



## 치안논단

- ① 변호인 접견교통권 침해와 자백의 증거능력 / 소재용
- ② 英國警察의 管理體制 (Tripartite System을 중심으로) / 이강종
- ③ 不審檢問과 任意同行 / 이동권
- ④ Explanations on Case Attrition (Type II error) in the Korean Criminal Justice System: Perspectives of Police Investigative Process based upon U.N. World Crime Surveys / 이웅혁
- ⑤ 캐나다 경찰에 관한 연구 / 임준태
- ⑥ 국제기구의 살인발생률 통계자료의 문제점과 극복방안 / 전돈수
- ⑦ 경찰에 대한 태도형성요인에 관한 연구 / 정승민



# 변호인 접견교통권 침해와 自白의 증거능력

- 자백배제법칙과 위법수집증거배제법칙과의 관계 검토 -

■ 소 재 용\*

## I. 문제의 제기

## II. 변호인 접견교통권의 보장 및 그 침해에 대한 구제방법

## III. 자백배제법칙의 이론적 근거(=본질)에 관한 학설·판례의 검토

## IV. 변호인 접견교통권을 침해하여 얻은 自白의 증거능력

1. 자백배제법칙과 위법수집증거배제법칙과의 관계
2. 변호인 접견교통권을 침해하여 얻은 自白의 증거능력과 이론 구성의 문제

## V. 결 론

**【도표】** 자백배제법칙과 위법수집증거배제법칙과의 관계(Ⅰ)(Ⅱ)

\* 성균관대학교 대학원 법학과 박사과정(형사법전공)

### 1. 문제의 제기

#### 1. '증거의 王'으로서의 自白 및 자백배제 법칙의 기능

증거재판주의가 증거법의 기본원칙으로 자리잡고 있는 형사소송절차에 있어서, 證據(Beweis)는 사실인정의 근거가 되고 공소범죄사실의 有·無罪를 좌우하는 결정적인 자료가 된다. 그 중에서도 특히 自白(Gestandnis, confession)은 이른바 '증거의 王' (confession est regina probationum)<sup>1)</sup>으로 일컬어지며 역사적으로도 이를 획득하기 위한 각종 불법수단과 고문 등 가혹행위가 성행하였고,<sup>2)</sup> 오랜 권위주의 시대를 경험한 우리의 사법현실에 있어서도 自白의 강요는 일종의 수사관행처럼 여겨지던 시절도 있었으며,<sup>3)</sup> 민주화 이후의 최근의

형사절차에서도 헌법과 법률을 위반하고 피의자의 인권을 침해하며 여러 형태로 자백을 강요하는 수사실무와 관행이 완전히 사라진 것처럼 보이지는 않는다.<sup>4)</sup> 정치적 민주화가 이룩되었다고 해서 형사사법절차의 民主化가 자동적으로 이루어지는 것은 아니며, 수사기관의 의식과 관행 역시 쉽게 변하는 것은 아니기 때문이다. 또한 당해 형사사건의 수사·입증에 있어서 각종 단편적인 증거로부터 범죄사실을 추출하는 것만으로는 실무자의 심리적인 만족을 채워주지 못하는 경우가 많으며, 자백을 기초로 할 때 가장 유용하고 효율적일 수 있다는 現實的인 必要와 理由에서도, 자백은 여전히 다른 증거에 비하여 실무상 독자적이고 우월한 지위를 차지하며 그 획득을 위한 자백강요의 유혹과 위법수사의 위험성이 다분하다고 말할 수 있다.<sup>5)</sup>

'自白'이란 피고인 또는 피의자 자신이

1) 조 국, "자백배제법칙'의 근거와 효과, 그리고 '임의성' 입증", 『법학』 제43권 1호, 서울대학교 법학연구소, 2002.3, 375면.  
 2) 自白의 증거가치를 절대시하던 근세초기 유럽의 緝問主義 형사절차에서는, 자백을 얻기 위한 拷問이 공공연히 자행되고 公的으로 허용됨으로써 인권유린이 극심하였고 이른바 魔女裁判의 비극이 탄생되었던 역사적 배경도 있다(김성진, "자백의 위법배제법칙의 확립", 『대진논총』 제4집, 대전대학교, 1996, 193면). 이와 관련한 상세한 내용은 박상기, 『독일형법사』(서울: 율곡출판사, 1993) 및 同, 『프리드리히 폰 스페(Friedrich von Spee): 마녀재판과 고문, 그리고 그의 Cautio Criminalis』, 『연세행정논총』제14집, 연세대학교, 1988.2, 175면 이하 참조.  
 3) 예컨대 재야운동가 김근태 고문사건(대법원 1992.5.8, 91누7552), 서울대생 박종철 拷問(=물고문)致死事件(대법원 1988.2.23, 87도2358), 부천경찰서 권인숙 性拷問事件(대법원 1989.3.14, 88도2428) 등 정치·공안사건은 물론이고, 1970년대의 덕성여대 메이퀸 강간살해사건, 부산 영도구 경도장여관사건, 1980년대의 전주 비사벌 살인사건(일명 김시훈사건)과 용산 윤경화 노파 피살사건(일명 고숙중여인사건) 등 일반 형사사건에 이르기까지 우리나라에서의 拷問의 흔적은 아직도 잊혀지지 않고 있는 존재이다.  
 4) 조 국, 앞의 논문, 375-376면 참조. 더구나 불과 얼마전만 하더라도 지난 2002. 11월 초에는 서울지검 특별조사실에서 밤샘조사를 받던 폭력조직(일명 '스포츠포') 살인사건 피의자가 自白을 받기 위한 수사관들의 물고문과 구타 등 가혹행위로 인해 死亡한 사건까지 발생하여, 현직 강력부 검사(홍경령)를 비롯한 수사관들이 대거 구속되고 검찰총장과 법무부장관까지 동반교체되는 사상 초유의 사태로 연일 언론의 특뉴스를 장식한 바 있는 현실정을 보더라도, 자백의존적인 강압수사의 실무관행이 '인권정부'를 표방하는 소위 '국민의 정부' 하에서조차도 여전히 잔존하고 있던 뿌리깊은 것임을 단적으로 보여주는 생생한 증거라고 하겠다. 이를 계기로 법조계에서는, 고문 등 가혹행위를 조장하는 밤샘수사·심야수사 및 밀실수사의 관행이 근절되고 '피의자' 수사단계에서부터 변호인의 참여 및 접견교통권이 보장되어야 한다는 한 목소리를 내고 있는데, 이에 대한 제도적 개선의 요청과 필요성이 어느 때보다 가일층 설득력을 얻고 있는 상황이다.

범죄사실의 전부 또는 일부를 범하였다고 인정하는 불이익한 陳述이며, 따라서 이 자백의 수집과정에 고문이나 기타 위법한 수단이 동원되었을 경우에는 해당 自白을 증거로 사용할 수 없도록 함으로써, 자백편중의 위법수사활동에 제동을 걸고 법원에 대해서도 자백의존적인 소극적 재판경향을 불식시킬 필요성이 크다고 할 것인 바,<sup>6)</sup> 바로 이러한 차원에서 「헌법」제12조 ⑦항과 「형사소송법」 제309조는 '任意性이 의심스러운 自白'의 경우에 그 證據能力을 否定하도록 하는 自白排除法則을 명문화하여 선언하고 있다.<sup>7)</sup>

#### 2. 자백배제법칙의 적용범위와 관련한 문제상황

자백배제법칙을 규정하고 있는 형사소송법 제309조는 "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"라고 함으로써, 자백의 임의성에 영향을 미치는

사정을 구체적으로 명시하여 그 적용범위를 설정하고 있다. 그리고 이러한 適用範圍와 관련해서는 우선 제309조 前段部分의 "고문, 폭행, 협박, 신체구속의 부당한 장기화 또는 기망"으로 인한 자백의 경우에는 同條를 적용하여 그 증거능력을 배제하는 데에 異議가 없다. 왜냐 하면 이러한 방법으로 획득한 자백은 임의성이 의심되는 자백의 전형적인 例示일 뿐 아니라,<sup>8)</sup> 그러한 사유 자체가 자백수집방법으로 허용되지 않는 위법한 수단이기 때문이다.<sup>9)</sup>

그런데 後段部分에서 규정하고 있는 非定型的인 자백배제사유, 즉 "기타의 방법으로 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 이유가 있는 때"를 과연 어느 범위까지 인정할 것인지에 대해서는, 자백배제법칙의 이론적 근거(= 본질)를 어떻게 파악하는가에 따라 견해의 차이가 있고, 바로 여기에서 자백배제법칙의 구체적 적용범위에 대한 문제가 대두되는 바, 이는 한편으로는 자백배제법칙과 위법수집증거배제법칙의 각 적용범위의 한계설정과도 불가분의 관련이 있는 문제이다.<sup>10)</sup> 그리고 이와 관련하여 특히 문제되는 것 중의 하나가 변호인 접견교통권

5) 김성진, 앞의 논문, 193면; 배중대·이상돈, 『형사소송법』(제4판)(서울: 홍문사, 2001), 541면. 현실에서 자백의 강요가 왜 자행되는지 그 실질적 이유에 대해서는, 김성진, 앞의 논문, 193-194면 참조.  
 6) 배중대·이상돈, 앞의 책, 541면.  
 7) 다만 형사소송법 제309조가 "任意로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 이유가 있는 때"로 규정하고 있음에 대하여, 헌법 제12조 ⑦항은 "自意로 진술된 것이 아니라고 인정될 때"라고 하여 그 표현을 다소 달리하고 있으나, 동일한 취지의 내용을 규정한 것으로 이해되고 있다(배중대·이상돈, 앞의 책, 541면).  
 8) 대법원 1985.2.26, 82도2413(일명 고숙중여인사건판결); 백형구, 『형사소송법강의』(제8정판)(서울: 박영사, 2001), 624면; 배중대·이상돈, 앞의 책, 550면; 정영석·이형국, 『형사소송법』(서울: 법문사, 1997), 336면; 신현주, 『형사소송법』(신정판)(서울: 박영사, 1999), 521면.  
 9) 배중대·이상돈, 앞의 책, 550면; 이재상, 『형사소송법』(제6판)(서울: 박영사, 2002), 482면.

침해에 의한 자백과 진술거부권 불고지에 의한 자백의 경우이다.

따라서 이하에서는 제309조의 적용 범위의 한계영역에서 논의되는 辯護人 接見交通權 侵害에 의한 自白의 경우를 중심으로 그 證據能力 및 理論構成의 問題를, 자백배제법칙의 이론적 근거(=본질) 및 자백배제법칙과 위법수집증거배제법칙의 관계, 그리고 판례의 태도와 연계해서 검토해 보고자 한다.

## II. 변호인 접견교통권의 보장 및 그 침해에 대한 구제방법

### 1. 접견교통권의 보장 및 법적 성격, 이론적 근거

「헌법」은 제12조 ④항에서 “누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다”고 하고 있고, 이어 동조 ⑤항에서는 “누구든지…… 변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 고지받지 아니하고는 체포 또는 구속을 당하지 아니한다”고 규정하여, 체포·구속을 당한 피의자 또는

피고인의 ‘辯護人의 助力을 받을 권리’(= 변호인조력권, 변호인의뢰권, 변호권)를 기본적 인권으로 보장하고 있다. 헌법이 보장하는 이러한 辯護權의 核心 내지 中核은 ‘변호인과의 자유로운 접견교통권’이며,<sup>11)</sup> 변호인과의 자유로운 접견교통권은 체포 또는 구속을 당한 피의자·피고인의 刑事訴訟法上 가장 중요한 기본적 권리임과 동시에, 변호인에 대하여도 辯護人의 固有權 가운데 가장 중요한 권리로서의 의미를 지니고 있다.<sup>12)</sup>

이러한 의미에서 「형사소송법」은 이의 구체화를 위한 필수적 전제로서 辯護人選任權(동법 제30조)과 選任依賴權(동법 제90조)을 보장함과 동시에, 신체구속을 당한 피의자·피고인에 대한 辯護人選任權의 告知義務를 국가기관에 대하여 요구하고 있고(동법 제88조, 제209조), 또 이들에 대한 ‘변호인의 접견교통권’을 규정하면서(동법 제34조), 이 ‘변호인의 접견교통권’ 및 체포 또는 구속된 피의자·피고인의 ‘변호인과의 접견교통권’은 현행법상 아무런 제한없이 보장하고(동법 제34조), ‘비변호인과의 접견교통권’은 법률이 정한 범위에서 원칙적으로 인정하도록 하는 법적 제한을 두고 있다(동법 제89조, 제91조, 제209조).<sup>13)</sup>

10) 이재상, 앞의 책, 477면(각주 4), 496-497면; 배중대·이상돈, 앞의 책, 542면, 553면; 신동운, 「형사소송법」(서울: 법문사, 1993), 586면; 심희기, 「형사소송법 判例 70選」(서울: 홍문사, 2000), 346면; 박광민, “자백의 임의성과 그 입증”, 「저스티스」, 제32권 3호, 한국법학원, 1999.9, 197면(=「형사판례연구(8)」, 형사판례연구회, 2000.6, 458-459면).

11) 대법원 1990.9.25, 90도1586 (화가 홍성담 평양축전걸개그림사건판결); 憲裁決 1992.1.28, 91헌마111.

12) 이재상, 앞의 책, 239면. 이러한 ‘변호인과의 접견교통권’은 체포 또는 구속된 피고인·피의자 뿐만 아니라, 임의동행의 형식으로 연행된 被疑者나 被內査者(=응의자)에게도 인정되는 권리이다(대법원 1996.6.3 결정, 96도18).

그런데 이와 같이 「헌법」제12조 ④항은 그 규정형식이 ‘체포 또는 구속을 당한 피의자·피고인의 권리’로서 접견교통권(내지 ‘변호인의 조력을 받을 권리’)을 규정하고 있으나, 「형사소송법」제34조는 ‘변호인의 권리’로서 접견교통권을 규정하고 있어서, 刑事訴訟法上 ‘피의자·피고인의 변호인 접견교통권’은 어떤 조항에 근거하고 있는지가 문제된다. 그러나 “接見交通權이란 구속된 피고인이나 피의자와 변호인과의 사이에 있어서의 필요적·상호적인 공동관계에서 비로소 실현될 수 있는 것”<sup>14)</sup>이라는 점에서, 그리고 「형사소송법」제34조의 규정형식이 비록 ‘변호인의 권리’로 되어 있다 하더라도 그것이 궁극적으로는 체포 또는 구속을 당한 피의자·피고인의 이익을 위한 것이므로,<sup>15)</sup> 「형사소송법」제34조는 ‘피의자·피고인의 변호인 접견교통권’도 동시에 규정하고 있는 것으로 해석된다.<sup>16)</sup>



#### 【관련판례】

憲裁決 1991. 7. 8, 89 헌마 181 (피청구인의 접견불허처분과, 이를 취소하는 법원의 준항고인용결정을 무시한 접견거부처분에 대한 헌법소원 심판청구사건)<sup>19)</sup>

(청구인: 구속피의자인 문부식과 고현주 및 변호사 김동현 / 피청구인: 국가안전기획부장)

13) 이재상, 앞의 책, 239면; 신동운, 앞의 책, 594면; 배중대·이상돈, 앞의 책, 262-264면.

14) 후술하는 憲裁決 1991. 7. 8, 89 헌마 181의 내용 중 조규광·변정수 재판관의 반대이견 참조.

15) 심희기, “접견교통권의 침해와 그 구제방법”, 「형사판례연구(1)」, 형사판례연구회, 1996, 352면.

16) 배중대·이상돈, 앞의 책, 264면; 심희기, 앞의 논문, 352면. 이렇게 볼 때 접견교통권은, 구속된 피의자·피고인에게는 憲法上的 基本權인 동시에 刑罰法上的 權利이며, 변호인에게는 피의자·피고인의 방어권 보장을 위하여 인정되는 刑罰法上的 重要な 權利이므로, 접견교통권의 침해는 기본적 인권의 침해인 동시에 형사절차상의 중대한 위법사유에 해당되고, 따라서 사소한 절차상의 하자에 그치는 것이 결코 아니다(심희기, 앞의 논문, 353면). 따라서 엄격한 의미에서는 이처럼 구별될 수 있는 ‘변호인과의 접견교통권’ 및 ‘변호인의 접견교통권’을 함께 일컫는 경우에는 ‘변호인 접견교통권’이라는 용어를 本稿에서는 사용하기로 한다.

17) 대법원 1990.2.13 결정, 89도37(서경원의원 등 피의사건에 관련된 변호인접견불허에 대한 재항고기각결정); 대법원 1991.3.28결정, 91도24(박기명 등 피의사건에 관련된 변호인접견불허에 대한 재항고기각결정).

18) 이재상, 앞의 책, 239-240면.

19) 김학성, 「헌법재판소판례연구」(서울: 성민사, 1997), 163-168면. 본 헌법재판소 결정의 의의 및 문제점에 대한 비교법적 검토와 분석에 대해서는, 윤진수 교수의 상세한 평석(同, “접견불허처분에 대한 헌법소원심판청구 후 접견이 이루어진 경우 심판청구의 적법여부”, 「판례월보」, 제256호(1992.1), 9-30면) 및 同 決定에 대한 매우 의미있는 비판을 담고 있는 반대이견(조규광·변정수 재판관의 반대이견 및 김강균 재판관의 반대이견)을 참조.

● 변호인 접견교통권의 의의와 법적 성격

“ 체포 또는 구속당한 피의자·피고인의 변호인 접견교통권은 헌법 제12조 ④항에서 정해 놓은 ‘변호인의 조력을 받을 권리’를 실질적으로 보장하기 위한 것으로, 국가가 최대한 보장해야 할 의무를 지는 (헌법상의) 기본권의 하나이고, 구속피의자에 대한 접견이 접견신청일로부터 상당한 기간이 경과되도록 허용되지 않고 있는 것은 접견불허처분과 동일시할 것으로 이는 곧 기본권의 침해가 된다는 것은 判例<sup>20)</sup>나 學說을 통해 이미 밝혀져서 헌법문제로서는 이미 해명된 과제인 것이며……(따라서) 불분명한 헌법문제의 해명, 침해반복의 위험 등을 이유로 심판의 이익이 있다 할 특별한 경우에 해당한다고 할 수 없을 것이므로, 이 부분 심판청구 역시 부적법함을 면치 못할 것이다.(=却下決定)

(또한)「헌법」제12조 ④항의 ‘변호인과의 접견교통권’은 체포 또는 구속당한 피의자·피고인 자신에만 한정되는 신체적 자유에 관한 기본권이지, 그 규정으로부터 ‘변호인의 구속 피의자·피고인에 대한 접견교통권’까지 파생된다고 할 수는 없을 것이다. ‘변호인 자신의 구속 피의자·피고인과의 접견

교통권’은 헌법상의 권리라고는 말할 수 없고, 헌법상 보장되는 ‘피의자·피고인의 접견교통권’과는 별개의 것으로 「형사소송법」 제34조에 의하여 비로소 보장되는 권리임에 그친다고 할 것이므로, 변호인인 청구인이 자신의 헌법상 보장되는 기본권의 침해가 있었음을 전제로하여 제기한 헌법소원 심판청구는 부적법한 청구이다.”(=却下決定)<sup>21)</sup>

2. 변호인 접견교통권의 내용 및 제한

체포 또는 구속을 당한 피의자·피고인은 辯護人選任權과 辯護人과의 接見交通權이 있을 뿐 아니라(「헌법」제12조 ④항 및 「형소법」 제30조·제34조), 변호인(또는 변호인이 되려는 자)은 신체 구속을 당한 피의자 또는 피고인<sup>22)</sup>과 接見하고 서류 또는 물건을 授受할 수 있으며 의사로 하여금 診療<sup>23)</sup>하게 할 수 있다(「형사소송법」 제34조).

이러한 피의자·피고인과 변호인과의 接見交通權(Verkehrsrecht)은 방해나 감시 없는 自由로운 接見交通을 그 본질로 한다. 따라서 첫째로 체포 또는 구속된 피의자·

20) 대법원 1990.2.13 결정, 89모37(서경원의원 등 피의사건에 관련된 변호인접견불허에 대한 재항고기각결정); 대법원 1991.3.28결정, 91모24(박기평 등 피의사건에 관련된 변호인접견불허에 대한 재항고기각결정).  
21) 여기서는 접견불허처분에 대하여 피구속자의 ‘변호인’이 제기한 헌법소원이 부적법하다고 하였으나, 변호인이 ‘직업의 자유’의 침해를 이유로 헌법소원을 제기할 수 있는 가능성을 완전히 배제하지는 아니하였다(윤진수, 앞의 논문, 11면 註 1).  
22) 이 경우의 ‘신체구속을 당한 피의자 또는 피고인’이란, 구속영장에 의하여 구속된 경우 뿐 아니라, 체포영장에 의하여 체포되거나, 긴급체포·현행범인의 체포에 의하여 체포된 자, 또는 감정유치에 의하여 구속되거나 임의동행된 자를 포함한다(이재상, 앞의 책, 240면; 배종대·이상돈, 앞의 책, 262면; 신동운, 앞의 책, 378면).  
23) 사법경찰관이 경찰서 유치장에 구금된 피의자에 대한 변호인의 受診權行使에 의무관의 참여를 요구한 것은 변호인의 受診權을 침해하는 위법한 처분이라고 할 수 없다는 판례가 있다(대법원 2002.5.6결정, 2000모112).

피고인과 변호인과의 接見內容에 대하여는 秘密이 保障되어야 하며, 접견에 있어서 교도관 또는 경찰관의 立會나 參與·監視는 절대로 허용되지 아니한다.<sup>24)</sup> 또한 둘째로 授受한 서류에 대한 검열이나 물건을 압수하는 것도 허용되지 않으므로, 피의자·피고인과 변호인과의 書信에 대한 검열이나 압수는 허용되지 않는다.<sup>25)</sup> 다만 구속장소의 질서유지를 위한 일반적인 접견시간의 제한(예컨대, 일요일이나 업무시간 이후의 접견금지 등)이나 최소한의 범위 안에서 무기 또는 위험한 물건의 수수를 금지하는 것은 접견교통권의 제한에 해당하지 않는 불가피한 것으로 이해된다.<sup>26)</sup>

接見交通權의 內容 및 制限과 관련하여 형사소송법상으로도 중요한 내용을 담고 있는 憲法裁判所 判例를 소개하면 다음과 같다.



【관련판례 1】

憲裁判 1992. 1. 28, 91 헌마 111(국가 안전기획부수사관이 구속피의자와

변호인과의 접견에 참여하여 접견 내용을 듣고 기록하고 지켜보고 촬영하는 행위에 대한 헌법소원심판청구 사건)<sup>27)</sup>

(청구인: 국가보안법위반등 피의사건으로 국가 안전기획부에 의하여 구속되어 서울중부 경찰서 유치장에 수감되어 있던 구속피의자 / 피청구인: 국가안전기획부장)

가. 헌법소원의 대상이 된 침해행위의 종료와 심판청구의 이익 유무

“ 憲法訴願의 본질은 개인의 주관적 권리구제 뿐 아니라 객관적인 헌법질서의 보장도 겸하고 있으므로, 헌법소원에 있어서의 권리보호이익은 일반법원의 소송사건에서처럼 주관적 기준으로 엄격하게 해석하여서는 안될 것으로, 헌법소원의 대상이 된 침해행위(즉, 이 사건 접견방해행위)가 이미 終了하여서 이를 취소할 여지가 없기 때문에 헌법소원이 주관적 권리구제에는 별 도움이 안되는 경우라도 그러한 침해행위가 앞으로도 반복될 위험이 있거나 당해분쟁의 해결이 헌법질서의 수호·

24) 이재상, 앞의 책, 241면; 신동운, 앞의 책, 573면; 백형구, 앞의 책, 105면; 강구진, 「형사소송법원론」(서울: 학연사, 1983), 237면; 憲裁判 1992. 1. 28, 91 헌마 111.  
25) 이재상, 앞의 책, 242면; 배종대·이상돈, 앞의 책, 235면; 백형구, 앞의 책, 105면; 憲裁判 1995. 7. 21, 92 헌마 144.  
26) 이재상, 앞의 책, 136면 및 241면; 배종대·이상돈, 앞의 책, 263면.  
27) 김학성, 앞의 판례집, 209-212면. 본 헌법재판소 결정에 대한 상세한 평석은 허영, “변호인 접견제한의 위헌성”, 「판례월보」1992.4(통권 제259호), 9-13면 참조. 이 결정은 無罪推定の原則의 의의를 적극적으로 자리매김하여 피의자·피고인의 拘束 問題를 바라보는 데 새로운 지평을 열어주었으며, 접견의 비밀 보장(= 비밀접견의 권리)을 끌어내는 데에 국제적으로 통용되고 있는 국제형사인권법을 원용함으로써 형사소송법 분야에 새로운 法源으로서 국제형사인권법을 도입하는 문제를 제기했다는 점에서 지극히 중요한 결정으로서, 형사소송법학의 입장에서 별도의 심층적인 검토가 필요하다고 한다(신희기, 앞의 논문, 365-366면).

유지를 위하여 긴요한 사항이어서 헌법적으로 그 해명이 중대한 의미를 지니고 있는 경우에는 심판청구의 이익을 인정하여 이미 종료한 침해행위가 違憲이었음을 선언적 의미에서 確認할 필요가 있는 것이다.

이 사건의 경우, 신체구속을 당한 피의자나 피고인에게 보장된 辯護人 接見權은 적정한 방어권행사를 통한 신체자유 보장을 위하여 매우 중요한 권리이고, 변호인과의 대화내용에 대하여 비밀이 보장되어야 하는가의 문제는 기본권에 관한 매우 중요한 헌법문제임에도 불구하고, 변호인의 조력을 받을 권리를 규정한 「헌법」 제12조 ④항이나 변호인 접견권을 규정한 「형사소송법」 제34조에는 그에 관하여 명시적인 언급이 없고, 도리어 「행형법」 제62조는 (형이 확정된 수형자<sup>28)</sup>가 타인과 접견할 경우에 교도관이 참여하도록 규정한 동법 제18조 ③항의 규정을 미결수용자(=신체구속을 당한 피의자나 피고인)의 변호인 접견에도 준용할 수 있도록 규정하고 있고, 이 규정에 근거하여 법무부는 「교도관접무규칙」(법무부령) 제51조 ①항에 ‘정복교도관이 재소자의 접견에 참여하는 때에는 재소자 및 접견자의 행동·표정·대화내용 등을 엄밀하게 관찰하여야 한다’라는

규정을 두고 구치소나 교도소에 수감된 피의자나 피고인의 변호인 접견에도 정복교도관이 참여하여 대화내용을 청취하도록 하고 있으며, 경찰청은 「피의자유치및 호송규칙」(경찰청 훈령) 제34조(변호인과의 접견에 관한 주의) ①항에 유치주무자가 지정하는 경찰관이 이에 참여하도록 하는 규정을 두어 신체구속을 당한 피의자와 변호인의 접견에는 당연히 경찰관이 참여하여 대화내용을 청취하도록 하고 있기 때문에,<sup>29)</sup> 앞으로도 신체구속을 당한 피의자나 피고인이 접견할 때에는 구치소·교도소에서는 정복교도관이, 경찰서에서는 경찰관이 계속하여 참여할 것으로 보이므로, 제도적으로 시행되고 있는 변호인 접견방해의 시정을 위하여, 그리고 헌법상 보장된 변호인 접견권의 내용을 명백히 하기 위하여 비록 헌법소원의 대상이 된 침해행위(즉, 이 사건 접견방해행위)는 이미 종료되었지만은 그것의 違憲與否를 確認할 필요가 있는 것이다.”

**나. 헌법상의 ‘변호인의 조력을 받을 권리’의 의미·내용과 헌법 제37조 ②항과의 관계**

“헌법 제27조 ④항에 의하여 (유죄판결이 확정될 때까지는) 無罪推定을 받고 있는

28) ‘受刑者’란 징역형·금고형·구류형을 선고받아 그 형이 확정된 자와 벌금을 완납하지 아니하여 노역장 유치명령을 받은 자를 말하고, ‘未決收容者’란 형사피의자 또는 형사피고인으로서 구속영장의 집행 받은 자를 말하며, 이 양자를 포괄하여 ‘수용자’라고 한다(행형법 제1조의 2 참조).

29) 2003. 1. 25자로 최종 개정된 현행 「피의자유치및호송규칙」(경찰청 훈령)에 의하면, 변호인과 유치인과의 접견에 있어서 유치인보호주무자는 가시거리에서 관찰할 경찰관을 지정하되(同 규칙 제34조 ①항), 경찰관은 입회하지 않고 도주·자해·통모방지 등 기타 필요한 조치를 위하여 가청거리가 아닌 가시거리에서 관찰하여야 하는 것으로 규정하고 있다(同 규칙 제36조 단서 및 제37조 ④항 단서). 또한 국가인권위원회 위원 등과 면담하는 경우에도, 변호인과의 접견 및 접수에 준하도록 하되 유치인보호관은 대화내용을 녹음하거나 녹취하지 못하도록 하고 있다(同 규칙 제37조의 2 신설).

피의자·피고인<sup>30)</sup>에 대하여 신체구속의 상황에서 생기는 여러 가지 폐해를 제거하고, 拘束이 목적의 한도를 초과하여 이용되거나 적용되지 않게끔 보장하기 위하여, 헌법 제12조 ④항은 신체구속을 당한 사람에 대하여 ‘변호인의 조력을 받을 권리’를 기본권으로 보장하고 있으며, 여기의 ‘변호인의 조력’은 ‘변호인의 充分한 助力’을 의미하고, ‘변호인의 조력을 받을 권리’의 必須的 內容은 신체구속을 당한 사람과 변호인과의 接見交通權일 것이다. 이러한 접견교통권의 충분한 보장은 구속된 자와 변호인의 대화내용에 대하여 비밀이 완전히 보장되고 어떠한 제한·영향·압력 또는 부당한 간섭없이 자유롭게 대화할 수 있는 접견을 통하여서만 가능하고, 이러한 자유로운 접견은 구속된 자와 변호인의 접견에 교도관이나 수사관 등 관계공무원의 참여가 없어야 가능하므로, 만약 관계공무원이 가까이서 감시하면서 대화내용을 듣거나 녹취하거나 또는 사진을 찍는 등 불안한 분위기를 조성한다면 변호인의 이러한 활동은 방해될 수 밖에 없고, 이는 변호인의 조력을 받을 권리나 진술거부권을 기본권으로 보장한 헌법정신에 크게 반하는 일이다.

구속된 사람을 戒護함에 있어서도, (제43차 UN총회에서 채택된 「모든 형태의 구금 또는 수감상태에 있는 모든 사람들을 보호하기 위한 원칙」 제18조 ④항이 ‘피구금자 또는 피수감자와 그의 변호인 사이의 대담은 법집행 공무원의 可視距離 내에서 행하여질 수는 있으나 可聽距離 내에서 행하여져서는 아니된다’라고 적절하게 표현하고 있듯이), 관계공무원은 구속된 자와 변호인의 대담 내용을 들을 수 있거나 녹음이 가능한 거리에 있어서는 아니되며, 계호나 그 밖의 구실 아래 대화장면의 사진을 찍는 등 불안한 분위기를 조성하여 자유로운 접견에 지장을 주어서도 아니될 것이다.

(피의자, 피고인의) 변호인과의 자유로운 접견은, 신체구속을 당한 사람에게 보장된 ‘변호인의 조력을 받을 권리’의 가장 중요한 (즉, 본질적인: 필자 註) 내용으로서 국가안전 보장·질서유지·공공복리 등 어떠한 명분으로도 제한될 수 있는 성질의 것이 아니다.<sup>31)</sup>

청구인의 기본권(=변호인의 조력을 받을 권리)을 침해한 피청구인의 위헌적인 공권력 행사는 취소되어야 할 것이나, 취소되어야 할 공권력행사는 이미 終了되었으니 이를 취소하는 대신 위헌적인 공권력행사가 또 다시

30) 헌법 제27조 ④항이 선언하고 있는 無罪推定의 原則은 인간의 존엄성 존중을 궁극의 목표로 하고 있는 헌법이념에서 나온 것으로, 이러한 무죄추정의 원칙으로 인하여 불구속수사·불구속재판을 原則으로 하고, 例外的으로 피의자 또는 피고인이 도망할 우려가 있거나 증거를 인멸할 우려가 있는 때에 한하여 구속수사 또는 구속재판이 인정될 따름이다(憲裁決 1992.1.28, 91헌마111).

31) 이러한 변호인과의 접견교통권도 ‘법률’에 의하여 제한될 수 있는 것은 물론 가능하나(헌법 제37조 ②항의 일반적 법률유보), 이런 이유로 現行法上 아무런 제한 없이 보장되고 있다. 대법원도 “변호인의 접견교통권은 신체구속을 당한 피고인이나 피의자 또는 피내사자의 人權保障과 防禦準備를 위하여 필수불가결한 권리이므로, 法令에 의한 제한이 없는 한 수사기관의 處分은 물론 법원의 決定으로도 이를 제한할 수 없다”고 한다(대법원 1990.2.13 결정, 89모37 :서경원의원 등 피의사건에 관련된 변호인접견불허에 대한 재항고기각결정; 대법원 1996.6.3결정, 96모18 등).

반복될 수 있는 위협성을 제거하고 헌법 제12조 ④항에 규정된 '변호인의 조력을 받을 권리'와 그 내용(즉, 변호인과의 자유로운 접견을 포함한다는 것)을 명백히 하기 위하여, 피청구인의 공권력행사가 違憲인 것임을 선언적 의미에서 確認한다."(=違憲確認의 認容決定)

다. 「행형법」제62조 중 '(형이 확정된) 受刑者에 관한 행형법 제18조 ③항의 규정을 미결 수용자의 변호인 접견에도 준용하도록 한 부분' 이 헌법에 위반되는지 여부

“행형법」제62조는 '미결수용자에 대하여 본법 또는 본법의 규정에 의하여 발하는 명령에 특별한 규정이 없는 때에는 수형자에 관한 규정을 준용한다' 라고 규정하여, 미결수용자(즉 신체구속을 당한 피의자, 피고인)의 변호인 접견에도 행형법 제18조 ③항<sup>32)</sup>에 따라서 교도관이 참여할 수 있게 하였던 바, 이는 신체구속을 당한 미결수용자에게 보장된 '변호인의 조력을 받을 권리'를 침해하는 것이어서 헌법에 위반되는 법률이며, 피청구인의 위헌적인 공권력행사는 바로 위와 같은 위헌 법률에 기인한 것이라고 인정되므로, 헌법

재판소법 제75조 ⑤항에 의하여 「행형법」 제62조의 준용규정 중 '행형법 제18조 ③항을 미결수용자의 변호인 접견에도 준용하도록 한 부분'에 대하여 위헌선언하기로 결정한다.”(=違憲決定)<sup>33)</sup>



【관련판례 2】

憲裁決 1995. 7. 21, 92 헌마 144 (구속된 피고인과 변호인과의 書信을 檢閱한 교도소장의 행위에 대한 헌법 소원심판청구사건)<sup>34)</sup>

(청구인: 전교조 소속 교사인 구속피고인 및 변호사 박승욱 / 피청구인: 진주교도소장)

가. '변호인의 조력을 받을 권리'의 의미·내용과 변호인과의 서신 교환

“ 無罪推定을 받고 있는 피의자·피고인에 대하여 신체구속의 상황에서 생기는 여러 가지 폐해를 제거하고, 拘束이 그 본래의 목적에서 벗어나 부당하게 이용되지 않도록 보장하기 위하여, 헌법 제12조 ④항은 신체구속을 당한 사람에 대하여 辯護人의 助力을

32) 이 당시 미결수용자에 대해서도 準用되던「행형법」 제18조(접견과 서신의 수발) ③항에는 “수형자의 접견과 서신수발은 교도관의 참여 또는 검열을 요한다”라고 규정되어 있었으나, 그 후 同 條項은 두 차례의 개정(1995.1.5 및 1999.12.28 개정)을 거쳐서 현행 「행형법」은 제18조(접견) ③항에서 “소장(=교도소 또는 구치소의 장)은 수용자의 接見에 교도관을 참여하게 할 수 있다. 다만, 제66조 ①항의 규정에 의한 변호인과의 접견(=미결수용자와 변호인과의 접견)은 예외로 한다”고 규정함과 동시에, 제18조의 2(서신) ③항에서는 “소장은 수용자의 書信을 검열할 수 있다. 다만, 제66조 ②항 본문의 규정에 의한 변호인과의 서신(=미결수용자와 변호인과의 서신)은 예외로 한다”고 규정하고 있다.

33) 이 위헌결정에 따라, 수형자에 관한 행형법 규정의 미결수용자에 대한 包括的 準用規定인 「행형법」제62조는 1995. 1. 5 개정시 삭제되었고, 대신 「행형법」제18조(접견과 서신의 수발) ③항과 제66조(변호인의 접견 등)의 규정을 개정하여 미결수용자와 변호인과의 接見에는 교도관의 참여 및 접견내용의 청취·녹취를 금지하는 내용을 신설하였다(다만, 보이는 거리에서 감시할 수는 있도록 함).

34) 김학성, 앞의 판례집, 747-751면 참조.

받을 權利'를 기본권으로 보장하고 있다. 신체구속을 당한 사람에 대하여 '변호인의 充分한 조력'을 받게 하기 위하여서는, 무엇보다도 먼저 신체구속을 당한 사람에게 변호인(또는 변호인이 되려는 자)과의 사이에 充分한 接見交通을 허용하여야 할 것이다. 변호인 등은 구속된 자와의 접견교통에 의하여 그에게 피의사실이나 공소사실의 의미와 진술거부권 등의 중요성 및 행사방법을 인식시키며, 自白의 강요나 고문 등에 대한 적절한 대응 방법을 가르쳐 허위 자백을 하지 않도록 권고하고, 피의자로 부터 수사기관의 부당한 조사 유무를 수시로 확인할 수도 있는 것인데, 이러한 일은 구속된 자와 변호인의 교통내용에 대하여 비밀이 보장되고 부당한 간섭이 없어야 가능한 것이다.…… 위와 같은 '辯護人의 助力을 받을 權利'의 기본적인 취지는, 接見의 경우 뿐만 아니라, 변호인(또는 변호인이 되려는 자)과 피의자·피고인 사이의 書信의 경우에도 적용되어 그 비밀이 보장되어야 할 것이다.”

나. 미결수용자와 변호인과의 서신을 검열한 행위의 위헌 여부

“ (구속피고인인) 청구인이 '변호인이 아닌 사람'에게 발송한 서신은 미결수용자의 서신검열에 관한 일반원칙에 따라 검열이 가능하고(=却下決定), 변호인인 청구인이 구속피고인에게 보낸 일부 서신의 경우 발송인이 변호인이라는 사실이 피청구인에게 확인되었다고 볼 수 없으므로, 피청구인이 위

서신을 검열한 행위로 인하여 청구인들의 기본권이 침해되었다고 볼 수는 없다(=棄却決定). 그러나 書信(즉, 1992.5.26자 및 1992.6.2자 서신)의 봉투에 발신인 또는 수신인이 변호사라는 사실이 표시되어 있고, 그 서신에 마약 등 소지금지품이 포함되어 있거나 그 내용에 도주·증거인멸·수용시설의 규율과 질서의 파괴·기타 형벌법령에 저촉되는 불법적인 내용이 기재되어 있다고 의심할 만한 합리적인 이유가 있는 경우가 아님에도 불구하고, 피청구인이 이를 檢閱한 行爲는 헌법상 보장된 청구인들의 '통신의 비밀을 침해받지 아니할 권리'와 (구속 피고인인) 청구인의 '辯護人의 助力을 받을 權利'를 침해한 것이라 할 것이다.”(=違憲確認의 인용결정)

(서신검열 당시 적용되던)「구행형법」 제62조는, (형이 확정된 수형자에 대하여 서신 검열을 규정한) 동법제18조 ③항 및 동법 시행령 제62조를 미결수용자에 대하여도 準用하도록 규정하고 있고, 피청구인의 검열 행위도 위 규정에 따른 것이므로, 검열행위가 위헌임을 확인함에 있어서 「구행형법」 제62조의 규정 중 '(앞서 본) 변호인과의 사이의 서신검열이 허용되는 조건을 갖추지 아니한 경우에도 검열을 할 수 있도록 준용하는 부분'에 대하여는, 헌법재판소법 제75조 ⑤항에 따라 위헌선언을 하기로 한다.”(=違憲決定)<sup>35)</sup>



**【관련판례 3】**

憲裁決 1998. 8. 27, 96 헌마 398 (受刑者의 서신에 대한 교도소장의 검열 행위 및 발송거부행위에 대한 헌법소원 심판청구사건)<sup>35)</sup>

(청구인: 국가보안법위반죄로 형이 확정된 수형자 / 피청구인: 안양교도소장)

● **受刑者가 원칙적으로 '변호인의 조력을 받을 권리'의 주체가 되는지 여부**

“헌법 제12조 ④항과 형사소송법 제30조 ①항의 ‘변호인의 助力을 받을 권리’는, 형사절차에서 피의자 또는 피고인이 검사 등 수사·공소기관과 대립되는 당사자의 지위에서 변호인(또는 변호인이 되려는 자)과의 사이에 充分한 接見交通에 의하여 피의 사실이나 공소사실에 대하여 充分하게 防禦할 수 있도록 함으로써 피고인이나 피의자의 人權을 保障하려는데 그 제도적 취지가 있는 점에 비추어 보면, 형사절차가 종료되어 교정시설에 수용 중인 受刑者는 原則적으로 ‘변호인의 조력을 받을 권리’의 주체가 될 수

없다. 다만 受刑者의 경우에도 再審節次 등에는 변호인 선임을 위한 一般的인 交通·通信이 보장될 수도 있겠으나,<sup>37)</sup> 기록에 의하면 청구인은 교도소 내에서의 처우를 왜곡하여 외부인과 연계, 교도소내의 질서를 해칠 목적으로 변호사에게 이 사건 서신을 발송하려는 것이므로, 이와 같은 경우에는 ‘변호인의 조력을 받을 권리’가 보장되는 경우에 해당한다고 할 수 없다.”(= 一部棄却, 一部却下)

**3. 접견교통권 침해의 유형 및 그 구제방법으로서의 증거능력 배제**

일반적으로 신체구속을 당한 피의자·피고인과 변호인 사이의 접견교통권(=辯護人接見交通權)이 침해되는 모습에는, 변호인 접견 자체를 수사기관 등이 拒否하는 경우,<sup>38)</sup> 접견을 여러 가지 방법으로 妨害하거나 遲延시키는 경우,<sup>39)</sup> 接見의 秘密保障을 侵害하여 부당한 영향을 주는 경우,<sup>40)</sup> 書信 기타 수수하는 물건을 檢閱하거나 압수하는 경우<sup>41)</sup> 등 여러 형태가 있을 수 있다. 그리하여 수사

35) 이 위헌결정의 내용은 1999. 12.28 「행형법」 개정시에 반영되었고, 그리하여 「행형법」은 제18조의 2(서신) ③항과 제66조 ②항을 신설하여 미결수용자와 변호인과의 書信은 원칙적으로 검열할 수 없도록 금지 하였다(다만, 검열할 수 있는 두 가지 예외사유- 즉, 현재결정에서 명시된 두 가지 검열허용조건-를 두고 있다).  
36) 김학성, 「헌법재판소판례연구」(1998년도 추록)(서울: 성민사, 1999), 151-155면 참조.  
37) 이와 관련하여 대법원은, 辯護人 接見交通權을 규정하고 있는 형소법 제34조의 규정은 刑이 확정되어 집행 중에 있는 受刑者에 대한 재심개시의 여부를 결정하는 재심청구절차에는 그대로 적용될 수 없다고 하고 있다(대법원 1998. 4. 28, 96다48831).  
38) 앞에서 살펴본 憲裁決 1991.7.8, 89헌마181.  
39) 아래에 인용하는 대법원 1990.2.13 결정, 89모37; 대법원 1991.3.28결정, 91모24 참조.  
40) 앞에서 살펴본 憲裁決 1992.1.28, 91헌마11.

기관이나 법원의 접견불허처분이 없는 경우라 할지라도, 변호인의 접견신청일로부터 상당한 기간이 경과하도록 접견이 허용되지 않았다거나,<sup>42)</sup> 접견신청 당일에 접견이 이루어 지지 않은 때에도,<sup>43)</sup> 실질적으로 접견불허 처분이 있는 것과 동일시되는 침해행위에 해당된다.<sup>44)</sup>

그리고 전술한 바와 같이 辯護人接見交通權을 ‘변호인의 조력을 받을 권리’ 중에 가장 核心的인 權利로 파악하게 되면, 접견교통권 침해의 경우에 그 구제방법은 가능한 한 다양하고 실효성 있는 방안으로 모색되어야 할 것이다.<sup>45)</sup> 현행 법체계상 접견교통권 침해에 대한 구제방법으로서는, ① 법원의 결정에 대한 抗告(형소법 제402조) 및 수사기관의 처분에 대한 準抗告(형소법 제417조)에 의한 침해행위의 취소, ② 기본권 침해를 이유로 권리구제를 청구하는 憲法訴願(헌법재판소법 제68조 ①항)의 제기, ③

접견방해자에 대한 국가배상법(동법 제2조)상의 불법행위손해배상책임의 추궁,<sup>46)</sup> ④ 접견교통권 침해로 획득한 증거의 증거능력의 배제 등이 고려될 수 있으나,<sup>47)</sup> 憲法訴願에 대해서는 이미 앞에서 그에 관한 중요한 헌법재판소 판례를 상세히 언급하였고, 여기서는 접견교통권을 침해하여 얻은 自白證據의 證據能力 否認에 초점을 맞추어 이를 自白排除法則의 이론적 근거(=본질) 및 적용범위와 관련하여 고찰하는데 한정하기로 한다. 특히 증거의 증거능력을 배제하는 이러한 구제방법은, 변호인접견불허처분에 대한 법원의 준항고인용결정이 있음에도 불구하고 계속하여 수사기관의 恣意的인 접견불허조치가 행해지는 수사현실을 고려할 때 접견교통권 보장의 중요한 기능을 수행하는 매우 실효성 있는 방안이 될 수 있다.<sup>48)</sup>

41) 앞에서 살펴본 憲裁決 1995.7.21, 92헌마144.  
42) 대법원 1990.2.13 결정, 89모37(서경원의원 등 피의사건에 관련된 변호인접견불허에 대한 재항고기각결정). 즉, “구치소에 구속되어 검사로부터 수사를 받고 있던 피의자들의 변호인으로 선임되었거나 선임되려는 변호사들이 피의자들을 접견하려고 1989. 7. 31 구치소장에게 접견신청을 하였으나 같은 해 8. 9까지도 접견이 허용되지 아니하고 있었다면, 수사기관의 구금 등에 관한 처분에 대하여 불복이 있는 경우 행정소송절차와는 다른 특별절차로서 準抗告節次를 마련하고 있는 형사소송법의 취지에 비추어, 위와 같이 피의자들에 대한 접견이 접견신청일로부터 상당한 기간이 경과하도록 허용되지 않고 있는 것은 접견불허처분이 있는 것과 동일시된다고 봄이 상당하다”고 한다.  
43) 대법원 1991.3.28결정, 91모24(박기평 등 피의사건에 관련된 변호인접견불허에 대한 재항고기각결정). 본 결정의 사건개요 및 결정요지 그리고 이에 대한 상세한 분석과 검토는 심희기, 「접견교통권의 침해와 그 구제방법」, 「형사판례연구(1)」, 형사판례연구회, 1996, 338-368면 참조.  
44) 또한 1991.4.16자 서울형사지방법원결정에서는 접견이 1시간 지체된 것만으로도 접견불허처분으로 인정하여 준항고를 인용하였다고 한다(법률신문 1991.10.21, 11면; 심희기, 앞의 논문, 357면 참조). 그러나 과연 어느 정도의 접견지연을 적극적인 접견불허처분과 동일시하여 접견권침해로 인정할 수 있는가는, 그 기간을 일률적으로 판단할 수는 없고, 지연된 기간과 접견실현을 위하여 수사기관측에서 기울인 노력을 종합하여 개별적으로 결정할 문제라고 할 것이다(심희기, 앞의 논문, 354면).  
45) 심희기, 앞의 논문, 354면. 변호인 접견교통권의 침해 및 이에 대한 구체적 구제방법에 관한 상세한 설명은 차병직, 「변호인의 접견교통권」, 「변호사」제23집(1993.1), 서울지방변호사회, 565-571면 참조.  
46) ‘변호인’ 또는 ‘선임 전의 변호인’(=변호인이 되려는 자)이 접견교통권 침해를 이유로 국가와 담당 수사관을 상대로 손해배상(위자료)청구소송을 제기하여 불법행위책임이 인정된 예도 있다(서울민사지법 1991.9.19, 91가단24555; 부산지법 91가단58693).  
47) 배종대·이상돈, 앞의 책, 265면; 심희기, 앞의 논문, 354면; 이재상, 앞의 책, 244면; 차병직, 앞의 논문, 567-571면.

### III. 자백배제법칙의 이론적 근거 (=본질)에 관한 학설·판례의 검토

임의성에 의심 있는 自白의 증거능력을 부정하는 自白排除法則(헌법 제12조 ⑦항, 형소법 제309조)의 이론적 근거에 대하여는, 여러 학설의 주장이 대립되고 있다. 이와 같은 주장의 대립은, 기본적으로 그에 대해 어떠한 견해를 취하는가에 따라 自白排除法則의 適用範圍나 因果關係의 要否 등 관련문제의 접근에 일관하여 영향을 미치게 된다고 보는 것이 타당하다고,<sup>48)</sup> 이러한 의미에서 그 적용범위와 관련된 本稿의 내용과도 매우 밀접하게 연관된 문제이므로 먼저 학설을 검토하기로 한다.

#### 1. 허위배제설의 입장 - '信憑性' 기준에 의한 판단

먼저 虛偽排除說은, 임의성이 의심되는 자백에는 虛偽가 숨어들 위험성이 크고,

따라서 이를 증거로 사용하는 것은 實體的 眞實發見을 저해하기 때문에 그 증거능력이 부정된다고 보는 견해로, 실제적 진실을 규명하여야 하는 法院의 입장에서 고찰하는 견해라고 할 수 있다.<sup>50)</sup>

이 견해는 자백배제의 근거인 '임의성'에 대한 판단을 실상은 자백의 '信憑性' 여부에 따라 내리며, 자백의 임의성에 영향을 미치는 사유와 임의성이 의심되는 자백 사이에 因果關係의 존재를 요구한다.<sup>51)</sup> 따라서 형소법제309조가 금지하고 있는 수사방법으로 획득한 자백이라 할지라도, 다른 증거에 의하여 자백내용의 진실성이나 신빙성이 인정되면 임의성이 긍정되고, 그 결과 증거능력이 인정되는 결과를 가져오게 된다. 그러나 허위배제설은 자백증거의 법률적 자격의 문제인 證據能力(Beweisfähigkeit)과 자백의 실질적 가치 또는 信憑力의 정도를 의미하는 證明力(Beweiskraft)을 혼동하게 되는 경향이 있으며,<sup>52)</sup> 피의자·피고인에 대한 수사기관의 불법행위 내지는 인권침해행위에 대한 통제는

48) 배종대·이상돈, 앞의 책, 265면; 심희기, 앞의 논문, 360면. 즉, 항고·준항고제도와 헌법소원제도가 '즉시' 변호인 접견교통권(내지 변호인의 조력을 받을 권리)을 보장하여 주기 위한 충분한 대책이 될 수 없고, 또 불법행위책임의 추궁방안도 사후적인 구제수단에 불과한 점을 고려하면, 수사기관의 적법한 직무집행을 담보하기 위하여 가장 효과적인 방책은 위법한 직무집행(=접견교통권 침해)의 결과 획득된 증거의 증거능력을 배제하는 것이라고 할 수 있다(이재상, 앞의 책, 244면; 심희기, 앞의 논문, 360면; John M. Burkoff, "Exclusionary Rules", in Encyclopedia of Crime and Justice, v.2(New York: The Free Press, 1983), p.720).  
49) 이재상, 앞의 책, 477면(각주 4), 496-497면; 배종대·이상돈, 앞의 책, 542면, 553면; 신동운, 앞의 책, 586면; 심희기, 앞의 책, 346면; 박광민, 앞의 논문, 197면. 그러나 이에 대하여, 이론적 근거의 문제는 단지 '임의성이 의심되는 자백의 증거능력을 부정하는 실질적 이유가 무엇인가의 문제', 즉 '형소법 제309조의 입법이유가 무엇인가의 문제'에 불과하다는 견해가 있다(백형구, 앞의 책, 621면).  
50) 조 국, 앞의 논문, 376면; 박광민, 앞의 논문, 197면.  
51) 조 국, 앞의 논문, 376면; 박광민, 앞의 논문, 197-198면; 신동운, 앞의 책, 586면.  
52) 이재상, 앞의 책, 477면; 배종대·이상돈, 앞의 책, 518면. 이러한 비판에 대한 반론은 백형구, "자백의 임의성법칙 -학설·판례의 정리-", 「인권과 정의」, 1990.8, 70-71면; 신동운, 앞의 책, 586면 참조.

거의 불가능해지는 단점이 있고, 또 자백배제법칙의 적용범위는 현격히 축소되는 결과를 초래하게 된다.<sup>53)</sup>

#### 2. 인권옹호설의 입장 - '任意性' 기준에 의한 판단

다음으로 人權擁護說은, 자백배제법칙을 헌법상 보장된 陳述拒否權(헌법 제12조 ②항)을 중심으로 하는 인권보장의 담보장치로 마련된 증거법상의 법리라고 본다. 즉, 이 입장은 자백배제법칙의 근거를 진술거부권을 중심으로 한 피의자·피고인의 人權保護(즉, 피의자·피고인의 내심의 의사결정과 의사표현에 관한 自己決定權의 保護)에 초점을

맞추면서, 이러한 기본적 인권이 침해된 상태에서 행해진 자백은 그 증거능력이 부정되어야 한다고 본다.<sup>54)</sup>

그리하여 피고인의 자백내용이 진실한 경우라도 피고인의 진술의 자유를 침해하는 사정이 있으면 자백의 증거능력은 부정되므로, 허위배제설보다 진일보한 이론이다. 다만, 진술의 자유에 영향을 미칠 수 있는 사정과 자백의 임의성 사이에는 因果關係가 있을 것을 요한다는 점에서는 허위배제설과 같다.<sup>55)</sup> 또한 이 견해는 獨逸 형사소송법(StPO)상 證據禁止(Beweisverbote)의 하나로 제136조의 a에 유형적으로 규정된 '禁止된 訊問方法'(verbotene Vernehmungsmethoden)의 이론적 기초가 된 견해라고 할 수 있다.<sup>56)</sup>

53) 이재상, 앞의 책, 478면; 배종대·이상돈, 앞의 책, 518면; 신동운, 앞의 책, 587면; 차용석, 「형사소송법」(서울: 세영사, 1997), 698면; 조 국, 앞의 논문, 377면; 박광민, 앞의 논문, 198면.  
54) 조 국, 앞의 논문, 378면; 박광민, 앞의 논문, 198면.  
55) 조 국, 앞의 논문, 378면.  
56) 배종대·이상돈, 앞의 책, 543면; 이재상, 앞의 책, 476면; 신동운, 앞의 책, 586면; 박광민, 앞의 논문, 198면; 조 국, 앞의 논문, 378면.  
1950년 개정시에 신설된 獨逸 형사소송법(SIPO) 제136조의 a는 우리 형소법 제309조의 예시사유보다 자백의 증거능력 제한범위를 보다 넓게 규정하고 있는데(박광민, 앞의 논문, 198면), 이 규정은 소송의 모든 단계에서 피고인의 진술의 자유, 즉 의사결정자유와 의사활동자유를 보장하기 위한 소송법적 근본규범(prozeßrechtliche Grundnorm)으로서, 이에 위반하여 수집한 자백은 증거로 사용할 수 없도록 되어 있다(이재상, 앞의 책, 476면; Gerd Pfeiffer/Boujong, KK-StPO, § 136 a, Rn.1). 그 내용을 소개하면 다음과 같다. StPO § 136a (금지된 신문방법, verbotene Vernehmungsmethoden)  
(1) 피고인·피의자의 의사결정과 의사표현의 자유는 가혹행위·피로가중·신체침해·약물투여·고문·기망 또는 최면술에 의하여 침해되어서는 아니된다. 강제력은 오직 형사소송법이 이를 허용하는 경우에 한하여 사용될 수 있다. 형사소송법 규정이 허용하지 아니하는 처분을 내용으로 하는 협박이나 법률이 예정하고 있지 아니한 이익을 제공하겠다는 약속은 금지된다(Die Freiheit der Willensentschließung und der Willensbetätigung des Beschuldigten darf nicht beeinträchtigt werden durch Mißhandlung, durch Ermüdung, durch körperlichen Eingriff, durch Verabreichung von Mitteln, durch Qualerei, durch Täuschung oder durch Hypnose. Zwang darf nur angewandt werden, soweit das Strafverfahrensrecht dies zuläßt. Die Drohung mit einer nach seinen Vorschriften unzulässigen Maßnahme und das Versprechen eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils sind verboten).  
(2) 피고인·피의자의 기억능력이나 판단능력을 침해하는 처분은 허용되지 아니한다(Maßnahmen, die das Erinnerungsvermögen oder die Einsichtsfähigkeit des Beschuldigten beeinträchtigen, sind nicht gestattet).  
(3) 제1항과 제2항의 금지는 피고인·피의자의 동의여부에 관계없이 유효하다. 이 금지에 위반하여 성립된 진술은 피고인·피의자가 증거로 사용함에 동의하더라도 증거로 사용되어서는 아니된다(Das Verbot der Absätze 1 und 2 gilt ohne Rücksicht auf die Einwilligung des Beschuldigten. Aussagen, die unter Verletzung dieses Verbots zustande gekommen sind, dürfen auch dann nicht verwertet werden, wenn der Beschuldigte der Verwertung zustimmt).

人權擁護說은 헌법과 형사소송법의 文言에 충실하다는 점에서 장점을 갖지만, 여러 측면에서 비판이 제기되고 있다. 첫째로 자백배제법칙과 진술거부권은 역사적인 배경과 연혁이 서로 다르므로 양자를 동일 선상에서 파악하는 것은 부당하고,<sup>57)</sup> 둘째로 자백배제법칙의 근거를 진술거부권의 침해에서만 구함으로써 그 이외의 사유로 자백의 증거능력을 제한해야 할 경우에 대해서는 무방비의 상태가 된다.<sup>58)</sup> 즉, '임의성' 개념을 중심으로 자백배제를 파악하기 때문에, 진술거부권의 불고지나 변호인 접견교통권의 침해가 있었던 경우 그 자체만으로 자백의 임의성이 없다고 단언하기가 곤란하게 된다.<sup>59)</sup>

셋째로 피고인의 陳述에 관한 主觀的 自己決定權 침해여부에 따라 자백배제여부를 판단하므로, 그러한 사실 판단이 용이하지 않을 뿐 아니라, 증거능력 판단기준의 主觀化·內面化를 초래할 우려가 있다.<sup>60)</sup>

그리하여 수사기관에게 허용되는 신문

방법에 대한 객관적이고 합리적인 운용기준을 도출하기 어렵고, 자백배제의 판단도 법관마다 달라지게 되는 문제점이 발생한다.<sup>61)</sup>

### 3. 절충설(=경합설)의 입장<sup>62)</sup> - '信憑性' 및 '任意性' 기준에 의한 판단

현재 우리나라에서 허위배제설과 인권옹호설 중 어느 하나만을 주장하는 입장은 찾아보기 힘들고, 양자를 통합 내지 결합하여 자백배제법칙의 근거를 파악하는 견해가 종래 학계의 다수설<sup>63)</sup>로 평가되어 왔다. 이 折衷說은 자백내용에 허위가 개입할 의심이 있는 경우 증거능력을 배제하고, 자백취득과정에서 진술의 자유를 침해한 경우에도 증거능력을 배제하는 입장으로, 競合說이라고도 불린다.<sup>64)</sup>

절충설 중에는, 형소법 제309조 전단의 “고문, 폭행, 협박, 신체구속의 부당한 장기화에 의한 자백”은 인권침해에 의한 자백

57) 강구진, 앞의 책, 490면.  
 58) 이재상, 앞의 책, 478면; 신동운, 앞의 책, 589면.  
 59) 조 국, 앞의 논문, 380면.  
 60) 이재상, 앞의 책, 478면; 신동운, 앞의 책, 588면.  
 61) 조 국, 앞의 논문, 380면.  
 62) 한편 절충설의 특수한 형태로서, 허위배제설과 인권옹호설 뿐만 아니라 후술하는 위법배제설까지도 모두 자백배제법칙의 근거로 포괄하는 綜合說이 새로운 각도에서 주장되고 있다(신동운, 앞의 책, 589-590면). 이 견해에 의하면, 자백배제법칙은 단순히 형사소송법상의 증거법칙이라는 차원을 넘어서 헌법상의 기본권(헌법 제12조 ⑦항)이라는 독자적 의미를 지니고 있으며, 따라서 제309조의 적용범위는 위법배제설로 포착하지 못하는 私人間的 영역에까지 최대한 확장되어야 한다고 주장한다. 그리하여 그 근거가 되는 허위배제설, 인권옹호설, 위법배제설 등은 서로 상충·배척하는 이론이 아니라 상호보완적인 관계에서 자백배제법칙의 적용범위를 순차적으로 확장하는데 기여하는 것으로 확장해석할 필요가 있다고 한다. 그리고 종합설은 임의성에 영향을 미치는 사유와 자백 사이에 因果關係가 원칙적으로 요구되기는 하지만 그 입증은 용이하게 해야 한다는 입장을 제시하고 있다(신동운, 앞의 책, 596면). 그러나 이 견해는 흔히 절충설과 유사하게 취급되어 절충설에 대한 것과 동일한 비판이 가해지고 있다.  
 63) 김기두, 「형사소송법」(전정선판), 1987, 134면; 염정철, 「형사소송법」(신고판), 1980, 165면; 서일교, 「형사소송법」(8개정판), 1979, 176면; 정영석, 「형사소송법」(5정판), 1985, 151면; 백형구, 앞의 책, 623면; 신양균, 「형사소송법」(서울: 법문사, 2000), 655면.  
 64) 조 국, 앞의 논문, 380면; 심희기, 앞의 책, 342면.

이고, 후단의 “기망 기타의 방법에 의한 자백”은 허위배제설에 입각한 것으로 보는 견해<sup>65)</sup>도 있다. 또한 ‘자백의 임의성이 의심되는 경우’와 ‘자백의 임의성을 의심할 수 없으나 그 획득의 절차와 방법에 중대한 위법이 있는 경우’로 둘로 나누어 그 質的 差異를 강조하면서, 前者는 제309조의 자백배제법칙으로, 後者<sup>66)</sup>는 자백의 임의성 문제가 아니라 별도의 위법수집증거배제법칙으로 해결하려고 하는 견해<sup>67)</sup>도 절충설에 속한다.

이러한 折衷說을 취할 경우에는 임의성에 영향을 미치는 사유와 자백 사이에 因果關係가 필요하다고 하여야 일관된 논리라고 하겠으나, 고문·폭행 등 위법행위는 절대로 방지되어야 할 필요가 있고, 또한 인과관계의 입증이 곤란하다는 이유로 절충설의 대부분은 因果關係가 不必要하다는 입장을 견지하고 있다.<sup>68)</sup>

그러나 절충설은 자신이 취합한 견해들의

문제점을 그대로 지니고 있으며, 특히 임의성을 부정하는 사유를 널리 인정한다고 하더라도 여전히 그 판단은 先在해야 하고 또 그 기준은 법관마다 달라질 수 밖에 없으므로, 수사기관의 위법수사를 원천봉쇄하는 효과는 반감된다.<sup>69)</sup>

즉, 절충설은 자백의 임의성심사(voluntariness test)의 독자적 성격을 강조한 견해라고 할 수 있지만,<sup>70)</sup> 이에 의하면 자백의 임의성 유무가 全體狀況(totality of the circumstances)을 고려하여 自白者의 主觀을 기준으로 판단되지 않을 수 없기 때문에 객관적인 판단기준을 도출할 수 없다는 단점이 있다.<sup>71)</sup> 또한 ‘임의성이 의심되는 자백’과 ‘임의성은 있으나 위법한 절차에 의하여 획득한 자백’ 등을 구별하는 것은 가능하다고 하더라도, 양자 사이에 절적 차이가 있다고 보기는 곤란하며, 특히 위법수집증거배제법칙을 제한적으로만 수용하는 우리 대법원의 입장을 고려할 때 자백배제법칙의 적용범위가

65) 정영석, 앞의 책, 148면; 김기두, 앞의 책, 134면.  
 66) 이 後者의 경우는 前者의 경우와 달리 證據同意에 의하여 증거능력이 인정된다는 입장을 취한다(백형구, 앞의 책, 641면).  
 67) 백형구, 앞의 책, 620면 참조. 이러한 의미에서 스스로 ‘二元說’로 부르는 것이 적절하다고 하고 있는 이 견해는 前者에 해당하는 제309조의 자백배제법칙을 ‘자백의 임의성법칙’으로 부르고, 後者의 경우를 ‘자백의 위법배제법칙’으로 부르면서, 前者가 우선적으로 적용되고 後者는 전자에 대하여 補充關係에 있다고 설명한다. 그리고 양자를 포괄해서 자백의 증거능력에 관한 증거법칙인 ‘자백배제법칙’으로 불러야 한다고 하며, 나아가 이 ‘자백배제법칙’에 증명력에 관한 증거법칙인 ‘자백보강법칙’(형소법 제310조)을 더하여 ‘자백법칙’으로 파악하는 독특한 체계를 취하고 있다(백형구, “자백배제법칙의 신체제-이원설의 提唱-”, 「대한변호사협회지」1989.1, 36면 이하 및 42면 참조).  
 68) 백형구, 앞의 책, 625면; 정영석·이형국, 앞의 책, 340면; 서일교, 앞의 책, 177면. 다만 절충설 중에는 인과관계필요설을 일관되게 고수하는 견해도 있다(신양균, 앞의 책, 659면). 한편 大法院 判例는 임의성에 영향을 미치는 사유와 자백 사이에 因果關係가 必要하다는 적극설의 태도를 취하고 있는 것으로 보인다(대법원 1984.11.27, 84도2252(일명 宋氏一家間諜事件); 대법원 1985.2.8, 84도2630), 검사측에 인과관계 부존재의 입증책임을 부담시킴으로써 적극설의 의미를 최소화하고 있는 점에 주의하여야 한다(신현주, 앞의 책, 528면).  
 69) 조 국, 앞의 논문, 382면.  
 70) 박광민, 앞의 논문, 199면.  
 71) 이재상, 앞의 책, 479면; 박광민, 앞의 논문, 199면.

협소해지게 된다는 비판<sup>72)</sup>이 있다. 고문·폭행 등이 진술거부권의 불고지나 변호인 접견 교통권의 침해보다 야만적인 행위라고 할 수 있으나, 후자의 경우들 역시 명백한 헌법상 기본권의 침해행위로 중대한 불법사유인 것은 분명하기 때문이다.

#### 4. 위법배제설의 입장 - ‘違法性’ 기준에 의한 객관적 판단

끝으로 현재 학계의 다수설<sup>73)</sup>로 유력하게 부상하고 있는 違法排除說은, 자백배제법칙을 자백취득과정에서의 適法節次(due process of law)의 理念(헌법 제12조 ①항)을 보장하기 위한 實踐的인 증거법상의 원칙으로 파악한다. 즉, 자백배제법칙에 있어서 중요한 것은 자백의 신빙성 또는 임의성에 대한 판단이 아니라, 取得節次上의 重大한 違法이 존재하는가의 여부라고 보는 견해이다. 위법배제설은 미국의 이른바 ‘형사절차혁명’으로 확립된 위법수집증거배제법칙의 시각에서 자백배제법칙을 포괄하려는 시도인데,<sup>74)</sup> 위법한 수사활동이 인정되면 이를 통해 획득된 자백은 (그 信憑性和 任意性에 대한 판단을 할 것도 없이) 違法蒐集證據로서 바로 증거능력을

배제당하게 된다. 그리하여 형소법 제309조는 임의성이 의심되는 자백에 국한되는 것이 아니라, 널리 違法한 節次에 의하여 수집된 자백의 증거능력 제한에 관한 규정으로 파악되며, 따라서 위법수집자백은 피고인의 同意가 있더라도 증거능력이 부정된다. 그 결과 자백배제법칙의 포괄범위는 확대되고 그 효과가 매우 強力해지는 한편, 자백배제기준으로 ‘위법’이라는 객관적·통일적인 척도가 제시되기 때문에 자백획득을 위한 각종의 위법수사를 억지할 수 있으며, 이러한 과정 속에서 허위자백의 배제와 진술거부권의 보장은 자연스럽게 수반되는 효과라고 한다.<sup>75)</sup>

그러나 위법배제설에 대해서도, 절충설 측의 입장에서부터 다음과 같은 비판이 제기되고 있다. 첫째 자백의 임의성이라는 측면을 도외시함으로써 제309조의 입법취지를 외면하게 되며, 또한 ‘자백의 임의성이 없거나 의심되는 경우’와 ‘자백의 임의성은 인정되지만 자백획득의 절차와 방법이 위법한 경우’의 질적 차이를 설명하기 어렵다.<sup>76)</sup> 둘째 수사기관의 위법활동을 중심으로 판단하는 관계로 私人間이나 상대방 없는 자백에 대해서는 증거능력을 제한할 여지가 없으므로 반드시 그 적용범위가 확대되었다고 보기 어려우며, 또한 증거능력을 부인하기 위한

72) 조 국, 앞의 논문, 382면.  
73) 강구진, 앞의 책, 491면; 이재상, 앞의 책, 482면; 배종대·이상돈, 앞의 책, 522면; 정영석·이형국, 앞의 책, 337면; 차용석, 앞의 책, 701면; 박광민, 앞의 논문, 201면; 조 국, 앞의 논문, 382-385면; 김성진, 앞의 논문, 193면, 196면 등.  
74) 조 국, 앞의 논문, 382-383면.  
75) 조 국, 앞의 논문, 382-383면; 이재상, 앞의 책, 479면.  
76) 백형구, 앞의 책, 622면.

전제로 수사기관의 위법활동을 입증하여야 하는데 현실적으로 위법수사의 존재를 증명한다는 것은 결코 용이한 일이 아니다.<sup>77)</sup> 셋째 자백배제법칙이 갖는 헌법상의 독자적인 의미를 간과하고 단순히 증거법상의 보조수단으로 파악함으로써, 헌법이 자백배제법칙을 기본권 차원으로 격상시켜 그 독자적 의의를 강조하고 있는 것에 상응하지 못한다<sup>78)</sup>는 비판이 있다.

#### 5. 判例의 입장

자백배제법칙의 근거에 관한 大法院의 전통적인 입장은, 자백의 ‘신빙성’에 중점을 둔 虛偽排除說에 입각하고 있다고 할 수 있다.<sup>79)</sup> 예컨대 “피고인의 자백은 진실에 부합하는 임의성 있는 진술인 심증을 파악함에 족하고…”<sup>80)</sup>라거나, “피고인의 자술서나 피고인에 대한 피의자신문조서의 기재가 능히 그 진실성을 담보할 수 있다고는 볼 수 없으므로 임의성이 없고…”<sup>81)</sup>라고 판시한 것,

그리고 “피고인의 자백진술이 객관적으로 합리성이 결여되고 범행현장과 객관적 상황의 중요부분이 부합되지 않는 등의 특별사정이 있는 경우, (고문이 아니라 할지라도) 다소의 폭행 또는 기타의 방법으로 자백을 강요하여 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 사유가 있다”<sup>82)</sup>고 판시한 것은 허위배제설에 의존하는 입장이라고 할 수 있다. 그러나 그 후 “자백의 임의성이 인정된다고 하더라도 그 자백이 증거능력이 있다는 것에 지나지 않고, 그 자백의 진실성과 신빙성 즉 증명력까지도 당연히 인정되는 것은 아니다”<sup>83)</sup>라고 판시하여 자백의 증거능력과 증명력을 엄격히 구별한 것은, 허위배제설을 극복하여 이로부터 이탈하는 경향을 보여주었다.<sup>84)</sup>

그리고 더 나아가 “진술의 임의성이라는 것은, 고문·폭행·협박·신체구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타 진술의 임의성을 잃게 하는 사정이 없다는 것, 즉 증거의 수집과정에 위법성이 없다는 것이고…”<sup>85)</sup>라고 하거나, “형사소송법 제309조의 피고인의 진술의 자유를 침해하는 위법사유는 예시사유로

77) 신동운, 앞의 책, 587면.  
78) 신동운, 앞의 책, 587-588면.  
79) 이재상, 앞의 책, 479면; 배종대·이상돈, 앞의 책, 547면; 박광민, 앞의 논문, 201면; 조 국, 앞의 논문, 376면.  
80) 대법원 1959. 10. 31, 4292형상257.  
81) 대법원 1968. 5. 7, 68도379.  
82) 대법원 1977. 4. 26, 77도210(정음 일가족 살해사건).  
83) 대법원 1983. 9. 13, 83도712(박상은양 피살사건=일명 鄭載巴事件); 대법원 1986. 8. 19, 86도1075; 대법원 1986. 9. 9, 85도64; 대법원 2000. 1. 21, 99도4940.  
84) 이재상, 앞의 책, 479-480면; 박광민, 앞의 논문, 201-202면; 조 국, 앞의 논문, 378-379면. 이 판례가 인권옹호설의 경향을 취한 것이라고 보는 견해(조 국, 앞의 논문, 378-379면; 배종대·이상돈, 앞의 책, 547면)도 있다.  
85) 대법원 1983. 3. 8, 82도3248(부산 미문화원 방화사건=일명 김현장사건); 대법원 1997. 10. 10, 97도1720(한충련 연세대점거농성사건).

보아야 한다”<sup>86)</sup>고 판시한 것은, 위법배제설의 영향 또는 위법배제설을 채택한 듯한 인상을 보여주고 있다.<sup>87)</sup>

그러나 최근의 대법원 판례<sup>88)</sup>는, “임의성 없는 자백의 증거능력을 부정하는趣旨가, 허위진술을 유발 또는 강요할 위험성이 있는 상태하에서 행하여진 자백은 그 자체가 實體的眞實에 부합하지 아니하여 誤判의 素地가 있을 뿐만 아니라, 그 진위여부를 떠나서 자백을 얻기 위하여 피의자의 基本的人權을 侵害하는 위법부당한 압력이 가하여지는 것을 사전에 막기 위한 것이므로, 그 임의성에 다툼이 있을 때에는 檢事가 그 임의성의 의문점을 해소하는 立證을 하여야 한다”<sup>89)</sup>고 하여, 임의성이 의심되는 자백의 증거능력을 부정하는 취지가 誤判의 素地(=허위배제설적 측면)와 基本的人權의 侵害(=인권옹호설적 측면)를 막기 위한 것이라고 판시함으로써, 折衷說의 입장을 취하고 있음을 분명히 하고 있다<sup>90)</sup>(또는 折衷說의 입장을 강력히 드러내고 있다<sup>91)</sup>)고 평가된다.

#### IV. 변호인 접견교통권을 침해하여 얻은 自白의 증거능력

전술한 바와 같이 변호인 접견교통권을 침해하여 자백진술을 받아낸 경우에, 그에 대한 실효성 있는 구제방법의 하나로서 거론되는 것이 바로 自白證據의 證據能力 排除이다. 즉, 수사기관의 위법한 접견교통권 침해행위를 방지하고 적법한 직무집행을 담보하기 위하여 가장 효과적인 방법은 위법한 직무집행(=접견교통권 침해)의 결과 획득된 증거의 證據能力을 排除하는 것이라고 할 수 있다.<sup>92)</sup> 그런데 이 증거능력 배제의 문제는, 한편으로 자백배제법칙의 이론적 근거(=본질)에 대하여 어떠한 입장을 취하는가에 따라 理論構成이 달라질 수 있고, 또 이는 위법수집증거배제법칙과의 관련하여서 自白排除法則의 적용범위의 문제와도 관련되어 있으므로, 이하에서는 현재 학설로 주장되고 있는 折衷說(=경합설)과 違法排除說을 중심으로 判例의 내용 검토와 더불어 차례로 살펴보기로 한다.

86) 대법원 1985. 2. 26, 82도2413(웅산 윤경화 노파 피살사건=일명 고숙중여인사건).  
87) 이재상, 앞의 책, 480면; 배종대·이상돈, 앞의 책, 547면; 조 국, 앞의 논문, 384-385면.  
88) 대법원 1998. 4. 10, 97도3234; 대법원 1999. 1. 29, 98도3584(국립대학교수채용관련 뇌물비리사건); 대법원 2000. 1. 21, 99도4940.  
89) 대법원 1999. 1. 29, 98도3584(국립대학교수채용관련 뇌물비리사건). 소위 ‘철야신문에 의한 자백’의 임의성과 증거능력이 문제되고 있는 본 판결에 대한 상세한 검토와 평석은 박광민, “자백의 임의성과 그 입증”, 『저스티스』 제32권 3호, 한국법학원, 1999.9, 194면 이하(=『형사판례연구』(8)), 형사판례연구회, 2000.6, 454면 이하) 참조.  
90) 이재상, 앞의 책, 480면; 박광민, 앞의 논문, 203면.  
91) 조 국, 앞의 논문, 380면.  
92) 이재상, 앞의 책, 244면; 심희기, 앞의 논문, 360면.

#### 1. 자백배제법칙과 위법수집증거배제법칙과의 관계

##### (1) 독립된 원칙으로 이해하는 견해 (=절충설의 입장)

먼저 自白排除法則의 이론적 근거를 ‘기본적 인권의 보장’과 ‘허위배제’의 두 가지 차원에서 파악하는 절충설(=경합설)의 관점에서, 自白排除法則을 위법수집증거배제법칙과는 존재의 평면을 달리하는 獨立된 原則으로 이해한다.<sup>93)</sup>

즉, 자백배제법칙의 발전과정이나 법정책적 측면에서 보면 ‘위법배제’의 차원에서 자백의 증거능력을 통일적으로 이해하는 견해가 일용 타당하다고 할 수는 있으나, 위법수집증거배제법칙을 중심으로 자백의 증거능력을 논하는 美國의 경우와는 달리 현행 「헌법」이 적법절차의 원리(헌법 제12조 ②항 2문)와는 별개로 자백 자체의 ‘임의성’에 중점을 두어 「헌법」 제12조 ⑦항의 自白排除法則을 명문화하고 있는 점에 비추어 보면, 이를 기초로 한 자백배제법칙은 자백과 관련된 ‘節次의 違法’ 자체를 규율하는 것이 아니라, 節次의 違法으로 인해 나타날 수 있는 ‘진술의 자유를 비롯한 기본권 침해’와 ‘허위가능성’을 막기 위한 獨自的인 性格을 가진다고 이해함이 타당하다고 한다.<sup>94)</sup>

93) 신양균, 앞의 책, 655면; 백형구, 앞의 책, 622-623면.  
94) 신양균, 앞의 책, 655면.  
95) 백형구, 앞의 책, 622-623면.  
96) 신양균, 앞의 책, 655면.

證據排除法則의 特則'으로 파악한다.<sup>97)</sup> 즉, 자백배제법칙을 자백취득과정에서의 適法節次(due process of law)의 理念(헌법 제12조 ①항)을 보장하기 위한 實踐的인 증거 법상의 원칙으로 파악하는 이 위법배제설의 입장에서는, 자백배제법칙을 '위법수집증거배제법칙의 實定法化'로 이해하면서 동시에 '自白과 관련한 가장 強力한 형태의 위법수집증거배제법칙'으로 파악하며,<sup>98)</sup> 따라서 '자백의 임의성배제법칙'이 아니라 '자백의 위법(성)배제법칙' 내지는 '위법수집자백배제법칙'이라고 설명하고 있다.<sup>99)</sup> 이렇게 보면 자백배제법칙과 위법수집증거배제법칙과의 관계는 일종의 特別法과 一般法의 관계에 서게 되고, 이 경우 법의 일반원칙에 따라 特別法에 해당하는 자백배제법칙이 우선적으로 적용되게 되는 결과가 된다. 따라서 위법한 수사활동이 인정되면 이를 통해 획득된 自白은 (그 신빙성과 임의성에 대한 판단을 할 것도 없이) '違法蒐集證據'로서 바로 特別에 의해 증거능력을 배제당하게 된다. 그리하여 형소법 제309조는 '임의성이 의심되는 자백'에 국한되는 것이 아니라, 널리 '違法한 節次에 의하여 수집된 自白'의

증거능력 제한에 관한 규정으로 파악되며, 그 결과 자백배제법칙이 포괄하는 적용범위는 확대된다고 주장한다.

## 2. 변호인 접견교통권을 침해하여 얻은 自白의 증거능력과 이론구성의 문제

변호인 접견교통권을 침해하여 획득한 자백의 경우에는 그 證據能力을 否定해야 한다는 것이 判例와 學說의 공통된 입장이지만, 그 이론구성에 있어서는 자백배제법칙의 이론적 근거(=본질)에 대한 견해여하에 따라 차이가 있다. 判例는 이에 대해 명시적으로 밝히고 있지 아니하여, 이의 해석을 둘러싸고 견해에 따라 자백배제법칙으로 해결(또는 해석)하려는 입장과 위법수집증거배제법칙으로 해결(또는 해석)하려는 입장으로 나누어진다.

97) 이재상, 앞의 책, 496면; 조 국, 앞의 논문, 383면; 김성진, 앞의 논문, 191면; 박미숙, "위법수집증거배제법칙과 자백배제법칙과의 관계", 「형사정책연구소소식」통권 제24호, 한국형사정책연구원, 1994년 7·8월호, 34면등. 위법배제설의 입장을 취하면서도 임의성에 의심 있는 자백을 위법수집증거배제법칙의 적용범위에 포함시켜 설명하는 견해도 있으나(강구진, 앞의 책, 508면), 임의성이 없거나 의심되는 '자백'과 '진술'에 관해서는 형소법 제309조와 제317조에서 별도로 규정하고 있으므로, 여기에 포함시키는 것은 타당하지 않다고 생각된다(이재상, 앞의 책, 496-497면).

98) 배종대·이상돈, 앞의 책, 548면; 조 국, 앞의 논문, 383면.

99) 조 국, 앞의 논문, 383면; 특히 김성진, "자백의 위법배제법칙의 확립", 「대진논총」 제4집, 대진대학교, 1996, 183면에서는 논문의 제목마저도 이처럼 사용하고 있다.

100) 자백배제법칙의 탄생지인 미국에서 변호인 접견교통권 침해의 경우에 그 자백의 증거능력을 부정한 선구적 판결로는, Escobedo판결(Escobedo v. Illinois, 378 U.S. 478(1964))과 그 유명한 Miranda판결(Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436(1966))이 대표적으로 꼽힌다(이재상, 앞의 책, 475면; 신양균, 앞의 책, 651면 참조).

### (1) 判例의 태도<sup>100)</sup>



#### 【판례 1】

대법원 1990. 8. 24, 90도1285(일명 서경원의원사건판결)<sup>101)</sup>



#### 【판례 2】

대법원 1990. 9. 25, 90도1613(전대협 소속임수경밀입북사건판결)<sup>102)</sup>

“ 변호인 접견 前에 작성되었다는 이유만으로는, 피의자신문조서의 증거능력이 배제되지 않는다.”



#### 【판례 3】

대법원 1990. 9. 25, 90도1586(일명 화가홍성담사건판결)<sup>103)</sup>

#### ◀ 사건의 개요 ▶

본 판례의 사안은, 화가 홍성담이 “민족해방운동사”라는 제목의 대형 걸개그림을 제작·전시하고 그 슬라이드를 북한에도 보내 평양축전미술전람회에 전시하게 하였다는 등의 이유로 국가보안법 위반으로 기소된 사건이다. 이 사건의 개요를 살펴보면, 피고인(화가 홍성담)은 1989. 8. 3 구속되어 국가안전기획부에서 조사를 받던 중 8. 12 피고인의 변호인이 접견신청을 하였으나 불허되었다. 그러자 변호인은 이에 대한 準抗告를 제기하였고, 그런 중에 피고인은 8. 22 23:00경 검찰로 송치되었다. 검사는 당일 24:00경부터 피고인을 신문하여 제1회 피의자신문조서(=자백조서)를 작성하였고, 그 후 이틀 뒤인 8. 24 위 準抗告가 認容되어 국가안전기획부의 동 접견불허처분이 취소됨으로써, 그 날 접견이 허용되어 변호인이 약 48분간 피고인과 접견하였다는 내용의 사안이다.

101) 대법원은 이 사건 판결에서 처음으로 변호인 접견교통권 침해를 이유로 피의자신문조서(=자백조서)의 증거능력을 부정하였고, 한 달 뒤에 연이어 나온 일명 홍성담사건판결에서 다시 한 번 이를 상세히 확인하였다. 이들 판례는 미국의 Escobedo 판결(1964)과는 약 30여년의 시차를 두고 같은 입장을 취하여 이른바 '한국판 Escobedo판결'로 평가되기도 하는데(김용대, "변호인의 접견교통권침해와 자백의 증거능력", 「사법행정」, 1991.4, 50면), 이로부터 2년 뒤에 진술거부권 불고지에 의한 자백의 증거능력 배제와 관련하여 '한국판 Miranda판결'로 떠들썩하게 회자되는 이른바 新이심세기파사건판결(대법원 1992.6.23, 92도682)이 나온 것도 미국의 Miranda판결(1966)의 경우와 흡사하여 매우 흥미로운 일이다.

102) 또한 "검사의 접견금지결정으로 피고인들의 '변호인 아닌 자'와의 접견이 제한된 상황에서 피의자신문조서가 작성되었다는 사실만으로, 바로 그 조서가 임의성이 없는 것이라고 볼 수 없다"고 하여 '비변호인'과의 접견제한의 경우에 증거능력을 인정한 판례도 있다(대법원 1984. 7. 10, 84도846).

103) 본 판결의 의의 및 평석에 대해서는 김용대, "변호인의 접견교통권침해와 자백의 증거능력", 「사법행정」, 1991.4(통권 제364호), 43면 이하 참조.

◀ 판결의 요지 ▶

가. 「헌법」제12조 ④항은 신체의 자유에 관한 기본권의 하나로 누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 '변호인의 조력을 받을 권리'가 있음을 명시하고 있고, 이에 따라 「형사소송법」제30조 및 제34조는 피고인 또는 피의자는 변호인을 선임할 수 있는 권리와 신체구속을 당한 경우에 변호인 또는 변호인이 되려는 자와 접견교통할 수 있는 권리가 있음을 규정하고 있다. 이와 같은 변호인과의 접견교통권은 헌법상 보장된 '辯護人の助力을 받을 權利'의 중핵을 이루는 것으로서, 변호인과의 접견교통권이 위법하게 제한된 상태에서는 실질적인 변호인의 조력을 기대할 수 없으므로, 위와 같은 변호인의 접견교통권 제한은 헌법이 보장한 기본권을 침해하는 것으로서, 그러한 위법상태에서 얻어진 피의자의 자백은 그 증거능력을 부인하여 유죄의 증거에서 배제하여야 하며, 이러한 위법증거의 배제는 실질적이고 완전하게 증거에서 제외함을 뜻하는 것이다.

검사의 피고인에 대한 제1회 피의자신문 (=자백)은 변호인의 접견교통을 금지한 위법상태가 계속된 상황에서 시행된 것으로 보아야 할 것이므로, 위와 같은 취지에서 그 피의자신문조서(=자백조서)는 증거능력이 없다.

나. 피의자신문조서(=자백조서)에 대하여 그 임의성을 판단하기에 앞서 변호인과의 접견교통권이 위법하게 제한된 상태에서 작성된 것을 이유로 그 증거능력을 부인한 것은 타당하다.<sup>104)</sup>

다. 변호인이 주장하는 불법연행 등 각 위법사유가 사실이라고 하더라도 그 위법한 절차에 의하여 수집한 증거(예컨대 자백이 기재된 피의자신문조서 등: 필자註)를 배제할 이유는 될지언정, 공소제기절차 자체가 위법하여 무효인 경우(즉, 형소법 제327조 제2호의 공소기각의 판결을 할 경우: 필자註)에 해당한다고 볼 수 없다.

(2) 위법수집증거배제법칙으로 해결(또는 해석)하는 견해(=절충설의 입장)

自白排除法則의 이론적 근거 내지 존재이유를 '기본적 인권의 보장'과 '허위 배제'의 두 가지 차원에서 파악하여 自白排除法則을 위법수집증거배제법칙과는 존재의 평면을 달리하는 獨立된 原則으로 이해는 절충설(=경합설)의 관점에서는, 예컨대 변호인 접견교통권을 침해하거나 또는 진술거부권을 고지하지 아니하고 획득한 자백의 경우에 반드시 그 任意性이 부정되는 것이 아니며, 이처럼 자백의 任意性이 인정되는 경우에는 (독자적 의의를 가지는 형소법 제309조가

104) 이와 관련하여 '한국판 Miranda판결'로 크게 회자되는 이른바 新이십세기파사건판결(대법원 1992.6.23, 92도682)에서는, "... 수사기관이 피의자를 신문함에 있어서 피의자에게 미리 진술거부권을 고지하지 않은 때에는, 그 피의자의 진술은 위법하게 수집된 증거로서 임의성이 인정되는 경우라도 증거능력이 부인되어야 한다. ..."고 판시하고 있다. 본 판결에 관한 상세한 평석은 김희옥, "진술거부권의 불고지와 피의자신문조서의 증거능력", 「형사소송법의 쟁點」(서울: 법원사, 1995), 323면 이하(=「월간고시」1992.8, 96면 이하) 및 권광중, "진술거부권의 고지 없이 얻은 피의자진술의 증거능력", 「법과 정의」(歷史이회창선생화갑기념논문집)(서울: 박영사, 1995), 252-273면 참조.

적용되지 아니하고) 蒐集節次上的 重大한 違法을 이유로 위법수집증거배제법칙에 의하여 자백의 證據能力이 否定된다고 한다.<sup>105)</sup> 따라서 이 견해에 의하면, 이러한 접견교통권 침해나 진술거부권 불고지의 경우에는 피의자 신문절차가 「헌법」제12조 ⑦항 및 「형소법」제34조 또는 「헌법」제12조 ②항 및 「형소법」제200조 ②항 등에 위반하였음을 이유로 적정절차의 이념에 기초한 위법수집증거 배제법칙의 법리에 따라 피의자신문조서 (=자백)의 증거능력이 배제되게 된다.

(3) 자백배제법칙으로 해결(또는 해석)하는 견해(=위법배제설의 입장)<sup>106)</sup>

한편 자백배제법칙의 이론적 근거가 '違法排除'에 있다고 보아 자백배제법칙을 '自白에 관한 違法蒐集證據排除法則의 特則'으로 파악하는 違法排除說의 입장에서는, 형소법 제309조가 '임의성이 의심되는 자백'에 국한되는 것이 아니라, 널리 '違法한

節次에 의하여 수집된 자백'의 증거능력 제한에 관한 특별규정이라고 포괄적으로 파악하므로, 예컨대 변호인 접견교통권 및 변호인선임권을 침해하거나 또는 진술거부권을 고지하지 아니하고 획득한 자백의 경우에도 (그 신빙성 및 임의성 유무를 판단할 것 없이) 자백취득절차의 위법을 이유로 特別法에 해당하는 自白排除法則이 일반법에 해당하는 위법수집증거배제법칙보다 우선적으로 적용되는 결과 형소법 제309조의 '기타의 방법에 의한 자백'으로서 그 적용범위에 포함된다고 한다.<sup>107)</sup>

즉, 변호인 접견교통권의 침해여부나 진술거부권의 고지유무라는 형식적·객관적 기준에 의해 곧바로 자백의 임의성이 탈락된다고는 할 수 없으나, 이들은 防禦權의 保障 또는 訊問의 公正性을 확보하기 위한 重要한 제도이므로 적어도 '자백의 임의성에 의심을 일으킬 정도의 절차위법'에 해당하여 형소법 제309조가 적용된다는 것이다.<sup>108)</sup>

105) 백형구, 앞의 책, 626-627면; 신양균, 앞의 책, 658면 참조. 김희옥, 앞의 논문, 323면 이하; 송광섭, "위법수집증거의 증거능력", 「형사법연구」제7호, 한국형사법학회, 1994, 153-154면도 같은 견해에 속한다.

106) 형사소송법 제309조의 自白排除法則은, 자백의 증거능력 문제에 관하여 임의성에 의심 있는 자백의 증거능력을 배제하여야 한다는 '自白의 任意性法則'과 위법절차에 의하여 수집된 자백의 증거능력을 부정하여야 한다는 '自白의 違法排除法則'이라는 두개의 下位法則으로 구성되어 있고, 다만 이 경우에 '자백의 임의성법칙'이 그 본질을 이루는 根本法則이고 '자백의 위법배제법칙'은 그 보안을 위한 補助法則으로 보아야 한다고 하는 독특한 견해가 있다(이 삼, "자백배제법칙의 구체적 적용범위", 「成均館法學」제14권 1호, 성균관대학교 비교법연구소, 2002.7, 187면). 따라서 이 견해는 어느 경우이든 제309조에 의해 증거능력이 부정되므로 양자를 구별할 실익이 없다고 하면서, 변호인 접견교통권 침해로 인한 자백의 경우 補助法則인 '自白의 違法排除法則'에 의해 증거능력을 부정함으로써, 결국 제309조의 自白排除法則으로 증거능력 문제를 해결하는 특수한 태도를 취하고 있다(同., 앞의 논문, 188면, 213-216면).

107) 이재상, 앞의 책, 496-497면; 배종대·이상돈, 앞의 책, 556면; 조 국, 앞의 논문, 384면; 김성진, 앞의 논문, 190-192면; 박미숙, 앞의 논문, 34면; 김용대, 앞의 논문, 50면; 이은모, "변호권과 자백의 증거능력", 「현대형사법의 쟁점과 과제」(東巖이형국교수화갑기념논문집)(서울: 법문사, 1998), 656-661면. 다만, 배종대·이상돈, 앞의 책, 556면에서는 이처럼 자백배제법칙(형소법 제309조)의 적용범위에 포함시켜 이해하고 있으면서도, 前述한 判例(대법원 1990. 8. 24, 90도1285: 일명 서경원의원사건판결)가 '위법수집증거배제법칙'에 의해 자백의 증거능력을 배제하였다고 해석하고 있는데(같은 책, 266면 각주 80), 이 견해가 위법배제설을 취하고 있는 한 그렇다고 하더라도 결국은 특별법인 자백배제법칙으로 다시 되돌아오게 된다는 의미로 이해된다.

108) 이재상, 앞의 책, 481면; 배종대·이상돈, 앞의 책, 546면, 548면 참조.

### V. 결론

#### 위법배제설에 입각한 特別으로서의 성격상 자백배제법칙(형소법 제309조)을 적용함이 타당

이상의 논의에서, 辯護人 接見交通權의 보장 및 내용 그리고 그에 대한 침해행위와 침해에 대한 실효성 있는 구제수단의 하나로써 자백증거의 증거능력을 배제하는 방법인 自白排除法則에 대하여 언급하였다. 그리고 또한 자백배제법칙의 이론적 근거에 대하여 어떠한 입장을 견지하느냐에 따라, 그로부터 자백배제법칙의 적용범위 및 인과관계 필요여부의 문제, 자백배제법칙과 위법수집 증거배제법칙과의 관계의 문제, 변호인 접견교통권을 침해하여 얻은 자백의 경우에 있어서 그 증거능력을 배제하는 이론구성의 문제 등에 유기적으로 연결되어 영향을 미치게 된다는 사실도 살펴보았다.

확실히 형사절차에서 自白이 갖는 證據로서의 우월한 기능적 측면을 고려해 볼 때, 자백의 증거사용을 가능한 엄격하게 제한하는 법정책이 필요하다고 보며,<sup>109)</sup> 이러한 요청을 충족시켜 주는 학설이 違法排除說이

아닐까 조심스럽게 진단해 본다. 이러한 판단은 형소법 제309조와 제317조의 각 규정에 대한 문리적 해석으로부터 도출될 수도 있고,<sup>110)</sup> 제309조를 위법배제설에 따라 해석하고 적용하는 수사원칙 및 재판실무가 자리를 잡으면 허위자백은 배제되고 인권이 옹호되는 결과를 가져올 수 있다는 법정책적·법해석적·법사회학적 관점으로부터도 도출될 수 있다고 생각된다.<sup>111)</sup> 전술한 바와 같이, 折衷說(=경합설)이 형소법 제309조의 文言의 해석에 보다 충실할 수 있고, 또 자백을 위시한 진술 증거 이외의 증거분야에서 판례와는 달리 理論的으로만 인정되고 있는 위법수집증거 배제법칙의 적용영역을 점차 넓혀 나간다는 차원에서도 일면 타당한 측면이 있음을 부인할 수는 없다. 그러나 이 절충설만으로는 형사피의자나 피고인의 인권을 보장하기 위한 헌법적 요청을 구현하는데 부족한 면이 있다.<sup>112)</sup> 즉, 절충설이 포괄하는 적용범위 밖에서 헌법과 형사소송법상을 위반한 각종 違法行爲로 인하여 획득한 자백의 경우에는 증거능력이 배제되지 못하는 결론이 나올 수도 있으므로, 수사기관의 위법한 신문행위에 대한 사법적 통제가 약해질 수 있다는 약점이 있다. 따라서 ‘憲法的 刑事訴訟’을 강조하는 입장에 서게 될 때, 비록 명문상의 근거는 취약하다고

109) 배종대·이상돈, 앞의 책, 548면.

110) 즉, 형소법 제309조가 “피고인의 自白이 … 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 이유가 있는 때에는, 이를 유죄의 증거로 하지 못한다”라고 규정하고 있음에 반하여, 형소법 제317조는 “피고인 또는 피고인 아닌 자의 陳述이 임의로 된 것이 아닌 것은, 증거로 할 수 없다”라고 규정하고 있어서, 양자의 규정방식과 해석에 근본적인 차이가 있다(배종대·이상돈, 앞의 책, 548면).

111) 배종대·이상돈, 앞의 책, 548면.

112) 조 국, “헌법적 형사소송의 관점에서 본 형사절차상의 권리 및 제도 보장”, 울산대「사회과학논집」제10권 1호, 울산대학교,

할지라도 違法排除說의 입장이 타당하지 않을까 생각된다.<sup>113)</sup> 다시 말해서 違法排除說이 수사기관의 불법행위를 억지하여 형사절차에서 適法節次(due process of law)의 理念(헌법 제12조 ①항)의 理念을 온전히 실현하는데 가장 강력한 힘을 갖는 이론이며, 또한 자백배제의 기준을 법관의 주관에 의존하지 않고 객관화·단순명료화하여 위법수사의 억지력을 제고하는 이론이라는 데에 동의한다.<sup>114)</sup>

이러한 관점에서 보면, 변호인 접견교통권 침해나 진술거부권 불고지에 의하여 획득한 자백의 증거능력을 부정할 때, 형소법 제309조가 아닌 실정법 밖에 아직은 하나의 理想으로 존재하는 위법수집증거배제법칙을 끌어들이는 절충설의 논리는 법해석론적 방법으로도 바람직하지 않다고 보인다.<sup>115)</sup>

그리고 전술한 大法院 判例의 판시 내용에서 보는 바와 같이, “피의자신문조서(=자백조서)에 대하여 그 임의성을 판단하기에 앞서 변호인과의 접견교통권이 위법하게 제한된 상태에서 작성된 것을 이유로 그 증거능력을 부인”<sup>116)</sup>하고 있는 것과 또 관련 판례에서 “... 수사기관이 피의자를 신문 함에 있어서 피의자에게 미리 진술거부권을 고지하지 않은 때에는, 그 피의자의 진술

(=자백)은 위법하게 수집된 증거로서 임의성이 인정되는 경우라도 증거 능력이 부인되어야 한다...”<sup>117)</sup>고 판시하고 있는 것은, 자백배제법칙의 이론적 근거(=본질)에 대해 판례가 違法排除說의 입장에 기초하고 있다고 해석함이 옳을 것으로 판단된다. 왜냐하면 이 경우 판례가 ‘자백배제법칙’이 아닌 ‘위법수집증거배제법칙’에 의해서 증거능력이 배제되는 것으로 판시한 취지라고 하면, 굳이 “그 임의성을 판단하기에 앞서”(즉, 임의성에 대한 판단을 할 것도 없이)라거나 “임의성이 인정되는 경우 라도”(즉, 임의성 여부에 관계 없이)와 같이 형소법 제309조의 문언내용과 관련시켜서 논거를 제시할 필요는 없다고 판단되기 때문이다.

결론적으로 辯護人 接見交通權을 侵害하여 얻은 自白의 경우 그 증거능력을 배제하는 경우의 이론구성 문제는, 자백배제법칙의 이론적 근거(=본질)에 대한 違法排除說의 기초위에서, 별도의 위법수집증거배제법칙에 의해서가 아니라 그에 대한 實定法的 特別으로서의 性格을 갖는 형소법 제309조의 自白排除法則으로 해결하는 태도가 타당하다고 생각하며, 따라서 이에 관한 判例들도 이러한 시각에서 해석하고 평가하는 작업이 필요하다고 본다.

113) 조 국, 앞의 논문(註 109), 314면.

114) 조 국, 앞의 논문(註 1), 383-384면; 김성진, 앞의 논문, 188-189면, 196면.

115) 조 국, 앞의 논문(註 1), 384면.

116) 대법원 1990. 9. 25. 90도1586(일명 화가 홍성담사건판결)

117) 대법원 1992. 6. 23. 92도682(이른바 ‘한국판 Miranda판결’로 일컬어지는 新이심세기파사건판결). 다만 그동안 학설상으로 인정되어 오던 ‘위법수집증거배제법칙’이 본 판례에 의하여 명백하게 인정된 획기적인 경우라고 보는 견해로는 김희욱, 앞의 논문, 323면 이하(=‘월간고시’,1992.8, 96면 이하) 참조.

자백배제법칙(제309조)과 위법수집증거배제법칙과의 관계 및  
자백배제법칙의 적용범위 I (學說間의 비교)

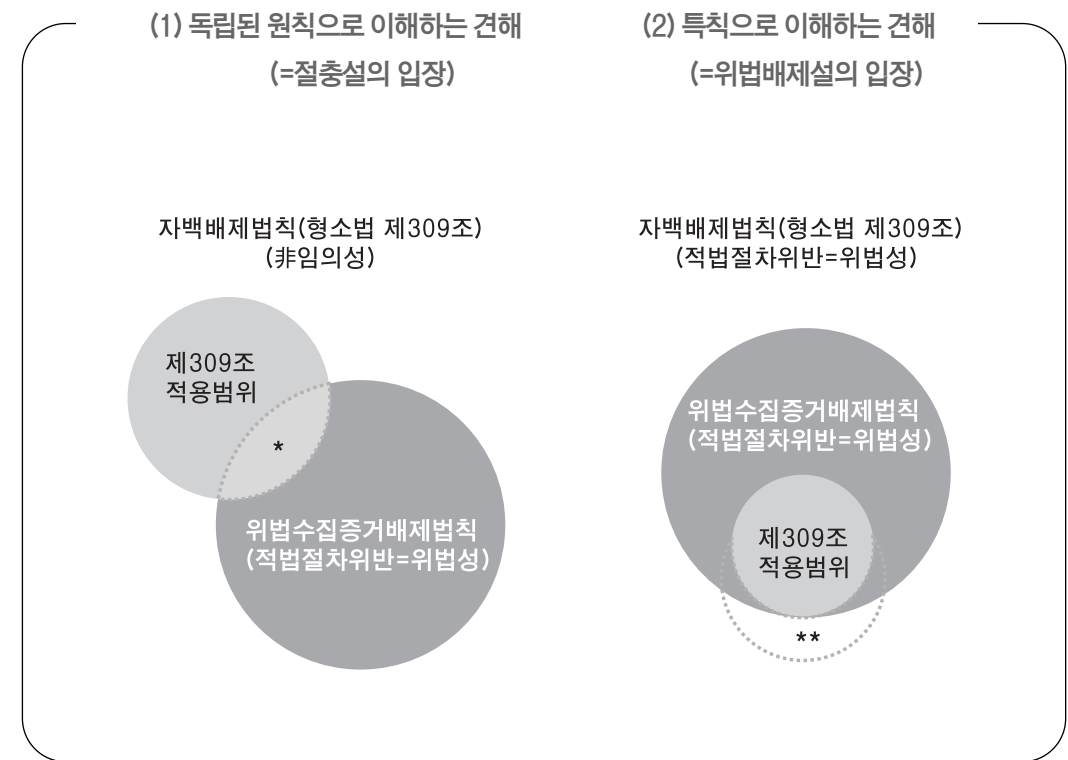
구 분	兩法則間의 關係	자 백 진 술		진술증거(자백 이외)		비진술 증거 (증거물)	
		임의성이 없거나 임의성에 의심있는 자백		임의성이 인정되는 違法한 자백*	임의성이 없는 경우		임의성이 있는 경우
		절차가 違法한 경우(拷問...)	適法 부당한 경우				
절 총 설 (=경합설)	獨立된 원칙으로 이해(제309조의 獨自性강조)	형소법 제309조	제309조	위법수집증거 배제법칙 (학설·판례*** 상으로인정)	제317조	위법 수집 증거 배제 법칙	위법수집 증거배제 법 칙 (학설상 으로서만 인정)
위 법 배제설	特 則(=일종의 特別法)으로이해 (즉,兩者의 실질을 '위법배제' 라는 동일평면에서 파악)	제309조	해결곤란 ** (제309조 또는 증명력의 문제로 해결)	제309조	제317조	위법 수집 증거 배제 법칙	위법 수집 증거 배제법 (학설상 으로서만 인정)

\* 예컨대, 변호인 접견교통권을 침해하여 얻은 자백이나 진술거부권 불고지에 의한 자백, 또는 불법구속 중의 자백, 별건구속 중의 자백 등의 경우로서 임의성이 인정되는 경우를 의미한다고 한다(절충설의 입장에서 주장). 그러나 위법배제설에서는 모두 '임의성이 의심되는 자백'에 포함시켜 이해한다.

\*\* 위법배제설에 의하면, 원칙적으로 이러한 영역은 존재하지 않는 것으로 파악한다. 다만, 예컨대 철야신문 등 밤샘수사·수면방해로 인한 자백의 경우는 그 자체로서는 위법수사에 해당하지는 않지만, 결국은 수사의 상당성(=수사의 실질상의 한계)을 초과한 것으로서 위법한 수사에 의한 자백이 되므로 형소법 제309조에 의하여 증거능력이 배제된다고 한다(이재상, 「형사소송법연습」(서울: 박영사, 2000) 220면 참조; 判例도 증거능력을 부정하고 있음). 따라서 철야신문이 수사의 상당성을 초과하지 않은 상태에서 행해지고 그에 따라 임의성이 의심되는 자백을 하게 될 경우(그러나, 현실적으로 이러한 경우를 상정하기란 거의 불가능할 것으로 판단됨)에는, 折衷說에 의하면 당연히 제309조가 적용된다고 보지만, 違法排除說에 의하면 이 경우 제309조를 적용할 수는 없고 따라서 그 증거능력을 인정하게 되는 결과 그렇다면 다음 단계인 증명력의 단계로 넘어가 법관의 자유심증에 따라 그 증명력을 평가하는 방법으로 해결하면 족하다고 풀이하게 된다.

\*\*\* 折衷說은, 변호인 접견교통권 침해와 관련한 일명 서경원의원사건판결(대법원 1990. 8. 24. 90도1285)과 일명 화가 홍성담사건판결(대법원 1990. 9. 25. 90도1586) 및 진술거부권 불고지와 관련한 이른바 新이심세기파사건판결(대법원 1992. 6. 23. 92도682)을 대법원이 自白의 증거능력 배제와 관련하여 드디어 위법수집증거배제법칙을 인정하는 것으로 평가한다.

자백배제법칙(제309조)과 위법수집증거배제법칙과의 관계 및  
자백배제법칙의 적용범위 II (學說間의 비교)



\* 임의성이 인정되는 위법한 自白(예, 진술거부권 불고지,

\*\* 위법하지 않으나 부당하여 임의성이 변호인 접견교통권 침해, 의심되는 自白(예, 철야신문 등 밤 불법구속 등...) 밤샘수사의 경우...

## 참고 문헌

- 강구진, 「형사소송법원론」, 서울: 학연사, 1983.
- 김학성, 「헌법재판소판례연구」, 서울: 성민사, 1997.
- \_\_\_\_\_, 「헌법재판소판례연구」(1998년도 추록), 서울: 성민사, 1999.
- 김희옥, 「형사소송법의 쟁點」, 서울: 법원사, 1995.
- 배종대 · 이상돈, 「형사소송법」(제4판), 서울: 홍문사, 2001.
- 백형구, 「형사소송법강의」(제8정판), 서울: 박영사, 2001.
- 신동운, 「형사소송법」, 서울: 법문사, 1993.
- 신양균, 「형사소송법」, 서울: 법문사, 2000.
- 신현주, 「형사소송법」(신정판), 서울: 박영사, 1999.
- 심희기, 「형사소송법判例70選」, 서울: 홍문사, 2000.
- 이재상, 「형사소송법」(제6판), 서울: 박영사, 2002.
- 정영석 · 이형국, 「형사소송법」(전정판), 서울: 법문사, 1997.
- 차용석, 「형사소송법」, 서울: 세영사, 1997.
- 김성진, “자백의 위법배제법칙의 확립”, 「대진논총」 제4집, 대진대학교, 1996.
- 김용대, “변호인의 접견교통권침해와 자백의 증거능력”, 「사법행정」통권 제364호, 1991.4.
- \_\_\_\_\_, “변호인의 접견권침해와 자백법칙”, 「사법행정」통권 제356호, 1990.8.
- 김일수, “현행 변호인제도의 문제점”, 「대한변호사협회지」1985년 11 · 12월 합병호.
- 김희옥, “진술거부권의 불고지와 피의자신문조서의 증거능력”, 「형사소송법의 쟁點」(서울: 법원사, 1995)(=「월간고시」1992.8)
- 박광민, “자백의 임의성과 그 입증”, 「저스티스」제32권 3호, 한국법학원, 1999.9.(= 「형사판례연구」(8)), 형사판례연구회, 2000.6).
- 박미숙, “위법수집증거배제법칙과 자백배제법칙과의 관계”, 「형사정책연구소」통권 제24호, 한국형사정책연구원, 1994년 7 · 8월호.
- 백형구, “자백의 임의성법칙 : 학설 · 판례의 정리”, 「인권과 정의」1990.8.
- \_\_\_\_\_, “자백배제법칙의 신체계 : 이원설의 提唱”, 「대한변호사협회지」1989.1.
- \_\_\_\_\_, “자백의 重要問題에 관한 학설 · 판례의 검토”, 「변호사 : 회원연구논문집」제29집, 서울지방변호사회, 1999.1.
- 심희기, “접견교통권의 침해와 그 구제방법”, 「형사판례연구(1)」, 형사판례연구회, 1996.
- 윤진수, “접견불허처분에 대한 헌법소원심판청구 후 접견이 이루어진 경우 심판청구의 적법여부”, 「판례월보」제256호, 1992.1.
- 이 삼, “자백배제법칙의 적용을 받는 자백의 유형적 고찰”, 「법조」제50권 9호, 법조협회, 2001.9.
- \_\_\_\_\_, “자백배제법칙의 구체적 적용범위”, 「成均館法學」제14권 1호, 성균관대학교 비교법연구소, 2002.7

- 이범렬, “변호인과의 접견교통권의 제한과 자백의 임의성”(최신일본판례소개), 「인권과 정의」제155호, 1989.7.
- 이재상, “자백의 증거능력”, 「고시계」1995.5.
- \_\_\_\_\_, “변호인의 접견교통권”, 「인권과 정의」제158호, 1989.10.
- \_\_\_\_\_, “구속피의자의 접견교통권”, 「고시계」1995.6.
- \_\_\_\_\_, “변호인과 구속피의자의 접견교통권의 침해에 대한 구제”, 「법률구조」제4호, 1992. 겨울호.
- 이은모, “변호권과 자백의 증거능력”, 「현대형사법의 쟁점과 과제」(東巖이형국교수 화갑기념논문집), 서울: 법문사, 1998.
- 이재홍, “변호인접견권과 자백의 증거능력”, 「형사정책연구소」통권 제11호, 한국형사정책연구원, 1992년 5 · 6월호.
- 조 국, “‘자백배제법칙’의 근거와 효과, 그리고 ‘임의성’ 입증”, 「법학」제43권 1호, 서울대학교 법학연구소, 2002.3.
- \_\_\_\_\_, “미란다 규칙의 실천적 함의에 대한 소고”, 「형사법연구」제10호, 한국형사법학회, 1998.
- \_\_\_\_\_, “헌법적 형사소송 ‘의 관점에서 본 형사절차상의 권리 및 제도 보장’”, 울산대「사회과학논집」제10권 1호, 울산대학교, 2000.8, 314면.
- 차병직, “변호인의 접견교통권”, 「변호사 : 법률실무연구」제23집, 서울지방변호사회, 1993.1.
- \_\_\_\_\_, “변호인 접견교통권의 침해와 구제”, 「법조」제42권 5호, 법조협회, 1993.5.
- 차용석, “접견교통권의 제문제”, 「사법행정」통권 제346호, 1989.10.
- 한영수, “위법수집증거(물)의 배제 또는 사용에 관한 체계적인 이론의 형성 : 독일의 증거금지이론에 입각하여”, 「형사법연구」제11호, 한국형사법학회, 1999.
- 허 영, “변호인 접견제한의 위헌성”, 「판례월보」통권 제259호, 1992.4.
- Gerd Pfeiffer/Boujong, StPO(Karlsruher Kommentar), 2.Aufl., Munchen: C.H.Beck, 1987.
- John M. Burkoff, “Exclusionary Rules”, in Encyclopedia of Crime and Justice, v.2, New York: The Free Press, 1983.
- Ronald V. Del Carmen 著/ 김성돈 譯, 「미국형사소송법(Criminal Procedure)」, 서울: 길안사, 1999.

**【핵심용어(key word)】** 자백, 자백배제법칙, 위법배제설, 위법수집증거배제법칙, 증거능력, 변호인, 변호권, 변호인조력권, 접견교통권