

【판례연구】

실황조사서의 증거능력

■ 오 익 현*

I. 【대상판례】 대법원 2001. 5. 29. 선고 2000도2933

수사보고서에 검증의 결과에 해당하는 기재가 있는 경우 (중략) 사법경찰관리집무규칙 제49조 제1항, 제2항에 의하여 사법경찰관이 수사상 필요하다고 인정하여 범죄현장 또는 기타 장소에 임하여 실황을 조사할 때 작성하는 실황조사서에 해당하지 아니하며, 단지 수사의 경위 및 결과를 내부적으로 보고하기 위하여 작성된 서류에 불과하므로 그 안에 검증의 결과에 해당하는 기재가 있다고 하여 이를 형사소송법 제312조 제1항의 ‘검사 또는 사법경찰관이 검증의 결과를 기재한 조서’라고 할 수 없을 뿐만 아니라 이를 같은 법 제313조 제1항의 ‘피고인 또는 피고인이 아닌 자가 작성한 진술서나 그 진술을 기재한 서류’라고 할 수도 없고, 같은 법 제311조, 제315조,

제316조의 적용대상이 되지 아니함이 분명하므로 그 기재 부분은 증거로 할 수 없다.

II. 들어가며

수사기관은 증거수집의 일환으로 강제력을 사용하지 않고 범죄현장 등에서 장소, 물건, 사람에 대하여 그 존재 및 상태를 오관의 작용에 의하여 확인하는 수사활동, 즉 ‘실황조사’를 특별한 제한없이 광범위하게 실시하고 있으며 그 결과와 경위를 ‘실황조사서’에 기재하고 있다. 이러한 실황조사 및 실황조사서는 범무부령인 사법경찰관리집무규칙, 경찰청 훈령인 범죄수사규칙 등에서 규정하고 있으며 또한, 어떠한 수사 상황에서는 수사기관이 의무적으로 행하도록 규정하고 있다.

* 중앙경찰학교 교수요원

1) 대법원 1989. 3. 14. 88도1399(동 판례에 관해서는 뒤에서 상술함) 강용현 “사법경찰관 사무취급작성의 실황조사서의 증거능력” 형사판례연구2 제280면, “실황조사서가 검증조서로서 형식상 증거능력이 있다는 것을 전제로 한 것이라고 생각되나, 사후영장의

그런데, 판례는 실황조사서의 증거능력을 사실상 부정하고 있는 태도를 취하고 있음으로써¹⁾ 수사현실과 위와 같은 수사관련 규정을 감안하면 어딘가 모순이 없다고 할 수 없다.²⁾

이러한 가운데 최근 등장한 위 【대상판례】에서는 “수사보고서에 검증의 결과에 해당하는 기재가 있는 경우 (중략) 실황조사서에 해당하지 아니하며, 단지 수사의 경위 및 결과를 내부적으로 보고하기 위하여 작성된 서류에 불과하므로 (중략) 그 기재 부분은 증거로 할 수 없다.”라고 판시하고 있어, 마치 검증의 결과를 ‘실황조사서’에 기재하였더라면 증거로도 할 수 있지 않았을까 하는 의구심을 들게 한다.

따라서, 위와 같은 모순 내지 의구심은 실황조사서의 증거능력에 관한 그간의 관련 판례들의 태도와 추이 및 관련 학설들을 자세히 고찰해 봄으로써 해소할 수 있다고 생각된다. 즉, 판례에서는 실황조사 및 실황조사서를 어떻게 보고 있으며, 왜 그 증거능력을 부정하고 있다고 평가되고 있는지를 살펴보고(관련 학설을 포함) 나아가 수사기관은 실황조사와 관련하여 어떠한 수사방법을 취함이 바람직한

것인가를 검토하여 보고자 한다.

한편, 실황조사서와 관련한 문제로 실황조사서의 증거능력 이외에도 증거능력의 인정요건, 영장에 의하지 않은 다시 말하면 위법한 절차에 따라 수집된 증거로서의 실황조사서의 형사소송법 제318조³⁾ 적용여부(당사자의 동의로써 증거능력을 인정할 수 있는지), 실황조사서에 기재된 피의자·참고인 등 참여인 진술에 대한 평가, 실황조사서의 증명력, 피의자 등의 참여권 보장 등 기타 여러 문제가 있을 수 있으나 여기에서는 간략히 언급하거나 아니면 검토범위에서 제외하고자 한다.

왜냐하면, 이와 같은 문제들은 실황조사서의 증거능력을 인정할 후에야 비로소 논할 가치가 있으며, 그 증거능력을 인정할 수 있다면 검증조서와 동일한 취급을 할 수 있고 이는 곧 검증조서의 문제로 다루질 수 있는바, 이에 대해서는 이미 다른 곳에서도 충분히 연구되어 있어 관련 문제에 대한 답을 쉽게 찾을 수 있다고 판단되기 때문이다.

발부를 요건으로 요구하고 있는 바, 실황조사에는 사전 또는 사후에 영장을 발부받지 아니하고 있음이 실무의 관행이므로 사실상 증거능력을 부인한 것이 된다.” 이와는 달리 증거능력을 인정하고 있다는 일부 견해도 있는데, 임창호 “범죄수사론” 374면, “검사와 사법경찰관이 작성한 실황조사서도 검증조서에 관한 형사소송법 제312조에 의하여 증거능력이 인정된다.” 강용택 “형사소송법강의” 532면, “군사법경찰관이 작성한 실황조사서의 기재는 이 사건 범행현장을 설명하면서 경찰의 의견을 기재한 것에 불과하여 이것만으로는 피고인의 위 공소사실을 인정할 자료가 될 수 없다.(대법원 1984. 1. 24. 83도2799)는 점에 비추어 실황조사서의 증거능력을 원칙적으로 인정하고 있다.”

2) 실황조사서는 범죄현장에 가장 근접한 수사자료로 가장 중요한 증거로서의 가치가 있다고 할 것이나, 실황조사 전이나 후에 있어 별도의 검증영장을 발부받는 예가 거의 없는 것이 수사현실이라 할 것임.

3) 제318조(당사자의 동의와 증거능력) ① 검사와 피고인이 증거로 할 수 있음을 동의한 서류 또는 물건은 진정한 것으로 인정할 때에는 증거로 할 수 있다. ② 피고인의 출정없이 증거조사를 할 수 있는 경우에 피고인이 출정하지 아니한 때에는 전항의 동의가 있는 것으로 간주한다. 단, 대리인 또는 변호인이 출정한 때에는 예외로 한다.

Ⅲ. 실황조사 및 실황조사서의 의의

1. 실황조사 및 실황조사서의 의의

실황조사라 함은 수사기관이 수사상 필요에 의하여 범죄현장 기타 범죄에 관계가 있는 장소, 물건, 사람에 대하여 그 존재 및 상태를 오관의 작용에 의하여 경험·인식하는 수사활동으로, 이러한 실황조사의 경위와 결과를 기재한 서류를 실황조사서라 한다. 이에 대해서는 법무부령인 사법경찰관리집무규칙 제48조⁴⁾, 경찰청훈령인 범죄수사규칙 제104조 내지 제106⁵⁾등에서 규정하고 있다.

이러한 실황조사는 강력사건에 있어 범죄현장에 임하여 범행현장의 상황과 범행의 수단, 방법을 밝히고 범행수단과 방법이 범행현장상황에 부합하는 것인지를 범행의 재연을 통하여 판단하며 잔류증거를 수집·보전하는 것으로 특히 교통사고조사에서 많이

활용되고 있는 수사활동이다.

2. 실황조사의 법적 성격

이러한 실황조사는 그 실질이 검증과 같다고 보는데는 이견이 없다고 보이나, 우리 형사소송법상 인정(허용)되는 수사방법인지에 대해서는 논란이 있다.

검증과 실황조사의 차이는 검증이 원칙적으로 법관의 영장에 기하여 행하여지는 강제처분임에 반하여 실황조사는 수사기관의 임의처분으로서 행해지는데 있다고 보는 것이 일반적이나,⁶⁾검증은 형사소송법 제215조⁷⁾에서 규정하고 있는 것과 같이 영장에 의하여만 가능하다고 보는 견해도 있을 수 있다.

이와 같이 실황조사서의 증거능력을 인정할 수 있는지 여부를 판단하기 위해서는 그 전제가 되는 실황조사가 형사소송법상 인정될 수 있는 수사방법인지를 먼저 살펴보아야 할

4) 제49조(실황조사) ①수사상 필요하다고 인정할 때에는 범죄 현장 또는 기타 장소에 임하여 실황을 조사하여야 한다. ②제1항의 조사를 할 때에는 실황조사서를 작성하여야 한다.

5) 제104조(실황조사) ①범죄의 현장 기타의 장소, 신체 또는 물건에 대하여 사실 발견을 위하여 필요가 있을 때에는 실황조사를 하여야 한다. ②실황조사는 거주자 관리자 기타 관계자 등의 참여를 얻어서 행하고 그 결과를 실황조사서에 정확하게 기재해 두어야 한다. ③실황조사서에는 되도록 도면과 사진을 첨부하여야 한다. 제105조(실황 조사서 기재상의 주의) ① 실황조사서에는 객관적으로 기재하도록 힘쓰고 피의자 피해자 기타 관계자에 대하여 설명을 요구하였을 경우에도 그 지시 설명의 범위를 넘어서 기재하는 일이 없도록 주의하여야 한다. ② 피의자 피해자 기타 관계자의 지시 설명의 범위를 넘어서 특히 그 진술을 실황조사서에 기재할 필요가 있는 경우에는 형사소송법 제199조와 동법 제244조의 규정에 의하여야 한다. 이 경우에 있어서는 피의자의 진술에 관하여는 미리 피의자에 대하여 진술을 거부할 수 있음을 알리고 또한 그 점을 조서에 명백히 해 두어야 한다.

제106조(피의자의 진술에 의한 실황조사)

피의자의 진술에 의하여 흉기, 장물 기타의 증거자료를 발견하였을 경우에 증명력 확보를 위하여 필요할 때에는 실황조사를 하여 그 발견의 상황을 실황조사서에 정확히 해 두어야 한다.

6) 이재상 “연습형사소송법” 284면, 강용현 앞의 논문 277면 등, 다만 검증이 강제수사라는 원칙에 대한 예외를 인정하지 않고 승낙에 의한 검증이나 실황조사는 수사기관의 검증에 해당하지 않는다고 보는 견해도 있음

7) 제215조(압수, 수색, 검증)

①검사는 범죄수사에 필요한 때에는 지방법원판사에게 청구하여 발부받은 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다.

것이다. 만약, 실황조사가 형사소송법상 허용되는 수사방법이 아니라고 한다면 이를 기재한 실황조사서의 증거능력 또한 부정함이 논리적이기 때문이다.⁸⁾

수사기관의 검증이란 사람, 장소, 물건의 성질·형상을 오관의 작용에 의하여 인식하는 ‘강제처분’이라고 하면서, 다만 예외적으로 승낙에 의한 검증과 실황조사는 임의수사로서 허용된다고 하는 견해가 있는 반면, 검증은 강제수사이므로 이에 대한 예외를 인정할 수 없으므로 승낙에 의한 검증이나 실황조사는 수사기관의 검증에 해당하지 아니한다고 보는 즉, 부정하는 견해가 있다.^{9) 10)}

위 부정하는 견해는 실황조사 자체를 인정할 수 없다는 것으로, 이에 의하면 수사기관이 公路상의 사건현장에서 행하는 실황조사와 같이 타인의 의사에 반하거나 타인의 신체나 재산에 어떤 제한을 가하지 않는 방법으로 이루어지는 임의적인 수사라고 할

지라도 허용될 수 없다고 한다. 왜냐하면, 강제수사와 임의수사를 구분할 수 있는 기준인 ‘기본권의 제한이나 침해’가 언제나 전혀 없는 것은 아니기 때문에 실황조사에 대한 통제가 필요하고 이에 따라 영장주의의 적용을 받아야 하며 그렇지 않다면 영장주의는 형해화될 수 있는 우려가 있고¹¹⁾ 또한 우리 형사소송법에서는 영장에 의한 검증만을 규정하고 있는 만큼 임의적인 검증활동인 실황조사는 법적 근거가 없으며^{12) 13)} 검증은 법관이 발부한 영장에 의하여 행한다는 형식을 취함으로써 관찰과 기술을 의식적으로 정확하게 하는 기능을 가지고 있음에 반하여 실황조사는 이러한 보장이 없기 때문이라고 한다.

하지만, 형사소송법 제199조에서는 “수사에 관하여는 그 목적을 달성하기 위하여 필요한 조사를 할 수 있다. 다만, 강제처분은 이 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하며, 필요한 최소한도의 범위 안에서만 하여야

②사법경찰관이 범죄수사에 필요한 때에는 검사에게 신청하여 검사의 청구로 지방법원판사가 발부한 영장에 의하여 압수·수색 또는 검증을 할 수 있다.

8) 판례(1987. 6. 2. 87도705)에서는 “압수물은 압수절차가 위법하다 하더라도 그 물건 자체의 성질, 형태에 변경을 가져오는 것은 아니어서 그 형태 등에 관한 증거가치에는 변함이 없다 할 것이므로 증거능력이 있다.”고 하여 위법한 증거조사절차에 따라 수집된 증거가 당연히 증거능력이 없다고 하지는 않고 있지만, 이후 판례에서는 변호인의 접견이 제한된 상태에서 작성된 피의자신문조서의 증거능력(1990. 8. 24. 90도1285), 진술거부권 불고지 상태에서 작성된 녹화테이프의 증거능력(1992. 6. 23. 92도682) 등을 부정하고 있음

9) 강용현 앞의 논문 280면, 이에 의하면 허용하는 견해가 다수설적인 입장임

10) 승낙에 의한 검증과 실황조사의 구분은 승낙검증이 강제처분으로서 영장이 필요하나 승낙의 임의성으로 인하여 허용되는 것인 반면 실황조사는 강제처분이 아닌 公路상의 검증활동처럼 임의적으로 이루어지는 것을 말함

11) 이상돈 “사례연습형사소송법” 378면

12) 다만 형사소송법 제216조 및 제217조에서는 사전 검증영장 없이 검증할 수 있다고 규정하고 있지만, 이 역시 사후영장을 요구하고 있음

13) 심희기 “형사소송법의쟁점” 409면, 부정설의 논거를 실황조사서의 증거능력을 긍정하는 법규정을 두고 있지 않은 형사소송법을 반대해석하면 현행법 하에서는 어떤 경우에도 실황조사서는 증거로 할 수 없다며 이에 대하여 수사기관이 영장없이 행하는 실황조사는 원래 영장주의의 제한하에 수행되어야 할 검증을 영장주의의 제한을 받지 않고 우회하려고 하는 수사기관의 책략·편법에서 비롯되었다고 설명하고 있음

한다.”고 규정하고 있어 수사는 원칙적으로 임의수사에 의하고 강제수사는 법률에 규정된 경우에 한하여 예외적으로 허용된다고 보는 것이 일반적이다.¹⁴⁾

형사소송법 제199조의 취지에 의하면, 수사상 있을 수 있는 모든 검증활동이 강제 처분에 해당하기 때문에 형사소송법 제215조에서 영장주의를 규정하였다고 보기보다는 검증활동 중에서 어떤 것은 강제 처분에 해당될 것이므로 이러한 경우 수사기관의 자의적인 수사방법에 의하여 국민의 기본권을 침해할 수 있기 때문에 이를 제한하기 위하여 영장을 필요로 하지만 그러하지 않은 경우에는 임의수사로 인정함이 합당하다고 할 것이고¹⁵⁾ 또한, 실제 수사기관이 행한 실황 조사가 강제수사에 해당되는지 아니면 임의 수사에 해당되는지 여부를 판별하여 그 적법·타당성을 논하여야지 막연히 실황조사가 기본권의 제한이나 침해가 언제나 전혀 없는 것은 아니기 때문에 실황조사 자체를 부정하여야 한다는 것은 지나치다고 보인다.

또한, 실황조사를 광범위하게 행하고 있는 수사현실을 감안하여 실황조사의 적법성을 보장하기 위하여 형사소송법에 별도의 규정을 마련한다면 위와 같이 실황조사 자체를 부정하는 견해를 일축할 수 있겠지만, 별도로

규정하는 방법도 다시 새겨본다면 이 또한 논리적이라 할 수 없다. 예를 들어 “임의적인 검증은 영장없이 할 수 있다.”는 취지로 형사소송법에 새로운 규정을 마련하는 경우, 강제수사는 물론 임의수사에 있어서도 형사소송법에서 사전에 일일이 정하고 있지 않는 이상 수사방법으로 인정될 수 없다고 해석될 여지가 있는 것이다.¹⁶⁾

즉, 검증보다 기본권의 침해가 결코 적다고 할 수 없는 압수에 있어서도 임의제출물인 경우에는 영장없이도 압수할 수 있다고 규정하고 있으며, 나아가 임의동행의 경우에는 형사소송법상 직접적인 법적 근거가 없음에도 판례는 물론 학설에서도 당연시하고 있는 현실에 비추어 본다면 임의적인 검증활동인 실황조사를 특별히 취급하여 부정하여야 한다고는 볼 수 없다고 생각된다.

그리고, 영장에 의한 검증이나 그렇지 않은 실황조사나 兩者는 범죄현장을 사실 그대로 관찰하는데 어떠한 본질적인 차이가 있다고 할 수 없는 만큼 관찰이나 이에 따른 기재의 정확성이 다르다고 볼 수 없을 것이고, 영장주의 원칙의 적용여부에 따라 절차의 신중에 있어서 다소 차이는 있겠지만 이러한 다소간의 차이가 증거능력을 부정할 정도라고 말할 수는 없을 것이다.¹⁷⁾

14) 이재상 “형사소송법(제6판)” 200면

15) 예를 들어, 상해 피해자가 자신의 상해부위와 정도를 담당 사법경찰관에게 적극적으로 확인하여 줄 것을 요구함에도 불구하고 이에 대하여 피해자에게 검증영장이 필요하므로 영장을 발부받고 나서 확인하여 주겠다고 할 수는 없는 것임

16) 형사소송법 제108조 및 제218조에서는 임의제출물인 경우에는 영장없이 압수할 수 있도록 규정하고 있어 검증에 있어서도 영장주의의 예외를 인정하기 위해서는 이와 같은 별도의 규정이 있어야 한다고도 볼 수 있겠지만, 압수에 대하여는 형사소송법의 헌법에서도 영장주의를 규정하고 있으며 비록 임의로 제출한다고 할 지라도 그 이후에는 압수물에 대한 환부가 제한되는 등 강제적인 효과가 계속된다는 점을 고려할 때 이와 같이 특별한 규정이 필요하다 할 것임

정리하자면, 실황조사는 형사소송법 제199조에 근거한 임의수사방법이고 영장없이 행하여짐에 따른 절차상 신중성의 차이로 인해 증거능력을 달리 볼 정도는 아니라고 여겨지므로 실황조사도 우리 형사소송법상 인정되는 수사방법이라고 받아드림이 타당하다고 할 것이다.

3. 실황조사서가 형사소송법상 “조서”에 해당하는지 여부

앞서 살펴본 바와 같이 실황조사는 그 실질이 검증이나 임의수사로서 형사소송법상 인정되고 있는 수사방법이라 보는 것이 타당하다는 의견을 밝힌 바 있다.

그러하다면 적법하게 이루어진 실황조사의 그 경위와 결과를 사실 그대로 기재한 서면에 대해서도 자연스럽게 증거능력을 인정하는 것이 논리적이라 할 것임에도 실황조사서가 “조서”에 해당하는지 여부를 다시 검토하여야 할 필요가 있다.

왜냐하면, 실황조사서의 증거능력을 부정하는 일부 견해¹⁸⁾에 의하면 실황조사서의 증거능력은 형사소송법 제312조 제1항의

검증조서에 준하여 판단하여야 할 것인데, 실황조사서는 同 규정에서 말하고 있는 “검증의 결과를 기재한 조서”라고 볼 수 없다고 하기 때문이다.

조서라 함은 일정한 절차 또는 사실을 인정하기 위하여 작성된 공권적 문서를 의미하는데¹⁹⁾ 그 의미 또는 명칭보다는 법에서 정하고 있는 조서의 작성방법과 기재요건을 제대로 지켜 작성되었는지가 문제의 본질이라고 할 것이다.

따라서, 비록 “검증조서” 또는 “검증의 결과를 기재한 조서”라는 제목하에 작성되지 않고 “실황조사서”라는 제목을 달고 작성되었다고 할 지라도 형사소송법에서 정하고 있는 각종 작성방법과 기재요건을 충족하고 있다면 실황조사서를 조서가 아니라고 볼 이유가 없다고 생각된다.²⁰⁾

또한, 검증조서와 실황조사서간에 증거법상 본질적인 차이가 없으며²¹⁾ 앞에서 본 바와같이 사법경찰관집무규칙 등 관련 규정에서는 수사기관에 대하여 일정한 경우에는 실황조사서의 작성을 명하면서 일정 서식에 따라 작성하도록 규정하고 있으므로 실황조사서를 형사소송법 제312조 제1항에서 말하고 있는 “검증의 결과를 기재한 조서”에

17) 강용현 앞의 논문 283면, 이에 의하면 절차상 신중성의 차이는 증거능력이 아닌 증명력의 문제라고 봄이 타당하다고 함

18) 신동운 “형사소송법” 625면

19) 이재상 “형사소송법” 150면

20) 형사소송법 제49조 제1항에서는 “검증, 압수 또는 수색에 관하여는 조서를 작성하여야 한다.”고 규정하고 있지만, 사법경찰관집무규칙 제50조 제3항에서는 압수조서의 경우 “피의자 신문조서, 진술조서, 검증조서 또는 실황조사서에 압수의 취지를 기재하여 압수조서에 갈음할 수 있다.”고 하여 “조서”가 반드시 독립적으로 작성되어야 한다고는 볼 수 없으며, 압수조서에 갈음하여 작성된 경우 同 압수조서가 위법하다고 말할 수는 없을 것임

21) 이재상 “연습형사소송법” 285면

포함시켜야 한다는 것이 우리나라 다수설의 입장²²⁾이며 일본판례도 이를 따르고 있다.²³⁾

IV. 관련 판례의 태도 및 추이

실황조사서의 증거능력에 관하여 처음으로 직접 판단하고 있다고 보이는 대법원 판례(1984. 3. 13. 83도3006, 이하 ‘판례 ①’이라고 함)에서는 “수사에 관하여는 그 목적을 달성하기 위하여 필요한 조사를 할 수 있는 것이나 강제처분은 형사소송법에 특별한 규정이 없으면 하지 못한다 할 것이고(형사소송법 제199조 제1항) 사법경찰관이 범죄수사에 필요한 때에는 검사에게 신청하여 검사의 청구로 지방법원 판사가 발부한 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있으며(형사소송법 제215조 제2항) 범행중 또는 범행직후의 범행장소에서 긴급을 요하여 법원판사의 영장을 받을 수 없는 때에는 영장없이 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있는 것이나 이 경우에는 사후에 지체없이 영장을 받아야 하는 것인바(형사소송법 제216조 제3항) 이 사건 사법경찰관 사무취급 작성의 검증조서에 의하면 동 검증은 이 사건 발생후

범행장소에서 긴급을 요하여 법원판사의 영장을 받을 수 없으므로 영장없이 시행한다고 기재되어 있으므로(동 검증조서중 검증연월일 1983. 1. 16은 1983. 1. 6의 오키로 인정된다) 이 검증은 형사소송법 제216조 제3항에 의한 검증이라 할 것임에도 불구하고 기록상 사후 영장을 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.”²⁴⁾

위 판례①을 살펴보면, 임의적인 실황사는 가능하지만(“수사에 관하여는 그 목적을 달성하기 위하여 필요한 조사를 할 수 있는 것이나”) 형사소송법 제216조 제3항에 근거하여 영장없이 검증한 경우에는 사후 지체없이 영장을 받아야 하는데, 이 사안에서는 사법경찰리의 검증조서에서 영장없이 시행된 검증이라고 명시하였으므로 사후 영장이 필요하며 사후 영장을 받은 사실이 없으므로 증거능력이 없다는 식의 논리구조를 가지고 있다고 새겨진다.

다시 말하면, 판례①의 사실관계에서 수사기관이 명시적으로 형사소송법 제216조 제3항의 검증이라고 하였기 때문에 이에 따른 사후영장의 불비로 인하여 증거능력을 인정할

22) 강용현 앞의 논문 283면

23) 日最判 1960. 9. 8. 수사기관이 임의처분으로 행한 검증 결과를 기재한 이른바 실황조사서도 형소법 제321조 제3항 소정의 서면에 포함되는 것으로 해석함이 상당하다고 하여 피고인측에서 증거로 함에 부동의 하더라도 그 작성자가 공판정에서 진정성립을 증언한 때에는 증거능력이 있다고 판시함

24) 이와 같이 판례가 실황조사서의 증거능력을 부정하고 있는 것에 대하여는 위법한 절차에 의하여 수집된 증거이기 때문이라는 견해가 통설적임

수 없지만 만약 임의적인 실황조사인 경우에도 있어서도 이에 따른 실황조사서의 증거능력을 부정하겠다는 취지의 판례는 아니라고 판단된다.

그런데, 위 판례① 이후 다시 실황조사서의 증거능력에 관하여 직접 판단하였다고 여겨지는 대법원 판례(1989. 3. 14. 88도1399, 이하 ‘판례②’라고 함)가 등장하였는데, 여기에서는 “사법경찰관 사무취급이 작성한 실황조서는 이 사건 사고가 발생한 1985. 10. 26. 19:30직후인 1985. 10. 27. 10:00에 사고장소에서 긴급을 요하여 판사의 영장없이 시행된 것이므로 이는 형사소송법 제216조 제3항에 의한 검증에 해당한다 할 것이고 기록상 사후영장을 받은 흔적이 없으므로 이 실황조서는 유죄의 증거로 삼을 수 없다.”고 판시하고 있다.

위 판례②에서는 수사기관이 명시적으로 사전 또는 사후영장이 필요한 검증이 아닌

‘실황조사’를 행하고 있다고 하였음에도 불구하고 사후영장을 발부 받지 아니하였다는 이유로 증거로 할 수 없다고 하고 있다.

위 판례①과 판례②를 비교하여 보면, 판례①에서는 수사기관이 명시적으로 형사소송법 제216조 제3항에 의한 검증이라 하였음에도 이에 대한 사후영장이 없었기 때문에 검증조서의 증거능력을 부정하였으나, 판례②에서는 수사기관이 명시적으로 실황조사라고 하였음에도 불구하고 사고직후에 이루어진 실황조사는 형사소송법 제216조 제3항에 의한 영장에 의하지 아니한 검증이라고 법원 임의로 간주한 후에 사후영장이 없다는 이유로 실황조사서의 증거능력을 부정하고 있는 논리적 구조를 취하여 양자는 큰 차이를 보이고 있다. 즉, 어떻게 보면 판례②는 수사기관의 임의적인 검증활동인 실황조사 자체를 인정하고 있지 않는 것처럼 보인다.²⁵⁾ 하지만, 위 판례②가 나오기 이전²⁶⁾은 물론 이후²⁷⁾에 있어서도 실황

25) 同 판례의 취지에 따르면 만약 형사소송법 제216조 제3항에 해당하지 않는 경우 즉, 사고이후 한참을 경과한 후 이루어진 실황조사인 경우에는 비록 임의적인 실황조사라고 할 지라도 형사소송법 제215조에 의하여 영장이 필요하다고 판시하였을 것이라고도 생각될 여지가 있음

26) 경찰 및 검사 작성한 실황조서의 기재는 사고현장을 설명하면서 경찰이나 검사의 의견을 기재한 것에 불과하여 이것만으로는 피고인이 사고를 일으켰다고 인정할 자료가 될 수 없다.(1983. 6. 28. 83도948)

화재원인에 대한 전문가의 감식없이 화재목적자들의 막연한 진술들만을 토대로 수사의 초점을 특정원인에 맞추어 작성한 실황조사서에서 증명력이 없다.(1987. 11. 6. 86고단395)

사법경찰관이 작성한 실황조사서에 교통사고발생상황과 원인을 증명하면서 피고인이 운전하던 버스가 사고를 낸 것으로 판단된다는 의견이나 타이어의 굽힌 부분이 사고당시 피해자의 머리 끝부분을 스쳐 생긴 흔적이라고 추측하는 기재가 있으나 이는 실황조사서 작성자의 의견 또는 막연한 추측을 기재한 것에 불과하여 이것만으로는 피고인이 이 사건 사고를 일으켰다고 인정할 수 없다.(1985. 6. 26. 85고단19)

27) 원심법정에서도 도주위사를 부인하는 등 피고인이 일관되게 도주위사를 부인하고 있는 점에 비추어 신빙성이 의심스러워 이를 유죄의 증거로 쓸 수 없고, 피해자의 남편인 이철웅의 진술 및 교통사고실황조사서의 기재만으로는 원심 증인 구현구, 김인규의 각 증언과 그 밖의 증거들에 의하여 원심이 인정하는 사실(2000. 3. 28. 99도5023)

사건 당일 아파트 주방에 있는 식탁과 싱크대의 상태에 관한 경찰의 실황조사(수사기록 7권 25면, 61 내지 65면), 제1심의 1996. 2. 14. 자 현장검증 및 원심의 현장검증에 의하면(1998. 11. 13. 96도1783) 김창길 및 사고 직후 구조를 담당한 소방관 차정석의 각 진술, 위 실황조사서 및 중앙길병원 응급실장 의사 이근 작성의 사실조회회답에 첨부되어 있는 진료기록의 각 기재 등을 종합하면(1997. 9. 26. 97도1702) 원심이 유지한 제1심이 채용한 사법경찰관 작성의 실황조사서의 기재와 피고인의 제1심 및 원심 법정에서의 각 진술, 원심 증인 김대길의 증언 등에 의하면(1996. 12. 20. 96도2030)

조사서의 증거능력이 아닌 증명력을 다루고 있다고 보여지는 다수의 판례가 있는 것으로 보이기 때문에 한편으로는 증거능력을 사실상 인정하고 있으면서 소송당사자중 일방이 명시·직접적으로 실황조사서의 증거능력에 대한 이의를 제기하지 않는 이상, 증거능력을 사실상 인정하고 있는 것이 아닌가 하는 속단을 들게 하기도 하지만 (다만, 각 해당 판례에서 피고인이 실황조사서의 증거능력을 동의하였는지는 별론임) 위 판례② 이후 실황조사서의 증명력을 다룬 판례가 있다고 하여 이를 실황조사서의 증거능력을 인정하였다고 새기는 것은 위 판례②의 명시적인 입장에 비추어 볼 때, 논리적인 비약이라고 할 수 있을 것이다.

이러한 가운데, 위 판례② 이후 실황조사서의 증명력을 언급한 것이 아니라 다시 증거능력을 살피고 있는 【대상 판례】가 등장하였다.

【대상 판례】²⁸⁾

가. 사실 관계

사법경찰리 홍길동은 폭력행위등 처벌에관한법률위반 피의사건에 대하여 다음과 같이 수사보고서를 작성하였고 원심에서는 이를 증거로 채택하였다.

- 수사보고서내용

1998. 2. 23. 02:00경 안양시 동안구 관양2동 소재 백운나이트 앞 노상에서 발생한 폭력행위등처벌에관한법률위반 피의사건에 대하여 다음과 같이 수사하였기 보고합니다.

1. 견적서 미첨부에 대하여, 피고인 1이 날이 밝으면 견적서를 제출한다.
2. 진단서 미제출에 대하여, 피고인 1, 2 서로 왼쪽 눈부위에 타박상이 있고, 피고인 1은 무릎에도 찰과상이 있는데 현재 심야인 관계로 날이 밝으면 치료 후 진단서 제출한다 하기에 이상과 같이 수사보고합니다.

- 기 타

- 작성경찰관인 경장 홍길동이 자신의 소속 및 계급과 이름을 타자한 후 날인하였고 추후 공판에서 진정하게 작성하였다고 진술함
- 피고인은 위 수사보고서에 대하여 증거로 함에 동의하지 않음

나. 판시 사항

위 수사보고서 중 “피고인 1, 2 서로 왼쪽 눈부위에 타박상이 있고, 피고인 1은 무릎에도 찰과상이 있다.”라는 기재 부분은 검찰 사건사무규칙 제17조에 의하여 검사가 범죄의 현장 기타 장소에서 실황조사를 한 후 작성하는 실황조서 또는 사법경찰관리집무규칙 제49조 제1항, 제2항에 의하여 사법경찰관이 수사상 필요하다고 인정하여 범죄현장 또는 기타 장소에 임하여 실황을 조사할 때 작성하는

28) 원심 및 상고이유 등은 확인하기 어려워 기재하지 못하였으며, 판례전문중 본 연구범위와 관련있는 부분만을 발췌하였음

실황조사서에 해당하지 아니하며, 단지 수사의 경위 및 결과를 내부적으로 보고하기 위하여 작성된 서류에 불과하므로 그 안에 검증의 결과에 해당하는 기재가 있다고 하여 이를 형사소송법 제312조 제1항의 ‘검사 또는 사법경찰관이 검증의 결과를 기재한 조서’라고 할 수 없을 뿐만 아니라 이를 같은 법 제313조 제1항의 ‘피고인 또는 피고인이 아닌 자가 작성한 진술서나 그 진술을 기재한 서류’라고 할 수도 없다.

위 【대상 판례】는 우리의 수사현실과 관련하여 다음과 같이 몇 가지 점에서 의의가 있다고 생각된다.

첫째, 비록 【대상 판례】가 직접적으로 실황조사서의 증거능력 유무를 판단하고 있는 것은 아니며 더욱이 기존 판례②의 태도를 변경하였다고도 볼 수 없지만, 판시사항의

논리적인 구조를 ‘A(수사보고서)는 B(실황조사서) 또는 C(검증의 결과를 기재한 조서)가 아니므로 증거능력이 없다.’고 축약할 수 있을 것이므로, ‘B 또는 C는 증거능력이 있다.’라고, 다시 정리하면 ‘실황조사서는 증거능력이 있다.’고 받아드린다고 하여도 논리상 무리가 있다고는 생각되지 않으므로 실황조사서의 증거능력을 사실상 인정하고 있다고 판단되고,

둘째, 이전의 다수 판례에서도 ‘실황조사서’를 언급하고 있었지만 실황조사서의 증거능력을 판단할 수 있는 형사소송법상 근거 규정에 대해서는 아무런 말이 없었는데, 이에 대하여 처음으로 실황조사서의 증거능력 유무를 판단할 법적 기준으로 형사소송법 제312조 제1항을 제시하고 있으며,^{29) 30) 31)}

셋째, 수사실무상 경미한 상해 피의 사건에 대하여는 피해자 등이 별도의 상해진단서를 제출하지 않는 경향이 있어 이를

29) 강용현 앞의 논문 282면, 이에 따르면 실황조사서의 증거능력의 판단기준이 되는 근거규정을 실황조사서가 형사소송법 제312조 제1항의 검증조서라 보고 이에 따라 증거능력 여부를 판단하지는 다수설적인 견해외에도 같은 조 제2항을 준용하지는 견해가 있었으나, 제312조 제2항 준용설은 실황조사서의 주된 부분인 수사기관이 오관으로 감지한 사항을 기재한 부분이 아니라 피의자였던 피고인 등의 진술을 기재한 부분을 그 대상으로 삼은 것이 아닌가 생각되나 이는 부당함

제312조(검사 또는 사법경찰관의 조서)

①검사가 피의자나 피의자 아닌 자의 진술을 기재한 조서와 검사 또는 사법경찰관이 검증의 결과를 기재한 조서는 공판준비 또는 공판기일에서의 원진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 때에는 증거로 할 수 있다. 단, 피고인이 된 피의자의 진술을 기재한 조서는 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 때에 한하여 피의자였던 피고인의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 불구하고 증거로 할 수 있다.

②검사 이외의 수사기관 작성의 피의자 신문조서는 공판준비 또는 공판기일에 그 피의자였던 피고인이나 변호인이 그 내용을 인정할 때에 한하여 증거로 할 수 있다.

30) 同 판례에 따르면 수사보고서가 제312조 제1항의 검증의 결과를 기재한 조서에 해당할 수 없다고 판단한 이유로 수사보고서는 내부적으로 보고하기 위한 서류이기 때문이라고 한다. 따라서, 앞에서 본 것과 같이 실황조사서의 증거능력을 실황조사서는 조서가 아니기 때문에 인정할 수 없다는 주장에 대해서도 실황조사서는 물론 기타 검증의 결과를 기재한 서류일지라도 내부적으로 보고하기 위한 것이 아니라 형사소송법상 조서의 기재방법?요건을 갖추었다면 제312조 제1항의 검증의 결과를 기재한 조서에 해당할 수 있다고 여겨짐

31) 통상 판례는 법무부령인 사법경찰관리집무규칙 등에 대하여 내부사무처리절차에 관한 규정이라고 하면서 이에 구속되어 판단하지 않는 것처럼 보이거나(대법원 1989. 6. 20. 89도648 검찰사건사무규칙의 규정은 검찰행정의 편의를 위한 사무처리절차 규정이므로 검사가 그와 같은 절차를 거치기도 전에 범죄의 혐의가 있다고 보아 수사를 개시하는 행위를 한 때에는 이때에 범죄를 인지한 것으로 보아야), 본【대상 판례】에서는 검찰사건사무규칙이나 사법경찰관리집무규칙을 판단의 근거로 제시하고 있음

보충하고자 사법경찰관리가 상해부위도라는 관련규정에도 없는 별도의 서식에 상해의 정도와 부위를 표시하거나 별도의 수사 보고서를 작성하여 기재하는 사례가 많이 있다고 할 것인데,³²⁾ 이와 같은 수사관행은 개선되어야 한다고 보인다.

즉, 사법경찰관리의 상해와 관련한 기재가 단순히 그 형식상 잘못으로 인하여 상해와 관련한 유일한 증거가 될 수 있는 수사자료가 공판에서 배척되는 심히 중대한 문제가 발생할 수도 있다는 것이다.

따라서, 이에 대해서는 수사기관의 즉각적인 법제도의 개선이나 수사실무에 있어서 【대상 판례】의 취지를 반영하여 별도의 기재방법과 요건을 정하여 운용함이 필요하다고 생각된다.³³⁾

지금까지 실황조사서와 관련된 판례의 추이를 살펴보면, 다음과 같이 요약이 가능하다고 할 것이다.

실황조사서의 증거능력을 직접적으로 다투지 않는 상황에서는 사실상 그 증거능력에 굳이 배제하고 있지 않는 가운데, 수사기관이

명시적으로 영장에 의하지 아니한 검증이라고 적시하면서도 이에 대한 사후영장을 발부 받지 못하였다면 이는 위법한 절차임이 분명하기 때문에 그 증거능력을 부정하였으나(판례①의 견해) 이후에는 실황조사서는 수사방법 자체를 인정할 수 없기 때문에 이에 따른 실황조사서의 증거능력 또한 인정할 수 없다고 판단하고 있는 듯 하다.(판례②의 견해) 하지만, 실황조사서와 관련한 가장 최근 판례인 【대상 판례】에서는 수사기관의 실황조사를 현행 법체계상 인정되는 수사방법으로 허용하고 있다고 보인다.

물론, 【대상 판례】만으로 실황조사서의 증거능력이 있다, 없다 단정할 수는 없는 것이지만 위 판례②에 의하여 임의수사로서의 실황조사마저도 부정하고 있는 듯한 상태에서 이와는 달리 【대상 판례】는 형사소송절차에서 있어 실황조사서의 존재 자체는 인정하고 있다고 보아도 별 문제가 없다고 생각된다.

32) 이와는 반대로 상해관련 피의사건에 있어서 피해자 등에게 상해진단서의 제출을 강요하는 경우도 있는데, 이 경우 상해관련 범죄의 유죄인정을 위하여 반드시 상해진단서가 필요한 것은 아님을 참조(대법원 1996. 12. 10 96도2529 상해의 부위와 정도가 증거에 의하여 명백히 확정되어야 하고 상해부위의 판시 없는 상해죄의 인정은 위법하다는 점은 논하는 바와 같으나 기록에 의하면 원심 판시 제3항 범죄사실의 피해자들은 의사(醫師)와 그의 직원들로서, 피해자들이 흉기에 찔려 입은 상해의 부위를 촬영한 사진을 제시하면서 상해의 부위와 정도에 관하여 진술하고 있고, 피고인의 공범들 또한 피해자들을 흉기로 찔러 그와 같은 상해를 입힌 사실을 시인하고 있으며, 원심인정의 범죄사실에 상해부위가 특정되어 있으므로, 원심이 진단서 없이 상해사실을 인정하였고 또한 치료일수를 명시하지 아니하였다고 하더라도 원심판결에 어떤 위법이 있다고 볼 수 없다.)

33) 【대상 판례】의 위 3가지 의의에는 포함하여 말하고 있지는 않지만, 다음과 같은 점에서 또 다른 의의를 찾을 수 있다고도 볼 수 있다. 예를 들어, 실황조사의 경위와 결과를 기재한 서면인 실황조사서의 증거능력이 부정되었다고 할지라도 실황조사를 통하여 사법경찰관리가 경험한 사실에 대하여 직접 법정에서 출석하여 증인의 자격으로 증언한다면 사실상 실황조사의 경위와 결과는 증거로써 사용되는 결과를 갖게 될 것이다. 이에 대하여 【대상 판례】에서 “형사소송법 제146조는 법원은 법률에 다른 규정이 없으면 누구든지 증인으로 신문할 수 있다.라고 규정하고 있으므로, 원심이 당해 사건의 수사경찰관을 증인으로 신문한 것이 증거재판주의나 증인의 자격에 관한 법리를 오해하였다거나 헌법위반의 위법이 있다고 할 수 없다.”고 판시하고 있어 위 예와 같은 경우도 가능하다고 판단됨

V. 기타 문제

1. 실황조사서의 증거능력 인정요건

앞에서 본 바와 같이, 실황조사서는 형사소송법 제312조 제2항에 근거하여 증거능력 여부를 가릴 것이 아니라 제312조 제1항의 요건을 갖춘 때에 증거능력을 갖게 된다고 할 것이다. 그러므로 작성자인 사법경찰관리에 의하여 그 진정성립이 인정되어야 증거능력이 있게 된다.

여기서의 진정성립에 대하여 ‘조서작성명의의 진정성’이 입증되는 것으로 족할 것인가, 아니면 더 나아가 기재내용의 진정성까지 요구하는 것인가가 문제되는데, 이에 대하여 진정성립은 단순히 작성명의자가 작성하였다는 형식적 진정만이 아니라 실황조사의 대상인 범죄현장 등의 객관적 상황과 실황조사서의 기재가 일치함까지 인정되어야 하는 실질적 진정을 포함하는 것이라고 함이 타당하다고 생각된다.³⁴⁾

2. 위법한 절차에 따라 작성된 실황조사서의 형사소송법 제318조 적용 여부

위법한 절차에 따라 수집된 증거에 대하여 형사소송법 제318조에 의거 피고인이 증거로 함에 동의한 경우에는 증거능력이 있는지에 대하여 논란이 있다.

이와 관련하여 판례(대법원 1990. 9. 14. 90도1263)는 “위 검증조서는 범죄현장에서 급속을 요한다는 이유로 압수수색영장 없이 행하여졌고 그후 법원의 사후영장을 받은 흔적이 없다. 따라서 이 검증조서는 유죄의 증거로 쓸 수 없는 데다가 설사 피고인이 동의하여 증거능력이 있다 하더라도”라고 판시하고 있어 피고인이 증거로 함에 동의한다면 증거로 할 수 있다는 취지로 읽혀진다.

3. 실황조사서의 기재된 조사자의 의견

실황조사란 오관의 작용에 의하여 사물을 인식하는 것이고 실황조사서는 그 결과를 기재하는 것이므로 조사자가 현실로 인식한 사실로부터 경험칙에 기하여 합리적으로 이끌어 낸 추리판단을 기재하는 것은 허용된다고 할 것이지만,³⁵⁾ 조사자의 의견이나 추측은 허용되지 않을 것이며 만약 기재된 경우에는 증거가치가 없다고 할 것이다.³⁶⁾

34) 강용현 앞의 논문 284면, 심희기 앞의 책 408면

35) 강용현 앞의 논문 278면

36) 경찰 및 검사가 작성한 실황조서의 기재는 사고현장을 설명하면서 경찰이나 검사의 의견을 기재한 것에 불과하여 이것만으로는 피고인이 사고를 일으켰다고 인정할 자료가 될 수 없다.(1983. 6. 28. 83도948)

군사법경찰관이 작성한 실황조사서의 내용이 사건범행 현장을 설명하면서 경찰의 의견을 기재한 것에 불과하다면 그것만으로는 피고인의 공소사실을 인정할 자료가 될 수 없다. (1984. 1. 24. 83도2799)

4. 실황조사와 피의자 등의 참여권 등

실황조사도 그 실질이 검증인 이상 형사소송법에서 정하고 있는 검증의 절차·방법 즉, 당사자의 참여(제121조) 및 참여권자에의 통지(제122조), 책임자의 참여(제123조) 야간검증의 제한(제125조) 등의 규정을 따라야 할지가 문제가 될 것이며 특히, 피의자 등의 참여권이 보장되는지가 문제가 된다.

이에 대하여 실황조사의 성질이 검증이므로 형사소송법 제219조³⁷⁾에 의하여 제121조가 적용되므로 피의자 또는 변호인은 참여권이 있어 미리 일시, 장소를 이들에게 통지하여야 하고 이러한 통지함 없이 실시한 실황조사는 위법하므로 그 결과를 기재한 실황조사서도 증거능력이 없다고 보는 견해가 있는 반면,³⁸⁾ 실황조사의 성질이 검증이기는

하나 강제처분이 아니라 임의처분이어서 참여권을 필요적으로 보장하여야 하는 것은 아니므로 피의자 또는 변호인에게 일시, 장소를 통지하지 아니하였다고 하더라도 위법하지 않고 따라서 그 실황조사서도 증거능력이 있다고 보는 견해가 있다.³⁹⁾

이와 같은 당사자의 참여권의 보장은 검증절차의 공정을 확보하는 취지에서 비롯된 이상 임의처분이나 강제처분이나에 따라 달라지는 것은 아니라고 생각되므로 원칙적으로 당사자의 참여권은 보장되어야 한다고 생각된다.⁴⁰⁾

하지만, 실황조사가 이루어지는 상황은 워낙 복잡·다양하다고 할 수 있으므로 당사자의 참여권 보장이 사실상 곤란하거나 참여권 보장에 따른 이익이 기대되지 않는 경우까지 당사자의 참여권을 강제하는 것은 현실적으로 무리라고 생각된다.⁴¹⁾ (예를 들어, 아직 피의자가 밝혀지지 아니한 경우 또는 영장에 의한 검증과 같이 사전에 계획에 따라 정해진 것이 아니라 우연히 또는 급속히 사법경찰관리가 범죄현장을 인식하는 경우 등)

37) 제219조(준용규정)

제106조, 제107조, 제109조 내지 제112조, 제114조, 제115조제1항 본문, 제2항, 제118조 내지 제135조, 제140조, 제141조, 제333조제2항, 제486조의 규정은 검사 또는 사법경찰관의 본장의 규정에 의한 압수, 수색 또는 검증에 준용한다. 단, 사법경찰관이 제132조 내지 제134조의 규정에 의한 처분을 함에는 검사의 지휘를 받아야 한다.

38) 백형구 “실황조사서의 증거능력”(판례연구4) 331면.

39) 강용현 앞의 논문 287면, 실황조사가 아닌 강제처분인 검증의 경우에는 피고인이나 변호인에게 이러한 통지없이 실시한 검증의 결과를 기재한 검증조서의 증거능력을 부정함이 통설임.

40) 강용현 앞의 논문 288면, 참여권 보장여부를 증거능력이 아닌 증명력의 문제로 보고 법관의 심증형성에 따라 증명력을 용이하게 배척하는 등의 방법으로 증거능력보다는 증명력의 탄력적 인정으로 해결함이 타당하다고 할

41) 당사자 참여권을 보장하여야 한다는 견해에 있어서도 형사소송법 제122조의 단서에 의하여 급속을 요하는 경우에는 예외를 인정하고 있어 범죄직후에 이루어지는 실황조사의 경우에는 가능하다고 볼.

VI. 맺으며

검증 역시 강제처분으로서 영장에 의함이 원칙이다. 하지만, 영장에 의하지 않은 수사기관의 검증활동을 획일적으로 사후 영장을 요하는 형사소송법 제216조 및 제217조⁴²⁾에 해당하는 검증이라고 간주하여 버리는 것은 실황조사의 필요성, 수사현실, 법논리 등을 종합하여 볼 때 합리적이지 못하다 할 것이다. 즉, 임의처분으로서의 검증활동(실황조사)을 인정하고 이에 따른 실황조사서의 증거능력을 긍정함이 바람직하다고 생각된다.

또한, 실황조사 및 실황조사서의 증거능력에 관한 판례의 입장을 단정할 수는 없지만, 앞에서 논한 바와 같이 적법한 수사방법과 수사서류라고 보고 있는 것이 아닌가 하고 조심

스럽게 결론을 내린다.

다만, 실황조사라고 할 지라도 그 실질이 검증인 만큼 형사소송법에서 정하고 있는 방법과 절차를 준용하여야 함이 자연스럽다고 생각되나, 현 수사관련 규정인 사법경찰관리집무규칙 및 범죄수사규칙에서는 실황조사의 방법과 절차(특히, 참여권과 관련)에 관하여 제대로 마련되어 있다고 보기 곤란한 실정이다.⁴³⁾

그리고, 어떤 상황이라면 영장을 발부받아 검증을 행할 것인지 아니면 영장이 없이도 임의적인 실황조사로도 가능한지⁴⁴⁾에 대하여 어떠한 수사관련 규정에서도 그 구분기준을 명확히 제시하여 주지 못하는 실정이다. 하지만, 실제 수사담당자가 이를 구분하여 적정한 판단에 기하여 처신하기에는 상당히 곤란하다 할 것이다.

42) 제216조 (영장에 의하지 아니한 강제처분)

①검사 또는 사법경찰관은 제200조의2·제200조의3·제201조 또는 제212조의 규정에 의하여 피의자를 체포 또는 구속하는 경우에 필요한 때에는 영장없이 다음 처분을 할 수 있다. 1. 타인의 주거나 타인이 간수하는 가옥, 건조물, 항공기, 선차내에서의 피의자 수사 2. 체포현장에서의 압수, 수색, 검증

②전항제2호의 규정은 검사 또는 사법경찰관이 피고인에 대한 구속영장의 집행의 경우에 준용한다.

③범행중 또는 범행직후의 범죄 장소에서 긴급을 요하여 법원판사의 영장을 받을 수 없는 때에는 영장없이 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다. 이 경우에는 사후에 지체없이 영장을 받아야 한다.

제217조 (동전)

①검사 또는 사법경찰관은 제200조의3의 규정에 의하여 체포할 수 있는 자의 소유, 소지 또는 보관하는 물건에 대하여는 제200조의4에 규정한 기간내에 한하여 영장없이 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다.

②전조제1항제2호와 전항의 규정에 의하여 압수한 물건은 구속영장의 발부를 받지 못한 때에는 즉시 환부하여야 한다. 단, 압수를 계속할 필요가 있는 때에는 압수·수색영장의 발부를 받아야 한다.

※ 제217조에 의하여 검증한 경우 별도의 사후영장은 불요함

43) 이에 관련, 사법경찰관리집무규칙에서는 정한 바가 없으며 범죄수사규칙에서는 일부 규정하고 있음

범죄수사규칙 제104조(실황조사)

①범죄의 현장 기타의 장소, 신체 또는 물건에 대하여 사실 발견을 위하여 필요가 있을 때에는 실황조사를 하여야 한다.

②실황조사는 거주자 관리자 기타 관계자 등의 참여를 얻어서 행하고 그 결과를 실황조사서에 정확하게 기재해 두어야 한다.

③실황조사서에는 되도록 도면과 사진을 첨부하여야 한다.

44) 통상 공로상에서 사건현장에 관한 자연적 환경이나 물적사항을 직접 조사하여 인식하는 경우 등이 실황조사의 대상이 된다고 함.

따라서, 앞으로는 법제도의 개정을 통하여 실황조사의 법적 근거, 절차와 방법 및 그 시행요건 등에 대하여 보다 명확히 규정함이 필요하다고 판단된다.

또한, 수사관행과 관련하여 수사기관에서는 가급적 실황조사를 통한 수사형태를 삼가고 의심스러울 때는 다소 절차상 번거롭다고 할 지라도 영장에 의한 검증을 원칙적인 수사방법으로 활용함이 바람직하다고 판단된다.⁴⁵⁾

마지막으로 앞으로의 판례는 위 판례②와 같이 임의적인 실황조사의 존재 자체를 영장주의의 엄격한 적용을 강조하여 부정하기보다는 “어떤 점에 있어 임의성에 의심이 있으므로 이는 영장에 의한 검증대상이기 때문에”라는 논지의 판결을 함으로써 일단 수사현실에서 광범위하게 활용되는 실황조사를 적법한 수사방법으로 인정하여 주고 동시에 검증활동에 있어서 임의성을 구분할 수 있는 기준을 마련하여 준다⁴⁶⁾

수사의 절차와 방법을 개선·발전시키는데 크나큰 기여를 함으로써 결국 형사소송의 목적을 이루는데 한층 보탬이 되지 않을까하고 조심스럽게 기대한다.

45) 同擘 심회기 앞의 책 414면

46) 예를 들어, 임의동행에 있어서의 임의성의 판단기준(대법원 1993. 11. 23. 93다35155 임의동행에 있어서의 임의성의 판단은 동행의 시간과 장소, 동행의 방법과 동행거부의사의 유무, 동행 이후의 조사방법과 퇴거의사의 유무등 여러 사정을 종합하여 객관적인 상황을 기준으로 하여야 할 것이다)

■ 참고 문헌

이재상, 형사소송법, 박영사, 2003

이재상, 연습 형사소송법, 박영사, 2003

백형구, 형사소송법강의, 박영사, 2001

신동운, 형사소송법, 법문사, 1997

심희기, 형사소송법의 쟁점, 삼영사, 2002

이상돈, 사례연습 형사소송법, 법문사, 2001

백형구, 실황조사서의 증거능력, 판례연구 4집, 1989. 3. 14

강용현, 사법경찰관 사무취급작성의 실황조사서의 증거능력, 형사판례연구 2, 1996

강용택, 형사소송법강의, 상린, 2002

임창호, 범죄수사론, 법문사, 2004