

영상녹화물에 의한 특신상태 증명: 대법원 2014. 8. 26. 선고 2011도6035 판결의 해석을 중심으로

이형근*

국 | 문 | 요 | 약

증거재판주의를 천명하고 있는 현행 형사소송법 하에서 조서, 진술서 등은 수사와 재판의 수행에 있어 중요한 증거가 된다. 진술증거는 물적증거에 비해 상대적으로 주관적 성격을 갖기 때문에, 형사소송법은 이를 증거로 사용하는 데 일정한 제약을 두고 있다. 특신상태는 수사과정에서 작성된 조서 등을 재판의 증거로 사용하기 위한 요건 중 하나다. 그런데 그 의미와 내용, 판단기준, 판단방법 등에 관해 다양한 견해들이 제시되고 있었다. 이에 본고는 구성요건적 사실과 핵심적 정황에 관한 영상녹화물의 내용과 이에 대응하는 피의자신문조서의 기재가 상이한 사안에 대하여 조서의 특신상태를 부정한 대법원 2014. 8. 26. 선고 2011도6035 판결을 특신상태에 관한 이론과 영상녹화물의 증거법적 기능에 관한 이론에 따라 해석하고, 그 의미와 문제점을 고찰해 보고자 하였다.

연구결과는 다음과 같았다. 첫째, 대상 판결은 실질적 진정성립이 부정되는 대표적 예에 해당하는 원진술과 조서의 불일치를 특신상태 부정의 사유로 보았다는 점에서 다소 이례적인 것으로 평가되었다. 둘째, 대상 판결은 이후 조서들의 특신상태도 부정하였는데, 이 부분은 특신상태 평가의 부정적 지표에 이전 조서의 부진정성을 추가하였다는 점에서 의미가 있는 것으로 생각되었다. 셋째, 대상 판결은 영상녹화물을 통해 조서의 특신상태를 판단하였는데, 이 부분은 영상녹화물의 증거법적 기능에 관한 이론에 의할 때 허용되기 어려운 방법론으로 생각되었다. 다만, 대상 판결이 영상녹화물을 통해 특신상태를 탄핵한 사안이라는 점 등에서 그 타당성을 일도양단하기는 어려울 것으로 생각되었다. 특히, 현행법 하에서 대상 판결을 근거로 삼아 영상녹화물에 의한 특신상태 증명을 일반화하려는 시도가 있어서는 안 될 것이다. 한편, 대상 판결은 현재까지 추상적·다의적 개념으로 남아 있는 특신상태의 의미와 내용, 판단방법 등을 재고해 볼 기회를 제공하고, 영상녹화물에 의한 대체증명의 범위, 여타 증거법적 기능 등을 숙고해 볼 기회를 제공한 것으로 평가되었다.

본고는 방법론상의 한계로 인해 그 결과를 일반화 하는 데에는 제약이 있을 것으로 생각된다. 따라서 본고의 내용을 단정적으로 인용하거나 일반화하기보다, 특신상태에 관한 해석론과 입법론을 모색함에 있어 참고하는 선에서 활용하는 것이 바람직할 것이다

DOI : <https://doi.org/10.36889/KCR.2019.12.31.4.175>

❖ 주제어 : 영상녹화물, 대체증명, 피의자신문조서, 특신상태, 진정성립.

* 한국형사정책연구원 경정

I. 서론

수사는 “범죄혐의의 유무를 명백히 하여 공소제기 및 공소유지 여부를 결정하기 위해서 범인을 발견·확보하고 증거를 수집·보전하는 수사기관의 활동”이다¹⁾. 한편, 형사소송법 제307조는 “사실의 인정은 증거에 의하여야 한다.”라는 증거재판주의를 천명하고 있다. 우리나라의 경우 수사업무의 80% 이상이 피의자나 참고인 등의 조사에 할애되고 있어 진술증거의 비중이 크다²⁾. 진술증거는 진술자의 기억과 의도, 조사자의 의도와 기록방식 등에 영향을 받기 때문에 물적증거에 비해 상대적으로 주관적인 성격을 갖는다. 이에 따라 형사소송법은 제312조 이하에서 수사과정에서 만들어진 조서, 진술서 등의 진술증거를 재판의 증거로 사용하는 데 일정한 제약을 두고 있다. 여기에는 조서 등이 적법한 절차와 방식에 따라 작성될 것, 조서 등이 진술인이 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있을 것, 조서 등에 기재된 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음이 증명될 것 등이 포함된다(제312조 제1항, 제3항, 제4항, 제313조 제1항 등)³⁾. 또한, 특신상태는 원진술자가 사망·질병·외국 거주·소재불명 등의 사유로 공판준비 또는 공판기일에서 직접 진술할 수 없을 때, 그의 진술을 내용으로 하는 조서나 타인의 진술을 증거로 하기 위한 요건이기도 하다(제314조, 제316조 제2항).

특신상태는 통상 “진술내용이나 조서작성에 허위개입의 여지가 거의 없고, 진술 내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있는 것”으로 이해되지만⁴⁾, 그 의미와 내용, 판단기준, 판단방법 등에 관하여는 다양한 견해들이 공존하고 있다. 또한, 2004년 이전까지는 실질적 진정성립에 의해 특신상태가 추정되었던 관계로 이에 관한 판례이론이 정치하게 발전되지 못했던 것이 사실이다⁵⁾. 그 결과 특신상태는 수사과정에서 진술증거를 여과하는 여타의 요건에 비해 상대적으

1) 대법원 1999. 12. 7. 선고 98도3329 판결.

2) 박노섭·이동희·이윤·장윤식, 범죄수사학, 경찰대학 출판부, 2004, 362면.

3) 이하에서 각각 적법한 절차와 방식의 준수, 실질적 진정성립, 특신상태로 칭하였다.

4) 대법원 2012. 7. 26. 선고 2012도2937 판결, 대법원 2011. 7. 14. 선고 2011도3809 판결.

5) 대법원 1983. 3. 8. 선고 82도3248 판결, 대법원 1984. 6. 26. 선고 84도748 판결. 이 판결들은 대법원 2004. 12. 16. 선고 전원합의체판결에 의해 폐기되었다.

로 추상적이고 어려운 개념으로 여겨지고 있다. 본고의 논의 대상인 대법원 2014. 8. 26. 선고 2011도6035 판결은 구성요건적 사실과 핵심적 정황에 관한 영상녹화물의 내용과 이에 대응하는 피의자신문조서의 기재가 상이한 사안에 대하여 조서의 특신상태를 부정하였다. 이 판결은 원진술과 조서의 불일치를 실질적 진정성립의 문제로 보지 않고 특신상태의 문제로 보았고, 영상녹화물을 통해 조서의 특신상태를 탄핵하였다는 점에서 일견 이례적인 것으로 생각된다.

그러나 이 판결에 대한 평가는 “특신상태의 증명은 합리적인 의심의 여지를 배제할 정도에 이르러야 한다고 판시함으로써, 법리 자체가 새로운 것이라고 할 수는 없지만 특신상태의 증명을 보다 엄격하게 하려는 의지를 나타낸 것이다.”라는 정도에 그치고 있다⁶⁾. 이에 본고는 대법원 2014. 8. 26. 선고 2011도6035 판결의 재판경과와 주요 판시사항을 정밀하게 개관한 후(Ⅱ), 특신상태와 영상녹화물의 증거법적 기능에 관한 선행연구와 판례이론에 비추어(Ⅲ), 이 판결의 의의를 찾고 문제점을 진단해 보았다(Ⅳ).

Ⅱ. 재판의 경과⁷⁾

1. 공소사실의 요지

피고인은 △△시장으로서 2006년 9월경부터 같은 해 12월경까지 사이에 ○○아파트 건설사업을 추진하던 공소외 1회사의 전무 공소외 2[수사중 사망]로부터 도시계획심의 등 행정절차를 원활하게 진행시켜 달라는 청탁을 받게 되자, 이를 기회로 자신과 친분이 있는 공소외 3이 운영하는 공소외 4회사에게 공소외 1회사에서 ○○아파트 기반시설공사 중 토목공사를 도급해 달라고 부탁하고, 위 공사에 관한 공사대금을 과다 계상하는 방법으로 20억원을 조성하여 공소외 3을 통해 전달받기로 약

6) 김윤섭, 2007년 이후 형사소송법 주요 판례의 동향: 수사절차와 증거에 관한 대법원 판례를 중심으로, 형사판례연구 제25권, 2017, 517면; 박진환, 2007년 형사소송법 개정 후 증거법 분야의 판례 동향, 형사판례연구 제25권, 2017, 580면.

7) 영상녹화물에 의한 특신상태 증명과 연관된 공소사실 및 재판경과를 중심으로 개관하였다.

속하였다. 공소의 2는 피고인과 사이에 2008년 12월경 위와 같은 약속을 재차 확인한 다음 2009. 5. 8. 공소의 1회사와 공소의 4회사 간에 ○○아파트 기반시설공사 중 도로공사에 관한 공사대금 137억 9,400만원(과다 계상된 20억원 포함)의 도급계약이 체결되게 하였다. 이로써 피고인은 공소의 2로부터 부정한 청탁을 받고 그 대가로 공소의 2로 하여금 공소의 4회사에게 실제 공사대금 117억 9,400만원 상당의 도로공사를 수주하는 재산상 이익을 공여하게 하였다. 한편, 피고인은 위 도급계약 체결 전인 2008년 3월 내지 4월경 공소의 5[피고인의 측근]를 통하여 3회에 걸쳐 함께 1억원의 뇌물을 수수하였고, 위 도급계약 체결 후인 2009. 8. 16.경 공소의 2가 공소의 3에게 공사기성금으로 지급한 돈 중 1억원을 공소의 6[공소의 2의 지인], 공소의 7[피고인의 조카]을 통하여 전달받아 뇌물을 수수하였다⁸⁾.

2. 1심

검사는 피고인에게 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물), 제3자뇌물수수 등의 혐의가 있다고 판단하고 공소를 제기하였다. 증거로는 피고인에 대한 검찰 피의자신문조서, 공소의 2에 대한 검찰 피의자신문조서, 공소의 5에 대한 검찰 피의자신문조서와 진술서, 공소의 6에 대한 피의자신문조서, 공소의 7에 대한 피의자신문조서와 진술서, 공소의 2의 범용직렬버스(usb) 저장장치 등이 제출되었다⁹⁾. 특히, 공소의 2에 대한 제3회 검찰 피의자신문조서에는 “2006년 10월경 전국체전 당시 숙소에서 혼자 10억, 20억 고민하다 20억을 주기로 결심하고, 다음 날 공소의 5에게 20억을 제안했다. 그 후 공소의 5에게 [피고인에게] 보고했는지 여부를 확인했다. 공소의 3이 20억을 당좌수표로 주면 분양승인 도와주겠다고 했다. 피고인이 [분양가] 843만원에 승인하겠다고 했다.” 등 피고인에게 불리한 내용의 진술이 다수

8) 수원지방법원 2010. 11. 17. 선고 2009고합539, 548, 553(병합) 판결; 대법원 2014. 8. 26. 선고 2011도6035 판결. [] 안의 내용은 판결문을 참고하여 저자가 삽입하였다. 이하에서 같다.

9) 수원지방법원 2010. 11. 17. 선고 2009고합539, 548, 553(병합) 판결. 범용직렬버스(usb) 저장장치 내에는 공소의 2가 피고인, 공소의 3, 공소의 5 등과 나눈 - 내용상으로는 피고인에게 불리한 - 대화가 녹음된 파일의 사본이 저장되어 있었는데, 이 녹음파일 사본의 증거능력 인부에 대한 1심·2심(인정)과 3심(부정)의 판단이 엇갈렸다. 이로 인해 공소의 2에 대한 검찰 피의자신문조서의 증거능력 인부가 재판의 중요한 쟁점이 되었던 것으로 생각된다.

포함되어 있었다¹⁰⁾.

피고인과 변호인은 “공소외 2의 각 검찰진술은 공소외 2에 대한 횡령, 배임, 배임 수재 등의 혐의사실이 검찰 제1, 2회 조사과정에서 대부분 확인되었고, 당시 공소외 2가 방광암 등으로 건강상태가 악화되어 있었음에도, 검사는 공소외 2에게 제대로 된 휴식이나 치료의 기회를 제공하지 않은 채, 오로지 피고인에 대한 혐의사실을 밝히기 위해 위와 같이 악화된 공소외 2의 건강상태를 이용하여 공소외 2로 하여금 검찰이 원하는 방향에 [맞추어] 진술하도록 한 것으로서 공소외 2의 각 검찰진술은 임의성이 없고, 특히 공소외 2의 진술이 [수시로] 변화되었다는 점을 고려하면 터득 공소외 2가 위와 같이 건강악화 등을 이유로 불안한 심리상태에서 진술한 것으로 볼 수밖에 없어 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 이루어졌다고 볼 수도 없다. 따라서 공소외 2의 각 검찰 진술은 증거능력이 없다. 가사 공소외 2의 각 검찰진술에 증거능력이 인정된다고 하더라도 공소외 2의 진술은 신빙성이 없다.”라고 주장하였다.

법원은 “공소외 2는 2009. 10. 13. 체포되어 조사를 받으면서 회사자금 횡령 등의 혐의사실을 대부분 인정하였던 점, 2009. 10. 15. 검찰 제3회 신문시부터 피고인에 대한 로비혐의에 대하여 조사를 받기 시작하여 2009. 11. 12. 피고인과 대질조사를 받던 중 건강상태가 악화되어 병원으로 후송된 후 지병으로 사망한 점, 제3회 신문시 처음부터 로비혐의에 대하여 자백하였고 마지막으로 피고인과 대질조사를 받기 직전까지 비교적 자신의 진술을 유지하였던 점, 2009. 11. 12. 조사 이전에는 조사 과정에서 건강상의 이유로 조사를 거부하거나 치료를 받게 해달라고 요청한 적이 없는 것으로 보이는 점, (중략) 수사과정확인서 기재 내용에 의하면 공소외 2는 조사 과정에서 충분한 휴식을 제공받고 변호사의 조력을 받기도 했던 점, (중략) 검사가 조사과정에서 회유하거나 진술을 강요한 사실을 발견할 수 없는 점 등을 고려할 때 공소외 2의 검찰 진술은 임의성이 있고 그 진술 내용이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌다고 인정할 수 있다.”라고 판시하였다¹¹⁾. 법원은 유죄(징역 7년 및 벌금 1억원)를 선고하였다. 검사는 양형부당을 이유로, 피고인은 법리오

10) 수원지방법원 2010. 11. 17. 선고 2009고합539, 548, 553(병합) 판결; 대법원 2014. 8. 26. 선고 2011도6035 판결.

11) 수원지방법원 2010. 11. 17. 선고 2009고합539, 548, 553(병합) 판결.

해와 사실오인 및 양형부당을 이유로 각각 항소하였다.

3. 2심

피고인과 변호인은 먼저 1심에서와 유사한 취지로 공소외 2의 검찰 피의자신문 조서는 증거능력이 없다고 주장하였다<주장 1>. 다만, “검찰은 2009. 10. 13. 공소외 2를 체포한 이래 공소외 2가 사망한 2009. 11. 15.까지 구속상태에서 16회의 소환조사를 실시하고 그 중 야간조사만 10회를 실시하였다. 공소외 2는 다른 혐의로 구속기소된 상태로 이 사건에 대하여 어떠한 진술을 하는지에 따라 [구속기소된 사건의] 형사처벌에 있어서 영향을 받을 것으로 생각할 수밖에 없었다. 또한, [피고인으로부터] 자신이 원하는 분양가에 승인을 받지 못하여 섭섭한 감정을 가지고 있었다.” 등의 논거를 추가하였다¹²⁾. 한편, 변호인은 “공소외 2에 대한 제3회 검찰 피의자신문조서의 경우, 검사가 영상녹화가 종료되기 이전에 공소외 2가 진술한 내용에 따라 작성한 조서를 파기하거나 은닉해 버리고 뒤늦게 전혀 새로운 내용의 조서를 작성하여 제출하였으며, 가사 검사의 주장처럼 공소외 2가 조서를 열람하는 과정에서 진술이 변경되었다고 하더라도 검사가 종전의 조서는 일단 그대로 완성하고 출력하여 서명·무인을 받고 변경된 진술에 대하여는 새로운 조서를 작성하여야 하는데도 이와 달리 종전 진술을 삭제하고 새로운 진술만을 기재한 조서를 제출하였으므로 그 증거능력을 인정할 수 없다.”라고 주장하였다<주장 2>¹³⁾.

법원은 먼저 <주장 1>에 관하여 1심 법원과 유사한 취지에서 공소외 2의 검찰 피의자신문조서는 증거능력이 있다고 판단하였다. 다음으로 <주장 2>에 관하여는 “수사과정확인서의 기재에 의하면 검사는 공소외 2에 대하여 2009. 10. 15. 16:48부터 제3회 조사를 시작하면서 그 조사과정을 영상녹화한 사실, 영상녹화가 종료된 시각은 같은 날 18:26이고 저녁식사 후인 같은 날 20:30부터 21:25까지 조서열람이 이루어진 사실, 검사는 영상녹화를 마치면서 참여 수사관에게 조서를 정리하여 출

12) 서울고등법원 2011. 4. 28. 선고 2010노3399 판결.

13) 서울고등법원 2011. 4. 28. 선고 2010노3399 판결. 해당 내용은 2011. 2. 8. 및 2011. 4. 7. 변호인의 의견서를 통해 주장한 것으로, 이에 대해 법원은 “이 주장은 이 법원의 직권판단을 촉구하는 의미로 받아들인다.”라고 하였다.

력하라는 취지의 말을 하고 공소외 2가 조서열람을 희망하는 언동을 한 사실이 인정된다. 변호인이 주장하는 것처럼 위 제3회 피의자신문조서의 경우 영상녹화가 이루어질 당시 공소외 2가 진술하였던 내용 중 조서에 기재된 내용과는 다른 취지의 일부 진술이 아예 기재되어 있지 않거나 반대로 영상녹화가 이루어질 당시 공소외 2가 진술하지 않았던 내용이 조서에 공소외 2의 진술로서 기재되어 있는 사실은 검사도 인정하고 있다.”라고 전제한 후, “당시 검찰청 내부 전산망 장애로 인하여 18:30 이전에 영상녹화를 중단할 수밖에 없는 상황이었고 검사는 공소외 2를 조사하는 과정에서 이러한 사실을 공소외 2에게 미리 고지한 점, 공소외 2는 위 제3회 피의자신문조서에 대하여 열람을 거쳐 자필로 서명한 후 무인하였고 (중략) 그 이후 이루어진 조사 과정에서도 위 제3회 피의자신문조서에 기재된 진술을 대체로 유지한 점 등을 고려할 때 변호인의 주장과 같이 검사가 조서를 조작·과기 또는 은닉하였다고 볼 수는 없다. 한편 이 사건 공소사실과 관련한 공소외 2의 진술 중 중요부분의 일부가 반복되었음에도 불구하고 검사가 종전 진술 내용을 조서에 기재하지 않음으로써 피고인의 방어권 행사를 어렵게 하는 것은 결코 바람직한 수사실무라고 말할 수 없고 공익을 대변하는 검사의 책무와도 상충되는 측면이 있다. 그러나 진술자가 조서를 열람하는 과정에서 자신의 진술을 일부 반복하거나 추가하는 경우 조사자가 이를 조서에 반영하거나 그 반영 과정에서 추가적인 수사를 하는 것이 형사소송법상 허용되지 않는 조사방식이라고 보기는 어려운 점, 조서는 진술자의 진술 내용을 빠짐없이 모두 기재하는 것이 아니라 그 요지를 기재하는 것으로 진술자가 자신의 종전 진술을 반복하는 경우 그와 같은 진술의 반복 과정을 조서에 기재하지 않았다고 하여 그 이유만으로 수사 자체가 위법하다고 단정할 수는 없는 점 등을 고려할 때 제3회 피의자신문조서의 증명력을 어느 정도까지 인정할 것인지는 별론으로 하고 그 증거능력 자체를 부정할 수는 없다.”라고 판시하였다¹⁴⁾. 법원은 1심 판결을 파기자판하면서 유죄(징역 7년 및 벌금 1억원)를 선고하였다¹⁵⁾. 검사와 피고인 공히 법리오해와 사실오인을 이유로 상고하였다.

14) 서울고등법원 2011. 4. 28. 선고 2010노3399 판결.

15) 법원은 20억원 뇌물약속 부분을 범죄의 증거가 없는 때에 해당하는 것으로 보았다. 다만, 포괄일죄의 관계에 있는 2억원 뇌물수수 부분이 유죄이므로 주문에서 별도로 무죄를 선고하지는 않았다.

4. 3심

법원은 “[형사소송법 제312조 제4항, 제314조의 특신상태 요건은] 헌법이 요구하는 적법절차의 원칙을 구현하기 위하여 사건의 실체에 대한 심증형성은 법관의 면전에서 본래 증거에 대한 반대신문이 보장된 증거조사를 통하여 이루어져야 한다는 실질적 직접심리주의와 전문법칙을 기본원리로서 채택하면서도, 원진술자의 사망 등으로 위 원칙을 관찰할 수 없는 특별한 사정이 있는 경우에는 그 진술 또는 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음이 증명된 때, 즉 그 진술의 내용이나 조서 또는 서류의 작성에 허위 개입의 여지가 거의 없고 그 진술 내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 증명된 때에 한하여 예외적으로 증거능력을 인정하고자 하는 취지라고 할 것이다. 그러므로 법원이 법 제314조에 따라 증거능력을 인정하기 위하여는 단순히 그 진술이나 조서의 작성과정에 뚜렷한 절차적 위법이 보이지 않는다거나 진술의 임의성을 의심할 만한 구체적 사정이 없다는 것만으로는 부족하고, 이를 넘어 법정에서의 반대신문 등을 통한 검증을 굳이 거치지 않더라도 진술의 신빙성과 임의성을 충분히 담보할 수 있는 구체적이고 외부적인 정황이 있어 그에 기초하여 법원이 유죄의 심증을 형성하더라도 증거재판주의의 원칙에 어긋나지 않는다고 평가할 수 있는 정도에 이르러야 할 것이다.”라고 전제한 후, “조서라는 것이 진술자의 진술내용을 빠짐없이 모두 기재하는 것은 아니라고 하더라도 적어도 그 진술의 내용이 조사자의 의도에 맞추어 임의로 삭제·가감됨으로써 진술의 취지가 변경·왜곡되어서는 아니 될 것이다. 그런데 원심판결의 이유와 기록에 의하면 [공소외 2의] 제3회 피의자신문조서에서는 피고인에 대한 뇌물액수를 20억원으로 정한 시기, 뇌물약속을 제안한 상대방, 뇌물약속의 이행방법, 뇌물약속으로 받을 특혜의 내용으로서 피고인에 대한 공소사실을 유죄로 인정하기 위한 구성요건적 사실이나 핵심적 정황에 관한 사실들이 기재되어 있으나, 그 영상녹화물에는 위와 같은 진술이 없거나 그 내용이 다른 사실을 알 수 있는 바, 이처럼 영상녹화물에 나타난 공소외 2의 진술내용과 그에 대응하는 피의자신문조서의 기재 사이에 위와 같은 정도의 차이가 있다면 다른 특별한 사정이 없는 한 그 진술의 내용이나 조서의 작성이 법 제314조에서 말하는 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행

하여졌음이 증명된 때에 해당한다고 볼 수는 없다. (중략) 검사가 작성한 공소외 2에 대한 제3회 피의자신문조서와 그 후의 피의자신문조서들은 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음이 증명되었다고 보기 어려워 이를 증거로 삼을 수 없[다.]”라고 판시하였다¹⁶⁾. 법원은 2심 판결의 유죄 부분과 무죄 부분 모두를 파기환송하였다.

5. 파기환송심

파기환송심은 대법원의 판시사항을 수용하여 본장 ‘1. 공소사실의 요지’에 기재된 모든 혐의¹⁷⁾에 대하여 무죄를 선고하였다. 다만, 함께 기소된 별건 제3자뇌물수수 혐의에 대하여 유죄(징역 1년 6월에 집행유예 2년)를 선고하였다.

Ⅲ. 관련 이론의 검토

1. 특신상태

가. 의의

형사소송법 제312조 이하에서는 피의자신문조서, 진술조서, 진술서 등을 재판의 증거로 하기 위한 요건으로 “특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음이 증명된 때[행하여진 때]”를 규정하고 있다. 여기에 규정된 ‘특히 신빙할 수 있는 상태’를 줄여 강화상 특신상태라고 부른다. 특신상태는 “진술내용이나 조서작성에 허위개입의 여지가 거의 없고, 진술내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있는 것”을 의미한다¹⁸⁾. 특신상태는 적법한 절차와 방식의 준수, 실질적 진정성립 등과 함께 수사기관이 작성한 조서의 증거능력 인정요건으로 기능한다¹⁹⁾.

16) 대법원 2014. 8. 26. 선고 2011도6035 판결.

17) 20억원 뇌물약속, 117억 9,400만원 제3자뇌물수수, 2억원 뇌물수수.

18) 대법원 2012. 7. 26. 선고 2012도2937 판결, 대법원 2011. 7. 14. 선고 2011도3809 판결.

연혁적으로 볼 때, 1954년 제정 형사소송법은 제314조에서 ‘증거능력에 대한 예외’, 제316조에서 ‘증거능력의 제한’의 요건으로 특신상태를 규정하였다²⁰⁾. 이후 1961년 개정 형사소송법은 제312조에서 ‘검사와 사법경찰관의 조서’, 제313조에서 ‘진술서 등’의 요건으로 특신상태를 추가하였다²¹⁾. 그런데 대법원은 형식적 진정성립(現 적법한 절차와 방식)이 인정되면 실질적 진정성립과 임의성이 추정되고²²⁾, 실질적 진정성립이 인정되면 특신상태가 추정되며²³⁾, 이러한 추정은 연쇄적으로도 가능하다²⁴⁾는 판례이론을 정립하여 상당 기간 유지하였다²⁵⁾. 2004년에 이르러 대법원은 “법문의 문언상 성립의 진정은 원진술자의 진술에 의하여 인정되는 방법 외에 다른 방법을 규정하고 있지 아니하므로 (중략) 공판준비 또는 공판기일에서 원진술자의 진술에 의하여 형식적 진정성립뿐만 아니라 실질적 진정성립까지 인정된 때에 한하여 비로소 그 성립의 진정함이 인정되어 증거로 사용할 수 있다고 보아야 한다.”라는 취지의 전원합의체판결을 통하여 앞서의 판례이론을 뒤집었다²⁶⁾. 한편, 2007년 개정 형사소송법은 제312조 등의 특신상태 부분을 “단, 피고인이 된 피의자의 진술을 기재한 조서는 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여진 때”에서 “그 조서에 기재된 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음이 증명된 때”로 개정함으로써, 2007년 대법원 전원합의체판결의 취지를 입법화하고 특신상태에 관한 종래의 학설 대립²⁷⁾을 일단락 지었다.

19) 형사소송법 제312조 제1항, 제3항, 제4항 등.

20) 1954. 9. 23. 제정 법률 제341호, 국가법령정보센터 [http://law.go.kr/lisInfoP.do?lsiSeq=59297&efYd=19540530#J311:0\(2019. 11. 14. 검색\)](http://law.go.kr/lisInfoP.do?lsiSeq=59297&efYd=19540530#J311:0(2019. 11. 14. 검색))

21) 1961. 9. 1. 일부개정 법률 제705호, 국가법령정보센터 [http://law.go.kr/lisInfoP.do?lsiSeq=53852&efYd=19610901#J312:0\(2019. 11. 14. 검색\)](http://law.go.kr/lisInfoP.do?lsiSeq=53852&efYd=19610901#J312:0(2019. 11. 14. 검색))

22) 대법원 1980. 12. 23. 선고 80도2570 판결, 1982. 6. 8. 선고 82도754 판결.

23) 대법원 1983. 3. 8. 선고 82도3248 판결.

24) 대법원 1984. 6. 26. 선고 84도748 판결.

25) 학자에 따라 이를 3단계 추정론 또는 2단계 추정론이라고 명명한다. 전자는 판례이론을 ‘형식적 진정성립 -①-> 실질적 진정성립 -②-> 특신상태 -③-> 임의성’의 추정구조로 파악한다(조국, 검사작성 피의자신문조서와 영상녹화물의 증거능력, 저스티스 통권 제107호, 2008, 173면). 후자는 판례이론을 ‘형식적 진정성립 -①-> 실질적 진정성립 -②-> 임의성/특신상태’의 추정구조로 파악한다(심회기, 검사면전 피의자 신문조서의 형식적 진정성립 인정과 2단계 추정론의 당부, 법률신문 연구논단, 2014. [https://www.lawnb.com/Info/ContentView?sid=D009AFF0C453EF16\(2019. 11. 14. 검색\)](https://www.lawnb.com/Info/ContentView?sid=D009AFF0C453EF16(2019. 11. 14. 검색))).

26) 대법원 2004. 12. 16. 선고 전원합의체판결.

나. 판단기준(내용)

앞서 개관한 바와 같이 1961년 형사소송법 개정을 통해 제312조와 제313조에 특신상태 요건이 추가되었고, 이후 2004년 대법원 전원합의체판결 이전까지는 성립의 진정으로부터 특신상태가 추정되었던 관계로, 현재까지 특신상태는 적법한 절차와 방식, 실질적 진정성립 등 여타의 요건에 비해 상대적으로 추상적인 개념으로 남아 있는 것 같다²⁸⁾. 특신상태에 관한 학설은 특신상태를 진술내용의 신빙성으로 보는 견해²⁹⁾, 신용성의 정황적 보장으로 보는 견해³⁰⁾, 적법절차가 준수되는 상황으로 보는 견해³¹⁾ 등으로 나뉜다. 또한, 제312조 이하에 규정된 특신상태는 각각 서로 다른 의미를 갖는다는 것이 일반적인 견해이지만³²⁾, 어느 하나에 관한 학설과 판례를 다른 하나의 해석에 준용하는 방법론 또한 널리 활용되고 있는 것이 사실이다³³⁾. 한편, 대법원은 △진술내용, 조서·서류작성에 허위개입의 여지가 없을 것, △진술내용의 신빙성·임의성을 담보할 구체적·외부적 정황이 증명될 것, △반대신문 등 법정에서의 검증을 거치지 않고 그에 기초하여 유죄심증을 형성하더라도 증거재판주의 원칙에 어긋나지 않을 정도에 이를 것 등을 특신상태 판단의 일관된 기준으로 제시

27) 종래에는 특신상태를 가중요건으로 보는 견해와 완화요건으로 보는 견해가 대립하고 있었다. 가중요건설은 형식적 진정성립, 실질적 진정성립 등 여타의 요건에 더하여 특신상태 요건이 충족되어야 증거능력이 있다고 보는 견해이고(신동운, *신형사소송법 제5판*, 법문사, 2014, 1176면; 조국, 앞의 논문, 181-183면), 완화요건설은 여타의 요건이 충족되지 않더라도 특신상태 요건이 충족되면 증거능력이 있다고 보는 견해다(정웅석, *검사작성 피고인이 된 피의자신문조서의 증거능력*: 대법원(전합) 2004. 12. 16., 2002도537 판결에 대한 비판적 검토, *저스티스 통권 제83호*, 2005, 228면). 2007년 개정 형사소송법은 제312조 등의 특신상태 부분에서 “단”이라는 표현을 삭제함으로써 가중요건설을 입법화한 것으로 평가된다(이승호, *개정형사소송법상 전문증거의 증거가치에 대한 검토*, *형사법연구 제19권 제4호*, 2007, 211면).

28) 헌법재판소 2005. 5. 26. 자 2003헌가7 결정. 재판관 윤영철 등은 “특히 신빙할 수 있는 상태라는 법문언이 지니고 있는 모호성은 헌법상 원칙인 명확성 원칙의 요청을 충족시켰다고 보기 어렵다.”라는 반대의견을 개진하였다.

29) 이영란, *한국형사소송법 개정판*, 나남, 2008, 784면.

30) 이재상·조균석, *형사소송법 제10판 보정판*, 2016, 612면.

31) 신동운, 앞의 책, 1178면; 이은모, *형사소송법 제4판*, 박영사, 2014, 695면.

32) 신동운, 앞의 책, 1178면; 이영란, 앞의 책, 784면; 최병천, *특신상태에 대한 비판적 고찰*, *경북대학교 법학논고 제66집*, 2019, 277면.

33) 가령, 피의자신문조서의 특신상태에 관하여 직접 판시한 판례가 없어 진술조서의 특신상태에 관한 판례 등을 참고하여 그 내용을 모색한 예가 있다(신동운, 앞의 책, 1179면).

하고 있다³⁴⁾.

최병천(2019)은 특신상태에 관한 국내의 판례를 분석하여 그 판단기준을 추출하였다³⁵⁾. 판례에 나타난 판단기준은 △진술에 이르기까지의 정황, △피고인과 진술인의 관계, △진술내용이 구체적이고 모순이 없는지 여부, △진술 이후의 행동, △수사방법의 적절성, △특신상태에 관한 검사의 주장·입증 여부 등이었다. 김태업(2015)은 본고의 논의 대상인 대법원 2014. 8. 26. 선고 2011도6035 판결과 그 하급심 판결을 분석하여 특신상태에 관한 긍정적 지표와 부정적 지표를 추출하였다³⁶⁾. 긍정적 지표는 △로비과정에 대한 진술 경위가 작위적이지 않고 자연스럽다, △진술이 일관된다, △회유나 진술강요의 정황을 발견할 수 없다, △실체적 진실발견을 위해 참고인이 사망했다라도 특신상태를 너무 쉽게 부정해서는 안 된다, △조서는 원래 요지를 기록하는 것이다, △영상녹화 후 번복·추가된 내용을 반영해 수정했다 등이었다. 부정적 지표는 △적법한 절차와 방식에 따라 작성되었는지 의심스럽다, △작성과정에 부적절한 관여[가 없었는지] 또는 진술이나 작성의 진정성이 의심스럽다, △건강상태, 심리적 압박, 처벌감정, 인간적 모멸감 등 순수하지 못한 동기에서 진술하였다, △수차례 조사받던 중 병으로 사망한 참고인에 대하여 반대신문권이 전혀 보장되지 않았다, △번복·추가되었다는 취지가 조서에 나타나 있지 않다, △영상녹화물의 진술과 조서의 기재내용이 다르다 등이었다. 한편, 특신상태의 판단기준은 실무규범을 통해서도 확인할 수 있다³⁷⁾. 실무규범상의 판단기준은 △변호인과 자유롭게 접견하였는지 여부, △변호인의 참여가 정당한 사유 없이 배제되었는지 여부, 조사의 내용 등에 비추어 합리적인 조사기간을 넘어서 조사가 이루어졌는지 여부, △구속상태에서 별다른 조사를 하지 않으면서 매일 소환하여 같은 질문을 반복하였는지 여부 등이다.

34) 대법원 2007. 6. 14. 선고 2004도5561 판결, 대법원 2011. 11. 10. 선고 2010도12 판결.

35) 최병천, 앞의 논문, 293-300면.

36) 박지연, 참고인 사망했다라도 쉽게 부정해서는 안 돼, 법률신문, 2015. 5. 14. <https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Print-News?serial=93036>(2019. 11. 14. 검색)

37) 법원행정처, 법원실무제요 형사(II), 법원행정처, 2014, 109면.

다. 판단방법

형사소송법은 특신상태가 ‘증명’될 것을 요구한다³⁸⁾. 하지만 증명의 방법에 관해서는 규정하고 있지 않다. 학설은 객관적인 자료에 입각하여 특신상태를 판단해야 한다는 견해³⁹⁾, 특신상태를 판단함에 있어서는 [주관적인 자료인] 진술의 내용을 참작하는 것도 허용된다는 견해⁴⁰⁾, 진술이 행하여진 당시의 구체적인 외부적 부수사정들을 종합적으로 고려하여 판단해야 하나, 필요한 경우에는 진술의 내용을 판단자료로 참작할 수 있다는 견해⁴¹⁾ 등으로 나뉜다. 대법원은 구체적 사안에 따라 개별적으로 특신상태를 판단해야 한다고 한다⁴²⁾. 생각건대, 법원이 특신상태를 구체적·개별적으로 판단함에 있어서는 최병천과 김태업이 판례에서 추출한 판단기준과 지표가 고려될 것으로 생각된다. 다만, 특신상태를 판단할 매체에 관한 상세한 논의나 판례를 발견하기는 어려웠다.

거증책임과 증명의 정도에 관하여, 종래에 대법원은 “특히 신빙할 수 있는 상태는 증거능력의 요건에 해당하므로 검사가 그 존재에 대하여 구체적으로 주장·증명하여야 하지만, 이는 소송상의 사실에 관한 것이므로 엄격한 증명을 요하지 아니하고 자유로운 증명으로 족하다.”라고 판시하였다⁴³⁾. 그런데 비교적 최근에 대법원은 “특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음에 대한 증명은 단지 그러한 개연성이 있다는 정도로는 부족하고 합리적인 의심의 여지를 배제할 정도에 이르러야 한다.”라고 판시한 바 있다⁴⁴⁾. 이에 대하여 합리적 의심이 없는 정도의 증명은 범죄사실의 인정에 요구되는 수준이므로, 소송법적 사실에 불과한 특신상태의 판단에 이

38) 형사소송법 제312조, 제314조, 제316조 등.

39) 신동운, 앞의 책, 1179면.

40) 이재상·조균석, 앞의 책, 612-613면; 이영란, 앞의 책, 785면.

41) 이은모, 앞의 책, 695면.

42) 대법원 1983. 3. 8. 선고 82도3248 판결. 동 판결은 “부지불각중에 한 말, 사람이 죽음에 임해서 한 말, 어떠한 자극에 의해서 반사적으로 한 말, 경험상 앞뒤가 맞고 이론정연한 말, 범행에 접착하여 범증은폐를 할 시간적 여유가 없을 때 한 말, 범행직후 자기의 소행에 충격을 받고 깊이 뉘우치는 상태에서 한 말 등이 특히 신용성의 정황적 보장이 강하다고 설명되는 경우이다. 이러한 신용성의 정황적 보장의 존재 및 그 강약에 관하여서는 구체적 사안에 따라 이를 가릴 수밖에 없는 것이 [다.]”라고 판시함으로써, 특신상태의 판단기준(예)과 함께 판단방법을 제시하였다.

43) 대법원 2012. 7. 26. 선고 2012도2937 판결.

44) 대법원 2017. 7. 18. 선고 2015도12981, 2015전도218 판결.

와 같은 수준의 증명을 요구하는 것은 바람직하지 못하다는 지적이 있다⁴⁵⁾. 한편, 특신상태를 진실성이나 신용성에 있어 반대신문에 갈음할 만한 외부적 정황으로 본다면, 원진술자가 공판정에 출석하여 진술하는 경우에는 특신상태가 사실상 추정된다는 견해도 있다⁴⁶⁾.

2. 영상녹화물

가. 도입경과

외국의 경우 주로 수사과정의 인권침해 사례가 빈발함에 따라 법원과 변호사협회 등 외부의 요구와 법률의 개정이 영상녹화제도를 도입하는 원동력이 되었던 반면, 우리나라의 경우에는 수사기관에 의하여 영상녹화제도의 도입이 먼저 추진되었다⁴⁷⁾. 2004년 대검찰청은 전국 10개 검찰청을 지정하여 영상녹화제도를 시범 실시하였고⁴⁸⁾, 경찰청은 1998년에 서울남부경찰서(현 서울금천경찰서)를 시범관서로 지정하여 영상녹화제도 도입을 검토하였으나, 2006년에 이르러 영상녹화제도를 본격적으로 시행하였다⁴⁹⁾. 한편, 사법개혁의 종합적·체계적 추진을 위해 대통령 자문 기구로 설치되었던 사법제도개혁추진위원회는 2005년 7월 18일 제5차 본위원회 회의에서 ‘공판중심주의적 법정심리절차 확립을 위한 형사소송법 개정안’을 심의·의결하였는데, 개정안은 일정한 요건 하에 피의자의 진술에 관한 영상녹화물을 증거(본증)로 하는 규정을 담고 있었다⁵⁰⁾. 그러나 국회 논의과정에서 이 규정은 삭제되

45) 최병각, 특신상태의 증명정도, 비교형사법연구 제20권 제1호, 2018, 164면.

46) 정웅석, 형사소송법상 특신상태의 필요성에 대한 비판적 고찰, 저스티스 통권 제138호, 2013, 328면.

47) 나영민·박노섭, 피의자신문제도의 개선방안에 관한 연구: 녹음·녹화방식을 중심으로, 한국형사정책연구원 연구총서 06-07, 2006, 66-67면.

48) 이상한, 수사과정 영상녹화물의 증거사용에 관한 연구, 한양법학 제30권 제3집, 2019, 29면.

49) 나영민·박노섭, 앞의 책, 68-69면.

50) 사법개혁추진위원회, 사법제도개혁추진위원회 자료집(제1권): 사법 선진화를 위한 개혁, 사법개혁추진위원회, 2006, 411면. 「형사소송법 개정안 제312조의2(피의자의 진술에 관한 영상녹화물) ① 검사 또는 사법경찰관 앞에서의 피고인의 진술을 내용으로 하는 영상녹화물은 공판준비 또는 공판기일에 피고인이 검사 또는 사법경찰관 앞에서 일정한 진술을 한 사실을 인정하지 아니하고, 검사·사법경찰관 또는 그 조사에 참여한 자의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술 기타 다른 방법으로 이를 증명하기 어려운 때에 한하여 증거로 할 수 있다. ②제1항의 영상녹화물은 적법한 절차와

었고, 2007년 개정 형사소송법은 영상녹화물에 검사 작성 피의자신문조서 및 검사·사법경찰관 작성 진술조서의 진정성립을 증명하는 기능(대체증명: 제312조 제2항, 제4항)과 공판준비 또는 공판기일에서 원진술자의 기억을 환기하는 기능(제318조의2 제2항)을 부여하였다⁵¹⁾. 2011년 정부는 피의자신문조서와 동일한 요건 하에 피의자의 진술에 관한 영상녹화물을 증거(본증)로 하는 형사소송법 개정법률안을 국회에 제출하였으나⁵²⁾, 18대 국회 임기만으로 폐기되었다.

나. 증거법적 기능

2007년 개정 형사소송법 이전에 수사대상자의 진술을 기록한 영상녹화물(비디오 테이프, CD 등)의 증거능력은 수사대상자의 진술이 기재된 조서의 증거능력 요건에 준하여 평가되었다⁵³⁾. 가령, 대법원은 “수사기관에서 피의자로 조사하는 과정을 녹화한 비디오테이프, cd 또는 이에 준하는 것들은 실질적으로 피의자의 진술을 기재한 수사기관 작성의 피의자신문조서와 다를 바 없으므로 피의자신문조서에 준하여 그 증거능력을 가려야 할 것이다.”라고 판시하였다⁵⁴⁾. 즉, 일정한 요건 하에 증거(본증)로 사용될 여지가 있었다. 그런데 앞서 개관한 바와 같이 2007년 개정 형사소송법은 영상녹화물에 조서의 진정성립을 대체증명하는 기능과 원진술자의 기억을 환기하는 기능만 부여하였다. 또한, 일정한 요건 하에 피의자의 진술에 관한 영상녹화물을 증거(본증)로 하고자 했던 사법개혁추진위원회 개정안의 규정이 국회

방식에 따라 영상녹화된 것으로서 공판준비 또는 공판기일에 피고인이나 검사·사법경찰관 또는 그 조사에 참여한 자의 진술에 의하여 조사의 전 과정이 객관적으로 영상녹화된 것임이 증명되고, 영상녹화 된 진술이 변호인의 참여 하에 이루어지는 등 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음이 증명된 것이어야 한다.」

51) 2007. 6. 1. 일부개정 법률 제8496호, 국가법령정보센터 [52\) 정부, 2011. 7. 14. 제출 의안번호 12633호, 국회 의안정보시스템 \[한편, 2010. 4. 15. 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제정, 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 개정으로 성폭력 범죄의 피해자 및 아동·청소년 대상 성범죄의 피해자 진술에 관한 영상녹화물을 증거\\(본증\\)로 하는 규정이 신설되었다.\]\(http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=ARC_B1F1S0X7O1E4A1I9Q1V2M5Z4I2S3O1\(2019. 11. 15. 검색\)</p>
</div>
<div data-bbox=\)](http://law.go.kr/lisInfoP.do?lsiSeq=79245&ancYd=20070601&ancNo=08496&efYd=20080101&nwJoYnInfo=N&efGubun=Y&chrClsCd=010202#J312:0(2019. 11. 15. 검색); 이승호, 앞의 논문, 219면.</p>
</div>
<div data-bbox=)

53) 이승호, 앞의 논문, 218면.

54) 대법원 1992. 6. 23. 선고 92도682 판결, 대법원 2007. 10. 25. 선고 2007도6129 판결.

논의과정에서 삭제되었으므로, 종래와 같이 영상녹화물의 증거능력을 조서의 증거능력 요건에 준하여 평가하기는 어렵게 되었다. 서울고등법원은 “형사소송법은 수사기관이 촬영한 영상녹화물을 피의자신문조서나 참고인진술조서를 대체하는 증거 방법으로 사용하는 것을 허용하지 않고 있으므로 이러한 영상녹화물은 범죄사실을 인정함에 있어 엄격한 증명의 자료로 쓸 수 없다.”라고 판시하였고⁵⁵⁾, 대법원도 “2007. 6. 1. 법률 제8496호로 개정되기 전의 형사소송법에는 없던 영상녹화를 새로 정하면서 그 용도를 실질적 진정성립을 증명하거나 기억을 환기시키기 위한 것으로 한정하고 [있으므로] 영상녹화물은 공소사실을 직접 증명할 수 있는 독립적인 증거로 사용될 수는 없다고 해석함이 타당하다.”라고 판시한 바 있다⁵⁶⁾. 그러나 학설은 영상녹화물은 본증은 물론 탄핵증거로도 사용할 수 없다는 견해⁵⁷⁾, 본증으로 사용할 수 있다는 견해⁵⁸⁾, 본증으로 사용할 수는 없지만 탄핵증거로는 사용할 수 있다는 견해⁵⁹⁾, 입법론적으로는 영상녹화물을 탄핵증거로 사용할 수 있도록 해야 한다는 견해⁶⁰⁾ 등으로 엇갈리고 있다.

현행 형사소송법상 영상녹화물의 주된 기능은 조서의 진정성립을 대체증명하는 데 있다. 그런데 영상녹화물에 의한 대체증명의 범위가 어디까지인가에 대해서는 많은 논의가 이루어지지 못했다. 먼저, 형사소송법 제312조 제1항과 제2항은 “검사가 피고인이 된 피의자의 진술을 기재한 조서[에 대하여] 피고인이 그 조서의 성립의 진정을 부인하는 경우 그 조서에 기재된 진술이 피고인이 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음[을] 영상녹화물이나 그 밖의 객관적인 방법에 의하여 증명[한다]”라고 규정하고 있으므로, 피의자의 진술에 관한 영상녹화물은 검사 작성 피의자신문조서의 ‘성립의 진정’을 대체증명하는 기능을 갖는다. 성립의 진정에는 실질적 진정성립과 2007년 형사소송법 개정으로 적법한 절차와 방식에 포섭된 형식적 진정

55) 서울고등법원 2008. 7. 11. 선고 2008노606 판결.

56) 대법원 2014. 7. 10. 선고 2012도5041 판결.

57) 조국, 앞의 논문, 185-188면; 서보학, 개정형사소송법에 의한 수사조서 및 영상녹화물의 증거능력, 사법발전재단 사법 제1권 제3호, 2008, 187면.

58) 이완규, 개정 형사소송법의 쟁점, 탐구사, 2007, 187·190면.

59) 안성수, 영상녹화물의 녹화 및 증거사용방법, 인하대학교 법학연구 제10집 제1호, 2007, 43-44면.

60) 이승호, 앞의 논문, 43면; 김민기, 영상녹화물의 활용이 공판중심주의 활성화를 저해하는가, 형사법연구 제29권 제4호, 2017, 176-177면.

성립이 포함될 것으로 생각된다. 다음으로, 형사소송법 제312조 제4항은 “조서가 검사 또는 사법경찰관 앞에서 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음[을] 영상녹화물 또는 그 밖의 객관적인 방법에 의하여 증명[한다]”라고 규정하고 있으므로, 피의자 아닌 사람의 진술에 관한 영상녹화물은 검사 및 사법경찰관 작성 진술조서의 ‘실질적 진정성립’을 대체증명하는 기능을 갖는다. 법문의 해석만으로 여기에 형식적 진정성립이 포함될 것인지를 판단하기는 어렵다. 아울러 이와 같은 대체증명은 수사과정에서 작성한 진술서에 대하여도 준용된다(제312조 제5항).

적법한 절차와 방식의 준수, 특신상태 등 여타의 요건을 영상녹화물에 의해 대체증명할 수 있을 것인가에 대한 논의는 더 드물었다. 적법한 절차와 방식의 준수에 관하여는, 형사소송법이 실질적 진정성립에 대해서만 대체증명을 허용하는 것 같은 외관을 취하고 있으나 실질적 진정성립에 대한 대체증명을 허용하면서 형식적 진정성립을 포함하는 적법한 절차와 방식의 준수에 대한 대체증명을 허용하지 않을 이유가 없다는 견해가 있다⁶¹⁾. 특신상태 관하여는, 조사과정에서 작성된 영상녹화물을 검증하는 등의 방법으로 원진술 당시의 상황을 확인하여 특신상태의 존재를 증명할 수 있다는 견해⁶²⁾, 영상녹화물을 시청하는 순간 본증으로 사용하는 것과 같은 효과 발생하므로 영상녹화물은 피의자신문조서의 특신상태를 증명할 자료가 될 수 없다는 견해⁶³⁾, 부분 진실만을 법정에 전달할 위험성을 내포하고 있는 영상녹화물은 특신상태를 증명하는 방법이 될 수 없다는 견해⁶⁴⁾ 등이 있다. 이런 가운데 본고의 논의 대상인 대법원 2014. 8. 26. 선고 2011도6035 판결은 구성요건적 사실과 핵심적 정황에 관한 부분에 있어 영상녹화물의 내용과 그에 대응하는 피의자신문조서의 기재가 다르다는 사유로 해당 조서와 그 이후 조서들의 특신상태를 부정하였다.

61) 신동운, 앞의 책, 1169면.

62) 최병각, 앞의 논문, 163면.

63) 오기두, 수사과정 영상녹화물의 증거능력(하), 저스티스 통권 139호, 2013, 191면.

64) 서보학, 앞의 논문, 168면.

IV. 판결의 해석

1. 특신상태에 관한 이론에 따른 해석

대상 판결은 특신상태를 “진술의 내용이나 조서 또는 서류의 작성에 허위 개입의 여지가 거의 없고 그 진술 내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황”, “법정에서의 반대신문 등을 통한 검증 [없이] 그에 기초하여 유죄의 심증을 형성하더라도 증거재판주의의 원칙에 어긋나지 않는다고 평가할 수 있는 정도에 이르는 상태”라고 보았다<의미>. 이 부분은 특신상태에 관한 종래의 판례와 크게 다르지 않다. 한편, “영상녹화물[의] 내용과 그에 대응하는 피의자신문조서의 기재 사이에 [일정한] 차이가 있다면 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음이 증명된 때에 해당한다고 볼 수는 없다.”라고 판시하였다<판단기준·방법>. 이 부분은 특신상태에 관한 종래의 판례에서 발견할 수 없던 기준과 방법이다. 특히, 대상 판결은 특신상태를 판단함에 있어, 먼저 영상녹화물과 피의자신문조서의 불일치를 주요 문제점으로 지적한 후, 다음으로 공소외 2가 방광암 말기의 환자였던 점, 약 1개월 동안 19차례 소환되어 11차례의 야간조사를 포함한 총15차례에 걸친 피의자신문을 받았던 점, 결국 그 수사과정에서 사망에 이른 점 등을 “보태어” 최종적으로 당해 피의자신문조서 등의 특신상태를 부정하였다.

관련 이론의 검토에서 개관한 바와 같이 특신상태는 현재까지 추상적 개념으로 남아있고, 그 의미와 내용에 관한 학설도 엇갈리고 있다. 한편, 판례와 실무규범은 주로 변호인과의 접견이나 변호인의 조사과정 참여가 보장되었는지, 조사의 시간과 횟수 등이 합리적인 범위 이내였는지, 진술 전후의 상황이나 행동이 어떠했는지, 진술내용이 구체적이고 모순이 없는지 등을 기준으로 특신상태를 판단하고 있다. 특히, 변호인의 조사과정 참여는 2005년 사법제도개혁추진위원회의 형사소송법 개정 논의시에 특신상태 인정의 예로 규정되었던 사항이다⁶⁵⁾. 요컨대, 특신상태의 의미와 내용에 관한 학설이 엇갈리고 그 판단기준으로 다양한 것들이 제시되고 있는 것이 사실이지만, 대상 판결이 ‘원진술과 조서의 일치 여부’를 특신상태의 판단기준으

65) 조국, 앞의 논문, 181면; 서보학, 앞의 논문, 168면.

로 삼은 것은 다소 이례적인 것으로 생각된다.

특신상태의 판단방법에 관하여 대법원은 구체적 사안에 따라 개별적으로 판단해야 한다는 일반적 기준만을 제시하고 있다. 학설은 객관적 자료에 입각하여 판단해야 한다는 견해와 진술의 내용 등 주관적 자료도 참작할 수 있다는 견해가 엇갈리고 있다. 한편, 거증책임은 검사에게 있고 증명의 정도는 자유로운 증명으로 족하다는 것이 판례와 학계의 일반적 입장이다. 다만, 비교적 최근에 특신상태의 증명은 “합리적인 의심의 여지를 배제할 정도”에 이르러야 한다는 판례가 나왔고, 그 타당성을 지적하는 학자가 있다. 한편, 특신상태를 판단할 매체에 관한 학설이나 판례를 발견하기는 어려웠다. 요컨대, 특신상태의 판단방법에 관하여 대법원은 기준만을 제시하고 있고, 가장 엄격한 학설에 의하더라도 객관적 자료에 입각한 특신상태 증명은 허용되며, 달리 특신상태를 판단할 매체를 제한하는 학설이나 판례가 없으므로, 대상 판결이 ‘영상녹화물’을 특신상태 판단의 방법(매체)으로 삼은 것은 - 특신상태에 관한 이론의 측면에서는 - 가능한 방법론으로 생각된다.

2. 영상녹화물에 관한 이론에 따른 해석

대상 판결은 영상녹화물을 통해 원진술과 조서의 일치 여부를 확인하는 방법으로 조서의 특신상태를 판단하였다. 당해 사안에서 영상녹화물과 피의자신문조서의 불일치는 2심에서 변호인이 의견서를 통해 지적하였으며, 검사도 이러한 불일치를 인정하였으나, 2심 법원이 당해 피의자신문조서의 증거능력(특신상태)을 인정하였던 것을 대법원이 파기하였다. 그러나 1심, 2심, 3심 및 파기환송심의 판결문상 증거의 요지에는 당해 영상녹화물이나 이에 대한 검증조서 등이 포함되어 있지 않아 법원이 직접 영상녹화물을 재생하여 시청하였는지는 알 수 없다. 다만, 2심 법원의 판시 사항을 보면, 검사가 공소외 2에 대한 조사를 시작한 시각, 영상녹화가 종료된 시각, 공소외 2가 조서열람을 시작한 시각과 종료한 시각, 당시 검찰청 내부 전산망 장애로 인하여 영상녹화가 중단된 사정, 검사가 영상녹화를 마치면서 참여 수사관에게 조서를 정리하여 출력하라는 취지의 말을 한 사실 등이 고려되었으므로 - 직접적으로든 간접적으로든 - 영상녹화물을 통해 조서의 특신상태를 평가한 것으로 볼 수

있다. 또한, 대법원의 판시사항을 보면, 피의자신문조서에는 공소외 2가 피고인에 대한 뇌물액수를 20억원으로 정한 시기, 뇌물약속을 제안한 상대방, 뇌물약속의 이행방법, 뇌물약속으로 받을 특혜의 내용 등이 있으나 영상녹화물에는 위와 같은 진술이 없거나 그 내용이 다른 사실이 고려되었으므로 이 역시 영상녹화물을 통해 조서의 특신상태를 평가한 것으로 볼 수 있다.

관련 이론의 검토에서 개관한 바와 같이 2007년 형사소송법 개정 이후 영상녹화물은 조서의 진정성립을 대체증명하는 기능과 원진술자의 기억을 환기하는 기능을 하게 되었다. 하지만 2007년 형사소송법 개정 이후에도 영상녹화물을 본증으로 사용할 수 있다거나, 적어도 탄핵증거로는 사용할 수 있다는 주장들이 있다. 대상 판결은 영상녹화물을 조서의 특신상태를 판단하는 방법(매체)으로 사용하였으므로, 영상녹화물을 본증으로 사용하거나 탄핵증거로 사용하는 문제로부터는 자유롭다. 다만, 형사소송법상 조서의 진정성립을 대체증명하는 기능을 갖는 영상녹화물로 조서의 특신상태를 판단(탄핵)했다는 점에서 논의를 요한다. 영상녹화물에 의한 특신상태 증명에 관한 논의는 드물었으나, 이를 긍정하는 견해와 부정하는 견해가 병존했다. 긍정설은 영상녹화물을 검증하는 등의 방법으로 특신상태를 증명하면 된다고 하는 반면, 부정설은 영상녹화물의 강력한 심증형성 효과와 부분적 사실 전달의 위험성 등을 이유로 영상녹화물은 특신상태를 증명하는 방법이 될 수 없다고 한다. 요컨대, 전문법칙의 취지, 영상녹화제도의 법제화 과정, 형사소송법 규정의 문리적 해석 등에 의하면 영상녹화물을 통해 조서의 특신상태를 ‘증명’하는 것은 - 이를 긍정하는 일부 견해가 있으나 - 허용되지 않을 것으로 생각된다. 다만, 대상 판결은 영상녹화물을 통해 조서의 특신상태를 ‘탄핵’한 사안이므로, 그 타당성 여부를 일도 양단하기는 어려울 것으로 생각된다.

3. 소결

관련 선행연구와 기존의 판례이론에 비추어 볼 때, 영상녹화물을 통해 원진술과 조서의 불일치를 확인하고 당해 조서 및 이후 조서들의 특신상태를 부정한 대상판결은 다소 이례적인 것으로 평가된다. 첫째, 원진술과 조서의 불일치는 실질적 진정

성립이 부정되는 대표적 예인데, 대상 판결은 이를 특신상태 부정의 사유로 보았다. 증거법에서 하나의 사유가 둘 이상의 요건과 연관되는 경우가 적지 않다는 점, 특신상태의 판단기준으로 다양한 지표들이 제안되고 있는 점 등을 고려할 때 이 부분 판시를 부적법 또는 부당한 것으로 평가하기는 어렵다고 생각된다. 다만, 실질적 진정성립을 동시에 부정하지 않은 이유는 의문으로 남는다. 둘째, 대상 판결은 이후 조서들의 특신상태도 부정하였다. 이 부분 판시는 이전 조서의 부진정성이 이후 조서들의 특신상태를 부정할 사유가 된다는 의미로 새길 수 있을 것이다. 셋째, 대상 판결은 영상녹화물을 통해 조서의 특신상태를 판단하였다. 특신상태에 관한 이론은 특신상태를 판단할 매체를 제한하고 있지 않아 이러한 방법론이 일견 가능할 것으로 생각되기도 하지만, 영상녹화물에 관한 이론은 영상녹화물의 증거법적 기능이 조서의 진정성립 대체증명 기능과 원진술자의 기억환기 기능에 한정되는 것으로 보고 있어 이러한 방법론이 허용되지 않을 것으로 생각된다. 다만, 대상 판결은 영상녹화물을 공소사실을 증명하는 독립적인 증거로 사용한 사안이 아니라는 점, 영상녹화물을 통해 특신상태를 증명한 사안이 아니라 탄핵한 사안이라는 점, 영상녹화물에 의한 특신상태의 증명을 부정하는 견해는 영상물의 시청이나 부적절한 전달방식을 지적하고 있는 점 등을 고려할 때 이 부분 판시의 타당성을 일도양단하기는 어려울 것으로 생각된다. 다만, 현행법 하에서 대상 판결을 근거로 삼아 영상녹화물에 의한 특신상태 증명을 일반화하려는 시도가 있어서는 안 될 것이다.

V. 결론

이상에서 특신상태에 관한 이론과 영상녹화물에 관한 이론을 적용하여 대상 판결을 해석해 보았다. 해석의 요지는 대상 판결이 ‘원진술과 조서의 일치 여부’를 특신상태의 판단기준으로 삼았다는 점에서 이례적이고, ‘영상녹화물’을 특신상태의 판단방법으로 삼은 것은 특신상태에 관한 이론의 측면에서는 허용될 여지가 있으나, 영상녹화물에 관한 이론의 측면에서는 허용될 여지가 적다는 정도로 정리할 수 있다. 대상 판결은 구성요건적 사실과 핵심적 정황에 관한 부분에 있어 영상녹화물의

내용과 그에 대응하는 피의자신문조서의 기재가 다르다는 사유로 해당 조서와 그 이후 조서들의 특신상태를 부정하였다. 원진술과 조서의 불일치는 실질적 진정성립이 부정되는 전형적인 예다. 생각건대, 대상 판결이 해당 조서에 대해서는 원진술과 조서의 불일치를 사유로 ‘실질적 진정성립’을 부정하고, 그 이후의 조서들에 대해서는 이전 조서의 부진정성을 사유로 ‘특신상태’를 부정했다라면, 특신상태에 관한 이론과 영상녹화물에 관한 이론에 저촉됨 없이 새로운 특신상태 판단기준 하나를 제공할 수 있었을 것으로 생각된다⁶⁶⁾. 한편, 대상 판결은 현재까지 추상적·다의적 개념으로 남아 있는 특신상태의 의미와 내용, 판단방법 등을 재고해 볼 기회를 제공하고, 영상녹화물에 의한 대체증명의 범위, 여타 증거법적 기능 등을 숙고해 볼 기회를 제공한 것으로 평가된다.

현재 국회에는 피의자신문조서에 대한 증거법적 평가의 개선을 내용으로 하는 형사소송법 개정법률안 10여건이 발의되어 있고, 이중에는 지난 4월 신속처리안건(세칭 ‘패스트트랙’)으로 지정된 것도 있다. 그러나 이 법률안들에는 특신상태 등 요건의 구체화·세부화에 관한 내용이 없다⁶⁷⁾. 생각건대, 이 중 1건의 법률안을 제외하곤 다른 법률안들은 “적법한 절차와 방식의 준수” 및 “내용인정”을 검사와 경찰 작성 피의자신문조서에 공통되는 요건으로 규정한 관계로, 특신상태 요건에는 크게 주의할 기울이지 않은 것으로 보인다. 하지만 2005년 사법제도개혁추진위원회의 형사소송법 개정안이 국회 논의과정에서 상당 부분 수정되었던 예를 감안할 때, 특신상태의 구체화 등 다양한 쟁점에 대한 논의의 가능성에 대비해야 할 것으로 생각된다.

본고는 대법원 2014. 8. 26. 선고 2011도6035 판결을 특신상태에 관한 이론과 영상녹화물의 증거법적 기능에 관한 이론을 적용하여 양자의 측면에서 해석하고, 그 의미와 문제점을 개별적·종합적으로 고찰해 보았다는 데 의의가 있다. 하지만 기본적으로 판례평석의 방법론을 취하였고, 주로 문헌연구를 바탕으로 의견을 도출하였으므로 연구의 결과를 일반화하는 데에는 제약이 있을 것으로 생각된다. 따라서 본고의 내용을 단정적으로 인용하거나 일반화하기보다, 특신상태에 관한 해석론과

66) 대상 판결은 조서의 부진정성, 즉 실질적 진정성립의 흠결을 사유로 당해 조서의 특신상태를 부정하였다<당해 진술 ≠ 당해 조서>. 이는 진술내용의 일관성이라는 종래의 지표와는 다른 것이다<당해 진술 ≠ 전후 진술>.

67) 이형근, 조서제도 관련 형사소송법 개정 논의, 형사정책연구 소식 제149호, 2019, 33면.

입법론을 모색함에 있어 참고하는 선에서 활용하는 것이 바람직할 것이다. 모조록 본고가 추상적·다의적 개념으로 남아 있는 특신상태를 논의함에 있어 미력을 보탬 수 있기를 바란다.

참고문헌

I. 단행본

- 나영민·박노섭, 피의자신문제도의 개선방안에 관한 연구: 녹음·녹화방식을 중심으로, 한국형사정책연구원 연구총서 06-07, 2006.
- 박노섭·이동희·이윤·장윤식, 범죄수사학, 경찰대학 출판부, 2004.
- 법원행정처, 법원실무제요 형사(Ⅱ), 법원행정처, 2014.
- 사법개혁추진위원회, 사법제도개혁추진위원회 자료집(제1권): 사법 선진화를 위한 개혁, 사법개혁추진위원회, 2006.
- 신동운, 신형사소송법 제5판, 법문사, 2014.
- 이영란, 한국형사소송법 개정판, 나남, 2008.
- 이은모, 형사소송법 제4판, 박영사, 2014.
- 이완규, 개정 형사소송법의 쟁점, 탐구사, 2007.
- 이재상·조균석, 형사소송법 제10판 보정판, 2016.

II. 논문

- 김면기, 영상녹화물의 활용이 공판중심주의 활성화를 저해하는가, 형사법연구 제29권 제4호, 2017, 149-181.
- 김윤섭, 2007년 이후 형사소송법 주요 판례의 동향: 수사절차와 증거에 관한 대법원 판례를 중심으로, 형사판례연구 제25권, 2017, 489-529.
- 박진환, 2007년 형사소송법 개정 후 증거법 분야의 판례 동향, 형사판례연구 제25권, 2017, 561-605.
- 서보학, 개정형사소송법에 의한 수사조서 및 영상녹화물의 증거능력, 사법발전재단 사법 제1권 제3호, 2008, 161-195.
- 안성수, 영상녹화물의 녹화 및 증거사용방법, 인하대학교 법학연구 제10집 제1호, 2007, 33-51.

- 오기두, 수사과정 영상녹화물의 증거능력(하), 저스티스 통권 139호, 2013, 181-207.
- 이상한, 수사과정 영상녹화물의 증거사용에 관한 연구, 한양법학 제30권 제3집, 2019, 27-48.
- 이승호, 개정형사소송법상 전문증거의 증거가치에 대한 검토, 형사법연구 제19권 제4호, 2007, 199-224.
- 정웅석, 검사작성 피고인이 된 피의자신문조서의 증거능력: 대법원(전합) 2004. 12. 16., 2002도537 판결에 대한 비판적 검토, 저스티스 통권 제83호, 2005, 222-234.
- 정웅석, 형사소송법상 특신상태의 필요성에 대한 비판적 고찰, 저스티스 통권 제138호, 2013, 306-331.
- 조국, 검사작성 피의자신문조서와 영상녹화물의 증거능력, 저스티스 통권 제107호, 2008, 171-192.
- 최병각, 특신상태의 증명정도, 비교형사법연구 제20권 제1호, 2018, 147-169.
- 최병천, 특신상태에 대한 비판적 고찰, 경북대학교 법학논고 제66집, 2019, 273-306.

III. 논단 기타

- 박지연, 참고인 사망했더라도 쉽게 부정해서는 안 돼, 법률신문, 2015. 5. 14.
- 심희기, 검사면전 피의자 신문조서의 형식적 진정성립 인정과 2단계 추정론의 당부, 법률신문 연구논단, 2014.
- 이형근, 조서제도 관련 형사소송법 개정 논의, 형사정책연구소식 제149호, 2019, 30-34.

Proof of a Particularly Reliable State by a Video-recorded
Product:
In Connection with Supreme Court 2014. 8. 26. 2011do6035 Case

Lee, Hyoung-keun*

Paper-type records of suspects or witnesses are important evidences of an investigation and a trial. Under certain conditions set by Korean Criminal Procedure Law, these records are admissible in criminal courts. As one condition set by the law, a particularly reliable state element is considered quite abstract than other elements. Supreme Court 2014. 8. 26. 2011do6035 Case judged that a particularly reliable state is not proven when statements in a paper-type record of a suspect and statements in a video record of the suspect are different in criminal facts or extenuating circumstances. This study explored the case by theories on a particularly reliable state and the functions of a video record.

The results may be summarized as follows. (1) In term of denying a particularly reliable state of a paper-type record of a suspect, the case is unusual because the difference between statements in a paper-type record of a suspect and original statements of the suspect is commonly considered as a reason to deny the authenticity of paper-type records. (2) The case suggested a negative index on estimating a particularly reliable state by denying particularly reliable states of following paper-type records from the authenticity of a former paper-type record. (3) The case denied a particularly reliable state through a video record, this methodology is hardly acceptable by the perspective of theories on the functions of a video record. But, it is difficult to estimate the meaning of the case because the case did not prove a particularly reliable state through a video record but deny. In this sense, the meaning of the case should not be cited as grounds for generalizing

* Korean Institute of Criminology, Superintendent

the use of video records as a channel proving particularly reliable state. Meanwhile, the case suggested the opportunity to deliberate various issues about a particularly reliable state and functions of a video record.

The results of this study should not be generalized because of the limitations of methodology(literature and law review). It is recommended the readers use the results of this study not as conclusions but as references.

❖ Key words: paper-type record of suspect or witness, video record, particularly reliable state, authenticity, alternative proof.

