

# 형사증거법상 사진의 증거능력 제한

신 이 철\*

## 목 차

- |                        |                     |
|------------------------|---------------------|
| I. 서 설                 | III. 비밀촬영사진-적법성 문제  |
| II. 사진의 증거능력-전문법칙과의 관계 | 1. 법적 성격(강제처분인지 여부) |
| 1. 사진의 성질과 용법에 따른 분류   | 2. 위법수집증거배제법칙의 적용여부 |
| 2. 증거조사의 방법            | IV. 결 론             |

## I. 서 설

최근 전자통신을 이용한 범죄의 증가에 따라 범죄의 증거로 제시되는 사진 예컨대 스마트폰 혹은 인터넷 화면을 찍은 사진 등이 주요한 증거로 제시되고 있는 가운데, 한 장의 사진이 세상에 소중한 진실을 알리는 경우도 있었다. 그 가운데는 사진을 이용한 진실 왜곡 현장을 ‘사진’으로 고발하는 경우도 종종 있었다.<sup>1)</sup> 이러한 피사체의 상황을 광학적으로 정확하게 기록하는 사진 등 기계문명의 발달은 새로운 증거방법으로 등장하여 증거법의 세계에도 적지 않은 영향을 미치고 있다. 과학적 수사의 요청과 함께 사진 등이 수사와 공판단계에서 빈번하게 활용되고 있음에도 불구하고 최근 2007년에 개정된 형사소송법은 그 증거능력의 인정여부에 대한 직접적이고 명시적인 규정을 두고 있지는 않다. 다만 형사소송법 제292조의3을 통하여 ‘도면·사진·녹음테이프·비디오테이프·컴퓨터용디스크, 그 밖에 정보를 담기 위하여 만들어진 물건으로

\* 건동대학교 경찰행정학과 교수, 법학박사.

1) [http://wikitree.co.kr/main/news\\_view.php?id=51291](http://wikitree.co.kr/main/news_view.php?id=51291).

서 문서가 아닌 증거의 조사에 관하여 필요한 사항은 대법원규칙으로 정한다'고 규정을 두고 있으며, 이를 받아 형사소송규칙 제134조의9에서 '도면·사진 그 밖에 정보를 담기 위하여 만들어진 물건으로서 문서가 아닌 증거의 조사에 관하여는 특별한 규정이 없으면 법 제292조, 법 제292조의2의 규정을 준용한다'고 하여 증거조사의 방식에 관한 규정을 두고 있을 뿐이다. 여기서 사진은 과거의 사실에 대한 과학적 기록이라고 하지만, 그렇다고 해서 언제나 객관적 사실을 그대로 증명하지는 못한다는 점과 나아가 조작가능성 때문에 곧바로 증거능력을 인정하기는 곤란한 측면 등이 없지 않다.<sup>2)</sup> 그래서 이같은 과학적 기계장치에 의한 기록이 과연 전문증거인가? 즉 전문법칙과의 관계에서는 사진을 증거물로 보아 무조건 증거능력을 인정할 것인가, 아니면 진술증거로서 전문법칙의 적용을 받는다고 해석해야 할 것인가에 대하여 견해가 첨예하게 대립되고 있는 것이다. 아래에서는 사진의 증거능력문제를 어떻게 해결하는 것이 증거로서의 사진 가치를 최대한으로 발휘케 하면서도 동시에 오류의 위험성을 최소화시킬 수 있는 방향으로 사진의 증거능력을 적절히 통제하고 제한할 수 있는 합리적인 기준과 해석방법을 마련해 보기로 한다. 이와 아울러 수사기관이 범죄를 수사함에 있어서 사진 또는 사후영장 없이 촬영된 사진에 대해서 대법원이 현재 범행이 행하여지고 있거나 행하여진 직후이고, 증거보전의 필요성과 긴급성이 있으며 일반적으로 허용되는 상당성 등의 요건이 갖추어지면 증거능력이 있다고 판시한 바 있으나,<sup>3)</sup> 이는 과거 위법수집증거배제법칙이 명문화되기 전에 나온 판례의 입장이므로 이에 대한 재해석도 일정부분 필요하다고 본다.

2) 대상물의 선정이나 촬영의 조건, 촬영자의 주관적 의도 등에 따라서 의미전달에 큰 차이가 생길 뿐만 아니라 출력이나 인화과정에서 인위적인 조작이 가해질 여지도 배제할 수 없다는 지적이 바로 그것이다.

3) 대법원 1999. 9. 3. 선고, 99도2317 판결(비디오테이프 촬영에 관한 사안임).

## Ⅱ. 사진의 증거능력 - 전문법칙과의 관계

사진의 증거능력과 관련하여 본래증거로 사용되기도 하지만, 전문증거로 이용되는 경우가 주로 논의되고 있는 형편이다. 여기서 사진이 전문증거인가 여부는 검사가 무엇을 입증하려고 하는가하는 점과 관련짓지 않고서는 가릴 수 없다고 해야 한다. 결국은 입증취지와와의 관계에서 정해지는 것이라고 본다.

### 1. 사진의 성질과 용법에 따른 분류

사진은 과거에 발생한 역사적 사실을 렌즈에 비친대로 필름 또는 인화지에 기계적으로 재생시킨 증거방법이므로 지각→기억→서술이라는 과정에서 오류의 가능성이 큰 일반적인 진술증거에 비하면 사진은 그 과정에 허위가 개입할 여지가 없는 점에서 신용성과 증거가치가 높다고 할 수 있다. 그러나 다른 한편으로는 사진의 촬영·현상과 인화과정에서 인위적인 오류의 위험성이나 조작 가능성을 배제할 수 없다. 여기서 사진은 기계적 방법으로 일정한 사실을 매체에 담는 것이므로 일응 비진술증거에 해당한다고 보아 사진을 비진술증거로 취급할 것인가, 아니면 경우에 따라 진술을 내용으로 하는 진술증거의 성격을 가질 수 있어 진술증거로서 전문법칙이 적용된다고 할 것인가의 문제가 제기된다. 이는 결국 사진의 증거로서의 가치를 최대한으로 확보하게 하면서도 동시에 오류의 위험성을 최소화하거나 배제하기 위해 증거능력에 일정한 제한을 가하는 관점에서 해결해야 할 문제라고 본다. 사진은 다양한 형태로 증거방법이 될 수 있으므로 사진의 증거능력도 사진의 성질과 용법에 따라 사본으로서의 사진과 진술의 일부인 사진 및 현장사진 등의 유형으로 나누어 개별적으로 검토해야 한다.

### 1.1 사본으로서의 사진(문서의 복사본이나 증거물의 사진 등)

문서의 사본이나 범행에 사용된 흉기의 사진과 같이 사진이 본래 증거로 제출되어야 할 서면이나 증거물의 대용물로 제출되는 경우를 말한다. 여기서 사본인 사진에 대해 증거능력을 부여하기 위해서는 어떤 요건이 필요한 것인지에 대하여 논란이 있다. 이에 대한 학설로는 (i) 최량증거의 법칙(best evidence rule)<sup>4)</sup>에 의하여 원본증거를 공판정에 제출할 수 없음이 인정되고, 원본의 정확한 사본임과 아울러 사진이 사건과의 관련성이 증명된 때에 한하여 증거능력이 인정된다는 견해(비진술 증거설, 전문법칙 부적용설, 최량증거법칙의 준거설)<sup>5)</sup>와 (ii) 사진은 현상과정이나 작성과정에 오류개입의 여지가 크다는 점에서 진술증거와 같으므로 원본의 존재 및 진정 성립을 인정할 자료가 구비되고 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성되었다고 인정될 때에 형사소송법 제 315조 제3호에 의하여 증거능력을 인정해야 한다는 견해(진술증거설, 전문법칙 유추적용설, 제315조 제3호 유추적용설)<sup>6)</sup>의 대립이 있다.

4) 최우량증거 제출의 원칙과 전문법칙은 별개의 증거법칙이다. 여기서 최량증거의 원칙(best evidence rule)이란 제출가능 한 증거 가운데 가장 우량한 것을 제출해야 한다는 법 원리를 말한다. 최량증거의 원칙은 직접심리주의와 대단히 유사한 측면이 있지만, 직접심리주의는 사실을 직접 경험한 사람의 “진술”에 주목함에 대하여, 최량증거의 원칙은 진술증거를 넘어서서 그 밖의 서면, 녹음, 사진까지 대상으로 하고 있다는 점에서 차이가 있다. 그러나 법관이 직접 원본증거에 접하여 심증을 형성해야 한다고 요구하는 점에서는 양자 사이에 별다른 차이가 없다는 지적으로 신동운, 신형사소송법 제3판(법문사, 2011), 974쪽.

5) 이재상, 형사소송법 제9판(박영사, 2012, 이하 이재상1이라 함), 623쪽; 손동권, 형사소송법 개정신판(세창출판사, 2010), 685쪽; 이은모, 형사소송법 제2판(박영사, 2011), 662쪽; 신현주, 형사소송법 신정2판(박영사, 2002), 624쪽; 송광섭, 형사소송법(형설출판사, 2010), 641쪽; 정영석/이형국, 형사소송법 전정판(법문사, 1996), 360쪽; 차용석/최용성, 형사소송법 제2판(세영사, 2002), 593쪽. 사건의 관련성을 증명하기 위해서는 공판기일에 촬영자의 대한 증인신문이 필요하나 증인신문을 할 수없는 특별한 사정이 있는 경우에는 제3자 또는 다른 증거로 대체될 수 있다고 한다.

대법원은 (i) 종래에 ‘군법회의 판결사본(교도소장이 교도소에서 보관 중인 판결등본을 사본한 것)은 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서라고 볼 여지가 있으므로 피고인이 증거로 함에 부동의하거나 그 진정성립의 증명이 없다는 이유로 그 증거능력을 부인할 수 없다’고 판시하여<sup>7)</sup> 제315조 제3호에 따라 증거능력을 판단하고 있는 것으로 보인다. 한편으로 (ii) 문서의 원물을 법정에 현출함이 곤란한 경우에는 그 문서의 원물의 존재와 이를 촬영한 사진인 것이 확인되는 이상 그 사진은 증거물로 하여 조사하고 이를 증거로 할 수 있다고 한 것<sup>8)</sup>과 피고인에 대한 검사작성의 피의자신문조서가 그 내용 중 일부를 가린 채 복사를 한 다음 원본과 상위 없다는 인증을 하여 초본의 형식으로 제출된 경우에 피의자 신문조서원본 중 가려진 부분의 내용이 가려지지 않은 부분과 분리가능하고 당해 공소사실과 관련성이 없는 경우에만 그 피의자신문조서의 원본이 존재하거나 존재하였을 것, 피의자신문조서의 원본제출이 불능 또는 곤란한 사정이 있을 것, 원본을 정확하게 전사하였을 것 등 3가지 요건을 전제로 피고인에 대한 검사작성의 피의자신문조서원본과 동일하게 취급할 수 있다고 판시한 것이 있는 바,<sup>9)</sup> 이는 결국 원본의 존재, 필요성, 정확성의 세 가지 요건을 요구하는 입장으로 보인다.<sup>10)</sup> 그리고

6) 배종대/이상돈/정승환/이주원, 신형사소송법 제3판(홍문사, 2011), 671쪽(컴퓨터에 의한 사진 합성기술이 고도로 발달한 오늘날 이 견해가 타당하다고 한다); 임동규, 형사소송법 제7판(법문사, 2011), 533쪽; 진계호, 형사소송법(형설출판사, 2000), 608쪽; 신양균, 형사소송법 신판(화산미디어, 2009), 822쪽; 이영란, 한국형사소송법 개정판(나남, 2008), 819쪽(엄격하게 할 필요성이 있다고 한다); 권오걸, 형사소송법(형설출판사, 2010), 767쪽.

7) 대법원 1981. 11. 24. 선고, 81도2591 판결.

8) 대법원 1961. 3. 31. 선고, 4293형상440 판결; 다만, 증거조사를 증거물의 조사방식에 따를 것이라고 한 데에 약간의 의문이 있을 수 있다.

9) 대법원 2002. 10. 22. 선고, 2000도5461 판결.

10) 일응 원본의 존재, 정확성, 필요성의 세 가지 요건이 필요하다고 할 수 있으나, 기계적인 방법에 의한 복사가 보통인 현재에 있어서는 그 정확성은 거의 확실한 것이고, 필요성의 요건도 실무에 있어서는 그리 엄격하게 요구하고 있지 아니하므로 결국

최근에는 (iii) 휴대전화기 이용자가 그 문자정보를 읽을 수 있도록 한 휴대전화기의 화면을 촬영한 사진을 증거로 제출한 사안에서 “정보통신망을 통하여 공포심이나 불안감을 유발하는 글을 반복적으로 상대방에게 도달하게 하는 행위를 하였다는 공소사실에 대하여 휴대전화기에 저장된 문자정보가 그 증거가 되는 경우와 같이, 그 문자정보가 범행의 직접적인 수단이 될 뿐 경험자의 진술에 갈음하는 대체물에 해당하지 않는 경우에는 형사소송법 제310조의2에서 정한 전문법칙이 적용될 여지가 없다”라고 판시하여<sup>11)</sup> 전문법칙의 적용이 없다는 입장이다.

생각건대 사진의 사용은 문서의 등본이용과 같은 관계에 있지만, 등본이용에 관하여 형사소송법에 직접적인 규정이 없는 것은 틀림없다. 그렇다면 본래 제출해야 할 증거가 증거물이면 사진도 비진술증거가 되고, 원본증거가 서류 등 진술증거이면 사진도 역시 진술증거로서 성격을 가지게 된다. 물론 후자는 사본과 전문증거라는 두가지 점을 모두 고려하여 증거로 할 수 있는지를 판단해야 할 것이다.

여기서 사본으로서의 사진 자체는 진술증거가 아니므로 전문법칙이나 그 예외가 적용되지 않는 것이 원칙이지만, 조작가능성을 고려하여 증거로 사용할 것인가의 여부를 판단해야 하는지의 문제만 남게 된다. 따라서 우선 최량증거의 법칙의 관점에서 복사물이나 출력물이 증거로 제출되는 경우에는 원본과 동일성의 요건인 증거능력이 있는 원본이 존재하거나 존재하였고(원본의 존재), 원본을 제출하는 것이 불능 또는 곤란하였을 것(필요성), 원본을 정확히 전사하였을 것(정확성)이 기본적으로 갖추어져야 증거능력이 인정된다.<sup>12)</sup> 판례가 “검사가 휴대전화기

---

사본으로서의 사진의 증거능력은 원본의 존재가 인정되는 한 그 원본의 증거능력에 따라 가려질 것으로 생각된다.

11) 대법원 2008. 11. 13. 선고, 2006도2556 판결. 문자메시지 사진제출사건.

12) 광종석, “사진·녹음테이프의 증거능력”, 형사증거법(하)(법원행정처, 1984), 460쪽 이하; 서희석, “우리 형사소송법의 전문법칙”, 형사증거법(상)(법원행정처, 1984), 292쪽.

이용자가 그 문자정보를 읽을 수 있도록 한 휴대전화기의 화면을 촬영한 사진을 증거로 제출할 수도 있을 것인 바, 이를 증거로 사용하기 위해서는 문자정보가 저장된 휴대전화기를 법정에 제출할 수 없거나 그 제출이 곤란한 사정이 있고 그 사진의 영상이 휴대전화기의 화면에 표시된 문자 정보와 정확하게 같다는 사실이 증명되어야 할 것이다”라고 판시<sup>13)</sup>한 것은 같은 취지라고 할 것이다.

그 다음 비진술증거에 대한 복사물로서의 사진에 대하여 전문법칙의 적용이 있는지에 대한 것이 문제된다. 이에 비진술증거에 대한 사진이므로 최량증거의 법칙만 충족하면 되기 때문에 전문법칙이 적용되지 않는다는 견해도 있고<sup>14)</sup> 판례도 옥설을 담은 휴대폰 문자메시지 사건에서 전문법칙의 적용이 없다는 입장이다.<sup>15)</sup> 그러나 사진합성기술이 고도로 발달한 오늘날의 상황을 고려해 볼 때 조작 및 편집으로 인한 오류가능성을 통제하기 위해서는 전문법칙의 규정을 유추적용할 수 있다고 본다. 다만 진술증거인 서류의 사본을 증거로 하는 경우에는 원본증거가 증거로 사용할 수 있는 것이어야 하므로<sup>16)</sup> 전문법칙의 예외에 해당하면서, 위에서 언급한 세가지 동일성요건을 동시에 충족시킨 경우에 한하여 제315조 제3호의 ‘특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서’로서 증거로 할 수 있도록 함이 바람직하다. 판례 중에도 문서의 사본이라도 피고인이 증거로 함에 동의하였고 진정으로 작성되었음이 인정되는 경우이거나<sup>17)</sup> 동의하지 아니하였더라도 특히 신용할만한 정황에 의하여

13) 대법원 2008. 11. 13. 선고, 2006도2556 판결.

14) 백형구/박일환/김희옥, 주석 형사소송법 III(한국사법행정학회, 2009), 394쪽(노태악 집필). 당해 서면의 존재, 형상과 상태 등만을 요증사실로 한 경우 가령 피의자신문조서를 손괴하였다는 공소사실에 대한 증거물로 제출된 경우라면 전문법칙의 적용이 없다고 보아야 한다.

15) 대법원 2008. 11. 13. 선고, 2006도2556 판결.

16) 원본증거가 서류이므로 전문서류로서 제311조 내지 제315조의 어느 하나에 해당하여야 할 것이다.

17) 대법원 1986. 5. 27. 선고, 86도593 판결; 대법원 1986. 7. 8. 선고, 86도893 판결;

작성된 문서인 경우에는 그 증거능력이 있는 것이라고 판시한 것이 있다.<sup>18)</sup> 참고로 진술 기재서면 원본의 서명, 날인이 사취(寫取)된 이상 사진 자체에 서명, 날인이 없더라도 사진이 원본의 서명 날인을 정확하게 재현하므로 그 요건을 충족한다고 평가해도 무방할 것이다.<sup>19)</sup>

이상의 논의는 문서의 등본이나 초본 및 기록보존을 위하여 문서에 대신하여 문서의 사진을 수록한 마이크로필름에 대하여도 그대로 타당하다.<sup>20)</sup> 판례는 외국어로 작성된 문서를 다른 언어 또는 국어로 번역하는 경우 그 번역본은 원본과 일체로 되어서만 증거로서의 성격을 갖게 되고 원본이 제출될 수 없는 부득이한 사유가 있는 경우라도 원본의 존재와 그 번역의 정확성이 인정되어야 증거로 쓸 수 있다고 하고,<sup>21)</sup> 녹음테이프가 원본으로부터 복사한 사본일 경우에는 복사과정에서 편집되는 등의 인위적 개작 없이 원본의 내용 그대로 복사된 사본일 것을 증거능력을 부여하기 위한 하나의 요건으로 들고 있다.<sup>22)</sup>

## 1.2 진술의 일부인 사진(진술증거의 일부를 이루는 사진 등)

진술자의 진술내용을 정확하게 표현하기 위하여 사진이 진술증거의 일부로 사용되는 경우이다. 예컨대 피고인 또는 피고인 아닌 자가 사진을 사용하여 진술하고 이를 진술서면에 첨부하는 경우가 여기에 해당한다. 이와 관련하여 검증조서나 감정서에 사진이 첨부되어 있는 경우 이와 같은 경우에 사진은 진술증거의 일부를 구성하는 보조수단에 불과하므로 그 증거능력은 진술증거 또는 검증조서나 감정서와 일체로 판단

대법원 1996. 1. 26. 선고, 95도2526 판결.

18) 대법원 1991. 5. 10. 선고, 90도2601 판결.

19) 송광섭, 앞의 책, 642쪽; 차용석/최용성, 앞의 책, 592쪽.

20) 사법연수원, 형사증거법 및 사실인정론(2011), 84쪽.

21) 대법원 1985. 9. 10. 선고, 85도1364 판결.

22) 대법원 1999. 3. 9. 선고, 98도3169 판결.

하면 된다는 일체설(통설)<sup>23)</sup>과, 사진은 전문증거가 아니므로 그것이 전문증거인 진술서류의 일부로서 첨부되어 있다고 하여 전문증거가 되는 것은 아니므로 진술서류의 진술부분은 전문증거로서 전문법칙이 적용될 것이지만 사진은 전문법칙이 적용되는 것이 아니고 진정성만 입증되면 증거능력을 가진다는 구별설<sup>24)</sup>의 입장이 있다. 한편 판례가 사법경찰관 작성의 검증조서 중 피고인의 범행재연의 사진영상에 관한 부분에 대하여 진정성립과 내용인정의 요건이 갖추어질 때 증거능력이 인정된다는 태도를 취하고 있다.<sup>25)</sup> 이 판례가 사진에 대해 전문증거로서의 요건을 갖출 것을 요구하고 있는 바, 일체설의 입장에서는 당연히 일체설의 입장을 취한 것으로 보고 있다. 그러나 구별설의 입장에서는 사법경찰관의 현장검증시에 피고인이 사법경찰관 앞에서 범행을 재연하는 행위를 한 것은 말로 행해진 것은 아니지만 어떤 행위가 경험사실에 대한 진술과 같은 의미를 가질 때에는 진술과 같은 의미의 행위이며, 이를 진술과 마찬가지로 취급하여 전문증거로 보아야 하고, 이는 결국 사진의 성질자체가 전문증거이기 때문에 전문증거의 요건을 요구한 것이라고 보게 된다. 그렇다면 위 판례는 사법경찰관작성의 검증조서에 첨부된 사진영상에 대해서는 검증조서로서의 증거능력요건을 요구하지 않고 사진영상의 성질에 따라 피의자신문조서로서의 증거능력을 요구

23) 대표적인 견해로 이재상, 앞의 책, 624쪽.

24) 노명선/이완규, 형사소송법(성균관대학교 출판부, 2009), 541쪽.

25) 다만, 과거 판례가 “사법경찰관 작성의 검증조서 중의 피고인의 진술 및 범행재연에 관하여 원진술자이며 행위자인 피고인에 의하여 그 진술 내지 재연의 진정함이 인정되지 아니 하였을 뿐 아니라 피고인은 경찰수사 과정에서 엄문을 받았던 사실을 엿볼 수 있다는 원판결 실시 취지에 따라 검증현장에서의 피고인의 진술 및 범행재연은 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 이루어진 것이라 볼 수 없다 할 것이니 위 검증조서 중 피고인의 진술 및 범행재연의 사진 영상에 관한 부분은 증거능력이 없다”라고 판시한 바 있지만(대법원 1981. 4. 14. 선고, 81도343 판결), 여기서 피고인의 현장설명적 범행의 재연부분은 검증의 결과라기보다는 피고인의 진술과 같이 취급해야 할 것이다.

하고 있으므로 오히려 구별설의 입장이라고 주장하게 된다.

생각건대 범행현장을 재연하는 이른바 ‘범행재연사진’의 경우에는 사진의 내용자체가 증거로 되는 것이 아니라 재연하는 내용의 진실성을 입증하기 위한 진술증거이므로 수사기관의 조서에 대한 요건을 구비한 경우에 한하여 증거로 할 수 있다고 이해하면 충분할 것으로 본다. 그러나 수사실무상 수사기관이 수사의 단서나 그 입수상황, 수사의 경위나 결과 등 수사에 관계되는 사항을 상사에게 보고하기 위하여 내부적으로 작성된 수사보고서<sup>26)</sup>에 사건 당시의 상황이 촬영된 사진 등이 첨부되어 증거자료로 제출된 경우에 그 사진 자체는 별도로 증거능력을 검토해야 할 것이므로<sup>27)</sup> 아래의 현장사진 부분에서 살펴보기로 한다.

### 1.3 현장사진-독립증거로서의 사진

현장사진이란 범인의 행동에 중점을 두어 범행상황과 그 전후 상황을 촬영한 사진으로서 그 범행을 증명하기 위하여 독립증거로 이용되는 것을 말한다. 예컨대 시위현장이나 간통현장을 촬영한 사진, 은행의 패쇄회로에 찍힌 범인의 현금인출장면 사진 등을 들 수 있으며, 범행현장을 녹화한 비디오테이프도 음향이 함께 수록된 현장사진의 예라고 할 수 있다.<sup>28)</sup> 현장사진은 범죄의 증명에 결정적인 증거로 사용되는 경우

26) 수사보고서는 법률에 정의된 것은 아니지만, 이는 조직적 수사를 가능하게 하고, 수사서류 간에 연결을 명확히 하며, 영장청구에 있어서도 유력한 소명자료로 쓰이는 경우가 있는데 그 사용범위는 광범위하고 용도 또한 다양하다(신이철, 개정법에 따른 형사증거법(유스티니아누스, 2011), 278쪽).

27) 최근 수사보고서에 첨부된 CD(컴퓨터용 디스크)는 별도로 증거조사를 거쳐야 한다는 것으로는 대법원 2011. 11. 10. 선고, 2011도1115 판결.

28) 일반적으로 비디오 테이프는 영상과 음향을 동시에 녹취한 것이라는 점에서 사진과 녹음테이프를 결합시킨 증거방법이라고 할 수 있다. 따라서 그 내용이 진술인가 또는 범행현장의 촬영인가에 따라 증거능력을 달리 보게 되고, 결국 비디오테이프가 범행당시의 현장상황을 촬영한 것이라면 현장사진이나 현장녹음과 마찬가지로 증거

가 많은데, 증거능력 인정요건에 관하여는 견해의 대립이 있다.

이에 학설은 (i) 사진의 과학적 특성에 중점을 두어 사진은 렌즈의 체험에 의하여 필름이나 인화지에 남아 있는 과거의 역사적 사실에 대한 흔적이지 사람의 지각에 의한 진술이 아니므로 반대신문권도 생각할 수 없고, 현장사진은 독립된 비진술증거로서 관련성, 즉 현장의 정확한 영상이라는 사실이 자유로운 증명으로 입증되면 증거능력이 인정되며<sup>29)</sup> 별도의 전문법칙의 적용이 없다는 비진술증거설<sup>30)</sup>과 (ii) 진술증거가 사람의 관찰·기억·표현을 통하여 사실을 보고하는 것이라면 사진은 기계의 힘에 의하여 사실을 재현하는 것이라는 점에서 양자는 ‘사실의 보고’라는 증거의 기능면에서 진술증거와 동일한 점이 있고, 사진은 촬영과 작성과정에 인위적인 수정의 위험이 있으므로 진술증거로서 전

---

능력을 판단하면 될 것이다. 그렇지만 영상녹화물은 사진이상으로 촬영대상의 상황과 피촬영자의 대화가 녹화된 것이고, 녹음테이프와는 달리 피촬영자의 동태를 그대로 재현할 수 있기 때문에 단순히 사진이나 녹음테이프에 준해서만 증거능력을 평가해서는 곤란하고, 녹화물의 특성에 따라 증거능력을 검토해야 할 필요성은 있다고 판단된다.

- 29) 이러한 견해에서는 사진의 조작가능성은 전문법칙의 문제가 아니라 “증거의 관련성”의 문제라고 본다. 만일 피고인이 사진에 인위적인 조작이 가하여졌다고 하면서 이익을 제기하여 사진의 증거능력을 다투는 경우에는 감정을 시행하거나 촬영자나 사진속의 사람을 증인으로 환문하는 방법으로 등 자유로운 증명에 의하여 요증사실과의 관련성이 인정되는 한 증거로 사용할 수 있다(법원행정처, 법원실무제요 형사II(2008), 127쪽). 참고로 비진술증거설을 취하더라도 사진에 촬영일자가 있는 경우에는 인위적인 조작 가능성이 있고 촬영자에 의한 확인이 필요하므로 촬영일자에 관한 부분은 전문증거로서 촬영자에 의하여 진정성립이 인정되어야 한다고 주장한다.
- 30) 노명선/이완규, 앞의 책, 573쪽; 정용석/백승민, 형사소송법 전정 제3판(대명출판사, 2009), 307쪽; 심희기/양동철, 형사소송법(삼영사, 2009), 558쪽; 임동규, 앞의 책, 525쪽; 차용석/최용성, 앞의 책, 593쪽; 법원행정처, 앞의 책, 127쪽; 백형구/박일환/김희옥, 앞의 책, 392쪽(노태악 집필); 김형진, “공판의 진술의 증거능력”, 형사증거법(하)(법원행정처, 1984), 182쪽; 차용석, 형사증거법(한국사법행정학회, 1988), 760쪽; 심희기, 형사소송법의 쟁점(삼영사, 2001), 356쪽. 작성과정에 인위적인 조작이 가하여졌는지 여부가 문제가 되면 감정절차를 경유하여 증명력을 검토하면 된다고 한다.

문법칙이 적용된다고 보되, 검증조서유추설과 마찬가지로 현장사진에 대해 제312조 제6항이 적용된다거나,<sup>31)</sup> 혹은 촬영자의 지위에 따라 제311조부터 제313조가 적용되어<sup>32)</sup> 증거능력이 인정된다는 진술증거설,<sup>33)</sup> (iii) 현장사진은 비진술성을 띄지만, 그 작성과정에 오류가 개입할 위험이 있기 때문에 증거능력을 제한하기 위해 검증조서에 준하여, 그 작성주체가 법관인 경우에는 제311조를 적용하고, 수사기관의 경우에는 제312조 제6항을 적용하며, 법원이나 수사기관이외의 자에 의하여 촬영된 경우에는 제312조 제6항을 유추적용하여 그 증거능력의 유무를 판단해야 한다는 검증조서유추설<sup>34)</sup>의 대립이 있다.

대법원이 ‘피고인이 치기우범자 사진첩에 게시된 사진이 피고인의

- 
- 31) 이재상<sup>1</sup>, 앞의 책, 625쪽; 곽종석, 앞의 논문, 454쪽. 다만 촬영자가 진술할 수 없는 특별한 사정이 있는 때에는 제314조의 요건을 충족하는 때에 한하여 증거로 할 수 있다고 새긴다. 참고로 이재상 교수는 진술증거설을 취하면서 사인이 촬영한 경우 ‘제313조’의 요건이 충족되어야 한다고 하면서 ‘촬영자’의 진술에 의하여 성립의 진정이 증명되고 ‘특신상태’가 긍정되어야 한다고 서술되어 있는가 하면(이재상, 형사소송법연습(박영사, 2012), 434쪽), 현장검증과 같은 기능을 가지는 것으로 보아 “제312조 제6항”에 의하여 “촬영자”의 진술에 따라 진정하게 작성되었음이 증명된 때에 증거능력이 인정된다고 하는데(이재상, 위의 책, 407쪽) 일관된 서술은 아닌 것으로 본다.
- 32) 이은모, 앞의 책, 664쪽. 진술증거설의 논리를 일관하면 작성단계에 따라 법관면전 작성의 경우는 제311조에 준하여, 수사기관 면전 작성의 경우는 제312조에 준하여, 그 밖에 사람에 의하여 작성된 경우에는 제313조 제1항 본문에 준하여 증거능력유무를 결정해야 할 것이다(정영석/이형국, 앞의 책, 361쪽). 그리고 논리를 계속 일관시키면 진술증거설은 원진술자에 해당하는 사람 즉 “사진이 촬영된 상대방”에 의하여 그 사진의 피사체가 본인임을 인정하는 방법으로 성립의 진정이 인정되어야 한다고 해야 하며, 증거조사방법도 낭독, 요지의 고지, 열람이 되어야 할 것이라고 주장하게 될 것이다.
- 33) 진술증거설이나 검증조서유추설이 타당하다는 견해로는 배중대/이상돈/정승환/이주원, 앞의 책, 672쪽.
- 34) 신동운, 앞의 책, 1082쪽; 강구진, 형사소송법 원론(학연사, 1982), 481쪽; 이영란, 앞의 책, 820쪽. 검증조서유추설은 진술증거설과 그 결론에 있어서 유사하지만 현장사진을 진술증거로 보지 않는 점에서 진술증거설과 차이가 있다. 그리고 여기서 ‘촬영자’의 법정진술에 의하여 현장사진이 진정하게 작성되었다는 것이 인정되어야 하는데, 촬영자가 진술할 수 없는 사정이 있으면 제314조를 충족하면 증거로 사용할 수 있다.

사진이 틀림없다고 진술하고 이를 증거로 하는데 동의하였다면 증거능력이 없다 할 수 없다'고 한 것과,<sup>35)</sup> 현장사진의 진술증거 여부에 관하여 명시적으로 언급하지 않으면서 '사진의 촬영일자 부분은 전문증거에 해당한다'고 한 것<sup>36)</sup>은 사진자체에 대해서는 아무런 언급이 없어 반대 해석상 사진 자체는 비진술증거로 보고 있다고 평가될 수도 있겠지만 정면으로 비진술증거로 본 것인지에 대해서는 명백하지는 않다. 그러나 현장사진이 형사소추를 위하여 반드시 필요하다는 이유로 '간통현장에서 찍은 나체사진(날짜를 제외한 부분)이 비록 공갈목적에서 이루어진 것이라 하더라도 형사소추라는 공익실현을 위하여 증거능력을 부인할 수 없다'고 하여<sup>37)</sup> 비진술증거설을 취한 것으로 볼 여지가 있다.<sup>38)</sup> 현재 실무는 현장사진을 비진술증거설에 입각하여 처리하고 있으며,<sup>39)</sup> 따라서 전문법칙이 적용되지 아니하므로 반드시 촬영자가 원진술자로서 증언할 필요는 없으며,<sup>40)</sup> 대상이 그대로 촬영되었음이 자유로운 증명으로 증명되면 증거능력이 있는 것으로 보고 있다. 일본의 최고재판소 판례도 '범행의 현황 등을 촬영한 소위 현장사진은 비진술증거에 속하며 당해

35) 대법원 1969. 8. 19. 선고, 69도938 판결.

36) 대법원 1997. 9. 30. 선고, 97도1230 판결. 여기서 사진 자체는 비진술 증거로 보았다는 입장으로는 백형구/박일환/김희옥, 앞의 책, 392쪽(노태악 집필).

37) 피고인이 이 사건 범행을 부인한다거나 위 이재형이 다른 범죄에 제공하기 위하여 사진을 촬영하였고 사진 촬영 당시 피고인이 무의식 상태에 있었다고 다투는 것은 사진의 증명력을 다투는 취지에 불과하여 의사표시의 효과와는 무관하며, 피고인이 이 사건 사진의 촬영일자 부분에 대하여 조작된 것이라고 다룬다고 하더라도 이 부분은 전문증거에 해당되어 별도로 증거능력이 있는지를 살펴보면 족한 것이다(대법원 1997. 9. 30. 선고, 97도1230 판결).

38) 신동운, 앞의 책, 1080쪽. 비진술증거설의 입장을 취하고 있다고 한다.

39) 범법행정처, 앞의 책, 526쪽. 정원태, "컴퓨터디스크·영장없이 촬영된 비디오테이프·대상과 범위를 초과하여 연장된 통신제한조치허가에 기한 대화녹음테이프의 증거능력", 형사재판의 제 문제 제3권, (박영사, 2000), 343쪽; 김대휘, "사진과 비디오테이프의 증거능력", 형사판례연구 6권(박영사, 1998), 455쪽.

40) 사법연수원, 형사변호실무(2011), 201쪽.

사진 자체 또는 기타 증거에 의하여 사건과의 관련성을 인정할 수 있는 한 증거능력을 가지는 것으로서 이를 증거로 채용하기 위하여 반드시 촬영자에게 현장사진의 작성과정 내지 사건과의 관련성을 증언하게 해야 할 필요는 없다'고 판시<sup>41)</sup>하고 있다.

생각건대 현장사진은 사실을 보고한다는 기능면에서 진술증거와 동일하다고 해야 할 뿐만 아니라 촬영과 작성과정에 조작의 가능성이 있다는 것을 부정할 수 없고 또 그 위험은 사진기술의 발달에 따라 증가할 것으로 예상된다는 점에 비추어 보면 현장사진을 사진의 기계적 정확성을 근거로 비진술증거라고 단정하여 전문법칙의 적용을 배제하는 것은 타당하다고 할 수 없다. 따라서 현장사진은 현장검증과 같은 기능을 가지는 것으로 보아 전문법칙이 적용되지만, 수사기관이 촬영한 사진을 피고인이 부동의하는 경우에 제312조 제6항에 따라 검증조서에 준하여 촬영자의 진술에 의하여 진정하게 작성되었다는 것이 인정된 때에 한하여 증거능력이 인정된다고 해석해야 한다. 여기서 성립의 진정이라는 것이 서명날인이나 자필이 자신의 것임이 틀림없고(형식적 진정) 진술내용이 그대로 기재되었다는 것(실질적 진정)이 될 수는 없다고 할 것이므로, 사진의 영상 속에 있는 물건이나 현장 등의 상황이 그대로 정확히 촬영되었다는 것을 말하는 것이다.

여기서의 문제는 사인이 촬영한 사진에 대해서도 같은 이론구성이 가능한가에 있다. 예컨대 사진기자가 찍은 사진 등에서 주로 문제된다. 생각건대 녹음은 진술에 관한 것으로 이를 녹음하는 것은 일종의 조서 등과 같은 문제가 발생하기 때문에 수사기관과 사인을 구별하여 논의하는 것이 충분한 의미를 갖게 된다. 그러나 현장사진의 경우에 있어서 일반인과 수사기관을 나누고 이를 구별해야 한다는 입장도 얼마든지 제기될 여지도 없지 않지만, 통상은 진술증거설을 지지하면서 검증조서에 준하여 보겠다는 입장으로 평가된다. 수사기관이 촬영한 사진이나 개인

41) 日最決 1984. 12. 21. 刑集 38-12-3071.

이 촬영한 사진이 모두 현장의 현상을 사진에 담아 둔 것이라는 점에서 보면 달리 취급할 이유가 없다고 보인다. 여기서 사진은 앞서 살펴본 바와 같이 현장검증과 같은 기능을 수행한다는 점과 조작의 가능성을 완전히 배제할 수 없다는 점을 함께 고려해 본다면, 결국 사인이 촬영한 사진에 대해서도 이러한 조작의 가능성이 배제되어야만 비로소 증거능력을 부여할 수 있을 것이므로 전문법칙과의 관계에서 검증조서와 같이 전문증거로서 원칙적으로 증거능력을 배제하되, 형사소송법 제312조 제6항의 예외요건을 충족하는 경우에 한하여 증거능력을 인정할 것이다.

## 2. 증거조사의 방법

형사소송법 제307조의 사실은 엄격한 증명의 대상이 되는 사실, 즉 주요사실을 의미하는데, 엄격한 증명에 사용되는 증거의 증거능력과 아울러 증거조사의 방법을 밝혀야 한다. 특히 증거조사와 관련하여 형사소송법 제292조의3은 도면·사진<sup>42)</sup>·녹음테이프·비디오테이프·컴퓨터용디스크 그 밖에 정보를 담기 위하여 만들어진 물건으로서 문서가 아닌 증거의 조사에 관하여 필요한 사항을 대법원규칙으로 정하도록 하고 있다. 이어 규칙 제134조의9는 도면·사진 그 밖에 정보를 담기 위하여 만들어진 물건으로서 문서가 아닌 증거의 조사에 관하여는 특별한 규정이 없으면 법 제292조(증거서류에 대한 조사방식), 법 제292조의2(증거물에 대한 조사방식)의 규정을 준용한다고 규정하고 있다.

그러나 형사소송규칙은 어떠한 사진을 증거서류 또는 증거물에 준하는 것으로 볼 것인가에 대해서는 아무런 기준을 제시하고 있지 않으므로 학설과 판례에 맡겨져 있다고 해야 한다. 이 문제는 증거서류와 증거물

42) 도면이나 사진은 시간적 계속성을 요하는 녹음이나 녹화매체(규칙 제134조의8)와 달리 일정 시점을 기준으로 대상물의 구조나 상태를 나타내는 특징이 있는데, 이러한 것은 문자정보저장매체(규칙 제134조의7)와 유사하지만 문자가 아닌 방법으로 대상물을 나타낸다는 점에서 구별된다.

인 서면의 구별에 관한 기준을 유추하여 판단할 수 있다고 보이므로 내용기준설에 따라 사진의 전달내용이 요증사실을 증명하는 경우에는 증거서류에 준하여 취급하고, 사진이 대상물의 성질이나 상태 자체를 재현하는 경우에는 증거물에 준하여 취급하는 것이 타당할 것이다.<sup>43)</sup> 결국 조사대상인 사진의 성격이 증거서류인지 또는 증거물인 서면에 해당하는지에 따라 낭독·내용의 고지·열람<sup>44)</sup> 또는 제시의 방법으로 조사하면 된다. 증거물의 사본인 사진과 현장사진은 이를 ‘제시’의 방법으로 증거조사를 하고(제292조 제1항 전단), 문서의 사본인 사진에 관하여는 ‘제시와 낭독(또는 요지의 고지나 열람)’의 방법에 의한다. 이에 반하여 진술의 일부인 사진은 진술증거와 일체적으로 증거조사하고, 현장사진을 진술증거로 본다면 그 촬영자가 공판정에서 그 성립의 진정을 증명해야 증거능력이 인정된다. 따라서 증거조사를 거치지 아니하고 피고인이 증거로 함에 동의한 바 없는 사진을 범죄사실에 부합하는 진술의 신빙성을 보강하는 사실인정의 자료로 사용하는 것은 위법하다고 함이 판례의 입장이다.<sup>45)</sup> 그리고 다른 한편으로 비밀사진 촬영의 경우는 위법수집증거배제법칙(제308조의2)에 따라 증거능력이 부정될 수 있음은 물론이다.

### Ⅲ. 비밀촬영사진 - 적법성 문제

사진의 증거능력과 관련하여 설령 전문법칙의 예외요건을 충족하더

43) 신동운, 앞의 책, 1078쪽.

44) 새로이 강화된 구두변론주의 하에서 볼 때 ‘열람’은 법원의 입장에서는 소송경제를 꾀할 수 있는 장점이 있지만, ‘구두’에 의한 것이 아니므로 일반인은 증거조사의 내용을 알 수 없기 때문에 삭제하는 것이 타당하다는 입장으로는 신동운, 위의 책, 821쪽.

45) 대법원 2006. 12. 8. 선고, 2006도6356 판결.

라도 적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거능력을 최종적으로 부여받을 수 없게 된다. 이와 관련하여 특히 비밀촬영한 경우의 적법성이 특히 문제되므로 아래에서 자세히 살펴보기로 한다.

## 1. 법적 성격(강제처분인지 여부)

사진이 비밀로 촬영된 경우에 그 증거능력의 제한은 비밀녹음의 경우에 준하여 처리하여야 할 것으로 생각된다. 그러나 녹음과 관련해서는 통신비밀보호법의 규정이 어느 정도의 기준을 제시하고 있으므로 이에 의해 해결할 수 있다.<sup>46)</sup> 그러나 사진에 대해서는 형사소송법에서 명시적으로 이에 관한 규정이 없을 뿐만 아니라,<sup>47)</sup> 아직까지 별도의 단행 법률이 만들어져 있는 것은 아니므로 그 법적 성질부터 견해의 대립이 존재한다. 이에 대하여 학설은 사진촬영에 의하여 직접적인 물리력이나 의무를 과할 수 없다는 점을 근거로 한 임의수사설,<sup>48)</sup> 초상권이 인정되는 이상 그의 의사에 반하거나 또는 승낙을 받지 않고 사진 촬영하는 것은 법이 예정한 강제처분은 아니라고 할지라도 형사소송법 제199조의 강제처분에 해당한다고 해석하며, 사진촬영이 사적 공간에서 행하여졌던 공공장소에서 행하여졌던 모두 촬영자의 초상권을 침해한다는 점에서 강제수사설(검증유추설),<sup>49)</sup> 상대방의 사적 공간에서의 사진촬영은

46) 통신비밀보호법 제6조가 일정한 요건아래 ‘법원의 허가’를 얻은 때에만 전기통신의 감청을 할 수 있도록 규정한 것은 감청의 법적성질을 강제수사로 입법화한 것으로 볼 수 있다.

47) 조병선, “영장없는 수사의 가능영역과 증거능력”, 고시계(고시계사, 2006. 11), 83쪽.

48) 다만 실질적으로 상대방의 의사에 반하여 그를 수사의 객체로 삼는 점에서 강제수사에 준하는 성격을 가지므로 경찰비례의 원칙상 ① 현행범 또는 준현행범적 상황 존재, ② 필요성, ③ 긴급성의 요건을 갖추어야 한다고 주장한다.

49) 사진촬영은 사물의 존재와 상태를 오관의 작용으로 실험, 인식한 것을 필름이나 디스크에 담는 것이라는 점에서 검증과 유사한 성격을 가지는 강제수사라는 견해이다(배종대/이상돈/정승환/이주원, 앞의 책, 99쪽; 신양균, 앞의 책, 270쪽; 정영석/

강제처분이지만 공개된 장소에서의 사진촬영은 공개 장소에 임하는 순간 사람은 누구나 자신의 용모가 타인에게 공개될 것을 예상하고, 피촬영자에게 물리적 강제력이 행사되거나 법적 의무가 부과된 것도 아니라는 것을 이유로 임의수사로 보는 절충설(이원설)<sup>50)</sup>의 대립이 있다.

판례는 소위 영남위원회 사건에서 ‘수사기관이 범죄를 수사함에 있어 현재 범행이 행하여지고 있거나 행하여진 직후이고, 증거보전의 필요성 및 긴급성이 있으며, 일반적으로 허용되는 상당한 방법에 의하여 촬영을 한 경우라면 위 촬영이 영장 없이 이루어졌다 하여 위법하다고 단정할 수 없다’고 하거나,<sup>51)</sup> 무인카메라 사건에서 ‘무인장비에 의한 제한속도 위반차량 단속은 제한속도를 위반하여 차량을 주행하는 범죄가 현재 행하여지고 있고, 그 범죄의 성질·태양으로 보아 긴급하게 증거보전을

---

이형국, 앞의 책, 165쪽). 따라서 사진촬영은 원칙적으로 검증영장을 발부받아 행하여야 하며, 형사소송법이 명문으로 규정한 영장주의의 예외에 해당하지 않는 한 영장없는 사진촬영은 허용되지 않는다고 한다. 결국 영장주의의 적용을 받지 않는 사진촬영이 수사방법으로서 현실적으로 필요하다면 별도의 입법을 통하여 해결할 수밖에 없게 된다.

50) 신동은, 앞의 책, 660쪽; 송광섭, 앞의 책, 642쪽.

51) 대법원 1999. 9. 3. 선고, 99도2317 판결(비디오테이프 촬영에 관한 사안임). 영장없이 비디오촬영을 하는 것은 정당화 될 수 없으며 증거로도 사용되어서는 안되는 입장에는 안경옥, “수사상 비밀증거수집의 효용성과 한계”, 비교형사법연구 제3권 제2호(한국비교형사법학회, 2002), 365-367쪽 이하. 이에 대하여 입법자가 대화녹음을 포함하는 비디오 촬영에 대하여 통신비밀보호법상의 긴급통신제한조치(제8조)를 설정하여 영장주의의 예외를 만들어 놓았다는 것을 고려하여 이보다 프라이버시 침해정도가 낮은 대화녹음을 포함하지 않은 사진 및 비디오촬영의 경우에는 명문의 근거는 없지만 영장주의의 예외를 인정하는 해석론이 가능하다는 입장으로는 조국, “수사상 검증의 적법성-사진 및 무음향 비디오 촬영과 신체침해를 중심으로-”, 형사법연구 제20호(한국형사법학회, 2003), 305쪽. 그러나 통신비밀보호법상의 통신제한조치는 그 허가 요건상 기간이 제한되어 있고 대상범죄도 한정되어 있으며, 허가권자가 정해져 있는 등 엄격한 요건과 절차를 거쳐 허가를 받도록 되어 있으므로 통신제한조치는 영장주의의 예외라기보다는 감청의 특수성을 고려한 영장주의의 적용이라고 볼 수 있다. 따라서 이를 근거로 사진 등의 촬영을 영장없이 가능하다는 논리는 통신비밀보호법상의 통신제한조치의 본질을 오해한 것이라는 비판이 가능하다.

할 필요가 있는 상태에서 일반적으로 허용되는 한도를 넘지 않는 상당한 방법에 의한 것이라고 판단되므로 이를 통하여 운전 차량의 차량번호 등을 촬영한 사진을 두고 위법하게 수집된 증거로서 증거능력이 없다고 말할 수 없다'고 판시<sup>52)</sup>한 바 있다.<sup>53)</sup>

생각건대 공공장소에 있다는 것은 초상권에 대한 보호강도를 약화시킬 수는 있어도 초상권의 종국적 포기를 의미할 수는 없고, 은밀한 방법으로 일순간에 상대방의 권리를 침해하고 중대한 결과를 초래하는 수사 방법이 임의수사라는 이유로 허용되어서는 안 된다는 점에 비추어 강제 수사설이 타당하다고 본다.<sup>54)</sup> 그리고 여기서 사진촬영은 사물의 존재와 상태를 오관의 작용으로 실험·인식한 것을 필름에 담는 것이라는 점에서 성질상 '검증'과 유사한 성격을 가진다고 보아야 한다. 따라서 현행법상 수사기관이 사진촬영을 하는 경우에는 강제처분 가운데 검증의 성질을 갖고 있다는 점을 고려하여 원칙적으로 법관으로부터 검증영장을 발부 받아 검증영장에 의한 사진촬영이 가능하다고 해야 한다(제215조). 따라서 범인색출을 목적으로 한 시위대의 촬영도 영장에 의하지 않고는 원칙적으로 위법하다고 해야 한다. 다만 신체구속을 받고 있는 피의자에

52) 대법원 1999. 12. 7. 선고, 98도3329 판결.

53) 이러한 판례를 두고 ① 사진촬영을 임의수사라는 전제하에 다만 수사의 상당성의 관점에서 사진촬영의 허용여부를 판단하였을 뿐이라는 입장, ② 육안관찰의 법리에 따라 공개된 장소에서의 사진촬영은 임의수사로 보면서 다만 수사의 상당성이라는 관점에서 임의수사라 하더라도 일정한 제한이 따름을 확인하고 있다는 입장, ③ 사진촬영을 강제수사라는 전제하에서 일정한 요건 하에서 영장주의의 예외를 인정하고 있다는 입장 등 다양한 평가가 이루어지고 있다. 이에 대한 글로는 박흥모, “수사방법으로서의 사진촬영의 적법성”, 법학연구 제51권 제3호(부산대학교 법학연구소, 2010), 137쪽 이하.

54) 다만, 사진촬영의 성질을 강제수사라고 보는 경우에도 일정한 조건이 충족되는 때에는 영장 없는 촬영이 허용된다고 해석하는 견해가 다수설인데, 그 조건이 임의수사설에서 요구하는 조건과 특별한 차이가 없다는 점에서 학설의 대립은 특별한 의미가 없다고 할 수 있으므로 구체적 허용요건을 명백히 하는 것이 오히려 중요한 문제가 될 수 있다.

대한 사진촬영은 피의자 특정을 위하여 필요하고, 인권침해의 정도가 약하며, 신체구속이라는 처분에 실질적으로 포함된 것이라고 해석되므로 영장 없는 경우에도 당연히 허용된다고 해야 한다. 그리고 압수·수색시의 사진촬영과 관련하여 증거물의 증거가치를 보존하기 위하여 증거물을 발견한 장소, 발견한 상태를 촬영하는 경우와 압수·수색절차의 적법성을 담보하기 위하여 그 집행상황을 촬영하는 경우에는 압수·수색에 부수하는 처분으로서 영장이 없는 경우에도 사진촬영이 허용된다고 해야 한다.<sup>55)</sup> 그러나 압수·수색의 기회에 당해 절차와 관계없는 사진을 촬영하거나 영장에 기재되지 않은 물건이나 내용을 사진 촬영하는 것은 압수·수색에 필요한 범위를 넘는 것으로서 허용되지 않는다고 해야 한다.

물론 범죄현장에서의 검증(제216조 제3항)의 경우처럼 시위현장에서 범행이 행해지고 있거나 범행이 행해진 직후에 해당하는 때에도 일정한 요건아래 영장 없이 사진촬영이 허용된다고 함에 의문이 없다. 문제는 수사기관이 범죄를 수사함에 있어서 사진촬영이 새로운 강제처분이라는 점에서 범죄혐의의 명백성, 증거로서의 필요성, 증거보전의 긴급성, 촬영방법의 상당성이라는 엄격한 요건 하에 영장없는 사진촬영을 허용함이 과연 타당하다고 볼 수 있느냐 하는 것이다.<sup>56)</sup> 이에 대하여 이를 인정할 수 있다는 이른바 신강제수사설 또는 예외인정설이 현재의 통설의 입장이다. 그러나 이러한 판례는 종래 우리 판례가 비진술증거의 경우 성질·형상불변론을 근거로 증거능력을 인정하던 시기의 것으로,<sup>57)</sup> 현재 개정된 형사소송법 제308조의2가 신설되기 전의 판례일 뿐

55) 결국 이러한 압수 중의 사진촬영은 그 목적이 압수대상 증거물의 상황보전 및 압수절차의 적법성을 담보하기 위한 것이므로 압수·수색이 적법하다면 이에 부수하는 처분(제120조의 필요한 처분)으로서 허용된다고 보게 될 것이다.

56) 이와 관련하여 무인장비에 의한 제한속도 위반단속을 위한 촬영만큼은 위법수사가 문제되는 비밀촬영으로 볼 수 없다는 지적으로는 백형구/박일환/김희옥, 앞의 책, 394쪽.

만 아니라, 적법한 절차를 따르지 아니하고 수집된 증거는 원칙적으로 유죄의 증거로 사용할 수 없다는 대법원 판례<sup>57)</sup>가 나오기 이전의 것이므로 신중한 해석이 요구되는 이유가 바로 여기에 있다.

생각건대 개정법 하에 나온 대법원 판례에 의하더라도 ‘수사기관의 절차 위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하지 아니하고 오히려 그 증거의 증거능력을 배제하는 것이 헌법과 형사소송법이 형사소송에 관한 절차조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실제적 진실규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사사법 정의를 실현하려 한 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우 유죄인정의 증거로 사용할 수 있다’는 예외인정의 가능성을 제시하면서, 예외인정의 기준에 대하여는 ‘절차조항의 취지와 위반의 내용 및 정도, 구체적인 위반경위와 회피가능성, 절차조항이 보호하고자 하는 권리 또는 법익의 성질과 침해정도 및 피고인(피의자)과의 관련성, 절차 위반행위와 증거수집 사이의 인과관계 등 관련성의 정도, 수사기관의 인식과 의도 등을 종합적으로 고려하여야 한다’고 판시한 바 있다. 사정이 이러하다면 사전 또는 사후 영장없이 사진을 촬영한 것은 원칙적으로 증거능력이 없다고 봄이 옳다. 다만 이러한 증거능력 없는 1차적 증거에 대하여 예외적으로 증거능력이 부여될 수 있는지는 적어도 판례의 기준에 의할 때에는 별도로 검토가 필요하게 된다. 동의나 영장에 의하지 않고 이루어진 수사기관의 사진촬영이 비록 위법하지만 범죄혐의의 명백성, 증거로서의 필요성, 증거보전의 긴급성, 촬영방법의 상당성 등이 인정되면 그 위법성이 낮아 영장주의의 정신을 몰각할 정도로 중대하지 않아 일정한 경우 사진의 증거능력을 인정할 수 있다는 취지로 해석될 여지도 없지 않다. 그러나 수사기관의 자의를 방지하고 국민의 기본권을 보호하기 위한 영장주의 취지를 중대하게 위반한 점과 사후에 영장을 어렵지 않게 받을 수 있다

57) 대법원 1994. 2. 8. 선고, 93도3318 판결.

58) 대법원 2007. 11. 15. 선고, 2007도3061 판결.

는 점에 비추어 본다면 형사소송법에 규정되어 있는 영장주의 예외와는 별개로, 또 다른 영장주의 예외를 그것도 해석을 통해 인정할 필요는 없다고 판단된다.

## 2. 위법수집증거배제법칙의 적용여부

사건의 증거능력을 검토함에 있어서 앞서 살펴본 바와 같이 전문법칙과의 관계에서는 제310조의2 이하의 규정에 의하여 판단된다. 그리고 다른 한편, 비밀촬영의 경우에는 위법수집증거배제법칙(제308조의2)에 의하여 그 증거능력이 더욱 제한될 수 있다. 먼저 국가기관이 법령의 근거없이 행하는 비밀촬영은 헌법상 보장된 사생활 비밀권(헌법 제17조)을 침해하는 중대한 위법이므로 원칙적으로 위법수집증거배제의 관점에서 증거능력을 부정해야 한다는 점에 별다른 의문이 없다. 그러나 문제는 사인에 의한 비밀촬영의 경우에는 이와 달리 증거능력이 인정될 수 있는가 하는 점에 대하여 논의가 있어 왔는데, 이에 대해 일반적으로 사인의 비밀촬영은 국가기관이 행한 경우와는 달리 증거능력을 인정할 수 있다는 긍정설과, 사인에 의한 비밀촬영이라고 할지라도 상대방의 기본권을 중대하게 침해하는 경우에는 증거능력을 부인할 필요가 있을 뿐만 아니라 사인의 비밀촬영은 국가기관이 이를 증거로 사용하는 것은 상대방의 기본권에 대한 새로운 침해를 의미하므로 증거능력을 부정해야 한다는 부정설, 부당한 목적과 방법에 의한 비밀촬영은 인격권에 대한 침해이므로 증거능력을 부정해야 하지만, 프라이버시를 기대할 수 없는 상황에서 행한 비밀촬영은 증거능력을 인정하는 절충설이 소개되고 있다.<sup>59)</sup> 이에 대법원은 ‘제3자가 공갈목적을 숨기고 피고인의 동의 하에 나체사진을 찍은 경우, 피고인에 대한 간통죄에 있어 위법수집증거

59) 사인과 관련된 내용으로는 Klaus Volk, *Grundkurs StPO*, 6. Auflage(Verlag C. H. Beck, 2008), §35 Rn. 266 f.

로서 증거능력이 배제되지 않는다'고 판시<sup>60)</sup>한 것이 보인다.<sup>61)</sup> 이는 '적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거'에 '사인이 수집한 증거'가 포함되는지에 대해 명시적인 판단을 피하면서,<sup>62)</sup> 다만 효과적인 형사소추 및 형사소송에서의 진실발견이라는 공익과 개인의 사생활 보호이익을 비교형량하여 그 허용여부를 결정하여야 한다는 입장이므로 결국은 증거능력 취득여부를 위법성의 유무보다는 비교형량을 통하여 결정하는 방식을 취하고 있다고 평가된다.

생각건대 먼저 위법수집증거배제법칙을 사인의 증거수집에도 적용되는지 여부를 검토해 볼 필요가 있다. 이에 대해서는 우리 형사소송법은 '적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다'고 규정하고 있을 뿐 그 적용대상이나 범위 등에 대하여 명시적으로 언급하고 있지는 않다. 여기서 학설은 위법수집증거배제법칙은 기본적으로 수사기관의 위법행위를 억제하는데 그 목적이 있으므로 사인의 경우 그 증거를 배제하기 보다는 형사처벌 등 다른 방법으로 해결할 수 있다는 점을 근거로 사인이 수집한 증거에 적용함에 있어 부정적인 입장<sup>63)</sup>과

60) 대법원 1997. 9. 30. 선고, 97도1230 판결. 이 사건에서 ... 효과적인 형사소추 및 형사소송에서의 진실발견이라는 공익과 개인의 사생활의 보호이익을 비교형량하여 그 허용 여부를 결정하고 ... 라고 판시하고 있다. 이 사건에 대한 평석으로는 신동운, "위법수집증거배제법칙과 나체사진의 증거능력", 서울법학 제40권 제2호(서울대학교 법학연구소, 1999), 360쪽 이하.

61) 비록 비밀촬영에 관한 것은 아니지만, 사인의 위법수집증거에 대한 증거능력을 판단하고 있는 것으로는 사인인 고소인이 무단으로 피고인의 주거에 침입하여 불법하게 수집한 휴지 등을 기초로 획득한 2차적 증거인 감정의뢰회보 등의 증거능력을 긍정한 대법원 2010. 9. 9. 선고, 2008도3990 판결. 소송사기의 피해자가 제3자로부터 대가 2억 원을 지급하고 취득한 절취된 업무일지를 사기죄에 대한 증거로 사용할 수 있음을 긍정한 대법원 2008. 6. 26. 선고, 2008도1584 판결. 피고인이 범행 후 피해자에게 전화를 걸어오자 피해자가 증거를 수집하기 위해 그 전화내용을 녹음한 경우에 그 녹음테이프가 피고인 모르게 녹음된 것이라고 하여 이를 위법하게 수집된 증거라고 할 수 없다는 대법원 1997. 3. 28. 선고, 97도240 판결 등이 보인다.

62) 이승철, "사인이 주거에 침입하여 수집한 증거에 기초한 감정의뢰회보의 증거능력", 대법원 판례해설 86호(법원도서관, 2010), 727쪽.

형사소송법 제308조의2에서 ‘적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다’고 규정하고 있을 뿐이고 별도로 주체를 국가기관에만 한정하거나 제한하고 있지 않다는 점, 통신비밀보호법 제3조와 제4조는 그 주체를 ‘누구든지’라고 하여 수사기관뿐만 아니라 사인이 불법감청을 통해 획득된 증거를 재판절차에서 사용할 수 없다고 규정하고 있다는 점, 오늘날 프라이버시권 등 기본권이 국가기관에 의해서만 침해되는 것이 아니라는 점(기본권의 대사인적 효력) 등을 종합적으로 고려해 보면 원칙적으로 사인의 증거수집활동에 있어서 위법수집증거배제법칙의 적용에 긍정적인 입장<sup>64)</sup>이 있다. 형사소송법은 국가기관을 대상으로 한다는 점과 위법수집증거배제법칙의 목적에 비추어 보면 부정적인 입장도 타당성이 없지 않다. 그러나 사인의 증거수집행위는 검사의 증거제출행위와 밀접한 관련을 맺을 수밖에 없다는 점을 고려해 보면 사인의 증거수집에도 위법수집증거배제법칙의 적용을 긍정함이 타당하다고 본다. 다만 여기서 증거능력을 인정하는 판단기준이 문제될 수 있는데, 침해되는 권리의 중요성을 기준으로 기본권의 핵심적 영역을 침해하는 경우에는 적용해야 한다는 권리범위설<sup>65)</sup>과 효과적인 형사소

63) 이종갑, “사인이 위법하게 수집한 증거와 위법수집증거배제법칙”, 법학연구 제15집 제1호(경상대학교 법학연구소, 2007), 204쪽 이하; 심희기/양동철, 쟁점강의 형사소송법(삼영사, 2009), 511쪽. 사인이 수사기관에 고용되었거나 수사기관의 위임에 의하여 위법하게 수집한 경우가 아닌 한, 위법수집증거배제법칙은 사인에 대해서는 적용되지 않는다고 해석하는 견해로는 이재상, 형사소송법 제9판(박영사, 2012), 574쪽.

64) 김중구, “사인이 수집한 형사사건의 증거와 증거배제법칙”, 형사법연구 제20권 제2호(한국형사법학회, 2008), 215-216쪽; 김중구, “사인이 범죄행위로 수집한 위법증거의 증거능력”, 법학논총 제17권 제3호(조선대학교 법학연구원, 2010), 394쪽.

65) 노명선/이원규, 앞의 책, 501쪽; 하태훈, “사인에 의한 증거수집과 그 증거능력”, 형사법 연구 제12권(한국형사법학회, 1999), 44쪽. 사인의 위법행위가 침해를 가져오는 권리의 영역을 구분하여 기본권의 핵심적 영역을 침해하는 경우, 기본권의 주변적 영역을 침해하는 경우, 기본권과 무관한 영역이 침해된 경우로 나누고, ‘인격의 핵심 영역’을 침해한 경우에는 비교형량없이 증거능력을 부인하고 이에 해당하지 않는

추의 이익과 피고인의 개인적 이익을 교량하여 판단해야 한다는 이익형량설<sup>66)</sup>의 대립이 있다. 이익형량설의 입장에서도 핵심적인 인격권과 밀접한 관련이 있어 사생활의 보호가 강하게 요청되는 경우는 대부분 증거능력이 부정될 것이므로 큰 차이가 있는 것은 아닐 것으로 보인다. 다만 권리범위설의 경우 권리범위의 기준이 명확하지 않아 그 구별이 쉽지 않다는 점에 문제가 있다. 따라서 국가기관과 달리 사인이 촬영한 사진의 경우는 일률적으로 범죄와의 관련성과 이익형량에 따라 증거능력에 대한 개별적 판단을 통해 그 배제범위를 구체적으로 판단하는 것이 바람직하고 타당한 결과를 가져올 것으로 생각된다. 한편으로 공개적인 채증활동이라고 하더라도 일정한 경우 위법성을 인정할 여지가 없는 것은 아니라고 본다.

#### IV. 결 론

과학적 수사의 요청과 함께 사진 등이 수사와 공판단계에서 빈번하게 활용되고 있다. 사진은 과거의 사실에 대한 과학적 기록이라고 하지만, 언제나 객관적 사실을 그대로 증명하지는 못할 뿐만 아니라 나아가 조작 가능성도 완전히 배제할 수 없기 때문에 막바로 증거능력을 인정하기는 곤란한 면이 분명히 있다. 따라서 이러한 조작가능성 등의 문제를 극복하지 않고 곧바로 유죄의 증거로 사용하는 것은 형사소송법의 최고의 목표인 실체진실주의와는 합치되는 것은 아닐 것이다. 따라서 우선 조작

---

경우에는 공익과 사생활 보호이익을 비교형량하여 증거능력을 판단하는 견해라고 할 수 있다. 신양균, 앞의 책, 744쪽; 이은모, 앞의 책, 578쪽. 원래 권리범위설은 독일 연방대법원 판례에서 유래한 것이지만, 독일에서조차 비판이 적지 않다(Werner Beulke, *Strafprozessrecht*, 7. Aufl., 2004, C.F. Müller, S. 254).

66) 권오걸, 앞의 책, 709쪽; 배종대/이상돈/정승환/이주원, 앞의 책, 583쪽; 손동권, 앞의 책, 589쪽; 정웅석/백승민, 앞의 책, 657쪽; 신동운, 앞의 책, 1234쪽.

가능성을 염두에 두고 원칙적으로 사진의 증거능력을 배제하되, 이러한 우려가 불식되는 경우에 한하여 광범위하게 증거로 사용할 수 있도록 하는 것이 이른바 증거로서의 사진 가치를 최대한으로 발휘케 하면서도 동시에 오류의 위험성으로 벗어날 수 있다고 본다. 따라서 사본으로서의 사진 자체는 진술증거가 아니므로 전문법칙이나 그 예외가 적용되지 않는 것이 원칙이겠지만, 사진합성기술이 고도로 발달한 오늘날의 상황을 고려해 볼 때 조작 및 편집으로 인한 오류가능성을 통제하기 위해서는 전문법칙의 규정을 유추적용을 해야 할 것으로 본다. 그리고 진술자의 진술내용을 정확하게 표현하기 위하여 사진이 진술증거의 일부로 사용되는 경우인데, 그 가운데 특히 범행현장을 재연하는 이른바 ‘범행 재연사진’의 경우에는 사진의 내용자체가 증거로 되는 것이 아니라 재연하는 내용의 진실성을 입증하기 위한 진술증거이므로 수사기관의 조서에 대한 요건을 구비한 경우에 한하여 증거로 할 수 있다고 해야 한다. 다만 수사보고서에 사건 당시의 상황이 촬영된 사진 등이 첨부되어 증거자료로 제출된 경우에 그 사진 자체는 별도로 증거능력을 검토해야 한다고 본다. 한편 독립증거로서의 현장사진은 현장검증과 같은 기능을 가지는 것으로 보아 전문법칙이 적용되지만, 촬영한 사진을 피고인이 부동의하는 경우에 제312조 제6항에 따라 검증조서에 준하여 촬영자의 진술에 의하여 진정하게 작성되었다는 것이 인정된 때에 비로소 증거능력이 인정된다고 해석해야 한다. 특히 개정형사소송법 하에서 적법절차가 강조되고 위법수집증거배제법칙이 명문화된 이상, 과거의 판례 가운데 범죄수사에 있어 동의나 영장에 의하지 않고 이루어진 수사기관의 사진촬영이 비록 위법하지만 범죄혐의의 명백성, 증거로서의 필요성, 증거보전의 긴급성, 촬영방법의 상당성 등이 인정되면 그 위법성이 낮아 영장주의의 정신을 몰각할 정도로 중대하지 않아 일정한 경우 사진의 증거능력을 인정할 수 있다는 취지로 해석될 여지도 없지 않다. 그러나 수사기관의 자의를 방지하고 국민의 기본권을 보호하기 위한 영장주의 취지를

중대하게 위반한 점에 비추어 형사소송법에 규정되어 있는 영장주의 예외와는 별개로, 또 다른 영장주의 예외를 그것도 해석을 통해 인정할 필요는 없다고 판단되므로 이에 대한 별도의 입법이 이루어지지 않는 한 대법원 판례의 변화를 기대해 본다.

한편 범죄유형의 변화에 따라 형사소송절차에서 제시되는 증거의 유형도 다양하게 변화하고 있는 가운데 사진은 인류생활에 있어서 한편으로는 유용한 면도 제공하지만, 사진의 합성은 물론, 사진의 조작이 이루어짐으로써 막대한 피해를 주는 역기능도 발생하고 있다. 현재의 사진은 과학기술의 발달로 인하여 사진의 조작이 쉬워지기도 했지만, 다른 한편으로는 조작된 사진을 알아내는 기술도 함께 발달하고 있음을 부인할 수는 없다. 그럼에도 불구하고 여전히 사진의 사전조작 등을 막기 위한 예방이 최선의 방법이라는 점에는 의문의 여지가 없다. 그러나 사전예방만으로는 완전히 근절시킬 수는 없기 때문에 사후의 규제방안도 적극적으로 마련해야 할 시점이다. 형사정책적 대책으로는 사진과 관련된 연구기관의 설치, 수사체계의 확립과 동시에 수사장비의 현대화, 전문 수사요원의 양성, 민간연구단체의 적절한 활용 등을 생각해 볼 수 있다. 과학기술의 발달과 함께 일반적으로 사진은 새로운 수법으로 범죄행위가 되어 점차 증가될 수 있을 것이므로 이 분야에 대한 활발한 연구와 아울러 이를 토대로 한 적극적이고 구체적인 대책의 마련을 위한 노력이 필요할 것으로 본다.

(투고일 2012년 4월 30일, 심사(의뢰)일 2012년 5월 10일, 게재확정일 2012년 5월 31일)

주제어: 사진의 증거능력, 증거사용금지, 강제처분, 전문증거, 증거조사

## 참고문헌

### 1. 단행본

- 강구진, 형사소송법 원론, 학연사, 1982.
- 권오걸, 형사소송법, 형설출판사, 2010.
- 노명선/이완규, 형사소송법, 성균관대학교 출판부, 2009.
- 배종대/이상돈/정승환/이주원, 신형사소송법 제3판, 홍문사, 2011.
- 백형구/박일환/김희옥, 주식 형사소송법 III, 한국사법행정학회, 2009.
- 법원행정처, 법원실무제요, 형사II, 2008.
- 사법연수원, 형사증거법 및 사실인정론, 2011.
- \_\_\_\_\_, 형사변호실무, 2011.
- 손동권, 형사소송법 개정신판, 세창출판사, 2010.
- 송광섭, 형사소송법, 형설출판사, 2010.
- 신동운, 신형사소송법 제3판, 법문사, 2011.
- \_\_\_\_\_, 신형사소송법 제4판, 법문사, 2012.
- 신양균, 형사소송법 신판, 화산미디어, 2009.
- 신이철, 개정법에 따른 형사증거법, 유스티니아누스, 2011.
- 신현주, 형사소송법 신정2판, 박영사, 2002.
- 심희기, 형사소송법의 쟁점, 삼영사, 2001.
- 심희기/양동철, 형사소송법, 삼영사, 2009.
- 이영란, 한국형사소송법 개정판, 나남, 2008.
- 이은모, 형사소송법 제2판, 박영사, 2011.
- 이재상, 형사소송법 제9판, 박영사, 2012.
- \_\_\_\_\_, 형사소송법연습, 박영사, 2012.
- 임동규, 형사소송법 제7판, 법문사, 2011.
- 정영석/이형국, 형사소송법 전정판, 법문사, 1996.

- 정웅석/백승민, 형사소송법 전정 제3판, 대명출판사, 2009.
- 진계호, 형사소송법, 형설출판사, 2000.
- 차용석, 형사증거법, 한국사법행정학회, 1988.
- 차용석/최용성, 형사소송법 제2판, 세영사, 2002.
- 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., C.F. Müller, 2005.

## 2. 논문

- 곽종석, “사진·녹음테이프의 증거능력”, 형사증거법(하), 재판자료 제23집, 법원행정처, 1984.
- 김대휘, “사진과 비디오테이프의 증거능력”, 형사판례연구 6권, 한국형사판례연구회, 1998.
- 김종구, 사인이 수집한 형사사건의 증거와 증거배제법칙, 형사법연구 제20권 제2호, 한국형사법학회, 2008.
- \_\_\_\_\_, 사인이 범죄행위로 수집한 위법증거의 증거능력, 법학논총 제17권 제3호, 조선대학교 법학연구원, 2010.
- 김형진, “공판외 진술의 증거능력”, 형사증거법(하), 재판자료 제23집, 법원행정처, 1984.
- 박홍모, “수사방법으로서의 사진촬영의 적법성”, 법학연구 제51권 제3호, 부산대학교 법학연구소, 2010.
- 서희석, “우리 형사소송법의 전문법칙”, 형사증거법(상), 재판자료 제23집, 법원행정처, 1984.
- 신동운, “위법수집증거배제법칙과 나체사진의 증거능력”, 서울법학 제40권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 1999.
- 안경옥, “수사상 비밀증거수집의 효용성과 한계”, 비교형사법연구 제

3권 제2호, 한국비교형사법학회, 2002.

이승철, “사인이 주거에 침입하여 수집한 증거에 기초한 감정의뢰회  
보의 증거능력”, 대법원판례해설 86호, 법원도서관, 2010.

이종갑, “사인이 위법하게 수집한 증거와 위법수집증거배제법칙”, 법  
학연구 제15집 제1호, 경상대학교 법학연구소, 2007.

정원태, “컴퓨터디스켓 · 영장없이 촬영된 비디오테이프 · 대상과 범  
위를 초과하여 연장된 통신제한조치허가에 기한 대화녹음테  
이프의 증거능력”, 형사재판의 제 문제 제3권, 박영사, 2000.

조 국, “수사상 검증의 적법성-사진 및 무음향 비디오 촬영과 신체침  
해를 중심으로-”, 형사법연구 제20호, 한국형사법학회,  
2003.

조병선, “영장없는 수사의 기능영역과 증거능력”, 고시계, 고시계사,  
2006. 11.

하태훈, “사인에 의한 증거수집과 그 증거능력”, 형사법 연구 제12권,  
한국형사법학회, 1999.

## [ Zusammenfassung ]

## Die Beschränkung der Beweisfähigkeit des Photos im Strafrechtlichen Beweisrecht

Yi-Chul Shin\*

Infolge einer technischen Entwicklung wird die Beweisfähigkeit der neuen technischen Beweismittel im Beweisrecht in Frage gestellt. Insbesondere werden die Photos, die beim Ermittlungsvorgang aufgenommen werden, als Beweismittel in der Hauptverhandlung häufig benutzt, sollten den Photos jedoch nicht ohne weiteres die Beweisfähigkeit beigemessen werden, da sie als solche sich die objektive Tatsachen nicht in vollen Masse beweisen lassen.

Da die im Ermittlungsverfahren aufgenommenen Photos in der Regel in verschiedener Weise die Beweisqualifikation haben, sind auch die Frage nach Beweisfähigkeit der Photos je nach deren Art geprüft werden. Nach Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes, die vor dem Inkrafttreten der neuen Strafprozessordnung im Jahr 2007 veröffentlicht wurde, ist für die Beweisfähigkeit des ohne Anordnung aufgenommene Photos drei folgende Voraussetzungen: erstens, der Täter muss auf frischer Tat betroffen werden, zweitens müssen die Erforderlichkeit und Dringlichkeit der Beweissicherung des Photos bejaht werden, drittens muss die Aufnahmemethode des Photos verhältnismässig sein. Da die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes jedoch schon vor dem Inkrafttreten der neuen Strafprozessordnung, die insbesondere Beweisverwertungsverbot gemäss §308-2 korStPO ausdrücklich

---

\* Professor, Dr. an der polizeiadministrativen Fakultät der Kundong Universität.

beinhaltet, veröffentlicht wurde, sollte ihr auch jetzt nicht ohne Vorbehalt gefolgt werden, sondern die Rechtsprechung muss unter dem Gesichtspunkt des Beweisverwertungsverbots neu interpretiert werden.

**Key Words :** die Beweisfähigkeit des Photos, Beweisverwertungsverbot, Zwangsmassnahme, Beweis für Hörensagen, Beweisaufnahme