

형사소송법 제308조의2(위법수집증거배제법칙)의 해석*

하 태 인**

국 | 문 | 요 | 약

형사소송법 제308조의2 ‘적법절차’의 적용에 있어서 대법원 및 학계의 대다수 견해는 실체적 진실 발견과 적법절차의 비교형량 내지 이익형량에 그 초점을 맞추고 있다. 그러나 무죄추정의 원칙에 따라 확정판결이 없는 상태에서는 실체적 진실이라고 할 수 없다. 또한 실체적 진실과 적법절차는 각각 증명력과 증거능력에 해당하는 문제로서 이를 비교형량한다는 것은 형사절차상 허용될 수도 없다. 형사절차에서 적법절차원칙은 인간의 존엄을 보장하고 기본권 보장이 반영된 객관적 가치질서와 결합된 법치국가 원리를 반영한 제도를 내지 헌법정신이 침투된 형사소송의 원리들이 전제로서 그 내용을 이룬다. 따라서 적법절차조항을 위반한 행위는 법치주의 위반이며 기본권침해로서 허용될 수 없으며, 비교형량 내지 비례성의 원칙을 적용하여도 그 하자는 치유되지 않는다. 또한 적법절차를 위반하여 기본권을 침해하는 행위는 “기본권을 제한할 경우에는 법률로써 해야 한다”는 헌법 제37조 제2항 위반이다. 따라서 이는 위헌적 행위로써 적법절차에 위반하여 증거능력이 없다고 하여야 한다. 적법절차위반이 아닌 절차위반행위는 기본권보장과 관련이 없기 때문에 비례형량 내지 비례의 원칙이 적용될 여지가 없다. 적법절차위반이 아닌 절차위반은 절차의 흠결이다. 이러한 증거능력 허용여부는 절차의 흠결 내지 하자의 보완여부에 따라 판단하여야 한다. 따라서 피고인의 동의 또는 다른 절차규정에 의하여 보완이 가능하다면 증거능력을 인정할 수 있다고 보아야 한다.

❖ 주제어 : 제308조의2, 위법수집증거배제법칙, 적법절차, 위법수집증거, 증거능력.

* 이 연구결과물은 2013학년도 경남대학교 신진교수연구비 지원에 의한 것임.

** 경남대 법정대학 경찰학과 조교수/법학박사

I. 문제의 제기

우리 형사소송법 제308조의2(이하 제308조의2)는 ‘위법수집증거의 배제’라는 표제하에 “적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다”라고 규정하고 있다.¹⁾ 이에 대한 해석으로는 제308조의2 제목을 ‘위법수집증거의 배제’라고 하면서 본문에서는 ‘위법하게’가 아닌 ‘적법한 절차에 의하지 아니하고’라고 한 것은 단순히 위법하지 않다는 의미가 아닌 ‘헌법상의 적법절차에 의하지 않은 것’이라고 해석하여, 법원의 재량으로 증거배제 여부를 결정하도록 하려는 취지라고 하는 견해²⁾가 있으며, 또 ‘위법하게 수집된 증거’는 증거배제의 기준에서 어떠한 절차의 위법이라도 있으면 증거로서 배제한다는 의미를 포함하지만, ‘적법한 절차에 의하지 아니하고’는 ‘적법 절차’라는 ‘추상성과 모호성’을 유지하면서 해석을 통한 ‘종합적인 비교형량’을 하라는 의미가 포함되어 있다는 견해,³⁾ ‘적법한 절차’라는 개념 그 자체만으로 위법수집증거배제법칙의 범위가 확정되지 않고, 그 개념의 해석이 사건별로 법원의 판단에 달려 있다고 하는 견해⁴⁾ 등에 의할 때 제308조의2를 적용할 경우에는 비교형량이 내지 이익형량이 필요한 것으로 판단된다. 이러한 ‘비교형량 내지 이익형량’적 사고는 법 제308조의2(위법수집증거배제법칙)의 적용에 있어 학계의 대체적 견해이기도 하다. 즉 적법한 절차를 따르지 않고 수집한 증거에 대하여 위법행위에 근본적 공정을 위태롭게 하는 실질적 위법이 없는 경우, 즉 위법의 정도가 경미한 사소한 절차위반의 경우에는 증거로 허용할 수 있다고 보아야 한다는 것이 지배적 견해이며, 그 기준은 침해되는 이익과 위법의 정도, 사안의 중대성, 증거사용의 필요성 등 고려하는 요소에 약간의 차이가 있으나 결국 이익형량

1) 제308조의 2의 개정과정이 졸속입법이라는 비판(이완규, 형사소송법 연구 I, 탐구사, 2008, 539면 이하)이 있으나, 위법수집증거배제법칙이 이미 우리 형사소송법에 규정되어 있는 이상 이에 대한 해석이 필요한 시점으로 판단된다.

2) 안성수, 각국의 위법수집증거배제법칙과 우리법상 수용방안, 저스티스 제96호, 한국법학원, 2007, 187면; 같은 취지로 법무부, 개정 형사소송법, 2007, 223면.

3) 이완규, 사개추위안의 위법수거배제원칙에 대한 검토, 비교형사법연구 제8권 제1호, 한국비교형사법학회, 2006. 610면, 하태영, 개정 형사소송법 제308조의2 위법수집증거배제법칙의 법적 의미와 적용 범위, 형사법연구 제19권 제4호, 한국형사법학회, 2007, 164면.

4) 이완규, 545~546면; 조국, 위법수집증거배제법칙 재론: 형사소송법 제308조의2를 중심으로, 사법제3호, 사법연구지원재단, 2008, 203면.

내지 비교형량을 통해서 해결하자는 입장을 취한다.⁵⁾

대법원 역시 위의 입장과 동일하거나 대동소이하다고 할 수 있다. 구체적으로 살펴보면 “헌법과 형사소송법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 기본적인 인권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않은 것으로서 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다. … 이를 기초로 하여 획득한 2차적 증거를 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없도록 하는 것이다.”라고 하여 원칙적으로 증거능력을 부정하고 있고, 예외적으로 “① 절차 조항의 취지와 그 위반의 내용 및 정도, 구체적인 위반 행위와 회피가능성, 절차 조항이 보호하고자 하는 권리 또는 법익의 성질과 침해 정도 및 피고인과의 관련성, 절차 위반행위와 증거수집 사이의 인과관계 등 관련성의 정도, 수사기관의 인식과 의도 등을 전체적·종합적으로 살펴 볼 때, 수사기관의 절차 위반행위가 ② 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 아니하고, 오히려 그 증거의 증거능력을 배제하는 것이 헌법과 형사소송법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실체적 진실 규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 ③ 형사 사법 정의를 실현하려 한 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우라면, 법원은 그 증거를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다”고 한다. 또 ④ 2차적 증거의 경우에도 “절차에 따르지 아니한 증거 수집과 2차적 증거 수집 사이 인과관계의 희석 또는 단절 여부를 중심으로 2차적 증거 수집과 관련된 모든 사정을 전체적·종합적으로 고려하여 예외적인 경우에는 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다”고 한다. 즉 적법절차 위반인 경우에 원칙적으로 증거능력이 부정되나, 적법절차의 실질적 내용을 침해하지 아니하고, 증거능력을 인정하는 것이 형사사법정의 실현에 반하는 것이라면 증거능력이 인정된다고 한다. 또 2차 증거의 증거능력인정여부와 관련하여서는 “제308조의2를 종합하면, 적법한 절차에 따르지 아니한 위법행위를 기초로 하여 증거가 수집된 경우에는 당해 증거뿐 아니라 그에 터 잡아 획득한 2차적 증거에 대해서도 증거능력은 부정되어야 한다. 다만 위와 같

5) 김재윤, 위법수집증거 배제기준의 정립에 관한 고찰, 저스티스 통권 제120호, 2010, 144-148면; 배종대/이상돈/정승환/이주원, 신형사소송법, 589면; 신동운, 신형사소송법, 1081면; 안성수, 앞의 논문, 187면; 원형식, 위법수집증거배제법칙, 정은 이영란교수 화갑기념논문집, 2008, 810면; 이은모, 형사소송법, 622면; 이재방, 적법절차에 따르지 않고 수집된 증거의 증거능력에 대한 고찰, 홍익법학 제12권 제1호, 2011, 347-368면; 이재상, 신형사소송법, 570면 이하; 조국, 재량적 위법수집증거배제의 필요성, 근거 및 기준, 서울대학교 법학 제45권 제2호, 58면; 하태영 앞의 논문, 157-164면.

은 위법수집증거 배제의 원칙은 수사과정의 위법행위를 억지함으로써 국민의 기본적인 인권을 보장하기 위한 것이므로 적법절차에 위배되는 행위의 영향이 차단되거나 소멸되었다고 볼 수 있는 상태에서 수집한 증거는 그 증거능력을 인정하더라도 적법절차의 실질적 내용에 대한 침해가 일어나지는 않는다 할 것이니 그 증거능력을 부정할 이유는 없다. 따라서 증거수집 과정에서 이루어진 적법절차 위반행위의 내용과 경위 및 그 관련 사정을 종합하여 볼 때 당초의 적법절차 위반행위와 증거수집행위의 중간에 그 행위의 위법 요소가 제거 내지 배제되었다고 볼 만한 다른 사정이 개입됨으로써 인과관계가 단절된 것으로 평가할 수 있는 예외적인 경우에는 이를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다⁶⁾고 하여 인과관계의 희석 또는 단절 여부를 중심으로 예외적인 경우에 증거능력이 있다고 한다. 이러한 입장은 2007년 전원합의체 판결 이후에도 지속적으로 동일한 태도⁷⁾를 취하고 있다.

요약하자면 적법절차는 기본권 보장을 위해 마련된 절차이고, 이를 위반하는 경우에는 원칙적으로 증거능력이 부정되나, 적법절차와 실체적 진실의 ‘비교형량’을 통하여 예외적으로 증거능력이 인정될 수 있다는 것이다. 결국 학계의 지배적 견해와 판례의 입장은 적법절차를 위반한 증거수집의 경우에 비교형량을 하여 그 적용 여부를 판단하고자 하는 것이다.

그러나 제308조의2의 문언에 따르면 적법절차를 위반한 증거는 증거능력이 없음을 명백히 하여 예외를 두고 있지 않고 있다. 그럼에도 불구하고 비교형량 내지 이익형량을 하고자 하는 이유는 어디에 있는가? 이는 곧 적법절차의 개념과 그 의미가 무엇인가라는 점에 귀결된다. 즉 ‘적법절차’ 개념의 틀 안에 비교형량 내지 이익형량을 내포하고 있는가가 문제되며 이는 곧 제308조의2에 대한 해석의 가장 중요한 점이기도 하다. 따라서 본 연구의 목적은 적법절차의 의미를 파악하여 제308조의2를 해석하고자 하는데 있다. 그 전제로서 비교형량의 되는 그 자체 즉 실체적 진실 규명과 적법절차 원칙은 비교형량의 대상이 되는가라는 문제가 먼저 해결되어야 할 것이다.⁸⁾ 이러한 순서에 따라 먼저 실체적 진실 발견과 적법절차는 비교형량

6) 대법원 2013.03.14. 선고 2010도2094 판결.

7) 대법원 2009.4.23. 선고 2009도526 판결; 대법원 2009.12.24. 선고 2009도11401 판결; 대법원 2010.7.22. 선고 2009도14376 판결; 대법원 2011.4.28. 선고 2009도10412 판결 등.

8) 이익형량의 자료로 위법수집증거배제법칙과 관련된 비교법적 검토가 참고 될 수 있지만 이미 많이

될 수 있는가를 검토하고, 적법절차의 의미를 살펴 형사소송법 제308조의2에 대한 적용범위를 정하고자 한다.

II. 실체적 진실과 적법절차는 조화될 수 있는 것인가?

1. 실체적 진실인가 실체적 진실발견을 위한 행위인가

판례는 이익형량의 근거로 “적법절차의 원칙과 실체적 진실 규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사 사법 정의를 실현하려 한 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우라면, 법원은 그 증거를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다”⁹⁾고 하며, 대다수의 견해 역시 이에 찬동한다. 이러한 이익형량적 사고는 ‘적법절차’위반에 대한 증거능력 부정이라는 원칙에 대하여 그 예외로서 ‘실체적 진실’과의 비교를 통하여 적법절차를 따르는 것이 오히려 형사사법정의를 실현하려는 데 반하는 것이라면 증거능력을 인정할 수 있는 것처럼 보인다.

그러나 헌법 제27조 제4항 및 형사소송법 제275조의2는 “형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다”고 규정하여 피고인에 대한 무죄추정권을 명시하고 있다. 무죄추정의 원칙은 비단 피고인에게만 적용되는 것이 아니라 아직 공소제기조차 되지 아니한 형사피의자에게도 무죄추정의 원칙이 적용되는 것은 당연하다.¹⁰⁾ 이러한 무죄추정의 원칙은 단순한 훈시적 규범이 아니라 법원을 비롯한 형사절차의 관계자들을 적극적으로 기속하는 법적효과를 발생시킨다.¹¹⁾ 따라서 확정판결이 없는 상태에서는 ‘형사사법정의’ 역시 확정적 의미가 아니라 불확정적 의미이며, 이를 실체적 진실이라고도 할 수 없다. 즉 적법절차위반 행위는 실체적 진

연구되어 있기 때문에 본고에서는 이를 소개하지 않도록 한다.

9) 대법원 2009.4.23. 선고 2009도526 판결; 대법원 2009.12.24. 선고 2009도11401 판결; 대법원 2010.7.22. 선고 2009도14376 판결; 대법원 2011.4.28. 선고 2009도10412 판결 등. 이러한 대법원의 견해에 대하여 학설 역시 대체적으로 동조한다.

10) 헌법재판소, 1992. 1. 28. 91헌마111; 2005. 5.26. 2001헌마728결정 등.

11) 신동운, 앞의 책, 747면; 차용석/최용성, 형사소송법, 19면.

실과는 조화를 이룰 수 없고, 이러한 판단은 무죄추정의 원칙에도 어긋나는 것이다. 그러므로 이를 정확하게 표현하면 실체적 진실과 적법절차원리의 이익형량이 아닌 실체적 진실 발견을 위한 위법적 행위, 즉 적법절차 위반의 허용 한계라고 할 수 있다. 따라서 실체진실주의와 적법절차원칙의 조화는 이념적으로는 가능할 수 있으나 형사절차적 측면에서는 불가능하다. 물론 실체적 진실이 드러난 판결 확정 후에는 조화라는 점을 생각해 볼 여지는 있으나, 법관의 판단시점을 기준으로 보면 결국 실체적 진실 발견을 위한 절차위반의 행위와 적법절차원칙의 조화라는 문제가 될 것이다.¹²⁾ 판례 역시 실체적 진실 발견이라는 문언을 사용하고 있어 비교의 대상은 실체적 진실이 그 자체가 아님을 간접적으로 표현하고 있다. 그럼에도 불구하고 이들 사이에 ‘조화를 통한 형사사법정의 실현’이라는 문언을 통하여 마치 비교의 대상이 될 수 있는 것처럼 기술하고 있는 것은 타당하지 못하다. 따라서 판단의 대상은 ‘실체적 진실 발견을 위한 적법절차를 위반한 행위 자체에 대한 허용여부’이지 실체적 진실과 적법절차원칙의 비교형량은 아니다. 즉 위법하게 수집된 증거의 허용여부는 ‘적법절차위반행위의 허용여부’ 문제로 한정된다고 할 것이다.

2. 형사절차상 이익형량 여부 -증명력과 증거능력-

사실의 인정은 증거에 의하며, 증거는 증거능력과 증명력을 갖춘 것을 말한다. 형사소송법은 개별증거의 증거능력과 증명력에 대하여 ‘증거’라는 표제 하에 제307조 이하에 규율되어 있다. 증거능력이란 증거가 엄격한 증명의 자료로 사용될 수 있는 법률상의 자격을 말한다. 피고인을 유죄로 판단하려면 법률상 자격을 갖춘 증거를 법률이 규정한 방식대로 조사하여 범죄사실을 증명하지 않으면 안 된다. 이를 엄격한 증명이라고 한다.

증명력이란 문제되고 있는 사실을 증명할 수 있는 증거의 실질적 가치, 즉 신용성을 말한다. 형사소송법 제308조는 “증거의 증명력은 법관의 자유판단에 의한다”고

12) 실무적으로 판결 확정까지는 아니더라도 증거조사 후 또는 제1심 판결 선고까지 어느 정도 실체적 진실이 드러난 시점에서는 실체적 진실과 적법절차원칙의 비교형량이라는 논의가 발생할 수 있다. 그러나 적법절차위반의 항변이 피고인에 대한 증거조사 후 또는 유죄의 판결선고 후에 논의될 수 있는 것이라면, 피고인의 방어권이 침해될 수 있기 때문에 형사절차에 심각한 문제가 발생한다.

규정하여 자유심증주의를 증거법의 원칙으로 천명하고 있다. 증거능력과 증명력은 엄격하게 구별을 요하는 개념이다. 증거능력은 엄격한 증명의 자료로 사용될 수 있는 자격을 가리키는 것으로서, 증거능력은 입법자에 의하여 형식적·객관적으로 결정되며, 법관의 주관적·개별적 판단에 좌우되지 않는 것이 원칙이다. 이에 대하여 증명력은 증거에 증거능력이 인정됨을 전제로 하여 그 증거가 문제되는 사실을 증명할 수 있는가 하는 문제를 다룬다. 증명력은 법관의 주관적 판단대상이 된다.¹³⁾

적법절차원칙의 준수 여부가 증거능력의 문제라면 실체진실은 증명력의 문제이다. 따라서 형사절차상 증거능력의 문제와 증명력의 문제를 동시에 고려하여 판단할 수 있는가가 문제되며, 또 그것이 타당한가라는 점이 의문시된다.

사실인정은 증거에 의하여야 하며, 그 증거는 증거능력을 갖춘 증거이어야 한다. 그것은 증거조사절차에서 이루어지며, 증거조사는 피고사건에 대하여 유·무죄의 실체적 사실을 인정함에 있어서 필요한 심증을 얻기 위한 절차이다. 따라서 증거조사는 유죄의 증거로 사용할 수 있는 자격 즉 증거능력이 있는 증거에 대하여 별이는 절차이다. 따라서 예단배제나 공판중심주의에 비추어 증거조사절차에서는 증거능력이 없는 증거는 증거조사 단계에 들어와서는 안 되고 법관이 그 내용을 인식해서도 안 된다. 만약 증거능력 없는 서류 등이 증거에 첨부되어 제출되는 때에는 법원은 즉시 그 서류 등을 분리하여 검사에게 반환하여야 할 것이고, 그 내용을 검토하거나 검사로 하여금 그 취지를 진술하게 하여서는 안 된다. 그렇게 하지 않는다면 법관은 증거능력 없는 증거의 내용에 오염되어 심증형성에 무의식의 형태라도 영향을 받을 것이며, 전문법칙을 비롯한 여러 가지 증거법칙은 껍데기만 남게 될 것이다.¹⁴⁾ 따라서 실질적으로 아무리 증거가치가 있는 증거라 할지라도, 증거능력 없는 증거는 공판정에서 증거조사하는 것도 허용되지 않는다.¹⁵⁾ 특히 국민참여재판에서 법률문의한인 배심원이 공정하게 유·무죄의 심증을 형성하려면 심증형성의 초기부터 예단이

13) 하태인, 자백의 신빙성 판단에 관한 연구, 부산대 박사학위논문, 2010, 30면 이하.

14) 법관이 증거능력 없는 증거에 노출되어 내용을 알게 된 사정이 있을 때에는 기피사유로 인정하는 방식을 고려해볼만하다. 증거능력 없는 증거가 심증형성에 어떻게 작용하였는지는 판결이유에 나타나지도 아니하므로 상소를 통하여 바로 잡기는 불가능하기 때문이다(차용석/최용성, 앞의 책, 407-408면).

15) 배종대/이상돈/정승환/이주원, 앞의 책, 559면.

생겨서는 안 된다. 그러나 국민참여재판에서는 증거능력 없는 증거가 이미 법정에 현출된 이상, 법관이 증거능력을 박탈한다고 하여도 재판경험과 전문지식 없는 배심원들이 이를 심증형성에서 제거할 수 있는 능력이 있다고 할 수 없다. 따라서 증거능력이 없는 증거는 공판준비절차에서 이를 판단하여 배심원에게 현출시키지 않도록 해야 한다.¹⁶⁾

그러므로 증거능력없는 증거는 증거조사에 편입될 수 없기 때문에 그 내용이 아무리 신빙성 내지 신용성을 갖추고 있어 실제적 진실에 가깝다고 하더라도 증거로 사용할 수 없다. 이는 적법절차위반의 경우에는 실제적 진실 여부를 판단해서는 안 된다는 것을 의미한다.

이상에서 살펴본 바와 같이 적법절차와 실제적 진실은 형사절차상 비교형량 할 수 없는 것이며, 적법절차와 실제적 진실과의 비교형량이 아닌 실제적 진실발견을 위한 적법절차를 위반한 증거의 경우에도 증거능력을 인정할 수 있는가라는 점이다. 이는 곧 적법절차가 무엇이며, 이를 위반한 경우에도 증거능력을 인정할 수 있는가라는 점을 해결하는 것이 제308조2에 대한 해석이 될 것이다.

Ⅲ. 적법절차와 증거능력

1. 적법절차의 의미

법 제308조의2에서 규정한 “적법한 절차”가 헌법상 적법한 절차를 의미하는 것인지, 형사소송법에 국한되는 것인지 이견이 있을 수 있으나, 현재 지배적 견해는 헌법상 ‘적법한 절차’와 동일한 의미를 갖는 것으로 본다.¹⁷⁾

‘적법절차(due process of law)’원리는 1215년 영국의 마그나 카르타에서 유래하여 미국의 수정헌법 제5조(누구든지 적법절차에 의하지 아니하고는 생명·자유 또

16) 하태인, 위법수집증거배제법칙과 자백배제법칙의 관계 및 임의성 판단, 법학연구 통권 제42집, 전북대학교 법학연구소, 2014, 158-159면.

17) 배종대/이상돈/정승환/이주원, 앞의 책, 593면; 신동운, 앞의 책, 1217면, 이재상, 앞의 책, 569면 등.

는 재산을 박탈당하지 아니한다) 및 제14조(어떠한 주도 적법절차에 의하지 아니하고는 어떠한 사람으로부터도 생명·자유 또는 재산을 박탈할 수 없으며…)에서 규정하고 있으며, 우리 헌법은 1987년 헌법 개정을 통하여 헌법에 수용하였다.

우리 헌법은 독일, 미국 및 일본 등의 헌법으로부터 많은 영향을 입어 탄생한 역사적 배경을 갖고 있지만, 미국헌법과는 많은 다른 헌법의 체제 및 규정 내용을 가지고 있다. 그러한 차이는 헌법이 채택하고 있는 국가체제상에서 나타나는 것 외에도 전통적인 법문화 등에서도 그러한 차이의 근거를 찾아 볼 수 있다. 특히 헌법이 보장하고 있는 기본권에서 서로 다른 체제를 볼 수 있는 바, 미국 헌법상의 기본권은 우리헌법에서처럼 일목요연한 목록을 구성하고 있는 것이 아니다.¹⁸⁾ 또 미국 적법절차조항은 미국 헌법을 지배하는 기본원리로서 우리헌법을 지배하고 있는 법치주의와 크게 다를 바 없다. 즉 우리 헌법상 법치주의는 그 이념에서 인간의 존엄과 가치 보장을 그리고 그 구성요소로서 권력분립과 헌법 및 법률의 입법, 사법, 행정 구속, 기본권침해에 대한 권리구제 등의 내용으로 구성되어 있다. 이러한 우리헌법상의 법치주의 원리는 미국연방대법원의 해석을 통하여 운용되어 오고 있는, 즉 적법절차조항은 생명, 자유 및 재산을 보호하고 그에 대한 연방정부 및 주정부의 개입은 그 행위 및 그 근거로서의 법률의 내용이 헌법적 정당성을 가져야 하며, 그러하지 아니한 경우에는 적법절차에 반하는 것으로 위헌적인 그리고 위헌법률을 면치 못한다고 하고 있는 것에서 보는 바와 같이 많은 부분 내용적으로 일치하고 있다.¹⁹⁾ 즉 우리 헌법체제와 미국 헌법의 체계는 서로 다르므로 그 적용에 있어서는 같을 수는 없지만, 미국 헌법에서 유래한 적법절차 원칙은 그 내용에 있어서는 우리의 적법절차원리 및 법치주의와 크게 다르지 아니하다.

헌법재판소도 “오늘날의 법치주의는 국민의 권리·의무에 관한 사항을 법률로써 정해야 한다는 형식적 법치주의에 그치는 것이 아니라 그 법률의 목적과 내용 또한 기본권 보장의 헌법이념에 부합되어야 한다는 실질적 적법절차를 요구하는 법치주의를 의미”²⁰⁾하기 때문에 적법절차는 실질적 법치주의와 동일한 의미로 이해한다.

18) 표명환, *헌행 헌법상의 적법절차조항의 규범적 의미와 가치*, 토지공법연구 제56집, 한국토지공법학회, 2012, 519면.

19) 표명환, 앞의 논문, 520-521면.

20) 헌재 1994. 6. 30. 93헌바9.

따라서 형사절차에서 인간의 존엄을 보장하고 기본권 보장이 반영된 객관적 가치질서와 결합된 법치국가 원리를 반영한 제도들 내지 헌법정신이 침투되어 형사소송의 원리들이 전제로서 적법절차 원칙의 내용을 이룬다고 할 수 있다. 이러한 의미에서 적법절차의 원칙은 형사절차에서 제도로 구현되어 있을 뿐만 아니라 형사절차를 규제하는 해석원리로도 작용하며 더 나아가 형사절차에 관한 입법의 지침을 제공하거나 법률의 공백에 대하여 보충규범으로 작용하기도 한다.²¹⁾ 따라서 형사절차에서의 적법절차위반은 곧 법치주의위반이 되는 것이다. 이러한 점은 적법절차원칙과 법치주의를 규정한 헌법 제37조 제2항²²⁾과의 관계에 대한 견해의 대립에서도 알 수 있다. 즉 현행 헌법상 적법절차의 원칙을 실질적으로 이해한다면 제12조를 적법절차의 유일한 근거로 삼기에는 한계가 있기 때문에 그 규정형식이 적법절차의 기원과 유사한 헌법 제37조 제2항을 적법절차의 일반적 근거로 삼아야 한다는 견해²³⁾와 적법절차의 원칙은 단순히 입법권의 유보제한이라는 한정적 의미에 그치는 것이 아니라 국가작용을 지배하는 독자적인 헌법의 기본원리로서 해석되어야 하는 원칙이라는 점을 감안하면 적법절차 원칙은 법률유보를 선언한 제37조 제2항 보다 그 외연을 확장하고 있으므로 양자는 구별하는 것이 타당하다는 견해²⁴⁾로 나뉜다. 전자의 경우에는 헌법 제37조 제2항이 적법절차의 근거라는 것이고, 후자의 경우에는 적법절차원리가 헌법 제37조 제2항 보다 포괄적이라는 것이다. 따라서 이들 모두의 공통점은 적법절차원칙과 헌법 제37조 제2항은 형사절차에서는 그 궤를 같이 한다고 할 수 있다.

따라서 대륙법계 전통에 입각한 우리헌법이 법치주의이념에 입각하면서도 헌법 제12조 제1항 및 제3항에서 신체의 자유에 대한 적법절차를 보장하고 있는 것은 신체의 자유에 대한 불법적인 구속을 헌법적으로 방어하기 위하여, 헌법은 신체자유 구속유형과 그에 대하여 헌법이 정하고 있는 절차를 준수할 것을 강조하는 의미

21) 신양균, 헌법상 적법절차의 형사소송법에서의 구현 - 새로운 형사소송법 개정안을 중심으로 -, 비교형사법연구 제8권 제1호, 한국비교형사법학회, 2006, 621면.

22) 대한민국 헌법 제37조 제2항 국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.

23) 전재경, 한국의 적법절차에 관한 연구: 미국의 적법절차원리가 한국의 법제에 미치는 영향, 동국대 박사학위논문, 1992, 192, 220-222면.

24) 성낙인, 헌법학, 2013, 331면; 신양균, 앞의 논문, 622면.

에서 헌법에 채택하고 있는 것으로 보아야 한다. 따라서 헌법 제12조 제1항 및 제3항의 적법절차조항은 신체의 자유의 구속에 있어서 법치주의의 요소로서 절차의 준수를 주지시키기 위한 의미를 담고 있다고 봄이 타당하다.²⁵⁾ 게다가 오늘날 적법절차의 원리는 모든 공권력작용에 있어서 지켜야 할 기본원리로서의 가치를 가지며, 단순히 절차적 정의의 구현을 위한 원리에 머무는 것이 아니라 공권력 행사의 근거가 되는 적정한 실체법(duelaw)의 원리로까지 확장되어 있다.²⁶⁾ 그러므로 형사소송절차는 적법절차를 따라야 한다는 헌법의지의 구현이고, 이럴 때 기본권보장이 이루어지는 것이다. “우리 현행 헌법에서는 제12조 제1항의 처벌, 보안처분, 강제노역 등 및 제12조 제3항의 영장주의와 관련하여 각각 적법절차의 원칙을 규정하고 있지만 이는 그 대상을 한정적으로 열거하고 있는 것이 아니라 그 적용대상을 예시한 것에 불과하다고 해석하는 것이 우리의 통설적 견해이다”²⁷⁾라는 것에서 기본권보장은 적법절차원칙이 그 출발점이라는 것을 알 수 있다.²⁸⁾

따라서 ‘실체적 진실의 규명’을 위하여 적법절차를 위반하는 것은 실체적 진실을 위한 적법절차의 양보가 아니라, 적법절차 자체의 위반여부에 대한 증거능력 인정여부로 보아야 한다. 실체적 진실 발견은 형사절차상 불문의 규정으로 형사절차법이 추구하는 이념에 해당하지만 헌법적 가치를 지니는 적법절차원칙이 이를 위하여 포기될 수는 없다.

2. 절차적 적법절차

미국 헌법상 적법절차는 실체적 적법절차와 절차적 적법절차로 나눌 수 있다. 절

25) 표명환, 앞의 논문, 522면.

26) 성낙인, 앞의 책, 490면.

27) 헌법재판소 1992.12.24. 선고 92헌가8.

28) 하태인, 앞의 논문, 149면 이하: 같은 취지에서 헌법재판소는 “헌법은 제12조 제1항에서 적법절차의 원칙을 선언한 후 같은 조 제2항 내지 제7항에서 적법절차의 원칙으로부터 도출될 수 있는 내용 가운데 특히 중요한 몇 가지 원칙을 열거하고 있는 바… 헌법 제12조 제1항은 ‘신체의 자유’에 관한 일반규정(一般規定)이고, 같은 조 제3항은 수사기관의 피의자에 대한 강제처분절차 등에 관한 특별규정(特別規定)이라고 할 수 있다(헌재 2003. 12. 18. 2002헌마593, 판례집 15-2하, 637)”고 하였다.

차적인 면에서의 적법절차는 주가 공정하게 행위하는 한, 헌법이 명시적으로 금하는 것이 아니면 주는 무엇이든 할 수 있다는 것을 뜻한다. 그러나 실제적인 면에서의 적법절차는 그 절차가 아무리 공정하다 하더라도, 또 헌법이 명시적으로 이를 금하고 있지는 않다 하더라도, 주정부나 연방정부가 할 수 없는 일도 있다는 것을 의미한다.²⁹⁾ 이를 우리의 형사법에 적용하면 실제적 적법절차와 관련하여서는 범죄와 비범죄의 구별이라는 실제적 측면과 관련되어 있고,³⁰⁾ 형사절차상 규정된 기본권관련 절차조항은 이미 개별적 기본권을 보장하고자 하는 것으로서 절차적 적법절차와 관련되어 있다는 사실을 알 수 있다.³¹⁾ 따라서 적법절차를 위반한 증거수집행위는 형사절차조항과 관련되어 문제되며 법원의 판단대상이 되는 것은 주로 절차적 적법절차와 관련된 것이라 할 것이다. 즉 절차를 위반한 증거수집행위로 인한 증거가 그 능력이 있는가라는 점은 법 제308조의 2의 적용여부이기 때문이다.

또한 “적법절차의 원칙은 … 미국 헌법의 기본원리의 하나로 자리 잡고 모든 국가작용을 지배하는 일반원리로 해석·적용되는 중요한 원칙으로서, 오늘날 독일 등 대륙법계의 국가에서도 이에 상응하여 일반적인 법치국가원리 또는 기본권제한의 법률유보원리로 정립하게 되어 있다”고 판시하였다.³²⁾ 이처럼 헌법재판소의 판결에서도 보이듯이 적법절차는 법치주의원리로 표현되며,³³⁾ 다른 한편으로 기본권제한의 법률유보에 해당하는 것이다. 나아가 “현행 헌법이 명문화하고 있는 적법절차의 원칙은 단순히 입법권의 유보제한이라는 한정적인 의미에 그치는 것이 아니라 모든 국가작용을 지배하는 독자적인 헌법의 기본원리로서 해석되어야 할 원칙”³⁴⁾이라고

29) 임지봉, 적법절차원리와 헌법, 형사법과 헌법이념 제1권, 박영사, 2006, 95-96면.

30) 미국 연방대법원은 그 근거로 ‘근본적 공정성’을 그 한계로 제시하고 있으나, 우리는 헌법 제37조 제1항에서 근본적 공정성과 동일한 의미로서 “국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다”는 규정을 두고 있다.

31) 따라서 적법절차를 헌법상의 적법절차로 이해할 경우에 적법절차는 절차적 공정만이 아니라 법률의 실제적 내용까지도 적정해야 한다는 것으로서 이를 관찰시키면 현행법에 따라 수사를 하였더라도 범규정이 내용상 문제가 있어 위헌으로 확인되는 경우 증거배제를 주장할 수도 있다고 하며, 법률 내용의 적정성을 법원이 판단하여 그 법률에 따랐던 수사행위를 위법하다고 판단하면서 증거배제할 수도 있다고 하는 비판(이완규, 앞의 논문, 612면)은 타당하지 못하다.

32) 헌법재판소 1992.12.24. 선고, 92헌가8 결정.

33) 연혁상 법치주의는 독일의 개념이며, 적법절차는 영미법상의 개념으로서 서로 구별되나, 오늘날 이들에 대한 구별은 무의미하다.

하고 있다. 적법절차원칙은 그 자체로서 법치국가의 원리와 기본권제한의 성격을 가지는 것으로 판단된다. 따라서 국가기관의 행위가 적법절차위반 여부를 판단하는 것은 결국 법치주의에 위반 또는 기본권침해에 해당하는가를 판단하는 것이다.

그렇다면 그 기준은 무엇인가가 문제된다.

여기에 적법절차를 위반한 증거수집의 경우에 대법원³⁵⁾은 ① 절차 조항의 취지와 그 위반의 내용 및 정도, ② 구체적인 위반 경위와 회피가능성, ③ 절차 조항이 보호하고자 하는 권리 또는 법익의 성질과 침해 정도 및 피고인과의 관련성, ④ 절차 위반행위와 증거수집 사이의 인과관계 등 관련성의 정도, ⑤ 수사기관의 인식과 의도 등이 적법절차위반여부의 기준이 된다고 한다.

앞에서 한 논증의 결과로 이를 추론하면 다음과 같다. 앞에서 본 바와 같이 적법절차원리는 헌법 제37조 제2항과 그 궤를 같이 한다. 따라서 위의 기준은 헌법 제37조 제2항의 내용을 담고 있다. 즉 헌법 제37조 2항은 ‘목적의 정당성’, 그 목적의 달성을 위하여 그 방법이 효과적이고 적절하여야 하며(방법의 적절성), 기본권 제한의 조치가 입법목적달성을 위하여 설사 적절하다 할지라도 보다 완화된 형태나 방법을 모색함으로써 기본권의 제한은 필요한 최소한도에 그치도록 하여야 하며(피해의 최소성), 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교형량할 때 보호되는 공익이 더 커야 한다(법익의 균형성)는 헌법상의 원칙이다. 이러한 비례성의 원칙은 적법절차위반 여부에 적용될 수 있는 여지가 있어 보인다. 그리고 적법절차조항은 기본권관련조항이기 때문에 그 전제로서 증거에 대한 위법수집 행위가 기본권 제한 내지 침해여부와 관련 있는지를 판단하여야 하다. 따라서 세부적으로 살펴보면 ① “절차조항의 취지와 그 위반의 내용 및 정도”는 기본권보장관련 조항인지 여부 및 피해의 최소성, ② “구체적인 위반 경위와 회피가능성”은 방법의 적절성, ③ “절차조항이 보호하고자 하는 권리 또는 법익의 성질과 침해 정도 및 피고인의 관련성”은 위반한 절차조항이 기본권 보장과 관련된 적법절차조항인지 여부와 법익의 균형성 및 기본권의 직접적 침해여부, ④ “절차 위반행위와 증거수집 사이의 인과관계 등 관련성의 정도”는 기본권의 직접 침해여부, ⑤는 목적의 정당성여부로 볼 수 있다.

34) 헌법재판소 1993.12.23. 선고 93헌가2 결정.

35) 대법원 2007.11.15. 선고 2007도3061 전원합의체 판결.

대법원이 제시한 기준에서 중요한 점은 기본권 관련 조항인지 여부이라는 것이며, 기본권 보장에 배치되는 국가작용을 허용할 것인가라는 것이다.

그러나 위와 같은 기준, 즉 비례의 원칙이 적용되는 것은 적법절차규정을 위반한 행위에는 적용될 수 없다. 왜냐하면 적법절차를 규정한 조항이 위헌법률인 아니라면 비례성의 원칙을 그 내용으로 하고 있기 때문이다. 또 이를 중복하여 적용한다면 기본권제한에 법적 근거가 없는 것(헌법 제37조 제2항)으로서 기본권의 형해화가 이루어질 수 있다. 따라서 적법절차조항을 위반한 경우에는 그 자체로 법치주의위반 및 기본권침해에 해당하므로 어떠한 경우에도 허용될 수 없다. 그러므로 적법절차위반의 경우에는 무조건 증거능력이 부정된다고 하여야 한다.

2차적 증거의 경우에도 위와 같은 논리구조로서 이해할 수 있다. 그러나 대법원은 “절차에 따르지 아니한 증거 수집과 2차적 증거 수집 사이 인과관계의 희석 또는 단절 여부를 중심으로 2차적 증거 수집과 관련된 모든 사정을 전체적·종합적으로 고려하여 예외적인 경우에는 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다”³⁶⁾고 하고 있다. 즉 인과관계를 중심으로 보면서도 모든 사정을 고려하고 있다. 수사기관의 증거수집행위가 증거사이에 인과관계가 단절되었다는 것은 기본권침해행위라고 할 수 없기 때문에 적법절차위반이 아니다. 따라서 증거능력이 인정된다. 여기에 다른 대법원 판결³⁷⁾은 “위법수집증거 배제의 원칙은 수사과정의 위법행위를 억지함으로써 국민의 기본적 인권을 보장하기 위한 것이므로 적법절차에 위배되는 행위의 영향이 차단되거나 소멸되었다고 볼 수 있는 상태에서 수집한 증거는 그 증거능력을 인정하더라도 적법절차의 실질적 내용에 대한 침해가 일어나지는 않는다. 당초의 적법절차 위반행위와 증거수집 행위의 중간에 그 행위의 위법 요소가 제거 내지 배제되었다고 볼 만한 다른 사정이 개입됨으로써 인과관계가 단절된 것으로 평가할 수 있는 예외적인 경우에는 증거능력을 인정한다”고 한다. 예외적인 경우가 인과관계가 단절된 경우, 즉 적법절차위반이 아닌 것을 상정한 것이라면 보다는 앞의 판례보다는 뒤의 판례가 적법절차원리 해석에 맞는 타당한 판결이지만 그것은 예외가 아니라 제308조의2 해석상 당연한 귀결이다. 이쯤에서 드는 의문은 그러면 적법절차조

36) 대법원 2007.11.15. 선고 2007도3061 전원합의체 판결.

37) 대법원 2013.03.14. 선고 2010도2094 판결.

항은 무엇인가라는 점이다. 적법절차조항은 헌법의 수권을 받은 형사절차규정으로 보아야 한다. 따라서 고문금지·진술 거부권, 영장주의, 변호인의 조력을 받을 권리, 체포·구속의 사유 및 변호인 선임권을 고지받을 권리와 체포·구속된 자의 가족 등이 그 이유와 일시·장소를 통지 받을 권리, 체포·구속적부심사청구권, 자백배제법칙 및 자백배제법칙 및 자백보강법칙, 일사부재리의 원칙, 주거의 자유와 관련된 영장주의, 헌법과 법률이 정한 법관에 의한 재판을 받을 권리, 신속한 공개재판을 받을 권리, 무죄추정을 받을 권리, 형사보상청구권이 있으며, 나아가 피고인의 방어권 역시 법에 규정되어 있지 않으나 위의 권리행사를 위한 포괄적 개념으로서 적법절차원리에 포섭된다.

그러나 이러한 경우에도 이익형량을 해야 한다는 견해³⁸⁾가 있으나, 앞에서 살펴본 바와 같이 적법절차규정은 곧 기본권제한 규정이며, 기본권제한 규정을 어긴 경우에는 법률에 의하지 아니하고 기본권을 제한 내지 침해한 것으로 헌법 제37조 위반에 해당한다. 이러한 헌법적 가치를 형사절차상 증거능력과 관련되어 기술되어 있는 것이 바로 제308조의2인 것이다.

3. 위법과 적법절차

위에서 검토한 것을 종합하면 형사절차조항은 적법절차관련조항, 적법절차와 관련없는 단순히 절차를 규정한 조항으로 나눌 수 있다. 적법절차관련조항이든 그와 관련 없는 절차조항이든 훈시규정을 제외하고는 이를 위반한 경우에는 위법행위라고 할 수 있다. 따라서 제308조의2에서 표제를 ‘위법’이라고 하면서 그 내용으로 ‘적법절차’라고 규정한 것은 표제가 그 내용을 포괄하는 것으로 이해할 수 있다.

위법수집 증거의 경우에 이를 나누어 보면 적법절차조항을 위반한 행위, 명문으로 규정되어 있지 않아 적법절차조항 위반은 아니지만 기본권을 침해하는 행위, 마지막으로 기본권침해와 관련 없는 절차위반 행위로 나누어 볼 수 있다.

여기에 적법절차의 실질적 내용은 ‘형사소송법에 구체화되지 않은 헌법상의 기본권’과 ‘효력규정이라고 불리거나 적법절차를 구성하는 형소송법규정 또는 법치국가

38) 배종대/이상돈/정승환/이주원, 앞의 책, 594~595면.

원칙을 실현하는 형사소송법규정³⁹⁾으로 나누어 보는 견해⁴⁰⁾가 있다. 이 견해는 ‘형사소송법에 구체화되지 않은 헌법상의 기본권’의 경우에도 모든 종류의 기본권 침해가 곧바로 그 증거의 증거능력을 배재하는 것은 아니라고 하면서, 오히려 독일의 3단계이론 내지 핵심영역이론을 참고하여 핵심영역에서는 이익형량을 허용하지 않지만, 사회적 관련성을 맺고 있는 영역에서는 공익과 사익의 이익형량을 통해 증거사용여부를 결정할 수 있을 것이라고 한다.⁴¹⁾

그러나 독일의 핵심영역이론과 관련된 증거사용금지에 대하여는 우리 헌법 제37조 제2항 후문에서 기본권의 본질적 내용에 대하여는 법률로서도 제한할 수 없다고 밝히고 있다. 그러므로 기본권을 제한할 경우에도 법률에 의하여야 하며, 이 경우의 법률은 적정한 법이어야 함은 재고의 여지가 없다. 또한 헌법 제12조와 형사소송법 제199조에서 기본권을 제한에 해당하는 강제력을 행사할 경우에 반드시 법률에 의하도록 하는 강제수사법정주의를 취하고 있으며, 나아가 강제처분은 …… 필요한 최소한도의 범위내에서만 하여야 한다고 규정하여 강제수사비례의 원칙도 규정하고 있다. 그러므로 독일의 증거금지이론을 굳이 참고하지 않더라도 우리의 법체제와 해석만으로도 제308조의2를 해석하는데 전혀 무리가 없다.

앞에서 적법절차위반의 경우에는 무조건 증거능력이 부정되어야 한다는 것을 살펴보았다. 문제가 될 수 있는 것은 명문으로 규정되어 있지 않아 적법절차조항 위반은 아니지만 기본권이 제한 내지 침해되는 행위의 경우에도 제308조의2가 적용될 수 있는가가 문제된다. 예컨대 앞에서 제기한 헌법에서 직접 수권한 적법절차조항이 아닌, 즉 법에 규정되어 있지 않지만 기본권을 제한 내지 침해한 경우에(신체적 자유·정신적자유·인간의 존엄권 등 기본권 침해를 행한 수사기관의 행위) 이에 대

39) 그 예로 첫째, 피의자·피고인의 진술거부권, 진술거부권고지의무, 변호인선임권, 변호인의 접견교통권, 증인의 증언거부권, 증언거부권 고지의무 등에 관한 규정, 둘째, 증인신문참여권, 증인신문기일·장소의 통지의무, 감정참여권, 감정일시·장소의 통지의무, 증인신문절차, 증인선서, 감정인선서, 통역·번역인선서 등에 관한 규정, 셋째, 영장주의, 압수·수색의 거절권, 압수·수색의 야간집행제한, 여자신체검사에서 의사나 성인여자의 참여 등에 관한 규정을 들고 있다(최석윤, 법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집된 압수물의 증거능력, 형사법연구 제20권 제1호, 한국형사법학회, 2008, 277면).

40) 배종대/이상돈/정승환/이주원, 앞의 책, 594~595면; 최석윤, 앞의 논문, 277~278면.

41) 류지영, 위법수집증거배제법칙- 개정형사소송법 제308조의 2와 관련하여, 법학연구 제29집, 2008, 326면; 배종대/이상돈/정승환/이주원, 앞의 책, 594면; 최석윤, 앞의 논문, 277면.

한 해결이 문제된다.

이러한 경우에도 적법절차원리 및 헌법원리가 그대로 적용된다. 즉 적법절차원리는 그것이 기본권보장을 위한 것이고 기본권은 열거되어 있지 아니한 경우에도 보호받아야 한다는 헌법 제37조 제1항의 정신 및 기본권을 제한할 경우에는 법률로써 해야 한다는 헌법 제37조 제2항 위반으로서 위헌적 행위이다. 따라서 이 역시 적법절차를 위반한 것이기 때문에 증거능력이 없다. 즉 적법절차조항은 기본권보장과 관련된 규정으로서 적법절차를 위반한 위법행위가 적법절차의 조항의 위반 여부에 그 초점이 있는 것이 아니라 기본권 침해 내지 법치국가원리 위배 여부에 있다. 마찬가지로 적법절차 조항은 아니지만 기본권을 침해한 행위 역시 동일하게 판단되어야 한다.

마지막으로 적법절차의 위반이 아닌 단순한 절차위반행위는 제308조의2의 적용에서는 벗어난다. 그러면 적법절차가 아닌 절차를 위반한 경우에는 법 제308조의2 위반이 아니므로 증거능력을 인정하여야 하는 것인가? 적법절차가 아닌 절차위반으로 인한 위법행위에 증거능력을 인정여부가 문제된다.

적법절차와 적법한 절차가 아닌 절차의 구별은 기본권 보장여부에 있기 때문에 기본권 보장과 관련 없는 절차위반은 법308조의2의 영역이 아니다. 따라서 이러한 절차위반의 경우에는 기본권침해 내지 제한과 관련이 없기 때문에 비례형량 내지 비례의 원칙이 적용될 여지가 없다. 적법절차위반이 아닌 절차위반은 절차의 흠결일 뿐이므로 이러한 절차의 하자 내지 흠결은 추후 보완여부에 따라 판단하여야 한다. 그러므로 적법절차위반의 경우와는 달리 피고인의 동의 또는 다른 절차규정에 의하여 보완이 가능하다면 증거능력을 인정할 수 있다고 보아야 한다.

결국 수사기관의 위법적 행위가 형사소송법상 적법절차조항위반이든 적법절차조항에 규정되어 있지 않는 경우이든지 기본권을 침해한 경우에는 어떠한 경우에도 증거능력이 없으며, 이에 대하여는 이익형량할 여지가 없다. 따라서 수사기관의 위법적 증거수집행위로 인하여 기본권이 침해된 경우에는 적법절차위반이며 제308조의2 위반에 해당한다.

IV. 결 론

확정판결이 없는 상태에서는 ‘형사사법정의’ 역시 확정적 의미가 아니라 불확정적 의미이며, 이를 실체적 진실이라고도 할 수 없다. 따라서 이러한 적법절차위반 행위는 실체적 진실과는 조화를 이룰 수 없으며, 이러한 판단은 무죄추정의 원칙에도 어긋나는 것이다. 그러므로 이를 정확하게 표현하면 실체적 진실과 적법절차원리의 이익형량이 아닌 실체적 진실 발견을 위한 위법적 행위, 즉 적법절차 위반의 허용 한계라고 할 수 있다. 따라서 실체진실주의와 적법절차원칙의 조화는 이념적으로는 가능할 수 있으나 형사절차적 측면에서는 불가능하다. 무죄추정의 원칙 따라 확정판결 후인 사후판단이 아닌 법관의 판단시점에서 실체적 진실 발견을 위한 절차위반의 행위와 적법절차원칙의 조화가 가능할 수 있겠는가라는 점이다. 그러므로 엄밀하게 본다면 판단의 대상은 실체적 진실 발견을 위한 적법절차를 위반한 행위 자체에 대한 허용여부이지 실체적 진실과 적법절차원칙의 비교형량은 아니다.

적법절차원칙의 준수 여부가 증거능력의 문제라면 실체진실은 증명력의 문제이다. 따라서 형사절차상 증거능력의 문제와 증명력의 문제를 동시에 고려하여 판단할 수 있는가가 문제되며, 또 그것이 타당한가라는 점이 의문시된다.

우선 사실인정은 증거에 의하여야 하며, 그 증거는 증거능력을 갖춘 증거이어야 한다. 그것은 증거조사절차에서 이루어지며, 증거조사는 피고사건에 대하여 유·무죄의 실체적 사실을 인정함에 있어서 필요한 심증을 얻기 위한 절차이다. 따라서 증거조사는 유죄의 증거로 사용할 수 있는 자격 즉 증거능력이 있는 증거에 대하여 별이는 절차이다. 따라서 예단배제나 공판중심주의에 비추어 증거조사절차에서는 증거능력이 없는 증거는 증거조사 단계에 들어와서는 안 되고 법관이 그 내용을 인식해서도 안 된다.

형사절차에서 인간의 존엄을 보장하고 기본권 보장이 반영된 객관적 가치질서와 결합된 법치국가 원리를 반영한 제도들 내지 헌법정신이 침투되어 형사소송의 원리들이 전체로서 적법절차 원칙의 내용을 이룬다고 할 수 있다. 이러한 의미에서 적법절차의 원칙은 형사절차에서 제도로 구현되어 있을 뿐만 아니라 형사절차를 규제하는 해석원리로도 작용하며 더 나아가 형사절차에 관한 입법의 지침을 제공하거나

법률의 공백에 대하여 보충규범으로 작용하기도 한다. 따라서 적법절차위반은 곧 법치주의위반이며 기본권침해가 되는 것이다.

형사절차조항은 적법절차관련조항, 적법절차와 관련 없는 단순히 절차를 규정한 조항으로 나눌 수 있으며, 증거수집 및 사용 금지행위는 적법절차조항을 위반한 행위, 적법절차조항 위반은 아니지만 기본권침해 행위, 단순히 절차위반 행위로 나누어 볼 수 있다.

적법절차조항을 위반한 행위는 법치주의 위반이며 기본권침해로서 허용될 수 없으며, 비교형량 내지 비례성의 원칙을 적용하여도 그 하자는 치유되지 않는다. 또 적법절차조항 위반은 아니지만 기본권 침해의 경우에는 이 역시 기본권을 제한할 경우에는 법률로써 해야 한다는 헌법 제37조 제2항 위반으로서 위헌적 행위로서 적법절차에 위반하여 증거능력이 없다고 하여야 한다. 이는 2차적 증거의 경우에도 동일하게 적용되어야 한다. 나아가 단순한 절차위반행위는 기본권침해와 관련이 없기 때문에 비례형량 내지 비례의 원칙이 적용될 여지가 없다. 적법절차위반이 아닌 절차위반은 절차의 흠결일 뿐이다. 따라서 이러한 흠결 내지 하자는 추후 보완여부에 따라 판단하여야 한다. 그러므로 피고인의 동의 또는 다른 절차규정에 의하여 보완이 가능하다면 증거능력을 인정할 수 있다고 보아야 한다.

우리의 법해석상 위법하게 수집한 증거는 증거가 배제된다는 의미는 적법한 절차를 따르지 않은 증거는 법치주의를 위반하여 수집한 증거로서 그 예외가 있을 수 없기 때문에 이익형량 없이 막바로 증거능력이 배제된다고 하여야 한다. 적법한 절차는 곧 법치주의 원리로서 기본권제한의 경우에 적정한 법이어야 한다. 이러한 절차를 위반한 경우에는 곧 위법이 된다. 또 위법이라 하여 모두 적법한 절차 위반이 아니기 때문에 ‘위법하게’라는 의미는 ‘적법절차’의 의미보다 포괄적인 의미로 받아들여진다.

참고문헌

1. 단행본

국내 형사소송법 교과서

문홍주, 미국헌법과 기본적 인권, 유풍출판사, 2002.

법무부, 개정 형사소송법, 2007.

성낙인, 헌법학, 법문사, 2013.

이완규, 형사소송법 연구 I, 탐구사, 2008.

임지봉, 적법절차원리와 헌법, 형사법과 헌법이념 제1권, 박영사.

전재경, 한국의 적법절차에 관한 연구: 미국의 적법절차원리가 한국의 법제에 미치는 영향, 동국대 박사학위논문, 1992.

2. 논문

김재윤, 위법수집증거 배제기준의 정립에 관한 고찰, 저스티스 통권 제120호, 한국 법학원, 2010.

류지영, 위법수집증거배제법칙 - 개정형사소송법 제308조의 2와 관련하여, 법학연구 제29집, 한국법학회, 2008.

신양균, 헌법상 적법절차의 형사소송법에서의 구현-새로운 형사소송법개정안을 중심으로, 비교형사법연구 제8권 제1호, 한국비교형사법학회, 2006.

안성수, 각국의 위법수집증거배제법칙과 우리법상 수용방안, 저스티스 제96호, 한국 법학원, 2007.

이완규, 사개추위안의 위법수거배제원칙에 대한 검토, 비교형사법연구 제8권 제1호, 한국비교형사법학회, 2006, 한국비교형사법학회.

이재방, 적법절차에 따르지 않고 수집된 증거의 증거능력에 대한 고찰, 홍익법학 제12권 제1호, 2011, 홍익대학교.

원형식, 위법수집증거배제법칙, 정은 이영란교수 화갑기념논문집, 2008.

- 조 국, 재량적 위법수집증거배제의 필요성, 근거 및 기준, 서울대학교 법학 제45권 제2호, 서울대학교 법학연구소.
- 조 국, 위법수집증거배제법칙 재론: 형사소송법 제308조의2를 중심으로, 사법 제3호, 사법연구지원재단, 2008.
- 표명환, 현행 헌법상의 적법절차조항의 규범적 의미와 가치, 토지공법연구 제56집, 한국토지공법학회, 2012.
- 최석윤, 법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집된 압수물의 증거능력, 형사법연구 제20권 제1호, 한국형사법학회, 2008.
- 하태인, 위법수집증거배제법칙과 자백배제법칙의 관계 및 임의성 판단, 법학연구 통권 제42집, 전북대학교 법학연구소, 2014.
- 하태인, 자백의 신빙성 판단에 관한 연구, 부산대 박사학위논문, 2010.
- 하태영, “개정 형사소송법 제308조의2 위법수집증거배제법칙의 법적 의미와 적용범위, 형사법연구 제19권 제4호, 2007, 한국형사법학회.

The interpretation of Article 308-2 the Korean Criminal Procedure Code(The Exclusionary Rule)

Ha, Tae In*

Article 308-2 the Korean Criminal Procedure Code provide for the exclusionary rule. It is enacted that evidence acquired without due process lose admissibility of evidence. Nevertheless, the Supreme Court and the enormous academic world contend that it is admissible as evidence by balancing conflicting interests.

but in accordance with the principle of presumption of innocence it can not be considered substantial truth. Principles of due process guarantee of human dignity and fundamental rights guaranteed to reflect the objective value system and coupled with this principle that reflects the system.

therefore an act in violation of the due process clause is impermissible as an infraction the rule of law and infringement on fundamental rights. because a simple procedure violation is not related to the infringement of fundamental rights the principle of proportionality is no room to be applied. Just a violation of the procedure unrelated to due process clause procedure is shortage of the procedure. Therefore, the Supplement of the shortage should be judged depending on whether or not. the defendant's consent or supplemented by other rules of procedure are possible, can recognize the admissibility of evidence shall be regarded.

❖ Keyword: Article 308-2 the Korean Criminal Procedure Code, the exclusionary rule, due process of law, illegally seized evidence, admissibility of evidence

투고일: 11월 30일 / 심사(수정)일: 12월 17일 / 게재확정일: 12월 29일
--

* Professor, Department of Police Science, Kyungnam University, Ph. D. in Law.