

실황조사서의 증거능력

신 이 철

(건국대학교 대학원 박사과정, 지도교수 김영철)

< 목 차 >

I. 서론	IV. 실황조사서에 기재된 진술의 증거능력
II. 전문법칙 예외조항(특히 제312조 제1항)의 적용여부	1. 의의
1. 문제점	2. 전문법칙과의 관계-성립의 진정 등
2. 학설	3. 임의성
3. 판례	4. 적법성
4. 사건	V. 실황조사서에 첨부된 사진의 증거능력
III. 실황조사서에 기재된 사실조사의 증거능력	1. 실황조사서의 일부를 이루는 사진
1. 전문법칙과의 관계-성립의 진정	2. 범행재연사진
2. 작성의 임의성	VI. 결어
3. 실황조사서와 적법성	參考文獻
	Zusammenfassung

I. 서론

실황조사는 수사기관이 오관의 작용에 의하여 물건이나 장소 또는 사람의 신체 등에 대하여 그 존재 및 상태를 감지하는 수사방법을 의미하고, 실황조사서란 실황조사의 결과 예컨대 교통사고의 경우 사고일시, 장소, 사고종류, 피해상황, 사고관련차량, 사고지점 부근약도, 사고개요 등을 기재한 서류를 말한다.¹⁾

실황조사는 범죄관련 물건이나 사람의 신체, 장소 또는 현장상황을 수사기관의

오관작용을 통하여 조사, 감지하는 수사의 한 방법으로 행해진다는 점에서 실질적으로는 검증에 해당하지만, 검증은 영장에 의하여 행하여지며 때로는 물리적 강제력까지 행사되기 때문에 형사소송법의 성문법규의 통제 하에서 이루어지는 반면에, 실황조사는 실무상 “영장 없이” 그리고 대체로 “물리적 강제력”의 행사 없이 임의 처분으로 이루어지며 법률이 아닌 수사기관 내부의 사법경찰관집무규칙 제49조 또는 검찰사건사무규칙 제17조에 근거하여 이루어진다는 점에서²⁾ 상호 차이가 있다. 그렇기 때문에 실황조사를 검증의 한 태양으로 취급하여 검증조서에 관한 논의를 그대로 적용할 수 있는 지가 문제된다.

즉, (i) 실황조사서가 전문증거의 예외로서 증거능력을 취득할 수 있는지, 증거능력을 취득할 수 있다면 어떠한 요건이 요구되는지와 관련하여 특히, 실황조사서에 도 사후에 영장을 발부받지 않은 경우에 증거능력이 없다는 판례를 과연 실황조사서에 대하여는 증거능력을 부정하겠다는 취지로 이해하여야 하는지를 세밀하고 모순 없이 논증해야 할 필요가 있다. 그리고 (ii) 실황조사서에는 충실한 실황조사를 위하여 실무상 참여인의 진술이 기재되는 경우가 있는데, 이때 기재된 참여인의 진술부분의 증거능력은 어떤 요건 하에 인정받게 되며, 아울러 이러한 수사관행이 과연 타법적이어서 전문증거의 예외적 증거능력 인정의 문제 이전에 그 자체를 위법 수집증거의 문제로 보아 증거능력을 배제해야만 하는지를 면밀히 검토할 필요가 있다. 그리고 마지막으로 (iii) 실황조사서에 첨부되어지는 사진·도화 등은 어떠한 요건 하에 증거능력을 부여받을 수 있는지가 주로 문제된다고 할 것이다.

학계에서는 이러한 문제에 대한 심도 있는 논의가 아직은 미흡하다고 보이므로 이하에서는 위에 실시한 문제점에 집중하여 쟁점을 풀어나가고자 한다.

II. 전문법칙 예외조항(특히 제312조 제1항)의 적용여부

- 1) 실무상으로는 주로 교통사고 발생현장에서 실황조사서가 작성되고 있는데, 그 이외에도 크게 중하지 않은 업무상과실치사·치상사건이나 방화·실화사건 현장에서도 실황조사서를 작성하는 것이 보통이다. 그러나 사회적 비중이 큰 강력사건이나 대형사고 등에서는 실황조사서가 아닌 검증조서가 작성되고 있다. 실황조사서에는 조사의 주체와 참여자, 실황조사의 대상 및 목적, 부근상황과 현장의 모양, 피해현황, 조사시간 등이 기재되며 별도로 현장도면과 사진, 목적자, 피해자 등의 진술서, 조사자의 의견 등이 첨부되는 것이 일반적이다.
- 2) 사법경찰관집무규칙 제49조는 수사상 필요하다고 인정할 때에는 범죄현장 또는 기타 장소에 임하여 실황을 조사하여야 한다(제1항). 제1항의 조사를 할 때에는 실황조사서를 작성하여야 한다(제2항). 그리고 검찰사건사무규칙 제17조는 검사가 범죄의 현장 기타 장소에서 실황조사를 한 후 실황조서를 작성하는 경우에는 별지 제28호 서식에 의한다고 규정하고 있다.

1. 문제점

실황조사서가 증거로 제출될 경우에 그것이 전문증거에 해당하여 전문법칙의 적용대상이 됨에는 의문이 없지만, 전문증거라도 당사자가 증거로 함에 동의하거나 형사소송법 제311조에서 제316조까지의 예외규정에 해당하는 경우에는 일정한 요건 하에 증거능력을 인정하고 있다.

실무상 실황조사는 임의수사의 한 방법으로 강제수사인 검증과는 달리 현행법이 규정한 통제절차(예컨대 영장주의, 피의자변호인의 검증참여보장 등)를 지키지 않는 가운데 이루어진다. 이렇게 강제수사에 대한 통제절차 없이 이루어진 실황조사서도 검증조서에 준하여 형사소송법 제312조 제1항에 의하여 증거능력이 인정될 수 있는가에 대해서는 견해가 대립되고 있다. 다만 이 문제를 다루기에 앞서 그 전제로서 실황조사가 임의수사나 강제수사나 하는 문제를 별도로 다룰 수도 있겠으나, 이 문제는 아래에서 검토하게 될 증거능력을 인정할 것인가 여부에 대한 근거에서 다루면 족하다고 본다.³⁾

2. 학설

(1) 긍정설

실황조사서는 실질에 있어서 검증조서와 같은 성질이므로 수사기관이 작성한 검증조서에 준하여 실황조사서의 증거능력을 인정해야 한다는 견해이다. (i)수사기관이 행하는 강제처분인 검증의 결과를 기재한 서면과 임의처분인 실황조사의 결과를 기재한 서면 사이에는 증거법상 본질적인 차이를 인정할 수 없으므로 수사기관이 작성한 실황조사서도 형사소송법 제312조 제1항의 검증에 포함된다고 해석해야 하며, (ii)수사의 전문가가 아닌 사인이 작성한 조사서에 대한 일반인의 신뢰도가 수사기관의 그것에 비하여 현저히 낮다는 점에 비추어 볼 때에도 수사기관 작성의 실황조사서의 증거능력을 인정해야 하는 것은 당연하다는 점을 이유로 한다. 우리나라 다수설⁴⁾의 태도이며, 일본의 통설과 판례⁵⁾가 따르고 있는 입장이다.

3) 같은 입장으로 신양균, 고시계(1997년 12월), 301면.

4) 이재상, 형사소송법, 531면 ; 백형구, 강의, 687면 ; 임동규, 494면 ; 진계호, 597면 ; 정용석, 896면.

5) 일취판 소화 35. 9. 8 ; 일취판 소화 36. 5. 26.

(2) 부정설

실황조사서는 법관의 영장에 의한 검증이 아니라 임의수사의 일종으로 행하여진 실황조사의 결과를 기재한 것이어서 검증조서와는 다른 것이므로 형사소송법 제 312조 제1항에 의하더라도 증거능력이 인정되지 않는다는 견해이다.⁶⁾ (i)검증은 법관이 발행한 영장에 의하여 행한다는 형식을 취함에 의하여 관찰과 기술을 의식적으로 정확하게 하는 기능을 가지고 있음에 반하여 실황조사서에는 이러한 보장이 없다는 점, (ii)수사기관의 실황조사서를 검증조서에 포함시킬 때에는 사인이 조사 결과를 기재한 서면도 같이 취급하지 않을 수 없어 그 한계가 불명확하게 된다는 점, (iii)형사소송법 제312조 제1항은 검증의 결과를 기재한 조서의 증거능력을 규정한 것인데 실황조사서는 조서가 아니라는 점 등을 이유로 이에 의하여 증거능력을 인정할 수 없다고 한다.

(3) 절충설(조건부 긍정설)

실황조사가 영장주의 및 당사자 통지제도 등 검증에 적용되는 적법절차의 통제 하에 행해진 경우에 한하여, 실황조사서는 제312조 제1항에 의하여 증거능력을 인정할 수 있다는 견해이다⁷⁾.

3. 판례

실황조사서의 증거능력에 대해 직접적으로 명시한 대법원의 판례는 아직 없지만, “... 경찰 및 검사가 작성한 실황조사서의 기재는 사고현장을 설명하면서 경찰이나 검사의 의견을 기재한 것에 불과하여 이것만으로는 피고인이 이 건 사고를 일으켰다고 인정할 자료가 될 수 없다.”고 판시함으로써⁸⁾ 실황조사서의 증명력을 제한적으로나마 논의한 판례가 있다. 이 판례는 실황조사서의 증거능력을 인정한다는 전제에서 출발하는 것이라 할 수 있다.

그러면서도 한편에서는 “사법경찰관사무취급이 작성한 실황조사서가 사고발생

6) 신동운, 형사소송법(제3판), 818면 : 정영석/이형국, 형사소송법, 353면. 다만 이러한 견해가 어느 경우에도 증거능력을 가질 수 없다는 의미인지에 대한 언급이 전혀 없으나, 법 제313조 제1항에 의하여 증거능력을 가질 수 있다는 취지로 이해될 여지가 있다.

7) 배중대/이상돈, 623면 ; 신양균, 750면.

8) 대판 1983.6.28, 83도948 : 1984.1.24, 83도2799. 본 판례에 대하여 증거능력이 없다고 한 판례로 대부분 소개하고 있지만(이재상, 형사소송법, 532면 등), 의문이다.

직후 사고 장소에서 긴급을 요하여 판사의 영장 없이 시행된 것으로서 형사소송법 제216조 제3항에 의한 검증에 따라 작성된 것이라면 사후영장을 받지 않는 한 유죄의 증거로 삼을 수 없다”고 판시하고 있다.⁹⁾ 이는 영장 없이 한 검증의 결과를 기재한 검증조서에 사후영장을 발부 받지 아니한 경우 그 검증조서의 증거능력을 부정한 판례¹⁰⁾의 태도를 실황조사서에 확대 적용하고 있다고 보이는 바,¹¹⁾ 대법원은 실황조사서라는 명칭에 구애되지 않고 실황조사가 실질적으로 검증에 해당할 경우에는 직접 검증조서의 증거능력 문제로 취급하는 입장이라고 할 수 있다.¹²⁾

따라서 대법원은 성질상 임의수사 대상에 대하여 실시한 실황조사서에 대한 증거능력 부여 여부에 대하여는 아직 명확한 입장을 밝힌 바 없다고 보아야 할 것이다.

4. 사건

수사기관의 수사방법은 원칙적으로 제한이 없고 강제수사보다는 임의수사가 원칙이므로 기본권의 제한을 수반하지 않는 임의수사로서의 실황조사가 가능하다는 것을 부정할 이유가 없을 뿐만 아니라, 실황조사는 통상 사건 발생 직후에 사건현장에서 행해지는 것이므로 가장 기초적이고 생생한 수사 자료를 획득할 수 있는 수사방법으로서 그 필요성이 충분히 인정된다. 실황조사서는 그 조사결과를 기록한 것이므로 사건의 진실규명에 중요하게 기능할 수 있다. 그리고 수사기관에 의한 검

9) 대판 1989. 3. 14, 88도1399. 여기서 대법원은 “사법경찰관 사무취급이 작성한 실황조서는 이 사건 사고가 발생한 1985.10.26. 19:30직후인 1985.10.27. 10:00에 사고 장소에서 긴급을 요하여 판사의 영장 없이 시행된 것이므로 이는 형사소송법 제216조 제3항에 의한 검증에 해당한다 할 것이고 기록상 사후영장을 받은 흔적이 없으므로 이 실황조서는 유죄의 증거로 삼을 수 없다”고 판시하였다.

10) “사법경찰관 사무취급작성의 검증조서에 의하면 동 검증은 이 사건 발생 후 범행 장소에서 긴급을 요하여 법원판사의 영장을 받을 수 없으므로 영장 없이 시행한다고 기재되어 있으므로 이 검증은 형사소송법 제216조 제3항에 의한 검증이라 할 것임에도 불구하고 기록상 사후영장을 받은 흔적이 없음은 논지가 지적한 바와 같으니 이러한 검증조서는 피고인에 대한 유죄의 증거로 할 수 없다 할 것이므로 원심이 위 검증조서를 유죄의 증거로 삼았음은 위법이라 할 것이다”(대판 1984. 3. 13, 83도3006).

11) 영장을 요하지 않는 임의처분인 실황조사서를 긴급 검증조서로 보고 사후영장이 없다는 이유로 증거능력을 부정하는 대법원의 판례에 대해 이론적 합리성도 없고, 실무상 판례와 정면으로 배치되는 것이라는 비판이 있다(백형구, 실황조사서의 증거능력, 판례월보(1990년 3월), 26면 이하). 그러나 이는 그 실질이 강제처분인 검증에 해당한다면 그 결과를 기재한 조서의 명칭에도 불구하고 영장주의의 적용을 받는다는 점을 판시한 데에 그 의의가 있다고 이해하여야 할 것이다.

12) 위 88도 1399호에 기재된 교통사고 조사서에 실시한 교통사고 현장에 대한 실황조사 사항이 구태여 강제처분인 검증영장을 발부받으면서까지 실시해야 할 강제수사 대상, 즉 검증대상인지 여부에 대하여는 별론으로 되새겨 보아야 할 것이다.

증과 실황조사는 강제처분인가 또는 임의처분인가를 불문하고 전문적인 훈련을 받은 수사관이 사건발생 직후의 긴급하고도 혼란스러운 현장에서 관찰·기록한 것이므로 수사관의 주관적인 판단이나 작위가 개입될 여지가 적다는 점에서 성질상 차이가 없다고 해야 한다.

문제는 검증을 강제처분으로 하여 영장을 필요하게 한 것이 검증의 정확성을 보장하는 기능을 가질 수 있는가에 있다. 그러나 형사소송법이 검증에 대하여 원칙적으로 영장을 필요로 하고 이에 대한 엄격한 조건과 방식을 규정하고 있는 것은 검증을 받는 자의 권리를 보호하기 위한 규정이지 검증의 내용과 방법에 대한 규정이라고 볼 수 없다. 따라서 검증조서와 실황조사서가 강제처분인가 또는 임의처분인가의 차이가 있을 뿐이고 그 성질에 차이가 있는 것은 아닌 이상, 실황조사서의 증거능력도 검증조서와 같이 제312조 제1항에 의하여 판단해야 한다. 다만 실황조사가 비록 타인의 재산이나 신체에 물리적 침해가 없다고 해도 기본권의 제한이나 침해의 우려가 전혀 없는 것은 아니기 때문에 긍정설처럼 실황조사의 임의수사성을 지나치게 강조하는 것은 문제가 있으므로 원칙적으로 긍정설을 따르되 그 실질에 따라 강제수사에 대한 적법절차원칙(특히 영장주의 등)에 의하여 실황조사에 대한 통제를 할 필요는 있다고 본다.

즉, 실황조사가 실질적으로 기본권의 제한을 수반하는 강제처분으로서의 검증에 해당하지 않는 임의수사로 행해지는 한 영장주의나 당사자 참여권의 보장 등 검증절차의 적법요건은 실황조사서의 증거능력의 요건은 아니지만, 실황조사가 타인의 신체나 재산 등에 제한을 수반하는 경우라면 그 형식적 명칭 여하를 불문하고 강제처분으로서의 검증으로 취급하여야 할 것이므로 제312조 제1항의 요건이외에 영장주의 및 당사자 통지제도 등 이른바 검증절차의 적법요건까지 충족하여야 한다고 본다. 이러한 범위 내에서 위 88도 1399호 대법원 판결의 취지에 찬성한다.

Ⅲ. 실황조사서에 기재된 사실조사의 증거능력

1. 전문법칙과의 관계-성립의 진정

실황조사서를 제312조 제1항의 검증조서와 동일한 성질로 보는 한, 피고인 등이 유죄의 증거로 함에 동의한 경우에는 증거능력이 부여되고(제318조), 부동의 하는 경우라도 실황조사서를 작성한 자가 공판기일 또는 공판준비기일에 그 조서가 진정

하게 성립한 것임을 인정하면 실황조사서에는 전문법칙(제310조의 2)이 적용되지 않고 그 예외로서 증거능력이 부여된다.

즉, 공판기일 또는 공판준비기일에 실황조사서 작성자인 수사기관이 그 실황조사서를 작성했으며(형식적 성립의 진정) 그 내용은 자신이 당시 작성한 것과 일치함(실질적 성립의 진정)을 진술에 의하여 인정하면 그 실황조사서의 증거능력을 부여받을 수 있고, 작성자가 아닌 피의자가 실황조사서의 진정 성립을 부인하는 것은 증거능력과 상관이 없다.

성립의 진정을 실황조사의 대상인 범죄 장소 등의 객관적 상황과 실황조사서의 기재가 일치함을 의미한다는 견해가 있으나¹³⁾, 실황조사가 수사기관의 인식작용이라는 점을 고려한다면 객관적 상황과의 일치가 아니고 실황조사를 통해 인식한 결과와 기재내용이 일치하면 족하다고 보는 것이 타당할 것이다.

2. 작성의 임의성

법원 또는 수사기관이 작성한 조서에 관하여는 서류작성의 임의성은 문제될 여지가 없고, 작성의 임의성이 요구되는 것은 피의자 또는 참고인이 작성하는 진술서에 제한될 것이다. 작성의 임의성(제317조 제2항)을 의심할 만한 특별한 사정이 없다면 수사기관 작성의 실황조사서는 전문법칙의 예외로서 증거능력이 부여될 수 있다.

3. 실황조사서와 적법성

(1)의의

각종 수사서류가 법 제312조 내지 제317조 등의 요건을 갖춘 경우에는 일응 증거능력을 가지게 되지만, 그것이 위법한 절차에 의하여 만들어진 경우에 증거능력이 있는가 하는 위법수집증거배제원칙과의 관계가 문제 된다.

(2)영장주의의 위반여부와 그 효과

(가) 영장주의의 위반여부

13) 백형구, 실황조사서의 증거능력, 판례연구(제4집 · 1991), 328면 : 이재상, 연습 형사소송법, 303면.

위법한 절차에 의하여 수집된 증거의 증거능력을 부정해야 한다는 것은 적정 절차의 원칙에 비추어 당연하며, 수사기관이 수집한 증거가 영장주의에 위반한 결과라면 증거능력을 부정해야 할 중대한 위법이 있는 경우에 해당한다는 점에는 의문이 없다.¹⁴⁾

그런데 실황조사가 강제수사인 검증과는 달리 임의수사의 성격을 갖는다면 영장에 의하지 않더라도 임의로 실황조사를 실시할 수 있고, 이것에 영장주의 위반의 문제는 발생하지 않을 것이다. 문제는 실황조사의 형식을 취하였으나 실질적으로는 강제수사의 성격을 가진 검증에 해당하는 경우이다. 이 경우라면 영장주의(제215조)의 지배를 받아야 할 것이다. 따라서 사법경찰관 등이 영장 없이 실질적인 검증의 성격을 갖는 실황조사를 실시한 경우 영장주의에 위배된다고 하지 않을 수 없다.

그러나 현행범으로 체포하였거나 긴급체포한 경우 사후구속영장을 발부받았다면 제216조 제1항 제2호에 따라 영장주의의 예외로서 실황조사에 대한 사후(검증)영장을 발부받을 필요가 없다. 이 경우 에도 사후구속영장이 발부되지 않고 기각이 되었다면 별도로 사후(검증)영장을 발부받아야 할 것이다. 그렇지 않을 경우 영장주의에 위반한 처분으로서 실황조사가 합법화 되지 않는다.

그리고 영장주의의 또 다른 예외로는 실황조사는 “범행직후의 범죄 장소에서 긴급을 요하여 법원판사의 영장을 받을 수 없는 때”에 해당하는 경우의 제216조 제3항의 규정을 들 수 있는데, 영장 없이 실황조사(검증)를 할 수는 있지만 사후에 지체 없이 검증영장을 발부 받아야만 하고, 사후검증영장을 발부받지 않은 실황조사(검증)는 불법이라고 해야 한다.

(나) 영장주의의 위반효과

실황조사에서 영장주의의 위반이 전문증거인 실황조사서의 증거능력에 미치는 영향을 어떻게 이론 구성할 것인가에 관하여 견해가 대립될 수 있다.

① 학설

㉠ 증거능력 긍정설

영장발부여부가 검증조서 기재의 정확성을 담보하는 기능이 없다는 점에서, 영장

14) 그러나 사고 직후에 공도 상에서 행한 실황조사는 누구의 법익도 침해한 것이 아니므로 임의수사이지 강제처분이라고 할 수 없어 사전영장은 물론 사후영장도 필요하지 않다는 입장으로는 이재상, 연습 형사소송법, 304면 참조.

주의의 위반이 있어도 실황조사서(검증조서)의 증거능력에 영향이 없다는 견해이다.

㉠ 증거능력 부정설

영장주의는 위법절차에 의해 수집된 증거의 증거능력을 배제함으로써 기본권침해를 방지하려는 데 목적이 있고, 증거의 진실성은 단지 간접적으로만 보장하므로 실황조사도 기본권침해의 가능성이 있는 한 영장주의의 적용을 받아야 한다는 견해이다¹⁵⁾.

다만, 실황조사에서 영장주의의 위반이 전문증거인 실황조사서의 증거능력을 부정하는데 있어 어떻게 이론 구성할 것인가에 관해서는 (i) 제317조의 “임의성” 조항이 자백배제법칙인 제309조처럼 위법(수사)배제법칙의 근거라고 보면 실황조사서는 영장주의위반의 위법이 있으므로 제317조 제2항이 적용되어 증거능력이 인정될 수 없다는 제317조 적용설¹⁶⁾과 제317조의 “임의성” 조항의 근거가 허위배제에 있다고 보거나, 원진술자의 의사결정 및 의사표현의 자유를 보장하는 데 있다고 보면¹⁷⁾, 실황조사서가 허위가 아니라고 판단하거나 실황조사서 작성과정에 임의성이 있다고 보는 한 영장주의위반은 제317조 제2항의 적용 대상이 될 수 없으므로 초법규적 일반원칙인 위법수집증거배제법칙에 따라 실황조사서는 증거능력이 배제된다는 위법수집증거배제법칙 적용설이 대립될 수 있다.

② 판례

“사법경찰관사무취급이 작성한 실황조사서가 사고발생 직후 사고 장소에서 긴급을 요하여 판사의 영장없이 시행된 것으로서 형사소송법 제216조 제3항에 의한 검증에 따라 작성된 것이라면 사후영장을 받지 않는 한 유죄의 증거로 삼을 수 없다”라고 판시하여¹⁸⁾ 대법원은 위법수집증거배제법칙을 적용하여 증거능력을 부정하고 있는 것으로 보인다.¹⁹⁾

③ 사건

15) 강용현, 사법경찰관 사무취급작성의 실황조사서의 증거능력, 형사판례연구 2권, 1994, 286, 289면.

16) 이상돈, 사례연습 형사소송법(제2판), 377면.

17) 참고로 진술의 임의성(제317조) 내용에 관한 학설은 허위배제설(강구진, 470면), 허위배제와 인권옹호설(백형구, 650면 : 정영석/이형국, 361면) 진술자유보장설(신동운, 850면), 위법배제설(이재상, 539면 : 임동규, 520면 : 신양균, 773면 : 송광섭, 241면)이 주장되고 있다.

18) 대판 1989. 3. 14. 88도1399.

19) 그 외에도 대법원은 “사법경찰관 작성의 검증조서의 작성이 범죄현장에서 급속을 요한다는 이유로 압수수색 영장없이 행하여졌는데 그 후 법원의 사후영장을 받은 흔적이 없다면 유죄의 증거로 쓸 수 없다”고 판시하여 증거능력 부정설과 같은 취지이다(대판 1990. 9. 14. 90도1263).

영장주의 위반을 방임한다면 영장주의가 형해화되어 결국 피고인의 기본권을 부당하게 침해할 우려가 있기 때문에 영장주의 위반인 경우 증거능력을 부정하여야 하며, 초법규적 일반원칙은 그것을 구현하는 근거규정이 실정법에 있는 한 가급적 원용하지 않는 것이 바람직할 뿐만 아니라, 제317조의 “임의성”조항은 제309조와 진술내용이 자백인가 아닌가에 따라 구별될 뿐이며 임의성의 내용에는 차이가 없으므로 위법(수사)배제에 그 근거가 있다고 보아 제317조 제2항을 적용하여 증거능력이 부정된다고 봄이 타당하다.²⁰⁾

(3) 변호인에 대한 통지

(가) 의의

실황조사에 영장주의가 지배하는가에 관한 견해 차이는 검증에 관한 제121조, 제122조를 준용하는 제219조의 적용여부²¹⁾에 관해서도 견해 차이를 가져온다.

(나) 학설

① 적극설

실황조사도 실질적으로 검증인 이상 제219조가 적용되며, 따라서 피의자 또는

20) 다만 제309조와의 차이로서 자백의 경우엔 사소한 위법도 “임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 이유”가 되므로 증거능력을 배제하지만, 제317조는 (위법 수사로 인하여 원진술의) 임의성이 없는 것이 증명된 때 증거능력을 배제시킬 수 있다. 이러한 차이의 실천적 의미는 모든 위법수사가 제317조의 임의성을 배제시키지는 않고 어느 정도 “중대한” 위법수사라야 제317조의 임의성을 배제시킬 수 있다는 데에 있다(배종대/이상돈, 636면). 영장주의 위반은 중대한 위법수사이므로 실황조사서는 제317조 제2항에 따라 증거능력이 배제된다.

21) 수사기관의 검증에도 참여권이 보장되는가에 대하여 (i)법원에 의한 검증(제145조, 제121조)과 마찬가지로 수사기관에 의한 검증의 경우에도 당사자의 참여권이 보장된다는 견해와 (ii)압수수색 절차에서 당사자의 참여권을 보장한 제121조의 규정은 제145조에 의해 법원에 의한 검증의 경우에 준용되지만 수사기관의 대물적 강제수사와 관련된 준용규정인 제219조가 제121조를 준용하도록 한 것은 수사기관의 압수수색에 대해 당사자의 참여를 보장한 것이지 이 규정이 검증의 경우에도 그대로 준용되는 것은 아니라고 할 것이라는 견해(이러한 취지로 보이는 대표적 견해로 이재상, 형사소송법 제6판, 530면)가 주장될 수 있다. 개인적 견해로는 헌법의 적법절차규정에 비추어 보면 수사기관의 검증에만 참여권을 부정해야 할 이유가 없을 뿐만 아니라 설사 형소법조항이 준용되지 않는다고 해석되는 경우에도 헌법상의 적법절차조항에 의하여 검증절차에 있어서도 당사자 참여권이 인정된다고 보아야 할 것이다.

변호인은 실황조사에의 참여권이 있으며(제121조), 미리 일시, 장소를 이들에게 통지하여야 하고(제122조), 통지없이 실시한 실황조사는 위법하므로 그 결과를 기재한 실황조사서도 증거능력이 없다고 보는 견해²²⁾이다.

② 소극설

실황조사는 신속히 이루어질 필요가 있고, 실황조사 단계에서는 피의자가 아직 밝혀지지 않은 경우가 있을 수 있고, 밝혀졌어도 불구속일 경우 그 통지에 상당 시간이 소요되므로 시간을 지체하면 범죄현장이 멸실 또는 훼손될 우려가 있으므로 반드시 참여권을 보장할 필요는 없고, 불통지는 법관이 증명력을 판단할 때 탄력적으로 고려하면 된다는 것이다.²³⁾ 통지없이 실시한 실황조사라고 하더라도 위법하지 아니하고, 그 결과를 기재한 실황조사서도 증거능력에 지장이 없다고 보는 견해이다.

(다) 사건

적법절차의 요청 및 수사절차의 투명성과 신뢰보호를 위해서도 피의자 또는 변호인에게 실황조사의 일시장소를 통지하는 것이 바람직하다 할 것이다. 다만, 적극설에 따라 피고인뿐만 아니라 변호인에게도 실황조사의 일시와 장소를 통지해야 한다고 하더라도, 제122조 단서 규정에 의하여 “급속을 요하는 경우”에 통지하지 않아도 위법한 것은 아니기 때문에 논의의 실익은 별로 없다고 생각한다.

IV. 실황조사서에 기재된 진술의 증거능력

1. 의의

실황조사서에 피의자나 목격자 등 참여인의 진술을 기재한 부분도 있는 것이 보통이다. 이것은 검증결과 그 자체는 아니므로 진술증거로서의 성격을 가진다고 할 것인 바, 어떠한 조건하에서 그 증거능력이 인정되는가가 문제된다. 실황조사서도 검증의 일종으로 볼 경우(실황조사는 적법한 검증이 될 수 없다고 보아 실황조사서

22) 백형구, 검증중서 실황조사서의 증거능력, 사법행정 351호, 25면.

23) 강구진, 형사소송법, 470면 : 강용현, 사법경찰관 사무취급작성의 실황조사서의 증거능력, 형사판례연구2, 288면.

의 증거능력을 부정하는 반대설이 있음은 이미 언급한 바 있다.) 실황조사서도 검증조서에 준하여 취급하므로 실황조사서 중 참여인의 진술에 관한 증거능력에 관하여도 검증조서의 경우와 같이 학설이 나뉜다고 할 수 있다.²⁴⁾

2. 전문법칙과의 관계-성립의 진정 등

(1) 학설

(가) 실황조사서부정설

현장지시·현장진술을 구별하지 않고, 검사가 작성하는 경우에는 진술자가 피의자이든 참고인이든 법 제313조 제1항에 의하여 증거능력이 인정되며, 사법경찰관이 작성한 경우 피의자의 경우에는 법 제312조 제2항에 의하여, 참고인의 경우에는 법 제313조 제1항에 의하여 증거능력을 인정하여야 한다는 견해이다²⁵⁾.

(나) 구분설

현장지시와 현장진술을 구분하여 현장지시는 실황조사서와 일체를 이루므로 제312조 제1항에 따라 검증조서와 마찬가지로 증거능력을 판단하고, 현장진술은 진술증거로서 실질적으로는 참고인진술조서 또는 피의자신문조서이므로 실황조사의 주체와 진술자에 따라 법 제312조 내지 제313조가 적용되어야 한다는 견해이다. 즉, 현장진술의 진술자가 피의자인 경우 검사 작성의 실황조사서인 경우에는 법 제312조 제1항에 의하여, 사법경찰관 작성의 실황조사서인 경우에는 같은 조 제2항에 의하여, 참고인인 경우 검사 작성의 실황조사서인 경우에는 법 제312조 제1항에 의하여, 사법경찰관 작성의 실황조사서인 경우에는 제313조 제1항에 의하여 각

24) 검증에 참여한 참여인의 진술에는 「현장지시(지시설명)와 현장 진술」의 두 가지가 있는데, i) “현장지시(지시설명)”는 검증할 지점 또는 목적물을 확정할 필요 때문에 행하여지는 설명으로서 검증 목적의 대상을 지시하는 것을 내용으로 하는 것이고, ii) “현장 진술”은 현장의 상황을 보면서 사건 당시의 상황을 진술하는 것으로, 현장의 상황을 보면서 사건 당시의 상황을 진술시키면 진술이 보다 정확하고 조사자도 정확히 이해할 수 있다는 이유로 검증(실황조사)의 현장에서 진술을 청취하여 검증조서(실황조사서)에 기재하는 것으로서 실제적으로는 검증(실황조사)이 아니라 범죄사실을 입증하는 자료로서의 진술이다.

25) 백형구, 검증조서·실황조사서의 증거능력, 사법행정, 90년 3월호, 29면. 검사가 작성한 실황조사서에 기재된 진술의 증거능력과 관련하여서는 이는 피의자신문조서 또는 참고인진술조서에 기재된 진술이 아니므로 그 진술의 증거능력에 대해서는 제312조 제1항이 적용되지 않는다고 한다.

증거능력을 인정하여야 한다고 한다.

(다) 수정(구분)설

현장지시와 현장진술을 일용 구분하되, 현장지시를 더욱 세분화함으로써 구분설을 수정한 것이다. 현장지시가 수사기관의 실황조사활동의 동기를 설명하는 비진술 증거로서 이용되는 때에는 실황조사서와 일체를 이루므로 제312조 제1항을 적용하고, 현장지시가 범죄사실을 인정하기 위한 진술증거로 이용되는 때에는 현장진술과 같이 취급해야 한다. 현장진술은 진술증거로서 실황조사의 주체와 진술자에 따라 법 제312조 내지 제313조가 적용되어야 한다는 견해이다²⁶⁾.

(2) 판례

“사법경찰관이 작성한 실황조사서에 피의자이던 피고인이 사법경찰관의 면전에서 자백한 범행내용을 현장에 따라 진술, 재연하고 사법경찰관이 그 진술, 재연의 상황을 기재한 것에 대하여 피고인이 공판정에서 그 진술내용 및 범행재연의 상황을 모두 부인하고 있는 이상 그 실황조사서는 증거능력이 없다”고 판시하여²⁷⁾ 실황조사서의 해당부분이 실질적으로 피의자신문조서의 의미에 머물러 있는 한에서는 피의자신문조서로 취급하여 증거능력을 판단함으로서 결국 제312조 제2항에 따른다는 취지로 보인다²⁸⁾.

(3) 사건

그 의미와 기능이 다른 현장지시와 현장진술은 구별되어야 마땅할 것이다. 또한 현장지시가 현장의 장소 또는 물건이 범죄사고와의 관련성이 있는 것임을 시사하는 한에서는 검증주체가 현장을 인식함에 기여하는 것으로서 실황조사서의 일부가 된다고 보지만, 그러한 진술이 과거 발생한 범죄사실에 관한 증거로 사용된다면 이는 실황조사서 작성자가 경험하지 않은 사실에 대한 기재로서 이 또한 현장진술과 달리 볼 이유가 없다는 점 등에 비추어 볼 때 수정(구분)설이 타당하나, 어느 견해에

26) 강용현, 사법경찰관 사무취급작성의 실황조사서의 증거능력, 형사판례연구 2권, 293면 : 이재상, 연습형사소송법, 304면 : 문채규, 사법경찰관 작성의 실황조사서 및 그 조사서에 기재된 피의자 진술의 증거능력, 고시연구, 2002년 5월, 216면.

27) 대판 1984. 5. 29, 84도378 : 1989. 12. 26, 89도1557.

28) 본 판례에서는 어떤 학설에 의하더라도 결론이 같게 된다.

따르더라도 “사법경찰관”이 작성한 실황조사서에 포함된 “피의자”의 현장진술은 제 312조 제2항에 의하여 전문법칙의 배제여부를 결정하게 된다.

피고인이 실황조사서를 증거로 함에 동의하는 경우에 실황조사서에 포함된 피고인의 현장진술도 증거로 함에 동의한 것으로 볼 것인가의 문제가 있는 바, 당사자의 의사 해석에 관한 문제일 것이나, 범행을 부인하는 피고인에 있어서는 현장진술 부분도 증거로 한다는 특별한 의사표시가 없는 한 현장지시부분만 동의한 것으로 보아야 할 것이고, 현장지시부분도 실황조사의 동기·수단으로서가 아니라 과거사실에 대한 입증자료로 사용하기 위해서는 실황조사서에 관한 단순한 동의외에 이 부분도 동의한다는 별도의 의사표시가 있어야 할 것이다. 따라서 현장지시부분 중 수사기관의 실황조사활동의 동기를 설명하는 비진술증거인 경우는 실황조사서와 일체가 되므로 실황조사서 작성자의 진술에 의하여 실황조사서의 진정성립이 인정되면, 현장지시부분을 진술한 피의자나 참고인을 구태여 공판기일에 신문할 필요 없이 그 부분에 관하여도 증거능력이 인정된다 할 것이다.

3. 임의성

현장자백을 할 때 수사기관에서 당한 고문의 효과, 즉 임의성 없는 심리상태가 계속되고 있다면 그 현장자백은 임의성이 없는 자백이라고 할 수 있고 그 증거능력이 배제된다고 할 것이다(제309조).

4. 적법성

현장자백 등 진술이 이루어질 때 적법절차가 지켜지는 가운데 이루어져야 함은 당연하다.

(1) 진술이 피의자의 자백인 경우

현장자백 진술전이나 수사기관에서 처음 신문을 당하기 전에 진술거부권을 고지 받지 않았다면 증거능력이 배제되는 것에 대하여 의문이 없다. 그 근거에 있어서는 자백배제법칙적용설과 위법수집증거배제법칙적용설의 다툼이 존재하고, 판례는 위법수집증거배제법칙에 따라 증거능력이 배제된다고 하지만²⁹⁾, 자백배제법칙의 근거

29) 대판 1992. 6. 23, 92도682. 이 판례의 태도는 자백배제법칙을 위법수집증거배제법칙의 특칙으로 보는 입장과는 다소 거리가 있다.

를 위법배제설에서 찾는 이상 “기타의 방법으로 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 이유가 있는 때”에 해당하며 따라서 자백배제법칙이 적용되어 증거능력을 부정함이 타당하다고 본다. 그리고 이러한 위법수사가 실황조사서의 진술의 임의성을 탈락시켰다고 볼 수 있으면 제317조 제3항에 의하여 증거능력이 없다고 할 것이다.

다만 현장자백진술은 범죄현장이라는 공간에서 이루어졌다는 특수성만 있을 뿐 피의자신문의 결과이고, 이는 임의수사이므로 그에 대한 영장은 필요치 않아 영장주의위반의 문제는 발생하지 않을 것이다.

(2) 실황조사과정에서 피의자 등의 진술을 얻어내는 것이 위법수사인지 여부

우리 형사소송법이 피의자신문 등과 검증의 규정을 별도로 규정하고 있는 것은 수사활동의 별개성을 인식하고 있기 때문에 나름대로의 절차가 준수되어야 할 것이므로, 정식으로 피의자신문의 절차를 거치지 않고 단순히 실황조사과정에서 피의자의 진술을 얻어내어 실황조사서에 끼워넣는 수사실무는 위법수사로 볼 수 있으며, 그렇게 작성된 실황조사서내의 피의자진술부분은 위법수집증거가 될 여지가 충분히 있으며 이렇게 보는 것은 탈법적인 수사관행을 더욱 효과적으로 억제하는 방편이 될 것이라는 견해³⁰⁾도 인권보장의 측면에서 어느 정도 설득력이 있어 보인다. 그러나 충실한 조사를 위해서는 실황조사(검증) 현장에서 현장상황과 연관하여 피의자 등 관계인의 진술을 청취할 필요가 적지않을 것이고, 이것이 오히려 수사절차에서의 소송경제 및 실황조사서에 대한 신빙성을 높일 수도 있을 것이다. 실황조사과정에서 피의자 등에 대하여 진술을 청취하는 수사관행에서 우려되는 인권침해의 위험성은 해당 진술부분을 피의자신문조서 등에 준하여 적법절차의 요건을 엄격히 다룬 후 증거능력 부여여부를 판단한다면 상당부분 해소될 것으로 생각된다. 그러므로 실황조사과정에서 피의자등에 대하여 행하는 진술청취의 수사관행을 일괄하여 위법하다고 단정하기는 어렵다고 생각 된다.

30) 검증조서에 기재된 진술내용에 대하여 전문증거의 예외적 증거능력 인정의 문제 이전에 그 자체를 불법수집증거의 문제로 접근하자고 하면서 문제의식을 제기한 입장으로는 이승호, 사법경찰관작성 검증조서에 기재된 피의자진술의 증거능력, 형사판례연구 9권, 456면 이하 참조.

V. 실황조사서에 첨부된 사진의 증거능력

1. 실황조사서의 일부를 이루는 사진

실황조사서에 첨부된 사진은 일반적으로 당해 조서의 일부를 구성하는 보조수단에 불과하므로 그 사진의 증거능력도 실황조사서와 일체로 판단하지 않으면 안된다(제312조 제1항). 따라서 원진술자인 사진촬영자의 진술에 의하여 성립의 진정이 인정되면 증거능력을 가질 수 있다.

2. 범행 재연사진

실황조사서에 기재된 피의자의 현장진술에 따라 현장에서 범행을 재연시키고 이를 촬영하여 실황조사서에 첨부한 사진은 오히려 그 실질이 수사기관의 조사결과를 보조하기 위한 것이 아니라 피의자의 진술내용을 보조하기 위한 것이므로 피고인의 현장진술과 일체로서 증거능력을 판단하여야 할 것이다. 따라서 검사가 작성한 경우에는 제312조 제1항, 사법경찰관작성의 경우는 제312조 제2항이 적용된다. 판례도 “실황조사서에 첨부된 사진이 피고인이 자백한 범행내용을 현장에서 재연하고 이를 사진으로 촬영하여 첨부한 것에 불과할 때에는 사진이 그 실질에 있어서는 피고인의 현장진술과 같다고 하지 않을 수 없으므로 형사소송법 제312조 제2항에 의하여 피고인이 공판정에서 그 내용을 인정하지 않으면 증거능력을 가질 수 없다”고 판시하고 있다.³¹⁾

VI. 결 어

실황조사가 실무상 널리 이용되고 있음에도 불구하고, 아직 형사소송법에서는 명문으로 이에 대한 규정을 두지 않아 논란이 되고 있다. 판례 또한 실황조사서에 대한 증거능력 인정과 관련하여 명시적으로 판시한 것은 보이지 않고 다만 간접적으로 추론해 볼 수 있는 몇가지 판례가 있을 뿐이다. 이러한 상황에서 실황조사서에

31) 대판 1984. 5. 29, 84도378 ; 1988. 3. 8, 87도2692 ; 1989. 12. 26, 89도1557.

사후영장을 받지 않는 한 유죄의 증거로 사용할 수 없다는 대법원 88도1399호 판결이 나오자, 이를 둘러싸고 학자들 사이에서는 이는 일응 검증조서에 관한 규정을 유추한 것으로 볼 수도 있지만, 실무상 실황조사를 한 다음 사후 영장을 발부받는 경우가 거의 없다는 점을 고려한다면 실질적으로는 증거능력을 부정한 것으로 보아야 할 것이라거나³²⁾, 실황조사는 타인의 신체나 재산에 어떠한 제한도 가하지 아니하고 본인 또는 소유자의 승낙하에 행하여지는 임의처분으로서 영장주의가 적용되지 아니하며, 특히 위 88도1399호 사건의 경우 실황조사서가 교통사고에 대해 도로상에서 타인의 권리를 침해함이 없이 행하여진 것이므로 사후영장을 발부받지 않았다 하더라도 증거능력을 인정함이 타당하다고 보는 견해가 있다³³⁾.

그러나 위 88도1399호 판결은 임의처분인 실황조사에 있어서도 영장이 필요하다는 것이 아니라, 그 실질이 강제처분인 검증에 해당한다면 그 조서의 명칭 여하에 불구하고 영장주의의 적용을 받는다는 점에 주안점을 두고 판시한 데에 그 의의가 있다고 이해하여야 할 것이므로, 위 판결은 실황조사서 일반의 증거능력을 부정한 것이라기보다는 강제처분인 검증이 행해져야 할 상황에서 영장없이 편의적으로 실황조사의 형식으로 조사가 수행된 경우에는 그 실황조사를 검증으로 간주하여 적법한 검증에 필요한 요건이 구비되어 있는지를 검토해야 한다는 취지로 해석하는 것이 타당하다고 본다.

다만 여기서 좀더 필연적으로 논의해야 해야 하는 문제는 어떠한 경우가 강제처분인 검증이 행해져야 할 상황인가가 문제된다. 범죄현장은 '증거의 보고', 또는 '범죄의 수사'는 범죄의 현장조사에서 시작하여 현장의 재현으로 종료된다'고 할 정도로 중요한 것임과 동시에 흔히 '현장검증에서 가해자와 피해자가 뒤바뀐다'고 하는 일반시민의 현장검증에 대한 의혹이 강하게 제기되고 있는 것이 현실이기 때문에 위와 같은 경우의 현장 확인 작업은 영장주의의 제약과 피의자측의 참여권을 보장하는 상태에서 행해져야 하는 것이 바람직하다. 그 중에서도 88도1399 판결의 사안처럼 '범행중 범행직후의 범행장소'(법 제216조 제3항)에서 관찰이 행해지는 경우나 특정인의 신체나 재산권을 침해할 우려가 있는 장소에서 현장관찰이 행해지는 경우와 같이 피의자나 장소관리자의 참여권이 강하게 요청되는 상황 등에는 더욱 그렇다. 그러나 모든 실황조사에 예외없이 영장주의를 적용한다거나 당사자의 참여가 보장되어야 적법성이 확보된다고 본다면 수사의 신속성, 수사절차에서의 소송경제의 이념을 훼손할 우려가 있고 이해 당사자의 의사에도 반할 수 있다. 이 부분도 신속한 실체진실 발견과 인권보장이라는 형사소송법의 양대 이념이 잘 조화되어야 할 부분이다.

32) 신양균, 고시제, 1997년 12월, 301면 이하 참조.

33) 김영갑, 서증의 증거능력과 증거조사방식의 비교검토, 형사재판의 제문제(제2권), 418면 이하

따라서 사건으로서는 이미 밝힌 대로 실황조사 또는 검증의 형식이 중요한 것이 아니라 그 실질이 당사자의 동의없이 강제로 이루어지면 검증(강제수사), 당사자의 동의하에 임의로 이루어지면 실황조사(임의수사)로 보는 것이 훨씬 논리적이라고 생각한다³⁴⁾.

그리고 실황조사과정에서는 충실한 조사를 위하여 때로는 관계인(참여인)의 진술이 필요한 경우가 있을 수 있고, 실제로도 실황조사서 내에는 참여인의 진술이 적히는 경우가 대다수이다. 그러나 이와 같은 경우를 두고 탈법적 수사관행이고 이를 효과적으로 억제하기 위해서는 실황조사서에 기재된 진술부분을 위법수집증거로 보아 증거능력을 배제할 필요가 있다고 할 여지가 있으나, 그 진술부분에 대해서는 조서에 준하여 철저한 적법절차요건을 검증한다는 전제에 선다면 굳이 실황조사를 더욱 충실하게 하기 위한 이러한 실무관행을 막바로 위법하다고 단정하기는 어렵다고 할 것이다. 따라서 형식이 실황조사 또는 검증인가는 별 의미가 없고 참여인의 진술부분은 그 실질을 살펴서 임의성과 적법성을 전제로 작성주체와 진술자에 따라 제312조 내지 제313조를 적용하여 전문증거의 예외요건에 해당한다면 증거능력이 부여된다고 해석함이 합리적이라고 본다.

다만 실황조사가 검증보다 실무상 널리 이용되고 유효한 증거방법으로 받아들여지고 있는 현실에 비추어 보면, 보다 분명한 법적 근거를 마련해 볼 필요가 있다고 판단된다.

34) 실무상 수사기관이 검증을 함에 있어서도 영장을 발부받지 아니하는 경우도 있으므로, 임의수사인 검증이 곧 실황조사라고 단정할 수는 없을 것이다.

< 參 考 文 獻 >

- 강구진, 형사소송법 원론, 학연사, 1982.
- 배종대 · 이상돈, 형사소송법, 홍문사, 2004.
- 백형구, 형사소송법 강의, 박영사, 2001.
- 신동운, 형사소송법(제3판), 법문사, 2005.
- 신양균, 형사소송법, 법문사, 2000.
- 이상돈, 사례연습 형사소송법, 2001.
- 이재상, 형사소송법, 박영사, 2005.
- , 연습 형사소송법, 박영사, 2005.
- 임동규, 형사소송법, 법문사, 2004.
- 정영석/이형국, 형사소송법, 법문사, 1996.
- 차용석, 형사소송법, 세영사, 1997.
-
- 강용현, 사법경찰관 사무취급작성의 실황조사서의 증거능력, 형사판례연구 제2권.
- 김영갑, 서증의 증거능력과 증거조사방식의 비교검토, 형사재판의 제 문제 제2권.
- 문채규, 사법경찰관 작성의 실황조사서 및 그 조사서에 기재된 피의자 진술의 증거능력, 고시연구, 2002년 5월.
- 백형구, 실황조사서의 증거능력, 판례월보, 1990년 3월.
- , 실황조사서의 증거능력, 판례연구(제4집), 1991년.
- , 검증조서 · 실황조사서의 증거능력, 사법행정, 1990년 3월.
- 이승호, 사법경찰관작성 검증조서에 기재된 피의자진술의 증거능력, 형사판례연구 9권.

Zusammenfassung

Der Beweisverwertbarkeit der Tatortobservationsschriften

Shin, Yi-chul

(A Candidate for the S.J.D, Department of Law, College of Law,
Konkuk University)

In der Ermittlungspraxis wird zwar die Tatortobservation als eine der Ermittlungsmethoden alltäglich verwendet, ist sie jedoch in der Wissenschaft über ihre Rechtsnatur und Beweisverwertbarkeit umstritten, da in der geltenden koreanischen Strafprozessordnung das Institut "Tatortobservation" noch nicht ausdrücklich vorgesehen ist. Im Gerichtsurteil findet sich keine unmittelbare Anerkennung der Beweisverwertbarkeit der Tatortobservationsschriften. In der Rechtsprechung gibt es derzeit nur einige Fälle, deren Beweisverwertbarkeit nur mittelbar heranzuziehen. Inzwischen hat das Gericht aber ein bedeutsames Urteil verkündet, wonach Tatortobservationsschriften ohne nachträgliche Haftbefehl nicht als Beweis verwertet werden dürfen. Im Umgang mit diesem Urteil werden in der Wissenschaft verschiedene Lehrmeinungen entfaltet. Die Rechtsprechung ist in der Tat so interpretiert worden, dass die Schriften über Tatortobservation trotz ihrer formellen Benennung dann als Zwangsmassnahme gesehen werden, wenn sie der Natur nach die Observation als Zwangsmassnahme betreffen. Fragelich ist jedoch, wann die Observation als Zwangsmassnahme durchgeführt werden darf. Diesbezüglich ist beispielsweise solche Fälle zu berücksichtigen, dass eine Observation in der oder nach der Straftat an der Tatort durchgeführt

wird. Ferner gäbe es auch die Fälle, für die erfolgreiche Observation eine Aussage der Teilnehmer am Onservationsort erforderlich ist. Berücksichtigt man, die Tatortsobservation heute in der Ermittlungspraxis geläufig durchgeführt und in der Verhandlung als wirksames Beweismittel anerkannt wird, soll die rechtliche Grundlage für Tatortsobservation in die koreanische Strafprozessordnung ausdrücklich eingeführt werden.