

이른바 ‘안중범의 업무수첩’의 증거능력

(대상판결: 서울고등법원 2017노2556 뇌물공여등 사건)

차 정 인*

《차 례》

I. 평석의 필요성	III. 평 석
1. 사건의 개요와 쟁점	1. 전문증거 여부를 판단하는 법리
2. 평석의 필요성	2. 간접증거의 경우
II. 판결들	3. 증거능력과 증명력의 판단순서
1. 제1심 판결	4. 대상판결 검토
2. 항소심 판결(대상판결)	IV. 결 론
3. 대법원 판결(제1심과 항소심이 인용한 판결)	

I. 평석의 필요성

1. 사건의 개요와 쟁점

이 사건의 공소장에 따르면 피고인인 삼성전자 부회장 이재용(이하 호칭 생략)은 자신의 현안인 ‘승계작업’(최소한의 개인자금을 사용하여 삼성그룹

* 부산대학교 법학전문대학원 교수

핵심 계열사인 삼성전자와 삼성생명에 대하여 사실상 행사할 수 있는 의결권을 최대한 확보할 수 있도록 하는 것을 목표로 하는 삼성그룹 지배구조 개편 작업을 추진하던 중, 이 승계작업의 성패에 결정적인 영향력을 가지고 있는 박 전대통령이 단독면담을 통해 뇌물(승마, 영재센터, 재단에 대한 지원)을 요구하는 것을 기화로 이 요구를 수락하는 방식으로 뇌물을 제공하고 그 뇌물을 제공하기 위한 재원으로 삼성전자의 자금을 임의 사용한 혐의 등으로 뇌물공여, 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령) 등으로 기소되었다. 이 사건의 진실규명에는 박 전대통령 - 이재용의 단독면담의 대화 내용과 박 전대통령이 전 청와대 정책조정수석비서관 안중범(이하 호칭 생략)에게 지시한 내용이 결정적으로 중요한 의미를 가진다. 이에 대하여 검사는 안중범이 작성한 업무수첩 57권의 원본 또는 사본(이하 안중범의 업무수첩)을 증거로 제출하였는데, 안중범의 설명에 의하면 이 업무수첩은 '박 전대통령 - 이재용의 단독면담 후 박 전대통령이 양인간의 면담 시의 대화내용을 불러주고 업무지시를 하면 자신의 생각을 가감하지 않고 그대로 받아 적은 것'이다. 이 업무수첩의 증거능력에 대하여, 피고인들과 변호인은 위법수집증거라는 주장, 원본의 존재여부가 확인되지 않은 사본이라는 주장, 전문증거법칙 위반이라는 주장을 하였으나 제1심법원은 이 주장을 모두 배척하고 증거능력을 인정하였다. 항소심법원은 이 업무수첩은 전문증거라고 판단하고 전문법칙을 적용하여 증거능력을 배척하였다. 사건의 진상을 규명하는 핵심 부분에 대한 증거의 증거능력을 배척함으로써 항소심법원의 사실인정과 판결주문이 제1심법원과 현저히 달라졌음은 물론이다.

2. 평석의 필요성

이 사건의 제1심법원과 항소심법원은 안중범의 업무수첩이 전문증거인지 여부를 판단하면서 그 판단에 적용할 법리로서 대법원판례를 제시하고 있는데 제1심과 항소심 모두 동일한 2개의 판례(대법원 2012. 7. 26. 선고 2012도 2937 판결, 대법원 2013. 6. 13. 선고 2012도16001 판결)를 제시하면서 동일한 요지부분을 인용하고 있다. 어떤 증거가 전문증거인지 여부는 요증사실과의

관계에서 정해지는데 제1심과 항소심의 요증사실이 변한 것도 없다. 그럼에도 불구하고 사회의 이목이 집중되는 중요 사건의 재판에서 동일한 법리를 적용한 결과가 상이하다는 것은 대법원판례가 제시하고 있는 ‘원진술의 내용인 사실이 요증사실인 경우’와 ‘원진술의 존재자체가 요증사실인 경우’의 구별이 용이하지 않다는 것을 의미한다.

전문법칙의 제도적 의의에 비추어볼 때 위 대법원판례가 제시하고 있는 구별은 전문법칙의 제도적 의의에 비추어 타당하다. 다만 실무에서 적용하는 과정에서, 위 ‘원진술의 내용인 사실이 요증사실인 경우’ 등의 의미를 외국의 전문증거 정의규정 등에 비추어 심층적으로 이해할 필요가 있고, 원진술이 주요 사실이 아니라 다양한 형태의 간접사실인 경우 판단방법, 진정성립과 진정성 문제의 구별, 무엇보다 증거능력과 증명력의 개념과 판단순서라는 관점에서 복잡한 논증구조를 단순하게 정리하는 것이 필요하다.

이 평석에서는 전문증거성 판단과 관련한 이론적 요소들을 검토하고, 대상판결의 판결 이유 부분에 대하여 분석적으로 검토함으로써 대상판결이 어느 개념의 적용과정에서 문제가 있었는지를 살펴보고자 한다.¹⁾

이 사건과 별개의 소송으로 재판이 진행되고 있는 박근혜 전대통령의 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물) 등 사건에서도 안중범의 업무수첩의 증거능력이 주요 쟁점인바, 이 평석의 법리는 그 사건에도 그대로 원용될 수 있다.

1) 이 판례평석과 같은 제목의 선행연구 논문이 있다(윤동호, “이른바 ‘안중범 업무수첩’의 증거능력”, 형사소송의 이론과 실무, 한국형사소송법학회, 제10권 제1호, 2018. 6.). 본 판례평석은 위 선행연구와 결론을 같이 하지만 그 결론을 도출하기 위한 논증은 그 관점과 방법면에서 대부분 달리하였으며 대법원판례가 제시한 기본적 개념에 관한 언급 외에는 내용상 중복은 없음을 미리 밝혀둔다. 본 판례평석은 제1심판결의 전형적 사실인정의 예를 들어 이 사건의 업무수첩과 간접사실, 주요사실 간의 증명 구조를 밝히고, 대법원판결이 제시한 전문증거의 개념을 심층적으로 분석하고, 항소심판결(대상판결)의 판결 이유를 전문법칙의 법리에 비추어 다각도로 검토하고, 결국 대상판결이 어느 대목에서 문제가 있는지 규명하는 데 역점을 두었다.

II. 판결들²⁾

1. 제1심 판결³⁾

안중범 업무수첩 사본의 증거능력에 관한 판단

가. 피고인들과 변호인의 주장

안중범의 업무수첩 중 대통령이 말한 내용을 기재하였다는 부분은 형사소송법 제313조 제1항의 ‘피고인 아닌 사람의 진술을 기재한 서류’로서 원진술자인 대통령의 서명, 날인이 없는 이상 증거능력을 인정할 수 없고, 제전문증거에 관한 법리에 의해서도 증거능력을 인정할 수 없다. 안중범의 업무수첩은 본래증거로서 증거능력이 인정된다고 하더라도 그 내용의 진실성, 즉 대통령과 피고인 이재용 사이에 그 기재와 같은 대화 또는 논의가 있었다는 사실에 대하여는 직접증거는 물론 간접증거나 정황증거로도 사용될 수 없다.

나. 판단

타인의 진술을 내용으로 하는 진술이 전문증거인지는 요증사실과 관계에서 정하여지는데, 원진술의 내용인 사실이 요증사실인 경우에는 전문증거이나, 원진술의 존재 자체가 요증사실인 경우에는 본래증거이지 전문증거가 아니다(대법원 2012. 7. 26. 선고 2012도2937 판결 등 참조). 또한 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 등 참조).

2) 아래 판결문 인용에서는 판결문의 소제목 번호, 괄호안의 호증 번호, 기록면수 등을 제외하고는 원문을 가감 없이 인용하였다.

3) 서울중앙지방법원 2017. 8. 25. 선고 2017고합194판결.

위와 같은 법리에 의하면, 안중범의 업무수첩은 업무수첩에 그와 같은 기재가 존재하는 것 자체에 관하여는 본래증거이지 전문증거가 아니고, 증거물인 서면으로서 증거능력이 인정된다. 또한 안중범의 업무수첩은 대통령과 피고인 이재용 사이 또는 개별 면담자 사이에 그 기재내용과 같은 대화가 있었다는 점에 관한 진술증거로서는 전문증거법칙에 의하여 그 증거능력을 인정할 수 없으나, 그 기재 내용의 진실성과 관계없는 간접사실에 대한 정황증거로서는 그 증거능력이 인정된다.

한편, 안중범은 업무수첩의 작성 방법에 관하여, 자신이 청와대 경제수석과 정책수석으로 근무하면서 매일매일의 업무 관련된 내용을 계속적으로 작성한 것으로, 대통령이 말하는 내용 중에서 후속조치를 취할 것들이 있는지 등을 정리하기 위해 대통령이 말하는 내용을 놓치지 않도록 일단 핵심 요지를 적은 것이고, 대통령의 지시사항이면 ‘VIP’라고 적어놓았으며, 대통령이 말할 때 그 내용을 수첩에 그대로 받아 적었지, 자신의 생각을 가감한 것은 없다고 진술하였다(2017. 7. 4.자 녹취서). 또한 안중범은 수사기관과 이 법정에서 대통령과 피고인 이재용 사이의 단독면담이 있었던 당일 대통령이 자신에게 피고인 이재용과 개별 면담 과정에서 나온 이야기를 불러 주기에 그 내용을 수첩에 기재하였다고 하면서 그 의미에 관하여 진술하였다(2017. 7. 4.자 녹취서). 안중범의 업무수첩은 안중범의 위와 같은 진술과 결합하여, 대통령이 안중범에게 지시한 내용, 대통령과 피고인 이재용 사이에 있었던 대화의 내용 등을 인정할 간접사실에 대한 증거로서는 전문증거가 아닌 본래증거로서의 증거능력과 증거가치를 가진다. 따라서 피고인들과 변호인의 이 부분 주장은 받아들일 수 없다.

2. 항소심 판결(대상판결)⁴⁾

안중범 업무수첩의 증거능력에 관한 판단

4) 서울고등법원 2018. 2. 5. 선고 2017노2556 판결.

가. 관련 법리

타인의 진술을 내용으로 하는 진술이 전문증거인지는 요증사실과 관계에서 정하여지는데, 원진술의 내용인 사실이 요증사실인 경우에는 전문증거이냐, 원진술의 존재 자체가 요증사실인 경우에는 본래증거이지 전문증거가 아니다(대법원 2012. 7. 26. 선고 2012도2937 판결 참조). 또한 어떤 진술이 기재된 서류가 그 내용의 진실성이 범죄사실에 대한 직접증거로 사용될 때는 전문증거가 된다고 하더라도 그와 같은 진술을 하였다든 것 자체 또는 그 진술의 진실성과 관계없는 간접사실에 대한 정황증거로 사용될 때는 반드시 전문증거가 되는 것은 아니다(대법원 2013. 6. 13. 선고 2012도16001 판결 참조).

나. 원심의 판단

원심은, 안중범의 업무수첩은 업무수첩에 그와 같은 기재가 존재하는 것 자체에 관하여는 본래증거이지 전문증거가 아니고, 증거물인 서면으로서 증거능력이 인정된다고 판단하고, 박 전 대통령과 피고인 이재용 사이 또는 개별 면담자 사이에 그 기재 내용과 같은 대화가 있었다는 점에 관한 진술증거로는 전문증거법칙에 의하여 그 증거능력을 인정할 수 없으나, 그 기재 내용의 진실성과 관계없는 간접사실에 대한 정황증거로는 그 증거능력이 인정되고, 그 업무수첩의 작성 방법에 관하여 박 전 대통령이 말하는 내용을 그대로 받아들였을 뿐 자신의 생각을 가감하지 않았다는 취지의 안중범의 진술과 결합하여, 박 전 대통령이 안중범에게 지시한 내용, 박 전 대통령과 피고인 이재용 사이에 있었던 대화의 내용 등을 인정할 간접사실에 대한 증거로서는 전문증거가 아닌 본래증거로서의 증거능력과 증거가치를 가진다고 판단하였다.

다. 이 법원의 판단

원심이 안중범의 업무수첩에 그와 같은 기재가 존재하는 것 자체에 관하여는 본래증거이지 전문증거가 아니고, 증거물인 서면으로서 증거능력이 인정된다고 판단하였음은 정당하다. 나아가 원심이 안중범의 업무수첩은 박 전 대통령과 피고인 이재용 사이 또는 개별 면담자 사이에 그 기재 내용과 같은 대

화가 있었다는 점에 관한 진술증거로는 전문증거법칙에 의하여 그 증거능력을 인정할 수 없다고 판단한 점 역시 정당하다.

그러나 원심이 안중범의 업무수첩이 그 기재 내용의 진실성과 관계없는 간접사실에 대한 정황증거로는 그 증거능력이 인정된다고 전제한 다음, 그 업무수첩의 작성 방법에 관하여 박 전 대통령이 말하는 내용을 그대로 받아 적었을 뿐 자신의 생각을 가감하지 않았다는 취지의 안중범의 진술과 결합하여, 박 전 대통령이 안중범에게 지시한 내용, 박 전 대통령과 피고인 이재용 사이에 있었던 대화의 내용 등을 인정할 간접사실에 대한 증거로서는 전문증거가 아닌 본래증거로서의 증거능력과 증거가치를 가진다고 판단한 점은 이를 수긍할 수 없다.

업무수첩이 박 전 대통령이 안중범에게 지시한 내용, 박 전 대통령과 피고인 이재용 사이에 있었던 대화의 내용 등을 입증하기 위한 증거라면 이는 요증사실과의 관계에 비추어 볼 때 원진술의 존재 자체가 아니라 그 내용의 진실성이 문제되는 경우에 해당하고, 그 기재 내용의 진실성과 관계없는 간접사실(원심은 그러한 간접사실이 무엇인지에 대하여 특정하고 있지도 아니하다)에 대한 정황증거라고 볼 수는 없다. 위와 같은 박 전 대통령의 진술을 들었다는 안중범의 진술 역시 마찬가지이다.

원심의 판단과 같이 안중범의 업무수첩에 박 전 대통령이 안중범에게 지시한 내용의 기재, 박 전 대통령과 피고인 이재용 사이에 있었던 대화의 내용의 기재가 있다는 그 자체를 박 전 대통령이 안중범에게 지시한 내용, 박 전 대통령과 피고인 이재용 사이에 있었던 대화의 내용을 인정할 간접사실에 대한 증거로 사용할 수 있다고 하면, 요증사실인 그 기재 내용의 진실성을 입증하기 위한 직접 증거로는 사용될 수 없는 전문증거가 그 기재의 존재를 인정하는 증거로 사용될 수 있게 됨으로써 우회적으로 그 기재 내용의 진실성을 인정하는 증거로 사용되는 결과가 된다. 이는 전문증거의 증거능력을 배제하고자 하는 전문법칙의 취지를 잠탈하는 결과를 초래하게 되므로 허용될 수 없다. 대법원이 전문증거라도 간접사실에 대한 정황증거로는 사용할 수 있다는 취지로 판시하면서도 “그 진술의 진실성과 관계없는 간접사실”이라고 그 사용범위를 제한하고 있는 것도 같은 취지로 보인다. 이 점을 지적하는 피고인

들과 변호인의 주장은 이유 있다.

3. 대법원판결

(1) 제1심과 항소심이 인용한 판결

대법원 2012. 7. 26. 선고 2012도2937 판결

타인의 진술을 내용으로 하는 진술이 전문증거인지는 요증사실과 관계에서 정하여지는데, 원진술의 내용인 사실이 요증사실인 경우에는 전문증거이나, 원진술의 존재 자체가 요증사실인 경우에는 본래증거이지 전문증거가 아니다.

기록에 의하면, 공소의 1은 제1심 법정에서 ‘피고인 1이 88체육관 부지를 공시지가로 매입하게 해 주고 KBS와의 시설이주 협의도 2개월 내로 완료하겠다고 말하였다’고 진술하였고, 공소의 2, 6도 피고인의 진술을 내용으로 한 진술을 하였음을 알 수 있는데, 피고인 1의 위와 같은 원진술의 존재 자체가 이 부분 각 사기죄 또는 변호사법 위반죄에 있어서의 요증사실이므로, 이를 직접 경험한 공소의 1 등이 피고인으로부터 위와 같은 말을 들었다고 하는 진술은 전문증거가 아니라 본래증거에 해당한다고 할 것이다.

대법원 2013. 6. 13. 선고 2012도16001 판결[공직선거법위반]

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.

원심은, ‘피고인 2 이메일 첨부서류’, ‘공소의 2 제출 서류’의 경우 그 문건의 존재 자체가 공소사실에 대한 직접증거가 되는 것이 아니라 문서 내용의 진실성이 문제되는 경우인 만큼 전문법칙이 적용된다고 판단하였다.

원심판결 이유를 위 법리 및 기록에 비추어 살펴보면 ‘피고인 2 이메일 첨부서류’, ‘공소의 2 제출 서류’가 거기에 기재된 내용의 진실성에 대한 직접증거로 사용되는 한도에서는 전문증거로 보아야 할 것이지만, 피고인 2 또는 피

고인 1이 그와 같은 내용의 문서 또는 그러한 문서파일이 들어있는 저장매체를 소지 또는 보관하고 있었다는 점에 대한 증거로 사용될 때는 전문법칙이 적용될 것이 아니어서 증거능력이 인정될 수 있다고 할 것이다.

Ⅲ. 평 석

1. 전문증거 여부의 판단

가. 판단의 대상

전문증거가 되는 것은 원진술이 아니라 그 원진술을 담고 있는 서류나 진술이며, 원진술의 성격에 따라 그 원진술을 담고 있는 서류나 진술은 전문증거(전문서류나 전문진술)가 되거나 전문증거가 아닌 증거물이나 본래증거(전문증거의 반대개념. 원본증거라고도 한다)가 된다.

이 사건에서는 박 전대통령의 지시나 박근혜 - 이재용의 대화내용이 원진술이며 이 원진술의 성격에 따라 안중범의 업무수첩이 전문증거인지 판정된다.

나. 원진술이 요증사실에 관한 경험내용의 진술인 경우와 원진술의 존재 자체가 요증사실인 경우로 구별

“원진술이 요증사실에 관한 경험내용의 진술인 경우”와 “원진술의 존재 자체가 요증사실인 경우”로 나누어서 전자의 경우는 그 원진술을 담고 있는 서류나 진술이 전문증거이지만 후자의 경우는 전문증거가 아니라는 것이 국내 학계의 보편적인 설명⁵⁾이며 대법원판결의 입장이다. 대법원판결에서는 “원진

5) 한국사법행정학회, 『주석 형사소송법(Ⅲ)』 제5판, 2017. 11, 442-447면; 이재상·조근석, 형사소송법(제11판), 박영사, 2017. 2, 599-600면; 신동운, 신형사소송법(제5판), 법문사, 2014. 3, 1135면; 배중대의, 형사소송법(제2판), 2016. 9, 618면; 손동권·신이철, 새로운 형사소송법(제3판), 세창출판사, 2016. 9, 586면; 정응석·최창호, 형사소송법, 대명출판사, 2017. 3, 568면; 이은모, 형사소송법(제5판), 박영사, 2015. 5, 684면; 노명선·이완규, 형사소송법(제5판), SKKUP, 2017. 2, 476면; 김인희, 형사소송법, 피앤씨미디어, 2015. 2, 493-494면; 이창현, 형사소송법(제3판), 피앤씨미디어, 2017. 2, 852-853면.

술이 요증사실에 관한 경험내용의 진술인 경우”를 “원진술의 내용인 사실이 요증사실인 경우”라고 하였으나 동일한 경우를 표현만 달리 한 것이다. 그런데 이 사건의 제1심과 항소심의 판단이 정반대로 나온 것에서 알 수 있듯이 위의 개념을 적용하더라도 전문증거 여부의 판단이 그리 용이한 것은 아니므로 좀 더 다각도로 분석해보아야 한다.

첫째, 두 개념의 구별이유이다. 먼저, 원진술이 요증사실에 관한 경험내용의 진술인 경우(대법원판결의 표현: 원진술의 내용인 사실이 요증사실인 경우)에는 그 원진술의 내용이 진실일 경우에만 요증사실이 증명되는 것이므로 전문법칙상의 요건들, 즉 특신상태 증명, 반대신문권 보장 등을 통하여 원진술의 진실성을 담보할 수 있는 기본적요건 충족이 필요하게 된다. 이때에는 그 원진술을 담고 있는 전문서류나 전문진술에 전문법칙을 적용해야 한다. 다음으로, 원진술의 존재 자체가 요증사실인 경우에는 그 원진술이 존재하기만 하면 요증사실이 증명되므로 그 원진술의 진실성을 담보하기 위한 전문법칙상의 요건은 필요하지 않게 된다. 이때에는 결국 그 원진술을 담고 있는 서류나 진술은 전문서류나 전문진술이 아닌 것이 된다.⁶⁾

둘째, 개념 중에 등장하는 ‘에 관한’의 의미이다. “요증사실‘에 관한’ 경험내용의 진술”은 “요증사실을 ‘대상으로 하여’ 요증사실의 존부나 진위에 관하여 하는 진술”을 의미하며, 요증사실‘과 관계있는’ 또는 요증사실‘과 관련성 있는’ 모든 진술을 의미하는 것이 아니다.

셋째, 원진술 속의 주장(assertion)의 유무이다. 미국연방증거규칙(FRE)의 전문증거의 정의규정(Rule 801)⁷⁾을 보면 hearsay(전문증거 속의 원진술)의

6) 차정인, “진술이 담긴 기계적 기록물과 전문법칙”, 형사법연구, 제29권 제3호, 2017. 10, 308면. 참조.

7) FRE Rule 801. Definitions That Apply to This Article; Exclusions from Hearsay

(a) Statement. “Statement” means a person’s oral assertion, written assertion, or nonverbal conduct, if the person intended it as an assertion.

(b) Declarant. “Declarant” means the person who made the statement.

(c) Hearsay. “Hearsay” means a statement that:

(1) the declarant does not make while testifying at the current trial or hearing; and

(2) a party offers in evidence to prove the truth of the matter asserted in the statement.

번역하면 다음과 같다.

제801조(정의: hearsay의 배제)

(a) 진술. “진술”이란 사람의 구두 주장, 서면상의 주장, 주장을 의도한 경우의 비언어적 행동을 말한다.

핵심 개념요소는 주장(assertion)이다.⁸⁾ 여기서 주장이란 요증사실의 진위나 존부에 관한 주장이다. “요증사실에 관한 경험내용의 진술”에는 요증사실의 진위나 존부에 관한 주장(assertion)이 있으나 “원진술의 존재 자체가 요증사실인 경우”에는 이러한 주장이 없다. 이 주장(assertion)의 유무는 전문증거 여부를 판단에 상당히 유용하며 판단이 타당한지 점검하는 방법이 될 수 있다.

2. 간접증거의 경우

(1) 간접사실과 간접증거

원진술이 주요사실(또는 구성요건사실)을 직접적으로 증명하는 직접증거인 경우도 있고, 원진술이 먼저 간접사실을 증명하고 이 간접사실과 다른 간접사실, 전체 증거를 종합하여 주요사실을 증명하는 경우도 있다. 후자의 경우 이 원진술은 간접증거가 된다. 이 사건의 경우에도 제1심과 항소심 판결문의 여러 부분에서 업무수첩의 기재내용(원진술)이 간접사실(원진술의 존재, 즉 업무지시 등)을 증명하고 이를 통하여 주요사실이 증명된다는 판단을 하고 있다.

간접증거에 의한 사실인정에 대하여 대법원은 이른바 ‘치과의사 모녀 살인 사건’(대법원 1998. 11. 13. 선고 96도1783 판결)에서 다음과 같이 판시하였다. “... 범죄사실의 증명은 반드시 직접증거만으로 이루어져야 하는 것은 아니고 논리와 경험칙에 합치되는 한 간접증거로도 할 수 있으며, 간접증거가 개별적으로는 범죄사실에 대한 완전한 증명력을 가지지 못하더라도 전체 증거를 상

(b) 진술자. “진술자”란 그 진술을 한 사람을 말한다.

(c) hearsay. “hearsay”란 다음의 진술을 말한다:

(1) 진술자가 공판기일이나 공판준비기일에 증언한 것이 아닌 것으로서

(2) 당사자가 그 진술에서 주장된 사실의 진실성을 증명하기 위한 증거로서 제출된 것을 말한다.

많은 저서들(예: 『주석 형사소송법(III)』 제5판, 한국사법행정학회, 2017. 11, 443면)이 이 조문상의 assertion, assert 에 대하여 ‘진술’이라고 번역하고 있으나 ‘주장’이라고 번역해야 한다.

이 규정에서 정의하고 있는 “hearsay”는 우리 증거법 상의 전문증거를 의미하는 것이 아니다. 원진술과 그 원진술을 담은(내용으로 하는) 서류나 진술이 있을 때 우리 증거법상 후자(전문서류나 전문진술)가 전문증거다. 이 정의규정에서 “hearsay”는 “전문증거 속의 원진술” 또는 “전문증거에서의 원진술”을 의미하고 있다. “hearsay”를 국어사전 식으로 전문증거라고 번역 사용하면 전문증거의 개념과 전문법적 적용범위 논의에서 불필요한 혼선을 빚게 된다. 이에 대하여 보다 자세한 것은, 차정인, “전문법적 적용범위 논의를 위한 몇 가지 고찰”, 중앙법학, 제16집 제2호, 2014. 6, 131-132면 참조.

8) 심희기, “전문과 비전문문의 구별”, 법조, 2013. 6, 45면 참조.

호 관련 하에 종합적으로 고찰할 경우 그 단독으로는 가지지 못하는 종합적 증명력이 있는 것으로 판단되면 그에 의하여도 범죄사실을 인정할 수가 있다.”

여기에서 무엇이 주요사실의 존부를 추론하게 하는 간접사실인지, 달리 표현하면 상당성 있는 간접사실인지에 대하여, 대법원은 “... 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접사실에 해당할 것인가는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 치밀한 관찰력이나 분석력에 의하여 사실의 연결 상태를 합리적으로 판단하는 방법에 의하여야 한다.”고 한다(대법원 2004. 7. 22. 선고 2002도4229 판결).

한편, 직접증거가 간접증거에 비하여 반드시 증명력이 더 강력한 것도 아니다. 간접증거가 물적증거인 경우 증인의 증언과 같은 직접증거보다 더 강력한 증명력을 발휘할 수 있다. 그 이유는 증명력의 요소인 증거의 신빙성과 혐의의 증명력(추인력) 중⁹⁾ 증거의 신빙성 면에서 간접증거인 물증이 더 우월할 수 있기 때문이다.

(2) 원진술이 간접증거인 경우, 전문증거 여부의 판단

원진술이 간접증거인 경우에는 간접증거와 주요사실(구성요건적 사실)이 직접 연결되지 않고 한 단계의 판단과정을 더 거치게 되므로 판단이 용이하지 않게 된다.

최종적인 요증사실은 주요사실이지만 간접증거의 요증사실은 간접사실이라고 해야 한다. 간접증거의 증명상의 기능은 간접사실 증명으로 족하며 간접사실로써 주요사실이 인정되는지 여부는 논리칙과 경험칙을 동원한 추론의 영역이기 때문이다. 결국 원진술이 간접사실을 증명하는 증명구조에서는 원진술의 내용인 사실이 간접사실인 경우인지 원진술의 존재자체가 간접사실인 경우인지 구별하면 족하다.

가령 갑과 을의 특수강도 피고사건에서 갑과 을이 특수강도를 공모하는 대

9) 증명력은 증거가 진실일 가능성을 의미하는 신빙성과 그 증거의 신빙성을 전제로 그 증거가 요증사실을 추인하는 논리칙상, 경험칙상 힘을 의미하는 추인력(혐의의 증명력)으로 구성된다. 이재상·조균석, 『형사소송법』, 제11판, 박영사, 2017. 2. 553면 참조. 이 책에서는 신빙성을 신용력이라고 하고 있다. 신빙성과 신용력의 용어 차이에 대하여 자세한 것은, 차정인, “전문법적 적용범위 논의를 위한 몇 가지 고찰”, 중앙법학, 제16집 제2호, 2014. 6. 145면 참조.

화내용, 갑과 을이 장물을 분배하는 대화내용이 증거로 제출되었다 하자. 이 경우 공모나 장물분배는 모두 특수강도의 주요사실(구성요건적 행위)의 진위나 존부를 추론하게 하는 간접사실이며, 위 공모나 장물분배의 대화내용(원진술)은 대화내용의 진실성이 아니라 대화내용의 존재자체가 특수강도의 간접사실(공모, 장물분배)이다. 그러므로 검사는 그 대화의 존재만 입증하면 된다. 이 대화를 들은 제3자가 법정에서 그 대화내용에 대하여 증언하면 이는 전문진술이 아니라 본래증거가 되는 것이다.

3. 증거능력과 증명력의 판단순서

증거능력과 증명력은 그 판단의 선후가 정해져 있음은 그 개념상으로도 분명하다. 통설로 확립된 개념을 사용한다면, ‘증거가 엄격한 증명의 자료로 사용될 수 있는 법률상의 자격’(증거능력)에 관한 판단이 선행되어야 ‘증거의 실질적 가치’(증명력)의 판단으로 나아갈 수 있기 때문이다.¹⁰⁾

이러한 판단순서는 우리 형사소송법의 공판절차에 규정되어 있으며 법원의 실무이기도 하다. 형사소송법상 증거조사절차는 증거신청(제294조) → 증거결정(제295조) → 협의의 증거조사(제291조, 제292조, 제292조의2, 제292조의3) → 의견진술(제293조)의 순서로 진행된다. 이 증거조사절차 중에서 증거결정 단계에서는 증거의 증거능력을 판단하며, 협의의 증거조사 단계에서는 증거의 증명력을 판단한다. 법이 증거조사절차의 순서를 규정한 취지는 법관이 증거능력 유무가 미정인 상태의 증거를 오관(五官)으로 인식하여 실질적으로 유죄심증을 형성하는 문제점을 방지하기 위한 것이다. 협의의 증거조사 단계까지 마친 이후에 그 증거가 증거능력이 없는 것으로 판명되는 경우에 법관이 그 증거에 의하여 이미 형성된 심증을 범규범에 따라 제거하는 것은 직업법관이라고 하더라도 용이하지 않기 때문이다.¹¹⁾

10) 개념에 관하여, 신동운, *신형사소송법(제5판)*, 법문사, 2014, 1102면; 신양균, *형사소송법, 화산미디어*, 2009, 727, 861면; 송광섭/신이철, *형사소송법*, 세창출판사, 2013, 510면; 신현주, *형사소송법*, 박영사, 2002, 552, 554면; 이영란, *한국형사소송법*, 나남, 2008, 692면; 심희기/양동철, *형사소송법*, 삼영사, 2010, 507면; 배종대/이상돈/정승환/이주원, *신형사소송법(제5판)*, 홍문사, 2013, 559면; 권오걸, *형사소송법*, 형설출판사, 2010, 628, 629면 참조.

11) 차정인, “전문법칙 적용범위 논의를 위한 몇 가지 고찰”, *중앙법학*, 제16집 제2호, 2014. 6. 135면 참조.

4. 대상판결 검토

가. 이 사건에서 안중범의 업무수첩과 요증사실의 관계

안중범의 업무수첩을 증거로 사용한 제1심 판결문을 예로 들어 법원 판단의 논리구조를 알아본다. 증거와 요증사실과의 관계를 알기 위하여 제1심 판결문의 상위 제목도 인용한다.

[제1심판결 - 1]

<p>가) 대통령과 최서원이 단순수뢰를 공모하였는지 여부 (2) 판단 ㉠ 안중범의 2015. 7. 25.자 업무수첩 기재 ② “2. 대한항공 기업활동 프랑크푸르트 지점장 고창수 신망 3년 임기 연장” 부분은 최서원이 독일 생활에서 많은 도움을 받았던 고창수의 인사에 관한 부분이다. 고창수는 2015. 7.경 대한항공 프랑크푸르트 지점장으로 근무하고 있었고, 최서원을 VIP로 대우해주며 최서원에게 독일 KEB하나은행 프랑크푸르트 지점 사장인 이상화를 소개해 주는 등 최서원의 독일 생활에 도움을 준 인물이다(이상화 녹취서 제2, 3쪽). 안중범 업무수첩 중 2016. 1. 24.자 부분에는 “고창수→제주지점장”이라는 기재가 있는바(증 제2900호), 안중범은 이에 관하여 대통령이 자신에게 ‘고창수가 한국으로 복귀한다고 하니 제주지점장으로 발령이 가능한지 대한항공 측에 알아보라’는 지시를 하여 그 내용을 적어놓은 것이라고 진술하였다(증 제2082호). 이처럼 대통령이 2차례에 걸쳐 대한항공 직원인 고창수의 실명을 언급하며 그의 인사에 관여한 것은 최서원으로부터 그에 관한 부탁을 받았기 때문인 것으로 보인다.</p>

위 판결문의 판단(증명, 사실인정) 구조는 이렇다.

증거: 안중범의 업무수첩 기재된 지시내용(“2. 대한항공 기업활동 프랑크푸르트 지점장 고창수 신망 3년 임기 연장”과 “고창수→제주지점장”), 수첩기재 내용의 배경을 설명하는 이상화의 녹취서, 수첩기재의 경위를 설명하는 안중

범의 진술조서

간접사실: 대통령이 2차례에 걸쳐 고창수의 실명을 언급하며 그의 인사에 관여함(원진술의 존재, 즉 업무지시의 존재 - 필자 주). 이것은 최서원의 부탁을 받은 것임.

다른 간접사실(위 인용부분 앞과 뒤에 실시되어 있음, 인용 생략): 최서원이 2015. 7. 24. 경 대통령에게 영재센터 소개서와 예산안을 전달하고, 영재센터에 대한 지원을 부탁한 사실/ 박○○이 최서원에게 대한승마협회 임원 교체에 관하여 보고·건의하였던 내용을 대통령이 거의 그대로 피고인 이재용에게 요구한 사실

주요사실: 대통령과 최서원이 단순수뢰를 공모함.

정리하면, 이 판결문에서 업무수첩에 기재된 내용은 간접사실(원진술의 존재, 즉 업무지시의 존재)을 증명하고, 이 간접사실은 다른 간접사실과 함께 주요사실(공모)을 증명하고 있다.

나. 대상판결 검토

(1) 검토의 순서

대상판결의 판결이유 중 안중범의 업무수첩의 증거능력을 배척한 이유 부분을 인용한 후 다각도로 검토해본다. 업무수첩의 내용을 이루는 박 전대통령의 말은 다시 i) 안중범에게 내린 업무지시, ii) 박근혜 - 이재용의 대화 내용 중 박 전대통령 자신의 말, iii) 박근혜 - 이재용의 대화 내용 중 이재용의 말로 분류된다. 이 사건에서는 대부분 i)의 경우이고, ii)의 경우(제1심판결문 194-195면), iii)의 경우(제1심판결문 55-56면)도 있다. 제1심판결과 항소심판결에서 법리를 실시할 때 이들을 분류하지 않았는데 ii)와 iii)의 경우는 전문법칙의 관점에서 더 나아가 분석해야할 대목이 있다.

검토의 순서는 이 사건 업무수첩 내용의 대부분을 점하는 i)의 경우를 전제하여 중심적 논의를 하고, 이어서 ii)와 iii)의 경우의 특수한 구조에 대하여 논의하기로 한다.

대상판결의 판시 이유는 업무수첩 상의 원진술의 “내용의 진실성이 문제되는 경우”인지 여부가 핵심이므로, 판결문 인용문과 평석문의 해당 문구에 밑줄로 표시하였다. 문장의 번호는 필자가 붙였다.

(2) 업무수첩 상의 원진술의 “내용의 진실성이 문제되는 경우”인지 여부

[대상판결 - 1]

① 업무수첩이 박 전 대통령이 안중범에게 지시한 내용, 박 전 대통령과 피고인 이재용 사이에 있었던 대화의 내용 등을 입증하기 위한 증거라면 이는 요증 사실과의 관계에 비추어 볼 때 원진술의 존재 자체가 아니라 그 내용의 진실성이 문제되는 경우에 해당하고, 그 기재 내용의 진실성과 관계없는 간접사실(원심은 그러한 간접사실이 무엇인지에 대하여 특정하고 있지도 아니하다)에 대한 정황증거라고 볼 수는 없다. ② 위와 같은 박 전 대통령의 진술을 들었다는 안중범의 진술 역시 마찬가지이다.

문장 ①: 문장 ①은 업무수첩이 위 지시 내용, 대화 내용을 입증하기 위한 증거이므로 요증사실과의 관계에서 내용의 진실성이 문제되는 경우이다, 그러므로 업무수첩은 전문증거이다, 라고 판단하고 있다. 대상판결의 이 부분 판단은 위 Ⅲ. 1. 나.에서 살펴본 법리, 즉 “원진술이 요증사실에 관한 경험내용의 진술인 경우(원진술의 내용인 사실이 요증사실인 경우)에는 그 원진술의 내용이 진실일 경우에만 요증사실이 증명되는 것”이라는 법리(증거법적 이치)를 단단히 오해한 데서 비롯된 것으로 보인다.

원진술의 내용의 진실성이 문제되는 경우란 그 원진술이 “요증사실을 대상으로 하여 요증사실의 존부나 진위에 관하여 하는 진술”일 때이다. 이 사건에서 원진술은 안중범의 업무수첩에 기재된 박 전대통령의 지시 내용과 박근혜 - 이재용의 대화 내용이다. 이 지시 내용이나 대화 내용은 이 사건의 요증사실(주요사실인 뇌물공여죄의 구성요건요소인 사실이나 그 간접사실, 위에서 예로든 ‘제1심판결문의 예’에서는 공모사실나 그 간접사실) 그 자체(업무지시

의 존재)이지 요증사실을 대상으로 하여 그 진위나 존부에 관하여 한 진술이 아니다. 그러므로 원진술(지시나 대화)의 내용의 진실성이 문제되는 경우가 아니다.

위 III. 1. 나.에서 살펴본 ‘주장(assertion)의 의미를 강조하는 논변’¹²⁾을 사용한다면 내용의 진실성이 문제되는 경우란 원진술에 “요증사실의 진위나 존부에 관한 주장(assert)”이 들어 있는 경우를 말한다. 이 사건 업무수첩에 기재된 위 지시 내용과 대화 내용에 요증사실의 진위나 존부에 관한 주장(assertion)은 없다.

결국 이 사건에서 안중범의 업무수첩은 요증사실과의 관계에서 원진술의 내용의 진실성이 문제되는 경우가 아니며 단지 원진술의 존재가 문제되는 경우이다. 그러므로 업무수첩은 전문증거가 아니며 전문법칙이 적용되지 않는다.

이후의 사실인정의 과정은, 검사는 증거능력이 인정되는 업무수첩을 통하여 원진술의 존재를 증명하고 이 원진술의 존재와 증거능력이 인정되는 다른 증거들을 종합하여 주요사실 증명을 하게 되는데, 이 각 증명의 단계(사실인정의 단계)에서 증거능력 있는 증거들로써 사실인정(간접사실, 주요사실의 인정)을 할 것인지 여부는 전적으로 법원의 증명력 판단의 문제이다. 증명력 판단의 영역은 자유심증주의가 지배하며 법원이 논리칙과 경험칙에 따라 판단하는 영역으로서 증거능력 판단에 관한 법칙이 개입하지 않는다.

문장 ②: 원진술(박근혜 전대통령의 말)을 내용으로 하는 안중범의 진술의 경우에도 앞서 살핀 법리가 그대로 적용된다. 이 경우에도 전문증거가 아니다.

(3) 예상되는 반론

이 부분 평석에 대하여, “검사는 수첩을 통하여 원진술의 존재를 증명한다.”고 할 때, 원진술의 존재(원진술과 업무수첩 기재의 일치) 증명을 위하여

12) 심희기, 앞의 논문, 46-49면 참조.

전문법칙이 적용되어야 하는 것 아닌가, 하는 반론이 제기될 수 있다.

만약 전문법칙이 적용된다면 제313조 제1항, 제2항이 정한 원진술자의 진정성립 인정 진술, 대체적증명, 반대신문권 보장, 특신상태(원진술자가 피고인인 경우) 등 원진술의 내용의 진실성 검증을 위한 여러 요건이 동원되게 될 것인데, 이 사건 업무수첩은 거기에 기재된 원진술의 내용의 진실성이 문제되는 경우가 아니므로 전문법칙이 적용되지 않는다.

원진술의 존재 증명을 위해서 이 사건에서는 수첩의 작성자인 안중범의 진술(박 전대통령이 불러주는 대로 가감 없이 받아 적었다는 진술)이 증거로 제출되어 있으며, 그 외에도 안중범의 자필 여부, 청취와 필기의 능력, 필기자의 허위기재의 동기 유무 등 자료가 제출될 수 있는데 이들은 모두 전문법칙상의 요건인 실질적 진정성립 증명을 위한 것이 아니라 증거 일반에 요구되는 진정성 입증으로 보아야 한다.

진정성의 개념, 진정성립(또는 실질적 진정성립)과 진정성의 관계 등에 대한 다양한 견해대립이 있다.¹³⁾ 진정성의 개념에 관하여 전자증거의 원본성, 무결성과 같이 협소한 의미로 파악하는 견해가 있지만, 진정성은 서류나 물건 등 모든 형태의 증거에 요구되는 증거능력의 요건으로서 실정법상의 개념이며(형사소송법 제318조 제1항) 이렇게 협소한 개념이라고 할 이유는 없다. 이 사건 업무수첩의 경우에서 문제된 “원진술의 존재에 대한 증명의 문제”는 “원진술의 진실성에 대한 증명의 문제”가 아니어서 전문법칙이 적용되지 않으므로, 그 개념도 전문법칙상의 요건인 진정성립(또는 실질적 진정성립) 증명의 개념이 아니라 진정성 입증의 개념에 속한다. 결국 업무수첩의 경우에는 진정성 입증이 요구되며, 그 입증방법은 전문법칙 예외인정 요건처럼 실정법상 규정되어 있는 것이 아니라 다양한 방법으로 입증이 가능하다고 해야 한다.

미국 연방증거규칙 제901조에서도 진정성(authenticity)의 개념에 문서의 진정성이 포함되며 그 입증은 문서 작성자의 자인(admission)이나 증언, 작성

13) 진정성 관련 다양한 논의가 소개된 자료로는, 오병두, “형사증거법상 진정성 입증(authentication)의 체계적 의미에 관한 연구”, *홍익법학*, 제15권 제4호, 2014. 12. 참조.

기록물의 진정성과 기록된 진술의 진정성립의 구별에 관하여는, 최병각, “진술과 기록의 증거능력”, *형사판례연구*, 제21권. 2013, 471면 참조.

자의 필적에 익숙한 사람의 증언 등 다양한 방법으로 입증이 가능하다.¹⁴⁾ 진정성 요건을 충족하기 위한 증언은 ‘진정성 입증 증언(foundation testimony)’이라는 별개의 용어를 사용한다.¹⁵⁾ 업무수첩은 진정성 - 전문법칙상의 요건인 진정성립이 아님 - 이 인정되면 그 증거능력을 취득하게 되는데 업무수첩의 증거능력 문제는 여기까지이며, 증거능력이 인정된 업무수첩으로 원진술의 존재가 인정되는지 여부는 그 다음 단계인 법원의 증명력 판단의 문제일 뿐이다.

이러한 법리가 타당한지는 원진술의 존재 자체가 요증사실인 경우의 전형적인 예를 들어서 확인이 가능하다. 모욕죄의 모욕의 언사(욕설), 협박죄의 협박의 언사를 들은 자가 그 청취한 내용을 수첩에 적어서 법정에서 내면 그 모욕의 언사, 협박의 언사(원진술)의 존재 자체의 증명을 위하여 전문법칙상의 요건인 특신상태 증명, 반대신문권 보장, 원진술자의 진정성립 인정을 요하지 않는다. 수첩 작성자의 경위 진술 등 여러 가지 방법으로 진정성 입증이 가능하다. 만약 법원이 원진술자(모욕이나 협박을 한 자)에게 “수첩에 기재된 내용을 인정하는가?”라고 묻는다고 하더라도 이는 증거법 이론상 전문법칙상의 요건인 실질적 진정성립 인부를 묻는 것이 아니라 진정성 확인에 불과하다.

(4) 업무수첩의 기재내용이 박근혜 - 이재용의 대화 내용 중 박 전대통령 자신의 말인 경우

[제1심판결 - 2](판단요지 요약)

(1) 대통령의 ‘김재열’ 언급 여부
 안중범의 2015. 7. 25.자 업무수첩에는 “1. 제일기획 스포츠담당 김재열 사장 (말줄 후 그 하단에 ‘황성수’) 메달리스트 빙상협회 후원 필요”라는 기재가 있다(증 제2896호). ... 안중범의 업무수첩 기재는 안중범이 대통령으로부터 들은 말 중 핵심 단어들을 기계적으로 기재한 것으로서 그 내용에 비추어 대통령이 피고인 이재용에게 ‘메달리스트’와 관련된 단체나 사업에 대한 지원과 관련하

14) 오병두, 앞의 논문, 486 -488면 참조.

15) Arthur Best, 형사법연구회 옮김(이완규/백승민 대표 번역), 『미국증거법』, 탐구사, 2009, 314면 참조.

여 ‘김재열 사장’을 언급하였다고 보이는 점, ... 등에 비추어 보면, 대통령이 피고인 이재용에게 김재열로 하여금 ‘빙상 종목의 메달리스트들이 만든 단체’ 또는 ‘동계올림픽 메달리스트들을 활용하는 사업’을 지원하라는 요청을 하였다고 인정된다.

이 경우 박 전대통령의 말(안종범에게 전하는 말)은 전문진술이 아니다. 형사소송법 제316조 제1항, 제2항의 전문진술은 모두 타인의 진술을 전하는 것이므로 자신의 과거의 말을 자신이 전하는 것은 전문진술의 개념에 해당하지 않는다. 그러므로 자신의 과거의 말을 자신이 정확하게 전달했는지 여부에 대하여는 전문법칙이 적용되지 않으며 기억력, 허위전달의 동기 유무 등이 검증될 수 있으나 이는 진정성의 문제에 불과하다.

(5) 업무수첩의 기재내용이 박근혜 - 이재용의 대화 내용 중 이재용의 말인 경우

[제1심판결 - 3](판단요지 요약)

라) 삼성바이오로직스 상장, 투자 유치 및 환경규제 관련
(1) 안종범의 2016. 2. 15.자 업무수첩 부분에는 “바이오 신산업”, “외투기업 세제혜택, 싱가포르, 아일랜드, 글로벌 제약회사 유치, SS 운영”이라는 기재가 있다. ... 위 업무수첩 부분에는 또한 “환경규제, 개방대형화, Bio cluster 센터”와 같은 바이오 사업에 관한 기재가 있[다]...
(2) 안종범의 2016. 2. 21.자 업무수첩 부분에는 “삼성 이재용 싱가포르 글로벌 제약회사-세제혜택, 환경규제 多 List 달라, 삼성 + LG List 주면 → 환경부에 알려 풀어야”라는 기재가 있다....
(3) 이와 같은 기재내용들에 비추어 보면, 피고인 이재용이 2016. 2. 15. 단독면담에서 대통령에게 글로벌 제약회사 유치를 위한 세제혜택과 바이오산업을 위한 환경규제 완화 등을 요청하였음은 인정된다.(사실인정은 여기까지고, 이 사실만으로 대가관계를 전제로 한 명시적인 청탁을 하였다고 인정하기에는 부족하다고 판시하였음 -필자 주).

이 경우 말의 전달 구조는 ① 이재용의 말 → ② 박근혜 전대통령의 말 → ③ 업무수첩의 구조이다. 이 사건에서 이재용은 피고인이므로 박근혜 전대통령이 전달한 말은 제316조 제1항의 전문진술의 외형을 띠고 있지만, 원진술인 이재용의 말이 그 존재 자체가 요증사실(간접사실)이므로 박근혜 전대통령의 말은 전문진술이 아니다. 박근혜 전대통령의 말은 내용의 진실성이 문제되는 경우(이재용이 이 말을 했는지 진위가 문제되는 경우)이므로 이 말을 담고 있는 업무수첩이 비로소 전문서류가 된다. 이 경우 업무수첩에 적용될 전문법칙 조항은 ‘피고인 아닌 자가 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 서류’ 형태로서 제 313조 제1항 본문과 제2항이 적용된다. 동 조항의 요건 판단에서는 원진술자(박근혜 전대통령)의 업무수첩에 대한 진정성립 인정이 필요하며, 진정성립을 부인하는 경우 대체적증명이 허용된다. 사족이지만 이 경우의 업무수첩의 전문증거성(傳聞證據性)은 한 단계에 불과하므로 재전문이 아니다.

(6) 증명구조상 업무수첩의 역할, 불필요한 개념이 들어간 부분

[대상판결 -2]

③ 원심의 판단과 같이 안중범의 업무수첩에 박 전 대통령이 안중범에게 지시한 내용의 기재, 박 전 대통령과 피고인 이재용 사이에 있었던 대화의 내용의 기재가 있다는 그 자체를 박 전 대통령이 안중범에게 지시한 내용, 박 전 대통령과 피고인 이재용 사이에 있었던 대화의 내용을 인정할 간접사실에 대한 증거로 사용할 수 있다고 하면[전단], 요증사실인 그 기재 내용의 진실성을 입증하기 위한 직접 증거로는 사용될 수 없는 전문증거가 그 기재의 존재를 인정하는 증거로 사용될 수 있게 됨으로써 우회적으로 그 기재 내용의 진실성을 인정하는 증거로 사용되는 결과가 된다.[후단] ④ 이는 전문증거의 증거능력을 배제하고자 하는 전문법칙의 취지를 잠탈하는 결과를 초래하게 되므로 허용될 수 없다. ⑤ 대법원이 전문증거라도 간접사실에 대한 정황증거로는 사용할 수 있다는 취지로 판시하면서도 “그 진술의 진실성과 관계없는 간접사실”이라고 그 사용범위를 제한하고 있는 것도 같은 취지로 보인다.

문장 ③: 이 부분 판시를 요약하면 다음과 같다.

“업무수첩의 기재 그 자체를 대화의 내용 인정 증거로 사용하면[③전단], 진실성 입증증거가 될 수 없는 전문증거가 우회적으로 진실성 입증 증거로 사용하는 결과가 된다[③후단].”

이 부분에 대하여는 이 사건 업무수첩을 통한 증명구조의 전형적인 예인 III. 4. 가. 의 [제1심판결 - 1]을 볼 필요가 있다. 이 전형적인 예에서 보듯이 이 사건의 업무수첩 기재 그 자체는 업무지시의 존재를 증명하는 것이지 업무지시의 진실성을 증명한 바 없고 그럴 필요도 없다. 이상화의 녹취서와 안중범의 진술조서가 업무지시의 배경과 경위를 설명하고 있으며 이들 증거는 그 내용의 진실성이 문제되는 경우이므로 전문증거이다.

원진술(업무지시)의 내용의 진실성과는 무관하고 단지 그 존재만 증명하는 본래증거와 원진술(서류상의 진술)의 내용의 진실성이 필요한 전문증거가 결합하여, “업무지시가 있었고, 그 업무지시는 최서원의 부탁을 받은 것”이라는 간접사실을 넉넉히 증명하고 있는 것이다. 이러한 증명구조는 충실한 것이며 증거재판주의 상 어떤 문제점이 있을 수 없다.

문장 ③의 [전단]에서 인용한 제1심판결 부분: 문장 ③의 [전단]은 제1심판결을 인용하고 있는데 제1심판결의 결론이 타당함은 논증한 바와 같지만 그 판시 이유에는 부정확한 부분이 있으므로 짚고 넘어간다. 즉, 제1심판결에서 “안중범의 업무수첩은 ... 대통령이 안중범에게 지시한 내용, 대통령과 피고인 이재용 사이에 있었던 대화의 내용 등을 인정할 간접사실에 대한 증거로서는 ... 본래증거로서의 증거능력과 증거가치를 가진다.”고 하였는데 이는 정확하지 않다. ‘간접사실에 대한’이라는 일곱 글자가 잘못 들어가 있다. 업무수첩이 지시내용, 대화내용을 증명하는 중간에 간접사실이 존재하지 않는다. 위 III. 4. 가.의 [업무수첩이 증거로 사용된 한 예]의 판시부분에서 보듯이 업무수첩의 기재내용은 업무지시의 존재를 직접 증명한다. 이 업무지시의 존재가 간접사실이 되어 주요사실을 인정하게 되는 것이다. 그러므로 이 부분을 바로잡으면 위 제1심판결 인용 부분에서 ‘간접사실에 대한’이라는 일곱 글자를 삭제해야 한다.

문장 ⑤: 문장 ⑤는 업무수첩이 전문증거라는 전제에 선 판시로서 그 전제가 타당하지 않으므로 앞의 일관된 비판적 평석으로 같음한다.

IV. 결 론

평석을 위하여 대법원판례가 제시하고 있는 ‘원진술의 내용인 사실이 요증 사실인 경우’와 ‘원진술의 존재자체가 요증사실인 경우’의 구별 이유를 검토하고 그 구별 방법을 제시해보았다.

평석의 핵심은 안중범의 업무수첩상의 원진술이 요증사실과의 관계에서 내용의 진실성이 문제되는 경우가 아니라 그 존재 자체가 문제가 되는 경우이므로 전문증거가 아니라는 데 있다. 간접증거의 경우에는 위 대법원판례가 제시하고 있는 개념에서 ‘요증사실’을 ‘간접사실’로 대체해 두고 판단하면 된다.

판결문 전문(제1심판결문 273면, 항소심판결문 164면)을 입수하여 검토한 결과, 업무수첩상의 원진술은 박근혜의 업무지시, 박근혜 - 이재용의 대화내용 중 박근혜의 말, 이 대화내용 중 이재용의 말, 세 가지로 분류된다. 이들 중 앞의 둘의 경우에 업무수첩은 전문증거가 아니며, 마지막의 경우에 업무수첩은 전문증거(형사소송법 제313조의 진술서)로 판단되었다.

증거능력과 증명력의 개념과 판단의 선후관계는 다시 한 번 강조되어야 한다. 업무수첩이 거기에 기재된 원진술의 성격으로 인하여 증거능력이 인정되면 증거능력 판단은 거기까지이며, 그것으로 원진술(업무지시, 대화내용)의 존재를 인정할 것인지 여부는 증명력의 문제로서 법관의 자유판단의 영역이며 여기에는 논리칙, 경험칙이 작동할 뿐이다. 이 대목에서 재차 증거능력 판단의 법칙이 개입하지 않는다.

투고일 : 2019. 1. 15.	심사일 : 2019. 1. 28.	계재확정일 : 2019. 2. 11.
--------------------	--------------------	----------------------

참고문헌

[연구논문]

- 김민기, “형사소송법상 특신상태의 의미와 인정방법”, 형사재판의 쟁점과 과제, 사법발전재단, 2008. 7.
- 김일룡, “증거의 진정성과 증거규정 체계의 재구성 -미국연방증거규칙으로부터의 시사점-”, 형사법의 신동향, 통권 제32호, 2011. 9.
- 김희균, “CTV를 본 증인의 진술의 증거능력”, 서울법학, 제20권 제1호, 2012. 5.
- 심희기, “전문과 비전문자의 구별”, 법조, 2013. 6.
- 오병두, “형사증거법상 진정성 입증(authentication)의 체계적 의미에 관한 연구”, 홍익법학, 제15권 제4호, 2014. 12.
- 윤동호, “이른바 ‘안중범 업무수첩’의 증거능력”, 형사소송의 이론과 실무, 한국형사소송법학회, 제10권 제1호, 2018. 6.
- 이완규, “전문법칙 해석이론과 입법적 대응 연혁 검토”, 법학평론, 2017. 5.
- 이용구, “사실인정 과정의 논증”, 법관의 의사결정 이론과 실무, 사법발전재단, 2010. 3.
- 정웅석, “전문증거의 의의에 따른 전문법칙의 적용범위”, 형사법의 신동향, 통권 제49호, 2015. 12.
- 조원철, “심급별로 사실인정이 달라진 사건의 원인 분석”, 법관의 의사결정 이론과 실무, 사법발전재단, 2010. 3.
- 차정인, “전문법칙 적용범위 논의를 위한 몇 가지 고찰”, 중앙법학, 제16집 제2호, 2014. 6.
- 차정인, “진술이 담긴 기계적 기록물과 전문법칙”, 형사법연구, 제29권 제3호, 2017. 10.
- 최병각, “진술과 기록의 증거능력”, 형사판례연구, 제21권. 2013.

[단행본]

- 권오걸, 형사소송법, 형설출판사, 2010.
- 김인회, 형사소송법, 피앤씨미디어, 2015. 2.
- 노명선·이완규, 형사소송법(제5판), SKKUP, 2017. 2.
- 배종대/이상돈/정승환/이주원, 신형사소송법(제5판), 홍문사, 2013.
- 손동권·신이철, 새로운 형사소송법(제3판), 세창출판사, 2016. 9.
- 송광섭/신이철, 형사소송법, 세창출판사, 2013.
- 신동운, 신형사소송법(제5판), 법문사, 2014. 3.
- 신양균, 형사소송법, 화산미디어, 2009.
- 신현주, 형사소송법, 박영사, 2002.
- 심희기/양동철, 형사소송법, 삼영사, 2010.
- 이영란, 한국형사소송법, 나남, 2008.
- 이은모, 형사소송법(제5판), 박영사, 2015. 5.
- 이재상·조균석, 형사소송법(제11판), 박영사, 2017. 2.
- 이창현, 형사소송법(제3판), 피앤씨미디어, 2017. 2.
- 정승환, 형사소송법, 박영사, 2018. 8.
- 정웅석·최창호, 형사소송법, 대명출판사, 2017. 3/
- 한국사법행정학회, 『주석 형사소송법(III)』 제5판, 2017. 11.
- Arthur Best, 형사법연구회 옮김(이완규/백승민 대표 번역), 『미국증거법』, 탐구사, 2009.

[국문초록]

이른바 ‘안중범의 업무수첩’의 증거능력 (대상판결: 서울고등법원 2017노2556 뇌물공여등 사건)

차 정 인

박영수 특별검사가 기소한 삼성뇌물 사건에서 제1심과 항소심법원이 핵심 증거인 ‘안중범의 업무수첩’의 증거능력에 대하여 상반된 판결을 하였다.

이 사건의 증명구조는 업무수첩에 기재된 내용(원진술)이 간접사실(업무지시, 대화내용)을 증명하고 이 간접사실은 다른 간접사실과 함께 주요사실(공모)을 증명하는 구조이다.

전문증거에서의 원진술은 “요증사실을 ‘대상으로 하여’ 요증사실의 존부나 진위에 관하여 한 진술”이며, 달리 표현하면 요증사실의 진위나 존부에 관한 주장(assertion)이 있는 점이 특징이다.

미국연방증거규칙(FRE) 제801조의 전문증거에서의 ‘진술’의 정의 규정을 보면 전문증거에서의 원진술에는 요증사실에 관한 주장(assertion)이 있다.

안중범의 업무수첩에 기재된 지시 내용과 대화 내용은 그 존재자체가 요증사실이지, 그 내용의 진실성이 요증사실인 것이 아니다. 그러므로 그 수첩은 전문증거가 아니며 증거능력이 인정된다.

증거능력과 증명력의 개념과 판단의 선후관계는 다시 한 번 강조되어야 한다. 업무수첩이 거기에 기재된 원진술의 성격으로 인하여 증거능력이 인정되면 증거능력 판단은 거기까지이며, 그것으로 원진술(업무지시, 대화내용)의 존재를 인정할 것인지 여부는 증명력의 문제로서 법관의 자유판단의 영역이며 여기에는 논리칙, 경험칙이 작동할 뿐이다. 이 대목에서 재차 증거능력 판

단의 법칙이 개입하지 않는다.

이 사건에서 수첩의 기재 내용에 따른 분류가 필요하다. 판결문 전문을 검토한 결과, 업무수첩상의 원진술은 박근혜의 업무지시, 박근혜 - 이재용의 대화내용 중 박근혜의 말, 이 대화내용 중 이재용의 말, 세 가지로 분류된다. 이들 중 앞의 둘의 경우에 업무수첩은 전문증거가 아니며, 마지막의 경우에 업무수첩은 전문증거(형사소송법 제313조의 진술서)로 판단되었다.

주제어: 안중범 수첩, 전문증거, 요증사실, 간접사실, 간접증거, 증거능력, 증명력, 진정성

[Abstract]

So-called Ahn Jong-Bum's Pocket Notebook and Admissibility of Evidence

Cha, Jeong-In

The independent special prosecutor Park Yeong-Su charged the chief executive officer Lee Jae-Yong with a bribery case. In that case, the decisions of the appellate court and the original court on the admissibility of the evidence, so-called Ahn Jong-Bum's pocket notebook(hereafter 'pocket notebook') are contrary to each other. Directly after every meetings of the former president Park Geun-Hye and Lee Jae-Yong, Park described the conversation to Ahn Jong-Bum, her secretary and instructed him to do some official businesses. Ahn declared in the court that he wrote the conversation and the instruction as he heard them, and that he didn't add or subtract in writing.

This pocket notebook is not hearsay evidence in connection with the criminal trial of Lee Jae-Yong because the pocket notebook was not used in proving the truth of the statements of Park Geun-Hye used in proving the existence of Park's statements.

In FRE rule 801, the article of exclusions from hearsay, "statement" means a person's oral assertion, written assertion, or nonverbal conduct, if the person intended it as an assertion. And "hearsay" means a statement that a party offers in evidence to prove the truth of the matter asserted in the statement.

There is one exception in this case. Lee Jae-Yong's statements that Park Geun-Hye described to Ahn Jong-Bum after the meetings and Ahn wrote the description are hearsay evidences in connection with the criminal trial of Lee Jae-Yong, because the pocket notebook was used in proving the truth of the description of Park Geun-Hye.

Key Word: Ahn Jong-Bum's pocket notebook, hearsay evidence, indirect evidence, admissibility of evidence, authentication

