

형사소송법 中 '특신상태'의 판단기준 재설정 - 예측 가능성의 관점에서

지도교수 : 김해중교수님 / 경찰과학수사과 3학년 김보경, 윤현지

특신상태 정의

제316조 (전문진술)

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.**

<개정 2007. 6. 1.>

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.**

<개정 1995. 12. 29. 2007. 6. 1.>

**원칙적으로 전문증거는 신용성 결여 등으로 증거로 사용할 수 없지만,
311조 ~ 316조까지 예외적으로 전문증거를 증거로 쓸 수 있는 경우를 열거하고 있다.**

전문증거 : 증인 자신이 직접 보고 들은 것이 아니고 다른 사람으로부터 전하여 들은 것을 법원에 진술하는 증거

제316조 (전문 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 상태에서 행하여졌음이 증명된** 때에 한하여 이를 증거로 할 수 있다.

<개정 2007. 6. 1.>

**피고인 아닌 자의 진술이 피고인의 진술을 내용으로 할 때,
그 원진술이 특별히 신빙할 수 있는 상태에서 행해진 것이 증명되어야 증거능력을 인정함.**

조사자증언이 형사재판에서 증거로 사용되고 있음을 의미

조사자증언이 법정에서 사용되는 경우



수사기관, 범행인정

기소이후, 범행부인

특신상태

316조를 통해 피고의 자백진술을 증인의 위치에서 현출할 수 있으므로
자백편중수사가 이루어질 가능성이 남음.

→ 가능성 배제를 위해 법이 명시한 유일 전제조건이 **'피고인 진술 당시의 특신상태'**



전문법칙의 유래

전문증거의 증거능력 부인이 생겨난 유래

영미권 다수설 : 반대신문권의 결여

- 원진술자가 법정에서 출석하여 반대신문 등의 절차를 거칠 수 없다면 진술의 진실성과 정확성이 보장되지 않으므로 증거능력을 배제한다

Henry Wigmore :

"반대신문의 기회가 보장되지 않아도 무방한 정도의 신용성이 담보되는 증거는 증거능력이 있다"
- 전문법칙의 예외의 근거

신용성의 정황적 보장 시작

- 원진술자의 진술이 법정 외에서 이루어졌지만 진술을 하는 당시의 외부적 상황이 진술을 담보할 수 있다

신용성의 정황적 보장

= 진술이 믿을만하다는 것이 아니라 진술을 하게 된 정황, 환경이 믿을만 하다는 것.

영미의 신용성의 정황적 보장이 있다고 보는 진술

FRE 803~

사건 중 또는 직후 객관적 사실에 대한 총동적 진술

부지불식간의 진술

임종직전의 진술

자신의 재산상 이익에 반하는 진술

업무상 통상적으로 작성된 서류

우리나라 대법원 입장

2012도 2937

'신용성의 정황적 보장이란 자기에게 불이익한 진술이나 자백은
성질상 재현이 어렵고 진실성이 강하다는데 근거를 둔 것'

〈 예시 〉

부지불식간에 한 말, 사람이 죽음에 임박해서 한 말, 어떠한 자극
에 의해 반사적으로 한 말, 경험상 앞 뒤가 맞고 이론 정연한 말,
범행에 점착하여 범증은폐를 할 시간이 없을 때 한 말, 범행 직후
자신의 범행에 충격을 받고 반성을 하면서 한 말



미국 연방대법원은 특신상태를 전문진술의 증거능력 요건으로 보지만, 그 진술이 전통적으로 확립된 전문법칙의 예외 (FRE 803, 804 등)에 해당하기만 하면 그 자체로 신빙성이 있는 것으로 간주

형사소송법 전문법칙

특별히 신빙할 수 있는 상태의 판단

대법원의 314조 법리

'진술 내용이나 조서 작성에 허위 개입의 여지가 거의 없고 진술 내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있는 것'

대법원 2012도 729 판시 中

314조의 특신상태 법리가 316조 특신상태 해석에 그대로 적용될 수 있다고 함.

헌법재판소

'신용성의 정황적 보장은 원진술이 공개한 법정에서의 법관의 면전에서 행해지지 아니하였어도 그 원진술의 진실성이 제반 사정에 의하여 담보되는 것을 의미한다'

문제제기

형식적인 문제

특신상태 판단 = 형사소송법 309조?

형사소송법 제309조 : 강제 또는 임의성 없는 자백의 증거능력을 부정하는 규정

조서작성의 자연스러운 분위기 속의 적법절차와 진술의 임의성

- ▶ 진술거부권과 변호인참여권을 고지하지 않은 증거는 **위법수집증거배제의 원칙**으로서 제외.
- ▶ 자백에 임의성이 없다면, **형소법 309조**에 의해 원칙적으로 제외.

수사 및 재판절차 실태

수사절차는 비공개로 진행

판례 '수사절차의 자연스럽고 자유스러운 분위기 속이므로 허위개입의 여지가 없다'

→ 적법절차를 준수하고 있는 것 이상의 해석은 불가.

따라서, 적법절차를 갖추었고 자백에 임의성이 있다는 사실은 아주 기본적인 증거능력에 해당.
하지만 전문법칙의 예외는 **기본적인 증거능력을 넘어 특신상태를 더 갖출 것을 요구하고 있으므로
신용성의 정황적으로 보장될 법률규정의 수준에는 도달하지 못한 것.**

현재 특신상태를 판단함에 있어 추상적이며, 법관의 재량에 치중하여 판단되고 있어
이를 문제 삼고 판단기준을 재설정하고자 함.

① 특신상태를 더욱 엄격하게 판단하여 조사과정의 진술 자체의 증거능력을 날려버린다면, 공판정에서의 진술만으로 신빙성 여부를 판단해야하므로, **실체적 진실의 발견이 어려울 수 있다.**

② 특신상태 오인 판단)

= 특신상태를 판단함에 있어서 증거능력판단이 아닌 증명력 차원으로 넘어가버리는 오류.

- 대구 여대생 성폭행 사망사건 : 참고인의 진술내용 그 자체가 신빙성있는지 분석하는 오류.
- 2016도15868 사망 직전 진술 : '특신상태는 단순히 (중략) **진술자체에 신빙성이 있는지 여부만을** 기준으로 할 것이 아니라 이해관계 내지 허위진술의 가능성 (후략) 등까지 살펴봐야하는바 ...'

⇒ 증거능력 단계에서 고려되는 신빙성과 공소사실 인정단계에서 고려되는 신빙성을 구별하기 어려움

③ 영상녹화물 사용

자백을 증명하기 위해 영상녹화물이나 녹음과 같은 수단을 사용함.

형소법 초안 : 직접 진술 후 조서를 보충적으로 검토하자는 것

⇒ 현실은 공판에서 진술을 했더라도, 그 사람의 진술을 영상녹화와 같은 방식으로 증명할 수 있게 허용하고 있음.

외국의 조사자증언제도

일본)

피고 자신에게 불리한 진술을 기재한 서면은 특신상태 요건 하에 작성된 것이라면 모두 증거로 할 수 있다고 규정. 진술 반복 시에도 조사 증거로서 기능함
(형식적 진정성립 요구)

미국)

자백진술과 조사자증언은 전문증거에서 제외하고 있음 즉, 피고 당사자주의 결과 자신이 한 진술에 대해 설명할 책임이 있다는 것. 또한 자백에 대해 원진술자 자기 자신에 대한 반대신문이 개념상 가능하지 않기 때문에 전문증거가 될 수 없다는 취지. 조사자증언이 다양하게 활용됨.



수사기관의 조서에 증거능력 인정범위를 넓히는 국가는 조사자증언을 거의 활용하지 않으며, 반대로 조서를 증거로 보지 않는 국가는 조사자 증언제도의 활용도를 높여감

특신상태 판결

피고인과 이해관계가 대립되지 않는 자

2010도5984

공소사실

피고인이 빌라 2층 계단에서 피해자를 밀쳐 피해자의 머리 부위가 계단 바닥에 부딪히게 함으로써 사망하게 하였다.

전문증거

공소외 1의 법정진술 및 진술조서 중 피고인의 진술을 내용으로 하는 부분

"하도 때려서 내가 밀었어"

피고인과 공소외 1의 관계 :

공소외 1이 피고 경영 노래방을 관리해주고 있는점, 혹시라도 구속되면 자신의 어머니와 아이들을 부탁한다는 말을 한 것으로 보아 피고인과 신뢰관계에 있는 지로 추정

피고인과 이해관계가 대립되지 않는 자

대법원

- 피고는 피해자와 싸운 이후로는 술을 마시지 않았고(만취상태 아님),
- 피고는 피해자에 이끌려 동거하던 원룸으로 돌아왔으며 범행 후 잠을 자다가 원룸으로 찾아온 공소외 1에게 위와 같은 말을 한 사실(술에서 깬 상태이며, 잠에서 깨어 부지불식간의 답변, 반사적이고 자연스러운 진술)

등으로 보아 피고인과 공소외1이 신뢰관계에 있기에 공소외 1이 듣지도 아니한 말을 허위로 진술하거나 왜곡하여 전달하였을 것이라고 볼 수도 없으며 **피고가 자발적으로 진술한 속내를 이야기한 것으로 보임.**

따라서 특신상태 인정.

피고인과 이해관계가 대립되는 자

2008도 11403

공소사실

피고1은 선거대책본부 부본부장, 피고2는 선거연락소장인데, 피고들은 성명불상자로 선거운동비 명목으로 2000만원을 제공받아 공직선거법상 금품운반죄로 기소됨.

① 피의자조사 : 범행 자백

② 구속 전 피의자신문 : 범행 부인

③ 경찰관의 조사자증언으로, 피고들의 범행 자백을 진술

피고인과 이해관계가 대립되는 자

1심 : 316조에 의해 조사자 증언의 증거능력 인정

- 피고에게 진술거부권과 변호인 선임권을 고지한 후 조사함.
 - 조사 도중 휴식시간 제공
- 충분한 수면을 취한 상태에서 자유로운 분위기에서 피의자신문을 받은 점.
- 담당 검사 면전에서 '불편한 점이 없느냐'는 질문에 별다른 이야기가 없었다는 점

항소 : 피고인들은 나이 어린 경찰관들이 모욕적으로 욕박을 지르며 조사하였기에 허위로 진술하여 조사자증언의 증거능력은 없다 주장

항소심 기각 후 원심판결 확정.

고찰

특신상태 판단에 대해

- 전문법칙의 예외를 인정하는 조문으로서 증거능력을 부여하는 조문이므로, 원진술을 신뢰할 만한 외부적인 정황, 진실에 대한 담보라고 표현될 정도의 정황을 법률이 요구하는 것은 당연.

#1 피고인과의 이해관계를 따질 것.

특신상태는 개별, 구체적 상황별로 판단하며,

피고인과 이해관계가 대립되는 자 - 피고인과 이해관계가 대립되지 않는 자

판단기준을 다르게 두어야하며, 나아가 이해관계가 대립되는 자는 특신상태 판단에 있어

구체적인 근거를 제시해야 할 것.

현재는 법관의 이중판단으로 증거능력을 인정하고 있음

1. 전문법칙의 예외규정을 두면서,
2. 법관에게 증거능력 판단의 주도권을 맡김

때문에 전문법칙이 미국의 배심원제도로부터 비롯되었다는 점을 따라,

전문증거의 신용성을 판단할 때,

법관이나 수사기관 등의 지위를 가지지 않은 일반 국민들의 심리가 오인되지 않을 정도의 증거능력을 가지고 있는가

1. 배심원들에게 보여도 될 증거 자격을 갖추었는가
2. 종합적으로 그 증거로서 공소사실을 인정할 수 있는가

의 단계로 나누어 이러한 기준으로 판단을 해야한다.

'수사단계에서의 자백 > 법정에서의 자백반복'에 대한 영상녹화물의 증명정도

= 진술의 임의성을 증명하기 위한 보조자료 또는 탄핵증거로서 사용

> 하지만 이는 사실상의 증명력을 지님, 공판에서의 심증 형성 때문

대법원 2016도17023

"피의자신문과정이 영상녹화된 영상녹화물은 피고인 또는 변호인이 그 성립의 진정을 인정하지 않는 한 그 내용을 피의자의 진술이 임의로 이루어졌는지 여부나 진술의 신빙성을 판단하기 위한 자료로 쓸 수 있다."

> 증거능력은 없지만 실질적 증명력은 있다는 것을 인정하는 태도.

영상녹화물의 완전한 녹화가 이루어지지 않으면 자백을 오염, 창조하였는지 여부를 해결할 수 있는 적절한 수단이 없음

영상녹화물에 치중한 증거 능력 판단은 우려 존재.

#2 신빙성 고려요소 추가

1. 진술이 쉽게 추정할 수 없고, 공개된 바 없으며, 다른 증거에 의해 뒷받침되는 범행 상세 내용인가
 2. 진술이 범죄사실과 객관적인 증거에 부합하는가
 3. 여러명의 피고인이 있을 때 상호진술이 일치하는가
4. 자백의 동기나 이유가 무엇이며 자백에 이르게 된 경위는 어떠한지 정황증거 중 자백과 저촉되거나 모순되는 것이 없는지

등의 구체적 진술을 판단할 요소로 추가하여 **조서 작성 형식을 보완하거나,**
영상녹화물의 고려 요건을 마련해야한다.

#3 재판 절차

- ① 특신상태는 증거가 불충분할 경우 보완적으로 증거조사가 가능한 증거
- ② 실무상 중대한 사건이 아닌 경우, 증거능력결정을 명확히 고지하지 않은 채 증거조사를 진행
- ③ 이 행위는 증거능력 없는 조서로 증거조사에 들어갔다는 이유로 배심원의 심증이 형성되어
오판에 이를 수 있으며, 증거결정의 내용이나 인정여부를 명확히 고지하지 않아 검사 측도
이의제기나 추가 입증 기회를 잃을 수 있다.
- ④ 피의자의 수사기관에서의 진술에 노출되어 법관의 부당한 편견이 발생할 위험 존재

결론

1. 수사기관은 **조서 작성 형식이 보완된 메뉴얼이나, 영상녹화물의 증명 정도를 고려하여 영상녹화물과 조서에 치중한 증거가 아닌, 객관적 증거에 의한 구체적이고 다양한 방식의 증명을 위해 노력해야한다.**
2. 법원은 우선 **영상녹화물과 조서를 열람하지 않은 상태에서 증거능력에 관해 최종판단을 보류하는 전제로 1차적 잠정적 판단을 하되 조사자를 증인으로 채택한다.**
3. 잠정적 판단은 **피고인과의 이해관계**를 고려한 판단기준으로 객관적 증거와의 합치를 기준으로 해야한다.
4. 변호인, 피고인에게 소송지휘권을 이용해 **피의자신문조서 및 영상녹화물을 열람하도록한다.**
(조사자가 어떤 진술을 할 것인지 미리 예상하고 충분히 방어할 수 있도록 하기 위함)

참고서적

- 개정형사소송법상 검사작성 피의자신문조서의 증거능력 - 연세대학교 법과대학 교수 白承旻
- 특신상태에 대한 비판적 고찰 - 최병천
- 법원에 출석하여 불일치 진술한 피고인 아닌 자의 검찰진술조서의 증거능력 - 형사소송법 제312조 제4항의 특신상태의 의미에 대한 분석을 중심으로 - 강우예
- 형사소송법상 특신상태의 의미와 개념 요소 및 판단기준에 관한 소고 - 김정한
- 공소제기 후 작성된 진술조서에 대한 증거능력 판단 기준으로서의 특신상태 - 최민준
- 피의자 및 공범진술의 증거능력 부여에 관한 합리적 개선 방안 - 홍찬영
- 전문법칙 적용의 예외요건으로서의 특신상태 - 대법원 2014. 4. 30. 선고 2012도 725 판결 - 최준혁
- 조사자증언의 증거능력 판단에 대한 실무적 운영 방안 - 전윤경
- 조사자 증언 제도 연구 - 미국 실태를 중심으로 - 대검찰청 검찰연구관직무대리 柳長萬
- 특신상태 의의와 판단기준 - 한제희
- 피고인의 반대신문권 보장과 증거능력 - 정한중
- 참고인 진술조서 증거능력 인정요건에 대한 재고 - 박성민
- 사망직전에 남긴 진술과 특신상태 - 대법원 2017. 12. 22 선고 2016도 15868 판결을 중심으로 - 김미라
- 조사자 증언 관련 특신상태의 판단과 증명 - 한제희
- 특신상태의 증명저도 - 최병각
- 조사자증언에 있어서 특신상태 요건의 구체화 - 2020년 형사소송법 개정을 계기로 - 서울대학교 법학전문대학원 조교수 洪眞映
- 검사작성 피의자신문조서의 증거능력 - 서경대학교 사회과학대학 공공인적자원학부 교수 정웅석
- 형사소송법상 '특신상태'의 필요성에 대한 비판적 고찰 - 정웅석
- '특신상태'의 의미에 관한 비교법적 고찰 - 제정형사소송법 규정을 중심으로 - 김회균, 신호인
- 형사소송법 제316조 제1항의 특별히 신빙할 수 있는 상태에 관하여 - 서울시립대학교 대학원 법학과 김현