

대 법 원

제 1 부

판 결

사 건 2020도3050 가. 부정청탁및금품등수수의금지에관한법률위반
나. 공무상비밀누설

피 고 인 피고인

상 고 인 피고인

변 호 인 변호사 신대희

원 심 판 결 춘천지방법원 2020. 2. 7. 선고 2019노718 판결

판 결 선 고 2024. 4. 16.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 춘천지방법원에 환송한다.

이 유

1. 공소사실의 요지

피고인은 ○○지방검찰청 △△지청에서 검찰청 사건 접수 및 처리와 수사지휘에 관한 사항 등에 관한 사무를 분장하는 □□과장(검찰수사서기관)으로 재직한 사람이다. 공소외 1은 위 지청에서 지청장이 명하는 범죄사건의 수사를 분장하는 ◇◇과장(수사

사무관)으로 재직 한 사람이고, 공소외 2는 △△시청 ☆☆☆☆국장(지방 4급)으로 재직 하고 2018. 12. 말경 퇴직 한 사람이다.

가. 「부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률(이하 '청탁금지법'이라 한다)」 위 반 부분

피고인은 2018. 5. 1.경 공소외 2로부터 "○○지검 △△지청 ◇◇과에서 현 시장의 측근 공소외 3에 대한 수사를 개시할 수 있다는 이야기를 들었다. 2018. 6. 13.에 있을 △△시장 선거에서 현 시장의 재당선에 지장이 생기면 안되니 선거 전까지 공소외 3에 대한 문제가 불거지지 않도록 수사를 지연시켜달라."라는 취지의 청탁(이하 '이 사건 청탁'이라 한다)을 받았다.

피고인은 2018. 5. 2.경 위 지청 사무실 안에서 약 27년간 알고 지낸 직장 후배이자 사법경찰관으로서 위 사건 수사 진행 중인 ◇◇과장 공소외 1에게 공소외 3에 대한 사건(피의자 공소외 4 관련 사건) 진행을 △△시장 선거에 영향이 없도록 선거 이후로 미루어달라는 취지로 요청하였다.

이에 따라 공소외 1은 피고인으로부터 부탁받은 대로 공소외 4에 대한 피의 사건의 검사실 송치를 지연시키거나 사건 수사가 선거에 영향을 미치지 않도록 하기 위하여, 수사를 직접 담당 한 사법경찰관 검찰주사 공소외 5로부터 사전 결재를 위해 받아두었던 수사지휘건의서를 1회 반려하고 2018. 5. 초순경 수정된 수사지휘건의서에 대하여도 제대로 회신을 주지 않았으며, 2018. 5. 하순경 형사▽부장검사로부터 공소외 3 혐의에 대한 수사 계획에 대하여 문의를 받자 공소외 3에 대한 수사를 ◇◇과에서 진행 하지 않고 추후 검사실 송치 후 진행하도록 제안하고, 2018. 5. 28.경 위 공소외 5로부터 공소외 4에 대한 구속 기소의견이 기재된 수사지휘건의서와 구속영장신청서 초안

컴퓨터 파일을 전달받게 되자 그 즉시 구속영장신청서 범죄사실란에 포함되어 있던 공소외 3 및 △△시장 관련 부분을 삭제하고, 2018. 6. 4.에서야 최종 결재를 함으로써 결과적으로 위 공소외 4 사건이 △△시장 선거 이후인 2018. 6. 15.에서야 검사실에 송치되게 하여 선거일 이전에 공소외 3에 대한 수사가 진행되지 않도록 하였다.

피고인은 위와 같이 공소외 1과 공모하여 공소외 2로부터 수사업무 처리에 관하여 선거일 이후로 공소외 3에 대한 수사를 지연시켜 달라는 내용의 부정청탁을 받고 그에 따라 직무를 수행하였다.

나. 공무상비밀누설

1) 피고인은 2018. 6. 7.경 공소외 2에게 전화를 걸어 공소외 3에 대한 주요 수사 단서인 공소외 4 진술의 요지, 향후 공소외 3에 대한 수사개시 및 구속영장 청구 계획 등 수사기관의 범죄 수사 기능에 장애를 초래할 위험이 있는 수사기관 내부의 비밀을 누설하였다.

2) 피고인은 2018. 8. 30.경 및 같은 해 10. 17.경 공소외 2로부터 친형 공소외 6의 고소 사건 진행 경과를 확인해 달라는 부탁을 받고, 이에 따라 그 무렵 △△지청 사건과에 보관 중이던 위 사건에 대한 주임검사의 수사지휘서 내용을 확인한 후 2018. 10. 19.경 공소외 2에게 전화를 걸어 고소인과 피고소인 간 이해관계가 대립되는 고소 사건에서 고소인이 주장하는 피해 금액 진위 확인을 위한 보완 수사를 진행하라는 취지인 검사 수사지휘서의 내용을 알려줌으로써 수사기관의 범죄 수사 기능에 장애를 초래할 위험이 있는 수사기관 내부의 비밀을 누설하였다.

2. 증거능력을 다투는 상고이유에 관한 판단

가. 사건의 경위

원심판결 이유와 기록에 의하면 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

1) 수사기관은 "피의자 공소외 7 등이 △△시 ◎◎동 소재 '◁▷택지'의 개발행위 허가를 받는 과정에서 지구단위계획 등 법령상 필요한 절차를 회피하고 간이한 절차로 개발행위허가를 받아 내기 위해 사업 부지를 일정 면적 이하로 쪼개어 각각 인허가를 받아 냈다"는 내용의 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」(이하 '국토계획법'이라 한다) 위반 등 혐의사실에 대해 수사를 하면서, 2018. 12. 12. 법원으로부터 △△시청 ☆☆☆☆국장 공소외 2의 휴대전화(이하 '이 사건 휴대전화'라 한다) 등에 대한 압수·수색영장(이하 '제1 영장'이라 한다)을 발부받아 이 사건 휴대전화를 압수하였다(이하 '제1차 압수'라 한다).

2) 수사기관은 2018. 12. 20. 이 사건 휴대전화에 저장된 전자정보를 디지털 증거분석 하여 이미징(imaging) 작업을 한 파일을 대검찰청 통합디지털증거관리시스템(D-NET, 이하 '대검찰청 서버'라 한다)에 저장하고, 제1 영장 기재 혐의사실과 관련된 전자정보를 탐색하던 중 우연히 피고인과 공소외 2 사이에 여러 차례 통화한 내역을 녹음한 녹음파일(이하 '이 사건 녹음파일'이라 한다), 일정내역포 내역, 문자메시지 내역 등(이하 합쳐서 '이 사건 녹음파일 등'이라 한다) 이 사건 공소사실인 청탁금지법위반, 공무상비밀 누설 혐의와 관련된 전자정보를 발견하였다. 이에 수사기관은 2018. 12. 21. 이 사건 녹음파일 중 이 사건 공소사실과 관련된 혐의사실 부분을 정리하여 이를 CD에 복제한 다음 수사기록에 편철하였다(이하 '제1 처분'이라 한다).

3) 이후에도 수사기관은 이 사건 녹음파일 등을 계속 대검찰청 서버에 그대로 저장한 채로 이를 통해 피고인이 공소외 2로부터 받은 구체적인 이 사건 청탁의 내용, 이 사건 청탁의 대상이 되는 수사인 형사사건의 진행 경과, 피고인과 공소외 2가 만난

일자, 장소 등에 관한 수사를 하였다. 그 과정에서 수사기관은 2019. 1. 22. 이 사건 녹음파일에 대한 녹취록을 작성한 다음 해당 부분을 CD에 저장하여 이를 수사기록에 첨부하고, 이 사건 휴대전화에 저장되어 있던 문자메시지 내역을 조사하여 공무상비밀누설 부분에 관한 증거를 수집하기도 하였다(이하 '제2 처분'이라 한다).

4) 수사기관은 2019. 1. 23. 이 사건 공소사실을 혐의사실로 하여 대검찰청 서버에 저장된 이 사건 녹음파일 등을 대상으로 유효기간이 2019. 2. 23.까지인 압수·수색영장(이하 '제2 영장'이라 한다)을 청구하여 발부받았다. 제2 영장에는 '압수할 물건'으로 '공소외 2 소유 휴대전화기에 대하여 2018. 12. 20. 디지털 증거분석 완료하여 대검찰청 서버에 업로드 한 결과물 중 영장 기재 범죄사실과 관련된 디지털 자료'라고 기재되어 있고, '수색·검증할 장소'로 '○○지점 △△지청 내 디지털 포렌식팀 또는 대검찰청 서버에 접속이 가능한 PC 설치 장소'라고 기재되어 있다. 그러나 수사기관은 제2 영장을 집행하지 않은 상태에서 통신 및 계좌 영장 등을 발부받아 집행하고 이 사건 녹음파일 등을 확인해 피고인과 공소외 2가 만난 장소를 조사하는 등 이 사건 공소사실에 대한 수사를 계속 진행하였다.

5) 수사기관은 2019. 2. 22. 다시 이 사건 공소사실을 혐의사실로 대검찰청 서버에 저장된 이 사건 녹음파일 등에 대한 압수·수색영장(이하 '제3 영장'이라 한다)을 청구하여 발부받았다(제3 영장에 기재된 '압수할 물건'과 '수색·검증할 장소'는 제2 영장과 동일하다). 그러나 수사기관은 제3 영장을 집행하지 않은 상태에서 2019. 3. 20. 피고인, 공소외 2, 공범으로 기소된 공소외 1 등 관련자들의 주거지, 사무실 등에 대한 압수·수색으로 이 사건 청탁 대상인 수사과 관련된 구속영장신청서, 수사지휘부 등의 수사기록을 수집하고, 피고인을 비롯한 관련자들을 소환하여 진술을 받기도 하였다.

6) 수사기관은 2019. 3. 22. 앞서 발부받은 제3 영장으로 공소외 2로부터 압수절차에 참여할 의사가 없음을 확인한 다음, 대검찰청 서버에 저장되어 있는 이 사건 녹음파일 등을 압수(이하 '제2차 압수'라 한다)하였다.

7) 이후 수사기관은 피고인 등 관련자들을 소환하여 진술 조사를 하고, 이 사건 청탁의 대상인 수사의 진행 경과, 수사지연의 방법 등에 관한 증거들을 더 수집한 후 2019. 4. 12. 이 사건 기소를 하였다.

8) 한편, 피고인은 제1심 법정에서 '사실관계는 인정하나 법리적인 부분에 다툼이 있다'는 취지로 진술하면서 검사가 제출한 모든 서류에 대하여 증거로 함에 동의하였다. 피고인의 변호인은 제1심 제3회 공판기일에 이르러 최종의견 진술을 하면서 이 사건 녹음파일 등이 위법수집증거에 해당한다는 주장을 비로소 하였고, 이에 변론이 재개되어 검사는 제4회 공판기일에 제2, 3 영장 사본 등을 증거로 제출하였다.

나. 원심의 판단

원심은, 영장 집행의 경위와 사건의 특수성 등에 비추어 수사기관이 의도적으로 영장주의의 취지를 회피하려고 시도하였다고 보기 어려운 점, 피고인의 일부 법정진술은 공개된 법정에서 진술거부권을 고지받고 변호인의 충분한 조력을 받은 상태에서 자발적으로 이루어진 것인 점, 제3 영장의 집행 당시 공소외 2에게 참여권 등 관련 절차를 준수하였던 점 등의 사정들을 들어, 제3 영장이 집행된 2019. 3. 22. 이후에 수집된 증거들은 절차에 따르지 아니한 1차적 증거수집과 인과관계가 희석 또는 단절되었다고 판단되므로, 증거능력이 인정된다고 판단하였다.

다. 대법원의 판단

그러나 원심의 판단은 다음과 같은 이유로 그대로 수긍하기 어렵다.

1) 이 사건 녹음파일 등에 관한 압수의 적법 여부

가) 관련 법리

전자정보에 대한 압수·수색에 있어 그 저장매체 자체를 외부로 반출하거나 하드카피·이미징 등의 형태로 복제본(이하 '복제본'이라 한다)을 만들어 외부에서 그 저장매체나 복제본에 대하여 압수·수색이 허용되는 예외적인 경우에도 혐의사실과 관련된 전자정보(이하 '유관정보'라 한다) 이외에 이와 무관한 전자정보(이하 '무관정보'라 한다)를 탐색·복제·출력하는 것은 원칙적으로 위법한 압수·수색에 해당하므로 허용될 수 없다. 그러나 전자정보에 대한 압수·수색이 종료되기 전에 유관정보를 적법하게 탐색하는 과정에서 무관정보를 우연히 발견한 경우라면, 수사기관으로서 더 이상의 추가 탐색을 중단하고 법원으로부터 별도의 범죄혐의에 대한 압수·수색영장을 발부받은 경우에 한하여 그러한 정보에 대하여도 적법하게 압수·수색을 할 수 있다(대법원 2015. 7. 16. 자 2011모1839 전원합의체 결정 등 참조).

수사기관이 유관정보를 선별하여 압수한 후에도 무관정보를 삭제·폐기·반환하지 아니한 채 그대로 보관하고 있다면 무관정보 부분에 대하여는 압수의 대상이 되는 전자정보의 범위를 넘어서는 전자정보를 영장 없이 압수·수색하여 취득한 것이어서 위법하고, 사후에 법원으로부터 압수·수색영장이 발부되었다거나 피고인이나 변호인이 이를 증거로 함에 동의하였다고 하여 그 위법성이 치유된다고 볼 수 없다(대법원 2022. 1. 24. 자 2021모1586 결정 등 참조). 수사기관이 새로운 범죄혐의의 수사를 위하여 무관정보가 남아 있는 복제본을 열람하는 것은 압수·수색영장으로 압수되지 않은 전자정보를 영장 없이 수색하는 것과 다르지 않다. 따라서 복제본은 더 이상 수사기관의 탐색, 복제 또는 출력 대상이 될 수 없으며, 수사기관은 새로운 범죄혐의의 수

사를 위하여 필요한 경우에도 기존 압수·수색 과정에서 출력하거나 복제한 유관정보의 결과물을 열람할 수 있을 뿐이다. 사후에 법원으로부터 복제본을 대상으로 압수·수색영장이 발부받아 집행하였다고 하더라도, 이는 압수·수색절차가 종료됨에 따라 당연히 삭제·폐기되었어야 할 전자정보를 대상으로 한 것으로 위법하다(대법원 2023. 6. 1. 선고 2018도19782 판결, 대법원 2023. 10. 18. 선고 2023도8752 판결 등 참조).

나) 판단

앞서 본 사실관계를 위 법리에 비추어 살펴본다.

피고인은 제1 영장의 대상자인 공소외 7 등과 사이에 인적 관련성이 있지 않고, 이 사건 휴대전화에 저장된 이 사건 녹음파일 등은 제1 영장의 범죄 혐의사실인 국토 계획법위반 등 혐의사실과 구체적·개별적 연관관계 있는 관련성이 있는 전자정보로 보기 어렵다. 그런데 아래와 같은 사정들을 종합하면, 이 사건에서 수사기관이 무관정보를 우연히 발견하였음에도 더 이상의 추가 탐색을 중단하고 법원으로부터 압수·수색영장을 발부받았다고 평가할 수 없다.

(1) 수사기관은 이 사건 휴대전화에 저장된 전자정보의 이미징파일에서 무관정보인 이 사건 녹음파일 등을 발견한 2018. 12. 21. 무렵부터 제2 영장의 발부를 청구한 날인 2019. 1. 23.까지 약 1개월에 걸쳐 영장을 발부받지 않은 채 이 사건 녹음파일 등에 대한 탐색을 계속하면서 제1, 2처분으로 이 사건 녹음파일을 취득하고 그에 기초하여 다른 증거를 수집하는 등 영장 없이 수사를 계속하였다.

(2) 이후에도 수사기관은 제2 영장은 집행하지 않은 채 제3 영장을 집행한 날인 2019. 3. 22.까지 약 2개월에 걸쳐 무관정보인 이 사건 녹음파일 등을 탐색, 복제, 출력을 하면서 수사를 계속 진행하였다.

(3) 제1 영장 혐의사실인 국토계획법위반 등 사건과 이 사건은 피의자, 범행의 내용, 사건의 발생 시기, 관련자 등이 서로 전혀 달라 유관정보와 무관정보를 구별하기 어려웠다고 볼 수 없다.

(4) 무관정보를 발견하고 제2 영장을 발부받기까지 약 한 달이라는 상당한 시간이 소요된 것은, 제1 영장 혐의사실에 대한 무관정보를 구별하기 위한 것이 아니라 오로지 무관정보를 기초로 한 이 사건 수사를 위한 것이었다고 보인다.

(5) 기록상 이 사건 녹음파일 등을 발견하고 제2, 3 영장을 발부받을 무렵까지 제1 영장에 의한 집행이 종료되지 않고 계속되는 상태에 있었다고 볼 만한 아무런 자료가 없다. 따라서 제1 영장 집행 종료 후 무관정보를 삭제·폐기·반환 등의 조치를 취하지 않고 계속 보관하면서 이를 탐색·복제·출력하는 제1, 2처분을 비롯한 일련의 수사상 조치는 모두 위법함이 명백하다. 나아가 제2차 압수 또한 제1 영장에 의한 압수에 따른 복제본이 저장된 대검찰청 서버의 전자정보를 대상으로 발부된 제3 영장을 집행한 것에 불과하다. 이는 제1 영장의 집행이 종료됨에 따라 당연히 삭제·폐기되어야 할 전자정보를 대상으로 한 것이어서 그 자체로 위법하고, 제3 영장을 발부받아 제2차 압수를 하였다는 사정만으로는 그 하자가 치유된다고 보기 어렵다.

결국 이 사건 휴대전화에 저장된 전자정보인 이 사건 녹음파일 등은 제1, 2처분과 제2차 압수에 의하여 취득한 것으로서 적법한 압수·수색절차에 요구되는 관련 규정을 준수하지 아니함으로써 영장주의와 적법절차 원칙을 위반하여 위법하게 수집된 증거에 해당한다.

2) 위법수집증거 배제법칙의 예외 인정 여부

가) 관련 법리

형사소송법 제308조의2에 따라 적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다. 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 위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 아니하고, 오히려 그 증거의 증거능력을 배제하는 것이 헌법과 형사소송법이 형사소송에 관한 절차조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실체적 진실 규명의 조화를 도모하고, 이를 통하여 형사 사법 정의를 실현하려고 한 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우라면, 법원은 그 증거를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다(대법원 2007. 11. 15. 선고 2007도3061 전원합의체 판결, 대법원 2013. 3. 14. 선고 2012도13611 판결 등 참조).

법원이 2차적 증거의 증거능력 인정 여부를 최종적으로 판단할 때에는 먼저 절차에 따르지 아니한 1차적 증거수집과 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 2017. 9. 21. 선고 2015도12400 판결 등 참조).

나) 판단

기록에 의하여 인정되는 아래와 같은 사실 또는 사정들을 위 법리에 비추어 보

면, 이 사건 녹음파일 등은 영장주의를 위반하여 수집된 증거로서 그 압수절차 위반행위가 위법수집증거 배제법칙의 예외를 인정할 수 있는 경우에 해당하지 아니하고, 나아가 위법수집증거인 이 사건 녹음파일 등을 기초로 수집된 증거들 역시 위법수집증거에 터 잡아 획득한 2차적 증거로서 위 압수절차와 2차적 증거수집 사이에 인과관계가 희석 또는 단절되었다고 볼 수 없으므로 증거능력을 인정할 수 없다.

(1) 수사기관은 2018. 12. 21. 무렵 이 사건 녹음파일 등의 발견 후 이에 기초하여 이 사건 공소사실에 대한 수사를 하면서 제2 영장을 발부받기까지 약 한 달이라는 상당한 시간을 지체함으로써 영장 청구 자체를 지연하였다.

(2) 수사기관 주장에 의하더라도, 영장을 발부받기까지 시간을 지체한 것은 방대한 이 사건 녹음파일을 개별적으로 청취하여 그 내용을 파악하는 데 시간이 소요되었다는 것이다. 이는 영장의 청구를 지체한 정당한 사유가 되지 못하고 달리 이 사건에서 영장의 청구 자체를 지체할 만한 다른 특별한 사정이 있었다고도 보이지 않는다.

(3) 이 사건 수사의 진행 경과에 비추어 보면, 피고인이 수사기관의 내부자임을 감안한다고 하더라도 그로 인한 증거인멸의 우려가 영장의 청구를 지체할 정도의 장애를 초래할 수 있는 합리적이고 객관적인 사정이라고는 보기 어렵다.

(4) 결국 수사기관은 무관정보를 발견하였음에도 무려 약 3개월 동안 이 사건 녹음파일 등을 계속 탐색·열람·복제하는 등의 위법한 수사를 계속 진행하였는바, 압수·수색절차에 요구되는 관련 규정을 준수하지 아니함으로써 영장주의와 적법절차원칙을 위반한 정도가 상당히 중하다.

(5) 이 사건 녹음파일 등에 터 잡아 수집한 2차적 증거로는 피고인, 공소외 2, 공소외 1 등 관련자들의 검찰 진술과 법정진술, 이 사건 청탁의 대상인 수사와 관련된

수사기록 등이 있다. 피고인 등 관련자들의 법정진술을 포함한 진술들은, 이 사건 녹음 파일 등에 근거하여 조사 대상자가 특정되었고, 신문 과정에서 이 사건 녹음파일 등을 제시받거나 그 내용을 전제로 한 신문에 답변이 이루어진 것이다. 이 사건 청탁의 대상인 수사와 관련된 수사기록 등 나머지 증거들 또한 이 사건 녹음파일이 없었다면 수집할 수 없는 증거들로서 위 증거들이 다른 경로로 발견되었을 수 있었다는 사정은 보이지 않는다.

3) 소결론

이 사건 휴대전화에서 탐색·복제·출력된 이 사건 녹음파일 등과 이에 터 잡아 수집된 2차적 증거들은 위법수집증거로 모두 증거능력이 없다. 그럼에도 제2차 압수 이후에 수집된 증거들에 대하여 증거능력을 인정한 원심의 판단에는 증거능력에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

3. 결론

나머지 상고이유에 대한 판단을 생략한 채 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 오경미 _____

주 심 대법관 김선수 _____

대법관 노태약 _____

대법관 서경환 _____