

위법수집증거배제법칙과 나체사진의 증거능력*

1997.9.30. 97도1230, 공 1997, 3356.

申 東 雲**

I. 판례분석

1. 사실관계와 사건의 경과

甲녀는 乙남과 간통하였다는 혐의로 간통죄로 기소되었다. 제1심 공판절차에서 甲녀는 범행사실을 부인하였다. 검사는 乙남이 촬영한 甲녀의 나체사진을 증거로 제출하였다. 甲녀는 이 사진에 대하여 증거동의를 하였으나, 이 사진의 촬영일자 부분이 조작되었다고 주장하였다. 또한 甲녀는 간통사실을 부인하면서 이 사진은 乙남이 공갈범행의 목적으로 촬영한 것이며, 촬영 당시 자신은 의식이 없었다고 진술하였다. 제1심 법원은 “수사기록에 편철된 각 사진 중 판시사실에 부합하는 영상”(나체사진; 필자 주)을 증거의 하나로 채택하여 甲녀에게 범죄사실을 인정하고 집행유예를 선고하였다. 甲녀는 제1심의 유죄판결에 불복 항소하였다.

항소심 공판절차에서 甲녀는 간통사실을 부인하면서 제1심에서 행한 나체사진에 대한 증거동의를 철회하였다. 항소심 법원은 甲녀의 나체사진이 위법수집증거로서 증거능력이 없으며, 위법수집증거는 증거동의를 대상이 되지 않는다고 판단하고 기타 범죄사실을 인정할 증거가 없다는 이유로 甲녀에게 무죄를 선고하였다. 검사는 甲녀의 나체사진에 증거능력이 인정된다고 주장하여 상고하였다. 대법원은 검사의 상고를 받아들여 원심판결을 파기하고 환송하였다.¹⁾

2. 항소심 판단의 분석

[항소심 판단 1] “검사의 이 사건 공소사실에 부합하는 증거 중 피고인의 나체를

* 본고는 1999년 5월 31일 형사실무연구회에서 발표한 글이다.

** 서울대학교 法科大學 教授

1) 제1심 판결(서울지방법원 남부지원, 1996.7.23. 95도단2990) 및 항소심 판결(서울지방법원 1997.4.9. 96노5541)의 원문에 기하여 사실관계와 사건의 경과를 재구성하였음.

촬영한 이 사건 사진은 공소의乙남에 의하여 촬영된 것이나, 국가기관이 아닌 사인에 의한 사진촬영이라 하더라도 상대방의 명시한 의사에 반한 임의성 없는 촬영의 경우나 상대방이 범죄행위에 사용된다는 사실을 모르는 상태에서 촬영된 경우와 같이 헌법상 보장된 인격권이나 초상권 등의 기본권을 중대하게 침해하는 경우에는 증거능력이 부인되는 것[이다.]”

[항소심 판단 2] “위 乙남은 피고인으로부터 금원을 갈취하기 위한 목적으로 사진을 촬영한 것이고, 피고인이 이를 모르고 촬영에 이용당한 것이므로 이 사건 사진의 촬영은 임의성이 배제된 상태에서 이루어진 것이고, 인격의 불가침의 핵심적인 부분을 침해한 것으로서 증거능력이 부정되어야 하고, 나아가 국가기관이 이를 형사소송 절차에서 증거로 사용하는 것은 피고인의 인격권, 초상권을 다시 한번 중대하게 침해하는 것이므로 이 점에서도 증거능력이 없다고 할 것[이다.]”

[항소심 판단 3] “한편 피고인이 제1심에서 이 사건 사진에 대하여 증거동의를 하였으나 사진촬영일자 부분은 조작되었다는 항변을 함과 아울러 이 사건 간통사실을 부인하면서 이 사건 사진이 공갈범행의 목적으로 촬영된 것이며, 촬영 당시 피고인은 의식이 없었다는 진술을 하고 있는 점에 비추어 위 증거동의를 의사표시는 사진 속의 인물이 피고인이 맞다는 취지에 불과하고, 이 사건 각 사진이 간통죄의 증거로 사용됨에 동의한 것으로 볼 수는 없[다.]”

[항소심 판단 4] “형사소송법상 증거동의를 소송경제와 신속한 재판의 관점에서 인정되는 것이지 소송관계인에게 증거에 대한 처분권을 부여하는 것은 아니고, 위법수집증거는 처음부터 증거동의를 대상에서 배제되는 것이므로, 증거동의를 대상이 될 수도 없다[.]”

3. 대법원 판단의 분석

[대법원 판시사항 1] “살피건대 모든 국민의 인간으로서의 존엄과 가치를 보장하는 것은 국가기관의 기본적인 의무에 속하는 것이고, 이는 형사절차에서도 당연히 구현되어야 하는 것이기는 하나 그렇다고 하여 국민의 사생활 영역에 관계된 모든 증거의 제출이 곧바로 금지되는 것으로 볼 수는 없고, 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 것[이다.]”

[대법원 판시사항 2] “돌이켜 이 사건에 관하여 보건대 이 사건 사진은 피고인의 동의에 의하여 촬영된 것임을 쉽게 알 수 있어(원심도 이를 부정하는 취지는 아니다) 사진의 존재만으로 피고인의 인격권과 초상권을 침해하는 것으로 볼 수 없고, 가사 이 사건 사진을 촬영한 위 乙남이 이 사건 사진을 이용하여 피고인을 공갈할

의도였다고 하더라도 이 사건 사진의 촬영이 임의성이 배제된 상태에서 이루어진 것이라고 할 수는 없[다.]”

[대법원 판시사항 3] “이 사건 사진은 범죄현장의 사진으로서 피고인에 대한 형사 소추를 위하여 반드시 필요한 증거로 보이므로, 공익의 실현을 위하여는 이 사건 사진을 범죄의 증거로 제출하는 것이 허용되어야 하고, 이로 말미암아 피고인의 사생활의 비밀을 침해하는 결과를 초래한다 하더라도 이는 피고인이 수인하여야 할 기본권의 제한에 해당된다고 보아야 할 것이다.”

[대법원 판시사항 4] “그리고 앞서 본 바와 같이 이 사건 사진이 위법하게 수집된 증거로 볼 수 없는 이상 형사소송법 제318조 제1항에 의한 증거동의를 대상이 될 수 있다 할 것[이다.]”

[대법원 판시사항 5] “이 사건 기록에 의하여 제1심 제2회 공판조서 및 위 조서의 일부를 이루는 증거목록의 기재내용을 살펴보면 피고인은 제1심 제2회 공판기일에 이 사건 사진을 증거로 함에 동의한다는 의사표시를 한 것으로 기재되어 있고, 위 증거조사가 완료되기 전까지 위 의사표시를 철회 또는 취소하였다고 볼 흔적을 찾아 볼 수 없으므로, 특별한 사정이 없는 한 증거동의를 있었다고 보아야 할 것[이다.]”

[대법원 판시사항 6] “증거동의를 작성자 또는 진술자에 대한 반대신문권을 포기한다는 의사표시인 반면, 피고인이 이 사건 범행을 부인하거나 위 乙남이 다른 범죄에 제공하기 위하여 사진을 촬영하였고 사진 촬영 당시 피고인이 무의식 상태에 있었다고 다투는 것은 사진의 증명력을 다투는 취지에 불과하여 의사표시의 효력과는 무관하[다.]”

[대법원 판시사항 7] “피고인이 이 사건 사진의 촬영일자 부분에 대하여 조작된 것이라고 다투다고 하더라도 이 부분은 전문증거에 해당되어 별도로 증거능력이 있는지를 살펴보면 족한 것이므로, 원심과 같이 피고인의 변호에 비추어 위 증거동의를 의사표시가 단순히 사진 속의 인물이 피고인이 맞다는 취지의 진술에 불과하다고 단정할 수는 없다 할 것[이다.]”

[대법원 판시사항 8] “피고인이 원심에 이르러 증거동의를 철회하였다고 하더라도 증거조사를 마친 후의 증거에 대하여는 동의의 철회로 인하여 적법하게 부여된 증거능력이 상실되는 것이 아니므로, 이 사건 사진이 진정한 것으로 인정되는 한 이로써 이 사건 사진은 증거능력을 취득한 것이라 할 것이다.”

II. 쟁점의 정리

본 판례에는 여러 가지 쟁점들이 복잡하게 얽혀 있다. 이해를 돕기 위하여 사건

의 경과를 다시 한 번 정리해 본다면 다음과 같다. 간통죄로 기소된 甲녀는 상간자 乙남이 촬영한 사진을 검사가 증거로 제출하자 이 사진에 대하여 증거로 함에 동의하였다. 제1심 법원은 검사가 제출한 乙남 촬영의 나체사진을 결정적 증거로 삼아 甲녀에게 유죄판결을 선고하였다. 甲녀는 항소심에서 본격적으로 증거동의를 효력을 다투면서 결정적 증거인 나체사진에 증거능력이 없다고 주장하고 있다.

이러한 사건경과를 배경으로 하여 이제 항소심 판결을 살펴본다. 항소심이 내린 무죄판결의 구조는 (1) 피고인의 인격권, 초상권을 중대하게 침해하는 나체사진은 위법수집증거로서 증거능력이 인정되지 아니하며, (2) 위법수집증거는 증거동의를 대상이 되지 아니한다는 두 가지 논지를 기초로 하고 있다. 이에 대하여 대법원은 제1심에서 행한 증거동의를 항소심에서 철회할 수 없다는 종전의 판례를 재확인하면서 (1) 사인간에 촬영된 나체사진은 위법수집증거가 아니며, (2) 위법수집증거가 아닌 나체사진은 증거동의를 대상이 된다는 반대논지를 제시하여 항소심 판결을 파기, 환송하고 있다.

항소심과 대법원의 판시사항을 대비해 볼 때 본 판례의 쟁점은 사인이 촬영한 나체사진이 위법수집증거에 해당하는가, 그리고 증거동의를 요건과 효과는 무엇인가 하는 점에 모아진다. (또한 부수적으로 제1심에서 행한 증거동의를 항소심에서 철회할 수 없는 것인가 하는 문제도 거론될 수 있다.) 이 가운데 후자의 증거동의 부분을 먼저 보면, 항소심 법원은 본 판례에서 문제된 나체사진에 대한 증거동의를 “그 사진에 나타난 사람은 내가 맞다”라고 하는 의미만을 가지는 것으로 보고 있음에 대하여 대법원은 “그 사진을 피고사건에 있어서 유죄의 증거로 사용함에 있어서 반대신문권을 포기한다”는 의미를 가지고 있는 것으로 파악하고 있다.

진자의 위법수집증거 부분에 대해서는 항소심 법원은 “위법수집증거는 처음부터 증거동의를 대상에서 배제되는 것이므로, 증거동의를 대상이 될 수도 없다”는 입장을 취하고 있다. 이에 대하여 대법원은 “이 사건 사진이 위법하게 수집된 증거로 볼 수 없는 이상 형사소송법 제318조 제1항에 의한 증거동의를 대상이 될 수 있다”는 입장을 피력하고 있다. 대법원의 판단이 항소심 법원과 마찬가지로 위법수집증거는 증거동의를 대상이 되지 않는다고 판단한 것인가 하는 점은 반드시 명확하지는 않다. 대법원의 입장은 본 판례에서 문제된 나체사진은 위법수집증거가 아니기 때문에 “위법수집증거는 증거동의를 대상이 되지 않는가?” 하는 문제와 관계없이 증거동의를 효력을 다룰 수 없다는 취지로 이해될 수 있기 때문이다.

그러나 현재 학계에서는 위법수집증거가 증거동의를 대상에서 제외된다고 하는 점에 견해가 일치되어 있다.²⁾ 한편 대법원은 본 판례에서 “이 사건 사진은 피고인

2) 강구진, 형사소송법원론, (1982), 465면; 배종대·이상돈, 형사소송법, 제3판, (1999), 591면; 송광섭, 형사소송법, (1997), 244면; 신동운, 형사소송법, (1993), 669면; 신양균, 형사

의 동의에 의하여 촬영된 것임을 쉽게 알 수 있어(원심도 이를 부정하는 취지는 아니다) 사진의 존재만으로 피고인의 인격권과 초상권을 침해하는 것으로 볼 수 없고”라고 판시하고 있는데, 이 부분을 반대해석하면 대법원도 위법수집증거가 증거동의를 대상이 되지 않는다는 입장을 취하고 있다고 해석할 여지가 충분하다.

일단 항소심 법원과 대법원이 모두 “위법수집증거는 증거동의를 대상이 되지 않는다”는 공통의 전제에서 출발한다고 할 때 이제 의견이 나뉘는 부분은 사인이 촬영한 나체사진이 위법수집증거인가 하는 점이다. 이 문제에 대하여 항소심 법원은 이 사진이 위법수집증거라는 전제하에서 증거동의를 효력이 미치지 않는다고 보는 반면에 대법원은 사인간에 촬영된 사진은 위법수집증거가 아니며 따라서 증거동의를 효력이 미친다고 판시하고 있다.

이상의 대립되는 논점들을 볼 때 본 판례의 평석은 위법수집증거와 증거동의를 그 대상으로 삼아야 할 것이다. 그렇지만 양자는 서로 성질을 달리하는 쟁점이기 때문에 하나의 판례평석에서 두 가지를 동시에 다룬다는 것은, 허용된 지면의 제약도 있지만, 문제되는 쟁점의 초점을 흐리게 하는 부작용도 있어서 득책이 아니라고 본다. 따라서 본 발표에서는 사인이 촬영한 나체사진이 위법수집증거에 해당하는가, 다시 말하여 사인이 촬영한 나체사진이 위법수집증거이어서 증거동의를 대상이 될 수 없는가 하는 문제에 초점을 맞추어 평석을 진행하기로 한다.

위법수집증거의 논점과 관련하여 본 판례에서 문제된 것은 사인 간에 촬영된 나체사진이 위법수집증거인가 하는 점이다. 이에 대하여 항소심 법원은 이를 긍정하고 대법원은 이를 부인하고 있다. 양자 가운데 어느 견해가 타당한가 하는 문제는 위법한가 아닌가에 관한 것으로서 궁극적으로는 규범적 결단의 영역에 속한다. 아래에서는 대법원 판시사항에 대한 필자의 찬동 여부를 밝히기에 앞서서 유사한 문제의식에서 논의된 외국의 판례를 검토하여 우리 대법원이 어떠한 위치에 서서 이 문제에 대한 결단을 내렸는가를 점검해 보고자 한다.

III. 독일의 유사판례 (BVerfGE 34, 238)

본 평석의 대상이 된 판례에서 증거능력이 문제된 것은 사인들 사이에 촬영된 나

소송법, 전정개정판, (1997), 542면; 이재상, 형사소송법, 제5판, (1996), 498면; 정영석·이형국, 형사소송법, 전정판, (1996), 366면. 다만 백형구, 신체계 형사소송법, (1998), 480면은 증거수집절차의 위법이 본질적 위법에 해당하는 경우(예컨대 고문에 의한 자백, 증인선서의 결여, 영장주의의 위반)에는 피고인이 증거로 함에 동의하더라도 증거능력을 부정하고 그 위법이 본질적 위법에 해당하지 아니한 경우(예컨대 진술거부권·증언거부권의 불고지, 증인신문참여권의 침해)에는 피고인의 증거동위에 의해서 증거능력이 인정된다고 본다.

체사진이다. 사인들 사이에 수집된 증거의 증거능력을 다룬 대표적인 판례로 독일 연방헌법재판소(Bundesverfassungsgericht)가 1973년에 판시한 BVerfGE 34, 238 결정이 있다. 아래에서 이 판례를 검토해 보기로 한다.

1. 사건의 경과

S부동산의 소유주 갑은 을에게 이 부동산을 매도하기로 하였다. 갑과 을은 공증인 면전에 출석하여 매매대금을 425,000마르크로 하는 계약을 체결하였다. 이 자리에서 매수인 을은 매도인 갑에게 25,000마르크를 선금으로 지급하였고 잔액은 차후에 지급하기로 하였다. 잔금지급 과정에서 매도인 갑과 매수인 을 사이에 분쟁이 발생하였다. 매도인 갑은 매수인 을을 고소하였는데, 고소장에 따른 분쟁의 내용은 다음과 같다.³⁾

「원래 매도인 갑과 매수인 을 사이에 구두로 합의된 매매금액은 495,000마르크이다. 그런데 매수인 을이 부동산취득세 납부금액을 줄이겠다고 하여 공증계약에는 계약금액을 425,000마르크로 하고 잔액 70,000마르크는 현금으로 지급하기로 하였다. 매수인 을은 매도인 갑에게 현금 70,000마르크를 지급하였는데, 이 자리에서 을은 갑에게 현금차용증 형식으로 된 영수증을 달라고 요청하였고 갑은 차용증 형식의 영수증을 작성해 주었다. 갑과 을은 이 영수증을 공증계약이 체결된 후에 파기하기로 하였다. 425,000마르크를 매매대금으로 하는 공증계약이 체결된 후에 매수인 을은 매도인 갑에게 차용증 형식의 영수증을 파기한 것이라고 하면서 찢어진 종이 조각들을 갑에게 넘겨주었다. 그런데 이후의 잔금지급 과정에서 매수인 을은 매도인 갑 명의로 된 금액 70,000마르크의 차용증을 제시하면서 이 금액을 잔금과 상계하겠다는 의사를 표시하였다. 그렇지만 매수인 을이 상계의 근거로 제시한 차용증은 위조된 것이다.」

매수인 을은 문서위조죄로 조사를 받았다. 을은 매매대금이 실제로 425,000마르크라고 주장하면서 공증계약 체결 직후 갑에게 70,000마르크를 빌려 준 일이 있는데 문제의 차용증은 이 자리에서 작성된 것이라고 진술하였다. 이에 대하여 매도인 갑은 공증계약 체결 직후 매도인 갑과 매수인 을 사이에 있었던 대화내용을 비밀로 녹음한 녹음테이프를 수사관에게 제출하였다. 매도인 갑의 주장에 의하면 이 테이프에는 대출금리가 인상되었기 때문에 부동산취득세를 절감하여 그 차액을 보전하려고 하였다는 것과 70,000마르크를 비공식적으로 지급하고 그에 대하여 영수증이 교부되었다는 내용의 대화가 수록되어 있다고 한다.

3) 아래의 고소장 내용은 증거에 의하여 확정된 사실이 아니다. 독일 연방대법원 판례의 이해를 돕기 위하여 사실관계나 고소장의 내용 등을 필자가 자유롭게 그 내용을 풀어 서 옮겼다.

매수인 을은 문서위조죄로 기소되었다. 제1심 법원은 비밀녹음된 녹음테이프에 대하여 증거결정을 하고 증거조사를 시행하기로 하였다. 피고인 을은 비밀녹음된 녹음테이프에 대해서 증거조사를 실시하는 것은 위법하다고 주장하여 재판부에 이의신청을 하였다. 그러나 제1심 법원은 대화를 비밀로 녹음하는 것은 독일 헌법 제2조 제1항이 규정한 인격의 자유발현권을 침해할 여지가 있지만 공익의 요청이 우선할 경우에는 비밀녹음한 녹음테이프도 증거로 사용할 수 있다는 취지에서 피고인 을의 이의신청을 기각하였다. 피고인 을은 이 기각결정에 불복하여 독일 연방헌법 재판소에 헌법소원을 제기하였다.

2. 독일법과 한국법의 관련조문

결론부터 말하자면 독일 연방헌법재판소는 제1심 법원의 이의신청 기각결정은 헌법에 위반하는 것이라고 판시하였다. 여기에서 독일 판례의 이해를 돕기 위하여 대화상대방의 비밀녹음행위까지도 형사처벌하고 있는 독일 형법의 관련조문과 인격권을 기본권으로 규정한 독일 기본법 제2조 제1항, 제1조 제1항의 조문을 우리 법의 관련조문들과 대비시켜 소개하기로 한다.

독일 형법 제201조 ① 함부로 (1) 비공개로 행해지는 다른 사람의 대화를 녹음하거나 (2) 이렇게 녹음된 것을 사용하거나 제3자로 하여금 접하게 하는 자는 3년 이하의 징역 또는 벌금형으로 처벌한다.

한국 통신비밀보호법 제16조 【벌칙】 다음 각호의 1에 해당하는 자는 7년 이하의 징역에 처한다.

1. 제3호의 규정에 위반하여 우편물의 검열, 전화통신의 감청 또는 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음 또는 청취하거나 그 취득한 통신 또는 대화의 내용을 공개하거나 누설한 자

2. 제11조의 규정에 위반하여 통신의 내용 또는 공개되지 아니한 타인간의 대화의 내용을 공개하거나 누설한 자

독일 기본법 제2조 ① 누구든지 다른 사람의 권리를 침해하거나 헌법합치적 질서 또는 선량한 풍속(Sittengesetz)을 해하지 아니하는 한 자기 인격의 자유로운 발현을 행할 권리를 가진다.

독일 기본법 제1조 ① 인간의 존엄은 불가침이다. 인간의 존엄성을 존중하고 보호하는 것은 모든 국가권력의 의무이다.

한국 헌법 제10조 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.

한국 헌법 제37조 ① 국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다.

② 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.

3. 독일 연방헌법재판소의 판시사항

독일 연방헌법재판소는 불복의 대상이 된 제1심 법원의 증거결정에 대한 이의신청기각결정에 대하여 다음과 같이 판시하였다.

“불복의 대상이 된 결정은 불복신청인이 피고인으로 되어 있는 형사절차에서 비밀 녹음을 그의 동의 없이 증거로 사용하도록 허용함으로써 독일 기본법 제2조 제1항 및 제1조 제1항에 근거한 불복신청인의 권리를 침해한 것이다.”⁴⁾

독일 연방헌법재판소는 이와 같은 판단의 근거로 다음의 점들을 지적하였다. 우선 연방헌법재판소는 기본권의 핵심적 영역이 존재함을 인정하고 있다.

“연방헌법재판소는 지속적 판례를 통하여 기본법이 개개의 시민에게 사적 생활형성의 영역에 있어서 공권력이 침해를 가할 수 없는 불가침의 권리를 보장해 주고 있음을 인정해 오고 있다. 이 핵심영역, 즉 개개인의 내밀한 영역을 존중해야 한다는 헌법적 요청은 독일 기본법 제2조 제1항에 의하여 보장된 인격의 자유발현권에 그 근거를 두고 있다. 기본법 제2조 제1항이 규정한 기본권의 내용과 범위를 결정함에 있어서 반드시 고려해야 할 것은 기본법 제1조 제1항이 규정한 근본규범에 따라서 인간의 존엄성은 불가침이며 이 인간의 존엄성은 모든 국가권력에 대하여 존중과 보호를 요구할 수 있다는 사실이다. 또한 기본법 제19조 제2항에 따라 기본법 제2조 제1항의 기본권은 그 본질적 내용이 침해되어서는 아니된다. 설사 우월한 공공의 이익이 있다 할지라도 사적 생활형성이라는 절대적으로 보호되는 핵심영역을 침해하는 것은 허용되지 않으며, 비례의 원칙에 입각한 비교교량은 행해지지 않는다.”⁵⁾

이어서 독일 연방헌법재판소는 이 핵심영역에 한계가 설정되어 있음을 지적한다. 핵심영역에 근접한, 그러나 핵심영역 자체에는 속하지 아니하는 이 부분에 대하여 연방헌법재판소는 비례의 원칙이 적용됨을 밝힌다.

4) BVerfGE 34, 238(245).

5) BVerfGE 34, 238(245).

“그러나 사생활의 모든 영역이 독일 기본법 제2조 제1항 및 제1조 제1항에 근거한 기본권의 절대적 보호대상이 되는 것은 아니다. 모든 사람들은 각각 공동체와 관계하고 공동체에 기속되는 시민으로서 사적 생활형성의 불가침의 영역을 침해하지 아니하는 국가의 조치에 대해서는 그것이 공공의 우월한 이익을 위하여 엄격하게 비례의 원칙을 준수하는 가운데 행해지는 것이라면 이를 수인하지 않으면 아니된다. 이때 출발점으로 삼아야 할 원칙은 연방헌법재판소가 신체의 완전성에 대한 침해행위에 대하여 헌법상의 허용 여부를 논한 판례들을 통하여 밝힌 원칙들이다.”⁶⁾

다음으로 독일 연방헌법재판소는 초상과 발언이 인격권 가운데 어떠한 위치를 점하고 있는가를 살핀다. 헌법재판소는 특히 발언에 대하여 분석을 집중하고 있지만, 여성의 나체사진이 문제된 우리 대법원 판례를 평석하는 입장에서는 초상권이 발언에 대한 권리와 대등하게 취급되고 있는 점이 주목된다.

“독일 기본법 제2조 제1항은 타인의 권리를 침해하지 아니하고 헌법합치적 질서나 선량한 풍속(Sittengesetz)을 침해하지 아니하는 한 누구에게나 그의 인격을 자유롭게 발현할 수 있는 권리를 보장해 주고 있다. 이 기본권은 인격을 발현함에 있어서 필수적으로 요구되는 법적 지위를 보장해 준다. 일정한 범위 내에 있어서 자신의 초상에 대한 권리와 자신이 행한 말에 대한 권리는 바로 이 부분에 속한다. 따라서 누구든지 누가 자신의 말을 채록할 것인가, 녹음기에 녹음되어 있는 자신의 목소리를 재생할 것인가, 재생한다면 누구의 면전에서 재생할 것인가 하는 문제를 원칙적으로 개개인 이 스스로 그리고 독자적으로 결정할 수 있어야 한다.”⁷⁾

독일 헌법재판소는 대화에 대한 권리가 인격의 발현에 있어서 차지하는 중요성을 강조한 후 대화의 비밀녹음행위를 독일 형법이 형사처벌하고 있으며 독일 통상최고법원(Bundesgerichtshof)이 비밀녹음행위에 대하여 민사책임을 인정하고 있음을 지적한다. 이어서 연방헌법재판소는 비밀녹음행위가 때로는 인격권의 핵심영역을 침해하는 행위가 될 수 있고 때로는 그 주변영역을 침해하는 것이어서 기본권과 공익의 비교대상에 그치는 경우도 있을 수 있음을 인정한다.

이러한 분석을 전제로 하여 독일 연방헌법재판소는 구체적으로 헌법소원이 제기된 비밀녹음에 대하여 검토를 시작한다. 연방헌법재판소는 어느 비밀녹음행위가 인격권의 핵심적 영역을 침해하는 것인지, 아니면 그 주변영역에 관련되는 것인지는 확연하게 구별되지 않으며 개개 사건의 특성을 고려하여 개별적으로 판단될 수밖에 없다고 판시한다. 이를 바탕으로 연방헌법재판소는 헌법소원이 제기된 문제의 녹음 테이프는 계약체결에 관한 것이어서 인격발현권의 핵심영역에 속하지 않으며 따라

6) BVerfGE 34, 238(246).

7) BVerfGE 34, 238(246).

서 기본권과 공익을 비교교량해야 하는 영역에 속하는 것이라고 본다.

연방헌법재판소는 비밀녹음에 대한 비교교량을 행함에 있어서 비례의 원칙을 준수해야 한다는 점을 강조한다. 동시에 연방헌법재판소는 공익의 측면에 있어서 실효성 있게 형사소추를 행하고 범죄를 억제해야 한다는 요청이 필수적인 요청이라는 점과 형사절차에 있어서 한편으로는 진범인에 대하여 유죄를 입증하고 다른 한편으로는 무고한 사람의 혐의를 벗겨주기 위하여 가능한 한 완벽하게 진실을 규명해야 한다는 점을 강조한다.

독일 연방헌법재판소는 인격의 자유발현권이라는 기본권과 형사사법의 실현이라는 공익이 갈등을 빚을 때 그 해결기준을 발견하기 위하여 법원은 주어진 제반 요소를 모두 고려해야 하지만 특히 문제되는 범죄가 생명, 신체 등 중대한 법익을 침해하는 것인가 아닌가를 살펴볼 필요가 있다고 지적한다. 이러한 분석을 바탕으로 연방헌법재판소는 피고인 을에 대한 형사사건이 독일 기본권 제2조 제1항 및 제1조 제1항에 근거를 둔 인격의 자유발현권을 후퇴시킬 만큼 공익을 중대하게 침해한 것은 아니라고 판단한다. 그리하여 피고인 을이 녹음테이프에 대한 증거조사에 대하여 제기한 이의신청을 기각한 제1심 법원의 결정에 대하여 연방헌법재판소는 이 기각결정을 파기한다는 결론에 이르고 있다.

4. 독일 연방헌법재판소의 판례와 대법원 판례의 비교

이상에서 독일 연방헌법재판소가 비밀녹음테이프의 증거능력을 부인한 판례를 검토해 보았다. 여기에서 본 평석의 대상이 된 우리 대법원 판례와 독일의 판례를 간단히 비교해 보기로 한다.

우선 주목되는 것은 독일 연방헌법재판소가 인격권 내지 기본권의 불가침의 영역이 존재한다는 점을 인정하고 있음에 대하여 우리 대법원은 이 부분에 대하여 언급을 하고 있지 않다는 점이다. 본 평석의 대상이 된 사건의 항소심 판결이 “헌법상 보장된 인격권이나 초상권 등의 기본권을 중대하게 침해하는 경우에는 증거능력이 부인되는 것이다”라고 판시한 부분과 대비시켜 보면 본 판례에서 대법원은 독일식의 권리영역의 이론(Rechtskreistheorie)을 채택하지 않겠다는 입장을 천명하였다고 생각된다.

두 번째로, 독일 연방헌법재판소는 인격권의 핵심적 영역의 부분을 제외한 나머지 영역에서 비교교량의 원칙을 사용하고 있음에 대하여 우리 대법원은 이 핵심적 영역을 포함한 전 영역에 대하여 비교교량의 원칙을 채택하고 있다. 독일 연방헌법재판소와 우리 대법원은 모두 형사사법의 실현이라는 공익을 위하여 기본권의 제한을 어느 정도 수인해야 한다는 점을 인정하고 있다.

세 번째로, 독일 연방헌법재판소는 비밀녹음테이프의 사용에 대하여 상대방이 동

의하지 아니함에도 불구하고 증거조사를 하는 것은 위법하다고 판시하고 있다. 여기에서 반대해석을 하면 설사 인격권의 핵심적 영역을 침해하는 증거방법이라 할지라도 상대방의 증거동의를 있으면 증거능력 있는 증거로서 증거조사의 대상이 될 수 있다는 결론을 도출할 여지가 있다. 우리 대법원은 본 평석의 대상이 된 판례에서 나체상태로 사진이 찍힌 부녀가 제1심 공판절차에서 증거동의를 한 부분에 주목하여 증거능력을 인정하고 있다. 사인 사이에 일어난 기본권 침해행위에 대하여 기본권이 침해된 상대방이 이를 용인하겠다는 의사를 표시할 때 이를 근거로 증거능력을 인정하겠다는 구상은 독일과 한국의 법원 사이에 공통된 인식이라고 생각된다.

네 번째로, 독일 연방헌법재판소는 초상권도 대화의 권리와 마찬가지로 인격권의 핵심적 영역에 속하는 것으로 보고 있다. 분석의 대상이 된 독일 연방헌법재판소의 판례는 비밀녹음에 관한 것이지만 초상권과 대화권을 동일하게 취급하는 점에서 이 판례는 나체사진에 관한 우리 대법원 판례의 분석에도 상당한 의미가 있다.⁸⁾ 그러나 여기에서 한 가지 지적할 점은 독일 헌법이 진술거부권을 독자적인 기본권으로 명시하고 있지 않다는 사실이다. 독일은 개개인이 자유롭게 내심의 의사를 결정하고 이를 외부에 표현할 수 있는 권리를 기본법 제2조 제1항의 인격의 자유발현권의 하나로 보고 있다.⁹⁾ 이에 대하여 우리 헌법은 제12조 제2항에서 진술거부권을 독자적인 기본권으로 설정하고 있다. 그렇기 때문에 우리 대법원 판례를 음미함에 있어서 위에 분석한 독일 연방헌법재판소의 판례가 반드시 결정적 시사점을 제공할 수는 없다.

헌법 조문의 유사성이라는 관점에서 보면 오히려 미국 연방대법원의 판례가 우리 대법원 판례의 분석에 보다 강력한 시사점을 제공할 여지가 있다. 아래에서는 위법 수집증거배제법칙의 본고장이라고 할 수 있는 미국에 있어서 연방대법원이 어떠한 기준을 제시하고 있는가를 살펴보기로 한다.

IV. 미국 연방대법원의 태도

1. 위법수집증거배제법칙의 적용범위

본 평석의 대상이 된 판례에서 문제되고 있는 것은 사인 간에 촬영된 나체사진에 대하여 위법수집증거임을 이유로 증거능력을 부인할 수 있는가 하는 점이다. 사

8) 나체사진 자체의 증거능력을 다룬 판례는 아직 필자가 발견하지 못하였다.

9) 이 점은 본고의 분석대상이 된 독일 연방헌법재판소의 결정문에도 그대로 나타난다. “사람의 말과 음성은 녹음에 의하여 발언자와 분리되고 처분가능한 형태로 독립화된다. 만일 다른 사람이 당사자의 의사와 무관하게 또는 의사에 반하여 비공개로 말해진 것을 마음대로 처분할 수 있다면 인격의 불가침권은 현저하게 축소될 것이다...” BVerfGE 34, 238(246).

인 간에 수집된 증거에 대하여 위법수집증거배제법칙이 적용될 수 있는가 하는 점에 대하여 미국 연방대법원(Supreme Court)은 1921년 *Burdeau v. McDowell* 사건에서 위법수집증거배제법칙(exclusionary rule)은 “주권기관(sovvereign authority)의 행위에 대한 견제장치이며… 국가기관 이외의 자에게 가해지는 제한은 아니다.”라고 판시한 바 있다.¹⁰⁾ 이 판례에 기초하여 미국의 법원들은 형사절차에서 사인에 의하여 수집된 증거에 대하여 증거배제법칙을 적용하지 않고 있다.¹¹⁾ 다만 미국 연방대법원은 사인이 수사관을 대위하여 증거를 수집한 경우에는 위법수집증거배제법칙을 적용하고 있다.¹²⁾

이와 같은 관점에서 보게 되면 본 판례평석에서 문제되고 있는 나체사진은 순수하게 사인 간에 촬영된 것이어서 처음부터 위법수집증거를 논할 필요가 없으며 따라서 증거동의의 객체에서 배제해야 하는가 하는 문제도 제기되지 않는다. 대법원이 본 판례에서 문제의 나체사진이 사인 간에 상대방의 동의하에 촬영한 것이기 때문에 위법하지 않다고 판시하는 이면에는 미국 연방대법원이 제시한 법리가 암묵적으로 작용하지 아니하였는가 하는 생각해 볼 수 있다.

2. 기본권보장과 위법수집증거배제법칙

미국 연방대법원이 위법수집증거배제법칙을 발전시켜서 강압수사를 방지하고 시민의 자유와 권리를 획기적으로 신장시킨 것은 주지의 사실이다. 미국 연방대법원은 진술증거의 영역에서 소위 미란다 법리를 발전시켜 위법수사의 방지를 꾀하였는데, 이 법리는 종래 증거법 차원에 머물러 있던 자백배제법칙에 연방 수정헌법 제5조의 자기부죄금지 특권을 결합시켜 위법수사의 입증용을 용이하게 한 점에 커다란 특징이 있다.¹³⁾ 한편 미국 연방대법원은 비진술증거의 경우에 대하여 연방 수정헌법 제4조가 규정한 영장주의에 기초하여 위법수집된 증거물의 증거능력을 배제함으로써 위법수사의 억제력을 꾀하고 있다.

나체사진의 증거능력이 문제된 대법원 판례의 분석과 관련하여 주목되는 것은 미국 연방대법원이 위법수집증거배제법칙의 필요성을 인정하면서도 그 남용의 위험성에 어떻게 대처하고 있는가 하는 점이다. 특히 위법수집증거배제법칙이 미국 수정헌법이 규정한 기본권을 보호하는 데에 어느 정도의 역할을 담당해야 하는가 하는

10) *Burdeau v. McDowell*, 256 U.S. 465, 41 S.Ct. 574, 65 L.Ed.2d 1048(1921).

Kamisar/LaFave/Israel, *Modern Criminal Procedure*, 7th ed., p. 143.

11) Kamisar/LaFave/Israel, *Modern Criminal Procedure*, 7th ed., p. 144.

12) *Stapleton v. Superior Court*, 447 P.2d 967 (Cal. 1968). Kamisar/LaFave/Israel, *Modern Criminal Procedure*, 7th ed., p. 144.

13) 미란다 법칙의 의의에 대해서는, LaFave/Israel, *Criminal Procedure*, 2nd ed., p. 313 이하 참조.

점을 놓고 미국 연방대법원 내부에서는 대법관들 사이에 견해가 충돌하고 있는데 그 전형적인 예의 하나가 United States v. Leon 사건이라고 할 수 있다.

3. United States v. Leon 사건

이 사건은 수사관이 치안판사로부터 영장을 발부받아 증거물을 압수하였는데, 사후에 영장발부요건의 불비가 발견된 경우에 그 증거물의 증거능력을 부인할 수 있는가 하는 점을 쟁점으로 하고 있다. 영장주의의 요청에 의할 때 영장발부의 요건이 불비한 상태에서 수사관이 증거물을 압수하게 되면 그 증거물은 위법수집증거배제법칙에 의하여 증거능력이 상실될 것이지만, 치안판사가 발부한 영장이 적법하다고 신뢰한 수사관이 (사후적으로 요건불비라고 판단된) 이 영장을 근거로 압수한 증거물에 대해서까지도 증거능력을 배제해야 하는가 하는 것이 이 Leon 사건의 핵심이다. Leon 사건은 사인 간에 수집된 증거물의 증거능력을 다룬 것은 아니지만 위법수집증거배제법칙을 운용함에 있어서 미국 연방대법원이 기본권 침해의 문제를 어떻게 인식하고 있는가 하는 점을 보여주는 예로서 나체사진의 증거능력 문제를 다룬 우리 대법원 판례의 분석에도 유익한 시사점을 던져 준다고 생각된다.

Leon 사건에서 미국 연방대법원 다수의견을 집필한 White 대법관은 위법수집증거배제법칙의 성질을 다음과 같이 분석하고 있다.

“연방 수정헌법 제4조는 이 규정이 말하는 바에 반하여 수집된 증거를 배제하는 명문의 조항을 두고 있지 않다. 수정헌법 제4조의 연원과 목적을 검토해 보면 일단 불법하게 압수·수색이 행해지고 그 소산으로 수집된 증거를 사용하는 행위가 별도로 수정헌법 제4조를 침해하는 것이 아님을 분명하게 알 수 있다. 수정헌법에 의하여 위법하다고 판단된 행위는 불법한 압수·수색 그 자체에 의하여 이루어진 것이다. 증거배제법칙은 피고인이 이미 당한 권리침해에 대하여 이를 구제하기 위한 목적에서 나온 것이 아니며 또한 권리구제를 할 수 있는 능력도 없다. 위법수집증거배제법칙은 사법부에 의하여 개발된 구제방안이다. 위법수집증거배제법칙은 권리침해를 당한 사람에 대하여 그의 헌법상 권리를 구제해 주는 기능을 담당하는 것이 아니라 이 배제법칙이 가지고 있는 억제적 효력을 근거로 수정헌법 제4조가 규정한 권리를 보장해 주는 기능을 담당한다.”¹⁴⁾

이어서 White 대법관은 위법수집증거배제법칙의 운용기준이 비용과 효과의 비교 분석이라는 점을 설명한다.

14) United States v. Leon, 468 U.S. 897, 104 S.Ct. 3405, 82 L.Ed.2d 677 (1984).
Kamisar/LaFave/Israel, *Modern Criminal Procedure*, 7th ed., p. 125.

“우리가 내린 판례들이 명백히 하고 있는 바와 같이, 구체적인 사건에 있어서 위법수집증거의 배제라는 제재가 과연 적절하게 부과되었는가 하는 문제는 위법수집증거임을 이유로 증거능력을 부인해 달라고 요청하는 당사자에 대하여 수사관이 그 당사자에게 인정된 수정헌법 제4조의 권리를 침해하였는가 하는 문제와는 전혀 별개의 것이다. 본 사안에서는 전자의 문제만이 판단대상으로 우리 앞에 놓여 있다. 본 사안에서 관건은 독립적이고 중립적인 치안판사가 발부한 영장이 비록 사후적으로는 결국 요건불비로 판단되었지만, 그 영장이 적법하게 발부되었다고 신뢰한 수사관이 이 영장에 근거하여 증거물을 수집한 경우에 이 증거물을 검사의 주변론(case-in-chief)에 증거로 사용하지 못하도록 해야 할 것인가 하는 점이다. 이 문제는 내용적으로 신뢰성이 높은 유체의 증거물에 대하여 증거능력을 배제할 때 부담해야 할 비용과 이를 통하여 얻게 될 이익을 비교교량하여 결정하지 않으면 안된다.”¹⁵⁾

White 대법관은 비용-수익의 비교교량이라는 기준을 토대로 위법수집증거배제법칙이 야기하는 사회적 비용에 대하여 분석한다.

“수정헌법 제4조의 권리를 보장하기 위하여 위법수집증거를 적용함으로써 발생하는 적지 않은 사회적 비용은 오랫동안 염려의 대상이 되어 왔다. 우리는 우리가 판시한 사건들을 통하여 국가기관측의 적법성 준수라는 이상을 실현하기 위하여 위법수집증거배제법칙을 끝이끝대로 적용할 때 직업법관과 배심원이 담당하고 있는 진실발견의 기능이 감내할 수 없을 정도로 심각하게 훼손될 수 있다는 사실을 지속적으로 인정해 왔다. 형사사법제도가 담당하고 있는 진실발견의 기능을 훼손한다는 문제점에 수반하는 또 다른 문제점은 진범인이 무죄로 풀려날 수 있거나 또는 유무죄협상을 함으로써 보다 가벼운 형의 혜택을 받을 수 있다는 사실이다. 특히 수사관이 객관적으로 선의에 기초하여 행위한 경우나 또는 위법의 정도가 심하지 아니한 경우에 범인에게 돌아가는 혜택의 정도가 지나치게 크다면 이는 형사사법에 대하여 사람들이 가지고 있는 기본적 인식에 반하는 것이다. 위법수집증거배제법칙을 무차별적으로 적용하게 되면 법과 사법에 대한 경시풍조를 야기하게 될 것이다. 따라서 여타의 구제장치들과 마찬가지로 위법수집증거배제법칙은 이 법칙이 설정한 구제의 목표를 가장 잘 달성할 수 있는 영역에 한정하여 적용하지 않으면 안 된다.”¹⁶⁾

White 대법관은 위법수집증거배제법칙이 야기하는 사회적 비용을 지적한 후 요건불비의 영장을 적법한 영장이라고 오신하여 증거물을 수집한 상황에서 그 증거물의 증거능력을 어떻게 판단해야 할 것인가 하는 문제에 대하여 다음과 같이 판단한다

15) Kamisar/LaFave/Israel, *Modern Criminal Procedure*, 7th ed., p. 125.

16) Kamisar/LaFave/Israel, *Modern Criminal Procedure*, 7th ed., p. 125.

“우리가 수정헌법 제4조의 위법수집증거배제법칙에 관하여 판시한 최근의 판례들은 이러한 구체목표에 대하여 깊은 관심을 나타내고 있음을 특징으로 하고 있다. 물론 미국 연방대법원은 수정헌법 제4조 위반행위가 실질적이고 의도적으로 일어나는 영역에 대하여 보다 더 효과적인 제재방법이 없을 때 이 위법수집증거배제법칙을 지속적으로 적용해야 한다는 점에 대하여 크게 의문을 제기한 바는 없다. … 그럼에도 불구하고 형사재판을 포함하여 여러 분야에서 발전해 온 비교교량의 접근방법은 압수·수색이 수정헌법 제4조의 기준에 따라 행해지고 있다고 믿을 만한 사정이 있을 때 이 합리적인 선의의 믿음(reasonable good-faith belief)에 기초하여 수집된 증거가 법정에 제출될 수 있도록 위법수집증거배제법칙이 보다 넓은 범위에서 수정되어야 한다는 점을 강력하게 시사하고 있다.”¹⁷⁾

4. 미국 연방대법원의 판례와 대법원 판례의 비교

이상에서 미국 연방대법원이 위법수집증거배제법칙에 대하여 어떠한 입장을 취하고 있는가를 Leon 사건의 예를 토대로 살펴보았다. 이 Leon 사건을 본 평석의 대상이 된 대법원 판례와 비교해 보면 다음의 몇 가지 점들을 확인할 수 있다.

첫째로, Leon 사건에서 미국 연방대법원은 위법수집증거배제법칙이 헌법의 기본권 조항에서 곧 바로 도출되는 원리가 아니라 기본권 침해를 구제하기 위하여 미국의 사법부가 마련한 도구적 장치라는 점을 강조하고 있다. 이와 같은 인식은 본 판례에서 나체사진의 증거능력을 인정한 대법원의 입장을 연상시킨다. 평석대상 판례의 항소심 법원은 인격권의 중대한 침해를 이유로 나체사진의 증거능력을 부인할 뿐만 아니라 나체사진을 증거로 사용하는 것은 법원에 의한 또 하나의 위법행위라고 보고 있다. 이에 대하여 대법원은 인격권의 중대한 침해라는 사유 자체에서 증거능력이 부인되는 것은 아니라는 점을 밝히고 있다. 또한 대법원은 나체사진을 증거로 사용하는 것 자체가 법원에 의한 기본권 침해행위에 해당하여 증거능력이 부인된다는 항소심 법원의 논지를 채택하고 있지 아니한데, 이러한 태도는 위법수집증거배제법칙이 기본권 침해에 대한 구제수단일 뿐이라는 미국 연방대법원의 판시사항을 연상시킨다.

두 번째로, 미국 연방대법원은 위법수집증거배제법칙을 사용할 때 부담해야 할 사회적 비용이 결코 적지 않음을 강조하고 있다. 이 부분에 대한 미국 연방대법원의 분석은 나체사진에 대한 증거능력을 판단함에 있어서 대법원이 보여준 신중한 태도를 연상시킨다. 대법원은 인격권의 보호요청과 효과적인 형사소추 및 형사소송에서의 진실발견이라는 공익을 비교형량함에 있어서 공익의 측면에 매우 높은 비중을 두고 기본권 향유자인 개개인에게 기본권 제한에 대한 수인(受忍)의 의무를 넓게 인정하고 있기 때문이다.

17) Kamisar/LaFave/Israel, *Modern Criminal Procedure*, 7th ed., p. 126.

세 번째로 지적할 점은 미국 연방대법원과 우리 대법원이 위법수집증거배제법칙으로 인한 사회적 비용을 염려하고 있지만 문제의 접근방법은 전혀 다르다는 사실이다. 미국의 Leon 사건은 일단 위법수집증거배제법칙이 인정된다는 전제하에 사회적 비용이 지나치게 요구되는 영역에 대해서까지 이 법칙을 무리하게 확장하는 일이 없어야 한다는 점을 강조하고 있다. 이에 대하여 우리 대법원은 비진술증거에 대하여 위법수집증거배제법칙을 채택하지 않는다는 기본입장을 최근까지도 계속적으로 피력하여 왔다.¹⁸⁾ 미국 연방대법원이 위법수집증거배제법칙이 더 효과적인 구제방법이 없는 영역에 필요한 법리임을 전제로 하면서 그로 인한 사회적 비용의 지나침을 걱정하는 입장이라면 우리 대법원의 태도는 위법수집증거배제법칙의 사회적 비용을 두려워하여 처음부터 이 법리를 채택하지 않는 입장이라고 생각된다.

V. 결론

1. 대법원의 접근방법에 대한 평가

지금까지 사인이 촬영한 나체사진에 대하여 증거능력을 인정한 대법원 판례를 독일 연방헌법재판소의 판례 및 미국 연방대법원의 판례와 비교하여 검토해 보았다. 3개국의 최고법원을 비교해 볼 때 우리 대법원은 매우 소극적이며 보수적인 입장을 견지하고 있음을 알 수 있다. 우선 우리 대법원은 독일 연방헌법재판소와 달리 인격권의 핵심적 영역을 침해하는 행위로 수집한 증거라 할지라도 그 자체로 증거능력을 부인하지 않는다. 또한 대법원은 비진술증거에 대하여 위법수집증거배제법칙을 인정한 미국 연방대법원과 달리 국가기관이 위법하게 수집한 증거라 할지라도 증거능력을 부인하지 않는다. 본 판례에서 대법원은 위법수사의 억지라는 미국식 접근방법 대신에 기본권 보장과 공익의 비교교량이라는 독일식 접근방식을 기본권의 핵심영역 침해라는 본질적 요소를 배제한 형태로 사용하고 있을 뿐이다.

2. 증거능력 법리의 중요성

우리 형사소송법은 증거재판주의(형소법 제307조)와 자유심증주의(형소법 제308

18) “압수물은 압수절차가 위법하다고 하더라도 물건 자체의 성질, 형상에 변경을 가져오는 것은 아니어서 그 형태 등에 관한 증거가치에는 변함이 없어 증거능력이 있다고 할 것인바(대법원 1987. 6. 23. 선고 87도705 판결, 1994. 2. 8. 선고 93도3318 판결 참조), 설령 위 형사소송법 제217조 제1항이 위헌이라서 신청인에 대한 긴급구속시 행하여진 압수절차가 위법한 것이라고 하더라도 그 압수물이 법원에 증거로 제출된 이상 그 증거능력은 있고, 나아가 신청인이 그 제출된 압수물을 증거로 함에 동의한 이 사건에서는, 법원으로서 위 조항의 위헌 여부와 관계없이 위 압수물을 유죄의 증거로 삼을 수 있다.” 1996.5.14. 96초88, 공 1996, 1957.

조)를 증거법의 양대 지주로 설정하고 있다. 이 가운데 증거재판주의는 엄격한 증명의 법리를 천명한 것으로 이해되고 있다.¹⁹⁾ 엄격한 증명의 법리에 따를 때 법관은 범죄사실을 인정함에 있어서 증거능력이 있는 증거를 법정된 증거조사절차에 따라서 조사해야 한다. 법관은 이러한 관문을 통과한 증거자료만을 자유심증의 대상으로 삼을 수 있을 뿐이다. 한편 자유심증주의는 법관의 합리적 이성을 신뢰하는 데에서 출발한 원칙이다.²⁰⁾ 그렇기 때문에 자유심증의 영역에서 일어나는 판단에 대해서는 외부적으로 그 당부를 논하기가 쉽지 않다. 이에 대하여 엄격한 증명의 법리가 요구하는 증거능력이나 증거조사절차는 외형적, 객관적 통제가 가능하여 그 실천적 의미가 매우 크다.

이 가운데에서도 증거능력의 문제는 증거조사절차에 비하여 한국 형사재판의 실제에 있어서는 더욱 큰 의미를 가지고 다가오는데, 그 이유는 엄격한 증명의 법리에서 요구되는 증거조사절차의 준수는 그 이행 여부가 오로지 공판조서(특히 증거목록)에 기재된 것에 의해서만 판단되므로 실제상 절차준수의 위법을 다룰 가능성이 거의 없기 때문이다(형소법 제56조 참조).²¹⁾ 증거능력의 문제가 가지는 이와 같은 실천적 의의에 비추어 형사소송법 학계가 증거능력을 제한하는 법리에 많은 관심을 기울이게 되는 것은 자명한 이치이다. 현재 학계에서 증거능력의 제한원리로 들고 있는 것은 전문법칙, 자백배제법칙, 위법수집증거배제법칙의 세 가지이다.

증거능력의 규제원리로 거론되는 세 가지 법리 가운데 전문법칙과 자백배제법칙은 입법화되어 각각 형사소송법 제310조의 2 이하 및 형사소송법 제309조로 명시되어 있다. 그리고 자백배제법칙은 단순한 증거법상의 원칙이라는 차원을 넘어서서 헌법 제12조 제7항에 의하여 기본권의 차원으로 격상되고 있다. 이에 대하여 위법수집증거배제법칙은 외국의 경우를 모델로 삼아 학설에 의하여 주장, 발전된 법리이다. 최근 들어 통신비밀보호법이 감청이나 타인의 대화비밀침해의 결과로 얻어진 증거에 대하여 입법적으로 증거능력을 제한하고 있으나(동법 제12조, 제14조 제2항) 이것이 위법수집증거배제법칙을 전면적으로 입법화한 것은 아니다.

3. 비진술증거와 위법수집증거배제법칙

대법원은 진술거부권을 고지하지 아니한 상태에서 이루어진 검사의 신문을 녹화한 비디오테이프의 증거능력을 진술거부권 침해를 이유로 부인하거나²²⁾ 변호인과의

19) 신동운, 형사소송법, 564면 이하 참조.

20) 자유심증주의의 사상적 배경에 대하여는, 신동운, 형사소송법, 689면 이하 참조.

21) 사경작성 피의자신문조서에 대하여 “내용인정”으로 기재된 증거목록에 대하여 상소심 법원이 원심법원에서 범죄사실을 부인한 피고인의 전체적 진술을 토대로 그 증명력을 부인한 것이 드물게 보일 뿐이다. 신동운, 공판조서의 증명력과 그 제한가능성, 판례월보 303호, 1995. 12. 참조.

접견교통이 제한된 상황에서 작성된 검사작성 피의자신문조서에 대하여 변호인의 조력을 받을 권리를 침해한 것이라는 이유로 그 증거능력을 부인한 바 있다.²³⁾ 이러한 대법원의 판례들에 대하여 이것이 위법수집증거배제법칙을 도입한 것이라고 의미부여를 할 가능성도 있지만, 이 판례들은 오히려 자백배제법칙의 확대적용을 피한 것이라고 볼 여지도 충분하다. 왜냐하면 지금까지 대법원이 국가기관의 위법 활동을 문제삼아 증거능력을 부인한 증거는 진술증거, 그것도 피의자의 지위에서 행한 진술증거만을 대상을 하고 있기 때문이다.²⁴⁾

위법수집증거배제법칙이 특별히 의미를 가지는 것은 전문법칙이나 자백배제법칙이 개입할 여지가 없는 비진술증거의 증거능력에 대해서이다. 현재 학계의 상황을 볼 때 위법수집증거배제법칙은 이설이 없을 정도로 압도적으로 지지되고 있다.²⁵⁾ 또한 사법시험에서도 위법수집증거배제법칙에 근거한 문제들이 출제되어 예비법조인들이 선발되고 있다. 그러나 적어도 판례나 법원의 실무를 들여다보면 위법수집증거배제법칙은 여전히 외국의 모델일 뿐이며 입법론의 차원에 머무르고 있는 논점일 뿐이다.²⁶⁾ 학계가 일치하여 주장하고 있는 위법수집증거배제법칙은 수험용 지식에 지나지 아니하며, 위법수사 여부를 가늠하는 수사법의 법리는 지금까지 기껏해야 공무집행방해죄의 적법성 요건에 대한 판단기준이나 수사관 또는 국가를 상대로 하는 손해배상사건 내지 국가배상사건의 기준으로 기능할 뿐이었다.²⁷⁾

본 판례에서 문제되는 나체사진은, 대법원이 “이 사건 사진은 범죄현장의 사진”이라고 언급한 부분에서 볼 수 있는 바와 같이, 간통죄의 범행현장을 나타내는 증거로서 소위 현장사진이다. 현재 학계에서는 이 현장사진을 비진술증거로 분류하는 견해가 유력하다.²⁸⁾ 현장사진을 비진술증거로 보는 경우 피고인의 입장에서 도움을

22) 1992.6.23. 92도682, 공 1992, 2316.

23) 1990.9.25. 90도1586, 공 1990, 2229.

24) 이 부분과 관련하여 우리 헌법 제12조 제7항이 진술증거인 자백에 대해서만 증거배제의 법칙을 명시하고 있는 점에 주목할 필요가 있다.

25) 전술 각주 2) 참조.

26) 전술 각주 18) 참조.

27) 위법수사에 대한 구제방안에 대해서는, 신동운, 형사소송법 I, 제2판, (1997) 148면 이하 참조.

28) 현장사진이 전형적인 진술증거가 아니라는 점에는 견해가 대체로 일치되어 있다. 다만 현장사진의 증거능력을 전문법칙과 관련하여 제한하려는 시도로서 진술증거에 준하여 취급하려는 견해, 검증조서에 준하여 취급하려는 견해 등이 제시되고 있다. 이러한 학설대립은 전문법칙과 관련하여 그다지 큰 의미가 있는 것으로 보이지 않는다. 그러나 위법수집증거배제법칙과 관련하여 보게 되면 현장사진을 진술증거로 포착할 때 기존에 대법원이 진술증거에 대하여 위법수사를 이유로 증거능력을 부인한 법리를 원용할 여지가 생긴다. 김대휘 부장판사는 본 판례를 평석하면서 본 판례에서 문제된 나체사진에 대하여 “사진의 기계적·과학적 특성이나 대상의 존재나 상황에 관한 증거로서 법관의 시각에 의한 증거조사만이 가능하고 또 그것으로 충분하기 때문에 이를 진술증거

호소할 수 있는 법리는 이제 위법수집증거배제법칙밖에는 없다. 그러나 앞에서도 언급한 바와 같이 대법원은 비진술증거, 특히 유체물인 증거에 대해서는 아직도 위법수집증거배제법칙을 수용하고 있지 아니하다.²⁹⁾ 이와 같은 상황에서 대법원이 본 판례를 통하여 “이 사건 사진이 위법하게 수집된 증거로 볼 수 없는 이상 형사소송법 제318조 제1항에 의한 증거동의의 대상이 될 수 있다 할 것[이다.]”라고 판시한 사실은 비록 그 표현이 직접적이지는 아니하더라도 위법수집증거배제법칙의 적용가능성을 암시하고 있다는 점에서 매우 주목된다.

본 판례에서 대법원이 이와 같은 진보적 견해를 피력한 것이 대법원이 1996.5.14. 96초88 결정에서 “신청인이 그 제출된 압수물을 증거로 함에 동의한 이 사건에서는, 법원으로서 위 조항의 위헌 여부와 관계없이 위 압수물을 유죄의 증거로 삼을 수 있[다.]”고 판단한 것을 의식하여 행한 것인지, 아니면 선행판례의 조사가 미비하여 나오게 된 것인지는 알 수 없다. 그러나 적어도 시간적 선후관계에 비추어 보면 1997.9.30.에 선고된 본 판례는 1996.5.14.자의 96초88 사건에서 대법원이 천명한 태도를 수정한 것으로서 사실상 판례변경에 해당한다고 볼 여지가 충분하다. 비진술증거에 대하여 위법수집증거배제법칙의 적용가능성을 열어 놓은 본 판례가 앞으로 우리나라 형사재판의 실무에 어떠한 변화를 가져올 것인지 그 귀추가 주목된다고 하겠다.

로 볼 필요는 없다”고 적고 있다. 김대휘, 사진과 비디오테이프의 증거능력, 형사판례연구 [6], (1998), 436면 이하, 특히 455면 참조.

29) 전술 각주 18) 참조.