

## 전문증거의 증거능력에 관한 문제영역 분석과 평가

윤 동 호\*

### < 목 차 >

- I. 문제제기
- II. 특수매체의 증거능력: 증거의 동일성 내지 무결성과 전문법칙의 예외규정
- III. 전문증거인지 여부가 문제되는 사건과 전문증거의 개념
- IV. 조서의 증거능력(제312조)과 위법수집증거배제법칙(제308조의2)
- V. 결론

### I. 문제제기

이 글의 목적은 전문증거의 증거능력과 관련하여 최근 문제가 되고 있다고 인식하는 3가지 영역을 분석하고 평가하려는데 있다.

정보화가 생활이 되면서 휴대폰의 문자정보나 사진, 정보저장장치 등 특수매체들이 법정에 주된 증거로 등장하고 있다. 전문증거인지 여부가 문제된 여러 사건들에서 제출된 증거도 대부분 특수매체들이다. 이들 특수매체의 증거능력과 관련하여 판례는 증거의 동일성 내지 무결성을 중시하면서, 이들에 대해서도 조서나 서류에 대해서 적용되는 전문법칙의 예외규정이 준용된다고 본다. 따라서 먼저 ‘특수매체의 증거능력: 증거의 동일성 내지 무결성과 전문법칙의 예외규정’이란 제목으로 특수매체와 관련한 전문증거의 증거능력 문제를 분석 및 평가한다.

\* 국민대학교 법과대학 부교수, 법학박사

다음은 전문증거인지 여부가 문제되는 사건들을 분석 및 평가하여 판례가 이해하고 있는 전문증거의 개념을 파악한다. 최근 들어서 특히 국가보안법위반사건에서 제출된 증거들을 전문증거로 봐야할지 논란이 되었는데, 판례는 어떤 경우에는 진술이 기재된 문건의 존재 그 자체가 직접 증거로 되므로 그 문건은 전문증거가 아니고, 또 어떤 경우에는 문건의 내용의 진실성이 문제되므로 전문증거라고 보기도 하기 때문이다.

2007년 7월 형사소송법을 개정 때 “적법한 절차에 의하지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다”는 문언으로 위법수집증거배제법칙이 명문화되었고, 조서의 증거능력 요건으로 “적법한 절차와 방식에 따라 작성될 것”이 등장했다. 따라서 이런 변화된 증거법제에서 판례가 전문증거와 관련한 “적법한 절차와 방식”의 의미를 어떻게 이해하고 있고, 나아가 위법수집증거배제법칙의 “적법한 절차”라는 개념과의 관계를 어떻게 바라보고 있는지 끝으로 분석 및 평가한다.

## Ⅱ. 특수매체의 증거능력: 증거의 동일성 내지 무결성과 전문법칙의 예외규정

형사소송법은 도면·사진·녹음테이프·비디오테이프·컴퓨터용디스크 그 밖에 정보를 담기 위해 만들어진 물건으로서 문서가 아닌 특수매체의 증거조사에 관해 필요한 사항은 대법원규칙으로 정하도록 하고 있다(제292조의3). 이런 특수매체는 대체로 과학기술의 발달로 등장했다는 점에서 과학적 증거방법이라고 할 수 있는데, 이는 증거서류이자 증거물로서 인위적 개작의 가능성이 높다. 이에 따라 형사소송규칙은 아래에서 보듯이 작성과정을 의미있게 다루고 있다.

### 1. 디지털 문자정보저장매체의 증거조사방법과 증거능력

#### 1) 디지털 문자정보저장매체의 증거조사방법

형사소송규칙 제134조의7은 ‘컴퓨터용디스크 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체에 기억된 문자정보’(약칭하여 디지털 문자정보저장매체(밀줄 필자, 이하 동

일))가 증거방법인 경우에는 읽을 수 있도록 출력하여 인증한 등본을 낼 수 있고, 그런 정보저장매체에 기억된 문자정보를 증거로 하는 경우 증거조사를 신청한 당사자는 법원이 명하거나 상대방이 요구한 때에는 컴퓨터디스크 등에 입력한 사람과 입력한 일시, 출력한 사람과 출력한 일시를 밝히도록 하고, 컴퓨터디스크 등에 기억된 정보가 도면·사진 등에 관한 것인 때에는 이를 준용하도록 하고 있다.

## 2) 디지털 문자정보저장매체의 증거능력: 증거의 동일성 내지 무결성

형사소송규칙 제134조의7에 따라 증거조사를 한 압수물인 디지털 저장매체로부터 출력한 문건을 증거로 사용하기 위해서는 판례는 ①디지털 저장매체 원본에 저장된 내용과 출력한 문건의 동일성이 인정되어야 하고, 이를 위해서는 ②디지털 저장매체 원본이 압수시부터 문건 출력시까지 변경되지 않았음이 담보되어야 하며, 특히 ③디지털 저장매체 원본을 대신하여 저장매체에 저장된 자료를 ‘하드카피’ 또는 ‘이미징’한 매체로부터 출력한 문건의 경우에는 디지털 저장매체 원본과 ‘하드카피’ 또는 ‘이미징’한 매체 사이에 자료의 동일성도 인정되어야 할 뿐만 아니라, ④이를 확인하는 과정에서 이용한 컴퓨터의 기계적 정확성, 프로그램의 신뢰성, 입력·처리·출력의 각 단계에서 조각자의 전문적인 기술 능력과 정확성이 담보되어야 한다고 본다(검증절차의 적법성).<sup>1)</sup>

某甲이 휴대전화로 ‘땅에 떨어진 당신의 악함을 지켜보고 있으리라, 甲’ 등과 같은 내용의 문자메시지 7개를 V에게 보내서 정보통신망법위반죄(정보통신망을 통해 공포심이나 불안감을 유발하는 글을 반복적으로 상대방에게 도달하게 하는 죄)로 기소된 사건에서, 판례는 이런 경우 문자정보를 휴대전화기의 화면에 띄워 촬영한 사진을 증거로 제출할 수도 있는데, 다만 문자정보가 저장된 휴대전화기를 법정에 제출할 수 없거나 그 제출이 곤란한 사정이 있고, 그 사진의 영상이 휴대전화기의 화면에 표시된 문자정보와 정확하게 같다는 사실이 증명되어야 한다고 본다.<sup>2)</sup>

디지털 증거의 수집과 검증에 위와 같이 까다로운 절차를 거치는 것은 위·변

1) 대법원 2007.12.13. 선고 2007도7257 판결(이른바 일심회사건); 대법원 1999.9.3. 선고 99도 2317 판결(이른바 영남위원회사건).

2) 대법원 2008.11.13. 선고 2006도2556 판결.

조와 훼손이 용이하다는 디지털 데이터가 가지는 특성 때문인데, 디지털 증거의 수집과 검증에 필요한 일련의 절차와 원칙을 흔히 ‘디지털 포렌식(Digital Forensics)’이라고 부른다.<sup>3)</sup>

## 2. 녹음·녹화매체의 증거조사방법과 영상녹화물

### 1) 녹음·녹화매체의 증거조사방법

형사소송규칙 제134조의8은 ‘녹음·녹화테이프, 컴퓨터용디스크, 그 밖에 이와 비슷한 방법으로 음성이나 영상을 녹음 또는 녹화하여 재생할 수 있는 매체’(약칭하여 녹음·녹화매체)에 대한 증거조사를 신청하는 때에는 음성이나 영상이 녹음·녹화 등이 된 사람, 녹음·녹화 등을 한 사람 및 녹음·녹화 등을 한 일시·장소를 밝혀야 하고, 녹음·녹화매체 등에 대한 증거조사를 신청한 당사자는 법원이 명하거나 상대방이 요구한 때에는 녹음·녹음매체 등의 녹취서, 그 밖에 그 내용을 설명하는 서면을 제출해야 하는데, 녹음·녹화매체 등에 대한 증거조사는 녹음·녹화매체 등을 재생하여 청취 또는 시청하는 방법으로 하도록 하고 있다.

### 2) 녹음·녹화매체와 영상녹화물의 구별

#### (1) 영상녹화물의 의의

녹음·녹화매체는 수사기관 이외의 사람이 본인이나 다른 사람의 진술을 녹화해놓은 기록물이라고 할 수 있다. 이런 기록물은 영상녹화물과 구별된다. 영상녹화물이란 수사기관이 피의자나 참고인의 진술을 영상녹화한 기록물을 말한다.

2007년 개정 형사소송법은 수사절차의 적법성과 투명성을 보장하고 인권침해를 방지하기 위해 수사기관은 피의자의 경우는 그의 동의가 없더라도 그 진술을 영상녹화할 수 있고(제244조의2), 참고인의 경우는 그의 동의를 얻어 영상녹화할 수 있도록 한다(제221조).

---

3) 오길영, “디지털 검증의 현재와 그 부당성: 소위 ‘왕재산’ 사건을 중심으로”, 『민주법학』 제48호, 민주주의법학연구회, 2012.3, 162면.

## (2) 영상녹화물의 증거능력 부정

2007년 개정 형사소송법은 영상녹화물을 조서를 대체해서 본증은 물론이고 탄핵증거로도 사용하는 것을 허용하지 않는다. 법정이 영상녹화물을 시청하는 장소로 전락하고, 영상녹화물이 심증형성에 지나치게 영향을 미치거나 국민참여재판의 경우에는 배심원의 심증형성을 왜곡할 수 있으며, 직접심리주의와 구두변론주의에 어긋나기 때문이다.

그런데 2007년 개정 형사소송법은 검사작성피의자신문조서(제312조 2항)와 참고인진술조서(제312조 4항)의 진정성립을 증명하는 방법으로 영상녹화물을 사용할 수 있도록 했으며, 또 공판준비 또는 공판기일에 피고인 또는 피고인 아닌 자가 진술할 때 기억이 명백하지 않아서 그 기억을 환기시켜야 할 필요가 있는 때에 한해 그 사람에게만 영상녹화물을 재생하여 시청할 수 있도록 했다(제318조의2 2항).

명확히 해야 할 것은 현재로서는 증거능력이 부정된 영상녹화물은 형사소송법 제292조의3의 녹음·녹화매체의 증거능력 요건을 갖추어도 증거능력이 인정되지 않는다는 것이다. 판례는 검사가 피의자와의 대화내용과 장면을 녹화한 비디오테이프는 검사가 피의자의 진술을 기재한 피의자신문조서와 실질적으로 같다고 볼 것이므로 검사작성 피의자신문조서에 준해 그 증거능력을 판단해야 하므로, 검사가 진술거부권이 있음을 고지하지 않았다면 위 녹화내용은 위법하게 수집된 증거로서 증거능력이 없다고 본다.<sup>4)</sup>

## 3. 특수매체와 전문법칙의 예외규정

판례는 특수매체에 대해서도 조서나 서류에 대해 적용되는 전문법칙의 예외규정이 준용된다고 본다.

### 1) 디지털 문자정보저장매체

판례는 적법한 검증절차를 거친 디지털 저장매체로부터 출력한 문건의 기재내용의 진실성에 관하여는 전문법칙이 적용되므로, 작성자가 수사기관이 아닌 경우에는 형사소송법 제313조 1항에 따라 그 작성자 또는 진술자의 진술에 의

4) 대법원 1992.6.23. 선고 92도682 판결.

해 그 성립의 진정함이 증명되어야한다고 본다.<sup>5)</sup>

## 2) 사진

사법경찰관(약칭하여 사경) 작성 검증조서에 사경이 피의자의 범행 재연상황을 촬영한 사진을 첨부한 경우, 판례는 그 사진은 피의자의 진술과 동일하므로 형사소송법 제312조 3항에 따라 증거능력이 인정된다고 본다.<sup>6)</sup>

## 3) 녹음·녹화매체

(1) 사인(私人)이 피고인 아닌 자와의 대화를 녹음한 녹음테이프에 대해 법원의 검증조서

판례는 사인(私人)이 피고인 아닌 자와의 전화대화를 녹음한 녹음테이프에 대해 법원이 실시한 검증의 내용이 ㉠녹음테이프에 녹음된 전화대화의 내용으로서 그 내용이 증거자료가 되는 경우에는 형사소송법 제313조 1항에 따라 공판준비나 공판기일에서 원진술자의 진술에 의해 그 녹음테이프에 녹음된 진술내용이 자신이 진술한 대로 녹음된 것이라는 점이 인정되어야 하지만, ㉡검증의 내용이 그 진술 당시 진술자의 상태(예컨대 술에 취한 상태에서 횡설수설한 것은 아닌지) 등을 확인하기 위한 것인 경우에는 그 검증조서는 법원의 검증의 결과를 기재한 조서로서 형사소송법 제311조에 따라 당연히 증거로 할 수 있다고 본다.<sup>7)</sup>

(2) 사인(私人)이 피고인 아닌 자(A)와의 대화 내용을 촬영한 비디오테이프

판례는 사인(私人)이 피고인 아닌 자(A)와의 대화 내용을 촬영한 비디오테이프는 A의 진술서면과 다르지 않으므로, 그 진술 부분에 대해 증거능력을 부여하기 위해서는 ㉢비디오테이프가 ㉣원본이거나 ㉤원본으로부터 복사한 사본일 경우에는 복사과정에서 편집되는 등 인위적 개작 없이 원본의 내용 그대로 복사된 사본이어야 하고, ㉥형사소송법 제313조 1항에 따라 공판준비나 공판기일에서 원진술자인 A의 진술에 의해 그 비디오테이프에 녹음된 진술내용이 자신

5) 대법원 2007.12.13. 선고 2007도7257 판결.

6) 대법원 1998.3.13. 선고 98도159 판결.

7) 대법원 2008.7.10. 선고 2007도10755 판결.

이 진술한 대로 녹음된 것이라는 점이 인정되어야 한다고 본다.<sup>8)</sup> 곧 녹음·녹화 과정에서 편집되는 등 인위적 개작 없이 녹음·녹화된 것임이 입증되고, 녹음·녹화된 사람이 녹음·녹화된 내용을 확인해야한다는 것이다.

(3) 사인(私人)이 피고인과의 대화내용을 녹음한 테이프

판례는 피해자가 피고인과의 대화내용을 녹음한 테이프의 녹취서가 공소사실의 증거로 제출되어 그 녹취서의 기재내용과 녹음테이프의 녹음내용이 동일한지 여부에 관하여 법원이 검증을 실시한 경우에 증거자료가 되는 것은 녹음테이프에 녹음된 대화내용 그 자체이고, 그 중 피고인의 진술내용은 실질적으로 제313조 1항 단서가 말하는 피고인의 진술을 기재한 서류와 다름없다고 보고, 피고인이 그 녹음테이프를 증거로 함에 동의하지 않은 이상 그 녹음테이프 검증조서의 기재 중 피고인의 진술내용을 증거로 사용하기 위해서는 313조 1항 단서에 따라 ①공판준비 또는 공판기일에 그 작성자인 피해자의 진술에 의해 녹음테이프에 녹음된 피고인의 진술내용이 피고인이 진술한 대로 녹음된 것임이 증명되고(진정성립), ②그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태에서 행하여진 것임이 인정되어야 하며(특신상태), ③녹음테이프는 그 성질상 작성자나 진술자의 서명 혹은 날인이 없을 뿐만 아니라, 녹음자의 의도나 특정한 기술에 의하여 그 내용이 편집, 조작될 위험성이 있음을 고려하여, 그 대화내용을 녹음한 원본이거나 혹은 원본으로부터 복사한 사본일 경우에는 복사과정에서 편집되는 등의 인위적 개작 없이 원본의 내용 그대로 복사된 사본임이 입증되어야만 한다고 보고, 디지털녹음기(보이스 펜)에 대한 증거조사절차를 거치지 않은 채 그 녹음내용을 재녹음한 카세트테이프에 대한 1심 검증조서 중 피고인의 진술부분을 유죄의 증거로 채택한 것은 위법이라고 본다.<sup>9)</sup>

또한 피해자인 토지구획정리사업조합의 대표자 V가 디지털 녹음기로 甲과의 대화를 녹음한 후 저장된 녹음파일 원본을 컴퓨터에 복사하고 디지털 녹음기의 파일 원본을 삭제한 뒤 다음 번 대화를 다시 녹음하는 과정을 반복하여 작성한 녹음파일 사본과 해당 녹취록을 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률(약칭하여 특경법)의 공갈죄의 증거로 제출한 사건에서도, 판례는 313조 1항 단서에 따라 녹음파일 사본과 해당 녹취록의 증거능력을 인정하여 유죄를 인정하면서,

8) 대법원 2004.9.13. 선고 2004도3161 판결.

9) 대법원 2005.12.23. 선고 2005도2945 판결.

진술자인 피고인 甲이 아니라 작성자라고 할 수 있는 피해자 V의 진술로 진정성립이 인정되어야 한다고 본다.<sup>10)</sup>

#### 4. 평가

##### 1) “성립의 진정”에 관한 해석적·정책적 논란

피해자가 피고인과의 대화내용을 녹음한 테이프의 증거능력과 관련하여 판례는 피해자의 진술로 진정성립이 인정되어야한다고 본다. 그러나 피고인이 작성하거나 피고인의 진술이 기재된 서면이 증거능력을 가지려면 작성자 또는 진술자인 피고인의 진술로 진정성립이 인정되어야한다.<sup>11)</sup> 만일 판례처럼 작성자를 피해자로 보면 피고인의 진술을 내용으로 하는 피해자의 전문진술서면으로 보는 것이 옳고, 따라서 이 경우 형사소송법 제313조 본문과 제316조에 따라 증거능력을 인정해야한다고 본다. 이렇게 되면 제313조 단서처럼 특신상태가 증거능력 요건으로 필요하다.

현재 특수매체의 증거능력은 조서를 비롯한 서류 및 전문진술의 증거능력에 관한 규정을 준용하여 해결하고 있다. 그런데 예컨대 피고인의 진술이 담긴 녹음 테이프의 경우에는 제313조의 진술서면의 증거능력 요건인 “자필이거나 서명 또는 날인이 있을 것”은 적절하지 않고, 또 디지털문건의 경우에는 작성자가 누구인지 표시되지 않은 경우도 많으므로, 따라서 진정성립을 피고인이나 피고인 아닌 자의 진술은 물론 피의자신문조서의 경우처럼 ‘영상녹화물 등 기타 객관적 방법’으로도 인정할 수 있도록 할 필요가 있다는 주장이 등장하고 있다. 이는 특수매체에 대해서는 전문법칙의 예외규정의 적용을 넓히려는 시도라고 할 수 있다.

##### 2) “증거의 진정성”과 “성립의 진정”의 관계

특수매체의 증거능력과 관련하여 판례는 특히 디지털증거 또는 전자증거의 원본과 사본 또는 출력문건 사이의 동일성 내지 무결성(integrity)을 중요하게 여기고 있다. 디지털 증거의 증거능력 요건으로 흔히 진정성, 무결성, 신뢰성이 제시

10) 대법원 2012.9.13. 선고 2012도7461 판결.

11) 예컨대 임동규, 「형사소송법」, 법문사, 2012, 516면.



되고 있다.<sup>12)</sup> 이처럼 디지털 문건의 무결성 또는 동일성이 강조되면서 “증거의 진정성”이라는 영미법의 개념이 부각되고 있다. “증거의 진정성” 문제는 전문증거이건, 그렇지 않건 필요한 것이다. 그런데 이런 “증거의 진정성”과 형사소송법 제312조와 제313조에서 말하는 “성립의 진정”은 의미상 어떤 차이가 있는지 쟁점이 되고 있다. 이와 관련하여 “증거의 진정성”과 “성립의 진정”은 유사하나 진정성에 더하여 조서작성의 일정한 절차 준수와 적법성까지 포함하는 개념이라는 견해<sup>13)</sup>와 “성립의 진정”이 오히려 “증거의 진정성”보다 좁은 개념이라고 보는 견해<sup>14)</sup>이 있다. 판례는 증거동의를 규정한 형사소송법 제318조 1항의 “검사와 피고인이 증거로 할 수 있음을 동의한 서류 또는 물건은 진정한 것으로 인정한 때에는 증거로 할 수 있다”고 한 문언을 두고, “서명과 무인이 있는 것으로 보아 진정한 것으로 볼 수 있다”는 표현을 하고 있다.<sup>15)</sup> 이 표현에서 판례는 “증거의 진정성”과 “성립의 진정”을 동일하게 이해하고 있다고 볼 수 있다.

따라서 만일 미국 형사소송법이 말하는 “증거의 진정성” 개념을 우리 형사소송법에 신설하려면, “성립의 진정”이라는 문언과의 면밀한 검토를 통해서 “성립의 진정”이라는 문언을 어떻게 정리할지 논의할 필요가 있다.

### Ⅲ. 전문증거인지 여부가 문제되는 사건과 전문증거의 개념

#### 1. 전문증거인지 여부가 문제되는 사건

##### 1) 영남위원회사건

국가보안법의 이적표현물소지죄로 甲을 기소하면서 이적표현을 내용으로 하는 문건이 담긴 甲의 컴퓨터디스켓이 증거로 제출된 사건에서, 판례는 문건의

12) 오길영, 앞의 논문, 163면 이하; 이숙연, “디지털 증거 및 그 증거능력과 증거조사방안-형사절차를 중심으로 한 연구-”, 「사법논집」 제53집, 법원행정처·법원도서관, 2011. 참조.

13) 이완규, “진술증거의 전문증거성과 진정성 문제의 구별”, 「형사판례연구」[20], 형사판례연구회, 2012, 544면.

14) 심희기, “전자증거의 진정성과 전문법칙의 적용”, 「형사판례연구」[22], 형사판례연구회, 2014, 500면 이하.

15) 대법원 1990.10.26. 선고 90도1229 판결.

내용의 진실성을 증거로 삼기위해서는 전문증거에 관한 규정인 형사소송법 제 313조 1항의 요건을 갖추어야하지만, 문건의 존재 그 자체가 (증거물로서) 직접 증거로 되는 경우에는 그럴 필요가 없다고 보면서 컴퓨터디스크의 증거능력을 인정한다.<sup>16)</sup>

## 2) 왕재산사건

판례는 국가보안법의 특수잠입·탈출죄와 회합죄의 유죄 인정의 근거가 되는 간접사실로 甲의 컴퓨터에 저장된 'X선생앞: 2011년 면담은 1월 30일 ~ 2월 1일까지 X선생, Y선생 등과 함께 북경에서 하였으면 하는 의견입니다'라는 등의 내용이 담겨져 있는 파일을 사용할 수 있다고 본다.<sup>17)</sup> 그 이유는 甲이 북한 공작원들과 이 문건의 일시경 실제로 회합하였음을 증명하려고 하는 경우에는 문건 내용이 진실한지가 문제되므로 전문법칙이 적용되지만, 그와 같은 내용이 담긴 파일이 甲의 컴퓨터에 저장되어 있다는 사실 자체는 그 기재 내용의 진실성과 관계없는 것으로서 공소사실을 입증하기 위한 간접사실에 해당하고, 이런 경우까지 전문법칙이 적용된다고 볼 수는 없다는 것이다.<sup>18)</sup>

## 3) 정보통신망법의 협박죄 사건

甲이 휴대전화로 '땡에 떨어진 당신의 악함을 지켜보고 있으리라, 甲' 등과 같은 내용의 문자메시지 7개를 V에게 보내서 정보통신망법위반죄로 기소된 사건에서, 판례는 휴대전화기에 저장된 문자정보는 진술의 대체물이 아니라 범행의 직접적인 수단이므로 전문증거가 아니라고 본다.<sup>19)</sup>

그러나 원심은 휴대전화 문자정보와 그 사진의 증거능력을 부정한다.<sup>20)</sup> 그 이유는 문자정보를 휴대전화기의 화면에 띄워 촬영한 사진은 원본증거가 아닐 뿐만 아니라 휴대전화기의 문자정보는 313조 1항 단서의 피고인이 작성한 서류

16) 대법원 1999.9.3. 선고 99도2317 판결.

17) 대법원 2013.7.26. 선고 2013도2511 판결.

18) 왕재산사건에 대해 전문법칙을 적용해야한다는 주장은 이호중, "국가보안법 사건에서 전문법칙의 적용문제", 『민주법학』 제49호, 민주주의법학연구회, 2012.7, 57면 이하 참조.

19) 대법원 2008.11.13. 선고 2006도2556 판결.

20) 서울서부지방법원 2006.4.6. 선고 2005노1051 판결.

에 해당하므로 작성자인 피고인의 진술에 의해 그 성립과 내용의 진정함이 증명되는 때에 한하여 그 증거능력이 있는데, 甲은 증거사용에 부동의하고, 4개의 문자정보는 보낸 적이 없고, 3개의 문자정보는 그 내용이 발췌·편집된 것이라면서 그 성립과 내용의 진정을 부정한다는 것이다.

위 판례는 예컨대 협박편지와 같은 증거물인 서면에서 그 존재인 편지 자체 만으로도 증거능력이 있다고 보고 전문법칙이 적용되지 않는다고 본 것이다. 그런데 휴대전화의 협박문자정보의 존재 그 자체를 마치 협박편지처럼 증거물인 서면으로 본다하더라도 그 서면의 존재의 진정성은 증명되어야한다. 쉽게 말해 협박편지를 보낸 사람은 누구이고, 그 사람이 보낸 그대로 적혀있다는 것은 인정되어야한다는 것이다. 이런 “존재의 진정성”을 형사소송법 제312조와 제313조에서는 “성립의 진정”으로 표현하고 있을 뿐이다. 또한 이러한 “증거의 진정성” 문제는 전문증거이건, 그렇지 않건 필요한 것이다.<sup>21)</sup>

#### 4) 특정법의 공갈죄 사건

그런데 피해자인 토지구획정리사업조합의 대표자 V는 디지털 녹음기로 甲과의 대화를 녹음한 후 저장된 녹음파일 원본을 컴퓨터에 복사하고 디지털 녹음기의 파일 원본을 삭제한 뒤 다음 번 대화를 다시 녹음하는 과정을 반복하여 작성한 녹음파일 사본과 해당 녹취록을 특정법의 공갈죄의 증거로 제출한 사건에서, 판례는 형사소송법 제313조 1항 단서에 따라 녹음파일 사본과 해당 녹취록의 증거능력을 인정하여 유죄를 인정한다.<sup>22)</sup> 대화의 주된 내용은 甲이 ○○광역시 △구청장의 지위에서 위 조합의 토지구획정리사업 완료에 필수적인 공사 등에 관한 협의 권한이 있음을 기화로 승소 가능성이 거의 없는 소송을 제기한 뒤 甲의 요구대로 조정에 응하지 않으면 위 사업 완료를 위한 관련 협의가 진행되지 않을 것이라고 V를 협박하는 것이다.

그러나 이 사건의 경우에도 대화의 진실성이 아니라 대화의 존재 자체가 특정법의 공갈죄의 요증사실이므로 전문증거가 아니라는 견해<sup>23)</sup>도 있다.

21) 이완규, 앞의 논문, 546면.

22) 대법원 2012.9.13. 선고 2012도7461 판결.

23) 이완규, “협박 진술 녹음의 전문증거 문제와 진정성 문제의 구별-대법원 2012.9.13. 선고 2012도7461-”, 『저스티스』 통권 제139호, 한국법학원, 2013.12, 397면.

## 5) 간접사실에 대한 정황증거로 사용될 때는 전문증거가 아니라는 사건

판례는 ‘진술이 기재된 서류’나 ‘타인의 진술을 내용으로 하는 진술’은 그 내용의 진실성이 범죄사실에 대한 직접증거로 사용될 때는 전문증거가 되지만, 그와 같은 진술을 하였다는 것 자체 또는 그 진술의 진실성과 관계없는 간접사실에 대한 정황증거로 사용될 때는 반드시 전문증거가 되는 것은 아니라고 본다.<sup>24)</sup>

예컨대 甲의 사기죄에 대한 공판절차에서 증인이 ‘피고인 甲이 피해자에게 “토지를 공시지가로 구입하게 해주겠다”고 말하는 것을 들었다’고 진술하거나<sup>25)</sup> 알선수재죄와 관련하여 증인이 ‘피고인이 “공무원에게 사례비를 주어야 한다”고 말하는 것을 들었다’고 진술한 경우<sup>26)</sup> 그 증인의 진술은 직접 경험한 것으로서 전문증거가 아니라 사기죄나 알선수재죄를 추정하게 하는 사실, 곧 간접 사실에 대한 본래증거라는 것이다. 그 이유는 ‘타인의 진술을 내용으로 하는 진술’이 전문증거인지 여부는 요증사실과의 관계에서 정해야 하는데, 원진술의 내용이 요증사실인 경우에는 전문증거이지만 원진술(사기죄나 알선수재죄를 추정하게 하는 말)의 존재 자체가 요증사실인 경우에는 본래증거라는 것이다.

## 2. 평가

전문증거인지 여부가 문제되는 위 사건에서 나타난 판례의 논리는 다음과 같이 정리할 수 있다. 디지털 문자정보저장매체로부터 출력한 문건의 기재 내용이 증거로 되는 경우에는 그 내용의 진실성에 관하여는 전문법칙이 적용되므로, 작성자가 수사기관이 아닌 경우에는 313조 1항에 따라 그 작성자 또는 진술자의 진술에 의해 그 성립의 진정함이 증명되어야 한다. 그러나 디지털 문자정보저장매체로부터 출력한 문건의 진실성이 아닌 그와 같은 내용의 문건의 존재하는 것 자체가 증거로 되는 경우에는 전문법칙이 적용되지 않고, 또한 어떤 진술을 범죄사실에 대한 직접증거로 사용할 때에는 그 진술이 전문증거가 된다고 하더라도 그와 같은 진술을 하였다는 것 자체 또는 그 진술의 진실성과 관계없는 간접사실에 대한 정황증거로 사용할 때에는 그 진술은 전문증거가 아니라고 본다.

24) 대법원 2013.6.13. 선고 2012도16001 판결.

25) 대법원 2012.7.26. 선고 2012도2937 판결.

26) 대법원 2008.11.13. 선고 2008도8007 판결.

판례의 이런 논리는 전문법칙과 전문증거의 개념에 대한 다음과 같은 이해를 전제로 한다. 곧 범죄의 요증사실에 대한 경험자 자신의 진술(원진술)이 다른 매체를 통해 간접적으로 법원에 제출된 경우, 그 진술의 매체는 전문증거로서 그 증거능력을 부정하는 원칙이 전문법칙이다.<sup>27)</sup> 이런 전문증거 개념에 따르면 전문증거의 요건은 다음 3가지이다. ①사람의 경험적 진술이 증거가 되는 진술 증거이고, ②이것이 요증사실과 관련되어야 하며, ③이런 원진술이 간접적으로 법원에 제출되어야 한다.

그런데 이러한 판례의 입장은 현행 형사소송법의 제310조의2는 곧 전문법칙 내지 전문증거를 규정한 것이라고 본 것이다. 그러나 제310조의2와 전문법칙은 차이가 있다. 제310조의2는 단순히 '진술을 기재한 서류'와 '타인의 진술을 내용으로 하는 진술'로 표현하고 있다. 제310조의2 문언만 놓고 보면, 이는 요증사실에 대한 경험자의 진술이 다른 매체를 통해 공판정에 들어오는 것만을 가리키지 않는다. 피의자 아닌 자는 물론 피의자의 일체의 진술이 다른 매체를 통해 공판정에 들어올 경우, 그 진술의 증거능력을 부정하는 규정으로 볼 수 있다. 그래서 대법원은 예컨대 휴대전화로 보낸 협박문자정보는 그 자체가 협박 수단이므로 전문증거가 아니라고 보았지만, 원심은 제310조의2와 제313조의 문언해석에 따라 피고인의 진술서면으로 본 것이다.

따라서 전문증거의 개념에 관한 명시적인 규정을 두거나 제310조의2를 필두로 하여 제312조~제316조의 문언의 의미를 새롭게 조명하는 것에 대한 논의가 필요하다고 본다.

## IV. 조서의 증거능력(제312조)과 범수집증거배제법칙(제308조의2)

### 1. 문제의 소재

2007년 6월 1일 형사소송법 개정 때 형사절차의 이념의 한 축인 적법절차가 강조되면서 제308조의2에 “적법한 절차에 의하지 아니하고 수집한 증거는 증거

27) 전문증거의 개념에 관해서는 지유미, “전문증거의 개념에 대한 검토-사진 및 녹음테이프의 전문증거성에 대한 검토를 중심으로-”, 『고려법학』 제74호, 고려대학교 법학연구원, 2014.9, 334면 이하.

로 할 수 없다”는 위법수집증거배제법칙이 신설된다. 이를 계기로 2007년 말 이른바 “성질형상불변론”이라는 이름 아래 비진술증거에 대해서는 위법수집증거배제법칙을 적용하지 않고 진술증거에 대해서만 적용해오던 종전의 관행이 깨진다.<sup>28)</sup> 이러한 판례변경은 신설된 형사소송법 제308조의2의 시행(2008.1.1.)을 앞두고 나온 것이다.

2007년 6월 1일 형사소송법 개정 때 적법절차원칙을 강화하는 차원에서 조서의 증거능력 요건도 종전과 달라졌다. 바로 “조서가 적법한 절차와 방식에 따라 작성되었음”이라는 증거능력 요건이 신설된 것이다. 앞서 보았듯이 이는 조서의 “진정성립”이라는 기존 요건을 대체하는 것이 아니라 조서의 “진정성립” 요건은 그대로 두면서 추가된 것이다.

따라서 ‘적법한 절차’를 위반하여 작성한 조서는 조서의 증거능력 요건을 갖추지 못하여 증거능력이 부정되는 것인지, 아니면 위법수집증거로서 증거능력이 부정되는 것인지, 아니면 두 사유에 모두 해당이 되어 증거능력이 부정되는 것인지 논란이 있다. 판례는 조서의 증거능력을 갖추지 못했다는 이유로 증거능력을 부정하기도 하고, 두 사유 모두 해당이 되어 증거능력이 부정된다고 보기도 한다.<sup>29)</sup> 문제의 소재는 조서의 증거능력 요건인 “적법한 절차와 방식”과 위법수집증거배제법칙의 “적법한 절차”의 관계를 어떻게 볼 것인지에 있다.<sup>30)</sup> 이에 따라 조서의 증거능력 인정 여부가 달라질 수 있다.

## 2. 학계의 논의

### 1) 위법수집증거배제법칙 제308조의2의 “적법한 절차”의 의미

제308조의2의 입법취지를 보면 위법수집증거배제법칙의 “적법한 절차”는 헌법 제12조 1항의 적법절차를 의미한다.<sup>31)</sup> 이 조문의 신설 과정에서 본래 “위법하게 수집한 증거”로 제안되었으나 ‘위법하게’란 말이 지나치게 넓게 해석될 수 있다는 검찰 쪽의 지적에 따라 헌법의 ‘적법절차’란 말이 사용된 것이지만,<sup>32)</sup> 위법수

28) 대법원 2007.11.15. 선고 2007도3061 전원합의체 판결(이른바 제주지사실수색·압수사건).

29) 대법원 2013.3.28. 선고 2010도3359 판결.

30) 변종필, “적법한 절차’를 위반한 사법경찰관 작성 피의자신문조서의 증거능력”, 『형사법연구』 제25권 제4호, 한국형사법학회, 2013 겨울호, 327면.

31) 법무부, 『개정 형사소송법』, 2007, 226면.

집증거배제법칙이 헌법의 적법절차원칙을 구현함에 있다는 점도 반영된 것이다.

적법절차란 말이 추상적이고 불명확하여 좀 더 구체화된 언어로 개정할 필요가 있다는 지적도 있지만,<sup>33)</sup> 헌법적 차원의 포괄적 법원리라는 점을 고려하면 형사절차의 또 다른 한 축인 실체적 진실주의와 비교형량을 통해 해석하고 적용할 수밖에 없다. 형사절차상 긴장관계에 있는 적법절차원칙과 실체적 진실주의의 두 이념 조화와 균형을 통해 위법수집증거배제법칙을 적용범위를 결정할 수밖에 없다는 것이다.

그런데 학계는 대체로 위법수집증거배제법칙의 적용범위를 크게 다음과 같은 3가지로 유형화한다.<sup>34)</sup> 첫째, 영장주의를 위반한 경우(예컨대 영장없는 수색압수 등에 의해 수집한 증거). 둘째, 적법절차를 위반한 경우(예컨대 위법한 합정수사를 통해 수집한 증거). 셋째, 형사소송법의 효력규정을 위반한 경우(예컨대 진술거부권 및 고지의무의 침해나 변호인의 접견교통권 및 참여권 등 변호인의 조력을 받을 권리의 침해를 통해 수집한 증거)

## 2) 조서의 증거능력에 관한 제312조의 “적법한 절차와 방식”

앞서 말했듯이 조서의 증거능력에 관한 “적법한 절차와 방식”은 조서의 형식적 진정성립은 물론 조서작성의 절차와 방식의 적법성을 의미하는데, 입법취지를 보면 검사나 사법경찰관에 의한 신문(제241조), 이익사실진술 기회의 부여(제242조), 조서의 열람·낭독 및 증감·변경 청구 등 이의제기의 기재를 비롯한 피의자신문조서의 작성방법(제244조), 변호인 접견 및 참여권의 보장(제243조의 2), 진술거부권과 변호인의 조력을 받을 권리(제244조의 3), 수사과정의 기록(제244조의 4) 등 형사소송법이 정한 절차와 방식을 의미한다.<sup>35)</sup>

## 3) 두 개념의 관계

먼저 두 개념의 관계를 일반조항과 특별조항의 관계로 보는 견해는 위법수집

32) 천진호, “위법수집증거배제법칙의 실천적 과제”, 『동아법학』 제44호, 동아대학교 법학연구소, 2010, 494면.

33) 위의 논문, 496면.

34) 변종필, 앞의 논문, 332면 이하.

35) 법무부, 앞의 책, 236면; 법원행정처, 『형사소송법 개정법률 해설』, 2007, 131면.

증거배제법칙을 규정한 형사소송법 제308조의2는 자백배제법칙(제309조)과 통신비밀보호법 제4조 등 위법수집증거배제를 규정하는 여러 조문들의 일반조항으로서 성격을 갖는 반면, 조서의 경우에는 제312조가 우선 적용된다고 본다.<sup>36)</sup> 제308조의2가 헌법의 기본권 침해를 겨냥한 반면, 제312조는 조서작성에 요구되는 범규의 준수를 겨냥하고 있다는 것이다.

제308조의2는 진술거부권의 고지나 변호인 참여와 같은 기본권과 밀접한 관련을 가지거나 위법의 정도가 중대한 경우에 적용되고, 기타의 절차규정 위반에 대해서는 제312조의 적법절차를 근거로 증거능력이 부정된다는 견해<sup>37)</sup>도 있다.

수사기관이 피의자신문과정에서 진술거부권을 고지하지 않거나 변호인 선임권, 접견교통권 및 신문참여권을 침해한 상태에서 신문을 하고 작성된 피의자신문조서는 제312조에 의해서는 물론 자백배제법칙 또는 위법수집증거배제법칙에 의해서도 증거능력이 없다고 보는 견해<sup>38)</sup>도 있다.

위법수집증거배제법칙의 “적법한 절차”는 포괄적 성격을 띤 명문화된 범원리로서 그 적용방법이 형량인 반면, 조서의 증거능력에 관한 “적법한 절차와 방식”은 구체적인 범규칙으로서 그 적용방법이 포섭이라는 점에서 구별된다고 보는 견해<sup>39)</sup>도 있다. 제308조의2의 ‘적법한 절차’는 절차적·실체적 적법절차를 포괄하는 특징을 갖는 반면 제312조의 ‘적법한 절차’(와 방식)는 절차적 적법절차의 요청을 반영한 것이라는 특징을 갖는다는 것이다.

### 3. 판례의 분석

‘조서 작성의 절차와 방식의 적법성’이란 개념은 넓게 보면 영장주의에 위반한 압수조서와도 관련된다. 형사소송법 제312조 6항은 수사기관의 검증조서를 규정하고 있는데, 수색압수조서도 검증조서와 유사하므로 유추적용하기 때문이다. 따라서 아래에서는 ‘조서 작성의 절차와 방식의 적법성’이 문제된 판례를 첫째, 형식적 진정성립이나 조서의 작성 주체 등과 같은 절차나 방식 위반, 둘째, 진술거부권 불고지 등 형사절차상 원리나 권리 침해, 셋째, 영장주의 위반 3가지로 분

36) 조국, “위법수집증거배제법칙 재론”, 『사법』 제3호, 사법연구지원재단, 2008, 203면 이하.

37) 신양균, 『형사소송법』, 화산미디어, 2009, 784면.

38) 손동권, 『형사소송법』, 세창출판사, 2008, 572면.

39) 변종필, 앞의 논문, 338면 이하.



류한 후 다시 위법수집증거배제법칙 신설 이전과 이후로 구별하여 분석한다.

## 1) 형식적 진정성립이나 조서의 작성 주체 등과 같은 절차나 방식 위반

### (1) 위법수집증거배제법칙 신설 이전 판례

판례는 서명 또는 기명날인이 없는 피고인에 대한 진술조서는 증거능력이 없고,<sup>40)</sup> 또 피고인의 서명, 날인 및 간인이 없는 검사작성의 피고인에 대한 피의자신문조서는 증거능력이 없다고 본다.<sup>41)</sup>

판례는 피고인의 서명만이 있고, 그 날인(무인 포함)이나 간인이 없는 검사작성의 피고인에 대한 피의자신문조서는 증거능력이 없고, 그 날인이나 간인이 없는 것이 피고인이 그 날인이나 간인을 거부하였기 때문이어서 그러한 취지가 조서말미에 기재되었다거나, 피고인이 법정에서 그 피의자신문조서의 임의성을 인정하였다고 하여 달리 볼 것은 아니라고 본다.<sup>42)</sup>

판례는 검사 작성의 피의자신문조서의 작성주체는 검사이어야 하므로 작성자인 검사의 서명날인이 되어 있지 않은 경우 그 피의자신문조서는 공무원이 작성하는 서류로서의 요건을 갖추지 못한 것으로서 57조 1항에 위반되어 증거능력이 부정된다고 본다.<sup>43)</sup>

판례는 검사가 조서작성의 명의인으로 되어있지만 실질적으로 작성에 참여하지 않은 경우, 예컨대 검사의 지시에 따라 검찰주사와 검찰주사보가 번갈아가며 신문하여 조서를 작성하고 나서 검사가 이를 살펴본 후 피고인이 조사를 받고 있던 방으로 와서 피의자신문조서를 손에 든 채 그에게 ‘이것이 모두 사실이냐’고 개괄적으로 질문한 경우는 검사가 작성한 피의자신문조서로 볼 수 없다고 본다.<sup>44)</sup>

판례는 검찰송치전 피의자에 대한 검사작성 피의자신문조서는 내용만 부인하면 증거능력을 상실하게 되는 사경작성 피의자신문조서의 자백 등을 부당하게 유지하려는 수단으로 악용될 가능성이 있어서 이 경우에는 옛 형사소송법 312조 1항이 적용되지 않는다고 본다.<sup>45)</sup> 그러나 이에 반대하는 견해<sup>46)</sup>도 있다.

40) 대법원 1993.4.23. 선고 92도2908 판결.

41) 대법원 1992.6.23. 선고 92도954 판결.

42) 대법원 1999.4.13. 선고 99도237 판결.

43) 대법원 2001.9.28. 선고 2001도4091 판결.

44) 대법원 2003.10.9. 선고 2002도4372 판결.

45) 대법원 1994.8.9. 선고 94도1228 판결.

판례는 형사소송법 제244조의 규정에 비추어 수사기관이 피의자신문조서를 작성함에 있어서는 그것을 열람하게 하거나 읽어 들려야 하는 것이나 그 절차가 비록 행해지지 안했다 하더라도 그것만으로 그 피의자신문조서의 증거능력이 부정되지는 않는다고 본다.<sup>47)</sup>

(2) 위법수집증거배제법칙 신설 이후 판례

판례는 가명진술조서일지라도 가명이라는 이유만으로 조서 작성의 절차와 방식의 적법성을 부정하여 증거능력을 부정해서는 안 된다고 본다.<sup>48)</sup> 그 이유는 '적법한 절차와 방식'이란 피의자 또는 제3자에 대한 조서 작성 과정에서 지켜야 할 진술거부권의 고지 등 형소법이 정한 제반 절차를 준수하고 조서의 작성 방식에도 어긋남이 없어야 한다는 것을 의미하지만, 형소법은 조서에 진술자의 실명 등 인적 사항을 확인하여 이를 그대로 밝혀 기재할 것을 요구하는 규정을 따로 두고 있지는 않으므로 특정범죄신고자 등 보호법등에서처럼 명시적으로 진술자의 인적 사항의 전부 또는 일부의 기재를 생략할 수 있도록 한 경우가 아니더라도 진술자와 피고인의 관계, 범죄의 종류, 진술자 보호의 필요성 등 여러 사정으로 볼 때 상당한 이유가 있는 경우에는 가명으로 조서를 작성할 수 있다는 것이다.

2) 형사절차상 원칙 내지 권리의 침해 여부에 관한 판례

(1) 위법수집증거배제법칙 신설 이전 판례

판례는 진술거부권을 고지하지 않고 작성한 수사기관의 피의자신문조서는 위법하게 수집한 증거로서 증거능력이 없다고 본다.<sup>49)</sup>

판례는 변호인의 접견교통권이 침해된 상태에서 얻어진 피의자·피고인의 진술은 증거능력이 없다고 본다.<sup>50)</sup>

증언거부권을 고지하지 않고 신문한 경우에도 그 증언의 증거능력은 유효하

46) 이재상, “1994년도 형사판례회고”, 『형사판례연구[3]』, 한국형사판례연구회, 1995, 449면 이하; 정웅석, “형사증거법상의 전문법칙에 관한 연구”, 『연세대학교 박사학위논문』, 1998.12, 186면.

47) 대법원 1988.5.10. 선고 87도2716 판결.

48) 대법원 2012.5.24. 선고 2011도7757 판결.

49) 대법원 1992.6.23. 선고 92도682 판결.

50) 대법원 1990.9.25. 선고 90도1586 판결.

다는 오래 전 판례가 있으나,<sup>51)</sup> 적법절차에 따르지 않고 수집한 증거로서 위법 수집증거배제법칙에 따라 증거능력을 부정함이 옳다.

피고인에게 증인신문의 일시와 장소를 통지하지 않거나 피고인의 참여없이 증인신문이 이루어졌다하더라도 다음 공판기일에 증인신문조서에 대한 증거조사에서 소송관계인이 이에 대해 이의를 제기하지 않은 경우, 판례는 책문권(責問權)의 포기로서 증인신문절차의 하자가 치유된다고 본다.<sup>52)</sup>

판례는 공소제기 후에도 제1회 공판기일 전후를 불문하고 수사기관이 피고인을 신문할 수 있다고 보고, 공소제기후 피고인에 대한 진술조서라는 이유만으로는 그 진술조서의 증거능력이 부정되지 않는다고 본다.<sup>53)</sup>

그런데 판례는 공소제기 후 참고인조사도 원칙적으로 허용되지만, 피고인에게 유리한 증언을 마친 증인을 검사가 소환한 후 피고인에게 유리한 그 증언 내용을 추궁하여 이를 일방적으로 반복시키는 방식의 참고인조사는 허용되지 않고, 이런 방식으로 작성한 진술조서의 증거능력은 부정된다고 본다.<sup>54)</sup> 그 이유는 당사자주의·공판중심주의·직접주의를 지향하는 현행 형사소송법의 소송구조에 어긋나는 것일 뿐만 아니라, 헌법 제27조가 보장하는 기본권, 즉 법관의 면전에서 모든 증거자료가 조사·진술되고 이에 대하여 피고인이 공격·방어할 수 있는 기회가 실질적으로 부여되는 재판받을 권리의 침해라는 것이다.

## (2) 위법수집증거배제법칙 신설 이후 판례

판례는 사법경찰관이 피의자에게 진술거부권을 행사할 수 있음을 알려 주고 그 행사 여부를 질문하였다 하더라도, 진술거부권 행사 여부에 대한 피의자의 답변이 자필로 기재되어 있지 않거나 그 답변 부분에 피의자의 기명날인 또는 서명이 되어 있지 않은 사법경찰관 작성의 피의자신문조서는 특별한 사정이 없는 한 '적법한 절차와 방식'에 따라 작성된 조서라 할 수 없으므로 그 증거능력을 인정할 수 없는 반면, 피의자가 변호인의 참여를 원한다는 의사를 명백하게 표시하였음에도 수사기관이 정당한 사유 없이 변호인을 참여하게 하지 않은 채 피의자를 신문하여 작성한 피의자신문조서는 '적법한 절차와 방식'에 위반된 증

51) 대법원 1957.3.8. 선고 4290형상23 판결.

52) 대법원 1988.11.8. 선고 86도1646 판결. 同旨, 대법원 1992.2.28. 선고 91도2337 판결.

53) 대법원 1984.9.25. 선고 84도1646 판결.

54) 대법원 2000.6.15. 선고 99도1108 전원합의체 판결; 대법원 2004.3.26. 선고 2003도7482 판결.

거일 뿐만 아니라, ‘적법한 절차에 따르지 않고 수집한 증거’에 해당하므로 이를 증거로 할 수 없다고 본다.<sup>55)</sup>

판례는 검사가 형식은 참고인진술조서이지만, 실질은 피의자신문조서인 조서를 진술거부권을 고지하지 않은 채 작성한 경우, 그 조서는 위법하게 수집한 증거로서 증거능력이 없다고 본다.<sup>56)</sup>

판례는 공판준비 또는 공판기일에서 이미 증언을 마친 증인을 검사가 소환한 후 피고인에게 유리한 그 증언 내용을 추궁하여 이를 일방적으로 번복시키는 방식으로 작성된 진술서<sup>57)</sup> 또는 피의자신문조서<sup>58)</sup> 모두 피고인이 증거동의를 하지 않는 한 증거능력이 부정된다고 본다. 그 이유는 그 조서에 대한 원진술자인 증인이 다시 법정에서 출석하여 증언을 하면서 그 진술조서의 성립의 진정함을 인정하고 피고인 쪽에 반대신문의 기회를 부여한 경우 그 증언 자체를 유죄의 증거로 할 수 있음은 또 다른 문제이고, 이런 검사의 행위는 당사자주의·공판중심주의·직접주의를 지향하는 현행 형사소송법의 소송구조에 어긋나는 것일 뿐만 아니라, 수사라기보다는 검사가 공판정에서 하는 재신문행위로 보아야 하므로 종전 형사소송법 제312조나 제313조에 규정한 조서나 서류에 해당한다고 볼 수 없다는 것이다.

판례는 변호인이 없는 피고인을 일시 퇴정하게 하고 증인신문을 하여 피고인에게 실질적인 반대신문의 기회를 부여하지 않은 채 이루어진 증인의 법정진술은 위법한 증거로서 증거능력이 없다고 볼 여지가 있지만, 그 다음 공판기일에 재판장이 증인신문 결과 등을 공판조서(증인신문조서)에 의하여 고지하였는데 피고인이 ‘변경할 점과 이의할 점이 없다’고 진술하여 책문권의 포기 의사를 명시한 경우는 실질적인 반대신문의 기회를 부여받지 못한 하자가 치유된다고 본다.<sup>59)</sup>

### 3) 영장주의 위반 여부에 관한 판례

#### (1) 위법수집증거배제법칙 신설 이전 판례

판례는 긴급체포의 요건을 갖추지 못한 상태에서 수사기관이 작성한 피의자

55) 대법원 2013.3.28. 선고 2010도3359 판결.

56) 대법원 2009.8.20. 선고 2008도8213 판결.

57) 대법원 2012.6.14. 선고 2012도534 판결.

58) 대법원 2013.8.14. 선고 2012도13665 판결.

59) 대법원 2010.1.14. 선고 2009도9344 판결.

신문조서의 증거능력을 부정한다.<sup>60)</sup>

피고인이 다세대주택의 외부계단을 이용하는 모습을 수사기관이 촬영하여 그 사진을 국가보안법위반죄의 증거로 사용한 경우, 판례는 영장이나 피촬영자의 동의를 없더라도 초상권, 사생활의 비밀, 주거의 자유 등을 침해하지 않는 적법한 것이라고 본다.<sup>61)</sup> 그 촬영이 ①현재 범행이 행해지고 있거나 행해진 직후이고, ②증거보전의 긴급성과 필요성이 있으며, ③일반적으로 허용되는 상당한 방법이라는 것이 그 이유다. 이와 달리 장기간의 수사활동의 일환으로 이루어진 사진촬영은 위법이라는 견해<sup>62)</sup>도 있다.

## (2) 위법수집증거배제법칙 신설 이후 판례

판례는 검사가 공소제기 후 형사소송법 제215조에 따라 수소법원 이외의 지방법원 판사에게 청구하여 발부받은 영장으로 압수·수색을 하여 수집한 증거는 원칙적으로 유죄의 증거로 삼을 수 없다고 본다.<sup>63)</sup> 제215조에서 검사가 압수·수색 영장을 청구할 수 있는 시기를 공소제기 전으로 명시적으로 한정하고 있지는 않지만, 헌법상 보장된 적법절차의 원칙과 재판받을 권리, 공판중심주의·당사자주의·직접주의를 지향하는 현행 형소법의 소송구조, 관련 법규의 체계, 문언 형식, 내용 등을 종합하여 보면, 일단 공소가 제기된 후에는 피고사건에 관해 검사로서는 제215조에 의해 압수·수색을 할 수 없다고 보아야 하므로 기본적 인권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않은 것으로 봐야한다는 것이다.

음란물 유포의 범죄혐의를 이유로 압수수색영장을 발부받은 사법경찰관이 피의자의 주거지를 수색하는 과정에서 대마를 발견하자, 피의자를 마약류관리에 관한 법률 위반죄의 현행범으로 체포하면서 대마를 압수하였으나 그 다음날 피의자를 석방하고도 사후 수색·압수영장을 발부받지 않은 사건에서, 판례는 압수물인 대마와 그 압수조서의 증거능력을 부정한다.<sup>64)</sup>

수사기관이 피의자 甲의 공직선거법 위반의 범죄사실로 발부받은 압수·수색

60) 대법원 2007.1.12. 선고 2004도8071 판결; 대법원 2002.6.11. 선고 2000도5701 판결.

61) 대법원 1999.9.3. 선고 99도2317 판결.

62) 오병두, “수사방법으로서 사진촬영의 형사소송법적 쟁점”, 『민주법학』 제49호, 민주주의법학연구회, 2012.7, 82면 이하.

63) 대법원 2011.4.28. 선고 2009도10412 판결.

64) 대법원 2009.5.14. 선고 2008도10914 판결.

영장의 집행 과정에서 乙, 丙 사이의 대화가 녹음된 녹음파일을 압수하여 乙, 丙의 공직선거법 위반 혐의사실을 발견한 경우, 판례는 압수·수색영장에 기재된 ‘피의자’인 甲은 녹음파일에 의해 의심되는 혐의사실과 무관하므로 수사기관이 별도의 압수·수색영장을 발부받지 않고 압수한 녹음파일은 甲의 ‘피의사건’ (제219조, 제106조 1항, 제215조)과 ‘관계가 있다고 인정할 수 있는 것’이 아니며, 따라서 이런 압수는 헌법의 영장주의를 위반한 절차적 위법이 있으므로, 녹음파일은 형사소송법 제308조의2에서 정한 ‘적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거’로서 증거로 쓸 수 없고, 그 절차적 위법은 헌법상 영장주의 내지 적법절차의 실질적 내용을 침해하는 중대한 위법에 해당하여 예외적으로 증거능력을 인정할 수도 없다고 본다.<sup>65)</sup>

판례는 교통사고로 의식이 없는 운전자의 혈액을 영장없이 채취하는 것은 보호자의 동의가 있더라도 위법하며, 따라서 이런 혈액을 이용한 혈중알콜농도에 관한 감정서 및 주취운전자 적발보고서는 위법수집증거배제법칙에 따라 증거능력이 없다고 본다.<sup>66)</sup>

사경이 피고인 소유의 쇠파이프를 피고인의 주거지 앞 마당에서 발견하였으면서도 그 소유자, 소지자 또는 보관자가 아닌 피해자로부터 임의로 제출받는 형식으로 위 쇠파이프를 압수한 후 그 압수물의 사진을 찍은 경우, 판례는 압수물과 그 사진은 영장주의를 위반하여 수집하거나 그에 기초한 증거로서 그 절차 위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 정도에 해당한다고 할 것이므로, 피고인의 증거동의에도 불구하고 유죄의 증거로 사용할 수 없다고 본다.<sup>67)</sup>

#### 4. 평가

판례는 형식적 진정성립이나 조서의 작성 주체 등과 같은 절차와 방식 위반은 ‘조서 작성의 절차와 방식의 적법성’ 위반으로 보고, 진술거부권 불고지 등 형사절차상 원리나 권리 침해는 ‘조서 작성의 절차와 방식의 적법성’ 위반이자 위법수집증거배제법칙위반으로 보며, 영장주의 위반은 위법수집증거배제법칙위

65) 대법원 2014.1.16. 선고 2013도7101 판결.

66) 대법원 2011.4.28. 선고 2009도2109 판결.

67) 대법원 2010.1.28. 선고 2009도10092 판결.

반으로 보고 있다.

또한 판례는 위법수집증거배제법칙 신설 이후 적법절차를 위반하여 수집한 증거의 증거능력을 무조건 부정하지 않고, 실제적 진실 규명과의 조화를 통해 증거능력을 인정하는 경향을 보이고 있다. 그러나 변호인의 접견교통권이 침해된 상태에서 얻어진 피의자·피고인의 진술이나 조서는 일관되게 증거능력이 없다고 본다. 이에 따라 일심회 사건을 비롯하여 여러 공안사건에서 피신조서의 증거능력이 부정되어왔다. 그런데 이들 사건의 피의자신문과정에서 변호인의 접견이 제한된 이유는 수사기관과 변호인 사이의 다툼으로 인해 변호인이 강제 퇴거를 당했기 때문이다. 따라서 피의자신문시 변호인 참여 지침을 좀 더 구체적이고 세밀하게 함으로써 수사기관과 변호인 사이의 다툼을 해소할 수 있도록 할 필요가 있다. 그런데 그 지침의 지향점은 형사절차의 두 이념 곧 (수사기관의) 실제적 진실 규명 추구하고 변호인 참여절차를 통한 피의자의 방어권 내지 인권 보장이 균형을 이루는 지점이다.

## V. 결론

특수매체의 증거능력과 관련하여 판례가 특히 디지털증거 또는 전자증거의 원본과 사본 또는 출력문건 사이의 동일성 내지 무결성(integrity)을 중요하게 여기면서 미국의 연방증거법에서 나오는 이른바 “증거의 진정성” 개념이 쟁점이 되고 있고, 이 개념과 형사소송법 제312조와 제313조에서 말하는 “성립의 진정”은 의미상 어떤 차이가 있는지 논란이 되고 있다. 이 과정에서 앞으로의 형사소송법 개정 논의에서 “증거의 진정성”에 관한 규정의 신설 여부가 중요한 과제로 대두할 가능성이 높다고 본다.

디지털정보저장매체의 문건의 증거능력과 관련하여 문건의 진실성이 문제되면 전문증거이지만, 문건의 존재 자체가 문제되거나 이것이 간접증거로 사용될 때는 전문증거가 아니라는 논리가 판례의 입장으로 굳어가고 있다. 그런데 이는 미국의 전문증거 개념을 전제로 한 것으로서 제310조의2를 필두로 하여 제312조~제316조의 문언 자체의 해석론과 차이가 있다고 볼 수 있다. 따라서 전문증거의 개념에 관한 명시적인 규정을 두거나 제310조의2를 필두로 하여 제312조~제316조의 문언의 의미를 새롭게 조명하는 것에 대한 논의가 필요하다.

위법수집증거배제법칙의 “적법한 절차”는 포괄적 성격을 띤 명문화된 법원리로서 그 적용방법이 형량인 반면, 조서의 증거능력에 관한 “적법한 절차와 방식”은 구체적인 법규칙으로서 그 적용방법이 포섭이라는 점에서 구별된다고 보는 것이 옳다고 본다.

투고일 : 2015.5.7. / 심사완료일 : 2015.6.10. / 게재확정일 : 2015.6.20.



[참고문헌]

- 법무부, 「개정 형사소송법」, 2007.
- 법원행정처, 「형사소송법 개정법률 해설」, 2007.
- 손동권, 「형사소송법」, 세창출판사, 2008.
- 신양균, 「형사소송법」, 화산미디어, 2009.
- 임동규, 「형사소송법」, 법문사, 2012.
- 변종필, “‘적법한 절차’를 위반한 사법경찰관 작성 피의자신문조서의 증거능력”, 「형사법연구」 제25권 제4호, 한국형사법학회, 2013.
- 심희기, “전자증거의 진정성과 전문법칙의 적용”, 「형사판례연구[22]」, 형사판례연구회, 2014.
- 오길영, “디지털 검증의 현재와 그 부당성: 소위 ‘왕재산’ 사건을 중심으로”, 「민주법학」 제48호, 민주주의법학연구회, 2012.
- 오병두, “수사방법으로서 사진촬영의 형사소송법적 쟁점”, 「민주법학」 제49호, 민주주의법학연구회, 2012.
- 이숙연, “디지털 증거 및 그 증거능력과 증거조사방안-형사절차를 중심으로 한 연구-”, 「사법논집」 제53집, 법원행정처:법원도서관, 2011.
- 이완규, “진술증거의 전문증거성과 진정성 문제의 구별”, 「형사판례연구[20]」, 형사판례연구회, 2012.
- \_\_\_\_\_, “협박 진술 녹음의 전문증거 문제와 진정성 문제의 구별-대법원 2012.9.13. 선고 2012도7461-”, 「저스티스」 통권 제139호, 한국법학원, 2013.
- 이재상, “1994년도 형사판례회고”, 「형사판례연구[3]」, 형사판례연구회, 1995.
- 이호중, “국가보안법 사건에서 전문법칙의 적용문제”, 「민주법학」 제49호, 민주주의법학연구회, 2012.
- 정웅석, “형사증거법상의 전문법칙에 관한 연구”, 「연세대학교 박사학위논문」, 1998.
- 조국, “위법수집증거배제법칙 재론”, 「사법」 제3호, 사법연구지원재단, 2008.
- 지유미, “전문증거의 개념에 대한 검토-사진 및 녹음테이프의 전문증거성에 대한 검토를 중심으로-”, 「고려법학」 제74호, 고려대학교 법학연구원, 2014.
- 천진호, “위법수집증거배제법칙의 실천적 과제”, 「동아법학」 제44호, 동아대학교 법학연구소, 2010.

[국문초록]

## 전문증거의 증거능력에 관한 문제영역 분석과 평가

윤 동 호\*

이 글은 전문증거의 증거능력과 관련하여 최근 문제가 되고 있다고 인식하는 3가지 영역을 분석하고 평가하고 있다. 특수매체의 증거능력과 관련하여 판례가 특히 디지털증거 또는 전자증거의 원본과 사본 또는 출력문건 사이의 동일성 내지 무결성(integrity)을 중요하게 여기면서 미국의 연방증거법에서 나오는 이른바 “증거의 진정성” 개념이 쟁점이 되고 있고, 이 개념과 형사소송법 제 312조와 제313조에서 말하는 “성립의 진정”은 의미상 어떤 차이가 있는지 논란이 되고 있다. 이 과정에서 앞으로의 형사소송법 개정 논의에서 “증거의 진정성”에 관한 규정의 신설 여부가 중요한 과제로 대두할 가능성이 높다고 본다. 디지털정보저장매체의 문건의 증거능력과 관련하여 문건의 진실성이 문제되면 전문증거이지만, 문건의 존재 자체가 문제되거나 이것이 간접증거로 사용될 때는 전문증거가 아니라는 논리가 판례의 입장으로 굳어가고 있다. 그런데 이는 미국의 전문증거 개념을 전제로 한 것으로서 제310조의2를 필두로 하여 제312조~제316조의 문언 자체의 해석론과 차이가 있다고 볼 수 있다. 따라서 전문증거의 개념에 관한 명시적인 규정을 두거나 제310조의2를 필두로 하여 제312조~제316조의 문언의 의미를 새롭게 조명하는 것에 대한 논의가 필요하다. 위법수집증거배제법칙의 “적법한 절차”는 포괄적 성격을 띤 명문화된 법원리로서 그 적용방법이 형량인 반면, 조서의 증거능력에 관한 “적법한 절차와 방식”은 구체적인 법규칙으로서 그 적용방법이 포섭이라는 점에서 구별된다고 보는 것이 옳다고 본다.

주제어 : 전문증거, 증거의 진정성, 진정성립, 전자증거, 적법절차

\* 국민대학교 법과대학 부교수, 법학박사

[Abstract]

## Analysis of Issues related to Hearsay Evidence

Yun, Dong-Ho\*

The purpose of this article is to analyse three issues related to hearsay evidence. Hearsay evidence cannot be admitted into evidence unless exclusions from hearsay apply. First issue is admissibility of digital evidence. Digital evidence means criminal information which is acquired from photos, tape recordings, or digital devices such as computers, smart phones etc. In case of digital evidence, identification or integrity is important as the requirement of admissibility of evidence. Digital evidences are offered as main evidence in criminal court. So difference between the meaning of integrity of evidence and the meaning 'authenticity in formation of the protocol' of Korea Criminal Procedure Act Article 312, 313 is in question. Second issue is concept of hearsay evidence. According to Federal Rules of Evidence Rule 801, 28 U.S.C.A., hearsay means a statement that a party offers in evidence to prove the truth of the matter asserted in the statement. But hearsay evidence of Korea Criminal Procedure Act Article 310-2 does not need proving the truth of the matter asserted in the statement. Difference of two is in question also. Third issue is relationship between 'due process' of Korea Criminal Procedure Act Article 308-2 and 'due process and form' related to evidence of protocol is in question.

Key words : Hearsay Evidence, Integrity of Evidence, Authenticity in formation of the protocol, Digital Evidence, Due Process

---

\* An associate professor, The College of Law, Kookmin University, Ph.D. in Law.

