

형사절차상 수사보고서의 증거능력 규제*

신 이 철**

국 | 문 | 요 | 약

수사개시의 단서나 그 단서의 입수상황, 수사의 경과나 결과 등 수사에 관련되는 사항을 상사에 게 보고하기 위하여 내부적으로 작성되고 있는 수사보고서는 조직적 수사를 가능하게 할 뿐만 아니라, 여러 수사서류 간에 자연스러운 연결도 해주며, 영장청구를 함에 있어서도 소명할 수 있는 중요한 자료로도 쓰이는 경우가 있는데 그 사용범위와 용도가 매우 광범위 할뿐만 아니라 다양하다. 따라서 현재 수사절차에서 작성되어 법정에 제출되는 수사보고서의 경우 일률적으로 판단하기 보다는 그 법적 성격과 그 종류에 따라 개별 구체적인 타당한 결론을 도출하는 것이 바람직하다. 예컨대 먼저 증거로서의 자격이 문제되는 증거능력 부분에서는 증거능력이 필요하지 않은 자유로운 증명으로 족한 부분에서의 수사보고서의 사용은 가능하다. 그러나 엄격한 증명에서는 그 용도와 종류에 따라 수사기관 자신의 의견진술형 수사보고서는 의사표시적 문서로서 증거능력이 없는 반면에, ㉠ 등 자료첨부형 수사보고서나 실황조사 또는 검증형 수사보고서, 참고인(전화통화) 또는 피의자 진술청취형 수사보고서의 경우는 진술증거의 성격을 가지고 있는 범위 내에서는 일정한 요건을 충족한다는 전제하에 증거능력이 부여될 수도 있을 것이다. 그리고 증명력 부분에서도 자유심증주의가 원칙적으로 적용되었지만, 수사기관이 내린 판단이나 사건에 대한 추론, 자료에 대한 요약 등은 공소사실에 대한 독자적인 증명력을 갖기에는 부족할 것으로 보인다. 결국 현행 형사소송법상 수사보고서가 형사소송법의 최고의 목표라고 할 수 있는 실체진실발견을 위한 하나의 수단으로 이해되고 있지만, 다른 한편으로는 피고인의 방어권 행사에 적지 않은 영향을 미칠 수도 있다는 점을 고려해 보면 이를 적절하게 규제하면서도 엄격한 요건을 충족하는 경우에 한하여 증거로 활용할 수 있을 것이다. 차후에 수사보고서에 대한 명시적인 법적 근거규정을 두어 규율해 볼 여지도 있겠지만, 더 근본적인 것은 가급적 수사서류의 증거능력을 가급적 배제하고 공판정에서 구두변론을 통해 사실확인 및 심증형성을 하는 공판중심주의를 대원칙으로 하면서, 이것이 가능하지 않은 경우에 한하여 전문서류에 대하여 예외적으로만 증거로 사용하는 방식을 취하는 이른바 인적증거 우선의 원칙이 관철되어야 한다는 생각에는 여전히 변함이 없다.

❖ 주제어: 수사보고서, 진술조서, 전문법칙, 제312조 제4항

* 이 논문은 2013년도 정부(교육부)의 재원으로 한국연구재단의 지원을 받아 연구되었음(NRF-2013S1A5A8023727).

** 원광디지털대학교 경찰학과 조교수. 법학박사.

I. 서설

증거가 현출되는 방법에는 여러 통로가 있는 가운데, 현재 이루어지고 있는 수사 실무상 대부분의 많은 사건에 있어서 특별히 정형화된 양식이 마련되어 있지 않거나, 다행히 그러한 양식이 마련되어 있다고 하더라도 정해진 양식을 활용하기에 다소간 적절하지 않거나 수사 내용으로서 표현하기에도 부적절한 경우 등 다양한 이유로 수사보고서가 작성되고 있는 것이 현 주소이다. 특히 수사보고서에는 당해 사건의 전반적인 흐름이 기재되기도 하지만, 구체적으로 증거자료 획득 등에 대한 것은 물론, 검증이나 실황조사가 이루어진 내용이 적히기도 하고, 심지어 어떤 때에는 참고인 또는 피의자의 진술 등이 담겨있는 경우도 적지 않다.¹⁾ 이와 같이 작성된 수사보고서가 수소법원에 증거로 제출된 경우 과연 증거능력을 가질 수 있는지 여부, 만약 가질 수 있다면 어떤 요건 하에 증거능력을 가지며 어떤 적법한 증거조사를 거쳐야 하는지에 대한 연구가 현재로서는 활발하게 이루어지지 못하고 있는 실정에 있다.

그럼에도 불구하고 수사실무상 사건마다 수사보고서가 작성되지 않는 경우를 거의 찾아보기 어려울 정도로 매일 작성되고 있는 것이 현실이다. 이렇게 수사관이 가장 많이 작성하고 있는 수사보고서는 증거의 일부인 증거목록에 현출되게 되고 피고인 측은 수사보고서에 대해 증거인부가 빠짐없이 이루어지고 있다.²⁾ 그럼에도 불구하고 – 물론 수사보고서에 증거동의를 이루어지지 않는 경우에 있어서 비로소 증거능력이 문제될 수 있는데 –, 수사보고서에 대한 구체적이고 상세한 논의가 거의 생략되어 있다고 해도 과언이 아니다.³⁾

1) 수사보고서의 부작용을 지적한 글로는 한상규, “수사보고서의 증거능력,” 「강원법학」 제40권 강원대학교법학연구소, 2013, 412면.

2) 명점식, 수사보고서의 증거능력, 북부검찰실무연구, 2009, 172면.

3) 현재 독일에서도 수사보고서와 같은 서류는 신문을 그 내용을 하지 않는 한 낭독될 수 있다는 제256조 제1항 제5호에 비추어 보면 수사보고서 형식의 서증제출이 제한되지는 않는다. Strafprozeßordnung(StPO) § 256 Verlesung der Erklärungen von Behörden und Sachverständige (행정기관과 의사의 진술 낭독)

(1) Verlesen werden können 다음의 경우에 문서를 낭독할 수 있다.(1호~4호 생략)

5. Protokolle sowie in einer Urkunde enthaltene Erklärungen der Strafverfolgungsbehörden über Ermittlungshandlungen, soweit diese nicht eine Vernehmung zum Gegenstand haben.

이러한 문제가 형사증거법상의 증거능력 문제에 단순히 머무르는 것이 아니라, 피고인의 방어권의 보장과 행사에도 적지 않은 영향을 미치게 된다는 점을 고려하면 수사보고서의 실질적 내용을 검토하여 합리적으로 규율하는 것이 필요하게 된다. 먼저 실무상 작성되고 있는 수사보고서의 작성에 관련된 논의를 거치면서(II), 수사절차에서 작성되어 법정에 제출되는 수사보고서의 법적 성격에 따라 그 종류와 유형에 따라 분류한 다음, 구체적으로 형사절차에 있어서 실체진실 발견에 기여하면서도 또 다른 한편 피고인의 방어권 보장을 위축시키지 않는 범위 내에서 적절히 규제하면서도 엄격한 요건 하에 증거능력을 부여할 수 있는 방법을 모색하면서(III), 범죄사실을 인정하는 증거로 활용할 수 있도록 형사소송법에서 해결방안을 찾아 타당한 결론을 제시하고자 한다(IV).

II. 현행법상 수사보고서의 작성

1. 수사보고서의 용도와 작성방법

수사기관이 아무리 범인을 검거하는 다양한 기법을 가지고 있더라도 그 과정에서 증거를 수집하고 수집된 증거와 범인의 진술을 관련지어 이를 서류화시킬 수 있는 능력이 없다면 수사기관이 노력한 결과의 의미를 찾기가 어렵게 될 수도 있다. 수사 서류는 구체적으로 당해 사건의 실마리와 단서, 사건의 진행과 경과 및 수사의 여러 절차 등을 기록한 중요한 서류로서 그 서류에 기재된 내용이 범죄를 증명함에 있어서 현실적으로 의미가 있을 뿐만 아니라, 수사의 절차나 수단이 적절하게 이루어지고 진행되었다는 것을 증명하기도 한다. 수사서류는 보통 시간적 순으로 내사단계, 수사단계, 송치단계에 따라 구분될 수도 있겠지만, 실무상 작성된 문서의 성격에 따라서 의사표시적 문서·증거서류·보고서 등으로 구분되고 있다. 여기서 의사표시적 문서에는 각종 수사지휘건의서, 범죄인지서, 각종 사실조회를 위한 공문서, 촉탁서,

수사 활동에 관련된 형사소추기관의 진술을 포함하고 있는 조서 가운데 신문의 대상이 되는 사항이 아닌 것.

의견서, 송치서 등이 이에 해당한다. 한편으로 증거서류는 진술서와 진술조서·피의자신문조서·진단서·전과조회서·가족관계증명서 등 증거에 공하게 될 서류가 있게 되는데, 증거서류의 증거능력을 잃지 않도록 각종 법률에 근거하여 작성해야 한다. 그리고 보고서는 실무상 수사보고서, 수사결과 보고서,⁴⁾ 검거 보고서 등 다양하게 존재하고 있다. 여기서 수사보고서(investigation report)는 비록 실정법을 통해 용어가 명확하게 정의된 것은 아니므로 다소 논란이 있으나, 대부분은 수사실무상 수사기관이 수사의 개시원인이 되는 수사의 단서나 그 입수상황, 수사의 경위나 경과 및 결과 등 수사에 관계되는 사항을 기록하여 상사에게 보고하기 위하여 내부적으로 작성되는 서면으로 이해되고 있다.⁵⁾

이러한 수사보고서는 수사기관이 빈번하게 작성하게 되는데, 직접 수사에 종사한 자가 존재하는 사실과 부합할 수 있도록 진실하게 작성해야 함은 물론, 사람의 기억에는 어느 정도의 한계가 존재할 수밖에 없기 때문에 수사를 이루어질 때마다 보고서를 작성하여 사건의 생생한 기록을 유지 및 보고가 이루어지도록 해야 한다. 그리고 수사보고서의 보고내용에 누락되거나 혹은 모순·중복되는 부분은 없는지 등을 항상 주의깊게 검토하면서 이해하기 쉽고 간결하게 작성을 해야 한다.⁶⁾

이렇게 작성된 수사보고서는 수사에 직접 관여한 수사기관이 범죄와 관련된 모든 사항을 수사의 감독자에게 보고하는 것으로서⁷⁾ 체계적이고 조직적 수사를 가능하

4) 원칙적으로 범죄사실별로 작성하는 것이 원칙이며, 현황(인정되는 사실과 다름이 있는 사실, 확보된 증거 등), 쟁점(다름이 있는 사실과 증거들의 인정여부와 법률적 해석이 필요한 사안에는 쟁점이 되는 법률적 요소들을 표시), 분석(확보한 진술과 증거들을 통해 쟁점을 풀어나감), 결과(분석의 과정을 통해 도출된 결과 값과 그 결과 값을 인정 또는 부정되는 증거들을 요약 정리하게 됨)의 순으로 작성한다. 이때 근거 없이 개인적인 의견을 기재하지 않아야 한다. 그리고 기소여부 등에 대한 의견도 밝히게 된다. 이관희·문성준·김지은 편저, 범죄수사입문(총론) 제4판, 경찰수사연수원, 2014, 614면 이하.

5) 때로는 상사의 명을 받아 특정한 사항에 대하여 수사한 결과를 보고하기 위하여 작성하는 경우도 있는데 이를 실무상 수사복명서라고 부르는데, 이러한 수사복명서도 일종의 수사보고서라고 할 수 있다.

6) 이러한 보고서는 단순히 결재권자에게 보고하는 성격에 그치지 않고, 수사관의 수사행위를 정리하고 각 수사행위마다 가교 역할도 하기 때문에 논리정연하게 작성하는 것이 중요하다.

7) 대개는 보고자의 직무수행 내용, 수사 또는 단서의 입수경위, 수사내용을 누가(who), 무엇을(what), 언제(when), 어디서(where), 왜(why), 어떻게(how)의 6하 원칙에 따른 상세한 기재, 조치와 그에 따른 결과, 보고자의 의견, 기타 참고사항 등이 다양하게 기록된다(천진호·이수현, 형사소송법 강의 I - 범죄수사편 -, 비앤엠북스, 2008, 332면).

게 하고, 시간적으로 진행되는 수사과정에서 수사서류 간에 부드럽게 연결을 해 주는 매우 중요한 역할을 함은 물론, 간헐적이고 산발적으로 수집되는 증거와 정보들을 이해하기 쉽도록 해 주는 역할을 하기도 한다. 이러한 수사보고서는 수사간부들이 수사의 전체 모습을 파악하는 데 도움을 주는 것은 물론, 범죄를 합리적으로 규명하고 영장을 검사에게 신청하고 검사가 법원에 영장을 청구함에 있어서도 유력한 소명자료로 쓰이는 경우 등 그 사용범위는 광범위할 뿐만 아니라, 그 용도 또한 매우 다양하다고 해야 한다.

수사보고서는 법령상 일정하게 정해진 양식이 없기 때문에 보통 실무적으로는 상단 중앙에는 작성자가 소속하고 있는 기관명, 우측상단에는 작성한 연월일을 기재한 후, 수신, 제목, 본문, 작성자의 소속·계급·성명을 기재한 후 날인을 하게 된다. 이때 제목에는 본문내용의 취지를 알 수 있도록 간단명료하게 작성을 해야 하며, 이때 어떠한 내용에 대한 수사보고인지 부기를 하여야 한다. 이때 답아야 할 내용이 많은 경우에는 각각의 항목을 나누어 주어야 하며 첨부해야 할 물건이 있다면 첨부 목록을 기재한 후 첨부한 서류와 함께 간인을 해 주어야 한다.⁸⁾

2. 수사보고서의 현행법적 근거

현행 형사소송법은 ‘수사기관이 수사목적 달성을 위하여 필요한 경우 조사를 할 수 있다’고 규정하고 있지만(제199조 제1항 본문) 그 방법을 특별히 제한하고 있지 않은 이상, 수사기관이 수사보고서라는 서류를 작성하고 만드는 것이 현행법상 규제나 통제를 받는 것은 아니다. 그러나 그렇다고 해서 수사보고서라는 규정을 법률에서 명시적으로는 찾아볼 수 있는 것은 아니다.

다만, 수사보고서의 규정은 검찰사건사무규칙 제12조의 2(피의자와 신뢰관계에 있는 자의 동석)에서 “피의자 또는 법정대리인이 제1항에 기재된 자에 대한 동석신청을 한 때 (중략) … 동석신청서를 작성할 시간적 여유가 없는 경우 등에는 이를 작성하게 하지 아니하고, 수사보고서나 조서에 그 취지를 기재하는 것으로 갈음할 수 있으며 …”라는 내용이 보인다. 그리고 현재 대통령령인 「검사의 사법경찰관리에

8) 이관희·문성준·김지은 편저, 범죄수사입문(총론) 제4판, 경찰수사연수원, 2014, 482면.

대한 수사지휘 및 사법경찰관리의 수사준칙에 관한 규정」에서는 ‘사법경찰관이 출석요구서 이외의 방법으로 출석을 요구하였을 때’(동 규정 제19조 제3항), ‘피의자 신문시 동석신청서를 작성할 시간적 여유가 없을 때’(동 규정 제22조 제2항), ‘체포·구속 통지서를 받을 자가 없어서 그 통지를 하지 못할 때’(동 규정 제32조 제1항), ‘사건이 전자약식절차에 따르는 것이 적절하지 않다고 판단할 때’(동 규정 제105조)에 그와 같은 취지를 수사보고로 작성하여 수사기록에 편철하도록 하는 규정을 두고 있는 정도이다.⁹⁾

또한 재판예규인 증거조사부분의 목록화에 관한 예규(재형 2003-2) 제3조(증거목록의 작성방법)에서는 “증거서류 등 목록은 증거서류와 증거물인 서면을 기재하되 ‘작성’란에는 검사와 사법경찰관으로 구분하되 사경이 검사에게 사건을 송치한 시점을 기준으로 그 이후의 서류에는 ‘검사’ 또는 ‘검찰’로 분류하여 기재하고, ‘성명’란에는 증거서류가 각 진술 내용을 기재한 조서인 경우에는 진술자, 진술서인 경우에는 작성자, 수사보고서나 범죄경력조회서에 피고인의 범죄경력이나 전과내용에 관한 사항이 기재된 경우에는 대상자를 각 기재하는 등의 요령으로 작성한다”는 정도로 언급되고 있을 뿐이다.

Ⅲ. 각 종류별 수사보고서의 증거능력

수사기관은 수사과정에서 수집된 자료를 기록에 편철하면서 그 자료의 의미나 성격, 혐의사실과의 관련성 등을 수사보고의 형식으로 요약하여 설명하기도 하지만, 때로는 자료 등을 수사보고에 첨부하기도 한다. 일반적으로는 수사보고서에 기재된 내용은 수사기관이 인식하거나 판단 또는 추론하게 된 결과이거나, 아니면 첨부자료의 단순히 요약하고 있는 경우도 있다.

9) 박형관, 수사단계 진술의 증거능력 및 증명력 확보방안, 2015년 법무연수원 정책연구과제, 형사소송법학회, 2015. 12, 62면. 그 외에도 「자유형 등에 관한 검찰집행사무규칙」 제18조 제2항(재판집행촉탁서에는 판결등본·소재수사보고서·지문 및 사진 등 형의 신고를 받은 자를 특정하는데 필요한 자료를 첨부하여야 한다), 「특별사법경찰관리 직무규칙」 제18조의3, 제63조와 제84조(수사보고서), 국방부령인 「군검찰 사건 사무규칙」 제14조, 제15조, 100조에서도 관련 규정들을 찾아볼 수 있다.

보통은 검사가 수사보고서를 증거서류로 제출하는 경우에 피고인 측에서 부동의
를 하는 경우 수사보고서를 작성한 수사관이 법정에 출석하여 자신의 인식을 다시
진술하지만 – 수사보고서의 내용은 검사의 증거설명이나 증거조사의 의견을 통해
서 법정에 현출되므로 – 크게 의미가 있는 것은 아니기 때문에 피고인도 그에 따라
증거능력을 다투지 않는 것이 일반적이다.

일단 수사보고서를 어떻게 분류할 것인지는 수사보고서의 성질을 어떻게 파악하
느냐에 따라 다양한 분류방법이 나타날 수 있다.¹⁰⁾ 그러나 – 아직까지 일반적으로
정립된 방법이 없는 가운데 – 11) 본 논문에서는 수사보고서를 작성내용에 따라 각
유형별로 구분하여 설명하는 것이 체계적이라고 생각되므로 이에 따라 분류한 다음
각 증거능력이 부여되는 요건을 검토해 보기로 한다.

1. 수사기관 의견진술형 수사보고서

수사기관 자신의 의견 진술형 수사보고서의 경우는 이는 의사표시적 문서로서 증
거능력이 없다고 해야 한다. 즉, 수사보고서의 내용이 수사보고서를 작성한 사람의
단순한 의견을 제시한 것이거나 또는 작성자의 추측을 기재하여 수사기관 내부적으
로 의사소통을 하기 위한 것이라면 그 수사보고서는 단순히 의사표시를 담은 문서
에 불과하기 때문에 아무런 증거능력을 가질 수가 없다고 해야 한다. 또한 수사기관
이 범죄신고 등을 기초로 하여 작성되는 범죄인지보고서의 내용은 수사기관의 단순

10) 수사보고서를 수사상 필요한 사실을 현출시키기 위해 작성되는 수사기관의 의견표시적 문서를
‘협의의 수사보고서’, 범죄수사와 관련하여 수사기관이 작성한 수사서류 중 보고서의 성격을 가지
는 문서를 총칭하여 광의의 수사보고서라고 설명하는 견해로는 이용, “수사보고서의 증거능력”
강력검사연구논문집(V), 대검찰청, 1996, 523~524면.

11) 의견진술형 수사보고서(수사나 사건의 전반을 명확히 하기 위하여 작성되는 수사보고서), 자료첨부
형 수사보고서(새로운 증거자료의 획득 및 그 의의에 관해 작성되는 수사보고서), 수사기관이 건문
한 사항을 기재한 수사보고서(실황조사형 수사보고서), 참고인 또는 피고인의 진술, 특히 전화 통화
후 진술의 주요내용을 기재한 수사보고서(진술 청취형 수사보고서)로 구분하는 견해로는 명점식,
“수사보고서의 증거능력,” 「북부경찰실무연구」 서울북부지방검찰청, 2009, 171면. 다른 한편으로,
전문법칙이 적용되는 경우와 전문법칙이 적용되지 않는 경우로 구분한 다음 설명하는 견해로는
한상규, “수사보고서의 증거능력,” 「강원법학」 제40권 강원대학교법학연구소, 2013, 416면. 수사
보고서를 작성 주체와 작성내용에 따라 구분하는 조광훈, 각 유형별 수사보고서의 증거능력에 관한
검토, 「형사법의 신동향」 통권 제47호, 대검찰청 검찰미래기획단, 2015. 6, 110면.

한 의사표시에 지나지 않고, 범죄사실 자체를 오관의 작용을 통하여 인식한 것은 아니기 때문에 증거능력이 부정될 수밖에 없다.¹²⁾ 그러나 진술이 이루어질 당시에 진술자의 상태 등을 확인하기 위하여 수사보고서의 기재 중에서 진술내용을 증거로 사용하더라도 전문법칙이 적용되지 아니하고, 비전문증거로서 증거로 사용할 수 있게 된다.¹³⁾

한편, 증명력 부분에서는 원칙적으로 자유심증주의가 적용될 것이지만, 수사기관의 판단이나 추론, 자료의 단순한 요약 등은 공소사실에 대한 독립된 증명력을 가지기 어려울 것으로 판단된다. 한편 보강증거와 관련하여 판시하고 있는 판례 가운데에는 ‘필로폰 시가보고는 몰수 및 추정 구형시 참고자료로 삼기 위해 필로폰의 도·소매가격을 파악한 것에 불과하므로 피고인의 자백에 대한 보강증거로 삼을 수 없다’고 하는가 하면,¹⁴⁾ ‘피고인이 甲과 합동하여 乙의 재물을 절취하려다가 미수에 그쳤다는 내용의 공소사실을 자백한 사안에서, 피고인을 현행범으로 체포한 乙의 수사기관에서의 진술과 범행에 사용된 도구와 손괴된 식당살의 모습이 촬영된 현장 사진이 첨부된 수사보고서는 단순히 피고인의 자백을 일부 재현한 것에 불과한 것

12) 수사기관이 작성한 문서 예컨대 사법경찰관 작성의 수사보고서, 범죄인지서, 현행범 체포보고서 등은 수사기관이 당해 사건에 관하여 작성한 서류이므로 제315조 제1호의 서류에서 제외됨은 지극히 당연하다. 그렇지 않으면 수사기관의 각종 조서에 엄격한 요건 하에서만 증거능력을 부여하는 형사소송법 제312조 제3항의 입법취지가 반감되거나 의미를 잃게 될 것이다(신이철, 당연히 증거능력이 인정되는 서류—특히 형사소송법 제315조를 중심으로—, 법학논총 제29집 제4호, 한양대학교 법학연구소, 2012. 455면).

13) 참고할 만한 판례로는 수사기관이 아닌 사인이 피고인 아닌 자와의 전화대화를 녹음한 녹음테이프에 대하여 법원이 실시한 검증의 내용이 녹음테이프에 녹음된 전화대화의 내용이 검증조서에 첨부된 녹취서에 기재된 내용과 같다는 것에 불과한 경우에는 증거자료가 되는 것은 여전히 녹음테이프에 녹음된 대화 내용이므로, 그 중 피고인 아닌 자와의 대화의 내용은 실질적으로 형사소송법 제311조, 제312조 규정 이외의 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 서류와 다를 바 없어서, 피고인이 그 녹음테이프를 증거로 할 수 있음에 동의하지 않은 이상 그 녹음테이프 검증조서의 기재 중 피고인 아닌 자의 진술내용을 증거로 사용하기 위해서는 형사소송법 제313조 제1항에 따라 공판준비나 공판기일에서 원진술자의 진술에 의하여 그 녹음테이프에 녹음된 진술내용이 자신이 진술한 대로 녹음된 것이라는 점이 인정되어야 하는 것이지만(대법원 1996. 10. 15. 선고 96도1669 판결, 대법원 1997. 3. 28. 선고 96도2417 판결 등 참조), 이와는 달리 녹음테이프에 대한 검증의 내용이 그 진술 당시 진술자의 상태 등을 확인하기 위한 것인 경우에는, 녹음테이프에 대한 검증조서의 기재 중 진술내용을 증거로 사용하는 경우에 관한 위 법리는 적용되지 아니하고, 따라서 위 검증조서는 법원의 검증의 결과를 기재한 조서로서 형사소송법 제311조에 의하여 당연히 증거로 할 수 있다(대법원 2008. 7. 10. 선고 2007도10755 판결).

14) 대법원 2008. 2. 14. 선고, 2007도10937, 판결.

이 아니라, 피고인 자백의 진실성을 담보하기에 충분한 보강증거가 된다'고¹⁵⁾ 판시한 바 있다.

2. 진술청취형 수사보고서

가. 참고인 진술청취형 수사보고서

참고인 진술청취형 수사보고서는 일반적으로 수사기관이 참고인 등의 진술을 청취하였으나 진술조서를 작성하지 아니하고 그에 대신하여 그 내용을 수사보고서라는 이름으로 기재하는 경우를 말하겠지만, 이러한 참고인 진술청취 유형의 수사보고서가 작성되는 것은 수사기관이 진술자를 직접 대면하지 않고 전화로 진술을 청취함으로써 진술자의 서명·날인 등을 받을 수 없는 경우에 주로 문제된다고 생각된다. 실제로 실무상 수사기관이 피의자 아닌 제3자의 진술을 전화통화 등을 통해 청취한 후 그 진술요지를 기재하고 작성자가 기명날인한 후 수사보고서라는 제목으로 서류를 작성하여 증거로 제출하는 경우도 종종 있다.

여기서 이러한 수사보고서는 해당 진술자의 법정진술에 대신하여 그 진술을 기재한 서류이므로 전문법칙의 적용을 받는 증거서류로 보이기 때문에, 이와 같은 참고인 진술청취형 수사보고서를 어떻게 취급하여 판단하는 것이 바람직 한 것인가에 대하여 논의가 있다. 현재 학설은 이러한 수사보고서의 증거능력은 형사소송법 제221조 제1항의 참고인 진술조서의 근거조항에 부합하지 않으므로 제312조 제4항의 전문증거에 해당하지 않기 때문에 오히려 제313조 제1항의 적용함이 타당하다고 주장하는 견해와,¹⁶⁾ 형사소송법상 참고인 진술조서의 형식을 달리 제한하고 있지 않다는 점과 제313조 제1항 보다는 요건이 엄격한 제312조 제4항을 적용하는 것이 피고인에게 더 유리하다는 점을 근거로 하여 형사소송법 제312조 제4항의 적용하는 것이 타당하다는 견해¹⁷⁾ 정도가 제기되어 있는 정도이다.

15) 대법원 2011. 9. 29. 선고 2011도8015 판결.

16) 이현중, 수사기관 작성 조서의 증거능력, 형사재판의 쟁점과 과제, 사법발전재단, 2008. 8, 130면; 김일연, 정보저장매체에 입력·기억된 문자정보 또는 그 출력물에 대한 전문법칙의 적용여부와 그 범위, 대법원관례해설 제96호, 법원도서관, 2013, 696면.

17) 양동철, 개정 형사소송법상의 참고인 진술의 증거능력-참고인진술조서 및 진술서를 중심으로-,

이에 대하여 2007년 형사소송법 개정이 이루어지기 전에 대법원은 검찰주사보가 중국에 거주하고 있는 자에 대한 고소보충 기타 참고사항에 관하여 조사함에 있어서 그들에게 국제전화를 걸어 그 대화내용을 문답형식으로 기재한 후 그의 서명 또는 기명날인이 없이 검찰주사보만 기명날인을 해 작성한 수사보고서에 대하여, ‘이와 같은 검찰주사보 작성의 각 수사보고서는 전문증거로서 형사소송법 제310조의2에 의하면 제311조 내지 제316조에 규정된 것 이외에는 이를 증거로 삼을 수 없다. 그런데 이 수사보고서는 제311조, 제312조, 제315조, 제316조의 적용대상이 되지 아니함이 분명하고, 결국은 제313조의 진술을 기재한 서류에 해당하여야만 제314조의 적용 여부가 문제될 것이다. 그런데 제313조가 적용되기 위하여는 그 진술을 기재한 서류에 그 진술자의 서명 또는 날인이 있어야 할 것인데, 결국 제313조 제1항의 요건을 충족하지 못하여 증거능력을 가질 수 없다고 판시하고 있다.¹⁸⁾ 그리고 2007년 형사소송법이 대폭적으로 개정된 이후에 선고된 대법원 판례에서도 ‘수사보고서는 검사가 참고인인 피해자와의 전화통화 내용을 기재한 서류로서 형사소송법 제313조 제1항 본문에 정한 ‘피고인 아닌 자의 진술을 기재한 서류’인 전문증거에 해당하나, 그 진술자의 서명 또는 날인이 없을 뿐만 아니라 공판준비기일이나 공판기일에서 진술자의 진술에 의해 성립의 진정함이 증명되지도 않았으므로 증거능력이 없다’고 판시¹⁹⁾함으로써 변함없이 여전히 형사소송법 제313조 제1항에 의하여 해결을 시도하고 있음을 엿볼 수 있다.

생각건대 현행 형사소송법 제200조에서는 피의자에 대해서는 출석을 요구하여

법조, 2009. 2, 79면.

- 18) 대법원 1999. 2. 26. 선고 98도2742 판결. 본 사건의 수사보고서는 형사소송법 제313조에 정한 진술을 기재한 서류가 아니면 형사소송법 제314조에 의한 증거능력의 유무를 따질 필요가 없고, 이는 검찰주사보가 법정에서 그 수사보고서의 내용이 전화통화 내용을 사실대로 기재하였다는 진술을 하더라도 마찬가지이다. 이러한 판례의 취지는 대법원 2007. 9. 20. 선고 2007도4105 판결에서도 동일하게 유지되고 있다. 여기서 제313조 요건에 대한 상세한 논의로는 정진연·신이철, “형사소송법 제313조 제1항의 해석과 관련한 소고”, 성균관법학 제17권 제3호, 성균관대학교 법학연구소, 2005, 357면 이하; 최병각, 진술과 기록의 증거능력, 형사판례연구 21권, 한국형사판례연구회, 2013, 467면 이하.
- 19) 대법원 2010. 10. 14. 선고 2010도5610, 2010전도31 판결. 이에 대해 참고인 진술조서 대신에 수사보고서로 대체될 수 있는 여지를 주었다는 점에서 문제이지만, 실질적으로는 수사기관에게 진술조서의 작성과 같은 정도의 부담을 지운 것으로 보는 입장으로는 한상규, 수사보고서의 증거능력-대법원판결을 중심으로-, 강원법학 제40권, 강원대학교 비교법학연구소, 2013. 10, 422면.

진술을 들을 수 있다고 하면서, 제244조 제1항에서는 피의자의 진술은 ‘조서’에 기재하여야 한다는 규정을 두고 있다. 그러나 형사소송법 제221조 제1항은 참고인에 대해서는 출석을 요구하여 진술을 들을 수 있다고 하면서도, 적어도 형사소송법에 명문으로 참고인의 진술을 반드시 조서에 기재하여야 한다는 규정은 별도로 두고 있지 않다는 점에서²⁰⁾ 피의자신문조서와는 다소간 차이가 발견된다. 따라서 이러한 현행 형사소송법이 규정하고 있는 태도와 함께, 수사보고서 자체가 수사를 전혀 하지 않는 사적인 상태에서 작성되는 것이 아니라는 점을 고려해 볼 때 참고인진술조서에 준하는 규율을 받을 수 있는 여지가 전혀 없다고 단정하기는 어려울 것이다.

먼저 참고인 진술조서의 증거능력을 인정하기 위해서는 — 적어도 전문법칙과의 관계에서 — 적법한 절차와 방식에 의하여 작성된 것이어야 한다. 물론 간인·서명·날인 등이 진술자의 것임에 틀림없다는 형식적 진정성립은 당연한 전제가 된다. 그리고 다른 한편으로 현재 형사소송법에서 참고인조사의 근거를 제221조 제1항에서 명문으로 규정하고 있는 것은 사실이다. 그렇지만 피의자신문조서와는 달리 — 수사과정의 기록에 관한 제244조의4 제3항을 제외하고는 — 참고인진술조서의 경우에는 구체적인 절차에 관해서는 명시적으로 언급하고 있지는 않고, 다만 수사기관 작성의 조서에 관한 일반적인 규정으로는 형사소송법 제57조와 제58조(공무원의 서류) 정도를 가지고 있을 뿐이다. 여기서 과연 적법한 절차와 방식에 따라 작성이라는 요건과 관련하여 참고인진술조서에도 법원의 조서나 피의자신문조서에 준하는 정도의 절차 및 방식을 요구되는지에 대해 얼마든지 논란이 제기될 수 있다. 이와 관련하여 먼저 수사기관 작성의 참고인진술조서에 있어서 작성자가 기명날인 또는 서명하는 외에, 진술자의 기명날인 또는 서명이 과연 수사기관의 작성 조서의 적법요건이라고 할 수 있는가에 대하여 논의가 이루어질 수 있다. 생각건대 비록 제48조가 법원

20) 다만 검찰사건사무규칙 제13조 제2항은 ‘검사가 피의자 이외의 자로부터 진술을 듣고 조서를 작성하는 경우에는 별지 제20호 서식에 의한 진술조서에 의한다’고 하면서, 동 규칙 제13조 제3항에서는 ‘검사는 피의자 아닌 자의 진술을 들음에 있어 진술인이 서면진술을 원하는 경우, 진술사항이 복잡하고 진술인이 서면진술에 동의하는 경우 등 서면진술을 하게 함이 상당하다고 인정되는 때에는 별지 제20호의2 서식의 진술서를 작성하도록 할 수 있다’는 규정을 두고 있다. 이는 수사기관이 참고인의 진술을 조서로 작성하는 경우에는 일정서식에 의한 진술조서로 한다는 것이지, 반드시 진술조서에만 진술내용을 담아서 작성되어야 한다는 것은 아니므로 조서를 작성하는 것만이 유일한 진술현출의 수단이 아님을 밝히고 있는 것으로 볼 수 있다.

사무관등이 작성하는 법원의 조서에 관한 규정임에는 분명하지만, 본 조항을 성질에 반하지 않는 한 배제할 이유가 전혀 없으므로 수사기관이 참고인에 대한 진술조서를 작성하는 경우에도 충분히 유추될 수 있다고 본다. — 여기서 법원의 조서에 준해 형사소송법 제48조를 적용하든, 피의자신문조서에 준해 형사소송법 제244조를 적용하든 커다란 차이가 생기는 것은 아니다 — 결국 제48조 제7항에서는 ‘조서에는 진술자로 하여금 간인한 후 서명날인하게 하여야 한다’고 규정하고 있는데, 이러한 규정을 유추하여 참고인진술조서의 적법요건으로 볼 수 있게 된다. 따라서 진술자의 서명·날인이 없는 진술조서는 증거능력이 인정되지 않는다고 해야 하므로,²¹⁾ 앞서 언급된 대법원판례 사안인 외국에 거주하는 참고인과의 전화대화 내용을 문답형식으로 기재한 수사보고서는 현실적으로 그 진술자의 서명·날인이 없을 것이므로 피고인이 동의하지 않는 한 증거능력이 인정되는 경우란 생각하기 어렵고, 결국은 자연스럽게 증거능력이 부정할 수밖에 없을 것이다.²²⁾ 물론 그 외에도 진술자에게 읽어주거나 열람하게 하여 기재내용의 정확여부를 물어야 하고(형사소송법 제48조 제3항), 진술자가 증감변경의 청구를 한 때에는 그 진술을 조서에 기재하여야 하며(제48조 제4항), 조서기재의 정확성에 대하여 이의를 진술한 때에는 그 진술의 요지를 조서에 기재하여야 할 것이다(제48조 제5항). 결국 피고인이 법정에서 부동의하는 이상 단순히 작성자가 성립의 진정을 인정한 것만으로는 증거능력을 부여할 수 없게 됨은 물론, 이때 법정에서 경찰관이 수사보고서를 진정하게 작성하였다고 진술한다고 하더라도 결론을 달리하지 않게 된다.

또한 수사보고서의 내용이 청취한 것이라면 이는 재전문 증거에 해당한다고 해야 한다. 예컨대 수사기관 작성의 피고인 아닌 자에 대한 진술조서에 피고인 아닌 자로부터 전문한 내용이 포함되어 있는 경우와 같이 전문증거 중에 전문진술이 포함되어 있는 때가 그것이다. 먼저 재전문증거의 증거능력을 인정할 수 있는가에 관하여 논의가 있다. 학설상으로는 재전문은 이중의 예외이며 증거능력을 인정하는 명문의 규정이 없는 이상 증거능력을 부정해야 한다는 부정설²³⁾과, 법정 외의 진술 하나하

21) 대법원 1993. 4. 23. 선고 92도737 판결.

22) 신이철, “수사보고서에 기재된 참고인과의 전화통화 내용의 증거능력,” 『형사법의 신동향』 통권 제45호, 대검찰청 검찰미래기획단, 2014. 12, 152면.

23) 신동운, 형사소송법, 법문사, 2014, 1247면; 신양균, 형사소송법, 화산미디어, 2009, 816면.

나가 전문법칙의 예외의 요구를 충족하는 때에는 증거로 할 수 있다는 긍정설,²⁴⁾ 그리고 재전문진술에 대하여는 증거능력을 인정할 수 없지만 전문진술이 기재된 서류에 대하여는 전문법칙의 예외를 인정할 수 있다거나,²⁵⁾ 최초의 원진술자가 재전문증거의 내용이 자신의 원진술과 같다는 사실을 확인하는 경우에 한하여 재전문증거의 증거능력을 인정할 수 있다는²⁶⁾ 제한적 긍정설이 제기되어 있다. 그러나 판례는 재전문진술이나 재전문진술을 기재한 서류에 대하여는 현행법상 그 증거능력을 인정하는 규정을 두고 있지 않음을 이유로 피고인이 증거로 하는데 동의하지 않는 한 증거로 할 수 없다고 하면서 다만, 전문진술이 기재된 조서(즉, 전문진술조서)는 제312조 또는 제314조의 규정에 의하여 그 증거능력이 인정될 수 있는 경우에 해당하여야 함은 물론, 나아가 제316조 제2항(피고인 아닌 자로부터 전문한 경우)의 규정에 따른 요건도 갖추어야 예외적으로 증거능력을 인정하는 입장을 취하고 있다. 재전문증거는 타인의 원진술이 요증사실의 증거로 사용된다는 점에서 전문증거와 실질적인 차이를 찾아보기 어려우므로 개개의 예외요건을 충족한다면 이를 증거로 사용해도 무방하다고 여겨진다. 따라서 수사보고서가 재전문증거인 경우에도 전문서류와 전문진술의 증거능력 요건을 모두 갖춘다면 증거능력을 부여할 여지가 생기게 된다.

다만, 반의사불벌죄에서 피고인 또는 피의자의 처벌을 희망하지 않는다는 의사표시 또는 처벌희망 의사표시 철회의 유무나 그 효력 여부에 관한 사실은 엄격한 증명의 대상이 아니라 증거능력이 없는 증거나 법률이 규정한 증거조사방법을 거치지 아니한 증거에 의한 증명, 이른바 자유로운 증명의 대상이므로²⁷⁾ 수사보고서를 피해자들의 처벌희망 의사표시 철회의 효력 여부를 판단하는 증거로 사용한 것 자체는 정당하다는 것이 판례의 입장이다.²⁸⁾

24) 권오걸, 형사소송법, 형설출판사, 2012, 720면; 이은모, 형사소송법 제5판, 박영사, 2015, 727면; 이재상·조균석, 형사소송법 제10판, 박영사, 2015, 633면; 이창현, 형사소송법, 입추출판사, 2014, 832면; 임동규, 형사소송법 제9판, 법문사, 2013, 538면; 정웅석·백승민, 형사소송법, 2014, 713면; 차용석·최용성, 21세기사, 2013, 571면.

25) 손동권·신이철, 형사소송법, 세창출판사, 2014, 658면.

26) 배종대·이상돈·정승환·이주원, 신형사소송법, 홍문사, 2012, 668면.

27) 대법원 1999. 2. 9. 선고 98도2074 판결; 대법원 1999. 5. 14. 선고 99도947 판결 등 참조.

28) 대법원 2010. 10. 14. 선고 2010도5610, 2010전도31 판결. 다만, 피고인의 증인신청을 불허하고

나. 피의자 진술청취형 수사보고서

형사소송법 제312조 제3항은 검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 공판준비 또는 공판기일에 그 피의자였던 피고인이나 변호인이 그 내용을 인정할 때에 한하여 증거로 할 수 있다고 규정하고 있다. 한편 피고인이 검사 이외의 수사기관에서 범죄 혐의로 조사받는 과정에서 작성하여 제출한 진술서는 그 형식 여하를 불문하고 당해 수사기관이 작성한 피의자신문조서와 달리 볼 수 없으며,²⁹⁾ 피고인이 수사 과정에서 범행을 자백하였다는 검사 아닌 수사기관의 진술이나 같은 내용의 수사보고서 역시 피고인이 공판 과정에서 앞서의 자백의 내용을 부인하는 이상 마찬가지로 보아야 한다.³⁰⁾ 여기서 말하는 ‘검사 이외의 수사기관’에는 달리 특별한 사정이 없는 한 외국의 권한 있는 수사기관도 포함된다. 따라서 미국 범죄수사대(CID), 연방수사국(FBI)의 수사관들이 작성한 수사보고서 및 피고인이 위 수사관들에 의한 조사를 받는 과정에서 작성하여 제출한 진술서는 피고인이 그 내용을 부인하는 이상 모두 증거로 쓸 수 없다.³¹⁾ 또한 사법경찰관이 작성한 검증조서에 피의자이던 피고인이 검사 이외의 수사기관 앞에서 자백한 범행내용을 현장에 따라 진술·재연한 내용이 기재되고 그 재연 과정을 촬영한 사진이 첨부되어 있다면, 그러한 기재나 사진은 피고인이 공판정에서 실황조사서에 기재된 진술내용 및 범행재연의 상황을 모두 부인하는 이상 증거능력이 없게 된다.³²⁾

이에 반하여 최근 판례는 ‘수사보고서 중 피고인의 진술을 기재한 부분은 전문증거에 해당하는데 수사보고서가 진술자인 피고인의 자필이거나, 서명 또는 날인이

검사 작성의 각 수사보고서의 기재를 주요 근거로 삼아 피해자들의 처벌희망 의사표시의 철회를 무효로 판단한 원심판결에 법리오해 또는 심리미진의 위법이 있다.

29) 대법원 1987. 2. 24. 선고 86도1152 판결 등 참조.

30) 대법원 1979. 5. 8. 선고 79도493 판결 등 참조.

31) 대법원 2006. 1. 13. 선고 2003도6548 판결. 참고로 외국공무원이 직무상 증명할 수 있는 사항에 관하여 작성한 문서(일본국의 세관공무원이 작성한 문서)는 증거능력이 인정되지만(대법원 1984. 2. 28. 선고. 83도3145 판결), 외국수사기관이 수사결과 얻은 정보를 회답하여 온 문서 즉 외국 수사기관의 수사결과들은 고도의 신용성이 보장된 경우에 해당하는 형사소송법 제315조 제1호에 이른바 외국의 공무원이 직무상 증명할 수 있는 사항에 관하여 작성한 문서에 해당한다고 볼 수 없다(대법원 1979. 9. 25. 선고. 79도1852 판결).

32) 대법원 1984. 5. 29. 선고 84도378 판결 등 참조.

없어 전문증거의 증거능력에 대한 예외를 규정하고 있는 형사소송법 제313조의 진술을 기재한 서류에 해당하지 않으므로 증거능력이 없다'고 판시하고 있다.³³⁾ 이는 피고인의 서명·날인이 없는 수사보고서는 형사소송법 제313조의 예외요건을 충족하지 못하여 증거능력이 없다는 점을 분명히 하고 있는 것으로 보인다. 그러나 검찰 수사관들이 작성한 수사보고서가 피고인의 진술을 내용으로 하는 한 그 실질을 들여다보면 수사기관이 작성한 피의자신문조서와 달리 취급할 특별한 이유를 찾아보기 어렵다는 점을 고려해 보면 이러한 형태의 수사보고서는 형사소송법 제312조 제3항에 의하여 증거능력을 판단하는 것이 바람직할 것으로 본다.

3. 자료첨부형 수사보고서

자료첨부형 수사보고서의 경우 수사기관이 수사과정에서 수집한 자료를 기록에 현출시키기 위해 그 자료의 의미나 성격, 혐의사실과의 관련성 등을 요약설명하고 그 자료를 첨부하는 형태의 수사보고서라고 보면 된다. 이러한 수사보고서에서 원칙적으로 증거로서의 의미를 가지는 것은 수사보고서에 첨부된 자료라고 해야 하고, 수사보고서에 기재된 내용 자체는 수사기관이 첨부 자료를 통하여 얻은 인식·판단·추론이거나 첨부자료의 단순한 요약에 불과하여 첨부자료와 독립하여 공소사실에 대하여 의미를 갖는다고 보기는 어려울 것으로 판단된다.

여기서 수사보고서에 첨부 자료가 진술증거인 경우라면 전문법칙의 적용을 받게 되며, 만약 전문법칙의 예외요건을 충족하지 못해 증거능력이 인정되지 않는다면 수사보고서 자체도 증거능력을 인정받기가 쉽지 않을 것이다. 물론 수사보고서에 그와 같은 내용을 담은 자료의 존재자체가 요증사실인 경우에는 당연히 수사보고서의 첨부자료에는 전문법칙이 적용되지 않는다고 해야 한다. 판례도 피고인들이 이 적표현물을 제작·반포하고 그 내용을 강의의 함으로써 반국가단체인 북한의 활동을

33) 대법원 2011. 9. 8. 선고 2009도7419 판결. 1999년 3월 중국 청도에서 김모씨로부터 필로폰 256g 이 숨겨진 다기세트를 건네받아 중국 민항기 편으로 입국해 공항에서 잠복수사를 하던 검찰수사관과 정보원에게 넘겼지만, 검찰은 추가 수사의 필요성 때문에 임씨를 체포하지 않았다. 임씨는 중국으로 돌아갔다가 며칠 뒤 재입국했으나 추가 범행이 적발되지 않아 중국으로 다시 출국했고 2008년 12월 귀국, 10년 만에 체포돼 구속기소 된 사건이다.

선전하거나 동조하였다는 공소사실로 기소된 사건에서 ‘증거신청의 취지 등에 비추어 볼 때 첨부된 서류가 내용의 진실성을 요증사실로 하는 것이 아니라 이적표현물에 해당한다는 점 또는 수사기관이 피고인의 주거지에서 입수한 해당 첨부서류가 전국회의 부산지부사무실 등에서 발견된 기존 증거와 동일하다는 점을 증명하기 위한 것이라면 수사보고의 첨부서류는 증거서류가 아니라 증거물인 서면으로 전문법칙의 적용이 되는 증거라고 할 수 없다’고 판시한 바 있다.³⁴⁾ 이는 수사보고서에 첨부된 자료자체가 이적표현물에 해당한다거나, 혹은 그 첨부자료가 기존의 증거와 동일한 것임을 증명하기 위한 것일 때는 수사보고서의 첨부자료에 전문법칙이 적용되지 않는다는 점을 분명히 하고 있는 것인데, 이는 문건내용의 진실성이 아니라 문건의 존재자체가 직접증거가 되는 경우로서 진술증거라도 비전문증거이므로³⁵⁾ 적법한 검증만 거처도 증거능력이 인정된다는 것으로 매우 타당한 설시이다. 이때 첨부자료의 입수경위와 내용 등을 요약해서 설명한 부분이 수사보고서에 기재되어 있는 경우라면 형사소송법 제313조 제1항에 따라 작성자인 경찰관이 공판기일에 증인으로 출석하여 성립의 진정을 증명하면 증거능력을 인정받을 수 있는 것은 별개의 문제이다.

가. CD 등 자료첨부형 수사보고서

CD 등 자료첨부형 수사보고서는 실질적으로 첨부된 자료의 부속서류로서의 의미가 있기 때문에 범죄를 증명할 수 있는 CCTV에 의해 녹화된 영상을 재생할 수 있는 매체인 CD를 유죄의 증거로 사용하려면 단순히 수사보고서에 대한 증거조사를 형사소송법상 제292조에서 정한 증거서류에 대한 증거조사방식에 따라 내용을 고지하는 것만으로는 부족하고 형사소송법 제292조의 3에서 정한 컴퓨터용 디스크에 대한 증거조사 방식에 따라 증거조사를 해야 한다. 즉 제292조의3은 도면·사진·녹음테이프·비디오테이프·컴퓨터용디스크, 그 밖에 정보를 담기 위하여 만들어진

34) 대법원 2013. 2. 15. 선고 2010도3504 판결.

35) 최근에도 대법원은 “어떤 진술이 기재된 서류가 그 내용의 진실성이 범죄사실에 대한 직접증거로 사용될 때에는 전문증거가 된다고 하더라도 그와 같은 진술을 하였다든 것 자체 또는 그 진술의 진실성과 관계없는 간접사실에 대한 정황증거로 사용될 때는 반드시 전문증거가 되는 것은 아니다”라고 판시하고 있다(대법원 2013. 6. 13. 선고 2012도16001 판결).

물건으로서 문서가 아닌 증거의 조사에 관하여 필요한 사항은 대법원규칙으로 정한다. 그리고 형사소송규칙 제134조의8은 ① 녹음·녹화테이프, 컴퓨터용디스크, 그 밖에 이와 비슷한 방법으로 음성이나 영상을 녹음 또는 녹화하여 재생할 수 있는 매체에 대한 증거조사를 신청하는 때에는 음성이나 영상이 녹음·녹화 등이 된 사람, 녹음·녹화 등을 한 사람 및 녹음·녹화 등을 한 일시·장소를 밝혀야 한다. ② 녹음·녹화매체 등에 대한 증거조사를 신청한 당사자는 법원이 명하거나 상대방이 요구한 때에는 녹음·녹음매체 등의 녹취서, 그 밖에 그 내용을 설명하는 서면을 제출하여야 한다. ③ 녹음·녹화매체 등에 대한 증거조사는 녹음·녹화매체 등을 재생하여 청취 또는 시청하는 방법으로 한다.

관례도 검사는 피고인들에 대한 체포장면이 녹화된 동영상 CD를 별도의 증거로 제출하지 아니하고 위 CD의 내용을 간략히 요약한 수사보고서에 위 CD를 첨부하여 수사보고서만을 서증으로 제출한 경우, 피고인들이 이 사건 해산명령 및 그에 따른 체포의 위법성을 다투자 위 CD를 재생하여 청취 또는 시청하는 방법으로 증거조사를 거치지 아니한 채 수사보고서를 유죄의 증거로 거시한 것은 잘못이라는 입장을 분명히 하고 있다.³⁶⁾ 결국 CD에 대한 증거조사절차가 법에 규정된 대로 거치지 않았기 때문에 유죄의 증거로 할 수 없다는 취지이다.

그리고 버스운전을 방해한 혐의(업무방해)로 기소된 피고인에 대한 상고심에서도, 1심은 사건 당시 버스에 설치된 CCTV에 의해 녹화된 영상을 재생할 수 있는 매체인 CD(컴퓨터용 디스크)가 첨부돼 있는 수사보고에 대한 증거조사를 형사소송법 제292조의3의 컴퓨터용 디스크 증거조사 방식에 따라 조사하지 않고 제292조 증거서류에 대한 증거조사 방식에 따라 한 것으로 되어 있는데, 2007년 신설된 형사소송법 제292조의3과 이를 근거로 형사소송규칙 제134조의8은 녹음·녹화 매체 등에 대한 증거조사는 재생해 청취 또는 시청하는 방법으로 한다고 규정하고 있다. 따라서 ‘원심은 CD에 대한 증거조사가 이뤄졌음을 전제로 1심이 채택해 조사한 증거로 ‘CCTV 영상’을 적시한 다음 범죄사실이 인정된다고 판단한 것은 적법한 증거조사를 거치지 않은 증거를 채택해 범죄사실을 인정한 잘못이 있다’고 판시³⁷⁾한 바 있다. 결국 수사보고서와 그에 첨부된

36) 대법원 2011. 10. 13. 선고 2009도13846 판결.

자료는 별도의 증거로 보아 그 증거조사방법을 준수해야 한다는 점을 명확히 하고 있다.

나. 유인물내용을 분석하고 기계적으로 복사하여 첨부한 수사보고서

피고인이 소지·탐독사실을 인정하고 있는 유인물의 내용을 분석하고 이를 기계적으로 복사하여 그 말미에 그대로 첨부한 사법경찰관 작성의 수사보고서, 이른바 사법경찰관 작성의 국가보안법상의 이적표현물에 대한 수사보고서는 신용성이 담보되어 있으므로 제315조 제3호에 포함된다고 일반적으로 설명되고 있다. 이에 대해 판례 또한 ‘사법경찰관 작성의 새 세대 16호에 대한 수사보고서는 피고인이 검찰에서 소지 탐독사실을 인정하고 있는 새 세대 16호라는 유인물의 내용을 분석하고, 이를 기계적으로 복사하여 그 말미에 그대로 첨부한 문서로서 그 신용성이 담보되어 있어 형사소송법 제315조 제3호 소정의 기타 특히 신용할 만한정황에 의하여 작성된 문서에 해당되는 문서로서 당연히 증거능력이 인정된다’고 판시³⁷⁾한 것이 있다. 생각건대 여기서의 수사보고서는 그와 같은 내용을 담은 자료의 내용의 진실성이 아니라, 그 존재자체가 요증사실인 경우이므로 수사보고서의 첨부자료에는 전문법칙이 적용되는 것이 아니기 때문에 증거능력이 부여될 수 있는 것은 너무나 당연한 것이다. 그러나 첨부자료의 입수경위와 그 내용들을 요약설명한 부분이 있고, 자료 내용의 진실성을 요증사실로 하는 경우에는 전문법칙이 적용되어 제313조 제1항에 따라 수사보고서 작성자의 공판기일 진술에 의하여 그 성립의 진정이 증명되어야 증거로 할 수 있을 것이다. 물론 수사보고서의 내용 속에 수사기관의 주관적인 판단이나 추측 등이 있는 경우에는 의사표시적 문서로 보아 증거능력을 부여할 수 없는 것은 의문의 여지가 없다.

37) 대법원 2011. 11. 10. 선고 2011도11115 판결.

38) 대법원 1992. 8. 14. 선고 92도1211 판결.

4. 실황조사형 또는 검증형 수사보고서

수사기관의 수사보고서에 검증의 결과에 해당하는 기재가 있는 경우가 때때로 있는데, 이에 대한 취급을 둘러싸고 논의가 있을 수 있다. 이에 대하여 판례는 수사보고서 중 ‘피고인 1, 2 서로 왼쪽 눈부위에 타박상이 있고, 피고인 1은 무릎에도 찰과상이 있다.’라는 기재 부분에 대해 ‘수사보고서에 검증의 결과에 해당하는 기재부분은 단지 수사의 경위 및 결과를 내부적으로 보고하기 위하여 작성된 서류에 불과하므로 그 안에 검증의 결과에 해당하는 기재가 있다고 하여 이를 형사소송법 제312조 제6항(구 형사소송법 제312조 제1항)의 ‘검사 또는 사법경찰관이 검증의 결과를 기재한 조서’라고 할 수 없을 뿐만 아니라, 이를 같은 법 제313조 제1항의 ‘피고인 또는 피고인 아닌 자가 작성한 진술서나 그 진술을 기재한 서류’라고 할 수도 없고, 같은 법 제311조, 제315조, 제316조의 적용대상이 되지 아니함이 분명하므로 그 기재부분은 증거로 할 수 없다’고 판시하고 있다.³⁹⁾ 이에 학자들도 대부분 수사보고서 중에 피고인이 타박상이 있고 무릎에도 찰과상이 있다는 기재부분이 포함되어 있더라도 이는 사법경찰관이 수사상 필요하다고 인정하여 범죄현장 또는 기타 장소에 임하여 실황을 조사할 때 작성하는 실황조사서에 해당하지 않고 단지 수사의 경위 및 결과를 내부적으로 보고하기 위하여 작성한 서류에 불과하므로 그 안에 검증의 결과에 해당하는 기재가 있다고 하여 수사기관의 검증조서라고 할 수 없을 뿐만 아니라, 다른 전문법칙의 예외규정에도 해당하지 않으므로 증거능력을 가질 수 없다고 보고 있다. 이때 법정에서 경찰관이 수사보고서를 진정하게 작성하였다고 진술해도 결론을 달리하지 않게 된다.

생각건대 수사보고서에 기재된 내용이 사실상 검증조서의 내용과 결과를 기재한 것과 다름이 없는 경우라면 제312조 제6항에 따라 증거능력을 판단할 여지가 아예 없는 것은 아니다.⁴⁰⁾ 그러나 현행 형사소송법상 수사기관의 검증조서의 경우 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 공판준비 또는 공판기일에서의 작성자의 진술에 따라 그 성립의 진정함이 증명된 때에는 증거로 할 수 있도록 규정하고 있다(형

39) 대법원 2001. 5. 29. 선고 2000도2933 판결.

40) 조광훈, 각 유형별 수사보고서의 증거능력에 관한 검토, 「형사법의 신동향」 통권 제47호, 대검찰청 검찰미래기획단, 2015. 6, 135면.

사소송법 제312조 제6항). 여기서 검증조서가 증거능력을 갖기 위해서 우선적으로 갖추어야 할 요건으로는 ‘조서작성의 절차와 방식이 적법’해야 한다. 구법 하에서의 간인·서명·날인 등이 진술자의 것임에 틀림없다는 형식적 진정성립은 현행법에서는 독자적인 의미를 가지는 것이 아니라, 보다 넓은 개념인 적법한 절차와 방식에 따라 작성한다는 문제에 흡수되어 있다. 다만 ‘적법한 절차와 방식’이 형사소송법에 규정된 절차와 방식을 어느 정도까지 충족하여야 하는가의 문제가 충분히 제기될 여지가 있지만, 법 규정의 취지 등을 고려하면서 구체적인 상황에 따라 개별·구체적으로 판단하는 것이 옳을 것으로 본다. 예컨대 조서작성의 주체와 관련하여 검증조서의 작성자는 ‘검증의 주체가 되는 검사 또는 사법경찰관’을 말하는 것이지, 검증에 참여한 자를 의미하는 것이 아니다.⁴¹⁾ 따라서 단순한 검증에 참여한데 불과한 사법경찰관은 검증조서에 대해 성립의 진정을 인정할 수는 없다고 할 것이다. 그리고 조서내용의 형식성과 관련해서는 검증조서는 기재내용의 형식성을 구비하여야 하는데, 검증조서에는 검증의 연월일시와 장소를 기재하고, 그 검증을 행한 자와 참여한 사법경찰관이 기명날인 또는 서명하여야 한다. 따라서 조서작성 과정에서 검증의 주체인 수사기관이외의 자가 서명·날인한 경우는 물론, 서명·날인이 없는 경우 즉 형식적 진정성립이 인정되지 않는 경우에도 적법한 절차와 방식에 따라 작성되지 않은 경우로서 검증조서를 증거로 할 수 없게 될 것이다. 그런데 사실상의 검증조서를 수사보고서 형태로 작성되는 경우라도 대부분 보통의 수사보고서는 작성자의 관직과 성명, 그리고 날인만이 있을 뿐이므로 이를 적법한 절차와 방식에 따라 작성한 것으로 보는 현실적으로 어렵기 때문에 결국은 증거능력을 부여 받지 못하게 될 것이다.

IV. 결론

수사실무상 대부분의 수사담당자는 수사보고서라는 형식의 수사서류를 빠짐없이 작성하고 있다. 이러한 서류는 법원에 증거의 일부인 증거목록에 대부분 현출되고 있으며 이에 피고인 측은 증거인부가 이루어지고 있는 실정이지만, 이에 대한 활발

41) 대법원 1976. 4. 13. 선고 76도500 판결; 대법원 1990. 2. 13. 선고 89도2567 판결.

한 논의가 있는 것은 아니다. 현행 형사소송법상 수사보고서가 실체진실 발견에 적지 않은 영향과 도움을 줄 수 있으며, 실체진실을 발견하기 위한 하나의 구체적이고 적극적 수단으로 평가되고 있는 만큼, 수사보고서는 가급적 충실하면서도 객관적으로, 그리고 수사시 마다 즉시 작성하여 그러한 사실이 왜곡되지 않도록 할 필요가 분명히 있다. 그러나 다른 한편으로는 수사보고서가 피고인의 방어권에도 많은 영향을 미치게 될 수 있으므로 현행법 하에서 이를 적절히 규제하면서도 엄격한 요건 하에 증거로 활용할 수 있을 것으로 본다. 물론 수사보고서의 증거능력은 일률적으로 판단할 수는 없고, 그 수사보고서의 내용을 구체적 개별적으로 따져 판단해 보아야 한다. 특히나 진술청취형 수사보고서의 경우에는 단순한 수사보고서라는 형식보다는 그 실질이 중요한 기준이 되어 구체적으로 판단될 수 있다고 본다. 그럼에도 불구하고 현재 판례가 비록 참고인과의 전화통화 내용을 기재한 수사보고서에 대하여 형사소송법 제313조 제1항 본문에 정한 ‘피고인 아닌 자의 진술을 기재한 서류’인 전문증거에 해당하지만, 그 진술자의 서명 또는 날인이 없을 뿐만 아니라 공판준비기일이나 공판기일에서 진술자의 진술에 의해 성립의 진정함이 증명되지도 않았으므로 증거능력이 없다는 입장을 취하고 있다. 그러나 수사보고서가 ‘조서’가 아닌 것이 분명하다고 하더라도 진술조서와 달리 취급할 이유도 특별히 찾아 볼 수 없기 때문에 대부분의 경우 그 증거능력은 제312조 제4항에 준하여 판단될 수 있다고 생각된다. 이와 같이 해석하는 것이 - 현재의 판례의 태도에 비하여 - 제312조 제4항이 규정하고 있는 적법한 절차와 방식에 따라 작성, 반대신문권의 보장, 특히 신빙할 수 있는 상태의 요구 등의 의미를 훼손시키지 않는 것이고, 더욱이 피고인의 방어권 보장차원에서 살펴보더라도 제312조 제4항을 적용하는 것이 피고인에게 더 유리하게 된다. 차후에 입법이 이루어질 수 있다면 수사보고서에 대한 명시적인 법적 근거규정을 형사소송법에 둬서 합리적이고 직접적으로 규율해볼 여지도 있겠지만, 그럼에도 불구하고 더 근본적인 것은 가급적 수사서류의 증거능력을 가급적 배제하고 공판정에서의 증인신문절차 등 구두변론을 통해 사실확인과 심증형성을 하는 공판중심주의를 원칙으로 하고, 이것이 가능하지 않은 경우에 한하여 전문서류의 예외적 증거사용의 방식을 취하는 이른바 인적증거 우선의 원칙이 관철되어야 한다는 생각에는 여전히 변함이 없다.

참고문헌

- 권오걸, 형사소송법, 형설출판사, 2012.
- 노명선·이완규, 형사소송법, 성균관대학교출판부, 2013.
- 배종대·이상돈·정승환·이주원, 신형사소송법, 홍문사, 2014.
- 백형구·박일환·김희옥, 주석 형사소송법 III, 한국사법행정학회, 2009.
- 법원행정처, 법원실무제요, 형사 II, 2008.
- 사법연수원, 형사증거법 및 사실인정론, 2012.
- 사법연수원, 형사변호실무, 2011.
- 손동권·신이철, 형사소송법, 세창출판사, 2014.
- 송광섭, 형사소송법, 형설출판사, 2010.
- 신동운, 신형사소송법 제5판, 법문사, 2014.
- 신양균, 형사소송법 신판, 화산미디어, 2009.
- 신현주, 형사소송법 신정2판, 박영사, 2002.
- 심희기·양동철, 형사소송법, 삼영사, 2009.
- 이관희·문성준·김지은, 범죄수사입문(총론), 경찰수사연수원, 2014.
- 이영란, 한국형사소송법 개정판, 나남, 2008.
- 이은모, 형사소송법 제5판, 박영사, 2015.
- 이완규, 형사소송법 연구 II, 법문사, 2011.
- 이재상·조균석, 형사소송법 제10판, 박영사, 2015.
- 이형국, 형사소송법 전정판, 법문사, 1996.
- 임동규, 형사소송법 제9판, 법문사, 2013.
- 정영석·이형국, 형사소송법 전정판, 법문사, 1996.
- 정웅석·백승민, 형사소송법, 대명출판사, 2014.
- 진계호, 형사소송법, 형설출판사, 2000.
- 차용성·최용성, 형사소송법 제5판, 21세기사, 2013.
- 천진호·이수현, 형사소송법 강의 I - 범죄수사편 -, 비앤엠북스, 2008.
- 히라라키 토키오·조균석 역, 일본형사소송법, 박영사, 2012.

- 三井誠·酒卷匡 著, 신동운 역, 「입문 일본형사수속법」, 법문사, 2003.
- 김일연, “정보저장매체에 입력·기억된 문자정보 또는 그 출력물에 대한 전문법칙의 적용여부와 그 범위”, 대법원판례해설 제96호, 법원도서관, 2013.
- 명점식, “수사보고서의 증거능력”, 「북부검찰실무연구」 서울북부지방검찰청, 2009.
- 박형관, “수사단계 진술의 증거능력 및 증명력 확보방안”, 2015년 법무연수원 정책연구과제, 형사소송법학회, 2015. 12.
- 신이철, “당연히 증거능력이 인정되는 서류—특히 형사소송법 제315조를 중심으로—”, 법학논총 제29집 제4호, 한양대학교 법학연구소, 2012.
- 신이철, “수사보고서에 기재된 참고인과의 전화통화 내용의 증거능력”, 「형사법의 신동향」 통권 제45호, 대검찰청 검찰미래기획단, 2014. 12.
- 이 용, “수사보고서의 증거능력” 강력검사연구논문집(V), 대검찰청, 1996.
- 정진연·신이철, “형사소송법 제313조 제1항의 해석과 관련한 소고”, 성균관법학 제17권 제3호, 성균관대학교 법학연구소, 2005.
- 조광훈, 각 유형별 수사보고서의 증거능력에 관한 검토, 「형사법의 신동향」 통권 제47호, 대검찰청 검찰미래기획단, 2015.
- 최병각, 진술과 기록의 증거능력, 형사판례연구 21권, 한국형사판례연구회, 2013.
- 한상규, “수사보고서의 증거능력”, 「강원법학」 제40권 강원대학교법학연구소, 2013.
- 田口守一, 刑事訴訟法, 弘文堂, 2007.
- Hans-Heiner Kühne, Strafprozessrecht, 7. Aufl., C.F. Müller, 2007.
- Klaus Volk, Grundkurs StPO, 6. Aufl., Verlag C. H. Beck, 2008.
- Werner Beulke, Strafprozessrecht, 8. Aufl., 2005.

The Regulation of Evidence (Capacity of Evidence) for Investigative Reports in Criminal Proceedings

Shin Yi-chul*

An investigative report will be internally prepared with an aim to report any clues to an investigation, the status of evidence secured, the progress and the results to seniors will not only enable more organized investigations but also clarify the connection between/among investigative documents. Thus, it is in many ways applied as an efficient material for explanation. Resultantly, the range and purpose of use is not only wide but also diverse. Therefore, as for investigative reports prepared in the process of investigation and submitted to a court, it will be desirable to derive specific and desirable conclusions by legal characteristic and type rather than by a uniform condition. For example, as for the capacity to provide sufficient evidence, it will be possible to use an investigative report where qualifications as evidence will not matter. However, as for strict evidence, by purpose and kind of use, self-statement-based investigative reports will provide no evidential capacity as they remain in the realm of self-sustained statements. On the other hand, investigative reports involving attachment of other materials such as CD, circumstantial reports or verification-applied reports as well as materials pertaining to referees (telephone reports) or statements by dependents will be able to ensure evidential capacity as they satisfy certain conditions within which they contain the characteristics of statements as evidence. Also, in terms of capacity of evidence, while free evaluation of evidence will be applied, there will be a limit to ascertain independent capacity for providing

* Assistant Professor, department of police administration, Wonkwang Digital University.

evidence as to the fact of an indictment, as well as judgments, assumptions or simple summaries of materials provided by an investigator. In conclusion, while an investigative report arising from the current Criminal Proceedings Act may help to find any substantial truth and works as one of the specific and proactive means to find any substantial truth, on the other hand, it may also affect the capacity of a defendant to defend, meaning that it may be applicable as evidence under stricter conditions regulated appropriately. It will be also helpful to review a way of direct regulation based on the fundamental legal foundations pertaining to investigative reports in the future.

- ❖ Keyword: the Investigation Report, record of statemen, the Exclusive Rule of Hearsay, Section 4, Article 312.

