험한 경우 검사와 검찰수사관(법원조직법 제152조)도 명할 수 있다. 체세포의 분자유전학적 검사는 피범행혐의자의 서면동의가 없으면 법원만이 명할 수 있다. 그 동의한 사람에게는 수집할 데이터가 어떤 목적으로 사용되는지를 알려주어야 한다. 제81f조 제2항을 준용한다. 법원의 서면이유서에는 개별사안과 관련하여 다음의 각 사항을 명시해야 한다."

1. "범행의 중대성을 판단하는데 결정적인 사실"
2. "피의자에 대해 향후 형사절차가 진행될 것이라고 인정할만한 근거가 되는 여러 사정"
3. "개별적인 관련 사정에 대한 고려"

(4) "제1항 내지 제3항은 당사자가 범행으로 확정력있는 유죄판결을 받았거나 또는 다음 각호의 사유로 인하여 유죄판결을 받지는 않았지만 연방범죄경력등록부 또는 교육등록부에 그에 상응하는 기재가 여전히 삭제되지 않은 경우에 준용한다."

1. "책임무능력이 증명되었거나 배제될 수 없는 경우"
2. "정신질환에 근거한 소송무능력"
3. "책임성이 결여되었거나 또는 결여되었음을 배제할 수 없는 경우(소년법원법 제3조)"

(5) "수집한 데이터는 연방형사국에 저장하고 연방형사국법률의 기준에 따라 사용해야 한다. 다음의 경우에도 마찬가지이다."

1. "제1항에 규정된 요건하에서 제81e조 제1항에 따라 수집한 피의자의 데이터"
2. "제81e조 제2항에 따라 수집된 데이터"
   "데이터는 형사절차, 위험방지 그리고 국제적인 사법공조의 목적을 위해서만 제공될 수 있다. 제2문 제1호의 경우에 피의자에게 데이터 저장에 관해 즉시 알려야 하며, 법원의 결정을 신청할 수 있다는 것에 대해 알려주어야 한다."

제81h조 DNA 집단검사

(1) "생명, 신체의 불가침성, 개인적 자유 또는 성적 자기결정에 반하는 범행이 행해졌다고 하는 혐의가 일정한 사실에 근거하는 경우, 행위자를 추정할 수 있는 적절한 심사표지를 충족하는 일정한 사람들에 대하여 서면동의를 얻어 다음 각호의 조치를 할 수 있다."

1. "체세포 채취"
2. "DNA 신원확인 시료(식별패턴)와 성별확인을 위한 체세포의 분자유전학적 검사"
3. "흔적 자료의 DNA 신원확인시료(식별패턴)와 확인된 DNA 신원확인 시료(식별패턴)와의 자

동화된 비교조사"
"다만 이는 그 흔적자료가 이 사람들 또는 그들의 직계 또는 삼촌까지의 방계에 있는 친척들부터 유래한 것인지의 여부를 확인하기 위해서만, 그리고 특히 그 조치가 당사자의 수효를 고려하여 볼 때 행위의 중요성과의 비례를 벗어나지 않은 경우에 한한다."

(2) "제1항에 따른 조치에는 법원의 명령을 요한다. 이 명령은 서면으로 한다. 이 명령은 특정한 심사표지에 의하여 당사자를 표시해야 하며, 근거를 밝혀야 한다. 당사자의 사전심문은 필요하지 않다. 이 처분을 명하는 결정에 대해서는 불복할 수 없다."

(3) "이 처분의 실행에 대해서는 제81f조 제2항을 준용한다. 채취한 체세포는 제1항에 따른 조사가 더 이상 필요하지 않게 된 경우 지체없이 폐기해야 한다. 사실관계의 조사를 위하여 그 처분을 통해서 확인된 DNA 식별패턴에 대한 기록이 더 이상 필요하지 않는 한 그 기록은 지체없이 삭제해야 한다. 그러한 폐기와 삭제는 문서화해야 한다."

(4) "당사자에게 그 처분은 오로지 자신의 동의가 있어야만 행해질 수 있다는 것에 대해 서면으로 알려주어야 한다. 당사자가 동의하기 전에 다음의 사항을 서면으로 알려주어야 한다."

1. "채취된 체세포는 오로지 DNA 식별 패턴, 혈연관계, 성별의 확인을 위해서만 검사되며, 이를 위해 더 이상 필요하지 않으면 지체없이 폐기된다."
2. "흔적자료의 DNA 식별패턴을 가진 검사결과는 그 흔적자료가 그 대상자 또는 그의 직계 친족 또는 3촌 이내의 방계 친족으로부터 유래한 것인지의 여부에 관해 자동화되어 비교조사된다."
3. "비교조사의 결과가 당사자 또는 직계친족 또는 3촌 이내의 방계친족에게 불리하게 사용될 수 있다."
4. "확인된 DNA 식별패턴은 향후 형사절차에 있어서 신원확인을 위해 연방경찰청(BKA)에 저장되지 않는다."

나. 프랑스「형사소송법」

프랑스는 DNA 채취와 관련하여 형사소송법 제20편 "국립유전자정보시스템" 제706-54조부터 제706-56-1조에 근거규정을 두고 있다. 먼저 제706-54조와 제706-55조는 DNA 채취대상 범죄 및 집중관리대상 범죄유형을 규정하고 있으며, 제706-56조는 DNA 시료채취 권한 및 분석과 동의 없는 채취, 채취거부자에 대한 처벌규정을 두고 있다. 제706-56-1조는 외국의 형사법원에서 대상범죄로 형을 선고 받은 자에 대한 준용규정을 두고 있다.

프랑스의 경우 DNA 샘플채취와 관련하여 위헌법률심판이 청구되었던 사건[600]에 대하여 헌법위원회는 형사소송법 제706-54조가 위헌이 아니라는 취지의 판결을 한 바 있다.[601] 즉, DNA 데이터베이스가 사법부의 관리감독하에 있기 때문에 무죄추정

598) 피의자에 대한 신체검사 : 신체침습의 허용(혈액표본채취).
599) 다른 사람 신체의 검사(혈액표본채취).
600) Decision n°2010-25 QPC of September(Mr Jean-Victor C).

의 원칙에 반하지 않으며, 신체침해에 대한 금지 및 인간의 존엄과 개인의 자유를 규정한 헌법 및 인권선언 규정을 침해하지 않는다고 보고 있다. 또한 검색을 목적으로 한 DNA 샘플채취, 대상범죄의 제한, 채취거부에 대한 형사처벌 규정 역시 위헌이 아니라고 판시하였다.

프랑스 형사소송법 제20편 국립유전자정보시스템[602]

제706-54조 ① "국립유전자정보시스템은 생물학적 흔적에서 기인한 유전자 배열상과 제706-55조에서 규정하는 범죄 중 하나로 유죄판결을 받은 자의 유전자 배열상을 관리하여 그 범죄의 수사를 용이하게 하기 위한 것으로서, 사법관의 감독하에 둔다. 제706-55조에 정한 범죄행위[603]로 기소된 자와 제706-120조, 제706-125조, 제706-129조, 제706-133조 또는 제706-134조에 따라 형법상 책임이 조각된 자에 대한 정보도 보존한다."

② "제706-55조에서 규정하는 범죄중 하나를 범하였다고 보이는 결정적인 증거 또는 개연성이 높은 증거가 있는 자의 유전자 배열상도 사법경찰관의 직권으로 또는 검사나 예심판사의 지휘에 따라 위 시스템에 보관하는 결정을 내릴 수 있고, 이 결정의 취지는 소송기록에 기재한다. 유전자를 더 이상 위 시스템에 보존할 필요가 없다고 판단할 경우 검사는 직원 또는 이해관계인의 청구에 따라 이를 시스템에서 삭제하도록 지휘한다. 이해관계자의 청구에 의한 경우에는 검사는 그 결과를 청구인에게 알려주어야 하고, 삭제명령이 선고되지 않은 때에는 이해관계자가 석방구금판사에게 제소하여 고등법원 예심부장이 결정하도록 할 수 있다."

③ "사법경찰관도 직권으로 또는 검사나 예심판사의 지휘에 따라 중죄 또는 경죄를 범하였다고 의심할만한 1개 또는 수개의 이유가 있는 자에 관하여 위 시스템에 보존된 데이터와 그 자의 유전자를 비교할 수 있으며, 그 자의 유전자를 보존할 수 없는 경우에도 이와 같다."

④ "본조에 규정된 시스템에는 제74조, 제74-1조, 제80-4조에 따라 사망자의 사망원인 규명 또는 실종자의 실종원인규명을 위한 수사 중에 습득한 생물학적 흔적으로부터 추출한 유전자, 그 사망자와 실종자의 유전자와 일치하는 유전자 또는 일치하는 것으로 보이는 유전자 정보가 보존된다."

⑤ "위 시스템에 보존된 유전자 배열상을 성별의 일치에 관한 부분을 제외하고는 암호화되지 않은 DNA 부분만 실행할 수 있다."

⑥ "본조의 적용방식에 대해서는 자유와 정보에 관한 국가위원회의 의견을 들어 국참사원령으로 정한다. 특히 위 국참사원령은 등록된 정보의 보존기간에 관해 규정한다."

제706-55조 "국립유전자정보시스템은 다음 각호 범죄의 흔적이나 유전자 배열상을 집중 관리한다."

1. "제706-47조에서 규정하는 성범죄와 형법 제222-32조에 정한 경죄"
2. "형법 제221-1조 내지 제221-5조, 제222-1조 내지 제222-18조, 제222-34조 내지 제222-40조, 제224-1조 내지 제224-8조, 제225-4-1조 내지 제225-4-4조, 제225-5조 내지 제225-10조, 제225-12-1조 내지 제225-12-3조, 제225-12-5조 내지 제225-12-7조, 제227-18조 내지 제227-21조에서 규정하는 반인륜범죄, 사람의 신체에 대한 고의적 침해·

601) https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/2018-10/en201025qpc.pdf; 검색일: 2019년 8월 5일.

고문·가혹행위·상해·협박·마약밀매, 개인의 자유에 대한 침해, 인신매매·조직매춘·강제구걸 착취·미성년자 유기범죄"

3. "형법 제311-1조 내지 제311-13조, 제312-1조 내지 제312-9조, 제313-2조 및 제322-1조 내지 제322-14조에서 규정하는 절도·사기·재물손괴·파괴·훼손·재산침해 위협의 중죄 및 경죄"
4. "형법 제410조 내지 제413-12조, 제421-1조 내지 제421-4조, 제442-1조 내지 제442-5조, 제450-1조에서 규정하는 국가의 기본적 법익을 침해하는 범죄, 테러·통화위조·강도 목적 범죄단체 조직의 죄"
5. "국방법 제2353-4조 및 제2339-1조 내지 제2339-11조에 정한 경죄"
6. "형법 제321-1조 내지 제321-7조, 제324-1조 내지 제324-6조의 각 제1호 내지 제5호에서 규정하는 범죄로부터 생성된 물건의 은닉 또는 세탁행위"

제706-56조 Ⅰ. ① "사법경찰관은 제706-54조 제1항, 제2항 또는 제3항에 규정된 자에 대한 유전자 배열상을 확인하기 위하여 생물학적 시료를 채취하거나 또는 그의 감독하에 있는 사법경찰리에게 이를 하게 할 수 있다. 위 조치를 시행하기에 앞서 미리 그 대상자의 유전자가 국립유전자정보시스템에 등록되어 있는지 여부를 확인하거나 그의 감독하에 있는 사법경찰리로 하여금 이를 확인하게 하여야 한다."

② "전항의 분석을 위하여 사법경찰관은 민법 제16-12조에서 정한 요건에 따라 자격을 갖춘 자의 협조를 구할 수 있고, 그가 사법감정인 명단에 없는 자라도 이와 같다. 이 경우 그 자는 본법 제60조 제2항에 규정한 바에 따라 서면으로 선서한다."

③ "전항에 규정한 요청은 검사 또는 예심판사가 할 수도 있다."

④ "요청을 받은 자는 사법경찰관, 검사 또는 예심판사의 청구가 있는 경우에 데이터 통신을 포함한 모든 방법으로 국립유전자정보시스템의 유전자 배열상 정보와 관련한 조치를 취할 수 있다."

⑤ "제1항에 정한 자에 대한 생물학 정보를 채취하지 못한 경우에는 대상자의 몸에서 나온 재료로부터 유전자의 동일성을 확인할 수 있다."

⑥ "중죄 또는 10년 이하의 징역에 처할 경죄로 유죄판결을 받은 자에 대한 유전자 정보는 검사의 서면에 의한 청구가 있는 경우에는 동의없이 채취할 수 있으며, 중죄 또는 10년 이하의 경죄로 기소되어 제706-120조, 제706-125조, 제706-129조, 제706-133조 또는 제706-134조에 따라 형법상 책임이 조각된 자도 이와 같다."

Ⅱ. ① "전항에 규정한 생물학 정보의 채취를 거부한 자는 1년 이하의 징역 및 15,000유로 이하의 벌금에 처한다."

② "중죄를 범한 자가 이를 거부한 경우에는 2년 이하의 징역 및 30,000유로 이하의 벌금에 처한다."

③ "형법 제132-2조 내지 제132-5조의 규정에도 불구하고, 본조에서 경죄에 대하여 선고된 형을 계산함에는 혼동의 우려가 없는 한 이미 집행을 완료한 형을 합산하며, 이미 생물학적 정보 채취의 대상이 된 범죄행위에 대하여 선고된 형도 이와 같다."

Ⅲ. "형선고를 받은 자의 범죄행위를 평가함에는 감경된 부분은 감안하지 않으며, 새로운 사유로 인하여 감경된 부분도 이와 같다."

제706-56-1조 "등재대상자의 수감지 또는 주소지를 관할하는 검사의 지시에 따라 본조에 정한 정보

> 시스템에는 프랑스 국적자 또는 외국 국적자이면서 프랑스 내에 주기적으로 거주하고 있는 자의 유전자 정보를 보존한다. 외국의 형사법원에서 제706-55조 제1호 및 제2호에 규정한 것과 같은 범죄로 형선고를 받은 자에 대하여는 국제협약 또는 조약에 따라 프랑스 정부에 형선고 사실을 고지한 때 또는 대상자를 이송받아 프랑스 내에서 집행한 때에 한하여 정보를 등재한다. 제706-56조에 정한 규정은 본조의 대상자에 대하여 적용한다."

다. 영국의 「경찰 및 형사증거법(Police and Criminal Evidence Act)」

영국의 경우 1984년 「경찰 및 형사증거법」(Police and Criminal Evidence Act)을 제정하면서 신체시료 채취절차에 관한 법적 근거규정을 마련했으며, 1994년 「형사사법 및 치안에 관한 법률」(Criminal Justice and Public Order Act)에 의해 신체시료채취 대상의 범위를 체포가능한 중대범죄 혐의자에서 범죄경력등록의 대상이 되는 범죄로 확대되었으며, 범죄경력등록대상 범죄로 유죄판결을 받은 자에 대해서는 동의와 상관없이 신체시료채취가 가능하도록 하였다. 이후 1996년 「형사절차 및 범죄수사에 관한 법률」(Criminal Procedures and Investigation Act), 1997년 「형사증거법」(Criminal Evidence Act), 2001년 「형사사법 및 경찰법」(Criminal Justice and Police Act), 2003년 「형사사법에 관한 법률」(Criminal Justice Act)에 의해 신체시료채취는 범죄경력등록대상범죄로 체포된 모든 피의자에 대해 가능하게 되었고, 체포된 피의자가 소추되지 않거나 혹은 소추되었지만 유죄판결을 받지 않은 때에도 그 자료가 폐기될 필요가 없도록 규정하였다.[604]

2012년 「Protection of Freedom Act」(자유보호법)에 의해 경찰 및 형사증거법이 개정되면서 DNA와 지문을 보유하는 체계를 개혁함으로써 범죄로 인해 유죄판결을 받은 사람들에 한해서만 지문과 DNA 프로필을 무기한 보관할 수 있도록 규정하였다. 이에 의해 DNA 샘플은 채취 후 6개월 이내에 모두 파기하되, 형사절차 및 범죄수사에 관한 법률에 따라 해당 샘플이 법정에서 증거로 사용되어야 하는 경우에 한해서만

602) 법무부, 『프랑스 형사소송법』, 444-447면.

603) "반인륜범죄, 사람의 신체에 대한 고의적 침해·고문·가혹행위·상해·협박·마약 밀매, 개인의 자유에 대한 침해, 인신매매·조직매춘, 강제구걸착취·미성년자 유기범죄, 절도·사기·재물손괴·파괴·훼손·재산침해 위협의 중죄 및 경죄, 국가의 기본적 법익을 침해하는 범죄, 테러·통화위조·강도목적 범죄단체 조직의 죄, 국방법에 정한 경죄, 범죄로부터 생성된 물건의 은닉 또는 세탁행위"(법무부, 『프랑스 형사소송법』, 445면).

604) 김성규, "DNA 정보의 데이터베이스화에 관한 법제의 의미와 형사정책적 과제", 276면.

예외를 허용하고 있다.[605]

범죄경력대상범죄에 대해서는 범죄예방 또는 범죄발견에 필요하다고 인정되는 경우에는 해당 경찰서장이 DNA 프로필과 지문에 대해 일정한 보존기간영장을 신청할 수 있도록 되어 있다. 즉 범죄경력대상범죄로 체포되었지만 기소되지 않은 경우 일반적으로 DNA 프로필과 지문기록은 삭제되지만 경찰이 생체인식위원회(Biometric Commissioner)에 DNA 프로필과 지문기록을 최대 3년간 보존할 수 있도록 허가신청을 할 수 있다. 경찰이 이와 같은 신청을 한 경우, 생체인식위원회는 피해자와 체포된 피의자에게 서면진술기회를 부여하고, 기소된 범죄피해자의 연령과 취약성, 피의자와의 관계 등을 포함한 여러 요인들을 고려하여 그러한 보유기간 연장이 적절한가의 여부에 대해 판단을 내리게 된다. 생체인식위원회에서 보존을 허가하는 경우 경찰은 샘플채취일로부터 최대 3년간 해당 개인의 DNA 프로필과 지문기록을 보관할 수 있으며, 이 기간 종료 후 법원에 다시 2년 연장 신청이 가능하도록 되어 있다. 다만 연장신청이 거부되면 경찰은 즉시 DNA 프로필과 지문기록을 파기해야만 하도록 규정하고 있다.[606]

「경찰 및 형사증거법」(Police and Criminal Evidence Act)

제62조 체내샘플

(1) "(아래 제63B조에 의거하여) 체내샘플은 다음의 경우에 한해서 경찰서에 구금된 사람으로부터 채취할 수 있다."

(a) "적어도 경위(inspector) 계급의 경찰관이 그것을 채취하도록 권한을 부여한 경우"

(b) "적절한 동의가 주어진 경우"

(1A) "체내샘플은 경찰서에 구금되지 않은 사람으로부터 채취할 수 있지만, 다음의 경우 범죄에 대한 수사과정에서 채취된 동일한 분석방법에 적합한 둘 이상의 체외샘플이 불충분한 것으로 입증된 사람으로부터도 재취할 수 있다."

(a) "적어도 경위(inspector) 계급의 경찰관이 그것을 채취하도록 권한을 부여한 경우"

(b) "적절한 동의가 주어진 경우"

---

605) https://www.gov.uk/government/publications/protection-of-freedoms-act-2012-dna-and-fingerprint-provisions/protection-of-freedoms-act-2012-how-dna-and-fingerprint-evidence-is-protected-in-law; 검색일: 2019년 7월 5일.

606) https://www.gov.uk/government/publications/protection-of-freedoms-act-2012-dna-and-fingerprint-provisions/protection-of-freedoms-act-2012-how-dna-and-fingerprint-evidence-is-protected-in-law; 검색일: 2019년 7월 5일.

(2) "경찰관은 다음을 이유로 합리적인 근거가 있는 경우 (1)항 또는 (1A)에 의거하여 권한을 부여받을 수 있다."

(a) "샘플을 채취할 사람이 범죄등록부에 등록대상이 되는 범죄(recordable offence)에 관여한 것으로 의심되는 경우"

(b) "그 샘플이 그 사람의 개입을 증명하거나 반증하는 경향이 있다고 믿은 경우"

(2A) "체내샘플은 다음의 경우 그 사람으로부터 채취할 수 있다."

(a) "아래 제63(3E)조에 의거하여 동일한 분석방법에 적합한 둘 이상의 체외샘플을 그 사람으로 채취했지만 불충분한 것으로 입증된 경우"

(b) "적어도 경위계급 이상의 경찰관이 그것을 채취할 권한을 부여한 경우"

(c) "적절한 동의가 주어진 경우"

(2B) "경찰관이 만약 그 샘플채취가 범죄의 예방 또는 범죄의 발각을 돕는데 필요하다고 확신하는 경우에 한해서만 (2A)항에 의거하여 권한을 부여할 수 있다."

(3) "경찰관은 그가 (1)항 또는 (1A)항 또는 (2A)항에 의거하여 구두 또는 서면으로 권한을 부여할 수 있지만, 구두로 권한을 부여한 경우에는 실행가능한 한 최대한 빨리 서면으로 그것을 승인해야 한다."

(4) "적절한 동의는 서면으로 주어져야 한다."

(5) "어떤 사람으로부터 체내샘플을 채취하기 전에, 경찰관은 다음의 사항을 그에게 고지해야 한다."

(a) "샘플을 채취하는 이유"

(b) "그러한 권한이 주어져 있고, 이 조항의 규정하에서 그러한 권한이 주어졌다는 사실"

(c) "만약 그 샘플이 경찰서에서 채취된 경우, 그 샘플이 탐색적 수색(speculative search)의 대상이 될 수 있다는 사실"

(6) "상기 (5)(a)에 의거하여 언급된 이유는, (2A)에 의거하여 샘플이 채취된 경우를 제외하고는, 그 사람이 개입되어 있다고 의심을 받고 있는 범죄의 성격에 대한 설명을 포함해야만 한다."

(7) "어떤 사람으로부터 체내샘플이 채취된 후에는 가능한 한 빨리 다음의 사항이 기록되어야만 한다."

(a) "상기 (5)(a)와 (b)에 언급된 사항"

(b) "만약 그 샘플이 경찰서에서 채취된 경우, 그 사람이 (5)(C)에 명시된 바와 같이 고지를 받았다는 사실"

(c) "적절한 동의가 주어졌다는 사실"

(8) "만약 체내샘플이 경찰서에 구금된 사람으로부터 채취된 경우, (7)에 의해 기록하도록 요구된 사항들이 그 사람의 구금(유치)기록에도 기록되어야만 한다."

(9) "체내샘플이 치아흔적인 경우, 그 샘플은 등록된 치과의사에 의해서만 채취될 수 있다."

(9A) "소변 샘플을 제외한 다른 형태의 샘플의 경우에 있어서는 다음의 사람에 의해서만 샘플이 채취될 수 있다."

(a) "등록된 의료 종사자"

(b) "등록된 보건의료전문가"

(10) "정당한 이유 없이 체내샘플의 채취에 대한 적절한 동의를 거부한 경우, 범죄를 이유로 한 그 사

람에 대한 모든 절차에 있어서,"

(a) "법원이 판단을 함에 있어서"

(i) … (조항 폐지)

(ii) "답변할만한 사정이 있는지의 여부"

(aa) "판사는 the Crime and Disorder Act 1998 Sch.3. para.2에 의거하여 피고인에 의해 행해진 신청을 허가할 것인지의 여부를 결정함에 있어서"

(b) "법원 또는 배심원이 그 사람이 기소된 범죄에 유죄인지 여부를 판단함에 있어서" "적절한 것으로 보이는 거부로부터 그러한 추론을 이끌어낼 수 있다."

(11) 생략

(12) "이 조항의 어느 부분도 테러규정에 따라 체포되거나 구금된 사람에게는 적용되지 않는다. 그리고 (1A)항은 그 항에 언급된 체외샘플이 2000년 테러방지법 제8조 제1항에 따라 채취된 경우에는 적용되지 않는다."

제63AA조 국립 DNA 데이터베이스에 DNA 프로필의 포함

(1) "이 조항은 DNA 샘플로부터 추출된 DNA 프로필 그리고 63E에서 63L조항에 의해 부여받은 권한하에서 보유하고 있는 DNA 프로필에 적용한다."

(2) "이 조항을 적용하는 DNA 프로필은 국립 DNA 데이터베이스에 기록되어야 한다."

제63AB조 국립 DNA 데이터베이스 전략위원회

(1) "Secretary of State는 국립 DNA 데이터베이스의 운용을 감독하기 위한 국립 DNA 데이터베이스 전략위원회를 마련해야 한다."

(2) "국립 DNA 데이터베이스 전략위원회는 이 법률의 이 part 하에서 보유했거나 보유하고 있거나 보유할 수 있는 DNA 프로파일의 파기에 관한 지침을 발행해야 한다."

(3) "잉글랜드와 웨일즈의 경찰서장은 아래 (2)항하에서 발행된 지침에 따라야만 한다."

(4) "국립 DNA 데이터베이스 전략위원회는 제63G조하에서의 생체자료의 이용 및 보유에 관한 최고책임자에게 신청할 수 있는 상황에 관한 지침을 발행해야 한다."

(5) "그러한 지침을 발행하기 전에 국립 DNA 데이터베이스 전략위원회는 생체자료의 이용 및 보유에 관한 최고책임자와 협의해야만 한다."

(6) "Secretary of State는 국립 DNA 데이터베이스 전략위원회에 관한 관리규칙을 공표해야 하며, 의회에 그 규칙의 복사본을 제시(상정)해야 한다."

(7) "국립 DNA 데이터베이스 전략위원회는 그 기능의 실행에 관하여 Secretary of State에게 매년 보고해야만 한다."

(8) "Secretary of State는 보고서를 발행해야 하며 의회에 출간된 보고서의 복제본을 제출해야 한다."

(9) "Secretary of State는 Secretary of State의 생각에 그 부분에 대한 공개가 공공의 이익에 반하거나 국가안보에 해롭다고 여기는 경우, 그 보고서의 일부에 대한 공개를 배제할 수 있다."

제63D조 지문과 DNA 프로파일의 파기

(1) "이 조항은 다음에 적용한다."

(a) "지문은"

(i) "이 법률의 이 Part에 의해 부여된 권한하에서 사람들로부터 채취한다."

(ii) "경찰에 의한 범죄의 수사와 관련하여 채취된 사람들로 부터의 동의하에서 경찰에 의해 채취한다."

(b) "DNA 프로파일은 (a)(i) 또는 (ii)에 명시된 것과 같이 재취된 DNA 샘플로부터 추출한다."

(2) "이 조항을 적용하는 지문과 DNA 프로파일은 만약 책임있는 경찰서장이 보기에 다음과 같은 경우 파기해야만 한다."

(a) "지문의 채취 또는 DNA 프로파일의 경우 DNA 프로파일이 채취된 샘플 채취가 불법적인 경우"

(b) "체포와 관련한 사람으로부터 채취한 지문 또는 DNA 프로파일의 경우 샘플로부터 추출한 경우, 그 체포가 불법적이었거나 신원오인으로 인한 경우"

(3) "다른 모든 경우 63D조의 자료는 제63E조에서부터 63O조에 의해 부여받은 권한하에서 보유한 경우 외에는 파기해야만 한다."

(4) "제63D조 자료가 아래 (3)항에 명시된 권한하에서 보유가 중단된 경우, 그에 적용되는 다른 권한하에서 계속 보유할 수 있다."

(5) "책임있는 경찰서장이 그 수색이 바람직하다고 생각하는 경우 그 수색에 합리적으로 요구될 수 있는 그러한 시간 내에 이 조항의 어느 것도 제63D조의 자료와 관련하여 추측에 근거한 수색이 수행되는 것을 막지 못한다."

제63E조 수사 또는 소송 계속중인 63D 자료의 보유

(1) "이 조항은 그 자료와 관련되어 있는 사람이 혐의를 받고 있는 범죄의 수사와 관련하여 채취된 63D조의 자료(DNA 프로파일의 경우 샘플로부터 채취된)에 적용한다."

(2) "그 자료는 그 범죄에 대한 수사가 종결될 때까지 또는 그 수사가 그 범죄를 이유로 그 사람에 대하여 소송절차를 제기한 경우 그 절차가 종결될 때까지 보유할 수 있다."

제63F조 63D조 자료의 보유 : qualifying offence로 체포되었거나 기소된 사람

(1) "이 조항은 다음의 경우에 63D조에 적용한다."

(a) "그 범죄로 유죄판결을 받지는 않았지만 qualifying offence로 체포되었거나 기소된 사람과 관련한 경우"

(b) "그 범죄의 수사와 관련하여 채취된 경우"

(2) "만약 그 사람이 이전에 excluded offence는 아닌 전국 범죄등록부의 등록대상이 되는 범죄(recordable offence)로 유죄판결을 받은 경우 또는 이 조항에 의해 그 자료가 파기되어지도록 요구받기 전에 그러한 유죄판결을 받은 경우, 그 자료는 영구히 보유할 수 있다."

(2A) "아래조항 (2)에서 전국 범죄등록부의 등록대상이 되는 범죄(recordable offence)에 대한 reference가 그 행위가 범죄를 구성하는 범죄를 포함"

"만약 영국과 웨일즈 내에서 행해졌더라면 전국 범죄등록부에 등록대상이 되는 범죄(recordable offence)를 구성할 수 있는 범죄를 구성하는 행위가 영국과 웨일즈 밖의 지역 또는 나라의 법률하에서 범죄를 포함"

라. 미국

미국은 1980년 후반부터 DNA 감식정보를 법정증거로 채택하기 시작하였으며, 1998년 모든 주에서 DNA 데이터베이스 구축을 위한 입법이 완료되었다.[607] 미국의 DNA 데이터베이스는 CODIS 모델에 기반하고 있는데, 이는 1994년「DNA 식별법」(DNA Identification Act)에서 공인된 것으로 지방, 주, 연방으로부터 제공받은 DNA 프로필을 저장검색할 수 있는 DNA 복합색인시스템이라 할 수 있다.[608] 현재 190개 이상의 공공 법집행기관이 미국 전역의 NDIS(National DNA Index System)에 참여하고 있다.[609]

1994년「DNA 식별법」(DNA Identification Act)은 연방정부에서 운영하거나 연방기금을 받거나 또는 국립 DNA 색인시스템(NDIS)에 참여하는 모든 DNA 연구소로 하여금 FBI가 발행한 표준을 준수함을 입증하도록 요구하고 있으며, 법의학 DNA 검사 및 DNA 데이터뱅킹 실험실에 대한 품질보증표준(The Quality Assurance Standards for Forensic DNA Testing and DNA Databasing Laboratories)은 유효성 확인을 위한 최소요구사항을 정의하고 있다.[610] 이후 Justice for All Act of 2004에 의해 데이터베이스 안에 포함되는 범죄의 수가 확대[611]되었다.

34 USC §12592 DNA 식별정보의 법집행 교환 촉진을 위한 색인

(a) "색인의 수립"

"연방수사국의 국장은 다음의 색인을 수립할 수 있다."

(1) "DNA 식별기록"

(A) "범죄로 유죄판결을 받은 사람"

(B) "공소장 또는 범죄정보로 기소되었던 사람"

---

607) 이성대, "디엔에이신원확인정보의 형사상 활용에 따른 법률적 문제점과 개성방안 -미국의 CODIS 등 외국의 활용현황에 대한 고려를 기반으로-", 『미국헌법연구』, 제27권 제2호(2016.8.), 미국헌법학회, 204면.

608) 한면수, "유전자자료은행의 필요성 및 세계 각국의 현황", 『경찰학연구』, 제5호(2003.10.), 경찰대학, 202면.

609) https://www.fbi.gov/services/laboratory/biometric-analysis/codis; 검색일: 2019년 6월 27일.

610) https://www.fbi.gov/services/laboratory/biometric-analysis/codis; 검색일: 2019년 6월 27일.

611) https://oig.justice.gov/reports/FBI/a0632/laws.htm; 검색일: 2019년 6월 27일.

(C) "적용가능한 법률상 권한에 의해 DNA 샘플이 수집된 다른 사람. 단지 삭제목적으로 자발적으로 제출된 DNA 샘플은 국가 DNA 색인 시스템 안에 포함되어서는 안된다."

(2) "범죄현장에서 회수된 DNA 샘플 분석"

(3) "미확인된 사람의 유해로부터 회수된 DNA 샘플의 분석"

(4) "실종자 친척으로부터 자발적으로 기증된 DNA 샘플의 분석"

(b) "정보 (a)항에 기술된 색인은 다음에 해당하는 DNA 식별기록과 DNA 분석에 관한 정보만을 포함해야 한다."

(1) "이 장의 §12591항에 의해 FBI 국장에 의해 공표된, DNA 분석 프로그램의 품질보증을 위한 가이드라인을 충족하거나 그것을 초과하는 공개적으로 이용가능한 표준에 따라 형사사법기관이 또는 그를 대신하여 수행된 분석에 기초하여 다음의 실험실들과 형사사법기관에 의해 마련되어야 한다."

(2)

(A) "실험실들"

(i) "포렌식과학 공동체 내에서 전국적으로 인정받는 포렌식과학에 적극적으로 관여하는 비영리 전문가 협회에 의해 인증을 받았다."

(ii) "FBI 국장에 의해 수립된 표준에의 준수를 입증하는 외부감사를 적어도 매 2년마다 한 번씩 받았다."

(B) "§12591(a)(5)하에서 국장에 의해 공표된 표준과 절차에 FBI 국장이 승인한 Rapid DNA 장비들을 사용하고 있는 형사사법기관"

(3) "다음의 경우에 한해서만 저장된 DNA 샘플과 DNA 분석의 공개를 허용하는 규칙에 의거하여 연방, 주, 그리고 지방 형사사법기관(또는 sec.1565 of title10에 따른 국방장관)에 의해 유지되는 DNA 식별기록과 DNA 분석에 관한 정보만을 포함해야 한다."

(A) "법집행상 식별목적을 위해 형사사법기관에 공개되는 DNA 샘플과 DNA 분석"

(B) "해당 법령 또는 규칙에 따라 달리 허용될 경우, 사법절차에서 공개되는 DNA 샘플과 DNA 분석"

(C) "형사상 변호의 목적으로 피고인이 기소된 사건과 관련하여 수행된 분석과 샘플에 접근해야만 하는 피고인에게 공개된 DNA 샘플과 DNA 분석"

(D) "개인식별정보가 삭제된 경우, 인구통계 데이터베이스, 식별연구 및 프로토콜 개발목적 또는 품질관리목적을 위해 공개되는 DNA 샘플과 DNA 분석"

(c) "준수의 불이행"

"만약 품질관리와 개인정보보호 요구사항이 충족되지 못한 경우에는, 이 조항에 의해 수립된 색인에의 접근은 취소될 수 있다."

(d) "기록의 삭제"

(1) "국장에 의한"

(A) "FBI 국장은 색인 안에 포함되어 있는 사람의 DNA 분석을 (a)항 안에 기술되어 있는 색인으로부터 즉시 삭제해야 한다."

(i) "만약 국장이 qualifying offense에 대한 유죄판결을 받은 사람에 대해 그 유죄판결이 번복되었음을 확인하는 법원의 최종적인 명령서 사본을 수령한 경우, qualifying federal offense 또는 qualifying District of Columbia offense(이 장 sec.40702와

sec.40703하에서 개별적으로 결정된)에 대한 유죄판결을 근거로 한 색인에서 그 사람의 DNA 분석을 삭제해야 한다."

(ii) "만약 법무장관이 색인 안에 분석이 포함되었거나 포함되어 있었을 수 있다는 것을 근거로 기소한 사람에 대해 그 기소가 기각되었거나 결과적으로 무죄판결을 받았거나 해당 기간 내에 기소가 제기되지 않았다는 것을 입증하는 최종적인 법원의 명령서 사본을 수령한 경우, 미연방의 권한에 의한 체포를 근거로 한 색인에서 그 사람의 DNA 분석을 삭제해야 한다."

(B) "(A)항의 목적에 비추어, "qualifying offense"는 다음의 범죄를 의미한다."

(i) "qualifying Federal offense는 sec.40702하에서 지정된 바와 같다."

(ii) "qualifying D.C. offense는 sec.40703하에서 지정된 바와 같다."

(iii) "qualifying military offense는 Title 10. sec.1565하에서 지정된 바와 같다."

(C) "(A)항의 목적에 비추어, 만약 법원의 명령과 관련하여 재량심사신청 또는 항소할 시간이 남아 있다면 법원의 명령은 최종적인 것이 아니다."

(2) "By States"

(A) "(a)항에 기술된 색인에 대한 접근 조건으로서, 주는 다음의 경우에는 색인 안에 포함된 사람의 DNA 분석을 그 색인으로부터 즉시 삭제해야 한다."

(i) "그 주의 책임있는 기관 또는 공무원이 분석이 색인 안에 포함되었거나 포함되어 있을 수 있다는 것을 근거로 범죄에 대한 유죄판결을 받은 사람에 대하여, 그러한 유죄판결이 번복되었다는 것을 입증하는 법원의 최종명령 증명서를 받은 경우"

(ii) "분석이 색인 안에 포함되어 있었거나 포함되어 있을 수 있다는 것을 근거로 범죄에 대해 유죄판결을 받지 않은 경우 그리고 그 주의 책임있는 기관 또는 공무원이 그 분석이 색인 안에 포함되어 있었거나 포함되어 있을 수 있다는 것을 근거로 기소를 당한 사람에 대해, 그러한 기소가 기각되거나 무죄판결로 결론지어졌거나 또는 해당 기간 내에 기소가 제기되지 않았다는 것을 입증하는 최종적인 법원명령 증명서를 받은 경우"

(B) "(A)항의 목적상, 법원의 명령은 그 명령과 관련하여 재량심사신청 또는 항소를 위한 시간이 남아 있는 경우, 최종적인 것이 아니다."

한편 미국의 경우 DNA 증거를 허용하는 방식에는 두 가지 유형이 있다. 알칸사스주, 코네티컷주, 미시건주, 몬타나주, 뉴멕시코를 포함한 다수의 주에서는 친자관계의 결정을 돕기 위한 DNA 증거를 특별히 인정하고 있으며, 루이지애나주, 메릴랜드주, 미네소타주, 버지니아주, 워싱턴주는 형사사건에서 DNA 증거의 허용가능성을 인정하는 법률을 제정하였다. 예를 들어 메릴랜드주는 형사소송 2주 전에 DNA 보고서를 피고인에게 전달하도록 규정하고 있으며, 피고인은 샘플을 분석한 증인에게 보관의 연속성에 관하여 증언을 요구할 수 있도록 명시하고 있다. 또한 미네소타주 법률은 DNA 분석은 제공된 증언이 증거법에 열거된 기준을 충족한다는 것을 입증함으로써 개인의 유전형질에 있어서의 특성을 식별하는 믿을만하고 신뢰할 수 있는 방법을

제공한다는 전문가의 증언 없이도, 모든 민사·형사재판에서 DNA 증거는 허용될 수 있다고 규정하고 있다. 또한 동 조항에서 구체적으로 "특정인체 생물표본에서 발견된 것과 같은 유전자 마커의 동일한 조합을 가질 수 있는 인구의 비율을 입증하기 위한 통계적 모집단 빈도 증거의 승인"을 허용하고 있다. 한편 루이지애나주에서는 "범죄자의 신원을 확인하기 위해 제공되는 디옥시리보핵산 프로파일, 혈액의 유전자 표식, 침의 분비물 상태에 관한 증거는 루이지애나주 증거법에 일치하는 증거물로서 관련성이 있다"고 규정하고 있다.[612]

Ind Code §35-37-4-13 "Forensic DNA analysis" defined; admissibility

Sec.13(a) "이 조항에서 사용된 바와 같이 "포렌식 DNA 분석"은 개인의 디옥시리보핵산(DNA)에 의해 운반되는 개인의 고유한 유전코드를 법집행기관이 조사기능을 수행함에 있어서 법집행기관에 의해 확보된 체내물질샘플에서 발견된 DNA내에 운반된 유전코드와 비교하는 식별과정을 의미한다."

(b) "형사재판에서 또는 준비심문절차에서 포렌식 DNA 분석결과는, 그 포렌식 DNA 분석이 개인의 유전적 물질에서 신원을 확인할 수 있는 특성들에 대한 믿을 수 있고 신뢰할 수 있는 방법을 제공한다는 선행 전문가의 증언이 없이도 증거로서 허용될 수 있다."

Tenn.Code §24-7-118 DNA 분석-증거의 허용가능성

(a) "이 조항에서 사용된 바와 같이, 문맥상 달리 요구되지 않는 한, "DNA 분석"은 한 사람의 생물학적 표본내의 디옥시리보핵산(DNA)을 분석하여 또 다른 생물학적 표본의 DNA와 식별목적으로 비교하는 과정을 의미한다."

(b) (1) "(a)항에 정의된 바와 같이, 모든 민사 또는 형사재판, 준비심문절차 또는 법적절차에서 DNA 분석결과는, 제공된 증언이 테네시주 증거법에 열거된 허용성의 기준을 충족한다는 입증에 근거하여, DNA 분석이 개인의 유전적 물질 내에서 신원을 확인할 수 있는 특성들에 대한 믿을 수 있고 신뢰할 수 있는 방법을 제공한다는 선행 전문가의 증언이 없어도 증거로서 허용될 수 있다."

(2) "이 조항에 있어서 어떠한 내용도 민사 또는 형사재판에서 당사자가, DNA 분석이 개인의 유전적 물질에서 신원을 확인할 수 있는 특성에 대한 믿을 수 있고 신뢰할 수 있는 방법을 제공하지 않는다는 증거를 제공하지 못하게 하거나, 그러한 분석에 대한 믿음과 신뢰의 결여에 관하여 일방 당사자가 타방 당사자의 전문가에 대한 교차심문을 금지하는 것으로 해석되어서는 안된다."

(c) "모든 민사재판 또는 형사재판, 준비심문절차 또는 법적 절차에 있어서 유전자검사 또는 혈액 검사 결과에 근거한 통계적인 인구 빈도 증거는 특정 생물학적 표본에서 발견된 것과 동일한 조합의 유전자 표지를 갖고 있는 인구의 비율을 입증하는 증거로서 허용될 수 있다. 이 조항의 취지에 있어서 "유전자 표지(마커)"는 개인이 가질 수 있는 다양한 혈액형 또는 DNA 유형을 의미한다."

612) https://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK234535/; 검색일: 2019년 6월 27일.

Alab Code §36-18-30

"신원확인을 위해 DNA에 포함되어 있거나 DNA에서 파생된 유전자 표지(마커)의 사용과 관련한 전문가 증언 또는 증거는 이 주의 모든 법정에서 발생하는 모든 사건에서 증거로 허용되고 인정될 수 있다. 단, 사실심 법원은 전문가 증언 또는 증거가 1993년 6월 28일 판결된 Daubert, et. ux, et.al v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc. 판결에서 미연방대법원에 의해 제시된 바와 같은 허용기준을 충족해야만 한다."

AS §09.25.051 DNA 프로파일의 허용성

(a) "민사소송 또는 법적 절차에 있어서, 만약 법원이 그 증거의 기초가 되는 기술이 과학적으로 유효하다(타당하다)고 판단한 경우 모든 관련사실을 입증하거나 반증하는데 DNA 프로파일이 허용될 수 있다. DNA 프로파일의 인정은 DNA 프로파일 증거에 관한 관련 과학적 공동체(과학계)에 있어서의 일반적 승인의 결론을 요구하지 않는다."

(b) "이 조항에 있어서"

(1) "디옥시리보핵산은 각 개인에 대한 패턴화된 화학적 구조에 있어서 유전정보를 포함하고 있는 모든 세포형태의 분자를 의미한다."

(2) "DNA 프로파일은"

(A) "개인의 패턴화된 유전자 정보의 화학적 구조를 식별할 수 있는 디옥시리보핵산을 가지고 있는 혈액, 정액, 조직 또는 기타 세포의 분석을 의미한다."

(B) "이 조항의 (A)에 기술된 패턴화된 화학적 구조의 통계적인 인구빈도 비교를 포함한다."

MD. Code §10-915

(a) (1) "이 조항하에서 다음의 단어는 이하의 의미를 나타낸다."

(2) " "디옥시리보핵산(DNA)"은 각 개인의 화학적 구조안의 유전자정보를 포함하는 모든 세포형태의 분자를 의미한다."

(3) " "DNA 프로파일"은 다음에 의해 확립된 표준에 따라 검증된 유전자 위치분석을 의미한다."

(i) "DNA 분석방법에 관한 기술실무그룹(TWGDAM)"

(ii) "연방수사국(FBI)의 DNA 자문위원회"

(iii) "포렌식 DNA 검사실험실에 관한 FBI의 품질보증표준"

(iv) "DNA 데이터베이스 실험실에 관한 FBI 품질보증표준"

(b) "유전자 위치분석이 다음에 의해 검증되었다는 검사실험실의 진술서가 첨부된 경우, DNA 프로파일은 이 조항하에서 허용될 수 있다."

(1) "TWGDAM에 의해 확립된 표준"

(2) "FBI의 DNA자문위원회가 제정한 표준"

(3) "포렌식 DNA 검사실험실에 대한 FBI 품질보증표준"

(4) "DNA 데이터베이스 실험실에 관한 FBI 품질보증표준"

(c) "모든 형사절차에서 당사자가 DNA 프로파일 증거를 제출하고자 하는 경우, DNA 프로파일 증거는 어떤 사람의 신원을 증명하거나 반증하기 위해 허용될 수 있다."

(1) "모든 형사절차에 있어서 적어도 45일 전에 메일로 당사자들 또는 타방 당사자에게 서면으로

통지한다."

(2) "해당되는 경우 그리고 서면으로 요청된 경우, 모든 형사절차에 있어서 적어도 30일 전에 타방 당사자 또는 당사자들에게 다음의 것을 제공한다."

(i) "방사선사진, dot blots, slot blots, silver stained gels, test strips, control strips의 제1세대 필름 카피 또는 적절한 복제, 그리고 분석과정에서 생성된 기타 모든 결과들"

(ii) "보관의 연속성이 있는 문서들, 정보의 배열과 혼합, 통계적 계산, 워크시트를 포함한 분석과 관련하여 생성된 실험실 기록의 사본들"

(iii) "분석에 활용된 실험실 프로토콜과 절차"

(iv) "분석된 각 유전자 위치의 식별"

(v) "활용된 데이터베이스 가운데 그 프로파일의 빈도와 유전자형 데이터를 설명하는 진술서"

(d) "당사자가 최소한 형사소송절차 30일 이전에 이 조항 (c)항에서 요구된 정보를 제공할 수 없는 경우, 법원은 그러한 적시 공개의 연기를 허가할 수 있다."

(e) "이 조항하에서의 승인문제 외에는, 이조항의 (c)항은 DNA 프로파일과 관련된 물질적 문제에 대한 과학적 관련성을 보여주는 경우, 증거개시(discovery)에 관한 메릴랜드 규칙하에서의 증거개시를 배제하지 않는다."

CT. Gen. Stat §54-86k DNA 분석의 허용성

(a) "모든 형사절차에 있어서 DNA 검사는 신뢰할 수 있는 과학적 기술로 간주되어야 하며, DNA 프로파일 비교 증거는 어떤 사람의 신원을 증명하거나 반증하기 위해 허용될 수 있다. 이 조항은 당해 법원에서 쟁점이 되는 문제와 관련한 모든 증거의 도입을 제한하지 않는다. DNA 분석결과와 상관없이 법원은 필요하다면 피고인의 신원에 관한 기타 다른 증거를 증거로서 허용할 수 있는 것으로 간주해야 한다."

(b) "만약 DNA 분석결과가 피고인의 무죄를 입증하는 경향이 있는 경우, 소추기관은 그러한 무죄를 증명하는 정보 또는 54-58c항에 따른 피고인에 관한 자료를 공개해야 한다."

(c) "DNA 분석결과가 증거로 제시되는 절차가 개시되기 최소 21일 전에, 그 증거를 제시하고자 하는 당사자는 반대당사자에게 서면으로 그 분석을 제시하고자 한다는 의도를 통지해야 하며, 제출하고자 하는 보고서 또는 진술서와 프로파일의 복사본을 제공하거나 활용가능하게 해야 한다. 그러한 통지가 주어지지 않은 경우, 그리고 그 사람이 그러한 증거를 제출한 경우, 법원은 재량으로 반대당사자에게 연기를 허용하거나 적절한 상황하에서 그 사람이 그러한 증거를 제출하지 못하도록 할 수 있다. 그 연기를 허용하는 기간은 54-82c항하에서의 신속한 재판의 목적을 고려해서는 안된다. 만약 반대당사자가 그러한 증거의 허용을 반대하고자 하는 경우, 그는 적어도 절차개시 10일 전에 그 사실과 그 반대의 근거를 서면으로 제공해야만 한다."

(d) "이 조항에 규정된 바와 같은 분석과 활용을 위해 the Department of Emergency Services and Public Protection 내의 과학서비스 부서에 제출된 혈액샘플과 수행된 분석결과는 54-102j항에 의거한 부서에 의해 설립된 DNA 데이터뱅크 안에 포함되어서는 안되며, 다른 방법으로 샘플이 제출된 사람에 관한 정보를 식별하는데 사용되어서는 안된다."

마. 캐나다 「DNA 식별법(DNA Identification Act)」[613]

캐나다의 「DNA 식별법」의 제정목적은 DNA 뱅크를 설립하여 법집행기관이 이 법의 발효 이전에 범한 범죄를 포함하여 지정된 범죄를 범한 것으로 의심되는 사람을 확인하고, 실종자를 찾고 인간유해를 식별하고자 하는데 있다고 규정하고 있다.[614]

제5조

(3) "범죄현장 색인"

"범죄현장 색인은 다음에서 발견된 신체물질로부터 유래된 DNA 프로파일을 포함해야 한다."

(a) "지정된 범죄가 범해진 장소"

(b) "지정된 범죄의 피해자의 신체 내부 또는 외부"

(c) "지정된 범죄가 행해졌을 때 피해자가 착용하고 있거나 가지고 있던 것"

(d) "지정된 범죄의 실행과 관련있는 사람의 신체, 물건, 장소내부 또는 외부"

(4) "유죄판결 받은 범죄자 색인"

"유죄가 확정된 범죄자 색인은 명령과 승인하에서 취해진 신체물질로부터 유래된 DNA 프로파일을 포함해야 한다."

(4.1) "피해자 색인"

"피해자 색인은 지정된 범죄의 피해자의 신체물질로부터 유래된 DNA 프로파일을 포함해야 한다."

(a) "DNA 프로파일을 색인에 추가할 목적으로 피해자가 자발적으로 제출한 것 또는"

(b) "피해자가 신원이 확인되지 않았거나 사망한 경우 또는 신체물질을 제출하는데 동의할 수 없거나 그 행방을 알 수 없다면, 경우에 따라 다음으로부터 확보한다."

(i) "그들의 개인적인 물품"

(ii) "지정된 범죄의 실행과 관련된 장소"

(iii) "피해자가 사망했다면 그들의 유해"

(4.2) "실종자 색인"

"실종자 색인은 실종된 사람의 신체물질에서 유래한 DNA 프로파일을 포함해야 한다."

(4.3) "실종자 친척 색인"

"실종자 친척의 색인은 그들의 프로파일이 실종자 색인 또는 유해색인 안에 포함된 DNA 프로파일을 가진 사람의 신원을 확인하는데 도움이 될 수 있는 경우, 색인에 그들의 DNA 프로파일을 추가할 목적으로 자발적으로 제출된 사람의 신체물질로부터 유래된 DNA 프로파일을 포함해야 한다."

(4.4) "유해 색인"

"유해 색인은 인간의 유해로부터 유래된 DNA를 포함한다."

---

613) https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/d-3.8/page-2.html#h-173689; 검색일: 2019년 6월 27일.

614) §3.Purpose.

(4.5) "자발적 기증자 색인"

"이들의 프로파일이 지정된 범죄, 실종자 또는 유해의 수사와 관련될 수 있는 경우, 자발적 기증자 색인은 지정된 범죄의 피해자 이외의 개인의 신체물질로부터 유래된 DNA 프로파일을 색인에 추가하기 위해 자발적으로 제출해야 한다."

(5) "기타 정보"

"(3)에서부터 (4.5)항에 언급된 DNA 프로파일 이외에, DNA 데이터 뱅크는 각 프로파일과 관련하여 다음의 경우에 확인될 수 있는 정보를 포함해야 한다."

제5.5조

(1) "DNA 프로파일 비교"

"The Commissioner는 범죄현장색인, 유죄판결을 받은 범죄자 색인, 피해자 색인, 실종자 색인, 자발적 기증자 색인 또는 유해색인에 추가된 각 DNA 프로파일을 그러한 색인들 안에 이미 포함되어 있는 DNA 프로파일과 비교해야 한다."

(2) "실종자 친척 색인"

"The Commissioner는 실종자 친척 색인에 추가되는 DNA 프로파일을 실종자 색인과 유해색인 안에 이미 포함된 DNA 프로파일과 비교해야 한다."

제6조

(1) "전달 – 일치"

"제5.5조(1)에 따라 수행된 비교가 DNA 프로파일 간에 일치를 보여주고, 일치하는 프로파일 가운데 어떤 것도 실종자색인, 유해색인 안에 포함되어 있지 않은 경우, the Commissioner는 다음의 목적을 위해 적절하다고 생각하는 경우, 그 프로파일과 관련한 모든 정보를 검사실 또는 캐나다 법집행기관에 전달할 수 있다."

(a) "만약 적어도 프로파일 가운데 하나라도 피해자 색인에 포함되어 있다면, 획득된 프로파일과 관련하여 지정된 범죄에 대한 수사를 목적으로"

(b) "그 밖의 경우, 지정된 범죄의 수사를 목적으로"

(2) "실종자와 유해 색인"

"만약 제5.5조(1)하에서 수행된 비교가 DNA 프로파일 간에 일치를 나타내고, 일치하는 프로파일 중 적어도 하나가 실종자 색인 또는 유해색인에 포함되어 있는 경우, the Commissioner는 실종자 또는 유해에 관한 조사의 목적으로 적절하다고 판단하는 경우, 그 프로파일과 관련한 모든 정보를 수사기관에 전달할 수 있다."

제6.1조

(1) "전달 – 유사 프로파일"

"The Commissioner의 견해에 비추어 볼 때 제5.5조(1)에 따라 수행된 비교가 둘 또는 그 이상의 DNA 프로파일이 유사하다고 보이는 경우, the Commissioner는 그러한 프로파일 가운데 일치 가능성이 배제될 수 있는가의 여부를 결정하기 위하여 유사한 DNA 프로파일들을 적절하다고 판단하는 수사기관에 전달할 수 있다."

(2) "일치 간주"

"수사기관이 the Commissioner에게 그 프로파일들이 유사하고 DNA 프로파일간의 일치가능성이 배제되지 않는다고 알려주는 경우, the Commissioner는 제6조(1)에 따라 또는 경우에 따라서는 그 프로파일들 간에 일치가 존재하는 것처럼 그 프로파일과 관련한 모든 정보를 전달할 수 있다."

제6.3조

(1) "차후의 전달 – §6(1)(a)"

"제6조(1)(a)에 따라 전달된 정보는 획득된 DNA 프로파일과 관련하여 지정된 범죄의 수사 또는 기소를 목적으로 정보를 전달할 필요가 있는 자에게 전달될 수 있다."

(2) "차후의 전달 – 다른 목적"

"제6조(1)(a)에 따라 법집행기관에 전달된 정보는, 만약 그 기관의 구성원이 그 정보가 수사나 기소에 도움이 될 것이라고 의심할만한 타당한 근거를 가지고 있는 경우, 그 구성원에 의해 차후 지정된 범죄의 수사나 기소의 목적으로 정보를 전달할 필요가 있는 사람에게 전달될 수 있다."

(3) "추가적인 전달 – 다른 목적"

"(2)항에 의거하여 어떤 사람에게 전달된 정보는 차후 그 조항에서 언급된 수사나 기소의 목적을 위해 정보를 전달할 필요가 있는 또 다른 사람에게 전달될 수 있다."

(4) "차후의 전달 – §6(1)(b)"

"제6조(1)(a)하에서 전달된 정보는 지정된 범죄의 수사나 기소의 목적으로 정보를 전달할 필요가 있는 사람에게 차후에 전달될 수 있다."

(5) "차후의 전달 – 실종자 또는 유해"

"§6(2) 또는 §6.1(3)하에서 전달된 정보는 실종자 또는 유해의 수사의 목적으로 정보를 전달할 필요가 있는 사람에게 차후에 전달될 수 있다."

(6) "차후의 전달 – 다른 목적"

"제6조(2) 또는 제6.1조(3)에 의해 법집행기관에 전달된 정보는, 만약 그 기관의 구성원이 그 정보가 수사나 기소에 도움이 될 것이라고 의심할만한 타당한 근거를 가지고 있는 경우, 그 구성원에 의해 차후 지정된 범죄의 수사나 기소의 목적으로 정보를 전달할 필요가 있는 사람에게 전달될 수 있다."

(7) "추가적인 전달 – 다른 목적"

"(6)항에 의거하여 어떤 사람에게 전달된 정보는 그 조항에 관련된 수사 또는 기소의 목적으로 그 정보를 전달할 필요가 있는 다른 사람에게 차후에 전달될 수 있다."

중략

제6.5조(권한있는 사용자)

"유죄판결을 받은 범죄자 색인 안에 어떤 사람의 DNA 프로파일이 포함되어 있는지의 여부에 관한 정보는 캐나다 왕립경찰에 의해 유지되는 자동 형사기록검색시스템상 권한있는 사용자에게 전달될 수 있다."

제6.6조(권한없는 전달)

"제6조에서부터 제6.5조까지의 조항에 따라 어느 누구도 DNA 데이터은행 안에 포함된 모든 정보를 전달하거나 전달되도록 허용해서는 안된다."

제7조(정보에 대한 접근)

"DNA 데이터 은행에 포함된 정보에 대한 접근은 다음의 경우에 허가될 수 있다."

(a) "the Commissioner가 DNA 데이터은행의 적절한 운영 및 유지의 목적으로 적절하다고 생각하는 사람 또는 그러한 유형의 사람들"

(b) "the Commissioner가 적절하다고 생각하는 실험실 직원"

제8조

(1) "정보의 권한없는 이용"

"동조 제2항에 의거하여 제6조, 제6.1조하에서 정보를 전달받거나 또는 제7조(a) 또는 (b)에 의거하여 정보에 접근한 어떤 사람도 그 조항의 적용가능한 규정에 열거된 목적 이외의 다른 목적으로 정보를 사용해서는 안된다."

(2) "다른 목적을 위한 이용"

"법집행기관이 제6조(1)(a) 또는 제6조(2) 또는 제6.1조(3)에 의거하여 전달받았던 DNA 프로파일과 관련된 정보를 접수한 후, 그 기관의 구성원은 만약 그 정보가 수사 또는 기소에 도움이 된다고 의심할 합리적인 근거가 있는 경우, 지정된 범죄의 수사 또는 기소를 목적으로 그 정보를 이용할 수 있다."

(3) "DNA 분석결과의 사용 -명령 또는 허가(승인)"

"누구도 이 법에 의거한 경우를 제외하고는 명령이나 허가의 집행중에 확보한 신체 물질에 대한 법의학적 DNA 분석의 결과를 사용해서는 안된다."

제8.1조

(1) "정보에 대한 접근의 제거(배제) - 범죄현장 색인"

"범죄현장색인 내의 정보에 대한 접근은, 만약 그 정보가 다음에 해당하는 사람의 신체물질로부터 추출된 DNA 프로파일과 관련되어 있는 경우 지체없이 그 색인으로부터 삭제되어야 한다."

(a) "관련 수사의 대상인 지정범죄의 피해자"

(b) "관련수사에 있어서 피의자에서 탈락된 사람"

(2) "기타 색인들"

"피해자 색인, 실종자 색인, 실종자 친척 색인, 유해색인 또는 자발적인 기증자 색인 내의 DNA 프로파일에 관련한 정보에 대한 접근은, 만약 the Commissioner가 다음과 같은 통지를 받은 경우 지체없이 그 색인으로부터 삭제되어야 한다."

(a) "신체물질로부터 프로파일이 추출된 사람이 삭제된 정보에 접근하기를 원하는 경우"

(b) "이 법률하에서 이 프로파일을 다른 프로파일과 비교하는 것이 확보된 프로파일과 관련한 수사에 도움이 되지 않을 경우"

(3) "정기적인 삭제"

"만약 the Commissioner(감독관)가 법률에 규정된 기간이 만료하기 전에 적절하다고 생각하는 수

사기관에 의해 다음과 같은 조언을 받지 않는 한, 법률에 의해 규정된 기간이 경과된 후, 피해자 색인, 실종자 색인, 실종자 친척 색인, 자발적 기증자 색인 내의 DNA 프로파일과 관련한 정보에 대한 접근은 즉시 삭제되어야 한다."

(a) "수사기관이 신체물질로부터 프로파일이 추출된 사람에 의해 그가 삭제된 정보에 대한 접근을 원한다는 통지를 받지 않은 경우"

(b) "이 법률하에서 그 프로파일과 다른 프로파일의 비교가 확보된 프로파일과 관련한 조사에 있어서 도움이 될 수 있다."

(4) "차후의 DNA 프로파일"

"이 조항하에서 어떤 색인으로부터 어떤 사람의 DNA 프로파일과 관련한 정보에 대한 접근의 제거가, 동일한 사람의 신체물질로부터 추출된 DNA 프로파일과 그 프로파일과 관련한 모든 정보를 이 법률에 따라 차후에 모든 색인에 추가되는 것을 금지하지 않는다."

(5) "규정"

"동조 (1)항부터 (3)항까지의 모든 규정하에서의 정보에 대한 접근의 제거는 해당 조항과 관련하여 적용되는 모든 규정에 명시된 요구사항에 따라 수행되어야 한다."

제8.2조(다른 색인으로 이전)

"다른 색인에 프로파일을 추가하는 것이 이 법의 적용가능한 조항에 부합하는 한, the Commissioner는 유죄판결을 받은 범죄자 색인 또는 실종자 친척 색인을 제외한 다른 한 색인으로부터 이와 관련한 DNA 프로파일과 정보를 다른 색인으로 이전할 수 있다."

제9조

(1) ("영구적으로 보관해야 할 정보")

"제9.1조 (2)항 그리고 형사기록법(Criminal Record Act)에 따라 유죄판결을 받은 범죄자에 대한 정보는 영구적으로 보관해야 한다."

(2) "영구적으로 삭제해야 할 정보"

"유죄판결을 받은 범죄자에 대한 정보에의 접근은 다음의 경우에 영구적으로 삭제되어야 한다."

(a) "그 정보와 관련한 사람으로부터 신체물질의 수집을 위한 모든 명령 또는 허가가 최종적으로 무효화된 경우 지체없이 삭제되어야 한다."

(b) "명령이 내려지거나 허가가 부여된 것과 관련한 모든 지정된 범죄에 대해 최종적으로 무죄가 선고된 경우 지체없이 삭제되어야 한다."

제9.1조

(1) "청년 – 정보에 대한 접근이 삭제됨"

"Young Offenders Act 또는 Yotth Criminal Justice Act하에서 지정된 범죄에 대해 유죄로 밝혀진 청년과 관련하여 유죄판결 받은 범죄자 색인내의 정보에 대한 접근은, 동일한 범죄에 관한 그 기록이 Youth Criminal Justice Act Part 6에 의거하여 캐나다 국립기록보관소에서 파기, 봉인, 이전하도록 요구받는 경우 지체없이 영구적으로 삭제되어야 한다."

(2) "예외"

"그럼에도 불구하고 제9조는 다음과 관련한 유죄판결 받은 범죄자 색인내의 정보에 적용한다."

(a) “Youth Criminal Justice Act 제2조(1)하에 정의된 심각한 폭력범죄”
(b) “그 법률 제120조(6)가 적용되는 기록”

바. 일본의 DNA 관련 입법현황

일본의 경우 2004년 12월부터 경찰청에서 「遺留資料型情報檢索 시스템」을 도입하였으며, 2005년 6월 경찰청 주관 DNA 데이터베이스 전문가회의 논의 결과 동년 8월 「국가공안위원회규칙 제15호 DNA형기록취급규칙」 및 「경찰청훈령 제8호 DNA형기록취급세칙」을 제정하여 동년 9월 이후부터 시행하고 있다.[615] 이는 개별사건의 수사필요성에 따라 수집된 정보에서 비롯된 데이터베이스는 “적법하게 확보한 정보의 유효한 활용을 가능하게 하는 것이 가장 우선적인 과제”라는 판단하에서 입법적 조치가 필요하지 않도록 한 것이었다.[616]

■ 「**DNA형기록취급규칙**」
(경찰법시행령 제13조 제1항의 규정에 따라 DNA형기록취급규칙을 다음과 같이 정한다)

제1조(목적) “이 규칙은 피의자 DNA형 기록 등을 조직적으로 작성하고 관리하며, 운용하는데 필요한 사항을 정함으로써 범죄수사에 도움이 되는 것을 목적으로 한다.”

제2조(정의) 생략

제3조(작성등) 1. “경찰청형사국감식관(이하 범죄감식관이라 한다)은 경시청, 도부현 경찰본부 또는 방면본부의 범죄수사를 담당하는 과의 장 또는 경찰서장(이하 경찰서장 등이라 한다)으로부터 촉탁을 받은 피의자자료의 DNA형 감정을 행하고, 그 특정 DNA형이 판명된 때에는 해당 피의자자료의 특정 DNA형, 기타 경찰청장이 정하는 사항의 기록을 작성해야 한다.”

2. “경찰청 또는 도부현경찰본부의 과학수사연구소장(이하 과학수사연구소장이라 한다)은 해당 과학수사연구소가 경찰서장등으로부터 촉탁을 받은 피의자자료의 DNA형 감정을 행하고, 그 특정 DNA형이 판명되었을 때는 해당 피의자자료의 특정 DNA형, 기타 경찰청장관이 정하는 사항의 기록을 작성하여 이를 범죄감식관에게 전자적 방법에 의해 송신해야 한다.”

3. “과학수사연구소장은 해당과학수사연구소가 경찰서장등으로부터 촉탁을 받아 유류자료 또는

615) 권창국 외, 『DNA DB운영의 경제적 효용성 평가인자 조사연구』, 대검찰청 연구용역보고서, 2016, 51-53면.
616) 未井誠史, 「DNA型データベースをめぐる論点」, 『レファレンス』, 722(2011.3.), 國立國會圖書館, 6頁.

변사자등 자료의 DNA형 감정을 행하고, 그 특정 DNA형이 판명된 경우에 있어서, 당해 경찰서장 등이 제5조 제2항의 규정에 의한 대조를 할 필요가 있다고 인정될 때는, 해당 유류자료 또는 변사자등 자료의 특정 DNA형, 기타 경찰서장관이 정한 사항의 기록을 작성하여 이를 범죄감식관에게 전자적 방법으로 송신해야 한다."

4. "과학수사연구소장은 전2항의 규정에 의해 송신을 했을 때는 해당 송신에 관계된 피의자 DNA형 기록, 유류 DNA형 기록 또는 변사자등 DNA형 기록을 말소해야 한다."

제4조(범죄감식관 및 과학수사연구소 이외의 기관 등에 감정을 촉탁한 경우의 특칙) 생략

제5조(대조)

1. "범죄감식관은 제3조 제1항의 규정에 의해 피의자 DNA형 기록을 작성했을 때는, 신속하게 해당 기록에 관한 특정 DNA형과 그 보관하는 유류 DNA형 기록에 관한 특정 DNA형을 대조하고, 즉시 그 결과를 그 도도부현 경찰의 경찰서장등이 해당 작성에 관련된 DNA형 감정의 촉탁을 한 도도부현 경찰의 과학수사연구소장에게 통지하여야 한다."
2. "범죄감식관은 제3조 제2항 또는 제3항(전조 제2항의 규정에 의하여 준용한 경우를 포함한다)의 규정에 의한 송신을 받았을 때는 신속히 다음 각호에서 열거한 기록에 관한 특정 DNA형과 각각 해당 각호에서 정한 기록에 관한 특정 DNA형을 대조하고, 즉시 그 결과를 해당 송신을 한 과학수사연구소장에게 통지해야한다."

   一. "피의자 DNA형 기록 범죄감식관이 보관하는 유류 DNA형 기록"

   二. "유류 DNA형 기록 범죄감식관이 보관하는 피의자 DNA형 기록 및 유류 DNA형 기록"

   三. "변사자등 DNA형 기록 범죄감식관이 보관하는 피의자 DNA형 기록 및 특이행방불명자등 DNA형 기록"

3. "범죄감식관은 전2항의 규정에 의한 대조를 한 경우, 해당 피의자 DNA형 기록 또는 유류 DNA형 기록에 관한 특정 DNA형이 그 보관하는 유류 DNA형 기록에 관한 특정DNA형에 해당했을 때는, 즉시 그 결과를 해당 보관하는 유류 DNA형 기록을 송신한 과학수사연구소장에게 통지하여야 한다."
4. "전2항의 규정에 의하여 통지를 받은 과학수사연구소장은 즉시, 해당 각조의 규정에 의한 통지의 내용을 해당 통지에 관계되는 피의자 자료, 유류자료 또는 변사자자료에 있어서 DNA형 감정을 촉탁한 경찰서장 등에게 통지하여야 한다."

제6조(정리보관)

1. "범죄감식관은 제3조 제1항의 규정에 의한 피의자 DNA형 기록을 작성하였을 때 또는 동조 제2항 또는 제3항(제4조 제2항의 규정에 의하여 준용되는 경우를 포함한다)의 규정에 의한 피의자 DNA형 기록, 유류 DNA형 기록 또는 변사자 DNA형 기록의 제출을 받은 때에는 이를 정리보관하여야 한다."
2. "범죄감식관은 피의자 DNA형 기록, 유류 DNA형 기록 또는 변사자 DNA형 기록의 보관에 있어서는 여기에 기록된 정보의 누설, 멸실 또는 훼손의 방지를 위해 필요하고도 적절한 조치를 강구하여야 한다."

제7조(말소)

1. “범죄감식관은 그 보관하는 피의자 DNA형 기록이 다음 각호 가운데 하나에 해당한다고 인정될 때에는 피의자 DNA형 기록을 말소해야 한다.”
   一. “피의자 DNA형 기록에 관련된 사람이 사망한 때”
   二. “전호에 열거된 것 외에 피의자 DNA형 기록을 보관할 필요가 없어진 때”
2. “범죄감식관은 그 보관하는 유류 DNA형 기록이 다음 각호 가운데 하나에 해당된다고 인정할 때는 해당 유류 DNA형 기록을 말소해야 한다.”
   一. “유류 DNA형 기록과 관련된 사건에 있어서 확정판결을 거쳤을 때”
   二. “전항에 열거된 것 외에 유류 DNA형 기록을 보관할 필요가 없어진 때”
3. “범죄감식관은 그 보관하는 변사자등 DNA형 기록이 다음 각호 가운데 해당한다고 인정될 때에는 해당 변사자등 DNA형 기록을 말소하여야 한다.”
   一. “제5조 제2항의 규정에 의해 대조를 한 경우에, 해당 변사자등 DNA형 기록에 관계된 특정 DNA형이 범죄감식관이 보관하고 있는 특이행방불명자등 DNA형에 해당하고, 해당 변사자등 DNA형 기록에 관계된 변사자등이 해당 특이행방불명자등 DNA형 기록에 관계된 특이행방불명자(행방불명자발견활동에 관한 규칙 제2조 제2항에 규정하는 특이행방불명자를 말한다)로 판명된 경우”
   二. “전항에 열거된 것 외에 변사자등 DNA형 기록을 보관할 필요성이 없어진 경우”

■ 「**DNA형기록취급세칙」(2005년 경찰청 훈령 제8호)** 개정 2015년

“DNA형기록취급세칙을 다음과 같이 정한다.”

제1조 (피의자 DNA형 기록의 작성 등)

“DNA형기록취급규칙(平成 17년 국가공안위원회규칙 제15호, 이하 규칙이라 한다) 제3조 제1항 및 제2항의 경찰청장관이 정하는 사항은 다음에 열거된 바와 같다.”

(1) “피의자의 이름, 성별 및 생년월일”
(2) “피의자가 검거된 연월일”
(3) “피의자와 관련된 사건의 죄명 등”
(4) “피의자 자료의 종류”
(5) “피의자 자료의 특정 DNA형”
(6) “기타 참고가 되는 사항”

제2조(유류 DNA형기록등의 작성 등)

“규칙 제3조 제3항의 경찰청장관이 정하는 사항은 다음에 열거된 바와 같다.”

(1) “유류자료 또는 변사자등 자료에 관계된 사건의 죄명 등”
(2) “유류자료 또는 변사자등 자료에 관계된 사건의 개요”
(3) “유류자료 또는 변사자등 자료의 종류”
(4) “유류자료 또는 변사자등 자료의 특정 DNA형”
(5) “기타 참고가 되는 사항”

■ **경찰청통달(정감발 제502호) DNA형감정의 운용에 관한 지침의 운용상의 유의사항**

"DNA형감정의 운용에 관한 지침의 운용상의 유의사항에 관하여"

"이번 DNA형감정의 운영에 관한 지침이 개정되어, 「DNA형감정의 운영에 관한 지침에 대하여」(平成 31년 3월 29일부 경찰청 丙鑑発 제24호, 丙刑企発 제93호)로 시달된 바 있지만, 동 지침의 운영상의 유의사항 등에 대하여는 아래에 기술된 바와 같기 때문에 실수가 없도록 해야 한다."

중략

1. DNA형감정의 활용의 목적(지침 2(2) 관계)

"DNA형감정의 활용의 목적에 있는 「피의자가 아닌 자를 수사대상에서 제외」하는 것은, 용의자 전체에 대하여 DNA형 감정을 실시해야 한다는 취지를 의미하는 것이 아니라, 잘못된 체포의 방지나 피의자를 추려내는데 활용하는 등 DNA형감정의 유용성을 의미하는 것이다."

2. 감정서(지침3 관계)

(1) 감정원의 자격에 대하여

"DNA형 감정은 고도의 전문적 지식 및 기술적 능력을 필요로 하는 것 외에 경찰에 있어서 통일적 운용을 도모할 필요가 있으므로, 감정서 작성에 대해서는 과학경찰연구소장이 교부하는 DNA형감정자격인정서(이하 인정서라 한다)를 가진 감정기술직원이 실시한다."

(2) 감정원의 인정에 대하여

"인정서는 과학경찰연구소 법과학연구소의 소요의 연수과정을 수료하고, DNA형감정에 필요한 지식 및 기술을 습득했다고 인정된 자에 대해서, 과학경찰연구소장이 교부한다."

"또한, 인정서를 보유하고 있지 않은 감정기술직원이 검사보조자로서 작업에 임하는 것은 문제가 없다."

3. 검사시설, 감정방법 등(지침 4관계)

(1) 검사시설에 대하여

중략

(2) 감정방법 등에 대하여

중략

4. 감정자료취급상의 유의사항(지침 5(2) 관계)

(1) 채취시의 유의사항에 대하여

i) 건조혈흔 등 채취

"흉기 또는 착용한 옷 등, 운반이 용이한 것에 부착한 혈흔이나 정액반 등은, 부착한 채로 채취하는 것이 원칙이지만, 운반하기 곤란한 것에 부착하고 있는 등 이로 인해 어려운 경우에, 건조한 血粉狀 또는 鱗片狀을 보이는 등 박리 가능한 경우에는 벗겨 채취하기."

"앞서 기술한 방법 중에도 더 어려운 경우에는 증류수 또는 생리식염수에 적신 가제 또는 면사 등에 전사하여 채취하게 되는데 이 경우 감정의 용이성을 고려하여 가능한 한 어두운 상태에서의 채취에 노력해야 한다."

ii) 모근초가 붙어 있는 모발의 채취

"모근초가 붙어 있는 모발을 채취할 때 수납용기에 대해서는 모근초가 밀착되어 박리가 곤란한 것은 피해야 한다."

iii) 루미놀 시약 등의 사용한도

"혈액을 검색할 때에 사용하는 루미놀시약, 정액반응을 검색할 때 사용하는 SM테스트 시약 등의 분무에 대해서는, 그 사용횟수에 따라서는 DNA를 파괴할 우려가 있기 때문에 그 사용은 필요 최소한도로 그쳐야 함(2회 정도를 말한다)"

iv) 감정촉탁 될 때까지의 조치

중략

v) 구강내세포의 제출을 받았을 때 조치

중략

vi) 혈액의 채취시 조치

"혈액을 채취할 때는 필요이상으로 채취하지 않도록 주의할 것. 채취한 신선한 혈액에 대해서는 검사의 용이성을 고려하여 응고방지제(EDTA 등)를 이용하여 응고방지에 힘쓰도록 할 것"

"피의자의 신체로부터의 채혈은, 그 형태에 비추어 감정처분허가장의 발부를 얻어 행할 것. 또한 채혈을 할 때 피의자의 저항이 예상되는 경우 등 직접 강제가 필요한 경우에는 감정처분허가장과 함께 신체검사영장을 발부받아 행할 것"

(2) 현장자료의 감정 및 감정 후의 유의사항에 대하여

i) 재감정을 고려한 시료의 잔여분의 취급

중략

ii) 자료의 잔여분 또는 시료의 잔여분의 적절한 보존

중략

(3) 감정처분허가장등에 의해 채취한 혈액 등의 조치에 관하여

"피의자의 신체로부터 채취한 혈액 등의 폐기는 형사소송법 제121조 제2항에 정한 압수물의 폐기처분과는 달리, 감정처분허가장의 성격상 당연하게 폐기할 수 있는 것을 말한다. 즉, 자료수집의 수단, 방법 등은 감정에 필요하고 상당하다고 인정되는 범위의 것인지가 요구되고 있기 때문에, 감정처분허가장에 의해 채취한 혈액 등은 감정목적을 달성하는데 필요상당한 양이어야 한다. 하지만 감정종료 후, 비록 미량이어도 잔량이 발생하는 것은 당연히 예상할 수 있는 바이다. 그 경우 혈액 등의 파괴라는 감정에 필요한 처분을 허가하는 감정처분허가장의 발부를 받아 채취한 것인 이상 그 처분에 대해서는 수감정인에 위임되어 있으며, 이를 폐기하는 것은 당연히 허용되는 것으로 해석된다."

5. 감정서등의 채취 및 보관(지침 6관계)

"감정서 기타 감정결과 또는 그 경과 등이 기록되어 있는 서류에는 개인정보가 포함되므로, 그 취급에 있어서는 형소법 등의 규정에 따라 적절히 실시해야 한다. "형소법 등"은 형소법 제196조, 범죄수사규범 제9조 및 국가공무원법 제100조 또는 지방공무원법 제34조를 말한다."

"또 "그 경과 등이 기록되어 있는 서류"란 감정에 이용한 검사방법이나 그 경과의 기록(워크시트 등), 감정결과에 관련되는 각종 분석데이터 등을 의미하는 것이다. 이것들은 감정의 객관성, 신용성 등을 보장하는 것으로, 감정내용의 확인이나 정밀조사 등이 필요한 경우에 대비해 적절히 보관해 두어야 할 것."

사. 호주

호주에 있어서 DNA 증거는 전문가의견 증거의 한 형태로서, 배타적인 규칙이나 사법재량에 의해 금지되지 않는 한 형사소송에서 증거로서 허용되고 있다.[617] 호주의 Crime Act Part 1D의 규정에 의하여, 포렌식절차 또는 DNA 데이터베이스 시스템상의 정보의 기록 또는 사용과 관련한 Part 1D 규정을 위반하거나 준수하지 못한 경우 포렌식절차로부터 확보된 증거는 허용할 수 없다고 규정하고 있다. 하지만 법원은 동규정에 의해 부적합한 증거임에도 불구하고 그 승인을 정당화하는 문제의 개연성에 대한 비교형량을 받아들이거나 또는 포렌식 증거의 대상이 되는 사람이 그 증거의 승인에 반대하지 않는 경우 그 증거를 허용할 수 있는 재량을 갖고 있다.[618] 하지만 증거의 입증가치 그 자체만으로 증거의 허용가능성을 정당화하지는 않으며, 포렌식 절차의 결과로서 얻어진 증거가 Part 1D 하에서 파기하도록 요구되어진 경우 그 사람에 대한 절차에서 허용될 수 없도록 하고 있다.[619]

Crime Act 규정들은 범죄현장샘플이나 비공식적으로 획득한 샘플과 같이 Part 1D의 틀 밖에서 확보한 DNA 증거에는 적용되지 않기 때문에, 그러한 증거의 허용가능성은 관련 관할권에 적용되는 증거규칙에 따라야 한다.[620]

호주의 경우 위법수집증거배제법칙은 DNA 증거의 불법적이거나 부적절한 수집, 이용, 보관을 저지하기 위한 주요한 수단이다. Crime Act는 Part 1D의 조항을 위반하여 얻은 DNA 증거를 인정할 것인가 여부를 결정할 때 판사에게 비교형량심사(a balancing test)를 제공하고 있으며, 부적절하거나 불법적으로 확보된 증거와 관련하여서는 증거법에서도 유사한 접근법이 취해지고 있다.[621]

---

617) https://www.alrc.gov.au/publications/44-criminal-proceedings/admissibility-unlawfully-obtained-dna-evidence; 검색일: 2019년 7월 1일.
618) Crime Act 1914(Cth)23XX.
619) Crime Act 1914(Cth)23XY.
620) https://www.alrc.gov.au/publications/44-criminal-proceedings/admissibility-unlawfully-obtained-dna-evidence; 검색일: 2019년 7월 1일.
621) Evidence Act 1995(Cth) s.138.

Crime Act 1914

part ID– Forensic Procedure

Division 1 – 사용된 표현의 설명

23WA 정의 (생략)

23WB Interview Friends

Division 2 – 피의자에 대한 포렌식 절차의 승인과 시간제한

23WC 서로 다른 상황에서 포렌식절차가 어떻게 승인될 수 있는가

23WCA 포렌식 절차를 수행하기 위한 시간제한

Division 3 – 동의에 의한 피의자에 대한 포렌식 절차

23WD 포렌식 절차는 피의자의 사전동의에 의해 수행될 수 있다.

23WE 포렌식 절차에 동의할 수 없는 사람

23WF 포렌식 절차에 대한 사전동의 – 일반

23WG 포렌식 절차에 대한 사전동의 – 원주민과 토레스 해협 섬주민

23WH 순경(Constable)은 피의자에게 포렌식절차에 대한 동의를 구할 수 있다

23WI 포렌식 절차에 동의를 요구하기 전에 순경에 의해 고려되어야 할 사항들

23WJ 동의를 제공하기 전에 피의자가 고지받아야 하는 사항들

23WK 동의의 철회

23WL 정보의 제공과 피의자의 답변의 기록

23WLA 포렌식 절차를 수행하기 위한 시간 – 비구금상태의 피의자

Division 4 – 상급 경찰관의 명령에 의한 피의자에 대한 체외 포렌식 절차

23WM 상급경찰관의 명령에 의해 체외 포렌식 절차가 수행될 수 있다

23WN 상급경찰관이 체외포렌식 절차를 명령할 수 있는 상황

23WO 포렌식 절차를 명령하기 전에 상급경찰이 고려해야 할 사항들

23WP 상급경찰관 명령의 기록

Division 5 – 치안판사의 명령에 의한 피의자에 대한 포렌식 절차

Subdivision A – 일반

23WQ 포렌식 절차는 치안판사의 명령에 의해 수행될 수 있다.

23WR 치안판사가 포렌식 절차를 명령할 수 있는 상황들

Subdivision B – 최종명령(Final Order)

23WS 포렌식 절차를 수행하기 위한 최종적인 명령

23WT 치안판사가 포렌식절차를 명령하기 전에 고려해야 할 상황들

23WU 명령을 위한 신청

23WV 심리에 피의자 참석의 보장 – 구금상태 피의자

23WW 심리에 피의자 참석의 보장 – 비구금상태의 피의자

23WX 명령을 위한 신청의 심리절차

23WY 명령

Subdivision C – 잠정적인 명령(Interim Order)

23XA 포렌식절차를 수행하기 위한 잠정적인 명령

23XB 잠정적인 명령을 위한 신청

23XC 잠정적인 명령을 위한 신청의 심리절차

23XD 잠정적인 명령

23XE 신청과 잠정적인 명령의 기록

23XF 피의자가 증거를 인멸하거나 오염시키는 것을 막을 수 있음

23XG 잠정적인 명령하에서 수행된 포렌식 절차의 결과

Subdivision D – 치안판사에 의해 명령된 포렌식 절차의 시간적 제한

23XGA 신청

23XGB 포렌식 절차 수행 시간 – 비구금상태의 피의자

23XGC 비구금상태 피의자의 체포

23XGD 포렌식 절차 수행시간 – 구금상태 피의자

Subdivision E – Division하에서의 절차의 보고

23XH 공개 제한

Division 6 – 피의자에 대한 포렌식절차의 수행

Subdivision A – 일반규정

23XI 포렌식 절차 수행을 위한 일반원칙

23XIA 포렌식 절차중 심문은 없음

23XIB 포렌식 절차 수행중 강제력 사용

23XK 포렌식 절차는 잔인하고 비인간적이고 수치스런 방식으로 수행되지 않음

23XL 모발샘플 채취

Subdivision B – 포렌식 절차에 참여하는 사람들

23XM 포렌식절차를 수행할 수 있는 사람들

Subdivision C – 포렌식 절차를 수행할 수 있는 사람들에 관한 추가 규정

23XN 일정한 포렌식 절차는 일반적으로 피의자와 동성인 사람에 의해 수행된다.

23XO 포렌식 절차를 수행하는 사람들은 포렌식 절차를 수행하는데 있어서 다른 사람의 도움을 받을 수 있다

Subdivision D – 포렌식 절차가 수행되는 동안 다른 사람의 참여

23XP 피의자의 선택에 따라 의사나 치과의사가 체내 포렌식 절차에 참여할 수 있다.

23XQ Interview friend 또는 법률대리인의 참여 – 어린아이 또는 무능력자

23XR Interview friend 또는 법률대리인의 참여 – 원주민과 토레스 해협 섬주민

23XS 순경의 참여

23XSA 교도관의 참여

Subdivision E – 포렌식 절차의 기록

23XT 포렌식 절차의 기록

Subdivision F – 포렌식 절차가 수행된 이후의 절차

23XU 샘플 – 공유하기에 충분한 자료

23XUA 샘플 – 공유하기에 불충분한 자료

23XV 사진

23XW 분석결과

23XWA 포렌식 절차 수행의 방해(저지)

Division 6A – 중대하고 규정된 범죄로 인한 유죄판결 후 일정한 포렌식 절차의 수행

23XWB Division이 적용되는 범죄

23XWC 범죄자에게 수행하도록 규정된 체외 포렌식 절차

23XWD 중대한 범죄자에게 수행하도록 규정된 체내 포렌식 절차

23XWE Division 6의 적용

23XWH 순경은 범죄자에게 포렌식절차에 동의할 것을 요청할 수 있다.

23XWI 범죄자가 동의를 제공하기 전에 고지받아야 하는 사항들

23XWK 순경이 체외 포렌식 절차를 명령할 수 있는 상황들

23XWL 순경에 의해 고려되어야 할 사항들

23XWM 정보와 동의제공에 대한 기록

23XWN 순경의 명령에 대한 기록

23XWNA 판사 또는 치안판사가 포렌식 절차를 명령할 수 있는 상황들

23XWO 범죄자에게 포렌식 절차를 수행하기 위한 판사 또는 치안판사의 명령

23XWOA 심문절차에 있어서 범죄자 참석의 확보 – 구금상태의 범죄자

23XWOB 심문절차에 있어서 범죄자 참석의 확보 – 비구금상태의 범죄자

23XWP 유죄판결 후 포렌식 절차의 수행

Division 6B – 자원자 그리고 일정한 다른 사람들에 대한 포렌식절차의 수행

23XWQ 자원자에 대한 포렌식 절차의 수행

23XWR 자원자 또는 부모 또는 자원자의 보호자의 사전동의

23XWS 정보와 동의 제공에 대한 기록

23XWT 동의의 철회

23XWU 치안판사가 아동 또는 무능력자에 대한 포렌식 절차 수행을 명할 수 있는 상황들

23XWV 자원자, 부모, 아동 또는 무능력자의 보호자가 동의를 철회한 후 치안판사 명령에 의한 포렌식 자료의 보유

Division 7 – 증거의 허용가능성

Subdivision A – 포렌식 증거

23XX 부적절한 포렌식 절차 등으로 얻어진 증거의 불인정

(1) "이 조항은 다음의 경우에 적용한다."

(a) "포렌식 절차가 어떤 사람에 대해 수행되었고"

(b) "다음의 경우를 위반하였거나 준수하지 못한 경우"

(i) "그 사람에 대해 수행된 포렌식 절차와 관련한 이 장의 규정(포렌식 절차 수행 전이나 시행된 후 언제든지 조치를 취해야 하는 규정을 준수하지 않는 경우를 포함하지만 그에 제한되지 않는다) 또는"

(ii) "Commonwealth DNA 데이터베이스 시스템상의 정보의 기록 또는 이용과 관련한 Division 8의 규정들"

(2) "이 조항은 다음의 경우에 적용하지 않는다."

(a) "포렌식 자료를 파기하도록 요구하는 이 장의 규정"

(b) "파기되지 않은 포렌식 자료"

Note : "Sect. 23XY는 이 장이 포렌식 자료를 파기하도록 요구하는 경우에 적용한다."

(3) "이 조항은 다음의 경우에 적용한다."

(a) "포렌식 절차에 의해 그 사람으로부터 확보한(채취한) 포렌식 자료의 증거 또는 포렌식 자료로 구성된 증거"

(b) "포렌식 자료의 분석 결과 증거"

(c) "포렌식 절차의 수행과 관련하여 또는 그 결과로서 얻어진 또는 만들어진 모든 증거"

(4) "이 조항을 적용하는 경우, subsection(3)에 기술된 증거는 다음의 경우가 아닌 한 법원에서 그 사람에 대한 절차에서 인정될 수 없다."

(a) "그 사람이 증거의 승인에 반대하지 않는 경우"

(b) "법원의 의견으로 본 장의 규정을 준수하지 않았음에도 불구하고 절차상 증거의 입증을 정당화하는 사안의 개연성의 비교형량에 만족하는 경우"

(5) "제4항의 목적에 관하여 법원에 의해 고려되어야 할 사항은 다음과 같다."

(a) "동등한 증거 또는 동등한 입증가치를 가진 증거가 다른 수단에 의해 확보되어질 수 있었는지를 포함한, 그 증거의 입증가치"

(b) "이 장의 규정들을 준수하지 못한 이유"

(c) "이 장 규정불준수의 중대성 그리고 그러한 불준수가 이 장하에서의 중요한 보호를 박탈했는가의 여부"

(d) "이 장 규정불준수가 고의인가 과실인가의 여부"

(e) "준수되지 않은 이 장 규정의 성격"

(f) "관련 범죄의 성격과 절차의 주요 문제"

(g) "그 증거를 허용하는 것이 이 장에 의해 사람들에게 주어지는 보호를 심각하게 침해하는가의 여부"

(h) "법원이 관련이 있다고 생각하는 다른 모든 문제"

(6) "그 증거의 입증가치 그 자체가 그 증거의 승인을 정당화하지는 않는다."

(7) "만약 판사가 (4)항에 의해 배심원 앞에 증거제출을 허용하는 경우 판사는 다음의 사항을 해야만 한다."

(a) "배심원에게 이 장의 조항의 위반 또는 불준수를 고지해야만 한다."

(b) "배심원에게 판사가 그 상황에 적절하다고 생각하는 증거에 대한 경고를 해야만 한다."

23XY 포렌식자료가 파기하도록 요구된 경우 증거의 불승인

(1) "이 장의 조항이 포렌식절차에 의해 어떤 사람으로부터 채취한 포렌식 자료를 파기하도록 요구하는 경우, (2)항을 다음의 경우에 적용한다."

(a) "포렌식 자료의 증거"

(b) "만약 그 자료가 파기되지 않은 경우 – 포렌식 자료로 구성된 증거"

(c) "포렌식자료 분석의 모든 결과"

(d) "포렌식 절차 수행의 결과 또는 그와 관련하여 만들어지거나 확보된 다른 모든 증거"

(2) "그 분석결과 그리고 다른 증거가 만약 검찰에 의해 그 사람에 대한 소송절차에서 제시된 경우에는 허용될 수 없지만, 그 사람 본인이 그러한 절차에서 제시한 경우에는 허용될 수 있다."

Subdivision B – 다른 증거

23XZ 포렌식 절차의 동의와 관련된 증거의 허용가능성

"포렌식 절차에 대한 동의의 거부, 불이행 또는 철회에 관한 증거는, 관련 범죄의 실행여부를 조사하는 경찰 또는 다른 사람이 그 조사를 수행하는 중에 법에 반하는 행동을 했다는 주장을 입증하거나 반박하는 것 외에는 그 사람에 대한 절차에서 인정되지 않는다."

23YA 포렌식 절차의 수행에 관련된 증거의 허용가능성

"23XX(4)항에도 불구하고, 포렌식 절차가 수행되는 방식에 대한 증거는 다음의 경우에 법정에서 그 사람에 대한 절차에서 허용될 수 있다."

(a) "포렌식 절차를 수행할 수 있도록 하기 위해 비합리적인 강제력이 사용되었다는 주장을 입증하거나 반박하기 위해"

(b) "그 사람이 그 증거가 비합리적인 강제력의 사용으로 유도되거나 획득되었다고 주장하는 경우 그 사람에게 불리한 자백이나 인정 또는 다른 증거에 대한 허용가능성을 판단하기 위해"

(c) "포렌식 절차가 Division 6에 따라 수행되지 않았다고 하는 주장을 입증하거나 반박하기 위해"

23YB 포렌식 절차 수행의 방해

(1) "이 조항은 순경(경찰) 또는 치안판사가 이 장하에서 피의자에 대해 포렌식 절차를 수행하도록 명령한 경우에 적용한다."

(2) "(3), (4) 항에 따라 피의자가 다음의 경우에 해당하는 증거는 관련범죄와 관련해 피의자에 대한 모든 절차에서 허용될 수 있다."

(a) "포렌식 절차의 수행과 관련하여 합리적인 지시에 따르는 것을 거부한 경우"

(b) "포렌식 절차의 수행과 관련하여 방해, 저항, 저지, 협박, 폭력행사, 위협한 경우"

(3) "만약 포렌식 절차가 실제로 만족스럽게 수행된 경우, (2)항에 열거된 증거는 인정될 수 없다."

(4) "(2)항에 열거된 증거는 다음의 경우가 규명되지 않는 한 인정될 수 없다."

(a) "피의자가 23WA(4)항에 열거된 바에 따라 순경에 의해 고지를 받은 경우"

(b) "그 외에 포렌식 절차의 수행과 관련하여 그 사람의 지시에 따르지 않거나, 방해하거나, 폭력을 행사하거나, 위협하거나, 협박하거나 방해한다는 사실이 피의자에 대한 증거로 사용될 수 있다는 것을 알았던 경우"

(5) "법원 또는 배심원은 피의자에 의해 또는 피의자를 위해 제출된 증거와 관련하여, (2)항에 열거된 증거로부터 정황상 적절하다고 보인 그러한 추론을 이끌어낼 수 있다."

23YBA 이 Division은 외국 또는 국제재판소에서의 절차에는 적용하지 않는다.

Division 8 – 포렌식 자료의 파기

23YBB 적용(신청)

"이 Division은 외국, 국제재판소 또는 외국의 법집행기관의 요청에 따라 제공된 포렌식 증거에는 적용하지 않는다."

23YC 잠재적인 명령이 허용되지 않은 경우 포렌식 자료의 파기

(1) "만약 포렌식 절차가 수행된 후 23XA하에서 행해진 포렌식 절차의 수행을 위한 잠재적인 명령이 허용되지 않은 경우, 수사를 한 경찰은 다음의 경우를 보장해야만 한다."

(a) "그 절차를 수행한 결과로서 얻어진 모든 포렌식 자료는 불승인 후 실행가능한 한 빨리 파기해야 한다."

(b) "포렌식 자료의 분석결과의 복사본은 피의자에게 이용가능하도록 해야 한다."

Note: "Division 9는 피의자가 활용가능한 자료의 복사본을 만드는 것에 관한 규정을 포함하고 있다."

(2) "만약 23WU항 하에서 행해진 포렌식 절차를 수행하기 위한 명령 또는 23XW에서 포렌식 자료의 보유에 관한 명령이 그 절차를 수행한 결과로서 확보된 포렌식 자료들을 보유될 수 있는 기간을 명시한 경우"

23YD 12개월 후 포렌식자료의 파기

(1) "이 조항은 포렌식자료가 이 장 하에서 수행된 포렌식 절차에 의해 피의자로부터 채취된 경우에 적용한다(Division 6A와 6B 제외)."

(2) "만약"

(a) "포렌식 자료가 채취된 이후 12개월의 기간이 경과한 경우"

(b) "관련 범죄에 관한 절차가 피의자에 대해 시작되지 않았거나 중단된 경우"

"피의자에 대한 체포영장이 발부되지 않는 한 포렌식 자료는 가능한 한 빨리 파기되어야 한다."

(3) "만약"

(a) "피의자가 관련 범죄를 행한 것으로 밝혀졌지만 유죄가 입증되지 않은 경우"

(b) "피의자가 그러한 범죄로 무죄를 선고받고,"

(i) "그 무죄선고에 대한 어떠한 항소도 없는 경우"

(ii) "그 무죄선고에 대한 어떠한 항소도 없고, 그 무죄선고가 확정되었거나 항소가 철회된 경우"

"피의자에 대하여 또 다른 관련 범죄에 대한 수사나 절차가 계류 중이지 않는 한 가능한 한 빨리 파기되어야 한다."

(4) "만약 피의자에 대한 체포영장이 포렌식 자료가 확보된 이후 12개월의 기간 중에 발부된 경우, 포렌식 자료는 다음의 경우 가능한 한 빨리 파기되어야 한다."

(a) "영장이 기각된 이후"

(b) "피의자가 체포된 이후 12개월의 기간이 경과된 경우"

(5) "치안판사 또는 검찰국장의 신청에 의해, 치안판사가 특별한 이유가 있다고 납득하는 한, 포렌식 자료가 이 조항에 따라 보관될 수 있는 기간을 12개월 이하로 연장할 수 있다."

(6) "치안판사는 다음의 경우가 아닌 한, (5)하에서 행해진 신청 기간을 연장하지 않는다."

(a) "그로부터 포렌식 자료가 채취된 사람이 연장신청자로부터 그러한 신청이 행해졌음을 통지

받은 경우"

(b) "본인 또는 그의 법률 대리인 또는 interview friend가 연장에 관하여 치안판사에게 진술하거나 제안할 기회를 제공받은 경우"

(7) "특정한 포렌식 자료에 관련하여 한번 이상 연장될 수 있다."

(8) "치안판사는 Commonwealth DNA 데이터베이스 시스템과 관련하여 책임있는 사람에게 이 조항하에서 주어진 연장에 대하여 통지하도록 해야 한다."

23YDAA 유죄판결이 기각된 후 범죄자로부터 채취한 포렌식 자료의 파기

"명령을 수행한 이후 유죄판결이 기각된 범죄자에 대해 포렌식 절차를 수행하기 위해 23XWG, 23XWK, 23XWO하의 권한을 확보했던 경찰은, 유죄판결이 기각된 이후 가능한 한 빨리 그 절차의 수행결과로서 확보한 모든 포렌식자료를 파기해야 한다."

23YDAB 관련된 증거가 허용될 수 없는 경우 포렌식 자료의 파기

"만약 치안판사가 포렌식 절차와 관련하여 23XX(3)하에 기술된 증거가 23XX하에서 허용될 수 없다고 판단한 경우, 위원장(Commissioner)은 가능한 한 빨리 그 포렌식 절차에 의해 그 사람으로부터 채취한 모든 포렌식 자료를 파기해야한다."

아. 외국법제 비교표

[표 3-4] 외국의 DNA 증거 관련 규정 비교

	독일	프랑스	일본	영국	미국	캐나다
목적	• 재판상 중요한 사실관계의 조사 및 확인	• 범죄수사를 용이하게 하기 위함	• 범죄수사에 도움 • 피의자 아닌 자를 수사대상에서 제외			
대상	• 피의자 • 유죄판결 확정받았거나 연방범죄경력등록부 또는 교육등록부에 기재된 자	• 대상범죄로 유죄판결을 받은 자 • 일정범죄(§706-55)로 기소된 자 • 법률규정에 따라 형법상 책임이 조각된 자 • 일정범죄(§706-55) 중 하나를 범했다고 보이는 결정적 증거 또는 개연성 높은 증거가 있는 자	• 피의자 • 유류자료 또는 변사자 자료 • 특이행방불명자	• 경찰서에 구금된 사람 • 범죄등록부에 등록대상이 되는 범죄에 관여 한 의심이 있는 사람	• 유죄판결을 받은 자 • 기소된 자 • 법률상 권한에 의해 DNA 샘플이 수집된 자 • 범죄현장에서 회수된 DNA 샘플 분석 • 미확인된 사람의 유해로부터 회수된 DNA 샘플 분석 • 실종자 친척으로부터 자발적으로 기증된 DNA 샘플 분석	• 지정된 범죄의 범행장소, 범죄피해자 신체 내외부, 피해자착용 및 소지물건, 기타 관련있는 사람의 신체, 물건, 장소의 내외부에서 유래된 DNA 프로파일 • 유죄판결을 받은 자 • 피해자 • 실종자, 실종자친척 • 유해 • 자발적 기증자
요건	• 현저히 중대한 범행 또는 성적 자기결정 침해범죄 혐의가 있고, • 향후 중대범행으로 형사절차가 진행될 것이라고 인정할 근거가		• 피의자에 대해 본건이나 여죄수사를 위해 필요한 경우	• 범죄예방 • 범죄발각을 돕는데 필요하다고 확신하는 경우 • 그 샘플이 범죄관여 의심이 있는 자의 개입을 증명 또는 반증		

	독일	프랑스	일본	영국	미국	캐나다
	있는 경우			경향이 있다고 믿는 경우		
허가여부	• 당사자의 서면동의 또는 법원의 명령 • 예외 – 지체시 위험한 경우 검사와 검찰수사관이 명할 수 있음	• 사법경찰관 직권 또는 검사나 예심판사의 지휘 • 중죄 또는 10년 이하의 징역에 처할 경죄로 유죄판결 받은 자, 중죄 또는 10년 이하의 경죄로 기소되어 법률규정에 따라 형법상 책임이 조각된 자에 대해서는 동의없이 채취가능	• 강제채취시 감정처분 허가장 등 영장발부받은 후 실시	• 경위계급 이상의 경찰관으로서 채취권한이 부여된 자 • 서면동의가 있는 경우		
고지여부	• 당사자에게 수집데이터의 사용목적 고지		• 임의제출시 본건이나 여죄수사에 이용한다는 것을 설명	• 샘플을 채취하는 이유 • 채취권한의 법적 근거 • 샘플이 탐색적 수색대상이 될 수 있다는 사실 • 혐의를 받고 있는 범죄의 성격		
사용범위	• 신원확인 및 성별확인 • 형사절차, 위험방지 및 국제사법공조	• 대상범죄에 대한 수사	• 범죄 본건수사 및 여죄수사	• 국립 DNA 데이터베이스 전략위원회 지침에 따름 • 혐의를 받고 있는 범죄의 수사와 소송절차	• 법집행상의 식별목적 • 해당 법령 또는 규칙에 따라 달리 허용되는 경우 • 형사상 변호목적	• 지정된 범죄에 대한 수사 또는 기소목적 • 실종자 또는 유해에 관한 조사

	독일	프랑스	일본	영국	미국	캐나다
					• 개인식별정보가 삭제된 경우, 인구통계 데이터베이스, 식별연구 및 프로토콜 개발 또는 품질관리 목적	
저장 및 보존 여부	• 연방형사국에 저장	• 국립유전자정보시스템에 저장 및 관리 • 국참사원령에 의해 정보 보존기간 규정		• 국립 DNA 데이터베이스	• 국립 DNA 색인시스템	
폐기여부	• 더 이상 필요하지 않은 경우 즉시 폐기	• 시스템에 더 이상 보존할 필요가 없는 경우 검찰직원 또는 이해관계인의 청구에 따라 시스템 삭제 후 결과 통보	• 피의자 사망시 • 보관의 필요성이 없어진 때 • 유류 DNA형 기록관련 사건이 확정판결을 거친 경우 • 변사자 등 DNA형 기록이 특이행방불명자로 판명된 경우	• 샘플채취가 불법적인 경우 • 샘플채취의 원인된 체포 자체가 불법적이었거나 신원오인으로 인한 경우 • 예외 : qualifying offence로 체포 또는 기소된 자, qualifying offence 수사와 관련하여 채취된 경우, 범죄등록부 등록대상범죄로 유죄판결을 받은 경우에는 자료를 영구히 보유함	• qualifying offence로 인한 유죄판결이 파기된 경우 • 기소가 기각된 경우 • 무죄판결을 받은 경우 • 해당 기간 내에 기소가 제기되지 않은 경우	• 확보된 프로파일이 관련 수사에 도움이 안 되는 경우 • 법률에 규정된 기간만료에 따른 정기적인 삭제 • 유죄판결을 받은 자로부터 신체물질 수집을 위함 명령 또는 허가가 무효가 된 경우 • 신체물질 수집 명령 또는 허가가 부여된 지정범죄에 대해 무죄가 선고된 경우 • 예외 : 제9.1조(2)항, 형사기록법에 따라 유죄판결을 받은 범죄자 정보는 영구보관

	독일	프랑스	일본	영국	미국	캐나다
증거사용 여부					• DNA 분석결과는 선행전문가 증언 없이 증거로서 허용(인디애나, 테네시) • 기초되는 기술이 과학적으로 유효한 경우 허용(알래스카) • 형사절차상 신원증명 또는 반증 증거로 허용(메릴랜드, 코네티컷)	

4. DNA 증거 관련 판례

가. 헌법판례

1) 헌법재판소 2014.8.28. 2011헌마28·106·141·156·326, 2013헌마215·360 (병합) 결정요지

1. "이 사건 채취영장조항은 헌법상 영장주의를 구체화한 조항이고, 이 사건 감식, 수록 및 관리조항은 업무처리에 관한 방식을 규정한 것에 불과하므로, 이들 조항으로 인하여 청구인들의 기본권이 직접 침해되거나, 그 법적 지위에 어떠한 영향이 발생한다고 보기 어려워 기본권 침해의 가능성이 없다."

2. 가. "이 사건 채취조항들은 범죄수사 및 예방을 위하여 특정범죄의 수형자로부터 디엔에이감식시료를 채취할 수 있도록 하는 것이다. 디엔에이감식시료 채취 대상범죄는 재범의 위험성이 높아 디엔에이 신원확인정보를 수록·관리할 필요성이 높으며, 이 사건 법률은 시료를 서면동의 또는 영장에 의하여 채취하되, 채취이유, 채취할 시료의 종류 및 방법을 고지하도록 하고 있고, 우선적으로 구강점막, 모발에서 채취하되 부득이한 경우만 그 외의 신체부분, 분비물, 체액을 채취하게 하는 등 채취대상자의 신체나 명예에 대한 침해를 최소화하도록 규정하고 있으므로 침해최소성의 요건도 갖추었다. 제한되는 신체의 자유의 정도는 일상생활에서 경험할 수 있는 정도의 미약한 것으로서 범죄수사 및 예방의 공익에 비하여 크다고 할 수 없어 법익의 균형성도 인정된다. 따라서 이사건 채취조항들이 과도하게 신체의 자유를 침해한다고 볼 수 없다."

나. "디엔에이 감식시료 채취대상 범죄는 범행의 방법 및 수단의 위험성으로 인하여 가중처벌되거나 통계적으로 향후 재범할 가능성이 높은 범죄로서 디엔에이 감식시료 채취 대상자군으로 삼은 것에 합리적 이유가 있다. 따라서 이 사건 채취조항들은 채취대상 범죄를 저지른 자들의 평등권을 침해하지 않는다."

3. "이 사건 채취동의조항은 미리 채취대상자에게 채취를 거부할 수 있음을 고지하고 서면으로 동의를 받도록 규정하고 있고, 동의가 없으면 반드시 법관이 발부한 영장에 의하여 채취하여야 한다. 따라서 동의에 의한 디엔에이 감식시료 채취를 규정한 이 사건 채취동의조항 자체가 영장주의와 적법절차원칙에 위배되어 신체의 자유를

침해하는 것은 아니다."

4. "재범의 위험성이 높은 범죄를 범한 수형인 등은 생존하는 동안 재범의 가능성이 있으므로, 디엔에이 신원확인정보를 수형인 등이 사망할 때까지 관리하여 범죄수사 및 예방에 이바지하고자 하는 이 사건 삭제조항은 입법목적의 정당성과 수단의 적절성이 인정된다. 디엔에이 신원확인정보는 개인식별을 위한 최소한의 정보인 단순한 숫자에 불과하여 이로부터 개인의 유전정보를 확인할 수 없는 것이어서 개인의 존엄과 인격권에 심대한 영향을 미칠 수 있는 민감한 정보라고 보기 어렵고, 디엔에이 신원확인정보의 수록 후 디엔에이 감식시료와 디엔에이의 즉시 폐기, 무죄 등의 판결이 확정된 경우 디엔에이 신원확인정보의 삭제, 디엔에이 인적관리자와 디엔에이 신원확인정보 담당자의 분리, 디엔에이 신원확인정보 데이터베이스관리위원회의 설치, 업무목적 외 디엔에이 신원확인정보의 사용, 제공, 누설 금지 및 위반시 처벌, 데이터베이스 보안장치 등 개인정보보호에 관한 규정을 두고 있으므로, 이 사건 삭제조항은 침해최소성 원칙에 위배되지 않는다. 디엔에이 신원확인정보를 범죄수사 등에 이용함으로써 달성할 수 있는 공익의 중요성에 비하여 청구인의 불이익이 크다고 보기 어려워 법익균형성도 갖추었다. 따라서 이사건 삭제조항이 과도하게 개인정보자기결정권을 침해한다고 볼 수 없다."

5. "이 사건 검색·회보조항에서 정한 검색·회보 사유의 필요성이 있고, 검색·회보 사유가 한정되어 있으며, 개인정보보호를 위한 조치들을 규정하고 있고, 범죄수사 등을 위한 공익이 청구인들의 불이익 보다 크다. 따라서 이 사건 검색·회보조항이 과도하게 개인정보 자기결정권을 침해한다고 볼 수 없다."

6. 가. "디엔에이 신원확인정보의 수집·이용은 수형인 등에게 심리적 압박으로 인한 범죄예방효과를 가진다는 점에서 보안처분의 성격을 지니지만, 처벌적인 효과가 없는 비형벌적 보안처분으로서 소급입법금지원칙이 적용되지 않는다. 이 사건 법률의 소급적용으로 인한 공익적 목적이 당사자의 손실보다 더 크므로, 이 사건 부칙조항이 법률시행 당시 디엔에이 감식시료 채취대상범죄로 실형이 확정되어 수용중인 사람들까지 이 사건 법률을 적용한다고 하여 소급입법금지원칙에 위배되는 것은 아니다."

나. "전과자 중 수용중인 사람에 대하여만 이 사건 법률을 소급적용하는 것은 입법형성권의 범위 내에 있으며, 법률 시행 전 이미 형이 확정되어 수용중인 사람의 신뢰가

치는 낮은 반면, 재범의 가능성, 데이터베이스 제도의 실효성 추구라는 공익은 상대적으로 더 크다. 따라서 이 사건 부칙조항이 이 사건 법률시행전 형이 확정되어 수용중인 사람의 신체의 자유 및 개인정보자기결정권을 과도하게 침해한다고 볼 수 없다."

다. "이 사건 법률 시행 당시 이미 출소한 사람은 재범의 위험성이 현재 수용중인 사람보다 낮다고 볼 수 있고, 평온한 사회생활을 영위하고 있는 사람에게까지 소급적용하는 것은 지나치므로, 이 사건 부칙조항이 수용중인 사람에 대하여만 소급적용하는 것은 평등권을 침해한다고 볼 수 없다."

2) 헌법재판소 2018.8.30. 2016헌마344·2017헌마630(병합) 결정요지

1. 생략

2. 생략

3. "이 사건 채취조항은 특정범죄를 저지른 사람의 디엔에이신원확인정보를 확보하여 데이터베이스로 관리함으로써, 범죄수사 및 예방의 효과를 높이기 위한 것으로 입법목적의 정당성 및 수단의 적합성이 인정된다. 이 사건 채취조항의 대상범죄인 형법 제320조의 특수주거침입죄는 그 행위태양, 수법 등에서 다른 범죄에 비하여 위험성이 높을 뿐만 아니라 다른 강력범죄로 이어질 가능성이 상당한 점, 판사가 채취영장을 발부하는 단계에서 채취의 필요성과 상당성을 판단하면서 재범의 위험성도 충분히 고려할 수 있는 점, 디엔에이 감식시료 채취과정에서 채취대상자의 신체나 명예에 대한 침해를 최소화하는 방법이나 절차가 마련되어 있는 점 등을 고려해 볼 때, 이 사건 채취조항은 침해의 최소성 요건을 충족한다. 이 사건 채취조항에 의하여 제한되는 신체의 자유의 정도가 범죄수사 및 범죄예방 등에 기여하고자 하는 공익에 비하여 크다고 할 수 없으므로 법익의 균형성도 인정된다. 따라서 이 사건 채취조항이 과잉금지원칙을 위반하여 청구인들의 신체의 자유를 침해한다고 볼 수 없다."

4. (가) "이 사건 영장절차조항은 이와 같이 신체의 자유를 제한하는 디엔에이 감식시료 채취과정에서 중립적인 법관이 구체적인 판단을 거쳐 발부한 영장에 의하도록 함으로써 법관의 사법적 통제가 가능하도록 한 것이므로, 그 목적의 정당성 및 수단의 적합성은 인정된다."

(나) "디엔에이 감식시료 채취영장 발부여부는 채취대상자에게 자신의 디엔에이

감식시료가 강제로 채취당하고, 그 정보가 영구히 보관·관리됨으로써 자신의 신체의 자유, 개인정보자기결정권 등의 기본권이 제한될 것인지 여부가 결정되는 중대한 문제이다. 그럼에도 불구하고 이사건 영장절차조항은 채취대상자에게 디엔에이 감식시료 채취영장 발부과정에서 자신의 의견을 진술할 수 있는 기회를 절차적으로 보장하고 있지 않을 뿐만 아니라, 발부 후 그 영장발부에 대하여 불복할 수 있는 기회를 주거나 채취행위의 위법성 확인을 청구할 수 있도록 하는 구제절차마저 마련하고 있지 않다. 위와 같은 입법상의 불비가 있는 이사건 영장절차 조항은 채취대상자인 청구인들의 재판청구권을 과도하게 제한하므로, 침해최소성의 원칙에 위반된다."

(다) "이 사건 영장절차 조항에 따라 발부된 영장에 의하여 디엔에이 신원확인정보를 확보할 수 있고, 이로써 장래 범죄수사 및 범죄예방 등에 기여하는 공익적 측면이 있으나, 이 사건 영장절차 조항의 불완전·불충분한 입법으로 인하여 채취대상자의 재판청구권이 형해화되고 채취대상자가 범죄수사 및 범죄예방의 객체로만 취급받게 된다는 점에서 양자 사이에 법익의 균형성이 인정된다고 볼 수도 없다."

(라) "따라서 이 사건 영장절차 조항은 과잉금지원칙을 위반하여 청구인들의 재판청구권을 침해한다."

5. "입법자가 이 사건 영장절차조항의 입법상의 불비를 개선함에 있어서, 채취대상자의 의견 진술절차를 마련하는데 그칠 것인지, 영장발부에 대한 불복절차도 마련할 것인지, 나아가 채취행위에 대한 위법성확인 청구절차까지 마련할 것인지, 이들 절차를 구체적으로 어떠한 내용과 방법으로 만들 것인지 등에 관하여는 이를 입법자의 판단에 맡기는 것이 바람직하다. 위와 같은 입법상의 불비는 개선입법을 함으로써 제거될 수 있음에도, 이 사건 영장절차 조항에 대하여 단순위헌결정을 하여 그 효력을 즉시 상실시킨다면, 디엔에이 감식시료 채취를 허용할 법률적 근거가 사라지는 심각한 법적 공백상태가 발생하게 된다. 그러므로 이 사건 영장절차 조항에 대하여 단순위헌결정을 하는 대신에 헌법불합치결정을 선고하되, 입법자의 개선입법이 이루어질 때까지 계속 적용을 명하기로 한다."

나. 형사판례

1) 광주고등법원 1997.12.5. 선고 97노58 판결(상고기각)

"이른바 유전자감식은 인간의 유전물질인 유전자의 일정부위가 개인에 따라 다르다는 특성을 이용하여 개인식별에 응용하는 기법으로서, 1985년 이후 본격적으로 이에 관한 연구가 진전되어오면서 상당한 정도의 이론적 체계가 수립되었고, 현재로도 경우에 따라서는 그 유전자감식결과의 증거능력과 증명력을 인정할 수 있는 것으로 이해되고 있다. 그러나 아직은 그 시행의 역사가 짧고, 분석재료의 수집, 보관, 검사기법 등 감식과정에서 지켜야 할 보편적인 규범이 정립되었다고 보기는 어려우며, 그 검사기법 역시 새로운 기술의 발달에 따라 개발되고 있는 상태이고, 또한 실제 감식과정에서는 분석재료의 수집과 보관, 검사기법, 감정인의 능력 등을 보완해야 할 필요성이 있음을 부인할 수 없으므로, 유전자감식결과에 대하여 증거능력을 인정하기 위하여는 최소한 감정인이 충분한 전문적인 지식경험과 기술수준을 가지고 있어야 하고, 감정자료는 적절히 관리되어 보전되어야 하고, 감정에 사용될 정도로 양적으로 충분하여야 하며, 검사기법은 그 당시 일반적으로 확립된 표준적인 검사기법을 사용하여야 하고, 객관적인 방법에 의하여 조작과 검사결과에 대한 분석이 이루어질 것 등의 요건을 갖추어야 하며, 위와 같은 요건이 갖춰져 그 증거능력을 인정할 수 있는 경우에도 현재의 유전자감식능력수준, 유전자형 분포도의 작성수준이나 피고인의 인권보호 측면으로 보아, 그 감식결과는 원칙적으로 피고인이 죄를 범하였다고 합리적으로 의심할만한 상당한 다른 증거가 있고, 그 신빙성이 문제로 된 경우 등에 그 신빙성 여부를 판단하는 하나의 보강증거나 정황증거로 삼을 수 있을 뿐, 위와 같은 다른 증거가 없는 상황에서 그 유전자감식에 의한 범죄의 인정은 배제되어야 할 것이다."

2) 대법원 2007.5.10. 선고 2007도1950 판결

"자유심증주의를 규정한 형사소송법 제308조가 증거의 증명력을 법관의 자유판단에 의하도록 한 것은 그것이 실체적 진실발견에 적합하기 때문이지 법관의 자의적인 판단을 인용한다는 것은 아니므로, 증거판단에 관한 전권을 가지고 있는 사실심 법관

은 사실인정에 있어 공판절차에서 획득된 인식과 조사된 증거를 남김없이 고려하여야 한다. 그리고 증거의 증명력은 법관의 자유판단에 맡겨져 있으나 그 판단은 논리와 경험법칙에 합치하여야 하고, 형사재판에 있어서 유죄로 인정하기 위한 심증형성의 정도는 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도여야 한다. 특히, 유전자검사나 혈액형검사 등 과학적 증거방법은 그 전제로 하는 사실이 모두 진실임이 입증되고, 그 추론의 방법이 과학적으로 정당하여 오류의 가능성이 전무하거나 무시할 정도로 극소한 것으로 인정되는 경우에는 법관이 사실인정을 함에 있어 상당한 정도로 구속력을 가진다 할 것이므로, 비록 사실의 인정이 사실심의 전권이라 하더라도 아무런 합리적 근거 없이 함부로 이를 배척하는 것은 자유심증주의의 한계를 벗어나는 것으로서 허용될 수 없다."

중략

"DNA 분석을 통한 유전자검사 결과는 충분한 전문적인 지식과 경험을 지닌 감정인이 적절하기 관리·보존된 감정자료에 대하여 일반적으로 확립된 표준적인 검사기법을 활용하여 감정을 실행하고, 그 결과의 분석이 적정한 절차를 통하여 수행되었음이 인정되는 이상 높은 신뢰성을 지닌다 할 것이고, 특히 유전자형이 다르면 동일인이 아니라고 확신할 수 있다는 유전자감정 분야에서 일반적으로 승인된 전문지식에 비추어볼 때, 위와 같은 감정결과는 피고인의 무죄를 입증할 수 있는 유력한 증거에 해당한다고 할 것이다."

3) 청주지법 2006고합186, 대전고등법원 2007.10.31. 선고 2007노88 판결

동 판결은 성폭력특별법상 강간등 상해죄로 기소된 사건에서 제1심은 유죄판단을 했으나, 항소심에서 무죄를 선고하였으며, 대법원에서 검사의 상고를 기각하였다. 먼저 원심판결에서 유전자 검사결과의 증명력을 인정하기 위한 전제조건으로서 "유전자검사 결과가 법관의 자유심증주의의 한계와도 관련될 수 있는 고도의 증명력을 가지는 것이기에, 그 유전자 감정의 기초가 되는 감정자료의 채취에서부터 최종분석결과가 나오기까지 전과정은 그 강한 증명력에 상응할 정도로 매우 조심스러우면서도 섬세하게 다루어져야 한다"[622]고 판시하고 있다. 그리고 유전자검사 결과가 사실적

622) 청주지법 2006고합186(황만성, "DNA증거의 증거능력", 『형사정책』, 제24권 제1호(2012.6.),

관련성을 가진 증거로서 증거가치를 인정할 수 있는 전제로서 "첫째, 감정자료가 범행과정에서 범인의 몸에서 나온 것이고, 범행현장이나 피해자의 신체 등 범행과 고도의 장소적 관련성이 인정되는 곳에서 채취되었으며, 둘째, 감정자료가 그후 적절하게 관리보존되어 감정인에 의하여 감정이 이루어졌고, 셋째, 충분한 자격을 갖춘 감정인에 의하여 일반적으로 확립된 표준적인 검사기법을 활용하여 감정이 실행되고, 그 결과의 분석이 적정한 절차를 통하여 수행되었음이 인정되어야 하며, 넷째, 그 감정결과가 유전자감정분야에서 일반적으로 승인된 전문지식에 비추어 유죄의 증거로 삼기에 충분한 정도에 이른 것이어야 할 것, … 그리고 감정자료를 채취·관리·보존하는 수사관은 사후에 재판과정에서 증거가치를 평가할 수 있도록 감정자료의 채취과정 및 채취 후 감정인에게 전달될 때까지의 연속성 증명을 위하여 감정자료의 채취, 관리 및 보존과정을 문자, 사진 등 촬영기구를 이용하여 객관적으로 기록하는 등의 조치를 취할 것"[623]을 요구하고 있다.

4) 대법원 2009.3.12. 선고 2008도8468 판결

"유전자검사나 혈액형검사 등 과학적 증거방법은 그 전제로 하는 사실이 모두 진실임이 입증되고 그 추론의 방법이 과학적으로 정당하여 오류의 가능성이 전무하거나 무시할 정도로 극소한 것으로 인정되는 경우에는 법관이 사실인정을 함에 있어 상당한 정도로 구속력을 가지므로, 비록 사실의 인정이 사실심의 전권이라 하더라도 아무런 합리적 근거 없이 함부로 이를 배척하는 것은 자유심증주의의 한계를 벗어나는 것으로서 허용될 수 없다. 과학적 증거방법이 당해 범죄에 관한 적극적 사실과 이에 반하는 소극적 사실 모두에 존재하는 경우에는 각 증거방법에 의한 분석결과에 발생할 수 있는 오류가능성 및 그 정도, 그 증거방법에 의하여 증명되는 사실의 내용 등을 종합적으로 고려하여 범죄의 유무 등을 판단하여야 하고, 여러 가지 변수로 인하여 반증의 여지가 있는 소극적 사실에 관한 증거로써 과학적 증거방법에 의하여 증명되는 적극적 사실을 쉽사리 뒤집어서는 안된다."

한국형사정책학회, 47면에서 재인용).

623) 대전고등법원 2007.10.31. 선고 2007노88 판결(황만성, "DNA증거의 증거능력", 48면에서 재인용).

5) 부산고등법원 2014.5.14. 선고 2013노514, 2013감노15(병합), 2013전노63(병합), 2013치노2(병합) 판결

"과학적 증거방법인 DNA분석을 통한 유전자검사 결과는 충분한 전문적인 지식과 경험을 지닌 감정인이 적절하게 관리·보존된 감정자료에 대하여 일반적으로 확립된 표준적인 검사기법을 활용하여 감정을 실행하고 그 결과의 분석이 적정한 절차를 통하여 수행되었음이 인정되는 이상 높은 신뢰성을 지닌다 할 것이다(대법원 2007. 9. 20. 선고 2007도5888, 대법원 2004. 12. 24. 선고 2004도7418 판결 등 참조)."

"살피건대, 원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 피해자 공소외 1은 사건 직후인 2003. 9. 23. 15:38경 직접 112에 이 사건 피해 신고를 하고, 이후 피해자의 부모와 함께 병원으로 가 피해자의 질 내에 있는 내용물 등을 채취하였으며, 마산동부경찰서는 피해자 측으로부터 위 피해자의 질 내용물 등을 수거하여 국립과학수사연구소에 감정의뢰한 점, ② 국립과학수사연구소가 2003. 10. 14. 회보한 유전자감정 결과에 의하면, 피해자 공소외 1의 질 내용물에서 정액 양성반응이 나왔는데, 이때 검출된 유전자형이 피고인의 DNA와 일치하고, 피해자의 질 내용물에서 피고인과 피해자의 DNA 이외에 다른 사람의 유전자형은 검출되지 않은 점, ③ 한국인 중 피고인 아닌 다른 사람이 피고인과 동일한 유전자형을 가지고 있을 확률은 6.33 × 본문 내 삽입된 이미지명당 1명에 불과한 점, ④ 앞서 본 바와 같이 피해자의 질 내용물은 제2 범행 발생 직후 병원에서 바로 채취되어 국립과학수사연구소에 감정의뢰 되었고, 피고인에 대한 혈액 채취도 두 번에 걸쳐 이루어졌을 뿐만 아니라 달리 감정자료를 채취하는 과정에서 조작이나 오류를 의심할 만한 특별한 사정도 찾아볼 수 없는 점, ⑤ 피해자의 질 내용물을 감정할 당시에는 아직 범인이 특정되지 아니한 상태였을 뿐만 아니라 위 감정자료로부터 검출된 유전자형을 분석하는 과정에서 적정한 절차를 거치지 않았다고 볼 만한 특별한 사정도 찾아볼 수 없는 점 등을 종합하여 보면, 피해자의 질 내용물에서 검출된 유전자형이 피고인의 DNA와 일치한다는 감정결과는 신뢰할 수 있다."

동 판결에 대한 상고법원인 대법원 역시 "DNA 분석을 통한 유전자검사결과의 증거능력과 해석 등에 관한 법리를 오해하거나 필요한 심리를 다하지 아니한 위법이 없다"고 판시하고 있다.[624]

5. DNA 증거 관련 법적 쟁점

가. DNA 증거와 적법절차

1) 영장주의원칙의 위반 여부

디엔에이법 제8조는 판사가 발부한 영장에 의하여 감식시료를 채취할 수 있도록 규정하고 있다. 이 규정과 관련하여 헌법재판소는 동 조항이 과잉금지원칙을 위반하여 채취대상자의 재판청구권을 침해한다는 이유로 헌법불합치 결정을 선고하였다.[625] 즉 현행 디엔에이법 제8조는 감식시료 채취영장 청구시 대상자의 의견을 청취하는 절차가 마련되어 있지 않을 뿐 아니라 영장발부에 관해 대상자가 불복할 수 있는 절차가 마련되어 있지 않은 입법상의 미비가 존재한다고 본 것이다.

이러한 헌법재판소의 결정에 있어서 다수의견은 "감식시료 채취영장 청구시 판사가 대상자의 의견을 직접 청취하는 절차가 명문화되어 있지 않는 이상, 판사가 대상자의 의견과 소명자료를 확인 및 고려하여 영장발부여부를 결정하는 것이 절차적으로 담보될 수 없으므로, 감식시료 채취에 대한 법관의 사법적 통제가 유명무실하게 될 우려가 있다"[626]고 보고 있다. 즉 판사가 감식시료 채취영장의 심사과정에서 시료채취 허용여부에 대한 실질적 심사에 관여할 수 있는 절차적 요건들이 없기 때문에 헌법이 요구하는 영장주의의 본래적 이념을 반영하지 못한 것이라고 보는 것이다.[627]

이에 반해 동 결정에 대하여 반대의견을 제시한 소수의견의 논점은 첫째, 영장청구서에 청구이유에 대한 소명자료 첨부가 가능한 재판청구권이 형해화된다고 볼 수 없다는 것이며, 둘째, 영장심사과정에서 검사제출 청구서와 소명자료, 대상자 의견 및 동의여부, 비례성 원칙 등이 검토되므로 의견진술절차가 봉쇄되어 있다고 보기 어렵다는 것이다. 셋째, 채취대상자가 받게 되는 기본권제한의 정도가 중대하다고

---

624) 대법원 2014.12.11. 선고 2014도6930, 2014감도25, 2014전도126, 2014치도3 판결.

625) 헌법재판소 2018.8.30. 2016헌마344, 2017헌마630(병합) 결정. 동 조항은 2019.12.31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다(http://www.law.go.kr/lsInfoP.do?lsiSeq=179025&efYd=20170707#; 검색일: 2019년 8월 18일).

626) 조성용, "디엔에이감식시료채취영장 발부 절차의 위헌성 : 헌재 2018.8.30. 2016헌마344, 2017헌마630(병합)결정", 『형사정책연구』, 제30권 제1호(통권 제117호)(2019.3.), 한국형사정책연구원, 73면.

627) 이호중, "DNA법의 문제점과 위헌성 검토", 『민주법학』, 제51호(2013.3.), 민주주의법학연구회, 246면.

볼 수 없기 때문에 영장청구시 의견진술기회를 부여할 필요가 없다고 본다.[628] 마지막으로 넷째, 채취대상자가 형사절차 등 해당 법적 절차에서 법원의 판단을 이미 받은 사람이기 때문에 영장청구시 의견진술기회를 부여할 필요가 없다고 보는 것이다.[629]

한편 영장발부에 대한 불복절차의 미비에 대한 헌법재판소 결정에 대해서 반대하는 소수의견은 "디엔에이감식시료채취 및 그 수록 등과 관련해서 기본권의 제한의 정도가 중대하다고 볼 수 없으므로, 영장 발부 후 반드시 위와 같은 구제절차를 두어야 하는 것은 아니다"라고 밝히고 있다.

2) DNA 이용 및 관리에 관한 법적 통제의 흠결 – 정보자기결정권의 침해여부

현행 디엔에이법은 디엔에이신원확인정보의 이용 및 관리와 관련하여 동법 제13조에 삭제규정만 두고 있다. 즉 개인정보에 해당하는 DNA 신원확인정보를 국가가 관리 및 이용함에 있어서 일정사유에 해당하여 삭제하는 경우를 제외하고는 보관기간을 두지 않음으로써 사망시까지 보관이 가능하도록 되어 있다. 따라서 동법 제13조에 규정하고 있는 범위 내에 포함되지 않는 수형인 또는 구속피의자는 본인의 개인정보에 대한 삭제를 요청할 수 없을 뿐 아니라 해당 정보는 사망할 때까지 데이터베이스에 보존하도록 되어 있는 것이다.[630]

이에 대하여 헌법재판소는 동 규정이 비례성의 원칙 – 입법목적과 수단의 비례 – 과 침해최소성의 원칙에 반하지 않을 뿐만 아니라 개인정보보호에 관한 명문규정을 두고 있기 때문에 대상자의 개인정보자기결정권 역시 침해하지 않는다고 하는 입장을 나타내고 있다. 즉 "재범의 위험성이 높은 범죄를 범한 수형인 등은 생존하는 동안 재범의 가능성이 있으므로, 디엔에이 신원확인정보를 수형인 등이 사망할 때까지 관리하여 범죄수사 및 예방에 이바지하고자 하는 이 사건 삭제조항은 입법목적의 정당성과 수단의 적절성이 인정된다. 디엔에이 신원확인정보는 개인식별을 위한 최소한의 정보인 단순한 숫자에 불과하여 이로부터 개인의 유전정보를 확인할 수 없는 것이어서 개인의 존엄과 인격권에 심대한 영향을 미칠 수 있는 민감한 정보라고 보기 어렵고,

628) 조성용, "디엔에이감식시료채취영장 발부 절차의 위헌성 : 헌재 2018.8.30. 2016헌마344, 2017헌마630(병합)결정", 75면.
629) 조성용, "디엔에이감식시료채취영장 발부 절차의 위헌성 : 헌재 2018.8.30. 2016헌마344, 2017헌마630(병합)결정", 75면.
630) 이호중, "DNA법의 문제점과 위헌성 검토", 257면.

디엔에이 신원확인정보의 수록 후 디엔에이 감식시료와 디엔에이의 즉시 폐기, 무죄 등의 판결이 확정된 경우 디엔에이 신원확인정보의 삭제, 디엔에이 인적관리자와 디엔에이 신원확인정보 담당자의 분리, 디엔에이 신원확인정보 데이터베이스관리위원회의 설치, 업무목적 외 디엔에이 신원확인정보의 사용, 제공, 누설 금지 및 위반시 처벌, 데이터베이스 보안장치 등 개인정보보호에 관한 규정을 두고 있으므로, 이 사건 삭제조항은 침해최소성 원칙에 위배되지 않는다. 디엔에이 신원확인정보를 범죄수사 등에 이용함으로써 달성할 수 있는 공익의 중요성에 비하여 청구인의 불이익이 크다고 보기 어려워 법익균형성도 갖추었다. 따라서 이사건 삭제조항이 과도하게 개인정보자기결정권을 침해한다고 볼 수 없다"[631]는 결정이유를 제시하고 있다.

한편 이에 대한 반대의견은 동 조항이 과잉금지원칙을 위반하여 개인정보결정권을 침해한다고 보는 입장을 취하고 있다. 즉 "이 사건 삭제조항에 의하면 일단 데이터베이스에 수록된 디엔에이신원확인정보에 대하여는 법원의 무죄판결 등의 특별한 사유가 없는 한 수형인등이 사망한 경우에야 이를 삭제하는 것이 가능하다. 이는 대상 범죄를 범한 수형인등에게는 생존하는 동안 재범의 위험성이 상존한다는 것을 전제로 한다. 그러나 대상자가 재범하지 않고 상당 기간을 경과하는 경우도 얼마든지 있을 수 있고, 그러한 경우에는 재범의 위험성이 그만큼 줄어들게 된다. 따라서 일정한 기한을 정하여 보관된 디엔에이신원확인정보의 삭제 여부를 심사하거나, 일정한 기간이 경과하면 이를 일괄적으로 삭제하도록 하는 등의 적정한 방안을 강구할 필요가 있다. 그러한 방안을 강구하지 아니한 채 일률적으로 대상자가 사망할 때까지 디엔에이신원확인정보를 수록, 관리하는 것은 장래의 범죄수사 및 범죄예방이라는 입법목적을 고려한다고 하더라도 지나치게 과도한 제한을 가하는 것이 된다"고 하였다.[632]

동 법률이 개인정보의 침해를 통해 달성하고자 하는 입법목적이 범죄수사와 재범예방에 있다고 한다면, 입법목적을 달성하는데 더 이상 효과적이지 않은 시점에 도달한 정보에 대해서는 보관을 중단함으로써 과도한 개인정보수집이 이루어지지 않도록 해야 할 것이다.[633] 즉 입법목적에 따른 정보 보관의 필요성이 허용되어야 하는 시점

631) 헌법재판소 2014.8.28. 2011헌마28·106·141·156·326, 2013헌마215·360(병합).
632) 헌법재판소 2018.8.30. 2016헌마344, 2017헌마630(병합) 결정.
633) 김혜경, "유전자정보수집의 효율성과 정당성", 『연세의료·과학기술과 법』, 제2권 제1호 (2011.2.), 연세대학교 법학연구원 의료·과학기술과 법센터, 182면.

에 대한 규범적 검토가 필요함에도 이를 고려하지 않고 입법취지와 무관하게 불필요한 정보를 당사자가 사망할 때까지 국가가 보관 및 이용하고자 한다는 것은 과잉금지원칙에 반할 우려가 충분하다고 할 것이다.

3) 무죄추정원칙의 위반 여부

디엔에이법 제5조와 제6조에 의하면 디엔에이 감식시료 채취대상자로서 법에서 정한 범죄로 구속된 피의자 및 치료감호법에 의해 보호구속된 치료감호대상자, 해당 범죄로 유죄가 확정된 수형인을 규정하고 있다. 이 가운데 특히 구속피의자의 경우 유죄판결이 확정되지도 않은 상태에서 DNA 신원확인정보를 데이터베이스에 수록하도록 함으로써 장차 DNA 대조가 이루어질 사건에 대해 아무 혐의가 없음에도 자신의 개인정보가 사용되는 불이익을 수용해야만 한다. 이는 무죄추정원칙을 선언하고 있는 헌법의 이념에 반하는 것이라 할 수 있다는 점에서 비판이 제기되고 있다.

이와 같은 감식시료 채취대상자의 범위에 관하여 경찰[634]과 대한변협[635]은 무죄추정원칙에 반하지 않는다는 입장을 취하고 있는 반면에, 동 법률 제정당시 입법과정에서 의견을 제출했던 대법원은 "피의자까지 디엔에이 감식시료를 채취하는 것은 당해 사건도 아닌 장래의 범죄수사를 위한 자료확보를 위해 강제수사를 하는 것으로 위헌소지가 있다"는 견해를 나타냈다.[636]

구속피의자의 경우 당해 사건의 혐의에 근거하여 진실해명을 위해 부과되는 강제처분으로서 감식시료 채취는 무죄추정원칙에 반한다고 할 수 없지만, 당해 사건의 혐의와 무관한 장래의 범죄를 이유로 개인정보자기결정권의 침해를 수인하도록 하는 것은 무죄추정의 원칙에 반한다고 볼 수 있다.[637] 2008년 유럽인권재판소가 "소추되지

---

634) "2011헌마326 디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률 헌법소원 사건에 대한 경찰청장 의견서", 2011.10.21. 95-96면(이호중, "DNA법의 문제점과 위헌성 검토", 241면에서 재인용).

635) "「디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률안」에 대한 대한변호사협회 검토의견서", 2009.11(이한규, "디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률안 검토보고", 국회 법제사법위원회, 2009.11, 14면에서 재인용(이호중, "DNA법의 문제점과 위헌성 검토", 241면에서 재재인용).).

636) "「디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률안」에 대한 대법원 검토의견서", 2009.11(이한규, "디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률안 검토보고", 국회 법제사법위원회, 2009.11, 14면에서 재인용(이호중, "DNA법의 문제점과 위헌성 검토", 241면에서 재재인용).).

637) 이호중, "DNA법의 문제점과 위헌성 검토", 242면.

않은 자 및 소추되었지만 유죄로 되지 않은 자의 디엔에이 감식시료 등을 보유하는 것은 개인의 프라이버시권을 과도하게 침해하는 것이므로 유럽인권조약 제8조에 위배된다"[638]고 판시한 사례에 비추어 볼 때, 무죄추정의 원칙을 적용받아야 하는 자에 대해서는 DNA 데이터베이스 구축을 통하여 확보할 수 있는 공익보다 개인의 프라이버시 내지는 개인정보자기결정이 우선시할 필요가 있다는 점을 고려해야 할 것이다.

나. DNA 증거의 신뢰성

형사재판에서 제시되는 다양한 과학적 증거방법 가운데 실체적 진실을 발견할 수 있는 과학적 도구로서 가장 빈번하게 법정에 등장하는 것이 DNA 증거이다. DNA 증거의 법적 허용성과 신뢰성과 관련하여 DNA 분석기술의 과학적 원리와 분석절차의 적절성 및 분석결과의 정확성에 대해서는 과거 수십 년에 걸친 조사와 검증을 거쳤으며, 해당 기술의 과학적 기반에 대한 타당성에 대해서는 일반적으로 인정되고 있다.[639] 즉 DNA 검사결과의 과학적 신뢰도 및 타당도의 문제는 이미 과학계에서 검증되어 일반적으로 받아들여지고 있다고 할 수 있다.[640] 다만 수집 및 분석과정에서의 오류가능성과 DNA 일치율에 대한 해석의 문제는 여전히 논의가 지속되고 있는 문제라고 할 수 있다. 즉 이러한 오류가능성이 발생할 수 있는 경로를 차단한다면 DNA 신원확인은 어떤 기술보다 정확할 것이라고 하는 평가를 받고 있다.[641]

이와 같이 DNA 분석결과에 대한 과학적 신뢰도가 매우 높다는 사실을 기반으로 법원도 그에 대한 신뢰도를 매우 높게 평가하고 있을 뿐만 아니라 법관의 사실인정에 있어서 사실상의 구속력을 갖고 있다는 점을 분명히 하고 있다.

즉 대법원은 "유전자검사나 혈액형검사 등 과학적 증거방법은 그 전제로 하는 사실

---

638) European Court of Human Rights, Grand Chamber Judgement, Case of S. and Marper v. The United Kingdom(Applications nos. 30562/04 and 30566/04); http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-90051(류성진, "디엔에이신원확인정보 이용 및 보호에 관한 법률 사건 -2011헌마28·106·141·156·326,2013헌마215·360(병합)-", 『헌법판례연구』, 제16권(2015.6.), 한국헌법판례연구학회, 178면에서 재인용).

639) 김동준·오경식, "DNA 포렌식에 의한 DNA 증거의 증거능력에 관한 고찰", 『피해자학연구』, 제26권 제1호(2018.4.), 한국피해자학회, 52-53면.

640) 이성기, "디엔에이 증거의 해석의 오류가능성과 증거법적 대안", 『형사정책』, 제23권 제2호(2011.12.), 한국형사정책학회, 352면.

641) 강인숙, "형사절차에서 DNA 분석에 대한 규범적 통제", 33면.

이 모두 진실임이 입증되고 그 추론의 방법이 과학적으로 정당하여 오류의 가능성이 전무하거나 무시할 정도로 극소한 것으로 인정되는 경우에는 법관이 사실인정을 함에 있어 상당한 정도로 구속력을 가지므로, 비록 사실의 인정이 사실심의 전권이라 하더라도 아무런 합리적 근거 없이 함부로 이를 배척하는 것은 자유심증주의의 한계를 벗어나는 것으로서 허용될 수 없다"[642]고 판시함으로써 DNA 증거가 법관의 증명력 판단에 갖는 구속력의 정도가 매우 높다는 것을 보여주고 있다. 또한 "과학적 증거방법인 DNA 분석을 통한 유전자검사 결과는 충분한 전문적인 지식과 경험을 지닌 감정인이 적절하게 관리·보존된 감정자료에 대하여 일반적으로 확립된 표준적인 검사기법을 활용하여 감정을 실행하고 그 결과의 분석이 적정한 절차를 통하여 수행되었음이 인정되는 이상 높은 신뢰성을 지닌다 할 것이다"[643]라고 판시함으로써 DNA 분석결과에 대한 높은 신뢰성을 가지고 있음을 제시하고 있다.

이와 같이 법원은 DNA 증거에 대하여 높은 신뢰성을 보임에도 불구하고, 유죄입증을 위한 적극적인 증거인정에 대해서는 제한을 두고 있다. 즉 "유전자감식결과는 원칙적으로 피고인이 죄를 범하였다고 합리적으로 의심할만한 다른 증거가 있을 때 하나의 보강증거나 정황증거로 삼을 수 있을 뿐이지 다른 증거가 없는 상황에서 그 유전자감식 결과만으로 범죄를 인정하는 것은 배제되어야 한다"[644]고 판시하고 있다.

다. DNA 증거의 증거법상 지위의 한계

현행 형사소송법상 DNA 증거는 감정인에 의한 감정절차를 거쳐 작성된 감정서 또는 감정인의 증언의 형식으로 법원에 제출될 수밖에 없다. 이러한 감정의 경과와 결과를 기재한 서류(또는 정보저장매체에 저장된 형태 포함)는 형사소송법 제131조 제3항에 따라 그 작성자인 감정인의 자필, 서명 또는 날인이 있고, 감정인이 공판준비 또는 공판기일에 진술에 의하여 그 성립의 진정함을 증명한 때에 한하여 증거능력이 인정될 수 있도록 규정되어 있다.

하지만 동 조항은 DNA에 대한 감정인의 감정결과물에 오류가 없는 경우에 한해

642) 대법원 2007.5.10. 선고 2007도1950 판결; 대법원 2009.3.12. 선고 2008도8468 판결.
643) 대법원 2007.5.10. 선고 2007도1950 판결; 부산고등법원 2014.5.14. 선고 2013노514, 2013감노15(병합), 2013전노63(병합), 2013치노2(병합) 판결.
644) 광주고등법원 1997.12.5. 선고 97노58 판결; 대법원 2006.7.7. 선고 2005도6115 판결.

이를 기록한 서류(또는 정보저장매체에 저장된 형태 포함) 내지는 진술에 증거능력을 인정하고자 하는 입법의도[645]를 나타낸 것으로, 감정서를 작성한 감정인 진술에 의해 해당 서류(또는 정보저장매체에 저장된 형태 포함)의 성립의 진정성을 담보하는데 그칠 뿐 감정과정의 무결성 내지 감정결과의 과학적 신뢰성까지 보장하는 것은 아니라 할 것이다.[646]

다른 과학적 증거와 마찬가지로 DNA typing 역시 감정인의 수준, 감정에 사용한 과학적 도구 및 방법, 분석결과에 대한 과학적 해석 등으로 인한 오류가능성을 배제하기 어렵다고 할 수 있다. 따라서 단순히 감정인에 의해 작성된 서류 등의 진정성립만으로 증거능력을 인정하기에는 한계가 있다고 할 것이다.

따라서 이러한 DNA 증거의 증거능력과 관련하여서는 현재 판례를 통하여 어느 정도 그 증거가치를 판단할 수 있는 기준이 제시되고 있다. 즉 DNA 분석을 통한 유전자검사 결과의 증거능력에 관한 구체적인 인정요건으로서 "① 충분한 전문적인 지식과 경험을 지닌 감정인, ② 적절하게 관리·보존된 감정자료, ③ 일반적으로 확립된 표준적인 검사기법의 활용, ④ 적정한 절차를 통한 결과의 분석" 등이 그것이다.[647]

다만 증거능력은 입법자에 의해 형식적, 객관적으로 결정된다는 점을 고려해 볼 때, 현행법상 DNA 증거의 증거능력에 대한 명시적인 규정이 없는 상태에서 판례를 통해 제시되고 있는 기준들은 증거능력 보다는 증명력에 대한 판단기준으로 이해하는 것이 타당하다고 할 것이다. 따라서 현재 DNA 감정결과에 대한 증거능력 인정기준은 흠결이 있다고 할 것이고, 그 증거로서의 입증가치를 담보하기 위한 구체적인 기준으로서의 감정과정의 무결성과 감정결과의 정확성을 뒷받침할 수 있는 명시적 규정의 보완이 요구된다고 할 것이다.

---

645) 김혜경, "과학적 증거의 무결성 보장을 위한 증거법적 개선방안 -DNA 정보수집에서의 보관의 연속성과 무결성을 중심으로-", 『형사소송의 이론과 실무』, 제4권 제2호(2012.12.), 한국형사소송법학회, 157면.

646) 김혜경, "과학적 증거의 무결성 보장을 위한 증거법적 개선방안 -DNA 정보수집에서의 보관의 연속성과 무결성을 중심으로-", 157면.

647) 광주고등법원 1997.12.5. 선고 97노58 판결; 대법원 2007.5.10. 선고 2007도1950 판결.

6. DNA 증거 관련 규정의 개정방향

가. 강제처분의 적법성 확보를 위한 개정방향

DNA 신원확인을 감식시료 채취는 신체침해를 수반하는 강제처분으로서의 법적 성격을 갖는다. 따라서 디엔에이법에서도 검사의 청구에 의하여 판사가 발부한 감식시료 채취영장에 의하여 채취하는 것을 원칙으로 하되 구속피의자 등이 동의하는 경우에는 영장없이 채취할 수 있도록 규정하고 있다.

하지만 디엔에이법상 감식시료 채취는 형사소송법상 압수수색과 동일한 강제처분임에도 형사소송법상 압수수색과 같이 세분화된 절차적 보장규정을 두고 있지 않다. 더욱이 압수물은 환부가 원칙이지만 감식시료 채취는 해당 시료로부터 추출한 DNA 정보를 법에 규정한 경우를 제외하고는 당사자의 사망시까지 국가가 보관하도록 되어 있는 점을 고려할 때, 결코 형사소송법상 압수에 비하여 기본권 침해가 덜한 강제처분이라고 보기는 어렵다고 할 수 있다.

따라서 디엔에이법에 있어서 감식시료 채취와 관련한 규정들은 형사소송법에 규정할 필요가 있다고 생각한다. 이와 같이 형사소송법 내에 규정하게 되면 감식시료 채취절차와 관련한 적법성 판단이 보다 명확해지고, 해당 절차를 준수하지 않은 경우 위법수집증거로서 배제가 가능해진다고 할 것이다.

그리고 디엔에이법은 감식시료 채취의 이용 및 관리에 관하여 보다 구체적인 규정을 보완할 필요가 있다고 할 것이다. 즉 DNA 수집 단계에서부터 최종 법정제출단계까지에 있어서 무결성을 유지할 수 있는 절차적 보장 장치와 전문가 자격, 실험실 인증 등과 같은 규정을 둠으로써 DNA 증거의 오류를 줄일 수 있는 객관적인 가이드라인을 제시해주는 것이 타당하지 않을까 한다.

나. DNA 증거의 증거능력 확보를 위한 개정방향

1)「형사소송법」개정안

DNA 증거의 증거능력과 관련하여서는 형사소송법 제313조 제3항 규정이 전부이다. 하지만 앞서 기술한 바와 같이 해당 조항은 감정결과에 대한 오류가 없는 경우

이를 기록한 서류 내지 진술에 증거능력을 인정하고자 하는 것이기 때문에, 동 조항에 의해 감정결과의 오류가능성 자체가 배제되는 데는 한계가 있다. 즉 감정결과의 오류가능성을 배제할 수 있는 어떠한 규정도 명시되어 있지 않기 때문에 오류가능성이 없음에 대한 반증가능한 추정을 규정하고 있는데 불과하기 때문이다.

따라서 DNA 증거의 감정결과의 증거능력에 대한 보다 객관적인 판단기준을 제시할 필요가 있다고 할 것이다. 이 경우 만약 디엔에이법에 DNA 포렌식에 관한 구체적인 절차규정이 도입되는 것을 상정해 볼 때, DNA 포렌식 절차규정의 준수와 그에 따른 감정과정의 무결성의 입증을 전제로 증거능력을 인정하는 방안을 고려해볼 수 있다고 할 것이다.

[표 3-5]「형사소송법」제313조 개정안

제313조 ③ "감정의 경과와 결과를 기재한 서류도 제1항 및 제2항과 같다." ④ "감정의 경과와 결과를 기재한 서류는 감정과정의 무결성이 증명된 것이 아니면 증거로 할 수 없다.[648] 단, 다른 법률에서 정한 관련 포렌식 절차규정을 준수한 경우에는 감정과정의 무결성 증명을 요하지 않는다."

하지만 디엔에이법에 포렌식절차규정이 도입되는 것을 예정하기 어려운 점을 감안하면 위에서 기술한 개정안 제313조 제4항 단서조항은 제외되어야 할 것이다. 이 경우 감정과정의 무결성의 증명은 현재 판례에서 제시하고 있는 4가지 기준 즉, "① 충분한 전문적인 지식과 경험을 지닌 감정인, ② 적절하게 관리·보존된 감정자료, ③ 일반적으로 확립된 표준적인 검사기법의 활용, ④ 적정한 절차를 통한 결과의 분석"에 의해 판단되어야 할 것이다.

2)「디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률」개정안

현행 법률상태를 가능한 존중한 상태에서 DNA 증거의 증거능력에 관한 규정을 명시적으로 두기 위해서는 디엔에이법의 개정을 고려하는 것이 보다 현실적이라 할 수 있다.

---

648) 김혜경, "과학적 증거의 무결성 보장을 위한 증거법적 개선방안 -DNA 정보수집에서의 보관의 연속성과 무결성을 중심으로-", 157면.

즉 현행 디엔에이법에서 규정하고 있는 DNA 감식시료 채취에 관한 관련 규정을 준수하지 않은 상태에서 확보된 DNA 정보에 대해서는 형사절차에서 증거로 사용할 수 없도록 규정하는 방안을 생각해 볼 수 있다. 이 경우 동 법률에서 감식시료 채취대상(제5조, 제6조, 제7조), 감식시료 채취영장(제8조), 감식시료 채취방법(제9조)의 규정을 위반하여 채취되거나 그 정보가 수록된 DNA 정보는 형사절차에서 증거로 사용할 수 없도록 하는 것이 타당하므로 제10조를 신설하여 관련 규정을 두는 것이 조문체계상 적절하다고 생각된다.

[표 3-6]「디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률」 제10조 개정안

제10조(디엔에이 신원확인정보의 증거사용 금지) "제5조에서부터 제9조까지의 조항을 위반하여 디엔에이감식시료가 채취되거나 수록된 디엔에이신원확인정보는 형사절차에서 증거로 사용할 수 없다."

제3절 | 디지털 증거

1. 서론

IT 기술의 급속한 발전은 형사절차에 있어서 디지털 정보를 필요불가결한 증거방법이자 고도의 증거가치를 보유한 증거로서 지위를 확보하게 만들었다. 하지만 디지털 증거의 본질적 특성인 비가시성·비가독성으로 인한 입증가치의 불변성 및 무결성 유지의 어려움, 대량 정보의 혼합으로 인한 압수대상 특정의 어려움 및 포괄압수의 위험성, 법정증거로 현출되기 위한 기술적 수단으로서 디지털 포렌식 프로세스의 표준화 문제 등과 같이 법정증거로서 디지털 증거를 활용하는데 있어서는 여러 가지 장애요소들이 존재하고 있다.

이와 같은 디지털 증거가 기반하고 있는 기술적 특성이 법적 절차에 들어왔을 때 야기될 수밖에 없는 문제와 더불어 법적인 관점에서 디지털 증거를 평가할 수 있는 – 증거능력뿐만 아니라 증명력 차원에서 – 입법적 근거가 제대로 갖추어지지 못함으로

써 법원의 해석에 전적으로 의존하고 있는 상태에 있다.

따라서 디지털 증거의 증거가치를 보다 합리적으로 이용하기 위해서는 디지털 증거가 기반하고 있는 기술을 법적인 관점에서 신뢰성을 확보할 수 있는 방법이 무엇이고, 현행법상 디지털 증거에 대한 입법적 흠결을 어떻게 보완할 것인가가 논의될 필요가 있다고 할 것이다.

2. 법률적 쟁점

가. 압수목적물로서 디지털 증거에 대한 견해의 대립

형사소송법 제106조에 의하여 압수는 '증거물 또는 몰수할 것으로 사료하는 물건'을 대상으로 하고 있다. 다만 2011년 법개정을 통해 제3항을 신설하여 '압수의 목적물이 컴퓨터용 디스크 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체인 경우'라고 명시함으로써 디지털 증거를 확보할 수 있는 근거규정을 마련하였다. 그럼에도 불구하고 동조 제3항이 디지털 증거 자체의 압수를 허용하는 근거규정이 아니라 디지털 증거의 압수방법을 규정하고 있기 때문에 이 조항이 디지털 증거를 압수목적물로 명시하고 있는 것이라고 보는 데는 한계가 있다.

따라서 디지털화되어 있는 정보 자체가 압수대상이 될 수 있는가에 대해서는 여전히 견해가 나뉘어져 있다. 먼저 긍정설은 컴퓨터에 입력된 정보 내지 전자적 기록 자체와 CD나 자기테이프 등의 전자적 기록매체는 이론적으로 구별할 수 없고, 일정한 프로그램에 의해 육안으로 읽을 수 있도록 출력된 인쇄물이나 그 밖의 형태로 된 출력물이 전자적 정보나 기록 자체를 그대로 반영한 것이라는 관계가 인정되는 한, 이를 증거물로 보아 압수대상물이 될 수 있다[649]고 하는 견해이다. 이에 반해 부정설은 형사소송법상 압수대상은 물건일 것을 명시적으로 요구하고 있는바 전자적 정보 자체는 유체물이 아니므로 압수대상이 될 수 없다고 본다.[650] 또한 디지털 정보는 전자적 성질을 가진 신호이지만 집합체일 뿐 그 자체가 전기나 에너지가 아니므로

649) 노명선·이완규, 『형사소송법』(제5판), 230면; 정웅석·백승민, 『형사소송법』(전정증보제5판), 212-213면; 하태훈·강동범, "정보화사회에서의 범죄에 대한 수사와 재판", 『정보화사회에 대비한 일반법연구(II)』, 정보통신정책연구원, 1998, 299면.

650) 신동운, 『신형사소송법』(제5판), 406면.

물건의 개념에 포함할 수 없다는 견해[651]도 부정설의 근거로 제시되고 있다. 그리고 중간적인 입장에서 전자적 정보는 유체물은 아니지만 형사소송법의 압수수색에 관한 규정을 준용하여 압수할 수 있다고 해석하는 견해도 있다.[652]

IT 기반 사회에 있어서 범죄의 실체적 규명에 필요한 것은 디지털화된 정보 그 자체이지, 그 정보를 담고 있는 매체가 아닌 것은 이론의 여지가 없다. 다만 디지털 정보 자체가 매체와 분리불가한 형식으로 존재하기 때문에 '매체압수=정보압수'로 볼 수 있다고 보는 것이 현재의 입법 태도라고 볼 수 있다. 하지만 기술이 발전할수록 디지털정보는 매체종속성에서 벗어날 수밖에 없을 뿐 아니라 정보저장 방식의 변화로 인해 매체 자체는 정보에 접근하기 위한 하나의 '문(gate)'에 불과할 뿐 매체 내에 정보가 존재하지 않는 경우가 일반적인 형태가 되어가고 있다. 또한 디지털 저장매체 역시 저장용량이 기하급수적으로 증가하고 있고, 그 기능 또한 단지 저장에 그치는 것이 아니라 다기능화 되어가고 있기 때문에, 현실적으로 매체 자체를 압수한다는 것은 과잉침해를 유발하는 포괄압수적 성격을 가질 수밖에 없는 불합리한 결과를 초래한다. 특히 초고용량의 메인서버나 해외서버와 같은 디지털 정보처리 및 저장매체의 경우에는 압수 자체가 근본적으로 불가능한 경우에 해당할 수밖에 없다.

따라서 형사소송법이 규정하고 있는 바와 같이 '컴퓨터용 디스크 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체'는 압수의 목적물이 될 수 없으며, 압수의 목적물은 디지털 정보 그 자체가 되어야 한다고 보아야 하며, 압수의 대상이 되는 디지털 정보에 대해서는 그 범위를 정하여 수사기관으로 이전하기 위한 장치로서 매체가 필요하다고 보는 것이 디지털 환경에 부합하는 논리적 귀결이라 할 것이다.

나. 디지털 증거의 증거능력 허용가능성

1) 입법현황

디지털 증거의 증거능력과 관련하여서는 2016년 형사소송법 개정을 통해 제313조 제1항에 서류의 개념을 확장하여 "피고인 또는 피고인 아닌 자가 작성하였거나 진술한

651) 이주원, "디지털 증거에 대한 압수수색제도의 개선", 『안암법학』, 제37권(2012.1.), 안암법학회, 159-160면.
652) 이은모 · 김정환, 『형사소송법』(제7판), 306-307면.

내용이 포함된 문자, 사진, 영상 등의 정보로서 컴퓨터용 디스크, 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체에 저장된 것"을 포함시킴으로써 그 입법적 근거를 마련하였다.[653] 그리고 이러한 디지털 증거의 진정성립은 '과학적 분석결과에 기초한 디지털 포렌식 자료, 감정 등 객관적 방법'으로 인정할 수 있도록 하였다. 적어도 진술이 포함된 디지털 증거에 대해서는 증거능력을 인정할 수 있는 입법적 근거가 마련된 것이라 할 수 있다.

다만 이 규정은 진술이 포함된 디지털 증거의 증거능력에 관한 규정에 제한되므로, 진술을 포함하고 있지 않은 디지털 증거의 증거능력에 대해서는 여전히 입법적 흠결 상태에 있으며, 기존의 물증 혹은 서증에 적용되어왔던 방식에서 유추해석하거나 과학적 증거로서의 감정결과에 대한 증거능력 판단기준을 적용하는 방식이 행해져오고 있다.

2) 판례의 태도

디지털 증거와 관련하여 법원은 "원본파일→복제파일→출력물" 간의 관계에 있어서 확보되어야 하는 요건들을 제시하는 방식으로 그 증거능력을 판단하고 있다. 즉 원본파일의 경우 그 자체가 수집되어 법정에 제출될 때까지의 무결성, 복제파일의 경우 원본파일과의 동일성, 출력물의 경우 앞서 기술한 무결성과 동일성 외에 전문진술로서의 입증요건을 검토하고 있다. 다만 전문진술로서의 입증요건인 진정성립과 관련하여서는 제313조 제2항의 단서조항 신설에 의거하여 디지털 포렌식 자료에 의해 그 성립의 진정을 인정할 수 있게 되었다.

법원이 디지털 증거의 무결성을 판단하는 기준은 절차적 적정성의 준수여부로서, 일심회 사건[654] 이후 판례들에 있어서 "피고인 등의 참여에 의한 압수⇒서명⇒봉인⇒

---

653) 동 조항의 개정이유를 보면 "최근 전기통신기술의 비약적인 발전에 따라 컴퓨터 등 각종 정보저장매체를 이용한 정보저장이 일상화되었고, 범죄행위에 사용된 증거들도 종이문서가 아닌 전자적 정보의 형태로 디지털화되어 있는 현실을 고려하여, '진술서' 및 그에 준하는 '디지털 증거'의 진정성립은 '과학적 분석결과에 기초한 디지털 포렌식 자료, 감정 등 객관적 방법'으로도 인정할 수 있도록 하되, 피고인 아닌 자가 작성한 경우 반대신문권이 보장됨을 명확히 규정하려는 것임"이라고 기술하고 있다(법률 제14179호, 2016.5.29. 일부개정 제개정이유; http://www.law.go.kr/lsInfoP.do?lsiSeq=183537&lsId=&viewCls=lsRvsDocInfoR&chrClsCd=010102#0000; 검색일: 2019년 9월 30일).

654) 대법원 2007.12.13. 선고 2007도7257 판결.

봉인상태 확인⇒봉인해제⇒재봉인⇒전과정의 녹화⇒재봉인상태의 유지" 등의 절차적 판단기준을 제시하고 있다.[655] 즉 압수단계에서부터 법원에 증거로 제출될 때까지 일정한 절차적 기준의 준수가 디지털 증거의 무결성을 판단하는 근거가 된다는 점을 제시하고 있는 것이다.[656]

한편 원본 디지털 증거와 사본 및 출력물 간의 동일성을 판단함에 있어서는 "기술에 대한 신뢰와 정확성"을 그 기준으로 삼고 있음을 볼 수 있다. 즉 법원은 디지털 저장매체 원본의 해시값과 이미징 작업을 통해 생성된 사본 파일의 해시값의 동일성,[657] 피고인·검사·변호인 등이 참여한 검증과정에서 산출한 해시값과 압수수색 당시 쓰기방지 장치를 부착하여 이미징 작업을 하면서 산출한 해시값의 동일성[658] 등을 동일성 판단의 논거로 삼고 있다.[659]

이와 같이 디지털 증거의 증거능력에 대하여 법원이 제시하고 있는 판단기준에 대해서, 우리나라 「형사소송법」에 명시적 규정이 없음에도 불구하고 외국의 규정과 논의들에 비추어 해석론으로서 증거능력 인정요건을 제시하고 있는 것은 부적절하다는 비판이 제기되고 있다. 즉 "법에 명시적으로나 합리적인 범위 내에 있는 추론에 의해서도 규정하고 있다고 보여지지 않은 새로운 증거능력 요건을 창설하는 것은 해석론의 한계를 넘어선 것이며, 법률상 근거 없는 증거능력 요건을 창설해 놓으면 불필요한 증거능력 인정요건 심사로 말미암아 신속·공정한 재판이념 구현에 장애가 될 수 있다"[660]고 하는 문제를 제기하는 것이다.

증거능력은 입법자에 의해 형식적·객관적으로 결정되는 것이지 법관의 주관적·개별적 판단에 좌우되지 않는 것이 원칙[661]이며, 따라서 법률에 의하여 형식적으로 결정되어 있을 것[662]을 요하는 것이다. 따라서 현행법상 디지털 증거의 증거능력에 대해서는 제313조에 규정된 전문진술서로서 디지털 증거에 관한 판단기준 외에는

655) 이숙연, "디지털증거 및 그 증거능력과 증거조사방안 : 형사절차를 중심으로 한 연구", 『사법논집』, 제53집(2011), 사법발전재단, 311-312면.
656) 탁희성, "디지털 증거의 증거능력에 관한 소고", 형사법제 전문검사 커뮤니티, 2014, 79면.
657) 대법원 2013.7.26. 선고 2013도2511 판결.
658) 대법원 2015.1.22. 선고 2014도10978 판결.
659) 탁희성, "디지털 증거의 증거능력에 관한 소고", 79면.
660) 오기두, "전자증거의 증거능력", 법률신문 2012년 8월 27일자, 13면.
661) 신동운, 『신형사소송법』(제5판), 1103면.
662) 이재상·조균석, 『형사소송법』(제12판), 538면.

명시적 규정이 없기 때문에, 판례에서 제시하고 있는 디지털 증거의 증거능력 판단기준은 엄밀히 말하면 증명력 판단기준은 될 수 있지만 증거능력 판단기준이라고 할 수는 없다고 할 것이다.

3) 디지털 증거의 증거능력 허용기준 정립을 위한 입법적 고려사항

형사소송법 제313조의 개정이유에 적시된 바와 같이 범죄행위에 사용된 증거들이 전자적 정보 형태로 디지털화되어 있는 현실을 고려할 때, 그리고 엄격한 증명의 자료로서 법률상 자격을 갖춘 증거로서의 디지털 증거의 법적 지위를 명확히 하기 위해서는 현재와 같은 입법적 흠결상태를 보완할 필요가 있다.

먼저 전문증거에 해당하는 진술증거로서 디지털증거의 증거능력에 대해서는 현행법 제313조에 규정되어 있지만, 단지 기존 서류의 개념에 디지털 증거를 포섭시킨 것에 불과하여 여전히 자필 또는 서명날인이 있을 것을 요건으로 하고 있다. 하지만 디지털 증거에 있어서 자필 또는 서명날인이라고 하는 형식적 진정성립요건은 성립 자체가 거의 불가능한 방식이라 할 수 있다. 물론 디지털 증거 가운데는 손글씨로 기록되어 있거나 전자서명날인이 첨부되어 있는 경우도 있다. 그러나 대부분의 디지털 증거는 자필이나 서명날인이 없는 상태로 존재하는 것이 일반적이라 할 것이다.

그런데 판례를 보면 디지털 증거의 경우 자필이나 서명날인에 준하여 작성자를 특정할 수 있는 방법이 없는 경우 형식적 진정성립이 부정되므로 증거능력이 허용되지 않는다고 보아야 함에도 불구하고 실질적 진정성립 즉, 작성자나 진술자의 공판정 진술에 의해 형식적 진정성립을 추정하는 방식을 취하고 있음을 볼 수 있다.[663] 이와 같이 법원이 디지털 증거의 형식적 진정성립 요건에 대한 별도의 판단을 하지 않은 채 실질적 진정성립만으로는 증거능력을 판단하고 있고, 만일 작성자나 진술자 등이 부인하는 경우 동조 제2항에 의해 디지털 포렌식 자료나 감정 등으로 증거능력을 입증할 수 있는 방법이 규정되어 있다는 점을 고려해 볼 때, 디지털 형태의 진술서면에 대해서는 자필이나 서명날인과 같은 형식적 진정성립 요건은 배제하는 것이 오히려 현실에 부합하는 증거능력 입증방법이 아닐까 한다.

그럼에도 불구하고 디지털 증거에 대해서도 작성자를 특정할 수 있는 형식적 진정

663) 탁희성, "디지털 증거의 증거능력에 관한 소고", 89면.

성립요건이 반드시 존재해야 한다면 디지털 형식에 맞는 형식적 진정성립요건을 별도로 규정하는 것이 보다 더 현행 증거규정 체계에 맞는 입법형식이라 할 것이다. 다만 디지털 증거의 작성자를 특정할 수 있는 형식적 진정성립요건으로 제시할 수 있는 기술적 방법을 어떻게 규정하는 것이 기존의 자필이나 서명날인에 갈음할 수 있을 것인가에 대해 답하는 것이 용이하지는 않다. 이와 관련하여서는 해당 분야의 기술적 전문가들의 자문을 토대로 해법을 찾는 것이 가장 바람직할 것이지만, 기술의 특성상 기술의 발전에 따라 작성자를 특정할 수 있는 기술이 변화할 수 있다는 점도 충분히 고려될 필요가 있다. 현재 작성자를 특정할 수 있는 가장 일반적인 방법으로 논의되는 전자서명, IP 정보, 메타데이터 등과 같은 작성자에 귀속될 수 있는 디지털 표지를 형식적 진정성립요건으로 제시해 보는 것도 생각해 볼 수 있을 것이다.

다음으로 전문증거에 해당하지 않는 비진술형태의 디지털 증거의 증거능력과 관련해서는 디지털 증거의 취약성을 어떻게 담보할 것인가가 문제라 할 수 있다. 즉 디지털 증거가 가지는 증거가치를 최대한 이용하면서 동시에 그 취약성으로 인한 오류가능성을 배제하기 위한 요건이 제시될 필요가 있다고 할 것이다.

비진술증거에 해당하는 디지털 증거의 증거능력 요건으로서 현재 판례에서 사용하고 있는 것이 '무결성'의 입증이다. 법률상 명문규정이 없음에도 판례가 무결성을 디지털 증거의 증거능력 판단요건으로 제시하는 것은 디지털 증거가 훼손 및 개변조에 취약할 뿐 아니라 특별한 기술적 검증을 거치지 않고서는 훼손 및 개변조 여부를 가시적으로 확인할 수 없기 때문이다. 이러한 무결성 입증을 위한 절차적 기준으로서 '보관의 연속성'을 제시할 수 있는데, 이는 증거의 수집단계에서부터 법정증거로 제출될 때까지 훼손 또는 개변조의 가능성을 최대한 배제할 수 있는 절차적 보장책이기 때문이다. 따라서 형사소송법 제292조의3에 규정된 증거조사방식 가운데 컴퓨터용 디스크 등에 기억된 정보 등에 대한 증거조사방식의 하나로서 절차적 보관의 연속성에 관한 규정을 도입하는 것도 검토해 볼 수 있다고 할 것이다.

현재는 대검예규인 「디지털 증거의 수집 · 분석 및 관리규정」 제4조에 "디지털 증거는 압수 · 수색 · 검증한 때로부터 법정에 제출하는 때까지 훼손 또는 변경되지 아니하여야 한다"고 규정함으로써 보관의 연속성에 관한 명시적 근거를 두고 있다. 하지만 보관의 연속성은 수사기관에 대해서 뿐만 아니라 디지털 증거를 제시하고자 하는

피고인측에 대해서도 요구되어야 할 요건이라 할 것이다. 따라서 이를 대검예규에 규정하기보다는 증거조사방법을 규정하고 있는 형사소송규칙에 두는 것도 고려해볼 필요가 있다고 할 것이다. 즉, 「형사소송규칙」 제134조의7의 규정을 개정하는 입법방안으로서, 동조 제3항을 신설하여 절차적 보관의 연속성에 대한 요건을 규정하는 것도 검토해볼 필요가 있다고 할 것이다.

3. 주요 외국의 입법례

가. 독일 「형사소송법」

독일 형사소송법은 압수에 관한 일반규정인 제94조에 압수 목적물로 "Gegenstand (대상)"로만 규정하고 있어서 디지털정보의 압수가능성에 대한 명시적인 근거가 존재하지는 않는다. 다만, 2007년 「형사소송법」 개정을 통해 신설된 제110조 제3항에 수색된 데이터가 심리에 중요한 경우 압수할 수 있다고 규정함으로 디지털 정보 역시 직접적인 압수대상으로 인정하고 있다고 볼 수 있다.

디지털 정보에 대한 압수여부에 대해서는 무형적 정보로서 저장매체에 내재된 디지털 정보는 압수대상이 아니라고 하는 견해[664]와 무형적 대상도 그 적용범위 내에 포섭된다는 견해[665]로 나뉘어져 있다. 이에 대해 독일 연방헌법재판소는 형사소송법 문언상 디지털정보의 압수적격성에 대한 명시적 규정의 흠결을 지적했지만 형사소송법 제98a조 이하의 신설을 통해 입법자가 전자정보의 압수가능성을 원칙적으로 인정하였다고 하면서, 「형사소송법」 제97조 제5항 제1문과 제98a조 이하의 규정 가운데 '문서(Papiere)'는 전자적 문서를 포함한 모든 유형의 문서를 의미한다[666]고 함으로써 디지털 정보의 압수가능성을 인정하고 있다.

또한 형사소송법 제110조 제3항에 의거하여 디지털 정보에 대한 원격지 압수수색

664) Säfer, StPO, 2008, §94 Rn.4(차종진, "디지털 증거, DNA 증거 및 영상녹화물의 증거능력 -독일-", 2019.8.29. 연구과제 워크숍 발표자료, 1면에서 재인용).

665) *Hausschild*, *StPO*. 2014, §94 Rn13. *Eisenberg*, *Beweisrecht der StPO*, 2017, Rn.2324a(차종진, "디지털 증거, DNA 증거 및 영상녹화물의 증거능력 -독일-", 2019.8.29. 연구과제 워크숍 발표자료, 1면에서 재인용).

666) BVerfG, Beschluß vom12.4.2005- 2BvR 1027-2, Rn.100, Rn.101(차종진, "디지털 증거, DNA 증거 및 영상녹화물의 증거능력 -독일-", 2019.8.29. 연구과제 워크숍 발표자료 1면에서 재인용).

이 가능하도록 하고 있다. 따라서 전자정보 저장매체의 열람은 인터넷으로 연결되는 저장서버까지 확대될 수 있지만, 이러한 접근의 확장은 최초 수색대상이 된 저장매체에서 기술적으로 접근 가능한 다른 저장매체로 제한될 뿐만 아니라 긴급성의 요건을 갖추도록 규정함으로써 최소침해원칙을 벗어나지 않도록 하고 있다.

제94조 입증목적을 위한 대상의 보존과 압수

(1) "조사에 있어서 입증수단으로서 가치가 있을 수 있는 대상은 보관하거나 다른 방법으로 보존해야 한다."

(2) "제1항의 대상은 개인이 보관하면서 자의로 제출하지 않으면 압수할 수 있다."

(3)~(4) 생략

제98a조 데이터뱅크 검색

(1) "다음 각호의 어느 하나에 해당하는 중대한 범행이 발생했다고 볼만한 사실상의 충분한 근거가 있는 때에는 제94조, 제110조, 제161조의 규정에도 불구하고 무혐의자를 배제하거나 수사와 관련해 중요한 다른 특징을 충족하는 사람을 확인하기 위해, 범인에 해당할 것으로 추정되는 일정한 특징을 충족하는 사람의 개인정보를 기계적인 방법으로 다른 데이터와 비교 조사할 수 있다."

1. "위법한 마약류거래 또는 무기거래, 통화위조 또는 유가증권위조 영역의 범죄"
2. "국가안보 영역의 범죄(법원조직법 제74a조, 제120조)"
3. "공공위해범 영역의 범죄"
4. "신체 또는 생명, 성적 자기결정 또는 개인적 자유의 침해범죄"
5. "영리를 위한 범죄 또는 상습적인 범죄"
6. "범죄단체구성원에 의한 범죄 또는 다른 방식으로 조직된 범죄"

"이 조치는 사실관계의 조사나 범인소재의 파악이 다른 방법으로는 불가능하거나 매우 어려울 것으로 예상되는 경우에만 명할 수 있다."

(2) "제1항에 규정된 목적을 위하여 정보를 저장하는 기관은 대조에 필요한 데이터를 데이터베이스에서 추출하여 형사소추기관에 전달해야 한다."

(3) "전달해야 하는 데이터를 다른 데이터로부터 분리하는데 과도한 비용이 드는 한도에서 명령에 따라 다른 데이터도 제공할 수 있다. 그 다른 데이터의 이용은 허용되지 않는다."

(4)~(5) 생략

제98b조 데이터뱅크 검색 절차

(1) "데이터의 비교조사와 전달은 법원만이 명할 수 있지만, 지체시 위험한 경우 검사가 명할 수도 있다. 검사가 명령한 경우에는 지체없이 법원에 추인을 신청한다. 검사의 명령은 3근무일 이내에 법원의 추인을 받지 못하면 효력을 잃는다. 명령은 서면으로 한다. 명령서에는 전달의무자를 기재해야 하며, 명령은 개별사건에서 필요한 데이터와 심사표지로 제한되어야 한다. 연방의 특

별법 또는 그에 상응하는 주법상의 데이터 사용규정에 따라 사용이 금지된 데이터의 전달은 명령할 수 없다. 제96조, 제97조, 제98조 제1항 제2문을 준용한다."

(2) "질서벌과 강제수단(제95조 제2항)은 법원만 부과할 수 있지만, 지체시 위험한 경우 검사도 명할 수 있다. 구류는 법원만이 명할 수 있다."

(3) "데이터가 데이터저장장치에 담겨서 전달된 경우, 그 데이터 저장장치는 비교조사 종료 후 지체없이 반환해야 한다. 다른 데이터저장장치에 복사된 개인정보는 형사절차상 더 이상 필요하지 않게 되면 지체없이 삭제해야 한다."

(4) "제98a조에 따른 조치가 종료되면, 종료사실을 공공기관의 데이터보호에 관한 규정의 준수를 감독하는 기관에 통지해야 한다."

제98c조 기계적인 방법에 의한 현존데이터와의 비교

"범행을 규명하기 위해 또는 형사소추의 목적으로 추적하고 있는 사람의 소재를 파악하기 위해서, 형사절차에서 수집한 개인정보와 형사소추나 형집행을 위해 또는 위험예방을 위해 저장중인 다른 데이터와의 비교조사를 기계에 의한 방법으로 할 수 있다. 단, 연방의 특별법 또는 그에 상응하는 주법에서 이러한 기계적인 비교조사를 위해 데이터 사용을 금지하는 규정을 두고 있는 경우에는 그 규정에 따른다."

제110조 서류와 전자적 저장매체의 열람

(1) "수색대상자의 서류의 열람은 검찰과 그 명령이 있는 경우 검찰수사관(법원조직법 제152조)이 할 수 있다."

(2) "그 밖의 공무원은 발견한 서류의 소지인이 열람에 동의한 경우에만 그 서류를 열람할 수 있다. 그 동의가 없으면 공무원은 열람할 필요가 있다고 보는 서류를 소지인의 눈앞에서 관인으로 봉인한 봉투에 담아 검찰에 인도해야 한다."

(3) "수색대상자에게서 발견한 전자저장매체에 대한 열람은 그 전자저장매체와 공간적으로 분리되어 있는 다른 저장매체까지로 확장할 수 있지만, 이는 그 전자저장매체를 통하여 그 다른 저장매체에 접근할 수 있고, 이러한 접근을 하지 않으면 찾고자 하는 데이터를 상실할 우려가 있는 경우에 한한다. 심리에 중요한 데이터는 저장할 수 있다. 제98조 제2항을 준용한다."

나. 프랑스「형사소송법」

프랑스 형사소송법은 범죄수사에 필요한 전자정보를 압수할 수 있다는 명문의 규정과 함께 압수방법으로 전자정보가 저장된 매체 압수 또는 참여자의 입회하에 사본출력방식을 규정하고 있다.

또한 제57-1조에 전자정보에 대한 원격지 압수수색이 가능하도록 하는 근거규정을 두고 있다. 특히 외국에 서버가 있는 경우에는 국제협약에서 규정한 접근조건에 따라 전자정보에 접근할 수 있도록 하고 있으며, 접근가능한 전자정보는 모든 정보저장매체에 복사할 수 있고, 정보가 저장된 매체는 봉인 후 압수하도록 하고 있다.

봉인된 정보저장매체는 피의자, 변호인 또는 제3자의 장소에서 압수가 행해진 경우에는 해당 제3자가 입회한 경우가 아니면 봉인을 해제할 수 없으며, 예심수사에 방해가 되지 않는 한, 압수된 문서 또는 전자정보의 사본·복사본에 대하여 이해관계인이 교부를 신청하면 가능한 빠른 시간 내에 응하도록 규정하고 있다.[667]

제56조 ① "중죄의 속성으로 판단할 때, 당해 중죄에 가담하였다고 인정되는 자 또는 범죄와 관련된 서류 또는 물건을 소지하고 있다고 인정되는 자가 점유하는 서류, 문서 기타 물건의 압수로 그 증거를 얻을 수 있는 때에는, 사법경찰관은 즉석에서 그 자의 거주를 수색하고, 조서를 작성한다. 사법경찰관은 또한 형법 제131-21조에 따라 압수대상인 물건이 있다고 생각되는 장소에 임검하여 수색할 수 있다. 다만, 동조 제5호 및 제6호에 정한 물건을 수색하거나 압수할 목적인 때에는 사전에 검사의 허가를 얻어야 한다."

② "사법경찰관과 제57조에서 지정하는 자, 제60조에 따라 협력의무가 있는 자만 압수절차 이전에 서류·문서 또는 전자정보를 열람할 권한이 있다."

③ "사법경찰관은 미리 직무상 비밀유지와 방어권 보장에 필요한 일체의 조치를 강구하여야 한다."

④ "압수한 일체의 물건 및 서류에 대하여는 즉시 목록을 작성하고 이를 봉인한다. 다만, 현장에서 즉시 면밀한 조사를 하기가 어려운 때에는 목록을 작성하고 정식으로 봉인할 때까지 이를 가봉인한다. 정식봉인은 제57조에 정한 바에 따라 수색에 입회하였던 자의 참여하에 이를 실시한다."

⑤ "범죄수사에 필요한 전자정보를 압수함에는 전자정보가 담긴 물건을 압수하거나 참여자의 입회하에 사본을 출력하는 방법으로 한다."

⑥ "사람의 신체 또는 재산에 피해를 줄 염려가 있거나 그 전자정보의 유지가 공공의 이익에 반하는 경우에는 사본만 출력한 다음에 원본은 검사의 지시에 따라 본체에서 삭제할 수 있다."

⑦ "사법경찰관은 검사의 동의를 받아 진실발견에 유용한 물건, 문서, 전자정보 및 형법 제131-21조에서 정한 물건에 대해서만 압수를 유지할 수 있다."

⑧ 생략

⑨ 생략

⑩ 생략

⑪ "압수대상인 물건, 서류 또는 전자정보에 대하여 필요한 정보를 제공해줄 수 있는 자가 현장에 남아 있는 경우 사법경찰관은 절차의 종료까지 그 자를 현장에 남아 있게 할 수 있다."

제57-1조 ① "사법경찰관 또는 그의 감독하에 있는 사법경찰리는 본법에 규정된 바에 따라 수색을 함에 있어 그 수색장소에 설치된 정보장치에 대해서도 진행 중인 수사와 관련된 정보수색을 할 수 있다. 그 정보가 다른 정보장치에서 시동되었거나 혹은 다른 정보장치에 접근하여 압수수색할 수 있는 경우에는 그 다른 정보장치에 대하여도 수색할 수 있다."

② "다른 정보장치로부터 접근가능하거나 다른 정보장치로부터 취득가능한 것으로 확인된 전자정보가 국외에 설치된 경우, 현행 국제협약에 정한 접근 조건에 따라 사법경찰관이 그 전자정보에 접근할 수 있다."

667) 법무부, 『프랑스 형사소송법』, 47-48면, 54면, 56면, 91-92면.

③ "본조의 규정에 따라 접근가능한 전자정보는 모든 정보매체 저장수단으로 복사할 수 있고, 정보매체 저장수단은 본법에 정한 바에 따라 봉인되고 압수된다."

제60-2조 ① "사법경찰관의 요청에 따라, 데이터통신 또는 정보통신에 의한 방법으로 접근가능한 공공기관 또는 사법상 법인은, 정보와 데이터 및 자유에 관한 1978년 1월 6일 법률 제78-17호 제31조 내지 제33조에 규정된 예외적인 경우를 제외하고는 진실발견에 유용한 모든 정보를 사용할 수 있다. 다만, 법률에 의해 비밀이 보장되는 정보와 정보시스템의 내용 및 그 시스템이 관리하고 있는 데이터베이스에 대해서는 예외로 한다."

② "사법경찰관은, 미리 석방구금판사의 허가를 받은 검사의 지휘에 따라 정보통신기술자, 특히 통신의 자유에 관한 1986년 9월 30일 법률 제86-1067호 제43-7조에 정한 기술자에게 요청하여, 그가 관리하는 서비스를 사용하는 사용자에 대한 정보를 1년 이하의 기간 동안 보존하는 조치를 빠른 시간에 취하게 할 수 있다."

③ "본조에 정한 기관이나 법인은 데이터통신 또는 정보통신으로 취득한 정보를 최단기간 내에 처리하여야 한다."

④ "정당한 사유없이 본조에 규정한 요청을 거부한 자는 3,750유로 이하의 벌금에 처한다."

⑤ "제1항에 규정된 기관의 종류와 검색, 전송 또는 습득한 정보의 처리방법 등은 정보와 자유에 관한 국가위원회의 의견을 들어 국참원령으로 정한다."

제97조 ① "예심수사과정에서 문서나 전자정보를 수색하는 경우 전조 제3항에 정한 조치를 취하여야 하고, 그를 위해서 예심판사나 위임을 받은 사법경찰관만 압수 이전에 문서 또는 전자정보를 열람할 수 있다."

② "일체의 압수물, 문서 및 전자정보에 대해서는 즉시 목록을 작성하고 이를 봉인한다. 다만, 현장에서 목록을 작성하는 것이 곤란한 때에는 사법경찰관은 제56조 제4항에 규정된 절차에 따른다."

③ "범죄수사에 필요한 전자정보를 압수함에는 전자정보가 담긴 물건을 압수하거나 참여자의 입회하에 사본을 출력하는 방법으로 한다."

④ "사람의 신체 또는 재산에 피해를 줄 염려가 있거나 그 전자정보의 유지가 공공의 이익에 반하는 경우에는 사본만 출력한 다음에 원본은 예심판사의 지시에 따라 본체에서 삭제할 수 있다."

⑤ "사법경찰관은 예심판사의 동의를 얻어 진실발견에 유용한 물건·문서·전자정보 및 형법 제131-21조에 정한 물건에 대해서만 압수를 유지할 수 있다."

⑥ "봉인이 행하여진 때에는, 예심수사 피의자가 정식으로 소환되어 입회하거나 변호인과 함께 입회한 경우가 아니면, 봉인을 해제하거나 문서를 개피할 수 없다. 압수가 제3자의 주거에서 행하여진 때에는 제3자도 봉인해제 및 문서개피에 참여시킨다."

⑦ "예심수사에 방해가 되지 않는 경우 이해관계인은 압수된 문서 또는 전자정보의 사본·복사본의 교부를 신청할 수 있고, 가능한 빠른 시간 내에 이 신청에 응하여야 한다. 단, 그 비용은 신청인이 부담한다."

⑧~⑩ 생략

다. 일본「형사소송법」

일본 형사소송법은 압수에 관한 일반규정인 제99조에 압수의 목적물로서 '증거물 또는 몰수해야 할 물건'으로 규정하고 있기 때문에 전자정보 자체에 대한 압수가능성을 두고 있지 않다. 다만 동조 제2항에 전자적 기록을 압수할 필요가 있는 때에는 이를 컴퓨터 또는 다른 기록매체에 복사한 후 압수할 수 있도록 함으로써 유체물 압수를 원칙으로 하는 동 조항에 부합하도록 매체압수를 원칙으로 하면서도 전자적 기록의 압수필요성도 함께 입법적으로 해결하고 있다. 이와 함께 제99조의2를 신설하여 기록명령부 압수제도를 도입함으로써 전문가로 하여금 관리하는 특정 데이터의 추출, 기록을 하도록 하여 시스템 보호에 이바지하면서도 과도한 처분을 피할 수 있는 효율적 장치를 마련하였다.[668]

또한 압수영장에 복사해야 할 전자적 기록의 범위를 기재하도록 요구하고 있으며, 원본 기록매체 압수를 원칙으로 하되 대신에 복사본 또는 출력서면 압수로 대체할 수 있도록 규정하고 있다. 인쇄된 문서의 원본성과 관련하여 적정할 절차에 의해 전자적 기록을 보전하고 있고, 그 전자적 기록을 가시성·가독성 있는 문서로 인쇄하고 있다면 그 인쇄된 문서를 원본으로 보아도 무방하다는 견해가 있다. 다만, 적법하게 압수된 전자적 기록이 디지털 포렌식을 이용하여 해석한 결과가 증거로서 요증사실을 증명할 수 있기 위해서는 전자적 기록매체에 기록된 전자적 기록과 동일한 보존기록으로 여겨지고, 그 보전기록으로부터 증거로서 의미 있는 기록이 추출·해석되어야 한다[669]고 보고 있다.

전자적 기록에 대한 원격지 압수와 관련하여서는 제107조 제2항에 근거하여 수사기관은 당해 전자계산기로 처리하는 전자적 기록을 보관하기 위해 사용된다고 인정함에 충분한 상황이 있음을 소명해야 하고, 재판관은 이를 기초로 전자적 기록의 복사를 허가하는 전자적 기록의 범위를 심사하며, 영장에는 압수범위를 특정하고 특정된 한도 내에서 접속이 가능하도록 하고 있다.[670] 이 규정을 통해 접속해있는 기록매체로부

668) 국가인권위원회, 『사이버수사 및 디지털 증거수집 실태조사』, 2012, 55면.
669) 安冨 潔, 「刑事事件におけるデジタル・フォレンジックと証拠」, 『産大法学』, 第49巻 第1・2号 (2015), 55-56면(문희태, "일본의 피의자신문의 녹음·녹화, 디지털 증거, DNA증거에 대한 학계논의 및 판례의 태도", 워크숍 발표자료, 2019.8.29. 15면에서 재인용).
670) 일본 법무성 법제심의회형사법부회 제1회 회의록, 2003, 10면(국가인권위원회, 『사이버수사

터 복사가 가능해짐으로서 매체가 갖는 물리적 한계를 해소했다고 볼 수 있다.[671]

제99조 압수, 전기통신회선접속기록의 복사·제출명령

① "법원은 필요할 때 증거물 또는 몰수해야 할 물건으로 사료되는 것을 압수할 수 있다. 단, 특별한 규정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다."

② "압류해야 할 물건이 컴퓨터일 때는 해당 컴퓨터에 전기통신회선으로 접속되어 있는 기록매체로 해당 컴퓨터를 작성하거나 변경을 한 전자적 기록 또는 해당 컴퓨터를 통해 변경하거나 삭제할 수 있는 것으로 되어 있는 전자적 기록을 보관하기 위해 사용되고 있다고 인정될만한 상황에 있는 것에 대해, 그 전자적 기록을 해당 컴퓨터 또는 다른 기록매체에 복사한 후 해당 컴퓨터 또는 해당 다른 기록매체를 압수할 수 있다."

③ "법원은 압수해야 할 물건을 지정하여 소유자, 소지자 또는 보관자에게 그 물건의 제출을 명할 수 있다."

제99조의2 기록명령부압수

"법원은 필요한 경우 기록명령부압수(전자적기록을 보관하는 자나 그 밖의 전자적기록을 이용할 수 있는 권한을 가진 자에게 명하여 필요한 전자적기록을 기록매체에 기록하거나 인쇄하여 해당 기록매체를 압수하는 것을 말한다. 이하 같다)를 할 수 있다."

제107조 압수장·기록명령부압수장·수색장의 기재사항

① "압수장, 기록명령부압수장 또는 수색장에는 피고인의 성명, 죄명, 압류해야 할 물건, 기재하도록 하거나 인쇄해야 할 전자적 기록 및 이를 기록하도록 하거나 또는 인쇄해야 할 사람 또는 수색해야 할 장소, 신체 혹은 물건, 유효기간 및 그 기간 경과 후에는 집행에 착수하지 못하고 영장을 반환해야 한다는 취지 및 발부연월일 기타 법원의 규칙으로 정하는 사항을 기재하고 재판장이 이에 기명날인해야 한다."

② "제99조 제2항의 규정에 의한 처분을 할 때에는 전항의 압수장에 동항에서 규정하는 사항 외에 압수해야 할 컴퓨터에 전기통신회선으로 접속되어 있는 기록매체로 그 전자적기록을 복사해야 할 것의 범위를 기재해야 한다."

③ 생략

제110조의2 전자적기록의 복사등

"압수해야 할 것이 전자적기록과 관련된 기록매체일 때에는 압수장을 집행하는 자는 그 압수에 대신하여 다음에 제시하는 처분을 할 수 있다. 공판정에서 압수를 하는 경우도 마찬가지이다."

一. "압수해야 할 기록매체에 기록된 전자적기록을 다른 기록매체에 복사하거나 인쇄한 후, 해당 다른 기록매체를 압수한다."

二. "피압수자에게서 압수해야 할 기록매체에 기록된 전자적기록을 다른 기록매체에 복사하거나,

및 디지털 증거수집 실태조사』, 57면에서 재인용).

671) 일본 법무성 법제심의회형사법부회 제1회 회의록, 2003, 12면(국가인권위원회, 『사이버수사 및 디지털 증거수집 실태조사』, 57면에서 재인용).

인쇄하거나 또는 이전한 후, 해당 다른 기록매체를 압수한다."

제111조의2 피처분자에 대한 협력요청

"압수해야 할 물건이 전자적기록과 관련된 기록매체일 때는 압수장 또는 수색장의 집행을 하는 자는 처분을 받는 자에게 컴퓨터의 조작 기타 필요한 협력을 요구할 수 있다. 공판정에서 압수 또는 수색을 하는 경우도 마찬가지이다."

제123조 압수물의 환부·가환부, 전자적기록의 교부·복사

①~② 생략

③ "압수물이 제100조의2 규정에 의해 전자적기록을 이전하거나 이전시킨 후 압수한 기록매체로 유치할 필요가 없는 경우, 피압수자와 해당 기록매체의 소유자, 소지자 또는 보관자가 다를 때에는 피고사건의 종결을 기다리지 않고 결정으로 해당 피압수자에게 해당 기록매체를 교부하거나 해당 전자적기록의 복사를 허용해야 한다."

④ "전3항의 결정에 대해서는 검사 및 피고인 또는 변호인의 의견을 들어야 한다."

제218조(영장에 의한 압수·기록명령부 압수·수색·검증)

① 생략

② "압수물이 컴퓨터일 때에는, 해당 컴퓨터에 전기통신회선으로 접속하고 있는 기록매체이면서 해당 컴퓨터에서 작성 또는 변경을 한 전자적기록, 또는 해당 컴퓨터로 변경하거나 삭제할 수 있는 전자적기록을 보관하기 위해 사용되고 있다고 인정할만한 상황에 있는 것에 대해, 그 전자적기록을 해당 컴퓨터 또는 다른 기록매체에 복사한 후, 해당 컴퓨터 또는 해당 다른 기록매체를 압수할 수 있다."

③~⑥ 생략

라. 영국「Police and Criminal Evidence Act 1984」Part II. Seizure etc.

영국은 경찰 및 형사증거법상의 일반적 압수권한에 관한 규정에 의해 전자적 형태로 저장된 정보를 압수할 수 있는 근거를 마련해두고 있다. 디지털 증거의 허용가능성과 관련해서는 Criminal Procedure Rules와 ACPO Good Practice Guide for Digital Evidence에 따르는데, 이에 의하면 모든 디지털 증거는 문서증거에 적용되는 동일한 규칙과 법률의 적용을 받는 것으로 명시되어 있다.[672]

672) https://www.digital-detective.net/digital-forensics-documents/ACPO_Good_Practice_Guide_for_Digital_Evidence_v5.pdf; 검색일: 2019년 9월 30일.

Section 19 일반적인 압수권한 등

(1) "아래 (2), (3), 및 (4)항에 의해 부여된 권한은 지역 내 합법적으로 존재하는 경관에 의해 행사될 수 있다."

(2) "경관은 다음과 같이 믿을만한 합리적인 근거가 있는 경우 그 장소 내에 있는 모든 것을 압수할 수 있다."

(a) "그것이 범행의 결과로서 얻어진 것이라는 것"

(b) "그것이 은닉, 분실, 손상, 변경, 또는 파괴되는 것을 막기 위해 압수할 필요가 있다는 것"

(3) "경관은 다음과 같이 믿을만한 합리적인 근거가 있는 경우 그 장소 내에 있는 모든 것을 압수할 수 있다."

(a) "그것이 그가 수사하고 있는 범죄 또는 다른 범죄와 관련이 있는 증거라는 것"

(b) "그 증거가 은폐, 분실, 변경 또는 파괴되는 것을 막기 위해 압수할 필요가 있다는 것"

(4) "경관은 다음과 같이 믿을만한 합리적인 근거가 있는 경우, 전자적 형태로 저장되고 그 장소에서 접근가능한 모든 정보를 압수할 수 있는 형식 그리고 가시적이고 읽을 수 있는 형식으로 작성하도록 요구할 수 있다."

(a) (i) "그것이 그가 수사하고 있는 범죄 또는 다른 범죄와 관련이 있는 증거라는 것"

(ii) "그것이 범행의 결과로서 얻어진 것이라는 것"

(b) "그것이 은닉, 분실, 변조 또는 파괴되는 것을 막기 위해 그렇게 할 필요가 있다는 것"

(5)~(6) 생략

마. 외국법제 비교표

[표 3-7] 외국의 디지털 증거 관련 규정 비교

	독일	프랑스	일본	영국
압수의 목적물로서 정보개념 포섭여부	×	○	×	○
디지털 증거 압수 허가	• 법원	• 예심판사	• 법원	• 법원
압수방식	• 저장매체 압수 • 해당 저장매체로부터 접근가능한 다른 매체로의 확장 가능	• 전자정보가 담긴 물건 압수 • 참여자의 입회하에 사본출력방식 • 수색대상 정보장치에서 접근가능한 다른 정보장치에 대한 수색 가능	• 해당 컴퓨터 또는 다른 기록매체에 복사 후 또는 인쇄 후 해당 기록매체 압수	• 전자적 형태로 저장되고, 그 장소에서 접근가능한 모든 정보를 압수할 수 있는 형식, 가시적이고 가독적 형식으로 작성요구

4. 디지털 증거 관련 규정의 개정방안

가. 압수의 목적물로서 디지털 정보에 대한 근거규정 마련 필요

현행 형사소송법은 유체물 중심의 압수규정을 유지하고 있기 때문에 디지털 증거를 압수함에 있어서도 그 압수의 실질이 정보임에도 불구하고 매체압수 형식을 취하고 있다. 하지만 앞서 기술한 바와 같이, 기술의 발전으로 정보의 매체종속성이 유지될 수 없는 디지털 환경하에서는 매체 자체는 정보에 접근하기 위한 하나의 문일 뿐, 정보 자체가 매체 내에 존재하지 않는 것이 일반적인 정보이용방식이 되어가고 있다. 따라서 매체 중심으로 규정하고 있는 현행 압수규정으로는 디지털 정보에 대한 압수가 포섭될 수 없다는 한계가 존재하므로, 압수목적물로서 디지털 정보를 명시적으로 규정할 필요가 있다고 할 것이다. 이에 현행 형사소송법 제106조의 규정을 다음과 같이 개정하는 방안을 제시해 보고자 한다.

[표 3-8]「형사소송법」 제106조 개정안

제106조

① "법원은 필요한 때에는 피고사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 증거로 사용되거나 또는 몰수할 필요가 있다고 생각되는 물건 또는 전자정보를 압수할 수 있다. 단, 법률에 다른 규정이 있는 때에는 예외로 한다."

② "법원은 압수할 물건 또는 전자정보를 지정하여 소유자, 소지자 또는 보관자에게 제출을 명할 수 있다."

③ "법원은 압수의 목적물이 전자정보인 경우 그 범위를 정하여 출력하거나 다른 정보저장매체에 복제하여 제출받아야 한다. 다만 정보의 범위를 출력 또는 복제하는 방법이 불가능하거나 압수의 목적을 달성하기에 현저히 곤란하다고 인정되는 때에는 전자정보가 담긴 원정보저장매체를 압수할 수 있다."

나. 디지털 증거의 증거능력에 관한 입법적 근거 마련

전문증거에 해당하는 진술증거로서 디지털 증거의 증거능력에 대해서는 현행 형사소송법 제313조에 규정되어 있지만, 비진술증거에 해당하는 디지털 증거의 증거능력에 대해서는 입법적 흠결상태로 남아 있다.

먼저 진술증거에 해당하는 디지털 증거에 대해서는 제313조에 의해 그 증거능력을 인정할 수 있는 법률적 근거가 마련되어 있다. 하지만 동 규정은 디지털 증거에 대해서

도 문서에 준하는 형식적 진정성립요건으로서 자필 또는 서명날인 요건을 그대로 규정하고 있다. 즉 작성자를 특정하기 위한 요건으로서 자필 또는 서명날인은 문서에는 적합한 요건이지만 디지털 증거에는 그 기술적 특성상 부적합한 요건이기 때문에 판례에서도 디지털 증거의 형식적 진정성립요건에 대해서는 별도의 판단을 하고 있지 않다. 이러한 점에 비추어 볼 때 디지털 형태의 진술서면에 대해서는 형식적 진정성립요건을 배제할 필요성이 있다고 할 수 있지만, 만약 디지털 증거에 대해서도 작성자를 특정할 수 있는 형식적 진정성립요건이 존재해야 한다면 디지털 형식에 맞는 형식적 진정성립요건을 별도로 규정할 필요가 있다고 할 것이다. 진술증거에 해당하는 디지털 증거에 적합한 형식적 진정성립요건을 법률에 구체적으로 명시하는 것은 기술적인 한계를 갖고 있지만 – 기술의 변화에 따라 작성자를 특정할 수 있는 기술 자체가 변화될 수 있으므로 – , 현재로서 가장 일반적으로 논의되고 있는 작성자 특정방식을 예시하는 방식으로 규정하는 것을 고려해 볼 수 있을 것이다.

[표 3-9]「형사소송법」제313조 개정안

제313조

① "전2조의 규정 이외에 피고인 또는 피고인 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 공판정에서의 그 작성자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명되고, 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여 진 때에 한하여 피고인의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 불구하고 증거로 할 수 있다."

②-1 (형식적 진정성립요건 삭제) "전2조의 규정 이외에 피고인 또는 피고인 아닌 자가 작성하였거나 진술한 내용이 포함된 문자·사진·영상 등의 정보로서 컴퓨터용 디스크, 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체에 저장된 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 공판정에서의 그 작성자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명되고, 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 때에 한하여 피고인의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에도 불구하고 증거로 할 수 있다."

②-2 (형식적 진정성립요건 추가) "전2조의 규정 이외에 피고인 또는 피고인 아닌 자가 작성하였거나 진술한 내용이 포함된 문자·사진·영상 등의 정보로서 컴퓨터용 디스크, 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체에 저장된 것은, 그것이 전자서명, IP 정보, 메타데이터 등과 같이 작성자를 특정할 수 있는 디지털 표지(tag)가 있고, 공판준비나 공판기일에서의 그 작성자 또는 진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명된 때에는 증거로 할 수 있다. 단, 피고인의 진술을 기재한 서류는 공판준비 또는 공판정에서의 그 작성자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명되고, 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 때에 한하여 피고인의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에도 불구하고 증거로 할 수 있다."

한편 비진술증거에 해당하는 디지털 증거에 대해서는 디지털 증거의 특성에서 비롯되는 취약성을 어떻게 담보할 것인가가 증거능력 허용여부의 핵심 사항이라 할 수 있다. 현재 판례는 비진술증거에 해당하는 디지털 증거의 증거능력 요건의 하나로서 무결성을 제시하고 있지만, 이는 법률상 명문규정이 없는 것으로 법률에 의하여 형식적으로 결정되어 있을 것을 요하는 증거능력에는 부합하지 않는 요건이라 할 수 있다.

따라서 비진술증거에 해당하는 디지털 증거에 대한 증거능력을 허용하기 위해서는 법률에 명시적인 규정을 둘 필요가 있다고 할 것인바, 현행 형사소송법 제292조의3에 규정된 증거조사방식 가운데 컴퓨터용 디스크 등에 기억된 정보에 대한 증거조사방식의 하나로서 무결성 판단기준으로서 절차적 보관의 연속성에 관한 규정을 도입하는 방안을 고려해볼 수 있다고 생각한다. 즉 형사소송규칙 제134조의7의 규정을 개정하는 입법방안으로서, 동조 제3항을 신설하여 절차적 보관의 연속성에 대한 요건을 규정하는 방안을 제시해 보고자 한다.

[표 3-10]「형사소송규칙」제134조의7 개정안

제134조의7(컴퓨터용 디스크 등에 기억된 정보 등에 대한 증거조사)
③ "컴퓨터디스크 등에 기억된 정보를 증거로 하는 경우에 증거조사를 신청한 당사자는 그것이 증거로 수집할 때부터 법정에 제출될 때까지 훼손 또는 변경되지 않았음을 밝혀야 한다."
④ "컴퓨터 디스크 등에 기억된 정보가 도면·사진 등에 관한 것인 때에는 전3항의 규정을 준용한다."

제4절 | 기타 수사절차상 수집된 증거

1. 감청에 의해 획득한 증거

가. 감청 관련 현행법 규정 현황

감청은 국가가 법원의 허가 또는 영장을 얻어 합법적으로 타인간의 통신내용을 청취하는 것을 말한다. 감청은 기본적으로 헌법에서 보장하고 있는 통신비밀의 자유

를 침해하는 행위이기 때문에 법률에 의하지 않고서는 허용될 수 없다. 이에 통신비밀보호법을 제정하여 통신 및 대화의 비밀과 자유에 대한 제한은 필요 최소한의 범위 내에서 엄격한 법적절차에 의해서만 가능하도록 하고 있다.

하지만 통신기술이 발달함에 따라 통신방식이 기존의 유선통신에서 벗어나 다양한 방식의 무선통신으로 이루어지고 있을 뿐 아니라, 그 내용 또한 대화뿐만 아니라 위치정보, 생체정보까지 포함됨으로써 보호되어야 할 통신이 다양화되고 있다. 그리고 통신저장방식도 디지털화되면서 매체의 다양성 또한 증가하였고, 통신의 당사자가 아닌 통신을 매개하는 전기통신사업자, ISP, OSP 등이 보유하는 통신관련 자료의 중요성 역시 높아져가고 있다. 이러한 IT 기반 통신기술의 변화에 수반하여 범죄수사에 있어서도 통신자료의 확보가 무엇보다 우선시될 수밖에 없다. 하지만 다양화된 통신방식에 대한 구체적인 제한이 법률에 명확히 규정되지 않은 상황에서는 수사기관에 의한 통신자료 확보의 필요성에서 비롯된 기본권 침해의 문제가 발생하고 있다.

이와 같이 통신방식의 변화에 따른 기본권침해의 가능성이 증가하면서 통신비밀보호법은 1993년에 제정된 이래 29차례 개정을 거쳐 왔지만, 여전히 여러 규정들에 있어서 위헌논의가 제기되고 있을 뿐만 아니라 헌법불합치결정으로 그 효력이 한시적으로 제한된 규정들에 대해서도 아직까지 개정이 이루어지지 못하고 있다. 즉 동 법률 제5조 제2항 "인터넷 회선을 통하여 송수신하는 전기통신"에 관한 부분이 헌법불합치 결정[673]으로 2020.3.31.을 시한으로 개정될 때까지 계속 적용하도록 되어 있다. 또한 동 법률 제6조 제7항 단서 중 전기통신에 관한 "통신제한조치기간 연장"에 관한 부분 역시 헌법불합치 결정으로 2011.12.31.을 시한으로 개정시까지 적용[674]하도록 되어 있었지만, 개정이 안됨으로써 효력을 상실한 상태에 있다. 그리고 동 법률 제13조 제1항 중 "검사 또는 사법경찰관은 수사를 위하여 필요한 경우 전기통신사업법에 의한 전기통신사업자에게 제2조 제11호 가목 내지 라목, 바목, 사목의 통신사실 확인자료의 열람이나 제출을 요청할 수 있다"고 규정한 부분 역시 헌법불합치 결정[675]으로 2020년 3월 31일 시한으로 적용되고 있다.

---

673) 헌법재판소 2018.8.30. 2016헌마263 결정.
674) 헌법재판소 2010.12.28. 2009헌가30 결정.
675) 헌법재판소 2018.6.28. 2012헌마191 결정.

나. 「통신비밀보호법」상 감청 관련 주요 쟁점

1) 감청대상범죄의 범위

「통신비밀보호법」 제5조 제1항 제1호부터 제11호까지 감청대상범죄가 열거되어 있다. 이러한 열거대상범죄가 지나치게 광범위하다는 평가를 받고 있으며, 포괄적 열거로 인한 남용의 우려도 제기되고 있다.[676]

다만 주요 외국과의 비교법적 관점에서 볼 때, 형량기준 제한방식을 두고 있는 영국과 프랑스보다는 미국이나 독일과 같은 열거식 제한방식이 감청대상범죄의 범위를 좀 더 면밀하게 조정할 수 있을 뿐만 아니라 형량기준시 감청에 부적절한 대상범죄 배제가 어렵다는 문제가 있을 수 있다. 따라서 현행법과 같은 열거식 대상범죄 제한방식을 합리적으로 볼 수 있지만, 열거대상에 포함된 범죄군 가운데 감청필요성이 현저히 낮은 범죄가 무엇인지에 대한 평가를 통해 조정해 나갈 필요는 있다고 할 것이다.

2) 긴급통신제한조치에 대한 사법적 통제의 미비

동 법률 제8조에 의하면 국가안보를 위협하는 음모행위, 직접적 사망이나 심각한 상해 위험을 야기할 수 있는 범죄, 조직범죄 등 중대범죄의 계획이나 실행 등 긴박한 상황이 있는 경우 법원의 허가 없이 통신제한조치를 할 수 있는 긴급통신제한조치 규정을 두고 있다. 이러한 긴급통신제한조치를 한 경우라도 지체 없이 법원의 허가를 받아야 하고, 36시간 이내에 받지 못하면 즉시 중지하도록 규정함으로써 원칙적으로는 긴급통신제한조치에 대한 사후적 사법적 통제가 가능하도록 하고 있다. 하지만 이 경우 36시간 이내에 자발적 중지 후 일정시간 경과 후 다시 동일사유로 동일대상에 대한 긴급통신제한조치를 하는 경우 이를 통제할 수 있는 규정이 마련되어 있지 않다. 또한 법원의 허가를 받지 못하고 중지했지만 중지하기 전에 확보한 감청자료가 불법감청자료로 증거사용이 금지되는가의 여부도 명확하지 않다.

---

676) 김승환, "도청과 프라이버시에 관한 헌법적 문제", 『영남법학』, 제5권 제1호(1999.2.), 영남대학교 법학연구소, 82면; 이용식, "위법수집증거배제법칙에 관한 소고", 『절차적 정의와 법의 지배』, 박영사, 2003, 262면; 허진성, "통신비밀보호법상 논의되는 주요문제들에 관한 고찰", 『가천법학』, 제4권 제1호(2011.4.), 가천대학교 법학연구소, 279면; 문병효, "통신비밀보호법 개정안에 대한 비판적 고찰", 『토지공법연구』, 제45집(2009.8.), 한국토지공법학회, 507면(이진구, "통신비밀의 보호범위와 한계에 관한 헌법상 연구 : 통신비밀보호법을 중심으로", 성균관대학교 박사학위논문, 2017, 153면에서 재인용).

또한 동조항 제5호에 의하여 긴급통신제한조치가 단시간 내에 종료된 경우에는 법원의 허가를 받을 필요가 없다고 보아 종료 후 법원에 수사기관이 작성한 긴급통신제한조치통보서를 송부하는 것으로 규정함으로써 사후적 사법적 통제까지 배제하고 있다. 시간의 단기 여부와 상관없이 법원의 허가 없이 통신제한조치가 이루어진 이상 사후적으로라도 사법적 통제가 이루어질 수 있도록 함으로써 그 긴급성의 적법여부 판단이 행해져야 할 것으로 생각한다.

3) 강제수사로서 통신제한조치에 대한 통제장치의 오류

현행 통신비밀보호법은 강제수사에 해당하는 통신제한 조치에 대하여 영장이 아닌 법원의 허가를 요건으로 규정하고 있다. 통상 허가는 "행정청이 이미 부과한 일반적 상대적 금지를 일정한 경우에 해제하여 적법하게 일정한 행위를 할 수 있게 하는 행정행위"라고 해석[677]되는 바, 이에 의하면 통신제한조치는 강제수사로서의 성격을 갖는 것이 아니게 되며, 따라서 헌법상 기본권침해에 따른 법관의 영장발부의 요건에 해당하지 않게 된다. 즉 법원에 의한 통신제한조치 허가서가 법원이 발부하는 영장과 차이가 없다고 해도 실질적으로 법원에 의한 영장에 대한 실질심사권이 배제된 것이라는 점에서 영장주의의 엄격성을 우회한 것이라고 볼 수 있다.[678] 이는 「헌법」 제12조 제3항에서 규정하고 있는 압수·수색에 대한 법관의 영장발부의 원칙에도 반하는 것이라 할 것이다.

이와 같이 통신제한조치의 강제수사로서의 법적 성격을 명확히 하지 않고, 법관에 의한 영장발부의 대상으로 하지 않음으로써 헌법에 규정된 영장제시원칙도 동 법률에는 규정되어 있지 않으며, 형사소송법에 규정된 영장집행절차에 있어서 당사자의 참여, 참여권자에 대한 집행 전 통지에 관한 규정도 두고 있지 않다. 그렇기 때문에 통신제한조치 당사자의 권리로서 통신제한조치의 내용에 대한 열람 및 통신제한조치에 대한 불복절차 역시 마련되어 있지 않다고 볼 수 있다.

현재와 같은 IT 기반사회에 있어서 통신제한조치는 기존의 압수·수색에 버금가는, 혹은 그보다 더 중대한 기본권침해를 수반하는 강제수사라고 할 수 있다. 기존의

677) 길준규, 『행정법입문』(제4판), 박영사, 2011, 116면(오길영, "감청과 통신비밀의 갈등, 그리고 미래", 『법과 정책연구』, 제16권 제2호(2016.6.), 한국법정책학회, 9면에서 재인용).
678) 오길영, "감청과 통신비밀의 갈등, 그리고 미래", 9면.

압수·수색과 다르다는 이유로 강제수사에 요구되는 엄격한 법적 절차를 우회하는 것은 바람직하지 않다고 할 것이다.

다. 감청에 의해 획득한 자료의 증거사용의 제한

동 법률에 의한 통신제한조치로 취득한 자료의 사용과 관련하여서는 제12조에 규정을 두고 있는 바, 통신제한조치의 목적이 된 대상범죄 또는 이와 관련된 범죄의 수사, 소추 및 범죄예방의 경우, 대상범죄로 인한 징계절차에 사용하는 경우, 통신 당사자가 제기하는 손해배상소송에서 사용하는 경우, 기타 다른 법률의 규정에 의하여 사용하는 경우로 제한하고 있다. 따라서 취득한 우편물 또는 그 내용이나 전기통신의 내용은 통신제한조치의 목적이 된 당해 범죄나 그와 관련된 범죄를 위해서만 사용되어야 한다.[679]

또한 동법 제4조에 따라 "제3조의 규정에 위반하여 불법검열에 의하여 취득한 우편물이나 그 내용 및 불법감청에 의하여 지득 또는 채록된 전기통신의 내용은 재판 또는 징계절차에서 증거로 사용할 수 없다"고 규정함으로써 위법수집증거배제법칙을 구체화하고 있다. 다만 동 규정에 의하여 불법감청에 의한 증거배제의 실효성을 확보하기 위해서는 해당 불법감청으로부터 파생하여 수집된 다른 증거의 증거사용금지도 함께 명문화할 필요가 있다고 할 것이다.

다른 한편으로 동법 제4조에 의하면 불법감청의 대상은 "제3조의 규정을 위반"한 경우로 제한되는데, 제3조의 규정에 의하면 "이 법에 의하지 아니한 우편물검열, 전기통신감청, 통신사실확인자료 제공, 공개되지 않은 타인간 대화 녹음 또는 청취"의 경우가 불법감청이 된다고 할 수 있다. 즉 통신비밀보호법에 명시되어 있는 통신제한조치규정에 따르면 합법감청으로서 당연히 증거로서 사용할 수 있다고 보는 것이다.

하지만 앞서 기술한 바와 같이 긴급통신제한조치를 이용하여 단시간 내 감청한 경우 사법적 통제를 우회하여 법원의 허가 없이 감청자료를 얻을 수 있게 되는 바, 이를 합법감청으로 볼 수 있는가에 대해서는 상당한 우려를 제기할 수 있다. 또한 긴급통신제한조치 실시 후 36시간 내에 법원의 허가를 얻지 못함으로써 즉시 중지하

679) 대법원 2002.10.22. 선고 2000도5461 판결; 신동운, 『신형사소송법』(제5판), 456면.

였지만, 그 이전에 이미 수사기관이 필요한 감청자료를 확보한 경우 해당 감청자료를 합법감청자료로서 이용할 수 있는가 하는 문제에 대해서도 법률상 명확하지 않다고 할 수 있다.

이와 같이 통신비밀보호법상 감청자료의 증거사용과 관련하여서는 불법감청과 합법감청의 경계선상에서 명확하지 않은 경우가 있다고 볼 수 있고, 이는 결국 통신감청의 오남용으로 연결될 가능성을 배제하기는 어렵다고 할 것이다.

라. 주요 외국의 입법례

1) 독일「형사소송법」

독일의 통신감청은 형사소송법 제100a조부터 제100j조에 이르기까지 10개 조문에 걸쳐 다양한 형태의 통신감청에 관한 광범위한 규정을 두고 있다. 동 규정들에 의하여 독일의 경우 전기통신의 감청뿐만 아니라 온라인 수색, 소스통신 감청, 주거공간에 대한 감청, 주거공간 밖의 감청, 통신접속자료 수집, 이동통신단말기에 대한 기술적 조치 등이 가능하도록 되어있다. 특히 2017년 8월 "형사절차의 보다 효율적이고 실무적합적인 형성에 관한 법률"에 따라 형사소송법을 개정하면서 온라인 수색과 소스통신감청이 가능하게 되었다. 이와 같이 개정된 이유에 대해서 "(생략) 법률에서 언급된 목록범죄에서는 통신감청 없이는 보장될 수 없는 효과적인 형사소추라는 요구가 그에 대응하고 있다. …중략… 형사소추 영역에서 감청과 녹음이 지금까지와 같이 중범죄에 있어서는 가능해야만 한다면, 통신감청은 그 원천에서 고려되어야 한다. …중략… 기술적으로는 암호화 전에 대상자의 단말기에 비밀스레 심겨진 특수 소프트웨어를 통해 통신감청이 이루어질 수 있다"[680]고 제시되어 있다.

이는 앞선 독일 연방헌법재판소의 입장을 반영한 것으로, 2016년 연방범죄수사청법의 국제테러범죄 관련 규정의 위헌심판사건에서 암호통신감청과 온라인 수색에 관한 규정들은 기본적으로 헌법상 허용된다고 판결하였다.[681] 다만, 온라인수색과

---

680) Deutscher Bundestag, Drucksache 18/12785, s.48-49, 2017.6.20(김성룡, "독일 형사소송법 최근 개정의 형사정책적 시사 -수사절차를 중심으로-",『형사정책』, 제29권 제3호(2017.12.), 한국형사정책학회, 257면에서 재인용).

681) BVerfG, Urteil vom 20. April 2016(박희영, "수사목적의 암호통신감청의 허용과 한계",『형사정책연구』, 제29권 제2호(2018.6.), 한국형사정책연구원, 32면에서 재인용).

소스통신감청에 관한 수권규정은 기본적으로는 헌법상 기본권과 일치하지만 주거정보의 수집 및 이용에 관한 규정은 개인의 사생활을 심각하게 침해할 우려가 있다고 보아 해당 규정을 2018년 6월 30일까지만 제한적으로 적용하도록 한 일부위헌판결을 내렸다. 682) 즉 온라인 수색은 그 침해의 강도나 정보기술시스템의 고도의 개인성에 비추어 당사자의 기본권보호를 위한 법관의 명령을 요건으로 하는 보호조치가 필요하다고 하는 명문의 보호규정이 요구되며, 소스통신감청 역시 그 허용여부에 대한 판단기준은 헌법 제10조 제1항 통신비밀보호이므로, 이러한 조치 역시 기술적 보호조치와 법적 규범을 통해 확보되어야 한다고 봄으로써 개정법률에 그 근거조항을 도입하게 된 것이다.683)

한편 독일 형사소송법상 통신감청에 관한 규정들은 대부분 절차의 적법성 확보에 관한 규정이며, 절차위반에 따른 증거사용금지에 관한 규정은 별도로 두고 있지 않다. 다만 편지, 우편, 통신 비밀의 기본권리를 제한하는 법률인 「G10 법률」(Gesetz zur Beschänkung des Breifß, Post-und Fernmeldgeheimnisses(Artikel 10-Geset-G10)에 의해 감청대상범죄 이외의 범죄 수사와 기소를 위해 감청으로 얻은 증거를 사용할 수 없도록 하는 금지규정을 두고 있다.684) 그리고 사생활 핵심영역에 속하는 사항에 대해서는 원칙적으로 통신감청조치가 허용되지 않으며, 통신감청조치에 의해 사생활 핵심영역에 속하는 사항을 알게 된 경우에는 이를 지체 없이 삭제해야 할 뿐 아니라 이용할 수 없도록 규정하고 있다.685)

제100a조 통신감청

(1) "다음 각호의 경우, 당사자가 인지하지 못한 상태에서도 통신을 감시하고 기록할 수 있다."

1. "정범 또는 공범으로서 제2항에 명시된 중한범죄를 행했거나 그 미수를 처벌할 수 있는 경우에는 실행에 착수했거나 또는 범행에 의해 예비했다는 혐의가 일정한 사실에 의해 입증된 경우"
2. "그 행위가 개별적인 경우에 있어서도 중대하게 평가되며"
3. "사실관계의 조사 또는 피의자의 소재파악이 다른 방법으로는 현저히 곤란하거나 불가능한 경

682) 한국인터넷진흥원, "독일 연방헌법재판소, 연방범죄수사청법의 테러방지를 위한 통신감청권 등 일부위헌판결", 『월간 인터넷 법제동향』, 제103호(2016.4.), 18면.
683) 김성룡, "독일 형사소송법 최근 개정의 형사정책적 시사 -수사절차를 중심으로-", 260-261면.
684) https://www.gesetze-im-internet.de/g10_2001/__4.html; 검색일: 2019년 10월 1일.
685) StPO §100d.

우"

"통신감청과 녹음은, 특히 암호화되지 않은 형식으로 감청과 녹음을 가능하게 하기 위해 필요한 경우, 당사자에 의해 사용되는 정보통신기술시스템 안에 기술적 수단으로 개입하는 방식으로 행해질 수 있다. 당사자의 정보통신기술시스템 안에 저장된 통신의 내용과 상황에 대해서는, 그것이 공공 정보통신망 내에서 송신이 진행 중인 동안에도 암호화된 형식으로 감청과 녹음이 행해질 수 있는 경우에도 감청과 녹음이 허용된다."

(2) "제1항 제1호의 의미에 있어서 중대한 범죄는 다음과 같다."

1. 형법

a)~u) 생략

2. 조세기본법

a)~c) 생략

3. 운동경기에서 금지약물복용에 관한 법률

생략

4. 난민법

a)~b) 생략

5. 외국인체류법

a)~b) 생략

6. 무역법

생략

7. 마약류법

a)~b) 생략

8. 향정신성물질의 불법제조에 오용될 수 있는 기초물질의 거래감시법

생략

9. 전쟁무기통제에 관한 법률

a)~b) 생략

10. 국제형법

a)~d) 생략

11. 무기법

a)~b) 생략

(3) "이 명령은 특정 사실에 근거하여, 피의자에 관한 특정한 메시지 또는 그에 의해 전달된 메시지를 수신 또는 전송하거나 또는 그의 네트워크시스템 또는 정보통신기술시스템을 이용한 것으로 추측되는 피의자 또는 제3자에 대해서만 할 수 있다."

(4) "통신감청과 녹음 명령에 근거하여 통신서비스를 제공하거나 그에 협력하는 사람은 법원, 검찰, 그리고 경찰직무를 수행하는 수사관(법원조직법 제152조)에게 이러한 처분이 가능하게 해야 하며, 필요한 정보들을 지체없이 제공해야 한다. 이를 위한 보호조치를 해야 하는지의 여부와 그 범위는 전기통신법과 전기통신감청령에 따른다. 제95조 제2항을 준용한다."

(5) "제1항 제2문과 제3문에 따른 조치를 취할 때는 다음 각호의 사항을 기술적으로 보장해야 한다."

1. "다음 사항만이 감청·녹음되도록 해야 한다."
   a) "현재 진행 중인 전기통신(제1항 제2문)"
   b) "제100e조 제1항에 따른 명령이 내려진 시점 이후에 공공전기통신망에서 진행된 전송과정에서도 감청·녹음할 수 있었을 통신의 내용과 상황(제1항 제3문)"
2. "정보기술시스템에는 정보를 획득하려면 반드시 필요한 변경만을 가해야 한다."
3. "처분을 종료할 때에는 기술적으로 가능한 한, 정보기술시스템에 가한 변경이 자동으로 복구되도록 해야 한다."

"사용한 수단이 무단으로 사용되지 않도록 현재의 기술수준에서 최선의 조치를 취해야 한다. 복사된 데이터가 변경, 무단삭제, 무단 누설되지 않도록 현재의 기술수준에서 최선의 조치를 취해야 한다."

(6) "기술적 수단을 사용할 때에는 다음 각호의 사항을 기록해야 한다."

1. "기술적 수단의 명칭과 그 사용시점"
2. "정보기술시스템을 식별할 수 있는 표시와 그 시스템에 가해진 일시적이지 않은 변경"
3. "획득한 데이터를 확인할 수 있는 표시"
4. "처분을 집행한 부서"

제100b조 온라인 수색

(1) "다음 각호의 요건이 모두 충족되는 경우에는 당사자가 알지 못하더라도 기술적 수단을 사용해 당사자가 사용하는 정보기술시스템에 침입하여 그로부터 정보를 획득할 수 있다(온라인 수색)."

1. "일정 사실에 근거해 볼 때 제2항에서 정한 특히 중대한 범죄를 정범이나 공범으로 실행했다는 혐의가 인정되는 경우 또는 그 범죄의 미수를 처벌하는 때에는 범죄의 실행에 착수했다는 혐의가 인정되는 경우"
2. "범행이 개별사안에서도 중대하다고 인정되는 경우"
3. "사실관계의 규명이나 피의자 소재의 파악이 다른 방법으로는 매우 어렵거나 불가능할 것으로 예상되는 경우"

(2) "제1항 제1호에서 말하는 특히 중대한 범죄는 다음과 같다."

1. 형법
   a)~m) 생략
2. 난민법
   a)~b) 생략
3. 외국인체류법
   a)~b) 생략
4. 마약류법
   a)~b) 생략
5. 전쟁무기통제에 관한 법률
   a)~b) 생략
6. 국제형법

a)~d) 생략

7. 무기법

a)~b) 생략

(3) "온라인 수색은 피의자에 대해서만 할 수 있다. 피의자가 아닌 사람의 정보기술시스템에 침입하는 것은 일정사실에 근거해 볼 때 다음 각호가 모두 충족되는 때에만 허용된다."

1. "제100e조 제3항에 따른 명령에서 표시한 피의자가 다른 사람의 정보기술시스템을 사용한 경우"
2. "피의자가 정보기술시스템에 침입하는 것만으로는 사실관계를 규명하거나 공동피의자의 소재를 파악할 수 없는 경우"

"온라인 수색은 다른 사람이 불가피하게 관련되는 경우에도 실행할 수 있다."

(4) "제100a조 제5항과 제6항은 제5항 제1문 제1호를 제외하고 준용한다."

제100c조 주거감청

(1) "다음 각호의 요건이 모두 충족되는 경우에는 당사자가 알지 못하더라도 주거에서 비공개적으로 이루어지는 대화를 기술적 수단을 사용해 감청·녹음할 수 있다."

1. "일정사실에 근거해 볼 때 제100b조 제2항에서 정한 특히 중대한 범죄를 정범이나 공범으로 실행했다는 혐의가 인정되는 경우 또는 그 범죄의 미수를 처벌하는 때에는 범죄의 실행에 착수했다는 혐의가 인정되는 경우"
2. "범행이 개별사안에서도 중대하다고 인정되는 경우"
3. "감청을 하면 사실관계를 규명하거나 공동피의자의 소재를 파악하는데 중요한 의미가 있는 피의자의 발언을 포착할 수 있으리라고 볼만한 사실상의 근거가 있는 경우"
4. "사실관계의 규명이나 공동피의자의 소재파악이 다른 방법으로는 매우 어렵거나 불가능할 것으로 예상되는 경우"

(2) "감청과 녹음은 피의자와 그의 주거에 대해서만 실행할 수 있다. 피의자가 아닌 다른 사람의 주거에 대한 감청은 일정사실에 근거해 볼 때, 다음 각호의 사항이 모두 인정되는 경우에만 허용된다."

1. "제100e조 제3항에 따른 명령에서 표시한 피의자가 그곳에 체류하는 경우"
2. "피의자의 주거에 대한 감청과 녹음만으로는 사실관계를 규명하거나 공동피의자의 소재를 파악할 수 없는 경우"

"감청과 녹음은 다른 사람이 불가피하게 관련되는 경우에도 실행할 수 있다."

제100d조 사생활의 핵심영역, 증언거부권

(1) "제100a조 내지 제100c조의 처분을 할 경우 사생활의 핵심영역에 속하는 내용만을 알게 될 뿐이라고 볼 만한 사실상의 근거가 있으면 그 처분은 허용되지 않는다."

(2) "제100a조 내지 제100c조의 처분으로 알게 된 사생활의 핵심영역에 관한 정보는 사용할 수 없다. 그러한 정보를 녹음한 내용은 지체없이 삭제해야 한다. 그 정보를 획득하고 삭제한 사실은 기록해야 한다."

(3) "제100b조의 처분을 할 때에는 가능한 한 사생활의 핵심영역에 속하는 정보는 포착되지 않게 하는 확실한 기술적 조치를 취해야 한다. 제100b조의 처분으로 얻은 사생활의 핵심영역에 관한 정

보는 지체없이 삭제하거나 검사로 하여금 명령한 법원에 제출해 법원이 그 사용가능성과 삭제여부를 재판할 수 있게 해야 한다. 사용가능성에 관한 법원의 재판은 이후의 절차에 대해 구속력이 있다."

(4) "제100c조의 처분은 감청을 해도 사생활의 핵심영역에 속하는 진술이 포착되지 않으리라고 볼 만한 사실상의 근거가 있는 경우에만 명할 수 있다. 감청 도중에 사생활의 핵심영역에 속하는 내용이 포착된다고 볼만한 근거가 생긴 때에는 감청과 녹음을 지체없이 중단해야 한다. 이렇게 처분을 중단한 경우에도 제1문의 요건이 충족되면 처분을 계속할 수 있다. 처분을 중단해야 하는지, 계속해도 되는지 의심스러우면 검사는 지체없이 법원에 이에 관한 재판을 청구하며, 여기에는 제100e조 제5항을 준용한다. 이미 획득한 정보가 제2항이 정한 사용할 수 없는 정보인지가 문제되는 경우에도 검사는 지체없이 법원에 이에 관한 재판을 청구해야 한다. 제3항 제3문은 준용한다."

(5) "제53조에 해당하는 사건에서 제100b조와 제100c조의 처분은 허용되지 않으며, 처분을 집행하는 도중에 제53조에 해당한다는 사실이 드러나면 제2항을 준용한다. 제52조와 제53a조에 해당하는 사건에서는 제100b조와 제100c조의 처분으로 획득한 정보는 사건의 기초가 되는 신뢰관계의 의미를 고려하면서 사실관계의 규명이나 피의자 소재의 파악이라는 이익을 기준으로 볼 때 그러한 정보를 사용하더라도 비례원칙에 반하지 않는다고 인정되는 한에서만 사용할 수 있다. 제160a조 제4항은 준용한다."

제100e조(제100a조 내지 제100c조에 따른 처분의 절차)

(1) "제100a조의 처분은 검사의 신청이 있는 경우에 한해 법원이 명할 수 있다. 긴급을 요할 때에는 검사가 명할 수도 있다. 검사의 명령은 3근무일 안에 법원의 추인을 받지 못하면 효력을 잃는다. 명령은 3개월 이하의 기간으로 한다. 획득한 수사결과를 고려해 볼 때 명령의 요건이 계속 충족되고 있다면 명령을 연장할 수 있으며 그 기간은 1회당 3개월 이하로 한다."

(2) "제100b조와 제100c조의 처분은 검사의 신청이 있는 경우에 한해 검찰의 소재지를 관할하는, 법원조직법 제74a조 제4항에서 정한 주법원의 합의부가 명할 수 있다. 긴급을 요할 때에는 합의부의 재판장이 명할 수도 있다. 재판장의 명령은 3근무일 안에 형사합의부의 추인을 받지 못하면 효력을 잃는다. 명령은 3개월 이하의 기간으로 한다. 획득한 수사결과를 고려해 볼 때 명령의 요건이 계속 충족되고 있다면 명령을 연장할 수 있으며 그 기간은 1회당 1개월 이하로 한다. 명령의 기간이 총 6개월까지 연장된 경우 추가 연장 여부는 고등법원에서 재판한다."

(3) "명령은 서면으로 한다. 명령의 주문에는 다음 각 호의 사항을 기재해야 한다."

1. "처분의 대상이 되는 피의자의 이름과 주소를 알고 있다면, 그 이름과 주소"
2. "처분을 명령한 근거가 되는 범죄혐의"
3. "처분의 종류, 범위, 기간, 종료시점"
4. "처분을 통해 얻으려 하는 정보의 종류와 그 정보가 절차에 대해 지니는 의미"
5. "제100a조의 처분을 하는 경우에는 감청하려는 통신장치나 단말기의 전화번호나 기타 식별표시. 단말기의 경우에는 그것이 다른 단말기와 연결되어 있다고 볼 만한 사실이 없는 경우에 한한다. 제100a조 제1항 제2문과 제3문에 해당하는 경우에는 침입하려는 정보기술시스템의 가능한 한 정확한 명칭"
6. "제100b조의 처분을 하는 경우에는 정보를 획득하려는 정보기술시스템의 가능한 한 정확한 명칭"
7. "제100c조의 처분을 하는 경우에는 감청하려는 주거나 주거공간"

(4) "제100조 내지 제100c조의 처분을 명령하거나 연장하는 이유를 기재할 때에는 그 요건 및 중요한 고려사항들을 설명해야 한다. 특히 개별사건에 관한 다음 각 호의 사항을 기재해야 한다."

1. "혐의의 근거가 되는 일정한 사실"
2. "처분의 필요성과 비례성에 관한 중요한 고려사항"
3. "제100c조의 처분을 하는 경우에는 제100조d 제4항 제1문에서 말하는 사실상의 근거"

(5) "명령의 요건이 더 이상 충족되지 않게 되면, 명령에 근거해 실행한 처분을 지체없이 종료해야 한다. 처분을 종료한 경우 명령한 법원에 처분 결과를 보고해야 한다. 제100b조와 제100c조의 처분을 한 경우에는 법원에 처분의 경과에 관해서도 보고해야 한다. 명령의 요건이 더 이상 충족되지 않게 되었는데도 검사가 처분을 중단하지 않는다면 법원은 처분의 중단을 명해야 한다. 제100b조와 제100c조의 처분의 경우 중단 명령은 재판장이 할 수도 있다."

(6) "제100b조와 제100c조의 처분으로 획득한, 사용할 수 있는 개인정보는 다음 각 호의 기준에 따라 다른 목적을 위해 사용할 수 있다."

1. "감청된 개인의 승낙이 없으면 해당 개인정보를 다른 형사절차에서는 제100b조나 제100c조의 처분의 근거가 될 수 있는 범행을 수사하거나 그러한 범행의 혐의가 있는 개인의 소재를 파악하기 위한 목적으로만 사용할 수 있다."
2. "개인정보 및 제100d조 제5항 제1문 후단에 해당하는 정보를 위험예방의 목적을 위해 사용하는 것이 허용되는 경우는 개별사안에서 발생한 개인의 생명에 대한 위험, 개인의 신체나 자유에 대한 절박한 위험, 국가의 안전이나 존립에 대한 위험, 국민의 후생에 기여하거나 문화적으로 중요하거나 형법 제305조에서 정한 대상에 대한 위험에 대응해야 하는 경우에 한한다. 개인정보는 개별사건에서 기타 중요한 재산가치에 절박한 위험이 생긴 경우 그에 대응하기 위해 사용할 수도 있다. 개인정보가 위험을 예방하는 데 또는 위험예방을 위해 실행한 처분을 공판절차 이전이나 도중에 심사하는 데 더 이상 필요하지 않게 되었다면 위험방지를 담당하는 기관은 그 정보에 관한 기록을 지체없이 삭제해야 한다. 삭제 사실은 기록해야 한다. 정보의 삭제를 보류한 경우에 그 보류의 목적이 공판절차 이전이나 도중에 정보가 심사 대상이 될 수 있을 것에 대비하는 데에만 있다면 그 정보는 오직 그 목적을 위해서만 사용해야 하며, 그 외의 다른 목적으로는 사용할 수 없다."
3. "사용할 수 있는 개인정보가 경찰법상의 처분에 의해 획득되었다면 그 정보는 제100b조나 제100c조의 처분의 근거가 될 수 있는 범행을 수사하거나 그러한 범행의 혐의가 있는 개인의 소재를 파악하기 위한 목적으로만 사용할 수 있다."

제100f조 주거공간 밖에서의 감청

(1) "일정사실에 근거해 볼 때 제100a조 제2항에서 정한 범행으로서 개별사안에서도 중대하다고 판단되는 범행을 정범이나 공범으로 실행했다는 혐의가 있는 경우 또는 그러한 범행의 미수를 처벌하는 때에는 그 범행을 실행하려 했다는 혐의가 있는 경우에 사실관계의 규명이나 피의자 소재 파악이 다른 방법으로는 불가능하거나 매우 어려울 것으로 예상된다면 주거 밖에서 비공개적으로 하는 말을 당사자가 알지 못하더라도 감청·기록할 수 있다."

(2) "제1항의 처분은 피의자에 대해서만 할 수 있다. 다른 사람에 대해 처분을 명하는 것은 일정사실에 근거해 볼 때 그가 피의자와 연락하고 있거나 연락하려 하며, 처분을 하면 사실관계의 규명이나 피의자 소재파악이 가능해지고, 다른 방법으로는 사건수사나 피의자 소재파악이 불가능하거나 매우 어려울 것으로 예상되는 때에 한하여 허용된다."

(3) "처분은 제3자가 불가피하게 관련되는 경우에도 실행할 수 있다."

(4) "제100조e 제1항, 제3항, 제5항 제1문은 준용한다."

제100g조 통신자료의 조사

(1) "일정 사실에 근거해 볼 때 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 범행을 정범이나 공범으로 실행했다는 혐의가 있는 경우에 사건 수사에 필요하고 사안의 중대성에 비추어 보면 적절한 비례성이 있다고 인정되는 한에서 통신자료(전기통신법 제96조 제1항)를 조사할 수 있다."

1. "개별사안에서도 중대하다고 평가되는 범죄, 특히 제100조a 제2항에서 정한 범죄. 이들 범죄의 미수를 처벌하는 때에는 그 범죄를 실행하려 했거나 다른 범죄를 통해 예비한 행위"
2. "전기통신을 수단으로 하는 범행"

"제1문 제2호의 경우에는 사실관계의 규명이 다른 방법으로는 불가능할 것으로 예상되는 때에 한해 통신자료를 조사할 수 있다. 이 제1항의 규정에 따라 위치정보를 조사하는 것은 제1항 제1호에서 정한 범죄에 대해서만 허용되며, 이때 그러한 조사는 사실관계의 규명이나 피의자 소재의 파악에 필요한 경우에 한해 장차 생성될 통신정보나 실시간 통신정보에 대해서만 할 수 있다."

(2) "일정 사실에 근거해 볼 때 제2문에서 정한 중대한 범행을 실행했다는 혐의가 있는 경우 또는 그러한 범행의 미수도 처벌하는 때에는 그 범행을 실행하려 했다는 혐의가 있는 경우에 범행이 개별사안에서도 중대하다고 인정되는 때에는 전기통신법 제113b조에 따라 저장된 통신자료를 조사할 수 있으나, 이는 사실관계의 규명이나 피의자 소재의 파악이 다른 방법으로는 불가능하거나 매우 어려울 것으로 예상되며 그러한 조사가 범행의 중대성과 적절한 비례관계에 있는 때에 한해 허용된다. 제1문에서 말하는 특히 중대한 범죄란 다음 각 호의 범죄를 말한다."

1. 형법

   a)~h) 생략

2. 외국인체류법

   a)~b) 생략

3. 무역법

   생략

4. 마약류법

   a)~b) 생략

5. 마약기초재료감시법

   생략

6. 전쟁무기통제에 관한 법률

   a)~b) 생략

7. 국제형법

   a)~d) 생략

8. 무기법

   a)~b) 생략

(3) "무선기지국에서 발생하는 통신자료의 조사(무선기지국 통신자료 조사)는 다음 각 호의 요건이 모두 충족되는 때에만 허용된다."

1. "제1항 제1문 제1호의 요건이 충족될 것"

2. "자료 조사가 사건의 중대성과 적절한 비례관계에 있을 것"

3. "사실관계의 규명이나 피의자 소재의 파악이 다른 방법으로는 불가능하거나 매우 어려우리라 예상될 것"

"무선기지국 통신자료 조사를 위해 전기통신법 제113조b에 따라 저장한 통신자료를 사용하는 것은 제2항의 요건이 충족된 경우에 한해 허용된다."

(4) "제2항과 제3항 제2문에 따른 통신자료 조사는 제53조 제1항 제1문 제1호 내지 제5호에서 열거한 사람을 대상으로 해서는 안되며, 그 사람들이 증언을 거부할 수 있을 정보를 알게 될 것으로 예상되는 때에도 해서는 안 된다. 이를 위반해서 얻은 정보는 사용해서는 안 된다. 그 정보에 관한 기록은 지체없이 삭제해야 한다. 정보의 취득과 삭제 사실은 기록해야 한다. 제53조 제1항 제1문 제1호 내지 제5문에서 열거한 사람을 대상으로 하지 않는 조사에 의해 그 사람이 증언을 거부할 수 있을, 그 사람에 관한 정보를 얻은 경우에는 제3문 내지 제4문을 준용한다. 제160조a 제3항과 제4항은 준용한다."

(5) "통신자료의 조사가 일반인이 접근할 수 있는 전기통신서비스 제공자를 통해 이루어지지 않은 경우에는 통신과정이 종료한 후의 조사는 일반규정에 따른다."

제100h조 주거공간 밖에서 하는 그 밖의 처분

(1) "사실관계의 규명이나 피의자 소재의 파악이 다른 방법으로는 불가능하거나 매우 어려울 것으로 예상된다면, 당사자가 알지 못하더라도 주거 밖에서 다음 각 호의 처분을 할 수 있다."

1. "촬영"

2. "감시를 목적으로 하는 기타 기술적 수단의 사용"

"제1문 제2호의 처분은 조사 대상이 중대한 범죄인 경우에 한해 허용된다."

(2) "처분은 피의자에 대해서만 할 수 있다. 피의자 이외의 사람에 대해서는 다음 각 호에서 정한 바에 따른다."

1. "제1항 제1문의 처분은 사실관계의 규명이나 피의자 소재의 파악이 다른 방법으로는 거의 불가능하거나 매우 어려울 것으로 예상되는 때에 한해 허용된다."

2. "제1항 제2문의 처분은 일정 사실에 근거해 볼 때 그 사람이 피의자와 연락하고 있거나 연락하려 하며, 처분을 하면 사실관계의 규명이나 피의자 소재의 파악이 가능해지고, 다른 방법으로는 사건 수사나 피의자 소재 파악이 불가능하거나 매우 어려울 것으로 예상되는 때에 한해 허용된다."

(3) "처분은 제3자가 불가피하게 관련되는 경우에도 실행할 수 있다."

제100i조 이동통신단말기에 대한 기술적 조치

(1) "일정 사실에 근거해 볼 때 개별사안에서도 중대한 범죄, 특히 제100조a 제2항에서 정한 범행을 정범이나 공범으로 실행했다는 혐의가 있는 경우에 또는 그 범행의 미수도 처벌하는 때에는 그 범행을 실행하려 했거나 다른 범행으로 예비했다는 혐의가 있는 경우에 사실관계의 규명이나 피의자 소재의 파악에 필요한 때에는 기술적 수단을 사용해 다음 각 호의 사항을 조사할 수 있다."

1. "이동통신단말기의 기기번호와 단말기에서 사용하는 카드의 번호"

2. "이동통신단말기의 위치"

(2) "제1항의 처분을 하는 과정에서 제3자의 개인정보를 조사하는 것은 제1항의 목적을 달성하려면

기술상의 사유로 그러한 조사를 할 수밖에 없는 경우에 한해 허용된다. 이 경우 조사한 제3자의 개인정보는 추적하는 단말기번호 및 카드번호의 조사를 위해 정보를 대조하는 데에만 사용해야 하며 처분이 종료한 후에는 지체 없이 삭제해야 한다."

(3) "제100조a 제3항, 제100조e 제1항 제1문 내지 제3문, 제3항 제1문, 제5항 제1문은 준용한다. 명령은 6개월 이하의 기간으로 한다. 제1항의 요건이 충족되는 경우 명령을 1회당 6개월 이하의 기간으로 연장할 수 있다."

제100j조 보유데이터 제공

(1) "사실관계를 규명하거나 피의자의 소재를 파악하는 데 필요한 경우에는 영업적으로 전기통신서비스를 제공하는 사업자나 이에 협력하는 사람에게 전기통신법 제95조와 제111조에 따라 얻은 정보를 제공해 줄 것을 요청할 수 있다. 제1문에 따라 요청하는 정보가 단말기, 단말기 안의 저장기기 또는 단말기와 분리된 저장기기에 접근하는 것을 막는 정보(전기통신법 제113조 제1항 제2문)와 관련되어 있다면, 그 정보는 그 사용요건이 법률로 정해져 있는 때에 한해 요청할 수 있다."

(2) "제1항에 따른 정보 제공은 일정 기간 동안 인터넷 프로토콜 주소를 사용하는 방식으로 할 수도 있다(전기통신법 제113조 제1항 제3문, 제113조c 제1항 제3호)."

(3) "제1항 제2문에 따른 정보 제공은 검사의 신청이 있는 경우에 한해 법원이 명한다. 긴급을 요할 때에는 검사나 검찰사무관(법원조직법 제152조)이 명할 수도 있다. 이 경우 지체없이 법원의 추인을 받아야 한다. 제1문 내지 제3문은 정보 제공 요구가 있었음을 대상자가 이미 알고 있거나 알고 있을 것이 분명한 경우 또는 정보의 사용이 이미 법원의 재판에 의해 허가된 경우에는 적용하지 않는다. 제4문의 요건이 충족되었다는 사실은 기록해야 한다."

(4) "제1항 제2문이나 제2항에 해당하는 경우에는 대상자에게 그 사실을 통지해야 한다. 통지를 하더라도 정보를 제공받은 목적을 달성하는 데 방해가 되지 않는다고 인정되면 즉시 통지해야 한다. 통지의 이익보다 제3자나 관계자들의 보호받을 만한 이익이 더 큰 경우에는 통지를 하지 않는다. 제2문에 따라 통지를 보류하거나 제3문에 따라 통지를 하지 않은 경우에는 그 사유를 기록해야 한다."

(5) "전기통신서비스를 제공하는 사업자나 이에 협력하는 사람은 제1항이나 제2항의 정보 제공 요구가 있으면 지체없이 그 요구에 맞는 정보를 전달해야 한다. 제95조 제2항은 준용한다."

2) 프랑스 「형사소송법」

프랑스는 1991년 이전까지는 법률상 근거규정 없이 감청을 해왔으나 1990년 유럽인권재판소가 당시 형사소송법 제81조에 근거한 감청은 유럽인권협약 제8조를 위반한 것으로 판단하면서 「전기통신적 수단을 통하여 발신된 통신의 비밀에 관한 1991년 7월 10일 법률」[686]을 제정하였다.[687] 동 법률은 "Titre 1. 사법권에 의한 감청"과

686) Loi no°91-646 du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des communications électroniques.

687) 여은태, "프랑스의 통신제한 법제와 그 시사점", 『법학논총』, 제35권 제1호(2018.3.), 한양대학교 법학연구소, 55-56면.

"Titre II 안보를 위한 감청"으로 구분하고 있는데, 이 가운데 사법권에 의한 감청은 형사소송법 제3절 "2. 전기통신의 감청"의 편제하에 규정을 두고 있으며, 후자의 안보를 위한 감청은 동 법률에 구체적 규정을 두고 있다.[688]

프랑스 형사소송법에 근거한 감청은 예심판사의 권한과 감독하에서 감청이 이루어지도록 하고 있으며, 통신감청을 결정하는 서면에는 해당 통신을 특정하는 사항 및 원인범죄사실, 기간 등을 기재하도록 되어 있으며, 감청결정에 대해서는 불복할 수 없도록 하고 있다. 그리고 수사상 진실성 증명을 위해서는 통신녹취를 조서에 기재해야 하고, 녹취된 조서는 사건기록에 포함하도록 규정함으로써 감청자료의 증거능력을 인정하고 있다.[689]

한편 프랑스는 2004년 「범죄의 진화에 대한 사법의 적응을 뒷받침하는 2004년 3월 9일 법률 2004-204」(Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux evolutions de la criminalite)[690]를 통해서, 형사소송법 제24편 "조직범죄에 적용되는 절차"에 규정된 제706-73조와 제706-73-1조에 명시된 범죄행위에 대해서는 현행범 수사 또는 예비수사에 필요한 경우에도 전기통신의 감청을 할 수 있는 근거규정으로서 제706-95조~제7060-95-3조를 마련하여 사법감청권한을 확대하였다.[691]

「프랑스 형사소송법」 제3절 현장검증, 압수수색 및 통신의 감청

2. 전기통신의 감청[692]

제100조 ① "중죄 및 법정형이 2년 이상의 징역형인 경죄에 관하여는 예심판사가 예심수사를 위해 필요하다고 인정하는 경우, 통신의 감청·녹음 및 녹취를 명할 수 있다. 이러한 조치는 예심판사의 권한과 감독하에 시행된다."

② "감청 결정은 서면에 의하고, 이 결정은 재판으로서의 성격을 갖지 아니하며 불복할 수 없다."

제100-1조 "제100조의 결정에는 감청의 대상이 되는 통신을 특정하는 사항, 감청의 원인이 되는 범죄

688) https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000173519; 검색일: 2019년 8월 1일.
689) 여은태, "프랑스의 통신제한 법제와 그 시사점", 58면.
690) https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000249995; 검색일: 2019년 8월 1일.
691) 여은태, "프랑스의 통신제한 법제와 그 시사점", 59면.

사실 및 감청기간 등을 기재하여야 한다."

제100-2조 "감청기간은 최장 4월로 하며, 형식·조건 및 대상이 동일한 경우에 한하여 갱신할 수 있다."

제100-3조 "예심판사 또는 예심판사의 지휘를 받은 사법경찰관은 통신부의 관할 또는 감독하에 있는 조직·기관의 자격있는 직원 또는 인가를 받은 통신 네트워크업자 또는 통신서비스 공급업자에 속한 자격있는 직원에게 감청장비의 설치를 위탁할 수 있다."

제100-4조 ① "예심판사 또는 예심판사의 지휘를 받은 사법경찰관은 감청과 녹음 등 조치를 조서에 기재하여야 한다. 조서에는 감청의 개시 및 종료일자를 명시한다."

② "녹음은 봉인한다."

제100-5조 ① "예심판사 또는 예심판사의 지휘를 받은 사법경찰관은, 진실발견에 필요한 통신을 녹취하여 이를 조서에 기재한다. 이 녹취조서는 사건기록에 편철한다."

② "외국어에 의한 통신은 통역인에게 위탁하여 프랑스어로 녹취한다."

③ "방어권행사와 관련하여 변호인과의 통신내용은 녹취할 수 없고, 그 녹취서는 무효로 한다."

④ "언론의 자유에 관한 1881년 7월 29일 법 제2조에 위반되는 신문기자와 취재원과의 통신내용은 녹취할 수 없고, 그 녹취서는 무효로 한다."

제100-6조 ① "공소시효 기간이 경과한 때에는, 녹음테이프는 검사 또는 고등검사장의 청구에 의하여 폐기된다."

② "폐기절차는 조서에 기재한다."

제100-7조 ① "하원의원 또는 상원의원의 전화 회선에 대하여는 예심판사가 당해 의원이 소속된 의회의 의장에게 통지한 경우가 아니면 감청할 수 없다."

② "변호사의 사무소 또는 주거에 접속하는 전화회선에 대하여는 예심판사가 변호사회 회장에게 통지한 경우가 아니면 감청할 수 없다."

③ "사법관의 집무실 또는 주거에 접속하는 전화회선에 대하여는 사법관이 소속된 법원의 법원장 또는 검사장에게 통지한 경우가 아니면 감청할 수 없다."

④ "본조에 정한 절차에 위반한 경우, 감청은 무효로 한다."

제706-95조 ① "제706-93조가 적용되는 범죄행위에 대한 현행범 수사 또는 예비수사에 필요한 경우 검사의 청구를 받은 지방법원 석방구금판사는 제100조 제2항, 제100-1조, 제100-3조 내지 제100-7조에 정한 바에 따라, 전기통신에 의해 전달되는 편지를 감청하거나 녹음하거나 녹취하게 할 수 있다. 이 조치는 최대 1개월을 기간으로 하고, 같은 조건 혹은 기간을 정하여 1회 연장할 수 있다. 석방구금판사는 이를 감독하고 통제한다."

② "제100-8조의 규정은 이 조항에 따라 명령된 감청에 적용된다."

③ "제100-3조 내지 제100-5조, 제100-8조가 적용되는 경우, 예심판사 또는 그 위임을 받은 사법경찰관의 권한은 검사 또는 그가 지정한 사법경찰관이 행사한다."

④ "감청을 승인한 석방구금판사는 전항에 따라 수행된 행위에 대해 검찰이 지체없이 보고해야 한다. 특히 제100-4조 및 제100-5조에서 그 권한의 집행시 작성한 조서를 보고해야 한다."

제706-95-1조

"범죄에 대한 수사의 필요성 또는 제706-73조 및 제706-73-1조의 범위에 해당하는 범죄에 대한 요구가 있는 경우, 석방구금판사는 검찰의 요청에 따라 컴퓨터 식별자를 통해 접근가능한 전자통신에 의해 저장된 통신을 관련된 사람이 알지 못하게 원격으로 접근할 수 있도록 명령할 수 있다."

제706-95-2조

"제706-73조 및 제706-73-1조의 범위에 해당하는 범죄 또는 범죄와 관련된 정보의 필요성이 요구되는 경우, 예심판사는 컴퓨터 식별자에 의해 접근가능한 전자통신을 통해 저장된 통신을 관련된 사람이 알지 못하게 원격으로 접근한 데이터를 모든 매체에 입력, 저장, 복사할 수 있도록 명령할 수 있다."

제706-95-3조

① "제706-95-1조와 제906-95-2조에 명시된 업무는 해당권한을 위임받은 치안판사의 권한과 통제하에 수행되며, 치안판사의 결정에 언급된 범죄의 수색 또는 관찰 이외의 목적을 갖는 업무는 무효로 한다."

② "치안판사 또는 사법경찰관은 제706-95-1조 및 제706-95-2조에 언급된 업무를 수행할 목적으로 전자통신을 담당하는 장관의 권한 또는 감독하의 서비스 또는 기관의 자격있는 에이전트 또는 네트워크 사업자 자격을 갖춘 에이전트 또는 공인 전자통신서비스 제공업체에게 직접 요청할 수 있다."

③ "권한을 위임받은 치안판사의 결정에서 언급된 것 이외의 범죄를 밝히기 위한 이러한 업무의 수행이 부수적 절차의 무효를 야기하지는 않는다."

3) 일본

일본은 범죄수단으로 통신수단이 악용되는 현실에 대응하기 위한 조치로서 감청의 필요성이 높아짐에 따라 1999년에 「범죄수사를 위한 통신감청에 관한 법률」을 제정하여 2000년 8월부터 시행하고 있다. [693]

동 법률에 의하면, 대상범죄의 실행, 준비, 증거인멸 등 사후조치에 관한 모의, 지시 그 외 다른 상호연락 등 해당범죄의 실행과 연관된 사항을 내용으로 하는 통신이

692) 법무부, 『프랑스 형사소송법』, 96-97면, 464면.

693) https://elaws.e-gov.go.jp/search/elawsSearch/elaws_search/lsg0500/detail?lawId=411AC0000000137; 검색일: 2019년 8월 14일.

행해졌다고 의심할 충분한 상황이 있고, 다른 방법에 의해서는 범인을 특정하거나 범죄의 상황 또는 내용을 밝히는 것이 현저히 곤란한 경우 감청을 할 수 있도록 규정하고 있다.[694] 이 경우 법관이 발부한 감청영장에 의해 10일 이내의 기간을 정하여 통신을 감청할 수 있으며, 필요시 10일 이내의 기간을 정하여 연장할 수 있지만 30일을 초과할 수 없도록 하고 있다.[695] 또한 법원의 판단하에 특별한 사정이 있는 경우 동일사실에 대한 재감청을 허용하고 있다.[696]

한편 감청영장에 기재된 감청해야 할 통신에 해당하는지 명확하지 않은 경우, 감청해야할 통신에 해당하는지 판단하기 위하여 필요최소한도의 범위 내에서 해당 통신을 감청할 수 있으며, 외국어에 의한 통신 또는 암호 기타 그 내용을 즉시 복원할 수 없는 방법을 이용한 통신의 경우에는 전부감청을 할 수 있도록 하는 감청해당성 판단을 위한 감청규정을 두고 있다.[697]

「범죄수사를 위한 통신감청에 관한 법률」

제3장 통신감청의 기록등

제24조(감청을 행한 통신의 기록)

1. "감청을 한 통신(제20조 제1항의 규정에 의한 감청의 경우에 대해서는 제21조 제1항의 규정에 의하여 재생을 한 통신)에 대해서는, 전부 녹음 기타 통신의 성질에 따른 적절한 방법에 의하여 기록매체에 기록하지 않으면 안된다. 이 경우에 있어서는 제29조 제3항 또는 제4항 절차의 용도로 제공하는 동시에 동일한 방법으로 다른 기록매체에 기록할 수 있다."
2. "감청의 실시(제20조 제1항의 규정에 의한 경우에 있어서는 제21조 제1항의 규정에 의한 재생의 실시)를 중단하거나 종료하는 경우에는, 그 때 사용하고 있는 기록매체에 대한 기록을 종료하지 않으면 안된다."

제25조(기록매체의 봉인 등)

1. "제23조 제1항의 규정에 의한 감청을 한 때에는, 전2조의 규정에도 불구하고 특정전자계산기 등 제9조 제2호 규정에 의하여 제공된 변환부호를 사용하여, 감청을 한 통신(동항 제2호의 규정에 의한 감청의 경우에는, 제23조 제4항의 규정에 의하여 재생을 한 통신, 이하 그 항 및 다음항에서도 동일)에 대해서는 전부 암호화하고, 기록매체에 기록함과 동시에 감청을 실시한 기간 동안의 통화의 시작 및 종료의 연월일시, 감청을 한 통신의 시작 및 종료의 연월일시 기타 정령에서 정한 사항에 대해서는 암호화하고 해당기록매체에 기록을 해야 한다."

694) 「범죄수사를 위한 통신감청에 관한 법률」 제3조 제1항.
695) 「범죄수사를 위한 통신감청에 관한 법률」 제7조.
696) 「범죄수사를 위한 통신감청에 관한 법률」 제8조.
697) 「범죄수사를 위한 통신감청에 관한 법률」 제14조 제1항 및 제2항.

2. "전항의 경우에 있어서는 제29조 제3항 또는 제4항의 절차의 용도로 제공함은 물론 동시에 감청을 한 통신 및 전항에 규정하고 있는 사항에 대해서는 전부 다른 기록매체에 기록해야 한다."
3. "제23조 제1항의 규정에 의한 감청의 실시(동항 제2호 규정에 의한 것인 경우에 있어서는 동조 제4항의 규정에 의한 재생의 실시)를 중단하거나 종료할 때에는, 그 당시에 사용하고 있는 기록매체에 대한 기록을 종료해야 한다."
4. "제1항의 규정에 의하여 기록을 한 기록매체에 대해서는 감청의 실시를 종료한 후(감청의 실시를 종료하는 때에 제23조 제1항 제2호의 규정에 의하여 일시보존을 한 암호화신호이며 동조 제4항의 규정에 의한 복호화를 하지 않은 것이 있을 때에는 재생의 실시를 종료한 후), 지체없이 전조 제4항에 규정하는 재판관에 제출해야 한다."

제26조(특정전자계산기를 이용한 통신감청의 기록 등)

1. "제23조 제1항의 규정에 의하여 감청을 한 때에는, 전2조의 규정에도 불구하고, 특정전자계산기 및 제9조 제2호의 규정에 의하여 제공된 변환부호를 사용하여, 감청을 한 통신(동항 제2호의 규정에 의하여 감청을 한 경우에 있어서는 제23조 제4항의 규정에 의하여 재생을 실시한 통신, 이하 본 항 및 다음항에서도 동일하다)에 대해서는 전부 암호화하고 기록매체에 기록을 함과 동시에 감청을 실시하는 기간 동안의 통화의 시작 및 종료의 연월일시, 감청을 한 통신의 개시 및 종료의 연월일시 기타 정령에 정한 사항에 대해서는 암호화를 하고 기록매체에 기록해야 한다."
2. "전항의 경우에 있어서는 제29조 제3항 또는 제4항의 절차의 용도로 제공하기 위해 동시에 감청을 한 통신 및 전항에 규정하는 사항에 대해서는 모두 다른 기록매체에 기록한다."
3. "제23조 제1항의 규정에 의한 감청의 실시(동한 제2호의 규정에 의한 것인 경우에 있어서는 동조 제4항의 규정에 의한 재생의 실시)를 중단하거나 종료할 때에는 그 당시 사용하고 있는 기록매체에 대해한 기록을 종료해야 한다."
4. "제1항의 규정에 의한 기록을 한 기록매체에 대해서는 감청의 실시를 종료한 후(감청을 실시를 종료한 때에 제23조 제1항 제2호의 규정에 의하여 일시보존을 한 암호화신호이며 동조 제4항의 규정에 의한 복호화를 하지 않은 것이 있을 때는 재생의 실시의 종료후) 지체없이 전조 제4항에 규정하는 재판관에게 제출해야 한다."

제27조(감청실시상황을 기재한 서면 등의 제출 등)

1. "검찰관 또는 사법경찰원은 감청실시를 종료한 후 지체없이 다음에 제시하는 사항을 기재한 서면을 제25조 제4항에서 규정하는 재판관에게 제출해야 한다. 제7조의 규정에 의한 감청가능기간의 연장을 청구할 때도 마찬가지로 한다."

   一. "감청실시의 개시, 중단 및 종료의 연월일시"

   二. "제23조 제1항의 규정에 의한 입회인의 성명 및 직업"

   三. "제23조 제2항의 규정에 따른 입회인이 진술한 의견"

   四. "감청을 실시하는 동안 통화의 개시 및 종료의 연월일시"

   五. "감청을 한 통화에 대해서는 감청의 근거가 되는 조항, 그 개시 및 종료의 연월일시 및 통신당사자의 성명 그 외 기타 특정에 도움이 되는 사항"

   六. "제15조에 규정한 통신에 있어서는 해당 통신에 관계된 범죄의 죄명 및 처벌조항 및 해당 통신이 동조에 규정하고 있는 통신에 해당한다고 인정되는 이유"

   七. "감청실시를 하는 동안에 있어서 기록매체의 교환을 한 연월일시"

八. “제25조 제1항의 규정에 의한 봉인의 연월일시 및 봉인을 한 입회인의 성명”

九. “그 외 기타 감청실시상황에 관하여 최고재판소 규칙으로 정하고 있는 사항”

2. “검찰관 또는 사법경찰원은 제23조 제1항 제1호의 규정에 의하여 감청을 실시한 경우, 전항의 규정에도 불구하고, 감청의 실시를 종료한 후, 지체 없이 다음에 제시된 사항을 기재한 서면을 제25조 제4항에 규정한 재판관에게 제출해야 한다. 동항의 규정에 의하여 감청을 실시한 후 제7조의 규정에 의하여 감청가능기간의 연장을 청구할 때에도 마찬가지로 한다.”

一. “제23조 제1항 제1호의 규정에 의한 감청실시의 개시, 중단 및 종료의 연월일시”

二. “제23조 제1항 제1호의 규정에 의한 감청실시하는 동안에 있어서 통화의 개시 및 종료의 연월일시”

三. “제23조 제1항 제1호의 규정에 의한 감청을 실시한 통신에 있어서는 감청의 근거가 되는 조항, 그 개시 및 종료의 연월일시 및 통신 당사자의 성명 그 외 기타 특정에 도움이 되는 사항”

四. “제15조에 규정한 통신에 있어서는 해당 통신에 관계되는 범죄의 죄명 및 처벌조항 및 해당 통신이 동조에 규정하는 통신에 해당한다고 인정되는 이유”

五. “감청을 실시하고 있는 동안에 있어서 기록매체의 교환을 한 연월일시”

六. “전 각호에 제시된 것 외에 제23조 제1항 제1호의 규정에 의한 감청실시상황에 관한 최고재판소규칙에서 정하고 있는 사항”

3. “전2항에 규정하는 서면을 제출받은 재판관은 제1항 제6호 또는 전항 제4호의 통신에 대해서는, 이것이 제15조에 규정하는 통신에 해당하는가의 여부를 심시하고, 이에 해당하지 않는다고 인정할 때에는 당해 통신감청의 처분을 취소해야 한다. 이 경우에 있어서는 제33조 제3항 제5항 및 제6항의 규정을 준용한다.”

제28조

1. “검찰관 또는 사법경찰원은 감청을 실시한 기간 중 제20조 제1항의 규정에 의한 감청실시를 한 기간이 있는 경우, 전조 제1항의 규정에도 불구하고, 감청실시의 종료 후(감청실시를 종료한 때에는 제20조 제1항의 규정에 의한 일시적 보존을 행한 암호화신호로서 제21조 제1항의 규정에 의하여 복호화를 하지 않은 것이 있을 때는 재생의 실시를 종료한 후), 지체없이 해당기간 외의 기간에 관해서는 전조 제1항 각호에 제시된 사항을, 제20조 제1항의 규정에 의한 감청을 실시한 기간에 관해서는 다음에 제시된 사항을 각각 기재한 서면을 제25조 제4항에 규정한 재판관에게 제출해야 한다. 제20조 제1항의 규정에 의하여 감청을 실시한 후 제7조의 규정에 의한 감청가능기간의 연장을 청구할 때도 마찬가지로 한다.”

一. “지정기간의 개시 및 종료 연월일시”

二. “제20조 제1항의 규정에 의한 감청실시의 개시, 중단 및 종료 연월일시”

三. “제20조 제1항의 규정에 의한 감청실시를 하고 있는 동안에 있어서의 통화의 개시 및 종료의 연월일시”

四. “제21조 제1항의 규정에 의한 재생의 실시 개시, 중단 및 종료의 연월일시”

五. “제21조 제1항에서 준용하는 제23조 제1항의 규정에 의한 입회인의 성명 및 직업”

六. “제21조 제1항에서 준용하는 제23조 제2항의 규정에 의한 입회인이 진술한 의견”

七. “제3호에 규정한 통화중 제21조 제1항의 규정에 의하여 복호화를 하지 않은 암호화신호, 동항의 규정에 의한 복호화를 하기 전에 삭제된 암호화 신호 및 그 외 기타 암호화신호에 각각 대응하는 부분을 특정하기에 충분한 사항”

八. "제21조 제1항의 규정에 의한 재생을 실시한 통신에 대해서는, 재생의 근거가 된 조항, 그 개시 및 종료의 연월일시 및 통신 당사자의 성명 그 외 기타 특정에 도움이 되는 사항"

九. "제15조에 규정한 통신에 대해서는, 당해 통신에 관계되는 범죄의 죄명 및 처벌조항 및 해당 통신이 동조에 규정하는 통신에 해당한다고 인정되는 이유"

十. "재생을 실시하는 동안에 있어서 기록매체의 교환을 행한 연월일시"

十一. "제25조 제2항의 규정에 의한 봉인의 연월일시 및 봉인을 행한 입회인의 성명"

十二. "전 각호에 제시된 것 외에 제20조 제1항의 규정에 의한 감청의 실시 또는 제21조 제1항의 규정에 의한 재생을 실시한 상황에 관하여 최고재판소에서 정하고 있는 사항"

2. "검찰관 또는 사법경찰원은 감청을 실시한 기간 중에 제23조 제1항 제2호의 규정에 의한 감청실시를 한 기간이 있는 때에는, 전조 제2항의 규정에도 불구하고, 감청실시를 종료한 후(감청의 실시를 종료할 때 동호의 규정에 의한 일시보존 조치를 한 암호화신호에 대해서 제23조 제4항의 규정에 의한 복호화를 하지 않은 것이 있을 때는 재생의 실시 종료 후), 지체없이 해당 기간 이외의 기간에 대해서는 전조 제2항 각호의 규정에 의한 감청을 실시한 기간에 관해서는 다음에 게재한 사항을 기재한 서면을 제25조 제4항에 규정하는 법관에게 제출해야 한다. 동호의 규정에 의한 감청을 실시한 뒤 제7조의 규정에 의한 감청가능기간의 연장을 청구할 때도 마찬가지이다."

一~八. 생략

제29조(감청기록의 작성) 생략

제30조(통신당사자에 대한 통지)

1. "검사 또는 사법경찰원은 감청기록에 기록되어 있는 통신의 당사자에 대하여 감청기록을 작성했다는 취지 및 다음에 제시하는 사항을 서면으로 통지해야 한다."

一~七. 생략

2. "전항의 통지는 통신 당사자를 특정할 수 없는 경우 또는 그 소재가 불분명한 경우를 제외하고, 감청의 실시가 끝난 후 10일 이내에 해야 한다. 단 지방법원판사가 수사를 방해할 우려가 있다고 인정될 때에는 검찰관 또는 사법경찰원의 청구에 따르고 60일 이내의 기간을 정하여 이 조항의 규정에 의한 통지를 해야 하는 기간을 연장할 수 있다."
3. "검찰관 또는 사법경찰원은 전항 본문에 규정한 기간이 경과한 후에 통신당사자가 특정된 경우 또는 그 소재가 밝혀진 경우, 해당 통신당사자들에게 신속하게 제1항의 통지를 해야 한다. 이 경우 전항 단서규정을 준용한다."

제31조(감청기록의 청취 및 열람 등)

"전조 제1항의 통지를 받은 통신 당사자는 감청기록 중 해당 통신과 관련된 부분을 청취하거나 열람하거나 그 복제를 작성할 수 있다."

제32조(감청 원기록의 청취 및 열람 등)

1. "감청의 원기록을 보관하는 재판관은 감청기록에 기록되어 있는 통신의 당사자가 전조의 규정에 의해 감청기록 중 해당 통신과 관련된 부분을 청취하거나 열람하거나 또는 그 복제를 작성한 경우에, 감청기록의 정확성을 확인하기 위해 필요하다고 인정될 때, 기타 정당한 이유가 있다고 인정

될 때에는 해당 통신 당사자의 청구에 의해 감청 원기록 중 해당 통신에 상당하는 부분을 청취, 열람하거나 또는 복제를 작성하는 것을 허가해야 한다."

2. "원기록 보관 재판관은 감청한 통신(제20조 제1항 또는 제23조 제1항 제2호의 규정에 의한 감청의 경우에 있어서는, 제21조 제1항 또는 제23조 제4항의 규정에 의하여 재생된 통신)의 내용의 확인을 위해 필요하다고 인정될 때 기타 정당한 이유가 있다고 인정될 때에는 감청기록에 기록된 통신 이외의 통신의 당사자의 청구에 의해 감청의 원기록 중 해당 통신과 관련된 부분을 청취, 열람하거나 또는 그 복제를 작성하는 것을 허용해야 한다."
3. "원기록보관재판관은 감청이 행해진 사건에 관해 범죄사실의 존부의 증명 또는 감청기록의 정확성의 확인을 위해 필요하다고 인정될 때 그 외의 정당한 이유가 인정될 때에는 검찰관 또는 사법경찰원의 청구에 의해 감청의 원기록 중 필요하다고 인정하는 부분을 청취하거나 열람하거나 그 복제를 작성하는 것을 허가할 수 있다. 다만, 복제의 작성에 대해서는 다음에 열거된 통신에 관한 부분에 한정한다."

   一. "감청해야 할 통신에 해당하는 통신"

   二. "범죄사실의 존부의 증명에 필요한 증거가 되는 통신(전호에 열거된 통신은 제외한다)"

   三. "전2호에 열거된 통신과 동일한 통신의 기회에 행해진 통신"

4. "다음 조 제3항(제27조 제3항 및 제28조 제3항에서 준용하는 경우를 포함한다. 이하 본항에서는 동일하다)의 규정에 의한 기록의 소거를 명령한 재판이 있는 경우에는, 전항의 규정에 의한 복제를 작성하는 것의 허가의 구하는 청구는, 동항의 규정에도 불구하고 해당재판에 의해 소거를 명령했던 기록과 관련된 통신이 새로이 동한 제1호 또는 제2호에 열거된 통신이 있는 것 외에는 달리 대체할 적당한 증명방법이 없다는 것이 판명된 경우에만 감청의 원기록 중 해당통신 및 이와 동일한 통화의 기회에 행해진 통신에 관련된 부분에 대해서만 할 수 있다. 다만, 해당 재판이 다음 조 제3항 제2호에 해당하는 것으로 생각하여 이들 통신기록의 소거를 명령한 때에는 그 청구를 하는 것이 불가능하다."
5. "원기록보관재판관은, 검찰관에게 감청기록 또는 그 복제 등의 조사를 청구한 피고사건에 관해서, 피고인의 방어 또는 감청기록의 정확성의 확인을 위해 필요하다고 인정될 때 그 외의 정당한 이유가 있다고 인정될 때에는, 피고인 또는 그 변호인의 청구에 의해 감청의 원기록 중 필요하다고 인정하는 부분을 청취하거나 열람하거나 또는 그 복제를 작성하는 것을 허용할 수 있다. 다만, 피고인이 당사자가 아닌 통신과 관련되는 부분의 복제의 작성에 대해서는 해당 통신 당사자 중 어느 하나의 동의가 있는 경우에 한한다."
6. ~7. 생략

제33조 불복신청

1. "재판관이 한 통신의 감청에 관한 재판에 불복하는 자는 그 재판관이 소속된 법원에 그 재판의 취소 또는 변경을 청구할 수 있다."
2. "검찰관 또는 검찰사무관이 한 통신의 감청 또는 재생에 관한 처분에 불복하는 자는 그 검찰관 또는 검찰사무관이 소속한 검찰청의 소재지를 관할하는 지방법원에, 사법경찰원이 한 통신의 감청 또는 재생에 관한 처분에 불복하는 자는 그 직무집행지를 관할하는 지방법원에, 그 처분의 취소 또는 변경(**감청의 실시 또는** 재생의 실시의 종료를 포함한다)을 청구할 수 있다."
3. "법원은 전항의 청구에 의해 감청 또는 재생의 처분을 취소하는 경우에 있어서, 다음 각호 중 하나에 해당한다고 인정할 때는 검찰관 또는 사법경찰원에 대해서, 그 보관하는 감청기록(전조 제6항의 규정에 의해 감청기록으로 간주된 것은 제외한다. 이하 본항에서 같다) 및 그 복제 등 가운데

해당 감청 또는 재생의 처분과 관련된 통신 및 이와 동일한 통화의 기회에 행해진 통신의 기록 및 해당 감청의 처분과 관련되는 일시적 보존을 받은 암호화신호의 소거를 명해야 한다. 다만, 제3호에 해당한다고 인정하는 경우에 해당 기록의 소거를 명하는 것이 상당하지 않다고 인정될 때에는 그러하지 아니하다."

ㅡ. "해당감청 또는 재생에 관련된 통신이 제29조 제3항 각호 또는 제4항 각호에 열거된 통신의 어디에도 해당하지 않을 때"

二. "해당감청 또는 재생에 있어서 통신의 당사자의 이익을 보조하기 위한 절차에 중대한 위법이 있을 때"

三. "전2호에 해당하는 경우를 제외하고 해당 감청 또는 재생의 절차에 위법이 있는 경우"

4. "전조 제3항의 복제를 작성하는 그 허가가 취소되었을 때는 검찰관 또는 사법경찰원은 그 보관하는 동조 제6항의 규정에 의해 간주된 감청기록(그 복제 등을 포함한다) 중 당해 취소된 허가와 관련된 부분을 삭제해야 한다."

5. "제3항에 규정한 기록의 소거를 명한 재판 또는 전항에 규정하는 복제를 작성하는 그 허가를 취소하는 재판은, 해당 감청기록 또는 그 복제 등에 대해서 이미 피고사건에서 증거조사가 이루어지고 있을 때에는 증거에서 배제한다는 결정이 없는 한, 이를 해당 피고사건에 관한 절차에서 증거로 사용되는 것을 막을 수 없다."

6. "전항에 규정한 재판이 있는 경우 해당 감청기록에 대해서 이미 피고사건에서 증거조사가 이루어지고 있을 때에는, 해당 피고사건에 관한 절차에서 그 내용을 타인에게 알리거나 사용하는 경우 이외의 경우에 있어서는 해당 감청기록에 대해서 제3항의 재판 또는 제4항의 규정에 따라 소거가 된 것으로 보고 제29조 제7항의 규정을 적용한다."

7. 생략

제34조(감청의 원기록의 보관기간) 생략

4) 영국

영국은 1985년에 제정된 「통신감청법」(The Interception of Communication Act)에 의하여 통신제한조치를 시행해 왔으나, IP 서비스가 발전함에 따라 동 법률에 의하여 감청을 집행하는데 어려움이 있자, 2000년 「수사규제법」(Regulation of Investigatory Powers Act 2000)을 제정함으로써 다양한 통신서비스에 대한 통신제한조치가 가능하도록 하고 있다.[698] 특히 동 법률은 기술중립적인 규정을 둠으로써 다양한 통신기술에 대한 감청이 가능하도록 되어 있으며,[699] 영장을 포함하여 감청이 법적인 권한을 가질 수 있는 다양한 근거를 제공하고 있다.

698) 박소영·김성혜·강신각, "국외 전기통신 서비스 감청제도 시행동향", 『주간기술동향』, 통권 제1332호(2008.2.), 정보통신연구진흥원, 8면.

699) 박소영·김성혜·강신각, "국외 전기통신 서비스 감청제도 시행동향", 8-9면.

동 법률에 의하면 감청은 국무장관의 허가를 요하며, 국가안보와 관련된 이익, 중대한 범죄의 예방이나 수사, 영국의 경제적 안전의 보호, 중대범죄의 예방이나 수사를 위해 국제상호원조협정에 따른 요청이 있는 경우에 한해서 통신제한을 통해 달성하려는 목적에 비례하는 통신제한조치를 허가할 수 있도록 규정하고 있다.[700]

거의 예외 없이 국무장관이 발부한 영장에 의한 도청과 영장에 의해 확보된 모든 내용 – 영장 자체를 포함해서 – 은 법적 소송절차에서 허용되지 않는데, 이는 감청증거를 사용하면 감청능력에 대해 너무 많이 드러날 것을 우려하는 정보기관들 때문이라고 한다.[701]

RIPA Ch.1. Interception – Unlawful and authorised interception[702]

Sec.1. 불법 감청

(1) "고의적으로, 합법적인 권한이 없는 사람이 영국의 어느 곳에서나 다음의 방법에 의해 전송 중에 있는 통신을 감청하는 것은 범죄가 된다."

(a) "공공우편서비스"

(b) "공공통신시스템"

(2) "영국의 어느 곳에서나 민간 통신시스템에 의해 전송 중인 과정에 있는 통신을 도청하는 것은 범죄가 된다."

(a) "고의적으로 그리고 합법적인 권한 없이"

(b) "(6)항에 의해 그의 행위가 본항에 따른 형사책임에서 제외된 상황이 아닌 경우"

(3) "민간 통신시스템의 운영 또는 이용을 통제할 권한을 가진 사람에 의해 또는 그의 명시적 묵시적 동의에 의해 영국내의 장소에서 행해진 모든 통신의 감청은, 적법한 권한이 없고 다음의 경우에 해당하는 경우에는 그 통신의 송신자, 수신자, 또는 지정된 수신자의 소송사건에서 소송을 당할 수 있다."

(a) "민간 시스템을 통해서 송신과정에 있는 통신을 도청하는 경우 또는"

(b) "공공 통신시스템에 의하여 민간통신시스템을 구성하는 장치로부터 또는 그 장치에서 전송 중인 통신을 도청하는 경우"

(4) 생략

(5) "이 조항의 목적상 다음의 경우에는 합법적 권한을 가진 행위이다."

(a) "3항과 4항에 의해 또는 동 조항들하에서 권한이 부여된 행위"

(b) "5항하에서 영장(감청영장)에 따라 행해진 행위"

---

700) RIPA Sec.5(2),(3)(맞춤형 법제정보, "영국의 통신감청기간 및 연장에 관한 법제 현황 및 내용", 『최신 외국법제정보』(2010.8.), 한국법제연구원, 55면에서 재인용).

701) https://justice.org.uk/regulation-investigatory-powers-act-2000/; 검색일: 2019년 8월 15일.

702) http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/23/pdfs/ukpga_20000023_en.pdf; 검색일: 2019년

(c) "저장된 통신과 관련하여 정보를 확보할 목적으로 또는 문서 또는 기타 재산을 점유할 목적으로 행사된 법률상 권한이 실행중에 있는 경우"
"(이 조항에 의해 금지된 것인가의 여부와 상관없이)(a) 또는 (b)항으로 인해 이 조항의 목적을 위해 합법적 권한을 갖는 행위는 다른 모든 목적에 있어서 합법적인 것이 될 수 있다."

(6) "민간통신시스템을 통해서 전송 중인 통신을 감청하는 그러한 상황에서 다음의 경우 (2)항하에서 그의 행위는 형사책임을 면제받는다."

(a) "그가 시스템의 운영 또는 사용을 통제할 권한을 갖고 있는 경우"

(b) "그가 감청을 하는데 있어서 그러한 사람의 묵시적 또는 명시적 동의를 갖고 있는 경우"

(7)~(8) 생략

Sec.2. 생략

Sec.3. 감청영장 없이 하는 합법적 감청

(1) "통신이 다음의 경우에 해당하는 통신이거나 그렇다고 믿을만한 합리적인 근거가 있는 경우에, 이 조항에 의해 승인된 통신감청을 구성하는 행위이다."

(a) "감청에 동의를 한 사람에 의해 송신된 통신"

(b) "그렇게 동의를 한 지정수신자의 통신"

(2) "다음의 경우 이 조항에 의해 승인된 통신감청을 구성하는 행위이다."

(a) "감청에 동의한 사람에 의해 송신되거나 지정된 통신"

(b) "Part II 하에서 권한이 부여된 감청에 의한 감시"

(3) "다음의 경우 이 조항에 의해 승인된 통신감청을 구성하는 행위이다."

(a) "우편서비스 또는 통신서비스를 제공하는 사람에 의해 또는 그 사람을 대신하여 행해진 경우"

(b) "그 서비스의 제공 또는 운영과 관련하여, 또는 그 서비스와 관련하여 우편서비스 또는 통신서비스의 이용에 관한 법률의 시행과 관련된 목적을 위해 행해진 경우"

Sec.4. 생략

Sec.5. 영장에 의한 감청

(1) "이 장의 다음 조항들에 따라 국무장관은 해당 담당자에게 영장에 기술된 행위에 의해 다음 중 하나 이상을 확보하도록 허가하거나 요구하는 영장을 발부할 수 있다."

(a) "영장에 기술된 통신의 우편서비스 또는 통신시스템에 의해 영장에 기술된 통신시스템에 의한 전송과정에서의 감청"

(b) "기술된 바와 같은 통신의 감청 또는 감청형식으로 또는 감청과 관련한 지원제공을 위한 요청에 관한 지원 협약"

(c) "국제상호지원협약에 따라, 기술된 바와 같은 통신감청의 형식으로, 또는 통신감청과 관련하여 그러한 지원을 영국 외 지역 또는 국가들의 권한있는 기관에게 제공하는 경우"

(d) 생략

(2) "국무장관은 다음과 같이 생각하지 않는 한 감청영장을 발부해서는 안된다."

(a) "(3)항 안에 해당하는 근거에 따라 영장이 필요하다."

(b) "영장에 의하여 승인된 행위가 그 행위에 의해 달성하고자 하는 것과 비례한다."

(3) "이 조항의 다음 규정들에 따라 다음의 경우에 필요하다면 이 조항 내에 해당하는 근거에 따라 영장이 필요하다."

(a) “국가안보의 이익을 위해”

(b) “중대한 범죄의 예방 또는 수사를 목적으로”

(c) “영국의 경제적 복지의 보장을 목적으로”

(d) “국무장관이 para.(b)에 의해 영장을 발부할 경우와 동등하게 보이는 상황에서 국제상호지원 협약규정을 시행할 목적으로”

(4) “영장에 관해서 (2)항의 요건들이 충족되는지 여부를 평가할 때 고려해야 할 사항은 영장에 의해 확보하는데 필요하다고 생각되는 정보를 다른 수단에 의해 합리적으로 얻을 수 있는지 여부를 포함해야 한다.”

(5) 생략

(6) “감청영장에 의해 승인된 행위는 다음의 사항을 포함해야 한다.”

(a) “영장에 의해 명시적으로 승인되거나 요구되는 작업을 수행하기 위해 필요한 모든 행위(영장에 의해 확인되지 않은 통신감청을 포함해서)”

(b) “관련된 통신데이터를 확보하기 위한 행위”

(c) “영장을 집행하는데 도움을 제공하도록 열거된 사람들을 대신하여 또는 그에 의해 부과된 요건에 따라 행동하는 사람에 의한 행위”

Sec.6. 감청영장 발부를 위한 신청

Sec.7. 영장발부

Sec.8. 영장의 내용

Sec.9. 영장의 기간, 취소, 갱신

Sec.10. 영장과 certificates의 수정

Sec.11. 영장의 집행

Sec.12. 감청의 유지

Sec.13. 기술적 자문위원회

Sec.14. 감청비용의 허가

Sec.15. 일반적인 보호장치

Sec.16. certificated warrants의 경우 특별보호장치

Sec.17. 법적 절차에서 제외

(1) “18항에 따라 (어떤 방식으로든) 다음과 같은 법적 절차를 목적으로 하는 경우 또는 그러한 절차와 관련된 경우, 증거제시, 질문, 주장, 공개 또는 그 밖의 것이 행해져서는 안된다.”

(a) “(2)항에 해당하는 모든 항목의 출처를 추론할 수 있는 상황에서 감청된 통신의 내용 또는 관련 통신데이터를 공개하거나”

(b) “(그러한 모든 공개와 별도로)(2)항에 해당하는 모든 사항이 발생했거나 발생할 수 있거나 발생할 수 있음을 시사하는 경향이 있는 법적 절차”

(2) 다음은 이 조항에 해당한다.

(a) “본 법 sec.1(1) 또는 (2) 또는 1985년 통신감청법 sec.1.에 따라 범죄가 되거나 범죄가 될 (3)항에 속하는 사람에 의한 행위”

(b) “본 법 sec.1(4)에 따른 국무장관의 직무위반”

(c) "1985년 통신감청법 위반에 따른 감청영장 또는 영장의 발부"

(d) "그 법에 따른 감청영장 또는 영장을 신청하는 사람"

(e) "감청영장을 집행하는데 도움을 제공하도록 요구사항이 부과된 사람"

(3) "(2)(a)항에 언급된 사람은 다음과 같다."

(a) "이 장에 의해 영장이 청구될 수 있는 사람"

(b) "내각의 직책을 맡고 있는 사람"

(c) "국가범죄정보국(National Crime Information Service)의 모든 구성원"

(d) "National Crime Squad의 구성원"

(e) "경찰에 의해 또는 경찰의 목적을 위해 고용된 사람"

(f) "우편서비스를 제공하거나 그러한 서비스를 제공하는 사업의 목적으로 고용된 사람"

(g) "공공통신서비스를 제공하거나 그러한 서비스를 제공하는 사업의 목적으로 고용된 사람"

(4) "이 조항에서 "감청된 통신"은 우편서비스 또는 통신시스템을 통해서 전송 중에 감청된 모든 통신을 의미한다."

Sec.18. 17항의 예외

(1) "17항은 다음과 관련하여서는 적용하지 않는다."

(a) "관련 범죄에 관한 절차"

(b) "11(8)항에 따른 민사절차"

(c) "재판전 절차"

(d) "항소절차 또는 67(8)항에 따른 명령에 의해 행해진 제공에 관한 심리"

(e) "특별 이민 항소 위원회 전 절차 또는 위원회 전 절차에서 발생하는 모든 절차"

(f) "금지된 조직 항소위원회(the Proscribed Organisations Appeal Commission) 사전 절차 또는 그 위원회 사전절차에서 발생하는 모든 절차"

(2) "(e) 또는 (f)에 의하여 (1)항은 다음의 어떤 것에 대한 공개도 승인해서는 안된다." 중략

(3) 생략

(4) "sec.17(1)(a)는 sec.1(5)(c), sec.3 또는 4에 의한 통신의 감청이 합법적인 경우, 통신내용에 대한 공개(개시)를 금지하지 않는다."

(5) "(4)에 의해 승인된 것이라는 이유로 공개(증거개시)가 제안되거나 행해진 경우, sec.17(1)은 그 공개(증거개시)가 승인되었는지 또는 그렇게 승인되었었는지의 문제와 관련한 많은 법적 절차에 있어서 또는 그 목적을 위해서 행해진 모든 것을 금지하지 않는다."

(6) "sec.17(1)(b)는 본 법률 sec.1(1) 또는 (2), sec.11(7) 또는 sec.10 또는 1985 통신감청법 sec.1.에 따른 범죄로 유죄평결을 받은 사람의 행위를 공개하는 모든 행위를 금지하지 않는다."

(7) "sec.17(1)항의 어떤 것도 다음에 제한되어 있는 것처럼, 공개를 위해 계속 활용할 수 있는 정보의 공개를 금지하지 않는다."

(a) "검찰의 공정성을 확보하기 위해 직무에 의해 자신에게 요구되는 것을 결정할 수 있도록 하기 위한 목적으로 형사기소를 수행한 사람에 대한 공개"

(b) "판사가 자신에게만 공개하도록 지시한 사건에 있어서 관련 판사에 대한 공개"

(8) "관련판사는 예외적인 상황으로 인해 공개가 정의의 이익을 위해 필수적이라고 확신하는 경우

> 를 제외하고는 (7)항에 따른 공개를 명령할 수 없다."
>
> (9) "sec.(10)에 따라, 형사절차에 있어서"
>
> (a) "관련판사가 (7)(b)에 따라 공개를 명령하는 경우"
>
> (b) "그 공개의 결과로 그에게 그렇게 하도록 요구하는 예외적인 상황이 존재한다는 의견을 가지고 있는 경우"
>
> "그는 소송을 위해 판사가 정의의 이익을 위해 중요하다고 생각하는 것과 같은 사실에 대하여 검찰이 승인을 하도록 지시할 수 있다."
>
> (10) "sec.(9)에 따른 어떤 지시도 sec.17(1)에 위반되는 행위를 승인하거나 요구하지 않는다."

5) 미국

미국의 경우 1968년 「Omnibus Crime Control and Safe Street Act」를 제정하여 체계적으로 감청문제를 규제하였으며, 동 법률 제3장에 "Title III Federal Wiretap Act"를 규정하여 형사절차에 있어서 국가기관에 의한 전화감청에 대한 기준을 마련하였다.[703] 하지만 동 법률은 무선 및 인터넷 통신에 대한 감청규정을 흠결하고 있었기 때문에 통신기술발전에 대응하지 못하는 한계가 있었다. 이에 1986년 「Electric Communication Privacy Act」(ECPA)을 제정하여 데이터 전송, 이동추적장치, 전화번호 기록장치, 발신자 추적장치에 관한 규정들이 입법화되었다.[704] 이후 ECPA는 1994년 CALEA(Communication Assistance to Law Execution Act), 2001년 USA PATRIOT Act, 2006년 USA PATRIOT 재인가법, 2008년 FISA 개정법에 의해 대폭 개정되었다.

ECPA와 함께 해외정보활동에 대한 감청은 "Foreign Intelligence Surveillance Act"에 의해 규율되며, 전기통신사업장에게 통신제한조치 집행을 위한 협조설비 구축의무를 부과하는 "Communication Assistance for Law Enforcement Act(CALEA)"을 입법화하였다. 9.11 테러사건 이후 테러에 대한 강력대응을 위해 제정된 "US Patriot Act"를 통해 수사기관에 의한 통신제한조치권한을 대폭 확대하였다. 하지만 정부의 무차별적인 통신정보 수집 및 도감청 실태가 드러나면서 동법에 대한 강력한 비판이 제기되었으며, 제2순회 연방항소법원에 의해 시민들에 대한 대규모 통신관련 메타데이터

8월 15일.

703) 이흔재, "미국의 휴대전화에 대한 통신감청 및 위치정보 확인수사의 법제 및 최근 판례에 대한 비교법적 연구", 『법학논총』, 제31권 제3호(2019.2.), 국민대학교 법학연구소, 215-216면.

704) 이흔재, "미국의 휴대전화에 대한 통신감청 및 위치정보 확인수사의 법제 및 최근 판례에 대한 비교법적 연구", 216면.

의 무차별적 수집은 의회가 승인한 동법률의 범위를 넘어선 것으로 판결함에 따라 애국법이 만료되고 이후 "USA Freedom Act"가 제정되었다.

가) ECPA

ECPA는 3개의 Title로 구성되어 있는데, Title Ⅰ은 보통 "Wiretap Act"로 불리는데, 고의적으로 행해진 또는 시도된 감청, 모든 유선통신, 대화 또는 전자통신을 감청하거나 감청하고자 시도하기 위해 다른 사람을 조달하는 행위를 금지하고 있다.[705] "the Stored Communications Act(SCA)"로 불리는 Title Ⅱ는 서비스 제공자가 저장한 파일 내용, 가입자 이름, 청구기록 또는 IP주소와 같이 서비스제공자에 의해 보유되는 가입자에 관한 기록에 대한 프라이버시를 보호한다.[706] Title Ⅲ는 펜레지스터와 추적장치에 관한 규정을 다루고 있는 바, 정부기관으로 하여금 펜레지스터와 (또는) 추적장치의 설치와 이용을 허가하는 법원의 명령을 얻도록 요구하고 있다.[707]

ECPA[708]

§2511 "유선통신, 대화 또는 전자통신의 감청 및 공개금지"

(1) "이 장에 달리 규정되어 있지 않는 한, 다음의 행위를 한자는 제4항에 의거하여 처벌되거나 제5항에 의거하여 제소될 수 있다."

(a) "유선통신, 대화 또는 전자통신을 고의로 감청하거나 감청하려는 행위 또는 이와 같은 행위를 하기 위하여 다른 사람을 조달하는 행위"

(b) "다음과 같은 경우 대화를 감청하기 위한 전자장치, 기계장치 등을 사용하거나 사용하려는 자를 고의로 이용하거나 이용하려는 행위 또는 조달하는 행위"

(i)~(v) 생략

(c) "정보가 본 항의 규정을 위반하여 유선통신, 대화 또는 전자통신의 감청을 통해 얻어진 것임을 알고 있거나, 알만한 이유가 있음에도 불구하고 유선통신, 대화 또는 전자통신 내용을 고의로 타인에게 공개하거나 공개하려고 시도하는 행위"

(d) "정보가 본 항의 규정을 위반하여 유선통신, 대화 또는 전자통신의 감청을 통해 얻어진 것임을 알고 있거나 알만한 이유가 있음에도 불구하고 유선통신, 대화 또는 전자통신 내용을 고의로 사용하거나 사용하려고 시도하는 행위"

(e) (i) "이 장 제2511조(2)(a)(ii), 제2511조(2)(b)-(c), 제2511조(2)(e), 제2516조, 그리고 제2518조에서 허용된 방법에 의하여 감청된 유선통신, 대화 또는 전자통신의 내용을 고의로 타인에게 공개하거나 공개하려고 시도하는 행위로서,"

---

705) 18. U.S.C § 2511(1)(a)(b).
706) 18 U.S.C. §§ 2701-12.
707) 18 U.S.C. §§ 312-3127.

(ii) "정보가 범죄수사와 관련된 통신의 감청을 통하여 취득된 것임을 알고 있거나 알만한 이유가 있음에도 불구하고"

(iii) "범죄수사와 관련된 정보를 취득하거나 수령하고"

(iv) "정식으로 허가된 범죄수사를 부당하게 방해, 저지 또는 간섭하려는 의도를 갖고 있는 경우"

(2)~(3) 생략

(4) (a) "본 항의 (b) 또는 제5항에 규정된 경우를 제외하고는 본조 제1항을 위반한 자는 본편에 따른 벌금 또는 5년 이하의 금고에 처하거나 병과한다."

(b) 생략

(5) 생략

§2515 "유선통신, 대화 감청내용의 증거사용금지"

"감청된 정보의 공개가 이 장에 위배될 경우 유선통신 또는 대화가 감청되었다 하더라도 그러한 통신내용의 어떠한 부분과 그로부터 파생된 어떠한 증거도 법원, 대배심, 정부부처, 관리, 규제기관, 입법부위원회 기타 연방, 주, 또는 그 산하기관 당국에서의 재판, 심리, 기타 소송절차에서 증거로 채택될 수 없다."

§2516 "유선통신, 대화 또는 전자통신 감청 허가"

(1) "법무장관, 법무 부장관, 법무차관, 법무차관보, 법무차관보 대리 또는 법무 부차관보, 법무장관이 특별히 지정한 형사부내 법무 부차관보 대리는 관할 연방판사에 대한 감청허가 신청을 인가할 수 있으며, 이러한 감청이 다음의 행위의 증거를 제시할 수 있거나 제시하였을 경우 판사는 본장의 제2518조에 따라 연방수사국 또는 감청을 신청한 범죄의 수사책임을 지는 연방기관에 유선통신 또는 대화의 감청을 허가 또는 승인하는 명령서를 발부할 수 있다."

(a)~(u) 생략

(2)~(3) 생략

§2517 "유선통신, 대화 또는 전자통신 감청내용의 공개 및 사용 승인"

(1) "본 장에서 허용된 수단에 의하여 유선통신, 대화 또는 전자통신의 내용을 지득하거나 그로부터 파생된 증거를 보유하고 있는 수사관 또는 법집행관은 공개를 하거나 받는 공무원의 적정한 공무수행에 적합한 범위에 한하여 그 내용을 다른 수사관 또는 법집행관에게 공개할 수 있다."

(2) "본 장에서 허용된 수단에 의하여 유선통신, 대화 또는 전자통신 내용을 지득하거나 또는 그로부터 파생된 증거를 보유하고 있는 수사관 또는 법집행관은 자신의 공무의 적정한 수행에 적합한 범위에 한하여 그 내용을 사용할 수 있다."

(3)~(6) 생략

(7) "본 장에서 허용된 수단에 의하여 유선통신, 대화 또는 전자통신의 내용을 지득하거나 그로부터 파생된 증거를 보유하고 있는 수사관 또는 법집행관이나 공무를 수행하는 연방공무원은 그 내용과 그로부터 파생된 증거를 이와 같은 공개가 관련 공무원의 적정한 공무수행에 적합한 범위 한도 내에서 외국의 수사관 또는 법집행관에게 공개할 수 있으며, 외국의 수사관 또는 법집행관은 적정한 공무수행상 적합한 범위 한도 내에서 이와 같은 내용이나 파생된 증거를 사용 또는 공개할 수 있다."

(8) 생략

§2518 "유선통신, 대화 또는 전자통신의 감청절차"

(1) "본 장에 따라 유선통신, 대화 또는 전자통신의 감청을 허가 또는 승인하는 명령에 대한 신청은 선서 또는 그에 갈음하는 확약 후에 서면으로 관할 판사에게 하여야 하며, 신청자의 신청권한을 기술해야 한다. 신청서에는 다음과 같은 정보가 포함되어야 한다."

(a) "신청서를 작성하는 수사관 또는 법집행관과 신청을 인가하는 공무원의 신원"

(b) "다음 사항을 포함하여 명령서 발부가 필요하다는 믿음을 정당화하기 위하여 신청자가 근거하고 있는 사실과 정황에 대한 충분하고 완전한 기술"

(i) "이미 실행되었거나 현재 실행 또는 계획되고 있는 특정범죄에 관한 상세한 설명"

(ii) "제11항에 규정된 것을 제외하고, 감청설비의 특성과 위치 또는 통신이 감청되는 장소에 관한 특별한 기술"

(iii) "통신이 감청되는 방식에 관한 특별한 설명"

(iv) "신원이 파악된 경우, 범죄행위자와 감청대상자의 신원"

(c) "다른 수사절차가 시도되어 실패한 적이 있는지 여부와 그러한 절차가 시도되더라도 성공하기 어렵다든지 또는 너무 위험한 것으로 판단하는 이유에 관한 충분하고 완전한 기술"

(d) "감청이 필요한 기간에 관한 기술, 수사의 성질상 기술된 유형의 통신이 최초 획득될 때 감청허가가 자동적으로 종료되어서는 안되는 경우, 동일한 유형의 통신이 추가 발생하리라 믿을 만한 사유에 대한 특별한 기술"

(e) "신청서에 명기된 동일인물, 감청설비 또는 장소와 관련되는 유선통신, 대화 또는 전자통신의 감청허가를 신청한 자가 알고 있는 과거의 모든 신청에 관한 사실과 위와 같은 각각의 신청에 대하여 판사가 취한 조치에 관한 충분하고 완전한 기술"

(f) "연장을 신청한 경우, 감청으로 그때까지 입수된 결과에 대한 상세한 설명과 그러한 결과의 입수에 실패한 경우 그에 대한 합당한 설명"

(2)~(3) 생략

(4) "본 장에 따라 유선통신, 대화 또는 전자통신의 감청을 허가 또는 승인하는 명령서는 다음 사항을 명시하여야 한다."

(a) "감청대상자 신원"

(b) "감청이 허용되는 통신설비 또는 장소의 특성과 위치"

(c) "감청대상 통신의 유형에 대한 특별한 설명 및 관련되는 특정한 범죄자에 대한 기술"

(d) "신청서에 명기된 통신이 최초 수집된 경우 감청이 자동적으로 종료되는지 여부에 관한 설명을 포함하여 이러한 감청이 허가되는 기간"

(중략)

(5) "본조에 따라 발부되는 명령서라도 허가의 목적을 달성하는데 필요한 기간 이상으로 유선통신, 대화 또는 전자통신의 감청을 허가 또는 승인할 수는 없으며 어느 경우에도 30일을 초과할 수 없다. (중략) 명령의 연장은 허용될 수 있지만 본조 제1항에 따른 연장신청이 있고 법원이 본조 제3항에서 요구하는 사실인정을 한 경우에만 가능하다. 연장기간은 목적달성을 위해 판사가 필요하다고 판단하는 기간을 초과할 수 없으며 어느 경우에도 30일을 초과할 수 없다." (중략)

(6) 생략

(7) "본 장의 다른 조항에도 불구하고 법무장관, 법무 부장관, 법무차관이나 주법에 따라 대행하는 주 또는 그 산하기관의 수석검사에 의하여 특별히 지정된 수사관이나 법집행관은 다음 사항을 합리적으로 판단한 경우 감청을 실시한 후 48시간 이내에 본조에 따른 감청을 승인하는 명령을 신청하는 것을 조건으로 유선통신, 대화 또는 전자통신을 감청할 수 있다."

(a) "다음과 같은 긴급상황의 존재"

(i) "어떤 사람에 대한 긴박한 사망위험이나 심각한 신체적 상해"

(ii) "국가 안보이익을 위협하는 음모활동"

(iii) "조직적 범죄의 성격을 띤 음모활동"

(b) "본 장에 따라 감청허가 명령서가 발부될 수 있는 근거의 존재"

(중략)

(8) (a) "본 장에서 허용된 수단에 의하여 감청된 유선통신, 대화 또는 전자통신의 내용은 가능한 한 테이프나 유선 기타 유사한 장치에 기록되어야 한다. 본항에 따른 유선통신, 대화 또는 전자통신의 내용에 대한 기록은 편집 또는 변형으로부터 보호할 수 있는 방법으로 이루어져야 한다. 명령서 또는 그 연장의 기간이 만료하는 즉시 이러한 기록은 명령서를 발부한 판사에게 제출하고 그의 지시에 따라 봉인하여야 한다. 기록의 보관은 판사가 명하는 장소에서 하여야 한다. 기록은 담당판사의 명령에 의하지 않고는 파기될 수 없으며, 어떠한 경우에도 10년간 보존해야 한다. 본장의 제2517조 제1항 및 제2항의 규정에 따라 수사목적으로 사용하거나 공개하기 위하여 기록사본을 제작할 수 있다. 본항에 의하여 주어진 봉인의 존재 또는 그것이 없는 이유에 대한 충분한 해명은 제2517조 제3항에 따른 유선통신, 대화 또는 전자통신의 내용 또는 그로부터 파생된 증거를 사용 또는 공개할 수 있는 선행조건이 된다."

(b)~(c) 생략

(d) "기각된 제2518조 제7항(b)에 따른 승인명령 신청서를 제출한 후 또는 허가 명령 또는 연장명령의 기간 종료 후 90일 이내에 담당판사는 명령서나 신청서에 명기된 자와 자신의 재량으로 정의를 위한 것이라고 판단되는 감청된 통신과 관련된 그 밖의 관계자에게 다음 사항의 통지가 포함된 취득내용의 목록을 제공할 수 있다."

(i)~(iii) 생략

(9) "재판, 심리, 기타 소송절차에 앞서 적어도 10일 이전에 각 당사자는 감청이 허가 또는 승인된 신청서가 첨부된 법원 명령서의 사본을 제공받지 못할 경우 본 장에 따라 감청된 유선통신, 대화 또는 전자통신의 내용이나 그로부터 파생된 증거는 연방 또는 주법원의 어떠한 재판, 심리, 기타 소송절차에서도 증거로 채택될 수 없으며 달리 공개될 수 없다. 판사가 재판, 심리 기타 소송절차 10일 전에 당사자에게 위의 정보가 제공되는 것이 불가능하고, 그 당사자가 이러한 정보입수의 지연으로 불이익을 당하지 않을 것이라고 판단한 경우에는 10일의 기간은 연기될 수 있다."

(10) (a) "권리를 침해당한 자는 법원, 정부부처, 규제기관 기타 연방이나 주 또는 그 산하 기관의 당국에서의 재판, 심리 기타 소송절차에서 다음 사항을 근거로 본 장의 규정에 따라 감청된 유선통신 또는 대화의 내용 또는 그로부터 파생된 증거의 공개를 금지하여 줄 것을 신청할 수 있다."

(i) "통신이 불법감청되었을 경우"

(ii) "감청을 허가 또는 승인한 명령이 외견상 하자가 있는 경우"

(iii) "감청이 허가 또는 승인명령서에 따라 이루어지지 않은 경우"

(중략)

(b)~(c) 생략

(11)~(12) 생략

나) USA Freedom Act of 2015

9.11 테러사건을 계기로 국가안보에 대한 강력한 대응체제 구축을 위해 「USA Patriot Act」를 제정하였고, 이에 기반하여 수사기관에 의한 광범위한 통신정보 수집 및 도·감청이 이루어졌다. 이에 대한 강력한 비판이 제기되자 2015년 「USA Freedom Act」를 제정하여 전자감시의 실시, 발신 및 송신 관련 정보기록장치의 사용, 대테러 및 형사상 목적을 위한 정보수집방식을 사용할 수 있는 연방정부의 권한을 개혁하였다.[709] 동 법률은 총 8개의 절로 구성되어 있는데, Title 1은 "FISA Business Records"라는 표제하에서 10개의 조항으로 이루어져 있다. 여기에는 상세통화기록을 취득하기 위한 요건으로서 "통화내역 기록이 국제테러방지조사와 관련이 있다고 믿을 수 있는 타당한 근거 그리고 특정선별용어[710]가 테러준비활동 또는 국제테러에 연관되어 있는 외국세력 또는 그 대리인과 연관되어 있다는 합리적이고 분명한 의심"을 명시하도록 추가요건을 규정하고 있다. 또한 법원의 명령을 받지 않고 법무장관이 긴급하게 유형화된 정보를 생성하도록 요구할 수 있는 권한을 규정하고 있다. Title II는 "FISA Pen Register and Trap and Trace Device Reform"으로 정부가 pen register 또는 trap and trace 장치를 승인하는 명령을 확보하기 위한 FISA 신청서에 그러한 장치사용의 근거로서 특정선별용어를 포함하도록 요구하며, 광범위한 지리적 지역 또는 전자통신서비스 또는 원격컴퓨팅서비스가 그러한 선별용어로 사용되는 것은 금지하고 있다.[711] 또한 법무장관으로 하여금 FISA 법원의 승인으로 설치된 pen register 또는 tarp and trace 장치를 통해 수집된 미국 시민에 관한 공개되지 않은 정보의 수집, 보존 및 사용을 위한 적절한 프라이버시 절차를 확보하도록 명령하고 있다.[712] Title

708) ECPA 해당 법률 조문 번역은 김성천·이종영·김종천, 『통신비밀보호법 개정방안에 대한 연구』, 대검찰청 연구용역보고서 부록, 2008, 185-205면에서 발췌한 것이다.

709) 이원상, 『프라이버시와 범죄통제의 균형을 위한 통신수사 법체계 마련』, 대검찰청 연구용역보고서, 2015, 57면.

710) 특정선별용어란 정부가 정보나 유형화된 정보의 범주를 제한하기 위해 사용하는 구분용어로, 개인이나 기업, 계정, 주소, 장치를 명확하게 식별할 수 있는 용어 등을 말한다(이원상, 『프라이버시와 범죄통제의 균형을 위한 통신수사 법체계 마련』, 58면 각주 134).

711) section 201.

712) section 202.

III는 미국 시민 이외의 사람에 대하여 불법적으로 수집된 정보이용을 제한하는 규정을 두고 있으며, Title V는 정보의 대량수집을 금지하고 있다. 그 외에 판사가 일일단위 상세통화기록 제공을 승인할 때는 180일을 초과할 수 없지만 사법적 승인하에 그 기간을 연장할 수 있도록 하는 등, 동 법률의 제정으로 인해 정보기관에 의한 정보수집 절차의 투명성 등이 제고되었다는 평가를 받고 있다.[713]

713) 이원상, 『프라이버시와 범죄통제의 균형을 위한 통신수사 법체계 마련』, 58면.

4) 외국법제 비교표

[표 3-11] 외국의 통신감청 관련 규정 비교

	독일	프랑스	일본	영국	미국
근거법률	형사소송법	형사소송법	특별법	특별법	특별법
요건	• 정범 또는 공범으로서 중대범죄 실행, 실행에 착수 또는 예비혐의가 입증된 경우 • 중대하게 평가된 행위 • 사실관계조사 또는 피의자 소재파악이 다른 방법으로 현저히 곤란 또는 불가능한 경우	• 범죄에 대한 수사필요성	• 범죄의 실행, 준비 또는 증거인멸 등의 사후 조치에 관한 모의, 지시, 상호연락 등 범죄실행과 관련된 사항을 내용으로 하는 통신이 이뤄질 것으로 의심되는 상황이 있을 것 • 다른 방법에 의해서는 범인을 특정하거나 범행상황 또는 내용을 밝히는 것이 현저히 곤란한 경우	• 국가안보의 이익을 위해 • 중대한 범죄의 예방 또는 수사를 목적 • 영국의 경제적 복지의 보장을 목적 • 국제상호지원협약규정 시행 목적	• 감청이 ECPA §2516(a-(u)에 규정된 행위의 증거를 제시할 수 있거나 제시했을 경우
대상범죄	• 형법, 조세기본법, 난민법, 외국인체류법, 무역법, 마약류법, 전쟁무기통제법 등의 해당 규정 열거	• 중죄, 법정형이 2년 이상의 징역형인 경죄	• 조직적인 살인, 약물 및 총기의 부정거래 관련 범죄 등 중대범죄 • 별표에 제시된 범죄 • 감청대상 이외의 범죄사실로서 사형 또는 단기 1년 이상의 징역 또는 금고에 해당하는 범죄실행 또는 그 실행을 내용으로 하는 통신		• ECPA §2516(a-(u)에 열거된 행위
허가	• 법원명령	• 예심판사 명령	• 재판관	• 법률에 의하여 부여된 합법	• 법원의 허가 또는 승인명령

	독일	프랑스	일본	영국	미국
	• 예외-긴급요하는 경우 검사 명령, 사후 법원 추인			적인 권한이 있을 것 • 감청영장에 의할 것 • 감청에 동의한 자에 의한 송수신통신	
방식	• 통신감청 • 온라인 수색 • 주거감청 • 주거공간 밖에서 감청 • 통신자료조사 • 이동통신단말기에 대한 기술적 조치 • 정보통신서비스제공업자 등으로부터 보유데이터 제공	• 통신감청, 녹음 및 녹취 • 컴퓨터 식별자를 통해 접근 가능한 전자통신에 의해 저장된 통신을 관련자가 모르게 원격 접근	• 통신관리자 입회하에서의 감청실시 • 전화번호 탐지 • 특정 컴퓨터를 이용한 통신감청 • 특정전자계산기를 이용한 통신감청	• 통신우편서비스 감청 • 통신시스템에 의한 전송과정에서의 감정	• 유선통신 감청 • 대화감청 • 전자통신감청
기간	• 3개월 이하 • 연장-1회당 3개월, 6개월 연장시 고등법원 재판에 의해 연장여부 판단	• 최장 4개월 • 형식, 조건 및 대상이 동일한 경우에 한해 갱신가능	• 10일 이내 기간 • 검사 또는 사법경찰원의 청구에 의해 10일 이내 기간을 정하여 기간 영장가능, 단 30일을 넘을 수 없음		
통지			• 통신당사자에게 감청기록 작성 취지 등 서면통지		
사용	• 범행수사 또는 범행혐의가 있는 개인의 소재파악 • 위험예방목적 - 개인생명에 대한 위험, 개인신체 및		• 별표에 제시하는 범행혐의에 충분한 이유가 있고, 여러 사람의 공모가 있다고 의심하기 충분한 경우		

	독일	프랑스	일본	영국	미국
	자유에 대한 절박한 위험, 국가의 안전이나 존립 위험, 국민후생기여 또는 문화적 중요성 및 형법 제305조에 정한 대상에 대한 위험에 대응		• 별표에 제시하는 죄가 행해지는 동시에 다음에 제시하는 죄가 행해질 것으로 의심하기에 충분한 이유가 있는 경우, 이러한 범죄가 몇 명의 공모에 의한 것이라고 의심할만한 상황이 있을 때 • 사형, 무기 혹은 장기 2년 이상의 징역 혹은 금고에 해당하는 죄가 별표에 제시된 죄와 일체로서 그 실행에 필요한 준비를 위해 행해지며, 별표에 제시하는 죄에 저촉된다고 의심할 충분한 이유가 있는 경우, 이러한 범죄가 몇 명의 공모에 의한 것이라고 의심할 만한 상황이 있는 경우		
제한 또는 금지	• 사생활의 핵심내용에 관한 정보에 속하는 경우 감청처분 불허 • 감청도중 사생활 핵심영역 내용 포착시 감청 즉시 중단	• 언론의 자유에 관한 1881년 7월 29일 법 제2조에 위반한 신문기자와 취재원과의 통신내용 녹취 금지 • 방어권행사 관련 변호인과 통신내용 녹취 금지 • 하원의원 또는 상원의원의 전화회선(의장에게 통지한 경우 아니면 감청불가) • 변호사 사무소 또는 주거에	• 사람의 주거 또는 사람이 간수하는 저택, 건조물 혹은 선박 내에서 감청금지(단, 소유주 등의 승낙이 있는 경우는 예외) • 의사, 치과의사, 조산사, 간호사, 변호사, 변리사, 공증인, 종교의 직에 있는 자와의 통신의 경우 타인의 의뢰를 받아 행하는 업무시 감청		

	독일	프랑스	일본	영국	미국
		접속하는 전화회선(변호사회 회장에게 통지한 경우 아니면 감청불가) • 사법관의 집무실 또는 주거에 접속하는 전화회선(법원장 또는 검사장에게 통지한 경우 아니면 감청불가)	금지		
증거		• 통신감청자료 녹취 후 조서에 기재			• 법률에 의해 허용된 수단에 의해 지득한 통신내용과 그로부터 파생된 증거는 공무수행 범위나 증거사용가능 • 법률에 위배된 감청내용 및 그로부터 파생된 증거는 모든 소송절차에서 증거사용금지 • 불법감청된 통신, 감청허가 또는 승인명령이 외견상 하자가 있는 경우, 감청이 허가 또는 승인명령서에 따라 이루어지지 않은 경우에는 감청내용 및 그 파생증거의 증거사용금지

마. 통신감청자료의 증거사용 관련 규정의 개정방향

1) 강제수사로서 통신제한조치의 법적 지위 규정

앞서 주요 외국의 통신감청과 관련된 규정에서 본 바와 같이 독일과 프랑스처럼 「형사소송법」 내에 관련 규정을 두고 있는 경우도 있고, 영국, 일본, 미국처럼 별도의 법률에 의해 통신감청을 규제하고 있는 경우도 있다.

우리나라 「형사소송법」의 규정 체계상 통신감청과 관련된 규정을 「형사소송법」 내로 편입하는 방안은 용이하다고 보기 어렵다고 할 수 있다. 다만 통신감청을 압수·수색과 동등한 강제수사로서의 법적 지위를 부여함으로써 지금보다 엄격한 영장주의 원칙에 따른 적법절차를 준수하도록 하기 위해서는 「형사소송법」 제215조에 압수·수색 검증과 함께 통신감청을 규정하거나, 제215조의2를 신설하여 압수·수색·검증 규정 다음으로 통신감청과 관련된 규정을 명시하는 것도 생각해 볼 수 있을 것이다.

2) 불법감청의 증거사용금지 규정의 실효성 확보

「통신비밀보호법」 제4조에 의하여 불법감청에 의한 통신내용은 증거로 사용할 수 없도록 규정하고 있다. 그런데 동 법률에 의해 확보할 수 있는 것은 통신내용 뿐만 아니라 통신자료도 확보대상으로 규정하고 있다. 따라서 불법감청에 의해 확보된 통신내용과 함께 통신자료도 증거로 사용할 수 없도록 규정할 필요가 있다.

또한 불법감청에 의해 취득한 통신내용 및 통신자료에 대한 증거사용금지의 실효성을 확보하기 위해서는 동조가 위법수집증거배제법칙을 적용한 이상 독과수 원칙도 함께 규정하는 것이 필요하다고 본다.

[표 3-12] 「통신비밀보호법」 제4조 개정안

제4조(불법검열에 의한 우편물의 내용과 불법감청에 의한 전기통신내용의 증거사용금지) "제3조의 규정에 위반하여, 불법검열에 의하여 취득한 우편물이나 그 내용 및 불법감청에 의하여 지득 또는 채록된 전기통신의 내용과 통신자료 그리고 그에 파생하여 수집된 증거는 재판 또는 징계절차에서 증거로 사용할 수 없다."

3) 긴급통신제한조치시 법원의 허가없이 확보한 통신정보의 사용 제한

앞서 기술한 바와 같이 긴급통신제한조치시 36시간 이내에 법원의 허가를 받지 못하고 감청을 중지한 경우, 이미 그전에 감청하여 확보한 통신정보 및 통신자료를 증거로 사용할 수 있는가의 여부에 대해서는 「형사소송법」 제217조의 규정을 준용하여 해석할 필요가 있다. 즉 긴급압수·수색시 영장없이 압수·수색할 수 있지만 영장을 발부받지 못한 경우에는 압수한 물건을 즉시 반환하도록 규정하고 있다. 이에 준하여 비추어 보면 긴급통신제한조치에 대해 사후적인 법원의 허가를 받지 못한 경우에는 그 전에 확보한 통신정보 및 자료는 당사자에게 반환해야만 하고, 따라서 이를 증거로 사용하는 것은 허용되지 않는다고 보아야 한다.

이와 같이 형사소송법의 준하여 「통신비밀보호법」 제8조를 해석할 것인가 아니면 동조에 관련 규정을 둘 것인가는 입법정책적 판단문제라고 할 수 있다. 다만 통신비밀의 자유와 개인정보자기결정권이라고 하는 중대한 기본권 침해에 해당하는 감청에 대한 사법적 통제의 필요성을 고려한다면 통신비밀보호법 제8조 내에 법원의 사후 허가를 받지 못한 경우에는 그 전에 확보한 통신정보는 증거로 사용할 수 없도록 삭제하는 규정을 둘 필요가 있다.

또한 단시간 내에 종료한 긴급통신제한조치에 대해서는 법원의 사후통제 자체가 결여되어 있는 입법의 흠결이 있다고 보이므로, 이 경우에도 법원의 사후 허가를 받도록 하는 규정을 둘 필요가 있다고 할 것이다. 따라서 원칙적으로 긴급통신제한조치에 대해서는 그 시간의 장단과 상관없이 사후적으로 법원의 허가를 받도록 규정해야 하므로 현행법 제5조의 규정은 삭제하는 것이 바람직하다고 할 것이다.

[표 3-13] 「통신비밀보호법」 제8조 개정안

제8조(긴급통신제한조치)
② "검사, 사법경찰관 또는 정보수사기관의 장은 제1항의 규정에 의한 통신제한조치(이하 '긴급통신제한조치'라 한다)의 집행착수 후 지체없이 제6조 및 제7조 제3항의 규정에 의하여 법원에 허가청구를 하여야 한다."
③ "그 긴급통신제한조치를 한 때로부터 36시간 이내에 법원의 허가를 받지 못한 때에는 즉시 이를 중지하여야 한다. 이 경우 그동안 확보한 통신내용 및 통신자료는 즉시 삭제해야 한다."
⑤ 삭제

2. 함정수사에 의해 획득한 증거

가. 함정수사의 법적 쟁점

1) 함정수사의 법적 성격

함정수사는 수사실무상 필요에 의해 행해지고 수사방법 가운데 하나로 주로 조직범죄 또는 마약범죄에서 활용되고 있다. 이와 같이 수사에 폭넓게 사용되고 있는 수사방법임에도 불구하고 현행법에는 근거규정이 마련되어 있지 않다. 따라서 함정수사를 강제수사로 볼 것인지 아니면 임의수사로 볼 것인지에 대해서도 명확하지 않다. 다만 외국의 입법례에 비추어 볼 때, 독일과 프랑스는 원칙적으로 판사의 허가를 요하며 - 긴급한 경우에는 예외를 허용하지만 - , 영국의 경우에는 국무장관 등의 허가를 얻도록 하고 있으며 비밀정보원으로서 활동할 수 있는 행위의 유형에 대한 제한도 법률에서 규정하고 있음을 볼 수 있다. 이에 비추어 볼 때 함정수사가 적어도 수사기관의 임의적 판단에 따라 행해질 수 있는 수사방법은 아니라는 것을 전제로 하고 있음을 알 수 있다. 즉 함정수사로 인해 피유인자의 인권침해의 가능성이 존재한다는 점을 고려한다면 단순히 임의수사의 한계를 벗어난 경우에만 위법하다고 보기보다는, 강제수사로서의 법적 성격을 내포하고 있음을 전제로 하고 그에 따른 적법절차를 마련하는 것이 보다 형사사법의 일관성을 담보하는 방향이 될 수 있을 것이라 할 것이다.

2) 함정수사 허용여부에 대한 학설 및 판례 경향

앞서 기술한 바와 같이 함정수사의 위법성에 대하여 학설의 대립과 판례의 입장의 변화가 불가피하다고 볼 수 있다. 이는 현행 형사소송법이 함정수사에 대한 근거규정을 두고 있지 않기 때문이다. 즉, 수사기관에 의한 수사활동임에도 불구하고 법률상 근거규정이 없기 때문에 강제수사인가 임의수사인가의 여부도 불분명할 뿐만 아니라 절차적 적법성을 규제할 기준도 없어서 판례의 해석에 맡겨져 있는 상태라고 할 수 있다.

가) 함정수사 위법성에 대한 학설

함정수사의 위법성에 대해서는 견해가 나눠지는데, 먼저 함정수사의 위법성 여부를

수사기관에 의해 유인된 자의 내심을 기준으로 함정수사의 위법성 여부를 판단하는 것이 주관설이다.[714] 따라서 기회제공형 함정수사는 적법하고, 범죄유발형 함정수사는 위법하다고 본다.[715] 이에 반해 사법의 염결성과 억지를 그 이론적 근거로 하여 피유발자의 내심이 아닌 수사기관이 피유발자에게 사용한 범죄유혹의 방법을 기준으로 함정수사의 위법여부를 판단하는 입장이 객관설이다.[716]

하지만 기회가 제공되면 범죄를 범할 준비 내지 의사가 있는가도 중요하지만 수사의 신의칙에 반하여 위법수사로 나아가는 수사기관의 객관적 행태 또한 억지되어야 할 수사방법이라는 점[717]을 고려할 때, 함정수사의 위법성은 범죄의 태양, 함정수사의 필요성, 법익의 성질, 남용의 위험성 등을 종합적으로 판단하여 함정수사의 적법성의 한계를 판단해야 한다고 보는 것이 종합설의 견해이다.[718]

먼저 주관설의 입장에 의거하여 함정수사의 위법성을 판단하게 되면 단순명확한 기준에 의하여 수사의 효율성이 높아질 수는 있지만, 유인된 자의 내심 내지 성향을 기준으로 하기 때문에 다수의 범죄경력을 가진 피유인자에 대해서는 어떠한 함정수사도 위법하지 않다고 볼 여지가 있고 이는 부당한 인권침해를 유발할 우려가 있다고 할 것이다.[719] 객관설의 경우에도 수사기관의 법집행의 적법성을 기준으로 하기 때문에 인권침해의 우려는 적지만 피고인의 사전범의에 대해서는 문제삼을 수 없다는 한계에 직면하게 된다.[720] 따라서 함정수사의 위법성에 대한 판단은 종합설의 입장을 취하여 수사방법의 적법성뿐만 아니라 피유인자의 범죄성향과 사전적 범의를 함께 고려하는 것이 합리적이라 할 것이다.

나) 함정수사의 위법성에 대한 판례의 태도

함정수사의 위법성과 관련하여 판례의 태도는 여러 번 견해의 변화를 보이고 있다. 즉 함정수사에 관한 최초판결에서는 그 위법성을 부정[721]하였지만, 이후에는 범의유

714) 이재상·조균석, 『형사소송법』(제12판), 194면; 방경휘, "함정수사에 관한 형사소송법적 재검토", 『고려법학』, 제93호(2019.6.), 고려대학교 법학연구원, 199면.
715) 차용석·최용성, 『형사소송법』(제4판), 166면; 배종대·이상돈·정승환·이주원, 『신형사소송법』(제5판), 94면.
716) 방경휘, "함정수사에 관한 형사소송법적 재검토", 201면.
717) 신동운, 『신형사소송법』(제5판), 177면.
718) 이재상·조균석, 『형사소송법』(제12판), 195면,
719) 방경휘, "함정수사에 관한 형사소송법적 재검토", 205면.
720) 방경휘, "함정수사에 관한 형사소송법적 재검토", 205면.

발형 함정수사만 위법하고, 기회제공형 함정수사는 위법하지 않다고 하는 주관설의 입장을 취하였다.[722]

하지만 함정수사를 판단함에 있어서 범의유발형인가 기회제공형인가에 대한 판단이 현실적으로 쉽지 않을 뿐만 아니라 다양한 유형의 함정수사로 말미암아 단순한 기준으로 위법성을 판단하는 것이 용이하지 않았던 대법원은 기존의 입장을 변경하여, 기회제공형 함정수사도 언제나 적법한 것이 아니라 경우에 따라서는 위법할 수도 있다는 견해를 제시하였다.[723] 이후 대법원은 좀 더 명확하게 함정수사는 원칙적으로 위법하다는 전제하에서 "해당범죄의 종류와 성질, 유인자의 지위와 역할, 유인의 경위와 방법, 유인에 따른 피유인자의 반응, 피유인자의 처벌전력 및 유인행위 자체의 위법성" 등을 종합적으로 판단하여 함정수사의 위법성을 판단해야 한다[724]는 종합설의 입장을 취하고 있다.

3) 위법한 함정수사에 의한 소송법적 효과

가) 함정수사에 근거한 처벌가능성에 관한 학설의 대립

함정수사가 위법하다고 판단되는 경우 함정에 유인되어 불법행위를 범한 자에 대한 처벌이 가능한가에 대하여 가벌설과 불가벌설이 대립되고 있다. 먼저 가벌설은 함정에 걸렸다는 것만으로 위법성이나 책임이 조각되는 것은 아니며, 범의를 유발당한 자가 자유로운 의사에 의하여 범죄를 실행한 이상 실체법상 이를 처벌할 수 있다고 보는 견해이다.[725] 즉 "위법한 함정수사는 수사의 신의칙에 반한 것은 분명하지만, 이는 증거배제로서 고려하면 족하고, 함정수사에 의하여 범죄를 실행했다는 사실만으

721) 대법원 1963.9.12. 선고 63도190 판결.
722) 대법원 1983.4.12. 선고 82도2433 판결; 대법원 1992.10.29. 선고 92도1377 판결; 대법원 2004.5.14. 선고 2004도1066 판결.
723) 방경휘, "함정수사에 관한 형사소송법적 재검토", 203면("범의를 가진 자에 대하여 단순히 범행의 기회를 제공하거나 범행을 용이하게 하는 것에 불과한 수사방법이 경우에 따라 허용될 수 있음은 별론으로 하고, 본래 범의를 가지지 아니한 자에 대하여 수사기관이 사술이나 계략 등을 써서 범의를 유발케 하여 범죄인을 검거하는 함정수사는 위법함을 면할 수 없고, 이러한 함정수사에 기한 공소제기는 그 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때에 해당한다"); 대법원 2005.10.28. 선고 2005도1247 판결; 대법원 2008.10.23. 선고 2008도7362 판결.
724) 대법원 2013.3.28. 선고 2013도1473 판결.
725) 이영란, 『한국형사소송법』, 나남출판, 2007, 229면(이재상·조균석, 『형사소송법』(제12판), 197면에서 재인용).

로 범죄성립이 조각되는 것은 아니라"[726]고 보는 것이다.

이에 반해 불가벌설은 범죄를 방지할 의무가 있는 수사기관이 오히려 범죄를 유발내지 조장하는 함정수사방법을 사용하는 것은 수사의 상당성을 결여했을 뿐 아니라, 형사사법의 염결성을 저해하기 때문에 허용될 수 없다[727]고 본다. 즉 국가가 불법창출에 관여하는 것은 민주법치국가에서는 허용될 수 없다[728]는 것이다. 따라서 피유인자(피교사자)를 처벌할 수 없다고 보되 다만 피유인자(피교사자)를 어떻게 구제할 것인가에 대해서는 무죄설, 공소기각설, 면소설 등으로 견해가 나눠진다. 먼저 무죄설은 함정수사를 가장 엄격하게 제한하는 견해로서, 피유인자에 대한 책임이 조각되거나 고의가 없으므로 가벌적 위법성이 결여되고 따라서 무죄판결을 해야 한다고 보는 견해이다.[729] 공소기각설은 함정수사에 기한 공소는 적정절차에 위배되는 수사에 의한 공소이므로 공소제기절차 자체가 법률규정에 위배되어 무효인 경우에 해당하므로 공소기각 판결을 선고해야 한다는 견해이며, 우리나라 다수설의 입장이다.[730] 마지막으로 면소판결설은 국가가 범의를 유발한 이상 국가는 처벌적격을 상실하기 때문에 형벌권을 행사할 수 없다는 견해[731]로, 현재 이 학설을 지지하는 학자는 없는 것으로 보인다.

이와 관련하여 대법원은 공소권남용론적 관점에서 공소기각판결설을 지지하는 취지의 판결[732]을 제시한 바 있지만 구체적인 근거를 설명하고 있지는 않다.[733]

나) 함정수사에 의해 수집한 증거의 증거능력

함정수사에 의해 수집한 증거의 증거능력의 허부에 대한 판단은 함정수사 자체의 위법성 판단을 전제로 할 수밖에 없다. 즉 함정수사가 위법하다고 판단되는 경우

---

726) 이재상·조균석, 『형사소송법』(제12판), 197면.
727) 신동운, 『신형사소송법』(제5판), 177면.
728) 임철희, "함정수사", 『형사법연구』, 제30권 제4호(2018.12.), 한국형사법학회, 136면.
729) 손동권·신이철, 『새로운 형사소송법』(제4판), 168면; 신동운, 『신형사소송법』(제5판), 179면.
730) 노명선·이완규, 『형사소송법』(제5판), 157-158면; 배종대·이상돈·정승환·이주원, 『신형사소송법』(제5판), 95면; 심희기·양동철, 『쟁점강의 형사소송법』(제3판), 삼영사, 2012, 147면; 정웅석·백승민, 『형사소송법』(전정증보제5판), 62면 외 다수.
731) 김기두, "함정수사", 『월간고시』, 제7호(1983.7.), 월간고시사, 105면(박광민, "함정수사의 규제", 『성균관법학』, 제7호(1996.12.), 성균관대학교 법학연구소, 66면에서 재인용(방경휘, "함정수사에 관한 형사소송법적 재검토", 209면에서 재재인용)).
732) 대법원 2005.10.28. 선고 2005도1247 판결; 대법원 2008.10.23. 선고 2008도7362 판결.
733) 신동운, 『신형사소송법』(제5판), 179면.

그에 의해 수집된 증거는 적정절차를 위반한 위법수집증거로서 증거능력이 당연히 배제된다고 보아야 한다.[734] 따라서 함정수사에 의해 수사기관이 수집한 증거의 증거능력 문제는 그 전제되는 사실로서 함정수사의 적법성에 대한 판단이 우선해야 하는데, 이에 대해서는 대법원이 제시하고 있는 종합적인 판단기준에 의거할 수밖에 없다. 이는 함정수사 자체가 갖고 있는 적법성의 흠결 문제를 해결할 수 없을 뿐 아니라, 사건에 따라 달리 적용될 수밖에 없는 종합적 판단의 불명확성으로 인한 위법성 판단기준의 부재라는 한계를 갖고 있다고 할 것이다.

나. 함정수사에 대한 법적 통제 필요성

현재와 같은 함정수사에 대한 법적 근거의 부재는 수사의 적법성 및 그 근거의 정당성의 흠결에 대한 지속적인 비판을 초래할 수밖에 없다. 이는 함정수사의 본질상 피유인자의 자유와 권리에 대한 침해를 수반할 수밖에 없음에도 불구하고 명문의 근거 없이 「형사소송법」 제199조에 규정된 "수사목적 달성을 위해 필요한 조사"로서 수사의 상당성을 기초로 이해되고 있는데서 비롯된 것이라 할 수 있다.

하지만 「형사소송법」 제199조는 임의수사를 규정한 것인데, 함정수사는 임의수사로서의 적법성을 확보할 수 없다는 한계를 지니고 있다. 즉 임의수사에 있어서도 수사의 필요성이 인정되어야 하므로 범죄혐의가 없거나 소송조건이 구비될 수 없는 때에는 허용되지 않는다[735]고 보아야 한다. 그런데 함정수사는 범죄혐의를 전제로 하지 않는 장래의 범죄를 대상으로 하기 때문에 임의수사로서의 필요성도 갖추지 못한 것일 뿐 아니라 조사의 행태도 아니기 때문에 그 적법성을 갖추었다고 볼 수 없다. 또한 임의수사는 상대방의 자유로운 의사를 전제로 한 승낙을 받아서 행할 것[736]을 요하는데, 함정수사는 상대방의 승낙이나 동의는커녕 당사자가 알지 못한 상태에서 행해지는 것이기 때문에 임의수사로 볼 수는 없다고 할 것이다.

그러나 무엇보다도 함정수사는 피유인자의 자유와 권리를 침해할 수밖에 없는 수사방법이라는 점을 고려하면 수사기관이 기본권을 침해하는 방식의 수사를 허용하는

734) 신동운, 『신형사소송법』(제5판), 178면; 이재상·조균석, 『형사소송법』(제12판), 198면.
735) 이재상·조균석, 『형사소송법』(제12판), 219면.
736) 이재상·조균석, 『형사소송법』(제12판), 219면.

명시적인 수권규범이 요구되며, 그에 의해서만 수사행위로서 함정수사의 적법성을 판단할 수 있다고 할 것이다.

다. 주요 외국의 입법례

1) 독일「형사소송법」

독일은 마약범죄나 조직범죄 등과 같이 함정수사의 필요성이 요구되는 대상범죄에 한해서 비밀수사관을 투입할 수 있는 근거규정을 형사소송법에 두고 있다. 이에 의하면 비밀수사관이 투입될 수 있는 대상범죄가 법률에 제한되어 있고, 해당 범죄가 있었다는 충분한 사실적 근거를 요함으로서 범죄혐의에 기반한 수사가 행해지도록 규정되어 있다. 또한 기본권 침해의 최소성원칙에 기반하여 "다른 방법으로는 범죄사실의 규명이 불가능하거나 현저히 곤란할 경우에 한해서만" 허용되도록 하고 있다.

한편 특히 법원의 승인을 요하는 비밀수사관의 수사방식을 규정함으로써 수사기관의 인권침해 가능성이 있는 수사방식에 대한 사법적 통제가 가능하도록 규정하고 있음을 볼 수 있다.

제110a조 비밀수사관

(1) "다음 각호의 어느 하나에 해당하는 중대한 범행이 있었다는 충분한 사실적 근거가 있는 경우에 범죄의 규명을 위해 비밀수사관을 투입할 수 있다."

1. "금지된 마약류 또는 무기거래, 통화 또는 유가증권 위조 분야"
2. "국가안보(법원조직법 제74a조, 제120조) 분야"
3. "업무상 또는 상습적 범죄"
4. "범죄단체구성원에 의한 범죄 또는 다른 방식으로 조직된 범죄"

"일정한 사실에 근거하여 재범의 위험성이 존재하는 경우에도 범죄규명을 위해 비밀수사관이 투입될 수 있다. 비밀수사관의 투입은 다른 방법으로는 범죄사실의 규명이 불가능하거나 현저히 곤란할 경우에 한해서만 허용될 수 있다. 그 밖에 특히 범죄가 중대하여 그 투입이 필요하고 다른 수단으로는 불가능할 경우에도 범죄의 규명을 위해 비밀수사관이 투입될 수 있다."

(2) "비밀수사관은 부여된 기간 동안 자신에게 부여된 위장 신분으로 조사를 하는 경찰공무원이다. 그들은 위장신분으로 법적거래에 참여할 수 있다."

(3) "위장신분의 생성 또는 유지를 위하여 불가피한 경우, 그에 상응하는 증명서를 만들거나 변경하거나 사용할 수 있다."

제110b조 비밀수사관의 투입시 절차

(1) "비밀수사관의 투입은 검찰의 승인 후에 비로소 허용된다. 지체시 위험이 존재하고 검찰의 결정을 적시에 얻을 수 없는 경우, 지체없이 시행되어야 한다."

(2) "다음의 경우 법원의 승인을 요한다."

1. "특정 피의자를 대상으로 투입하는 경우"

2. "일반인이 출입하지 못하는 주거에 비밀수사관이 들어가는 경우"

"지체시 위험이 있는 경우, 검찰의 동의로 충분하다. 검찰의 결정을 적시에 얻을 수 없는 경우 지체없이 시행되어야 한다. 만약 법원이 3일 이내에 승인하지 않는 경우 그 처분은 종료되어야 한다. Ab.1. Satz 3과 4를 준용한다."

(3) "비밀수사관의 신분은 투입이 종료된 후에도 비밀로 할 수 있다. 그 투입에 대한 승인을 관할하는 검찰과 법원은 그 신분을 자신들에 대해 공개하도록 요구할 수 있다. 그 밖에 형사절차에 있어서 특히 공개가 비밀수사관 또는 다른 사람의 생명 신체 또는 자유 또는 더 이상 비밀수사관의 활용가능성을 위태롭게 할 수 있다는 우려가 존재하는 경우 제96조에 따라 그 신분의 비밀유지를 허용한다."

제110c 비밀수사관의 권한

"비밀수사관은 위장신분을 이용하여 권리자의 허락을 받아 주거에 들어갈 수 있다. 그 동의가 위장신분의 사용을 넘어서 출입권의 기망을 통해 얻어져서는 안된다. 그 밖에 비밀수사관의 권한은 법률과 다른 법규정에 따른다."

2) 프랑스 「형사소송법」

프랑스의 경우 독일과 마찬가지로 잠입수사관의 형태로 함정수사가 가능하도록 하는 규정을 형사소송법에 두고 있으며, 그 대상범죄를 제한하여 규정하고 있다. 또한 예심판사가 잠입활동을 허가하도록 하고 있으며, 허가를 한 예심판사가 감독하도록 함으로써 잠입수사에 대한 사법통제가 가능하도록 하고 있다. 이외에도 허용되는 잠입수사의 방식을 명시적으로 제한하고 있을 뿐 아니라 잠입수사 기간도 4개월로 제한하고 있다. 잠입수사의 소송법적 효과와 관련하여서는 잠입수사관의 진술만으로는 유죄판결을 할 수 없도록 규정하고 있다.

「프랑스 형사소송법」 제24편 조직범죄에 적용되는 절차

제2장 절차 제2절 잠입[737]

제706-81조 ① "제706-73조에 정한 중죄 또는 경죄의 수사, 예심수사를 위하여 필요한 때에는 검사

또는 청구를 받은 예심판사가 검사의 의견을 참작하여 본절에 정한 요건을 준수하여 잠입활동을 할 것을 허가할 수 있다. 이에 대한 감독은 허가를 내준 검사 또는 예심판사가 담당한다."

② "잠입이란 명령에 따라 위임을 받은 사법경찰관 또는 사법경찰리가 전체 범죄수사를 감독하는 사법경찰관의 지시에 따라 중죄 또는 경죄를 저지른 것으로 의심되는 자의 주위에서 공동정범이나 공범, 장물범으로 행세하는 것을 말한다. 여기 투입된 사법경찰관 또는 사법경찰리는 가명을 사용할 수 있고, 제706-82조에 정한 행위를 할 수 있다. 단, 범죄를 교사하는 행위는 할 수 없다."

③ "잠입수사 전체를 지휘하는 사법경찰관은 보고서를 작성하여야 하며 범죄행위의 인지를 위하여 필요한 행위만 하고, 잠입수사에 투입된 경찰관과 제706-82조에 따라 경찰관을 돕는 자를 위험에 빠뜨리지 않도록 주의하여야 한다."

제706-82조 ① "잠입허가를 받은 사법경찰관 또는 사법경찰리는 국토 전역에서 형사처벌을 받지 않고 다음 각호의 행위를 할 수 있다."

1. "범죄의 실행에 공하거나 범죄행위의 결과로 얻은 정보·서류·물건·자산·물질 등을 취득·보관·운반·인도·교부하는 행위"
2. "범죄행위를 하는 자에 대하여 전기통신·보존·숙박·임치·운송수단이나 법적 혹은 금전적 수단을 제공하여 사용하게 하는 행위"

② "제1항에 규정한 형사처벌의 면제는 잠입행위를 위하여 필요한 한도 내에서는 잠입한 사법경찰관 혹은 사법경찰리를 돕는 자에게도 마찬가지로 적용된다."

제706-83조 ① "제706-81조에 따른 허가는 서면으로 특별한 이유를 붙여 하여야 하고, 그렇지 않을 경우에는 무효로 한다."

② "전항의 허가서에는 잠입수사로 막고자 하는 하나 또는 수개의 범죄행위와 잠입수사 전체를 책임지는 사법경찰관의 신원을 명시하여야 한다."

③ "제1항의 허가서에는 4월을 넘지 않는 한도에서 기간을 명시하고, 이 기간은 같은 형식과 조건하에서 같은 기간 동안 갱신할 수 있다. 이를 허가한 사법관은 언제든 허가기간 전에 중지를 명할 수 있다."

④ "잠입수사가 종료한 때에는 허가서는 사건기록에 편철한다."

제706-84조 ① "가명으로 잠입수사를 실행하는 사법경찰관 또는 사법경찰리의 본명은 어떤 단계에서도 공개할 수 없다."

② "사법경찰관 또는 사법경찰리의 신원을 공개하는 행위는 5년 이하의 징역과 75,000유로 이하의 벌금에 처한다."

③ "누설로 인하여 잠입수사를 하는 자나 그 배우자·자녀·직계존속이 폭행·상해·협박 등의 피해를 입은 경우에는 7년 이하의 징역과 100,000유로 이하의 벌금에 처한다."

④ "누설로 인하여 잠입수사를 하는 자나 그 배우자·자녀·직계존속이 사망한 때에는 10년 이하의 징역과 15,000유로 이하의 벌금에 처한다. 단, 이로 인하여 형법 제2권 제2편 제1장의 적용을 방해하지 않는다."

제706-85조 "잠입수사의 중지를 명한 경우나 허가기간이 경과하고 갱신결정이 없는 경우에 이미 잠입수사를 실행중인 자는 안전하게 잠입수사를 중지하는데 필요한 시간 동안은 제706-82조에 정한

행위를 계속할 수 있고, 이로 인하여 형사처벌을 받지 않는다. 단, 그 기간은 4월을 넘을 수 없다. 하지만 4월이 경과한 후에도 안전하게 잠입수사를 중지할 방도가 없는 경우에는 허가서를 발부한 법원은 4월 동안 허가기간을 연장한다."

제706-86조 ① "잠입수사를 감독한 사법경찰관은 전체 잠입수사에 관한 증인으로서 진술할 수 있다."

② "전항에도 불구하고 제706-81조에 따른 보고서 내용과 관련하여, 잠입수사를 직접 실행한 자의 지목으로 판결법원에 서게 되었거나 예심수사 피의자가 된 자는 제706-61조에 정한 바에 따라 잠입수사를 행한 경찰관과의 대질을 요구할 수 있다. 대질 기회에 경찰관에게 묻는 질문은 직접적으로든 혹은 간접적으로든 경찰관의 신원을 밝히거나 혹은 스스로 밝히도록 유도하는 것을 목적으로 할 수 있다."

제706-87조 ① "잠입수사에 투입된 사법경찰관 또는 사법경찰리의 진술만으로는 유죄판결을 선고할 수 없다."

② "사법경찰관 또는 사법경찰리가 자신의 신원을 밝히면서 진술한 경우에는 전항의 규정을 적용하지 않는다."

3) 영국

영국은 「Regulation of Investigatory Power Act 2000」에 비밀정보원에 관한 근거규정을 두고 있는데, 비밀정보원에 대한 명시적 정의규정을 통해 그 행위유형을 명시하고 있다. 또한 각각의 비밀정보원의 행위에 대해서는 허가권을 갖는 자를 지정하고 있다.

한편 비밀정보원의 행위 또는 승인에 대한 허가요건으로서는 "그 행위 또는 이용이 그에 의해 달성하고자 하는 것과 비례할 것, 국가안보, 범죄예방, 경제적 안녕, 공공이익, 공중보건목적, 조세 평가 및 징수 등의 목적으로 승인이 필요한 경우" 등을 규정하고 있다. 즉 비밀정보원의 허용범위가 독일이나 프랑스에 비하여 상당히 광범위하게 인정되고 있음을 볼 수 있다.

「Regulation of Investigatory Power Act 2000」

Part II. Surveillance and Covert Human Intelligence Source

Sec.26 (7) "이 장에서"

737) 법무부, 『프랑스 형사소송법』, 458-460면.

(a) "비밀정보원의 행위란 (8)(a)에서 (c)까지의 어느 하나에 해당하거나 또는 그 항목가운데 해당하는 어느 것에 부수되는 행위를 말한다."

(b) "비밀정보원의 이용은 어떤 사람을 그러한 정보원의 행위에 관여하도록 유도, 요청, 지원하거나 그러한 정보원의 행위를 통해 정보를 확보하는 것을 의미한다."

(8) "이 장의 목적상 다음에 해당하는 경우가 비밀정보원이다."

(a) "(b) 또는 (c)에 해당하는 모든 행위를 용이하게 하기 위한 비밀목적을 위해 어떤 사람과 개인적인 관계 또는 기타 관계를 설정하거나 유지하는 사람"

(b) "정보를 얻기 위해 또는 다른 사람에게 어떤 정보에 대한 접근을 제공하기 위해 그러한 관계를 은밀하게 이용하는 사람"

(c) "그러한 관계를 이용하여 얻은 정보 또는 그러한 관계의 존재의 결과로서 얻은 정보를 은밀하게 공개하는 사람"

(9) "이 조항의 목적상"

(a) "감시의 대상이 되는 사람이 감시가 행해지고 있거나 행해질 수 있다는 것을 인식하지 못하도록 계산된 방식으로 수행되는 경우에 한해서만 감시는 비밀감시가 된다."

(b) "개인적인 관계 또는 다른 관계의 설정 또는 유지와 관련하여, 그러한 관계의 당사자들 중 한 사람이 그 목적을 알지 못하도록 계산된 방식으로 행해지는 경우에 한해서만 목적이 비밀이 된다."

(c) "그러한 관계의 당사자들 중 한 사람이 그 당해 이용 또는 공개를 인식하지 못하도록 계산된 방식으로 이용되거나 또는 경우에 따라서 공개되는 경우에 한해서만, 관계가 비밀리에 이용되는 것이며, (8)(c) 항에서 명시된 바와 같이 확보된 정보가 비밀리에 공개되는 것이다."

(10) "이 조항에서 어떤 사람과 관련하여 "사적인 정보"란 그의 사생활 또는 가정생활에 관한 모든 정보를 포함한다."

(11) 생략

Sec. 27. (1) "이 장이 적용되는 행위는 다음의 경우 모든 면에서 적법해야 한다."

(a) "이 장하에서의 권한이 행위 당사자에게 그 행위에 관여할 수 있는 권한을 부여하는 경우"

(b) "그의 행위가 그 권한에 부합하는 경우"

(2) "그 사람은 자신의 행위와 관련하여 어떠한 민사상 책임도 지지 않는다."

(a) "아래조항 (1)에 의해 합법적인 행위에 수반되는 행위"

(b) "행위 그 자체가 당해 사건에 있어서 찾았을 것이라고 합리적으로 예상할 수 있고, 관련 법률에 따라 승인될 수 있는 권한 또는 영장을 집행하는 것이 아닌 경우"

(3) "이 장하에서 권한이 부여될 수 있는 행위는 영국 밖에서의 행위를 포함한다."

(4) "이 조항에 있어서 "관련 법률"은 다음을 의미한다."

(a) "이 법률안에 포함된 법률"

(b) "the Intelligence Service Act 1994 제5항"

(c) "the Police Act 1997 Part II에 포함된 법률"

Sec.28. 생략

Sec.29 (1) "이 장의 다음 규정에 따라, 이 조항의 목적을 위해 지정된 사람은 각각 비밀정보원의 행위 또는 이용에 대한 승인을 허가할 수 있는 권한을 갖는다."

(2) "다음의 경우가 아닌 한 비밀정보원의 행위 또는 이용에 대한 승인을 허가해서는 안된다."

(a) "(3)항에 해당하는 근거에 따라 그 승인이 필요하다고 생각하는 경우"

(b) "권한이 부여된 비밀정보원의 행위 또는 이용이 그 행위 또는 이용에 의해 달성하고자 하는 것과 비례하는 경우"

(c) "정보원이 관련된 사건이 (5)항의 요건 그리고 국무장관에 의해 행해진 명령에 의해 부가될 수 있는 다른 요건들을 충족한다는 합의가 존재하는 경우"

(3) "필요한 경우 이 조항에 해당하는 근거에 따른 승인이 필요하다."

(a) "국가안보의 이익에 있어서"

(b) "범죄예방 또는 탐지, 무질서 예방목적을 위해"

(c) "영국의 경제적 안녕을 위해"

(d) "공공이익을 위해"

(e) "공중보건을 보호할 목적으로"

(f) "정부부처에 납부해야 할 세금, 의무, 추가부담금, 기타 부담, 개인분담금, 요금 등을 평가하거나 징수할 목적으로"

(g) "국무장관에 의해 행해진 명령에 의해, 이 조항의 목적을 위해 명시된 모든 목적을 위해((a)에서 (f)내에 해당하지 않는)"

(4) "비밀정보원의 행위 또는 이용을 위한 승인에 의해 권한이 부여된 행위는 다음과 같다."

(a) "비밀정보원의 행위 또는 그 승인 안에 기술된 또는 명시된 바와 같이 비밀정보원의 이용과 관련한 그러한 활동들로 구성된 행위"

(b) "비밀정보원으로서 행동이 승인과 관련된 사람으로 지정되거나 기술된 사람에 의한 또는 그와 관련한 행위를 구성하는 경우"

(c) "그와 같이 명시되거나 기술된 조사 또는 업무를 위해 또는 그와 관련하여 수행된 행위"

(5) "이 장의 목적상 그러한 합의가 실제 다음의 경우를 확보하는데 필요한 경우, 정보원이 관련된 사건이 이 조항의 요건을 충족한다는 합의가 존재한다."

(a) "정보원의 안전과 복지를 위해 그리고 그 기관을 위해 정보원을 다루는 일상적인 책임을 지는 관련 조사기관에 직무, 직위, 또는 지위를 가지고 있는 사람이 항상 있을 것"

(b) "정보원의 이용을 일반적으로 감독할 관련 조사기관에 직무, 직위, 또는 지위를 가지고 있는 다른 사람이 항상 있을 것"

(c) "정보원 이용에 관한 기록을 관리하는데 책임을 질 관련 조사기관에 직무, 직위, 또는 지위를 가지고 있는 사람이 항상 있을 것"

(d) "관련 조사기관에 의해 관리되는 정보에 관한 기록들은, 국무장관에 의해 만들어진 규정 내의 이 조항의 목적을 위해 명시된 바와 같은 그러한 문제들에 대한 세부사항을 항상 포함할 것"

(e) "정보원의 신원을 공개하는 관련 조사기관에 의해 관리되는 기록들은 해당 개인에 대한 접근이 필요한 경우를 제외하고는 이용할 수 없을 것"

(6) "국무장관은 그 명령의 초안이 국회에 제출되고 각 의회의 결의에 의해 승인되지 않는 한, (3)(g)

항하에서 명령을 할 수 없다."

(7) "국무장관은 다음과 같은 명령을 할 수 있다."

(a) "그 명령안에 기술된 바와 같은 비밀정보원의 행위 또는 이용에 대한 이 조항하에서의 승인을 금지하는"

(b) "(2)항에 의해 규정된 요건 외에, 기술된 바와 같이 비밀정보원의 행위와 이용에 관한 이 조항에 따라 승인이 허가되기 전에 충족해야만 하는 요건들을 부과하는"

(8) "이 조항에서 관련 조사기관은, 비밀정보원으로서 개인의 행위와 이용에 관한 승인과 관련하여, 그러한 정보원으로서 개인이 행하는 활동들에 이익이 되는 공공기관을 의미한다."

(9) "하나 이상의 공공기관의 이익을 위한 활동을 수행하는 정보원의 행위 또는 이용에 대한 승인이 있는 경우, 관련 조사기관에 대한 (5)항에 있어서의 언급은 그 중 하나에 대한 언급이다(각각의 언급에 있어서 동일한 것인지 여부와 상관없이)."

4) 외국법제 비교표

[표 3-14] 외국의 함정수사 관련 규정 비교

	독일	프랑스	영국
근거법률	• 형사소송법	• 형사소송법	• 특별법(Regulation of Investigatory Power Act 2000)
명칭	• 비밀수사관(Verdeckter Ermittler)	• 잠입수사(De L'infiltration)	• 비밀정보원(a covert human intelligence source)
대상범죄	• 금지마약 및 무기거래, 통화 또는 유가증권 위조, 국가안보, 업무상 또는 상습적 범죄, 범죄단체구성원 범죄 또는 조직범죄	• 제706-73조(조직범죄)에 정한 중죄 또는 경죄 - 범죄집단살인, 범죄집단 가혹행위와 고문, 마약거래관련 · 범죄집단의 유괴 및 감금관련 · 인신매매 관련매춘알선관련 · 테러범죄 일종 중죄 및 경죄 - 범죄집단절도 · 통화위조 관련 중죄 - 범죄집단 폭발물 및 무기관련 · 불법체류자 입국운송체류관련 · 돈세탁 · 은닉 및 세탁관련 · 범죄단체조직 · 증명되지 않은 범죄수익 관련 경죄	• 국가안보의 이익 • 범죄예방 또는 탐지, 무질서 예방목적 • 영국의 경제적 안녕 • 공공이익 • 공중보건 보호 • 세금, 의무, 추가부담금, 개인분담금 등 평가나 징수목적
요건	• 중대한 범행이 있었다는 충분한 사실적 근거 • 재범 위험성의 존재 • 다른 방법으로는 범죄사실의 규명이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우 • 범죄의 중대성으로 인해 비밀수사관 투입이 필요하고 다른 수단으로 불가능한 경우	• 제706-73조에 정한 중죄 또는 경죄의 수사, 예심수사를 위해 필요한 경우	• 정보원의 행위 또는 이용이 그에 의해 달성하고자 하는 것과 비례할 것 • 정보원 관련사건이 법률상 요건을 충족한다는 합의가 존재하는 경우
허가	• 검찰의 승인	• 예심판사에 의한 서면허가	• 정보원 관련조항의 목적을 위해 지정된 사람

	독일	프랑스	영국
	• 법원 승인이 필요한 경우(특정피의자 대상으로 투입시, 일반인 출입불가한 주거에 들어가는 경우)	• 잠입수사로 막기 위한 범죄행위 명시 • 최대 허가기간 4개월(갱신가능)	
신분	• 경찰공무원	• 사법경찰관 또는 사법경찰리	
행위 및 권한	• 위장신분 이용한 법적 거래참여 • 위장신분 이용한 권리자 허락하에 주거 출입 • 기타 권한은 법률과 다른법 규정에 따름	• 공동정범, 공범, 장물범으로 행세 • 가명사용 • 범죄실행에 공하거나 범죄행위결과로 얻은 정보, 서류, 물건, 자산 등 물질 취득, 보관, 운반, 인도, 교부 • 범죄행위자에 대한 전기통신, 보존, 숙박, 임치, 운송수단 또는 법적 혹은 금전적 수단 제공 및 사용하게 하는 행위	• 비밀목적을 위해 어떤 사람과 개인적 관계 등을 설정유지 • 정보획득목적으로 또는 정보접근제공을 위해 관계를 은밀히 이용 • 관계를 이용하여 얻은 정보 또는 그 결과로 얻은 정보를 은밀히 공개 • 정보원 행위로 승인된 정보원 이용과 관련된 활동들로 구성된 행위 • 정보원 행위 승인 안에 지정되거나 기술된 사람과 관련한 행위 • 명시되거나 기술된 조사 또는 업무행위, 관련 수행행위
증거		• 잠입수사 감독관에 의한 증인진술 가능 • 잠입수사관과 피의자의 대질신문 가능 • 잠입수사관의 진술만으로 유죄판결 선고 불가(단, 잠입수사관의 신원을 밝힌 경우에는 가능)	

라. 함정수사에 대한 입법 방향

수사상당성에 기인한 함정수사의 필요성에 대한 대부분의 논의들은 범죄예방을 위한 형사정책적 필요성을 전제로 하고 있다. 하지만 범죄예방의 관점에 근거한 함정수사는 범죄를 예방해야 할 의무가 있는 국가가 오히려 범죄를 유도하는 결과를 초래한다는 점에서 자기모순적 결과를 초래한다[738]고 볼 수 있다.

최소한 함정수사가 형사소송법에 근거한 수사기관에 의한 수사 – 그것이 임의수사이건 강제수사이건 간에 – 로서의 적법성을 갖추기 위해서는 범죄혐의를 전제로 해야 하고, 그것이 당사자의 자유와 권리에 대한 침해를 수반하는 한 일반수권규정인 「형사소송법」 제199조 제1항 제1문이 아닌 별도의 수권규범을 설정하는 입법을 통해서[739] 수사기관의 행위로서 함정수사의 절차적 적법성을 갖추어야 할 필요가 있다고 할 것이다. 즉 무혐의자에 대한 함정수사는 개인정보자기결정권과 일반적 인격권 및 행동의 자유를 침해할 뿐 아니라 그 밀행적 정보수집의 태양으로 인한 기본권 침해의 정도가 높기 때문에 수사에 관한 일반수권규범으로 정당화될 수 있는 한계를 벗어난 것이라고 보아야 하기 때문이다.[740]

또한 함정수사는 그 본질적인 속성상 기밀과 은폐를 기반으로 하기 때문에 수사상 필요한 한도를 넘어설 개연성을 배제하기 어려우므로, 이에 대한 법적 통제장치가 마련되지 않는 한 기본권에 대한 최소침해의 원칙과 수사목적과의 비례원칙이 훼손될 우려가 크다고 할 수 있다. 따라서 함정수사의 필요성에 대한 합리적 요청이 불가피하다면 그에 대한 근거규정이 형사소송법에 명시되어야 할 뿐만 아니라, 그에 대한 적법절차 규정 및 사법적 통제장치도 함께 규정되어야 할 것이다. 즉 함정수사는 법적 규제로부터 자유로운 영역이 아니라 법적 절차에 따라 엄격히 통제되어야 하는 강제수사의 한 영역으로 편입될 필요가 있다고 본다. 현대사회에 올수록 신체침해 내지는 재산권 침해와 같이 외적 강제력에 의한 직접적 침해보다 개인의 프라이버시, 개인정보자기결정권, 인격권 등에 대하여 직접적 강제력이 수반되지 않는 간접적인 침해의 문제가 보다 더 중요하게 다루어지고 있는 점을 고려할 때, 수사기관의 직접적

738) 임철희, "함정수사", 『형사법연구』, 162면.
739) 임철희, "함정수사", 163면.
740) 임철희, "함정수사", 164면.

인 강제력이 수반되지 않는 다양한 형태의 수사방식 역시 그것이 공권력에 기한 간접적인 침해를 야기하는 한 강제수사의 범주로 포섭하는 것이 합리적이라고 본다.

따라서 앞서 기술한 외국의 입법례를 고려해 볼 때, 함정수사가 허용될 수 있는 대상범죄의 제한, 함정수사로서 허용할 수 있는 행위유형, 함정수사에 대한 사법적 통제장치로서 법원의 영장 등과 같이 함정수사 실행범위에 관한 명확한 한계와 통제가 마련되어야만 수사로서의 비례성과 균형성이 유지된다고 할 것이다.[741]

함정수사에 관한 입법에 있어서는 다음의 사항들이 고려될 필요가 있다고 할 것이다.

ⅰ) 함정수사라고 하는 용어가 갖는 부정적 의미를 고려할 때, 잠입수사 내지는 비밀수사로 용어를 정리할 필요가 있다고 할 것이다.

ⅱ) 함정수사가 허용되는 대상범죄를 명시적으로 제한함으로써 인권침해가 가능한 피유인자의 범위를 최소화할 필요가 있다. 예를 들어, 마약범죄, 조직범죄, 국가안보관련범죄, 뇌물범죄와 같은 중대범죄로 제한할 필요가 있다.

ⅲ) 법관의 영장에 의한 허가를 원칙으로 하되 긴급을 요하는 경우에는 사후 허가가 가능하도록 예외를 둘 필요가 있다. 또한 영장주의 원칙에 의하는 경우 사전영장제시가 요구되지만 함정수사의 경우에는 그 본질상 사전영장제시가 적용되지 않도록 예외를 두어야 할 것이다. 영장에 의한 허가가 거부된 경우에는 즉시 중지하도록 해야 할 것이다.

ⅳ) 함정수사가 허용되는 기간을 명시할 필요가 있다. 이 경우 필요하다면 일정기간 연장이 가능하도록 해야 할 것이다.

ⅴ) 함정수사에 있어서 필요 최소한의 침해원칙과 수사목적과의 비례성 원칙을 준수하도록 명시할 필요가 있다. 이는 함정수사의 적법성의 전제조건이라 할 것이기 때문이다.

ⅵ) 함정수사관의 적법한 행위에 대한 민·형사상 책임의 배제규정을 두어야 할 것이고, 함정수사에 투입된 수사관의 비밀보호에 대한 규정도 갖추어야 할 것이다.

ⅶ) 함정수사에 의해 적법하게 획득한 증거는 법정에서 허용할 수 있지만, 함정수사관의 증언이 유일한 증거인 경우에는 이를 유죄의 증거로 해서는 안 될 것이다. 또한

741) 방경휘, "함정수사에 관한 형사소송법적 재검토", 220면.

적법절차에 위반하여 행해진 함정수사에 의해 획득된 증거는 위법수집증거로서 배제되어야 하며, 그에 파생하여 확보된 증거도 독과수 원칙에 따라 증거에서 배제되어야 할 것이다.

법관·배심원의 객관적인 사실인정
- 유죄에 대한 법관의 심증형성과 합리적인 의심을 넘는 증명

김 유 근

제4장

법관·배심원의 객관적인 사실인정
– 유죄에 대한 법관의 심증형성과 합리적인 의심을 넘는 증명

제1절 | 서 론

이상의 제2장과 제3장이 수사단계에서의 공정하고 인권친화적인 사실인정을 위한 증거규칙의 바람직한 방향에 대하여 논의했다고 한다면 여기에서는 법관의 심증형성의 객관성을 담보하기 위한 전제조건에 대하여 논의하게 된다.

재판결과의 공정성과 설득력은 공판절차에서 사실인정(facts-finding)이 얼마나 객관적으로 이루어졌는지의 여부에 달려 있으며 바로 이러한 합리적인 사실인정은 소송당사자의 기본권 보장의 전제조건이 되고 궁극적으로는 형사사법시스템에 대한 국민의 신뢰도를 좌우하게 된다. 이처럼 "실체적 진실"의 규명은 대륙법계 형사소송절차의 궁극적인 목표이기는 하지만 그렇다고 하여 이 문제가 비단 일반 형사사건에만 국한된 것은 아니며 더 나아가 소년보호사건 및 형사사건, 군사재판절차 그리고 통고처분 등 일반국민의 기본권에 중대한 영향을 미치는 모든 절차에서 동일하게 대두되는 문제이기도 하다.

물론 형사소송절차에서의 사실인정은 공판에서만 중요한 의미를 가지는 것은 아니며 이미 증거수집단계인 사법경찰관리와 검사의 수사단계에서부터 시작된다. 이러한 의미에서 왜 대륙법계 형사소송구조에서 경찰과 검사의 수사강제주의와 기소법정주의를 규정하고 특별히 검사에게 피고인에게 불리한 증거뿐만 아니라 유리한 증거까지도 수집하도록 하는 객관의무를 부여하고 있는지 그리고 역사적으로도 대륙법계 형사소송절차가 수사법관제도로부터 검찰제도로 이행하게 되었는지를 살펴보더라도(단

순히 수사권력구조의 변화만을 의미하지는 않는다) 실체적 진실의 규명은 법관의 임무만은 아니며 그 이전에 이미 검사는 행정부에 속하지만 행정부(Exekutive)와 사법부(Judikative)로부터 독립된 사법기관(Rechtspflege, 사법부의 사법(司法)을 의미하는 것은 아니다)으로서 실체적 진실을 규명할 의무를 부담하고 기소단계에서 법관과 동일한 정도의 합리적인 의심을 넘는 정도의 심증이 형성되었을 때에(그리고 그러한 입증이 가능할 때에)(proof beyond reasonable doubt) 비로소 공소를 제기하도록 하고 있다는 것을 알 수 있다.그런데 이때에도 입증의 대상이 되는 사실(facts)을 어떻게 이해하느냐에 따라 (전부는 아니지만) 많은 점에서 형사소송구조에 영향을 미치기도 한다. 즉 "실체적 진실(materiale Wahrheit)"이라는 개념은 일반적으로 대륙법계, 특히 관념주의적 경향이 강한 독일법계 형사소송구조에서 유래하지만 그 밖의 입법례에서는 단순히 "진실(truth)"이라는 용어를 사용하거나 혹은 공판의 대상을 소인(訴因, count)[742]으로 보기도 한다. 즉 독일법계 소송구조에서는 범죄를 역사적인 사실로서 실제로 벌어진 사건을 있는 그대로 찾아내야 한다는 의미에서 실재론적·존재론적 개념인 "실체"라는 용어를 사용하고 실체적 진실의 규명은 이미 존재하는 사건의 실재를 찾아내는 것을 의미한다. 그 귀결로서 그러한 실재는 소송당사자들의 처분의 대상이 될 수 있는 것이 아니며 실체적 진실의 규명은 궁극적으로 법관의 의무가 된다(직권탐지주의). 이러한 맥락에서 왜 대륙법계 소송구조가 직권주의 소송구조를 원칙으로 하고 당사자주의적 요소를 가미하고 있는지, 많은 유럽국가들이 수사법관 또는 예심법관제도(프랑스, 이탈리아, 스페인 등)를 도입하고, 수사법관 또는 예심법관제도가 폐지되거나(스위스) 또는 그 의미가 희석된 소송구조(독일)에서 검찰에게 명문으로 객관의무를 부여하고 있는지 그리고 최근까지도 영미법계 법체계에서 흔히 찾아볼

742) 일본의 경우 영미법계의 영향을 받아 소인(訴因)개념을 사용한다. 일본「형사소송법」제256조 제3항(기소장, 소인, 법조, 예단배제) "공소사실에는 소인을 명시하지 않으면 아니된다. 소인을 명시할 때에는 가능한 한 일시, 장소 및 방법에서 죄가 될 사실을 특정하여 명시하지 않으면 아니된다(公訴事実は、訴因を明示してこれを記載しなければならない。訴因を明示するには、できる限り日時、場所及び方法を以て罪となるべき事実を特定してこれをしなければならない)". 따라서 일본에서는 당사자주의적 소송구조에서는 소인 이외의 그 배후에 존재하는 역사적 사실이란 상정할 수 없기 때문에 공소사실의 동질성에 대한 판단은 소인 자체의 동질성을 판단하는 것일 수밖에 없으며 그 배후에 존재하는 것으로 상정되는 역사적 사실과의 동질성을 판단하는 것은 아니라는 주장도 제기되고 있다(佐藤文哉,「公訴事実の同一性に関する非両立性の基準について」,『河上和雄先生古希祝賀論文集』, 青林書院, 2003, 260頁. 이에 관한 것은 川出敏裕,「外国法の継受という観点から見た日本の刑事訴訟法と刑事手続き」, 早稲田大学比較法研究所 編,『日本法の中の外国法 ―基本法の比較法的考察―』, 2014, 290頁).

수 있는 유죄답변협상제도(plea bargaining)의 도입이 대륙법계 입법례에서는 주저되었는지[743]를 쉽게 이해할 수 있다(즉 특히 기소사실인부절차(arraignment)는 자백보강법칙[744]과 자기부죄거부특권("Nemo tenetur seipsum accusare"-원칙)(피고인은 공판의 불확실보다는 자백을 통한 경한 형벌을 원하게 된다)과 모순된다는 이유 때문만은 아니다).

그런데 (사실개념을 어떻게 파악하든) 범죄사실의 인정은 증거에 의하여 이루어져야 한다는 점에서(증거재판주의) 수집된 증거를 통하여 얼마나 사건을 정확하게 재구성하고 설득력있게 설명하느냐가 재판에서 관건이 된다. 그런데 문제는 증거에 대한 판단에는 증거의 적절성에 대한 평가의 오류나 증거로부터의 추론의 오류 등 사고에 오류와 왜곡이 관여할 수밖에 없는데 이러한 오류와 왜곡이 발생되는 것을 최소화시키려는 것이 바로 추상적으로는 예컨대 무죄추정의 원칙, 직접주의, 구두주의 또는 검사의 거증책임 및 자기부죄거부특권, 피고인의 방어권보장(피고인의 반대신문권 및 증인대면권과 증거개시제도) 등과 같은 원칙과 제도뿐만 아니라 구체적으로는 전문증거의 배제 원칙, 위법수집배제법칙 또는 자백배제 및 보강법칙 등이며 이들 원칙들이 관철되었을 때 비로소 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 담보할 수 있게 된다.

「형사소송법」 제307조는 "증거재판주의"라는 표제 하에 제2항에 "범죄사실의 인정은 합리적인 의심이 없는 정도의 증명에 이르러야 한다"[745]고 규정하고 제308조는

---

743) 그러나 최근 프랑스(*CCP* Section 8: *De la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité* Article 495-7 – Article 495-16, 2004), 독일(§§160b, 202a, 257b, 257c, 2010), 스위스(Art. 358-362, 2011), 일본(第四章　証拠収集等への協力及び訴追に関する合意, 제350조의2 이하, 2016.5.24. 개정, 2018.6.1. 시행)은 수사 및 공판의 효율성을 위하여 유죄답변협상제도를 도입하였다. 특히 독일의 경우 헌법재판소에서 합헌결정이 내려지기도 하였다(합헌 결정: BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, 2 BvR 2155/11, BVerfGE 133, 168-241). 프랑스의 유죄답변협상제도에 관한 상세한 것은 *Peters, Julia, Urteilsabsprachen im Strafprozess: Die deutsche Regelung im Vergleich mit Entwicklungen in England & Wales, Frankreich und Polen,* Göttinger Studien zu den Kriminalwissenschaften Band 13, 2011, S. 118 ff.(https://oapen.org/download?type=document&docid=610198; 검색일: 2019년 7월 31일). 참고로 우리나라의 경우도 유죄답변협상제도와 반드시 정확히 일치하는 것은 아니지만 피고인의 자백이 있는 경우 간이공판절차에 따를 수 있도록 함으로써 증거능력에 관한 「형사소송법」 규정의 적용배제를 인정하고 있는 것은 신속한 공판이라는 효율성을 지향한 것이라고 볼 수 있다(특히 "간이공판절차에서의 증거능력에 관한 특례"에 관하여 정하고 있는 「형사소송법」 제318조의3). 우리나라의 간이공판절차와 유사한 제도로는 스위스의 간이공판절차를 들 수 있다(*Abgekürztes Verfahren*, Art. 358 이하).

744) 이러한 비판은 이은모·김정환, 『형사소송법』(제7판), 629면 이하.

"자유심증주의"라는 표제 하에 "증거의 증명력은 법관의 자유판단에 의한다"고 규정하고 있다.[746] 자유심증주의와 합리적인 의심없는 증명과 관련해서는 많은 문제가 제기되고 있다. 가장 전형적인 것이 어떻게 동일한 증거를 심급에 따라 정반대로 평가할 수 있는가,[747] 증거의 적절성판단, 증거에 의한 사실인정, 유죄의 심증형성과정(증거로부터의 추론) 그리고 심증의 정도란 법관의 심리적인 추론과정 속에서 이루어지는 것인 만큼 이를 추상적으로 논의한다고 하여 실익이 없는 것은 아닌가[748] 그러나 그럼에도 불구하고 구체적인 증거로부터의 추론과정에 기준을 정립할 수 있는 것은 아닌가라는 의문들이 바로 그것이다.

제2절 | 유죄에 대한 법관의 심증과 확신 – 합리적인 의심을 넘는 증명

자유심증주의는 역사적으로는 중세 및 근대 초기의 규문주의 소송구조(Inquisitionsverfahren)에서의 법정증거주의(gesetzliche Beweistheorie) 하에서[749]

---

745) "합리적인 의심이 없는 증명"은 영미법의 "proof *beyond a* reasonable doubt"로부터 유래한 것으로 볼 수 있으나 우리나라 언어사용상 "의심이 없는"이라고 표현하는 것이 자연스러울지는 모르나 문언상으로 보면 이것은 "proof *beyond all* doubt" 또는 "beyond *shadow* of doubt"로 오해될 여지가 있는 것으로서 합리적인 의심이 없는 증명과 합리적인 의심을 넘는 증명은 명확히 구별되어야 한다는 의미에서 여기에서는 "합리적인 의심을 넘는 증명"이라는 용어를 사용하도록 한다.

746) 그런데 사고의 순서상 범죄사실의 인정은 증거에 의하여야 하고(제307조 제1항) 그 증거에 의하여 "어느 정도로" 범죄사실이 입증되어야 하는지의 심증의 정도가 바로 합리적인 의심이 없는 정도의 증명이라고 한다면 조문의 순서는 자유심증주의 다음에 합리적인 의심없는 증명에 관한 규정이 위치되어야 하는 것은 아닌가라는 의문이 제기된다.

747) 본래 증거판단이라기 보다는 증거에 대한 평가(*evaluation of evidences; Beweiswürdigung*)라고 말하는 것이 정확할 것이다.

748) 이러한 비판적인 시각으로는 後藤昭·白取祐司, 『新·コメンタール刑事訴訟法』, 第3版, 日本評論社, 2018, 第319条(白取), 909頁(이하 "新·コメンタール刑事訴訟法, 第319条(저자)"로 인용한다).

749) 대표적으로 칼 5세 형사법원법(*die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V von 1532, PGO*) 또는 이른바 카롤리나 형법전(*Constitutio Criminalis Carolina, CCC*)의 법정증거주의(*gesetzliche Beweisregeln*)와 관련해서는 *Geppert, Klaus,* Die Peinliche Halsgerichtsordnung Karls V.(die »Carolina«), in: *Juristische Ausbildung(JA)* 2015(2), S. 152 f.; *Schmidt, Everhard, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege,* 3. Auflage, Vandenheck & Ruprecht, Göttingen, 1995, § 109 f.; *Roxin, Claus, Strafverfahrensrecht: Ein Studienbuch,* 25. Auflage, C.H. Beck, München, 1998,

법률에 정한 특정 증거[750](많은 경우 자백)가 존재하는 한 유죄의 유일한 증거라고 하더라도 유죄의 선고를 허용하거나(적극적 법정증거주의) 또는 특정 증거가 없는 한 자신의 심증과는 관계없이 유죄를 선고할 수 없도록 하였다(소극적 법정증거주의)(이른바 "적극적 증거이론(positive Beweistheorie)")[751]. 그런데 본래 법정증거주의는 증거판단에서의 법관의 자의를 제한하려는 것이었으나[752](그리고 다른 한편으로는 고문의 법률적 제한) 결과적으로는 실체적 진실을 규명하는 비인도적인 수단을 정당화하는 근거로 작용하게 되었던 것이다.[753],[754] 또한 본래 법정증거의 결여로 인하여

---

§69("*Roxin*[25]"로 인용한다) 참고. 그리고 카롤리나 형법전 규정은 *Schroeder, Friedrich-Christian(Hrsg.), Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. und des Heiligen Römischen Reichs von 1532(Carolina),* Reclam, 2014를 참조.

750) 예컨대 카롤리나 형법전은 범죄의 법정증거를 명시적으로 규정하고 있었다. 예컨대 살인의 정황으로서 행위 시에 피 묻은 옷을 입고 있었던 장면이나 무기를 들고 있었던 장면이 목격되었다거나(제33조), 영아살해의 경우 피의자가 임신 중이었다는 것이 목격되었다거나(제36조, 제36조) 혹은 강도의 경우 피의자가 강도당한 물건을 팔았거나 또는 적절한 증인을 대지 못했거나(제38조), 방화범의 경우 통상적이지 않고 의심스럽고 위험한 인화물을 가지고 있었다는 사실(이를 통하여 몰래 방화하려고)들은 법률에 정해진 정황들이다(*Schmidt, Everhard, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege,* 3. Auflage, Vandenheck & Ruprecht, Göttingen, 1995, § 110에서 재인용); 카롤리나 형법전의 규정은 *Schroeder, Friedrich-Christian(Hrsg.), Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. und des Heiligen Römischen Reichs von 1532(Carolina),* Reclam, 2014.

751) 유죄의 근거로 삼을 수 있고 그리고 삼아야 하는 증거를 법률에 적극적으로 명시한다는 의미에서 "적극적" 증거이론(*positive Beweistheorie*)이며 이에 대하여 증거에 따라 재판하여야 하지만 어떤 증거를 유죄의 근거로 할 것인가의 판단 자체(증명력)는 법률에 정하지 아니하고 법관이나 배심원의 자유심증에 맡긴다는 의미에서 "소극적" 증거이론(*negative Beweistheorie*)이다. 이에 관해서는 *Walter, Gerhard, Freie Beweiswürdigung – Eine Untersuchung zu Bedeutung, Bedingungen und Grenzen der freien richterlichen Überzeugung,* J.C.B. Mohr, Tüningen, 1979, S. 64 ff.

752) *Schmidt, Everhard, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege,* 3. Auflage, Vandenheck & Ruprecht, Göttingen, 1995, § 109 f.: *Roxin/Schünemann*[29] § 45 Rn. 42.

753) 카롤리나 형법전 제67조는 피고인의 자백 또는 2인의 증인의 증언으로 유죄판결을 선고할 수 있도록 하였으며 증인이 1인밖에 없을 때에만 이것은 혐의에 대한 정황으로 인정되어 법률상 고문이 허용되었다(제18조부터 제20조, 제23조, 제67조). 이에 관한 상세한 것은 *Kunz, Karl-Ludwig,* Tatbeweis jenseits eines voernünftigen Zweifels: Zur Rationalität der Beweiswürdigung bei der Tatsachenfeststellung, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft(ZStW),* vol. 121(2000), S. 579; *Schmidt, Everhard, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege,* 3. Auflage, Vandenheck & Ruprecht, Göttingen, 1995, § 109 f.; *Geppert, Klaus,* Die Peinliche Halsgerichtsordnung Karls V.(die »Carolina«), in: *Juristische Ausbildung(JA)* 2015(2), S. 152 f. 그러나 다른 한편으로 이것은 일정한 요건 하에서만 고문을 허용함으로써 고문을 법률의 테두리 안으로 규정함으로써 고문의 남용을 제한하려고 한 것이라고 해석되기도 한다. *Geppert, Klaus,* Die Peinliche Halsgerichtsordnung Karls V.(die »Carolina«), in: *Juristische Ausbildung(JA)* 2015(2), S. 151 ff.

유죄에 대한 법관의 주관적인 확신을 얻을 수 없는 경우 피고인에게 무죄를 선고하여 석방하여야 하지만 법정증거에 이르지는 않지만 그 혐의가 인정되는 경우에는 그 정황만으로 이른바 "혐의형벌(Verdachtsstrafe, poena suspicionis)"[755]을 부과하거나 또는 새로운 증거가 나올 때까지의 구속을 중단(absolutio ab instantia)[756]하기도 하였다(이른바 "Indizienlehre"[757]).[758]

그런데 본래 증거법정주의는 증거판단에 있어서의 법관의 자의적인 재량을 통제하기 위한 것이었으나(이른바 "법관의 행위의 절대적 법정주의(absolute Gesetzlichkeit des richerlichen Handelns)"[759]) 증거법정주의에 수반되는 비인도적인 증거수집방법에 대한 반성으로 "법정"증거로부터 법관을 (다시) "자유"롭게 만들게 된다(이른바 "소극적 증거이론(negative Beweistheorie)").[760]

그러나 이러한 법정증거의 구속으로부터의 자유는 다른 한편으로 (현재도 일의적으로 해소되지 못하고 있는) 어느 정도의 심증이 형성되었을 때 유죄판결을 선고할 수 있는가라는 근본적인 문제에 봉착하게 된다.

---

754) 현대에는 피고인의 자백에 대해서도 당연히 자유심증주의가 그대로 적용된다. *Roxin/Schünemann*[29] § 45 Rn. 47; 이은모·김정환, 앞의 책, 591면. 프랑스「형사소송법」제428조는 "자백도 다른 증거와 마찬가지로 판사의 자유로운 판단에 맡긴다"고 규정하고 있다. *Code de procédure pénale* Article 428 "L'aveu, comme tout élément de preuve, est laissé à la libre appréciation des juges"; 프랑스「형사소송법」규정은 법무부, 『프랑스 형사소송법』, 2011.11.에 따른 것이다. 또한 우리나라「형사소송법」제310조(불이익한 자백의 증거능력) 참고.

755) 정범으로서의 형벌이 아니라 혐의에 대한 형벌이었다. 이에 관한 상세한 것은 *Walter, Gerhard, a.a.O.,* S. 61 ff.; 김유근·*Lee, Stella Jee-min*, 『신임검사 교육을 위한 합리적인 의심을 넘는 증명의 의미 및 미국·독일의 사례 연구』, 법무연수원, 2011, 11면 이하(http://www.nl.go.kr/nl/search/bookdetail/online.jsp?contents_id=CNTS-00067373935&topF1=title_author&kwd=%EC%8B%A0%EC%9E%84%EA%B2%80%EC%82%AC%EB%A5%BC+%EC%9C%84%ED%95%9C&dan=&yon=&disabled=&media=&web=&map=&music=&etc=&archive=&cip=&kolisNet=&korcis=; 검색일: 2019년 10월 1일).

756) 이에 관한 상세한 것은 *Walter, Gerhard, a.a.O.,* S. 64; 김유근·*Lee, Stella Jee-min*, 앞의 책, 12면.

757) *Schmidt, Everhard, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege,* 3. Auflage, Vandenheck & Ruprecht, Göttingen, 1995, § 110; 이은모 · 김정환, 『형사소송법』(제7판), 589면.

758) 이렇게 본다면 죄를 범한 것으로 의심되는 자에 대하여 검사가 공소를 제기하거나 또는 그렇지 않으면 불기소처분(기소유예를 포함하여)을 내려야 함에도 불구하고 형식상으로는 형법상 양형조건(「형법」 제51조)을 고려하여 그리고 실질적으로는 새로운 증가가 나올 때까지 공소를 "보류"할 수 있도록 하고 있는 우리나라「국가보안법」제20조가 얼마나 "*absolutio ab instatia*"에 근접한 것인지를 알 수 있다.

759) *Walter, Gerhard, a.a.O.,* S. 65.

760) 白取祐司, 『刑事訴訟法』, 第9版, 日本評論社, 2017, 345頁.

1. 자유심증주의의 하에서의 법관·배심원의 확신

실체적 진실을 담보해주던 법정증거주의를 대신하여 자유심증주의가 도입되면서 이제 실체적 진실은 판단주체의 주관적 확신(진실이라고 여기는 믿음)에 의하여 결정되게 된다. 연혁적으로는 1789년에 탄핵주의(Akkusationsprinzip)와 함께 그 핵심인 공개주의 그리고 구두주의가[761] 그리고 1791년 9월 3일 국민회의 칙령에 의하여 배심제도가 도입되면서 법정증거주의가 담보하던 확실성은 이제 배심원의 주관적인 "내면의 확신(intime conviction)"[762]으로 대체되게 된다.

독일의 경우 19세기 초에 자유심증주의에 근거한 프랑스식 배심원제도의 도입과 직업법관에 대한 자유심증주의의 관철을 둘러싸고 첨예한 논쟁이 있었으나[763] 자유심증주의 하에서 실체적 진실, 특히 유죄에 대한 주관적 확신을 확신에 대한 믿음의 정도(해당 사태와 실체적 진실이 어느 정도의 확실성을 가지고 일치하고 있다고 믿는가의 여부)가 아니라 확신을 담보해주는 이유, 즉 논리와 올바른 추론을 통하여 그 객관성을 찾으려고 했으며 이러한 논리와 추론은 법관이나 배심원이나 달리 요구되는 것은 아니라고 생각하게 된다.[764]

---

761) *Walter, Gerhard, a.a.O.,* S. 68.

762) 현행 프랑스「형사소송법」제353조 제2항과 제427조 제1항 참고. 제353조 제2항: "법은 배심원이 범죄를 인정함에 있어서 재택한 방법에 대하여 설명을 요구하지 않으며, 배심원에게 증거가 충분한지 또는 완전한지를 판단할 때 특정 법칙을 따를 것을 요구하지도 않는다. 법은 다만, 피고인에 대하여 제출된 증거 및 그 방어방법이 자신의 이성에 어떠한 인상을 주는지 심사숙고 하여 스스로 묻고 또 진실한 양심에 따라 탐구할 것을 배심원에게 명할 뿐이다. 법은 배심원에 대하여「여러분은 내면의 확신(*intime conviction*)을 얻었는가」라는 하나의 질문을 할 것이고, 이것이 배심원의 의무의 전부다"; 제427조 제1항: "법률이 달리 정하지 않는 한 범죄사실은 모든 증거방법으로 증명할 수 있으며 법관은 내심의 확신(*intime conviction*)에 따라 재판한다"고 규정하여 법관의 자유심증주의를 규정하고 제2항에서 "판사는 [공격과 방어의] 논쟁 중에 자신에게 제시되고 그리고 자신의 면전에서 서로 상반되어 주장되는 증거만을 근거로 판단한다". 프랑스「형사소송법」은 법무부, 『프랑스 형사소송법』, 2011.11을 참고하여 수정한 것이다.

763) 이에 관한 상세한 것은 김유근·*Lee, Stella Jee-min*, 앞의 책, 20면 이하.

764) *Jarke,* Bemerkungen über die Lehre vom unvollständigen Beweise, vornehmlich in Bezug auf die außerordentlichen Strafen, in: *Neues Archiv des Criminalrechts,* 8. Band(1825-26), S. 97 f.(*Küper, Wilfried,* Historische Bemerkungen zur „freien Beweiswürdigung" im Strafprozeß, in: *Wasserburg, Klaus/Haddenhorst, Wilhelm(Hrsg.), Wahrheit und Gerechtigkeit im Strafverfahren: Festgabe für Karl Peters aus Anlass seines 80. Geburtstages,* C. F. Müller, Heidelberg, 1984, S. 34 ff.에서 재인용("*Küper FG-Peters*(1984)"로 인용한다); *Walter, Gerhard, a.a.O.,* S. 72 f.; 김유근·*Lee, Stella Jee-min*, 앞의 책, 23면 이하).

그 후 자유심증주의는 법관과 배심원의 심증형성의 문제를 구별하지 않고 독일 「형사소송법」 제261조 "법관의 자유로운 증거판단의 원칙(Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung)"에 규정되기에 이르는데 동 규정은 "법원은 심리 전체로부터 얻은 자유로운 심증에 따라 증거조사의 결과에 관하여 재판한다"[765]고 규정된다. 이러한 방식으로 자유심증주의를 규정하고 있는 입법례로는 예컨대 우리나라(제308조)[766]를 비롯하여 일본(제318조),[767] 오스트리아(제14조 전문),[768] 스위스(제10조 제3항)[769] 등을 들 수 있다.

그런데 직권탐지주의적 자유심증주의와의 연결 하에서 대륙법계 입법례에서는 법관의 확신은 일반적으로 '해당 사실이 실체적 진실과 일치할 개연성'이 얼마나 높은가에 대한 법관이나 배심원의 일신종속적인 개인적 확신(persönliche Überzeugung)[770]을 둘러싸고 논의되는 경향을 보인다. 즉 해당 사실이 실체적 진실과 얼마나 일치하는가와 관련하여 예컨대 독일에서는 종래 "생활경험상 유죄판결을 선고하기에

765) *Deutsche StPO(Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung)* §261 "Über das Ergebnis der Beweisaufnahme entscheidet das Gericht nach seiner freien, aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften Überzeugung".

766) 우리나라 「형사소송법」 제308조(자유심증주의) "증거의 증명력은 법관의 자유판단에 의한다".

767) 日本刑事訴訟 法第三百十八条 「証拠の証明力は、裁判官の自由な判断に委ねる。」

768) *Östereichische Strafprozeßordnung* § 14(*Freie Beweiswürdigung*) "Ob Tatsachen als erwiesen festzustellen sind, hat das Gericht auf Grund der Beweise nach freier Überzeugung zu entscheiden; im Zweifel stets zu Gunsten des Angeklagten oder sonst in seinen Rechten Betroffenen".

769) *Schweizerische Strafprozessordnung* Art. 10(Unschuldsvermutung und Beweiswürdigung)
1 "Jede Person gilt bis zu ihrer rechtskräftigen Verurteilung als unschuldig."
2 "Das Gericht würdigt die Beweise frei nach seiner aus dem gesamten Verfahren gewonnenen Überzeugung."
3 "Bestehen unüberwindliche Zweifel an der Erfüllung der tatsächlichen Voraussetzungen der angeklagten Tat, so geht das Gericht von der für die beschuldigte Person günstigeren Sachlage aus."

770) BGHSt 10, 208(209)(*Herdegen, Gerhard,* Strafrichterliche Aufklärungspflicht und Beweiswürdigung, in: *Neue Juristische Wochenschrift(NJW),* 2003, S. 3515 및 김유근·Lee, Stella Jee-min, 앞의 책, 31면 재인용): "자유로운 증거판단이란 유무죄의 판단과 관련하여 오로지 사실심 법관이 특정 사태에 대하여 확신을 얻었는지의 여부만이 관건이 됨을 의미한다; 이러한 개인적인 확실성은 유죄판결에 대하여 필수적이고, 또한 이것만으로도 충분하다. … 법정증거규칙에의 구속없이 그리고 오로지 자신의 양심에 대해서만 책임을 지면서 사실심 법관은 가능한 의심을 극복하고 특정 사태에 대하여 확신할 수 있는가의 여부를 심사하여야 한다". 그러나 법관이나 배심원의 자유심증의 결과 얻어진 유죄에 대한 확신은 "자신의 양심에 반하지 않는 직관", 즉 자신의 추론이 올바르다는 대한 확신이면 충분하게 된다는 Herdegen의 비판은 그렇다고 그렇게 부당한 것만도 아닐 것이다. *Herdegen, Gerhard, a.a.O.,* S. 3515; 김유근·Lee, Stella Jee-min, 앞의 책, 31면.

충분한 정도의 확실성(das für die Verurteilung nach der Lebenserfahrung ausreichende Maß an Sicherheit)"[771] 혹은 "고도의 개연성(hohe Wahrscheinlichkeit)" 또는 "확실성에 근접한 개연성(die an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit)"[772]을, 그리고 일본에서는 "고도의 개연성"[773]이 요구되었다.

따라서 이러한 개인적인 확신을 언제 인정할 수 있는가에 대해서는 종종 영미법계 입법례의 합리적인 의심을 넘는 증명을 원용하는 경우가 많은데 독일[774]과 일본[775]은 판례를 통하여 그리고 우리나라(제307조 제2항)를 비롯하여 스위스(제10조)나 이탈리아(제533조 제1항) 등의 경우 형사소송법에 명시적으로 규정되기도 한다. 그러나 이때에도 합리적인 의심을 넘는 증명에 대한 확신이, 특히 배심원재판의 경우 과연 일상적인 합리성의 이상의 것을 말해주는가에 대해서는 많은 의문이 제기되는 것도 사실이다.

2. 합리적인 의심을 넘는 증명

가. 무죄추정의 원칙과 합리적 의심을 넘는 증명

영미법계 입법례에서 법관·배심원의 유죄에 대한 확신은 "합리적인 의심을 넘는 증명"(proof beyond reasonable doubt)을 둘러싸고 논의된다.[776][777] 즉 유죄에 대한

---

771) BGHSt 10 208(209); *Herdegen, Gerhard, ebenda.*; 김유근·Lee, Stella Jee-min, 앞의 책, 32면 이하.

772) BGH NJW 1988 3273(=BGH, Urteil v. 08.01.1988 - 2 StR 551/87); BGH NJW 2003 2444(2445); *Herdegen, Gerhard, a.a.O.,* S. 3515 f.; *ders.,* Bemerkungen zur Beweiswürdigung, in: *Neue Zeitschrift für Strafrecht(NStZ),* 1987, S. 195 ff.; *Kühne* StPO[9] § 56 Rn. 947; *Roxin, Claus/Schünemann, Bernd, Strafverfahrensrecht: Ein Studienbuch,* 29. Auflage, C.H. Beck, München, 2017, § 45 Rn. 43("*Roxin/Schünemann*[29]"로 인용한다); 김유근·Lee, Stella Jee-min, 앞의 책, 33면 이하.

773) 最高裁 昭和48·12·13判時756号104頁(新·コメンタール刑事訴訟法, 第319条(白取), 909頁에서 재인용); 最高裁 昭和23·8·5刑集2巻9号1123頁: "본래 소송상 증명이란 자연과학자가 사용하는 실험에 근거한 이른바 논리적 증명이 아니라 이른바 역사적 증명이다. 논리적 증명은 '진실' 그 자체를 목표로 하는데 반하여 역사적 증명은 '진실의 고도의 개연성'으로 만족한다. 바꾸어 말하면 통상인이라면 누구나 의심을 품지 않을 정도로 진실이다라는 확신을 얻음으로써 증명이 이루어진 것으로 보는 것이다. 따라서 논리적 증명에 대해서는 당시의 과학수준에서는 반증이 허용될 여지가 존재할 수 없으나 역사적 증명인 소송상 증명에 대해서는 통상 반증의 여지가 남겨져 있다."

774) 앞서 언급된 판례들 참조.

775) 앞에 언급된 판례 참조.

합리적인 의심을 넘는 증명이 있을 때 비로소 법관과 배심원은 피고인에게 유죄의 판결을 선고할 수 있게 된다.

그런데 합리적인 의심을 넘는 증명은 본래 검사의 거증책임의 정도를 나타내는 것으로서 검사는 피고인의 유죄를 합리적인 의심을 넘는 정도로 증명할 의무가 있다는 의미에서 거증책임규칙(burden of proof)이자 검사의 행동규범이며(그 귀결로서 공판단계에서 법관이 유·무죄판결을 내리는 것과 같이 수사단계에서 검사는 기소·불기소의 판단을 내려야 하고, 따라서 검사에게는 법관의 중립의무에 준하는 객관의무가 부과되어 있다는 것은 유럽에서의 검찰제도의 탄생과정을 보더라도 쉽게 알 수 있다),[778] 법관은 검사에 의하여 피고인의 유죄가 합리적인 의심을 넘는 정도로 입증되었다고 심증이 형성되었을 때, 즉 확신하였을 때에(Überzeugt-sein) 비로소 유죄판결의 선고를 내릴 수 있다.[779] 따라서 이러한 의미에서 합리적인 의심을 넘는 증명의 요구는 본래 당사자주의 소송구조적 요소(adversarial system)인데 대하여,[780] 자유심

776) 와이트맨(*James Q. Whitman*)은 합리적인 의심을 넘는 증명의 요청의 기원을 종교적인 근원에서 찾는다. 즉 무고한 사람을 처벌하는 것이 종교적-도덕적 죄악으로 여겨졌던 중세에서 배심원들을 이러한 종교적 공포로부터 해방하고 면죄부를 부여하기 위한 하나의 수단이었다고 한다. 이렇게 본다면 그 기원은 배심원의 종교적 "도덕적 위안(*moral comfort*)"을 위한 것으로서 현대적 의미의 피고인의 기본권 보장과는 거리가 멀었다고 한다. *Whitman, James Q., Origins of Reasonable Doubt: Theological Roots of the Criminal Trial, Yale University Press, New Haven/London, 2008*, pp. 2, 10. 그 밖에도 *Shapiro, Barbara J., Beyond Reasonable Doubt and Probable Cause: Historical Perspectives on the Anglo-American Law of Evidence,* University California Press, Berkeley/Los Angeles/London, 1991, pp. 1 참조.

777) 특히 미국의 경우 *In re Winship*, 397 U.S. 358 (1970) : "'합리적인 의심을 넘는 증명'-기준은 미국 형사소송구조에서 핵심적인 역할을 수행한다. 그것은 사실인정의 오류에 근거한 판결의 위험을 줄이기 위한 최상위의 도구이다. 이 기준이 제공하는 것은 바로 무죄추정의 원칙의 구체적인 실질로서 '그 관철이 바로 미국 형사사법의 근간(enforcement lies at the foundation of the administration of our criminal law)'을 이루는 무죄추정의 원칙의 단단한 토대로서 '자명하고 근본적인(axiomatic and elementary)' 원칙인 것이다."(*Shealy Jr, Miller W.,* A Reasonable Doubt About "Reasonable Doubt", in: *Oklahoma Law Review*, vol. 65 Nr. 2(2013), p. 237에서 재인용(https://digitalcommons.law.ou.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1082&context=olr; 검색일: 2019년 10월 15일)).

778) 이 점을 명확히 밝히고 있는 것으로는 미국 판례 *In re Winship,* 397 U.S. 358(371-72) (1970). 이에 관한 것은 *Shealy Jr, Miller W., op. cit.*, pp. 238.

779) 대법원 2011.4.28. 선고 2010도14487 판결("형사재판에서 범죄사실의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도의 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 엄격한 증거에 의하여야 하므로, 검사의 입증이 위와 같은 확신을 가지게 하는 정도에 충분히 이르지 못한 경우에는 비록 피고인의 주장이나 변명이 모순되거나 석연치 않은 면이 있는 등 유죄의 의심이 간다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단하여야 한다").

780) 이탈리아가 2006년 형사소송법 개정(*Law no. 46 2006*)을 통하여 「형사소송법」 제533조(피고

증주의 하에서 실체적 진실규명의 의무를 법관과 배심원에게 부담시키는 것은 다분히 직권주의 소송구조적 성격(inquisitorial system)을 가진다고 볼 수 있다.

그런데 유죄의 인정을 위하여 합리적인 의심을 넘는 정도의 증명을 요구하는 것은 무엇보다도 흔히 인용되는 Blackstone(1769)의 "한 명의 무고한 사람을 벌하는 것보다도 열 명의 죄인을 풀어주는 것이 낫다(the law holds that it is better that ten guilty persons escape, than that one innocent suffer)"[781]로 표현되는 무죄추정의 원칙("의심스러울 때는 피고인의 이익으로(in dubio pro reo)"[782])의 귀결로서 오판의 위험을 최소화하려는 것이다.[783] 그런데 이 Blackstone의 말이 이론상으로는 몰라도 국민정서상 여전히 오늘날에도 유효한가에 대하여 많은 의문이 제기되고 있는 것이 사실이다(흉악범죄나 권력형 비리가 발생할 때마다 대중매체에 표출되는 국민들의 분노를 볼 때, 국민의 눈높이에 맞는 사법정의를 요구할 때 그 눈높이를 어디에 맞출 것인가 아니면 형사사법이란 국민이 원하지 않더라도 법의 정의를 실현하여야 하는가의 문제(국민의 정의와 법의 정의는 항상 일치하는 것만은 아니기 때문에)). 물론 공리주의적-결과론적 관점(utilitaristic-consequentialistic logic of the approach)에서 한 사람의 무고한 사람을 벌하게 될 개연성은 극히 적을 뿐만 아니라 10명의 죄인을 벌함으로써

인에 대한 유죄판결) 제1항에 합리적인 의심을 넘는 증명이 있을 때에 한하여 유죄판결을 내릴 수 있도록 한 원칙을 규정한 것도 당사자주 소송구조적 요소로 설명되고 있다. *Gialuz, Matja/Lupária, Luca/Scarpa, Federica ed., The Italian Code of Criminal Procedure: Crirical Essays and English Translation,* 2 Edition, Wolters Kluwer/CEDAM, 2017, pp. 40.

781) *Blackstone, William, Commentaries on the Laws of England(Oxford, 1769), vol. IV(Of Public Wrongs),* ch. 27, p. 352(여기에서는 with an Introduction by *Thomas A. Green, Chicago/London*, 1979를 참고하였다).

782) 무죄추정의 원칙은 증거판단(*Beweiswürdigung*)이 종료된 후에 적용되는 것이기 이기 때문에 증거규칙(*Beweisregel*)이 아니라 결정규칙(*Entgwcheidungsregel*)이라는 것에 관해서는 *Roxin/Schünemann*[29] §45 Rn. 56; *Stuckenberg, Carl-Friedrich, Untersuchungen zur Unschuldsvermutung,* de Gruyter, Berlin/New York, 1998, S. 469 ff.(*Beweislastregel*); *Beulke, Werner/Sowada, Sabine, Strafprozessrecht,* 14. Auflage, C.F. Müller, 2018, Rn. 490("*Beulke/Sowada*[14]"로 인용한다).

783) 무죄추정의 원칙의 기원은 로마법으로까지 거슬러 올라간다고 한다(*Trojan-Reskript* in *Dig.* 48.19.5.pr.(*Stuckenberg, Carl-Friedrich, Untersuchungen zur Unschuldsvermutung,* de Gruyter, Berlin/New York, 1998, S. 11 f. Fn 5에서 재인용): "Absentem in criminibus damnari non debere divus traianus iulio frontoni rescripsit. sed nec de suspicionibus debere aliquem damnari divus traianus adsidio severo rescripsit: satius enim esse impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnari". 그 밖에 1789년 프랑스 인간과 시민의 권리선언 제9조: "Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne sera pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi".

보다 큰 공공선(사회방어)을 실현할 수 있다면 한 사람의 무고한 사람을 벌하게 될 리스크를 두려워해서는 안 된다는 주장[784]도 그렇다고 하여 전혀 근거가 없는 것이라고 말할 수 없다. 더욱이 만약에라도 무고할 개연성이 있는 사람을 벌하게 될 리스크는 현재의 과학기술의 발전을 보더라도 극히 적어졌다고 해도 과언이 아니라고 말할 수 있다. 그러나 반대로 "그렇게 확실한" 과학적 증거를 가지고 합리적인 의심을 넘는 정도로 입증할 수 있다면 입증의 정도를 낮추어서는 안 되며 무엇보다도 무고한 사람으로 하여금 죄가 없다는 것을 입증하도록 함으로써 국가권력의 입증의 실패를 무고한 사람의 부담으로 돌려서는 안된다라는 주장은 인간의 존엄을 공공선(bonum commune)보다 앞세운다. 이것은 우리나라「형법」제263조가 "동시범"이라는 표제하에 "독립행위가 경합하여 상해의 결과를 발생하게 한 경우에 있어서 원인된 행위가 판명되지 아니한 때에는 공동정범의 예에 의한다"고 규정함으로써 "의심스러우면 피고인의 불이익으로" 돌리고 있는 것이 과연 타당한가를 생각해 보더라도 쉽게 알 수 있다. 즉 사실인정의 확신에 대한 최소한의 문턱("the minimum threshold of fact-finder confidence")[785]을 낮추는 것은 한편으로는 무죄추정의 원칙의 중대한 상대화를 그리고 다른 한편으로는 그 실질에 있어서는 검사가 부담하는 거증책임의 완화 혹은 전환을 의미하게 된다는 것을 염두에 두어야 한다.[786]

여기에서 명확해지는 것은 합리적인 의심을 넘는 증명을 국가형벌권을 행사하는 자에게 요구하는 것은 단순히 인간이성의 "오류가능성의 부담의 최적의 배분(optimal distribution of errors)"[787]라는 의미로 축소될 수 있는 것이 아니라 바로 수사와 공판

---

784) 실제로 *Paley, William, The Principles of Moral and Political Philosophy(1785)(Foreword By D . L . Le Mahieu),* Liberty Fund, Indianapolis, 2002, Book IV, Chapter 9, p. 393("But when certain rules of adjudication must be persued, when certain degrees of credibility must be accepted, in order to reach the crimes with which the public are infested; courts of justice should not be deterred from the application of these rules, by *every* suspicion of dabger, or by the mere possibility of confounding the innocent with the guilty. They ought rather ro reflect, that he who falls by a mistaken sentence, may be considered as falling for his country; whilst he suffers under the operation of those rules, by the general effect and tendency of which the welfare of the community is maintained and uphold")(http://lf-oll.s3.amazonaws.com/titles/703/0158_LFeBk.pdf; 검색일: 2019년 6월 15일).

785) *Roberts, Paul/Zuckerman, Adrian, Criminal Evidence,* 2nd Edition, Oxford University Press, 2010, p. 253.

786) *Diesen, Christian,* Beyond Reasonable Doubt: Standard of Proof and Evaluation of Evidence in Criminal Cases, *Scandinavian in Law – Law Theory,* Vol. 40(2000), p. 172.

단계에서 자의적인 국가권력의 남용으로부터 국민의 기본권을 보호하기 위한 이념에 있다는 점이다("rights-based approach"[788]).

이것은 미국 판례[789]에 의하여 발전된 합리적인 의심을 넘는 증명의 이론적 근거를 미국 수정헌법 제5조와 제14조에 표현된 죄형법정주의(principle of legality)와 적정절차(due process clause)에서 찾고 있는 것을 보더라도 쉽게 이해할 수 있다.[790] 즉 실정법을 어기지 않은 사람을 오류가 있는 판결(erroneous conviction)로 처벌해서는 안 된다는 것이다.[791][792]

나. 합리적인 의심을 넘는 증명의 의미

그런데 현재까지 범죄의 증명이 언제 합리적인 의심을 넘을 정도로 증명되었는지에 대한 기준은 여전히 일의적으로 설명되지 못하고 있는 것이 사실이다.

1) 주요 입법례

주요 외국의 입법례에서 합리적인 의심을 넘는 증명의 의미를 설명하는 표현방식은 다양하지만, 그렇다고 그 의미에 있어서 큰 차이를 보이는 것은 아닌 것 같다.

(1) 미국의 경우[793] 합리적인 의심을 넘는 증명과 관련해서는 주로 법관이 배심원들

---

787) *Lippke, Richard L.,* Fundamental Values of Criminal Procedure, in: *Brown, Darry K./Turner, Jenia I./Weisser, Bettina ed., The Oxford Handbook of Criminal Process,* Oxford University Press, 2019, p. 34.

788) *Lippke, Richard L., ibid.,* p. 35.

789) *Miles v. United States,* 103 U.S. 304 (1880): "배심원이 유죄의 평결로 답변함에 있어서 근거로 하는 증거는 유죄판결을 내리기에 충분한 것이어야 하는데 그것은 모든 합리적인 의심을 제거할 정도에 이르는 것이어야 한다(*to the exclusion of all reasonable doubt*)"(312); *In re Winship,* 397 U.S. 358 (1970): "적정절차의 원칙은 피고인을 죄를 구성하는데 필요한 모든 사실이 합리적인 의심을 넘을 정도로 증명되지 않은 유죄판결로부터 보호한다"(364).

790) *Drippst, Donald A.,* The Constitutional Status of the Reasonable Doubt Rule, in: *California Law Review,* vol. 75, 1987, pp. 1665.

791) *Drippst, Donald A., ibid.,* pp. 1693.

792) 따라서 유죄답변협상에서 피고인이 유죄를 인정한 경우 배심원재판을 받을 헌법상 권리, 그 파생적 권리인 교호신문권과 대면권 그리고 합리적인 의심을 넘는 증명이 있을 때 유죄를 선고받을 권리를 포기한 것으로 간주된다. *Gilliéron, Gwladys, Public Prosecutors in the United States and Europe: A Comparative Analysis with Special Focus on Switzerland, France, and Germany,* Springer, 2013, p. 106.

793) 합리적인 의심을 넘는 증명의 미국 헌법상 근거, 무죄추정의 원칙과의 관계 그리고 형사재판에서 유죄판결을 내리기 위해서는 증거의 우월(*preponderance of the evidence*)이 아니라 합리적인 의심을 넘는 증명이 있을 때 비로소 가능하다고 밝힌 것으로 평가받는 *In Re*

에게 어떻게 합리적인 의심을 넘는 증명의 의미를 설명(instruction)할 것인가를 둘러싸고 논의되었는데 종래 "공소사실이 사실과 일치한다는 것에 대한 도덕적 확실성에 대한 확고한 확신(they cannot say they feel an abiding conviction, to a moral certainty, of the truth of the charge)"[794]이나 "합리적인 의심이란 … 심각한 불확실성을 일으키는 것(a grave uncertainty)이며, 불충분한 증거 때문에 또는 증거가 없기 때문에 여러분의 마음 속에 생기는 그러한 것이어야 하며(raised in your mind by reasons of the unsatisfactory character of the evidence or lack thereof) … 단순히 가능한 의심이어서는 안 되며 현실적이고 실질적인 의심이다(… not a mere possible. It is an actual substantial doubt). 요구되는 것은 절대적 혹은 수학적 확실성이 아니라 도덕적 확실성(a moral certainty)이다"[795]라고 그 내용을 규정하려고도 했으나 Victor v. Nebraska 판결(1994)[796] 이후 그러한 개념정의 자체는 포기하고 결국 유죄에 대한 거증책임은 국가가 부담한다는 전제 하에서 배심원은 사회의 성인구성원으로서 가지는 "일반상식과 이성(common sense and reason)"에 따라 유죄에 대한 도덕적 확신이 있을 때 유죄의 평결을 내릴 수 있다고 설명된다.[797][798]

Winship(397 U.S. 358 (1970)) 판결은 그렇다고 하여 언제 죄의 성립요건이 합리적인 의심을 넘을 정도로 증명되었는지에 관하여 명확히 밝히고 있는 것은 아니다. *Shealy Jr, Miller W., op. cit.,* p. 238.

794) *Commonwealth v. Webster,* 59 Mass.(5 Cush.) 295, 320(1850); *Commonwealth v. Costley* 118 Mass. 1 (1875); *Miles v. United States,* 103 U.S. 304 (1881); *Hopt v. Utah,* 120 U.S. 430 (1887). 미국 연방법원 및 주 법원들의 경향에 관한 상세한 것은 *Shealy Jr, Miller W., op. cit.,* pp. 230.

795) *Cage v. Louisiana,* 498 U. S. 39 (1990).

796) *Victor v. Nebraska,* 511 U.S. 1 (1994).

797) 이에 관한 것은 *Shealy Jr, Miller W., op. cit.,* pp. 254.

798) 미국 각주 형사소송법에 규정되어 있는 것도 이와 크게 다르지 않다. 예컨대 *California Penal Code* §1096 "… Reasonable doubt is defined as follows: "It is not a mere possible doubt; because everything relating to human affairs is open to some possible or imaginary doubt. It is that state of the case, which, after the entire comparison and consideration of all the evidence, leaves the minds of jurors in that condition that they cannot say they feel an abiding conviction of the truth of the charge."; *Nevada Revised Statutes(NRS)* § 175.211 Definition of reasonable doubt; no other definition to be given to juries. "1. A reasonable doubt is one based on reason. It is not mere possible doubt, but is such a doubt as would govern or control a person in the more weighty affairs of life. If the minds of the jurors, after the entire comparison and consideration of all the evidence, are in such a condition that they can say they feel an abiding conviction of the truth of the charge, there is not a reasonable doubt. Doubt to be reasonable must be actual, not mere possibility or speculation. 2. No other definition of reasonable doubt may be given by the court to juries in criminal actions in this State."; *Ohio Revised Code(ORC)*

⑵ 이것은 형사소송법에 합리적인 의심을 넘는 증명에 대한 명문의 규정을 두고 있지 않은 ① 참심제(Schöffengerichte)[799]를 채택하고 있는 독일의 경우에도 크게 다르지 않다. 즉 독일 판례는 "'합리적인 의심(vernünftige Zweifel)'은 피고인에게 유리한 정황들이 빠짐없이 그리고 사실관계와 관련지어져서 다루어지는 합리적인 논증을 전제로 한다. 여기에서 합리적인 의심이 생긴다면 유죄판결에 필요한 고도의 개연성의 증명력(das für eine Verurteilung erforderliche Beweismaß der hohen Wahrscheinlichkeit)에 이른 것이라고 볼 수 없다"[800]고만 설명한다. ② 일본의 재판원제도를 도입하기 전의 판례이기는 하지만 "형사재판에서 유죄를 인정함에 있어서는 합리적인 의심을 품을 여지가 없는 정도의 입증이 필요하다. 여기에서 합리적인 의심을 품을 여지가 없다는 것은 반대사실이 존재할 수도 있다는 의심을 전혀 남기지 않는 경우를 말하는 것이 아니라 추상적인 가능성으로서는 반대사실이 존재할 수도 있다는 의심이 있을 여지는 있으나 건전한 사회상식에 비추어 그 의심에 합리성이 없다고 일반적으로 판단되는 경우에는 유죄를 인정할 수 있다는 취지이다. 그리고 이것은 직접증거에 의하여 사실인정을 하여야 하는 경우와 정황증거에 의하여 사실인정을 하여야 하는 경우에 어떠한 차이도 없다"고[801] 밝히고 있으며 다만 일본의 재판원만으로는 피고인에게 불리한 판결(유죄)을 내릴 수 없으며 직업법관 1인 이상이 포함된 과반수로 결정하도록 하고 있는 것[802]은 여전히 재판원만으로의 유죄판결에 신중한 입증을 취하고 있음을 알 수 있다.

---

§2901.05 (Burden of proof - reasonable doubt – self-defense) "(E) 'Reasonable doubt' is present when the jurors, after they have carefully considered and compared all the evidence, cannot say they are firmly convinced of the truth of the charge. It is a doubt based on reason and common sense. Reasonable doubt is not mere possible doubt, because everything relating to human affairs or depending on moral evidence is open to some possible or imaginary doubt. 'Proof beyond a reasonable doubt' is proof of such character that an ordinary person would be willing to rely and act upon it in the most important of the person's own affairs." 이들 규정들은 미국 표준형법(*Model Penal Code*) 주석서인 *The American Law Institute, Model Penal Code and Commentaries, Part 1, §§ 1.01 to 2.13,* 1985, p. 190 Fn. 7에 대표적으로 거론된 것을 그대로 옮겨 놓은 것이다.

799) § 29 *Gerichtsverfassungsgesetz(GVG).*

800) BGHSt NJW 1988 3273(3273 f.).

801) 最高裁 平成19·10·16刑集61巻7号677頁(新·コメンタール刑事訴訟法, 第319条(白取), 909頁에서 재인용). 그 밖에 앞서 언급되었던 最高裁 昭和23·8·5刑集2巻9号1123頁 참조.

802) 일본「재판원이 참가하는 형사재판에 관한 법률(裁判員の参加する刑事裁判に関する法律)」제67조(평결).

⑶ 합리적인 의심을 넘는 증명을 「형사소송법」에 명문으로 규정하고 있는 입법례에서도 이러한 상황은 크게 다르지 않다. ① 예컨대 스위스 「형사소송법」 제10조 제3항은 "기소된 죄의 성립요건이 충족되었는지의 여부에 대하여 극복할 수 없는 의심(unüberwindliche Zweifel)이 있는 때에는 법원은 피고인에게 유리한 정황에 따라 판단한다(in dubio pro reo)"고만 규정하고 있을 뿐 그것이 무엇을 의미하는지에 대해서는 규정하고 있지 않다. 스위스 판례는 "중대하고 배척할 수 없는 의심(erhebliche und nicht zu unterdrückende Zweifel)"[803]이라고 표현하고 있으나 이것이 합리적인 의심을 넘는 의심(vernünftige Zweifel) 또는 극복할 수 없는 의심을 넘는 증명(unüberwindliche Zweifel)과 구별되는 것은 아니라고 한다.[804] 그리고 스위스 Sant Gallen주 (구)형사소송규칙[805] 제217조는 추측이나 의심만으로 판단해서는 안 된다는 것을 명문으로 규정하기도 했다.[806] ② 그 밖에 합리적인 의심을 넘는 증명을 형사소송법에 규정하고 있는 입법례로서는 ㉠ 이탈리아 「형사소송법(Codice di Procedura Penale)」 제533조[807] 제1항과 ㉡ 입법례는 아니지만 미국 「표준형법전(Model Penal Code)」 제1.12조[808]를 들 수 있다.

⑷ 이에 대하여 프랑스 「형사소송법」은 합리적인 의심을 넘는 증명을 명시하기

---

803) BGE 138 V 74, 81 f. E. 7; 127 I 38, 41 E. 2a(BSK StPO^2-*Tophinke* N 82 zu Art. 10에서 재인용).

804) BSK StPO^2-*Tophinke* N 83 zu Art. 10.

805) 스위스 *Sant Gallen*주 (구)형사소송규칙은 https://www.ius.uzh.ch/dam/jcr:00000000-712d-aac3-ffff-ffffe74fad72/StPO_Sankt_Gallen_Mai_2010.pdf(검색일: 2018년 8월 10일) 참조.

806) Sant Gallen aStPO
Urteil
a) Beweiswürdigung
Art. 217.
1 "Das Gericht fällt das Urteil nach seiner freien, in der Gerichtsverhandlung und aus den Akten gewonnenen Überzeugung."
2 "Der Beweis einer dem Angeschuldigten nachteiligen Tatsache ist erbracht, wenn sie zur vollen Überzeugung des Gerichtes dargetan ist, so dass ihre Annahme als eine nach den Gesetzen der Vernunft sich ergebende, unabweisbare Notwendigkeit erscheint."
3 "Das Gericht darf keinen auf blossen Verdacht oder blosse Wahrscheinlichkeit abgestützten Schuldspruch fällen".

807) *Italian Code of Criminal Procedure* Article 533(Conviction of the accused person)(*Gialuz, Matja/Lupária, Luca/Scarpa, Federica ed., op. cit.*).

808) *Model Penal Code* §1.12(Proof beyond a Reasonavle Doubt; Affirmative Defenses; Burden of Proving Fact Ehen Not an Element of an Offense; Presumptions)(*The American Law Institute, op. cit.*).

보다는 오히려 배심원들에 대한 설명서의 내용을 규정하면서 자유심증에 따른 심증형성에 관하여 규정한다. 즉 프랑스「형사소송법」제353조 제2항은 (중죄법원) 배심원에게 설명하여야 하는 내용을 규정하고 있는데 그 내용은 다음과 같다: "법은 배심원이 범죄를 인정함에 있어서 채택한 방법에 대하여 설명을 요구하지 않으며, 배심원에게 증거가 충분한지 또는 완전한지를 판단할 때 특정 법칙을 따를 것을 요구하지도 않는다. 법은 다만, 피고인에 대하여 제출된 증거 및 그 방어방법이 자신의 이성에 어떠한 인상을 주는지 심사숙고 하여 스스로 묻고 또 진실한 양심에 따라 탐구할 것을 배심원에게 명할 뿐이다. 법은 배심원에 대하여 "여러분은 내면의 확신(intime conviction)을 얻었는가"라는 하나의 질문을 할 것이고, 이것이 배심원의 의무의 전부다".[809] 그리고 법관과 관련해서는 프랑스「형사소송법」제427조 제1항에서 "법률이 달리 정하지 않는 한 범죄사실은 모든 증거방법으로 증명할 수 있으며 법관은 내심의 확신(intime conviction)에 따라 재판한다"고 규정하여 법관의 자유심증주의를 정하고 제2항에서 "판사는 [공격과 방어의] 논쟁 중에 자신에게 제시되고 그리고 자신의 면전에서 서로 상반되어 주장되는 증거만을 근거로 판단한다"[810]고 규정하여 직접주의와 증거재판주의를 규정하고 있다.

2) 우리나라

우리나라의 경우에도 앞서 언급한 주요 외국의 입법례와 실무가 제시하고 있는 정도를 크게 벗어나지는 않는다.

즉 우리나라「형사소송법」제307조는 "증거재판주의"라는 표제 하에 제2항에 "범

---

809) 그리고 공판개시 전에 배심원에게 설명하여야 하는 내용은 프랑스 형사소송법 제304조 제1항에 정하고 있는데 그 내용은 다음과 같다: 재판장은 배심원들을 기립·탈모시킨 후 다음과 같이 말한다. "여러분은 피고인에 대한 죄책을 가장 양심적으로 심리하고, 피고인의 이익과 그를 기소한 사회의 이익과 피해자의 이익을 저버리지 아니하며, 선고가 끝날 때까지 누구와도 교통하지 아니하며, 증오나 편견, 공포나 자비에 이끌리지 않고, 피고인은 어떤 경우에도 무죄로 추정되며 의심스러울 때는 피고인의 이익으로 한다는 점을 상기하여, 여러분의 양심과 내면의 확신(intime conviction)에 따라 성실하고 자유로운 인간에 합당한 공평함과 의연함으로 증거에 따라 결정하며, 직무를 마친 뒤에도 평의의 비밀을 엄수할 것을 서약해야 합니다". 프랑스「형사소송법」은 법무부,『프랑스 형사소송법』, 2011.11을 참조.

810) Code de procédure pénale Article 427 "Hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et le juge décide d'après son intime conviction Le juge ne peut fonder sa décision que sur des preuves qui lui sont apportées au cours des débats et contradictoirement discutées devant lui". 프랑스「형사소송법」은 법무부,『프랑스 형사소송법』, 2011.11을 참고하여 수정한 것이다.

죄사실의 인정은 합리적인 의심이 없는 정도의 증명에 이르러야 한다"고 규정하고 있으나 이때 언제 합리적인 의심이 없는 정도의 증명이 있었다고 판단할 수 있는지에 대한 기준은 제시하고 있지는 않다.

또한 판례도 "형사재판에서 유죄의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진정하다는 확신을 가지게 할 수 있는 증명력을 가진 증거에 의하여야 하며, 이와 같은 증명이 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다고 하더라도 유죄로 판단할 수는 없다"[811]고 판시하고 "합리적인 의심이라 함은 모든 의문, 불신을 포함하는 것이 아니라 논리와 경험칙에 기하여 요증사실과 양립할 수 없는 사실의 개연성에 대한 합리성 있는 의문을 의미하는 것으로서, 피고인에게 유리한 정황을 사실인정과 관련하여 파악한 이성적 추론에 그 근거를 두어야 하는 것이므로 단순히 관념적인 의심이나 추상적인 가능성에 기초한 의심은 합리적인 의심에 포함된다고 할 수 없다"[812]라고 판시하고 있을 뿐이다.

3) 합리적인 의심을 넘는 증명에 대한 방법론적 접근

이상의 논의에서 알 수 있는 것은 실체적 진실에 부합한다는 자유심증(확신)이나 납득됨(Überzeugt-sein) 혹은 합리적인 의심을 넘을 정도로 증명되었다는데 대한 확신은 직업법관이나 배심원 모두에게 요구된다는 점, 양자 간에 정도의 차이가 없다는 점, 그러나 그것은 일상적인 합리성(Plausibilität der Alltagserfahrung)이나 건전한 상식(common sense and reason; moral certainty)에 근거하게 되는 경우가 많다는 점이다.[813] 물론 여기에서 일상적인 합리성이나 건전한 상식에 근거한 재판이 비합리적인 것은 아닌가라는 의문이 제기되기도 한다. 그리고 다른 한편으로 일반국민들이 납득할 수 있는 결론이 바로 "실체적" 진실인가라는 근본적인 문제도 제기될 수 있을 것이다. 이렇게 본다면 영미법계 배심원제도와 관련하여 "모든 사람들이 일반적으로 받아들인다면 잘못된 추정이나 편견조차도 합리적인 것으로 보일 수 있다(Even an

811) 대법원 2017.8.24. 선고 2017도7768 판결.

812) 대법원 2004.6.25. 선고 2004도2221 판결; 대법원 1982.12.28. 선고 82도263 판결. 김재중, "'합리적인 의심 없는 증명' 및 이에 대한 재판장의 효과적인 설명방안 – 대법원 2017.5.30. 선고 2017도1549 판결을 중심으로 –", 『한양법학』, 제28권 제4호(2017.11.), 한양법학회, 191면에서는 대법원 1982.12.28. 선고 82도263 판결은 합리적인 의심에 관한 첫 판결이라고 한다.

813) 이러한 비판으로는 Roxin/Schünemann[29] § 45 Rn. 44.

incorrect assumption or a prejudice can appear rational at the time if it is generally accepted)"[814]는 비판도 결코 부당한 것이라고만 치부할 수도 없다. 즉 객관적 사실인정은 "국민의 눈높이에 맞는 것"이어도 되는 것인지 그리고 민주적 사실인정(사실인정에서의 국민참여)이 과연 "객관적"이라고 말해도 되는 것인지도 여전히 일의적으로 해소되지 못한 문제이다.

그러나 바로 형사재판에 일반국민의 건전한 상식을 반영함으로써 민주적 정당성과 투명성을 확보하려는 배심원제도, 그리고 우리나라 국민참여재판의 의의라는 사실, 그리고 역사적으로도 합리적인 의심을 넘을 정도의 증명은 본래 배심원재판에서 배심원에게 요구되었던 것이라는 사실을 생각한다면 그러한 의문을 제기하는 것 자체가 이미 배심원제도나 국민참여재판의 존재의의 자체에 대하여 의문을 제기하는 것이 되는 것은 아닌가라는 의문도 제기된다.[815] 또한 만약 직업법관과 배심원의 심증의 정도가 상이하다거나 혹은 상이해야 한다고 주장한다면 이제 하나의 형사사법체계에 일의적인 유죄증명의 정도가 존재하지 않게 된다.

그러나 그렇다고 하여 법관이나 배심원의 개인적 확신을 적극적으로 규정하려고 하면 어느 정도의 확신에 도달했을 때 비로소 실체적 진실에 부합한다는 확신을 얻을 수 있는가라는 문제에 봉착하게 된다. 이때 만약 무죄가 아닐 것이라는 확률 또는 유죄일 것이라는 확률에 따라(산술적 통계방식) 이를 계량화하게 되면(50-100% 사이에서의 확신의 정도의 우열) 이것은 종래 영미법체계의 민사재판에서의 증명의 정도를 나타내는 증거의 우월성(preponderance of the evidence)에 따른 증명과 무엇이 다른가라는 의문에 직면하게 된다.

따라서 법관이나 배심원의 심증 혹은 합리적인 의심을 넘는 증명의 의미를 적극적으로 규정하기 보다는 오히려 이를 방법론적인 측면에서 규제해 나가는 방식을 생각해 볼 수 있다.

첫째 공소사실과 실체적 진실 간의 일치에 대한 법관과 배심원의 주관적인 확신이 관건이 되는 한 자신의 유죄의 확신의 근거가 되는 "증거의 합리성"은 중요한 의미를

814) Diesen, Christian, op. cit., p. 180.

815) 물론 일반국민은 이른바 "아니 땐 굴뚝에 연기 날 리가 없다(no smoke without fire)"는 식으로 생각하기 마련이라는 비판도 없는 것은 아니다. Roberts, Paul/Zuckerman, Adrian, op. cit., p. 261.

가지게 된다. 여기에서는 무엇보다도 ① 허용되는 증거가 ② 직접적으로 또는 간접적으로 실체적 진실(그것이 피고인에게 유리한 진실이든 아니면 불리한 진실이든 간에)을 가리키는지가 관건이 된다. ①이 증거의 증거능력(제2장 및 제3장의 논의)의 문제라고 한다면 ②는 증거로부터의 추론의 문제로서 논리적-경험칙상 비약이나 추론의 오류가 없는지가 문제된다.

이와 관련하여 우리나라 국민참여재판의 경우 배심원은 공판준비절차에 참여하지 않는다(「국민의 형사재판 참여에 관한 법률」 제37조). 그런데 공판준비절차에서는 "공소사실과 관련하여 주장할 내용을 명확히 하여 사건의 쟁점을 정리"(형사소송법 제266조의9 제1항 제3호)하거나 "증거 채부의 결정"(동항 제8호)을 하게 되는데 이 단계에서 쟁점이 취사선택될 뿐만 아니라 국민참여재판에 제시될 증거가 제한된다는 점에서 이미 배심원은 제한된 쟁점과 증거만으로 집중심리하여야 하는데 배심원의 심증 혹은 합리적인 의심을 넘는 증명에 대한 확신이 자칫 직업법관의 것보다 그 하한이 낮아지는 것은 아닌가라는 의문이 제기된다.[816]

둘째 거증책임의 부담과 관련하여 합리적인 의심을 갖는 자는 합리적인 의심을 갖지 않은 자에 대하여 그 근거를 제시할 필요가 없으며 오히려 그 반대로 합리적인 의심을 갖지 않는 자는 합리적인 의심을 갖는 자에 대하여 그 근거를 제시하여야 한다는 것이다.[817] 즉 탄핵주의 형사소송구조(Akkusationsprinzip)에서 합리적인 의심을 넘을 정도로 유죄를 입증하여야 하는 부담은 국가가 지는 것이지 피고인이 지는 것이 아니라는 것은 이미 무죄추정의 원칙으로부터 명확하다. 따라서 만약 법관이나 혹은 배심원에게 합리적인 의심이 없는 근거를 요구하게 되면 이것은 곧 피고인이 자신의 무죄를 증명하여야 하는 것과 동일한 것이 되어 무죄추정의 원칙에 반하게 된다. 이것은 미국에서 배심원에게 "합리적인 의심이란 배심원이 유죄에 대한 이유를 제시할 수 있는 것이어야 한다(a reasonable doubt is such a doubt as the jury are able to give a reason for)"고 설명한 것은 무죄추정의 원칙에 반한다고 선언한 State v. Cohen 판결(1988)[818] 이래 견지되어 온 것이기도 하다.[819]

---

816) 일본 재판원제도와 관련하여 이와 동일한 문제제기에 대해서는 大コンメンタール刑事訴訟法【第二版】, 第318条(渡辺), 518頁.
817) 中川孝博, 「「合理的疑い」の果たすべき機能」, 『季刊 刑事弁護』, 17/2001, 46頁.
818) *State v. Cohen,* 78 N.W. 857 (Iowa 1899)(中川孝博, 前掲論文, 48頁 注6에서 재인용).
819) State v. Kalebaugh, 183 Wn.2d 578, 585, 355 P.3d 253 (2015).

셋째 설령 모든 증거가 피고인의 유죄를 가리키는 것이라고 하더라도 그럼에도 불구하고 무죄의 가능성이 없는지를 검토하여야 한다. 그러나 문제는 증거수집단계인 수사단계에서부터 증거에 예단이 개입할 여지가 전혀 차단된 것도 아니라는 점이다. 검사의 객관의무[820]는 종종 검사가 형사소송에서 국가형벌권을 실행하기 위하여 국가를 대표하는 지위(adversarial role)와 충돌하게 되는데 바로 이 지점에서 수사권과 공소권남용 등의 문제가 발생한다.[821] 더욱이 우리나라「검찰청법」제4조(검사의 직무)는 검사의 "공익적 지위"를 규정하면서도 그 직무에 "범죄수사, 공소의 제기 및 그 유지에 필요한 사항"으로만 규정하고 있는 것은 다분히 국가"소추"주의의 측면이 강화되고 피고인에게 유리한 증거의 수집의무가 도외시되어 있다는 의혹을 충분히 제기하도록 만든다.

넷째 인간의 인식의 불완전성으로 인하여 절대적 확실성을 획득하는 것은 가능하지 않으며 언제나 상대적 확실성만이 존재할 뿐이기 때문에 원칙적으로 합리적인 의심을 넘는 증명을 무죄일 개연성을 하나씩 제거해 나가는 소극적인 배제절차(消去法)("*a procedure for eliminating doubt*",[822] "*eliminative induction*"[823])로 이해하는 한 유죄에 대한 상대적 확실성을 담보할 수 있게 된다.[824] 즉 무죄가 아닐 것이라는 확률 또는 유죄일 것이라는 확률이나 아니면 추상적인 주관적 확신에 따라 합리적인 의심을 넘는 증명이 요구하는 – 유죄에 대한 – 상대적인 확실성을 요구하기 보다는

---

820) 독일「형사소송법」제161조 제2항; 스위스「형사소송법」제9조 제2항.

821) Gilliéron, Gwladys, Public Prosecutors in the United States and Europe: A Comparative Analysis with Special Focus on Switzerland, France, and Germany, Springer, 2013, pp. 134.

822) Diesen, Christian, op. cit., p. 176("... the prevailing method of evidence bevaluation in criminal cases is to examinate the prosecutor's case by disproving alternative hypotheses"); Klamberg, Mark, Evidence in International Criminal Trials: Confronting Legal Gaps and the Reconstruction of Disputed Events, Marinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2013, pp. 158; Roberts, Paul/Zuckerman, Adrian, op. cit., 2010, pp. 259.

823) Shum, David A., The Evidential Foundations of Probabilistic Reasoning, Willey, 1994, pp. 26-30, 245-251(Roberts, Paul/Zuckerman, Adrian, op. cit., pp. 259에서 재인용).

824) 이러한 소극적 배제절차는 칼 퍼포(Karl Popper)의 비판적 합리주의의 학문이론(Wissenschaftstheorie des Kritischen Rationalismus)의 방법론으로 거슬러 올라간다. 이에 관한 상세한 것은 Chalmers, Alan F., Wege der Wissenschaft: Einführung in die Wissenschaftstheorie(english original: A.F. Chalmers, What is This Tiling Called Science?, University of Queensland Press, St. Lucia, Queensland, 1999)(Herausgegeben und übersetzt von Niels Bergemann und Christine Altstotter-Gleich), 6. Auflage, Springer, 2007, S. 51 ff., 63 ff., 73 ff.

오히려 피고인이 무죄일 수도 있다는 가능성(*alternative hypotheses, every let-out(innocent explanation)*[825])을 하나씩 제거해 나가면서 마지막에 그러한 가능성이 모두 배제되었을 때 비로소 무죄일 수 없다는 단정적인 가능성을 얻게 된다("*a residual probability of innocence*").[826][827] 이 때 비로소 그렇게 믿을 수밖에 없을 정도("*one cannot help beliebing that what one happens to believe*"[828]의 증명이 있다고 볼 수 있게 된다.

다섯째 사실심 법관의 증거판단에서의 재량("자유"심증)에 대한 외재적 통제가 가능하여야 한다(이것에 관해서는 "제3절 2."에서 상세하게 서술하고자 한다).

제3절 | 법관·배심원의 자유심증의 제한

그렇다고 하여 법관의 자유로운 심증형성이 언제나 "자유로운" 것은 아니며 (1) 제3장이나 제4장에서 논의했던 것과 같이 증거능력의 부인에 의해서도 제한받을 뿐만 아니라 (2) 논리법칙·경험칙·자연과학적 자연법칙과 (3) 외재적 통제, 심급제도에 의해서도 제한받는다.[829] 증거능력의 부인과 관련해서는 이미 앞서 살펴보았기 때문에 여기에서는 논리법칙·경험칙·자연과학적 자연법칙과 외재적 통제, 상소제도와 관련하여 문제되는 사항에 대해서만 다루기로 한다.

1. 논리법칙·경험칙·자연과학적 법칙

일반적으로 법관이나 배심원의 자유심증은 논리법칙이나 경험칙 그리고 자연과학적 법칙에 의하여 제한받으며 이러한 범위 내에서는 자유로운 심증형성은 허용되지 않는다고 말해진다.

---

825) *Roberts, Paul/Zuckerman, Adrian, op. cit.*, p. 260.
826) *Roberts, Paul/Zuckerman, Adrian, op. cit.*, pp. 259. 참고.
827) 앞서 언급한 最高裁 平成19·10·16 刑集61巻7号677頁 참조.
828) *Roberts, Paul/Zuckerman, Adrian, op. cit.*, p. 260 Fn. 142.
829) *Roxin/Schünemann*[29] § 45 Rn. 49 ff.; 이은모·김정환, 『형사소송법』(제7판), 594면 이하.

(1) 그러나 논리법칙이나 경험칙과 관련하여 어떤 특정 사실로부터는 필연적으로 어떤 추론의 결과가 도출되어야 하고 그 결과 이로부터 특정한 심증에 이르러야 하는지를 요건화하여 정하는 것은 (법정증거가 유죄의 추론을 가능하게 하던 시대에는 몰라도) 가능하지 않다.[830] 더욱이 논리법칙에 상응한 추론이라고 하더라도 그것이 항상 올바른 결과로 도출되는 것은 아니다. 예컨대 소거법에 따라 중요하지 않은 증거나 상반되는 증거 혹은 합리적인 설명이 가능하지 않은 증거를 배제해 나가면서 사실을 확정해 나가는 경우 자칫 합리적인 의심이 있음에도 불구하고 해당 증거를 소거해버리는 오류가 발생할 수도 있기 때문이다.[831]

이러한 논리법칙이나 경험칙의 문제는 진술증거의 문제와 연관해서도 나타난다. 즉 진술의 "일관성"은 진술의 신빙성을 판단하는데 결정적인 역할을 하는 것이 사실이다. 그러나 다른 한편으로 진술자가 일관되게 거짓을 진술하는 경우에도 진술에 일관성을 인정할 수 있으며, 착오로 사실을 진술하는 경우, 심지어는 진술과 상반되는 물적 증거가 제시된 때에도 기존의 진술을 유지하는 경우에는 애초의 착오가 일관되게 지속되고 있는 경우가 있을 수 있다.[832]

그리고 증거방법으로서 물건의 제시 및 열람 또는 서류의 낭독과 관련해서도 생활경험상의 법칙을 쉽게 적용하기 곤란한 경우가 있다. 이 문제는 특히 형법상 범죄구성요건 자체가 고도의 규범적-도덕적 평가를 전제로 한 경우에 흔히 나타나는데 예컨대 모욕죄·명예훼손의 경우에 모욕적인 표현인지의 여부, 사실적시인지 아니면 의견개진인지의 여부 등이나 성범죄의 경우 음란성의 여부(「형법」 제243조부터 제245조), "아동·청소년 또는 아동·청소년으로 명백하게 인식될 수 있는"지의 여부(「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 제2조 제5호)), "성적 수치심이나 혐오감을 일으키는"지의 여부(「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제13조(통신매체를 이용한 음란행위)), "성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 사람의 신체"(동법 제14조(카메라 등을 이용한 촬영)) 등이 바로 그것이다. 또한 여전히 반드시 명확하다고도 말할 수 없는 "국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서 반국가

---

830) BGHSt 10, 210; BGHSt JR 1980 169; BGH NStZ 1984. 180; *Roxin/Schünemann*[29] § 45 Rn. 43.

831) 植村立郎, 「実践的な刑事事実認定と情況証拠(概論)」, 小林充·植村立郎, 『刑事事実認定重要判決５０選(上)』, 第2版, 立花書房, 2013, 22頁.

832) 植村立郎, 実践的刑事事実認定と情況証拠, 第3版, 立花書房, 2016, 53頁.

단체나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자의 활동을 찬양"하는 것(「국가보안법」 제7조(찬양·고무등))이나 「공직선거법」 제254조(선거운동기간위반죄) 및 제255조(부정선거운동죄)와의 관계에서 "선거운동"의 개념(동법 제58조) 등의 경우에도 크게 다르지 않다. 이들 경우들은 애초부터 범죄구성요건에 대한 해석이 일의적으로 확정되지 못하여 당해 사실이 구성요건표지에 포섭되는지의 여부를 결정하는 것이 곤란한 경우들이다.

⑵ 과학적 방법으로 측정된 수치들은 그 측정절차와 방법에 인위적인 조작·왜곡·훼손·첨가 등 부당한 개입이 없는 한, 그리고 그 오류가능성이 전무하거나 무시할 정도로 극히 적은 경우 이러한 경험과학적 결과를 합리적인 근거없이 부인할 수는 없다(과속속도, 혈액검사, DNA 검사, 음주단속에서의 혈중알코올농도나 특정 혈중알코올농도에서는 통상적으로 정상적인 운전이 곤란한 상태라는 사실, 디지털포렌식 증거 등).[833][834] 즉 법관은 이들로부터 유죄의 심증을 형성해 나가는 것이지, 자연과학적 법칙 자체를 자유롭게 평가할 수 있는 것은 아니다. 물론 법관은 감정인의 감정결과에 구애받지 않고 유죄의 심증을 형성할 수 있으나[835] 그것은 감정인의 감정을 부인하는데 합리적인 근거가 있는 경우 이를 고려하지 않을 수 있으며 다수의 감정인의 의견이 대립하는 경우 소수의견을 따르거나 혹은 여러 의견의 일부만을 채택할 수 있다는 의미이다.[836]

그러나 자연과학적 인과관계가 일의적으로 확정되지 않은 경우 "의심스러우면 피고인의 이익으로"의 원칙(*in-dubio-pro-reo-principle*)에 의하여 언제나 무죄를 선고하여야 하는가라는 근본적인 문제가 발생한다.[837] 이에 대하여 당해 사건에서는 설명

---

833) 이은모·김정환, 『형사소송법』(제7판), 592면; Roxin/Schünemann[29] § 45 Rn. 50.

834) 대법원 2018.2.8. 선고 2017도14222 판결("과학적 증거방법이 사실인정에 있어서 상당한 정도로 구속력을 갖기 위해서는 감정인이 전문적인 지식·기술·경험을 가지고 공인된 표준 검사기법으로 분석한 후 법원에 제출하였다는 것만으로는 부족하고, 시료의 채취·보관·분석 등 모든 과정에서 시료의 동일성이 인정되고 인위적인 조작·훼손·첨가가 없었음이 담보되어야 하며 각 단계에서 시료에 대한 정확한 인수·인계 절차를 확인할 수 있는 기록이 유지되어야 한다", "이러한 과학적 증거방법이 사실인정에 있어서 상당한 정도로 구속력을 갖기 위해서는 감정인이 전문적인 지식·기술·경험을 가지고 공인된 표준 검사기법으로 분석한 후 법원에 제출하였다는 것만으로는 부족하고, 시료의 채취·보관·분석 등 모든 과정에서 시료의 동일성이 인정되고 인위적인 조작·훼손·첨가가 없었음이 담보되어야 하며 각 단계에서 시료에 대한 정확한 인수·인계 절차를 확인할 수 있는 기록이 유지되어야 한다").

835) 이은모·김정환, 『형사소송법』(제7판), 592면; *Roxin/Schünemann*[29] § 45 Rn. 46.

836) 이은모·김정환, 『형사소송법』(제7판), 592면.

되지 않는 연관성이라고 하더라도 이 설명 외에 자연과학이 제공할 수 있는 다른 모든 설명이 구체적인 사례에서 확실성에 근접하는 개연성을 가지고 배제될 수 있는 것이라면 해당 설명은 인과관계에 대한 설명이라고 볼 수 있다는 견해도 있다.[838]

그런데 법관의 사실인정을 용이하게 하기 위하여 이미 "실체법" 차원에서 다양한 시도들이 모색되기도 한다. 예컨대 자연과학적 인과관계를 "형법적 의미"에서의 인과관계의 존재요건들, 예컨대 조건설(Äquivalenztheorie(Bedingungstheorie): condicio sine qua non, 'But-for' causation)이나 상당인과관계설(Adäquanztheorie) 또는 합법칙적 인과관계설(Formel von der gesetzmäßigen Bedingungen) 등으로 대체하려고 하거나[839][840] 혹은 부작위범의 경우와 같이 가설적 인과관계(hypothetische Kausalzusammenhang)로 충분한 것으로 보기도 한다. 또한 예컨대 독립행위의 경합[841]이나 동시범[842]과 같이 "유사"법률상 추론으로 인과관계를 확정하기도 하지만 예컨대 고의범의 공동정범 및 과실범의 공동정범, 더 나아가서는 법인처벌과 같이 책임귀속주체를 집단화·추상화시킴으로써 특정 행위자의 행위와 구성요건적 결과 간의 개별적인 인과관계의 입증을 생략하려고도 한다.[843] 그리고 경우에 따라서는 형법상 거증책임을 전환하기도 하는데 예컨대 몰수는 형벌(「형법」 제41조 제9호)로서 그리고 몰수대상은 형벌부과를 위한 전제조건으로서 합리적인 의심을 넘는 정도의 증명이 있어야 함에도 불구하고 「마약류 불법거래 방지에 관한 특례법」 제17조(불법수익의 추정),[844] 「공무원범죄에 관한 몰수 특례법」 제7조(불법재산의 증명)[845] 그리

837) 이를 긍정하는 견해로는 무엇보다도 Kaufmann, Armin, Tatbestandsmäßigkeit und Verursachung im Contergan-Verfahren: Folgerungen für das geltende Recht und für die Gesetzgebung, in: Juristenzeitung(JZ), 1971, S. 572 ff.

838) Roxin/Schünemann[29] § 45 Rn. 51.

839) *Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil,* 5. Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 1996, S. 279 ff.

840) 제조물책임의 인과관계와 관련하여 많이 인용되는 사건으로는 독일의 "Contergan-Urteil"(BGHSt JZ 1971 507), "Lederspray-Urteil"(BGHSt 37 106), "Holzschutzmittel-Urteil"(BGHSt 41 206) 등을 들 수 있다.

841) 「형법」 제19조(독립행위의 경합) "동시 또는 이시의 독립행위가 경합한 경우에 그 결과발생의 원인된 행위가 판명되지 아니한 때에는 각 행위를 미수범으로 처벌한다".

842) 「형법」 제263조(동시범) "독립행위가 경합하여 상해의 결과를 발생하게 한 경우에 있어서 원인된 행위가 판명되지 아니한 때에는 공동정범의 예에 의한다".

843) 이에 관한 상세한 것은 Kim, Yookeun, Individuelle und kollektive Zurechnung: Schwierigkeiten mit der Bestrafung von Unternehmern und Unternehmen, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2007, S. 117 ff.

844) 「마약류 불법거래 방지에 관한 특례법」 제17조(불법수익의 추정) "제6조의 죄에 관계된 불법

고 「불법정치자금 등의 몰수에 관한 특례법」 제7조(불법재산의 입증)[846]는 출처불명의 재산에 대한 석명의무를 피고인에게 부과함으로써 실질적으로 거증책임을 전환하고 있다.

2. 사실심 법관의 자유심증에 대한 외재적 통제가능성

법관의 심증이 증거로부터의 올바른 추론과정을 통하여 형성되었는지의 여부는 논리법칙·경험칙·자연과학적 법칙 등에 의한 자기필터링에 의해서만 담보될 수 있는 것은 아니라는 점에서 사실인정과정에 대한 사후적인 검증 및 통제가능성의 중요성이 대두된다.

⑴ 그런데 판결에 대한 통제는 상급심의 통제뿐만 아니라 외부로부터의 투명성 확보(transparency)[847]도 의미하기 때문에 1심 판결과 2심 판결의 공개는 매우 중요한 의미를 가진다.

⑵ 또한 사후적인 검증 및 통제가능성을 담보하기 위해서는 무엇보다도 판결이유가 사실심 법관의 심증형성과정을 정확히 반영하는 것이어야 하는데, 이러한 사실인정과정의 검증 및 사후통제가능성을 담보해줄 수 있을 정도로 판결이유가 투명한가에 대해서는 의문이 제기된다. 즉 우리나라 「형사소송법」 제323조는 "유죄판결에 명시될 이유"라는 표제 하에 제1항에 "형의 선고를 하는 때에는 판결이유에 범죄될 사실,

---

수익을 산정할 때에 같은 조에 따른 행위를 업으로 한 기간에 범인이 취득한 재산으로서 그 가액이 그 기간 동안 범인의 재산 운용 상황 또는 법령에 따른 지급금의 수령 상황 등에 비추어 현저하게 고액(高額)이라고 인정되고, 그 취득한 재산이 불법수익 금액 및 재산 취득 시기 등 모든 사정에 비추어 같은 조의 죄를 범하여 얻은 불법수익으로 형성되었다고 볼만한 상당한 개연성이 있는 경우에는 그 죄에 관계된 불법수익등으로 추정한다".

845) 「공무원범죄에 관한 몰수 특례법」 제7조(불법재산의 증명) "특정공무원범죄 후 범인이 취득한 재산으로서 그 가액이 취득 당시의 범인의 재산 운용 상황 또는 법령에 따른 지급금의 수령 상황 등에 비추어 현저하게 고액(高額)이고, 그 취득한 재산이 불법수익 금액 및 재산 취득시기 등 모든 사정에 비추어 특정공무원범죄로 얻은 불법수익으로 형성되었다고 볼 만한 상당한 개연성이 있는 경우에는 특정공무원범죄로 얻은 불법수익이 그 재산의 취득에 사용된 것으로 인정할 수 있다".

846) 「불법정치자금 등의 몰수에 관한 특례법」 제7조(불법재산의 입증) "제2조 제1호에 규정된 죄의 범행 후 범인이 취득한 재산으로서 그 가액이 취득 당시의 범인의 재산운용상황 또는 법령에 기한 급부의 수령상황 등에 비추어 현저하게 고액이고 그 취득한 재산이 불법정치자금등의 금액·재산취득시기 등 제반사정에 비추어 불법정치자금등으로 형성되었다고 볼만한 상당한 개연성이 있는 경우에는 불법정치자금등이 그 재산의 취득에 사용된 것으로 인정할 수 있다".

847) Lippke, Richard L., op. cit., p. 37.

증거의 요지와 법령의 적용을 명시하여야 한다"고 규정함으로써 "증거의 요지"를 기재하도록 하고 있다. 그런데 증거의 요지와 관련하여 판례는 "그 적시한 증거들에 의하여 판시 범죄사실을 인정할 수 있으면 이를 위법한 증거설시라고 할 수 없[다]"[848]고 설시함으로써 "판결에 범죄사실에 대한 증거를 설시함에 있어 어느 증거의 어느 부분에 의하여 어느 범죄사실을 인정한다고 구체적으로 설시하지 아니하[더라도]" 유죄의 인정으로는 충분하다고 봄으로써[849] 궁극적으로는 소송경제와의 조화를 도모하고 있다.[850]

물론 이것은 유죄판결의 이유를 명시하도록 규정한 일본「형사소송법」제335조 제1항이 "증거의 목록"("標目")[851]만을 명시하기만 하면 충분하도록 한 것보다는 진일보한 것이라고는 볼 수 있으나 일본「(구)형사소송법」제335조 제1항이 "유죄의 선고를 하는 때에는 범죄될 사실 및 증거에 의하여 이를 인정하는 이유를 설명하고 법령의 적용을 명시하여야 한다"고 규정하고 있었던 것과 비교할 때 반드시 그러한가라는 의문은 남는다.[852]

(3) 그리고 법관의 심증형성과정은 다른 동료 법관들에 의해서도 검증가능하여야 한다[853]는 의미에서 법원내재적인 검증으로서의 항소심과 상고심이 중요한 의미를 가진다.

---

848) 대법원 2001.7.27. 선고 2000도4298 판결.

849) 대법원 2001.7.27. 선고 2000도4298 판결; 대법원 2000.3.10. 선고 99도5312 판결; 대법원 2010.2.11. 선고 2009도2338 판결; 대법원 2000.3.10. 선고 99도5312 판결("형사소송법 제323조 제1항은 형의 선고를 하는 때에는 판결이유에 범죄될 사실, 증거의 요지와 법령의 적용을 명시하여야 한다고 규정하고 있는바, 여기에서 '증거의 요지'는 어느 증거의 어느 부분에 의하여 범죄사실을 인정하였냐 하는 이유 설명까지 할 필요는 없지만 적어도 어떤 증거에 의하여 어떤 범죄사실을 인정하였는가를 알아볼 정도로 증거의 중요부분을 표시하여야 하는 것이고(대법원 1971.2.23. 선고 70도2529 판결 등 참조), 피고인의 자백이 그 피고인에게 불이익한 유일의 증거인 때에는 이를 유죄의 증거로 하지 못하는 것이므로, 위와 같이 원심이 제1심 판결을 파기·자판하여 형을 선고하면서 단지 '피고인의 법정 진술과 적법하게 채택되어 조사된 증거들'로만 기재된 제1심판결의 증거의 요지를 그대로 인용하였다면, 이는 결국 원심이 증거 없이 그 범죄사실을 인정하였거나「형사소송법」제323조 제1항을 위반한 위법을 저지른 것이라고 아니할 수 없다"), 신동운, 『신형사소송법』(제5판), 1443면.

850) 이은모·김정환, 『형사소송법』(제7판), 739면.

851) 일본「형사소송법」제335조 제1항 "유죄의 선고를 하는 때에는 범죄될 사실, 증거의 목록[요지] 그리고 법령의 적용을 명시하지 않으면 아니 된다(有罪の言渡をするには、罪となるべき事実、証拠の標目及び法令の適用を示さなければならない)".

852) 현행 일본「형사소송법」제335조 제1항이「(구)형사소송법」제350조 제1항보다 후퇴한 것이라는 비판으로는 白取祐司, 前揭書, 346頁.

853) Roxin/Schünemann[29] § 45 Rn. 43.

그런데 이때 판결문의 내재적인 일관성(innere Schlüssigkeit)에만 초점을 맞추는 경우 판결이유가 증거조사의 내용과 실제로 일치하는지의 여부(ihre eigentliche Übereinstimmung mit dem Inhalt der Beweisaufnahme)가 심사되지 않을 위험이 있다.[854] 우리나라의 경우 증거에 대한 평가를 잘못한 경우 "판결에 이유를 붙이지 아니하거나 이유에 모순이 있는 때"(제361조 제11호)에 해당하는 것이 아니라 "사실의 오인이 있어 판결에 영향을 미칠 때"(제361조 제14호)에 해당하여 항소이유가 될 뿐만 아니라 제383조 제4호에 따라 상고이유가 된다고 보는 것이 타당하다.[855]

특히 상고심의 경우 우리나라가 사실심과 법률심을 명확히 구분하고 있다고는 하지만[856] 대법원은 "채증법칙위배" 또는 "심리미진" 등으로 인하여 결과에 영향을 미친 잘못이 있다거나 "사실오인의 위법"이 있다고 판단하여 파기환송하면서 실질적으로 사실판단을 하고 있는데 파기환송심은 실질적으로 원심의 판단에 제한을 가한다(예컨대 유죄의 취지로 혹은 무죄의 취지로 파기환송하는 경우를 흔치 않게 관찰하게 된다).[857] 그런데 상고심은 한편으로는 사실심 법관의 증거판단에 대한 합리성통제(Plausibilitätskontrolle der richterlichen Beweiswürdigung)[858]라는 관점에서 사실오

---

854) 이러한 비판으로는 Roxin/Schünemann[29] § 45 Rn. 44.

855) 독일의 경우 *Roxin/Schünemann*[29] § 55 Rn. 26; 일본의 경우 植村立郎, 「61. 論理則, 経験則違反」, 小林充·植村立郎, 『刑事事実認定重要判決５０選(下)』, 第2版, 立花書房, 2013, 397.

856) 대법원 2019.3.21. 선고 2017도16593-1 전원합의체 판결 다수의견 참조 : "… 상고심은 항소심까지의 소송자료만을 기초로 하여 항소심판결 선고 시를 기준으로 그 당부를 판단하여야 하므로, 직권조사 기타 법령에 특정한 경우를 제외하고는 새로운 증거조사를 할 수 없을뿐더러 항소심판결 후에 나타난 사실이나 증거의 경우 비록 그것이 상고이유서 등에 첨부되어 있다 하더라도 사용할 수 없다", "… 위 규정 및 법리를 종합해 보면, 상고심은 항소심판결에 대한 사후심으로서 항소심에서 심판대상으로 되었던 사항에 한하여 상고이유의 범위 내에서 그 당부만을 심사하여야 한다. 그 결과 항소인이 항소이유로 주장하거나 항소심이 직권으로 심판대상으로 삼아 판단한 사항 이외의 사유는 상고이유로 삼을 수 없고 이를 다시 상고심의 심판범위에 포함시키는 것은 상고심의 사후심 구조에 반한다. 이러한 점에서 이른바 '상고이유 제한에 관한 법리'(이하 '상고이유 제한 법리'라고 한다)는 형사소송법이 상고심을 사후심으로 규정한 데에 따른 귀결이라고 할 수 있다", "… 상고심은 항소심판결 자체에 여전히 위법이 있는 경우, 예를 들어 항소심이 제1심판결의 위법을 간과하고 항소기각 판결을 선고하거나 제1심판결을 파기 후 자판하는 항소심판결에 고유한 법령적용의 위법이 있는 경우에 직권심판권을 폭넓게 활용함으로써 최종적으로 이를 바로잡을 수 있다", "… 제1심 및 항소심과 상고심에 있어 심리절차상의 차이를 공판중심주의 및 실질적 직접심리주의의 정신에 비추어 살펴보면, 제1심법원이 법관의 면전에서 사실을 검토하고 법령을 적용하여 판결한 사유에 대해 피고인이 항소하지 않거나 양형부당만을 항소이유로 주장하여 항소함으로써 죄의 성부에 관한 판단 내용을 인정하는 태도를 보였다면 그에 관한 판단 내용이 잘못되었다고 주장하면서 상고하는 것은 허용될 수 없다고 보아야 한다".

857) 일본의 경우 大コンメンタール刑事訴訟法【第二版】, 第318条(渡辺), 530頁以下.

858) Roxin/Schünemann[29] § 55 Rn. 24, 25 ff.

인의 위법을 판단하고 다른 한편으로는 상고의 제한(Revisionseinschränkung)이라는 의미를 갖기 때문에[859][860] 이 한도 내에서는 사실심의 사실인정에 대한 심사는 제한을 받는다.

⑷ 마지막으로 법관이나 배심원은 허용되지 않는 증거를 심증형성에 고려하는 것이 허용되지 않는다는 것은 「형사소송법」에 정한 증거규칙들에 비추어 볼 때(제307조부터 제316조) 너무나 당연하다고 볼 수 있다(다만 탄핵증거로 사용될 수 있는 경우가 있다(제318조의2 제1항)). 그런데 이것을 법관이나 배심원에 대한 신뢰에만 기댈 것인가라는 문제가 제기된다. 왜냐하면 공판준비절차 또는 공판 더 나아가 강제처분을 명하는 때에 작성된 조서는 그 위조·변조 등이 문제되지 않는 한 당연히 증거능력(제311조(법원 또는 법관의 조서))과 증명력이 인정된다(제56조(공판조서의 증명력)). 허용되지 않는 증거의 증거능력을 부인하는 이유가 애초부터 재판에 그러한 증거가 현출되지 못하도록 함으로써 법관이나 배심원에게 해당 증거로 인한 예단을 방지하려는 것이라고 한다면 이것은 항소심, 상고심 혹은 재심 법관에 대해서도 동일하게 적용되어야 한다. 이러한 의미에서 허용되지 않는 증거가 고려되지 않도록 하기 위하여 애초부터 조서의 관련 내용을 삭제하도록 하는 방안도 고려할 만하다고 판단된다.

이와 관련하여 프랑스 「형사소송법」 제174조 제3항은 "무효가 된 예심수사 상 처분 또는 증거는 예심수사 기록에서 삭제하고 고등법원 사무국이 정리한다. 일부가 무효로 된 예심수사 상 처분 또는 증거는, 등본을 작성한 후에 무효 부분을 삭제하고, 고등법원 사무국이 정리한다. 무효가 된 예심수사 상 처분 또는 증거는 당사자를 공격하는 자료로서 이를 인용하는 것을 금지하며, 이를 어길 경우에 변호인 및 사법관은 징계절차에 회부된다"고 규정한 것은 시사하는 바가 크다고 볼 수 있다.

---

859) Roxin/Schünemann[29] § 55 Rn. 1.
860) 앞서 언급한 대법원 2019.3.21. 선고 2017도16593-1 전원합의체 판결 다수의견 참조.

제4절 | 소결: 자유심증주의의 의미의 변화

흔히 자유심증주의는 "법관이 형식적인 법률적 제한을 받지 않는다는 것을 의미"하는 것으로서 "어떤 증거를 취사선택하여 사실을 인정할 것인가가 법관의 자유판단에 맡겨져 있다"는 것을 의미한다고 설명된다.[861] 그 귀결로서 증거능력이 있는 증거라고 하더라도 증명력을 부인하여 채용하지 않을 수 있을 뿐만 아니라 증거들이 상호 모순되는 경우 어느 것을 채택할 것인가의 판단도 법관의 자유로운 판단에 맡겨져 있다.[862] 이것이 심급에 따라 사실인정이 달라지는 근본적인 이유가 되는 것도 사실이다.

그러나 자유심증주의는 역사적인 유래와는 달리 현대사회에서는 많은 변화를 겪고 있다. 즉 현대에 있어서 자유심증주의는 오히려 비판의 대상이 되어 법관의 "자유"보다는 "제한"이 보다 강조되고 있다.[863] 즉 역사적으로 법관을 법정증거로부터 자유롭게 한다는 의미보다는 오히려 법관의 증거판단의 자유에 대한 제한으로 그 초점이 이행하고 있다.[864] 이것은 법관도 인간으로서 오판의 위험에 항상 노출되어 있어서 추론상의 오류를 범할 수 있다는 데에 그 원인을 찾을 수 있으며[865] 동시에 법관의 재량의 축소와 법률에의 구속을 의미하게 된다.

이러한 의미에서 현행법은 법관의 합리적인 심증형성을 담보하기 위하여 ㉠ 제척·기피·회피제도를 통하여 객관적 사실인정을 담보할 수 없는 법관을 애초부터 재판에서 배제하고, ㉡ 공소장 외에 법관에게 예단을 초래할 우려가 있는 서류 등의 첨부 및 인용을 금지하는 한편(공소장일본주의), ㉢ 자백배제법칙이나 전문법칙을 통하여 채증과정에서 반대신문을 통한 특정 증거의 증거능력을 제한하는 한편 ㉣ 자백이 과도하게 신뢰되는 것을 방지하기 위하여 보강증거를 요구하고 있다(자백의 증명력의 제한). 그리고 ㉤ 사실인정의 사후통제를 위하여 유죄판결에 판결이유를 기재하는 한편, ㉥ 심급제도와 함께 특별구제절차(재심·비상상고 등)를 마련하고 있다.[866] ㉦ 또한

861) 이은모·김정환, 『형사소송법』(제7판), 591면.
862) 이은모·김정환, 『형사소송법』(제7판), 591면.
863) 白取祐司, 『刑事訴訟法』, 第9版, 日本評論社, 2017, 345頁.
864) 이 점을 매우 적절하게 지적하고 있는 것으로는 白取祐司, 前揭書, 345頁以下.
865) 白取祐司, 前揭書, 345頁.

과학기술의 발전은 사실인정에 많은 변화를 가져오게 되는데, 예컨대 「도로교통법」 제142조의2 제2항에 정한 음주운전의 혈중알코올농도로부터[867] 혈액형검사나 DNA 감정 등에 이르기까지 과학기술에 의하여 취득한 증거는 이제 사실인정에서 실질적으로 절대적인 효력을 가지게 되어(법관은 자유심증주의를 표방하여 이러한 과학적 증거도 "규범적으로" 판단할 수 있다고 주장하지만)[868] 이러한 증거를 규범적인 논거를 통하여 배척하는데 대해서는 많은 부담을 느끼게 되며 실질적으로는 법관의 자유심증주의에 대한 중대한 제한을 의미하고 있는 것이 사실이다. 이러한 의미에서 새로운 법정증거주의가 도래한 것은 아닌가라는 의문이 제기된다.

그런데 자유심증주의이든 아니면 합리적인 의심을 넘는 증명이든 이것은 직업법관에게만 요구되는 것이 아니라 유·무죄를 판단하여야 하는 한 국민참여재판에 참여하는 배심원에게도 동일하게 요구된다. 물론 심증의 정도를 나타내는 합리적인 의심을 넘는 증명은 영미법계 형사소송구조에서 본래 배심원의 유·무죄의 판단에서 요구되던 것이며 현재도 배심원의 판단의 합리성에 대한 신뢰는 원칙적으로 유지되고 있다. 그러나 애초부터 영미법계와 같은 당사자주의 소송구조 속에서는 모든 증거에 대한 개시(開示)와 탄핵이 자유로울 뿐만 아니라 경찰의 수사단계에서부터 피의자의 방어

---

866) 일본 「형사소송법」과 관련하여 상세한 것은 白取祐司, 前揭書, 346頁; 新·コメンタール刑事訴訟法, 第319条(白取), 908頁.

867) 그러나 우리나라 특가법상 위험운전치사상죄의 "음주 또는 약물의 영향으로 정상적인 운전이 곤란한 상태"(특가법 제5조의11)의 판단에서는 법관은 도로교통법상 혈중알코올농도에 기속되지 않고 자유심증주의에 따라 "정상적인 운전이 곤란한 상태"를 판단하여야 한다는 것이 판례의 입장이다. 대법원 2018.1.25. 선고 2017도15519 판결("음주로 인한 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(위험운전치사상)죄는 도로교통법 위반(음주운전)죄의 경우와는 달리 형식적으로 혈중알코올농도의 법정 최저기준치를 초과하였는지 여부와는 상관없이 운전자가 '음주의 영향으로 실제 정상적인 운전이 곤란한 상태'에 있어야만 하고, 그러한 상태에서 자동차를 운전하다가 사람을 상해 또는 사망에 이르게 한 행위를 처벌대상으로 하고 있는바, 이는 음주로 인한 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(위험운전치사상)죄는 업무상과실치사상죄의 일종으로 구성요건적 행위와 그 결과 발생 사이에 인과관계가 요구되기 때문이다(대법원 2008. 11. 13. 선고 2008도7143 판결 등 참조)"). 이와 관련하여 독일의 경우에도 같은 입장을 취한다. 즉 독일 판례는 혈중알코올농도는 음주운전에 대한 강력한 증거이기는 하지만 유일한 증거는 아니며 법관의 자유심증주의는 혈중알코올농도에 의하여 제한받지 않는다고 한다. BGH 4 StR 401/14 – Urteil vom 9. April 2015.

868) 단적인 예로 우리나라 형법 제17조에 정한 "인과관계" 규정과 관련하여 종래 과거의 독일의 인과관계론의 영향을 받아(대표적으로 Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 1996, S. 275 ff.에 소개된 인과관계에 관한 논의 참조) 자연과학적 인과관계 외에 흡사 별도로 "규범적 의미"의 인과관계가 존재하는 것과 같이 해석되기도 한다. 이러한 의미에서 인과관계론의 무용론을 주장되기도 한다(오영근, 『형법총론』(제3판), 박영사, 2014, 109면 이하).

권이 보장된다. 즉 합리적인 의심을 넘는 증명을 요구할 수 있는 전제조건부터 구별된다.

또한 여기에서 언급해 두어야 할 것은 과거 법정증거주의와 규문주의 하에서의 자백의 증거능력 및 증명력을 부인하기 위해서 도입되었던 자유심증주의는 이제 실질적인 자백조서로서 기능하는 조서재판의 관행에 의하여 침식당하고 있다는 점이다. 이러한 의미에서 조서재판은 "유사증거법정주의"[869]라고 비판받는 것도 근거없는 비판이라고 볼 수 없다.

이러한 문제를 더욱 심화시키는 것은 기소인부절차(arraignment)나 유죄답변협상(plea bargaining or plea of nolo contendere(I will not contest the charges))이다.[870] 최근 주요 외국의 입법례를 살펴보면 이 제도의 도입이 가속되고 있음을 알 수 있으며[871] 우리나라에서도 수사의 효율성제고를 위하여 그 도입이 요구되고 있는 것이 사실이다.[872] 그런데 여기에서 제기하고자 하는 것은 기소인부절차나 유죄답변협상의 위헌성 여부나 단순히 자백의 임의성을 둘러싼 문제가 아니라 바로 우리나라 형사소송구조에 조화될 수 있는가의 문제이다.

공판에서 피고인의 유죄의 답변(자백)이 있는 경우 사실심리 없이 바로 양형절차로 넘어가기 때문에 결국 자백만으로 (기타 보강증가가 없거나 경우에 따라서는 자백이 유일한 증거일 때에도) 유죄를 인정할 수 있게 되는데[873] 이것은 실질적으로 자백보강법칙을 부인하는 효과를 가지게 된다.[874] 더욱이 피고인은 공판의 불확실성을 회피할 수밖에 없기 때문에[875] 유죄답변협상의 제안은 강요된 자율적 자백이 될 위험이 크다. 이것은 미국의 경우 형사사건의 97-98% 이상이 유죄답변협상에 의하여 처리되고

---

869) 河上和雄·中山善房·古田佑紀·原田國男·河村 博·渡辺咲子〔編〕, 大コンメンタール刑事訴訟法【第二版】〔全１１巻〕: 第７巻 第316条の2～第328条, 青林書林, 2012, 第319条(中山善房), 517頁 (이하 "大コンメンタール刑事訴訟法【第二版】, 第○○○条(저자)"로 인용한다).

870) 이러한 비판으로는 大コンメンタール刑事訴訟法【第二版】, 第318条(渡辺), 516頁以下.

871) 앞서 유죄답변협상을 도입한 주요 입법례에 관하여 설명한 "제4장 제1절 서론" 참조.

872) 조국, "유죄답변협상 도입의 필요성과 실현 방안", 『저스티스』, 제90호(2006.4.), 한국법학원, 233면 이하; 이재학, "형사절차상 협상제도의 법적정당성 및 도입가능성에 대한 비교법적 검토 -미국(Plea Bargaining)과 독일(Verständigung) 제도를 중심으로-", 『일감법학』, 제36호(2017), 건국대학교 법학연구소, 250면 이하.

873) 이러한 비판에 대해서는 大コンメンタール刑事訴訟法【第二版】, 第319条(中山), 567頁.

874) 이은모·김정환, 『형사소송법』(제7판), 629면 이하.

875) Gilliéron, Gwladys, Public Prosecutors in the United States and Europe: A Comparative Analysis with Special Focus on Switzerland, France, and Germany, Springer, 2013, p. 106.

있다[876]는 것을 보더라도 쉽게 짐작할 수 있다.

더욱이 우리나라 형사소송구조는 소인을 다투는 것이 아니라 실체적 진실을 규명하는 것이라는 점에서 실체적 진실이 당사자의 처분권에 의하여 처분될 수 있는가라는 근본적인 문제에 직면하게 되고 과연 미국의 실무(형사사건의 97-98% 이상이 유죄답변협상에 의하여 처리되고 있는 상황)가 바로 우리나라 형사소송절차가 궁극적으로 나아가야 할 방향인가에 대해서도 신중한 검토가 필요하다.

876) Gilliéron, Gwladys, Public Prosecutors in the United States and Europe: A Comparative Analysis with Special Focus on Switzerland, France, and Germany, Springer, 2013, p. 104에 따르면 연방의 경우 2009년에 97%, 주의 경우 75개 대규모 카운티(county)를 조사한 결과 2006년에는 중범죄의 약 98.2%가 유죄답변협상에 의하여 해결되었다고 한다. 그리고 특히 Anoka 카운티의 경우 2006년부터 2009년까지 98%에 이른다고 한다. 그 밖에 Ross, Jacqueline E., The Entrenched Position of Plea Bargaining in United States Legal Practice, in: The American Journal of Comparative Law, Vol. 54, American Law in the 21st Century: U.S. National Reports to the XVIIth International Congress of Comparative Law(Fall, 2006), p. 717; 川出敏裕,「外国法の継受という観点から見た日本の刑事訴訟法と刑事手続き」, 早稲田大学比較法研究所 編,『日本法の中の外国法 ―基本法の比較法的考察―』, 2014, 291頁以下.

결 론

김 유 근

제5장

결 론

이상의 논의를 바탕으로 도출되는 객관적이고 공정한 사실인정을 위한 형사소송절차의 개선방안을 살펴보면 다음과 같다.

1. 형사소송법 편장체계 개편의 필요성 – 형사소송법에서의 "수사"의 독립성

⑴ 객관적이고 공정한 사실인정, 즉 실체적 진실의 규명은 비단 법관이나 배심원의 의무에 그치는 것이 아니라 이것은 애초부터 탄핵주의 형사소송구조에서의 국가의 거증책임, 무죄추정의 원칙, 검사에게 부과된 객관의무 등으로부터 귀결되는 의무로서 이미 수사단계에서의 검사의 의무에 속한다. 즉 검찰제도가 법관에 준하는 중립적인 지위에서 법관이 유·무죄를 판단하는 것과 마찬가지로 기소·불기소를 판단하여야 한다.

⑵ 현재 「형사소송법」이 제2편 "제1심" 하에 "수사"의 장으로 규정하고 있는 것은 검찰제도가 탄생하기 전의 예심판사제도나 현행 대륙법계의 수사(예심)판사제도에서는 몰라도 현행 형사소송구조와 조화되기 어렵다.

⑶ 증거재판주의 하에서 어떤 증거를 법관의 자유심증의 대상으로 정할 것인가의 문제는 제2편 "제1심" 제3장 "공판" 하에 "증거"의 절에 규정되어 있으나 ⑴에서 언급한 바와 같이 (수사의 주재자가 법관인 형사소송구조에서와는 달리) 증거의 허용성여부(증거능력)의 문제는 이미 수사의 방법론의 문제로서("위법하게 증거를 수집해서는 안 된다") 검사의 행동규범으로 규정되어 있을 필요가 있다. 이로써 증거의 절에 규정된 "공판"에서의 위법수집증거의 "증거능력"의 배제나 강요된 자백의 "증거능력"의 배제의 의미가 수사와의 연계 하에서 이해될 수 있게 된다. 그리고 더 나아가 행동규범

을 위반하여 위법하게 증거를 수집함으로써 법관·배심원의 심증형성의 저해하는 행위에 대한 책임을 추궁할 수 있는 근거가 될 수 있다.

⑷ 이와 관련하여 최근에 논란이 되는 형법상 피의사실공표행위(「형법」 제126조)는 단순히 직무상 기밀누설이나 피의자의 인권침해의 문제로 축소될 수 있는 문제는 아니며 오히려 법관·배심원의 판단에 영향을 미치는 행위로서 객관적인 사실인정을 저해하는 행위이다.

2. 객관적이고 공정한 사실인정을 위한 증거규칙의 개선방안

법관·배심원의 자유로운 심증형성은 증거에 의하여야 한다는 점에서(증거재판주의) 재판에 현출될 수 있는 증거를 어떻게 정할 것인가의 문제는 법관·배심원의 심증형성의 객관성 확보에 중요한 의미를 가진다(증거의 현출 자체가 자칫 법관·배심원에게 예단과 선입견을 심어줄 위험이 있다).

⑴ 그런데 재판에 현출하는 것이 허용되는 증거를 어떻게 정할 것인가와 그 방법은 직권탐지주의와 당사자주의 형사소송구조, 직접주의, 구두주의, 무죄추정의 원칙 등의 기본원칙들 중에서 무엇에 중점을 더 두느냐에 따라 결정된다.

⑵ 예컨대 증거개시 결정에 대하여 불복을 허용하지 않는 것은 다분히 법원 중심적인 형사소송구조라고 말할 수 있으나, 그렇다고 하여 이것이 직권탐지주의의 필연적인 귀결은 아니다. 마찬가지로 법원의 증거결정에 대하여 법령위반이 있는 경우가 아닌 한 이의신청을 할 수 없도록 하고(규칙 제135조의2 단서), 증거결정은 판결 전의 소송절차에 관한 결정에 해당하고 그리고 이에 대해 특히 즉시항고에 관한 규정이 없으므로 이에 대한 항고 역시 할 수 없는 것(법 제403조 제1항)도 다분히 법원 중심적인 것이다.

⑶ 그리고 제312조(검사 또는 사법경찰관의 조서 등), 제313조(진술서 등), 제316조(전문의 진술) 등은 전문의 증거임에도 불구하고 일정한 요건만 충족되면 당연히 증거능력을 인정하여 재판에 현출할 수 있도록 하고 있는데, 이것이 과연 직접주의의 예외인지 아니면 전문법칙의 예외인지에 대해서도 논란이 있으며, 일단 재판에 현출된 이들 증거들은 사후에 증거능력이 부인된다고 하더라도 자칫 법관·배심원에게 선입견과 예단을 심어줄 위험이 크기 때문에 그런 만큼 이들 증거들이 재판에 현출되

는 것에 신중을 기할 필요가 있다.

⑷ 피의자·피고인의 반대신문권과 변호인의 조력을 받을 권리, 특히 수사단계에서의 변호사의 입회권은 탄핵주의 형사소송구조에서 수사단계에서의 (방어권보장 외에) 실체적 진실의 왜곡의 방지를 위하여 그리고 공판단계에서는 교호신문을 통한 법관·배심원의 자유심증의 규제적인 통제를 가능하게 하기 위하여 필수적인 것이다. 따라서 변호사의 입회없는 상황 하에서의 피의자·피고인의 진술을 기재한 조서에 일정한 요건만 충족하면 당연히 증거능력을 인정하여 재판에 현출할 수 있도록 하는 것이 과연 정당한가에 대해서는 많은 의문이 제기된다.[877]

⑸ 「형사소송법」의 전문법칙에 관한 규정들은 작성자가 누구인지를 기준으로 하면서 피의자 또는 피고인이 진술한 경우를 우선 서술하고 있다. 그런데 진술을 대신하는 서면에 대하여 예외적으로 증거능력을 인정하는 규정에서는 그 내용이나 형식을 볼 때 전문법칙과 별개의 원칙에 의한 내용이 많이 들어있어 실질적으로는 전문법칙과 다른 원리가 지배하고 있다는 지적은 이미 오래전부터 존재하였다. 전문진술과 전문서류 모두 전문증거이기는 하나, 체계의 정합성 및 원칙과 예외의 관계를 분명히 하기 위해서는 진술증거에 대해 먼저 규정하고 전문법칙의 전형적 예외에 관하여 규정한 후 피의자신문조서에 관한 조문을 그 다음에 배치하는 방법을 생각해 볼 수 있다.

⑹ 공동연구진들 간에 가장 첨예한 논의가 이루어졌고, 그리고 현재 수사권조정논의와 관련해서도 중요한 관심사로 대두되고 있는 것이 바로 피의자신문조서의 증거능

---

877) 주요 외국의 입법례를 살펴보면 과거 피의자 및 피고인의 인권에 관심이 없었던 때에는 수사단계에서의 피의자 및 피고인의 진술은 당연히 증거능력이 인정되는 것으로 간주되었다. 예컨대 일본 「(구)형사소송법」(大正11.5.5.(1922))은 전문법칙과 관련해서는 피고인 외의 자의 진술에 관해서만 규정하고 있었기 때문에 (검사 및 사법경찰관리 작성) 피의자신문조서에는 당연히 증거능력이 인정된다는 점에 대해서는 의문을 가지지 않았다고 한다(일본 현행 「형사소송법」 제322조 참조)(이에 관한 상세한 연혁적 분석에 대해서는 김형만·김종구·와타나베(渡辺咲子), "일본 현행 「형사소송법」 중 증거법의 제정과정과 해석 -전문법칙을 중심으로-", 『형사법의 신동향』, 통권 제36호(2012.9.), 대검찰청, 318면 이하). 그러나 피의자 및 피고인의 인권보장이 주된 관심사가 되면서 그것이 경찰 수사단계에서(그것이 결찰수사단계이든 아니면 검찰 수사단계이든 간에) 변호인의 입회 하에서 이루어진 경우에 한하여 증거로서 활용될 수 있도록 하게 되었다. 이것은 수사관행에 많은 영향을 미치게 된다. 즉 검찰수사단계에서 변호인의 조력을 받을 권리의 고지가 경찰수사단계로까지 확대되고 변호사의 조력을 받을 권리는 경찰수사단계에서부터 법적으로 인정되기에 이르게 되었고 증인의 진술조서도 피고인의 반대신문권이 보장되는 한에서만 공판에서 증거로서 활용될 수 있도록 되어 있는 것이다.

력이다. 일각에서는 검사와 사법경찰관리 작성 피의자신문조서의 증거능력 요건의 차이가 흡사 검사에게 이른바 보다 강한 수사권력을 부여한 것이기 때문에 부당하다는 논거가 제시되기도 하지만 피의자신문조서의 문제는 그렇게 단순한 문제로 축소될 수 있는 것은 아니다. 즉 조서재판이 관례처럼 이루어지고 있는 현행 재판실무에서 피의자신문조서는 흡사 "자백"조서로서 기능하고 있다는 점에서 이미 자백배제법칙과 자백보강법칙과 조화되지 않을 뿐만 아니라 일정한 요건 하에서 당연히 증거능력이 부여됨으로써 (설령 나중에 피고인이 공판에서 이를 부인한다고 하더라도 이미 재판에 현출된) 해당 피의자신문조서에 의하여 법관·배심원에게 예단을 주게 되어 객관적이고 공정한 사실인정을 기대할 수 없게 만든다. 수사기관은 비진술증거의 확보방안으로서 수사의 효율성의 제고를 주장하기도 하지만 경우에 따라서는 공소유지를 위한 유일한 증거일 수도 있는 피의자신문조서의 중요성을 강조하고(후자의 경우에 따라서는 공소권 남용이 되는 것은 아닌지라는 의문이 제기될 수 있다) 그리고 법관은 형사소송법상 구두변론주의(「형사소송법」 제37조)에도 불구하고 인증보다는 서증을 선호함으로써 결국 소송경제의 가치를 우선하기도 한다. 따라서 단기적으로는 실무의 요구를 반영하여 검사 작성 피의자신문조서를 사법경찰관 작성 피의자신문조서의 수준으로 그 인정요건을 강화한다고 하더라도 장기적으로 피의자신문조서가 실무에서 실질적으로 자백조서로 활용되고 있다는 점을 고려하여 증거능력을 부인하는 방안도 생각할 수 있다. 그러나 이와 관련해서는 공동연구자들 간에 이견이 있기 때문에 여기에서는 그 결론을 미루고, 피의자신문조서에 관하여 서술한 공동연구자의 서술을 참조하기 바란다(제2장 제10절 "3. 개정안", "나.", 제12절 "5. 개정안").

(7) 진술의 임의성은 그 일관성과 함께 진술증거의 추인력(협의의 증명력, probative value)과 신용력(credibility)[878]을 결정한다는 점에서 법관·배심원의 자유심증에 많은 영향을 주는 것이 사실이다. 특히 증인들 간 혹은 피고인과 증인 간에 진술이 상반되거나 혹은 진술증거만이 재판에 제시되거나 혹은 결정적인 요인이 되는 경우 더욱 더 진술증거의 임의성은 중요한 의미를 가진다. 그런데 「형사소송법」 제317조는 피고인 또는 피고인 아닌 자의 진술의 임의성에 관하여 규정하면서 검사작성 피의자신문조서(제312조 제1항 및 제2항), 피고인 아닌 자의 신문조서(동조 제4항), 그 밖의 진술서등

878) 이 용어와 관련해서는 이은모·김정환, 『형사소송법』(제7판), 590면.

(제313조 제1항), 진술을 요하는 자가 공판준비기일 또는 공판기일에 출석하지 못한 경우의 진술(제314조), 그리고 전문의 진술(제316조)에서는 "특히 신빙할 수 있는 상태"[879]를 그 요건으로 하고 있는데 판례는 "그 진술을 하였다는 것에 허위 개입의 여지가 거의 없고, 그 진술 내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있는 경우를 가리킨다"고 해석하고 있는데 이 때 진술의 임의성을 정한 제317조와 "특히 신빙할 수 있는 상태"에서의 진술의 임의성의 관계가 문제된다.

또한 진술이 임의적으로 이루어져야 한다는 것은 제309조(강제 등 자백의 증거능력)나 진술의 임의성을 요구하는 "특히 신빙할 수 있는 상태"의 원칙이라는 점에서 과연 진술의 임의성을 정한 제317조가 이들 규정들 뒤에 위치하는 것이 타당한가라는 근본적인 문제가 제기된다.

3. 기타 증거규칙들의 적정성의 문제

형사소송법 외에 형사소송절차와 관련된 규정들이 각 특별법들에 산재함으로써 법적용에 있어서 많은 혼란을 야기할 뿐만 아니라, 무엇보다도 과학수사의 영역에서 사실인정을 위한 증거로서의 의미가 증대되고 있다는 현 시점에서 형사소송법의 기본원칙과의 정합성이 문제된다.

⑴ 영상녹화물과 관련하여 피의자뿐만 아니라 참고인 진술의 영상녹화의 기능을 적법절차 및 인권보호로 제한하는 한, 그에 부수하여 작성된 영상녹화물의 활용 역시 적법절차 및 진술의 임의성을 입증하는데 필요한 경우로 제한해야 할 것이다. 따라서 현행 형사소송법 규정과 같이 실질적 진정성립의 증명수단 또는 특신상태의 하나라고 할 수 있는 진술의 임의성을 증명하는 수단으로 한정해야 할 것이다.

⑵ 디엔에이 증거와 관련해서도 감정결과의 오류가능성을 배제할 수 있는 어떠한 규정도 명시되어 있지 않다. 따라서 오류가능성이 없음에 대한 반증가능한 추정으로 충분한가에 대해서는 신중한 검토가 필요하다.

⑶ 그리고 디지털 증거와 관련하여 현행법상 디지털 증거에 대해서도 작성자를

879) 대법원 2014.2.21. 선고 2013도12652 판결("'특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음에 대한 증명'은 단지 그러할 개연성이 있다는 정도로는 부족하고 합리적인 의심의 여지를 배제할 정도에 이르러야 한다고 할 것이다"); 대법원 2017.7.18. 선고 2015도12981, 2015전도218 판결.

특정할 수 있는 형식적 진정성립요건이 존재해야 한다면 디지털 형식에 맞는 형식적 진정성립요건을 별도로 규정할 필요가 있다고 할 것이다.

⑷ 기타 증거확보 방안으로 논의되는 것으로는 감청과 함정수사를 들 수 있는데 ① 감청과 관련해서는 긴급통신제한조치에 대한 법원의 사후통제의 결여가 독수과실의 원칙의 의미를 희석시킬 우려가 있으며, ② 함정수사와 관련해서는 함정수사를 도입하는 것이 국제적인 추세이기는 하지만, 그럼에도 불구하고 여전히 인권침해가능성에 대한 우려를 불식시키지 못하고 있다는 점은 쉽게 간과될 수 없다.

4. 법관·배심원의 객관적인 사실인정

직권탐지주의 형사소송구조에서 법관과 배심원은 공소사실이 실체적 진실과 일치하는지의 여부를 규명한다. 그러나 인간의 인식의 불완전성은 절대적인 확실성을 확인할 수 없다는 점에서 유죄에 대한 확신은 상대적일 수밖에 없다.

이러한 상황 하에서 기대할 수 있는 것은 법관·배심원이 예단을 갖지 않도록 심증형성과정에 절차적인 전제조건을 규정하는 소극적인 방식을 생각할 수 있다.

이러한 전제조건은 무엇보다도 ① 허용되지 않는 증거에 의하여 예단이나 선입견을 갖지 않도록 애초부터 법원에 현출되는 것이 허용되는 증거를 정하고(제2장과 제3장 참조), ② 무죄추정의 원칙에 의하여 유죄인정의 최소한의 하한을 정하는 한편(합리적인 의심을 넘는 증명), ③ 이때에도 유죄일 확률과 무죄일 확률의 산술적인 통계에 의하여 유죄의 심증의 정도를 정하는 것이 아니라 피고인이 무죄일 수도 있다는 가능성을 하나씩 제거해 나가면서 마지막에 그러한 가능성이 모두 배제되었을 때 비로소 무죄일 수 없다는 단정적인 가능성에서 합리적인 의심을 넘는 증명과 유죄의 심증의 정도를 찾을 수 있을 것이다.

이 때 무죄추정의 원칙은 유죄에 대하여 합리적인 의심을 가지는 자는 합리적인 의심을 가지지 않는 자에게 이유를 제시할 의무가 없으며 반대로 합리적인 의심을 가지지 않은 자가 합리적인 의심을 가지는 자에게 그 이유를 제시하여야 한다는 거증책임의 원칙을 제시해 준다.

그럼에도 불구하고 자유심증주의는 역사적인 유래와는 달리 현대사회에서는 많은

변화를 겪고 있다. 즉 현대에 있어서 자유심증주의는 오히려 비판의 대상이 되어 법관의 "자유"보다는 "제한"이 보다 강조되고 있다.

이러한 의미에서 법관과 배심원의 심증의 "자유"를 가장한 자의로 변질되지 않도록 하는 규제적인 장치가 필요한데, 무엇보다도 법관·배심원의 심증이 이른바 블랙박스가 되지 않도록 그 심증형성과정의 투명성을 확보할 필요가 있다. 그것이 바로 하급심 판결문의 공개, 상세한 판결이유의 설시 의무, 그리고 항소심 및 상고심의 검증가능성이라고 말할 수 있다.

참고문헌

1. 국내문헌

1) 학술지 논문

권순민, “공판준비기일의 합리적 운용방안에 대한 연구”, 『형사법연구』, 제20권 제1호(2008.봄.), 한국형사법학회, 167-190면.

권영법, “형사소송법상 탄핵규정에 대한 비판적 고찰 -미국 연방증거규칙상 탄핵관련 규정과의 비교·검토를 중심으로-”, 『형사법의 신동향』, 통권 제38호(2013.3.), 대검찰청, 57-97면.

권오걸, “현행 형사소송법과 개정 법률안에서의 공판준비절차의 검토”, 형사법연구 제25호(2006.여름.), 한국형사법학회, 355-378면.

김동준·오경식, “DNA 포렌식에 의한 DNA 증거의 증거능력에 관한 고찰”, 『피해자학연구』, 제26권 제1호(2018.4.), 한국피해자학회, 47-73면.

김성규, “DNA 정보의 데이터베이스화에 관한 법제의 의미와 형사정책적 과제”, 『형사정책연구』, 제23권 제1호(통권 제89호)(2012.3.), 한국형사정책연구원, 259-284면.

김성룡, “독일 형사소송법 최근 개정의 형사정책적 시사 –수사절차를 중심으로–”, 『형사정책』, 제29권 제3호(2017.12.), 한국형사정책학회, 247-275면.

김성룡, “독일·오스트리아·스위스 형법학자들의 형사증거법 개정안의 주요내용과 시사”, 『형사정책연구』, 제25권 제3호(2014.9.), 한국형사정책연구원, 245-273면.

김성진·이춘산, “자백증거의 증거능력에 관한 법해석론적 고찰”, 『중앙법학』, 제17집 제3호(2015.9.), 중앙법학회, 275-305면.

김용욱, “미국의 수사과정에서의 영상녹화제도 연구”, 『국외훈련검사 연구논문』(2017), 법무연수원.

김용효, “위법수집증거배제법칙과 그 적용예외에 관한 고찰 -미국의 판례를 중심으로

-”, 『법학논총』, 제26집 제3호(2009.9.), 한양대학교 법학연구소, 21-41면.
김재중, “‘합리적 의심 없는 증명’ 및 이에 대한 재판장의 효과적인 설명방안 - 대법원 2017.5.30. 선고 2017도1549 판결을 중심으로 -”, 『한양법학』, 제28권 제4호(2017.11.), 187-209면.
김정한, “궐석재판과 증거동의 의제에 관한 소고”, 『법학논고』, 제54집(2016.5.), 경북대학교 법학연구원, 77-106면.
김정한, “형사소송에서의 증거동의”, 『인권과 정의』, 통권 제349호(2005.9.), 대한변호사협회, 106-122면.
김태계, “자백의 보강증거능력”, 『법학연구』, 제6권 제2호(2008.12.), 경상대학교 법학연구소, 145-178면.
김태계, “증거동의와 증거능력에 관한 소고”, 『법학연구』, 제17권 제2호(2009.12.), 경상대학교 법학연구소, 41-64면.
김태업, “형사증거법상 영상녹화물에 관한 검토”, 『2016년도 법관연수 어드밴스과정 연구논문집』, 사법연수원, 2016, 23면.
김태헌, “법정에서 허위로 진술을 번복하는 상황에서 종전 진술을 제시하는 검사 작성의 피의자신문조서”, 『형사법의 신동향』, 제64호(2019.9.), 대검찰청, 109-148면.
김혁돈, “형사소송법 제309조의 해석에 있어 제308조의2와 제317조의 관계”, 『형사소송 이론과 실무』, 제8권 제1호(2016.6.), 한국형사소송법학회, 59-82면.
김현석, “공판중심주의 실현을 위한 법정심리절차”, 『사법』, 제3호(2008.3.), 사법연구지원재단, 71-159면.
김형만·김종구·와타나베(渡辺唉子), “일본 현행 형사소송법 중 증거법의 제정과정과 해석 - 전문법칙을 중심으로 -”, 『형사법의 신동향』, 통권 제36호(2012.9.), 318-355면.
김혜경, “과학적 증거의 무결성 보장을 위한 증거법적 개선방안 -DNA 정보수집에서의 보관의 연속성과 무결성을 중심으로-”, 『형사소송의 이론과 실무』, 제4권 제2호(2012.12.), 한국형사소송법학회, 139-168면.
김혜경, “유전자정보수집의 효율성과 정당성”, 『연세의료·과학기술과 법』, 제2권 제1호(2011.2.), 연세대학교 법학연구원 의료·과학기술과 법센터, 155-191면.
김희균, “형사소송법 제318조의2의 해석론 : 탄핵증거와 전문법칙의 관계”, 『성신법학』,

제6호(2007.2.), 성신여자대학교 법학연구소, 75-100면.

김희균, “형사증거법의 재조명(1): 전문법칙과 불일치진술”, 『홍익법학』, 제14권 제1호(2013.2.), 홍익대학교 법학연구소, 365-389면.

류부곤, “영상녹화물의 증거능력을 둘러싼 논의의 분석과 평가”, 『형사법연구』, 제31권 제2호(2019.6.), 한국형사법학회, 161-187면.

류성진, “디엔에이신원확인정보 이용 및 보호에 관한 법률 사건 -2011헌마28·106·141·156·326,2013헌마215·360(병합)-”, 『헌법판례연구』, 제16권(2015.6.), 한국헌법판례연구학회, 152-185면.

류화진, “위법수집증거와 증거동의”, 『영산법학논총』, 제11권 제2호(2014.12.), 영산대학교 법학연구소, 87-112면.

민영성, “공판중심주의와 공정한 재판”, 『법조』, 제593호(2006.2.), 법조협회, 94-126면.

민영성, “공판중심주의의 활성화 방안”, 한국형사법학회 2005년 하계학술대회(2005.6.25.) 자료집.

민영성, “형사증거개시제도의 바람직한 운용방향”, 『사법』, 제3호(2008.3.), 사법연구지원재단, 3-37면.

박소영·김성혜·강신각, “국외 전기통신 서비스 감청제도 시행동향”, 『주간기술동향』, 통권 제1332호(2008.2.), 정보통신연구진흥원.

박수희, “영상녹화물의 증거능력 -법무부 형사소송법개정안을 중심으로-”, 『한양법학』, 제24권 제1호(통권 제41집)(2013.2.), 한양법학회, 77-103면.

박찬주, “증거로 함에 대한 당사자의 동의”, 『대법원 판례해설』, 제10호(1988.12.), 법원행정처.

박희영, “수사목적의 암호통신감청의 허용과 한계”, 『형사정책연구』, 제29권 제2호(2018.6.), 한국형사정책연구원, 25-59면.

방경휘, “함정수사에 관한 형사소송법적 재검토”, 『고려법학』, 제93호(2019.6.), 고려대학교 법학연구원, 195-227면.

방경휘, “함정수사에 관한 형사소송법적 재검토”, 『고려법학』, 제93호(2019.6.), 고려대학교 법학연구원, 199면.

백형구, “증거동의, 증거부동의 : 학설비판에 대한 반론”, 『인권과 정의』, 통권 제351권(2005.11.), 대한변호사협회, 138-153면.

백형구, “피고인의 증거동의, 증거부동의에 관한 실무적, 이론적 고찰”, 『외법논집』, 제9집(2000.12.), 한국외국어대학교 법학연구소, 257면(다시 찾아봐야 함)

서보학, “피의자진술의 비디오녹화 도입에 따른 법정책적 검토 및 재판상 증거능력”, 『수사연구』(2004.4.), 수사연구사.

성낙현, “사개추위안의 증거개시제도에 대한 검토”, 『비교형사법연구』, 제8권 제1호(2006), 한국비교형사법학회, 437-462면.

손병현, “형사소송법상 자백에 대한 법칙과 사법적 통제”, 『법학연구』, 제16권 제4호(2016.12.), 한국법학회, 273-299면.

신동운, “공판절차에 있어서 피고인의 방어권보장”, 『서울대학교 법학』, 제44권 제1호(2003.3), 서울대학교 법학연구소, 141-181면.

신동운, “공판조서의 증명력과 그 제한가능성”, 『판례월보』, 제303호(1995.4.14.), 판례월보사, 33-41면.

신동운, “사법개혁추진과 형사증거법의 개정”, 『서울대학교 법학』, 제47권 제1호(2006), 107-132면.

신동운, “제정형사소송법의 성립경위”, 『형사법연구』, 제22호(2004), 159-221면.

신양균, “우리나라 형사소송법상 위법수집증거배제법칙”, 『형사법연구』, 제26권 제2호, (2014.6.), 한국형사법학회, 447-477면.

신양균, “헌법상 적법절차의 형사소송법에서의 구현”, 제1회 동아시아 형사사법 국제학술회의 -형사사법의 정비방안-(한국비교형사법학회·한국형사정책연구원 공동학술회의(2006.1.) 자료집).

신양균, “형사소송법의 개정방향”, 『법학연구』, 제32권(2011.6.), 전북대학교 법학연구소, 109-182면.

신이철, “참고인 진술조서의 증거능력 인정요건 -특히 전문법칙과의 관계에서-”, 『동아법학』, 제48호(2010.8.), 동아대학교 법학연구소, 363-395면.

심재무, “피의자진술의 법정현출방식과 조사자증언의 증거능력”, 『비교형사법연구』, 제12권 제1호(2010.7.), 한국비교형사법학회, 309-333면.

양동철, “진술서·진술녹취서의 증거능력”, 『경희법학』, 제48권 제3호(2013.3.), 경희대학교 법학연구소, 433-468면.

여은태, “프랑스의 통신제한 법제와 그 시사점”, 『법학논총』, 제35권 제1호(2018.3.), 한양대학교 법학연구소, 53-75면.

오경식, “공판조서의 증거능력에 대한 위헌여부에 대한 연구 -형사소송법 제315조 제3호 위헌소원-”, 『형사판례연구』, 제22권(2014.6.), 한국형사판례연구회, 421-452면.

오길영, “감청과 통신비밀의 갈등, 그리고 미래”, 『법과 정책연구』, 제16권 제2호(2016.6.), 한국법정책학회, 349-372면.

유주성, “프랑스 형사증거법상 증거자유주의에 관한 연구”, 『비교형사법연구』, 제16권 제2호(2014.12.), 한국비교형사법학회, 97-126면.

윤성진, “유전자 감식 증거의 통계적 확률과 자유심증주의의 한계 -STR 분석방법을 중심으로-”, 『2016년 법관연수 어드밴스 과정 연구논문집』, 사법연수원, 2016.

이삼, “자백의 보강법칙”, 『법조』, 제51권 제11호(2002.11.), 법조협회, 25-48면.

이동희, “수사과정 영상녹화제도에 대한 비교법제연구”, 『경찰법연구』, 제14권 제2호(2016.12.), 한국경찰법학회, 3-35면.

이동희, “형사소송법의 편장체계 전면개정의 필요성과 개정시론 -일본 형사소송법에 대한 비교검토를 포함하여-”, 『비교형사법연구』, 제21권 제1호(2019.4.), 한국비교형사법학회, 1-36면.

이성기, “디엔에이 증거의 해석의 오류가능성과 증거법적 대안”, 『형사정책』, 제23권 제2호(2011.12.), 한국형사정책학회, 351-385면.

이성대, “디엔에이신원확인정보의 형사상 활용에 따른 법률적 문제점과 개성방안 -미국의 CODIS 등 외국의 활용현황에 대한 고려를 기반으로-”, 『미국헌법연구』, 제27권 제2호(2016.8.), 미국헌법학회, 193-228면.

이성룡, “증거로 함에 대한 당사자의 동의”, 『재판자료』, 제22집(1984.9.), 317-349면.

이숙연, “디지털증거 및 그 증거능력과 증거조사방안 : 형사절차를 중심으로 한 연구”, 『사법논집』, 제53집(2011), 사법발전재단, 311-312면(다시 찾아봐야 함)

이승준, “형사소송법 제318조의2(탄핵증거)의 해석에 대한 소고”, 『한양법학』, 제23권 제3집(2012.8.), 한양법학회, 91-116면.

이영한, “새로운 형사소송법에서의 조서와 영상녹화”, 『법조』, 통권 제617호(2008.2.), 법조협회, 69-131면.

이완규, “개정 형사소송법상 증거개시제도”, 『형사법의 신동향』, 제10호(2007.10.), 대검찰청, 1-68면.

이완규, “개정 형사소송법에서의 수사절차상 진술의 증거능력”, 『형사법의 신동향』, 통권 제8호(2007.6.), 대검찰청, 1-61면.

이완규, “참고인진술 영상녹화물의 증거능력”, 『법조』, 제65권 제9호(Vol.720)(2016.12.), 법조협회, 39-95면.

이완규, “피고인의 경찰진술을 내용으로 하는 수사경찰관 증언의 증거능력”, 『저스티스』, 통권 제78호(2004.4.), 한국법학원,

이용식, “조사자증언제도에 대한 비판적 소고”, 『형사정책』, 제24권 제3호(2012.12.), 한국형사정책학회, 299-319면.

이윤제, “위법수집증거배제법칙의 적용기준에 관한 비교법적 연구”, 『형사판례연구』, 제18권, (2010.6.), 한국형사판례연구회, 412-453면.

이은모, “개정형사소송법상의 증거법칙에 대한 검토”, 『법학논총』, 제24권 제2호(2007.7.), 한양대학교 법학연구소, 289-308면.

이은모, “자백배제법칙의 근거와 임의성의 입증”, 『법학논총』, 제24집 제2호(2007.6.), 한양대학교 법학연구소, 151-171면.

이재상, “자백의 증거능력”, 『경희대학교 논문집』, 제15집(1986), 경희대학교, 119-130면.

이재학, “형사절차상 협상제도의 법적정당성 및 도입가능성에 대한 비교법적 검토 -미국(Plea Bargaining)과 독일(Verständigung) 제도를 중심으로-”, 『일감법학』, 제36호(2017), 건국대학교 법학연구소, 235-264면.

이주원, “디지털 증거에 대한 압수수색제도의 개선”, 『안암법학』, 제37권(2012.1.), 안암법학회, 151-199면.

이찬엽, “소송절차에 있어서 증거동의의 의미에 관한 연구”, 『비교형사법연구』, 제7권 제1호(2005.7.), 한국비교형사법학회, 291-312면.

이호중, “DNA법의 문제점과 위헌성 검토”, 『민주법학』, 제51호(2013.3.), 민주주의법학연구회, 223-262면.

이흔재, “미국의 휴대전화에 대한 통신감청 및 위치정보 확인수사의 법제 및 최근 판례에 대한 비교법적 연구”, 『법학논총』, 제31권 제3호(2019.2.), 국민대학교 법학연구소, 211-245면.

이흔재, “증거동의의 본질에 대한 역사적 고찰과 현대적 의의”, 『형사법연구』, 제28권 제1호(2016.3.), 한국형사법학회, 147-174면.

임철희, “함정수사”, 『형사법연구』, 제30권 제4호(2018.12.), 한국형사법학회, 135-168면.

정웅석, “영상녹화물의 증거능력 인정에 관한 연구 -법무부 개정안을 중심으로-”, 『형사법의 신동향』, 통권 제29호(2010.12.), 대검찰청, 114-237면.

정웅석, “전문증거의 의의에 따른 전문법칙의 적용범위”, 『형사법의 신동향』, 제49호(2015.12.), 대검찰청, 159-199면.

정한중, “변호인의 피의자신문 참여권과 증거개시 청구권”, 『외법논집』, 제27집(2007.8.), 한국외국어대학교 법학연구소, 453-478면.

조성용, “ “DNA 신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률”에 대한 비판적 검토”, 『형사정책연구』, 제21권 제3호(통권 제83호)(2010.9.), 한국형사정책연구원, 223-258면.

조성용, “디엔에이감식시료채취영장 발부 절차의 위헌성 : 헌재 2018.8.30. 2016헌마344, 2017헌마630(병합)결정”, 『형사정책연구』, 제30권 제1호(통권 제117호)(2019.3.), 한국형사정책연구원, 69-92면.

진상훈, “수사과정 영상녹화의 의무화와 영상녹화물의 증거능력”, 『형사법 실무연구』, 제123집(2011.12.), 법원도서관.

천진호, “개정 형사소송법상 형사피의자·피고인의 방어권 보장”, 『사법』, 제3호(2008.3.), 사법연구지원재단, 39-70면.

천진호, “피고인의 경찰 진술을 내용으로 하는 증언의 증거능력에 대한 재검토”, 『저스티스』, 통권 제84호(2005.4.), 한국법학원, 221-232면.

최병각, “특신상태의 증명정도”, 『비교형사법연구』, 제20권 제1호(2018.4.), 한국비교형사법학회, 147-169면.

최준혁, “직접심리주의에 대한 논의의 기초 -직접심리주의의 ‘전형적 예외’인 독일형사소송법 제251조의 검토-”, 『형사법의 신동향』, 제41호(2013.12.), 대검찰청, 156-183면.

최준혁, “형사소송에서의 직접심리주의의 의미”, 『법학연구』, 제36집(2012.9.), 전북대학교 법학연구소, 57-89면.

탁희성, “디지털 증거의 증거능력에 관한 소고”, 형사법제 전문검사 커뮤니티, 2014.

표성수, “형사소송에서 반대신문의 범위와 한계”, 『인권과 정의』, 통권 제420호(2011.9.), 대한변호사협회, 93-111면.

하태영, “개정 형사소송법 제308조의2 위법수집증거배제법칙의 법적 의미와 적용범위”, 『형사법연구』, 제19권 제4호(2007.1.), 한국형사법학회, 157-198면.
하태인, “형사소송법 제308조의2(위법수집증거배제법칙)의 해석”, 『형사정책연구』, 제25권 제4호(통권 제100호)(2014.12.), 한국형사정책연구원, 283-304면.
하태훈, “사인에 의한 증거수집과 그 증거능력”, 『형사법연구』, 제12권(1999.1.), 한국형사법학회, 25-46면.
한면수, “유전자자료은행의 필요성 및 세계 각국의 현황”, 『경찰학연구』, 제5호(2003.10.), 경찰대학, 199-236면.
한연규, “사법경찰관의 조사자증언과 수사상 진술의 증거활용”, 『형사법의 신동향』, 통권 제60호(2018.9.), 대검찰청, 215-291면.
한제희, “프랑스의 위법수집증거 취급방법 개관”, 『형사소송 이론과 실무』, 제3권 제2호(2011.12.), 한국형사소송법학회, 193-225면.
허일태, “피의자 비디오진술녹화와 인권과의 관계”, 『수사연구』(2004.4.), 수사연구사.
황만성, “DNA증거의 증거능력”, 『형사정책』, 제24권 제1호(2012.6.), 한국형사정책학회, 37-60면.

2) 학위 논문

강인숙, “형사절차에서 DNA 분석에 대한 규범적 통제”, 전북대학교 박사학위논문, 2004.
김두상, “위법수집증거배제법칙의 적용범위에 관한 연구”, 경상대학교 박사학위논문, 2012.
김현숙, “피의자신문조서와 영상녹화물의 증거능력에 관한 연구”, 서울대학교 박사학위논문, 2008.
이진구, “통신비밀의 보호범위와 한계에 관한 헌법상 연구 : 통신비밀보호법을 중심으로”, 성균관대학교 박사학위논문, 2017.

3) 단행본

권오걸, 『전문법칙연구』, 경북대학교 출판부, 2014.
권오걸, 『형사소송법』, 형설출판사, 2010.

김성돈, 『형법각론』(제4판), 성균관대학교 출판부, 2016.
김인회, 『형사소송법』, 피앤씨미디어, 2015.
김인회, 『형사소송법』(제2판), 피앤씨미디어, 2018.
한국형사소송법학회, 『형사소송법 핵심판례 110선』(제3판), 박영사, 2017.
김희옥·박일환(편집대표), 『주석 형사소송법 I』(제5판), 한국사법행정학회, 2017.
김희옥·박일환(편집대표), 『주석 형사소송법(Ⅲ)』(제4판), 한국사법행정학회, 2009.
김희옥·박일환(편집대표), 『주석 형사소송법(Ⅲ)』(제5판), 한국사법행정학회, 2017.
노명선·이완규, 『형사소송법』(제5판), 성균관대학교 출판부, 2017.
독일법연구회, 『독일 형사소송법』, 사법발전재단, 2017.
배종대·이상돈·정승환·이주원, 『신형사소송법』(제5판), 홍문사, 2013.
배종대·이상돈·정승환·이주원, 『형사소송법』(제2판), 홍문사, 2016.
배종대·홍영기, 『형사소송법』, 홍문사, 2018.
백형구, 『형사소송법』, 법원사, 2012.
三井誠·酒券匡(신동운 역), 『입문 일본형사소송법』, 법문사, 2003.
손동권·신이철, 『새로운 형사소송법』, 세창출판사, 2013.
손동권·신이철, 『새로운 형사소송법』(제4판), 세창출판사, 2019.
신동운, 『신형사소송법』(제4판), 법문사, 2012.
신동운, 『신형사소송법』(제5판), 법문사, 2014.
신동운, 『효당 엄상섭 형사소송법논집』, 서울대학교 출판부, 2005.
신양균, 『형사소송법』(신판), 화산미디어, 2009.
신현주, 『형사소송법』(신정2판), 박영사, 2002.
심희기·양동철, 『쟁점강의 형사소송법』(제3판), 삼영사, 2012.
아서 베스트(형사법연구회 옮김), 『미국증거법』, 탐구사, 2009.
오영근, 『형법총론』, 제3판, 박영사, 2014.
이완규, 『형사소송법 연구 I』, 탐구사, 2008.
이은모·김정환, 『형사소송법』(제7판), 박영사, 2019.
이재상, 『신형사소송법』(제2판), 박영사, 2008.
이재상·조균석, 『형사소송법』(제12판), 박영사, 2019.
이주원, 『형사소송법』, 박영사, 2019.
이창현, 『형사소송법』(제3판), 피앤씨미디어, 2017.

이창현, 『형사소송법』(제4판), 피앤씨미디어, 2018.
이창현, 『형사소송법』(제5판), 정독, 2019.
임동규, 『형사소송법』(제10판), 법문사, 2014.
정승환, 『형사소송법』, 박영사, 2018.
정웅석·백승민, 『형사소송법』(전정증보제5판), 대명출판사, 2014.
정웅석·최창호, 『형사소송법』, 대명출판사, 2018.
조국, 『위법수집증거배제법칙』, 박영사, 2005.
조국현, 『미국증거법』, 진원사, 2019.
주광일, 『전문법칙연구』(제3판), 법전출판사, 1986.
차동언, 『형사증거법 I -공판중심주의와 전문법칙-』, 법문사, 2007.
차용석·최용성, 『형사소송법』(제4판), 21세기사, 2013.
히라라키 토키오(조균석 역), 『일본형사소송법』, 박영사, 2012.

4) 연구보고서

권창국 외, 『DNA DB운영의 경제적 효용성 평가인자 조사연구』, 대검찰청 연구용역보고서.
김성천·이종영·김종천, 『통신비밀보호법 개정방안에 대한 연구』, 대검찰청 연구용역보고서 부록, 2008.
박학모·김유근·허상구·형법총칙개정안평가연구회·괴팅엔대학교 형법학연구소, 『형사정책과 사법제도에 관한 평가연구(VI): 형법총칙 개정안에 관한 국제비교·평가연구』, 한국형사정책연구원, 2012.
사법제도개혁추진위원회, 『사법제도개혁추진위원회 백서(상) -사법선진화를 위한 개혁-』, 2006.
신양균 편저, 『형사소송법 제개정 자료집(상)』, 한국형사정책연구원, 2009.
신양균 편저, 『형사소송법 제개정 자료집(하)』, 한국형사정책연구원, 2009.
이승현, 『참여재판제도와 공판전준비절차』, 한국형사정책연구원, 2006.
이원상, 『프라이버시와 범죄통제의 균형을 위한 통신수사 법체계 마련』, 대검찰청 연구용역보고서, 2015.
탁희성·백광훈, 『수사상 녹음녹화자료의 증거능력 부여방안』, 법무부 연구용역보고서, 2003.

하태훈·강동범, “정보화사회에서의 범죄에 대한 수사와 재판”, 『정보화사회에 대비한 일반법연구(II)』, 정보통신정책연구원, 1998.
형사소송법 개정특별위원회, 『형사소송법 개정연구』, 연구총서10-14, 한국형사정책연구원, 2010.
형사소송법 개정특별위원회, 『형사소송법 개정연구』, 한국형사정책연구원, 2011.

5) 국가기관 발행 자료

국가인권위원회, 『사이버수사 및 디지털 증거수집 실태조사』, 2012.
김유근·Lee, Stella Jee-min, 『신임검사 교육을 위한 합리적 의심을 넘는 증명의 의미 및 미국·독일의 사례 연구』, 법무연수원, 2011(http://www.nl.go.kr/nl/search/bookdetail/online.jsp?contents_id=CNTS-00067373935&topF1=title_author&kwd=%EC%8B%A0%EC%9E%84%EA%B2%80%EC%82%AC%EB%A5%BC+%EC%9C%84%ED%95%9C&dan=&yon=&disabled=&media=&web=&map=&music=&etc=&archive=&cip=&kolisNet=&korcis=; 검색일: 2019년 10월 1일).
대검찰청, 『증거개시 및 공판준비절차』, 2007.
독일법연구회, 『독일 형사소송법』, 사법발전재단, 2017.
맞춤형 법제정보, “영국의 통신감청기간 및 연장에 관한 법제 현황 및 내용”, 『최신 외국법제정보』(2010.8.), 한국법제연구원.
법무부, 『개정 형사소송법』, 2007.
법무부, 『독일 형사소송법』, 2012.(http://www.moj.go.kr/moj/431/subview.do?enc=Zm5jdDF8QEB8JTJGYmJzJTJGbW9qJTJGMTc1JTJGNDIzMzAyJTJGYXJ0Y2xWaWV3LmRvJTNG; 검색일: 2019년 5월 30일).
법무부, 『中國刑事法』, 2008.3(http://www.moj.go.kr/moj/418/subview.do?enc=Zm5jdDF8QEB8JTJGYmJzJTJGbW9qJTJGMTY0JTJGMjQxNTU2JTJGYXJ0Y2xWaWV3LmRvJTNG; 검색일: 2019년 5월 30일).
법무부, 『프랑스 형사소송법』, 2011.11.(www.moj.go.kr/bbs/moj/175/319194/download.do; 검색일: 2019년 5월 30일).
법무부, 『프랑스 형사소송법』, 2015.
법원행정처, 『2008 대법원규칙 제·개정 자료집(형사소송규칙, 국민의 형사재판 참여에

관한 규칙)』, 2008.
법원행정처, 『법원실무제요 형사(II)』, 1998.
법원행정처, 『법원실무제요 형사(II)』, 2014.
법원행정처, 『새로 쓰는 증거조사 : 공판중심주의의 실천적 증거조사 방법론』, 2007.
법원행정처, 『새로운 형사재판의 이해』, 법원행정처, 2007.
법원행정처, 『형사소송법 개정법률 해설』, 2007.
한국인터넷진흥원, "독일 연방헌법재판소, 연방범죄수사청법의 테러방지를 위한 통신 감청권 등 일부위헌판결", 『월간 인터넷 법제동향』, 제103호(2016.4.).

2. 국외문헌

1) 영미 및 독일 문헌

Anja Schiemann, "Effectivere und praxistauglichere Ausgestaltund des Strafverfahrens? Was von der großen StPO-Reform übriggeblieben ist", KriPoZ 6. 2017.
Arthur Best, Evidence(8th ed), Wolters Kluwer, 2012.
BeckOK StPO/Ganter, 32. Ed. 1.1.2019, StPO § 256 Rn. 1-3.
Beulke, Werner/Sowada, Sabine, Strafprozessrecht, 14. Auflage, C.F. Müller, 2018("Beulke/Sowada14"로 인용한다).
Blackstone, William, Commentaries on the Laws of England(Oxford, 1769), vol. IV(Of Public Wrongs)(with an Introduction by Thomas A. Green), Chicago/London, 1979.
Brown, Darry K./Turner, Jenia I./Weisser, Bettina ed., The Oxford Handbook of Criminal Process, Oxford University Press, 2019.
Chalmers, Alan F., Wege der Wissenschaft: Einführung in die Wissenschaftstheorie(english original: A.F. Chalmers, What is This Tiling Called Science?, University of Queensland Press, St. Lucia, Queensland, 1999)(Herausgegeben und übersetzt von Niels Bergemann und Christine Altstotter-Gleich), 6. Auflage, Springer, 2007.

Cornelius, NStZ 2008, 248.

Diesen, Christian, Beyond Reasonable Doubt: Standard of Proof and Evaluation of Evidence in Criminal Cases, in: Scandinavian in Law – Law Theory, Vol. 40(2000), pp. 169-180.

Drippst, Donald A., The Constitutional Status of the Reasonable Doubt Rule, in: California Law Review, vol. 75, 1987, p. 1665-1718.

Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 8. Aufl., C.H.Beck 2013, Rn. 63ff.

Fabrizy, StPO, 12. Aufl., Manz 2014, §252 Rz. 1.

Geppert, Klaus, Die Peinliche Halsgerichtsordnung Karls V.(die »Carolina«), in: Juristische Ausbildung(JA) 2015(2), S. 143-153.

Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens(https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Gesetz_zur_effektiveren_und_praxistauglicheren_Ausgestaltung_des_Strafverfahrens.pdf?__blob=publicationFile&v=1; 검색일: 2019년 6월 13일).

Gialuz, Matja/Lupária, Luca/Scarpa, Federica ed., The Italian Code of Criminal Procedure: Crirical Essays and English Translation, 2 Edition, Wolters Kluwer/CEDAM, 2017.

Gilliéron, Gwladys, Public Prosecutors in the United States and Europe: A Comparative Analysis with Special Focus on Switzerland, France, and Germany, Springer, 2013.

Graham C. Lilly et al, 『Principles of Evidence』, Thomson Reuters, 2009.

Grünwald, Das Beweisrecht der Strafprozeßordnung, Nomos 1993, S. 114.

Herdegen, Gerhard, Bemerkungen zur Beweiswürdigung, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht(NStZ), 1987, S. 193-199.

Herdegen, Gerhard, Strafrichterliche Aufklärungspflicht und Beweiswürdigung, in: Neue Juristische Wochenschrift(NJW), 2003, S. 3513-3516.

http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/23/pdfs/ukpga_20000023_en.pdf; 검색일: 2019년 8월 15일.

Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas, Lehrbuch des Strafrechts

Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 1996.

Kaufmann, Armin, Tatbestandsmäßigkeit und Verursachung im Contergan-Verfahren: Folgerungen für das geltende Recht und für die Gesetzgebung, in: Juristenzeitung(JZ), 1971, S. 569-576.

Kim, Yookeun, Individuelle und kollektive Zurechnung: Schwierigkeiten mit der Bestrafung von Unternehmern und Unternehmen, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2007.

Klamberg, Mark, Evidence in International Criminal Trials: Confronting Legal Gaps and the Reconstruction of Disputed Events, Marinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2013.

Kühne, Hans-Heiner, Strafprozessrecht: Eine Systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts, 9. Auflage, C.F. Müller, 2015("Kühne9"로 인용한다).

Kühne, Strafprozessrecht, 9. Aufl., C.F.Müller 2015, Rn. 1233.

Kunz, Karl-Ludwig, Tatbeweis jenseits eines voernünftigen Zweifels: Zur Rationalität der Beweiswürdigung bei der Tatsachenfeststellung, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft(ZStW), vol. 121(2000), S. 572-606.

Küper, Wilfried, Historische Bemerkungen zur „freien Beweiswürdigung" im Strafprozeß, in: Wasserburg, Klaus/Haddenhorst, Wilhelm(Hrsg.), Wahrheit und Gerechtigkeit im Strafverfahren: Festgabe für Karl Peters aus Anlass seines 80. Geburtstages, C. F. Müller, Heidelberg, 1984, S. 23-46("Küper FG-Peters"로 인용한다).

Lippke, Richard L., Fundamental Values of Criminal Procedure, in: Brown, Darry K./Turner, Jenia I./Weisser, Bettina ed., The Oxford Handbook of Criminal Process, Oxford University Press, 2019, p. 25-42.

Luo, Wei, Amended and Annotated Criminal Procedure Law of the People's Republic of China with Official Interpretations(Chinese Law Series v. 16), Second Edition, William S. Hein & Co., Inc., 2018.

Luo, Wei, The Amended Criminal Procedure Law and the Criminal Court Rules

of the People's Republic of China: with English Translation, Introduction, and Annotation(Chinese Law Series v. 3), William S. Hein & Co., Inc., Buffalo/New York, 2000.

Michael H. Graham, Federal Rules of Evidence, West Academic Publishing, 2015, p.479).

National District Attorneys Association(NDAA), National Prosecution Standards, 3 Edition, 2009(https://ndaa.org/wp-content/uploads/NDAA-NPS-3rd-Ed.-w-Revised-Commentary.pdf; 검색일: 2019년 6월 11일).

Niggli, Marcel Alexander/Heer, Marianne/Wiprächtiger, Hans(Hrsg.), Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, I(Art. 1-195 StPO), II(Art. 196-457 StPO, Art. 1-54 JStPO), 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2017("BSK StPO2-저자"로 인용한다).

Paley, William, The Principles of Moral and Political Philosophy(1785)(Foreword By D . L . Le Mahieu), Liberty Fund, Indianapolis, 2002(http://lf-oll.s3.amazonaws.com/titles/703/0158_LFeBk.pdf; 검색일: 2019년 6월 15일).

Peters, Julia, Urteilsabsprachen im Strafprozess: Die deutsche Regelung im Vergleich mit Entwicklungen in England & Wales, Frankreich und Polen, Göttinger Studien zu den Kriminalwissenschaften Band 13, 2011(https://oapen.org/download?type=document&docid=610198; 검색일: 2019년 7월 31일).

Roberts, Paul/Zuckerman, Adrian, Criminal Evidence, 2nd Edition, Oxford University Press, 2010.

Ronald J. Allen et al,『Evidence - Text, Problems, and Cases -』, Aspen Publishers, 2006.

Ross, Jacqueline E., The Entrenched Position of Plea Bargaining in United States Legal Practice, in: The American Journal of Comparative Law, Vol. 54, American Law in the 21st Century: U.S. National Reports to the XVIIth International Congress of Comparative Law(Fall, 2006), pp. 717-732.

Roxin, Claus, Strafverfahrensrecht: Ein Studienbuch, 25. Auflage, C.H. Beck, München, 1998("Roxin25"로 인용한다).

Roxin, Claus/Schünemann, Bernd, Strafverfahrensrecht: Ein Studienbuch, 29. Auflage, C.H. Beck, München, 2017("Roxin/Schünemann29"로 인용한다).

Roxin·Schünemann, Strafverfahrensrecht, 29. Aufl., C.H.Beck 2017, 46/1.

Schmidt, Everhard, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Auflage, Vandenheck & Ruprecht, Göttingen, 1995.

Schroeder, Friedrich-Christian(Hrsg.), Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. und des Heiligen Römischen Reichs von 1532(Carolina), Reclam, 2014.

Shapiro, Barbara J., Beyond Reasonable Doubt and Probable Cause: Historical Perspectives on the Anglo-American Law of Evidence, University California Press, Berkeley/Los Angeles/London, 1991.

Shealy Jr, Miller W., A Reasonable Doubt About "Reasonable Doubt", in: Oklahoma Law Review, vol. 65 Nr. 2(2013), p. 225-302(https://digitalcommons.law.ou.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1082&context=olr; 검색일: 2019년 10월 15일).

Stuckenberg, Carl-Friedrich, Untersuchungen zur Unschuldsvermutung, de Gruyter, Berlin/New York, 1998.

The American Law Institute, Model Penal Code and Commentaries, Part 1, §§ 1.01 to 2.13, 1985.

Walter, Gerhard, Freie Beweiswürdigung – Eine Untersuchung zu Bedeutung, Bedingungen und Grenzen der freien richterlichen Überzeugung, J.C.B. Mohr, Tüningen, 1979.

Wayne R. LaFave·Jerold H. Israel·Nancy J. King, Criminal Procedure(3rd Ed.), West, 2000, p.318.

Weigend, "Evidence Law im anglo-amerikanischen Strafverfahren", in: Fischer (Hrsg.), Beweis, Nomos 2019, 253.

Whitman, James Q., Origins of Reasonable Doubt: Theological Roots of the Criminal Trial, Yale University Press, New Haven/London, 2008.

Winsel, Der Zeuge vom Hörensagen im deutschen und US-amerikanischen Strafprozessrecht, Duncker & Humblot 2018, S. 103.

Winsel, Der Zeuge vom Hörensagen im deutschen und US-amerikanischen Strafprozessrecht, Duncker & Humblot, 2018, S. 23.

2) 일본 및 중국 문헌

『河上和雄先生古希祝賀論文集』, 青林書院, 2003.

Luo, Wei, Amended and Annotated Criminal Procedure Law of the People's Republic of China with Official Interpretations(Chinese Law Series v. 16), Second Edition, William S. Hein & Co., Inc., 2018, 法務省大臣官房司法法制部,『中華人民共和国刑事訴訟法(2013年１月１日施行)』,『法務資料』, 第463号, 2013(http://www.moj.go.jp/content/000115369.pdf; 검색일: 2019년 5월 30일)

岡村志嘉子,「【中国】刑事訴訟法の改正」,『外国の立法』, No.278-2(2019.2.), 22-23頁(http://dl.ndl.go.jp/view/download/digidepo_11239713_po_02780210.pdf?contentNo=1; 검색일: 2019년 5월 30일).

独立行政法人 日本貿易振興機構(ジェトロ) 北京事務所 知識産権部編,『中華人民共和国刑事訴訟法(改正)(2013年1月1日施行)』, 2013(https://www.jetro.go.jp/ext_images/world/asia/cn/ip/law/pdf/regulation/20130101_2.pdf; 검색일: 2019년 5월 30일)

鈴木茂嗣,「刑事訴訟法改訂版」, 青林書院, 1990.

未井誠史,「DNA型データベースをめぐる論点」,『レファレンス』, 722(2011.3.), 國立國會圖書館, 6頁.

白取祐司,『刑事訴訟法』, 第9版, 日本評論社, 2017.

法務省,『取調べの録音・録画制度等に関する国外調査結果報告書』, 2011.8.(http://www.moj.go.jp/content/000077868.pdf; 검색일: 2019년 4월 17일).

別冊付録 刑法改正条文対照表,『法律時報』, 通巻第584号 9月号, 日本評論社, 1976.

小林充・植村立郎,『刑事事実認定重要判決５０選(上)』, 第2版, 立花書房, 2013.

小林充・植村立郎,『刑事事実認定重要判決５０選(下)』, 第2版, 立花書房, 2013.

植村立郎,「61. 論理則, 経験則違反」, 小林充・植村立郎,『刑事事実認定重要判決５０選(下)』, 第2版, 立花書房, 2013, 391-408頁.

植村立郎,「実践的な刑事事実認定と情況証拠(概論)」, 小林充・植村立郎,『刑事事実認定

重要判決５０選(上)』, 第2版, 立花書房, 2013, 1-30頁.
植村立郎, 実践的刑事事実認定と情況証拠, 第3版, 立花書房, 2016.
田口守一·張凌, 「中華人民共和国新旧刑事訴訟法対照」, 『比較法学』, 31(1), 1997.7., 347-418頁.
田口守一·張凌, 「中華人民共和国新旧刑事訴訟法対照」, 『比較法学』, 31(1), 1997.7, 347頁以下
佐藤文哉, 「公訴事実の同一性に関する非両立性の基準について」, 『河上和雄先生古希祝賀論文集』, 青林書院, 2003, 251-272頁.
酒巻 匡, 「刑事訴訟法」, 有斐閣, 2015, 326頁도 참조.
中川孝博, 「「合理的疑い」の果たすべき機能」, 『季刊 刑事弁護』, 17/2001, 44-49頁.
池田 修·前田雅英, 「刑事訴訟法講義」, 東京大學出版會, 2012, 449頁).
川出敏裕, 「外国法の継受という観点から見た日本の刑事訴訟法と刑事手続き」, 早稲田大学比較法研究所 編, 『日本法の中の外国法 —基本法の比較法的考察—』, 2014, 279-296頁.
最高裁判所事務総局, 『新刑事訴訟法刑事訴訟規則旧刑事訴訟法対照條文』, 『刑事裁判資料』, 第11号, 1948.1.1.
河上和雄·中山善房·古田佑紀·原田國男·河村 博·渡辺咲子〔編〕, 『大コンメンタール刑事訴訟法【第二版】〔全１１巻〕』, 青林書林, 2010-2017(이하 "大コンメンタール刑事訴訟法【第二版】, 第〇〇〇条(저자)"로 인용한다).
後藤昭·白取祐司, 『新·コメンタール刑事訴訟法』, 第3版, 日本評論社, 2018(이하 "新·コメンタール刑事訴訟法, 第〇〇〇条(저자)"로 인용한다).
後藤昭·白取祐司, 『新·コメンタール刑事訴訟法』, 第3版, 日本評論社, 2018(이하 "新·コメンタール刑事訴訟法, 第〇〇条(저자)"로 인용한다).

3. 기타

1) 인터넷 자료

American Bar Association(ABA), Criminal Justice Standards for the Prosecution Function(2018.11.12.)(https://www.americanbar.org/groups/criminal_ju

stice/standards/ProsecutionFunctionFourthEdition/; 검색일: 2019년 6월 11일).

American Bar Association(ABA), Model Rules of Professional Conduct(2018.12.4.), Rule 3.8: Special Responsibilities of a Prosecutor(https://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_rules_of_professional_conduct/; 검색일: 2019년 6월 11일).

http://elaws.e-gov.go.jp/search/elawsSearch/elaws_search/lsg0500/detail?lawId=321CONSTITUTION#108; 검색일: 2019년 6월 25일.

http://elaws.e-gov.go.jp/search/elawsSearch/elaws_search/lsg0500/viewContents?lawId=323AC0000000131_20170713; 검색일: 2019년 6월 25일.

http://www.gesetze-im-internet.de/stpo/index.html; 검색일: 2019년 6월 25일.

http://www.gov.cn/guoqing/2018-03/22/content_5276318.htm; 검색일: 2019년 6월 25일.

http://www.law.go.kr/lsInfoP.do?lsiSeq=179025&efYd=20170707#; 검색일: 2019년 8월 18일)

http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/23/pdfs/ukpga_20000023_en.pdf; 검색일: 2019년 8월 15일.

http://www.moj.go.jp/content/001149703.pdf; 검색일: 2019년 6월 17일.

http://www.moj.gov.cn/Department/content/2019-01/16/592_226961.html; 검색일: 2019년 6월 25일.

https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/729863/pace-code-ef-2018.pdf; 검색일: 2019년 7월 10일.

https://code.dccouncil.us/dc/council/code/sections/5-116.03.html; 검색일: 2019년 8월 20일.

https://codes.findlaw.com/il/chapter-725-criminal-procedure/il-st-sect-725-5-103-2-1.html; 검색일: 2019년 8월 20일.

https://codes.findlaw.com/tx/code-of-criminal-procedure/crim-ptx-crim-pro-art-38-22.html; 검색일: 2019년 8월 20일.

https://elaws.e-gov.go.jp/search/elawsSearch/elaws_search/lsg0500/detail?lawI

d=411AC0000000137; 검색일: 2019년 8월 14일.

https://justice.org.uk/regulation-investigatory-powers-act-2000/; 검색일: 2019년 8월 15일.

https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/d-3.8/page-2.html#h-173689; 검색일: 2019년 6월 27일.

https://oig.justice.gov/reports/FBI/a0632/laws.htm; 검색일: 2019년 6월 27일.

https://statutes.capitol.texas.gov/Docs/CR/htm/CR.38.htm; 검색일: 2019년 8월 20일.

https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20052319/index.html; 검색일: 2019년 9월 25일.

https://www.alrc.gov.au/publications/44-criminal-proceedings/admissibility-unlawfully-obtained-dna-evidence; 검색일: 2019년 7월 1일.

https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/2018-10/en201025qpc.pdf; 검색일: 2019년 8월 5일.

https://www.digital-detective.net/digital-forensics-documents/ACPO_Good_Practice_Guide_for_Digital_Evidence_v5.pdf; 검색일: 2019년 9월 30일.

https://www.fbi.gov/services/laboratory/biometric-analysis/codis; 검색일: 2019년 6월 27일.

https://www.gesetze-im-internet.de/g10_2001/__4.html; 검색일: 2019년 10월 1일.

https://www.gov.uk/government/publications/protection-of-freedoms-act-2012-dna-and-fingerprint-provisions/protection-of-freedoms-act-2012-how-dna-and-fingerprint-evidence-is-protected-in-law; 검색일: 2019년 7월 5일.

https://www.justice.gc.ca/eng/csj-sjc/rfc-dlc/ccrf-ccdl/check/art242.html; 검색일: 2019년 6월 25일.

https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=089514E70AC7257BA680CB8597A60027.tplgfr41s_1?idSectionTA=LEGISCTA000006182908&cidTexte=LEGITEXT000006071154&dateTexte=20160620; 검색일: 2019년 6월 25일.

https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=81910840D54C2DA36397D9920FA35D73.tplgfr22s_1?idSectionTA=LEGISCTA000006151952&cidTexte=LEGITEXT000006071154&dateTexte=20160620; 검색일: 2019년 10월 22일.

https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000173519; 검색일: 2019년 8월 1일.

https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000249995; 검색일: 2019년 8월 1일.

https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/60/section/78; 검색일: 2019년 6월 25일.

https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/44/section/137; 검색일: 2019년 7월 10일.

https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/44/section/138; 검색일: 2019년 7월 10일.

https://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK234535/; 검색일: 2019년 6월 27일.

https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.del.presidente.della.repubblica:1988-09-22;447; 검색일: 2019년 6월 25일.

https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm; 검색일: 2019년 6월 25일.

https://www.spp.gov.cn/flfg/sfjs/201212/t20121228_52203.shtml; 검색일: 2019년 9월 25일.

Lothar Senge, Strafverfahrensänderungsgesetz-DNA-Analyse, NJW Haft37, 1997, s.2409.

경향신문, "검찰개혁의 열쇠 … 피의자 옥죄는 '형소법 312조' ", 2019년 5월 14일자 (http://m.khan.co.kr/view.html?art_id=201905140600035; 검색일: 2019년 5월 30일).

독일 법무부 법령정보시스템(http://www.gesetze-im-internet.de/index.html; 검색일: 2019년 5월 30일).

법률 제14179호, 2016.5.29. 일부개정 제개정이유; http://www.law.go.kr/lsInfoP.do?lsiSeq=183537&lsId=&viewCls=lsRvsDocInfoR&chrClsCd=010102#000

0; 검색일: 2019년 9월 30일).
중국 변호사협회 홈페이지(http://www.chnlawyer.net/law/proc/xingsufa.html#1.5; 검색일: 2019년 5월 30일).

2) 기타 자료

2007.3.26, 제266회 국회 법제사법위원회(법안심사 제1소위원회) 회의록 제1호.
2007.3.27. 제266회 국회 법제사법위원회(법안심사1소위) 회의록 제2호.
문희태, "일본의 피의자신문의 녹음녹화, 디지털 증거, DNA 증거에 대한 학계논의 및 판례의 태도", 2019.8.29. 과제워크숍 발표자료.
오기두, "전자증거의 증거능력", 법률신문 2012년 8월 27일자.
차종진, "디지털 증거, DNA 증거 및 영상녹화물의 증거능력 -독일-", 2019.8.29. 연구과제 워크숍 발표자료.

3. 관련문헌

Bouloc, Bernard, 『procédure pénale』, Dalloz, 2008.
Diemer, StPO-Karlsruher Kommentar, 4 Aufl., 1999.
Fourment, F, 『Procedure penal』, 14ed., Paradigme, 2013.
Friedland, Martin, Beyond a Reasonable Doubt: Does it Apply to Finding the Law as Well as the Facts?, Criminal Law Quarterly, Vol. 62, 2015, pp. 452-498.
Gercke·Julius·Temming·Zöller (Hrsg.), Heidelberg Kommentar zur StPO, C.F. Muller, 2019.
Hausschild, StPO. 2014, §94 Rn13. Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 2017.
Jarke, Bemerkungen über die Lehre vom unvollständigen Beweise, vornehmlich in Bezug auf die außerordentlichen Strafen, in: Neues Archiv des Criminalrechts, 8. Band(1825-26), S. 97-144.
Schäfer, Gerhard, Die Praxis des Strafverfahrens, 6. Auflage, Kohlhammer, 2000.
Schmidt, Andrea, Grundsätze der freien richterlichen Beweiswürdigung im

Strafprozeßrecht, Peter Lang, Gießen Universität Dissertation, 1993.

Schmitt, Bertram, Die richterliche Beweiswürdigung im Strafprozess: eine Studie zu Wesen und Funktion des strafprozessualen Grundsatzes der "freien Beweiswürdigung" sowie zu den Möglichkeiten und Grenzen einer Revision in Strafsachen : zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von Kriminalistik und staatlicher Strafrechtspflege, 1992.

Shum, David A., The Evidential Foundations of Probabilistic Reasoning, Willey, 1994.

Walter, Gerhard, Freie Beweiswürdigung: eine Untersuchung zu Bedeutung, Bedingungen und Grenzen der freien richterlichen Überzeugung, Mohr Siebeck, 1979.

安冨 潔,「刑事事件におけるデジタル・フォレンジックと証拠」,『産大法学』, 第49巻 第1・2号, 2015

指宿信,「被疑者調書 錄畫制度 最前線」,『法律文化史』, 2016.

川出敏裕,「取調べ錄音錄畫記錄媒體の證據として扱い」,『ジュリスト』, 第1531号(重要判例解說), 2019.

秋田眞志「新時代の刑事司法と刑事辯護の在り方」,『刑法雜誌』, 第56卷 第3号, 2017.

Abstract

Study on the Reforms for the criminal justice system based on fairness and human rights(I)
– focused on the evidence examination and evaluation designed to improve fact-finding accuracy

Kim, Yookeun

1. Necessity of the Reorganization of the Criminal Procedure Act – Independence of Investigation under the Act

(1) Under the accusatorial criminal procedure system, the obligation to find substantive facts in an objective and fair manner falls not only on judges and jurors, but also on prosecutors as early as during investigation. The obligation directly derives from the state's burden of proof, the principle of presumption of innocence, and the prosecutors' obligation to objectivity. In other words, the prosecution should decide whether to indict a person from a position, just as a judge decides whether a person is guilty or not.

(2) The current Criminal Procedure Act places the chapter on "Investigation" under Part II "Court of First Instance." This structure may be congruent to the pretrial judge system before the birth of the prosecution system in Korea or the investigating (pretrial) judge system currently in place in civil law countries, but cannot be harmonized with Korea's current criminal procedure system.

(3) Under the current Criminal Procedures Act, the section on "Evidence" under Chapter III "Trial" of Part II "Court of First Instance" stipulates which evidence is subject to the judge's free evaluation under the "No Evidence No Trial"

principle. However, as mentioned in (1), (unlike in a criminal procedure system where judges preside over investigations), the issue of the admissibility of evidence is an issue related to investigative methods ("evidence should not be collected using illegal means"). Thus, it should be stipulated as a part of code of conduct for prosecutors. If so, we will be able to understand the meaning of "inadmissibility" of illegally collected evidence or forced confessions in "trials" in connection with investigation. In addition, the revision will create a basis for holding a prosecutor accountable for hindering judges and jurors from forming their opinions by illegally collecting evidence in violation of their code of conduct.

(4) On a related note, the harm caused by publication of facts of suspected crime (Article 126, Criminal Act) cannot be reduced to disclosure of confidential information or violation of suspects' human rights. Such publication undermines objective factfinding by affecting the judgment of judges and jurors.

2. Improvement of Rules of Evidence for Objective and Fair Factfinding

Judges' and jurors' opinions should be freely formed based on evidence (No Evidence No Trial). Therefore, the determination of evidence that can be produced in a trial holds great significance for the objectiveness of judges' and jurors' opinions (presentation of evidence itself might instill preconceptions and prejudices in judges and jurors).

(1) The producibility of evidence in a trial and the method of the production are determined based on which of the basic criminal justice principles prevail: inquisitorialism or adversarialism, the principle of immediacy, the principle of oral proceedings, and the principle of presumption of innocence.

(2) For example, under Korea's current criminal procedure system, the prosecution may not object to the court's decision to disclose evidence. It

represents a fairly court-centered system, but does not necessarily derives from inquisitorialism. Likewise, in Korea, an objection to the court's evidentiary decision is allowed only on the ground that the decision is against the law (proviso, Article 135-2, Regulation on Criminal Procedure). An evidentiary decision is a pre-judgment decision regarding the proceedings, and the Criminal Procedure Act does not have a provision on immediate complaint against such decision. For this reason, a complaint against an evidentiary decision is not allowed (Article 403 (1), Criminal Procedure Act). These elements also indicate a court-centered criminal justice system.

⑶ In addition, Article 312 (Protocol, etc. Prepared by Prosecutor or Senior Judicial Police Officer), Article 313 (Statement, etc.) and Article 316 (Statement of Hearsay) grant admissibility to hearsay evidence as long as it satisfies certain requirements, and allow the prosecution to produce the evidence during a trial. Not to mention the controversy over whether these provisions provide for an exception to the principle of immediacy or an exception to the hearsay rule, such evidence is highly likely to instill preconceptions and prejudices in judges and jurors once it is produced, even if it is held inadmissible later in the trial. For this reason, caution is required when determining whether such evidence can be produced in a trial.

⑷ Suspects and defendants have the right to cross examination and the right to counsel, and counsels have the right to be present during investigation. Under the accusatorial criminal procedure system, these rights are crucial for (other than protecting suspects' and defendants' right to defense) preventing distortion of substantive facts during investigation, and allowing for regulatory control of free examination by judges and jurors through cross examination during trials. For this reason, many commentators have questioned whether it is justifiable to grant admissibility to protocols containing suspects' or defendants' statements made in absence of their counsels as long as they meet certain requirements,

and allow the prosecution to produce such evidence during trials.

(5) The provisions on the hearsay rule in the Criminal Procedure Act are organized based on who made the statements, and begin with the provisions on statements made by suspects or defendants. The provisions grant admissibility to documents in place of statements in exceptional cases. They have been criticized many times for containing elements based on principles other than the hearsay rule. Various commentators have pointed out that the provisions are governed by a principle that is not the hearsay rule. While both hearsay statements and hearsay documents constitute hearsay evidence, in order to clarify the principle-exception relationship between the provisions and ensure the consistency of the structure, we can consider placing the provisions on hearsay evidence before the provisions on typical exceptions to the hearsay rule, followed by the provisions on the protocol concerning interrogation of a suspect.

(6) The admissibility of the protocol concerning interrogation of a criminal suspect has been the most divisive issue among the co-authors, and one of the most prominent point of interest in the current discussions on the adjustment of investigative powers. The law applies different requirements for the admissibility to a protocol prepared by a prosecutor and a protocol prepared by a judicial police officer. Some argue that the difference cannot be justified because it grants more investigative power to prosecutors. However, the issue of the protocol concerning interrogation of a criminal suspect cannot be reduced to such a simple issue. In the current court practices where it is customary for courts to render judgments based on protocols, the protocol concerning interrogation of a criminal suspect works as a written "confession." In this sense, such practice cannot be harmonized with the exclusion of confessions and the confession rule and the corroborated confession rule. Furthermore, under the current law, a protocol concerning interrogation of a criminal suspect is granted admissibility in certain cases. Once it is produced in a trial (even if the defendant

denies the statement during the trial), it instills preconceptions in judges and jurors and undermines the objectiveness and fairness of factfinding. While proposing to secure more non-statement evidence by improving the efficiency of investigation, investigative institutions stress the importance of the protocol concerning interrogation of a criminal suspect, arguing that it may be the only evidence available for maintaining an indictment (although, one could ask whether indicting a person only based on such a protocol constitutes an abuse of the prosecutorial power) In addition, some judges prefer documentary evidence to personal evidence despite the principle of oral proceedings under the Criminal Procedure Act (Article 37), thereby putting more value on the economy of litigation. In the short term, it may be acceptable to listen to the voices from the field and introduce stricter requirements for the admissibility of a protocol concerning interrogation of a criminal suspect prepared by a prosecutor on par with those applicable to a protocol prepared by a judicial police officer. However, in the long term, we may consider denying the admissibility of the protocol concerning interrogation of a criminal suspect altogether, given that it is effectively used as a written confession in actual trials. However, the co-authors are divided over the issue, and decided not to draw the conclusion in this paper. For further discussion, see the co-authors' remarks regarding the protocol concerning interrogation of a criminal suspect ("B." in "3. Proposed Revision," Section 10, Chapter 2; and "5. Proposed Revision" in Section 12, Chapter 2).

(7) The voluntariness of a statement, along with its consistency, determines the probative value and credibility of a statement. In this sense, it has great influence on the free examination of evidence by judges and jurors. Voluntariness takes on even more significance in cases where witnesses and defendants provide contrasting statements, statements are the only evidence produced to the court, or they determine the outcomes of the trial. Article 317 of the Criminal Procedure Act stipulate that statements are not admissible as evidence unless they are made

voluntarily. In cases where a person is required to make a statement regarding a protocol prepared by a prosecutor (Article 312 (1) and (2)), a protocol concerning interrogation of a person other than the defendant (Article 312 (4)), or any other statement (Article 313 (1)), and the person cannot appear before the court at a preparatory hearing or a trial, the relevant protocols and documents are admissible as evidence as long as they were prepared "in a particularly reliable state" (Article 314). The same requirement applies to hearsay statements (Article 316). The Supreme Court held that a "particularly reliable state" means the cases where there exists little room for falseness in making the statement, and there exists concrete and external circumstances that guarantee the reliability and voluntariness of the statement." Then, one could question the relationship between the voluntariness of a statement under Article 317 and the voluntariness of a statement "in a particularly reliable state."

In addition, the voluntariness of a statement constitutes a principle to which Article 309 (Probative Value of Confession Caused by Duress, etc.) and the provisions requiring "a particularly reliable state" serve as exceptions. Then, one could ask whether it is appropriate to place Article 317, which provides for the voluntariness of a statement, behind the said provisions.

3. Issue of Appropriateness of Other Evidentiary Rules

Provisions on criminal procedures are scattered across special statutes, which has been a source of great confusion in applying the laws. Furthermore, as evidence takes on more significance for factfinding in the field of forensics, we are lead to question whether such statutory structure is consistent with the basic principles of the Criminal Procedure Act.

(1) Statements of suspects and witnesses are video-recorded only for the purpose of ensuring due process and protecting human rights. Then, the use of the video

recordings must be restricted to the cases where such materials are needed to ensure due process and prove the voluntariness of a statement. Therefore, video recordings should be used only for substantial authentication of statements or proof of voluntariness, which can be considered as one of the "particularly reliable states," as is the case with the current provisions of the Criminal Procedure Act.

(2) The laws do not contain any provision capable of eliminating possible errors in expert opinions regarding DNA evidence. Therefore, a careful review is required to determine whether rebuttable presumption of infallibility is sufficient.

(3) In addition, if digital evidence must be formally authenticated by identifying the author under the current laws, the laws need to contain separate provisions stipulating the requirements for formal authenticity designed for digital formats.

(4) Two other sources of evidence are currently being discussed: wiretapping and entrapment. ① As for wiretapping, the court does not have any means of ex post control of emergency communication-restricting measures, which may undermine the significance of the fruit of the poisonous tree rule. ② As for entrapment, even though an increasing number of countries adopt entrapment, we cannot ignore the ongoing concern about possible violation of human rights.

4. Objective Factfinding by Judges and Jurors

Under the inquisitorial criminal procedure system, judges and jurors inquire whether indicted facts are consistent with substantive truths. However, humans do not possess the cognitive capability to ascertain truths with absolute certainty. Therefore, conviction of guilt is bound to be relative.

Then, the best we can hope for is to set forth a number of procedural preconditions to ensure that judges and jurors can form their opinions without preconceptions.

Such preconditions should include the following. ① The law should stipulate

which evidence is allowed to be produced before the court, so that unpermitted evidence would not create preconceptions or prejudices (see Chapters 2 and 3). ② The lowest level of proof for conviction should be defined (proof beyond a reasonable doubt) based on the principle of presumption of innocence. ③ Finally, conviction of guilt should not be formed based on statistical probability of whether a defendant is guilty. It should be formed by eliminating, one by one, the possibilities that a defendant may be innocent. We can conclude that the guilt of a defendant has been proven beyond a reasonable doubt only when all such possibilities have been eliminated.

In addition, the principle of presumption of innocence presupposes a principle regarding allocation of burden of proof; a person with a reasonable doubt regarding a defendant's guilt is not required to give any reason for his/her opinion to a person without such a reasonable doubt, while the latter should provide the former with the reason why he/she does not reasonably doubt the defendant's guilt.

Despite its historical origin, the principle of free examination of evidence has gone through substantial changes in contemporary societies. The principle has become the target of many criticisms, and the current emphasis is placed on the "restriction" of judge's "freedom."

Then, we need regulatory means to prevent the "freedom" of judges and jurors from turning into arbitrariness disguised as discretion. Above all, we need to ensure that judges and jurors form their opinions in transparent processes rather than out of "black boxes." Such means include: disclosure of lower-instance court judgments, judges' obligation to provide detailed reasons for judgments, and verification of evidence at appellate levels.

연구총서 19-B-06

공정하고 인권친화적인 형사절차 구축방안 연구(I)

- 형사사건에서의 객관적인 사실인정을 위한 증거조사방법의 합리화 방안 연구

발　　행 | 2019년 12월

발 행 처 | 한국형사정책연구원

발 행 인 | 한 인 섭

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 | 15,000원

인　　쇄 | 고려씨엔피 02-2277-1508/9

I S B N | 979-11-89908-42-3 93360

• 사전 승인없이 보고서 내용의 무단 전제 및 복제를 금함.