

碩士學位論文

# 違法蒐集證據排除法則에 관한 考察



濟州大學校 大學院

法 學 科

金 暎 孝

2002 年 12月

# 違法蒐集證據排除法則에 관한 考察

指導教授 金 秀 吉

金 暎 孝

이 論文을 法學 碩士學位 論文으로 提出함

2002年 12月

金暎孝의 法學 碩士學位 論文을 認准함

審査委員長 \_\_\_\_\_ 印

委 員 \_\_\_\_\_ 印

委 員 \_\_\_\_\_ 印

濟州大學校 大學院

2002年 12月

A Study on the Exclusionary Rule of the Illegally  
Collected Evidence

Young-Hyo Kim  
(Supervised by professor Soo-Gil Kim)

A thesis submitted in partial fulfillment of the requirement for the  
degree of Master of Law

2002. 12.

This thesis has been examined and approved



\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

(Name and signature)

\_\_\_\_\_  
Date

Department of Law  
GRADUATE SCHOOL  
CHEJU NATIONAL UNIVERSITY

## <目 次>

第 1 章 序 論 .....	1
第1節 研究의 目的 .....	1
第2節 研究 範圍 및 研究方法 .....	2
1. 研究 範圍 .....	2
2. 研究方法 .....	4
第 2 章 實體的眞實發見과 適正節次의 原理 .....	5
第1節 實體的 眞實의 發見 .....	5
1. 概 念 .....	6
2. 具體的 內容 .....	7
3. 實體的 眞實發見의 限界 .....	9
第2節 適正節次의 原理 .....	10
1. 適正節次의 意義 .....	10
2. 具體的 內容 .....	11
3. 適正節次原理의 現行法上의 明文化 .....	14
第3節 實體的 眞實發見과 適正節次의 調和 .....	15
第 3 章 違法蒐集證據排除法則의 內容 .....	17
第1節 違法蒐集證據排除法則의 意義 .....	17
1. 概念規定 .....	17
2. 證據蒐集節次 .....	18

3. 證據蒐集에 있어서 科學的 搜查方法의 使用問題 .....	21
第2節 違法蒐集證據排除法則의 根據 .....	22
1. 適正節次의 保障 .....	23
2. 違法搜查의 抑止 .....	24
第3節 自白排除法則과의 關係 .....	25
1. 問題의 所在 .....	26
2. 理論的 根據 .....	27
3. 判例의 태도 .....	33
4. 小 結 .....	36
第 4 章 比較法的 考察 .....	38
第1節 外國의 立法例 .....	38
1. 美 國 .....	38
2. 英 國 .....	44
3. 獨逸 .....	46
4. 日 本 .....	50
第2節 우리나라의 違法蒐集證據排除法則 .....	51
1. 判例의 태도 .....	52
2. 學說의 태도 .....	54
3. 現行法上 違法蒐集證據排除法則의 認定必要性 .....	57
第3節 小 結 .....	59
第 5 章 違法蒐集證據排除法則의 具體的 適用範圍 .....	62
第1節 違法蒐集證據의 排除基準 .....	62

第2節 令狀主義에 違反하여 蒐集된 證據 .....	62
1. 違法한 押收·搜索에 의하여 蒐集된 證據 .....	63
2. 違法한 檢證에 의하여 蒐集된 證據 .....	70
3. 違法한 身體拘束에 의하여 蒐集된 證據 .....	73
第3節 違法한 節次에 의하여 蒐集된 證據 .....	75
1. 毒樹果實 理論과 違法蒐集證據排除法則 .....	75
2. 陷穽搜查에 의하여 蒐集된 證據 .....	80
第4節 實體形成面에 있어서의 違法蒐集證據 .....	81
1. 陳述拒否權의 不告知 .....	82
2. 辯護權의 侵害 .....	85
3. 檢證節次의 違法 .....	86
4. 證據調查節次의 違法 .....	88
第5節 科學的 搜查方法에 의하여 蒐集된 證據 .....	92
1. 監聽 .....	92
2. 寫眞 .....	95
3. 錄音테이프 .....	98
4. 비디오테이프 .....	101
5. 麻醉分析 .....	102
6. 거짓말 探知機 .....	103
第6節 小 結 .....	107
第 6 章 結 論 .....	109
參 考 文 獻 .....	112

## [Summary]

### A Study on the Exclusionary Rule of Illegally Collected Evidence

Kim Young Hyo

Major in Law

GRADUATE SCHOOL

CHEJU NATIONAL UNIVERSITY

This paper studies the Exclusionary Rule of Collected Evidence in Criminal Procedure Code Problems. The Exclusionary Rule is the part of Criminal Procedure Code that it does not admit as Evidence ability of Illegally Collected Evidence. Whether to admit the Exclusionary rule or not can be different between such countries as one country that focuses on strengthening the ability of crime control, that is, the policy of indictment efficiency and the other country that gives priority to the protection of human rights through Due Process based on rule of law.

Though the principle, as a general rule, is considered to stress on the protection of basic human rights for the accused or suspects by means of the guarantee of Due Process, the Revelation of Substantive Truth should not be disregarded. The exclusionary Role of illegally collected evidence which would be used to disregard the Revelation of Substantive Truth would go against the fundamental principle of the Criminal Procedure Code and have criminal proceedings' reason for being lost.

The purpose of the Criminal Procedure Code is to determine suspicions of criminals, put the nation's execution rights for criminals in practice quickly and impartially and inflict punishment on them. Therefore, the Revelation of Substantive Truth is the fundamental principle of the Criminal Procedure Code. But putting the constitutional principles into criminal proceedings in order to protect the human rights of the accused or suspects more effectively is the trend of the times. In that we cannot avoid such a hard fact of today as the criminal proceedings through the constitutional principles, the Revelation of Substantive Truth, the fundamental principle of the Criminal Procedure Code, is subjected to restriction to a certain extent by the guarantee of Due Process, which is the direct demand of the constitution.

At this point a criticism can be raised that the principle may mar the efficiency of the criminal proceedings, so an obvious criminal could be found innocent and acquitted under a pretext of the principle. But we must keep it in mind that the principle will not disregard the Revelation of Substantive Truth while the principle strengthens the protection of human rights through Due Process.

When the principle is applied, the Revelation of Substantive Truth must go well with the guarantee of Due Process by means of harmonious arrangement between legalism and the efficiency of the criminal proceedings. Studying such examples as 'the theory of exception in good faith' and 'the theory of harmless error,' the limited theories against the Exclusionary Rule of Illegally Collected Evidence in America and 'serious illegality,' a standard of excluding the admissibility of evidence which is collected illegally in Japan, we can find out clues to the problem of how to match such inconsistent purposes as the protection of human rights through Due Process and the Revelation of Substantive Truth within the principle of exclusion of illegally collected evidence.

It will serve as a good reference for solving problems about arrangements of the principle that we examine the Exclusionary Rule of Illegally Collected

Evidence which has been established on the basis of judicial precedents and practical experiences in many countries. However, I think that it is not reasonable to apply the principle used in other countries to our situation without condition because consciousness of law or feelings for law, democratic maturity for criminal proceedings and social backgrounds are different between countries and it is not a way to solve the problems but a confusion to make matters worse that we accept the principle with no particular plan in mind.

Presently the Supreme Court is half-hearted about reflecting the constitutional principles on criminal proceedings and it is hard to find out progressive judicial precedents to a piece of evidence collected against the system of warrant, that is, illegally collected evidence. That we study how other countries have established and applied the Exclusionary Rule of Illegally Collected Evidence helps us establish and apply the principle which will be adjusted to our situation.

I think we must solve in the first place the problem of our criminal proceedings because the results we gain from our studies are not reflected on the practice of criminal proceedings aptly. In order to solve these kinds of problems the Supreme Court must break from the conservative attitude of admitting the evidence seized illegally. The Supreme Court must deny the admissibility of evidence for a piece of evidence collected against the system of warrant on the part of confiscation, search and seizure on the ground of the Exclusionary Rule of Illegally Collected Evidence.

If it accepts constitutional demand on criminal proceedings more progressively, the Supreme Court can play a leading role in achieving democratization to criminal proceedings. We can find the reason why it is necessary for the Supreme Court to play a leading role by examining lots of judicial precedents from the U.S.A. Supreme Court that led the change of American society. Like an example of England the legislative body can make a

law for the exclusion of illegally collected evidence to present clear ground for excluding in court the evidence collected illegally.

We will have to develop the standard of excluding illegally collected evidence and the limitation of arranging the range concretely into trying to find how to harmonize the guarantee of Due Process and the Revelation of Substantive Truth. In other words, It is not desirable to deny all the admissibility of evidence because of procedures not properly stucked to the regulation. And the standard of exclusion and the range of the arrangement for the principle must be judged according to Due Process, protection of human rights, the spirit of the constitution and seriousness of illegality.

As a result, it is not that we will accept the principle absolutely, entirely but that considering our situation, we have to compare the efficiency of the criminal proceedings with the principle of legality sincerely. And it is necessary to establish a restrictive and relative Exclusionary Rule of Illegally Collected Evidence and to strengthen the protection of the accused and suspects to achieve the democratization to criminal proceedings.

# 第 1 章 序 論

## 第1節 研究의 目的

형사소송은 實體的 眞實을 밝혀내고 그에 따라 국가형벌권을 신속하고 적정하게 실현하여 범인을 처벌하는 것을 목적으로 한다. 따라서 형사절차에 있어서 실체적 진실의 발견은 형사소송의 근본이념이다. 과거 糾問主義하에서는 고문, 폭행, 협박 등으로 자백을 강요할 수 있었으며 그러한 자백에는 증거능력이 인정되었기 때문에 자백이 범죄인정을 위한 증거의 왕으로까지 여겨지던 때가 있었다. 그러나 근대 이후 인권의식이 고취되면서 실체적 진실발견만이 형사소송법의 유일한 목적이 될 수 없다는 인식을 가지게 되었다.

이러한 맥락에서 헌법 제12조 1항은 「누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포, 구속, 압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌, 보안처분 또는 강제노역을 받지 아니 한다」고 규정하여 適正節次의 原則을 헌법이 명문으로 규정하여 형사절차에서의 기본적 인권보장을 강화하고 있다. 이로써 형사소송법은 형사절차 전반에 걸쳐서 헌법의 직접적인 요청인 적정절차의 원칙에 입각하여 그 범위 내에서 實體的 眞實을 발견하고 그에 따라 국가 형벌권을 신속하고 적정하게 적용함으로써 범죄인을 처벌하고 더 나아가 범죄인뿐만 아니라 일반 국민의 기본권까지도 보장하여야 한다.

현대형사법은 형사절차에 헌법의 요청을 반영함으로써 민주사회와 개인의 기본적인 인권을 보장하는 것을 과제로 삼고 있다. 그러나 현실적으로 헌법상의 적정절차의 요청과 형사소송법의 실체적 진실발견은 서로 충돌을 일으킨다. 이를테면 실체적 진실발견을 중요시하는 경우 그 증거수집 절차가 위법하더라도 그에 의하여 얻어진 증거가 실체적 진실을 밝혀낼 수 만 있다면 이는 증거능력이 인정된다. 그러나 이 경우에 형사절차에서 被疑者·被告人의 인권이 침해될 가능성이 그 만큼 높아지게 된다. 즉 실체적 진실발견이라는 궁극적 목적을 달성하기 위해서 적정절차

의 원칙을 희생시키게 된다. 반대로 적정절차만을 너무 강조하게 되면 형사소송법의 목적인 실체적 진실발견에 있어서 장해요인으로 작용할 수도 있고 이 경우에 진범인 중범죄자를 처벌하지 못하게 되는 불합리한 결과가 초래될 수 있다. 그로 인해서 일반인의 법감정을 훼손시키고 형사사법의 효율적인 범죄통제가 의심받게 될 수 있다.

이처럼 適正節次의 원칙과 實體的 眞實發見은 어느 한 쪽만을 우선시 하기에는 두 원칙 모두 형사소송법에 있어서 중요한 위치를 차지하고 있다. 그렇기 때문에 적정절차의 원칙과 실체적 진실발견을 어떻게 조화시킬 것인가 하는 문제를 두고 지금까지도 다양한 논의가 전개되고 있으며 이러한 문제와 관련하여 대표적으로 논의되는 테마가 이른바 ‘違法蒐集證據排除法則’에 관한 문제라 할 수 있다. 왜냐하면 위법수집증거배제법칙은 형사절차 전반에 걸쳐 적용되는 원칙이며 형사절차의 시작이라고 할 수 있는 수사단계에서부터 공판절차에 이르기까지 형사절차의 매 단계 단계마다 밀접한 관련을 맺고 있기 때문이다.

이러한 문제의식에 입각하여 본 논문은 違法蒐集證據排除法則을 중심으로 적정절차의 원칙과 실체적 진실발견을 어떻게 조화시킬 것인가를 논의하고자 한다. 더 나아가 위법수집증거배제법칙의 구체적인 적용범위를 검토함으로써 우리나라에서 위법수집증거배제법칙을 어떻게 적용할 것인가에 대한 기준을 설정하는데 그 목적이 있다.

## 第2節 研究 範圍 및 研究方法

### 1. 研究 範圍

형사절차는 범죄혐의를 밝히고 그에 따라 국가형벌권을 신속하고 적정하게 운용하여 범죄인을 처벌하는 것을 목적으로 한다. 수사단계에서부터 형사절차가 시작되는데 일반적으로 수사단계에서 많은 인권침해의 위험이 도사리고 있다. 예컨대 強

制搜查, 別件拘束, 任意性없는 自白, 令狀없이 행해지는 押收·搜索·檢證 등 많은 인권침해의 요소가 있다. 이것은 이미 우리가 과거에 경험한 것이며 현재도 완전히 불식되지 못한 문제라고 할 것이다. 이러한 인권침해의 문제는 공판절차에서도 발생할 수 있다.

오늘날 형사소송법의 과제가 형사절차에서 적정절차를 지도원리로 하여 피의자·피고인의 인권을 보장하는 것이라면 형사절차에서 적정절차의 보장과 위법수사의 억지를 위한 사법적 규제장치의 도입은 필수적이라고 하겠다. 그러나 아쉽게도 우리의 법현실을 그리하지 못하다. 이러한 문제를 해결하는데 있어서 미국의 판례법에서 확립된 증거법상의 배제법칙은 우리에게 시사하는바가 크다고 하겠다. 미국은 1960년대 진보진영의 선봉자였던 Warren대법원장을 중심으로 피의자·피고인의 인권신장을 위하여 위법수집증거에 대한 진보적인 판결을 함으로써 違法蒐集證據排除法則을 증거법상의 기본원칙으로 확립시켰다. 미국의 위법수집증거배제법칙은 전후 독일의 증거금지론에도 영향을 미쳤음을 부인할 수 없으며 일본도 미국의 Mapp사건판결에 영향을 받아서 위법수집증거배제법칙을 채택하였다. 이처럼 미국의 위법수집증거의 배제에 대한 판례이론은 형사절차의 민주화를 위한 선도적 역할을 수행하였다는 점에서 위법수집증거배제법칙을 논의하기 위한 적절한 비교법적 고찰대상이라고 하겠다.

이러한 사항들에 착안하여 본 논문에서는 위법수집증거배제법칙의 구체적인 적용범위를 설정하기 위하여 실체적 진실발견과 적정절차의 원리에 대한 관계를 정립하고 난 연후에 위법수집증거배제법칙의 근거를 검토한다. 더 나아가 違法蒐集證據排除法則과 自白排除法則에 대한 관련 학설과 판례를 비교함으로써 양법칙간의 관계를 규명하고자 한다. 그리고 본 논문의 중심테마로써 미국 등 각국의 위법수집증거배제법칙에 대한 전개과정을 비교법적 고찰을 통하여 우리나라의 현실에 맞는 違法蒐集證據排除法則의 도입과 적용에 있어서의 적절한 기준을 모색하고자 한다. 특히 그 적용범위에 있어서는 수사절차에서의 위법하게 수집된 증거에 한정하지 않고, 실체형성면에 있어서 진술거부권의 침해와 변호권의 침해 및 증거조사절차에 위법이 있는 경우와 프라이버시를 침해하는 과학적 수사방법에 의하여 얻어낸 증거에 대한 논의도 연구범위에 포함시켰다.

## 2. 研究方法

본 논문은 違法蒐集證據排除法則에 관한 고찰을 위하여 국내문헌과 판례를 면밀히 검토하고 고찰의 범위와 내용을 심도 있게 하기 위하여 외국의 문헌 및 판례를 고찰하였다. 본 논문의 서술체계는 다음과 같이 제6장으로 구성하였다. 제1장 서론에서는 본 논문의 연구목적, 범위, 방법 및 서술체계에 대하여 논하였다. 제2장에서는 형사소송법의 지도원리인 實體的 眞實主義와 適正節次의 原則에 대하여 실체적 진실주의의 개념과 내용 그리고 한계문제를 검토하고, 적정절차의 원칙의 의의와 그 내용을 논하였다. 제3장에서는 위법수집증거배제법칙의 개념과 이론적 근거로서 적정절차의 보장과 위법수사의 억지를 검토하고, 위법수집증거배제법칙과 제309조의 自白排除法則과의 관계에 대하여 논하였다. 제4장에서는 각국의 위법수집증거배제법칙의 전개과정에 대한 비교법적 고찰을 통하여 위법수집증거배제법칙에 대한 우리나라의 학설과 판례의 태도를 논하였다. 제5장에서는 위법수집증거배제법칙의 적용범위에 대하여 排除法則의 排除基準과 구체적인 적용범위로써 영장주의에 위반하여 수집된 증거, 위법한 절차에 의하여 수집된 증거 및 실체형성면에 있어서 위법수집된 증거, 그리고 프라이버시를 침해하여 얻어낸 증거 등의 증거능력에 대하여 논하였다. 제6장 결론에서는 지금까지 고찰한 내용을 정리하면서 위법수집증거배제법칙에 대한 앞으로의 전개방향을 제시하는 것으로 결론에 갈음하였다.

## 第 2 章 實體的眞實發見과 適正節次의 原理

### 第1節 實體的 眞實의 發見

형사소송절차란 범죄혐의를 밝히고 그에 따라 국가형벌권을 신속하고 적정하게 운용하여 범죄인을 처벌하는 절차를 말한다. 그러한 형사절차를 규정한 법이 형사소송법이다. 형사소송법에 의하여 형법은 구체적 사건에 적용되며 형법의 적용을 위해서는 사건의 진상을 밝히고 범죄혐의를 명백히 함으로써 죄 있는 자와 죄 없는 자를 구별하여 죄 있는 자를 처벌하고 죄 없는 자를 처벌하지 않음으로써 판결의 實質的 正當性(materielle Richtigkeit)을 확보하여야 한다.<sup>1)</sup> 이러한 점에서 형사소송의 목적은 실체적 진실발견에 있으며 실체적 진실발견주의는 형사소송법의 기본원리이다. 그러나 실체적 진실발견이 형사소송의 유일한 목적은 아니며 실체적 진실발견도 憲法的 刑事訴訟<sup>2)</sup>하에서 適正節次에 의한 제한을 받게 된다. 다시 말해서 실체적 진실발견을 형사소송의 유일한 목적으로 한다면 진상규명을 위한 위법한 수단들이 동원될 우려가 크며 형사절차의 공정성과 적정성을 담보하기가 어렵게 된다.

이러한 측면에서 형사소송법의 기본원리인 실체적 진실발견과 적정절차 및 신속한 재판의 원칙 사이에는 서로 규범의 충돌을 일으키는 긴장관계에 놓이게 된다.<sup>3)</sup>

- 1) 이재상, “실체적 진실주의와 적정절차의 원리,” 「고시연구」 제14권 제1호, 1987. 1, 129면.
- 2) 헌법적 형사소송이라는 관념에 대해서는 이를 긍정하는 것이 다수설이다.(차용석, “형사소송법론의 현대적 과제,” 「고시계」 제32권 제6호, 1986. 6, 73면 ; 신동운, 「형사소송법 I」, 법문사, 1997. 5면 ; 이재상, 앞의 논문, 137면 ; 배종대·이상돈, 「형사소송법」, 홍문사, 2001, 5면). 반면에 헌법적 형사소송이라는 관념을 부정하는 견해가 있다. 그 근거로서 적정절차의 법리는 헌법특유의 법리가 아니라 법령일반의 법리라는 점, 형사절차에서 인권의 헌법적 보장을 강조하는 것은 당연하며, 인권이 헌법적으로 보장되어 있다고 해서 헌법적 형사소송이라고 이해하는 것은 논리적 비약이라는 점, 피의자·피고인의 인권보장은 대부분이 형사소송법에 의한 법률적 보장이며 헌법적 보장은 극히 일부이라는 점등을 제시한다(백형구, 「형사소송법강의」, 박영사, 2001, 15면).
- 3) 실체적 진실발견과 적정절차의 원리 사이의 갈등은 잘못된 인식론에서 비롯된 것이라는

즉 實體的 眞實發見은 어떠한 사건에서 실체적 진실을 밝히는데 있다고 한다면 적정절차와 신속한 재판의 원칙은 피의자·피고인의 인권과 방어권을 보장하는데 그 목적이 있기 때문에 서로 긴장관계에 놓이게 된다. 따라서 실체적 진실발견을 지나치게 추구하게 되면 適正節次와 신속한 재판의 이념이 후퇴하게 되고 반대로 적정절차와 신속한 재판의 이념만을 추구하게 되면 실체적 진실발견이 후퇴하게 된다. 이러한 형사소송의 모순된 목적이념을 어떻게 조화시킬 것인가는 형사소송법의 기본원리를 결정하는데 중요한 의미를 가지게 된다.<sup>4)</sup> 따라서 형사소추의 효율성과 기본적 인권의 보장이라는 형사절차에서의 대립된 두 개의 이념을 어떻게 조화할 것인가는 21세기 형사소송법의 과제라 할 것이다.<sup>5)</sup>

## 1. 概 念

實體的 眞實發見이란 소송의 객체에 관하여 객관적 진실을 발견하고 사안의 진상을 명백히 하자는 주의를 말한다. 즉 법원이 당사자의 사실상의 주장, 사실의 인부 또는 제출한 증거에 구속되지 않고 사안의 진상을 규명하여 객관적 진실을 발견하려는 소송법상의 원리가 바로 실체적 진실주의이다. 이러한 실체적 진실주의는 민사소송의 형식적 진실주의와 구별된다. 즉 사적분쟁을 해결하기 위한 민사소송은 처분권주의와 변론주의를 내용으로 하는 當事者處分權主義를 핵심으로 한다. 따라서 당사자간의 다툼이 있는 부분에 한하여 법원이 구속받기 때문에 법원은 그 부분에 대해서만 당사자의 주장과 입증을 기초로 사실을 판단하는 반면에 형사소송은 국가형벌권의 발동과 한계를 설정하는 것이므로 민사소송에서와 같이 당사자처분권주의는 인정되지 않는다.

형사소송법은 실체적 진실발견의 제도적 구현으로서 제295조는 법원에 의한 職權證據調查, 제307조는 證據裁判主義를, 제308조는 自由心證主義, 제309조는 自白排

---

견해가 있다. 이 견해에 따르면 실체적 진실발견과 적정절차는 병렬적이며, 상호갈등적인 원칙이 아니라고 한다(배종대·이상돈, 앞의 책, 15면이하 참조).

4) 이재상, 앞의 논문, 130면.

5) 이재상, “형사절차에서의 범치국가원리의 기능과 한계 : 기본적 인권의 보장인가, 형사소추의 효율성인가,” 「법학논총」 제13집, 국민대학교, 2001. 2, 261-262면.

除法則을, 제310조의2는 傳聞法則 등의 증거법칙과 제310조의 자백의 보장법칙 그리고 제420조 이하에서는 上訴와 再審을 규정해 놓고 있다.

## 2. 具體的 內容

### 1) 積極的 眞實主義와 消極的 眞實主義

실체적 진실주의는 적극적 진실주의와 소극적 진실주의로 구분한다. 적극적 진실주의는 범죄사실을 밝히고 죄 있는 자를 빠짐없이 처벌할 것을 강조한다. 대륙법계의 직권주의적 형사소송구조의 특징이다. 반면에 소극적 진실주의는 죄 없는 자를 유죄로 하여서는 안된다는 원리로서 “의심스러운 때에는 피고인의 이익으로” (in dubio pro reo)라는 無罪推定の 原理를 강조하는 영·미법계의 당사자주의적 형사소송구조의 특징이라 하겠다.<sup>6)</sup>

대륙법계의 직권주의적 소송관은 실체적 진실발견의 임무를 국가기관인 법관에게 부과하여 실체적 진실발견의 주도적 역할을 담당하도록 한다. 職權主義는 형사절차의 공정성을 담보함으로써 형사소송의 스포츠화 내지 민사소송화를 방지할 수 있다는 점, 당사자주의 하에서 보다 피고인 보호에 치중할 수 있다는 점, 법원이 소송진행의 주도권을 가지므로 신속한 진실발견을 도모할 수 있다는 장점은 있으나 피고인의 적극적인 방어권 행사가 어렵고 심리의 객체로 전락할 위험이 크며 법관의 자의적인 판단으로 피고인의 정당한 권리가 무시되기 쉽다는 단점이 있다.

영·미법상의 當事者主義는 피고인의 인권보장과 방어권을 보장함으로써 피고인이 소송주체로서 검사와 대등한 위치에서 공격·방어활동을 수행하는데 중점을 두고 있다. 당사자주의가 피고인의 인권보장과 방어권 보장에 치중한다는 점은 장점이라고 할 수 있다. 그러나 영·미법상의 당사자주의는 처분권주의를 기본으로 하기 때문에 형사소송의 스포츠화나 민사소송화의 우려가 있다는 단점이 있다. 여기서 주의할 것은 직권주의와 실체적 진실발견을 동일시하지 말아야 한다는 점이다.

---

6) 영·미법의 당사자주의적 형사소송은 “열 사람의 범인을 놓치는 한이 있더라도 한 사람의 죄 없는 사람을 벌해서는 안된다” (Better ten guilty escape than one innocent suffer)는 소극적 진실주의를 강조한다.

영·미법상의 당사자주의 하에서도 형사절차의 본질적인 임무가 실체적 진실발견에 있다는 점은 부인되지 않고 있다.<sup>7)</sup>

형사소송법도 기존의 직권주의적 요소에다 영·미법의 당사자주의적 요소를 대폭 도입하여, 당사자주의적 색채를 강하게 띠고 있다. 그러므로 현행형사소송법의 해석에 있어서도 積極的 眞實主義와 消極的 眞實主義가 충돌하는 경우에는 소극적 진실주의를 우선 고려하여야 한다.<sup>8)</sup> 현행 형사소송법은 진실성과 신빙성이 희박한 증거를 배제하려는 취지에서 형사소송법 제309조와 제310조의2가 각각 임의성 없는 自白과 轉聞證據의 증거능력을 부정 내지 제한하도록 규정하고 있다. 또한 동법 제310조는 自白의 補強法則을 명문으로 규정해 놓고 있다. 이 규정들은 실체적 진실발견의 소극적인 면에 중점을 둔 것이라 하겠다.

## 2) 制度的 具現

실체적 진실발견은 형사소송의 지도원리로서 형사절차 전반에 걸쳐 적용된다. 따라서 현행 형사소송법은 증거의 수집·보전을 위해서 법원 또는 수사기관의 被疑者訊問(제200조), 參考人調查(제221조), 被告人訊問(제287조), 押收·搜索·檢證·鑑定(제215조, 제218조, 제221조, 제222조) 등을 규정하고 있으며, 증거보전의 필요성이 있는 경우에 증거를 보전하기 위한 증거보전제도(제184조)를 두고 있다. 또한 실체진실의 발견은 사실인정의 합리성에 의하여 이루어지므로 證據裁判主義(제307조), 證人宣誓制度·相互訊問制度(제156조, 제161조의2), 自由心證主義(제308조), 임의성 없는 자백의 증거능력을 배제하는 自白排除法則(제309조), 自白의 補強法則(제310조), 수사서류 등 전문증거의 증거능력을 제한하는 傳聞法則(제 310조의2 내

7) LaFave, W. R. / Israel, J. H., Criminal Procedure, 2nd ed, 1992, §1.6.

8) 憲裁 1996. 12. 26, 94헌바1 : 이 판결은 형사소송법 제221조의2 제5항 중 제2항에 관한 부분이 헌법에 위반되는지 여부에 대하여 동 조문이 부당하게 피고인 등의 증인에 대한 반대신문의 기회를 박탈하는 것이어서 적법절차의 원칙 및 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다고 하여 위헌이라고 결정하였다. 이 판결에서 현재는 실체적 진실주의는 적극적 면과 소극적 면을 구분하고, 적극적 진실주의(범인필벌)와 소극적 진실주의(무죄자불벌)가 충돌하는 경우에는 후자를 우선시킴으로써 소극적 진실주의를 형사소송의 지도원리로 삼는 것이며, 이러한 소극적 진실주의는 헌법이 보장하고 있는 적법절차의 원칙이 형사증거법에 반영된 필연적 결과라고 하였다.

지 제316조), 증명력 판단의 합리성을 보장하기 위한 탄핵증거(제318조의2) 등의 증거법칙을 마련하고 있으며 오판의 방지와 그 시정을 위하여 상소제도와 재심제도를 마련해 놓고 있다. 이러한 모든 규정이 실체적 진실발견의 제도적 구현이라고 하겠다.

### 3. 實體的 眞實發見의 限界

#### 1) 適正節次와 迅速한 裁判의 原則에 의한 制限

형사소송은 헌법상의 기본권, 특히 인권을 보장하는 것에 중점을 두고 있다. 적정절차의 보장은 헌법상의 기본권 보장을 위한 필수불가결한 이념이라 할 것이다. 따라서 형사소송의 목적도 실체적 진실발견이 유일한 것이 아니며 적정절차에 의하여 실현되어야만 한다. 그러므로 위법한 절차에 의한 실체적 진실발견은 허용될 수 없으며 이에 기하여 얻어진 증거는 위법하게 수집한 증거로써 증거능력을 부정하여야 한다.<sup>9)</sup>

실체적 진실발견은 적정절차이외에 인권보장적 측면과 신속한 재판의 측면에서 일정한 한계를 가진다. 형사소송법은 被告人의 陳述拒否權(제289조), 不利益變更禁止原則(제368조), 압수·수색·검증의 시간적 제약(제125조, 제143조) 등은 인권보장적 측면에서의 제약이며, 拘束期間의 制限(제92조), 判決宣告期間의 制限(소송촉진법 제21조, 제22조) 등은 신속한 재판에 의한 제약이다.

#### 2) 超訴訟法的 利益에 의한 制限

실체적 진실발견주의는 소송법적 이익에 우월하는 국가적·사회적·개인적 이익, 즉 초소송법적 이익에 의한 제한을 받는 경우가 있다. 형사소송법 제110조 내지 제112조의 「군사상·공무상 또는 업무상 비밀에 속하는 장소 또는 물건에 대한 압수·수색의 제한」, 형사소송법 제148조와 제149조의 「근친자의 형사책임에 대한 불이익한 사항」과 「공무상·업무상 비밀에 속하는 사항」에 대한 증거거부 등이

---

9) 차용석, 「형벌권남용으로부터의 자유」, 교육과학사, 1993, 242면.

여기에 속한다. 제148조는 헌법이 보장한 自己負罪拒否의 권리에 근거한 것으로 近親者에 대한 증언거부는 헌법에 직접적인 규정은 없지만 인간의 존엄성과 행복추구권을 규정한 제10조에서 헌법적 근거를 찾을 수 있다.<sup>10)</sup> 근친자 등에 관련한 증언거부권은 가족관계 등 특별하게 밀접한 사회적 관계를 보호하기 위하여 형사처벌의 공익을 후퇴시키는 제도라고 할 수 있다.<sup>11)</sup> 여기서 근친자의 범위는 민법에 따라 정해진다. 근친자의 범위는 엄격하게 해석하여야 하므로 내연의 처나 결의 형제 등과 같이 사실상의 친족과 다름없이 지내는 자라 하여도 證言拒否權이 인정되지 않는다. 제149조가 규정한 특정한 업무자에 대한 증언거부권을 인정하는 이유는 그들의 업무가 사회적으로 중요한 기능을 담당하고 있고 그러한 업무를 원활하게 전개하는 것이 사회적으로 바람직하기 때문에 형소법은 공익적 관점에서 實體的 眞實發見의 요청을 완화하여 證言拒否權을 인정하고 있다. 다만 본인의 승낙이나 중대한 공익상의 요구가 있는 때(제149조 단서)에는 증언거부권이 인정되지 않는다. 실체적 진실발견의 관점에서 업무자의 범위를 규정한 동조는 열거적 규정이라고 보아야 한다.



## 第2節 適正節次의 原理

### 1. 適正節次의 意義

適正節次의 原理는 미국 헌정사에 있어서 인권보장을 위한 가장 중요한 헌법적 도구로 사용되어 왔다. 그 목표는 국가권력의 자의적인 행사로부터 개인의 ‘자유와 권리’를 보장하려는 데 있다. 그러나 그 개념은 법원의 판례를 통하여 점진적으로 형성·확대되어 왔다.<sup>12)</sup> 適正節次란 ‘사회를 규율하는 일반적인 준칙’ 이고 ‘공정

10) 박일환, “근친자의 형사책임과 증언거부,” 「주석 형사소송법(Ⅰ)」, 한국사법행정학회, 1998, 468면.

11) 배중대·이상돈, 앞의 책, 471면.

12) 윤명선, “적법절차의 원리,” 「경희법학」 제26권 제1호, 경희대학교 법학연구소, 1992. 2, 66면.

한 시험'이며 '시민적·정치적 제도'의 기초를 이루는 자유와 정의의 근본원리이다. 미국의 각주의 헌법들에 표현된 국법은 연방헌법의 적정절차와 같은 의미를 가진다. 적정한 법의 과정(due process of law), 적정한 국법의 과정(due course of the law of the land) 및 보통법의 과정(course of the common law) 등 모두 동의어들이다.<sup>13)</sup>

대헌장에서의 국가의 법률은 처음에는 형식적인 법의 구속을 의미했다가 자유 또는 정의와 같은 의미로 유연한 내용을 갖는 것으로 이해되어 왔고 형사소송에서는 실질적으로 공정한 것, 합리적인 것을 뜻하게 되었다.<sup>14)</sup> 적정절차의 실질적인 의미는 인간의 존엄에서 나온 것이며 그 존엄성을 보장받을 권리는 인권이다. 형사절차에서 권리보장이 기본적 인권보장의 중요한 일익을 담당한다면 형사절차는 법이념의 차원에서 고찰하지 않으면 안되며 모든 법의 이념은 인간의 존엄에 귀결된다고 볼 것이다.

## 2. 具體的 內容

형사절차가 실질적으로 공정하여야 한다는 適正節次의 法理는 피의자·피고인의 인권보장을 위한 지도원리이다. 특히 미국의 연방헌법이 규정하고 있는 적정절차의 법리는 우리나라의 형사절차에서도 피의자·피고인의 인권보장을 위한 지도원리가 되고있다.<sup>15)</sup> 이러한 적정절차의 내용은 공정한 재판의 원칙, 비례성의 원칙 및 피고인에 대한 보호의무를 그 내용으로 한다.

### 1) 公正한 裁判의 原則

공정한 재판의 원칙이란 독립된 법관에 의하여 인간의 존엄과 기본적 인권을 존

13) 전재경, “미국적법절차론,” 「법무자료」 제130집, 법무부법무실, 1993. 12, 19면.

14) 송광섭, “위법수집증거배제법칙에 관한 연구,” 「박사학위논문」, 원광대학교 대학원, 1988. 11, 24면.

15) 백형구, “형사절차상 인권보장의 당면과제,” 「형사정책연구」 제1권 제2호, 형사정책연구원, 1990. 여름호, 129면.

중하며 정의와 공평을 이념으로 하는 재판이 행하여져야 한다는 것을 말한다.<sup>16)</sup> 즉 적정절차는 절차의 적정성뿐만 아니라 그 절차의 공정성까지도 요구한다. 따라서 공정한 재판의 원칙은 재판의 본질적 공정성을 확보하기 위한 법치국가적 기본 원칙이다. 공정한 재판의 원칙은 공평한 법원의 구성과 피고인의 防禦權保障 그리고 武器平等의 原則을 그 내용으로 한다.

#### (1) 公平한 法院의 構成

현행법은 적정절차의 보장을 통하여 피고인이 공정한 재판을 받을 수 있도록 하기 위하여 형사소송법 제2장에서 除斥·忌避·回避制度를 규정해 놓고 있다. 除斥이란 사건심판에서 불공평한 재판을 할 우려가 큰 경우를 유형적으로 정해 놓고 그 사유에 해당하는 법관을 법원이 직무집행에서 자동적으로 배제시키는 제도이다. 제척사유에 대하여는 형사소송법 제17조가 규정해 놓고 있다. 그 내용으로는 법관이 피해자인 때, 법관이 피해자 또는 피해자의 친족, 호주, 가족 또는 그와 같은 관계가 있었던 경우 피고인의 법정대리인·후견감독인이 된 경우, 사건에 대하여 감정·증인·감정인·피해자의 대리인이 된 경우, 사건에 대하여 대리인, 변호인, 보조인이 된 경우, 법관이 사건에 관하여 검사 또는 사법경찰관의 직무를 행한 경우 등이 제척사유에 해당한다. 忌避制度는 법관이 제척사유가 있음에도 재판에 관여하거나 불공평한 재판을 할 우려가 있는 경우에 당사자의 신청에 의하여 그 법관을 직무집행에서 탈퇴하게 하는 제도를 말한다. 기피사유는 제18조 제1항에서 규정하고 있는 바, 제17조의 ‘제척사유에 해당한 때’와 ‘법관이 심히 불공평한 재판을 할 우려가 있는 때’가 여기에 해당된다. 回避制度는 법관이 스스로 기피원인이 있다고 판단할 때 자발적으로 직무집행에서 탈퇴하는 제도이다.

#### (2) 被告人의 防禦權保障

현행법은 피고인의 방어권을 보장하기 위하여 변호인의 조력을 받을 권리뿐만 아니라 형사소송법 제268조의 제1회 공판기일의 유예기간, 제276조의 피고인의 공판정출석권, 제286조의 피고인의 진술권, 제289조의 진술거부권, 제294조의 증인신문권, 제184조의 증거보전청구권 등을 규정하고 있다.

#### (3) 武器平等의 原則

---

16) 이재상, “실체적 진실주의와 적정절차의 원리,” 138면.

검사와 피고인 사이의 武器平等의 原則도 공정한 재판의 원칙에서 파생한 원칙이다. 그러나 검사와 피고인 사이의 실질적인 무기평등은 피고인이 검사와 같이 搜查의 主宰者가 될 때에만 달성될 수 있다. 그러나 피고인은 검사와 같은 권한을 가질 수 없고, 그에게 부여된 권리도 행사할 수 없는 실정이다. 여기서 형사소송법은 피고인에게 변호인의 조력을 받을 권리를 인정하고 피고인이 스스로 변호인을 선임할 수 없을 때에는 국선변호인을 선임하여 줄뿐만 아니라 검사에게도 객관의무를 부여하여 무기평등의 원칙을 실현하려고 하고 있다. 공정한 재판의 원칙은 검사에 대한 피고인의 공평한 처우 이외에도 피고인 사이의 법 앞의 평등도 그 내용으로 하고 있다.<sup>17)</sup>

## 2) 比例性의 原則

比例性의 原則이란 국가형벌권을 위한 강제처분이 소송목적 달성을 데 적정한가 이러한 수단이 불가피한 것인가 그리고 이 수단이 투입됨으로써 피고인에게 미치는 침해정도가 전체적인 균형을 이루고 있는가를 놓고 형사절차 전반에 걸쳐 포괄적으로 검토할 것을 요구한다. 비례성원칙은 구속 등 強制處分의 법적 허용한계를 정하고 명령과 집행에도 한계가 된다.<sup>18)</sup>

## 3) 被告人 保護의 原則(Prinzip der Fürsorgepflicht)

被告人保護의 原則(Prinzip der Fürsorgepflicht)은 피고인의 방어능력유지가 법원의 보호의무로 구체화되는 것을 의미한다. 이 원칙으로 인하여 법원은 피고인에게 정당한 방어의 기회의 고지, 소송행위에서의 법적 효과를 설명하여야 한다. 예를 들면 피고인에 대한 진술거부권의 고지(제289조, 규칙 제127조), 증거조사결과에 대한 의견과 증거조사신청에 대한 고지(제293조), 상소에 대한 고지(제324조) 및 피고인을 구금할 때에 범죄사실의 요지와 변호인을 선임할 수 있음을 고지할 것을 요구하고 있는 것(제72조) 등이 피고인 보호의 원칙에 해당한다.<sup>19)</sup>

17) 이재상, “실체적 진실주의와 적정절차의 원리,” 139면.

18) 배종대·이상돈, 앞의 책, 16면.

19) 이재상, “실체적 진실주의와 적정절차의 원리,” 140면.

### 3. 適正節次原理의 現行法上の 明文化

#### 1) 憲法

1987년 10월 29일에 개정된 헌법이 제12조 1항에서 ‘적법한 절차’ 라고 규정함으로써 영미법상의 적정절차조항이 신체의 자유에 관하여 헌법규범으로 보장되게 되었고, 제12조 제5항에서 변호인의 조력을 받을 권리를, 제12조 제6항이 구속적부심사제에 관해서 법률유보를 삭제함으로써 모든 被拘束者에게 구속적부심사 청구가 가능하도록 규정하고 있다. 이러한 헌법의 규정은 미국 수정 헌법 제5조와 제14조 제1항 등의 적정절차조항의 영향을 받은 것이다. 헌법 제12조 제1항과 3항은 적정절차조항의 실정법적 근거라 할 것이며 적정절차의 일반조항이라고 할 것이다. 헌법재판소는 (구)사회보호법 제5조 제1항의 보안처분은 법관의 판단 재량을 박탈한 것으로서 헌법 제12조 제1항 후문에 정한 적법절차와 헌법 제37조 제2항, 나아가 헌법 제27조 제1항의 재판받을 권리를 침해하는 위헌법률이라고 하였고<sup>20)</sup> 형사사건으로 공소가 제기된 변호사에 대해 청문의 기회없이 업무정지명령을 내릴 수 있게 한 변호사법 제15조는 적법절차가 존중되지 않은 것으로 헌법위반이라고 판시<sup>21)</sup>함으로써 적법절차가 실질적 징계처분 내지 불이익처분에도 적용된다고 인정한 바 있다.

#### 2) 刑事訴訟法

적정절차의 보장은 영·미법상 인권보장의 역사적 변천과정에서 발전되어왔다. 그러한 영·미법상의 적정절차의 발전은 우리의 형사사법체계에서 그 구조에 있어서는 직권주의에 당사자주의적 요소가 가미되고 기본이념에 있어서는 실체적 진실 발견에 대한 적정절차의 보장에 의한 제한을, 소송관에 있어서는 규문주의에서 탄핵주의로의 발전에 영향을 미쳤다. 이제 적정절차의 보장은 형사소송법의 기본원리로서 기능하고 있다. 적정절차의 원리는 수사단계에 있어서 實體的 眞實主義·無

20) 憲裁 1989. 7. 14, 88헌가5·88헌가8·89헌가44.

21) 憲裁 1990. 11. 19, 90헌가48.

罪推定の 法理・必要最小限度의 法理와 함께 수사법의 지도원리로 작용하고 있다.<sup>22)</sup> 適正節次의 原理는 인권보장의 기초원리로서 수사절차, 공판절차 등 형사절차의 일반적 지도원리이며 수사의 민주화 추세에 따라 수사절차의 단계에서 더욱 강조되어야 할 것이다. 다만 형사소추의 효율성의 측면을 완전 도외시할 수만은 없다는 점에서 기본적 인권보장과 형사소추의 효율성을 적절히 조화시켜야 한다. 이는 법치국가원리의 기능과 한계에 대한 문제이며 앞으로 풀어야할 과제라 하겠다.

헌법 제12조 제2항과 형사소송법 제200조 제2항의 진술거부권의 보장과 고문금지, 제309조의 임의성 없는 自白의 증거능력의 부인 및 수사절차에 있어서 압수·수색·검증 등의 兪狀主義 原則의 적용 그리고 일정한 사정 하에서의 압수·수색·검증의 제한 등은 적정절차의 법리를 그 이념적 기초로 한 것이며 搜查節次에서 피의자·피고인의 기본적 인권과 적정절차를 보장하기 위해서는 수사기관의 위법한 수사에 의하여 얻은 증거의 증거능력을 부정하여야 한다.

### 第3節 實體的 眞實發見과 適正節次의 調和

오늘날의 형사절차는 헌법의 직접적인 요청에 따라 형사절차에서 피의자·피고인의 기본적 권리를 보장하기 위해 규문적 수사관행을 탈피하고 적정절차에 의한 실체적 진실발견을 그 주된 목적으로 한다. 이러한 의미에서 적정절차란 인권보장을 위한 공정한 절차의 요구를 의미하며, 이것은 헌법 제12조 제1항의 총괄적 규정을 비롯하여 기타의 많은 기본권규정을 통해서 그 이념이 구현되고 있다. 변호인의 接見交通權의 확대로서 피의자 신문시의 입회권, 압수의 필요성 및 그 대상의 축소·특정의 방향으로의 사법적 통제, 強制搜查法定主義의 철저화, 각종의 감청, 사진촬영, 거짓말탐지기사용, 마취분석 등의 제한, 함정수사의 억제, 임의동행의 원칙적인 금지, 승낙유치의 위법, 영장 없는 압수·수색의 제한, 피의자에 대한 보석청구권과 국선변호권의 보장, 自白排除法則에 대한 違法排除說에 의한 규제, 신속한

22) 백형구, “수사의 지도원리·기본원칙,” 「월간고시」 제11권 제11호, 1984. 11, 27면.

재판을 받을 권리의 침해에 대한 구제, 증거개시의 활용, 違法蒐集證據排除法則의 도입 등은 헌법상 보장된 피의자 또는 피고인의 기본적 인권을 보장하기 위하여 형사절차에서 적정절차의 보장을 강조하는 사법의 법창설적 기능이 요청되는 영역이라고 하겠다.<sup>23)</sup>

유죄자필벌의 실체적 진실주의는 소송법에 내재하는 목적이므로 헌법의 직접적인 요청으로서의 적정절차의 원리에 의한 제한을 받아야 한다. 따라서 형사소송법학에 있어서 適正節次의 原理에 기초한 형사소추의 효율성이 적절하게 조화되어야 하며 이 점에서 형사소송의 목적은 적정절차의 원칙에 의한 實體的 眞實發見을 추구하는 것이다. 이로써 형사소송법학의 방향은 우리 헌법이 명시한 적정절차의 원칙과 형사절차상의 피의자·피고인의 인권을 보장·강화하는 방향으로 전개되어야 할 것이다.<sup>24)</sup>



---

23) 차용석, 「형벌권남용으로부터의 자유」, 243면.

24) 조국, “헌법적 형사소송의 관점에서 본 형사절차상의 권리 및 제도 보장,” 「사회과학논집」 제10권 제1호, 울산대학교, 2000, 316면.

### 第 3 章 違法蒐集證據排除法則의 內容

#### 第1節 違法蒐集證據排除法則의 意義

##### 1. 概念規定

違法蒐集證據排除法則이라 함은 위법한 절차에 의하여 수집되어진 증거의 증거능력을 부정하여야 한다는 증거법칙을 말한다. 위법수집증거배제법칙을 판례를 통해서 확립한 미국의 경우, 종래 증거법의 원칙은 “당사자가 증거를 얻은 수단의 위법성은 증거의 내용에 영향을 미치지 않는다”는 것이었기 때문에 제출된 증거가 사실에 관련성이 있고 피고인의 유죄를 입증함에 있어서 도움이 될 수만 있다면 비록 그것이 비윤리적이거나 위법·부당한 방법에 의하여 획득되어진 것일지라도 증거로서 허용하였다. 그 이후 미국은 非合理的인 搜索과 押收를 금지하고 상당한 이유에 기초한 영장발부의 요건을 규정한 미국 헌법 수정 제4조에 의거하여 위법수집증거배제법칙을 Week v. United States<sup>25)</sup>판결에서 처음으로 선언하였고 1961년 Mapp v. Ohio<sup>26)</sup>판결에서 연방정부에만 적용되던 Weeks rule이 州에도 적용된다고 판결하였다.<sup>26)</sup> 이 판결을 기초로 하여 많은 판례의 축적을 통해서 違法蒐集證據排除法則의 체계가 만들어지게 되었다.

미국의 이러한 태도와 달리 현행법이 자백, 즉 진술증거에 관해서만 헌법 제12조 제7항과 형사소송법 제309조에 명문규정을 두고 있을 뿐 영장주의에 위반된 압수·수색에 의한 증거물의 경우에는 명문규정을 두고 있지 않기 때문에 학설과 판례에 의하여 해결할 수밖에 없다. 그러나 위법하게 수집된 압수물의 증거능력판단

25) Weeks v. United States, 232 U. S. 383(1914) 판결에 대한 자세한 내용은 본 논문 제4장 비교법적 고찰, 44면 이하참조.

26) Irasel, J. H. / Kamisar, Y. / LaFave, W. R., Criminal Procedure and The Constitution, West Publishing Company, 1990, p. 60.

에 있어서 판례와 학설이 입장을 달리하고 있다. 즉 학설은 違法蒐集證據排除法則에 근거하여 증거능력을 부정하고 있지만 판례는 아직까지 非陳述證據인 증거물에 대하여는 그 ‘성질·형상 등이 변질되지 않는다’<sup>27)</sup>는 이유를 들어 증거능력을 인정하고 있다. 그러나 오늘날 형소법의 실제적 진실발견도 유일한 목적은 아니며 적정절차의 원칙에 의한 제한을 받게 되었다. 이로써 違法蒐集證據의 증거능력에 대한 논의가 새롭게 이루어지게 되었고 그러한 논의의 결과로 실제적 진실발견도 헌법의 직접적인 요청인 적정절차의 범위 내에서 달성되어야 하며 적정절차를 위반하여 수집된 증거는 증거능력이 없다고 보는 것이 학계의 일반적인 견해가 되고 있다.

## 2. 證據蒐集節次

형소법이 규정하고 있는 증거수집절차에는 蒐集主體面에서 수사절차에 의한 증거수집과 증거보전절차에 의한 증거수집 및 공판절차에 의한 증거수집 등이 있다. 수사절차 이외의 증거수집절차는 법관의 심증형성에 직접영향을 미치는 이른바 ‘實體形成面’에서 법관의 피고인신문이나 압수·수색·검증 및 증인신문, 감정인신문의 위법을 문제삼을 필요가 있다. 이는 실제형성을 목표로 하는 법원의 증거수집절차에서 생기는 법률관계로서 법관의 심증에 영향을 미치는 절차의 위법에 관한 문제이다. 그러나 수사절차에 의한 증거수집절차에 비해 위법수사의 남용가능성 및 피의자 인권침해의 소지가 상대적으로 적다고 하겠다. 따라서 여기서는 수사절차에 의한 증거수집의 경우를 중점적으로 다루고자 한다.

### 1) 搜查機關에 의한 證據蒐集

수사기관에 의한 증거수집에는 임의수사에 의한 증거수집과 강제수사에 의한 증

---

27) 大判 1994. 2. 8, 93도3318 ; 大判 1996. 5. 4, 96초88 : “압수물은 압수절차가 위법하다고 하더라도 물건 그 자체의 성질, 형상에 변질을 가져오는 것은 아니므로 증거가치에 영향이 없으므로 증거능력이 있다” 고 하여 증거능력을 인정하고 있다. 대법원의 일관된 입장이다. 이러한 대법원의 태도는 실제적 진실발견의 적극적인 면만을 중시한 태도로 생각되며 비난의 소지가 크다고 하겠다.

거수집이 있다. 전자의 경우 특히 문제되는 것은 피의자신문의 경우이며, 후자의 경우에는 強制處分法定主義의 원칙과 令狀主義의 적용을 받는다. 여기에는 대인적 강제처분으로써 체포·구속과 대물적 강제처분으로써 압수·수색·검증이 있다.

(1) 任意搜查로서의 被疑者訊問

임의수사란 수사방법이 임의적인 수사를 말한다. 즉 당사자가 거부할 수 있고 반드시 동의를 필요로 하는 수사형태를 말한다. 피의자신문은 검사, 사법경찰관 등이 수사에 필요한 경우 피의자를 출석시켜 신문하고 진술을 듣는 것을 말한다(제200조 제1항). 被疑者訊問시 피의자는 출석의무가 없으며<sup>28)</sup> 진술거부권이 보장되기 때문에 임의수사에 해당한다. 그러나 피의자신문의 경우에 문제되는 것은 위법한 신문방법의 사용과 그에 따른 인권침해의 문제이다. 예를 들어 수사기관의 피의자 신문시 자백획득을 위하여 고문·폭행 기타의 방법으로 자백을 강요한 경우에 피의자의 인권은 부당하게 침해될 수 있다. 이에 대해 현행법은 제309조와 제317조에서 自白排除法則과 진술의 임의성을 규정하여 임의성 없는 자백 및 진술에 대하여 증거능력을 부정하고 있다.

따라서 진술거부권을 고지하지 아니한 채 행하여진 피의자신문은 피의자의 진술거부권을 침해한 위법에 해당하며 이 자체가 피의자의 진술 및 자백의 임의성을 의심할 만한 위법수사에 해당한다. 더 나아가 피의자의 자백 및 진술을 획득하기 위하여 위법한 신문방법을 사용하는 경우 역시 적정절차를 위반하여 행하여진 위법수사로서 그 결과로 획득된 증거는 배제되어야 한다.

(2) 強制搜查에 의한 證據蒐集

① 對人的 強制處分

對人的 強制處分으로는 구속과 체포가 있다. 구속은 형사절차를 관철시키기 위하여 피의자 또는 피고인의 신체자유를 제한하는 강제처분을 말한다. 피의자·피고인에 대한 신체의 자유를 침해한다는 점에서 엄격한 규제가 요구된다. 따라서 체포·구속의 요건이 갖추어 지고 법관이 발부한 영장에 의하여 이루어져야 한다. 다만

---

28) 수사기관의 출석요구에 대하여 정당한 이유 없이 불응하는 경우에는 체포영장을 발부받아 체포할 수 있기 때문에 이 범위에서 현실적으로 피의자에게 출석의무가 있다고 하겠다.

현행범인의 체포 및 긴급체포의 경우에 일정한 矚狀主義의 예외를 인정하고 있다.

대인적 강제처분에 있어서 문제가 되는 경우는 別件拘束에 의하여 자백을 획득하는 경우라고 하겠다. 別件拘束이란 본 사건이 영장발부를 받기가 현실적으로 어려운 경우에 영장발부를 받을 수 있는 다른 사건으로 영장을 발부 받아 본래 의도한 사건을 수사하는 것을 말한다. 別件拘束은 구속기간의 제한을 탈법적으로 우회하는 방편으로 수사기관이 이용하는 영장주의에 반하는 위법수사의 일종이다. 이러한 위법수사는 적정절차를 위반하는 것으로써 이는 허용될 수 없는 수사방법이라 하겠다. 따라서 당연히 증거능력을 부정하여야 한다.

## ② 對物的 強制處分

대물적 강제처분에는 압수·수색·검증이 있다. 압수·수색·검증은 증거방법으로 의미 있는 물건이나 몰수할 것으로 예상되는 물건 등을 수집·보존하는 강제처분이다. 압수·수색·검증은 개인의 기본권 특히 재산권에 제한을 가하는 수사방법이라는 점에서 強制處分法定主義와 矚狀主義의 제한을 받을 뿐만 아니라 比例性原則의 적용을 받는다. 다만 이 경우에도 체포현장(제216조 제1항), 피고인 구속현장(제216조 제2항), 범죄현장(제216조 제3항), 긴급체포(제217조)의 경우에는 압수·수색·검증에 있어서 일정한 영장주의의 예외를 인정하고 있다.

압수·수색·검증에 있어서 헌법과 형소법의 규정을 위반하여 획득한 증거물에 대한 증거능력의 인정여부가 문제된다. 우리 헌법 제12조 제1항에서 適正節次를 천명하고 있고 제12조 제3항에서 矚狀主義를 규정하고 있으며 형소법 제215조에서 이를 구체화하고 있다. 따라서 영장주의에 위반하여 행하여진 압수·수색·검증은 적정절차를 위반한 위법한 절차에 해당하며 그 결과로 얻어진 증거물은 위법수집 증거로써 증거능력을 부정하여야 한다.

## 2) 違法하게 蒐集된 證據의 證據能力

증거수집절차가 증거수집주체의 면에서 다루었다면 위법수집증거는 증거수집객체의 면에서 다를 수 있다. 위법수집증거는 광의로 고문·강제 등에 의한 임의성 없는 자백, 피고인의 反對訊問權 행사를 부당하게 제한하여 얻은 증거 등도 포함되지만 협의로는 위법한 압수·수색·검증에 의하여 얻어진 증거 등이 여기에 속한

다.<sup>29)</sup> 따라서 피의자신문의 경우 진술거부권을 고지하지 아니하고 얻어낸 자백 및 진술은 형소법에 명문의 규정이 있다고 하더라도 위법수집증거에 해당할 것이고<sup>30)</sup> 別件拘束과 같이 위법한 수사방법은 적정절차와 영장주의에 반하는 위법수사의 형태로서 이에 기하여 얻어진 증거도 위법수집증거로 보아야 한다. 뿐만 아니라 체포·구속에 의한 피의자·피고인의 訊問에 있어서 변호인의 조력을 받을 권리를 침해하여 얻어낸 증거도 위법수집증거로 다루어져야 한다. 그리고 압수·수색·검증 등이 위법한 절차에 의하여 행하여지고 그 결과로 얻어진 증거물도 역시 위법수집증거로써 다루어져야 한다.

형사소송법은 피의자·피고인의 인권보장을 위해서 適正節次를 지도원리로 채용하고 있기 때문에 증거의 진실성이 인정된다고 하더라도 적정한 절차에 의하지 않는 경우, 예컨대 矜狀主義에 반하거나 고문·폭행·협박 등에 의한 자백과 같은 경우에는 위법하게 수집된 증거로서 허용할 수 없다. 따라서 증거수집절차가 위법하고 그 위법의 정도가 중대한 경우에는 위법수집증거배제법칙에 의하여 증거능력을 부정하여야 한다.<sup>31)</sup>

### 3. 證據蒐集에 있어서 科學的 搜查方法의 使用問題

최근 과학기술의 발달로 새로운 수사방법이 등장하게 되었고 이에 따라 인권침해의 위험은 더욱 증가되었다. 실제로 수사의 과학화는 육감에 의한 수사의 불합리성을 제거하고 實體的 眞實을 과학적으로 해명하는데 초점을 맞추고 있다. 그러나 현실적으로 과학적 수사기법에 대한 사법적 규제장치가 마련되어 있지 못하거나 혹은 불충분한 경우에 그러한 수사기법의 사용은 피의자·피고인의 기본적 인권 침해의 위험성을 증대시킬 수 있다.<sup>32)</sup> 이러한 과학수사기법으로는 감청, 녹음테이

29) 송광섭, “위법수집증거배제법칙에 관한 연구,” 14면.

30) 자백배제법칙의 이론적 근거를 위법배제설에 구한다면 자백배제법칙도 위법수집증거배제법칙의 일부에 지나지 않는다. 따라서 임의성 없는 자백은 위법수집증거배제법칙의 특칙에 지나지 않는다고 하겠다.

31) 백형구, 앞의 책, 589면.

32) 김일수, “강제수사와 임의수사의 한계,” 「치안논총」 제9집, 경찰대학교, 1992. 12, 118면.

프, 비디오테이프, 사진촬영, 거짓말탐지기, 마취분석 등 다양한 기법들이 도입 또는 논의되고 있다.

이러한 과학적 수사기법들에 대한 문제는 현행법이 규정의 미비로 인해서 언제든지 남용의 위험성이 크다는 점이다. 또 다른 문제는 각각의 수사기법들을 임의수사로 볼 것인가 아니면 강제수사로 보아야 할 것인지가 문제된다. 그 다음으로 刑事節次에 이러한 과학적 수사기법들의 사용을 허용하게 된다면 먼저 명백한 기준을 설정하여야 하며 그러한 기법들에 의하여 수집된 증거의 증거능력을 판단하기 위한 적절한 기준도 마련되어야 한다. 이는 과학수사기법의 남용을 방지함으로써 피의자·피고인의 권리를 담보하고 刑事訴追의 效率性과 法治國家的 要請을 적절히 조화시키는 것이라 하겠다.

오늘날의 범죠행태가 집단화, 조직화되고 점점 더 치밀해지고 있다는 점을 고려해 볼 때 앞으로 이러한 과학적 수사기법의 필요성은 점점 더 강조될 것이라고 본다. 그러나 현행법이 이에 대한 충분한 사법적 규제장치를 마련하고 있지 못한 실정임을 감안할 때 違法蒐集證據排除法則의 도입이 절실히 요구되는 부분이라고 하지 않을 수 없다.



## 第2節 違法蒐集證據排除法則의 根據

현행법이 자백 등의 진술증거에 대하여 헌법과 형사소송법에 명문규정을 두고 있기 때문에 이와 관련된 문제는 논외로 하더라도 판례가 非陳述證據인 증거물에 대하여 증거획득 과정에서의 위법을 문제삼지 않고 그 증거물의 증거능력을 인정하고 있다는 점은 문제로 지적된다. 반면에 학설은 일치하여 非陳述證據인 증거물이 획득과정에서 위법이 있는 경우에는 그 증거물의 증거능력을 부정하여야 한다는 것에 동의하고 있다.<sup>33)</sup> 違法蒐集證據排除法則의 근거로서 크게 이론적 근거와

33) 우리나라에 있어서 違法蒐集證據排除法則을 인정하는 것이 학계의 일반적인 태도이다. 그러나 위법수집증거배제법칙의 이론적 근거에 있어서는 인권보장, 적정절차의 보장 그리고 適正節次의 보장과 인권보장을 이론적 근거로 하는 견해 등이 있으나, 현재의 입장

정책적 근거로 나누어 설명할 수 있다. 먼저 헌법의 직접적인 요청인 적정절차의 보장에 그 이론적 근거를 찾고 있으며, 다음으로 위법수사의 억지라는 측면에서 그 정책적 근거를 찾을 수 있다.

### 1. 適正節次의 保障

오늘날의 형사절차는 국가형벌권의 실현에 있어서 근본적인 공정성(fundamental fairness)을 기하도록 함으로써 국가에 의한 부당한 형벌권행사로부터 국민 일반 내지 피의자·피고인의 헌법상 보장된 권리를 보장하는 절차로 이해하여야 한다.<sup>34)</sup> 즉 헌법이 직접적인 요청인 모든 국민의 기본적 인권을 보장하고 형사절차에서 피의자 또는 피고인의 권리를 보장함으로써 기존의 糾問的 搜查慣行을 배제하고 적정절차에 의한 피의자·피고인의 인권과 방어권을 보장함으로써 형사절차의 민주화를 달성할 수 있다고 이해하여야 한다. 바로 이러한 이해의 바탕 하에서 위법하게 수집된 증거는 적정절차의 보장이라는 관점에서 그 증거능력이 부정되어야 하고, 이에 의하여 司法의 廉潔性(judicial integrity)과 裁判의 公正性이 유지된다는 점에서 위법수집증거배제법칙의 이론적 근거를 찾을 수 있다.<sup>35)</sup>

오늘날의 형사절차는 헌법의 이념아래 적정절차를 실체적 진실발견보다 상위에 위치시킴으로서 양자간의 충돌이 발생하는 경우에 적정절차를 보장하기 위하여 實體的 眞實發見을 희생시킨다. 이는 실체적 진실발견이 형사소추의 효율성과 신속성에 결부되어서 이에 치우치게 되면 헌법상 포기할 수 없는 권리를 포기하게 되는 불합리한 결과를 초래한다고 보기 때문이다. 여기서 적정절차의 보장은 단지 절차적인 면만을 의미하는 것이 아니라 실체적인 측면도 함께 보장되어야 한다는 것을 의미한다.<sup>36)</sup>

---

은 적정절차의 보장과 위법수사의 억지에 있다고 보는 것이 일반적이라고 하겠다.

34) 이종갑, “위법수집증거배제법칙,” 「법학연구」 제12집, 경상대학교, 1990. 12, 304면.

35) 강구진, 「형사소송법원론」, 학연사, 1983, 504면 ; 이재상, “위법수집증거배제법칙,” 「고시연구」 제14권 제3호, 1987. 3, 165면.

36) 적정절차를 설명하기 위해서는 적정절차의 실체적 것과 절차적인 것을 고려해야 한다. 즉 절차적 적정절차가 법률, 명령, 행정관례 혹은 사법적 업무수행 방법에 관한 것이라면 실체적 적정절차는 법률이나 명령의 주제 혹은 내용에 대한 것으로 볼 수 있다. 이

憲法的 刑事訴訟(constitutional criminal procedure)이라는 표현이 시사하듯 헌법은 형사소송의 이념과 형사소송법에 심대한 영향을 미쳤다. 형사소송의 이념은 실제적 진실발견과 적정절차의 원칙의 조화에서 찾아야 한다. 다만 적정절차가 문제되는 것은 수사기관이며, 명백한 범죄자를 증거수집절차상 적정절차의 위반을 이유로 무죄판결하는 것은 사법에 대한 국민의 신뢰를 더욱 침해한다는 점에서 違法蒐集證據排除法則의 근거는 위법수사의 억지에서 찾아야 한다는 비판이 있다.<sup>37)</sup>

## 2. 違法搜查의 抑止

위법수집증거배제법칙은 위법수사를 방지 또는 억지하는 가장 효과적인 방법이라는 점에서 그 정책적 근거가 있다. 과거 自白을 얻기 위한 강제, 고문, 협박, 폭행 등이 공공연히 인정되어 왔고, 實體的 眞實發見을 위해서는 피의자·피고인의 인권은 문제가 되지 않았었다. 그러나 실제적 진실을 발견하기 위하여 그러한 방법을 사용하는 것은 진실에 대한 불명예스러운 심사이며 문명화된 사회에서는 결코 용납될 수 없다고 하겠다.<sup>38)</sup>

따라서 수사단계에서 피의자·피고인의 인권보장을 위하여 위법수사를 통제할 필요성이 있고 그러한 통제기능을 수행하기 위한 적절한 방법이 위법수사의 결과로 얻어진 증거의 증거능력을 부정하는 것이다. 이처럼 違法蒐集證據排除法則의 근거를 위법수사의 억지에서 찾는 것은 현행법상의 민·형사상 책임추궁 방법으로는 억지의 실효성을 담보할 수 없다는 데 있다.<sup>39)</sup> 물론 수사기관의 위법한 증거수집 활동에 대해서 다른 억지방법이 없는 것은 아니다. 그러나 이러한 억지방법이 확실하게 위법행위를 방지할 수 있는가는 의문이다. 즉 현실적으로 검사가 기소를 독

---

러한 양 개념 모두 합법성이나 합헌성의 사법적 기준은 동일하며 절차적 적정절차의 일반적 기준은 '공정성'을 포함한다.(헨리 J.에이브러햄, 윤후정 譯), 「기본적 인권과 재판」, 이화여자대학교 출판부, 1992, 125면 이하 참조).

37) 이충상, “위법수집된 비진술증거의 증거능력에 관한 우리나라와 일본의 학설·판례 : 특히 영장·동의 없는 채혈을 중심으로,” 「판례실무연구(Ⅲ)」, 비교법실무연구회, 1999. 12, 305면 이하참조.

38) Douglas, W. O., THE RIGHT OF THE PEOPLE, Doubleday & Company, Inc, 1966, p. 102.

39) 이충갑, 앞의 논문, 306면.

점하고 있는 현행형사사법체계 하에서 검사가 자기 자신이 포함된 수사기관에 대하여 스스로 기소를 한다는 것은 기대하기 어려운 것이며, 특히 수사기관이 악의가 없는 직무에 지나친 열성 때문에 위법하게 된 경우에는 고의범으로 訴追하기가 어렵고 배상으로 문책하기에도 損害額의 算定과 過失의 立證이 어려운 면이 있다. 또한 절차상 시간과 비용이 너무나 많이 소모됨으로 현실적으로 그 효과를 기대하기가 어렵다고 본다.<sup>40)</sup> 따라서 수사기관의 위법수사에 대한 가장 효과적인 방법은 위법수사에 의하여 수집된 증거의 증거능력을 배제하는 것이 위법수사를 방지하는 효과적인 담보책이라고 할 수 있다.

미국의 경우 1968년 이후 Warren판사가 사임하고 Burger판사가 임명되면서 미국 대법원의 구성은 기존의 진보진영에서 보수진영으로 전환되게 되었고 이로 인해서 미국 사회 전반의 보수화가 진행되고, 일반대중이 국가가 범죄의 희생자보다 범죄인을 더 보호한다고 믿고 국가를 불신하는 새로운 ‘정당성의 위기’ 속에서 등장한 Burger연방대법원은 違法蒐集證據排除法則에 대한 기존의 이해를 변화시켰다.<sup>41)</sup> 즉 보수파로 불리는 Burger / Rehnquist 법원은 위법수집증거배제가 형사피고인의 헌법적 권리라는 Warren법원의 이론을 기각하고 違法搜查의 抑止理論에만 의존하면서 위법수집증거배제법칙은 헌법 수정 제4조상의 권리를 보호하기 위해 ‘司法的으로 創造된 救濟策(a judicially created remedy)’ 이라고 재규정하였다.<sup>42)</sup> 이로써 위법수집증거배제법칙의 이론적 근거인 司法의 廉潔性理論은 제한적 역할을 하는 것으로 규정되었으며 이제는 위법수사의 억지에 위법수집증거배제법칙의 근거가 있다고 보고 있다.

### 第3節 自白排除法則과의 關係

40) 차용석, “위법수집물의 증거능력,” 「고시계」 제30권 제7호, 1985. 7, 36면 ; 강구진, 앞의 책, 505면.

41) 조국, “미국 헌법 수정 제4조 위반 위법수집증거배제에 관한 일고,” 「판례실무연구(III)」, 비교법실무연구회, 1999. 12, 234면.

42) Stone v. Powell, 428 U. S. 531, 536(1975).

## 1. 問題의 所在

미국은 1957년의 Mallory판결에서 自白排除의 근거를 임의성의 결여 내지 허위 배제라는 점에서 구하지 않고 자백획득의 절차의 적법성에서 구함으로써 종래의 허위배제의 이론에서 위법배제의 이론으로 전환되었음을 재확인하였다.<sup>43)</sup> 현행 형소법은 자백 등과 같은 진술증거에 대하여 제309조가 「임의로 진술한 것이 아니라 고 의심할 여지가 있는 때에는 이를 유죄의 증거로 하지 못한다」고 규정하여 임의성에 의심이 가는 때에는 그러한 자백의 증거능력을 부정한다는 것을 명문으로 규정하고 있다.

證據裁判主義를 핵심으로 하는 현행 형사절차에서 증거수집절차상의 증거의 진실성, 증거수집절차의 적정성과 인권보장이 요청된다. 따라서 증거수집과정에서 피의자·피고인의 인권을 과도하게 침해하여 얻어진 증거는 배제되어야 한다. 특히 수사기관에 의한 증거수집절차에서 피의자의 기본적 인권과 수사활동은 서로 충돌할 가능성이 크다. 이는 형사소송에 있어서 法治主義의 理念과 刑事訴追의 效率性의 조화의 문제로 귀결된다. 이러한 문제의 논의상황이 위법수집증거의 증거능력을 부정하는 것이다.

학설 상으로 위법수집증거배제법칙을 인정하는 것에는 이론이 없다. 그러나 범죄사실의 인정자료로서 제공되는 증거에는 진술증거만 있는 것은 아니며, 非陳述證據인 증거물도 포함된다. 현행법은 진술증거인 자백에 관하여 그 임의성이 없거나 임의성에 의심이 있는 자백의 경우에는 자백의 증거능력을 부정하는 自白排除法則을 명문으로 규정하고 있을 뿐, 비진술증거인 증거물의 수집과정에 위법이 있는 경우에 아무런 규정을 두고 있지 않다. 그러므로 違法蒐集證據排除法則이 형사소송법 제309조의 자백배제법칙과 제317조의 진술의 임의성과 관련하여 어떤 관계가 있는가 하는 문제가 제기된다.<sup>44)</sup> 예를 들어 자백의 임의성은 인정되나 자백의 획득절

43) Mallory v. United States, 354 U. S. 449 : Mallory판결에서 연방대법원은 경찰의 피체포자에 대한 불필요한 引導遲延을 용인한다면 이는 연방형사소송법 제5조 a의 운영을 체포하는 관리에게 맡겨 그것을 무시할 수 있는 상황을 만들게 되어 위의 규칙을 유명무실하게 한다는 점을 강조하고 또한 경찰은 상당한 이유가 있을 때 한하여 체포할 수 있음을 밝히고 있다.

자가 위법한 경우에 위법수집증거배제법칙이 적용되는 것인지 아니면 자백배제법칙이 적용되는지가 명확하지 않다.

이러한 문제점을 중심으로 자백배제법칙의 이론적 근거를 밝히고 위법한 절차에 의해 수집된 자백의 경우에 違法蒐集證據排除法則과 自白排除法則 중 어느 법칙의 적용을 받는가를 검토함으로써 위법수집증거배제법칙과 자백배제법칙과의 관계를 규명하고자 한다.

## 2. 理論的 根據

형소법 제309조는 「피고인의 자백이 고문·폭행·협박·신체구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법에 의해 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 이유가 있는 때에는 이를 유죄의 증거로 하지 못한다」고 규정하여 임의성 없는 자백의 증거능력을 제한하고 있다. 동규정의 전단은 인권침해에 의한 자백을, 후단은 책략에 의한 자백 또는 권유에 의한 자백의 경우를 예시적으로 규정하고 있다. 영미법상의 自白排除法則을 받아들이면서 헌법의 기본권조항과 형사소송법상의 증거법에 관한 조항을 통하여 여전히 임의성심사를 자백의 증거능력제한의 기준으로 인정하고 있는 것이 현행법의 태도라고 할 수 있다.<sup>45)</sup> 이러한 현행법의 태도 하에서 자백배제법칙의 이론적 근거가 무엇인가를 놓고 虛偽排除說, 人權擁護說, 折衷說, 綜合說, 違法排除說 등의 다양한 견해가 대립되고 있다. 이러한 견해의 대립이 생기는 것은 어떠한 견해를 취하는가에 따라 자백배제법칙의 적용범위 등 관련문제의 해석에 영향을 미치기 때문이다.<sup>46)</sup>

### 1) 學說의 정리

#### (1) 虛偽排除說

虛偽排除說은 임의성 없는 자백에는 허위가 개입될 위험성이 많고 실체적 진실

44) 박미숙, “위법수집증거배제법칙과 자백배제법칙과의 관계,” 「형사정책연구소식」 제24호, 한국형사정책연구원, 1994. 7-8, 27면.

45) 박미숙, 앞의 논문, 30면.

46) 박광민, “자백의 임의성과 그 입증,” 「저스티스」 제32권 제3호, 한국법학원, 1999. 9, 197면.

발견을 저해할 위험이 크기 때문에 그러한 자백의 증거능력을 부정하는 것이라고 주장한다. 이 견해에 따르면 자백의 ‘임의성’은 주관적·객관적 사정을 막론하고 허위의 진술을 할 위험성이 없다는 것으로 이해한다. 반대로 이해하면 임의성 없는 자백은 허위의 위험성이 많으므로 허위를 배제한다는 견지에서 그 증거능력을 부정한다. 따라서 수사기관의 고문이나 不法拘禁이 행하여져도 그것으로 인하여 허위 자백이 행하여졌음이 판명될 때 비로소 자백의 증거능력을 부인하게 된다. 그러나 만일 그 피고인의 자백이 진실하다는 점이 명백하게 인정되면 고문·폭행 등과 같은 임의성을 의심케 하는 사유가 존재하여도 당해 자백의 증거능력을 긍정하는 결론에 이르게 된다.<sup>47)</sup>

## (2) 人權擁護說

人權擁護說은 자백강요를 위한 고문·협박 등을 억지함으로써 피의자·피고인의 인권보장을 도모하기 위해서 고문 등에 의한 자백의 증거능력을 부정한다고 주장한다. 인권옹호설에서는 고문 등에 의한 자백강요는 진술거부권의 침해 즉 진술의 자유에 대한 침해라는 점을 특히 강조하고 있다.<sup>48)</sup> 이 견해는 독일 형사소송법 제 136조a의 금지된 신문방법<sup>49)</sup> 내지 ‘證據禁止(Beweisverbote)’의 이론적 기초가 된 견해라고 할 수 있다.<sup>50)</sup> 이에 의하면 자백이 진실한 경우에도 그 자백이 진술의 자유를 침해하는 상황에서 이루어진 것이면 증거로 사용할 수 없게 된다. 그러

47) 허위배제설에 따르면 자백배제법칙의 적용여부는 자백의 진실성 또는 신뢰성 여하에 따라 결정되고 자백의 임의성에 영향을 미칠 수 있는 사유와 임의성의 의심되는 자백 사이에 인과관계가 인정될 것이 요구된다고 한다(신동운, “자백의 증거능력(I),” 「월간고시」 제14권 제4호, 1987. 4, 79면).

48) 백형구, “강제 등 자백의 증거능력,” 「주석 형사소송법(III)」, 한국사법행정학회, 1998. 4, 367면.

49) 독일 형사소송법 제136조a(금지된 신문방법) : ① 피의자·피고인의 의사결정과 의사표현의 자유는 폭행, 피로하게 함, 신체침해, 약물투여, 고문, 기망 및 최면술에 의하여 침해되어서는 안된다. 강제력은 형사소송법이 허용하는 경우에 한하여 사용될 수 있다. 형사소송법이 허용하지 아니하는 처분을 내용으로 하는 협박이나 범률이 예정하고 있지 아니한 이익을 제공하겠다는 약속은 금지된다. ② 피의자·피고인의 기억력이나 판단능력을 침해하는 처분은 허용되지 않는다. ③ 제1항과 제2항의 금지는 피의자·피고인의 승낙여부와 관계없이 유효하다. 이 금지에 위반하여 행해진 진술은 피의자·피고인이 동의하더라도 이를 증거로 사용할 수 없다.

50) 배종대·이상돈, 앞의 책, 543면.

한 상황은 고문이나 폭행·협박과 같은 수사기관의 강압수사뿐만 아니라 그 밖의 상황에 의해서도 발생할 수 있으며, 진술의 자유에 영향을 미칠 수 있는 사정과 임의성 사이에 인과관계가 있을 것을 요구하게 된다.<sup>51)</sup>

### (3) 違法排除說

自白排除法則의 이론적 근거를 자백취득과정에서의 적정절차의 보장에서 구하는 견해이다.<sup>52)</sup> 이 견해에 따르면 자백배제법칙은 허위의 자백을 배제하기 위한 것 또는 묵비권 등 인권보장제도를 실효화하기 위한 담보수단으로서가 아니라 널리 자백취득의 과정에 있어서의 適正節次의 보장을 확보하기 위한 헌법적 요청에 위반하여 위법하게 취득된 증거를 금지하는 실천적 증거법상의 원칙이라고 한다. 이와 같은 違法排除說은 자백의 임의성이라는 관점을 탈피하고 오히려 自白獲得手段의 違法性에 착안하여 違法蒐集證據排除法則에 증거능력을 부정하는 논거를 구한다. 또한 이 견해에 의할 경우 부당하게 장기화한 구속 후의 자백을 배제하는 이유를 논리적으로 설명할 수 있는 장점이 있을 뿐만 아니라 고문·폭행·협박 등의 방법에 의하여 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 이유가 있는 자백을 배제하는 근거를 포괄적으로 설명할 수 있는 자백배제법칙의 이해원리로서도 타당하다고 주장한다.<sup>53)</sup>

### (4) 折衷說

#### ① 虛偽排除說과 人權擁護說의 折衷說

절충설은 고문 등에 의한 자백의 증거능력을 부정하는 이론적 근거에 관해서는 虛偽排除說과 人權擁護說이 모두 타당하다는 견해이다. 즉 고문 등에 의한 자백은 허위일 위험성이 많고 고문 등에 의한 자백강요는 인권침해를 의미하기 때문에 허위배제와 인권보장을 위해서 고문 등에 의한 자백의 증거능력을 부정하는 것이라고 주장한다. 이 견해에 따르면 고문 등에 의한 자백은 허위일 위험성이 많으며 자백강요를 위한 고문은 인권침해를 의미하므로 虛偽排除·人權保障을 위해서 그 자

51) 박광민, 앞의 논문, 198면.

52) 위법배제설을 취하는 견해로는 강구진, 「형사소송법원론」, 490-491면 ; 이재상, 「형사소송법」, 박영사, 2002, 479면 ; 박미숙, 앞의 논문, 31-32면 ; 박광민, 앞의 논문, 200면 ; 배종대·이상돈, 「형사소송법」, 546면.

53) 강구진, 앞의 책, 491면.

백의 증거능력을 부정한다는 이론구성이 위법배제설보다 더 구체적이라고 주장한다.<sup>54)</sup>

## ② 虛偽排除說과 人權擁護說 및 違法排除說의 綜合說

綜合說은 허위배제설과 인권옹호설뿐만 아니라 위법배제설도 자백배제법칙의 근거로 포괄하는 견해이다. 이 견해에 따르면 자백배제법칙은 형사소송법상의 증거법칙의 의미를 넘어서 헌법상의 기본권이라는 독자적 의미를 갖고 있으며, 제309조의 적용범위는 私人간의 영역에까지도 최대한 확대되어야 마땅하다고 한다. 이를 위해서 허위배제설, 인권옹호설 및 위법배제설을 상호보완적으로 사용할 필요가 있다고 주장한다.<sup>55)</sup>

### 2) 批判的 檢討

虛偽排除說은 자백의 증거능력을 부정하는데 있어서 허위일 위험성만을 고려하고 피의자·피고인의 기본적 인권보장의 측면을 간과했다는 점에서 그 이론적 약점이 있다.<sup>56)</sup> 또한 허위배제설은 자백의 임의성에 영향을 미칠 수 있는 사유와 그 임의성 사이의 인과관계를 요구한다. 따라서 고문이나 폭행·협박과 같은 극도의 강압수사에 의하여 행해지더라도 그러한 원인이 자백의 임의성에 영향을 미쳤는지에 대한 입증이 없다면 그 자백은 증거능력을 인정하지 않을 수 없게 된다.<sup>57)</sup>

人權擁護說에 대해서는 자백배제법칙이 허위의 자백만을 금지하는 것은 아니며 자백배제법칙과 묵비권의 보장이 이론상 엄격하게 구분되는 것은 아니라고 하는 점에서 비판이 제기된다.<sup>58)</sup> 自白排除法則은 묵비권의 침해에 의하여 진술의무가 강제되는 경우에만 제한되는 것은 아님에도 불구하고, 임의성 없는 자백이라고 하

54) 백형구, 앞의 책, 623면 ; 백형구, “자백배제법칙의 신체계,” 「대한변호사협회지」 제149호, 대한변호사협회, 1989. 1, 39면.

55) 신동운, 「형사소송법(Ⅰ)」, 589면.

56) 백형구, 앞의 논문, 38-39면 ; 백형구, “강제 등 자백의 증거능력,” 369면.

57) 이러한 비판에 대하여 “허위일 위험성과 허위 그 자체를 혼동하고 있다”는 재비판이 가능하다고 한다( 백형구, 앞의 논문, 38-39면).

58) 이러한 견해는 “자백배제법칙과 묵비권 보장의 제도는 그 역사적 연혁을 달리하며, 묵비권 보장제도의 목적은 허위진술의 배제가 아니라 진실한 진술 그 자체를 배제하는 데에 있고, 그것을 침해하여 얻어낸 증거는 자백배제법칙에 의해서라기보다는 단적으로 묵비권의 침해를 이유로 배제되는 것” 이라고 한다(강구진, 앞의 책, 490면).

기 위해서는 자백자의 의사결정의 자유가 침해되었을 것을 요구하여 임의성 판단을 자백자의 주관적 사정에 의하여 좌우되게 하는 결과를 초래하고 있다. 또한 自白排除法則의 근거를 피고인의 진술거부권에서만 구하여 자백배제법칙의 적용범위를 지나치게 제한한다는 난점이 지적되고 있다.<sup>59)</sup>

違法排除說은 첫째, 자백의 임의성이라는 면을 도외시하고 있다는 점에서 자백의 임의성을 증거능력의 요건으로 규정한 형소법 제309조의 입법취지에 부합되지 않는다는 지적이 있다. 그러나 형소법 제309조의 ‘임의성에 의심이 있다’는 규정의 취지는 ‘임의성이 없다’는 것과는 다르다. 이에 대한 명확한 객관적 기준을 제시하기 위해서는 임의성에 의심이 있는 자백의 획득절차를 자백배제의 이유로 삼고 있는 違法排除說이 타당하다고 할 것이며 위법배제설이 형소법 제309조의 입법취지를 부정하는 것은 아니라고 하겠다. 둘째, 자백의 임의성이 없는 경우와 자백의 임의성은 인정되지만 그 자백의 획득절차가 위법한 경우의 질적 차이를 설명하기 어렵다고 비판한다.<sup>60)</sup> 예를 들면 수사기관이 피의자를 고문하여 자백을 획득한 경우와 사법경찰관이 司法警察吏를 참여시키지 않고 피의자신문을 하여 자백을 획득한 경우와는 질적 차이가 있다는 것이다. 그러나 위법배제설이 문제삼는 위법은 모든 절차위법을 포괄하는 것이 아니라 임의성에 의심을 일으킬 정도의 節次違法만을 문제로 삼기 때문에 司法警察吏를 참여시키지 않고 신문한 자백은 그 자체가 고문에 준하는 위법이 아니기 때문에 임의성을 의심케 할 유형적 위법이 아니라고 할 수 있다.<sup>61)</sup> 셋째, 임의성이 없는 자백의 증거능력의 제한은 절대적이며 설령 피고인이 증거로 함에 동의하더라도 유죄의 증거로 사용할 수 없지만 被告人訊問節次가 위법인 경우에는 동의에 의해서 증거능력이 인정되는 경우가 있다는 점에서 양자는 질적 차이가 있다고 주장한다.<sup>62)</sup> 그러나 형소법 제318조의 동의를 본질은 전문증거에 대한 反對訊問權의 포기에는 있는 것이므로 자백 그 자체는 동의를 대상이 아니며, 단지 자백의 내용이 서면으로 된 경우에는 그 서면만이 동의를 대상이 된다. 따라서 자백 그 자체는 형소법 제309조에 의해서 배제되면 당사자의 동의를

59) 박미숙, “위법수집증거배제법칙과 자백배제법칙과의 관계,” 31면 ; 신동운, 앞의 책, 589면.

60) 백형구, 앞의 논문, 39면.

61) 이재상, 앞의 책, 482면 ; 배중대·이상돈, 앞의 책, 546면.

62) 백형구, “자백의 임의성법칙 : 학설·판례의 정리,” 「고시연구」 제28권 제9호, 2001. 9, 79면.

있더라도 증거능력을 인정할 수 없다. 그리고 절차의 위법은 있으나 임의성이 인정되는 자백을 예상한 것은 형소법 제309조의 해석과 일치한다고 할 수 없다. 왜냐하면 임의성에 의심 있는 절차의 위법이 있는 자백은 이미 임의성이 있는 자백이라고 할 수 없기 때문이다.<sup>63)</sup>

折衷說에 대하여 自白의 任意性 審査(voluntariness test)의 독자적 성격을 강조한 것이라고 할 수 있지만 허위배제설과 인권옹호설의 결합을 형사소송법 제309조 전단과 후단에 따라 분리하여 적용하는 것은 양설의 결합만을 결합한 것에 지나지 않는다.<sup>64)</sup> 이 견해에 의하면 자백의 임의성 유무가 全體狀況(totality of the circumstances)을 고려하여 자백자의 주관을 기준으로 판단되지 않을 수 없기 때문에 객관적인 기준을 제시할 수 없으며, 임의성의 원칙만으로는 헌법적 이익에 대한 중대한 위험을 제거하는데 충분하지 못하다는 비판이 제기된다.<sup>65)</sup> 종합설에 대하여는 흔히 절충설과 동일 취급하여 절충설에 대한 비판이 그대로 제기된다. 그러나 綜合說은 위법배제설이 제시하는 강압수사라는 객관적 기준을 그 내용에 이미 포함하고 있을 뿐만 아니라 違法排除說로 포착하지 못하는 私人간의 영역에 대해서도 자백배제법칙을 적용할 수 있게 하며, 위법배제설처럼 자백배제법칙을 適正節次原理에 종속시키는 것은 자백배제법칙의 헌법조문상의 체계적 위치를 고려하지 않은 것으로 오히려 헌법적 이익의 보호에 충실하지 못하는 문제가 있다고 반대비판을 제기한다.<sup>66)</sup>

종래 자백배제법칙의 이념적 근거로서 虛偽排除와 人權擁護說은 나름대로의 기능을 하여 왔으나 兩說 중 어느 하나의 견해만으로는 형소법 제309조의 자백배제법칙을 효과적으로 운용할 수 없다. 또한 折衷說은 허위배제와 인권옹호를 포용하고 있으며 자백의 임의성원리와 형소법 제309조의 독자적 성격을 강조하고 있다는 점에서 설득력이 있다. 그러나 절충설은 허위배제설과 인권옹호설의 평면적인 결합으로 양설의 결합만을 노출시킬 수 있으며 자백자의 주관을 기준으로 판단하지 않

---

63) 김성진, “임의성에 의심이 있는 자백의 유형 : 위법배제설의 관점에서,” 「사법행정」 435호, 1997. 3, 44면 ; 김성진, “자백의 위법배제법칙의 확립,” 「대진논총」 제4집, 1996. 12, 190면.

64) 박광민, “자백의 임의성과 그 입증,” 199면.

65) 이재상, 앞의 책, 479면.

66) 신동운, 앞의 책, 590면.

을 수 없으므로 객관적인 기준을 제시하지 못한다는 점에서 이론적 약점이 있다.

결국 형소법 제309조가 임의성이 없는 자백뿐만 아니라 기타의 방법으로 임의성에 의심이 있는 자백에 이르기까지 그 적용범위를 확대한 입법취지를 감안한다면 自白排除法則은 위법한 방법에 의한 자백취득을 금지하는 것이며 이는 곧 적정절차를 구현한다는 것을 의미하므로 違法排除說이 자백법칙의 이론적 근거로서 타당하다고 하지 않을 수 없다.

### 3. 判例의 태도

판례는 전통적으로 虛偽排除說의 입장을 취하고 있는 것으로 볼 수 있으나 1980년대 몇몇 판례에서 찾아볼 수 있듯이 위법배제설의 입장을 취한 듯한 경향을 보였었고 이후 1990년 후반부터 최근까지의 대법원 판례의 태도는 虛偽排除說과 人權擁護說의 절충설을 취하고 있는 듯하다.

종래 대법원은 “피고인의 자백은 진실에 부합하는 임의성 있는 진술인 심증을 파악함에 족하다”<sup>67)</sup> 또는 “피고인의 진술서나 피고인에 대한 피의자신문조서의 기재가 능히 그 진실성을 담보할 수 있다고 볼 수 없으므로 임의성이 없다”<sup>68)</sup>고 하거나 “피고인의 자백진술에 특별사정이 있는 경우 다소의 폭행 또는 기타의 방법으로 자백을 강요하여 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 사유가 있다”<sup>69)</sup>고 판시하여 임의성 없는 자백의 증거능력을 부정하는 근거로 虛偽排除說의 입장에서 자백의 신빙성 즉 증명력에 중점을 둔 것으로 보인다. 다만 대법원 판례에 의하면 허위배제설의 입장에서 내린 판결이라고 볼 수 없는 몇몇 판례가 등장하여 주목을 끈다.

대법원 판례를 검토해보면 1985년 2월 26일 일명 고속종여인 사건 판결에서 판례는 “형사소송법 제309조는 피고인의 자백이 고문, 폭행, 협박, 身體拘束의 不當한 長期化 또는 기망 기타의 방법으로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 이유가 있

---

67) 大判 1959. 10. 31, 4292刑上257.

68) 大判 1968. 5. 7, 68도379.

69) 大判 1977. 4. 26, 77도210.

을 때에는 이를 유죄의 증거로 하지 못한다고 규정하고 있는 바, 위 법조에서 규정된 피고인의 진술의 자유를 침해하는 위법사유는 원칙적으로 예시사유로 보아야 하며 동조(제309조)의 해석상 유의할 점은 같은 법조에서 규정한 피고인의 진술의 자유를 침해하는 위법사유가 없는 경우의 자백의 임의성이 인정된다고 하더라도 이것은 그 자백이 엄격한 증명자료로서 사용될 자격 즉 증거능력까지도 당연히 인정되는 것은 아니다” 70)라고 판시하였다.

이 판결에서 대법원의 입장은 自白排除法則이 임의성 없는 자백의 경우에만 적용되는 것이 아니라 임의성은 있으나 허위자백의 가능성이 있을 경우에 전체상황을 고려하여 자백의 신빙성을 문제삼아 자백을 배제하는 것으로 생각된다. 그러나 형소법 제309조의 자백배제법칙을 근거로 하여 증거능력을 배제한다고 하더라도 그 근거로서 자백의 임의성여부가 아니라 자백의 신빙성을 문제삼는 태도는 임의성 부정에 대단히 인색한 태도를 보이고 있는 것으로 생각된다.<sup>71)</sup>

한편 1990년 9월 25일 판결에서 판례는 “변호인과의 接見交通權은 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 보장한 기본권을 침해하는 것으로서 위법한 상태에서 이루어진 피의자의 자백은 그 증거능력을 부인하여 유죄의 증거에서 배제하여야 한다” 72)고 판시하였고, 1992년 6월 23일 판결에서 陳述拒否權의 告知義務違反에 의한 被疑者訊問時 취득한 자백의 증거능력에 대하여 판례는 “수사기관이 피의자를 신문함에 있어서 피의자에게 미리 진술거부권을 고지하지 않은 때에는 그 피의자의 진술은 위법하게 수집된 증거로서 진술의 임의성이 인정되는 경우라도 증거능력을 부정하여야 한다” 73)고 판시하여 종래의 대법원의 입장인 虛偽排除說에서 違法排除說의 입장을 취하였다.

그러나 최근의 대법원 판례를 살펴보면 1998년 4월 10일 판결에서 대법원은 “임의성 없는 자백의 증거능력을 부정하는 취지가 허위진술을 유발 또는 강요하는 위

70) 大判 1985. 2. 26, 82 도 241.

71) 박미숙, “위법수집증거배제법칙과 자백배제법칙과의 관계,” 33면.

72) 大判 1990. 9. 25, 90도1586.

73) 大判 1992. 6. 23, 92도682.

협성이 있는 상태 하에서 행하여진 자백은 그 자체로 실제적 진실에 부합하지 아니하며 오관의 소지가 있을 뿐만 아니라 그 진위 여부를 떠나서 자백을 얻기 위하여 피의자의 기본적 인권을 침해하는 위법 부당한 압박이 가하여 지는 것을 사전에 막기 위한 것이다” 74)라고 판시하여 임의성 없는 자백의 증거능력을 부정하는 취지가 虛偽排除와 人權保障에 있음을 분명히 함으로써 절충설의 입장을 취하고 있다.

이후 1999년 1월 29일 판결에서도 “피고인이 검찰에서의 자백이 잠을 재우지 아니한 채 폭언과 강요, 회유한 끝에 받아들인 것으로 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할만한 상당한 이유가 있는 때에 해당한다면 형소법 제309조의 규정에 의하여 그 被疑者訊問調書는 증거능력이 없고 임의성 없는 자백의 증거능력을 부정하는 취지가 허위진술을 유발 또는 강요할 위험성이 있는 상태 하에서 행하여진 자백은 그 자체가 실제적 진실에 부합되지 아니하여 오관의 소지가 있을 뿐만 아니라 그 진위 여부를 떠나서 자백을 얻기 위하여 피의자의 기본적 인권을 침해하는 위법 부당한 압박이 가하여진 것을 사전에 막기 위한 것이다” 75)라고 판시하여 역시 折衷說의 입장을 취하였다. 그리고 2000년 1월 21일 판결에서 “임의성 없는 자백의 증거능력을 부정하는 취지는 허위진술을 유발 또는 강요할 위험성이 있는 상태 하에서 행하여진 자백은 그 자체가 실제적 진실에 부합하지 아니할 소지가 있으므로 그 증거능력을 부정함으로써 오관의 소지를 없애려고 하는 데에 있을 뿐만 아니라 그 진위 여부를 떠나서 임의성 없는 자백의 증거능력을 부정함으로써 자백을 얻기 위하여 피의자의 기본적 인권을 침해하는 위법 부당한 압박이 가하여지는 것을 사전에 막기 위한 것이다” 76)라고 판시하여 임의성 없는 자백의 증거능력을 부정하는 근거는 허위배제와 인권보장에 있음을 재확인하였다. 이상을 종합해 볼 때 대법원이 임의성 없는 자백의 증거능력을 부정하는 취지는 허위배제와 피의자·피고인의 인권보장에 두고 있음을 알 수 있다.

다만 최근의 대법원 판례가 임의성 없는 자백의 증거능력을 부정하는데 있어서 종래의 ‘任意性 審査基準’을 탈피한 것인지에 대하여는 아직까지 의문이 남는다.

74) 大判 1998. 4. 10, 97도3234.

75) 大判 1999. 1. 29, 98도3584.

76) 大判 2000. 1. 21, 99도4940.

이에 대해 헌법상 피의자 및 피고인에 대한 권리고지의무를 위반하여 얻은 自白의 증거능력에 대하여 任意性審査基準에서 벗어나 그 증거능력을 부인하고 있다는 견해<sup>77)</sup>가 있으나 임의성 판단기준, 방법에 있어서 그 동안 대법원이 취해왔던 태도를 바꾸었다고 볼 수 없고 구체적인 사건에 따라 제반사정을 고려하여 자유로운 심증으로 판단한다는 기본 입장에는 변함이 없는 것으로 보아야 할 것이다. 즉 대법원은 임의성 여부의 판단자료에 기존의 허위 여부, 인권침해 여부 등이 첨가된 것일 뿐 임의성 판단기준과 방법이 변한 것은 아니라고 하겠다.<sup>78)</sup>

#### 4. 小 結

虛僞排除說은 임의성 없는 자백의 증거능력을 부정함에 있어서 자백에 대한 허위의 개입위험성만을 고려하고 피의자·피고인의 인권보장적 측면을 간과하고 있고, 고문 등 강압수사가 행해지더라도 그러한 강압수사가 임의성에 영향을 준 것이 아니라고 입증된다면 그에 기한 자백의 증거능력을 인정해야 하는 결론에 이르게 된다는 점에서 타당하지 못하다. 人權擁護說은 임의성의 판단을 자백자의 주관적 사정에 의하여 좌우되게 하는 결과를 초래하며 자백배제법칙의 근거를 진술거부권에서만 구함으로써 지나치게 자백배제법칙의 적용범위를 제한한다는 점에서 이론적 약점이 있다.

최근 대법원이 취하고 있는 折衷說은 단지 허위배제설과 인권옹호설 내지는 허위배제설과 인권옹호설 그리고 違法排除說의 단순한 편면적 결합일 뿐이며 자백의 임의성 유무의 판단에 있어서 적절한 객관적 기준을 제시할 수 없다는 점에서 이론적 결함이 있다.

형사소송법 제309조가 자백의 임의성이 없는 경우와 자백의 임의성은 있으나 그 획득절차에 위법이 있는 경우를 엄격히 구분하고 있는 것으로 보기 어렵고 위법한 절차에 의하여 획득한 자백을 임의성을 판단하기 위한 기준으로 파악하여 위법한 절차에 의한 경우는 임의성에 의심 있는 불공정하게 획득된 자백이라고 한다면 이

77) 박미숙, 앞의 논문, 33면.

78) 박광민, “자백의 임의성과 그 입증,” 203면.

로써 자백배제에 대한 객관적 기준을 제시할 수 있게 된다. 결국 自白排除法則의 이론적 근거를 違法排除說에서 구하는 것이 타당하다고 하지 않을 수 없고 위법배제설에 의할 경우에는 자백배제법칙은 違法蒐集證據排除法則의 특칙에 지나지 않는다고 하겠다. 위법수집증거배제법칙이 적정절차를 중시함으로써 위법수사의 억지와 헌법상 보장된 기본권조항을 의미 있게 만든다는 점에서 자백배제법칙의 이론적 근거를 위법배제설의 관점에서 파악할 때 묵비권 등을 침해한 부당한 자백이 철저히 배제될 수 있을 것이다.



## 第 4 章 比較法的 考察

### 第1節 外國의 立法例

#### 1. 美 國

##### 1) 違法蒐集證據排除法則의 確立

미국연방대법원은 1914년 Weeks판결에서 연방법원은 “수정 헌법 제4조는 연방 검찰이 위법한 수색 또는 압수에 의하여 획득된 증거를 사용하는 것을 금지한다”<sup>79)</sup> 고 판시하여 처음으로 배제법칙을 선언하였으나 이 판결은 연방정부에 대하여만 배제법칙이 적용되었고 州에는 적용되지 않았다.<sup>80)</sup> 왜냐하면 대법원은 수정 헌법 제4조는 수정 헌법 제14조를 매개로 주에서도 적용되지만 違法蒐集證據排除法則까지 州에 적용되는 것은 아니라고 보았기 때문이다. 결국 그 당시 연방대법원이 채택하고 있던 배제법칙은 연방수사관의 불합리한 압수 또는 수색에만 적용되는 것으로 이해되었고 위법수집증거배제법칙의 채택여부는 그 州가 결정할 사항이었다.

그 후 연방대법원은 1948년 Wolf판결에서 수색·압수로부터의 보장규정도 수정 헌법 제14조의 내용을 이룬다는 태도를 보였다.<sup>81)</sup> 이 판결에서 “경찰관의 독단적 침해로부터 개인의 프라이버시를 보장하는 것은 바로 수정 제4조의 핵심이며 자유사회의 기본이다. 이것은 整序된 自由(ordered liberty)<sup>82)</sup>의 관념에 내포되는 것이므로 적정절차조항을 통해서 州에도 강요할 수 있다”<sup>83)</sup>고 하였다. 그러나 이때까지 연방대법원은 영장 없이 증거를 수집한 것은 適正節次違反이지만 적정절차의

79) Weeks v. United States, 232 U. S. 383(1914).

80) Israel, J. H. / Kamisar, Y. / LaFave, W. R., op. cit., p. 56.

81) Wolf v. Colorado, 338 U. S. 25(1949).

82) 整序된 自由(odered liberty)에 대한 근대적 관념에 대한 자세한 설명은, West, R., Progressive Constitutionalism, Duke University Press, 1994, p. 109-114 참조.

83) Israel, J. H. / Kamisar, Y. / LaFave, W. R., op. cit., p. 56.

요청을 어떠한 방법으로 실현하는가는 州가 결정할 문제이며 연방대법원이 강요할 수 없다는 입장에 서서 수정 헌법 제4조에 의한 위법수집증거배제법칙을 州에 적용하는데 소극적인 태도를 취하였다. 그리고 1949년 Lustig판결에서 “州警察이 위법 수집한 증거를 연방경찰에 인도한 경우 연방법원에서는 증거능력이 인정된다”<sup>84)</sup>고 하여 ‘은쟁반이론(silver platt doctrine)’<sup>85)</sup>을 전개하였다.

이 시기의 판례들은 Weeks판결로 위법수집증거배제법칙이 적용되었지만 연방정부에만 국한된 것이며, 州政府에는 적용되지 않았다. 이후 1948년 Wolf판결을 통해서 수정 헌법 제4조의 證據排除法則은 수정 헌법 제14조에 의하여 각 州에 대하여도 적용된다는 것을 제시하였으나, 수정 제4조의 위법수집증거배제법칙이 州에도 적용되는가에 대해서는 여전히 소극적인 태도를 보였다.

1950년대에 들어오면서 증거배제법칙을 지지하는 견해가 우위를 점하게 됨으로써 1955년 캘리포니아州가 배제법칙을 선언하게 되었다. 이 시기에 주목할만한 판례는 Rochin판결과 Cahan판결이다. 먼저 1952년 Rochin판결에서 대법원은 “물리적 학대는 문명사회의 양심에 충격을 주는 것으로서 그러한 방법에 의하여 수집된 증거는 수정 헌법 제14조의 적정절차에 위반된다고 하여 증거능력을 부정하고 이는 州法院에 대하여도 적용될 수 있다”<sup>86)</sup>고 하여 증거배제법칙을 州法院에 강요하였다. 이 판결은 별칭 ‘嚔下物의 強制排出事件(stomach-pumping case)’ 이라고 한다. 이 판결에서 “문명사회의 양심에 큰 충격을 주는 그러한 방법의 사용은 최소한의 정의감에 반하는 것으로 범인을 처벌해서는 안 된다” 는 것을 요청하는 적정절차의 이념에 반하는 것으로서 그 증거는 배제되어야 한다는 것을 강조하였다는 점에서 주목할만하다.

Cahan판결에서 법원은 “헌법상의 보장을 침해하여 얻은 증거는 허용되지 않는다는 것을 분명히 하고, 그러한 결론에 도달하게 된 근거는 경찰관측에서 헌법규정

---

84) Lustig v. United States, 338 U. S. 74(1949).

85) Israel, J. H. / Kamisar, Y. / LaFave, W. R., op. cit., p. 59 : silver platter doctrine에 따르면 州犯罪를 수사하는 과정에서 위법한 수색에 의하여 州警察에 압수된 연방범죄에 대한 증거는 연방당국이 넘겨받을 수 있고, 연방기관이 그러한 위법한 수색에 참여하지 않고 단지 은쟁반에 놓인 증거를 넘겨받은 경우에 한하여 연방검찰은 그 증거를 사용할 수 있다.

86) Rochin v. California, 342 U. S. 165(1952).

의 준수를 확보하기 위해서는 다른 교정수단이 전혀 무력한 때문이다” 87)라고 판시하였다. 이 판결에서 대법원이 의도했던 바는 두 가지로 나누어진다. 하나는 위법방지를 위해서는 다른 수단은 무력하므로 증거를 배제할 수밖에 없다는 違法抑制이고, 다른 하나는 위법하게 수집된 증거를 법원으로 하여금 금지하게 하는 것은 법원 자신이 그러한 위법에 가담하는 것을 방지함으로써 司法의 廉潔性을 보장하는 것이다.88)

이 시기의 판례의 흐름은 違法蒐集證據排除法則을 지지하는 견해가 우위를 점하게 되면서 위법한 도청행위, 연하물의 강제배출에 의하여 수집된 증거의 증거능력을 부정하였고 그 근거로써 ‘위법수사의 역지’와 ‘사법의 엄결성’과 ‘문화적 양심의 충격’이라는 기준을 제시하였다. 위법하게 수집된 증거는 수정 헌법 제14조의 적정절차를 위반한 것이므로 증거능력을 부정하였고 이는 州에도 적용되는 것으로 보았다.

1960년대 司法積極主義者이자 진보진영의 대표주자인 Earl Warren판사가 미국연방대법원장에 임명되면서 위법수집증거배제법칙에 대한 논의는 더욱 활기를 띠게 되었다. 이 시기는 1960년대 미국사회변혁을 주도했던 연방대법원의 진보진영이 가장 활발하고 막강한 활동을 하던 시기로 미국사회의 시민권운동과 소수약자의 편에서 활동하던 때이며 이를 형사절차혁명의 시기라고 부른다.89) 1960년의 Elkins판결에서 州警察官이 위법하게 수집한 증거를 연방법원에서 사용하는 것도 금지한다는 것을 명확히 하였다.90) 이 판결에서 대법원은 1949년 Lusting판결에서 도입된 은쟁반이론을 파기하고, 수정 헌법 제14조의 적정절차는 州警察官의 위법한 수색 또는 압수를 금지한다고 하였다.

이 시기에 내려진 가장 획기적인 판결은 1961년 Mapp판결91)이다. 이 판결에서 연방대법원은 “위법한 수색·압수에 의해서 획득한 모든 증거는 州法院에서도 허용되지 않으며, 헌법을 위반한 수색·압수에 의하여 획득한 모든 증거는 州法院에서도 허용되지 아니한다” 92)고 하여 배제법칙에 대한 연방과 州와의 이중의 기준

87) People v. Cahan 44 Californir, 461, 282 p. 2d 905(1955).

88) 차용석, “미국법에 있어서의 증거배제법칙의 발전,” 「월간고시」 제14권 제5호, 1987. 5, 59면.

89) The Criminal Procedure Revolution에 관하여 자세한 것은, Bradley, C. M., The Failure of the Criminal Procedure Revolution, Philadelphia, University of Pennsylvania, 1993, pp. 18-34.

90) Elkins v. United States, 364 U. S. 206(1960).

91) Mapp v. Ohio, 367 U. S. 643(1961).

은 폐기되었고, 배제법칙은 수정 헌법 제4조의 본질적 요소라는 것을 확인하였다.<sup>93)</sup> 이 판결은 그 이전에 Cardozo판사가 “우리의 헌법적 배제이론은 경찰관의 실수 때문에 범죄자를 석방한다”는 주장에 대해서, 범인을 석방하는 것은 바로 곧 법이라고 하여 司法의 無欽潔性(imperative of judicial integrity)의 고려를 강조하였다.<sup>94)</sup> 이로써 미국의 違法蒐集證據排除法則이 확립되게 되었다.

이 판결 외에도 1963년 Wong sun판결에서 위법수집된 증거에 기초하여 획득한 증거라도 그 과정에서 위법성이 희석된 경우에는 증거능력이 인정된다고 하였다. 이를 稀釋의 例外(purged taint exception)이론이라 한다. 이 이론에 따라서 1920년 silverthorne판결에서 인정된 毒樹果實의 원칙이 제한되게 되었으며, 1964년 Escobedo v. Illinois 판결에서는 警察訊問중에 상고인의 변호인과의 상담권의 거부가 수정 헌법 제14조에 의하여 州에게 의무화된 변호권보장을 침해한 것인지의 여부, 즉 그러한 신문중의 自白이 배제될 것인가가 문제로 제기되었다.<sup>95)</sup>

대법원은 “수정 헌법 제6조의 변호인의 조력을 받을 권리를 침해하여 신문중에 경찰이 얻어낸 진술은 공판심리에서 피고인에게 불이익하게 사용될 수 없다”<sup>96)</sup>고 하였다. 변호인의 조력을 받을 권리는 容疑者가 변호사를 요청하는 경우에는 그 용의자에 대한 警察訊問에 대하여도 적용된다는 것을 주장하면서 피고인에 대한 원심의 유죄판결을 파기하는 것은 그 自白이 임의적이지 않기 때문이 아니라 경찰관이 변호인의 조력을 받을 권리를 규정한 헌법을 위반했기 때문이라고 하였다.<sup>97)</sup> 이 판결로 변호인의 조력을 받을 권리를 침해하여 얻은 증거의 배제를 인정하였다. 그러나 이 판결은 다음 몇 가지 문제점을 남겼다. 즉 피의자가 변호인의 조력을 받을 권리를 요구하지 않거나 재정적으로 그것이 어려운 경우에 어떻게 할 것인지

---

92) Israel, J. H. / Kamisar, Y. / LaFave, W. R., op. cit., pp. 59-63 : 비록 위법한 체포 혹은 신체에 대한 비합리적인 수색, 그 자체가 수정 제4조와 제14조에 대한 위반이라고 하더라도 Mapp배제법칙은 오직 경찰관이 비헌법적인 압수의 결과로서 증거를 획득한 경우에 한하여 적용된다.

93) 이종갑, “위법수집증거배제법칙,” 「법학연구」 제12집, 경성대학교, 1990. 12, 294면.

94) Israel, J. H. / Kamisar, Y. / LaFave, W. R., op. cit., p. 61.

95) 차용석, “미국법상 피의자신문과 인권신장의 과정 : 최근의 Dickerson 판결을 보고,” 「법조」 제49권 제12호, 2000. 12, 121면.

96) Escobedo v. Illinois, 378 U. S. 478(1964).

97) Bradley, C. M., op. cit., pp. 27-28 참조.

불분명했다. 그리고 경찰관이 피의자에게 변호인의 조력을 받을 권리를 고지해야만 한다면 그들은 피의자에게 自己負罪拒否의 권리도 고지해야 하는 것인지에 대해서도 불분명했다.<sup>98)</sup> 이후 1966년 Miranda판결<sup>99)</sup> 에서 수정 제5조의 자기부죄거부의 권리를 침해하여 얻어낸 증거의 배제를 인정함으로써 Escobedo판결의 불명확한 점을 보완하게 되었다.

이 시기는 진보진영의 적극적인 주도 하에서 미연방대법원이 형사사법의 개혁에 선도적 역할을 담당했던 형사절차혁명의 시기로 평가받고 있으며 이 시기에 내려진 판결들은 피의자·피고인의 기본적 인권과 적정절차의 보장을 통한 司法의 廉潔性을 확보하는데 주력했음을 알 수 있다. 그 결과로 違法蒐集證據排除法則은 진보진영의 사법적극주의와 더불어 강력하게 점점 확대적용되는 경향을 띠게 되었다. 반면에 1960년대 후반부터 범죄증가와 더불어 미국의 보수화가 진행되는 과정에서 위법수집증거배제법칙이 명백한 범죄자를 처벌할 수 없게 된다는 비판과 함께 위법수집증거배제법칙의 범죄통제능력에 대한 의문이 제기되면서 違法蒐集證據排除法則에 대한 폐지론 내지 수정론이 전개되게 된다.

## 2) 違法蒐集證據排除法則의 修正論

1960년대 후반에 보수파에 속한 Burger판사가 연방대법원에 등장하면서 미국사회를 주도했던 진보진영의 사법적극주의는 保守主義에 자리를 양보하게 된다. 이러한 변화 속에서 違法蒐集證據排除法則에 대한 다양한 비판과 수정론이 제기되었다.<sup>100)</sup> 이 시기에 반대론자들은 사회의 위협이 되는 명백한 범죄인이 위법수집증거를 이유로 무죄방면되는 폐해가 발생하게 되고 이는 사법의 범죄통제능력의 비효율성에 대한 의심을 받게 된다고 주장하였다.<sup>101)</sup> 이러한 상황 속에서 違法蒐集證據排除

98) Ibid. 28.

99) 미란다원칙에 대한 자세한 내용은, Uviller, H. R., Virtual Justice, Yale University Press, 1993, p. 121이하 참조.

100) Warren법원과 Burger법원에 대한 자세한 설명은, Galloway, R. W.(안경환 譯), 「법은 누구편인가」, 고시계, 1988, 153면 이하 ; 이상돈, 「미국의 헌법과 연방대법원 : 사법심사의 이론과 역사와 실제에 관한 연구」, 학연사, 1983, 133면 이하 참조.

101) 위법수집증거배제법칙의 배제효과에 대한 구체적 논의와 연구결과에 대해서는, Bradley, C. M., op. cit., p. 39 이하 참조.

法則의 점진적인 확대적용은 형사사법의 운영에 지장을 가져올 가능성이 크고 결과적으로 유용한 가치 있는 증거를 배제함으로써 급증하는 범죄진압에 대하여 무력하며 특히 구체적 적용기준이 모호하다는 이유로 비판론도 다각적으로 끊임없이 전개되었다.<sup>102)</sup>

1970년대에 들어오면서 Burger대법원은 1976년 Stone판결에서 “배제법칙은 자기의 행위가 현행법에 적합하고 있다고 선의로 믿고 행동하고 또 그렇게 믿을 합리적 근거를 갖는 법집행관리에 의하여 그 증거가 압수된 경우에는 그 법칙이 적용되지 않는 형식으로 실질적으로 수정하여야 한다”<sup>103)</sup>라고 하여 違法蒐集證據排除法則의 수정으로써 경찰관의 ‘善意的 例外(good faith exception)’ 이론을 도입하였다. 그 후 1984년의 두 개의 판결, 즉 Leon판결과 Sheppard판결에서 재확인되었다.

Leon사건에서 미국 연방대법원의 다수의견을 집필한 White대법관은 “연방 수정 헌법 제4조는 이 규정이 명하는 바에 반하여 수집된 증거를 배제하는 명문의 조항을 두고 있지 않다. 수정 헌법 제4조의 연원과 목적을 검토해 보면 일단 불법하게 압수·수색이 행해지고 그 소산으로 수집된 증거를 사용하는 행위가 별도로 수정 헌법 제4조를 침해하는 것이 아님을 분명하게 알 수 있다. 수정헌법에 의하여 위법하다고 판단된 행위는 불법한 압수·수색 그 자체에 의하여 이루어진 것이다.

證據排除法則은 피고인이 이미 당한 권리침해에 대하여 이를 구제하기 위한 목적에서 나온 것이며 또한 권리구제를 할 수 있는 능력도 없다. 위법수집증거배제법칙은 司法적으로 創造된 救濟策이라고 하였다.<sup>104)</sup> 이로써 사법적으로 창조된 구제책이라는 개념이 확립되면서 필연적으로 위법수집증거배제법칙은 제한 받게 되었다. 뿐만 아니라 1984년 Nix판결<sup>105)</sup>에서 위법 수집된 증거라도 위법행위와 무관하게 불가피하게 발견되었을 증거는 증거능력이 인정된다고 하여 ‘불가피한 發見의 例外(inevitable discovery exception)’ 이론을 확립하였고 1988년 Murray판결에서 위법행위와 무관한 독립된 증거원에 의해 수집된 증거의 증거능력을 인정함으로써 ‘독립된 證據原의 例外(independent untainted source exception)’ 이론을 제시하

---

102) 이종갑, “위법수집증거배제법칙,” 295면.

103) Stone v. Powell, 428 U. S. 465(1976).

104) United States v. Leon, 468 U. S. 897, 104 S.Ct. 3405, 82 L.Ed 677(1984) ; Israel, J. H. / Kamisar, Y. / LaFave, W. R., op. cit., pp. 64-74 참조.

105) Nix v. Williams, 467 U. S. 431(1984).

였다. 그리고 1990년 James판결에서 위법하게 수집된 증거를 피고인의 증언의 신빙성을 탄핵하는 목적으로 사용할 수 있다<sup>106)</sup>고 하였으며, 1991년의 판결에서 강요에 의한 자백의 증거능력을 인정한 것이 판결의 결과에 영향을 미치지 않았다면 절차의 무해한 오류에 해당한다<sup>107)</sup>고 하여 증거능력을 인정함으로써 Warren대법원장 시대에 적용되던 違法蒐集證據排除法則의 범위를 축소·제한하였다.

1960년대 이후의 관례의 흐름은 1960년 말부터 불어닥친 미국사회의 보수화와 범죄통제에 대한 사법권의 비효율성에 대한 비난이 거세지고 1960년대 미국사회를 선도했던 진보진영의 사법적극주의가 보수진영에 자리를 양보하게 되면서 違法蒐集證據排除法則에 대한 수정론과 비판론이 거세게 제기되었다. 그 결과 위법수집증거배제법칙은 헌법에 보장된 권리가 아니라 단지 사법적으로 창조된 구제책이라고 하여 이에 대하여 필연적인 제한이 가능한 것으로 파악함으로써 善意의 例外理論과 無害한 誤謬의 理論 등이 도입·적용되게 되었다.

이러한 수정론 내지 제한론의 전개는 최근까지 미국대법원관례의 흐름을 대변하고 있다. 그러나 중요한 것은 違法蒐集證據排除法則 그 자체를 부정하지는 않고 있다는 점이다. 위법수집증거배제법칙의 비효율성에 대한 비판속에서도 Burger법원이 위법수집증거배제법칙을 폐지하지 않고 그것을 제한하는 형식으로 기본골격을 유지하고 있었던 것은 이를 대체할 만한 사법적 장치가 마련되지 않았기 때문이었던 것으로 생각된다. 위법수집증거배제법칙은 그 적용범위를 제한하는 방식으로 여전히 미국의 법으로써 작용하고 있다.

## 2. 英國

영국의 보통법에 있어서 위법하게 수집된 증거에 대하여 그 증거능력을 인정하였다가 Kuruma 사건의 판결에서 위법수집증거라도 허용되지만 법원은 증거를 허용하는 것이 피고인에게 불공정하게 작용할 때 증거를 배제할 수 있는 일반적 재량을 가진다고 판시하였다.<sup>108)</sup> 이를 ‘一般的 許容規則’ (general rule of admissibility)과

106) James v. Illinois, 110 S.Ct 648(1990).

107) Arizona v. Fulminante, 111 S.Ct 1246(1991).

‘裁量的 排除規則’ (discretionary rule of exclusion)이라 한다.<sup>109)</sup> 이 판결은 1964년 의 Callis v. Gunn판결과 1978년의 Jeffrey v. Black판결에서도 유지되었다. 1979년의 R. V. Sang판결에서 법원은 경찰의 행위가 불공정하다거나 교활하거나 억압적인 경우 증거를 배제할 재량이 있다고 판시하였다.<sup>110)</sup>

위법수집증거의 증거능력과 관련하여 信憑性 確保의 原則(reliability principle)에 따르면 범죄혐의의 진실을 밝히는 것이 형사소송의 목적이기 때문에 신빙성이 없는 증거는 배제해야 하고 違法搜查 抑止의 原則(disciplinary principle)에 따르면 법원이 수사기관의 부당한 수사관행을 억지하기 위해서는 증거가 신빙성이 있더라도 위법하게 수집된 것이면 배제해야 하고, 개인적 권리 보호의 원칙에 따르면 수사기관의 행위기준을 정립한 것은 그에 상응하는 개인의 권리를 보장하기 위한 것이기 때문에 개인의 권리를 침해하여 수집된 증거는 배제해야 한다.<sup>111)</sup> 이처럼 법원이 위법하게 수집된 증거를 배제할 수 있는 근거가 마련되어 있음에도 불구하고 법원이 위법수집증거를 배제한 경우는 매우 드물었다. 예컨대 피의자를 기망하여 건강진단을 받게 한 다음 그 결과를 증거로 제출한 경우의 3건과 의회가 중대한 犯罪嫌疑의 증명에는 사용하지 못하도록 규정한 강제적 음주측정의 결과를 제출한 경우의 1건에서만 법원이 증거능력을 인정하지 않았다.<sup>112)</sup>

그 후에 1984년 ‘警察및刑事證據法<sup>113)</sup>(Police And Criminal Evidence Act)’ 이 제정된 후에 영국 법원은 위법수집증거를 배제함에 있어서 자신의 재량을 행사함으로써 경찰관의 불법행위를 통제하는 데 적극적으로 개입하게 되었다. 이러한 경찰 및 형사증거법은 소추측에 위법수집증거에 관한 ‘세 가지 장애물’ 을 설치하고 있다. 즉 제76조 제2항의 ‘抑壓’ 에 기인한 배제와 ‘非信憑性’ 에 기인한 自白排除

---

108) 이동명, “위법수집증거배제법칙의 비교법적 연구,” 「논문집」 제17집, 호남대학교, 1996. 12, 223면.

109) Kuruma v. R. A. C.197(1955).

110) 최병각, “위법수집증거배제법칙의 입법화,” 「형사정책연구소식」 제27호, 한국형사정책연구원, 1995. 2, 13면.

111) Ashworth, A., Excluding Evidence as Protecting Rights, Criminal L R, 1977, pp. 723-735.

112) Heydon, J. D., Illegally Obtained Evidence, Criminal L. R. 1977, pp. 604-607.

113) 영국의 경찰 및 형사증거법(Police and Criminal Evidence Act 1984)에 관한 자세한 내용은, Bradley, C. M., op. cit., p. 177 이하참조.

그리고 제78조의 ‘公正性’에 위반한 배제 등이다.<sup>114)</sup> 이러한 법의 제정을 통해서 과거 보통법상의 불명료했던 경찰의 권한 및 피의자·피고인의 권리가 명료하게 입법화되었고 법원은 재량에 따라 위법수집증거를 배제할 수 있는 명시적 근거를 갖게 되었다. 이로써 법원은 위법수집증거를 배제하고 유죄판결을 파기하는데 주저하지 않고 있다.

영국의 違法蒐集證據排除法則은 수사기관의 행위가 경찰 및 형사증거법과 경찰 직무규칙의 규정을 형식적으로 위반한 것인지 이 때문에 형사재판의 공정성에 반하는 결과가 초래될 수 있는가에 초점을 두는 경향이 있다. 이러한 점에서 위법수집증거배제법칙의 도입과 적용에 있어서는 미국이 보다 실질중심적이고 영국은 보다 형식중심적이라고 할 수 있다.<sup>115)</sup> 미국에서는 일찍부터 사법심사를 통해 법과 사회의 개혁을 능동적으로 주도할 수 있었던 연방대법원이 위법수사의 억지라는 현실적인 필요에 부응하여 판례의 형성을 통해 違法蒐集證據排除法則을 도입하였다. 영국은 내각책임제와 양당제를 배경으로 강력한 권한을 행사하는 입법부가 위법수집증거배제법칙을 법률로 제정하여 법원으로 하여금 증거배제의 재량행사에 적극적인 태도를 취할 수 있도록 하였다.<sup>116)</sup>



### 3. 獨逸

독일의 증거금지법 ‘증거방법 내지 증거자료의 획득’에 관한 제1차적인 금지법칙을 의미하는 협의의 증거금지와 광의의 증거금지로서 ‘증거사용의 금지’를 포함하는 개념으로 양분된다.<sup>117)</sup> 협의의 증거금지는 특히 ‘證據蒐集·提出의 禁止’라고 하기도 한다.<sup>118)</sup> 이것은 어느 특정한 증거의 취득과 그것을 공판에 제출함을 금한다

114) 조국, “영국 코먼로 형사절차의 전면적 혁신과 그 함의 : 1984년 경찰 및 형사증거법과 1994년 형사사법과 공공질서법을 중심으로,” 「형사정책」 제10권, 한국형사정책학회, 1998. 9, 262면.

115) 이동명, 앞의 논문, 230면.

116) 최병각, 앞의 논문, 15면.

117) Roxin, C., Straverfahrensrecht, 24. Aufl., München, 1995, S. 164.

118) 한영수, “위법하게 수집된 증거에 관한 독일의 이론과 판례 : 특히 위법하게 채혈된 혈액의 증거(사용)금지에 관하여,” 「판례실무연구(III)」, 비교법실무연구회, 1999, 275면.

는 것을 뜻하는 것으로 이해된다. ‘證據使用의 禁止’는 증거수집의 금지에 위반하여 취득된 증거를 사실인정에 사용함을 금한다는 것을 의미한다.<sup>119)</sup>

1889년 11월 라히히재판소는 피고인이 근친자 등의 증거거절권자간에 교환된 통신서면의 압수를 금지한 형소법 제97조에 위반하여 압수된 편지가 侮辱罪를 구성하는 익명문서의 필적감정에 사용되었다는 사건에 대하여 재판소는 “형소법 제97조와 같은 법규를 위반하는 방법으로 획득된 증거방법은 공판에 제출되지 못하며, 판결형성에 사용될 수 없다”<sup>120)</sup>고 판시하였다. 이 판결로 독일의 증거금지가 더욱 발전하는 듯 하였으나 제1차 세계대전 후의 독일사회의 정치적·경제적인 혼란으로 인해서 증거금지에 대한 논의가 좌절되었고 이후 1930년대 나찌정권의 등장으로 증거금지의 법치국가적·보장적 기능이 무력하게 되었다.<sup>121)</sup>

이후 제2차 세계대전의 종결과 나찌정권의 붕괴는 사법의 부재상태를 종식하고 법치국가적 형사소송의 부활을 모색하는 계기가 되었다. 그러나 전후 ‘마취분석’과 ‘거짓말 탐지기’ 등 새로운 과학수사기법의 유입은 독일형사절차에서 이러한 수사기법의 허용성문제가 제기되었다. 이에 대하여 일부학자들은 마취분석의 정신감정과 거짓말 탐지기의 허용성 및 묵비권에 대하여 일정한 증거금지를 주장하였다.<sup>122)</sup> 더 나아가 H. Sendler는 증거수집절차에 중심을 둔 ‘憲法的 證據禁止’의 인정가능성을 적극적으로 제시하였다.<sup>123)</sup>

이러한 이론적 결과에 힘입어 독일형사소송법 제136조a는 마취분석의 사용금지를 규정하였다. 이 규정은 피의자는 소송주체로서 인정되는 것 또 헌법에 의거한 인간의 존엄 및 인격의 자유로운 발전의 권리를 보호한다는 것이 형사절차에 있어서 중요한 고려대상이 되고 있음을 시사한 것이다. 특히 ‘증거금지’라는 측면에서

---

119) 김균보, “독일형사소송에 있어서의 증거금지,” 「법학연구」 제33권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 1992. 7, 63-64면.

120) RGSt 20, 91.

121) 김균보, 앞의 논문, 64면.

122) 마취분석 및 거짓말 탐지기 사용에 대한 ‘증거금지’를 주장한 대표적인 학자들로는 Schönke, A., Radbruch, G., Saner, W., Baumann, J., Niese, W. 등이 있다. 이들은 비례성 원칙에 의한 개인의 자유보장을 위하여 실체적 진실주의를 희생한 증거금지를 주장하였다.

123) Sendler, H, Die Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel im Strafprozess mit Berücksichtigung des anglo-amerikanischen und des französischen Rechts, Berlin, 1956.

볼 때, 헌법적 근거를 부여한 ‘憲法的 證據禁止(Verfassungsrechtlichen Beweisverbot e)’ 를 인용했다는 점에서 보다 중요한 의미를 가진다.<sup>124)</sup> 이는 영미법의 헌법적 배제 법칙이 독일에서 수용되고 있음을 보여주는 것이다.<sup>125)</sup> 거짓말 탐지기의 허용문제를 놓고 연방법원은 “피의자·피고인의 인격은 사회의 犯罪克復의 要求에 의해 희생되어서는 안되며, 거짓말 탐지기는 의사의 지배를 받지 않는 일종의 진술, 즉 정신상태의 징표인 신체의 동정을 이끌어 냄으로서 피의자·피고인의 의사결정 및 의사활동에 대한 침해이며 이는 형사소송법상 허용될 수 없다”<sup>126)</sup>고 판시하였다.

1960년대에 들어오면서 연방법원의 녹음테이프판결과 일기장판결로 증거금지에 대한 논의가 활발히 전개되었다.<sup>127)</sup> 이 두 개의 판결이 가지는 의미는 증거의 취득이 경찰에 의한 합법적 압수에 의하여 이루어진 것이라 할지라도 개인의 프라이버시가 사회적 이익보다 우월한 경우에 그 증거는 배제된다는 것을 법원이 승인했다는 데 있다.

녹음테이프판결은 1960년 6월 14일 연방법원 제1형사부의 판결이다. 이 판결에서 연방법원은 “기본법 제1조 제1항 및 제2조 제1항, 유럽인권 조약 제8조에 의해 인격의 자치권이 법질서의 기본적 가치임을 실시하여 개인이 자신의 발언에 대한 그의 권리도 이러한 일반적 인격권의 내용에 귀속된다는 것을 강조하여 話者が 자신의 말이나 소리를 녹음테이프에 녹음시킬 것인가 또 그것을 재생시킬 것인가는 話者 자신이 결정하는 것이며, 그의 동의 없이 녹음테이프를 통하여 제3자에게 그의 말을 전하는 것은 ‘話者の 인격권 및 말에 대한 권리’<sup>128)</sup>를 침해하는 것”<sup>129)</sup>이라고 판시하였다.

본 판결은 實體的 眞實主義의 절대적 지배에서의 탈피를 선언한 것이며 증거금지의 성립에 대한 근거를 헌법에서 직접 구했다는 점에서 중요한 의미를 가진다.

124) 김균보, 앞의 논문, 67면.

125) 문정민, “위법수집증거배제법칙,” 56면.

126) 김균보, 앞의 논문, 67면.

127) 독일 연방법원의 녹음테이프판결과 일기장판결에 대한 자세한 내용을 소개한 국내문헌으로는 김균보, 앞의 논문, 69-74면 ; 원형식, “형사소송상의 증거사용금지에 관한 연구,” 「형사정책연구」 제9권 제1호, 한국형사정책연구원, 1998 봄호, 217면 이하 참조.

128) 본 판결에서 연방법원은 화자 자신의 말에 대한 권리는 자기가 저술한 작품에 대한 저작권과 마찬가지로 인격권의 내용을 이룬다고 하였다(원형식, 앞의 논문, 219면 참조).

129) BGHSt 14, 358 ff.

이는 憲法的 證據禁止의 가능성을 연방법원이 수용한 것이라는 점에서 주목할 만하다.<sup>130)</sup> 다만 본 판결에서 개인의 인격권이 무제한적 권리는 아니며 인격권은 그 자체의 내재된 한계를 가진다고 하였다. 즉 타인의 권리, 헌법질서, 도덕률 등에 의한 한계를 가지며 언어에 대한 권리의 한계를 위법하게 초과한 자는 침해당한 타인의 법익의 방어와 법질서 및 도덕질서의 회복을 수인할 의무가 있으며 만일 비밀녹음이 권리의 방어와 법질서의 회복을 위한 상당성 있는 수단인 때에는 그 녹음테이프를 증거로 사용하는 것을 부정할 수 없다고 하였다.<sup>131)</sup>

결국 판례는 피고인의 인격권의 보호를 위하여 녹음테이프의 증거능력을 부정함으로써 法治國家의 原理에 충실을 기하고 있다. 이러한 입장은 녹음테이프가 유죄의 입증에 위한 중대하고 유일한 증거인 경우에도 증거능력이 부정되는 결과가 초래될 수 있으나 법치주의의 이념 하에서 피고인의 기본권 보장을 위하여 實體的 眞實發見과 국가형벌권의 실현이 희생되는 것을 감수한다.<sup>132)</sup>

1960년대 녹음테이프판결과 더불어 이 시기의 증거금지에 대한 활발한 논의를 촉발시키는데 결정적 계기가 되었던 일기장판결은 1964년 2월 22일 연방법원 제4형사부의 판결이다. 본 판결에서 법원은 “작성자의 인격과 관련되어 있고 작성자가 제3자에게 공표 되는 것을 원치 않는 일기형태의 서류가 형사절차에서 그의 의사에 반하여 증거로 사용된 때에는 이는 인간의 존엄과 인격발현권에 대한 침해이다. 다만 刑事訴追에 대한 국가의 이익이 사생활의 비밀에 대한 개인의 이익과 교량하여 우위에 있는 때에는 그러하지 않는다”<sup>133)</sup>고 판시하였다. 이 판결은 국가의 이익이 사생활의 비밀에 대한 개인적 이익보다 우위에 있는 경우에는 국가적 이익이 우선되게 됨을 암시하고 있다. 여기서 법원은 형사절차에 있어서 實體的 眞實主義의 상대성을 확인하여 진실의 발견에 의한 범죄의 규명과 범인의 처벌이 중요함을 부인할 수 없지만 이것이 국가에 있어서 유일한 관심사는 아니며 다른 대등한 이익과 형량해서 證據禁止의 여부를 결정해야 한다는 것을 지적하였다.<sup>134)</sup> 본 판결에

---

130) 김균보, 앞의 논문, 70면.

131) 원형식, 앞의 논문, 220면.

132) 원형식, 앞의 논문, 222면.

133) BGHSt 19, 325 ff.

134) 김균보, 앞의 논문, 72면.

서 법원은 증거사용금지의 근거를 인간의 존엄과 인격권 그리고 사생활의 비밀의 보호에 두고 있고 그 판단기준에 있어서는 이익교량에 의하여 판단하고 있다. 이 두 개의 판결은 독일 형사소송법상의 증거금지에 대한 적극적인 논의를 유도했으며 개인의 기본권에 대한 헌법상의 보장에서 증거금지의 직접적인 근거를 구함으로써 ‘憲法的 證據禁止’가 확립되었다.

독일의 헌법적 증거금지가 영미법상의 違法蒐集證據排除法則의 영향을 받았음을 부인할 수 없다고 하더라도 증거금지가 영미법의 위법수집증거배제법칙과 동일하다고 말할 수는 없다. 왜냐하면 미국의 위법수집증거배제법칙은 適正節次의 보장을 통한 인권보장과 違法搜查의 억지에서 배제법칙을 전개하고 있는 반면에 독일의 증거금지는 직접적으로 피의자·피고인의 인권보장에서 도출되는 것은 아니며, 위법수집증거배제법칙이 수사기관의 위법수사방지에 역점을 두고 위법한 절차에 의하여 수집된 증거는 물론 이를 매개로 하여 획득한 부수적 증거의 증거능력을 부정하는 毒樹果實原則을 독일판례가 그대로 수용하지 않고 있다는 점에서도 차이가 있다. 즉 독일에서의 증거금지론의 중점은 수사기관에 대한 위법수사의 억지에 있다기보다는 형사절차상의 法治主義의 이념을 보장하는 데 있다고 하겠다.<sup>135)</sup>

#### 4. 日本

일본에 있어서 형사소송절차는 종래의 직권주의적인 대륙법계에 영미법계의 당사자주의·변론주의적인 색채를 가미하여 當事者主義와 職權主義의 혼합적 소송구조를 이루고 있다. 그리하여 일본판례는 “압수물은 압수절차가 위법하다고 할지라도 물 자체의 성질이나 형상에는 변경이 없으므로 증거가치를 인정하여야 한다”<sup>136)</sup>는 태도가 유지되고 있었다. 반면에 학설은 영미법계의 영향으로 배제법칙

135) 한영수, “위법하게 수집된 증거에 관한 독일의 이론과 판례 : 특히 위법하게 채혈된 혈액의 증거금지에 관하여,” 276면.

136) 日最判, 1949(昭和 24년). 12. 13 : 위법한 압수절차에 의하여 수집된 압수물의 증거능력에 관하여 “押收節次가 違法하다 하더라도 물건 자체의 性質·形狀에 變更을 가져오는 것은 아니므로 그 형상 등에 관한 증거가치에는 변함이 없다”는 이유로 그 압수물의 증거능력을 인정하였다. 종래 일본판례의 일관된 입장이었다.

의 이론을 도입하여 위법수집증거를 배제하는 방향으로 나아가고 있었다.<sup>137)</sup>

違法蒐集證據排除法則에 대하여 일본은 제2차 세계대전 이후 새로운 헌법과 형사소송법이 채택되기 전까지도 학설과 판례는 위법·무효한 처분의 결과로 작성된 조서 기타의 보고적 서면은 증거로 사용할 수 없다고 하였고 그 자체 고유의 증거능력이 있는 물건은 그것이 비록 위법한 방법에 의하여 수집된 것이라도 증거로서 사용할 수 있다는 입장을 취하였다.<sup>138)</sup> 그 후에 미국의 판례에 영향을 받아서 일본 최고재판소도 1978년 9월 7일 판결<sup>139)</sup>을 통해서 위법수집증거배제법칙을 채택하였다. 본 판결은 영장집행에 있어서 ‘중대한 위법’이 있고 ‘위법한 수사의 억지’의 측면에서 증거를 허용함은 타당하지 않다는 것을 증거배제의 요건하고 있다. 이로써 일본은 위법하게 수집된 증거의 증거능력을 부정하는데 있어서 相對的 排除法則을 적용해나가고 있다.<sup>140)</sup>

## 第2節 우리나라의 違法蒐集證據排除法則

이상에서 살펴본 바와 같이 외국의 경우 그 나름대로 違法蒐集證據排除法則을 전면적으로 또는 수정적·부분적으로 인정하고 있다. 이는 인권보장과 적정절차의 보장에 주목하고 있기 때문이라고 본다. 아직까지 우리나라에서는 외국의 경우처럼 명문규정은 없으나 헌법 제12조 1항에서 적정절차를 규정하여 인권신장의 기틀을 마련함과 동시에 違法蒐集證據排除法則의 이론적 근거를 제공하였다. 현재 우리나라의 경우에는 위법수집증거배제법칙의 적용문제를 놓고 판례와 학설이 대립하고 있다.

137) 이종갑, “위법수집증거배제법칙,” 299면.

138) 日大判 明治 26, 12. 18 ; 明治 28, 7. 5 ; 井上正仁, 「刑事訴訟における證據排除」, 弘文堂, 1985, 472-474면 참조.

139) 日最判 昭和 61, 4. 25.

140) 三井誠, “所持品検査の限界上 違法蒐集證據の排除(上·下),” 「上掲ジュリスト」, 680號, 1978. 12. 15.

## 1. 判例의 태도

원칙적으로 위법수집증거의 증거능력을 인정함으로써 違法蒐集證據排除法則을 부인하는 태도를 취하고 있으며, 그 구체적인 경우를 살펴보면 다음과 같다.

### 1) 押收節次가 違法한 押收物의 경우

압수물은 압수절차가 위법하다고 하더라도 물건 그 자체의 성질, 형상에 변경을 가져오는 것은 아니므로 증거가치에 영향이 없으므로 증거능력이 있다고 한 판결<sup>141)</sup>이래 지금까지 위법한 압수물의 증거능력을 인정하고 있다.<sup>142)</sup>

### 2) 陳述拒否權을 告知하지 않은 경우

형사소송법 제200조 2항의 피의자에 대한 陳述拒否權의 고지는 헌법 제12조 2항에서 규정하여 헌법상 보장하는 형사상 자기에게 불이익한 진술을 강요당하지 아니하는 自己負罪拒否의 권리를 구체화한 것이기 때문에 수사기관이 피의자를 訊問함에 있어서 피의자의 진술은 위법하게 수집된 증거로서 진술의 임의성과 관계없이 증거능력이 부정된다는 것이 관례의 입장이다.<sup>143)</sup> 이러한 관례의 태도는 수사기관이 위법한 방법으로 수집한 증거의 증거능력을 인정하면 피고인의 헌법적 권리를 침해하는 결과가 된다는 위법수사의 역지와 개인적 권리의 보호에 입각한 것이라 하겠다. 그러나 이 판결은 피고인의 범죄사실은 나머지 증거에 의하여 인정할 수 있다는 이유로 違法蒐集證據排除法則을 인정하면서도 그 제한이론으로써 ‘無害한 誤謬(harmless error)’의 이론을 따른 것이라 하겠다.<sup>144)</sup>

### 3) 辯護人의 接見交通權을 侵害한 경우

변호인의 조력을 받을 권리를 규정하고 있는 헌법 제12조 4항과 절차상 또는 시

141) 大判 1987. 6. 23, 87도705.

142) 大判 1994. 2. 8, 93도3318 ; 大判 1996. 5. 4, 96초88.

143) 大判 1992. 6. 23, 92도682.

144) 이동명, “위법수집증거배제법칙에 관한 비교법적 연구,” 243면.

기상 아무런 제약 없이 변호인 피의자 또는 피고인과의 접견교통권을 보장받고 구속된 피의자 또는 피고인에 대하여 접견교통권을 규정한 형사소송법 제34조(被告人, 被疑者의 接見交通), 제89조(拘束된 被告人과의 接見交通權), 제91조(非變護人과의 接見交通)등의 규정에 의하면, 「변호인의 접견교통권은 신체구속을 당한 피고인이나 피의자의 인권보장과 방어준비를 위하여 필수불가결한 권리로서 법에 의한 제한이 없는 한 침해되어서는 안된다」고 하여 변호인의 접견교통권을 침해하여 얻은 피의자 또는 피고인의 진술은 증거능력을 부정하고 있다.<sup>145)</sup>

다만 대법원은 “검사의 접견금지결정으로 접견이 제한된 상황에서 被疑者訊問調書가 작성되었다는 사실만으로는 그 조서가 임의성이 없다고 할 수 없다”<sup>146)</sup>는 견해를 취하였다. 그러나 구속된 피의자와 그 변호인과의 접견교통권에 대해서는 수사기관의 처분이나 법관의 결정에 의한 제한이 허용되지 아니한다고 해석하여야 한다.<sup>147)</sup> 현행 형사소송법에는 구속된 피의자와 그 변호인과의 接見交通權을 제한하는 규정이 없기 때문이다. 형사소송법 제209조에 의해서 준용되는 제91조는 구속된 피의자의 非辯護人과의 접견교통을 제한하고 있을 뿐 변호인과의 接見交通權을 이를 제한하고 있지 않다. 따라서 구속된 피의자와 그 변호인과의 접견교통권을 제한하는 수사기관의 처분 또는 법관의 결정은 위법이며 접견교통권을 제한하는 수사기관의 처분에 대해서는 준항고가 허용된다(형사소송법 제417조).

#### 4) 小 結

이상에서 살펴본 것처럼, 판례는 진술증거 특히 피의자 또는 피고인의 자백에 있어서는 헌법 제12조 4항과 형사소송법 제34조, 제89조, 제90조, 제91조의 규정을 위반하여 얻어낸 증거의 증거능력을 부정하면서, 유독 非陳述證據인 경우에는 물건 그 자체에 대하여 변형을 가져오지 않고 그 증거가치에 영향이 없다는 이유로 증거능력을 인정하고 있다. 판례가 압수절차가 위법한 증거물의 증거능력을 인정하는 논거에 대하여는 먼저 증거수집절차의 위법은 그 증거의 실질적 가치, 즉 證據價値

145) 大判 1990. 9. 25, 90도1586.

146) 大判 1984. 7. 10, 84도846.

147) 백형구, “형사절차상 인권보장의 당면과제,” 「형사정책연구」 제1권 제2호, 한국형사정책연구원, 1990. 여름호, 139면.

에 영향이 없고 진술증거와 달리 증거물을 반환하여도 다시 압수할 수 있기 때문에 무용의 절차를 반복할 필요가 없고 이미 법원에 제출되어 적법한 증거조사가 이루어 졌고 신청인이 그 증거로 함에 동의했으면 증거능력이 인정되고 위법한 수사행위에 대하여는 별도의 제재와 구제수단을 강구하면 족하다는 점에 그 근거를 두고 있는 것으로 보인다.<sup>148)</sup>

이는 판례가 실제적 진실발견을 헌법상 보장되고 있는 適正節次와 人權保障보다 더 우선시 하고 있는 것으로 보인다. 즉 위법한 증거물이라 하더라도 그 증거물이 피의자 또는 피고인에 대한 유죄를 증명할 확실한 증거가 된다면 그것을 증거로 채용하여 처벌하겠다는 ‘유죄자 필벌’의 실제적 진실주의의 바탕을 이루는 객관적 절대주의 철학을 신념으로 하는 태도의 표현이라고 보여진다.<sup>149)</sup> 그러나 현행 형사소송법이 그 이념에 있어서는 진실발견에서 적정절차의 보장으로 그 구조에 있어서는 직권주의에서 당사자주의로 일대전환을 이루고 있다는 점을 볼 때 결국 실제적 진실발견도 헌법 제12조 1항에서 규정하고 있는 적정절차의 범위 내에서 발견되어야 한다.



## 2. 學說의 태도

### 1) 違法蒐集證據排除法則의 贊反論

피고인의 自白에 관하여는 형사소송법 제309조에서 명문으로 규정하고 있으나 위법수사로 인한 증거는 피고인의 自白에 국한되지 않고 피고인 이외의 제3자의 진술이나 각종 증거물에도 위법수사에 의하여 수집될 수 있음에도 불구하고 헌법과 형사소송법은 이에 대한 명문규정을 두고 있지 않다. 그렇기 때문에 違法蒐集證據排除法則의 인정여부와 이를 인정할 경우 그 법적 근거를 어디에서 구할 것인가 하는 문제가 생기게 된다.

#### (1) 否定論

부정설의 견해를 살펴보면, 이 견해는 현재 헌법 제12조 제7항 및 형소법 제309

148) 이재상, “실체적 진실주의와 적정절차의 원리,” 156면.

149) 차용석, “위법수집물의 증거능력,” 32면.

조에서 명문으로 규정하고 있는 경우를 제외하고는 위법수집증거배제의 일반원칙이 명시되어 있지 않기 때문에 위법수집증거의 증거능력을 배제할 법적 근거가 없다고 한다.<sup>150)</sup> 違法蒐集證據排除法則은 수사에 대한 열성 때문에 非行까지 한 경찰관에게 형사책임을 묻는다는 것은 현실적으로 기대하기 어렵고 민사상 손해배상책임을 묻기에는 고의·과실의 입증도 곤란하며 결국은 국가책임으로 돌아갈 것이므로 그 역지의 담보력도 약할 수밖에 없으므로 위법수사의 역지를 위한 적절한 방법이 아니라고 비판한다.<sup>151)</sup> 형사소송법의 지도원리인 實體的 眞實發見의 관점에서 보면 증거물이 위법행위에 의하여 수집하던 영장에 의하여 수집하던 간에 증거물의 성질·형상에 변형을 가져오는 것은 아니므로 증거가치에는 영향이 없다할 것임에도 그 증거를 배제하는 것은 납득할 수 없다고 한다.<sup>152)</sup> 요컨대 부정설은 違法蒐集證據排除法則을 도입하게 되면 위법수사의 통제를 이유로 명백한 범죄사실에 대한 실체적 진실발견이 외면되고 나아가 형사사법에 대한 권위가 실추됨으로써 사회정책적으로 감내할 수 없는 불이익이 초래된다고 한다.

## (2) 肯定論

긍정설의 견해를 살펴보면 이 견해는 위법하게 수집된 증거의 증거능력을 부정함으로써 위법수사에 대한 견제장치를 확보하자는 입장으로 그 논거로서 適正節次의 보장과 위법수사견제의 한계를 지적하고 있다. 즉 실체적 진실발견도 헌법의 직접적인 요청인 적정절차의 원칙에 입각해서 절차적 정당성이 중시되어야 하며 이는 국민의 기본적 인권의 보장이라는 측면에서 타당할 뿐만 아니라 違法搜查의 牽制可能性도 어쩔 수 없는 한계가 존재하고 그러한 한계를 초월하고 국민에 대한 법적 안전성을 제공하기 위하여 위법하게 수집된 증거의 증거능력을 부정하는 것이 위법수사를 억지하기 위한 가장 확실한 방법이 된다고 한다.<sup>153)</sup> 학설상 違法蒐

150) 신동운, 앞의 책, 152면.

151) Wigmore는 “범인은 형법을 위반했으므로 처벌되어야 하고 경찰관은 헌법을 위반했으므로 제재를 받아야 한다고 주장하는 것은 그 이유가 되지만 유죄임이 명백한 범인은 석방되어야 하고 경찰관은 불문에 붙여도 좋다는 것은 기묘하지 않은가” 라고 의문을 제기하였다( Wigmore, J. H., A Treatise on the Anglo-American System of Evidence at Common Law, § 2184, 1940 ).

152) 정진연·최규태, “위법수집증거배제법칙,” 「논문집」 제13집, 숭실대학교 대학원, 1995년, 81면.

集證據排除法則을 긍정하는 것이 일반적인 견해라 할 것이지만, 그 이론적 견해에 있어서는 차이를 보이고 있다.

① 人權保障을 理論的 根據로 내세우는 見解

違法蒐集證據排除法則의 근거를 인권보장에서 찾으려는 견해로서 현행법상 명문으로 증거능력의 제한을 규정하고 있는 것은 自白과 傳聞法則이나 이 외에도 이론적으로 증거능력이 배제되어야 할 것이 있고 위법한 절차에 의하여 수집된 증거, 즉 위법한 압수·수색에 의하여 획득된 증거는 인권보장의 헌법정신을 살리기 위하여 진실발견의 수단으로서의 자격을 박탈함이 논리적이라고 한다.

② 適正節次의 保障을 理論的 根據로 내세우는 見解

適正節次를 이론적 근거로 하는 견해는 형사소송에 있어서는 실체적 진실만을 발견하면 좋은 것이 아니고 적정절차에 의하여서만 진실을 발견하여야 하는 까닭으로 違法節次에 의하여 취득한 물증, 신체검사의 효과 등은 증거능력이 없는 것으로 보는 것이 타당하다고 한다. 실체적 진실의 발견은 법에 정한 적정절차에 의하여 발견되어야 하며 헌법정신에 위배되는 위법절차에 의하여 수집된 증거에 대하여는 원칙적으로 증거능력을 부정한다.

③ 人權保障과 適正節次의 保障을 理論的 根據로 하는 見解

違法蒐集證據排除法則의 이론적 근거로서 인권보장과 적정절차의 보장을 내세우는 견해로서 헌법이 適正節次의 原則을 형사소송법의 기본원칙으로 천명하고, 강제수사에 관하여 이를 재차 확인하고 있는 것은 위법수집증거배제법칙의 헌법적 근거를 제시한 것으로 볼 수 있다고 한다. 만일 헌법과 형사소송법이 규정한 인권보장조항들이 違法蒐集證據排除法則에 의하여 담보되지 않는다면 그 조항들은 한낱 공허한 메아리로 남게 된다고 한다. 그리고 헌법에서 보장하고 있는 令狀主義는 형사소송절차에서 적정한 절차와 인권을 보장하는데 그 목적이 있는 것이므로, 만약 이러한 위법수집증거의 증거능력을 인정한다면 令狀主義의 근본취지는 퇴색된다고 주장한다.

④ 適正節次의 保障과 違法搜查의 抑止를 根據로 하는 見解

이 견해는 違法蒐集證據排除法則을 근거 지우는 강력한 근거는 이론적 관점에서

---

153) 신동운, 앞의 책, 152면.

적정절차의 보장과 정책적 관점에서 위법수사의 억지에 있다고 한다. 이론적 측면에서 適正節次의 보장은 헌법이 직접적인 요청인 형사절차에서 피의자 또는 피고인의 기본적 인권보장을 통해서 형사절차의 민주화를 도모한다고 한다. 따라서 적정절차에 위반되는 위법절차에 의하여 수집된 증거의 증거능력을 부정하여 司法의 廉潔性을 보장한다. 또한 정책적인 측면에서 위법수집증거배제법칙은 수사기관의 위법수사를 억지하기 위한 가장 효과적인 담보책이 된다고 한다.

## 2) 批判的 檢討

이상에서 살펴본 違法蒐集證據排除法則의 부정론과 긍정론을 검토해볼 때 실제적 진실발견이 형사소송법의 중요한 목적이기는 하지만 적정절차의 원칙은 헌법의 직접적인 요청에 의한 것이라 할 것이다. 또한 현행 형사소송법이 헌법적 형사소송법으로 발전하고 있다는 점에 주목한다면 헌법상 보장된 기본적 인권의 보장을 핵심내용으로 하는 適正節次의 보장은 실제적 진실발견보다 더 중요하게 되었으며 피의자 또는 피고인뿐만 아니라, 일반 국민의 기본적 인권을 보장하기 위한 측면에서 違法蒐集證據排除法則을 인정하는 것이 합리적이라고 하겠다.

違法蒐集證據排除法則의 인정여부는 형사소송의 이념 내지 목적원리인 실제적 진실발견과 적정절차를 어떻게 조화시킬 것인가 하는 문제로 귀결된다. 이러한 모순된 목적이념의 조화점을 모색하는 것은 형사소송법의 지도원리를 결정하는 데 중요한 의미를 가진다. 그러므로 형소법이 어느 하나의 지도원리를 구체적 사건·구체적인 피의자·피고인과 관계없이 추상적으로 앞세운다면 문제해결의 방식이 될 수 없다.<sup>154)</sup>

## 3. 現行法上 違法蒐集證據排除法則의 認定必要性

현재 학계는 일치하여 위법수집증거배제법칙을 인정하고 있다. 판례는 최근 들어 변호인의 接見交通權을 침해하여 획득한 피의자진술조서의 증거능력을 부인하여 違法蒐集證據排除法則을 부분적으로 도입하고 있다는 점은 주목할 만 하다고 보여

---

154) 이종갑, “위법수집증거배제법칙,” 302면.

진다.<sup>155)</sup> 그러나 아직까지 판례는 非陳述證據인 증거물에 대해서 압수절차가 위법하더라도 물건 그 자체에는 변함이 없다고 하여 증거능력을 인정하고 있다. 대법원의 태도는 이미 언급한 바와 같이 비난의 소지가 크다고 하겠다. 현행법 하에서 違法蒐集證據排除法則의 필요성이 요구되는 이유를 생각해볼 필요가 있다. 크게 다음 세 가지 경우로 나누어 볼 수 있을 것이다.

i) 적정절차의 보장을 통한 인권보장의 효율적인 방안으로써 違法蒐集證據排除法則이 요구된다. 즉 위법수집증거배제법칙은 적정절차의 보장과 위법수사의 억지를 핵심내용으로 삼아서 피의자·피고인의 기본적 인권을 보장하고 강화하기 위한 것이라는 점에서 위법수집증거배제법칙의 이론적 합리성이 있다. 뿐만 아니라 위법수사의 억지라는 측면에서 고찰해 보더라도 違法蒐集證據排除法則의 필요성이 인정된다. 따라서 위법수집증거배제법칙을 인정함으로써 형사절차에서의 인권침해를 방지하고 형사소추의 효율성을 견제함으로써 헌법상 보장된 개인의 기본적 인권을 존중하고 피의자·피고인의 권익을 보장·강화하여 형사절차에서의 민주화를 달성할 수 있을 것이다.

ii) 과학적 수사방법에 대한 사법적 통제의 필요성의 측면에서 검토하더라도 違法蒐集證據排除法則의 필요성이 인정된다. 예컨대 감정·녹음테이프·비디오촬영·마취분석·거짓말탐지기 등 다양한 과학적 수사기법이 과학적·기술적 진보를 통해서 형사절차에서 도입되고 있고 시간이 지날수록 이러한 수사기법에 대한 필요성은 더욱 증대할 것이다. 그러나 이에 대한 사법적 통제장치의 미비는 자칫 헌법상 보장된 개인의 프라이버시를 침해할 우려가 크다고 하지 않을 수 없다. 따라서 과학적 수사기법들에 대한 違法蒐集證據排除法則의 적용을 통해서 보다 효과적으로 개인의 프라이버시를 보호하고 법치국가의 원리에 부합하도록 할 수 있다는 점에서 그 필요성이 인정된다.

iii) 대법원 판례의 보수적 성향의 개선, 대법원 판례는 아직까지도 非陳述證據인 증거물에 대한 증거능력판단에 있어서 위법하게 수집되었더라도 그 물건의 성질·형상에 변형이 없고 증거가치에 영향이 없다는 점을 들어 증거능력을 인정하고 있다. 이러한 대법원 판례의 태도는 형사소송에 있어서 기본이념인 實體的 眞實發見

---

155) 신동운, 앞의 책, 152면.

의 적극적인 면만을 강조하는 입장이라고 할 수 있다. 그러나 현행 형사소송법이 개인의 헌법상 보장된 기본권을 보장하고 강화하는 방향으로 나아가는 헌법적 형사소송의 추세에 있다는 점을 감안한다면 이러한 대법원 판례의 태도는 시대착오적인 사고라고 하지 않을 수 없다. 특히 미국의 예를 보더라도 1960년대 刑事節次革命의 시기에 인권관결을 주도했던 미국연방대법원은 형사절차의 민주화를 위한 진취적이고 적극적인 입장을 취함으로써 미국사회를 선도했다는 점은 우리에게 시사하는 바가 크다. 형사절차의 민주화는 우리의 형사법에 있어서도 중요한 과제이다. 이를 달성하기 위한 대법원의 진보적이고 적극적인 입장의 변화가 요구되어진다.

### 第3節 小結

이상에서 위법하게 수집된 증거의 증거능력인정문제를 놓고 영·미법계와 대륙법계의 국가와 우리나라의 판례 및 학설을 살펴보았다. 違法蒐集證據排除法則을 채택하고 있는 대표적인 국가로써 미국은 이 법칙의 인정근거를 위법수사의 억지라고 하는 정책적인 측면에 두고 있다. 즉 수정 헌법 제4조와 14조에서 규정하고 있는 적정절차의 보장을 통해서 피의자·피고인의 기본적 인권을 보장하고, 수정 헌법 제4조와 제14조의 규정에 위반되는 압수·수색에 의하여 얻어진 증거의 증거능력을 부정함으로써 위법수사를 억지하기 위한 효과적인 담보책으로써 違法蒐集證據排除法則을 운용하고 있다. 미국에서는 판례의 축적을 통해서 위법수집증거배제법칙이 확립되어 Mapp사건 이후에는 모든 州에까지 일률적으로 적용하게 되었다. 그러나 1970년대 이후 위법수집증거배제법칙에 대한 비판론 내지 수정론이 전개되었고 종래의 위법수집증거배제법칙의 무용성과 불합리성이 강조되면서 적용범위를 제한하는 방식을 취하고 있다.<sup>156)</sup>

영국에 있어서는 19세기 후반까지는 형사사건에서의 위법한 압수·수색에 의한

---

156) 차용석, “미국법에 있어서의 증거배제법칙의 발전,” 67면.

증거의 증거능력을 인정하는 태도를 보였으나 미국의 위법수집증거배제법칙의 성립에 영향을 받게 되어, 1984년 ‘警察및刑事證據法’ (Police And Criminal Evidence Act)의 제정으로 법원은 위법수집증거를 재량에 따라서 배제할 수 있는 명시적 근거를 갖게 되었다.

미국은 수사기관의 위법수사가 연방헌법에 규정된 형사피의자의 헌법적 권리를 실질적으로 침해한 것인지 그러한 침해가 실제적 진실을 포기할 만큼 중대한 것인가를 중시한다. 반면 영국은 수사기관의 행위가 경찰 및 형사증거법과 경찰직무규칙의 규정을 형식적으로 위반한 것인지를 중시한다. 따라서 그러한 형식적인 위반 때문에 형사재판의 공정성에 반하는 결과가 초래될 수 있는가에 초점을 두는 경향이 있다. 미국은 사법심사(judicial review)를 통해 법과 사회의 개혁을 능동적으로 주도할 수 있었던 연방대법원이 위법수사의 억지라는 현실적인 필요에 부응하여 판례의 형성을 통해 違法蒐集證據排除法則을 도입·적용해 나갔다. 영국은 내각책임제와 양당제를 배경으로 강력한 권한을 행사하는 입법부가 위법수집증거배제법칙을 법률로 제정하여 법원으로 하여금 증거배제의 재량행사에 적극적인 태도를 취할 수 있도록 하고 있다.

독일의 경우는 미국의 違法蒐集證據排除法則의 영향을 받아서 형사절차에서 증거금지이론을 발전시켰다. 1960년대 독일연방대법원이 내린 녹음테이프판결과 일기장판결을 통해서 증거사용금지의 근거를 ‘인간의 존엄과 인격권’ 및 ‘사생활의 비밀보장’에 두고, 증거사용금지의 판단은 이익교량에 의하여 판단하고 있다. 이 두 판결로 독일에서의 증거금지의 직접적인 근거를 개인의 헌법상 보장된 기본권에서 구함으로써 ‘헌법적 증거금지’를 확립시켰다. 다만 미국의 違法蒐集證據排除法則이 위법수사를 억지하기 위한 형사정책적 고려에서 나온 것이라고 한다면, 독일의 증거금지는 형사절차상의 법치주의 이념을 보장하기 위한 것이다.

日本の 경우에 있어서는 미국의 학설·판례의 영향으로 종래에 違法蒐集證據排除法則을 부인하다가 1978년 일본최고재판소의 판결로서 학설·판례가 일치하여 위법수집증거의 증거능력을 부인한다. 다만 형사절차의 위법의 판단에 있어서 ‘중대한 위법’과 ‘위법수사의 억지’라는 두 가지 판단기준을 가지고 위법하게 수집된 증거의 증거능력을 부정하는 相對的 排除法則을 적용하고 있다.

우리나라의 경우, 학설은 위법수집증거의 증거능력을 부정하고 있지만 현재까지 판례는 특히 非陳述證據인 증거물에 관하여 일관되게 증거능력을 인정하고 있다. 생각건대 형사소송법의 목표가 실체적 진실발견이라고 하지만 현행 형사소송법이 憲法的 刑事訴訟化 되어 가는 추세에 따라서 형사소송법의 목표도 적정절차라고 하는 헌법의 직접적인 요청에 지배받을 수밖에 없게 되었다. 그러므로 인권보장과 적정절차의 보장이라는 헌법의 요구에 발맞추어서 형사소송법의 목표인 실체적 진실발견도 적정절차의 범위 내에서 달성되어야 한다. 만약 대법원이 위법하게 수집된 증거물에 대한 기존의 태도를 고수한다면 이는 헌법상 보장된 적정절차조항을 무의미하게 만드는 결과가 될 뿐만 아니라 법원 스스로 司法의 廉潔性을 훼손하는 것이며, 피의자·피고인의 기본적 인권보장을 천명한 헌법과 이를 지도이념으로 채택한 형사소송법의 내용과 불일치하는 모순된 결과를 초래할 수 있다. 이는 결국 형사절차에서의 법치주의의 이념이 형사소추의 효율성을 위해서 희생되는 것이며, 형사절차의 민주화를 가로막는 것이 된다.

따라서 대법원은 위법하게 수집된 증거물에 대한 증거능력을 부정함으로써 헌법의 요청에 부응하여 적정절차의 보장을 통한 실체적 진실발견을 추구해야 할 것이다. 한편 違法蒐集證據排除法則이 형사소추의 효율성을 저해하고 명백한 범죄자를 처벌하지 못하게 된다는 비판도 제기될 수 있다. 그러나 이는 형사절차의 민주화를 위해서 지불해야 할 代價라고 하겠다.<sup>157)</sup> 다만 여기서 간과하지 말아야 할 것은 적정절차의 보장에만 전념하여 정작 실체적 진실발견을 외면해버려서는 안 된다는 것이다. 결국 실체적 진실의 발견 또한 포기할 수 없는 형사소송의 목적이념이라고 하지 않을 수 없다. 따라서 적정절차의 보장과 실체적 진실발견이라는 형사소송법의 모순된 목적이념의 조화점을 모색하는 방향으로 違法蒐集證據排除法則이 논의되어야 할 것이다.

---

157) 박미숙, “위법수사에 대한 구제방안,” 「형사정책연구소식」 제29호, 한국형사정책연구원, 1995. 1-2월호, 27면.

## 第 5 章 違法蒐集證據排除法則의 具體的 適用範圍

### 第1節 違法蒐集證據의 排除基準

국민의 기본적 인권보장을 위해서 위법하게 수집된 증거의 증거능력을 인정하지 않음은 타당한 일이다. 그러나 위법수집증거배제법칙의 적용은 실제적 진실발견과 적정절차를 고려하여 중대한 위법에 해당하는 경우에 한하여 제한적으로 적용되어야 한다. 따라서 위법이 정도가 경미한 경우에는 위법수집증거배제법칙이 적용되지 않는다고 보아야 한다. 이것이 실제적 진실발견과 적정절차의 조화라는 점에서 타당하다고 할 것이다. 그러므로 본 논문은 위법수집증거배제법칙의 구체적인 적용범위를 검토함에 있어서 위법하게 수집된 증거의 배제기준을 ‘중대한 위법’과 ‘위법수사의 억지’의 측면에 두고 구체적인 적용범위의 문제를 검토하고자 한다. 違法蒐集證據排除法則의 적용범위는 침해된 이익과 위법의 정도를 고려하여 구체적·개별적으로 판단하여야 한다. 이러한 의미에서 令狀主義나 適正節次를 규정한 헌법규정을 위반하는 경우, 수사기관의 수사활동이 형벌법규에 반하는 경우, 형사소송법의 효력규정을 위반하여 압수, 수색 등이 무효로 되는 경우에는 중대한 위법이 있다 할 것이고 이에 의하여 수집된 증거는 증거능력이 배제된다고 해야 한다.

### 第2節 令狀主義에 違反하여 蒐集된 證據

強制處分은 형사소송의 목적을 달성하기 위하여 필요한 처분이라 할 것이지만 이는 인권에 대한 직접적인 제한을 의미하는 것이므로 인권보장적 견지에서 강제처분에 대한 제한은 필수적으로 요청된다. 이러한 요청에 의해서 헌법 제12조 3항 본문은 「체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다」고 규정하여 강제처분의 사

법적 억제를 위한 矚狀主義를 채택하고 있다. 이처럼 헌법 제12조 3항이 矚狀主義를 채택하고 있는 것은 수사기관의 強制處分權을 사법적 심사를 통해서 수사기관의 권한의 남용을 방지함으로써 국민의 기본권을 보장하고 적정절차의 원칙을 구현하고자 하는 데 그 목적이 있다.<sup>158)</sup> 다만 수사기관의 강제처분에 대해서 동조 단서와 형사소송법 제206조, 제212조, 제217조의 경우 일정한 요건 하에서 矚狀主義의 예외를 인정하고 있다.

### 1. 違法한 押收·搜索에 의하여 蒐集된 證據

현행 형사소송법은 제10장에서 압수·수색에 관하여 규정해 놓고 있다. 압수·수색은 수사기관의 신체, 물건, 거주 또는 장소 등에 대한 對物的強制處分이기 때문에 개인의 사생활 기타 기본권이 불가피하게 침해된다. 그렇기 때문에 형사소송법은 압수·수색에 대한 엄격한 절차를 요구함으로써 국민의 기본권을 보장하고 압수·수색의 정당성을 부여하고 있다.

따라서 수사기관의 압수·수색이 矚狀主義를 위반하는 경우에는 違法蒐集證據排除法則에 의하여 증거능력을 부정하여야 한다. 그러나 현재 대법원 판례는 “압수절차가 위법하더라도 압수물 자체의 증거가치에는 변함이 없다”<sup>159)</sup>는 이유로 수사기관이 矚狀主義를 위반하여 압수한 압수물의 증거능력을 인정하고 있다. 이러한 판례의 태도는 기본적으로 積極的 實體眞實主義의 사고에 집착하는 것으로서 이는 피의자·피고인의 기본적 인권보장과 적정절차를 구현하고자 하는 헌법적 형사소송의 관념에 부합되지 않는다고 하겠다. 矚狀主義는 강제처분에 대한 사법적 심사를 통해서 수사기관의 권력남용을 방지함으로써 국민의 기본권과 適正節次를 구현하고자 하는 헌법의 직접적인 요청이다. 따라서 이에 대한 위반은 중대한 위법이라 할 것이며 그런 위법한 절차에 의하여 얻어진 증거는 증거능력을 부정되어야 한다. 이하에서는 위법한 압수·수색에 의하여 수집된 증거의 구체적인 내용들을 검토해보고자 한다.

158) 정경직, 「수사구조론」, 법진출판사, 1980, 69면.

159) 大判 1996. 5. 14, 96초88

### 1) 令狀發付 및 執行의 瑕疵

현행 형사소송법은 압수·수색의 영장발부 사유에 관하여 구속사유와 같은 기준을 설정하지 않고 있지만 ‘상당한 이유’가 있어야 하며, 영장에는 압수해야 할 물건 및 수색할 장소, 신체, 물건, 發付年月日, 유효기간 등이 특정되어 있어야 한다. 압수·수색의 대상이 특정되어 있지 아니한 일반영장은 허용되지 아니한다. 영장집행에 관해서 현행 형사소송법 제125조는 영장집행의 제한을 규정해 놓고 있다. 즉 야간집행의 경우 日出前·日沒後에는 압수·수색을 할 수 있는 기재가 없으면 그 영장을 집행하기 위하여 他人의 住居, 看守者 있는 家屋, 建造物, 航空機 또는 船車 내에 들어가지 못한다고 규정하고 있다. 이처럼 야간의 영장집행에 제한을 두는 것은 야간의 사생활의 평온을 보장하기 위한 것이다. 따라서 야간집행의 제한 규정은 효력규정이다. 이러한 규정을 위반하여 행한 압수·수색은 중대한 위법이며, 그러한 결과로 얻어진 증거는 증거능력 부정하여야 한다.

다만 현행법은 제126조에서 야간집행의 예외를 인정하고 있다. 즉, 도박 기타의 선량한 풍속을 해하는 행위에 상용된다고 인정되는 장소, 여관, 음식점 기타 야간에 공중이 출입할 수 있는 장소에 대하여는 야간집행에 제한을 받지 아니하므로 이러한 압수·수색에 의한 증거의 증거능력은 인정된다고 본다. 또한 令狀執行節次(압수목록, 수사증거서의 교부 등)에 다소 위법이 있거나 압수·수색영장에 영장번호, 사건번호, 피의자의 직업 등의 내용이 영장에 기재되지 않은 경우에는 집행에 있어서 중대한 위법이 있다고 보기 어렵고 단순한 절차상의 하자라고 봄이 타당할 것이다. 따라서 그러한 단순위법절차에 의한 압수·수색에 의해 얻어진 증거의 증거능력은 인정하는 것이 합리적이다. 이는 適正節次의 보장과 실제적 진실의 조화의 측면에서 타당하다고 본다.

### 2) 無令狀 내지 包括令狀

영장이 없는 압수·수색의 경우에는 당연히 令狀主義 위반으로 그 수집된 증거의 증거능력이 부정된다. 또한 영장 없이 위법한 압수·수색을 한 후에 사후에 영장을 발부 받은 경우에도 그 증거의 증거능력을 부정하여야 한다.<sup>160)</sup> 包括令狀의

---

160) 차용석, “위법수집물의 증거능력,” 39면.

경우는 영장에 압수물이 특정되어 있지 않은 경우의 영장을 말하는데 이는 令狀主義의 위반이라 할 수 있다. 왜냐하면, 압수는 특히 재산권에 중대한 제약을 가하는 것이므로 압수의 대상물은 證據物 또는 沒收物로 엄격하게 한정되어야 하기 때문이다. 따라서 포괄영장에 의한 압수·수색에 의하여 수집된 증거의 증거능력을 부정하여야 한다.

판례는 “압수물은 압수절차에 위법이 있다하더라도 물건 그 자체의 성질·형상에 변형을 가져오는 것은 아니며 그 형상 등에 관한 증거가치에는 변함이 없으므로 증거능력이 있다”고 판시하여 증거능력을 인정하였고, 현재까지 일관되게 유지하고 있다. 판례가 이처럼 위법한 절차에 의하여 수집된 증거물에 대하여 증거능력을 인정하는 태도에는 ‘犯罪鬭爭의 效率性과 刑事司法의 機能性이라는 형사정책적 고려’<sup>161)</sup>가 배후에 깔려있는 것이며 非陳述證據와 달리 증거물의 경우에는 위법한 절차에 의하더라도 증거가치에는 변함이 없기 때문에 증거능력을 인정하고 있다. 이는 실체적 진실발견의 적극적인 측면에 치중하는 것이라고 하겠다.

令狀主義는 헌법의 직접적인 요청이며, 이는 적정절차의 보장을 통한 피의자·피고인뿐만 아니라 일반시민의 기본적 권리를 보장하기 위한 것이다. 따라서 無令狀 내지 包括令狀과 같이 영장주의에 위반하여 수집된 증거의 증거능력을 부정하는 것이 令狀主義와 適正節次를 보장하고 있는 헌법의 태도와 일치한다. 뿐만 아니라 범죄투쟁의 효율성과 형사사법의 기능성도 법치주의이념에 입각하여 적정절차와 기본적 인권보장과 조화 속에서 발휘될 수 있는 것이지만 범죄투쟁의 효율성과 형사사법의 기능성을 위해서 헌법이 요구하고 있는 적정한 절차가 무시되어서는 안 된다. 따라서 위법하게 수집된 증거물에 대하여 증거능력을 인정하고 있는 판례의 태도는 타당하지 않다.

### 3) 任意性 없는 承諾에 基하여 令狀없이 하는 押收·搜索

#### (1) 強制搜查性

압수·수색 등 강제처분은 실질적으로 상대방 자유의 속박을 내용으로 하며 이

---

161) 하태훈, “압수절차가 위법한 압수물의 증거능력,” 「형사판례연구」 제5권, 박영사, 1997, 249면.

는 곧 법익의 침해를 의미한다. 따라서 침해되는 법익의 주체가 승낙을 하는 경우 強制搜查의 실질을 갖는 처분을 任意搜查로 취급하여 영장주의를 배제할 수 있는 것인가가 문제된다. 이러한 문제에 있어서 형소법 제218조는 「피의자 기타인의 遺留한 물건이나 소유자, 소지자 또는 보관자가 임의로 제출한 물건을 영장 없이 압수할 수 있다」고 규정하고 있다. 이 규정에 의한 압수의 성질에 있어서는 占有取得의 방법이 강제적이 아니므로 임의처분이라는 견해<sup>162)</sup>와 일단 압수된 후에도 被押收者의 의사와 관계없이 그 점유가 계속되므로 압수의 효과 면에서 볼 때 강제처분의 일종으로 보아야 한다는 견해<sup>163)</sup>가 있다. 생각건대 본 규정의 압수는 점유취득과정에서 강제력이 행사되지 않지만 일단 압수된 이상 임의로 취거할 수 없다는 점에서 일종의 강제처분이다. 다만 점유취득과정에서 강제적이지 않고 임의적이므로 영장을 요하지 않는다고 하겠다. 이는 宥狀主義의 예외에 해당한다.

## (2) 承諾의 任意性 判斷

승낙이 승낙자의 자유로운 의사에 의하여 자발적으로 이루어진 경우에는 강제수사의 법리를 적용할 필요 없이 임의수사에 의하여 영장 없이 압수·수색할 수 있다고 하겠다. 그러나 승낙이 임의성을 의심할 만한 사유에 의하여 이루어진 경우에는 任意搜查로서 취급될 수 없다고 하여야 한다. 왜냐하면 범죄수사의 실무에 있어서 압수·수색을 임의제출의 형식으로 행하여지는 경우가 통례라 해도 과언이 아니며 任意提出의 형식 하에 실질적인 강제력을 행하는 경우에 영장주의 원칙을 탈법적으로 우회할 소지가 크기 때문이다.

생각건대 형소법 제218조의 규정은 宥狀主義의 예외를 규정한 것이나 동규정의 처분 역시 강제처분이기 때문에 엄격한 요건이 갖추어져야 한다. 즉 승낙의 임의성을 판단함에 있어서 임의성을 의심할 만한 사유가 존재한다면 마땅히 그러한 승낙에 의한 압수·수색은 宥狀主義에 위반된 불법행위라고 보아야 한다. 승낙에 의한 압수·수색이 적법한 것이 되기 위해서는 먼저 승낙의 임의성이 존재하여야 한다. 따라서 承諾의 任意性을 판단함에 있어서는 구체적이고 개별적인 정황을 고려하여

162) 서일교, 「형사소송법」, 박영사, 1979, 256면.

163) 이재상, 앞의 책, 283면; 배종대·이상돈, 앞의 책, 306면; 신동운, 앞의 책, 243면; 신현주 「형사소송법」, 박영사, 2002. 356면.

임의성을 판단하여야 할 것이다.

미국의 경우 경찰관은 범죄수사의 수단으로써 대부분의 사건에서 실질적으로 동의에 의한 수색·압수에 의존하며 이 경우에 영장뿐만 아니라 상당한 이유도 필요하지 않다고 한다. 동의를 임의성 판단에 있어서 법원은 任意性審査와 權利拋棄審査(waiver test)를 이용하여 임의성을 판단한다. 예를 들면 강제력이 없이 혹은 수정 헌법 제4조에 위반되지 않는다는 것을 보장한다는 약속에 의하여 얻어낸 동의는 법원의 임의성 심사에 의하여 정당화된다. 그리고 수정 헌법 제4조의 권리를 개인의 자발적으로 포기한 경우에 법원은 권리포기심사에 의하여 동의를 정당성을 판단한다.<sup>164)</sup>

#### (3) 任意性 없는 承諾에 의한 押收·搜索

임의성 없는 承諾에 의하여 행하여진 압수·수색은 任意搜索로 볼 수 없고 강제수사로 보아야 한다. 즉 임의성 없는 압수·수색은 영장주의에 위반되는 불법행위라고 하겠다. 따라서 임의성 없는 압수·수색에 의하여 얻어진 증거는 증거능력을 부정하여야 한다. 이와 관련하여 형소법 제218조의 任意提出의 경우에도 임의성이 인정되어야 하며, 임의성에 의심이 있는 경우에는 任意提出된 증거물의 증거능력을 부정하여야 한다. 뿐만 아니라 위법한 압수·수색이 행하여지고 그 후에 동의 내지 승낙이 있는 경우에도 증거능력을 부정하여야 한다. 미국도 불법적인 압수·수색 이후에 동의하였더라도 그 불법성은 이어지는 압수·수색에도 영향을 미치므로, 동의 이후의 후속 적인 압수·수색도 불법적인 것으로 된다고 한다.<sup>165)</sup>

#### 4) 人身拘束에 부수하여 令狀없이 하는 押收·搜索

對物的 強制搜索에 있어서는 압수·수색의 긴급성을 고려하여 일정한 경우에 영장에 의하지 않는 압수·수색 및 검증을 허용한다. 영장에 의하지 않는 대물적 강제수사의 대표적인 것이 체포·구속·긴급체포에 부수한 압수·수색·검증이다. 이외에도 형소법은 피고인의 구속현장에서의 압수·수색과 범죄현장에서의 압수·수

---

164) 동의에 의한 압수·수색과 동의를 심사에 대한 자세한 내용은, Samaha, J., Criminal Procedure(fourth edition), Wadsworth Publishing Company A Division of International thomson Publishing Inc, 1999, pp. 279-281 참조.

165) Israel, J. H. / Kamisar, Y. / LaFave, W. R., op. cit., p. 177 ; Florida v. Royer 460 U. S. 491(1983) 참조.

색·검증에 대하여도 令狀主義의 예외를 인정하고 있다. 특히 적법한 체포·구속·긴급체포에 부수한 압수·수색과 검증은 영·미법이 전통적으로 인정하고 있는 영장주의의 예외에 속한다.

(1) 第216條 第1項 2號의 逮捕現場에서의 押收·搜索

체포현장에서의 압수·수색의 경우 被疑者拘束, 緊急逮捕, 現行犯人の 逮捕의 경우에 사후영장을 발부 받은 경우에는 압수·수색영장에 대한 사후영장을 발부 받을 필요가 없다. 이는 令狀主義의 예외에 속한다. 체포현장에서의 압수·수색에 있어서 가장 문제되는 것은 이를 규정한 형소법 제216조 제1항 제2호의 법적 성질을 어떻게 볼 것이냐 하는 것과 체포현장의 의미가 문제된다.

대체적으로 법적 성질에 대하여 附隨處分說과 緊急行爲說이 있다. 전자의 견해는 구속에 의하여 가장 중요한 기본적인 자유권이 적법하게 침해된 때에는 이에 수반하는 보다 경미한 소유권의 침해도 영장 없이 할 수 있다고 주장한다.<sup>166)</sup> 반면 후자의 견해는 구속하는 자의 안전을 위하여 무기를 제거하고, 피의자가 증거를 파손, 은닉하는 것을 예방하기 위한 긴급행위로서 허용된다고 한다.<sup>167)</sup> 생각건대 附隨處分說을 취할 경우에 영장에 의하지 아니한 강제수사의 범위가 확대될 소지가 있고 체포현장이라는 점을 감안한다면 현장의 긴급성, 피의자의 도주우려, 무기사용의 위험성 등을 배제할 수 없기 때문에 緊急行爲說이 합리적이다.

체포현장에서의 압수·수색은 체포와 시간적으로 밀접한 관련을 가지고 있어야 한다. 구체적으로 피의자가 압수·수색을 할 당시에 현장에 있어야 하는가, 피의자를 체포하는데 성공하였음을 요하는가, 체포 직전에 압수·수색도 허용되는가에 대하여 時間的·空間的 接着說, 現場說, 逮捕着手說, 逮捕說 등이 있다.

체포현장에서의 압수·수색을 규정한 제216조 제1항 제2호의 취지는 체포현장에서의 긴급성을 감안하여, 경찰의 위험방지, 증거보전 및 被逮捕者의 도망의 우려를 방지하기 위한 것이라 하겠다. 따라서 피의자가 반드시 체포될 것을 요하지 않으며 피의자가 그 장소에 현재하고 체포에 착수한 이상 체포 전후를 불문하고 압수·수색을 할 수 있다고 하겠다.

166) 신동운, 앞의 책, 244면 ; 배종대·이상돈, 앞의 책, 304면.

167) 이재상, 앞의 책, 280면 ; 차용석, 「형사소송법」, 305면 ; 신양균, 앞의 책, 214면.

(2) 第216條 第3項 犯罪現場에서의 押收·搜索

犯罪現場에서의 압수·수색은 체포를 전제로 하지 않고 사후영장을 발부 받을 것을 요한다는 점에서 逮捕現場에서의 압수·수색과 다르다. 사후영장을 발부 받지 못하면 즉시 압수한 물건을 환부하여야 하며 그 검증조서는 증거능력을 부정하여야 한다. 이는 피의자의 逮捕·拘束을 전제로 하지 않는다는 점에서 긴급구속에 유사한 긴급압수·긴급수색 및 긴급검증을 인정한 것이라 할 수 있다. 따라서 범죄현장에서의 證據物의 隱匿 및 毀損을 방지하기 위한 것이므로 범행 중 또는 범죄 직후의 범죄장소면 족하며 피의자가 현장에 있거나 체포되었을 것은 요건이 아니다.

(3) 第217條 緊急逮捕한 被疑者 物件의 令狀 없는 押收·搜索

긴급체포한 피의자에 대하여 사후에 구속영장을 발부 받으면 압수·수색에 관한 事後令狀을 발부 받을 필요가 없기 때문에 令狀主義의 예외에 해당한다. 제217조 제1항의 규정이 ‘긴급체포할 수 있는 자’ 라고 규정하여 해석상의 문제를 야기한다. 즉 체포할 수 있는 자라는 의미를 ‘緊急逮捕의 대상자’ 로 넓게 해석하게 되면 이를 구실로 영장에 의하지 않은 수사기관의 대물적 강제처분이 부당하게 확대될 위험이 있다. 따라서 체포할 수 있는 자의 의미는 엄격하게 제한적으로 해석함이 타당하다고 본다. 따라서 현실적으로 긴급체포된 자에 대하여 영장 없이 압수·수색을 할 수 있다고 보는 것이 令狀主義의 原則에 부합하는 해석이 될 것이다.

결국 제217조의 규정은 긴급체포된 被疑者가 소유·소지 또는 보관하는 물건에 대하여 事後拘束令狀의 발부를 전제로 하여 영장 없이 압수·수색을 허용한 영장주의의 예외규정이라고 하겠다. 따라서 사후영장을 발부 받지 못한 경우에는 압수·수색한 물건에 대하여 즉시 환부하여야 한다. 뿐만 아니라 사후영장을 발부 받지 못한 경우에는 압수·수색 자체가 위법한 강제처분이 되므로 이에 의해서 수집된 증거는 위법하게 수집된 증거로써 증거능력을 부정하여야 할 것이다.

(4) 檢 討

身體拘束에 수반하여 영장 없이 행한 압수·수색이 적법한 것이 되기 위해서는 압수·수색은 적법한 체포·구속에 수반하여 행하여 져야 하며, 그 장소가 被疑者의 직접적인 지배하에 있어야 하며 범죄행위에 사용된 장소라야 한다.

미국은 적법한 체포에 부수한 수색은 영장이나 상당한 이유 없이 적법하게 수색

할 수 있다고 한다. 대법원도 체포에 부수한 수색은 체포 그 자체 이외의 다른 독립한 정당성을 필요로 하지 않는다고 보고 있다. 체포에 부수한 수색은 체포과정에서 경찰관의 안전을 보장하고, 용의자의 도주를 방지하고 용의자가 파손, 훼손, 폐기할 가능성이 있는 증거를 보전하는 것이기 때문에 합리적인 수색이라고 한다. 또한 법원은 시민의 프라이버시를 보장하기 위하여 체포에 부수하는 수색의 범위를 警察의 安全, 證據保全, 逃走防止를 위한 필요한 범위 내에서만 가능한 것으로 제한하고 있다.<sup>168)</sup>

체포현장의 범위의 해석문제와 관련해서 1969년 Chimel사건은 중요한 참고자료가 된다고 하겠다. 이 사건에서 법원은 “체포가 행하여 졌을 때 被逮捕者가 반항하거나 도망하는데 사용할지도 모르는 무기를 빼앗기 위하여 경찰이 피체포자를 수색하는 것은 정당한 일이다. 더욱이 피체포자가 자신에 대한 증거를 은닉, 훼손, 파괴하는 것을 방지하기 위한 수색은 정당한 것이다. 피체포자가 무기나 증거자료를 움켜잡기 위하여 손을 뻗칠 수 있는 범위도 같은 원칙에 의하여 지배되지 않으면 안된다. 따라서 피체포자의 신체나 그의 즉각적인 지배 하에 있는 지역은 피체포자가 무기나 파괴하려는 증거를 획득할 수 있는 지역으로 해석하는 것은 정당한 것이다”<sup>169)</sup>라고 하였다. 생각건대 현재 逮捕現場의 범위에 대하여 학설이 분분하고, 적절한 해석기준이 불분명하다는 점에서 Chimel사건의 판결은 체포현장의 해석에 합리적인 기준을 제시하는 것이라고 볼 수 있을 것이다. 뿐만 아니라 긴급체포된 피의자의 소유·소지 또는 보관물에 대하여도 마찬가지로 유추해석이 가능하다고 본다. 따라서 체포에 부수하는 압수·수색이 이상의 정당한 범위를 벗어나는 경우에는 위법한 수사가 되며 이에 의한 증거는 증거능력을 부정하여야 할 것이다.<sup>170)</sup>

## 2. 違法한 檢證에 의하여 蒐集된 證據

형사소송법이 규정하고 있는 검증의 대상에는 피고인의 신체도 검증의 대상이

---

168) Samaha, J., op. cit., pp. 266-269 참조.

169) Chimel v. California, 395 U.S. 752, 89 S.Ct. 2034, 23 L.Ed.2d 685(1969).

170) 송광섭, “위법수집증거배제법칙에 관한 연구,” 111면.

된다. 이 경우 피고인은 조사의 객체로서가 아니라 하나의 물적 증거로서의 증거방법이라고 할 수 있다. 따라서 검증절차로서의 신체검사는 인권보장에 대한 중대한 침해의 소지가 있다. 신체검사의 경우에 문제되는 대표적인 것은 體內搜查이다. 體內搜查는 임의수사의 방법과 강제수사의 방법으로 행하여진다. 임의수사의 방법은 同意·承諾에 의하여 이루어지므로 그 수사의 필요성이 인정되고, 수사가 상당한 방법으로 행하여지는 경우에는 체내수사의 허용성을 부정할 수 없다.<sup>171)</sup> 다만 동의·승낙이 임의적인가의 판단은 구체적인 상황을 고려하여 임의성을 판단하여야 할 것이다. 신체 내부의 강제수사는 그 수사가 상대방의 의사에 반하여 이루어지므로 인간의 존엄성과 신체의 안전성을 침해할 우려가 크다고 하겠다. 이러한 문제영역에 속하는 것들로는 強制採血과 嘔下物の 強制排出 등이다.

#### 1) 強制採血

강제채혈은 주로 음주운전자의 혈중알코올 농도를 측정하기 위하여 활용되었으나 최근에는 유전자 분석을 위하여 활용되고 있다. 強制採血을 하기 위해서는 i) 증거보전의 필요성이 있고 ii) 증거로서의 중요성이 있으며, iii) 달리 증거를 수집·보전할 방법이 없고, iv) 전문가에 의한 필요최소한도의 채취라는 방법의 상당성이 요구된다. 독일형사소송법 제81조a도 혈액표본의 채취 기타 신체적 침해가 소송절차상 중요한 사실확인을 위하여 이루어진 경우, 신체침해가 醫師에 의하여 의학적 기술법칙에 따라 검사목적에 위하여 수행되고, 피의자의 건강손상이 우려되지 않는 때에는 피의자의 승낙 없이도 이를 허용할 수 있는 것으로 규정하고 있다. 따라서 이러한 요건이 갖추어지지 아니한 상태에서의 강제채혈은 위법한 것이며 허용될 수 없다고 해야 한다.

판례는 “의료인이 진료목적으로 이미 채혈한 혈액을 任意提出한 경우에는 증거수집의 과정에 適正節次에 위반한 위법이 없다”<sup>172)</sup>고 하여 증거능력을 인정하였다. 다만 경찰관이 증거사용을 목적으로 간호사에게 부탁하여 채혈한 경우에는 어떻게 될 것인가가 문제된다. 이 경우에는 경찰관이 증거사용을 목적으로 간호사에

171) 윤경익, 「수사실무총람」, 육법사, 1990, 343면.

172) 大判 1999. 9. 3, 98도968.

게 부탁하여 피고인 또는 피고인의 가족의 동의 및 영장 없이 피고인으로부터 채혈을 하였다면 증거수집절차에서 適正節次를 위반한 것이며 채취한 혈액은 위법하게 수집된 증거로써 증거능력을 부정하여야 할 것이다.<sup>173)</sup>

## 2) 嚥下物の 強制排出

嚥下物の 強制排出이란 피의자 등의 삼킨 물건, 즉 嚥下物を 구토제나 설사제 등을 사용하여 강제로 배출시키는 것을 말한다. 연하물의 강제배출은 압수 또는 감정 목적으로 행하여진다.

연하물의 강제배출의 허용성 여부가 논란이 된 것은 Rochin사건<sup>174)</sup>이다. 이 사건에 대하여 연방대법원은 구토제에 의한 연하물의 강제배출은 양심에 대한 충격이며 수정 헌법 제14조의 適正節次에 위반하는 하는 것이라고 하여 강제배출에 의하여 얻어진 증거물의 증거능력을 부정하였다.<sup>175)</sup> 우리나라의 경우에는 연하물의 강제배출의 경우 일정한 요건 하에서 허용된다고 해석하는 것이 다수설이다.<sup>176)</sup>

연하물의 강제배출이 허용되기 위해서는 i) 압수대상물존재의 명백성, ii) 배출의 필요성, iii) 증거로서의 중요성, iv) 배출방법의 상당성 등의 요건이 구비되어야 한다. 특히 배출방법의 상당성과 관련하여 외과수술에 의한 강제배출은 수사의 상당성을 인정할 수 없으므로 허용될 수 없다.

생각건대 嚥下物の 強制排出은 그 자체가 인간의 존엄성과 신체의 안전성을 침해할 우려가 높은 만큼 그 허용성의 기준은 엄격하게 제한적으로 해석·적용되어야만 한다. 따라서 연하물의 강제배출이 허용기준을 충족시키지 못한 경우에는 그

---

173) 이충상, “음주운전증거인 혈액의 수집절차상 위법성의 유무,” 「판례실무연구(Ⅲ)」, 비교법실무연구회, 1999. 12, 337-338면.

174) Rochin사건은 경찰관이 피의자인 Rochin이 삼킨 마약캡슐을 압수하기 위하여 병원에서 의사로 하여금 강제로 구토제를 복용케 하여 위속에서 배출된 마약캡슐을 불법마약 소지죄의 결정적 증거로 하여 법원이 이를 증거로 채택함으로써 유죄판결받은 사건이다. 이 사건에서 피의자의 의사에 반하여 구토제를 복용하고 강제배출시킨 행위가 수정헌법 제14조의 적정절차를 위반한 것이 지적되었었다.

175) Samaha, J., op. cit., p. 67.

176) 백형구, 앞의 책, 317면 ; 신양균, 앞의 책, 212면 ; 이재상, 앞의 책, 288면 ; 신동운, 앞의 책, 249면 ; 다수설은 증거보전의 필요성과 수단의 상당성을 요건으로 연하물의 강제배출을 허용한다.

자체가 중대한 위법에 해당한다고 할 것이며 강제배출의 결과로 얻어진 증거물은 위법하게 수집된 증거로써 증거능력을 부정하여야 한다.

### 3. 違法한 身體拘束에 의하여 蒐集된 證據

身體拘束은 개개인의 신체의 자유를 직접적으로 침해하는 대인적 강제처분이기 때문에 일정한 요건이 갖추어지고 영장에 의하여만 할 수 있는 것이다. 따라서 위법한 인신구속에 의하여 얻어진 증거에 대한 증거능력을 부정하는 것은 개인의 기본적 인권보장을 위해서나 적정절차의 원칙의 요청에 부합하는 것이라는 점에서 중요한 의미가 있다고 본다. 이하에서는 신체구속 중의 自白과 관련하여서 不法拘束과 別件拘束의 경우를 살펴보고자 한다.

#### 1) 不法拘束中の 自白

현행법상 불법구속중의 자백의 문제와 관련하여서 오해의 소지가 있는 것은 형소법 제309조가 규정하고 있는 身體拘束의 不當한 長期化의 의미를 어떻게 볼 것인가 하는 것이다. 이러한 문제에 대하여 학자에 따라서는 처음부터 구속이 불법하게 이루어진 경우와 구속자체는 적법하나 다만 그 신체구속상태가 부당하게 장기화된 경우를 구분하는 견해<sup>177)</sup>가 있으나 원래 신체구속의 부당한 장기화라는 개념은 미국법상의 개념을 차용한 것으로 우리의 현실에는 잘 맞지 않는 개념이다. 미국은 긴급구속을 하는 경우 치안판사에게 지체 없이 인치하도록 규정하고 있고, 이 과정에서 부당한 지체가 있으면 신체구속의 불법이 되며 그 기간에 얻어낸 자백의 증거능력을 부정한다. 반면에 우리나라의 경우는 緊急拘束의 경우 판사에 대한 영장 청구기간을 48시간으로 규정해 놓고 있기 때문에 신체구속의 부당한 지연이나 여부를 논할 필요 없이 48시간 이내이면 적법한 구속이고 48시간이 경과한 경우에는 불법한 구속이 된다. 뿐만 아니라 현행법은 구속기간이 단기간으로 한정되어 있기 때문에 이 기간 내에서 부당한 장기화를 논할 여지가 없다고 하겠다.<sup>178)</sup>

177) 송광섭, “위법수집증거배제법칙에 관한 연구,” 112면.

178) 신현주, 앞의 책, 585면.

결국 제309조의 신체구속의 부당한 장기화는 영장청구기간이 경과한 경우와 같이 처음부터 불법한 구속이 장기화된 경우만을 의미하는 것이며, 이러한 불법한 구속 기간중에 얻어낸 자백에 관해서만 문제된다고 하겠다. 따라서 처음부터 불법으로 행해진 구속에 기인한 자백의 경우는 자백의 임의성과 무관하게 구속의 위법성 때문에 제309조에 의해 증거능력이 부정되는 것이다.<sup>179)</sup> 다만 판례가 “법원이 긴급체포의 요건이 흠결되었음에도 수사기관이 체포영장 없이 긴급체포형식으로 피의자를 체포·구금하고, 이러한 불법구금상태에서 작성한 피의자신문조서의 진술 기재는 위법수집증거로서 증거능력이 부정되어야 한다”<sup>180)</sup>고 판시하여 違法蒐集證據排除法則을 원용하여 증거능력을 부정하는 것에는 의문이 있다. 생각건대 형소법 제309조는 위법수집증거배제법칙의 가장 강력한 실정법적 근거라 할 수 있다. 그러므로 제309조의 실정법의 존재의의를 고려할 때, 실정법적 규정이 있음에도 불구하고 초법규적 근거를 토대로 증거능력을 부정하는 것은 합리적이지 못하다. 이러한 경우에는 위법수집증거배제법칙이 적용되는 것이 아니라 막바로 형소법 제309조의 自白排除法則에 의해서 증거능력이 부정된다고 함이 타당하다.



## 2) 別件拘束中の 自白

別件拘束이라 함은 본래 수사기관이 의도하고 있는 사건수사를 위해 피의자를 구속할 필요가 있으나 수사상황에 미루어 拘束令狀을 발부 받기에 충분한 증거를 확보하지 못하였을 경우에 영장을 발부 받기에 상당한 증거를 확보하고 있는 비교적 경미한 다른 사건으로 영장을 발부 받아 본래 의도한 사건을 수사하는 것을 말한다.<sup>181)</sup> 이러한 別件拘束은 본건의 구속기간에 대한 제한을 탈법적으로 우회하는 방편 또는 구속사유가 없는데도 自白強要나 搜查便宜를 위해 피의자를 구속하는 방편으로 사용된다는 점에서 違法搜查의 전형적인 유형이라 할 수 있을 것이다.

따라서 別件拘束은 수사의 주목적인 본건에 관한 법관의 사전심사가 회피되어 영장주의의 존재의의를 상실하게 하므로 헌법 제12조 제3항에 위반된다. 또한 구속

179) 배종대·이상돈, 앞의 책, 552면.

180) 大判 2002. 6. 11, 2000도5701.

181) 김형준, “별건구속의 제문제,” 「법학논집」 제20집, 중앙대학교 법학연구소, 1995. 12, 437면.

의 사유가 본건에 관하여告知되지 아니하므로 헌법 제12조 제5항과 형사소송법 제72조의 규정에 위반되며 전체적으로 절차가 공정하지 못하고 부당한 것이라는 점에서 헌법 제12조 1항 제2문의 適正節次에도 위반된다.<sup>182)</sup> 따라서 이러한 別件拘束은 절차상 중대한 위법에 해당하며 別件拘束중의 결과로 얻어진 自白은 그 임의성과 무관하게 증거능력이 부정되어야 한다.

### 第3節 違法한 節次에 의하여 蒐集된 證據

#### 1. 毒樹果實 理論과 違法蒐集證據排除法則

형사소송법 제309조에 위반하여 위법하게 취득된 自白의 증거능력제한은 절대적이다. 따라서 임의성의 의심이 있는 자백은 동의하여도 증거능력이 부정되며 탄핵 증거로도 사용될 수 없다. 여기서는 임의성 없는 자백에 기하여 취득된 증거, 즉 毒樹果實理論에 관한 문제를 다루기로 한다. 독수의 과실이론이란 위법하게 취득된 제1차적 증거에 의하여 얻어진 제2차적 증거의 증거능력에 관한 것이다.

##### 1) 意義 및 認定根據

毒樹果實(fruits of poisonous tree)이란 위법하게 수집된 증거에 의하여 취득된 제2차적 증거를 말한다. 위법행위에 의하여 수집된 증거에 의한 제2차적 증거의 증거능력을 부정하여야 한다는 원칙을 毒樹果實理論(Doctrine of fruits of The Poisonous Tree)이라고 한다. 毒樹果實理論은 위법한 수사로 인하여 얻은 제1차적 증거에 대해서만 증거능력을 부정하고 그에 의하여 파생된 제2차적 증거에 대해서는 증거능력을 인정할 경우 수사기관의 위법수사로부터 시민의 기본적 인권을 보장하고 국가기관의 업무수행에 있어서 근본적인 공정성을 담보하려는 違法蒐集證據排除法則의 근본취지가 무의미하게 된다는 고려에서 나온 것이다.<sup>183)</sup>

182) 권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 2002, 409면.

183) 강구진, 앞의 책, 509면 ; 신동운, 앞의 책, 154면 ; 이재상, 앞의 책, 497면.

## 2) 比較法的 考察

### (1) 美國

미국의 違法蒐集證據排除法則은 위법하게 수집된 증거 자체의 사용을 금지할 뿐만 아니라 위법한 방법의 결과로써 수집된 증거의 사용도 금지하고 있다. 이것을 독수과실이론이라 한다. 독수과실이론은 정부가 직접적으로 확보할 수 없는 증거에 대한 간접적인 정보를 수집하기 위하여 위법한 방법을 사용하는 것을 금지한다.<sup>184)</sup>

미국의 독수과실이론은 1920년 Silverthorne판결에서 위법하게 수집된 제1차적 증거에 의한 제2차적 증거의 허용성 문제가 처음으로 언급되었다. 그 후 1939년 Nardone판결에서 毒樹果實이라는 용어를 최초로 사용하였다. 이 판결에서 법원은 “불법도청에 의하여 나온 과실의 증거능력을 부정하였고 독수와 과실 사이의 인과적 연관이 희박해져서 오염이 없어질 정도라면 그 과실은 증거로서 사용할 수 있다”<sup>185)</sup>고 하였다. 미국은 1960년대 진보적인 형사절차혁명의 시기에 내려진 Mapp판결과 Miranda판결로 위법수집증거배제법칙이 확립되면서 더불어 毒樹果實理論도 자리잡게 되었다.

### (2) 獨逸

독일에서 독수과실의 원리는 증거사용금지의 波及效(Fernwirkung)의 문제로 논의되고 있다. 독일 형사소송법 제136조의a의 금지된 訊問方法에 의하여 획득된 진술에 한하여 증거사용금지의 파급효를 인정할 것인지, 아니면 그 진술을 매개로 하여 얻어낸 다른 증거의 사용도 금지할 것인지가 문제가 되었다.

이러한 문제에 있어서 독일은 미국의 毒樹果實理論이 소개되면서 본격적인 논의가 전개되었고 파급효를 인정하여야 한다는 견해와 부정하는 견해로 兩分되었다. 긍정하는 견해는 미국의 毒樹果實의 원리를 수용하고, 사용금지의 성립을 인정하면서 파생증거의 사용을 허용하게 되면 수사기관이 증거금지규정을 위반할 우려가 크고 예방목적에 비추어 그로부터 얻은 증거에 대하여는 증거사용을 금지하는 것이 타당하다고 한다.<sup>186)</sup> 반면 부정하는 견해는 사용금지의 이유인 증거획득상의 위

184) Smaha, J., op. cit., p. 431.

185) Nardone v. United States, 308 U. S. 338(1939).

186) Fezer, K. H., Teilhabe und Verantwortung, JZ 1987, S. 937.

반과 이로부터 획득한 파생증거의 관계는 과급효를 인정하지 않으면 안 될 정도로 필연적이 아니며, 과급효를 인정하게 되면 인과관계의 증명이라는 난관에 부딪치게 된다고 주장한다.<sup>187)</sup>

독일의 판례는 증거사용금지의 波及效에 대하여 이익형량에 의하여 결정하여야 한다는 태도를 취하고 있다. 다만 독일 법원은 불법도청으로 획득한 파생증거에 대해서는 엄격하게 과급효를 인정하고 있다. 독일 법원은 경찰관이 감청시에 법규의 요청을 정확히 지켰다 할 지라도 만약 이를 통해 획득한 증거가 법규상의 監聽對象犯罪目錄에 속하지 않는 경우에는 증거사용을 금지한다. 뿐만 아니라 위법하게 수집된 제1차적 증거에 의하여 파생된 제2차적 증거의 증거능력을 부정하고 있다.<sup>188)</sup>

### 3) 우리나라의 論議狀況

현행법 하에서 위법수집증거배제법칙이 인정되고 있지 않기 때문에 獨樹果實理論 역시 불확실한 위치에 놓여있다고 생각된다. 다만 학계는 違法蒐集證據의 排除法則을 인정하고, 이에 대하여 활발히 논의되고 있다. 그와 더불어 毒樹果實理論의 도입과 독수과실의 증거능력의 인정문제를 놓고 임의성 없는 자백에 기하여 수집된 증거의 증거능력만을 부정해야 한다는 견해<sup>189)</sup>와 임의성 없는 자백 가운데 강제에 의한 자백으로 수집된 증거의 증거능력만을 부정해야 한다는 견해가 있다. 다수설은 위법하게 수집된 증거의 증거능력을 부정하는 이상 위법하게 수집된 증거에 의하여 얻어진 제2차적 증거에 대하여도 증거능력을 부정해야 한다고 주장한다.<sup>190)</sup>

생각건대 위법하게 수집된 증거를 배제하면서 그에 의하여 수집된 제2차적 증거의 증거능력을 인정한다면 결국 違法蒐集證據排除法則의 존재를 무의미하게 만드는 불합리한 결과가 된다. 따라서 위법수집증거의 증거능력을 부정하는 이상 그로

---

187) Rogal, K., Gegenwertiger stand und Entwicklungstendenzen der Lehre von den Strafprozessualen Beweisverboten, ZStW91, 1979.

188) 조국, “독수과실의 원리에 대한 일고,” 「형사정책연구」 제11권 제3호, 한국형사정책연구원, 2000. 가을호, 145면.

189) 백형구, 앞의 책, 437면 ; 정영석·이형국, 「형사소송법」, 법문사, 1997, 343면.

190) 강구진, 앞의 책, 509면 ; 신동운, 앞의 책, 154면 ; 신양균, 앞의 책, 646면 ; 차용석, 앞의 책, 692면 ; 배중대·이상돈, 앞의 책, 538면.

인한 果實의 증거능력도 부정하여야 한다.

#### 4) 毒樹果實原則의 例外理論

##### (1) 美國의 例外理論

i) 독립한 증거원의 예외이론은 제1차적 증거와 파생적 증거 사이에 조건설적 인과관계가 인정된다고 하더라도 파생적 증거를 획득한 것이 제1차적 증거의 수집원이었던 違法搜查를 이용한 것이 아닌 경우에는 그 파생적 증거의 증거능력을 인정한다. 예를 들면 위법한 수사에 의하여 피고인의 집에서 유괴된 소녀를 발견한 경우에 그 소녀의 '陳述' 이 여기에 해당한다. 이러한 예외이론은 수사기관의 사소한 부주의가 범인에 대한 전면적 면책사유로 기능하는 것을 방지하려는 의도를 갖고 있다.<sup>191)</sup> ii) 불가피한 발견의 예외이론은 독립한 증거원의 예외이론과 밀접하게 관련된다. 예를 들면 살인사건을 수사하던 경찰관이 피의자의 권리를 침해하고 신문한 결과 사체의 소재를 알게 된 경우에 경찰관이 다른 방법에 의해서도 그 사체를 발견했을 것이라는 점을 증명한 경우가 여기에 해당한다. 이러한 예외이론은 만약 증거가 위법한 법집행 행위와는 독립한 또 다른 적법한 수단에 의해서 발견될 수 있는 경우에는 위법하게 수집된 증거의 사용을 허용한다.<sup>192)</sup> 이 이론은 독립된 증거원의 예외이론과 유사하지만 독립된 증거원의 예외는 현실적으로 독립한 수사가 진행되는 반면에 불가피한 발견의 예외는 가설적 상황을 토대로 검토한다는 점에서 차이가 있다. iii) 稀釋理論에 따르면 만약 증거의 압수와 위법수사 사이의 관계가 충분히 멀리 떨어져 있다면 이러한 거리는 증거의 오염을 희석시키고 그러한 증거는 증거능력이 인정된다. 예를 들면, 경찰관이 위법하게 피의자의 집에 침입하여 자백을 받은 경우에 며칠 후에 피의자가 경찰서에 출두하여 自白書에 서명한 경우가 여기에 해당한다. 이러한 희석이론을 적용하기 위해서 판례는 검사가 처음의 위법수사와 사실상의 증거획득 사이의 인과관계의 연관이 단절되었음을 증명할 것을 요구한다. 대법원은 그러한 연관이 단절되었는지를 결정하는 데 있어서 위법수사와 증거획득 사이의 경과된 총시간, 위법수사와 증거수집 사이의 개입된

---

191) 신동운, 앞의 책, 156면.

192) Samaha, J., op. cit., p. 441.

상황, 위법수사의 목적과 정도(flagrancy)등을 고려한다.<sup>193)</sup>

(2) 獨逸의 例外理論

독일에서 증거사용금지의 파급효의 인정범위를 제한하는 이론으로는 條件的 因果關係理論, 假說的 蓋然性理論, 規範의 保護目的理論 등이 있다. i) 조건적 인과관계이론은 증거 수집에 있어서의 절차상의 하자과 그 증거로부터 절차상의 하자 없이 얻어낸 다른 증거 사이에 조건적 인과관계(conditio sine qua non)가 없다면 후자의 증거를 사용할 수 있다고 한다. 미국의 희석이론과 유사하다. ii) 가설적 개연성이론은 위법하게 수집한 증거로부터 다른 증거를 수집한 경우라도 그 다른 증거의 수집이 당시의 수사진행 상황에 비추어 볼 때 위법한 절차에 의하지 않더라도 얻을 수 있는 고도의 개연성이 있는 경우에는 증거능력을 인정한다. 미국의 불가피한 발견의 예외이론과 유사하다. iii) 규범의 보호목적이론은 증거수집의 위법성을 근거 짓는 규범의 보호목적에 그 違法蒐集證據를 토대로 수집한 다른 증거를 사용할 경우 그 침해가 더욱 심화되는 것이 아니라면 그 다른 증거는 증거로 사용할 수 있다고 한다.<sup>194)</sup>

5) 毒樹果實의 證據能力



위법하게 수집된 제1차적 증거에 의하여 얻어진 제2차적 증거의 증거능력을 인정하게 된다면 違法蒐集證據排除法則의 존재가 무의미하게 된다는 점에서 독수과실의 증거능력을 부정하여야 한다. 그러나 독수과실의 증거능력을 전면적으로 부인한다는 것은 형사소송의 기본이념인 실체적 진실발견을 저해하는 요인이 될 뿐만 아니라 형사소추의 효율성을 고려하는 형사정책적 측면에서도 바람직하다고 볼 수 없다. 따라서 독수과실의 원리가 적용되는 범위는 증거배제가 헌법과 형사소송법의 명문규정을 위반하여 획득한 제2차적 증거에 대하여 毒樹果實의 原則이 예외 없이 적용되어야 한다. 또한 헌법 정신에 반하는 경우나 형사소송법의 효력규정을 위반하여 수집된 제2차적 증거에 대하여도 증거능력을 부정하여야 한다. 다만 미국과 독일의 경우처럼 일정한 요건 하에서의 예외는 인정하는 것이 바람직하다고 본다.

193) Ibid. 442.

194) 배종대·이상돈, 앞의 책, 539-540면 참조.

따라서 適正節次의 原理가 헌법과 형사소송법에 반영된 기본이념이라고 한다면 그 이념을 이론에서나 실무에서 마땅히 존중하여 그에 대한 규범적 효력을 인정하여야 할 것이다. 毒樹果實의 原則을 인정함으로써 위법수집증거배제법칙이 적정절차의 보장을 위한 선도적 기능을 담당하게 할 수 있게 될 것이다.<sup>195)</sup>

## 2. 陷穽搜查에 의하여 蒐集된 證據

합정수사는 마약범죄 및 조직범죄의 수사에 폭넓게 사용되고 있는 수사기법이다. 특히 마약범죄의 경우에는 피해자가 없고 범행이 조직적으로 은밀하게 이루어진다는 점에서 통상의 수사방법으로는 罪證을 포착하고 범인을 검거하는 것이 어렵기 때문에 합정수사가 효과적인 수사방법으로 이용되고 있다.<sup>196)</sup>

그러나 합정수사는 국가기관이 합정을 이용하여 국민에게 범죄를 범하게 하고 합정에 걸린 국민을 처벌하는 것이므로 위법성이 문제된다. 이러한 합정수사의 위법성문제를 놓고 일반적으로 機會提供型的 합정수사와 犯意誘發型的 합정수사로 구분하여 전자의 경우는 적법하고 후자의 경우는 위법한 것으로 보는 것이 학계의 일반적인 견해<sup>197)</sup>가 되고 있다. 판례도 진정한 의미의 합정수사는 범의유발형의 합정수사만을 말하며 이러한 합정수사는 위법하다<sup>198)</sup>는 견해를 보이고 있다. 따라서 합정수사의 위법성문제와 위법수집증거의 증거능력문제는 범의유발형의 합정수사에 한정된다.

### 1) 犯意誘發型 陷穽搜查의 違法性

犯意誘發型的 합정수사는 범의를 가지지 않은 자를 수사기관의 사술에 의하여 범의를 유발케 하고 범죄실행시 검거하는 방법을 말한다. 판례는 “고의 없는 피고

195) 차용석, “독수의 과실이론,” 「고시연구」 제18권 제11호, 1991. 11, 31면.

196) 김진환, “합정수사에 의하여 수집한 증거,” 「고시계」 제34권 제9호, 1989. 9, 91면.

197) 강구진, 앞의 책, 175면 ; 백형구, 앞의 책, 363면 ; 배종대·이상돈, 앞의 책, 181면 ; 이재상, 앞의 책, 177면 ; 신현주, 앞의 책, 230면 ; 차용석, 앞의 책, 235면.

198) 大判 1963. 9. 10, 63도190 ; 大判 1982. 6. 8, 82도884 ; 大判 1983. 4. 12, 82도2433 ; 大判 1987. 6. 9, 87도915 ; 大判 1992. 10. 27, 92도1377.

인으로 하여금 본건 범행을 유발케 하였다는 아무런 증거가 없는 한 피고인의 행위가 범죄로 되지 않는다거나 공소제기절차 내지 공소권에 흠이 있는 경우라고 볼 수 없다” 199)고 판시하여 함정수사의 위법성이 문제되는 경우는 수사기관의 범의 유발행위가 존재하는 경우만을 상정하고 있다. 또한 함정수사의 의미에 대해서 “陷穽搜查란 본래 犯意를 가지지 아니한 자에 대하여 수사기관이 사술이나 계략 등을 써서 범의를 유발케 하여 범죄인을 검거하는 수사방법을 말하는 것이므로 범의를 가진 자에 대하여 범행의 기회를 주거나 범행을 용이하게 한 것에 불과한 경우에는 함정수사라고 말할 수 없다” 200)고 판시하였다. 따라서 범의유발형의 함정수사는 법치국가의 원칙에 반하는 위법한 수사에 해당한다.

#### 2) 陷穽搜查에 의하여 蒐集된 證據의 證據能力

기회제공형 함정수사의 경우에는 함정수사의 위법성과 소송법적 효과가 논의될 여지가 없고 犯意誘發型의 경우에 한하여 소송법적 효과로써 증거능력에 어떠한 영향을 미치는지가 문제된다. 생각건대 犯意를 유발한 함정수사에 의하여 수집된 증거는 당연히 증거능력이 부정된다고 해야 한다. 영장주의에 위반한 경우뿐만 아니라 적정절차를 위반한 때에도 헌법정신에 반하여 수집된 증거로서 증거수집절차에 중대한 위법이 있는 경우라고 해석하지 않을 수 없으며 범의를 야기하는 陷穽搜查는 적정절차에 대한 본질적인 위반에 해당한다.<sup>201)</sup>

### 第4節 實體形成面에 있어서의 違法蒐集證據

실체형성면에 있어서의 위법수집증거의 문제는 법관의 심증형성에 직접 관계하는 법관의 피고인신문이나 압수, 수색, 검증, 증인신문, 감정인신문이 위법한 경우에 그 증거의 증거능력을 인정하여야 하는가 하는 문제이다. 다시 말해서 실체형성

---

199) 大判 1983. 6. 8, 82도884.

200) 大判 1992. 10. 27, 92도1377.

201) 이재상, 앞의 책, 179면.

을 목표로 하는 법원의 증거수집절차에서 생기는 법률관계로서 법관의 심증에 영향을 미치는 절차의 위법에 관한 문제이다.<sup>202)</sup>

## 1. 陳述拒否權의 不告知

현행 헌법 제12조 제2항은 「모든 국민은 고문을 받지 아니하며 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니한다」고 하여 자신에게 불리한 진술·증언을 거부할 수 있는 陳述拒否權을 보장하고 있으며 형사소송법 제289조에서 피고인은 각개의 訊問에 대하여 진술을 거부할 수 있다고 규정하고 있다. 동 규정은 미국 수정헌법 제5조의 ‘自己負罪拒否權’의 영향을 받은 것이다.

미국 수정 헌법 제5조는 「어떠한 형사사건에 있어서도 자기에게 불리한 증언이 됨을 강요당하지 않는다」라고 규정하고 있다. 이 권리는 피고인에 한정하지 않으며 피의자뿐만 아니라 증인에게도 인정된다. 이러한 진술거부권의 침해된 대표적 사례로는 1966년 미란다사건을 들 수 있다. 이 사건 판결에서 피의자 또는 피고인에게 陳述拒否權을 고지하지 아니한 것은 헌법 수정 제5조를 위반한 것이라 판시하였고 그 후에 미란다원칙이 확립되게 되었다. 미란다원칙은 구금된 사람에 대해서 신문 전에 묵비권이 있음과 그의 증언이 재판에서 불리하게 사용될지 모른다는 것을 명백히 고지하여야 하고 변호인의 조력을 받을 권리가 있음과 신문하는 동안 변호인을 입회시킬 수 있다는 것을 고지하여야 하며 공선변호인의 선임도 고지하여야 한다는 것을 내용으로 한다. 따라서 미란다 설시를 하지 않고 행한 자백은 증거능력이 없다고 한다. 다만 미란다원칙의 예외로서 “공익의 안전”을 위하여 인정하는 예가 있다.<sup>203)</sup>

진술거부권의 주체는 헌법 제12조 제2항의 규정상 ‘모든 국민’으로 하고 있기 때문에 주체에 제한이 없으므로 피의자·피고인·증인·참고인 등도 모두 주체가 된다. 또한 형사소송법 제289조가 ‘被告人’만을 규정해놓고 있으나 제200조 2항이

202) 송광섭, 앞의 논문, 130면.

203) New York v. Quarles, 467 U. S. 649(1984) : 공익의 안전을 위하여 미란다원칙에 대한 예외를 인정하였고 또한 수사관이 긴급한 상황에서 신변의 위협을 느끼는 상황에서는 미란다 설시를 하지 않아도 된다고 하는 예외를 인정하였다.

피의자에 대한 ‘진술거부권의 고지’ 를 규정해 놓고 있으므로 피의자도 진술거부권의 주체가 됨은 당연하다.

진술거부권은 진술에 한해서 적용되며, 그 진술의 내용에 대한 아무런 제한이 없으므로 이익·불이익을 불문하고 진술거부권을 행사할 수 있다. 현행 헌법상의 기본권으로서 진술거부권은 포기의 대상이 아니며 그 행사를 이유로 형벌 기타의 제재를 과할 수 없다.<sup>204)</sup> 그러나 미국의 경우 진술거부권을 예외적으로 포기할 수 있는 것으로 보고 있다. 따라서 피고인이 진술거부권을 포기하는 경우에 反對訊問에 응해야 하며 진술거부권의 포기를 인정하고 있다. 여기서 진술거부권의 포기는 침묵만으로 추정할 수 없으며 피고인이 진의로 자의로 하는 것인지를 확인하는 절차가 있어야 하고 그것이 기록에 남아야 한다.<sup>205)</sup>

陳述拒否權을 고지하지 아니한 경우에는 적정절차의 위반에 해당하므로 그 진술거부권 침해의 효과가 어떻게 되는가 하는 것은 진술거부권을 告知하지 않고 얻어낸 증거의 증거능력문제로 귀결된다. 被疑者訊問과 被告人訊問의 경우를 구별하여 살펴볼 수 있다.



#### 1) 被疑者訊問의 경우

먼저 학설의 경우 被疑者訊問時에 진술거부권을 고지하도록 형사소송법 제200조 2항이 규정하고 있기 때문에 이를 고지하지 않고 訊問한 경우에는 헌법위반이며 중대한 위법이 있다할 것이므로 그에 기한 자백의 증거능력을 부정하여야 한다는 것이 통설이다. 다만 그 자백의 증거능력이 부정되는 이론적 근거에 관해서 위법수집증거배제법칙에 의해서 자백의 증거능력이 부정된다는 견해<sup>206)</sup>와 진술거부권의 不告知는 형사소송법 제309조의 자백의 임의성을 의심할 사유에 해당하므로 증거능력을 부정하여야 한다는 견해<sup>207)</sup>가 대립하고 있다. 이에 대하여 판례는 전설을 취하고 있다. 즉 “수사기관이 피의자를 訊問함에 있어서 진술거부권을 고지하지 아니한 경우에는 그 피의자의 진술은 위법하게 수집된 증거로서 임의성이 인정되는

204) 권영성, 앞의 책, 417면.

205) Boykin v. Alabama 395 U.S 238(1969).

206) 백형구, 앞의 책, 45면 ; 신동운, 앞의 책 142면.

207) 배종대·이상돈, 앞의 책, 104-105면.

경우에도 증거능력이 없다” 208)는 것이 대법원 판례의 견해이다.

생각건대 형사소송법 제200조 제2항이 被疑者訊問시에 진술거부권을 고지하도록 규정하고 있기 때문에 이를 고지하지 않고 한 신문은 중대한 위법에 해당하며 그러한 자백의 증거능력을 부정하여야 한다. 이 경우 자백의 증거능력이 부정되는 근거는 違法蒐集證據排除法則이 아니라 자백에 관한 가장 강력한 위법수집증거배제 법칙의 실정법인 제309조를 근거로 하여 증거능력이 부정된다.

## 2) 被告人訊問의 경우

형사소송법규칙 제127조는 공판절차에서 재판장도 피고인에게 신문에 대한 진술을 거부할 수 있다는 취지를 고지하여야 한다고 규정하고 있다. 그렇다면 재판장이 공판정에서 被告人訊問을 하면서 피고인에게 진술거부권을 고지하지 아니한 경우 그 자백의 증거능력을 허용할 수 있는가 하는 문제가 생긴다. 이러한 문제는 형사소송법규칙 제127조를 효력규정으로 볼 것인가 아니면 훈시규정으로 볼 것인가에 따라 논의가 달라진다.

이에 대하여 재판장이 피고인에게 진술거부권을 불고지하는 경우에는 그 자백의 증거능력을 부정해야 한다는 견해<sup>209)</sup>와 증거능력을 인정하여야 한다는 견해<sup>210)</sup>가 있다. 이들 견해를 살펴보면 먼저 전설은 동법규칙 제127조를 效力規定으로 보아서 이를 위반하는 것은 중대한 위법이 있다할 것이며 또한 진술거부권을 침해하는 것이므로 그러한 자백의 증거능력을 부정하여야 한다고 주장한다. 반면에 후설은 동법규칙 제127조를 訓示規定으로 보아서 이에 대한 위반은 중대한 위법이 있다할 수 없으므로 증거능력이 인정된다는 이론구성을 취하고 있다. 이 견해에 의하면 공판정에서 재판장이 피고인에게 진술거부권을 고지하지 않았다 하여도 현실적으로 진술거부권의 존재를 피고인이 충분히 인지하고 있을 가능성이 높고 동규칙을 훈시규정으로 보아서 중대한 위법에 해당하지 않는다고 할 경우 그 위법은 단순위법일 것이고 이는 責問權의 拋棄理論에 의하여 하자가 치유될 수 있다고 하는 것이

208) 大判 1992. 6. 23, 92도682.

209) 배종대·이상돈, 앞의 책, 104면.

210) 백형구, “자백의 중요문제에 관한 학설·판례의 검토,” 「변호사 ; 법률실무연구」 제29집, 서울지방변호사회, 1999. 1, 287면.

보다 현실적 해석이 될 수 있다는 점을 강조한다. 그러나 진술거부권은 헌법상의 기본권으로서 동규칙 제127조는 효력규정으로 보아야 하며 이를 침해한 것은 중대한 위법에 해당한다고 해야 한다.

## 2. 辯護權의 侵害

현행 헌법 제12조 4항은 「누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다」고 하여 변호인의 조력을 받을 권리 또는 辯護人 依賴權을 규정해 놓고 있다. 또한 형사소송에 있어서 변호인은 형사절차의 적정절차의 적정성을 확보하기 위한 공정한 재판의 보장과 이를 위한 무기평등의 원칙의 실현에 있어서 핵심적 내용을 이룬다고 할 수 있다.<sup>211)</sup>

이와 관련하여 형사소송법 제72조, 제87조, 제88조, 제209조 등에서 신체구속을 받은 피의자·피고인에 대해서 변호인선임권을 고지하도록 하고 있으며 구속된 피고인은 법원·교도소장·구치소장 또는 그 피의자에게 변호인 선임을 의뢰할 수 있다고 규정하고 있다. 이러한 변호인선임권과 의뢰권은 변호권의 형식적 보장이 아니라 실질적으로 변호인의 변호를 받을 권리를 보장하기 위하여 변호인과의 接見交通權을 함께 보장하는 것이다.

이처럼 변호권은 현행 형사소송법의 당사자주의 하에서 검사측에 대한 방어권의 실현, 무기평등의 원칙의 실현을 위해서 필수불가결한 것이며 이는 헌법과 형사소송법에서 보장되고 있는 피의자·피고인의 권리이므로 이를 침해한 경우에는 직접적으로 헌법과 형사소송법의 규정을 위반한 것이므로 중대한 위법이라 할 것이다.

따라서 辯護權을 침해하여 얻어진 증거의 증거능력은 위법수집증거로서 증거능력이 부정된다고 하여야 한다. 물론, 변호권과 관련하여 가장 핵심적인 내용을 이루는 接見交通權을 침해한 경우에도 마찬가지라 할 수 있다. 이러한 문제를 놓고 대법원 판례는 구속중인 피의자와 그 변호인과의 접견을 불법으로 금지하고 그 기간 중에 피의자를 訊問하여 작성한 피의자신문조서의 경우에는 그 조서의 증거능력을 부정해야 한다는 견해를 취하고 있다.<sup>212)</sup> 다만 그러한 증거의 증거능력이 부

211) 이은모, “수사절차와 변호권(상),” 「고시연구」 제27권 제5호, 2000. 5, 113면.

정되는 이론적 근거에 있어서는 違法蒐集證據排除法則에 의해서 증거능력이 부정된다는 견해<sup>213)</sup>와 자백의 임의성을 의심할 만한 사유에 해당하므로 형사소송법 제 309조에 의해서 그 자백의 증거능력을 부정하여야 한다는 견해<sup>214)</sup>가 대립되고 있다 이에 대하여 대법원 관례는 「검사의 接見禁止決定으로 피의자와 그 변호인의 접견이 제한된 상황 하에서 피의자신문조서가 작성되었다는 사실만으로 그 조서가 임의성이 없다고 할 수 없다」는 태도를 취하고 있다.<sup>215)</sup>

이상을 종합하여 생각건대 관례는 변호인의 접견이 제한된 상태 하에서도 자백의 임의성이 인정되는 경우가 있음을 인정한 것이나 그것은 어디까지나 非辯護인의 접견교통의 경우에 한정된다고 보아야 하며 변호인의 접견교통권은 수사기관의 처분이나 법관의 결정에 의하여 제한될 수 없다고 하여야 한다. 따라서 변호인의 접견교통권을 침해하여 얻어진 증거는 違法蒐集證據排除法則에 의하여 증거능력이 배제된다고 함이 타당하다.

### 3. 檢證節次의 違法

김증조서의 작성 내지 김증절차의 위법성 여부에 의한 증거능력 인정 또는 부정  
은 소송당사자에게 많은 영향을 끼칠 것은 분명하다. 이하에서는 김증이 영장주의  
에 위반하거나 당사자·제3자의 참여권을 배제하여 위법한 경우, 그 밖의 김증의  
제한요건에 위반한 경우의 증거능력이 부인되는가의 문제에 관하여 고찰하기로 한  
다.

#### 1) 令狀主義에 違反한 檢證

형사소송법 제215조 제1항에 의하여 검사는 범죄수사에 필요한 때에는 지방법원  
판사에게 청구하여 발부 받은 영장에 의하여 김증을 할 수 있고 영장청구권이 없  
는 사법경찰관의 경우에는 제2항에 의하여 범죄수사에 필요한 때에 검사에게 신청

212) 大判 1990. 8. 24, 90도1285.

213) 백형구, 앞의 책, 101면.

214) 이재상, 앞의 책, 487면 ; 배종대·이상돈, 앞의 책, 556면.

215) 大判 1984. 7. 10, 84도846.

하여 검사가 지방법원판사에게 청구한 발부 받은 영장에 의하여 검증할 수 있도록 하고 있다. 또한 제217조는 검사 또는 사법경찰관은 제200조의 3의 규정에 의한 緊急逮捕의 경우에 제200조의 4의 규정에 의한 기간(48시간) 내에 영장 없이 검증할 수 있도록 하고 있다. 그리고 체포현장에서의 검증(제216조 제1항), 범죄현장에서의 검증(제216조 3항)의 경우에도 영장 없이 검증할 수 있도록 하고 있다.

이러한 규정들은 영장주의와 습狀主義의 예외(제216조, 제217조)를 규정해 놓은 것이므로 이를 위반하여 행하여진 검증은 영장주의 위반으로 이는 중대한 위법에 해당한다. 따라서 이를 위반하여 검사 또는 사법경찰관이 검증한 결과 작성한 검증조서는 증거능력이 부정된다.

## 2) 被告人 등의 參與權을 排除한 檢證

검증에는 검사·피고인 및 변호인 등이 이에 참여할 수 있고, 미리 이러한 사람들에게 그 일시와 장소를 통지하여야 한다(제145조·제121조·제122조). 따라서 檢證습狀을 집행하는 경우에는 급속을 요하는 경우를 제외하고는 미리 집행일시·장소 등을 피고인, 변호인 등에게 통지하여야 한다. 그렇다면 피고인 등에게 참여권이 있고, 비록 법원·법관의 검증조서라 하더라도 이러한 참여권을 배제하여 검증한 결과 작성된 검증조서의 증거능력은 무조건적으로 증거능력이 인정되는 것인가 하는 의문이 제기된다.<sup>216)</sup>

생각건대 수사기관의 檢證調書와 법원·법관의 검증조서는 증거능력에 있어서 판이한 차이가 있다. 즉 전자의 경우에는 형사소송법 제312조 1항의 적용된다. 따라서 성립의 진정이 증거능력의 요건이다. 수사기관의 검증절차가 위법하고 그 위법이 중대한 경우에는 違法蒐集證據排除法則에 의하여 그 검증조서의 증거능력은 부정되어야 한다.<sup>217)</sup>

반면 법원·법관의 검증조서의 경우는 원칙적으로 무조건적으로 증거능력이 인정된다(형사소송법 제315조). 이처럼 무조건적 증거능력을 인정하는 이유는 성립이 진정하고 신용성의 정황적 보장이 높기 때문이다. 신용성의 정황적 보장이라 함은

216) 백수일, “검증조서의 증거능력,” 「재판자료」 제23집, 법원행정처, 1984. 9, 406면.

217) 백형구, 앞의 책, 307면.

당사자에게 반대신문권의 기회를 주지 않더라도 原陳術者의 진술이 특히 신용할 수 있는 상태에서 행하여져서 허위의 위험성이 없고 진술의 신빙성·임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있는 경우를 말한다.<sup>218)</sup> 따라서 피고인 등의 참여권을 배제한 검증조서의 경우는 그러한 신용성의 정황적 보장을 담보하기 위한 구체적이고 외부적인 정황을 결하였다고 볼 수 있을 것이고 또한 검사에 있어서의 참여권이 실질적으로 反對訊問權과 동일한 가치를 가진다고 본다면 참여의 기회를 배제한 검증조서의 증거능력은 부정되어야 한다.

#### 4. 證據調查節次의 違法

엄격한 증명의 경우 증거능력이 없으면 증거조사가 허용되지 않는다. 따라서 위법하게 수집된 증거의 경우에는 원칙적으로 증거조사의 대상이 되지 않는다. 그러나 증거조사에 의하여 비로소 증거가 위법하게 수집된 증거로 되는 경우가 있을 수 있다. 이 또한 違法蒐集證據로서 증거능력이 배제되어야 한다. 그리고 증거조사절차의 위법은 증거조사의 결과로 얻은 증거의 증거능력에도 영향을 미친다. 여기서는 위법하게 행하여진 증거조사절차에 의하여 얻어진 증거의 증거능력에 관하여 살펴보고자 한다.

##### 1) 證據調查參與權의 侵害

형사소송법은 소송당사자에게 증거조사에 참여할 권리를 인정하고 있다(證人訊問參與權 제163조), 鑑定에의 參與權(제176조), 검증에의 참여권(제145조, 제121조, 제122조). 또한 당사자의 證據調查參與權을 제도적으로 보장하기 위해서 형사소송법은 증거조사의 기일과 장소를 미리 당사자인 검사·피고인·변호인이 통지하여야 한다고 규정하고 있다(법 제163조 2항, 제176조 2항, 제183조, 제145조, 제122조). 따라서 당사자의 참여권을 침해하여 증거조사에 의하여 얻은 증거의 증거능력은 어떻게 되는가 하는 문제가 있다.

이러한 문제를 놓고 판례는 “법정 외에서 증인신문을 시행하기 위해서는 검사·

---

218) 大判 1995. 6.1 3, 95도523.

피고인 또는 변호인의 의견을 물어서 결정하여야 하고 證人訊問의 시기·장소를 당사자에게 통지하여 증인신문에 당사자를 참여시켜야 할 것이므로 전술한 절차를 거치지 않고 법정 외에서 당사자 등 소송관계인의 참여 없이 증인신문을 한 경우, 그 증인신문조서는 공판정에서 증거조사를 하는 때, 당사자가 절차상의 하자에 이의가 없다고 진술하지 않는 한 그 증거능력은 배제된다” 219)라고 판시하였다. 또한 “검사나 피고인의 의견을 듣지 아니하고 법정 외에서 증인을 신문하였다 하더라도 소송관계인에게 미리 증인신문의 일시와 장소를 통지하고 그 후 증인신문의 결과를 고지하여 이의가 없었다면 이를 증거로 채택할 수 있다” 220)고 하였다. 이처럼 서로 반대되는 두 판례를 보건대 원칙적으로 당사자의 참여권을 보장하지 않고 작성한 證人訊問調書의 증거능력을 부인한다. 다만 그러한 증거조사에 있어서 당사자에게 고지하지 아니한 경우에 공판정에서 당사자가 이의를 제기하지 않으면 그 하자는 責問權의 포기로서 인하여 치유되었다 할 것이므로 증거능력을 인정한 것으로 해석된다. 따라서 당사자의 참여권은 절차의 공정을 보장하기 위한 중요한 제도이므로 정당한 이유 없이 참여권을 침해하여 증거조사를 행한 경우에는 그 증거조사의 결과 작성된 증인신문조서나 검증조서에 대하여 책문권을 포기하지 않는 한 그 하자가 치유되지 않으므로 증거능력은 부정되어야 한다.

## 2) 證人訊問節次의 違法

현행 형사소송법은 영·미법계의 당사자주의를 채택함으로써 증인신문에 있어서 원칙적으로 당사자가 먼저 訊問하고 이후에 법원은 보충적으로 증인을 신문할 수 있으며(제161조의 2, 1항, 2항) 예외적으로 재판장은 필요하다고 인정되는 때에는 신문순서에 관계없이 訊問할 수 있다(제161조의 2, 3항)고 규정하고 있다. 이에 대하여 판례는 “피고인이 신청한 증인에 대하여 재판장이 먼저 신문하였다 하여 잘못이라 할 수 없다” 221)고 판시하여 재판장은 당사자가 신청한 증인을 신문하는 경우에는 언제든지 訊問할 수 있으며, 증인신문의 순서를 변경할 수 있음을 인정하

219) 大判 1967. 7. 4, 67도613.

220) 大判 1960. 9. 21, 4263刑上322.

221) 大判 1971. 9. 28, 71도1496.

고 있다. 또한 동법 제162조는 개별신문의 원칙을 규정하고 있으며 신문하지 아니한 증인이 재정한 때에는 퇴정을 명하여야 하며(제162조 2항) 필요한 때에는 증인과 다른 증인 또는 피고인과 對質하게 할 수 있도록 하고 있다(제162조 3항). 동 규정은 혼시규정이다.

이에 대하여 판례는 “다른 증인을 퇴정시키지 않고서 증인신문을 하였다 하여 위법이라 할 수 없다”<sup>222)</sup>고 판시하여 동 규정이 혼시규정이며 신문하지 아니한 증인의 퇴정여부를 법원의 자유재량이라고 하고 있다. 또한 동법 제163조에서 당사자에게 證人訊問參與權과 訊問權을 규정하고 있다. 판례는 “소송관계인에 대한 통지도 없고 입회도 없이 법정 외에서 증인신문을 하고 또한 그 증인신문조서에 대한 증거조사절차를 밟은 바 없다면 이를 증거로 할 수 없다”<sup>223)</sup>고 하여 당사자의 증인신문에의 참여권과 신문권을 참여한 경우에는 위법한 절차에 의한 것이므로 그 證人訊問調書의 증거능력을 부정하고 있다.

이처럼 현행 형사소송법은 증인신문절차에서 당사자주의의 영향을 강하게 받아서 당사자의 證人訊問權을 강화하고 있다. 따라서 증인신문절차가 위법하게 진행된 경우에는 그러한 증인신문에 의하여 작성된 증인신문조서의 증거능력은 부정되어야 한다.<sup>224)</sup> 뿐만 아니라, 증인신문이 法官의 심증형성에 미치는 효과가 중대하다는 것을 볼 때 증인적격이 없는 증인에 대한 신문, 선서를 시키지 아니하고 행한 證人訊問(제156조, 제157조)의 경우에도 증거능력이 부정된다.<sup>225)</sup> 왜냐하면 宣誓는 증언의 진실성을 확보하기 위한 제도이기 때문이다. 또한 證言拒否權을 고지하지 아니한 경우에도 증거능력이 부정된다. 증언거부권을 고지하지 아니한 것은 증인의 증언거부권을 부당하게 침해한 것이 되기 때문이다. 다만 선서무능력자의 경우에는 선서의무가 없기 때문에 선서 없이 신문할 수 있으며 이에 의한 증언의 효력에 대하여 판례는 “선서만이 무효이며 그 증언의 효력에는 영향이 없다”고 하고 있다. 그리고 제158조의 위증의 벌을 경고하지 아니한 경우에도 그 증언의 증거능력에는

222) 大判 1961. 3. 15, 4292刑上725.

223) 大判 1995. 7. 15, 4288刑上128.

224) 심일동, “증인신문의 절차와 방식 : 특히 교호신문제도를 중심으로,” 「재판자료」 제23집, 법원행정처, 1984. 9, 383면.

225) 백형구, 앞의 책, 595면.

영향이 없다. 위증의 벌을 경고하는 것은 위증죄로 처벌된다는 심리적 강제에 의하여 증언의 진실성을 확보하려는 데 있는 것이며 ‘중대한 위법’이라고 할 수 없기 때문이다.

### 3) 鑑定·通譯·翻譯節次의 違法

#### (1) 鑑定節次의 違法

鑑定이란 특수한 경험이나 지식을 갖춘 제3자가 그의 전문적이나 경험을 통하여 알 수 있는 실험법칙 또는 그 실험법칙을 적용하여 얻은 판단을 법원에 보고하는 것을 말한다. 그러나 감정은 감정내용이 직접 법관의 판단을 구속하는 것이 아니므로, 감정의 결과인 감정서도 형사소송법 제308조의 自由心證主義의 범주에 속하므로 법관의 자유로운 판단에 맡겨져 있다.

따라서 鑑定書는 작성인의 자필이거나 그 서명 또는 날인이 있고 감정인이 공판 준비 또는 공판기일에 그것이 진정히 성립된 것이라는 것을 진술한 때에 한하여 증거능력이 인정된다(형소법 제312조 2항). 또한 동규정에 의하여 증거능력이 인정되지 않더라도 동법 제314조의 규정에 의하여 傳聞證據로서 신용성의 정황적 보장과 필요성을 조건으로 증거능력이 인정된다. 또한 당사자의 동의가 있는 경우(제318조 1항)에는 전문법칙이 배제되어 증거능력이 인정된다.<sup>226)</sup>

감정과 관련하여 주의할 것은 감정과 감정인신문은 구별되어야 한다는 점이다. 즉 감정은 감정인의 법원에 대한 보고인데 반해서 鑑定人訊問은 인적증거방법이므로 증인신문에 관한 규정을 유추적용할 수 있다고 본다. 따라서 감정인의 선서(동법 제170조 1항)와 당사자의 참여권(동법 제176조)등의 규정을 위반하여 행하여진 감정서의 증거능력은 부정되어야 한다. 또한 감정인에게 감정거부권이 인정되는 것은 증인의 경우와 같따할 것이므로, 불고지한 경우에도 증거능력은 부정되어야 한다.

#### (2) 通譯·翻譯節次의 違法

통역·번역의 절차는 감정의 그것과 성질상 같은 것이고 증인신문에 관한 규정 중 구인에 관한 규정을 제외하고는 감정에 관한 규정이 준용된다(제183조). 따라서

---

226) 조건오, “감정서의 증거능력과 감정결과의 채부,” 「재판자료」 제23집, 법원행정처, 1984. 9, 426면.

통역·번역의 위법은 감정절차의 위법의 문제에서 유추해석이 가능할 것이다.

## 第5節 科學的 搜查方法에 의하여 蒐集된 證據

科學搜查라 함은 최첨단의 과학을 이용하여 수사방법을 합리적으로 행하는 수사를 말한다. 수사는 공공의 질서유지와 개인의 기본적 인권보장의 이념 하에서 항상 조화를 이루어 무리와 모순이 없도록 적정절차의 원리에 의하여 이루어져야 한다.<sup>227)</sup> 과학수사의 방법은 그 자체가 개인의 기본적 인권 및 프라이버시의 권리를 침해할 우려가 큰 만큼 合法性·合理性·妥當性이 필수적으로 요구된다.

헌법은 제17조에서 「모든 국민은 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니한다」고 규정하여 사생활의 비밀과 자유, 즉 프라이버시의 권리를 보장하는 조항을 두고 있으며, 형법·형사소송법상 명예·비밀 및 사생활의 평온을 보호하는 제규정 및 통신·전화에 관한 제규정에 의하여 구체적으로 보장되고 있다. 따라서 科學搜查의 영역은 개인의 기본적 인권 특히 프라이버시권과 관련하여 과학수사의 허용한계를 고찰하여야 한다. 예를 들어 監聽, 秘密錄音, 비디오촬영, 麻醉分析, 거짓말탐지기 등의 과학수사방법들은 개인의 기본적 권리들에 대한 침해의 문제를 내포하고 있다. 결국 실제적 진실발견을 목표로 하는 형사소추의 효율성과 개인의 기본적 인권을 보장하고자 하는 법치국가의 원리를 조화시키기 위해서는 이러한 수사방법들에 대한 일정한 허용한계와 이에 대한 적절한 통제장치가 요구된다.

### 1. 監聽

#### 1) 意義

監聽은 일반적으로 도청과 구별되는 개념으로 이해한다. 도청이 타인간의 대화 혹은 통신을 청취하는 일반적인 행위를 의미하는 반면 監聽은 이러한 도청행위 중

---

227) 윤경익, 「수사실무총람」, 47면.

에서 법적인 근거를 가지는 행위를 일컫는 용어로서 정보통신상의 검열행위를 말한다.<sup>228)</sup> 통신비밀보호법 제2조 제7호는 「감청은 전기통신에 대하여 당사자의 동의 없이 전자장치·기계장치 등을 사용하여 통신의 음향·문언·부호·영상을 청취하여 그 내용을 지득 또는 채록하거나 전기통신의 송·수신을 방해하는 것」이라고 정의하고 있다.

감청의 의의와 관련하여 미국의 綜合犯罪團束및距離安全法 제3편(Omnibus Crime Control and safe Streets Acts of TitleIII)은 수정 헌법 제4조의 수색·압수라는 용어대신에 감청이라는 용어를 사용하고 있다. 여기서 ‘감청’ (intercept)란 어떠한 전자적, 기계적 혹은 다른 장치를 사용하여 유선, 전자적 혹은 구두의 통신 내용을 청각 혹은 다른 방법으로 획득하는 것이라고 정의하고 있다.<sup>229)</sup>

## 2) 法的 性質

감청의 법적 성질에 대하여 종래 감청이 강제력을 행사하거나 상대방에게 의무를 과하는 것은 아니라는 점에서 임의수사라고 해석하는 견해가 있었으나 도청은 개인의 프라이버시에 대한 중대한 침해를 수반한다는 점에서 강제수사라고 해석하는 것이 타당하다고 하겠다. 현재는 通信秘密保護法의 제정으로 개인의 사생활의 비밀과 통신의 자유를 침해하는 강제수사라고 보는 것이 일반적인 견해이다.<sup>230)</sup>

## 3) 監聽의 許容限界

감청은 사생활의 비밀, 통신의 자유 등 개인의 프라이버시를 침해할 위험성이 크기 때문에 강제수사라고 보아야 하며 通信秘密保護法上 監聽이 허용되는 경우에만 한해서 필요최소한도내에서 허용된다고 할 것이다. 감청은 국가안보와 관련된 범죄

228) 원혜옥, 「감청·비밀녹음(녹화)의 사용제한과 증거사용」, 한국형사정책연구원, 2000. 32면.

229) intercept의 의미와 acquisition의 의미가 명확하지 않다는 지적이 있으나 일부 州에서 입법적으로 ‘intercept’를 ‘어떠한 도구, 장치 혹은 설비에 의하여 당사자의 동의 없이 의도적으로 엿듣거나 혹은 녹음한 것(intentionally overheard or recorded, without the consent of a participant, by means of any instrument, device or equipment)’이라고 규정함으로써 TitleIII의 불명확함을 극복하고 있다.

230) 강구진, 앞의 책, 223면 ; 이재상, 앞의 책, 208-209면 ; 배종대·이상돈, 앞의 책, 214면 ; 차용석, 앞의 책, 310면 ; 신현주, 앞의 책, 240면 이하 참조.

에 대하여 법원의 허가나 대통령의 승인을 얻은 경우나 범죄수사를 위한 긴급성이 인정되는 경우에 법원이나 대통령의 승인없이 감청을 할 수 있다. 이 경우에 감청 대상이 되는 범죄는 엄격하게 법에 규정되어 있어야 한다. 다만 대화의 일방당사자의 동의가 있는 경우에는 법원의 허가를 받지 않고도 감청이 허용된다고 하겠다. 이 경우에는 일방당사자의 동의에 의해서 대화의 비밀성이 인정되지 않기 때문이다.<sup>231)</sup>

미국의 경우는 1928년 Olmstead사건에서 최초로 감청(telephone tapping)문제를 다루었다. 이 사건판결에서 대법원은 電話監聽은 아무런 物理的 侵入(Physical Trespass)이 없으므로, 압수·수색에 관한 영장주의를 규정한 헌법 수정 제4조나 적법절차 및 헌법 수정 제5조를 위반한 것이 아니라고 하여 증거능력을 인정하였다. 이 판결이후로 侵入理論(trespass doctrine)이 확립되었다. 그리고 이 이론은 1961년 Silverman사건에 대한 연방대법원의 판결<sup>232)</sup>에서 변경되었다. 이 판결은 침입이론의 확대를 통해 監聽을 규제한 것이면서 무형적인 대화도 헌법 수정 제4조의 압수·수색의 대상이 될 수 있다는 것은 간접적으로 시사하였고, 2년 후인 1963년 Wong sun판결<sup>233)</sup>에서 법원은 언어에 의한 증거(verbal evidence)도 유형적 증거와 똑같이 헌법 수정 제4조에 의해 취급하면서 “헌법 수정 제4조는 전통적인 의미의 서류·재산의 압수에 대한 것과는 마찬가지로 구두진술의 監聽에 대해서도 보호를 부여할 수 있다” 라고 판시하였다. 그리고 1967년 미연방대법원은 Katz사건에서 감청의 영역에 또 다른 획기적인 판결을 하였다. 즉 연방대법원은 침입이론에 근거한 항소심의 유죄판결을 파기하고 개인의 프라이버시권리는 미국헌법에 의해 보호되는 자유보다도 우월한 것이고, 경찰은 감청장치를 사용하기 전에 선행적인 법원허가를 얻지 않았으므로 그러한 감청에서 얻어진 증거는 받아들여질 수 없는 불법적으로 얻어진 증거라고 판시하였다.<sup>234)</sup>

---

231) 이재상, 앞의 책, 209면.

232) Silverman사건에서 연방대법원은 간막이 벽에 구멍을 뚫고 1피트 길이의 못 모양의 spike mike를 삽입하여 주택 난방관에 부착시킴으로써 전체적인 난방장치를 소리의 전도체로 바꾸는 것은 물리적 침입이 수반된 것이므로 위법한 수색에 해당한다고 판결했다(소병철, “미국에서의 감청 등 전자적 감시에 의한 증거수집 및 법적 규제,” 「해외연수검사연구논문집(Ⅰ)」 제11편, 1995, 12, 252면 참조).

233) Wong Sun v. United States, 371 U. S. 471, 485-486(1963).

234) Samaha, J., op. cit., pp. 86-92 ; Israel, J. H. / Kamisar, Y. / LaFave, W. R., op.

이 판결로 인해서 侵入理論은 정면으로 폐기되었고, 監聽을 정당화시켜 주는 요건으로 법원의 허가를 얻어야 함을 제시하였다. 그리고 1968년 綜合犯罪團束및距離安全法(Omnibus Crime Control and safe Streets Acts)에 의하여 법원의 허가 없이 監聽이 가능한 두 가지 예외적인 경우로 ‘긴급상황’<sup>235)</sup> 과 급박한 경우를 규정하고, 감청 후 48시간 내에 허가를 받도록 규정하고 있다. 또한 1986년 電氣通信 프라이버시法(Electronic Communication Privacy Act)을 제정하여 전기통신기술의 발달에 맞추어 효과적이고 합법적인 감청 및 전화감시활동을 가능케 하고 있다.

#### 4) 監聽結果의 證據能力

감청은 개인의 사생활의 비밀, 통신의 자유 등 프라이버시를 침해하는 강제처분이라고 보아야 한다. 감청은 통신비밀보호법상의 법적 근거를 가지고 있기 때문에 통신비밀보호법상의 監聽對象犯罪과 요건 및 절차에 위반하는 것은 영장주의와 적정절차를 위반한 위법수사라 할 것이고 그러한 위법한 監聽의 결과는 위법하게 수집된 증거로써 증거능력을 부정하여야 할 것이다. 뿐만 아니라 대화의 일반당사자가 동의하지 않은 경우에는 대화의 비밀성을 보호할 필요성이 있기 때문에 일반당사자의 동의가 없는 감청에 의하여 얻어낸 증거도 위법하게 수집된 증거로써 증거능력을 부정하여야 한다.

## 2. 寫眞

### 1) 問題의 提起

寫眞은 렌즈에 비친 역사적 사실을 그대로 담고 있다는 점에서 正確性和 信用性이 높은 증거가치를 가지고 있으나 그 사진의 현상과 인화과정에서 인위적인 조작의 가능성도 배제할 수 없다. 따라서 사진의 조작가능성을 최대한 방지하면서 그 증거가치를 이용하기 위해서 엄격한 증거능력의 제한이 요청된다 할 것이지만, 현재

---

cit., p. 75 이하참조.

235) 綜合犯罪團束및距離安全法, 약칭 Title III가 규정하는 긴급상황은 즉각적인 사망이나 육체적 부상의 위험과 관련된 경우, 국가안보를 위협하는 음모에 관한 경우, 조직범죄의 특성을 지닌 음모가 있는 경우 등을 규정하고 있다.

형사소송법은 사진의 증거능력과 증거조사방법에 있어서 어떠한 명문규정도 두고 있지 않다. 따라서 헌법상의 프라이버시와 肖像權 및 人格權이 침해될 우려가 있다. 이는 결국 형사소송법 상의 실체적 진실발견과 헌법상의 기본권을 어떻게 조화시킬 것인가 하는 문제로 귀결된다.

## 2) 法的 性質

이러한 문제와 관련해서 먼저 살펴보아야 하는 것은 수사기관의 사진촬영이 임의처분인가 아니면 강제처분인가 하는 문제이다. 임의처분설을 취할 경우 영장이 被撮影者의 프라이버시 내지 肖像權 등을 침해할 수 있다는 점, 사진의 조작가능성 등을 감안해 볼 때 사진의 증거능력을 부당하게 확대·인정하는 결과로 된다는 점에서 합리적이지 못하며 強制處分說의 경우에도 사진촬영 자체가 물리적 유형력을 행사하는 것이 아니며 강제처분이 되기 위해서는 반드시 법률에 명시적 규정이 있어야 한다는 점에서도 사진촬영 자체를 수사기관의 강제처분이라고 보기 어렵다 할 것이다.

생각건대 사진촬영이 임의수사와 강제수사의 한계영역의 문제라면 그 제한 가능성은 강제수사의 시각에서 접근하는 것이 수사의 적법성 통제를 위하여 합리적이라는 점, 프라이버시침해라는 속성을 무시할 수 없다는 점, 강제수사와 임의수사의 구별기준을 획일적으로 이해할 수 없고, 권리침해의 정도, 당해 수사기법의 특성 등에 따라 유연하게 판단하여 강제수사의 경우에도 강제수사법정주의나 영장주의와 같은 통제수단이 완화될 여지를 충분히 고려할 수 있다는 점, 非陳述證據에 대한 違法蒐集證據排除法則의 도입시 위법성의 정도를 상대적으로 평가하여 배제여부를 결정할 수 있다는 점에서 사진촬영은 강제수사의 한 종류라고 파악하는 것이 타당하다고 본다.<sup>236)</sup>

## 3) 判例의 態度

대법원은 1997. 9. 30, 97도1230판결에서 수사기관이 아닌 私인이 촬영한 나체사

---

236) 권창국, “수사기법으로서 사진촬영에 관한 문제점의 검토,” 『JURIST』, 2002. 3, 54면 이하 참조.

진의 증거능력과 관련해서 私人이 촬영한 나체사진은 사건 내용 하에서 위법하게 수집된 증거가 아니라고 보고 형사소송법 제318조 제1항의 證據同意의 대상이 된다고 하여 증거능력을 인정하였다. 여기서 나체사진은 진술증거인가 非陳述證據인가 하는 문제가 생긴다. 위의 판례에서 나체사진은 현장사진에 해당하며 학계에서는 현장사진을 非陳述證據로 분류하는 것이 유력한 견해가 되고 있다.<sup>237)</sup> 이를 非陳述證據로 보는 경우 피고인의 기본적 권리를 보장하기 위한 효과적인 방법은 위법수집증거배제법칙이라 할 것이다.

여기서 주목할 것은 본 판례가 기존의 대법원 판례의 태도, 즉 非陳述證據인 증거물에 대한 증거능력 문제에 있어서 위법수집증거배제법칙을 부인하는 보수적인 태도와 다소 다른 태도를 보이고 있다고 볼 수 있기 때문이다. 즉 본 판례가 “이 사건 사진이 위법하게 수집된 증거가 아닌 이상 형사소송법 제318조 제1항의 證據同意의 대상이 되므로 증거로 함에 동의하였다면 증거능력이 있다”고 판시한 사실은 반대로 해석할 경우 위법하게 수집된 증거의 경우에는 제318조 제1항의 동의의 대상이 되지 않기 때문에 증거능력이 없다고 해석할 수 있고, 이는 대법원이 위법하게 수집된 증거의 경우 證據同意의 대상이 될 수 없다고 본 것이라 할 수 있기 때문에 본 판례가 직접적으로 표현하지는 않았으나 하더라도 위법수집증거배제법칙의 적용가능성을 암시한 것이라는 점에서 매우 주목할 만한 판결이라고 본다.<sup>238)</sup>

#### 4) 寫眞의 證據能力

被撮影者の 의사에 반해서 행한 수사기관의 사진촬영에 대해서는 헌법 제12조 3항의 영장주의 원칙이 적용되어야 한다고 본다. 따라서 원칙적으로 수사기관이 사진촬영을 하는 경우에도 형사소송법 제215조의 규정을 준용하여 법관의 영장을 받

237) 김대휘, “사진과 비디오테이프의 증거능력,” 「형사판례연구(6)」, 박영사, 1998. 455면.

김대휘 부장판사는 “사진이 곧바로 진술증거로서 전문법칙을 적용받아야 한다고 추론할 수 없다고 하면서 寫眞의 기계적, 과학적 특성이나 대상의 존재나 상황에 관한 증거로서 법관의 사진에 의한 증거조사만이 가능하다고 하며 또한 그것으로 충분하기 때문에 진술증거로 볼 필요가 없다”고 한다.

238) 신동운, “위법수집증거배제법칙과 나체사진의 증거능력,” 「법학」 제40권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 1999, 375면.

부 받아야 한다. 또한 일정한 한도 내에서 영장주의의 예외도 인정되어야 한다. 예를 들면 범죄현장에서 긴급한 상황하에서는 영장을 발부 받는 것이 현실적으로 어렵기 때문이다. 그러나 이 경우에도 犯罪現場의 關聯性, 證據保全의 必要性和 緊急性 및 手段의 相當性이 전제되어야 한다.<sup>239)</sup> 이러한 요건을 구비하지 못한 경우에는 그와 같은 사진은 위법하게 수집된 증거로서 그 증거능력을 부정하여야 한다.

### 3. 錄音테이프

#### 1) 問題의 提起

녹음테이프는 대화자의 음성 기타의 음향을 기계적 장치를 이용하여 기록·재생하는 기계장치를 말한다. 녹음테이프는 기록과 재생능력의 기계적·과학적 정확성이 인간의 知覺과 기억능력보다 월등하며 기록된 음성은 살아 있는 음성으로서 법정에 제공된다는 점에서 사진과 마찬가지로 證據價値가 높은 과학적 증거방법이다.

녹음테이프의 증거능력과 관련하여 녹음기에 녹음된 대화자의 음성을 분별하는데 기술적인 어려움이 있고 녹음의 위조·변조의 위험성 또한 배제할 수 없을 뿐만 아니라 秘密錄音은 개인의 프라이버시를 침해하는 것이라는 점에서 비밀녹음테이프의 증거능력을 무제한적으로 허용할 수 있는 것인가 하는 문제가 제기된다.<sup>240)</sup> 녹음테이프의 증거능력은 陳述錄音과 現場錄音의 경우로 나누어 고찰할 필요가 있다.

#### 2) 陳述錄音의 證據能力

##### (1) 傳聞法則의 適用

녹음테이프에 대화자의 진술이 녹음되어 있고 그 진술내용의 진실성이 증명의 대상이 된 때에는 녹음테이프가 진술증거로 사용되며 녹음테이프의 재생에 의하여 지각된 대화자의 진술내용에 대하여 反對訊問權이 보장되어 있지 않기 때문에 전

239) 정영석·이형국, 앞의 책, 165면 ; 김기두, “수사절차에서의 프라이버시의 보호,” 「고시연구」, 1982. 8, 19면.

240) 김일수, “강제수사와 임의수사의 한계,” 18면 참조.

문법칙이 적용된다는 점에는 異論이 없다. 다만 진술녹음이 어떠한 조건 하에서 증거능력을 가지는가 하는 점에 대해서는 제1설과 제2설의 대립이 있다.

제1설은 陳述錄音을 제313조의 陳述書, 眞術記載書에 준하여 취급하여 피의자나 참고인이 자진해서 녹음한 경우는 진술자의 진술에 의해서 제3자에 의하여 녹음된 경우는 녹음자의 진술에 의하여 성립이 진정이 증명된 때에 한해서 증거능력을 인정한다고 한다.<sup>241)</sup> 반면 제2설은 陳述錄音의 녹음주체와 원진술의 성격에 따라 제311조 내지 제313조를 준용해야 한다고 한다.<sup>242)</sup> 따라서 검사가 피의자의 진술을 녹음한 경우에는 원진술자의 진술에 의하여 성립의 진정함이 인정되어야 하고, 사법경찰관이 피의자의 진술을 녹음하는 경우에는 피의자가 그 내용을 인정해야 한다. 그리고 사인이 녹음한 경우에는 원진술자의 진술에 의해서 성립의 진정함이 인정되어야 한다. 이와 관련해서 대법원판례는 “私人이 다른사람과의 대화내용을 녹음한 녹음테이프도 제313조 제1항에 따라 증거능력이 인정되어야 한다”<sup>243)</sup>고 판시하였다.

생각건대 陳述錄音과 傳聞書類가 구조적으로 동일하고 전문서류의 작성주체와 작성과정에 따라 증거능력의 요건에 차이를 두고 있는 형사소송법의 취지가 진술 녹음에 대하여도 그대로 요구된다.<sup>244)</sup> 따라서 진술녹음이 陳述證據인 이상 제311조 내지 제313조를 준용하여 증거능력을 판단하는 것이 타당하다.

## (2) 署名·捺印의 要否

녹음테이프를 증거로 하기 위해서 署名·捺印을 필요로 하는가에 대하여 필요설과 불요설의 대립이 있다.<sup>245)</sup> 필요설은 녹음테이프에 서명·날인을 하거나 적어도 다른 조서에 서명·날인을 하여 녹음테이프와 間印을 하거나 또는 녹음테이프를 용기에 넣어 서명·날인한 종지로 봉인할 것을 요한다고 주장하지만 녹음테이프는 원래 서명·날인이 적합하지 않은 증거방법이므로 진술자 또는 녹음자의 진술에

241) 강구진, 앞의 책, 474면 ; 정영석·이형국, 앞의 책, 361면.

242) 이재상, 앞의 책, 544면.

243) 大判 1997. 3. 28, 96도2417 ; 大判 1999. 3. 9, 98도3169.

244) 민영성, “수사·증거법상 판례의 전개,” 「법학연구」 제39권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 1998. 12, 23면 이하 참조.

245) 必要說을 주장하는 학자로는 차용석, 앞의 책, 764면.

不要說을 주장하는 학자로는 강구진, 앞의 책, 483면 ; 이재상, 앞의 책, 545면 ; 배종대·이상돈, 앞의 책, 609면 ; 신양균, 앞의 책, 706면.

의하여 진술자의 음성임이 인정되고 정확성이 증명되면 서명·날인이 있을 것을 요하지 않는다고 해석하는 것이 타당하다.

### (3) 秘密錄音의 證據能力

비밀녹음의 증거능력에 대한 수사기관에 의한 비밀녹음의 경우와 사인에 의한 비밀녹음의 경우로 구별하여 수사기관에서 비밀녹음한 테이프는 증거능력이 없고, 사인이 사적인 대화를 秘密錄音한 경우에는 증거능력을 인정하자는 견해<sup>246)</sup>와 수사기관이든 사인이든 불문하고 비밀녹음이면 증거능력을 부정해야 한다는 견해<sup>247)</sup>가 대립되고 있다. 그러나 통신비밀보호법 제14조가 「타인의 對話秘密侵害禁止」를 규정하고 있고 제4조는 「형사소송법 또는 군사법원법에 의하지 않은 불법감청의 내용은 재판 또는 징계절차에서 증거로 사용할 수 없다」고 규정함으로써 후자의 견해를 명문화하고 있다. 또한 通信秘密保護法上 通信制限措置의 대상이 되지 않는 대화·진술을 비밀리에 녹음한 경우에는 통신비밀보호법이 아닌 위법수집증거배제 법칙에 의하여 증거능력이 부정된다고 하겠다. 헌법상 보장된 프라이버시의 침해는 ‘중대한 위법’이라 할 것이므로 원칙적으로 違法蒐集證據排除法則에 의하여 증거능력을 부정해야 한다는 점에서 견해가 일치하고 있다.

따라서 수사기관이 통신비밀보호법이 정한 절차에 의하지 아니한 전기통신을 감청·녹음한 경우에는 통신비밀보호법 제4조에 의하여 전기통신이 아닌 대화나 진술을 비밀녹음한 경우에는 위법수집증거배제의 법칙에 의하여 각각 녹음테이프의 증거능력이 부인된다고 보아야 한다. 다만 대화당사자가 문제된 범죄의 증명과 직접적으로 관련된 경우에 비밀녹음은 위법하다고 볼 수 없다. 왜냐하면 비록 상대방의 프라이버시를 침해한 것이기는 하지만 재현이 용이하지 않은 긴급 상황 하에서 錄音者 자신이 유리한 증거를 스스로 수집하는 것이므로 이는 社會相規에 위반된다고 볼 수 없기 때문이다.<sup>248)</sup>

### 3) 現場錄音의 證據能力

246) 이재상, “사진과 녹음테이프의 증거능력,” 「고시계」 제42권 제12호, 1997. 12, 174면.

247) 백형구, 앞의 책, 691면.

248) 강동범, “녹음테이프의 증거능력,” 「형사판례연구」 제6권, 박영사, 1998, 475면.

現場錄音의 증거능력에 대하여는 현장사진의 경우와 같이 非陳述證據說<sup>249)</sup>과 陳述證據說<sup>250)</sup>이 대립되고 있다. 녹음테이프는 대화자의 음성을 기록·재생하는 것이고 법정에서 살아 있는 음성 그 자체가 증거로 사용되는 것이기 때문에 진술증거라고 보는 것이 타당하다. 따라서 녹음테이프는 진술증거로서 傳聞法則의 적용을 받는다고 하겠다. 따라서 현장녹음은 제312조 제1항의 검증조서에 준하여 증거능력이 인정될 수 있다고 해석하는 것이 타당하다. 결국 현장녹음의 경우도 사실을 보고하는 성질을 가지고 있고 녹음과 편집과정에서 조작의 위험성을 배제할 수 없다는 점에서 진술증거설이 타당하다. 따라서 녹음자의 진술에 의하여 성립의 진정함이 인정된 때에 한하여 증거능력을 인정할 수 있을 것이다.

#### 4. 비디오테이프

비디오테이프의 증거능력에 관해서 판례는 “일반적으로 비디오테이프의 녹화부분은 영사기를 통하여 브라운관에 영사된 유동적인 영상이 증거자료가 되는 것이고 사진과 같이 정지된 화상은 아니지만 사진필름의 연속적 투영이라고 하는 기본 성격에서 보면 사진과 동일하고 특히 비디오테이프의 한 토막을 정적인 문제로 삼는 경우에는 사진과 다를 바 없고, 비디오테이프의 녹음부분은 녹음테이프와 같으므로, 녹화부분은 사진에, 녹음부분은 녹음테이프에 준하여 그 증거능력을 고찰할 수 있다”<sup>251)</sup>고 판시하고 있다. 따라서 비디오테이프의 경우에는 녹음테이프와 사진에 관한 증거능력이론을 적용하면 된다. 즉 수사기관이 被疑者의 陳述과 그 모습을 비디오테이프에 담은 경우에는 被疑者訊問調書에 관한 제312조 제1항, 제2항을 유추적용하면 될 것이다. 따라서 피의자가 공판기일에 성립의 진정과 내용의 진정을 인정해야 하며 수사기관이 범죠헌장이나 전후상황을 담은 현장비디오테이프는 검증조서에 관한 제312조 제1항을 유추적용하면 된다. 따라서 촬영한 수사기관이 공판기일에 성립의 진정을 인정하여야 증거능력이 인정된다.

249) 차용석, 앞의 책, 764면.

250) 이재상, 앞의 책, 546면 ; 배종대·이상돈, 앞의 책, 610면.

251) 大判 1999. 9. 3, 99도2318.

생각건대 비디오테이프의 경우 녹음테이프와 사진의 경우와 마찬가지로 수사기관의 任意處分인지 強制處分인지가 문제가 된다. 이점에 있어서 헌법 제17조가 모든 국민의 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니하도록 규정하고 있고 개인의 肖像權 내지 人格權도 본인의 동의 없이는 이를 침해하는 일체의 행위를 할 수 없으므로 수사기관의 비디오촬영은 사진과 마찬가지로 강제처분의 일종이라 할 수 있을 것이다.<sup>252)</sup> 따라서 영장주의의 법리가 여기에도 적용되어야 하며, 이를 위반하여 촬영된 비디오테이프의 증거능력은 違法蒐集證據로서 證據能力이 배제되어야 한다. 뿐만 아니라 수사의 상당성 및 필요성도 요구되므로 이를 결한 경우에도 증거능력이 없다고 하여야 한다.

## 5. 麻醉分析

마취분석이란 被檢査者에게 약물을 주사하여 마취상태 하에서 행하여지는 정신분석적 수사방법이다. 여기서 마취상태란 피검사자의 의사억제력이 이완되어 정상상태 하에서는 감추어져 있던 내심의 의사나 무의식적으로 잠재되어 있던 잠재의식이 자신의 의지와 무관하게 외부로 유출되어지는 것을 말한다.

마취분석은 被檢査者의 의사에 반하여 진술을 얻어내는 것이므로 陳述拒否權 내지 黙秘權을 침해하는 것이다. 그리고 헌법 제10조, 제17조, 제37조 제1항에서 규정하고 있는 인간의 존엄성 내지 표현의 자유를 침해하는 수사방법이라 할 것이다. 이러한 마취분석이 현대의 복잡한 사회구조와 과학기술의 발달을 토대로 수사기관의 과학적 수사방법의 한 형태로서 허용될 수 있는 것인가 하는 문제를 놓고 앞으로 어떻게 전개될 것인가는 별도로 하더라도 현 시점에서 민주사회와 헌법정신에 비추어 볼 때 마취분석은 수사방법으로서 허용될 수 없는 것이라고 하겠다.

생각건대 인간의 기본적 인권을 보장하려는 헌법정신에 비추어 볼 때 허용되기 어려운 이러한 마취분석에 의하여 얻어진 自白은 그러한 자백의 임의성과 무관하게 위법수집증거배제법칙에 의하여 그 自白의 증거능력을 부정하여야 한다. 이와

---

252) 심희기, “수집방법의 위법과 녹음테이프·비디오테이프·컴퓨터 디스켓의 증거능력,” 「판례월보」 제355호, 2000. 4, 29면.

관련해서 형사소송법에는 명문규정을 두고 있지 않지만 독일의 경우에는 증거방법 금지이론에 입각해서 독일형사소송법 제136조a에서 증거방법으로 금지되는 방법을 열거하면서 ‘약물투여’를 명시적으로 규정해 놓고 있다.

## 6. 거짓말 探知機

거짓말 탐지기는 사람이 거짓말을 할 때 나타나는 정신적·신체적·생리적 반응에 착안해서 被疑事實과 관계되는 진술을 할 때 나타나는 일련의 생체반응을 기계적으로 기록·측정하여 진술의 허위유무를 판독하는 기계를 말한다. 이러한 거짓말 탐지기 역시 현대의 과학적 수사방법의 일종으로서 사용되어 지고 있다. 그러나 거짓말 탐지기의 경우에도 인권침해의 위험성이 있기 때문에 이를 수사방법으로 허용할 수 있는가 하는 허용성의 문제가 있으며 그에 따른 증거능력의 취급문제가 있다.

### 1) 거짓말 探知機의 許容性의 問題

거짓말 탐지기에 관한 허용성의 문제에 있어서 미국, 독일의 경우를 각각 살펴보고 우리 나라에서의 거짓말탐지기의 許容性問題를 검토하고자 한다.

#### (1) 美國

미국은 1923년 Frye판결은 “과학적 증거는 그 기술이 관련분야에서 일반적으로 승인된 것이 아니면 허용되지 않는다”<sup>253)</sup>고 판결하였다. Frye판결이후 ‘일반적으로 승인된 기준’이 과학적 증거의 허용성 기준으로 확립되었고, 미국연방대법원은 거짓말탐지기의 검사결과에 대하여 증거능력을 부정하였다. 그러다가 1993년 Daubert판결에서 미국연방대법원은 “거짓말탐지기 검사결과를 포함하여 과학적 증거의 허용성을 판단하는 기준을 제시하고 거짓말탐지기 검사결과에 대하여 증거능력을 인정한다”<sup>254)</sup>고 판시하였다. 이 판결은 연방증거법 제702조의 전문가의 증언

253) Frye v. United States, 293 F.1013(1923).

254) Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, 509 U. S. 579(1993).

은 과학적 지식에 근거해야 하고 증거는 법관 및 배심원이 과학적 지식에 근거하고 있는지를 결정하는데 도움을 줄 수 있어야 한다고 해석하였다.

Daubert판결에서 만들어진 거짓말탐지기 검사결과의 허용성 기준은 ① 증거를 뒷받침하는 과학이 검증될 수 있거나 검증되었는가의 여부, ② 이론이 관련된 분야의 심사를 받았는지의 여부, ③ 알려진 오류의 비율이 있는지 그리고 기술작동을 위한 기준유무, ④ 이론이 일반적 승인여부 등을 기준으로 하여 이러한 기준들이 충족되고 있는지를 지속적으로 검증한다.<sup>255)</sup>

최근의 Scheffer판결에서 “피고인은 그의 변호를 위해 거짓말탐지기 검사결과를 증거로 사용할 헌법상의 권리를 가지지 못한다”<sup>256)</sup>고 판시하였다. 이 판결로 인해서 거짓말탐지기 검사결과가 증거로써 허용이 제한되게 되었다. 그리고 여전히 거짓말탐지기 검사결과의 증거능력을 인정하는 것은 위험은 크고, 그 실익은 적다고 보는 것이 지배적이다.<sup>257)</sup>

## (2) 獨逸

독일은 1950년 9월 12일 형사소송법개정을 통해서 신설된 제136조a에 의하여 금지된 신문방법으로써 거짓말탐지기의 사용은 절대적으로 금지된다고 보는 것이 일반적인 경향이다.

1954년 독일연방최고법원(BGH)이 거짓말탐지기에 의한 검사결과를 증거방법으로 사용하는 것을 형사절차에서 허용하지 않는다는 원칙적인 판결을 내림으로써 거짓말탐지기의 사용을 예외 없이 부정하였다. “거짓말탐지기 검사는 피의자 또는 피고인의 의사결정과 의사활동의 자유를 침해하는 것이므로 형사절차에서 피의자 또는 피고인의 동의여부와 관계없이 독일 기본법 제1조 제1항과 독일형사소송법 제136조a에 의해서 금지된다”<sup>258)</sup>고 하였다.

독일연방헌법재판소(BGerfG)도 결과적으로는 독일연방최고법원의 견해와 마찬가지로 거짓말탐지기의 사용을 금지한다. 그러나 그 근거를 기본법 제1조 제1항의 인

255) 박미숙, “미국의 거짓말탐지기 검사결과의 증거능력,” 「형사정책연구소식」 제55호, 한국형사정책연구원, 1999. 9-10, 33면 이하참조.

256) United States v. Scheffer, 118 S.Ct.1261(1998).

257) 박미숙, 앞의 논문, 34면.

258) BGHSt. 5, 332.

간의 존엄성에서 구하는 것이 아니라 제1조 제1항과 제2조 제1항에서 규정하고 있는 개인의 人格權에서 구하고 있다.<sup>259)</sup>

독일의 학설의 경향은 거짓말탐지기는 절대적으로 금지된다고 보는 것이 일반적이다. 즉 피의자 또는 피고인이 자의로 적극적인 검사요구 또는 피의자 또는 피고인에게 유리한 경우에도 형사절차에서 거짓말탐지기의 사용을 금지한다. 그러나 피의자 또는 피고인의 적극적인 요구 또는 동의가 있는 경우에도 거짓말탐지기의 사용을 금지하는 것은 한편으로는 인간의 존엄성보장과 禁止된 訊問方法에 의한 침해로부터 보호하지만, 무죄인 자를 유죄로 처벌함으로써 다른 한편으로는 인간의 존엄성이 무시될 수 있다는 점에서 제한적 허용가능성에 대한 견해도 제기되고 있다.<sup>260)</sup>

### (3) 우리나라

우리나라의 경우에는 수사기관의 거짓말 탐지기의 사용에 대한 허용여부에 있어서 피검사자의 동의유무와 상관없이 허용될 수 없다는 견해<sup>261)</sup>와 피검사자의 동의가 있는 경우에는 허용된다는 견해<sup>262)</sup>가 대립되고 있으며 후자의 견해가 다수설이다.

먼저 전자의 견해를 보면 被檢査者의 동의유무에 관계없이 사용을 부정하고 있는데 그 근거로서 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치에 반한다는 점, 거짓말 탐지기의 사용이 국가기관에 독점되어 있어서 피검사자가 적극적으로 이를 사용할 수 없다는 점, 거짓말 탐지기의 정확성 내지 신뢰도에 의심이 간다는 점등을 제시하고 있다. 반면에 후자의 견해는 피검사자의 동의가 있으면 허용된다고 주장하며 그 근거로서 피검사자의 동의에 의한 거짓말 탐지기의 사용은 헌법 제10조에 위반되지 않으며, 진술거부권을 침해하는 것이 아니라는 점, 부정설의 입장은 ‘人權擁護’만을 편중하여 실제적 진실발견을 소홀히 취급한다는 점을 들어서 제한적으로 被檢査者의 동의가 있는 경우에 한하여 인정하는 것이 바람직하다고 주장한다. 실무상으

259) 하태훈, “형사소송절차에서 있어서의 거짓말탐지기,” 「홍익논집」, 홍익대학교, 1991. 12, 126면 이하 참조.

260) 하태훈, 앞의 논문, 128면 이하 참조.

261) 신동운, 앞의 책, 136면.

262) 백형구, 앞의 책, 407면 ; 배종대·이상돈, 앞의 책, 586면 ; 박판규, “거짓말탐지기 검사의 효용과 한계,” 「형사정책연구」 제2권 제2호, 한국형사정책연구원, 1991. 가을호, 73면 ; 정영석·이형국, 앞의 책, 164면.

로는 마약사범의 경우에 당사자의 동의 형식을 빌어 거짓말탐지기가 수사상 이용되고 있는 실정이다.

## 2) 거짓말 探知機 檢査結果의 證據能力

거짓말 탐지기에 의한 檢査結果가 證據能力을 가질 수 있는가에 관해서 다음과 같은 견해가 있다.

### (1) 否定說

거짓말 탐지기의 검사결과에 증거능력을 부정하는 견해로서 인권침해를 이유로 증거능력을 부정해야 한다는 견해<sup>263)</sup>와 신뢰성의 결여를 이유로 증거능력을 부정한다. 이 견해에 의하면 검사결과가 최량의 조건을 가진 경우에도 최소한의 증명력이나 신뢰성이 없으므로 부정된다.<sup>264)</sup>

### (2) 肯定說

거짓말 탐지기의 검사결과에 있어서 당사자 즉, 被檢査者의 동의에 의해서 그 검사가 행하여진 경우에는 피검사자의 陳述拒否權을 침해한 것이 아니며 인권침해가 된다 할 수 없으므로 그 결과에 대하여 증거능력을 인정하여야 한다고 한다.<sup>265)</sup>

### (3) 判例의 態度

판례는 거짓말탐지기의 검사결과에 증거능력을 부정하고 있다. 다만 검사결과에 증거능력을 부정하는 이론구성에 관해서는 약간의 차이를 보이고 있다. 1979년 5월 22일 대법원판결은 거짓말 탐지기의 檢査가 피검사자의 동의에 의해서 행하여진 경우에도 그 검사결과에 정확성이 보증되지 않는 한 그 검사결과에 증거능력을 인정할 수 없다고 판시하면서 검사결과에 정확성을 보증하는 조건으로 검사기계성능의 우수성, 검사 당시 被檢査者의 의식의 명료성과 심신상태의 건전성, 질문표의 작성 및 질문방법의 합리성, 검사자의 전문성, 질문장소의 평온성, 검사결과판정의 정확성 등을 들고 있다.

이처럼 판례는 “거짓말 탐지기의 검사결과에 과학적 정확성을 인정할 수 없

263) 신동운, 앞의 책, 136면.

264) 백형구, 앞의 책, 408면.

265) 이재상, 앞의 책, 545면 ; 정영석·이형국, 앞의 책, 340면 ; 배종대·이상돈, 앞의 책, 585면.

다”<sup>266)</sup>고 보아서 증거능력을 부정하고 있다. 즉, 거짓말 탐지기의 검사결과에 대하여 증거능력을 인정하기 위해서는 일정한 심리상태의 변동의 발생, 일정한 생리적 반응과 그에 따른 被檢査者의 진술이 거짓인지 아닌지를 정확하게 판정할 수 있어야 한다고 대법원은 보고 있다. 따라서, 이러한 요건들을 충족하지 못한 경우의 검사결과는 증거능력이 부정된다고 할 것이다.

#### (4) 檢討

거짓말탐지기가 被檢査者의 심리상태를 정확하게 관독할 수 있는 것인지에 대한 의문은 여전히 남아 있고 거짓말탐지기의 사용이 국가기관에 독점되어 있어서 피고인이 당사자주의 하에서 소송의 인적 객체로 전락할 위험성도 배제할 수 없다. 반면에 당사자가 적극적으로 동의하는 경우에는 거짓말탐지기의 사용을 부정할 명확한 근거도 없다. 결국 거짓말탐지기의 사용은 적극적인 당사자의 동의가 있는 경우에 허용된다고 할 지라도 그것이 과학적 정확성 및 신뢰도를 갖지 않는다면 증거로써 채택될 수 없다고 하겠다.

## 第6節 小 結



違法蒐集證據排除法則의 적용범위는 동법칙의 한계를 설정하는 것이며 이는 실제적 진실발견과 적정절차의 원칙간의 조화의 문제라고 하겠다. 따라서 위법수집 증거배제법칙은 형사절차가 중대한 위법에 해당하는 경우에 한하여 적용된다. 특히 압수·수색·검증에 있어서 영장주의를 위반하여 얻어낸 증거물에 대하여는 위법수집증거배제법칙이 적용되어야 할 것이다. 令狀主義는 헌법의 직접적인 요청이며 수사기관의 강제처분에 대한 사법적 통제기능을 담당하는 것이므로 이를 위반한 것은 중대한 위법에 해당하기 때문이다. 뿐만 아니라 검증에 있어서 가장 문제시되는 強制採血 및 嘔下物의 強制排出의 경우에는 그 자체가 인권침해의 위험성이 크기 때문에 엄격한 요건이 요구되며 이를 충족시키지 못한 경우에는 중대한 위법에

---

266) 大判 1985. 9. 24, 85도306 ; 大判 1985. 4. 9, 84도2277.

해당하며 그 결과 얻어진 증거는 위법하게 수집된 증거로써 증거능력을 부정하여야 할 것이다. 불법구속이나 別件拘束중에 얻어낸 자백의 경우, 피의자·피고인의 진술거부권 및 변호인의 조력을 받을 권리를 침해하여 얻어낸 자백의 경우에는 違法蒐集證據排除法則의 강력한 실정법적 규정인 형사소송법 제309조의 自白排除法則에 의하여 증거능력이 부정되어야 한다.

최근에 부각되고 있는 문제로서 科學的 搜查方法의 문제는 형사절차에서 인권보장을 존중하는 法治主義의 原理와 刑事訴追의 效率性이 충돌하는 문제영역이라고 하겠다. 과학기술의 발달과 더불어 과학적 수사방법은 형사소추의 효율성의 측면에서 그 필요성이 점점 더 커지고 있다. 그러나 이러한 과학적 수사방법이 직접적으로 개인의 프라이버시를 침해할 위험성이 크다는 점에서 엄격한 제한이 있어야 한다. 따라서 과학적 수사방법에는 합법성·합리성·타당성이 엄격하게 요구되며 적정절차에 의한 사법적 통제장치가 요구되는 분야라고 하겠다.



## 第 6 章 結 論

지금까지 違法蒐集證據排除法則에 대한 전반적인 내용에 대하여 검토하였다. 違法蒐集證據排除法則을 인정하느냐 부인하느냐는 그 나라의 법현실이 형사소추의 효율성이라는 정책적인 면, 즉 사법의 범죄통제능력의 강화에 초점을 두느냐 아니면 법치주의 이념에 입각하여 적정절차에 의한 인권보장에 중점을 두느냐에 따라 견해가 달라질 수 있을 것이다. 그러나 위법수집증거배제법칙이 원칙적으로 적정절차의 보장을 통해서 피의자·피고인의 기본적 인권보장의 측면을 강조한 것이라 하더라도 실체적 진실발견을 외면하는 것은 아니다. 만약 위법수집증거배제법칙이 실체적 진실발견을 외면하는 것이라고 한다면 이는 형사소송법의 기본이념에 반하는 것으로써 형사절차의 존재의의를 상실하게 만드는 결과가 된다.

형사소송법의 목적은 범죄혐의를 밝히고 국가형벌권을 신속·공정하게 운용하여 범죄인을 처벌하는데 있는 것이므로 실체적 진실의 발견이야말로 형사소송법의 근본이념이다. 다만 형사절차에서 피의자·피고인의 인권보장의 측면을 강조하고 이를 보다 효과적으로 담보하기 위해서 헌법이념을 형사절차에 반영하는 憲法的 刑事訴訟이 전개되고 있는 오늘날의 현실을 무시할 수 없다는 점에서 형사소송의 근본이념인 실체적 진실발견도 헌법의 직접적인 요청인 적정절차의 보장에 의하여 일정한 제한을 받게 된다.

여기서 위법수집증거배제법칙이 형사소추의 효율성을 저해함으로써 명백한 범죄자가 위법하게 수집된 증거라는 이유로 무죄방면 되게 된다는 비판이 제기될 수 있을 것이다. 그러나 위법수집증거배제법칙이 적정절차의 보장을 통한 인권보장을 강화하고자 하는 것이지만 그렇다고 하여 형사소송의 기본이념인 실체적 진실발견을 외면하는 것은 아니라는 것을 간과해서는 안될 것이다.

따라서 위법수집증거배제법칙의 적용에 있어서는 법치주의의 이념과 형사소추의 효율성을 적정하게 교량 함으로써 實體的 眞實發見과 適正節次의 보장이 조화를 이룰 수 있도록 하여야 할 것이다. 이러한 측면에서 미국의 위법수집증거배제법칙에 대한 제한이론으로써 ‘선의의 예외이론’과 ‘무해한 오류이론’ 그리고 일본의 위법하게 수집된 증거물에 대한 증거능력의 배제기준인 ‘중대한 위법’의 의미를

고찰함으로써 위법수집증거배제법칙이 내재하고 있는 실체적 진실발견과 적정절차의 보장이라는 모순된 목적이념을 어떻게 조화시킬 것인가 하는 문제의 단서를 찾을 수 있을 것이다.

그리고 각국의 오랜 판례와 실무의 경험을 토대로 확립시킨 위법수집증거배제법칙을 검토하는 것은 우리가 앞으로 違法蒐集證據排除法則을 어떻게 적용시켜 나가야 할 것인지에 대한 문제를 해결하는데 많은 참고가 될 수 있을 것이다. 그러나 각국의 위법수집증거배제법칙을 우리의 현실에 무조건적으로 적용하는 것은 무리가 있다고 생각된다. 왜냐하면 나라마다 법의식 내지 법감정, 형사절차에서의 민주주의의 성숙도, 기타 사회적 배경 등이 서로 다르다는 점에서 그대로 무작정 수용하고 적용하는 것은 문제를 해결하는 것이 아니라 문제를 더욱 어렵게 만드는 결과가 될 수도 있기 때문이다.

다만 현재 대법원이 형사절차에서 헌법이념을 반영하는데 소극적인 태도를 보이고 있고 그로 인해서 위법수집증거, 특히 영장주의를 위반하여 얻어낸 증거물에 대한 진보적인 판례를 찾아보기 어렵다는 점에서 각국이 위법수집증거배제법칙을 어떻게 확립시키고 어떠한 방식으로 운용하고 있는지를 참고하는 것은 향후 우리의 현실에 맞는 위법수집증거배제법칙을 확립시키고 운용하는데 있어서 중요한 의미를 갖는다고 하겠다.

그러나 違法蒐集證據排除法則에 대한 논의가 이론적 틀 속에 갇혀서 그 이론적 성과물들이 우리의 형사실무에 제대로 반영되지 못하고 있다는 점은 우리 형사사법이 해결해야 할 선결적 과제라고 생각된다. 이러한 문제의 해결을 위해서 대법원은 영장주의에 위반하여 수집된 압수물의 증거능력을 인정하는 기존의 보수적인 태도를 탈피하여야 한다. 즉 압수·수색·검증에 있어서 尙狀主義를 위반하여 수집된 증거물의 경우에는 위법수집증거배제법칙에 의하여 증거능력을 부정하여야 한다. 이로써 대법원이 보다 진취적으로 형사절차에서의 헌법적 요청을 수용함으로써 적정절차를 통한 형사절차의 민주화를 달성하는데 주도적 역할을 수행할 수 있을 것이다. 대법원의 주도적 역할의 필요성은 미국사회의 변혁을 주도했던 미국연방대법원의 수많은 판결을 검토함으로써 발견할 수 있다. 뿐만 아니라 영국의 경우처럼 입법부가 위법수집증거배제법칙을 입법화함으로써 법원이 위법하게 수집된 증거를

배제하는 명시적 근거를 제공하고 있다는 점 또한 우리에게 시사하는 바가 크다고 하겠다.

생각건대 違法蒐集證據排除法則에 대한 앞으로의 논의는 위법하게 수집된 증거의 배제기준과 구체적인 적용범위에 대한 한계설정의 문제를 둘러싸고 적정절차의 보장과 실체적 진실발견의 조화점을 모색하는 방향으로 전개되어야 할 것이다. 즉 모든 절차의 위법을 문제삼아 위법수집증거로써 증거능력을 부인하는 것은 바람직하지 않으며 위법수집증거배제법칙의 적용범위와 배제기준은 적정절차, 인권보장, 헌법정신과 위법의 중대성등을 감안하여 구체적이고 개별적으로 판단하여야 할 것이다.

결국 위법수집증거배제법칙의 절대적 혹은 전면적인 수용이 아니라 우리의 법현실을 고려하여 刑事訴追의 效率성과 法治主義의 理念을 신중하게 비교형량함으로써 위법하게 수집된 증거를 배제하는 제한적·상대적 위법수집증거배제법칙을 확립시키고 형사절차의 민주화를 달성하기 위하여 피의자·피고인의 기본적 인권을 보장·강화하는 방향으로 전개되어야 할 것이다.



## 參 考 文 獻

[ 國內文獻 ]

-單行本-

- 강구진, 「형사소송법원론」, 학연사, 1983.  
김철수, 「헌법학개론」, 박영사, 2002.  
권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 2002.  
백형구, 「형사소송법강의」, 박영사, 2001.  
배종대 · 이상돈, 「형사소송법」, 홍문사, 2001.  
신동운, 「형사소송법 I」, 법문사, 1997.  
신양균, 「형사소송법」, 대명출판사, 1997.  
신현주, 「형사소송법」, 박영사, 2002.  
이재상, 「형사소송법」, 박영사, 2002.  
윤경익, 「수사실무총람」, 육법사, 1990.  
원혜욱, 「감청·비밀녹음(녹화)의 사용제한과 증거사용」, 한국형사정책연구원, 2000.  
정영석 · 이형국, 「형사소송법」, 법문사, 1997.  
조승형, 「형사소송법기술」, 법문출판사, 2000.  
정경직, 「수사구조론」, 법진출판사, 1980.  
차용석, 「형사소송법」, 세영사, 1998.  
\_\_\_\_\_, 「형벌권남용 의로부터의 自由」, 교육과학사, 1993.

-論文-

- 강구진, “거짓말탐지기 시험결과의 증거능력,” 「고시계」 제9권 제12, 1982. 12.  
\_\_\_\_\_, “죄형법정주의와 적정절차의 원칙(상),” 「고시연구」 제10권 제5호, 1983. 5.  
\_\_\_\_\_, “사진 등의 증거능력,” 「고시연구」 제9권 제1호, 1982. 1.  
강동범, “녹음테이프의 증거능력,” 「형사판례연구」 제6권, 박영사, 1998.  
김기두, “수사절차에서의 프라이버시의 보호,” 「고시연구」, 1982. 8.  
김균보, “독일형사소송에 있어서의 증거금지,” 「법학연구」 제33권 제1호, 부산대학

- 교 법학연구소, 1992. 7.
- 김대휘, “사진과 비디오테이프의 증거능력,” 「형사판례연구」 제6권, 박영사, 1998.
- 김성진, “임의성에 의심이 있는 자백의 유형 : 위법배제설의 관점에서,” 「사법행정」 제435호, 1997. 3.
- \_\_\_\_\_, “자백의 위법배제법칙의 확립,” 「대진논총」 제4집, 1996. 12.
- 김일수, “강제수사와 임의수사의 한계,” 「치안논총」 제9집, 경찰대학교, 1992. 12.
- 김진환, “합정수사에 의하여 수집한 증거,” 「고시계」 제34권 제9호, 1989. 9.
- 김종빈, “진술거부권과 그 침해여부가 문제되는 사례,” 「헌법논총」 제1집, 헌법재판소, 1990. 12.
- 김현철, “미국헌법상 권리장전과 적법절차 법리,” 「헌법논총」 제3집, 헌법재판소, 1992. 12.
- 김형준, “별건구속의 제문제,” 「법학논집」 제20집, 중앙대학교 법학연구소, 1995. 12.
- 권창국, “수사기법으로서 사진촬영에 관한 문제점의 검토,” 「JURIST」, 2002. 3.
- 곽중석, “사진·녹음 테이프의 증거능력,” 「재판자료」 제23집, 법원행정처, 1984. 9.
- 전재경, “미국적법절차론,” 「법무자료」 제130집, 법무부 법무실, 1990. 12.
- 민영성, “수사·증거법상 판례의 전개,” 「법학연구」 제39권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 1998. 12.
- 박광민, “과학적 증거의 증거능력과 증명력 ; 거짓말탐지기 검사결과를 중심으로,” 「한국형사법학의 새로운 지평」, 柚一堂 오선주교수화갑기념논문집, 법문사, 2001. 2.
- \_\_\_\_\_, “자백의 임의성과 그 입증,” 「저스티스」 제32권 제3호, 한국법학원, 1999. 9.
- 박미숙, “위법수집증거배제법칙과 자백배제법칙의 관계,” 「형사정책연구소식」 제24호, 한국형사정책연구원, 1994. 8.
- \_\_\_\_\_, “위법수사에 대한 구제방안,” 「형사정책연구소식」 제29호, 한국형사정책연구원, 1995. 1-2.
- \_\_\_\_\_, “미국의 거짓말탐지기 검사결과와 증거능력,” 「형사정책연구소식」 제55호, 한국형사정책연구원, 1999. 9-10.
- 박일환, “근친자의 형사책임과 증언거부,” 「주석 형사소송법(Ⅰ)」, 한국사법행정학회,

1998. 4.
- 박주태, “거짓말탐지기 조사결과와 증거능력,” 「재판자료」 제23집, 법원행정처, 1984. 9.
- 박관규, “거짓말탐지기 검사의 효용과 한계,” 「형사정책연구」 제2권 제2호, 한국형사정책연구원, 1991. 가을호.
- 백수일, “검증조서의 증거능력,” 「재판자료」 제23집, 법원행정처, 1984. 9.
- 백형구, “증거법의 개선방향,” 「고시연구」 제19권 제10호, 1992. 10.
- \_\_\_\_\_, “증언 후 작성된 진술조서의 증거능력,” 「관례월보」 제362호, 2000. 11.
- \_\_\_\_\_, “형사절차상 인권보장의 당면과제 : 입법론 중심으로,” 「형사정책연구」 제1권 제2호, 한국형사정책연구원, 1990. 여름호.
- \_\_\_\_\_, “수사의 지도원리·기본원칙,” 「월간고시」 제11권 제11호, 1984. 11.
- \_\_\_\_\_, “자백의 배제법칙의 신체계,” 「대한변호사협회지」 제149호, 대한변호사협회, 1989. 1.
- \_\_\_\_\_, “형사증거법의 쟁점,” 「인권과 정의」 제280호, 대한변호사협회, 1999. 12.
- \_\_\_\_\_, “형사소송법 관례20선,” 「인권과 정의」 제287호, 대한변호사협회, 2000. 7.
- \_\_\_\_\_, “93년도 대법원 관례의 정리,” 「인권과 정의」 제196호, 대한변호사협회, 1994. 4.
- \_\_\_\_\_, “자백의 중요문제에 관한 학설·관례의 검토,” 「변호사 ; 법률실무연구」 제29집, 1999. 1.
- \_\_\_\_\_, “강제 등 자백의 증거능력,” 「주석 형사소송법(Ⅲ)」, 한국사법행정학회, 1998. 4.
- \_\_\_\_\_, “피고인의 증거동기에 관한 실무적·이론적 고찰,” 「현대형사법학의 새로운 지평」, 柚一堂 오선주교수화갑기념논문집, 법문사, 2001. 2.
- 신동운, “위법수집증거배제법칙과 나체사진의 증거능력,” 「법학」 제40권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 1999.
- \_\_\_\_\_, “자백의 증거능력(Ⅰ) : 특히 형사소송법 제309조와 관련하여,” 「월간고시」 제14권 제4호, 1987. 4.
- \_\_\_\_\_, “자백의 증거능력(Ⅱ) : 특히 형사소송법 제309조와 관련하여,” 「월간고시」 제14권 제5호, 1987. 5.
- 심일동, “증인신문의 절차와 방식 : 특히 교호신문제도를 중심으로,” 「재판자료」 제23집,

- 법원행정처, 1984. 9.
- 심희기, “수집방법의 위법과 녹음테이프·비디오테이프·컴퓨터 디스켓의 증거능력,” 「판례월보」 제284호, 2000. 4.
- 성락현, “합정수사의 가별성 여부에 관한 실체법적·소송법적 논의,” 「형사정책연구」 제19권 제4호, 한국형사정책연구원, 1998, 겨울호.
- 소병철, “미국에서의 감청등 전자적 감시에 의한 증거수집 및 법적규제,” 「해외연수검사연구논문집(I)」 제11집, 법무연수원, 1995. 12.
- 송광섭, “위법수집증거배제법칙에 관한 연구,” 「박사학위논문」, 원광대학교 대학원, 1988. 11.
- 이동명, “위법수집증거배제법칙의 비교법적 연구,” 「논문집」 제17집, 호남대학교, 1996. 12.
- 이석태, “수사단계에서의 변호사의 조력,” 「인권과 정의」 제206호, 대한변호사협회, 1993. 10.
- 이은모, “수사절차의 변호권(상),” 「고시연구」 제27권 제5호, 2000. 5.
- 이재상, “위법수집증거배제법칙,” 「고시연구」 제14권 제3호, 1987. 3.
- \_\_\_\_\_, “강제수사 절차의 개선방안,” 「형사정책연구」 제2권 제2호, 한국형사정책연구원, 1991. 가을호.
- \_\_\_\_\_, “실체적 진실주의와 적정절차의 원리,” 「고시연구」 제14권 제1호, 1987. 1.
- \_\_\_\_\_, “형사절차에서의 법치국가의 기능과 한계 : 기본적 인권의 보장인가, 형사절차의 효율성인가,” 「법학논총」 제13집, 국민대학교, 2001. 2.
- \_\_\_\_\_, “사진과 녹음테이프의 증거능력,” 「고시계」 제42권 제12호, 1997. 12.
- 이종갑, “위법수집증거배제법칙,” 「법학연구」 제12집, 경상대학교, 1990. 12.
- 이충상, “위법수집된 비진술증거의 증거능력에 관한 우리나라와 일본의 학설·판례,” 「판례실무연구(III)」, 비교법실무연구회, 1999. 12.
- 이해진, “위법절차에 의한 자백과 증거능력,” 「재판자료」 제23집, 법원행정처, 1984. 9.
- 유인학, “위법수집증거의 증거능력,” 「고시계」 제32권 제9호, 1987. 9.
- 윤명선, “적법절차의 원리,” 「경희법학」 제26권 제1호, 경희대학교, 1992. 2.
- 원형식, “형사소송상의 증거사용금지에 관한 연구,” 「형사정책연구」 제9권 제1호,

- 한국형사정책연구원, 1998. 봄호.
- 조국, “영국 코먼로의 형사절차의 전면적 혁신과 그 함의 : 1984 경찰 및 형사증거법과 1994 형사사법과 공공질서법을 중심으로,” 「형사정책」 제10권, 한국형사정책학회, 1998. 9.
- \_\_\_\_\_, “미국 헌법 수정 제4조 위반, 위법수집증거배제에 관한 일고,” 「판례실무연구(III)」, 비교법실무연구회, 1999. 12.
- \_\_\_\_\_, “헌법적 형사소송의 관점에서 본 형사절차상의 권리 및 제도보장,” 「사회과학논집」 제10권 제1호, 울산대학교, 2000.
- \_\_\_\_\_, “독수과실의 원리에 대한 일고,” 「형사정책연구」 제11권 제3호, 한국형사정책연구원, 2000. 가을호.
- \_\_\_\_\_, “미국위법수집증거배제법칙에 관한 일고,” 「형사정책연구」 제10권 제4호, 한국형사정책연구원, 1998, 겨울호.
- 조건오, “감정서의 증거능력과 감정결과의 채부,” 「재판자료」 제23집, 법원행정처, 1984. 9.
- 조준현, “위법하게 수집된 증거의 배제법칙의 적용범위,” 「고시연구」 제22권 제5호, 1995. 5.
- 정진연·최규태, “위법수집증거배제법칙,” 「논문집」 제13집, 숭실대학교대학원, 1995.
- 최병각, “위법수집증거배제법칙의 입법화,” 「형사정책연구소식」 제27호, 한국형사정책연구원, 1995. 2
- 차용석, “위법수집물의 증거능력,” 「고시계」 제30권 제7호, 1985. 7.
- \_\_\_\_\_, “독수의 과실이론,” 「고시연구」 제18권 제11호, 1991. 11.
- \_\_\_\_\_, “미국의 형사사법에 관한 헌법판례의 변천,” 「고시계」 제33권 제1호, 1988. 1.
- \_\_\_\_\_, “형사소송법학의 현대적 과제,” 「고시계」 제32권 제6호, 1986. 6.
- \_\_\_\_\_, “자백배제법칙의 근거 및 그 사정범위(上),” 「월간고시」 제12권 제8호, 1985. 8.
- \_\_\_\_\_, “미국법에 있어서의 증거배제법칙의 발전,” 「월간고시」 제14권 제5호, 1987. 5.

- \_\_\_\_\_, “미국법상 피의자신문과 인권신장의 과정 : 최근의 Dickerson판결을 보고,” 「법조」 제49권 제12호, 2000. 12.
- 하태훈, “압수절차가 위법한 압수물의 증거능력,” 「고시계」 제43권 제7호, 1998. 7.
- \_\_\_\_\_, “압수절차가 위법한 압수물의 증거능력,” 「형사판례연구」 제5권, 박영사, 1997.
- \_\_\_\_\_, “형사소송절차에서 있어서의 거짓말탐지기,” 「홍익논집」, 1991. 12.
- 한영수, “위법하게 수집된 증거에 관한 독일의 판례·이론,” 「판례실무연구(III)」, 비교법실무연구회, 1999. 12.

### 【 外國文獻 】

- 三井誠：所持品検査の限界上違法蒐集證據の排除, 「上掲ジュリスト」, 680號, 1978. 12.
- 井上正仁：刑事訴訟における證據排除, 弘文堂, 1985.
- Ashworth, A., Excluding Evidence as Protecting Rights, Criminal L. R, 1977.
- Bradley, C. M., The Failure of the Criminal Procedure Revolution, Philadelphia, university of pennsylvania, 1993.
- Douglas, W. O., THE RIGHT OF THE PEOPLE, Doubleday & Company, Inc, 1966.
- Heydon, J. D., Illegally Obtained Evidence, Criminal L. Rev., 1977.
- Irasel, J. H. / Kamisar, Y. / LaFave, W. R., Criminal Procedure and The Constitution, West Publishing Company, 1990.
- LaFave, W. R. / Israel, J. H., Criminal Procedure, Minnesota, 2nd Ed, 1992.
- Samaha, J., Criminal Procedure, Wadsworth Publishing Company A Division of International thomson Publishing Inc, 1999.
- Uviller, H. R., Virtual Justice, Yale University Press, 1993.
- Wigmore, J. H., A Treatise on the Anglo-American system of Evidence at Common Law, 3Ed, 1940.
- West, R., Progressive Constitutionalism, Duke University Press, 1994.
- Roxin, C., Straverfahrensrecht, 24 Aufl, München, 1995.

- Sendler, H., Die Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel im Strafprozeß mit Berücksichtigung des anglo-amerikanischen und des französischen Rechts, Berlin, 1956.
- Fezer, K. H., Teilhabe und Verantwortung, JZ, 1987.
- Rogal, K., Gegen wärtiger stand und Entwicklungstendenzen der Lehre von den Strafprozessualen Beweisverboten, ZStW91, 1979.

