

**부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률위반(영업비밀누설등) · 업무상배  
임(판사의 날인이 누락된 압수수색영장에 기초하여 수집한 증거  
가 위법수집증거에 해당하는지 여부에 관한 사건)**

[대법원 2019. 7. 11. 2018도20504]



**【판시사항】**

- [1] 위법수집증거 배제 원칙을 명시한 형사소송법 제308조의2의 취지 / 적법한 절차에 따르지 않고 수집한 증거 및 이를 기초로 하여 획득한 2차적 증거의 증거능력 유무(원칙적 소극) / 위법수집증거의 증거능력을 예외적으로 인정할 수 있는 경우 및 이에 해당하는지 판단하는 기준 / 위법수집증거를 기초로 하여 획득한 2차적 증거의 증거능력을 예외적으로 인정할 수 있는 경우
- [2] 전자정보가 담긴 저장매체 또는 복제본을 수사기관 사무실 등으로 옮겨 복제·탐색·출력하는 경우, 피압수자나 변호인에게 참여 기회를 보장하고 혐의사실과 무관한 전자정보의 임의적인 복제 등을 막기 위한 적절한 조치를 취하지 않은 경우, 압수·수색이 적법한지 여부(소극) / 피압수자 측이 위와 같은 절차나 과정에 참여하지 않는다는 의사를 명시적으로 표시하였거나 절차 위반행위가 이루어진 과정의 성질과 내용 등에 비추어 피압수자에게 절차 참여를 보장한 취지가 실질적으로 침해되었다고 볼 수 없는 경우, 압수·수색이 적법한지 여부(적극) 및 수사기관이 저장매체 또는 복제본에서 혐의사실과 관련된 전자정보만을 복제·출력한 경우에도 마찬가지인지 여부(적극)

**【판결요지】**

- [1] 형사소송법 제308조의2는 ‘위법수집증거의 배제’라는 제목으로 “적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다.”라고 정하고 있다. 이는 위법한 압수·수색을 비롯한 수사과정의 위법행위를 억제하고 재발을 방지함으로써 국민의 기본적 인권 보장이라는 헌법 이념을 실현하고자 위법수집증거 배제 원칙을 명시한 것이다. 헌법 제12조는 기본적 인권을 보장하기 위하여 압수·수색에 관한 적법절차와 영장주의 원칙을 선언하고 있고, 형사소송법은 이를 이어받아 실체적 진실 규명과 개인의 권리보호 이념을 조화롭게 실현할 수 있도록 압수·수색절차에 관한 구체적 기준을 마련하고 있다. 이러한 헌법과 형사소송법의 규범력을 확고하게 유지하고 수사과정의 위법행위를 억제할 필요가 있으므로, 적법한 절차에 따르지 않고 수집한 증거는 물론 이를 기초로 하여 획득한 2차적 증거 또한 기본적 인권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않고 확보한 것으로서 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다고 보아야 한다. 그러나 법률에 정해진 절차에 따르지 않고 수집한 증거라는 이유만을 내세워 획일적으로 증거능력을 부정하는 것은 헌법과 형사소송법의 목적에 맞지 않는다. 실체적 진실 규명을 통한 정당한 형벌권의 실현도 헌법과 형사소송법이 형사소송 절차를 통하여 달성하려는 중요한 목표이자 이념이기 때문이다. 수사기관의 절차 위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 않고, 오히려 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 있다고 보아야 한다. 이에 해당하는지는 수사기관의 증거 수집 과정에서 이루어진 절차 위반행위와 관련된 모든 사정, 즉 절차 조항의 취지, 위반 내용과 정도, 구체적인 위반 경위와 회피가능성, 절차 조항이 보호하고자 하는 권리나 법익의 성질과 침해 정도,

이러한 권리나 법익과 피고인 사이의 관련성, 절차 위반행위와 증거 수집 사이의 관련성, 수사기관의 인식과 의도 등을 전체적·종합적으로 고찰하여 판단해야 한다. 이러한 법리는 적법한 절차에 따르지 않고 수집한 증거를 기초로 하여 획득한 2차적 증거에 대해서도 마찬가지로 적용되므로, 절차에 따르지 않은 증거 수집과 2차적 증거 수집 사이 인과관계의 희석이나 단절 여부를 중심으로 2차적 증거 수집과 관련된 모든 사정을 전체적·종합적으로 고려하여 예외적인 경우에는 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다.

[2] 형사소송법 제219조, 제121조는 '수사기관이 압수·수색영장을 집행할 때에는 피압수자 또는 변호인은 그 집행에 참여할 수 있다.'고 정하고 있다. 저장매체에 대한 압수·수색 과정에서 범위를 정하여 출력·복제하는 방법이 불가능하거나 압수의 목적을 달성하기에 현저히 곤란한 예외적인 사정이 인정되어 전자정보가 담긴 저장매체, 하드카피나 이미징(imaging) 등 형태(이하 '복제본'이라 한다)를 수사기관 사무실 등으로 옮겨 복제·탐색·출력하는 경우에도, 피압수자나 변호인에게 참여 기회를 보장하고 혐의사실과 무관한 전자정보의 임의적인 복제 등을 막기 위한 적절한 조치를 취하는 등 영장주의 원칙과 적법절차를 준수하여야 한다. 만일 그러한 조치를 취하지 않았다면 압수·수색이 적법하다고 평가할 수 없다. 다만 피압수자 측이 위와 같은 절차나 과정에 참여하지 않는다는 의사를 명시적으로 표시하였거나 절차 위반행위가 이루어진 과정의 성질과 내용 등에 비추어 피압수자에게 절차 참여를 보장한 취지가 실질적으로 침해되었다고 볼 수 없는 경우에는 압수·수색의 적법성을 부정할 수 없다. 이는 수사기관이 저장매체 또는 복제본에서 혐의사실과 관련된 전자정보만을 복제·출력한 경우에도 마찬가지이다.

#### 【참조조문】

- [1] 헌법 제12조, 형사소송법 제307조, 제308조의2  
[2] 헌법 제12조, 형사소송법 제121조, 제215조, 제219조, 제307조, 제308조의2

#### 【참조판례】

- [1] 대법원 2007. 11. 15. 선고 2007도3061 전원합의체 판결(공2007하, 1974), 대법원 2009. 3. 12. 선고 2008도11437 판결(공2009상, 900), 대법원 2010. 1. 28. 선고 2009도10092 판결(공2010상, 474), 대법원 2013. 3. 14. 선고 2010도2094 판결(공2013상, 688) /  
[2] 대법원 2017. 9. 21. 선고 2015도12400 판결(공2017하, 2033)

#### 【전문】

【피 고 인】 피고인 1 외 1인

【상 고 인】 피고인 1 및 검사

【변 호 인】 법무법인 이상 외 1인

【원심판결】 수원지법 2018. 12. 4. 선고 2018노4647 판결

【주문】

】

상고를 모두 기각한다.

【이유】

】 상고이유(상고이유서 제출기간이 지난 다음에 제출된 서면은 이를 보충하는 범위에서)를 판단한다.

1. 검사의 상고이유에 관한 판단

원심은 이 사건 공소사실 중 피고인들에 대한 2013. 7. 16.자 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(이하 '부정경쟁방지법'이라 한다) 위반(영업비밀누설 등)과 피고인 1에 대한 업무상배임 부분에 대하여 범죄사실의 증명이 없는 때에 해당한다고 보아 무죄로 판단하였다.

원심판결 이유를 적법하게 채택된 증거에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 업무상배임죄에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

2. 피고인 1의 상고이유에 관한 판단

가. 형사소송법 제308조의2는 '위법수집증거의 배제'라는 제목으로 "적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다.

"라고 정하고 있다.

이는 위법한 압수·수색을 비롯한 수사과정의 위법행위를 억제하고 재발을 방지함으로써 국민의 기본적 인권 보장이라는 헌법 이념을 실현하고자 위법수집증거 배제 원칙을 명시한 것이다(대법원 2013. 3. 14. 선고 2010도2094 판결 등 참조. 위 규정이 도입되기 전에 선고된 대법원 2007. 11. 15. 선고 2007도3061 전원합의체 판결도 참조).

헌법 제12조는 기본적 인권을 보장하기 위하여 압수·수색에 관한 적법절차와 영장주의 원칙을 선언하고 있고, 형사소송법은 이를 이어받아 실체적 진실 규명과 개인의 권리보호 이념을 조화롭게 실현할 수 있도록 압수·수색절차에 관한 구체적 기준을 마련하고 있다.

이러한 헌법과 형사소송법의 규범력을 확고하게 유지하고 수사과정의 위법행위를 억제할 필요가 있으므로, 적법한 절차에 따르지 않고 수집한 증거는 물론 이를 기초로 하여 획득한 2차적 증거 또한 기본적 인권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않고 확보한 것으로서 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다고 보아야 한다.

그러나 법률에 정해진 절차에 따르지 않고 수집한 증거라는 이유만을 내세워 획일적으로 증거능력을 부정하는 것은 헌법과 형사소송법의 목적에 맞지 않는다.

실체적 진실 규명을 통한 정당한 형벌권의 실현도 헌법과 형사소송법이 형사소송 절차를 통하여 달성하려는 중요한 목표이자 이념이기 때문이다.

수사기관의 절차 위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 않고, 오히려 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 있다고 보아야 한다.

이에 해당하는지는 수사기관의 증거 수집 과정에서 이루어진 절차 위반행위와 관련된 모든 사정, 즉 절차 조항의 취지, 위반 내용과 정도, 구체적인 위반 경위와 회피가능성, 절차 조항이 보호하고자 하는 권리나 법익의 성질과 침해 정도, 이러한 권리나 법익과 피고인 사이의 관련성, 절차 위반행위와 증거 수집 사이의 관련성, 수사기관의 인식과 의도 등을 전체적·종합적으로 고찰하여 판단해야 한다.

이러한 법리는 적법한 절차에 따르지 않고 수집한 증거를 기초로 하여 획득한 2차적 증거에 대해서도 마찬가지로 적용되므로, 절차에 따르지 않은 증거 수집과 2차적 증거 수집 사이 인과관계의 희석이나 단절 여부를 중심으로 2차적 증거 수집과 관련된 모든 사정을 전체적·종합적으로 고려하여 예외적인 경우에는 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다(위 대법원 2007도3061 전원합의체 판결, 대법원 2009. 3. 12. 선고 2008도11437 판결, 대법원 2010. 1. 28. 선고 2009도10092 판결 등 참조).

형사소송법 제219조, 제121조는 '수사기관이 압수·수색영장을 집행할 때에는 피압수자 또는 변호인은 그 집행에 참여할 수 있다.

'고 정하고 있다.

저장매체에 대한 압수·수색 과정에서 범위를 정하여 출력·복제하는 방법이 불가능하거나 압수의 목적을 달성하기에 현저히 곤란한 예외적인 사정이 인정되어 전자정보가 담긴 저장매체, 하드카피나 이미징(imaging) 등 형태(이하 '복제본'이라 한다)를 수사기관 사무실 등으로 옮겨 복제·탐색·출력하는 경우에도, 피압수자나 변호인에게 참여 기회를 보장하고 혐의사실과 무관한 전자정보의 임의적인 복제 등을 막기 위한 적절한 조치를 취하는 등 영장주의 원칙과 적법절차를 준수하여야 한다.

만일 그러한 조치를 취하지 않았다면 압수·수색이 적법하다고 평가할 수 없다.

다만 피압수자 측이 위와 같은 절차나 과정에 참여하지 않는다는 의사를 명시적으로 표시하였거나 절차 위반행위가 이루어진 과정의 성질과 내용 등에 비추어 피압수자에게 절차 참여를 보장한 취지가 실질적으로 침해되었다고 볼 수 없는 경우에는 압수·수색의 적법성을 부정할 수 없다.

이는 수사기관이 저장매체 또는 복제본에서 혐의사실과 관련된 전자정보만을 복제·출력한 경우에도 마찬가지이다(대법원 2017. 9. 21. 선고 2015도12400 판결 등 참조).

나. 원심판결 이유와 적법하게 채택된 증거에 따르면 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

- (1) 수원지방법원 영장담당판사가 발부한 2015. 3. 26.자 압수수색검증영장(이하 '이 사건 영장'이라 한다)에는 피의자의 성명, 죄명, 압수할 물건, 수색할 장소, 신체, 물건, 발부 연월일, 유효기간과 그 기간을 경과하면 집행에 착수하지 못하며 영장을 반환하여야 한다는 취지, 압수·수색의 사유가 기재되어 있고, 수기로 '이 영장은 일출 전 또는 일몰 후에도 집행할 수 있다'고 기재된 부분에 날인이 있으며, 별지와 사이에 간인이 있다.

그러나 판사의 서명날인란에는 서명만 있고 그 옆에 날인이 없다.

- (2) 경기지방경찰청 외사과 수사관 공소외 1은 2015. 5. 16. 인천국제공항에서 이 사건 영장에 따라 이미징의 방법으로 피고인 1 소유의 노트북(삼성 NP905S3G-K04CN) 복제본, SD카드(삼성 MINY SD 64GB) 복제본 등을 압수하였다. 그 과정에서 피고인 1은 위와 같은 노트북, SD카드에 대한 복제 현장에 참여하였으며 이미지 복제된 파일의 해쉬값을 확인하였다는 문서에 서명하였다.

경기지방경찰청 소속 사법경찰관은 이 사건 영장에 따라 압수한 위 각 복제본에서 영장 기재 혐의사실인 업무상배임과 관련한 전자정보를 탐색하여 원심판결 범죄일람표 1, 2, 3 각 기재 파일, '(파일명 생략)' 등을 문서로 출력하여 범죄 사실 관련 자료(증거목록 순번 80번, 이하 '이 사건 파일 출력물'이라 한다)를 작성하였다.

경기지방경찰청 소속 사법경찰관은 2015. 8. 15. 이 사건 파일 출력물 중 일부인 (파일명 생략) 출력물을 제시한 상태에서 피의자 공소외 2에 대한 부정경쟁방지법 위반(영업비밀누설 등) 혐의에 관한 피의자신문조서(증거목록 순번 47번)를 작성하였다.

(3) 검사는 피고인 1의 변호인이 참여한 가운데 이 사건 파일 출력물을 제시한 상태에서 피고인 1에 대하여, 2015. 12. 22. 제1회 피의자신문조서(증거목록 순번 57번)를, 2015. 12. 23. 제2회 피의자신문조서(대질, 증거목록 순번 58번)를, 2016. 1. 5. 제3회 피의자신문조서(대질, 증거목록 순번 61번)를 작성하였다.

(4) 공소외 1은 제1심에서 "이 사건 영장 집행 당시 피고인 1에게 위와 같은 노트북, SD카드 등을 압수하여 복제하고 정보를 탐색하여 출력하는 과정에 참여할 수 있는 권리가 있다고 고지하였다.

피고인 1은 위와 같은 노트북, SD카드를 복제하는 절차에 참여하였을 뿐 나머지 절차에 참여하지 않았다.  
"라고 진술하였다.

(5) 원심은 이 사건 파일 출력물, 검사 작성의 피고인 1에 대한 피의자신문조서, 경찰 작성의 공소외 2에 대한 피의자신문조서, 증인신문절차에서 이 사건 파일 출력물을 제시받고 이루어진 공소외 3, 공소외 4, 공소외 5, 공소외 2, 공소외 6(이하 '공소외 3 등'이라 한다)의 각 법정진술의 증거능력을 인정하여 증거로 채택하고, 피고인 1의 이 사건 파일 출력물에 관한 부정경쟁방지법 위반(영업비밀누설 등)의 공소사실을 유죄로 인정하면서 위 각 증거를 유죄 인정의 증거로 삼았다.  
다.

(1) 압수·수색영장에는 피의자의 성명, 죄명, 압수할 물건, 수색할 장소, 신체, 물건, 발부 연월일, 유효기간과 그 기간을 경과하면 집행에 착수하지 못하며 영장을 반환하여야 한다는 취지, 그 밖에 대법원규칙으로 정한 사항을 기재하고 영장을 발부하는 법관이 서명날인하여야 한다(형사소송법 제219조, 제114조 제1항 본문). 이 사건 영장은 법관의 서명날인란에 서명만 있고 날인이 없으므로, 형사소송법이 정한 요건을 갖추지 못하여 적법하게 발부되었다고 볼 수 없다.

그런데도 원심이 이와 달리 이 사건 영장이 법관의 진정한 의사에 따라 발부되었다는 등의 이유만으로 이 사건 영장이 유효라고 판단한 것은 잘못이다.

(2) 그러나 위에서 본 법리와 적법하게 채택된 증거에 비추어 알 수 있는 아래와 같은 사정을 전체적·종합적으로 고려하면, 이 사건 영장에 따라 압수한 이 사건 파일 출력물과 이에 기초하여 획득한 2차적 증거인 검사 작성의 피고인 1에 대한 피의자신문조서, 경찰 작성의 공소외 2에 대한 피의자신문조서, 공소외 3 등의 각 법정진술은 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있는 경우에 해당한다.

(가) 이 사건 영장에는 야간집행을 허가하는 판사의 수기와 날인, 그 아래 서명날인란에 판사 서명, 영장 앞면과 별지 사이에 판사의 간인이 있으므로, 판사의 의사에 기초하여 진정하게 영장이 발부되었다는 점은 외관상 분명하다. 당시 수사기관으로서는 영장이 적법하게 발부되었다고 신뢰할 만한 합리적인 근거가 있었고, 의도적으로 적법절차의 실질적인 내용을 침해한다거나 영장주의를 회피할 의도를 가지고 이 사건 영장에 따른 압수·수색을 하였다고 보기 어렵다.

(나) 위 2. 가.에서 보았듯이 수사기관이 위법한 압수·수색을 통하여 수집한 증거와 이를 기초로 하여 획득한 2차적 증거의 증거능력을 부정하는 것은 그것이 수사기관의 위법한 압수·수색을 억제하고 권한남용과 재발을 방지하기 위한 가장 효과적이고 확실한 대응책이기 때문이다.

그런데 이 사건 영장의 내용과 형식, 발부 경위와 수사기관의 압수·수색 경위 등에 비추어 보면, 수사기관이 이 사건 영장을 발부받아 그에 기초하여 이 사건 파일 출력물을 압수한 것이 위법수집증거의 증거능력을 부정함으로써 달성하려는 목적을 실질적으로 침해한다고 보기도 어렵다.

(다) 피고인 1은 위와 같은 노트북, SD카드에 대한 복제 현장에 직접 참여하여 이미지 복제된 파일의 해쉬값을 확인하였고, 그 복제본을 탐색·출력하는 과정에서 피고인 1의 참여권이 보장되지 않았거나 이 사건 영장 기재 혐의사실과 무관한 전자정보가 탐색·출력되었다고 볼 수도 없다.

(라) 이 사건 파일 출력물이 위와 같이 적법하지 않은 영장에 기초하여 수집되었다는 절차상의 결함이 있지만, 이는 법원이 공소사실과 관련성이 있다고 판단하여 발부한 영장에 기초하여 취득된 것이고, 위와 같은 결함은 피고인 1의 기본적 인권보장 등 법익 침해 방지와 관련성이 적다.

이 사건 파일 출력물의 취득 과정에서 절차 조항 위반의 내용과 정도가 중대하지 않고 절차 조항이 보호하고자 하는 권리나 법익을 본질적으로 침해하였다고 볼 수 없다.

오히려 이러한 경우에까지 공소사실과 관련성이 높은 이 사건 파일 출력물의 증거능력을 배제하는 것은 적법절차의 원칙과 실체적 진실 규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사 사법 정의를 실현하려는 취지에 반하는 결과를 초래할 수 있다.

요컨대, 이 사건 영장이 형사소송법이 정한 요건을 갖추지 못하여 적법하게 발부되지 못하였다고 하더라도, 그 영장에 따라 수집한 이 사건 파일 출력물의 증거능력을 인정할 수 있다.

이에 기초하여 획득한 2차적 증거인 위 각 증거 역시 증거능력을 인정할 수 있다.

라. 원심은 피고인 1에 대한 이 부분 공소사실을 유죄로 판단하였다.

원심판결 이유를 적법하게 채택된 증거에 비추어 살펴보면, 원심판결 이유에 일부 적절하지 않은 부분이 있지만, 상고이유 주장과 같이 필요한 심리를 다하지 아니한 채 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 부정경쟁방지법에서 정한 영업비밀 등에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

### 3. 결론

피고인 1과 검사의 상고는 이유 없어 이를 모두 기각하기로 하여, 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 이동원(재판장) 조희대 김재형(주심) 민유숙