

위법수집증거의 증거능력배제 기준에 관한 고찰

이 광 수*

목 차

I. 서 론	III. 증거능력배제의 유형
II. 위법수집증거배제법칙 일반론	1. 위법수집증거배제의 일반적 기준
1. 위법수집증거배제법칙의 의의와 연혁	2. 증거배제의 유형
2. 자백배제법칙과 위법수집증거배제법칙의 관계	3. 강제수사와 임의수사의 한계로 문제되는 경우
3. 독수의 과실 이론	4. 위법수집증거의 예외적 증거사용 문제
4. 위법수집증거배제의 예외법리	IV. 결 론

I. 서 론

2007년 6월 1일 형사소송법의 개정으로 우리 형사소송법에서도 “적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다.”(제308조의2)¹⁾는 원칙이 규정되기에 이르렀다. 이는 일반적으로 종래 학설에 의해 거의 이론의 여지가 없이 받아들여지던 위법절차에 의하여 수집된 증거의 수집 및 사용금지 즉 증거능력을 배제하는 법리 — 간단히 위법수집증거배제법칙(the exclusionary rule)이라고 한다 — 를 규정한 것으로 이해되고 있다.²⁾

* 국민대학교 법과대학 조교수

1) 이 글에서 특별한 법률명칭 표시가 없으면 형사소송법을 가리킨다.

2) 손동권, 『형사소송법』, 세창출판사, 2008, 547면; 이재상, 『신형사소송법』(제2판), 박영사, 2008, 543면; 안성수, “각국의 위법수집증거 배제법칙과 우리법상 수용방안”, 『저스티스』, 통권 96호, 한국법학원, 187면; 하태영, “개정형사소송법상 제308조의2 위법수집증거배제법칙의 법적 의미와 적용범위”, 『형사법연구』, 제19권 제4호(통권

그러나 여기서 구체적으로 적법한 절차란 어떠한 절차를 의미하며, 어느 정도의 절차위반이 있을 때 그에 의하여 수집된 증거를 배제할 것인가 여부에 관하여는 아무런 기준도 제시되어 있지 않다. 또 종래 위법수집증거배제법칙에 포함되는 것인가 여부에 관하여 논의가 있던 자백배제법칙에 관한 규정(제309조)을 그대로 존치하면서 새로 위법수집증거를 배제하는 규정을 도입하였기 때문에 양자의 관계에 관한 해석론도 여전히 남아 있다. 법원과 법무부 간에 이 조문을 둘러싸고 “위법하게 수집된 증거가 아니라 적법한 절차에 의하지 아니하고 수집한 증거라고 규정함으로써 위법수집증거배제의 범위에 관하여 법원의 판단여지를 두고 있는데 향후 법원이 비진술증거인 증거물에 관하여 이 원칙을 어떻게 해석하여 적용해 나갈 것인지 주목된다.”는 입장³⁾과, “앞으로 구체적인 사건에서 어떠한 경우가 적법한 절차에 의하지 아니하고 수집한 증거에 해당될 것인지에 관하여는 위법의 내용 및 정도, 위법한 행위에 의하여 침해되는 권리의 성질, 실제적 진실발견의 필요성 등에 대한 종합적인 비교형량을 통하여 해석기준이 정립될 것이다.”라는 입장⁴⁾으로 나뉘어 다소간 입장의 차이가 있는 것으로 비치기도 한다.⁵⁾

하지만 어떠한 법리이든지 그 법리를 성문법전화하는 과정에서는 일상적인 용어가 아닌 전문적이고 축약적인 용어의 선택이 불가피하고 그 용어가 갖는 의미를 일상 속의 구체적인 사건에서 파악하여야 하는 해석의 과정이 필수적으로 요청된다는 점에서 위와 같은 규정방식을 크게 문제삼을 것은 아니라고 할 것이다.

제33호), 한국형사법학회, 2007. 12, 159면 이하.

3) 법원행정처, 『형사소송법개정법률해설』, 법원행정처, 2007, 124-125면. 이 입장은 제309조의2의 적용대상을 비진술증거로 한정하였다는 점을 강조하기 위해 강조점은 필자가 부기한 것임.

4) 법무부, 『개정형사소송법』, 법무부, 2007, 226면. 법무부의 입장은 반드시 제309조의2의 적용대상을 비진술증거로 한정하고 있지 않은 것으로 보인다.

5) 하태영, 앞의 논문, 167면.

한편 위 조항과 관련하여 위 형사소송법 개정법률이 공포된 후 아직 시행되기 전이기는 하지만 우리 대법원은 주목할 만한 판례⁶⁾를 제시한 바 있다. 이 판례에 의하면 적법절차를 따르지 않고 수집된 증거는, 원칙적으로 유죄인정의 증거로 사용할 수 없고 “헌법과 형사소송법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실체적 진실 규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사 사법 정의를 실현하려 한 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는” 예외적인 경우에만 증거로 사용될 수 있다는 것이다. 이 판례는 종래 우리 대법원이 취해 온 성질·형상불변론⁷⁾의 입장을 수정한 것이다. 그러나 구체적으로 어떠한 기준에 의하여 적법절차의 원칙과 실체적 진실 규명의 조화를 도모할 것인지에 관하여는 여전히 향후의 학설과 판례에 맡겨져 있다.

이 글에서는 종래 위법수집증거배제법칙의 일반론을 간단히 고찰하고 구체적으로 그동안 우리나라 및 외국의 판례, 학설 등에 의하여 증거가 배제된 사례들과 그렇지 아니한 사례들을 검토하여 구체적인 판단기준을 유형별로 고찰해 보고자 한다.

6) 대법원 2007. 11. 15. 선고 2007도3061 전원합의체 판결.

7) 압수물은 그 압수절차가 위법이라 하더라도 물건 자체의 성질·형상에 변경을 가져오는 것은 아니므로 그 형상 등에 관한 증거가치에는 변함이 없다 할 것이므로 증거능력이 있다는 논리로 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. 선고 96초88 결정; 대법원 2002. 11. 26. 선고 2000도1513 판결; 대법원 2006. 7. 27. 선고 2006도3194 판결 등 종래 대법원의 주류적 입장이었다.

II. 위법수집증거배제법칙 일반론

1. 위법수집증거배제법칙의 의의와 연혁

위법한 절차에 의하여 수집된 증거에 대하여 증거능력을 부정하는 법칙을 위법수집증거배제법칙이라고 한다. 형사소송에 있어서 실체적 진실발견의 이념을 중시한다면, 비록 증거수집절차에 위법한 요소가 개입되어 있다 하더라도 수집된 증거가 신용력을 가지는 한 문제될 것이 없다고 할 수 있다. 그러나 적정절차의 원칙 또한 형사소송의 중요한 이념으로서 결코 실체적 진실발견의 이념과 비교하여 경시될 수 없다고 본다면, 증거 자체의 신용력 여부를 불문하고 증거를 수집하는 과정에 위법한 요소가 개입한 경우에는 이를 증거로 사용할 수 없다고 해야 할 것이다. 만일 증거수집절차에 위법이 있음에도 불구하고 위법하게 수집된 증거의 증거능력이 인정될 수 있다면 증거 획득을 위하여 위법한 수사가 자행될 것이고 이는 피의자나 피고인만이 아니라 궁극적으로 일반국민 모두에게 정의롭지 못한 결과를 초래할 것이기 때문이다. 이러한 관점에서 종래 영미법을 중심으로 위법한 절차에 의하여 수집된 증거의 증거능력을 배제하는 법리가 형성되어 온 것이 바로 ‘위법수집증거배제법칙’이다.

영미법과 달리 독일법에서는 위법수집증거배제의 법리가 ‘증거금지(Beweisverbote)의 원칙’이라는 법리로 다루어져 왔다. 독일법의 증거금지원칙은 피고인의 인격권을 침해하는 증거의 수집 및 그 사용을 금지하는 법리로서 일반적으로 증거배제의 근거나 재량적 배제의 허용 여부에 관하여는 영미법계의 위법수집증거배제법칙과 다소 차이가 있는 것으로 이해된다. 하지만 1970년대 이후 미국 대법원의 입장이 위법수집증거의 배제는 헌법적 권리가 아니라 수정헌법 제4조를 위해 만들어진 사법적 구체책으로 격하시키고 사법의 엄결성보다는 경찰관의 불법행

위의 억지를 목적으로 하는 것으로써 위법수집증거의 배제 여부는 구체적 사안별로 그로 인한 이득과 손실을 비교하여 판단하여야 한다는 입장으로 수정되면서⁸⁾ 위법수집증거의 배제기준에 비교교량의 원리가 도입되고, 독일 연방대법원도 1990년대에 들어 대상범죄를 상세히 명기하지 않은 채 종전 관례대로 피의자에게 살인의 의심이 있어 가택을 수색하고자 한다는 영장신청에 대하여 이 영장은 인격권과 주거의 자유를 침해하는 것이므로 이를 통해 획득한 증거의 사용을 금지한 사례,⁹⁾ 피고인에 대한 진술거부권을 고지하지 않은 채 획득한 자백에 대해 증거사용금지를 선언한 사례,¹⁰⁾ 피고인의 변호인 접견요청을 무시하고 획득한 자백의 사용을 금지한 사례¹¹⁾ 등 증거금지원칙에 있어서 인격권 보호만이 아니라 위법수사억지의 관점을 고려한 판결들을 선고하고 있어 양자의 경계가 점점 좁혀지고 있다고 할 수 있다.

2. 자백배제법칙과 위법수집증거배제법칙의 관계

임의성 없는 자백의 증거능력을 부정하는 자백배제법칙의 근거를 임의성 없는 자백에는 허위가 개입될 가능성이 많고 진실의 발견을 저해하므로 증거능력이 부정된다고 하는 허위배제설이나 범죄사실의 인부에 대한 의사결정의 자유 즉 진술의 자유를 침해한 위법 부당한 압박하에 행하여진 자백을 의미하고 묵비권을 포함한 피고인의 인권을 담보하기 위하여 임의성 없는 자백의 증거능력을 부정하여야 한다는 인권옹호설로 보는 경우에는, 자백배제법칙은 진술증거에 대한 증거법

8) United States v. Calandra, 414 U.S. 338, 347~348, 1974; Alderman v. United States, 394 U.S. 165, 174, 1969; United States v. Janis, 428 U.S. 433, 466, 1976; Stone v. Powell, 428 U.S. 465, 488~491, 1976.

9) 1992 BVerfGE 60, 1991.

10) 38 BGHSt 214, 1992.

11) 38 BGHSt 372, 1992.

칙, 위법수집증거배제법칙은 증거물에 대한 증거법칙으로 구별하여 파악하게 된다. 그러나 자백배제법칙의 근거를 자백취득과정에 있어서 적정절차의 보장요청에 위반하여 취득된 자백을 배제하는 것이라고 보는 위법배제설의 경우에는, 자백배제법칙도 위법수집증거배제법칙의 일부라고 보아 위법수집증거배제법칙은 진술증거, 비진술증거를 불문하고 적용된다고 한다.¹²⁾ 전술한 대법원 전원합의체 판결의 태도는 정면으로 양자의 관계를 판단한 것은 아니지만 대체로 인권옹호설의 입장에서 위법수집증거배제법칙은 물적 증거에 관하여 적용되는 것으로 보고 있는 듯하다.¹³⁾

생각건대, 이들을 같은 원리로 파악한다고 하더라도 형사소송법상 위법수집증거배제와 자백배제를 별도의 규정으로 규율하고 있는 이상 양자를 구별할 필요성은 있다고 할 것이다.¹⁴⁾ 그러므로 자백에 관하여는 자백배제법칙에 관한 규정이 우선 적용되고, 예를 들면 진술거부권을 고지하지 않은 자백의 획득과 같이 제309조로 포섭되지 않는 여타의 위법한 방법에 의한 자백이 문제되는 경우나 그밖에 일반적인 증거수집 절차상의 위법이 문제되는 경우에는 위법수집증거배제의 규정을 적용하여야 한다고 보는 것이 타당할 것이다.

3. 독수의 과실 이론

독수의 과실 이론(the ‘fruits of the poisonous tree’ doctrine)이란 위법하게 수집된 증거에 의하여 2차적으로 발견된 증거에 관하여 2차적인 증거발

12) 강구진, 『형사소송법원론』, 학연사, 1986, 508면; 조국, 『위법수집증거 배제법칙』, 박영사, 2005, 180면; 김성진, “자백의 위법배제법칙의 확립”, 『대진논총』, 제4호, 대진대학교, 1996, 185-186면.

13) 법원행정처의 앞의 해설서의 입장도 같은 맥락이라고 볼 수 있다.

14) 손동권, 앞의 책, 550면; 이재상, 앞의 책, 547면; 안성수, “자백 배제의 원칙과 특신성”, 『저스티스』, 통권 101호, 2007. 12, 198면.

결과정 자체에는 위법이 없는 경우라 하더라도 그 증거의 증거능력을 배제하려는 법리¹⁵⁾를 말한다. 국내 학설로는 2차적인 증거에 대하여 전반적으로 증거로 허용할 수 없다는 견해가 다수설¹⁶⁾이다. 그러나 임의성 없는 자백에 기하여 수집된 증거의 증거능력만을 부정해야 한다는 견해¹⁷⁾와 임의성 없는 자백 중에서도 강제에 의한 자백에 기하여 수집된 증거의 증거능력만을 부정해야 한다는 견해¹⁸⁾도 있다. 자백배제법칙이 위법수사증거배제의 특칙이라고 이해한다면 임의성 배제 이외의 사유로도 자백의 증거능력을 배제할 수 있도록 하는 것이 타당하다고 생각한다.

4. 위법수집증거배제의 예외법리

위법한 절차에 의하여 수집된 증거라 하더라도 일정한 예외사유가 존재하는 경우에는 그 증거가 배제되지 않는바, 이러한 예외로는 위법한 절차에 의하여 수집된 증거라 할지라도 그 위법이 경찰관에 의하여 범해지지 않았거나 경찰에 의하여 범해진 경우라도 경찰관이 정직하고 합리적인 때에는 증거로 허용된다는 ‘선의의 예외(good faith exception)’ 이론¹⁹⁾이 대표적이다. 이외에도 긴급한 상황에서 공중의 안전보장 요구

15) 이 법리를 정면으로 선언한 최초의 판결은 *Nardone v. United States* 판결(308 U.S. 338, 1939)이다.

16) 배종대·이상돈, 『형사소송법』(제6판), 홍문사, 2005, 565면; 손동권, 앞의 책, 551면; 신동운, 『형사소송법』(제4판), 법문사, 2007, 132면; 신양균, 『형사소송법』, 법문사, 2000, 647면; 이영란, 『한국형사소송법』, 숙명여자대학교출판국, 2007, 712면; 이재상, 앞의 책, 548면; 임동규, 『형사소송법』(제3판), 법문사, 2004, 454면; 정용석, 『형사소송법』, 대명출판사, 2003, 763면; 차용석·최용성, 『형사소송법』(제2판), 세영사, 2004, 505면; 송광섭, “위법수집증거의 증거능력”, 『형사법연구』, 제7권, 한국형사법학회, 1994. 12, 153면.

17) 백형구, 『형사소송법강의』(제7정판), 박영사, 2000, 584면; 정영석·이형국, 『형사소송법』, 법문사, 1994, 328면.

18) 정영석, 『형사소송법』, 법문사, 1990, 152면.

19) *United States v. Leon*, 486. U.S. 897, 1984; *Massachusetts v. Sheppard*, 468, U.S. 981, 1984.

가 일반적인 수사절차상 위법억제의 요구를 능가하는 경우에는 절차위반의 경우에도 증거능력을 인정할 수 있다는 ‘공중안전의 예외(public safety exception)’ 이론²⁰⁾도 있다.

또 독수의 과실 이론에 대한 예외로서 경찰관이 위법하게 피의자의 집에 침입하여 자백을 받은 경우에도 피의자가 며칠 후에 경찰서에 출석하여 자백서에 서명한 경우처럼 피고인의 자의에 의하여 행한 행위로 위법성의 오염이 희석된 경우 즉 위법한 행위와 오염된 증거 사이의 인과관계가 단절된 경우에는 증거능력이 인정된다는 ‘오염순화에 의한 예외(희석 이론, purged taint exception)’, 살인사건을 수사하던 경찰관이 피의자의 권리를 침해하고 신문한 결과 시체의 소재를 알게 된 때에 경찰관이 다른 방법에 의하여도 시체를 발견했을 것이라는 점을 증명한 경우와 같이 위법한 행위와 관계없이 합법적인 수단에 의하더라도 증거를 발견하는 것이 불가피하였을 것이라는 점이 입증되는 경우에는 증거능력을 인정한다는 ‘불가피한 발견의 예외(inevitable discovery exception)’ 이론,²¹⁾ 위법한 수색에 의하여 피고인의 집에서 유괴된 소녀를 발견한 경우 유괴된 소녀의 진술을 증거로 사용하는 경우와 같이 위법한 압수·수색과 관계없는 독립적이고 합법적인 수단에 의하여 수집할 수 있었던 증거임이 증명되는 경우에 그 증거는 증거로 허용된다는 ‘독립출처의 예외(independent source exception)’ 이론,²²⁾ 불법적으로 압수한 증거라 하더라도 경찰관이 그 곳에 증거물이 있다고 믿을 만한 상당한 이유를

20) 순찰 도중 강간신고를 받고 한편으로는 지원요청을 하고 다른 한편 도주하는 용의자를 추적, 체포하면서 무기소지검사를 하여 보니 권총띠를 차고 있어서 미란다 경고 없이 총의 소재를 물었고 그는 옆에 있는 상자를 가리켜서 그곳에서 총을 발견하고 이어서 지원팀이 도착하고 그때서야 미란다 경고 등의 절차가 이루어진 경우에 이에 대한 피의자의 대답은 증거능력이 배제되지 않는다는 이론으로 N.Y. v. Quarles 사건(467 U.S. 649, 1984)에서 채용된 이론이다.

21) Nix. v. Williams, 467 U.S. 431, 448~450, 1984.

22) Segura v. United States, 468 U.S. 796, 1984. ; Murray v. United States, 487 U.S. 533, 1988.

가지고 있을 때에는 그 증거물의 증거능력을 인정한 것이 무해할 수 있다는 ‘무해한 헌법적 오류의 예외(harmless constitutional error exception)’ 이론²³⁾ 등이 그것이다.

이러한 원리들은 위법수집증거라 하더라도 일률적으로 증거능력이 부정되는 것이 아니라 그 위법의 정도와 증거사용의 필요성 등을 합목적으로 고려하여야 한다는 관점을 반영한 것이라고 할 수 있다.

III. 증거능력배제의 유형

1. 위법수집증거배제의 일반적 기준

위법수집증거를 배제하는 일반적인 기준에 관한 외국의 예를 보면, 미국법원에서는 수사기관의 위법이 실질적이라고 인정되는 경우에 증거배제신청이 허용된다고 하면서 실질적인가 여부는 i) 침해된 법익의 중요성, ii) 적법한 절차로부터의 이탈의 정도, iii) 위법의 의도성, iv) 프라이버시의 침해 정도, v) 증거배제를 통하여 위법행위가 얼마나 방지될 수 있는가의 문제, vi) 당해 위법행위가 없어도 당해 증거물이 획득될 수 있었는가 여부, vii) 당해 위법행위가 소송절차에서 당사자의 방어권에 어느 정도의 불이익을 주었는가의 문제점 등이 고려되어야 한다고 한다.²⁴⁾

캐나다도 위법수집증거의 증거능력을 인정할 수 있다는 입장이 주류였는데,²⁵⁾ 캐나다연방법원은 1987년 *Collins v. The Queen* 판결²⁶⁾에서

23) *Chambers v. Maroney*, 369 U.S. 42, 1970.

24) American Law Institute, *A Model Code of Pre-Arrest Procedure, Tentative Draft No.4 : Part II. Search and Seizure*, §8.02.(2).

25) 이동명, “위법수집증거배제법칙의 비교법적 연구”, 『호남대학교 학술논문집』, 제17집, 호남대학교, 1996, 230-231면 참조.

진술증거에 비해 증거물의 경우에는 재판의 공정성이 덜 침해되며 불가피한 발견가능성, 수사기관이 위법을 행하게 된 원인, 긴급성 여부, 사법체제 전반에 대한 평판 등을 고려하여 증거배제 여부를 결정하여야 한다고 판시하였다.

영국도 PACE²⁷⁾ 제78조의 공정성에 위반하여 획득한 증거에 대해서는 i) 적정한 절차에서의 심각한 파괴가 소추절차 전체에서 발생한 상황에서는 그 파괴의 성질이 매우 중대하므로 증거를 배제하고, ii) 실무규정 위반이 사소하거나 기술적인 것이라고 말할 수 있는 사안의 경우에는 증거를 채택하며, iii) 중대하다고 간주될 수는 있으나 심각하지 않은 실무규정 위반이 발생한 상황에는 법관이 모든 상황을 고려하여 배제 여부를 재량에 따라 판단하여야 한다고 한다.²⁸⁾

학설로는 권리보호의 원칙에 입각해서 i) 최소기준의 위배와 증거 사이에 인과관계가 있을 것, ii) 최소기준의 위배는 단순히 ‘기술적인 것’ 이상이어야 하며 그 위배로 인하여 생긴 피고인에 대한 불이익이나 편견이 중대할 것, iii) 증거배제가 피고인에게 생긴 불이익이나 편견의 발생을 방지할 유일한 대응방법은 아니며 대응의 강도는 피고인에 대한 불이익이나 편견의 정도와 균형성이 인정될 것 등의 요건을 고려하여 증거배제 여부를 결정하여야 한다는 견해,²⁹⁾ 증거의 정확성, 규칙위반의 해악성, 해당 범죄의 심각성을 종합적으로 고려해야 한다는 견해 등이 제시된다.³⁰⁾

독일의 경우에는 증거사용을 금지하는 명문규정이 없거나 프라이버시의 핵심영역에 대한 침해가 일어나지 않은 경우에는 이익형량에 따라

26) Collins, [1987] 1 S.C.R.; 조국, 앞의 책, 316-318면 참조.

27) 1984년 제정된 Police and Criminal Evidence Act(경찰 및 형사증거법)의 약자이다.

28) 조국, 앞의 책, 96-114면 참조.

29) A. J. Ashworth, “Excluding Evidence as Protection Rights”, 1977 *Crim. L. Rev.* 723, 725.

30) Peter Marfield, *Silence, Confessions and Improperly Obtained Evidence*, 28-33면, 1977.

증거금지 여부를 결정한다.³¹⁾

일본의 경우에도 학설이 나뉘었고,³²⁾ 종래 판례는 성질·형상불변론의 입장을 취해왔으나,³³⁾ 1978년 오사카텐노사 사건에서 중대한 위법이 있는 경우에 증거능력을 배제하는 입장으로 태도를 변경하였다.³⁴⁾ 井上正仁 교수는 상대적 배제론의 입장에서 증거배제는 피고인에 대한 증거수집절차에 후속의 소송절차 전체를 일체로 부당한 것으로 만들 정도의 실질이 있는 위법이 존재하고 따라서 그 결과인 증거를 이용하여 피고인을 처벌하는 것이 기본적인 ‘정의의 관념’에 반하는 것으로 인정되는 경우에 이루어져야 한다고 하면서 그러한 판단에 고려할 요소들로 i) 절차위반의 정도, ii) 절차위반이 행해진 상황, iii) 절차위반의 유의성(有意性), iv) 절차위반의 빈발성, v) 절차위반과 당해 증거취득 사이의 인과성의 정도, vi) 증거의 중요성, vii) 사건의 중대성 등을 제시한다. 이 요소들 중 i), iii), v), vi), vii)은 사법의 엄결성 유지의 관점에서 그리고 ii), iv)는 위법수사의 억지라는 관점에서 의미를 갖는다고 한다.³⁵⁾

31) “범죄혐의가 상대적으로 중하지 않은 때에는 기록에 대한 인격권이 우위에 있다고 보아야 한다. 생명 기타 중요한 법익 혹은 국가와 법질서에 대하여 중대한 범죄의 충분한 혐의가 존재하는 경우에는 개인적인 생활영역의 보호가 때때로 양보되어야만 한다. 따라서 기본권의 의의와 형사소추의 이익을 참작하여 형량을 하는 것이 필요하며, 이때 혐의의 대상이 된 구체적인 불법이 고려되어야 한다.”(19 BGS 325, 1964) 조국, 앞의 책, 315면에서 인용.

32) 일본에서의 위법수집증거의 증거능력 인정 여부에 관한 견해의 소개는 이동명, 앞의 논문, 237-240면 참조.

33) 일본판례의 태도에 관한 자세한 소개는 주용기, “위법수집증거배제법칙에 관한 비교법적 고찰”, 『한양법학』, 제4·5집, 한양법학연구회, 1994. 2, 239-241면 참조.

34) 경찰관이 불심검문 도중 소지자의 승낙을 받지 않고 상의 좌측 주머니에 손을 넣어 각성제를 발견하여 압수한 사건에서 헌법과 형사소송법에 규정한 영장주의의 정신을 몰각한 중대한 위법이 있고, 위 증거물을 증거로 허용하는 것이 장래 위법한 수사의 억지의 관점에서 볼 때 상당하지 않다고 인정되는 경우 그 증거물의 증거능력을 부정하여야 한다고 그 태도를 변경하였다(最高裁 第一小法廷 昭和53年 9月 7日 昭51 (あ) 865号 判決).

35) 井上正仁, 『刑事訴訟における證據排除』, 東京, 弘文堂, 1985, 403면.

우리나라의 통설도 형사절차상의 위법이 있는 경우 언제나 증거능력이 배제되는 것이 아니라 경미한 절차상 위법, 형사소송법상 훈시규정 위반 등의 경우에는 증거능력이 인정되지만, 영장주의나 적정절차를 규정한 헌법규정에 위반한 경우, 형법법규에 위반한 수사활동의 경우, 형사소송법에 위반한 압수·수색·검증의 경우 등 중대한 위법이 있는 경우에 증거능력이 배제된다는 입장을 취하고 있다.³⁶⁾ 여기서 중대한 위법 여부는 일률적으로 결정할 수 없고 적정절차 및 인권옹호의 요청과 절차의 위법의 성질·정도 및 그 증거사용의 필요성 등을 구체적으로 비교·교량하여 개별적으로 결정된다고 한다.

대법원 판례도 이러한 입장에서 “적법한 절차에 따르지 않은 압수·수색에 의하여 수집된 증거나 그에 기하여 수집된 2차적 증거는 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없으나, 수사기관의 증거수집과정에서 이루어진 절차위반행위와 관련된 모든 사정을 전체적·종합적으로 살펴볼 때 수사기관의 절차위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 아니하고, 오히려 그 증거의 증거능력을 배제하는 것이 헌법과 형사소송법이 형사소송에 관한 절차조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실체적 진실 규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사사법정의를 실현하려 한 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우라면, 법원은 그 증거를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다.”고 하면서 위법수집증거의 증거능력을 배제할 수 있는 구체적인 검토기준으로 “절차조항의 취지와 그 위반의 내용 및 정도, 구체적인 위반 경위와 회피가능성, 절차조항이 보호하고자 하는 권리 또는 법익의 성질과 침해 정도 및 피고인과의 관련성, 절차위반행위와 증거수집 사이

36) 강구진, 앞의 책, 507면; 배종대·이상돈, 앞의 책, 560면; 백형구, 앞의 책, 582면; 손동권, 앞의 책, 548면; 신동운, 앞의 책, 132면; 신양균, 앞의 책, 675면; 이영란, 앞의 책, 710면; 이재상, 앞의 책, 545면; 임동규, 앞의 책, 452면; 정용석, 앞의 책, 761면; 차용석·최용성, 앞의 책, 502면.

의 인과관계 등 관련성의 정도, 수사기관의 인식과 의도 등”을 들고 있다.³⁷⁾

그러나 이러한 사유들은 예시적 열거사유이므로 결국 이러한 ‘적법절차의 원칙과 실체적 진실 규명의 조화’를 이룰 수 있는 배제기준은 어떤 것인가에 관한 문제는 앞으로의 학설과 판례의 축적에 의하여 해결될 수밖에 없는 과제로 남겨져 있다고 할 수 있다. 지금까지 주로 위법수집 증거배제의 범주와 관련하여 다루어진 내용들은 다음과 같다.

2. 증거배제의 유형

가. 영장주의에 위반한 경우

수사상 강제처분은 원칙적으로 영장주의의 적용을 받으므로 이러한 영장주의에 위배된 강제수사에 의하여 수집된 증거는 증거능력이 부정되어야 한다.

(1) 영장발부 자체에 하자가 있는 경우

(가) 범죄 혐의의 상당성 요부

『형사소송법』은 대인적 강제처분의 경우에는 영장발부 요건을 비교적 구체적으로 상세하게 규정하고 있음에 비하여 대물적 강제처분인 압수·수색에 있어서는 그 요건을 ‘범죄수사에 필요한 경우(형사소송법 제215조)’, ‘피의자를 체포 또는 구속하는 경우에 필요한 때에는(제216조)’, ‘긴급히 압수할 필요가 있는 경우에는(제217조 제1항)’와 같이 추상적 요건만을 규정하고 구체적인 요건은 규정하고 있지 않다.

그러나 이러한 추상적 규정이라 하더라도 수사기관에 대하여 무제한의 재량을 허용하는 것이 아니라 일반적인 강제수사 허용의 한계, 즉

37) 위 대법원 2007. 11. 15. 선고 2007도3061 전원합의체 판결. 강조는 필자 부기.

범죄 혐의의 존재, 강제수사의 필요성 등을 필요로 한다고 할 것인데, 이때 범죄의 혐의에 대해서는 i) 강제처분은 대인적이건 대물적이건 헌법상 영장주의의 지배를 받으며, 압수·수색·검증영장의 청구 시에도 범죄사실의 요지를 기재하도록 명시하고 있다(형사소송규칙 제107조 제1항 제1호, 제95조 제1항 제3호)는 점을 근거로 상당한 혐의의 존재를 필요로 한다는 견해³⁸⁾와 ii) 『형사소송법』의 명문규정상 구속의 경우에는 ‘죄를 범하였다고 의심할만한 상당한 이유’를 요건으로 규정하고 있지만 압수·수색·검증의 경우에는 그러한 규정이 없고,³⁹⁾ 영장청구 시에도 죄를 범하였다고 인정되는 자료만을 제출하는 것으로 족하며, 영장에 죄명을 기재하지 않는 점에 비추어 대물적 강제처분의 요건인 범죄의 혐의는 구속의 경우의 정도에 이를 것을 요하지 않는다고 보아 최초의 혐의 또는 단순한 혐의로 족하다는 견해⁴⁰⁾로 나뉜다. 상당한 혐의까지는 아니라 하더라도 최초의 혐의 또는 단순한 혐의보다는 강한 ‘객관적·합리적 의심’을 필요로 한다는 견해도 있다.⁴¹⁾

그러나 사건으로는 ‘상당한 정도’와 ‘단순한 정도’ 및 ‘객관적이고 합리적인 정도’의 차이는 어의(語意)상의 차이에 불과하고 이 문제는 결국 영장발부를 담당하는 법관에 의해 합리적으로 판단되어질 문제로서 실제에 있어서 커다란 차이는 없다고 생각한다.

(나) 정보의 신선도 — 정보와 영장발부 사이의 시간적 간격 문제

압수·수색·검증을 필요로 하는 정보의 획득과 영장 청구 사이에 시간적 간격이 벌어졌다는 사정만으로 대물적 강제처분의 목적물의

38) 신동운, 앞의 책, 206면; 신현주, 앞의 책, 347면; 정웅석, 앞의 책, 266면; 차용석·최용성, 앞의 책, 322면.

39) 미국수정헌법 제4조는 대인적·대물적 강제처분 모두 ‘상당한 이유(probable cause)’를 요구한다.

40) 배종대·이상돈, 앞의 책, 263면; 손동권, 앞의 책, 286면; 신양균, 앞의 책, 195면; 이영관, 앞의 책, 332면; 이재상, 앞의 책, 299면; 임동규, 앞의 책, 214면.

41) 조국, 앞의 책, 352면.

정보력의 신선도가 부정되는 것은 아니겠지만 그 신선도에 의심할 만한 사정이 존재하므로 그 시간적 간격의 정도도 영장발부의 당부를 판단하는 기준이 된다는 견해가 있다.⁴²⁾ 미국의 판례 중에는 피의자가 3주 전에 호텔에서 불법주류를 구입하였다는 공술서에 기초한 영장발부,⁴³⁾ 3개월 전에 발생한 강도사건의 피의자가 돈가방을 자신의 주거에 지니고 있다는 정보에 기초한 영장발부,⁴⁴⁾ 피의자가 수색 6주 전에 자신의 집에서 소량의 마리화나를 일회 판매하였다는 정보에 기초한 영장발부⁴⁵⁾ 등을 위법이라고 한 판례가 있다.

그러나 반대로 피의자가 마약판매범죄를 범했다는 정보가 수개월 전의 것이지만 피의자가 여전히 마약범죄를 계속하고 있다는 믿음이 합리적인 경우에는 영장발부가 적법하다고 본 경우, 1~2년 전의 범죄행위에 관한 정보이기는 하지만 진행 중인 사업의 재정기록에 대한 영장발부,⁴⁶⁾ 피의자가 은행강도 전과가 있고 여전히 증거물을 보관하고 있으리라는 충분한 근거가 있는 경우에 10개월 이전에 발생한 은행강도 사건에 관한 정보에 기초한 영장발부⁴⁷⁾는 적법하다는 판례도 있다.

결국 이러한 경우에 영장발부의 당부를 판단하는 기준은 단순히 상당한 시간의 경과 여부가 아니라 그러한 시간의 경과에도 불구하고 영장발부의 필요성이 있다고 판단할 합리적인 이유가 있는가 여부라고 할 것이다.

(다) 제3자가 제공한 정보에 기한 영장발부의 문제

미국 연방대법원은 제3자가 제공한 피의사실에 대한 정보를 기초로 한 압수·수색영장의 경우에 i) 그 정보의 제공자가 신뢰(veracity)할

42) 위의 책, 333면.

43) *Sgro v. United States*, 287 U.S. 206, 1932.

44) *United States v. Steeves*, 525 F.2d 33(8th Cir. 1975).

45) *United States v. Wagner*, 989 F.2d 69(2d Cir. 1993).

46) *United States v. Cherna*, 184 F.3d 403, 410(5th Cir. 1999).

47) *United States v. Bowman*, 215 F.3d 951, 963~964(9th Cir. 2000).

만한 사람인가, ii) 그 정보를 뒷받침할 만한 지식의 근거(basis of knowledge)가 존재하는가 여부를 기초로 상당한 이유의 존부를 판단하는 입장에서 범죄의 희생자나 목격자의 정보, 동료경찰관에 의한 정보, 경찰부서 차원에서 보유하고 있는 정보 등은 영장발부의 상당성을 충족하는 것으로 인정되었다.⁴⁸⁾ 그러나 이러한 태도는 그 후 Illinois v. Gate 판결⁴⁹⁾에서 총체적 상황(totality of the circumstance)을 검토하여 제보자의 정보가 압수와 수색을 위한 상당한 이유를 창출하는지 판단하면 족하다고 하여 익명의 편지에 의한 정보에 기초한 압수·수색영장발부를 정당하다고 하여 위의 요건을 완화하였다.

생각건대, 이 문제는 제3자가 정보를 제공하였다는 사실 자체가 문제되기보다는 그와 같이 제공된 정보가 어느 정도 영장청구요건으로서의 범죄혐의를 충족시키는가 여부에 의하여 판단할 문제라고 할 것이다.

(2) 영장기재요건 불비의 경우

(가) 장소 특정의 정도

압수·수색영장에는 피고인의 성명, 죄명, 압수할 물건, 수색할 장소, 신체, 물건, 발부연월일, 유효기간과 그 기간을 경과하면 집행에 착수하지 못하며 영장을 반환하여야 한다는 취지 기타 대법원 규칙으로 정한 사항을 기재하도록 규정하고 있으므로(제114조 제1항), 압수수색의 대상이나 장소가 특정되지 않은 포괄영장, 일괄영장은 허용되지 않는다. 그러므로 영장에 기재되지 않은 제3자에 대한 압수·수색은 허용되지 않으며,⁵⁰⁾ 수색장소가 집합건물인 경우에는 동, 호수 등이 특정되어야 한다.⁵¹⁾ 일본판례 중에는 ‘교육회관 내의 노조지부사무국이 사용하고

48) Aguilar v. Texas, 378 U.S. 108, 1964 ; Spinelli v. United States, 394 U.S. 410, 1969.

49) 462 U.S. 213, 1983.

50) Ybarra v. Illinois, 444 U.S. 85, 1979.

51) Manley v. Commonwealth, 176 S.E.2d 309(Va. 1970).

있는 장소 및 압수된 물건이 은닉·보관되어 있다고 생각되는 장소’라는 기재만으로는 회관 내의 어느 사무실을 지칭하는지 전혀 알 수 없어 특정성이 결여되었다고 판시한 사례,⁵²⁾ 호텔 경영자의 각성제 피의사건과 관련하여 압수수색장소를 단지 ‘동 호텔 내’라고만 기재한 영장은 위법하다고 판시한 사례⁵³⁾가 있다.

그러나 영장청구 단계에서 압수대상이나 압수물의 소재를 미리 확정하는 것은 대단히 어려운 일이므로 그 특정의 정도는 ‘수색영장을 가진 경찰이 합리적인 노력을 통하여 목표한 장소를 확인하고 식별할 수 있을 정도’면 장소가 특정되었다고 볼 것이다.⁵⁴⁾ 수사기관이 영장신청 당시 수색장소가 특정되어 있다고 선의로 신뢰하였으나 수색 착수 이후 내부구조가 다름이 확인되어 결과적으로 영장에 기술된 수색장소가 정확하지 못하게 된 경우에도 그 장소에 대한 수색은 허용될 수 있다.⁵⁵⁾ 우리 법원은 “수사기관은 압수수색 영장 청구 시 압수수색 장소를 가능한 범위 내에서 최대한 특정하여야 하지만, 압수수색 장소의 내부구조를 사전에 명확히 알 수는 없는 점을 고려하면, 피의자, 범죄사실과 압수수색이 필요한 사유에 기초하여 통상적으로 보아 압수수색 영장에 기재된 장소와 동일성이 인정되는 범위 내에서는 영장기재 장소라고 볼 수 있다.”고 한다.⁵⁶⁾

(나) 대상물건 특정의 문제

위와 마찬가지로 이유에서 영장에 기재된 물건 이외의 물건에 대한 압수도 허용되지 않으며 압수대상물건은 구체적으로 특정되어야 한

52) 佐賀地裁 昭和41年11月19日 昭41 (む) 337号 決定.

53) 東京地裁 昭和50年11月 7日 昭50 (特わ) 1329号 判決. 다만 이 사건에서는 해당 숙박객에 대한 긴급체포의 요건이 구비되었음을 이유로 그 위법이 중대하지 않다고 하여 압수물의 증거능력을 인정하였다.

54) 最高裁 昭和30年11月12日 刑集 9卷 12号, 2483면. 미국 판례로는 *Steels v. United States* 267 U.S. 489~503, 1925.

55) *Maryland v. Garrison*, 480 U.S. 79, 1987.

56) 광주고법 2008.1.15. 선고 2007노370 판결.

다.⁵⁷⁾ 일본 판례 중에는 ‘기타 본건 범죄에 관계가 있다고 생각되는 일체의 문서 및 물건’이라고 기재한 영장은 특정성을 결하였다고 판단한 사례⁵⁸⁾가 있고 미국 판례에도 ‘가정 내에 있는 모든 기록’을 압수·수색 함에는 피의자의 범죄행위와 충분한 연관성이 있거나, 특별한 증거를 필요로 한다고 한 사례,⁵⁹⁾ 회사의 업무서류 전체에 대한 압수·수색에 대하여는 모든 회사기록이 범죄행위의 증거가 될 수 있는 상당한 이유가 있을 것을 요한다고 한 사례⁶⁰⁾가 있다. 우리 법원은 “원래 도지사 직무실에 보관 중이던 서류를 도지사를 보좌하는 공무원이 압수수색절차가 진행 중이던 압수장소에 일시적으로 가져온 경우에는, 이를 영장에 기재된 압수대상물인 ‘보관 중인 물건’에 포함된다고 볼 수 없고, ‘보관 중인 물건’에 영장집행 당시 영장기재 장소에 ‘현존’하는 물건까지 포함된다고 해석할 수는 없으므로, 위 서류를 압수한 것은 위법하다.”고 하였다.⁶¹⁾

그런데 컴퓨터 등 전자기록매체나 서류 등에 대한 압수·수색의 경우에는 그 기록매체나 서류에 저장·기록된 정보 중에 피의자의 범죄와 관련성이 있는 것과 그렇지 않은 것이 혼재되어 있고 물리적으로 이들을 구별하여 압수·수색하는 것이 불가능하다. 이러한 경우에 압수·수색이 어느 정도 허용될 수 있는가에 관하여는 다음과 같이 견해가 나뉜다.

i) 일정한 조건이 구비된다면 범죄 관련 유무를 불문하고 대상 서류 및 컴퓨터 장비 전체에 대한 포괄적 압수·수색을 인정하는 견해⁶²⁾가

57) 유인하, “위법수집증거의 증거능력에 관한 연구”, 『법학논총』, 제4집, 한양대학교 법학연구소, 1987, 118면.

58) 最高裁大法院 昭和 33年 7月 29日 昭33 (シ) 16号 決定.

59) 119 F. 3d 742(9th Cir. 1997).

60) United States v. Kow, 58 F. 3d 423~427(9th Cir. 1995).

61) 위 광주고법 2008.1.15. 선고 2007노370 판결.

62) 김기준, “전자우편에 대한 증거수집과 관련된 문제점 고찰”, 『해외파견검사연구논문집』, 법무연수원, 2001, 45면; 안경옥, “정보화시대의 새로운 수사기법과 개인의 정보보호”, 『비교형사법연구』, 제5권 제1호, 한국비교형사법학회, 2003, 327-328면; 이철, “컴퓨터범죄의 수사과 전자적 기록의 증거능력(중)”, 『법조』, 421호, 법조협회, 1991, 34면; 탁희성, 『형사절차상 digital evidence에 관한 연구: 압수, 수색을 중심으로』,

있다. 일본 판례 중에는 피의사실과의 관련성을 살피지 않고 광범위한 수색을 실시하는 것은 원칙적으로 허용되지 않지만 그 현장에 존재하는 플로피디스크의 일부에 피의사실에 관련된 기재가 포함되어 있다고 의심하기에 족한 합리적 이유가 있고 또한 압수·수색의 현장에서 피의사실과의 관련성 여부에 따라 선별하는 것이 용이하지 않고 선별하는데 장시간이 소요되는 사이에 피압수자측이 증거인멸을 행할 우려가 있을 때에는 플로피디스크 전체에 대한 포괄적 압수가 허용된다고 한 사례⁶³⁾가 있다.

ii) 범죄행위와 관련된 기록만이 저장된 디스켓 등 컴퓨터 장비는 당해 데이터와 불가분적으로 결합되어 있으므로 압수대상이 될 수 있으나, 범죄행위와 무관한 기록이 함께 저장되어 있는 경우라면 압수대상이 될 수 없다고 하여 전면적으로 포괄적 압수를 부정하는 입장⁶⁴⁾도 있는데 미국 In re Horowitz 판결과 In re Subpoena Duces Tecum 판결 등⁶⁵⁾에서 이러한 입장을 취한 바 있다.

iii) 범죄와 유관한 자료와 무관한 자료가 혼재되어 이를 물리적으로 분리할 수 없는 경우에는 최초의 압수·수색 영장 이외에 별도의 영장을 필요로 한다는 견해로서 판사는 이런 경우에 범죄자료와 무관한 자료를 분리하는 것이 불가능하여 전체 압수 이외에 다른 방법이 없는 경우에 한하여 영장을 발부해야 한다는 것이다. United States v. Tamura 판결⁶⁶⁾에서 미국 연방대법원이 취한 태도이다.

생각건대 원칙적으로는 iii)설이 타당할 것이나 범죄와 무관한 자료가 혼재되어 있는 경우 이들을 물리적으로 분리할 수 있는 경우에는 당연히

한국형사정책연구원, 2002, 53-54면.

63) 大阪高裁 平成 3年 11月 6日 平2 (う) 1185号 判決.

64) 강동욱, “컴퓨터관련범죄수사에 있어서의 문제점에 대한 고찰”, 『박양빈교수화갑 기념논문집』, 1996, 707면.

65) 판결의 내용에 관하여는 조국, 앞의 책, 340면 참조.

66) 위의 책, 340-341면 참조. 조국 교수는 이 입장을 지지한다.

범죄와 관련된 부분만 압수하여야 할 것이나, 물리적 분리가 불가능한 경우에 있어서 다시 압수·수색영장을 발부받을 시간적 여유가 없을 만큼 긴급한 사정이 인정되는 경우라면 압수를 허용할 필요성이 있다고 생각한다.⁶⁷⁾

(3) 영장주의 잠탈 수사의 경우

(가) 별건압수·수색

영장에 기재된 피의사실과 별개의 사실에 대한 수사를 목적으로 이루 어지는 압수를 별건압수·수색이라고 하는데 별건구속이 허용되지 않는 것과 마찬가지로 별건압수·수색도 원칙적으로 허용되지 않는다. 우리 판례에서는 아직 문제가 된 사례가 없지만 일본 판례 중에 이를 표명한 사례가 있다.⁶⁸⁾

(나) 다른 국가기관의 무영장 계좌추적권을 이용한 수사기관의 계좌 추적

『금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률』에 의하여 수사기관이 계좌 추적을 하려면 법관의 영장을 발부받아야 한다. 그런데 금융감독원, 공정거래위원회, 공직자윤리위원회 등 다른 국가기관에서는 이러한 영 장 없이 계좌추적이 가능하므로⁶⁹⁾ 수사기관에서 이러한 국가기관의 협조를 얻어 영장 없는 계좌추적을 실시하는 경우가 있다.⁷⁰⁾ 그러나

67) 이와 관련하여 조국 교수는 압수물을 봉인하고 판사의 영장을 받아 압수할 수 있다고 하는 iii)설을 지지하나, 압수물의 봉인 자체도 당초의 영장에서 허용되는 권한은 아니라는 점에서 봉인을 허용한다면 압수도 허용될 수 있다고 볼 수 있을 것이다.

68) 廣島高判 昭和56年11月26日 判例時報, 1047号, 162면.

69) 『금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률』 제4조 제1항 제6호에 의하여 다른 법률에 의한 계좌추적이 가능한 경우를 영장주의의 예외로 허용하고 있으며, 금융감독원은 『금융위원회의 설치 등에 관한 법률』 제40조에 의하여, 공정거래위원회는 『독점규 제 및 공정거래에 관한 법률』 제14조의4에 의하여, 공직자윤리위원회는 『공직자윤 리법』 제8조 제5항에 의하여, 선거관리위원회는 『정치자금법』 제43조에 의하여 금융자료의 제출요구권을 갖는다.

이러한 방법에 의한 계좌추적은 영장주의에 반하는 탈법수사로서 허용되어서는 아니 될 것이다.⁷¹⁾

나. 형사소송절차 규정 위반의 경우

『형사소송법』에 정한 압수·수색에 관한 여러 규정들 및 그에 정한 요건에 위반한 경우에는 일률적으로 그 증거능력을 부정할 것이 아니라 앞에서 본 배제 여부의 판단 요소들을 종합적으로 고려하여 결정하여야 할 것이다.⁷²⁾ 구체적으로 살펴보자면 다음과 같다.

(1) 참여권 배제의 경우

당사자의 참여권(제121조, 제145조)을 보장하지 않은 압수·수색과 검증의 결과, 의사나 성년의 여자를 참여시키지 않은 여자의 신체검사(제141조 제3항)의 결과, 당사자의 참여권과 신문권(제163조)을 침해한 증인신문결과는 증거로 할 수 없다.

(2) 절차위반의 경우

증거조사절차가 위법하여 무효인 경우 즉 거절권(제110조 내지 제112조, 제219조)을 침해한 압수·수색, 선서 없는 증인신문(제156조) 및 감정·통역·번역(제170조, 제183조)의 결과 및 증언거부권(제160조)을 증인에게 고지하지 않은 경우에는 증거로 할 수 없다.⁷³⁾ 우리 법원은

70) 연합뉴스 2001. 9. 10자 기사 및 중앙일보 2002. 10. 8자 기사 등.

71) 같은 취지로 조국, 앞의 책, 345면.

72) 기본적으로는 같은 입장이지만 대부분의 형사소송법 조항들을 특별한 검토 없이 포섭시키는 것에 반대하고 같은 형사소송절차 규정 위반의 경우라도 위반행위의 동기, 경위, 태양이 다양하므로 이에 따라 구체적 개별적으로 검토할 필요가 있다고 문제를 지적하는 견해(안성수, 앞의 “각국의 위법수집증거 배제법칙과 우리법상 수용방안”, 234면)가 있는데 문제제기는 적절하지만 구체적으로 검토한 결과에 있어서 차이가 있는 것은 아니라 할 것이다.

73) 송동권, 앞의 책, 550면; 이재상, 앞의 책, 547면; 유인학, 앞의 논문, 122면.

압수물에 대한 압수목록이 압수 후 무려 5개월이나 지난 뒤에 작성·교부된 점, 압수목록의 작성자가 압수물을 제대로 확인하고 압수목록을 작성한 것이 아니라 제3자가 작성한 것을 옮겨 적은 데 불과한 점, 압수경위가 임의제출로 잘못 기재되어 있을 뿐만 아니라 작성월일도 누락되어 있는 점 등에 비추어 볼 때, 압수가 위법하고 압수에 관한 적법절차의 실질적인 내용이 침해된 경우⁷⁴⁾라고 보았다.

긴급체포 현장에서 컴퓨터디스켓을 압수하면서 디스켓을 봉합하였다가 피압수자의 입회하에 디스켓에 저장된 파일명, 생성일시, 용량 등을 확인하는 것이 적절한 방법이기기는 하지만 디스켓 등을 한꺼번에 모아 놓고 사진촬영을 한 후 압수목록을 작성하고 압수목록 말미에 피압수자의 서명무인을 받은 경우라도 위법한 것은 아니라고 한다.⁷⁵⁾

진술거부권을 고지하지 않고 이루어진 신문에 관하여 학설은 자백배제법칙과 진술거부권이 연혁을 달리하는 제도이기기는 하지만 진술거부권의 고지는 진술거부권의 불가결한 전제이므로 이를 고지하지 않은 위법이 있는 경우에는 자백배제법칙을 적용하여 증거능력을 부정하여야 한다는 견해⁷⁶⁾와, 기본권 침해행위는 위법수사의 문제이므로 위법수집증거배제법칙에 의하여 해결할 문제이지 제309조의 자백배제법칙을 적용할 사안이 아니라는 견해⁷⁷⁾가 나뉜다. 판례는 “피의자의 진술거부권은 헌법이 보장하는 형사상 자기에 불리한 진술을 강요당하지 않는 자기부죄거부의 권리에 터잡은 것이므로 수사기관이 피의자를 신문함

74) 광주고법 2008. 1. 15. 선고 2007노370 판결.

75) 대법원 1999. 9. 3. 선고 99도2317 판결. 이 판결을 지지하는 견해로는 정원태, “컴퓨터디스켓 영장 없이 촬영된 비디오테이프 대상과 범위를 초과하여 연장된 통신제한조치허가에 기한 대화녹음테이프의 증거능력”, 『형사재판의 제문제』, 제3권, 형사실무연구회 편, 2000, 353면.

76) 배종대·이상돈, 앞의 책, 583면; 손동권, 앞의 책, 528면; 신동운, 앞의 책, 934면; 이재상, 앞의 책, 547면; 임동규, 앞의 책, 454면.

77) 백형구, 앞의 책, 583면; 신양균, 698면; 이영란, 앞의 책, 711면; 송광섭, 앞의 논문, 153면; 유인학, 앞의 논문, 120면.

에 있어서 피의자에게 미리 진술거부권을 고지하지 않은 때에는 그 피의자의 진술은 위법하게 수집된 증거로서 진술의 임의성이 인정되는 경우라도 증거능력이 부인되어야 한다.”고 한다.⁷⁸⁾ 이 경우는 진술거부권의 불고지를 진술거부권의 중요한 전제로 파악하는 한 범위가 좁은 자백배제법칙보다는 위법수집증거배제법칙의 적용을 받는 것으로 파악하는 것이 타당할 것이다.

그러나 증인의 소환절차에 잘못이 있거나 위증의 벌을 경고하지 않고 선서한 증인의 증언은 증거능력에 영향이 없다.⁷⁹⁾

(3) 접견·교통권 침해의 경우

변호인의 접견·교통권이 침해된 상태에서 작성된 피의자신문조서에 관하여 판례는 위법수집증거로 취급한 것인지 자백의 임의성을 부정한 것인지 여부가 명확하지 않으나⁸⁰⁾ 증거능력을 부정하고 있다.⁸¹⁾ 그러나 변호인접견 전에 작성된 검사의 피고인에 대한 피의자신문조서라고 하여 그 자체로 증거능력이 없다고 할 수는 없다는 판례도 있다.⁸²⁾

양자의 차이는 변호인과의 접견교통권의 침해 여부 즉 피의자 또는 변호인이 접견·교통을 요구하였음에도 정당한 이유없이 이를 거절하

78) 대법원 1992. 6. 23. 선고 92도682 판결. 신동운, 916면은 진술거부권 침해의 경우 자백배제법칙 적용설을 주장하면서도 이 판례를 아무 논평 없이 인용하고 있다.

79) 백형구, 앞의 책, 595면; 손동권, 앞의 책, 550면; 이재상, 앞의 책, 547면.

80) 이 판례를 자백배제법칙의 허위배제설에 입각한 판례로 해석하는 입장으로는 김용대, “변호인의 접견교통권침해와 자백의 증거능력”, 『사법행정』, 제364호, 한국사법행정학회, 1991. 4, 47면; 박미숙, “위법수집증거배제법칙과 자백배제법칙과의 관계”, 『형사정책연구소식』, 제24호, 형사정책연구원, 1994. 8, 34면; 소재용, “변호인 접견교통권 침해와 자백의 증거능력: 자백배제법칙과 위법수집증거배제법칙과의 관계 검토”, 『치안정책연구』, 제17호, 치안정책연구소, 2003, 29면.

81) “검사 작성의 피의자신문조서가 검사에 의하여 피의자에 대한 변호인의 접견이 부당하게 제한되고 있는 동안에 작성된 경우에는 증거능력이 없다.”(대법원 1990. 8. 24. 선고 90도1285 판결; 대법원 1990. 9. 25. 선고 90도1586 판결).

82) 대법원 1990. 9. 25. 선고 90도1613 판결.

고 신문하였는가 아니면 그러한 요구가 없는 상황에서 신문이 이루어졌는가 여부에 있다고 할 것이다. 피의자신문조서만이 아니라 접견교통권의 침해가 이루어진 상황하에서 수집된 증거는 그 증거능력을 원칙적으로 부정하여야 할 것이다.

(4) 영장주의 예외요건의 범위를 벗어난 경우

형사소송법은 일정한 요건하에 영장 없는 압수·수색을 허용하고 있는데 이 경우에 그 허용요건을 벗어난 경우에는 영장주의를 위반한 위법한 압수·수색으로 볼 수 있다. 구체적으로 영장주의의 예외인정요건과 이를 벗어난 경우란 다음과 같은 경우를 생각해 볼 수 있다.

(가) 피의자 체포·구속 목적 수색의 경우

피의자를 체포 또는 구속하는 경우에 타인의 주거나 타인이 간수하는 가옥, 건조물, 항공기, 선거 내에서 영장 없이 피의자를 수색⁸³⁾할 수 있는데(제216조 제1항 제1호), 이러한 예외는 피의자의 체포·구속목적 을 위한 경우에만 허용되므로 체포나 구속이 이루어진 후에는 영장 없는 수색이 허용되지 않는다.

수사기관이 아닌 일반사인이 이러한 목적으로 타인의 주거 등에 출입 할 수 있는가 여부에 관하여는 불허설이 다수설⁸⁴⁾이나 허용하여야 한다는 소수설⁸⁵⁾도 있다. 영장주의의 예외의 범위는 가능한 한 좁게 해석하는 것이 타당하므로 다수설이 타당하다.

(나) 체포현장에서의 압수·수색·검증의 경우

체포현장에서의 압수·수색·검증의 경우에도 영장주의의 예외를

83) 법조문은 ‘수사’라고 표현하고 있지만 여기서 ‘수사’는 ‘수색’을 의미한다는 데 이견이 없다.

84) 배종대·이상돈, 앞의 책, 310면; 손동권, 앞의 책, 301면; 신양균, 앞의 책, 214면; 신현주, 앞의 책, 353면; 이재상, 앞의 책, 305면; 임동규, 앞의 책, 232면; 정웅석, 앞의 책, 296면.

85) 백형구, 앞의 책, 227면.

허용(제216조 제1항 제2호)하고 있는데 그 성격에 관하여는 i) 피의자를 체포·구속함에 있어 수사기관의 안전을 도모하고 피의자가 증거를 멸실하는 것을 방지하기 위하여 긴급한 필요성이 있으므로 영장주의의 예외가 인정된다는 긴급처분설⁸⁶⁾과, ‘대는 소를 포함한다’는 명제에 입각하여 가장 커다란 기본권 침해인 신체의 체포·구속이 이루어졌으므로 이보다 가벼운 사생활의 비밀이나 소유권의 침해는 부수적으로 허용된다고 하는 부수처분설⁸⁷⁾이 나뉜다. 긴급처분성과 부수처분성이 병존한다⁸⁸⁾거나, 압수는 긴급행위, 수색은 부수처분이라고 보는 견해⁸⁹⁾도 있다. 역시 영장주의 예외인정의 범위는 가급적 좁혀야 한다는 관점에서 긴급처분설이 타당하다고 생각한다.

체포와 압수·수색·검증이 어느 정도나 시간적으로 접촉하여야 하는가에 관하여는 i) 체포행위에 시간적, 장소적으로 접촉되어 있으면 족하고 체포의 전후를 불문한다는 견해,⁹⁰⁾ ii) 압수·수색 당시에 피의자가 현장에 있음을 요한다는 견해,⁹¹⁾ iii) 피의자가 수색장소에 있어야 하고 체포의 착수를 요건으로 한다는 견해,⁹²⁾ iv) 체포의 착수를 요건으로 하되 피의자가 도주한 경우에도 압수·수색이 허용된다고 하는 견해,⁹³⁾ v) 피의자가 현실적으로 체포되는 경우에 한한다는 견해⁹⁴⁾가

86) 백형구, 앞의 책, 227면; 손동권, 앞의 책, 303면; 신양균, 앞의 책, 214면; 이재상, 앞의 책, 305면; 임동규, 앞의 책, 233면; 차용석·최용성, 앞의 책, 226면.

87) 신동운, 앞의 책, 244면; 조국, 앞의 책, 351면; 하태훈, “압수절차가 위법한 압수물의 증거능력”, 『형사판례연구』[5], 형사판례연구회, 1997, 254면.

88) 신현주, 앞의 책, 354면.

89) 정용석, 앞의 책, 311면.

90) 전통적 입장으로 김기두, 『형사소송법』(전정신판), 법문사, 1987, 212면; 서일교, 『형사소송법』(8개정판), 박영사, 1979, 262면; 임동규, 앞의 책, 234면; 정영석·이형국, 앞의 책, 214면 등이다.

91) 백형구, 앞의 책, 227면; 정용석, 앞의 책, 299면.

92) 신양균, 앞의 책, 216면; 이재상, 앞의 책, 306면.

93) 차용석·최용성, 앞의 책, 227면.

94) 강구진, 앞의 책, 221면; 배종대·이상돈, 앞의 책, 311면; 신동운, 앞의 책, 213면; 신현주, 앞의 책, 354면; 조국, 앞의 책, 352-353면.

나뉜다.

법조문상 반드시 체포가 이루어졌을 것을 요하지는 않고, 긴급행위로 파악하는 한 피의자가 현장에 있는 경우 체포 전이나 체포 후를 구별할 이유도 없다고 할 것이므로 iii)설이 타당하다고 생각한다.

체포현장에서 허용되는 수색의 범위와 관련하여 미국 판례는 피체포자의 신체 및 피체포자의 ‘즉각적 통제범위 내(within his immediate control)’에 있는 공간이 수색의 범위이며 이를 넘어선 경우에는 위법하게 된다고 한다.⁹⁵⁾ 피의자가 체포현장에서 움직이는 경우에는 수색의 범위도 이에 따라 넓어지게 된다고 한다.⁹⁶⁾ 피의자에게 수갑이 채워졌는지 여부, 피의자의 신체크기와 민첩함 정도, 체포 공간의 크기, 체포한 경찰관의 수, 공간 내의 상자의 경우는 잠금 여부 등도 고려대상이 되어야 한다.⁹⁷⁾

만약 자동차 탑승자를 체포한 경우에는 자동차의 내부공간 전체가 허용되는 수색공간이라고 할 수 있지만⁹⁸⁾ 트렁크나 엔진부분은 제외된다는 견해⁹⁹⁾가 있으나, 트렁크와 엔진을 제외하여 이 부분에 대해서는 영장을 발부받아 수색을 실시하여야 한다는 것은 지나치게 기교적인 해석이라고 할 것이다. 사건으로는 트렁크와 엔진을 제외하여야 할 이유는 없다고 생각한다.

(다) 긴급압수·수색·검증의 경우

검사 또는 사법경찰관은 긴급체포된 자가 소유·소지 또는 보관하는 물건에 대하여 긴급히 압수할 필요가 있는 경우에는 체포한 때부터 24시간 이내에 한하여 영장 없이 압수·수색 또는 검증을 할 수 있다(제217조 제1항). 이 경우 압수한 물건을 계속 압수할 필요가 있는 경우에는

95) Chimel, 395 U.S. at 763.

96) Washington v. Chrisman, 44 U.S. 1, 7, 1982.

97) Joshua Dressler, *Understanding Criminal Procedure*, 217, 3rd ed., 2002.

98) New York v. Belton, 453 U.S. 454, 1981.

99) 조국, 앞의 책, 354면.

지체 없이 압수수색영장을 청구하여야 하며(제217조 제2항) 청구한 압수수색영장을 발부받지 못한 때에는 압수한 물건을 즉시 반환하여야 한다(제217조 제3항). 개정 전에는 ‘긴급체포할 수 있는 자’가 소유, 소지 또는 보관하는 물건에 대하여 압수·수색·검증이 허용되도록 규정하고 있어 사실상 긴급압수·수색·검증의 허용범위를 무제한적으로 늘리게 된다는 비판이 있었고 이에 따라 2007년 6월 1일 「형사소송법」 개정 시에 ‘긴급체포된 자’가 소유·소지·보관하는 물건으로 그 대상을 제한하였다.

(라) 동의에 의한 압수의 경우

소유자, 소지자 또는 보관자가 임의로 제출한 물건은 영장 없이 압수할 수 있는데(제218조), 동의획득과정에 수사기관의 강제가 개입할 가능성이 농후하므로 당사자가 동의하더라도 영장에 의하지 아니한 승낙압수·수색은 허용되지 않는다고 해석하는 견해¹⁰⁰⁾도 있다. 그러나 이러한 해석은 명문의 규정에 반하는 해석이어서 수용할 수 없고, 다만 형식적으로 당사자의 동의가 있는 것과 같은 외관을 갖추고 있는 경우라 하더라도 그 동의가 당사자의 자유로운 의사에 기한 것으로서 당사자의 진의에 부합하는 것인가 여부는 엄격한 해석을 필요로 한다고 할 것이다.¹⁰¹⁾

유효한 동의의 요건으로는 i) 자발적인 동의일 것, ii) 동의 주체는 본인이거나 수색할 장소에 대한 공통의 권한을 갖고 있는 제3자일 것, iii) 동의는 명시적으로 표명된 것일 것 등을 필요로 한다.

또 당사자의 동의가 있었다 하더라도 그 동의의 범위를 넘는 압수·수색은 허용되지 않으며 일단 동의를 하였더라도 그 후에 동의를 철회하는 것도 허용된다.

수사기관이 동의를 거부할 권리가 있음을 알려주어야 할 의무가 있는

100) 김기두, 앞의 책, 220면; 신양균, 앞의 책, 127면

101) 손동권, 앞의 책, 209면; 신동운, 앞의 책, 133면; 신현주, 앞의 책, 356면; 이재상, 앞의 책, 217면.

가 여부에 관하여 『경찰관직무집행법』 제3조의 직무질문 고지규정을 준용하여 고지의무가 인정된다고 해석하는 견해가 있다.¹⁰²⁾ 그러나 *Schneckloth v. Bustamonte* 판결에서는 이러한 의무가 인정되지 않는다고 보았다.¹⁰³⁾ 당사자의 유효한 동의가 없으면 영장주의의 적용을 받아야 한다는 점에서 동의거부의 문제가 아니라 동의 자체의 유효성 여부가 문제이고 유효성 여부의 문제는 거부권 고지로 정당화될 수 있는 것이 아니므로 고지의무는 인정되지 않는다고 보더라도 무방할 것이다.

(마) 긴급상황에 따른 예외와 명백한 발견의 예외

미국법상 증거파괴의 우려가 있거나 타인에 대한 해악을 예방할 필요가 있는 경우 또는 피의자를 추적하고 있는 경우 등에 있어서 널리 영장 없는 압수·수색을 허용하는 ‘긴급상황에 따른 예외’와 수사기관이 합법적으로 수색장소에 진입한 후 타인의 눈에 쉽게 땔 수 있는 장소에서 영장에 기재되지 않았으나 금제품이나 증거 등 강제처분의 대상이 놓여 있음을 발견한 경우에 압수를 허용하는 ‘명백한 발견의 예외’가 영장주의의 예외로 논의되고 있으나,¹⁰⁴⁾ 우리 『형사소송법』은 이러한 경우에 대하여 위에서 본 것과 같은 명문의 규정을 두고 있으므로 그 규정의 해석론에서 규율되어야 한다.

전술한 대법원 판례는 명백한 발견의 예외의 법리 적용 여부가 문제될 수 있는 사안이었으나 이 문제를 다루지 않았고 앞에서 본 것과 같은 검찰의 압수 이후의 제반 행태에 비추어 압수절차의 위법성이 압수물의 증거사용 필요성에 비하여 현저하게 큰 경우라고 판단하였다.

다. 통신비밀보호법과 관련한 문제

일반적으로 녹음테이프의 증거능력은 제310조의2 이하의 전문법칙

102) 신동운, 앞의 책, 134면; 조국, 앞의 책, 360면.

103) *Schneckloth v. Bustamonte*, 412 U.S. 218, 1973.

104) 조국, 앞의 책, 361면 참조.

의 적용을 받는다. 그러나 녹음과정이 비밀스럽게 이루어진 경우에 있어서는 그 절차의 위법성 여부가 문제로 되고 이는 결국 위법수집증거에 해당하는가 여부의 문제가 된다. 「통신비밀보호법」 제3조는 일정한 통신비밀 침해행위의 유형을 규정하고 이를 금지하고, 제14조는 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음하거나 전자장치 또는 기계적 수단을 이용하여 청취할 수 없다고 규정하고 있다. 여기서 비밀녹음과 관련되는 유형은 전기통신의 감청,¹⁰⁵⁾ 비공개된 타인 간의 대화의 녹음 및 청취금지부분이다. 여기서 문제가 되는 것은 일방 당사자의 녹음 또는 일방 당사자의 동의에 의한 제3자의 녹음의 허용 여부 및 대화녹음과 전화통화녹음을 구별하여야 할 것인가 여부이다.

(1) 국가기관 등 제3자의 무단녹음의 경우

이 경우는 「통신비밀보호법」에 의한 적법요건을 구비하지 않는 한 위법한 증거수집으로 증거능력이 배제된다는 점에 이론이 없다. 「통신비밀보호법」의 적용 여부와 무관하게 전화통화 또는 대화당사자의 인격권과 프라이버시를 침해하는 행위이므로 위법성 조각사유에 해당하는 예외적인 사정이 없다면¹⁰⁶⁾ 위법한 행위로 증거능력이 부정되어야 할 것이다.

(2) 일방당사자의 대화·전화통화 녹음의 경우

이 경우에는 전화통화와 대화 모두 「통신비밀보호법」의 적용대상이 되어 일방당사자가 이를 녹음하더라도 위법한 증거수집행위가 된다고

105) ‘감청’이란 전기적 방법에 의한 통신에 대하여 당사자의 동의 없이 전자장치·기계장치 등을 사용하여 통신의 음향·문언·부호·영상을 청취·공독(共讀)하여 그 내용을 지득 또는 채록(採錄)하거나 전기통신의 송·수신을 방해하는 것을 말한다. (통신비밀보호법 제3조 제7호)

106) 「통신비밀보호법」에 정한 감청영장 등의 요건을 구비하여 감청·녹음하는 경우라면 법령에 의한 행위로 위법성이 조각될 것이다.

하는 견해¹⁰⁷⁾와, 전화통화와 대화를 구별하여 전화통화의 일방당사자가 녹음하는 것은 「통신비밀보호법」에서 금하는 감청에 해당하고 대화의 일방당사자가 녹음하는 경우에는 「통신비밀보호법」의 적용대상은 아니나 대화자의 인격권이나 프라이버시를 침해하는 위법한 행위이고, 다만 범죄 피해자의 증거수집과 같이 긴급피난이나 정당행위 등이 성립하는 예외적인 경우에는 위법성이 조각될 수 있다고 하는 견해¹⁰⁸⁾가 있다.

이 견해 중 하태훈 교수는 대화의 일방당사자가 대화내용을 녹음하는 것은 통신비밀보호법의 적용대상이 아니지만 상대방의 인격권을 침해하는 위법한 행위라고 하고 세 영역을 나누어 고찰한다. 즉, i) 인격권의 핵심적 영역을 침해하는 경우에는 증거능력이 배제되고, ii) 일반적인 인격권의 영역 안에서는 침해되는 기본권의 종류와 침해의 강도, 침해의 기간, 침해로 인한 손해 등과 형사소추되어야 할 범죄의 종류와 경중, 혐의의 정도, 예상되는 형벌의 정도, 당해 증거의 중요도와 다른 증거의 유무 등을 비교·교량하여 증거능력 배제 여부를 결정하여야 하며, iii) 사적 영역이 아닌 사회생활 영역에 대한 침해의 경우에는 증거능력이 인정된다는 것이다.¹⁰⁹⁾ 이 견해는 독일법상 증거금지원칙의 3단계 이론 또는 핵심영역이론¹¹⁰⁾에 입각하여 증거능력배제 여부를 판단하고 있다

107) 변종필, “사인에 의한 위법수집증거와 그 증거능력”, 『고시계』, 2000년 5월호(통권 제519호), 고시계사, 2000. 4, 95면.

108) 권영세, “현행 통신비밀보호법상 ‘도청행위’의 의의 및 범위”, 『저스티스』, 제30권 제4호, 한국법학원, 1997. 12, 126-134면; 박미숙, “사인에 의한 비밀녹음테이프의 증거능력”, 『형사판례연구』[11], 형사판례연구회, 2003, 377면; 안경옥, “사인이 비밀 녹음·녹화한 (비디오)테이프의 증거능력”, 『영남법학』, 제9권 제1호, 영남대학교 법학연구소, 2002, 225면; 하태훈, “통화자 일방의 동의를 받은 제3자의 전화녹음과 통신비밀보호법위반 — 대법원 2002. 10. 8. 선고 2002도123 판결”, 『안암법학』, 17호, 안암법학회, 2003, 38면.

109) 하태훈, 앞의 논문, 45-46면.

110) 증거금지원칙에서는 국가의 공권력 개입이 일체 허용되지 않는 불가침의 사적 생활영역과 자신의 행위가 타인에게 영향을 미칠 수 있는 사회적 관련성을 맺고 있는 사적 생활영역, 인격의 자유발현과 관계없는 사적 생활영역으로 나누어 첫째 영역을 침해한 증거의 사용은 금지, 둘째 영역을 침해한 증거의 사용은 형사사법의

고 볼 수 있다. 독일 연방대법원은 인간의 존엄과 가치, 인격권 등을 근거로 이러한 비밀녹음은 피고인의 동의가 없는 한 증거능력이 없는 것으로 보고 있다.¹¹¹⁾

이와 달리 전화통화와 대화를 구별하지 않고 일방당사자의 전화통화나 대화녹음은 「통신비밀보호법」의 적용을 받지 않는 것으로 해석하는 입장도 있다. 그러나 이 입장은 「통신비밀보호법」의 적용대상은 아니라 하더라도 상대방의 인격권을 침해하는 위법한 행위라는 견해¹¹²⁾와 위법한 행위가 아니라는 견해¹¹³⁾로 나뉜다. 범죄에 대한 소추와 처벌이라는 공익과 사생활의 비밀과 인격권 보호의 요청 사이에서 비교·교량하여 증거능력배제 여부를 결정하여야 한다는 견해¹¹⁴⁾도 제시된다.

생각건대 「통신비밀보호법」의 규율방식에 있어서 감청과 대화녹음을 구별하여 규율하고 있으므로 전화통화와 대화를 구별하여 고찰하는 태도는 수긍할 수 있으나, 양자 모두 「통신비밀보호법」에 금하는 요건에 해당하지 않는 행위라는 점에서 「통신비밀보호법」의 적용대상이 아니라고 할 것이다. 판례도 같은 입장이다.¹¹⁵⁾ 그러나 이러한 비밀녹음

효율성과 인격의 자유로운 발현이라는 사적 이익을 비교교량하여 결정하며, 셋째 영역은 일반적으로 증거사용이 허용된다고 한다. 이에 관한 자세한 소개는 한영수, “위법수집증거(물)의 배제 또는 사용에 관한 체계적인 이론의 형성”, 『형사법연구』, 제11호, 한국형사법연구회, 1999, 411-420면 참조.

111) BGHSt 14, 358.

112) 손동권, 앞의 책, 216면; 신양균, 앞의 책, 642면; 강동범, “녹음테이프의 증거능력”, 『형사판례연구』[6], 형사판례연구회, 1998, 473면; 안경옥, 전제 “사인이 비밀 녹음·녹화한(비디오)테이프의 증거능력”, 225면 및 “수사상 비밀 증거수집의 효율성과 한계”, 371면; 천진호, “위법수집증거배제법칙의 사인효”, 『비교형사법연구』, 제4권 제2호, 한국비교형사법학회, 2002, 378-380면 및 “위법수집증거배제법칙의 사인적 효력”, 『법조』, 제52권 제3호 통권 제558호, 법조협회, 2003. 3, 136-138면.

113) 이재상, 앞의 책, 222면; 임동규, 앞의 책, 244면.

114) 김대휘, “사진과 비디오테이프의 증거능력”, 『형사판례연구』[6], 형사판례연구회, 1998, 447면.

115) “피고인이 범행 후 피해자에게 전화를 걸어오자 피해자가 증거를 수집하려고 그 전화내용을 녹음한 경우, 그 녹음테이프가 피고인 모르게 녹음된 것이라 하여 이를 위법하게 수집된 증거라고 할 수 없다.”(대법원 1997. 3. 28. 선고 97도240

내용을 검증한 검증조서의 경우에는 피고인의 진술을 기재한 서면과 마찬가지로 제313조의 적용을 받으므로 제1항 단서에 의하여 작성자인 고소인의 진술에 의하여 녹음테이프에 녹음된 피고인의 진술내용이 피고인이 진술한 대로 녹음된 것이라는 점이 증명되고 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 것으로 인정되거나 제318조에 의하여 피고인이 증거로 사용함에 동의하여야 증거능력이 인정된다는 입장이다.¹¹⁶⁾

판결) 대법원 1999. 3. 9. 선고 98도3169 판결도 같은 취지이며, 대법원 2006. 10. 12. 선고 2006도4981 판결은 3자간의 대화에서 한사람이 다른 두 사람의 대화내용을 녹음하는 것도 통신비밀보호법상 감청에 해당하지 않는다고 한다.

- 116) “통신비밀보호법은 누구든지 이 법과 형사소송법 또는 군사법원법의 규정에 의하지 아니하고는 우편물의 검열 또는 전기통신의 감청을 하거나 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음 또는 청취하지 못하고(제3조 본문), 이에 위반하여 불법검열에 의하여 취득한 우편물이나 그 내용 및 불법감청에 의하여 지득 또는 채록된 전기통신의 내용은 재판 또는 징계절차에서 증거로 사용할 수 없고(제4조), 누구든지 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음하거나 전자장치 또는 기계적 수단을 이용하여 청취할 수 없고(제14조 제1항), 이에 의한 녹음 또는 청취에 관하여 위 제4조의 규정을 적용한다(제14조 제2항)고 각각 규정하고 있는바, 녹음테이프 검증조서의 기재 중 피고인과 공소외인 간의 대화를 녹음한 부분은 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음한 것이므로 위 법 제14조 제2항 및 제4조의 규정에 의하여 그 증거능력이 없고, 피고인들 간의 전화통화를 녹음한 부분은 피고인의 동의없이 불법감청한 것이므로 위 법 제4조에 의하여 그 증거능력이 없다.

또한, 녹음테이프 검증조서의 기재 중 고소인이 피고인과의 대화를 녹음한 부분은 타인간의 대화를 녹음한 것이 아니므로 위 법 제14조의 적용을 받지 않지만, 그 녹음테이프에 대하여 실시한 검증의 내용은 녹음테이프에 녹음된 대화의 내용이 검증조서에 첨부된 녹취서에 기재된 내용과 같다는 것에 불과하여 증거자료가 되는 것은 여전히 녹음테이프에 녹음된 대화의 내용이라 할 것인바, 그 중 피고인의 진술내용은 실질적으로 형사소송법 제311조, 제312조 규정 이외에 피고인의 진술을 기재한 서류와 다를 바 없으므로, 피고인이 그 녹음테이프를 증거로 할 수 있음에 동의하지 않은 이상 그 녹음테이프 검증조서의 기재 중 피고인의 진술내용을 증거로 사용하기 위해서는 형사소송법 제313조 제1항 단서에 따라 공판준비 또는 공판기일에서 그 작성자인 고소인의 진술에 의하여 녹음테이프에 녹음된 피고인의 진술내용이 피고인이 진술한 대로 녹음된 것이라는 점이 증명되고 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 것으로 인정되어야 한다.”(대법원 2001. 10. 9. 선고 2001도3106 판결)

또한 증거능력이 인정되는 녹음테이프는 원본이거나 복사과정에서 편집되는 등의 인위적 개작 없이 원본의 내용 그대로 복사된 사본임이 입증되어야 한다고 하면서 피해자가 피고인과의 대화내용을 디지털 녹음기(보이스 펜)에 녹음해 두었다가 그 녹음내용을 카세트테이프에 재녹음한 복제본인 경우 녹음 원본이 수록된 디지털 녹음기를 제출받아 이를 검증한 다음 작성자인 피해자의 진술 혹은 녹음상태 감정 등의 증거조사를 실시하여야 한다고 하고 있다.¹¹⁷⁾

그러나 그렇다고 하여 무제한적으로 이러한 녹음행위가 허용되는 것은 아니고 공익과 개인적 기본권을 비교·교량하여 기본권에 대한 본질적 침해가 이루어지는 경우에는 증거능력이 부정될 수 있다고 보는 것이 타당할 것이다. 국가기관이 사인인 제3자를 매개로 하여 녹음하는 경우에도 실질적으로 「통신비밀보호법」이 금하는 국가기관의 감청에 해당한다 할 것이므로 동법의 요건을 구비하지 않는 한 위법한 증거로 증거능력이 배제된다고 하여야 할 것이다.

117) “피고인과 피해자 사이의 대화내용에 관한 녹취서가 공소사실의 증거로 제출되어 그 녹취서의 기재내용과 녹음테이프의 녹음내용이 동일한지 여부에 관하여 법원이 검증을 실시한 경우에 증거자료가 되는 것은 녹음테이프에 녹음된 대화내용 그 자체이고, 그 중 피고인의 진술내용은 실질적으로 형사소송법 제311조, 제312조의 규정 이외에 피고인의 진술을 기재한 서류와 다름없어 피고인이 그 녹음테이프를 증거로 할 수 있음에 동의하지 않은 이상 그 녹음테이프 검증조서의 기재 중 피고인의 진술내용을 증거로 사용하기 위해서는 형사소송법 제313조 제1항 단서에 따라 공판 준비 또는 공판기일에서 그 작성자인 피해자의 진술에 의하여 녹음테이프에 녹음된 피고인의 진술내용이 피고인이 진술한 대로 녹음된 것이 증명되고 나아가 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 것이 인정되어야 할 것이고, 녹음테이프는 그 성질상 작성자나 진술자의 서명 혹은 날인이 없을 뿐만 아니라, 녹음자의 의도나 특정한 기술에 의하여 그 내용이 편집, 조작될 위험성이 있음을 고려하여, 그 대화내용을 녹음한 원본이거나 혹은 원본으로부터 복사한 사본일 경우에는 복사과정에서 편집되는 등의 인위적 개작 없이 원본의 내용 그대로 복사된 사본임이 입증되어야만 하고, 그러한 입증이 없는 경우에는 쉽게 그 증거능력을 인정할 수 없다.”(대법원 2005. 12. 23. 선고 2005도2945 판결)

(3) 일방의 동의를 얻은 제3자의 녹음의 경우

일방 당사자의 동의나 승낙을 받은 제3자가 동의나 승낙한 자와 다른 사람 사이의 대화 내용을 녹음하는 경우에는 다수설¹¹⁸⁾이 「통신비밀보호법」의 적용대상이 되는 위법한 행위로 증거능력이 배제된다고 하나, 증거능력을 인정하는 소수설¹¹⁹⁾도 있다. 여기서 제3자에 국가기관이나 국가기관의 하수인인 일반사인이 포함되지 않음은 「통신비밀보호법」의 취지상 당연하다고 할 것이다. 당사자 일방의 동의를 얻어 제3자가 녹음하는 경우와 당사자 일방이 직접 녹음하는 경우에 있어서 양자는 구조적으로 구분되지 않는다. 그러므로 당사자 일방의 녹음이 허용된다면 당사자 일방의 동의를 얻어 제3자가 녹음하는 경우에도 마찬가지로 해석하여야 할 것이다. 판례는 다수설과 같은 입장이다.¹²⁰⁾

(4) 전화발신지탐지의 경우

전화발신지탐지는 위법한 증거수집행위라고 볼 수 없다. 그 근거는 당사자의 동의가 있기 때문¹²¹⁾이든, 통화내용이 아닌 발신장소만을 탐지하는 것이기 때문¹²²⁾이든 결과에 있어서 차이가 없다.

118) 배종대·이상돈, 앞의 책, 220면; 손동권, 앞의 책, 218면; 신동운, 앞의 책, 226면; 심희기, 「형사소송법의 쟁점」(제2판), 삼영사, 2002, 404면; 임동규, 앞의 책, 244면; 강동범, 앞의 논문, 473면; 천진호, 앞의 “위법수집증거배제법칙의 사인효”, 385면 및 앞의 “위법수집증거배제법칙의 사인적 효력”, 143면; 하태훈, 앞의 “통화자일방의 동의를 받은 제3자의 전화녹음과 통신비밀보호법위반 — 대법원 2002. 10. 8. 선고 2002도123 판결”, 38면.

119) 백형구, 앞의 책, 309면; 이재상, 앞의 책, 223면; 김대휘, 앞의 논문, 449면.

120) 대법원 2002. 10. 8. 선고 2002도123 판결.

121) 이재상, 앞의 책, 224면.

122) 손동권, 앞의 책, 219면.

3. 강제수사와 임의수사의 한계로 문제되는 경우

가. 「경찰관직무집행법」상 소지품 검사의 경우

「경찰관직무집행법」상 흉기소지 여부를 검사하기 위하여 외부에서 소지품을 관찰하고 소지품에 대하여 질문하거나 또는 소지품의 임의제시를 요구하는 것, 옷이나 소지품의 외표를 손으로 가볍게 두드려 조사하는 것, 제시된 소지품을 검사하는 것 등은 허용(법 제3조)되지만, 흉기 이외의 소지품에 대하여도 소지품 검사를 인정하는 견해¹²³⁾와 이는 명문의 규정에 반하고 「경찰관직무집행법」상의 소지품 검사는 「형사소송법」상 수색과 달리 구체적 범죄혐의가 아직 인정되기 전에 행해지는 것이므로 흉기 이외의 소지품 검사는 불심검문의 한계를 넘어선 것이라는 반대견해¹²⁴⁾가 있다.

소지품이 흉기인가 여부가 검사 이전에 명백히 구별되는 것은 아니므로 「경찰관직무집행법」상 흉기검사 방법으로 허용되는 정도의 방법으로 소지품을 검사하는 것은 허용된다고 보아야 할 것이다. 1968년 미국 Terry v. Ohio 판결은 stop and frisk¹²⁵⁾의 방법에 의한 소지품 검사를 용인한 바 있다.

나. 사진 및 무음향 비디오 촬영의 적법성 판단기준

(1) 수사기관에 의한 촬영의 경우

대상자의 동의 없는 사진 및 비디오 촬영의 법적 성질에 대하여는 사생활의 비밀과 자유, 초상권 등을 침해하는 강제처분으로 파악하는 것이 통설¹²⁶⁾이지만 공개장소에서의 사진촬영은 임의수사이거나, 상대방

123) 신동운, 앞의 책, 78면; 이재상, 앞의 책, 197면; 임동규, 앞의 책, 158면; 정웅석, 앞의 책, 112면

124) 손동권, 앞의 책, 176면; 조국, 앞의 책, 362면.

125) 옷 위를 손으로 더듬어 검사하는 방법을 의미한다.

126) 배종대·이상돈, 앞의 책, 220면; 백형구, 앞의 책, 216면; 손동권, 앞의 책, 220면;

의 사적 공간에서의 사진촬영은 강제수사에 해당한다는 소수설¹²⁷⁾이 있다. 그러나 강제수사설에서도 무인감시카메라에 의한 과속차량 촬영 등 일정한 조건하에서는 영장 없는 촬영을 허용하고 있어 양자 사이에 실질적 차이는 없다고 할 수 있다.¹²⁸⁾ 대법원 판례¹²⁹⁾도 영장 없는 무인감시카메라의 촬영의 적법성을 인정하는 입장이다.

사진 및 비디오 촬영을 강제수사로 파악하는 경우 그 영장의 성질에 관하여는 「통신비밀보호법」상 감청영장에 준하는 영상감시영장을 발부 받아야 한다는 견해,¹³⁰⁾ 사진 및 무음향비디오 촬영은 사실을 발견함에 필요한 검증영장의 성격을 갖는다고 하는 견해¹³¹⁾로 나뉜다.

(2) 사인에 의한 촬영의 경우

피해자에 대한 공갈 목적으로 촬영된 나체사진이라 하더라도 그 촬영이 임의성이 있는 상태하에서 이루어진 것으로서 피고인에 대한 형사소추를 위하여 반드시 필요한 증거인 경우에는 위법하게 수집한 증거가 아니어서 피고인의 동의에 의하여 증거능력이 인정된다는 것이 판례¹³²⁾이나, 학설은 이에 대하여 지지 여부가 나뉜다.¹³³⁾ 사인이 피촬영자의

신양균, 앞의 책, 226면; 이영란, 앞의 책, 269면; 이재상, 앞의 책, 223면; 임동규, 앞의 책, 237면; 정영석·이형국, 앞의 책, 165면; 정웅석, 174면; 조국, 앞의 책, 364면; 안경옥, “수사상 비밀 증거수집의 효용성과 한계”, 『비교형사법연구』, 제3권 제2호, 한국비교형사법학회, 2001. 12, 366면; 천진호, 앞의 “위법수집증거의 사인효”, 372면 및 “위법수집증거배제법칙의 사인적 효력”, 131면; 허일태, “비디오촬영의 허용과 촬영된 비디오테이프의 증거능력”, 『형사법연구』, 제12호, 한국형사법학회, 1999. 11, 55-57면.

127) 신동운, 앞의 책, 118면.

128) 손동권, 앞의 책, 220면; 이재상, 앞의 책, 224면.

129) 대법원 1999. 9. 3. 선고 99도2317 판결.

130) 심희기, 앞의 책, 88-90면; 허일태, 앞의 논문, 59면

131) 조국, 앞의 책, 367면.

132) 대법원 1997. 9. 30. 선고 97도1230 판결.

133) 판례의 태도를 소극적이라고 비판하는 입장으로는 신동운, “위법수집증거배제법칙과 나체사진의 증거능력: 1997. 9. 30. 97도1230, 공 1997, 3356”, 『법학』, 제111호,

동의를 받지 않고 촬영한 경우에는 원칙적으로 증거능력이 인정되지 않는다는 견해가 다수이다.¹³⁴⁾

다. 신체침해의 방법에 의한 수사

강제채혈, 강제채뇨, 연하물의 강제배출의 경우에는 일반적인 압수·수색·검증과 달리 인격권을 침해할 가능성이 큰 처분으로서 당사자의 동의 여부와 관계없이 강제수사로 보아야 할 것이고 영장에 의하지 않고 이러한 처분이 가능하려면 i) 증거보전의 필요성이 있고, ii) 증거로서의 중요성이 있으며, iii) 달리 증거를 수집·보전할 방법이 없고, iv) 전문가가 행하는 필요최소한의 채취일 것(방법의 상당성)을 필요로 한다고 보아야 한다.¹³⁵⁾ 여기에 덧붙여 범죄행위의 중대성과 임의제출 설득의 실패를 요건으로 하는 견해도 있다.¹³⁶⁾

마취분석 역시 법이 허용하는 수사방법이 아니므로 이를 통하여 얻은 증거는 증거능력이 없다고 하여야 한다.¹³⁷⁾

거짓말탐지기의 사용은 이론이 있지만 일정한 요건¹³⁸⁾하에 허용될

서울대학교법학연구소, 1999, 373-376면이 있고, 이와 반대로 판례의 입장을 지지하는 견해로는 이종갑, “사인이 위법하게 수집한 증거와 위법수집증거배제법칙”, 『법학연구』, 제15집 제1호, 경상대학교 법학연구소, 2007, 213면이 있다.

134) 신양균, 앞의 책, 226면; 천진호, 앞의 “위법수집증거배제법칙의 사인적 효력”, 132면; 허일태, 앞의 논문, 69-70면.

135) 박강우, “무영장·무동의 채혈의 적법성에 관한 각국 판례의 동향”, 『형사정책연구』, 제16권 제4호 통권 제64호, 한국형사정책연구원, 2005 겨울, 150-151면; 박광섭, “강제채뇨의 적법성과 강제연행”, 『고시계』, 2000년 8월호, 고시계사, 2000. 7, 134면.

136) 이상돈, 앞의 책, 150면.

137) 이재상, 앞의 책, 537면.

138) 그 요건은 첫째로 거짓말을 하면 반드시 일정한 심리상태의 변동이 일어나고, 둘째로 그 심리상태의 변동은 반드시 일정한 생리적 반응을 일으키며, 셋째로 그 생리적 반응에 의하여 피검사자의 말이 거짓인지 아닌지가 정확히 판정될 수 있다는 세 가지 전제요건이 충족되어야 할 것이며, 특히 마지막 생리적 반응에 대한 거짓 여부 판정은 거짓말탐지기가 검사에 동의한 피검사자의 생리적 반응을 정확히 측정할 수 있는 장치이어야 하고, 질문사항의 작성과 검사의 기술 및 방법이 합리적이어야 하며, 검사자가 탐지기의 측정내용을 객관성 있고 정확하게 판독할 능력을

수 있다고 본다.¹³⁹⁾

라. 합정수사의 문제

합정수사를 기회제공형과 범의유발형으로 나눈다면, 기회제공형은 적법하지만 범의유발형은 위법한 수사로서 이에 기하여 수집한 증거의 증거능력은 부정되어야 한다.¹⁴⁰⁾

4. 위법수집증거의 예외적 증거사용 문제

가. 당사자의 동의에 의한 증거능력 부여 문제

위법하게 수집된 증거의 증거능력제한이 상대적인가 여부에 대하여 선서나 영장주의와 같이 공익을 위한 절차에 위반한 경우에는 동의에 의하여 증거능력이 인정될 수 없지만 개인의 이익보호를 목적으로 하는 절차에 위반한 경우에는 동의에 의하여 증거능력을 인정해야 한다는 견해¹⁴¹⁾와 증거수집절차의 중대한 위법으로 허용되지 않는 증거가 동의에 의하여 증거능력이 인정되는 것은 타당하지 않다는 이유로 반대하는 견해¹⁴²⁾가 나뉜다. 그러나 개인의 이익을 보호하기 위한 절차에 위반한

갖춘 경우일 것 등이다.(대법원 2005. 5. 26. 선고 2005도130 판결)

139) 이재상, 앞의 책, 537면.

140) 강구진, 앞의 책, 179면; 김기두, 앞의 책, 208면; 백형구, 앞의 책, 432면; 이재상, 앞의 책, 190-192면; 송광섭, “위법수집증거의 증거능력”, 『형사법연구』, 제7호, 한국형사법학회, 1994. 12, 156면.

141) 신현주, 앞의 책, 303면; 심희기, 앞의 책, 386면; 정진연·조규태, “위법수집증거배제 법칙”, 『숭실대학교대학원논문집』(인문사회과학편), 제13집, 숭실대학교대학원, 1995. 10, 90면; 조규태, “위법수집증거의 증거능력에 관한 소고”, 『법학연구』, 제16집, 숭실대학교 법학연구소, 2006. 8, 282면.

142) 강구진, 앞의 책, 467면; 배종대·이상돈, 앞의 책, 661면; 손동권, 앞의 책, 619면; 신동운, 앞의 책, 877면; 이재상, 앞의 책, 550면; 정영석·이형국, 앞의 책, 363면; 차용석·최용성, 앞의 책, 605면; 김희욱, “당사자의 동의와 증거능력”, 『고시연구』, 제16권 제10호(187호), 고시연구사, 1989. 9, 135면; 류지영, “위법수집증거배제법칙 — 개정 형사소송법 제308조의2와 관련하여 —”, 『법학연구』, 한국법학연구회, 2008,

경우란 그 위법이 중대하지 않은 경우라고 볼 여지가 있으므로 양자는 결과적으로 큰 차이가 나지 않을 것이다.

나. 탄핵증거의 사용가능성 여부

위법수집증거에 대하여 탄핵증거로 사용을 허락한다면 사실상 증거 배제의 효과를 잠탈하는 결과를 초래하게 되므로 위법한 절차에 의하여 수집된 증거는 탄핵증거로도 사용할 수 없다고 하여야 한다.¹⁴³⁾ 그러나 미국 판례 중에는 불법하게 획득한 티셔츠라 하더라도 코카인을 소지하거나 매매한 사실이 없다는 피고인의 진술을 탄핵하는 데에는 증거로 사용할 수 있다고 한 사례가 있다.¹⁴⁴⁾

IV. 결 론

실체적 진실발견과 적정절차의 원리는 단지 형사소송상의 이념에 그치는 것이 아니라 인간의 존엄과 가치를 보장하고 공동체의 질서를 유지하기 위한 헌법적 원리라고 할 것이다. 그렇다면 위법한 수사에 의하여 수집된 증거라 하더라도 이를 일률적으로 증거능력을 부정하거나, 또는 성질·형상불변론과 같이 대체적으로 그 증거능력을 허용하려는 태도는 타당하다고 할 수 없다. 구체적으로 개별적으로 문제가 되는 사안마다 대법원 판례가 지적하듯이 각 절차조항의 취지와 그 위반의

137면; 이종갑, “위법수집증거배제법칙”, 『법학연구』, 제2집, 경상대학교 법학연구소, 1990. 12, 313면.

143) 배종대·이상돈, 앞의 책, 567면; 손동권, 앞의 책, 555면; 이영란, 앞의 책, 718면; 이재상, 앞의 책, 550면; 임동규, 앞의 책, 454면; 류지영, 앞의 논문, 같은 면; 송광섭, “탄핵증거제도에 관한 연구”, 『원대논문집』, 제25집, 원광대학교, 1991, 269면; 정진연·조규태, 앞의 논문, 23면.

144) Harris v. New York, 401 U.S. 222, 1971. ; United States v. Havens, 446 U.S. 620, 1980.

내용 및 정도, 구체적인 위반 경위와 회피가능성, 절차조항이 보호하고자 하는 권리 또는 법익의 성질과 침해 정도 및 피고인과의 관련성, 절차위반행위와 증거수집 사이의 인과관계 등 관련성의 정도, 수사기관의 인식과 의도 등을 종합적으로 고려하여 비교·교량할 필요가 있을 것이다.

결국 위법절차수집증거의 배제법칙을 법문화한다 하더라도 현재와 같은 일반적이고 추상적인 규정의 형태로 규정할 수밖에 없음은 탄력적인 법의 적용을 위해서도 불가피한 일이라 할 것이다. 남은 과제는 판례의 축적과 학문적 연구를 통하여 구체적으로 증거능력이 배제되어야 하는 경우와 그렇지 않은 경우를 구별하는 기준을 유형화하는 작업이라고 할 것이다.

이러한 관점에서 지금까지 개정된 「형사소송법」에 신설된 위법수집증거의 배제법칙과 관련하여 구체적으로 위법한 증거수집에 해당하여 그 증거능력이 부정되어야 하는 유형을 우리나라의 학설과 판례뿐만 아니라 미국, 독일, 일본의 경우까지 개괄하여 보았다. 증거배제 여부의 대체적인 기준은 「헌법」과 「형사소송법」이 규정하고 있는 영장주의의 기본정신, 개인의 프라이버시 및 인격권 등 기본권의 본질적 내용의 침해 여부 등이라고 할 수 있을 것이고 이 점에 관해서 상당부분 학설은 통일되어 있다고 할 수 있다.

그러나 아직까지 우리 학설이나 판례가 통일된 입장에 이르지 않은 분야는 특별히 사인에 의하여 수집되는 위법한 증거의 증거능력배제 문제라고 할 수 있고, 특히 「통신비밀보호법」의 적용 범위와 관련하여 많은 논란이 있음을 살펴보았다. 이 분야의 해석에 있어서 「통신비밀보호법」 조문의 문리적 해석도 중요하겠지만 보다 중요한 것은 개인의 인격권과 프라이버시 등 기본적 권리의 본질적 내용을 침해하는가 여부에 입각한 합목적적인 해석원리 역시 요청된다고 할 것이다. 「형사소송법」이 명문으로 적법하지 않은 절차에 의하여 수집된 증거의 증거능력을 부정한다고 규정한 이상, 현재의 「통신비밀보호법」은 입법적으로 보다

정치하게 정비될 필요가 있다. 학설과 판례 역시 대화·전화통화자 일방의 녹음과 일방의 동의에 의한 제3자의 녹음 등에 있어서 논리적인 일관성을 유지하는 견해를 제시하여야 할 것이다.

따라서 독일법의 증거금지원칙은 개정된 『형사소송법』하에서도 여전히 중요한 의미를 갖는다고 할 수 있다. 그밖의 경우들에 있어서는 대체로 본문에서 살펴본 것과 같은 해석원리들에 입각하여 증거능력의 배제 여부를 판단하면 별다른 문제는 발생하지 않으리라고 생각한다.

(투고일 2008년 7월 1일, 심사일 2008년 7월 23일, 게재확정일 2008년 8월 1일)

주제어 : 위법절차수집증거, 위법절차수집증거배제법칙, 증거법칙, 통신비밀보호법, 도청, 감청

[Abstract]

A Study on the Criterion of the Exclusionary Rule of Illegally
Collected Evidence

Kwang-Soo Lee*

The Exclusionary Rule of Illegally Collected Evidence is introduced in the recently revised Criminal Procedure Act in Korea. From the viewpoint of the idea of truth-finding and due process, as is the principal of the constitutional law, both are not correct to recognize the illegally collected evidences and to deny totally. It must be testified case by case in deference of the meaning of the clause, the contents and the grade of the violation, the reason and the possibility of avoidance, the character of the rights or the benefits and protections of the law which the procedure clause protects, the grade of the violation, the relation with the accused, the causation between the violating acts and the collection of the evidences and the recognition and the intention of the investigator. Generally the principals such as the principal of the writ, the protection of the privacy and the personal rights can be criterion of the exclusion of the evidences. I studied the several cases from the viewpoint of those principals in this paper. Also, the interpretation of the clauses must be correspondent with the purpose of those clauses, especially in the interpretation of the Act of the Protection of the Secrets of the Communication. It will be developed by the accumulation of the judicial

* Assistant Professor, College of Law, Kookmin University

precedents and the theories.

Key Words : the Exclusionary Rule of Illegally Collected Evidence, the Exclusionary Rule, the Illegally Collected Evidence, the evidence rule, Act of the Protection of the Secrets of the Communication, illegal listening(wiretapping)

