

위법수집증거배제법칙과 형량

나 기 업*

국 | 문 | 요 | 약

본고는 위법수집증거배제법칙을 규정하고 있는 형사소송법 제308조의2가 개별사안에서 형량을 거쳐 후퇴될 수 있는 규범인지 아니면 자동적 증거배제 규범인지를 비실증주의 관점에서 고찰한 글이다. 대립되는 견해들을 소개하고, 대법원 2007. 11. 15. 선고 2007도3061 전원합의체 판결의 다수의견과 별개의견을 규칙-원리모델을 적용해 분석하였다. 근래 하급심에서 위법수집 증거의 증거능력을 인정한 판결례를 i) 형량을 하지 않는 유형, ii) 위법성을 정면으로 인정하고 형량으로 나아가는 유형, iii) 위법성을 인정하지 않으면서도 가정적으로 형량을 언급하는 유형으로 분류해 살펴보았다. 결론에서는 제308조의2는 원리(Prinzip) 규정으로서, 형량을 통해 적용이 배제될 수 있는 규범이라는 입장을 피력하였다.

DOI : <https://doi.org/10.36889/KCR,2022,3.31,1,101>.

❖ 주제어 : 증거능력, 적법절차원칙, 진실규명원칙, 위법수집증거배제법칙, 형량, 법원리, 법규칙

* 서울특별시 중구청 변호사.

I. 형사소송법¹⁾ 제308조의2와 규칙-원리모델

모든 법적 기준은 규칙(Reglen)과 원리(Prinzip) 중 어느 하나에 속한다는 관점에²⁾ 양자는 다음과 같이 구분된다. 먼저 규칙은 ‘무엇이 일어나야 하는지’에 대한 ‘확정’을 담고 있는 규범, 즉 구체적인 사안에서 특정한 결론을 지시하는 확정적 명령(definitive Gebote)이다. 그 적용형태는 대체적으로 포섭(Subsumtion)이며,³⁾ 개별사안에서 두 개의 규칙들이 갈등할 경우 i) 하나가 다른 하나에 대하여 예외를 설정하여 주고 있다면 그에 따라 해결하고, ii) 양자가 양립불가능하다면 그 중 하나를 수정·폐기해야 한다.⁴⁾ 반면에 원리는 이를테면 ‘동일한 사태는 동일하게 취급되어야 한다’, ‘각자는 자신의 행위영역에서의 결함에 대해 책임을 져야 한다’ 등과 같이 일반성의 단계가 매우 높은,⁵⁾ 주어진 법적·사실적 가능성 하에서 무언가를 가능한 최대로 실현할 것을 요구하는 규범 즉 최적화명령(Optimierungsgebote)이다.⁶⁾ 규칙만으로는 해결하기 어려운 사안을 맞닥뜨렸을 때 법관은 -법질서에 구속되지 않는다는 의미와 재량에 의해서가 아니라 원리는 거에 기대어 결론을 내려야 하며,⁷⁾ 여러 원리들이 충돌할 경우 그들 중 무엇이 최우선순위를 갖는지를 판단하는 작업, 즉 형량(Abwägung)을 해야 한다.⁸⁾ 형량 결과 특정 원리

1) 이하에서 형사소송법의 규정은 조항만으로 적는다.

2) 이 글은 이러한 방법론을 좇는 것을 전제한다. 그 역사적 맥락이나 이론적 유용성에 관하여는 박진완, 규칙과 원리로서 기본권, 공법연구 제34집 제1호(2005), 280면 이하; 변종필, 법규칙과 법원리 구별의 유용성과 한계, 강원법학 제34권(2011), 301~318면 참조. 비판이나 반론에 관하여는 강우예, 법의 일관성 확보를 위한 개념 형태에 대한 비판적 분석, 법철학연구 제22권 제3호(2019), 296면 이하; 이부하, 원칙이론에 의한 헌법재판적 형량, 법학논고 제46집(2014), 42면 이하; 안준홍, 법규칙과 법원리를 질적으로 구별할 가능성에 대한 비판적 고찰, 법철학연구 제11권 제2호(2008), 439면 이하 참조.

3) 로베르트 알렉시, 법의 개념과 효력(이준일 역), 고려대학교출판부(2007), 105면.

4) 법체계에 따라서는 별도의 기준(상위법우선, 신법우선, 특별법우선 등)에게 그러한 역할을 맡길 수도 있고, 보다 중요한 원리에 의하여 뒷받침되는 규칙을 우선시하는 방법을 채용할 수도 있다. 로널드 드워킨, 법과 권리(엄수균 역), 법과 권리, 한길사(2010), 94면.

5) 로베르트 알렉시, 법적 논증 이론(변종필·최희수·박달현 역), 고려대학교출판부(2007), 341, 362면.

6) 로베르트 알렉시, 기본권이론(이준일 역), 한길사(2007), 117~123면. 이하 인용은 이 책에 의함.

7) 드워킨, 앞의 책, 166~171, 187면 이하.

8) 알렉시, 앞의 책, 120~131면. 형량은 원리들 간의 조건부 우열관계를 확정하는 작업, 즉 그 사안과의 관련 속에서 특정 원리가 다른 원리보다 우선하게 되는 조건들을 제시하는 작업이다(같은 책, 123~124면).

에 따른 결론을 채택하지 않더라도 그 원리가 폐기되는 것은 아닌데, 그와 유사한 또 다른 사안에서는 바로 그 원리가 제안하는 바에 따른 결정이 나올 수도 있기 때문이다.⁹⁾

규칙의 배후에는 이를 지지해 주는 원리가 존재하고,¹⁰⁾ 사안에 따라서는 일단의 원리들로 인해 하나의 결론이 지시될 수도 있으나,¹¹⁾ 원리 그 자체는 이상적 당위(ideales Sollen)일 뿐 개별사안에서 확정적 근거가 되지는 않는다. 한편 어떠한 규정이 요건면에서 불확정개념을 사용하더라도 효과면에서 지시적이라면, 사안포섭 단계에서 원리가 얼마간 영향력을 행사해 합의체법원의 구성원들 간 이견을 낳더라도¹²⁾ 그것은 잠정적 근거에 그치는 것이 아니라 현실적 당위(reales Sollen)로서 규칙이다.¹³⁾ 법령규정의 문언과 형식만 보고서 그것이 원리인지 규칙인지를 항상 용이하게 식별할 수 있는 것은 아니지만 둘은 이처럼 서로 질적·논리적으로 강하게 구분되는 별개 종류의 기준(separate sorts of standards)이다.¹⁴⁾ 원리의 적용에는 형량이 가능하고 또 요구되는 반면 규칙의 적용에 형량은 가능하지도 필요하지도 않다는 점에서¹⁵⁾ 법체계에서 양자를 구별해 분류하는 것은 실천적으로 매우 중요한 작업이며, 특히 형사절차 또는 형사소송에서 이는 방어권보장 나아가 유무죄의 결론에 영향을 주는 문제가 된다.¹⁶⁾

9) 드워킨, 앞의 책, 92~93면.

10) 알렉시, 앞의 책, 137면.

11) 드워킨, 앞의 책, 108면.

12) 드워킨, 앞의 책, 238~239면; 가령 대법원 2019. 11. 21. 선고 2018도13945 전원합의체 판결.

13) 드워킨, 앞의 책, 95~96면. 예컨대 제286조의3 후단의 요건(간이공판절차로 심판함이 현저히 부당한지 여부)이나 제450조의 요건(서면심리로만 진행되는 것이 적당하지 아니한지 여부) 구비 여부를 판단함에는 방어권, 법적 청문의 보장과 같은 다양한 원리적 고려가 개입될 수 있으나, 그렇다고 해도 이 규정들이 그 자체 원리가 되지는 않는다. 이들이 원리선언규정이라면 수소법원 스스로 간이공판절차나 약식절차로 진행함이 부당하다는 판정을 하였음에도 불구하고 간이공판의 취소나 부통상을 하지 아니하는 것이 가능하겠으나, 규칙인 이상 그러한 결정을 할 구체적인 소송법상 의무가 발생한다.

14) 드워킨, 앞의 책, 96면; 알렉시, 앞의 책, 115~118면.

15) 원리로 인하여 규칙에 대한 예외가 인정되는 수도 있을 수 있으나, 이는 극히 제한적인 조건하에서만 허용된다. 즉 규칙에 대하여, 그 배후 원리와 충돌하는 다른 원리에 근거하여 예외가 인정될 수 있지만, 그러한 예외는 개별사안에서 그 다른 원리가 해당 규칙의 배후에 놓인 원리에 비해 더 높은 비중(weight)을 가집은 물론, 이를테면 정당한 권위에 의해 제정된 규칙이 준수되어야만 한다는 원리나 전통화된 실무를 근거 없이 회피해서는 안 된다는 원리 등(이른바 형식적 원리)보다도 높은 비중을 가질 때에 비로소 가능하다. 알렉시, 앞의 책, 133~134면.

16) 규칙으로 보아야 할 것을 원리로 오인하여 형량으로 나아간 사례(대법원 2009. 10. 22. 선고 2009도7436 전원합의체 판결)를 다룬 변종필, 공소장일본주의 위반과 하자의 치유, 비교형사법연구

수집과정에서의 절차위반행위가 비교적 경미한 자료에 증거능력을 인정한 판결례가 많 해 축적되는 한편, 그와 같은 실무경향에 비판적인 견해들 또한 빈번히 제기되고 있다. 이 글에서는 그간 하급심에서 위법수집증거의 증거능력을 긍정한 예를 유형화하는 의미를 겸하여, 그러한 실무태도가 과연 적절한 것인지 여부를 제308조의2가 개별사안에서 형량을 통해 후퇴될 수 있는 원리규정인지, 아니면 자동적 증거배제 규범으로서 규칙인지의 문제로 접근해 고찰하고자 한다. 이하에서는 이에 관한 대립되는 견해들을 소개한 후 대법원 2007. 11. 15. 선고 2007도3061 전원합의체 판결의 다수의견과 별개의견 간 차이를 드워킨·알렉시의 비실증주의 관점에 기초해 분석하고(Ⅱ.), 근래 선고된 판결들을 몇 가지 유형으로 분류해 살펴본 다음에(Ⅲ.) 필자의 의견을 개진하기로 한다(Ⅳ.).

Ⅱ. 관점의 차이

만약 제308조의2가 규칙이라면, -다소간의 원리적 고려를 거치든 안 거치든- “적법한 절차에 따르지 아니하고 수집”한 증거에 해당한다는 판정이 이뤄질 경우 법원으로서는 당연히 그 자료에 대해 증거신청을 기각하는 결정 또는 증거배제결정을 해야 할 것이다. 반면 원리라면, 사안에 따라 진실규명원칙이라는 또 다른 원리¹⁷⁾에게 우선순위를 내어 줄 여지가 있으며, 그 결과 해당 자료의 증거능력이 인정될 수 있다. 이에 관하여는 i) 원리와 규칙 간 강한 분리테제를 전제하여 제308조의2를 원리규정으로 파악하고, “적법한 절차”란 헌법상의 적법절차를 뜻하며 동조의 적용범위는 개별사안에서 형량을 통한 한계지어질 수밖에 없다는 견해(원리설)와¹⁸⁾ ii) 제308조의2는 규칙이므로 형량은 불가

제18권 제3호(2016), 73면 이하 참조.

17) 진실규명원칙은 여러 규칙들(제3조, 제139조, 제245조, 제361조의5 제14호, 제383조 제4호 등)에서 간접적으로 표현되어 있을 뿐 명시적으로 이를 선언하는 조항은 없으나, 이것이 형사소송법의 원리임에는 의문의 여지가 없다. 변종필, 형사소송에서의 진실개념과 형사소송구조, 형사정책연구 제7권 제3호(1996), 207면.

18) 변종필, ‘적법한 절차’를 위반한 사법경찰관 작성 피의자신문조서의 증거능력, 형사법연구 제25권 제4호(2013), 338면; 윤동호, 전문증거의 증거능력에 관한 문제영역 분석과 평가, 영남법학 제40집(2015), 208면.

하고 “적법한 절차” 위배 여부의 판단은 기본권침해여부, 위법수집증거배제의 규범목적, 증거수집과정에서 침해된 규범의 보호목적을 기준으로 판단해야 된다는 견해(규칙설)¹⁹⁾가 있다. 후자는 “적법한 절차”를 위배하였는지 여부의 판단에 원리적 고려를 개입시키는 하나 일단 적법절차 위반의 판정을 받은 증거에 대하여는 확정적으로 증거배제효를 인정하는 관점인 반면, 전자에 있어 증거배제효는 마냥 확정적인 것은 아니다. 규칙/원리의 문제를 직접 거론하지는 않는 종래의 분석들 중 위법수집증거에 대하여도 증거능력을 인정해주어야 하는 수가 있음에 동의하는 견해는 원리설과,²⁰⁾ 절차조항의 위반이 확인되는 경우 무조건적으로 증거능력을 부인하여야 된다는 시각²¹⁾은 규칙설과 각각 궤를 같이하게 된다.

비록 제308조의2의 시행일 전에 선고된 것이기는 하나, 이미 개정안이 통과된 상황에서 형상불변론 폐기를 기정사실화하고 위 규정의 해석지침을 제공하고자 한 대법원 2007. 11. 15. 선고 2007도3061 전원합의체 판결의 다수의견과 별개의견은 -역시 규칙/원리 구별의 차원에서 이 문제를 다루고 있지는 않지만- 이 주제에 관하여 상이한 결론을 도출한다.

[다수의견] 헌법과 형사소송법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 기본적인 권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않은 것으로서 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다. ... 다만, 법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집된 압수물의 증거능

19) 권영법, 위법수집증거배제의 기준, 저스티스 제118호(2010), 323면.

20) 김재윤, 위법수집증거 배제기준의 정립에 관한 고찰, 저스티스 제120호(2010), 147~148면; 김중구, 제량적 위법수집증거배제법칙과 증거수집의 주체, 형사법연구 제26권 제2호(2014), 244면; 박정난, 위법수집 증거배제의 기준, 법학논문집 제44집 제2호(2020), 187면; 안성수, 각국의 위법수집증거 배제법칙과 우리법상 수용방안, 저스티스 제96호(2007), 234~236면; 이완규, 사개추위안의 위법수집증거배제원칙에 대한 검토, 비교형사법연구 제8권 제1호(2006), 609~615면; 최석윤, 법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집된 압수물의 증거능력, 형사법연구 제20권 제1호(2008), 277~278면.

21) 김봉수, ‘제량적’ 위법수집증거배제(론)에 대한 비판적 고찰: 왜 유독 ‘비진술증거’에 대해서만 ‘제량적 배제’를 인정하려 하는가?, 비교형사법연구 제11권 제2호(2009), 204면 이하; 김형준, 위법수집증거에 대한 예외적 증거능력 인정의 타당성 여부, 법학논문집 제45집 제3호(2021), 174~175면; 이석배, 적법절차에 따라 수집된 증거사용의 한계, 법학논집 제36권 제2호(2012) 398면 이하; 하태인, 형사소송법 제308조의2(위법수집증거배제법칙)의 해석, 형사정책연구 제25권 제4호(2014), 300~301면 등.

력 인정 여부를 최종적으로 판단함에 있어서는, 실제적 진실 규명을 통한 정당한 형벌권의 실현도 헌법과 형사소송법이 형사소송 절차를 통하여 달성하려는 중요한 목표이자 이념이므로, 형식적으로 보아 정해진 절차에 따르지 아니하고 수집된 증거라는 이유만을 내세워 획일적으로 그 증거의 증거능력을 부정하는 것 역시 헌법과 형사소송법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련한 취지에 맞다고 볼 수 없다는 것을 고려해야 한다. 따라서 수사기관의 증거 수집 과정에서 이루어진 절차 위반행위와 관련된 모든 사정 즉, 절차 조항의 취지와 그 위반의 내용 및 정도, 구체적인 위반 경위와 회피가능성, 절차 조항이 보호하고자 하는 권리 또는 법익의 성질과 침해 정도 및 피고인과의 관련성, 절차 위반행위와 증거수집 사이의 인과관계 등 관련성의 정도, 수사기관의 인식과 의도 등을 전체적·종합적으로 살펴 볼 때, 수사기관의 절차 위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 아니하고, 오히려 그 증거의 증거능력을 배제하는 것이 헌법과 형사소송법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실제적 진실 규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사 사법 정의를 실현하려 한 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우라면, 법원은 그 증거를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다고 보아야 할 것이다.

[별개의견] 다수의견이 말하는 예외적으로 증거능력이 인정될 수 있는 기준의 하나로 들고 있는 ‘수사기관의 절차위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 아니한다’는 것이 구체적으로 어떤 의미·내용인지 알기 어렵다. 또한, 수집절차에 위법이 있는 압수물의 증거능력을 배제하는 것이 실제적 진실 규명을 통한 형사 사법 정의의 실현에 반하는 결과를 초래하는 것인지 여부를 판단하기 위해서는, 필연적으로 그 압수물의 증거능력이 인정되는 것으로 가정했을 때의 결론과 그 증거능력이 인정되지 아니하는 것으로 가정했을 때의 결론을 상호 비교·검토할 수밖에 없다고 할 것인데, 이는 본말이 전도된 것이라고 하지 않을 수 없다. … 다수의견이 제시하는 기준은 그 취지가 분명하지 아니할 뿐 아니라, 지나치게 엄격한 기준으로 위법수집증거의 배제원칙을 선언함으로써 자칫 실제적 진실 규명을 통한 형벌권의 적정한 행사라는 형사 사법의 또다른 목표의 달성을 불가능하게 하거나 지나치게 어렵게 만들 우려가 있다고 하지 않을 수 없다. 그러므로 수집절차에 위법이 있는 압수물의 증거능력은, 법원이 그 증거수집 절차와 관련된 모든 사정 즉, 절차조항의 취지와 그 위반의 내용 및 정도, 구체적인 위반 경위와 회피가능성, 절차 조항이 보호하고자 하는 권리 또는 법익의 성질과 침해 정도, 수사기관의 인식과 의도 등을 전체적·종합적으로 고려하여 볼 때 그 증거수집 절차의 위법사유가 영장주의의 정신과 취지를 몰각하는 것으로서 그 증거의 증거능력을 부정해야 할 만큼

중대한 것이라고 인정될 경우에는 그 증거능력이 부정되는 것으로 볼 것이고, 그 위법 사유가 이 정도에 이르지 아니하는 경우에는 그 압수물의 증거능력이 부정되지 아니하는 것으로 보아야 할 것이다.

별개의견은 i) 증거수집절차의 위법사유가 중대한 것이면 “적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거”가 되어 증거능력이 부정되는 반면, ii) 그 정도에 이르지 아니하는 때에는 증거능력을 부정할 수 없다고 하며, 전자의 경우에 형량을 통한 증거능력 인정례는 상정하지 않는다. 중대한 위법의 존부를 판별하는 과정에서는 적법절차원리를 고려하지만, 일단 중대한 위법의 존재가 확인될 경우 증거능력을 확정적으로 부인한다는 점에서 제308조의2를 일반조항적 규칙으로 보는 것이다.

다수의견은 “헌법과 형사소송법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거”는 위법의 중대성 여부와 관계없이 일단 제308조의2의 “적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거”가 되는 것으로 본다.²²⁾ 다만 그럼에도 불구하고 증거능력을 인정해줄 수 있는 경우가 존재한다고 하면서, 그 조건으로 i) 절차위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하지 않는 반면에²³⁾ ii) 증거능력을 부인할 때의 진실이익 희생 정도가 과도할 것을 제시하여 진실규명원리와의 조건부 우열관계를 설정하고 있다. 이러한 시각에서는 제308조의2가 원리규정의 모습을 갖게 된다.

별개의견은 다수의견을 겨냥해 “수사기관의 절차위반행위가 적법절차의 실질적인 내

22) 이주원, 형사소송법(제1판), 박영사(2019), 358면은 이 경우에 아예 위법수집증거로도 보지 않는 것이 다수의견의 입장이라고 한다. 그러나 다수의견이 엄연히 “헌법과 형사소송법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거”와 “기본적 인권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않은 것”을 같은 것으로 취급하고 있다는 점과, 당시 “적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거”라는 표현을 사용하는 제308조의2가 이미 시행을 앞두고 있었다는 사실을 고려할 때 이러한 시각에는 쉽게 동의하기 어렵다. 사소한 절차위반이 있는 증거를 아예 위법수집증거로 취급하지 않는 것은 오히려 별개의견의 태도라고 할 수 있다.

23) 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 것으로 판정할 경우에는 곧바로 증거능력을 부인하게 되며, 진실원칙의 비중을 고려할 여지가 없다. “수사기관이 범원으로부터 영장 또는 감정처분허가장을 발부받지 아니한 채 피의자의 동의 없이 피의자의 신체로부터 혈액을 채취하고 더구나 사후적으로도 지체 없이 이에 대한 영장을 발부받지도 아니하고서 그 강제채혈한 피의자의 혈액 중 알콜농도에 관한 감정이 이루어졌다면, 이러한 감정결과보고서 등은 형사소송법상 영장주의 원칙을 위반하여 수집되거나 그에 기초한 증거로서 그 절차 위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 정도에 해당하고, 이러한 증거는 피고인이나 변호인의 증거동의를 있다고 하더라도 유죄의 증거로 사용할 수 없다(대법원 2011. 4. 28. 선고 2009도2109 판결).”

용을 침해하는 경우에 해당하지 아니한다’는 것이 구체적으로 어떤 의미·내용인지 알기 어렵다”고 비판하나, 별개의견이 제시하는 기준인 “증거수집 절차의 위법사유가 영장주의의 정신과 취지를 몰각하는 것으로서 그 증거의 증거능력을 부정해야 할 만큼 중대한 것이라고 인정되는 경우” 또한 불명료한 것은 마찬가지이다.²⁴⁾ 다수의견이 제시하는 두 가지 조건들 중 두 번째 것을 빼면 결국 별개의견과 유사해지게 되는데, 현실에서 다수의견이 말하는 “적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우”와 별개의견이 말하는 “증거수집절차의 위법사유가 영장주의의 정신과 취지를 몰각하는 것으로서 그 증거의 증거능력을 부정해야 할 만큼 중대한 것이라고 인정될 경우”를 구별할 의미는 없을 것이기 때문이다.²⁵⁾ 이를테면 중대한 위법은 없으나 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우라든가, 적법절차의 실질적인 내용을 침해하지는 않으나 중대한 위법은 있는 경우와 같은 것은 상정할 수도 없고 상정해서 얻는 실익도 없다. 그러므로 별개의견에서 보다 핵심적인 부분은 비용편익분석에 반대하는 대목, 즉 다수의견에 따를 경우 “필연적으로 그 압수물의 증거능력이 인정되는 것으로 가정했을 때의 결론과 그 증거능력이 인정되지 아니하는 것으로 가정했을 때의 결론을 상호 비교·검토할 수밖에 없다”고 비판하는 데에 있다. 이것이야말로 별개의견과 다수의견을 가르는 결정적인 차이라고 할 수 있는데, 즉 다수의견이 법적 효과면에서도 인정하는 불확정성을 별개의견은 요건면에서만 허용한다는 것이다.

이렇게 보면 종래 형량에 반대하는 입장들²⁶⁾과 별개의견 사이에 본질적으로 공통점이 있음을 알 수 있다. 물론 양자는 증거배제효가 발동되기 위한 위법성의 정도를 서로 다르게 설정하고 있고 뉘앙스 면에서도 자못 차이가 나는 것이 사실이다.

24) 최석윤, 앞의 논문, 278면.

25) 서울고등법원 2021. 6. 1. 선고 2020노2178 판결; 서울북부지방법원 2021. 4. 20. 선고 2021노47 판결 참조.

26) 주 21 참조.

Ⅲ. 최근의 판결들

2007도3061 판결 이후 법원은 이를테면 압수목록의 기재나 교부를 누락한 경우와 같이 절차위반이 상대적으로 경미한 수준인 데 비해 법정형이 중한 사안에서 그 증거물의 증거능력을 인정하고 있다. 그러나 구체적인 판단방식에서는 위 판결의 다수의견과 상당한 차이를 보이는 경우가 많고 그 유형 또한 천차만별인바, 여기에서는 i) 형량하지 않는 유형, ii) 다수의견과 같이 형량하는 유형, iii) 형량을 가정적으로 하는 유형의 세 가지를 살펴보기로 한다. 한정된 지면을 고려해 고등법원 및 지방법원항소부 판결만을 선별하되, 논의의 집중을 위해 2차적 증거의 증거능력이 문제된 사안은 제외하기로 한다.

1. 유형 A(형량을 언급하지 않는 경우)

먼저 절차위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 수준이 아니라는 설시만으로 증거능력을 인정하고, 진실이익과의 형량은 언급조차 하지 않는 유형이 있다. 대법원 2007도3061 판결 다수의견에서 절차위반행위의 경미성은 증거능력 인정의 필요조건이자 형량의 선결문제로 되어 있을 뿐 충분조건은 아니라는 점과, 별개의견과 다수의견을 가르는 핵심적인 차이가 비용편익분석에 있다는 점을 고려할 때, 이와 같은 유형의 판결들은 결과적으로 별개의견과 그 모습이 비슷하다고 할 수 있다.²⁷⁾

가. 대전지방법원 2020. 11. 25. 선고 2020노1778 판결

수사기관이 정보저장매체에서 정보를 탐색·선별하여 파일로 복제하거나 출력하는 방법으로 압수·수색을 하였는데, 그 압수·수색을 종료하기도 전에 -그보다 앞서 이루어졌던 다른 압수·수색절차에서 인지된 바를 근거로- 압수조서 및 압수목록을 미리 작성하였고 이를 피고인에게 교부하지도 않았다는 이유로 변호인이 그 문건의 증거능력을 다투

27) 적법절차의 실질적인 내용을 침해하지 않는다는 말을 -절차위반행위가 경미하다는 뜻이 아닌- 위법성 자체가 인정되지 않는다는 의미로 사용하는 예가 드물게 있다(대법원 2020. 10. 29. 선고 2020도3972 판결). 이 경우 엄밀히 위법수집증거의 증거능력을 인정할 사례라고는 할 수 없기 때문에 이 글에서는 소개하지 않는다.

사안이다. 법원은 제129조의 위반을 인정하면서도, 그 위반의 정도가 경미하고 적법절차의 실질적인 내용을 침해한다고 볼 수는 없다고 하여 증거능력을 인정하였다.

이 사건 정보를 저장매체에서 탐색·선별하여 파일로 복제하거나 출력함으로써 압수절차가 완료된 이후에 비로소 압수조서 및 압수목록이 작성되어야 함에도 기존 제1차 영장의 집행 단계에서 우연히 발견된 이 사건 정보가 담긴 압축파일을 구체적으로 탐색하기도 이전에 곧바로 ‘압수하였다’는 표현을 쓰면서 압수조서 및 압수목록을 작성하였고, 위 압수목록을 피고인에게 교부하지 않은 것은, 수사기관으로 하여금 압수를 마친 이후 압수목록을 피압수자에게 교부하도록 하는 형사소송법 제129조를 위반한 것이다.

...

사법경찰관이 2020. 1. 15. 이 사건 정보의 상세목록을 작성한 다음 피고인에게 이를 이메일로 송부함으로써, 압수목록을 교부하도록 한 위 규정의 취지는 사실상 달성된 것으로 볼 수 있는 점을 고려하면, 비록 압수조서 및 압수목록이 압수·수색 절차의 종료 이후가 아닌 그 진행 단계에서 작성되고, 그것이 교부되지 아니하였다는 절차적 하지는 영장 집행의 전 과정에 비추어 볼 때 그 위반의 정도가 상대적으로 경미한 것으로 보이고, 영장주의를 회피할 의도에서 기인한 것이라거나 적법절차의 실질적인 내용을 침해한다고 볼 수 없다. 사정이 이와 같다면, 피고인이 항소이유에서 지적하고 있는 사정만으로는 제2차 영장에 의하여 압수된 이 사건 정보의 증거능력을 부정할 만한 사유로 삼을 수 없다.

나. 대전고등법원 2016. 5. 13. 선고 2016노27 판결²⁸⁾

경찰 진술조서에 첨부된 수사과정확인서에 조서열람 시작시간 및 종료시각의 기재가 누락되었다는 이유로 변호인이 그 진술조서의 증거능력을 다툰 사안이다. 법원은 그러한 절차위반만으로는 적법절차의 실질적인 내용이 침해되지 않는다고 하여 증거능력을 인정하였다.

절차위반이 헌법과 형사소송법이 정하는 적법절차의 실질적인 내용을 침해하여 국민의 기본적 인권 보장을 방해할 정도에 이르는 것이 아닌 한은, 형사소송법 제318조 제1항에 따라 검사와 피고인이 증거로 할 수 있음을 동의한 서류 또는 물건은 진정한 것으로 인정

28) 대법원 2016. 7. 27. 선고 2016도7902 판결(상고기각).

한 때에 증거로 할 수 있다. 이 사건에 있어 기록에 의하면, 경찰 진술조서에 첨부된 수사 과정확인서상 조서열람 시작시간 및 종료시각의 기재가 누락된 것은 사실이나, 그와 같은 사정만으로 그 증거수집절차가 헌법과 형사소송법이 정하는 적법절차의 실질적인 내용을 침해하여 국민의 기본적 인권 보장을 방해할 정도에까지 이른다고 보이지는 아니하고, 나아가 피고인이 원심에서 위 진술조서를 증거로 할 수 있음에 동의하였음이 분명하므로, 위 진술조서는 증거능력이 인정된다.

다. 서울고등법원 2014. 8. 11. 선고 2014노762 판결²⁹⁾

경찰이 압수·수색영장을 집행하는 과정에서 주거주나 지방공공단체 직원 등을 참여시키지 않고 단지 민간 포렌식 전문가나 다른 경찰공무원만을 참여시켰음을 이유로 변호인이 그 압수물의 증거능력을 다툰 사안이다. 이에 대하여 법원은 그러한 영장 집행은 제 219조, 제123조 제2항 및 제3항에 위반된다고 하면서도, 의도적인 위반이 아니고 영장 집행의 적정성을 담보하기 위한 상당한 조치를 취한 이상 위 절차구정들의 실질적인 내용이 침해되었다고 보기 어렵다는 점만을 들어 증거능력을 인정하였다.

이 부분 압수·수색 과정에서 수집된 증거는 앞서 본 수사관들의 절차 위반행위에도 불구하고 이를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있는 예외적인 경우에 해당한다고 보는 것이 옳다. … ① 이 부분 영장 집행은 주거주 등이나 지방공공단체의 직원 등의 참여 없이 개시되기는 하였지만, 당시 수사관들은 국가정보원과는 별개의 조직에 소속되어 있는 경찰관과 민간 포렌식 전문가를 참여시켰다. 그리고 위 거소지 건물의 보안팀장 ●●도 현장에 있었다. ② 수사관들은 건물에 진입한 직후 30분가량 참여인 없이 수색절차를 진행하였으나, 그 후 곧바로 ○○에게 연락하여 참여할 것을 고지하였다. ③ 당시 영장을 집행하였던 수사관 ▲▲은 ‘증거인멸의 우려 때문에 미리 피고인 측에 통지하지 않았으며, 현장을 장악한 이후에는 피고인 △△에게 연락하여 참여시킬 생각이었으나, 위 피고인이 현장을 이탈하여 참여할 의사가 없는 것으로 판단하고, 대신 건물 임대차 계약명의자인 ○○에게 연락하였다’, ‘당시 경찰관 ◇◇이 입회하였는데 경찰도 공공단체직원에게 충분히 해당된다고 생각한다’라고 증언하였다. ④ 이처럼 수사관들이 참여인 없이 일부 절차를 진행한 것은 증거인멸 등을 방지하여 압수·수색의 실효를 거두려는 목적과 지방공공

29) 대법원 2015. 1. 22. 선고 2014도10978 판결(상고기각).

단체 직원의 범위에 대한 나름대로의 해석에 기인한 것으로 보일 뿐, 참여인 등을 의도적으로 배제하려 하였던 것으로는 보이지 않는다. ⑤ ○○가 현장에 도착한 08:19부터는 계속 간수자 등이 참여한 상태에서 압수·수색절차가 진행되었고, 참여인들은 압수물 선별 과정, 디지털 포렌식 과정, 압수물 확인 과정에 적극적·실질적으로 참여하였다. ⑥ 수사관들은 위 압수·수색의 전과정을 영상녹화하기도 하였다. ⑦ 이처럼 수사관들은 영상 집행 절차의 적정성을 담보하기 위해 상당한 조치를 하였고, 참여인들에게도 충분한 참여권이 보장되었다고 보인다. 따라서 형사소송법 제123조 제2항, 제3항의 규정 취지를 감안하면 위 절차 규정의 실질적인 내용이 침해되었다고는 보기 어렵다.

라. 서울고등법원 2014. 5. 15. 선고 2013노1762 판결

피해자진술 영상녹화물에 관하여 구 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」(2020. 12. 18. 법률 제11572호로 개정되기 전의 것) 제18조의2 제3항(현재 제26조 제3항)이 요구하는 원본 봉인 및 기명날인 절차가 누락되었음을 이유로 변호인이 그 증거능력을 다툰 사안이다. 법원은 그것이 절차위반임을 인정하면서도, 의도적인 것이 아니고 단순한 실수로 보인다는 이유를 들어 변호인의 주장을 배척하였다.

① 구 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제18조의2는 성범죄 피해 아동이 법정에서 출석하여 직접 증언하는 대신, 안전한 장소에서 진술하게 하고 이를 녹화한 영상을 증거로 제출할 수 있도록 함으로써 성범죄 피해 아동의 법정 출석 등으로 인한 2차 피해를 방지하고자 하는 것이 본래의 취지이고, 다만 피해자 앞에서의 원본 봉인이나 피해자의 기명날인 등을 요구하는 것은 영상녹화물이 변개, 교환, 훼손되는 것을 방지하기 위한 것이라 할 것인 점, … ④ 영상녹화물의 내용 및 작성 경위로 보아, 그 절차 위반이 관련법률의 규정을 위반하거나 회피하기 위한 것이라기보다는 단순한 실수에 의한 것으로 보이는 점 등을 고려하면, 이 사건 영상녹화 CD는 진정하게 성립된 것으로서 피고인의 원심에서의 증거동위에 의하여 증거능력이 인정된다고 할 것이고, 위에서 본 일부 절차의 흠결만으로 이러한 증거능력이 부인된다고 할 수 없다.³⁰⁾

30) 중간에 ②와 ③은 진정성, 진정성립과 증거동위에 관한 언급이다.

마. 서울고등법원 2012. 12. 20. 선고 2012노755 판결

압수 후 약 3개월이 지난 무렵에 압수·수색에 참여하지도 않은 다른 사람에 의하여 압수일로 소급한 날짜로 압수조서가 작성된 점, 수사기관 앞에서 참여인이 작성한 압수 목록교부서상 압수목록의 기재가 누락되었다는 점 등을 들어 변호인이 그 압수물과 압수 조서의 증거능력을 다툰 사안이다. 이에 대하여 법원은 i) 압수조서의 작성이 압수에 있어서 본질적이고 필수적인 절차는 아니므로 압수조서 작성일자가 소급 기재되었다고 하더라도 압수절차의 적법성이 중대하게 침해되었다고 보기 어렵고, ii) 압수목록교부서 작성과정에서 압수목록의 내용이 일부 실제와 다르게 기재된 것 또한 사전영장원칙 위반과 같은 중대한 절차상 위법과 동일하게 평가할 수 없다는 등의 이유를 들어, 절차위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 정도에 이르지 않는다고 하여 증거능력을 인정하였다.

압수조서의 작성이 검사의 압수에 있어서 본질적이고 필수적인 절차라고 보기 어려운 점, ... 이 사건 압수조서의 작성일이 실제와 다르게 압수일로 소급하여 기재되었다고 하더라도 위 ②항과 같은 사정에 비추어 볼 때 이로 인하여 압수절차의 적법성이 중대하게 침해되었다고 보기는 어려운 점, ... 이 사건 압수목록교부서는 수사기관이 아닌 상피고인 2를 위한 참여인인 공소의 19가 직접 작성하였을 뿐 아니라 설령 그 작성 과정에서 압수목록의 내용이 일부 실제와 다르게 기재되었다고 하더라도 이를 두고 영장주의 위반과 같은 중대한 절차상 위법과 동일하게 평가할 수 없는 점 ... 등을 종합할 때, 이 사건의 경우 검사의 일부 절차 위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 정도에 이르지 않았다고 판단되므로, 이 사건 압수물과 압수조서는 모두 그 증거능력이 인정된다.³¹⁾

2. 유형 B(다수의견과 같이 형량하는 경우)

다음으로 다수의견이 제시한 기준 그대로를 대전제로 설정하고, 결론에서도 형량을 언급하는 유형이 있다. 여기에서 제308조의2는 다수의견에서와 마찬가지로 원리의 빛깔을 띤다. 다만 대부분의 판결들은 절차위반이 경미하다는 점을 뒷받침하는 근거는 충실

31) 이 부분 판단은 상고심에서도 유지되었다(대법원 2016. 8. 30. 선고 2013도658 판결).

히 제시하는 데 비해 진실이익의 상대적 중요성이 강조되어야 하는 이유를 상세히 언급하는 데에는 소홀한 편으로 보인다.

가. 부산고등법원(창원) 2019. 12. 17. 선고 2019노298 판결³²⁾

압수목록에 구체적으로 특정되지 않은 압수물의 증거능력이 문제된 사안이다. 법원은 그러한 압수목록의 기재만으로는 어떠한 서류가 압수되었는지를 피압수자가 알기 어렵기 때문에 압수물에 대한 권리행사나 방어권 행사에 상당한 어려움이 초래될 수 있다고 하여 압수절차상의 위법을 인정하면서도, 피고인이 실제적으로 방어권 행사에 어떠한 지장을 받은 것으로 보이지 않는 반면, 그 압수물은 약 150억 원 상당의 재산상 피해를 입힌 배임행위의 입증에 필요한 증거라는 점을 들어 증거능력을 인정하였다. 이 글에서 소개하는 사례들 가운데서는 이 판결이 다수의견의 취지를 가장 충실히 좇은 것이다.

피압수자로서는 위 압수목록만으로는 어떠한 서류들이 압수되었는지 알기 어렵고, 이로 인해 압수된 물건에 대한 권리행사나 피의자로서 방어권 행사에 상당한 어려움을 겪을 것으로 예상된다. 이에 대해 검사는 서류철을 통째로 압수하는 과정에서 현장에서 그 속에 들어있던 서류 하나하나 확인하지 못하였기 때문에 압수수색 과정에서 위 증거들을 확인하지 못한 것은 당연하다고 주장한다. 그러나 압수는 혐의사실과 관련 있는 물건에 대해서만 허용되는바, 각종 서류가 들어있는 서류철을 압수하면서 각 서류들의 혐의사실과의 관련성을 검토하지 않은 것은 적절한 압수 방법이 아니고, 그러한 이유로 압수목록 작성의 위법이 치유된다고 할 수도 없다.

...

압수물의 종류, 압수 경위, 압수 후의 정황 등에 비추어 보면, 피고인은 위 증거들이 압수된 사실을 충분히 인식할 수 있었고, 이에 위 증거들에 관한 권리행사나 방어권 행사와 관련하여 어떠한 지장을 받았다고 보이지 않는다. 반면 위 증거들은 약 150억 원 상당의 재산상 피해를 입힌 배임행위의 입증에 필요한 증거로서 ... 그 성립의 진정과 신빙성을 인정하기에 충분하다. 위와 같은 사정들을 종합하여 보면, 수사기관의 압수물 목록 작성 및 교부와 관련한 절차 위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 않고, 그 증거의 증거능력을 배제하는 것이 오히려 헌법과 형사소송법이 적법절차의

32) 대법원 2020. 7. 23. 선고 2020도5251 판결(상고기각).

원칙과 실제적 진실 규명의 조화를 통하여 형사 사법 정의를 실현하려고 한 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우에 해당한다.

나. 대구지방법원 2020. 9. 11. 선고 2019노5090 판결

응급실로 후송된 피고인으로부터 형사소송법 제216조 제3항에 따라 의사를 통해 영장 없이 채혈하였는데, 담당 경찰관의 실수로 사후영장(「경찰수사준칙」 별지 제65호 서식)이 아니라 사전영장(별지 제63호 서식)을 신청해 발부받아 그 피를 압수한 사안이다.³³⁾ 제1심법원은 대법원 2011. 4. 28. 선고 2009도2109 판결³⁴⁾을 원용하면서, 적법한 사후영장을 발부받은 것이 아니라는 이유로 피고인의 혈중알코올농도에 대한 국립과학수사연구원 감정서 및 이에 기초한 주취운전자 적발보고서의 증거능력을 부인하고 무죄를 선고하였다.³⁵⁾ 그러나 제2심법원은 i) 경찰관에게 고의성이 없었다는 점, ii) 위 대법원 2009도2109 판결 사안에 비하여 절차 위반의 정도가 경미하다는 점, iii) 판사의 의사에 기초하여 진정하게 영장이 발부되었다는 점 등을 들어, 증거능력을 부인할 경우 형사사법정의를 반하게 된다고 판단하였다.

경찰관은 응급실에서의 음주운전자에 대한 강제채혈에 관한 형사소송법 범리를 충분히 숙지하지 못하여 피고인으로부터 채혈한 혈액을 바로 압수하지 아니하고 법관으로부터 영장을 발부받은 후에야 압수한 것으로 판단되고, 경찰관이 채혈을 할 때부터 의도적으로 적법절차의 실질적인 내용을 침해한다던가 영장주의를 회피할 의도를 가지고 이 사건 강제채혈 및 이 사건 영장에 따른 압수·수색을 하였다고 의심할 만한 사정은 존재하지 않는다(경찰관이 법원의 영장 발부 이틀 후에야 혈액을 압수한 경위에 관하여서도 휴무일이라 영장 발부 사실을 늦게 알게 되었다는 취지로 설명하고 있으므로 납득할 만하다). 원심이 근거로 들고 있는 대법원 2011. 4. 28. 선고 2009도2109 판결은 경찰관이 법관으로부터 영장을 발부받지 않은 상태에서 채혈을 하고 사후에도 영장을 발부받지 않은 경우에 해당하되, 경찰관의 채혈 후에 어떠한 형식으로도 법관이 영장을 발부한 이 사

33) 이 경우 긴급압수의 방법으로 채혈하였다는 취지와 채혈의 일시/장소가 영장청구서에 적히지 않게 된다.

34) 주 23 참조.

35) 대구지방법원 경주지원 2019. 12. 12. 선고 2019고단296 판결.

건의 경우와는 절차 위반의 정도가 다르다. 이 사건 영장신청서에는 당시 피고인이 준헌 행범인의 요건을 갖추고 있는 점, 피고인에게 호흡조사에 의한 음주측정이 불가능하고 혈액 채취에 대한 동의를 받을 수 없는 점 등 사전 영장 없이 혈액을 채취하여 압수할 수 있는 예외적인 요건들이 상세히 기재되어 있고, 결론적으로 강제처분 사후에 판사의 의사에 기초하여 진정하게 영장이 발부되었다는 점은 외관상 분명하다.

...

위와 같이 적법하지 않은 영장에 기초하여 수집되었다는 절차상의 결함이 있지만, 이는 영장에 의하지 아니한 강제처분에 관한 형사소송법 제216조 제3항 본문의 요건을 갖춘 상태에서 획득하여 직후에 법관이 이 부분 공소사실과 관련성이 있다고 판단하여 발부한 영장에 기초하여 압수된 것이고, 위와 같은 결함은 피고인의 기본적 인권보장 등 법익 침해 방지와 관련성이 적다. 피고인에 대한 채혈 및 혈액 압수 과정에서 절차 조항 위반의 내용과 정도가 중대하지 않고 절차 조항이 보호하고자 하는 권리나 법익을 본질적으로 침해하였다고 볼 수 없다. 오히려 이러한 경우에까지 이 부분 공소사실과 관련성이 높은 이 사건 혈액 및 피고인의 혈중알코올농도에 대한 국립과학수사연구원 감정서, 주취운전자 적발보고서의 증거능력을 배제하는 것은 적법절차의 원칙과 실제적 진실 규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사 사법 정의를 실현하려는 취지에 반하는 결과를 초래할 수 있다.

다. 인천지방법원 2018. 10. 10. 선고 2018노1842 판결³⁶⁾

수사기관이 피고인들의 사무실을 압수·수색할 당시 압수조서 표지만 작성하고 압수목록은 뒤늦게서야 작성·교부한 사안이다. 법원은 형사소송법이 규정하고 있는 압수조서 작성 및 압수목록 작성·교부 절차가 제대로 준수되지 않았음을 인정하였으나, 절차위반 행위에 고의성이 없고 피고인이 압수처분과 관련한 권리행사절차에 지장을 받았던 것으로 보이지 않는다는 점을 들어, 증거능력을 부인할 경우 형사사법정의를 반하게 된다고 판단하였다.³⁷⁾

수사관들이 2015. 4. 20. 피고인들의 사무실을 압수수색할 당시 압수조서 표지만 작성하

36) 대법원 2020. 5. 14. 선고 2018도16740 판결(상고기각).

37) 비슷한 취지로 서울중앙지방법원 2014. 5. 8. 선고 2014노4093 판결.

고 압수목록은 이후에 작성 및 교부하여 형사소송법이 규정하고 있는 압수조서 작성 및 압수목록 작성·교부 절차를 제대로 준수하지 않은 사실을 인정할 수 있기는 하다. 그러나 원칙이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하여 인정할 수 있는 아래와 같은 사정들에 비추어 보면, 수사기관의 위와 같은 절차 위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당한다고 볼 수 없고, 오히려 그 증거의 증거능력을 배제한다면 헌법과 형사소송법이 적법절차의 원칙과 실제적 진실 규명의 조화를 통하여 형사 사법 정의를 실현하려고 한 취지에 반하는 결과를 초래하는 예외적인 경우에 해당한다고 판단되므로, 피고인들의 법리오해 주장은 이유 없다.

- ① 수사관들은 인천지방법원 판사가 발부한 압수수색 영장에 기하여 피고인들의 사무실에서 피고인 ○○의 참석하여 피고인 甲의 메모노트 등을 압수하면서 피고인 ○○에게 확인한 후 가져가는 서류들의 세부 목록을 기재한 인수증을 주었는데, 그 당시 피고인 ○○가 별다른 이의를 제기하지 않았고 위 인수증에 인계자로 기재하였다.
- ② 그 후 수사관들은 가져온 서류들 중 범죄혐의와 관련된 다이어리 1권을 특정하여 압수목록에 기재하고 피고인 ○○으로부터 확인을 받았는데, 그 당시 피고인 ○○가 별다른 이의를 제기하지 않았고 압수목록 및 압수물소유권포기여부확인서에 기명날인하였다.
- ③ 수사관들은 압수수색 당시 자료의 양이 방대하고 현장에서 일일이 열람하여 확인하기 불가능하기 때문에 일단 인수증의 형태로 가져가는 자료들을 알려준 것으로 보이고, 위와 같은 압수의 과정, 동기에 비추어 보면 수사관들이 적법절차 및 영장주의 원칙을 잠탈하거나 법원의 통제를 회피하려는 의도를 가지고 절차위반 행위를 한 것으로 보이지는 않는다.
- ④ 이 사건 압수물의 종류, 범위, 압수 경위, 압수 후의 정황 등에 비추어 피고인들이 압수처분과 관련한 권리행사절차에 지장을 받았던 것으로 보이지 않는다.

라. 대구고등법원 2020. 5. 21. 선고 2019노537 판결³⁸⁾

피해자가 경찰에 제출한 치마³⁹⁾로부터 추출·냉동한 DNA시료의 유전자형과 피고인

38) 대법원 2020. 9. 3. 선고 2020도6810 판결(상고기각).

39) 피고인이 피해자의 집에 침입하여 피해자를 폭행해 제압한 후 바지를 내리고 자위행위를 하면서 피해자가 입고 있던 치마에 사정하였다는 성폭범위반(주거침입강간등)의 점으로 기소된 사안이다. 피해자를 칼로 위협해 재물을 강취하였다는 특수강도의 혐의도 있었으나 공소시효완성으로 불기소되었다.

의 유전자형이 전부 일치한다는 감정결과와 증거능력이 다투진 사안이다. 법원은 그 치마에 관한 임의제출동의서를 받거나 압수조서를 작성한 흔적이 없어 압수의 적법성 여부에 대한 증거가 부족함을 인정하였으나, 치마에서 피해자의 DNA가 검출되었고 피해자의 진술에 신빙성이 있다는 등의 이유를 들어 “절차 위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당한다고 볼 수 없고, 오히려 DNA 증거 등 압수조서와 관련된 증거의 증거능력을 배제한다면 적법절차의 원칙과 실제적 진실 규명의 조화를 통하여 형사 사법 정의를 실현하려고 한 취지에 반하는 결과를 초래한다”고 하였다.

현재로서는 경찰이 이 사건 치마의 압수에 관하여 형사소송법이 규정하고 있는 압수조서 작성 등의 절차를 준수하였는지 확인할 수 없다. 그러나, 설령 피고인의 주장과 같이 이 사건 치마의 압수절차가 압수조서를 작성하지 않는 등 관련 규정을 위반하였다고 하더라도, 원심과 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하여 인정되는 아래 사정을 종합하면, 수사기관의 위와 같은 절차 위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당한다고 볼 수 없고, 오히려 DNA 증거 등 압수조서와 관련된 증거의 증거능력을 배제한다면 헌법과 형사소송법이 적법절차의 원칙과 실제적 진실 규명의 조화를 통하여 형사 사법 정의를 실현하려고 한 취지에 반하는 결과를 초래한다고 판단된다.

(가) 피해자는 경찰 조사를 받으면서 범인이 자위행위를 하여 피해자의 치마에 사정하였다고 진술하였고, 경찰은 피해자에게 이 사건 치마를 보여주며 이 사건 당시 범인이 사정한 치마임을 확인하였다. 피해자는 이 무렵 경찰에 이 사건 치마를 임의로 제출한 것으로 보인다.

(나) 국립과학수사연구소의 감정 의뢰 회보(생물 61112-18436)에 의하면, 이 사건 치마에서 피고인의 DNA뿐만 아니라 피해자의 DNA도 검출된 사실을 인정할 수 있다. 따라서 피고인의 주장과 같이 이 사건 치마가 피고인이 피해자가 아닌 불특정 다수의 여성과 성관계를 가지는 과정에서 피고인의 정액이 묻은 치마라거나, 이 사건 범행과 무관하게 다른 경로를 통하여 취득한 증거일 가능성은 없다.

(다) 피해자는 이 사건 당일 실시된 경찰 조사에서, 이 사건 범행을 당하게 된 경위, 추행 내용과 방법, 그 전후의 상황 등에 대하여 구체적이고 상세하게 진술하면서도, 피고인에 대한 처벌을 원하지 않는다는 의사를 명백히 표시하였다. 따라서 피해자가 피고인을 무고하기 위하여 피해 사실을 허위로 꾸며 신고한 것으로 보기는 어렵고, 달리 허위신고할 동기나 이유를 찾을 수 없다.⁴⁰⁾

3. 유형 C(가정적 부가설시로 형량을 언급하는 경우)

압수·수색의 절차에 위법이 존재하지 않거나 그 정도가 경미하다고 하여 전체적으로 적법하다고 평가하면서도, 바로 이어서 ‘설령 위법하다고 가정하더라도 증거능력이 인정된다’는 취지의 가정적 설시로 형량을 등장시키는 유형이다. 절차위반의 정도가 사소하기 때문에 위법수집증거가 아니라고 하는 것은 별개의견과 비슷한 구조이고, 압수·수색 절차가 위법하다고 가정하더라도 비교형량시 증거능력이 인정된다는 부분은 다수의견의 그것이라고 할 수 있다.

이 사건 사진 파일은 위법수집증거가 아니므로 증거능력이 있다. 설령 이 사건 사진 파일이 위법수집증거라 하더라도, 이 사건 사진 파일의 수집과 관련된 수사기관의 절차위반행위는 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 아니하고, 오히려 그 증거능력을 배제하는 것이 헌법과 형사소송법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실제적 진실 규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사 사법정의를 실현하려 한 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우에 해당하므로, 이 사건 사진 파일은 여전히 증거능력이 있다.⁴¹⁾

가정적 판단 부분을 빼더라도 결론에 영향이 없게 된다는 점에서 첫 번째 유형과 비슷하다고 볼 여지도 없지 않으나, 절차위반행위가 있다 하더라도 -그것이 적법절차의 실질적 내용을 침해하지 않을 뿐 아니라 형량 결과 진실이익이 더 앞서기 때문에 증거능력을 인정해야 한다는 취지가 강조되는 이상 첫 번째 유형과 동일하게 취급하기는 어렵다. 여기에서도 위법수집증거배제법칙은 원리의 모습으로 나타난다고 보아야 할 것이다.

가. 서울북부지방법원 2021. 4. 20. 선고 2021노47 판결⁴²⁾

영장에 기재된 압수대상물에 휴대전화만 기재되어 있고 SD카드는 별도로 기재되어

40) 이 이하는 압수의 기초가 된 사건의 단위 및 압수물의 동일성에 관한 변호인의 주장을 배척하는 실시이다.

41) 서울남부지방법원 2017. 1. 12. 선고 2016노944 판결; 서울고등법원 2017. 5. 23. 선고 2017노608 판결.

42) 대법원 2021. 7. 8. 선고 2021도5747 판결(상고기각).

있지 않았음을 들어, 변호인이 그 SD카드에 대한 압수가 위법하다는 주장을 개진한 사안이다. 이에 대하여 법원은, 영장 기재 압수대상 및 참여고지 대상에 SD카드도 포함되어 있다고 보아야 하므로 별도로 SD카드를 특정하지 않더라도 위법하다고 할 수 없고, 설령 그것이 위법하다고 하더라도 그 증거능력을 부인하는 것은 형사사법정의에 반한다고 판단하였다.

SD카드는 통상적으로 휴대전화 내부에 장착되어 그 내용을 휴대전화를 통해 읽는 것이고 이 사건 피고인의 휴대전화를 압수수색할 당시에 SD카드가 휴대전화에 장착되어 있었던 것으로 보이며, 담당경찰관과 피고인 모두 SD카드를 휴대전화와 별개의 압수 대상으로 고려하지 아니한 채 휴대전화와 함께 제출된 것으로 생각했다고 보이는 점, 피고인도 수사단계에서 SD카드에 대한 압수 절차나 디지털포렌식 절차에 이의를 하지 않았던 것으로 보이는 점 등을 고려하면, 이 사건 압수수색검증영장과 원본 반출 확인서의 디지털포렌식 절차 참여 고지 대상에는 피고인의 휴대전화 내부에 장착되어 있던 SD카드도 포함된 것이라고 봄이 타당하고, SD카드를 압수수색검증영장에 별도로 기재하지 않았거나 원본 반출 확인서의 원본 목록에 별도로 기재하지 않았다고 하더라도 수사 절차의 위법이 있다고 볼 수 없다.

...

SD카드를 별도로 기재하지 않은 것이 위법하다고 볼 여지가 있다 하더라도, 휴대전화의 압수 전후 사정 등을 고려하면, 절차 조항 위반의 내용과 정도가 중대하지 않고 위 절차 조항이 보호하고자 하는 권리 또는 법익을 본질적으로 침해하였다고 볼 수 없으며, 오히려 SD카드 및 SD카드에서 발견된 각 동영상의 증거능력을 배제하는 것이 헌법과 형사소송법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실제적 진실 규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사사법 정의를 실현하려 한 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우에 해당한다.

나. 의정부지방법원 2020. 7. 16. 선고 2020노573 판결⁴³⁾

수사기관이 메스암페타민을 투약한 피고인에게 압수·수색영장을 제시하고 소변을 채취한 것에 관하여, 당시 피고인이 환각상태에 있었던 이상 영장 내용을 제대로 읽어볼

43) 대법원 2020. 9. 24. 선고 2020도10143 판결(상고기각).

상태가 아니었기 때문에 적법한 제시로 볼 수 없다는 주장이 개진된 사안이다. 이에 대해 법원은 그러한 사정만으로는 압수·수색절차가 위법하다고 볼 수 없다고 하면서도, 뒤 이어 설령 그것이 위법하다고 하더라도 이를 이유로 증거능력을 부인함은 형사사법정의에 반한다고 부연하였다.

압수수색영장을 반드시 제시하여야 한다는 것은 처분을 받는 자로 하여금 영장의 내용을 인식할 수 있는 기회를 제공하여야 된다는 것을 의미하는 것으로, ○○ 등이 피고인에게 영장 집행과정에서 영장을 보여주고 피고인에게 확인할 기회를 제공한 이상, 피고인 스스로 영장 내용을 읽어볼 상태가 아니었다는 사정만으로 영장제시 원칙에 위반하였다고 볼 수 없다.

...

메스암페타민 투약 범행은 마약류 관리에 관한 법률 제60조 제1항 제2호에 의하여 그 법정형이 10년 이하의 징역 또는 1억 원 이하의 벌금에 해당하는 범죄로, 국민과 사회의 신체적·정신적 건강에 심대한 해악을 야기하는 중대한 범죄이다. 이와 같이 중대한 범행의 수사를 위하여 피고인의 소변을 채취하는 과정에서 설령 환각상태에 있는 피고인에게 영장을 제시하지 않은 위법이 있었다는 사유만으로 법원의 영장 발부에 기하여 수집된 증거의 증거능력까지 부인한다면, 이는 오히려 헌법과 형사소송법이 형사소송에 관한 절차조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실제적 진실 규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사 사법 정의를 실현하려 한 취지에 반하는 결과를 초래하게 될 것이다.

다. 서울중앙지방법원 2015. 4. 2. 선고 2014노5202 판결

공개된 장소에서 촬영된 사진에 관하여 초상권 침해 등을 이유로 변호인이 위법수집증거 주장을 개진함에 대해, i) 그러한 촬영행위가 위법하다고 단정할 수 없고 ii) 설령 위법하더라도 그 증거능력을 부인한다면 형사사법정의에 반하게 된다고 한 판결이다.⁴⁴⁾

이 사건 채증사진들은 피고인에 대한 범죄의 혐의가 상당히 포착된 상태에서 일반교통방해죄 등의 증거를 보전하기 위하여 수집되었다고 봄이 상당하고, 사생활 침해의 우려가 비교적 덜한 실외에서 집회와 시위에 참가하는 피고인의 모습을 촬영한 것으로 그 촬영

44) 대동소이한 판시로 서울중앙지방법원 2015. 4. 30. 선고 2014노4562 판결; 창원지방법원 2018. 4. 25. 선고 2017노2690 판결; 서울중앙지방법원 2014. 6. 12. 선고 2013노4379 판결 등.

방법에도 상당성이 인정되므로 이를 위법하다고 단정할 수는 없으며, 수사기관의 위와 같은 행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당한다고 할 수 없을뿐더러, 가사 그 채증이 위법한 경우에 해당한다고 하더라도 오히려 그 증거의 증거능력을 배제하는 것이 헌법과 형사소송법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실제적 진실 규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사 사법의 정의를 실현하려고 한 취지에 어긋나는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 경우에 해당한다.

라. 서울고등법원 2021. 6. 1. 선고 2020노2178 판결

수사기관이 전자정보를 압수한 경우 각 파일별로 해시값이 기재된 전자정보 상세목록을 교부하여야 함에도 그렇게 하지 않았다는 점을 들어 변호인이 위법수집증거 주장을 개진한 사안이다. 이에 대하여 법원은 그러한 증거수집은 -다소 부적절하거나 경미한 정도의 위법은 있으나 전체적으로 적법하다고 하면서도, 그 정도의 위법이 있다는 이유로 그 전자정보들의 증거능력을 부인하는 것은 형사사법정의를 반한다고 하였다.

압수된 전자정보들을 개개의 파일별로 특정하여 작성한 상세목록을 교부하지 않은 것은 다소 부적절하거나 위법이 있다고 할 것이지만, 피고인이 당시 컴퓨터 모니터상으로 직접 제시받고 개별 파일들의 존재와 해시값을 확인한 점이나 증거의 동일성 면에서 문제가 없는 것으로 보이는 점 및 이 사건과 관련한 전자정보들의 내용의 중대성, 규모의 방대함과 같은 현실적인 문제 등에 비추어 그 잘못이 중대하게 위법하다고 보기는 어렵다. ... 다소 위법이 있다 하더라도, 이와 같은 절차적 하자는 영장 집행의 전 과정에 비추어 볼 때 그 위반의 정도가 상대적으로 경미한 것으로 보이고, 영장주의를 회피할 의도에서 기인한 것이거나 적법절차의 실질적인 내용을 침해한다고 볼 수 없다. ... 그리하여 수사기관의 제1, 2차 영장 집행에 따른 증거 수집은 다소 부적절하거나 경미한 정도의 위법은 있더라도 전체적으로 적법한 것으로 판단된다.

...

아동·청소년에게 접근하여 성관계 영상 등을 몰래 촬영하거나 성착취물을 전송받는 등의 내용으로서 그 죄책이 결코 가볍다고 할 수 없고, 제2차 영장에 기하여 압수한 전자정보들은 그 범죄사실을 뒷받침하는 결정적인 증거들이다. ... 영장 집행에서 위법이 있다는 이유만으로 물증과 진술증거들을 모두 배척한 뒤 자백에 대한 보강증거가 없다는 이유로 이에 대해 무죄를 선고한다면, 이 사건 범죄의 중대성과 수사기관이 증거를 수집하는 중

있었던 일부 절차적 위법의 정도를 두루 비교·형량하여 볼 때, 위 전자정보들의 증거능력을 2차적 증거까지 포함하여 모두 배제하는 것은 적법절차의 원칙과 실제적 진실 규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사 사법 정의를 실현하려는 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 보인다.

4. 그 외의 유형

이상 셋으로 분류하였으나 실제로는 보다 다양각색의 유형들이 있다. 가령 적법절차의 실질적인 내용을 침해했다고 보기 어렵다는 이유로 증거능력을 인정하면서도 “또한 진실 규명의 조화를 도모한다는 측면에서도”로 시작되는 언급을 간략히 덧붙이는 예가 있는데, 이러한 표현은 절차위반의 경미성이나 진실이익의 상대적 중요성 중 어느 하나만 충족되어도 위법수집증거의 증거능력을 인정할 수 있다는 취지로 풀이되어 위의 가정적 부가설시 유형과 차이를 보이며 결과적으로 다수의견과 별개의견 중 어느 것보다도 어울리지 않게 된다.⁴⁵⁾ 그런가 하면 형량 결과 진실이익이 앞선다는 점을 절차위반행위의 존재 자체를 부정하는 근거로 삼는 듯한 예도 발견된다.⁴⁶⁾

45) “영장에 의하지 아니한 임의제출의 경우에도 제출자에게 압수목록을 교부해야 한다. 하지만, ① 피해 회사 직원은 원본을 그대로 보관하면서 사본만을 검사에게 제출했던 것으로 보이고, 제출했던 증거와 그 내용도 모두 정리해 두었던 것으로 보이는 점, ② 제출 과정에서 피해 회사 직원이 변호인의 조력을 받았던 것으로 보이는 점 … 등에 비추어 볼 때, 검사가 적법절차의 실질적인 내용을 침해했다고 보기 어렵다. 또한, 적법절차의 원칙과 실제적 진실 규명의 조화를 도모한다는 측면에서도 해당 증거의 증거능력을 배제할 수는 없다(서울고등법원 2020. 10. 22. 선고 2018노3088 판결).” 같은 판시로 대전지방법원 2021. 3. 10. 선고 2020노543 판결, 서울동부지방법원 2020. 10. 30. 선고 2020노839 판결.

46) “이 사건 각 동영상 촬영은 피고인이 피해자들을 추행 중인 모습이나 추행 직전·직후의 모습을 촬영한 것이고 그 촬영장소도 객관적인 은비 기대가 높지 않은 공개된 장소인 지하철역이므로 이러한 동영상 촬영으로써 피고인의 사생활이 현저히 침해되었다고 보기 어렵고, 오히려 이 사건 각 동영상의 증거능력을 배제할 경우 적법절차의 원칙과 실제적 진실 규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사사법의 정의를 실현하려고 한 취지에 어긋나는 결과를 초래할 수 있다고 평가되므로 이 사건 각 동영상 촬영의 상당성도 인정되는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 각 동영상 촬영이 피촬영자인 피고인의 동의 없이 이루어졌다고 하더라도 이 사건 동영상 촬영에 증거능력을 부정할 정도의 중대한 위법이 있다고 판단되지 않는다(서울남부지방법원 2019. 10. 10. 선고 2019노533 판결).”

IV. 검토

1. 원리로서의 제308조의2

제308조의2가 규칙이라는 해석론은 “증거로 할 수 없다”라는 표현이 확정적이고 지시적이라는 관점⁴⁷⁾을 전제하여야 가능할 것이다. 실제로 “증거로 할 수 있다/없다”나 “유죄의 증거로 하지 못한다”는 말을 쓰는 규정들 대부분이 규칙인 것이 사실이다. 그러나 원리와 규칙 간 구별이 법문에만 의존하여 이루어지는 것은 아님을 차치하고, 위 표현 자체에서 그것이 포함된 명제가 원리인지 아니면 규칙인지에 대한 확실한 단서를 얻을 수는 없다고 본다.⁴⁸⁾ 이 문언은 체계와 맥락에 따라 또 그것과 함께 쓰이는 다른 문구의 일반성 정도에 따라 확정적 명령이 될 수도 있고 반대로 최적화명령이 될 수도 있는 표현으로, 오히려 해당 조항이 원리인지 규칙인지에 대한 판단이 먼저 있고 나서야 비로소 적합한 독해법을 부여받을 수 있다. 일반성의 고저, 적용대상의 포괄성 정도, 그것이 속해 있는 법체계의 지도원리 내지 이념적 지향점과의 원근을 모두 고려한 결과 원리라는 판정을 할 경우에, 위 문구는 (가급적) ‘증거로 채택해서는 안 된다’라는 당위 테제로서 최적화명령이 된다. 반대로 규칙 판정을 도출한다면 위 문구는 (반드시) ‘채택 하지 말라’는 확정적 명령이 될 것이다.

적법절차에 따르지 아니하고 수집한 증거를 채택해서는 안 된다는 규범적 언명은 2008. 1. 1.자로 제308조의2가 시행되기 이전에도 이미 학설⁴⁹⁾과 판례에 의해 우리 형사사법체계 내 법규범으로 자리잡고 있었던바, 그 실제적인 모습은 원리였다고 할 수 있다.⁵⁰⁾ 이를테면 임의성이 인정되어 자백배제법칙에 걸리지 않는 자백이 집견교통권 침

47) 이를테면 이수진, 형사소송법 제308조의2의 재해석, 형사법연구 제26권 제3호(2014), 213면; 한성훈, 위법하게 수집한 증거의 예외적 허용에 관한 소고, 법학연구 제15권 제1호(2012), 245면; 한제희, 위법수집증거 배제법칙 운용의 개선방향, 형사소송 이론과 실무 제9권 제2호(2017), 315면.

48) 비슷한 생각으로 안성수, 앞의 논문, 235~236면.

49) 배종대·이상돈, 형사소송법(제7판), 홍문사(2006), 568면 이하; 오영근·박미숙, 위법수집증거배제법칙에 관한 연구, 한국형사정책연구원(1994) 61면 이하; 유인학, 증거배제법칙에 관한 비교법적 고찰, 법학논총 제5집(1988), 131~133면; 이종갑, 위법수집증거배제법칙, 법학연구 제2권(1990), 314면; 조규태, 위법수집증거의 증거능력에 관한 소고, 법학논총 제16집(2016), 272면 등.

50) 변종필, 앞의 논문, 338면.

해나 진술거부권 불고지 등의 이유로 위법수집증거 판정을 받아 증거능력이 부인되는 경우가 있었는데⁵¹⁾ 이는 구체적인 규칙의 경우 없이 위법수집증거배제라는 규범적 요청으로부터 곧바로 제안되는 증거배제효였다. 그리고 비진술증거의 영역에서는 형상불변론의 명분으로 진실이익과의 충돌국면에서 번번이 패퇴하다가⁵²⁾ 2007도3061 판결을 기점으로 비로소 우위를 점하게 된 것이다. 즉 그 당시에도 위 명제는 위법수사로 인한 증거능력 유무가 다투어질 때 수소법원이 언제나 판단에 고려하고 참작하여야 하는 ‘규칙이 아닌 법적 기준’이었던 것이다. 그런데 제308조의2는 그와 같이 원리로서 기능하던 명제를 그대로 명문화한 것일 뿐, 특별히 적용대상이나 요건·효과를 구체화함으로써 이를 규칙으로 변경하는 의미를 갖는 규정이라고는 볼 수 없다. 가령 제310조의2의 적용대상이 경험적 사실에 관한 공판정 외 진술을 전달하는 증거방법으로 한정되어 있고 제309조가 피고인의 진술 그 중에서도 자백에만 적용되는 것과 대조적으로, 제308조의2는 그 규율대상인 증거방법의 유형을 일절 특정하지 않고 있다. 그리고 그 법문의 “적법한 절차” 또한 헌법상의 “적법한 절차”, 즉 현재 우리의 법공동체 구성원들에 의해 공유되고 있는 가치관련적 기본요청에 해당하는 규정에 근거한 절차⁵³⁾ 그 자체를 가리키는 것으로 해석된다.⁵⁴⁾ 이러한 점들을 고려하면, “적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다”라는 명제는, 적법절차원리 그 자체를 증거능력제도의 어법으로 표현한 규범적 언명으로서 제308조의2가 시행된 후에도 일관되게 원리로서의 의미를

51) 대법원 1990. 9. 25. 선고 90도1586 판결; 대법원 1992. 6. 23. 선고 92도682 판결 등.

52) 대법원 1968. 9. 17. 선고 68도932 판결; 대법원 1987. 6. 23. 선고 87도705 판결; 대법원 1994. 2. 8. 선고 93도3318 판결; 대법원 1996. 5. 14.자 96초88 결정; 대법원 2005. 10. 28. 선고 2004도 4731 판결; 대법원 2006. 7. 27. 선고 2006도3194 판결 등.

53) 변종필, 앞의 논문, 342면.

54) 하태영, 개정 형사소송법 제308조의2 위법수집증거배제법칙의 법적 의미와 적용범위, 형사법연구 제19권 제4호(2007), 162면; 하태인, 앞의 논문, 290면 이하 참조. “적법한 절차”를 법령이 정한 일체의 절차라고 보는 견해도 있는데, 이 경우 이틀테면 피의자신문조서나 진술조서 작성시 작성연월일과 소속공무소의 기재(제57조 제1항), 기명날인·서명(제57조 제1항), 간인·천공 등(제57조 제2항), 문자변개금지(제58조 제1항), 글자 삽입·난외기체시의 날인·자수기재(제58조 제2항 본문), 글자 삭제시의 날인·자수기재·준치(제58조 제2항)와 같은 규정들의 위반이 있는 경우에도 위법수집증거로 보아야 할 것이고, 법원사무관의 기명날인이 누락된 검증조서(제50조)나 서명날인 거부 사유가 기재되어 있지 않은 감정인신문조서(제48조 제7항) 같은 문건들까지 위법수집증거로 취급하여야 할 것이다. 그러나 연혁적으로든 이론적으로든 위법수집증거배제법칙을 그와 같이 일체의 법령위반을 아울러 겨냥하는 규범이라고 하기에는 무리가 있다고 본다.

가진다고 보아야 할 것이다.

규칙이 오로지 원리로부터만 연역되는 것은 아니나 적어도 어떠한 원리로부터 지지를 받는 기준이라고는 할 수 있고, 또 다른 원리로부터 그 규칙과 다른 결론이 도출될 수도 있겠지만 입법자는 이미 그것과의 형량까지 마친 끝에 그 규칙을 제정한 것이다. 이처럼 원리가 형량의 도구인 반면 규칙은 이미 형량을 통과한 결과물이라고 할 때에, 제308조의2가 규칙이라고 하는 관점은 곧 입법자가 진실규명과 적법절차의 두 원리 간 형량을 한 끝에 후자를 무조건 전자보다 우위에 놓기로 하였다라고 하는 입장으로 귀결된다. 적법한 절차를 위반하여 수집한 자료에 증거능력을 인정해서는 안 된다는 규범적 요청 그 자체에는 진실규명원리가 약간이라도 차지하는 지분이 존재하지 않기 때문이다.⁵⁵⁾ 그리고 그와 같은 결론은 개별사안에서 국가에 엄격한 제한을 가하고 피고인에게 유리한 결론을 이끌어낼 것이 확실한데, 실제로 대법원 2007도3061 판결의 다수의견을 비판하는 시각들은 이러한 측면을 의식하고 있는 듯하다.

그러나 애초에 “적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다”는 추상적 명제가 과연 그 자체 규칙일 수 있는가 하는 근본적인 의문이 있다. 이를테면 증거법개정으로 제307조의2가 신설되었는데 그 내용이 ‘진실규명에 필요한 자료는 증거로 하여야 한다’인 경우를 가정해 보기로 한다. 제308조의2를 규칙으로 본다면, 그와 대척점에 놓여 있다고 할 수 있는 위 명제 또한 규칙으로 보는 것이 일관될 것이다. 따라서 이 가상의 규정은 제308조의2와는 i) 규칙이 다른 규칙에 대하여 예외를 설정해 주는 관계 또는 ii) 양립불가능의 관계에 있게 된다.⁵⁶⁾ 그러나 후자라고 한다면 둘 중 하나를 법질서에서 축출해 내야 한다는 이상한 결론에 이르게 되고, 전자라고 한다면 개별사안에서 무엇이 우선시되는지를 거칠게라도 요건화·유형화하는 것이 전혀 불가능하다는 문제가 있다. 보다 자연스러운 풀이는 이 둘 모두 원리로 보는 것, 즉 ‘진실규명에 필요한 자료는 증거로 하여야 한다’가 규칙일 수 없듯 ‘적법한 절차에 따르지 않고 수집한 자료

55) “위법수집증거배제법칙의 유일한 목적은 수정헌법 제4조의 위반을 억제하는 데 있다[Davis v. United States, 131 S. Ct. 2419, 2426 (2011)].” “위법수집증거배제법칙은 위법수사를 방지하고 사고안된 것이다[United States v. Calandra, 414 U.S. 338, 347 (1974)].” “위법수집증거배제법칙의 최우선목적은 장래의 위법수사를 방지하여 수정헌법 제4조의 취지를 담보하는 데 있다[United States v. Calandra, 414 U.S. 338, 347 (1974)].”

56) 알렉시, 앞의 책, 119~120면.

는 증거로 할 수 없다' 모두 규칙일 수 없다고 하는 것이다. 그리고 바로 그러한 속성에 기인하여, 어느 국가 어느 형사사법체계에서든, 대다수 사안에서 자동적 증거배제 (automatic exclusion) 규칙의 형식으로 운용하더라도 특이점(singularity)에 도달해서는 결국 원리의 모습을 드러내 비용편익분석에서 한 발 물러서게 되어 있는 것이 이 명제의 태생적 속성이라고 할 수 있다. 이는 당초 자동적 증거배제 규범으로 출발한 미국의 위법수집증거배제법칙이, 현재는 증거배제로 인한 억제적 이익(deterrence benefits)이 해악을 초래할 수 있는 범죄인을 방면함으로써 인한 상당한 사회적 비용(substantial social costs)을 압도하는 경우에 적용되는 형태로 자리잡은 것에서도⁵⁷⁾ 간접적으로 드러난다고 하겠다.

이처럼 개별사안에서 형량이 가능하고 또 요구된다는 점에서 제308조의2는 제310조의2나 그 예외규정들과는 성격이 다르다고 할 수 있다. 제310조의2는 직접주의라는 원리를 배후로 하여 진술서류 또는 전문진술에 대해 확정적으로 증거배제효를 발하는 규칙이고, 그 예외규정으로서 제308조의2와 유사하게 “적법한 절차”를 언급하고 있는 제312조 또한 규칙에 해당한다. 가령 사소하게라도 절차·방식 규정에 합치하지 않는 피의자신문조서는, 그 자체로 제312조 제1항제3항의 “적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것” 요건을 불비한 것으로서⁵⁸⁾ 증거동의를 없는 이상 원칙규정이자 규칙인 제310조의2에 의하여 증거능력이 확정적으로 부정된다.⁵⁹⁾ 반면 그러한 규칙조항의 적용을 받지 않고 단지 제308조의2에 의한 규율만을 받는 비진술증거는, 그 수집과정에서 절차위반의 정도가 경미한 데 비해 이를 조사함으로써 획득되는 진실이익이 너무나도 긴요한 때에, 제308조의2가 우선순위에 따라 밀려남에 따라 증거능력을 갖게 될 수가 있는 것이다.⁶⁰⁾ 또

57) Hudson v. Michigan, 547 U.S. 586(2006); Herring v. United States 555 U.S. 135 (2009).

58) 제312조의 “적법한 절차와 방식”이라는 요건 자체도, 헌법상 적법절차와 무관한 절차적·형식적 규정들이 마련한 절차까지 포괄한다는 점에서 제308조의2의 “적법한 절차”와는 다르다(주 54 참조). 예를 들어 간인을 빠뜨린 경우에 그 피의자신문조서는 제308조의2의 “적법한 절차”를 위반한 증거라고까지는 할 수 없겠으나 제312조 제1항의 “적법한 절차와 방식”을 준수하지 않은 것이라고 할 수는 있다(대법원 1981. 10. 27. 선고 81도1380 판결; 대법원 1992. 6. 23. 선고 92도954 판결; 대법원 1999. 4. 13. 선고 99도237 판결 등 참조).

59) 진술서류나 전문진술은 증거동의 또는 제311조 내지 제316조의 예외요건 구비로 증거능력이 있거나 아니면 그에 해당하지 못하여 증거능력이 없거나 둘 중의 하나이며, 그러한 요건을 갖추지 못한 전문증거가 이를테면 진실규명원리의 형량을 거쳐 채택되는 예는 인정되지 않는다(대법원 2004. 3. 11. 선고 2003도171 판결 참조. 주 15도 참조).

이들테면 작성과정에서 적법절차규정의 위반이 있는 진술조서의 경우, i) 직접주의라는 원리를 배후로 두는 규칙인 제310조의2가 증거배제효를 확정적으로 지시하는 동시에 ii) 그와 또 다른 평면에서 제308조의2의 위법수집증거배제 원리가 -특정 규칙을 경유하지 않고- 증거배제효를 제안하는 국면이 되어 결과적으로 두 규범의 중첩(교집합)이 발생하는데,⁶¹⁾ 만약 그 절차위반행위가 매우 경미한 수준인 데 반하여 진실이익이 중하다면 제308조의2는 형량에서 퇴각할 수 있겠지만, 규칙인 제310조의2에 의한 증거배제효가 여전히 남기 때문에 중국적으로는 채택불능이 된다.

대법원 2007도3061 판결의 다수의견이 i) 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우가 아닐 것, ii) 증거능력을 부인하는 것이 형사사법정예에 현저히 반할 것을 조건으로 내걸어 위법수집증거배제의 원리를 진실규명원리보다 열위에 서도록 하는 것은 제308조의2에 대한 해석론으로 적절하다고 생각된다. 이것은 별개의견이 지적하는 바와 같이 다소간 불명확한 것이 사실이나 원리규정에 대한 해석론으로서 보다 명료한 표현을 요구하는 것은 특별히 더 의미도 없다고 생각한다. 다수의견의 입장을 “재량적 위법수집증거배제법칙(discretionary exclusionary rule)”으로 명명하기도 하지만⁶²⁾ 적절한 표현이라고 할 수 없다. 다수의견은 엄연히 절차위반행위가 경미할 것과 진실이익이 현저히 클 것을 위법수집증거배제법칙의 후퇴조건으로 제시하는바, 이들 조건이 충족되지 않으면 위법수집증거배제법칙은 물러날 수 없고 실제로 그러한 경우가 개별사안의 절대다수를 이룬다.⁶³⁾ 다수의견하에 위법수집증거배제의 원리는 단지 전적으로 우선권을 누리지 못할

60) 제309조는 이런 식으로 운용될 수 없다. 그 문언으로 보나 입법연혁으로 보나, 자백이라는 한정된 증거유형을 대상으로 하여 고문·협박 등 임의성을 의심할 만한 사유가 있을 것을 조건으로 증거배제효를 확정적으로 명령하는 규정이기 때문이다. 제309조는 위법수집증거의 배제라는 원리로부터 연원해, 획득과정에서 협박 등이 이루어진 자백의 증거능력을 확정적으로 탈락시키는 규칙의 성격을 지니는 것으로 파악될 수 있다고 본다. 이 점에서 보면, 제309조의 이론적 근거를 위법배제설에서 찾더라도 제308조의2와의 관계에서 독자적 의의가 없게 된다고는 말할 수 없을 것이다.

61) 변종필, 앞의 논문, 342면 참조.

62) 김봉수, 앞의 논문, 190면; 김중구, 앞의 논문, 243면.

63) 증거능력을 인정할 필요가 있다는 검사의 주장은 대다수 사안에서는 받아들여지지 않고 있다. 서울고등법원 2013. 4. 25. 선고 2010제노77 판결; 인천지방법원 2013. 5. 10. 선고 2013노581 판결; 서울고등법원 2013. 6. 21. 선고 2013노62 판결; 서울고등법원 2013. 8. 22. 선고 2013노1350 판결; 서울고등법원 2014. 2. 6. 선고 2013노929 판결; 대전지방법원 2014. 6. 26. 선고 2013노3163 판결; 서울고등법원 2014. 7. 10. 선고 2014노609 판결; 서울고등법원 2014. 12. 18. 선고 2014노2830 판결; 대전지방법원 2018. 11. 1. 선고 2018노265 판결; 대전지방법원 2018. 11. 22.

뿐 수소법원이 이것을 부득이 후퇴시키고자 한다면 또 다른 원리인 진실규명원칙과의 형량의무와 논증부담을 진다. 특히 여기에서의 재량(discretion)이 규칙만 존재하는 실증주의적 법체계관에서 규칙으로 해결되지 않는 사안의 해결을 위해 법관이 활용하는 도구를 의미하는 것이라면, 이는 위법수집증거배제법칙을 수식하는 말로는 더더욱 적절하지 아니하다.

2. 최근 판결들에 대한 평가

Ⅲ.에서 소개한 사례들 중에서는 다수의견의 논리구조를 그대로 따르는, 유형 B의 판결들이 가장 적절하다고 본다. 다만 그것들 가운데 적법절차원리와 진실규명원리 간의 갈등을 의식하면서 진실이익이 우선되어야 하는 근거를 간략하게라도 언급하였다고 평가될 만한 것은 가장 처음의 부산고등법원(창원) 2019노298 판결뿐이다(Ⅲ. 2. 가.). 그 다음의 대구지방법원 2019노5090 판결, 인천지방법원 2018노1842 판결에서 재판부가 거시한 사정들은 단지 절차위반이 경미하다는 사정만을 뒷받침하는 것들이며, 네 번째인 대구고등법원 2019노537 판결에서 법원이 든 이유들은 심지어 절차위반의 경미성과도 전혀 무관해 보인다(Ⅲ. 2. 나. 이하). 다수의견이 제시한 기준 자체를 충실히 원용하는 것만큼이나, 진실규명원리가 왜 보다 우선순위를 가져야 하는지를 뒷받침하는 구체적인 근거를 드러내는 데에도 보다 큰 비중을 할애할 필요가 있을 것으로 본다. 그리고 유형 C처럼 형량을 가정적으로 하는 것보다는, 절차위반행위라 할 만한 것이 보이지 않는다면 처음부터 위법성 자체를 부인하든지, 그렇지 않다면 일단 정면으로 위법성을 인정하고 나서 형량으로 나아가 증거능력을 인정하는 골격이 보다 정합적일 것이다.

유형 A와 같이 절차위반의 경미함을 들어 증거능력을 인정하고 진실규명원리와의 형량은 언급조차 하지 않는 것은 통일성 차원에서나 제308조의2의 원리적 성격에 비추어 보나 바람직하다고 할 수 없다. 유형 A의 판결들은 별개의견과 마찬가지로 사소한 절차위반만 있는 경우 아예 위법수집증거로 취급하지 않는 입장에서 서 있는 듯하나, -헌법상 적법절차규정과 그렇지 않은 규정을 구별해 내는 작업, 위법의 경미함 정도를 평가하는 작업이 쉽지 않은 사안들이 존재함을 차치하더라도- 사소한 위법이 있는 경우든

중대한 위법이 있는 경우든, 또 그 위법이 과실이든 고의이든, 당초 헌법이 의도한 바에 부합하지 않는 결과를 초래한다는 점에서는 무차별하다는 사실을 부인할 수 없다. 그 위법의 정도가 경미할수록 또 해당 구성요건규정에 의하여 보호되는 법익이 중대할수록 비중차원에서 절차이익보다 진실이익이 앞서게 되어 결과적으로 증거능력을 인정해 줄 수 있게 되는 것이지, 처음부터 위법수집증거배제법칙의 역외에 있다고 평가할 일은 아니다. 앞서 유형 A로 소개한 판결들은 법정형이 중한 사안에서 범죄사실 인정에 불가결한 자료의 증거능력을 인정한 사례들이므로 2007도3061 판결 다수의견의 판단구조에 따랐어도 결론은 동일하였을 것으로 생각된다. 그러나 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 것은 아니지만 그렇다고 해서 증거배제효를 인정하는 것이 형사사법정의에 반하는 것도 아닌 상황 또한 염두에 두지 않을 수가 없다. 이를테면 검사가 신청한 모든 증거를 빠짐없이 조사하더라도 가벼운 벌금만을 선고하거나 선고유예판결도 할 법한 경미사건에서, 공소사실을 인정할 핵심적인 증거에 수집과정상의 사소한 위법이 있는 경우가 존재할 수 있다. 여기서는 비록 적법절차이익이 미약하기는 하나 진실이익은 그보다도 더 대수롭지 않다고 평가하여 후단 무죄를 선고할 수 있는 것이다.

참고문헌

〈단행본〉

- 로베르트 알렉시, 기본권이론(이준일 역), 한길사(2007)
 로베르트 알렉시, 법의 개념과 효력(이준일 역), 고려대학교출판부(2007),
 로베르트 알렉시, 법적 논증 이론(변종필·최희수·박달현 역) 고려대학교출판부(2007)
 로널드 드워킨, 법과 권리(염수균 역), 한길사(2010)
 배종대·이상돈, 형사소송법(제7판), 홍문사(2006)
 오영근·박미숙, 위법수집증거배제법칙에 관한 연구, 한국형사정책연구원(1994)
 이주원, 형사소송법(제1판), 박영사(2019)

〈논문〉

- 강우예, 법의 일관성 확보를 위한 개념 형태에 대한 비판적 분석, 법철학연구 제22권 제3호(2019)
 권영법, 위법수집증거배제의 기준, 저스티스 제118호(2010)
 김봉수, ‘재량적’ 위법수집증거배제(론)에 대한 비판적 고찰: 왜 유독 ‘비진술증거’에 대해서만 ‘재량적 배제’를 인정하려 하는가?, 비교형사법연구 제11권 제2호(2009)
 김재윤, 위법수집증거 배제기준의 정립에 관한 고찰, 저스티스 제120호(2010)
 김종구, 재량적 위법수집증거배제법칙과 증거수집의 주체, 형사법연구 제26권 제2호(2014)
 김혁돈, 형사소송법 제309조의 해석에 있어 제308조의2와 제317조의 관계, 형사소송이론과 실무 제8권 제1호(2016)
 김형준, 위법수집증거에 대한 예외적 증거능력 인정의 타당성 여부, 법학논문집 제45집 제3호(2021)
 박정난, 위법수집 증거배제의 기준, 법학논문집 제44집 제2호(2020)
 박진완, 규칙과 원리로서 기본권, 공법연구 제34집 제1호(2005)
 변종필, 공소장일본주의 위반과 하자의 치유, 비교형사법연구 제18권 제3호(2016)

- _____, 법규칙과 법원리 구별의 유용성과 한계, 강원법학 제34권(2011)
- _____, ‘적법한 절차’를 위반한 사법경찰관 작성 피의자신문조서의 증거능력, 형사법연구 제25권 제4호(2013)
- _____, 형사소송에서의 진실개념과 형사소송구조, 형사정책연구 제7권 제3호(1996)
- 안성수, 각국의 위법수집증거 배제법칙과 우리법상 수용방안, 저스티스 제96호(2007)
- 안준홍, 법규칙과 법원리를 질적으로 구별할 가능성에 대한 비판적 고찰, 법철학연구 제11권 제2호(2008)
- 유인학, 증거배제법칙에 관한 비교법적 고찰, 법학논총 제5집(1988)
- 윤동호, 전문증거의 증거능력에 관한 문제영역 분석과 평가, 영남법학 제40집(2015)
- 이부하, 원칙이론에 의한 헌법재판적 형량, 법학논고 제46집(2014)
- 이석배, 적법절차에 따라 수집한 증거사용의 한계, 법학논총 제36권 제2호(2012)
- 이수진, 형사소송법 제308조의2의 재해석, 형사법연구 제26권 제3호(2014)
- 이완규, 사개추위안의 위법수집증거배제원칙에 대한 검토, 비교형사법연구 제8권 제1호(2006)
- 이종갑, 위법수집증거배제법칙, 법학연구 제2권(1990)
- 조규태, 위법수집증거의 증거능력에 관한 소고, 법학논총 제16집(2016)
- 최석윤, 법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집된 압수물의 증거능력, 형사법연구 제20권 제1호(2008)
- 하태영, 개정 형사소송법 제308조의2 위법수집증거배제법칙의 법적 의미와 적용범위, 형사법연구 제19권 제4호(2007)
- 하태인, 형사소송법 제308조의2(위법수집증거배제법칙)의 해석, 형사정책연구 제25권 제4호(2014)
- 한성훈, 위법하게 수집한 증거의 예외적 허용에 관한 소고, 법학연구 제15권 제1호(2012)
- 한제희, 위법수집증거 배제법칙 운용의 개선방향, 형사소송 이론과 실무 제9권 제2호(2017)

Balancing of the Costs and Benefits of Excluding Evidence

Gieop Na*

The purpose of this paper is to figure out whether the Article 308-2 in Criminal Procedure Code is legal rule or legal principle. The author introduces two rival opinions; analyzes difference between the Majority Opinion and the Concurring Opinion of Supreme Court en banc Decision 2007Do3061 Decided November 15, 2007; sorts recent appellate judgments made exception to Exclusionary Rule, into three broad categories. In conclusion, this paper argues that the Article 308-2 is declaring legal principle, unlike some automatic exclusion provisions including the Article 310-2, therefore making exception to Exclusionary Rule after balancing costs and benefits of excluding evidence is possible and required.

❖ Key words: Admissibility of Evidence, Principle of Due Process of Law, Principle of Truth, Exclusionary Rule, Balancing, Legal Rules, Legal Principles

투고일 : 2월 28일 / 심사일 : 3월 23일 / 게재확정일 : 3월 23일

* Attorney at Law, Jung-gu Office of Seoul Metropolitan Government.