

형사소송법 제313조 제1항의 해석과 관련한 소고*

정진연* · 신이철**

I. 서론	자”의 의미
II. 제313조의 일반론	IV. 관련문제 - 공동피고인의 진술서
1. 서설	1. 문제점
2. 피고인의 진술을 기재한 서류	2. 검사 앞에서 작성한 공동피고인의 진술서의 증거능력
3. 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 서류	3. 사법경찰관 앞에서 작성한 공동피고인의 진술서의 증거능력
III. 제313조 제1항 본문과 단서와의 관계	4. 수사기관과 별도로 스스로 작성한 공동피고인의 진술서
1. 제313조 제1항 단서의 “피고인의 진술을 기재한 서류”의 의미	V. 결론
2. 제313조 제1항 단서의 “작성	

I. 서론

형사소송법에서 “사실을 인정하기 위해서는 증거에 의하여야 한다”고 하여 증거재판주의를 규정하고 있다(형사소송법 제307조). 이때 ‘사실’은 일체의 모든 사실을 포함하는 것이 아니라 범죄사실만을, ‘증거’ 또한 아무런 증거에 의하여 사실 인정을 하여도 좋다는 뜻이 아니라 증거능력이 있고 적법한 증거조사를 거친 증거를 말하는

* 본 연구는 숭실대학교 교내연구비 지원으로 이루어졌음.

** 숭실대학교 법과대학 교수, 법학박사.

*** 원광디지털대학교 경찰학과 교수.

바, 이는 엄격한 증명의 원칙을 규정한 것이라고 할 수 있다. 그러나 한편에서 형사소송법은 엄격한 증명의 원칙을 천명한 증거재판주의에 기초하면서도 자백의 증거능력(제309조)과 전문증거의 증거능력(제310조의2)을 제한하고 있다. 여기서 엄격한 증명의 원칙을 지나치게 강조하게 되면 형사절차의 지연 및 판단자료의 제한으로 인하여 피고사건의 실체적 진실이 규명될 여지가 줄어들게 되므로 소송경제상 증거동의의 방법(제318조)과 아울러 광범위한 전문법칙의 예외(제311조 내지 제316조)를 인정함으로써 증거능력부여의 길을 열어두고 있다.

여기서는 특히 전문법칙의 예외규정 중에서도 제311조와 제312조 규정 이외의 것은 모두 제313조의 적용을 받게 되는 바, 제313조의 규정을 두고 여러 가지로 복잡한 해석문제를 야기하고 있으므로 아래에서 제313조의 일반론을 검토한 후, 특히 제313조 제1항 단서의 “피고인의 진술을 기재한 서류”가 진술서를 말하는지 아니면 진술조서를 말하는지, 그리고 단서의 “작성자”는 누구를 말하는 것인지 즉, 단서와의 관계상 특신상태와 가중요건으로 보아야 하는지 아니면 감경요건으로 보아야 하는지와 맞물려 있는 문제라고도 할 것이며, 최근에 대법원판례 또한 입장을 표명한 바 있으므로 이에 대한 분석이 필요하다.

또한 이와 관련한 문제도 모순없이 해결한다는 차원에서 특신상태의 의미는 물론 공동피고인의 진술서 등의 문제도 함께 논의해 보기로 한다.

II. 제313조의 일반론

1. 서설

(1) 의의

제313조 제1항은 법 제311조 및 제312조의 규정에 의하여 증거능력이 인정되는 서류 이외에 “피고인” 또는 “피고인 아닌 자”가 작성한 “진술서”나 “그 진술을 기재한 서류”에 대하여 일정한 요건 하에 증거능력을 인정하고 있다. 따라서 제311조 및 제312조의 서류를 적용대상에서 제외하고 있으므로 법원 또는 법관의 면전조서, 검사작성의 피의자신문조서 및 진술조서, 검사이외의 수사기관 작성의 피의자신문조서는 이에 포함되지 않으나, 검사이외의 수사기관 작성의 진술조서¹⁾, 사인 또는 공증인 등

1) 사법경찰관 작성의 피고인 아닌 자에 대한 진술조서도 조서의 일종이므로 검사작성의 참고인진술조서를 규정하고 있는 형사소송법 제312조 제1항 본문을 유추적용하여 증거능력을 판단하자는 견

에 의하여 작성된 진술을 기재한 서류²⁾, 진술서 등은 본 조항의 적용대상이 된다.³⁾

여기서 진술서란 피고인·피의자 또는 참고인(피해자, 목격자, 피고인의 친족 등)이 자기의 의사·사상·관념 및 사실관계를 기재한 서면을 말하며⁴⁾, 진술서·자술서·시말서 등 명칭의 여하를 불문함은 물론⁵⁾, 작성의 장소도 묻지 않는다. 따라서 이른바 진술서·자술서외에 도난신고서, 고소장(범죄사실기재부분), 계약서, 각서 등은 물론 사건과 관계없이 작성된 메모, 컴퓨터디스켓에 들어 있는 문건⁶⁾ 등도 여기에 해당한다.

(2) 진술서면의 종류

법 제313조 제1항에서 규율하고 있는 진술서⁷⁾에는 피고인이 작성한 진술서와 피고인이 아닌 자가 작성한 진술서, 그리고 진술 기재서류에는 피고인의 진술을 기재한 서류와 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 서류 등으로 나누어 규정하고 있다.

여기서 “피고인의 진술서”라고 함은 수사단계에서 작성한 피의자 진술서처럼 당해 피고인의 사실인정에 사용되는 진술서를 의미하며, 진술서 작성시에 진술자가 피고인임을 요하지 않는다. 따라서 피의자 또는 참고인의 지위에서 작성한 진술서를 포함하

해도 생각해 볼 수 있으나, 명문의 근거없이 검사의 참고인진술조서와 같이 볼 수는 없다고 보아야 할 것이며(통설), 관례도 같은 견해를 취하고 있다(대판 1997. 4. 11, 96도2865).

2) 형사소송법 제313조의 진술서면은 반드시 당해사건의 수사과정이나 공판절차에서 작성될 것을 요하지 않으므로, 사건과 관계없이 작성된 서류도 모두 포함된다(신동운, 형사소송법(제3판, 2005), 827면). 따라서 제313조 제1항에서의 “피고인 아닌 자의 진술을 기재한 서류”에는 사법경찰관이 작성한 참고인 진술조서 이외에 수사기관이외의 공무원 또는 일반인이 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 서류도 포함한다(정영석/이형국, 형사소송법(전정판, 1996), 356면).

3) 사인인 의사가 작성한 진단서는 당연히 증거능력이 인정되는 서류가 되지 아니하고(대판 1969. 3. 31, 69도179), 본 조항에 의하여 공판기일 등에서 그 작성자인 의사의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명되어야 증거능력을 가진다(대판 1967. 4. 18, 67도231).

4) 피고인·피의자·참고인이 작성의 주체라는 점에서 수사기관이 작성하는 진술조서와 구별된다.

5) 문제는 피고인이 자기의 형사책임을 인정하는 자백서 같은 것은 어떻게 취급하느냐의 문제가 있는 바, 미국에서는 법정 외의 자인 및 자백을 기재한 서면은 전문법칙의 적용이 없는 것으로서 증거능력이 인정되고 있다(McMormick, Evidence, p63).

6) 대판 1999.9.3, 99도2317.

7) 진술서는 작성의 주체에 따라 피고인의 진술서, 피의자의 진술서 및 참고인의 진술서로 나눌 수 있다. 또 진술서가 작성되는 과정에 따라 공판심리중에 작성된 진술서, 검사의 수사단계에서 작성된 진술서 및 사법경찰관의 수사단계에서 작성된 진술서로 구분할 수 있다. 견해에 따라서는 작성의 동기에 따라 자진형의 진술서와 요구형의 진술서로 구별하는 입장도 있다(백형구, 형사소송법강의(제8전정판, 2001), 681면).

며, 피고인이 사법절차 외에서 작성한 진술서(예컨대 범행경위를 기재한 일기장 등)도 피고인이 작성한 진술서에 해당한다.

반면에 피해자 또는 참고인이 작성한 진술서, 의사가 작성한 진단서 등은 피고인 아닌 자가 작성한 진술서에 해당한다.

2. 피고인의 진술을 기재한 서류

(1) 의의

제311조 및 제312조의 규정이외에 피고인이 작성한 진술서나 그 진술을 기재한 서류로서 그 작성자 또는 진술자의 자필이거나 그 서명 또는 날인이 있는 것은 공판준비 또는 공판기일에서의 그 작성자 또는 진술자의 진술에 의하여 그 성립이 증명된 때에는 증거로 할 수 있다(제313조 제1항 본문). 단 피고인의 진술을 기재한 서류는 공판준비 또는 공판기일에서의 그 작성자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명되고 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여진 때에 한하여 피고인의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에도 불구하고 증거로 할 수 있다(제313조 제1항 단서).

(2) 제313조 제1항 본문 후단의 “그 작성자 또는 진술자의 진술”의 의미

제313조 제1항의 후단은 “그 작성자 또는 진술자의 진술”로 규정하고 있어 원진술자 외에 진술을 기재한 제3자의 진술로도 성립의 진정을 증명할 수 있지 않는가 하는 의문이 충분히 있을 수 있다. 그러나 만약 이렇게 이해하게 된다면 사법경찰관 작성의 참고인진술조서의 경우에 제313조 제1항의 ‘피고인이 아닌 자의 진술을 기재한 서류’에 해당하므로 결국 작성자인 사법경찰관에 의해서도 성립의 진정이 증명될 수 있다고 해석되는 바, 이는 검사작성의 참고인진술조서의 경우에는 작성자인 검사가 아닌 원진술자가 성립의 진정을 인정해야 한다는 점을 고려해 보면(제312조 제1항 참조) 균형이 맞지 않게 되므로, 결국 여기서의 “작성자”는 전단의 “진술서”에, “진술자”는 전단의 “진술에 기재한 서류”에 각각 해당되는 것으로 해석해야 할 것이다.

따라서 본 조항의 진술서면은 원진술자가 직접 작성한 진술서이든 제3자가 원진술자의 진술을 기재한 서류이든 언제나 원진술자의 공판진술에 의해서만 진정성립을 증명할 수 있는 것이라고 할 것이다.⁸⁾

8) 신동운, 상계서, 632면 ; 법원행정처, 법원실무제요(형사), 514면. 검사 또는 사법경찰관이 피의자

(3) 증거능력의 요건

1) 진술의 임의성

진술서의 증거능력에 관한 제313조는 진술의 임의성이 인정되는 것을 전제로 한다. 따라서 진술서의 증거능력이 인정되기 위하여는 진술서에 기재된 내용이 자백인 때에는 제309조에 의하여, 자백 이외의 진술인 때에는 제317조에 의하여 임의성이 인정되어야 한다.

대법원도 “피고인이 경찰에서 작성한 자술서가 진정성립을 인정할 자료가 없을 뿐만 아니라 피고인이 경찰에서 업무를 당하면서 작성한 것이라고 보여진다면 그 자술서에 임의성을 인정하기 어렵다 할 것이고, 이러한 증거들을 유죄의 증거로 삼을 수는 없다”고 판시하여⁹⁾ 임의성이 인정되지 않는 자술서를 유죄의 증거로 삼을 수 없다고 판시하고 있다.

2) 원진술자의 자필 또는 서명·날인

본 조항에 의하여 증거능력이 인정되려면 우선 원진술자(진술서인 경우에는 작성자)의 자필이거나 그의 서명, 날인이 있어야 한다. 진술서에 대하여는 자필을 요하고, 진술조서의 경우에는 서명 또는 날인을 요구하는 것이라고 해석하는 견해가 있으나¹⁰⁾, 반드시 그와 같이 볼 필요는 없고 진술서는 반드시 자필일 것을 요하지 않으

아닌 자의 진술을 기재한 조서는 공판준비 또는 공판기일에서의 원진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 때에만 증거로 할 수 있고, 여기서 성립의 진정이라 함은 간인, 서명, 날인 등 조서의 형식적인 진정과 그 조서의 내용이 원진술자가 진술한 대로 기재된 것이라는 실질적인 진정을 모두 의미한다. 사법경찰관 작성의 피의자 아닌 자에 대한 진술조서를 피고인이 증거로 할 수 있음을 동의하지 아니하였고, 원진술자는 제1심 공판기일에서 위 진술조서에 서명·무인한 것은 맞으나 그 진술조서의 기재 내용과 같이 진술하지는 아니하였다고 진술함으로써 그 진술조서의 실질적인 성립의 진정을 부인한 경우, 그 진술조서에는 증거능력을 부여할 수 없고, 그 진술조서를 작성한 경찰관이 제1심 공판기일에서 원진술자가 진술하는 내용대로 조서를 작성하고 진술인이 서명·무인하였다고 진술하고 있다 하여 증거능력이 있게 되는 것은 아니다(대판 1995. 10. 13. 95도1761, 95감도83).

9) 대판 1980. 8. 12. 80도1289. 그리고 경찰관인 증인 甲의 증언 내용이 피고인이 경찰에서 피의자로서 조사를 받을 때 담당수사 경찰이 없는 자리에서 자기에게 자백 진술을 하였다는 내용이라면 이는 전문증거라고 할 것이므로 원진술자의 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태에서 이루어진 것이라고 보기 어렵다면 이러한 증거들을 유죄의 증거로 삼을 수 없다고 판시하고 있다.

10) 차용석, 형사소송법(세영사, 1997), 797면.

며 타이프 기타 부동문자에 의한 진술서도 진술서에 포함되기 때문에, 자필이 아니라 하더라도 서명 또는 날인이 있는 진술서에 해당한다는 견해가 타당하다고 본다¹¹⁾. 따라서 진술서가 그 작성자의 자필의 경우에는 그 작성자의 서명·날인이 없어도 증거능력이 인정되는 경우가 있을 수 있으며(예컨대 일기장), 자필이 아니라 하더라도 서명 또는 날인이 있으면 증거능력이 인정되는 경우가 있을 수 있는 것이다¹²⁾. 다만 진술을 받은 자 또는 진술녹취자의 서명 또는 날인은 본조에서 의미하는 서명·날인에 포함되지 않는다.

다만 서명 또는 날인은 전문성을 해소하는 기능을 가지는 것이므로 이를 결한 경우에도 제318조의 동의가 있고 또한 진정하다고 인정되는 경우에는 당해 서류의 증거능력을 인정해도 무방하다고 할 것이다. 즉, 서명 또는 날인을 필요로 하는 것은 증명의 정확성을 보장하기 위한 것이므로 서명·날인을 서면작성 요건으로 하지 않는 경우에도 정확성이 보장된다면 이것이 없어도 증거로 할 수 있다고 이해된다¹³⁾.

판례도 진술서에 작성자의 서명이나 날인이 없고 단지 기명 다음에 싸인(성만을 자서하는 방식으로 싸인이 되어 있었던 사안)이 되어 있을 뿐이어도 위 진술서가 진정한 것으로 인정되는 경우에는 당사자가 증거로 함에 동의하고 있는 한 증거로 사용할 수 있다고 본다¹⁴⁾.

3) 성립의 진정

진술자의 진술에 의하여 성립의 진정이 증명되어야 한다. 다만, 성립의 진정의 의의에 대하여는 피의자신문조서나 진술조서의 경우와 같이 서명·날인 등이 진술자의 것임에 틀림없다는 형식적 진정성립과 조서의 기재내용이 진술자의 진술내용과 일치한다는 실질적 진정성립을 포함하는 의미로 보는 견해¹⁵⁾와 진술서의 경우에는 서류 작성자가 동시에 진술자이므로 성립의 진정은 형식적 진정성립만 있으면 된다는 견해¹⁶⁾와의 다툼이 있는 바, 여기서 성립의 진정의 의의는 피의자신문조서와 같지만,

11) 전봉진, 피고인작성의 진술서, 형사증거법(하), 재판자료 제23집, 261면 : 이재상, 형사소송법(제6판, 2005), 525면.

12) 기재내용에 대한 긍정확인이 없는 기계적인 서명·날인이 아니라, 진술자가 기재내용을 숙지하고 오류가 없는 것을 확인한 뒤 서명·날인한 것을 의미한다고 할 것이다.

13) 横川敏雄, 刑事裁判の 研究, 172면이하 : 田中和夫, 新版證據法, 152면.

14) 대판 1979. 8. 31, 79도1431.

15) 신동운, 앞의 책, 633면 : 서희석, 우리형사소송법상의 전문법칙, 형사증거법(상), 재판자료 제22집, 284면.

진술서에 있어서는 작성자의 자필이거나 서명 또는 날인이 있을 것을 요건으로 하며 작성자가 동시에 진술자이므로 큰 의미를 가진다고 할 수는 없다고 생각된다.¹⁷⁾

4) 성립의 진정의 “증명” 의미

법 제312조 제1항이 성립의 진정함이 “인정” 되어야 한다고 하는 것과 달리 법 제313조는 성립의 진정함이 “증명” 되어야 한다고 규정하고 있다. 그 의미에 대해서는 본 조항의 적용을 위하여 피고인 진술서면의 진정성립을 판단함에는 보다 엄격성이 요구되며, 형식적 진정성립으로부터 실질적 진정성립을 바로 추정하는 것은 허용되지 않는다는 의미로 보는 견해¹⁸⁾와 피해자 진술서인 경우 원진술자가 공판기일에 형식적 진정성립을 부인하면 감정 등의 방법에 의하여 그 성립의 진정을 증명할 수 있다는 의미로 보는 견해¹⁹⁾의 다툼이 있는 바, 제312조 제1항의 “인정”과 달리 “증명”이라고 규정한 것은 다른 방법에 의하여 성립의 진정을 증명할 수 있다는 의미로 봄이 합리적이라고 본다. 그런 의미에서 최근 2004년도 전원합의체 판결이 제312조 제1항 본문의 성립의 진정을 “원진술자의 진술에 의하여” 인정되는 방법 외에 다른 방법을 규정하고 있지 아니하므로 실질적 진정성립도 원진술자의 진술에 의하여서만 인정될 수 있는 것이라고 보아야 한다고 판시²⁰⁾한 내용을 충분히 이해할 여지가 있다²¹⁾.

16) 배종대/이상돈, 앞의 책, 561면 ; 백형구, 앞의 책, 650면.

17) 이재상, 앞의 책, 525면.

18) 신동운, 앞의 책, 633면.

19) 백형구, 앞의 책, 658면.

20) 대판 2004. 12. 16, 2002도537(전합).

21) 이러한 판례의 태도변화와 관련하여 검찰실무에서는 실질적 진정성립의 인정방법과 관련하여 검사면전의 피의자신문과정을 녹음하거나 비디오로 촬영하여 이를 증거로 제출하는 방법이 모색되고 있고, 더 나아가 아예 처음부터 검사면전의 피의자신문 내용을 비디오로 촬영하여 그 비디오 테이프를 증거로 제출하려는 시도도 나오고 있는 바, 검사 면전의 피의자신문과정을 녹음 녹화한 테이프가 검사작성 피의자신문조서의 실질적 진정성립을 입증할 수 있는 자료로 사용될 수 있는지, 나아가 그 녹음테이프 또는 비디오테이프 자체가 검사작성 피의자신문조서를 대체할 수 있는지가 문제된다. 이에 대하여 지금까지 대법원 판례가 진술녹음을 담고 있는 녹음테이프나 녹화테이프는 모두 진술서면에 준하여 취급하고 있으므로 조서를 테이프로 전환하여 제출하더라도 문제가 없다고 하면서 테이프의 검증과정에서 원진술자의 진술태도가 확인되고 그 진술내용이 그대로 녹음녹화되는 것을 확인하는 방법으로 검사작성 피의자신문조서의 실질적 진정성립을 입증할 수 있다고 하며, 나아가 테이프자체도 검사작성 피의자신문조서와 동일한 증거능력을 가진다고 보는 긍정설(허용설, 안성수, 저스티스 통권 제84호(2005/4), 216면)과 검사작성의 피의자신문조서의 진정성립을 인정하는 방법으로 형사소송법은 법관의 면전에서 구두로 진술하여 인정하는 방법만을

5) 특신상태

본 조항 단서의 소정의 “특신상태”의 의미에 대하여는 견해의 대립이 있다. 법 제 312조 제1항에서와 같이 진술의 진지성에 중점을 두어야 할 것으로 법 제316조 제1항에서의 특신상태보다는 다소 약한 의미로 볼 수 있다는 견해와²²⁾ 피고인의 진술서면은 검사작성의 피의자신문조서와는 달리 아무런 유형적 제한 없이 다양한 상황과 형태로 작성될 수 있으므로 법 제312조 제1항의 특신상태와는 의미 내용에 차이가 있고²³⁾ 법 제315조 제3호의 특히 신용할 만한 정황과 같은 의미로 이해한다는 견해²⁴⁾의 다툼이 있으나, 본 조항 단서의 소정의 “특신상태”의 의미에 대하여는 최종적으로 법원이 실체적 진실발견과 정의의 실현이라는 관점에서 구체적 사건마다 개별적으로 판단되어야 할 것으로 본다.

(4) 사법경찰관 수사단계의 피의자진술서

1) 의의

문제는 사법경찰관의 수사과정에서 피의자가 작성한 진술서의 증거능력을 제312조 제2항에 의하여 판단할 것인가 또는 제313조에 따라 결정할 것인가에 있다. 제312조에 의할 때에는 피고인이 내용을 인정하여야 증거능력이 인정됨에 반하여, 제313조에 의하여 성립의 진정이 증명되면 증거로 할 수 있고 내용인정이 그 요건이 아니기 때문이다. 이와 관련된 검사면전의 진술서에 대해서는 후술하기로 한다.

2) 학설

① 제313조설 : 사법경찰관에게 제출한 피의자의 진술서도 제313조 제1항의 “피고

규정하고 있을 뿐만 아니라, 명문의 근거없이 진술대신에 테이프의 녹취내용에 의하여 실질적 진정성립을 인정하도록 하는 것은 엄격한 증명의 법리를 벗어나는 것이므로 테이프로 실질적 진정성립을 인정할 수 없으며, 한편 테이프이라는 대체물의 사용을 허용한다면 일제 이래의 폐습인 조서제판을 이제는 비디오제판이라는 현대판 조서제판으로 더욱 고착화될 것이므로 대체할 수 없다는 부정설(불허설, 신동운, 형사소송법 제3판, 857면)이 대립되어 있는 바, 제313조의 규정형식을 비교해 볼 때 후설이 타당하다고 본다.

22) 서희석, 전계논문, 285면.

23) 신동운, 앞의 책, 633면. 우리 형사소송법 제313조 제1항의 단서와 관련하여 주목되는 사유로는 사건발생과 동시 또는 그 직후에 감득한 내용, 흥분상태하의 진술, 사건 당시의 심리상태나 감정을 표현한 진술, 진찰 및 치료를 위한 진술, 기억을 보존을 위하여 기록한 진술 등을 들고 있다.

24) 배종대/이상돈, 앞의 책, 561면.

인이 작성한 진술서”에 해당하여 성립의 진정이 증명되면 증거능력이 인정된다고 해석하는 견해이다²⁵⁾. 이 견해는 i) 제313조는 진술서의 작성시기를 문제삼지 않으므로 사법경찰관의 수사과정에서 작성된 피의자의 진술서도 동조의 적용을 받는 것이 문리해석상 당연하고, ii) 제313조의 진술서는 제312조의 조서보다 신용성이 강하기 때문에 성립의 진정이 증명되면 증거능력을 인정하는 것이며, iii) 진술서에도 제309조와 제317조가 적용되며 그 신빙성은 자유심증에 의한 증명력의 판단에 의하여 결정할 수 있으므로 수사기관이 진술서의 작성을 강제할 우려도 없다는 점에 근거를 두고 있다.

②절충설 : 사법경찰관의 수사과정에서 피의자가 작성한 진술서를 자진형의 진술서와 요구형의 진술서로 구분하여 사법경찰관의 강제 또는 요구에 의하여 작성되거나 사법경찰관이 불러주는 경우와 같은 요구형의 진술서는 실질적으로 피의자신문조서와 동일하므로 제312조에 의하여 증거능력의 유무를 판단하고, 자진형의 진술서는 제313조 제1항을 적용하자는 견해이다.²⁶⁾

③제312조설 : 사법경찰관에게 제출한 진술서도 제312조에 의하여 원진술자가 내용을 인정하여야 증거로 할 수 있다고 해석하는 견해이다²⁷⁾. 이 견해는 i) 사법경찰관이 진술거부권을 고지하고 법에 정한 절차에 따라 작성한 피의자신문조서는 피고인이 내용을 부인하면 증거능력이 없음에 비하여, 진술서는 성립의 진정이 증명되면 증거로 할 수 있다고 해석하면 사법경찰관이 피의자신문조서를 작성하는 대신에 또는 이와 함께 진술서를 받아두려고 하는 것은 당연하고, ii) 제313조 제1항설을 취하게 되면 사법경찰관리는 피의자신문조서를 작성하는 대신 피의자에게 자백진술서의 작성을 강요할 위험성이 있으며 만약 그렇게 된다면 사법경찰관리의 피의자에 대한 인권침해를 방지하려는 제312조 제2항의 입법취지가 유명무실하게 될 우려가 있을 뿐

25) 강구진, 형사소송법원론(1982), 458면 : 김기두, 형사소송법(전정신판, 1985), 142면 : 서일교, 형사소송법(제8개정판, 1979), 183면.

26) 제313조를 적용할 때에는 사법경찰관이 피의자신문조서를 작성하지 않고 진술서의 작성을 강요할 염려가 있으며, 강요에 의한 진술서가 유죄의 증거로 사용될 위험이 크다는 점을 이유로 들고 있다(백형구, 앞의 책, 684면). 그러나 자진형인가 요구형인가에 따라 진술서의 증거능력의 판단기준이 달라진다면 이를 판단하기 위한 증거조사가 선행되어야 하고, 강요 또는 요구에 의한 진술서는 임의성 없는 진술로서 증거능력을 부정하면 족하며 제312조를 적용해야 할 근거가 될 수 없다는 비판이 있다(이재상, 상계서, 526면).

27) 이재상, 앞의 책, 526면 : 신동운, 앞의 책, 635면 : 차용석, 앞의 책, 788면 : 신양균, 형사소송법(제2판, 2004), 694면 : 신현주, 형사소송법(신정2판, 2002), 545면 : 임동규, 형사소송법(제3판, 2004), 488면.

만 아니라, iii)피의자의 진술은 조서에 기재하여야 한다고 규정한 제244조의 규정에도 반한다는 점에 근거를 두고 있다.

3) 판례

대법원은 종래 사법경찰관에게 제출한 피의자의 진술서도 제313조에 의하여 증거능력을 판단해야 한다는 태도를 취하면서, 다만 피고인이 4일간 계속하여 매일 한 장씩의 진술서를 작성한 경우에 이는 부자연스러운 것이므로 자백의 신빙성이 없다고 하였다²⁸⁾. 그러나 그 후 전원합의체판결을 통하여 사법경찰관이 피의자를 조사하는 과정에서 형사소송법 제244조에 의하여 피의자신문조서에 기재함이 마땅한 피의자의 진술내용을 피의자로 하여금 기재하여 제출케 한 경우에는 형사소송법 제312조 제2항에 따라서 증거능력의 유무를 판단해야 한다고 판시하였고,²⁹⁾ 이러한 입장은 현재까지 대법원의 일관된 판례의 태도가 되고 있다³⁰⁾.

더 나아가 판례는 피고인의 진술을 녹취 내지 기재한 서류나 문서가 검사 이외의 수사기관의 수사과정에서 작성된 것이라면 그것이 진술조서, 진술서, 자술서라는 형식을 취하였더라도 피의자신문조서와 달리 볼 이유가 없으므로 피고인이 공판정에서 그 내용을 부인하면 증거능력이 없다고 본다³¹⁾

4) 검토

형사소송법 제313조가 진술서의 증거능력을 인정하기 위한 요건을 피의자신문조서에 비하여 완화한 것은 자필이거나 서명 또는 날인이 있는 진술서는 조서에 비하여 신용성이 크다는 고려에 기초하고 있으며, 동조의 문리해석에 의하면 사법경찰관에게

28) 대판 1980. 12. 9, 80도2656.

29) 피고인 김시훈은 살인용의자로 경찰에 연행된 후 처음에는 범행을 부인하였으나 별건으로 선고 받은 구류형의 집행중에 수사경찰관의 혹독한 고문에 못이겨 살인의 범행을 자백하는 내용의 자필진술서를 작성·제출하였으며, 항소법원은 그 진술서에 기재된 자백의 임의성과 신빙성을 인정하여 이를 결정적 증거로 삼아 피고인 김시훈에게 징역15년을 선고하였으나 사건이 대법원에 계속 중 진범인이 검거되어 구속기소되자 대법원은 원심판결을 파기하고 사건을 원심법원으로 환송하면서 전원합의체판결로써 피의자진술서의 증거능력에 관한 종전의 판례를 변경하였다(대판 1982.9.14, 82도1479).

30) 대판 1983. 6. 14, 83도1011 : 1984. 8. 14, 84도1139 : 1987. 2. 24, 86도1152 : 1992. 4. 14, 92도442.

31) 대판 1983.7.26, 82도385: 1992.4.14, 92도442.

제출한 진술서의 증거능력도 동조에 의하여 판단함이 타당하다는 점을 부정할 수는 없다. 그러나 사법경찰관이 진술거부권을 고지하고 법에 정한 절차에 따라 작성한 피의자신문조서는 피고인이 내용을 부인하면 증거능력이 없음에 비하여, 진술서는 성립의 진정만 증명되면 증거로 할 수 있다고 해석하면 사법경찰관이 피의자신문조서를 작성하는 대신에 또는 이와 함께 진술서를 받아두려고 하는 것은 당연하다고 할 것이며, 이는 피의자의 진술은 조서에 기재하여야 한다고 규정한 제244조의 규정에도 반한다고 하지 않을 수 없다. 이러한 의미에서 사법경찰관에게 제출한 진술서의 증거능력은 제312조 제2항에 따라 판단해야 한다는 견해가 타당하다고 생각된다.³²⁾

여기서 사법경찰관은 ‘피고인 아닌 자’이고, 피고인의 진술을 내용으로 하므로 특신상태만 갖추면 전문증언을 증거로 할 수 있는 여지가 있지만(법 제316조 제1항), 신문을 담당한 사법경찰관이 피의자의 진술에 대한 전문법칙의 제한을 좀 더 손쉽게 모면하기 위하여 피의자에게 진술서를 요구한 점은 그 사법경찰관이 행한 피의자신문의 상황이 결코 피의자의 진술을 특신상태하에서 행한 진술로 추정할 수 없다고 할 것이다. 가사 특신상태 하에서 행해졌다고 볼 수 있는 경우를 생각하더라도 제312조 제2항의 입법취지상 그러한 전문증언은 허용되지 않는다고 봄이 타당하며, 판례도 또한 같은 입장이다³³⁾.

다만, 조서제판을 지양하고 공판중심주의로 나아가려면 가급적 조서의 증거능력을 엄격히 제한하거나 삭제하는 것이 바람직하며, 최근 사법개혁추진위원회에서 형사소송법의 개정법률안의 내용 중 피고인을 피의자로 조사하거나 그 조사과정에 참여하였던 자의 조사내용에 관한 증언을 증거로 사용하도록 하여 실체진실과 피고인의 방

32) 배종대교수는 제313조를 따르더라도 사법경찰관이 요구하여 피의자가 진술서를 작성한 경우에는 그것이 실질적으로 피의자신문에 대한 진술인 한 “피의자의 진술은 조서에 기재하여야 한다”는 제244조 제1항에 위반한 것이므로 그 진술서는 위법수집증거로서 제309조 또는 제317조에 의해 증거능력이 배제되므로 제313조설과 제312조설은 논증과정은 차이가 있으나 그 결론은 차이가 없다는 지적을 하고(배종대/이상돈, 앞의 책, 620면), 손동권교수는 제312조 제2항설을 따를 경우 피고인이 공판정에서 진술서의 내용을 부인하면 그에 대한 임의성여부를 심사할 필요가 없게 되는 장점이 있지만, 피의자의 인권을 보장하는 것은 임의성여부를 공판정에서 심사하는 것이지 아예 공판정에서 문제삼지 않는 것은 아닐 뿐더러, 더 나아가 사법경찰에게도 제313조를 적용한다고 하더라도 그 증거능력 인정의 요건이 되는 임의성 또는 신용성판단에 “의심스러운 때에는 피고인의 이익으로의 원칙”을 적용 한다든가 법관의 자유심증에 맡겨져 있는 증명력 판단을 엄격히 함으로써 피고인보호를 도모할 수 있다는 견해를 제시하고 있다(손동권, 전문법칙과 사법경찰, 형사판례연구 2권, 박영사, 272면).

33) 대판 1995. 3. 24, 94도2287.

어권을 조화를 피하려고 하는 것은 그러한 연장선상에서 충분히 수증할 수 있다고 본다.

5) 관련문제 - 검사면전의 진술서의 취급

먼저 검사면전의 진술서는 그 형식에 있어서 검사작성 피의자신문조서와 구별되지만, 사법경찰관 수사단계의 피의자진술서를 사법경찰관 작성의 피의자신문조서로 보는 근거를 유추하여 검사면전의 진술서도 검사작성의 피의자신문조서와 같이 보아야 한다는 견해가 있을 수 있지만, 그렇게 되면 검사가 피의자신문당시에 피의자신문조서를 작성하지 않고 피의자로 하여금 진술서를 작성케 하였다면 그 진술서는 형사소송법 제312조 제1항에 의하여 그 성립의 진정 이외에 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 때에 한하여 그 증거능력이 있다고 해석해야 할 것이므로 결국 수사기관 면전에서 작성된 진술서는 대부분 제313조 적용에서 제외되게 될 것이다.

따라서 사법경찰관 수사단계의 피의자진술서와 달리 검사면전의 진술서는 그대로 제313조를 적용해야 한다는 견해가 나올 수 있는 것이다. 사건으로는 사법경찰관 수사단계의 피의자진술서를 사법경찰관 작성의 피의자신문조서로 보는 것은 제312조 제2항이 단순한 전문법칙의 예외규정을 넘어서 사법경찰관리의 위법수사를 통제하기 위한 조문이라는 입법취지를 생각해 본다면 같은 수사기관이라고 하더라도 검사의 지위를 고려해 볼 때 반드시 같은 이론 구성을 하여야만 하는 것은 아니라고 판단된다. 다만, 제313조 단서의 ‘피고인의 진술을 기재한 서류’에 진술서를 포함하는 입장에 서는 한 검사앞에서 작성한 진술서는 진정성립 및 특신상태를 조건으로 증거능력을 인정하고 있다고 보아야 하므로 결국 피의자신문조서를 작성하였던 진술서를 작성하였던 간에 그 증거능력을 인정하는 요건을 동일하게 될 것이다. 즉, 양자는 모두 진정성립과 특신상태를 증거능력의 요건으로 삼는다는 점에서 공통되므로 사법경찰관 수사단계의 피의자진술서와는 달리, 형사소송법 제313조 제1항에 의하여 증거능력의 유무를 판단하더라도 큰 문제는 없다고 본다.

3. 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 서류

(1) 범위

피고인 아닌 자가 작성한 진술서³⁴⁾나 그 진술을 기재한 서류³⁵⁾는 원진술자의 자필

34) 피고인 아닌 자가 작성한 진술서라 함은 피고인이 아닌 진술자 스스로가 작성한 진술기재서면

이거나 그 서명 또는 날인이 있고, 공판준비 또는 공판기일에서 원진술자의 진술에 의하여 성립의 진정이 인정되면 증거능력이 인정되고, 별도의 특신상태나 내용인정이 요구되지는 않는다. 그런데 형사소송법 제313조 제1항은 형사소송법 제311조 및 제312조의 진술서면을 적용대상에서 제외하므로 법관면전이나 검사면전의 진술서면은 포함되지 않는다. 그러나 사법경찰관의 면전에서 작성된 피의자 아닌 자의 진술서면, 공무원에 의하여 작성된 진술서면, 그리고 그 밖의 경우에 작성된 피의자 아닌 자의 진술서면은 형사소송법 제313조 제1항의 규율대상이 된다.

(2) 압수조서 및 압수조서 중 압수의 경과를 기재한 부분

압수물 자체가 증거가 되므로 압수조서는 압수사실을 증명하는 기능을 가진 보충적 증거방법인데, 압수조서 중 압수의 경과를 기재한 부분은 진술서로서의 실질을 가지고 있으므로 본 조항(제313조)에 의하여 증거능력이 부여될 수 있다³⁶⁾.

특히 수사기관 작성의 압수조서가 압수절차의 적법성을 입증하기 위해서 사용되는 경우에는 그 조서는 당연히 증거능력이 인정되며 전문법칙의 적용이 없으나³⁷⁾, 일정한 물건을 압수하였다는 사실을 입증하기 위하여 압수조서를 사용하는 경우에는 전문법칙의 예외로서 본조에 해당하는가가 문제될 수 있는 바³⁸⁾, 압수조서는 특히 신용

을 말한다. 따라서 피해자의 피해계와 같은 형사절차를 예상한 진술서면 뿐만 아니라, 해당절차와 관계없이 작성된 거래내용을 기재한 비망록이나 일기장 같은 것도 이에 해당한다(주광일, 우리나라의 형사소송법상의 전문법칙, 법조, 1979.5, 29면).

35) 제3자가 어느 다른 사람의 진술을 듣고 그 진술내용을 녹취한 서면을 말하는 바, 녹취하는 방법에는 특별히 제한이 없다. 또한 진술을 받는 자가 스스로 기재하여야 할 필요는 없는 것이고, 해당진술을 방청하고 있는 제3자가 녹취하는 경우도 무방하다. 진술의 상대방도 반드시 존재하여야 할 필요가 없으며 독자의 녹취서라고 하더라도 진술녹취서라 할 수 있다. 또 해당사건의 증거로 공용하기 위하여 작성된 것에 한하지 아니한다.

36) 법원행정처, 법원실무제요(형사), 516면.

37) 그 증명대상이 소송법상의 사실에 불과하므로 전문법칙의 적용이 없다는 데에는 별 이견이 없는 듯하고, 압수조서로써 그 사실을 증명하여도 무방하다. 다만 소송의 실체에서는 수사절차에 다름이 있고 압수조서를 증거로 하는데 상대방이 동의하지 않는 경우에는 법원이 그 조서만으로 적법성의 다름을 해결하지 않고 현실로 압수절차에 관여한 자, 즉 압수조서의 작성자를 법정에 환문하는 것이 통례적인 처리방법인 듯 하다(차용석, 상계서, 791면).

38) 제315조 제1호는 예시된 것처럼 공무원이 직무상 보관하는 기록에 따라서 증명할 수 있는 경우의 증명문서에 국한할 뿐만 아니라, 수사기관이 그 사건에 관하여 절차과정에서 작성한 보고문서적 성질을 갖는 서면은 직무상의 증명문서의 성질을 띠는 것이 아니므로 이 압수조서는 여기에는 포함되지 않는다고 본다. 그리고 제3호의 문서도 그 제1호 및 제2호의 문서 정도로 특신정황의

할 만한 정황에 의하여 작성된 문서라고 보기 어려울 뿐만 아니라 성격상 검증조서와도 비슷하므로 형사소송법 제312조 수사기관작성의 검증조서의 증거능력에 준하여 그 증거능력을 결정해야 할 것으로 본다³⁹⁾.

판례는 “사법경찰리가 작성한 피고인이 임의로 제출하는 별지 기재의 물건을 압수하였다”는 내용의 압수조서는 피고인이 공판정에서 증거로 함에 동의하지 아니하였고 원진술자의 공판기일에서의 증언에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 바도 없다면 증거로 쓸 수 없다고 하여⁴⁰⁾ 원진술자(압수조서의 작성자)의 진술에 의하여 성립의 진정함이 인정되면 증거능력을 가지는 것으로 본다.

(3) 공범관계에 있는 피의자에 대한 사법경찰관작성 피의자신문조서의 경우

1) 문제점

예컨대 공범관계에 있는 다른 피의자에 대한 사법경찰관작성 피의자신문조서는 피고인의 입장에서 보면 ‘피고인 아닌 자의 진술을 기재한 서류’라고 할 수 있으므로 형사소송법 제313조 제1항 본문이 적용될 여지가 있으므로 이에 대한 논의가 필요하게 된다. 즉, 사법경찰관이 공범관계에 있는 다른 피의자를 신문한 결과 작성한 피의자신문조서를 피고인에 대한 유죄의 증거로 사용하려는 경우에 적용되는가 하는 문제가 있다⁴¹⁾.

2) 학설

공범인 공동피고인의 경찰진술은 상피고인이 그 내용을 인정한 경우에 한하여 증거능력이 있다는 피고인내용인정설⁴²⁾, 공범인 공동피고인이 법정에서 내용을 인정하

존재를 필요로 하는 것인데, 압수조서처럼 형사절차과정에서 수사기관이 작성한 범죄사실의 존재를 주장하는 방향으로의 보고문서는 그러한 특신통황이 부정될 것이므로 동조 제3호의 문서에도 해당되지 않는다.

39) 오영권, 당연히 증거능력이 있는 서류, 형사증거법(하), 재판자료 제23집, 제251면 : 주광일, 전제 논문, 215면.

40) 대판 1995.1.24, 94도1476.

41) 일본 형사소송법에는 우리나라 형사소송법 제312조 제2항과 동일한 규정이 없다. 즉 일본 형사소송법은 피의자공술녹취서를 검사가 작성하였느냐, 사법경찰직원이 작성하였느냐에 따라 증거능력의 요건에 차이를 두고 있지 않다(동법 제322조 참조).

42) 이재상, 앞의 책, 519면 ; 신동운, 앞의 책, 630면.

면 증거능력이 있다는 원진술자내용인정설⁴³⁾, 공범인 공동피고인이 법정에서 내용을 인정하고, 상피고인이 법정에서 실제로 반대신문을 충분히 하거나 반대신문의 기회가 부여된 경우에는 증거능력이 있다는 절충설⁴⁴⁾이 있다.

3) 판례

“형사소송법 제312조 제2항 규정은 당해 피고인에 대한 검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서를 유죄의 증거로 하는 경우뿐만 아니라 당해 피고인과 공범 관계에 있는 다른 피고인 또는 피의자에 대한 검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서를 피고인에 대한 유죄의 증거로 채택할 경우에 있어서도 다 같이 적용된다”고 판시하여⁴⁵⁾ 피고인내용인정설의 입장이며, 그 후의 판례의 태도도 일관되고 있다.⁴⁶⁾

4) 검토

이 경우에 피고인을 중심으로 고찰하면 공동피고인에 대한 피의자신문조서는 “피고인이 아닌 자의 진술을 기재한 서류”에 해당하여 형사소송법 제313조 제1항을 근

43) 김형진, 공판외 진술의 증거능력, 형사증거법(하), 194면.

44) 백형구, 공범자의 자백의 증거능력과 증명력, 변호사 23집, 534면.

45) 이와 같이 당해 피고인과 공범관계에 있는 다른 공동피고인 또는 피의자에 대한 검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서의 증거능력을 형사소송법 제312조 제2항의 규정에 의하여 피고인에 대한 그것과 마찬가지로 엄격히 제한하여야 할 이유는 그 내용이 당해 피고인에 대한 피의자신문조서의 내용과 다름없기 때문이므로, 그 증거능력은 진정성립이 인정되는 외에 당해 피고인 또는 변호인이 그 내용을 인정하여야만 부여할 수 있는 것이며, 원진술자인 피의자 또는 그의 변호인이 내용을 인정하였다 하여 증거능력을 부여할 수는 없는 것이라고 봄이 상당하다. 이와 같이 보지 아니하고 원진술자인 피의자가 피고인에 대한 형사피고사건의 법정에 나와 그 내용을 인정하게 되면 증거능력이 부여된다고 보게 되면 형사재판이 각각 별도로 이루어진 경우 자기에 대한 형사 피고사건에서는 법정에서 그 내용을 부인하여 유죄의 증거가 되지 아니한 피의자신문조서도 공범관계에 있는 다른 피고인에 대한 관계에 있어서는 유죄의 증거가 될 수 있는 불합리하고 불공평한 결과가 생길 수 있고, 또 그 피의자에 대한 형사 피고사건에서 피고인이 되었던 그 피의자 또는 변호인이 내용을 인정한 바 있다 하여 이를 다른 피고인에 대한 형사 피고사건의 증거로 할 수 있다고 본다면 당해 피고인의 반대신문 기회도 없었던 진술만으로 증거능력을 인정하는 것이 될 뿐만 아니라, 만일 그 피의자에 대한 형사사건에서 유죄의 증거로 되었던 이유가 그의 변호인이 피의자신문조서의 내용을 인정하였기 때문인 경우라면 당해 피고인으로서의 자기의 변호인도 아닌 사람의 소송행위로 불이익을 받는 결과가 되어 부당하기 때문이다(대판 1986. 11. 11, 86도1783).

46) 대판 1994. 3. 22, 93도3612 ; 1996. 7. 12, 96도667.

거로 증거능력을 인정할 여지가 생기나, 이 규정은 피의자였던 피고인에 대하여 뿐만 아니라 공동피의자였던 다른 피고인에 대한 관계에서도 적용된다.⁴⁷⁾ 따라서 검사 사이의 수사기관이 작성한 공범관계에 있는 자에 대한 피의자신문조서는 당해 피고인 또는 그의 변호인이 그 내용을 인정하여야만 증거능력을 부여할 수 있으며, 원진술자인 공범관계에 있는자 또는 그의 변호인이 내용을 인정하였다 하여 증거능력을 부여할 수는 없다.⁴⁸⁾ 그러나 공범인 공동피고인이 내용을 부인하더라도 상피고인이 내용을 인정하는 한 증거능력이 있다고 보아도 무방할 것이다.⁴⁹⁾ 여기서 상피고인은 공범인 공동피고인의 경찰진술에 대하여도 “성립 및 내용인정” 또는 “성립인정, 내용부인”식으로 증거인부를 하여야 할 것이나, 만일 피고인이나 변호인이 위 피의자신문조서에 대하여 증거로 함에 부동의 하였다면 이는 그 내용을 인정하지 않는다는 취지로 볼 것이다.⁵⁰⁾

결국 공범관계에 있는 다른 피의자에 대한 사법경찰관작성 피의자신문조서는 피고인의 입장에서 보면 ‘피고인 아닌 자의 진술을 기재한 서류’라고 할 수 있지만, 형사소송법 제313조 제1항 본문은 전문법칙의 예외를 규정한 것이므로 형사소송법 제312조 제2항을 적용할 여지가 있는 경우에는 피고인의 보호를 위하여 형사소송법 제312조 제2항에 따라서 증거능력의 유무를 결정해야 하며, 이 규정이 우선해야 한다⁵¹⁾.

47) 신동운교수는 형사소송법 제312조 제2항이 단순한 전문법칙의 예외라는 차원을 넘어서서 위법수사의 방지장치라고 볼 때 공동피의자였던 다른 피고인에 대한 사법경찰관작성의 피의자신문조서는 피고인과의 관계에서도 증거능력이 없다고 해석해야 할 것이라고 한다(신동운, 앞의 책, 630면).

48) 공범이 아닌 공동피고인의 경찰진술(피의자신문조서)에 관하여는 별 논의가 없고, 판례도 발견되지 않으나 지금까지 논의과정이나 판례의 태도를 고려할 때 순수한 제3자의 진술로 보아 처리함이 타당하다고 생각된다. 즉, 공동피고인이 피고인의 지위에서 진정성립 또는 내용을 인정하더라도 당해 피고인이 증거로 함에 동의하지 않는 한 증거능력은 없고, 이러한 경우에는 공동피고인을 증인으로 신문하여 진정성립이 증명(법 제313조 제1항은 법 제312조 제1항과 달리 “인정”이 아니라, “증명”이라는 표현을 쓰고 있다)된 경우에 한하여 증거능력이 있다고 본다(김영갑, 서증의 증거능력과 증거조사방법의 비교고찰, 형사재판의 제문제2권, 437면).

49) 이재홍, 공범중 어느 한 사람에 대한 사법경찰관작성의 피의자신문조서가 다른 공범에 대한 증거로 될 수 있는 요건, 판례월보 207호(1987년 12월), 45면. 여기서 공범인 공동피고인을 증인으로 신문하여도 상피고인이 내용을 인정하지 않는 한 공동피고인의 경찰진술은 증거능력이 부여되지 않으므로, 경찰진술의 증거능력을 부여하기 위하여 공동피고인을 증인으로 신문하는 것은 무의미하다고 할 수 있다.

50) 대판 1996. 7. 12, 96도667.

51) 대판 1986.11.11, 86도1783.

III. 제313조 제1항 본문과 단서와의 관계

1. 제313조 제1항 단서의 “피고인의 진술을 기재한 서류”의 의미

(1) 문제점

제313조 제1항 단서의 “피고인의 진술을 기재한 서류”에 대하여, 피고인이 된 피의자신문조서의 경우(제312조 제1항 단서)와 달리 공판기일에 “진술자”가 아닌 “작성 자”의 진술에 의하여 진정성립이 증명되고 특신상태가 있는 경우에 증거능력을 인정하고 있으므로 이것을 어떻게 해석해야 하는지의 문제가 있다.

(2) 학설

1) 진술서로 보는 견해

피고인의 진술을 기재한 서류를 피고인의 진술이 기재된 진술서로 보고 그 작성자인 피고인이 공판절차에서 그 진술서의 내용을 부인하는 경우에도 신용성의 정황적 보장이 인정되면 증거능력이 인정된다는 의미로 이해하는 견해이다.⁵²⁾ 이 견해에 대하여는 피고인의 진술을 기재한 서류라고 함은 문리해석상 진술조서를 의미함에도 진술서로 이해하는 것은 부당하다는 점, 진술서는 형식적 진정이 있으면 곧 실질적 진정이 인정되므로 진술서의 내용을 부인하는 경우란 의미가 없다는 점이 문제점으로 지적되고 있다.

2) 진술녹취서로 보는 견해

제313조 제1항 단서 조항에 문리해석상 “피고인의 진술을 기재한 서류”를 피고인에 대한 진술녹취서로 보는 것이 타당하다는 견해이다. 이러한 견해는 진술서의 경우는 피고인 스스로가 타인의 개입이 없이 작성한 것이고 또 불이익한 내용을 담고 있어 진실성이 강하므로 문서의 진정성립만 인정되면 특신상태는 추정되어 증거능력이 인정되지만, 진술녹취서는 피고인에게 불이익한 내용을 담고 있어도 타인이 개입하여 작성한 것이어서 신빙성에 있어서 진술서보다는 뒤지므로 문서의 진정성립이라는 전

52) 백형구, 앞의 책, 723면. 제313조 제1항 단서의 “진술에도 불구하고”를 “피고인이 공판정에서 진술서의 내용을 부인하는 경우에도”라는 의미로 해석하는 입장이다.

제요건 이외에 전문법칙의 예외요건으로서의 특신상태를 더 요구하여 증거능력을 인정한다고 보는 입장이라고 할 수 있다.

(3) 판례

대법원이 (i)“피의자가 작성한 진술서에 대하여 그 성립만 인정되면 증거로 할 수 있고 그 이외에 기재내용의 인정이나 신빙성을 요건으로 하지 아니한 취지는 피고인의 자백이나 불이익한 사실의 승인은 재현불가능이 많고 또한 진술거부권이 있음에도 불구하고 자기에게 불이익한 사실을 진술하는 것은 진실성이 강하다는 데에 입법적 근거를 둔 것이다”고 판시하고 있는 바⁵³⁾, 이는 진술서에 대하여 신빙성을 요건으로 하지 않고 진정성립만을 요구하는 문맥상의 의미를 고려해 볼 때 제313조 제1항 단서규정을 진술녹취서로 해석하고 있는 것으로 볼 여지도 있다.

그러나 한편으로 (ii)이른바 유치원 사건⁵⁴⁾에서 “피고인의 자필로 작성된 진술서의 경우에는 서류의 작성자가 동시에 진술자이므로 진정하게 성립된 것으로 인정되어 형사소송법 제313조 단서에 의하여 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 때에는 증거능력이 있다”고 판시하여⁵⁵⁾ 제313조 제1항 단서규정을 진술서에도 적용하였다.

(4) 검토

53) 대판 1982. 9. 14, 82도1479(전합, 김시훈사건).

54) 사건 개요를 살펴보면 피고인이 1997. 2. 26.부터 1998. 2. 3.까지 부산 사하구 하단동 소재 피해자 김희○ 경영의 유치원에서 서무 및 경리업무를 담당하면서 1997. 3. 14. 위 유치원에서 원생 권수○으로부터 1997년 1학기 현장학습비 명목으로 금 45,000원을 교부받아 은행통장에 입금하여야 함에도 입금하지 않고 개인용도로 임의소비하여 횡령한 것을 비롯하여 1998. 2. 3.까지 사이에 합계금 20,973,000원을 횡령한 사안으로서, 이에 원심은 이에 부합하는 증거들 중 피고인 작성의 각서는 피고인을 서재에 붙들어 둔 상태에서 횡령사실을 시인하지 않으면 집에도 보내주지 아니하고 학교에도 가지 못하게 하겠다는 김희○ 등의 강요에 의하여 사회경험이 적은 피고인이 두려운 나머지 어쩔 수 없이 작성된 것으로 그 증거능력이 없고, 피해자 김희○의 검찰 및 법정에서의 진술은 믿기 어려우며, 나머지 납부현황대장, 일일수입대장의 각 기재만으로는 위 공소사실을 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다는 이유로, 이를 유죄로 인정한 제1심판결을 파기하고 피고인에게 무죄를 선고한 사건이었다.

55) 대판 2001.9.4, 2000도1743. 여기서 특신상태는 증거능력의 요건에 해당하므로 검사가 그 존재에 대하여 구체적으로 주장·입증하여야 하는 것이지만, 이는 소송상의 사실에 관한 것이므로, 엄격한 증명을 요하지 아니하고 자유로운 증명으로 족하다.

아무런 유형적 제한 없이 다양한 상황과 형태로 작성될 수 있는 “피고인이 원진술자인 진술서면”은 검사 또는 사법경찰관이 행하는 신문절차에 의하지 아니한 상황에서 작성 또는 기재된 피고인의 진술서면에 증거능력을 인정하고 있는 바, 이 조문은 피고인의 진술은 진실성이 강하고 일단 번복되면 나중에 진술거부권의 행사에 의하여 동일한 내용의 진술을 얻을 수 없다는 피고인진술의 특수성을 고려하고 나아가 피고인의 자필이거나 서명 또는 날인이 있는 진술서면은 그 내용이 일단 피고인이 진술한 것임을 인정할 수 있다는 점을 감안하여 실체진실발견을 위하여 예외를 마련된 것으로 생각된다.

그리고 피고인의 진술서면에 대하여 증거능력을 지나치게 넓게 인정하면 검사나 사법경찰관의 신문절차에서 볼 수 있는 진술의 객관성을 담보할 장치도 없고 변호인에 의한 반대신문도 행해지지 아니한 상황에서 이루어진 피고인 진술이 유죄인정의 자료로 사용됨으로써 오히려 오판을 초래할 수 있기 때문에 제313조 제1항 본문과 단서는 피고인의 진술서면에 증거능력을 부여하기 위한 요건으로서 성립의 진정과 특신상태의 존재를 동시에 요구하고 있다고 보아야 한다.

따라서 개인적으로는 “피고인의 진술을 기재한 서류”를 피고인의 진술을 기재한 서류뿐만 아니라 목적론적 해석상 피고인의 진술서도 포함하는 것으로 이해하는 것이 타당하다고 본다. 판례가 자필진술서에 대하여 법 제313조 단서를 정면으로 적용한 것은 이러한 범위 내에서 이해가 간다.

2. 제313조 제1항 단서의 “작성자”의 의미

(1) 문제점

제313조 제1항 단서의 “작성자”의 의미와 관련하여 “작성자”가 누구를 가리키는지가 본 조항 단서 소정의 특신상태와 관련하여 문제가 된다.

(2) 학설

(i) 단서 소정의 특신상태를 피고인의 진술서면에 관한 완화요건으로 보는 견해는 위 단서를 그 문언에 충실하게 해석을 하여 피고인의 진술을 기재한 서류는 특신상태가 인정되고 작성자(제3자)의 공판진술에 의하여 성립의 진정함이 증명된 때에는 원진술자인 피고인의 공판진술 여하에 불구하고(즉, 피고인이 성립의 진정을 부인하더라도) 증거능력이 있다고 보는 작성자설(제3자설)⁵⁶⁾과, (ii) 피고인의 진술서면이 증

거능력을 가지기 위하여는 성립의 진정 외에 단서 소정의 특신상태를 피고인의 진술 서면에 관한 가중요건으로 보는 견해가 타당하다고 보는 한, 위 “작성자”는 원진술자를 의미하고 다만 원진술자가 직접 작성한 경우만을 상정하여 “작성자”라고 법문상 규정한 것뿐이라고 해석하는 원진술자설⁵⁷⁾이 대립되고 있다. 그 외에도 (iii)문언에 가장 충실하게 피고인의 진술을 기재한 서류는 원진술자인 피고인의 공판진술에 의하여 성립의 진정이 증명되어야 함은 물론 작성자(제3자)의 공판진술에 의하여 성립의 진정함이 증명되고 특신상태도 요건을 갖추어야 증거능력이 부여된다고 해석하는 견해가 제기될 여지가 있다.

(3) 판례

대법원은 이른바 간통사건⁵⁸⁾에서 “피고인의 진술내용은 실질적으로 형사소송법 제311조, 제312조 규정 이외에 피고인의 진술을 기재한 서류와 다를 바 없으므로, 피고인이 그 녹음테이프를 증거로 할 수 있음에 동의하지 않은 이상 그 녹음테이프 검증 조서의 기재 중 피고인의 진술내용을 증거로 사용하기 위해서는 형사소송법 제313조 제1항 단서에 따라 공판준비 또는 공판기일에서 그 작성자인 고소인의 진술에 의하여 녹음테이프에 녹음된 피고인의 진술내용이 피고인이 진술한 대로 녹음된 것이라는 점이 증명되고 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 것으로 인정되어야 한다”고 판시하여⁵⁹⁾ 법 제313조 단서를 완화요건으로 보고 있는 듯하다⁶⁰⁾.

56) 서희석, 전제논문, 285면 ; 법원실무제요(형사), 516면. 이 입장은 단서 소정의 “피고인의 진술을 기재한 서류”를 피고인이 직접 작성한 진술서는 제외하고 검사나 사법경찰관 등 수사기관 이외의 제3자가 원진술자인 피고인의 진술을 기재한 서류만을 의미하는 것으로 본다.

57) 배종대/이상돈, 앞의 책, 561면 ; 백형구, 앞의 책, 650면 ; 신동운, 앞의 책, 633면.

58) 사건의 개요는 고소인이 피고인들 사이에 성관계가 있는 당시 외국에 있다가 1996. 9. 23. 귀국한 후 처인 피고인 1의 신변에 이상이 있음을 알고 1996. 10. 31. 집 전화의 통화내역을 조사하는 등으로 증거를 수집하고 1996. 11. 11. 및 같은 달 12일 피고인들을 추궁하여 피고인들 사이에 성관계가 있었다는 취지의 말을 들었으나, 피고인 1이 위 성관계는 피고인 2의 강간에 의한 것이라고 주장하며 1996. 12. 30. 피고인 2를 강간죄 등으로 고소하자 그에 대하여 검찰에서 1997. 4. 1. 자로 무혐의결정이 이루어진 후인 1997. 4. 7. 피고인들을 간통죄로 고소한 사건이었다.

59) 대판 2001. 10. 9, 2001도3106.

60) 다만 “수사기관이 아닌 사인(私人)이 피고인 아닌 사람과의 대화 내용을 촬영한 비디오테이프는 형사소송법 제311조, 제312조의 규정 이외에 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 서류와 다를 바 없으므로, 피고인이 그 비디오테이프를 증거로 함에 동의하지 아니하는 이상 그 진술 부분에 대하여 증거능력을 부여하기 위하여는, 첫째 비디오테이프가 원본이거나 원본으로부터 복사한 사본일 경우에는 복사과정에서 편집되는 등 인위적 개작 없이 원본의 내용 그대로 복사된 사본일 것, 둘째

(4)검 토

작성자의 자필이거나 서명 또는 날인이 있는 진술서면은 내용이 작성자가 진술한 것이라는 점이 보장되고, 피고인의 자백이나 불이익한 사실의 증인은 재현불가능하고 진실성이 강하다는 점에 그 취지가 있다는 점을 고려해 보면 피고인의 진술서면이 증거능력을 가지기 위하여는 성립의 진정 외에 단서 소정의 특신상태를 피고인의 진술서면에 관한 가중요건으로 보는 견해가 타당하다고 본다. 따라서 위 “작성자”는 원진술자를 의미하고 다만 원진술자가 직접 작성한 경우만을 상정하여 “작성자”라고 법문상 규정한 것 뿐이라고 보아야 하므로 기본적으로 원진술자설이 타당하다고 본다.

따라서 수사기관이외의 제3자가 피고인의 진술을 기재한 서류에 대하여 원진술자인 피고인이 성립의 진정을 부인하더라도 작성자인 제3자의 공판진술과 특신상태로 증거능력을 인정하는 것에 대하여는 의문이 있다.

IV. 관련문제 - 공동피고인의 진술서

1. 문제점

제313조 제1항에서 규정하고 있는 피고인의 개념 속에 공동피고인이 포함된다고 볼 것인지 문제되며, 공동피고인이 포함되지 않는다고 하더라도 다시 수사기관 앞에서 작성한 공동피고인의 진술서를 피고인 아닌 자의 진술서로 취급해야 되는지 아니면 피의자신문조서로 보아야 하는지의 문제가 있다.

2. 검사앞에서 작성한 공동피고인의 진술서의 증거능력

형사소송법 제313조 제1항에 따라 공판준비나 공판기일에서 원진술자의 진술에 의하여 그 비디오 테이프에 녹음된 각자의 진술내용이 자신이 진술한 대로 녹음된 것이라는 점이 인정되어야 할 것인 바(대판 1999. 3. 9, 98도3169), 비디오테이프는 촬영대상의 상황과 피촬영자의 동태 및 대화가 녹화된 것으로서, 녹음테이프와는 달리 피촬영자의 동태를 그대로 재현할 수 있기 때문에 비디오 테이프의 내용에 인위적인 조작이 가해지지 않은 것이 전제된다면, 비디오테이프에 촬영, 녹음된 내용을 재생기에 의해 시청을 마친 원진술자가 비디오테이프의 피촬영자의 모습과 음성을 확인하고 자신과 동일인이라고 진술한 것은 비디오테이프에 녹음된 진술내용이 자신이 진술한 대로 녹음된 것이라는 취지의 진술을 한 것으로 보아야 할 것이다”라고 판시한 바 있다(대판 2004. 9. 13, 2004도3161).

원칙적으로 검사 앞에서 작성한 공동피고인인 甲의 진술서는 피고인 乙의 진술은 아니므로 甲의 진술서는 공범여부를 불문하고 ‘피고인이 아닌 자가 작성한 진술서’로 보아야 할 것이다. 따라서 원진술자인 甲이 그 진정성립을 인정하면 乙에게도 증거로 될 수 있을 것이다.

3. 사법경찰관앞에서 작성한 공동피고인의 진술서의 증거능력

사법경찰관 앞에서 작성한 피의자진술서를 피의자신문조서로 보는 견해에 따르면 논리적으로 공동피고인의 진술서도 제313조 제1항의 피고인의 진술서에는 포함되지 않는다고 보아야 할 것이다⁶¹⁾. 따라서 공동피고인의 진술서가 수사기관 앞에서 작성되었는가 아니면 수사기관과 별도로 스스로 작성하였는가에 따라 증거능력이 달라지게 될 것이다. 더욱이 우리 판례는 사법경찰관 작성의 공동피고인에 대한 피의자신문조서를 그 공동피고인이 법정에서 진정성립 및 내용을 인정했더라도 피고인이 그 피의자신문조서의 진정성립 및 내용을 인정하지 아니하는 한 피고인에게 증거능력이 없다⁶²⁾고 보고 있기 때문에 피의자진술서에도 동일한 논리가 적용된다고 보아야 할 것으로 보아야 할 것이다⁶³⁾.

4. 수사기관과 별도로 스스로 작성한 공동피고인의 진술서

공동피고인이 당해 수사절차나 공판절차와 무관하게 작성한 진술서의 경우에는 수사기관 앞에서 작성한 진술서가 아니므로 판례의 견해에 의하더라도 제312조 제2항을 적용하는 경우는 없을 것이다. 따라서 상피고인과의 관계에서는 “피고인이 아닌 자가 작성한 진술서”에 해당하므로 원진술자인 공동피고인이 성립의 진정을 인정하면 그 진술서는 상피고인에게 증거능력이 인정된다고 볼 수밖에 없다.

61) 반면에 제313조 제1항을 따르는 견해에 의하면 제313조 제1항의 피고인 아닌 ~자의 진술서로 취급하는 것이 논리적이며, 공동피고인이 피고인의 지위에서 성립의 진정을 인정하면 그 진술서는 상피고인에게 증거능력이 인정된다고 볼 수밖에 없을 것으로 생각된다.

62) 대판 1986. 11. 11, 86도1783.

63) 이에 대한 명시적인 판례의 태도는 밝히고 있지 않고 있다. 다만 “공범자가 작성한 진술서 등은 다른 공범자에 대한 관계에 있어서는 전문증거에 해당하므로 이 경우 형사소송법 제309조의 문제는 제기될 수 없고 형사소송법 제310조의2 내지 제316조에 따라 증거로 할 수 있다”고 판시하고 있는 것이 있을 뿐이다(대판 1984.8.14, 84도1139).

V. 결론

전문법칙과 관련하여 원칙적으로 증거능력이 없지만, 필요성과 특신상태를 요건으로 하여 그 예외 규정을 두고 있는 바, 그 조문 중에서 아직까지도 해석의 논란을 일으키는 규정으로 남아 있는 규정이 제313조 제1항이라고 생각된다.

제313조 제1항 본문에서의 “작성자”는 전단의 “진술서”에, “진술자”는 전단의 “진술에 기재한 서류”에 각각 해당되는 것으로 해석해야 할 것이다. 따라서 본 조항의 진술서면은 원진술자가 직접 작성한 진술서이든 제3자가 원진술자의 진술을 기재한 서류이든 언제나 원진술자의 공판진술에 의해서만 진정성립을 증명할 수 있는 것이다.

제313조 제1항 단서의 작성자는 단서의 특신상태의 의미와 관련하여 특신상태를 피고인의 진술서면에 대한 증거능력인정의 가중요건으로 보는 한 위 작성자는 원진술자(피고인)를 의미한다고 보아야 하며, 다만 원진술자가 직접 작성한 경우만을 상정하여 “작성자”라고 법문상 규정한 것 뿐이라고 보아야 할 것이다. 그리고 단서의 진술서면에는 피고인의 진술서는 물론 그 진술을 기재한 서류가 모두 포함된다고 해석함이 합리적이라고 할 것이므로 2000도1743판례는 충분히 수긍이 간다. 그리고 이때의 본 조항 단서의 소정의 “특신상태”의 의미에 대하여는 최종적으로 법원이 실체적 진실발견과 정의의 실현이라는 관점에서 구체적 사건마다 개별적으로 판단되어야 할 것으로 본다.

이와 관련하여 2001도 3106판례는 법 제313조 단서를 완화요건으로 보고 있는 듯 하나 수사기관 작성의 피의자신문조서에 관한 제312조 제1항 및 제2항의 규정에 비추어 볼때, 수사기관 이외의 제3자가 피고인의 진술을 기재한 서류에 대하여 원진술자인 피고인이 성립의 진정을 부인하더라도 작성자인 제3자의 공판진술과 특신상태로 증거능력을 인정하는 것에 대해서는 상당한 의문이 제기된다고 할 것이다.

아울러 이 기회에 제313조는 원본증거의 사용이 가능함에도 불구하고 진실발견과 소송경제를 위해 전문증거를 사용하는 것으로서 직접주의를 심각하게 파괴하는 규정이라고 할 수 있기 때문에 제312조와 아울러 장기적인 관점에서 볼 때에는 폐지하는 것이 바람직하다고 본다.



▶ 정진연 · 신이철

형사소송법의 기본적 증거법 체계(the fundamental of law-system of evidence of Korean Code of Criminal Procedure)

형사소송법 제313조 제1항의 해석론(the Interpretation of the Criminal Procedure Act 313- 1)

형사소송법 제313조 제1항의 대법원 판결(Decision of the Supreme Court relating to the Criminal Procedure Act 313-1)

[Abstract]

The Review Relating to Interpretation of the Criminal Procedure Act 313- 1

Chung, Jin-Yeon* · Shin, Yi-Chul**

Hearsay Rule has made a fundamental of law-system of evidence of Korean Code of Criminal Procedure. But it is a question whether it is really reasonable with the Explanation of the Article 313-1 of Criminal Procedure.

I compared and considered among the definition of orthodoxy of article 313-1 of Criminal procedure Act.

Even if there is fundamentally no evidence ability relating to hearsay rule, we have under some "exception" to the rule in the condition of necessity and in the circumstances of its utterance which to guarantee its trustworthiness. However, I think the Criminal Procedure Act 313-1 Item has still adverse criticism of interpretation.

This paper investigates the text, clue and decision of the Supreme Court relating to the Criminal Procedure Act 313-1. Then I think that even though the Criminal Procedure Act 313 Clause is possible to use the evidence of original text, it can be a breakable regulation to distrust the directivism severely as an use of hearsay evidence for truth finding and suit economy. Therefore, I say that it is desirable to abolish the Criminal Procedure Act 313 Clause with the Criminal Procedure Act 312 Clause.

* Soongsil university.

** Wonkwang digital university.