



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

自白排除法則에 관한 研究

A study on the Exclusionary Rule
of Involuntary Confessions

2010年 2月 日

朝鮮大學校 大學院

法學科

朱 起 煥

自白排除法則에 관한 研究

指導教授 金鍾九

이 論文을 法學碩士學位 申請論文으로 提出함

2009年 10月 日

朝鮮大學校 大學院

法學科

朱起煥

朱起煥의 碩士學位論文을 認准함

審査委員長 朝鮮大學校 名譽教授 印

審査委員 朝鮮大學校 教授 印

審査委員 朝鮮大學校 教授 印

2009年 11月 日

朝鮮大學校 大學院

목 차

ABSTRACT

제1장 서론	1
제1절 연구의 목적	1
제2절 연구의 범위와 방법	3
제2장 자백배제법칙의 의의와 연혁 및 근거	5
제1절 자백배제법칙의 의의와 연혁	5
1. 자백배제법칙의 의의	5
2. 자백의 의의 및 유형	7
3. 자백배제법칙의 연혁	10
제2절 자백배제법칙의 이론적 근거	16
1. 학설	16
2. 판례	21
3. 검토	23
제3장 자백배제법칙의 접근방법과 구현방법	29
제1절 자백배제법칙의 접근방법	29
1. 형사소송법의 최고이념	29
2. 자백의 양면성	30
3. 자백획득에 편중된 수사	31
4. 헌법적 형사소송의 구현	32
제2절 자백배제법칙의 구현방법	33
1. 수사기관에 대한 엄격한 민형사상의 책임부과	33

2. 과학적 수사방법의 도입	34
3. 수사절차상의 준수사항	36
4. 형사소송법상의 증거법칙	36
5. 자유심증주의	37

제4장 자백배제법칙의 적용범위 40

제1절 자백배제법칙과 자백의 임의성 40

1. 자백배제법칙과 자백의 임의성	40
2. 위법수집증거배제법칙과 자백배제법칙	42

제2절 위법한 인신구속에 의한 자백 43

1. 불법 체포, 구속으로 인한 자백	43
2. 별건구속 중의 자백	44

제3절 진술거부권을 고지하지 않고 얻은 자백 47

1. 의의	47
2. 이론적 근거 및 검토	47

제4절 약속에 의한 자백 48

1. 의의	48
2. 판단기준	49
3. 외국의 연혁 및 입법례	50
4. 대법원 판례	52
5. 검토	54
6. 관련문제 - 유죄답변협상'(plea bargaining)제도	55

제5절 위법한 신문방법에 의한 자백 57

1. 철야신문으로 얻은 자백	58
2. 수갑을 채우고 신문하여 얻은 자백	61
3. 수인이 관여하여 조사한 경우의 자백	62
4. 음식물의 반입금지에 의한 자백	64

제6절 변호인의 조력을 받을 권리를 침해하고 얻은 자백 65

1. 의의	65
-------------	----

2. 변호인의 접견교통권을 침해한 상태에서의 자백	65
3. 변호인의 피의자신문참여권을 침해하여 얻은 자백	67
제7절 거짓말탐지기(Polygraph)검사와 마취분석으로 얻은 자백	72
1. 거짓말탐지기의 검사결과에 의한 자백	72
2. 마취분석(narcoanalysis)에 의한 자백	77
제8절 소결	78
제5장 임의성없는 자백의 법적 효과	80
제1절 인과관계의 문제	80
1. 학설 및 판례	80
2. 검토	81
제2절 임의성의 입증	82
1. 거증책임의 소재	82
2. 임의성에 대한 입증 방법	84
제6장 결론	87

A B S T R A C T

A study on the Exclusionary Rule of Involuntary Confessions

Ju Ki Hwan

Advisor : Prof. Kim Jong-gu Ph.D.

Department of Law,

Graduate School of Chosun University

Confession is the statement that the accused or defendant admits the whole or a part of the crime. And confession was and is considered as the absolute and influential evidence and being obtained easily. So, prosecutors and police officers are cannot help being concentrated on deriving confessions from the accused or defendant through illegal or unjust methods, such as torture, violence, deceptions and so on.

But Article 12 (7) of the Korean Constitution and Article 309 of the Korean Criminal Procedure Code provide for the exclusion of involuntary confessions made under torture, battery, threat, deceit or after prolonged custody as well as “confessions whose voluntariness is doubtful.” That is named as the Exclusionary Rule of Involuntary Confessions or Confession

Rule.

The rationale of the Exclusionary Rule of Involuntary Confessions is to guarantee human right of the accused or defedant who are being targeted for confession. And it is to deter prosecutor and police officer from using illegal misconduct, too.

This thesis is focused on the “confessions whose voluntariness is doubtful.” These are not easily patterned and proved in comparison of torture, battery, threat, deceit and so on. So, the aim of this thesis is dicussing “confessions whose voluntariness is doubtful” through reserching other country,s history and act, and analysing and criticising Constitution, Supreme Court,s decision and opinions of scholars.

key word Exclusionary Rule of Involuntary Confessions, confession rule, confessions whose voluntariness is doubtful, voluntariness, Confession.

제1장 서론

제1절 연구의 목적

자백은 범죄수사 또는 재판제도와 기원을 같이 한다고 할 정도로 수사활동과 증거의 세계에서 독보적인 지위를 구축해 오고 있다. 또한 자백은 수사기관에 소속되어 있거나 수사현장에서 피의자나 피고인 등을 직접 대면하여 자백획득 등을 목표로 신문하는 수사실무자들에게는 당연한 과제가 아닐 수 없다.

한편 헌법 제12조 제7항과 형사소송법 제309조에서는 위법한 방법에 의하여 얻어낸 자백은 유죄를 인정하는 증거로 사용할 수 없다는 증거법칙인 자백배제법칙을 규정하고 있다. 이러한 자백배제법칙을 규정한 근본적인 목적은 수사기관이 피의자나 피고인으로부터 자백을 획득하는 과정에 있어서 불법 또는 부당한 행위를 최대한 억제시키겠다는 것이다. 자백배제법칙은 수사기관이 항상 유념하면서 위법한 수사가 되지 않도록 주의해야 하는 형사증거법칙에 해당한다.

수사실무상 자백이 여전히 최고의 증거임과 동시에 자백을 대체할만한 수사방법이 생성되지 않는 한 자백획득을 목표로 하는 수사는 계속 될 것이다. 동시에 수사과정에서 반드시 준수되어야 할 자백배제법칙이라는 명제는 모든 수사관계자에게 극히 민감한 문제로서 작용할 것이다. 따라서 자백배제법칙의 적용범위와 한계의 문제는 당연히 중요한 사안으로서 다룰 필요가 있다.

이 논문은 자백획득을 목적으로 하는 각종 수사방법의 적법성을 파악하고자 하는 것으로서 자백획득목적의 수사에서 발생하는 문제점을 지적하고 그 대안을 모색하는 데 궁극적인 목표를 두고 있다. 학문적으로도 중요한 주제임은 물론이고, 필자와 같이 수사일선에서 근무하는 사람들에게 있어서 그 범위와 한계를 확정하

는 것은 대단히 중요한 일이라고 생각한다. 아울러 지나치게 이론상의 논의에 그치는 사항들에 대해서는 필자의 실무경험이 좋은 판단자료가 될 것으로 생각한다. 이러한 작업을 위해서는 그간 우리나라와 외국의 학계 및 판례의 영역에서 집적된 자백배제법칙에 관한 논의를 살펴보는 것도 필요할 것이다.

이러한 논의와 비판의 과정을 거쳐서 이르게 될 핵심부분은, 수사실무상 자백과 관련된 각종 수사방법들에 대한 타당성 검토이다. 헌법상 원칙인 자백배제법칙 자체에 대한 타당성에 의문을 제기하는 견해는 존재하지 않는다. 오히려 그 해석과 적용에 있어서의 실무와 판례의 입장에 대한 검토가 훨씬 중요하게 다루어지고 있다. 이 논문도 이러한 입장의 연장에서 자백배제법칙에 접근하고자 한다. 그렇게 함으로써 위법과 적법의 경계가 모호하거나 또는 정당한지의 판단이 애매한 사안에서 발생하는 문제를 해결하는데 도움이 될 수 있을 것이다. 또한 자백을 얻어냄에 있어서 수반될 수 있는 인권침해의 소지를 미연에 방지하는데 도움이 될 수 있을 것이다.

결국은, 자백은 매우 중요한 증거이지만 더 이상 수단과 방법을 가리지 않는 목표물이어서는 안된다. 따라서 자백획득과정을 통제하는 실무상, 이론상의 방법들에 대하여 상세한 검토가 필요하다. 자백의 긍정적인 면을 충분히 보장하면서도, 이에 수반되는 부작용을 최소화시키는 것이 어느 선에서 가능할 것인지를 구체적으로 파악하는 것이 이 논문의 목적이라고 할 수 있다.

제2절 연구의 범위와 방법

이 논문의 전반부는 자백배제법칙의 거시적인 관점에 관한 내용이며, 후반부는 미시적인 사항에 대한 내용으로 구성되어 있다. 전반부가 전체적인 형사소송절차에서 자백배제법칙을 어떤 관점에서 보아야 하는지에 관한 문제라면, 후반부의 내용은 헌법과 형사소송법에서 정하는 법률의 구체적인 해석에 관한 문제이다.

순서에 따라 논의할 내용을 개략적으로 설명하면 다음과 같다.

먼저 제2장에서는 자백배제법칙의 의의, 연혁 및 근거를 살펴보았다. 즉 자백배제법칙의 논의를 위한 전제로서 자백배제법칙이 무엇인지, 그리고 자백의 의의 및 형사소송에서의 자백의 유형을 본 다음, 외국의 연혁과 이론적 근거에 대해서 검토해 보았다. 이러한 작업이 이루어져야만 본격적인 논의의 준비가 이루어져서 개별사안에 대하여 논리일관되면서 합리적인 판단이 가능할 것으로 생각한다.

제3장에서는 자백배제법칙의 이념에 대하여 본다. 헌법상의 원칙이기도 한 자백배제법칙이 헌법에서 어떠한 위치를 차지하고 있는지, 형사소송법의 전 절차를 통해서 어떠한 위상을 가지고 있는지 그리고 어떠한 방식으로 자백을 통제하고 있는지를 보게 파악했다.

제4장에서는 고문, 폭행, 협박 등 법령에서 예시된 사유는 논의에서 제외시키고, ‘기타 임의성이 의심되는 사유’에 집중하였다. 약속에 의한 자백, 위법한 인신구속상태하에서의 자백, 위법한 신문방법에 의한 자백, 변호인의 조력을 받을 권리를 침해한 상태에서의 자백, 거짓말탐지기검사에 의한 자백 등이 논의의 대상이 되고 있다.

제5장에서는 자백배제법칙의 증거능력배제에 있어서의 인과관계, 임의성입증의 정도와 거증책임의 소재 등 자백배제법칙과 관련된 문제를 자백배제법칙의 근본이념과 일반 형사소송법상의 원칙에 입각하여 살펴보았다.

이러한 이론적 논의의 과정을 거쳐서 제6장에서는 현실적이고 법취지에 부합하는 결론을 도출하였다.

이 논문의 글의 전개를 위한 방법적인 측면에서 보자면, 기존의 학설과 판례에 대한 고찰 및 비판이 그 방법의 핵심이 된다. 이를 위해서는 입법례에 따른 비교법적 고찰이 당연히 수반될 것이며, 기존의 학자들의 견해를 면밀하게 분석하는 작업도 필요하게 된다. 그리고 각각의 논의의 단계에서 문제시 되는 우리나라의 대법원판례의 입장이 어떤 것인지를 파악해 볼 필요가 있었다. 이러한 점을 고려하여, 전반부에서는 비교법적 고찰 및 이론적 비판이 중심이 된다면, 후반부에서는 이론과 더불어서 우리나라의 학계와 판례의 내용을 비판적으로 분석하였다.

제2장 자백배제법칙의 의의와 연혁 및 근거

제1절 자백배제법칙의 의의와 연혁

1. 자백배제법칙의 의의

형사소송법 제309조에서는 “자백이 고문, 폭행, 협박, 신체구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법으로 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 이유가 있는 때에는 이를 유죄의 증거로 할 수 없다”고 정하고 있다.¹⁾ 이를 한마디로 정의하자면 자백배제법칙이란 임의성이 없는 자백을 증거로 사용할 수 없다는 형사소송법상의 증거법칙을 말한다. 그러나 이는 단지 기술적인 소송법상의 원칙에 그치지 않고, 인류의 오랜 역사와 경험을 통한 반성과 교훈의 산물이며, 헌법에도 규정된 대한민국의 공동체적 가치를 표상하는 소중한 헌법 원칙이기도 하다. 현대 민주주의의 최소치²⁾라고 하는 것도 전혀 이상하지 않다. 즉 수사기관이 범죄를 밝히는 데 있어서 객관적 증거보다 자백에 더욱 의존하는 경우에는 고문 등의 강압 수사의 위험성이 크다는 점에서, 증거법상원칙에다가 헌법상 기본권신장의 한 방

1) 헌법 제12조 7항은 “피고인의 자백이 고문, 폭행, 협박, 신체구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법으로 자의로 진술된 것이 아니라고 인정될 때에는 유죄의 증거로 삼을 수 없다”고 규정하고 있다. 그리고 형사소송법 제309조는 이에 따라 “피고인의 자백이 고문, 폭행, 협박, 신체구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법으로 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 이유가 있는 때에는 이를 유죄의 증거로 할 수 없다”고 규정하고 있다. 이와 같이 헌법과 형사소송법의 규정사항이 거의 동일하다. 그래서 형사소송법 제 309조의 자백배제법칙은 이러한 기본권보장의 구체적 실현장치로서 형사소송법상의 근거를 다시 한번 확인한 것이라는 견해도 존재한다. 그러나 두 규정은 ‘임의’와 ‘자의’로 규정하는 문언의 차이만 있을 뿐 해석내용이 별항이 다르지 않다(배종대/이상돈, 형사소송법(제7판), 홍문사, 2006, 548면) 형사소송법의 규정이 더 포괄홍문사, ‘자의’로 진술된 것이 아니라는 것을 실제로 이행기 어려운 점을 고려하여 형사소송법의 규정이 더 적 5다는 견해¹⁾도 있다(정준섭, “개정 형사소송법과 자백이 아니라고”, 「중앙법학」, 제9집 제3호, 중앙법학회, 2007. 10, 165면) 그러나 현재 헌법과 형사소송법간의 규정의 차이로 인한 적용상의 갈등문제를 본격적으로 논의하는 견해는 보이지 않는다.

2) 조국, “자백배제법칙의 근거와 효과 그리고 임의성 입증”, 「법학」, 제43권 제1호, 서울대학교법학연구소, 2002, 375면.

법이 된다.³⁾

자백배제법칙은 1차적으로 증거법칙이다. 즉 임의성 없는 자백은 증거능력이 없을 뿐만 아니라, 증거동의를 대상이 되지도 않는다. 증거능력이 없기 때문에 당연한 결과로서 증명력도 없으며, 탄핵증거로서도 사용하는 것이 금지된다. 그러나 자백배제법칙의 영향력은 증거능력에만 한정되지 않는다. 증거법칙을 넘어서 보다 궁극적으로는 자백배제법칙은 국가작용의 인권기속을 인정하는 근본적인 관점에서 출발한다. 자백을 얻어내는 과정에서 단지 위법을 저지르지 않아야 한다는 것에 그치는 것이 아니라, 형사절차에서 충실한 인권보장이 이루어져야 한다는 법공동체의 근본적인 관심표출이기도 하다.

헌법 제12조에서 정하는 사항들은 형사소송의 핵심적 내용이 되며, 이 중에서 제7항의 자백배제법칙은 형사절차상 자백에 관하여 역사적 중요성과 헌법적 의의를 우리 헌법이 수용하면서 공동체적 공감대로 형성되어 있음을 선언하는 조항이다. 한편 헌법은 대한민국의 최고규범으로서 국가작용의 기본적인 방향을 설정함에 있어서 일반성과 추상성을 그 특징으로 하기 때문에 그 입법방식이 일반적이고 추상적이면서 세부내용은 법률에 대한 위임의 방식을 택하고 있다. 그러나 적어도 자백배제법칙에 있어서만큼은 하위법령인 형사소송법에 자백배제법칙의 구체적인 내용을 위임하였다고 볼 수 없을 정도로 형사소송법과 거의 일치되는 문구로서 정하고 있다. 이는 자백배제법칙이란 인권보장을 위한 장치로서 매우 엄격하게 준수되어야 한다는 단호한 태도를 의미한다. 자백배제법칙은 실제진실의 발견과 적정절차에 의한 인권보장의 서로 충돌하는 영역에 위치하는 명제이다. 자칫 실제적 진실발견만을 추구한 나머지 적절절차와 인권에 대한 배려가 소홀히 될 가능성을 경계하여야 할 것이다.

3) 이은모, “자백배제법칙의 근거와 임의성의 입증”, 「법학논총」, 제24집 제2호, 한양대학교 2007. 2, 152면.

2. 자백의 의의 및 유형

자백이란 피고인 또는 피의자가 범죄사실의 전부 또는 본질적인 부분에 대하여 승인하는 진술⁴⁾이라는 견해, 자백을 범죄사실 또는 그 본질적 부분에 대한 승인을 의미한다고 하거나, 자기의 형사책임을 인정하는 진술을 말한다고 정의하는 견해⁵⁾도 있다. 그러나 일반적인 견해는 피고인 또는 피의자가 범죄사실의 전부 또는 일부를 인정하는 진술이라고 본다.⁶⁾ 한편 영미법에서는 범죄사실에 대한 자기의 형사책임을 인정하는 진술을 말하는 자백(confession)과 단지 자기에게 불이익한 사실을 인정하는 자인(admission)과 구별하고 있다.⁷⁾ 그러나 형사소송법상으로 자백과 승인을 구별하여 규정하고 있지 않으므로 이들을 구별하여 자백을 범죄사실의 주요부분 또는 형사책임을 인정하는 진술이라고 하여도 무방할 것이다. 이와 같이 범죄사실을 긍정하면서 위법성조각사유나 책임조각사유를 주장하는 승인도 자백에 해당된다.⁸⁾ 범죄사실 이외의 사실로서 불이익한 사실(전과, 피해자와의 원한관계 등)도 자백에 해당한다.⁹⁾

자백은 진술 주체의 법적 지위를 따지지 않는다. 형사소송법 제309조가 피고인의 자백이라고 규정하고 있으나, 피고인이 피의자나 증인, 참고인, 일반인의 지위에서 행한 진술 역시 자백에 해당한다.¹⁰⁾ 또한 자백은 그 형식이나 상대방을 묻지

4) 김기두, 형사소송법(전정신증판), 박영사, 1987, 133면.

5) 서일교, 형사소송법(제8개정판), 박영사, 1979, 175면.

6) 배중대/이상돈, 앞의 책, 585면; 백형구, 알기 쉬운 형사소송법(제4판), 박영사, 2007, 342면; 신동운, 앞의 책, 1061면; 이재상, 신형사소송법, 제2판, 박영사, 2008, 522면; 차용석/최용성, 형사소송법(제2판), 세영사, 2004, 509면.

7) Edward W. Cleary, McCormick on Evidence, 2rd Ed, West Publishing Co. 1982, 310면; 장윤석, 위법수집자백의 증거배제에 관한 연구, 한양대학교 박사학위논문, 1992, 15면에서 재인용

8) 배중대/이상돈, 앞의 책, 586면; 백형구, 앞의 책, 342면; 신동운, 앞의 책, 1061면; 이재상, 앞의 책, 523면; 차용석/최용성, 앞의 책, 509면.

9) 백형구, 앞의 책, 342면.

않는다. 즉 서면과 구술에 의한 자백 모두 가능하다. 자백의 상대방은 법원 또는 법관, 수사기관이 될 수 있으며, 범인이 일기장에 범죄사실을 고백한 경우와 같이 상대방 없는 자백도 가능하다.¹¹⁾ 그리고 자백은 유죄의 증거이고 직접증거이며 진술증거이다.

한편 형사절차에서 문제되는 자백¹²⁾은 자백배제법칙에서의 자백뿐 만 아니라 다른 곳에서도 문제가 된다. 특히 문제되는 것은 간이공판절차로의 이행의 원인이 되는 자백과 자백보강법칙에서의 자백이다.

먼저 간이공판절차에 대하여 말하자면, 피고인이 공판정에서 행한 공소사실에 대한 신빙성있는 자백을 한 경우에 법원은 그 공소사실에 한하여 간이공판절차에 의하여 심판할 것을 결정할 수 있다(제286조의 2,3). 간이공판절차로의 이행의 원인이 되는 자백과 자백보강법칙에 있어서 자백의 가장 큰 차이점은 자백의 진술을 하는 자의 법률상 지위, 자백의 시기 그리고 장소라고 할 수 있다. 첫째, 형사소송법 제309조의 자백보강법칙의 자백은 ‘피고인’의 자백이라고 규정하고 있으나, 피고인의 진술뿐만 아니라 피의자나 증인, 참고인의 진술도 모두 자백에 해당¹³⁾하지만, 간이공판절차로의 이행의 원인이 되는 자백은 피고인의 자백이어야 한다. 둘째, 형사소송법 제309조의 자백배제법칙의 자백은 수사절차에서 수사기관에 의한 자백의 경우가 대부분¹⁴⁾이지만, 간이공판절차로의 이행의 원인이 되는 자백은 반드시 공판정, 즉 공판절차에서 할 것을 요한다. 따라서 수사절차나 공판준

10) 배종대/이상돈, 앞의 책 586면. 이재상, 앞의 책, 523면.

11) 배종대/이상돈, 앞의 책, 586면.

12) 민사소송에서도 자백이란 자신에게 불리한 진술이라는 점에서는 기본적으로 동일하다. 그러나 구체적 사실에 대한 것으로서 소송상 행하여진 진술이어야 한다는 점, 주요사실에 대해서만 인정된다는 점에서 형사소송에서의 자백과는 다르다(이시윤, 신민사소송법(제4판), 박영사, 2008년, 412면 내지 415면).

13) 이재상, 앞의 책, 522면.

14) 공판정에서의 자백도 부당한 장기구속에 의한 자백의 경우는 물론, 출정전의 강요나 협박에 의하여 이루어진 자백에 관하여도 증거능력이 물론 문제된다(이재상, 앞의 책, 522면).

비절차에서의 자백을 이유로 간이공판절차를 개시할 수는 없다. 셋째, 범죄사실의 전부에 대한 시인이라는 점에서 자백배제법칙과는 그 범위가 다르다. 예를 들어 구성요건해당성을 인정하면서 위법성조각사유를 주장한다면 간이공판절차로 이행할 수 없다. 한편 간이공판절차라 하더라도 자백배제법칙이나 자백보강법칙은 당연히 적용된다.

자백보강법칙도 역시 자백을 그 대상으로 하는 형사소송법상의 증거법칙이다(제310조). 자백보강법칙이란 법관이 피고인의 자백에 의하여 유죄의 심증을 얻었다고 하더라도 자백이 유일한 증거인 경우에는 유죄로 인정할 수 없다는 원칙을 말한다. 즉 자백이외에 보강증거가 필요하다는 것을 의미한다. 자백배제법칙이 증거능력에 관한 법칙이라면, 자백보강법칙은 증명력에 관한 법칙이라는 점에서는 다르다. 대개 자백보강법칙을 증명력 판단의 일반원칙인 자유심증주의의 예외로 파악한다.¹⁵⁾ 그러나 기본적으로 진실성을 담보하여 재판의 위험성을 예방하기 위한 것이면서 인권침해를 방지하기 위한 장치라는 점¹⁶⁾에서는 자백배제법칙과 근본적인 취지가 다르지 않다. 보강법칙에서의 자백도 자백당시의 법적지위나 상대방을 묻지 않는다는 점에서는 자백배제법칙과 동일하다. 그리고 반드시 공판정에서의 자백일 필요는 없다. 그러나 공범자의 자백은 여기에 해당하지 않는다. 판례는 여기에서 더 나아가 자백의 신용성판단의 기준으로 그 자백의 내용이 객관적인 합리성을 갖고 있어야 하는지, 자백의 동기나 자백에 이르게 된 연유가 무엇인지 그리고 자백 이외에 정황증거 중 자백과 저촉되거나 모순되는 것은 없는지 등을 따진다.¹⁷⁾

15) 배종대/이상돈, 앞의 책 695면; 신동운, 앞의 책, 958면; 이재상, 앞의 책, 626면; 임동규, 형사소송법(제5판), 법문사, 2008, 567면.

16) 배종대/이상돈, 앞의 책 696면; 신동운, 앞의 책, 959면; 이재상, 앞의 책, 626면; 임동규, 앞의 책, 568면.

17) 대법원 1985. 2. 26, 82도2413; 대법원 2003. 2. 11, 2002도6110.

논의의 중점의 측면에서 보자면 위의 3가지 제도는 약간 상이하다. 자백배제법칙은 그 이론적 근거와 범위에 집중되고 있다. 그러나 자백보강법칙은 자백 그 자체의 논의를 그다지 중요하지 않게 취급한다. 왜냐하면 증명력의 전단계인 증거능력이 인정된 이후에야 증명력이 문제될 수 있기 때문에, 자백보다는 오히려 보강 증거에 더 관심을 갖는다. 자백자체의 증명력은 원칙적으로 법관의 자유심증에 의한다. 한편 간이공판절차는 그 현실적, 이론적 타당성 측면에서 비판론이 제시됨은 위에서 본 바와 같다.¹⁸⁾ 그러나 중요한 점은 자백배제법칙, 자백보강법칙 그리고 간이공판절차는 모두 수사의 효율성 추구하고 인권보장이 서로 상충하는 지점에 위치하는 제도들이라고 할 수 있을 것이다.

3. 자백배제법칙의 연혁

(1) 영국에 있어서의 자백배제법칙

자백배제법칙은 영국의 보통법(common law)에 기원을 두고 있다.¹⁹⁾ 영국에서도 17세기까지 자백은 아무런 제한을 받지 않고 증거로 허용되었으며, 고문에 의한 자백도 배제되지 않았다.²⁰⁾ 그러나 18세기 후반부터 이익에 의하여 유인되거나 협박에 의한 자백에 제한을 가하기 시작하여, 그 후 약 반세기에 걸쳐 약간의 유인이라도 있는 자백은 모두 배제하기에 이르렀다.²¹⁾

그러나 이러한 입장은 그 후 경찰에 의한 피의자신문절차를 규정하고 있는 1984

18) 이에 대해서는 제3장, 제1절, 2. 참조.

19) 박상기/탁희성, “자백의 임의성과 증거능력에 관한 연구 - 판례를 중심으로”, 한국형사정책연구원, 1997, 21면.

20) Wigmore, Evidence. 3rd Ed. 1940. pp.235-236, 권오봉, 자백배제법칙에 관한 연구, 고려대학교 석사학위 논문, 1998에서 재인용.

21) 이재상, 앞의 책, 524면, 부당하게 유인(flaterry of hope)된 자백 및 임의성 없는 자백을 배제하는 자백배제법칙이 확립되었다.

년의 「경찰 및 형사증거법(Police and Criminal Evidence Act)과 1985년의 실무 규정(Codes of Practice)에 의하여 상당한 변화를 겪게 되었는데, 그 결과 경찰의 불법수사로 얻은 자백이라 하더라도 무조건 증거능력이 부정되는 것이 아니라 전체적인 상황을 종합하여 임의성이 없다고 인정되는 경우에 한하여 원칙적으로 증거능력이 부정되며, 다만 법관은 자백을 획득한 상황 등을 고려하여 판단할 때 증거로서의 사용을 인정하는 것이 절차의 공정성을 해할 염려가 있다고 인정되면 임의성의 유무와 관계없이 자백의 증거능력을 부인하도록 하고 있다.

(2) 미국에서의 발전

가. 영국에서의 계수

영국에서 발달된 자백배제법칙은 미국의 판례법에 계수되었다. 그러나 영국에서 신문규제를 중심으로 하는 것과는 다르게 초기²²⁾에는 자백의 허용성 기준을 신뢰성(reliability)에 중점을 둔 임의성 유무(common law voluntariness requirement)에서 구하는 경향이 일반적이었다.²³⁾ 그러다가 1897년 Bram판결²⁴⁾에서 연방대법원은 “강요된 자백은 연방헌법 수정 제5조의 자기부죄거부특권(privilege against self-incrimination)²⁵⁾에 근거하여 일체 허용할 수 없다”고

22) 이 시기의 미국의 자백배제법칙은 비헌법적 증거법 원칙(nonconstitutional evidence rule)이었다. 이 재상, 자백의 증거능력, 경희대학교 논문집, 제15집, 인문사회과학편, 1986, 120면.

23) 차용석, 형사증거법, 한국사법행정학회, 1988, 190면. 미국에서 자백을 명시적으로 배척한 최초의 판결은 Hopt v. Utah, 110 U.S. 574(1884)인데 “죄 없는 사람이 거짓말까지 자백하여 스스로 자기에게 불이익한 결과를 초래할 리는 없으므로 일반적으로 자백은 믿을 만하다고 추정된다. 다만, 그에 이르는 과정이 그러한 추정을 깨뜨리는 것이라면 그 자백은 허용될 수 없다”고 판시하여 아직 임의성의 요건을 정면으로 등장시킨 것은 아니었다. 이재홍, 자백의 임의성과를 초래미국과 영국의 태도 및 그 한국적 조명(1), 「사법행정」, 1989년 6월호, 55면.

24) Bram v. U.S. 168 U.S. 572,542(1897).

25) 자기부죄금지특권이라고도 한다. 17세기 말 영국의 사법절차에 기원을 두고, 미국 헌법 수정 제5조가 “누구든지 어떤 형사사건에서도 자신에게 불리한 증인이 될 것을 강요받지 아니한다(No person shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself)고 규정한 데서 유래한다(이제

하여 임의성 없는 자백은 그 신빙성 여부를 묻지 않고 허용될 수 없다는 취지를 분명히 밝혔으나²⁶⁾, 그 후 50년이 지나도록 별 진전이 없었다.

한편 1940년대부터 1950년대에 걸쳐 미국 연방대법원의 자백배제법칙은 전통적인 임의성²⁷⁾없는 자백의 신뢰성 결여 이론에서 자백취득 과정에서의 위법배제이론으로 발전하게 된다.²⁸⁾ 즉 1943년의 McNabb 판결²⁹⁾에서는 피체포자를 신속히 법관 앞에 인도하지 않고 신문함으로써 연방형사절차를 위반하여 받아들인 자백에 대해 “소송절차 및 증거에 관한 문명적 기준”에 반하는 것이라며 증거로 허용하지 않았다. 그리고 1944년 Ashcraft 판결³⁰⁾에서는 “휴식 없이 진행된 36시간 동안의 계속적인 릴레이 신문은 그 자체로서 그 신문에서 얻어낸 자백이 임의성이 없다고 볼 충분한 근거가 된다.”고 하였다.

또한 1957년 Mallory 판결³¹⁾에서도 체포 후 피체포자를 지체 없이(without unnecessary delay) 법관에게 데리고 갈 것을 규정한 연방형사소송규칙 제5조(a)에 위반하여 받은 자백에 대하여 “물리적, 실리적 강제의 유무와 관계없이 불법 지체 사실만으로 자백을 배제 한다”고 하였다. 그리하여 체포 즉시 법관에게 인치하지 않고 구금하던 중에 받은 증거능력을 배제하는 「McNabb-Mallory법칙」이

상, 앞의 책, 115면).

26) 이재홍, “자백의 임의성에 관한 미국과 영국의 태도 및 그 한국적 조명(1)”, 「사법행정」, 1989년 6월호, 55면.

27) 관례에 따르면 임의성의 판단기준은 자백이 “자유롭고 이성적인 선택의 산물(product of a free and rational choice)”이냐의 여부이다. Townsend v. Sain, 372 U.S.293(1963).

28) 이재상, 앞의 책, 525면.

29) McNabb v. U.S. 318 U.S. 332(1943). 이 사건은 위스키 밀조의 의심을 받던 중 상인을 가장하여 접근한 연방주세 담당 관리를 살해한 혐의로 체포된 피의자가 법관 앞에 인도되기 전에 18-40시간 신문을 받고 자백한 사건이다.

30) Ashcraft v. Tennessee. 332 U.S.143(1944). Ashcraft는 아내를 살해한 혐의로 경찰서로 연행되어 이틀 동안 수면이나 휴식 없이 경찰관들에 의해 교대로 계속하여 신문을 받았다.

31) Mallory v. U.S. 354 U.S.449(1957). 경찰은 강간혐의로 체포된 19세 소년을 9-10시간 신문하여 자백을 받았고, 18-19시간 후에 기소인부절차가 개시되었다.

확립되었다.³²⁾ 한편, 1961년의 Rogers판결³³⁾에서 “임의성 없는 자백이 배제되는 이유는 그러한 자백에 허위일 가능성이 있기 때문이 아니라 형법의 실현을 위한 기본원칙을 침해하였기 때문이다.” 라고 하여 자백에 대한 違法排除法則(due process exclusion rule)을 명백히 하였다.³⁴⁾

나. 미란다 원칙

연방대법원은 1964년 Escobedo 판결에서는 헌법 수정 제6조의 변호인의 조력을 받을 권리에 따라, 1966년 Miranda 판결에 이르러서는 헌법 수정 제5조의 자기부죄거부특권을 근거로 하는 자백배제법칙을 수립하였다. 즉 Escobedo판결³⁵⁾에서는 경찰서에서 피의자를 구금하여 신문하면서 묵비권도 알리지 않은 채 변호인과의 접견 요청을 거부하고 얻은 자백에 대해 헌법 수정 제6조의 변호인의 조력을 받을 권리를 침해했다며 증거로 허용하지 않았다. 또한 Miranda 판결³⁶⁾에서는 구금 신문은 본질적으로 강압적이어서 이를 해소하기 위한 충분한 보호수단이 마련되지 않으면 이 과정에서 얻은 어떤 진술도 개인의 자유로운 선택의 산물일 수 없다고 하면서, 구금상태에서 신문을 받는 사람은 자기부죄거부특권이 침해되기 쉬우므로

32) 이재상, 앞의 책, 525면.

33) Rogers v. Richmond, 365 U.S. 534(1961), Rogers는 체포당일 오전에서 시작하여 밤까지 계속하여 신문을 받았다. 그 동안에 담배를 피우는 것이 허용되었고 약간의 샌드위치와 커피도 제공되었다. Rogers는 경찰로부터 폭행이나 협박을 당하지 않았다. 신문이 시작된 지 6시간이 지나도록 그는 범행에 대해 아무런 언급을 하지 않았다. 경찰이 그에게 그의 부인을 구인하겠다는 뜻을 던지시 비춘 후 Rogers는 자백하였다.

34) 이재상, 앞의 책, 525면.

35) Escobedo v. Illionis, 378 U.S. 478(1964). Escobedo는 살인죄로 체포되어 경찰서에서 7시간에 걸쳐서 신문을 받는 동안 그의 변호사를 불러줄 것을 거듭 요청하였고, 마침 그 변호사도 경찰서에 와 있어서 그와의 접견을 요구하였다. 경찰은 이 요구들을 모두 거부한 채 신문을 계속하여 자백을 얻어냈다.

36) Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436(1966). Miranda는 1963년 3월 체포되어 피닉스 소재의 경찰서에 구금되었다. 그는 변호인을 출석시킬 권리가 있음을 고지 받지 못한 상태에서 경찰관들에 의하여 신문되었으며, 두 시간 뒤 한 개의 자백진술서에 서명했다. 미란다는 납치 및 강간에 대하여 유죄로 판정되었다. 항소심에서 아리조나 주 대법원은 그 자백을 얻어내는 과정에서 미란다가 헌법적 권리들이 침해되지 않았으며 유죄판결을 인가하였다.

특권을 보호하기 위하여 그에게 ‘묵비 상태로 있을 권리가 있고, 그가 하는 말은 불리하게 사용될 수 있으며, 신문받는 동안 변호인을 출석시킬 권리가 있고, 변호인을 선임할 능력이 없으면 원할 경우 변호인이 지정 된다’ 는 것을 신문을 시작하기 전에 고지³⁷⁾하여야 하고, 어느 때든 개인이 묵비상태로 있거나 변호인을 원한다고 하면 신문은 중단되어야 하고, 그 권리에 대해 고지를 하고 피신문자가 포기했다고 증명되지 않으면 신문의 결과로 얻은 어떠한 증거도 그에게 불리하게 사용될 수 없다고 판시하였다.³⁸⁾

(3) 독일의 경우

독일의 경우에는 1950년 형사소송법 개정을 통하여 비로소 증거금지의 하나로서 피의자신문과정에서 진술의 자유를 침해하여 얻은 자백의 증거사용을 금지하는 규정을 명문화하였는데, 제136조의 a에서 규정하고 있는 ‘금지된 신문방법’ 이 그것이다. 이에 의하면 폭행, 피로, 신체침해, 투약, 고문, 기망 또는 마취에 의하여 피고인의 의사결정과 의사활동의 자유가 침해되어서는 안된다. 이러한 증거금지는 진술거부권의 보장에 목적이 있는 것이며, 이는 곧 피의자·피고인의 인권보장에 그 근거를 두고 있다고 할 수 있다. 따라서 독일 형사소송법 제136조의 a는 피의자의 의사결정 및 의사활동의 자유, 즉 인간의 존엄과 기본적 인권을 보장함으로써 형사소송의 윤리화를 실현하기 위한 규정이라는 평가를 받고 있다.

독일의 증거금지론은 미국의 증거배제법칙과 대조되는 것이지만 이는 소송 외의 국가적 이익의 보호를 위해 진실발견을 단념한다는 독일식의 형량적 사고에 바탕을 둔 이론으로 미국의 증거배제법칙과는 연혁적으로 다른 모습을 가지고 있다.³⁹⁾

37) 이를 보통 「미란다 고지 또는 경고(Miranda Warning)」라고 부른다.

38) 이를 미란다 원칙이라고 하는데, 1969년의 *Orozco v. Texas*, 394 U.S. 324에서 재확인.

39) 이재상, “자백의 증거능력”, 앞의 논문, 121면.

독일에서는 1960년대에 들어와 증거금지와 관련하여 “녹음테이프 판결”과 “일기장 판결”을 통해서, 그리고 1966년대 제46회 독일법조대회를 통해서 증거금지의 본격적인 전개를 맞게 되었다. 녹음테이프 판결의 경우, 대화자가 이를 자각하지 못한 상태에서 녹취된 테이프의 녹음은 일반적으로 인격권의 침해라고 판시하였고, 일기장 판결의 경우에는 일기장은 개인의 프라이버스에 속하는 것이기 때문에 자기의 의사에 반하여 증거로 사용하는 것은 허용되어서는 안 된다고 하였다. 이 두 판결은 헌법적 증거기능의 성립을 가능하게 하였다는 데에 의의가 있다.⁴⁰⁾

(4) 우리나라의 경우

우리나라는 고문이 법적으로 허용되었던 조선왕조의 형사절차에서는 임의성 없는 자백의 증거능력제한이라는 관념은 처음부터 성립할 여지가 없었다. 한일강제 합병 이후 우리나라에 적용되었던 형사소송법도 자백의 증거능력을 제한하는 규정을 두고 있지 않았던 관계로 1954년까지 시행된 구 형사소송법 하에서는 임의성 없는 자백은 그 신뢰성에 관한 문제로 취급되었을 뿐, 고문 등에 의한 임의성 없는 자백도 법관이 그 자백의 증명력을 인정하면 유죄의 증거로 사용할 수 있었고 또 그 자백이 유일한 증거라고 하더라도 유죄의 선고가 가능하였다. 이후 1954년에 제정된 현행형사소송법에 의해서 비로소 임의성 없는 자백의 증거능력을 부정하게 된다.

헌법 제12조 7항은 “피고인의 자백이 고문, 폭행, 협박, 신체구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법에 의하여 자의로 진술된 것이 아니라고 인정될 때에는 유죄의 증거로 삼을 수 없다”고 규정하고 있다. 형사소송법 제309조는 이에

40) 이진록, “위법수집증거의 배제법칙에 관한 연구”, 성균관대학교 대학원 박사학위논문, 1989, 64면.

따라 “피고인의 자백이 고문, 폭행, 협박, 신체구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법으로 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 이유가 있는 때에는 이를 유죄의 증거로 하지 못한다.” 고 규정하고 있다.

자백배제법칙은 이와 같이 고문, 폭행, 협박 등 위법, 부당한 수사방법에 의하여 획득되어 임의성이 의심스러운 자백의 증거능력을 부정하는 원칙을 말한다.⁴¹⁾ 또한 자백배제법칙에 의하여 증거능력이 부인되는 자백은 피고인의 동의나 희망이 있더라도 증거능력이 회복되지 않는다. 같은 이유에서 자백배제법칙에 의하여 증거능력이 부인된 자백은 탄핵증거(제318조의2 제1항)로도 사용할 수 없다.⁴²⁾

제2절 자백배제법칙의 이론적 근거

1. 학설

임의성이 의심되는 자백의 증거능력을 부정하는 이론적 근거에 대해서는 여러 가지 견해가 대립하고 있다. 이 견해들은 제309조의 적용범위에 대한 법정책의 기본 관점⁴³⁾과 연결되어 있는데, 이론적 근거를 어떻게 보느냐에 따라 자백배제법칙의 적용범위가 달라진다.

(1) 허위배제설

41) 배종대/이상돈, 앞의 책, 578면; 이재상, 앞의 책, 524면.

42) 신동운, 앞의 책, 1062면.

43) 배종대/이상돈, 앞의 책, 579면.

허위배제설은 임의성이 의심되는 자백에는 허위가 숨어들 위험성이 크고, 이를 증거로 사용하는 것은 실제적 진실발견을 저해하기 때문에 그 증거능력이 부정된다고 보는 견해이다. 즉 자백의 임의성(voluntariness)에 대한 판단을 사실상 신빙성(reliability)의 여부에 따라서 판단하게 된다. 영국 보통법에서 common law에 있어서 임의성 없는 자백의 증거능력을 부정한 전통적인 근거라고 할 수 있다.⁴⁴⁾ 미국에서 1964년 이전까지 임의성 없는 자백의 증거능력을 부정하는 전통적인 근거가 되었다⁴⁵⁾

이 견해에 의하면 임의성 없는 자백이란 허위의 진술을 할 염려가 있는 상황에서 행하여진 자백을 의미하며, 유도·사술에 의한 자백일지라도 허위의 자백이 아니면 임의성을 긍정하게 되고 그 결과 임의성의 문제는 자백의 진실성 또는 신뢰성에 따라서 결정된다. 그 결과 자백이 비록 고문, 폭행, 유인, 사술 등에 의해 이루어진 경우에도 자백내용의 진실성이 입증되면 증거능력을 인정받게 된다.⁴⁶⁾

(2) 인권옹호설

인권옹호설은 자백배제법칙을 헌법상 보장된 진술거부권을 중심으로 하는 인권을 보장하기 위하여 마련된 증거법적 수단이라고 파악한다. 이 견해는 자백배제법칙의 근거를 피고인의 진술거부권을 중심으로 한 피고인의 인권, 즉 내심의 의사결정과 표현에 대한 자기결정권을 보호하는 데서 찾으며⁴⁷⁾, 이러한 기본적 인권이 침해된 상태에서 행해진 자백은 피고인의 인권보장을 위해 증거능력을 부정해야 한다고 주장한다.

44) LaFave-Israel, p. 264; McCormick, p. 372.

45) 신동운, 앞의 책, 1065면.

46) 배종대/이상돈, 앞의 책, 579면; 신동운, 앞의 책, 1065면; 이재상, 앞의 책, 527면.

47) 박상기/탁희성, 앞의 논문, 34면.

이 견해에 따르면 수사기관의 강압수사가 없고 그 자백내용이 진실한 경우라도 그 자백이 진술의 자유를 침해하는 상황에서 이루어진 것이면 증거로 사용할 수 없게 된다. 물론 그런 상황은 강압수사뿐만 아니라 그 밖의 사정에 의해서도 발생할 수 있으며, 진술의 자유에 영향을 미칠 수 있는 사정과 자백의 임의성 사이에는 인과관계가 있을 것을 요한다. 인권옹호설은 형사절차혁명(criminal procedure revolution) 이전 미국 연방대법원이 취했던 ‘임의성 기준’ (the voluntariness test)을 계수한 것이다. 이 견해는 증거능력과 증명력을 엄격히 구분함으로써 허위배제설보다 한발 더 나아갔으며, 임의성유무를 판단함에 있어서 ‘상황의 총체성(totality of the circumstance)’ 를 고려한다고 한다. 즉 피의자의 연령, 교육수준, 정신적 그리고 육체적 상태, 신문수사관의 수, 신문기간, 신문장소 등에 대한 고려를 의미한다.⁴⁸⁾

(3) 절충설

허위배제설과 인권옹호설이 모두 자백의 증거능력을 제한하는 근거로 타당하다는 견해이다. 즉, 임의성 없는 자백은 허위일 위험성이 많을 뿐만 아니라 자백강요의 방지라는 인권보장을 위하여도 증거능력이 배제된다는 것이다.

이에 의하면 임의성 없는 자백이란 허위의 진술을 할 염려 있는 상황에서 행하여진 자백 또는 위법·부당한 압박 하에서 행하여진 자백을 의미하는 것이 된다. 우리나라의 다수설의 견해⁴⁹⁾이다. 허위배제설과 인권옹호설을 어떻게 조화할 것인가에 대하여 다수설은 제309조 전단의 고문·폭행·협박·신체구속의 부당한 장기화에 의한 자백은 인권침해에 의한 자백을 규정한 것이고, 기망 기타의 방법에 의한 자백

48) Yale Kamisaret. al., Modern Crimnal Procedure: Cases, Comments, and Questions(8th ed), 1994), pp. 440-649. ; 조 국, 앞의 논문, 379면에서 재인용.

49) 김기두, 앞의 책, 134면; 백형구, 앞의 책, 281면; 서일교, 앞의 책, 176면; 신양균, 형사소송법, 제2판, 법문사, 2004, 472면; 신현주, 형사소송법(신정제2판), 박영사, 2002, 268면; 신동운, 앞의 책, 1068면.

은 허위배제설에 입각한 것이라고 하고 있다.⁵⁰⁾

(4) 위법배제설

위법배제설은 자백배제법칙을 자백취득과정에서 적정절차(due process)를 보장하기 위한 증거법상의 원칙으로 이해한다.⁵¹⁾ 자백취득과정에서의 적법절차의 원리에 입각하여 위법한 절차에 의해 획득된 자백을 절차에유죄의 증거로 채택하는 것은 의 청렴성을 침해하며, 위법한 절차에 의하여 자백을 획득했다라도 증거능력이 배제되어 증거의 제출자체es금지된다면 위법수사의 필요성을 상실하게 될 것이라는 정책적인 근거에 입각한 견해이다.⁵²⁾

이 견해에 의하면 자백의 진실성, 임의성과 상관없이 적법절차의 요청에 위반하여 위법하게 취득된 자백은 제309조에 의하여 증거능력이 부정된다. 다시 말해 고문, 폭행, 협박 등 임의성에 영향을 미칠 수 있는 사유가 확인되면 곧 바로 자백의 증거능력이 배제된다. 이 설은 형사소송법 제309조의 문리적 해석에서도 자백의 증거능력은 임의성이 없을 때 비로소 배제되는 것이 아니라 임의성을 의심할 만한 이유가 있을 때 이미 배제된다고 하면서 일체의 위법수사는 바로 이 사유에 해당한다고 볼 수 있다⁵³⁾고 한다. 형사소송법 제309조는 위법수집증거배제법칙의 실정법화인 동시에 가장 강력한 형태의 위법수집증거배제법칙이라고 한다. 이와 같이 위법배제설에 따라 제309조를 해석, 적용하는 실무가 자리 잡으면 허위자백은 배제되고 인권이 옹호되는 결과를 가져온다고 주장한다.⁵⁴⁾ 또한 위법배제설은

50) 김기두, 앞의 책, 134면.

51) 배종대 / 이상돈, 앞의 책, 581면; 이재상, 앞의 책, 526면; 정영석/이형국, 형사소송법, 법문사, 1994, 336면; 차용석, “자백의 증거능력에 관한 개별적 유형의 검토(상),” 「고시연구」, 1985/6, 74면 ; 박광민, “자백의 임의성과 그 입증,” 저스티스 제32권 제3호, 1999. 9, 201면; 차용석, 앞의 책, 700 내지 705면.

52) 이재상, 앞의 논문, 124-125면.

53) 배종대/이상돈, 앞의 책, 581면.

자백배제법칙에 의하여 배제할 수 있는 자백의 범위를 확대할 뿐만 아니라 증거능력의 표준을 객관화하여 명백하게 하였다는 점에서 실익이 있다⁵⁵⁾고 한다. 형사소송법 제309조는 임의성이 없는 자백에 대하여만 국한되는 것이 아니라 위법한 절차에 의하여 획득된 자백의 증거능력의 제한에 대한 규정으로 파악되며, 위법하게 수집된 자백은 피고인의 동의가 있더라도 증거능력이 부정된다. 다른 한편으로는 자백배제법칙은 허위의 자백을 배제하거나 또는 묵비권 등 인권보장 제도를 실효화하기 위한 담보수단이라기보다는 널리 자백취득과정에 있어서의 적법절차의 보장을 확보하기 위하여 적법절차의 요청에 위반하여 위법하게 취득된 증거를 금지하는 실천적인 증거법상의 원칙이라는 견해도 있다.⁵⁶⁾ 이 설은 미국 연방대법원의 입장이면서 우리나라의 현재 다수설⁵⁷⁾이라고 주장하기도 한다..

(5) 종합설

종합설은 허위배제설과 인권옹호설 뿐만 아니라 위법배제설도 자백배제법칙의 근거로 포괄하는 견해이다.⁵⁸⁾ 이학설은 자백의 임의성 문제와 자백취득절차의 적법성 문제는 개념적으로나 실제적으로 구별될 수 있으므로 양립이 가능한 별개의 기준으로 파악하고, 우리 헌법 제12조 1항, 제12조 7항, 형사소송법 제309조는 자백의 증거능력인정 요건으로 자백의 임의성과 자백취득절차의 적법성을 함께 요구

54) 배종대/이상돈, 앞의 책, 582면.

55) 이재상, 앞의 책, 529면; 장윤석, 앞의 논문, 140면 ; 차용석, 형사소송법, 700면에서는 위법배제설의 성문법의 근거는 헌법 제12조 제1항, 동 제7항, 형사소송법 제309라고 하면서 위법배제설의 귀결은 첫째, 자백에서 진실을 추구하려는 수사관의 열의에서 오는 폐해를 제거할 수 있고, 둘째, 다른 설에 비하여 배제범위가 넓어지고, 셋째, 자백 배제의 기준이 단순명료하여 인권침해·위법수사를 더 확실하게 방지·억제할 수 있으며, 넷째, 묵비권만이 아니고 기타의 인권보장을 자백법칙이 실현하려는 데 의의가 있다고 주장한다.

56) 강구진, 형사소송법원론, 학연사, 1986, 491면.

57) 신양균, 앞의 책, 692면; 배종대/이상돈, 앞의 책, 586면.

58) 신동운, 앞의 책, 1068면; 이수엽, “자백배제법칙에 관한 연구”, 국민대학교 대학원 박사학위논문, 1990, 43면.

한다고 주장한다. 따라서 자백배제법칙은 형사소송법상의 증거법칙의 의미를 넘어서 헌법상 기본권이라는 독자적인 의미를 지니고 있으며,⁵⁹⁾ 제309조의 적용범위는 사인간의 영역에도 최대한 확대되어야 한다고 주장하고, 이를 위하여 허위배제설, 위법배제설 및 인권옹호설을 상호보완적으로 사용할 필요가 있다고 보고 있다.

종합설의 관점에서 보면 임의성이 의심되어 자백이 증거능력을 상실하게 되는 상황은 자백에 허위가 개입할 위험성이 정형적으로 인정되는 경우뿐만 아니라 수사기관이 강압수사로 자백을 획득한 경우와 피고인의 의사결정권이 침해된 상태에서 자백이 행해진 경우를 모두 포괄하게 되고, 위법배제설로 포착하지 못하는 사인간의 영역에 대해서도 자백배제법칙의 적용을 가능하게 하는 장점이 있다는 것이다.⁶⁰⁾ 따라서 종합설은 전통적으로 자백배제법칙의 고려대상이 아니었던 사인에 의한 기본권의 침해가 증가하고 있는 현실에서 종합설의 문제의식은 수용할 가치가 있다.⁶¹⁾ 수사기관에 의한 위법한 자백 획득의 경우에는 자백의 임의성이 의심스러운 자백이기에 그 증거능력이 당연히 배제되어야 하지만 사인에 의하여 불법하게 취득한 자백의 증거능력 배제여부는 개별적 사건에 따라 구체적 상황을 고려하여 판단되어야 할 것이다.⁶²⁾

2. 판례

(1) 종래의 태도

59) 이수엽, 앞의 논문, 43면, 55 내지 57면 그리고 199 내지 203면.

60) 신동운, 앞의 책, 1067면; 조국, 앞의 논문, 385면.

61) 그러나 자백배제법칙의 적용범위를 사인의 위법한 자백행위로 확대시키더라도 일정한 제한은 있어야 할 것이다. 사인의 불법행위가 수사기관의 사주에 의한 경우라면 당해 사인을 통해 획득한 자백에 대해서는 자백배제법칙의 적용에 증거능력이 배제된다. 참고; (미국판례. Coolidge v. New Hampshire, 403 U.S. 443, 487(1971)).

62) 조 국, “자백배제법칙의 근거와 효과 그리고 임의성 입증”, 법학 제43권 제1호, 서울대학교법학연구소, 2002, 183면.

판례가 지금까지 어떠한 입장을 확고하게 취하고 있다고 정의할 수 있는 일관된 판시를 해오고 있는 것은 아니다. 대략 각각의 학설의 입장을 취해오고 있음을 알 수 있으며, 한편 이에 대한 각각의 학자들의 해설들도 일치하지 않는 경우가 많이 있다. 지금까지 허위배제설⁶³⁾ 과 인권옹호설⁶⁴⁾ 그리고 절충설⁶⁵⁾과 위법배제설⁶⁶⁾

-
- 63) 대법원이 “피고인이 경찰취조 당시 고문당한 사실이 없어 범행을 순수히 자백한 것임을 착취할 수 있으며 또 검찰취조 당시 엄문을 당하였다는 사실도 피고인의 변명 외에는 이를 수궁할 명확한 자료가 없으므로 피고인의 각 자백은 진실에 부합하는 임의성 있는 진술이라고 볼 수 있다(대법원 1959. 10. 31, 4292형상257.)” 또는 “피고인의 위 자백이 검거 후 장시일이 경과한 후의 것이라면 그 진실성 여부에 관한 중요 재료가 될 것이다(대법원 1954. 10. 26, 4286형상134.)”라고 판시하거나, “피고인의 자술서나 피고인에 대한 피의자신문조서의 기재가 능히 그 진실성을 담보할 수 있다고는 볼 수 없다. 왜냐하면 원심은 그의 자술서가 고문,가혹행위 등 두 달이 넘는 장기간의 구속수사 끝에 작성되었으므로 이것이 임의로 된 것이 아니라고 의심할 사유가 있다고 정당하게 판단하고 있기 때문이다. 그리고 원심은 피고인에 대한 피의자신문조서의 기재를 믿지 못하겠다고 한 것은 이것 또한 위에서 본 바 같은 마찬가지로의 사유에서 진술자의 임의성이 없다고 본 탓이다”(대법원 1968. 5. 7, 68도379.)라고 판시한 것, “피고인의 자백진술이 객관적으로 합리성이 결여되고 범행현장과 객관적 상황의 중요부분이 부합되지 않은 등의 특별사정이 있는 경우 다소의 폭행 또는 기타의 방법으로 자백을 강요하여 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 사유가 있다(대법원 1977. 4. 26, 77도210.)”고 판시한 것은 모두 허위배제설의 경향이라고 하겠다.
- 64) 대법원은 “피고인들이 검사 이전의 수사기관의 조사과정에서 고문 등으로 임의성 없는 진술을 하고 그 후 검사의 조사단계에 이르러서도 임의성 없는 심리상태가 계속되어 동일한 내용의 진술을 하였다면 비록 검사 앞에서 조사받을 당시는 고문 등 자백을 강요당한 바가 없었다고 하여도 검사 앞에서의 자백은 결국 임의성 없는 진술이 될 수밖에 없으니, 피고인들이 검사 이전의 수사기관에서의 고문으로 임의성이 없는 자백을 하였음을 주장하면서 검사 앞에서의 동일한 내용의 자백을 부인하고 있다면 이는 결국 검사 작성의 피의자신문조서의 임의성을 부인하는 취지라고 보아야 할 것이다(대법원 1981. 10. 13, 81도2160.)”라고 하여 인권옹호설의 입장을 보인 판례이다.
- 65) 대법원이 “임의성 없는 자백의 증거능력을 부정하는 취지가 허위진술을 유발 또는 강요할 위험성이 있는 상태 하에서 행하여진 자백은 그 자체로 실제적 진실에 부합하지 아니하여 재판의 소지가 있을 뿐만 아니라 그 진위 엮부를 떠나서 자백을 얻기 위하여 피의자의 기본적 인권을 침해하는 위법 부당한 압박이 가하여지는 것을 사전에 막기 위한 것이다(대법원 1998. 4. 10, 97도 3234.)라고 하여 허위배제설과 인권옹호설의 입장을 절충하는 판결을 내렸고, 또한 “자백의 임의성이 인정된다고 하더라도 그 자백이 증거능력이 있다는 것에 지나지 않고 그 자백의 진실성과 신빙성, 즉 증명력까지도 당연히 인정되는 것은 아니다(대법원 1983. 9. 13, 83도713, 대법원 1986. 8. 19, 86도1075)”고 판시하여 자백의 증거능력과 증명력을 엄격히 구별한 것은 허위배제설을 극복한 것이라 할 수 있고, 또 “진술의 임의성이라는 것은 고문·폭행·협박·신체구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타 진술의 임의성을 잃게 하는 사정이 없다는 것, 즉 증거의 수집과정에 위법성이 없다(대법원 1983. 3. 8, 82도 3248)”고 판시하였다.
- 66) 대법원은 “피고인의 자백이 고문, 폭행, 협박, 신체구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법으로 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할만한 이유가 있을 때에는 이를 유죄의 증거로 하지 못 한다” 고 규정

을 취한 입장을 모두 다 찾아 볼 수 있다.

(2) 최근의 태도

종합설의 이후 1990년대에 이르러 “검사 작성의 위 피고인에 대한 제2, 3회 피의자신문조서에 기재된 위 피고인의 자백은 위 피고인을 잠을 재우지 아니한 상태에서 이루어진 것으로 임의로 진술할 것이 아니라고 의심할 만한 이유가 있을 때에 해당한 다 할 것이므로 형사소송법 제309조의 규정에 의하여 위 각 피의자신문조서는 증거능력이 없다고 보아야 할 것이다. 따라서 이를 유죄의 증거로 삼은 원심판결은 잘못이라고 할 것⁶⁷⁾이라고 판시하여 인권옹호설적 입장을 취하기도 하였다. 특히 최근에는 임의성이 있는 상태 하에서 행하여진 자백은 그 자체가 실제적 진실에 부합하지 아니하여 오판의 소지가 있을 뿐만 아니라, 그 진위 여부를 떠나서 자백을 얻기 위하여 피의자의 기본적 인권을 침해하는 위법·부당한 압박이 가하여지는 것을 사전에 막기 위한 것⁶⁸⁾이라고 판시하여 허위배제설과 인권옹호설의 절충적 입장에 위법배제설까지 아우르는 입장, 즉 종합설에 입각한 듯한 태도를 취한 판례도 등장하였다.

3. 검토

하고 있는바, 위 범조에서 규정된 피고인의 진술의 자유를 침해하는 위법사유는 원칙적으로 예시사유로 보아야 하고 고문, 폭행, 협박, 신체구속의 부당한 장기화 또는 기망 방법 등은 일응 진술의 자유를 침해하는 위법사유의 예시에 불과함은 같은 범조의 문리적 해석의 당연한 귀결이라 할 것이며 문면상 "기타의 방법"은 또한 다종다양할 것임은 말할 나위도 없다. 그리고 위 피고인의 진술의 자유를 침해하는 위법사유는 개별 독립적이던 2개 이상 경합적이던 간에 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 이유가 있을 때에는 이를 유죄의 증거로 하지 못할 것임은 분명하다(대법원 1985. 2. 26, 82도 2413)."라고 하여 위법배제설의 입장으로 이해되는 판결을 내린 바 있다.

67) 대법원 1997. 6. 27, 95도 1964.

68) 대법원 2005. 11. 10, 2004도42; 대법원 2002. 10. 8, 2001도3931; 대법원 2000. 1. 21, 99도 4940.

(1) 학설의 검토

먼저 허위배제설에 대하여 살펴보면, 자백의 임의성이 자백내용의 진실성 또는 신빙성에 의하여 좌우되는 결과가 되므로 자백의 증거능력과 증명력을 혼동한 것이라고 할 수 있다.⁶⁹⁾ 한편, 18세기 후반에 와서 실제적용에 있어서는 신빙성에 대해서는 거의 문제를 삼지 않으면서 자백획득이 위협 또는 약속에 의해서 이루어졌는가에만 초점을 맞추고 있다는 견해도 있다.⁷⁰⁾ 또한 자백이 고문, 강요 등과 같이 극도의 강압수사에 의해 행해지더라도 그 자백에 근거한 다른 증거에 의하여 자백의 진실성이 입증되면 이러한 자백의 증거능력을 인정할 수밖에 없는데, 이 경우 그 자백의 증거능력을 배제할 이유를 설명할 수 없게 된다. 결국 이 견해를 인정하면 피고인에 대한 국가기관의 인권침해행위를 묵인하는 것이며, 자백배제법칙의 적용범위가 크게 축소되는 결과가 된다⁷¹⁾는 것이다. 결국 이 견해는 헌법과 형사소송법의 취지를 무시하고, 임의성 판단을 신빙성 판단으로 대체하는 오류를 범하게 되는 문제점을 안고 있다.

인권옹호설에 대하여는 자백배제법칙과 묵비권의 보장을 동일시할 수는 없으며, 약속이나 기망에 의한 자백은 묵비권으로서 해결할 수 없다는 비판을 받고 있다. 즉 자백배제법칙과 묵비권은 역사적 연혁을 달리하고, 자백배제법칙이 허위의 자백을 금지함에 대하여 묵비권은 진술내용의 진부를 불문한다는 점에서 양자는 구별해야 한다는 것이다.⁷²⁾ 또한 이 설은 피고인이 지니는 주관적 자기결정능력의 유무를 자백의 증거능력판단의 기준으로 삼게 되므로 증거능력 판단기준의 주관

69) 배종대/이상돈, 형사소송법, 579면; 신양균, 앞의 책, 691면; 이재상, 앞의 책, 527면; 차용석, 앞의 책, 698면; 이수엽, 앞의 논문, 55 내지 56면.

70) 조 국, “자백배제법칙의 근거와 효과 그리고 임의성 입증”, 「법학」, 제43권 제1호, 서울대학교법학연구소, 2002, 377면(이 견해는 코몬 로에서조차도 18세기 이후에는 인권옹호설을 취하고 있다고 본다.)

71) 배종대/이상돈, 앞의 책, 580면; 이재상, 앞의 책, 527면.

72) 이재상, 앞의 책, 478면.

화, 내면화를 초래하여 자백배제법칙의 합리적인 운용기준의 마련을 곤란하게 한다.⁷³⁾ 자백배제법칙의 근거를 피고인의 진술거부권에 두고 있는 까닭에 진술에 관한 피고인의 주관적 자기결정권이 침해되는 사유 이외의 사유로 자백의 증거능력을 제한해야 할 필요성이 있는 경우에 대비하지 못함으로써 자백배제법칙이 범위를 지나치게 제한한다.⁷⁴⁾ 즉 임의성의 기준을 나름대로 제시하기는 하였으나 그 한계 또는 분명한 이론이라고 할 것이다.⁷⁵⁾

절충설은 허위배제설과 인권옹호설의 양자 모두에게서 그 근거를 찾고 있다.⁷⁶⁾ 절충설에 대하여는 허위배제설과 인권옹호설의 결정만을 결합한 것에 지나지 아니하고,⁷⁷⁾ 자백법칙을 두 가지의 별개의 제도로 분리한 것이라는 비판을 면하기 어려우며,⁷⁸⁾ 자백배제의 근거로 허위배제와 인권옹호를 모두 고려해야 한다면 인권옹호적인 측면에 중점을 두고 설명해야 할 것으로 판단되고 절충설에 의한 경우 임의성 유무가 전체상황을 고려하여 자백자의 주관을 기준으로 판단하지 않을 수 없다는 비판이 있으며, 양자 모두를 배경으로 하는 임의성법칙은 수사기관에게 피의자신문방법의 허용기준을 제시하지 못하고 있다.⁷⁹⁾ 또한 헌법적 이익에 중대한 위협의 제거는 결코 임의성원칙만으로 충분할 수 없다.⁸⁰⁾는 비판이 제기되고 있다. 게다가 임의성은 있으나 획득절차와 방법이 위법한 경우에는 증거동의를 의한 증거능력이 인정될 수 있다는 입장을 취하고 있기도 하는데, 이는 자백배제법칙의

73) 배종대/이상돈, 앞의 책, 544면; 신동운, 앞의 책, 588면; 이재상, 앞의 책, 478면; 차용석, 앞의 책, 699면; 조국, 앞의 논문, 380면.

74) 배종대/이상돈, 앞의 책, 544면; 신동운, 앞의 책, 589면; 이재상, 앞의 책, 478면; 백형구 앞의 책, 442면; 조국, 앞의 논문, 380면.

75) 조국, 앞의 논문, 378면.

76) 좀 더 정확한 의미에서는 ‘경합설’이라고 해야 할 것이다(이은모, 앞의 논문, 158면; 조국, 앞의 논문, 380면)

77) 배종대/이상돈, 앞의 책, 581면; 이재상, 앞의 책, 530면.

78) 배종대/이상돈, 앞의 책, 581면; 이재상, 앞의 책, 530면.

79) 이재상, 앞의 책, 530면.

80) 배종대/이상돈, 앞의 책, 582면.

헌법적 의의를 감소시키는 해석이라 할 것이다.⁸¹⁾

한편 위법배제설은 형사소송법 제309조의 입법취지를 무시한다는 비판이 가능하다. 즉 위법배제설은 임의성 없는 자백의 증거능력을 부인하는 이유를 임의성에서 찾지 않음으로써 자백의 임의성이라는 측면을 도외시하는 결과를 가져온다⁸²⁾는 비판이다. 또 자백의 임의성이 없는 경우와 임의성은 인정되면서도 진술거부권 불고지(제200조 제2항) 등의 사유로 자백의 취득절차가 위법한 경우의 질적 차이를 설명하기 어렵다⁸³⁾고 비판을 받는다. 또한 종합설로부터는 위법배제설은 수사기관의 위법활동을 중심으로 판단하기 때문에 사인간이나 상대방 없는 자백에 대해서는 증거능력을 제한할 여지가 없으므로 그 적용범위가 확대되었다고 보기 어렵다⁸⁴⁾고도 비판받는다. 또한 증거능력을 부정하기 위한 전제로 수사기관의 위법 활동을 입증해야 하는데 현실적으로 수사기관의 존재를 증명한다는 것은 용이하지 않다.⁸⁵⁾ 자백배제법칙이 갖는 헌법상의 독자적인 의미를 간과하고 단순히 증거법상의 보조수단으로 파악함으로써 헌법이 자백배제법칙을 기본권 차원으로 격상시켜 그 독자적 의의를 강조하는데 상응하지 못하고⁸⁶⁾ 있다는 비판하고 있다.

종합설에 대해서는 다음과 같은 비판이 가능하다. 절충설에 대한 비판이 종합설에 대해서도 적용되며⁸⁷⁾. 서로 다른 기준을 요구하는 학설을 결합하여 배제해야 할 자백의 범위를 불명확하게 했을 뿐이며⁸⁸⁾ 절차상의 위법이 있는 경우를 제309조의 문제로 끌어들이기 위하여 절충설에 비하여 자백배제법칙의 근거를 확대하는

81) 조국, 앞의 논문, 382면.

82) 백형구, “형사소송법 제309조의 입법취지와 적용범위, 「월간고시」, 1985. 12, 72면; 신동운, 앞의 책, 1066면; 신양균, 앞의 책, 693면.

83) 백형구, 앞의 논문, 147면.

84) 백형구, 형사소송법, 442면; 신동운, 앞의 책, 1066면.

85) 신동운, 앞의 책, 1066면.

86) 신동운, 앞의 책, 1066면.

87) 배종대/이상돈, 앞의 책, 583면.

88) 이재상, 앞의 책, 528면 530면.

것은 개별 사례에서 임의성 판단에 대한 근거가 모호해질 우려가 있고, 사인간의 영역에 대하여 자백배제법칙을 적용한다는 점은 기본권 보장의 차원에서 당연히 추론될 수 있다는 것이다⁸⁹⁾. 한편, 사법절차적 기본권인 자백배제법칙의 수신인이 사인이 아닌 국가권력인 점을 고려하면⁹⁰⁾, 자백배제법칙이 사인과 무관한 규정이라는 비판이 가능하다.⁹¹⁾

(2) 결어

허위배제설은 초기 영국의 보통법에서 자백배제법칙을 확립하는 데 기여하여 왔고, 인권옹호설은 자백배제법칙이 발전하여 가는 과정에서 진술의 자유를 신장시키는 데 나름대로 기여하여 왔다는 점을 부인할 수는 없으나, 허위배제설은 허위가능성을 추상적, 유형적으로 생각하는 것인 데 실제에 있어서 그 판단이 곤란하고, 자백의 진실성만을 기준으로 하기 때문에 현행법이 인권보장의 견지에서 자백배제법칙을 적용하는 경우들을 설명하기 어렵다. 또한 자백의 임의성 외에 진실성까지 요구하고 있어 그 입증에 많은 어려움을 지니고 있는 점과 자백의 증거능력과 증명력의 구분을 애매하게 만든다는 점에서 채택하기 어렵다. 인권옹호설은 자백배제법칙은 진술거부권의 침해에 의하여 진술의무가 강제된 경우에만 제한되는 것이 아니라는 점에서 채택하기 어렵다. 또한 이들의 결합으로 자백배제법칙의 이론적 근거를 제시하는 절충설은 허위배제와 인권옹호를 포용하고 있으며, 자백의 임의성원리와 형사소송법 제309조의 독자적 성격을 강조하고 있다는 점에서 나름대로의 설득력을 가지고 있으나, 이들의 평면적인 결합으로 양설의 결합만을 노출시킬 수 있으며 자백자의 주관적 사정을 기준으로 임의성을 판단하므로 찬성하기

89) 신양균, 앞의 책, 693면.

90) 김철수, 헌법학개론(제10개정판), 박영사, 2000, 295면.

91) 따라서 수사기관의 사주에 의한 경우라면 당연히 자백배제법칙이 적용되겠지만, 그렇지 않고서 사인의 불법행위에 의한 자백의 경우에는 별도의 민형사적 방법을 통하여 통제하여야 한다고 본다(조국, 앞의 논문, 386면)

어렵다. 또한 종합설은 절충설의 결함을 그대로 가지고 있다는 점에서 수용하기 어렵다. 이들 학설은 각자 나름대로의 타당성을 가지고 있으며 자백배제법칙의 발전에 기여하여 온점은 인정하지 않을 수 없다. 그러나 현재로서는 헌법 및 형사소송법에 명문규정이 있으므로 동 조항의 해석을 어떻게 할 것인가 하는 관점에서 자백의 증거능력 유무를 판단하여야 할 것이다.

결국은 객관적이고 통일적인 해석기준을 제시하면서 적용범위를 넓히고 있는 위법배제설의 입장에 찬성한다. 임의성이 없는 경우와 임의성은 있으나 획득절차가 위법한 경우를 구별하지 않는다는 비판도 기본권보장과 위법수사의 억제라는 측면에서 중대한 위법수단이 있는 경우에만이 적용된다고 보기 때문에 타당하지 않다고 생각한다.⁹²⁾ 위법배제설이 증거능력의 기준을 객관화하여 자백배제의 범위를 명백하게 하고 또 확대함으로써, 자백배제법칙의 실효성을 담보할 수 있을 뿐만 아니라 제309조의 취지에도 부합한다고 생각한다.

92) 이은모, 앞의 논문, 163면.

제3장 자백배제법칙의 접근방법과 구현방법

제1절 자백배제법칙의 접근방법

1. 형사소송법의 최고이념

일반적으로 형사소송의 기본이념으로 실체진실주의, 적정절차 그리고 신속한 재판의 원리를 들고 있다. 이 중 실체진실주의란 소송의 실체에 관하여 객관적 진실을 발견하여 사안의 진상을 명백히 하자는 주의를 말한다. 이러한 실체진실주의를 강조한다면, 당연히 자백위주의 수사는 그 이념적 정당성이 뒷받침될 수 있으며 임의성 없는 자백의 증거능력의 범위는 좁아질 것이다. 그러나 오랜 역사의 경험은 실체진실에 양보할 수 없는 가치가 있음을 그 교훈으로 삼고 있다.

실체진실주의와 적정절차 그리고 신속한 재판의 원리는 형사소송의 목적원리로서 상호 긴장관계에 있는 이념이라고 할 수 있으나, 실체진실주의가 적정절차와 신속한 재판의 원칙에 의하여 제한되어야 한다는 것이 다수의 의견⁹³⁾이다. 즉 적정절차와 실체진실주의는 병렬적이며 상호갈등적인 원칙은 아니다. 진실은 적정절차 속에서만 가능하기 때문이다. 따라서 실체진실주의와 적정절차를 상호 모순되는 목적원리로서 파악하기 보다는 적정절차에 의한 실체진실의 발견이 형사사법의 정의라고 할 수 있다.⁹⁴⁾

93) 이재상, 앞의 책, 19면.

94) 이재상, 앞의 책, 37면.

실체진실주의는 적극적인 면과 소극적인 면으로 나누어 적극적 실체진실주의와 소극적 실체진실주의로 구별해 볼 수 있다. 적극적 실체진실주의란 범죄사실을 명백히 하여 죄 있는 자를 빠짐없이 벌하도록 하는 것이며 ‘열 사람의 범인이 있으면 열 사람 모두 유죄로 하지 않으면 안 된다’ 는 점을 강조함에 대하여, 소극적 실체진실주의는 죄 없는 자를 유죄로 하여서는 안 된다는 원리로서 ‘열 사람의 범인을 놓치는 한이 있더라도 한 사람의 죄 없는 사람을 벌하여서는 안 된다.’ 는 무죄추정의 원리를 강조한다. 자백을 얻어내는 수사활동은 적극적 실체진실주의를 실현하기 위한 가장 대표적인 활동이다. 한편 자백을 얻어내는 과정에서 적법절차에 반하는 방법의 위험성을 경고하는 자백배제법칙이야말로 소극적 실체진실주의를 강조하고 있기도 하다.

2. 자백의 양면성

자백은 경우에 따라서 다른 증거에 비하여 수사기관이 비교적 쉽게 얻을 수 있으며 그 내용이 진실일 가능성이 높다는 점 그리고 자백을 얻어 낸 이후에는 추후의 수사과 재판절차를 매우 용이하게 진행할 수 있다는 장점들이 있다. 그러나 이러한 점들 때문에 자백을 얻어내기 위한 위법 부당한 기법들을 사용하고자 하는 유혹에 매우 취약하다고 볼 수 있다.⁹⁵⁾ 그러나 자백이 항상 진실에 기초할 것이라는 것은 단견에 불과하다. 피의자나 피고인이 자백을 하는 동기는 후회나 속죄에 있기도 하지만, 얼마든지 용의주도하고 기민한 피의자나 피고인이 있을 수 있다. 그리고 수사기관에 의한 허위의 자백가능성이 존재함은 부인할 수 없는 현실이기도 하다.

한편 위법부당한 수사과 그에 기한 재판에서 유죄판결이 선고되는 일이 반복 누

95) 하태훈, “미국 수사과정 영상녹화제도와 영상녹화테이프의 증거능력”, 「비교형사법연구」, 제8권 제1호, 한국비교형사법학회, 한국형사법학회, 2006. 7, 445면.

적된다면 이는 피의자와 피고인의 인권보호측면에서 심각한 문제점을 야기할 뿐만 아니라 수사기관과 법원에 대한 국민의 신뢰는 그 만큼 추락할 수도 있다. 문명국가로서 법공동체의 기본원리를 선언한 헌법상의 기본권조항과 그 정신에 정면으로 반하는 결과를 초래하고, 현대사회에서 더욱 강조되고 있는 적법절차의 준수라는 흐름에도 역행하는 것이 된다. 이런 점에서 자백배제법칙과 자백보강법칙 등의 제도가 존재하는 이유를 알 수 있다.

3. 자백획득에 편중된 수사

수사와 재판과정에서 항상 증거가 충분히 확보되는 것은 아니다. 강제수사를 통해서도 범죄의 실체가 분명하지 않은 경우가 많다. 따라서 일선 현장에서 자백의 획득의 필요성을 아무리 강조해도 지나치지 않는다. 자백은 범죄입증의 가장 직접적이면서도 유력한 증거임에는 틀림이 없다. 게다가 수사기관과 법원의 업무경감에 미치는 효과도 무시할 수 없는 원인이 된다.

그리고 현행 간이공판절차⁹⁶⁾도 하나의 원인이라 할 수 있다. 간이공판제도란 피고인이 공판정에서 자백하는 경우에 형사소송법이 규정하는 증거조사절차를 거치지 아니하는 간이한 절차와 증거능력의 제한을 완화하여 신속한 심리를 가능하게 하려는 공판절차의 특칙을 말한다(제286조의 2). 즉 자백한 사건은 사건의 실체가 비교적 명확하다는 것을 전제하여 신속한 재판을 하게 하여 소송경제와 형사사법의 합리적인 자원배분을 하기 위한 제도로서 이해하기 때문이다. 그런데 간이공판절차에 의하면 증거능력과 증거조사절차가 완화됨에도 불구하고 현재의 형사소송법에 의하면 제1심단독사건 뿐만 아니라 합의부사건도 간이공판절차로 이행될 수 있다. 이런 점에서 보자면 자백획득에 대한 강력한 유인동기가 됨을 부인할 수 없

96) 2007년 형사소송법 개정이 있기 전까지 변호인의 피의자신문참여권이 인정되지 않았던 점도 하나의 원인이 될 수 있었을 것으로 생각한다.

다.⁹⁷⁾

4. 헌법적 형사소송의 구현

헌법상의 적정절차에 의해 피의자의 인권을 직접 보장하고 있다. 한편 형사소송 절차는 헌법의 인권보장규정에도 불구하고 인신을 제한할 가능성이 가장 크다. 그런데 피의자와 피고인의 인권은 근본적으로 헌법에 의해서 보장되며, 형사절차법은 헌법의 요청에 반할 수 없음은 물론이고 그 타당근거를 헌법에서 찾아야 하며 헌법정신에 합치하는 방향으로 해석, 운영하여야 한다. 이처럼 기본적 인권의 보장을 선언하는 헌법 규정이 형사소송법에 스며드는 것을 헌법적 형사소송법이라고 한다.⁹⁸⁾ 즉 적정절차는 헌법상의 요청이고 형사소송법은 최고규범인 헌법의 하위 규범으로서 헌법의 중요한 기능인 “인권보장”은 형사절차에서도 지배원리가 된다. 따라서 헌법은 형사절차법을 통하여 자기를 실현하거나 또는 형사절차의 입법의 기초를 제공하는 것은 물론이고 때로는 직접 형사절차를 움직이는 현실적 규범력을 갖기도 한다.⁹⁹⁾

97) 그래서 비판론들이 제기된다. 자백이 대부분 수사기관과 피의자피고인 측의 왜곡된 협상에서 비롯된다. 는 점을 고려하면 자백이 사건의 단순명백성이 낳은 결과가 아님을 지적하는 견해도 있다. 간이공판은 공정한 재판의 포기라는 성격이 짙기 때문에 이를 폐지 또는 경미한 범죄유형에 한정해야한다는 견해도 있다.(배중대/이상돈, 앞의 책, 516면). 신속한 재판을 위하여 적정절차의 이념이 희생되어서는 안 되고 중죄사건에 대하여는 통상의 절차에서 신중한 재판이 행하여져야 하며, 피고인이 자백하는 합의사건을 간이공판절차에 의하지 않으면 안 될 필요성도 인정되지 않는다는 점에 비추어 볼 때 현행법의 태도는 입법론상 문제가 있다는 비판이 있다(배중대/이상돈, 앞의 책, 436면; 백형구, 강의, 589면; 신양균, 형사소송법(제2판), 법문사, 2004, 383면).

98) 이영란, 한국형사소송법(개정판), 나남신서, 2008, 58면.

99) 이영란, 앞의 책, 59면; 차용석/최용성 앞의 책, 10면. (이에 반하여 헌법적 형사소송을 부정하는 견해도 존재한다. 그 근거로 첫째, 형사소송법의 법원으로서 헌법은 구속성을 가지며 중요한 위치를 차지 하기는 하나 형사소송의 대부분의 주된 내용은 형사소송법과 형사소송규칙 등에 규정되고 이들이 주된 법원이라는 면에서 헌법적 형사소송이라는 표현 보다는 법률적 형사소송이라고 하여야 한다고 한다. 둘째, 적정절차는 형사소송법 뿐만 아니라 모든 법령의 공통적 법원리이며, 형사소송법이 헌법보다 더 상세하고 직접 적용되며, 모든 법률은 헌법의 하위법이므로 형사소송법만 헌법적 형사소송법이라고 하기 어렵다고 한다. 또한 주체면에서 소송법상 법원, 검사, 피의자는 헌법상 기관이 아니라는 것이다(이영란, 앞의 책, 59)

제2절 자백배제법칙의 구현방법

자백이야말로 범죄의 실체에 접근하는 가장 직접적인 결과물이라고 본다면, 수사기관은 가장 유력한 증거인 자백을 얻기 위해서 가능한 모든 방법을 동원할 것이다. 이는 시간을 돌이켜보면 많은 고문이 합법적으로 인정되었었던 점만을 보아도 알 수 있다. 그러나 역사의 경험은 오히려 부당한 자백을 가급적 억제해야만 한다는 교훈을 날게 하면서 자백위주의 수사와 재판에 대하여 제동을 걸어오고 있다. 특히 어느 하나만으로 해결하기 보다는 다각적, 중층적으로 위법한 자백을 제어하려는 점이 그 특징이라고 할 수 있을 것이다.

1. 수사기관에 대한 엄격한 민형사상의 책임부과

자백을 얻어내기 위한 방법이 지나치면 형사상 죄책이 성립할 수 있다(형법 제123조 내지 125조). 그리고 이러한 수사기관의 죄책에도 불구하고 검사가 불기소처분을 하는 경우에는 검찰항고를 통하여 법원에 재정신청을 할 수 있다.¹⁰⁰⁾ 뿐만 아니라 이들 수사기관을 상대로 피의자 피고인 등은 개인적인 차원에서 손해배상청구를 할 수 있다(민법 제750조, 국가배상법 제2조). 또한 이들을 공무원으로서 사용하고 있다는 점에서 국가를 상대로 하여 국가배상청구권(국가배상법 제2조)을

100) 종래에는 형법상 공무원의 직권남용죄(형법123조 내지 125조)에 대해서만이 재정신청의 대상이었다. 그러나 2007년의 법개정에 의하여 모든 범죄에 대한 불기소처분이 있는 경우에 고소인은 검찰항고를 거쳐서 재정신청을 할 수 있게 되었다. 재정신청의 대상을 폭넓게 허용한 것은 환영할 만한 것이다. 그러나 재판에 대한 헌법소원을 원칙적으로 허용하지 않는 현행법(헌법재판소법 제68조 제1항)과 헌법재판소의 관례(헌법재판소 1997. 12. 24, 96헌마172)에 의하면 불기소처분에 대한 고소인의 헌법소원청구는 허용되지 않게 되었다.

행사할 수 있다. 형사상 죄책이 성립되는 위법한 수사방법과 민사상 손해배상청구권의 성립원인이 되는 위법한 행위의 범위는 그 포섭의 정도가 다르며, 후자가 훨씬 넓다고 보아야 할 것이다. 따라서 형사상 죄책의 성립과는 별도로 일정한 유형의 자백획득의 방법을 사용하는 것은 민사상 손해배상의 원인이 될 수 있다고 생각한다. 비록 사후적인 민사책임이지만 이를 엄격하게 적용함으로써 자백위주의 수사관행에 일정정도는 기여할 수 있을 것이라고 생각한다. 한편으로 이 논문의 중심이 될 ‘기타 임의성이 의심되는 사유들’의 경우에는 그 형사상 죄책유무와는 별도로 민사상 책임이 부인될 수도 있는 경우가 있다. 특히 자백배제법칙의 이론적 근거에 대하여 위법배제설을 택하는 경우에는 적법절차를 준수하지 않은 것이 반드시 진술의 임의성에 대한 침해라고 볼 수만은 없기 때문에 민사책임으로서의 불법행위의 요건을 반드시 충족한다고는 볼 수 없기 때문이다. 따라서 이 부분에서 자백배제법칙에 의하여 증거능력을 배제하는 실익이 그만큼 더 커지는 것을 알 수 있다.

2. 과학적 수사방법의 도입

(1) 도입필요성

자백이라는 진술증거는 가장 유력한 증거이기는 하지만, 수사활동의 측면에서 보면 가장 안이한 수사활동의 결과물이라고도 볼 수 있다. 자백을 얻어내기 위한 수사를 금지할 필요까지는 없을 것이다. 그러나 자백편중수사로 인한 인권침해의 우려를 불식시키기 위해서는 증거수집에 있어서 과학수사를 적극 활용할 필요가 있다. 과학기술의 발전은 그만큼 수사기법의 진보에 영향을 미친다. 대개의 과학수사의 결과물은 간접증거로서 기능하게 될 것이다. 예컨대 지문채취, 혈흔분석 등은 우리에게 낯익은 수사기법이다. 그리고 이 논문에서 언급하게 될 거짓말탐지기도 과학적 수사기법의 한 종류로 볼 수 있다. 사실상 그 기법들은 무한하다고

보아야 할 것이다. 그러나 과학적 수사기법의 결과들은 앞서 본 바와 같이 사실상 법관의 자유심증을 제한하는 정도까지의 효력이 인정될 수 있다. 물론 과학기술을 수사에 접목하기 위해서는 전문수사요원의 양성과 그 연구가 뒷받침되어야 할 것이다. 인적, 물적인 과학적 수사기법을 도입 및 활용하면서 자백위주의 수사관행을 항상 유의하는 방향을 유지하는 것이 바람직 할 것으로 생각한다.

(2) 개정법 하에서의 영상녹화제도

2007년 형사소송법에서는 피의자 신문시에 영상녹화할 수 있음을 정하고 있다. 이는 수사과정에서의 투명성을 제고하기 위해서 도입된 것이다. 이 제도에 의하여 피의자신문시의 위법 부당한 자백을 얻고자 하는 관행에 실질적인 제동으로서의 역할을 할 수 있을 것으로 본다. 수사기관은 피의자의 진술을 영상녹화할 수 있는데, 이 경우 영상녹화사실을 미리 알려주어야 한다. 그리고 조사의 개시부터 종료까지의 전과정 및 객관적 정황을 영상녹화하여야 한다(제244조의 2 제1항). 이에 따른 영상녹화가 완료된 때에는 조작가능성을 봉쇄하기 위하여 피의자 또는 변호인 앞에서 지체없이 그 원본을 봉인하고 피의자로 하여금 기명날인 또는 서명하게 하여야 한다(동법 제244조의 2 제2항). 그리고 이 경우 피의자 또는 변호인의 요구가 있는 때에는 영상녹화물을 재생하여 시청하게 하여야 하며, 이 경우 그 내용에 대하여 이의를 진술하는 때는 그 취지를 기재한 서면을 첨부하여야 한다(동법 제244조의 2 제3항). 영상녹화물을 과학적 증거방법으로서 일반에게도 낮익으며 그 신뢰도도 높은 것이기는 하지만, 조작의 위험성이 없다고 할 수 없으며 법관의 심증이 법정에서의 진술보다는 영상녹화물에 의해서 좌우될 수 있는 역효과도 우려되기 때문에 본증으로 사용하지 못하도록 제한을 두고 있다. 즉 검사작성의 피의자신문조서의 경우에는 영상녹화물을 실질적 진정성립을 인정하는 방법으로만 인정하며(동법 제312조), 진술자의 기억이 불분명한 경우에 기억 환기용으로만 사용할 수 있도록 정하고 있다(동법 제318조의 2 제2항).¹⁰¹⁾

3. 수사절차상의 준수사항

그 밖에도 형사소송법에서는 피의자진술의 임의성을 확보하기 위한 여러 가지 장치를 두고 있다. 가장 기본적으로는 신문이전에 진술거부권을 고지하도록 하고 있다(헌법 제12조 제2항). 그리고 개정법 하에서의 변호인의 피의자신문참여권¹⁰²⁾은 실질적인 임의성보장방법으로 기능할 것으로 전망한다(제243조). 변호인의 피의자신문에의 참여에서는 무엇보다 그 제한사유인 정당한 사유없는 참여제한에 대한 해석이 문제될 것으로 본다. 또한 수사과정의 투명성과 적법절차의 준수와 임의성확보를 보장하기 위하여 개정법에서 도입된 수사과정의 기록제도(제244조의 4)도 역시 자백의 임의성보장에 대한 장치로서 기능할 것으로 본다. 그밖에 피의자신문조서에 대한 서명, 날인, 간인(제244조 제4항)을 들 수 있다.

4. 형사소송법상의 증거법칙

수사절차를 지나 재판에서 그 증거의 증거능력과 증명력에 대한 단계에서도 임의성없는 자백에 대한 통제는 이루어지고 있다. 우선적으로 자백배제법칙(제309조) 및 위법수집증거배제법칙(제308조의 2)과 자백보강법칙(제310조)을 들 수 있다. 그리고 사법경찰관작성피의자신문조서와 검사작성피의자신문조서의 증거능력을 차등(제312조 제1항 및 제4항)을 두고 있는 것도 역시 위법한 자백으로부터의 보호방안이라고 할 수 있을 것이다. 이러한 증거법상의 모든 제한은 증거재판주의(제307조)와 자유심증주의(제308조)를 통해서 실현된다.

101) 영상녹화물을 독자적인 증거로서 본증으로 사용할 수 있는지의 여부와 영상녹화물중 영상부분을 제외한 녹음물의 증거능력을 인정할 수 있는냐의 문제가 학설상 대립되고 있다. 그러나 영상녹화물의 본증사용을 엄격히 금지하고 있는 취지를 잠탈할 우려가 있다는 점과 공판중심주의에 비추어 보면 부정설이 타당할 것으로 생각한다.

102) 이에 대한 자세한 내용은 후술하기로 한다(제4장 V 2. 참고).

5. 자유심증주의

(1) 자유심증주의의 의의

자유심증주의란 증거의 증명력을 적극적 또는 소극적으로 법정하지 아니하고 법관의 자유로운 판단에 맡기는 주의로서 증거법정주의에 반대되는 개념이다. 규문 절차가 정착되었던 중세의 유럽에서는 증거법정주의가 발달하였지만, 천차만별한 증거의 증명력을 획일적으로 규정하는 것이 불가능한 것이기도 하고 구체적 사건에서는 부당한 결과가 발생하기도 하였다. 우리나라에서는 현재 형사소송법상의 기본원칙으로 수용되어 있다(제308조). 오늘날 자유심증주의는 실체진실의 발견을 이념으로 하는 형사소송법의 목적을 달성하기 위한 합리적 증거법칙으로서 평가되고 있다. 따라서 임의성이 없는 자백이 법정에서 증거로 제출되어 증거능력이 인정되었다고 하더라도 직업적 양심과 고도의 판단능력이 있는 법관의 자유심증에 의하여 최종적으로 걸러지도록 하고 있다.

(2) 자백에 대한 자유심증의 제한으로서의 현행법상의 제도들

증거의 증명력판단의 주체는 개별 법관으로서 엄격한 증명의 대상과 자유로운 증명의 대상이 되는 모든 증거가 자유심증의 대상이 된다. 그러나 이러한 자유는 논리법칙이나 경험법칙에 부합하는 것이어야 한다. 한편 유전자검사나 혈액형 검사 등의 과학적 증거방법은 그 전제로 하는 사실이 모두 진실임이 입증되고 그 추론의 방법이 과학적으로 정당하여 오류의 가능성이 전무 하거나 무시할 수 있는 정도의 극소한 것으로 인정되는 경우에는 법관의 사실인정에 상당한 정도로 구속력을 가지므로 합리적 이유없이 이를 배척하는 것은 자유심증을 벗어나는 것으로서 허용되지 않는다고 보아야 한다.

그밖에 자백이 있더라도 그에 대한 보강증거가 없으면 유죄의 심증을 얻었다고 하더라도 유죄를 선고할 수 없다(헌법 제12조 제7항, 형사소송법 제310조). 또한 자백이라고 하더라도 대법원은 특별히 신빙성의 요건을 추가하고 있다. 즉 자백의 신빙성 유무를 판단함에 있어서는 첫째로 자백의 진술내용 자체가 객관적이고 합리성을 띠고 있는가, 둘째로 자백의 동기나 이유 및 자백에 이르게 된 경위가 어떠한가, 셋째로 자백외의 정황증거 중 자백과 저촉되거나 모순되는 것이 없는가 하는 점 등을 고려하여 판단하여야 한다.¹⁰³⁾ 그밖에 진술거부권을 보장함으로써 자백을 무리하게 얻으려는 수사관행에 대한 제동을 걸어서 자백이 제한없이 법정으로 제출되지 않게 하는 것도 자백에 대한 자유심증의 제한으로서 볼 수 있다.

한편 2008년부터 실시된 “국민의 형사재판참여에 관한 법률”에 의하여 일정한 사건에 대해서는 국민이 배심원으로 참여할 수 있는 길이 열리게 되었다. 국민참여재판에서 배심원을 참여자에 그치며 심판자가 되지 않으므로 재판부는 배심원의 평결과 의견에 기속되지 않고, 법관의 자유심증에 영향을 미치지 않음이 원칙이다. 그러나 사법의 민주적 정당성과 사법에 대한 신뢰라는 국민참여재판의 목적과 당해 법률의 몇 가지 조항들¹⁰⁴⁾에 비추어보면 일반시민의 건전하고 합리적인 이성이 형사절차에도 반영되게 되어 직업법관의 단독적인 자유심증에는 사실상 일정한 제한이 생긴다고 볼 수 있을 것이다.

(3) 자유심증의 한계와 자백의 관련성

103) 대법원 1983. 9. 13, 선고 83도712.

104) 예를 들어, 배심원의 평결과 의견은 직업법관으로 구성된 재판부를 기속하지는 않지만(동법 제46조 제5항), 재판장은 판결선고시에 피고인에게 평결결과를 고지하여야 하고 배심원의 평결과는 다른 판결을 선고하는 경우에는 피고인에게 그 이유를 설명하여야 하며(동법 제48조 제4항) 판결서에 그 이유를 기재하여야 한다(동법 제49조 제2항).

그러나 자유심증주의만으로는 자백위주의 위법한 수사관행이 근절되어 피의자와 피고인의 인권보호 및 사법절차에 대한 일반의 인식이 전환될 것인지는 여전히 의문이다. 가장 큰 단점이라고 한다면 자유심증주의는 자백에 대한 사후적인 방지책이라는 점이다. 자유심증주의는 증명력에 관한 것으로서 증거능력에 대한 기준이 아니다. 따라서 자유심증주의만으로 오염된 증거가 법정에 제출되는 것은 사전에 봉쇄하지 못한다. 우리나라의 헌법 및 각종 재판절차는 법관에 대한 고도의 신뢰를 전제로 하면서 이들이 인적 물적으로 공정하고 합리적인 재판을 할 수 있도록 보장해 주고 있다. 그러나 법관도 역시 현실의 땅에 발을 딛고 살아가는 한명의 자연인으로서 오염된 자백에 의한 예단과 선입견에 사로잡혀 잘못된 재판을 할 수 있는 가능성은 얼마든지 존재한다. 따라서 자백획득을 규제하는 기타의 방법들이 필요함은 어쩌면 당연한 요구이다.

사실 위에서 언급한 어느 것도 중요하지 않은 것이 없다. 그러나 이 논문에서는 이 중에서 자백배제법칙을 선언한 형사소송법 제309조를 논의의 주요대상으로 삼고자 한다. 다만 관련성이 인정되는 한 앞서 언급한 각종 제도나 권리들을 살피기로 한다.

제4장 자백배제법칙의 적용범위

제1절 자백배제법칙과 자백의 임의성

1. 자백배제법칙과 자백의 임의성

형사소송법상의 조문으로는 ‘임의성’이라는 용어를 사용하고 있다. 임의성이란 “진술이 자유로운 상태에서 그 대상과 효과를 잘 알면서 행하여 질 것 등의 요건을 갖추어야 한다”는 견해¹⁰⁵⁾가 있다. 이에 대하여 “피고인의 자의에 의한 진술로서 형법 제26조의 중지범에 있어서의 중지의 자의성과 비슷한 것으로서, 단순히 피고인의 의사에 의하였다는 것으로는 부족하고, 그렇다고 하여 완전한 자유의사에 의할 것까지는 필요하지 않다”는 견해¹⁰⁶⁾도 있다. 한편, 이에 반하여 임의성이란 “거짓말을 할 위험성이 있는 상태가 아닌 것”이라고 보는 견해¹⁰⁷⁾도 있다. 한편, 헌법 제12조 제7항에서는 ‘자의’라는 용어를 사용하고 있지만, 양자를 구별해야할 구별의 실익이 있다고 보지 않는다. 그리고 임의성이라는 표현에 충실하게 해석하여 자백배제법칙을 자백의 임의성법칙이라고 부르는 견해도 존재한다.

생각건대 앞에서 언급하였듯이¹⁰⁸⁾ 위법배제설에 의하면 자백배제법칙은 임의성의 법칙을 벗어나 자백획득과정에서의 적법절차적 통제에 그 목적이 있다고 보아야 한다. 따라서 자백의 ‘임의성’에서 그 임의성의 내용이 과연 무엇인지에 대한 논의는 그다지 필요하지 않다고 생각한다. 임의성에 대한 탐구를 벗어난 헌법적 적법절차를 자백의 영역에서 실현하는 원리로 파악하기 때문이다. 따라서 고

105) 강구진, 앞의 책, 470면.

106) 권오병, 형사소송법, 일신사, 1965, 184면.

107) 態谷弘 外 共編, 證據法大系(II), 自白, 日本評論社, 1970.

108) 이에 대하여는 제2장, 제2절, 참고.

문, 폭행, 협박 등 형사소송법 제308조에 예시된 사유들과 ‘기타 임의성이 의심되는 사유들’ 간의 가장 큰 차이점이라고 한다면 후자의 ‘비정형성’이라고 할 수 있을 것이다.

헌법과 형사소송법에서는 임의성이 없거나 또는 의심되는 사유로서 ‘고문, 폭행, 협박, 신체구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법’을 들고 있다. 사실 고문, 폭행, 협박에 의한 자백획득은 논의의 여지가 없는 배제사유이며, 그 밖의 사유와 비교하여도 적법성을 판단하기가 비교적 용이하다. 이들 행위는 “정의감에 반하는 행위(revolt to the sense of justice)”이자 “적정절차의 명백한 부정”¹⁰⁹⁾ 또는 “야만성의 충격적 표출(a shocking display of barbarism)¹¹⁰⁾”이라는 이유도 이와 다르지 않다.

고문에 의한 경우로서 판례에서 문제되는 것으로는 경찰고문 후 검찰단계에서까지 임의성이 없는 상황이 지속되었다면 검찰에서는 고문이 없었더라도 임의성 없는 자백에 해당된다는 것이 있다. 이러한 판례의 입장은 헌법과 형사소송법의 취지를 적절하게 반영한 긍정적인 결정이라고 할 수 있을 것이다.¹¹¹⁾ 한편 일반적인 견해들은 협박과 경고를 구별하여 취급한다. 예를 들어 범행을 부인하는 피의자에게 양형에서 불리한 증거를 제시하면서 자백하지 않으면 개전의 정이 없는 것으로 인정되어 무겁게 처벌될 것이라고 말하는 것은 피의자의 법적 상황에 대한 평가를 밝히는 경고에 해당하여 자백배제사유인 협박에 해당하지 않는다고 본다.¹¹²⁾ 그 밖에 신체구속의 부당한 장기화와 기망에 대한 논의도 별도로 진행되고 있다.

그러나 자백배제법칙에서의 논의의 중심은 '기타 임의성 없는 사유'에 있다고

109) *Brown v. Mississippi*, 297 U.S. 278, 286 (1936).

110) *Brooks v. Florida*, 389 U.S. 413, 415 (1967).

111) 예컨대, 대법원 1992. 11. 24, 92도2409 판결.

112) 이재상, 앞의 책, 532면.

할 수 있고, 제309조의 본질적인 부분이라고 할 수 있다.¹¹³⁾ 그리고 그 법형식상 해당될 수 있는 사유가 무한하다.

2. 위법수집증거배제법칙과 자백배제법칙

최근 위법배제설을 비판하면서 자백배제법칙은 근본적으로 ‘임의성법칙’이며, 형사소송법 개정으로 제308조의 2에서 위법수집증거법칙이 명문화되면서 종래의 이론에 대한 수정이 불가피하다는 견해¹¹⁴⁾가 있다. 즉 결론적으로 위법수집증거배제법칙이 명문화된 현재의 시점에서는 위법하게 수집된 증거는 그것이 자백이라고 할지라도 309조거는 썼던 308조의 2에 의하여 증거능력이 부인되어야 한다고 주장하고 있다. 그리하여 308조의 2는 자백을 포함하여 위법하게 수집된 증거의 증거능력배제를 정하고 있으며, 제309조는 위법하지 아니한 이론으로 취득된 자백이 그 임의성이 없는 경우에 증거능력을 배제하는 것을 정하고 있다고 주장한다.¹¹⁵⁾ 그래서 종래의 위법배제설의 장점에도 불구하고, 개정법 하에서는 자백배제법칙의 이론적 근거는 허위배제설과 인권옹호설의 절충에서 찾아야 한다고 한다.

그러나 위법수집증거배제법칙이란 ‘본질적으로 명문화하기 어려운 법칙’ 또는 ‘명문화할 법칙이 아니거나 명문화하기에는 부적당한 원칙’¹¹⁶⁾으로서 명문화되었는지의 여부가 위법수집증거배제법칙과 자백배제법칙의 근거에 관한 종래 논의에 별다른 영향을 미치는 것이 아니라고 생각한다. 그리고 위법수집증거배제법칙의 입법화여부는 논리필

113) 정준섭, 앞의 논문, 173면.

114) 이은모, 앞의 논문, 173면 이하. (구체적인 비판의 내용은 다음과 같다.; 첫째, ‘임의성’을 도외시 하고 취득절차에만 집중하고 있다. 둘째, 위법배제설에 의하면 위법하지 않지만 부당하거나 비난가능한 자백은 증거능력을 부인할 수 없게 된다. 셋째, 개정 법의 취지를 고려하면 위법하게 취득된 자백의 증거능력이 부인되는 근거는 이제는 제308조의 2이어야 한다.)

115) 이은모, 앞의 논문, 177면.

116) 이재상, “형사소송법 일부개정법률안에 관하여”, 국회법제사법위원회 공청회 발표자료, 2006. 9. 25, 20면 내지 21면.

연적인 관련성보다는 각국의 입법정책의 문제일 뿐이다.¹¹⁷⁾ 그리고 제308조는 “적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거”라는 문구에서 보는 바와 같이 오히려 자백배제 법칙의 이론적 근거 중에서 위법배제설을 채택한 것으로 볼 수 있다.¹¹⁸⁾ 따라서 위법 배제설적 입장에서 자백배제법칙의 근거를 구하면서, 제309조는 자백에 관한 것으로서 제308조의 2에서 정한 위법수집증거배제법칙의 특별규정으로 이해하는 필자의 견해가 타당하다고 생각한다.

제2절 위법한 인신구속에 의한 자백

1. 불법 체포, 구속으로 인한 자백

체포구속이 적법하더라도 그 이 후에 신문방법이 위법하다면 거기에서 비롯된 자백도 증거능력이 없다. 또한 체포, 구속 자체가 위법하다면 그 기간 동안에 이루어진 자백도 역시 위법하다고 보아야 한다. 현행법상으로 영장을 발부받지 않은 상태에서의 구속, 영장의 발부요건을 갖추지 못한 체포 및 구속, 그리고 긴급체포나 현행범체포 등 영장주의 후원외요건을 충족하지 못한 체포가 포함된다.¹¹⁹⁾ 경찰관직무집행법상 후임의동행 후형식을 빌은 체포도 여기에 해당된다.

체포, 구속은 그 자체만으로 피체포, 피구속자에게 큰 고통과 불안을 초래한다. 더구나 적법한 체포, 구속의 경우는 변호인이나 가족의 접견이라도 가능하지만, 불법한 체포, 구속의 경우는 이러한 기회 자체가 박탈되어 있으므로 피구속자의 고통과 불안은 배가 되며, 이 속에서 획득한 자백은 “임의성에 의심이 있는 경우”에

117) 조국, “위법수집증거배제법칙 재론”, 사법연구지원재단, 사법 3호, 2008.3, 201면 이하.

118) 조국, 앞의 논문, 204면.

119) 조국, “자백배제사유 재검토(1)”, JURIST, 2003. 9, 77면.

해당하지 않을 수 없고,¹²⁰⁾ 당연히 증거능력이 없다. 따라서 위법한 체포, 구속에 의한 자백은 다른 경우의 자백에 비하여 더욱더 허위일 가능성이 높으며, 그 위에 기본적인 직무규정에 위반함으로써 국가기관에 의한 위법성의 정도가 무엇보다도 현저한 경우에 해당된다. 증거능력의 배제는 위법배제설에 따르면 당연한 결과라 할 것이다.

2. 별건구속 중의 자백

(1) 의의와 문제점

별건구속이란 본건에 대하여 수사기관이 본래 수사하고자 하는 중대한 사건, 즉 본건에 관하여 구속의 요건이 구비되지 못한 경우에 이와는 별개로 요건이 구비된 경미한 사건(별건)으로 구속하는 것을 말한다.¹²¹⁾ 구속과 더불어 별건구속 이후에 본건에 대하여 수사(특히 피의자신문)하는 것까지도 포함한다. 원래 별건구속이 문제가 되는 경우는 별건구속의 적법성과 여죄수사와의 한계, 별건구속에 이은 본건구속의 적법여부 그리고 별건구속의 본건구속에 산입여부, 별건구속 중에 피의자가 본건에 대하여 자백한 경우의 증거능력인정 여부 등이 문제된다. 위의 모든 문제점들은 별건구속의 적법성여부가 기본전제가 된다.

(2) 별건구속의 적법성 여부

이에 대하여 별건기준설¹²²⁾은 별건에 대하여 구속이유와 필요가 있는 한 구속은

120) 조국, 앞의 논문, 76면.

121) 배종대/이상돈, 앞의 책 251면; 신동운, 앞의 책, 158면; 이재상, 앞의 책, 262면; 임동규, 앞의 책, 188면.

122) 이재상, 형사소송법 연습, 101면

적법하다는 견해다. 그 근거로서 구속영장에 대하여 인단위설을 취하거나, 사건의 동시처리를 통하여 신체구속의 장기화를 피할 수 있는 장점이 있어 범인에게도 이익이 된다는 점, 수사의 효율화를 위하여 반복적인 수사를 피할 수 있다는 점 그리고 수사밀행성의 요청이 부합한다는 점을 들고 있다. 이에 반하여 본건기준설은 별건 구속은 형식적으로는 별건 범죄사실에 대한 구속이지만, 실질적으로 본건 피의사실에 대한 체포, 구속이므로 피의사실 그 자체에 대한 영장을 요구하는 영장주의를 위반한 점, 별건구속 후 다시 본건에 대하여 구속한다면 이는 형사소송법상의 구속기간의 시간적 제약을 탈법적으로 침해한 것이라는 점, 구속을 자백강요나 수사편의를 위한 수단으로 보게 되어 체포, 구속제도 본래의 취지에 맞지 않는 점 등을 이유로 한다.¹²³⁾

한편 판례는 별건구속의 위법성에 대하여 명백한 입장을 밝히고 있지는 않지만, 별건구속기간을 본건 범행사실의 수사에 실질상 이용하였다 하더라도 그 구속일수를 본건의 본형에 산입할 수 없다고 판시함으로써 별건구속의 가능성을 인정한 듯한 태도를 취하고 있다.¹²⁴⁾

생각건대 별건구속은 실질적으로 본건구속인 이상 영장주의를 잠탈하는 것이고, 수사단계에서의 구속기간의 제한을 무의미하게 하므로 위법하다고 봄이 타당하다. 다만 별건구속이 위법하다고 하기 위해서는 수사기관의 탈법적 의도가 인정될 것, 본건사실에 대하여 구속이유와 필요성이 인정되지 않을 것을 요건으로 한다고 할 수 있다.¹²⁵⁾ 다만 여죄수사와의 한계가 문제된다. 여죄수사는 동시수사와 심판에 의한 피의자의 장기구속을 피하려는 이념상 별건구속과는 달리 허용된다고 보아야 한다.¹²⁶⁾

123) 백형구, 형사소송법강의, 249면; 이재상, 형사소송법연습, 101면

124) 대법원 1990. 12. 11, 90도2337

125) 배종대/이상돈, 앞의 책 251면; 신동운, 앞의 책, 158면; 이재상, 앞의 책, 262면; 임동규, 앞의 책, 188면.

(3) 별건구속 중 본건에 관한 자백의 증거능력

별건구속이 위법하기 때문에 별건구속중에 행한 자백의 증거능력은 당연히 부정된다.¹²⁷⁾ 이에 관한 일본 최고재판소는 “별건구속은 그 자체로 위법이므로 별건구속 중 본건에 관한 자백 역시 위법이라 할 것이고, 따라서 그 자백도 증거능력이 부정되어야 한다”¹²⁸⁾는 부정설의 입장을 취한 것과 “별건에서의 기소구류절차에 위법이 인정되지 않는 경우에는 별건으로서 구류 중의 피고인을 본건 사건의 피의자로 조사하였다고 하여 위 조사가 곧 자백의 강제나 불이익한 진술을 강요하는 것으로는 되지 않는다는 것은 말할 것도 없으며, 양자는 스스로 별개의 문제이다.”¹²⁹⁾라고 하여 긍정설의 입장을 취한 것도 있다.

생각건대 별건의 요건이 갖추어져 있고 본건에 대한 수사가 별건의 여죄에 대한 추궁의 성격을 갖는다면 별건에 대한 수사가 적법하므로 여죄수사과정에서의 자백에 대해서는 다른 위법이 없는 한 증거능력을 인정할 수 있을 것이다. 그러나 본건이 별건의 여죄의 정도를 넘어 완전히 별개의 범죄사실에 과한 것일 때에는 본건에 대하여 별도의 구속절차에 의하여 수사가 진행되어야 한다. 그럼에도 그러한 절차 없이 별건의 절차만으로 중대한 본건에 대하여 수사하는 것은 강제수사법정주의에 반하는 위법으로서 그 과정에서 획득된 자백의 증거능력은 부정되어야 한다.

126) 배중대/이상돈, 앞의 책 251면; 신동운, 앞의 책, 158면; 이재상, 앞의 책, 262면; 임동규, 앞의 책, 188면.

127) 차용석, 앞의 책, 300면 ; 이진록, 앞의 논문, 181면 ; 이수엽, 앞의 논문, 93면 ; 오영근/박미숙, “위법수집증거배제법칙에 관한 연구”, 한국형사정책연구원, 1995, 97면 ; 장윤석, 앞의 논문, 209면.

128) 日 最判, 昭化 27(1952). 11. 25. 刑集 第6卷 第10号, 1245面.

129) 日 最判, 昭化 30(1955). 4. 6. 오영근/박미숙, 앞의 논문, 97면에서 재인용.

제3절 진술거부권을 고지하지 않고 얻은 자백

1. 의의

진술거부권은 피고인, 피의자가 공판절차 또는 수사절차에서 법원 또는 수사기관의 신문에 대하여 진술을 거부할 수 있는 권리이다.¹³⁰⁾ 진술거부권은 영미의 ‘자기부죄거부의 특권’에서 유래하는 권리로서 피고인이나 피의자의 인권을 보장하고 무기평등의 원칙을 실질적으로 실현하기 위하여 인정된 것이다. 우리 헌법 제12조 제2항은 “모든 국민은…형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니 한다”고 규정하여 진술거부권을 국민의 기본권으로 보장하고 있다. 형사소송법도 피고인(제283조의2)과 피의자(제244조의3 제1항)에게 일체의 진술을 하지 않거나 개개의 질문에 대하여 진술을 거부할 수 있음을 알리도록 규정하고 있다.¹³¹⁾ 따라서 이 절차를 위반하여 받아낸 자백의 증거능력을 부인하여야 한다는 데에는 별다른 이론이 없다. 다만 그 이론적 근거에 대하여는 견해가 나뉜다.

2. 이론적 근거 및 검토

진술거부권 불고지 상태에서의 자백의 증거능력 부정에 대한 이론적 근거로는 여러 가지 견해가 있다. 진술거부권의 고지는 진술거부권의 불가결한 전제로서 이러한 고지의 흠결은 수사의 공정성을 담보할 수 없는 것이어서 진술거부권을 고지

130) 배종대/이상돈, 앞의 책, 103면; 신동운, 앞의 책, 489면; 이재상, 앞의 책, 119면; 임동규, 앞의 책, 377면.

131) 법률 제8496호로 2007. 6. 1에 개정되기 전에는 피의자에 대해서는 단지 “진술을 거부할 수 있음을 알려야 한다”(제200조의 2)고 규정되었고, 피고인에 대해서는 진술거부권이 있다는 것 외에 고지의무에 대해서는 규정되어 있지 않았다.

하지 않는 경우에는 자백배제법칙을 적용할 수 있다는 견해, 진술거부권의 고지는 피의자신문절차의 중대한 형식이므로 불고지만으로 피의자신문조서 자체가 무효로 된다는 견해,¹³²⁾ 그리고 진술거부권의 불고지는 피의자신문절차의 중대한 위법이므로 위법배제법칙에 의하여 증거능력이 배제되어야 한다는 견해¹³³⁾ 등이 그것이다.

생각건대 진술거부권을 고지하지 않은 상태에서 진술된 자백의 증거능력은 피의자신문절차에 중대한 위법이 있는 것으로서 자백배제법칙에 의하여 증거능력이 부정되어야 한다. 위법배제설을 취하면 그 임의명 그무에도 불구하고 자백배제법칙을 적용할 수 있게 된다. 진술거부권의 불고지로 인한 진술의 임의명여배제설판단을 별도로 할 필요가 없다. 진술거부권은 신문에 있어 적정절차의 핵심에 해당하기 때문이다.¹³⁴⁾

제4절 약속에 의한 자백

1. 의의

기타 방법에 의한 자백의 대표적인 예가 바로 이익의 약속에 의한 자백이다. 약속에 의한 자백이란 일정한 이익을 부여할 것을 약속하고 그 교환으로 얻은 자백을 말한다. 약속을 하는 자는 그 사건의 처리에 있어서 어떠한 이익을 부여할 수

132) 서일교, 앞의 책, 254면.

133) 강구진, 앞의 책, 506면; 배중대/이상돈, 앞의 책, 592면; 백형구, 앞의 책, 623면; 신양균, 앞의 책, 505면; 신동운, 앞의 책, 1074면; 이재상, 앞의 책, 537면; 차용석, 앞의 책, 173면.

134) 수사기관에서 피의자의 진술거부권 행사의사를 무시하는 것은 물론이고 진술거부권을 행사하지 않도록 설득하는 것은 피의자의 헌법상 권리를 방해하는 위법행위이다. 따라서 이러한 신문을 통해 획득한 자백의 증거능력은 당연히 배제되어야 한다. 그렇지 않다면 진술거부권은 실제로는 유명무실해지고 말 것이다(조국, “자백배제사유 재검토(2)”, JURIST, 2003. 10, 99면).

있는 자로서 피해자, 고소권자, 수사기관, 그리고 공범자도 될 수 있다. 피고인이 자백을 하면 앞으로의 형사절차에서 유리한 처분을 해 주겠다고 약속하는 경우가 전형적인 예라고 할 수 있다. 예컨대 기소유예나 보석을 약속하는 것, 집행유예나 가벼운 법규를 적용하겠다고 약속하는 것 등을 말한다.¹³⁵⁾ 위법배제설에 의하면 신문방법의 위법성으로 인하여 자백이 배제된다.¹³⁶⁾

2. 판단기준

약속에 의한 자백에서 약속의 위법성은 그 판단이 용이하지 않다. 근래에는 영미에서 인정되고 있는 유죄협상제도(plea bargaining)도 본질에서는 약속에 의한 자백이라는 점에서 그 허용성 여부를 논의¹³⁷⁾하는 것들이 그 예이다. 또한 기망에 의한 자백과도 구별이 애매한 상황이 발생한다. 그러나 허용되지 않는 약속으로서 일반적인 요건을 추출해 볼 수 있다.

첫째, 이익의 약속은 자백에 영향을 미치는 데 적합한 것이어야 한다. 제공을 약속한 이익이 자백에 영향을 미칠 수 있는 것이라면 어떤 형태라도 상관없다.¹³⁸⁾ 반드시 형사처벌과 관계가 있어야 할 필요는 없고, 가족의 보호 등과 같은 일반적, 세속적 이익도 포함된다. 다만, 그 이익이 사소한 경우, 예컨대 정상적인 신문 상황에서의 담배나 커피 제공 등은 약속이 아닌 통상적인 편의제공에 불과하다. 따라서 대개 약속은 구체적이고 특수한 것이 된다.¹³⁹⁾ 일반적이고 추상적인 약속만으로는 피의자나 피고인의 자백에 대한 영향을 미치지 않는다고 본다. 그러나

135) 신양균, 앞의 책, 697면; 이재상, 앞의 책, 534면.

136) 이재상, 앞의 책, 534면.

137) 예를 들어, 조 국, “유죄답변협상 도입의 필요성과 실현방안: 자백감면절차신설을 위한 제언”, 법학, 저스티스, 통권 제90호, 2006. 4의 논의 참고.

138) 배종대/이상돈, 앞의 책, 590면.

139) 신동운, 앞의 책, 1073면; 이재상, 앞의 책, 535면.

이러한 경우조차도 실제 사례의 경우에는 판단이 용이하지 않는 경우가 더 많다. 따라서 이익의 구체적인 내용, 이익제시자와의 관계 및 이익수령자에게 어느 정도 이익이 되는지의 여부, 이익제시의 모습 또는 상황 그리고 이익제시자의 권한 등을 구체적 상황에서 개별적으로 파악하여야 할 것이다.

둘째, 이익이 법률상 허용되지 않는 것이어야 한다. 근거가 되는 법률이란 형사소송법과 형법에 위반하는 것뿐만 아니라, 공무원으로서 수사기관의 공정성, 엄결성의 위반의 근거가 되는 중대한 행정법규의 위반도 포함된다고 보아야 한다. 특히 자백을 하면 기소유예를 해준다거나 가벼운 벌령을 적용해 준다는 수사기관의 약속에 의한 자백 또는 자백하면 보호감호를 청구하지 않겠다는 수사기관의 말에 의한 자백 등이 대표적인 약속에 의한 자백의 유형에 포함되기는 하지만, 여기에서는 수사기관의 권한유무, 기소편의주의 그리고 진실발견의무 등 어느 하나의 벌령에서만 근거를 두지 않고 다각적인 판단을 해야 함을 알 수 있다.

셋째, 이익이 실제로 제공되어야 한다. 이익이 제공되지 않은 경우는 기망에 의한 자백에 속한다.¹⁴⁰⁾ 그러나 제공되지 않은 결과의 측면만을 고려할 것은 아니다. 처음부터 이익을 제공할 의사와 권한이 있었음에도 제공되지 않았다면, 약속에 의한 자백에 해당된다고 보아야 한다. 다만 결과론적으로 기망에 의한 자백과 약속에 의한 자백은 위법배제설에 의하면 증거능력이 없다는 점에서는 결과가 다르지 않다.

3. 외국의 연혁 및 입법례

‘The King v. Warickshall 판결’에서 최초로 정립된 임의성의 법칙은 이후 영

140) 배종대/이상돈, 앞의 책, 590면; 신양균, 앞의 책, 697면.

국 법원에 의하여 아주 경미한 위협이나 약속에 의해 획득한 자백도 배제하였다. 1912년 재판관규칙(the Judge's Rule)에서는 모든 사건에 적용되는 자백허용요건으로 (e)항에 “경찰관의 질문에 대하여 행한 답변 및 자진하여 한 진술이 그 자에 대한 증거로 허용되기 위한 기본적 요건은 그것이 경찰관의 협박 또는 이익의 약속 내지 압박에 의하여 얻어진 것이 아니라는 의미로서의 임의성을 갖는다는 것이다” 라고 규정함으로써 약속에 의한 자백에는 임의성이 없으므로 증거로 허용되지 않는다고 선언하였다.

미국의 경우 약속에 의한 자백배제에 대한 1897년의 ‘Bram v. United States 판결’¹⁴¹⁾은 자백은 “그것이 아무리 사소하다 할지라도 어떠한 직접적 또는 암시적 약속에 의해서 획득되어서는 안 된다.” 고 선언하였다. 이후 1963년의 ‘Haynes v. Wshington 판결’¹⁴²⁾에서 경찰관이 피고인에게 자백하면 아내에게 전화를 걸 수 있도록 해주겠다는 약속을 하고 획득한 자백의 증거능력을 배제하였으며, 1964년의 ‘Malloy v. Hogan 판결’¹⁴³⁾도 ‘Bram 판결’의 결론을 재확인하였다.

독일 형사소송법 제136a 제1항 3문에는 법률로 규정하고 있지 않은 이익의 약속을 금지하고 있다. 허용되지 않은 신문방법을 규정하고 있는 이 규정의 해석과 관련하여 학설은 갈리고 있다.¹⁴⁴⁾ 독일의 지배적인 다수설과 판례에 의하면 제136조 a 제1항 3문의 의미에서 약속(Versprechen)은 신문하는 자가 구속되는 약속(Zusage)으로서 이해할 수 있는 의사표시라고 본다. 통설은 그 논거로서 독일 형사소송법 제136조a 제1항 3문에 “약속(Versprechen)” 이라고 명백하게 규정하고 있음을 들고 있다.

141) 168U.S.532(1897)

142) 373U.S.503(1963)

143) 378U.S.1(1964)

144) Ariadne Ioakimidis, Die Rechtsnatur der Absprache im Strafverfahren, 2001, S.82 ff

한편, 일본최고재판소는 “기소 또는 불기소의 결정권을 가진 검찰관이 자백을 하면 기소유예 하겠다는 말을 믿고 기소유예가 될 것을 기대하고 한 자백은 임의성에 의심이 있는 것으로 증거능력이 없는 것으로 해석함이 상당하다.”¹⁴⁵⁾라고 한 판결이 최고재판소가 약속에 의한 자백의 증거능력을 부정한 최초의 판결이다. 이후 '불기소', '벌금형', '석방', 등에 대한 판례가 있다.

4. 대법원 판례

대법원은 피고인이 검찰수사관에게 일정한 증거가 발견되면 자백하겠다고 약속을 한 뒤,¹⁴⁶⁾ 그 증거가 제시되자 자백을 한 사건에서 “위 자백의 약속이 강요나 위계에 의하여 이루어졌다던가 또는 불기소나 경한 죄의 소추 등 이익과 교환조건으로 된 것이라고 인정되지 않으므로 위와 같은 자백의 약속으로 이루어진 자백을 곧 임의성이 없는 자백이라고 단정 할 수 없다” 고 판시하였다. 이에 따르면 불기소나 경한 죄로 소추하겠다는 등의 이익과 교환조건으로 이루어진 약속은 임의성이 인정되지 않는다고 해석된다.¹⁴⁷⁾

또한 특정범죄가중처벌에 등에 관한 법률을 적용하지 않고 가벼운 수뢰죄로 처

145) 日最版 1966. 7. 1(刑集 20-6, 537, 百選, 170面)

146) 대법원 1983. 9. 13, 83도712. 이 판결에서 인정된 검찰 수사관과 피고인 사이에 약속한 내용은 다음과 같다. “저는 9.18 밤에 행적에 대하여 밤 9시경 집에서 잠을 잤다고 주장하였는데 제가 9.18 밤 9시 이후에 상은이를 만나는 것을 본 사람이 있는 경우에는 범행일체를 자백하기로 하였고, 두 번째, 죽은 상은이나 나의 주변에서 상은이의 소지품이나 머리카락, 피 등이 나온다면 범행일체를 자백하기로 하였고, 세 번째, 제가 거짓말 탐지기 검사 시에 옷 7개에 대해 본 사실이 있느냐고 각각 질문을 받으면서 제가 상은이 옷을 보았을 때 가슴이 떨린다고 한 사실이 있으면, 제가 그 옷을 알고 있고 9.18밤에 만났기 때문이 아니냐는 추궁을 받고서 그것이 사실이라면 범행일체를 자백하기로 약속을 하였는데, 거짓말 탐지기 검사 시의 광경을 담은 비디오테이프를 본 바, 제가 주장한 것처럼 검사 시작 전에 가슴이 떨린다고 한 것이 아니고 세 번째 옷을 마치고 네 번째 옷에 대한 질문을 받기 직전 떨린다고 한 것을 확인하였는데 네 번째 옷이 상은이가 죽던 날 입고 있던 것이라 하여서 자백하게 된 것입니다”

147) 조국, “자백배제사유 재검토(1)”, JURIST, 2003. 10, 99면.

별받게 해 주겠다고 해서 약속한 경우에, 대법원은 "단순수뢰죄의 가벼운 형으로 처벌되도록 하겠다고 약속하고 자백을 유도하여 받아낸 자백은 그 임의성에 의심이 간다."¹⁴⁸⁾고 판시한 바 있다.

한편, 신문에 참여한 검찰주사가 피의사실을 자백하면 피의사실부분은 가볍게 처리하고 보호감호청구는 하지 않겠다는 각서를 작성하여 주면서 유도한 것에 기인한 것이라면 위 자백은 기망에 의하여 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 이유가 있다라고 판시¹⁴⁹⁾하기도 하였다. 이 판례에 대해서는 대개 약속에 의한 자백의 범위에 포함시키고 있다.¹⁵⁰⁾ 그러나 이 사건에서 약속의 제공을 제시한 자는 검사가 아닌 검찰주사라는 점 그리고 실제로 보호감호가 청구되었다는 점을 고려한다면 약속에 의한 자백이라기 보다는 기망에 의한 자백으로 보아야 할 것이라고 생각한다.¹⁵¹⁾

148) 대법원 1984. 5. 9, 83도2782.

149) 대법원 1985. 12. 10, 85도2182.

150) 이재상, 앞의 책, 535면.

151) 그 밖에 대법원, 1987. 4. 14, 87도317(피고인이 검사가 공소장을 변경하여 벌금형이 선고될 수 있게 해주겠다는 제의와 검사가 신청한 증인들의 증언 등에 의하여 무거운 처벌을 받게 될지도 모른다는 두려움 때문에 공판기일에서 허위 자백한 것이라고 변호하고 있고 그 자백내용자체가 객관적 합리성이 없으며 자백에 이르게 된 경위가 타 증거에 비추어 모순되어 신빙성이 없으므로 이를 유죄의 증거로 할 수 없다) 등이 있다. 이외에 서울고판 2000. 10. 24, 2000노1021(피고인과 그의 딸은 1999년 10월 11일 체포되어 검찰에 송치되기 까지 17일간 변호사를 비롯한 아무런 외부로부터의 조력을 받지 못한 채 고립되어 조사를 받았으며, 처음 3일간은 유치장에도 수감되지 아니한 채 홍제동 사무실에서 조사를 받았다. 3일째 조사도중 기절하여 병원에 입원한 사실이 있을 정도로 허약하며, 전혀 전과 없이 살아온 피고인이 아침 6-7시경부터 밤 10시까지 매일 강도 높은 조사를 받았고, 수사경찰관이 인정하는 것만도 16회의 피의자신문조서와 40회의 자술서, 1회의 반성문을 작성하였다. 건장한 남자도 견뎌내기 어려운 이러한 상황 속에서 국가보안법이라는 어마어마한 죄명으로 구금된 피고인에 대하여 경찰관이 피고인이 오랫동안 홀로 양육하여 애정이 각별한 딸에 대한 선처를 약속하며 압박·회유하였다면 허위의 진술을 하였을 개연성이 높고, 법원이 선임한 국선변호인이 원심에서 제1회 공판기일까지 전혀 피고인을 접견한 사실이 없어 제1회 공판기일에 전혀 변호인의 조력을 받지 못한 채 진술한 점을 고려하면 피고인의 심리적 상황은 검찰을 거쳐 피고인의 원심법정 제1회 진술까지 이어졌을 가능성이 있다)에서는 매일 지나치게 강도 높은 수사를 받으면서 협박과 딸에 대한 선처를 약속하고 받아 낸 자백의 임의성을 부정하였다.

5. 검토

약속에 의한 자백은 “기타 임의성에 의심 있는 자백”의 대표적인 경우이다. 약속이라는 단어자체의 의미는 자의성 또는 임의성에 기초한 것임이 통속적인 해석이다. 자백에 관련된 약속은 필연적으로 자백의 주체의 불리한 지위에서 비롯되기 마련이다. 그러나 형사절차를 대등한 당사자주의의 구조로 파악한다고 하더라도 수사절차까지 당사자주의의 구조로 파악할 수는 없으며, 현실적으로도 수사기관과 피의자 또는 피고인의 지위가 대등한 관계에 있다고 보기도 어렵다. 따라서 수사기관에 대한 자백의 원인이 약속에 의한 것이라면, 결국은 불리한 협상력에 기초하면서 때로는 진실하지 않은 자백이 양산되어 실제진실의 발견을 오히려 저해할 수도 있다. 그리고 일정한 유형의 약속에 의한 자백들은 수사기관의 성실한 사안해명과 범죄와 범죄자의 발견의무를 저버린 채, 사건을 조기에 마무리함으로써 법령위반에 해당될 수 있다.

약속에 의한 자백의 증거능력을 부정하는 이유는 이처럼 자백주체의 불리한 지위를 이용한다는 점이 그 본질적인 이유라고 생각한다. 약속에 의한 자백은 국가기관에 의한 현저히 불공정한 신문에 의한 것이므로 신문방법에 위법성이 있어 자백의 증거능력이 배제되어야 한다. 신문과정에서 이익을 부여하겠다는 약속은 피의자로 하여금 교환으로 자백할지 말지의 상황에 처해지기 때문이다. 그러나 자백을 하면 양형과정에 참작되어 관대한 처분을 받을 수 있다는 것과 같이 자백의 효과를 설명하고 자백을 권유하는 것은 적법하다고 보겠 교환으로 통해 얻어진 자백은 증거능력이 있다고 본다. 그리고 현행법상 법률이 허용하는 한도내에서 이익을 부여하겠다는 약속에 의한 자백에는 문제가 없어 처고 생각한다. 이는 이익제공의 약속이 피의자의 의사결정에 영향을 미치는 것이 당연하지만, 법이 애초에 상정하는 압력이기 때문이다.¹⁵²⁾ 그러나 수사사실이 피의자 자신의 정열 의헌법적, 법률적 권리를 포기하면 이익을 제공하겠다는거나 또는 피의자가 자백을 하면 고문, 폭행

등 금지되는 신문방법을 행사하지 않겠다는 약속 등은 허용되지 않는다.¹⁵³⁾

6. 관련문제 - 유죄답변협상' (plea bargaining)제도

(1) 의의

약속에 의한 자백의 문제와 관련하여 검토해 보아야 할 사항으로 영미법계의 '유죄답변협상' (plea bargaining)제도가 있다.¹⁵⁴⁾ 영미법계의 형사사건의 다수는 유죄답변협상으로 처리되고 있다. 이 제도 하에서 검사는 피의자 및 그의 변호인과 협상을 벌이면서 피의자가 공소사실의 일부에 대하여 자백하는 경우 나머지 공소사실을 취소하거나 상대적으로 가벼운 범죄로 기소하는 공소사실협상(change bargaining) 또는 상대적으로 가벼운 형을 선고 받을 수 있도록 형량을 낮추어 주는 형량협상(sentence bargaining)을 한다.¹⁵⁵⁾ 또한 법원은 유죄답변협상을 통한 피고인의 유죄답변(guilty plea)을 받아들이기 전에 피고인에게 공소사실의 성질, 법정 최고, 최저형, 피고인의 유죄답변을 하지 않을 권리, 형사소송의 모든 단계에서 변호인의 조력을 받을 권리, 자기부죄금지의 특권 등을 알리고, 피고인이 이상의 점을 이해하였는지 확인한다. 그리고 법원은 피고인이 유죄답변의 임의성을 해할 우려가 있는 수사기관의 강제·협박 또는 유죄답변협상과 무관한 약속이 있었는지 여부를 확인해야 한다.¹⁵⁶⁾ 이런 유죄답변협상 제도의 전제로는 피의자와 변호

152) 조국, “자백배제사유 재검토(2)”, JURIST, 2003, 10, 101면. 즉 검사는 범행후의 정황(형법 제51조)을 고려하여 공소를 제기하지 않을 수 있으며(형사소송법 제247조), 구형량에 대한 재량도 가지고 있다. 또한 형법 제152조의 위증과 모해위증의 죄를 범하거나 제156조의 무고죄를 범한 자가 그 공술한 사건의 재판 또는 징계처분이 확정되기 전에 자백 또는 자수한 때에는 형감경의 이익제공을 허용하는 범규정이 있기도 하다.

153) 조국, “자백배제사유 재검토(2)”, JURIST, 2003, 10, 102면.

154) Albert W. Alschuler, Plea Bargaining and Its History, 79 Colum. L. Rev. 1, 3 1979.

155) Federal Rules of Criminal Procedure, §11(c)(1).

156) Federal Rules of Criminal Procedure, §11(b)(1),(2)

인에게 수사기록이 공개된다는 점과 피의자신문과정에 변호인의 참여가 보장된다는 점이다. 그러나 유죄담변협상에 대해 미국 내에서도 비판이 제기되고 있는 것이 사실이다. 하지만 미국의 판례는 이 제도를 계속 인정하고 있다.¹⁵⁷⁾

(2) 유죄협상의 도입 필요성

검찰은 뇌물사건이나 마약사건, 조직범죄 등의 수사에 있어서 증거확보가 매우 어려워서 당사자의 자백에 의존하는 경우가 많다고 그 어려움을 실토하고 있다. 뇌물사건은 범하는 자들이 물적 증거를 남기지도 않고 갈수록 그 수법이 은밀해지고 영악해지는 실정이다. 그러다 보니 당사자 진술 이외에 뚜렷한 물적 증거를 찾기 어려운 경우에는 검찰이 자백에 많이 의존하게 되고 억지로 자백을 끌어내려다 보면 가혹행위도 수반된 것이 지금까지 현실이었다. 이러한 검찰수사상의 애로상황을 일정부분 타개하기 위한 자구책으로 고려되고 있는 것이 바로 유죄협상제도라고 할 수 있다.

지금까지 유죄협상제도의 도입 필요성으로 제시되는 주된 근거는 자백하는 사건은 신속하게 처리하고 부인하는 사건에 수사 인력을 투입하면 검찰뿐 아니라 법원도 사건 부담에서 벗어나 형사사법의 효율성을 기하고 선택과 집중의 장점을 누릴 수 있는 제도가 될 수 있다는 것이며, 조직폭력·마약류 등 내부 고발이 없으면 범행을 입증하기 힘든 범죄행위가 우리 사회에서도 갈수록 늘어나고 있지만 과학수사만으로 해결이 가능한 것은 아니라고 본다.

(3) 검토

157) Brady v. United States, 397 U.S. 742 (1970): "유죄담변협상의 직접적인 결과를 충분히 자각한 자가 행하는 유죄인정은 그것이 위협이나 기망, 또는 그 본질상 검사의 업무와 적절한 관련이 없는 약속 등에 의하여 유도된 것이 아니라면 유효해야 한다"라고 판시하면서 유죄담변협상으로 도출된 피의자의 자백은 임의성이 있음을 밝혔다.

유죄협상제도가 갖는 독자적인 장점이 있음을 부인할 수 없다. 그러나 그 장점이라는 것이 제도자체에 내재하는 것이기도 하지만, 무엇보다 법률문화와 사회문화적 뒷받침이 이루어지기 때문에 장점이 발휘되는 것이라고 생각한다. 유죄협상제도는 일단 수사절차에서도 피의자 및 피고인과 수사기관간에 대등한 지위확보가 먼저 이루어 져야 함이 전제적인 조건이라고 생각한다. 대등한 지위에 있을 때 어떠한 약속이 있더라도 진실에 반하는 자백이라든가, 왜곡된 의사에 의한 자백의 가능성이 그만큼 줄어들기 때문이다. 또한 피의자와 변호인의 권리의식이 효율성만을 추구하는 수사기관의 작용에 대하여 항상 기본적으로 대항할 수 있는 진정한 의미에서의 권리의식이 사회전반에 걸쳐서 함양되어 있어야 한다. 하지만 영미에서와는 달리 우리나라에서는 아직 수사기관과 피의자 및 피고인의 관계는 상하관계로 설정하는 것이 일반의 관점이라고 생각한다. 따라서 우리나라의 현실에 비추어 보면, 이러한 전제조건들이 아직은 성숙되지 않았고 또 이를 뒷받침된다고 보기에는 이르다고 보는 것이 타당하다고 하겠다.

따라서 유죄협상제도를 도입하자는 주장은 수사편의라는 형사사법운영의 효율성만을 우선시하고 실제적 진실발견의 이념과 자백배제법칙의 근거인 가치들을 희생시킬 위험성이 농후한 견해로서 아직은 도입가능성을 검토하기에는 이른 제도라고 생각한다. 특정한 사건의 수사상 어려움을 협상이라는 거래수단을 통해 편리하게 해결하겠다는 것은 수사기관의 공무원으로서의 성실의무, 진실발견의무 그리고 증거에 의한 사실인정을 토대로 하는 증거법정주의를 골간으로 하는 형사절차에 정면으로 반할 소지가 있다. 그러므로 아직 엄격한 증거주의와 과학수사를 기본으로 하는 선진적 수사관행이 정착하지 못하고 여전히 자백편중의 수사에 의존하는 우리로서는 유죄협상제도의 도입이 가져올 부정적 효과가 더 클 것으로 본다.

제5절 위법한 신문방법에 의한 자백

1. 철야신문으로 얻은 자백

(1) 의의 및 문제점

철야신문¹⁵⁸⁾이란 반드시 전날부터 밤샘으로 이루어지는 경우뿐만 아니라 통상인의 경우보다 수면시간에 지장을 주는 정도의 신문을 의미한다고 보아야 한다. 철야신문은 그 자체로서의 문제점보다는 이에 수반되는 수사방법과 결합되어 문제점들이 드러나는 경우에 해당한다.

체포, 구속의 기간이 법정되어 있기 때문에 신속한 수사의 필요성 때문에 장시간에 걸친 집중적인 신문이 불가피해 지는 것이 실무의 현실이다. 대개의 경우 자백을 얻어내기 위한 의도적인 방법으로서라기 보다는 영장청구기간 또는 구속기간 등의 수사상 수반되는 시간상의 제약에서 비롯된다고 보아야 한다. 한편 언론과 여론의 이목을 집중시키는 강력사건이나 시국사건 등에서처럼 신속한 수사의 필요성이 있는 사건들도 있다는 점도 철야수사의 필요성의 한 예가 된다.¹⁵⁹⁾ 물론 경우에 따라서는 피의자 자신에게도 철야조사를 통한 신속한 혐의유무의 결정과 신병처리를 행하는 것도 반드시 불리하지만은 않을 수 있는 경우가 있을 수 있다.

158) 이를 고문 등의 고강도고문과 비교하여 저강도고문이라고 부르는 견해(조 국, “자백배제법칙의 근거와 효과 그리고 입성 입증”, 「법학」, 제43권 제1호, 서울대학교법학연구소, 2002, 388면.)도 있다.

159) 실무상으로는 강력범죄나 마약범죄 뿐만 아니라 중요 부정부패사범 등에 있어서도 범죄혐의가 어느 정도 입증되어 가는 단계에 이르면, 범죄혐의자 및 참고인들이 출석을 거부하거나 도주하는 것이 보통이므로, 이들에 대한 신병이 확보되면 긴급체포하는 경우가 상당수 되고, 이 때 48시간 이내에 구속영장청구 여부를 결정하여야 하는데, 특히 뇌물사건, 대형 경제범죄, 조직범죄에서의 공모관계 등을 규명해야 될 경우와 같이 밀실에서 이루어지는 범행내용에 대하여는 물적 증거를 확보하기가 어려워 범죄혐의에 대한 입증이 관련자들의 진술에 의존하게 되는 경우가 많아, 48시간이라는 시간 내에 필요한 진술을 확보하기 위해서 철야조사가 이루어지는 경우가 다수 있다고 한다. [봉 옥, 철야조사에 의하여 얻은 자백의 증거능력(대법원 1997. 6. 27, 95도1964 판결; 대법원 1998. 4. 10, 97도3234 판결), 형사판례연구(7), 형사판례연구회, 박영사, 1999. 7. 425면]

철야신문은 인간의 가장 기본적인 욕구인 수면을 억제하면서 신문이 이루어지기 때문에 피의자의 적절한 방어권의 행사의 측면에서 문제점이 있을 수 있으며, 비교적 장시간의 신문시간이 소요되며 때로는 1인의 피의자와 수인의 수사기관의 대응이라는 점에서 불공정한 신문방법으로서의 문제점들도 내재한다.

(2) 적법성

현재 형사소송법은 압수수색검증¹⁶⁰⁾과는 달리 현행법령상 철야신문을 금지하는 규정이 없다. 다만 위법수집증거배제법칙과 자백배제법칙이 있을 뿐이다. 현재로서는 법무부훈령인 ‘인권보호수사준칙’¹⁶¹⁾의 제17조에서 “조사받는 사람이나 그 변호인의 동의를 받았을 때, 공소시효의 완성이 임박하였을 때, 체포기간 내에 구속여부를 판단하기 위해 신속한 조사가 필요할 때 등의 합리적인 이유가 있는 경우”에 인권보호관의 허가를 받아 자정이후의 수사가 가능하도록 정하고 있다. 따라서 철야신문의 위법성을 일의적으로 판단할 수는 없으며, 각각의 사례에 비추어 보아 당해 철야신문의 구체적인 모습과 수사기관의 의도 등을 종합적으로 고찰한 연후에야 적법성에 대한 판단이 이루어질 수 있을 것으로 본다. 이런 점에서 철야신문 그 자체는 위법한 수사방법이라고 할 수는 없다¹⁶²⁾는 견해가 일반적이다. 그러나 철야신문의 일정한 유형적인 패턴들이 학자들 사이에서 논의되고 있으며, 판례도 이미 존재하기 때문에 이에 대한 적법성의 판단에 도움을 줄 것으로 생각한다.

160) 제125조 (야간집행의 제한) 일출 전, 일몰 후에는 압수,수색영장에 야간집행을 할 수 있는 기체가 없으면 그 영장을 집행하기 위하여 타인의 주거, 간수자 있는 가옥, 건조물, 항공기 또는 선실 내에 들어가지 못한다.

161) 법무부훈령 제474호.

162) 배종대/이상돈, 앞의 책, 591면; 이재상, 앞의 책, 536면.

(3) 판례

피고인을 연행한지 약 30시간 동안 잠을 재우지 아니한 채 검사 2명이 교대로 신문하면서 회유한 끝에 받아낸 자백의 증거능력을 부정한적이 있다.¹⁶³⁾ 그리고 “피고인의 자백이 잠을 재우지 아니한 채 강요와 회유를 거듭한 끝에 받아낸 것” 이라면 증거능력이 없다고 판시하기도 하였다.¹⁶⁴⁾ 또한 참고인들이 별건으로 구속된 상태에서 10여 일 이상 거의 매일 검사실로 소환되어 밤늦게까지 조사를 받거나¹⁶⁵⁾, 외국으로 출국하여야만 하는 참고인을 검찰 수사관이 30시간 넘게 철야로 조사하면서 출국금지조치의 지속 등을 수단으로 삼아 회유, 압박한 끝에 받아낸 자백의 증거능력을 부정하였다.¹⁶⁶⁾

(4) 소결

철야신문으로 인하여 피의자가 피로에 지친 끝에 정상적인 판단능력을 잃을 정도에 이른 때에는 신문을 중단하여야 하며, 그럼에도 불구하고 신문을 계속하여 얻은 자백은 “기타의 방법으로 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 이유가 있는 때” 에 해당한다고 보아서 그 증거능력이 배제된다고 해야 한다.¹⁶⁷⁾ 정상적

163) 대법원 1997. 6. 27, 95도1964.

164) 대법원 1998. 4. 10, 97도3234; 대법원 1999. 1. 29, 98도3584.

165) 대법원 2002. 10. 8, 2001도3931.

166) 대법원 2006. 1. 26, 2004도517 ; 한편 참고로 이에 대한 외국의 판례는 같다. 미국연방대법원은 1944년 Ashcraft v. Tennessee 판결(322U.S.143(1944))에서 피고인에게 36시간 동안 휴식과 수면을 허용하지 않고 경찰관들이 교대하면서 계속 신문하여 얻은 자백의 증거능력을 부정하였다(Ashcraft v. Tennessee, 322 U.S. 143(1944)) 영국의 경우 구금된 피의자에게는 다(A없이 최소한 8시간 동안의 연속적 휴식이 허용되어야 하려용되다(A중에는 매 2시간마다 휴식이 제공되어야 한다고 규정되어 일본의 경우 “47일간 수면의 보충이 구류양에 관한 특단의 배려A없이 매일 낮 매일 밤에 걸쳐서 계속 하였 허 심지어 밤 10시를 넘긴 경우가 인정된 것만도 피고인 甲의 경우 10회, 피고인 乙에 대하여 1 회, 피고인 丙에 대하여 5회에 달하고, 때로는 오전 0시까지 이르는 등 집요한 사실추궁 등 이상한 상황 또는 그 영향이 계속된 상황에서 얻은 자백은 임의성이 없다”고 판시하였으며, “체포 후 계속 6일간 아침부터 밤늦게까지 조사한 경우도 자백의 임의성이 없다”고 판시하였다.

인 판단능력을 잃을 정도의 수면부족 상태에서 한 자백도 증거능력이 부정되어야 한다.¹⁶⁸⁾ 그런데 나이와 건강상태 등 개인에 따라 수면의 부족이 판단능력의 상실에 미치는 영향은 크게 차이가 있기 때문에 수면부족에 의한 피로도나 판단능력의 흥결 등은 평균적인 일반인을 기준으로 할 수 없을 것이다. 일반인 기준에 의할 수 없으며 개인차를 인정하는 탄력적인 판단이 이루어져야 한다.

결론적으로 철야조사의 필요성에 합리적인 이유가 있는지의 유무, 당사자의 자유의사에 의한 동의가 있었는지의 여부, 변호인의 선임, 접견교통 및 참여권의 보장여부, 철야조사의 시간과 적절한 휴식, 식사제공 및 용변의 기회 등이 제공되었는지의 여부, 그리고 신문시간을 계속하여 피조사자의 임의성 있는 진술이 지속되었는지의 여부 등이 그 적법성의 기준이 될 수 있을 것이다.

2. 수갑을 채우고 신문하여 얻은 자백

체포, 구속된 피의자의 경우에는 수사과정에서 수갑을 채우고 피의자신문을 하는 경우가 있다. 이는 도주나 폭행과 같은 피의자신문을 방해하는 상황을 예방하기 위한 수단이 된다. 그러나 수갑이 가지는 유죄이미지와 피의자의 심리적 위축 때문에 수갑을 채운 상태에서 신문하여 자백을 얻은 것이 증거능력이 있는 지 문제된다.

이에 대하여 피의자에게 수갑을 채운 채 신문하여 자백을 얻어내었다고 하여 반드시 그 신문이 위법하다거나 그 자백의 임의성에 의심이 있다고 단정할 수 없다는 적법설¹⁶⁹⁾과 피의자신문을 함에 있어 진술의 자유를 보장한다는 점에서 신문

167) 이재상, 자백의 증거능력 고시계 1995. 5. 200면 이하.

168) 배종대/이상돈, 앞의 책, 591면; 신양균, 앞의 책, 697면; 이재상, 앞의 책, 536면.

169) 정동욱, “임의성 없는 자백의 증거능력”, 「고시계」, 1993. 6, 72면.

중 수갑사용은 원칙적으로 허용되지 않는다는 위법설¹⁷⁰⁾이 대립되고 있다.

먼저 피의자에게 수갑을 채운 채 신문하는 것이 적법한 것인지에 대하여 살펴보면 현행법의 해석론으로는 피의자 신문에 대하여 수갑 사용을 금지하고 있는 명문 규정이 없고, 피의자가 폭행, 도망, 자해 등의 우려가 있는 경우 수갑을 사용하는 것이 합리적이므로 적법설이 타당하다고 본다. 그러나 피의자가 폭행이나 도주와 같은 행동을 할 우려가 없는 경우에도 수갑을 사용하는 것은 적법하다고 할 수 없다. 수갑을 채운 상태에서 수사하여 획득한 자백의 증거능력에 대해서도 그 수사의 위법여부에 따라 판단해야 할 것이다. 즉 수갑을 채울 정당한 사유가 있는 상태에서 얻어낸 자백은 증거능력을 인정할 것이지만, 도주나 폭행의 우려가 없는데도 단지 피의자를 심리적으로 압박하고 우월적 지위에서 수사에 필요한 진술을 수월하게 받아낼 의도로 수갑을 채운 것이라면 이를 통해 획득한 자백은 위법배제설에 따라 증거능력을 부정해야 옳을 것이다.

3. 수인이 관여하여 조사한 경우의 자백

수사과정상 수인의 수사관이 관여하는 경우도 있다. 그 형태를 구체적으로 분류해 보면, 피의자의 조사에 수인의 수사관이 입회하는 경우(number of officers present)와 동일 피의자를 수인의 수사관이 교대로 계속하여 조사하는 릴레이신문(relay questioning), 그리고 준엄한 수사관과 온화한 수사관이 교대로 피의자를 조사하는 신문("mutt and jeff", "friendly-unfriendly" act)방법 등이 있다. 이와 같이 수인관여상황에서 획득한 자백의 증거능력이 문제된다.

이에 관하여 미국에서는 그 자체만으로는 적법한 것이라고 보는 것 같지는 않

170) 백형구, 형사소송법연습, 박영사, 1984, 321면; 차용석, 앞의 책, 708면; 장윤석, 앞의 논문, 185면.

다.¹⁷¹⁾ 다만 릴레이신문에 관한 판례 중에는 15세의 흑인소년을 한밤중에 경찰서 내에서 약 5시간에 걸쳐서 5, 6인의 경찰관이 1인 혹은 2인씩 릴레이에 의한 신문 을 하고, 그 사이에 변호인 및 친구와의 접견교통이 없었던 경우의 자백을 수정헌 법 제14조에 저촉되는 것으로 보고 배척한 것이 있는데,¹⁷²⁾이 역시 다른 권리의 침해 등을 들어 종합적으로 본 것에 불과한 것이었다. 또한 수인이 관여하여 조사 하는 것 자체가 거동에 의한 협박인 경우, 예컨대 다수인에 의한 폭행을 암이하는 경우에는 권리의 침해 등을 들어보이므로 자백의 증거능력이 없 들어보아야 할 것이고, 수인이 피의자를 둘러싸고 자백을 강요하는 언동이 있는 경우에도 권리의 침해 등을는 경우로서 증거능력이 부정되어야 할 것이다. 릴레이신문에 의한 경우에도 조서는 장시간의 경과가 있 보든가 또는 엄한 수사관과 부드러운 수사 관이 교대로 피의자를 신문하는 과정에어위계가 있을 경우에도 위계에 의하여 권 리의 침해 등을는 경우로서 당연히 증거능력이 부정된다들어보아야 할 것이다.¹⁷³⁾

생각건대 수사과정에 수인이 관여하는 것은 필요할 경우가 있을 것이므로 수인 이 관여했다는 것만으로 수사과정에 위법이 있다고 볼 수 없고, 따라서 이를 통해 얻은 자백의 증거능력도 부정할 이유는 없다고 본다. 그러나 릴레이수사방식이 장 시간의 조사를 위한 수단이 되는 것은 문제가 있다. 즉 수사관은 교대로 휴식을 취하고, 피의자는 계속해서 교대되는 수사관과 조사에 임해야 하는 상황은 피의자 에게 정신적, 육체적으로 극도의 피로감을 줄 수 있어 적법하다고 할 수 없다. 그 려다면 릴레이수사가 장시간 조사를 위한 수단이 되고 피의자는 수사관의 휴식에 상응하는 휴식을 취하지 못하는 과정에서 획득한 자백은 증거능력을 부인하여야 할 것으로 본다.

171) State v. Gray, 135 S.E.535, 192 N.C.594(1962).

172) Haely v. Ohio, 332 U.S. 596(1948).

173) 態谷弘 外 共編, 證據法大系 II, 79면.

4. 음식물의 반입금지에 의한 자백

수사과정에서 피의자에 대한 음식물의 반입을 금지하는 것은 위법하다.¹⁷⁴⁾ 인간의 가장 기본적인 욕구는 음식물에 관한 것이고, 이러한 생존권적 욕구에 대한 제한은 형사절차의 어떠한 이상이나 필요성으로도 제한할 수 없는 것이다. 그러므로 음식물의 반입금지 상태에서 받아들인 자백은 수사과정의 중대한 위법으로 인하여 증거능력이 부정되어야 할 것이다.

이와 관련하여 일본 최고재판소는 경찰의 신문과정에서 6일 동안 음식물의 수수금지가 행해지고, 이로 인하여 피의자가 범행을 자백한 후에야 비로소 그 금지가 풀린 사안에서 “경찰이 수사상의 필요로 음식물의 수수를 금지한 사실이 인정되고, 그 음식물의 수수금지기간과 자백시기에 비추어 외형적으로는 양자 간에 인과관계를 추측할 수 있고, 적어도 그 의심의 존부에 대하여 생각함이 없이 ‘음식물의 수수금지만을 이유로 그 때 또는 그 후에 작성된 진술조서의 증거능력과 증명력을 부정할 수는 없다’ 고 단정하고, 특별한 사유를 설시함이 없이 피고인에 대한 사법경찰의 각 진술조서의 증거능력을 부정하기에 족한 상황을 발견할 수 없다는 이유로 이를 배척한 원심판결은 심리미진, 이유불비의 위법이 있다”¹⁷⁵⁾고 판시한 바 있다.

한편 동경고등재판소는 “음식차입금지가 허용되는 것은 이를 금지하더라도 자백의 임의성에 영향을 미치지 않고 무관한 경우, 재감자의 보호위생, 유해한 양식의 수수에 대한 제한을 필요로 하는 특별한 사정이 있는 경우이며 이러한 사유가 없는 한 허용되지 않는다” 고 하여 일정한 기준을 제시하기도 했다.¹⁷⁶⁾

174) 형사소송법 제91조, 209조.

175) 日 最判, 昭和 32(1957). 5. 31 刑集 11卷 5号, 1576面.

176) 日 東京高判, 昭和 32(1957). 12. 16 判例時報 145号, 29面.

그러나 음식물의 반입이 범죄 및 자살의 도구가 유입되는 통로가 되거나 공범자나 범죄관계인과의 통모의 수단으로 쓰일 경우에는 문제가 다르다. 수사기관 범죄나 자살을 예방할 의도로 음식물 반입에 제한을 가하고, 반입된 음식물에 준하는 다른 대체음식을 제공하여 음식물반입의 제한이 생존권적인 차원의 제한이 아닌 경우에는 음식물 반입제한상태에서의 자백이라 할지라도 증거능력을 배제할 이유는 없을 것으로 본다.

제6절 변호인의 조력을 받을 권리를 침해하고 얻은 자백

1. 의의

헌법 제12조 제4항은 누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리가 있음을, 제5항은 이러한 권리에 대해 사전에 고지되어야 함을 규정하고 있다. 형사소송법은 피고인이나 피의자는 변호인을 선임할 수 있고(제30조 제1항), 변호인은 구금된 피고인 또는 피의자와 접견할 수 있으며(제34조), 구금된 피고인과 피의자는 타인과 접견할 수 있음을 규정하고 있다(제89조, 제209조). 이하에서는 변호인의 조력을 받을 권리가 침해되는 유형에 따라 나누어 검토해 보도록 한다.

2. 변호인의 접견교통권을 침해한 상태에서의 자백

변호인 접견교통권은 변호인의 조력을 받을 권리의 핵심에 해당하여 이를 침해하여 획득한 자백의 경우에는 그 증거능력이 부정되어야 할 것이다. 그러나 그 이

론구성에 있어서는 자백배제법칙으로 해결하려는 입장과 위법수집증거배제법칙으로 해결하려는 입장으로 나누어진다. 위법수집증거배제법칙으로 해결하는 견해는 자백배제법칙을 위법수집증거배제법칙과는 달리 독립된 원칙으로 이해하여 변호인과의 접견교통권을 침해한 경우에는 반드시 그 임의성이 부정되는 것은 아니며, 이처럼 자백의 임의성이 인정되는 경우에는 수집절차상의 중대한 위법을 이유로 위법수집증거배제법칙에 의하여 자백의 증거능력이 부정된다고 한다.¹⁷⁷⁾

한편 자백배제법칙으로 해결하려는 위법배제설의 입장에서는, 형소법 제309조가 ‘임의성이 의심되는 자백’에 국한되는 것이 아니라, 널리 위법한 절차에 의하여 수집된 자백의 증거능력 제한에 관한 특별규정이라고 포괄적으로 파악하므로 변호인 접견교통권 및 변호인선임권을 침해한 경우에 그 신빙성 및 임의성 유무를 판단할 것 없이 자백취득절차의 위법을 이유로 특별법에 해당하는 자백배제법칙이 일반법에 해당하는 위법수집증거배제법칙보다 우선적으로 적용되는 결과 형소법 제309조의 ‘기타의 방법에 의한 자백’으로서 적용범위에 포함된다고 한다.

이에 대하여 종래 대법원은 증거능력을 인정한 것이 있기는 하였으나¹⁷⁸⁾ 이후 일관되게 증거능력을 부인하고 있다.¹⁷⁹⁾ 이런 점에서 최근 대법원판례는 위법수집 증거배제법칙을 도입하고 있다는 평가를 받고 있다.¹⁸⁰⁾

177) 백형구, 앞의 책, 626 내지 627; 신양근, 앞의 책, 658면; 김희옥, 앞의 논문, 323면 이하.

178) “검사의 수사금지결정으로 피고인들의 접견이 제한된 상황 하에서 피의자신문조서가 작성되었다는 사실만으로 바로 그 조서가 임의성이 없는 것이라고 볼 수 없다(대법원, 1984. 7. 10, 84도846.)

179) 대법원, 1990. 8. 24, 90도1285(원심은 검사 작성의 피고인에 대한 피의자신문조서는 검사가 변호인의 접견을 부당하게 제한하고 있는 동안에 작성된 것이라는 이유로 조서의 증거능력을 부정된다.); 대법원, 1990. 8. 24, 90도1285 등 (변호인과의 접견교통권은 헌법상 보장된 변호인의 조력을 받을 권리의 중핵을 이루는 것으로서 변호인과의 접견교통권이 위법하게 제한된 상태에서는 실질적인 변호인의 조력을 기대할 수 없으므로 위와 같은 변호인의 접견교통권 제한은 헌법이 보장된 기본권을 침해하는 것으로서 그러한 위법한 상태에서 얻어진 피의자의 자백은 그 증거능력을 부인하여 유죄의 증거에서 배제하여야 하며, 이러한 위법증거의 배제는 실질적이고, 완전하게 증거에서 제외함을 뜻하는 것… 검사의 피고인에 대한 위 제1회 피의자신문은 변호인의 접견교통을 금지한 위법상태가 계속된 상황에서 시행된 것으로 보아야 할 것이므로, 이와 같은 취지에서 위 피의자신문조서의 증거능력이 부인된다.)

생각건대 형소법 제309조의 ‘임의성이 의심되는 자백’은 널리 위법한 절차에 의하여 수집된 자백의 증거능력 제한에 관한 규정이라고 이해하여야 한다. 변호인의 접견교통권은 피의자, 피고인의 이익을 보호하고 방어활동을 협의하기 위한 불가결하게 필요한 것이다. 즉 접견교통권은 구속된 피고인, 피의자가 변호인의 조력을 받을 수 있도록 하는 형사절차상 가장 중요한 기본권이다. 그러므로 변호인의 접견교통권을 침해하고 획득한 자백은 기본권을 침해한 위헌, 위법적인 것으로서 그 신빙성 및 임의성 유무를 판단할 것 없이 자백취득절차의 위법을 이유로 자백 배제법칙에 의하여 증거능력이 부정되어야 할 것이다. 물론 증거능력이 부인된다는 점에서 보자면 어느 학설의 입장에 서든 결론은 동일하다.

3. 변호인의 피의자신문참여권을 침해하여 얻은 자백

(1) 변호인참여권의 의의

2007년 형사소송법의 개정¹⁸¹⁾에 의하여 검사 또는 사법경찰관의 피의자신문에

180) 이재상/박미숙, “수사절차상 피의자의 변호권보장에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1994, 57면.

181) 한편, 변호인의 참여권이 법문상 인정되지 않았던 법 개정 전의 시절에도 대법원(대법원 2003. 11. 11. 2003모402 판결) 송두율 교수사건에서 구속된 피의자에 대한 변호인의 참여권에 대하여 헌법 제12조 제4항의 규정에 비추어 볼 때, 피의자의 접견교통권을 규정한 형사소송법 제209조, 제89조, 제34조의 유추적용에 의하여 구속피의자에 대한 변호인의 피의자신문권이 인정된다고 판시하였다. 또한 헌법재판소(헌법재판소 2004. 9. 23. 2000헌바138 결정) 역시 총선낙선운동사건에서 불구속피의자에 대한 참여권과 관련하여 불구속피의자에게도 변호인의 조력을 받을 권리가 인정되는지 여부가 헌법규정상 명확하지 않지만, 불구속피의자의 변호인의 조력을 받을 권리는 헌법없 대법지국가원리 총적법절차원칙에서 당연히 인정되는 내용제8 헌법 제12조 제4항은 신체구속을 당한 자의 변호인의 조력을 받을 권리의 중요성을 고려하여 별도로 명시한 것이라고 보아 불구속피의자의 변호인의 조력을 받을 권리도 헌법없 대기본권으로 인정한 바 있다. 이 당시 학설의 입장과 판시하였다참여권에 대한 긍정설과 부정설로 나뉘어 있었다. 먼저 긍정설¹⁾의 입장과 (i) 불구속피의자에 대기해였다정확성에 관한 판시하였다이의진술권을 인정한 형사소송법 제48조 제5항을 근거로 하여 (ii) 판시하접견교통권였다연장으로 피의을 받기 전에 피의자가 변호인과 신문대처방안에 대하여 협의할 수 있는 기회가 보장되겠건교통고 (iii) 판시하의 도움을 받을 권리를 최대한 보장하기 위하여 판시하선임권 및 변호인의 접견교통권에 아무런판시하을 가통

변호인이 참여할 수 있는 길이 열리게 되었다. 이로써 수사기관의 피의자신문과정에서 변호인의 도움을 받을 권리가 실질적으로 보장되게 되었다. 신문참여권이 변호인의 도움을 받을 권리를 보장하기 위한 것임을 고려하면, 피의자신문에 참여한다는 의미는 단순히 피의자신문에 입회하여 위법을 감시한다는 것을 넘어서, 필요한 경우에 변호인이 신문사항에 대해 질문하거나 답변내용을 조언하는 등의 실질적인 참여를 의미하는 것으로 보아야 할 것이다. 이하에서는 개정법에 도입된 변호인의 피의자신문에의 참여의 내용을 보고 신문참여권침해의 효과를 살피기로 한다.

(2) 참여권의 내용

가. 참여의 의의

피의자신문참여권행사의 주체는 수사기관에 의하여 피의자신문을 받는 피의자 또는 변호인, 법정대리인과 배우자, 직계친족 또는 형제자매가 된다. 그리고 상대방은 원칙적으로 ‘당해 피의자를 신문할 검사 또는 사법경찰관’이다. 피의자 등이 변호인의 피의자신문참여를 신청한 경우에 변호인의 신문참여를 가능하기 위하여 수사기관은 사전에 신문기일과 장소를 변호인에게 통지하여야 한다. 검사 또는 사법경찰관은 원칙적으로 변호인을 신문에 참여하게 하여야 한다. 이것은 참여를 허용한다는 것이므로 수사기관이 국선변호인을 선정해 주어야 하는 것은 아니다. 그리고 참여의 기회를 주면 족한 것이므로 변호인의 참여 없이는 피의자신문이 불가능하다는 것이 아니다. 따라서 참여를 신청한 변호인이 합리적인 시간 이내에 신

고 있지 않 협젠 등을 근거로 하여 판시하였다(참여권을 인정하였다. 그러나 부정설¹⁾의 입장) (i) 형사소송법 제48조 제5항고 판시하에게 조서기해에 관한 이의진술권을 인정한 것에 불과통고 신문시와다참여권을 보장한 것이라고 볼 수는 없으며 (ii) 수사기밀을 유지할 필요성과 형사소송법 제243조의 피의자신문의 참여자를 고려하고 (iii) 그 외에 명문의 규정이 없으므로 인정할 수 없다고 보아 변호인의 참여권을 부정하였다.

문장소에 출석하지 않거나 출석을 거부하는 등 참여할 수 없음이 명백한 경우에는 변호인의 참여 없이도 신문할 수 있다. 그리고 신문에 참여하고자 하는 변호인이 2인 이상일 경우에는 피의자신문에 참여할 변호인 1인을 지정하여야 하며, 지정이 없는 경우에는 검사 또는 사법경찰관이 이를 지정할 수 있다(제243조의 2 제2항)..

나. 내용

원칙적으로 신청권자의 신청 즉시 그리고 충분한 보장이 이루어져야 한다. 변호인의 참여신청에 대해 수사기관이 거부하면 위법한 수사가 된다. 물론 헌법상 보장된 다른 기본권과의 조화를 이루어야 하므로 법률의 규정 등 정당한 사유가 있으면 변호인의 신문참여를 제한 할 수 있다. 신문에 참여한 변호인은 원칙적으로 신문 후 의견을 진술할 수 있다. 다만 신문 중이라도 부당한 신문방법에 대하여 이의를 제기할 수 있고, 검사 또는 사법경찰관의 승인을 얻어 의견을 진술 할 수 있다(제243조의 2 제3항). 한편의견을 진술은 변호인의 의견진술에 대해서만 규정 한편있으나 피의자에 대한 신문 중에 피의자의 요청에 따라 조연과 상담을 제공하는 것은 변호인의 조력을 받을 권리의 핵심적 내용으로서 당연히 허용된다한편할 것이다.¹⁸²⁾ 참여변호인의 의견이 기재된 피의자신문조서는 변호인에게 열람하게 한 후 변호인으로 하여금 그 조서에 기명날인하게 하여야 한다(제243조의 2 제4항) 검사 또는 사법경찰관은 변호인의 신문참여 및 그 제한에 관한 사항을 피의자 신문조서에 기재하여야 한다(제243조의 2 제5항). 이는 검사 또는 사법경찰관의 자의적인 참여제한을 방지하고 조서의 증거능력 및 준항고재판의 자료로 사용하기 위한 것이라고 볼 수 있다.

(3) 참여권의 제한 및 위법 부당한 참여제한 시에 얻어진 자백의 효력

182) 헌법재판소 2004. 9. 23, 2000헌바138 결정.

변호인의 참여는 피의자의 방어권을 보장하기 위한 필수적인 것이지만, 수사의 합목적적 수행이라는 관점에서 보면 적지 않은 장애물로 작용할 우려가 있다. 이러한 취지에서 형사소송법은 “정당한 사유”가 있는 경우에는 제한할 수 있음을 정하고 있다. 실상 변호인참여권의 보장의 가치만큼이나 이 제한사유는 중요한 해석적 문제를 담고 있다고 할 것이다. 그러나 이 이상의 구체적인 기준을 제시하고 있지는 않으며, 이는 학계와 판례의 몫이라고 할 수 있다.

이에 대하여 대법원판례¹⁸³⁾는 “신문을 방해하거나 수사기밀을 누설하는 등의 염려가 있다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 특별한 사정이 있음이 객관적으로 명백하여 변호인의 제한하여야 할 필요가 있다고 인정되는 경우”에 변호인의 참여를 제한할 수 있다고 판시하고 있다. 그리고 헌법재판소¹⁸⁴⁾도 역시 “변호인의 조언과 상담과정이 피의자신문을 방해하거나 수사기밀을 누설하는 경우 등에 까지 허용되는 것은 아니다”라고 판시한 바 있다. 이밖에도 변호인의 참여권을 다룬 판례가 점차 생기고 있다.¹⁸⁵⁾ 앞으로 법시행기간이 경과되면서 차츰 구체화되어야

183) 대법원 2003. 11. 11, 2003모402 판결.

184) 헌법재판소 2004. 9. 23, 2000헌바138 결정.

185) 대법원 2008. 9. 12, 2008모793 결정 (변호인의 피의자신문 참여권을 규정한 형사소송법 제243조의2 제1항에서 ‘정당한 사유’란 변호인이 피의자신문을 방해하거나 수사기밀을 누설할 염려가 있음이 객관적으로 명백한 경우 등을 말하는 것이므로, 수사기관이 피의자신문을 하면서 위와 같은 정당한 사유가 없는데도 변호인에 대하여 피의자로부터 떨어진 곳으로 옮겨 앉으라고 지시를 한 다음 이러한 지시에 따르지 않았음을 이유로 변호인의 피의자신문 참여권을 제한하는 것은 허용될 수 없다.)

대법원 2007. 1. 31, 2006모656 결정(다만, 신체구속을 당한 사람에 대한 변호인의 접견교통권은 헌법상 기본권의 하나로 보장되고 있는 신체구속을 당한 사람이 변호인의 조력을 받을 권리와 표리관계에 있는 것이므로 그 접견교통권의 행사가 위와 같은 한계를 일탈한 것이라고 인정함에 있어서는 신체구속을 당한 사람의 헌법상의 기본적 권리로서의 변호인의 조력을 받을 권리의 본질적인 내용이 침해되는 일이 없도록 신중을 기하여야 한다. 한편, 변호사인 변호인에게는 변호사법이 정하는 바에 따라서 이른바 진실의무가 인정되는 것이지만, 변호인이 신체구속을 당한 사람에게 법률적 조언을 하는 것은 그 권리이자 의무이므로 변호인이 적극적으로 피고인 또는 피의자로 하여금 허위진술을 하도록 하는 것이 아

할 것이라고 전망된다. 생각건대 이러한 정당한 사유에는 수사방해, 수사기밀누설 및 증거인멸의 위형을 들 수 있다. 따라서 신문에 참여한 변호인이 신문을 부당하게 제지 또는 중단시키는 행위, 피의자의 특정한 답변이나 진술번복을 유도하는 행위, 신문내용을 촬영, 녹음하는 행위 등은 신문을 방해하는 행위로서 수사방해로 볼 수 있을 것이다. 그러나 진술거부권의 행사를 권유하는 행위는 헌법상 보장된 권리의 행사로서 참여권행사의 제한사유인 정당한 이유에 해당하지 않는다고 보아야 한다. 또는 효과적인 참여와 조언을 위한 수단으로서 신문과정 등을 메모하는 행위도 신문참여의 제한사유에는 해당하지 않는다고 보아야 할 것이다.

이러한 정당한 사유가 인정되지 않음에도 변호인의 참여권을 인정하지 않는다면 직접적으로는 수사상 처분을 대상으로 하는 준항고를 제기할 수 있을 것이다. 뿐만 아니라 변호인의 참여를 인정하지 않은 상태에서 피의자신문이 이루어졌으며 이에 기하여 얻어진 자백은 그 증거능력을 인정할 수 없다고 보아야 한다. 그 증거능력부인의 근거는 곧 형사소송법 제309조의 자백배제법칙이라고 보아야 할 것이다.

종래 변호인의 피의자신문 참여권에 대한 규정을 두기 전에 수사실무에서는 i) 이를 인정하는 명문의 규정이 없고, ii) 피의자에 대한 구속기간이 제한되어 있고, iii) 진술증거의 확보와 수사기밀누설 방지책이 마련되지 않았다는 이유로 변호인의 피의자신문참여권을 인정하지 않았다.¹⁸⁶⁾ 그러다 대법원 판결¹⁸⁷⁾과 헌법재판소 결

나라 단순히 헌법상 권리인 진술거부권이 있음을 알려 주고 그 행사를 권고하는 것을 가리켜 변호사로서의 진실의무에 위배되는 것이라고는 할 수 없다. 나아가, 신체구속을 당한 피의자 또는 피고인이 범한 것으로 의심받고 있는 범죄행위에 해당 변호인이 관련되어 있다는 등의 사유에 기하여 그 변호인의 변호활동을 광범위하게 규제하는 변호인의 제척(제척)과 같은 제도를 두고 있지 아니한 우리 법제 아래에서는, 변호인의 접견교통의 상대방인 신체구속을 당한 사람이 그 변호인을 자신의 범죄행위에 공범으로 가담시키려고 하였다는 등의 사정만으로 그 변호인의 신체구속을 당한 사람과의 접견교통을 금지하는 것이 정당화될 수는 없다.)

186) 이재상, 앞의 책, 143면.

187) 대법원 2003. 11. 11, 2003모402 결정.

정에 의하여 헌법상 보장된 변호인과의 접견권의 내용으로 변호인의 피의자신문 참여권을 인정하게 되었다. 그러던 중 형사소송법은 2007.6.1.개정하면서 피의자가 신문과정에서 변호인의 도움을 받을 권리를 실질적으로 보장받기 위하여 변호인의 피의자신문 참여권을 명문으로 규정하고 있다(제243조의2).

여기서 피의자는 구속 여부와 상관없이 모든 피의자를 뜻한다. 검사 또는 사법경찰관은 정당한 사유가 없는 한 변호인을 피의자신문에 참여하게 하여야 한다(제243조의2제1항). 참여하게 한다는 것은 참여를 허용한다는 의미이므로 수사기관이 국선변호인을 선정해 주어야 하는 것은 아니다.¹⁸⁸⁾ 참여의 기회를 주면 족하며, 참여를 신청한 변호인이 신문장소에 출석하지 아니하거나 출석을 거부할 때에는 변호인의 참여 없이도 신문할 수 있다.¹⁸⁹⁾ 다만 피의자가 변호인의 참여가 없다는 이유로 진술을 거부하는 때에는 수사기관이 피의자를 신문할 수 없게 됨은 당연하다.¹⁹⁰⁾

제7절 거짓말탐지기(Polygraph)검사와 마취분석으로 얻은 자백

1. 거짓말탐지기의 검사결과에 의한 자백

(1) 의의 및 문제점

188) 미국에서는 구속된 자가 변호인을 선임할 능력이 없을 경우 법원에서 변호인을 지정하도록 하고 있고, Miranda 판결에서는 이 내용도 의무적으로 고지하도록 선언하고 있는데, 이 부분에서 현행 형사소송법과 Miranda 고지는 차이가 있다. 구속된 피의자에 대해서는 모두 의무적으로 국선변호인을 지정하도록 제도를 개선하는 것이 바람직하다고 보인다.

189) 법무부, 개정 형사소송법, 117면.

190) 이재상, 앞의 책, 145면.

거짓말탐지기(Polygraph)검사는 피검자에 대하여 피의사실에 관계있는 질문을 하여 답변시 피검자의 생리적 변화, 즉 호흡,혈압,맥박,피부 등의 반응을 검사지에 기록하고 이를 분석하여 답변의 진위여부를 판단하는 수사기법¹⁹¹⁾이다. 현실적으로 거짓말탐지기검사는 그 검사결과와 정확성의 여부이다. 그리고 일관되게 부인하는 피의자를 상대로 하여 거짓말탐지기를 사용함으로써 수사의 진척을 가져다 주는 장점이 없는 것도 아니다. 그러나 형사소송절차 그 중에서 자백배제법칙과 관련해서는 피검사자의 의사와 관계없는 생리적인 반응에 의한 진술의 진위여부판독이 진술거부권, 보다 근본적으로는 인권보장에 역행하는 수사방법이 아닌지에 대한 문제에서 시작한다.

거짓말탐지기와 관련해서는 크게 3가지의 문제점들이 지적되고 있다. 첫째는 거짓말탐지기의 사용가능성여부, 둘째는 거짓말탐지기검사결과와 증거능력유무, 셋째는 거짓말탐지기결과에 의한 자백의 증거능력에 관한 문제가 그것이다. 이 셋 중에서 본 논문의 주제인 자백배제법칙과 직접적인 관련성이 있는 사항은 첫째와 셋째의 사항이다. 둘째 사항인 거짓말탐지기의검사결과와 증거능력에 관한 문제는 관점에 따라서 자백배제법칙의 논의에 해당할 수 있다. 그러나 본인의 ‘의사작용에 의한 진술’을 그 대상으로 하는 것이 자백배제법칙임을 고려하면 단순히 생리적 작용에 의한 반응에 불과한 결과를 진술이라고는 볼 수 없을 것이다. 필요한 한도에서 둘째에 관한 쟁정도 언급하기로 한다.

(2) 이용가능성

191) 구체적으로는 피검사자의 신체에 호흡운동기록기, 혈압,맥박기록기 및 피부전기 반사기록기 등을 부착한다. 거짓말탐지기를 사용하는 전문가는 피검사자를 검사하는데 여러 가지 방법을 사용하는데, 그 중 가장 많이 사용되는 방법은 ‘통제적 질문기술’(control question technique)이다. CQT는 두 가지를 전제로 하는데, 첫째 거짓말이 감지될 것이라는 두려움에 의해 야기된 심리적 스트레스는 자율신경체계 내에서 비자율적인 생리적 반응을 일으킨다는 것, 둘째 이러한 반응에 기초하여 검사자는 이러한 두려움을 감지해낼 수 있다는 것이다(조국, 자백배제사유 재검토(2), 102면, 재인용)

거짓말탐지기는 분명 발전하는 첨단과학기술의 뒷받침을 받는 수사기법으로서 그 정확도가 날이 갈수록 향상됨은 부인할 수 없는 현실이다. 자백배제법칙과 관련해서도 일정정도는 자백강요의 위험을 막는다는 현실적 의미도 있다. 그러나 여전히 그 성능의 신뢰도와 함께 인간의 존엄과 인격권을 침해할 수 있다는 문제점을 안고 있다.¹⁹²⁾ 우리나라의 거짓말탐지기는 1979년 대검찰청 심리분석실에 최초로 설치된 이후, 현재 수사기관에서 과학적 수사방법의 일환으로 폭넓게 사용하고 있다.¹⁹³⁾ 대검찰청의 ‘거짓말탐지기 운영규정’에 따르면, 거짓말탐지기 검사는 수사기관의 의뢰나 피의자 등 사건 관계인의 요청에 따라 실시할 수 있고(제7조), 반드시 검사받을 자의 동의를 받아야 하며(동조 제2호), 피검사자의 사상이나 이념이 아닌 역사적 사실에 대한 진위 판단을 위하여 필요한 때에 실시한다(동조 제4호). 다수의 견해¹⁹⁴⁾는 거짓말탐지기의 이용가능성과 검사결과에 증거능력인정여부는 논리적인 연관성이 없다고 보아, 수사기법으로서 거짓말탐지기의 사용가능성을 긍정하는 입장을 취하고 있다. 한편 위에서 보게 될 거짓말탐지기의 증거능력을 부인하는 판례들도 논리적인 측면에서 보자면 사용가능성 자체는 인정하는 전제에 서있다고 평가할 수 있을 것이다. 생각건대 피의자가 먼저 요구해서 자신에게 유리한 결과물을 조기에 확보하여 수사에서 신속히 벗어나고자 의도하는 경우도 많이 있다는 점, 판례에서처럼 증거능력을 부인하기 때문에 사용가능성 자체만으로는 인격권 등에 대한 침해의 문제가 그다지 크지 않다는 점을 고려하면, 거짓말탐지기의 사용가능성 자체의 문제는 이를 긍정함이 타당하다고 생각한다.

(3) 검사결과에의 증거능력

192) 배종대/이상돈, 앞의 책, 659면; 신동운, 앞의 책, 1075면; 이재상, 앞의 책, 600면.

193) 조국, 앞의 논문, 102면.

194) 배종대/이상돈, 앞의 책, 659면; 이재상, 앞의 책, 605면.

이론적인 차원에서는 인권침해가능성¹⁹⁵⁾ 또는 신용성의 결여¹⁹⁶⁾를 이유로 하여 검사 자체의 가능성을 부인하는 견해들이 존재한다. 전자의 견해는 증거사용으로 인한 이익보다 그로 인하여 파생되는 해악이나 또는 희생되는 가치가 현저히 불균형하기 때문이라고 한다. 후자의 견해는 거짓말탐지기의 검사결과가 아무런 신빙성이 없는 것이기 때문에 아예 처음부터 수사방법으로서의 사용가능성을 제한하는 입장이다. 그러나 극히 제한적이기는 하지만¹⁹⁷⁾ 거짓말탐지기의 사용에 의해서 피고인이 범죄의 혐의를 좀 더 빨리 벗을 수도 있기 때문에 그러한 방어전략의 사용가능성을 일부러 빼앗을 필요는 없다는 견해¹⁹⁸⁾도 있다.

우리 대법원은 검사결과의 정확성을 확보할 수 없다는 이유로 증거능력을 부정하는 입장¹⁹⁹⁾이다. 대법원은 1983년에 “거짓말탐지기 검사결과에 대해 증거능력을 인정할 수 있으려면, ①거짓말을 하면 반드시 일정한 심리상태의 변동이 일어나고, ②그 심리상태의 변동은 반드시 일정한 생리적 반응을 일으키며, ③그 생리적 반응에 의하여 피검사자의 말이 거짓인지 아닌지가 정확히 판정될 수 있다는 세 가지 전제요건이 충족되어야 할 것이다. 특히 마지막의 생리적 반응에 대한 거짓여부 판정은 첫째, 거짓말탐지기가 검사에 동의한 피검사자의 생리적 반응을 정확히 측정할 수 있는 장치이어야 하고, 둘째, 질문조항의 작성과 검사의 기술 및

195) 신동운, 앞의 책, 890면

196) 임동규, 앞의 책, 524면

197) 이재상, 앞의 책, 603 내지 604면

198) 하태훈, “한국과 독일의 형사소송절차에 있어서의 거짓말탐지기”, 형사법학의 과제와 전망 - 성시탁 회갑기념논문집, 1993, 933면 내지 934면.

199) 참고로 이에 대한 외국의 판례들은 다음과 같다. 일본 최고재판소는 “polygraph 검사결과를 피검사자의 진술의 신용성 유무의 판단자료에 제공하는 것은 신중한 고려를 요하지만, 원심이 형사소송법 제 326조 제1항(당사자가 동의에 의한 서면,진술의 증거능력 인정)의 동의가 있었던 각 서면에 관하여 그 작성된 때의 정황 등을 고려한 끝에 상당하다고 인정하여 증거능력을 긍정한 것은 정당하다(日最判, 昭和 43(1968). 2. 8. 刑集 22卷 2号, 55面.)”고 판시하여 최초로 polygraph검사보고서의 증거능력에 관하여 신중한 태도를 보이면서도 이를 긍정하였다. 독일 연방헌법재판소(BVerfG)는 1981년에 거짓말탐지기 검사는 통상적으로는 인식할 수 없는, 자의적이지 못한 신체적 반응을 기계를 통해서 기록하도록 함으로써 피검사자를 기계의 단순한 부속물로 전락시켜 독일 기본법 제1조 제1항과 제2조 제1항에 보장되어 있는 인격권을 침해한다고 판결하였다(BVerfG, NStz, 1981, 446).

방법이 합리적이어야 하며, 셋째, 검사자가 탐지기의 측정내용을 객관성 있고 정확하게 판독할 능력을 갖춘 경우라야만, 그 정확성을 확보할 수 있는 것이다. 그러므로 이상과 같은 제반요건이 충족되지 않는 한 거짓말탐지기 검사결과에 대하여 형사소송법상 증거능력을 부여하기는 어려운 것이라고 보지 않을 수 없다.” 고 하였다.²⁰⁰⁾

생각건대 거짓말탐지기 수사결과보고서의 증거능력에 관하여 거짓말탐지기 검사 결과는 여타의 다른 전형적인 법의학적 감정결과와는 달리 최량의 조건 아래에서도 증거로서 허용될 수 있는 신뢰성을 결여하고 있을 뿐만 아니라 그 검사의 정확도, 신뢰성 및 타당성에 관하여 문제점이 많으므로, 그 검사결과 보고서는 결국 요증사실에 대하여 이른바 자연적 관련성이 없다고 하여 그 증거능력을 부정하여야 할 것이고, 공판정에서 증거로 제출되는 것이 금지되어야 할 것이다. 이와 같은 증거능력의 배제는 당사자의 동의와 관계없이 지켜져야 한다고 본다.

(4) 검사결과를 활용하여 얻은 자백의 증거능력

거짓말탐지기 검사결과를 활용하여 피의자를 신문함으로써 얻은 자백의 증거능력을 인정할 것인지에 대해서도 견해가 대립하고 있다. 먼저 기계를 이용하여 인간의 내면세계를 검증하는 행위 자체가 헌법 제10조가 규정한 인간의 존엄과 가치에 반한다는 이유로 거짓말탐지기의 사용 결과 얻어진 자백은 증거능력이 없다고 한다. 그리고 거짓말탐지기에 의한 수사는 대부분 사실이면 자백하겠다는 약속이 있게 되고, 그러한 약속은 피의자 입장에서는 ‘더 이상 수사를 받지 않겠다는 이익의 기대’ 속에서 이루어지는 것인데, 이는 수사기관과 피의자 사이에는 명시적 혹은 묵시적 교환이 있는 경우이므로 제309조의 후단의 ‘기타방법’에 해당된다

200) 대법원 1983. 9. 13, 83도712; 대법원 1983. 11. 22, 82도2087; 대법원 1985. 4. 9, 84도2277; 대법원 1985. 9. 24, 85도306; 대법원 1986. 11. 25, 85도2208; 대법원 2005. 5. 26, 2005도130.

고 하여 이를 부정하는 견해가 있다²⁰¹⁾ 반면에 검사결과가 정확할 것을 전제로 피 검사자의 동의가 있는 경우에는 위법한 강제라고 할 수 없으므로 임의성에 의심이 있는 경우가 아니므로 증거능력이 인정된다는 견해도 있다.²⁰²⁾

대법원은 “거짓말탐지기 검사시 피해자의 옷을 보고 가슴이 떨린다고 한 것이 확인되면 자백을 하기로 약속한 후 검사 장면을 촬영한 비디오테이프를 보아 그 사실이 확인되자 거짓말탐지기를 이용한 자백이 곧 임의성 없는 자백이라고 단정할 수 없다고 한 것이 있다.”²⁰³⁾

거짓말탐지기는 대개 그 결과를 토대로 자백을 유도하기 위한 수단이고, 검사시 행하는 질문도 그 대답에 따라 자백이 될 수 있는 내용을 담고 있다. 검사결과를 가지고 자백을 강요할 위험이 있다거나 또는 피의자가 최신과학시설 앞에 강한 심리적 위축을 받으므로 그 자백이 자유로운 심리상태에서 진술한 것이라고 보기도 어려워 헌법상의 진술거부권이 침해되는 위험, 위법적인 수사가 될 수 있다는 지적이 있을 수 있지만, 동의 또는 요구가 있는 경우로 한정하여 사용한 이상 이로 인한 자백의 증거능력을 부정할 이유는 없다고 생각한다.

2. 마취분석(narcoanalysis)에 의한 자백

마취분석(narcoanalysis)이란 마약 등의 약물을 사용하여 인간의 기억 또는 잠재의식에 남아 있는 범죄의 흔적을 찾아내려는 방법이다. 1950년대까지 서구의 형사절차에서 마취분석은 과학적 수사방법의 하나로 인정되었으나, 현재는 마취분석에 사용되는 약물이 중대한 신경손상 등의 상해는 물론 나아가 사망을 초래할 수

201) 신동운, 앞의 책, 1075면.

202) 배종대/이상돈, 앞의 책, 592면; 이재상, 앞의 책, 537면.

203) 대법원 1983. 9. 13, 83도712.

있는 위험성이 있고, 약물에 의하여 인간의 의사지배능력을 배제하고, 인간의 존엄과 가치를 부정하여 인격권(헌법 제10조 제37조 제1항)을 침해하고, 또한 진술거부권을 침해하는 비인도적이고 위법한 수사방법이다. 이 방법은 상대방의 동의여부와 상관없이 제309조에 의해 증거능력이 배제된다.²⁰⁴⁾ 독일 형사소송법 제136조의 a는 투약을 금지된 신문방법의 예로 명시적으로 규정하고 있다. 같은 이유에서 催眠術에 의한 자백도 증거능력이 인정되지 않는다고 보아야 할 것이다.²⁰⁵⁾ 미국 법원은 최면에 의한 자백과 피고인이 자기를 위해서 한 최면 상태의 진술 모두에 관해 증거능력을 부정하고 있다.²⁰⁶⁾

제8절 소결

이상에서 자백이 임의성을 이유로 하여 증거능력이 배제되는 사유들 중에서 ‘기타 임의성이 의심되는 사유’를 중심으로 보았다. 이러한 위법사유들과 법문에 명시되어 있는 ‘고문, 폭행, 협박 등’과는 과연 어떠한 차이가 있는지에 대해서 의견이 일치하지 않는다. 전자가 정형화되지 않는 자백배제사유라면 후자는 정형화된 자백배제사유로 볼 수 있다.²⁰⁷⁾ 그래서 전자의 범위에 속하는 것들을 일정 정도 유형화할 수는 있겠지만, 모든 사안에 들어맞는 적법성의 판단을 미리 제시하는 것은 현실적으로 불가능하다. 그럼에도 이상의 논의에서 언급된 12개의 사례군은 학계와 판례에서 중심으로 논의되는 것들이다. 각각의 쟁점은 서로간에 다른 쟁점들과는 고유한 속성, 관련 법령상의 제한 그리고 고려해야 할 기본권의 중

204) 배종대/이상돈, 앞의 책, 592면; 백형구, 條解형사소송법(제1판), 법률문화원, 2002, 723면; 신동운, 앞의 책, 1075면; 이재상, 앞의 책, 537면; 차용석/최용성, 앞의 책, 232면; 조국, 앞의 논문, 104면.

205) 신동운, 앞의 책, 1075면.

206) *People v. McNichol*, 100 cal. App. 2d. 554; *State v. Hudson*, 289 S.W.920.

207) 조국, “자백배제법칙의 근거와 효과 그리고 임의성 입증”, 법학, 제43권 제1호, 서울대학교법학연구소, 2002. 376면(여기에서는 민주화된 사회임에도 여전히 후자의 사유는 일소되지 않았으며 전자의 위법사유들은 감시를 게을리 하지 않아야 한다고 파악한다.).

류가 서로 상이하다. 그리고 변화하는 수사실무상의 기법들은 또 다른 문제나 쟁점을 야기시킬 것임이 분명하다. 그럼에도 불구하고, 각각의 해당 쟁점에서 사용된 판단방법이나 기준들 그리고 고려해야할 사항 등을 연역적으로 판단할 수 있는 능력이 뒷받침되면서 역사적으로 살펴보는 성찰이 수반되고 현재의 시점에 적용할 수 있는 법논리의 개발이 이어진다면, 그다지 우려할 만한 일은 아니라고 생각한다.

생각건대, 이러한 무한, 비정형성에 대해 신속하면서 적절한 대처방안이 되면서 당장 도입할 수 있는 제도로서는 변호인의 조력을 받을 권리를 대폭 확대하는 것이라고 생각한다. 법률전문가가 수사단계에서부터 피의자와 함께하여 서로 상의하고 조언을 제공하는 등의 도움을 받는 상태가 원칙적으로 이루어진다면, 위법자백에 대하여 적절하고도 적시성있는 보호방안이 될 것으로 생각한다. 이것은 증거능력배제라는 사후적 수단의 한계를 뛰어넘어서 자백배제법칙의 근본적인 취지를 실현하는 것이라고 생각한다. 무엇보다 ‘비정형성’에 대한 대처방안으로서 그 실효성에 매우 클 것으로 생각한다.

제5장 임의성없는 자백의 법적 효과

제1절 인과관계의 문제

1. 학설 및 판례

형사소송법 제309조가 규정하고 있는 자백의 임의성에 영향을 미칠 사유와 자백 사이에 인과관계가 있어야 하는가에 대해서는 견해가 대립하고 있다. 적극설²⁰⁸⁾은 임의성에 영향을 미칠 사유와 자백 사이에는 인과관계가 있어야 하며, 이러한 인과관계가 인정되지 않는 경우에는 자백을 증거로 사용할 수 있다고 한다. 또한 종합설에서도 원칙적으로 인과관계가 요구된다고 본다. 다만 국가기관의 중대한 위법활동이 인정되면 이때에는 자백의 임의성을 문제 삼지 않고 곧바로 자백의 증거능력을 부인한다. 이 경우에는 제309조 이외에 마치 위법수집증거배제법칙을 규정한 제308조의 2가 중첩적으로 적용된 것과 같은 결과가 된다는 것이다.²⁰⁹⁾

소극설은 자백사실과 형사소송법 제309조의 사유가 인정되면 양자 사이의 인과관계를 묻지 않고 자백의 증거능력을 부인해야 한다는 견해이다. 위법배제설에서 주장되는 견해로서 일단 임의성을 의심할 만한 사정이 존재하기만 하면 인과관계의 존부와 관계없이 자백을 증거로 사용할 수 없다는 견해이다. 위법배제설은 자백배제법칙을 수사기관의 위법활동에 대한 정책적인 제재수단으로 파악하기 때문에 자백의 임의성에 영향을 미칠 사유가 확인되면, 자백의 임의성에 영향을 미쳤는가 여부를 묻지 않고 곧바로 자백의 증거능력을 부인한다.²¹⁰⁾ 위법사유와 자백

208) 허위배제설과 인권옹호설 그리고 절충설을 취할 경우에는 임의성에 영향을 미치는 사유와 자백사이에 인과관계를 요한다고 보는 것이 논리적 결론이다(신양균, 앞의 책, 699면).

209) 신동운, 앞의 책, 1077면.

과의 조건관계만 있으면 되고, 그 임의성 없음과의 인과관계는 불필요하다는 견해도 이와 실질적으로 소극설의 입장으로 볼 수 있다.²¹¹⁾ 한편 위법사유와 자백 사이에 인과관계가 존재하지 않는다고 하더라도 이러한 위법은 제308조의 2(위법수집증거의 배제)에 의하여 증거능력이 부정될 것이기 때문에 인과관계는 별도로 필요하지 않다는 견해도 존재한다.²¹²⁾ 이 견해는 결과적으로 인과관계의 요부를 검토할 필요없이 임의성 및 중대한 위법의 유무를 순서대로 검토하면 족하다고 한다.

대법원²¹³⁾은 인과관계의 존재는 추정된다는 것을 전제로 인과관계요구설을 취하였다.²¹⁴⁾ 대법원은 “임의성 없다고 의심할 만한 이유가 있는 자백은 그 인과관계의 존재가 추정되는 것이므로 이를 유죄의 증거로 하려면 적극적으로 그 인과관계가 존재하지 아니하는 것이 인정되어야 할 것” 이라고 하였다.²¹⁵⁾

2. 검토

생각하건대 위법행위를 절대적으로 방지하는 것이 헌법 제12조 제7항과 형사소

210) 배종대/이상돈, 앞의 책, 593면; 정영석/이형국, 앞의 책, 342면; 임동규, 앞의 책, 482면; 이은모, 앞의 논문, 165 내지167면.

211) 차용석/최용성, 앞의 책, 518면; 이재상, 앞의 책, 538면.

212) 정용석/백승민, 형사소송법(전정제1판), 대명출판사, 2007, 209면.

213) 이와 관련하여 일본 판례는 “이 양식차입금지와 자백 사이에 인과관계가 추측되고 적어도 그러한 의심이 가는 사안임에도 불구하고, 본건 양식차입금지가 어떤 이유로 행해 졌었는가나 그리고 또 그것과 자백간의 인과관계의 존부가 전기 의심의 존부에 관하여 고찰함이 없이...”라고 하여 인과관계의 존재를 구하고 있다(일최판 최고재판소 1957. 5. 31).

214) 대법원 1984. 4. 24, 84도135.

215) 동 판례의 위와 같은 결론에 앞서 다음과 같이 판시하였다. (법 제309조의 취지는 피고인의 자백이 고문, 폭행, 협박, 신체구속의 부당한 장기화 또는 기망, 기타의 방법으로 임의로 진술한 것이 아닌지의 여부를 밝히기가 매우 어려운 점을 고려하여 자백이 동조 소정의 사유로 임의성이 없다고 의심할 만한 이유가 있는 한 그 자백과 위 사유와 사이에 인과관계가 있음이 밝혀지지 않더라도 그 자백은 증거능력을 가지지 못하는 것이다. 반면 피고인의 자백이 동조 소정의 사유로 임의성이 없다고 의심할 만한 이유가 있는 경우라도 그 자백과 임의성이 없다고 의심하게 된 사유와 사이에 인과관계가 존재하지 않는 것이 명백하여 그 자백이 임의성 있는 것임이 인정되는 때에는 그 자백은 증거능력을 가진다 할 것이다.)

송법 제309조의 취지에 부합하면서, 입증곤란의 구제를 도모한다는 측면에서 보자면 소극설이 타당하다고 생각한다. 또한 제309조는 위법배제설에 따라 해석하는 것이 타당하므로 임의성을 의심하게 하는 위법사유가 존재하면 인과관계의 존부와 관계없이 자백의 증거능력을 부인하여야 할 것이다. 어떤 행태로든 인과관계를 요구하게 되면 제309조의 적용범위는 실제적으로 제한되는 결과를 가져오게 될 것이기 때문이다. 무엇보다 객관적인 적용기준과 통일된 해석원리를 제공한다는 점에서 다른 학설보다 더 우월하다고 할 것이다.²¹⁶⁾

제2절 임의성의 입증

1. 거증책임의 소재

거증책임분배론을 주장하는 통설은 자백의 임의성에 대한 거증책임이 검사에게 있다는 견해이다.²¹⁷⁾ 그 밖에 자백을 증거로 제출한 당사자가 증거능력의 기초되는 사실에 대한 거증책임을 진다고 보는 것이 공평의 이념에 합치된다는 점²¹⁸⁾, 피고인의 방어능력이 취약하다는 점²¹⁹⁾, 피고인에게 유리하다는 점²²⁰⁾ 등을 그 이유로 들고 있다.²²¹⁾ 거증책임부정설은 피고사건의 구체적 진실발견은 법원의 책무

216) 이은모, 앞의 논문, 163면.

217) 이재상, 앞의 책, 530면 ; 백형구, 앞의 책, 611면.

218) 백형구, 앞의 책(형사소송법 강의), 624면; 이은모, 앞의 논문, 166면.

219) 신동운, 앞의 책, 1081면.

220) 정용석/백승민, 앞의 책, 210면.

221) 한편 임의성을 의심케 하는 사실은 피고인이 쉽게 증명할 수 있는 대상이 아니므로, 피고인은 임의성의 기초사실을 다투기만 하면 입증부담을 이행하지 못했을 지라도 합리적 의문은 발생한 것으로 보고, 검사가 위법수사의 부존재를 엄격한 증명으로 입증하지 못하는 한 in dubio pro reo의 원칙에 따라 자백의 증거능력이 배제될 수 있다는 견해(배종대/이상돈, 앞의 책, 596면; 조국, “자백배제법칙의 근거와 효과 그리고 임의성입증”, 법학, 제43권 제1호, 서울대학교법학연구소, 2002. 388면)도 이와 통설과 다르지 않은 견해로 평가할 수 있다.

로서 거증책임의 여지가 없었다고 한다. 따라서 소송법적 사실의 증명이 불분명한 경우 “의심스러울 때는 피고인에게 유리하게” 라는 원칙에 따라 자백의 증거능력을 부정하게 된다는 견해이다.²²²⁾²²³⁾ 수사기관의 위법행위를 입증하는 것은 신체상의 명백한 흔적이나 내부목격자의 증언 등이 없는 한 사실상 불가능하다는 점도 고려해야 한다는 견해²²⁴⁾도 있다.

이에 대한 대법원의 입장이 일관된다고 하기 어렵다. 종전의 대법원판례는 진술의 임의성을 잃게 하는 사정은 피고인의 임의성에 대한 이의제기만으로는 불충분하고, 자백의 임의성을 의심스럽게 하는 구체적 사실을 들어 임의성을 공격해야 한다는 것이며, 이에 의해서 자백의 임의성에 합리적이고 상당한 정도의 의심이 있을 때 비로소 검사에게 그에 대한 거증책임이 돌아간다는 것이다.²²⁵⁾고 하였다. 그 이후에는 “피고인이 그 임의성을 의심할 만한 합리적인 이유가 되는 구체적인 사실을 입증할 것이 아니고 검사가 그 임의성에 대한 의문점을 해소하는 입증을 하여야 한다.”²²⁶⁾라고 판시하고 있다. 한편 “피고인이 진술의 임의성을 다투는 경우 법원은 적당하다고 인정하는 방법에 의하여 조사한 결과 그 임의성에 관하여 심증을 얻게 되면 이를 증거로 할 수 있는 것이고 반드시 검사로 하여금 그 임의성에 관한 입증을 하게 하여야 하는 것은 아니다”²²⁷⁾라고 판시하여 기존 입장을 고수하는 태도를 보이기도 하였다. 그러나 다시 임의성에 다툼이 있을 경우 검사에게 입증책임이 있다고 판시하기도 하였다.²²⁸⁾

222) 배종대/이상돈, 앞의 책, 500면, 신동운 앞의 책, 1081면.

223) 그 밖에 검사는 피고인이 임의성에 대하여 이의를 제기한 경우에 한하여 임의성을 입증하여야 하지만 피고인의 이의는 단순한 주장으로는 족하지 않고 구체적 사실을 들어 임의성을 공격할 것을 요한다는 견해(서일교, 앞의 책, 178면)와 피고인이 고문 등 구체적인 사실을 들어 ‘합리적이고 상당한 의심이 생길 정도’의 입증을 할 때 임의성에 대한 입증책임을 검사가 지게 된다는 견해(신현주, 앞의 책, 274면)도 있다.

224) 조국, 앞의 논문, 388면.

225) 대법원 1984. 6. 26, 84도748; 대법원 1984. 8. 14, 84도1139.

226) 대법원 1998. 4. 10 97도3234; 대법원 2000. 1. 21, 99도4940.

227) 대법원 1999. 9. 3, 선고 99도2317.

생각건대 임의성에 의심이 있다는 이의를 제기하는 것만으로 부족하고 구체적 사실을 들어 임의성을 공격해야 한다는 판례는 임의성의 거증책임이 검사에게 있다는 것을 무의미하게 만드는 결과가 된다.²²⁹⁾ 제309조가 임의로 진술한 것이라고 의심할 만한 이유가 있는 때에는 유죄의 증거로 하지 못한다고 규정하고 있으므로 피고인이 자백의 임의성을 다투는 경우에는 자백의 임의성에 대한 거증책임은 검사에게 있다고 해야 한다. 또한 곧 거증책임의 소재에 선행하는 형사절차에서의 무죄추정의 원칙에서도 찾을 수 있을 것이다.

2. 임의성에 대한 입증 방법

자백의 임의성을 결정하는 기초사실을 엄격한 증명에 의하여 증명하여야 하는지 아니면 자유로운 증명으로 충분한가 하는 문제가 있다. 엄격한 증명을 요한다는 견해에 의하면 임의성의 기초되는 사실은 책임관련적 소송법적 사실²³⁰⁾이므로 엄격한 증명이 필요하다고 한다.²³¹⁾ 즉 임의성여부는 피고인에게 있어서는 유죄인정에 결정적 역할을 하는 중대한 이해관계가 걸려있고²³²⁾, 소송절차 전체의 합법성과 연관되며²³³⁾ 자유로운 증명설을 취하면 법원이 임의성이 없는 사실의 존재를 쉽게 인정할 수도 있지만 부존재의 결론도 그만큼 쉽게 내릴 수 있기 때문²³⁴⁾이라고 한다. 이에 반하여 자유로운 증명설²³⁵⁾은 자백의 임의성은 소송법적 사실에 불

228) 대법원 2000. 1. 21. 99도4940; 대법원 2006. 11. 23. 2004도7900.

229) 이은모, 앞의 논문, 166면.

230) ‘책임관련적’이란 의미는 다음과 같다. 즉 순수한 소송법적 사실과 달리 임의성의 기초되는 사실은 자백의 증거능력여부를 결정함으로써 유죄인정의 결정적 증거가 되어, 결과적으로 자백의 증거사용여부가 피고인의 유·무죄에 대한 판단을 실질적으로 좌우한다는 특성을 가지기 때문이다.

231) 배종대/이상돈, 앞의 책, 594면.

232) 이은모, 앞의 논문, 167면.

233) 신현주, 앞의 책, 591면.

234) 배종대/이상돈, 앞의 책, 596면.

235) 이제상, 앞의 책, 539면; 백형구, 앞의 책(형사소송법 강의), 624면; 신양균, 앞의 책, 710면; 임동규,

과하다는 점,²³⁶⁾ 일정한 소송법적 사실이 피고인에게 불리한가 여부나 임의성이 없게 된 사유에 따라 증명의 방법이 달라질 수 없다는 점,²³⁷⁾ 법원이 임의성을 의심하게 하는 사유가 존재하는지 여부에 대하여 자유로운 증명에 맡김으로써 자백배제법칙을 더욱 용이하게 적용할 수 있다는 점²³⁸⁾을 근거로 한다.²³⁹⁾

이와 관련하여 대법원은 자유로운 증명설을 위하고 있다. 대법원의 대표적인 판시사항은 다음과 같다. ‘법원은 구체적 사건에 따라 피고인의 학력, 경력, 직업, 사회적 지위, 지능 정도, 진술의 내용, 피의자신문조서의 형식 등 제반 사정을 참작하여 자유로운 심증으로 위 진술이 임의로 된 것인지 아닌지를 판단하면 된다.’²⁴⁰⁾ “구체적인 사건에 따라 증거조사의 방법이나 증거능력의 제한을 받지 아니하고 제반 사정을 종합 참작하여 적당하다고 인정되는 방법에 의항 자유로운 증명으로 그 임의성 유무를 판단하면 된다.”²⁴¹⁾

생각건대 임의성의 기초가 되는 사실은 기본적으로는 소송법적 사실에 해당하나, 이러한 사유의 존재 여부는 자백의 증거능력 유무를 결정하고, 그에 따라 피고인의 유죄 인정에 결정적인 역할을 한다. 따라서 피고인의 이익보호라는 관점에서 임의성의 기초사실에 대한 증명은 엄격한 증명이어야 한다고 해석하는 것이 타

앞의 책, 483면.

236) 이재상, 앞의 책, 539면.

237) 신양균, 앞의 책, 710면.

238) 임동규, 앞의 책, 483면.

239) 한편 절충설로서, 중대한 위법사유인 고문, 폭행, 협박, 신체구속의 장기화, 기망 등의 경우에는 엄격한 증명을 그리고 기타의 사유에 대해서는 자유로운 증명을 각각 요구하는 것이 타당하다고 한다. 소송법적 사실과 실체법적 사실을 구별하는 견해는 지나치게 형식적 기준에 집착한다고 비판한다. 그리고 엄격한 증명이 피고인의 보호를 위하여 요구되고, 중대한 위법사유가 주장된 경우에는 강압수사의 예방을 위하여 공개적으로 신중한 조사가 행해져야 한다고 한다(신동운, 앞의 책, 1080면).

240) 대법원 2006. 10. 26, 2004도8106; 대법원 2004. 10. 28, 2003도8238; 대법원 2004. 3. 26, 2003도8077; 대법원 2003. 5. 30, 2003도705; 대법원 1999. 11. 12, 99도3801; 대법원 1998. 3. 13, 98도159 등 다수.

241) 대법원 2001. 2. 9, 2000도1216.

당할 것이다. 따라서 검사가 임의성의 기초사실에 대한 거증책임을 부담하면서 증거능력이 있고 법정의 증거조사절차를 거친 증거에 의해 임의성의 존재를 증명하여야 하고, 법관이 임의성의 존재에 대해서 확실한 심증을 형성하지 못할 때에는 당해 자백을 유죄의 증거로 사용할 수 없다고 할 것이다.²⁴²⁾

242) 이은모, 앞의 논문, 167 내지 168면.

제6장 결론

형사소송법의 역사는 자백의 역사라고도 할 수 있고, 자백에 관한 근대적 형사소송법의 역사는 위법한 자백의 억제역사라고 할 수 있다. 즉 자백배제법칙은 근대와 현대에 있어서 인권보장의 역사와 그 궤를 같이 한다. 이러한 자백배제법칙은 수사의 효율성 등을 이유로 자백을 중시할 수밖에 없는 수사실무에 있어서 다소 상충되는 영향을 미칠 수 있음을 인정하지 않을 수 없다. 그러나 자백배제법칙이 보호하고 추구하고자 하는 개별 피의자와 피고인의 생명, 신체 그리고 자유에 대한 보장과 민주국가로서의 기본적인 가치의 보장은 어느 한 사건의 위법한 자백에 의한 실제진실의 발견보다 훨씬 더 중요한 가치가 있다고 할 것이다.

자백은 수사의 대상자에게 가장 불리한 대응방법이다. 대개 진실이기도 하겠지만, 반드시 사실에 부합하는 것만은 아니다. 자백이 설사 진실에 부합하더라도 이를 획득하는 과정에서 희생될 수 있는 더 큰 공동체적 가치와 개인적 권리가 존재한다는 것도 간과해서는 안 된다. 또한 피의자는 개별적인 자연인이고 수사기관은 공권력행사의 주체이므로 피의자에 대한 적절한 방어방법을 구비해 주지 않는다면 실질적인 인권보장의 실현에도 부합하지 않을 것이다.

이 논문의 전반부에서는 자백과 자백배제법칙이 수사과 형사소송에서 갖는 위치와 그 기본적인 관점을 바탕으로 거시적인 관점에서 자백배제법칙을 파악하였다. 후반부에서는 자백배제법칙의 미시적인 논점, 그 중에서 '기타 임의성이 의심되는 사유'를 중심으로 현행 수사실무와 대법원판례의 입장 그리고 학자들의 견해들을 구체적으로 고찰해 보았다.

먼저 근본적으로 자백배제법칙은 헌법상의 원칙이다. 따라서 자백배제법칙은 헌

법상의 선언을 최대한 실현하는 방향으로의 해석이어야 한다. 그 헌법상의 방향은 주된 목적이 기본적인 인권의 신장이면서 부수적으로는 탈법적인 수사관행의 개선에 있다. 즉 자백을 얻기 위한 무조건적인 수단과 방법이 전혀 통제되지 않았을 때에는, 인권침해의 소지가 많을 뿐만 아니라 대한민국이 지향하는 공동체의 지향점은 요원할 뿐이다. 이런 점에서 자백위주의 수사관행을 통제하려는 자백배제법칙이 정당할 뿐만 아니라, 그 근거는 위법배제설에서 찾을 수 있다. 그리고 개별 사안에서도 자백배제법칙은 그 적용을 확대하는 방향으로 나아가야 할 것이며 또한 재판과정에서도 충분히 이를 실현할 수 있어야 한다. 그래서 인과관계의 불요, 검사의 증거책임, 엄격한 증명책임 등의 결론에 이르게 되었다.

인권과 수사의 효율성은 상반된 이해관계를 갖는 것으로서 언제나 후자가 전자의 영역을 침해할 가능성이 있어서 세심한 감시와 견제가 필요하다. 자백배제법칙은 증거법적인 측면에서의 감시 및 견제책이라고 할 수 있을 것이다. 이 논문에서 논의한 것들은 다양한 실제사례에 적용하는데 도움이 될 수 있을 것으로 생각한다. 그러나 지금까지 논의한 자백배제법칙만으로는 위법한 자백이 없는 수사를 확보할 수 없음이 그 동안의 교훈이자 현재의 실상이라고 할 수 있다. 따라서 자백획득을 위한 위법행위의 무한성, 비정형성, 급변하는 사회현상, 더욱 높아지는 시민의 권리의식 그리고 수사기관의 향상된 인권의식 등을 고려하여 앞으로 보완되어야 할 몇 가지 필요한 사항에 대한 제언을 하고자 한다.

첫째, 변호인의 조력을 받을 권리를 최대한 보장하는 방안이다. 변호인의 조력을 받을 권리를 최대한 보장해 줌으로써 당장에 자백위주의 수사에 수반되는 위법한 행위를 실효적으로 억제할 수 있다고 생각한다. 자백배제법칙 등의 원리는 사후적인 통제수단이라는 점이라는 점에서, 이와 비교하여 사전적인 대비책으로서 법률전문가인 변호인은 위법수사의 감시와 인권침해의 사전차단의 임무를 동시에 수행할 수 있는 장점이 있다고 본다.

둘째, 과학적 수사에 대한 적극적인 지원 및 활용을 들 수 있다. 과학수사는 과학기술의 발전에 맞추어 그 위치와 속도를 같이 한다고 볼 수 있다. 그리고 과학수사에 의한 증거는 그 과학적 정확성으로 인하여 수사와 재판에서 자백 못지않게 유죄입증에 유용하게 사용될 수 있다. 물론 지금까지 수사실무상 예상하지 못하였던 적법절차상의 문제점을 새로이 양산할 수도 있다. 그러나 다각적인 증거수집방법은 피의자의 인권보장과 범죄의 실체발견에 많은 도움이 될 것이다.

셋째, 수사인력의 전문화의 필요성을 들 수 있다. 사실, 다소간의 강압적인 수사가 수사인력의 전문성의 부족현상에서 기인한다는 점은 수사일선에 있는 실무자들간에 있어서는 나름대로 설득력있는 항변이다. 수사인력의 전문화는 곧 수사과정에서의 불법을 최소화할 수 있는 초석이 될 것이다.

넷째, 관련 법령상의 시의적절한 제정 및 개정이 이루어져야 한다. 형사절차법정주의로 인하여 수사의 방식에 있어서 재량을 발휘할 수 있는 영역은 그다지 넓지 않다. 공권력의 행사에 있어서 법적근거가 없는 행위를 할 수는 없는 것이며, 이는 편법적인 수사관행의 한 원인이 되기도 한다. 적시에 법령의 정비가 이루어진다면, 위법의 소지가 있는 행위를 미리 회피할 수 될 수도 있을 것이다.

끝으로, 이러한 논의와 보완해야 할 것들을 바탕으로 하여 수사의 영역에서 수사의 효율성과 자백의 임의성이 적절한 긴장관계를 유지하면서, 인권의 존중 그리고 범죄통제라는 상충되는 목적이 조화롭게 달성되는 형사절차가 조속히 정착되기를 바라면서 글을 맺고자 한다.

참 고 문 헌

[국 내 문 헌]

1. 단행본

- 강구진, 형사소송법원론, 학연사, 1986.
- 권오병, 형사소송법, 일신사, 1965.
- 김기두, 형사소송법(전정신중판), 박영사, 1987.
- 김철수, 헌법학개론(제10전정신판), 박영사, 2000.
- 박승욱, 미란다원칙, 도서출판 법수레, 2007.
- 배종대/이상돈, 형사소송법(제6판), 홍문사, 2006.
- 백형구, 형사소송법강의(제8정판), 박영사, 2001.
- _____, 條解 형사소송법(제1판), 법률문화원, 2002.
- _____, 알기 쉬운 형사소송법(제4판), 박영사, 2007.
- 서일교, 형사소송법(제8개정판), 박영사, 1979.
- 신양균, 형사소송법(제2판), 법문사, 2004.
- 신동운, 신형사소송법, 법문사, 2008.
- 신현주, 형사소송법(신정제2판), 박영사, 2002.
- 심희기, 형사소송법판례(제2판), 홍문사, 2003.
- 이시윤, 신민사소송법(제4판), 박영사, 2008.
- 이영란, 한국형사소송법(개정판), 나남신서, 2008.
- 이재상, 신형사소송법(제2판), 박영사, 2008.
- 임동규, 형사소송법(제5판), 법문사, 2008.
- 정영석/이형국, 형사소송법, 법문사, 1996.
- 정웅석/백승민, 형사소송법(전정제1판), 대명출판사, 2007.

차용석, 형사소송법연구, 박영사, 1984.
_____, 형사증거법, 한국사법행정학회, 1988.
_____, 형사소송법, 세영사, 1997.
차용석/최용성, 형사소송법(제2판), 세영사, 2004.

2. 논문

권오봉, "자백배제법칙에 관한 연구", 고려대학교 석사학위 논문, 1998.
류혁상/권창국, "증거의 신빙성 제고를 위한 효과적인 증거수집 및 현출 방안", 「연구총서」 05-22, 한국형사정책연구원, 2005.
박상기/탁희성, "자백의 임의성과 증거능력에 관한 연구 - 판례를 중심으로", 한국형사정책연구원, 1997.
백형구, "형사소송법 제309조의 입법취지와 적용범위", 「월간고시」, 1985. 12.
봉 욱, "철야조사에 의하여 얻은 자백의 증거능력(대법원 1997.6.27.95도1964 판결 및 대법원 1998.4.10 97도3234 판결)", 형사판례연구(7), 박영사, 1999. 7.
오영근/박미숙, "위법수집증거배제법칙에 관한 연구", 한국형사정책연구원, 1995.
이은모, "자백배제법칙의 근거와 임의성의 입증", 「법학논총」, 제24집 제2호, 한양대학교 2007. 2.
이재상, "자백의 증거능력", 경희대학교 논문, 제15집, 인문사회과학편, 1986.
_____, "자백의 증거능력", 「고시계」, 1995. 5.
_____, "형사소송법 일부개정법률안에 관하여", 국회법제사법위원회 공청회발표자료, 2006. 9. 25, 20면 내지 21면.
이재상/박미숙, "수사절차상 피의자의 변호권보장에 관한 연구", 한국형사정책연구원, 1994
이재홍, "자백의 임의성에 관한 미국과 영국의 태도 및 그 한국적 조명(1)", 「사법행정」, 1989년 6월호.
_____, "자백의 임의성에 관한 미국과 영국의 태도 및 그 한국적 조명(4)", 「사법행정」, 1989년 9월호.

- 이진록, "위법수집증거의 배제법칙에 관한 연구", 성균관대학교 대학원 박사학위논문, 1989.
- 정동욱, "임의성없는 자백의 증거능력", 「고시계」, 1993. 6.
- 정준섭, "개정 형사소송법과 자백의 증거능력", 「중앙법학」, 제9집 제3호, 중앙법학회, 2007. 10.
- 조 국, "자백배제법칙의 근거와 효과 그리고 임의성 입증", 「법학」, 제43권 제1호, 서울대학교법학연구소, 2002.
- _____, "불법한 긴급체포 중에 작성된 피의자 신문조서 및 약속에 의한 자백의 증거능력-대상판결: 대법원 2002.6.11.선고 2000도5701 판결", JURIST, 2003. 9
- _____, "자백배제사유 재검토(1)", JURIST, 2003. 9.
- _____, "자백배제사유 재검토(2)", JURIST, 2003. 10.
- _____, "독수과실의 원리에 대한 일고", 「형사정책연구」, 제43호, 한국형사정책연구원, 2000. 9.
- _____, "위법수집증거배제법칙 재론", 사법연구지원재단, 사법 3호, 2008.3
- 장윤석, "위법수집자백의 증거배제에 관한 연구", 한양대학교 박사학위 논문, 1992.
- 차용석, "형사소송에 있어서의 'due process'의 구현", 미국 법에서의 발전과 관련시켜, 「형사정책연구」, 제18권 제3호(통권 제71호), 한국형사정책연구원, 2007년 가을.
- 하태훈, "한국과 독일의 형사소송절차에 있어서의 거짓말탐지기", 형사법학의 과제와 전망-성시탁 회갑기념논문집, 1993.
- _____, "미국 수사과정 영상녹화제도와 영상녹화테이프의 증거능력", 「비교형사법연구」, 제8권 제1호, 한국비교형사법학회, 한국형사법학회, 2006. 7.

[외 국 문 헌]

- Albert W. Alschuler, Plea Bargaining and Its History, 79 Colum. L. Rev. 1979.
- Edward W. Cleary, McCormick on Evidence, 2rd Ed, West Publishing Co. 1982.

Lafave/Israel, Criminal Procedure, 1985.

Wigmore, Evidence. 3rd Ed. 1940.

Yale Kamisaret. al., Modern Criminal Procedure: Cases, Comments, and Questions(8th ed), 1994.

態谷弘 外 共編, 證據法大系(II), 自白, 日本評論社, 1970.

Ariadne Ioakimidis, Die Rechtsnatur der Absprache im Strafverfahren, 2001.

저작물 이용 허락서

학 과	법학과	학 번	20087028	과 정	석 사
성 명	한글 ; 주기환 한문 ; 朱起煥		영문 ; Ju Ki Hwan		
주 소	광주광역시 북구 매곡동 대성 사랑으로 APT 101동 1403호				
연락처	E-mail : khju1219@spo.go.kr				
논문제목	한글 “자백배제법칙에 관한 연구”				
	영문 "A study on the Exclusionary Rule of Involuntary Confessions"				

본인이 저작한 위의 저작물에 대하여 다음과 같은 조건 아래 조선대학교가 저작물을 이용할 수 있도록 허락하고 동의합니다.

- 다 음 -

1. 저작물의 DB구축 및 인터넷을 포함한 정보통신망에의 공개를 위한 저작물의 복제, 기억장치에의 저장, 전송 등을 허락함.
2. 위의 목적을 위하여 필요한 범위 내에서의 편집과 형식상의 변경을 허락함. 다만, 저작물의 내용변경은 금지함.
3. 배포·전송된 저작물의 영리적 목적을 위한 복제, 저장, 전송 등은 금지함.
4. 저작물에 대한 이용기간은 5년으로 하고, 기간종료 3개월 이내에 별도의 의사 표시가 없을 경우에는 저작물의 이용기간을 계속 연장함.
5. 해당 저작물의 저작권을 타인에게 양도하거나 출판을 허락을 하였을 경우에는 1개월 이내에 대학에 이를 통보함.
6. 조선대학교는 저작물 이용의 허락 이후 해당 저작물로 인하여 발생하는 타인에 의한 권리 침해에 대하여 일체의 법적 책임을 지지 않음.
7. 소속 대학의 협정기관에 저작물의 제공 및 인터넷 등 정보통신망을 이용한 저작물의 전송·출력을 허락함.

동의여부 : 동의(0) 반대()

2010년 2월

저작자: 주 기 환 (인)

조선대학교 총장 귀하