



### 저작자표시-변경금지 2.0 대한민국

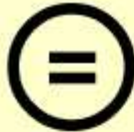
이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.
- 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



**저작자표시.** 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



**변경금지.** 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

**저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.**

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

2008年 8月  
碩士學位論文

違法蒐集證據排除法則의 適用範圍에  
관한 研究

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

金 兌 恩

違法蒐集證據排除法則의 適用範圍에  
관한 研究

*A Study on the Scope of Application of Exclusionary  
Rule of the Illegally Obtained Evidence*

2008 年 8 月 日

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

金 兌 恩

違法蒐集證據排除法則의 適用範圍에  
관한 研究

指導教授 金 鍾 九

이 論文을 碩士學位 申請論文으로 提出함

2008 年 4 月 日

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

金 兌 恩

# 金兌恩의 碩士學位論文을 認准함

委員長 朝鮮大學校 教授 印

委員 朝鮮大學校 教授 印

委員 朝鮮大學校 教授 印

2008 年 5 月 日

朝鮮大學校 大學院

# 目 次

## ABSTRACT

제 1 장 序 論 .....	1
제1절 研究의 目的 .....	1
제2절 研究의 範圍와 方法 .....	2
제 2 장 違法蒐集證據排除法則의 一般理論 .....	4
제1절 實體眞實主義와 適法節次의 原則 .....	4
I. 實體眞實主義 .....	4
II. 適法節次의 原則 .....	5
III. 實體眞實主義와 適法節次의 原則의 調和 .....	8
제2절 違法蒐集證據排除法則의 根據 .....	9
I. 違法蒐集證據排除法則의 意義와 必要性 .....	9
II. 違法蒐集證據排除法則의 根據 .....	10
III. 違法搜查의 規制方案 .....	13
제3절 違法蒐集證據排除法則의 立法例 .....	16
I. 英美法系 .....	16
II. 大陸法系 .....	19

제4절	違法蒐集證據排除法則의 關聯問題	22
I.	違法蒐集證據排除法則과 自白排除法則의 關係	22
II.	毒樹果實의 理論	27
제5절	違法蒐集證據排除法則의 贊反論 및 導入過程	32
I.	違法蒐集證據排除法則의 否定論	32
II.	違法蒐集證據排除法則의 肯定論	33
III.	違法蒐集證據排除法則의 導入過程	34
IV.	刑事訴訟法 제308조의2 違法蒐集證據排除法則의 問題點	44

### 제 3 장 搜查機關이 蒐集한 證據와 違法蒐集證據排除法則 … 47

제1절	違法蒐集證據排除法則과 令狀主義	47
I.	適法節次原則과 令狀主義	47
II.	強制搜查와 令狀主義	48
제2절	非陳述證據와 違法蒐集證據排除法則	55
I.	搜查機關의 秘密錄音과 違法蒐集證據排除法則	55
II.	搜查機關의 秘密錄畫 및 撮影과 違法蒐集證據排除法則	61
제3절	陳述證據와 違法蒐集證據排除法則	65
I.	陳述調書와 證據能力	66
II.	거짓말탐지기 檢査結果의 證據能力	68

### 제 4 장 私人이 蒐集한 證據와 違法蒐集證據排除法則 …… 72

제1절 違法蒐集證據排除法則과 對私人的 效力 .....	72
제2절 私人이 違法하게 蒐集한 證據의 證據能力 .....	73
I. 私人에 의하여 證據蒐集의 許容 問題 .....	73
II. 私人에 의한 證據蒐集의 違法性 問題 .....	74
III. 私人이 蒐集한 證據의 證據能力 問題 .....	75
제3절 私人이 違法하게 蒐集한 證據의 類型別 檢討 .....	82
I. 私人이 違法하게 蒐集한 寫眞의 證據能力 .....	83
II. 私人이 違法하게 蒐集한 비디오테이프의 證據能力 .....	86
III. 私人이 違法하게 蒐集한 녹음테이프의 證據能力 .....	88
IV. 小 結 .....	91
<b>제 5 장 結 論 .....</b>	<b>93</b>
參 考 文 獻 .....	97



## *ABSTRACT*

### A Study on the Scope of Application of Exclusionary Rule of the Illegally Obtained Evidence

Kim, Tae Eun

Advisor : Prof. Kim, Jong Goo, Ph.D.

Department of Law

Graduate School of Chosun University

Scientific development and mechanical technology of contemporary society has brought much change in the Criminal Evidence Law along with our daily living. Thus, criminal investigation needs effective investigational methods and as science develops, efficient ways to collect evidences that was impossible with existing investigational methods have been developed. In particular, as plans of crimes that are progressed in secret can be found and secured as their evidences, effective legal execution becomes possible based on the evidences. However, such legal execution may cause serious infringement to basic rights such as the personal right or the right to maintain privacy.

Therefore, public interest of crime prevention and private interest of privacy protection need comparative consideration as opposite interests. In criminal investigation of democratic countries that consider guaranty of basic rights as a supreme value, human rights of innocent people as well as suspects that may be influenced in the investigational procedure should be secured. Our country has the

secret information protection law to meet the purpose, but there are no regulations on photographing or videotaping.

When the illegally obtained evidence exclusionary rule is applied for this problem, the academic position that negates the admissibility of evidence of illegally collected evidences stands is opposed to the position of affirming the ability. Our Criminal Procedure Law that was revised on July regulates the illegally obtained evidence exclusionary rule in Section 2, Article 308 as follows: "Evidences that are not collected according to legal procedures are not recognized as valid ". With 2008 implementation of the Criminal Procedure Law that was revised in January 2007 ahead, the Supreme Court finally accepted the illegally obtained evidence exclusionary rule. Therefore, this study speculates a method to find substantive truth of the criminal procedure while accepting more legitimate procedure as a constitutional demand in interpreting the meaning of Section 2, Article 308 of the Criminal Procedure Law. First, this study examines general theories of the illegally obtained evidence exclusionary rule and compares the legislation cases of main foreign countries which accepted this law with ours. It present the judging standard of illegally obtained evidence and divides evidences into those which are illegally obtained by investigational agencies and those collected by private sources to study their scope specifically.

As evidence collection both by investigational agencies and private sources is allowed, private collection tends to be gradually increasing. However, even private behaviors that meets the purpose of the Criminal Procedure Law can not be infinitely allowed. For whether the illegally obtained evidence exclusionary rule that was designed to exclude evidences that are illegally obtained can be applied for private sources, its admissibility of evidence should be excluded according to Section 2, Article 308 of the Criminal Procedure Law if the evidences are not

obtained legally. However, it should be more specifically considered according to public and private interests as suggested by the Supreme Court. As it is inevitable to use electronic media under the condition that needs more scientific investigation, specific regulations on the input of electronic media such as recording tapes, videotapes and digital photos should be developed in the form of the Criminal Procedure Law or the Special Law. Using the Section 2, Article 308 of the Criminal Procedure Law that has the property of general law as a chance, we have to develop a special law such as the secret information protection law. To realize our criminal private law with a way that violets the principle of legal procedure, focusing finding of substantive truth, it is suggested that the criminal evidence law should be continuously discussed with a start of the Section 2, Article 308 of the Criminal Procedure Law that specifies the illegally obtained evidence exclusionary rule.

# 제 1 장 序 論

## 제1절 研究의 目的

現代社會의 科學의 발전과 기계문명의 발달은 우리의 日常生活과 함께 더불어 刑事證據法의 영역에 있어서도 많은 변화를 가져오고 있다. 이에 따라 犯罪搜查의 측면에 있어서도 효율적인 搜查方式을 요구하고 있으며, 과학의 발달에 따라 기존의 수사방법으로는 불가능했던 證據蒐集의 방법이 생겨나면서 효율적인 수단이 생겨나게 된 것이다. 특히 隱密하게 진행되는 犯罪에 대해 그 實行計劃을 미리 포착하거나 증거로써 확보할 수 있게 되어, 이러한 증거들을 통해서 효과적인 범집행이 가능하게 되었다. 그러나 이러한 범집행이 때로는 他人의 人格權과 私生活保護權과 같은 基本權에 대한 심각한 침해를 불러일으키기도 한다. 따라서 犯罪防止라는 公益과 個人의 私生活保護라는 私益이 상반된 利益으로써 比較衡量을 요구하게 되었다. 國民의 基本權 保障을 최고의 가치로 여기는 민주주의 국가의 범죄수사에 있어서 수사과정에서 피의자 또는 피고인은 물론 수사를 함에 있어 영향을 받게 되는 일반시민들의 人權까지도 보장되어야 한다. 이러한 目的을 위해 우리나라에서는 通信秘密保護法이 제정되어 있기는 하지만, 사진촬영이나 비디오촬영 등에 대해서는 그 어떠한 규정도 두고 있지 않는 실정이었다.

또한 搜查機關의 증거수집 뿐만 아니라 私인에 의한 증거수집이 가능하게 됨에 따라 犯罪의 被害者 등 私인에 의한 證據蒐集이 점차 증가하고 있는 추세이다. 그러나 수사기관의 증거수집과 마찬가지로 實體的 眞實發見이라는 刑事訴訟法의 目的에 부합하는 私인의 행위라 하더라도 無制限 許容할 수는 없는 일이다. 證據裁判主義에서 말하는 證據라는 概念은 당해 被告事件의 事實認定에 필요한 자료이므로 證據가 發見되었다는 사실 그 자체로서 이미 有罪判決이 내려진 것과 다름없기 때문이다.

이러한 問題에 대하여 違法蒐集證據排除法則을 적용하는데 있어서도 실체적 진실발견을 강조하는 입장으로 위법수집증거배제가 違法搜查의 제재 및 實質的인 豫防을 위한 적절한 방법이 아니라는 견해의 부정론과, 형사사법의 실체적발견도 중요하지만 현

법상의 적법절차의 원칙을 근거로 이 원칙이 인정되는 범위에서만 刑事訴追權을 행사할 수 있고, 공정한 제3자로서의 법원이 판례를 통하여 위법수사에 대한 증거배제법칙을 인정해 나감으로써, 수사기관의 행위준칙이 명백하게 되고 이를 통해 수사기관 뿐만 아니라 그 相對方인 國民에게도 法的 安定性을 제공할 수 있다는 것이라는 긍정론이 대립되고 있었다.

마침내 2007년 6월 違法蒐集證據排除法則의 一般原則을 明文化하는 것이 바람직하다고 보는 긍정론의 견해를 받아들여 刑事訴訟法 第308條의2에 選言的 規定이라고 할 수 있는 條項을 立法化하기에 이르렀다. 이렇게 改定된 형사소송법의 2008년 시행을 앞두고 大法院도 마침내 위법수집증거배제법칙을 수용하게 되었다. 대법원 2007. 11. 15. 선고 2007도3061 전원합의체 판결에 따르면 “위법수사’를 억제하고 재발을 방지하는 가장 효과적이고 확실한 대응책은 이를 통하여 수집한 증거는 물론 이를 기초로 하여 획득한 2차적 증거를 유죄인정의 증거로 삼을 수 없도록 하는 것”이라고 判示하여 위법수집증거배제법칙의 重要性을 強調하고 있다고 할 수 있다.

이에 본 論文의 目的은 새롭게 規定된 刑事訴訟法 第308條의2의 意味를 解釋함에 있어 憲法的 要請인 適法節次를 수용하면서 刑事訴訟의 實體的 眞實發見이 가능한 방법을 좀 더 具體的으로 모색하고, 특히 違法蒐集證據의 判斷基準提示와, 搜查機關이 違法하게 蒐集한 證據와 私人이 違法하게 蒐集한 證據에 대해서 그 適用範圍를 보다 구체적으로 研究하는데 있다고 하겠다.

## 제2절 研究의 範圍와 方法

본 論文은 序論과 結論을 포함하여 총 5장으로 구성되어 있다. 제2장에서는 현실적인 수사기관의 수사관행의 문제점 및 위법수집증거배제법칙이 지니고 있는 형사증거법적 의의와 이 법칙의 적용과정에서 나타나고 있는 실제적 진실주의와 인권보장과의 충돌 문제를 제기하고 그 조화를 모색하고 이 법칙의 근거와 이에 따른 규제방안, 그리고

위법수집증거배제법칙에 관하여 英美法係와 大陸法係를 중심으로 주요 국가의 입법례를 살펴보고 더불어 그에 관련한 문제를 검토한 후, 우리나라의 위법수집증거배제법칙의 찬반론을 통해 도입된 과정을 제시하여 이 법칙의 타당성을 강조하며, 그에 따른 판단기준에 대하여 연구하였다. 제3장에서는 위법수집증거배제법칙의 적용에 있어서 보다 具體的인 範圍를 設定하고자 搜查機關이 수집한 증거와 위법수집증거배제법칙에 대하여, 제4장에서는 私人이 수집한 증거와 위법수집증거배제법칙에 대하여 研究하였다. 마지막으로 제5장에서는 형사소송법 제308조의2에 규정된 위법수집증거배제법칙이 앞으로 어떤 基準點으로 作用하게 될지 앞으로 刑事司法이 나아가야 할 方向을 제시하는 방법으로 결론을 맺었다.

본 論文의 研究方法에 있어서는 문헌연구 및 비교법적인 연구로 하였으며, 위법수집증거배제법칙에 관한 국내의 단행본과 논문 및 외국의 입법례에 관한 서적과 논문, 관련기관이 발간한 각종자료 등을 활용하였다.

## 제 2 장 違法蒐集證據排除法則의 一般理論

### 제1절 實體眞實主義와 適法節次의 原則

#### I. 實體眞實主義

實體眞實主義란 형사사법의 적절한 적용을 위해서는 소송의 실체에 관하여 객관적 진실을 규명하여야 한다는 원리이다. 이는 형사소송이 피고인과 피해자 사이의 법적 분쟁을 해결하기 위한 개인적 관계가 아니라 國家刑罰權의 범위와 한계를 확정하여 형벌권을 실현하는 절차이므로 法院이 사안의 진상을 파악하는 것이 전제가 되어야 한다. 따라서 실체진실의 발견은 刑事訴訟의 最高目標이자 가장 중요한 지도이념이라고 하는 데에는 이견이 없다.<sup>1)</sup> 형사소송법은 실체진실주의의 제도적 장치로서 제295조 법원에 의한 직권증거조사, 제307조 증거재판주의, 제308조 자유심증주의, 제309조 자백 배제법칙, 제310조의 2 전문법칙 등의 증거법칙과 제310조의 자백의 보장법칙 그리고 제420조 이하에서는 상소와 재심에 관한 규정 등을 마련하고 있다.

한편 형사소송은 헌법상의 기본권, 특히 인권을 보장하는 것에 중점을 두고 있다. 적법절차의 보장은 헌법상의 기본권 보장을 위한 필수불가결한 이념이라 할 것이다. 따라서 형사소송의 목적으로서 실체적 진실발견만이 유일한 것은 아니며, 적법절차에 의하여 실현되어야만 하는 것이다. 그러므로 위법한 절차에 의한 실체적 진실발견은 허용될 수 없으며 이에 기하여 얻어진 증거는 위법하게 수집한 증거로써 증거능력을 부정하여야 한다.

또한, 실체진실주의는 소송법적 이익에 우월하는 국가적·사회적·개인적 이익, 즉 초소송법적 이익에 의한 제한을 받는 경우가 있다. 형사소송법 제110조 내지 제112조의 “군사상·공무상 또는 업무상 비밀에 속하는 장소 또는 물건에 대한 압수·수색의

---

1) 이재상, 「신형사소송법」, 박영사, 2008, 23면.

제한”, 형사소송법 제148조와 제149조의 “근친자의 형사책임에 대한 불이익한 사항”과 “공무상·업무상 비밀에 속하는 사항”에 대한 증언거부 등이 여기에 속한다고 하겠다. 근친자 등에 관련한 증언거부권은 가족관계 등 특별하게 밀접한 사회적 관계를 보호하기 위하여 형사처벌의 공익을 후퇴시키는 제도라고 할 수 있다.<sup>2)</sup>

## II. 適法節次의 原則

### 1. 適法節次의 原則의 內容

오늘날의 刑事節次는 國家의 刑罰權의 실현에 있어서 근본적인 공정성을 기하도록 함으로써 국가에 의한 부당한 형벌권행사로부터 국민일반 내지 피의자·피고인의 헌법상 보장된 자유와 권리를 보장하는 절차로 이해하여야 한다. 한편 헌법 제12조 1항에서는 “모든 국민은 …… (중략) …… 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 …… (이하생략)”, 헌법 제12조 3항에서는 “체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라……(이하생략)”이라고 규정하여 형사소송법의 이념으로 적정절차 또는 적법절차의 원칙을 분명히 하고 있다.<sup>3)</sup> 헌법은 적법절차에 대한 구체적 조항으로서 영장주의, 체포·구속적부심사제도, 무죄추정권, 묵비권, 변호인의 도움을 받을 권리, 신속한 공개재판을 받을 권리 및 형사보상청구권 등 형사피고인과 피의자의 기본권을 규정하고 있다.

이와 같은 적법절차의 원칙에 대한 구체적 내용은 다음과 같다.

#### (1) 公正한 裁判의 原則

2) 배종대·이상돈, 「형사소송법」, 홍문사, 2006, 471면.

3) 김재영, “통신비밀보호법상 도청·감청증거의 증거능력: 위법수집증거배제법칙과 관련하여”, 서울시립대 법학박사학위논문, 2008, 90면.



公正한 裁判의 원칙이란 독립된 법관에 의하여 인간의 존엄과 기본적 인권을 존중하며 정의와 공평을 이념으로 하는 재판이 행하여져야 한다는 것을 말한다. 즉 적정절차는 절차의 적정성뿐만 아니라 그 節次의 公正性 까지도 요구한다는 것이다.<sup>4)</sup> 따라서 공정한 재판의 원칙은 재판의 본질적 공정성을 확보하기 위한 법치국가적 기본원칙이다. 공정한 재판의 원칙은 공평한 법원의 구성과 피고인의 방어권보장 그리고 무기평등의 원칙을 그 내용으로 하고 있다.

### (2) 比例性의 原則

比例性의 原則이란 국가형벌권을 위한 강제처분이 소송목적 달성에 있어 적정한가, 이러한 수단이 불가피한 것인가, 그리고 이 수단이 투입됨으로써 피고인에게 미치는 침해정도가 전체적인 균형을 이루고 있는가를 놓고 형사절차 전반에 걸쳐 포괄적으로 검토할 것을 요구한다. 비례성원칙은 구속 등 강제처분의 법적 허용한계를 정하고 명령과 집행에도 한계가 된다.<sup>5)</sup>

### (3) 被告人 保護의 原則

被告人 保護의 原則은 피고인의 방어능력유지가 법원의 보호의무로 구체화되는 것을 뜻한다. 이 원칙으로 인해 법원은 피고인에게 정당한 방어기회의 고지, 소송행위에서의 법적효과를 설명하여야 한다. 이는 피고인에 대한 진술거부권의 고지, 퇴정한 피고인에 대한 증인·감정인 또는 공동피고인의 진술요지의 고지, 증거조사결과에 대한 의견과 증거조사 신청에 대한 고지, 상소에 대한 고지 및 피고인을 구금할 때에 범죄사실의 요지와 변호인을 선임할 수 있음을 고지할 것을 요구하고 있는 것이 피고인에 대한 보호의무에 해당한다.<sup>6)</sup>

---

4) 이재상, 전계서, 28면.

5) 배중대·이상돈, 전계서, 16면.

## 2. 適法節次의 原則과 違法蒐集證據排除法則

2007년 6월에 공포된 新刑事訴訟法은 제308조의2에서 “適法한 節次에 따르지 아니하고 蒐集한 證據는 證據로 할 수 없다”고 규정하여 마침내 위법수집증거배제법칙을 명문화하였다. 현재 우리나라 형사절차에 있어서 위법수사관행이 수사기관 내부의 자체 통제나 여론의 질책뿐만 아니라 제3의 국가기관인 법원까지도 개입하여 척결하지 않으면 안 되는 단계에 와있다는 입법자의 판단이 실정법의 조문으로 표현된 것이라고 할 수 있다.<sup>7)</sup> 형사소송법 제308조의2가 정한 ‘적법한 절차’는 헌법이 규정하고 있는 ‘적법한 절차’와 동일한 의미를 갖는다. 우리 헌법은 적법절차의 원칙을 형사절차의 기본원칙으로 천명하고, 強制搜查에 관하여 이를 재확인하고 있다. 헌법재판소는 적법절차의 원칙을 “공권력에 의한 국민의 생명·자유·재산의 침해는 반드시 합리적이고 정당한 법률에 의거해서 정당한 절차를 밟은 경우에만 유효하다는 원칙”이라고 정의한 바가 있다.<sup>8)</sup> 또한 憲法裁判所는 “우리 헌법은 제12조 제1항 후문에서 ‘적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌 … 을 받지 아니 한다’고 규정하고 있는바, 형사소송절차는 국가의 형벌권을 실현함에 있어서 피고인 등의 기본권 보장을 위한 정당한 절차 즉 근본적인 공정성을 담보하는 절차를 이행하도록 함으로써 국가가 부당하고 자의적으로 형벌권을 행사하는 것으로부터 국민을 보호하기 위한 절차인 것이다.”라고 판시한 바가 있다. 여기에서 주목할 부분은 헌법재판소가 적법절차를 ‘기본권 보장을 위한 정당한 절차 즉 근본적인 공정성을 담보하는 절차’라고 파악하고 있다고 할 수 있다. 형사소송법 제308조의2가 규정한 위법수집증거배제법칙은 헌법에서 근거를 찾을 수 있는 만큼, 만일 헌법과 형사소송법이 규정한 여러 가지 인권보장의 조항들이 위법수집증거배제법칙에 의하여 뒷받침되지 않는다면 그 조항들은 한낱 구두선에 불과하게 될 것이다. 그런데 헌법이 규정하고 있는 적법절차의 원칙은 사소한 절차위반까지 규율대상으로 정해 놓지

6) 이재상, 전제서, 30면.

7) 신동운 「신형사소송법」, 법문사, 2008, 1033면.

8) 헌법재판소 2001. 11. 29. 2001헌바41 결정.

않고 있다. 따라서 문제되는 위법행위라 함은 헌법이 개입되지 않으면 안 될 정도로 가장 기본적인 적법성이 침해될 정도의 실질적인 위법성이 구체화되어 있어야 한다고 본다.<sup>9)</sup>

### Ⅲ. 實體眞實主義와 適法節次의 原則의 調和

형사소송의 이념 내지 그 目的原理인 實體眞實主義, 適法節次와 신속한 재판의 원칙은 규범의 충돌을 일으킬 수 있는 긴장관계에 있는 이념이라 할 수 있다. 형사소송의 최고의 理念은 실체진실의 발견에 있다. 물론 적법절차의 원칙의 원칙도 진실을 발견하기 위한 절차상의 보장이며, 신속한 재판 또한 실체진실을 발견하기 위하여도 요청된다는 의미에서 적법절차와 신속한 재판의 이념은 실체진실주의와 일치한다고 할 수 있다. 그러나 적법절차와 신속한 재판의 이념은 근본적으로 피고인의 기본권을 보장하고 방어권을 보호하는 것을 이념으로 하는 원리라는 점에서 그것은 실체진실주의와 대립되지 않을 수 없다. 즉 실체진실주의를 추구하면 적법절차와 신속한 재판의 이념은 후퇴하게 되고, 반대로 적법절차와 신속한 재판을 강조하면 실체진실의 발견이 제한되지 않을 수 없다. 이러한 형사소송의 모순된 두 가지 원리를 어떻게 조화할 것인가는 형사소송법의 기본원리를 결정하는 중요한 의미를 가진다. 그러나 적법절차와 신속한 재판의 원칙은 형사소송에 있어서 인간의 존엄과 가치를 존중하고 기본적 인권을 보장하며 법치주의를 실현할 수 있게 하는 기본이념으로 보는 것이 타당하며, 이러한 의미에서 그것은 단순히 실체적 진실을 발견하기 위한 수단에 그치는 것이 아니라 실체진실주의와 함께 형사소송의 목적원리로 기능하는 것이라고 파악해야 할 것이다.

유죄자필벌의 실체진실주의는 소송법에 내재하는 목적이므로 헌법의 직접적인 요청으로서의 적법절차의 원리에 의한 제한을 받아야 한다. 따라서 형사소송법학에 있어서 적법절차의 원리에 기초한 형사소추의 효율성이 적절하게 조화되어야 하며 이 점에서 형사소송의 목적은 적법절차의 원칙에 의한 실체적 진실발견을 추구하는 것이다. 이로

---

9) 신동운, 전계서, 1034면.

써 형사소송법학의 방향은 우리 헌법이 명시한 적법절차의 원칙과 형사절차상의 피의자 被告人의 人權을 보장·강화하는 방향으로 전개되어야 할 것이다.<sup>10)</sup>

## 제2절 違法蒐集證據排除法則의 根據

### I. 違法蒐集證據排除法則의 意義와 必要性

違法蒐集證據排除法則이란 違法的 節次에 의하여 蒐集된 증거, 즉 위법수집증거 (illegally obtained evidence, improperly obtained evidence)의 증거능력을 부정하는 법칙을 말한다.<sup>11)</sup> 위법수사에 의하여 획득한 제1차적 증거와 그 증거를 계기로 취득한 부수적 증거들을 유죄인정의 증거로 삼을 수 없도록 하자는 것이다. 위법수집증거배제법칙이 주장되는 배경에는 수사기관의 행동결정에 대한 경험적 분석이 자리 잡고 있다. 一般的인 經驗에 의할 때 수사기관이 위법수사를 행하는 데 있어서 私的인 이유가 작용하는 일은 적다. 搜查機關은 犯人の 유죄입증을 위해 증거수집의 목적으로 위법수사를 행하는 일이 많다. 위법수집증거배제법칙을 주장하는 사람들은 이러한 경험적 사실에 주목한다. 그리하여 위법수사로 인한 증거의 증거능력을 전면적으로 부인함으로써 수사기관의 위법수사에 대한 동기형성을 처음부터 차단하자고 주장한다.<sup>12)</sup>

위법수집증거배제법칙을 인정할 것인가는 證據法의 분야에서 法治國家原理와 형사소추의 효율성의 이념이 다른 어느 부분보다 정면으로 충돌하고 있는 분야이다. 위법한 절차에 의하여 수집된 非陳述證據인 증거물의 증거능력을 인정할 것인가에 관하여 미국에서는 1914년의 Weeks판결이 연방법을 위반하여 위법하게 압수된 증거물의 증거능력을 부정하였으며,<sup>13)</sup> 1961년의 Mapp판결이<sup>14)</sup> "미수정 헌법 제4조의 privacy의 권

10) 조국, "헌법적 형사소송의 관점에서 본 형사절차상의 권리 및 제도 보장", 「사회과학논집 제10권 제1호」, 울산대학교, 2000, 316면.

11) 이재상, 전게서, 540면.

12) 신동운, 전게서, 1030면.

13) Weeks v. U. S. 232 U. S. 383(1914).

리는 제14조의 due process조항의 본질적 내용을 이루므로 위법수집증거배제법칙은 주에도 적용된다”고 판시함으로써 이 원칙은 미국 증거법상 절대적인 원칙으로서 자리잡게 되었다고 할 수 있다.

우리나라에도 違法搜查의 억제와 관련한 위법한 수사활동을 억제하기 위한 수단이 없었던 것은 아니다. 문제는 이러한 方案들이 과연 효과적인가 하는 점에 의문이 제기되고 있었고, 특히 수사기관에 의한 증거수집활동은 被疑者의 基本權을 침해할 가능성이 매우 크다는 것으로 미루어 볼 때, 위법수집증거배제법칙이 明文化 되어야 할 필요성이 있다.<sup>15)</sup> 2007년 新刑事訴訟法은 그동안 학계에서 강력히 주장되어 오던 위법수집증거배제법칙을 마침내 실정법의 차원에서 명문화하였다. 형사소송법 제308조의2는 “적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다”고 규정하고 있다. 여기에서 ‘證據로 할 수 없다’함은 有罪의 證據로 使用할 수 있는 能力, 즉 증거능력을 배제한다는 의미라고 하겠다. 대상이 되는 증거는 증거물과 진술증거를 모두 포함하며, 위법수사의 판단은 ‘適法한 節次’ 여부에 달려있다. 이 적법절차의 요건은 헌법 제12조 제1항과 제3항에서 사용되고 있는 요건을 그대로 옮겨온 것이다.<sup>16)</sup>

2007년 신형사소송법의 시행을 앞두고 大法院도 마침내 위법수집증거배제법칙을 수용하기에 이르렀다. 대법원은 “‘위법수사’를 억제하고 재발을 방지하는 가장 효과적이고 확실한 대응책은 이를 통하여 수집한 증거는 물론 이를 기초로 하여 획득한 2차적 증거를 유죄인정의 증거로 삼을 수 없도록 하는 것”이라고 판시하여 위법수집증거배제법칙의 중요성을 강조하고 있다.<sup>17)</sup>

## II. 違法蒐集證據排除法則의 根據

14) Mapp v. Ohio 367 U. S. 643(1961).

15) 이용식, “위법수집증거배제법칙에 관한 소고 - 입법론의 제언을 위한 시론적 검토-”, 「절차적 정의와 법의 지배, 서울대학교 법학연구소 MS법의지배센터 연구시리즈 2003-1」, 박영사, 227면.

16) 신동운, 전게서, 196면.

17) 대법원 2007. 11. 15. 선고 2007도3061 전원합의체판결.

## 1. 實定法的 根據

위법수집증거배제법칙이 국내 학설에 의해서도 대체로 인정되고 있지만 그렇다고 비판이 없었던 것은 아니다. 부정설은 그 근거의 하나로 법적 근거의 부재를 들고 있었다. 현행 헌법 및 형사소송법에 명문으로 규정되어 있는 자백배제법칙이나, 사법경찰관 작성의 被疑者訊問調書의 경우를 제외하고는 형사소송법상 위법수집증거배제의 일반원칙이 명시되어 있지 않으므로 위법수집증거의 증거능력을 排除할 근거가 없다고 한다. 이에 대하여 이러한 비판은 타당하지 않으며 현행 헌법과 형사소송법상의 개별규정으로부터 위법수집증거배제법칙의 근거를 구할 수 있다는 견해가 있다.<sup>18)</sup> 즉 헌법 제12조 1항의 적법절차원칙과 강제수사에 관한 일반조항(헌법 제12조 3항) 등에 그 바탕을 둔 소송법 해석의 기본원칙과 형사소송법상의 제 규정이 실정법상 근거가 된다고 한다. 사실 부분적으로는 실정법에 명문화가 되어 있다고 할 수 있다.<sup>19)</sup> 그러나 헌법 제12조가 그것이 침해된 경우에 대한 효과를 직접적으로 규정하고 있지 아니하므로 이로부터 직접 증거능력의 부정이라는 효과를 이끌어 낼 수는 없을 것 같다.<sup>20)</sup> 따라서 위법수집증거배제법칙의 일반원칙을 명문화하는 것이 바람직하다고 보는 일반적인 견해를 받아들여 2007년 형사소송법 제308조의2에 선언적 규정이라고 할 수 있는 조항을 입법화하기에 이르렀다.

## 2. 理論的 根據

18) 박미숙, “ 위법수집증거배제법칙에 관한 연구”, 한국형사정책연구원, 1995. 61면.

19) 배종대·이상돈, 전거서, 531면; 예컨대, 헌법 제12조 7항 전단과 형사소송법 제309조는 진술증거인 자백에 대해 “피고인의 자백이 고문, 폭행, 협박, 신체구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타 방법으로 임의로 진술된 것이 아니라고 의심할 만한 이유가 있는 때에는 이를 유죄의 증거로 하지 못한다”고 규정하고 있다. 그리고 견해에 따라서는 전문증거의 증거능력 인정요건으로 원진술의 임의성을 요구하는 제317조도 위법수집증거배제법칙을 제도화한 것으로 이해할 수 있다. 그 밖에 불법검열에 의해 취득한 내용을 증거로 사용할 수 없다고 명시한 통신비밀보호법 제4조도 그 근거가 될 수 있다.

20) 이용석, 전거논문, 241면.

위법수집증거배제법칙의 이론적 근거로는 제2장 제1절에서 서술했던 適法節次의 保障과 더불어 違法搜查의 抑止라는 두 가지로 보는 것이 일반적인 견해이다. 전자는 협의의 理論的 근거로 들고 있고, 후자는 政策的 근거로 설명하는 것이 학계의 일치된 견해라고 할 수 있다.<sup>21)</sup>

#### (1) 適法節次의 保障

실체적 진실의 발견은 적정한 절차에서 행하여질 것을 요하므로, 헌법상 허용할 수 없는 절차에 의하여 수집된 증거에 대하여는 진실발견을 위한 자격을 박탈하는 것이 당연하며, 법을 지켜야 할 수사기관이 국민의 기본적 인권을 침해하고 위법하게 수집한 증거를 허용하는 것은 법원이 위법행위에 가담하는 것과 같은 결과가 되어 사법의 연결성을 해하게 된다.<sup>22)</sup>

#### (2) 違法搜查의 抑止

위법수집증거의 배제는 위법수사를 防止·抑制하기 위한 가장 유효한 방법이라는 점에 그 정책적 근거가 있다. 그런데 수사기관의 위법한 증거수집활동을 억지하기 위하여 위법한 활동을 한 자에 대하여 刑事責任이나 不法行爲責任, 나아가 國家賠償責任 등을 묻는 제도가 마련되어 있기는 하다. 그러나 현실적으로 이러한 제도들은 불충분하거나 그 실효성이 의심스럽다. 한편 위법수집증거배제법칙의 억제력에 대하여는 현재 미국에서도 의문이 제기되고 있다. 즉 이 법칙은 선의의 수사관의 수사행위에 대하여는 억제력을 가질 수 없고, 공소제기와 결합된 수사행위에 대하여도 억제력을 인정할 실증적 자료가 없다는 것이다.<sup>23)</sup> 그러나 위법한 절차에 의하여 수집한 증거는 위법

---

21) 이재상, 전게서, 544면. 이에 대하여 위법수집증거를 사용하는 경우에 비하여 명백한 죄인을 증거수집의 기술을 이유로 무죄판결하는 것이 사법에 대한 국민의 신뢰를 더욱 침해한다는 점에 비추어 위법수집증거배제법칙의 근거는 정책적인 점에 중점을 두어야 한다는 비판이 제기되고 있다고 한다.

22) 이재상, 상게서, 544면.

수사의 억지라고 하는 정책적인 이유에서도 배제되어야 한다는 것은 고문에 의한 자백이 그 진실성 여부에도 불구하고 증거능력이 부정되는 것과 동일한 이론구성이다. 즉 고문의 억지라는 관점에서 고문에 의한 자백의 증거능력을 부정하는 것과 마찬가지로 영장주의에 반하는 위법수사를 억지하기 위해서 그로부터 수집한 압수물의 증거능력을 부정하는 것이 타당하다.<sup>24)</sup>

### Ⅲ. 違法搜查의 規制方案

#### 1. 違法搜查 規制의 必要性

권위주의 체제가 종료하고 정치적 민주화가 이루어졌으나, 최근까지도 우리 형사사법 체제가 민주화 되었다고 자신 있게 말할 수 있는 사람은 학계에서나 실무계에서나 많지 않을 것이다. 2000년 경찰관이 마약 판매 혐의자를 야산으로 끌고 가 미리 파 놓은 옹덩이에 집어넣고 생매장하겠다고 위협하고, 두 팔과 두 다리 사이에 막대기를 끼워 조르는, 이른바 ‘날개 쥐기’를 하였다가 중징계를 받은 사건<sup>25)</sup>, 그리고 2002년 서울지검 특별조사실에서 살인혐의로 수사를 받던 피의자가 검찰수사관의 暴行과 물고문 등 가혹행위로 사망한 사건<sup>26)</sup>, 2003년 절도피의자를 徹夜訊問하면서 발바닥과 뺨을 때리고 허위자백을 받은 사건<sup>27)</sup> 등은 우리나라의 수사현실을 새삼 확인시켜 주고 있다. 한편 2002년 국가인권위원회는 강도혐의로 緊急逮捕된 피의자가 연행과정에서 주먹으로 얼굴과 옆구리 등을 구타당하고, 조사과정에서 곤봉으로 다리 사이를 끼워 누르는 등 심한 고문을 이겨내지 못하고 허위자백을 하였다는 진정사건<sup>28)</sup>을 확인하고 검찰에 수사

23) LaFave/Israel, Criminal Procedure, 3rd ed. 2000, 115면.

24) 박미숙, 전제논문, 64면.

25) 「동아일보」 2000. 5. 16.; 「조선일보」 2000. 5. 19.; 「한겨레」 2000. 5. 16, 2000. 5. 19.

26) 「동아일보」 2002. 11. 1.; 「조선일보」 2002. 11. 1.; 「한겨레」 2002. 11. 1.

27) 「한겨레」 2003. 9. 18.

28) 「연합뉴스」, 2002. 11. 22.



개시를 의뢰한 바 있다.<sup>29)</sup>

憲法은 국가기관에는 적정절차의 원칙을 따를 것을 요구하면서, 刑事被疑者·被告人에게는 無罪推定權을 부여함과 동시에 매우 상세하게 刑事被疑者·被告人의 형사절차상의 人權을 規定하고 있다. 이러한 헌법정신은 형사소송법 등의 下位法律에 반영되어 不審檢問, 逮捕·拘束, 押收·搜索·檢證, 通信監聽, 被疑者訊問 등에 관한 각종의 요건이 條文化 되어 있다. 搜查機關의 수사활동이 법률이 규정한 요건을 충족하지 못한다면 위법수사가 되는 것이다. 수사기관의 위법수사는 법적으로 여러 가지 효과를 발생시키기 때문에 그와 관련하여 각종 규제방법들이 강구되어야만 할 것이다. 법적 규제방안이 마련되지 아니한 강제수사규정은 단순히 수사기관에 대한 수권규정이나 훈시규정으로 전락하여 시민의 人權을 보장하려는 본래의 기능을 상실하게 될 것이기 때문이다.<sup>30)</sup>

## 2. 違法搜查에 대한 規制方案의 種類

### (1) 違法搜查에 대한 公務執行妨害罪와 正當防衛

수사기관의 위법수사에 대하여는 여러 가지 형태의 規制方法이 가능하다. 첫 번째로 생각할 수 있는 것은 逮捕·拘束·押收·搜索 등과 같은 搜查上 強制處分에 대하여 물리적으로 저항하는 방법이다. 이 경우에는 형법상 公務집행방해죄 또는 상해죄 등의 성립이 문제되는데 특히 公務집행방해죄의 성립요건인 公務집행의 적법성과 관련하여 위법수사의 성립여부와 그 법적 효과가 형법 제20조의 正當防衛와 관련되어 있는 부분 또한 논의되고 있다.<sup>31)</sup>

29) 조국, 「위법수집증거배제법칙」, 박영사, 2005, 1-2면.

30) 신동운, 전게서, 194면.

31) 신동운, 상게서, 195면; 위법수사에 대한 물리적 저항의 문제는 수사의 상대방인 시민을 고찰대상으로 놓고 그에게 가해지는 公務집행방해죄의 성립여부를 논하는 점에서 매우 소극적이고 부차적인 측면을 가지며, 수사상 강제처분에 대한 형사소송법의 법리와 관련하여 그동안 우리 판례에 의하여 구

대법원<sup>32)</sup>은 “현행범인으로서의 요건을 갖추고 있었다고 인정되지 않는 상황에서 경찰관들이 동행을 거부하는 자를 체포하거나 강제로 연행하려고 하였다면, 이는 적법한 공무집행이라고 볼 수 없고, 그 체포를 면하려고 반항하는 과정에서 경찰관에게 상해를 가한 것은 不法逮捕로 인한 신체에 대한 현재의 부당한 침해에서 벗어나기 위한 행위로써 정당방위에 해당하여 위법성이 조각된다”고 판시한 바 있다.

## (2) 違法搜查에 대한 積極的 規制方案

이에 대하여 위법수사에 대한 적극적 규제방법으로 각종의 법률적 장치를 검토할 필요가 있다. 위법수사에 대한 적극적 규제장치는 당해 형사절차를 중심으로 외부적 규제장치와 내부적 규제장치로 나누어 볼 수 있다.

위법수사를 자행한 수사관에 대한 刑事處罰과 파면 등 행정상 징계처분을 위시하여 國家賠償請求, 刑事補償請求, 損害賠償請求 등은 위법수사가 행해진 당해 형사절차 외부의 영역에 속하는 규제장치이다. 특히 위법수사로 인한 피해자가 검사나 관계당국의 조치를 기다리지 아니하고 스스로 법원에 제소하여 權利救濟를 받는 손해배상청구의 방법은 앞으로 위법수사에 대한 규제수단으로 주목된다고 하겠다.<sup>33)</sup>

이들 방법에 비하여 체포·구속적부심사제도, 체포·구속취소제도, 검사의 구속장소 감찰제도, 수사상의 準抗告制度 등은 당해 형사절차 내에서 위법수사를 규제하는 장치에 해당한다.<sup>34)</sup> 위법수사를 규제할 내부적 규제장치로는 이 논문의 주요논제인 위법수집증거배제법칙이라 할 수 있다. 이는 형사소송법 제308조의2에 명문화 되면서 그 실익을 더욱 구체화 하였다고 보여 진다. 따라서 형사소송법 제308조의2의 “적법한 절차”에 의하지 않은 수사기관의 수사에 대해서 규제방안으로서의 役割 또한 기대해 본다.

---

체화되어 온 영역이 주로 공무집행방해죄 분야였다는 사실은 우리나라 형사사범의 낙후된 모습의 한 단면이었다고 할 수 있다고 서술하고 있다.

32) 대법원 2002. 5. 10. 선고 2001도300 판결; 대법원 2000. 7. 4. 선고 99도4341 판결.

33) 대법원 1993. 11. 23. 선고 93다35155 판결; 대법원 1995. 5. 26. 선고 94다37226 판결.

34) 신동운, 전게서, 195면.

### 제3절 違法蒐集證據排除法則의 立法例

위법수집증거배제법칙과 관련하여 外國의 立法例를 英美法係와 大陸法係를 중심으로 간략히 소개하고자 한다.

#### I. 英美法系

##### 1. 美國의 形式的·絶對的 違法蒐集證據排除法則

위법수집증거배제법칙은 美國法에서 유래한다. 보통법에서는 원래 증거취득수단의 위법이 허용성에 영향을 미치지 않는다. 그러나 미국 연방 대법원이 1886년 Boyd 사건에 대한 선구적인 판결<sup>35)36)</sup>을 내린 이후 1914년 Weeks 사건에서도 위법하게 압수된 물건을 증거로 삼는 경우는 미수정 헌법 제4조의 적정절차에 위배된다고 판시함으로써 위법수집증거배제법칙이 미연방 헌법의 요청임을 명백히 하였다. 더 나아가 Mapp 사건판결<sup>37)</sup>에서는 Weeks 사건판결에서 확립한 위법수집증거 배제법칙이 연방사건 뿐만 아니라 미연방 헌법 제14조를 통하여 州사건에서도 적용된다고 판시한 바 있다. 이것으로서 위법수집증거배제법칙은 미국법에서 확고한 원칙으로 자리 잡게 되었다고 할 수 있다.<sup>38)</sup> 다만, 1974년의 U. S. v. Calandra 사건과 1976년의 Stone v. Powell 사건을 계기로 위법수집증거배제법칙은 헌법상의 요청이 아니라 미수정 헌법 제4조의 권리

35) Boyd v. U. S. 616(1886).

36) 조국, 전게서, 23면; 이에 따르면 미수정 헌법 제4조에 의하여 위법수집증거배제법칙은 Boyd v. U. S. 616(1886)에서 최초로 제기되었으나 이 사건은 민사사건이었고, 경찰의 수색이 관련되지 않은 사건이었다고 하면서, 형사사건에서 위법수집증거를 배제한 것은 1914년 Weeks v. U. S. 232 U. S. 338(1914)이 처음이라고 주장하고 있다.

37) Mapp v. Ohio. 367 U. S. 643(1961).

38) 류지영, “위법수집증거배제법칙 - 개정 형사소송법 제308조의2와 관련하여-”, 「법학연구」, 한국법학회, 2008, 318면.

를 보호하기 위한 사법상의 제도에 지나지 않는다고 보아 그 적용범위가 제한되고 있다고 한다.<sup>39)</sup>

미국의 위법수집증거배제법칙은 워렌 대법원장에서부터 발동한 자동적, 의무적 증거배제에서 보수파 연방대법원시대를 거치면서 많은 예외를 창설하여 경미한 위법의 경우 위법수집증거물에 대한 증거사용을 허용하는 등 예외이론이 많이 발달하게 되었다.<sup>40)</sup> 바로 이러한 점에서 미국의 위법수집증거배제법칙을 形式的·絶對的 증거배제법칙이라고 설명하기도 한다.

수정론 내지 비판론을 거쳐오면서 최근까지 미연방대법원판례의 흐름을 대변하고 있는 위법수집증거배제법칙에 대해서 그 자체를 부정하지는 않고 있다는 점에 주목할 필요가 있다. 이 법칙의 비효율성에 대한 비판속에서도 폐지하지 않고 그것을 제한하는 형식으로 기본골격을 유지하고 있었던 것은 이를 대체할 만한 사법적 장치가 마련되지 않았기 때문이었던 것으로 보여 진다. 위법수집증거배제법칙은 그 적용범위를 제한하는 방식으로 여전히 미국의 법으로써 작용하고 있는 것이다.

미국에서의 위법수집증거배제법칙에 대한 논쟁은 지난 70여 년 이상 계속 되었고, 최근에서야 그 열기가 수그러들었지만, 완전히 사라진 것은 아니다. 미연방대법원의 판례를 통하여 창설된 몇 가지 예외를 볼 때, 한때 그랬던 것만큼의 논쟁거리는 되지 못하고, 처음 등장했을 때와 같은 법집행에 대한 통제력도 없으나 위법수집증거배제법칙에 관한 논쟁은 법원과 형사사법에 관여하는 사람들 사이에서는 계속되고 있다. 비록 위법수집증거배제법칙이 침식되기는 했지만, 중대하게 약화되었거나 손상되었다고 하기에는 아직 이르다고 할 것이다.<sup>41)</sup>

## 2. 英國의 裁量的 違法蒐集證據排除法則

---

39) 윤종행, “적법절차를 따르지 아니하고 수집한 압수물의 증거능력”, 「형사법연구 제19권 제4호」, 한국형사법학회, 2007, 335면.

40) 예외이론에 대해서는 제2장 제4절 관련문제 독수과실의 이론에서 좀 더 자세히 알아보기로 한다.

41) 조국, 전거서, 74면.

英國의 형사사법체제와 위법수집증거배제법칙은 미국에 비해 우리나라에 비교적 덜 소개되어 있으나, 전 세계 커먼로우 국가의 母國이라는 점, 그리고 1984년 이후 제정법을 통해 이루어진 형사사법개혁의 내용은 중요한 시사점이라 할 수 있다.<sup>42)</sup> 영국은 위법수집증거배제에 관하여 PAEC법 제78조 제1항에서 “어떠한 절차에 있어서도 소수측이 신청하는 증거에 대하여, 그 증거가 획득된 상황을 포함한 모든 사정을 고려하여 그 증거를 허용하자는 것이 당해 절차의 공정성에 적개적인 효과를 미치므로 이를 허용해서는 안 된다고 판단되는 경우 법원은 증거의 허용을 거부할 수 있다”고 규정하고 있다.<sup>43)</sup> 이것은 불리한 영향(adverse effect)이라는 기준을 제시함으로써 미국법상에서의 ‘善意的 例外’의 법리에 가까운 기준을 처음부터 정하고 있는 것 같다.<sup>44)</sup> 영국의 형사절차의 개혁은 시민·자유주의 진영간의 격렬한 대결과 타협의 결과이다. 혁신의 전체적인 틀은 PACE와 그 실무규정에 의해 짜여졌는데 이에 따라 과거 커먼로우상의 불명료했던 경찰의 권한 및 피의자·피고인의 권리가 명료히 입법화되었고, 판사는 자신의 재량에 따라 위법수집증거를 배제하고 유죄평결을 파기하는데 주저하지 않았다. 영국 커먼로우는 위법하게 수집된 비진술증거에 대하여 주로 신빙성 기준(reliability)에 기초하여 배제여부를 판단하였는데 위법수집증거의 배제를 자동적, 의무적으로 하는 반면 그에 대한 예외를 많이 두는 미국과는 달리 증거배제를 원칙적으로 판사의 재량에 맡기고 있는 것이 영국의 특징이라고 하겠다. 영국의 위법수집증거배제법칙을 재량적 위법수집증거배제법칙이라고 부르는 이유도 여기에 있다 할 것이다.<sup>45)</sup>

美國과 英國을 비교해 보면, 미국은 수사기관의 위법수사가 미연방헌법에 규정된 형사피의자의 헌법적 권리를 실질적으로 침해한 것인지, 그러한 침해가 실제적 진실을 포기할 만큼 중대한 것인가를 중시한다. 반면에 영국의 경우에는 수사기관의 행위가 경찰 및 형사증거법과 경찰직무규칙의 규정을 형식적으로 위반한 것인지, 이 때문에 형사재판의 공정성에 반하는 결과가 초래될 수 있는가에 초점을 두는 경향이 있다.

42) 조국, 전게서, 19면.

43) 법무부, 「개정 형사소송법」, 법무부, 2007, 225면.

44) 류지영, 전계논문, 319면.

45) 조국, 상게서, 114면.

이러한 점에서 위법수집증거배제법칙의 도입과 적용에 있어서는 미국이 보다 실질중심적이고 영국은 보다 형식중심적이라고 할 수 있다. 또한 미국에서는 일찍부터 사법심사를 통해 법과 사회의 개혁을 능동적으로 주도할 수 있었던 미연방대법원이 위법수사의 억지라는 현실적인 필요에 부응하여 판례의 형성을 통해 위법수집증거배제법칙을 도입하였고, 영국은 내각책임제와 양당제를 배경으로 강력한 권한을 행사하는 입법부가 위법수집증거배제법칙을 법률로 제정하여 법원으로 하여금 증거배제의 재량행사에 적극적인 태도를 취할 수 있도록 한 것이다.

## II. 大陸法系

### 1. 獨逸의 證據禁止理論

獨逸은 證據禁止(Beweisverbote)가 證據能力을 제한하는 이론으로 논의되고 있다.<sup>46)47)</sup> 이러한 증거금지이론에는 증거금지는 證據蒐集禁止와 證據使用禁止가 있다. 먼저, 증거수집금지는 일정한 대상에 대한 증거수집의 금지, 일정한 증거방법의 사용금지, 특정한 증거수집방법의 금지 그리고 특정한 사람만에 의한 증거수집의 허용 등을 내용으로 한다. 이와 달리 증거사용금지는 증거수집금지에 위반하여 수집된 증거의 사용을 금지하는 것을 말한다. 증거사용금지가 英美의 위법수집증거배제법칙과 같은 내용이라고 할 수 있다.<sup>48)</sup>

독일 형사소송법 제136조의 a 제1항은 “피의자·피고인의 의사결정 및 의사활동의 자유는 학대, 피로가중, 신체침해, 물건의 제공, 고문, 기망 또는 최면술에 의하여 침해

46) 이완규, “사개추위안의 위법수집증거배제법칙에 대한 검토”, 「비교형사법연구 제8권 제1호」, 한국비교형사법학회, 2006, 601면.

47) 한영수, “위법수집증거(물)의 배제 또는 사용에 관한 체계적 이론의 형성: 독일의 증거금지이론에 입각하여”, 「형사법연구 제11권」, 한국형사법학회, 1999, 409면.

48) 배종대·이상돈, 전거서, 567면.

되어서는 안 된다. 강제력은 형사소송법이 이를 허용하는 경우에 한하여 사용할 수 있다. 형사소송법이 허용하지 아니하는 처분을 내용으로 하는 협박이나 법률이 예정하고 있지 아니한 이익을 제공한다는 약속은 금지된다.”고 규정하고 있을 뿐만 아니라 제2항에서는 “피의자 및 피고인의 기억력이나 판단능력을 침해하는 처분은 허용되지 않는다.”고 규정하고 있다. 이 규정이 증거금지에 관한 일반원칙이라고 하기에는 문구상 인정하기는 어렵지만, 이 규정은 개인의 의사결정과 의사활동의 자유를 보호하고 그에 대한 침해가 있는 경우에는 그로부터 얻은 증거의 사용을 금지한다는 데 의의를 두고 있다고 본다면 일정한 형태의 증거를 금지하는 원칙을 규정하고 있다고 볼 수 있다.<sup>49)</sup> 그러나 제136조의 a의 규정은 피고인 또는 피의자의 진술증거만을 대상으로 하고 있기 때문에 여기에서 주된 대상으로 하는 비진술증거에 대해서는 적용되지 않는다. 비진술증거에 대해서는 연방헌법재판소와 연방대법원에 의하여 헌법적 증거금지라는 판례이론에 의하여 확립되었다. 이 이론은 증거금지의 법적근거를 헌법에 보장된 개인의 기본권에 직접 두고 있다는 점과 그 판단기준으로 법해석의 일반원칙 중의 하나인 ‘비례성의 원칙’을 채용하고 있다는 점에 그 특징이 있다.<sup>50)</sup>

이러한 점에서 憲法的 證據禁止原則이 인정되는 독일의 제도는 미국의 위법수집증거 배제법칙과 법적지위에 있어서도 큰 차이를 보이고 있다. 또한 독일의 증거금지론의 경우 시민의 人格權侵害에 초점을 맞춘다면 미국 위법수집증거배제법칙은 違法한 搜查機關의 活動의 抑止에 초점이 맞춰지고 있으며 독일 판례의 경향은 억지이론은 증거사용금지의 기초로 작동하지 못하고 있다고 할 수 있다.<sup>51)</sup> 그러나 독일의 증거금지론에서는 위법수사를 억지한다는 관념은 취약하지만, 人格權에 기초하여 증거금지의 법리를 구축함으로써 영미법계에서는 전혀 다루어지지 않았던 사인에 의한 위법수집증거에 대한 해결방식을 제시한 점은 높이 평가되어야 한다고 생각된다.<sup>52)</sup>

49) 이용식, 전계논문, 233면.

50) 이용식, 상계논문, 233면.

51) 조국, 전계서, 139면-141면.

52) 조국, 상계서, 163면.

## 2. 日本의 相對的 違法蒐集證據排除法則

日本에 있어서는 제2차 대전이후 맥아더 군정하에서의 미국법의 영향으로 위법수집 증거의 증거능력을 배제하는 判例가 많이 발견되지만 그 범위는 형사소송법의 명문규정이 있는 고문 등에 의한 자백을 제외하고는 위법한 압수, 수색으로 얻은 증거의 증거능력을 배제하는 경우에 한정되어 있다. 舊刑事訴訟法下에 있어서의 증거배제는 관례가 주도적이었고 내용적으로는 형식적인 법해석을 그 특징으로 하고 있었고, 더구나 증거배제의 범위는 실제적으로는 극히 제한되고 있었다.<sup>53)</sup>

제2차 세계대전 후에 일본은 미국법의 영향을 받게 되면서, 그 결과 일본최고재판소에서 증거배제인정의 가능성에 대해 긍정적인 태도를 보였으나, 제한적으로 판시하였다. 대체로 위법한 절차에 의해 취득한 압수물의 증거능력을 인정해버리는 태도를 오랫동안 견지해오다가 1978년 최고재판소의 판결<sup>54)</sup>을 통하여 위법수집증거배제법칙을 수용하게 되었다고 할 수 있다. 즉, 위법수집증거물의 증거능력을 무조건 인정한 단계에서 발전하여 적법절차의 보장과 위법수사의 억지, 기본권의 보호를 위해 일정한 경우에는 증거를 배제할 수 있음을 명백히 하고 있는 것이라고 하겠다.

일본이 증거배제를 적용하는 기준으로는 형량적 사고를 바탕으로 하여 중대한 위법이 있거나 헌법에 위반하는 경우에 한해서만 증거배제를 인정하고 있다. 이러한 점을 미루어 보아 일본의 위법수집증거배제법칙을 相對的 違法蒐集證據排除法則이라 일컫는다. 그러나 일본의 최고재판소는 증거배제를 충족하는 경찰관의 불법행위의 중대성을 매우 높게 잡고 이 법칙을 실제로 적용하여 증거를 배제하는 것은 극도로 삼가는 경향으로, 수사관행을 통제하기보다는 합법성을 부여하는 쪽으로 판결을 내려왔다. 이러한 맥락에서 볼 때 일본 형사사법체제는 우리가 지향해야 할 모델이 아니라 지양해야 할 모델이라 할 수 있다.<sup>55)</sup>

53) 류지영, 전계논문, 320면.

54) 日最判 1978. 9. 7(刑集 32-6) 1672).

55) 조국, 전계서, 160면.



## 제4절 違法蒐集證據排除法則의 關聯問題

### I. 違法蒐集證據排除法則과 自白排除法則의 關係

#### 1. 序說

證據裁判主義를 핵심으로 하는 현행 刑事節次에서 증거수집절차상의 증거의 진실성, 적정성, 그리고 인권보장이 요청됨은 물론이다. 증거수집에 있어서 피의자 및 피고인의 인권제한은 필요한 최소한도에 국한되어야 하며, 부당한 인권침해에 의한 증거수집은 배척되어야 한다는 입장을 입법화 하여 형사소송법 제308조의2에 규정된 違法蒐集證據排除法則이 형사소송법 제309조의 自白排除法則과 제317조의 진술의 任意성과 관련하여 어떤 관계가 있는가 하는 문제를 제기할 수 있다.

#### 2. 自白排除法則의 意義

犯罪事實의 證明을 위한 物的證據나 목격자를 확보할 수 없는 경우에 범죄혐의를 받고 있는 자가 행하는 자백은 직접적이고 유력한 증거가 될 수 있다. 또한 자백은 범죄에 직접적으로 관여한 자가 자신에게 불리한 사실을 긍정하는 진술이라는 점에서 자백에는 일반적으로 높은 증거가치가 인정되고 있다고 할 수 있다. 우리 입법자는 영미법의 모델로 하여 임의성이 의심되는 자백의 증거능력을 부인하는 자백배제법칙을 도입하면서도, 이를 단순히 증거법상의 준칙으로 설정하는 데에 만족하지 않고 그 법적 지위를 헌법상의 기본권으로 바로잡고 있다 하겠다.<sup>56)</sup>

---

56) 신동운, 전게서, 1062면.

### 3. 自白排除法則의 理論的 根據

앞서 살펴 본 바와 같이 우리 입법자는 영미법을 모델로 자백배제법칙을 수용하였으나, 이 원칙을 증거법상의 한 원리로 인정한 영미법과는 달리 임의성이 의심되는 자백의 증거능력을 헌법상의 기본권조항 및 형사소송법의 규정이 가지는 이론적 근거에 대해서 여러 가지 견해가 대립되고 있다. 이와 같은 논란이 생기는 이유는 이론적 근거의 여부에 따라서 自白排除法則의 適用範圍가 달라지기 때문이다.

#### (1) 虛僞排除說

허위배제설은 임의성이 의심되는 자백에는 허위가 내재될 염려가 크고 이를 증명의 자료로 사용하는 것은 오히려 피고사건의 진실발견을 해치기 때문에 이러한 자백의 증거능력이 부인된다고 본다. 허위배제설은 영국 보통법에서 자백배제법칙이 발달하는 과정에서 제시된 이론으로서 미국법에서도 임의성이 의심되는 자백의 증거능력을 배제하기 위한 토대로 채택되었던 견해이다. 허위배제설은 피고사건의 실제적 진실을 규명해야 할 법원의 입장에서 자백배제법칙을 고찰하는 견해라고 볼 수 있겠다. 이 학설에 의하면 형사소송법 제309조에서 의미하는 임의성이 의심되는 자백이란 허위의 진술을 할 염려가 있는 상황에서 행해진 자백을 의미하게 된다. 따라서 설사 고문·폭행·유도·사술 등에 의한 자백이라 할지라도 예외적으로 그 내용의 진실성이 확보된다면 그 자백은 증거능력이 있다고 보자는 입장이다.

그러나 이에 대해서는 그 論理的 構造가 비판되고 있다. 즉 허위배제설에 의하면 자백의 임의성은 자백내용의 진실성에 의하여 좌우되는데 이것은 증거능력과 증명력의 혼동이라는 것이다.<sup>57)</sup> 이 논리에 따르면 피의자·피고인에 대한 수사기관의 불법행위에 대한 통제는 거의 불가능해지고 자백배제법칙의 적용범위는 현격히 축소되는 결과를 초래하게 된다는 것이다. 또한 헌법 제12조 제7항과 형사소송법 제309조 어디에도

57) 배종대·이상돈, 전계서, 579면; 신양균, 「형사소송법」, 법문사, 2008, 691면; 이재상, 전계서, 513면.

자백의 신빙성에 따라 자백의 임의성을 판단하라는 취지의 문언을 발견할 수 없다고 비판받고 있다.<sup>58)</sup>

## (2) 違法排除說

위법배제설은 자백배제법칙을 自白取得過程에 적법절차를 보장하기 위한 장치라고 본다. 즉 자백배제법칙은 적법절차의 원칙에 위반하여 위법하게 취득된 자백의 사용을 금지하는 실천적인 증거법상의 원칙이라는 것이다.<sup>59)</sup> 이 견해는 미국 형사절차혁명으로부터 확립된 위법수집증거배제법칙의 시작에서 자백배제법칙을 포괄하려는 시도라고 할 수 있겠다.<sup>60)</sup> 위법배제설은 강압수사를 자행하는 수사기관을 주요 논점으로 보고 있다. 그리하여 위법수사의 소산이라 할 수 있는 자백의 증거능력을 부인함으로써 자백배제법칙을 수사기관의 위법활동에 대한 견제장치로 활용하려고 한다. 그러나 이에 대한 비판으로는 강압적인 수사관행에 대한 유력한 통제장치로 부각시키는 점은 타당하다고 할 수 있으나, 수사기관의 위법활동 이외에 사인간이나 상대방 없이 행해진 자백에 대해서는 증거능력을 제한할 여지가 없다는 점, 수사기관의 위법활동을 입증해야 하는 데 이를 증명한다는 것은 결코 쉽지 않으며, 자백배제법칙을 단순한 증거법상의 보조수단으로 파악해버리는 결함이 있다고 할 것이다. 우리 헌법은 자백배제법칙을 단순한 증거법칙으로부터 기본권으로 바로잡음으로써 그의 독자적인 위치를 강조하고 있다. 헌법은 적법절차의 조항과 자백배제법칙의 조항을 병렬적으로 규정하여 양자를 목적과 수단의 관계가 아니라 대등한 관계로 파악하고 있다. 또한 2007년 신형사소송법은 헌법의 적법절차원칙을 기준으로 삼아 위법수집증거배제법칙을 도입하고 있다.<sup>61)</sup> 위법배제설은 적법절차원칙을 넘어서 자백배제법칙이 가지고 있는 독자적 의미를 간과하고 있다는 것에 흠이 있다 할 수 있겠다.

58) 조국, 전게서, 172면.

59) 배종대·이상돈, 전게서, 584면; 이재상, 전게서, 514면.

60) 조국, 상게서, 178면.

61) 신동운, 전게서, 1066면.

### (3) 人權擁護說

인권옹호설은 자백배제법칙이 憲法上 陳述拒否權의 담보장치로 마련된 증거법상의 법리라고 본다. 이 견해에 따르면 피고인이 내심의 의사를 결정하고 이를 내부적으로 표현하는 주체적 자기결정권을 가지고 있다는 것에 주목하고, 피고인의 이러한 기본적인 권리가 침해된 상태에서 행해진 자백은 증거능력이 부인되어야 한다고 주장한다. 인권옹호설은 자백배제법칙의 의미와 내용을 검토함에 있어서 피고인입장에서 바라보는 견해라고 할 수 있겠다.<sup>62)</sup> 이 입장에서 보면 수사기관의 강압수사가 없더라도 피고인의 진술의 자유를 침해하는 사정이 있으면 자백의 증거능력은 부인된다고 보며, 원칙적으로 자백에 영향을 미칠 수 있는 사유와 자백의 임의성 사이에 인과관계가 있을 것을 요구하게 된다. 그러나 이 견해에 대해서 증거능력 판단기준의 주관적·내면적인 면을 과하게 검토하게 되고 이로 인해 자백배제법칙의 합리적 기준을 마련하기 곤란해질 우려가 있고 최종적으로 자백배제법칙의 적용범위가 지나치게 축소된다는 비판이 따른다.

### (4) 綜合說

위의 세 가지 견해에 대하여 신동운 교수는 새로운 각도에서 문제제기를 하고 있다. 이를 모두 종합한 종합설을 주장하면서, 임의성에 영향을 미치는 사유와 자백사이의 인과관계가 원칙적으로 요구되기는 하나 그 입증은 용이하게 해야 한다는 입장을 제시한 것이다. 이러한 종합설은 미국 ‘형사절차혁명’이 구축한 위법배제설을 넘어서서, 제2장 제3절에서 살펴보았던 독일 연방대법원의 1960년 ‘녹음테이프 판결’과 1964년 ‘일기장 판결’의 문제의식을 수용하여 자백배제법칙을 전면적으로 재구성하려는 의도로 보

---

62) 신동운, 전게서, 1067면; 피의자·피고인의 자기결정권을 근거로 하여 자백의 증거능력을 제한하는 입법례로는 독일 형사소송법을 들 수 있다고 한다.

여 진다. 이 견해는 전통적으로 자백배제법칙의 고려대상이 아니었던 사인에 의한 불법적 자백획득에 대한 통제의 필요성을 제기하였다는 데 특별한 의미를 가진다. 사인에 의한 기본권 침해가 점증하는 현실에서 종합설의 문제의식은 일정한 범위에서 수용할 필요가 있다고 할 수 있겠다. 그렇지만 자백배제법칙의 적용범위를 사인의 위법한 자백행위로 확장시킬 필요가 있다고 하더라도 그 외형은 일정하게 제한되어야 할 것이다.<sup>63)</sup> 이에 대해서는 우선 위법배제설의 입장에서 제기하는 비판이 있다. 종합설에 따르면 자칫 허위배제설과 인권옹호설의 결합만을 결합할 염려가 있다는 것이다. 자백의 임의성에 대한 판단기준으로 전체상황을 고려하거나 또는 자백자의 주관을 중시하기 때문에 자백배제법칙의 객관적 운용기준을 포착할 수 없다는 것이다.<sup>64)</sup> 그러나 종합설은 위법배제설이 제시하는 강압수사라는 객관적 기준을 그 내용에 이미 포함하고 있을 뿐만 아니라 위법배제설로 포착하지 못하는 사인간의 영역에 대해서도 자백배제법칙의 적용을 가능하게 하는 장점이라고 반론하고 있다.<sup>65)</sup>

#### (5) 小 結

생각건대 자백이 형사사건의 해결에서 갖는 중요함에도 불구하고, 헌법과 법률에 명시적으로 자백배제법칙을 규정하고 있는 이유를 되새겨 볼 필요가 있다고 하겠다. 특히 ‘임의성 없는 자백’이 아니라 ‘임의성이 의심스러운 자백’의 증거능력을 배제할 것을 요구하는 형사소송법 제309조의 실천적 의미 또한 강조되어야 한다고 생각된다. 피의자가 범한 것으로 의심되는 범죄의 불법성이 높다 할지라도 수사기관이 위법한 자백획득방법을 사용하는 것은 민주주의 헌법체제에 있어서 어긋난다고 보여 진다.

---

63) 조국, 전게서, 182면.

64) 신양균, 전게서, 693면; 이재상, 전게서, 517면.

65) 신동운, 전게서, 1069면.

#### 4. 違法蒐集證據排除原則과의 關係

개정 형사소송법은 제308조의2에 위법수집증거배제원칙을 신설하면서도 제309조에 자백배제원칙을 그대로 두었다. 자백배제의 근거를 위법배제에서 찾는 견해에 따르면, 자백배제에 관한 제309조는 위법수집증거배제원칙의 한 부분에 불과하므로 별도의 자백배제규정이 필요 없다고 할 것이다. 그러나 자백배제원칙은 위법수집증거배제와는 그 연혁과 발전배경을 달리하며, 제309조는 헌법적 근거를 토대로 한 규정으로서 의미가 있어, 이것을 위법수집증거배제원칙의 일부에 지나지 않는다고 하는 위법배제설은 타당하지 아니하다. 또한 개정 형사소송법 체계하에서 제308조의2와 제309조는 별개의 의미를 가지는 독립적인 조항이 되는 것이고, 이와 같이 보는 것이 연혁적으로 보아도 타당하다. 이러한 관점에서 본다면 제309조는 자백 중 임의성에 의심이 있는 것의 증거능력에 대한 규정이고, 제308조의2 규정은 임의성과 관련되지 아니한 절차적 위법이 있는 때 자백의 증거능력에 대한 규정으로 해석해야 한다.<sup>66)</sup>

결론적으로 2007년 신형사소송법은 제308조의2에서 “적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다”고 규정하여 적법절차원칙의 실현장치로 위법수집증거배제법칙을 도입하였다. 자백배제법칙은 위법수집증거배제법칙에 비하여 헌법적 차원에서 독자적인 증거능력의 배제의 근거를 확보하고 있다 할 수 있다.<sup>67)</sup>

## II. 毒樹果實의 理論

### 1. 毒樹果實理論의 意義

형사소송법 제308조의2에 규정된 위법수집증거배제법칙을 검토할 경우에 그와 표리

66) 안성수, “자백배제의 원칙과 특신성”, 「저스티스 통권 101호」, 한국법학원, 2007, 198면.

67) 신동운, 전게서, 1069면.

관계에 있어서 반드시 검토를 요하는 것으로 毒樹果實의 理論이 있다. 독수과실 이론이란 위법수사에 의하여 획득된 제1차적 증거를 근거로 하여 파생된 그 밖의 증거들까지도 증거능력을 배제하는 이론을 말한다. 위법수사에 의하여 오염된 제1차적 증거를 독나무에 비유하고 그로부터 얻어진 제2차적·파생적 증거를 독나무의 과실에 비유하여 오염된 파생증거의 증거능력을 부정하자는 것이 독수과실의 이론이라 한다.

즉, 이 이론은 違法搜查로 인한 제1차적 증거에 대해서만 증거능력을 부인하고 파생적 증거에 대해서 증거능력을 인정할 경우 위법수집증거배제법칙이 무의미해지는 것을 막기 위하여 고안된 장치라고 할 수 있다. 다시 말해 수사기관의 위법수사로부터 국민의 기본적 인권을 보다 철저히 보장하고 수사기관이 업무수행함에 있어서 공정성을 담보하려는 고려에서 나온 이론이라 할 수 있겠다.<sup>68)</sup>

우리 판례 가운데에도 任意性이 의심되어 증거능력이 없는 자백에 의하여 획득한 증거물의 증거능력을 부인함으로써 毒樹果實의 理論을 긍정한 사례가 있다.<sup>69)</sup> 2007년 11월 대법원은 판례변경을 통해 위법수집증거배제법칙을 수용하면서 “절차조항에 따르지 않는 수사기관의 압수·수색을 억제하고 재발을 방지하는 가장 효과적이고 확실한 대응책은 이를 통하여 수집한 증거는 물론 이를 기초로 하여 획득한 2차적 증거를 유죄인정의 증거로 삼을 수 없도록 하는 것이다.”라고 판시하여 독수과실의 이론을 명시적으로 채택하기에 이르렀다.<sup>70)</sup> 독수과실이론에 근거해서 제1차적 증거뿐만 아니라 파생적 증거에까지도 적용된다고 할 경우 사소한 위법수사만 있으면 그 이후에 획득된 모든 증거의 증거능력을 부정하지 않으면 안 될 것이다. 그러나 이렇게 되면 국가형벌권의 무력화를 불러오게 되어 형사사법기관에 대한 국민의 신뢰가 실추될 수 있는 우려가 있기 때문이라는 것이다. 이에 대해서는 몇 가지 견해가 제시되고 있는데, 우선 임의성 없는 자백에 의하여 수집된 증거에만 독수과실의 이론을 제한적으로 인정하자는

68) 신동운, 전게서, 1057면.

69) 대법원 1977. 4. 26. 선고 77도210 판결: 압수된 망치(증8호), 국방색 작업복과 야전잠바(증9,10호) 등은 위 1항에서 실시한 대로 피고인 갑의 증거능력 없는 자백에 의하여 획득된 것이므로 따라서 증거능력이 없다 할 것이다.

70) 대법원 2007. 11. 15. 선고 2007도3061 전원합의체판결.

주장이 있다.<sup>71)</sup> 그러나 이에 머무르지 않고 본격적으로 독수과실의 이론을 도입하되 그 제한을 강화하자는 주장<sup>72)73)</sup>이 유력하다고 하겠다.

대법원은 “적법절차의 원칙과 실체적 진실규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사사법정의를 실현하려 한 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우라면, 법원은 그 증거를 유죄인정의 증거로 사용할 수 있다고 보아야 할 것이다. 이는 적법한 절차에 따르지 아니하고 수집된 증거를 기초로 하여 획득된 2차적 증거의 경우에도 마찬가지로, 절차에 따르지 아니한 증거수집과 관련된 모든 사정을 전체적·종합적으로 고려하여 예외적인 경우에는 유죄인정의 증거로 사용할 수 있는 것이다.” 라고 판시하여 毒樹果實의 例外理論을 肯定하고 있다.<sup>74)</sup>

다음에서는 독수과실의 이론을 제한하는 이론에 대하여 좀 더 구체적으로 알아보기로 한다.

## 2. 制限理論

제2차적·파생적 증거가 제1차적 違法蒐集證據와 因果關係를 가지고 있는 경우에도 독수과실의 이론이 적용되지 않는 경우가 있다. 독수과실의 이론을 제한하는 이론으로는 희석이론, 독립된 증거원의 이론, 불가피한 발견의 이론, 선의의 신뢰이론 등이 있다.

### (1) 稀釋理論

---

71) 백형구, 「(알기쉬운) 형사소송법」, 박영사, 2007, 342면.

72) 신양균, 전게서, 685면; 이재상, 전게서, 533면: 독수과실의 이론을 긍정하는 견해이다.

73) 배종대·이상돈, 전게서, 573면: 독일 형사소송법학의 영향을 받아 소위 ‘먼 거리 효과’ 라는 개념으로 이 문제를 설명하고 있다. 먼 거리효과의 이론은 후술할 희석이론과 거의 같은 내용이라 하겠다.

74) 대법원 2007. 11. 15. 선고 2007도3061 전원합의체판결.



이 이론은 오염순화에 의한 例外理論이라고도 불린다. 被告人의 自由意思에 의한 행위에 대하여 위법한 경찰행위와 오염된 증거 사이의 因果關係가 단절된다는 것을 이유로 한다.<sup>75)</sup> 즉, 違法搜查로 인하여 획득한 제1차적 증거의 오염성이 점차로 희석되어 더 이상 파생증거에 영향을 미치지 않게 되는 경우를 인정하는 것이다. 희석이론이 적용되는 경우로는 위법수사에 의하여 오염된 제1차적 증거와 당해 파생증거 사이에 여러 단계의 연결고리가 존재하는 상황을 들 수 있다.

희석의 정도를 결정하는 기준은 당해 증거에 대한 證據能力의 排除가 수사기관의 위법수사에 대해 견제력을 발휘할 수 있는가 아닌가 하는 점에서 구하여야 한다. 따라서 파생적 증거의 증거능력을 부인하지 않으면 수사기관이 이를 위법수사에 대한 사법부의 묵인으로 받아들여질 경우 또는 법원이 이미 당해 위법수사의 관행을 확실하게 인식하고 있는 경우 등에 있어서는 희석이론에 의한 증거능력제한의 완화가 인정되지 않는다고 하겠다.<sup>76)</sup>

## (2) 獨立된 證據源의 理論

제1차적 증거와 파생적 증거 사이에 조건설적 인과관계가 인정된다고 하더라도, 파생적 증거를 획득한 것이 제1차적 증거의 수집원인이었던 위법수사를 이용한 것이 아닌 경우에는 그 파생적 증거의 증거능력을 인정하자는 이론이 독립된 증거원의 이론이다. 예컨대 위법수사가 있었다고 하더라도 수색이 위법할 때에는 수색으로 인하여 수집된 모든 증거를 오염시키지만, 독립된 근원에 의하여 발생한 증거는 허용된다는 것이다.<sup>77)</sup> 이 이론은 수사기관의 사소한 부주의가 범인에 대한 전면적 免責事由로 기능하는 것을 방지하려는 의도를 갖고 있다고 보여 진다.

---

75) 이재상, 진게서, 548면.

76) 신동운, 진게서, 1059면.

77) 이재상, 상게서, 549면.

### (3) 不可避한 發見의 理論

불가피한 발견의 이론은 위법수사에 의하여 오염된 제1차적 증거가 없었다고 하더라도 파생적 증거가 다른 경로를 통하여 어차피 불가피하게 발견될 상황에 있었다면 그 파생적 증거의 증거능력을 인정하자는 견해이다. 수집된 증거가 무기 또는 신체 특히 시체인 경우에 적용되는 이론이다. 이 이론은 독립된 증거원의 이론과 마찬가지로 수사기관의 사소한 부주의가 범인에 대한 면책사유로 기능하는 것을 방지하려는 취지를 갖는다. 그러나 자칫하면 이 이론은 가설적 판단을 내세워 수사기관이 위법수집증거배제법칙을 우회하는 방편으로 사용하기 쉽다. 따라서 이 이론은 파생적 증거의 발견에 대한 불가피성의 정도가 고도의 蓋然性에 이르러야 하며 불가피성에 대한 입증은 수사기관이 부담한다는 제약조건하에서 인정된다고 할 수 있다.<sup>78)</sup>

### (4) 善意의 例外理論

선의의 예외이론은 美國에서 최고법원에 의하여 인정되고 있는 위법수집증거배제법칙을 완화하려는 시도라고 할 수 있는 이론이다. 이 이론은 수사기관이 영장의 유효함을 신뢰하여 강제수사를 행한 경우에 사후에 영장의 유효요건이 갖추어 지지 않았음이 밝혀지더라도 영장에 기한 수사당시 수사관의 선의에 의한 행위에 주목하여 수집된 증거의 증거능력을 배제하지 않도록 하자는 주장이다. 또한 위법수집증거배제법칙이 수사기관의 위법수사를 예방하고자 함에 목적이 있는 것이지 영장발부 판사의 법적 판단에 규제를 가하려고 하는 것이 아니라는 점에서 그 근거를 구하고 있다.<sup>79)</sup>

그러나 이 이론에 대해 수사관이 선의였다고 하여 헌법상의 권리가 침해되었다는 점에는 차이가 없고, 수사관이 선의에서 행동하였다는 객관적인 증거를 찾기 어렵다는 이유로 그것이 위법수집증거배제법칙을 붕괴시키고 그 적용을 약화시킨다는 비판도 있

---

78) 신동운, 전게서, 1059면.

79) 신동운, 상게서, 1060면.

다.<sup>80)</sup> 그럼에도 불구하고 미국의 법원은 앞으로도 선의의 예외이론을 계속 적용할 것으로 보여지며, 다른 측면에서 보면 이 예외가 신뢰할 수 있는 객관적인 기초가 있는 경우에는 제한되어야 한다고 생각된다.

## 제5절 違法蒐集證據排除法則의 贊反論 및 導入過程

우리 헌법은 고문의 절대적 금지를 위시하여 強制搜查에 대한 상세한 규정을 두고 있다. 나아가 헌법은 피고인의 자백이 고문·폭행·협박 또는 구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법에 의하여 자의로 진술된 것이 아니라고 인정될 때에는 이를 유죄의 증거로 하지 못하도록 함으로써 피고인의 자백에 대하여 자백배제법칙이라는 특별한 증거법칙을 마련하고 있다. 그러나 이에 반해 위법수사로 인한 증거는 피고인의 진술, 즉 자백에 국한되지는 않는다. 피고인 이외의 제3자의 진술이나 각종 증거물도 위법수사에 의하여 수집될 수 있으나 이에 대하여 종래 헌법과 형사소송법은 명문의 규정을 두고 있지 않았다. 그리고 이와 관련하여 위법수집증거배제법칙을 일반적으로 인정할 것인가 하는 문제와 이를 인정할 경우 그 법적 근거를 어디에서 구해 올 것인가 하는 의문이 제기되었다. 2007년 新刑事訴訟法은 이와 같은 논란을 입법적으로 정리하면서 제308조의2에서 마침내 위법수집증거배제법칙을 명문화하기에 이르렀다. 위법수집증거배제법칙을 정확하게 이해하기 위해서는 형사소송법 제308조의2가 명문화되기 전에 위법수집증거배제법칙을 둘러싸고 전개되었던 찬반론을 살펴볼 필요가 있다고 본다.

### I. 違法蒐集證據排除法則의 否定論

違法蒐集證據排除法則 부정론은 그동안 판례가 취해왔던 실체적 진실발견을 강조하

---

80) 이재상, 전게서, 550면.

는 입장으로 위법수집증거배제가 위법수사의 제재 및 실질적인 예방을 위한 적절한 방법이 아니라는 견해이다.

먼저 실체적 진실발견의 관점에서 보면, 위법한 방법에 의하여 수집한 증거를 유죄의 증거로 사용한다고 하더라도 그것은 위법행위 자체를 인정하는 것이 아니라, 증거수집 과정에서 수사기관들이 자행한 實體法上的 위법행위에 대하여는 별도의 실체법적인 구제가 있다고 주장한다. 즉, 위법하게 수집된 증거를 배제하는 방법으로 헌법상의 기본권을 보장할 것이 아니라 위법을 행한 搜查機關을 상대로 하는 損害賠償請求 또는 위법행위를 행한 公務員에 대한 형사상의 처벌이나 행정감독상의 징계처분 등의 방법으로 基本權을 보호하는 것이 더 效果的이라고 주장한다. 형사소송법상 법률전문가인 檢察官이 搜查의 主宰者로서 사법경찰관리의 수사활동에 법적 통제를 가하고 있으므로 위법수집증거배제법칙을 도입하여 법관으로 하여금 수사기관의 위법수사에 대한 견제를 행하도록 할 필요는 없다는 것이다.<sup>81)</sup> 위법수사의 통제로 인해 유죄임에 틀림없는 사실에 대해 실체적 진실발견이 외면되고, 더 나아가 刑事司法機關에 대한 국민의 신뢰마저도 무너지게 된다고 주장한다.

## II. 違法蒐集證據排除法則의 肯定論

違法搜查에 의해 수집된 증거의 증거능력을 부정한다는 위법수집증거배제법칙을 옹호하는 입장으로 위법수사에 대한 견제장치를 확보하자는 견해이다.

그에 대한 論據로서 먼저 適法節次의 준수를 들 수 있다. 형사사법기관에 대한 국민의 신뢰를 높이려면 실체적 진실발견도 중요하지만 그 진실발견을 위한 節次的 正當性이 중요시되어야 하며, 국가기관의 행위는 다른 범공동체 구성원들에 대하여 행위준칙을 제시하기 때문에 만일 법원이 수사기관의 위법수사를 묵인한다면 司法의 廉潔性<sup>82)</sup>에 중대한 침해를 가져오게 된다. 또한 아무리 범죄의 객관적 실체진실 발견을 중요시

81) 신동운, 전게서, 1031면.

82) Mapp v. Ohio, 367 U. S. 643, 659-660(1961).

여긴다 할지라도 국민의 기본권을 침해할 정도로 형사소추권을 행사하는 것은 허용되지 않으며, 헌법이 천명한 적법절차의 원칙이 인정되는 범위 내에서만 형사소추권을 행사할 수 있고, 공정한 제3자로서의 법원이 관례를 통하여 위법수사에 대한 증거배제법칙을 인정해 나감으로써, 수사기관의 행위준칙이 명백하게 되고 이를 통해 수사기관뿐만 아니라 그 상대방인 국민에게도 법적 안정성을 제공할 수 있다는 것이다.

### III. 違法蒐集證據排除法則의 導入過程

#### 1. 既存의 判例의 立場

기존의 학설은 위법수집증거배제법칙의 도입에 대하여 일치하여 긍정하는 입장이었다.<sup>83)</sup> 판례 또한 辯護人的 接見交通權을 침해하거나,<sup>84)</sup> 陳述拒否權을 고지하지 아니하거나<sup>85)</sup> 또는 영장 없이 작성한 陳述調書의 증거능력을 부인함으로써 위법수집증거배제법칙을 부분적으로 긍정한 바가 있다.<sup>86)</sup> 또한 押收節次가 위법한 압수물의 증거능력에

83) 배중대·이상돈, 전계서, 569면; 신동운, 전계서, 1031면; 이재상, 전계서 543면.

84) 대법원 1990. 9. 25. 선고 90도1586 판결; “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 준항고 절차에서 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.”

85) 대법원 1992. 6. 23. 선고 92도682 판결; “검사가 피고인의 진술을 들음에 있어 동인에게 미리 진술거부권이 있음을 고지한 사실을 인정할 자료가 없으므로 위 녹화내용은 위법하게 수집된 증거로서 증거능력이 없는 것으로 볼 수밖에 없고, 따라서 이러한 녹화내용에 대한 검증조서 기재는 유죄증거로 삼을 수 없는 데도 원심이 위 검증조서를 유죄증거로 채용한 것은 채증법칙에 위반한 위법한 처사로서 이 점에 관한 논지는 이유 있다.”

86) 대법원 1990. 9. 14. 선고 90도1263 판결; “사법경찰관 작성의 검증조서는 범죄현장에서 급속을 요한다는 이유로 압수·수색영장 없이 행하여졌고 그 후 법원의 사후영장을 받은 흔적이 없다. 따라서 이 검증조서는 유죄의 증거로 쓸 수 없는 데다가 설사 피고인이 동의하여 증거능력이 있다 하더라도 위 검증조서로도 피고인의 이권 범행을 인정할 도리는 없다고 생각되며 또 압수조서도 그와 같은 물건들이

대해서는 證據能力을 인정했었으나,<sup>87)</sup> 압수물의 증거능력에 있어서도 “헌법과 형사소송법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집된 증거는 基本的 인권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않은 것으로서 有罪 인정의 증거로 삼을 수 없다 할 것”이라고 하여 판례를 변경하였다.<sup>88)</sup>

## 2. 大法院의 判例變更

### (1) 判例變更의 意義

제2장 제1절에서도 살펴 본 바와 같이, 실체적 진실발견과 적법절차의 원칙은 때론 상충원리로 작용하면서도 반대로 상호조화를 요구하기도 한다. 양자의 조화에 기초한 형사절차의 확립은 쉽지 않은 과제이다. 實體的 眞實發見과 適法節次의 원칙을 비교교량하는 작업은 구체적 법공동체의 역사적 경험과 현실적 여건을 고려하여 수행되어야 할 것이다. 그리고 그 구체적인 조화점은 판례와 학설을 통하여 구체화·개별화되어야 한다고 생각된다.

刑事訴訟法の 2008년 시행을 앞두고 2007년 11월에 대법원은 마침내 기존의 성상불변론 판례를 폐기하고 위법수집증거배제법칙을 정면에서 긍정하게 되었다. 대법원이 판례변경을 통하여 제시한 구체적 기준들은 新刑事訴訟法の 위법수집증거배제법칙에 대한 해석지침이라는 점에서 대단히 중요한 의미를 가진다고 할 것이다. 대법원은 “기

---

현장에서 압수되었다는 사실 외에 피고인의 범행사실을 인정할 만한 증거가치는 없는 것이고,……(후략).”

87) 대법원 1965. 9. 17. 선고 68도932 판결; 대법원 1987. 6. 23. 선고 87도705 판결; 대법원 1994. 2. 8. 선고 93도3318 판결; 대법원 2006. 7. 27. 선고 2006도3194 판결; “사법경찰관이 압수·수색영장 없이 압수·수색하였음은 소론과 같으나 압수물은 압수절차가 위법하다 하더라도 그 물건 자체의 성질·형상에 변경을 가져오는 것이 아니어서 그 형상 등에 관한 증거가치에는 변함이 없다 할 것이므로 증거능력이 있다고 할 것이다.”

88) 대법원 2007. 11. 15. 선고 2007도3061 전원합의체판결; 이에 대해서는 다음에서 더 자세히 논하기로 한다.

본적 人權保障을 위하여 押收·搜索에 관한 適法節次와 令狀主義의 근간을 선언한 헌법과 이를 이어받아 실제적 진실 규명과 개인의 권리보호 이념을 조화롭게 실현할 수 있도록 押收·搜索절차에 관한 구체적 기준을 마련하고 있는 형사소송법의 규범력은 확고히 유지되어야 한다”고 강조하면서, “헌법과 형사소송법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집된 증거는 기본적 인권보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않은 것으로서 원칙적으로 유죄인정의 증거로 삼을 수 없다”고 판시하였다.<sup>89)</sup>

## (2) 判示事項에서의 基準點 提示

대법원은 앞으로 위법수집증거배제법칙의 운용과 관련하여 몇 가지 중요한 기준점을 제시하고 있다. 첫째, 違法蒐集證據排除를 원칙으로 선언하고 위법수집증거의 사용을 예외적인 경우에 허용하였고<sup>90)</sup> 둘째, 위법수집증거배제법칙의 근거가 適法節次違反에 있음을 확인하였다. 셋째, “節次條項에 따르지 않는 수사기관의 압수수색을 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 것”이라고 판시하여 독수과실의 이론을 수용하였으며 넷째, 위법수집증거의 例外的 許容範圍에 대하여 기준을 제시하였다.

---

89) 대법원 2007. 11. 15. 선고 2007도3061 전원합의체판결; A도의 도지사 甲은 A도의 공무원들로 하여금 선거운동의 기획에 참여하게 하였다는 공소사실로 공직선거법위반죄로 기소되었다. 제1심 및 항소심절차에서 검사는 도지사 보좌관 乙이 사용하던 사무실을 수색하는 과정에서 그 곳을 방문한 도지사 비서관 丙으로부터 압수한 도지사 업무일지, 각종 메모, 도지사에 대한 선거 관련 보고문서 등을 공소사실을 입증하는 증거물로 제시하였다. 甲의 변호인은 乙에 대한 압수수색절차에서 적법한 압수수색절차 없이 丙소지의 물건을 압수한 것은 위법하다고 주장하여 위 증거물의 증거능력을 다투었다. 그러나 항소심법원은 종래의 성상불변론에 입각하여 甲에게 유죄를 선고하였다. 甲은 이에 불복, 상고하였다. 대법원은 종전의 판례를 폐기하고 위법수집증거배제법칙을 친명하면서 원심판결을 파기 환송하였다.

90) 대법원 2007. 11. 15. 선고 2007도3061 전원합의체판결; 이 판례에서 대법원은 9대 3으로 의견이 나뉘었다. 3인의 소수의견은 위법수집증거의 사용을 원칙으로 하고 증거배제를 예외로 삼아야 한다고 주장하였다.

### (3) 例外的 許容의 範圍

대법원<sup>91)</sup>은 먼저 “법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집된 압수물의 증거능력 인정 여부를 최종적으로 판단함에 있어서는, 실체적 진실규명을 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.”고 강조하였다. 이어서 대법원은 위법수집증거의 許容與否를 검토하는 방법으로 “수사기관의 證據蒐集過程에서 이루어진 節次違反行爲와 관련된 모든 사정 즉, 절차조항의 취지와 그 위반의 내용 및 정도, 구체적인 위반경위와 회피가능성, 절차조항이 보호하고자 하는 권리 또는 법익의 성질과 침해 정도 및 피고인과의 관련성, 절차위반행위와 증거수집 사이의 인과관계 등 관련성의 정도, 수사기관의 인식과 의도 등을 전체적·종합적으로 살펴야 한다”는 점을 기준으로 제시하였다. 이러한 검토방법에 입각하여 “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 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우라면, 법원은 그 증거를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다고 보아야 할 것”이라는 예외적 허용의 기준점을 설정하였다. 이를 토대로 독수과실의 이론에 대한 예외를 인정하여 “이는 적법한 절차에 따르지 아니하고 수집된 증거를 기초로 하여 획득된 2차적 증거의 경우에도 마찬가지로, 절차에 따르지 아니한 증거수집과 2차적 증거수집 사이의 인과관계 희석 또는 단절여부를 중심으로 2차적 증거수집과 관련된 모든 사정을 전체적·종합적으로 고려하여 예외적인 경우에는 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있는 것”이라고 판단함으로써, 違法하게 蒐集된 증거라 하더라도 例外的

91) 대법원 2007. 11. 15. 선고 2007도3061 전원합의체판결.



인 경우에는 有罪의 證據로 삼을 수 있는 可能性을 열어 놓았다고 할 수 있다.

### 3. 違法蒐集證據 排除의 判斷基準

앞에서 살펴본 바와 같이, 그 동안 수많은 논의를 통해 입법을 요구함에 따라 드디어 위법수집증거배제법칙이 실정법에 규정되기에 이르렀다. 따라서 위법수집증거배제법칙의 적용범위를 설정하는데 있어서 보다 구체적인 判斷基準의 必要性이 뒤따르게 된다. 이하에서는 제2장 제3절에서 고찰하였던 주요 국가의 立法例의 比較를 더불어 우리나라에서 違法蒐集證據의 排除範圍를 어느 수준까지로 設定하여야 하는지에 대해 살펴보기로 한다.

#### (1) 各國의 立法例와 우리나라의 比較 및 整理

위법수집증거배제에 관하여, 위법성을 필요로 하는지, 위법성이 인정되면 법원의 재량 판단 없이 자동적으로 증거가 배제되는지, 배제의 예외를 인정하거나, 배제법칙의 적용범위에 한계가 뒤따르는지, 위법이 있다고 하더라도 배제를 하지 않을 수 있는지 등에 관한 각국의 입장은 다양하다고 하겠다.

##### 1) 違法性的의 存在 要否

獨逸은 증거배제를 위하여 반드시 위법성을 요건으로 하지 않는다. 適法·不法與否를 불문하고, 核心領域을 침해한 경우에는 證據能力을 排除하며, 私的 領域을 침해한 경우에는 利益衡量에 따라 私益保護의 必要性이 公益保護의 必要性보다 큰 경우에는 증거를 배제하지 않는 경향이라 할 수 있다. 이에 반하여 미국, 영국에서는 위법성을 요건으로 하고, 증거수집주체가 사인인 경우에는 위법수집증거배제법칙이 적용되지 않는다.<sup>92)</sup> 우리나라 대법원<sup>93)</sup>은 수사관이 증거수집의 주체인 경우에는 위법성을 요건으

로 하고, 사인이 주체인 경우에는 위법성이 요건이 아니라, 公益과 私益의 이익형량에 따르고 있다고 볼 수 있다.

## 2) 證據排除의 認定與否의 類型

수사관의 증거수집절차상 위법이 인정되면 미국에서는 판사의 재량이 인정되지 않고, 자동적으로 증거능력을 배제한다. 그러나 배제법칙 적용에 관하여 상당한 범위의 예외와 제한이 뒤따라 실제로는 증거능력 배제범위가 제한되어 있다. 한편 영국, 캐나다, 일본, 독일에서는 위법이 있다하더라도 판사의 재량에 따라 증거를 배제하지 않을 수 있다. 우리 대법원에서는 피의자의 진술이나 검증조서에 있어서 규정위반이 무엇인지에 따라 특정규정위반이 인정되면 자동적으로 증거능력이 배제되는 것으로 보고 있고, 이 경우 미국과 같은 예외이론이나, 彈劾證據로서 사용 등의 제한을 인정하지 않고 있다. 증거물인 경우에는 항상 증거능력이 인정되는 것으로 보는 입장에 있었으나, 형사소송법의 개정을 앞두고 위법수집증거배제법칙을 수용하는 입장<sup>94)</sup>을 취함으로써, 기존의 성상불변론에 의한 무조건적인 증거물의 증거능력을 인정하지 않고 있다. 또한 임의성 없는 자백에 의하여 취득한 경우에 증거능력배제가 가능하다는 판시를 한 바 있으나, 이 경우 역시 미국과 같은 예외이론이나 배제법칙을 적용하는 것을 인정하지는 않고 있다.<sup>95)</sup>

## 3) 各國의 違法蒐集證據 排除基準

미국은 원칙적으로 違法性만을 기준으로 하고 있으나, 영국은 위법성 외에 증거의 증거능력을 인정하면 裁判節次의 공정성에 부정적 영향을 미치게 되어 증거의 증거능력을 배제하여야만 할 것을 기준으로 하고 있다. 일본은 절차위반의 정도, 절차위반이

92) 안성수, “각국의 위법수집증거 배제법칙과 우리법상 수용방안”, 「저스티스 통권 제96호」, 한국법학원, 2007, 231면.

93) 대법원 2007. 11. 15. 선고 2007도3061 전원합의체판결.

94) 대법원 2007. 11. 15. 선고 2007도3061 전원합의체판결.

95) 안성수, 상계논문, 231면.

벌어진 상황, 절차위반의 의미, 빈발성, 절차위반과 해당 증거수집과의 인과관계 정도, 수사관의 의도, 증거의 중요성, 사안의 중대성 등을 추가기준으로 하고 있다고 할 수 있다.

## (2) 우리나라의 違法蒐集證據 排除의 判斷基準

### 1) 判斷基準의 模糊性

국내 학설 중 다수의 견해는 원칙론에서는 중요한 의미를 가지는 법률규정을 위반한 重大한 違法이 있는 경우에 증거를 배제하여야 한다고 하지만, 구체적으로는 그러한 법 규정에 대부분의 형사소송법 조항을 포함시키고 있다. 그리고 판단기준으로 특정한 중대한 의미를 가지는 규정을 違反하였는지를 제시하여 그러한 규정을 위반하면 당연히 증거능력이 없는 것으로 해석하고 있다고 판단된다.<sup>96)</sup>

그러나 위반되는 節次規定만을 기준으로 증거능력 배제를 결정하자는 견해는 제2장 제5절에서도 살펴보았듯이 다음과 같은 문제점이 발견된다.

먼저 판단기준을 지나치게 단순하게 규정하고 있다는 것이다. 즉, 동일 조항을 위반한 경우에도 그 위반행위의 동기, 경위, 태양은 다양할뿐더러 그 조항 위반이 미치는 영향도 다를 수 있는데 이러한 점을 감안하지 못하게 된다. 따라서 위반된 조항이 무엇이냐는 것만을 기준으로 할 것이 아니라, 위반되는 행위, 그 행위의 위법성의 정도, 위반행위가 벌어진 경위나 동기, 그 구체적인 상황, 증거배제의 영향, 사회적 반응, 억제효 등을 고려하여 판단하는 것이 타당하다고 보여 진다.<sup>97)</sup>

둘째로, 수사관의 규정위반을 오직 증거능력을 배제하는 방법만으로 해결하려 하는 시각에서 발행하는 문제를 낳게 된다. 수사관의 위법수사에 대한 해결책을 증거능력배제로만 해결하게 된다면 너무나 광범위하게 증거를 배제하는 것이 되어 타당하다고 볼 수 없겠지만, 법관이 재판할 때에는 증거능력과 더불어 증명력 또한 중요한 역할을 하고 있다는 지적할 수 있겠다.<sup>98)</sup> 위법수집증거의 증거능력을 인정한다고 하더라도 법

96) 안성수, 전제논문, 233면.

97) 안성수, 상계논문, 233면.

관은 수사관의 위반사항 및 내용 등을 고려하여 증거의 증명력을 판단하게 된다. 재판정에 신뢰할 만한 증거를 최대한 현출시키고, 신뢰할 수 없는 증거는 최대한 배제하도록 제도화함으로써 법정에는 신뢰할 만한 증거가 통용되는 진실발견의 장이 되어야 할 것이다. 따라서 증거배제가 끝이 아니라, 증거능력이 인정되는 경우에도 증명력의 문제가 남아있다는 점을 고려하여 구체적 사안에 맞게 판단할 수 있도록 해야 한다고 생각된다.

## 2) 具體的 立法의 必要性

搜查機關에 대한 違法搜查 억제효과를 제대로 거두기 위해서는 그 기준을 명확하게 제시하여야 할 필요는 있다. 基準이 불명료할 경우 수사관은 사후적으로는 증거능력이 인정되는 활동이지만, 수사활동을 할 시점을 기준으로 해서 볼 때 위법인지 여부가 불명확할 때에는 수사활동을 과도하게 억제하게 하는 결과를 낳을 것이고, 그 결과 중요 범죄 수사에 방해가 될 수도 있고, 혹은 그와 반대로 수사관이 명확한 기준을 알 수 없어 위법한 수사활동을 그대로 할 수도 있는 것이다. 그러나 앞에서 본 바와 같이 위법수집증거의 배제여부는 시대상황과 국민들의 법감정, 구체적 사건의 내용과 사실관계 등을 고려하여 개개의 사건에 있어 판단할 수밖에 없을 것이다. 그러므로 일반원칙을 제시하는 것을 넘어 배제사유를 구체적으로 유형화하는 것은 불가능하다고 보여진다. 따라서 이와 같은 구체적인 기준은 우선적으로 형사소송법 제308조의2에 의하여 증거배제가 된다하더라도, 대법원 2007. 11. 15. 선고 2007도3061 전원합의체판결에서 판시했듯이, 구체적 사건에 대한 판례를 통하여 축적되는 것이 합리적이라고 볼 수밖에 없다고 생각된다. 미국을 포함한 각국에서도 위법수집증거배제법칙은 결국 판례에 의하여 확립되었기 때문이다. 앞에서 본 바와 같이 입법으로 일반적 위법수집증거배제법칙을 규정하고 있는 나라는 영국과 캐나다이다. 영국은 “법원은 모든 재판과정에서 증거가 획득된 상황을 포함한 모든 정황을 고려하여, 증거의 증거능력을 인정하면 재판절차의 공정성에 부정적 영향을 미치게 되어 증거의 증거능력을 배제하여야만 한다

---

98) 안성수, 전제논문, 234면.

고 판단하는 경우에는 검찰이 제출한 증거의 증거능력을 인정하지 않을 수 있다.”고 규정하고 있고, 캐나다는 “법원은 제1항의 절차에서, 이 헌장에 의하여 보장된 권리나 자유를 침해하거나 부정하는 방법으로 증거를 취득한 경우에는, 모든 사정을 고려하여 볼 때, 그 증거의 증거능력을 인정하는 것이 사법정의의 불명예가 되는 것이 입증된 경우에는 그 증거의 증거능력을 배제하여야 한다.”고 규정하고 있다. 즉 법규정자체에 오해발생의 여지가 없게 법원의 재량 부여, 개별적 사정을 고려한 추상적 배제기준을 명확히 하고 있는 것이다. 이와 같이 부득이하게 입법으로 규정할 경우에는 법문 자체에 위반되는 규정이 매우 중요하고, 반드시 배제를 하여야 사법정의를 실현할 수 있는 경우에 한하여 구체적 타당성을 고려한 법원의 판단에 따라 증거능력을 배제할 수 있도록 규정하거나, 예외사유를 명시하는 등으로 배제범위를 제한하고, 불필요한 오해가 없도록 해야 할 것이다.<sup>99)</sup>

#### 4. 違法蒐集證據排除法則의 明文化 및 그 基準과 限界

형사소송법에 위법수집증거배제법칙을 명문으로 도입함으로써 그동안 입법의 공백이라고 비판받던 논란을 잠재웠다. 意味와 形態는 조금씩 달리 하고 있으나 적법절차의 원리, 위법수사의 억지와 사법의 엄결성 유지를 위하여 위법수집증거가 배제된다는 점에서는 의견이 일치된다고 보여 진다.

위법하게 수집된 증거의 배제기준은 침해된 이익과 위법의 정도를 고려하여 구체적·개별적으로 판단하지 않으면 안 된다. 적법절차의 원리에 비추어 볼 때, 단순한 혼시규정의 위반<sup>100)</sup>만으로는 충분치 않고, 본질적 증거절차 규정을 위반한 때, 다시 말해 중대한 위법이 있는 때에 한하여 증거능력이 배제된다고 보아야 할 것이다. 여기서 중대한 위법이란 令狀制度나 適法節次를 규정하고 있는 헌법규정에 위반하는 경우, 수사

99) 안성수, 전계논문, 236면.

100) 배종대·이상돈, 전계서, 572면; “단순한 절차상 위법, 즉 영장에 발부일자를 기재하지 않은 경우나 압수목록을 틀리게 기재·교부한 경우 또는 증인소환절차에 하자가 있는 경우, 위증의 벌을 경고하지 않고 선서한 증인의 발언과 같이 절차위반의 하자가 사소한 경우에는 증거능력에 영향이 없다.”

기관의 수사활동이 형벌법규에 위배되는 경우, 형사소송법의 효력규정에 위배하여 압수·수색 등이 무효인 경우를 말하는데, 이러한 경우에는 위법수집증거로 증거능력이 부정된다.<sup>101)</sup> 한편 위법수사의 억지라는 관점에서 비추어 볼 때 당해 증거를 허용하는 것이 장차 위법수사를 억지하는데 장애가 되는 경우에는 위법수집증거의 증거능력을 부정해야 한다. 그럼에도 범죄의 중대성, 증거내용의 사적 또는 공적인 성격의 정도, 적법하게 수집된 다른 증거의 사용가능성, 증거사용이 피고인에게 유리하게 작용할 수 있는 가능성, 피고인의 증거사용에 대한 동의 등의 요소를 종합적으로 고려하여 판단해야 한다.<sup>102)</sup> 그러나 제2장 제5절에서 위법수집증거배제법칙의 인정여부에 대한 논의와 대법원의 판결에서도 찾아볼 수 있듯이 위법수집증거배제법칙의 근거 및 기준은 일률적·확실적으로 다룰 수 없기에, 대법원은 형사소송법의 중대 이념인 실체적 진실규명이라는 전제 아래에 위법수집증거배제의 한계를 정하고 있는 것이라고 생각된다.

한편 대법원은 실체적 진실규명에 대한 위법수집증거의 배제의 한계도 언급하고 있다. 즉, “수사기관의 증거수집과정에서 이루어진 절차위반행위와 관련된 모든 사정 즉, 절차조항의 취지와 그 위반의 내용 및 정도, 구체적인 위반경위와 회피가능성, 절차조항이 보호하고자 하는 권리 또는 법익의 성질과 침해정도 및 피고인과의 관련성, 절차위반행위와 증거수집사이의 인과관계 등 관련성의 정도, 수사기관의 인식과 의도 등을 전체적·종합적으로 살펴 볼 때, 수사기관의 절차위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우 형사소송에 관한 절차조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실체적 진실규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사사법정의를 실현하려 한 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우라면, 법원은 그 증거를 유죄인정의 증거로 사용할 수 있다고 판단한 것이다.”라고 하여 예외적인 경우 위법수집증거도 증거로 사용할 수 있다고 판단한 것이라 보여 진다.

---

101) 이재상, 전거서, 545면.

102) 배종대·이상돈, 전거서 571면; 기준에 대해 다음과 같이 서술하고 있다. ① 절차위반의 정도, ② 절차위반이 이루어진 상황, ③ 절차위반에 대한 의식 여부, ④ 절차위반의 빈도, ⑤ 절차위반과 당해 증거수집의 인과성의 정도, ⑥ 증거의 중요성, ⑦ 사안의 중대성 등을 함께 고려하여 증거배제로 인해 생기는 불이익과 배제의 필요성이 균형을 이루도록 해야 한다.

위법수집증거배제법칙은 실제적 진실발견이라는 다른 하나의 형사소송의 목적과 대립함으로써 그 한계를 필연적으로 내포하고 있다. 앞에서 살펴본 바와 같이 대법원이 위법수집증거에 대한 예외적인 인정가능성을 열어둔 것도<sup>103)</sup> 이와 같은 의미로 해석될 수 있다고 하겠다.

#### IV. 刑事訴訟法 제308조의2 違法蒐集證據排除法則의 問題點

##### 1. 法條文 內用的 不一致

개정 형사소송법 제308조의2의 표제어는 ‘違法蒐集證據의 排除’라고 규정하고 조문내용에는 ‘적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다’라고 규정하여<sup>104)</sup> 표제어와 내용이 일치하지 않고 있다.

違法蒐集證據와 適法한 節次에 따르지 아니하고 蒐集한 證據는 같은 意味라고 할 수 없다. 전자는 증거배제의 기준에서 어떠한 절차의 위법이라도 있으면 증거로서 배제한다는 의미로서 형식적 판단의 여지를 가지고 있지만, 후자는 적법절차라는 추상성과 모호성을 유지하면서 해석을 통한 종합적인 비교형량을 하라는 의미가 포함되어 있다고 할 수 있다.<sup>105)</sup> 따라서 그 해석에도 비교형량의 기준에 의하여 정해지는 실질적 의미를 가진다. 따라서 경우에 따라서는 구체적 사안에서 기능을 수행할 수 없는 단순한 선언적 의미만을 가지는 조항으로 전락할 수 있다는 것이다.<sup>106)</sup>

그동안 학설의 입장에서는 위법수집증거배제법칙에 관하여 헌법 제12조 제1항과 제3항에서 ‘적법한 절차’의 규정을 근거로 위법수집증거배제법칙의 근거조항으로 들고 있었다. 헌법의 근거에 의하여 법률이 규정되려면 헌법의 규정보다는 더 구체화하고 명

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

104) 하태영, “개정 형사소송법 제309조의2 위법수집증거배제법칙”, 「형사법연구 제19권 제4호」 2007, 163면-164면.

105) 이완규, 전계논문, 610면.

106) 하태영, 상계논문, 191면.

확성을 띠어야 함에도 불구하고 법 적용에서 논란의 여지를 남겨서 구체적인 사안에 따라 위법성 여부를 판단한다면 법적안정성을 해치며 일반국민의 신뢰성을 확보할 수 없게 된다.<sup>107)</sup>

## 2. 解釋上의 問題點

법원행정처와 법무부는 개정 형사소송법 제308조의2의 解釋에 있어서 각기 다른 해석을 하고 있다. 법원행정처는 여기서 ‘위법하게 수집한 증거’가 아니라 ‘적법한 절차에 의하지 아니하고 수집한 증거’라고 규정함으로써 위법수집증거배제의 범위에 관하여 법원의 판단여지를 중요시 하고 있고, 법무부는 헌법이 보장하고 있는 적법절차의 원칙을 증거법에 구체화하여 증거수집절차의 적법성을 제고하도록 하였다고 하고, 법원의 판단여지를 인정할 필요가 있다는 취지에서 ‘위법하게’가 아닌 ‘적법한 절차에 의하지 아니하고’라는 표현을 사용하였다고 한다.

이러한 양쪽 입장은 證據蒐集과 證據評價의 類型에 따라 여러 가지 유형으로 설명할 수 있을 것이다. 즉, 보호목적이론, 이익형량이론, 범영역이론, 3단계이론, 핵심영역이론 등이다.<sup>108)</sup> 이러한 이론의 토대위에 법원과 법무부의 해석에 대하여 검토한다면 법원의 태도는 사안별로 검토가 가능하다고 볼 수 있고, 검찰 입장에서는 보호목적이론과 이익형량이론에 조금 치우쳐 있다고 볼 수 있다. 이러한 의미에서 본다면 증거배제의 범위에 대해서 법원과 법무부의 의견이 서로 다른 점을 추론할 수 있는 바, 법원의 해석은 위법수집증거의 파생증거에 대해서 원칙적으로 배제되어야 한다고 해석할 수 있을 것인데, 법무부의 해석은 여기에 확실하게 배제된다고 해석하기가 어렵다고 본다.<sup>109)</sup>

위법수집증거가 搜查機關이 수집한 증거뿐만 아니라 私人에 의해 수집된 증거도 포

---

107) 류지영, 전계논문, 323면.

108) 조국, 전계서, 116면.

109) 류지영, 상계논문, 324면.



함한다면, 즉 搜查機關이 위법한 절차로 수집한 증거와 법원의 절차위법에 의한 경우, 나아가 私人에 의해 위법하게 수집된 증거와 법원의 절차위법에 의한 경우, 나아가 사인에 의해 위법하게 수집된 증거도 포함한다면, 어느 특정 이론하나로 개정 형사소송법 제308조의2를 설명하기는 어렵다고 본다. 그러나 과학기술의 발달에 따라 개인에 의한 개인의 사생활과 개인정보유출에 따른 기본권침해의 우려가 많은 현대 사회의 현상에 비추어 볼 때, 지나친 保護目的에 따른 證據許容과 利益衡量에 따른 증거허용은 이 法則의 實效性 保障을 위해서는 적절하지 못한 해석이라고 보여 진다.<sup>110)</sup>

---

110) 류지영, 전계논문, 324면.

## 제 3 장 搜查機關이 蒐集한 證據와 違法蒐集證據排除法則

### 제1절 違法蒐集證據排除法則과 令狀主義

위법수집증거배제법칙은 본래 搜查機關의 令狀 없이 押收·搜索하려는 強制處分을 抑止하려는 하나의 방안에서 생겨나게 되었다. 그러나 근자에 와서는 수사기관 뿐만 아니라 私인에 의해서도 증거수집이 가능해지면서 그 重要性은 더욱 擴大되었다고 할 수 있다. 아래에서는 우선 搜查機關과 관련하여 이 법칙에 대한 原則과 例外로 나누어 좀 더 자세한 연구를 해보고자 한다.

#### I. 適法節次原則과 令狀主義

令狀主義란 법원 또는 법관이 발부한 적법한 영장에 의하지 않으면 형사절차상의 강제처분을 할 수 없다는 원칙을 말한다. 이는 法官의 공정한 판단에 의하여 수사기관에 의한 강제처분권한의 남용을 억제하고 국민의 자유와 재산의 보장을 실현하기 위한 원칙이라 하겠다.<sup>111)</sup> 令狀主義에 違反하여 수집한 증거물의 증거능력은 부정된다. 이는 위법한 수집방법의 대표적인 경우라고 할 수 있다. 헌법 제12조 제3항은 “체포·구속·압수·수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다. 다만, 現行犯人인 경우와 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때에는 사후에 영장을 청구할 수 있다”고 규정하고 있다. 이 조항은 영장주의를 明示하는 동시에 적법절차의 원칙까지 강조하고 있다고 할 수 있다. 따라서 적법절차의 원칙을 판단기준으로 삼는 형사소송법 제308조의2가 위법수집증거배제법칙의 주요한 영역으로 영장주의 위반행위에 초점을 두

111) 나세영, “사진과 녹음테이프의 증거능력에 관한 고찰”-과학수사의 효용성을 중심으로-, 홍익대 법학 석사학위논문, 2003. 19면.

는 것은 당연하다고 하겠다.

2007년 형사소송법의 개정 이전의 시점을 기준으로, 학설은 위법수집증거배제법칙의 적용을 지속적으로 주장하여 왔지만 기존 판례들은 이에 대해 소극적인 태도를 취해왔다. 판례는 영장 없이 압수된 증거물의 증거능력을 다툰 사안들에서 “압수물은 압수절차가 위법하다고 하더라도 물건 자체의 성질·형상에 변경을 가져오는 것이 아니어서 그 형태 등에 관한 증거가치에는 변함이 없어 증거능력이 있다고 할 것”이라는 입장을 취해오고 있었다.<sup>112)</sup> 이에 대하여 2007년 6월에 공포된 新刑事訴訟法은 제308조의2에서 “적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다”고 규정함에 따라 기존의 판례는 이제 입법적으로 극복되었다고 할 수 있다. 이어서 2007년 11월에 대법원<sup>113)</sup>은 압수·수색절차의 위법이 문제된 사안을 계기로 기존의 판례를 폐기하고 위법수집증거배제법칙을 정면에서 수용하게 된 것이다.

## II. 強制搜查와 令狀主義

### 1. 令狀主義의 原則

형사소송법은 피고인과 被疑者의 구속에 관하여 영장의 발부를 요건으로 하고 있으며, 수사기관의 압수·수색·검증에는 법관이 발부한 영장이 있어야 함을 원칙으로 하고 있다. 즉, 증거물을 압수하려면 헌법 제12조 제3항이 규정한 영장주의와 적법절차를 준수하여야 한다는 것이다. 압수·수색은 증거물이나 앞으로 몰수될 물건의 수집과 보전을 목적으로 행하여지는 강제처분으로서 물건 그 자체를 대상으로 하여 행해지는 경우와 사람을 상대로 행해지는 경우로 나누어 볼 수 있다. 수사상 신체구속은 대인적 강제처분임에 대하여 수사상 압수·수색에 관하여는 이를 대부분 준용하는 입법형식을

---

112) 대법원 1968. 9. 17. 선고 68도932 판결; 대법원 1987. 6. 23. 선고 87도705 판결; 대법원 1994. 2. 8. 선고 93도3318 판결, 대법원 1996. 5. 14. 선고 96초88 판결.

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

취하고 있다. 그러나 신체의 자유, 주거의 자유, 사생활의 비밀과 자유, 통신의 비밀 등 헌법이 보장하고 있는 각종의 기본권은 제1차적으로 수사상 압수·수색 등의 강제처분에 의하여 침해되기 쉽다.

이 점을 주목하여 우리 헌법은 압수 또는 수색을 할 때에 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관의 발부한 영장에 의하도록 명시하여 수사절차상의 강제처분에 관심을 집중하고 있다. 형사소송법은 제215조에서 사전영장에 의한 압수·수색을 원칙으로 규정하고 있다. 이 조항에 따르면 검사는 필요한 때에는 地方法院判事에게 청구하여 발부받은 영장에 의하여 압수·수색·검증을 할 수 있으며, 사법경찰관이 범죄수사에 필요한 때에는 검사에게 신청하여 검사의 청구로 지방법원판사가 발부한 영장에 의하여 압수·수색·검증을 할 수 있다.<sup>114)</sup> 또한 야간압수·수색금지규정에 압수·수색, 당사자의 참여권을 보장하지 않은 검증과 감정, 의사 성년의 여자를 참여시키지 않은 신체검사의 결과도 증거로 할 수 없을 뿐더러, 당사자의 참여권과 신문권을 침해한 증인신문의 결과도 증거능력이 없다고 해야 하겠다. 한편 2007년 신형사소송법은 긴급 압수·수색을 규정한 제217조에서 압수·수색의 대상을 ‘체포할 수 있는 자’가 소유·소지·보관하는 물건으로부터 ‘체포된 자’가 소유·소지·보관하는 물건으로 제한하였다. 헌법 제12조 제3항과 형사소송법 제215조 내지 제217조에 위반하여 압수·수색된 증거물은 이제 형사소송법 제308조의2에 의하여 증거능력이 배제된다.<sup>115)</sup>

또한 형사소송법이 규정한 바에 따라야 하는 수사상 강제처분에는 도로교통의 안전을 확보하기 위한 飲酒測定이 아니라 음주운전죄의 증거수집을 위한 음주측정도 범죄수사의 영역에 속한다고 하겠다.<sup>116)</sup> “교통안전과 위험방지를 위한 필요가 없음에도 주취운전을 하였다고 인정할 만한 상당한 이유가 있다는 이유만으로 이루어지는 음주측정은 이미 행하여진 주취운전이라는 범죄행위에 대한 증거수집을 위한 수사절차로서의 의미를 가지는 것인데, 구 도로교통법(2005. 5. 31. 법률 제7545호로 전문 개정되기 전

114) 신동운, 전계서, 287면; 이재상, 전계서, 302면.

115) 신동운, 상계서, 1038면.

116) 신동운, 상계서, 1038면.

의 것)상의 규정들이 음주측정을 위한 강제처분의 근거가 될 수 없으므로 위와 같은 음주측정을 위하여 당해 운전자를 강제로 연행하기 위해서는 수사상의 강제처분에 관한 형사소송법상의 절차에 따라야 하고, 이러한 절차를 무시한 채 이루어진 강제연행은 違法的 逮捕에 해당한다. 이와 같은 위법한 체포상태에서 음주측정요구가 이루어진 경우, 음주측정요구를 위한 위법한 체포와 그에 이은 음주측정요구는 주취운전이라는 범죄행위에 대한 증거수집을 위하여 연속하여 이루어진 것으로서 個別的으로 그 적법 여부를 평가하는 것은 적절하지 않으므로 그 일련의 과정을 전체적으로 보아 위법한 음주측정요구가 있었던 것으로 볼 수밖에 없고, 운전자가 주취운전을 하였다고 인정할 만한 상당한 이유가 있다 하더라도 그 운전자에게 경찰공무원의 이와 같은 위법한 음주측정요구에 대해서까지 그에 응할 의무가 있다고 보아 이를 강제하는 것은 부당하므로 그에 불응하였다고 하여 음주측정거부에 관한 도로교통법 위반죄로 처벌할 수 없다.”라고 판시한 바 있다.<sup>117)</sup> 그러므로 위법한 체포상태에서 조사된 혈중 알코올농도 조사결과나 혈액채취 조사결과는 증거능력이 부정되어야 하는 것이 타당하다고 본다.

한편 의료인이 診療目的으로 채혈한 환자의 혈액을 수사기관이 영장 없이 任意提出物로 제출받아 음주운전죄 등의 증거물로 압수한 경우에 형사소송법 제308조의2가 규정한 위법수집증거배제법칙이 적용될 것인가 하는 문제가 있다.<sup>118)</sup> 판례는 “형사소송법 제218조는 ‘검사 또는 사법경찰관은 피의자, 기타인의 유류한 물건이나 소유자, 소지자 또는 보관자가 임의로 제출한 물건을 영장 없이 압수할 수 있다.’라고 규정하고 있고, 같은 법 제219조에 의하여 준용되는 제112조 본문은 ‘변호사, 변리사, 공증인, 공인회계사, 세무사, 대서업자, 의사, 한의사, 치과의사, 약사, 약종상, 조산사, 간호사, 종교의 직에 있는 자 또는 이러한 직에 있던 자가 그 업무상 위탁을 받아 소지 또는 보관하는 물건으로 타인의 비밀에 관한 것은 압수를 거부할 수 있다’라고 규정하고 있을 뿐이고, 달리 형사소송법 및 기타 법령상 의료인이 진료 목적으로 채혈한 혈액을 수사기관이 수사 목적으로 압수하는 절차에 관하여 특별한 절차적 제한을 두고 있지 않으

117) 대법원 2006. 11. 9. 선고 2004도8404 판결.

118) 신동운, 전거서, 1038면.

므로, 의료인이 진료목적으로 채혈한 환자의 혈액을 수사기관에 임의로 제출하였다면 그 혈액의 증거사용에 대하여도 환자의 사생활의 비밀 기타 인격적 법익이 침해되는 등의 특별한 사정이 없는 한 반드시 그 환자의 同意를 받아야 하는 것이 아니고, 따라서 경찰관이 간호사로부터 진료 목적으로 이미 채혈되어 있던 피고인의 혈액 중 일부를 주취운전 여부에 대한 감정을 목적으로 임의로 제출 받아 이를 압수한 경우, 당시 간호사가 위 혈액의 소지자 겸 보관자인 병원 또는 담당의사를 대리하여 혈액을 경찰관에게 임의로 제출할 수 있는 권한이 없었다고 볼 특별한 사정이 없는 이상, 그 압수절차가 피고인 또는 피고인의 가족의 동의 및 영장 없이 행하여졌다고 하더라도 이에 적법절차를 위반한 위법이 있다고 할 수 없다.”라는 기준을 제시하면서 ‘적법절차를 위반한 위법’이 없다고 판단하고 있다.<sup>119)</sup> 생각건대 환자의 사적영역 및 기타 인격권에 해당되는 권리가 침해되는 등의 특수한 사정이 인정될 여지가 있는 경우에는 임의제출물에도 역시 위법수집증거배제법칙이 적용될 것이라고 보는 것이 타당하다.

## 2. 令狀主義의 例外

刑事訴訟法은 제215조에서 사전영장에 의한 압수·수색을 원칙으로 규정하고 있고, 제216조와 제217조에서 그에 대한 예외를 규정하고 있다. 영장에 의하지 아니한 압수·수색·검증에 대해서 크게 3가지로 分類할 수 있다고 하겠다. 형사소송법에서는 제216조 제1항의 수사상 신체구속에 수반하여 이루어지는 압수·수색·검증, 제216조 제3항의 현행범 상황하에서 이루어지는 압수·수색·검증, 제218조의 긴급체포 후 24시간 이내의 압수·수색·검증을 규정하고 있다.<sup>120)</sup>

형사소송법 제212조는 “現行犯人은 누구든지 令狀 없이 逮捕할 수 있다.”라고 규정하고 있다. 현행범인의 체포에 있어 영장주의의 예외를 인정하는 것은 逮捕의 緊急性이 요청된다는 점에 주된 이유가 있다 하겠다. 형사소송법 제216조 제1항 1호에 따르면,

119) 대법원 1999. 9. 3. 선고 98도968 판결.

120) 이재상, 전게서, 305면.

이 경우 체포·구속을 위하여 필요한 때에는 법관이 발부한 수색영장 없이 타인의 주거·건조물·자동차·선박 등에 들어가 피의자의 발견을 위한 수색을 할 수 있다. 수색의 긴급성에 대처하기 위해서 영장주의의 예외를 인정한 것이라고 보여 진다. 또한 일반사인이 현행범인을 체포하기 위하여 필요한 경우에 타인의 주거에 들어가서 그 현행범인의 발견을 위한 수색을 하는 것이 허용되느냐에 관해서는 허용되지 아니한다는 견해<sup>121)</sup>와 허용된다는 견해<sup>122)</sup>가 대립되고 있다.

마지막으로 檢事 또는 司法警察官은 피의자가 사형·무기 또는 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범하였다고 의심할만한 상당한 이유가 있고 형사소송법 제70조 제1항 제2호 및 제3호에 해당하는 사유가 있는 경우에 긴급을 요하여 지방법원 판사의 체포영장을 받을 시간적 여유가 없는 때에는 체포영장 없이 피의자를 체포할 수 있다. 이 경우의 체포를 緊急逮捕라고 한다. 개정 형사소송법은 긴급체포제도와 관련하여, 긴급체포의 사유, 긴급체포와 영장청구기간, 체포이유와 피의사실 등의 고지 등을 개정하였다. 즉 개정 형사소송법 제200조의3은 구속사유를 준용했던 종전과는 달리 그 사유를 구체적으로 명시하고 있고, 제200조의4에서 구속영장청구기간을 종전의 48시간에서 ‘지체 없이’로 개정하자는 견해<sup>123)</sup>를 받아들여 입법화함으로써 긴급체포 후 피의자신문 등 조사를 위하여 불필요하게 신병을 유치하는 것을 최소화하였으며, 신설된 제200조의5에서는 미란다 원칙을 체포절차에 적용할 것을 명시적으로 규정하고 있다.<sup>124)</sup> 그러나 긴급체포에 대한 事後的 통제장치로 수사기관에서 긴급체포를 한 경우 48시간 범위 내에서는 법원의 통제 없이 피의자를 구금하였다가 석방할 수 있도록 되어 있는 개정 형사소송법 제200조의4는 헌법상의 영장주의에 위반되어 違憲의 소지가 있다. 즉 제200조의4에 의하면 緊急逮捕의 경우 사후의 체포영장을 요구하고 있지 않기 때문에 만약 수사기관이 피의자를 긴급체포한 후에 구속영장을 청구하지 않고 석방

121) 배종대·이상돈, 전게서, 310면; 이재상, 전게서, 279면.

122) 백형구, 전게서, 229면; 신양균, 229면.

123) 배종대·이상돈, 상게서, 258면; 신양균, 전게서, 152면; 이재상, 상게서 222면.

124) 천진호, “개정 형사소송법상 형사피의자·피고인의 방어권 보장”, 「저스티스 통권 103호」, 2008,122면.

하는 경우 영장 없는 체포가 되어 헌법 제12조 제3항에 위배될 소지가 있다는 것이다.<sup>125)</sup> 개정 형사소송법은 사후 법원에의 통지제도를 새로 마련하였기 때문에 사후 체포영장을 필요로 하게 된다면 절차의 중복 등 오히려 부작용을 초래할 수도 있으나, 아무런 제한조치를 두지 않는 것도 긴급체포의 남용을 부추길 수 있다는 점에서 사후 통제장치를 마련해 두는 것이 바람직하다.<sup>126)</sup>

또한 개정 형사소송법 제217조 제1항은 “검사 또는 사법경찰관은 제200조의3에 따라 체포된 자가 소유·소지 또는 보관하는 물건에 대하여 긴급히 압수할 필요가 있는 경우에는 체포한 때부터 24시간 이내에 한하여 영장 없이 압수·수색 또는 검증을 할 수 있다.”라고 하여 긴급체포에 수반하는 부수적 강제처분으로서 영장 없는 대물적 강제 수사를 폭넓게 허용하고 있다. 그러나 現行法上 긴급체포 자체가 사후에 체포영장을 통해 그 적법성이 보장되지 않고 특히 영장이 기각되거나 영장청구 없이 석방되는 경우에 아무런 사후통제가 이루어지지 않는 점을 고려한다면, 구속영장이 발부되지 않은 상태에서 그 이전에 이루어진 긴급체포에 대하여 다른 체포의 경우와는 달리 압수·수색·검증을 광범위하게 허용하는 것은 근본적으로 의문이다.<sup>127)</sup> 다만 개정 형사소송법은 종전의 규정이 헌법 제12조 제3항의 영장주의에 위반될 소지가 있어 사후영장에 의한 통제 등 개선조치가 필요하다는 비판을 받아 들여 긴급한 압수의 필요성과 체포한 때부터 24시간 이내에 행해질 것을 요구하고 있다.<sup>128)</sup> 이렇듯 체포현장에서의 압수·수색·검증은 영장 없이 할 수 있지만 압수물을 계속 압수하려면 영장이 필요하다. 검사 또는 사법경찰관이 압수한 물건을 계속 압수할 필요가 있는 경우에는 지체 없이 압수·수색영장을 청구하여야 하는데 앞서서도 언급했던 것처럼, 이는 적법한 절차에 위배되는 위법한 절차로서 수집한 증거의 증거능력은 형사소송법 제308조의2에 의하여 증거배제 되는 것이 당연하다고 생각된다.

---

125) 신동운, 전제서, 141면.

126) 이경재, “개정 형사소송법상 인신구속제도에 관한 고찰”, 「형사법연구 제19권 제4호」, 한국형사법학회, 2007. 7면.

127) 신양균, 「형사소송법 제2판」, 법문사, 2004, 234면.

128) 천진호, 전제논문, 124면.



한편 强制捜査는 아니지만 영장주의의 예외인 경우로서 任意同行이 있다. 수사관이 수사절차에서 당사자의 동의를 받는 형식으로 피의자를 수사기관 등에 동행하는 수사 기법을 임의동행의 경우를 살펴보면,<sup>129)</sup> 판례는 임의동행의 적법성을 원칙적으로 부인하고 있는데, 그 이유로 “임의동행’은 상대방의 신체의 자유가 현실적으로 제한되어 실질적으로 체포와 유사한 상태에 놓이게 됨에도, 영장에 의하지 아니하고 그 밖에 강제성을 띤 동행을 억제할 방법 또한 없어서 제도적으로는 물론 현실적으로도 임의성이 보장되지 않을 뿐만 아니라, 아직 정식 체포·구속단계 이전이라는 이유로 상대방에게 헌법 및 형사소송법이 체포·구속된 피의자에게 부여하는 각종의 권리보장 장치가 제공되지 않는 등 형사소송법의 원리에 반하는 결과를 초래할 가능성이 크다”는 점을 제시하고 있다.<sup>130)</sup> 따라서 不法한 任意同行 상태에서 수집한 증거물이나 이 때 작성한 조서는 위법수집증거로서 증거능력이否認되어야 하는 것이 타당하다.<sup>131)</sup> 다만 판례는 제한적인 범위에서 임의동행의 적법성이 인정될 여지를 열어두고 있다고 보여 진다. 판례는 “수사관이 동행에 앞서 피의자에게 동행을 거부할 수 있음을 알려주었거나 동행한 피의자가 언제든지 자유로이 동행과정에서 이탈 또는 동행장소에서 퇴거할 수 있었음이 인정되는 등 오로지 피의자의 自發的인 의사에 의하여 수사관서 등에의 동행이 이루어졌음이 객관적인 사정에 의하여 명백하게 입증된 경우에 한하여, 그 적법성이 인정되는 것으로 봄이 상당하다.”는 신중한 입장을 취하고 있다.<sup>132)</sup> 이러한 기준에 따르면 ‘객관적 사정에 의하여 명백하게 입증된 경우’라는 극히 예외적인 상황인 경우에만 형사소송법 제308조의2가 규정한 위법수집증거배제법칙이 개입하지 않게 될 것이라고 생각된다.

---

129) 신동운, 전게서, 163면,1030면.

130) 대법원 2006. 7. 6. 선고 2005도6810 판결.

131) 신동운, 상게서, 1039면.

132) 대법원 2006. 7. 6. 선고 2005도6810 판결.

## 제2절 非陳述證據와 違法蒐集證據排除法則

과학기술이 발달하면서 盜聽 등의 전자적인 감시에 의하여 個人的 秘密스런 私的領域이 여지없이 노출되고 있다. 뿐만 아니라 그 결과가 科學的, 機械的 정확성과 재생능력을 가진 자기테이프 내지 녹음테이프에 녹취되어 증거방법으로서 제출되고, 고전밀망원경이나 야간망원경 또한 그러한 것이 부착된 사진기의 개발은 인간의 행위를 원형 그대로 녹취·보존하여 비디오테이프에 의한 영상재현까지도 용이하게 되어 과학수사 기법의 발달은 사진 및 녹음테이프 또는 비디오테이프 그 자체의 證據能力이 證據法上 새로운 問題點으로 제시되고 있다.<sup>133)</sup> 이러한 추세에 따라 非陳述證據와 陳述證據로 나누어 違法蒐集證據排除法則과 관련한 爭點들을 살펴보기로 한다.

### I. 搜查機關의 秘密錄音과 違法蒐集證據排除法則

#### 1. 秘密錄音 및 錄畫의 問題點

그 동안 이 분야의 증거능력 규제를 담당할 실정법적 根據가 없었기 때문에 ‘調書’나 ‘書類’의 證據능력을 규정한 傳聞法則과 그 例外規定을 근거로 증거능력을 제한하려는 시도들이 제시되어 왔다.<sup>134)</sup> 그러나 反對訊問權의 보장을 골자로 하는 전문법칙이 위법하게 수집된 증거를 배제하는 근거로 사용되는 데에는 처음부터 限界가 있어 왔다. 이러한 문제는 특히 비밀녹음이나 비밀녹화의 경우에 뚜렷하게 부각되었다. 기존에 학계에서는 수사기관에 의한 秘密錄音을 위법수집증거배제법칙의 문제로 해결하려고 노력하였다. 그렇지만 판례는 위법수집증거배제법칙을 그 때까지도 전면적으로 수용하지 않는 입장이었다.

133) 신동운, 전게서, 1039면.

134) 대법원 1999. 11. 26. 선고 99도1904 판결.

## 2. 秘密錄音과 通信秘密保護法の 關係

刑法의 적절한 적용을 위해 사안의 진상을 파악하고 客觀的 眞實을 규명하여야 하는 실체진실의 발견은 형사소송의 지도이념이다.<sup>135)</sup> 한편 헌법은 “모든 국민은 …… (중략)…… 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 …… (이하생략)”(제12조 제1항 2문), “逮捕·押收 또는 搜索을 할 때에는 適法한 節次에 따라 …… (이하생략)”(제12조 제3항)라고 하여 刑事訴訟法の 理念으로 적법절차의 원칙을 분명히 하고 있다. 이것은 헌법이 적법절차의 원칙을 실체진실주의와 최소한 對等한 刑事節次의 理念이라고 선언하고 있다고 평가할 수 있겠다. 실체진실을 발견하기 위해서는 사실관계가 확정되어야 하며, 사실관계의 확정에는 사실인정의 근거가 되는 자료인 증거에 의해서 행해지므로 형사절차에서 증거는 중요한 의미를 갖게 되며,<sup>136)</sup> 이러한 증거는 증거재판주의를 명시하고 있는 형사소송법 제307조에 의해 법률이 규정한 증거능력을 갖추어야 한다. 따라서 증거는 그 수집의 적법성, 절차의 적법성에 의해 사용여부가 결정된다.<sup>137)</sup> 헌법과 형사소송법은 피의자와 피고인의 인권을 옹호하는 법치국가원리에 입각하여 실체적 진실발견을 위한 절차를 규정하고 있다. 이러한 절차에 따라 법원은 증거획득을 가능하게 하고, 절차규정이 미비한 경우 형사소추이익과 개인의 기본권적 이익을 비교·형량하여 증거의 허용여부를 결정하며, 적절한 증거조사 방법을 선택함으로써 국민의 인간으로서의 존엄성에 대한 침해를 최소화 하고 있다.

通信秘密保護法은 個人의 利益보다 국가의 刑事訴追利益이 우월하다고 인정되는 일정한 범죄에 대하여 그 증거수집의 수단으로 대화녹음·청취와 감청을 허용하고 있다.<sup>138)</sup> 통상 헌법상의 기본권을 침해하는 盜聽·監聽행위와 그 결과물인 도청·감청자료는 제한적인 경우에만 허용되고, 통신비밀보호법에 위반하여 수집한 증거는 증거능력이 배제된다. 그러나 절차의 단순성, 규정의 불명확성에 따라 문제가 발생하는 사안

135) 이재상, 전거서, 22면.

136) 원혜욱, “도청·감청 및 비밀녹음”, 「형사정책연구」, 한국형사정책연구원, 2000, 129면.

137) 박미숙, 전거논문, 17면.

138) 대법원 1997. 9. 30. 선고 97도1230 판결.

들이 존재하고, 위법하게 수집된 증거라고 할지라도 극히 예외적으로는 그 증거능력을 배제하는 것이 타당하지 않은 경우가 있는데, 이러한 경우 과연 違法蒐集證據라고 해서 일률적으로 증거능력을 배제하여야 하는가에 대해서 의문이 제기된다. 이하에서는 통신비밀보호법상의 證據能力關聯規定을 살펴보고, 현재 우리나라의 통신비밀보호법에 대한 보완점과 개선방안을 제시해보기로 한다.

#### (1) 搜查機關에 의한 秘密錄音

형사소송법상 일반적인 위법수집증거의 증거능력에 관하여 그동안 判例는 비진술증거, 예컨대 증거물의 경우 압수절차가 위법이라고 하더라도 물건자체의 성질, 형상에 변화를 가져오는 것이 아니므로 증거가치에는 변함이 없다는 이유로 증거능력을 인정함에 대하여, 學說은 우리 헌법이 적법절차의 원칙을 형사소송법의 기본원칙으로 천명하고 강제수사에 관하여 이를 재확인하고 있는 점 및 그 證據能力을 인정할 경우 헌법과 형사소송법이 규정한 제반 인권보호규정들은 유명무실한 것에 불과하게 될 것이라는 등의 이유로 증거능력을 부정해야 한다는 데 일치하고 있다.

수사기관의 불법도청에 의하여 지득 또는 채록된 전기통신이나 대화내용, 즉 불법도청결과물은 위법수집증거의 한 전형이라 할 것이므로 허용성에 관하여도 이론상의 논란의 여지는 있다 하겠으나, 통신비밀보호법은 통신제한조치에 의하여 취득한 증거의 지위에 관하여 제4조에서 “불법감청에 의하여 지득 또는 채록된 전기통신의 내용은 재판 또는 징계절차에서 증거로 사용할 수 없다.”고 규정하고 있으므로 수사기관이 전화 등 전기통신을 비밀녹음한 녹음테이프는 증거능력이 부인되었다. 이 규정의 취지는 통신비밀보호법이 제정됨으로써 합법적으로 감청할 수 있는 길이 열렸으므로, 국가의 불법감청은 금지되는 것이며 이에 의하여 취득한 증거는 증거능력을 가질 수 없게 된다는 점을 선언한 규정이라 하겠다. 이러한 규정은 위법수집증거배제법칙을 도청의 경우에 구체화한 것으로서 의의가 있다고 한다.<sup>139)</sup> 또한 ‘當事者’란 전기통신의 송신인과 수신

---

139) 이종갑, 전계논문, 54면.

인을 말하므로 수사기관이 일방의 동의를 얻고 감청한 경우에도 제3조의 불법감청에 해당하게 되어 그에 의한 녹음테이프의 증거능력도 부인된다고 할 것이다.

생각건대 수사기관이 통신비밀보호법에 근거한 감청행위에 의하여 얻은 녹음테이프의 증거능력이 인정되기 위해서는 傳聞法則의 例外로서의 要件을 갖추어야 하고, 비밀녹음이 통신비밀보호법에 규정된 법정요건을 갖추어야 한다. 이를 위해서는 법원으로 부터 통신제한조치 허가서를 발부받거나, 법원의 허가를 받을 수 없는 긴급한 사유가 있는 때에는 제5조 제1항 1호에서 11호에 제한적으로 열거되어 있는 범죄목록에 해당하는 범죄를 계획 또는 실행하고 있거나 實行하였다고 의심할만한 충분한 이유가 있고, 다른 방법으로는 그 범죄의 실행을 저지하거나 범인의 체포 또는 증거의 수집이 어려운 경우이어야 하며, 감청한 때부터 48시간 이내에 법원의 사후허가서를 발부 받아야 한다. 만일 이러한 요건을 갖추지 못한 경우 수사기관에 의한 비밀녹음은 불법감청에 해당하므로 그 녹음테이프는 證據能力이 없으며 따라서 형사절차에서 증거사용이 금지된다. 그리고 전기통신이 아닌 대화나 진술을 비밀녹음한 경우에는 진술한 바와 같이 형사소송법 제308조의2에 규정된 위법수집증거배제법칙에 의하여 각 녹음테이프의 증거능력이 부인될 것이다.

## (2) 適法蒐集證據의 使用과 制限

수사기관이 통신비밀보호법에 근거하여 통신제한조치허가서를 발부받아 적법하게 감청을 통해 수집한 통신내용의 증거능력은 통신비밀보호법 제5조 제1항 각 호<sup>140)</sup> 소정의 범죄나 이와 관련되는 범죄의 수사·소추를 위하여 사용될 수 있고, 이러한 범위 내에서 증거능력이 있다고 할 것이다. 그러나 적법하게 수집한 자료라고 하여도 통신

---

140) 통신비밀보호법 제5조(범죄수사를 위한 통신제한조치의 허가요건) ① 통신제한조치는 다음 각 호의 범죄를 계획 또는 실행하고 있거나 실행하였다고 의심할만한 충분한 이유가 있고 다른 방법으로는 그 범죄의 실행을 저지하거나 범인의 체포 또는 증거의 수집이 어려운 경우에 한하여 허가할 수 있다.  
② 통신제한조치는 제1항의 요건에 해당하는 자가 발송·수취하거나 송·수신하는 우편물이나 전기통신을 대상으로 허가될 수 있다.

비밀보호법 제12조<sup>141)</sup>에 따라 취득한 자료의 사용이 제한된다고 보는 것이 옳다고 보여 진다.

### (3) 通信秘密保護法の 改善方案

우리나라 盜聽·監聽의 실태를 보면 통비법이 시행된 1993년 이후로 1998년부터 수사기관과 정보기관의 영장에 의한 감청과 불법감청이 비약적으로 증가하여 이를 우려하는 목소리가 높아지고 있고, 통신비밀보호법 시행 이후 주된 통신제한조치는 전기통신에 대해서 주로 행해졌으나, 우편물에 대한 검열도 상당수 행해졌으며, 최근에는 인터넷 특히 e-메일에 대한 감청이 그 이용자 수의 증가만큼이나 증가하고 있다는 것이 특징적인 상황이라 할 것이다.<sup>142)</sup> 또한 수사기관의 공공연한 자료요구와 통신업자들의 적극적 제공행위를 살펴볼 때, 도청·감청행위에 대한 불법인식이 상대적으로 약화되고 있다는 점도 짐작할 수 있다. 이러한 실태에 대해 통신비밀보호법을 개정하자는 여론이 높아짐에 따라, 이를 수용하여 2001년 비교적 많은 내용의 개정이 있었다. 그렇지만 미국이나 독일의 법령과 비교해 볼 때, 또한 도청·감청이 만연하고 있는 현 상황에 비추어 볼 때 여전히 보완할 점들이 있다고 보여 진다. 이하에서는 기존에 논의된 사항들 중 개정내용에 반영되지 않은 점을 중심으로 현행 통신비밀보호법에 대한 보완점 및 개선방안을 제시해 보고자 한다.<sup>143)</sup>

---

141) 통신비밀보호법 제12조: 제9조의 규정에 의한 통신제한조치의 집행으로 인하여 취득된 우편물 또는 그 내용과 전기통신의 내용은 다음 각 호의 경우 외에는 사용할 수 없다.

1. 통신제한조치의 목적이 된 제5조 제1항에 규정된 범죄나 이와 관련되는 범죄를 수사·소추하거나 그 범죄를 예방하기 위하여 사용되는 경우
2. 제1호의 범죄로 인한 징계절차에 사용하는 경우
3. 통신의 당사자가 제기하는 손해배상소송에서 사용하는 경우
4. 기타 다른 법률의 규정에 의하여 사용하는 경우

142) 이용식, 전계논문, 261면.

143) 이용식, 상계논문, 262면.

### 1) 監聽對象犯罪의 縮小

헌법적으로 통신감청은 금지된 것이며 예외적으로 허용되는 것이라는 점을 고려할 때, 이를 축소 및 조정할 필요가 있다. 특히 범죄단체의 구성을 감청가능대상범죄로 보고 있고 국가보안법의 적용범위가 넓은 상황에서는 감청가능대상범죄가 지나치게 확장될 우려가 있다. 도청에 대한 사회적 감시가 엄격한 미국이나, 몇 가지 특수한 범죄에만 도청을 허용하는 일본의 사례<sup>144)</sup>를 적극 반영하여 국가안보에 관한 범죄, 조직범죄, 마약범죄, 총기류 범죄, 유괴 등으로 한정<sup>145)</sup>하는 것이 바람직할 것이라 생각된다.

### 2) 令狀請求에 대한 內部的 統制方案의 講究

최근 개정에서 긴급감청이 사법경찰관에 의한 경우는 사전에 검사의 지휘를 받는다고 하여 내부적 통제방안이 규정되었으나 기타의 긴급감청이나 영장의 청구에 있어서는 그에 대한 법집행기관의 내부적 통제방안이 존재하고 있지 않다. 즉 법규정에서 영장의 신청권자를 차장검사나 검사장 등으로 한정하는 것이 바람직할 것이라고 보여진다.<sup>146)</sup>

### 3) 監聽被害의 最小化規定 強化

개정된 통신비밀보호법에서는 ‘국민의 통신비밀에 대한 침해가 최소한에 그치도록 노력하여야 함’이라는 규정을 두어서 미국의 ‘최소화’와 유사한 의무를 도입하였으나, ‘감청의 대상에서 벗어나는 통신의 감청을 최소화 하는 방법으로 행해져야 한다’라는 식으로 보다 구체적인 방법을 제시하고 이를 ‘노력’이 아닌 ‘의무’로 규정해야 할 것이다.

---

144) 일본에서 도청·감청을 허용하는 경우는 ‘집단 밀항’, ‘조직 범죄집단의 살인’, ‘조직폭력배의 총기사건’, ‘마약 밀수 및 판매에 대한 수사’로 엄격하게 제한되어 있다. 일본 검찰이나 경찰은 이 4가지 범죄 외에는 어떤 감청 내용도 증거로 채택할 수 없고, 만약 감청행위가 적발되면 해당 기관장이 처벌받는다. 비록 범죄수사라는 목적을 위한 것이라 하더라도 ‘감청’은 근본적으로 개인의 자유를 침해하는 불법행위이기 때문에 극도로 제한해야 한다는 것이 기본입장이다.

145) 황성기, “통신제한조치의 헌법적 한계와 구체적 통제방안”, 「한국정보법학회 제14회 세미나 자료」, 11면.

146) 이용식, 전계논문, 262면-263면.

#### 4) 告知制度의 範圍擴大

개정법에서는 기존에 존재하지 않던 ‘감청 후의 고지제도’를 신설하였다. 이는 피감청자의 권리보호를 위하여 중요한 진전이라고 생각한다. 그러나 개정법은 ‘통신제한조치를 집행한 사건에 관하여’라고 규정하여 영장이 집행된 사건의 경우로 고지제도를 한정하고 있다. 고지제도의 중요성을 감안하여 피감청자를 보다 두텁게 보호하기 위해서는 ‘영장이 거부된 경우, 승인된 기간이 초과된 경우, 연장된 경우’를 모두 포함한다고 규정할 것이 요구된다.<sup>147)</sup>

#### 5) 封印制度의 導入

마지막으로 감청에 의하여 획득된 증거의 진실성을 담보하기 위하여 미국법에 규정된 것과 같은 봉인제도를 도입할 필요가 있다. 즉 ‘영장 혹은 연장된 영장의 기간이 만기되면 즉시 녹음들은 영장을 발행한 판사에게 보내져야 하고 그의 지시 하에 봉인되어야 한다’, ‘봉인은 테이프에 내용이 담겨진 후에 그것을 보장하는 수단이며, 정부는 녹음된 대화를 함부로 변경하거나 편집할 기회를 가지지 못한다’라는 식의 명문규정의 도입이 요구된다.<sup>148)</sup>

## II. 搜查機關의 秘密錄畫 및 撮影과 違法蒐集證據排除法則

수사기관에 의한 비밀녹음의 문제와 같이 수사기관에 의한 비밀녹화의 경우도 그대로 적용된다 할 것이다. 녹화는 음성과 영상이 결합된 것인데 음성을 중심으로 볼 때 녹음의 확장된 형태로 볼 수 있기 때문이다. 그런데 이와 관련해서는 단순한 비밀촬영이나 무인카메라에 의한 촬영의 문제가 제기된다. 이 경우에는 진술의 내용이 문제되는 것이 아니라 영상 자체가 중시되어 문제의 초점이 달라진다. 이 경우에는 진술의 내용이 문제되는 것이 아니라 영상 자체가 중시되어 문제의 초점이 달라질 수 있다.

---

147) 이용식, 전계논문, 265면.

148) 이용식, 상계논문, 266면.



이 때문에 통신비밀보호법은 적용되지 않았다. 형사소송법 제308조의2가 규정한 위법 수집증거배제법칙에 근거하여 그 적용범위를 살펴보겠다.

## 1. 搜查機關이 撮影한 寫眞의 證據能力

### (1) 寫眞의 證據能力

사진은 촬영기의 매커니즘에 의하여 과거에 발생한 역사적 현장을 정확하게 재현한 증거방법으로써, 시각에 의한 상황과악이 용이할 뿐만 아니라 신용성이 높아 그 증거 가치가 크다고 할 수 있다. 그러나 사진의 경우에 피사체의 선정이나 촬영조건은 물론 현상과 인화과정에 인위적인 조작의 가능성이 있는 허위의 위험성이 남게 된다. 일반적으로는 사진을 전문증거로써 인정해야 함이 다수의견으로 제시되어 왔다.<sup>149)</sup> 따라서 이러한 증거로서의 사진은 조작의 가능성을 이유로 사진의 우수성이 극히 제한적인 규정에 의해서 제한될 것인가가 문제된다.

현장사진의 경우에는 사건 당시나 그 단서가 될 만한 정황이나 피사체를 그대로 담는 것이기 때문에 진술을 서면으로 옮기는 형태의 진술증거로 보기에 는 형태적, 기능적 차이가 따른다. 물건의 존재 또는 상태가 증거로 되는 것이 물적증거라고 한다면, 그것을 인화하여 시각으로 확인할 수 있는 현장사진의 경우에도 그 수집의 적법성과 상당성을 판단하여 물적증거로서 그리고 비진술증거로서 인정해야 한다고 본다.

또한 진술증거의 일부로서 사용되는 경우, 예를 들면 검증조서, 감정서의 일부로서 사진이 첨부되는 경우에는 검증·감정의 문자에 의한 표현에 갈음하는 보조수단이라고 할 수 있기에, 그 증거능력도 이것과 일체적으로 판단하여야 하고 따라서 형사소송법 제312조 및 제313조에 의하여 규율된다고 할 것이다.

---

149) 나세영, 전계논문, 21면.

## (2) 搜查機關이 秘密撮影한 寫眞의 證據能力

수사기관이 채증을 위하여 영장 없이 사진을 촬영하는 경우에 그 사진의 증거능력이 문제된다. 이 문제에 대해 판례<sup>150)</sup>는 “누구든지 자기의 얼굴 기타 모습을 함부로 촬영 당하지 않을 자유를 가지나 이러한 자유도 국가권력의 행사로부터 무제한으로 보호되는 것은 아니고 국가의 안전보장·질서유지·공공복리를 위하여 필요한 경우에는 상당한 제한이 따르는 것이고, 수사기관이 범죄를 수사함에 있어 현재 범행이 행하여지고 있거나 행하여진 직후이고, 증거보전의 필요성 및 긴급성이 있으며, 일반적으로 허용되는 상당한 방법에 의하여 촬영을 한 경우라면 위 촬영이 영장 없이 이루어졌다 하여 이를 위법하다고 단정할 수 없다”는 입장을 취하고 있다.

이와 관련하여 대법원<sup>151)</sup>은 ‘일반적으로 허용되는 상당한 방법에 의하여 촬영한 경우’라는 기준을 제시하고 있는데, 수사기관이 용의자의 주거지 외부에서 담장 밖 및 2층 계단을 통하여 容疑者의 집에 출입하는 피고인의 모습을 촬영한 행위에 대해 그 촬영방법이 반드시 상당성이 결여된 것을 아니라는 판단을 내리고 있다. 이러한 판례의 입장은 소위 육안관찰의 법리를 바탕에 두고 있다고 보여 진다. 육안관찰의 법리란 공공장소에서 특별한 기술적 장치의 도움 없이 육안으로 관찰할 수 있는 대상은 영장 없이 촬영할 수 있다는 견해를 말한다고 한다.<sup>152)</sup>

## 2. 무인카메라에 의한 撮影

수사기관의 비밀촬영과 관련해서는 무인카메라에 의한 사진촬영이 문제될 것이다. 대법원은 “수사, 즉 범죄혐의의 유무를 명백히 하여 공소를 제기·유지할 것인가의 여부를 결정하기 위하여 범인을 발견·확보하고 증거를 수집·보전하는 수사기관의 활동

150) 대법원 1999. 9. 3. 선고 99도2317 판결.

151) 대법원 1999. 9. 3. 선고 99도2317 판결.

152) 신동운, 전게서, 1041면; 그러나 신동운 교수는 고도의 기술적 장치에 의한 사진촬영은 육안관찰의 법리에 포섭되지 않는다고 보고 있다.

은 수사목적 달성에 필요한 경우에 한하여 사회통념상 상당하다고 인정되는 방법 등에 의하여 수행되어야 하는 것인바, 무인장비에 의한 제한속도 위반차량 단속은 이러한 수사활동의 일환으로서 도로에서의 위험을 방지하고 교통의 안전과 원활한 소통을 확보하기 위하여 도로교통법령에 따라 정해진 제한속도를 위반하여 차량을 주행하는 범죄가 현재 행하여지고 있고, 그 범죄의 성질·태양으로 보아 긴급하게 증거보전을 할 필요가 있는 상태에서 일반적으로 허용되는 한도를 넘지 않는 상당한 방법에 의한 것이라고 판단되므로, 이를 통하여 운전차량의 차량번호 등을 촬영한 사진을 두고 위법사계 수집된 증거로서 증거능력이 없다고 말할 수 없다.”라고 판시<sup>153)</sup>한 바 있다. 다시 말해 관례는 무인장비에 의한 제한속도 위반차량 단속을 상당성이 인정되는 수사활동으로 일환으로 보고 있고, 무인카메라 촬영을 통한 과속차량 단속에 대해 위법수집증거배제법칙의 적용을 부정하였다고 있는데, 공공장소에서의 무인카메라에 의한 촬영 또한 육안관찰법리의 연장선상에서 그 適法성을 인정할 수 있을 것이라 보여진다.

### 3. 小 結

사진촬영이 違法성이 阻却되느냐의 여부는 搜查의 必要性和 緊急性, 相對성을 구체적으로 판단해야 하는데, 위 요건을 구비하지 못할 경우에는 그와 같은 사진은 위법수집증거로서 증거능력을 부정해야 한다고 생각된다. 결국 위와 같은 세 가지 기준을 구체적으로 판단하여 개인이 사진 찍히지 않은 권리를 침해하는 방법으로 촬영하는 것은 강제수사의 범위에 속하는데, 이는 정당한 이유와 정당한 절차에 의하지 않는다면 위법수집증거라고 보아야 한다는 것이다. 사진촬영이 허용되는 정당한 이유란 수사의 수단으로 사진이 허용되는 기준을 뜻하는 것으로 범죄상황, 수사의 목적, 수사의 수단을 모두 고려하여, 세부적으로는 현행범이거나, 증거보전의 필요성과 긴급성이 있고, 촬영 방법이 사회적으로 보아 상당성이 있을 경우에는 사적영역 침해를 어느 정도 감수하더

153) 대법원 1999. 12. 7. 선고 98도3329 판결.

라도 증거능력을 인정할 수 있다고 보아야 한다.<sup>154)</sup>

한편 우리나라 통신비밀보호법에서는 몰래 찍은 사진이나 비디오녹화에 관한 아무런 규정을 두지 않고 있는데다 이렇게 수집된 증거가 위법수집증거에 해당하는가에 문제가 있으며 특히 수사관에 의한 비밀촬영에 있어서도 통신비밀보호법상의 통신제한조치와 같이 이를 허용하는 根據規定이 없기에 더욱 문제이다. 立法的인 근거가 없고 사진촬영의 법적성질을 논할 실익이 없는 이상 수사기관의 사진촬영의 허용요건을 명백히 하는 것이 중요하다. 독일과 같이 집회 등을 피촬영자의 동의 없이 촬영할 수 있도록 허용하는 법규정을 마련하거나<sup>155)</sup> 형사소송법 제308조의2에 근거하여 더욱 구체적인 요건과 절차를 규정하는 별도의 입법이 필요하다고 생각된다. 違法蒐集證據排除法則이 특히 비진술증거의 의미를 가지고 있다는 점을 감안할 때, 상대적으로 진술증거에 대해서는 헌법 제12조 7항과 형사소송법 제309조에 의하여 자백이 배제되는 사유를 “고문, 폭행, 협박, 신체구속의 부당한 장기화, 기망 기타의 방법으로 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 이유가 있는 때에는 이를 유죄의 증거로 하지 못한다.”고 하여 “자백배제법칙”을 규정하고 있다.<sup>156)</sup> 그러나 형사소송법 제308조의2에서는 해석하기에 따라서 다양한 의미를 가지게 되는 맹점이 드러나고 있다. 따라서 제309조에 상응하는 비진술증거에 대한 배제법칙도 명문으로 규정하는 보완이 필요하다고 보여 진다.

### 제3절 陳述證據와 違法蒐集證據排除法則

證據는 진술증거와 비진술증거로 나뉘는데 진술증거는 진술과 진술을 기재한 서면을 가리키며 비진술증거는 그 외의 서증과 물적증거를 뜻한다. 제3장 제2절에서 비진술증

---

154) 나세영, 전계논문, 46면.

155) 독일은 비디오테이프나 사진 등의 촬영 허용과 이에 따른 증거능력에 관해 형사소송법 제100조 이하에서 자세한 규정을 두고 있다. 이에 따르면 사진이나 비디오촬영의 허용은 엄격한 요건과 절차 아래서 인정되고, 또한 그러한 요건과 절차에 따라 비디오촬영 등이 이루어졌는지에 대해서도 엄격한 통제를 가하고 있으며 이런 점들에 위배된 경우에는 증거능력을 배제하고 있다.

156) 류지영, 전계논문, 327면.

거에 대한 논의를 했고, 이하에서는 진술증거에 대하여 위법수집증거배제법칙을 어떻게 적용시킬 것인지에 대하여 살펴보도록 한다.

## I. 陳述調書와 證據能力

형사소송법 제308조의2는 단순히 押收物의 證據能力을 부정하는 조문에 그치는 것은 아니다. 또한 이 조문의 適用對象은 ‘적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거’로 일반화 하고 있다. 이 證據에는 압수물 등 有體物뿐만 아니라 陳述證據도 포함된다.<sup>157)</sup>

그러나 ‘自白’ 내용 그 자체가 아니라 자백을 기재한 매체로서의 증거서류에 대해서는 위법수집증거배제법칙이 적용될 수 있다. 대법원은 피의자신문시 촬영한 비디오테이프에 대한 검증조서에 대해 “共犯으로서 별도로 公訴提起된 다른 사건의 피고인 갑에 대한 수사과정에서 담당 검사가 피의자인 갑과 그 사건에 관하여 대화하는 내용과 장면을 녹화한 비디오테이프에 대한 법원의 검증조서는 이러한 비디오테이프의 녹화내용이 피의자의 진술을 기재한 피의자신문조서와 실질적으로 같다고 볼 것이므로 피의자신문조서에 준하여 그 증거능력을 가려야 한다. 검사가 녹화 당시 갑의 진술을 들음에 있어 동인에게 미리 진술거부권이 있음을 고지한 사실을 인정할 자료가 없으므로 이 녹화내용은 위법하게 수집된 증거로서 증거능력이 없는 것으로 볼 수밖에 없고, 따라서 이러한 녹화내용에 대한 법원의 검증조서 기재는 유죄증거로 삼을 수 없다”고 판시한 바가 있다.<sup>158)</sup> 또한 判例는 緊急逮捕의 요건을 갖추지 못한 상태에서 작성된 피의자신문조서에 대해 “긴급체포는 영장주의원칙에 대한 예외인 만큼 형사소송법 제200조의2 제1항<sup>159)</sup>의 요건을 모두 갖춘 경우에 한하여 예외적으로 허용되어야 하고, 요건을 갖

157) 신동운, 전계서, 1041면.

158) 대법원 1992. 6. 23. 선고 92도682 판결.

159) 형사소송법 제200조의2 ① ; 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고, 정당한 이유없이 제200조의 규정에 의한 출석요구에 응하지 아니하거나 응하지 아니할 우려가 있는 때에는 검사는 관할 지방법원판사에게 청구하여 체포영장을 발부받아 피의자를 체포할 수 있고, 사법경찰관은 검사에게 신청하여 검사의 청구로 관할지방법원판사의 체포영장을 발부받아 피의자를 체포할 수 있다.

추지 못한 긴급체포는 법적 근거에 의하지 아니한 영장 없는 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”라고 판시한 바가 있다.<sup>160)</sup>

自白排除法則이 우선하는 상황에서 위법수집증거배제법칙은 특히 피고인 아닌 자의 진술에 대해 중요한 의미를 가지게 된다. 예컨대 피고인측의 증인접근권을 부당하게 제한하여 취득한 증인의 증언은 위법수집증거배제법칙에 의하여 증거능력이 배제된다.<sup>161)</sup> ‘증인 빼돌리기’ 라고도 불리는, 수사기법과 관련하여 헌법재판소는 “우리 헌법에는 비록 명문의 문구는 없으나 ‘공정한 재판을 받을 권리’를 국민의 기본권으로 보장하고 있음이 명백하며, 이러한 권리는 공개된 법정외 법관 앞에서 모든 증거자료가 조사되고 검사와 피고인이 서로 공격·방어할 수 있는 공평한 기회가 보장되는 재판을 받을 권리를 포함한다. 이 사건에서, 검사가 정당한 수사를 위하여 증인으로 채택된 자를 소환한 것 이외에 그가 검찰진술을 반복하지 않도록 회유·압박하고나 청구인측이 그의 검찰진술을 반복시키려고 접근하는 것을 예방·차단하기 위하여 또는 그에게 면회·전화 등의 편의를 제공하는 기회로 이용하기 위하여 그를 자주 소환한 사실이 인정되는바, 법원에 의하여 채택된 증인은 비록 검사측 증인이라고 하더라도 검사만을 위하여 증언하는 것이 아니며 오로지 그가 경험한 사실대로 증언하여야 하는 것이고 검사는 피고인이든 공평하게 증인에게 접근할 기회가 보장되어야 할 것이므로, 검사와

---

다만, 다액 50만원이하의 벌금, 구류 또는 과료에 해당하는 사건에 관하여는 피의자가 일정한 주거가 없는 경우 또는 정당한 이유 없이 제200조의 규정에 의한 출석요구에 응하지 아니한 경우에 한한다.

160) 대법원 2002. 6. 11. 선고 2000도5701 판결.

161) 신동운, 전거서, 1042면.

피고인 쌍방 중 어느 한편에게만 증인과의 접촉을 독점하거나 상대방의 접근을 차단하는 것을 허용한다면 상대방의 ‘공정한 재판을 받을 권리’를 침해하게 된다. 구속상태에 있는 증인에 대한 편의제공 역시 그것이 검사에게만 허용되면, 증인과 검사와의 부당한 인간관계를 형성하는 등 회유의 수단으로 오용될 수 있고, 거꾸로 그러한 편의의 박탈가능성이 증인에게 압박수단으로 작용할 수도 있으므로 역시 ‘공정한 재판’을 저해할 수 있다.”라고 판시하였다.<sup>162)</sup> 이와 같이 적법절차에 반하는 ‘증인 빼돌리기’ 수법에 의한 참고인의 진술이나 참고인 진술조서는 형사소송법 제308조의2에 의하여 증거능력이 排除된다고 할 것이다.

## II. 거짓말탐지기 檢査結果의 證據能力

### 1. 거짓말탐지기의 意義

거짓말탐지기는 被疑者나 제3자가 진술할 때 생기는 신체적 변화를 기술적 방법으로 측정하여 그 진술의 진위를 판별하려는 목적에서 사용되는 기계장치이다. 이 때 거짓말탐지기에 의하여 피검사자의 생리적 변화를 측정하여 기록한 내용을 거짓말탐지기 검사결과라고 한다. 현재 거짓말탐지기는 자백의 강요를 방지하고 과학적 수사를 촉진한다는 이유에서 우리나라 수사기관에서도 본격적으로 활용되는 단계에 있다고 할 수 있다. 그러나 거짓말탐지기의 사용은 그 성능의 신뢰도와 함께 인간의 기본권과 관련하여 적지 않은 문제점을 안고 있기 때문에 신중한 검토가 요구되고 있다.<sup>163)</sup> 형사소송법 제308조의2에서 위법수집증거배제법칙을 명문화됨에 따라 거짓말탐지기의 문제는 우리 刑事司法과 관련해서 새로이 연구할 필요가 있다고 보여 진다.

---

162) 헌법재판소 2001. 8. 30. 99헌마496 전원재판부 결정.

163) 신동운, 전계서, 1050면.

## 2. 거짓말탐지기 檢査結果의 證據能力

거짓말탐지기의 검사자는 피의자나 그 밖의 자에 대하여 피의사실과 관련되는 신문을 하고 그 신문에 대해서 피검사자에게 진술을 하게 하면서 진술시에 나타난 호흡·맥박·혈압·피부전기반사 등의 생리적 변화를 기록한다. 그리고 검사자는 이 자료를 기초로 피검사자의 진술에 대한 허위여부나 피의사실의 인식유무를 판단하게 된다. 거짓말탐지기 검사결과란 거짓말탐지기의 조사를 근거로 하여 피검사자의 진술이 허위 또는 사실은폐에 해당하는가를 판단한 자료를 말한다.<sup>164)</sup> 이 자료가 피고인의 범죄사실을 증명할 수 있는 증거로 사용될 수 있으려면 자연적 관련성과 법적 관련성이 있어야 한다. 자연적 관련성이란 증거가 문제되고 있는 사실의 증명과 관련되고 있으며 또 이를 증명할 수 있는 최소한의 힘이 있어야 함을 의미한다. 이에 반해 법적관련성이란 자연적 관련성에 대립하는 개념으로서 자연적 관련성이 인정되는 증거라 할지라도 그 증거를 사용함으로써 얻는 이익과 그 대가로 치뤄야 할 해악을 비교하여 전자가 후자를 능가하는 것을 말한다.<sup>165)</sup> 이러한 개념을 토대로 이하에서는 거짓말탐지기 검사결과와 증거능력에 대한 학설과 판례의 태도를 살펴보기로 한다.

### (1) 證據能力 否定說

부정설은 거짓말탐지기 검사결과에 증거능력을 부여해서는 안 된다고 보는 입장이다. 부정설은 다시 그 논거의 이론적 위치에 따라서 여러 가지 견해로 나누어 볼 수 있다.

첫째, 거짓말탐지기 검사결과에 대해 자연적 관련성이 없다고 보아 증거능력을 부인하는 견해<sup>166)</sup>와 둘째, 같은 자연적 관련성의 결여를 근거로 하면서도 거짓말탐지기의

164) 신동운, 전계서, 1050면.

165) 관련성(relevance)이란 증거의 증거능력을 검토하기 전에 전제조건으로 요구되는 개념이다. 배심재판을 기초로 거증책임이 분배되고 있는 영미법에 있어서는 증거의 관련성이 특히 중요한 의미를 가지고 있다. 미국 연방증거법은 제401조 이하에서 증거의 관련성에 관하여 상세한 규정을 두고 있다.

166) 백형구, 전계서, 478면.



이론적 근거 자체를 부인하는 것이 아니라 검사장비, 검사요원, 검사절차 등 검사와 관련된 최량의 조건이 구비될 수 없음을 들어 증거능력을 부인하는 견해<sup>167)</sup> 그리고 셋째, 법적 관련성의 결여를 이유로 거짓말탐지기 검사결과의 증거능력을 부인하는 견해<sup>168)</sup>가 있다.

### (2) 證據能力 肯定說

이 견해는 거짓말탐지기 검사결과의 자연적 관련성 및 법적 관련성을 모두 인정하면서 그 증거능력을 긍정한다. 그런데 거짓말탐지기란 피검사자의 자발적인 협조가 없으면 검사가 불가능하기 때문에 증거능력 긍정설은 당연히 피검사자의 명시적 동의 또는 적극적인 요구가 있는 경우에 한하여 증거능력을 인정한다는 제한적인 입장을 취하게 된다.<sup>169)</sup><sup>170)</sup> 긍정설은 그 논거로서 피검사자의 동의를 있는 때에는 인격의 침해라고 볼 수 없다는 점, 검사결과는 감정서의 성질을 가지므로 동의를 있을 때에는 증거능력이 인정될 수 있다는 점<sup>171)</sup>, 거짓말탐지기에 의하여 검사한 결과 피의자의 지위에서 벗어날 수 있게 된다는 점 등을 들고 있다.

### (3) 判例의 立場

대법원은 “거짓말탐지기의 검사결과에 대하여 형사소송법상 증거능력을 부여하려면, 우선 그 검사결과가 사실적 관련성, 즉 요증사실에 대하여 필요한 최소한도의 증명력을 가지고 있음을 요하는 것”이라고 하면서, “검사결과에 대하여 사실적 관련성을 가

167) 송광섭, 「형사소송법」 유스티니아누스, 2003, 207면; 신동운, 전게서, 1054면.

168) 신양균, 전게서, 770면.

169) 배중대·이상돈, 전게서, 659면.

170) 이재상, 전게서, 588면; 거짓말탐지기 검사결과를 기재한 서면을 실적으로 감정서로서의 성질을 가진다고 보아 형사소송법 제313조 제2항에 의해 증거능력을 인정하면서도 589면에서는 자연적 관련성의 결여를 이유로 들어 증거능력을 부인하고 있다.

171) 이재상, 상게서, 589면.

진 증거로서 증거능력을 인정할 수 있으려면 첫째로 거짓말을 하면 반드시 일정한 심리상태의 변동이 일어나고 둘째로, 그 심리상태의 변동은 반드시 일정한 생리적 반응을 일으키며 셋째로, 그 생리적 반응에 의하여 피검사자의 말이 거짓인지 아닌지가 정확히 판정될 수 있다는 세 가지 전제요건이 충족되어야 할 것이다. 특히 마지막의 생리적 반응에 대한 거짓 여부 판정은 거짓말탐지기가 검사에 동의한 피검사자의 생리적 반응을 정확히 측정할 수 있는 장치이어야 하고 질문조항의 작성과 검사의 기술 및 방법이 합리적이어야 하며 검사자가 탐지기의 측정내용을 객관성 있고 정확하게 관독할 능력을 갖춘 경우라야만 그 정확성을 확보할 수 있는 것이다. 그러므로 이상과 같은 제반 요건이 충족되지 않는 한 거짓말탐지기 검사결과에 대하여 형사소송법상 증거능력을 부여하기는 어려운 것이라고 보지 않을 수 없다.”고 판시한 바 있다.<sup>172)</sup>

#### (4) 小 結

생각건대 거짓말탐지기 검사결과에는 증거능력을 인정하지 않는 것이 타당하다고 본다. 거짓말탐지기를 사용하는 것은 범죄사실의 증명에 이용하기 위하여 인간의 내면세계에서 결정되는 진술의 진위를 기계적인 방법으로 가리려는 시도라고 할 수 있다. 이러한 거짓말탐지기의 사용은 인격권에 대한 중대한 침해를 의미한다. 형사소송법에 의하여 명문화된 위법수집증거배제법칙은 적법한 절차에 의하지 않고 수집된 증거의 증거능력을 부인하고 있다. 인간의 내면세계를 기계적 방법으로 가리려는 시도는 인격권의 중대한 침해로서 적법절차의 원칙에 반하는 것이라고 하지 않을 수 없기에 부정되는 것으로 보아야 할 것이다.<sup>173)</sup>

---

172) 대법원 2005. 5. 26. 선고 2005도130 판결.

173) 신동운, 전게서, 1054면.

## 제 4 장 私人이 蒐集한 證據와 違法蒐集證據排除法則

### 제1절 違法蒐集證據排除法則과 對私人的 效力

違法한 節次에 의해 수집된 증거에 대해서는 일반적으로 위법수집증거배제법칙(The Exclusionary Rule)이라는 증거법의 법리에 따라 그 證據能力이 부인된다. 그리고 이러한 배제법칙의 適用對象에 속하는 증거로는 통상 수사기관이나 법원이 위법한 절차로 수집한 증거가 거론되곤 한다. 이는 곧 배제법칙에 있어 위법수집의 주체가 국가 또는 국가기관이라는 의미를 함축하고 있다. 그런데 근자에 와서는 科學技術이 비약적으로 발전하고 그에 의거 최첨단 전자장비가 개발·활용됨에 따라 犯罪被害者 등을 위시한 私人도 加害者 등에 대한 형사소추를 수월하게 할 목적에서 증거자료를 수집하는 경향이 증대되었고, 아울러 이러한 증거수집작업 역시 종래에 비해 훨씬 더 용이해졌다. 이러한 이유로 증거수집과정에서 관련자의 법익이나 기본권의 침해를 초래하는 등 私人에 의한 위법하게 수집된 증거도 이른바 위법수집배제법칙의 적용대상이 될 수 있는지, 이로써 私人이 위법하게 수집한 증거에 대해서도 배제법칙을 적용하여 그 증거능력을 부인할 수 있는지 여부가 문제된다. 이 문제를 다루기 위해서는 먼저 私人의 意味를 분명히 할 필요가 있다. 私人이란 국가 또는 국가기관인 수사기관이나 법원과 구분되는 개념으로서의 사적 개인을 의미한다. 수사기관이나 법원과 구분되는 개념으로서의 私的 個人을 의미한다. 수사기관이나 법원에 의한 증거수집 등은 형사소송법 등을 비롯한 법률의 구속을 받지만, 私人의 證據蒐集은 이를 규제할 수 있는 마땅한 법규정이 없는 실정이다.<sup>174)</sup>

위법수집증거배제법칙은 원래 수사기관의 위법한 公權力 행사를 근거로 수집된 증거의 증거능력을 배제하려는 취지에서 출발하였다. 형사소송법 제308조의2가 ‘적법한 절차에 따르지 아니하고’라는 요건을 설정한 것은 이러한 인식을 반영하고 있다고 하겠

174) 하태훈, “사인에 의한 증거수집과 그 증거능력”, 「형사법연구 제12호」, 한국형사법학회, 1999. 35면.

다. 그러나 基本權의 對私人的 效力이 증시되면서 私인이 基本權을 침해하는 수법으로 수집한 증거물이나 진술증거를 刑事節次에서 有罪의 證據로 사용할 수 있겠는가 하는 문제도 위법수집증거배제법칙의 적용대상으로 함께 논의되고 있다.<sup>175)</sup> 헌법재판소는 적법절차의 원칙을 정의하여 “공권력에 의한 국민의 생명·자유·재산의 침해는 반드시 합리적이고 정당한 법률에 의거해서 정당한 절차를 밟은 경우에만 유효하다는 원칙”이라고 판시한 바가 있으며,<sup>176)</sup> 헌법 제12조 제1항의 적법절차는 국가기관에 대한 요청이지만 동시에 다른 기본권들과 마찬가지로 대사인적 효력을 가진다. ‘정당한 절차’를 핵심적 요소로 하는 적법절차의 원칙은 사인간의 관계에서도 존중되어야 한다. 이러한 관점에서 사인이 비밀리에 촬영하거나 녹음한 사진, 비디오테이프, 녹음테이프 등이 위법수집증거배제법칙의 중요한 논의과제라 할 수 있다.<sup>177)</sup>

## 제2절 私인이 違法하게 蒐集한 證據의 證據能力

### I. 私인에 의하여 證據蒐集의 許容 問題

과학적·기술적 장비의 발달로 인하여 진화감청, 비디오촬영이나 녹음 등의 방법으로 범죄의 피해자나 피의자 또는 피고인 같은 私인도 범죄의 증거수집이 가능해졌다. 이로 인해서 일반 사인이 관련자의 범익이나 기본권을 침해하는 위법한 방법으로 증거를 수집하는 사례가 급증하였다. 被疑者 또는 被告人이나 證人은 사건을 직접 경험한 자이기 때문에 앞으로 전개될 법적 다툼에서 자신의 법적 보호를 위하여 진실발견을 위한 필요한 사실들을 더 잘 발견하고 수집할 수 있다는 점에서 私인에 의한 필요한 사실들을 더 잘 발견하고 수집할 수 있다는 점에서 사인에 의한 증거수집의 必要性和 重要性은 인정되어야 한다. 범죄피해자는 형사소추기관이 아직 수사에 착수하지 않거나

175) 신동운, 전게서, 1043면.

176) 헌법재판소 2001. 11. 29. 2001헌바41, 결정.

177) 신동운, 상게서, 1043면.

수사착수를 거부한 경우, 또는 수사기관에 의한 수사가 진행되고 있다고 하더라도 스스로 또는 변호사나 사설탐정 등 타인을 시켜서 증거를 수집하는 등의 수사를 할 수 있으며, 피의자나 피고인의 경우도 마찬가지이다.<sup>178)</sup>

## II. 私人에 의한 證據蒐集의 違法性 問題

### 1. 私人에 의하여 蒐集된 證據와 證據能力

私人에 의한 證據蒐集은 이로 인해서 침해될 이익의 관점에서 여러 가지 한계가 그려진다. 우선 刑法的 限界로서 신체의 완전성, 의사결정 및 활동의 자유, 장소이전의 자유, 주거권, 명예 등 개인적 법익보호와 기타 인격권보호(성명권, 초상권, 프라이버시 등)를 들 수 있다. 다만 피해자의 양해가 있는 경우에는 구성요건적인 법익 또는 이익 침해는 없는 것이기 때문에私人에 의한 적법한 증거수집의 한계 내에 있는 것이다. 물론 이 경우에도 人間의 尊嚴性과 같은 기본권의 핵심영역을 침해한 경우에는 양해의 효과는 없다. 正當防衛, 緊急避難 또는 正當行爲 등 違法性阻却事由에 의하여 正當化될 수 있다. 일반적 人格權의 내용으로서 자신의 발언이나 말에 대한 권리도 사인에 의한 증거수집의 헌법상 한계이다. 證據蒐集行爲가 타인의 자연스러운 대화, 즉 일시적이고 휘발적이며 언제나 수정가능하고 더 발전시킬 수 있는 發言의 권리를 침해해서는 안 된다. 對話者의 발언이 녹음되고 있을지도 모른다고 염려하면서 대화한다면 그렇지 않은 경우보다 더욱 조심스럽게 표현할 것이기 때문에 발언의 자연스러움은 침해되게 된다. 이러한 基本權은 독일 형법에서는 제201조에서, 과거 2007년 형사소송법 개정 이전 우리나라는 통신비밀보호법 제16조에서 법적으로 보호하고 있었다.<sup>179)</sup> 이러한 통신비밀보호법은 사인에 의한 위법수집증거의 문제에 일반적으로 적용되는 것은 아니었다. 따라서 통신비밀보호법이 적용되지 않는 부분의 사안의 경우가 문제되는 것이다.

178) 한성훈, “비디오테이프의 증거능력에 관한 연구”, 한양대 법학석사학위논문, 2007, 35면.

179) 하태훈, 전계논문, 37면.

## 2. 實定法上の 限界

通信秘密保護法은 통신 및 대화의 비밀과 자유를 보호하기 위하여(제1조) 그 보호대상으로서 전기통신, 대화 및 우편의 비밀과 자유(제2조 1호)로 규정하고 있다. 구체적으로는 국가기관(이 경우는 당사자의 동의나 통신제한조치의 허가를 받지 않고)이나 일반 사인이 전기통신을 전자장치나 기계장치 등을 사용하여 감청하는 행위와 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음하거나 청취하는 행위를 말한다. 또한 이 법에 따르면, 전기통신의 감청행위는 금지된다(제3조). 제3조의 규정에 위반하여 불법감청에 의하여 지득 또는 채록된 전기통신의 내용은 증거로 사용될 수 없다(제4조). 제4조의 증거사용 금지규정은 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음하거나 전자장치 또는 기계적 수단을 이용하여 청취한 경우에도 적용된다(제14조).

여기서 문제되는 행위는 전화의 일방당사자가 상대방과의 전화통화내용을 비밀리에 녹음하는 행위도 통비법상의 감청에 해당하는지가 문제된다. 통신비밀보호법은 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음하거나 청취하는 행위도 금지하고 있다(제3조). 따라서 대화의 일방당사자가 상대방의 동의를 받지 않고 녹음하는 행위는 통신비밀보호법상 규제대상이 아닌데,<sup>180)</sup> 그렇다고 상대방의 기본권침해가 없다고 볼 것인가는 다음에서 유형별검토를 통해 학설의 입장과 대법원이 취하고 있는 태도를 살펴보기로 한다.

## Ⅲ. 私인이 蒐集한 證據의 證據能力 問題

### 1. 既存의 學說과 判例의 立場

私인이 수집한 증거의 경우 正當化 되는 경우를 제외하고는 대부분이 위법하게 수집한 증거이다. 이 경우 증거능력이 인정되는가의 여부에 대해서는 다음과 같은 학설이

---

180) 천진호, 전계논문, 374면.

있다.

## (1) 學說의 立場

### 1) 原則的 認定說

증거수집방법의 실체법적 위법성과 소송법상의 증거능력문제는 엄격히 구분된다는 관점에서 사인이 위법하게 수집한 증거라도 그 증거능력에는 영향을 미치지 않는다고 보아 원칙적으로 증거능력을 인정하여야 한다는 견해가 있다.<sup>181)</sup> 사인이 위법하게 수집한 증거의 증거능력을 평가함에 있어서 기본권 보장보다는 진실발견이라는 소송법적 이익을 우선하는 것은 법치국가적 요청을 고려하지 않은 결과라는 것이다. 또한 증거능력을 인정한다면 법정에서 증거로 사용됨으로써, 다시금 대화자 자신의 발언에 대한 권리를 침해받게 된다.<sup>182)</sup> 따라서 例外的으로 인권을 침해하는 방법이나 인간의 존엄성을 중대하게 침해하는 방법으로 증거를 수집한 경우에는 증거능력을 부정하자는 견해와 증거수집 방법이 아니라 증거사용 자체가 헌법 또는 법규정을 침해하는 경우에는 예외적으로 증거능력을 부정하자는 견해<sup>183)</sup>로 수정을 가하는 입장도 있다.

### 2) 否定說

위법하게 녹음된 테이프의 증거능력을 부정하는 견해이다. 그 근거로 불법감청된 전기통신내용의 증거사용을 금지하고 있는 통신비밀보호법 제4조를 들거나<sup>184)</sup>, 사인의 비밀녹음을 국가기관이 증거로 사용하는 것은 상대방의 기본권에 대한 새로운 침해를 의미한다는 점을 들고 있다.<sup>185)</sup> 이는 人間의 尊嚴性保障에 대한 국가의 임무는 사인에 의한 침해의 경우에도 그대로 타당하다는 견해로서, 사인에 의해 위법하게 수집된 증

---

181) 이러한 견해는 하태훈, 전계논문, 41면에 더 자세히 제시되어 있다.

182) 하태훈, 상계논문, 42-43면.

183) 하태훈, 상계논문, 42면.

184) 배중대·이상돈, 전계서, 581면.

185) 신동운, 전계서, 657면.

거의 증거능력은 부정되어야 한다거나 사인에 의해 위법하게 수집된 증거의 증거능력도 국가소추기관에 의해 수집된 증거의 평가에서 고려되는 기준이 그래도 적용되어야 한다고 본다. 국가에 의한 수사가 성공적이지 못할 경우에는 통제할 수 없는 사인에 의한 폭력적 수사가 이를 대신하게 될 위험성이 있게 되고 개인적 법익을 침해하는 방법으로 행한 사인의 수사 도움으로 國家刑罰權을 행사하는 것은 법치국가원칙을 본질적으로 침해하기 때문이다.<sup>186)</sup>

### 3) 折衷說

절충설에는 권리범위설과 이익형량설이 있는데, 이러한 두 견해는 사인이 수집한 증거와 적법절차의 관계를 전반적으로 가늠하게 해 주는 척도로서의 큰 의미가 있다고 할 수 있다.

#### ① 權利範圍說

권리범위설이란 권리의 중요성을 기준으로 위법수집증거배제법칙을 적용하자는 주장이다. 사인의 증거수집행위가 위법수집증거배제법칙과 관련하여 논해지는 이유는 기본권의 대사인적 효력 때문이다. 권리범위이론의 입장에서는 사인의 위법행위가 침해를 가져오는 권리의 영역을 분류하여 기본권의 핵심적 영역을 침해하는 경우, 기본권의 주변적 영역을 침해하는 경우, 기본권과 무관한 영역이 침해된 경우로 나눈다. 그리하여 사인의 위법행위가 기본권의 핵심적 영역을 침해하는 경우에는 그 사인이 수집한 증거에 대해 증거능력을 부인해야 한다고 주장하는 견해이다. 이 입장에서는 국가기관이 아닌 사인에 의한 사진촬영이라 하더라도 상대방이 명시한 의사에 반하는 임의성 없는 촬영이나 상대방이 범죄행위에 사용된다는 사실을 모르는 상태에서의 촬영과 같이 헌법상 보장된 인격권이나 초상권 등의 기본권을 중대하게 침해하는 경우에는 증거능력이 부인된다고 본다.<sup>187)</sup> 그리하여 婦女의 나체사진과 같은 것은 설사 형사소추를

186) 하태훈, 전계논문, 42면.

187) 서울지법 1997. 4. 9. 선고 96노5541 판결; 항소심법원의 입장이다.



위하여 필요한 증거라고 할지라도 기본권의 핵심영역을 침해하는 것이므로 증거능력을 배제해야 한다고 주장하고 있다.

## ② 利益衡量說

이익형량설은 실제적 진실발견이라는 公益과 個人的 私生活保護利益을 비교형량하여 위법수집증거배제법칙의 적용여부를 결정하자는 주장으로 판례의 입장과 같은 견해이다.<sup>188)</sup> 이 입장에서는 모든 국민의 인간으로서의 존엄과 가치를 보장하는 것은 국가기관의 기본적인 의무에 속하는 것이고 형사절차에서도 당연히 구현되어야 한다고 인정하면서도, 그렇다고 하여 국민의 사생활영역에 관계된 모든 증거의 제출이 곧바로 금지되는 것으로는 볼 수 없다고 한다.<sup>189)</sup>

따라서 효과적인 형사소추 및 형사소송에서의 진실발견이라는 공익과 개인의 사생활 보호이익을 비교교량하여 사생활영역에 관계된 증거제출의 허용 여부를 결정하고, 적절한 증거조사의 방법을 선택함으로써 국민의 인간으로서의 존엄성에 대한 침해를 피할 수 있다고 본다.<sup>190)</sup> 판례에서도 설사 부녀의 나체사진이라 할지라도 그것이 동의에 의하여 촬영된 경우 또는 임의성이 배제된 상태에서 촬영된 것이 아닌 경우라면 범죄현장의 사진으로서 피고인의 형사소추를 위하여 반드시 필요한 증거로 보일 때 공익의 실현을 위하여 그 나체사진을 범죄의 증거로 제출할 수 있다고 보고 있다.<sup>191)</sup>

## (2) 判例의 立場

대법원은 “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 금지되

188) 대법원 1997. 9. 30. 선고 97도1230, 판결; 대법원의 입장이다.

189) 신동운, 전거서, 1044면.

190) 대법원 1997. 9. 30. 선고 97도1230 판결; 대법원의 입장이다.

191) 대법원 1997. 9. 30. 선고 97도1230 판결.

는 것으로 볼 수는 없고, 법원으로서도 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”라고 판시<sup>192)</sup>하였다. 즉 대법원은 비록 사인이 공갈목적으로 촬영한 나체사진이라 하더라도 피촬영자의 동의하에 촬영되었다면 효과적인 형사소추 및 형사소송에서의 진실발견이라는 공익과 개인의 사생활의 보호이익을 비교형량하여 그 허용여부를 결정해야 한다는 이익형량설을 취하고 있다고 하겠다.

또한 대법원판결이 그 참조판례<sup>193)</sup>로 압수절차가 위법한 경우에도 압수물의 증거능력을 인정한 판결을 인용하고 있다는 점에서 여전히 사진과 같은 비진술증거에 대해서는 위법수집증거배제법칙을 받아들이지 않는 입장<sup>194)</sup>을 취해왔다.

192) 대법원 1997. 9. 30. 선고 97도1230 판결.

193) 대법원 1994. 2. 8. 선고 93도3318 판결.

194) 서울지방법원 1997. 4. 9. 선고 96노5541 판결; 이 판결에 의하여 파기되었던 원심법원의 판결은 다른 입장을 취한 바 있다. 원심법원은 피고인이 촬영에 대하여 동의해 줄 당시 의식이 명료한 상태였는지 아니었는지에 관계없이, 피고인은 상간자에 의하여 촬영된 사진이 공갈의 목적에 이용될 것이라는 인식하지 못한 상태에서 사진의 촬영에 이용당하였으므로 그 사진은 피고인의 의사에 반하여 임의성이 배제된 상태에서 촬영된 것이며, “피고인의 인격의 핵심적인 부분을 침해한 것”이라고 판단하였다. 그리하여 동 법원은 “사람을 피사체로 하여 촬영한 사진의 경우, 특히 국가기관이 아닌 사인에 의한 사진촬영이라 할지라도 상대방의 명시적 의사에 반한 임의성 없는 촬영의 경우나 상대방이 범죄행위에 사용된다는 사실을 모르는 상태에서 촬영되는 경우와 같이 인격권이나 초상권 등의 기본권을 중대하게 침해하는 경우에는 증거능력이 부인된다고 할 것이고, 사인이 부정한 목적에 사용하기 위하여 촬영한 사진을 국가기관이 증거로 사용하는 것은 상대방의 기본권에 대한 새로운 침해를 의미한다고 할 것이므로 이 점에서도 증거능력을 부인하는 것이 타당하다”라고 판시하였다. 이 원심법원은 판결은 사

기존의 판례의 태도를 요약해보면 첫째 증거수집방법의 위법성에 관해서는 피해자가 피고인 모르게 전화통화내용을 녹음한 것이라고 하여 그 녹음테이프가 위법하게 수집된 증거라고 할 수 없다는 점, 둘째 기본권을 침해하거나 위법한 방법으로 사인이 증거를 수집한 경우에 그 증거의 제출이 당연히 금지되는 것은 아니고, 셋째 법원으로서 는 효과적인 형사소추 및 형사소송에서의 진실발견이라는 공익과 개인의 사생활의 보호이익을 비교형량하여 그 허용여부를 결정하고, 넷째 적절한 증거조사의 방법을 선택함으로써 국민의 인간으로서의 존엄성에 대한 침해를 피할 수 있다고 정리할 수 있겠다.

## 2. 刑事訴訟法 改定 以後의 學說의 立場

위에서도 살펴보았듯이 다수의 견해가 위법수집증거배제법칙의 긍정설을 취하고 있었고, 판례는 위법수집증거배제법칙의 절충설 중에서도 이익형량설의 입장을 취하고 있었다. 그러나 형사소송법이 개정됨에 따른 학설의 입장은 수사기관이 위법하게 수집한 증거와 사인이 위법하게 수집한 증거 모두 형사소송법 제308조의2의 일반적인 규정에 의해 그 증거능력이 없다 할 것이나, 판례는 제308조의2에서 규정하는 ‘적법한 절차’에 의하지 않은 부분에 대해서는 먼저 절차의 위법성을 판단한 후, 공익과 사익을 비교형량하여 그 증거능력을 판단하는 것이 타당하다는 이익형량설을 취하고 있기에 학설과 판례의 입장은 앞으로도 대립될 여지가 남아 있다고 보여 진다. 대법원 판례<sup>195)</sup>의 다수의견은 “형식적으로 보아 정해진 절차에 따르지 아니하고 수집된 증거라는 이유만을 내세워 확일적으로 증거능력을 부정하는 것”에는 반대한다고 하였고, 수사기관의 증거수집과정에서 이루어진 절차위반행위와 관련된 모든 사정을 고려하여 볼 때, 수사기관의 절차위반행위가 “적법절차의 실질적인 내용”을 침해하는 경우에 해당하지 아니하

---

인에 의하여 위법하게 수집한 증거를 국가기관이 사용하는 것은 피고인의 인격권과 초상권을 다시 한번 침해하는 것이기에 그 증거능력을 부정해야 한다고 선언함으로써, 우리나라에서 위법수집증거배제법칙의 사인효를 인정한 최초의 판결이라 할 수 있다.

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

고, 오히려 “그 증거의 증거능력의 배제가 헌법과 형사소송법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실체적 진실규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사사법정의 실현하려 한 취지에 반하는 결과를 초래”하는 예외적인 경우라면 그 증거의 증거능력을 인정할 수 있다고 판시하였다.<sup>196)</sup> 결국 대법원의 태도는 근본규범을 침해하지 않는 범위에서 이익형량의 기준을 적용하는 관례태도라고 보여 진다. 위법하게 수집된 증거물이라 해도 예외적으로 증거능력을 인정하게 되는 경우가 있을 것이라고 본다면, 형식적으로는 절차위반이지만 실질적으로는 증거능력을 부정할 만큼 위법하다고 할 수 없을 때에는 예외적으로 증거능력을 인정할 수 있다는 취지라고 보여 진다.<sup>197)</sup>

또한 “적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거”의 의미에는 다양하게 해석할 수 있는 여지가 남아 있다. 즉 형식적인 절차상의 위법의 의미와 실질적 내용이 적정한가의 의미에서 실질적 내용을 검토해야 할 것이다. 적법한 절차에 따른다면 무엇을 수집해도 된다는 의미로서 사용된다면 헌법상의 근본규범을 침해하여 인간으로서의 존엄과 가치를 침해할 수 있는 것 까지도 수집할 수 있다는 의미로 해석되어버리고 만다. 이는 법적안정성을 침해하는 것이 되어 결과적으로 국민의 신뢰를 잃게 되는 것이다.

독일에서처럼 증거금지이론이 완전히 확립되어 있지도 않고, 이제 법문상으로 시행하고 있는 시점에서, 최근 重범죄의 증가로 인해 처벌여론에 부응하기 위해서 적법절차라는 기준이 때에 따라 달라진다면 피의자 또는 피고인의 인권보호나 권리보호에는 의미 없는 조항이 될 수 있는 것이다. 따라서 우리나라의 위법수집증거배제법칙을 논의함에 있어서는 독일의 증거금지원칙이 미국의 위법수집증거배제법칙보다 더 적합하다고 보는 견해가 있다.<sup>198)</sup> 더불어 우리나라는 독일법과 마찬가지로 대륙법계에 속하여 법치국가의 원리를 기본골격으로 하고 있다는 점에서 이론의 도입이 용이하고 필요성

196) 류지영, 전계논문, 325면.

197) 류지영, 상계논문, 325면.

198) 배종대·이상돈, 전계서, 570면; 이 견해에서는 두 가지 이유를 제시한다. 첫째 헌법뿐만 아니라 근거리 모습으로 성문화된 형사소송법으로부터 특정한 증거수집금지의 규칙을 얼마든지 추출할 수 있는데, 이는 미국에는 없는 독일의 증거수집금지에 해당한다고 한다. 둘째, 학계에서 기존에 논의되던 위법수집증거배제법칙은 독일의 증거사용금지에 해당할 수 있기 때문이라고 하고 있다.

이 크다고 할 수 있다.<sup>199)</sup>

결론적으로 형사소송법 제308조의2에 대한 해석기준을 정리해보면, 영장제도나 적법절차를 규정하고 있는 헌법규정에 위반하는 경우, 수사기관의 수사활동이 형법에 위반하는 경우, 형사소송법의 효력규정에 위반하여 압수·수색 등이 무효인 경우에는 중대한 위법에 해당하는 경우에 해당한다고 보아 모두 배제되어야 한다고 생각된다. 이러한 경우 헌법위반의 경우에는 사인에 의한 증거수집 역시 당사자의 동의가 있다 하더라도 당연히 배제되어야 한다는 입장이 다수의견으로 제시되고 있다고 할 수 있다.

### 3. 小 結

원래 違法蒐集證據排除法則은 國家機關의 違法한 搜查活動을 규제하기 위하여 발달한 이론인데, 이 법칙을 사인의 영역에 확장할 때에는 보다 더 신중한 태도를 취해야 할 것이다. 생각건대, 私人이 수집한 증거와 違法수집증거배제법칙의 관계는 대법원판례가 취하고 있는 利益衡量說의 입장에서 판단하는 것이 타당하다고 보여 진다.<sup>200)</sup> 다만, 대법원은 기본권 중 인격권과 같은 불가침의 핵심영역을 인정하지 아니하고 모든 기본권영역에 대하여 비교형량을 채택하고 있다는 점이 아쉬운 부분이라 하겠다. 따라서 違法수집증거배제법칙의 외연을 사인간의 영역에도 확대하는 것이 바람직하기는 하지만 이익형량의 관점에서 신중하게 접근해야 한다고 보여 진다.<sup>201)</sup>

## 제3절 私人이 違法하게 蒐集한 證據의 類型別 檢討

私人이 違法하게 수집한 증거와 관련해서는 이하에서 제시하는 유형 이외에도 다양한 함은 물론이다. 아래에서는 주로 논의되고 있는 사안을 바탕으로 주요 쟁점을 정리해

---

199) 류지영, 상계논문, 326면.

200) 조국, 전게서, 458면.

201) 신동운, 전게서, 1045면.

보고자 한다.

## I. 私인이 違法하게 蒐集한 寫眞의 證據能力

### 1. 私인이 違法하게 蒐集한 寫眞의 規制 必要性

搜查機關에 의한 사진촬영이 檢證에 해당하는 強制搜查라고 해석하는 한 누구든지 영장에 의하지 아니하고는 몰래 촬영에 의하여 인격권의 핵심인 타인의 초상권을 침해해서는 아니 되며, 따라서 私인이 搜查機關에 의한 신고 등의 방법을 사용하지 아니하고 몰래 촬영한 사진은 원심법원의 판단<sup>202)</sup>과 같이 인격권이나 초상권 등의 기본권을 중대하게 침해한 것으로, 이와 같이 사인이 위법하게 수집한 사진을 국가기관이 증거로 사용하는 것은 상대방의 기본권에 대한 새로운 침해를 의미한다는 점에서 증거로 사용되어서는 안 된다.<sup>203)</sup>

수사기관이 증거수집방법으로 상대방의 동의 없이 몰래 타인의 초상을 촬영하는 경우에 피촬영자의 肖像權이라는 인격권의 침해를 가져온다는 점에서 이를 강제수사로 볼 것인지 아니면 임의수사로 볼 것인지에 대해서도 견해가 대립되고 있을 뿐 아니라, 강제수사로 보더라도 형사소송법이 이를 규정하지 않고 있기 때문에 형사소송법이 규정하고 있는 강제수사의 형태 중 어디에 해당하는 것으로 유추적용할 것인지에 대해서도 해석의 여지가 있다. 더구나 私인이 몰래 타인의 초상을 촬영한 경우에 기본권의 대사인적 효력과 관련하여 사생활의 자유와 비밀이라는 기본권을 침해함으로써 인간으로서의 존엄성을 毀損한다는 점에서 사진의 증거능력의 문제가 중요한 이론적 쟁점임에도 불구하고 이에 대한 이론적 검토는 미비한 수준이다. 대화녹음이나 비밀녹음은 통신비밀보호법에 증거배제에 관한 규정을 두고 있는 반면에, 사진이나 비디오촬영에

202) 대법원 1997. 9. 30. 선고 97도1230 판결.

203) 나세영, 전제논문, 46면.

대해서는 규정이 없기 때문에 이를 따로 살펴 볼 필요가 있다. 이는 입법적으로 독일 처럼 집회 등을 피촬영자의 동의 없이 촬영할 수 있도록 허용하는 법규정을 마련하거나, 통신비밀보호법과 마찬가지로 사진이나 비디오테이프와 같은 영상촬영 등에 대해서는 그 요건과 절차를 규정하는 별도의 입법이 요구된다고 하겠다.<sup>204)</sup>

## 2. 私人の寫眞撮影과 違法蒐集證據排除法則

私人에 의한 사진촬영과 위법수집증거배제법칙의 관계가 문제된다. 앞서 살펴보았듯이 권리범위설과 이익형량설은私人이 수집한 증거와 적법절차의 관계를 전반적으로 가늠하게 해 주는 척도로서도 意味가 있다고 할 것이다.

### (1) 權利範圍說

권리범위설이란 권리의 중요성을 기준으로 위법수집증거배제법칙을 적용하자는 주장이다. 사인의 증거수집행위가 위법수집증거배제법칙과 관련하여 논해지는 이유는 기본권의 대사인적 효력 때문이라는 것이다. 권리범위설의 입장에서는 사인의 위법행위가 침해할 가져오는 권리의 영역을 분류하여 기본권의 핵심적 영역을 침해하는 경우, 기본권의 주변적 영역을 침해하는 경우, 기본권과 무관한 영역이 침해된 경우로 나눈다. 그리하여 사인의 위법행위가 기본권의 핵심적 영역을 침해하는 경우에는 그 사인이 수집한 증거에 대해 증거능력을 부인해야 한다고 주장한다.

### (2) 利益衡量說

이익형량설은 실체적 진실발견이라는 공익과 개인의 사생활보호이익을 비교형량하여 위법수집증거배제법칙의 적용여부를 결정하자는 주장이다. 판례는 취하고 있는 입장이

---

204) 천진호, “위법수집증거배제법칙의 사인효”, 「비교형사법연구 제4권 제2호」, 2002, 376면.

기도 하다.<sup>205)</sup> 이 입장에서는 모든 국민의 인간으로서의 존엄과 가치를 보장하는 것은 국가기관의 기본적인 의무에 속하는 것이고 형사절차에서도 당연히 구현되어야 한다고 인정하면서도, 그렇다고 하여 국민의 사생활영역에 관계된 모든 증거의 제출이 곧바로 금지되는 것은 아니라고 한다.<sup>206)</sup> 이 입장에서는 효과적인 형사소추 및 형사소송에서의 진실발견이라는 공익과 개인의 사생활 보호이익을 비교교량하여 사생활영역에 관계된 증거제출의 허용 여부를 결정하고, 적절한 증거조사의 방법을 선택함으로써 국민의 인간으로서의 존엄성에 대한 침해를 피할 수 있다고 본다.<sup>207)</sup>

### (3) 小 結

원래 위법수집증거배제법칙은 국가기관의 위법한 수사활동을 규제하기 위하여 발달한 이론으로, 우리 형사소송법 제308조의2가 ‘적법한 절차에 따르지 아니하고’라는 표현을 사용하고 있는 것도 이 점을 나타내고 있다. 따라서 위법수집증거배제법칙을 사인의 영역에 확장할 때에는 보다 더 신중한 태도를 취해야 할 것이다.

권리범위설은 독일 연방대법원의 판례에서 유래한 것이지만<sup>208)</sup> 독일에서도 그에 대한 비판이 강하게 대두되고 있다고 한다. 또한 권리범위설의 난점은 무엇보다도 권리범위의 판단기준이 애매모호하다는 점에 있다. 즉 어느 경우에 사인의 증거수집행위가 기본권의 핵심적 영역을 침해하는 것인지를 판단하기가 대단히 어려울 뿐만 아니라 공익의 실현을 염두에 둔 형사절차에 개인간의 사생활영역을 지나치게 반영하는 것이 적절치 않다고 생각되기 때문이다.

생각건대, 私인이 수집한 증거와 위법수집증거배제법칙의 관계는 대법원판례가 취하고 있는 이익형량설의 입장에서 판단하는 것이 타당하다고 보여 진다.<sup>209)</sup> 다시 말해

205) 대법원 1997. 9. 30. 선고 97도1230, 판결; 대법원의 입장이다.

206) 신동운, 전게서, 1044면.

207) 대법원 1997. 9. 30. 선고 97도1230 판결; 대법원의 입장이다.

208) 안경옥, “사인이 비밀녹음·녹화한 (비디오)테이프의 증거능력”, 「영남법학」, 2002, 224면.

209) 조국, 전게서, 458면.



위법수집증거배제법칙의 외연을 사인간의 영역에도 확대하는 것이 바람직하기는 하지만 구체적인 사안에서 보다 신중하게 이익형량의 판단을 내려야 할 것이다.<sup>210)</sup>

## II. 私人이 違法하게 蒐集한 비디오테이프의 證據能力

### 1. 學說의 態度

사인에 의한 피촬영자의 동의 없는 촬영에 대한 별다른 학설은 없다. 그러나 피촬영자의 동의 없이 사인에 의해 이루어진 비디오촬영도 수사기관에 의한 피촬영자의 동의 없는 촬영을 강제수사라고 해석하는 한 누구든지 영장에 의하지 아니하고는 비디오촬영을 할 수 없다고 보아야 할 것이다.<sup>211)</sup> 특히 사인의 경우에는 피촬영자의 동의 없이 촬영하여 수집된 비디오테이프를 수사기관에 제공한 때 수사기관이 그것을 증거로 사용하는 경우 상대방에 대한 새로운 기본권 침해가 수반하게 되므로 수사기관에 의해 촬영된 경우보다 더욱 엄격하게 제한해야 한다고 보는 견해가 다수이다.<sup>212)</sup>

### 2. 判例의 態度

대법원은 “수사기관이 아닌 사인이 피고인 아닌 사람과의 대화내용을 녹음한 녹음테이프는 형사소송법 제311조, 제312조 규정 이외의 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 서류와 다를 바 없으므로 피고인이 그 녹음테이프를 증거로 함에 동의하지 아니하는 이상 증거능력을 부여하기 위해서는 첫째 녹음테이프가 원본이거나 원본으로부터 복사한 사본일 경우에는 복사과정에서 편집되는 등의 인위적 개작 없이 원본의 내용 그대로 복사된 사본일 것, 둘째 형사소송법 제313조 제1항에 따라 공판준비나 공판기일에서

---

210) 신동운, 전게서, 1045면.

211) 한성훈, 전계논문, 72면.

212) 천진호, 전계논문, 373면.

원진술자의 진술에 의하여 녹음된 것이라는 점이 인정되어야 할 것이고, 셋째 사인이 피고인 아닌 사람과의 대화내용을 대화상대방 몰래 녹음하였다고 하더라도 위 판시와 같은 조건이 갖춰진 이상 그것만으로는 그 녹음테이프가 위법하게 수집된 증거로서 증거능력이 없다고 할 수 없으며 사인이 피고인 아닌 사람과의 대화내용을 상대방 몰래 비디오로 촬영 녹음한 경우 그 비디오테이프의 진술부분에 대하여도 마찬가지로 취급하여야 할 것이다”고 판시<sup>213)</sup>하였다. 또한 “방송기자가 뇌물수수현장을 비밀 촬영한 비디오테이프의 영상”에 관한 판례<sup>214)</sup>에서 피고인은 그 진정성립을 인정하고 단지 그 화면에서 피고인이 뇌물을 수수한 것이 아니고 가면허증을 받은 것이거나 돈을 주었으나 이를 받는 것은 거부하였다고 주장하여 뇌물수수를 인정하기에는 녹화상태가 불명료하다는 이유로 유죄를 인정한 원심을 파기하였다. 본 판례에서 이는 증명력의 문제로 보이고 사인에 의해 비밀촬영된 비디오테이프의 증거능력을 인정한 것으로 보는 견해가 있다.<sup>215)</sup>

### 3. 小 結

수사기관의 비디오촬영은 犯罪人을 特定하고 범죄상황을 정확히 포착하기 위한 유력한 수사기법이라 할 수 있다. 私人이 위법하게 촬영한 비디오테이프의 증거능력인정여부에 관해서는 피촬영자의 초상권(헌법 제10조, 제37조 제1항), 사생활의 비밀과 자유(헌법 제17조), 통신의 비밀보호(헌법 제18조) 등의 기본권을 침해할 수 있을 뿐만 아니라 녹음테이프와는 달리 음성과 함께 사건현장 내지 피녹화자의 용모와 자태를 모두 담아 낼 수 있고, 사진과도 달라서 피녹화자의 대화하는 경우도 많고 대화를 하고 있지 않더라도 피녹화자의 행태를 통하여 그의 행동이 무엇을 의미하는지를 알 수 있으며, 피촬영자의 의사에 반하여 비디오촬영이 이루어지는 경우, 사진 이상으로 초상권을

213) 대법원 1999. 3. 9. 선고 98도3169 판결.

214) 대법원, 1996. 10. 29. 선고 96도122 판결.

215) 이 견해에 대해서는 한상훈, “사인에 의한 증거수집과 그 증거능력”, 「형사판례연구 제8권」, 박영사, 2000, 137면에 더욱 자세하게 서술하고 있다.

포함한 개인의 주거의 자유나 프라이버시를 침해하기 때문에 녹음테이프나 사진보다 기본권 침해가능성이 훨씬 크다 할 것<sup>216)</sup>이므로 엄격하게 제한해야 한다고 생각된다. 다만 예외적으로 사진의 경우와 같이 형법 제22조 긴급피난으로서의 요건을 구비한 경우에는 例外的으로 許容된다고 보는 견해도 있다.<sup>217)</sup>

### Ⅲ. 私人이 違法하게 蒐集한 녹음테이프의 證據能力

#### 1. 通信秘密保護法の 制定背景 및 그 限界

녹음테이프의 證據능력에 관한 문제는 原則적으로 제310조의2 이하의 규정을 토대로 판단하는 것이 다수의 견해<sup>218)</sup> 및 판례의 태도<sup>219)</sup>였다. 그러나 녹음테이프가 違法하게 녹음된 경우라면 그 증거능력이 더욱 제한된다. 기존의 학계에서는 국가기관에 의한 비밀녹음과 사인에 의한 비밀녹음을 區別하여 왔다. 그리고 사인이 비밀녹음 하더라도 국가기관이 개입되어 있는 경우라면 국가기관에 의한 비밀녹음으로 보았다. 비밀녹음을 이와 같이 분류했던 이유는 국가기관의 違法수사행위에 제재를 가하려는 목적에서 출발한 違法수집증거배제법칙을 비밀녹음의 경우에도 적용하기 위함이었기 때문이다. 그러나 기존의 판례는 다수의 학자가 지지하는 違法수집증거배제법칙을 전면적으로 수용하지 않고 있었다.

따라서 私人에 의한 비밀녹음에 대해서는 그 증거능력을 배제하기 위하여 별도의 이론적 해결책을 필요로 하게 됨에 따라 통신비밀보호법이 제정되었다. 통신비밀보호법은 통신상 비밀을 보호하기 위하여 여러 가지 행위들을 금지하고 있는데, 비밀녹음과 관련하여 살펴본다면 전기통신에 대하여 당사자의 동의 없이 이를 채록하는 행위와 공

216) 한성훈, 전계논문, 108면.

217) 김대휘, “사진과 비디오테이프의 증거능력”, 「형사판례연구 제6권」, 박영사, 1998, 451면.

218) 신동운, 전게서, 653면; 이재상, 전게서, 544면.

219) 대법원 1968. 6. 28. 68도570 판결.

개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음하는 행위가 각각 금지대상으로 규정되어 있다. 이러한 행위들은 그것이 수사기관에 의한 것이든 사인에 의한 것이든 모두 同法에 의해 금지되며, 위반하여 생성된 비밀녹음은 각종 재판 및 징계절차에서 증거로 사용되지 못한다.<sup>220)</sup> 同法이 규정한 증거능력 배제조항은 국가기관에 의한 비밀녹음뿐만 아니라 사인에 의한 비밀녹음까지도 대상으로 삼는다는 점에서 과거의 통상적인 위법수집증거배제의 법리를 뛰어 넘는 것이라고 할 수 있다. 그럼에도 불구하고 同法에서는 비밀녹음된 녹음테이프의 증거능력에 관하여 모든 범주를 포함하지 못하는 한계가 있다.

## 2. 通信秘密保護法の 適用範圍

통신비밀보호법은 통신의 비밀을 보호하기 위하여 여러 가지 행위들을 금지하고 있다. 비밀녹음과 관련하여 보면 전기통신에 대하여 당사자의 동의 없이 이를 채록하는 행위와 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음하는 행위가 각각 금지대상으로 규정되어 있는데, 이러한 행위들은 그것이 사인에 의한 경우에도 통신비밀보호법에 의하여 금지되며, 이 금지규범에 위반하여 생성된 비밀녹음은 각종 재판 및 징계절차에서 증거로 사용되지 못한다. 또한 금지규범에 위반한 자는 刑事處罰된다.

그런데 통신비밀보호법이 제공하는 증거배제법칙은 ‘타인간의 대화’에 대한 비밀녹음을 규제대상으로 삼고 있기 때문에 그 適用範圍가 충분하지 못하다. 이러한 상황에서 형사소송법 제308조의 2로 위법수집증거배제법칙이 도입되었다. 이제 형사소송법이 도입한 위법수집증거배제법칙이 사인간의 비밀녹음에 어느 정도 구체적인 規範力을 가지게 될 것인지에 달려있다고 하겠다.<sup>221)</sup>

---

220) 배종대·이상돈, 전게서, 609면; 신동운, 전게서, 656면; 이재상, 전게서, 545면.

221) 신동운, 전게서, 1045면.

### 3. 對話當事者의 秘密錄音과 違法蒐集證據排除法則

타인간의 대화를 사인이 비밀녹음할 경우 그 비밀녹음은 통신비밀보호법에 의하여 증거능력이 없다.<sup>222)</sup> 그런데 기존에 논란되어 왔던 쟁점의 하나로 대화 당사자의 일방이 상대방 몰래 대화내용을 녹음하는 경우에 그 비밀녹음을 유죄인정의 증거로 사용할 수 있겠는가 하는 문제가 있다. 통신비밀보호법은 이 문제에 대해 명확한 규정을 두고 있지 않기 때문에 문제의 해결은 학설·판례에 맡겨져 있었다.

이 문제에 대해 사인간의 비밀녹음이므로 증거능력이 배제되지 않는다고 보는 견해<sup>223)</sup>와 ‘타인의 대화비밀침해금지’를 천명한 통신비밀보호법의 취지를 살리기 위하여 증거능력을 부인해야 한다고 보는 견해<sup>224)</sup>가 학설상으로 각각 제시되고 있었다. 판례는 사인간의 비밀녹음에 대해 傳聞法則에 근거하여 그 증거능력을 제한할 뿐<sup>225)</sup> 위법수집증거배제법칙에 기하여 증거능력을 제한하지는 않았다.<sup>226)</sup> 그러나 이러한 판례의 태도는 소위 정보의 自己決定權이라는 관점에서 비판의 여지가 많았다. 대화의 일방당사자는 자신이 향유하는 인격발현권의 일환으로 대화내용이 어느 범위에까지 전파될 것인가를 결정할 수 있는 권리를 가지고 있다고 생각되기 때문이다.

대화상대방의 동의 없이 대화내용을 비밀로 녹음하는 것은 정보의 자기결정권을 침해하는 행위이므로 이제 형사소송법 제308조의2가 규정한 관점에서 새롭게 증거능력의 문제를 검토하지 않을 수 없다.<sup>227)</sup> 형사소송법 개정 이전에는 特別法的인 지위를 가지는 통신비밀보호법이 적용되지 않으면 증거능력이 있다고 보아야 했지만, 이제는 통신비밀보호법의 적용범위에 해당하지 않더라도, 일반규정이라 할 수 있는 형사소송법 제308조의2를 적용하여 대화당사자의 비밀녹음으로 수집한 증거의 증거능력을 부정하여

222) 대법원 2001. 10. 9. 선고 2001도3106 판결.

223) 이재상, 전게서, 584면.

224) 배종대·이상돈, 전게서, 653면.

225) 대법원 1997. 3. 28. 선고 96도2417 판결.

226) 대법원 1997. 3. 28. 선고 97도240 판결.

227) 신동운, 전게서, 1046면.

야 할 것이다.

#### 4. 小 結

사인이 위법하게 수집한 녹음테이프의 증거능력에 대해서 대법원은 다수견해의 지지를 받는 위법수집증거배제법칙을 수용하지 않고 있었다. 이에 대해 아무런 규정이 없는 형사소송법에 대해 특별법적 지위를 갖는 통신비밀보호법에 의해 제한할 수밖에 없었다. 그러나 대화당사자의 일방이 상대방 몰래 대화내용을 녹음하는 경우와 같이 통신비밀보호법에 의해서도 제한할 수 없는 사안들이 발생하면서 입법적인 공백이 생기게 되었다. 이 문제에 대해서는 사인간의 비밀녹음이므로 증거능력이 배제되지 않는다고 보는 견해와 ‘他人의 對話 秘密侵害禁止’를 천명한 통신비밀보호법의 취지를 살리기 위해 증거능력을 부인해야 한다고 보는 견해가 대립되고 있었다. 그러나 이제는 2007년 형사소송법의 개정으로 제308조의2에 신설된 위법수집증거배제법칙으로써 증거능력을 제한하는 것이 타당하다고 생각된다. 다시 말해, 특별법적인 통신비밀보호법이 먼저 적용되고, 통신비밀보호법에 대해서도 적용되지 않는 사안은 일반법적 위치에 있는 형사소송법을 통해서 증거능력을 제한할 수 있다고 보여 진다.

#### IV. 小 結

1914년 미국 연방 대법원의 Weeks 판결이 불법적인 押收·搜索으로부터 획득된 증거의 사용을 금지한 것에서 유래한 이른바 “법관에 의하여 만들어진 법(a judge made rule of evidence)”이라고 할 수 있는 위법수집증거배제법칙과, 그 이론적 발전과정에서 적용범위를 더욱 확장시킨 독수의 과실이론(Doctrine of the Fruit of poisonous tree)은 현대 증거법의 역사에 있어서 가장 중요한 발전이라고 평가되고 있다. 그동안 위법수집증거배제법칙이 비록 명문규정은 없었으나 이론적으로나 실무적으로 확고하게 자리매김하고 있는 반면에 사인이 위법한 절차를 통하여 수집한 증거의 증거능력에 대

해서는 헌법상 보장되는 인격권침해라는 심각한 문제를 가지고 있음에도 불구하고 아직까지 심도 있게 다루어 지지 않고 있는 실정이었다. 그러나 이제는 위법수집증거배제법칙이 명문화 되었고 그에 따른 구체적인 해석이 필요하게 되었다고 생각된다.

앞서 언급한 것처럼 위법수집증거배제법칙을 규정한 형사소송법 제308조의2는 헌법 제12조 1항이 규정한 적법절차의 원칙에 기반을 두고 있다. ‘正堂한 節次’를 핵심적 요소로 하는 適法節次의 原則은 私人間的 關係에서도 尊重되어야 한다. 이익형량설의 관점에서 볼 때 사인에 의한 비밀녹음의 경우 통신비밀보호법이 개입할 정도로 공익에 미치는 영향이 강하다. 그러므로 상대방이 보유하는 정보의 자기결정권을 정당한 절차에 따르지 않고 침해한 결과로서 얻어진 사인의 비밀녹음은 적법절차원칙에 위배한 것으로서 증거능력이 부정되어야 할 것이다. 다만 사인간의 비밀녹음에 증거능력을 부정하더라도 正當防衛나 緊急避難 등에 준하는 특별한 사정이 있는 경우에는 예외적으로 비밀녹음에 증거능력을 인정할 수 있다고 본다.

사생활비밀의 보호는 憲法이 보장하고 있는 중요한 基本權으로 국가는 물론 사인에 의한 침해로부터도 보호되어야만 한다. 따라서 수사기관에 의한 기본권침해를 예방하고 통제하는 소극적인 기본권보장에 그쳐서는 안 되며, 수사기관만이 아니라 사인에 의한 사인의 기본권침해를 어떻게 예방하고 통제하느냐에 따라 기본권을 보장하는 憲法理念이 달성될 수 있을 것이다.<sup>228)</sup> 따라서 형사소송법 제308조의2에 규정된 위법수집증거배제법칙이 선언적 의미로만 남느냐, 구체적인 지표가 되느냐는 “적법한 절차에 따르지 아니하고”라는 문언의 適切한 解釋에 달려있는 것이다. 私人에 의해 위법하게 수집된 증거에 대한 判斷을 내릴 경우에는, 제308조의2에 신설된 위법수집증거배제법칙으로써 증거능력을 제한하는 것이 타당하다고 생각된다. 다시 말해, 구체적인 사안에서 特別法인 通信秘密保護法이 먼저 適用되고, 통신비밀보호법에 대해서도 적용되지 않는 사안은 一般法이라 할 수 있는 刑事訴訟法을 통해서 證據能力을 制限하는 것이 타당하다.

---

228) 천진호, 전제논문, 388면.

## 제 5 장 結 論

지금까지 刑事訴訟法 第308條의2에 규정된 違法蒐集證據排除法則에 관해서 살펴보았다. 현재 수사기법의 발달에 따라 刑事證據法의 영역에 있어서 다양한 수사기법에서 수집되는 각종 證據들에 대한 證據能力이 문제시되는 시점에서 보다 구체적인 판단기준과 적용범위가 요구되고 있다. 이 부분에 대한 검토는 위법수집증거배제법칙이 명문화되고, 이 흐름을 따라 대법원의 전원합의체 판결이 등장하면서 형사증거법의 새로운 국면을 맞이하게 되었다고 하겠다.

美國에서는 일찍부터 사법심사를 통해 법과 사회의 개혁을 능동적으로 주도할 수 있었던 연방대법원이 違法搜查의 抑止라는 현실적인 필요에 부응하여 判例의 형성을 통해 위법수집증거배제법칙을 도입하였고, 英國은 내각책임제와 양당제를 배경으로 강력한 권한을 행사하는 입법부가 위법수집증거배제법칙을 법률로 제정하여 법원으로 하여금 증거배제의 재량행사에 적극적인 태도를 취할 수 있도록 하였다. 獨逸에서의 증거금지론의 중점은 수사기관에 대한 위법수사의 억지에 있다기보다는 형사절차상의 법치주의의 이념을 더욱 중시하여 이를 보장하는 데 있다고 보아야 할 것이다. 日本에 있어서 형사소송절차는 기존의 직권주의적인 대륙법계에 영미법계의 당사자주의·변론주의적인 색채를 가미하여 當事者主義와 職權主義의 혼합적 소송구조를 이루고 있음에 따라 위법하게 수집된 증거의 증거능력을 부정하는데 있어서 相對的 排除法則을 적용하고 있다고 할 수 있다.

搜查機關의 증거수집에 있어서 2007년 11월 대법원은 압수·수색절차의 위법이 문제된 사안을 계기로 기존의 관례를 폐기하고 違法蒐集證據排除法則을 정면에서 수용하기에 이르렀다고 할 수 있다. 또한 개정된 형사소송법은 제217조에서 압수·수색의 대상을 ‘체포할 수 있는 자’가 소유·소지·보관하는 물건으로부터 ‘체포된 자’가 소유·소지·보관하는 물건으로 제한함에 따라, 헌법 제12조 제3항과 형소법 제215조 내지 제217조에 위반하여 압수·수색된 증거물은 이제 형사소송법 제308조의2에 의하여 증거능력이 배제된다고 할 것이다. 또한 음주운전죄의 조사를 위한 음주측정을 하게 될 경



우 위법한 체포상태에서 조사된 혈중 알코올농도 조사결과나 혈액채취 조사결과는 증거능력이 부정되어야 하는 것이 타당하다고 보여 지며, 불법한 임의동행 상태에서 수집한 증거물이나 이 때 작성한 조서는 위법수집증거로서 증거능력이 부인되어야 하고, 환자의 사적영역 및 기타 인격권에 해당되는 권리가 침해되는 등의 특수한 사정이 인정될 여지가 있는 경우의 任意提出物 역시 위법수집증거배제법칙이 적용될 것이라고 보는 것이 타당할 것이다.

搜查機關의 秘密錄音에 대해서 통신비밀보호법의 改定이 불가피하다고 보여 지는데, 그 개선방안으로는 감청대상범죄의 축소, 令狀請求에 대한 내부적 통제방안의 강구, 감청피해의 최소화규정 강화, 고지제도의 범위확대, 봉인제도의 도입 등이 필요하다고 생각된다. 그리고 형사소송법 제308조의2에 따라 이제 비밀녹음에 대한 규제장치는 통신비밀보호법과 함께 형사소송법이 직접 개입하는 단계로 접어들어, 통신비밀보호법으로 해결할 수 없었던 영역에 대해 새로운 해결책을 도모할 수 있는 계기가 마련되었다고 할 수 있다.

한편 통신비밀보호법에서는 몰래 찍은 사진이나 비디오녹화에 관한 아무런 規定을 두지 않고 있는데, 특히 搜查機關에 의한 비밀촬영에 있어서도 통신비밀보호법상의 통신제한조치와 같이 이를 허용하는 根據規定이 없기에 더욱 문제이다. 독일과 같이 집회 등을 피촬영자의 동의 없이 촬영할 수 있도록 허용하는 법규정을 마련하거나 형사소송법 제308조의2에 근거하여 더욱 구체적인 要件과 節次를 규정하는 별도의 입법이 필요하다고 생각된다. 또한 거짓말탐지기 검사결과에는 증거능력을 인정하지 않는 것이 타당하다고 본다. 한편 私人的 證據蒐集에 있어서 먼저 위법하게 수집한 사진의 경우 수사기관의 수집과 같이 입법적으로는 독일처럼 집회 등을 피촬영자의 동의 없이 촬영할 수 있도록 허용하는 법규정을 마련하거나, 통신비밀보호법과 마찬가지로 사진이나 비디오테이프와 같은 영상촬영 등에 대해서도 그 요건과 절차를 규정하는 別途의 立法이 要求된다고 할 수 있다.

결론적으로 과학적 수사가 더욱 요청되는 상황에서 전자매체의 투입이 活性化되는 것은 不可避한 일이므로 刑事訴訟法이나 特別法 형식으로 搜查節次에 녹음테이프, 비

디오데이프, 사진 등 전자매체기구의 투입에 관한 규정을 統合적으로 立法化할 필요가 있다고 할 것이다. 私生活秘密의 保護는 憲法이 보장하고 있는 중요한 기본권으로 국가는 물론 私인에 의한 侵害로부터도 보호되어야만 한다. 따라서 搜查機關에 의한 기본권침해를 예방하고 통제하는 소극적인 기본권보장에 그쳐서는 안 되며, 수사기관만이 아니라 私인에 의한 私인의 基本權侵害를 어떻게 豫防하고 統制하느냐에 따라 기본권을 보장하는 헌법이념이 달성될 수 있을 것이다.

원래 搜查機關의 違法한 節次로서 蒐集된 證據의 證據능력을 否定하는 형사소송법 제308조의2에 규정된 위법수집증거배제법칙이 선언적 의미로만 남느냐, 구체적인 지표가 되느냐는 “適法한 節次에 따르지 아니하고”라는 文言의 적절한 解釋에 달려있다고 생각된다. 刑事訴訟의 目標가 實體的 眞實發見이라고 한다면 基本要素는 法の 適法節次的 實現이라고 할 수 있다. 이 실제적 진실발견도 적법절차의 준수가 강조되는 소극적인 실제진실주의가 現行 형사소송절차의 소위 가이드라인(guide line)으로서 規制의 範圍를 정해주고 있다. 따라서 基本的 人權保障, 즉 소극적인 實體的 眞實發見主義가 강조되는 오늘날의 현실에서는 違法蒐集된 證據의 證據能力을 부정하는 것이 타당하다 할 것이다. 이러한 證據의 違法性의 判斷基準이 實定法的으로는 형사소송법 제308조의2를 시작으로 구체적인 명문규정의 追加的 立法과 더불어 개별화·구체화로 인한 사안 해결로 大法院 判例의 蓄積됨으로써, 형사소송법에 규정된 違法蒐集證據排除法則이 확고하게 자리 잡을 수 있을 것이라고 생각된다. 이로 인해 우리나라 刑事司法이 適法節次에 의한 실제진실발견으로서 司法的 正義를 구현하고, 證據蒐集에 있어서 搜查機關의 透明性을 보장해줌으로써 先進法律文化에 한 발 다가서게 될 것이라 보여 진다.

## 參 考 文 獻

### ▣ 國內文獻

#### 1. 단행본

- 김연철·이창희·장승화, “절차적 정의와 법의지배”, 박영사, 2003.
- 박승욱, “미란다원칙”, 도서출판 법수레, 2007.
- 배종대·이상돈, “형사소송법”, 홍문사, 2006.
- 백형구, “(알기쉬운) 형사소송법”, 박영사, 2007.
- 법무부, “개정 형사소송법”, 법무부, 2007.
- 법원행정처, “국민의 형사재판 참여에 관한 법률 해설”, 법원행정처, 2007.
- 법원행정처, “형사소송법 개정 법률 해설”, 법원행정처, 2007.
- 사법연수원, “형사증거법”, 2001.
- 손동권, “형사소송법”, 세창출판사, 2008.
- 신동운, “신형사소송법”, 법문사, 2008.
- 신양균, “형사소송법”, 법문사, 2004.
- 이상돈, “형사소송법연습”, 법문사, 2004.
- 이재상, “신형사소송법”, 박영사, 2008.
- 임동규, “형사소송법”, 법문사, 2008.
- 조국, “위법수집증거배제법칙”, 박영사, 2005.
- 주승희, “당사자주의와 직권주의 소송구조 비교연구”, 한국형사정책연구원, 2006.
- 정웅석, “형사소송법”, 대명출판사, 2008.

## 2. 논문

- 김성민, “진술서와 피의자신문조서의 증거능력, 피고인 및 변호인 불출석과 증거조사, 비디오테이프와 비밀녹음테이프의 증거능력”, 고시연구, vol.33 no.12, 2006.
- 김성찬, “형사절차상의 실체적 진실발견의 제약”, 동아대 법학석사학위논문, 2001
- 김승걸, “위법수집증거의 증거동의대상여부와 공범자의 자백”, 고시계, vol.49 no.9, 2004.
- 김영주, “사진·녹음테이프 및 비디오테이프의 증거능력”, 이화여대 법학석사학위논문, 2005.
- 김영호, “위법수집증거배제법칙에 관한 고찰”, 제주대 법학석사학위논문, 2003.
- 김재영, “통신비밀보호법상 도청·감청증거의 증거능력 :위법수집증거배제법칙과 관련 하여”. 서울시립대 법학박사학위논문, 2008.
- 김재운, “피의자권리고지에 대한 연구 -Miranda rule과의 비교 및 입법연혁을 중심으로-”, 연세대 법학석사학위논문, 2005.
- 김혜진, “도청·감청으로 수집한 증거의 증거능력”, 부산대 법학석사학위논문, 2002.
- 나세영, “사진과 녹음테이프의 증거능력에 관한 고찰 :과학수사의 효용성을 중심으로”, 홍익대 법학석사학위논문, 2003.
- 대검찰청, “외국관례에 나타난 디지털증거 수집·분석·보존 과정에서의 무결성 논란에 비추어 본 디지털증거의 활용방안”, 2006.
- 류지영, “위법수집증거배제법칙 - 개정 형사소송법 제308조의2와 관련하여 -”, 법학연구 vol.29, No.0, 한국법학회, 2008.
- 박미숙, “위법수집증거배제법칙에 관한 연구”, 한국형사정책연구원, 1995.
- 박주봉, “독수과실(毒樹果實)의 증거능력”, 서울법학, 대전대학교 법문화연구소, 2002.
- , “위법수집증거배제법칙에 관한 연구”, 충남대 법학박사학위논문, 2003.
- 송승은, “거짓말탐지기 검사와 그 결과의 증거능력에 관한 고찰”, 성균관법학, 성균관대비교법연구소, 2006.

- 안경옥, “사인이 비밀녹음·녹화한 (비디오)테이프의 증거능력”, 영남법학, 2002.
- 안성수, “각국의 위법수집증거 배제법칙과 우리법상 수용방안”, 저스티스 통권 96호, 한국법학원, 2007.
- , “자백배제의 원칙과 특신성”, 저스티스 통권 101호, 한국법학원, 2007.
- 오현석, “국제형사재판절차상 피의자 및 피고인의 인권보호에 관한 연구”, 동의대 법학석사학위논문, 2006.
- 원혜옥, “감청에 의해 우연히 발견한 증거의 증거능력”, 한국형사법학회, 2000.
- , “도청·감청 및 비밀녹음(녹화)의 제한과 증거사용”, 한국형사정책연구원, 2000.
- 유병하, “위법수집증거배제법칙에 관한 연구”, 전북대 법학석사학위논문, 2004.
- 윤석준·김상수, “민사소송에서의 증거능력과 증명력”, 고시연구, vol.33 no.10, 2006.
- 윤종행, “적법절차를 따르지 아니하고 수집한 압수물의 증거능력”, 형사법연구 제19권 제4호, 한국형사법학회, 2007.
- 이경재, “개정 형사소송법상 인신구속제도에 관한 고찰”, 「형사법연구 제19권 제4호」, 한국형사법학회, 2007.
- 이동희, “사개추위안의 피의자신문 녹음·녹화제도 도입방안에 대한 검토”. 비교형사법연구 제8권 제1호 통권 제14호, 2006.
- 이삼, “자백배제법칙의 구체적 적용범위”, 성균관법학, 성균관대비교법연구소, 2002.
- 이완규, “사개추위안의 위법수집증거배제원칙에 대한 검토”, 비교형사법연구 제8권 제1호, 한국비교형사법학회, 2006.
- 이용식, “위법수집증거배제법칙에 관한 소고”, 김연철·이창희·장승화 편, “절차적정의와 범의지배”, 박영사, 2003.
- 이재상, “형사절차에서의 법치국가원리의 기능과 한계”, 법학논집, 이화여자대학교 법학연구소, 2000.
- 이정희, “통신비밀보호법의 문제점과 개선방향에 관한 연구”, 용인대 법학석사학위논문, 2007.

- 이준걸, “위법한 임의동행이 그 후의 절차에 미치는 영향”, 비교형사법연구, vol.5 no.2, 2003.
- 이종갑, “녹음테이프의 증거능력”, 경상대학교, 법학연구 제11집, 2002.
- 장우진, “위법수집증거의 배제법칙”, 조선대 법학석사학위논문, 2003.
- 정도연, “거짓말 탐지기 검사의 신뢰성 확보와 적절한 운영 방안”, 경북대 법학석사학위논문, 2006.
- 조국, “임의동행과 유효한 진술거부권고지, 독수(毒樹)의 과실”, 고시연구, vol.27 no.9, 2000.
- , “‘헌법적 형사소송’의 관점에서 본 형사절차상의 권리 및 제도 보장”, 사회과학논집, 울산대학교 사회과학연구소, vol.10 no.1, 2000.
- 조규태, “위법수집증거의 증거능력에 관한 소고”, 법학논총, 숭실대 법학연구소, vol.16, 2006.
- 천진호, “위법수집증거배제법칙의 사인효”, 비교형사법연구, vol.4 no.2, 2002.
- , “개정 형사소송법상 형사피의자·피고인의 방어권 보장”, 「저스티스 통권 103호」, 2008.
- 하태영, “개정 형사소송법 제308조의2 위법수집증거배제법칙”, 한국형사법학회 2007 추계학술대회 발표문, 한국형사법학회, 2007.
- 하태훈, “사인에 의한 증거수집과 그 증거능력”, 한국형사법학회, 형사법연구, 1999.
- 한상훈, “사인이 녹화한 비디오테이프와 녹음테이프의 증거능력”, 형사판례연구 제8권, 박영사, 2000.
- 한성훈, “비디오테이프의 증거능력에 관한 연구”, 한양대 법학석사학위논문, 2007.
- 한영수, “위법수집증거(물)의 배제 또는 사용에 관한 체계적인 이론의 형성-독일의 증거금지이론에 입각하여-”, 한국형사법학회, 형사법연구, 1999 .
- 황태정, “함정수사의 허용성과 법적통제방안에 관한 연구”, 연세대 법학석사학위논문, 2000.

■ 外國文獻

三井 誠, “接見交通權問題の展開”, 法律時報 第54권 3호, 1982.

Adrian A.S. Zuckerman, *The Principles of Criminal Evidence*, 1989.

Craig M Bradley, “The Emerging International Consensus as to Criminal Procedure Rules,”  
14 *Mich. J. Int’l L.* , 1993.

Daniel Foote, “The Benevolent paternalism of Japanese Criminal Justice,” 80 *Cal. L. Rev.* ,  
1992.

Daniel H. Foote, “Confessions and the Right to Silence in Japan,” 221 *Ga. J. Int’l & Comp.*  
*L.* , 1991.

Human Rights Watch/Asia & human Rights Watch Prison Project, *Prison Conditions in*  
*Japan* vii, 1995

Jean Choi Desombre, “Comparing the Notions of the Japanese and the U.S. Criminal Justice  
System: An Examination of Pretrial Rights of the Criminally Accused un  
Japan and the United States,” 14 *UCLA Pac. Basin L. J.*, 1995

John Owen Haley, *Authority without Power: Law and the Japanese Paradox*, 1991.

J. Mark Ramseyer, “The Costs of Consensual Myth: Antitrust Enforcement and Institutional  
Barriers to Litigation in Japan,” 94 *Yale L. J.*, 1985.

LaFave/Israel, *Criminal Procedure*, 3rd ed. , 2000

Percy R. Luney, Jr., “The Judiciary: Its Organization and Status in the parliamentary  
System,” *Japanese Consitutional Law*, 1993.

Peter Mirfield, *Silence, Confessions and Improperly Obtained Evidence*, 1997.

Yasuhei Taniguchi, “The Post-War Court System as Instrument for Social Change,”  
*Institution for Change in Japanese Society*, 1984.

## 저작물 이용 허락서

학 과	법	학 번	20077012	과 정	석사
성 명	한글: 김태은 한문 : 金兌恩 영문 : Kim Tae Eun				
주 소	광주광역시 남구 봉선1동 937-32번지				
연락처	E-MAIL : taeun1231@hanmail.net				
논문제목	한글 : 위법수집증거배제법칙의 적용범위에 관한 연구 영문 : <b>A Study on the Scope of Application of Exclusionary Rule of the Illegally Obtained Evidence</b>				

본인이 저작한 위의 저작물에 대하여 다음과 같은 조건아래 조선대학교가 저작물을 이용할 수 있도록 허락하고 동의합니다.

### - 다 음 -

1. 저작물의 DB구축 및 인터넷을 포함한 정보통신망에의 공개를 위한 저작물의 복제, 기억장치에의 저장, 전송 등을 허락함
2. 위의 목적을 위하여 필요한 범위 내에서의 편집·형식상의 변경을 허락함. 다만, 저작물의 내용변경은 금지함.
3. 배포·전송된 저작물의 영리적 목적을 위한 복제, 저장, 전송 등은 금지함.
4. 저작물에 대한 이용기간은 5년으로 하고, 기간종료 3개월 이내에 별도의 의사 표시가 없을 경우에는 저작물의 이용기간을 계속 연장함.
5. 해당 저작물의 저작권을 타인에게 양도하거나 또는 출판을 허락을 하였을 경우에는 1개월 이내에 대학에 이를 통보함.
6. 조선대학교는 저작물의 이용허락 이후 해당 저작물로 인하여 발생하는 타인에 의한 권리 침해에 대하여 일체의 법적 책임을 지지 않음.
7. 소속대학의 협정기관에 저작물의 제공 및 인터넷 등 정보통신망을 이용한 저작물의 전송·출력을 허락함.

동의여부 : 동의( ○ )    조건부 동의(         )    반대(         )

2008 년    8 월    일

저작자:    김 태 은 (서명 또는 인)

조선대학교 총장 귀하