

대 법 원

제 2 부

판 결

사 건 2024도12689 마약류관리에관한법률위반(향정)  
피 고 인 피고인  
상 고 인 피고인  
변 호 인 법무법인 세담 담당변호사 신알찬 외 3인  
원 심 판 결 대전고등법원 2024. 7. 19. 선고 2024노171 판결  
판 결 선 고 2025. 1. 9.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 대전고등법원에 환송한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 공소사실의 요지

공소외인은 2023. 6. 2.경 성명불상의 마약류 판매자에게 합성대마 매도를 요청하고, 그 무렵 피고인에게 연락하여 위 판매자가 은닉해 놓은 합성대마를 수거해 달라고 부탁하였다. 피고인은 이를 승낙하였다.

공소외인은 2023. 6. 3.경 위 판매자로부터 합성대마가 은닉된 장소에 대한 정보를 제공받아 위 장소의 사진을 피고인에게 전달하고, 피고인은 같은 날 17:43경 서울 용산구 소재 ○○아파트에 있는 전화단자함 안에서 합성대마 불상량이 담긴 카트리지가 1개를 찾아 가지고 와, 같은 날 20:10경 대전 중구에 있는 공소외인의 주거지 앞 노상에서 공소외인에게 이를 건네주었다.

이로써 피고인은 공소외인과 공모하여 합성대마를 매수하였다.

## 2. 이 사건 경위 및 원심의 판단

### 가. 이 사건 수사 및 공판 경위

원심판결 이유와 기록에 의하면 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

1) 공소외인은 2023. 8. 7.경 택시에서 휴대전화를 분실하였고, 택시기사는 2023. 8. 8.경 공소외인의 휴대전화를 대전△△경찰서 □□파출소에 습득물로 제출하였다.

2) 대전△△경찰서 □□파출소 소속 경찰관은 위 휴대전화 소유자의 인적사항을 파악하기 위해서 위 휴대전화에 저장되어 있던 전자정보 등을 확인하던 중 필로폰 구매 정황으로 의심되는 텔레그램 대화내역 등을 목격하였다. 위 경찰관은 공소외인의 성명과 주소를 파악하였지만, 위 휴대전화를 대전△△경찰서 형사과 소속 경찰관에게 인계하였다.

3) 대전△△경찰서 형사과 소속 경찰관은 2023. 8. 9.경 공소외인의 휴대전화에 저장되어 있던 영상, 텔레그램 대화내역, 카카오톡 대화내역 등 전자정보를 탐색하던 중, 공소사실과 관련된 피고인과 공소외인 사이의 카카오톡 대화내역(이하 '이 사건 카카오톡 대화내역'이라고 한다) 등 마약 관련 범행에 관한 전자정보를 발견하고, 이를 복제·출력하거나 사진으로 촬영하였다.

경찰관은 위와 같이 공소외인의 휴대전화 내 전자정보를 탐색·복제·출력하거나 사진으로 촬영하는 과정에서, 공소외인에게 참여의 기회를 보장하거나, 공소외인이 그 과정에 참여하지 아니할 의사를 가지고 있는지 여부를 확인한 바가 없다.

4) 경찰관은 2023. 8. 10.경 위 전자정보를 기초로 혐의사실을 특정하여 공소외인을 긴급체포하는 등 수사를 진행하였다. 경찰과 검사는 공소외인을 수차례 피의자신문하는 과정에서 이 사건 카카오톡 대화내역 등 전자정보에 관하여 신문하였고, 이 사건 카카오톡 대화내역 등 전자정보의 출력물 내지 촬영물을 제시하기도 하였다.

5) 한편, 경찰관은 위 전자정보 등으로 피고인의 인적사항을 파악하여 피고인에 대한 수사도 진행하였다. 경찰과 검사는 피고인을 피의자신문하는 과정에서도 이 사건 카카오톡 대화내역 등 전자정보의 출력물 내지 촬영물을 제시하면서 그에 관하여 신문하였다.

6) 검사는 2023. 9. 6. 공소외인을 대전지방법원 2023고합427호(이하 '관련사건'이라고 한다)로, 2023. 11. 29. 피고인을 이 사건으로 기소하였다.

공소외인에 대한 관련사건 공소사실에는 공소외인이 이 사건 공소사실과 같이 2023. 6. 3.경 피고인과 공모하여 합성대마를 매수하였다는 부분이 포함되어 있다. 공소외인은 관련사건 제1심에서 "공소사실에 기재된 행위를 한 것은 맞지만 위법하게 수집된 증거를 바탕으로 기소된 것이므로 공소사실을 모두 부인한다."는 취지로 진술하였다.

피고인은 이 사건 제1심에서 당초 "공소사실을 모두 인정한다."는 취지로 진술하였다가, 제2회 공판기일부터는 "공소사실 기재 행위는 인정하나, 검사가 제출한 증거들은 위법하게 수집되어 증거능력이 없으므로 무죄가 선고되어야 한다."는 취지로 주장하였다.

7) 검사는 원심 제2회 공판기일에 관련사건 공소장 출력물, 관련사건 제1심 제1회

공판준비기일조서 사본을 증거로 제출하였다.

#### 나. 원심의 판단

원심은, 이 사건 카카오톡 대화내역 등 전자정보는 영장주의를 위반하고 참여권을 보장하지 않은 채 위법하게 수집된 증거로서 증거능력이 부정되나, 피고인의 제1심 법정진술과 공소외인의 관련사건 제1심 법정진술은 절차 위반행위와의 인과관계가 희석 또는 단절되어 증거능력이 인정된다고 보고, 피고인의 제1심 법정진술과 관련사건 공소장 출력물, 관련사건 제1심 제1회 공판준비기일조서 사본 등을 유죄의 증거로 삼아, 공소사실을 유죄로 판단하였다.

### 3. 대법원의 판단

원심의 판단은 다음과 같은 이유로 수긍하기 어렵다.

#### 가. 관련 법리

헌법과 형사소송법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집된 증거는 물론, 이를 기초로 하여 획득한 2차적 증거 역시 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없는 것이 원칙이다.

수사기관의 절차 위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 않고, 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 경우에 한하여 유죄 인정의 증거로 사용될 수 있다. 따라서 2차적 증거의 경우에도, 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, 절

차 위반행위와 증거수집 사이의 인과관계 등 관련성의 정도, 수사기관의 인식과 의도 등은 물론, 나아가 1차적 증거를 기초로 하여 다시 2차적 증거를 수집하는 과정에서 추가로 발생한 모든 사정들까지 전체적·종합적으로 고려하여 인과관계가 희석 또는 단절되었다고 평가되는 예외적인 경우에 한하여 유죄 인정의 증거로 사용될 수 있다 (대법원 2007. 11. 15. 선고 2007도3061 전원합의체 판결, 대법원 2009. 3. 12. 선고 2008도11437 판결, 대법원 2024. 4. 16. 선고 2020도3050 판결 등 참조).

구체적 사안이 위와 같은 예외적인 경우에 해당하는지를 판단함에 있어서 적법한 절차를 따르지 않고 수집된 증거나 이를 기초로 획득된 2차적 증거를 유죄의 증거로 삼을 수 없다는 원칙이 훼손되지 않도록 유념하여야 하고, 그러한 예외적인 경우에 해당한다고 볼 만한 구체적이고 특별한 사정이 존재한다는 점은 검사가 증명하여야 한다 (대법원 2009. 3. 12. 선고 2008도763 판결, 대법원 2017. 9. 21. 선고 2015도12400 판결 등 참조).

나아가, 이러한 법리는 2차적 증거가 피고인의 법정진술인 경우에도 그대로 적용된다. 따라서 2차적 증거인 피고인의 법정진술을 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있는지 역시 위와 같은 법리에 의하여 판단하여야 하는데, 특히 수사기관이 위법하게 수집한 1차적 증거가 수사개시의 단서가 되었거나 사실상 유일한 증거 내지 핵심증거이고 위법의 정도 역시 상당할뿐더러, 피고인이 수사기관에서 1차적 증거를 제시받거나 1차적 증거의 내용을 전제로 신문받은 바가 있다면, 특별한 사정이 없는 이상 법정진술도 1차적 증거를 직접 제시받고 한 것과 다름없거나 적어도 1차적 증거의 존재를 전제로 한 것으로 볼 수 있으므로, 이는 절차 위반행위와의 인과관계의 희석 또는 단절을 인정하기 어려운 정황에 속한다. 이러한 경우더라도, 피고인의 법정진술이 다른 독립된

증거에서 기인하는 등 1차적 증거와 무관하게 이루어졌다고 평가된다면 인과관계의 희석 또는 단절을 인정할 수 있으나, 그러한 특별한 사정이 존재한다는 점은 검사가 증명하여야 한다.

#### 나. 판단

1) 원심의 판단과 같이, 수사기관이 영장 없이 공소외인의 휴대전화를 압수하고, 공소외인에게 참여의 기회를 보장하지 않은 채 이 사건 카카오톡 대화내역 등 전자정보를 탐색·복제·출력한 것은 위법하다. 즉, 수사기관의 이 사건 카카오톡 대화내역 등 전자정보에 관한 수집절차에는 영장주의 위반, 참여권 미보장 등의 위법이 존재한다.

2) 피고인과 공소외인에 대한 수사는 오로지 위와 같이 위법하게 수집된 이 사건 카카오톡 대화내역 등 전자정보를 기초로 개시되었다. 피고인의 경우, 위 전자정보에 근거하여 인적사항 등이 특정되기도 하였다. 이 사건 카카오톡 대화내역 등 전자정보가 없었다면, 피고인 및 공소외인에 대한 수사가 진행되거나 기소되기 어려웠을 것으로 보이고, 따라서 피고인 및 공소외인이 법정에서 진술하게 되지도 않았을 것으로 보인다.

3) 피고인과 공소외인은 수사기관의 피의자신문 과정에서 이 사건 카카오톡 대화내역 출력물 내지 촬영물을 제시받거나 이 사건 카카오톡 대화내역에 관한 질문을 받아, 수사기관이 이 사건 카카오톡 대화내역을 증거로 확보하고 있다는 사정을 알게 되었다. 따라서 그러한 사정이 피고인과 공소외인이 법정에서 공소사실을 인정하는 취지로 진술하는 데에 영향을 미쳤다고 볼 수밖에 없다. 피고인과 공소외인이 법정진술 당시 면전에서 이 사건 카카오톡 대화내역의 출력물 등을 제시받지 않았다고 하여 달리 볼 것은 아니다.

4) 피고인과 공소외인의 법정진술 취지에 비추어 보더라도, 피고인과 공소외인이 이 사건 카카오톡 대화내역과 무관하게 공소사실을 인정하는 취지의 진술을 하였던 것으로 보이지 않는다.

피고인과 공소외인은, 법정진술 당시 이 사건 카카오톡 대화내역 등 전자정보가 증거로 확보되어 있다는 사정을 의식하면서, 위 전자정보 등이 위법하게 수집된 증거라는 법률적 주장과 함께 자신들이 공소사실 기재 행위를 한 사실관계 자체는 인정하였던 것이다. 피고인과 공소외인으로서 위 전자정보 등이 위법하게 수집된 증거라는 법률적 주장이 받아들여질지 여부를 알 수 없는 상황에서, 그러한 법률적 주장이 배척되어 유죄로 판단될 경우 공소사실 기재 행위 자체를 인정하는지 여부가 범행 후의 정황으로서 양형에 참작될 수 있음을 고려할 수밖에 없었고, 그에 따라 이 사건 카카오톡 대화내역을 통해 드러나는 공소사실 기재 행위 자체를 부인하기는 어려웠던 것으로 보인다. 즉, 피고인과 공소외인이 공소사실 기재 행위를 인정하는 듯한 법정진술을 하게 된 직접적 원인은 다름 아닌 위법하게 수집된 이 사건 카카오톡 대화내역 등 전자정보였던 것으로 보인다.

5) 수사기관이 공소사실과 관련하여 수집한 증거는 이 사건 카카오톡 대화내역이 유일하다. 적법하게 수집한 증거는 전혀 존재하지 않는다. 피고인과 공소외인이 이 사건 카카오톡 대화내역 등 전자정보가 아닌 다른 독립된 증거에 기인하여 공소사실을 인정한다는 취지의 법정진술을 하였다고 인정할 만한 특별한 사정이 보이지 않고, 그에 관한 검사의 증명도 존재하지 않는다.

6) 결국, 피고인의 법정진술 및 공소외인의 관련사건 법정진술은 위법하게 수집된 이 사건 카카오톡 대화내역 등 전자정보에 기초한 2차적 증거들로, 절차 위반행위와의

