

# 대 법 원

## 제 1 부

## 판 결

사 건 2009도526 가. 뇌물수수  
나. 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반  
다. 제3자뇌물취득

피 고 인 피고인  
등록기준지 전주시 덕진구 진북동 992-31

상 고 인 피고인

변 호 인 변호사 김명중

원 심 판 결 수원지방법원 2008. 12. 24. 선고 2008노4703 판결

판 결 선 고 2009. 4. 23.

## 주 문

상고를 기각한다.

상고 후의 구금일수 중 110일을 본형에 산입한다.

## 이 유

상고이유를 판단한다.

1. 구속영장의 사전제시 없는 구속 중 수집한 피고인의 진술증거에 대하여

가. 형사소송법 제308조의2는 '적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다'고 규정하고 있는바, 수사기관이 헌법과 형사소송법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 물론 이를 기초로 하여 획득한 2차적 증거 역시 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없는 것이 원칙이다.

다만, 수사기관의 절차 위반 행위가 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 형사 사법 정의를 실현하려 한 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우라면, 법원은 그 증거를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다. 따라서 법원이 2차적 증거의 증거능력 인정 여부를 최종적으로 판단할 때에는 먼저 절차에 따르지 아니한 1차적 증거 수집과 관련된 모든 사정들, 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 살피는 것은 물론, 나아가 1차적 증거를 기초로 하여 다시 2차적 증거를 수집하는 과정에서 추가로 발생한 모든 사정들까지 구체적인 사안에 따라 주로 인과관계 희석 또는 단절 여부를 중심으로 전체적·종합적으로 고려하여야 한다(대법원 2009. 3. 12. 선고 2008도11437 판결, 대법원 2007. 11. 15. 선고 2007도3061 전원합의체판결 참조).

수사기관이 헌법 제12조 제3항, 형사소송법 제85조 제1항, 제209조에 반하여 사전에 영장을 제시하지 아니한 채 구속영장을 집행한 경우, 그 구속 중 수집한 2차적 증거들인 구속 피고인의 진술증거가 유죄 인정의 증거로 사용될 수 있는지 역시 위와 같은

법리에 의하여 판단되어야 하고, 이는 형사소송법 제81조 제3항, 제209조에 따라 검사의 지휘에 의하여 교도관리가 구속영장을 집행하는 경우에도 마찬가지이다.

나. 기록에 의하면, 피고인은 2008. 6. 25. 08:38경 체포영장에 의하여 체포되어 같은 날 11:00경 수원지방검찰청 검사실에 인치된 후 2008. 6. 26. 00:40경 수원구치소에 구금된 사실, 피고인에 대한 구속영장이 2008. 6. 27. 발부된 사실, 위 구속영장은 같은 날 23:10경 수원구치소에서 교도관리에 의하여 집행된 것으로 구속영장에 기재되어 있는 사실, 2008. 7. 1. 피고인에 대한 검사 작성의 제3회 피의자신문조서가 작성되었고, 그 이후인 2008. 7. 7. 피고인에 대한 검사 작성의 제4회 피의자신문조서가, 2008. 7. 11. 피고인에 대한 검사 작성의 제6회 피의자신문조서가 작성된 사실, 피고인은 2008. 7. 2. 변호인을 선임하였고, 2008. 7. 3. 변호인을 통하여 구속영장을 제시받지 못한 채 불법적으로 구금되어 있다는 등의 사유를 주장하면서 구속적부심사청구를 한 사실, 피고인은 이에 따라 열린 2008초적63 구속적부심사 사건의 심문절차에서 판사로부터 구속영장을 제시받은 사실, 피고인은 검사 작성의 제4회, 제6회 피의자신문조서에서 이 사건 공소사실 중 일부만을 시인한 사실, 피고인은 제1심 소송이 계속 중이던 2008. 8. 18. 변호인을 통하여 구속영장을 제시받지 못한 채 구속되어 있다는 등의 사유를 주장하면서 보석허가청구를 한 사실, 한편 피고인과 그 변호인은 모두 제1심의 제1회 공판기일에서 범의를 일부 부인하였을 뿐 이 사건 공소사실의 객관적인 사실관계는 모두 인정하였고, 제2회 공판기일 이후 원심의 각 공판기일에 이르기까지 이 사건 공소사실을 모두 자백한 사실을 알 수 있다.

위와 같은 사실을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 피고인의 주장과 같이 피고인에 대한 구속영장의 집행 당시 구속영장이 사전에 제시된 바 없다면, 이는 헌법 및 형사

소송법이 정한 절차를 위반한 구속집행이고, 그와 같은 구속 중에 수집한 피고인의 진술증거인 피고인에 대한 검사 작성의 제3회 내지 제6회의 피의자신문조서와 피고인의 법정진술은 예외적인 경우가 아닌 한 유죄인정의 증거로 삼을 수 없는 것이 원칙이다. 더욱이 구속 직후 피고인이 위와 같은 구속영장이 사전에 제시됨이 없이 구속된 불법 구금임을 주장하면서 법원에 구속적부심사를 청구하고 제1심 법원에 보석을 청구하는 등 구속집행절차상의 위법을 다투고 있는 상황이라면, 원심으로서도 피고인에 대한 구속영장을 집행하는 과정에서 실제로 위 피고인이 주장하는 바와 같은 위법이 있는지를 살펴보고 나아가 위 각 증거를 유죄 인정의 증거로 삼을 수 있는지에 대하여 심리해보았어야 한다. 그런데도 제1심이 이 점에 관하여 전혀 심리를 하지 아니한 채 피고인에 대한 검사 작성의 제4회, 제6회의 각 피의자신문조서와 피고인의 법정진술의 각 증거능력을 인정하고 이를 유죄 인정의 증거로 채택하여 이 사건 공소사실에 대하여 유죄의 죄책을 인정하였으며, 원심은 피고인이 양형부당만을 항소이유로 주장하였다는 이유만으로 이 점에 대한 심리에 이르지 아니한 채 제1심판결을 그대로 유지하였는바, 이러한 조치는 잘못된 것이다.

그러나 피고인의 제1심 법정진술은, 앞서든 법리나 위 인정사실에 나타난 다음에서 드는 각 사정을 전체적·종합적으로 고려해 볼 때, 이를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있는 경우에 해당한다. 즉, 피고인은 구속적부심사의 심문 당시 구속영장을 제시받은 바 있어 그 이후에는 구속영장에 기재된 범죄사실에 대하여 숙지하고 있었던 것으로 보이고, 구속 이후 원심에 이르기까지 구속적부심사와 보석의 청구를 통하여 사전에 구속영장을 제시받지 못한 구속집행절차의 위법성만을 다투었을 뿐 그 구속 중 이루어진 피고인의 진술증거인 피고인에 대한 검사 작성의 피의자신문조서와 법정에서의

피고인 진술의 임의성이나 신빙성에 대하여는 전혀 다투지 아니하였으며, 구속 이후 피고인에 대한 검사 작성의 제4회, 제6회 피의자신문조서의 작성 시에는 이 사건 공소 사실 중 일부만을 시인하는 태도를 보이다가, 오히려 변호인과 충분히 상의를 한 제1심 법정 이후에는 이 사건 공소사실 전부에 대하여 자백하는 것으로 태도를 바꾼 후 원심에 이르기까지 그 자백을 번복하고 있지 아니하였다.

이와 같이 증거능력이 인정되는 피고인의 제1심 법정진술 등 나머지 제1심의 적법한 채택 증거들에 의하더라도 이 사건 범죄사실 모두를 인정하기에 충분한바, 제1심이 이 사건 공소사실을 모두 유죄로 인정하고, 원심이 이러한 제1심판결을 그대로 유지한 조치는 결국 정당하므로, 원심의 위에서 본 잘못된 판결 결과에 영향을 미쳤다고 볼 수 없다.

## 2. 나머지 상고이유에 대하여

원심판결 및 원심이 적법하게 채택한 증거들에 의하면, 피고인에 대하여 이 사건 공소사실을 모두 유죄로 인정한 제1심판결을 그대로 유지한 원심의 조치는 정당하고, 나머지 상고이유의 주장과 같은 법률의 착오, 위법한 압수절차에 의하여 수집된 증거의 증거능력 등 법리오해의 위법이 없다.

## 3. 결론

그러므로 상고를 기각하고, 상고 후의 구금일수 중 일부를 본형에 산입하기로 관여 대법관의 의견이 일치되어 주문과 같이 판결한다.

재판장          대법관          김능환 \_\_\_\_\_

주 심      대법관      김영란      \_\_\_\_\_

              대법관      이홍훈      \_\_\_\_\_

              대법관      차한성      \_\_\_\_\_