연구총서 07-23

압수수색과 위법수집증거배제법칙에 관한 연구

Exclusion of Illegally Obtained Evidence in Search-and-Seizure

김 한 균
권 순 철
이 승 한

연 구 진

김 한 균 (한국형사정책연구원 전문연구원)
권 순 철 (검사, (전) 서울중앙지방검찰청 부부장검사)
이 승 환 (검사, (전) 광주지방검찰청 부장검사)

한국형사정책연구원

발 간 사

헌법과 형사소송법은 실체적 진실 발견의 목표와 적법절차 준수의 이념이 형사절차에서 조화롭게 추구될 것을 요청하고 있습니다. 이로써 인권보장과 정의실현이 비로소 가능하게 될 것입니다.

특히 수사기관이 절차규정에 위반하여 수집한 증거의 인정여부를 둘러싼 이론적 실천적 문제제기에 대하여는 합리적인 해결책을 모색할 필요가 있습니다. 본 연구원에서는 위법수집증거배제법칙에 대한 비교법적 검토와 입법론적 해석론적 논의에 있어 법적 실무적 쟁점을 분석한 연구결과를 1995년 연구보고서로 발간한 바 있습니다.

이러한 성과를 바탕으로 본 보고서는 그간 학계와 실무법조계의 논의진전과 2007년 형사소송법개정과 판례태도의 변화상황을 검토하여, 위법수집증거배제법칙의 취지 및 근거, 위법수집증거배제법칙의 적용요건과 그 효과, 위법수집증거배제법칙의 예외에 대한 연구내용을 담았습니다.

본 보고서가 위법수집증거배제법칙의 합리적 실현을 위한 이론과 실무차원의 구체적 논의와, 실체적 진실과 적법절차이념을 구현하는 법치국가적 형사절차 법제도 발전에 기여하게 되기를 바랍니다. 연구에 수고를 아끼지 않은 권순철, 이승한 검사와 김한균 연구원의 노고를 치하하는 바입니다.

2008년 3월

한국형사정책연구원

원장 박상기

목 차

국문요약 ····· 9

제1장 연구의 의의와 대상 ····· 19

제1절 연구의 의의와 목적 ····· 19

제2절 연구의 문제대상 ····· 21

제2장 위법수집증거배제의 이론과 판례 ····· 25

제1절 주요국가의 위법수집증거배제 이론과 판례 ····· 26

1. 미국의 위법수집증거배제법칙과 판례 ····· 26
2. 영국의 위법수집증거배제 이론과 판례 ····· 27
3. 독일의 위법수집증거배제 이론과 판례 ····· 34
4. 일본의 위법수집증거배제 이론과 판례 ····· 38
5. 캐나다의 위법수집증거배제 이론과 판례 ····· 42

제2절 우리나라의 학설 및 판례 ····· 44

1. 위법수집증거배제법칙의 인정범위 ····· 45
2. 독나무열매 이론 ····· 48
3. 판례의 태도 ····· 50

제3장 미국의 위법수집증거배제법칙 ····· 57

제1절 위법수집증거배제법칙의 발전 ····· 57

1. 미국 수정헌법 제4조 ····· 57

2. 위법수집증거배제법칙의 기원 ····· 58
3. 위법수집증거 배제법칙의 성립과 발전 ····· 59

제2절 위법수집증거배제법칙의 취지 및 근거 ····· 61

1. 제도의 취지 ····· 61
2. 근거 및 성격 ····· 63

제3절 위법수집증거배제법칙의 적용요건 ····· 64

1. '사생활의 합리적인 기대 범위'의 판단기준 ····· 65
2. 개연성 모델 ····· 67
3. 사적사실관계 모델 ····· 68
4. 실정법 모델 ····· 70
5. 정책 모델 ····· 71

제4절 위법수집증거배제법칙의 효과 ····· 73

1. 수집증거의 위법배제주장 ····· 73
2. 독나무열매의 경우 ····· 81

제5절 위법수집증거배제법칙의 예외 ····· 82

1. 선의의 예외이론 ····· 82
2. 독나무열매이론의 적용 한계 ····· 84
3. 기타 - 위법증거의 부수적 활용 ····· 89

제6절 위법수집증거배제법칙에 대한 평가 ····· 90

1. 위법수집증거배제법칙에 대한 비판론 ····· 91
2. 위법수집증거배제법칙에 대한 긍정론 ····· 92
3. 평 가 ····· 93

제4장 위법한 압수수색과 위법수집증거배제 ····· 95

제1절 압수수색의 적법절차위반과 위법수집증거배제
- 제주도지사공직선거법위반 압수수색사건의 경우 ····· 95

1. 사건의 개요 ····· 95
2. 압수수색과 위법수집증거배제에 관한 논쟁 ····· 96

제2절 2007년 전원합의체 판결의 검토 ····· 111

1. 전원합의체 판결의 의미 ····· 112
2. 위법수집증거의 배제범위 ····· 114
3. 2008년 광주고등법원 파기환송판결 ····· 115
4. 평 가 ····· 120

제5장 개정 형사소송법 제308의 2조와 위법수집증거배제법칙 ····· 123

제1절 형사소송법 개정의 의미 ····· 123

1. 제308조의 2 규정의 입법과정 ····· 124
2. 제308조의 2 규정의 성격 ····· 126
3. 제308조의 2 의 '적법한 절차' ····· 127

제2절 제308조의 2 규정의 문제점 ····· 129

제3절 압수 수색과 적법절차위반 수집증거 ····· 132

1. 압수·수색영장 기재사항의 일탈 ····· 133
2. 제3자에 대한 압수·수색 ····· 136
3. 별건 압수·수색 ····· 138
4. 영장집행절차의 하자 ····· 139
5. 영장주의의 예외 Ⅰ - 체포현장에서의 압수·수색 등 ····· 141

6. 영장주의의 예외 Ⅱ - 동의에 의한 압수·수색 ····· 143

제6장 결 론 ····· 145

참고문헌 ····· 156

Summary ····· 161

국문요약

제1장 연구의 의의와 대상

1. 본 연구는 압수 수색과 관련하여 위법하게 수집된 비진술증거에 대해서도 증거능력을 배제한 2007년 대법원전원합의체판결을 통한 판례태도의 변화와, 2007년 개정 형사소송법상 위법수집증거배제법칙 규정의 이론적 내용과 실천적 한계에 대해 검토한다.

2. 본 연구는 위법수집증거배제법칙에 대한 주요국가들과 우리나라의 학설 및 판례를 개괄적으로 검토하고, 미국의 위법수집증거배제법칙의 취지 및 근거, 적용요건과 효과, 그리고 그 예외에 대해 분석한다. 그리고 압수 수색의 적법절차위반과 위법수집증거배제에 관하여 2007년 개정 형사소송법 제308조의 2 규정의 구체적 해석적용에 대해 검토한다.

제2장 위법수집증거배제의 이론과 판례

1. 위법수집증거배제의 이론과 법원칙은 미국을 비롯해 영국, 독일, 일본 등 주요국가에서 발전해왔다. 위법하게 수집된 증거의 증거능력 인정여부에 대해 실체적 진실의 발견이라는 측면에 중점을 둘 것인지, 절차의 공정과 기본적인권의 보장에 중점을 둘 것인지는 소송관에 따라, 그리고 각국 형사소송제도의 역사적 법문화적 경험에 따라 차이가 있다.

2. 미국 판례법상 위법수집증거배제법칙은 수정헌법 제4조 사생활보호조항에 위반한 불법 압수 수색을 통해 수집한 증거물의 증거능력을 부정하면서도 상당한 예외를 인정하고 있다.

3. 영국판례법의 전통에 따르면 증거수집의 정황은 법원의 증거능력의 인정판단에 영향을 미치지 않는다. 판례는 공정한 절차를 거쳤거나 그렇지

아니하거나 수집된 증거의 본질이 동일하다면 증거능력을 인정한다는 협의의 법형식주의적 해석입장이다. 이러한 판례법상 전통은 1984년 경찰직무집행및형사증거에관한법률 제78조 (불공정증거의 배제)에 의해 수정되었다.

제78조는 증거수집방법에 대한 법관의 판단재량을 입법적으로 부여하면서, 증거수집과 관련된 모든 정황을 고려해야 하며, 절차의 공정성에 부정적 효과를 미치는지에 대해 판단하도록 기준을 제시하였다.

4. 독일은 연방법원이 확립한 권리영역이론에 근거하여 증거수집이 형사소송법에 위반하여 이루어지고 그 위반이 피의자나 피고인의 권리영역을 본질적으로 침해하는 경우에는 그것을 증거로 할 수 없다는 증거사용금지이론을 발전시켜 왔다.

첫째 헌법상 사생활보호의 권리를 침해한 경우 법치국가원칙에 반하여 증거를 배제하며, 둘째 비례성의 원칙하에 개인의 사생활보호의 이익이 증거를 사용할 경우의 공익보다 더 크다고 판단하면 비록 적법한 절차에 따라 증거가 수집되었다고 하더라도 증거능력은 배제된다.

5. 일본의 경우 임의성에 의심있는 자백에 대해서는 증거배제법칙이 헌법제38조 2항과 형사소송법 제319조 2항에 명문화되어있다. 하지만 비진술증거에 대해서는 진술증거와 달리 압수절차상 위법이 증명력 자체에는 영향을 미치지 않는다고 보는 것이 판례의 입장이다.

6. 캐나다 헌정법 제24조 2항의 위법수집증거배제법칙 규정은 증거능력을 배제하기 위한 요건으로 위헌(위법)적 수집방법, 모든 정황의 고려, 사법정의의 불명예를 규정하고 있다.

7. 우리나라 학설은 위법수집증거배제법칙의 규범적,이론적 근거와 사실적,정책적 근거를 헌법이 규정하고 있는 적법절차의 보장과 인권보장, 그리고 위법수사의 억제로 본다.

다수의 학설은 적법절차의 보장과 수사기관의 위법수사 억제를 위해 위법수집증거의 증거능력을 부정하여야 하며, 중대하고 본질적 증거절차규정

을 위반한 경우 당연히 위법수집증거배제법칙이 적용되어야 한다고 본다.

8. 2007년 이전 판례는 비진술증거인 증거물에 대해서는 압수절차가 위법하다 하더라도 그 물건 자체의 성질, 형태에 변경을 가져오는 것이 아니어서 그 형태 등에 관한 증거가치에는 변함이 없다는 이유로 위법하게 수집된 압수물의 증거능력을 인정하는 태도를 취하여 왔다.

대법원은 2007년 전원합의체판결을 통해 헌법과 형사소송법이 정한 절차에 따르지 않고 수집된 증거는 기본적 인권보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않는 것으로 원칙적으로 유죄의 증거로 삼을 수 없다고 판시하여, 종전의 판례를 변경하였다.

제3장 미국의 위법수집증거배제법칙

1. 미국에서의 위법수집증거배제법칙 (Exclusionay Rule)은 수정헌법 제4조에 따라 “부당한 수색과 체포”에 의해 증거가 발견된 경우에는 형사재판에서 증거로 사용될 수 없다는 것을 의미한다.

위법수집증거배제법칙은 수정헌법 제4조의 사생활 보호 조항에 대한 연방대법원의 판례를 통해 형성된 것으로서, 1914년 Weeks사건에서 처음으로 인정되었으며, 1961년 Mapp판결에 의해 연방 뿐만 아니라 주에서도 위법하게 수집된 증거의 증거능력이 배제되게 되었다.

2. 위법수집증거배제법칙의 주된 목적은 수사기관의 부당한 압수나 수색을 포함한 위법한 수사를 억제하는 것이다. 위법수집증거배제법칙의 제도적 근거와 취지에 대한 이해는 제도의 적용 방식이나 적용 범위와 관련하여 중요한 기준이 된다.

3. 위법수집증거배제법칙이 적용되기 위해서는 첫째, 수사기관의 부당한 압수, 수색 등 공적 작용이 있어야 한다. 둘째, 증거를 확보해야 한다. 셋째, 불법적인 수사와 확보된 증거사이에 인과관계가 존재해야 한다.

수정헌법 제4조는 부당한 압수, 수색으로부터 국민의 사생활을 보호하기 위한 조항이므로 국가기관의 어떠한 행정작용이 국민의 사생활의 합리적인 기대범위(reasonable expectation of privacy)를 침해하는 경우에는 위법수집증거배제법칙이 적용될 수 있다. ‘사생활의 합리적인 기대범위’의 판단기준에는 개연성 모델 (The Probabilistic Model), 사적사실관계 모델 (The Private Facts Model), 실정법 모델 (The Positive Law Model), 정책 모델(The Policy Model)이 있다.

4. 피고인은 위법한 수사활동으로 인하여 자신의 헌법상의 권리가 침해되는 경우에 한하여 위법한 수사에 의해 취득된 증거의 증거능력을 배제해야 한다는 주장을 할 수 있는 당사자적격을 갖는다. 위법수집증거배제법칙은 수정헌법 제4조에 근거를 두고 있으므로 당사자적격이 있는지 여부는 피고인이 수사기관에 의해 수색된 장소나 압수된 물건이 피고인의 ‘사생활의 합리적인 기대범위 내에 있는지에 의해 결정된다.

5. 연방대법원이 인정하고 있는 위법수집증거배제법칙의 예외는 첫째, 수사기관이 외관상 유효한 영장 혹은 영장이 존재함을 보여주는 기록에 근거하여 선의에 따라 행동한 경우, 둘째, 불법적인 수사와 증거 취득사이의 인과관계가 희박하여 위법수사의 흔적이 사라지는 경우, 셋째, 불법수사와 관계없는 별도의 독립적인 근원을 통해 증거가 취득된 경우, 넷째, 수사기관에 의해 위법하게 취득된 증거라고 하더라도, 다른 독립적이고 합법적인 수단에 의해 필연적으로 발견될 수 있었던 경우에 인정된다.

6. 선의의 예외(Good Faith Exception) 이론은 위법하게 수집된 증거라고 하더라도 그 위법이 수사기관에 의해 행해지지 않았거나 수사기관에 의해 행해진 경우에도 수사기관이 정직하고 합리적인 신뢰에 따라 위법이 아니라고 믿고 취득한 경우에는 증거로 허용된다는 이론이다.

7. 독나무열매이론과 관련하여, 위법희석(attenuated connection) 이론은 불법수사(독나무)와 수집된 증거(열매) 사이에 인과관계가 상당히 희박해진

경우에는 그 과실의 증거능력이 인정된다는 이론이다. 위법과 증거사이에 통상의 인과관계가 충분히 희박해졌는지 여부를 판단하기 위해서 고려해야 할 요소는 첫째, 불법과 증거의 획득 사이에 경과된 시간, 둘째, 개입된 정황의 존재, 셋째, 수사기관의 불법행위의 목적과 파렴치성 등이다.

독립된 증거원(independent source) 이론은 수사기관이 불법적인 수사를 했다고 하더라도, 증거가 불법성이 없는 독립적인 근원을 통해 발견된 경우에는 증거로서 허용된다는 것이다.

필연적인 발견(inevitable discovery) 이론은 수사기관이 위법한 행위로 취득한 증거라고 하더라도 불법한 수사와 는 별도의 합법적인 방법으로 증거를 수집하였을 가능성이 있는 경우에는 증거로 허용된다는 이론이다.

8. 위법수집증거배제법칙에 대한 비판론은 첫째, 위법수집증거배제법칙은 범죄를 저지른 범인을 방면하는 상당한 대가를 사회로 하여금 부담하도록 한다는 것이다.

둘째, 위법수집증거배제법칙의 위법수사 억제효과는 실제 경험적으로 신뢰할 수 없다는 점이다.

셋째, 수집된 증거의 증거능력을 배제함으로써 수사관으로 하여금 위법한 정도에 이르지 않음에도 수사 자체를 하지 못하도록 하는 과도한 수사억제효과를 야기한다는 점이다.

넷째, 위법수사를 억제하기 위해서라면 수집된 증거의 증거능력을 부정하는 것보다는 위법행위에 대한 민사적 구제수단이 더 효과적일 수 있다는 점이다.

다섯째, 위법수집증거배제법칙은 범인을 석방하기를 꺼려하는 법원으로 하여금 수정헌법 제4조를 좁게 해석하여 위법증거의 증거능력을 허용하도록 하거나, 경찰로 하여금 같은 이유에서 위증을 부추기는 우려도 있다는 점이다.

9. 위법수집증거배제법칙에 대한 긍정론자들은 첫째, 위법수집증거배제

법칙이 적용되는 살인, 강간 등의 강력범죄는 극히 드물고 대부분이 마약범죄와 관련된 수사 중에 위법수집증거배제법칙이 적용된 예가 많다는 점을 지적한다. 둘째, 수사기관이 위법한 수사를 통해 수집한 증거물은 반환하는 것이 당연하며, 위법수집증거배제법칙이 과도한 수사억제효과를 가져오지 않는다. 셋째, 위법수사에 대해서 민사구제수단이 효과적이지 않다. 넷째, 위법수집증거배제법칙이 위법수사억제를 위해 범인을 석방시킴으로써 헌법원칙이 수호되고 있음을 사회에 보여줄 수 있다.

10. 위법수집증거배제법칙은 수사기관의 위법수사 활동을 억제함으로써 얻는 이익과 범인을 방면함으로써 사회적으로 발생되는 비용을 엄격하게 형량하여 제도의 해석과 적용범위를 결정해야 한다.

제4장 위법한 압수 수색과 위법수집증거배제

1. 2006년 제주도지사공직선거법위반 압수 수색사건은 우리나라에서 압수 수색의 위법 여부와 증거배제여부에 대한 신중한 논의의 계기를 마련하였다. 검찰이 영장기재 이외의 장소에서, 제3자로부터 영장기재사실과 관계없는 문건을 압수하였으므로 이 사건 압수 수색은 그 자체로 위법하여 위법수집증거로서 증거능력이 배제되어야 한다는 것이 변호인단의 주장이었다.

이에 대해 검찰은 압수 수색 대상이 선거관련 자료 일체였고, 영장에 기재된 장소와 압수장소 사이에는 밀접한 연관성이 있으며, 화이트컬러 범죄의 경우 수사관들의 현장판단을 존중하지 않는다면 영장기재의 미비로 결정적 증거의 인멸을 막을 수 없는 결과를 초래한다고 주장하였다.

2. 대법원의 2007년 전원합의체판결의 요지는 첫째, 헌법과 형사소송법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집된 증거는 적법한 절차에 따르지 않은 것으로서 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다는 점이다.

둘째, 절차조항에 따르지 않는 수사기관의 압수 수색을 억제하고 재발을 방지하는 가장 효과적이고 확실한 대응책은 이를 통하여 수집한 증거는 물론 이를 기초로 하여 획득한 2차적 증거를 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없도록 하는 것이다.

셋째, 형식적으로 보아 정해진 절차에 따르지 아니하고 수집된 증거라는 이유만을 내세워 획일적으로 증거능력을 부정하는 것 역시 헌법과 형사소송법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련한 취지에 맞는다고 볼 수 없다.

넷째, 수사기관의 증거 수집 과정에서 이루어진 절차 위반행위와 관련된 모든 사정을 전체적·종합적으로 살펴 볼 때, 절차 위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 아니하고, 오히려 그 증거의 증거능력을 배제하는 것이 형사 사법 정의를 실현취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우라면 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다.

3. 2007년 판결로 인하여 위법하게 수집된 압수물의 증거능력을 인정하던 기존의 판례는 이 판결과 배치되는 범위 내에서 변경되었으며, 이로 인하여 기존의 수사관행에도 큰 변화를 가져오게 될 것이다.

4. 2007년 전원합의체 판결의 의의는 첫째 헌법과 형사소송법절차에 위반하여 수집한 증거와 이를 기초로 획득한 2차증거를 유죄의 증거로 삼을 수 없다는 원칙을 선언하였다.

둘째 수사기관이 증거수집과정에서 이루어진 절차위반행위와 관련된 모든 사정을 전체적 종합적으로 살펴 수사기관의 절차위반행위가 적법절차의 실질적 내용을 침해하는 경우에 해당하지 않고, 적법절차의 원칙과 실체적 진실규명의 비교교량을 통하여 해당 증거의 증거능력을 배제하는 것이 형사사법정의를 실현하려는 헌법과 형사소송법의 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 경우에는 예외적으로 유죄인정의 증거로 삼을 수 있

다고 판시하여 위법수집증거배제법칙의 적용범위기준을 제시하였다.

셋째, 위법수집증거를 기초로 획득한 2차증거에 관해 독나무열매이론을 인정하되, 2차증거수집과 관련된 모든 사정을 전체적 종합적으로 고려하여 인과관계가 희석 또는 단절된 경우에는 예외적으로 증거능력을 인정한다.

제5장 개정 형사소송법 제308조의 2와 위법수집증거배제법칙

1. 개정 형사소송법 제308조의 2는 적법한 절차에 의하지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다고 규정하여 진술증거와 증거물에 관하여 위법수집증거배제법칙을 명문화하였다.

2. 제308조의 2는 “적법한 절차에 의하지 아니하고”라는 문구를 사용하여 법원의 재량에 의한 증거배제 여부 결정 가능성을 부여하자는 것이 입법취지다.

3. 입법적으로 제308조의 2는 위법수집증거배제법칙을 인정하는 선언적 규정이라 볼 수 있다. 다만 외국입법례에 비교해 볼 때, 위법수집증거의 배제범위와 법원의 재량에 의한 예외인정의 기준에 대한 구체적 내용이 제시되지 못하고 있다는 문제점이 지적된다.

4. 형사소송법 제 308의 2조의 신설 여부와 무관하게 위법하게 수집된 진술증거는 그 증거능력의 인정을 인정받기 어려울 것이나, 비진술증거 즉 압수물과 같은 물적 증거의 증거능력 판단에 제308조의 2규정이 어떤 영향을 미칠 지는 학계의 논의와 판례의 축적, 외국의 사례에 대한 연구, 형사소송법의 관련 조문의 해석 등을 통해 그 기준을 구체화해 나갈 수밖에 없을 것이다.

5. 형사소송법 제308조의 2의 실무상 예상되는 문제점은 동 규정이 어떠한 위법수집증거도 자동적으로 증거능력이 배제되는지의 여부에 대해 불분명하다는 점, 그리고 비진술증거에 대해 위법수집으로 인한 증거능력

배제를 어떻게 인정할 것인지에 대해 기준이 분명히 제시되기 어렵다는 점이다.

6. 2007년 대법원판결은 제308조의 2 해석과 관련하여 일정한 기준을 제시할 수 있을 것이다. 첫째, 위법수집증거배제의 취지는 위법수사의 억제다. 둘째, 위법수집증거배제의 여부는 적법절차의 실질적 내용에 대한 침해여부를 기준으로 한다. 셋째, 위법수집증거를 배제한다면 헌법과 형사소송법상 절차규정의 취지, 즉 적법절차와 실체적진실규명의 조화를 통한 형사사법정의실현에 반할 경우에 법원재량으로 예외적 인정이 가능하다. 넷째 위법수집증거에 기해 수집된 2차증거는 인과관계희석 내지 단절여부에 따라 예외적으로 인정될 수 있다.

제6장 결론

1. 위법수집증거배제법칙은 현실상황적 요청에서 나온 정책적 결단의 산물이다. 따라서 절차적 정의를 희생해 가면서까지 실체적 진실을 발견할 것을 요구하여서도 안 되지만, 절차적 정의를 지나치게 세세하고 엄격하게 강조하여 실체적 진실발견을 포기하는 것 역시 현실을 무시한 것으로 바람직하지 않다.

2. 실체적 진실 발견의 목표와 적법절차 준수의 헌법적 이념은 위법하게 수집된 증거의 인정여부를 둘러싼 현실적 문제로부터 합리적인 해결책을 찾아야 한다. 특히 물적증거를 확보하는 가장 중요한 수단인 압수 수색절차에 위반하여 수집된 증거에 대해서는 위법수집증거배제법칙을 이론적으로 정교하게 근거지우는 동시에, 실무적 어려움을 고려한 합리적 예외기준마련이 필요하다.

3. 개정 형사소송법 제308조의 2 위법수집증거 배제규정 및 2007년 대법원 전원합의체 판결은 향후 압수 수색을 비롯한 기존의 수사 환경에 커

다란 변화를 가져올 것이다. 수사기관은 이제까지의 압수 수색절차 전반에 걸친 실무관행을 되돌아보고 문제점을 검토하는 노력을, 법원은 위법수집증거배제법칙의 실천적 의미범위와 정책적 판단기준을 구체적으로 제시하기 위한 노력을 기울여야 한다.

제1장 연구의 의의와 대상

제1절 연구의 의의와 목적

실체적 진실의 발견과 적법절차의 준수는 형사절차의 양대 이념이다.[1] 이념은 형사소송의 전 절차에 걸쳐 실현되어야 마땅하다. 두 이념 어느 쪽도 절대적으로 우선할 수 없다. 그런데 현실속에서는 두 이념의 갈등을 피하기 어렵다. 실체적 진실 발견과 적법절차 준수 이념사이의 대립은 위법하게 수집된 증거의 인정여부를 둘러싸고 첨예하게 드러난다.

진술증거의 경우에는 적법절차에 의하지 않을 경우 진술자의 임의성을 침해한다. 이러한 진술이 증거로 받아들여진다면, 수사기관으로 하여금 진술자의 허위진술을 강요할 위험이 있다.[2]

헌법은 제12조 제2항에서 "모든 국민은 고문을 받지 아니하며 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니한다"고 규정한다. 제7항에서 "피고인의 자백이 고문 · 폭행 · 협박 · 구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법에 의하여 자의로 진술된 것이라고 인정될 때 또는 정식재판에 있어서 피고인의 자백이 그에게 불리한 유일한 증거일 때에는 이를 유죄의 증거로 삼거나 이를 이유로 처벌할 수 없다"고 규정하고 있다. 적법절차의 침해는 실체적 진실을 왜곡할 가능성이 있기 때문이다.[3]

따라서 위법한 방법으로 취득한 진술증거의 증거능력은 인정할 수 없다. 형사소송법 제309조는 이와 같은 헌법상의 원칙을 적용한 규정이다.[4]

1) 이재상, 신형사소송법, 박영사, 2006, 20면 이하; 신현주, 형사소송법, 박영사, 2002, 25면 이하; 배종대 · 이상돈, 형사소송법, 홍문사, 2001, 13면 이하.
2) 이완규, 개정형사소송법의 쟁점, 2007, 419면
3) 이는 통상 자백배제법칙으로 다루어지고 있다. 보다 상세한 내용은 장윤석, 위법수집자백의 증거배제에 관한 연구, 한양대학교 박사학위논문, 1992 참조
4) 형사소송법 제309조는 "피고인의 자백이 고문, 폭행, 협박, 신체구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법으로 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할만한 이유가 있는 때" 이를 유죄의 증거로 삼지 못한다고 규정하고 있다.

다만 물적 증거의 경우 학설은 일반적으로 진술증거와 비진술증거 모두에 대해 위법수집증거배제법칙을 인정하는 입장이다. 반면 종전 판례는 비진술증거에 대해서는 이를 인정하지 않는 입장을 취해왔다. 단지 그 수집과정이 위법하다고 하여 물건 자체의 형상이나 성질이 변하지 않는다는 이유에서 진술증거의 경우와는 다른 고려의 여지가 있기 때문이다. 적법절차 위반을 이유로 수집된 물적 증거의 증거능력을 일반적으로 부정한다면, 실체적 진실발견이 어려울 수 있다는 현실적 이유를 인정한 것이다.

즉 적법절차의 이념을 강조한 나머지 사소한 절차규정에 위반하여 수집한 증거물의 경우에도 예외 없이 그 증거능력을 부정하는 결과를 가져온다면 실체적 진실발견의 이념에 반하게 된다. 특히 물적 증거를 확보하는 가장 중요한 수단이라 할 수 있는 압수 수색절차의 위반이 수집된 증거의 증거능력에 어떠한 영향을 미치는지에 대해서는 실천적 고민을 반영한 이론적 연구가 필요하다.

본 연구는 압수 수색과 관련하여 위법하게 수집된 비진술증거에 대해서도 증거능력을 배제한 2007년 대법원전원합의체판결을 통한 판례태도의 변화와, 2007년 개정 형사소송법상의 위법수집증거배제법칙[5] 명문화를 계기로 적법절차에 의한 압수 수색과 관련한 위법수집증거배제법칙의 이론적 원칙과 실천적 한계에 대해 검토한다.

5) 여기서 위법수집증거 배제"법칙"이라는 용어는 만유인력의 법칙과 같이 예외가 허용되지 않는 것을 의미하므로 위법수집증거 배제"원칙"이라는 용어를 사용함이 바람직하다는 견해도 있다(안성수, '위법수집증거배제법칙', 법률신문, 2007. 10. 1. 제3590호). 한편 뒤에서 설명할 제주도지사 공직선거법위반사건에 있어서도 이를 "위법수집증거배제법칙"이라고 부른 검찰과 "위법수집증거배제법칙"이라고 지칭한 변호인 사이에 치열한 공방이 벌어졌다고 한다('한국판 O.J. 심슨 판결 나올까', 위클리조선, 2007. 1. 20.). 위법하게 수집한 증거능력을 배제하는 합리적 범위에 대한 판단의 문제에서 법칙과 원칙의 사전적 의미를 다투는 일은 크게 의미가 없으며, 기존 문헌의 경우 법칙과 원칙의 용어혼용에서 일관된 기준이 없다. 따라서 본 연구에서는 편의상 형사소송법교과서에서 통상 사용되는 위법수집증거배제법칙이라는 용어를 택하였다.

제2절 연구의 문제대상

위법수집증거배제법칙은 위법한 절차에 의해 수집된 증거의 증거능력을 부정하는 법칙이다. 위법의 형태는 다양하므로 위법하게 수집된 증거 또한 다양한 형태로 나타날 수 있다. 주로 수사기관이 법적절차에 반하여 증거를 수집한 경우가 형사절차상 문제된다. 원래 위법수집증거배제법칙은 주로 미국 판례법을 통해, 특히 압수 수색과 관련하여 발달한 이론이나, 특히 위법하게 수집된 물적 증거의 증거능력 배제와 관련하여서는 나라마다 실정법규정의 존재여부, 역사적 전개과정, 배제의 정책적 근거, 원칙의 인정범위 등에서 상당한 차이가 존재한다.

우리나라의 경우 헌법 제12조 7항 전단과 형사소송법 제308조의 2, 제309조에서 위법수집증거배재법칙을 명문화하고 있다.[6]

종전 판례는 일관되게 진술증거의 경우 위법하게 수집된 증거의 증거능력을 배제하고 있다. 다만 비진술증거인 증거물에 대해서는 압수절차가 위법하다 하더라도 그 물건 자체의 성질이나 형태에 변경이 있는 것은 아니어서 증거가치에는 변함이 없으므로 증거능력을 인정하고 있었다. 이에 대해 학설은 임의성 없는 자백의 증거능력을 부인하는 위법수집증거배제법칙의 취지가 비진술증거에서도 타당해야 한다는 점에서 판례와 태도를 달리했다. 그런데 2007년 대법원은 종래의 판례를 변경하여 비진술증거에 대해서도 위법수집증거배제법칙을 인정하고, 예외적으로 증거배제가 정의에 반하는 경우 증거능력을 인정할 수 있다고 판단하였다.[7] 이어 2007년 개정 형사소송법 제308조의 2는 "적법한 절차에 의하지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다"는 내용의 위법수집증거배제법칙을 명문화하였다.

6) 통신비밀보호법 제4조 '불법검열에 의해 취득한 우편물이나 그 내용 및 불법감청에 의해 지득 또는 채록된 전기통신의 내용은 재판 또는 징계절차에서 증거로 사용할 수 없다'는 위법수집증거배제법칙을 구체적으로 명문화한 것이다.
7) 본 보고서의 제2장 제2절 이하 참조.

여기서 위법하게 수집한 증거가 아니라 '적법한 절차에 의하지 아니하고 수집한 증거'라고 규정함으로써 위법수집증거배제법칙의 범위에 관해 법원의 판단에 맡겨두고 있다.[8]

비진술증거인 증거물에 관하여 이 원칙을 어떻게 해석하고 적용해 나갈 것인지는 연구되어야할 과제다.

위법수집증거배제법칙에 관한 한국형사정책연구원의 1995년도 선행연구[9]에 따르면, 위법수집증거배제법칙 논의에서 가장 중요한 문제는 배제의 범위다. 모든 절차위법에 대해 증거를 배제하는 것은 타당하지도 않을 뿐더러 현실적으로 불가능하다. 배제되어야 할 위법수집증거라고 하기 위해서 어느 정도의 위법성 내지 중대성이 있어야 하는가는 적법절차 및 인권보호의 요청과 침해된 이익과 위법의 정도, 그 증거사용의 필요성을 고려하여 구체적 개별적으로 판단할 수밖에 없다.

1995년 선행연구의 결론은 다음과 같다.[10]

첫째 자백배제법칙과 같이 명문의 개별규정이 있는 경우에는 예외없이 위법수집증거배제법칙이 적용되어야 한다.

둘째 영장집행상의 하자에 대해서는 그 위법의 정도를 엄격하게 심사하여 증거능력을 부정하는 것이 타당하다.

셋째 증거수집황동이 인격의 불가침의 핵심부분을 침해한 경우 이로부터 얻은 증거의 증거능력은 부정되어야 한다.

넷째 형사소송법상 본질적 증거절차규정을 위반한 때, 형사소송법규정 위반이 실질적으로 헌법상 권리의 침해를 가져오거나 형사소송법상 효력규정에 위반되어 무효인 때에는 중대한 위법이 있는 것으로 보아 이에 기해 수집된 증거는 배제된다.

다섯째 위법하게 수집된 증거에 의해 얻은 2차증거는 1차증거와 인관관

8) 법원행정처, 형사소송법 개정법률 해설, 2007, 124면.
9) 오영근・박미숙, 위법수집증거배제법칙에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1995.
10) 같은 책, 151면 이하.

계에 있을 때 원칙적으로 증거능력을 부정해야 한다.

여섯째 입법론적으로 위법수집증거배제법칙에 관한 일반원칙을 규정해 법관의 판단을 통일화시킬 필요가 있다.

본 연구는 위법수집증거배제법칙에 대한 주요국가들과 우리나라의 학설 및 판례를 개괄적으로 검토하고, 미국의 위법수집증거배제법칙의 발전, 위법수집증거배제법칙의 취지 및 근거, 위법수집증거배제법칙의 적용요건과 그 효과, 위법수집증거배제법칙의 예외에 대해 분석한다. 그리고 압수 수색의 적법절차위반과 위법수집증거배제의 여부, 2007년 개정 형사소송법 제308조의 2 규정의 구체적 해석적용에 대해 검토한다.

제2장 위법수집증거배제의 이론과 판례

"시민의 생명과 자유는 그것이 실제 범죄인에 의해서 위험해지는 만큼, 범죄인으로 생각되는 자들을 유죄로 만들기 위해 사용되는 불법적 방법에 의해서도 위험해진다."[11]

형사절차의 목표는 진실을 발견하는 것이다. 다만 수사기관과 형사법원의 진실발견활동은 법치국가적 원칙, 즉 인간의 존엄성존중과 비례성원칙을 지키는 가운데 이루어져야 한다. 그렇지 않으면 국가가 행하는 진실발견활동 자체가 국민의 기본권을 침해할 수 있다. 따라서 헌법적 요청인 적법절차가 보장되는 한에서 실체적 진실이 추구되어야 한다.[12]

현행 형사소송법은 진실발견활동으로 인한 기본권침해를 막기 위한 법치국가적 요청을 반영하는 규정들을 두고 있다. 즉 피의자피고인의 진술거부권(제200조2항, 제289조), 진술거부권고지의무(제200조2항), 변호인선임권(제30조), 변호인의 접견교통권(제34조), 증인의 증언거부권(제148조, 149조), 증언거부권고지의무(제160조), 증인신문참여권(제163조), 증인신문기일장소통지의무, 감정참여권(제176조), 증인선서(제156조), 영장주의(제113조), 압수 수색야간집행제한(제125조) 등이 그것이다.

이러한 규정을 준수하지 않고 위법하게 수집한 증거를 형사소송에서 인정하게 된다면 법치국가적 요청의 실현이 불가능하게 된다. 따라서 위법수집증거배제법칙의 의의는 적법절차이념의 실현과 수사기관의 위법수사방지를 통해 형사소송에서 법치국가이념을 실현하는데 있다.

11) Spano v New York, 360 US 315,320(1959) (조국, 위법수집증거배제법칙, 2005 1면에서 재인용).
12) 차용석, 형사증거법, 1988, 92면; 조국, 앞의 책, 8면.

제1절 위법수집증거배제 이론의 발전

위법수집증거배제의 이론과 법원칙은 미국을 비롯해 영국, 독일, 일본 등 주요국가에서 발전해왔다. 위법하게 수집된 증거의 증거능력 인정 여부에 대해 실체적 진실의 발견이라는 측면에 중점을 둘 것인지, 절차의 공정과 기본적인권의 보장에 중점을 둘 것인지는 소송관에 따라, 그리고 각국 형사소송제도의 역사적 법문화적 경험에 따라 차이가 있다. 위법수집증거의 증거능력인정여부는 이론적 원칙뿐만 아니라 그 필요성과 정당성을 뒷받침하는 상황적 요청에서 나온 정책적 결단의 문제로 볼 수 있다.[13]

1. 미국의 위법수집증거배제법칙과 판례

위법수집증거배제법칙은 1960년대 미국연방대법원이 주도한 형사절차혁명 (criminal procedure revolution)의 일환으로 확립되어 세계적으로 인정되고 있는 법원칙이다.[14] 1961년 Mapp판결[15]은 워렌 대법원장이 이끄는 연방대법원의 형사절차개혁의 가장 중요한 첫 판결로서, '역사의 필연적 방향이 가리키는 데로, 법원은 그 역사를 실현했다.'[16]

미국 판례법상 위법수집증거배제법칙(Exclusionary Rule)은 수정헌법 제4조 사생활보호조항에 위반한 불법 압수 수색을 통해 수집한 증거물의 증거능력을 부정하면서도 상당한 예외를 인정하고 있다.[17]

위법수집증거배제는 Boyd 사건[18]판결에서 처음으로 인정되었다. 1914년의 Weeks 사건[19] 이후 위법수집증거는 모든 연방형사소송절차에서 증거

13) 사법연수원, 형사증거법, 2004, 91면.
14) 조국, 앞의 책, 6면.
15) Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961).
16) L.A.Powe, The Warren Court and American Politics, 2000, 198면.
17) 신현주, 앞의 책, 633면 이하.
18) Boyd v. U.S., 116 U.S. 616(1886).

능력이 부정되었다. 1920년의 Silverthorne 사건[20]판결은 이를 법원칙으로서 더욱 명백히 하였다. 1961년의 Mapp 사건[21] 판결에 따라 연방뿐만 아니라 주에도 위법수집증거배제법칙을 확대적용하게 되었다.

위법수집증거배제법칙의 발전에서 미국의 이론과 판례가 가장 큰 비중을 가지므로, 미국의 위법수집증거배제법칙 논의에 관하여는 제3장에서 상세하게 다룬다.

2. 영국의 위법수집증거배제 이론과 판례

가. 판례법(common law)상의 위법수집증거배제재량

형사법관은 공정한 재판을 위한 권한을 가지며, 동시에 공정한 재판에의 의무를 진다. 이는 증거법영역에서 피고인에 대한 불공정한 편견적 판단(unfair prejudice)에로 영향을 미칠 위험성이 객관적인 증거가치(probative

19) Weeks v. U.S., 34 S.Ct 341 (1914) 이 사건에서는 연방 수사관이 영장이나 피고인의 동의 등 아무런 정당한 근거 없이 피고인의 집에 들어가 증거물을 찾은 다음 사무실에 있던 피고인을 체포하였고, 불법 도박죄로 동인을 기소하였다. 연방 대법원은 증거물은 피고인에게 돌려주어야 하는 것이고, 따라서 이러한 증거물을 재판에 사용하는 것은 잘못이라고 판시하였다.

20) Silverthorne Lumber Company v. U.S., 251 U.S. 385 (1920). 이 사건에서는 연방 수사관은 아무런 적법한 권한 없이 회사의 사무실에 들어가 책과 서류 등을 압수·수색하여 연방 검찰청으로 가지고 갔다. 그리고 불법적으로 압수한 책과 서류를 복사한 다음 돌려주었다. 연방 수사관은 원본인 책과 서류를 제출하라는 제출명령(Subpoena)을 발부받아 원본을 제출하라고 요구했으나, 피고인이 거부하자 동인을 법정모욕죄로 기소하였다. 이 사건에서 연방 대법원은 수사관이 금지된 행위를 하여 그 목적 달성에 필요한 어떠한 이득을 얻는 것은 허용되지 않는다고 하였다.

21) Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643, (1961) 이 사건에서는 경찰이 피고인의 동의나 법원의 영장 등 아무런 정당한 근거 없이 피고인의 집에 강제적으로 들어갔다. 경찰관은 도피범이 피고인의 집에 숨어 있다고 의심해서 피고인의 집에 들어가 도피범을 찾았으나 찾지 못하자 서랍과 상자 등을 뒤져서 음란물을 발견한 후 피고인을 음란물 소지죄로 기소하였다. 연방 대법원은 위헌적인 압수나 수색으로 취득한 증거물은 형사재판에서 증거로 할 수 없다고 판결하였다. 같은 취지의 판결로는 U.S v. Leon, 468 U.S. 897, (1984).

value)보다 클 때 증거능력을 배제 또는 제한하는 형태로 나타난다. 피고인에 대한 불공정한 편견적 판단이란 형사배심원에 대해 증거의 정당한 가치와 무관하게 부정적 영향 내지 선입견을 줄 수 있는 경우를 의미한다.[22]

법관은 증거의 증거가치를 고려하여 불공정한 선입견이 예상되는 정도와 공판정황전반을 고려하여, 필요적이고 실체적 방식으로 공정한 재판을 확보하는데 필요하다고 판단되는 재량을 행사한다. 이러한 이유에서 판례법상 불공정증거(unfair evidence) 배제재량권의 행사기준은 증거인정으로 인한 소추의 이익과 피고인에 대한 공정한 재판의무의 비교교량(balancing test)이다. 이러한 판례법상 재량은 미국에서와 마찬가지로 판례법적 일반원칙의 지위를 가진다. [23]

"법관은 항상 모든 사안에서 공정한 재판을 확보할 최우선적 의무를 진다. 특정사안에서 특정증거가 절대적으로 증거가치가 인정된다 하더라도, 그 불공정한 편견적 영향이 배심원들에게 미치지 않을 수 없다면, 해당증거의 증거능력은 배제해야 한다."[24]

"객관적으로는 증거로 인정될 수 있다 해도 배심원에게 불공정한 편견적 영향을 미칠 개연성이 있다면 법관은 증거능력을 배제할 재량권한을 가지며, 이는 배심재판에서의 일반적 실무원칙으로 확립된 바이다."[25]

그런데 18세기중반이후 영국판례법의 전통에 따르면 증거수집의 정황은 법원의 증거능력의 인정판단에 영향을 미치지 않는다. 판례는 함정수사에 의해 수집된 증거를 인정하면서 증거수집과정의 불법성 내지 불공정성에 대해 법원의 증거배제재량(exclusionary discretion)을 부인한다.[26] 공정한 절차를 거쳤거나 그렇지 아니하거나 수집된 증거의 본질이 동일하다면 증거

22) P.Murphy, Evidence, 2008, 46면.
23) 같은 책, 47면.
24) List [1966] 1 WLR 12.
25) R v Sang [1980] AC 434.
26) R v Sang[1980] AC 402.

능력을 인정한다는 협의의 법형식주의적 해석입장이다.[27] 또한 법원의 의무는 피고인의 기소사실에 대한 판단에 있는 것이며, 경찰의 권한행사방법에 대해 훈육 규제하는데 있지 아니하다.[28]

나. 위법수집증거배제법칙의 명문화

이러한 판례법상 전통은 1984년 경찰직무집행및형사증거에관한법률(Police and Criminal Evidence Act, 약칭 PACE) 와 1998년 인권법(Human Rights Act)에 의해 수정되었다. 1984년 경찰직무집행및형사증거에관한법률 제78조 불공정증거의 배제(Exclusion of unfair evidence)는 다음과 같이 규정하고 있다.[29]

(1) 모든 재판절차[30]에서 법원은 검사가 제출한 증거에 대해, 증거가 수집된 정황을 포함한 모든 정황을 고려하여, 증거의 인정이 법원이 용인할 수 없을 정도로 절차의 공정성을 해치는 부정적 결과를 가져온다고 판단되는 경우, 그 증거를 배제할 수 있다.

(2) 본조 규정은 법원의 증거배제에 관한 여타 법규정에 영향을 미치지 아니한다.

이러한 규정의 도입목적은 위법수사억제, 피고인 보호, 재판의 도덕성보장 등 여러 가지로 해석될 여지가 있다.[31] 분명한 것은 제78조의 목적이

27) P.Roberts & A.Zuckerman, Criminal Evidence , 2004, 148면.
28) Fox v. Chief Constable of Gwent [1986] 1 AC 281,HL
29) (1) In any proceeding the court may refuse to allow evidence on which the prosecution proposes to rely to be given if it appears to the court that, having regard to all the circumstances, including the circumstances in which the evidence was obtained, the admission of the evidence would have such an adverse effect on the fairness of the proceedings that the court ought not to admit it.
(2) Nothing in this section shall prejudice any rule of law requring a court to exclude evidence.
30) 형사재판절차와 치안판사법원약식재판절차(summary trials in magistrates' court)를 의미하며, 추방심판절차(extradition proceeding)는 포함되지 아니한다.

법관으로 하여금 수사기관의 특정 증거수집방식에 대하여 법관의 불승인을 표명케 하는 것은 아니라는 점이다. 다만 개별사안에 대해 재판의 공정성을 침해하는지의 여부를 판단할 뿐이다.[32]

유의할 점은 제78조에 따라 모든 절차규정위반에 대해 증거능력을 배제되지는 않는다는 것이다.[33] '절차규정위반은 적어도 의회가 정립한 공정성 기준에 미치지 못했다는 것을 의미하며, 이러한 위법수집증거를 인정한다면 재판의 공정성에 부정적 영향을 미치게 됨은 물론이다. 그렇다고해서 모든 사안에서 제78조의 적용이 자동적(automatic)인 것은 아니다. 법원의 임무는 절차의 공정성에 부정적 영향을 미칠것인가의 고려뿐만 아니라, 정의의 요청에 따를 때 그러한 증거가 배제될 것인지에 대해서도 고려해야 한다.'[34]

제78조는 동 규정과 판례법상의 증거배제재량(common law discretion)[35] 사이의 관계에 대해서 분명히 제시하지 못하고 있다. 판례법상의 증거배제재량은 동법 제82조 3항에 의해 존치되어 있기 때문에, 제78조 규정상의 법원재량권한과 병존한다. 따라서 1984년법 제78조 규정의 도입으로 인해 기존 판례법상의 재량권은 확대되었다고 할 수 있다.[36] 위법수집증거배제의 여부는 위법행위의 유형과 정도에 달려있으며, "모든 사안에서 판례법상 응당 배제될만한 증거는 제78조상 확실하게 배제된다."[37] 즉 제78조가 규정한 불공정증거배제 기준의 구체화는 법원의 해석에 맡겨져 있다.

31) 안성수, 각국의 위법수집증거배제법칙과 우리법상 수용방안, 저스티스 96호, 2007년 2월, 194면.
32) P.Murphy, 앞의 책, 49면 ; Chalkley [1998] QB 848; Jelen & Katz (1990) 90 Cr App R 456,465.
33) J. Doak & C.McGourlay, Criminal Evidence in Context, 2005, 274면.
34) R v Walsh (1990) 91 Cr App R 161.
35) 'to exclude evidence if it is necessary in order to secure a fair trial for the accused' (Scott v R [1989] AC 1242,1256).
36) P.Murphy, 앞의 책, 48면.
37) Matto v Wolverhampton Crown Court [1987] RTR 337.

법관은 개별 사건에서 특정증거인정이 공정성에 부정적 영향을 미치기 때문에 증거능력을 부인해야 하는지 판단할 재량을 가진다. 제78조를 적용하는 경우 재판의 공정성과 수사절차의 적법성 유지에 조화를 이루면서, 위반된 규정 자체의 중요성과 증거를 배제함으로써 야기되는 사법정의와 시민의 안전에 대한 우려를 비교 교량하여 균형성 있는 판단을 내려야 한다.[38] 즉 동 규정상 불공정증거배제의 목적은 재판의 공정성과 수사절차의 적법성유지이며, 불공정증거배제의 기준은 법위반의 정도와 사법정의실현 및 시민안전보장사이의 비례성여부로 판단한다.

다. 제78조의 적용과 위법수집증거배제

제78조는 동법의 핵심조항인 동시에 실무상 가장 빈번하게 적용되는 규정이다. 강요된 자백의 증거능력을 부인하는 동법 제76조와 함께 형사증거인정 및 배제에 관한 기본원칙을 규정하고 있다.

제78조의 적용에 대해서는 구체적 개별사안에 따라야 하기 때문에 일반적인 적용원칙을 가리기는 어렵다.[39] 다만 그 적용은 두 단계의 해석을 거친다. 즉 첫째 증거가 수집된 정황에 대한 판단, 둘째 당해증거의 인정이 절차의 공정성에 부정적 효과를 미치는지의 여부에 대한 판단이 그것이다. [40]

따라서 영국에서는 ① 위법성을 포함한 모든 정황을 고려하여 ② 절차의 공정성(fairness of proceedings)에 부정한 영향이 결과될 것이어서, ③ 증거의 증거능력을 배제하여야만 한다고 판단하는 경우 법원의 재량에 의하여 증거를 배제할 수 있다. 즉 제78조의 규정은 법원으로 하여금 단지 위법한 수사관의 행위로 인하여 재판절차의 공정성에 부정적 영향이 있었는

38) R v. Keenan [1990] 2 QB 54.
39) P.Murphy, 앞의 책, 51면.
40) Archbold 2007 §15-456.

지 여부만 고려하도록 하는 것이 아니라 그와 같은 부정적 영향 때문에 증거를 배제하는 것이 정의에 합당한지를 판단하도록 요구하고 있기 때문에[41] 단지 위법성이 있다는 이유만으로 증거를 배제하지는 않는다.

제78조의 적용이 가장 빈번한 경우는 피고인측이 1984년법 또는 경찰직무집행규칙(Codes of Practice)에 대한 위반을 입증하는 사안이다. 원칙적으로 1984년법 위반은 경찰직무집행규칙위반보다 더 중한 위반으로 인정되지만, 중요한 판단기준은 그 위반과 절차의 공정성의 관련성정도다. [42]

판례법상의 재량과 마찬가지로 제78조상의 증거배제는 구체적 사안에 따른 관련요소들을 비교 교량하여 균형 있게 판단해야 한다. 판례법과 구분되는 점은 제78조에 따른 비교교량판단에서는 증거의 인정이 재판의 공정성에 부정적 효과를 가져 올 것이라 판단되는 경우에 한해 증거를 배제하는 결과에 이르러야 한다는 것이다. [43]

라. 제78조 규정과 판례의 변화

제78조는 위법수집증거배제의 기준에 대해 일반적인 내용만을 제시하고 있으며, 동 규정을 구체화하는 법원의 해석태도는 세 가지로 구별된다. 첫째, 제78조의 적용범위를 넓게 해석하는 입장이다.[44] 둘째, 절차의 공정성을 기준으로 해야 하며, 피고인에 대한 공정성만이 기준이 되지 않는다는 입장이다. 즉 검사와, 모든 관련된 증거를 들을 수 있어야 할 법원에 대한 공정성도 기준이 되어야 한다.[45] 셋째, 법규정문언에도 불구하고 개별사안의 정황은 모두 차이가 있으며, 유사한 사안일지라도 법관은 합당한 재량

41) R. v. Dunford, (1990) 91 Cr. App. R. 150.
42) J. Doak & C. McGourlay, 앞의 책, 273-274면.
43) P.Murphy, 앞의 책, 51면.
44) R v. Keenan [1990] 2 QB 54.
45) DPP v Marshall [1988] 3 All ER 683; R. V. Quinn [1990] Crim.L.R. 581 ; R v Kerawalla (1991) Crim LR 252.

범위 안에서 다른 판단을 행사할 수 있다는 입장이다. 즉 위법수집증거배제는 판례법상의 기준확립이 어려운 영역이다. 46)

중요한 것은 1984년법 제78조에 따라 위법하게 수집된 증거의 증거능력에 관한 1980년 R v Sang[47]판례에 대해서는 판례변경이 이루어졌다는 점이다.[48] Sang 판례는 자백의 경우 외에 증거수집방법을 이유로 한 증거배제에 대해서는 법관의 재량을 인정하지 않았다. 그러나 제78조는 증거수집방법에 대한 법관의 판단재량을 입법적으로 부여하면서, 증거수집과 관련된 모든 정황을 고려해야 하며, 절차의 공정성에 부정적 효과를 미치는지에 대해 판단하도록 기준을 제시하였다. '법관의 임무는 소송절차에서의 공정성을 수호하는데 있다'[49] 제78조는 판례법시기와는 달리 위법하게 수집된 증거의 부인과 이에 따른 무죄판결의 근거로 빈번하게 적용된다.[50]

특히 1988년 R v. Mason은 1984년법 시행이후 위법수집증거에 대한 법원의 법형식주의적 해석태도의 변화를 알리는 대표적 판례다. 이 사건에서 피고인은 범죄현상에서 지문이 발견되었다는 경찰의 거짓말에 자백을 하였다. 이에 대해 자백의 증거능력을 부인하고 무죄를 선고한 법원은 '법원은 경찰을 훈육 규제하는 곳이 아니다. 다만 경찰의 직무집행방식에 대해 법원은 경찰의 권한을 올바르게 행사했는지에 대해 판단할 뿐이다. 본 건 경찰은 그러하지 못했다'고 판시하였다.[51]

동 판결로서 1984년법 제76조에 따라 법원은 강요되지 않은 자백의 증거능력을 부인할 권한이 없다는 해석이 변경되었다. 즉 동법 제78조에서 규정한 '증거'는 자백을 포함하여 검사가 제출한 모든 증거를 의미하는 것

46) R v Jelen & Katz (1990) 90 Cr App R 456 ; R v Roberts [1997] 1 Cr App R 217 ; R v Oliphant [1992] Crim LR 40.
47) R v Sang[1980] AC 402 HL.
48) P.Murphy, 앞의 책, 49,64면; R v Looseley; A-G's Ref.(No.3 of 2000) [2002] 1 Cr.App.R. 29 HL.
49) R. V. Quinn [1990] Crim.L.R. 581.
50) Archbold 2007 §15-455.
51) R v. Mason [1988] 1 WLR 139, CA.

으로 해석된다.[52] 따라서 자백, 알리바이,[53] 공동피고인의 유죄인정답변,[54] 신상관련증거, 불법수색으로 수집한 증거에 대해서도 적용된다.

다만 여전히 제78조에 관련한 법원의 판례는 제78조 적용에 대한 일관된 기준을 보여주지는 못하고 있다.[55] 법원이 가장 전형적으로 제78조를 적용하는 위법증거수집의 경우는 '죄의식없고 고의적이며 악의적인(flagrant, deliberate and cynical)'[56] 위법한 행위가 있거나, 법원의 판단으로 '다시는 일어나서는 안될(would never occur again)'[57] 위법한 행위가 있거나, 수사관이 '악의적이고 폭압적으로(mala fide and oppressively)'[58] 행동한 경우다.

3. 독일의 위법수집증거배제 이론과 판례

독일은 연방법원이 확립한 권리영역이론[59]에 근거하여 증거수집이 형사소송법에 위반하여 이루어지고 그 위반이 피의자나 피고인의 권리영역을 본질적으로 침해하는 경우에는 그것을 증거로 할 수 없다는 증거사용금지(Beweisverwertungsverbote)이론을 발전시켜 왔다.[60]

독일의 증거금지원칙은 개인의 인격권과 사생활보호에 목적이 있다. 헌법이 보장하는 인격권과 사생활보호는 형사절차에서는 증거금지원칙을 통해 실현된다. 즉 인격권과 사생활보호의 이익은 형사절차에서 실체적 진실발견 요청에 대한 한계로 기능한다.

52) Archbold 2007 §15-456.
53) R. v Fields and Adams[1991] Crim.L.R. 38 CA.
54) R v Khan, Sakkarvej and Pamarapa, Crim.L.R. 508, CA.
55) P.Murphy, 앞의 책, 65면.
56) Canale [1990] 2 All ER 187.
57) Mason [1998] 1 WLR 139.
58) Matto v Wolverhampton C개주 Court [1987] RTR 337.
59) BGHSt GrS 11,213,215; 38,214,220.
60) 오영근 · 박미숙, 앞의 책, 46면 이하; 배종대 · 이상돈, 앞의 책, 533면 이하.

가. 헌법상의 증거사용금지원칙

법원은 헌법이 보장하는 피고인의 권리보호와 효과적 법집행 양자를 고려하여 증거능력 인정여부를 판단한다.[61]

첫째, 헌법상 사생활보호의 권리를 침해한 경우 법치국가원칙에 반하여 증거를 배제한다.

둘째, 비례성의 원칙하에 피고인의 사생활보호이익과 증거 및 사건의 중요성을 비교하여, 범죄의 중요성, 범죄혐의, 피고인의 헌법적 권리에 대한 구체적 고려를 통해 개별 사안에 따라 증거능력인정여부를 결정한다.

즉 독일법원의 2단계 이론에 따르면 먼저 법치국가의 원칙에 위반되었는지를 심사하고, 다음으로 비례성의 원칙에 따라 심사한다. 이때 법원이 만일 개인의 사생활보호의 이익이 증거를 사용할 경우의 공익보다 더 크다고 판단하면 비록 적법한 절차에 따라 증거가 수집되었다고 하더라도 증거능력은 배제된다.[62]

비례성여부의 판단에 관하여 독일 연방헌법재판소의 3단계 영역이론(Spärentheorie/Dreistufentheorie)은 다음과 같다.[63] 제1영역은 제출된 증거에 의하여 피고인의 개인적인 성격이 노출되지 않는 사회적 영역(Sozialbereich)이다. 이에 해당하는 증거는 언제나 사용할 수 있다.

제2영역은 오직 공공의 이익이 우월한 경우에만 침해될 수 있는 사적영역(schlichten Privatspäre)이다. 이 경우는 자동적으로 증거능력이 배제되는 것이 아니라 이익형량(Abwägung)의 원칙에 따라 결정된다.

제3영역은 가장 기본적으로 인격적인 사적영역(Intimspäre)이다. 이는 모든 공권력에 대하여 우월하고 침해될 수 없는 개인의 존엄에 관한 권리를 침해한 것으로서 사안이 아무리 중하더라도 반드시 증거능력이 부정된다.[64]

61) W.Beluke, Strafprozessrecht, 2004, 251면.
62) BGHSt 14,3 58.
63) BVerfGE 34, 238, 245 이하.

실제 사례의 경우, 1977년 마약치료소사건에서 경찰은 피의자 및 범죄사실과 압수 수색대상물건을 특정하지 않고 상담원이 마약을 불법으로 판매하고 있다는 혐의로 마약치료소를 압수 수색하여 치료기록을 압수했다. 연방헌법재판소는 수색영장에서 피의자 및 피의사실, 수색대상을 특정하지 않은 위법의 이유만으로 압수물의 증거능력을 부정하지 않았다. 반면 압수영장의 부분에 대한 판단에서는 압수절차에서 강압 내지 기망과 같은 헌법적 위반행위가 있던 경우에는 증거능력을 부정하였다. 수색이 아닌 압수가 증거수집취득의 실체적 방법이기 때문이다. 헌법에 반한 압수는 즉각 증거능력이 배제되는 반면, 위헌 내지 법위반적 수색은 자동적으로 증거능력을 배제하지는 않는다는 판단이다.[65] 따라서 치료기록은 2단계 사적영역에 해당하며, 처벌의 사회적 이익과 인격보호발전이라는 개인적 이익을 비교 형량하여 마약중독의 치료가 사회적으로도 이익이 된다는 점에서 치료기록의 증거능력을 부정하였다.[66] 다만 2단계에 속하므로 중죄관련 사건이었다면 이익형량의 결과는 달라질 수도 있었을 것이다.

나. 실정법상 증거사용금지

독일에서는 1950년대 중반부터 헌법과 관련하여 형사절차에서의 증거금지의 범위와 한계에 대한 논의가 본격화되었다.[67] 이러한 논의결과 1951년 독일 형사소송법 제136조의 a [금지된 신문방법 (verbotene Vernehmungsmethoden)]에 증거금지원칙이 규정되기에 이른다.

제136조의 a[68]는 개인의 의사결정의 자유를 보호하고, 이를 침해하여

64) W.Beluke, 앞의 책, 259면.
65) BVerfG, 44, 353(1977).
66) 안성수, 각국의 위법수집증거배제법칙과 우리법상수용방안, 221면.
67) 오영근・박미숙, 앞의 책, 47면.
68) (1) 가혹행위, 혹사, 신체침해, 투약, 학대. 기망 또는 최면에 의하여 피의자의 의사결정 및 의사활동의 자유를 침해해서는 안된다. 형사절차법이 허용하는 경우에 한해 강제수

얻은 증거의 사용을 금지한다는데 의의가 있다.[69] 여기서 금지된 신문방법은 폭행, 신체침해, 투약 등 육체적 침해형태, 학대, 협박 등 직접적인 정신적 침해형태, 절차위반적인 강요의 형태, 피의자나 피고인의 기억이나 이해력을 침해하는 형태로 구분된다. 다만 동 조항에 규정된 금지된 신문방법은 예시적일 뿐이다. 피의자나 피고인의 의사결정의 자유에 영향을 미칠 수 있는 모든 수단이 고려대상이 된다. 제136조의 a는 피의자나 피고인의 진술에 한해 인정되며, 금지된 신문방법과 진술사이에 인과관계가 있어야 증거사용이 금지된다.[70]

제136조의 a를 위반한 경우나 증거사용을 금지하는 특별 규정이 있는 경우[71]에는 이익형량의 원칙이 적용되지 않고, 자동적으로 증거능력을 배제한다.[72]

독나무열매이론과 관련하여 독일에서는 금지된 방법으로 간접획득한 증거의 사용가능성에 대한 파급효(Fernwirkung)이론이 논의된다. 파급효이론은 제136조의 a 3항규정과 관련하여 중요한 의미를 가진다. 즉 동 규정이 금지된 신문방법의 사용에 의해 획득된 진술의 사용만을 금지하는 것인지, 그 진술을 매개로 하여 얻은 다른 제2차증거의 사용까지 금지하는 것인지의 여부에 대한 논의다. 다수설은 파급효를 부정한다. 판결의 공정성확보하는 측면에서 1차증거의 금지로 충분하며, 미국에서와 같은 예방적 관점은 독일법에서는 타당하지 않기 때문이다. 더구나 사용금지된 1차증거와 2

단을 허용한다. 형사절차법에서 허용하지 않는 처분을 수반한 협박 및 법률이 규정하지 않은 이익의 약속은 금지된다.
(2) 피의자의 기억력이나 통찰력을 침해하는 처분은 허용되지 않는다.
(3) 제1항 및 제2항에서의 금지는 피의자의 승낙에 관계없이 유효하다. 이러한 금지에 반하여 얻어진 진술은 피의자가 이용에 동의하더라도 이용해서는 안된다.

69) Reihe Alternativkommentare, Kommentar zur Strafprozeßordnung, Bd.2.Tb.1,1992,440면.
70) 오영근・박미숙, 앞의 책,49-50면.
71) 독일 형사소송법 제52조, 252조, 136조, 100조a, 100조c.
72) G.Pfeiffer, StPO Kommentar, 2005, 361면.

차증거 사이의 관계가 파급효를 인정할 만큼 필연적이지 않은데다가, 파급효 인정을 위해서는 인과관계를 증명해야 하는 곤란한 실체적 문제가 야기되기 때문이다.[73]

4. 일본의 위법수집증거배제이론과 판례

일본의 경우 임의성에 의심있는 자백에 대해서는 증거배제법칙이 헌법 제38조 2항과 형사소송법 제319조 2항에 명문화되어있다. 하지만 비진술증거에 대해서는 진술증거와 달리 압수절차상 위법이 증명력 자체에는 영향을 미치지 않는다고 보는 것이 판례의 입장이다.

가. 위법수집증거배제에 관한 학설

증거수집절차의 위법이 헌법과 형사소송법에 반하는 중대한 위법일 경우 증거능력을 배제해야 한다는 것이 학설의 일반적 입장이다. 실체적 진실의 추구도 적법절차에 따라 행해져야 하며, 법을 준수해야 할 수사기관이 국민의 기본적 인권을 침해하여 위법하게 수집한 증거를 허용한다면 법원이 위법행위에 가담하는 것과 다르지 않고 이로써 국민의 사법에 대한 불신을 낳게 될 것이며, 위법수사를 억제하기 위해서는 증거배제가 가장 유효한 정책적 수단이 되기 때문이다.[74]

다만 이러한 입장에서도 '중대한 위법'여부의 판단은 증거수집에 따른 실체적 진실발견의 이익과 인권보장의 이익 사이에 균형을 고려해 결정해야 하기 때문에 위법의 상대적 정도에 따른 구체적 판단이 필요하다.

때문에 위법하게 수집된 증거물에 대해서는 위법의 상대적 정도에 따라

73) 오영근・박미숙, 앞의 책, 135면.
74) 오영근・박미숙, 앞의 책, 57-58면.

배제여부를 결정한다는 상대적 배제설이 제기된다. 즉 증거수집과정에 위법이 있는 경우 절대적으로 증거능력을 배제하는 것이 아니라 사안에 따라 상대적이고 개별적인 해결을 모색한다.[75] 이러한 상대적 배제설은 적법절차의 보장과 사법의 완결성을 해하는 위법수사의 억제를 근거로 한다. 당해 피고인에 대한 증거취득절차에 이후 소송절차 전체를 모두 부당한 것으로 할 정도의 실질을 가지는 위법이 있는 경우 그 결과로 수집한 증거를 이용하여 피고인을 처벌하는 것이 정의관념에 반하게 된다고 인정되는 경우 증거능력을 부정한다. 또한 개별 사안마다 절차위반의 정도, 절차위반이 발생한 상황, 절차위반의 의미, 빈발성, 절차위반과 해당 증거수집과의 인과관계정도, 증거의 중요성, 사건의 중요성을 고려하고, 증거배제의 결과 발생하는 불이익과 증거를 배제함으로써 얻게 되는 이익 사이에 적정한 균형이 유지되도록 형량한 결과 증거배제의 필요성이 긍정되는 경우에 증거능력을 배제한다.[76]

독나무열매이론의 경우, 위법수집증거로부터 파생된 증거는 증거능력이 부정된다고 본다. 다만 1차증거와 2차증거의 연관성의 정도를 기준으로 하고, 1차증거 수집방법의 위법성의 정도, 2차증거의 중요도, 수사관의 주관적 의도, 사안의 중대성을 종합적으로 고려하여 판단한다. [77]

나. 판례와 위법수집증거배제법칙

일본은 위법수집증거배제법칙에 대한 실정법규정이 없으며, 판례를 통

75) 상대적 배제설은 위법수집증거배제법칙의 내용을 위법한 증거수집이 적법절차에 반하는 경우에는 절대적 배제, 사법의 완결성 유지 내지 위법수사 억제정책적 고려에 해당할 경우에는 상대적 배제로 구분한다. 이로써 절대적 획일적이지 아니한 적극화 엄밀화된 위법판단을 목적으로 한다고 주장한다(같은 책, 60면).

76) 안성수, 각국의 위법수집증거배제법칙과 우리법상수용방안, 212면; 오영근・박미숙, 앞의 책, 59-60면.

77) 안성수, 앞의 논문, 213면; 오영근・박미숙, 앞의 책, 136면.

해 발전시켜 왔다. 1978년 최고재판소판결은 "증거물 압수 등의 절차에 영장주의의 정신을 몰각시키는 중대한 위법이 있고, 이를 증거로 허용하는 것이 장래 위법한 수사의 억제라는 견지에서 상당하지 않을 경우" 그 증거능력을 부정해야 한다는 원칙을 확립하였다.[78] 이 판결은 위법수집증거능력배제를 헌법이 아닌 형사소송법 해석의 문제로 보았다는 점, 획일적 절대적 배제보다는 개별적 상대적 배제입장을 택했다는 점, 배제의 기준으로 중대한 위법과 장래 위법수사의 억제를 위한 상당성을 제시했다는 점에 의의가 있다.[79]

일본 최고재판소는 증거능력을 배제하기 위한 위법은 단지 영장주의에 반하는 것이 아니라 영장주의 정신을 몰각하는 것과 같은 중대한 위법으로서, 위법의 정도를 매우 높은 것으로 보는데 특색이 있다. 무엇이 이에 해당하는지를 구체적으로 규정하는 것은 어렵기 때문에 위법의 정도와 위법수사 억제의 견지에서 각각의 사안에 따라 배제 여부를 결정하고 있다. 실제로는 영장이 발부되었는지 여부가 제1의 판정기준이다. 영장이 발부된 사안에 있어서는 수사관이 영장을 편취하였다고 할 수 있는 사정이 없는 한, 중대한 위법은 없다고 하는 방향으로 결정되고 있다.

이에 반하여 영장이 발부되지 않은 경우에 대하여는 절차위반의 정도(범죄혐의의 유무 및 그 정도), 절차위반이 벌어진 상황(긴급성과 필요성의 유무 및 정도), 절차위반의 의미, 빈발성, 절차위반과 해당 증거수집과의 인과관계 정도(다른 합법적 수단에 의한 수집가능성), 수사관의 의도(영장주의에 관한 규정을 위반하려는 의도가 있었지 여부), 증거의 중요성, 사안의 중대성 등이 고려된다.

체포시에 체포장을 제시하지도 않고, 체포장의 긴급집행도 되지 않은 절차적 위법이 있고, 그 위법을 가리기 위하여 체포장에 허위사항을 기재

78) 日最判 1978. 9. 7. [最刑集 32-6, 1672].

79) 오영근・박미숙, 앞의 책, 55면.

하고, 허위내용의 수사보고서를 작성하며, 공판정에서도 사실에 반하는 증언을 한 사안에서, 최고재판소는 영장주의에 위반한 중대한 위법이 있고, 이러한 위법한 체포에 밀접한 관련이 있는 증거인정은 장래의 위법수사억제에 합당하지 아니하므로 증거능력을 부정하였다.[80]

한편 최고재판소는 위법수집증거배제의 법원칙을 명확히 하고 있으나 실제로 구체적 사건에서 증거물배제에 있어서는 매우 신중을 기하고 있다. 즉 텐노사 각성제 사건[81], 각성제 사용사범 소변 감정서 사건[82] 등 대부분의 사건에 있어서 그 증거능력을 인정하였다.

특히 텐노사 각성제사건에서는 증거물압수절차에서 헌법 및 형사소송법상 영장주의정신에 반하는 중대한 위법이 있고, 이를 증거로 허용하는 것이 장래 위법한 수사의 억제의 견제에서 보아 상당하지 않다고 인정되는 경우에는 그 증거능력을 부정하는 것이 가능하다고 판결하여 위법수집증거배제법칙을 구체화하였다. 그러나 경찰관의 행위가 위법하다고 해도 압수절차의 위법은 중대한 것이라 할 수 없고, 위법수사억제의 견제에서도 증거로서 허용하는 것이 상당한 경우라 보아 각성제의 증거능력을 인정한 바 있다.[83]

또한 각성제사용사범 소변감정서사건에서는 환각제 사용혐의를 받고 있던 피의자가 운전면허증을 교환하려고 경찰서에 온 기회에 채취한 소변감정서의 증거능력을 인정하였다. 이 사건에서 법원은 소변의 임의제출 및 영치는 임의수사의 범위에 속하고 위법한 것은 아니라는 이유로 해당 감정서의 증거능력을 인정한 것이다.[84] 나아가 각성제사용사범 수사를 위해 피의자를 임의동행한 후 피의자가 귀가하겠다는 의사를 표시하였음에도 이에 반해 귀가조치를 취하지 않고 취득한 소변감정서에 대해서도 증거능

80) 最高裁, 2002. 2. 14. 刑集 57권 2호 121면.
81) 最高裁, 1949. 12. 13. 最高裁集 17권 349면.
82) 最高決, 1979. 4. 6. 刑裁集 214권, 301면.
83) 안성수, 각국의 위법수집증거배제법칙과 우리법상수용방안, 215-218면.
84) 最高決, 1979. 4. 6. 刑裁集 214권, 301면.

력을 인정했다. 피의자를 강제로 경찰서에 유치하지 않았고 소변제출자체도 어떠한 강제도 없었기 때문에 임의의 승낙에 기초해 행해진 점을 고려하면 위법의 정도가 중대하지 않고, 선행절차의 위법성이 있다 해도 이후 소변수집절차에 미친 영향은 간접적인 것에 불과하므로 증거능력을 인정하였다.[85]

이와 같이 일본의 판례는 위법수집증거배제법칙을 형사소송법상의 명문규정은 없지만 형사소송법의 해석을 통한 확립된 원칙으로 승인하고 있다. 다만 증거가 배제될 만큼의 수집절차의 위법정도는 중대한 위법이어야 한다고 본다. 즉 증거수집절차의 위법여부판단과 증거배제의 효과판단을 분리하여 위법수집증거배제법칙을 매우 한정적으로 적용한다.[86]

5. 캐나다의 위법수집증거 배제법칙

가. 판례법과 위법수집증거의 배제

캐나다의 판례법은 영국판례법의 영향아래 증거의 관련성과 신빙성을 요건으로 증거의 증거능력을 인정한다.[87] 다만 증거의 가치가 크다고 하더라도 그 증거의 수집방법이 공정하지 않은 경우에는 증거능력을 배제해야 하며, 이는 법관의 공정한 판결을 할 의무와 관련된다.[88]

법원은 미국식의 자동적 증거능력배제는 부정하는 입장이었다. 그런데 1982년 헌정법(Constitution Act) 제정시 위법한 증거의 배제에 관하여 법관의 재량을 인정해야 한다는 입장과 미국식으로 증거배제원칙을 명문화해야 한다는 입장간에 논쟁이 진행되었다.[89]

85) 最高裁, 1986. 4. 25. 刑集 40권 3호, 215면.
86) 오영근・박미숙, 앞의 책, 57면.
87) 안성수, 각국의 위법수집증거배제법칙과 우리법상수용방안, 198면.
88) Queen v. Wary [1971] SCR 272.

헌정법 제24조 2항의 위법수집증거배제법칙 규정은 헌법규정위반(constitutional violations)의 방지가 근거이며, 범죄자소추와 헌법규정준수의 균형을 추구하는데 목적이 있다.[90]

나. 위법수집증거배제법칙의 명문화

캐나다 헌정법 제24조 제2항은 "법원은 제1항의 절차에서, 본 헌장(Charter of Rights and Freedoms)에 의하여 보장된 권리나 자유를 침해하거나 부인하는 방법으로 증거를 취득한 경우에는, 모든 정황을 고려하여 볼 때, 그 증거의 증거능력을 인정하는 것이 사법정의의 불명예가 되는 것이 입증된 경우에는 그 증거의 증거능력을 배제하여야 한다[91]"라고 규정하고 있다.

즉 캐나다에서는 증거능력을 배제하기 위한 요건으로 ① 위헌(위법)적 수집방법, ② 모든 정황의 고려, ③ 사법정의의 불명예를 들고 있다. 어떤 경우가 사법정의에 불명예가 되는 것인지에 대하여 캐나다 대법원은 3가지 요소를 고려하고 있다.[92]

첫째, 먼저 그 증거가 재판의 공정성을 해하는지 여부다. 증거물(real evidence)은 범죄사실을 입증하는 정도에 있어서 가치가 크고, 증거물의 존재 자체는 그 증거를 수집하는 방법과는 무관하다는 점에서는 증거능력을 배제하기 어렵다. 특히 증거물이 다른 적법한 절차에 의해서도 수집될 수

89) 안성수, 각국의 위법수집증거배제법칙과 우리법상수용방안, 198면.

90) Steven Penney, Taking Deterrence Seriously: Excluding Unconstitutionally Obtained Evidence Under Section 24(2) of the Charter, McGill Law Journal, Vol. 49, No. 1, January 2004, 105-114면.

91) §24(2) Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

92) R. v. Collins,[1987] 1 S.C.R. 265.

있었던 경우에는 재판의 공정성을 해하는 것이라고 보기 어렵다.

둘째, 헌정법규정위반의 심각성이다. 의도적이고 고의적이며, 극악한 수단으로 증거를 수집한 것이거나, 다른 합법적인 방법으로 증거를 수집할 수 있음에도 이러한 방법을 이용하지 않은 경우에는 증거능력이 배제될 가능성이 크다. 그러나 기술적이거나 실수에 의한 경우 혹은 긴급한 사정에 의한 헌정법 규정 위반인 경우에는 증거능력이 인정될 가능성이 크다.

셋째, 증거능력을 배제하는 것이 사법정의에 끼칠 영향이다. 증거의 가치뿐만 아니라 범죄의 심각성도 고려한다. 범죄가 중하면 중할수록 증거를 사용하면 유죄가 될 피의자를 증거를 배제하여 무죄가 되게 함으로써 사법신뢰를 해치는 정도가 크게 된다면 증거능력을 인정할 가능성은 증가한다.

제2절 우리나라의 학설 및 판례

학설은 위법수집증거배제법칙의 규범적, 이론적 근거와 사실적, 정책적 근거를 헌법이 규정하고 있는 적법절차의 보장과 인권보장, 그리고 위법수사의 억제로 본다. [93]

첫째, 위법수집증거배제법칙의 규범적 근거는 적법절차이념이다. 적법절차의 헌법적 요청을 실현하는 가운데 실체적 진실이 추구되어야 한다. 위법수집증거배제법칙은 그로인해 실체적 진실발견이 저지되고, 설사 범죄자가 결과적으로 이득을 본다 해도, 형사절차와 국가권력에 대한 불신을 불러오는 것보다는 차라리 그러한 손실을 감수하겠다는 헌법의 의지를 보여주는 것이다.[94]

93) 이재상, 앞의 책, 493면; 강구진, 형사소송법원론,1982,504-505면; 백형구, 형사소송법강의, 2000,582면; 신동운, 형사소송법, 1993, 153-154면; 차용석, 앞의 책, 91-92면; 신양균, 형사소송법,2004, 670-672면; 정영석·이형국, 형사소송법, 1997,328면; 임동규, 형사소송법, 2003, 439면

94) 이와 같은 취지는 조국, 앞의 책, 8-10면; 차용석, 앞의 책, 92면.

둘째, 위법수집증거배제법칙의 사실적 근거는 위법수사를 막고 적법절차의 보장에 의해 재판의 공정성을 확보할 수 있다는데 있다. 진실의 발견은 적법절차의 테두리 안에서 행해질 것이 요청된다. 헌법상 허용될 수 없는 위법한 절차에 의해 수집된 증거에 대해서 증거능력을 인정한다면 위법행위에 동조하는 것이 된다.[95]

위법한 증거에 대해 소송절차에서 증거능력 자체를 부인케 하는 것은 사후적으로 위법수사를 한 자에 대한 형사제재나 민사책임을 통해 위법수사를 충분히 저지하기 어렵기 때문이다. 형사제재의 경우 수사기관이 악의가 아닌 직무상 과욕으로 인한 경우 고의범으로 소추하기 어렵고, 민사책임의 경우 과실과 손해액을 입증하기 어렵고 절차상 시간과 비용이 많이 든다. 그렇기 때문에 수사기관은 일단 위법한 방법을 통해서라도 수사의 목적을 달성하고, 후에 형사소추나 행정징계 내지 민사배상의 낮은 가능성으로 인해 헌법과 법률의 명하는 적법절차를 대수롭지 않게 여기게 될 것이다.[96]

따라서 위법수집증거를 배제하는 법칙의 정립이야말로 위법수사억제에 가장 효과적일 수 있다. 수사기관이나 범죄자가 아닌 공정한 제삼자로서의 법원이 판례를 통해 위법한 수사로부터 획득한 증거를 인정하지 않는 법칙을 확립해 간다면 수사기관의 수사활동상 행위규칙이 명확하게 되고, 이를 통해 법적 안정성이 도모될 수 있다.[97]

1. 위법수집증거 배제법칙의 인정범위

다수의 학설은 적법절차의 보장과 수사기관의 위법수사 억제를 위해 위법수집증거의 증거능력을 부정하여야 하며, 단순한 훈시규정 위반으로는 족하지 않고 중대하고 본질적 증거절차규정을 위반한 경우 당연히 위법수

95) 조국, 앞의 책, 10면.
96) 조국, 앞의 책, 3-6면; 차용석, 앞의 책, 93면.
97) 조국, 앞의 책, 11면.

집증거배제법칙이 적용되어야 한다고 본다.[98]

무엇이 중대하고 본질적인 내용인가 하는 점에 대해 학계에서 제시하고 있는 기준은 다음과 같다. 첫째, 영장제도나 적법절차를 규정하고 있는 헌법에 위반하는 경우, 둘째, 수사기관의 수사 활동이 형벌법규에 위반하는 경우, 셋째, 형사소송법의 효력규정에 위배하여 압수·수색 등이 무효인 경우 등이다.[99]

특히 압수 수색과 관련하여서는 영장 없는 압수 수색에 의해 확보한 증거물, 영장 자체에 하자가 있는 경우, 영장 기재 압수물건에 포함되지 않은 다른 증거물의 압수 수색, 체포현장의 요건을 결한 압수 수색, 직무질문에 수반하여 한 동의 없는 소지품 검사 등에 의하여 수집한 증거, 압수대상물이 특정되지 않은 압수 수색영장에 의한 압수, 야간압수 수색금지 규정의 위반, 당사자의 참여권을 보장하지 아니한 검증과 감정, 의사나 성년의 여자를 참여시키지 않은 여자의 신체검사결과, 거절 권한을 침해한 압수 수색 등은 증거능력이 부정되어야 하는 것으로 보고 있다.[100]

절차규정의 위반을 위법수집증거배제 판단기준으로 삼는 입장에 대해서는 판단기준을 지나치게 단순화하고 있다는 비판이 제기된다. 동일 조항을 위반한 경우에도 그 위반행위의 동기, 경위, 양태는 다양하고 그 위반이

98) 이재상, 앞의 책, 531면 이하; 배종대·이상돈, 앞의 책, 535면 이하; 다만, 신현주, 앞의 책, 646면 이하는 우리나라 통설이 지나치게 광범위하게 위법수집증거의 배제를 주장하고 있으며, 이는 피고인의 권리보장에 관한 3개의 헌법 규정내용에 한정하여 위법수집증거의 증거능력 여부를 판단하는 미국 판례법에서조차 시도하지 않은 무리한 해석이라고 지적한다.
99) 이재상, 앞의 책, 531면; 학자에 따라서는 증거수집이 ① 형사소송법에 구체화되지 않은 헌법의 기본권을 침해한 가운데 이루어진 경우와 ② 형사소송법에 위반한 경우로 구분하기도 한다. 특정한 증거수집금지규칙은 헌법뿐만 아니라 형사소송법으로부터도 추출해 낼 수 있으며, 이는 독일법상 증거수집금지(Beweiserhebungsverbot)에 해당된다. 그리고 미국일본의 영향아래 논의되는 위법수집증거배제법칙은 증거수집금지에 위반한 증거사용이 허용되는가의 문제다. 그렇기 때문에 미국의 위법수집증거배제법칙논의보다 독일법상의 증거금지논의가 더 우리나라 상황에 맞는 논의 틀이라는 것이다(배종대·이상돈, 앞의 책, 535면).
100) 이재상, 앞의 책, 531면 이하

미치는 영향도 다를 수 있다는 점을 고려할 수 없기 때문이다.[101] 따라서 위반행위의 위법성정도, 위반행위의 발생경위나 동기, 그 구체적 정황, 증거배제로 인한 영향, 사회적 반응, 위법수사억제의 실질적 효과 등을 고려하여 판단해야 한다는 것이다.[102]

그리고 절차규정위반에 대해 증거능력을 부인함으로써 위법수사를 억제하겠다는 정책적 시각에 대해서도 비판이 제기된다. 법관의 입장에서 볼 때 위법수집증거의 증거능력을 인정한다고 하더라도 법관은 수사관의 위반사항이나 위반내용을 고려하여 증거의 증명력을 판단하게 된다.[103] 재판정에 신뢰할 만한 증거를 최대한 현출시키게 하고 신뢰할 수 없는 증거는 배제하도록 제도화해야 법정은 신뢰할만한 증거로써 진실을 발견하는 마

101) 예를 들어 진술거부권을 불고지한 경우에도 수사관이 고의로 고지하지 않은 경우와 실수로 간과한 경우, 신문시작과정에서 고지하지 않고 신문 중에야 고지한 경우, 수사관이 고지하지 않고 변호인이 피의자에게 대신 알려주어서 결과적으로 피의자의 방어권행사에 아무런 문제가 없었던 경우, 피의자가 수사관이거나 변호사여서 제반권리를 충분히 알고 있는 사람인 경우 등 다양한 경우가 있을 수 있다. 이를 감안하지 않고 단지 수사관이 진술거부권을 고지하지 아니하였다는 이유만으로 자동적으로 증거를 배제할지의 여부는 검토를 요한다. 변호인과의 접견권제한의 경우, 변호인 수십명이 계속 접견신청을 하여 수사에 방해가 되는 경우 필요최소한의 제한을 가하고 이러한 제한이 있어도 피의자의 방어권행사에 아무런 지장이 없다면 변호인접견권 제한만으로 증거배제를 할 것인지의 여부도 역시 검토가 필요하다. 또한 소환이나 임의동행이 가능한데도 임의동행요구나 소환을 하지 않고 긴급체포를 하였다는 이유만으로 자백의 증거능력을 배제하는 것도 수사실무상의 문제점이 제기될 수 있다. 수사관이 긴급체포를 할 사유가 있다고 판단한 사안에 대해 사실상 사후적으로 긴급체포가 위법하다고 결정한다면 수사관은 긴급체포시점에서 장차 긴급체포사유인정여부에 대해 확신할 수 없게 되고 결국 반드시 먼저 피의자에게 임의동행이나 소환요구를 할 수밖에 없게 된다. 그리고 이에 불응할 때에 한해 긴급체포를 할 수 밖에 없게 되는데, 이는 사실상 수사관의 긴급체포에 대한 재량을 박탈하는 것에 다름 아니어서 재량에 대한 과도한 제한이라는 비판이 제기될 수 있다. 게다가 피의자에게 소환요구를 먼저 해서 피의자가 자신이 수사가 시작되었다는 사실을 알게 되어 도주나 증거를 인멸할 가능성이 높아지면 검거를 위한 비용은 증가할 수밖에 없다(안성수, 각국의 위법수집증거배제법칙과 우리법상수용방안, 233면-234면).

102) 안성수, 앞의 논문, 234면.

103) 예를 들어 진술거부권을 고지하지 않은 상태에서 확보한 진술의 증거능력을 인정하더라고 법관이 진술거부권의 불고지가 피의자의 진술에 미친 영향력을 감안하여 그 신빙성을 판단하고 피의자의 진술을 인정하지 않고 무죄를 선고할 수 있을 것이다.(같은 논문, 234면).

당이 될 수 있을 것이다. 중요한 의미를 가진 신뢰할 만한 증거를 수사관이 규정에 위반하였다는 이유만으로 법정에 제출할 수 없고, 거짓되고 왜곡된 증거는 법정에 현출될 수 있도록 한다면 진실발견의 이념을 실현하기 어렵다. 특히 비진술증거, 증거물의 경우에는 규정위반만을 기준으로 증거능력을 배제하기 보다는 증거능력이 인정되는 경우에는 증명력의 문제가 법관에게 맡겨져 있다는 점을 고려하여 구체적 사안에 따라 판단케 해야 한다는 것이다. [104]

2. 독나무열매 이론

위법하게 수집된 증거(독나무)에 의해 발견된 2차 증거(열매)의 증거능력을 인정하여야 하는지 여부가 이른바 "독나무의 열매이론(독수과실이론)"으로 논의된다.[105] 예를 들어 위법한 압수 수색에 의해 피의자의 집에서 시체를 발견하고 이를 통해 피의자를 추궁하여 자백을 받은 경우 그와 같은 자백의 증거능력을 인정할 수 있는가의 문제이다.

이에 대해 다수설은 위법수집증거의 증거능력을 부정하는 이상 이로 인한 과실의 증거능력도 부정하는 것이 당연하다고 본다.[106] 반면 임의성없는 자백의 경우에 의해 수집된 증거에 한해 제한적으로 인정하는 견해도 있다.[107]

그러나 다수설 역시 독나무열매이론의 적용을 배제할 수 있는 예외가 있

104) 같은 논문, 235면.

105) 이에 대해 미국 판례법상 독나무 과실이론에 있어 독나무는 "불법한 증거수집절차"를, 과실은 "불법한 수사를 통해 수집한 모든 증거"를 의미하는 것이며 결국 독나무 과실이론은 불법이라는 독이 오염되어 나타나는 연관관계 중 어느 범위의 것을 불법성이 오염된 증거로서 규정하고 배제할 것이냐의 문제임에도, 통설은 이를 2차 증거의 증거능력 문제로 잘못 이해하고 있다고 비판하는 견해도 있다. 신현주, 앞의 책, 637면 이하 참조.

106) 이재상, 앞의 책, 533면; 배종대・이상돈, 앞의 책, 538면.

107) 백형구, 앞의 책, 584면.

음을 인정한다. 즉 첫째, 피고인의 자유의사에 의한 행위로 인하여 위법한 수사와 오염된 증거 사이의 인관관계가 단절될 수 있다는 오염순화 또는 희석이론[108], 둘째, 위법한 행위와 관계없이 합법적인 수단에 의할지라도 증거를 불가피하게 발견하였을 것임을 증명할 수 있을 때에는 이를 증거로 허용할 수 있다는 불가피한 발견이론, 셋째, 위법한 압수 수색과 관계없는 독립된 근원에 의하여 수집될 수 있었던 증거임을 증명할 수 있을 때에는 이를 증거로 사용할 수 있다는 독립된 오염원 이론 등이 그것이다.[109]

또한 제1차위법수집증거(독나무)의 성질에 따라 구별하여 판단하는 이론적 입장도 있다.[110] 즉 헌법 제12조 7항 및 형사소송법 제309조상의 자백배제사유에 해당하는 위법행위를 통해 자백이 획득되고, 이를 기초로 하여 2차적으로 물적증거나 자백을 획득한 경우, 2차증거 (독나무열매)의 증거능력은 엄격하게 배제되어야 한다.[111] 반면 독나무열매의 증거배제가 명문으로 규정되어 있지 않은 경우에는 중대하고 현저한 불법이 있는 경우 법관의 재량적 판단에 따라 배제여부를 판단할 필요가 있다. 즉 그 배제여부는 위법수집증거배제법칙의 근거인 수사기관의 위법행위의 억제를 기준

108) 뒤에서 살펴볼 제주도지사 공직선거법위반 사건에서 우리 대법원은 위법한 절차에 의해 수집된 증거 및 이에 기초한 2차적 증거의 증거능력을 부정하면서 예외적으로 희석이론 혹은 단절이론을 언급하였다.

109) 이재상, 앞의 책, 533면 이하.

110) 조국, 앞의 책, 442-444면.

111) 같은 취지의 판례 : 피고인이 수사기관에서 한 자백이 고문에 의한 허위자백이라는 주장을 가볍게 신빙력 있는 것으로 보기 어려우나 피고인이 범행을 한 뚜렷한 동기가 없고 범인이라는 혐의를 받을 수사의 단서도 없으며 피고인의 자백진술이 객관적 합리성이 결여되고 범행현장과 객관적 상황과 중요한 부분이 부합되지 않는 등의 특별사정이 있는 경우 피고인이 수사기관에서 자백하게 된 연유가 피고인의 주장대로 고문이 아니라 할지라도 다소의 폭행 또는 기타의 방법으로 자백을 강요하여 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 사유가 있다 할 것이다 … 압수된 망치, 국방색 작업복과 야전잠바 등은 위에서 설시한대로 피고인의 증거능력 없는 자백에 의하여 획득된 것이므로 따라서 증거능력이 없다 할 것이고 증거능력이 설사 있다하더라도 위 압수물들과 국립과학수사연구소의 감정서의 기재 및 증인 정성욱에 대한 심문조서 등은 다음과 같은 그 증명력을 감쇄하는 사유로 인하여 이들 피고인등에 대한 유죄의 증거로 할 수 없을 것임에도 불구하고 원심은 이를 유죄의 증거로 적시한 1심 판결을 그대로 유지한 위법사유가 있다(대법원 1977.4.26. 선고 77도210 판결).

으로, 수사기관의 위법행위의 정도, 수사기관의 의도, 제1차증거와 제2차증거 간의 인과관계를 중요하게 고려해야 할 것이다.

한편 학자에 따라서는 독일의 먼거리 효과이론이 우리나라의 형사소송법체계에 더 타당하다고 본다. 미국뿐만 아니라 독일에서도 증거금지의 먼거리효과 (Fernwirkung) 이론을 통해 위법하게 수집된 증거에 의해 발견된 2차 증거의 증거능력인정여부를 판단해왔다. 즉 위법수집증거에 대한 증거사용금지는 그 증거에 기초하여 적법절차로 수집한 다른 증거에 대해서도 효력을 미친다. 그러나 수사기관은 법률의 범위 안에서 사건의 진실을 규명해야 할 의무와 함께 피의자나 피고인에게 불리한 증거뿐만 아니라 유리한 증거도 수집해야 할 의무도 진다. 그래서 수사기관에 대한 지도기능을 일방적으로 강조하여 독나무열매이론을 무제한 인정하는 것은 형사정책적으로 바람직하지 못한 결과를 초래할 수 있다는 비판이 있다. [112]

3. 판례의 태도

가. 2007년 이전의 판례

1) 진술증거

판례에 따르면 긴급체포가 요건을 갖추지 못하여 위법한 체포에 해당하

112) 독일의 먼거리 효과의 인정범위를 제한하는 이론에는 ① 조건적 인과관계이론, ② 가설적 개연성이론, ③ 규범의 보호목적론이 있다. 첫째, 증거의 수집에 있었던 절차상의 하자와 그 증거로부터 하자없이 얻어낸 다른 증거사이에 조건적 인과관계 (condition sine qua non)가 없으면 후자는 증거로 사용할 수 있다. 미국의 희석이론과 유사하다. 둘째, 위법하게 수집한 증거로부터 다른 증거를 수집한 경우라도 그 다른 증거의 수집이 당시의 수사진행상황에 비추어 앞선 증거수집에서 위법이 없었더라도 가능했을 고도의 개연성이 인정되면 증거로 사용할 수 있다. 미국의 불가피한 발견이론과 유사하다. 셋째, 증거수집의 위법성을 근거짓는 규범의 보호목적이 그 위법수집증거를 토대로 수집한 다른 증거를 사용할 경우 그 침해가 더욱 심화되는 것이 아니라면 그 다른 증거는 증거로 사용할 수 있다(배종대・이상돈, 앞의 책, 539면 이하).

는 경우 위법한 체포에 의한 유치 중에 작성된 피의자신문조서는 증거능력이 없다.[113] 또한 변호인과의 접견교통권을 침해하여 작성된 검사작성 피의자신문조서의 증거능력은 부인된다.[114]

피의자에게 진술거부권을 고지하지 아니하고 작성한 피의자신문조서는 위법하게 수집된 증거로서 진술의 임의성이 인정되는 경우라도 증거능력이 부인된다.[115]

113) 긴급체포는 영장주의원칙에 대한 예외인 만큼 형사소송법 제200조의 3 제1항의 요건을 모두 갖춘 경우에 한하여 예외적으로 허용되어야 하고, 요건을 갖추지 못한 긴급체포는 법적 근거에 의하지 아니한 영장없는 체포로서 위법한 체포에 해당하는 것이고, 여기서 긴급체포의 요건을 갖추었는지 여부는 사후에 밝혀진 사정을 기초로 판단하는 것이 아니라 체포 당시의 상황을 기초로 판단하여야 하고, 이에 관한 검사나 사법경찰관 등 수사주체의 판단에는 상당한 재량의 여지가 있다고 할 것이나, 긴급체포 당시의 상황으로 보아서도 그 요건의 충족여부에 관한 검사나 사법경찰관의 판단이 경험칙에 비추어 현저히 합리성을 잃은 경우에는 그 체포는 위법한 체포라 할 것이고, 이러한 위법은 영장주의에 위배되는 중대한 것이니 그 체포에 의한 유치 중에 작성된 피의자신문조서는 위법하게 수집된 증거로서 특별한 사정이 없는 한 이를 유죄의 증거로 할 수 없다(대법원 2002.6.11. 선고 2000도5701 판결). 이 판결에 대한 평가에 관하여는 심희기, 긴급체포의 요건인정기준과 요건을 갖추지 못한 긴급체포의 효과, 고시연구 29권 9호 (342호), 2002, 175-182면; 조국, 불법한 긴급체포 중에 작성된 피의자신문조서 및 약속에 의한 자백의 증거능력, Jurist 384호 (2002.09), 72-77면; 최복규 위법한 긴급체포와 그 체포에 의한 유치 중에 작성된 피의자신문조서의 증거능력, 형사재판의 제문제 제5권,2005, 451-462면 참고.

114) 헌법상 보장된 변호인과의 접견교통권이 위법하게 제한된 상태에서 얻어진 피의자의 자백은 그 증거능력을 부인하는 유죄의 증거에서 실질적이고 완전하게 배제하여야 하는 것인바, 피고인이 구속되어 국가안전기획부에서 조사를 받다가 변호인의 접견신청이 불허되어 이에 대한 준항고를 제기 중에 검찰로 송치되어 검사가 피고인을 신문하여 제1회 피의자신문조서를 작성한 후 준항고절차에서 위 접견불허처분이 취소되어 접견이 허용된 경우에는 검사의 피고인에 대한 위 제1회 피의자신문은 변호인의 접견교통을 금지한 위법상태가 계속된 상황에서 시행된 것으로 보아야 할 것이므로 그 피의자신문조서는 증거능력이 없다(대법원 1990.9.25. 선고 90도1586 판결). 이 판결의 평가에 관해서는 김용대, 변호인의 접견교통권 침해와 자백의 증거능력, 사법행정 32권 4호, 1991, 43-50면; 이재상, 변호인과 구속피의자의 접견 교통권의 침해에 대한 구제, 법률구조 통권4호,1993, 30-33면 참고.

115) 형사소송법 제200조 2항은 검사 또는 사법경찰관이 출석한 피의자의 진술을 들을 때에는 미리 피의자에 대하여 진술을 거부할 수 있음을 알려야 한다고 규정하고 있는바, 이러한 피의자의 진술거부권은 헌법이 보장하는 형사상 자기에 불리한 진술을 강요당하지 않는 자기부죄거부의 권리에 터 잡은 것이므로 수사기관이 피의자를 신문함에 있어서 피의자에게 미리 진술거부권을 고지하지 않은 때에는 그 피의자의 진술은 위법하게 수집된 증거로서 진술의 임의성이 인정되는 경우라도 증거능력이 부인되어야 한다(대법원 1992.6.23. 선도 92도682 판결). 이 판결에 대한 평가에 관하여는 이재홍, 진술거부권의 고지가 결여된 피의자 신문조서 등의 증거능력, 사법행정 34권5호, 1993, 50-62면; 백형구, 진술거부권의 부고지와 자백의 증거능력, 법률신문 2146호, 1992; 권광중, 진술거부권의 고지 없이 얻은 피의자진술의 증거능력, 법과 정의: 경사 이회창선생화갑기념논문집, 1995, 252-273면; 김희옥 진술거부권을 고지하지 아니하고 작성한 피의자신문조서와 위법수집증거, 고시계 42권 8호(486호), 1997, 55-62면; 김희옥, 소송의 주체: 검사·피고인, 판례 형사소송법, 1997, 22-33면; 김희옥, 위법수집증거배제법칙, 판례 형사소송법, 1997, 237-245면; 심희기 '신이십세기파'사건 판결, 형사소송법판례70선,2002,23-30면; 안동준, Miranda원칙, 그 확립과 도전의 여정,전남대학교 법률행정논총 23집 1호,2003, 1-26면 참고.

2) 사인(私人)이 위법하게 수집한 증거

법원은 효과적인 형사소추 및 형사소송에서의 진실발견이라는 공익과 개인의 사생활보호이익을 비교형량하여 사인이 위법하게 수집한 증거능력의 허용여부를 결정하는 방식을 취하고 있다.[116]

사인이 피고인 아닌 자의 대화내용을 비밀리에 녹음한 테이프 중 진술내용의 증거능력은 제한적 요건에 따라 인정될 수 있다.[117] 그러나 통신비

116) 모든 국민의 인간으로서의 존엄과 가치를 보장하는 것은 국가기관의 기본적인 의무에 속하는 것이고, 이는 형사절차에서도 당연히 구현되어야 하는 것이기는 하나 그렇다고 하여 국민의 사생활 영역에 관계된 모든 증거의 제출이 곧바로 금지되는 것으로 볼 수는 없고, 법원으로서는 효과적인 형사소추 및 형사소송에서의 진실발견이라는 공익과 개인의 사생활의 보호이익을 비교형량하여 그 허용 여부를 결정하고, 적절한 증거조사의 방법을 선택함으로써 국민의 인간으로서의 존엄성에 대한 침해를 피할 수 있다고 보아야 할 것이므로, 피고인의 동의하에 촬영된 나체사진의 존재만으로 피고인의 인격권과 초상권을 침해하는 것으로 볼 수 없고, 가사 사진을 촬영한 제3자가 그 사진을 이용하여 피고인을 공갈할 의도였다고 하더라도 사진의 촬영이 임의성이 배제된 상태에서 이루어진 것이라고 할 수는 없으며, 그 사진은 범죄현장의 사진으로서 피고인에 대한 형사소추를 위하여 반드시 필요한 증거로 보이므로, 공익의 실현을 위하여는 그 사진을 범죄의 증거로 제출하는 것이 허용되어야 하고, 이로 말미암아 피고인의 사생활의 비밀을 침해하는 결과를 초래한다 하더라도 이는 피고인이 수인하여야 할 기본권의 제한에 해당된다(대법원 1997.9.30. 선고 97도1230 판결). 이 판결에 대한 평가에 관해서는 김대휘, 사진과 비디오테이프의 증거능력, 형사판례연구 6호, 1998, 436-456면; 김희옥, 위법수집증거배제법칙, 판례 형사소송법,1997, 237-245면; 신동운, 위법수집증거배제법칙과 나체사진의 증거능력, 형사재판의 제문제 제3권,2001, 244-263면; 신동운, 위법수집증거배제법칙과 나체사진의 증거능력, 법학 40권 2호(111호), 1999, 358-376면; 심희기, 사생활 영역에 관계된 사진증거의 제출의 허용성, 형사소송법판례70선, 2002, 259-262면; 김대휘, 사진과 비디오테이프의 증거능력, 형사판례의 연구-이재상교수 화갑기념논문집 Ⅱ, 2004, 397-414면 참고.

밀보호법의 적용대상인 경우 통신비밀보호법 제4조와 제14조 2항에 따라 증거능력이 없다.[118]

117) 수사기관이 아닌 사인(私人)이 피고인 아닌 사람과의 대화내용을 녹음한 녹음테이프는 형사소송법 제311조, 제312조 규정 이외의 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 서류와 다를 바 없으므로, 피고인이 그 녹음테이프를 증거로 할 수 있음에 동의하지 아니하는 이상 그 증거능력을 부여하기 위하여는 첫째, 녹음테이프가 원본이거나 원본으로부터 복사한 사본일 경우(녹음디스크에 복사할 경우에도 동일하다)에는 복사과정에서 편집되는 등의 인위적 개작 없이 원본의 내용 그대로 복사된 사본일 것, 둘째 형사소송법 제313조 제1항에 따라 공판준비나 공판기일에서 원진술자의 진술에 의하여 그 녹음테이프에 녹음된 각자의 진술내용이 자신이 진술한 대로 녹음된 것이라는 점이 인정되어야 할 것이고, 사인이 피고인 아닌 사람과의 대화내용을 대화 상대방 몰래 녹음하였다고 하더라도 위와 같은 조건이 갖추어진 이상 그것만으로는 그 녹음테이프가 위법하게 수집된 증거로서 증거능력이 없다고 할 수 없으며, 사인이 피고인 아닌 사람과의 대화내용을 상대방 몰래 비디오로 촬영·녹음한 경우에도 그 비디오테이프의 진술부분에 대하여도 위와 마찬가지로 취급하여야 할 것이다(대법원 1999.3.9. 선고 98도3169 판결). 이 판결에 대한 평가에 관하여는 하태훈, 私人이 비밀리에 녹음한 녹음테이프의 증거능력, 형사판례연구 8, 2000, 502-525면; 심희기, 수사기관이 아닌 사인(사인)이 자신과 피고인 아닌 타인과의 대화내용을 녹음한 녹음테이프의 증거능력, 형사소송법판례70선, 2002, 254-258면 참고.

118) 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 각 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 받지는 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 2001도3106판결) 이 판결에 대한 평가에 관해서는 금영천, 형사소송법 제230조 제1항 소정의 '범인을 알게 된 날'의 의미 및 사인이 비밀 녹음한 녹음테이프에 대한 검증조서의 증거능력, 대법원판례해설 39호(2001 하반기), 002, 459-474면; 박연욱, 녹음테이프의 증거능력. 재판과 판례 11집, 대구판례연구회, (2002.12), 2002, 239-260면; 박미숙 사인에 의한 비밀녹음테이프의 증거능력, 형사판례연구 11호, 2003, 366-390면 참고.

3) 비진술증거

비진술증거인 증거물에 대해서는 이른바 '형질 형상불변론'에 따라 위법수집증거배제법칙을 인정하지 않는다. 즉 "압수절차가 위법하다 하더라도 그 물건 자체의 성질, 형태에 변경을 가져오는 것이 아니어서 그 형태 등에 관한 증거가치에는 변함이 없다 할 것"이라는 이유로 위법하게 수집된 압수물의 증거능력을 인정하는 태도를 취하여 왔다.[119]

그러나 판례의 태도에 대해 학계에서는 장기적으로 수사기관의 위법수사를 억제하는 기능을 달성하기 위해서는 진술증거와 비진술증거 모두에 대해서 위법수집증거의 증거능력을 배제하여야 한다는 비판적 입장을 취해 왔고, 결국은 대법원 판례의 변경 및 개정 형사소송법에 이에 관한 근거조문을 마련하기에 이르렀다.[120]

나. 판례태도의 변경

대법원은 2007년 전원합의체판결을 통해 기본적인 인권보장을 위해 압수 수색에 관한 적법절차와 영장주의의 근간을 선언한 헌법과 이에 입각해 실체적 진실규명과 개인의 권리보호이념을 조화롭게 실현할 수 있도록 압수 수색절차에 관한 구체적 기준을 마련하고 있는 형사소송법의 규범력

119) 압수물은 압수절차가 위법하다 하더라도 그 물건자체의 성질, 형태에 변경을 가져오는 것은 아니어서 그 형태 등에 관한 증거가치에는 변함이 없다 할 것이므로 증거능력이 있다(대법원 1987.6.23. 선고 87도705 판결, 대법원 1997.4.11. 선고 97도470 판결) 이 판결에 대한 평가에 관하여는 김희옥, 위법수집증거배제법칙, 판례 형사소송법, 1997, 237-245면 참고.

120) 법원행정처, 형사소송법 개정법률 해설, 2007, 124면

이 확고하게 유지되어야 한다고 선언하였다. 이에 따라 헌법과 형사소송법이 정한 절차에 따르지 않고 수집된 증거는 기본적 인권보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않는 것으로 원칙적으로 유죄의 증거로 삼을 수 없다고 판시하여,[121] 종전의 판례를 모두 변경하였다. [122]

본 판결은 2007년 개정 형사소송법 시행전의 판례이지만, 개정법률이 이미 공포된 상태에서 그 내용을 인식하였다고 볼 수 있다. 따라서 개정규

121) 기본적 인권 보장을 위하여 압수 수색에 관한 영장주의와 적법절차의 근간을 선언한 헌법과 이를 이어받아 실체적 진실 규명과 개인의 권리보호 이념을 조화롭게 실현할 수 있도록 압수 수색절차에 관한 구체적 기준을 마련하고 있는 형사소송법의 규범력은 확고히 유지되어야 한다. 그러므로 헌법과 형사소송법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집된 증거는 기본적 인권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않은 것으로서 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다 할 것이다. 무릇 수사기관의 강제처분인 압수 수색은 그 과정에서 관련자들의 권리나 법익을 침해할 가능성이 적지 않으므로 엄격히 헌법과 형사소송법이 정한 절차를 준수하여 이루어져야 한다. 절차조항에 따르지 않는 수사기관의 압수 수색을 억제하고 재발을 방지하는 가장 효과적이고 확실한 대응책은 이를 통하여 수집한 증거는 물론 이를 기초로 하여 획득한 2차적 증거를 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없도록 하는 것이다. 다만, 법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집된 압수물의 증거능력 인정 여부를 최종적으로 판단함에 있어서는, 실체적 진실 규명을 통한 정당한 형벌권의 실현도 헌법과 형사소송법이 형사소송절차를 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 맞는다고 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 실체적 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. 이는 적법한 절차에 따르지 아니하고 수집된 증거를 기초로 하여 획득된 2차적 증거의 경우에도 마찬가지여서, 절차에 따르지 아니한 증거 수집과 2차적 증거 수집 사이의 인과관계 희석 또는 단절 여부를 중심으로 2차적 증거 수집과 관련된 모든 사정을 전체적·종합적으로 고려하여 예외적인 경우에는 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있는 것이다(대법원 2007.11.15. 2007도3061).

122) 이에 관한 상세한 논의는 본 보고서의 제4장 제2절 이하 참조.

정의 구체적 적용기준을 앞서 제시한 판례라고 평가할 수 있다. 형사소송법 제308조의 2에 따라 증거능력이 배제되는 범위에 관해 분명한 해석례는 앞으로 뒤이을 판결들에 의해 구체화될 것이다. 아직 시행초기임을 고려할 때 2007년 대법원 판결에서 제시된 판단이 일단 기준이 될 것이다.

즉 첫째, 적법절차의 실질적 내용을 침해한 위법수집증거의 증거능력은 원칙적으로 배제된다. 둘째, 위법수집증거배제법칙의 예외인정은 수사기관의 증거수집과정에서 이루어진 절차위반행위와 관련된 모든 사정을 전체적 종합적으로 살펴 결정되어야 한다. 절차조항의 취지와 그 위반내용 및 정도, 구체적 위반의 경위와 회피가능성, 절차조항이 보호하고자 하는 권리 또는 법익의 성질과 침해정도 및 피고인과의 관련성, 절차위반행위와 증거수집 사이의 인과관계 등 관련성의 정도, 수사기관의 인식과 의도를 살펴야 한다. 그 구체적 예외의 인정범위에 관해서는 향후 판례와 학설의 과제로 남게 된다.[123]

적법한 절차에 따르지 아니하고 수집된 증거를 기초로 획득된 2차적 증거에 관해서도 2007년 대법원판결은 유죄의 증거로 삼을 수 없다는 원칙을 확인하고 있다. 다만 적법한 절차에 따르지 아니한 증거의 수집과 2차적 증거 수집사이의 인과관계 희석 또는 단절 여부를 중심으로 2차적 증거수집과 관련된 모든 사정을 전체적 종합적으로 고려하여 예외적인 경우에는 유죄인정의 증거로 사용할 수 있다. 동 판결에서 위법한 압수 수색을 통해 확보된 물적증거의 위법수집증거배제법칙 적용여부에 대한 논점은 제4장 제2절에서 보다 상세히 분석한다.

123) 법원행정처, 법원실무제요-형사(II), 2008, 152-153면.

제3장 미국의 위법수집증거배제법칙

미국에서의 위법수집증거배제법칙(Exclusionay Rule)은 수정헌법 제4조에서 규정하고 있는 바와 같이 경찰의 "부당한 수색과 체포"에 의해 증거가 발견된 경우에는 형사재판에서 증거로 사용될 수 없다는 것을 의미한다. 이러한 위법수집증거배제법칙의 주된 목적은 법집행기관이 수정헌법 제4조에서 규정한 기본권을 위반한 수색이나 체포를 하지 못하도록 하는데 있다. 그런데 이러한 위법한 수사를 하지 못하도록 함에 있어서 다른 어떠한 방법보다 그 수사를 통해 얻은 증거의 증거능력을 부정하는 방식이 타당한지, 모든 위법한 수사에 대해 위법수집증거배제법칙을 적용하는 것이 타당하지 등에 대해서는 계속적으로 논의되고 있다.

제1절 위법수집증거배제법칙의 발전

1. 미국 수정헌법 제4조

미국 수정헌법 제4조는 사생활 보장 조항으로서 "부당한 수색·체포·압수로부터 신체·가택·서류 및 동산의 안전을 보장받을 개인의 권리는 이를 침해할 수 없다. 체포·수색·압수의 영장은 발부의 상당한 이유가 있고, 선서 또는 확약에 의하여 뒷받침되며, 수색할 장소, 체포할 사람, 또는 압수될 물품을 기재하지 아니하고는 이를 발부할 수 없다"라고 규정하고 있다.[124]

124) "The right of the peple to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall be issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized."

수정헌법 제4조의 연원은 식민지 시대 당시 영국정부가 식민지인들에게 남용된 일반영장(the general warrants)와 협조영장(writs of assistance)에 대한 저항에서 찾는다.[125] 일반영장(general warrants)은 주로 영국에서 사용되었는데 역사적으로 국왕이나 의회에 비판적인 언론을 수색하기 위해 사용되었다. 일반영장(general warrants)은 누구를 수색하고 무엇을 압수할지를 특정하지 않았으며 개인에 대한 혐의 없이도 국가기관이 원하는 것은 무엇이든 수색하도록 허용해 주었다.[126]

식민지 시대 미국인에게 더욱 악용된 것은 협조영장(writs of assistance)였는데, 이것은 일반영장(general warrants)의 한 형태로서 주로 밀수품을 압수하는데 사용되었고 공무원들에게 밀수품을 단속하기 위해서라면 언제나 어디서나 수색할 수 있는 권한을 부여하였다.[127] 미국 수정헌법 제4조는 이와 같은 정부의 권한 남용에 대항하여 개인의 사생활을 보호하기 위한 연혁적인 이유로 규정된 것이라고 할 수 있다.

2. 위법수집증거배제법칙의 기원

미국 수정헌법 제4조는 부당한 수색, 체포, 압수로부터의 보호를 규정하고는 있었지만, 이를 위반한 행위가 발생할 경우 이에 대한 방지책이나 구제책을 규정하고는 있지 않다. 미국독립 당시로부터 20세기 초반에 이르기

125) Shauhin A. Talesh, Parol Officers and the Exclusionary Rule: Is There Any Deterrent Left?, 31 Conn. L. Rev., 1999, 1179, 1182면; Boyd v. United States, 116 U.S. 616, 625-27(1886); Burdeau v. McDowell, 256 U.S. 465, 475 (1921).

126) Darren K. Sharp, Drug Testing and the Fourth Amendment: What Happened to Individualized Suspicion?, 46 Drake L. Rev. 1997, 149, 152면; Boyd v. United States, 116 U.S. 616, 625-26(1886).

127) Jeffry R. Gittins, Excluding the exclusionary rule : extending the rationale of Hudson v. Michigan to evidence seized during unauthorized nighttime searches, 2007 B.Y.U.L.Rev. 2007, 451, 455면.

까지 법원은 비록 경찰이 불법적인 수색을 통해 증거를 취득하였다고 하더라도 이를 재판에서 배제하지는 않았다.[128]

법원이 주로 관심을 갖고 있는 것은 증거가 증명력을 갖고 있는지 여부일 뿐이었다. 즉 증거가 유죄를 인정할 충분한 증명력을 갖고 있는 경우에는 그 증거는 어떻게 취득되었는지 문제삼지 않고 인정되었다. 판례법(common law)에서는 증거가 유죄를 입증할 정도로 증명력이 있다면 출처를 묻지 않고 증거로 허용될 뿐만 아니라 국가기관으로서도 압수, 수색이 불법적이고 피고인의 권리를 침해했다는 주장에 대해 완전한 항변권을 갖게 된다.[129]

대법원 역시 이러한 보통법의 원칙을 그대로 수용하는 판결을 선고하였다.[130] 그래서 초기 미국법은 국가가 불법 수색에 의해 취득한 증거가 증명력을 갖춘 경우에는 피고인에게 어떠한 구제방법도 인정하지 않았다.[131]

3. 위법수집증거 배제법칙의 성립과 발전

위법수집증거배제법칙은 수정헌법 제4조의 사생활 보호 조항에 대한 판례해석을 통해 형성된 것으로서 1914년 Weeks사건에서 처음으로 인정되었다.[132] Weeks사건은 피고인의 방을 영장없이 수색하여 편지와 개인 문서를 압수한 사건이다. 연방대법원은 "(불법적인 수색과 압수에 의해 취득된) 증거가 피고인의 혐의를 입증할 증거로 사용될 경우 이와 같은 수색

128) United States v. La Jeune Eugenie, 26 F. Cas. 832. 844 (C.C.D. Mass. 1822); CommonWealth v. Upton, 476 N.E.2d 548 (Mass. 1985) 등
129) Patrick Tinsley et al., In defense of Evidence and Against the Exclusionay Rule: A Libertarian Approach, 32 S.U.L.Rev. 63, 64-65 (2004).
130) Adams v. New York, 192 U.S. 585 (1904).
131) Patrick Alexander, Pennsylvania Board of Probation & Parole v. Scott: Who Should Swallow the Bitter Pill of the Exclusionary Rule? The Supreme Court Passes the Cup, 31 Loy. U. Chi. L.J. 69, 72 (1999).
132) Weeks v. United States, 232 U.S. 383, 298(1914).

과 압수로부터 보호받을 권리를 규정한 수정헌법 제4조는 아무런 가치가 없게 되므로 차라리 헌법에서 삭제되는 편이 낫다"라고 판시하였다. 이 판결을 통해 위법수집증거배제법칙은 수정헌법 제4조에 규정된 기본권을 의미있게 하는 구제제도로서 기본 골격을 갖추게 된 것이다. 그러나 이 판결은 당시에는 연방법원에서만 적용되었기 때문에 적용에 있어서 제한적일 수 밖에 없었다. 주법원은 주마다 증거법을 채택하고 있었으므로 연방법원의 위법수집증거배제법칙을 따르지 않았다.[133]

비록 대부분의 주가 헌법 수정 제4조와 유사한 헌법규정을 갖고 있었지만, 증명력을 중시하는 판례법(common law) 원칙을 적용하여 위법수집증거배제법칙을 부인하고 모든 증명력 있는 증거를 재판상 증거로 채택하고 있었다.[134] 그렇다 보니 비록 연방경찰이 불법적으로 수집한 증거는 주법원에서는 허용되지 않았지만,[135] 주 경찰이 위법하게 증거를 수집함에 있어서 연방 경찰이 개입하지 않는 한 연방 경찰은 주 경찰로부터 이러한 증거를 인계받아 연방 형사재판에서 사용하는 것이 가능했다.[136]

위법수집증거배제법칙을 주에도 적용하려는 첫 시도는 1949년 Wolf사건에서 처음으로 이루어졌다.[137] 이 사건에서 연방대법원은 수정헌법 제4조는 연방헌법의 적법절차 조항(수정헌법 제14조)을 통해 주에도 적용될 수 있다고 판시하였다. 다만, 수정헌법 제4조에 위반된 행위의 구제수단으로서 주가 위법수집증거배제법칙을 채택해야 한다고 하지는 않았다. 따라서 여전히 주들은 위법수집증거배제법칙을 부인하고 수정헌법 제4조 위반행위를 억제하기 위해 민사소송, 수사기관에 대한 교육 및 징계 등의 방법을

133) Tinsley, 앞의 논문, 67면.
134) People v. Defore, 150 N.E.585, 587 (N.Y. 1926) (이 판결에서는 당시 31개 주가 명백히 위법수집증거배제법칙을 부인했다고 소개하고 있다).
135) Rea v. United States, 350 U.S. 214, 218 (1956).
136) Tinsley, 앞의 논문, 67면; 이러한 실무관행을 '은쟁반의 원칙'(silver platter doctrine)이라고 하는데 이 원칙은 계속 유지되다가 1960년 Elkins사건에 대한 연방대법원 판결에서 폐기되었다. [Elkins v. United States, 364 U.S. 206, 223-24 (1960)].
137) Wolf v. Colorado, 383 U.S. 25 (1949).

활용하고 있을 뿐이었다.

그러나 1961년 연방대법원은 Mapp판결에서 주법원도 수정헌법 제4조의 위반행위에 대한 구제수단으로서 위법하게 수집된 증거를 재판에서 배제하는 것 이외의 다른 구제수단은 효과적이지 못하다는 이유로 위법수집증거배제법칙을 채택해야 한다고 판결하였다.[138] 이 판결에 의해 연방 뿐만 아니라 주에서도 위법하게 수집된 증거의 증거능력이 배제되게 되었다.

제2절 위법수집증거배제법칙의 취지 및 근거

1. 제도의 취지

위법수집증거배제법칙의 주된 목적은 수사기관의 부당한 압수나 수색을 포함한 위법한 수사를 억제(deterrence)하는 것이다.[139] 즉 적법절차를 무시하고 증거를 수집하려는 수사기관의 동기를 사전에 단념케 함으로써 헌법이 규정하고 있는 적법절차를 준수하도록 한다. 연방대법원 역시 수회에 걸쳐 이러한 점을 인정하고 있어 가장 일반적인 견해라고 할 수 있다.[140] 그밖에 위법수집증거배제법칙은 위법수사 억제이외에 다른 목적도 가지고 있는 것으로 설명되는데, 그중 하나가 사법의 완결성(judicial integrity)이다. 이는 법원이 당연히 수호해야 할 헌법에 대해 고의적으로 위반한 자들과 공범이 되어서는 안된다는 점에 기초한다.[141]

뿐만 아니라 잠재적으로 불법적인 공권력 행사에 의해 피해자가 될 수 있는 국민에게 정부가 불법행동에 의해 어떠한 이득도 얻을 수 없음을 확

138) Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961); 위 판결은 "다른 구제수단은 무가치하고(worthless), 쓸모없다(futile)고 한다" (Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643, 652).
139) Wayne R. LaFave et al, Criminal Procedure, 4th ed., 2004, 107면.
140) Wolf v. Colorado, 338 U.S. 25(1949); Mapp v. Ohio 367 U.S. 643(1961); Linkletter v. Walker 381 U.S. 618 (1965); Terry v. Ohio 392 U.S. 1 (1968) 등.
141) 이점은 위 Mapp 판결이나 Terry 판결에서도 확인되고 있다.

신시킴으로써 국가에 대한 신뢰를 훼손할 위험성을 최소화하는데도 제도의 취지가 있다고 설명된다.[142]

위법수집증거배제법칙의 취지나 목적에 대한 이론적 논의는 중요한 의미를 갖는다. 왜냐하면 위법수집증거배제법칙의 취지나 목적이 위법수집증거배제법칙의 적용범위나 더 나아가 적용여부에도 영향을 미치기 때문이다. 법원은 사법의 완결성이나 국민의 신뢰유지의 취지는 위법수집증거배제법칙의 적용여부판단에서 위법수사억제의 취지보다 중하게 평가하지는 않는다.[143]

그러나 '위법수사 억제이론'은 위법수집증거배제법칙의 적용범위에 영향을 끼치게 된다. 왜냐하면 위법한 수사를 억제하는데 제도 취지가 있으므로 이러한 제도 취지를 달성하는데 아무런 도움을 주지 못하거나 미흡한 경우에는 위법수집증거배제법칙을 적용하지 않는 것이 논리적으로 타당하기 때문이다. 연방대법원은 calandra 판결에서 기소배심(grand jury) 증인은 신문과정에서 증인이 위법하게 압수된 증거라는 이유로 답변을 거부할 수 없다고 하여 위법수집증거배제법칙이 기소배심에는 적용되지 않음을 분명히 하였다.[144] 동판결은 위법수집증거배제법칙을 기소배심까지 확장 적용함으로써 달성될 수 있는 위법수사 억제 효과의 정도는 확실치 않다는 점, 위법수집증거배제법칙을 적용할 경우 진실발견이라는 기소배심의 전통적인 기능이 부당하게 방해될 수 있다는 점 등을 이유로 하였다. 이러한 calandra판결의 논리는 그 후에 선고된 여러 판결에서도 같은 취지로 인용되고 있다.[145]

142) United States v. Calandra, 414 U.S. 613 (1974).
143) Wayne R. LaFave et al, 앞의 책 108면.
144) United States v. Calandra, 414 U.S. 613 (1974).
145) United States v. Janis, 428 U.S. 433(1976); Stone v. Powell, 428 U.S. 465, 486-87 (1976); United States v. Leon, 468 U.S. 897, 908 (1984); INS v. Lopez-Mendoza, 468 U.S. 1032, 1041 (1984); Pennsylvania Board of Probation&Parole v. Scott 118 U.S. 2014 (1998) 등.

2. 근거 및 성격

위법수집증거배제법칙의 제도적 근거와 취지에 대한 이해는 제도의 적용 방식이나 적용 범위와 관련하여 중요한 시사점을 주게 된다. 제도 초기에는 위법수집증거배제법칙이 어디에 근거를 두고 있는지 명백하지 않았다. 즉, 수정헌법 제4조에 근거를 둔다거나 수정헌법 4조 및 5조에 근거를 갖는다거나 혹은 대법원의 하급법원에 대한 감독권에서 근거를 찾기도 하였다.

연방대법원은 Boyd판결에서 수정헌법 제4조와 자기부죄금지특권을 규정한 수정헌법 제5조를 동시에 근거로 제시하였다.[146] Weeks판결에서는 수정헌법 제5조도 언급하고는 있으나, 제4조에 근거를 두고 있음을 분명히 하였다.[147] 그럼에도 그후에 선고된 여러 판결들은 다시 수정헌법 제5조에 근거를 찾고 있었다.[148] 그러나, Mapp판결[149]부터는 위법수집증거배제법칙이 수정헌법 제4조에 근거를 두고 있음으로 더욱 명백히 하였고 이는 지금까지 일반적인 견해로 받아들여지고 있다.

나아가 위법수집증거배제법칙이 수정헌법 제4조에 근거를 둔다면 개인의 헌법적 권리로 인정될 수 있는지의 여부도 살펴볼 문제다. Mapp판결에서는 위법수집증거배제법칙을 부당한 압수, 수색으로부터 사생활을 보호받을 수 있는 헌법상 중요한 특권으로 인정했다. 그러나 Calandra판결에서는 "위법수집증거배제법칙이 헌법상 개인적인 권리라기보다는 억제효과를 통해 수정헌법 제4조의 권리를 보호하기 위해 사법상 고안된 구제장치이다"라고 판시한 바 있으며,[150] 현재도 일반적으로 받아들여지는 견해이다.

146) Boyd v. United States, 116 U.S.616 (1886).
147) Weeks v. Unites States, 232 U.S. 383 (1914).
148) Gouled v. Unites States, 255 U.S. 298(1921); Amos v. United States, 255 U.S. 313(1921); Agnello v. United States, 269 U.S. 20.(1925) 등.
149) Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643(1961).
150) 동판결에서 반대의견을 낸 Brennan대법관은 다수의견에 대해 "위법수집증거배제법칙을 완전히 폐기시킬 수 있는 여지를 준 것이다"라는 취지로 비판하고 있다. Stewart대법관은 Calandra판결을 Mapp판결 이후 가장 중요한 판결이라고 평가하고 있다. Potter Stewart, The road to Mapp v. Ohio and beyond: the origins, development and future of the exclusionary rule in search and seizure cases, 83 Colum. L. Rev. 1983, 1365, 1390면

위법수집증거배제법칙의 권리성 인정 여부에는 다음과 같은 논리적인 실익이 있다. 만약 이를 헌법상 기본권으로 본다면 위법수집증거배제법칙은 그 효과의 정도에 관계없이 위법하게 수집된 증거를 배제하는데 적용되는 것이 맞지만, 그렇지 않다면 위법수집증거배제법칙은 위법한 수사로부터 피의자를 보호하기 위한 여러 수단중 하나에 불과하게 되고 비용-편익 분석(cost-benefit analysis)을 통해 가장 효율적이라고 인정되는 경우에 한하여 활용되어야 하며 위법수집증거배제법칙의 적용범위에 있어서도 마찬가지의 논리가 적용되어야 한다는 것이다.[151]

제3절 위법수집증거배제법칙의 적용요건

위법수집증거배제법칙은 수정헌법 제4조를 근거로 두고 있으므로 위법수집증거배제법칙의 요건은 수정헌법 제4조의 적용요건과 공통분모를 갖는다고 할 수 있다. 따라서 위법수집증거배제법칙이 적용되기 위해서는 다음과 같은 세 가지 요건이 필요하다. 첫째, 수사기관의 부당한 압수, 수색 등 공적 작용이 있어야 한다. 둘째, 증거를 확보해야 한다. 셋째, 불법적인 수사와 확보된 증거사이에 인과관계가 존재해야 한다.[152] 이중 가장 중요한 요건은 첫 번째 요건이라고 할 수 있다. 수정헌법 제4조는 국가기관에 의한 수색이나 압수에 적용된다. 따라서 사인의 행위는 부당한 수색이라고

151) Christohper Slobogin, Why Liberals should chuck the exclusionary rule, 1999 U.Ill. L. Rev. 1999, 363, 441-442면
152) 세 번째 요건과 관련된 최근 주목할 만한 판결은 Hudson v. Michigan 126 U.S. 2159 (2006) 판결이다. 동 판결은 수사기관이 압수 수색영장을 집행함에 있어서 'knock and announce rule'을 준수하지 않았더라도 증거물의 압수와 위법한 압수 수색영장의 집행사이에는 관련성이 희박하다는 이유로 증거물의 증거능력을 인정하였다.

하더라도 국가기관의 대리인으로서 한 것이 아니라면 수정헌법 제4조의 적용을 받지 못하게 되고 따라서 위법수집증거배제법칙이 적용될 여지가 없다.[153]

그런데 더욱 문제되는 것은 모든 국가기관의 수색이 수정헌법 제4조에서 규정한 '수색'(search)에 해당되지는 않는다는 점이다. 이에 관하여 수정헌법 제4조와 관련지어 생각해 보면, 수정헌법 제4조는 부당한 압수, 수색으로부터 국민의 사생활을 보호하기 위한 조항이므로 국가기관의 어떠한 행정작용이 국민의 사생활의 합리적인 기대범위를 침해하는 경우에는 위법수집증거배제법칙이 적용될 수 있다는 결론에 이르게 된다. 이러한 관점에서 연방대법원은 Katz판결 이후 '사생활의 합리적인 기대 범위'(reasonable expectation of privacy)를 침해하는지 여부를 중요한 기준으로 삼고 있다.[154]

1. '사생활의 합리적인 기대 범위'(reasonable expectation of privacy)의 판단기준

연방대법원에 따르면 수정헌법 제4조는 국가기관의 행위가 개인의 '사생활의 합리적인 기대범위'를 침해하는 경우에 적용된다고 하며 이를 판단함에 있어서 가장 중요한 요소로 보는 것은 '합리성'(reasonableness)이다.[155] 그런데, 어떤 경우에 합리성이 인정되는지에 대해서는 일의적이고 명확한 기준은 존재하지 않는 것으로 보인다.[156] 연방대법원도 수회에 걸

153) United States v. Jacobsen, 466 U.S.109, 113~114(1984); Walter v. United States, 447 U.S.649, 662 (1980).
154) Katz v. Unites States, 389 U.S. 347, 360~361(1967); Oliver v. United States, 466 U.S. 170,177(1984).
155) United States v. Knights, 543 U.S. 112, 118(2001); Brigham city v. Stuart, 126 U.S. 1943,1947 (2006) 등에서 "The touchstone of the Fourth Amendment is reasonableness…"라고 판시하고 있다.
156) Wayne R. Lafave, Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment §2.1(a), 3d ed. 1996, 380면.

쳐서 한 가지 기준만으로 이를 판단하는 것에 대해 의문을 제기하고 있다. Oliver판결에서 연방대법원은 "개인이 수정헌법 제4조에 의해 영장없는 수색이 허용되지 않는다고 주장하는 것이 타당하다고 결정할 수 있는 유일의 판단기준은 없다."라고 판시하고 있다.[157]

구체적으로 연방대법원은 "사회 일반적으로 인식되었고 받아들여졌느냐는 점 뿐만 아니라 재산법 관련 규정 내용과도 관련된다"고 해석기준을 제시한 바도 있으나,[158] 다른 판결에서는 판단기준으로서 재산이나 소유물을 적용하는 것이 거부된 바도 있다.[159]

또한 Rakas판결에서 말하는 사회 일반의 인식이라는 점도 명확하지 않다. 학자들도 이와 같은 판단기준에 대해 혼동 그 자체인 것으로 평가하고 있다. 즉, "다루기 힘들고 고통스럽기만 하다"라든가 "불안정적인 작업"이라든가 "법원이 무방비 상태로 남겨둔 일관성없고 기인한 결론 일색이다"라는 평가가 그것이다.[160] 심지어는 유일한 판단기준은 대법관 5명이 일치해서 그렇다고 답하는 경우라고 까지 말하기도 한다.[161]

이하에서서는 최초로 '사생활의 합리적인 기대범위'의 기준을 제시했던 1967년 Katz판결 이후 연방대법원에서 판시한 다양한 판단기준을 유형화하여 살펴보기로 한다.[162]

157) Oliver v. Unites States, 466 U.S. 170, 177 (1984); 같은 취지 판결로는 O'Connor v. Ortega, 480 U.S. 709, 715 (1987) 등.
158) Rakas v. Illinois, 439 U.S. 128, 143(1978).
159) Warden v. Hayden, 387 U.S. 294(1967).
160) Richard G. Wilkins, Defining the "Reasonable Expectation of Privacy": An Emerging Tripartite Analysis, 40 Vand. L. Rev. 1987, 1077, 1107면; Sherry F. Colb, What Is a Search? Two Conceptual Flaws in Fourth Amendment Doctrine and Some Hints of a Remedy, 55 Stan. L. Rev. 2002, 119, 112면; Silas J. Wasserstrom & Louis Michael Seidman, The Fourth Amendment as Constitutional Theory, 77 Goe. L. J. 1988, 19, 29면.
161) Robert M. Bloom, Searches, Seizures, and Warrants, 2003, 46면.
162) 이하에서 소개한 유형화 방식에 관하여는 Orin S. Kerr, Four Models of Fourth Amendment Protection, 60 Stan. L. Rev. 2007, 503면 참조.

2. 개연성 모델 (The Probabilistic Model)

'사생활의 합리적인 기대 범위'는 지각을 갖춘 합리적인 사람이라면 유지하리라고 기대하는 범위에 의해 결정된다는 이론이다. 구체적으로 말하면 다른 사람이 자신의 일을 살펴보거나 엿보지 않으리라는 강한 기대감을 가질 때 사생활의 합리적인 기대를 갖는다는 것이다.

이러한 판단기준의 예를 보이는 것이 Bond판결이다.[163] 국경순찰을 담당하는 공무원이 멕시코와 텍사스주 경계에서 마약류를 검색하기 위해 버스에 올라 승객 위면 선반에 놓여진 짐을 찔러보았는데, 가방 안에 마치 벽돌같이 느껴지는 것을 느끼고 가방을 열어 마약을 압수한 것은 대상자의 '사생활의 합리적인 기대범위'를 침해한다고 판시하고 있다. 여기에서 쟁점이 되는 것은 공무원의 조사방식이 버스 승객들 사이에서 통상 행해질 수 있는 범위를 넘어서는지 여부라고 할 수 있다. 이에 대해 대법원은 버스 선반위에 올려놓은 가방은 다른 승객이나 버스직원이 여러 가지 이유로 옮길 수는 있겠지만, 내용물을 조사하는 것은 그 승객의 입장에서는 기대하기 어려우므로 공무원의 그와 같은 조사는 '수색'에 해당한다고 판시하고 있다.

또한 Olson판결[164]의 경우, 강도의 공범인 Olson이 강도범행 직후 친구 집으로 돌아가 하룻밤을 보내는 사이 경찰이 영장없이 친구 집에 들어가 옷장 안에 숨어 있는 Olson을 발견하고 체포한 사건에 대해 대법원은 한 사람이 다른 사람의 허락을 받고 그 사람의 집에 하룻밤을 묵는 것은 오래된 사회적 관습이고 이 경우 주인은 손님의 사생활을 존중하는 것이 통상적인 관행이라는 이유로 이러한 경우 Olson은 '사생활의 합리적인 기대'를 갖는다고 판시하고 있다.

163) Bond v. Unites States, 529 U.S 334 (2000).
164) Minnesota v. Olson, 495 U.S. 91 (1990).

그 밖의 판결로는 Ciraolo판결이 있다.[165] Ciraolo가 자신의 집 뒷마당에 다른 사람이 보지 못하도록 10피트의 담장을 설치하고 마리화나를 재배하고 있었는데, 경찰이 비행기를 이용하여 1,000피트 상공에서 Ciraolo의 집 뒷마당을 사진촬영을 하였다. 이에 대해 대법원은 항공 관찰은 일반화된 것이므로 Ciraolo의 사생활의 합리적인 기대를 침해하지 않는다고 판시하였다. 즉, 항공기가 일반화된 시대에서는 자신의 뒷마당에서 자라는 마리화나가 1,000피트 상공에서 관찰되지 않는 것으로 보는 것이 합법적이라고 기대하는 것은 비합리적이라는 것이다.[166]

이와 같이 개연성 모델은 규범이나 사회의 지배적인 관행들에 근거하여 자신이 타인으로부터 침해받기를 원하지 않는 내용의 사생활이 무엇인지 검토하는 것이라고 할 수 있다. 그리고 그것을 판단하는 기준은 사회의 합리적인 사람의 수준에서 보게 된다.

3. 사적 사실관계 모델 (The Private Facts Model)

이 모델은 수사기관이 수집한 정보의 내용에 초점을 맞추어 그 정보의 내용이 사적이고 헌법상 보호할 가치가 있는지 여부를 기준으로 하는 것이다. 국가기관이 특별히 사적인 정보를 취득했다면 그러한 정보의 취득은 수정헌법 제4조에서 규정한 수색(search)에 해당된다는 것이다. 따라서 여기에서 중요한 점은 정보를 취득한 방식이 무엇인지나 수사기관의 조치를 예상할 수 있었는지 여부 등이 아니라 수집된 정보의 내용 그자체가 된다.

이러한 기준을 적용한 예로는 Jacobsen판결이 있다.[167] 택배회사를 통해 보내진 종이상자에서 하얀 가루가 스며 나오자 FBI 수사관이 하얀 가루가

165) California v. Ciraolo, 476 U.S. 207 (1986).
166) 이 밖에는 같은 판단기준을 적용한 판례로는 O'Connor v. Ortega, 480 U.S. 709 (1987); California v. Carney, 471 U.S. 386 (1985); United States v. Dionisio, 410 U.S. 1 (1973) 등이 있다.
167) United States v. Jacobsen, 466 U.S. 109 (1984).

코카인인 사실을 현장실험(field test)을 통해 확인하였다. 연방대법원은 현장실험을 통해 확인된 사실이 단지 범죄의 증거일 뿐이고 논쟁이 될 수 있는 사적인 사실(private fact)은 아니기 때문에 수사관의 조치는 헌법상 합법적인 사생활에 대한 기대를 침해할 수 없는 것이라고 판시하고 있다.

이 모델을 적용한 또 다른 예로는 환경보호청(The Environmental Protection Agency, EPA)이 환경법 위반여부를 확인하기 위해 민간인 사진작가를 고용하여 공장에 대한 항공사진을 촬영토록 한 예이다. 이에 대해 연방대법원은 공장측이 수정헌법 제4조에 근거해 사생활침해를 주장함에 대해 "촬영된 사진은 분명히 육안으로 볼 때와는 달리 자세한 정보를 제공해 주는 것은 맞지만, 공장 건물이나 기계의 전체적인 형태를 보여주는 정도에 불과하므로 항공촬영은 수색에 해당하지 않는다"고 하여 공장측의 주장을 배제하였다.[168]

또한, 연방대법원은 Karo 판결에서 마약단속청(Drug Enforcement Agency, DEA) 직원이 코카인을 추출하는데 사용되는 화학약품 통에 위치추적장치를 부착하여 어느 개인집으로 화학약품이 반입되었다는 정보를 취득한 사안과 관련하여 주거내부에 대한 자세한 사항은 사생활에 해당되는 사실이라는 이유로 위 정보는 사생활의 합리적인 기대범위를 침해한 것이라고 판시한 바 있다.[169]

이와 같은 판결의 공통점은 국가기관이 취득한 정보가 사생활에 관한 개인적인 정보일 경우에는 '사생활의 합리적인 기대범위'를 침해하는 것이 된다는 것이다. 첫 번째 개연성 모형과는 달리 취득한 정보에 대한 규범적인 가치판단을 한다는 점이 특징이라고 할 수 있다. 정보내용에 의해 판단

168) Dow Chemical Co. v. United States, 476 U.S. 227(1986).
169) United States v. Karo, 468 U.S. 705 (1984), 동 판결은 "신호발신장치에 불과한 전자장치는 전면적인 수색에 비차면 침해의 정도는 덜하지만, 수사기관이 상당히 관심을 갖고 있는 주거지 내부에 대한 중요한 사실들을 제공하기 때문에 영장없이는 취득할 수 없는 중요한 정보이다 따라서 국가기관의 이와 같은 행위는 수색에 해당된다"라고 이유를 설명하고 있다.

하다보니 이 이론은 사생활의 '합리적인' 기대범위라기 보다는 '합법적인' 기대범위를 찾는데 더 관심이 있다고 할 수 있다.

4. 실정법 모델 (The Positive Law Model)

이 이론은 국가기관의 행위를 금지하거나 제한하는 법률조항(수정헌법 제4조 이외의 조항)이 있는지 여부를 중점적으로 고려하는 것이다. 이 이론에 의하면 국가기관이 정보를 취득하기 위해 관련 법률조항을 위반했다면 '사생활의 합리적인 기대범위'를 침범한 것이라고 보게 된다. 이 이론은 수정헌법 제4조의 연혁에 뿌리를 두고 있다. 수정헌법 제4조는 국민의 재산권을 보호하기 위한 제도적인 장치인데,[170] 한 사람이 보유하고 있는 재산권에 대한 접근은 그의 사생활의 합리적인 기대범위를 침범하게 되는 것으로 보아야 한다는 것이다.

이 이론이 적용된 예로는 Rakas 판결이 있다.[171] 강도공범인 피고인들이 범행 후 타인이 운전하는 차량에 타고 도주하던 중 따라온 경찰에 의해 좌석 밑과 장갑보관함에 숨겨둔 총기가 압수된 사안에서 연방대법원은 차량을 수색하는 것은 승객인 피고인들의 수정헌법 제4조의 권리를 침해하지 않는 것이라고 판시하였다. 연방대법원에 의하면, "재산권의 주요 내용 중 하나는 다른 사람의 침해를 배제할 수 있다는 것인데, 재산을 합법적으로 소유하거나 사용하는 권리를 갖는 자는 이에 따라 사생활의 합법적인 기대를 갖게 된다. 그러나 승객은 차량이나 차량 내에 보관된 물건에 대한 재산권이나 그러한 이해관계가 없기 때문에 피고인들은 사생활의 합리적인 기대를 주장할 수 없다는 것이다."라고 한다.

그런데, 실정법 모델은 재산권에만 국한되지 않는다. 이러한 점은 Riely

170) Sodal v. Cook County, 506 U.S. 56, 64(1992).
171) Rakas v. Illinois 439 U.S. 128(1978).

판결[172]에 나타나고 있다. 이 사건은 앞서 설명한 Ciraolo사건과 유사한데, 수사기관이 헬기를 통해 400피트 상공에서 피고인의 집에서 마리화나를 재배하고 있는 것을 촬영한 것이다. 이 사건에서 수사기관측은 수정헌법 제4조의 적용여부에 대한 여러 논점중 하나로서 연방항공국(Federal Aviation Administration, FAA)의 고도 500피트 아래에서의 고정익 항공기(fixed wing aircraft) 촬영금지 조항은 헬기에는 적용되지 않는다고 주장하였는데, 대법원은 이러한 주장을 인정하였다. 이상과 같이 실정법 모델에서 가장 핵심요소는 사생활에 대한 합리적인 기대는 실정법에 규정된 가치로부터 발생되며 이를 위반한 국가기관의 조치는 수정헌법 제4조의 보호장치를 적용시킨다는 것이다.

5. 정책 모델(The Policy Model)

이 이론은 사생활의 합리적인 기대가 정책적인 관점에서 고찰되어야 한다는 것이다. 즉, 수사기관의 영장없이 행해지는 수색이 시민의 자유를 지나치게 제한한다면 '사생활의 합리적인 기대범위'를 침범하고 있다고 보아야 한다. 이를 판단하기 위해서 법관은 수사기관의 특정한 조치에 의해 발생되는 결과를 따져보고 이를 개인의 사생활이나 안전과 비교하여 더 나은 수단이 무엇인지 선택해야 한다는 것이다. 즉, 수사기관의 수색에 의해 산출되는 결과물과 이로 인해 시민의 권리나 이해관계가 억제되거나 제한되는 정도를 형량하여 결정해야 한다는 이른바 형량이론(balancing test)이기도 하다. 이 이론은 Katz판결에서 비롯되어[173] 연방대법원에서 상당히 광범위

172) Florida v. Riely, 488 U.S. 445(1989).

173) Katz v. United States, 389 U.S. 347(1967); 형량이론은 Katz판결에서 처음으로 도입된 것은 아니며 위법수집증거배제법칙의 초기판결인 Boyd판결-Boyd v. United States, 116 U.S. 616 (1886)에도 등장하였고 다른 판결에도 많이 활용되었던 것이 사실이다. 그 예로는 States v. Lefkowitz, 285 U.S.452(1932);United States v. Jeffers, 342 U.S.48(1951); McGuire v. United States, 273 U.S. 95 (1927) 등.

하게 인용하고 있는 이론이다.[174] 연방대법원은 Katz판결에서 이러한 논리로 공중전화박스에 부착된 도청장치에 대해 수정헌법 제4조를 적용하였다.

이 이론을 적용한 예로서 Palmer판결[175]이 있다. 이는 교도소 직원인 Hudson이 교도소 수용자인 Palmer의 감방을 수색하였는데, Palmer가 Hudson을 상대로 수정헌법 제4조의 권리를 근거로 고소한 사안이다. 연방대법원은 수용자는 감방에서 사생활의 합리적인 기대를 갖지 못한다고 판시하였다. 교도소의 안전이라는 사회적인 이해관계와 교도소내의 수형자의 사생활을 형량한 결과, 만약 수형자의 사생활을 더 보호할 경우 적정한 교정행정이 방해될 수 있음을 이유로 하였다.

최근 연방대법원은 Hudson판결에서 수사기관이 압수 수색영장을 집행하면서 준수해야 하는 '사전고지규칙(knock and announce rule)'을 지키지 않은 경우라도 압수물의 증거능력을 그대로 유지된다고 하면서 위법수집증거배제법칙은 그 적용으로 인한 사회적 비용(범죄자를 방면시킬 수도 있다는 점)과 위법수색의 억제효과 정도를 형량해야 한다고 판시하였다.[176]

이 이론의 핵심은 '사생활의 합리적인 기대범위'는 정책적인 판단에 의해 결정된다는 것인데, 이 판단과정을 통해 국기기관의 행위를 규제하는 것과 그러한 행위를 그대로 두는 것 중에 무엇을 택할지 결정하게 된다.

무엇이 수정헌법 제4조에서 규정한 수색인지의 문제는 대상자의 '사생활의 합리적인 기대범위'가 침해되는지 여부와 연결되는 문제이며 이는 일의적인 기준에 의해 결정되기 어려운 복잡한 문제이다. 사회적 관행에 중점을 두는 경우에는 개연성모델(Probabilistic Model), 취득된 정보의 내용에 중점을 두는 경우에는 사적사실관계모델(Private Facts Model), 국가기관

174) Samson v. California, 126 U.S. 2193(2006); Maryland v. Buie, 494 U.S. 325 (1990); Pennsylvania v. Mimms, 434 U.S. 106 (1977); United States v. Brignoni-Pnice, 422 U.S.873(1975); Delaware v. Prouse, 440 U.S. 648 (1979); United States v. White, 401 U.S. 745 (1971).

175) Hudson v. Palmer, 468 U.S. 517 (1984).

176) Hudson v. Michigan 126 U.S. 2159 (2006).

의 조치 근거가 되는 실정법 위반여부에 중점을 두는 경우에는 실정법모델(Positive Law Model)을 취하게 될 것이다.

그런데 문제는 사례의 범위가 너무나 다양하기 때문에 하나의 이론으로 판단하기 어렵다는 점이다. 연방대법원의 경향에 대해 새로운 과학기술을 적용한 수색에는 사실관계 모델을 적용한다거나, 다발적인 수색에 대해서는 개연성 모델을 적용한다거나, 물리적인 접근이 내포된 수색에는 실정법 모델이 적용된다고 유형화해볼 수 있을 것이다.[177] 그러나 상호간에 명확한 구분되어 배타적으로 적용되는 것은 아님을 알 수 있다. 따라서 모든 모형을 종합적이고 복합적으로 고려하여 '사생활의 합리적인 기대범위'를 결정해야 할 것이다.

제4절 위법수집증거배제법칙의 효과

1. 수집증거의 위법배제주장

가. 주체 - 당사자적격(standing)의 문제

피고인은 위법한 수사활동으로 인하여 자신의 헌법상의 권리가 침해되는 경우에 한하여 위법한 수사에 의해 취득된 증거의 증거능력을 배제해야 한다는 주장을 할 수 있는 '당사자적격'(standing)을 갖는다.[178] 그러므로 피고

177) Kerr, 앞의 논문, 543-545면.

178) Rakas v. Illinois, 439 U.S. 128, 143 (1978) ; U.S. v. Salvucci, 448 U.S. 83, 86~87(1980) 등, 다만 당사자적격(standing)의 문제와 위법수집증거배제법칙의 법적 성격의 문제와는 구별되어야 한다. 앞서 설명한 바와 같이 연방대법원은 위법수집증거배제법칙이 헌법상 권리가 아니라 수사기관의 위법한 행위를 억제하기 위해 법원에 의해 창설된 구제수단으로 보고 있다.[U.S v. Leon, 468 U.S. 897,906 (1984)] 따라서, 위법수집증거배제법칙을 주장할 수 있는 당사자 적격은 수사기관의 행위에 의해 개인의 '권리'를 침해당한 피고인이 구제수단으로서 위법수집증거배제법칙을 주장하는 것으로 이해되어야 한다.

인이 위법수집증거배제법칙의 당사자 적격을 갖는지의 문제는 수사기관의 위법행위가 피고인의 어떤 권리를 침해하는지의 문제로 귀결된다.

앞서 살핀 바와 같이 위법수집증거배제법칙은 수정헌법 제4조에 근거를 두고 있으므로 당사자적격이 있는지 여부는 피고인이 수사기관에 의해 수색된 장소나 압수된 물건이 피고인의 '사생활의 합리적인 기대범위'(reasonable expectation of privacy)내에 있는지에 의해 결정된다.

나. 당사자적격 개념의 인정 여부

위법수집증거배제법칙을 주장하기 위해서는 피고인이 위법한 수사로 인해 수정헌법 제4조에 의한 '사생활의 합리적인 기대범위'가 침해되었음을 입증해야 한다. 즉, 당사자적격의 문제는 피고인의 '사생활의 합리적인 기대범위'와 일치한다고 할 수 있다. 예를 들어 수사기관이 피고인 아닌 제3자의 사생활을 침해하여 수색을 행하였다면, 피고인은 그로 인해 취득한 증거에 대해 위법수집증거임을 이유로 한 증거배제를 주장하지 못한다. 이와 같은 이유로 연방대법원은 위법수집증거배제법칙의 적용여부를 판단함에 있어서 '당사자적격'이라는 용어를 사용하지 않는다.[179]

하지만 이러한 사실이 '당사자적격'의 개념이 무용하다는 의미는 아니다. 위법수집증거배제법칙을 주장할 수 있는지를 판단하기 위해서 첫째, 수색이 이루어진 때가 언제인지, 둘째, 그러한 수색으로 인해 피해를 입은 사람이 누구인지 등으로 나누어 살펴보아야 한다. 모두 '사생활의 합리적인 기대'여부 충족을 판단함에 있어 중요한 요소이지만, '당사자적격'은 두 번째 사항과 주로 관련되므로 '당사자적격'의 개념이 의미를 상실한 것은 아니라고 할 것이다.[180]

179) Rakas v. Illinois, 439 U.S. 128, 143 (1978); 동 판결은 이와 같이 '당사자적격'이라는 용어를 대신하여 '사생활의 합리적인 보호'라는 개념을 사용하고 있다.

180) Rawlings v. Kentucky, 448 U.S. 98, 112 (1980).

위법수집증거배제법칙은 수사기관의 위법한 수사를 억제하는데 의미를 두고 있으므로 그 효과를 최대한 달성하기 위해서는 위법수집증거배제법칙을 주장할 수 있는 주체에 제한을 두지 않음이 타당하다고 할 수 있다. 일례로, 캘리포니아주 연방대법원은 Mapp판결에 의해 연방대법원의 위법수집증거배제법칙이 주에도 적용되기 이전부터 캘리포니아주에도 위법수집증거배제법칙을 인정했을 뿐만 아니라 피고인은 어떤 경우든지 위법수집증거배제법칙을 주장할 수 있는 '당사자적격'을 인정하였다.[181]

그 취지는 위에서 설명한 바와 같이 "만약 제3자의 권리를 침해하여 취득한 증거에 위법수집증거배제법칙을 적용하지 않도록 한다면, 위법수집증거배제법칙의 위법수사 억제효과는 상실되며 제3자의 권리를 더욱 침해하도록 만든다"는 것이었다.[182] 그러나, 당사자적격을 무제한 인정한다는 것은 범죄를 저지른 피고인에게 범죄의 책임을 지지 않고 모면할 길을 지나치게 확장해 주는 이상한 결론을 가져오게 되므로 타당하지 않다.[183] 같은 맥락에서 연방대법원은 캘리포니아주 판결과 같은 무제한적인 당사자적격을 부인하고 있다.[184]

자동적 당사자적격 부여(automatic standing)의 문제와 관련하여 위법수집증거배제법칙과 당사자적격의 문제는 상호간에 긴장관계를 갖는 개념이라는 점을 해결하기 위한 시도로 일정한 경우에 한하여 당사자 적격을 당연히 부여하자는 논의가 있었다.

연방대법원은 1960년 Jones판결[185]에서 마약 소지혐의로 기소된 피고인에게 자동적으로 위법수집증거배제법칙을 주장할 수 있는 당사자적격을 부여한 바 있었다. 즉, 피고인은 위법수집증거배제법칙의 당사자적격이 있음을 입증할 필요없이 공소사실에 관해 직접 다투면서(예, 피고인이 소지

181) Wayne R. LaFave et al, 앞의 책, 508면.
182) People v. Martin, 45 Cal.2d 755 (1955).
183) Wayne R. LaFave et al, 앞의 책, 509면.
184) Alderman v. United States, 394 U.S. 165 (1969).
185) Jones v. United States, 362 U.S. 257 (1960).

하지 않았다는 주장) 당해 증거에 대해서는 불법하게 수집된 증거이므로 증거능력이 없다는 주장을 할 수 있게 된다.

법원이 자동적으로 당사자적격을 부여하게 된 이유는 두가지다. 첫째, 마약소지 혐의로 기소된 피고인이 당사자적격을 인정받기 위해서는 당시 마약을 소지하고 있었다는 주장을 해야 하는데 이는 수정헌법 제5조의 자기부죄금지원칙에 반하게 되어 수정헌법 제4조와 제5조 사이의 딜레마에 빠지게 된다. 둘째, 공소사실을 입증하려는 수사기관이 증거심리과정에서는 피고인의 위법수집증거배제법칙 주장을 막기 위해서 피고인의 마약소지 사실을 부인하고 본안에서는 이와 반대되는 주장을 하는 것은 상호모순이다.

그러나 위법수집증거배제법칙과 수정헌법 제5조의 문제를 해결하기 위한 불가피한 조치라고는 하지만, 당사자 적격의 개념에 부합되지 않는 해결방식이므로 연방대법원은 '자동적 당사자적격 부여'(automatic standing)를 폐기하고 다른 해결책을 모색하게 된다. 연방대법원은 Simmons판결[186]에서 본안심리이전의 증거심리 과정에서 피고인이 한 진술은 본안심리에서 증거로서 허용하지 않도록 하였다. 즉 증거이의재판(suppression motion)에서 피고인이 당사자적격을 인정받기 위해 마약 소지를 인정했다고 하더라도 이러한 진술은 본안 재판중에 자백으로 인정하지 않는다는 것이다. 이와 같은 판결들에 의해 '자동적 당사자적격 부여'(automatic standing)은 개념적 기반을 상실하게 되었고, 연방대법원의 Salvucci판결[187]에 의해 폐기되었다.

다. 당사자 적격의 인정범위

위법수집증거배제법칙을 주장할 수 있는 피고인은 그러한 위법한 수사에 의해 수정헌법 제4조의 권리를 침해받은 자이어야 한다. 따라서 피고인은 다른 제3자의 권리가 침해되었음을 이유로 위법수집증거배제법칙을 주

186) Simmons v. Unites States, 399 U.S. 377 (1968).
187) United States v. Salvucci, 448 U.S. 83 (1980).

장할 수 없다.[188] 이와 관련된 몇 가지 문제점을 살펴보기로 한다.

1) 형사소추의 대상이나 수색의 최종 목표가 되는 경우 (target standing)

예컨대, 피고인 A가 강도로 체포되었는데, 경찰이 추가 증거를 확보하기 위해 A의 아내를 불법적으로 수색한 경우에, A가 위법수집증거배제법칙을 주장할 수 있는 당사자적격을 인정받을 수 있는지의 문제이다. 즉, 이는 피고인이 형사소추의 대상이나 수색의 최종 목표가 되었다는 이유만으로 모든 위법수집증거배제법칙을 주장할 수 있는 당사자적격을 갖는지 여부의 문제이다. 이에 대해 연방대법원은 "위법수집증거배제법칙은 그로 인해 얻는 이익을 침해받는 자에게만 허용되는 것이 타당하다. 당사자적격을 부여하여 수정헌법 제4조의 권리를 대신 행사하도록 허용하는 것은 위법수집증거배제법칙을 지나치게 확장하여 원용하도록 하는 것이며 이는 수정헌법 제4조를 옹호하는데 상당한 사회적 비용을 강요하는 것이다"라고 판시하여 이 개념을 부인하였다.[189]

2) 파생적 당사자적격(derivative standing)

이는 피고인이 공범 관계에 있는 제3자에 대한 불법적인 수사를 이유로 위법수집증거배제법칙을 주장할 수 있는지의 문제이다. 연방대법원은 "일반적인 원칙은 수정헌법 제4조의 권리는 개인적인 권리이고 이를 다른 사람의 권리를 보호하기 위해 증거로서 배제하는 것은 불필요하다"라고 판시하여 부정한 바 있으며,[190] Padilla판결[191]을 통해 만장일치로 같은 취지

188) United States v. Padilla, 508 U.S. 77, 81 (1993).
189) Rakas v. Illinois, 439 U.S. 128, 132~134(1978).
190) Alderman v. United States 394 U.S. 165 (1969); Wong Sun v. United states, 371 U.S. 471 (1963).
191) United States v. Padilla 508 U.S. 77 (1993).

로 판시한 바 있다.

라. 유형별 고찰

1) 주거지

원칙적으로 수색의 대상이 되는 주거지에 대한 점유관계(possessory interest)를 당시에 갖고 있었던 경우에는 비록 수색당시에 주거지에 없었다고 하더라도 위법수집증거배제법칙을 주장할 수 있는 당사자적격을 갖는다. 이러한 점은 세입자와 같이 주거지에 합법적으로 거주하는 자, 혹은 호텔방에 투숙한 자도 마찬가지이다.[192] 또한 배우자나 자손들과 같이 정기적으로 주거지에 거주하는 가족들도 동일하다. 연방대법원은 손자가 할머니의 집에 정기적으로 거주한 바 있는 경우 수색당시 손자가 주거지에 없었다고 하더라도 그의 당사자적격이 인정된다고 판시한 바 있다.[193]

피고인은 주거지와 관련된 수색에서 위법수집증거배제법칙을 주장하기 위해서는 주거지에 대한 재산권적 이해관계를 입증하면 충분하며, 압수된 특정 물품에 대한 이해관계를 구체적으로 입증할 필요는 없다.[194]

특히, 손님과 관련하여, 연방대법원은 피고인이 친구로부터 그 소유의 아파트 사용을 허락받은 경우에는 당사자적격을 갖는다고 판시한 바 있다.[195] 또한, 동 판결은 이러한 손님의 당사자적격은 손님이 수색 당시에 현존하지 않았거나 불법적으로 현존하였다면 적용되지 않는다고 판시하였다. 그런데, 손님이 주거지에 관해 당사자적격을 갖는 이유에 대해 연방대법원은 Rakas판결에서 주거지에 대한 완전한 지배권과 통제권을 갖고 있

192) Wayne R. LaFave et al, 앞의 책, 499면.
193) Bumper v. North Carolina, 391 U.S. 543 (1968).
194) Alderman v. United States, 394 U.S. 165, 1969.
195) Jones v. United States, 362 U.S. 257 (1960).

고 이를 방해하는 타인을 배제할 수 있음을 근거로 제시했다.[196] 그 후에 선고된 Olson판결에서는 하룻밤을 묵는 손님(overnight guest)에 대해 비록 해당 장소에 대한 '완전한 지배권과 통제권'이 없다고 하더라도 당사자적격이 있는 것으로 판시하였다.[197]

그리고 피고인 소유의 물건이라고 하더라도 타인의 점유하에 보관하도록 한 경우 피고인이 그 물건에 대해 자신의 '사생활의 범위'내에 있다고 주장할 수 있는지는 관련된 정황을 종합적으로 고려해야 한다. 연방대법원은 Rawlings판결에서 수색 직전에 마약을 여자친구의 지갑에 숨겨놓은 피고인에 대해 피고인으로서는 경찰이 친구의 지갑을 뒤지는 것을 막을 권리가 없고, 경찰이 친구의 지갑을 수색할 가능성이 있다고 믿고 있었기 때문에 위법수집증거배제법칙을 주장할 당사자적격이 없다고 판시하였다.[198]

2) 영업장소

영업장소와 관련된 수색에 대해 피고인이 위법수집증거배제법칙을 주장할 수 있는 당사자적격을 갖는지의 여부에 대해서는 위와 같은 주거지에 대한 이론이 적용된다. 연방대법원은 조합사무실을 수색하여 조합에 속한 기록을 압수한 경우에는 비록 그 사무실에 다른 조합과 공동으로 사용하고 있다고 하더라도 위법수집증거배제법칙을 주장할 당사자적격을 갖는다고 판시한 바 있다.[199]

그런데, 피고인이 물건을 영업소에 맡겨 놓았는데 피고인이 영업소에 현존하지 않을 뿐만 아니라 아무런 관련성도 없는 경우에도 당사자적격을 갖는 것인지는 많은 사안에서 문제된다. 예를 들어 피고인이 세탁소에 자

196) Rakas v. Illinois, 439 U.S. 128 (1978).
197) Minnesota v. Olson, 495 U.S. 91 (1990).
198) Rawlings v. Kentucky, 448 U.S. 98 (1980).
199) Manchsi v. DeForte, 392 U.S. 364 (1968).

신의 옷을 드라이크리닝을 부탁하여 맡긴 경우이다. 대체로 이런 경우에는 물건을 맡긴 자로서는 그 물건에 대해 사생활의 보호를 받는다는 기대를 하고 있을 것이므로 당사자적격이 인정된다고 보아야 한다.[200] 다만, 해당 영업소와 거래를 하고 있다고 하더라도 자신이 소유권적인 영향력을 행사할 수 없는 물건에 대해서는 당사자적격이 인정되지 않는다. 예를 들어 은행의 고객은 은행에서 보관하는 자신의 거래내역에 대해서 소유권을 갖는 것은 아니므로 위법수집증거배제를 주장할 자격이 없다.[201]

3) 차량

차량에 대한 수색에 있어서 피고인이 위법수집증거배제법칙을 주장할 수 있는 당사자적격을 갖는지의 여부에 대해서는 위와 같은 주거지와 관련된 논리가 적용된다고 볼 수 있다. 따라서 차량소유자의 동의를 받아 운전하고 있는 자와 동승자는 Jones판결[202]의 논리에 의해 위법수집증거배제법칙을 주장할 수 있는 당사자적격을 갖는다고 할 것이다.[203]

차량과 관련된 특징적인 판례는 Rakas판결[204]이다. 피고인이 타인이 운전하고 있는 자동차의 장갑 보관함과 좌석 밑에 총기와 탄약을 숨겨둔 사례이다. 연방대법원은 경찰이 압수한 총기와 탄약에 대해 승객이었던 피고인이 아무런 소유권을 주장하지 않은 경우 당사자적격을 인정받지 못한다고 판시하였다. 이 판결은 운전자 아닌 단순 승객이 차량에 대한 수색에 대해 위법수집증거배제법칙을 주장할 자격이 없다는 취지가 아니라 정반대의 취지이며 피고인이 총기와 탄약에 대한 소유권을 포기하였다는 점이 핵심적인 요소라고 할 것이다. 그리고 차량강도범이 강취한 차량을 운전한 경우와

200) Wayne R. LaFave, Jerold H. Israel & Nancy J. King, 앞의 책, 504면.
201) United States v. Miller, 425 U.S. 435 (1976).
202) Jones v. US, 362 US 257 (1960).
203) Wayne R. LaFave et al, 앞의 책, 504면.
204) Rakas v. Illinois, 439 U.S. 128 (1978).

같이 차량의 점유가 불법적인 경우에는 위 Jones판결의 논리에 따라 위법수집증거배제법칙을 주장할 당사자적격을 갖지 못한다고 할 것이다.[205]

2. 독나무열매의 경우

위법수집증거배제법칙이 적용되면 해당 증거는 증거능력을 상실한다. 즉 불법수색에 의해 발견된 증거물은 증거능력이 상실된다. 그런데 여기에 그치는 것이 아니다 위법하게 수집된 증거에 의해 발견된 제2차 증거 역시 증거로 할 수 없다. 예를 들어 위법한 방법으로 증거물을 확보한 다음 다시 그 증거물을 이용하여 또 다른 증거물을 확보하는 경우가 이에 해당한다. 이는 첫 번째, 증거수집과정의 위법이 두 번째, 증거를 오염시킨다는 점에 근거한다.

미국의 독나무열매이론은 연방대법원의 Silverthorne Lumber판결에서 비롯되었다.[206] 이 사건에서 연방수사기관은 피고인의 문서를 불법적으로 압수하였는데, 지방법원이 그 문서의 반환 명령을 내린 후, 검찰은 기소배심(grand jury)으로 하여금 피고인에게 문서의 제출을 명령하는 소환장(subpoena)을 발부하도록 한 것이다. 연방대법원은 그 소환장의 유효성 여부와 관련하여, 소환장은 불법한 압수에 의해 획득한 문서의 내용에 기초로 발부된 것이므로 유효하지 않다고 판시하였다. 동 판결은 "어떤 방식에 의한 증거수집금지 규정의 핵심은 그렇게 수집된 증거가 그 법정에서 사용될 수 없다는 점에 그치는 것이 아니라 (어떤 절차에서든) 절대로 사용될 수 없다는 점에 있다"고 판시하고 있다. 다만, 동 판결은 "(위법한 증거에 의해) 획득된 사실이 신성하거나 접근할 수 없게 되었다는 점을 의미하는 것은 아니다"라고 하여 독나무열매이론이 적용되지 않는 경우가 있음을 인정했다.

205) Wayne R. LaFave et al, 앞의 책, 505면.
206) Silverthorne Lumber v. United States, 251 U.S. 385 (1920).

제5절 위법수집증거배제법칙의 예외

위법수집증거배제법칙의 존재의의는 위법한 수사방식을 억제하는데 있으므로 이러한 제도의 취지가 달성되지 못할 경우에는 위법수집증거배제법칙을 적용할 수 없다는 당위적인 결론에 도달한다. 이하에서 설명하는 위법수집증거배제법칙의 예외 이론들은 이와 같은 논리에 근거한다. 연방대법원이 인정하고 있는 예외이론은 다음과 같은 네 가지로 구분된다. 첫째, 수사기관이 외관상 유효한 영장 혹은 영장이 존재함을 보여주는 기록에 근거하여 선의에 따라 행동한 경우, 둘째, 불법적인 수사와 증거 취득사이의 인과관계가 희박하여 위법수사의 흔적이 사라지는 경우, 셋째, 불법수사와 관계없는 별도의 독립적인 근원을 통해 증거가 취득된 경우, 넷째, 수사기관에 의해 위법하게 취득된 증거라고 하더라도, 다른 독립적이고 합법적인 수단에 의해 필연적으로 발견될 수 있었던 경우 등이 그것이다.

1. 선의의 예외(Good Faith Exception) 이론

이는 위법하게 수집된 증거라고 하더라도 그 위법이 수사기관에 의해 행해지지 않았거나 수사기관에 의해 행해진 경우에도 수사기관이 정직하고 합리적인 신뢰에 따라 위법이 아니라고 믿고 취득한 경우에는 증거로 허용된다는 이론이다. 위법수집증거배제법칙의 존재이유는 수사기관의 위법한 수사를 억제하는데 있으므로 수사기관으로서는 개인의 사생활을 침해한다는 인식이 없었고 절차적으로도 위반이 없었다면 위법수집증거배제법칙이 적용될 여지가 없다는 당연한 논리적 귀결에 따라 도출된다고 할 것이다.

이러한 이론은 연방대법원의 Leon판결에서 처음 인정되었다.[207] 이 사

207) United States v. Leon, 468 U.S. 897 (1984).

안에서 비밀정보원의 정보에 따라 피고인의 마약밀매를 감시해 온 수사기관이 공술서(affidavit)를 작성하고 압수 수색영장을 신청하여 법원은 외견상 적법한 영장을 발부하였으나, 그후 이 영장은 정보원의 신뢰성이 입증되지 않았고 그가 제공한 정보도 낡아서 수정헌법 제4조에서 요구하는 상당한 이유가 결여된 점이 발견되었다. 연방대법원은 수사기관이 법원에 의해 발부된 영장을 합리적으로 신뢰(reasonable reliance)하여 집행하여 취득한 증거는 증거능력이 상실되지 않는다고 판시하였다. 그 이유는 위법수집증거배제법칙은 판사가 아닌 수사기관의 불법행위를 억제하는 것인데 이 경우 위법은 수사기관이 아닌 법원에 있는 것이므로 위법수집증거배제법칙을 적용할 이유가 없으며, 유죄인 범인이 처벌되지 않아 발생하는 사회적 비용이 수사기관이 영장을 합리적으로 신뢰한 경우에도 증거를 배제함으로써 얻을 수 있는 이익보다 상당히 크다고 할 수 있으므로 위법수집증거배제법칙은 적용되지 않는다는 것이다.

이러한 '선의의 예외 이론'은 수사기관이 제출한 하자있는 영장 양식에 대해 법원에 이를 설명하고 법원으로부터 수정을 받아 이 정도면 형식과 내용에 있어서 수색을 하는데 충분하다고 설명을 듣고 수색한 경우,[208] 사실은 체포영장이 기각되었으나 법원 직원의 잘못으로 기각사실이 경찰에 통지되지 않아 경찰전산망에 체포영장이 발부된 것으로 정리되어 있어 이를 신뢰하고 피의자를 체포하면서 자동차 수색을 한 결과 증거물(대마초)을 발견할 경우[209] 등에 적용되었다.

또한 법규에 대한 신뢰까지 선의의 예외 이론을 확장하여 영장없는 수색을 허용하는 법규가 사후 위헌판결을 받은 경우[210]까지도 적용되었다. Leon 판결에 의할 때, 선의의 예외 이론이 적용되기 위해서는 당시 수사기관으로서는 위법사실에 대한 고의가 없어야 하고, 법원 역시 중립적이고

208) Massachusettes v. Sheppard, 468 U.S. 981 (1984).
209) Arizona v. Evans, 514 U.S.1 (1995).
210) Illinois v. Krull, 480 U.S. 340 (1987).

공평해야 하며 영장은 외견상 중대한 하자가 없었어야 한다. 그런데 이중 가장 중요한 요건은 수사기관이 위법사실이 없었음을 신뢰하는데 있어서 객관적인 합리성이 인정되어야 한다는 점이다.

2. 독나무열매이론의 적용 한계

가. 위법희석(attenuated connection) 이론

1) 의의 및 취지

이는 불법수사(독나무)와 수집된 증거(열매) 사이에 인과관계가 상당히 희박해진 경우에는 그 과실의 증거능력이 인정된다는 이론이다.[211] 연방대법원은 Nardone판결에서 불법도청을 통해 확보한 2차증거의 증거능력과 관련하여 독나무열매 이론을 확인하면서도 독나무와 열매 사이의 인과관계가 희박해져서 오염이 없어질 정도라면 그 열매를 증거로 사용할 수 있다고 판시하였다.[212]

이후 연방대법원은 Wong Sun 판결을 통해 이 이론을 구체적으로 적용하였다.[213] 이 사건에서 피고인(Wong Sun)은 마약거래 혐의로 불법체포되었다가 보석으로 석방된 이후 자발적으로 수사기관에 찾아와 범행을 자백하는 진술을 하였다. 연방대법원은 이 자백의 증거능력에 대하여 불법체포와 자백 사이에 인과관계가 너무 희박해져서 불법체포의 오염이 없어졌으므로 자백의 증거능력이 인정된다고 판시하였다. 즉, 원래의 불법과 증거사이에 별개의 요소가 개입하였으므로 위법수집증거배제법칙의 근거인

211) 이를 첫 번째 발생한 위법이 순화되어 증거의 증거능력에 영향을 마치지 않는다는 의미에서 '오염순화의 예외'(The Purged Taint Exception)이라고도 한다.
212) Nardone v. United States, 308 U.S. 338 (1939).
213) Wong Sun v. United States. 371 U.S. 471 (1963).

불법수사의 억제나 사법의 완결성에 영향을 마치지 않는다는 것이다.

2) 요건

이러한 위법희석 이론은 각 사안의 구체적 내용이 무엇이냐에 따라 판단을 달리할 수 있으므로 일정한 기준을 정하기 어렵다는 문제가 있다. 연방대법원은 Brown판결에서 위법과 증거사이에 통상의 인과관계가 충분히 희박해졌는지 여부를 판단하기 위해서 고려해야 할 요소로서 세 가지를 제시하고 있다.[214] 첫째, 불법과 증거의 획득 사이에 경과된 시간, 둘째, (두 가지 사이에) 개입된 정황의 존재, 셋째, 수사기관의 불법행위의 목적과 파렴치성(flagrancy) 등이 고려되어야 한다고 한다.

따라서 불법 체포된 후 미란다 원칙에 따라 고지 받았지만 자백을 한 경우라면 비록 자백하기 전에 경찰서에서 친구들을 잠시 만났다고 하더라도 그 자백은 오염이 제거되지 않은 것이며(두 번째 요소)[215] 수사기관이 불법수사 중 다른 범죄에 대한 증거를 발견한 경우에는 그 증거는 수사기관이 처음 의도하였던 범죄가 아니므로 증거능력이 있다(세 번째 요소).[216] 또한 불법적 수사로 인해 증인의 존재를 알게 되어 증인의 증언을 획득한 경우 증언은 대개 오염이 제거되어 증거능력이 인정된다(두 번째 요소).[217] 그리고, 피의자를 체포할 상당한 이유가 있지만, 영장없이 피의자의 주거에 들어갈 사유가 없는데도 영장없이 피의자의 주거에 불법적으로 들어가 피의자를 체포하여 자백을 받은 경우에는 체포할 상당한 이유가 없는 경우와는 달리 위법수집증거배제법칙이 추구하는 위법수사 억제효과에 영향을 마치기 못하기 때문에 그 자백의 증거능력이 인정된다고 본다.[218]

214) Brown v. Illinois, 422 U.S. 590 (1975)
215) Taylor v. Alabama, 457 U.S. 687 (1982)
216) Gregory v. U.S., 231 F.2d 258.
217) United States v. Ceccoloni, 435 U.S. 268 (1978).

나. 독립된 증거원(independent source) 이론

수사기관이 불법적인 수사를 했다고 하더라도, 증거가 불법성이 없는 독립적인 근원을 통해 발견된 경우에는 증거로서 허용된다는 것이다. 이는 수사기관이 위법한 수사를 해서는 안되지만 위법행위가 발생하지 않은 경우보다 불리해서는 안된다는 점을 이유로 할 뿐만 아니라 "위법한 수사가 없었더라면 증거가 발견되지 않았을 것으로 인정되는 경우 당해 증거는 증거능력이 없다"라는 독나무열매이론의 개념상 당연한 결론이기도 하다. 이 이론은 독나무열매이론을 인정한 Silverthorne판결이나 Wong Sun판결에서도 독나무열매이론이 적용되지 않는 경우로서 열거된 바 있다.

이 이론의 대표적인 예는 O'Bremski 판결이다.[219] 법원은 피의자의 집에 대한 위법한 수색 전에 피해자인 14세 소녀의 부모로부터 실종신고를 접수하고 소녀의 소재를 찾아 피의자의 주거에 소녀가 있다는 것을 '이미' 알고 있었던 경우에는 비록 피의자의 집을 불법적으로 수색을 한 결과 소녀를 발견하게 되었다고 하더라도 피의자가 피해자를 간음하였다는 그 소녀의 증언은 증거능력이 있다고 판시하였다.

그런데, 문제는 최초의 위법수사 '이후'에 독립된 증거원이 확보된 경우에는 어떻게 해결하는 것이 타당한지에 관한 점이다. 이에 관하여 의미있는 두개의 판결이 있다. 연방대법원은 1984년 Segura판결에서 경찰관이 마약 소지 혐의로 피의자를 집 밖에서 체포하고 뒤이어 피의자와 함께 영장없이 불법하게 피의자의 집에 들어가 마약을 발견한 후, 다시 집밖으로 나와 법원으로부터 압수 수색 영장을 발부받을 때까지 기다렸다가 다른 경찰관이 영장을 가지고 오자 다시 피의자의 집에 들어가 마약을 압수한 사안과 관련하여 피의자의 주거에 침입한 경찰관의 행위가 불법이었음을 인정하면서도 경찰관이 침입 이전에 수색영장을 발부받는데 상당한 이유를

218) New York v. Harris, 495 U.S. 14 (1990).
219) State v. O'Bremski, 423 P.2d 530 (1967).

가지고 있었고 영장은 전적으로 최초 불법이전에 경찰관이 알고 있던 정보에 기초하여 발부된 것이라는 점에 중점을 두어 압수된 마약은 독립된 증거원을 가지고 있었고 따라서 압수된 마약은 '오염된 열매'가 아니라고 판시한 바 있다.[220]

여기에서 더 나아가 1998년 Murray판결에서는 경찰이 피의자의 주거에 불법적으로 침입하여 마리화나를 발견한 후에 압수 수색영장을 발부받아[221] 증거물을 재발견하여 압수한 경우 압수물의 증거능력을 인정하면서, 비록 경찰의 최초 불법행위시 영장발부를 위한 어떠한 절차를 밟지 않고 있었다고 하더라도 최초의 불법행위시 발견된 것에 의해 경찰이 영장을 발부받으려는 결정이 촉구된 것이 아니라면 '독립된 증거원 이론'이 적용된다고 판시하였다.[222]

다. 불가피한 발견(inevitable discovery) 이론

1) 의의 및 취지

이는 수사기관이 위법한 행위로 취득한 증거라고 하더라도 불법한 수사와 는 별도의 합법적인 방법으로 증거를 수집하였을 가능성이 있는 경우에는 증거로 허용된다는 이론으로서 앞서 설명한 '독립된 증거원 이론'이 연장된 이론이라고도 볼 수 있다.

연방대법원은 Nix 판결에서 살인사건을 수사하던 경찰관이 피의자를 체포한 후 변호인의 신문참여권을 보장한 수정헌법 제6조를 위반하여 피의자를 신문한 결과 사체의 위치에 관한 피의자의 진술을 취득하여 사체를 발견한 경우라도, 당시 경찰 수색팀이 광범위한 수색을 벌이고 있어서 사체

220) Segura v. United States, 468 U.S. 796 (1984)
221) 영장발부신청시 경찰관은 자신이 마리화나를 보았다는 점을 언급하지 않았다.
222) Murray v. United States, 487 U.S. 533 (1988)

가 발견될 가능성이 입증된 때에는[223] 그 사체를 증거로 할 수 있다고 판시하였다.[224] 이 이론은 가정적인 상황에 기초함으로써 '독립된 증거원 이론'보다 한단계 더 확장된 위법수집증거배제법칙의 예외 이론이라고 할 수 있는 바, 이미 발생한 수사기관의 위법이 없었더라도 다른 적법한 절차에 의해 필연적으로 발견될 증거라면 이를 증거물로 사용하지 못하도록 하는 것은 위법수집증거배제법칙의 존재이유인 위법수사 억제 효과도 없고 수사기관만 일방적으로 불리한 위치에 놓인다는 점에 근거를 두고 있다.

2) 적용범위

이 이론은 가정적인 상황이라는 보다 완화된 요건을 제시함으로써 위법수집증거배제법칙을 사실상 형해화할 수 있다는 문제점이 있음이 지적되고 있다. 이 이론이 확장 적용될 경우, 수사기관은 헌법적인 제한원리를 준수하지 않고 증거를 보다 빠르게 확보하려는 동기를 제공받기 때문이다.[225]

그래서 하급심 판결가운데는 '필연적 발견 이론'의 적용범위와 요건에 관하여 견해가 분분하다. 그래서 주요증거(primary evidence)와 파생증거(derivative evidence)를 구분하여 주요증거에는 이 이론이 적용되지 않는다고 판시한 판결이 있다.[226] 반면 위법수집증거배제법칙의 취지인 '위법수사 억제'에 비추어 이 이론의 적용범위가 결정될 뿐이며 주요증거와 파생증거로 구분하여 적용범위를 달리하지는 않는다고 판시한 판결도 있다.[227]

223) 당시 경찰 수색팀은 사체로부터 불과 2.5마일(4킬로미터) 떨어진 곳에 있었다.
224) Nix v. Williams, 467 U.S. 431 (1984).
225) People v. Stith, 506 N.E.2d 911 (N.Y.1987).
226) United States v. Six Hundred Thirty-Nine Thousand Five Hundred and Fifty-Eight Dollars ($639,558) in United States Currency, 955 F.2d 712, 719-20 (D.C. Cir. 1992) People v. Stith, 506 N.E.2d 911 (N.Y. 1987) State v. Crossen, 536 P.2d 1263 (Or. Ct. App. 1975) Reed v. State, 809 S.W.2d 940, 944 (Tex. Ct. App. 1991).
227) United States v. Zapata, 18 F.3d 971 (1st Cir. 1994).

한편 수사기관이 위법 수사 당시에 합법적 수단을 적극적으로 수행(active pursuit)하고 있었음을 입증해야 한다는 판결[228]도 있다. 이와 반대로 적극적 수행의 요건을 인정하지 않는 판결도 있었다.[229] 대체로 본다면, 이 이론이 적용되는 최소한의 요건은 '가정적인 수단'이 최초의 불법과는 별도의 독립된 것이어야 하며, 그러한 수단이 사용될 수 있었다는 점에 대한 강한 개연성이 있어야 하고, 이는 문서나 최소한의 실제적인 관행에 근거를 두어야 한다. 이를 영장없이 증거물을 압수하는 경우에 적용한다면 당시 수사기관이 압수 수색영장을 발부받을 수 있는 높은 수준의 상당한 이유가 있었어야 하고, 또한 발부받기 위한 절차 중에 있어야 한다.[230]

3. 기타 - 위법증거의 부수적 활용 (Collateral Use Exception)

위에서 설명한 예외에 해당되지는 않는다고 하더라도 수사기관은 범죄사실을 입증하기 위한 본증(prosecution's case-in-chief)으로 사용하는 경우가 아니라면 여전히 증거로서 활용가능하다. 예를 들어 위법증거를 조세소송이나,[231] 국외추방절차,[232] 유죄판결이후의 양형심리절차[233] 등에서 증거로 제출될 수 있다. 또한 수사기관은 피고인의 증언이 거짓임을 입증하기 위한 탄핵증거로 사용할 수도 있다.[234]

228) United States v. Brookins, 614 F.2d 1037, 1037 (5th Cir. 1980).
229) United States v. Kennedy, 61 F.3d 494 (6th Cir.1995); United States v. Ford, 22 F.3d 374 (1st Cir. 1994).
230) United States v. Brown, 328 F.3d 353, 357 (7th Cir. 2003; United States v. Buchanan, 910 F.2d 1571, 1573 (7th Cir. 2000) United States v. Ford, 22. F.3d 374 (1st Cir. 1994); United States v. Whitehorn, 829 F.2d 1225 (2d Cir. 1987).
231) U.S. v. Janis, 428 U.S. 433 (1976); Tirado v. C.I.R., 689 F.2d 307, 314-15 (2d Cir. 1982) 등.
232) INS v. Lopez-Mendoza, 468 U.S. 1032, 1050 (1984).
233) U.S. v. Torres, 926 F.2d 321, 324-25 (3d Cir. 1991); U.S. v. Tauil-Hernandez, 88 F.3d 576, 581 (8th Cir. 1996).
234) Michigan v. Harvey, 494 U.S. 344, 346 (1990); Oregon v. Hass, 420 U.S. 714, 722-24 (1975); U.S. v. Havens, 446 U.S. 620, 627-28 (1980).

다만, 피고인이 아닌 증인의 증언에 대한 탄핵증거로는 사용될 수 없다.[235] 왜냐하면 피고인이 아닌 증인은 위증죄로 처벌받을 수 있다는 점이 그들의 위법을 억제하는데 작용하고 있기 때문이다.

제6절 위법수집증거배제법칙에 대한 평가

1914년 Weeks 판결에 의해 위법수집 증거의 증거능력이 부정되고, 1961년 Mapp판결 이후 위법수집증거배제법칙이 주에도 적용되기 시작한 이래 위법수집증거배제법칙에 대한 비판이 계속되었다.[236]

위법수집증거배제법칙에 대한 비판론은 위법수집증거배제법칙의 취지인 '위법수사의 억제' 효과와 관련된 점에 집중되며, 다른 구제수단과의 비교, 위법수사 억제효과의 통계적 분석 등에 근거하고 있다. 이에 따라 1980년대 초반까지 다수의 대법관들은 위법수집증거배제법칙을 폐지하거나 적용을 제한해야 한다고 주장하였다.[237]

이에 따르면 위법수사의 억제효과가 미미하다고 하고 따라서 법원이 신뢰성이 높은 증거를 배제하는 매우 높은 사회적인 비용을 치르고 있다는

235) James v. Illinois, 493 U.S. 307, 313 (1990).
236) Cardozo 판사는 위법수집증거배제법칙으로 인해 "경찰이 실수를 범했기 때문에 범인이 석방된다"고 비판한다. (People v. Defore, 242 N.Y. 13, 21, 150 N.E. 585, 587 (1926) the criminal will go free "because the constable has blundered") 또한 Wigmore 경은 위법수집 증거의 증거를 배제함으로써 사법의 효율성을 저해하고 범죄자 그룹을 보호하게 되며, 사회를 보호하기 위하여 열심히 일하는 수사관을 범죄자보다 더 큰 위험에 두게 된다고 비판하였다. (Wigmore, A Treatise on the Anglo-American System of Evidence 2183~84, 3d ed. 1940).
237) Stone v. Powell, 428 U.S. 465, 496 (1976); Schneckloth v. Bustamonte, 412 U.S. 218, 261 (1973); Brown v. Illinois, 422 U.S. 590, 609 (1975); Robbins v. California, 453 U.S. 420, 437 (1981); California v. Minjares, 443 U.S. 916 (1979); Coolidge v. New Hampshire, 403 U.S. 443, 510 (1971); 이에 대해 Kamisar 교수는 버거 대법원장과 렌퀴스트 대법원장이 압수 수색에 관한 법률에 대해 일정의 게릴라 전쟁을 벌였다고 표현하기도 했다. Yale Kamisar, In defense of the search and seizure exclusionary rule, 26 Harv. J.L. & Pol'y, 2003, 119, 133면.

것이다.[238] 그래서 죄를 지은 범죄자를 방면할 뿐만 아니라[239] 사법에 대한 일반적인 불신을 야기한다는 것이다.[240] 이와 같은 이유 때문에 다수의 위법수집증거배제법칙의 예외이론이 등장하게 된 것이다.

1. 위법수집증거 배제법칙에 대한 비판론

위법수집증거배제법칙에 대한 비판을 종합해 보면, 다음과 같은 점을 문제점으로 지적되고 있다.

첫째, 위법수집증거배제법칙은 범죄를 저지른 범인을 방면하는 상당한 대가를 사회로 하여금 부담하도록 한다는 것이다. 특히, 살인이나 강간 등 강력범죄의 피의자들이 혜택을 본다는 것이다.[241]

둘째, 위법수집증거배제법칙의 '위법수사 억제효과'는 실제 경험적으로 신뢰할 수 없다는 점이다.

셋째, 수집된 증거의 증거능력을 배제함으로써 수사관으로 하여금 위법한 정도에 이르지 않음에도 수사 자체를 하지 못하도록 하는 과도한 수사억제효과(overdeterrence)를 야기한다는 점이다.

넷째, 위법수사를 억제하기 위해서라면 수집된 증거의 증거능력을 부정하는 것보다는 위법행위에 대한 민사적 구제수단이 더 효과적일 수 있다는 점이다.[242]

다섯째, 위법수집증거배제법칙은 범인을 석방하기를 꺼려하는 법원으로 하여금 수정헌법 제4조를 좁게 해석하여 위법증거의 증거능력을 허용하도

238) United States v. Janis, 428 U.S. 433, 448~54 (1976).
239) Bivens v. Six Unknown Fed. Narcotics Agents, 403 U.S. 388, 416 (1971).
240) Stone v. Powell, 428 U.S. 465, 490~491.
241) Guido Calabresi, The Exclusionary Rule, 26 Harv. J.L. & Pol'y, 2002, 111, 116면.
242) Randy E Barnett, Resolving the Dilemma of the Ecclusionary Rule: An Application of Restitutive Principles of Justice, 32 Emory L.J.1983, 937, 969~80면; Slobogin, 앞의 논문, 442면 등 참조.

록 하거나,[243] 경찰로 하여금 같은 이유에서 위증을 부추기는 우려도 있다는 점이다.

2. 위법수집증거배제법칙에 대한 긍정론

위와 같은 비판론에 대해 위법수집증거배제법칙에 대한 긍정론자들은 다음과 같이 반박한다.

첫째, 위법수집증거배제법칙에 의해 이익을 보는 피의자들은 강간이나 살인 등 강력범죄의 피의자라는 주장이 있다. 그러나 실증적으로 조사한 결과 살인, 강간 등의 강력범죄는 극히 드물고 대부분이 마약범죄와 관련된 수사중에 위법수집증거배제법칙이 적용된 예가 많다.[244]

둘째, 위법수집증거배제법칙이 과도한 수사억제효과의 부작용을 낳는다는 주장이 있다. 그러나 위법수집증거의 증거능력을 배제시키는 것은 일종의 부당이득반환이나 불법행위의 배상과 같다. 즉, 수사기관이 위법한 수사를 통해 수집한 증거물은 반환하는 것이 당연하며 위법수집증거배제법칙은 이를 추구한다. 그래서 위법수집증거배제법칙이 과도한 수사억제효과를 낳는 것은 아니다.[245]

셋째, 위법수사에 대해서는 증거능력을 배제하는 것보다 민사구제수단이 더 효과적일 것이라는 주장이 있다. 그러나 실무상으로 각종 면책규정

243) Myron W. Orfield, Jr., Deterrence, Perjury, and the Heater Factor: An Exclusionary Rule in the Chicago Criminal Courts, 63 U. COLO. L. REV. 1992, 75, 83면; 이 논문은 시카고 형사법 체계에 대해 12명의 판사, 11명의 검사, 4명의 변호사와 면담을 통해 작성되었다.
244) Thomas Y. Davies, A Hard Look at What We Know (and Still Need to Learn) About the "Costs" of the Exclusionary Rule: The NIJ Study and Other Studies of "Lost" Arrests, AM. B. FOUND. RES. J., 1983, 611, 640, 645면. Davies의 연구에 의하면 캘리포니아 주의 자료를 조사한 결과, 5년간 위법수집증거배제법칙이 인정된 예는 강간범중 0.09%, 살인범중 0.06%에 불과했다고 한다.
245) William J. Stuntz, The Virtues and Vices of The Exclusionary Rule, 20 Harv. J.L. & Pub. Pol'y, 1997, 443, 446면

이나 책임제한 규정으로 인해 효과적이지 않다.[246]

넷째, 위법수집증거배제법칙이 범인을 석방시킴으로써 전체적으로 사법의 불신을 초래할 수 있다. 하지만 그 과정을 통해 헌법원칙이 수호되고 있음을 사회에 보여준다는 점을 간과해서는 안된다.[247]

법원이 엄격한 해석을 통해 위법증거의 증거능력을 인정하는 판결을 내린다는 점에 대해서는 법관들이 다음 임기를 보장받아야 한다는 특수한 사정도 있을 것이며, 이런 방식을 통해 위법수집증거배제법칙이 인정되는 시대에 법집행의 필요성을 적절히 조화시키려는 법원의 정책적 현상일 뿐이라는 견해도 있다.[248] 오히려 비판론이 주장하는 바와 같이 위법한 수사를 한 경찰관에게 민사상 구제를 광범위하게 허용하도록 하면, 법원에게는 법률적인 판단보다는 더욱 정책적인 판단을 하도록 강한 압력이 될 것이라는 점이 지적된다.[249]

3. 평 가

위법수집증거배제법칙의 적용에 대한 찬반논의는 여전히 계속되고 있다. 이론 형성 초기에 주장되었던 것과 같은 위법수집증거배제법칙의 확장적용에 대해서도 계속적으로 반론이 제기되고 있다. 수사기관의 위법수사활동을 억제함으로써 얻는 이익과 범인을 방면함으로써 사회적으로 발생되는 비용을 엄격하게 형량하여 제도의 해석과 적용범위를 결정하고 있는 과정이라고 볼 수 있다. 이와 같은 맥락에서 위법수집증거배제법칙은 그 목적을 달성할 수 있다고 생각되는 범위내로 제한되어야 한다.[250]

246) 같은 논문, 450면.
247) William J. Stuntz, 앞의 논문, 447면.
248) Yale Kamisar, 앞의 논문, 132면.
249) 같은 논문, 134면.
250) Thomas U. Gardner & Terry M Anderson, Criminal Evidence, 6th ed., 2006, 181면.

최근 연방대법원은 '사전고지규칙(Knock and announce rule)'을 준수하지 않은 영장집행으로 취득한 증거물의 증거능력에 대한 판결에서 증거물의 증거능력을 인정하였는데, 다수의견을 대표한 Scalia대법관은 "위법수집증거배제법칙은 사실추구와 법집행이라는 목적에 상당한 희생을 가져왔으며 이는 위법수집증거배제법칙의 적용을 요구하는데 있어 상당한 장애물이 된다", "우리는 (위법수집증거배제법칙의) 무차별적 적용을 거부하고, 헌법에 위배되어 수집된 증거는 어떤 증거라도 허용하지 않기로 한 Mapp판결의 (위법수집증거배제법칙)의 확대적용 견해를 포기했다", "위법수집증거배제법칙은 최후의 수단이다."[251]라고 판시한 점은 주목할 만하다.

251) Hudson v. Michigan, 126 U.S. 2159(2006); 동 판결에 대해서는 Sharon L. Davies, Some Reflections on the Implications of HUDSON V. MICHIGAN For the Law of Confessions, 39 Tex. Tech L. Rev. 2007, 1207면; AKhil Reed Amar, The Rookie Year of The Roberts Court & a Look Ahead, 34 Pepp. L. Rev. 2007, 521면 등 참조.

제4장 위법한 압수수색과 위법수집증거배제

제1절 압수수색의 적법절차위반과 위법수집증거배제 - 제주도지사공직선거법위반 압수수색사건의 경우

1. 사건의 개요

제주도 선거관리위원회는 제주도지사 선거를 약 한 달 앞 둔 2006년 4월 당시 제주도지사의 도지사 공관에서 공무원과 대학교수 등이 모여 후보 TV 정책토론회를 준비하는 현장을 적발하고 제주지방검찰청에 공직선거법위반으로 수사를 의뢰했다. 이에 따라 제주지검에서는 제주지방법원으로부터 압수 수색영장을 발부받았고,[252] 제주지검 검사 및 수사관 등은 제주도청 등지에 대한 압수 수색을 실시하였다. 그런데 압수 수색이 진행 중이던 제주도청 비서실장실에 제주도지사의 비서관 갑이 "지역·직능별 특별관리 책임자 현황" 등 공무원의 선거개입 사실을 확인할 수 있는 서류를 갖고 들어온 것이었다. 검찰은 당해 갑으로부터 이를 압수하면서 결정적인 증거를 확보하게 되었다.[253]

252) 압수 수색영장의 내용은 다음과 같았다.
죄명 : 공직선거법위반
피내사자 : 오○○, 김○○(제주도지사 특별보좌관), 김○○(제주도청 공무원)
범죄사실 : 피내사자들이 공모하여 제주도지사 관사에서 선거관련 TV 토론에 대비한 자료, 예상 질의답변 자료를 준비하여 선거운동 기획에 참여
압수·수색을 필요로 하는 사유 : 예상 답변 자료의 작성자 및 작성경위를 파악하고 증거를 확보하기 위해 필요
압수·수색할 장소 : 제주도청 내 피내사자들 사무실, 제주도청 환경도시국, 보건복지여성국, 특별자치도 추진기획단, 국제자유도시 관광국, 재정경제국, 정책개발담당관실 사무실, 피내사자들 주거지, 피내사자들 소유 승용차, 구 제주도지사 관사
압수할 물건 : 압수·수색할 장소 내에 보관 중인 컴퓨터, 디스켓, 씨디롬 등 외부기억장치, 선거관련자료, 메모지, 일기장, 수첩, 일정표가 적혀진 달력 등 공무원으로서 선거에 관여한 것으로 추정되는 자료 일체

원심인 광주고등법원은 종전 대법원판례에 따라 압수물은 압수절차가 위법해도 물건자체의 성질이나 형태에 변경을 가져오는 것은 아니고, 형태 성질 등에 관한 증거가치에는 변함이 없다는 이유에서 압수서류의 증거능력을 인정하고 제주도지사에게 당선무효형인 벌금 600만원을 선고하였다.[254]

2. 압수수색과 위법수집증거배제에 관한 논쟁

본 사건은 우리나라에서 압수 수색의 위법 여부와 증거배제여부에 대한 신중한 논의의 계기를 마련하였다. 이전까지 법원에 의한 수사기관의 통제에 중점을 두어 압수 수색영장의 발부 여부만을 문제 삼을 뿐, 법원에 의해 이미 발부된 영장의 적법성을 따진 경우는 드물었다. 그런 점에서 본 사건을 구체적 사례로 삼아 압수 수색과 위법수집증거배제의 이론과 실천적 문제점에 대해 논해보고자 한다.

이 사건에서 피고인의 변호인단이 제기한 문제점은 당시 검찰이 적법한 절차에 따라 관련 서류를 압수했느냐 하는 것이었다. 검찰이 법원으로부터 발부받은 압수 수색영장은 그 장소를 제주도지사 정책특보실로 한정했다. 압수를 필요로 하는 범죄사실은 TV토론회 준비와 관련된 공직선거법위반 행위였다. 압수대상자는 피내사자인 정책특보 등 3명으로 한정했다. 그런데 검찰이 정책특보실이 아닌 비서실장실에서, 제3자인 비서관 갑으로부터 TV 토론회 준비와 관련 없는 사실을 담은 문건을 압수하였으므로 이 사건 압수 수색은 그 자체로 위법하여서 위법수집증거로서 증거능력이 배제되어야 한다는 것이 변호인단의 주장이었다.

이에 대해 검찰은 압수 수색 대상이 선거관련 자료 일체였고, 압수 수

253) 언론보도에 따르면 당시 제주지검 공보관은 "원래 거기에 있어야 할 문건이 아닌데, 발이 달려 온 것 같았다"고 표현했다고 한다. <제 발로 들어온 증거, 결국 검찰이 내쫓은 꼴>, 제주의 소리(www.jejusori.net), 2007.11.16.

254) 광주고등법원 2007.4.12. 선고 2007노 85 판결.

색영장에 기재된 정책특보실로 가기 위해서는 비서실장실을 통하지 않을 수 없어 두 장소 사이에는 밀접한 연관성이 있으며, 화이트컬러 범죄의 경우 수사관들의 현장판단을 존중하지 않는다면 영장기재의 미비로 결정적 증거의 인멸을 막을 수 없는 결과를 초래한다고 주장하였다.

가. 영장기재의 특정성

형사소송법 제114조 1항에 따르면 압수 수색영장에는 피의자의 성명, 죄명, 압수할 물건, 수색할 장소, 신체, 물건, 발부일시, 유효기간을 기재해야 한다. 즉 일괄영장(general warrant)은 금지된다.

다만 피의자를 체포 구속하는 경우에 영장없이 타인의 주거나 타인이 간수하는 가옥, 건조물 등 내부에 들어가 피의자수사를 할 수는 있다. (제216조 제1항 1호) 이러한 예외는 피의자를 발견하기 위한 처분이므로, 체포 구속이 이루어지기 이전단계에서만 허용된다.[255] 또한 검사 또는 사법경찰관이 합법적인 체포를 행할 경우 체포현장에서 압수, 수색, 검증을 할 수 있다. (제216조 제1항 2호) 범행 중 또는 범행직후의 범죄장소에서 긴급을 요하여 압수 수색영장을 발부받을 여유가 없을 때에는 수사기관은 영장없이 대물적 강제처분을 할 수 있으며, 사후에 지체없이 영장을 발부받아야 한다(제216조 제3항).[256]

수색할 장소와 압수할 물건의 특정규정은 투망식 수색을 방지하고 시민의 사생활을 보호하기 위한 절차적 보장이다. 물론 영장청구단계에서 압수대상을 구체적으로 미리 확정하기 어려울 수 있으므로 일정정도의 추상적 특정은 불가피하다. 수색장소에 대한 기재 역시 수색영장을 가진 경찰이

255) 이재상, 앞의 책, 279면; 백형구, 앞의 책, 227면; 신양균, 앞의 책, 214면; 신현주, 앞의 책, 353면.

256) 사법경찰관 작성의 검증조서의 작성이 범죄현장에서 급속을 요한다는 이유로 압수 수색 영장없이 행하여졌는데 그 후 법원의 사후 영장을 받은 흔적이 없다면 유죄의 증거로 쓸 수 없다(대법원 1990.9.14. 선고 90도1263 판결).

합리적인 노력을 통해 목표한 장소를 확인하고 식별할 수 있다면 특정성이 있다고 볼 수 있다.[257]

그리고 영장에 기재되어 있지 않은 제3자에 대한 수색은 인정되지 않는다. 제3자가 수색장소에 우연히 있을 뿐이어서 그에 대한 체포의 상당한 이유가 없는 경우에는 피의자에 대한 압수 수색이 제3자에게 연장되어 실행될 수 없다.[258] 다만 제3자에게 별도의 상당한 이유가 있는 경우 제216조 제1항 2호에 따라 제3자를 체포하고 이에 수반하는 압수 수색을 하면 될 것이다.

나. 영장에 특정한 압수수색장소를 벗어난 압수수색

위법수집증거배제에 대한 논의에서 위법을 단순한 절차규정을 위반한 것을 의미하지 않는다고 본다면 헌법에 규정한 영장주의 이념을 중대하게 위반한 경우 위법이 인정된다. 사소한 모든 절차법 위반을 위법배제사유로 인정하는 것은 비현실적일 것이기 때문일 것이다.

변호인측은 압수 수색영장의 압수·수색할 장소는 정책특보실인데, 이 사건 압수 수색이 이루어진 사무실은 칸막이로 비서실장실과 정책특보실로 구분되어 있으므로 비서실장실 구역에서 이 사건 압수문건에 대한 압수가 이루어졌으므로 위법이라고 주장한다.

검찰의 주장은 압수 수색이 이루어진 사무실을 도청 내부에서 비서실장실과 정책특보실로 구분하여 사용하고 있었고, 압수가 이루어진 장소가 비서실장이 사용하는 구역이라고 하더라도, 위 사무실의 출입문은 1개뿐이고, 주사용자가 정책특보라고 볼 수 있는 사무실 사용형태와 공무원들이 위 사무실을 정책특보실로 통칭하고 있는 점, 이사건 압수 수색 당시 정책특보에게 압수 수색사실을 통보하였으나 소환에 응하지 않고 있었던 점에

257) 조국, 앞의 책, 337면.

258) 같은 책, 335면.

비추어 검사가 위 사무실 전체를 영장의 압수 수색장소인 정책특보실로 보고 영장을 집행한 것은 상당하고 합리적이라고 볼 상황이었다는 것이다.

미국의 판례는 압수 수색의 장소와 물건이 영장범위 내에 있는지 여부에 대하여 수사기관의 합리적 해석으로 가려져야 하고, 나아가 수사기관의 압수 수색이 객관적으로 압수 수색 영장의 범위 밖에서 행해졌을 지라도 수사기관에 선의가 있으면 증거로 할 수 있다는 선의의 예외이론(Good Faith Exception)을 인정하고 있다.

영장의 적법성 여부와 압수행위의 적법성이 쟁점이 되었던 Garrison 판결[259]에서 연방대법원은 압수 수색 영장의 적법성은 수사관이 압수 수색 영장을 발부받았을 때를 기준 시점으로 하여 수사관이 기초로 하였던 정보를 바탕으로 판단하여야 한다고 판결했다.[260] 즉 수사기관이 영장신청 당시 수색장소가 특정되어 있다고 선의로 믿었으나 수색착수 이후 내부구조가 다름이 확인되어 결과적으로 영장에 기술된 수색장소가 정확하지 못하게 된 경우라면 용인할 수 있다는 것이다.

다. 영장의 대상자외 압수수색장소내 제삼자에 대한 압수수색

압수 수색 장소에 우연하게 들어온 당해 피압수자인 갑으로부터의 압수

259) 이 사건은 맥웹(McWebb)과 3층 아파트를 수색하는 것으로 발부받은 영장을 수사관이 실제로 3층에 영장을 집행하러 갔을 때는 2개의 별도의 아파트가 있었고, 그 다른 한 아파트에는 게리슨이 살고 있었던 사건이다. 수사관은 정보원들의 정보에 대한 재확인, 위 건물의 3층에 대한 외부에서의 관찰, 아파트 관리 회사에 대한 문의를 통해 확인한 결과 영장을 발부받을 시점까지는 3층에는 1개의 아파트가 있었다고 알고 있었다. 그런데 수사관들이 압수 수색 영장을 집행하기 위하여 위 아파트에 갔을 때 그들은 1층으로 들어가는 맥웹을 발견하고는 그의 열쇠를 이용하여 문을 열고 3층으로 올라가는 계단문을 통하여 3층으로 올라가서 3층 현관에 서 있는 게리슨을 보았으며, 왼쪽에 있는 맥웹의 아파트와 오른쪽에 있는 게리슨의 아파트 문이 모두 열려 있어서 그 내부를 볼 수 있었던 것이다. 수사관들은 게리슨의 아파트로 들어가 헤로인과 돈 등을 압수했는데 그 후에 자신들이 다른 아파트에 들어온 것을 알고 수색을 중단했다. 미 연방대법원은 게리슨의 아파트에 대한 압수 수색이 적법하다고 판결하였다.

260) Maryland v. Garrison, 480 U.S. 79 (1987).

는 영장의 범위를 벗어난 것이라 볼 수 있다. 반면 검찰측에서 보는 사실관계에 따르면 도청 소속 공무원으로서 도청 내에서 압수 수색이 벌어지고 있다는 것은 알고 있었지만 정책특보실에서도 압수 수색이 벌어지고 있다는 것은 미처 알지 못한 상황에서 정책특보실로 숨기기 위해 공무원의 도지사선거개입과 관련된 문서를 손에 들고 들어온 후 압수·수색중인 검찰직원으로부터 제출을 요구받고 거부하다가 검사가 제반정황에 비추어 이를 압수한 것이므로 압수 수색장소에 우연히 들어온 제3자로부터의 위법한 압수라 볼 수 없다.

변호인측에서는 Ybarra 판례를 원용해 압수 수색장소에 있는 제3자에 대한 압수 수색은 위법하다고 주장하였다.[261] 반면 검찰측에서는 압수 수색의 장소에 있는 제3자에 대한 압수는 제3자와 그 장소와의 관계를 기준으로 한 관계판단기준 이론(relationship test)에 따라 판단해야 한다고 주장한다.

즉 미국 판례에 따르면 그 장소와 관련성이 강하여 그 장소에 출입할 것이 예측가능한 사람이나 장기적 연관성이 있는 사람, 즉 동업자·직원 등에 대해서는 특별한 관계(special relationship)가 있다고 하여 압수 수색의 대상으로 보고 있다. 건물 휴게실에 대한 압수·수색중 그곳에 있던 제3자인 직원의 지갑에서 증거물을 압수한 경우[262], 사무실을 압수·수색하던

261) Ybarra v. Illinois, 444 U.S. 85 (1979) 이 사건은 1976년 일리노이주 수사국이 마약거래의 의심이 있는 술집과 술집바텐더, 마약거래용의자에 대한 압수 수색영장을 발부받아 수색을 집행하면서 당시 술집 내에 있던 손님들에게 압수 수색사실을 알리고 무기소지여부를 확인하기 위한 간단한 수색을 실시하였다. 이 과정에서 손님 중 한 사람인 Ybarra의 바지주머니 속 담배갑 안에 숨겨둔 헤로인이 발각되었고, Ybarra는 불법마약소지죄로 기소되었다. 압수 수색영장 범위를 벗어난 압수 수색의 위법성여부에 대해 연방대법원은 압수 수색영장발부 당시의 시점에서 수사당국이 수색장소 내에서 수색대상자외의 어떤 자가 위법행위를 하리라고 믿을 만한 상당한 이유도 없었으며, 발부된 압수 수색영장도 장소와 대상자를 특정하였음을 인정하였다. 압수 수색이 필요하다고 판단할 상당한 이유는 특정인에 대해 인정되어야 한다. 법원은 우연히 수색대상 장소에 머문다는 단순한 사실만으로는 그러한 상당한 이유가 있었다고 인정할 수 없다고 판단하였다.

262) People v. Stewart 166 Mich App263, 420, NW2d 180(1988).

중 그 사무실 테이블 아래에 있던 제3자인 동업자의 가방에서 증거물을 압수한 경우,[263] 사무실에 있는 동업자의 가방을 압수 수색한 경우[264] 등에서 모두 장소와의 관련성을 이유로 압수의 적법성을 인정하고 있다.

일반적으로 미국에서도 압수·수색장소에 우연히 들어온 제3자의 소유물에 대한 압수 수색은 허용되지 않지만, 당해 물건이 제3자에게 속하는 것이라고 믿을 만한 이유가 없을 경우에는 압수 수색이 허용된다.[265]

라. 별건 범죄사실에 대한 압수

당해 피압수자인 갑으로부터 압수된 문건은 이 사건 영장범죄사실의 증거로 사용되지 않았고, 오히려 제주도지사의 별건 범죄사실의 증거로 사용되었으므로 영장범죄사실과 관련 없는 별건 범죄사실에 대한 압수라고 본다면 위법수집증거로 인정될 것이다.

본 사건에서 별건압수 수색의 문제는 ① A범죄사실로 영장을 발부받아 이와 관련 없는 B범죄사실에 대한 물건을 압수한다는 것과(영장효력 범위의 문제) ② A범죄사실로 영장을 발부받아 압수하고, 수사를 하던 중에 그 압수물이 B범죄사실에 대한 증거가 된다는 것이 밝혀진 경우 그 압수물을 A범죄사실에 대한 증거로 사용하지 않으면서, B범죄사실에 대한 증거로 사용해서는 안 된다는 것(증거사용의 문제)로 나누어 살펴야 할 것이다.

1) 영장효력범위의 문제

이에 대해 검찰은 압수문건이 영장기재 범죄사실 입증과 관련되어 있다

263) US v. Misheli 487 F2d 429 (1973, CA1 Mass), Yabarra 사건과 본 건의 차이를 비교하여 설명하고 있다.
264) U.S. v. McLaughlin, 851 F.2d 283 (1998) Yabarra 사건과 본 건의 차이를 비교하여 설명하고 있다.
265) Carmen v. State 602 P.2d 1255(Alalsk 1979).

고 본다. 첫째, 압수된 문서는 영장범죄사실의 대상자들이 조직원으로 편성되어 있는 선거조직표와 선거관련 도지사 보고문서인데, 조직표에 기재된 공무원들은 모두 압수 수색 영장범죄사실의 피내사자이며, 해당 조직표와 함께 압수된 문건 또한 모두 조직표 작성 준비 혹은 활용 등 그 관련성이 인정되는 것들이기 때문이다. 따라서 이러한 압수물들은 피내사자들이 어떠한 경위로 압수 수색 영장 범죄사실에 기재된 공무원선거운동 기획 참여 행위에 가담하게 된 것인지에 관한 중요 압수물로써 영장기재 범죄사실과 무관하다고 할 수 없다.

둘째, 영장기재 범죄사실과 관련성이 있는지 여부에 대하여도 압수가 이루어질 당시에 검사가 판단하는 것이고 그 당시의 판단이 정당하다면 그 압수는 적법한 것이고 사후에 관련성이 없다는 이유로 위법한 압수가 되는 것은 아니다. 이미 문건 확보의 절차적 적법성이 인정되는 이상 다른 범죄사실을 입증하는 증거로 제출된다고 하여 압수된 물건의 증거능력이 없다고 할 수는 없다. 적법하게 압수된 물건을 다른 범죄사실의 입증에 사용한다고 하더라도 그로 인해 수사기관이 압수물을 적법하게 보유하는 상황이 위법한 것으로 변질된다고 볼 수 없다.

셋째, 문서의 경우에는 압수와 분석을 마친 후에야 영장범죄사실과의 관련성을 정확히 알게 되므로 압수당시에 합리적인 기준으로 영장범죄사실과의 관련성을 판단하였다면 분석결과 관련성이 없다고 하더라도 위법하다고 할 수 없다.

미 연방대법원도 압수 수색중 문서의 특별성을 인정하면서, 예를 들면 문서의 경우에 범인들이 범죄행위를 하면서 “마약거래”라고 표시된 보관철 안에 범죄관련 문서를 따로 보관해 놓지는 않을 것이므로 이러한 현실을 고려하면 압수 수색의 경우 피의자의 소지 하에 있는 많은 문서를 수사관들이 검사(examine)하면서 이것이 영장에 적시된 압수할 문서인지 여부를 판단할 수밖에 없다는 것을 인정하고 있다.[266]

2)증거사용의 문제

검찰은 일단 A범죄사실에 대하여 영장의 효력이 미쳐 압수의 효력이 지속되는 한, 검사가 이 증거물을 B 범죄사실 입증에 사용한다고 하여 위법하게 된다고 할 수 없다고 주장한다. 이 경우 압수물을 환부하고 다시 재압수를 하는 것은 최초 발부된 압수 수색 영장의 효력이 계속되고 있다는 것을 무시하는 것일 뿐만 아니라, 불필요한 절차의 낭비이기 때문이다.

일본판례의 경우, 공갈 피의사건으로 폭력단 사무소를 대상으로 하여 압수대상물을 "본건에 관계있는 1. 폭력단을 표시하는 문서, 배지(badge), 메모 등, 2. 권총, 페이트런 포장지에 든 현금, 3. 총포도검 등"으로 기재된 압수 수색 영장을 발부받아 폭력단체의 사무실을 압수하던 중에 도박의 상황 내지 자릿세 등의 계산관계를 기록한 도박 특유의 메모장을 발견하여 이를 압수하고, 도박, 도박개장 죄의 증거물로 한 때에 있어서도 그 증거능력을 인정한다.[267]

이 사건에서 일본 최고재판소는 헌법 제35조 제1항 및 형사소송법 215조 1항, 219조 1항에서 압수는 압수할 물건을 명시한 영장에 의하여야 한다고 하고 있는데, 그 취지는 영장에 명시되지 않은 물건의 압수가 금지된다는 정도만이 아니고, 수사기관이 오로지 별죄의 증거에 이용할 목적으로 압수 수색 영장에 명시된 물건을 압수하는 것도 금지된다고 판단하였다. 그러면서 본건 메모는 A 조직의 조직원에 의한 상습적 도박개장의 모양이 극명하게 드러난 증거이면서 이것에 의해서 피의자와 조직과의 관계를 알 수 있을 뿐만 아니라 A 조직의 조직내용과 폭력적 성격을 알 수 있어, 폭력사건의 증거로 된다고 인정하였다. 본건 메모는 별건인 도박 피의사건의 직접의 증거라고 할 수 있지만, 동시에 공갈 피의사건의 증거가 될 수 있

266) Carmen v. State 602 P.2d 1255(Alalsk 1979) 845.
267) 最一判昭 51. 12. 18. 裁判集 202호, 379면.

고, 기록을 보아도 수사기관이 오로지 도박 피의사건의 증거에 이용할 목적으로 이것을 압수하였다고 볼 증거도 존재하지 않는다고 판시하면서 압수 수색 영장에 기재되지 아니한 도박 사건에 대하여 증거능력을 인정한 것이다.

검찰의 입장에서는 수사는 가변적이고, 역동적인 것이기 때문에 압수수색 영장청구시점에서 범죄사실의 내용을 특정지을 수 없고, 구체적 범행내용은 수사의 진행과정에 따라 달라질 수 있다는 점에서, 압수 수색영장을 발부받을 시점에는 A라는 방법으로 범행을 한 것으로 예정했지만, 수사결과 B라는 방법으로 범행을 한 것이 밝혀진 때, 압수가 위법하다고 판단할 수 없다고 본다. 또한 실무상 압수 수색시 발견된 증거물이 다른 범죄사실에 대하여서도 관련이 있는가를 압수 수색 현장에서 바로 알아내기는 어려운 경우가 많다는 점을 든다. 추가수사를 해봐야 다른 범죄사실에도 관련이 있는지, 그 범죄혐의가 인정되는지를 판단할 수 있는 경우가 대부분이기 때문이다. 원래의 범죄사실에 대한 범죄혐의 유무도 추가수사를 통해서 나중에야 결정될 수 있다는 현실을 고려한다면, 사후적으로나 가능한 판단을 수사의 초기 시점이며, 긴급한 상황 속에서 벌어지는 압수 수색 시점에 소급하여 적용하여 그 내용을 영장에 모두 기재하여야 한다는 주장은 비현실적이라는 것이다.

마. 압수장소에 보관중이지 않은 압수물

당해 피압수자인 제3자가 소지하고 압수 수색장소에 들고 들어온 문건은 압수 수색장소에서 보관중인 서류가 아니라면 압수 수색영장의 대상이 아니므로, 이를 압수하기 위해서는 별도로 신체에 대한 압수 수색영장이 필요하다고 볼 수 있다.

다만 검찰은 압수 수색 영장의 압수할 대상물은 어떤 형태로 보유되고

있는지, 존재하는지 알 수 없으므로 보관중이라는 것은 합리적으로 해석해야 하며, 압수할 물건이 의미가 있는 것이지 그 물건을 어떤 형태로 보관하고 있는지는 의미가 없다고 주장한다. 따라서 압수 수색영장에 기재된 보관중의 의미는 압수 수색 장소에 현존하게 된 서류를 의미한다는 것이다. 반드시 그 보관이 압수 수색 집행 개시 전에 이루어진 상황이어야 한다고 볼 것은 아니며, 압수 수색이 종료되기 전에 현존의 상태가 발생하였다면 당연히 압수 수색 대상에 포함된다고 할 것이다. 예를 들어서 압수수색장소에서 피내사자 등 사람이 들고 있는 물건에 대하여 별도로 수색영장을 발부받아야 한다는 것은 현실성이 없다.

바. 피압수자에게 영장을 제시하지 않은 절차위반

검찰이 피압수자인 제3자로부터 압수하면서 당해 갑에게 압수·수색영장을 제시하지 않았다면 중대한 절차적 하자가 있다고 볼 수 있다.

이에 대해 검찰은 중대한 하자로 볼 수 없다는 입장이다. 첫째, 정책특보실에 대한 압수 수색을 실시하면서 이미 비서실장에게 영장을 제시하고 영장집행에 참여하게 하였으므로 별도로 당해 피압수자인 제3자 갑에게 영장을 제시할 필요성이 없다.

둘째, 당해 갑이 압수색장소에 들어왔을 때는 이미 비서실장에게 영장을 제시하고 참여하게 한 후 압수·수색을 진행 중이었으며, 압수 수색장소에 들어 온 당해 피압수자 갑은 압수·수색이 진행 중인 사실을 알고 있었으며 검사와 수사관은 당해 피압수자 갑에게 압수·수색의 취지를 밝히고 소지한 이 사건 압수문건의 압수를 시도하였다. 따라서 장소에 대한 압수·수색의 경우 압수·수색장소에 있는 모든 사람들에게 영장을 제시할 필요성이 없다. 장소에 대한 압수 수색에 있어서 처분을 받는 사람은 그 장소에 있는 모든 사람이 아니라 그 장소의 관리자 또는 책임자이기 때문이다.

셋째, 피압수자 갑이 압수당한 이 사건 문건은 제주도지사가 갑에게 폐기할 문서로 주어버린 것으로 이에 관하여 비서실장과 상의하려고 하였다는 것으로 그렇다면 이 사건 압수문건이 피압수자 갑의 사생활권을 침해하는 것이라고 볼 수 없어[268] 당해 피압수자 갑에게 영장을 제시할 필요성은 더욱 없다.

사. 압수목록의 미교부

형사소송법 제129조에 의하면 압수한 경우에는 목록을 작성하여 소유자, 소지자, 보관자 기타 이에 준할 자에게 교부해야 한다. 압수시 압수목록을 교부하도록 한 것은 압수물의 존부, 형상변경을 둘러싸고 벌어질 수 있는 논란을 사전에 차단하고 피압수자들의 압수물에 대한 환부, 가환부청구권 등 각종 권리행사를 보장하려는데 있다. 따라서 압수목록은 압수경위와 압수물의 내역을 알 수 있도록 명확하게 기재되어야 하고 압수 즉시 또는 압수 이후 신속하게 교부되어야 한다.

변호인들은 검사가 당해 피압수자 갑에게 이 사건 압수·수색후 약 6개월 동안이나 압수목록을 교부하지 않고 있다가 이 사건 기소 전날에 압수목록을 교부하였으며, 그것도 압수목록에 작성 월, 일과 작성자의 날인이 누락되어 효력이 없는 것일 뿐만 아니라 내용도 임의제출을 받은 것으로 허위 기재되어 있어 중대한 위법이 있다고 주장한다.

피압수자에게 압수목록을 교부하는 것은 어떠한 물건을 압수하는 것인지를 밝혀, 피압수자의 재산권을 보장하는데 그 취지가 있다. 다만 수사기관이 압수목록을 교부하지 않았다고 하여 그 압수의 효력이 무효가 되거나, 중대한 위법이 있다고는 할 수 있는지에 대해서 다투어질 수 있겠다.

---

268) 사생활보호에 대한 합법적 기대(legitimate expectation of privacy)는 피의자의 주관적인 기대 뿐만 아니라 이 사회가 그러한 기대를 보호해주어야 한다고 판단하는가라는 객관적 기대를 포함한다.

일본 형사소송법 제120조에 의하면 “압수를 한 경우에는 그 목록을 만들어 소유자・소지자나 보관자 또는 이들을 갈음할 자에게 이를 교부하여야 한다”라고 규정되어 있다. 그러나 목록의 교부는 압수의 요건은 아니기 때문에 목록을 교부하지 않은 경우에도 압수 그 자체가 무효가 되는 것은 아니라고 본다.[269]

독일 형사소송법 제107조에 의하면 “수색의 대상이 된 자에게는 그의 요구에 따라 수색의 근거(제102조, 제103조)를 서면으로 통지하고, 제102조의 경우에는 범죄행위를 적시하여야 한다. 또한 요구가 있는 때 유치나 압류한 대상물의 목록 및 혐의점이 발견되지 않은 경우에는 그에 대한 증명서를 교부하여야 한다.”라고 규정되어 있다.

그런데 이 의무는 수색의 집행방식에 관련된 것으로서 단지 행정절차적 규정(Ordnungsvorschrift)이고, 그것의 불이행은 증거사용금지(Verwertungsverbot)의 근거가 되지 않는다는 것이 통설, 판례이다.[270]

미국 연방형사소송법(Federal Rules of Criminal Procedure) 제41조 (f) (1)(B)에 의하면 “영장을 집행하는 공무원은 압수한 물건의 목록을 준비하여 확인해 주어야 하고, 이것은 다른 공무원과 피압수자 혹은 압수장소에 있는 사람의 확인 하에 해야 하며, 만일 이러한 사람 중의 어느 한 사람이 없으면 다른 믿을 만한 사람의 확인하에 한다”[271]고 규정되어 있다. 같은 조 (f) (1)(C)에 의하면 영장을 집행하는 공무원은 ① 영장의 사본과, 피압수자 혹은 압수장소에 있는 사람에게 압수된 물건을 확인시키고 받은 확

269) 藤永辛治/河上和雄/中山善房, 앞의 책, 1994, 405면; 東京高判, 昭 27. 3. 7. 特報 29호, 74면.

270) Nack, StPO-Karlsruher Kommentar 5.Aufl.,2003, §107 Rn. 5.; OLG Stutugart StV 1993, 235면.

271) An officer present during the execution of the warrant must prepare and verify an inventory of any property seized. The officer must do so in the presence of another officer and the person from whom, or from whose premises, the property was taken. If either one is not present, the officer must prepare and verify the inventory in the presence of at least one other credible person.

인서의 사본을 주거나(원본은 압수자가 보관) 또는 ② 피압수자나 관리자 등이 현장에 없을 때는 영장 사본과 압수대상물을 적은 영수증을 압수장소에 남겨두어야 한다[272]고 규정되어 있다.

그러나 법원은 이러한 규정들은 행정적(ministerial) 규정에 불과하여 이러한 규정에 위반하였다고 하여도 이를 이유로 압수 수색 자체를 무효화하여 증거능력을 배제할 정도는 아니라고 해석하고 있다.[273] 예컨대 법원이 영장 자체에 피의자에게 압수목록을 교부하라고 기재를 하여 피의자 모르게 하는 밀행적 압수 수색을 금하는 취지의 기재가 들어 있는 영장을 집행함에 있어서 수사기관이 피고인이 없는 상태에서 압수 수색을 하고, 목록을 교부하지 않는 방법으로 집행하였다고 하더라도 수사기관이 고의적으로 이를 위반하여 피고인이 없는 상태에서 몰래 압수 수색하기 위하여 밀행적 집행을 하였다는 점을 피고인이 입증하지 않는 한 증거능력 배제의 요건이 되지 않는다.[274]

영장의 단순한 집행방식 위반은 중대한 위법이 아니기 때문에 증거능력을 배제하는 기준이 아니라고 볼 수 있다.[275] 즉 우리 헌법이 규정하고 있는 압수 수색의 영장주의는 수사기관에 의한 일괄적 압수 수색을 금지하는데 있다. 다만 압수 수색 목록의 교부 의미는 압수된 물건의 소재를 명백히 하여, 분실시 그 손해를 보호해 주고, 압수된 이후에 압수가 필요 없게 되는 사유가 있는 때에 적정하게 환부절차가 이행되도록 하고자 하는데 있다. 그러므로 적법한 압수, 수색을 전제로 하여 그 이후의 사후의 행

272) The officer executing the warrant must give a copy of the warrant and a receipt for the property taken to the person from whom, or from whose premises, the property was taken or leave a copy of the warrant and receipt at the place where the officer took the property.

273) L. Levenson, Federal rules of Criminal Procedure, 2nd Ed., 2006, 41면; Lafave et al, Criminal Procedure 4th. ed., 2004, 173면.

274) U.S. v. Simons, 206 F.3d 392 (2000)은 40-45일간의 압수목록 교부 지체는 위법한 것이 아니라고 판시하였다. 같은 취지의 판결로는 Frisby v. U.S., 79 F.3d 29 (1996).

275) 이재상, 앞의 책 496면.

정적 절차에 불과한 것으로 본다면, 이를 이행하지 않았다고 하여 압수 수색 자체가 위법하다고 판단할 수 없게 될 것이다.

아. 독나무열매이론의 적용여부

독나무열매이론이 적용될 경우 첫째 독립된 정보원의 예외(independent source exception), 둘째 오염순화의 예외(the purged taint exception), 셋째 필연적인 발견의 예외(inevitable discovery exception)가 인정될 수 있다.[276] 독나무열매의 증거배제가 명문으로 규정되어 있지 않은 경우에는 중대하고 현저한 불법이 있는 경우 법관의 재량적 판단에 따라 배제여부를 판단할 필요가 있다. 즉 그 배제여부는 위법수집증거배제법칙의 근거인 수사기관의 위법행위의 억제를 기준으로, 수사기관의 위법행위의 정도, 수사기관의 의도, 제1차증거와 제2차증거간의 인과관계를 중요하게 고려해야 할 것이다.[277]

다만 필연적인 발견의 예외는 가정적 상황에 기초하여 증거배제여부를 판단하므로 이 예외의 인정은 신중해야 하며, 적극적 수행의 요건[278]이 충족되는 경우에만 적용되어야 한다. [279]

본 사건에 대하여도 위법한 압수물을 바탕으로 피의자신문조서, 진술조서, 진술서 등을 작성한 것이고 감정물을 감정하였으므로 독나무열매이론에 따라 증거능력이 배제되어야 한다고 볼 수 있다. 반면 검찰측은 압수물을 바탕으로 진술을 얻은 것인지에 대한 인과관계가 인정되지 않는다면 독나무열매이론이 적용된다고 보기 어렵다는 입장이다. 미국에서도 피의자

276) 본 보고서의 제2장 제2절 참조.
277) 조국, 앞의 책, 444면.
278) 발견을 필연적이게 하는 합법적 수단이 수사기관의 위법행위가 발생하기 이전에 적극적으로 수행되고 있었음을 소추측이 입증해야 한다. US v. Brookings, 614 F.2d. 1037,1042 (1980); US v. Cherry, 759 F.2d. 1196 (1985).
279) 조국, 앞의 책, 427-430면.

를 체포할 소명증거는 있지만, 영장 없이 피의자의 주거에 들어갈 사유가 없는데도 영장 없이 피의자의 주거에 불법적으로 들어가 피의자를 체포하여 자백을 받은 경우에는, 체포를 할 소명 증거 자체가 없는 경우와 달리 독나무열매이론이 적용되지 않는다. 왜냐하면 이 경우 경찰은 피의자 체포에 대한 소명자료가 있으므로 피의자를 체포하여 경찰서로 데려가서 신문할 권한이 있는데, 단지 긴급한 상황 등 영장 없이 주거에 들어갈 예외 사유에 해당하지 않았음에도 영장 없이 피의자의 주거에 들어간 위법만이 있을 뿐이고, 경찰은 주거지 밖에서 기다렸다가 피의자를 체포하여 경찰서로 데려가 신문할 수도 있었으므로, 위와 같이 주거에 위법하게 들어갔다는 위법사실만으로 증거능력을 배제하는 것은 위법수집증거배제법칙이 추구하는 위법수사 억제효과에 영향을 끼치지 못하기 때문이다.[280]

뿐만 아니라 오염순화의 예외 이론에 의할 때도 그 증거능력이 인정될 수 있다. 즉 미국 판례상 피의자를 상대로 최초의 자백을 받을 시점에 미란다 경고를 하지 않는 위법이 있다고 하더라도 피의자가 두 번째 자백을 할 당시에 미란다 경고를 받고, 자발적으로 자백을 한 경우에는 첫 번째 자백 당시에 위법이 있다는 사유만으로 두 번째 자백의 증거능력이 배제되지 않는다. 피의자가 첫 번째 자백을 하였기 때문에 두 번째의 경찰관의 신문에 다시 자백을 하지 않을 수 없는 심리효과(Cat out of the bag)가 있더라도 이는 추상적인 것에 불과하고, 피의자가 반드시 위와 같은 효과에 의하여서만 자백을 한 것이라고 볼 수도 없으며, 다른 이유에서 자백을 한 것이라고 볼 수도 있기 때문에 첫 번째 자백에 위법이 있다는 이유로 독나무열매이론을 적용하여 두 번째 자백의 증거능력을 배제하는 것을 인정하지 않는다. 이 경우에는 첫 번째 자백과 두 번째 자백의 시간적 경과나 중간에 자백의 연결성을 배제하는 다른 사건의 발생을 요하지도 않는다. 다만, 첫 번째 자백이 강요에 의한 것일 경우 두 번째의 자백도 대개 강요

280) New York v. Harris, 495 U.S. 14(1990).

에 의한 것이라고 추정한다.[281] 많은 경우에 있어서 미란다 경고를 하지 않은 위법한 수사로 인하여 얻은 자백을 기초로 하여 추가 수사를 하여 얻은 증언은 증거능력을 인정한다.[282]

또한 미 연방대법원은 강요에 의하여 한 자백이 증거능력이 있는 것으로 오인하고, 법정에서 유죄답변(pleads guilty)을 한 피고인이 나중에 강요에 의한 자백은 증거로 할 수 없다는 것을 알고, 위 유죄답변은 강요에 의한 자백을 기초로 한 독나무열매라고 주장한 경우에도 최소한 피고인이 변호사와 상담을 하였고, 피고인 자신이 법정에서 유죄답변에 대한 자발적 결정을 한 것이 불법적인 수사과정과의 단절(break)에 해당하는 것이라서 유죄답변은 유효하다 본다.[283]

따라서 본건 압수물과 피의자의 자백 혹은 진술 사이에는 약 한달 이상의 시간적 간격이 있고, 그 사이 관련자들은 변호인 등과의 대화 등으로 인하여 단절로 인한 오염순화가 있어 본건 증거물의 증거능력은 인정될 수 있다.

제2절 2007년 전원합의체 판결의 검토

위법하게 수집된 증거의 배제여부에 대해 기존 대법원 판례는 진술증거에 대해서는 원칙적으로 증거능력을 배제하는 반면, 비진술증거인 압수물에 대해서는 증거능력을 인정해 왔다. 2006년 제주도지사공직선거법위반 사건에 대한 2007년 대법원 전원합의체판결은 종전의 판례의 태도를 변경하여 위법하게 수집된 압수물의 증거능력을 부정한다.

281) Oregon v. Elstad, 470 U.S. 298 (1985).
282) Rolando v. Del Carmen, 앞의 책, 367면.
283) McMann v. Richardson, 397 U.S. 759 (1970).

1. 전원합의체 판결의 의미

대법원은 2007년 11월 15일 제주도지사 공직선거법 위반사건관련 압수수색사건에 대해 원심을 파기하고 사건을 광주고등법원으로 환송하였다. 대법원 판결의 요지는 다음과 같다.[284]

첫째 기본적 인권 보장을 위하여 압수 수색에 관한 영장주의와 적법절차의 근간을 선언한 헌법과 이를 이어받아 실체적 진실 규명과 개인의 권리보호 이념을 조화롭게 실현할 수 있도록 압수 수색절차에 관한 구체적 기준을 마련하고 있는 형사소송법의 규범력은 확고히 유지되어야 한다. 그러므로 헌법과 형사소송법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집된 증거는 기본적 인권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않은 것으로서 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다 할 것이다. 무릇 수사기관의 강제처분인 압수 수색은 그 과정에서 관련자들의 권리나 법익을 침해할 가능성이 적지 않으므로 엄격히 헌법과 형사소송법이 정한 절차를 준수하여 이루어져야 한다. 절차 조항에 따르지 않는 수사기관의 압수 수색을 억제하고 재발을 방지하는 가장 효과적이고 확실한 대응책은 이를 통하여 수집한 증거는 물론 이를 기초로 하여 획득한 2차적 증거를 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없도록 하는 것이다.

둘째, 법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집된 압수물의 증거능력 인정 여부를 최종적으로 판단함에 있어서는, 실체적 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 맞는다고 볼 수 없다는 것을 고려해야 한다. 따라서 수

284) 대법원 2007.11.15. 선고 2007도3061호 공직선거법위반 사건.

사기관의 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 실체적 진실 규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사 사법정의를 실현하려 한 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우라면, 법원은 그 증거를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다고 보아야 할 것이다. 이는 적법한 절차에 따르지 아니하고 수집된 증거를 기초로 하여 획득된 2차적 증거의 경우에도 마찬가지여서, 절차에 따르지 아니한 증거 수집과 2차적 증거 수집 사이의 인과관계 희석 또는 단절 여부를 중심으로 2차적 증거 수집과 관련된 모든 사정을 전체적·종합적으로 고려하여 예외적인 경우에는 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있는 것이다.

이 전원합의체 판결로 인하여 위법하게 수집된 압수물의 증거능력을 인정하던 기존의 판례는 이 판결과 배치되는 범위 내에서 변경되었으며, 이로 인하여 기존의 수사관행에도 큰 변화를 가져오게 될 것이다. 또한 위법하게 수집된 압수물의 증거능력을 배제하고, 위법수집증거배제법칙을 명문화한 개정 형사소송법 제308조의 2에 대한 일정한 기준도 제시하였다.[285]

첫째, 위법수집증거배제의 취지는 위법수사의 억제다.

둘째, 위법수집증거배제의 여부는 적법절차의 실질적 내용에 대한 침해 여부를 기준으로 한다.

셋째, 위법수집증거를 배제한다면 헌법과 형사소송법상 절차규정의 취지, 즉 적법절차와 실체적진실규명의 조화를 통한 형사사법정의실현에 반할 경우에 법원재량으로 예외적 인정이 가능하다.

넷째, 위법수집증거에 기해 수집된 2차증거는 인과관계희석 내지 단절 여부에 따라 예외적으로 인정될 수 있다.

285) 전주혜, 위법수집증거물의 증거능력, 형사판례연구 제16집, 2008, 399면.

2. 위법수집증거의 배제 범위

대법원은 검찰과 변호인측의 논쟁에 대해 “절차조항에 따르지 않는 수사기관의 압수 수색 획득을 억제하고 재발을 방지하는 가장 효과적이고 확실한 대응책은 이를 통하여 수집한 증거는 물론 이를 기초로 하여 획득한 2차적 증거를 유죄 인정의 근거로 삼을 수 없도록 하는 것”이라며 압수절차가 위법이라 하더라도 물건 자체의 성질이나 형상에 변화를 가져오는 것은 아니므로 그 형상 등에 관한 증거가치에는 변함이 없다는 기존의 판례를 변경하였다. 다만 압수 수색절차의 위반행위의 모든 사정을 고려하여 적법절차의 원칙과 실체적 진실규명의 조화를 도모하고 형사사법의 정의를 실현하려 한 취지에 반하는 경우에 예외적으로 증거능력을 인정한다.

이에 대해 소수의견은 다음과 같이 지적하고 있다.[286]

첫째, 다수의견이 제시하는 기준은 그 취지가 분명하지 아니할 뿐만 아니라, 지나치게 엄격한 기준으로 위법수집증거의 배제법칙을 선언함으로써 자칫 실체적 진실규명을 통한 형벌권의 적정한 행사라는 형사사법의 또 다른 목표의 달성을 불가능하게 하거나 지나치게 어렵게 만들 우려가 있다.

둘째, 수집절차에 위법이 있는 압수물의 증거능력은, 법원이 그 증거수집 절차와 관련된 모든 사정 즉, 절차조항의 취지와 그 위반의 내용 및 정도, 수사기관의 인식과 의도 등을 전체적·종합적으로 고려하여 볼 때 그 증거수집 절차의 위법사유가 영장주의의 정신과 취지를 몰각하는 것으로

286) 소수의견을 낸 대법관은 양승태 대법관, 김능환 대법관, 안대희 대법관 등 3인이다.

서 그 증거의 증거능력을 부정해야 할 만큼 중대한 것이라고 인정될 경우에는 그 증거능력이 부정되는 것으로 볼 것이고, 그 위법사유가 이 정도에 이르지 아니하는 경우에는 그 압수물의 증거능력이 부정되지 아니하는 것으로 보아야 할 것이다.

본 판결의 다수의견은 위법수집증거는 원칙적으로 증거능력이 없으나 적법절차의 본질적인 내용을 침해하지 아니하고 당해 증거에 대한 증거능력의 부정이 형사사법의 정의에 반한다고 인정되는 예외적인 경우에는 증거로 사용할 수 있다고 해석한다. 이에 반해, 소수의견은 위반행위의 정도가 영장주의의 정신과 취지를 몰각한다고 인정할 만큼 중요하지 않다면 증거능력을 인정해야 한다는 것이어서 위법수집증거도 원칙적으로 증거능력이 있다고 해석한다.

3. 2008년 광주고등법원 파기환송판결

2008년 1월 15일 광주고등법원은 이 사건의 파기환송 선고공판에서 관련 피고인들에게 모두 무죄를 선고했다.[287] 헌법과 형사소송법이 요청하는 적법한 압수 수색영장이 제시되지 않은 점, 이 사건 압수물은 영장에 기재된 압수 수색장소에 보관중인 물건이 아니어서 이 사건 영장으로는 적법하게 압수할 수 없는 점, 이후 압수목록이 상당기간이 지나 압수물건에 대한 확인없이 작성하여 교부되었으며 압수목록의 압수경위가 사실대로 기재되어 있지 않은 점을 종합해 보면 이 사건 압수물에 대한 압수는 헌법과 형사소송법을 위반하여 적법하게 발부된 압수 수색영장에 의하지 아니하고 행해진 위법한 압수라고 인정하였다.[288]

287) 검찰이 이에 대해 다시 상고하였으므로 최종적인 대법원의 판단을 지켜보아야 할 것이다.

288) 광주고등법원 2008.1.15. 2007노370: 우리 헌법은 "누구든지 법률에 의하지 아니하고는 … 압수·수색 … 을 받지 아니하며"(헌법 제12조 제1항 후문), "체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한·영장을

제시하여야 한다. 다만, 현행범인인 경우와 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때에는 사후에 영장을 청구할 수 있다."(같은 조 제3항)라고 정하여 압수 수색에 관한 적법절차와 영장주의의 근간을 선언하고 있다. 이를 이어받아 압수 수색에 관한 적법절차와 영장주의를 구체화한 형사소송법과 형사소송규칙은 수사기관의 압수 수색에 관한 상세한 절차 조항을 마련하고 있다. 이에 의하면, 수사기관의 압수 수색은 법관이 발부한 압수 수색영장에 의하여야 하는 것이 원칙이고, 그 영장에는 피의자의 성명, 압수할 물건, 수색할 장소·신체·물건과 압수 수색의 사유 등이 특정되어야 하며(형사소송법 제114조 제1항, 제215조, 제219조, 형사소송 규칙 제58조), 영장은 처분을 받는 자에게 반드시 제시되어야 하고, 피의자 아닌 자의 신체 또는 물건은 압수할 물건이 있음을 인정할 수 있는 경우에 한하여 수색할 수 있다(형사소송법 제109조 제2항, 제118조, 제219조).

또한, 영장 집행은 피의자 등 참여권자에게 미리 통지하여야 하고, 집행 장소가 공무소일 때에는 그 책임자에게 참여할 것을 통지하여야 하며, 공무원이 소지하는 물건에 관하여 직무상의 비밀에 관한 것이라는 신고가 있으면 그 소속 공무소 등의 승낙 없이는 압수하지 못하고(같은 법 제111조 제1항, 제121조, 제122조, 제123조 제1항, 제219조), 압수물을 압수한 경우에는 목록을 작성하여 소유자, 소지자 등에게 교부하여야 한다(같은 법 제129조, 제133조, 제219조). 위와 같이 기본적 인권 보장을 위하여 압수 수색에 관한 적법절차와 영장주의의 근간을 선언한 헌법과 이를 이어받아 실체적 진실 규명과 개인의 권리보호 이념을 조화롭게 실현할 수 있도록 압수 수색절차에 관한 구체적 기준을 마련하고 있는 형사소송법의 규범력은 확고히 유지되어야 한다. 그러므로 헌법과 형사소송법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집된 증거는 기본적 인권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않은 것으로서 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다 할 것이다.

무릇 수사기관의 강제처분인 압수 수색은 그 과정에서 관련자들의 권리나 법익을 침해할 가능성이 적지 않으므로 엄격히 헌법과 형사소송법이 정한 절차를 준수하여 이루어져야 한다. 절차 조항에 따르지 않는 수사기관의 압수 수색을 억제하고 재발을 방지하는 가장 효과적이고 확실한 대응책은 이를 통하여 수집한 증거는 물론, 이를 기초로 하여 획득한 2차적 증거를 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없도록 하는 것이다. 다만, 법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집된 압수물의 증거능력 인정 여부를 최종적으로 판단함에 있어서는, 실체적 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 맞는다고 볼 수 없다는 것을 고려해야 한다.

따라서 수사기관의 증거 수집 과정에서 이루어진 절차위반행위와 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, 절차위반행위와 증거수집 사이의 인과관계 등 관련성의 정도, 수사기관의 인식과 의도 등을 전체적·종합적으로 살펴 볼 때, 수사기관의 절차위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 아니하고, 오히려 그 증거의 증거능력을 배제하는 것이 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 경우라면, 법원은

즉 본 사안의 위법수집증거는 적법절차의 실질적 내용을 침해한 경우이며, 수사기관의 위법한 수사를 억제하고 재발을 막기 위해서 증거능력을 배제해야 한다고 판단하였다.

가. 압수수색영장기재장소의 특정여부

수사기관은 압수 수색영장 청구시 압수 수색장소를 가능한 범위 내에서 최대한 특정해야 하지만 압수 수색장소의 내부구조를 사전에 명확히 알 수는 없는 점을 고려해야 한다. 즉 피의자, 범죄사실과 압수 수색이 필요한 사유에 기초하여 통상적으로 보아 압수 수색영장에 기재된 장소와 동일성이 인정되는 범위 내에서는 영장기재장소라 볼 수 있다. 이 사건에서 압수 수색위치는 영장에 기재된 압수 수색장소와 동일성이 인정되는 장소로 보아야 한다. 289)

따라서 압수수색영장 기재장소의 동일성이 인정되는 범위 내에서는 압수수색과 관련하여 위법이 인정되지 않는다.

나. 압수수색영장기재 압수대상물여부

이 사건 피압수자 갑으로부터 압수된 압수물은 원래 도지사 집무실에 보관 중이던 것을 압수 수색을 즈음하여 갑이 이 사건 압수지점으로 일시 가져온 물건인 점, 갑은 검사가 이 사건 압수물의 제출을 요구하자 도지사 집무실에 보관중인 서류임을 이유로 제출을 거부하여 검사가 검찰에 가서

그 증거를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다고 보아야 할 것이다. 이는 적법한 절차에 따르지 아니하고 수집된 증거를 기초로 하여 획득된 2차적 증거의 경우에도 마찬가지여서, 절차에 따르지 아니한 증거 수집과 2차적 증거 수집 사이의 인과관계 희석 또는 단절 여부를 중심으로 2차적 증거 수집과 관련된 모든 사정을 전체적·종합적으로 고려하여 예외적인 경우에는 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있는 것이다.

289) 광주고등법원 2008.1.15. 2007노370.

조사를 받고 주겠느냐고 강압적인 태도를 보여 어쩔 수 없이 제출하게 된 경위와 이 사건 압수물에 대한 압수조서에 이 사건 압수물의 소유자를 피고인 제주도지사로 기재하고 있는 점을 비추어 볼때 이 사건 압수물이 영장의 압수 수색대상인 피내자사 사무실에 보관중인 물건이라 볼 수 없다.

'보관'의 사전적 의미는 물건을 맡아서 간직하고 관리하는 것인 점, 형사소송법 제217조, 제218조, 제108조에서는 압수대상인 물건의 소유, 소지, 보관을 구별하고 있다는 점, 압수대상 목적물은 수사기관의 자의적 판단을 배제하기 위해 명확히 특정되어야 하고, 영장기재 자체만으로 압수대상자에게 그 의미가 분명하게 전달될 수 있어야 하는 점, 형사소송법 제219조, 제109조 제2항은 피의자 아닌 자의 물건에 대한 수색의 경우 압수해야 할 물건이 있다는 구체적 소명이 있는 경우에 한하여 엄격한 요건아래 영장을 발부하도록 규정하고 있는 점에 비추어 단지 그 장소에 물건이 현존하는 경우까지 보관에 포함된다고 볼 수는 없다. 따라서 이 사건 압수물은 이 사건 영장에 기재된 압수대상물에 해당하지 않는다. 이 사건 압수물의 압수절차에는 적법한 압수영장에 의하지 아니하고 압수한 위법이 인정된다.290)

따라서 본 사안에서 단순히 압수수색장소에 현존하는 물건은 영장기재 압수대상물에 해당하지 아니한다. 이러한 물건에 대한 압수는 영장에 의하지 아니한 위법성이 인정된다.

다. 압수목록의 교부

이 사건 압수물에 대한 압수목록이 압수 후 5개월이나 지난 뒤에 작성 교부됨으로써 형사소송법 제129조의 입법취지에 따른 압수 즉시 또는 압수 이후 신속한 교부의 상당성을 벗어났다고 하는 점, 압수목록에는 이 사

290) 광주고등법원 2008.1.15. 2007노370.

건 압수물을 임의 제출받아 접수한 것으로 기재되어있는 반면 이 사건 압수물의 압수조서에는 이 사건 영장에 의해 강제로 압수된 것으로 달리 기재되어 있는 점 등을 볼 때, 압수경위가 임의제출로 잘못 기재되어 있고, 작성월일이 누락된 압수목록은 유효한 공문서라 할 수 없고, 이러한 압수목록교부절차는 제129조를 위반하여 위법하다. [291]

라. 예외적 증거능력인정여부

법원은 이 사건 압수물의 압수에서 헌법과 형사소송법에서 규정하고 있는 압수 수색절차규정에 대한 위반의 내용과 정도가 매우 중대한 점, 수사기관이 압수절차에서의 위법을 용이하게 회피할 수 있었는데도 위법을 저지른 점, 암수목록의 교부지연과 작성년월일의 누락에서 이 사건 압수물에 대한 압수절차에서의 위법을 은폐하려고 시도한 것이 아닌지 강한 의심이 드는 점, 이러한 위법한 압수 수색으로 인하여 피고인들은 적법절차와 영장주의에 의해 보장되는 기본적 인권 및 재산권과 사생활보호에 관한 권리를 본질적으로 침해받았고, 이러한 위법행위가 없었다면 이 사건 압수물의 수집이 가능하지 않았을 것으로 판단하였다.

따라서 이러한 모든 사정을 전체적 종합적으로 살펴보면 이 사건 압수물은 그 압수절차에서 수사기관의 절차위반행위로 인하여 압수에 관한 적법절차의 실질적인 내용이 침해된 경우에 해당한다. 따라서 압수절차에 위법이 있다하더라도 예외적으로 증거능력이 인정되는 '수사기관의 절차위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 아니하고, 오히려 그 증거의 증거능력을 배제하는 것이 헌법과 형사소송법이 형사소송에 관한 절차조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실체적 진실규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사사법정의를 실현하려 한 취지에 반

291) 광주고등법원 2008.1.15. 2007노370.

하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우'[292]에 해당한다고 볼 수 없다.[293]

4. 평 가

2007년 대법원 전원합의체 판결의 의의는 다음과 같다.

첫째, 헌법과 형사소송법절차에 위반하여 수집한 증거와 이를 기초로 획득한 2차증거를 유죄의 증거로 삼을 수 없다는 원칙을 선언하였다.

둘째, 다만 수사기관이 증거수집과정에서 이루어진 절차위반행위와 관련된 모든 사정을 전체적 종합적으로 살펴 수사기관의 절차위반행위가 적법절차의 실질적 내용을 침해하는 경우에 해당하지 않고, 적법절차의 원칙과 실체적 진실규명의 비교교량을 통하여 해당 증거의 증거능력을 배제하는 것이 형사사법정의를 실현하려는 헌법과 형사소송법의 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 경우에는 예외적으로 유죄인정의 증거로 삼을 수 있다고 판시하여 위법수집증거배제법칙의 적용범위기준을 제시하였다.

셋째, 위법수집증거를 기초로 획득한 2차증거에 관해 독나무열매이론을 인정하되, 2차증거수집과 관련된 모든 사정을 전체적 종합적으로 고려하여 인과관계가 희석 또는 단절된 경우[294]에는 예외적으로 증거능력을 인정한다.[295]

2007년 판결에 의할 경우 압수 수색이 적법절차를 위반한 경우 이를 통해 압수한 증거물은 원칙적으로 증거능력을 부정하여야 하지만, 그 위반사항이 적법절차원칙의 실질적인 내용을 침해한 것이 아니라면 예외적으로

292) 대법원 2007.11.15. 선고 2007도3061.
293) 광주고등법원 2008.1.15. 2007노370.
294) 미국연방대법원의 위법희석이론(attenuated connnection)을 따르고 있다. 본 보고서의 제3장 제4절 2. 참조.
295) 전주혜, 앞의 논문, 400면.

증거능력을 인정할 수 있을 것이므로 결국 압수·수색에 있어 적법절차의 실질적인 내용을 침해하였는지 여부를 면밀히 검토하여 보아야만 그 압수물의 증거능력을 판단할 수 있게 된다.

제5장 개정 형사소송법 제308의 2조와 위법수집증거배제법칙

2008년 1월 1일부터 시행되는 개정 형사소송법 제308조의 2는 위법수집증거의 배제라는 제목하에 "적법한 절차에 의하지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다."라고 규정하고 있다. 이로써 형사소송법은 진술증거와 증거물에 관하여 위법수집증거배제법칙을 명문화하였다.

제308조의 2는 증거수집 절차의 적법성을 제고하고자 하는 취지에서 삽입된 것이며, "위법하게"라는 문구 대신 "적법한 절차에 의하지 아니하고"라는 문구를 사용한 것은 이 의미를 단순 위법을 의미하는 것으로 해석하지 않고, "헌법상의 적법절차에 의하지 않은 것"이라고 해석하여 법원의 재량에 의한 증거배제 여부 결정 가능성을 부여하자는 것이 입법취지다.[296]

제1절 형사소송법개정의 의미

이제까지 위법수집증거배제법칙의 실정법적 근거는 헌법 제12조 적법절차보장규정과 형사소송법 제309조였다. 이에 따라 진술증거에 대해서는 실정법과 판례가 위법하게 수집된 경우 증거능력을 배제할 것을 분명히 하고 있다. 반면 위법하게 압수된 증거물에 대해서는 판례는 실질적 증거가치를 중시하여 증거능력을 인정하나, 학설은 적법절차와 인권보장의 이념에 따라 위법압수물에 대해서도 위법수집증거배제법칙을 적용해야 한다고

296) 법조문에 "위법하게 수집한 증거"라고 하지 아니하고 "적법한 절차에 의하지 아니하고 수집된 증거"라는 표현을 사용한 것은 법원의 판단여지를 인정할 필요가 있다는 취지라고 해석한다(법무부, 개정 형사소송법, 2007, 226면; 법원행정처,형사소송법 개정법률 해설, 2007, 124면). 그런데도 308조의 2 제목은 [위법수집증거의 배제]라고 되어 있으며, 문리적으로 해석을 할 때에는 모든 증거가 예외 없이 배제되는 것인지의 여부, 적법하지 않다는 것과 위법하다는 것의 구별문제가 분명하지 않다.

주장하여, 분명한 실정법적 근거가 없는 가운데 의견이 갈리고 있었다.

개정이전 형사소송법은 명문규정을 두지 않고 위법하게 수집된 증거의 증거능력 인정 여부를 판례에 의하여 규율하는 태도를 취하였으나, 형사소송법 개정 논의 과정에서 위법수집증거배제법칙을 입법화하였다. 즉 제308조의 2 [위법수집증거의 배제]라는 표제 아래 "적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다"는 규정을 신설하였다. 이로써 진술증거 뿐 아니라 비진술증거에 대해서도 적법절차에 반하여 수집된 경우 증거로 사용할 수 없음을 분명히 함으로써 판례실무를 입법적으로 수정하는 의미를 가진다.[297]

1. 제308조의 2 규정의 입법과정

위법수집증거배제법칙은 2004년 대법원 사법개혁위원회의 논의주제에 포함되어 있지 아니하였다가, 사법제도개혁추진위원회(사개추위)의 이 법안마련 과정에서 포함되었다.[298] 2005년 3월 사개추위 주최 전문가 토론회 제3차 회의에서 법원측의 초안으로 "위법하게 수집된 증거는 증거로 할 수 없다"는 내용의 명문화 방안이 제안되었다.[299] 검찰은 이와 같은 간단

297) 이완규, 앞의 책, 407면

298) 2004.12.31. 사법개혁위원회에서 발간한 <사법개혁을 위한 건의문>에도 개정 전 형사소송법상 증거에 관한 규정이 피고인의 반대신문권 보장, 직접주의, 구두주의에 충실하지 못하다는 지적이 있어 왔으므로 이를 극복하고 공판중심주의를 구현하고 국민사법참여제도를 도입하기 위해 증거법을 전면적으로 재검토할 필요가 있다는 내용이 들어가 있을 뿐이다.

299) 이에 관하여 위법수집증거배제원칙규정 초안은 그 구체적 적용내용과 한계를 알 수 없는 지극히 추상적인 선언일 뿐만 아니라 재판실무상 상당한 혼란과 장래를 줄 수 있으며, 학계에서 이론상 주장으로 미국판례에 나타난 판시취지를 들고 있지만 그 적용수준과 한계에서는 우리 법감정과 재판실무상 일치된 범위를 찾기 어려울 것이라는 비판이 있었다(방회선, 개편안의 문제점, 공판중심주의확립을 위한 형사소송법개정안 공청회 자료집, 2005.6.24, 사법제도개혁추진위원회, 99면).
또한 동 초안은 학계와 판례가 인정해온 증거법칙을 명문화했다는 점에서 의미가 있지만, 1980년 이후 판례는 진술증거에 대해서는 이를 인정하면서도 여전히 비진술증거에 대해서는 위법수집증거배제법칙을 부정하고 있는 바, 이를 명확히 하기 위해 좀

한 조문만으로는 해석상 혼란을 가져올 수 있다는 이유로 원칙적으로 반대 입장을 밝혔다. 위법의 정도에 대한 아무런 기준이 제시되지 않기 때문에 사소한 위법도 증거배제이유가 될 수 있으며 실무상 혼란을 줄 수 있기 때문이다. 결국 법원이 위법하다고 인정하는 증거는 증거능력이 없다는 식의 규정이 되므로 증거능력의 인정여부가 전적으로 법원의 해석판단에 맡겨지게 된다.[300]

2005년 6월 사개추위 실무소위원회에서 검찰측은 "위법하게 수집한 증거는 그 위법성이 중대하고 사건의 내용과 비교하여 이를 증거로 함이 사법적 정의에 반할 때에는 이를 증거로 할 수 없다"는 조문을 제시하였다. 위법수집증거배제법칙을 명문화하려면, 사개추위안은 지나치게 포괄적 규정이므로 위법의 중대성과 사법적 정의와의 비교형량 등 구체적 판단기준을 보완하는 것이 바람직하다는 이유에서였다. 이에 대해 사개추위실무소위원회는 '위법하게 수집된 증거'를 '적법한 절차에 따르지 아니하고 수집된 증거'로 수정하는 선에서 사개추위 최종안이 마련하였다.[301]

2006년 국회법제사법위원회가 주최한 사개추위 형사소송법개정안 공청회에서는 위법수집증거배제법칙의 이론적 인정과 형사소송법상 명문화의 문제를 구별해야 하며, 본질적으로 명문화하기 어려운 법칙이라는 비판이 제기되었다.[302] 그러나 2007년 3월 국회 법제사법위원회의 집중적 법안심의과정에서 위법수집증거배제법칙 규정은 그대로 통과되었다.[303]

더 내용을 구체적으로 보완할 필요가 있다는 지적도 있다(천진호, 형사소송법개정안과 공판중심주의의 올바른 자리매김, 공판중심주의확립을 위한 형사소송법개정안 공청회 자료집, 2005.6.24, 사법제도개혁추진위원회, 165면).

300) 이완규, 앞의 책, 422-424면.

301) 같은 책, 424-426면.

302) 이재상 교수는 위법수집증거배제법칙을 인정하고 있는 미국, 일본의 형사소송법에 명문규정이 없으며, 위법수집증거배제법칙의 내용은 위법하게 수집된 증거라 할지라도 중대하고 본질적인 위법이 있는 경우가 아니면 증거능력이 배제되지 않는다는 점을 지적했다. 또한 단순히 적법절차에 의하지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다고 규정해서는 위법수집증거배제법칙의 의미가 오도될 위험이 있으며, 이를 명문화하기에 부적절하다는 의견을 제시하였다(이재상, 형사소송법 일부개정법률안에 관하여, 2006.9.25. 국회법제사법위원회 공청회발표자료, 이완규, 앞의 책, 427면에서 재인용).

2. 제308조 2 규정의 성격

입법적으로 제308조의 2는 위법수집증거배제법칙을 인정하는 선언적 규정이라 볼 수 있다. 다만 외국입법례에 비교해 볼 때, 위법수집증거의 배제범위와 법원의 재량에 의한 예외인정의 기준에 대한 구체적 내용이 제시되지 못하고 있다는 문제점이 지적된다.[304]

영국과 캐나다의 경우에는 위법수집증거배제여부와 범위에 대해서 법원이 재량판단의 주체임을 분명히 규정하고 있다. 또한 증거수집과 관련된 모든 정황을 고려하여, 절차의 공정성 또는 사법적 정의침해여부를 기준으로 위법수집증거를 배제하거나 예외를 인정하도록 구체적 판단기준을 제시하고 있다.

	위법수집증거배제법칙의 명문규정	
한국 형사소송법 제308조의 2	적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는	증거로 할 수 없다
영국 PACE 제78조 1항	법원은 검사가 제출한 증거에 대해, 증거가 수집된 정황을 포함한 모든 정황을 고려하여, 증거의 인정이 법원이 용인할 수 없을 정도로 절차의 공정성을 해치는 결과를 가져온다고 판단되는 경우에는	그 증거를 배제할 수 있다.
캐나다 헌정법 제24조2항	법원은 제1항의 절차에서, 본 헌장에 의하여 보장된 권리나 자유를 침해하거나 부인하는 방법으로 증거를 취득한 경우에는, 모든 정황을 고려하여 볼 때, 그 증거의 증거능력을 인정하는 것이 사법정의의 불명예가 되는 것이 입증된 경우에는	그 증거의 증거능력을 배제하여야 한다

303) 사개추위의 형사소송법개정안은 방대한 조문과 많은 쟁점사항을 포함하고 있어 제308조의 2의 의미가 좀더 명확하도록 충분히 보완 검토되지 않은 채 그대로 국회를 통과했다(이완규, 앞의 책, 408-409, 426-427면).

304) 안성수, 각국의 위법수집증거배제법칙과 우리법상수용방안, 236면.

형사소송법 제 308의 2조의 신설 여부와 무관하게 위법하게 수집된 진술증거는 그 증거능력의 인정을 인정받기 어려울 것이나, 비진술증거 즉 압수물과 같은 물적 증거의 증거능력 판단에 제308조의 2규정이 어떤 영향을 미칠 지는 현재로서는 가늠하기 어렵다. 다만 학계의 논의와 판례의 축적, 외국의 사례에 대한 연구, 형사소송법의 관련 조문의 해석 등을 통해 그 기준을 구체화해 나갈 수밖에 없을 것이다.

3. 제308조의 2 의 '적법한 절차'

가. 적법한 절차의 의미

개정 형사소송법 제308조의 2에서 규정하는 "적법한 절차"가 무엇을 의미하는지에 대하여 입법과정에서 심도 깊은 논의가 이루어지지 아니하였기 때문에[305] 이에 대한 심화된 연구가 필요하다. 과연 이를 법률에 합치한다는 의미로 해석하여야 할지, 헌법 제12조 제1항 및 제3항에 규정된 "적법한 절차"에 의한다고 해석하여야 할 지, 아니면 그 두 가지를 모두 포괄하는 개념인지가 분명치 아니하다. 경중을 불문하고 모든 위법을 배제사유로 하는 것인지, 법관에게 배제여부를 결정할 재량을 부여하는 것인지, 미국과 같은 예외이론을 인정하고 있는 것인지에 대해서도 분명하지 않다는 문제점이 제기된다.[306]

'적법한 절차'에서 적법을 법률규정에 합치함을 의미하는 것으로 보면, 위법수집증거배제의 범위는 매우 넓어질 수 있다. 훈시규정 등 사소한 법

305) 이에 관하여는 이완규, 앞의 책, 428면 참조.

306) 위법수집증거배제법칙을 통해 수사기관에 대한 위법수사억제효과를 거두려면 그 기준을 분명히 제시해야 할 필요가 있다. 기준이 분명치 않으면 수사관으로서는 수사활동 시점에서 위법인지 여부가 불명확할 때는 수사활동을 억제하게 되어 수사에 대한 과잉억제가 될 것이고 수사에 방해가 될 수 있다. 오히려 반대로 기준을 알 수 없어 위법한 수사활동을 그대로 계속할 수도 있다(이완규, 앞의 책, 409면; 안성수, 앞의 논문, 235면).

규정에 위반한 경우까지 포함될 수 있기 때문이다. 물론 법원 또한 해석을 통해 제한하겠지만, 수사기관에 대해서는 명확한 기준 제시없이 법원의 재량에 맡겨지는 문제가 있다.[307]

입법자의 의사를 고려하건대, 제308조의 2규정에서 적법한 절차라 함은 헌법상 공정한 절차에 따른 형벌권의 실현에 대한 요청의 의미로 이해되어야 할 것이다.

반면 '적법한 절차'를 헌법 제12조상의 적법한 절차로 볼 때도 증거능력 배제여부에 대해 분명한 기준이 될 수 있을지 문제가 제기될 수 있다. 적법절차를 적정절차(due process)로 이해하는 입장에서는 절차적 차원의 적정성뿐만 아니라 적용된 법률의 내용이 정당해야 한다는 실체적 차원의 정당성에 대한 요청이며,[308] 공정한 재판의 원칙, 비례성의 원칙, 피고인 보호원칙을 그 내용으로 본다. 형사절차에서는 검사의 객관의무, 변호인의 조력을 받을 권리, 피고인의 방어권보장 뿐만 아니라, 형사소송법 제289조 진술거부권고지, 제72조 구금 및 범죄사실의 고지, 제293조 증거조사결과에 대한 의견과 증거조사신청에 대한 고지 규정을 내용으로 한다.[309] 뿐만 아니라 헌법상 적법절차규정은 사법절차와 행정절차 모두와 법률의 실체적 내용에 대해서도 적용된다. 그렇다면 이러한 광범한 규정들이 어떻게 형사소송법상의 증거능력과 연결되는 것인지 분명하지 않다.[310]

나. 적법한 절차의 실질적 내용

2007년 대법원 판결은 증거능력배제를 인정하기 위해서는 수사기관의 절차위반행위가 '적법절차의 실질적인 내용'[311]을 침해하는 경우에 해당해

307) 이완규, 앞의 책, 428-429면.

308) 헌재결 1993.7.29. 90헌바35.

309) 배종대 이상돈, 앞의 책, 14면 이하.

310) 같은 책, 429-430면.

야 한다고 제시하고 있다. 따라서 제308조의 2가 규정한 '적법한 절차'의 광범한 내용범위를 제한해 실질적 내용의 적법절차를 의미한다고 이해할 수 있을 것이다.

제308조의 2 규정의 도입이전에도 학설은 중대하고 본질적 절차규정을 위반한 경우에 위법수집증거배제법칙이 적용된다고 보았다. 무엇이 중대하고 본질적인 내용인가 하는 점에 대해서는 첫째, 영장제도나 적법절차를 규정하고 있는 헌법에 위반하는 경우, 둘째, 수사기관의 수사 활동이 형벌법규에 위반하는 경우, 셋째, 형사소송법의 효력규정에 위배하여 압수수색 등이 무효인 경우를 제시하였다.[312]

적법절차의 실질적 내용과 실질적이지 않은 내용이 무엇인지에 대해서는 기존학설과 법문규정으로써는 분명히 알 수 없다. 다만 2007년 판례에 비추어 볼 때 법원은 제308조의 2 적용여부를 적법절차의 '실질적 내용'을 기준으로 법관이 판단할 문제로 해석하는 것으로 보인다. 즉 적법절차의 실질적 내용에 대한 위반이 있는지의 여부는 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 살펴서[313] 판단하게 된다.

제2절 제308조의 2 규정의 문제점

형사소송법 제308조의 2의 실무상 예상되는 문제점은 두 가지다.[314]

311) 대법원 2007.11.15. 선고 2007도 3061.
312) 본 보고서 34면 참조.
313) 대법원 2007.11.15. 선고 2007도 3061.
314) 그 밖의 실무현실상 문제점에 대한 지적으로는 안성수, 앞의 논문, 236면 참조: 형사

첫째는 동 규정이 어떠한 위법수집증거도 자동적으로 증거능력이 배제되는지의 여부에 대해 불분명하다는 점이다.[315] 둘째, 비진술증거에 대해 위법수집으로 인한 증거능력배제를 어떻게 인정할 것인지에 대해 기준이 분명히 제시되기 어렵다는 점이다.

이에 대해서는 제4장 제2절에서 논의한 2007년 대법원전원합의체판결을 기준으로 삼을 수 있을 것이다. 개정 형사소송법 시행직전 제308조의 2를 고려한 판결로 볼 수 있기 때문이다. 첫째 판례는 제308조의 2에 따라 위법수집증거가 자동적으로 증거능력이 배제된다고 보지 않는다. 동 판결에 따르면 ① 형식적으로 보아 정해진 절차에 따르지 아니하고 수집된 증거라는 이유만을 내세워 획일적으로 증거능력을 부정하는 것은 헌법과 형사소송법이 형사소송절차규정을 마련한 취지에 맞는다고 볼 수 없다는 점, ② 절차위반과 관련된 모든 사정을 전체적 종합적으로 살펴보아야 한다는 점, ③ 절차위반행위가 적법절차의 실질적 내용을 침해하는 경우인지 살펴보아야 한다는 점, ④ 위법수집증거배제가 적법절차원칙과 실체적 진실규명의 조화를 통해 형사사법정의를 실현하려는 취지에 반하는 결과가 될 것인지 살펴야 한다는 점에서 법원의 재량판단사항이다.

둘째, 위법수집증거배제법칙에 대해서는 실정법상 일반원칙을 규정하고,

소송현실상 피의자나 피고인은 자신의 범죄와 관련하여 수사기관이나 법정에서 거짓말을 하거나 증거물을 멸실해도 형사책임을 지지 않는다. 수사관이 위법하게 수집한 증거물에 대해서 증거능력을 일정하게 인정해 온 것은 이러한 피고인측의 증거왜곡에 대한 관대한 태도와 균형을 이루기 위함이었다고 볼 수 있다. 따라서 위법수집증거배제법칙을 엄격히 적용하려면 그에 대한 보완책도 필요하다. 수사관의 증거수집과정과 방법에 대한 사후적 통제가 강화되어 증거능력 있는 증거를 확보하기 위해 준수해야 할 절차규정이 늘어날수록 수사관이 절차에 따라 증거확보 하는데 드는 비용이 증가하게 될 것이다. 그런데도 피의자는 여전히 아무런 제재를 받지 않고 증거를 훼손 왜곡할 수 있다면 형사사법의 운영상 문제점이 발생할 것이다. 형사사법절차에서 피의자나 피고인의 권리가 강화되는 만큼 법질서를 유지하고 사법정의를 실현하기 위한 규정도 필요할 것이다.

315) 문리적 해석에 따르면 제308조의 2규정은 예외나 법원의 재량여지가 인정되지 않는 자동적 배제를 규정하고 있다고 보인다. 피고인의 입장에서 제308조의 2규정을 수사기관이 형사소송법상 어떠한 조항을 위반한 경우에도 이로 인해 취득한 증거를 어떤 경우에도 사용할 수 없다는 식으로 주장할 가능성이 있다(안성수, 앞의 논문, 235-236면).

구체적 배제사유는 판례를 통해 제시되도록 해야 한다. 배제사유의 구체적 유형화는 입법적으로 어렵거니와 실무에 대해 합리적 기준을 제기해주기 어렵기 때문이다. 미국의 경우 역시 위법수집증거배제법칙은 판례를 통해 형성되어 왔다.

특히 제308조의 2는 진술증거 뿐 아니라 비진술증거에 대해서도 적법한 절차에 의하지 아니하고 수집된 증거로 인정될 때에는 증거로 사용할 수 없음을 분명히 하고 있다. 다만 현실적으로는 진술증거와 비진술증거 사이의 차이점에 대한 고려도 필요할 것이다.

위법한 진술증거는 이를 획득하는 과정에서 필연적으로 진술자 개인에 대해 고문, 폭행, 협박, 부당한 신체구금 등 직접적 인격권 침해행위를 수반하고 이를 통해 얻은 진술이 실체적 진실에 반할 위험성이 있을 것이다. 반면 비진술증거의 경우 그 획득 절차의 위반이 침해하는 법익이 재산권이나 주거권, 사생활보호와 같이 법익형량이 허용되는 영역이고 증거물의 형상이나 성질에는 변함이 없는 경우가 대부분이어서 이를 통한 사실 확인 결과가 실체적 진실에 부합한다고 판단할 수 있는 경우가 적지 않다.[316]

현행 헌법과 형사소송법이 형사피고인의 진술증거의 경우에는 이를 증거로 사용할 수 없는 경우를 다양하게 예시[317]하고 있음을 감안하면, 진술증거에 비해 고도의 법익형량이 필요한 비진술증거에 관하여 "적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거" 라는 문언을 통해 제시한 기준만으로 그 증거능력을 배제할 수 있도록 한 것은 논의의 여지가 남는다.[318]

316) 이완규, 앞의 책 419면 이하.

317) 헌법 제12조 제7항 및 형사소송법 제309조는 "고문, 폭행, 협박, 신체구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법으로 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할만한 이유가 있는 때" 이와 같은 자백을 유죄의 증거로 삼을 수 없다고 규정하여 증거능력이 부정되어야 하는 경우를 상세히 나열하고 있다.

318) 법해석은 법률에 일정한 기준이 마련된 후에 그 기준에 근거하여 해석의 기준이 마련되는 것이지, 이와 같이 아무런 기준 없이 무조건 위법하면 증거를 배제한다고 해 놓고 그 위법의 의미에 대하여 법원이 일정한 제한을 해석론으로 해결"하겠다는 것은 단지 "법원이 위법하다고 인정하는 증거는 증거능력이 없다"는 식이어서 증거능력의 인정여부가 완전히 법원의 판단에 맡겨지게 되는 상황이 되어 버리며, 이 경우 개정 형사소송법에 이 조문을 둔 취지가 몰각된다(이완규, 앞의 책, 423면).

따라서 특히 압수 수색절차와 관련하여 문제될 수 있는 사안들을 개별적으로 살펴보고, 개개의 경우 증거능력이 배제되어야 할 중대한 적법절차 위반인지 여부를 검토해 본다.

제3절 압수 수색과 적법절차위반 수집증거

압수란 물건의 점유를 취득하여 이를 계속하는 강제처분이다. 수색은 압수할 물건 또는 체포할 사람의 발견을 목적으로 사람의 신체, 물건 또는 주거 기타 장소에 대하여 행하는 강제처분이다. 압수 수색은 형벌권의 적정한 실현을 위한 증거의 수집, 확보라는 수사의 목적으로 달성하기 위하여 필요한 처분이다. 다만 개인의 재산권, 주거권, 인격권 등 기본적 인권에 제한을 가하는 강제처분이므로 헌법과 형사소송법은 수사기관의 압수수색에 대하여 영장주의라는 사법적 통제를 가하는 한편, 이에 대한 일정한 예외를 인정하고 있다.[319]

형사소송법 제215조 제1항은 "범죄수사에 필요한 때" 검사는 지방법원 판사에게 청구하여 발부받은 영장에 의하여 압수 수색 또는 검증을 할 수 있도록 규정하고 있다. 이는 인신구속의 경우 "죄를 범하였다고 인정할만한 상당한 이유"를 요하는 것과는 구별된다.[320] 이는 압수 수색이 혐의 인정에 필요한 증거물을 수집하는 단계라는 점을 고려한 것이다. 따라서 체포나 구속과 같은 대인적 강제처분에 있어서와 같은 정도의 범죄 혐의를

319) 체포 또는 구속현장에서의 압수·수색(제216조 제1항), 긴급체포시의 압수·수색(제217조 제1항), 동의에 의한 압수·수색(제218조) 등을 예시할 수 있다.

320) 물론 압수·수색에 있어 "범죄수사의 필요성"은 수사기관이 필요하다고 판단하면 아무런 제한 없이 영장을 발부받을 수 있는 것은 아니며, 헌법상 영장주의의 정신과 비례의 원칙 등이 고려되어야 한다. 조국, 압수·수색의 합법성기준 재검토, 비교형사법연구 제5권 제2호, 2003, 747면 이하 참조, 조국 교수는 "상당한 이유"까지는 아니더라도 피의자가 죄를 범하였다는 데 대한 "객관적·합리적 의심"은 요구된다고 주장한다.

요하는 것은 아니며, “최초의 혐의” 또는 “단순한 혐의”로 족하다.[321] 다만 형사소송법 제109조2항은 제3자에 대한 압수 수색의 경우 “압수할 물건이 있음을 인정할 수 있는 경우에 한하여” 이를 할 수 있다고 규정하여 그 요건을 보다 강화하고 있다.

1. 압수·수색영장 기재사항의 일탈

가. 일괄영장의 금지와 동일 영장의 반복집행

형사소송법 제114조 제1항은 압수 수색영장에 피의자의 성명, 죄명, 압수할 물건, 수색할 장소, 신체, 물건, 발부연월일, 유효기간 등을 기재하도록 하여 이른바 ”일괄영장“ 또는 ”일반영장“을 금지하고 있다. 따라서 유효기간을 경과한 영장으로 압수·수색을 하여서는 아니 됨은 물론, 이미 집행을 완료한 후 동일한 영장으로 같은 장소에 대해 수차례에 걸쳐 압수 수색을 하는 것은 허용되지 않는다. 압수 수색영장은 수사기관의 압수·수색에 대한 허가장으로 거기에 기재되는 유효기간은 집행에 착수할 수 있는 종기를 의미하는 것일 뿐, 수사기관이 압수·수색영장을 제시하고 집행에 착수하여 압수 수색을 실시하고 그 집행을 종료하였다면 이미 그 영장은 목적을 달성하여 효력이 상실되는 것이기 때문이다.[322]

321) 이재상, 앞의 책, 293면

322) 원심은, 수사기관이 압수·수색영장을 청구할 당시부터 공소유지에 필요한 모든 물품을 예견하기 곤란한 경우가 많고 수사의 진행에 따라 같은 장소에서 다시 압수·수색을 할 필요가 있는 경우가 있으므로 압수·수색영장을 한 번 집행한 뒤라도 사건의 성질상 미리 압수대상물건을 예측하기 극히 곤란하거나 수사의 진행에 따라 새로운 사실이 나타나 다시 압수·수색할 필요성이 생긴 경우에는 동일한 영장에 기한 압수·수색의 재집행이 허용된다는 전제하에, 서울지방법원 판사가 1999.8.20. 발부한 압수·수색영장에 기하여 국가정보원 소속 사법경찰관이 같은 달 24. 재항고인의 주거지에 대하여 압수·수색을 실시하여 원심 별지목록 1 기재 물건을 압수하였음에도 같은 달 27. 같은 영장에 기하여 다시 같은 장소에서 압수·수색을 실시하여 별지목록(원심 별지목록 2) 기재 물건을 압수한 처분이 위와 같은 요건에 해당하여 적법하다고 판단하여 준항고인의 청구를 기각하였다. 그러나 형사소송법 제215조에 의한 압수·수색영장은 수사기관의 압수·수색에 대한 허가장으로서 거기에 기재되는 유효기간은 집행에 착수할 수 있는 종기(終期)를 의미하는 것일 뿐이므로, 수사기관이 압수·수색영장을 제시하고 집행에 착수하여 압수·수색을 실시하고 그 집행을 종료하였다면 이미 그 영장은 목적을 달성하여 효력이 상실되는 것이고, 원심이 설시한 바와 같은 사유가 있어 동일한 장소 또는 목적물에 대하여 다시 압수·수색할 필요가 있는 경우라면 그 필요성을 소명하여 법원으로부터 새로운 압수·수색영장을 발부 받아야 하는 것이지, 앞서 발부 받은 압수·수색영장의 유효기간이 남아있다고 하여 이를 제시하고 다시 압수·수색을 할 수는 없는 것이다. 따라서 국가정보원 소속 사법경찰관이 1999.8.27. 재항고인의 주거지에서 실시한 압수·수색은 결국 적법한 영장 없이 이루어진 것으로서 위법하다 할 것이고, 그 중 원상회복이 가능한 별지목록 기재 물건에 대한 압수처분은 마땅히 취소되어야 할 것이다(대법원 1999.12.1. 선고 99모161 결정).

323) 실무상으로는 절도, 강도, 강간과 같은 범죄의 경우 피의자를 성명불상자로 기재하여 압수 수색영장을 청구하는 사례도 드물지 않다.

따라서 일괄영장에 근거한 압수 수색이나 동일영장의 반복 집행에 의해 취득한 증거물은 그 위법이나 침해의 정도가 본질적이라는 점에서 증거능력을 인정할 수 없다.

나. 피의자의 성명이나 죄명의 변경

압수 수색이 최초의 범죄혐의를 입증하기 위한 강제수사의 일종임을 감안하면 수사 진행 과정에서 새로운 피의자가 추가되거나, 압수·수색 당시에는 드러나지 않았던 진범을 확인하는 경우도 있을 수 있고, 이 때 압수 수색영장에 기재된 피의자와 다른 피의자를 기소하였다거나 그 죄명이 달라졌다는 이유만으로 압수 수색절차의 적법성을 다투거나 그 압수물의 증거능력을 부정하기는 어렵다.[323]

다만 그 일탈의 정도가 지나치게 현저하다고 인정될 경우에는 별건 압수 수색의 적법성 문제로 다루어지게 될 것이다.

다. 압수할 물건 및 수색할 장소

일괄영장을 금지한 형사소송법의 취지에 비추어 볼 때 압수 수색영장에

는 압수할 물건을 구체적, 개별적으로 표시하여야 하고, 수색할 장소 역시 지역적으로 특정하여야 한다.[324] 수색장소가 주거인 경우 주거자의 성명이나 지번 등으로 특정되어야 하고, 아파트와 같은 복합점유건물이라면 동과 호수가 특정되어야 한다.[325]

그러나 과연 어느 정도까지 영장에 기재되는 것이 구체적·개별적 특정인지에 대해서는 논의의 여지가 있다. 예를 들어 A건물 501호실에 대한 압수·수색영장을 발부받아 B건물 303호실에 대한 압수·수색을 실시하는 것과 같이 전혀 별개의 장소를 압수·수색하여서는 아니 되겠지만, A건물 501호실과 502호실이 칸막이로 구분되어 있는데 불과하고 압수·수색영장을 발부받은 당시에는 그 사실을 알지 못하는 경우도 있기 때문이다. 특히 직원 수가 수천 명에 달하는 주식회사의 본사나 관공서에 대한 압수 수색을 실시할 경우, 수사의 초기 단계에는 어느 곳에 어떤 증거물이 존재하는지를 구체적으로 알기 어려울 뿐만 아니라, "구체적·개별적" 요건을 엄격하게 해석하면 수색할 장소 바로 옆방에 증거물이 있는 것을 확인한다 하더라도 압수 수색이 불가능하여 그 훼손이나 인멸을 방지할 수 없는 문제가 발생한다.[326]

324) 헌법 제12조에 의한 영장주의의 원칙은 수사기관의 자의적인 강제처분의 행사에 대한 사법적 통제를 주된 목적으로 하는 것으로서 집행실시기관의 권한남용을 방지하고 국민의 신체 및 주거의 안정성을 보장하기 위해서 인정된 것이라 할 것이며, 형사소송법 제114조가 압수 수색영장에 압수할 물건과 수색할 장소를 적시하도록 규정하고 있는 것은 이른바 일반영장의 폐해를 방지하려는 데 그 입법취지가 있다고 할 것이므로 압수 수색영장에는 압수할 물건을 구체적, 개별적으로 표시하여야 하고 수색할 장소 역시 지역적으로 특정하여야 한다 할 것이다. 이 사건 문제된 첫 번째 압수 수색영장에 의한 수색에 관하여 보건대 앞서 인정한 바와 같이 위 영장에 수색할 장소로서는 지번에 의한 지역적인 표시 없이 단지 '신청인의 사무실'이라고만 기재되어 있을 뿐 신청외 2주식회사나 그 지번의 표시는 기재되어 있지 아니한바, 그렇다면 위에서 본 바와 같은 수색장소는 특정성요청에 위반된 위 영장에 의해 신청외 2 주식회사를 수색한 것을 정당한 공무의 집행이라 할 수 없어 적법한 것이라고 할 수 없고, 만약 위 경찰관들이 위 영장집행을 시도하면서 강제력을 행사한 것이 형법상의 구성요건을 충족하는 때에는 그 죄책을 면치 못한다 할 것이다(부산고등법원 1992.10.15. 선고 92초109 제2형사부 결정).

325) 조국, 앞의 논문, 754면 이하.

현행법이 영장주의의 원칙을 천명하고 있는 취지가 개인의 재산권, 인격권, 주거권을 침해할 우려가 있기 때문이라는 점을 유의할 필요가 있다. 즉, 개인의 주거나 사무실에 대한 압수 수색의 경우와 앞서 예시한 기업, 관공서, 불특정 다수인의 출입지역 등을 같은 잣대로 평가하는 것은 곤란한 문제를 야기할 수 있으며, 경우에 따라서는 수사관의 현장 판단을 존중하는 것이 실체적 진실발견의 이념에 비추어 합리적이라고 볼 수 있기 때문이다. 따라서 특히 후자의 경우 영장에 기재된 압수 수색 장소와 근접한 지점에서 이루어진 압수·수색에 대해 적법절차에 위반하였다는 이유로 인한 압수물의 증거능력배제는 신중한 판단을 요한다.[327]

2007년 대법원 전원합의체 판결에서 제시한 여러 기준 즉, 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 사이의 인과관계 등 관련성의 정도, 수사기관의 인식과 의도 등을 종합적으로 판단해야 한다.

2. 제3자에 대한 압수·수색

형사소송법 제219조에 의해 준용되는 제109조 제2항은 "피고인 아닌 자

326) 2007년 제주도지사 공직선거법위반 사건의 경우에도 영장에 기재된 정책특보실이 아닌 비서실장실에서 압수·수색이 이루어졌다고 다투어진 바 있다. 이에 대하여 파기환송심인 광주고등법원은 외부에서 보아 이 사건 사무실이 비서실장실인지 정책특보실인지 명확히 구분하기 어려운 점, 이 사건 사무실 내 비서실장 책상과 정책특보 책상이 놓여진 공간이 고정된 벽체가 아닌 다소 개방적인 칸막이로 구분되어 있는 점, 출입문 안면 위치는 비서실장의 전용공간이라고 하기보다는 정책특보책상으로 통하는 공용 공간으로 볼 수도 있는 점" 등을 종합하면 이 사건 영장에 기재된 압수·수색 위치는 이 사건 영장에 기재된 압수 수색장소인 정책특보의 사무실과 동일성이 인정되는 장소라고 판시하였다(광주고등법원 2008.1.15. 선고 2007노370).

327) 미국 법원에서도 가정 내에 있는 "모든 기록"을 압수·수색하는 영장의 합법성을 인정하는 데에는 몹시 인색하나, 회사의 업무서류 전체에 대한 압수·수색에 있어서는 모든 회사기록이 범죄행위의 증거가 될 수 있는 상당한 이유가 있는 경우 이를 허용하는 것도 같은 맥락으로 이해할 수 있다. United States v. Kow, 58 F.3d 423,427 (9th Cir. 1995).

의 신체, 물건, 또는 주거 기타 장소에 관하여는 압수할 물건이 있음을 인정할 수 있는 경우에 한하여 수색할 수 있다"고 규정하고 있다. 일반적인 압수 수색의 경우 "범죄수사에 필요한 때"를 요건으로 하고 있는 데 비해, 제3자에 대한 압수 수색은 "입수할 물건이 있음을 인정할 수 있는 경우에 한하여" 이를 할 수 있도록 규정함으로써 요건을 강화하고 있다.

이는 범죄와 아무런 관련이 없는 제3자가 압수 수색으로 인한 소유권, 주거권, 인격권 등을 침해당하는 것을 최소화하고자 하는 취지에서 마련된 규정이다. 따라서 제3자에 대한 압수 수색은 단지 범죄수사에 필요하다는 소명만으로는 불가능하고, 압수물이 존재한다는 점에 대한 고도의 개연성을 필요로 한다고 해석하지 않을 수 없다.

그러나 제3자에 대한 압수 수색에 있어서도 피의자와 제3자 사이에 아무런 업무 관련성이 없는 경우와 사용자·고용주 혹은 직장 상사·부하 등 밀접한 업무 관련성이 인정되는 경우를 구분할 필요가 있다. 또한 압수 수색의 대상인 제3자가 그 물건의 소유자인지 단순한 보관자에 불과한지에 대한 구체적 판단도 필요하다. 압수 수색의 장소가 개인의 사생활이 인정되는 내밀한 공간인지 아니면 다수인이 왕래하는 공개된 공간인지 여부도 중요하다.

제3자에 대한 압수 수색을 제한하는 취지가 범죄와 무관한 제3자의 소유권, 주거권, 인격권 등을 보호할 필요성이 피의자나 피고인보다 크다는 데 있는 것이라면, 압수 수색 대상인 제3자가 그와 같이 가중된 보호를 받아야 할 대상인지 여부를 살펴보아야 압수 수색절차의 위법 정도를 올바로 판단할 수 있다. 따라서 영장에 기재되지 아니한 제3자에 대하여 압수·수색이 이루어졌다는 이유만으로 이를 통해 수집한 증거물의 증거능력을 일괄적으로 부정하기 보다는 위에서 언급한 여러 요소들을 종합적으로 고려하여 적법절차의 본질적인 부분을 침해하였는지 여부를 판단할 필요가 있다.

3. 별건 압수·수색

동일 피의자에 대하여 현재 수사기관의 수사 대상인 범죄사실의 수사를 위해 다른 범죄사실을 기초로 구속영장을 발부받아 집행하는 별건구속과 유사한 경우가 압수 수색에서도 발생할 수 있고, 이를 통상 별건 압수 수색이라 한다. 수사하고자 하는 사건의 경우 범죄수사의 필요성과 비례성 등을 인정하기 어렵다고 판단하여 상대적으로 경미한 범죄에 대해 압수 수색영장을 발부받은 다음, 압수 수색을 통해 애초에 수사하려 하였던 중대한 범죄의 혐의를 입증할 수 있는 증거를 확보하는 경우이다.

일반적으로 별건 압수 수색은 허용되지 않는다.[328] 다만 실무상의 문제점은 간단하지 않다. 수사과정에서 피의자나 죄명이 바뀌는 일도 드물지 않은데, 과연 어떤 경우가 그와 같은 수사과정진화의 결과이고 어떤 경우가 별건 압수 수색인지를 판단하는 것은 매우 어려운 일이다.[329]

빈번하게 지적되는 사례 중 하나가 뇌물사건 수사에서 일어난다. 기업체를 운영하는 피의자의 뇌물공여 혐의를 인정할만한 뚜렷한 증거가 없을 때, 일단 조세포탈혐의로 압수 수색영장을 발부받아 관련 회계장부 등을 압수하고, 이를 토대로 수사를 진행하여 뇌물공여죄로 기소하는 것이 적법한가 하는 문제도 이를 별건 압수 수색에 해당한다고 볼 수 있는지 여부와 관련되어 있다.

일차적으로는 영장에 기재된 압수 대상물과 범죄수사의 필요성 사이의 인과관계를 따져봄으로써 해결할 수 있겠다. 예를 들어 절도혐의를 입증하기 위하여 압수 수색영장을 발부받았고, 압수할 물건이 피해자 주장의 도난품으로 영장에 기재되어 있었다면 그와 같은 압수 수색영장을 가지고

328) 이재상, 앞의 책, 296면.
329) 별건 구속의 경우에도 이를 적법절차의 원칙에 위배된다고 보아야 하지만 제반 정황으로 보아 위장구속임이 명백한 예외적인 경우를 제외하면 이를 가려내는 것은 사실상 매우 어렵다. 신현주, 앞의 책, 297면.

절도와는 무관한 컴퓨터 하드디스크를 압수하고 이를 분석하여 음란물 판매혐의로 기소하여서는 안될 것이다.[330]

그러나 회계장부와 같이 분식회계, 조세포탈, 횡령 등 여러 유형의 범죄수사에 결정적 중요성이 있는 자료의 경우에는 그 판단에 여전히 어려움이 남게 된다. 이와 같은 경우에는 최초 발부받은 영장에 기재된 범죄사실과 기소된 범죄사실의 경중, 주 압수대상물과 함께 압수한 증거물의 종류 및 가치, 수사의 진행과정 등을 종합적으로 고려하여 별건 압수 수색인지 여부를 가릴 수밖에 없을 것이다.

4. 영장집행절차의 하자

형사소송법은 영장의 제시(제118조, 제219조), 책임자의 참여(제123조, 제219조), 참여권자에 대한 통지(제122조, 219조), 여자의 수색과 참여(제124조, 제219조), 야간집행의 제한(제126조, 제219조), 압수목록의 교부(제129조, 제219조) 등 압수 수색영장 집행절차규정을 두고 있다.[331]

따라서 압수 수색영장은 처분을 받는 자에게 이를 "반드시" 제시해야 한다. 압수 수색의 대상자 입장에서는 자신이 어떤 이유로 압수 수색을 받는지, 적법한 영장이 발부되었는지 여부도 알지 못한 채 압수 수색의 고통

330) 일본 법원은 경미한 모터보트 경주법위반 사건 수사과정에서 압수·수색을 통해 메모, 노트, 일기장, 통신문, 예금통장 등을 발견, 영치하고 이를 근거로 피의자를 횡령죄로 기소한 사건에 대해 "경찰 당국은 본 건 업무상 횡령사건의 증거를 발견하기 위해 피고인을 수색할 필요성이 결여되어 있는 별건의 경미한 모터보트 경주법 위반 사건을 이용하여 압수·수색 영장을 발부받아 수색을 한 것에는 위법의 의심이 강하다"고 판단한 사례가 있다고 한다. 조국, 앞의 논문, 760면.

331) 제주도지사 공직선거법위반 사건에서의 또 다른 쟁점중 하나는 압수·수색 당시 수사기관이 이와 같은 절차규정을 지키지 아니하였다는 것이었다. 즉, 수사기관이 압수 대상자에게 영장을 제시하지 않았고, 압수목록을 교부한 것도 상당기간이 흐른 후였을 뿐만 아니라 입수조서 및 압수목록의 기재에도 문제가 있기 때문에 형사소송법 제129조의 취지가 몰각되었다는 것이 변호인의 주장이었으며, 파기환송심인 광주고등법원은 이와 같은 변호인의 주장을 받아들여 이 사건 압수·수색절차에 중대한 위법이 있다고 판단하였다.

을 당하여서는 안 될 것이기 때문이다. 압수 수색영장조차 제시하지 않고 이루어진 압수 수색에 의한 증거물의 증거능력을 인정할 수 없을 것이다.

다만 실무상으로는 압수 수색영장을 제시받았는지 여부가 다투어질 경우 당사자들의 진술이 서로 엇갈리고 이를 객관적으로 판단하는 데 어려움이 있으므로 영장의 제시를 받았다는 피처분자의 서명을 받는 등의 방법으로 이를 확인할 수 있는 방안을 강구할 필요가 있다.

압수 수색사실의 사전통지는 피의자 또는 변호인이 참여하지 않는다는 의사를 명시한 때 또는 급속을 요하는 때에는 예외로 한다는 규정(형사소송법 제122조 단서)이 있다. 이와 같은 사전 통지가 압수물의 은닉·인멸·훼손의 위험을 초래할 수 있다는 점에서 "급속을 요하는 때"의 범위는 합리적으로 해석할 필요가 있다.

야간 압수 수색은 영장에 그 취지가 기재되지 않은 이상 원칙적으로 금지되나 형사소송법은 명문으로 예외를 인정하고 있다.[332] 도박 기타 풍속을 해하는 행위에 상용된다고 인정하는 장소(제126조 제1호), 여관, 음식점, 기타 야간에 공중이 출입할 수 있는 장소에 대한 공개 시간 내의 압수 수색(제126조 제2호)이 그것이다.[333]

수색한 경우에 증거물 또는 몰수할 물건이 없는 때에는 그 취지의 증명서를 교부하여야 하고, 압수한 경우에는 목록을 작성하여 소유자, 소지자, 보관자 기타 이에 준하는 자에게 교부하여야 한다.(제128조, 제129조) 압수목록을 교부하도록 하는 취지는 압수물의 존부나 형상변경 등을 둘러싸고 벌어질 수 있는 여러 논란을 사전에 차단하고, 피압수자들의 압수물에 대한 가환부청구권 등 각종 권리행사를 보장하려는 데 있다.[334]

332) 여기서 야간은 曆을 기준으로 "일출 전 일몰 후"를 의미한다고 보는 것이 통설이다. 이재상, 앞의 책, 297면.

333) 배종대·이상돈, 앞의 책, 294면 : 동일 영장의 반복집행은 허용되지 않지만, 야간 압수제한을 위반하지 않기 위해 이틀에 걸쳐 이루어진 압수 수색은 위법하지 않다는 판례도 있다 (BGH NStZ 1989,375).

334) 광주고등법원 2008.1.15. 선고 2007노370.

즉 제128조, 제129조 규정은 압수 수색에 대한 사후통제의 성격이 강하다. 수사 및 공판과정에서 압수물이 존재하지 아니하였다거나 형상이 변경되었다고 다투어지는 경우에 대해서, 압수목록의 작성하자나 교부지연 등이 압수물의 증거능력 배제여부에 어떻게 영향을 미치는지 합리적으로 판단해야 할 것이다.

5. 영장주의의 예외 Ⅰ - 체포현장에서의 압수·수색 등

형사소송법 제216조는 수사기관이 체포(제200조의 2), 긴급체포(제200조의 3), 또는 현행범인의 체포(제212조)에 의하여 체포하거나 구속영장에 의하여 피의자를 구속하는 경우(제201조)에 필요한 때에는 영장 없이 체포현장에서 압수 수색을 할 수 있고, 범행 중 또는 범행 직후의 범죄현장에서 급속을 요하는 때에는 영장 없이 압수 수색을 할 수 있다고 규정하고 있다. 범행 중 또는 범행직후 범죄현장에서의 압수 수색의 경우에는 지체 없이 사후 영장을 받아야 한다. 또한 제217조는 긴급체포의 규정(제200조의 3)에 따라 체포된 자가 소유ㆍ소지 또는 보관하는 물건에 대하여 긴급히 압수할 필요가 있는 경우에는 체포한 때로부터 24시간 내에 한하여 영장 없이 압수 수색 또는 검증을 할 수 있으며 압수한 물건을 계속 압수하고자 하는 때에는 체포한 때로부터 48시간 내에 영장을 청구하도록 규정하고 있다.[335]

개정전 형사소송법은 제217조 제1항 긴급 압수 수색의 요건을 "제200조의 3의 규정에 의하여 체포할 수 있는 자"가 소유ㆍ소지 또는 보관하는 물건으로 규정하여 향후 긴급체포대상이 될 수 있는 자를 포함하느냐가 다투어지기도 하였으나 개정 형사소송법은 이를 "제200조의 3에 따라 체포된 자"로 규정하여 입법적으로 해결하였다.[336]

이와 관련하여 법원은 현행범 체포행위에 선행하는 압수 수색은 허용되지 아니하고, 현행범으로 체포된 자가 압수 수색의 현장에 있음을 요하므로, 피의자가 지구대에 임의동행 되어 있는 상태에서 경찰관이 피의자의 집과 차량을 수색한 것은 사후에 지체 없이 압수ㆍ수색영장을 받지 아니한 이상 위법하므로 압수물의 사진 및 압수조서의 증거능력을 인정하지 않는다.[337]

문제는 범죄현장에서 압수 수색을 하거나, 체포된 자에 대하여 긴급 압수ㆍ수색을 한 후 지체 없이 혹은 기한 내에 사후 영장을 청구하였는데, 법원이 이를 기각한 경우다. 이 경우 압수물의 증거능력이 상실되는가? 일차적으로 압수 수색 영장의 기각사유가 형식적 기재사항의 위반인지, 범죄현장요건이나 체포요건의 흠결인지를 살펴보아야 할 것이다. 예컨대 형식적 기재사항의 흠결로 사후 압수 수색영장이 기각된 후 그 보완 전에 영장청구기한이 도과되었다면 이를 이유로 압수물의 증거능력을 부정하여서는 아니 될 것이다.

335) 이에 대한 상세한 설명은 김기준, 체포 또는 구속에 수반되지 않은 긴급 압수·수색ㆍ검증, 2005, 서울대 석사학위논문 참조.

336) 물론 형사소송법 개정 이전에도 제217조 제1항은 "체포할 수 있는 자"는 "현실적으로 체포된 자"를 의미한다고 해석하는 것이 학설 및 판례의 태도다. 배종대·이상돈, 앞의 책 305면; 현행범 체포행위에 선행하는 압수·수색은 허용되지 아니하고, 현행범으로 체포된 자가 압수·수색의 현장에 있음을 요하며, 또한 형사소송법 제217조 제1항의 '긴급체포할 수 있는 자'란 현실적으로 '긴급체포된 자'로 해석하여야 한다(서울중앙지방법원 2006.10.31. 선고 2006노2113).

337) 압수물의 사진 및 압수조서가 위법한 수색에 의한 압수물을 직접 이용해서 촬영되거나 작성된 경우, 이러한 수색 등 절차에는 헌법 제12조 제3항 및 이를 이어받은 형사소송법 제215조 등에서 기대되는 영장주의의 정신을 무시한 중대한 위법이 있고, 이들을 증거로 허용하는 것은 장래 위법한 수사의 억제의 관점에서 볼 때 상당하지 않다고 보이므로, 비록 위법한 압수·수색으로 인하여 그 압수물의 사진이나 압수조서 자체의 성질·형상에 변경을 가져오는 것은 아니어서 그 형태 등에 관한 증거가치에는 변함이 없다고 하더라도 그 증거능력을 부정해야 한다. 피고인이 지구대에 임의동행되어 있는 상태에서 경찰관이 피고인의 집과 차량을 수색한 것은 사후에 지체없이 압수 수색영장을 받지 아니한 이상 위법하므로 압수물의 사진 및 압수조서의 증거능력을 인정할 수 없다(서울중앙지방법원 2006.10.31. 선고 2006노2113).

6. 영장주의의 예외 II - 동의에 의한 압수·수색

실무상 빈번하게 논의되고 있는 문제 중 하나가 동의에 의한 압수 수색 즉, 임의제출에 의한 압수의 경우이다. 형사소송법 제218조는 임의로 제출된 물건을 영장 없이 압수할 수 있다고 규정하고 있으며, 실무에서 임의제출 형식에 의한 압수는 수사기관으로 하여금 압수 수색에 따르는 여러 법률적 제약이나 불편을 회피하는 수단으로 흔히 사용되고 있는 것이 현실이다.[338]

여기서 "동의"는 그 강제처분의 의미를 이해할 수 있는 자에 의해 자유의지에 따라 행하여져야 하고, 동의는 명시적으로 표현되어야 하며, 동의의 주체는 본인이거나 수색할 장소에 대한 공통된 권한을 갖고 있는 제3자이어야 한다.[339] 문제는 그와 같은 권한을 갖지 않은 제3자의 동의에 따라 압수 수색이 이루어졌을 때 수사기관이 그 권한 여부를 알지 못한 경우에도 이를 위법한 압수 수색으로 볼 것인지의 여부와, 동의의 범위를 넘은 압수 수색에 의해 압수한 증거물의 증거능력의 여부다.

우선 권한 없는 제3자의 동의에 따라 선의의 경찰관이 압수 수색을 실시한 경우에는 경찰관의 착오에 합리적 이유가 있었다면 이를 표현대리(apparent authority)에 해당한다고 보아 정당한 것으로 인정해야 한다는 견해가 있다.[340] 우리 형사법의 해석상 "표현대리"의 법리를 압수 수색의 경

338) 제주도지사 공직선거법 위반사건에서도 이 부분이 다투어졌다. 압수조서에는 압수 수색영장에 의해 압수된 것으로 기재되어 있는 반면, 압수목록에는 피압수자 갑이 관련 서류를 임의로 제출한 것으로 기재되었는데, 법정에서 피압수자 갑은 검사의 위압적인 태도에 못 이겨 이를 넘겨준 것이지 자발적인 의사로 제출한 것이 아니라고 주장하였던 것이다. 파기환송심인 광주고등법원도 피압수자 갑의 주장을 받아들여 이를 임의 제출한 것으로 볼 수 없으며 압수조서 및 압수목록의 기재도 위법하다고 판시하였다(광주고등법원 2008.1.15. 선고 2007노370). 만약 이 사건에서 피압수자 갑이 관련 서류를 임의로 제출하였다는 점이 인정되었다면 영장의 제시 여부, 제3자에 대한 압수의 적법성 등의 쟁점에 대한 판단은 달라졌을 수 있겠다.

339) 조국, 앞의 논문, 773면 이하.

340) 같은 논문, 775면.

우에 적용할 수 있을 것인지는 의문이다. 다만 경찰관이 제3자의 동의에 의해 착오에 빠지고, 이로 인한 압수 수색을 실시함으로써 결과적으로 다시 영장을 발부받을만한 시간적 여유를 갖지 못하였다면 이를 위법하다고 판단하여 증거능력을 부정하기는 어려울 것이다.

동의의 범위를 넘은 압수 수색이 이루어진 경우 원칙적으로는 위법하다. 다만 예를 들어 마약류를 찾는다는 수사기관의 설명에 따라 피의자가 압수 수색에 동의하였고, 압수 수색과정에서 강도죄나 살인죄의 증거를 발견하여 이를 압수한 경우, 과연 이를 동의의 범위를 넘어선 압수 수색으로 볼 수 있는지의 여부는 신중한 판단을 요한다.

미국 판례법상으로는 이와 같은 경우를 "긴급 상황에 따른 예외(exigent circumstances exception)" 또는 "명백한 발견의 예외(plain view exception)로 인정하고 있다. 그러나 우리나라에서는 형사소송법 제217조가 이에 해당하므로 굳이 미국 판례법상의 예외를 이론적으로 인정할 필요는 크지 않을 것이다.[341]

다만 제216조나 제217조에 의해 피의자를 체포하는 경우에도 동의의 범위를 넘는 압수 수색의 적법성 및 이에 근거하여 획득한 2차 증거의 증거능력 유무에 대한 판단문제는 여전히 남게 된다. 경찰관직무집행법은 제3조에서 일정한 경우 불심검문을 할 수 있고, 흉기의 소지 여부를 조사할 수 있다고 규정하고 있고, 이 과정에서 임의 제출 형식으로 물건을 압수하는 사례도 실무상 빈번하게 일어나는데, 향후에는 그와 같은 압수 수색의 자발성 여부가 문제될 가능성도 있다.

341) 조국, 앞의 책, 361면.

제6장 결 론

형사절차에서 추구하는 실체적 진실의 범위와 한계에 대한 논의는 국가권력과 시민개인과의 관계에 대한 근본적 성찰위에 이루어진다. 실체적 진실 발견의 목표와 적법절차 준수의 헌법적 이념은 위법하게 수집된 증거의 인정여부를 둘러싼 현실적 문제로부터 합리적인 해결책을 찾아야 한다.

형사소송법 제309조는 위법한 방법으로 취득한 진술증거의 증거능력을 명백히 부인하고 있다. 다만 물적증거의 경우에는 단지 그 수집과정이 위법하다고 하여 물건 자체의 형상이나 성질이 변하지 않는다고 볼 수 있다. 그렇다면 진술증거의 경우와는 다른 고려의 여지가 있다. 적법절차위반을 이유로 수집된 물적 증거의 증거능력을 전적으로 부정한다면, 수사기관의 실체적 진실발견에 현실적인 어려움이 적지 않을 것이기 때문이다. 특히 물적증거를 확보하는 가장 중요한 수단인 압수 수색절차에 위반하여 수집된 증거에 대해서는 위법수집증거배제법칙을 이론적으로 정교하게 근거지우는 동시에, 실무적 어려움을 고려한 합리적 예외기준마련이 필요하다.

2007년 개정 형사소송법 제308조의 2는 "적법한 절차에 의하지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다"는 내용의 위법수집증거배제법칙을 명문화하였다. 비진술증거인 증거물에 관하여 이 원칙을 어떻게 해석하고 적용해 나갈 것인지의 기준에 대해 법조와 학계의 구체적 논의의 장이 필요하다.

1. 위법수집증거배제법칙 적용기준에 대한 비교법적 검토

위법수집증거배제를 통해 수사기관의 위법행위를 억제한다는 미국의 위법수집증거배제법칙의 기본관념은 전세계 형사사법절차에 큰 영향을 미

쳤다. 다만 각국에서의 수용과 발전은 각국마다 형사사법체계를 둘러싸고 벌어지는 범죄통제와 적법절차의 가치간의 대립과 타협에 따라 각기 다른 양상을 보인다.[342]

구 분	적용원칙	근 거	예 외
미 국	위법성이 인정되면 자동적 증거배제	수정헌법 제4조; 1914년 weeks 판결; 1961년 Mapp 판결	①증거능력배제주장의 당사자적격과 사생활보호에 대한 기대 ②피고인이 포기한 물건 ③부수적 사용의 예외 (collateral use exception) ④선의의 예외 (good faith exception)
영 국	①모든 정황을 고려하여 증거능력을 인정할 경우 ②재판절차의 공정성에 부정적 영향을 미치게 되므로 ③증거능력을 배제해야 한다고 판단하는 경우 법원의 재량적 위법수집증거배제	1984년 PACE법 제78조 1항	
독 일	①법치국가원칙에 위반되고 ②개인의 사생활보호이익이 증거를 사용할 경우의 공익보다 더 클 경우 (비례성원칙) 위법수집증거배제	형사소송법 제136조의 a	
일 본	① 수사절차의 위법이 있고 ② 그 위법이 증거배제를 요할 정도로 중대한 위법일 경우 재량적 위법수집증거배제	昭和53.9.7. 刑集 32卷 6号 판결 1672	
캐나다	①헌법상 권리나 자유를 침해하거나 부정하는 방법으로 증거를 취득한 경우 ②모든 사정을 고려하여 볼 때 ③ 증거능력 인정이 사법정의의 불명예를 가져올 경우 재량적 위법수집증거배제	헌정법 제24조 2항	

342) 조국, 앞의 책, 488-489면

구 분	미 국	영 국	캐나다	독 일	일 본
위법수집증거배제법칙의 명문화	판례	1984년 PACE	1982년 헌정법 제24조2항	판례	판례
위법성의 존재	증거배제의 요건			불요	증거배제의요건
법관의 재량	자동적 배제	법관의 재량인정			
배제기준	위법성	위법성, 재판절차의 공정성	위법성, 사법정의의 불명예	법치국가원칙 위반, 비례성원칙위반	위법의 정도, 상황, 의미, 빈도, 해당증거수집과의 인과관계, 수사관의 의도, 증거의 중요성, 사안의 중대성

특히 영국은 판례법상의 위법수집증거배제법칙을 명문화하면서, 기존 판례의 법형식주의적 태도를 수정하였다. 즉 자백뿐만 아니라 불법수색으로 수집한 증거를 포함하여 검사가 제출한 모든 증거에 위법수집증거배제법칙을 적용하는 방향으로 나아가고 있다. 따라서 위법수집증거배제법칙의 명문화와 위법수집증거배제법칙의 적용범위에 대한 판례의 변경이 이루어지고 있는 우리 실정에 많은 참고가 될 수 있을 것이다.

첫째, 위법수집증거배제법칙에 대한 명문규정의 적용은 자동적인 것이 아니며, 그 적용여부에 대한 법원의 재량판단을 요한다.

둘째, 법원의 재량판단에 대해서는 위법성을 포함한 모든 정황을 고려하여, 절차의 공정성에 부정한 영향을 미칠 것인지의 여부를 고려하도록 명문규정으로 일정한 기준을 제시하였다.

셋째, 법원은 절차에 대한 위반사실만으로는 증거를 배제하지 않는다. 절차위반으로 인하여 절차의 공정성에 부정적 영향이 있었는지 여부를 고려해야 한다. 절차의 공정성에는 피고인에 대한 공정성 뿐만 아니라 검사에 대한 공정성과 관련된 모든 증거를 고려할 수 있어야 하는 법원에 대

한 공정성까지 포함된다. 나아가 절차의 공정성에 대한 부정적 영향 때문에 증거를 배제하는 것이 정의에 합당한지의 여부까지 고려하여 위법수집증거배제법칙에 대한 명문규정을 합리적으로 해석하고 있다.

2. 형사소송법상 위법수집증거배제법칙

헌법적 근거	제12조1항	누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포 구속 압수 수색 또는 심문을 받지 아니한다
	제12조3항	체포 구속 압수 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시해야 한다
	제12조7항	피고인의 자백이 고문 폭행 협박 신체구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법으로 자의로 진술한 것이 아니라고 인정될 때 이를 유죄의 증거로 삼거나 이를 이유로 처벌할 수 없다
형사소송법적 근거	제215조 압수·수색·검증	범죄수사에 필요한 때 판사에게 청구하여 발부받은 영장에 의하여 압수, 수색, 검증을 할 수 있다
	제307조 증거재판주의	사실의 인정은 증거에 의해야 한다
	제308의2조 위법수집증거의 배제	적법절차에 따르지 않고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다
	제309조 강제등 자백의 증거능력	피고인의 자백이 고문 폭행 협박 신체구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법으로 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 이유가 있는 때에는 유죄의 증거로 하지 못한다
	제317조 1항 진술의 임의성	피고인 또는 피고인 아닌 자의 진술이 임의로 된 것이 아닌 것은 증거로 할 수 없다

3. 법원의 위법수집증거배제법칙 적용기준

2007년 대법원전원합의체판결[343]은 2007년 개정 형사소송법 시행전의 판례이지만, 개정법률이 이미 공포된 상태에서 그 내용을 염두에 두였다고 볼 수 있다. 따라서 개정규정의 구체적 적용기준을 앞서 제시한 판례라고 평가할 수 있다. 형사소송법 제308조의 2에 따라 증거능력이 배제되는 범위에 관해 분명한 해석례는 앞으로 뒤이을 판결들에 의해 구체화되겠으나, 2007년 대법원 판결에서 제시된 판단이 일단 기준이 될 것이다.

동 판결은 위법수집증거배제법칙에 관하여 다음과 같이 확인하였다.

첫째, 위법수집증거배제법칙은 수사기관의 위법수사억제 및 재발방지에 목적이 있다.

둘째, 수사기관의 위법행위와 관련된 모든 사정을 고려해 볼 때 적법절차의 실질적 내용에 대한 침해가 있을 경우 위법수집증거배제가 인정된다.

셋째, 증거능력배제가 적법절차원칙과 실체적 진실규명의 조화를 통해 형사사법정의를 실현하려는 헌법과 형사소송법의 취지에 반하는 결과를 초래할 경우 위법수집증거배제법칙의 예외를 인정한다.

넷째, 절차위반수집증거와 2차수집 증거사이의 인과관계 희석 내지 단절이 있는 경우 2차증거 수집과 관련된 모든 사정을 고려하여 예외를 인정한다.

동 판결에 따르면, 위법수집증거배제법칙의 적용범위에 관한 원칙은 다음과 같다.

343) 대법원 2007.11.15. 선고 2007도3061

<table>
<tr><th colspan="4">위법수집증거배제법칙</th></tr>
<tr><td>원칙적
증거능력배제</td><td colspan="3">헌법과 형사소송법에 위반하여 수집한 증거와 이를 기초로 획득한 2차증거는 유죄의 증거능력 없다.</td></tr>
<tr><td rowspan="3">예외적
증거능력인정</td><td rowspan="2">수사기관의 절차위반행위</td><td>절차위반행위와 관련된 사정 고려
· 절차조항의 취지와 그 위반내용 및 정도
· 구체적 위반의 경위와 회피가능성
· 절차조항이 보호하고자 하는 권리 또는 법익의 성질과 침해정도 및 피고인과의 관련성
· 절차위반행위와 증거수집 사이의 인과관계 등 관련성의 정도
· 수사기관의 인식과 의도</td><td>적법절차의 실질적 내용에 대한 침해가 아닌 경우</td></tr>
<tr><td colspan="2">적법절차의 원칙과 실체적 진실규명의 비교교량을 통하여 해당 증거의 증거능력을 배제하는 것이 형사사법정의를 실현하려는 헌법과 형사소송법의 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 경우</td></tr>
<tr><td colspan="2">위법하게 수집한 증거에 기해 획득된 2차증거</td><td>인과관계가 희석 또는 단절된 경우</td></tr>
</table>

4. 압수 수색과 위법수집증거배제

2006년 제주도지사 공직선거법위반 사건은 압수 수색의 위법 여부와 증거배제여부에 대한 이론적 실천적 숙고의 대상이 될 만하다. 2007년 대법원판결에 따라 본 사건에서 위법하게 압수된 물적증거와 위법수집증거배제법칙의 적용에 관한 법원의 판단[344]은 다음과 같다.

첫째, 수사기관은 압수 수색영장 청구시 압수 수색 장소를 가능한 범위내에서 최대한 특정하여야 하지만, 압수 수색 장소의 내부구조를 사전에 명확히 알 수는 없는 점을 고려하면, 피의자, 범죄사실과 압수 수색이 필요한 사유에 기초하여 통상적으로 보아 압수 수색 영장에 기재된 장소와

344) 광주고등법원 2008.1.15. 선고 2007노370

동일성이 인정되는 범위 내에서는 영장기재 장소라고 볼 수 있다.

둘째, 원래 도지사 집무실에 보관 중이던 서류를 도지사를 보좌하는 공무원이 압수 수색절차가 진행 중이던 압수장소에 일시적으로 가져온 경우에는, 이를 영장에 기재된 압수대상물인 '보관중인 물건'에 포함된다고 볼 수 없고, '보관중인 물건'에 영장집행 당시 영장기재 장소에 '현존'하는 물건까지 포함된다고 해석할 수는 없으므로, 해당 서류를 압수한 것은 위법하다.

셋째, 압수물에 대한 압수목록이 압수 후 상당시일이 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, 압수절차규정에 반한 위법이 있다.

넷째, 압수절차에서 수사기관의 절차위반행위로 인하여 압수에 관한 적법절차의 실질적인 내용이 침해되었다면, 이를 압수절차가 위법하더라도 예외적으로 증거능력이 인정되는 '수사기관의 절차 위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 아니하고, 오히려 그 증거의 증거능력을 배제하는 것이 헌법과 형사소송법이 형사소송에 관한 절차조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실체적 진실규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사사법정의를 실현하려 한 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우'에 해당한다고 볼 수 없다.

결론적으로 판례에 따르면, 적법한 절차에 따라 수집하여 증거능력이 인정될 수 있는 증거는 다음과 같은 경우다.

첫째, 헌법과 형사소송법의 절차를 준수하여 수집한 경우다.

둘째, 적법절차의 실질적 내용을 침해하지 않는 경우다.

셋째, 실체적 진실발견을 위해 증거능력을 인정할 경우 적법절차준수원칙을 관철시키기 위해 증거능력을 배제할 경우와 교량해 볼 때 형사사법

정의실현의 취지에 더 부합될 경우다.

5. 개정 형사소송법 제308의 2조의 현실적 적용문제

형사소송법 제308조의 2가 규정한 '적법한 절차를 따르지 아니하고 수집한 증거'로 판단할 수 있는 경우를 실무상 문제 사례와 관련하여 살펴보면 다음과 같다.

1) 일괄영장 또는 일반영장에 근거한 압수 수색이나 동일영장의 반복집행에 의해 취득한 증거물은 그 위법이나 침해의 정도가 본질적이라는 점에서 증거능력을 인정할 수 없다.

2) 수사 진행과정에서 새로운 피의자가 추가되거나, 압수 수색 당시에는 드러나지 않았던 진범을 확인하는 경우도 있을 수 있고, 이 때 압수 수색 영장에 기재된 피의자와 다른 피의자를 기소하였다거나 그 죄명이 달라졌다는 이유만으로 압수 수색절차의 적법성을 다투거나 그 압수물의 증거능력을 부정하기는 어렵다. 다만 그 일탈의 정도가 지나치게 현저하다고 인정될 경우에는 별건 압수 수색의 적법성 문제로 다루어지게 될 것이다.

3) 개인의 주거나 사무실에 대한 압수 수색의 경우와 기업, 관공서, 불특정 다수인의 출입지역에 대한 압수수색의 경우를 구별하지 않고 평가하기는 어렵다. 경우에 따라서는 수사관의 현장 판단을 존중하는 것이 실체적 진실발견의 이념에 비추어 합리적이라고 볼 수 있다. 따라서 영장에 기재된 압수 수색 장소와 근접한 지점에서 이루어진 압수 수색에 대해 적법절차에 위반하였다는 이유로 인한 압수물의 증거능력배제는 신중한 판단을 요한다.

4) 제3자에 대한 압수 수색에 있어서 피의자와 제3자 사이에 아무런 업무 관련성이 없는 경우와 사용자·고용주 혹은 직장 상사·부하 등 밀접한 업무 관련성이 인정되는 경우를 구분할 필요가 있다. 또한 압수 수색의

대상인 제3자가 그 물건의 소유자인지 단순한 보관자에 불과한지에 대한 구체적 판단도 필요하다. 압수 수색의 장소가 개인의 사생활이 인정되는 내밀한 공간인지 아니면 다수인이 왕래하는 공개된 공간인지 여부도 중요하다. 따라서 영장에 기재되지 아니한 제3자에 대하여 압수 수색이 이루어졌다는 이유만으로 이를 통해 수집한 증거물의 증거능력을 일괄적으로 부정하기 보다는 여러 요소들을 종합적으로 판단하여 적법절차의 본질적인 부분을 침해하였는지 여부를 판단해야 할 것이다.

5) 별건 압수 수색은 허용되지 않지만, 구체적 판단에서는 최초 발부받은 영장에 기재된 범죄사실과 기소된 범죄사실의 경중, 주 압수대상물과 함께 압수한 증거물의 종류 및 가치, 수사의 진행과정 등을 종합적으로 고려하여 위법한 별건압수 수색인지 여부를 가려야 할 것이다.

6) 압수 수색영장조차 제시하지 않고 이루어진 압수 수색에 의한 증거물의 증거능력을 인정할 수 없다. 다만 실무상으로는 압수 수색영장을 제시받았는지 여부가 다투어질 경우 당사자들의 진술이 서로 엇갈리고 이를 객관적으로 판단하는 데 애로가 있으므로 영장의 제시를 받았다는 피처분자의 서명을 받는 등의 방법으로 이를 확인할 수 있는 방안을 강구할 필요가 있다.

7) 압수 수색사실의 사전통지는 피의자 또는 변호인이 참여하지 않는다는 의사를 명시한 때 또는 급속을 요하는 때에는 예외로 할 수 있고, 사전통지가 압수물의 은닉·인멸·훼손의 위험을 초래할 수 있다는 점에서 급속을 요하는 때의 범위는 합리적으로 해석할 필요가 있다.

8) 압수목록교부규정의 취지는 압수 수색에 대한 사후 통제다. 수사 및 공판과정에서 압수물이 존재하지 아니하였다거나 형상이 변경되었다고 다투어지는 경우에 대해서, 압수목록의 작성하자나 교부지연 등이 압수물의 증거능력 유무에 어떤 영향을 미치는지 합리적으로 판단해야 할 것이다.

9) 범죄현장에서 압수 수색을 하거나, 체포된 자에 대하여 긴급 압수·수색을 한 후 지체 없이 혹은 기한 내에 사후 영장을 청구하였는데, 법원이 이를 기각한 경우에는 일차적으로 압수 수색 영장의 기각사유가 형식적 기재사항의 위반인지, 범죄현장요건이나 체포요건의 흠결인지를 살펴보고 증거능력배제여부를 판단해야 한다.

10) 임의제출 형식에 의한 압수는 수사기관으로 하여금 압수 수색에 따르는 여러 법률적 제약이나 불편을 회피하는 수단으로 흔히 사용되고 있는 것이 현실이다. 동의의 범위를 넘은 압수 수색이 이루어진 경우 원칙적으로는 위법하다. 다만 구체적 사안에 따라 동의의 범위를 넘어선 압수 수색으로 볼 수 있는지의 여부는 신중한 판단을 요한다.

6. 적법절차이념과 실체적 진실의 발견목표의 합리적 조화

"극단의 정의는 극단의 손상이다 (summum ius, summa iniuria)"

위법수집증거배제법칙은 형사절차에서 효과적 범죄통제의 가치와 적법절차의 존중이라는 가치가 맞부딪히는 논쟁적 주제다. 때문에 어느 나라에서나 많은 논쟁을 불러왔다. 물론 이러한 고민들과 논쟁들이 지향하는 바는 적법절차이념과 실체적 진실발견 양 가치를 현실속에서 합리적으로 조화롭게 실현하는데 있다. 실체적 진실발견을 통한 범죄자 소추와 적법절차의 실현을 통한 인권보호 모두 형사사법이 지향하는 정의의 핵심적 내용이지만, 하나의 가치를 절대적으로 실현하려는 것은 곧 정의를 훼손하는 결과를 낳게 될 것이다.

첫째, 위법수집증거배제법칙은 논리적인 이유가 아니라 그 필요성과 정당성을 뒷받침하는 현실상황적 요청에서 나온 정책적 결단의 산물이다.[345] 따라서 절차적 정의를 희생해 가면서까지 실체적 진실을 발견할 것을 요구하여서도 안 되지만, 절차적 정의를 지나치게 세세하고 엄격하게 강조하

345) 차용석, 앞의 책, 116면.

여 실체적 진실발견을 포기하는 것 역시 현실을 무시한 것으로 바람직하지 않다.

둘째, 형사소송이 목표하는 실체적 진실은 객관적으로 존재하므로 발견되어야 하는 실체라기보다는 적법절차의 이념을 비롯한 헌법적 요청을 존중하는 가운데 절차적으로 구성되는 대상이라 보아야 할 것이다. 그러므로 절차규정을 무시한 채 추구된 진실은 실체적 진실로부터 거리가 멀다. 이러한 전제로부터 위법수집증거배제법칙의 실천적 의미범위와 정책적 판단기준을 도출해야 할 것이다.

개정 형사소송법 제308조의 2 위법수집증거 배제규정 및 2007년 대법원 전원합의체 판결은 향후 압수 수색을 비롯한 기존의 수사 환경에 커다란 변화를 가져올 것이다. 성질형상 불변이론에 의해 압수물의 증거능력을 판단하던 시절과는 단절을 선언해야 할 상황이다. 수사기관은 이제까지의 압수 수색절차 전반에 걸친 실무관행을 되돌아보고 문제점을 검토하는 노력을, 법원은 위법수집증거배제법칙의 실천적 의미범위와 정책적 판단기준을 구체적으로 제시하기 위한 노력을 기울여야 한다. 그럼으로써 위법수집증거배제법칙을 통해 위법수사를 방지억제한다는 취지는 위법수사의 최대한의 억제가 아닌 합당한 억제('maximum deterrence, but optimal deterrence')[346]의 형태로 실현될 수 있을 것이다.

346) Steven Penney, Taking Deterrence Seriously: Excluding Unconstitutionally Obtained Evidence Under Section 24(2) of the Charter, McGill Law Journal, Vol. 49, No. 1, January 2004, 105-114면

참고문헌

[국내문헌]

강구진, 형사소송법원론, 학연사, 1982.

김기준, 체포 또는 구속에 수반되지 않은 긴급 압수·수색·검증, 서울대 석사학위논문, 2005.

대검찰청, 형사소송법개정안공청회 - 국민을 위한 바람직한 형사사법절차의 모색, 2005.

방희선, 개편안의 문제점, 공판중심주의확립을 위한 형사소송법개정안 공청회 자료집, 2005년 6월24일, 사법제도개혁추진위원회.

배종대·이상돈, 형사소송법, 홍문사, 2001.

백형구, 형사소송법강의, 박영사, 2000.

법원행정처, 법원실무제요-형사(II), 2008.

법원행정처, 형사소송법 개정법률 해설, 2007.

사법연수원, 형사증거법, 2004.

신동운, 형사소송법, 법문사, 1993.

신양균, 형사소송법, 법문사, 2004.

신현주, 형사소송법, 박영사, 2002.

안성수, 위법수집증거 배제원칙, 법률신문, 2007. 10. 1. 제3590호.

_____, 각국의 위법수집증거배제법칙과 우리법상 수용방안, 저스티스 96호, 2007년 2월.

오영근·박미숙, 위법수집증거배제법칙에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1995.

이완규, 개정형사소송법의 쟁점, 탐구사, 2007.

이재상, 신형사소송법, 박영사, 2006.

임동규, 형사소송법, 법문사, 2003.
장윤석, 위법수집자백의 증거배제에 관한 연구, 한양대학교 박사학위논문, 1992.
전주혜, 위법수집증거물의 증거능력, 형사판례연구 제16집, 2008.
정영석・이형국, 형사소송법, 1997.
조 국, '압수・수색의 합법성기준 재검토', 비교형사법연구 제5권 제2호, 2003.
_____, 위법수집증거배제법칙, 박영사, 2005.
차용석, 형사증거법, 한국사법행정학회, 1988.
천진호, 형사소송법개정안과 공판중심주의의 올바른 자리매김, 공판중심주의확립을 위한 형사소송법개정안 공청회 자료집, 2005년 6월 24일, 사법제도개혁추진위원회.

[외국문헌]

Amar, A.D.,The Rookie Year of The Roberts Court & a Look Ahead, 34 Pepp. L. Rev., 2007
Barnett, R.E., Resolving the Dilemma of the Ecclusionary Rule: An Application of Restitutive Principles of Justice, 32 Emory L.J. 1983
Beluke, W., Strafprozessrecht, 7.Aufl.2004
Calabresi, G., The Exclusionary Rule, 26 Harv. J.L. & Pol'y, 2002
Carmen, Rolando v. del, Criminal Procedure(6th edition), Tomson wadsworth, 2004
Colb, S.F., What Is a Search? Two Conceptual Flaws in Fourth Amendment Doctrine and Some Hints of a Remedy, 55 Stan. L. Rev., 2002
Davies, S.L., Some Reflections on the Implications of HUDSON V. MICHIGAN For the Law of Confessions, 39 Tex. Tech L. Rev.,2007
Davies, T., A Hard Look at What We Know (and Still Need to Learn) About the "Costs" of the Exclusionary Rule: The NIJ Study and Other Studies of "Lost" Arrests, 1983
Doak, J. & C.McGourlay, Criminal Evidence in Context, 2005
Dripps,D., "The case for the contingent exclusionary rule", 38 Am. Crim. L. R., 2001
Kerr,O.S., Four Models of Fourth Amendment Protection, 60 Stan. L. Rev.,2007
Lafave et al, Criminal Procedure 4th. Ed., Thomson/West, 2004
Levenson, Federal rules of Criminal Procedure, 2nd Ed. Thomson/West, 2006
Murphy,P. Evidence, 10th ed. OUP, 2008
Orfield, M.W. Jr., Deterrence, Perjury, and the Heater Factor: An Exclusionary Rule in the Chicago Criminal Courts, 63 U. COLO. L. REV. 1992
Penney,S. Taking Deterrence Seriously: Excluding Unconstitutionally Obtained Evidence Under Section 24(2) of the Charter, McGill Law Journal, Vol. 49, No. 1, January 2004
Pfeiffer,G., StPO Kommentar, 5.Aufl. 2005
Powe,L.A., The Warren Court and American Politics, 2000
Roberts,P. & A.Zuckerman, Criminal Evidence, 2004
Silas J. Wasserstrom & Louis Michael Seidman, The Fourth

Amendment as Constitutional Theory, 77 Goe. L. J., 1988

Slobogin,C., Why Liberals should chuck the exclusionary rule, 1999 U.Ill. L. Rev., 1999

Stewart,P., The road to Mapp v. Ohio and beyond; the origins, development and future of the exclusionary rule in search and seizure cases, 83 Colum. L. Rev., 1983

Stuntz, W.J., The Virtues and Vices of The Exclusionary Rule, 20 Harv. J.L. & Pub. Pol'y, 1997

Thomas U. Gardner & Terry M Anderson, Criminal Evidence, 6th edition, Tomson wadsworth, 2006

Wilkins,R.G., Defining the "Reasonable Expectation of Privacy": An Emerging Tripartite Analysis, 40 Vand. L. Rev., 1987

藤永辛治/河上和雄/中山善房, 大 コンメンタール 刑事訴訟法 第2卷, 青林書院, 1994

三井誠/酒券恒, 신동운 역, 입문 일본형사소송법, 법문사, 2002

Summary

Exclusion of Illegally Obtained Evidence in Search-and-Seizure

Kim, Han-Kyun*
Kwon, Soon-Chul**
Lee, Sung-Han***

This research aims to study evidence rules on the admissibility of illegally obtained evidence, especially in search and seizure. Exclusionary rule requires the courts to exclude all evidence that is seized in the course of unconstitutional and illegal search of person and properties. Its purpose is to deter any illegal investigation by the police and prosecutors.

Firstly, this research overviews academic debates and case laws on the exclusion of illegally obtained evidence in the US, UK, Germany, Japan, Canada and Korea.

Secondly, the development of exclusionary rule in the US is analysed. This is followed by the review of the Supreme Court ruling in 2007 on the case of illegally obtained evidence in search and seizure in 2006.

* Researcher, Korean Institute of Criminology.
** Public Prosecutor
*** Public Prosecutor

In Its full bench decision, the Supreme Court reversed its position by deciding that all forms of illegally obtained evidence are, in principle, inadmissible. However, the court may have discretion to allow such evidence that obtained without breach of substantive elements of due process, considering all relevant circumstances. When the exclusion of evidence would bring injustice in criminal justice, the court may also exercise its discretion.

Lastly, it analyses the meaning and limits of newly introduced §308-2 of the Korean Criminal Procedure Code. This provision codifies the exclusionary rule, so that evidence, which is not obtained by the due process, is not admissible. To realize this rule in practice, principles and exceptions in applying the rule should be provided more in detail.

[연구진 약력]

김 한 균

고려대학교 법학과 졸업
고려대학교 대학원, 영국 케임브리지대학교 형사정책대학원 졸업
영국 케임브리지대학교 박사과정 수료
현 한국형사정책연구원 전문연구원

저서 형사소송법 개정에 따른 형사부업무 부담에 관한 연구 (공저, 대검찰청, 2007)
한국의 범죄현상과 형사정책 (공저, 한국형사정책연구원, 2007)
성범죄재범방지정책으로서 미국의 성폭력범죄자 수용치료사법처분 (법무부, 2007)
참여재판에서 배심원에 대한 법관의 역할 (공저, 사개추위, 2006)
성폭력범죄양형분석 및 재범방지방안 (공저, 법무연수원, 2006) 외 다수.

권 순 철

고려대학교 법학과 졸업
사법연수원 25기 수료
(전) 대검찰청 부부장검사

이 승 한

고려대학교 법학과 졸업
사법연수원 23기 수료
(전) 광주지방검찰청 부장검사

연구총서 07-23

압수수색과 위법수집증거배제법칙에 관한 연구

발 행	2008년 3월 일
발행인	박 상 기
발행처	한국형사정책연구원 서울시 서초구 우면동 142 전화 : (02) 575 - 5282/ 9
등 록	1990. 3. 20. 제 21 - 143호
인 쇄	성민기업 (02) 571 - 5700

보고서 내용의 무단복제를 금함

구독문의 : 출판실 (02) 571-0363

< 정가 7,000원 >

ISBN 978-89-7366-716-1