

강제처분의 절차적 위법 치유 가능성에 대한 비판적 연구 : 대법원 2016.6.14. 자 2015모1032 결정을 중심으로

김민이* · 이경렬**

국 | 문 | 요 | 약

구속과 압수·수색은 강제처분으로서 헌법 제12조 제1항에 근거하여 형사소송법에서 정하고 있는 사항을 준수하여야 한다. 따라서 법적 절차를 위반한 구속과 압수·수색은 당연히 위법한 것이 되고, 위법한 강제처분을 통해 취득한 증거는 증거능력을 상실하게 된다. 그러나 이 논문의 [대상결정: 대법원 2016.6.14. 자 2015모1032 결정]은 구속을 함에 있어 “사전청문절차”를 규정 한 제72조를 위반한 사항에 대해서 치유가능성을 제시하고 있다.

이에 이 논문에서는 압수·수색에 대한 절차적 위법성을 다룬 [비교결정: 대법원 2015.7.16. 자 2011모1839 전원합의체 결정]과 실체법상의 정당행위로서 “쟁의행위”의 절차적 위법여부를 판단하고 있는 대법원의 법리를 토대로 절차규정 흠결에 대한 실질적 판단기준을 제시한 [대상결정: 대법원 2016.6.14. 자 2015모1032 결정]을 비판하고자 한다.

먼저 [비교결정]은 압수·수색의 절차적 위법성을 엄격하게 해석하고 있다. 즉 “당사자 참여”라는 법적 절차가 압수·수색 과정 중 일부분에 흠결이 있는 경우에도 압수·수색 전(후)단계를 위법한 것으로 보았다. 다음으로 정당행위로서 “쟁의행위”와 관련하여 2001년 10월 25일 선고한 대법원 99도4837 전원합의체 판결은 형식적 법정절차규정의 준수여부에 따라 쟁의행위의 적법성을 판단하고 있다. 이 판결은 쟁의행위의 절차적 적법성을 실질적으로 판단했던 종전의 태도를 변경하였다는 점에 의미가 있다.

강제처분과 관련된 규정위반의 위법성 유무는 형식적으로 엄격하게 해석되는 것이 타당하다. 이러한 견지에서는 강제처분의 절차적 위법성에 대한 판단은 [대상결정: 대법원 2016.6.14. 자 2015모1032 결정]보다 [비교결정: 대법원 2015.7.16. 자 2011모1839 전원합의체 결정]이 우위에 있다고 판단된다. 또한 쟁의행위가 정당행위가 되기 위한 요건을 판단하는 대법원의 법리처럼 압수·수색에서만 아니라 구속에 있어서도 절차적 흠결의 위법성 치유여하는 절차적 권리의 ‘실질적 보장’ 유무가 아니라 절차적 권리의 ‘객관적·형식적’ 준수 여하로 판단되어야 한다.

❖ 주제어 : 강제처분의 절차적 위법성, 제72조의 사전청문절차, 절차규정 흠결의 치유가능성, 절차적 권리의 ‘객관적·형식적’ 준수, 형사절차법정주의

* (주 저 자) 한국형사정책연구원 초빙연구원, 법학박사.

** (교신저자) 성균관대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

[대상결정: 대법원 2016.6.14. 자 2015모1032 결정]**【사실관계】**

“서울중앙지방법원 2014고단6923 일반교통방해 등 사건(이하 ‘제1사건’이라 한다)에서 피고인은 제1사건의 범죄사실에 관하여 2014. 9. 19. 발부된 구속영장(이하 ‘제1차 구속영장’이라 한다)에 의하여 구속된 상태에서 2014. 9. 26. 기소되어 재판을 받았는데, 그 재판 진행 중 피고인에 대한 2014고단9364 일반교통방해 사건(이하 ‘제2사건’이라 한다)이 2014. 12. 15. 추가 기소되자 제1심법원은 2014. 12. 22. 제2 사건을 제1 사건에 병합하여 심리한다는 결정을 한 사실, 병합된 사건의 2015. 1. 20. 제4회 공판기일에서 검사가 제2사건의 공소장에 의하여 공소사실, 죄명, 적용법조를 낭독하고 이에 대하여 변호인의 변호 아래 피고인은 공소사실을 일부 부인하는 취지의 진술을 한 사실, 그 후 제2사건에 관하여 어떠한 증거제출이나 증거조사 등 추가심리가 진행되지 않은 상태에서 제1심법원은 제1차 구속영장에 의한 구속기간이 곧 만료하게 되자 2015. 3. 24. 법정 외에서 별도의 사전 청문절차 없이 피고인에 대하여 제2사건의 범죄사실에 관하여 구속영장(이하 ‘제2차 구속영장’이라 한다)을 발부하였고 2015. 3. 26. 위 구속영장이 집행된 사실을 알 수 있다.”

【결정요지】

“형사소송법 제72조의 ‘피고인에 대하여 범죄사실의 요지, 구속의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 말하고 변명할 기회를 준 후가 아니면 구속할 수 없다’는 규정은 피고인을 구속함에 있어서 법원에 의한 사전 청문절차를 규정한 것으로서, 법원이 사전에 위 규정에 따른 절차를 거치지 아니한 채 피고인에 대하여 구속영장을 발부하였다면 발부결정은 위법하다.

한편 위 규정은 피고인의 절차적 권리를 보장하기 위한 규정이므로 이미 변호인을 선정하여 공판절차에서 변명과 증거의 제출을 다하고 그의 변호 아래 판결을 선고받은 경우 등과 같이 위 규정에서 정한 절차적 권리가 실질적으로 보장되었다고 볼 수 있는 경우에는 이에 해당하는 절차의 전부 또는 일부를 거치지 아니한 채 구속영장을 발부하였더라도 이러한 점만으로 발부결정을 위법하다고 볼 것은 아니지

만, 사전 청문절차의 흠결에도 불구하고 구속영장 발부를 적법하다고 보는 이유는 공판절차에서 증거의 제출과 조사 및 변론 등을 거치면서 판결이 선고될 수 있을 정도로 범죄사실에 대한 충분한 소명과 공방이 이루어지고 그 과정에서 피고인에게 자신의 범죄사실 및 구속사유에 관하여 변명을 할 기회가 충분히 부여되기 때문이므로, 이와 동일시할 수 있을 정도의 사유가 아닌 이상 함부로 청문절차 흠결의 위법이 치유된다고 해석하여서는 아니 된다.”

[비교결정: 대법원 2015.7.16. 자 2011모1839 전원합의체 결정]¹⁾

【사실관계】

지방검찰청 강력부 검사 A는 2011. 4. 25. 수원지방법원으로부터 제1영장을 발부받은 당일 준항고인 2(갑 주식회사) 빌딩 내 준항고인 1(을)의 사무실에 임하여 압수·수색을 개시하였는데, 그곳에서의 압수 당시 제1영장에 기재된 바와 같이 이 사건 저장매체에 혐의사실과 관련된 정보와 관련되지 않은 전자정보가 혼재된 것으로 판단하여 갑 회사의 동의를 받아 이 사건 저장매체 자체를 봉인하여 영장 기재 집행 장소에서 자신의 사무실로 반출하였다.

검사 A는 2011. 4. 26.경 이 사건 저장매체를 대검찰청 디지털 포렌식센터에 인계하여 그곳에서 저장매체에 저장되어 있는 전자정보파일 전부를 ‘이미징’의 방법으로 다른 저장매체로 복제(제1처분)하도록 하였는데, 을 측은 검사의 통보에 따라 2011. 4. 27. 위 저장매체의 봉인이 해제되고 위 전자정보파일이 대검찰청 디지털포렌식센터의 원격디지털공조시스템에 복제되는 과정을 참관하다가 임의로 그곳에서 퇴거하였다.

강력부 검사 A는 제1처분이 완료된 후 이 사건 저장매체를 갑 회사에 반환한 다음, 위와 같이 이미징한 복제본을 2011. 5. 3.부터 같은 달 6일까지 자신이 소지한 외장 하드디스크에 재복제(제2처분)하고, 같은 달 9일부터 같은 달 20일까지 외장 하드디스크를 통하여 제1영장 기재 범죄혐의와 관련된 전자정보를 탐색하였는데, 그 과정에서 갑 회사의 약사법 위반·조세범처벌법 위반 혐의와 관련된 전자정보 등

1) 이 논문에서 대상결정과 비교연구 될 부분은 밑줄로 표시를 하였다.

제1영장에 기재된 혐의사실과 무관한 정보들도 함께 출력(제3처분)하였다. 이 제2·3처분 당시에는 을 측이 그 절차에 참여할 기회를 부여받지 못하였고, 실제로 참여 하지도 않았다.

한편 검사 A는 2011. 5. 20.경 위와 같이 자료를 탐색하는 과정에서 우연히 갑 회사 등의 약사법 위반·조세범처벌법 위반 혐의에 관련된 전자정보(별건 정보)를 발견하고 이를 문서로 출력하였다. 강력부 검사 A는 이 사실을 지방검찰청 특별수사부에 통보하여 특별수사부 검사 B가 2011. 5. 26.경 별건 정보를 소명자료로 제출하면서 다시 압수·수색영장을 청구하여 관할지방법원으로부터 별도의 압수·수색영장(제2영장)을 발부받아 외장 하드디스크에서 별건 정보를 탐색·출력하는 방식으로 압수·수색을 하였다. 이때 특별수사부 검사 B는 준항고인 측에 압수·수색 과정에 참여할 수 있는 기회를 부여하지 않았을 뿐만 아니라 압수한 전자정보 목록을 교부하지도 않았다.

【사건의 경과】

갑 회사는 2011. 10. 4.경 검사 A의 압수처분이 위법하다는 이유로 관할 지방법원에 준항고를 제기하였는데 지방법원은 2011. 10. 31. 제2·3처분을 취소하는 준항고 인용결정을 하였고, A 검사가 이에 대해 재항고를 하였다. 재항고심인 대법원은 제1처분은 적법하다고 하면서도 제2·3처분의 위법을 이유로 제1처분까지 취소하는 결정을 하였다.

【결정요지】

가. 피압수자 참여권 보장의 문제에 대하여

전자정보는 복제가 용이하여 전자정보가 수록된 저장매체 또는 복제본이 압수·수색 과정에서 외부로 반출되면 압수·수색이 종료한 후에도 복제본이 남아있을 가능성을 배제할 수 없고, 그 경우 혐의사실과 무관한 전자정보가 수사기관에 의해 다른 범죄의 수사의 단서 내지 증거로 위법하게 사용되는 등 새로운 법익침해를 초래할 가능성이 있으므로, 혐의사실 관련성에 대한 구분 없이 이루어지는 복제·탐색·출력을 막는 절차적 조치가 중요성을 가지게 된다.

따라서 저장매체에 대한 압수·수색 과정에서 범위를 정하여 출력 또는 복제하는 방법이 불가능하거나 압수의 목적을 달성하기에 현저히 곤란한 예외적인 사정이 인정되어 전자정보가 담긴 저장매체 또는 복제본을 수사기관 사무실 등으로 옮겨 이를 복제·탐색·출력하는 경우에도, 그와 같은 일련의 과정에서 형사소송법 제219조 제121조에서 규정하는 피압수·수색 당사자(이하 ‘피압수자’라 한다)나 그 변호인에게 참여의 기회를 보장하고 혐의 사실과 무관한 전자정보의 임의적인 복제 등을 막기 위한 적절한 조치를 취하는 등 영장주의 원칙과 적법절차를 준수하여야 한다. 만약 그러한 조치가 취해지지 않았다면 피압수자 측이 참여하지 아니한다는 의사를 명시적으로 표시하였거나 절차 위반행위가 이루어진 과정의 성질과 내용 등에 비추어 피압수자 측에 절차 참여를 보장한 취지가 실질적으로 침해되었다고 볼 수 없을 정도에 해당한다는 등의 특별한 사정이 없는 이상 압수·수색이 적법하다고 평가할 수 없고(대법원 2011. 5. 26.자 2009도1190 결정 등 참조), 비록 수사기관이 저장매체 또는 복제본에서 혐의 사실과 관련된 전자정보만을 복제·출력하였다 하더라도 달리 볼 것은 아니다.

나. 2011.4.25.자 제1영장에 의한 압수·수색

1) 제1처분에 대하여

A 검사가 이 사건 저장매체에 저장되어 있는 전자정보를 압수·수색함에 있어 저장매체 자체를 자신의 사무실로 반출한 조치는 부득이한 사유의 발생에 따른 것이고, 그 처분 또한 준항고인들에게 저장매체 원본을 가능한 한 조속히 반환하기 위한 목적에서 이루어진 조치로서 준항고인들이 묵시적으로나마 이에 동의하였다고 볼 수 있을 뿐만 아니라 그 복제 과정에도 참여하였다고 평가할 수 있으므로 제1 처분은 위법하다고 볼 수 없다.

2) 제2·3처분에 대하여

그러나 제2·3처분은 제1처분 후 피압수자에게 계속적인 참여권을 보장하는 등의 조치가 이루어지지 아니한 채 제1영장 기재 혐의 사실과 관련된 정보는 물론 그와

무관한 정보까지 재복제·출력한 것으로서 영장이 허용한 범위를 벗어나고 적법절차를 위반한 위법한 처분이라 하지 않을 수 없다.

제2·3처분에 해당하는 전자정보의 복제·출력과정은 증거물을 획득하는 행위로서 압수·수색의 목적에 해당하는 중요한 과정인 점, 이 과정에서 혐의사실과 무관한 정보가 수사기관에 남겨지게 되면 피압수자의 다른 법익이 침해될 가능성이 한층 커지게 되므로 피압수자에게 참여권을 보장하는 것이 그러한 위험을 방지하기 위한 핵심절차인데도 그 과정에 참여권을 보장하지 않은 점, 더구나 혐의사실과 무관한 정보까지 출력한 점 등 위법의 중대성에 비추어 볼 때, 비록 제1처분까지의 압수·수색 과정이 적법하다고 하더라도 전체적으로 제1영장에 기한 압수·수색은 취소되어야 할 것인 바, 그 단계별 처분을 모두 취소한 원심의 판단은 결국 준항고인들이 신청한 범위 내에서 제1영장에 기한 압수·수색을 전체적으로 취소한 것과 동일한 결과이어서 정당한 것으로 수긍할 수 있다. 따라서 원심의 판단에 압수수색 방법의 적법성이나 영장주의의 적용범위에 관한 법리를 오해한 위법이 있다는 재항고인의 주장은 이유 없다.

다. 2011.5.26.자 제2영장에 기한 압수·수색에 대하여

1) 적법한 탐색과정 중 혐의사실과 무관한 전자정보에서 별개 범죄증거를 발견한 경우의 확보방법

전자정보에 대한 압수·수색에 있어 그 저장매체 자체를 외부로 반출하거나 하드 카피·이미징 등의 형태로 복제본을 만들어 외부에서 그 저장매체나 복제본에 대하여 압수·수색이 허용되는 예외적인 경우에도 혐의사실과 관련된 전자정보 이외에 이와 무관한 전자정보를 탐색·복제·출력하는 것은 원칙적으로 위법한 압수·수색에 해당하므로 허용될 수 없다. 그러나 전자정보에 대한 압수·수색이 종료되기 전에 혐의사실과 관련된 전자정보를 적법하게 탐색하는 과정에서 별도의 범죄혐의와 관련된 전자정보를 우연히 발견한 경우라면, 수사기관으로서는 더 이상의 추가 탐색을 중단하고 법원으로부터 별도의 범죄 혐의에 대한 압수·수색영장을 발부받은 경우에 한하여 그러한 정보에 대하여도 적법하게 압수·수색을 할 수 있다고 할 것이다.

나아가 이러한 경우에도 별도의 압수·수색절차는 최초의 압수·수색절차와 구별되는 별개의 절차이고, 별도 범죄혐의와 관련된 전자정보는 최초의 압수·수색영장에 의한 압수·수색 대상이 아니어서 저장매체 원래 소재지에서 별도의 압수·수색영장에 의해 압수·수색을 진행하는 경우와 마찬가지로 피압수자는 최초의 압수·수색 이전부터 해당정보를 관리하고 있던 자라 할 것이므로, 특별한 사정이 없는 한 피압수자에게 형사소송법 제219조, 제121조, 제129조에 따라 참여권을 보장하고 압수한 전자정보의 목록을 교부하는 등 피압수자의 이익을 보호하기 위한 적절한 조치가 이루어져야 할 것이다.

2) 제2영장에 의한 압수의 적법성 문제

그런데 제1영장에서 예외적으로나마 저장매체 자체의 반출이나 그 전자정보 전부의 복제가 허용되어 있으나, 제2영장 청구 당시 압수할 물건으로 삼은 정보는 제1영장의 피압수자에게 참여의 기회를 부여하지 않은 상태에서 임의로 재복제한 외장 하드디스크에 저장된 정보로서 그 자체가 위법한 압수물이어서 앞서 본 별건 정보에 대한 영장청구 요건을 충족하지 못한 것이므로, 비록 제2영장이 발부되었다고 하더라도 그 압수·수색은 영장주의의 원칙에 반하는 것으로서 위법하다고 하지 않을 수 없다.

나아가 제2영장에 기한 압수·수색 당시 준항고인 1 등에게 압수·수색 과정에 참여할 기회를 전혀 보장하지 않았으므로 이 점에 비추어 보더라도 제2영장에 기한 압수·수색은 전체적으로 위법하다고 평가함이 상당하다.

I 판례연구

I. 들어가는 말

위의 [대상결정]과 [비교결정]은 강제처분으로서의 구속과 압수·수색에 대해서 각각 절차적 위법이 발생하였을 때, 치유될 수 있는가에 대한 것을 내용으로 한다. 형사소송에 있어 강제처분은 소송의 진행과 형벌의 집행을 확보하기 위하여 강제력을 사용하는 것이므로 필연적으로 기본적 인권을 침해하지 않을 수 없다. 따라서 강제처분은 법률이 정하는 바에 따라 불가피한 범위에서만 제한적으로 시행되고 있다(강제처분법정주의).

먼저 [대상결정]은 형사소송법 제70조에 의해 법원이 구속영장을 발부할 때, 동법 제72조에 의한 법관의 사전청문절차를 거치지 않은 채,²⁾ 피고인에 대한 구속영장이 발부된 사안이다. 이에 대해 대법원은 “절차적 권리가 실질적으로 보장되었다고 볼 수 있는 경우에는 절차의 전부 또는 일부를 거치지 아니하였다고 하더라도 곧바로 발부결정을 위법하다고 볼 것은 아니다.”라는 기존의 입장을 유지하면서도, 제1차 구속영장을 기반으로 한 제1사건과 병합 심리된 제2사건에 대해서는 공판기일에 모두진술을 하였다고 하더라도 사전청문절차 없이 제2사건에 대해 발부된 제2 구속영장은 위법하다고 보았다. 다음으로 [비교결정]은 전자증거 압수절차에서 “당사자 참여”가 하나의 영장으로 이루어지는 압수·수색의 일련의 과정에서의 각 처분들 모두에서 이루어져야 하는가와 관련되어 있다. [비교결정]의 다수견해는 제1처분에서 제3처분에 이르기까지 각 처분 전체에 “당사자 참여”가 있어야 하며, 제2처분과 제3처분에서 당사자 참여의 흠결을 보인 이 사안에서는 적법하게 이루어진 제1처분까지도 위법하다고 하였다.

위와 같이 대법원은 피고인의 법정 구속에서는 절차적 권리가 실질적으로 보장되었다면 위법하지 않다고 보았고, 압수·수색에서는 형식적으로 절차적 위법이 있는

2) 피고인이 법원에 의한 사전청문절차에서 변명할 기회를 얻지 못하였다는 것과 함께, 동법 제72조 전단에 의한 “범죄사실의 요지, 구속의 이유와 변호인을 선임할 수 있음”을 고지 받지 못하였다는 것도 포함된다.

경우, 그 전체를 위법한 것으로 보는 등 강제처분의 대상에 따라 판단기준을 달리 보고 있다. 구속과 압수·수색에서의 절차적 위법 여부를 판단하는 기준이 통일적이지 않음을 알 수 있다.³⁾

이하에서는 강제처분법정주의, 형사절차법정주의 등과 관련하여 법률에 규정되어 있는 소정의 법적 절차를 위반하여 강제처분이 위법함에도 불구하고 그 위법성이 치유되는가에 관한 대법원의 판단기준을 검토하고자 한다. 이와 같은 검토에는 먼저 강제처분에서 무엇이 어떻게 준수되어야 하는지, 왜 준수해야 하는지가 선결되어야 할 것이다. 이에 [대상결정]과 [비교결정]에서 각 쟁점이 된 구속과 압수·수색, 즉 형사소송법상 강제처분의 절차적 정형성에 대하여 살펴본다(II). 다음으로는 형법상 노동징의행위에 대해 정당행위로서 위법성을 조각시키는 판단기준을 제시하고 있는 대법원 판례를 참조함으로써, 법정절차를 흠결한 강제처분의 위법여하에 대해서도 일관된 판단기준을 시사받기로 한다. 징의행위의 주체, 목적, 수단과 방법 등 모두가 정당하지만 법적 절차의 흠결이 있는 징의행위는 위법하다고 판시한 대법원의 법리에는 형사소송법상 강제처분의 절차적 위법을 판단하는 기준에 관한 규범논리가 함축되어 있다고 보기 때문이다. 나아가 사전청문절차를 정하고 있는 형사소송법 제72조의 법이론적인 근거를 적법절차의 생성·발전에 기여한 영국의 ‘자연적 정의’의 원칙에까지 소급함으로써, [대상결정]에서 대법원의 절차적 위법의 치유가능에 관한 판단을 비판적으로 검토한다(III). 끝으로 강제처분의 절차적 흠결에 대한 대법원의 치유여하 판단법리에 새로운 기준을 제안하고자 한다(IV).

3) 피고인 구속과 관련된 [대상결정]은 강제처분의 절차적 위법성 판단에 대해 “실질적인 절차적 권리”의 보장유무를 기준으로 하면서도, 그 판단시점 내지 시기와 관련해서는 소송절차가 어디까지 진행되었는지에 따라 사전청문절차의 흠결에 관한 절차적 위법성 유무를 달리 보고 있다. 이를 [비교결정]에 투영해보면, 형사소송법 제106조 제3항에 정하고 있는 정보전자매체 등에 대한 압수·수색의 집행 및 종료 시점을 어디로 볼 것인지에 따라 “당사자 참여”의 절차적 흠결에 대한 위법성 유무가 달라질 수도 있다. 이와 같은 시기와 시점의 차이에 대한 쟁점은 이 논문에서의 주된 논의대상이 아니어서 여기서는 생략한다.

II. 구속과 압수·수색에서의 절차적 정형성

1. 강제처분 절차적 정형성의 의미

강제처분은 형사소송의 진행과 형벌의 집행을 확보하기 위하여 강제력을 사용하는 것으로서, 헌법에 의하여 보장되고 있는 기본적 인권을 침해하지 않을 수 없다. 이에 헌법 제12조 제1항은 죄형법정주의뿐만 아니라 강제처분으로서의 구속과 압수·수색에 있어 형사절차법정주의를 선언하고 있다. 따라서 강제처분에 의한 개인의 자유의 제한은 기본권을 보장하고 있는 헌법규범의 정신에 비추어 엄격히 제한하지 않으면 안 된다. 즉 기본권의 제한은 엄격한 법률유보사항이 되어야 한다.

대인적 강제처분으로서의 구속은 피의자 신병확보라는 수사기관의 수사목적과 객관적 증거자료 수집의 실무적 수단으로서 그 절차상 의미를 가지는 것이다. 먼저 법원에 의한 대인적 강제처분은 “피고인 구속”과 관련하여 형사소송법 제72조에 따르면 구속영장의 ‘발부’를 위한 사전청문절차를 전제로 하고 있다.⁴⁾ 법원이 구속영장을 발부하기 위해서는 위 규정에 따라 피고인에 대하여 범죄사실의 요지, 구속의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 말하고 변명할 기회를 준 후가 아니면 구속할 수 없다.⁵⁾ 따라서 동조 규정에 의하지 않은 피고인 구속은 절차적 위반으로서 원칙적으로 형사소송법상 형사절차법정주의에 위배된다.⁶⁾

[대상결정]은 피고인을 구속함에 있어 사전청문절차를 규정한 제72조를 위반한

4) 강제처분으로서 구속은 수사기관에 의한 피의자 구속과 법원에 의한 피고인 구속으로 나뉘지는데, 보통 “인신보호제도”와 관련하여서는 구속전 피의자심문제도와 체포·구속적부심사제도와 같이 피의자 구속과 관련하여 주로 이루어지고 있다.

5) 형사소송법 제88조(“피고인을 구속한 때에는 즉시 공소사실의 요지와 변호인을 선임할 수 있음을 알려야 한다.”)는 피고인 구속에 있어 사후적 청문절차 규정으로서, 이 규정은 사전청문절차를 규정한 동법 제72조와 달리 이를 위반하였다 하여 구속영장의 효력에 영향을 미치지 않는다(대법원 2000.11.10. 자 2000도134 결정).

6) 동조의 규정은 인권침해에 대한 한계선으로서의 의미도 있지만 구속의 합목적성을 담보하기도 한다. 따라서 피고인 구속에 있어 동 규정 위반여부의 판단기준은 인신구속에 있어 권리보장의 근간이 되는 무죄추정원칙, 불구속수사원칙, 영장주의, 임의성원칙 등뿐만 아니라 실체진실주의, 적정절차원리 등 형사소송의 이념도 고려되어야 한다(이찬엽, “인신구속에 따른 인권보장에 관한 고찰”, 사회과학연구 제17권 제2호, 동국대학교 사회과학연구원, 2010, 114면).

사안에 대하여 강제처분 집행절차를 위반한 구속영장이 위법한 구속영장이 되는지, 혹은 실질적으로 피고인의 인권이 보호되었다는 이유로 절차적 위반이 치유되어 구속영장의 효력이 유지될 수 있는지를 논의하고 있다. 제72조 절차가 규정하는 “변명할 기회”에 대한 실질적인 준수여부 및 정도가 피고인 구속에서의 “사전청문절차”에 대한 절차적 위법성 여부를 결정하는 기준이 되어 있다.⁷⁾

다음으로 형사소송법은 피고인의 구속뿐만 아니라 대물적 강제처분인 압수·수색에 있어서도 당사자인 피압수자를 보호하기 위한 규정을 두고 있으며(동법 제219조, 제121조, 제129조), 대표적인 판례가 위의 [비교결정]이다. [비교결정]에서 논의되고있는 압수의 대상인 디지털 증거와 관련해서는 일반적으로 그 정보저장매체에 담겨지는 정보의 양이 매우 많아 압수·수색 현장에서 그 내용을 일일이 확인하여 압수할 물건을 특정하는 것이 용이하지 않거나 불가능한 경우가 많다. 그렇기 때문에 이 사안과 같이 저장매체 자체 또는 저장매체를 이미징 방식으로 복제하여 수사기관의 사무실로 가져오거나 저장매체 자체가 대용량인 경우는 일정한 명령어 등을 이용하여 파일을 선별한 후 이미징하여 사무실로 가져온 후 사무실에서 그 내용을 확인하는 것이 현실이다.⁸⁾ 따라서 [비교결정]은 대물적 강제처분으로서의 압수·수색영장의 ‘집행’에 있어 당사자 등의 참여가 정보저장매체 등을 압수한 장소에서만 보장되면 되는 것인지, 아니면 수사기관의 사무실로 가져와서 선별하는 작업까지 보장되어야 하는지 문제가 된다. 즉 “정보저장매체 등”의 압수절차 종료시점이 어디인지에 따라서 압수집행에 있어 당사자 참여의 절차적 보장의 판단시점이 달라질 수 있어, 절차적 위법의 여부는 이를 기준으로 판단될 것이다.⁹⁾ [비교결정]의 다수

7) 제72조 절차가 구금영장의 발부요건을 의미하는지, 아니면 집행요건을 의미하는지에 대해 학설대립이 있다. 이 논문은 사전청문절차를 규정한 제72조가 피고인에게 구속영장을 발부하기 위한 전제요건, 즉 구금영장의 발부요건으로 보고 있다. 이에 대한 자세한 설명은 이충상, “변명의 기회 등의 부여와 구금영장 발부결정의 위법 여부에 관한 몇 가지 문제”, 형사재판의 제문제 제4권, 박영사, 2003.12., 378-383면 참조.

8) 이완규, “디지털 증거 압수 절차상 피압수자 참여방식과 관련성 범위 밖의 별건 증거 압수방법”, 형사법의 신동향 통권 제48호, 대검찰청, 2015, 99-100면.

9) 정보저장매체 등의 압수절차의 종료시점에 대해서는 수색설과 압수물의 확인행위설 등의 견해대립이 있다. 대법원은 수사기관이 전자정보에 대한 압수수색 영장을 집행함에 있어서 저장매체 자체를 직접 또는 하드카피나 이미징 형태로 수사기관 사무실 등 외부로 반출하는 과정과 해당 저장매체나 복제물에서 영장에 기재된 범죄혐의 관련 정보를 탐색하여 해당 부분을 출력하거나 해당부분의

견해는 압수·수색영장의 당사자 참여는 모든 절차에서 이루어져야 할 뿐만 아니라, 형식적으로 일부의 절차적 강제처분 과정에서 당사자가 참여하지 않았다면 전체적으로 위법한 압수·수색이라고 실시하고 있다.

2. 강제처분절차에서 “당사자 참여”의 의미와 내용

[대상결정]에서는 대인적 강제처분인 피고인 구속과 관련하여, 형사소송법 제72조에 따른 사전 청문절차를 거치지 않은 절차적 하자에 대하여 “구속영장 기재 범죄사실에 관하여 별건으로 기소되어 병합된 이후 공판기일에서 공소사실 등이 낭독되고 변호인의 변호 아래 피고인에게 공소사실에 관한 진술기회를 부여함으로써 변명을 할 기회가 주어졌으므로 구속영장 발부결정이 적법하다”고 한 원심결정을 파기하였다.

동법의 위 규정은 피고인의 절차적 권리를 보장하기 위한 규정으로, 사전 청문절차의 흠결에도 불구하고 구속영장 발부를 적법하다고 하기 위해서는 - “공판절차에서 증거의 제출과 조사 및 변론 등을 거치면서 판결이 선고될 수 있을 정도로 범죄사실에 대한 충분한 소명과 공방이 이루어지고 그 과정에서 피고인에게 자신의 범죄사실 및 구속사유에 관하여 변명을 할 기회가 충분히 부여되는 등” - 청문절차의 흠결이 청문절차가 보장된 것과 동일시될 수 있을 정도의 특별한 사유가 있는 경우에는 가능하다고 판시하고 있다.¹⁰⁾

이 사건에서 피고인은 제1사건(2014고단6923)으로 제1차 구속영장(2014. 9. 19. 발부)에 의하여 구속된 상태에서 같은 달 26일 기소되어 재판을 받았는데, 이 재판

파일을 복사하는 과정을 전체적으로 압수수색영장의 집행에 포함되어야 한다고 해석하여 왔고(대판 2012. 3. 29. 선고 2011도10508; 대결 2011. 5. 26. 2009도1190), 이 논문의 [비교결정]에서도 이와 동일하게 해석하고 있다.

10) 형사소송법 제72조의 사전청문절차는 구속전 피의지심문제도(제201조의 2)와 마찬가지로 피고인에 대한 구속영장의 발부 전 수소법원이 구속의 적정을 기하기 위한 절차적 규정이다. 즉 위 규정은 피고인의 절차적 권리를 보장하기 위한 규정이기 때문에, “이미 변호인을 선정하여 공판절차에서 변명과 증거의 제출을 다하고 그의 변호 아래 판결을 선고받은 경우 등과 같이 위 규정에서 정한 절차적 권리를 실질적으로 보장되었다고 볼 수 있는 경우에는 절차의 전부 또는 일부를 거치지 아니한 채 구속영장을 발부하였다 하더라도 그 발부결정이 위법하다고 보지 않는 것”이 대법원의 입장이다(대법원 2000. 11. 10. 자 2000도134 결정).

도중 제2사건(2014고단9364)으로 같은 해 12월 15일 추가 기소되었다. 이에 제1심 법원은 12월 22일 제2사건을 제1사건에 병합 심리한다는 결정을 하였고, 2015년 1월 20일 제4회 공판기일에서 검사는 제2사건에 대한 공소사실, 죄명, 적용법조를 낭독하고, 변호인의 변호 아래 피고인은 공소사실을 일부 부인하는 취지의 진술을 하였다. 이후 제1심법원은 제2사건에 대한 증거제출이나 증거조사 등 추가심리가 진행되지 않은 채 제1차 구속영장에 대한 구속기간이 만료되자 별도의 사전청문절차 없이 피고인에 대한 제2사건의 범죄사실에 관한 제2차 구속영장을 발부하였고, 2015년 3월 26일 위 구속영장이 집행된 것이다.

결국 이 사안은 제1사건과 제2사건이 병합된 이후의 공판기일에서 제2사건에 대한 모두진술이 이루어진 것을 제2사건에 대한 구속영장에 대한 사전청문절차로 볼 수 있는가의 문제이다. 제2사건의 범죄사실에 관한 제2차 구속영장의 발부가 공판 절차에서 제2사건에 대한 증거제출이나 증거조사 등 추가심리가 진행되어 피고인에게 변명과 증거제출의 기회가 실질적으로 보장된 이후 발부되었다면, 사전청문절차 흠결에 대한 하자여부에 대해 원심과 의견을 같이 했을 수도 있다. 하지만 대법원은 절차적 위법에 대한 하자치유에 있어 적법한 행위를 하지 않았지만, 적법한 행위를 한 것과 동일시할 수 있을 정도의 기준으로 제한하고 있는 것이다.¹¹⁾

한편, 형사소송법 제72조상의 사전청문절차를 엄격히 준수하면 실무상 어려움이 있다는 지적이 있다. 이에 의하면 형사소송법 제72조의 절차는 구속의 재판, 즉 구속영장의 발부 전에 행해져야 한다. 법이 변명할 기회를 주도록 한 취지는 법원이 반드시 그 변명을 들어보고 난 후에 구속 여부를 결정하도록 한 취지이기 때문이다. 그러나 이 원칙의 형식적인 면을 지나치게 강조할 경우 실무상 어려움이 많다는 것이다. 예컨대 법원이 어느 피고인을 구속하려는 의도를 가지고 이 절차를 거쳐 구속의 의사를 확정하여 구속영장을 작성하기 시작하였는데, 그 사이에 피고인이 구속영장이 발부될 것임을 알아채고 도주하는 경우, 영장의 작성이 완료되어 집행지위가 있기 전에는 이를 제지할 길이 없기 때문이다. 이러한 어려움은 운용의 적정(예

11) [대상결정]은 해당 범죄사실에 대한 동일 사건 내에서의 절차적 흠결의 문제뿐만 아니라 피고인에 대한 별개의 범죄사실에 의한 별개의 사건의 병합심리의 공판기일에서 이루어졌다는 측면도 절차적 위법성 여부에 대한 고려의 대상이 되어야 한다. 이에 대해서는 제2차 구속영장의 적법여부에 대해 설명하는 이 논문의 IV. 부분에서 설명하도록 한다.

컨대, 구속을 대비하여 미리 구속영장을 준비해 두었다가 이 절차를 마친 후 신속히 서명날인하여 집행담당자에게 교부하는 형식)에 의하여 해결하는 수밖에 없을 것이다. 이러한 실무상의 어려움을 고려하면 위 대법원 결정을 이해하지 못할 바도 아니지만, 그럼에도 헌법상 기본권의 보장은 어떠한 경우에도 준수되어야 하고 국가는 이를 보장할 의무가 있으므로, 형사소송법 제72조 ‘사전청문절차’는 엄격하게 적용되어야 한다.

[비교결정] 다수견해는 제1처분부터 제3처분을 하나의 압수·수색행위로 이해하고 각 처분의 위법성을 전체적으로 판단하고 있다. 따라서 대법원은 반출 이후의 과정에서 피압수처분자 등의 참여가 배제되거나 무분별한 복제 등을 통제하는 적절한 조치를 취하지 않은 경우 위법의 중대성을 이유로 소급해서 압수 전체를 취소하여 위법하지 않은 제1처분을 포함하여 제3처분에 이르기까지 제1영장에 기한 압수·수색행위 전체를 위법한 것으로 보고 있다.¹²⁾ 형사소송법이 압수·수색집행절차에서의 참여권 보장(제219조 및 제121조)과 압수물의 멸실방지를 위한 조치의무(제219조 및 제131조)를 구별하고 있는 점에 비추어 보면 우리 판례가 피의자의 참여권을 보장하는 것은 전자정보의 무결성을 확보함과 동시에 피의자 등의 새로운 법익침해를 방지하기 위한 노력의 일환이라 평가할 수 있다.¹³⁾ 즉 전자정보의 압수·수색의 종료시점을 제3처분까지 확대함으로써, 피압수자의 법익침해의 가능성을 사전에 차단하고 공정한 재판을 실현하려는 것에 참여권보장의 취지가 있다고 할 것이다.

이에 대해 대법관 김창석, 박상옥의 반대견해에서는 다수견해와 같이 하나의 절차로 파악하여야 하지만, 관념적으로 하나의 압수·수색영장에 대상별로 수개의 압수·수색이 존재할 수 있으므로, 압수·수색의 적법성은 ‘대상별’로 전체적으로 판단되어야 하므로, 현장압수 및 제1처분 당시 참여권이 보장되었다면, 압수·수색이 영장주의 원칙의 본질적 부분을 침해하였거나, 증거로서의 사용 가능성을 원칙적으로 배제할 만큼 절차적 위법이 중대한 경우에 해당한다고 볼 수 없어 취소할 수 없다고 하였다.

12) 한국형사판례연구회 25주년 기념 한국형사정책연구원 공동 국제세미나 자료집, 2017, 177-178면.

13) 박성민, “전자정보의 압수수색에 있어 정보검색의 성격과 피압수자 참여권 보장의 의미”, 형사정책 제28권 제2호, 한국형사정책학회, 2016, 213면; 서태경, “형사소송법 제106조 제3항 단서에 따른 수사기관의 압수에 관한 검토”, 법학논총 제39권 제3호, 단국대학교 법학연구소, 2015, 180면.

비교결과와 달리 저장매체의 압수로 집행절차는 종료되고, 그 이후의 정보검색과정은 정보의 확인절차(임의수색)라고 보게 되면 정보검색과정에서 피의자 참여권은 부정될 수 있다. 전자정보에 대한 압수·수색에 대한 규정이 명확하지 않은 우리의 법 현실에서 볼 때, 이 논문의 [비교결정]이 제1처분(디지털 포렌식센터에 인계된 후 ‘이미징’의 방법으로 다른 저장매체로 복제) 이후에 검사가 자신의 외장 하드디스크에 복제(제2처분)하고, 출력(제3처분)한 행위 모두가 “당사자 참여” 흠결로 인한 절차적 위법성이 있다고 판시한 것은 실체적 진실발견의 측면에서 바람직하지 않다는 것이다.¹⁴⁾ 이는 ① 제1영장에 의한 저장매체 압수, 이미징, 탐색, 복제 또는 출력 등의 행위, 즉 제1처분, 제2처분, 제3처분에 대해 하나의 절차로 파악되어야 하는지 여부, ② 이를 근거로 제2처분과 제3처분에 당사자가 참여하지 않은 것을 절차적 위반으로 볼 수 있는지 여부, ③ 제2처분과 제3처분의 절차적 위법을 이유로 당사자가 참여한 제1처분도 위법한 처분이 되는지의 여부와 상관없이, 제1영장에 의한 일련의 과정들은 개별적으로 판단될 수 없고, 압수의 집행절차는 제1처분에서 종료된 것이므로, 제2처분과 제3처분에서의 당사자 참여의 흠결은 형식적으로도 절차적 위법이 없다고 보는 입장이다.¹⁵⁾

또한 만약 다수의견과 같이 제1영장에 기한 일련의 처분들이 하나의 절차로서 전체적으로 위법여부를 파악한다고 하더라도, 현장압수 및 제1처분 당시에 당사자의 참여권이 보장되었으므로, 이 논문에서의 피고인 구속에 있어 절차적 위법성에 대한 [대상결정]의 취지와 비교하여 고려할 때, 제2처분과 제3처분에서의 당사자 참여의 흠결은 실질적으로 보장된 것으로 볼 여지가 있어 그에 대한 절차적 위반은 치유된 것으로 보는 것도 가능하다.

14) 이는 전자정보 압수수색에 대한 피압수자 참여권의 취지와 관련된 학설 중 수사절차 효율설에 입각한 것으로, 이외에도 무관정보 보호설, 정보의 무결성 보장설 등이 주장되고 있다. 이에 대한 자세한 설명은 박성민, 앞의 논문, 210-211면 참조.

15) [비교결정] 중 대법관 김창석, 박상옥의 반대의견이 전자정보에 대한 압수·수색의 일련의 과정을 개별적으로 나누어 처분의 적법성을 판단하는 것은 타당하지 않다고 한 것과 같이 하는 측면이 있다. 그러나 반대의견은 처분의 적법성은 압수의 대상이 된 전자정보별로 달리 평가될 수 있다고 하면서, 하나의 압수·수색 영장 과정에서도 외형상 1개만 존재한다고 하더라도 관념적으로는 대상별로 수개의 압수·수색이 존재할 수 있음을 전제로 하고 있고, 제1영장에 기한 일련의 처분들은 제1처분 당시 참여권이 보장된 점을 전제로, 실질적으로 압수·수색의 영장주의 원칙이 본질적으로 침해되지 않았음을 이유로 절차적 위법이 중대하지 않다고 하였다.

Ⅲ. 구속과 압수·수색에서 절차적 위법성에 대한 판단기준

1. 강제처분 대상별, 서로 다른 위법성 판단기준

[대상결정]은 절차적 규정을 위반한 피고인 구속에 대해, 피고인에게 자신의 범죄 사실 및 구속사유에 관하여 변명을 할 기회가 충분히 부여된 것과 동일시할 수 있을 정도의 실질적 보장이 있다면 사전청문절차 흠결의 위법은 치유될 수 있다고 본다. 이에 반해 압수·수색과 관련된 [비교결정]에서는 정보저장매체 등의 압수·수색 과정 전체를 하나의 절차로 보아, 선처분이었던 제1처분이 적법하다고 하더라도, 후에 이루어진 제2처분과 제3처분에서 절차적 위반이 있다면, 압수·수색 과정 전체가 위법한 것이라 판시하였다. 대법원은 강제처분에서의 절차적 위법에 대한 판단을, 구속에 있어서는 ‘실질적으로’ 변명할 기회가 보장될 정도의 당사자 참여가 있었는지 여부로, 압수·수색에 대해서는 ‘형식적으로’ 당사자 참여가 보장되었는지 여부로 절차적 위법성 유무를 판단하고 있다.

그런데 [대상결정]과 [비교결정]의 미묘한 차이는 강제처분의 대상과 강제처분을 집행하는 주체에 있다. 즉 피고인의 자유와 피의자의 재산권 등을 각 대상으로 한 강제처분이라는 점과 집행 주체가 각각 법원과 수사기관에 의한 강제처분이라는 점이 차이가 있다.

강제처분의 절차적 위법성에 관한 판단이 피고인의 자유와 관련된 법원의 강제처분(피고인 구속)에서보다 피의자의 재산권과 관련된 수사기관에 의한 강제처분(정보저장매체 등에서의 압수·수색)에서 더욱 엄격하게 적용되고 있다. 이러한 대법원의 태도에는 의문이 있다. 인신구속에서의 강제처분 절차는 신체의 자유권 침해와 관련된 것으로 사후적 보장의 효과가 미비하기 때문에 형사소송법 제72조에서의 사전청문절차와 같은 사전적 보호규정은 필수적이며, 이는 엄격하게 해석될 필요가 있기 때문이다. 이에 반하여 피압수자의 재산권과 관련된 대물적 강제처분 절차에서는 오히려 절차적 위법에 대한 사후적 보장으로서 압수·수색집행절차의 위법을 근거로 압수물의 증거능력을 배제할 수 있다. 그렇다면, [비교결정]의 반대의견에서 제시한 실질적 보장을 근거로 하여 절차적 위법의 중대성을 부정하는 것이 [대상결

정]에서의 피고인 구속에 대한 절차적 위법성 유무의 해석기준과 부합하는 측면이 있다. 그러나 강제처분의 절차적 위법성 유무가 ‘실질적 보장’으로 판단되는 것보다는 ‘형식적 절차보장’으로 판단되는 것이 강제처분법정주의를 정하고 있는 헌법적 규범 정신에 비추어 더욱 타당하다고 생각한다. 이에 아래에서는 절차적 위법 여부에 관한 대법원의 다른 사례를 가져와 위와 같은 구속과 압수·수색 절차상의 위법성 판단에 관한 기준을 제시해보고자 한다.

2. 절차적 위법성에 대한 판단기준으로서 정당행위로서 “쟁의행위”의 요건

근로자의 노동쟁의행위는 형법 제20조 정당행위 “법령에 의한 행위”로 위법성이 조각될 수 있다. 즉 쟁의행위는 회사에 손해를 야기하는 것으로 업무방해죄의 구성요건에 해당하게 되지만, “노동조합 및 노동관계조정법” 제4장 제37조 이하에서 정한 절차적 요건을 충족하는 경우에는 위법성이 조각될 수 있다.¹⁶⁾ 이처럼 형사사법에서 절차적 정당성의 문제는 형사소송법만이 아니라 실제 형법에서도 그 쟁점이 된다. 대법원은 형법상 업무방해죄의 정당행위로서 쟁의행위의 적법성 요건을 다음과 같이 판시하고 있다.

“첫째 그 주체가 단체교섭의 주체로 될 수 있는 자이어야 하고, 둘째 그 목적이 근로조건의 향상을 위한 노사간의 자치적 교섭을 조성하는 데에 있어야 하며, 셋째 사용자가 근로자의 근로조건 개선에 관한 구체적인 요구에 대하여 단체교섭을 거부하였을 때 개시하되 특별한 사정이 없는 한 조합원의 찬성결정 등 법령이 규정한 절차를 거쳐야 하고, 넷째 그 수단과 방법이 사용자의 재산권과 조화를 이루어야 함은 물론 폭력의 행사에 해당되지 아니하여야 한다는 여러 조건을 모두 구비하여야 한다. 특히 그 절차에 관하여 쟁의행위를 함에 있어 조합원의 직접·비밀·무기명투표에 의한 찬성결정이라는 절차를 거쳐야 한다는 노동조합 및 노동관계 조정법 제41조 제1항의

16) ‘노동조합 및 노동관계조정법’ 제4장에서는 쟁의행위에 대해 제37조에서 제46조까지에서 규정하고 있다. 특히 제37조 제1항에서는 “쟁의행위는 그 목적·방법 및 절차에 있어서 법령 기타 사회질서에 위반되어서는 아니된다.”고 규정하고 있고, 제41조 제1항에서는 “노동조합의 쟁의행위는 그 조합원의 직접·비밀·무기명투표에 의한 조합원 과반수의 찬성으로 결정하지 아니하면 이를 행할 수 없다.”고 하면서, 정당행위로서 노동쟁의행위에 대한 절차적 중요성을 강조하고 있다.

규정은 노동조합의 자주적이고 민주적인 운영을 도모함과 아울러 쟁의행위에 참가한 근로자들이 사후에 그 쟁의행위의 정당성 유무와 관련하여 어떠한 불이익을 당하지 않도록 그 개시에 관한 조합의사의 결정에 보다 신중을 기하기 위하여 마련된 규정 이므로 위의 절차를 위반한 쟁의행위는 그 절차를 따를 수 없는 객관적인 사정이 인정되지 아니하는 한 정당성이 상실된다(대법원 2001.10.25. 선고 99도4837 전원합의체 판결).”

즉 쟁의행위가 정당행위가 되기 위해서는, ① 단체교섭의 주체가 될 수 있는 자가 ② 목적의 정당성을 가지고 ③ 법령이 규정한 절차에 따라 ④ 적절한 수단과 방법으로 행해져야 한다. 이 논문에서의 절차적 위법성에 대한 판단여부와 같은 쟁점사항은 정당한 쟁의행위를 위한 세 번째 요건으로서의 법령이 규정한 절차에 있다. 이와 관련하여 위 전원합의체 판결 이전에 대법원은 “조합원총회에서 쟁의행위에 관한 찬·반 투표를 실시하지 아니하였더라도 이는 단지 노동조합 내부의 의사형성 과정상의 결함에 지나지 아니하고, 위 조합원총회 이후 파업에 참여한 인원 등에 비추어 보면, 그 파업은 조합원 대다수가 찬성한 것으로 보여지므로 절차에 있어서도 위법하다고 할 수 없다”고 하였다. 이는 “형식적으로 찬·반 투표를 했는지 여부가 아닌, 실질적으로 찬·반 투표를 거치지 않았다 하더라도 조합원 대다수가 찬성한 것으로 보여진다면” 형법상 쟁의행위의 절차적 정당성은 확보된 것으로 본 것이다.

하지만 2001년 대법원은 99도4837 전원합의체 판결에서 위 절차적 정당성과 관련된 부분에 대하여 입장을 변경하였다. 즉 쟁의행위가 노동조합 및 노동관계 조정법 제41조 제1항에 의한 투표절차를 거치지 않은 경우, 이와 관련된 위 전원합의체 판결은 조합원의 민주적 의사결정이 실질적으로 확보된 경우에는 동조의 투표절차를 거치지 아니하였다는 사정만으로 절차적 위법이 있는 것은 아니라는 기존의 판결을 변경하였다. 법정절차에 따른 쟁의행위의 적법성 여부에 대한 절차적 위법 판단이 실질적 판단에서 형식적 판단으로 절차위반의 침해 중대성 여부를 결정하고 있다.

절차적 위법성은 법령이 규정한 절차에 위배된 행위를 한 것으로 목적의 정당성이나 수단과 방법의 적절성 등에 비해 객관적인 판단척도를 제시할 수 있다. 특히 업무방해죄의 정당행위가 되기 위한 조건들은 법익이 침해된 구성요건 해당성 있는

행위에 대해 위법성을 조각하는 사유에 해당하는 것이기 때문에 객관화할 수 있고, 완화하기보다는 엄격하게 해석하는 것이 타당하다. 따라서 위 대법원 99도4837 전원합의체 판결에서 제시하고 있는 정의행위에 대한 절차적 위법성에 대한 판단은 객관적이고 형식적 판단이 가능한 다수의견이 타당하다 할 것이다.

3. 절차적 위법성에 대한 판단기준으로서 법적 청문권의 보장

소송절차관계인에게는 사실상 및 법률상 문제점에 관하여 진술할 기회가 보장되어야 하고 법원은 이를 들어주어야 한다는 기본권이 법적 청문권이다. 이는 우리 헌법에 명문의 규정은 없는 기본권이지만, 헌법상의 법치주의 원리와 적법절차에서 파생된 핵심적인 권리이다. 법적 청문권은 모든 사람에게 보장되는 것으로서 인간이 단순히 절차의 목적이 되는 것을 방지하고, 절차의 당사자에게 의견진술을 할 수 있는 기회를 부여하여 법정의 장을 통하여 국민적 통합과 설득을 도출한다. 피의자도 인간으로서의 존엄과 가치를 가지므로, 단순한 처벌의 대상이 아니라 형사절차를 형성·유지하는 당사자 주체로 볼 수 있으며 영장재판에서 바로 피의자신문을 통하여 피의자를 절차의 주체로 승인하게 된다. 그뿐만 아니라 구속절차에서 피의자에게 한마디 변명이라도 할 수 있는 기회를 부여함으로써 법을 통한 국민적 통합과 설득을 이끌어낼 수 있다.

형사소송법 제72조가 구속의 집행요건이 아니라면, 구속영장 발부 전에 반드시 피의자의 변명을 들어보도록 법적 청문권이 보장되어 있다고 볼 수 있다.¹⁷⁾ 동조가 “피고인에게 변명할 기회”를 준다는 구속의 절차적 의미와 관련하여 발부요건으로 볼 것인지, 집행요건으로 볼 것인지에 관한 논란이 있다.

첫째, 제72조의 절차가 구금영장의 발부요건이라고 하는 견해이다.¹⁸⁾ 법원이 “변

17) 우리나라에서 국민의 법적청문청구권을 간접적으로 인정한 것으로 볼 수 있는 것으로는 헌법재판소 1990. 11. 19. 헌가48 결정을 들 수 있다. 위 결정에서는 형사절차가 아닌 변호사징계절차에서 공소가 제기된 변호사에 대하여 청문의 기회 없이 업무정지명령을 내릴 수 있게 한 변호사법 제15조는 적법절차가 존중되지 않은 것으로서 헌법위반이라고 판시하였다(김재곤, 현행 인신구속제도의 문제점과 개선방안, 대구대학교 대학원 박사학위 논문, 2007, 213면).

18) 신동운, 간추린 신형사소송법(제8판), 법문사, 2016, 353면; 이은모, 형사소송법(제5판), 박영사, 2015, 276면; 배종대/이상돈, 형사소송법(제7판), 홍문사, 2006, 253면; 송광섭, 형사소송법, 형설

명할 기회를 주도록 한 것”은 변명을 들어보고 난 후 구속 여부를 결정하겠다는 의미이므로, 동조의 절차는 발부요건이라는 주장이다. 이 견해는 동법 제81조 이하에서 영장 집행과 관련된 규정들이 있고, 특히 제88조와의 관계에 있어 제72조는 집행요건이 아닌 발부요건으로 해석되어야 한다고 한다. 둘째는 제72조 절차가 구금영장의 집행요건으로 보는 견해이다.¹⁹⁾ 형사소송법 제201조의 2 제9항은 미체포 피의자에 대하여 구인을 하는 경우에 제72조를 준용하고 있는데, 이는 입법자가 제72조의 절차를 구인영장의 집행요건으로 보고 있음을 의미한다고 주장한다. 그러나 2007년 12월 21일 위 규정은 제72조를 준용한다는 내용이 삭제되면서, 제72조 절차가 집행요건이라고 하는 논거로서 사용할 수 없게 되었다.

따라서 [대상결정]에서 문제가 된 형사소송법 제72조의 규정은 사전청문절차 내지 국민의 법적 청문청구권의 보장을 위한 규정으로 구속영장 발부 전에 반드시 준수해야 할 요건으로 해석되어야 한다. 동조가 구속영장의 발부요건이라고 하면, 사전청문절차의 위반에 대해 [대상결정]이 “실질적 판단”을 통하여 치유가능한 절차적 위법으로 본 것은 더욱 타당하지 않다.

위와 같은 통설·판례의 판단과 달리 제72조의 규정내용을 구속영장의 발부요건이 아닌 집행요건으로 보아, “사전청문절차 흠결”의 절차적 위법은 치유가능한 것으로 보는 입장이라고 하더라도, 그러한 주장에는 동조의 법이론적 기초와 관련한 의문이 남아 있다.

형사소송법 제72조는 형사소송이념의 하나인 적법절차원리(due process of law)를 구현하는 규정이다. 법의 적정절차란 헌법정신을 구현한 공정한 법정절차에 의하여 형벌권이 실현되어야 한다는 원칙을 말한다. 즉 적정절차에 의한 (실체적) 진실의 발견만이 형사사법을 통한 정의의 실현이라는 것이다. 우리 헌법 제12조 제1항에서 이 원칙을 규정하고 있다. 적법절차는 절차적 적법 절차와 실체적 적법절차로 나눌 수 있는데, 절차적 적법절차는 개인의 자유·신체·재산을 침해하는 경우에 고지와 청문의 사전절차를 제공하여야 한다는 것이다. 고지는 이해관계인에게 사법절차의 진행에 관한 필요한 사실을 사전에 통지하는 것이며, 통지 시기는 자기의

출판사, 2012, 323면.

19) 윤남근, “불구속피고인에 대한 실형선고와 법정구속”, 불구속재판 시행의 과제, 법원행정처, 1997, 424-425면; 손동권, 형사소송법, 세창출판사, 2008, 258면.

주장을 충분히 변론할 수 있도록 상당한 준비기간이 되어야 한다.²⁰⁾ 청문은 이해당사자가 자기의 의견진술·자료제출·증거제시·반대신문 등을 위한 변론기회를 보장하는 것으로 기본권의 절차적 보장을 위한 중심적 요건이며, 공정한 절차의 보장이 청문의 본질이다.²¹⁾

영국에서는 일찍이 자연적 정의(natural justice)의 원칙이 확립되어 이를 통해 인권사상이 활발해지고 적법절차의 생성·발전에 크게 기여하였다. 자연적 정의는 누구든지 자기의 사건에 대한 심판관이 될 수 없다는 편견 또는 이해관계인의 배제원칙, 그리고 누구든지 청문 없이 불이익을 당하지 않는다는 청문주의의 원칙으로, 편견을 배제하고 청문을 통하여 자기 변호의 기회를 보장함으로써 공정한 심판을 보장한다는 것을 말한다. 영국의 전통적 법 원리인 자연적 정의는 실정법의 규정 유무에 관계없이 모든 사법작용의 적법한 행사를 위한 전제조건이 되어 보통법상의 기본원칙이 되었다.²²⁾

우리 형사소송법 제72조는 이러한 자연적 정의를 근거에 두고 있다고 이해된다. 특히 자연적 정의의 내용 중 ‘청문주의’가 그러하다. 따라서 형사소송법 제72조의 ‘사전청문절차’를 완화하는 해석을 통해 일종의 예외적 허용을 하고 있는 위 대법원의 태도는 ‘헌법 제12조’와 형사소송의 이념(목적)에 위배되고 자연적 정의 관념에도 반한다고 할 수 있다.

20) 특히 신체의 자유를 침해하는 체포·구속·압수·수색 등에는 영장의 제시라는 형태로 고지되어야 한다.

21) 실체적 적법절차는 법률이 적법절차에 의해서 제정되었고 그 내용이 적법한가에 관해서 입법부·행정부·사법부의 권력행사의 적정성을 심의하여 위헌결정을 내리는 것이다(김현수, “형사소송에서의 적법절차위반과 그 효과에 관한 연구”, 동아법학 제44호, 동아대학교 법학연구소, 2009, 544면; 홍성찬, “적법절차의 원리와 적용”, 사회과학연구 제10집, 건국대학교 사회정책연구소, 1999, 9-12면).

22) 홍성찬, 앞의 논문, 5-6면. “자연적 정의”에서 “자연적”이란 정의의 관념의 보편성을 말하는 것으로서 자연법상의 그것이 아니라 의회제정법의 해석에 관한 보통법의 원칙이다. 청문은 기본권에 대한 절차적 보호를 강조하는 적법절차의 중심내용으로 발전하였다. 정완, “경쟁법상 사전청문절차에 관한 고찰”, 경희법학 제44권 제3호, 경희대학교 법학연구소, 2009, 367-368면.

4. 소결: [대상결정]과 [비교결정]에서의 절차적 위법성 여부의 판단기준 제안

형사소송은 형사절차법정주의에 따라 피의자·피고인의 인권보장에 기여해야 한다. 이에 피의자 또는 피고인에 대해 행해지는 강제처분은 적법절차에 따라 이루어져야 한다. 한편 형사소송의 최고이념은 실체적 진실발견에 있고, 실체적 진실을 발견하기 위한 수사기관과 심판기관의 활동은 시민의 부담과 불이익을 최소화하기 위하여 적정절차에 따라 신속하게 이루어져야 한다. 따라서 형사소송에서의 강제처분은 형사절차법정주의에 의해 법률을 근거로 두어야 하는 적용상의 제한도 있지만, 실체적 진실발견을 위하여 피의자나 피고인의 인권을 침해하더라도 적법하게 해야 하는 강제처분 부과 및 집행절차에 대한 정당성도 있어야 한다. 이는 구속과 압수·수색에서의 법적 절차의 위반 여부가 객관적 판단기준을 통해 일반적·통일적으로 적용되어야 함을 의미한다.

대법원 전원합의체는 형법상 업무방해죄의 정당행위로서 쟁의행위의 절차적 위법성을 판단하는 요건에 대해 목적의 정당성, 수단 방법의 적절성, 그리고 쟁의행위의 주체가 타당하였다고 하더라도, 법률로서 제시된 투표절차를 거치지 않았다면, 설령 투표절차를 거친 것과 같은 실질적인 절차적 권리가 보장되었다고 하더라도 위법한 쟁의행위라고 판단하였다. 이와 같은 취지로 [대상결정]의 절차적 위법성에 대한 판단기준을 제시하면 다음과 같다.

[대상결정]은 피고인 구속과 관련한 사전청문절차의 절차적 위법성은 실질적으로 절차적 권리가 보장되었는지에 따라 판단한다고 하였다. 물론 피고인 구속은 공판 단계에서 이루어지기 때문에, 사전청문절차에서 요구하고 있는 피고인에 대한 변명할 기회가 재판과정상 이루어질 수 있다는 측면에서 위와 같은 절차적 위법성 판단 기준이 제시되고 있다. 그러나 절차적 위법성 판단은 객관성이 담보되어야 하며, 특히 신체의 자유와 같은 기본적 권리의 제한과 관련된 피고인 구속에 있어서는 실질적으로 절차적 권리가 당연히 보장되어야 하고 형식적으로도 절차를 준수해야 한다. [비교결정]의 다수견해가 압수·수색과정에서의 일련의 각 처분들마다 “당사자 참여”가 보장되어야 하며, 선행된 현장압수 및 제1차 처분에서의 당사자 참여가 보장되었다 하더라도, 후의 각 처분에서 당사자 참여가 이루어지지 않았다면, 전체의

압수·수색은 위법하다고 본 것도 형식적으로 위법성 여부를 판단하고 있음을 보여 준다.

IV. 맺는 말

형사소송법은 헌법의 기본원칙을 형사절차에 실현하는 법률이며, 형사소송의 최고이념의 하나인 실체적 진실발견을 위하여 강제처분으로서 구속과 압수·수색 등을 규정하고 있다. 구속과 압수·수색은 헌법 제12조 제1항에 근거하여 형사소송법에서 정하고 있는 사항을 준수하여야 한다. 따라서 법적 절차를 위반한 구속과 압수·수색은 당연히 위법한 것이 되고, 위법한 강제처분을 통해 취득한 증거는 증거능력을 상실하게 된다.

이 논문의 [대상결정]은 피고인을 구속함에 있어 “사전청문절차”를 규정한 제72조를 위반한 것과 관련되어 “실질적으로 절차적 권리”가 보장되었는지 여부에 따른 절차적 위법성의 중대함에 대해 판시하고 있다. 또한 대법원은 실질적 보장의 기준으로서 피고인에게 변명할 기회가 주어졌는지, 사전청문절차가 없다고 하더라도 이와 동일하게 볼 정도의 절차적 권리가 보장되었는지 여부에 따라서 위법성 유무를 판단하여 절차규정의 흠결에 대한 치유가능성을 제시하고 있다. 하지만 이는 정당한 해결이라고 보이지 않는다.

다른 한편으로 대법원은 [비교결정]의 압수·수색에서는 절차적 위법성을 구속에 비해 엄격하게 해석하고 있다. [비교결정]은 예외적 사정으로 인해 무관정보와 함께 정보저장매체 자체를 압수할 경우, 디지털포렌식 센터에서 이루어지는 이미징 단계뿐만 아니라, 그 이후 유관정보를 찾기 위한 과정에서 이루어지는 복제, 복사, 출력 등 전 단계마다 “당사자 참여”라는 법적 절차가 보장되어야 한다고 판시하면서, 현장압수와 이미징 단계에서 “당사자 참여”가 있었다하더라도, 그 이후의 처분절차에서 “당사자 참여”의 흠결이 있었다면 압수·수색 전(全) 단계를 위법한 것으로 보고 있기 때문이다.

이에 이 논문에서는 강제처분으로서의 구속과 압수·수색의 절차적 위법성에 관

한 통일적이지 않는 판단기준에 대해 의문을 제기하며 정당행위로서 “쟁의행위”의 위법여부를 판단하고 있는 대법원의 법리와 비교하여 검토하였다. 2001년 10월 25일 선고한 대법원 99도4837 전원합의체 판결은 쟁의행위의 적법성에 대해 관련규정에 따른 절차를 준수했는지 즉, 형식적 법정절차규정의 준수 여부에 따라 판단하고 있다. 즉 종전의 실질적 판단태도와 달리, 쟁의행위의 목적이 정당하고 수단과 방법이 적절하였다고 하더라도 객관적으로 법령이 규정한 절차를 위반하였다면 그 쟁의행위는 위법한 쟁의행위가 되고 업무방해가 된다.

구속과 압수·수색은 강제처분으로서 형사소송법상 적법한 영장에 의해서만 원칙적으로 가능한 것으로 규정되어 있다. 이는 피의자 또는 피고인의 기본권과 관련되어 있음을 전제로 한다. 특히 제72조가 영국에서 일찍이 확립된 청문주의 원칙인 “자연적 정의”를 근저에 두고 있다고 이해한다면, “사전청문절차”의 위법성 여부를 완화하는 [대상결정]의 태도는 자연적 정의 관념에 반한다. 강제처분과 관련된 규정 위반의 위법성 유무는 엄격하게 해석되는 것이 타당하다. 이러한 견지에서는 [대상결정]보다 [비교결정]의 판단이 우위에 있다고 판단된다. 즉 위 쟁의행위가 정당행위가 되기 위한 요건을 판단하는 대법원의 법리처럼 압수·수색에서뿐만 아니라 구속에 있어서도 절차적 흠결의 위법성 치유여하는 절차적 권리의 ‘실질적 보장’ 유무가 아니라 절차적 권리의 ‘객관적·형식적’ 준수 여하로 판단되어야 한다고 본다.

참고문헌

- 김재곤, 현행 인신구속제도의 문제점과 개선방안, 대구대학교 대학원 박사학위 논문, 2007
- 김현수, “형사소송에서의 적법절차위반과 그 효과에 관한 연구”, 동아법학 제44호, 동아대학교 법학연구소, 2009
- 박성민, “전자정보의 압수수색에 있어 정보검색의 성격과 피압수자 참여권 보장의 의미”, 형사정책 제28권 제2호, 한국형사정책학회, 2016
- 배종대/이상돈, 형사소송법(제7판), 홍문사, 2006
- 서태경, “형사소송법 제106조 제3항 단서에 따른 수사기관의 압수에 관한 검토”, 법학논총 제39권 제3호, 단국대학교 법학연구소, 2015
- 손동권, 형사소송법, 세창출판사, 2008
- 송광섭, 형사소송법, 형설출판사, 2012
- 신동운, 간추린 신형사소송법(제8판), 법문사, 2016
- 윤남근, “불구속피고인에 대한 실행선고와 법정구속”, 불구속재판 시행의 과제, 법원행정처, 1997
- 이완규, “디지털 증거 압수 절차상 피압수자 참여방식과 관련성 범위 밖의 별건 증거 압수방법”, 형사법의 신동향 통권 제48호, 대검찰청, 2015
- 이은모, 형사소송법(제5판), 박영사, 2015
- 이찬엽, “인신구속에 따른 인권보장에 관한 고찰”, 사회과학연구 제17권 제2호, 동국대학교 사회과학연구원, 2010
- 이충상, “변명의 기회 등의 부여와 구금영장 발부결정의 위법 여부에 관한 몇 가지 문제”, 형사재판의 제문제 제4권, 박영사, 2003.12.
- 정 원, “경쟁법상 사전청문절차에 관한 고찰”, 경희법학 제44권 제3호, 경희대학교 법학연구소, 2009
- 한국형사판례연구회 25주년 기념 한국형사정책연구원 공동 국제세미나, 2017
- 홍성찬, “적법절차의 원리와 적용”, 사회과학연구 제10집, 건국대학교 사회정책연구소, 1999

A Critical Study on the Healing Possibility of the Procedural Illegality of a Legal Disposition

- Focused on the Supreme Court Decision of
2015Mo1032 Dated June 14, 2016 -

Kim, Min-ee* · Lee, Kyung-lyul**

Confinement and seizure·search are legal dispositions and these should be conducted in conformance with those required by the Criminal Procedure Code based on the Section 1, Article 12 of the Constitution. Hence, any cases of confinement and seizure·search that are in violation of the legal procedure should naturally be violation examples and any evidences that have been acquired through any legal dispositions should lose the admissibility of evidence. However, the [Object Decision: the Supreme Court Decision of 2015Mo1032 dated June 14, 2016] of this paper is presenting a healing possibility for the matter of violating the Article 72 that requires “the Prior Hearing Procedure” in conducting a confinement.

Regarding this, in this paper, it is attempted to criticize the [Object Decision: the Supreme Court Decision of 2015Mo1032 dated June 14, 2016] that has presented a practical judgment standard about the deficiency of procedural regulations on the basis of the legal principles from the Supreme Court that are judging on whether or not the [Comparison Decision: the Supreme Court Decision of 2011Mo1839 dated July 16, 2015] that has dealt with the nature of procedural violation of seizure·search and the “strikes” as a justifiable act are in violation of the law as to their procedural aspect.

First of all, the [Comparison Decision] construes the nature of procedural violation of seizure·search in its strict sense. In other words, even when there is a deficiency

* Researcher, Korean Institute of Criminology, Ph. D. in Law.

** Professor, Sungkyunkwan University, Ph. D. in Law.

in any part of the legal procedure of “presence of concerned parties” during the process of conducting a seizure·search act, the (complete) steps of the seizure·search act have been viewed to be in violation of the law. Next, with regard to the “strikes” as a justifiable act, the unanimous decision of the Supreme Court 99Do4837 that was sentenced on October 25, 2001 has been providing the basis for making a judgment about the legality of strikes in consideration of their conformance with the formal legal procedures and regulations. This decision bears its meaning in the aspect that the conventional attitude of making a practical judgment on the procedural legality of strikes has been changed.

It is reasonable that the presence of any illegality of violating the regulations concerning the legal disposition is formally construed in its strict sense. In such a viewpoint, it is judged that, in the judgment of the procedural illegality of the violations of regulations as concerned with legal disposition, the [Comparison Decision: the Supreme Court Decision of 2011Mo1839 dated July 16, 2015, unanimous decision] is superior to the [Object Decision: the Supreme Court Decision of 2015Mo1032 dated June 14, 2016]. In addition, as the legal principles of the Supreme Court that determines the requirements for a strike to be a justifiable act, also when conducting a confinement, the healing of the illegality of a procedural deficiency should be judged not by whether the ‘practical guarantee’ of a procedural right is given or not, but by whether a procedural right is being observed ‘objectively and formally’ or not.

- ❖ Keyword: Procedural illegality of a legal disposition, Prior hearing procedure of the Article 72, Healing possibility of the deficiency of procedural regulations, ‘Objective and formal’ observation of a procedural right, Criminal procedure legalism

