



형사소송법 中 ‘특신상태’의 판단기준 재설정 예측 가능성의 관점에서

대전보건대학교 경찰과학수사과 3학년 김보경, 윤현지
지도교수_김해중 교수님



POLICE LINE DO NOT CROSS

대전보건대학교 경찰과학수사과

Introduction

현재 대한민국은 자백에 편중된 증거주의에서 벗어나 과학수사에 의거한 직·간접적 증거에 의해 유무죄를 판별하고 있다. 이러한 증거를 공판에서는 어떻게 심리하고 있는지를 알아보고, 현행법상 증거를 판단하는 기준인 특별히 신빙할 수 있는 상태의 정의와 해석에 있어서 법관의 재량이라는 추상적인 방식으로 작동되고 있음을 비판하고 이에 대한 판단기준을 재설정하고자 한다.

문제제기

#1 형식적 문제제기

형소법 309조는 강제 또는 임의성 없는 자백의 증거능력을 부정하는 규정이다. 하지만 특신상태의 판단기준에 대해 대법원은 ‘조서 작성의 자연스러운 분위기 속의 적법절차와 진술의 임의성’을 고려대상으로 삼고 있다. 이는 진술거부권, 변호인참여권 등을 고지하지 않은 증거는 위법수집증거배제의 원칙으로써 제외되며, 자백에 임의성이 없다면 형소법 309조에 의해 원칙적으로 제외될 것이므로, 불필요한 이중심리가 될 것이다.

#2 실질적 문제제기

수사 및 재판 절차를 실질적으로 보면 수사절차는 대중적 사건이 아니라면 본래 비공개로 진행되는 현실이다. 판례 中 ‘수사절차의 자연스러운 분위기 속이므로 허위개입의 여지가 없다’는 말은 단순히 적법절차를 준수하는 것 이상의 해석은 불가능할 것이다.

때문에, 적법절차와 자백의 임의성은 기본적인 증거능력에 해당되지만 전문법칙의 예외는 기본적 증거능력을 넘어 특신상태를 갖출 것을 요구하므로 법률규정의 수준까지 도달하지 못한 것으로 보인다.

하지만 특신상태를 엄격하게 판단하는 기준으로 개선하는 것은 실제적 진실의 발견이 어려울 수 있다. 특신상태를 엄격하게 판단하여 조사과정의 진술 자체의 증거능력을 날려버린다면 공판정에서의 진술만으로 신빙성을 판단해야하므로, 정확한 판결이 어려울 수 있다.

#3 또한 현실은 증거능력 판단 단계와 증명력 단계를 넘나들며 각 단계에서의 신빙성을 구별하는데 어려움이 있어보인다.

#4 영상녹화물 사용

수사단계에서의 자백 이후 법정에서의 자백변복에 대해 영상녹화물을 이용해 피고인의 진술을 증명하고 있다. 하지만 원칙적으로 영상녹화물 자체를 증거로 사용할 수 없고, 진술의 임의성을 증명하기 위한 보조자료 또는 탄핵증거로 할 수 있을 뿐이다. 또한 완전한 녹화가 이루어지지 않는다면 자백을 오염, 창조시켰을 가능성을 배제할 수 없기 때문에 영상녹화물에 치중하여 판단하는 것은 직접주의와 공판중심주의에 벗어나는 행위이다.

특신상태와 조사자증언

원칙적으로 전문증거는 신용성의 결여 등으로 사용할 수 없지만 311조부터 316조까지 예외적으로 전문증거를 증거로 하는 경우를 나열하고 있다.

316조 1항 (전문인 진술)

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>

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

전문법칙의 유래

영미권의 다수설 : 반대신문권의 결여 즉, 원진술자가 법정에서 출석해 반대신문 등의 절차를 거칠 수 없다면 진술의 진실성과 정확성이 보장되지 않으므로 증거능력을 배제하겠다 하였으나,

Henry wigmore는 반대신문이 없어도 무방한 정도의 신용성이 담보되는 증거는 증거능력이 있다고 하며 전문법칙 예외의 근거를 마련하였다 - “신용성의 정황적 보장” 시작.

우리나라 또한 이를 받들어 진술을 하게 된 정황을 신용하고 있다. 하지만, 진술이 믿을만하다는 것이 아니라 진술을 하게 된 정황, 환경이 믿을만 하다는 것으로 증거능력과 증명력을 오인하는 사례가 있다.

신용성의 정황적 보장의 진술 예시

부지불식간에 한 말, 사람이 죽음에 임박해서 한 말, 어떠한 자극에 의해 반사적으로 한 말, 범행 직후 자신의 범행에 충격을 받고 반성을 하면서 한 말 등.



조사자증언이 공판에서 주로 사용하는 경우는 피의자가 수사기관에서 범행을 인정하였으나, 기소 이후 범행을 부인하는 때이다.

조사자 증언이 탄생하게 된 배경

형사소송법 312조에는 피고인이나 변호인이 그 자백의 내용을 담은 신문조서를 부인하면 증거로 사용할 수 없음을 규정하고 있다. 이는 자백에 치중한 강압수사와 조서 중심 재판을 탈피하고 공판중심주의를 실현하자는 것인데, 피고인에게 증거능력 통제권을 과도하게 부여하는 문제가 생긴다. 이를 해소하기 위해 특신상태라는 조건 하에, 조사자 증언제도를 두어 피고인의 수사단계에서의 자백을 수사관을 통해 법정에 현출시킬 방법이 존재한다는 것이다.

외국의 조사자증언

일본) 피고 자신에게 불리한 진술을 기재한 서면은 특신상태 요건 하에 작성된 것이라면 모두 증거로 할 수 있다고 규정. 진술 반복 시에도 조서 증거로써 가능하다 (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 활용되고 있다.

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

관련 판례

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
대법원 : 피고는 피해자에 이끌려 동거하던 원룸으로 돌아왔으며 범행 후 잠을 자다가 원룸으로 찾아온 공소외 1에게 “하도 때려서 내가 밀었어”와 같은 말을 한 사실로 미루어보아 술에서 깬 상태이며 잠에서 깬 직후의 발언을 부지불식간의 담변으로 반사적이고 자연스러운 진술로 보아 피고인이 자발적으로 진술한 속내를 이야기한 것으로 보고 특신상태를 인정하였다.

→ 대체적으로 우호 및 협력 관계에 있는 자가 피고인의 진술을 들었다고 할 경우 피고인의 진술이 자연스럽고 반사적인 것으로 진술의 경위 및 정황을 바탕으로 특신상태를 판단해 증거능력을 인정한다. 즉, 피고인이 심리적으로 경계하지 않는 자이므로 그 대화에서 진실이 드러난다고 보는 입장이다.

피고인과 이해관계가 대립되는 자_2008도11403

공소사실 : 피고인1은 선거대책본부부장, 피고인2는 선거연락소장인데, 피고인들은 선거운동비 명목으로 2000만원을 제공받아 공직선거법상 금품운반죄로 기소 이후 피고인들은 범행을 부인하였다.

전문증거 : 경찰관의 조사자증언, 피고인들의 범행 자백 진술

대법원 : 특신상태 인정. 인정 근거 나열

- 피고인에게 진술거부권과 변호인 선임권을 고지한 후 조사함
 - 조사 도중 휴식시간 제공
 - 충분한 수면을 취한 상태에서 자유로운 분위기에서 피의자신문을 받은 점
 - 담당 검사 면전에서 ‘어디 불편한 점이 없느냐’는 질문에 별다른 이야기가 없던 점
- 조서작성의 적법절차가 인정되어 강요나 강압 회유없이 자연스러운 분위기에서 임의적으로 진술하였는지 여부를 기초로 판단하고 있다.

이외, 2013도12652, 2016도13383, 2018도2848 등 최근 판례에서도 비슷한 판단기준을 행하고 있다

판단 기준 재설정

#1 피고인과 이해관계를 따질 것)

특신상태는 개별, 구체적 상황별로 판단하며, 피고인과 이해관계가 대립되는 자와 대립되지 않는 자로 나누어야한다. 나아가 이해관계가 대립되는 자는 특신상태 판단에 있어 구체적인 근거를 제시해야 할 것이다.

#2 전문증거의 신용성 판단기준을 들 것)

현재는 법관의 이중판단으로 증거능력을 인정하고 있다. 하지만 전문법칙은 미국의 배심원제도에서 비롯되었다는 점을 고려할 필요가 있다. 따라서 1. 배심원들에게 보여도될 증거 자격을 갖추었는지 판단 후에 2. 종합적으로 그 증거로써 공소사실을 인정할 수 있는가를 판단할 필요가 있다.

#3 변호인 참여여부와 수사절차의 정확성 외에 신빙성 고려 요소 추가할 것)

피의자의 진술이 새로운 증거를 발견하도록 이끌었는지, 진술이 쉽게 추정할 수 없고, 공개된 바 없으며 다른 증거에 의해 뒷받침되는 범행 상세내용인지 등의 구체적 진술을 판단요소에 추가해서 조서작성형식을 보완하거나 영상녹화물의 고려 요건을 강화하여 마련해야한다.

#4 재판보완)

특신상태는 자유로운 증명으로, 증명이 불충분할 경우 보완적으로 증거조사가 가능한 성격의 증거이다. 하지만 실무상 중대한 사건이 아닌 경우 증거결정을 고지하지 않은 채 증거조사를 진행한다. 이러한 행위는 증거조사에 들어갔다는 행위로 심증형성이 될 수 있으며, 검사 측의 이의제기나 추가 입증 기회를 놓칠 수 있다. 따라서 검사가 조사자를 증인으로 신청하는 경우 법원은 영상녹화물과 조서를 열람하지 않은 상태에서 1차적 잠정판단을 하되 최종판단을 보류하는 전제로 조사자를 증인으로 채택한다. 또한 소송지휘권을 이용해 피의자신문조서 및 영상녹화물을 미리 열람하도록하여 조사자의 진술을 미리 예상하고 방어할 수 있도록 하여야한다.