

개정 형사소송법상 인권보호와 정의실현 간의 충돌과 타협*

- 제308조의 2 위법수집증거배제법칙을 중심으로 -

김 재 윤
전남대 조교수

< 目 次 >

- I. 머리말
- II. 형사소송상 충돌하는 양대 이념으로서 인권보호와 정의실현
- III. 인권보호와 정의실현 간의 충돌과 타협의 산물로서 위법수집증거배제법칙
- IV. 맺음말

I. 머리말

사법제도 전반에 걸친 개혁 논의가 2003. 12.부터 사법개혁위원회를 중심으로 펼쳐졌고, 그 후 3년이 넘는 기간간 산고를 거쳐 지난 2007. 4. 30. 국회에서 형사소송법일부개정법률안이 본회의를 통과하여 2007. 6. 1. 공포되었다.¹⁾ 형사소송법이 1954년 제정(법률 제341호)된 이후 반세기가 넘는 세월 동안 15차례의 일부 조문에 대한 개정이 있었으나, 이는 대부분 시행과정에서의 문제를 개선하는데 그쳤을 뿐이다. 반면 2008. 1. 1.부터 시행된 개정 형사소송법은 인신구속

* 심사위원 : 천진호, 성낙현, 이정원

1) 개정 형사소송법의 입법과정에 관하여는 이완규, 개정 형사소송법의 쟁점, 탐구사, 2007, 19면 이하; 정웅석, 개정 형사소송법의 평가와 향후과제, 저스티스 통권 제101호, 2007. 12, 207-212면 참조.

절차, 수사절차, 공판절차 전반에 걸친 전면개정이라 할 수 있다. 이번 개정 형사소송법에 대해 법원, 검찰 그리고 입법부는 “피의자·피고인의 인권보호와 실체적 진실발견이라는 양대 이념을 조화시켜 국제 수준에 걸맞은 형사사법 선진화의 기틀을 마련”한 것이라 평가하고 있다.²⁾

그러나 개정 형사소송법에 대해 내려진 “피의자·피고인의 인권보호와 실체적 진실발견이라는 양대 이념의 조화”라는 가치중립적 평가가 적절한 것인지 의문이 아닐 수 없다. 무엇보다 적법절차의 원리에 따른 “피의자·피고인의 인권보호”와 실체적 진실발견을 통한 “형사사법 정의실현”이라는 형사소송의 양대 이념³⁾은 근본적으로 긴장·갈등관계에 있는 것으로 가치중립적으로 평가되는 조화의 대상이라기보다 엄격한 의미에서 타협의 대상으로 봄이 타당하기 때문이다. 즉 인권보호와 정의실현이라는 형사소송의 양대 이념은 한 사회의 정치권력의 변화과정과 그에 따른 민주화의 정도에 따라 어느 한편으로 기울어질 수밖에 없는 속성을 가지고 있다.

개정 형사소송법에서 형사소송의 양대 이념이 첨예하게 상호 충돌하여 타협을 이루어낸 대표적 사안을 찾는다면 제308조의 2에서 규정한 위법수집증거배제법칙이 아닐까 한다. 실제로 제308조의 2의 신설과 과정에서 인권보호의 이념을 강조한 진영⁴⁾에서는 그 동안 학계에서 통설적 입장으로 받아들여지고 판례에 의해 수용되고 있던 위법수집증거배제법칙을 명문의 규정으로 신설하자는 입장이었다. 반면에 실체적 진실발견을 우선시 하는 진영⁵⁾에서는 위법수집증거

2) 법원행정처, 형사소송법 개정 법률 해설, 2007; 법무부, 개정 형사소송법, 2007; 국회법제사법위원회, 제267회 국회(임시회) 법제사법위원회회의록(제5호), 2007. 4. 30, 19면.

3) 국내 형사소송법 교과서에서는 형사소송의 양대 이념으로 적정절차원칙(적법절차원칙)과 실체적 진실발견을 기술하고 있으나, 적정절차원칙과 실체적 진실발견은 형사소송의 ‘목적’(Ziel), ‘과제’(Aufgabe) 또는 ‘기능’(Funktion)으로는 몰라도(Uwe Hellmann, Strafprozeßrecht, 1998, S. 1, Rn. 1ff; Claus Roxin, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl., 1998, S. 2, Rn. 2ff; Klaus Volk, Strafprozeßrecht, 2. Aufl., 2001, S. 3ff) 형사소송법의 제정·해석·적용을 지도하는 최고 목표이며, 그 작용의 가치체계를 구축하는 근본적인 표준을 의미하는 ‘이념’(Idee)으로는 부정확하다고 본다. 즉 형사소송의 이념은 엄밀한 의미에서 적정절차원칙의 준수로 획득하고자 하는 “시민(피의자·피고인)의 인권보호”와 실체적 진실발견(범죄통제)을 통해 달성하고자 하는 “형사사법의 정의실현”이라고 봄이 타당하다고 본다.

4) 대표적으로 대법원(대법원 산하에 설치된 사법개혁위원회와 사법개혁추진위원 포함)을 언급할 수 있다. 대법원은 2004년부터 2006년까지 진행된 사법개혁 논의 과정에서 형사소송법과 관련된 구체적인 논점으로 형사사법절차에서의 피의자·피고인의 인권보장(인신 구속절차의 개선, 변호인의 조력을 받을 권리의 실질적 보장, 공판중심주의적 법정심리절차의 확립, 형사사건 처리절차의 다양화)을 강조했기 때문이다.

배제법칙을 명문 규정화 하는 데에 반대 내지 '중대성'기준과 '사법적 정의'기준을 새롭게 포함시키자고 제안하여 두 진영의 견해가 상호 충돌하였다.⁶⁾ 이러한 양대 이념의 상호 긴장과 충돌은 "적법한 절차에 의하지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다"는 문구로 성급한 타협을 이루어냈으나,⁷⁾ 이러한 타협은 증거배제의 적용범위가 어디까지인가에 대한 구체적인 해결책을 제시하지 못함으로써 위법수집증거배제법칙이 향후 실질적으로 기능할 수 있을가라는 또 다른 문제를 초래케 하였다.

따라서 본 논문에서는 형사소송상 대립·갈등하는 양대 이념 중 인권보호 이념이 여전히 한국 사회에서는 보다 강조되어야 한다는 입장을 바탕으로, 먼저 미국과 영국에서 위법수집증거배제법칙의 수용과정에서 펼쳐진 형사소송상의 이념 갈등을 간략히 살펴보고자 한다(Ⅱ). 다음으로, 개정 형사소송법상 위법수집증거배제법칙의 신설을 둘러싼 충돌과 이 법칙의 구체적 내용, 그리고 문제점과 그 해결방안을 분석하고자 한다(Ⅲ). 결론으로 향후 형사소송법의 과제로서 위법수집증거배제법칙의 구체적 적용범위가 합리적이고 충분한 논의를 바탕으로 마련됨으로써 인권보호와 정의실현이라는 형사소송상 양대 이념에 관한 실질적 타협 내지 균형이 이루어져야 함을 언급하고자 한다(Ⅳ).

Ⅱ. 형사소송상 충돌하는 양대 이념으로서 인권보호와 정의실현

1. 논의 배경

형사소송법의 역사를 뒤돌아 볼 때 인권보호와 정의실현이라는 양대 이념이 첨예하게 충돌한 영역을 찾아본다면 그것은 바로 위법수집증거배제법칙의 영역

5) 대표적으로 법무부와 검찰을 언급할 수 있다. 법무부와 검찰은 형사소송절차의 개혁 방향과 관련하여 대법원이 표방한 피의자·피고인의 인권보장이라는 구호의 편향성을 지적하며 "인권보장과 유죄자 적정처벌이 조화되는 사법적 정의실현"을 하나의 큰 방향으로 설정했기 때문이다.

6) 두 진영 간의 충돌에 대해서 상세히는 아래 Ⅲ. 1. 참조.

7) 국회법제사법위원회, 앞의 회의록, 19면. 위원장 안상수 의원 발언 "모든 게 타협의 산물 이니까 적절하게 서로 조화를 이루고 또 부족한 게 있으면 다음번에 또 그런 부분에 관해서 시정해 나가면 됩니다."

이 아닐까 한다. 한 사회의 법문화공동체를 이끌어 나가는 진영을 실체적 진실 발견을 통한 형사사법의 정의실현을 중시하는 보수적 '법과 질서'(law and order) 진영과 적정절차원칙의 준수에 따른 시민(피의자·피고인)의 인권보호를 중시하는 '진보적·시민적 자유' 진영으로 거칠게 나눌 수 있다면, 전자의 진영에서 위법수집증거배제법칙은 효과적인 실체적 진실발견의 가장 큰 걸림돌이겠지만 반대 진영에서 위 법칙은 국가권력의 자의적 행사와 남용을 방지하고 시민의 자유를 보호하기 위해 결코 포기할 수 없는 수단일 수밖에 없다. 위법수집증거배제법칙을 둘러싼 양대 이념의 충돌과 갈등은 미국과 영국 법학계에서 '효용 중심의 법학'(utility-based jurisprudence)과 '권리 중심의 법학'(right-based jurisprudence)이라는 법철학적 기초를 토대로 하여 진행되어 왔고,⁸⁾ 양대 이념이 적절히 조화를 이룰 수 있으리라는 소박한 기대와 달리 한 사회의 정치권력의 변화과정과 그에 따른 민주화의 정도에 따라 어느 한 진영의 승리로 귀결될 수밖에 없는 속성을 가지고 있다고 본다([그림 1] 참조). 이처럼 미국과 영국에서 위법수집증거배제법칙의 형성과 변모의 과정 속에서 나타난 양 진영의 대결을 간략하게나마 살펴보는 이유는 개정 형사소송법상의 위법수집증거배제법칙이 향후 어떠한 모습으로 정립되어가야 하는가라는 방향을 제공할 수 있기 때문이다.

[그림 1] 긴장·갈등 관계에 있는 형사소송상 양대 이념



8) 이에 관한 상세한 분석으로는 조국, 위법수집증거배제법칙, 박영사, 2005, 493-512면 참조.

2. 미국에서 인권보호와 정의실현 간의 충돌과 타협

‘위법수집증거배제법칙’(Exclusionary Rule)은 위법한 절차에 의하여 수집된 증거와 그 증거를 원인으로 하여 얻어진 부수적 증거들에 대하여 증거능력을 부인하는 법리를 말하며, 미국 연방대법원이 1886년 Boyd 사건⁹⁾에서 위법수집 증거배제의 원칙을 처음 선언한 이래, 1914년 Weeks 사건¹⁰⁾에서도 이 원칙을 재확인하였다. 이후 위법수집증거배제법칙은 1960년대 진보적인 Warren 대법원장이 주도한 형사절차의 혁신과 맞물려 1961년 Mapp 사건¹¹⁾에 의해 연방사건 뿐만 아니라 주(州)차원의 사건에도 이 법칙이 적용됨으로써 미국 증거법상 움직일 수 없는 원칙으로 확립되었다.

그러나 이후 보수적인 Burger/ Rehnquist 대법원장 시기에는 자동적·의무적 위법증거배제가 범죄의 배양소가 되었다는 비판과 함께 한편으로 위법수집증거 배제법칙은 헌법의 요청이라기보다는 수정 헌법 제4조의 권리를 보호하기 위해 ‘사법적으로 창조된 구제책’(a judicially created remedy)에 지나지 않으며, 다른 한편으로 사법의 연결성의 제한적 역할과 위법수사의 억지를 최고 목적으로 파악하는 등의 중대한 변경이 가해졌다. 위법수집증거배제법칙에 대한 보수파 법원의 이와 같은 이해방식은 바로 ‘선의의 신뢰의 예외’(good faith exception), ‘독수과실의 원리’(fruits of the poisonous tree-doctrine), ‘독립출처의 예외’(independent source exception) 등 여러 가지 예외를 창설 또는 확대하였고,¹²⁾ 그 결과 위법수집증거배제법칙을 계속 ‘법칙’이라고 언급하기 곤란할 정도에 이르고 있다.¹³⁾

9) Boyd v. U.S., 116 U.S. 616(1886).

10) Weeks v. U.S., 232 U.S. 383(1914). 이 사건은 우편을 위법하게 이용한 연방법위반사건으로 연방대법원은 “위법하게 압수된 물건을 시민인 피고인에게 불이익한 증거로 이용하는 것을 인정한다면 불합리한 압수·수색을 받지 않을 권리를 시민에게 보장하는 미국 수정 헌법 제4조는 무의미하게 된다”고 판시하여 위법수집증거배제법칙이 연방헌법의 요구임을 명백히 하였다.

11) Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643(1961). 이 사건은 피고인의 동의나 법원의 영장 등 아무런 정당한 근거 없이 피고인의 집에 들어가 도피범을 찾지 못하고 부수적으로 발견한 음란물을 발견한 후 피고인을 음란물 소지죄로 기소한 사건으로 연방대법원은 “수정 헌법 제4조의 privacy의 권리는 제14조의 due process 조항의 본질적 내용을 이루므로 증거배제법칙은 주(州)에도 적용된다”고 판시하였다.

12) 이러한 예외에 대한 상세한 설명으로는 안성수, 각국의 위법수집증거 배제법칙과 우리법상 수용방안, 저스티스 통권 제96호, 2007. 2, 202-211면 참조.

이처럼 미국에서 위법수집증거배제법칙을 둘러싼 보수 진영과 진보 진영의 찬반논쟁은 여전히 현재 진행형으로 남아 있는데,¹⁴⁾ 그 반대 논거로는 이 법칙이 실체적 진실발견이라는 형사소송의 근본기능을 방해하고, 명백히 유죄인 범죄인을 풀어주며 그들로 하여금 계속 범죄행위를 범하게끔 하는 '도착적'(perverse) 법칙이라는 점, 위법수집증거의 증거능력을 배제함으로써 사법의 효율성을 저해하고, 범죄자 그룹을 보호하며, 사회를 보호하기 위하여 열심히 일하는 수사관을 범죄자 보다 더 큰 위험에 두게 된다는 점, 위법한 증거를 사용하는 것은 그 피해자인 시민에게 실질적으로 아무런 도움도 주지 않으면서, 위법한 수사행위를 한 자에 대하여는 사실상 명목적인 위협만 가하게 되는 것이라는 점,¹⁵⁾ 이 법칙에 의해 시민의 프라이버시가 보호되는 이득은 그것이 수반하는 정치적 적대감과 경감되는 범죄통제에 의해 무색해지고, 경찰관이 범한 실수의 정도에 비해 범죄인에게 떨어지는 '횡재'(windfall)가 너무 크다는 점 등이 언급되고 있다.

이에 대해 진보 진영은 실체적 진실발견은 절대적 가치가 아니며 절차적 정의라는 다른 목적과 타협 속에서 제한되는 것이므로, 진실발견이 왜곡된다 할지라도 이는 진실을 자기의식적으로 희생하는 것에 다름 아니며, 위법수집증거의 사용은 사적 개인의 유죄확정을 위하여 정부가 범죄를 범할 수 있다고 선언하는 것에 지나지 않는다고 반박한다. 나아가 위법수집증거배제법칙의 이득과 손실을 비교하는 접근방식은 이 법칙의 본질을 오해한 데서 비롯된 것으로 범죄인에게 떨어지는 횡재가 큰 사건의 경우 분명한 도덕적 손실이 존재하지만 "그 손실은 바로 헌법이 기꺼이 감수하려는 손실"이며, 손실이 크다는 이유로 위법수집증거배제법칙을 적용하지 않는다면 헌법적 보장의 의미 자체가 파괴된다는 것이다.

위법수집증거배제법칙을 둘러싼 보수 진영과 진보 진영의 충돌은 보수파 연방대법원과 진보적 위법수집증거배제법칙의 공존이라는 타협을 이루어냈다. 즉 보수파 연방대법원은 위법수집증거배제법칙에 대한 많은 예외를 창설 또는 확대시킴으로써 수정 헌법 제4조가 범죄통제를 심각하게 방해하지 못하도록 이를

13) 조국, 앞의 책, 48-52면.

14) 이하 조국, 앞의 책, 35-62면 참조(원전에 대한 별도의 인용은 생략함).

15) Donald Dripps, The case for the contingent exclusionary rule, 38 Am. Crim. L. R. 1, 2001, pp. 5-6. 안성수, 앞의 논문, 201면 각주65)에서 재인용.

연화(軟化)시키면서도, 그 골간은 여전히 “자동적·의무적 증거배제”로써 예외법칙에 해당되는 경우 외에는 “경찰관의 피의자의 권리 침해 정도, 검찰 측의 사건에 대한 영향, 경찰관의 법규에 대한 혼동 등과 무관하게” 위법수집증거는 자동적으로 배제하는 방식을 취하여 수정 헌법 제4조를 위한 최소한의 장치를 보유하고자 하였다. 그리고 위법수집증거배제법칙의 대안으로 민사배상과 경찰 조직 내부로부터의 규율통제가 제시되었지만 그 실효성이 의심스럽고, 입법부 또한 대안 제시에 실패해 온 상황에서 보수파 연방대법원으로서 여러 문제가 있지만 진보적 위법수집증거배제법칙 자체를 폐기할 수는 없었던 것이다.¹⁶⁾

3. 영국에서 인권보호와 정의실현 간의 충돌과 타협

영국에서는 19세기까지만 해도 전통적인 코먼 로(Common Law)에 따르면 위법하게 수집된 비진술증거를 ‘신빙성 기준’(reliability test)에 의하여 판단하여, “관련 있고 신빙성 있는 증거는 그 유래를 불문하고 증거로 사용할 수 있다”는 입장이었다. 증거를 취득하는 과정에서 수사관의 불법이 있었다면 피해자는 수사 담당자나 그 상급자 혹은 국가를 상대로 민사상 손해배상을 청구하는 방법으로 해결해야 하고, 증거의 증거능력을 다툴 수는 없었다. 그러나 20세기에 들어서면서부터 법원이 위법하게 수집한 비진술증거를 배제할 수 있는 재량을 인정하였으나, 그 재량은 기망, 위협, 유혹 등의 경우에 제한되는 ‘재량적 배제법칙’(discretionary rule of exclusion)을 견지해 왔다. 다만 법원이 실제로 증거수집 절차상의 위법을 이유로 증거능력을 배제하는 예는 거의 찾아볼 수 없었다.¹⁷⁾

영국에서 위법수집증거배제법칙은 1984년 ‘경찰 및 형사증거법’(Police and

16) Burger 대법원장은 “의미 있는 대안”이 없는 상황에서 Mapp 판결을 파기해서는 안된다고 경고하면서, “Weeks 판결과 Mapp 판결을 파기하는 것은 … 새로운 문제를 야기할 수 있다. 법집행기관 요원들이 경찰에 대한 모든 헌법적 규제가 여하튼 제거되었다고, ‘범죄인’에 대한 수렵기(open season)가 선포되었다는 잘못된 인상을 갑자기 갖게 된다면 이는 공공의 이익에 제대로 기여하지 못할 것임이 분명할 것이다. 나는 증거배제법칙을 전면 파기함으로써 그러한 잘못된 인상이 자라나지 않아야 함을 염려하는 것이다.”라고 하였다고 한다. Bivens, 403 U.S. at 420-21(Burger, C.J., dissenting). 조국, 앞의 책, 62면에서 재인용.

17) 안성수, 앞의 논문, 188-189면; 이종갑, 사인이 위법하게 수집한 증거와 위법수집증거배제법칙, 법학연구 제15집 제1호, 경성대학교 법학연구소, 2007, 205-206면; 조국, 앞의 책, 75-78면.

Criminal Evidence Act of 1984, 약칭 PACE) 및 그 부속규정인 여러 '실무규정'(Codes of Practice)에 의해 실질적으로 정립되기 시작한 것으로 보인다. 즉 PACE 제78조 제1항은 '불공정한 증거의 배제'(Exclusion of unfair evidence)라는 제목 하에 "법원은 모든 재판과정에서 증거가 획득된 상황을 포함한 모든 정황을 고려하여, 증거의 증거능력을 인정하면 재판절차의 공정성에 부정적 영향을 미치게 되어 증거의 증거능력을 배제하여야만 한다고 판단하는 경우에는 검찰이 제출한 증거의 증거능력을 인정하지 않을 수 있다."고 규정하고 있다.¹⁸⁾ 법원의 재량에 따라 증거능력을 결정하도록 한 것이다.¹⁹⁾

미국에서와 마찬가지로 영국에서도 이러한 PACE와 실무규정²⁰⁾의 제정에 앞서 범죄율의 증가와 직업적 범죄인의 등장을 주목하여 '법과 질서'를 강조하는 보수 진영과 '시민적 자유'를 강조하는 진보 진영은 코먼 로 형사절차의 혁신을 담을 법률제정을 둘러싸고 자신에게 유리한 입법을 성취하기 위하여 한 치의 양보도 없이 충돌하였다.²¹⁾

보수 진영은 전통적 당사자주의가 진실발견이라는 목표를 방해하고 재판을 '크리켓 게임'으로 만들어 버림으로써 효과적 범죄통제를 성취하는 데 방해가 되고 있다고 비판한다. 이 진영은 당사자주의 개념은 재판 이전단계에는 정당한 역할을 가질 수 없고, 위법수집증거배제법칙은 최소한으로 제한 적용되어야 한다고 주장한다.

반면에 진보 진영은 증가하는 오판(miscarriage of justice)과 경찰부패에 주목하면서 형사절차의 목적은 효과적 범죄통제가 아니라 권력남용의 방지와 개인의 자유보호라고 강조한다. 이 진영은 재판의 목적은 소추자측이 특정인에 대하여 특정한 주장을 입증할 수 있는가의 여부를 판단하는 것이며, 당사자주의

18) PACE 제78조에 대한 상세한 분석으로는 안성수, 앞의 논문, 194-198면 참조.

19) 그러나 이 규정에 대하여서는 어떤 경우에 증거로 할 수 없는지 그 기준이 애매모호하다는 비판이 있다. 즉 판사는 개개 사건의 특정한 경우에 있어 증거를 사용하게 되면 공정성에 부정적 영향을 미쳐 증거능력을 부정하여야 하는지에 관하여 재량을 가지고 판단하게 되는데, 이러한 구체적 상황은 개별 사건에 있어 각각 상이한 것이므로 판사는 유사한 상황에 있어서도 서로 다른 결정을 내릴 수 있게 되어 결국 일정한 기준을 제시하는 것이 어렵게 될 것이라는 지적이다. David Ormerod, The evolution of the discretionary exclusion of evidence, *Crim. L. R. Oct.*, 2004, 777면. 안성수, 앞의 논문, 각주24)에서 재인용.

20) PACE와 실무규정에 대한 개략서로는 Michael Zander, *The police and Criminal Evidence Act 1984*, 1990 참조.

21) 이하 조국, 앞의 책, 81-83면 참조(원전에 대한 별도의 인용은 생략함).

개념은 형사사법절차 전(全) 단계에 걸쳐 실현되어야 한다고 주장한다. 그리고 이들은 위법행위를 한 경찰관에 대한 민·형사소송이 효과가 없음을 주목하면서 위법수집증거배제야말로 유일한 경찰관의 위법행위에 대한 억제(deterrence) 수단임을 강조한다.

이러한 두 진영 간의 논쟁 속에서 실체적 진실발견을 통한 정의실현(범죄통제)과 적정절차원칙의 준수에 따른 시민의 인권보호라는 두 가치 간의 타협의 산물로 탄생한 것이 바로 PACE와 실무규정이다. 하지만 '경찰의 힘과 시민의 권리 사이에 지렛점'(fulcrum)을 발견하는 것이 어느 때든 어려운 일임에 틀림이 없음을 인정하더라도 이러한 타협은 '법과 질서' 진영과 '시민적 자유' 진영 양측 어느 쪽도 만족시킬 수 없는 결과를 초래했다. 즉 전자 측으로부터는 경찰권의 제한에 대하여, 후자 측으로부터는 경찰권의 확장에 대하여 상충되는 불평을 들어야만 한 것이다.

그러나 영국에서 PACE와 실무규정의 제정을 둘러싸고 벌인 보수 진영과 진보 진영 간의 치열한 논쟁은 묵비권의 중대한 제약²²⁾을 담은 1994년 '형사사법과 공공질서법'(Criminal Justice and Public Order Act of 1994, 약칭 CJPOA)의 제정으로 보수 진영의 승리로 끝을 맺고 있다. 이러한 CJPOA의 제정은 미국과 달리 '권리장전' 같은 명문의 헌법적 보장이 없는 영국의 경우 어떠한 코몬 로상의 권리도 공리주의적 비용-이득 분석에 의하여 폐지될 수 있음을 극명하게 보여준 사례이다.²³⁾

4. 소 결 - 시사점

영미법학계에서 위법수집증거배제법칙은 도입과 적용범위의 확대 및 축소를 둘러싸고 '법과 질서'를 강조하는 보수 진영과 '시민적 자유'를 강조하는 진보 진영 간에 1세기 이상의 치열한 논쟁을 거쳐 증거법상 포기할 수 없는 성과물로 자리잡아가고 있다. 이러한 논쟁사 속에서 다음과 같은 시사점을 도출해 낼

22) 기존 '22자 경고'(당신이 말하기를 원하지 않는다면 말할 필요가 없다. 당신이 말한 것은 증거로 사용될 수 있다.)를 '37자 경고'(당신은 아무 것도 말할 필요가 없다. 그러나 당신이 신문 당시 언급하지 않은 사항을 이후 법정에서 제기한다면 이는 당신의 변호에 해를 입힐 것이다. 당신이 말하는 어떤 것도 증거로 사용될 수 있다.)로 대체함으로써 피의자·피고인의 묵비권 행사로부터 '불리한 추론'(adverse inference)을 허용한다.

23) 조국, 앞의 책, 89-92면 참조.

수 있다.

첫째로, 현대 민주주의 형사절차의 규범 내부에는 인권보호와 정의실현이라는 양대 이념이 항상적인 갈등·긴장 관계로 남아 있으며, 이러한 양대 이념 간의 충돌은 위법수집증거배제법칙을 통해 극명하게 드러나고 있다는 점이다. 다음으로, 양대 이념 간의 이러한 긴장·갈등 관계는 한 사회의 법문화공동체가 당대의 시대적 요청을 수용·반영하고 보수 진영과 진보 진영 간의 역학관계에 의해 영향을 받으며 때로는 절충적으로, 때로는 어느 한 진영의 일방적인 승리로 해소될 수 있다. 다만 이러한 어느 한 진영의 일방적 승리는 잠정적인 것으로 새로운 시대적 요청에 의해 언제든지 변화할 수 있다는 점이다. 마지막으로, 형사절차에 대한 개혁의 시도는 양대 이념의 조화와 같은 가치중립적인 방식일 수 없고 언제나 가치지향적인 모습을 나타낼 뿐이라는 점이다.

그렇다면 이러한 시사점을 바탕으로 개정 형사소송법 제308조의 2의 신설에 의해 명문의 법적 근거를 마련하게 된 위법수집증거배제법칙이 미국과 영국에서와 같이 보수 진영과 진보 진영 간에 치열한 논쟁을 거쳐 현재의 시대적 요청이 무엇인가를 충분히 수용·반영한 타협물인지, 나아가 어떠한 가치지향점을 선택한 결과인지를 검토할 필요가 있다.

III. 인권보호와 정의실현 간의 충돌과 타협의 산물로서 위법수집증거배제법칙

1. 위법수집증거배제법칙 신설을 둘러싼 충돌

위법수집증거배제법칙과 관련하여 그동안 학계에서는 명문의 규정은 없으나 진술증거와 비진술증거를 불문하고 위법수집증거의 증거능력은 배제되어야 한다는 데에 견해가 일치되어 있고,²⁴⁾ 다만 그 인정범위에 대하여 여러 견해가 제

24) 강구진, 형사소송법원론, 학연사, 1982, 506면; 김기두, 형사소송법, 박영사, 1987, 132면; 배종대·이상돈, 형사소송법, 홍문사, 2006, 569면; 백형구, 형사소송법강의, 박영사, 1996, 593면; 서일교, 형사소송법, 박영사, 1979, 150면; 신동운, 형사소송법, 법문사, 2007, 131면; 신양균, 형사소송법, 법문사, 2004, 675면; 신현주, 형사소송법, 박영사, 2002, 646면; 손동권, 형사소송법, 세창출판사, 2008, 547면; 이영란, 한국형사소송법, 숙명여자대학교출판국, 2006, 706면; 이재상, 신형사소송법, 박영사, 2007, 529면; 정영석·이형국, 형사소송법, 법문사, 2007, 328면; 정웅석, 형사소송법, 대명출판사, 2007, 834면; 차용석·최용성, 형사소송법, 세영사, 2004, 498면.

시되고 있다.²⁵⁾

대법원은 위법수집증거에 대해 그동안 진술증거와 비진술증거를 구별하여 진술증거의 경우에는 위법수집증거배제의 원칙을 폭넓게 인정하여 왔다.²⁶⁾ 반면에 비진술증거에 대해서는 “불법하게 압수한 증거물이라고 하더라도 물건자체의 성질·형상에는 변경이 없어 증거가치에는 변함이 없다”(이른바 ‘형질·형상불변론’)는 이유로 위법수집증거배제법칙을 인정하지 않는 태도를 보여 왔다.²⁷⁾ 이와 달리 학설상으로는 헌법이 규정하고 있는 적법절차와 인권보장의 정신을 구현하기 위해서는 위법수집증거의 증거능력을 부정하는 것이 타당하고, 임의성이 없는 자백의 증거능력을 부정하는 취지는 비진술증거인 증거물에 대해서도 타당하다는 점을 근거로 대법원 판례의 입장을 비판하고, 비진술증거인 증거물에 대해서도 위법수집증거배제법칙이 적용되어야 한다는 데에 견해가 일치되어 있다.

이러한 그간의 논의 상황을 바탕으로 피의자·피고인의 인권보장을 강조한 진영으로 대표되는 사법제도개혁추진위원회는 2005년 7월 증거법 관련 형사소송법 개정안을 작성하면서 위법수집증거배제법칙을 신설하였다. 원래 사개추위안의 조문은 “위법하게 수집한 증거는 증거로 할 수 없다”는 문구였으나, 사개추위 5인 소위원회회의 논의과정에서 ‘위법’이란 문구의 해석에 있어 검찰과 시민단체의 견해 대립이 있자 신동운 교수가 피의자·피고인의 방어권보장과 실제적 진실발견이라는 두 가지 원리가 충돌하는 과정에서 절충점으로 헌법 제12조의 적법절차 조항을 참고하여 ‘적법한 절차’를 제안하였고, 격론 끝에 표결에 붙여 4대 1로 “적법한 절차에 의하지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다”로 확정되었다.²⁸⁾

25) 이완규, 사개추위안의 위법수집증거배제원칙에 대한 검토, 비교형사법연구 제8권 제1호, 2006, 606면; 백형구, 이재상, 정웅식 교수는 ‘중대한 위법’을 요구한다.

26) 대표적으로 판례는 변호인의 접견교통권을 침해하여 획득한 피의자신문조서(대법원 1990.9.25. 선고, 90도1586 판결), 진술거부권을 고지하지 않고 작성된 피의자신문조서(대법원 1992.6.26. 선고, 92도682 판결), 긴급체포의 요건을 구비하지 아니한 상태에서 획득한 피의자신문조서(대법원 2002.6.11. 선고, 2000도5701 판결)의 증거능력을 부인하였다.

27) 대법원 1968.9.71. 선고, 68도932 판결. 같은 취지로는 대법원 1987.6.23. 선고, 87도705 판결; 대법원 1994.2.8. 선고, 93도3318 판결; 대법원 1996.5.14. 선고, 96초88 결정 등이 있다.

28) 반대 의견을 낸 이준보 대검 기획조정부장은 “위법하게라는 문구는 적법절차라는 문구로 대체하여 해결하더라도, 외국의 판례나 입법례에 비추어 볼 때 증거로 함이 사법적

이러한 사개추위안 및 같은 내용을 담고 있는 법무부 개정안에 대해 실체적 진실발견을 우선시 하는 진영으로 대표되는 검찰에서는 이 조문의 의미가 명확하지 않고 해석의 폭이 넓은 '적법한 절차'를 사용하고 있다고 비판하며, '중대성'기준과 '사법적 정의'기준을 새롭게 포함하여 "위법하게 수집된 증거는 위법이 중대하고 이를 증거로 함이 사법적 정의에 반할 때에는 증거로 할 수 없다"는 수정안을 제안하였다.²⁹⁾ 안성수 검사 역시 "이 같은 내용의 입법례를 찾기 어렵다"는 점을 지적하며, "부득이 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, 예외 사유를 명시하는 등으로 배제범위를 제한하고, 불필요한 오해가 없도록 해야 한다"고 비판적 견해를 주장하였다.³⁰⁾ 같은 입장에서 이재상 교수는 2006년 9월 25일 국회 법제사법위원회가 개최한 '바람직한 형사사법 절차에 관한 공청회'에 참석하여 "증거재판에 대한 규정은 당연한 규정에서 지나지 아니하고, 또 위법수집증거배제법칙을 명문화한 것은 사실은 입법화할, 명문으로 규정할 증거법칙은 아니라고 생각합니다."는 의견을 제시하였다.³¹⁾

반면에 한국형사법학회³²⁾는 개정안의 조문에 대해 "... 종래 물적 증거에 대해 위법하게 수집된 것이라도 증거능력을 부여해 왔던 실무의 관행을 규제할 수 있고 적용범위의 문제는 이론과 판례를 통해 자연스럽게 정해질 것으로 규정 자체를 문제로 삼을 필요는 없고 나름의 타당성을 지니는 입법"으로 긍정적인 평가를 하였다.³³⁾ 하태영 교수도 개정 형사소송법 제308조의 2가 법조문 및 해석상의 문제점을 지니고는 있지만 적법절차에 의하지 않고 수집된 진술증거

정의에 반할 정도로 중한 경우에 증거배제를 해야 한다는 검찰 의견도 반영되어야 한다"고 주장하였다. 사개추위 5인 소위원회의 상세한 논의 과정은 이완규, 앞의 책, 425-426면 참조.

29) 이완규, 앞의 책, 408, 423, 425-426면; 이완규, 앞의 논문, 596, 610, 614면.

30) 안성수, 앞의 논문, 236면. 이종갑 교수 역시 안성수 검사의 견해를 지지하며 '위반 경위'와 '증거의 중요성'은 반드시 같이 고려되어야 할 부분임을 언급하고 있다(이종갑, 앞의 논문, 219-220면).

31) 국회법제사법위원회, 제262회 국회정기회 법제사법위원회회의록, 바람직한 형사사법 절차에 관한 공청회, 2006. 9. 25, 12면.

32) 한국형사법학회를 인권보호를 강조하는 대표적 진영으로 보기는 어렵다. 왜냐하면 학회의 특성상 여러 이념적 스펙트럼을 가진 학자들이 참여하는 조직이기 때문이다.

33) 형사사법학회, 법무부 형사소송법 개정안에 대한 한국형사사법학회 의견, 형사법연구 제 25호, 2006, 415면.

와 비진술증거에 대해 모두 증거능력을 배제하는 명문규정을 가지게 되었다는 측면에서 상당한 의미가 있는 것으로 평가하고 있다.³⁴⁾

한편, 국회는 개정 형사소송법 제308조의 2 위법수집증거배제법칙에 대해 두 진영 간의 상반된 견해가 충돌하고 있음에도 불구하고, 특별한 논의 없이 정부의 제출안대로 통과시켰다.

2. 위법수집증거배제법칙의 구체적 내용

개정 형사소송법 제308조의 2에서 규정한 위법수집증거배제법칙의 구체적 내용은 크게 두 가지로 볼 수 있다. 하나는 헌법이 보장하고 있는 적법절차의 원칙을 증거법에 구체화하여, '적법한 절차에 의하지 아니하고' 수집된 증거의 증거능력을 배제함으로써 증거수집절차의 적법성을 제고하도록 한 점이다. 다른 하나는 증거의 수집단계가 끝나면 평가단계로 넘어 가는데, 결국 구체적 사안에서 어떤 한 증거를 사용할 것인가라는 위법수집증거배제의 적용범위의 문제가 제기된다. 이와 관련하여 개정 형사소송법 제308조의 2는 법원에게 판단의 여지를 남겨둠으로써, 향후 새로운 불씨를 두고 있다.³⁵⁾

3. 위법수집증거배제법칙의 문제점 및 해결방안

1) 문제점 - 도입과정의 졸속성과 적용범위의 모호성

위법수집증거배제법칙은 그 신설과정에서 인권보호를 강조하는 진영과 실체적 진실발견을 강조하는 진영 간에 충분하고도 치열한 논의의 장이 마련되지 않은 상태에서, 그리고 국회에서조차 특별한 논의 없이 입법화되다보니 그 실효성에 대한 논란이 계속해서 제기되고 있다.

우선, 어렵게 마련된 위법수집증거배제법칙이 시행되기도 전부터 그 실효성에 대해 의심을 품게 만든 가장 커다란 원인으로 그 도입과정의 졸속성을 언급하지 않을 수 없다.³⁶⁾ 앞서 언급한 바와 같이 위법수집증거배제법칙은 형사소송상

34) 하태영, 개정 형사소송법 제308조의 2 위법수집증거배제법칙의 법적 의미와 적용범위, 형사법연구 제19권 제4호, 2007, 160면.

35) 하태영, 위의 논문, 162-163면; 법원행정처, 앞의 책, 124-125면.

인권보장과 정의실현이라는 양대 이념이 첨예하게 충돌하는 영역으로 양대 이념을 대변하는 진보 진영과 보수 진영 간의 충분하고도 치열한 논의의 장이 마련되고 그러한 논의 결과를 바탕으로 일정한 가치지향점을 선택하여 입법화되어야 할 사안이다. 그럼에도 불구하고 위법수집증거배제법칙의 도입에 대한 논의는 사법개혁위원회 3차 회의(2004. 3.), 사법개혁추진위원회 5차 5인 소위원회(2005. 6. 17.) 및 국회 법제사법위원회 개최 ‘바람직한 형사사법절차에 관한 공청회’(2006. 9. 25.)가 전부였다. 개정논의의 절차구성과 관련하여 “과거와 달리 비교적 각계의 의견을 수렴하고 노력함으로써 개정절차의 정당성 측면에서 상대적으로 진일보한 모습을 보였다”³⁷⁾는 긍정적 평가도 내릴 수 있겠으나, 법안의 중요성에 비추어 본다면 입법과정에서 논의가 지나치게 미흡했다는 비판을 면하기 어렵다.

다음으로, 제308조의 2는 인권보호와 정의실현이라는 양대 이념의 긴장·갈등 관계를 ‘적법한 절차’라는 개념으로 성급히 타협하여 해소하고자 하였으나, 이 개념의 모호성 내지 추상성으로 인해 증거배제의 적용범위가 어디까지인가에 대한 구체적인 해결책을 제시하는 데에 실패하였다. 이로 인해 위법수집증거배제법칙이 향후 실질적으로 기능할 수 있을가라는 중대한 문제가 제기된다.³⁸⁾

2) 적용범위에 관한 문제의 해결방안

개정 형사소송법 제308조의 2는 인권보호와 정의실현 간의 이념 충돌에 있어 현 한국 사회의 시대적 요청이 실체적 진실발견을 통한 정의실현이라기 보다 피의자·피고인의 인권보호라는 점을 반영·수용한 타협의 산물로서 바람직한 방향의 가치결단이라고 본다. 그러나 이러한 가치결단이 상징성과 선언적 의미를 확보하는데 그치지 않고, 정당성과 실효성을 확보하기 위해서는 문제점으로 지적된 위법수집증거배제의 적용범위에 관한 구체적·실질적 기준이 시급히 마련되어야 한다. 이러한 구체적 기준의 마련에 있어 기존의 헌법재판소와 대법원의 판결 내용이 우선적으로 고려되어야 하고, 미흡한 부분은 체계적인 이론의

36) 위법수집증거배제법칙의 성안과정의 졸속성에 관한 상세한 지적으로는 이완규, 앞의 책, 422-427면 참조.

37) 변종필, 형사소송법 개정의 역사와 전망, 형사법연구 제19권 제3호, 2007, 80면.

38) 이에 대한 상세한 논의로는 안정수, 앞의 논문, 235-236면; 이완규, 앞의 논문, 610-614면; 정웅석, 앞의 논문, 229-230면 참조.

정립을 통해 해결되어야 할 것이다.

(1) 헌법재판소와 대법원의 판결에 기초한 해결

우선, 개정 형사소송법 제308조의 2는 '적법한 절차'라는 모호한 개념을 사용하고 있는데, 적법절차의 원칙과 관련한 최근 헌법재판소의 결정은 이러한 개념의 모호성을 해소하기 위한 중요한 준칙이 될 것으로 예상된다. 즉 헌법재판소는 "헌법 제12조 제1항은 ... 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다고 하여 적법절차 원칙을 규정하고 있는데, ... 적법절차원칙에서 도출할 수 있는 가장 중요한 절차적 요청 중의 하나로, 당사자에게 적절한 고지를 행할 것, 당사자에게 의견 및 자료 제출의 기회를 부여할 것을 들 수 있겠으나, 이 원칙이 구체적으로 어떠한 절차를 어느 정도로 요구하는지는 일률적으로 말하기 어렵고, 규율되는 사항의 성질, 관련 당사자의 사익(私益), 절차의 이행으로 제고될 가치, 국가작용의 효율성, 절차에 소요되는 비용, 불복의 기회 등 다양한 요소들을 형량하여 개별적으로 판단할 수밖에 없을 것이다."³⁹⁾고 결정하였다.

그리고 대법원은 제308조의 2가 시행되기 전인 2007년 11월 15일 비진술증거에 대한 기존의 '형질·형상불변론'을 폐기함으로써 위법수집증거배제법칙의 실질적 적용범위를 확대하는 전원합의체판결을 내렸다. 즉 대법원은 법에 정한 절차에 따르지 아니하고 수집된 압수물에 대해 "헌법과 형사소송법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 기본적 인권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않은 것으로서 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다."⁴⁰⁾고 판시하였다. 그러나 대법원은 적법한 절차에 따르지 않고 수집한 압수물의 증거능력이 언제나 부정되는 것은 아니라, "형식적으로 보아 정해진 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거라는 이유만을 내세워 획일적으로 그 증거의 증거능력을 부정하는 것 역시 헌법과 형사소송법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련한 취지에 맞다고 볼 수 없다. 따라서 수사기관의 증거 수집 과정에서 이루어진

39) 헌재 2006.5.25. 선고, 2004헌바 12 결정 (밑줄은 인용자 강조 이하 동일). 이 판결에 대한 자세한 평석으로는 윤종행, 적법절차를 따르지 아니하고 수집한 압수물의 증거능력, 형사법연구 제19권 제4호, 2007, 329면 이하; 조국, 위법수집증거배제법칙의 채택, 법률신문 제3605호, 2007. 11. 26, <<http://www.lawtimes.co.kr/LawPrint/Print/PrintContent.aspx?serial=830&mf=junpp>> 참조.

40) 대법원 2007.11.15. 선고, 2007도3061 판결(전원합의체판결).

절차 위반행위와 관련된 모든 사정 즉, 절차 조항의 취지와 그 위반의 내용 및 정도, 구체적인 위반 경위와 회피가능성, 절차 조항이 보호하고자 하는 권리 또는 법익의 성질과 침해 정도 및 피고인과의 관련성, 절차 위반행위와 증거수집 사이의 인과관계 등 관련성의 정도, 수사기관의 인식과 의도 등을 전체적·종합적으로 살펴 볼 때, 수사기관의 절차 위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 아니하고, 오히려 그 증거의 증거능력을 배제하는 것이 헌법과 형사소송법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실제적 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.”고 판시하여 예외적 증거능력 부여 가능성을 인정하고 있다.

이러한 헌법재판소의 결정과 대법원의 판결은 향후 개정 형사소송법 제308조의 2의 해석·적용에 관한 기준이 될 수 있다는 점뿐만 아니라 수사기관의 압수수색을 비롯한 다양한 수사 활동에 큰 영향을 미칠 수 있다는 점에서 상당한 의미가 있다. 그러나 이들 결정과 판결은 적법한 절차의 해석과 비진술증거의 예외적 증거능력 부여에 있어 독일의 ‘이익형량이론’(Abwägungstheorie)⁴¹⁾으로의 해결을 시도하고 있을 뿐 국가기관(법원, 검찰, 경찰)과 사인(개인, 사설홍신소)에 의해 위법하게 수집된 증거의 증거능력,⁴²⁾ 위법하게 수집된 진술증거와 비진술증거의 증거능력, 독수과실이론 적용 여부, 위법수집증거와 탄핵증거, 그리고 위법수집증거와 증거동의 등 위법수집증거법칙의 적용범위에 대한 전반적인 기준을 제시하는 데는 한계를 보이고 있다.

(2) 체계적 이론 정립에 의한 해결

개정 형사소송법 제308조의 2에서 규정한 위법수집증거배제법칙의 구체적 적용범위에 관한 기준을 마련함에 있어 우선적으로 미국, 영국, 캐나다, 일본 및 독일의 위법수집증거배제기준에 관한 깊이 있는 연구가 선행되어야 한다.⁴³⁾ 이

41) 이에 대한 상세한 분석으로는 조국, 앞의 책, 129-131면; 하태영, 앞의 논문, 174-176면 참조.

42) 위법수집증거배제법칙의 사인효에 대한 최근의 깊이 있는 논의로는 이종갑, 앞의 논문, 193면 이하 참조.

43) 이미 위법수집증거 배제기준에 관한 각국의 입법례는 충분하리만큼 소개되었다. 그러나

러한 연구를 바탕으로 우리나라 형사절차의 현실에 적합한 이론을 체계적으로 정립하는 것이 필요한데, 이때 무엇보다 우리 입법자는 개정 형사소송법 제308조의 2를 신설하면서 적법절차의 준수에 따른 피의자·피고인의 인권보호를 강조한 가치결단을 내렸음을 간과해서는 안 된다. 이러한 관점에서 본다면 위법하게 수집된 비진술증거의 증거능력에 대해 위법의 정도와 사안의 중대성을 비교형량하여 결정하는 일본의 상대적 증거배제론⁴⁴⁾은 위법수집증거배제법칙을 부당하게 제한하여 수사기관의 위법행위를 실질적으로 방지하는 결과를 초래할 수 있을 뿐만 아니라 이로써 피의자·피고인의 인권보호를 강조하기 위해 모처럼 어렵게 입법화된 위법수집증거배제법칙의 의미가 몰각될 수 있는 위험이 있으므로 지지할 수 없다.

생각건대 위법수집증거배제기준에 대한 보다 깊이 있는 연구가 선행되어야겠지만, 현재까지의 국내 논의 상황과 피의자·피고인의 인권보호를 가치결단으로 선택한 입법자의 의도를 모두 고려한다면 위법수집증거배제법칙의 적용범위를 가능한 한 폭넓게 인정할 수 있는 독일의 증거금지원에 의한 해결방식의 모색이 타당하다고 본다. 이러한 의미에서 잠정적으로 이미 하태영 교수가 적절하게 제시한 해결방식에 동의한다. 즉 하태영 교수에 따르면,⁴⁵⁾ 국가기관에 의한 위법수집증거의 증거능력은 우선적으로 범영역이론(헌법, 형법, 형사소송법, 특별법 위반에 대한 판단을 선행할 것)을 적용하고, 적법절차 위반이 단순한 과실인 경우에는 규범의 보호목적이론과 이익형량이론(이 경우 ① 적법절차의 내용 및 정도 그리고 방법, ② 적법한 절차에 따르지 아니한 행위에 의하여 침해되는 권리의 성질 및 적법성의 훼손 정도, ③ 적법절차의 회생을 통해 얻게 되는 실체적 진실발견의 필요성 등에 대한 종합적인 비교형량이 요구됨)에 따라 판단해야 한다고 한다. 그리고 국가기관 또는 사인이 증거수집절차의 위법과 무관하게 인격의 자유발현권 및 인간의 존엄권을 침해하는 경우에는 불가양의 사적 영역(제1단계 : 증거능력 부인), 단순한 사적 영역(제2단계 : 공익과 사익의 이익형량에 의해 증거능력 유무 판단) 및 인격의 발현과 관련이 없는 사적 영역(제3단계 : 증거능력 인정)이라고 하는 '3단계이론'(Dreistufentheorie) 내지 '핵심영역이

향후에는 피상적 소개에 그치지 않고 개별 국가의 이론을 우리나라의 구체적 사례에 적용해 봄으로써 어느 국가의 이론이 보다 우리 실정에 적합한지를 검토해야 한다고 본다. 위법수집증거의 구체적 배제기준에 관한 연구는 차후의 연구과제로 남기기로 한다.

44) 자세한 내용으로는 안성수, 앞의 논문, 211-219면; 조국, 앞의 책, 142-161면 참조.

45) 이하 하태영, 앞의 논문, 185-186면.

론'(Kernbereichtheorie)에 의해 해결해야 한다고 한다.⁴⁶⁾

IV. 맺음말

위법수집증거배제법칙은 그동안 우리나라 형사절차에 있어 초법규적 일반원칙으로 기능하고 있었으나, 개정 형사소송법 제308조의 2에서 '적법한 절차에 의하지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다'고 규정함으로써 법적 근거를 가진 일반원칙으로 자리매김하게 되었다. 위법수집증거배제법칙의 명문화는 향후 우리나라 형사절차에 있어 적법절차원칙의 준수에 따른 시민(피의자·피고인)의 인권보호를 강화하고, 증거능력의 배제를 통해 위법수사를 억제할 수 있는 분명한 계기로 작용할 수 있으리라는 점에서 커다란 의미를 부여할 수 있다.

그러나 실체적 진실발견을 강조하는 진영에서는 위법수집증거배제법칙의 도입과정에서부터 '적법한 절차' 개념의 모호성과 증거배제 적용범위의 광범위성에 관해 지속적으로 문제제기를 하고 있다. 이는 영미법계의 역사를 뒤돌아 볼 때 위법수집증거배제법칙의 도입과 그 적용범위의 설정은 적법절차원칙의 준수에 따른 시민(피의자·피고인)의 인권보호와 실체적 진실발견을 통한 형사사법의 정의실현이라는 형사소송상의 양대 이념이 첨예하게 충돌하는 영역으로 진보 진영과 보수 진영 간에 충분하고도 치열한 논의를 거쳐 결정되어야 하는 증거법상의 중대한 사안임에도 불구하고 양 진영 간의 충분한 논의 없이 성급하게 타협을 맺은 결과이기도 하다.

물론 모든 위법수집증거의 증거능력을 배제하거나 지나치게 확대 해석·적용할 경우에는 유죄가 틀림없는 범인을 처벌하지 못하는 불합리가 생길 뿐만 아니라 수사기관의 잘못 때문에 범인이 부당하게 이익을 얻게 된다는 비판을 무시해서는 안 된다. 하지만 '위법수집증거배제의 역사는 예외 확대의 역사'라고

46) 그러나 이러한 독일의 증거금지론에 따르면 하더라도 하태영 교수의 발표문에 대해 김희중 부장검사가 적절히 지적한 바와 같이 ① 법률에 위반하여 증거를 수집하였으나 위반사실이 없더라도 다른 사정에 의해 증거를 확보할 수 있었던 경우, ② 피의자·피고인이 아닌 참고인을 상대로 증거를 수집하는 과정에서 위법이 있었던 경우, ③ 위법수집증거의 탄핵증거 사용 여부, ④ 위법수집증거에 대한 피의자·피고인의 증거동의 여부 등에 대해서는 추가적인 연구가 필요하다(김희중, 개정 형사소송법 제308조의 2 위법수집증거배제법칙의 법적 의미와 적용범위에 대한 토론, 형사법연구 제19권 제4호, 2007, 196면).

주장하며 다양한 예외 사유를 확대하려거나, '중대성'기준과 '사법적 정의'기준을 포함시켜 위법수집증거배제법칙의 적용범위를 축소시키고자 하는 시도는 타당하다고 볼 수 없다. 왜냐하면 입법자가 명문의 규정으로 위법수집증거배제법칙을 신설한 것은 항상적인 긴장·갈등 관계에 있는 인권보호와 정의실현이라는 양대 이념 중 현 한국 사회의 시대적 요청이 시민(피의자·피고인)의 인권보호에 보다 있음을 수용한 가치결단이라고 판단되므로, 이러한 입법자의 가치결단은 존중되어야 하기 때문이다.

그러나 이러한 입법자의 가치결단이 보다 실효성을 확보하기 위해서는 증거배제의 구체적인 적용범위가 합리적이고 충분한 논의를 바탕으로 마련되어야 한다. 이때 기존의 헌법재판소와 대법원의 판결 내용이 우선적으로 고려되어야 하고, 미흡한 부분은 각국의 증거배제 기준에 대한 면밀한 연구를 바탕으로 우리 실정에 맞는 체계적인 이론의 정립을 통해 해결해야 할 것이다. 이로써 형사절차에 있어 인권보호와 정의실현이라는 형사소송상 양대 이념이 보다 실질적으로 타협하고 균형을 이루어내야 한다.

주제어 : 위법수집증거배제법칙, 적법절차의 원칙, 실체적 진실발견, 독수과실의 원리, 법영역이론

참 고 문 헌

- 강구진, 형사소송법원론, 학연사, 1982.
- 김기두, 형사소송법, 박영사, 1987.
- 배종대·이상돈, 형사소송법, 홍문사, 2006.
- 백형구, 형사소송법강의, 박영사, 1996.
- 법무부, 개정 형사소송법, 2007.
- 법원행정처, 형사소송법 개정 법률 해설, 2007.
- 서일교, 형사소송법, 박영사, 1979.
- 손동권, 형사소송법, 세창출판사, 2008.
- 신동운, 형사소송법, 법문사, 2007.
- 신양균, 형사소송법, 법문사, 2004.
- 신현주, 형사소송법, 박영사, 2002.
- 이영란, 한국형사소송법, 숙명여자대학교출판국, 2006.
- 이완규, 개정 형사소송법의 쟁점, 탐구사, 2007.
- 이재상, 신형사소송법, 박영사, 2007.
- 정영석·이형국, 형사소송법, 법문사, 2007.
- 정웅석, 형사소송법, 대명출판사, 2007.
- 조 국, 위법수집증거배제법칙, 박영사, 2005.
- 차용석·최용성, 형사소송법, 세영사, 2004.
- 김희중, 개정 형사소송법 제308조의 2 위법수집증거배제법칙의 법적 의미와 적용범위에 대한 토론, 형사법연구 제19권 제4호, 2007.
- 변종필, 형사소송법 개정의 역사와 전망, 형사법연구 제19권 제3호, 2007.
- 안성수, 각국의 위법수집증거배제법칙과 우리법상 수용방안, 저스티스 통권 제96호, 2007. 2.
- 이완규, 사개추위안의 위법수집증거배제원칙에 대한 검토, 비교형사법연구 제8권 제1호, 2006.
- 이종갑, 사인이 위법하게 수집한 증거와 위법수집증거배제법칙, 법학연구 제15집 제1호, 경상대학교 법학연구소, 2007.
- 정웅석, 개정 형사소송법의 평가와 향후과제, 저스티스 통권 제101호, 2007. 12.

조 국, 위법수집증거배제법칙의 채택, 법률신문 2007년 11월 26일 제3605호.
하태영, 개정 형사소송법 제308조의 2 위법수집증거배제법칙의 법적 의미와
적용범위, 형사법연구 제19권 제4호, 2007.
형사사법학회, 법무부 형사소송법 개정안에 대한 한국형사사법학회 의견, 형
사법연구 제25호, 2006.

국회법제사법위원회, 제262회 국회정기회 법제사법위원회회의록, 바람직한 형
사사법 절차에 관한 공청회, 2006. 9. 25.
국회법제사법위원회, 제267회 국회(임시회) 법제사법위원회회의록(제5호),
2007. 4. 30.

Claus Roxin, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl., 1998.

David Ormerod, The evolution of the discretionary exclusion of evidence,
Crim. L. R. 2004, Oct.

Donald Dripps, The case for the contingent exclusionary rule, 38 Am.
Crim. L. R. 1, 2001.

Klaus Volk, Strafprozeßrecht, 2. Aufl., 2001.

Michael Zander, The police and Criminal Evidence Act 1984, 1990.

Uwe Hellmann, Strafprozeßrecht, 1998.

[Abstract]

Collision and Compromise between Human Rights Protection and Justice Realization in the revised Criminal Procedure Law

- based on the Exclusionary Rule in § 308-2 -

Kim, Jae-Yoon

Professor, Chonnam National Univ.

Korean criminal procedure law has been revised throughout almost all the sections on April 30, 2007. The field of evidence law in particular has been largely reformed. Both the ideas of criminal procedure which are human rights protection of the accused and justice realization have been mutually collided and have begun to make compromise in the revised criminal procedure law. As a representative example, I can mention the exclusionary rule of illegally obtained evidence in § 308-2.

In an introduction process of Article 308-2 the camp which emphasized an idea of human rights protection agreed to a stipulation of the exclusionary rule which was accommodated by the Korean Supreme Court and Korean legal scholars for a long time. On the other side, the camp which regarded a finding of substantive truth as important objected to such opinion.

The collision of such both the ideas of criminal procedure has begun to make hasty compromise which say that evidence which is not seized by due process, is not allowable as evidence in criminal trials. However, such a compromise cannot show the concrete solution how where coverage of evidence exclusion is to.

In conclusion, I insist that as a work in the future of criminal procedure law the concrete coverage of the exclusionary rule ought to be prepared to

be based on a rational, enough discussion. Through this, a substantial compromise relating to both the ideas of criminal procedure which are human rights protection and justice realization ought to make ends meet.

Key Words : exclusionary rule of illegally obtained evidence, due process, finding of substantive truth, fruits of the poisonous tree-doctrine, legal circle theory