

# 범행현장 영상촬영의 적법요건에 대한 검토

## A Study on the Legality to Video the Scene of Crime

이 승 호\*  
Lee, Seung-Ho

### 목 차

- |                 |              |
|-----------------|--------------|
| I. 들어가는 말       | IV. 사인의 영상촬영 |
| II. 영상촬영의 법적 성격 | V. CCTV 촬영   |
| III. 수사기관의 영상촬영 | VI. 맺는말      |

이 글은 범죄현장의 영상촬영을 3가지 유형으로 나누어 적법성 요건을 검토·제시하고 있다. 첫째 유형은 수사기관의 촬영이다. 검증으로 처리하자는 학설이 제시되지만, 판례는 독자적인 수사방법으로 분류하면서 4가지의 적법성 요건(현장성, 필요성, 긴급성, 상당성)을 요구한다. 이 글은 학설과 판례의 문제점을 분석하면서 판례의 적법성 요건을 입법화하는 방안을 제시하고 있다. 둘째 유형은 사인의 촬영이다. 이에 대해서도 학설과 판례는 각기 나름의 법리를 전개한다. 특히 판례가 제시하는 ‘공익과 사익 간의 비교형량’이라는 지침은 증거수집절차의 적법성 여부를 검토하는 일반적인 기준이 되고 있다. 이 글은 학설과 판례의 한계를 지적하면서 입법적 해결을 모색하고 있다. 셋째 유형은 CCTV 촬영이다. 대상자의 일상 활동까지 촬영한다는 점에서 전2자와 구별되는 특색을 지닌다. 따라서 대상자의 동의를 의제하는 방안이 필수적으로 요구되는 바, 그에 대한 연구가 이 글의 마지막 작업이다.

[주제어] 영상촬영, 영상녹화물, 영상증거, 폐쇄회로 텔레비전, 강제처분

투고일 : 2015. 4. 28. / 심사의뢰일 : 2015. 5. 28. / 게재확정일 : 2015. 6. 11.

\* 건국대학교 법학전문대학원 교수

Professor, The Law School of Konkuk University

## I. 들어가는 말

1980년대 후반 한 일간지에는 ‘은행 감시TV로 또 범인 검거’라는 제목의 기사가 실렸다.<sup>1)</sup> 내용은 주운 분실수표를 현금으로 바꾸다가 검거되었다는 가벼운 것이었으나, 은행 감시TV가 범인검거에 사용되었다는 점에서 당시에는 사회면의 주요기사로까지 취급되었던 것이다. 그런데 이제 30여년 가까운 세월이 흐르면서 CCTV(closed-circuit television)가 범죄수사에 사용되는 일은 상시적인 현상이 되고 있다. 방법을 주목적으로 설치된 CCTV가 10만대를 넘으며,<sup>2)</sup> 공공기관에 설치된 50여만 대의 CCTV 역시 범죄대책의 한 축을 담당하는 것으로 보고된다.<sup>3)</sup> 나아가 최근에는 스마트 폰이 소위 이동하는 감시 카메라의 역할을 수행하면서 범죄수사의 새로운 원군으로 기대되는 실정이다.<sup>4)</sup>

현실이 이러하다면 마땅히 규범도 그에 맞추어 정립되고 실행되어야 한다. 보편화된 영상촬영 기기가 과학수사의 도구로 사용될 수 있도록 경로를 확보해 주어야 함은 물론 무분별한 사생활 침해를 방지하기 위해 나름의 경계도 그어야 한다는 것이 규범에 요청되는 과제이다. 그래서 외국의 법제 중에는 이를 입법적으로 해결하려는 시도도 찾아진다.<sup>5)</sup> 또한 새로운 법규의 신설이 아니더라도 법해석과 판례를 통해 영상촬영의 활성화와 규제를 동시에 달성하려는 노력은 선진제국의 법제에서 이미 상당한 수준으로 진척되고 있다. 우리 역시 1993년에 제정된 통신비밀보호법은 통신기기를 이용한 범죄수사의 방

- 
- 1) 동아일보, 1987. 10. 26. 자 제11쪽 참조. 이는 일주일 전 어린이 유괴범을 은행 감시TV로 검거한 사건에 뒤이은 것이다(동아일보 1987. 10. 20. 자 제11쪽 참조).
  - 2) 전국에 설치된 방범용 CCTV는 2014. 6. 말을 기준으로 할 때 10만9093대에 달한다고 한다(김기훈, “〈포청천 CCTV〉 방범용 CCTV 과연 범죄 억제효과 있나?”, 헤럴드 경제, 2014년 8월 26일자 기사 참조).
  - 3) 2013년을 기준으로 할 때 공공기관에 설치된 CCTV는 565,723대로 집계된다(e나라지표의 “공공기관 CCTV 설치 및 운영현황” 참조).
  - 4) 지난해 2월, 인터넷을 떠들썩하게 만들었던 졸업식 폭행 동영상이 한 예다. 한 학생의 스마트 폰으로 촬영된 이 동영상은 SNS와 인터넷을 통해 급속하게 번지면서 경찰의 수사를 촉구했다. 경찰은 스마트 폰 촬영 화면 등을 근거로 해당 사건의 피의자를 확정하고 이들을 잡아 형사 처벌할 수 있었다. 지난 2010년 말 및 올해 6월 불거진 여교사 성희롱 동영상 등도 스마트 폰의 동영상 촬영 기능을 통해 경찰의 수사가 진행된 예다.
  - 5) 독일 형사소송법이 영상촬영의 요건과 절차 및 증거가치에 관해 명문의 규정을 두고 있는 것은 그러한 요청에 대한 응답으로 평가된다(독일 형사소송법 제100조). 나아가 독일의 법제는 집회법(Gesetz ueber Versammlungen und Aufzuege)과 정보보호법(Bundesdatenschutzgesetz)에도 비디오감시 관련규정을 두고 있다. 구체적인 내용의 소개는 주승희, “CCTV 설치 요건 및 CCTV 녹화물의 형사절차상 증거능력에 관한 독일법제 연구”, 서울법학 제21권 제3호, 서울시립대학교 법학연구소, 2014년 2월, 745-751쪽 참조.

법과 제한에 나름의 모델을 제시함으로써 영상촬영에 대해서도 전(前)단계의 자락은 깔아 둔 것으로 평가된다. 또한 소위 ‘영남위원회 사건(대법원 1999년 9월 3일 선고, 99도2317 판결)’을 비롯한 수개의 판결에서는 영상촬영의 형사소송법적 취급을 진지하게 고민한 부분들이 발견되며, 이를 바탕으로 학술적 논의의 장에서도 영상촬영물의 증거가치는 소홀하게 취급되지 않았다.

하지만 2007년의 형사소송법 개정을 전후하여 영상촬영에 대한 논의는 논제(論題)의 면에서 상당한 변화를 겪게 되었다. 주지하는 바와 같이 영상촬영은 현장녹화와 진술녹화로 구별되고, 후자에는 수사기관의 조사과정에 대한 녹화가 포함된다. 그런데 당시 형사소송법 개정작업의 과정에서 조사과정 녹화를 어떻게 취급할 것인지가 핫이슈로 논쟁되었고, 그 여파로 개정 이후에도 조사과정 녹화가 새로운 문제영역을 구축하면서 증거법의 중심논제로 자리 잡게 되었다.<sup>6)</sup> 그리고 바로 그러한 상황전개가 영상촬영의 본래적 유형인 현장녹화에 대한 관심을 상대적으로 저하시킨 것이다. 조사과정 녹화가 논의의 전면에 부각되면서 정작 과학수사의 중요한 기제로 주목받는 현장녹화가 관심의 뒤뜰에 묻혀버리는 논제역전의 현상이 발생되었다고 할 수 있다.

그러다가 2011년에 제정된 개인정보보호법은 영상정보처리기기의 설치와 운영에 관한 제한의 지침을 규정함으로써 부분적이긴 하지만 현장녹화에 관한 법제의 단초를 마련하였다. 이러한 상황 속에서 이 글은 다시 현장녹화에 관한 논의의 불씨를 되살려보려는 의도로 씌어졌다. 주지하는 바와 같이, 범죄현장을 영상으로 촬영하여 얻어낸 정보는 수사에 결정적 도움을 제공할 뿐 아니라 공판절차에서도 중요한 증거자료로 사용될 수 있다. 실제적 유용성의 면에서 평가하면 진술녹화보다 활용도와 가치가 훨씬 클 뿐 아니라 나날이 증가하는 추세이다. 여기서 수집의 적법성과 증거사용의 방법에 대한 연구가 요구되는데, 이 글에서는 특히 전자의 점에 초점을 맞추어 논의를 전개해 보고자 한다. 즉, 범죄현장 영상촬영의 적법요건을 검토하는 것이 이 글의 논제이다. 이를 위해 우선 영상촬영의 법적 성격부터 따져보아야 할 것 같다. 항을 바꾸어 설명한다.

6) 조사과정 녹화를 둘러싼 논란의 이면에는 형사절차 주체들의 서로 다른 ‘꿈’이 얽혀있다. 피의자와 수사기관의 이해가 다르고 재판기관의 의지가 또 다른 축을 이루어 갈등하는 것이다. 즉, 조사과정을 견제하여 투명성을 보장받는 도구로만 조사과정 녹화가 사용되어야 한다는 피의자 측의 주장과 조사내용의 생생함을 법정에서 그대로 현출시켜 진정성을 입증하고 싶은 수사기관의 의욕이 충돌하고, 그에 덧붙여서 공판이 수사결과의 확인으로 전락하는 것을 막고 실질적인 공판중심주의를 실현해야 한다는 재판기관의 의지가 갈등하게 된다. 그리하여 논쟁이 치열하며, 상호간의 논변이 합리적인 수렴보다 비타협의 평행으로 대립하는 현상까지 나타나는 것이다.

## Ⅱ. 영상촬영의 법적 성격

### 1. 강제처분과 임의처분의 구별방법 및 구별기준

범죄현장을 영상기기로 촬영하는 행위의 적법성을 검토하기 위해서는 그것의 성격이 강제처분인지 임의처분인지 먼저 판단되어야 한다. 임의처분이라면 대상자가 반대하지 않는 한 허용될 것이지만 강제처분으로 취급하면 법이 정하는 요건과 절차가 충족되어야 하기 때문이다.

강제처분과 임의처분의 구별은 강제처분의 범주를 적극적으로 설정한 후에 그 나머지를 임의처분으로 구별하는 것이 일반적인 방법이다. 형사소송법이 강제처분을 특별한 경우로 제한하면서 일반적인 처분방법을 임의처분으로 규정하고 있기 때문이다(형사소송법 제199조 1항). 따라서 강제처분의 경계를 확정하는 작업이 요청되는데, 다수의 견해는 법의 명시적 규정이라는 형식적 울타리보다<sup>7)</sup> 강제처분의 본질을 규명하는 실질적 기준이 필요하다는 점에 동의한다. 그러면서 실질적 기준의 내용으로 다음의 몇 가지 방안을 제시한다.

첫째, 물리적 강제력의 행사를 강제처분의 본질적 요소로 보는 방안이다. 강제의 의미를 용어의 일상적 사용례에서 찾는 견해라고 할 수 있다. 전통적 강제처분의 유형인 체포와 구속 그리고 압수·수색·검증 등의 본질을 설명하는데 유용하다.<sup>8)</sup> 둘째, 대상자에게 법적 의무를 부담시키는 조치까지 강제처분으로 보아야 한다는 견해가 제시된다. 증거보전 내지 판사에 의한 증인신문 등이 대표적인 사례로 설명된다. 그러한 처분은 외형적으로 물리력이 행사되지 않지만 법적 구속력을 지니기 때문에 강제처분에 포함시켜야 한다는 주장이다.<sup>9)</sup> 셋째, 강제처분의 본질을 대상자에게 끼쳐진 침해의 내용에서 찾으려는 시도가 있다. 구체적인 침해내용으로는 헌법상 명시된 기본권의 침해,<sup>10)</sup> 대한민국의 법공동체가 법문화적으로 공유하는 기본권의 침해,<sup>11)</sup> 혹은 법익침해<sup>12)</sup> 등이

7) 일명 형식설이라고 하며, 이를 주장하는 문헌도 있다(권오걸, 형사소송법, 형설출판사, 2010, 222쪽 참조).

8) 헌법재판소는 도로교통법상의 음주측정 요구와 경범죄처벌법상의 지문채취 요구의 법적 성격을 판단함에 있어서 물리적 강제력의 행사 여부를 강제처분의 본질적 표지로 상정하고 있다(96헌가11, 2002헌가17·18 참조).

9) 강구진, 형사소송법원론, 학연사, 1982, 180쪽.

10) 신양균, 신판 형사소송법, 화산미디어, 2010, 130쪽; 배종대/이상돈/정승환/이주원, 신형사소송법 제5판, 홍문사, 2013, 100쪽 참조.

제시된다. 앞의 두 견해보다 강제처분의 범위를 확대시키는 경향이 있으며, 영상촬영과 감청 등을 강제처분에 포함시키는 것이 가능해진다. 다만 침해는 강제성의 표지로 설정하면 대상자의 의사에 반해야 한다는 점이 요건으로 요구된다.<sup>13)</sup> 침해는 그 본질이 상대의 의사에 반함을 전제하기 때문이다. 따라서 대상자의 동의는 강제성을 상실시키는 해제 사유가 된다. 어쨌든 이러한 세 번째 기준은 이 글의 논의대상인 영상촬영의 강제처분성을 설명할 수 있다는 점에서 주목의 가치가 있다.

## 2. 현장녹화의 법적 성격에 관한 판례의 판시내용

판례는 영상촬영의 법적 성격에 대해 다소 애매한 태도를 보인다. 우선 그에 관한 최초의 판결로 알려진 ‘영남위원회 사건(대법원 1999년 9월 3일 선고, 99도2317 판결)’에서는 국가보안법 위반의 회합을 영상촬영한 수사기관의 행위가 영장 없이 행해지기 위한 요건을 적극적으로 실시함으로써 강제처분의 일종으로 취급하는 것 같은 입장을 취한다. 하지만 최근의 판결인 ‘공작원 접촉 사건(대법원 2013년 7월 26일 선고, 2013도 2511 판결)’에서는 같은 요건을 반복 실시하면서도 그러한 요건이 충족된 영상촬영에 대해 “영장 없는 강제처분에 해당하여 위법하다고 볼 수 없다.”라고 판시함으로써 상반된 독해의 여지를 남기고 있는 것이다.<sup>14)</sup> 즉, 영장이 없지만 강제처분이 아니므로 위법하지 않다는 것인지, 영장 없는 강제처분이긴 하지만 요건이 충족되었으므로 위법하지 않다는 것인지 판시의 문구만으로는 판별되지 않는다. 따라서 현장녹화의 법적 성격에 관한 판례의 판시는 아직 명확하지 않다는 것이 이 글의 인식이다.

11) 신동운, 신형사소송법 제5판, 2014, 224쪽 참조.

12) 이재상, 신형사소송법, 박영사, 2010, 213쪽 참조.

13) 대상자의 의사에 반하는 처분이어야 한다는 점은 ‘침해적 강제성’에 관련되는 사항이고 나머지 두 유형의 강제성에서는 필수적 요소로 요구되지 않는다는 점에 주의를 요한다. 즉, 구속과 같이 ‘물리적 강제성’에 입각한 처분이 대상자의 동의를 얻었더라도 임의처분으로 취급될 수 없을 뿐 아니라, ‘의무적 강제성’의 대표적 사례인 증거보전 역시 대상자의 동의 여부를 불문하고 강제처분으로서 형사소송법에 규정된 요건과 절차를 따라야 한다.

14) ‘영남위원회 사건’에서는 대상자가 담장 밖 및 2층 계단을 통하여 입에 출입하는 모습을 촬영하였음에 반하여, ‘공작원 접촉 사건’에서는 차량이 통행하는 도로 또는 식당 앞길 및 호텔 프런트 등 공개적인 장소에서 대상자들이 회합하는 모습을 촬영하였다는 차이가 있다. 이렇게 후자의 경우 촬영장소가 공개적인 곳이라는 점이 판시에 반영된 것으로 이해된다.

### 3. 검토

판례의 판시가 명확하지 않다면 다시 학설로 돌아갈 수밖에 없다. 즉, 강제처분의 범주에 관한 학설의 기준을 바탕으로 범죄현장 영상촬영의 법적 성격을 규명해야 하는 것이다. 따라서 앞에서 소개한 강제처분의 본질에 관한 3가지 기준이 검토되어야 하는데, 이 글은 그러한 3가지 측면이 통합적으로 고려되어 강제처분의 범주가 설정될 필요가 있다고 생각한다. 즉, 가장 전통적 강제처분 방법인 물리력의 행사는 ‘물리적 강제성’을 갖춘 경우이고, 대상자에게 법적 구속력을 부과하는 처분에는 ‘의무적 강제성’이 인정되며, 대상자의 기본권 등을 침해하는 처분에서는 ‘침해적 강제성’이 발견된다. 그리고 이러한 3가지의 강제성은 대부분 중첩적으로 개재되곤 하지만, 사안에 따라서는 하나만 존재할 수도 있는데, 그렇더라도 강제처분의 본질이 부정될 수는 없다. 첨언하면, 강제처분의 본질에 관한 3가지 기준은 ‘발전’의 성격을 지니는 것으로 파악된다. 즉, 상호 대립되는 견해라기보다, 강제처분의 표지가 ‘물리적 강제성’에서 ‘의무적 강제성’으로 확대하고 최근에는 ‘침해적 강제성’까지 추가하는 흐름으로 학설이 발전되어 가고 있는 것이다. 그리하여 이러한 학설의 일반적 경향에 따르면, 영상촬영은 ‘침해적 강제성’이 인정되는 강제처분의 최신유형으로 이해될 수 있을 것이다.

다만 앞에서 적시한 바와 같이 ‘침해적 강제성’은 대상자의 의사에 반하여 행해진다는 점을 필수요소로 한다. 따라서 영상촬영 역시 대상자의 동의를 받지 못한 경우에 한해 강제처분으로 취급되며, 대상자의 동의를 얻은 경우에는 임의처분으로 분류될 수 있다는 점에 주의를 요한다. 대상자에게 고지한 후 수락을 받은 영상촬영은 대상자의 기본권 내지 법익을 침해하는 것이 아니기 때문이다. 아울러 침해의 내용에 관해서는 대상자의 동의가 없는 영상촬영의 경우 사생활의 비밀과 자유(헌법 제17조) 및 초상권(헌법 제10조와 제37조 1항)이 제시될 수 있을 것으로 생각된다.

## Ⅲ. 수사기관의 영상촬영

### 1. 실정법적 근거

수사기관이 대상자의 동의 없이 범죄현장을 영상으로 촬영하는 것이 강제처분으로

취급된다면, 그것은 구체적으로 법률에 근거를 두고 행해져야 한다. 형사소송법 제199조 1항은 강제처분을 “이 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한”하여 실행할 수 있다고 명정하기 때문이다. 여기서 형사소송법이 강조한 ‘이’법률이라는 지시어는 권고적 의미를 지닐 뿐이라 하여도,<sup>15)</sup> 어쨌든 ‘법률’의 근거 없이 강제처분이 실행될 수 없다는 점은 어길 수 없는 당위적 요청이다.

그런데 문제는 형사소송법을 포함한 어떤 실정법에도 수사기관이 대상자의 동의 없이 행하는 영상촬영에 관한 규정이 발견되지 않는다는 점이다. 따라서 영상촬영과 유사한 수사방법에 관한 규정을 유추 적용하는 것이 가능한지 검토할 수밖에 없는데, 구체적으로는 형사소송법상의 검증과 통신비밀보호법상의 통신제한조치가 제시될 수 있다.

우선, 검증은 “사람이나 장소 혹은 물건의 성질 및 형상을 오관의 작용에 의해 체득하는 강제처분”이다. 여기서 대상자의 활동과 주변의 상황을 영상으로 촬영하는 수사는 오관으로 보고 들은 검증의 결과를 기록하고 보존하는 방법의 하나로 취급될 가능성이 생긴다.<sup>16)</sup> 검증의 결과를 조서로 작성하는 작업과 같은 차원에서 영상촬영을 이해할 수 있기 때문이다. 이렇게 범죄현장의 영상촬영을 검증의 연장으로 파악하면, 형사소송법이 규정하는 검증의 요건과 절차가 구비될 경우 강제처분으로서의 영상촬영이 가능해진다. 즉, ① 사전에 검증영장을 발부받아서 행하는 영상촬영(형사소송법 제215조), ② 체포의 부수처분인 검증의 일환으로 행해지는 영상촬영(형사소송법 제216조 1항 2호), ③ 범죄현장의 검증으로 행해지는 영상촬영(형사소송법 제216조 3항), ④ 긴급체포 후 검증의 일환으로 행해지는 영상촬영(형사소송법 제217조 1항) 등의 방법이 선택될 수 있으며, 실무에서는 주로 ①과 ③의 방법이 사용될 것으로 생각된다.

다음에, 통신제한조치는 “범죄수사나 국가안보를 위하여 행하여지는 우편물의 검열과 전기통신의 감청”을 말하는데(통신비밀보호법 제3조 2항), 범위를 넓혀서 “공개되지 아니한 타인과의 대화를 녹음하거나 전자장치 또는 기계적 수단을 이용하여 청취”하는 행위에도 적용될 수 있다고 통신비밀보호법이 규정한다(통신비밀보호법 제14조 2항).

15) 형사소송법 제199조 1항은 강제처분이 ‘이’법률 즉, 형사소송법에 특별한 규정을 두도록 요구하지만, 다른 법률에 강제처분의 방법이 마련되는 경우 신법우선의 원칙에 의하여 그것은 효력을 가지게 된다. 따라서 ‘이’법률이라는 문구는 입법자에게 형사소송법의 형식을 빌리지 않은 강제처분의 법정을 가능하면 금하는 권고적 의미를 가질 수밖에 없다.

16) 같은 맥락에서 조국, “수사상 검증의 적법성-사진 및 무음향 비디오 촬영과 신체침해를 중심으로-”, 형사법연구 제20호, 한국형사법학회, 2003년 겨울, 300-301쪽은 사진 및 무음향 비디오 촬영을 사실의 발견에 필요한 검증으로 파악한다. 또한 심희기/양동철, 형사소송법판례백선, 홍문사, 2012, 492쪽은 영상감시의 법적 성격을 검증으로 보는 것이 지배적인 학설이라고 설명한다.

따라서 영상촬영 중 진술녹음의 부분은 ‘공개되지 아니한 타인과의 대화’로 취급하여<sup>17)</sup> 통신제한조치의 대상에 포함시킬 여지가 생긴다.<sup>18)</sup> 녹음기를 사용한 비밀녹음에 통신제한조치의 요건과 절차를 요구하면서 그보다 더 복잡한 영상촬영을 통신제한조치의 규제에서 풀어주는 것은 합리적이지 못하다. 이러한 차원에서 통신비밀보호법이 규정하는 통신제한조치의 두 가지 방법, 즉, ① 사전에 법원으로부터 허가장을 받아서 행하는 통상적 통신제한조치(통신비밀보호법 제6조)와 ② 긴급성의 요건이 충족되는 경우 법원의 사후허가를 담보로 행하는 긴급 통신제한조치(통신비밀보호법 제8조)가 강제수사로서의 영상촬영에 적용되어야 할 규제로 제안되는 것이다.

그런데 영상촬영에 관한 대안 규정으로 실정법에서 찾아지는 두 제도인 검증과 통신제한조치는 내용의 면에서 다소 차이를 지닌다. 가장 중요한 점이 ‘대상’인데, 검증은 ‘사람이나 장소 혹은 물건의 성질 및 형상’을 체득하는 것으로서 소위 비진술증거를 수집하는 절차임에 반하여 통신제한조치는 대화녹음을 대상으로 하는 진술증거의 수집 방법이다. 따라서 이러한 차이는 요건과 절차의 점에도 영향을 미쳐서 검증보다 진술증거를 수집하는 통신제한조치가 더 엄격한 규제를 받도록 설정되어 있다. 사전 영장 내지 허가장의 발부기관이 검증의 경우는 판사이지만 통신제한조치는 법원으로 격상되어 있다든지,<sup>19)</sup> 사전 영장 내지 허가장 없이 행해지는 처분이 검증인 경우에는 모든 범죄에서 허용되지만 통신제한조치는 중대한 범죄에 국한하여 허용된다는 점<sup>20)</sup> 등이 그러한 차이의 대표적인 사항이다.

이렇게 보면, 영상촬영의 경우 영상의 녹화에만 그친 경우에는 검증의 법리만으로 처리될 가능성이 있지만 진술녹음이 덧붙여지면 통신제한조치의 법리까지 추가되어 보다 엄격한 규제를 요구하게 된다. 따라서 영상과 진술이 모두 수집된 영상촬영은 현행 실정법의 규정 내에서 처리한다면 검증과 통신제한조치의 양 트랙을 모두 거쳐야 한다는 주장이

17) 여기서의 대화에는 독백도 포함될 수 있을 것이다. 다른 사람에게 하는 이야기의 비밀을 보호하면서, 혼자 하는 독백을 굳이 보호대상에서 제외할 이유가 없기 때문이다.

18) 한 걸음 더 나아가, 진술이 녹취되지 않는 영상촬영에 대해서도 통신비밀보호법의 규정이 유추 적용되어야 한다는 견해까지 제시된다(심희기, 과학적 수사방법과 그 한계 -미국법과 한국법의 비교-, 한국형사정책연구원, 1994, 88-90쪽; 허일태, “비디오촬영의 허용과 촬영된 비디오테이프의 증거능력”, 형사법연구 제12호, 한국형사법학회, 1999년 11월, 59쪽 참조).

19) 형사소송법 제215조와 통신비밀보호법 제6조 참조

20) 법원의 허가 없이 행해지는 통신제한조치는 국가안보를 위협하는 음모행위, 직접적인 사망이나 심각한 상해의 위험을 야기할 수 있는 범죄 또는 조직범죄 등 중대한 범죄의 계획이나 실행 등 긴박한 상황이 있는 경우에 국한하여 실행될 수 있다(통신비밀보호법 제8조 1항 참조).

제기될 수 있다. 즉, 사전조치를 구비하기 위해서는 검증영장과 통신제한조치 허가장을 모두 발부받아야 하고, 긴급성이 있는 경우에는 기타 검증의 방법(특히 범죠헌장검증)과 긴급 통신제한조치의 요건이 모두 충족되어야 영상촬영이 가능하다는 것이다.<sup>21)</sup>

## 2. 판례의 기준

범죠헌장의 영상촬영이 법원에서 논란된 최초의 사안은 소위 ‘영남위원회 사건(대법원 1999년 9월 3일 선고, 99도2317 판결)’이다.<sup>22)</sup> 그런데 여기서 대법원은 검증이나 통신제한조치 등과 같은 실정법의 규정을 직접 적용하지 않고 영상촬영의 적법성 여부에 관한 독자적인 판단기준을 제시하고 있어 흥미를 끈다. 그럼으로써 마치 ‘판례를 통한 입법’의 효과를 겨냥하는 것 같은 입장을 보이는데, 해당 판시를 옮겨보면 다음과 같다.

“누구든지 자기의 얼굴 기타 모습을 함부로 촬영당하지 않을 자유를 가지나 이러한 자유도 국가권력의 행사로부터 무제한으로 보호되는 것은 아니고 국가의 안전보장·질서유지·공공복리를 위하여 필요한 경우에는 상당한 제한이 따르는 것이고, 수사기관이 범죠헌을 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 이를 위법하다고 단정할 수 없다.”

즉, 대상자의 동의 없는 영상촬영이 영장 없이 행해질 수 있다는 입장을 표명하면서 적법성의 요건을 구체적으로 실시하는 바, 그것은 ① 범행이 행하여지고 있거나 행하여진 직후에(현재성), ② 증거보전의 필요성이 있으며(필요성), ③ 긴급성이 인정되면(긴급성), ④ 일반적으로 허용되는 상당한 방법에 의한 촬영(상당성)이 가능하다는 것이다. 그리고 이렇게 정립된 영상촬영의 적법요건은 이후 판결의 모델이 되어 ‘과속차량 무인단속 사건(대법원 1999년 12월 7일 선고, 98도3329 판결)’과 ‘공작원 접촉사건(대법원 2013년 7월 26일 선고, 2013도2511 판결)’에서도 반복적으로 인용된다.

21) 이러한 주장에 의하더라도 양 트랙 중에서 한 쪽만 거친 영상촬영도 전체가 위법수집 증거로 취급되는 것은 아니고 요건과 절차가 구비된 부분의 증거사용은 가능할 것임은 물론이다. 이는 특히 검증의 트랙만 거친 경우에 문제될 수 있는 바, 이때 진술녹음은 증거로 사용할 수 없더라도 촬영된 영상부분은 증거사용이 가능하다는 이야기이다(물론 통신비밀보호법 제16조 1항에 의해 처벌되는 것은 별개로 한다).

22) ‘영남위원회’ 사건은 15인의 피고인이 국가보안법위반죄로 기소된 사건인데, 공소사실 중 반국가단체구성과 가입 부분을 입증하기 위해 피고인등의 행동을 영상으로 녹화한 비디오테이프가 증거로 제출되었다(처음 기소에서는 반국가단체구성과 가입이 공소사실이었으나 검사가 항소심에서 이적단체구성과 가입을 예비적으로 추가하였다).

### 3. 검토

판례가 기존의 실정법 규정에 의지하지 않고 굳이 독자적인 기준을 제시하는 바탕에는 영상촬영의 본질이 전통적 처분방법인 검증 등과는 다소 다르다는 인식이 내재해 있는 것으로 이해된다. 앞에서 설명한 바 있듯이 검증은 대상을 검증자의 오관으로 체득하는 강제처분이다. 반면에 영상촬영은 기기에 의해 대상을 복사하는 것이기 때문에, 촬영과정에서 물리적 강제력이 행사되지 않는다는 유연성을 지니면서도, 복제의 결과가 지속될 수 있다는 점에서는 침해와 효율의 양면에서 검증보다 오히려 더 큰 위력을 지니는 수사방법이라고 할 수 있다. 통신제한조치와의 차이 역시 어렵지 않게 이해된다. 영상촬영은 통신제한조치보다 훨씬 생생한 복사방법이어서 동일하게 취급할 수 없다는 주장이 충분히 설득력을 지닐 수 있을 것이기 때문이다.

참언하면, 앞에서 소개한 ‘영남위원회 사건(대법원 1999년 9월 3일 선고, 99도2317 판결)’에서 항소심 법원은 영상촬영을 형사소송법이 규정하는 강제수사의 한 방법으로 취급할 수 있다는 입장을 판시하기도 하였다.<sup>23)</sup> 즉, 검증이나 수색 혹은 압수 등의 방법으로 처리될 수 있다는 것이다. 이에 대하여 대법원은 항소심 법원의 그러한 법해석을 수용하지 않고 독자적으로 영상촬영의 적법요건을 실시한 것이다. 따라서 기존의 실정법 규정을 준용하지 않겠다는 판례의 입장은 확실한 것으로 확인된다. 그리고 그러한 판례의 태도는 영상촬영이 지니는 독특한 성격을 감안할 때 진일보하다고 평가받을 수 있을 것이다.

하지만 판례는 강제처분의 방법을 자체적으로 ‘입법화’하고 있다는 문제점을 지닌다. 영상촬영이 강제처분인 한 그것의 근거는 성문의 법률이어야 한다는 것이 형사소송법 제199조 1항의 요구이며, 나아가 헌법 제12조 1항의 정신이기도 하다.<sup>24)</sup> 따라서 판례가 제시하는 영상촬영의 적법요건은 입법적으로 소화될 필요가 있다. 구체적인 내용에 있

23) 항소심 법원의 판시내용은 다음과 같다. “수사기관 등이 피촬영자의 의사에 반하여 비디오 촬영하기 위하여는 통신비밀보호법상의 대화녹음허가에 상응하는 것으로서 현행법상 검증영장을 발부 받아야 할 것으로 사료된다(개인의 주택 내부를 두루 살펴며 촬영하는 경우에는 그밖에 수색영장까지 필요하다고 하겠다. 한편, 비디오 촬영으로 인한 피촬영자의 독백 등의 음성 및 음향 등의 녹음부분이 도청 또는 감청에 해당하고, 이러한 도·감청이 유체물의 압수와 마찬가지로 음성의 탈취에 해당한다는 견해를 취할 경우에는 압수영장까지 발부받아야 할 것으로 보인다.)” 즉, 기본적으로 검증의 트랙을 채택하였으며, 사안에 따라 수색이 덧붙여지고, 아울러 압수라는 수사방법의 사용가능성도 추가적으로 열어놓고 있는 것이다.

24) 헌법 제12조 1항은 “누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며~”라고 규정하는 바, 이는 곧 강제처분의 근거가 법률이어야 한다는 취지로 이해된다.

어서는 ‘통신비밀보호법’이 규정하는 통신제한조치를 참고하되, 긴급 통신제한조치에 준하는 방법을 대신하여 판례가 적시하는 ‘영장 없는 영상촬영’을 규정하는 것이 바람직 하리라 생각된다. 그렇게 할 경우 영상촬영의 종류는 ① 사전에 법원으로부터 허가장을 받아서 행하는 통상적 영상촬영과 ② 법원의 허가 없이 범행 현장에서 행하는 현장 영상촬영으로 대별되며, 후자의 적법요건으로는 판례가 요구하는 4가지 사항(현재성, 필요성, 긴급성 및 방법의 상당성)이 채택될 수 있을 것이다. 그리고 이러한 내용을 담아 내는 입법적 방법으로는 형사소송법이나 통신비밀보호법에 추가하는 것보다 개인정보 보호법을 보완하는 방안이 더 적절할 것으로 생각된다.

## IV. 사인의 영상촬영

### 1. 사인수집 증거의 취급과 영상촬영의 특수성

현행 실정법상 사인이 범죄수사에 관여하는 행위를 규율하는 기제는 2개이다. 형사소송법의 현행법 체포 규정이 첫 번째 기제인데,<sup>25)</sup> 이는 수사의 한 축인 범인확보를 일정 조건 하에서 사인에게 허용한다. 반면 두 번째 기제인 통신비밀보호법은 감청과 대화녹음 등을 금지하면서 그 주체에 사인을 포함시키는바,<sup>26)</sup> 이는 수사의 다른 축인 증거수집의 영역에서 사인의 위법한 증거수집활동을 금지하는 명시적 법제라는 의미를 지닌다. 이렇게 법제의 관심이 특정된 사안에만 국한되는 것은 통상적으로 수사가 국가기관의 업무이지 사인의 활동영역이 아니기 때문이다. 하지만 이러한 전제는 최근 들어 상당한 수준으로 변하고 있다는 것이 일반의 인식이다. 즉, 사인의 수사관여 행위가 부쩍 증가하고 있는 바, 그 중심에는 각종 기기의 보급화로 증거수집의 영역에서 사인의 기여가 충분히 가능해졌다는 새로운 상황의 도래가 놓여 있다. 이 글의 논제인 영상촬영이 그 대표적인 사안임은 물론이다.

그 동안 학계에서 사인의 증거수집에 위법수집증거배제의 법칙이 적용되는지 여부를 둘러싸고 논쟁이 전개된 것도 바로 이러한 새로운 문제 상황을 풀어내기 위한 노력의

25) 형사소송법 제212조는 현행범인의 영장 없는 체포를 사인에게도 허용한다.

26) 통신비밀보호법 제3조 1항과 제14조는 우편물의 검열, 정기통신의 감청, 공개되지 아니한 타인간의 대화의 녹음과 청취 등을 금지하면서 그 주체에 사인을 포함시키고 있다.

일환이다. 적용설은 사인의 증거수집이 위법할 경우 수집된 증거의 사용까지를 불허하지만,<sup>27)</sup> 부적용설은 수집절차가 위법하더라도 주체가 사인이라면 수집된 증거가 사용될 수 있다고 주장한다.<sup>28)</sup> 하지만 수집의 위법과 증거사용을 절연하는 부적용설에서도 위법수집에 대한 민사적 내지 형사적 책임은 별도로 검토되어야 하는 것이니, 어떤 견해에 의하든 수집과정의 적법성 여부는 필수적으로 검토되어야 할 작업이 된다. 사인의 증거수집 사례가 급증하는 현상에 수집과정의 적법성 여부를 판단하기 위한 법적 기준이 필요한 이유가 바로 여기에 있다.

그런데 이 글의 논제인 영상촬영은 주체가 사인인 경우 주로 범죄현장을 직접 촬영하는 행위일 것인 바, 그렇다면 일률적으로 불허할 일은 아니라고 생각된다. 통신비밀보호법이 위법한 대화녹음 등의 주체에 사인을 포함시키면서 그것의 예외루트를 설정하지 않는 것은<sup>29)</sup> 대화녹음 등은 수사상 필요하더라도 굳이 사인이 나서야 할 이유가 없다고 판단하기 때문이다. 하지만 범죄현장의 영상촬영은 사정이 다른데, 앞에서 설명한 바와 같이 스마트 폰 등의 동영상 촬영기능이 보편화되면서 누구나 범죄현장을 목격하고 그 자리에서 촬영하는 것이 가능해졌기 때문이다. 따라서 그러한 촬영의 허용루트를 법적으로 마련해 주어야 할 필요성이 제기되는 것이다.

## 2. 현행법 체계 내에서의 이해

우선, 현행 실정법의 테두리에서 사인의 범죄현장 영상촬영을 적법하게 판단할 근거로서 종래 긴급피난의 법리를 적용하자는 주장이 제기된 바 있다.<sup>30)</sup> 대상자의 사생활을 침해하는 이유가 국가의 형사사법권 실행에 끼쳐진 현재의 급박한 위난을 피하기 위한

27) 서보화, “위법수집증거의 쟁점: 독수독과의 원칙과 예외, 사인이 위법수집한 증거의 증거능력”, 형사정책연구 제20권 제3호, 한국형사정책연구원, 2009, 31쪽; 한상훈, “사인이 녹화한 비디오테이프와 녹음테이프의 증거능력”, 고시연구, 고시연구사, 2002년 8월, 136쪽; 신양균, 신판 형사소송법, 화산미디어, 2010, 744-745쪽; 이은모, 형사소송법 제3판, 박영사, 2012, 547쪽 참조.

28) 안성수, 형사소송법, 박영사, 2010, 321쪽 참조.

29) 통신제한조치의 주체는 수사기관에 한정되며 사인은 이 제도를 사용할 수 없다.

30) 천진호, “위법수집증거배제법칙의 사인적 효력”, 법조 제52권 제3호, 법조협회, 2003년 3월, 132쪽 참조. 개인의 법익이 침해되는 범죄현장의 영상촬영은 정당방위의 법리로 처리될 수 있다는 주장도 발견된다(윤종행, “사인이 촬영(녹음)한 영상녹화물(녹음물)의 증거능력에 관한 판례의 동향과 문제점”, 법학논총 제37권 2호, 단국대학교 법학연구소, 2013년 6월, 271쪽). 하지만 영상촬영은 현장의 침해를 방위하기 위한 행위가 아니라 향후 형사사법권의 실행을 담보하기 위한 행위이므로 정당방위의 법리를 적용하는 것은 적절하지 못하다.

것이므로 형법상 내지 민법상 긴급피난으로 처리하면 된다는 설명이다. 이러한 주장이 긴급피난의 보호법익에 국가적 법익이 포함된다는 입장을 전제로 함은 물론이다. 아울러 긴급피난의 법리가 그대로 적용되어야 하므로 특히 엄격한 상당성 요건에 의한 제약을 받아들여야 함도 당연하다.

긴급피난에 의한 처리가 부자연스럽다면 형사소송법의 검증조항을 유추 적용하는 방안도 제시될 수 있다. 증거수집의 적법성 근거를 절차법에서 찾는 것이니 적어도 계통의 면에서는 더 적절할 수 있는데, 유추의 논리는 다음과 같다. ① 앞에서 적시한 사인의 현행범 체포에 관한 형사소송법 제212조가 논리구성의 출발이다. 대상이 현행범일 경우에 형사소송법은 수사기관 뿐 아니라 사인에게도 ‘체포’라는 가장 강력한 강제처분의 실행을 허용하고 있는 것이다. ② 따라서 대상이 현행범이라면 영상촬영과 같이 물리적 강제력이 사용되지 않는 처분이 굳이 불허될 이유가 없다는 주장이 가능하다. 체포까지 허용되는 범죄현장에서 그보다 강제력의 수준이 낮은 증거수집 활동이 불허된다는 것은 부자연스럽기 때문이다. ③ 이 점에서 영상촬영을 수사기관이 행할 경우 검증의 일환으로 취급할 수 있다는 학설을 떠올릴 필요가 있다. 이에 대해서는 앞에서 이미 소개한 바 있다. ④ 마지막은 범죄현장에서의 검증에 관한 형사소송법 제216조 3항의 조항을 사인의 영상촬영에 유추 적용하는 단계이다. 앞의 3가지 논변이 수긍되었다면, 사인의 범죄현장 영상촬영도 검증에 유사한 것으로 취급하여 허용될 수 있다는 주장이 논리구성의 마무리가 된다.

### 3. 판례의 태도

사인이 범죄현장을 영상촬영한 행위의 적법성 여부를 직접적으로 판시한 대법원 판결은 발견되지 않는다. 하지만 사진촬영의 적법성을 검토한 판결이 있는 바, 이를 통해 판례의 스탠스를 짐작해 볼 수는 있다. ‘나체사진 촬영사건(대법원 1997년 9월 30일 선고, 97도1230 판결)’의 판결이 그것이다. 간통현장에서 상간자에 의해 촬영된 나체사진이 간통죄의 증거로 사용될 수 있는지 검토한 판결인데, 대법원은 효과적인 형사소추 및 형사소송에서의 진실발견이라는 공익이 개인의 사생활 보호라는 사익보다 크다고 판단하면서 사진의 증거사용을 허용하였다.<sup>31)</sup> 즉, 법익형량이라는 기준으로 사인이 촬

31) ‘나체사진 촬영사건’은 상간자가 공갈목적을 숨기고 촬영한 부녀의 나체사진이 후일 적법하게 압수되어 간통죄를 입증하는 증거로 제출된 사안인데, 대법원은 원심법원과 달리 사진촬영 자체에 부녀가 동의하였

영한 사진의 증거사용 여부를 판단하는 것이다.

공익과 사익의 비교형량이라는 기준은 수사기관의 촬영에 요구되는 적법요건과 비교할 때 다분히 추상적이고 따라서 더 관대해질 가능성을 지닌다. 앞에서 적시한 바 있듯이 판례는 수사기관의 현장촬영이 적법하기 위해 4가지의 구체적인 요건(현재성, 필요성, 긴급성, 상당성)의 충족을 요구한다. 반면 사인의 현장촬영은 이익형량의 기준만으로 증거사용 여부를 판단하는 것이니 사안에 따라서 긴급성과 상당성 등의 요건이 충족되지 못해도 증거사용이 가능해지는 셈이다.

이렇게 같은 현장촬영이라도 주체가 사인일 경우 증거사용의 범주를 광범하게 설정하는 판례의 태도는 사인의 증거수집에 대하여 위법수집증거배제법칙의 적용을 제한하는 판례의 경향과 관계있는 것으로 이해된다. 참고로 대법원은 ‘업무일지 절취사건(대법원 2008년 6월 26일 선고, 2008도1584 판결)’에서 사인이 절취한 업무일지를 사기죄의 증거로 사용하였으며, ‘침대시트 증거제출 사건(대법원 2010년 9월 9일 선고, 2008도3990 판결)’에서는 주거에 침입하여 수집한 침대시트를 간통죄의 증거로 제출할 수 있다고 판시한 바 있다. 그러면서 동 사건들에서도 ‘나체사진 촬영사건(대법원 1997년 9월 30일 선고, 97도1230 판결)’에서와 같이 ‘공익의 실현’이 증거사용의 논거로 제시되고 있는 것이다.

#### 4. 검토

판례가 사용하는 ‘공익과 사익 간의 비교형량’이라는 기준은 원칙의 점에서 틀린 것은 아니다. 하지만 너무 일반적이어서 사안의 해결에 구체적인 지침을 제공해 주지 못하는 문제점을 지닌다. ‘공익과 사익 간의 비교형량’은 원래 수사와 증거의 법제를 총괄하는 ‘근본’기준이라고 할 수 있다. 강제수사의 방법들이 입법화되는 근거는 형사소추의 공익이 대상자의 사익보다 우선되어야 한다는 필요이며, 증거법의 바탕에도 진실발견이라는 공익과 피고인의 인권이라는 사익 간의 비교형량이 근본기준으로 기능한다. 그러나 그

---

음을 근거로 촬영의 임의성을 인정하였다(원심법원은 공갈목적에 주목하여 사진촬영에 대한 부녀의 임의성이 배제되었다고 판단함). 따라서 그러한 임의성 인정만으로도 증거사용을 허용할 수 있을 터이지만, 대법원은 제출한 사진이 “피고인에 대한 형사소추를 위하여 반드시 필요한 증거로 보이므로, 공익의 실현을 위하여는 이 사건 사진을 범죄의 증거로 제출하는 것이 허용되어야 하고, 이로 말미암아 피고인의 사생활의 비밀을 침해하는 결과를 초래한다 하더라도 이는 피고인이 수인하여야 할 기본권의 제한에 해당된다고 보아야” 한다고 판시함으로써 공익과 사익의 비교형량이라는 기준을 제시하였다.

것은 근본기준일 뿐이고, 그러한 근본기준의 구현을 위한 구체적인 지침의 설정이 입법이나 판례에서 요구되는 것이다. 이렇게 볼 때 판례는 너무나 자명한 ‘원칙’만을 판시한 것일 뿐 정작 요구되는 적법요건의 내용에 대해서는 침묵하고 있는 셈이다.

따라서 학설에서 해답을 찾아보지 않을 수 없다. 우선, 긴급피난의 법리는 적법요건의 구체적 실시가 가능하다는 점에서 판례의 기준보다 진일보할 수 있다. 그러면서 그 내용인 ‘현재의 급박한 위난과 피난행위의 상당성’이라는 요건은 수사기관의 영상촬영에 대해 판례가 요구하는 적법요건(현재성, 필요성, 긴급성, 상당성)과 유사하다는 점에서 나름의 설득력도 지닌다. 하지만 사인의 영상촬영을 긴급피난으로 정당화하는 것은 실체법상으로 범죄가 안 된다는 의미이지<sup>32)</sup> 절차법적으로 촬영의 적법성을 담보해 주는 법리는 되지 못한다. 즉, 절차의 적법성에 대한 답변으로 활용될 수 없는 것이다. 바로 이 점에서 검증 조항의 유추적용 법리가 의미를 갖는다. 사인의 영상촬영에도 형사소송법 제216조 3항의 범죄현장검증 조항을 유추 적용할 수 있다면 절차의 적법성이 해결될 수 있는 것이다. 하지만 그러한 해석은 말 그대로 ‘유추’의 문제점을 지닌다. 형사소송법의 해당 조항은 주체를 ‘검사와 사법경찰관’으로 명기하고 있는 그 앞의 조항(형사소송법 제216조 1항 및 2항)과 맥을 같이 하고 있을 뿐 아니라, ‘검증’의 범주에 사인의 증거수집을 포함시키는 것은 용어의 일상적 사용례에 반하기 때문이다.

이렇게 볼 때, 사인의 영상촬영에 관해서도 개인정보보호법을 보완하는 방향의 입법적 해결이 필요할 것으로 생각된다. 즉, 일정 요건 하에 범죄현장의 영상촬영을 사인에게도 허용하는 것이다. 그러면서 적법요건의 구체적인 내용은 수사기관의 영상촬영에서 판례가 요구하는 4가지 요건(현재성, 필요성, 긴급성, 상당성)에 덧붙여서 보충성이 명시되면 족하리라 생각된다. 보충성이란 대체수단이 없음을 의미하는데, 이를 명시하는 것은 수사기관에 의한 증거수집이 충분히 가능한 상황에서는 사인의 영상촬영이 억제되어야 하기 때문이다.

32) 아울러 민법의 긴급피난과 관련해서도 손해배상의 요건에 해당되지 않는다는 의미가 될 뿐이므로 절차법적으로 촬영의 적법성을 담보해주는 법리로는 충분하지 못하다.

## V. CCTV 촬영

### 1. CCTV 촬영의 성격과 촬영의 가이드라인

앞에서 검토한 두 가지 유형의 영상촬영은 범죄현장을 대상으로 한다. 따라서 피촬영자의 동의가 없더라도 촬영의 적법성이 인정될 여지가 생긴다. 하지만 CCTV 촬영은 피촬영자의 일상 활동을 대상으로 한다는 점에서 앞의 영상촬영들과 성격을 달리 한다. 즉, CCTV는 가시영역 내에 들어오는 피사체를 구별 없이 촬영하며, 그러한 과정에서 간혹 범죄현장이 잡혀질 수 있을 뿐이다. 따라서 CCTV 촬영의 적법성은 범죄현장이라는 비상상황을 근거로 삼기 어려워진다. 그 이전에 피촬영자의 일상 활동에 대한 일괄 촬영을 적법하게 평가할 수 있는 새로운 근거가 마련되어야 하는 것이다.

그리하여 실제에서는 CCTV 촬영에 관한 가이드라인이 만들어진다. 대표적인 것이 개인정보보호법이 규정하는 영상정보처리기기의 설치와 운영에 관한 제한의 지침이다.<sup>33)</sup> 이에 따르면, 공개된 장소에 영상정보처리기기를 설치·운영하기 위해서는 ① 범죄의 예방·수사와 시설의 안전 및 화재예방 혹은 교통단속 내지 교통정보의 수집 등과 같은 특정한 필요성이 인정되어야 하고, ② 사전에 공청회나 설명회 등의 절차를 거칠 뿐 아니라 해당 장소에 정보주체가 쉽게 인식할 수 있도록 안내판을 설치해야 하며, ③ 설치목적에 부합하지 않는 임의조작이 금지되고 녹음기능도 사용할 수 없을 뿐 아니라, ④ 목욕실이나 화장실 혹은 발한실과 탈의실 등과 같이 개인의 사생활을 현저히 침해할 수 있는 곳은 금지공간으로 분류된다. 즉, 설치·운영의 사유와 절차 및 방법이 엄격하게 제한되며, 그에 덧붙여서 금지공간의 규제까지 규정되는 것이다.

### 2. 판례의 검색

CCTV 촬영의 적법성 여부를 직접적으로 검토한 판례는 확인되지 않는다. 유사한 판결로서 ‘과속차량 무인단속 사건(대법원 1999년 12월 7일 선고, 98도3329 판결)’의 판시가 발견될 뿐이다. 하지만 동 판결의 사안은 일반적인 CCTV 촬영에서 검토되어야 하는 법리의 쟁점을 갖추고 있지 못한 것으로 생각된다. CCTV 촬영의 적법성 여부가 논란되는 것은 대상자의 일상 활동을 촬영한다는 점 때문인 바, 과속차량을 촬영하는

33) 개인정보보호법 제25조 참조.

무인장비는 과속이라는 도로교통법 위반의 행위가 발생하는 경우에만 작동되도록 설계되어 있기 때문이다. 따라서 후자의 사안은 범죠헌장 영상촬영의 성격을 갖고 있다. 그리하여 대법원은 ‘과속차량 무인단속 사건(대법원 1999년 12월 7일 선고, 98도3329 판결)’에서도 범죠헌장 영상촬영에 요구되는 4가지의 적법성 요건(현장성, 필요성, 긴급성, 상당성)을 동일하게 요구한다.<sup>34)</sup> 즉, 그러한 무인장비의 촬영은 “제한속도를 위반하여 차량을 주행하는 범죵이 현재 행하여지고 있고, 그 범죵의 성질·태양으로 보아 긴급하게 증거보전을 할 필요가 있는 상태에서 일반적으로 허용되는 한도를 넘지 않는 상당한 방법에 의한 것”이므로 위법하게 수집된 증거가 아니라고 판단한 것이다.

### 3. 검토

과속차량 단속용이 아닌 일반 CCTV의 촬영은 피촬영자의 동의가 전제되지 않는 한 적법성을 확보하는 것이 불가능하다. 앞에서 지적한 바와 같이 촬영의 대상이 범죠헌장에 국한되지 않고 피촬영자의 일상 활동을 포함하기 때문이다. 범죠헌장과 무관한 일상 활동을 영상 없이 촬영하기 위해서는 마땅히 피촬영자의 동의가 얻어져야 하는 것이다. 그런데 무인장비인 CCTV로 촬영하면서 피촬영자의 동의를 현실적으로 얻어내는 것은 어려운 일이다. 여기서 동의를 ‘의제’하는 법리의 구성이 필요해진다.

동의를 의제를 위한 법리는 아무래도 CCTV의 설치와 운영에 관한 개인정보보호법의 제한지침에서 찾아져야 하리라고 생각된다. 그 중에서도 우선적으로 주목할 사항은 안내판 설치의 의무화이다. 해당 장소에서의 촬영이 대상자에게 고지되는 것이니, 이를 근거로 대상자의 동의를 의제하는 논리전개가 시작될 수 있을 것이기 때문이다. 하지만 안내판의 설치만으로는 동의 의제의 법리가 완결될 수 없다. 대표적인 예로, 은밀한 사적 공간에 CCTV를 설치·운영한다면 안내판을 걸어두었다는 사실만으로 대상자의 동의를 의제할 수 없을 것이기 때문이다. 여기서 개인정보보호법이 규정하는 여타의 제한지침들의 준수가 요구된다. 앞에서 정리한 바와 같이 사유와 절차 및 방법, 그리고 금지공간의 규제 등을 준수해야 동의의 의제가 가능해지는 것이다. 따라서 개인정보보호법이 규정하는 제한의 지침을 준수하지 않은 CCTV의 설치와 운영은 동의의 의제가 불가능하여 촬영의 적법성이 확보될 수 없을 것으로 판단된다.

34) 이를 근거로 CCTV 영상촬영을 범죠헌장 영상촬영과 마찬가지로 이해하면 안 된다는 것이 이 글의 인식이다.

## VI. 맺는말

이 글은 지금까지 범죄현장 영상촬영의 적법성 여부를 어떻게 판단해야 하는지에 대해 검토하였다. 우선, 영상촬영의 법적성격은 강제처분으로 파악하는 것이 타당하다. 하지만 대상자의 동의가 있는 경우에는 당연히 임의처분이다. 이를 바탕으로 영상촬영의 적법성에 대한 판단기준은 다음과 같이 정리된다.

첫째, 수사기관이 범죄현장을 영상으로 촬영하는 경우는 현행 실정법의 테두리에서 파악하면 검증에 유사한 처분으로 볼 수 있다. 하지만 판례는 검증과 구별되는 독자적인 수사방법으로 판시하며, 4가지의 적법성 요건(현장성, 필요성, 긴급성, 상당성)을 요구한다. 판례의 태도는 내용적으로 타당하다. 하지만 방법의 차원에서 판례는 그 자체가 입법에 관여하고 있다는 문제점을 지니므로 이를 보완하기 위해 개인정보보호법에 영상촬영의 근거조문을 마련하는 것이 바람직하다.

둘째, 사인의 범죄현장 영상촬영은 현행 실정법의 테두리에서 적법성의 근거를 찾는 것이 쉽지 않다. 긴급피난의 법리를 적용한다든지 검증의 규정을 유추하는 방안이 제시될 수 있으나 객관적으로 설득력을 갖기 힘들다. 반면에 판례가 판시하는 ‘공익과 사익 간의 비교형량’이라는 적법성 기준은 ‘원칙’에 머물 뿐 구체성을 결하고 있다. 따라서 수사기관의 영상촬영에 요구되는 4가지 적법성 요건에 보충성을 추가하는 내용으로 사인의 영상촬영에 대한 적법성의 근거조문을 개인정보보호법에 마련하는 것이 바람직하다.

셋째, CCTV 촬영은 범죄현장에 국한하지 않고 대상자의 일상 활동까지 촬영한다는 점에서 대상자의 동의를 전제하지 않으면 적법성을 확보하기 곤란해진다. 하지만 무인장비인 CCTV의 촬영과정에서 대상자의 명시적인 동의를 받는 것은 난망한 일이다. 따라서 동의를 의제를 위한 법리가 필요하다. 이를 위해 개인정보보호법이 규정하는 영상정보처리기기의 설치와 운영에 관한 제한지침의 내용이 유용하다. 동 지침의 충실한 수행이 동의 의제의 전제로 활용할 수 있는 바, 이는 곧 동 지침을 준수하지 않는 경우에는 동의를 의제가 불가능하여 촬영이 부적법해짐을 의미한다.

마지막으로 적시할 사항은 영상촬영의 결과물이 증거로 사용되기 위해서는 이 글이 검토한 촬영과정의 적법성 뿐 아니라 증거의 형식과 관련된 논제 역시 해결되어야 한다는 점이다. 촬영물을 비진술증거로 본다면 증거사용의 요건이 입증사실과의 관련성만으로 충족되지만, 진술증거로 취급하면 전문법칙의 예외요건이 적용되어야 하기 때문이다.

이렇게 또 다른 중요한 논제가 있음에도 불구하고 이를 종합적으로 다루지 않고 굳이 촬영의 적법성에만 국한하여 이 글을 작성한 이유는 논의의 집중력을 높이기 위한 의도에서이다. 촬영물의 형식과 관련된 논제의 검토는 다른 지면을 통해 수행하기로 한다.

## 참고문헌

### 1. 단행본

- 강구진, 형사소송법원론, 학연사, 1982.
- 권오길, 형사소송법, 형설출판사, 2010.
- 배종대/이상돈/정승환/이주원, 신형사소송법 제5판, 홍문사, 2013.
- 신동운, 신형사소송법 제5판, 2014.
- 신양균, 신판 형사소송법, 화산미디어, 2010.
- 심희기, 과학적 수사방법과 그 한계-미국법과 한국법의 비교, 한국형사정책연구원, 1994.
- 심희기/양동철, 형사소송법판례백선, 홍문사, 2012.
- 안성수, 형사소송법, 박영사, 2010.
- 이재상, 신형사소송법, 박영사, 2010.

### 2. 학술지

- 서보학, “위법수집증거의 쟁점: 독수독과의 원칙과 예외, 사인이 위법수집한 증거의 증거능력”, 형사정책연구 제20권 제3호, 한국형사정책연구원, 2009년 가을, 31-59쪽.
- 윤종행, “사인이 촬영(녹음)한 영상녹화물(녹음물)의 증거능력에 관한 판례의 동향과 문제점”, 법학논총 제37권 2호, 단국대학교 법학연구소, 2013년 6월, 263-288쪽.
- 조 국, “수사상 검증의 적법성-사진 및 무음향 비디오 촬영과 신체침해를 중심으로”, 형사법연구 제20호, 한국형사법학회, 2003년 겨울, 297-322쪽.
- 주승희, “CCTV 설치 요건 및 CCTV shrhkanf의 형사절차상 증거능력에 관한 독일법제 연구”, 서울법학 제21권 제3호, 서울시립대학교 법학연구소, 2014년 2월, 739-776쪽.
- 천진호, “위법수집증거배제법칙의 사인적 효력”, 법조 제52권 제3호, 법조학회, 2003년 3월, 111-148쪽.
- 한상훈, “사인이 녹화한 비디오테이프와 녹음테이프의 증거능력”, 고시연구, 고시연구사, 2002년 8월, 132면-142쪽.
- 허일태, “비디오촬영의 허용과 촬영된 비디오테이프의 증거능력”, 형사법연구 제12호, 한국형사법학회, 1999년 11월, 47-70쪽.

### 3. 기타자료

김기훈, “<포청천 CCTV> 방범용 CCTV 과연 범죄 억제효과 있나?”, 헤럴드 경제, 2014년 8월 26일.

[ Abstract ]

## A Study on the Legality to Video the Scene of Crime

Lee, Seung-Ho\*

This paper reviews the legal requirements for filming the video of a crime scene. To do it, this paper classifies the gathering of video evidence into three types. Type I is conducted by the investigative agency including police. It can be regarded as the kind of spot inspection. Supreme Court demands the additional conditions(red-handedness, stringent necessity and reasonable means) for permitting police to film video without inspection warrant. This paper suggests that such conditions should be prescribed by law. Type II is the video-graphy done by private persons. Smart phone filming is a good example. Supreme Court decides such criterion as the fair comparison of interests between prosecution and privacy. However, it is evaluated to lack substantiation, so that this paper makes concrete conditions for supplementation. Type III is the visual observation with closed-circuit television(CCTV). It's legal requirements are different from the former two. CCTV operates and films the daily life of subjects even when they don't commit crime. Therefore, CCTV shooting needs the explicit or implied consent of subjects for confirming the legitimacy. The guidelines of the privacy protection act could be used in evidence to get their implied consents.

[Key Words] Video filming, Videotape, Visual evidence, CCTV, Compulsory measure

---

\* Professor, The Law School of Konkuk University