

영상녹화물의 증거능력에 대한 연구*

천 진 호**

目 次

I. 들어가며	2. 영상녹화물을 조서의 실질적 진정성립 증명을 위하여 사용하는 경우
II. 수사단계에서 영상녹화제도의 의미와 문 제점	3. 영상녹화물을 기억환기용으로 사용 하는 경우
1. 영상녹화제도가 형사절차에서 가지는 의미	IV. 영상녹화물의 본증 허용에 대한 논의와 판례
2. 영상녹화제도의 문제점	V. 나오며
III. 현행법상 영상녹화물의 사용	
1. 조서 작성의 대체방식으로서 영상녹 화물을 사용하는 경우	

I. 들어가며

2008.1.1.부터 시행된 제17차 개정 형사소송법은 수사과정의 투명성을 높이는 방법의 하나로 형사피의자와 참고인의 진술을 영상녹화할 수 있고 이러한 영상녹화물을 검사 작성의 피의자신문조서 등의 실질적 진정 성립을 증명하기 위한 자료와 형사피의자와 참고인의 기억환기용으로 사용할 수 있도록 하는 규정을 신설하였다.¹⁾ 이러한 규정 신설에 따라 진술의 객관성을 그대로 재현할 수 있기 때문에 그 동안 많은 문제점이 노정된 조서재판을 대체할 수 있다는 장점과 더불어 영상녹화라도 여러 환경에 따라 다르게 해석될 수 있을 뿐 아니라 형사소송이 지향하는 공판중심주의에 위배된다는 비판이 제기되면서 형사절차에서 영상녹화물의 증거능력에 대한 논의가 활발하게 이루어지고

* 이 논문은 2012년 정부(교육부)의 재원으로 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임 (NRF-2012S1A5A2A01020442)

** 동아대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사

논문접수일 : 2015. 3. 14., 심사개시일 : 2015. 3. 26., 게재확정일 : 2015. 4. 3.

1) 공판중심주의에 충실한 법정심리절차를 확립한다고 하였으나 검사작성 피의자신문조서의 실질적 진정 성립을 입증하는 자료로 영상녹화물의 사용과 조사자증언제도 등은 국회의 논의과정에서 전혀 다른 모습의 내용으로 형사소송법에 들어 왔다고 할 수 있다. 영상녹화제도의 도입 논의 과정에 대한 상세는 천진호, "수사과정에서의 영상녹화제도의 합리적 운용방향 - 입법연혁적 논의를 중심으로 -", 비교형사법연구 제11권 제1호, 한국비교형사법학회, 2009.7, 283면-291면 참조.

있다. 즉 수사과정에서 제작된 영상녹화물을 독립된 증거방법으로 하여 조서를 대체하는 수단으로 할 것인지, 조서와 병존하도록 할 것인지, 아니면 단순히 조서를 보완하는 수단으로 할 것인지와 관련하여 논란이 되고 있다. 그리고 2008년부터 배심제를 도입한 국민참여재판이 시행되면서 소송당사자가 배심원들을 설득하기 위한 입증방법의 하나로 프리젠테이션 뿐만 아니라, 이미 2008.5. 존엄사와 관련된 인공호흡기제거 가처분 신청사건에서 실시된 바 있듯이, 범행정황을 담은 슬라이더까지 제작하여 이를 증거방법으로 제출하려는 상황으로 나아가고 있다.

이와 같이 영상녹화물에 대한 현재까지의 논의는 영상녹화물이 독립된 증거가 될 수 있느냐와 관련하여 법해석이 대립되고 있는데, 판례는 검사가 피의자신문조서를 작성하지 않고 영상녹음시설을 이용해 제작한 CD와 CD 녹화발췌 요약서를 증거로 제출한 사안 등에서 형사소송법의 취지를 잠탈하는 부적법한 것이거나 불필요한 절차의 중복을 이유로 영상녹화물의 독자적인 증거능력을 일관되게 부정하고 있다.²⁾

특히 법무부는 2010.12.20. 입법예고했던 「형사소송법 개정법률안」에서 ‘과학기술의 발전에 따라 새로운 증거수단으로 등장한 영상녹화물의 증거능력을 인정하여 조사절차의 투명성·신뢰성·임의성을 확보한다’는 취지에서 검사 또는 사법경찰관이 작성한 피고인 또는 피고인 아닌 자의 진술을 내용으로 하는 영상녹화물도 조서에 준하여 증거능력을 인정함으로써 이러한 논란을 가열시켰다.³⁾ 외국의 경우, 호주와 미국이 피의자 수사 단계에서 인권보호를 위해 영상녹화를 실시해 오고 있으며, 독일과 일본 등에서도⁴⁾ 영상녹화물의 증거능력 인정 여부와 관련하여 활발한 학술적 논의가 전개되고 있다. 나아가 일반 국민이 형사재판절차에 참여하는 배심제 내지 참심제와 관련하여 visual evidence가 증거방법으로 전면 도입해야 한다는 논의는 더욱 설득력을 얻고 있다.

이에 본 연구에서는 영상녹화물에 대한 이러한 문제의식을 바탕으로, 먼저 외국의 입

2) 형사소송법 개정 이전의 판례로 서울남부지방법원 2007.6.20. 선고 2006고단3255 판결. 형사소송법 개정 이후의 판례로는 서울고등법원 2008.7.11. 선고 2008노606 판결. 참고인진술조서를 대신하여 수사기관이 제작한 영상녹화물의 증거능력을 부정한 판례로는 대법원 2014.7.10. 선고 2012도5041 판결.

3) 이 개정법률안은 제18대 국회의원 임기만료로 자동폐기되었는데, 영상녹화물의 본증을 규정한 개정법률안을 지지하는 견해로는, 김보현, “영상녹화물에 대한 판례의 입장과 비판적 고찰”, 성균관법학 제26권 제4호, 성균관대학교 법학연구소, 2014.12, 23면 이하; 박수희, “영상녹화물의 증거능력 - 법무부 형사소송법개정안을 중심으로 -”, 한양법학 제24권 제1집, 한양대학교 법학연구소, 2013.2, 77면 이하; 이원규, “진술 영상녹화물의 활용방향”, 홍익법학 제11권 제2호, 홍익대학교 법학연구소, 2010, 69면 이하; 정웅석, “영상녹화물의 증거능력 인정에 관한 연구 - 법무부 개정안을 중심으로 -”, 형사법의 신통향 통권 제29호, 대검찰청, 2010.12, 114면 이하.

4) 일본의 제도 도입과 논의에 대해서는 야나가와 시게키, “일본에서의 조사의 녹음·녹화 제도 도입에 대해”, 성균관법학 제26권 제4호, 성균관대학교 법학연구소, 2014.12, 39면 내지 56면 참조.

법례와 사례들을 중심으로 수사단계에서 영상녹화제도가 형사절차에서 가지는 의미와 그 문제점(II), 그리고 현행법상 영상녹화물의 사용과 관련된 내용들을 검토한 후(III), 영상녹화물의 증거능력에 관한 현재의 논의를 분석하면서(IV) 이를 기초로 법해석상 첨예하게 대립되고 있는 수사과정에서 제작된 영상녹화물의 독자적인 증거능력에 대한 논의를 형사소송구조 및 공판중심주의 측면에서 체계적·목적론적 해석방법으로 논증해 보고자 한다(V).

II. 수사단계에서 영상녹화제도의 의미와 문제점

1. 영상녹화제도가 형사절차에서 가지는 의미

수사과정의 투명성 확보를 통한 인권보장을 위하여 피의자나 참고인의 수사기관에서의 진술을 오디오, 비디오 또는 DVD로 녹음·녹화하여 이를 법정에 제출하는 일련의 조사과정인 수사단계에서의 영상녹화제도는 1984년 영국에서 경찰의 독직폭행 문제를 방지하기 위하여 경찰의 전 수사에 강제적으로 도입한 이래 미국과 호주,⁵⁾ 독일⁶⁾ 등 여러 선진국에서 점차 활용도가 높아지고 있다.⁷⁾ 특히 영미법계 국가에서는 수사과정에서 조서를 받는 방식의 신문이 없으므로 영상녹화물을 활용하기에 적합한 수사구조

-
- 5) 호주 형법 제570E조는 수사기관이 피의자의 신문시 녹화된 비디오테이프가 재판에서 증거로 허용되는 경우, 배심원은 심의 도중에 비디오테이프를 상영할 수 있도록 규정하고 있다.
- 6) 독일은 1998.4.30. 개정공포된 형사소송법 중 「형사절차상 증인신문에 있어서 증인보호와 피해자 보호의 개선에 관한 법률」(Gesetz zum Schutz von Zeugen bei Vernehmungen im Strafverfahren und zur Verbesserung des Opferschutzes: ZSchG)이 1998.12.1.부터 시행되었는데, 그 주된 내용은 형사소송법 제58조a, 제247조a, 제255조a의 신설로서, 수사기관이나 법원에서의 증인신문시 영상·음성매체물, 즉 비디오 및 오디오 등 동영상 기술을 도입하는 데 있다. 즉 제58조a는 수사기관에서의 증인신문시 영상·음성 매체물에 의한 녹화, 제247조a는 증인에 대한 비디오에 의한 법정외 신문, 제255조a는 영상·음성 매체물에 대한 증거조사 방법에 관하여 각각 규정하고 있다. 이와 같이 비디오 녹화는 예외적으로 인정되고 대부분의 참고인에 대한 신문의 비디오녹화 여부는 수사기관의 재량에 달려 있으며, 피해자 등 참고인에 대해 적용될 뿐 피의자의 신문에는 적용되지 않고 있다. 다만 수사기관이 녹화한 비디오테이프도 신문조서와 동일한 취급을 받기 때문에 원칙적으로 증거능력이 부정된다.
- 7) 수사단계에서 비디오 신문제도와 수사과정에서 제작된 영상녹화물의 각국 활용 형태에 대해서는 박노섭, “수사절차상의 신문과 비디오 녹화제도”, 형사정책 제16권 제1호, 한국형사정책학회, 2004.6, 117면-124면; 정용석, “영상녹음·녹화에 관한 법적 고찰”, 형사법의 신동향 통권 제7호, 대검찰청, 2007.4, 155면-169면; 차동연, 형사증거법 I - 공판중심주의와 전문법칙, 법문사, 2007, 235면-259면; 허인석, “영상녹화제도의 합리적 운용과 발전방향”, 법조 통권 제624호, 법조협회, 2008.9, 51면-79면 참조.

를 갖고 있어 광범위하게 활용되고 있다. 이상적인 공판중심주의가 실현되고 있다고 평가되는 미국에서도 수사기관에서의 진술은 유·무죄를 밝히는 유력한 증거가 되며, 대부분 인권보장을 위하여 살인사건 등 일부사건에 대하여 의무적으로 영상녹화제를 실시하고 있다.⁸⁾ 우리나라도 2004년부터 검찰의 수사과정에서 영상녹화를 실시해 왔으며, 영상녹화를 통한 조사의 경우에도 반드시 조서 등 서면을 작성하도록 의무화하는 한편 조서 작성에 갈음한 진술요약서 내지 녹취록 작성을 허용하고 있다.⁹⁾

과학적 사법시스템의 하나인 영상녹화제도도 수사과정에서 일어날 수 있는 허위자백의 강요와 같은 피의자의 인권침해를 방지함과 동시에 수사과정의 공정성과 투명성을 제고하도록 함으로써 피고인이 법정에서 문제 삼는 자백이나 진술의 임의성, 신빙성 여부를 판단하기 위한 자료로 삼을 수 있도록 하는 장치로 고안된 것이다. 그리고 공판절차가 형사소송의 핵심적인 역할을 수행하는 공판중심주의의 근본이념을 유지하기 위해서는 공판이전의 단계에서 객관성이 보장된 정보를 확보하여 판사에게 제공할 수 있도록 수사절차의 개선이 요구되는데, 그 개선방안으로 변호인의 피의자신문 참여 보장과 수사기관에 의한 신문과정 시 비디오 녹화 등을 검토해 볼 수 있다. 그러나 신문이 주류를 이루는 수사절차가 실제적 진실발견을 위한 객관적인 단계로 거듭나기 위해서는 모든 신문과정이 변호인 또는 피의자가 영향을 미칠 수 있는 가능성 아래 진행되어야 하지만, 모든 신문과정에 변호인이 참여하는 것은 수사활동에 소요되는 시간이 증가하기 때문에 피의자는 자신의 참여권을 실제적 진실발견활동을 방해하려는 목적으로 적극적으로 활용할 가능성이 높을 뿐만 아니라 피의자에게는 재정적 부담이 더욱 가중될 것이다. 이러한 사정을 감안한다면 수사절차상 변호인의 권리가 법률 개정을 통해 확대된다 하더라도 변호인 참여의 획기적인 증가는 기대하기 어렵다. 따라서 법관이 공판절차상 실제적 진실발견을 위한 활동을 충실히 이행할 수 있도록 수사절차의 객관성을 담보할 수 있는 새로운 수단의 도입은 절실하며, 그 수단으로서 수사과정, 특히 신문이나 진술과정을 비디오 등의 영상으로 녹화하여 그 진술과정을 객관적으로 확인할 수 있는 방안이 모색될 수 있을 것이다.¹⁰⁾

수사과정의 영상녹화제도는 기존의 조서와는 달리 영상녹화물이 조사자의 표정 등

8) 미국에서 신문과정의 전자적 기록제도 도입 배경과 녹음 또는 영상녹화물의 증거허용요건에 대해서는 하태훈, “미국 수사과정 영상녹화제도와 영상녹화테이프의 증거능력”, 비교형사법연구 제8권 제1호, 한국비교형사법학회, 2006.7, 448면-465면. 영상녹화물의 증거능력과 관련한 미국 판례에 대해서는 김후근, 피의자의 진술내용을 담은 영상녹화물의 증거능력, 해외연수검사연구논문집, 법무연수원, 2006.2, 1면-56면 참조

9) 대검찰청, 영상녹화 업무처리 지침(대검예규 제401호).

10) 신정훈/지영환, “진술녹화제도의 현황과 문제점 및 개선방안에 관한 연구”, 형사법연구 제26호, 한국형사법학회, 2006.12, 760면.

수사 당시 상황과 진술 내용을 있는 그대로 법정에 현출시킬 수 있는 훌륭한 매체라는 점에서 조서재판의 폐해를 시정할 수 있는 가장 전향적인 제도로 평가될 수 있다. 나아가 영상녹화물에 대한 증거능력이 인정되면 영상녹화물의 법정 상영을 통하여 법정에 있는 모든 사람들은 수사 상황을 생생하게 확인하여 보다 공정한 판단을 할 수도 있을 것이다.¹¹⁾ 이와 같이 수사과정의 영상녹화제도는 수사과정에서 수사기관과 피의자 등 진술자의 진술의 모습을 전자적 매체를 이용하여 그대로 기록함으로써 수사과정을 투명하게 하고 밀실에서 이루어지는 수사기관의 신문 과정의 적법성 여부를 사후에 평가할 수 있는 장치로 기능할 수 있다는 장점으로 말미암아 수사과정의 위법을 제어할 수 있는 장치로 받아들여지고 있다.

2. 영상녹화제도의 문제점

그러나 수사과정의 영상녹화제도가 검사 또는 사법경찰관이 형사피의자나 참고인의 진술내용을 사실대로 녹화하여 재생시킬 수 있는 과학적 증거방법임에도 불구하고 한편으로는 전자적으로 기록되기 이전의 수사 단계에서 행하여질 수 있는 자백이나 진술의 강요 또는 회유에 대하여는 아무런 해결책이 될 수 없다.¹²⁾ 무엇보다도 당해 조사과정에서의 진술을 영상녹화하여 공판정에서 재생할 경우 공판중심주의의 핵심인 구두주의와 직접주의를 침해할 수 있다는 문제점을 안고 있다.¹³⁾

그리고 형사소송법 제244조의2 제1항은 피의자 진술의 영상녹화에 대해 당초 개정안이 요구하고 있었던 피의자 또는 변호인 동의 요건을 삭제하여, 미리 영상녹화 사실을 고지만 하더라도 영상녹화를 할 수 있도록 규정하였다. 영상녹화에 있어 피의자 등의 동의를 요건으로 하지 않고 단순히 고지만으로 영상녹화를 가능하게 할 경우, 피의자의 진술거부권 및 초상권을 침해할 우려가 있을 뿐 아니라 수사기관의 편의에 따라 선별적으로 영상녹화가 이루어질 수 있다는 비판이 가능하다.

또한 제244조의2 제1항은 피의자의 진술을 영상녹화함에 있어 조사의 개시부터 종료까지의 전 과정 및 객관적 정황을 모두 영상녹화할 것을 요구하고 있다. 따라서 피의자의 진술을 영상녹화하는 사건에 있어서 검사는 영상녹화하지 아니한 상태에서 피의

11) 서보화, “개정형사소송법에 의한 수사조서 및 영상녹화물의 증거능력”, 사법 제3호, 사법연구지원 재단, 2008.3, 186면. 영상녹화물 사용의 장단점에 대해서는 정응석, “개정 형사소송법의 평가와 향후 과제”, 저스티스 통권 제101호, 한국법학원, 2007.12, 219면 이하.

12) 사법개혁위원회 제2분과 제12차 회의자료, “검사 작성 조서의 증거능력에 관한 검토”, 2004.11.1, 11면.

13) 법원행정처, 새로운 형사재판의 이해 - 형사소송법 개정에 따른 변화와 과제, 2007, 100면.

자에게 사건의 실체에 관한 질문을 하거나 피의자로부터 사건에 관한 진술을 들을 수 없게 된다. 비록 형사소송규칙 제134조의2가 조사의 전 과정을 담보하는 장치를 두고 있으나, 어느 시점부터 어느 시점까지 영상녹화되어야 조사의 전 과정 요건을 충족하였다고 할 것인지에 관해서는 일률적으로 말하기 어렵다는 점에서 향후 실무의 운영과 그에 대한 판례의 움직임에 주목할 필요가 있다.¹⁴⁾

영상녹화물에 관한 ‘조사의 전 과정’ 요건은 결국 영상녹화제도가 형사피의자나 참고인의 진술의 임의성을 담보하기 위한 장치로 고안된 것이므로, 영상녹화의 개시 이전의 조사 과정에서 피의자나 참고인에 대한 회유나 강압이 이루어지지 않도록 하기 위하여 요구되는 것이다. 비록 현행법상 영상녹화물이 조서의 진정 성립 인정을 위하여 사용되는 것에 불과하다고 하더라도 그것이 공판준비기일 또는 공판기일에 재생되어 법원의 심증에 실질적인 영향력을 미칠 가능성을 가지는 이상 영상녹화물 자체의 임의성 요건도 충족되어야 한다.¹⁵⁾ 마찬가지로 영상녹화의 개시 시점을 수사기관이 임의로 선택할 수 있도록 함으로써 피의자가 자백을 개시하는 순간의 조사 시부터 영상녹화할 수 있도록 하는 것은 영상녹화제도가 피의자에 대한 인권보장을 확인하는 수단이 아니라 수사기관의 무기로만 사용할 수 있도록 하는 것으로 부당하다는 비판이 있다.¹⁶⁾

그리고 영상녹화물의 개념조차 형사소송법이 아니라 검찰보존사무규칙 제2조 제1의 2호에 규정하고 있다는 점에서 앞으로 입법적 보완이 요구된다.

III. 현행법상 영상녹화물의 사용

수사과정에서 제작된 영상녹화물을 형사소송절차에서 사용할 수 있는 방안으로는 첫째 조서 작성의 대체방식으로서 영상녹화물의 사용가능성이며, 둘째 영상녹화물이 피의자신문조서와 참고인신문조서의 임의성과 특신성에 대한 입증자료로 사용될 수 있

14) 법원행정처, 위의 책, 106면.

15) 구체적으로, 피고인이 재판과정에서 영상녹화를 하기에 앞서 피의자를 회유 또는 강박의 상태에서 자유롭게 진술할 수 없는 상황을 만들어 둔 후 정식으로 조사를 하면서 그 과정을 녹화한 것이라고 주장하면서 그 임의성을 다투고, 수사기관에 도착한 시각 또는 조사시작 시각 사이에 통상의 대기 시간 또는 대기장소에서 조사실로의 이동에 필요한 시간보다 많은 시간의 간격이 있다면 그 진술의 임의성을 부인할 수 있는 하나의 판단자료가 될 수 있을 것이다. 검사는 그 영상녹화문이 피고인 진술의 전 과정을 녹화한 것이라는 점, 즉 녹화된 부분 이외에는 조사자와 피의자간에 사건의 실체에 관하여 이야기한 바가 없다는 점 등을 증명하여야 한다.

16) 법원행정처, 앞의 책, 102면.

능가의 가능성이며, 셋째 영상녹화물의 보강증거로서의 사용가능성이고, 넷째 영상녹화물의 탄핵증거로서의 사용가능성을 들 수 있다.¹⁷⁾

1. 조서 작성의 대체방식으로서 영상녹화물을 사용하는 경우

현행 형사소송법은 영상녹화물의 본증 사용을 허용하지 않고 있다. 다만 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법과 아동·청소년의 성보호에 관한 법률은 피해자가 19세 미만 등과 같이 의사능력이 미약한 경우에는 피해자에 대한 수사 및 재판과정에서 인권이 침해받는 일이 없도록 하기 위하여 수사기관이 성폭력피해자의 진술을 청취할 경우 진술과정을 영상물에 의하여 녹화하게 함과 동시에, 피해자진술이 담긴 영상녹화물을 일정한 요건 하에 본증으로 사용할 수 있음을 규정하고 있다. 아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법도 18세 미만의 피해아동의 진술을 녹화한 영상녹화물에 대해서도 본증 사용을 허용하고 있다.

즉 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제30조 제1항은 ‘성폭력범죄의 피해자가 19세 미만이거나 신체적인 또는 정신적인 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 경우에는 피해자의 진술 내용과 조사 과정을 비디오녹화기 등 영상물 녹화장치로 촬영·보존하여야 한다’라고 하면서, 같은 조 제6항에서 ‘제1항에 따라 촬영한 영상물에 수록된 피해자의 진술은 공판준비기일 또는 공판기일에 피해자나 조사 과정에 동석하였던 신뢰관계에 있는 사람 또는 진술조력인의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 경우에 증거로 할 수 있다’라고 규정하고 있다.¹⁸⁾

마찬가지로 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제26조 제1항도 ‘아동·청소년대상 성범죄 피해자의 진술내용과 조사과정은 비디오녹화기 등 영상물 녹화장치로 촬영·보존하여야 한다’라고 하면서, 같은 조 제6항에서 ‘제1항부터 제4항까지의 절차에 따라 촬영한 영상물에 수록된 피해자의 진술은 공판준비기일 또는 공판기일에 피해자 또는 조사 과정에 동석하였던 신뢰관계에 있는 자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 때에는 증거로 할 수 있다’라고 규정하고 있다.

또한 아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제17조는 ‘아동학대범죄의 조사·심리에

17) 이승호, “개정 형사소송법상 전문증거의 증거가치에 대한 검토”, 형사법연구 제19권 제4호, 한국형사법학회, 2007.12, 220면; 탁희성/백광훈, 수사상 녹음·녹화자료의 증거능력 부여방안, 한국형사정책연구원, 2004, 22면 이하.

18) 다만 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제30조 제6항의 규정에 의하여 증거능력이 인정될 수 있는 것은 ‘같은 조 제1항에 의해 촬영된 영상물에 수록된 피해자의 진술’ 그 자체일 뿐이고, 피해자에 대한 경찰 진술조서나 조사과정에 동석하였던 신뢰관계 있는 자의 공판기일에서의 진술은 그 대상이 되지 아니한다(대법원 2010.1.28. 선고 2009도12048 판결).

관하여는 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제29조부터 제32조까지를 준용한다'라고 하여 피해자진술을 담은 영상녹화물의 본증 사용에 대해 규정하고 있다.

2. 영상녹화물을 조서의 실질적 진정성립 증명을 위하여 사용하는 경우

형사소송법 제56조의2 제1항은 공판정에서의 속기·녹음 및 영상녹화를, 제244조의2 제1항은 수사단계에서 피의자진술의 영상녹화에 대한 규정을 두고 있다. 그리고 검사 작성의 피의자신문조서(제312조 제2항), 수사기관 작성 참고인진술조서(제312조 제4항)와 검사 수사과정 작성 피의자진술서·검사 및 사경 수사과정 작성 참고인진술서(제312조 제5항)의 성립의 진정을 증명하기 위한 보조자료로 영상녹화물을 사용할 수 있도록 규정하고 있다.¹⁹⁾ 이와 같이 개정 형사소송법은 수사기관이 작성한 피의자신문조서의 증거능력을 지나치게 제한하는 것은 국가형벌권의 정당한 실현에 지장을 초래한다는 고려에서 검사가 작성한 피고인이 된 피의자의 진술을 기재한 조서는 성립의 진정과 신용성의 정황적 보장이 인정되어야 증거로 할 수 있음을 명문으로 규정하면서, 성립의 진정이 원진술자의 진술 뿐만 아니라 객관적 방법으로 인정되는 때에도 증거능력을 인정하고 있다.²⁰⁾

그러나 형사소송법 제312조 제2항과 같이 원진술자에 의해 부인된 검사 작성 피의자신문조서의 증거능력을 영상녹화물을 통해 다시 인정하도록 하는 것은 영상녹화물이라는 전문증거를 통해서 전문법칙에 대한 예외의 예외를 다시 인정하는 것으로서,²¹⁾ 제312조 제1항에서 규정하고 있는 원진술자의 공판정에서의 진술을 통한 '진정 성립' 확인절차를 무의미하게 만들어 전문법칙에 대한 예외의 예외 인정으로 증거법의 혼란을 초래할 우려가 있다. 더 나아가 원진술자인 피고인으로 하여금 직접 진술토록 하고, 원진술자의 진술을 통해 심증을 형성하고자 했던 형사소송법 개정의 기본 방향, 즉 구두주의와 직접심리주의를 통한 공판중심주의의 실현과도 모순된다는 비판적 견해도 있다.²²⁾

19) 실질적 진정성립을 증명하는 방법으로 영상녹화물 기타 객관적인 방법이 피의자의 공판정 진술 다음으로 규정되어 있는 검사 작성 피의자신문조서와 달리 참고인진술조서의 경우에는 원진술자의 공판정 진술과 대등하게 규정하여 이를 원진술자의 공판정 진술과 동일한 수준으로 격상시키고 있다(이영한, "새로운 형사소송법에서의 조서와 영상녹화", 법조 통권 제617호, 법조협회, 2008.2, 99면).

20) 이재상, 신형사소송법, 박영사, 2007, 551면-552면.

21) 즉 사실상 '또 다른 형식의 조서'를 법적으로 인정한 것이라고 평가할 수 있다.

22) 김봉수, "수사상 영상녹화물의 증거활용에 대한 비판적 검토", 형사법연구 제20권 제3호, 한국형사법학회, 2008.9, 175면-176면.

3. 영상녹화물을 기억환기용으로 사용하는 경우

형사소송법 제318조의2 제1항은 “제312조부터 제316조까지의 규정에 따라 증거로 할 수 없는 서류나 진술이라도 공판준비 또는 공판기일에서의 피고인 또는 피고인이 아닌 자의 진술의 증명력을 다투기 위하여 증거로 할 수 있다.”라고 하여 탄핵증거를 규정하고 있다. 그리고 제2항에서 “제1항에도 불구하고 피고인 또는 피고인이 아닌 자의 진술을 내용으로 하는 영상녹화물은 공판준비 또는 공판기일에 피고인 또는 피고인이 아닌 자가 진술함에 있어서 기억이 명백하지 아니한 사항에 관하여 기억을 환기시켜야 할 필요가 있다고 인정되는 때에 한하여 피고인 또는 피고인이 아닌 자에게 재생하여 시청하게 할 수 있다.”라고 하여 영상녹화물을 기억환기용으로 사용할 수 있도록 규정하고 있다.²³⁾ 이와 같이 개정 형사소송법은 피고인 또는 피고인 아닌 자의 진술을 내용으로 하는 영상녹화물은 제318조의2 제1항 소정의 탄핵증거로는 사용할 수 없도록 하되, 피고인 또는 피고인 아닌 자의 기억환기를 위하여 필요하다고 인정되는 경우에 한하여 피고인 또는 피고인 아닌 자에게 재생하여 시청하게 할 수 있도록 하였다.

영상녹화물을 탄핵증거로 사용할 수 있도록 할 경우 수사기관이 피의자나 참고인의 동의 없이 임의로 조사 또는 신문의 일부분을 발췌하여 녹화한 영상녹화물이 아무런 제한 없이 법정에서 재생되고, 그 결과 법원의 심증형성에 직접적으로 영향을 미치도록 방치하는 결과를 초래할 수 있다. 물론 증거능력 없는 증거서류인 경우에도 증거능력 없는 증거가 탄핵증거라는 명목으로 법정에 현출되는 것을 방지할 수는 없지만, 증거서류가 갖는 증명력과 영상녹화물이 갖는 증명력의 차이를 감안하면 영상녹화물의 일반적인 탄핵증거로서의 사용은 비록 영상녹화물이 본증으로 사용되지 않는다 하더라도 전체적인 심증 형성을 좌우함으로써 사실상 본증으로 이용될 우려가 크다 할 것이다. 이러한 우려를 반영하여 개정 형사소송법은 피의자 등의 진술 내용을 담은 영상녹화물은 기억환기용으로 당해 진술자에게만 보여주는 방식으로 사용될 수 있을 뿐, 탄핵증거로 사용될 수 없음을 명백히 하였다. 이와 같이 제318조의2 제2항은 ‘제1항에도 불구하고’라고 하여 피고인 또는 피고인 아닌 자의 진술을 내용으로 하는 영상녹화물을 탄핵증거로 사용할 수 없음을 분명히 하면서,²⁴⁾ 다만 진술자의 기억환기용 보조자료로 영

23) 이는 조서를 제시하면서 피고인·증인을 신문하는 독일 형사소송법 제253조의 Vorhalt 제도와 유사한 기능이라 할 수 있다. Vorhalt란 조서 낭독이 허용되지 않는 독일에서 증인이 종전 진술을 기억하지 못한다고 하거나 종전 진술과 모순되는 진술을 할 경우에 재판실무상 재판장이 종전 진술이 기재된 조서를 제시하면서 그 내용을 알려주어 기억을 돕거나 모순을 지적하는 제도이다.

24) 본증으로는 사용할 수 없지만 탄핵증거와 기억환기를 위한 재생은 다른 것이므로 기억환기용 외에 탄핵증거로도 사용할 수 있다고 해석하는 견해로 안성수, “영상녹화물의 녹화 및 증거사용방법”, 법학연구 제10집 제1호, 인하대학교 법학연구소, 2007.3, 40면-41면.

상녹화물을 사용하는 것을 허용하고 있다.²⁵⁾ 따라서 검사는 피고인이 검찰조사과정에서 진술한 내용에 대한 기억이 명백하지 아니할 때 영상녹화물을 재생하여 시청하게 할 수 있다.

다만 이 부분에 대한 입법론으로는 증거능력 없는 증거도 탄핵증거가 될 수 있을 뿐 아니라, 영상녹화물의 경우는 법관의 심증형성에 큰 영향을 줄 수 있는 증거이며 진실 발견에 도움을 주는 과학적 증거방법임에도 불구하고 탄핵증거 사용을 부정하는 것은 타당하지 않다는 견해가 있다.²⁶⁾ 법무부도 2010.12.20. 입법예고한 「형사소송법 개정법률안」에서 종래 318조의2의 해석상 탄핵증거로 사용할 수 있는지에 대한 논란이 있다는 점을 고려하여 영상녹화물을 탄핵증거로 사용할 수 있음을 규정한 다음, 탄핵증거와 관련 없는 기억환기용 규정인 제318조의2 제2항을 삭제하였다. 그러나 현행법상으로는 기억환기를 위하여 필요하다고 인정되는 경우에 한하여 조사할 수 있으므로, 독일 형사소송법 제253조의 Vorhalt와는 달리 피고인 또는 참고인이 법정에서 수사기관에서의 진술을 번복한 경우에는 영상녹화물을 재생할 수 없다.

또한 기억의 환기를 위한 영상녹화물은 법관이 증거능력 없는 영상녹화물에 의하여 심증 형성에 영향을 받지 않도록 하기 위하여, 법원이 아니라 피고인 또는 피고인 아닌 자에게 재생하여 시청하게 하여야 한다.

IV. 영상녹화물의 본증 허용에 대한 논의와 판례

영상녹화물이 독립한 증거가 될 수 있느냐, 즉 본증으로 사용할 수 있느냐에 대해서는 독립된 증거능력을 인정할 경우 수사절차는 비디오 촬영절차로 공판절차는 이를 상영하는 절차로 변질될 위험이 있을 뿐 아니라, 수사단계에서 촬영한 영상녹화물의 상영에 의하여 법관의 심증이 좌우되어 공판중심주의가 무의미하게 될 우려가 있으며, 조사의 전 과정이 녹화되지 않거나 편집될 우려가 있고, 영상녹화물이 너무 선명하여 배심원 등의 선입견이 매우 강하게 작용하여 공판중심주의가 형해화된다는 점에서²⁷⁾ 본증

25) 법원행정처, 형사소송법 개정법률 해설, 2007, 144면.

26) 김보현, 앞의 논문, 33면-34면 ; 박수희, 앞의 논문, 95면. 사실인정을 위한 증거능력 문제를 제외한 탄핵증거에 한정된다면 영상녹화물에 대해 탄핵증거로서의 사용을 허용하는 입법론이 타당하다는 견해로 손동권, 형사소송법, 세창출판사, 2008, 637면.

27) 오기두, “영상녹화물과 증거사용”, 형사재판의 쟁점과 과제, 사법발전재단, 2008.8, 214면-215면. 이에 대해 영상녹화물이 갖는 위험성 내지 부정적인 효과에 대한 비판이 실증적 근거가 없을 뿐 아니

사용을 허용해서는 안된다는 부정적인 견해가 있다.²⁸⁾ 이에 반하여 영상녹화물이 진실 발견에 유용한 과학적 증거방법인 점 등을 중시한다면 본증 사용을 허용해야 한다는 견해가²⁹⁾ 첨예하게 대립하고 있다.³⁰⁾

즉 영상녹화물의 의미와 활용에 대해서는 학계와 실무가 전혀 상반된 시각을 드러내고 있을 뿐 아니라, 실무에서도 법원과 검찰이 서로 다른 관점에서 이를 이해하고 있는 것으로 보인다. 예를 들어 법원은 조서의 실질적 진정성립과 관련하여 원진술자가 이를 부인하는 경우에 이에 대한 객관적인 증명방법으로서 영상녹화물을 이해하고 있다.³¹⁾ 이에 반하여 검찰은 수사과정에서 있었던 피의자의 진술을 법정에서 현출하는 또 하나의 방법으로 영상녹화물 또는 조서의 대안으로 영상녹화물을 이해하고 있다.³²⁾ 전자의 입장에서 영상녹화물은 실질적 진정 성립이 원진술자에 의해서 부정되는 문제 상황에서 검사작성 피의자신문조서의 증거능력을 예외적으로 인정하기 위해 요구되는 하나의 보조자료에 지나지 않는데 반하여, 후자의 입장에서 말하는 영상녹화물은 조서의 실질적 진정 성립에 대한 증명수단인 동시에 조서와는 별개로 수사과정에서 있었던 피의자의 진술을 재판정에 현출하는 하나의 방법으로서 이해된다. 따라서 후자의 관점에서는 조서의 진정 성립이 부정된 경우에, 이와 별도로 영상녹화물 그 자체를 피의자의 수사상 진술을 증명하는 하나의 독립증거로 활용할 수 있다고 보고, 그에 따라 영상녹화물의 독립적 증거능력을 거론하고 있는 것으로 여겨진다.³³⁾

그리고 조서의 증거능력과 영상녹화물의 소송법적 의미에 대한 논의상황과 관련하여

라, 외국에서 범죄현장 비디오테이프나 살해된 피해자의 사진을 본 배심원 집단의 유죄 판결 확률이 훨씬 높다는 일부 연구결과는 그러한 증거가 진술증거가 아니며 범행현장의 생생한 현출로 재판에서 부당한 결과를 초래하였다고는 볼 수 없다는 견해로 박수희, 앞의 논문, 91면; 배성범, “개정 형사소송법상 전문증거의 증거가치에 대한 검토에 대한 토론”, 형사법연구 제19권 제4호, 한국형사법학회, 2007.12, 238면.

28) 김봉수, 앞의 논문, 187면; 신동운, 신형사소송법, 법문사, 2008, 977면; 오기두, 앞의 논문, 225-229면; 이재상, 앞의 책, 569면.

29) 영상녹화물의 독립증거화 내지 본증으로의 활용을 주장하는 대표적인 견해로 김보현, 앞의 논문, 32면; 박수희, 앞의 논문, 98면-99면; 백승민/정웅석, 형사소송법(전정2판), 대명출판사, 2008, 474-475면; 이완규, 앞의 논문, 74면; 정웅석, “영상녹화물의 증거능력 인정에 관한 연구 - 법무부 개정안을 중심으로 -”, 195면-204면.

30) 영상녹화물의 본증 허용 여부에 대한 긍정설과 부정설의 논거에 대해서는 박수희, 앞의 논문, 82면-89면; 정웅석, 위의 논문, 178면-186면에서 상세하게 검토하고 있으므로, 본 논문에서는 이에 대한 검토를 생략한다.

31) 법원행정처, 새로운 형사재판의 이해 - 형사소송법 개정에 따른 변화와 과제, 102면-103면; 법원행정처, 형사소송법 개정법률 해설, 51면.

32) 이완규, “개정 형사소송법에서의 수사절차상 진술의 증거능력”, 형사법의 신통향 통권 제8호, 대검찰청, 2007.6, 29면 이하.

33) 이완규, 위의 논문, 45면-59면.

여 영상녹화물은 ‘불량증거’이기 때문에 이를 본증으로 사용할 수는 없다는 주장³⁴⁾이 왜곡되어 조서의 ‘우량성’ 내지 ‘우월성’의 논거로 주장되기도 한다.³⁵⁾

이러한 논의의 연장선상에서 법무부는 2009년 3월 발족한 법무부장관 자문기구인 형사소송법개정특별분과위원회의 논의를 거쳐 과학기술의 발전에 따라 새로운 증거수단으로 등장한 영상녹화물의 증거능력을 인정하여 조사절차의 투명성·신뢰성·임의성을 확보하려는 취지에서, 검사 또는 사법경찰관이 작성한 피고인 또는 피고인 아닌 자의 진술을 내용으로 하는 영상녹화물도 조서에 준하여 증거능력을 인정하는 내용(안 제312조 제7항 신설)을 담은 「형사소송법 개정법률안」을 2010.12.20. 입법예고하였다.³⁶⁾ 이와 같이 법무부의 개정법률안 제312조 제7항은 영상녹화물을 조서와는 별개로 취급하여 독자적인 증거능력을 인정하고 있다. 즉, 피고인이 검사 내지 경찰에게 한 진술의 성립 진정을 인정하지 않고 조사자의 증언으로도 그 진위가 증명되지 않는 경우에는 영상녹화물 자체를 증거로 사용할 수 있도록 허용하고 있는 것이다. 따라서 법무부의 개정법률안에 의하면 영상녹화물은 공판절차에서 엄청난 위력을 가진 증거로서 우뚝 서게 되고, 검사는 공판정에서 수사과정에서 수집된 피의자의 진술을 증거로 사용하기 위하여 경우에 따라 제312조 제1항과 제2항에 의한 피의자신문조서 또는 제316조 제1항에 의한 조사자 증언 또는 개정법률안 제312조 제7항에 의한 영상녹화물 등 세 가지 방법을 활용할 수 있게 된다. 이와 같이 전문증거에 해당하는 검사 작성의 피의자신문조서의 증거능력과 관련하여 그 예외의 길을 열고자 하는 접근은 어떠한 수사과정에서 수집하는 피의자 또는 참고인의 진술을 실제 판단의 유력한 증거로 사용하고자 하는 인식에서 출발하고 있다고 생각된다.

피의자신문조서를 영상녹화물로 대체할 경우 검찰로서는 획기적으로 일선의 업무 부담을 경감시킬 수 있는데 반해, 영상녹화물에 대해 시정하는 방식으로 증거조사를 진행해야 하는 법원으로서에는 그에 상응하는 만큼 업무 부담을 떠안게 될 것이라는 견해도

34) 제267회 국회 법제사법위원회회의록(임시회의록) 제4호, 2007.4.26, 12면-13면.

35) 영상녹화물이라는 보다 불량한 증거(영상녹화물)가 등장하였다고 하여 피의자신문조서와 같은 기존의 불량증거가 갑자기 우량증거가 될 수 없다는 견해로 김봉수, 앞의 논문, 169면.

36) 이미 법무부는 2006.1.6. 정부안으로 제17대 국회에 제출한 「형사소송법 일부개정법률안」(의안번호 3759호) 제312조의2에서 수사기관 작성의 영상녹화물의 독자적인 증거능력에 대한 입법화를 시도한 적 있다. 이에 대해 한국형사법학회와 한국형사정책학회는 “개정안 제312조의2는 영상녹화물에 조서와는 구별된 독자적인 증거가치를 부여하고 있는데, 이는 수사의 투명성과 수사과정에서의 피의자의 인권보장을 확인하는 수단으로 사용되어야 할 영상녹화물을 수사기관이 피의자의 유죄를 입증하는 무기로 변질시킨 오류를 범한 입법”라는 반대의견을 표명하였다(형사소송법 개정안에 대한 의견, 형사법연구 제25호, 한국형사법학회 2006.6, 415면; 형사소송법 일부개정법률안에 대한 의견서, 형사정책 제18권 제1호, 한국형사정책학회, 2006.6, 472면).

있으나,³⁷⁾ 실무상으로는 유죄를 입증하는 본증으로 영상녹화물을 제작하고 활용해야 하는 검찰이 물적·인적 설비의 구축과 더불어 영상녹화물의 진정성 확보를 위한 업무 부담으로 도리어 반대의 현상이 발생되리라 짐작된다. 검찰이 지금까지의 영상녹화의 시행과 영상녹화물의 생산을 넘어서 형사사법시스템이 기능을 수행할 수 있도록 하기 위해 영상녹화물을 어떻게 사용하여야 하는가에 대한 연구를 하고 이에 대한 공감대를 넓힌다면 영상녹화물의 사용에 대한 법원의 부담을 덜 수 있을 것이다.³⁸⁾

그리고 위와 같은 이론적·입법적인 논쟁과는 달리 관례는 형사소송법 개정 이전부터 비록 하급심 판결이지만 “검사 작성의 피고인에 대한 피의자신문조서의 제출 없이 피고인의 검찰에서의 진술을 녹화한 영상녹화물만이 유죄의 증거로 제출된 경우, 이는 구 형사소송법 제244조에서 규정한 바와 같이 피의자의 진술은 반드시 조서에 기재하도록 하고 오기 여부를 확인한 다음 피의자로 하여금 그 조서에 간인하게 하며 서명 또는 기명날인하도록 하여 피고인이 될 피의자에 대한 수사절차를 엄격히 규제하고 이같은 절차를 거쳐 작성된 증거만 유죄의 증거로 법정에 제출하도록 하고 있는 형사소송법의 취지를 잠탈하는 부적법한 증거로서 증거능력이 없다”라고 판시하였으며,³⁹⁾ 영상녹화물을 도입한 형사소송법 개정 이후에도 증인이 법정에서 진술한 이후에 검사가 증인을 피내사자 신분으로 조사한 과정을 녹화한 영상녹화물의 증거능력과 관련하여 “형사소송법은 국민참여재판의 실시를 계기로 공판중심주의 이념을 강화하고 있는바, 공판중심주의란 직접심리주의 및 구두변론주의를 내용으로 하는 공판절차의 기본원칙으로서 이러한 공판중심주의 이념에 비추어 볼 때 명문의 허용 근거가 없는 한 구두가 아닌 영상녹화물 형태의 증거는 범죄사실을 증명함에 있어 증거능력을 가질 수 없고, 형사소송법이 전문법칙의 예외와 관련하여 서면 형태의 각종 조서에는 증거능력 인정을 위한 근거규정이 마련되어 있지만 조서를 대체하는 영상녹화물에 대해서는 명문의 허용근거가 없는 점에 비추어도 그러하다”라고 하여⁴⁰⁾ ‘공판중심주의’ 이념에 비추어 검사 작성의 영상녹화물은 피고인이 이를 증거로 사용함에 동의하지 아니하는 이상 증거로 쓸 수 없다고 해석하고 있다.

마찬가지로 수사기관이 참고인을 조사하는 과정에서 형사소송법 제221조 제1항에

37) 신동운, “영상녹화물의 피의자신문조서 대체 가능성에 대하여”, 제80차 대법원형사실무연구회 발표자료, 2008.7.21, 2면.

38) 수사과정에서 피의자의 진술을 영상녹화하기 위한 그 동안의 추진 과정 및 현황에 대해서 김중률, “영상녹화제도과 검찰수사실무 변화에 관한 연구”, 형사법의 신동향 통권 제8호, 대검찰청, 2007.6, 78면-86면 ; 이완규, “진술 영상녹화물의 활용방향”, 74면-86면.

39) 서울남부지방법원 2007.6.20. 선고 2006고단3255 판결.

40) 서울고등법원 2008.7.11. 선고 2008노606 판결.

따라 작성한 영상녹화물이 공소사실을 직접 증명할 수 있는 독립적인 증거로 사용될 수 있는지 여부에 대해서도, “2007.6.1. 법률 제8496호로 개정된 형사소송법은 제221조 제1항에서 수사기관은 피의자 아닌 자(이하 ‘참고인’이라 한다)의 동의를 얻어 그의 진술을 영상녹화할 수 있는 절차를 신설하면서도, 제312조 제4항에서 위 영상녹화물과 별도로 검사 또는 사법경찰관이 참고인의 진술을 기재한 조서가 작성됨을 전제로 하여 영상녹화물로 그 진술조서의 실질적 진정 성립을 증명할 수 있도록 규정하는 한편, 증거로 할 수 없는 서류나 진술이라도 공판준비 또는 공판기일에서 피고인 또는 참고인 진술의 증명력을 다투기 위한 증거로 사용될 수 있도록 정한 제318조의2 제1항과 별도로 제318조의2 제2항을 두어 참고인의 진술을 내용으로 하는 영상녹화물은 공판준비 또는 공판기일에 참고인이 진술함에 있어서 기억이 명백하지 아니한 사항에 관하여 기억을 환기시켜야 할 필요가 있다고 인정되는 때에 한하여 참고인에게 재생하여 시청하게 할 수 있다고 규정함으로써, 참고인의 진술에 대한 영상녹화물이 증거로 사용될 수 있는 경우를 제한하고 있다. 그리고 이러한 형사소송법의 규정은, 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(이하 ‘성폭법’이라 한다) 제30조 제1항 및 아동·청소년의 성보호에 관한 법률(이하 ‘아청법’이라 한다) 제26조 제1항이 성폭력범죄의 피해자가 19세 미만이거나 신체적인 또는 정신적인 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 경우 및 아동·청소년대상 성범죄 피해자의 경우에 피해자의 진술 내용과 조사 과정을 비디오녹화기 등 영상물 녹화장치로 촬영·보존하여야 한다고 규정하고, 나아가 성폭법 제30조 제6항 및 아청법 제26조 제6항에서 위 절차에 따라 촬영한 영상물에 수록된 피해자의 진술은 공판준비기일 또는 공판기일에 피해자나 조사 과정에 동석하였던 신뢰 관계에 있는 사람 또는 진술조력인의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 경우에 증거로 할 수 있도록 규정함으로써, 일정한 성범죄의 피해자를 조사할 경우에 피해자 또는 법정대리인이 영상물 녹화를 원하지 아니하는 의사를 표시하는 등의 사정이 없는 한 피해자의 진술을 영상물로 녹화할 의무를 수사기관에 부여하고 일정한 요건 아래에서 그 영상물에 수록된 피해자 진술에 대하여 독립적인 증거능력을 명시적으로 인정한 것과 다르다. 이와 같이 2007.6.1. 법률 제8496호로 개정되기 전의 형사소송법에는 없던 수사기관에 의한 참고인 진술의 영상녹화를 새로 정하면서 그 용도를 참고인에 대한 진술조서의 실질적 진정 성립을 증명하거나 참고인의 기억을 환기시키기 위한 것으로 한정하고 있는 현행 형사소송법의 규정 내용을 영상물에 수록된 성범죄 피해자의 진술에 대하여 독립적인 증거능력을 인정하고 있는 성폭법 제30조 제6항 또는 아청법 제26조 제6항의 규정과 대비하여 보면, 수사기관이 참고인을 조사하는 과정에서 형사소송법 제221조 제1항에 따라 작성한 영상녹화물은, 다른 법률에서 달리 규정하고

있는 등의 특별한 사정이 없는 한, 공소사실을 직접 증명할 수 있는 독립적인 증거로 사용될 수는 없다고 해석함이 타당하다”라고 하여⁴¹⁾ 영상녹화물의 독자적인 증거능력을 부정하고 있다.

V. 나오며

형사소송절차에서 수사와 공판이라는 축을 담당하고 있는 수사기관과 법원의 입장에서 형사소송법의 입법개정 뿐만 아니라 해석학을 바라보게 되면 어떻게 해석하고 입법하느냐에 따라 기관의 위상과 더불어 소송절차를 진행하는 편리함은 달라질 수 있을 것이다. 형사소송법이 그 특성상 정치적 색채를 띠 수밖에 없다 하더라도, 그렇다고 해서 형사소송법학의 실천적 지향적인 형사피의자피고인의 인권 보장을 통한 민주적 이념과 가치의 실현 그리고 사법정의의 실현은 도외시된 채 정쟁의 대상이 되어서는 안 된다는 점은 분명하다. 그럼에도 불구하고 사법개혁 또는 선진형사사법시스템의 도입이라는 명분으로 그 동안 진행된 형사소송법의 개정과정과 그 논의 내용을 보면 과연 형사법학자들이 지금까지 추구해 온 가치와 이념이 녹아 든 방향으로 가고 있는지의 문을 가질 수밖에 없다.

현행 형사소송법상 피의자의 진술은 조서에 기재하게끔 되어 있는데(제244조 제1항), 피의자의 진술을 조서에 기재하면서 그 진술내용과 과정을 영상녹화한 경우 이러한 영상녹화물은 원진술자인 피의자의 진술을 녹취한 전문진술증거에 해당하지만 조서와 동일성이 인정되는, 즉 전문진술이 기재된 조서와 동일한 증거에 불과하다는 점에서 조서와는 별도로 독자적인 증거방법이 될 수 없다.⁴²⁾ 즉 현행 형사소송법의 규정상으로는 피의자의 진술을 조서에 기재하지 않고 영상녹화한 영상녹화물이 피의자신문조서를 대체할 수 없다고 해석할 수밖에 없으며, 피의자 신문시 조서를 작성하지 않고 진술모습과 내용을 비디오로 녹화한 한 경우에는 형사소송법 제244조 제1항에 위반한 위법수집 증거로서 증거능력이 부인된다 할 것이다.⁴³⁾

41) 대법원 2014.7.10. 선고 2012도5041 판결.

42) 이에 대해 이재상 교수는 “피의자의 진술을 녹화 촬영한 영상녹화물은 실질적으로 피의자신문조서와 다를 바 없다고 해야 한다.”는 점에서 영상녹화물도 제312조의 요건을 충족할 때에는 증거능력을 인정해야 한다는 견해를 취하고 있다. 이재상, “피의자신문의 영상녹화물에 대한 증거능력”, 한국 형사법학의 이론과 실천(정암 정성진 박사 고회기념논문집), 박영사, 2010.6, 851면-852면.

43) 같은 견해로 서보하, “피의자 진술의 비디오녹화 도입에 따른 법정책적 검토 및 재판상 증거능력”,

그리고 만일 영상녹화물을 독자적인 증거능력을 가지는 증거의 세계로 적극 투입하게 되면 공판심리의 대부분은 수사단계에서 작성된 영상녹화물을 확인하는 방식으로 치우치게 되어 공판중심주의에 역행할 수 있다.⁴⁴⁾ 즉 영상녹화물에 증거능력이 부여될 경우 자백위주 수사관행이 고착되고 공판과정은 단순히 피고인의 자백을 확인하는 절차로 전락할 가능성이 있다.

나아가 제17차 개정 형사소송법이 2002도537 전원합의체판결과 배치되는 방향으로 검사 작성 피의자신문조서의 증거사용 가능성을 확대하였는데, 이에 덧붙여서 영상녹화물까지 현행법의 제한적 태도를 오픈하는 방향으로 나아간다면 이는 공판중심주의의 실현을 더욱 무색하게 만들 수 있는 것이다. 영상녹화물은 증거의 방법으로서가 아니라 수사기관으로 하여금 피의자를 신문할 때 영상녹화를 의무화하여 수사기관의 위법적 혹은 탈법적 수사를 방지하고 제재하는 수단으로 활용되어야 한다. 이러한 영상녹화물의 본래적 가치를 넘어 증거로서의 가치를 확대하는 방안들은 피고인의 무기가 되어야 할 영상녹화물을 수사기관의 무기로 변질시키는 오류를 범하는 것이라 할 수 있다.

따라서 영상녹화물은 수사과정의 투명화 및 인권보장을 위한 목적으로 사용되는 경우를 제외하고 독립된 증거능력을 갖거나 탄핵증거로 사용되어서는 아니되며, 공판정에서 소송당사자의 주장을 통해 실체 판단이 이루어져야 한다는 공판중심주의에 충실하기 위해서는 영상녹화물의 증거자료의 사용을 예외적인 허용하고 있는 형사소송법 제312조 제2항 등과 제318조의2 제2항은 폐지되어야 한다.

주제어 : 영상녹화물, 공판중심주의, 증거능력, 형사소송법 제312조, 제318조의2

수사연구 제22권 제4호, 수사연구사, 2004.4, 29면.

44) 신동운, 신형사소송법, 제3판, 법문사, 2011, 1068면 ; 임동규, 형사소송법, 제6판, 법문사, 2009, 531면.

참 고 문 헌

〈단행본〉

- 노명선/이완규, 형사소송법, 성균관대학교 출판부, 2009.
 손동권, 형사소송법, 개정신판, 세창출판사, 2010.
 신동운, 신형사소송법, 제3판, 법문사, 2011.
 이은모, 형사소송법, 제2판, 박영사, 2011.
 이재상, 신형사소송법, 제2판, 박영사, 2009.
 임동규, 형사소송법, 제6판, 법문사, 2009.
 정웅석/백승민, 형사소송법, 전정 제3판, 대명출판사, 2009.
 차동연, 형사증거법 I - 공판중심주의와 전문법칙, 법문사, 2007.
 법원행정처, 형사소송법 개정법률 해설, 2007.
 법원행정처, 새로운 형사재판의 이해 - 형사소송법 개정에 따른 변화와 과제, 2007.

〈연구보고서〉

- 윤지영, 형사절차상 원격화상시스템의 활용방안, 한국형사정책연구원, 2012.
 탁희성/백광훈, 수사상 녹음·녹화자료의 증거능력 부여방안, 한국형사정책연구원, 2004.
 하태훈, 미국 수사과정에서의 영상녹화제에 대한 연구, 대검찰청 연구보고서, 2006.
 형사소송법 개정특별위원회, 형사소송법 개정연구, 한국형사정책연구원, 2010.

〈단편논문〉

- 김보현, “영상녹화물에 대한 관례의 입장과 비판적 고찰”, 성균관법학 제26권 제4호, 성균관대학교 법학연구소, 2014.12.
 김봉수, “수사상 영상녹화물의 증거활용에 대한 비판적 검토”, 형사법연구 제20권 제3호, 한국형사법학회, 2008.9.
 김종률, “영상녹화제도와 검찰수사실무 변화에 관한 연구”, 형사법의 신동향 통권 제8호, 대검찰청, 2007.6.
 박노섭, “수사절차상의 신문과 비디오 녹화제도”, 형사정책 제16권 제1호, 한국형사정책학회, 2004.6.
 박수희, “영상녹화물의 증거능력 - 법무부 형사소송법개정안을 중심으로 -”, 한양법학 제24권 제1집, 한양대학교 법학연구소, 2013.2.
 서보학, “개정형사소송법에 의한 수사조서 및 영상녹화물의 증거능력”, 사법 제3호, 사법발전재단, 2008.3.
 서보학, “피의자 진술의 비디오녹화 도입에 따른 법정정책 검토 및 재판상 증거능력”, 수사연구 제22권 제4호, 수사연구사, 2004.4.

- 윤지영, “영상재판에 대한 전망과 도입가능성 - 형사사건에서의 활용을 중심으로 -”, 사법제도비교연구회 제89회 발표자료, 2014.9.23.
- 이승훈, “개정 형사소송법상 전문증거의 증거가치에 대한 검토”, 형사법연구 제19권 제4호, 한국형사법학회, 2007.12.
- 신정훈/지영환, “진술녹화제도의 현황과 문제점 및 개선방안에 관한 연구”, 형사법연구 제26호, 한국형사법학회, 2006.12.
- 안성수, “영상녹화물의 녹화 및 증거사용방법”, 법학연구 제10집 제1호, 인하대학교 법학연구소, 2007.3.
- 오기두, “영상녹화물과 증거사용”, 형사재판의 쟁점과 과제, 사법발전재단, 2008.8.
- 이영한, “새로운 형사소송법에서의 조서와 영상녹화”, 법조 통권 제617호, 법조협회, 2008.2.
- 이완규, “진술 영상녹화물의 활용방향”, 홍익법학 제11권 제2호, 홍익대학교 법학연구소, 2010.
- 이완규, “개정 형사소송법상 조서와 영상녹화물, 비교형사법연구 제9권 제2호, 한국비교형사법학회, 2007.12.
- 이재상, “ 피의자신문의 영상녹화물에 대한 증거능력”, 한국 형사법학의 이론과 실천(정암 정성진 박사 고회기념논문집), 박영사, 2010.6, 833-852.
- 장준희, “개정법상 영상녹화물의 활용방안”, 형사법의 신동향 통권 제15호, 대검찰청, 2008.8.
- 정용석, “영상녹화물의 증거능력 인정에 관한 연구 - 법무부 개정안을 중심으로 -”, 형사법의 신동향 통권 제29호, 대검찰청, 2010.12.
- 정용석, “개정 형사소송법의 평가와 향후과제”, 저스티스 통권 제101호, 한국법학원, 2007.12.
- 조국, “검사작성 피의자신문조사와 영상녹화물의 증거능력”, 저스티스 통권 제107호, 한국법학원, 2008.10.
- 천진호, “형사소송법학의 중심잡기”, 형사법연구 제23권 제3호, 한국형사법학회, 2011.9.
- 천진호, “수사과정에서의 영상녹화제도의 합리적 운용방향”, 비교형사법연구 제11권 제1호, 한국비교형사법학회, 2009.7.
- 허인석, “영상녹화제도의 합리적 운용과 발전방향”, 법조 통권 제624호, 법조협회, 2008.9.
- 야나가와 시게키, “일본에서의 조사의 녹음·녹화 제도 도입에 대해”, 성균관법학 제26권 제4호, 성균관대학교 법학연구소, 2014.12.

〈초 록〉

영상녹화물의 증거능력에 대한 연구

현행 형사소송법상 피의자의 진술은 조서에 기재하게끔 되어 있는데, 피의자의 진술을 조서에 기재하면서 그 진술내용과 과정을 영상녹화한 경우 이러한 영상녹화물은 원진술자인 피의자의 진술을 녹취한 전문진술증거에 해당하지만 조서와 동일성이 인정되는, 즉 전문진술이 기재된 조서와 동일한 증거에 불과하다는 점에서 조서와는 별도로 독자적인 증거방법이 될 수 없다. 즉 현행 형사소송법의 규정상으로는 피의자의 진술을 조서에 기재하지 않고 영상녹화한 영상녹화물이 피의자신문조서를 대체할 수 없다고 해석할 수밖에 없으며, 피의자 신문시 조서를 작성하지 않고 진술모습과 내용을 비디오로 녹화한 한 경우에는 형사소송법 제244조 제1항에 위반한 위법수집증거로서 증거능력이 부인된다 할 것이다.

그리고 영상녹화물을 독자적인 증거능력을 가지는 증거의 세계로 적극 투입하게 되면 공판심리의 대부분은 수사단계에서 작성된 영상녹화물을 확인하는 방식으로 치우치게 되어 공판중심주의에 역행할 수 있다. 즉 영상녹화물에 증거능력이 부여될 경우 자백위주 수사관행이 고착되고 공판과정은 단순히 피고인의 자백을 확인하는 절차로 전락할 가능성이 있다.

영상녹화물은 증거의 방법으로서가 아니라 수사기관으로 하여금 피의자를 신문할 때 영상녹화를 의무화하여 수사기관의 위법적 혹은 탈법적 수사를 방지하고 제재하는 수단으로 활용되어야 한다. 이러한 영상녹화물의 본래적 가치를 넘어 증거로서의 가치를 확대하는 방안들은 피고인의 무기가 되어야 할 영상녹화물을 수사기관의 무기로 변질시키는 오류를 범하는 것이라 할 수 있다.

따라서 영상녹화물은 수사과정의 투명화 및 인권보장을 위한 목적으로 사용되는 경우를 제외하고 독립된 증거능력을 갖거나 탄핵증거로 사용되어서는 아니되며, 공판정에서 소송당사자의 주장을 통해 실체 판단이 이루어져야 한다는 공판중심주의에 충실하기 위해서는 영상녹화물의 증거로서의 사용을 예외적인 허용하고 있는 형사소송법 제312조 제2항 등과 제318조의2 제2항은 폐지되어야 한다.

〈Abstract〉

Study on the evidence admissibility of visual recording in criminal trial

Chun, Jin Ho*

The current Criminal Procedure Code the recording system which records the investigation process of the criminal must interpret protocol of examination that will not be able to substitute. In compliance with the Criminal Procedure Code illegal to video tape the statement features and a contents of the criminal, admissibility of evidence will not be able to recognize because is an evidence which is collected.

But the legal practical affairs and to between scholars was visible a different view about visual recording evidence value, but Amends several times Criminal Procedure Code and under using visual recording, but the use is not becoming actually well. There is cause which is various with the reason where visual recording system which is introduced with difficult is not applied actively. Avoiding the opposition of the opinion which what is presented from discussion process and the shape which is negotiate and with the features which is strange drawing to do rather changing probably is not, there is a necessity which will look back.

In order to apply with visual recording evidence amends the Criminal Procedure Code to be, the meaning which the visual recording system from criminal action and investigation about the opinion which is discussed. To understand the meaning which the visual recording system and to investigate the visual recording will be able to apply with evidence in order, must amend the Criminal Procedure Code.

Key words : Visual Recording, Concentrate Hearing in Trial, Admissibility of Evidence, Criminal Procedure Code §312, §318-2

* Professor, Dong-A University Law School, Ph. D. in Law.