

## 특신상태에 대한 비판적 고찰

최 병 천\*

### <국문초록>

특신상태를 신용성의 정황적 보장으로 보는 견해는 여러 측면에서 논리적인 결함을 나타낸다. 그러한 결함의 근본적인 원인은, FRE는 신용성의 정황적 보장과 필요성이 인정되는 일정한 유형의 진술들을 비전문증거 내지 전문법칙의 예외로 보고 있으므로 비전문증거 내지 전문법칙의 예외에 해당하면 증거능력은 구비되고, 따라서 개별 진술의 증명력은 배심원이나 판사가 판단하면 되지만, 우리 법은 특정한 유형에 속하는 진술이 특신상태를 구비하여야 비로소 증거능력을 갖추게 되므로 진술의 신빙성이 특신상태의 판단에 고려될 수 밖에 없어서 증거능력과 증명력이 혼동되는 것이다.

또한, 수사기관에 대해 행해지는 전문진술은 보통 규칙적, 정형적으로 이루어지므로, 그러한 진술이 통상의 경우와 달리 특별히 신용성이 정황적으로 보장되는 상황 하에서 이루어졌음을 상정해볼 수 없다. 수사기관 아닌 자에 대해 행해지는 전문진술에 있어서는, 그 진술이 이루어지는 상황이 진술의 신용성을 정황적으로 보장하기도 하고 그렇지 않기도 하지만, 학설과 판례는 이러한 신용성의 정황적 보장에 대해 별다른 의미를 두고 있지 않다. 수사기관 아닌 자에 대해 행해지는 전문진술에 관하여 FRE에서처럼 신용성이 정황적으로 보장되는 경우에만 증거능력을 부여할 수 있다고 한다면 그러한 전문진술은 대부분 증거로 사용될 수 없게 되는 불합리한 결과에 이르게 된다.

판례가 특신상태를 판단함에 있어 주로 참작한 사유는, 1) 진술이 행해지거나 서류의 작성에 이르기까지의 과정, 2) 진술인과 피고인의 관계, 3) 진술 내용 자체가 구체적이며 모순이 없는지 여부, 4) 진술이 행해지거나 서류가 작성된 이후의 정황, 5) 수사기관의 수사방법이 적정한지 여부, 6) 특신상태에 관하여 검사의 주장, 입증이 있는지 여부 등이다. 판례는 특신상태의 판단 자료인 진술 당시의 외부적 부수사정 외에도 다양한 사유를 참작하여 특신상태를 판단하고 있는 것이다.

특신상태에 관한 합리적인 논리전개와 해석상의 혼란을 해결하기 위해서는 전문법칙, 직접주의 그리고 공판중심주의 등에 대한 이해의 재정립이 필요하다고 생각된다.

주제어 : 특신상태, 전문증거, 전문법칙, 증거능력, 신용성

• 투고일 : 2019.06.30. / 심사일 : 2019.07.16. / 게재확정일 : 2019.07.22.

\* 전남대학교 법학전문대학원 부교수

## I. 서론

형사소송법(이하, 법이라고 한다)은 전문증거에 관하여 원칙적으로 증거능력이 없지만, 법 제311조부터 제316조까지의 예외에 해당하는 경우에는 증거능력을 가진다고 규정하고 있다(법 제310조의2). 법 제311조부터 제316조까지의 규정들은 전문증거의 증거능력을 예외적으로 인정함에 있어, ‘특히 신빙할 수 있는 상태(이하, 특신상태라고 한다)’의 존재를 요건으로 하기도 하고 그렇지 않기도 한다.

법문언상 특신상태의 존재를 요건으로 하지 않는 전문법칙의 예외로는 ① 법원 또는 법관의 조서(법 제311조), ② 사법경찰관이 작성한 피의자신문조서(법 제312조 제3항), ③ 수사기관이 작성한 검증조서(법 제312조 제6항), ④ ‘진술서와 진술 기재서류(법 제313조 제1항 본문)’ 및 ‘진술서(법 제313조 제2항)’, ⑤ 감정서(법 제313조 제3항), ⑥ 당연히 증거능력이 있는 서류(법 제315조 제1호, 제2호)가 있다. 위 ①, ③, ⑤, ⑥의 서면에 대해서는 법문언상 특신상태가 증거능력의 요건으로 규정되어 있지는 않으나, 신용성의 정황적 보장이 인정되기 때문에 당연히 증거능력이 인정되는 것으로 해석하는 것이 보통이다.<sup>1)</sup>

법문언상 특신상태의 존재를 요건으로 하는 전문법칙의 예외로는 ① 검사가 작성한 피의자신문조서(법 제312조 제1항, 제2항), ② 수사기관이 작성한 진술조서(법 제312조 제4항), ③ 피고인의 진술을 기재한 서류(법 제313조 제1항 단서),<sup>2)</sup> ④ 진정성립을 인정하여야 할 원진술자가 소재불명 등의 사유로 인하여 진술할 수 없는 경우의 법 제312조와 제313조의 조서 및 그 밖의 서류(법 제314조), ⑤ 당연히 증거능력이 있는 서류(법 제315조 제3호), ⑥ 전문진술(법 제316조)이 있다.

지배적인 학설과 판례는 위와 같은 특신상태가 신용성의 정황적 보장을 의미한다고 본다. 여기서 다음과 같은 의문이 든다. 법정 진술에는 허위 내용이 적지 않게 포함되어 있다는 현실을 직시한다면, 법원이나 법관이 작성한 조서에 있어서 진술의 신용성이 정황적으로 보장되는 것이 아니라 진술과 조서작성 과정에서 절차적 적법성이 준수될 뿐이므로 이것을 신용성의 정황적 보장

\* 전남대학교 법학전문대학원 부교수

1) 신동운, 「신형사소송법」, 법문사, 2012, 1062-1136면; 이재상·조균석, 「형사소송법」, 박영사, 2017, 600-629면; 법원행정처, 「법원실무제요 형사[II]」, 2014, 97-126면; 대판 1956. 2. 17. 4288형상308; 대판 2015. 7. 16. 2015도2625 전합.

2) 피고인이 작성한 진술서가 법 제313조 제1항 단서의 적용대상인지에 관하여 견해가 나뉘나, 판례는 이를 긍정한다(대판 2001. 9. 4. 2000도1743).

으로 파악하는 것은 부당하지 않을까? 사법경찰관이 작성한 피의자신문조서에 대해서는 특신상태를 요구하지 않으면서 검사가 작성한 피의자신문조서에 대해서는 특신상태를 요구한 이유는 무엇일까? 수사기관의 조서들은 대부분 수사기관의 조사실에서 정형적으로 작성되기 때문에, 특신상태가 인정되는 경우와 그렇지 않은 경우를 구분하는 것이 사실상 무의미하지 않을까? 증거능력과 증명력은 엄격하게 구별하여야 할 것임에도, 신용성이 정황적으로 보장되는, 다시 말하면 증명력이 높은 경우에만 특신상태를 인정하여 증거능력을 부여하는 것은 증거능력과 증명력을 혼동하는 것이 아닐까?

위와 같은 의문들을 일반화하면 다음과 같다. 우리 법상의 특신상태는 무엇을 의미하는가? 전문증거가 증거능력을 가지기 위한 요건으로서의 여러 특신상태는 그 의미가 모두 동일한가? 전문법칙의 예외를 인정함에 있어서 특신상태의 존재를 요건으로 하는 것과 그렇지 않은 것으로 구분한 근거는 무엇인가? 특신상태의 의미를 신용성의 정황적 보장이라고 보는 학설과 판례에 의하면 위와 같은 의문들이 해소되는가?

특신상태에 대해서는 상당히 많은 논의가 있었고, 판례도 적지 않게 축적되어 있음에도 불구하고 위와 같은 의문이나 질문에 대해 명쾌한 답변이 떠오르지 않는다. 그렇기 때문에 이 논문에서는 특신상태가 신용성의 정황적 보장을 의미한다고 보는 견해가 과연 타당한지에 관하여 근본적으로 재검토해보기로 한다. 이를 위해 먼저 특신상태의 의미에 관한 국내의 학설과 판례를 개관하고, 일본과 미국의 전문증거에서 특신상태가 어떠한 의미로 사용되는지를 고찰하고, 판례에서 나타나는 특신상태의 요건을 구체적으로 분석해본 다음 그러한 고찰과 분석의 결과를 토대로 특신상태에 관한 학설과 판례의 타당성을 검토하기로 한다. 그러한 검토를 통해 우리 법에 규정된 특신상태가 신용성의 정황적 보장을 의미하는 경우도 있지만, 신용성의 정황적 보장과 무관하여 실체를 파악할 수 없는 경우도 있다는 점을 논증하고자 한다.

## II. 특신상태에 관한 학설과 판례

특신상태의 의미에 관하여 ㉠ 신용성의 정황적 보장을 의미한다는 견해(신용성의 정황적 보장설),<sup>3)</sup> ㉡ 법관면전에서 진술에 준하는 것으로 볼 수 있

3) 강구진, 「형사소송법원론」, 학연사, 1986, 452면; 강동욱 외, 「형사소송법강의」, 오래, 2013,

는 객관성과 절차적 적법성을 갖춘 것을 의미한다는 견해(적법절차설),<sup>4)</sup> ㉔ 신용성의 정황적 보장과 적법성을 모두 의미한다는 견해(결합설)<sup>5)</sup>가 있다.

신용성의 정황적 보장설에서 말하는 신용성의 정황적 보장은 영미에서 전문 법칙의 예외로 인정하기 위한 요건 개념으로 사용하는 신용성의 정황적 보장(circumstantial guarantee of trustworthiness)과 같은 의미라고 보아야 한다.<sup>6)</sup> 신용성의 정황적 보장을 영미에서 사용되는 신용성의 정황적 보장과 다른 그 어떤 것으로 상정해볼 수 없기 때문이다. 통설적 지위에 있는 신용성의 정황적 보장설은 특신상태를 진술 당시의 외부적 부수사정에 따라 판단한다고 한다.<sup>7)</sup> 이때 신용성의 정황적 보장의 존재 및 그 강약에 관하여서는 구체적 사안에 따라 가릴 수 밖에 없다고 한다.<sup>8)</sup> 그렇지만 특신상태의 판단에 있어 진술 당시의 외부적 부수사정 외에 진술 내용 자체도 참작할 수 있다는 견해도 있다.<sup>9)</sup>

판례는 특신상태에 관하여 “진술내용이나 조서 또는 서류의 작성에 허위개입의 여지가 거의 없고, 그 진술내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있는 경우를 말한다”라고 반복적으로 판시해오고 있다.<sup>10)</sup> 이러한 판례가 특신상태를 신용성의 정황적 보장으로 이해하고 있다고 해석하는 것이 보통이다.<sup>11)</sup>

513면; 김재환, 「형사소송법」, 법문사, 2013, 674면; 김정환, 「실무형사소송법」, 준커뮤니케이션즈, 2015, 619면; 노명선 · 이완규, 「형사소송법」, 성균관대학교 출판부, 2013, 683면; 배종대 외, 「형사소송법」, 홍문사, 2015, 631면; 백형구 외, 「주석형사소송법(III)」, 한국사법행정학회, 2009, 430면; 법원행정처, 주 1)의 책, 107면; 이재상 · 조균석, 주 1)의 책, 611면; 이창원, 「형사소송법」, 피앤씨미디어, 2018, 887면; 임동규, 「형사소송법」, 법문사, 2019, 528면; 정웅석 · 백승민, 「형사소송법」, 대명출판사, 2014, 648면; 최병각, “특신상태의 증명정도”, 「비교형사법연구」 제20권 제1호, 2018, 151면.

4) 신동운, 주 1)의 책, 1176-1179면; 이영란, 「한국형사소송법」, 나남출판, 2008, 784면.

5) 권오걸, 「형사소송법」, 형설출판사, 2010, 731면; 신양균, 「형사소송법」, 화산미디어, 2010, 729면.

6) 이재상 · 조균석, 주 1)의 책, 611면; 정웅석 · 백승민, 주 3)의 책, 648면도 같은 취지이다.

7) 이재상 · 조균석, 주 1)의 책, 611면.

8) 김재환, 주 3)의 책, 674면; 김태업, “형사소송법 제314조에 따라 증거능력을 인정하기 위한 요건 - 대법관결: 대법원 2014. 8. 26. 선고 2011도6035 판결”, 「형사소송 이론과 실무」 제7권 제1호, 2015, 199면; 법원행정처, 주 1)의 책, 109면; 이재상 · 조균석, 주 1)의 책, 611면; 이주원, 「형사소송법」, 박영사, 2019, 403-404면; 최영승, 「형사소송법」, 피앤씨미디어, 2016, 515면; 대판 1983. 3. 8. 82도3248.

9) 이재상 · 조균석, 주 1)의 책, 612면; 정웅석 · 백승민, 주 3)의 책, 650면. 신동운, 주 1)의 책, 1089면은 이와 달리 진술내용은 신문 당시의 부수적 사정과 관련되는 한도에서만 특신상태의 판단자료로 삼을 수 있다고 한다.

10) 대판 2000. 3. 10. 2000도159; 대판 2004. 4. 27. 2004도482; 대판 2006. 5. 25. 2004도3619; 대판 2014. 4. 30. 2012도725 등.

11) 배종대 외, 주 3)의 책, 631면; 백형구 외, 주 3)의 책, 430면; 법원행정처, 주 1)의 책, 107

여러 형태의 전문증거에 있어서 증거능력의 요건으로 규정되어 있는 특신상태의 의미가 모두 동일한지는 분명하지 않다. 이에 관한 학설과 판례는 다양한 형태로 나타난다. 대법원은 법 제314조와 제316조 제2항의 특신상태는 같은 의미라고 판시한 바 있다.<sup>12)</sup> 검사 작성 피의자신문조서와 수사기관 작성 진술조서의 특신상태는 같은 개념이라는 견해,<sup>13)</sup> 법 제313조 제1항 단서의 특신상태는 검사 작성 피의자신문조서의 그것과 같다는 견해,<sup>14)</sup> 법 제314조는 진술 자체의 특신상태를 인정하여 증거능력을 부여하는 규정인 반면, 법 제315조는 작성과정의 특신정황을 인정하여 증거능력을 인정하는 규정이라는 견해,<sup>15)</sup> 수사기관이 작성하는 조서에서의 특신상태는 수사기관의 지배를 받는 상황이므로 추상적인 신용성의 정황적 보장이 아니라 적법절차가 준수되는 상황이고, 법 제313조와 제315조 제3호의 특신상태는 신용성의 정황적 보장이라는 견해<sup>16)</sup> 등이 있다.

### III. 일본 형사소송법에서의 특신상태

#### 1. 일본 형사소송법의 관련 법조문

제321조 (피고인 이외의 자의 진술서·진술녹취서의 증거능력) ① 피고인 이외의 자가 작성한 진술서 또는 그 자의 진술을 녹취한 서면으로 진술자의 서명 혹은 날인이 있는 것은 다음에 열거한 경우에 한하여 이를 증거로 할 수 있다.

(1) 재면조서<sup>17)</sup> (구체적인 내용은 생략)

(2) 검사 면전에서 진술을 녹취한 서면에 대해서는, 그 진술자가 사망, 정신

---

면; 이재상·조균석, 주 1)의 책, 611면; 이주원, 주 8)의 책, 403-404면; 이창현, 주 3)의 책, 887면; 최영승, 주 8)의 책, 514면; 현재결 1994. 4. 28. 93헌바26.

12) 대판 2014. 4. 30. 2012도725.

13) 강동욱 외, 주 3)의 책, 516면; 이재상·조균석, 주 1)의 책, 618면; 최영승, 주 8)의 책, 520면.

14) 최영승, 주 8)의 책, 528면.

15) 김정환, 주 3)의 책, 650면.

16) 김인회, 「형사소송법」, 피앤씨미디어, 2015, 509-532면.

17) 재판관면전조서를 의미하며, 제1회 공판기일 이전의 증인신문청구(일본 형사소송법 제226조, 제227조)에 의해 작성된 심문조서와 증거보전청구(일본 형사소송법 제179조)에 의한 증인신문조서 등이 이에 해당한다[後藤昭·白取祐司(編), 「新・コンメンタル 刑事訴訟法」, 日本評論社, 2010, 849頁; 藤永幸治 外(編), 「大コンメンタル 刑事訴訟法 第5巻 I」, 青林書院, 1999, 247頁].

이나 신체의 고장, 소재불명 또는 국외에 있기 때문에 공판준비 또는 공판기일에 진술할 수 없는 때, 또는 진술자가 공판준비 또는 공판기일에 전의 진술과 상반되거나 실질적으로 다른 진술을 한 때. 다만, 공판준비 또는 공판기일에서의 진술보다도 전의 진술을 신용할 특별한 정황이 존재하는 때에 한한다.

(3) 전 2호에 열거한 서면 이외의 서면에 대해서는 진술자가 사망, 정신이나 신체의 고장, 소재불명 또는 국외에 있기 때문에 공판준비 또는 공판기일에 진술할 수 없고 나아가 그 진술이 범죄사실의 존부의 증명에 없어서는 아니 되는 것인 때. 다만 그 진술이 특히 신용할 정황 하에 행해진 것인 때에 한한다.

② 공판준비·공판기일의 공술녹취서<sup>18)</sup> (구체적인 내용은 생략)

③, ④ 각 생략

제322조 (피고인의 진술서·진술녹취서의 증거능력) ① 피고인이 작성한 진술서 또는 피고인의 진술을 녹취한 서면으로 피고인의 서명 또는 날인이 있는 것은, 그 진술이 피고인에게 불이익한 사실의 승인을 내용으로 하는 것인 때 또는 특히 신용할 정황 하에 이루어진 것인 때에 한하여 이를 증거로 할 수 있다. 다만 피고인에게 불이익한 사실의 승인을 내용으로 하는 서면은, 그 승인이 자백이 아닌 경우에도 제319조의 규정에 준하여 임의로 된 것이 아니라는 의심이 있다고 인정되는 때는 이를 증거로 할 수 없다.

② 피고인의 공판준비 또는 공판기일에 있어서의 진술을 녹취한 서면은 그 진술이 임의로 된 것이라고 인정되는 때에 한하여 이를 증거로 할 수 있다.

제323조 (전3조 이외의 서면의 증거능력) 전3조에 열거한 서면 이외의 서면은 아래에 열거하는 것에 한하여 이를 증거로 할 수 있다.

(1) 호적등본, 공정증서등본, 기타 공무원(외국의 공무원을 포함한다)이 그 직무상 증명할 수 있는 사실에 대하여 그 공무원이 작성한 문서

(2) 상업장부, 항해일지, 기타 업무의 통상의 과정에서 작성된 서면

(3) 전2호에 열거한 것 이외에 특히 신용할 정황 하에 작성된 서면

제324조(전문의 진술) ① 피고인 이외의 자의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술로서 피고인의 진술을 그 내용으로 하는 것에 대해서는 제322조의 규정을 준용한다.

② 피고인 이외의 자의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술로서 피고인 이외의 자의 진술을 그 내용으로 하는 것에 대해서는, 제321조 제1항 제3호의 규정을 준용한다.

18) 당해 피고사건에서 작성된 공판조서가 본항의 적용대상이 된다. 다른 피고사건에서 작성된 공판조서는 피고인의 참여권, 반대신문권이 보장되지 않으므로 채면조서(제1항 제1호)로 취급된다(藤永幸治 外, 주 17)의 책, 270-271면; 後藤昭·白取祐司(編), 주 17)의 책, 852면).

## 2. 특신상태의 의미

### 1) 특신상태에 관한 규정

일본 형사소송법(이하, 일본 법이라고 한다)에서 제321조는 피고인 아닌 자의 진술이 기재된 진술서나 진술녹취서의 증거능력에 관하여, 제322조는 피고인의 진술이 기재된 진술서나 진술녹취서의 증거능력에 관하여 각각 규정하고 있다.<sup>19)</sup> 일본 법에서 전문증거의 특신상태는 제321조 제1항 제2호, 제3호, 제322조 제1항, 제323조 제3호, 제324조에 규정되어 있다. 일본 법 제323조 제3호의 특신상태는 그다지 문제되지 않고 있고, 제324조의 특신상태는 제322조와 제321조 제1항 제3호의 규정을 준용하여 해석되므로 이 부분의 특신상태의 의미에 대해서는 별도로 살펴보지 않는다.

### 2) 피고인 아닌 자의 진술이 기재된 진술서나 진술조서

피고인 아닌 자가 공판준비 또는 공판기일에 한 진술이 검사에게 한 진술과 상반되거나 실질적으로 다른 때에는 공판준비 또는 공판기일에 한 진술보다도 검사에게 한 진술을 더 신용할 특별한 정황이 존재하는 때에 한하여 ‘검사가 작성한 진술조서’<sup>20)</sup>의 증거능력을 인정할 수 있다(일본 법 제321조 제1항 제2호). ‘피고인 아닌 자의 진술이 기재된 서면 중 법관면전조서와 검사가 작성한 진술조서 이외의 것’<sup>21)</sup>은 특신상태가 있어야만 증거능력을 가진다(일본 법 제321조 제1항 제3호).

#### (1) 검사 작성의 피고인 아닌 자에 대한 진술조서

제321조 제1항 제2호의 특신상태는 비교해야 할 이전의 진술이 있기 때문에 특신상태가 상대적으로 판단됨에 반하여, 제321조 제1항 제3호의 특신상태는 비교할 대상이 없어 당해 진술 자체의 특신상태가 절대적으로 판단된다.<sup>22)</sup> 이러한 이유로 위 제2호의 특신상태에 관하여 증명력의 비교문제라고 보는 견

19) 진술서는 진술자 자신이 쓴 서면이고, 진술녹취서는 제3자가 원진술자로부터 청취한 내용을 기록한 서면이다[松尾浩也(監修), 「條解刑事訴訟法」, 弘文堂, 2009, 848頁]. 진술서는 우리나라의 진술서에, 진술녹취서는 우리나라의 피의자신문조서, 진술조서 또는 진술기재서류(법 제313조)에 각각 해당한다.

20) 일본에서는 이를 검면조서(檢面調書)라고 부른다.

21) 사법경찰관이 작성한 진술조서, 수사기관이 작성한 수사보고서, 고소·고발장 등이 이에 해당한다[藤永幸治 外, 주 17)의 책, 264면; 後藤昭·白取祐司(編), 주 17)의 책, 852면].

22) 寺崎嘉博, 「刑事訴訟法」, 成文堂, 2013, 434頁; 藤永幸治 外, 주 17)의 책, 260면.

해<sup>23)</sup>가 있으나, 현재의 통설과 실무에 있어서는 반대신문을 대신할 신용성의 정황적 보장을 의미하는 증거능력의 요건이라고 보고 있다.<sup>24)</sup>

여기서 종전 진술과 다르다는 것은 조금이라도 사실인정에 차이를 발생시킬 가능성이 있는 것을 요하며, 양 진술 사이에 실질적인 차이가 있는지는 상식적으로 결정할 수밖에 없다.<sup>25)</sup> 전의 진술이 상세하고 공판정에서의 진술이 단편적인 경우, 나중의 진술로는 전의 진술에 의하여 인정되는 것과 같은 구체적인 사실의 인정이 곤란한 때에는 전의 진술과 다르다고 본다.<sup>26)</sup>

위 제2호의 특신성에 관하여 진술을 했던 당시의 외부적 부수사정을 기준으로 판단하여야 한다는 견해가 통설적 지위를 점하고 있다.<sup>27)</sup> 다만 판례는 외부적인 특별한 사정에 의하지 않고 그 진술 내용 자체에 의해 특신성을 판단할 수 있다고 본다.<sup>28)</sup> 검면조서에서는 자기에게도 불리한 증뢰의 경위를 단정적으로 자인하고 있지만, 공판정에서는 피고인의 면전이기 때문인지 단정적이지 않은 표현을 사용하는 경우,<sup>29)</sup> 공판정 진술은 다른 피고인의 진술과 모순되지 않도록 노력하기 때문에 부자연스럽게 보이는 진술의 정정이 곳곳에서 발견되는 반면, 검사 면전에서 진술은 이러한 종류의 의도적인 흔적이 없는 경우<sup>30)</sup>에는 각각 특신상태가 인정된다.

## (2) (법관면전조서와 검사의 진술조서 이외의) 피고인 아닌 자의 진술 기재 서면

일본 법 제321조 제1항 제3호의 특신상태는 진술내용의 신용성을 담보할 외부적인 정황이 존재하는 것을 말한다.<sup>31)</sup> 자동차사고 발생 당시 그 자동차를 뒤따라 자전거로 지나가던 제3자가 현장에서 피해자의 동반자인 증인에게 자동차 소유자의 이름을 알려준 것은 특신정황이 인정된다.<sup>32)</sup> 대한민국 법원에

23) 團藤重光編, 「法律實務講座刑事編 8卷」, 有斐閣, 1956, 1919頁.

24) 藤永幸治 外, 주 17)의 책, 260면.

25) 松尾浩也(監修), 주 19)의 책, 857면.

26) 福岡高等裁判所 昭和 31. 2. 15. 高等裁判所刑事裁判特報 第3卷 第5号 161頁.

27) 寺崎嘉博, 주 22)의 책, 436면; 藤永幸治 外, 앞의 책, 260면.

28) 본호를 전문법칙의 예외로 한 이유는 이러한 진술조서를 증거로 할 필요가 있고, 그러한 증거에 대해서 반대신문을 거치지 않아도 충분히 신용성이 있는 정황이 존재하기 때문이다. 그리고 증인이 검찰관의 면전조서와 다른 진술을 함으로써 그 필요성은 충족되며 반드시 외부적인 특별한 사정이 아니라도, 그 진술내용 자체에 의해 그것이 신용할 정황의 존재를 짐작케 하는 사유가 된다(最高裁判所 昭和 30. 1. 11. 最高裁判所刑事判例集 第9卷 第1号 第14頁).

29) 福岡高等裁判所 昭和 25. 1. 23. (寺崎嘉博, 주 22)의 책, 437면에서 재인용함).

30) 大阪高等裁判所 昭和 24. 11. 28. (寺崎嘉博, 주 22)의 책, 437면에서 재인용함).

31) 後藤昭・白取祐司(編), 주 17)의 책, 267면.



기소된 공범이 자신의 의사에 따라 임의로 진술할 수 있도록 절차적 보장이 되고 있는 대한민국의 법령에 따라 판사, 검사, 변호인이 재정하는 공개법정에서, 질문에 대한 진술을 거부할 수 있음을 고지받은 상태에서 한 진술을 기재한 공판조서는 특신상태가 인정된다.<sup>33)</sup>

### 3) 피고인의 진술서 또는 피의자신문조서

‘피고인의 진술서 또는 피고인에 대한 진술녹취서면(일본 법 제322조 제1항)’에 있어서, ‘피고인에게 불리한 사실의 승인’<sup>34)</sup>을 내용으로 하지 않는 진술은 특신정황 하에서 이루어진 때에 한하여 증거능력이 부여된다. 그 이유는 진술서나 진술녹취서에 기재된 피고인의 진술이 ‘피고인에게 불리한 사실을 승인하는 것 이외의 것’<sup>35)</sup>인 때에는, 원진술자인 피고인 자신에 대한 피고인의 반대신문이 무의미하거나 불가능하고, 검사의 반대신문권은 이를 고려하여야 하지만 피고인이 진술거부권을 가지고 있기 때문에, 효과적인 반대신문을 대신할 수 있는 특신정황이 요건으로 규정된 것이다.<sup>36)</sup>

여기서의 특신정황은 일본 법 제321조 제1항 제3호의 절대적 특신정황과 거의 같지만, 본조의 서면에는 재판관이나 검사의 면전에서 한 진술을 기재한 서면이 포함되기 때문에 재판관 내지 검사 면전에서의 진술이라는 사정은 특신정황이 존재하는 쪽으로 크게 영향을 미친다.<sup>37)</sup> 여기서 특신정황은 검사의 반대신문권 보장과 관련되는 요건이므로 검사가 신청한 증거인 경우에는 엄격하게 해석할 필요가 거의 없다.<sup>38)</sup>

32) 福岡高等裁判所 昭和 28. 8. 21. 高等裁判所刑事裁判判例集 第6卷 第8号 1070頁.

33) 最高裁判所 平成 15. 11. 26. 最高裁判所刑事判例集 第57卷 第10号 1057頁.

34) 피고인에게 불리한 사실은 자백을 포함하여, 범죄사실의 전부 또는 일부의 승인, 범죄사실을 추인시키는 간접사실의 승인, 범죄사실을 인정하는 증거의 증명력에 관한 불이익한 진술을 말한다[藤永幸治 外, 주 17)의 책 304면; 白取祐司, 「刑事訴訟法」, 日本評論社, 2010, 399頁].

35) ‘피고인에게 불리한 사실을 승인하는 것 이외의 것’에는 피고인에게 유리한 것 뿐만 아니라 범죄사실의 인정에 전혀 영향이 없거나 신상관계나 전과 등에 관한 진술도 포함된다[藤永幸治 外, 주17)의 책, 308면].

36) 寺崎嘉博, 주 22)의 책, 447면; 藤永幸治 外, 앞의 책, 308면; 松尾浩也(監修), 주 19)의 책, 877면.

37) 松尾浩也(監修), 주 19)의 책, 877면.

38) 後藤昭・白取祐司(編), 주 17)의 책, 859면.

## IV. 미국에서의 특신상태

### 1. 고찰의 범위

미국 연방의 증거법이라고 할 수 있는 Federal Rules of Evidence(연방증거규칙, 이하 ‘FRE’라고 한다)<sup>39)</sup>에서 전문법칙의 예외는 일의적으로 정의되고 있지 않고, 각각의 예외에서 조금씩 달리 설명되고 있다. 이하에서는 신용성의 정황적 보장이 FRE에서 어떠한 의미를 가지는지를 이해할 수 있도록 하는 최소한의 범위 내에서, 법정외 진술을 비전문증거 내지 전문법칙의 예외로 보아 증거능력을 부여하는 논거들을 살펴본다.

### 2. FRE가 법정외 진술의 증거능력을 부여하는 논거

FRE는 법정외 진술에 관하여, Rule 801에서 전문진술이 아닌 것으로 보아 증거로 사용할 수 있는 2가지를, Rule 803에서 원진술자의 진술불능 여부와 무관하게 증거로 사용할 수 있는 전문법칙의 예외 23가지를, Rule 804에서 원진술자가 진술불능인 경우에만 증거로 사용할 수 있는 전문법칙의 예외 5가지를, Rule 807에서 기타 전문법칙의 예외를 각각 규정하고 있다.

#### 1) 비전문증거로 본 2가지

##### (1) 증인의 과거의 증언

원진술자인 증인이 당해 사건의 법정에 출석하여 과거에 했던 법정외 진술에 관하여 선서를 하고, 반대신문을 받을 수 있으며, 판사나 배심원에 의해 태도가 관찰되는 상황에서 증언하는 경우, 위 법정외 진술을 전문증거로 보아야 하는지에 관해서는 상당한 논란이 있어 왔다.<sup>40)</sup> 증인이 법정외 진술과 일치하는 증언을 하면 전문진술의 문제는 존재하지 않지만, 법정외 진술과 불일치하

39) Warren 대법원장은 1965년에 연방법률의 위임을 받아 연방법원에 적용할 증거규칙의 초안을 제정하기 위해 자문위원회(advisory committee)를 구성하였고, 위 위원회가 작성한 초안에 의해 연방대법원이 1972년에 FRE를 제정하여 의회에 보고하였는데, 의회가 위 FRE에 수정을 가한 FRE를 제정하고, 이는 대통령의 공포를 거쳐 1975년부터 시행되었다.

40) Advisory Committee's Note, *56 Federal Rules Decisions*(이하, *F.R.D.*라고 한다) 295, 1973.

는 증언을 하게 되면 선서, 반대신문 그리고 태도의 관찰은 법정진술에 대해서만 행해질 뿐 법정외 진술에 대해서 행해지는 것은 아니므로 전문진술의 문제가 발생하는 것이다.<sup>41)</sup>

현행 FRE의 규정은 다음과 같다. 법정에서 증언하면서 반대신문을 받는 증인이 한 과거의 법정외 진술은 (가) 법정 증언과 불일치하는 경우에는 공판절차, 증언착취절차 등 위증죄로 처벌받기로 선서하고 행해진 때, (나) 법정 증언과 일치하는 경우에는, 법정 증언에 관하여 최근에 거짓으로 꾸며내었다는 등의 공격을 받아 이를 반박하는 증거로 사용되는 때, (다) line-up 등의 경우 누가 범인인지를 지목하는 식별진술(identification)인 때 비전문증거로 취급된다(FRE Rule 801 (d)(1)).

증인의 법정증언과 불일치하는 법정외 진술의 증거능력을 인정할지에 관하여 찬성하는 견해의 논거는, ① 원진술자가 법정에 출석하여 있으므로 선서와 반대신문 그리고 태도의 관찰이 가능하고, ② 기억력은 시간이 흐르면서 감퇴하므로 이전에 행해진 법정외 진술을 더 신뢰할 수 있고, ③ 특히 사건 직후의 진술은 매수나 협박 등의 부당한 영향을 받았을 가능성이 낮다는 점 등이고, 반대하는 견해의 논거는 ① 법정외 진술은 선서와 반대신문 그리고 태도의 관찰이 모두 결여되어 있고, ② 반대신문은 법정외 진술이 있는 즉시 행해지는 것이 효율적이어서 사후에 법정에서 하는 것으로는 충분하지 않다는 것 등이다.<sup>42)</sup> 증인의 법정외 진술이 법정 증언과 일치하는 경우에는, 법정외 진술은 사실상 증인의 신용성(credibility)<sup>43)</sup>에 관한 증거에 불과하게 된다.<sup>44)</sup> 식별진술(identification)에 대해서는 법정에서 다시 line-up 등의 상황을 만들어놓고 원진술자로 하여금 식별진술을 하게 하는 것이 무의미할 것이므로 전문법칙의 예외로 취급하였을 것으로 생각된다.

## (2) 반대당사자의 진술

반대당사자<sup>45)</sup>의 법정외 진술은 전문법칙의 예외로 취급되어 왔으나, 1975년에 FRE가 제정되면서부터 비전문증거로 취급되었다.<sup>46)</sup> 전문법칙의 예외에서

41) Advisory Committee's Note, 주 40)의 판례집, 295면.

42) Steven L. Emanuel, *Evidence*, Aspen Publishers, 2007, p. 307.

43) 증인의 신용성은 증인이 거짓말을 하는지, 진실한지 아닌지(sincere or not) 또는 틀렸다거나 착오에 빠져 있다는 것(wrong or mistaken)과 관련되므로 진술의 증명력과는 구별되는 개념이다.

44) Steven L. Emanuel, 주 42)의 책, 313-314면.

45) 민사소송에서의 원고, 피고, 형사소송에서의 피고인이 이에 해당한다.

는 신용성의 특별한 보장을 제공하는 특수한 사정들이 존재하지만, 반대당사자의 진술에서는 신용성의 특별한 정황적 보장이 존재하지는 않는다.<sup>47)</sup> 다만 반대당사자의 진술이 자신에게 불리한 경우, 진실이 아니라면 그러한 진술을 하지 않았을 것이라는 한도에서 신용성이 부여될 수는 있다.<sup>48)</sup> 반대당사자의 진술에 대해 당연히 증거능력을 부여하는 이유는 원진술을 한 사람이 당사자인 경우에는 그가 증언함으로써 자신의 진술에 대해 해명할 기회가 있고,<sup>49)</sup> 형사소송에서는 피고인에게 자기부죄금지의 특권이 인정되기 때문에 검사가 반대당사자인 피고인을 증거로 제출할 수는 없으므로 반대당사자의 진술을 증거로 제출할 수 있게 하는 것이 가장 공평할 수 있다는 것 등이다.<sup>50)</sup>

## 2) 원진술자의 증언불능 여부와 무관한 전문법칙의 예외 23가지(FRE Rule 803)

(1) 현재 지각한 인상에 대한 진술(제1호), 흥분하여 한 발언(제2호), 심리·감성·육체적 상태에 대한 당시의 진술(제3호)

‘사건이나 상황을 묘사하거나 설명하는 내용으로서 사건이나 상황을 인식하는 동안 또는 그 직후 이루어진 진술(현재 지각한 인상에 대한 진술),<sup>51)</sup> ‘깜짝 놀랄만한 사건이나 상황에 관하여 그로 인하여 야기된 흥분상태에서 한 진술(흥분하여 한 발언)’, ‘심리상태 또는 감성적, 육체적 상태에 관한 그 당시의 진술(심리, 감성, 육체적 상태에 대한 당시의 진술)’은 사건이나 상태를 인지한 직후에 이루어지므로 허위 진술을 계산할 시간적 여유가 없고, 현장에서 진술의 정확성을 점검해볼 수 있는 제3자에게 이루어질 가능성이 높으며, 기억이

46) G. Michael Fenner, *The Hearsay Rule*, Carolina Academic Press, 2009, p. 48.

47) Advisory Committee's Note, 주 40)의 판례집, 297면; G. Michael Fenner, 주 46)의 책, 68면; Ronald J. Allen et al, *Evidence - Text, Problems, and Cases*, Aspen Publishers, 2006, p. 453; Steven L. Emanuel, 주 42)의 책, 207-208면.

48) G. Michael Fenner, 주 46)의 책, 68면.

49) G. Michael Fenner, 주 46)의 책, 69면; Ronald J. Allen et al, 주 47)의 책, 473면. 미국에서 피고인은 법정에서 피고인으로서 진술할 수는 없으나, 진술거부권을 포기하고 증인으로서 증언할 수 있으며, 피고인이 자신을 변호하기 위해 증언할 수 있는 권리는 수정헌법 제6조와 제14조에서 비롯되었으며 적법절차의 필수적 요소이다[Rock v. Arkansas, 483 U.S. 44(1987)].

50) Ronald J. Allen et al, 주 47)의 책, 474면.

51) 사건이나 상황에 관하여 묘사하거나 설명하는 것만 현재 지각한 인상에 대한 진술에 해당하고, 사건이나 상황에 관하여 복잡한 분석이나 해석을 하는 것은 이에 해당하지 않는다. 복잡한 분석이나 해석을 하는 동안에 허위 사실을 꾸며낼 시간을 가질 수 있기 때문이다(Deborah Jones Merritt/Ric Simmons, *Learning Evidence*, West Academic Publishing, 2018, p. 513).

감퇴하지 않았기 때문에 신빙성이 인정된다.<sup>52)</sup> 위 각 진술을 전문법칙의 예외로 삼은 이유는 진술의 신빙성에 있고, 증거사용의 필요성(need)과 거의 무관하다.<sup>53)</sup>

#### (2) 진료받기 위한 목적으로 행한 진술(제4호)

의학적 진단이나 치료 목적으로 행하여진 진술은 현재의 증상에 관한 것이므로 인식이나 기억의 정확성이 담보되고, 치료받기 위해 진술하면서 거짓말할 이유가 없을 것이기 때문에 진술의 신용성이 정황적으로 보장된다.<sup>54)</sup> 위 진술을 전문법칙의 예외로 삼은 이유는 거의 전적으로 진술의 신빙성에 있고, 증거사용의 필요성과 무관하다.<sup>55)</sup>

#### (3) 기록된 기억(제5호)

증인이 현재는 정확한 기억을 할 수 없지만 한 때 알고 있었던 사항에 관한 기록은 그 기록이 기억이 생생한 동안에 작성되었고, 증인의 기억을 정확하게 반영하였다면, 증인의 기억이 생생한 동안에 작성된 문서에 기재된 사실이 공판정에서의 증언보다 더 신빙성이 높을 것이기 때문에 전문법칙의 예외로 하였다.<sup>56)</sup> 기록된 기억의 예외는 증인이 현재 정확한 기억을 할 수 없는 경우에만 인정되므로, 기록된 기억을 증거로 사용하지 않는다면 증인이 한 때 생생하게 기억했었던 것을 증거로 사용할 수 없게 된다는 점에서 기록된 기억을 증거로 사용하는 데에는 증거사용의 필요성이 고려되었다고 볼 수 있다.<sup>57)</sup>

#### (4) 영업에 관한 기록(제6호), 공공 기록과 보고서(제8호)

규칙적으로 행하여진 활동에 관한 기록(영업에 관한 기록)은, 그 기록이 영업활동에 중요할 것이기 때문에 잘 확립된 관행에 따라 기계적으로 작성되고, 그 작성자도 정확히 기록할 의무에 따라 작성할 것이며, 규칙성과 계속성에 의

52) 김정훈, “미국법상 전문법칙의 예외”, 『해외연수검사연구논문집』 제32집 제1호, 2017, 481면; 김철, “미국연방증거규칙상 전문법칙(Hearsay Rule)의 예외에 관한 연구”, 『해외연수검사연구논문집』 제21집 제1호, 2006, 49면; Advisory Committee's Note, 주 40)의 관례집, 305면; Michael G. Fenner, 주 48)의 책, 138-165면.

53) Michael G. Fenner, 주 48)의 책, 137-163면.

54) 김철, 주 52)의 글, 54면; Michael G. Fenner, 주 48)의 책, 185면.

55) Michael G. Fenner, 주 48)의 책, 185면.

56) 김정훈, 주 52)의 글, 502면; 김철, 주 52)의 글, 54-55면; Michael G. Fenner, 주 48)의 책, 201-202면.

57) Michael G. Fenner, 주 48)의 책, 201면.

한 체계적 점검이 이루어지므로 신빙성이 인정된다.<sup>58)</sup> 영업에 관한 기록을 전문법칙의 예외로 할 필요성은 그 작성자를 개별적으로 확인하기 곤란하고, 그들이 기록된 내용을 정확히 기억하는 것을 기대하기 어려우며, 작성자를 일일이 소환하여 증언을 듣는다는 것은 부적절하다는 것이다.<sup>59)</sup> 공공 기록과 보고서는 공무원이 그들의 의무를 성실히 이행할 것이고, 공무원이 작성하는 기록에 대해서는 정확성을 담보하기 위한 공적인 조사와 시민의 감시가 행해진다는 점에서 신빙성이 보장된다.<sup>60)</sup> 공공 기록과 보고서를 전문법칙의 예외로 할 필요성은 영업에 관한 기록에서와 비슷하다.<sup>61)</sup>

FRE Rule 803에 규정된 전문법칙의 나머지 예외(제7호, 제9호 내지 제23호)의 신용성의 정황적 보장과 필요성에 대해서는 지면관계상 고찰을 생략한다.

### 3) 원진술자가 증언불능인 경우의 전문법칙의 예외 6가지(FRE Rule 804)

원진술자가 증언불능일 것을 조건으로 하여 전문법칙의 예외를 규정한 FRE Rule 804에서, 증인의 증언불능은 원진술자가 증언거부특권에 의해 증언이 면제되거나, 법원의 명령에 불구하고 원진술자가 증언을 거부하거나, 원진술자가 진술 내용에 관하여 기억이 없다고 증언하거나, 사망, 질병 등으로 인하여 출석 또는 증언할 수 없거나, 증거신청한 당사자가 증인의 출석을 확보하지 못한 때에 인정된다[FRE Rule 804(a)]. 따라서 FRE Rule 804에서 규정한 전문법칙의 예외들은 원진술자의 증언불능이라는 필요성을 충족한 때에만 인정된다.

FRE Rule 803은 원진술자의 증언불능과 무관하게 전문증거의 증거능력을 인정하고 있음에 반하여, FRE Rule 804에서 원진술자가 증언불능인 경우에만 그의 법정외 진술의 증거능력을 인정하는 이유는, 다음과 같은 선호를 나타낸다. 즉 원진술자가 증언불능일 경우에만 증거능력이 인정되는 전문진술은 원진술자의 법정 증언보다는 못하지만, 원진술자가 증언불능인 경우에 이를 증거로 사용하는 것이 증거로 사용하지 않는 것보다는 좋다는 것이다.<sup>62)</sup>

58) 김철, 주 52)의 글, 57-58면; Deborah Jones Merritt/Ric Simmons, 주 51)의 책, 526면; Michael G. Fenner, 주 48)의 책, 213-214면.

59) Deborah Jones Merritt/Ric Simmons, 주 51)의 책, 581-582면; Michael G. Fenner, 주 48)의 책, 213면.

60) Deborah Jones Merritt/Ric Simmons, 주 51)의 책, 595면; Michael G. Fenner, 주 48)의 책, 230-231면.

61) Deborah Jones Merritt/Ric Simmons, 주 51)의 책, 596면; Michael G. Fenner, 주 48)의 책, 229면.

62) Advisory Committee's Note, 주 40)의 판례집, 323면.

## (1) 과거의 증언(제1호)

과거의 증언은, 그 증언이 선서 하에 당사자에 의한 신문이 가능한 절차에서 이루어졌어야 하고, 과거의 증언을 증거로 제출하는 당사자의 반대당사자가 과거의 증언에 관하여 현재의 공판절차에서와 ‘유사한 동기’를 가지고서 ‘신문할 기회’를 가졌을 것을 요건으로 하여 증거능력이 인정된다[FRE Rule 804(b)(1)].<sup>63)</sup> 따라서 과거의 증언은 선서와 반대신문이 이루어졌고, 다만 현재의 법원(또는 배심원)이 증언태도를 관찰하지 못했을 뿐이므로, 전문법칙의 예외를 이루는 다른 전문증거보다 훨씬 신뢰할 수 있다.<sup>64)</sup>

## (2) 죽음이 임박하였다고 믿고 한 진술(제2호)

죽음이 임박하였다고 믿고 한 진술은 거짓말을 할 가능성이 현저히 낮아지기 때문에 신뢰할 수 있다.<sup>65)</sup> 이러한 진술은 ① 원진술자가 죽음이 임박하였다고 믿고 한 것이고, ② 그 내용이 사망의 원인이나 죽어가는 상황에 관한 것이어야 하며, ③ 형사소송에서는 살인죄(homicide)에서만 전문법칙의 예외가 된다.<sup>66)</sup> 죽음이 임박하였다고 믿고 한 진술은 형사소송에서는 원진술자가 사망한 경우에만, 민사소송에서는 원진술자가 사망하였거나, 사망하지 않았으나 다른 이유로 증언불능인 경우에만 전문법칙의 예외가 된다. 따라서 죽음이 임박하였다고 믿고 한 진술은 이러한 필요성을 충족한 경우에만 전문법칙의 예외가 된다.

## (3) 이해관계에 반하는 진술(제3호)

재산상의 이익 등에 반하는 진술은 원진술자가 그것을 진실이라고 믿지 않았다면 하지 않았을 것이기 때문에 전문법칙의 예외로 되었다.<sup>67)</sup> 이해관계에 반하는 진술이 형사소송에서 원진술자의 죄책을 밝히는 증거로 사용되기 위해

63) 우리나라의 관점에서 보면 법원의 증인신문이 행해졌으나, 판사가 바뀌어 공판절차가 갱신되거나 상급심의 파기환송이나 파기이송 판결로 다시 재판하는 경우의 당해 피고사건에서 작성된 증인신문조서, 증거보전절차에서 작성된 증인신문조서 등이 이에 해당한다.

64) Deborah Jones Merritt/Ric Simmons, 주 51)의 책, 631-632면; John L. Worrall, *Criminal Procedure: From First Contact to Appeal*, Pearson Education, Inc., 2010, p. 226; Michael G. Fenner, 주 48)의 책, 277면.

65) 김철, 주 52)의 글, 71면.

66) 형사소송의 경우, 살인사건에서만 전문법칙의 예외로 인정하는 이유는 피고인의 대면권을 보장하고, 전문진술 즉, 경험자 아닌 사람의 진술에 의해 유죄평결을 하는 것을 회피하고자 함에 있다(Deborah Jones Merritt/Ric Simmons, 주 51)의 책, 645면).

67) 김철, 주 52)의 글, 72면; *Williamson v. United States*, 512 U.S. 594, 599(1999).

서는 그 이해관계에 반하는 진술의 신빙성을 명확히 나타내는 상황에 관한 보강증거가 존재하여야 한다[FRE Rule 804(b)(1)(B)]. 그렇기 때문에 이해관계에 반하는 진술은 다른 전문증거들보다 더 신빙할 수 있다.<sup>68)</sup>

#### (4) 개인이나 가족의 역사에 관한 진술(제4호)

이러한 진술이 전문법칙의 예외로 되기 위해서는, 본인(또는 본인의 가족과 친밀하게 지냈기 때문에 진술이 정확할 것 같은 타인)의 진술이 본인의 출생, 입양, 혼인, 이혼 등에 관하여 이루어졌어야 한다[FRE Rule 804(b)(4)]. 이러한 사실들은 가족에게 크게 중요하고 가족과 밀접한 사람들에게 대단히 흥미로워서 그에 관한 진술이 대체로 진실하고 진지할 것이라는 점에서 신빙성이 인정된다.<sup>69)</sup> 개인이나 가족의 역사에 관한 진술에 있어서는 원진술자가 한 진술이 그가 직접 경험한 사실에 관한 것일 필요는 없다.<sup>70)</sup>

#### (5) (제807조로 이기)

#### (6) 불법행위로 인한 박탈(제6호)

반대당사자가 부당하게 원진술자로 하여금 증언할 수 없게 만든 때에는, 원진술자의 법정외 진술은 전문법칙의 예외가 된다. 이 규정은 당사자가 증인의 출석을 불가능하게 해놓고 그로 인해 그 증인의 전문진술까지 전문법칙에 의해 배제시키는 불합리를 제거하려는 정책적인 고려에서 만들어졌다.<sup>71)</sup> 불법행위로 인한 박탈의 경우에는 원진술자의 진술의 신빙성은 문제되지 않고, 따라서 전문법칙의 예외라기보다는 불법행위를 저지른 사람이 불법행위로 인하여 이익을 얻어서는 아니 된다는 공평성과 형평성 그리고 전문증거의 증거사용을 반대할 권리의 포기라는 관념에 근거를 두고 있다.<sup>72)</sup>

#### 4) 기타 전문법칙의 예외

68) Deborah Jones Merritt/Ric Simmons, 주 51)의 책, 651면.

69) United States v. Carvalho, 742 F.2d 141, 156 (4th Cir. 1982).

70) United States v. Hernandez, 105 F.3d 1330, 1332 (9th Cir. 1997)은 “개인이나 가족의 역사에 관한 진술이라는 전문법칙의 예외는 참고인이 자기가 어디에서 태어났는지에 관하여 (이에 관하여 개인적으로 직접적인 지식을 가질 수는 없지만) 한 진술에 대해서도 적용된다”라고 판시하였다.

71) 김정훈, 주 52)의 글, 544면.

72) Deborah Jones Merritt/Ric Simmons, 주 51)의 책, p. 660.



Rule 807의 기타 예외는 전문법칙에 대한 포괄적 예외규정이다. 동조가 적용되기 위한 요건은 법정외 진술이 Rule 803, 804에 해당하지 않더라도, Rule 803, 804에 해당하는 진술과 동등한 정도로 신용성의 정황적 보장이 이루어지고, 요증사실의 증거로 제출되었고, 증거로 신청하려는 사람이 합리적인 노력을 통해서 확보할 수 있는 다른 어떤 증거보다 증명력이 강하며, 그 법정외 진술을 증거로 사용하는 것이 연방증거규칙과 정의의 일반적 목적에 기여할 것이다(Rule 807).

## V. 특신상태 이론에 대한 비판적 검토

### 1. 미국의 특신상태 이론의 검토

FRE에서 비전문증거 내지 전문법칙의 예외에 해당하기 위한 2가지 요건은 신용성의 정황적 보장<sup>73)</sup>과 필요성이다. 앞에서 보았듯이 미국에서는 위 2가지 요건이 독자적으로 기능하는 것이 아니라 상호보완적으로 작용하면서 전문법칙의 예외를 이룬다. 다시 말하면 전문증거가 신용성의 정황적 보장이 높으면 그것만으로 전문법칙의 예외가 될 수 있지만, 신용성의 정황적 보장이 낮더라도 필요성이 있으면 증거능력이 인정되는 것이다.

FRE Rule 803에서 규정하고 있는 전문법칙의 예외 23가지는, 원진술자의 증언불능 여부와 무관하므로 원진술자의 증언을 들을 수 없을 것이라는 필요성은 원칙적으로 고려되지 않았고, 신용성이 정황적으로 보장된다는 이유로 전문법칙의 예외가 되었다. 그렇지만 구체적으로 들여다보면 증거능력을 인정함에 있어 ‘증거사용의 필요성’이 고려된 경우도 있다. 가령 ‘기록된 기억’에 있어서는 원진술자가 현재 정확히 기억할 수 없는 경우에만 증거능력이 인정되므로, 기록된 기억을 증거로 사용하지 않는다면 증인이 한 때 생생하게 기억했었던 것을 증거로 사용할 수 없게 된다는 점을, ‘영업에 관한 기록’ 및 ‘공공 기록과 보고서’에 있어서는 그 작성자를 개별적으로 확인하기 곤란하고, 그들이 기록된 내용을 정확히 기억하는 것을 기대하기 어려우며, 작성자의 개별적인 증언을 듣는 것이 부적절하다는 점을 각각 고려한 것이다.

73) 이를 달리 표현하면 신뢰성(reliability), 신빙성(trustworthiness) 또는 특신상태라 할 수 있다.

FRE Rule 804가 규정하고 있는 전문법칙의 예외는 원진술자가 증언불능인 경우에만 인정되므로 기본적으로 필요성을 요건으로 하고 있다. FRE Rule 804의 제1호부터 제4호까지의 예외에서는 정도의 차이가 있지만 모두 신용성의 정황적 보장이 존재한다는 점도 증거능력을 인정하는 사유로 되었다. 그렇지만 불법행위로 인한 박탈의 경우에는 원진술자의 진술의 신빙성은 문제되지 않는다.

위와 마찬가지로 FRE가 증인의 과거의 증언과 반대당사자의 진술을 비전문증거로 봄으로써 증거능력을 인정함에 있어서도 신용성의 정황적 보장과 필요성을 상호보완적으로 고려하였다.

이상의 내용을 종합하면 알 수 있는 사실은, (가) FRE가 비전문증거 내지 전문법칙의 예외로 보는 것들은 반대당사자의 진술, 죽음이 임박하였다고 믿고 한 진술, 흥분하여 한 발언과 같이 신용성의 정황적 보장과 필요성이 인정되는 일정한 유형들이어서 비전문증거 내지 전문법칙의 예외에 해당하는지 여부는 증거능력의 요건이고, 특정 유형에 해당하여 증거능력을 가진 개별적인 증거가 사실을 인정하는 힘을 가지는지는 증명력(probative value)의 문제가 되므로 증거능력과 증명력은 준별되며, (나) 신용성의 정황적 보장은 절차적 적법성과는 무관하다는 것이다.

## 2. 일본의 특신상태 이론의 검토

앞에서 보았듯이 일본 법에서 특신상태의 개념은 3가지로 나누어 볼 수 있다. ① 검사 작성의 피고인 아닌 자에 대한 진술조서에 있어서의 특신상태는 공판준비 또는 공판기일에 한 진술보다도 검사에게 한 진술을 더 신용할 수 있다는 상대적 개념으로서, 반대신문을 대신할 신용성의 정황적 보장을, ② (법관면전조서와 검사 작성 진술조서 이외의) 피고인 아닌 자의 진술이 기재된 서면의 특신상태는 진술내용의 신용성을 담보할 외부적인 정황이 존재하는 것을, ③ 피고인의 진술서 또는 피의자신문조서 중 ‘피고인에게 불리한 사실의 승인’을 내용으로 하지 않는 진술에서의 특신상태는 효과적인 반대신문을 대신할 수 있는 정황을 각각 의미한다. 일본 법에서의 특신상태는 일정한 유형으로서가 아니라 개개의 진술을 대상으로 하여 판단한다. 그러한 이유로 일본에서는 증거능력의 요건인 특신상태를 판단함에 있어 증명력을 고려하게 되고, 이에 대해 증거능력과 증명력이 혼동된다는 지적이 있게 된다. 예컨대 판례는, 검면조서에는 자기에게도 불리한 증뢰의 경위를 단정적으로 자인하고 있지만,

공판정에서는 피고인의 면전이기 때문인지 단정적이지 않은 표현을 사용하는 경우,<sup>74)</sup> 공판정 진술은 다른 피고인의 진술과 모순되지 않도록 노력하기 때문에 부자연스럽게 보이는 진술의 정정이 곳곳에서 발견되는 반면, 검사 면전에서의 진술은 이러한 종류의 의도적인 흔적이 없는 경우,<sup>75)</sup> 자동차사고 발생 당시 그 자동차를 뒤따라 자전거로 지나가던 제3자가 현장에서 피해자의 동반자인 증인에게 자동차 소유자의 이름을 알려준 경우<sup>76)</sup>에 모두 특신정황을 인정하였는바, 위 판례들에 대해서는 증거능력의 요건인 특신상태와 증명력을 혼동하였다는 비판이 많이 이루어지고 있는 것이다.<sup>77)</sup>

### 3. 우리나라의 학설에 대한 비판적 검토

#### 1) 신용성의 정황적 보장설에 대하여

신용성의 정황적 보장설은 특신상태가 신용성의 정황적 보장을 의미하고, 이는 미국에서 전문법칙의 예외로 인정하기 위한 요건 개념으로 사용하는 신용성의 정황적 보장과 동일하다고 본다. 그러나 신용성의 정황적 보장설은 다음과 같이 타당하다고 보기 어렵다.

앞에서 보았듯이 FRE가 비전문증거 내지 전문법칙의 예외로 보는 것들은 신용성의 정황적 보장과 필요성이 상호보완적으로 인정되는 일정한 유형들이다. 그러나 우리 법에서 신용성의 정황적 보장과 필요성이 인정되어 일정한 유형으로서 전문법칙의 예외가 되었다고 볼 수 있는 것은 피의자신문조서, 공무원이 직무상 작성한 문서, 업무의 통상적인 과정에서 작성된 문서 정도이고,<sup>78)</sup> 그 나머지의 전문법칙의 예외는 신용성의 정황적 보장과 필요성이 인정되는 일정한 유형이라고 보기 어렵다. 따라서 우리 법에서의 특신상태를 FRE에서 사용되는 신용성의 정황적 보장으로 이해하는 것은 피의자신문조서, 공무원이 직무상 작성한 문서, 업무의 통상적인 과정에서 작성한 문서 정도에서만 타당할 수 있는 것이다.<sup>79)</sup>

74) 福岡高等裁判所 昭和 25. 1. 23. (寺崎嘉博, 주 22)의 책, 437면에서 재인용함).

75) 大阪高等裁判所 昭和 24. 11. 28. (寺崎嘉博, 주 22)의 책, 437면에서 재인용함).

76) 福岡高等裁判所 昭和 28. 8. 21. 高等裁判所刑事裁判判例集 第6卷 第8号 1070頁.

77) 寺崎嘉博, 주 22)의 책, 437면; 松尾浩也(監修), 주 19)의 책, 862면.

78) 우리의 피의자신문조서, 공무원이 직무상 작성한 문서 그리고 업무의 통상적인 과정에서 작성한 문서는 FRE의 반대당사자의 진술, 공공 기록과 보고서 그리고 영업에 관한 기록에 각각 대응한다.

79) 가령 FRE의 관점에서 보면 우리의 피의자신문조서는 반대당사자의 진술에 해당하여 비전문증거로 취급되는바, 이미 비전문증거로 보아 증거능력을 인정하고 있는 피의자신문조

신용성의 정황적 보장설에 따르면 검사 작성 피의자신문조서, 수사기관 작성 진술조서 등은 원진술자가 진술할 당시 특신상태를 인정할 수 있는 외부적 부수사정이 존재하는 경우에만 증거능력을 가진다고 보게 된다. 그러나 검사와 사법경찰관이 피의자나 참고인인 원진술자로부터 진술을 듣는 상황은 보통 수사기관의 조사실 내에서 규칙적, 정형적으로 이루어지기 때문에 그러한 진술이 통상의 경우와 달리 특별히 신용성이 정황적으로 보장되는 상황 하에서 이루어지는 경우를 거의 상정해볼 수 없다. 신용성의 정황적 보장설은 수사기관 작성의 조서에 대해서는 적용될 여지가 없는 것이다.

피의자가 검사에게 진술하는 상황에서의 특신상태의 예로 “변호인의 조력이 실질적이고도 충분히 보장된 경우 등”을 드는 견해<sup>80)</sup>가 있으나, 이러한 견해가 타당하기 위해서는 변호인의 조력이 실질적이고 충분히 보장되는 경우 등은 신용성을 정황적으로 보장하므로 그러한 상황에서 피의자는 진실을 말할 것이라는 관계가 성립되어야 한다. 그러나 변호인의 조력이 실질적이고 충분히 보장되는 경우에 피의자가 진실을 말할 것이라는 주장은 경험칙에 반하여 수긍하기 어렵다.

또한 신용성의 정황적 보장설에 의하면 피의자나 참고인이 객관적 정황에 비추어 수사기관에서 거짓말하였다고 볼 수 있다면 그들의 진술은 모두 특신상태가 결여되어 증거로 사용할 수 없다는 결과에 이르게 된다. 이는 증명력과 증거능력을 혼동하는 것이어서 타당하다고 보기 어렵다.

피고인이나 피고인 아닌 사람이 수사기관과 무관하게 진술하는 경우(법 제 313조, 법 제316조 중 조사자 이외의 자가 한 증언의 내용)의 상황은 정형화되어 있지 않으므로, 특신상태 하에서 행해지는 진술과 그렇지 않은 진술로 나누어 볼 수는 있다. 그렇지만 이와 같이 정형화되어 있지 않아 막연한 상황 하에서 이루어진 진술이 특히 신빙할 수 있는 상황 하에서 이루어졌다고 보기 위해서는 FRE에서처럼 특신정황이 인정되는 일정한 유형들을 해석론으로나마 특정해두어야 할 것이나, 신용성의 정황적 보장설이 그렇게 하고 있지는 않다. 만약 피고인이나 피고인 아닌 사람이 수사기관과 무관하게 진술하는 경우(법 제313조, 법 제316조 중 조사자 이외의 자가 한 증언의 내용)에 있어서의 특신상태를 FRE에서의 신용성의 정황적 보장과 동일한 의미로 이해한다면 피고인이나 피고인 아닌 사람이 수사기관과 무관하게 한 진술은 대부분 특신상태의

---

서에 대해서 특신상태가 존재할 것을 요건으로 하여 증거능력을 인정하는 것은 논리적으로 타당하지 않은 것이다.

80) 법원행정처, 주 1)의 책, 107-108면.

요건을 갖추지 못하여 증거로 사용될 수 없게 되어 불합리한 결과에 이르게 될 것이다.

## 2) 적법절차설과 결합설에 대하여

적법한 절차의 준수는 진술이 증거로 사용되기 위한 당연한 요건이어서 전문법칙과 무관하다. 이는 미국에서 전문법칙이나 신용성의 정황적 보장과 관련하여 적법한 절차의 준수에 대한 논의가 전혀 등장하지 않음을 통해서도 알 수 있다. 더구나 우리 법은 제312조에서 특신상태가 적법한 절차와 방식의 준수와 별도로 인정될 것을 요건으로 하여 수사기관 작성 조서의 증거능력을 인정하고 있으므로, 적법한 절차의 준수가 특신상태의 내용이 될 수는 없다고 보아야 할 것이다.<sup>81)</sup> 그러므로 적법한 절차의 준수를 특신상태의 내용으로 이해하는 적법절차설이나 결합설은 타당하다고 보기 어렵다.

## 4. 판례에 대한 비판적 검토

### 1) 특신상태에 관한 판례

#### (1) 특신상태를 긍정한 판례

① 피고인들이 국가보안법위반등의 혐의를 받고 피고인 1은 1983. 8. 10.에, 피고인 2, 3은 같은 달 11.에 각 수사기관에 영장없이 연행되어 조사를 받아오다가 같은 해 9. 20.에 구속영장에 의하여 구속된 후 같은 해 10. 5. 검찰에 송치되었고, 그때부터 같은 해 10. 31.까지 사이에 검사로부터 각 4차에 걸친 신문을 받으면서 범죄사실을 각 자백하였다. 피고인들은 원심 및 제1심 법정에서 검사로부터 폭행, 협박 등 부당한 대우를 받음이 없이 자유스러운 분위기에서 신문을 받았다고 진술하고 있고, 피고인들은 검찰에 송치된 후 약 1개월간에 걸쳐 각 4차의 신문을 받으면서 범행 동기와 경위에 관하여 소상하게 진술을 하고 있고 일부 신문에 대하여는 부인하고 변명한 부분도 있으며 그 자백내용은 원심이 인용한 제1심판결 거시의 다른 증거에 나타난 객관적 사실과도 일치하고 있고 특히 제1심 제1회 공판정에서 피고인 2는 범죄사실을 모두 자백하면서 자신에 대한 검사 작성의 피의자신문조서에 대하여 진정성립뿐만 아니

81) 김재환, 주 3)의 책, 674면; 배종대 외, 주 3)의 책, 631면; 백형구 등 주석, 주 1)의 책, 430면; 이재상·조균석, 주 1)의 책, 611면; 임동규, 주 3)의 책, 528면; 정웅석·백승민, 주 3)의 책, 648면.

라 임의성까지 인정하였으며, 피고인 3 역시 일부 범죄사실을 제외한 나머지 범죄사실을 모두 자백하고 있는바, 이에 피고인들의 연령, 학력, 경력 등 제반 사정을 종합하여 보면, 피고인들의 검사 앞에서의 자백은 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌다.<sup>82)</sup>

② 시내버스에 승차하여 가던 중 소매치기 범행을 목격하고 버스 안의 승객들에게 주의를 준 다음 버스를 파출소 앞에 정차시켜 범인을 지목하였고 그 직후 경찰에서 범인과의 대질신문을 통해 소매치기 범행내용을 구체적으로 명확하게 진술하였다면 진술 또는 서류의 작성이 특신상태 하에서 행하여진 경우에 해당하며, 그 목격자가 경찰에서 자신의 인적 사항을 사실과 다르게 진술하였더라도 그 뒤 검찰 수사과정 및 공판과정에서 그의 정확한 신원이 밝혀졌고, 그가 인적 사항을 허위진술한 것은 범인의 추적을 피할 목적에서 비롯된 것이라고 짐작되므로, 그와 같은 사정만으로 진술조서의 증거능력을 부정할 사유는 되지 아니한다.<sup>83)</sup>

③ 공소사실: 피고인이 2009. 7. 20. 05:00경 피해자와 동거하는 빌라 2층 계단에서 피해자를 밀쳐 계단 바닥에 부딪히게 함으로써 피해자가 2일 후 사망케 하였다.

원심의 판단: 피고인이 갑에게 “하도 때려서 내가 밀었어.”라고 ‘제1진술’을 할 당시 피고인이 전날 마신 술에서 깨지 않았고, 같은 기회에 “피해자를 잠시 피했다가 돌아왔더니 피해자가 쓰러져 있었다.”라는 등의 ‘제2진술’을 하여 피고인의 진술에 일관성이 없고, 전날 밤에 피해자에게 맞아 감정이 악화된 피고인이 진실과 다르게 말할 수도 있어 제1진술을 들었다는 갑의 진술(법정 진술과 진술조서)의 증거능력이 인정되지 않는다.

사실관계: 피고인은 2009. 7. 20. 00:30경 피고인이 운영하는 A노래방에서 피해자와 다투기 이전까지는 상당량의 술을 마셨으나 그 이후로는 술을 마시지 않았고, 피고인은 A노래방에서 자다가 같은 날 05:00경 피해자에게 이끌려 동거 빌라 2층 202호 원룸으로 돌아와 잠을 자다가 09:30경 그곳으로 찾아온 갑에게 제1진술을 하였고, 갑은 피해자의 누나와 전화통화하여 피해자가 병원에 입원한 사실을 알게 되자 위 원룸에 있는 피고인에게 입원한 이유를 물어보아 피고인으로부터 제1진술을 들었고, 갑은 수시로 A노래방의 가게 문을 열거나 청소를 하는 등 피고인을 대신하여 A노래방을 관리하였는데, 피고인은 피해자 사망 직후 갑에게 ‘자신이 잘못되면 A노래방을 대신 운영하여 노모와 아이들을 돌봐 달라’고 부탁하였으며, 갑은 피해자 사망 직후부터 매일 청심환을

82) 대판 1984. 10. 23. 84도1846.

83) 대판 1995. 6. 13. 95도523.

복용하는 등 초조한 모습을 보이기도 하였다.

판단: 피고인이 2009. 7. 20. 09:30경 갑을 만나 이야기를 나눌 당시 진술의 의미를 판별하지 못할 정도의 주취상태였다고 볼 수는 없고, 갑이 피고인으로부터 듣지도 않은 말을 허위로 진술하거나 왜곡하여 전달하였다고 볼 수도 없으며, 피고인이 제1진술을 한 경위와 피해자 사망 이후에 갑이 보인 태도에 비추어 보더라도 피고인이 갑에게 진술한 속내를 이야기하였고, 갑이 이를 진실되게 받아들인 것으로 보인다. 피고인으로부터 제1진술을 들었다는 갑의 법정 진술과 갑에 대한 진술조서는 특신상태가 인정된다.<sup>84)</sup>

## (2) 특신상태를 부정한 판례

가) 절차적 적법성을 이유로 특신상태를 부정한 판례

④ 검찰관이 피고인을 뇌물수수 혐의로 기소한 후, 형사사법공조절차를 거치지 아니한 채 과테말라공화국에 현지출장하여 그곳 호텔에서 뇌물공여자 갑을 상대로 참고인 진술조서를 작성한 사안에서, 갑이 자유스러운 분위기에서 임의수사 형태로 조사에 응하였고 조서에 직접 서명·무인하였다는 사정만으로 특신상태를 인정하기에 부족하고, 검찰관이 군사법원의 증거조사절차 외에서, 그것도 형사사법공조절차나 과테말라공화국 주재 우리나라 영사를 통한 조사 등의 방법을 택하지 않고 직접 현지에 가서 조사를 실시한 것은 수사의 정형적 형태를 벗어난 것이라고 볼 수 있는 점 등에 비추어 특신상태의 증명 이 있다고 보기 어렵다.<sup>85)</sup>

⑤ 특사경과 검사의 갑에 대한 각 진술조서는 갑이 부당하게 장기간 사실상의 구금상태에서 변호인의 조력을 받을 권리도 보장받지 못한 채 불안감과 위축 속에서 수사관의 회유에 넘어가 한 진술한 기재한 것이어서 그 진술의 특신상태를 인정하기 어렵다.<sup>86)</sup>

나) 진술의 신빙성을 이유로 특신상태를 부정한 판례

⑥ 검사 및 사경 작성의 증인에 대한 진술조서의 진술내용이 상치되어 어느 진술이 진실인지 알 수 없을 뿐 아니라 동인이 제1심 법정에서 증인으로 채택되어 소환장을 두 번이나 받고도 소환에 불응하고 주소지를 떠나 행방을 감춘 경우라면 동인의 위 진술이 특신상태에서 행하여진 것으로

84) 대판 2012. 5. 24. 2010도5948.

85) 대판 2011. 7. 14. 2011도3809.

86) 대판 2015. 10. 29. 2014도5939.

볼 수 없다.<sup>87)</sup>

⑦ 제1심법원이 갑을 증인으로 채택하여 그 주거지인 부산시 금정구로 3회 소환하였으나 폐문부재 또는 이사불명으로 반송되자 그 소재탐지를 촉탁한 결과, 위 주거지에 주민등록이 되어 있지는 아니하고 같은 구의 A 단란주점에 종업원으로 근무한다고 보고되어 A 단란주점으로 다시 소환하였으나 낮에는 소재하지 아니한다는 이유로 반송된 사실, 그 후 원심이 갑을 다시 증인으로 채택하여 위 주거지와 근무처로 소환하였으나 폐문부재라는 사유로 모두 반송되자 소재탐지촉탁을 하여 갑이 위 주거지나 주민등록지인 충북 청주시에는 거주하지 아니하고, A 단란주점에서도 1995. 5.경에 그만 두어 현재 어디 있는지 알 수 없다고 보고되었다는 것인바, 위와 같이 제1심 및 원심법원이 수회에 걸쳐 갑에 대한 증인소환장이 송달되지 아니하여 그 소재탐지촉탁까지 하였으나 그 소재를 알지 못하게 된 이상, '진술을 요할 자가 사망, 질병 기타 사유로 인하여 공판정에 출정하여 진술을 할 수 없는 때'에 해당하므로, 원심으로서서는 마땅히 갑의 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여진 것인지의 여부에 관하여 심리하여 그 증거능력 유무를 판단하여야 할 것임에도 갑이 제1심 변론종결시까지 종전부터 근무하던 주점에 그대로 근무하고 있었다는 사실만을 들어 갑의 검찰 및 경찰에서의 각 진술 기재의 증거능력을 배척한 것은 잘못이다.

그러나, 갑은 이 사건 강도강간의 피해를 당하였다고 정식으로 고소한 바 없이 다만 개인적으로 아는 경찰관 을에게 범인의 인상착의를 말하고, 갑이 범인을 잡으러 다녔으나 잡지 못하였는데, 그 범행 일시로부터 6개월이 지나 피고인이 그 범행과는 다른 사건으로 금정경찰서에 구속된 뒤, 범인이 잡혔으니 한번 와서 보라는 을의 연락을 받고, 비로소 경찰과 검찰에 출석하여 진술조서를 작성하였다는 것인바, 진술이 이루어진 전후 사정에 비추어 볼 때 갑의 진술조서가 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 진술한 것이라고 인정할 수는 없다.<sup>88)</sup>

⑧ 피해자는 원심 법정에 증인으로 출석하여 이름과 나이 등을 묻는 재판장의 질문에만 대답하였을 뿐, 피고인이나 피고인의 가족을 알고 있느냐는 질문에 대하여는 모른다고 하거나 대답하기 싫다고 하였다. 이러한 경우 피해자는 증언능력을 결여하였거나 적어도 요증사실에 관하여 증언을

87) 대판 1986. 2. 5. 85도2788.

88) 대판 1995. 12. 26. 95도2340.



거부한 것과 마찬가지로, 피해자가 진술할 수 없는 사유가 있는 경우에 해당한다.

그러나 피해자의 모든 피해자가 사건 발생한 후 7개월 가량 지난 후에 성행위를 연상케 하는 이상한 행동을 하다가 모로부터 질문을 받고서야 피고인으로부터 추행당한 사실을 이야기하였다고 진술하고 있고, 피해자로부터 그와 같은 이야기를 들었다는 사람은 모 이외에는 없으며, 더욱이 모든 피해자로부터 그와 같은 이야기를 들었다는 1998. 4. 12. 남편인 갑과 상의하거나 피고인에게 추궁이나 항의도 하지 않고 피고인의 처인 을에게 피해사실을 알리고 각자 남편에게는 알리지 말고 해결하자면서 교외에서 살 수 있도록 도와 달라 하여 금전적인 보상을 요구하였으며, 다음 날에도 을에게 전화하여 200 내지 300만 원의 보상을 요구하다가 을이 응하지 않자, 같은 달 14일 성폭력상담소에서 상담하고 고소 안내를 받은 다음, 같은 달 24일에야 고소하였다. 피해자가 모에게 그와 같은 내용의 이야기를 하였다는 데에 허위개입의 여지가 전혀 없다고 할 수 없고 그 진술내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있다고 볼 자료도 없어, 특신상태를 인정할 수 없다.<sup>89)</sup>

㉑ A저축은행이 피고인에게 지급한 5억 원을 전달하였다는 갑의 진술이 기재된 검사 작성의 진술조서와 갑이 작성한 진술서에 관하여, 피고인이 A저축은행 경영진들의 비리를 언론이나 감독기관에 제보하겠다는 취지의 발언을 하였는지 여부 및 누구에게 그러한 발언을 하였는지 등에 관하여 일관되지 않고, 위 발언에 관한 진술의 일부는 을과 병의 진술이나 명백한 사실관계에 배치되고, 갑은 경영진의 지시에 따라 5억 원을 피고인에게 지급할 때에 부친 명의의 대출을 이용하도록 하는 등 경영진에 적극 협조한 자로서 사건 발생시로부터 5년 이상 경과한 시점에 위와 같은 진술을 하면서 A저축은행의 경영진의 입장에서 피고인에게 불리한 내용을 일방적으로 진술하고 있을 개연성을 배제할 수 없고, 피고인의 범행 부인, 갑의 추가 진술, 피고인에 대한 공소제기의 각 시점에 비추어 보면, 특별한 사정이 없음에도 수사기관은 피고인과 갑을 대질신문하지 않고 갑으로부터 간략한 진술서만 제출받은 점 등에 비추어, 갑에 대한 진술조서 및 갑 작성의 진술서에 기재된 진술의 특신상태는 증명되지 않았다.<sup>90)</sup>

㉒ 갑에 대한 검찰 신문 과정에서 피고인과 대질이 이루어지기는 하였으

89) 대판 2000. 3. 10. 2000도159.

90) 대판 2014. 4. 30. 2012도725.

나, 함께 들어간 모텔방에서 다툼이 있어 피고인이 먼저 112 신고를 하고 곧바로 갑과 함께 경찰에 가서 조사받았고, 피고인의 진술은 채팅으로 만난 갑이 합의 하에 모텔방에 온 후에야 대가를 요구하길래 이를 신고하였다는 취지인 반면 갑의 진술은 채팅으로 미리 행위의 내용과 대가를 정하였는데 피고인이 다른 행위를 요구하여 다투었다는 취지로서, 사전에 유사성교행위의 대가를 지급하기로 하였는지 등 공소사실의 핵심적인 사항에 관하여 두 사람의 진술이 시종일관 일치하지 않았다. 원심에서 피고인이 제출한 CD의 동영상에서는 갑이 수사기관에서 한 자신의 진술이 허위라고 진술하고 있다. 갑의 진술이 특신상태 하에서 이루어졌음이 증명되어 법정에서 반대신문을 통한 확인과 검증을 거치지 않아도 될 정도에 이르지 않았다.<sup>91)</sup>

다) 기타 사유로 특신상태를 부정한 판례

⑪ 원진술자가 일본에 거주하는 일본 국적인으로서 우리 법원이 그의 출석을 강제할 수 있는 관할구역 밖에 있어 “원진술자가 사망·질병 기타 사유로 인하여 진술할 수 없는 경우”에는 해당한다고 하더라도 “그 진술이 특신상태에서 행하여진 때”에 해당한다고 볼 자료가 전혀 없으므로, 위 전문증거는 증거능력을 갖추지 못하였다.<sup>92)</sup>

## 2) 판례의 분석

판례가 특신상태를 긍정한 사유는 다음과 같다.

① 피고인들이 영장 없이 연행되어 조사를 받아오다가 나중에 구속영장에 의하여 구속된 후에 검찰에서 각 4차에 걸쳐 자백하였으나, 피고인들이 법정에서 검찰 자백의 임의성을 인정하였고, 검찰 진술이 소상하며 일부 부인한 부분도 있고, 그 자백이 다른 증거와 일치하고, 특히 제1심에서 피고인 2가 범죄사실을 자백하면서 검사 작성 피의자신문조서의 진정성립과 임의성을 인정하였고, 피고인 3도 대부분의 범죄사실을 자백하고 있어 피고인들의 검사 앞에서의 자백은 특신상태가 인정된다.

② 버스에서 소매치기를 목격하고 파출소에서 버스를 정차시킨 직후 수사기관에서 진술하였고, 진술내용이 구체적이고 명확하므로 특신상태가 인정된다.

③ 진술 당시 피고인은 주취상태가 아니었고, 피고인은 사건 전후로 갑과

91) 대판 2014. 2. 21. 2013도12652.

92) 대판 1994. 1. 28. 93도1278.

친하게 지냈으며, 피해자 사망 이후 갑이 초조해함으로써 피고인을 범인으로 판단하였다고 보여지므로 특신상태가 인정된다.

판례가 절차적 적법성의 관점에서 특신상태를 부정한 사유는 다음과 같다.

④ 외국에 소재하는 증인을 형사사법공조나 영사를 통한 조사가 아니라 현지 출장조사하였으므로 특신상태가 인정되지 않는다.

⑤ 부당한 구금과 변호인의 조력이 없는 위법수사가 존재하고 피고인이 불안감 속에 수사기관의 회유에 넘어가 진술하였으므로 특신상태가 인정되지 않는다.

판례가 진술의 신빙성의 관점에서 특신상태를 부정한 사유는 다음과 같다.

⑥ 증인에 대한 검사와 사경 작성의 진술조서들의 내용이 상치되고, 증인이 범원의 소환에 불응하고 주소지를 떠나 행방을 감추어 특신상태가 인정되지 않는다.

⑦ 강도강간 피해자가 정식 고소하지 않고 개인적으로 아는 경찰관에게 범행을 알렸고, 피고인이 다른 사건으로 구속된 이후에 수사기관에 출석하여 진술조서가 작성되었으며, 제1심과 제2심이 피해자의 주거지, 주민등록지 및 근무처에 수 회 소환장을 보내고 소재탐지를 하였으나 소환장이 송달불능되고, 피해자가 소재불명되어 특신상태가 인정되지 않는다.

⑧ 피해자로부터 피해사실을 들었다는 모의 진술에 관하여 범죄발생과 피해사실을 진술할 때까지의 시간적 간격이 길고, 피해자로부터 피해사실을 들은 사람이 모 외에는 없으며, 피해사실을 듣고 난 이후의 모의 행동이 부자연스러우므로 특신상태가 인정되지 않는다.

⑨ 갑의 진술이 일관되지 않고 을, 병의 진술과 모순되며, 갑이 A저축은행의 입장에서 피고인에게 불리한 진술을 할 사정이 있을 수 있으며, 수사기관이 피고인과 대질하지 않고 갑으로부터 진술서만 제출받았으므로 특신상태가 인정되지 않는다.

⑩ 피고인과 갑의 진술이 핵심적인 부분에서 시종일관 불일치하고, 갑이 허위진술하였다고 말하는 CD가 존재하므로 특신상태가 인정되지 않는다.

판례가 특신상태를 부정한 기타의 사유는 다음과 같다.

⑪ 특신상태를 인정할 자료가 없어 특신상태가 인정되지 않는다.

## 3) 판례에 대한 비판적 검토

판례는 특신상태의 의미에 관하여 다음과 같이 애매모호한 입장을 취하고 있다.

첫째, 판례는 특신상태의 의미를 일의적으로 정의하지 않는다는 점이다. 특신상태에 관한 판례의 정의에 따르면 특신상태가 성립하기 위한 요건은 ㉠ 진술내용에 허위개입의 여지가 거의 없고, ㉡ 조서 또는 서류의 작성에 허위개입의 여지가 거의 없으며, ㉢ 진술내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있을 것이다. 즉 판례는 ㉠ 진술이 진실할 것, ㉡ 진술을 기재한 서면의 내용이 진술과 일치할 것, 그리고 ㉢ 진술 당시의 상황이 진실성과 임의성이 담보할 것이라는 3가지 모두를 특신상태의 요건으로 보기 때문에 특신상태의 의미가 일의적으로 정의되지 않고 있는 것이다.

둘째, 판례가 특신상태의 판단자료로 삼은 사유들은 매우 다양하여 진술의 신용성을 정황적으로 보장하는 것들로 한정되지 않는다는 점이다. 즉, 판례가 특신상태를 판단하는 주된 자료로 삼은 것은 앞에서 보았듯이 1) 진술에 이르기까지의 정황, 2) 피고인과 진술인과의 관계, 3) 진술 내용이 구체적이며 모순이 없는지 여부, 4) 진술 이후의 행동, 5) 수사기관의 수사방법이 적절한지 여부, 6) 특신상태에 대한 검사의 주장·입증의 존부 등이다. 위 1)과 4)는 신용성을 보장하는 진술 당시의 정황이 아니고, 위 3)은 증명력의 문제이며, 위 5)는 절차적 적법성을 포함하고 있다.

## VI. 결론

우리의 학설은 특신상태가 미국에서 사용되는 신용성의 정황적 보장과 같은 것으로 이해하는 데 거의 일치하고 있다. 특신상태에 관하여 “진술내용이나 조서 또는 서류의 작성에 허위개입의 여지가 거의 없고, 그 진술내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있는 경우를 가리킨다”고 반복적으로 판시해오고 있는 판례의 견해 역시 위 학설과 같은 취지인 것으로 이해하는 것이 보통이다.

우리 법은 전문법칙의 예외를 규정함에 있어 법문언상 특신상태의 존재를 요건으로 하지 않는 경우와 특신상태의 존재를 요건으로 하는 경우로 구분하고 있다. 그런데 특신상태에 대해서는 상당히 많은 논의들이 이루어져 왔고,

판례도 많이 축적되어 있음에도 불구하고 우리 법상의 특신상태가 구체적으로 무엇을 의미하는지, 전문법칙의 예외를 인정함에 있어서 특신상태의 존재를 요건으로 한 것과 그렇지 않은 것으로 구분한 근거는 무엇인지 등에 관한 의문이 든다. 그러한 이유로 특신상태가 신용성의 정황적 보장을 의미한다고 보아 온 지배적인 학설과 판례의 견해가 과연 타당한지에 관하여 근본적으로 재검토하기 위하여 일본과 미국의 특신상태 이론을 들여다보았다.

FRE에서 비전문증거 내지 전문법칙의 예외로 보는 것들은 반대당사자의 진술, 죽음이 임박하였다고 믿고 한 진술, 흥분하여 한 발언과 같이 신용성의 정황적 보장과 필요성이 인정되는 일정한 유형들이어서 위와 같은 일정한 유형에 해당하는지 여부는 증거능력의 요건이고, 특정 유형에 해당하여 증거능력을 가진 개별적인 증거가 사실을 인정하는 힘을 가지는지는 증명력의 문제이므로 증거능력과 증명력은 준별되며, 신용성의 정황적 보장은 절차적 적법성과 무관하다.

그러나 우리 법에서 신용성의 정황적 보장과 필요성을 요건으로 하여 전문법칙의 예외로 인정하였다고 볼 수 있는 것은 피의자신문조서, 공무원이 직무상 작성한 문서, 업무의 통상적인 과정에서 작성한 문서 정도에 불과하고, 그 나머지의 전문법칙의 예외는 신용성의 정황적 보장과 필요성이 인정되는 일정한 유형이 아니다. 따라서 우리나라의 특신상태를 FRE에서 사용되는 신용성의 정황적 보장으로 이해하는 것은 피의자신문조서, 공무원이 직무상 작성한 문서, 업무의 통상적인 과정에서 작성한 문서 정도에서만 타당할 수 있다. 일본의 특신상태 이론도 우리나라의 그것과 대동소이하다고 볼 수 있다.

판례는 특신상태의 요건으로 진술이 진실할 것, 진술을 기재한 서면의 내용이 진술과 일치할 것 그리고 진술이 이루어지는 상황이 진실성과 임의성이 담보할 것이라는 3가지를 들고 있으나, 이는 미국에서의 신용성의 정황적 보장과는 전혀 다르다. 판례는 1) 진술에 이르기까지의 정황, 2) 피고인과 진술인과의 관계, 3) 진술 내용이 구체적이며 모순이 없는지 여부, 4) 진술 이후의 행동, 5) 수사기관의 수사방법이 적절한지 여부, 6) 특신상태에 대한 검사의 주장·입증의 존부 등을 특신상태가 존재하는지에 관한 판단자료로 삼고 있는바, 이는 증거능력과 증명력의 문제를 혼동하고, 전문법칙과 무관한 절차적 적법성을 특신상태의 내용으로 포섭하는 것이어서 부당하다.

이러한 불합리는 배심재판에 적합한 영미의 전문법칙 이론을 직업 법관이 수사기관 작성의 조서를 위주로 하여 재판하는 우리의 현실에 적용하는 과정에서 발생하였을 것으로 생각된다. 다시 말하면 조서의 증거능력은 대체로 내

용과 진정성립의 인정 여부에 의해 좌우되고 이는 전문법칙과 전혀 무관함에도 불구하고, 그러한 조서의 증거능력을 전문법칙의 요소인 특신상태 개념으로 설명하려는 것 자체가 근본적인 모순일 것으로 생각된다. 특신상태에 관한 논리전개와 해석상의 혼란을 해결하기 위해서는 전문법칙, 직접주의 그리고 공판중심주의 등에 대한 이해의 재정립이 필요하다고 생각된다.

[참고문헌]

- 강구진, 「형사소송법원론」, 학연사, 1986.
- 강동욱 외, 「형사소송법강의」, 오래, 2013.
- 권오걸, 「형사소송법」, 형설출판사, 2010.
- 김인회, 「형사소송법」, 피앤씨미디어, 2015.
- 김재환, 「형사소송법」, 법문사, 2013.
- 김정환, 「실무형사소송법」, 준커뮤니케이션즈, 2015.
- 김태명, 「판례형사소송법」, 피앤씨미디어, 2017.
- 노명선 · 이완규, 「형사소송법」, 성균관대학교 출판부, 2013.
- 배종대 외, 「형사소송법」, 홍문사, 2015.
- 백형구 외, 「주석형사소송법(Ⅲ)」, 한국사법행정학회, 2009.
- 법원행정처, 「법원실무제요 형사[Ⅱ]」, 2014.
- 신동운, 「신형사소송법」, 법문사, 2012.
- 신양균, 「형사소송법」, 화산미디어, 2010.
- 안성수, 「형사소송법」, 박영사, 2010.
- 이영란, 「한국형사소송법」, 나남출판, 2008.
- 이재상 · 조균석, 「형사소송법」, 박영사, 2017.
- 이주원, 「형사소송법」, 박영사, 2019.
- 이창현, 「형사소송법」, 피앤씨미디어, 2018.
- 임동규, 「형사소송법」, 법문사, 2019.
- 정웅석 · 백승민, 「형사소송법」, 대명출판사, 2014.
- 최영승, 「형사소송법」, 피앤씨미디어, 2016.
- 김정환, “형사소송법상 특신상태의 의미와 개념요소 및 판단기준에 관한 소고”, 「비교형사법연구」, 제16권 제1호,
- 김정훈, “미국법상 전문법칙의 예외”, 「해외연수검사연구논문집」, 제32집, 제1호, 2017.
- 김 철, “미국연방증거규칙상 전문법칙(Hearsay Rule)의 예외에 관한 연구”, 「해외연수검사연구논문집」, 제21집, 제1호, 2006.
- 김태업, “형사소송법 제314조에 따라 증거능력을 인정하기 위한 요건 - 대상판결 : 대법원 2014. 8. 26. 선고 2011도6035 판결 -, 「형사소송 이론과 실무」, 제7권 제1호, 2015.

- 유해용, “공판중심주의와 전문법칙”, 「저스티스」, 통권 제98호, 2007.
- 정승환, “검사작성 피의자신문조서의 증거능력과 ‘특신상태’”, 「형사법연구」, 제19권 제3호, 2007.
- 정웅석, “전문법칙 규정에 관한 한미 양국 비교를 통한 개선방안”, 「형사소송 이론과 실무」, 제7권 제1호, 2015.
- 최병각, “특신상태의 증명정도”, 「비교형사법연구」, 제20권 제1호, 2018.

- 江家義男, 「刑事證據法の基礎理論」, 1952.
- 後藤昭・白取祐司(編), 「新・コンメンタル 刑事訴訟法」, 日本評論社, 2010.
- 小野清一郎 外, 「刑事訴訟法(下)」, 有斐閣, 1986.
- 高田卓爾, 「刑事訴訟法, 現代法律學全集」, 青林書院, 1984.
- 團藤重光編, 「法律實務講座刑事編 8卷」, 有斐閣, 1956.
- 寺崎嘉朴, 「刑事訴訟法」, 成文堂, 2013.
- 藤永幸治 外(編), 「大コンメンタル刑事訴訟法 第5卷 I」, 青林書院, 1999.
- 白取祐司, 「刑事訴訟法」, 日本評論社, 2010.
- 平野龍一, 「刑事訴訟法」, 法律學全集, 有斐閣, 1958.
- 松尾浩也, 「刑事訴訟法(下)」, 弘文堂, 1993.
- 松尾浩也(監修), 「條解刑事訴訟法」, 弘文堂, 2009.

- Advisory Committee's Note, 56 Federal Rules Decisions 295, 1973.
- Deborah Jones Merritt/Ric Simmons, Learning Evidence, West Academic Publishing, 2018.
- Michael G. Fenner, The Hearsay Rule, Carolina Academic Press, 2009.
- John L. Worrall, Criminal Procedure: From First Contact to Appeal, Pearson Education, Inc., 2010.
- Jon R. Waltz et al, Evidence - Cases and Materials, Tomson Reuters /Foundation Press, 2009.
- Ronald J. Allen et al, Evidence - Text, Problems, and Cases, Aspen Publishers, 2006.
- Steven L. Emanuel, Evidence, Aspen Publishers, 2007.



[Abstract]

## A Critical Review on the Circumstantial Guarantee of Trustworthiness

Choi, Byung-Chun\*

Theories and precedents that support the credibility granted by circumstances theory are flawed in many aspects. The most fundamental reason is that the Federal Rules of Evidence(FRE) considers both the circumstantial guarantee of trustworthiness and necessity of the use of such evidence as non-hearsay or exceptions of hearsay rule. Therefore, if statements are non-hearsay or exception of hearsay rule, then it gains admissibility. Each individual statement's probative power can be judged by the juror or judge. However, Korean law grants admissibility to certain types of statements when it was produced under especially trustworthy situation, thus making the distinction between admissibility and probative power confusing as the trustworthiness of statements is contemplated during the judgement on especially trustworthy situations. Furthermore, hearsay before investigating agents are usually stated under investigating agents' regular and typical investigative procedures. Thus statements from these occasions cannot be considered to have been conducted under especially trustworthy situations. The trustworthiness of hearsay obtained from non-investigative agencies may or may not be assured by the situation in which the hearsay was obtained. However, some theories and precedents do not seem to care much about circumstantial guarantee of trustworthiness. If hearsay by non-investigative agencies can be granted admissibility only when circumstantial guarantee of trustworthiness exists as written in the Federal Rules of Evidence, then the unfair conclusion that most hearsay cannot be used as evidence is reached.

The supreme court judges what can be passed as especially trustworthy situations by considering 1) the process of the obtaining the statements and

---

\* Associate Professor, Law School of Chonnam National University

documentation, 2) the relationship between the declarant and the accused 3) whether the content of statements is detailed and not contradictory 4) the situation during the statement or after the document has been made 5) the adequacy and lawfulness of investigation methods by the investigative agency 6) whether the district attorney has pleading or proof of especially trustworthy situation. Precedents judge what is an especially trustworthy situation by considering not only the external collateral situations, which is material to especially trustworthy situation, when the statement was made, but also other factors.

To develop reasonable logics on especially trustworthy situation theory and resolve the confusions on it, reestablishment of understanding on hearsay rule, court-oriented trial principle and principle of immediacy(unmittelbarkeit principle in German) is required.

Keywords : circumstantial guarantee of trustworthiness, hearsay, hearsay rule, admissibility, credibility