현대 심리신문기법과 허위자백 :

현대 심리신문기법에 의한 허위자백 유발에 대한 원인분석과 형사소송법상 대응책의 검토를 중심으로

권 영 법*

국 | 문 | 요 | 약

Miranda 판결 이후 수사에서는 강제적인 신문방법 대신 행동분석과 심리신문기법을 사용해 오고 있다. 이와 같은 현대적인 심리신문기법은 종래의 강제적인 신문기법보다 더 강력하므로 그로 인하여 허위자백이 유발될 위험도 더 커지고 있다. 이에 본고에서는 허위자백을 이끄는 현대적인 심리신문기법을 분석해 보고, 허위자백과 관련된 형사소송법적인 문제인 자백의 임의성의 판단과 입증, 자백의 보강증거의 정도, 자백이 일으키고 있는 부정적인 영향인 예단효과에 대하여 살펴보았다. 또한 이에 대한 대응책으로 전문가증언의 허용문제, 수사에서의 허위자백을 방지하기 위한 방안도 검토해 보았다. 허위자백을 방지하기 위해서는 조사의 전과정이 녹음·녹화되어야 하겠고, 형사사법 종사자들 즉, 판사, 변호사와 검사 등 수사관들에 대한 지속적인 교육이 이루어져야 할 것이다. 아울러 입법론적으로 살펴볼 때 현행 형사소송법에는 피의자신문방법을 규율하는 규정이 없으므로, 피의자의 기억력과 판단능력을 침해하는 신문방법을 형사소송법 제241조에 삽입하여 이를 금지하도록 동조가 개정되어야 하겠고, 강제 등 자백은 피의자의 동의 여부와 관계없이 이를 유죄의 증거로 하지 못함이 제309조에 명시되어야 하겠고, 자백의 보강증거는 독립된 증명력이 있는 증거임이 제310조에 명기되어야 할 것이다. 그러나 무엇보다도 허위자백에 대한 인식을 새롭게 정립하고, 허위자백인지 여부와 자백의 임의성 여부에 대하여 재판에서 면밀하게 검토하는 것이 매우 중요하다고 하겠다.

- ❖ 주제어 : 허위자백, 심리수사기법, 리드기법, 자백의 임의성법칙, 모든 주위의 상황, 자백의 보강법칙, 예단효과

* 대구지방변호사회 변호사, 법학박사

I. 문제의 제기

현재 범죄현장에서는 혈흔과 디엔에이(DNA)샘플, 지문과 족흔, 모발과 섬유를 채취하여 분석하는 등 과학수사를 하고 있고, 그 활용도도 점차 커지고 있다. 그러나 수사에서는 여전히 피의자의 진술, 특히 피의자의 자백에 많이 의존하고 있다. 피의자의 자백이 없는 경우 수사기관은 피의자를 기소하기 어려운 경우가 많고, 또 그렇지 않더라도 기소하기에 충분한 증거를 수집하기 위하여 많은 시간과 노력을 경주해야 한다. 이러한 수사현실로 인하여 수사관들은 피의자로부터 자백을 획득 하는데 주력하고 있다. 수사에서의 자백의존으로 인한 부당한 수사를 막기 위해 자백의 임의성법칙이 생겼고, 우리 형사소송법 제309조에서도 ‘피고인의 자백이 고문, 폭행, 협박, 신체구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법으로 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 이유가 있는 때에는 이를 유죄의 증거로 하지 못한다’ 라고 규정하고 있다. 실제 *Miranda* 판결¹⁾이전에도 미국법원은 경찰의 폭행, 협박, 장기간의 수사에 따른 자백은 그 자체(per se) 증거능력이 없다고 판시하여 왔다.²⁾ 이에 따라 수사에서 폭행, 협박 등 자백의 임의성을 의심하게 하는 신문기법은 점차 사용하지 않게 되었고, 그에 갈음하여 심리신문기법을 사용하고 있다.

- 1) *Miranda v. Arizona*, 384. U. S. 436(1966); *Miranda* 판결 이후 미국경찰들은 강제적인 조사 대신 정교하고 심리적인 조사를 통해 피의자로부터 자백을 획득하고 있다.
- 2) *Miranda* 이전의 판결에서 임의성(Voluntariness)원칙을 위반하여 획득한 자백이라는 사유로 그 자체 증거로 허용하지 않는 판례를 언급하면 다음과 같다: 몇 시간 동안 피의자의 옷을 벗기고 나체상태로 만든 경우[*Malinski v. New York*, 324 U. S. 401(1945)], 경찰에 협조하지 않으면 자녀에 대한 주 정부의 지원이 삭감된다고 말한 경우[*Lynnum v. Illinois*, 372 U. S. 528(1963)], 피의자가 계속 범죄를 부인하자 판결염을 앓고 있는 그의 처를 데리올 듯이 말한 경우 [Rogers v. Richmond, 365 U. S. 534(1961)], 피의자가 지속적으로 처와의 전화통화를 요구하였으나 진술하지 않으면 처와 통화할 수 없을 것이라고 말한 경우 [Haynes v. Washington, 373 U. S. 503(1963)], 피의자의 친구, 친지들의 피의자를 석방시키려는 노력을 좌절시키기 위해 피의자를 멀리 떨어진 교도소로 이감시킨 경우 [Ward v. Texas, 316 U. S. 547(1942)], 최면술에 정통한 정신과 의사를 고용하여 그가 일반의 사인 것처럼 행세하게 하여 그로 하여금 회유하는 말로 피의자가 필요로 하는 진료를 해줄 듯이 말하여 자백을 얻은 경우 [Leyra v. Denno, 347 U. S. 556(1954)], 피의자의 어릴 적 친구이자 초임 경찰관에게 상관의 지시에 따라 거짓으로 자신이 친구인 피의자로 인해 곤란한 처지에 있고 직업을 잃을 수도 있고, 그렇게 되면 그의 처와 자녀들이 곤경에 빠진다고 말한 경우 [Spano v. New York, 36. U.S. 315(1959)]. Yale Kamisar et. al., *Modern Criminal Procedure Cases-Comments-Questions*, 12ed., Thomson/West, 2008, p. 546.

그런데 1989년 4월 19일 미국 뉴욕시에 있는 센트럴파크에서 조깅을 하던 여자 은행원이 폭행과 강간을 당한 사건이 발생하였다. 사건 직후 5명의 흑인과 라틴계 청소년들이 노상강도(mugging) 혐의로 체포되었고, 그날 저녁 그들은 강간을 했다고 자백하였으며, 재판에서도 유죄가 선고되었다. 경찰조사시 피의자의 대부분의 부모와 친지들이 입회한 가운데 진술녹화를 하였고, A가 피해자의 팔을 잡고 B가 다리를 잡고 C가 바지를 벗기고 순차적으로 강간을 하였다는 식으로 범행방법에 대한 상세한 진술도 이루어졌다. 그런데 2002년 살인죄와 강간죄로 실형을 선고받아 복역 중이던 Matia Reyes가 자신이 위 강간사건의 진범이라고 자백하였고, 디엔에이검사결과 그의 디엔에이가 범인의 것과 일치됨이 확인되자, 2002년 12월 19일 5명에 대하여 무죄가 선고되었다.³⁾

위 사건에서 경찰은 자백의 임의성법칙에 따라 재판에서 증거능력이 부정되는 신문기법은 사용하지 않았다. 당시 경찰은 사건해결에 대한 많은 압력을 받고 있었고 신속하게 사건을 해결하기 위해 피의자들로부터 자백을 획득하는데 주력하였다. 피의자들은 나이가 어리고 지능지수가 낮고 자백의 의미를 제대로 이해하지 못하는 등 정신적으로 취약상태에 있었고, 수사관이 정확하지 않은 사실을 고지하여 허위자백을 하게 되었다.⁴⁾ 사법 전체의 근간을 흔드는 위 사건을 계기로 하여 미국에서는 경찰이 사용하고 있는 심리수사기법과 허위자백의 구조를 실증적으로 분석하고 그 대안을 검토하고 있다. 그런데 최근 우리나라에서도 이와 유사한 사건이 발생하였다.⁵⁾

3) 이 사건을 'Central Park Jogger Case' 라고 한다. Matthew Lippman, *Criminal Procedure*, Sage Pu., 2011, pp. 294-295.

4) Ibid., at 296. 위 사건에서 경찰관들은 사건해결에 대한 압력을 많이 받고 있었고, 신속하게 사건을 처리하기 위하여 자백을 획득하는데 주력하였다. 그래서 나이가 어리고 지능지수가 낮은 피의자들로부터 자백을 획득하였으며 그들은 자백의 의미를 제대로 이해하지 못한 상태에서 자백을 하게 되었던 것이다.

5) 사건의 개요는 다음과 같다. 2007년 5월 14일 수원 의 한 고등학교 화장실에서 노숙생활을 하던 K가 숨진 채 발견되었다. 검찰은 수원역에서 노숙하던 J와 G가 수원역에서 만난 K를 다른 노숙녀 A로 착각하고, 수원의 한 고등학교에 끌고가 마구 때려 숨지게 했으며 살인 등의 혐의로 구속 기소했다. 1심인 수원지방법원에서는 살인 혐의에 대하여는 무죄로 판단하고, 상해치사죄를 선고하여 징역 7년을 선고하였다. 그런데 피고인은 수사기관과 원심법정에서 상해치사 범행을 자백했으나 수사가 억압적인 분위기여서 허위자백을 했고, 재판에서도 경황이 없는 상황에 재판을 받아서 사실대로 진술하지 못했으며 범행을 모두 부인하며 항소를 제기하였다. 그러나 2심에서도 유죄가 선고되었고, 대법원에 상고하지

Wigmore는 일찌기 그의 증거법책에서 허위자백이 드물다고 하였다.⁶⁾ 그러나 최근의 한 조사에 의하면 자백을 한 사건 중 5% 정도에 허위자백이 있었음이 조사되었다.⁷⁾ 그러함에도 형사사법체계는 여전히 유죄입증을 함에 있어 피고인의 자백에 많이 의존하고 있다.⁸⁾ 형사사법에서 자백의 의존은 수사관으로 하여금 자백획득에 경주하게 한다. 나아가 조사관들은 자백을 획득하기 위하여 정교한 심리신문기법을 개발해왔고, 이러한 신문기법은 허위자백을 이끌 만큼 강력하다. 이러한 신문기법 앞에서는 전통적인 대응책 즉, 자백의 임의성법칙이나 자백의 보강법칙이 무기력함을 보여주고 있다. 이에 본고에서는 위와 같은 미국에서의 최근의 논의를 중심으로 현대적인 신문수사기법에 대하여 살펴보고 이러한 신문기법이 어떻게 허위자백에 이르게 하는지 분석하고(Ⅱ), 허위자백과 관련된 소송법적인 문제 즉, 자백의 임의성법칙과 자백의 보강법칙을 허위자백과 관련하여 새로이 검토하고, 자백으로 인한 예단효과 등 자백의 부정적 효과에 대하여 검토하고자 한다(Ⅲ). 이의 검토를 전제로 허위자백을 방지하기 위한 수사 및 재판에서의 정책적인 검토와 입법론적

않아 징역 5년형이 확정됐다. 그 후 2008년 1월 검찰은 K양의 상해치사 사건에 대하여 재조사를 하여 당시 가출청소년이던 A 등 4명이 K양을 구타하여 숨지게 했다고 기소를 했다. 그런데 위 사건을 담당했던 경찰관이 추가 기소된 사건의 항소심 증인으로 출석하여 수원역 내의 무인카메라 녹화영상을 확인했고, 범행과 관계없는 J의 모습을 봤을 뿐 J씨 일행의 범행과 관련한 특이한 사항은 전혀 발견하지 못했다고 증언을 하였다. 이들 가출청소년은 1심에서 유죄판결을 받았으나 항소심에서 무죄를 선고받고 대법원에서 무죄를 선고받았다. 이에 J씨는 항소심법원에 재심을 청구하였으나 받아들여지지 않아 대법원에 상고를 제기하였고, 최근 대법원은 재심개시결정을 하였다. [www.ohmynews.com/NEWS Web/Articleview/article](http://www.ohmynews.com/NEWS/Web/Articleview/article) (2012. 7. 31.자 검색); www.nocutnews.co.kr/email/email 2009/news (2012. 7. 31.자 검색)

- 6) John Henry Wigmore, *A Treatise The Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, 2nd ed., Vol. 2, Little Brown, 1923, § 835, p. 567.
- 7) Carol Henderson/Jules Epstein, *The Future of Evidence*, Science & Technology Law, 2011, p. 250.
- 8) 피의자에 대한 경찰신문은 여전히 미국형사사법에서 가장 많이 논쟁이 되고 있다. 경찰이 개발한 심리신문기법은 변호인 참여없이 피의자로부터 자백을 획득하는데 목적을 두고 있으며, Miranda 권리가 고지되더라도 대부분(78-96%) Miranda 권리를 포기(waive)하고 경찰조사에 응하고 있다. 연구조사에 의하면 이렇게 획득한 자백의 범죄사건의 해결에 있어 결정적인 역할을 하는 것으로 보고되고 있다. Carol Henderson/Jules Epstein, *Ibid.*, at p. 233. 후술하겠지만 심리조종기법과 행동거짓말탐지기법은 피의자에게 강력한 영향을 미치게 되고, 수사관들은 이러한 현대적인 기법을 통하여 피의자로부터 자백을 획득하고 재판에서 반박될 수 없을 만큼의 상세한 스토리를 만들어 내고 있다.

인 보완책을 제시한 뒤(IV), 필자의 견해를 피력하고자 한다(V).

II. 현대적인 수사기법과 허위자백

1. 현대적인 신문기술로의 발전

수사기관은 자백의 임의성법칙에 따라 허용되지 않은 물리적 강제나 협박, 약속 등에서 법적으로 허용되는 묵시적인 기망, 유인, 약속 등으로 신문기법을 진화시켜 왔다. 재판에서도 육체적인 학대, 명백한 협박이나 약속이 아닌, 자백을 얻기 위한 어느 정도의 신문기법은 허용되고 있다.⁹⁾

현재 미국경찰의 수사에서의 두 기동은 심리조종(psychological manipulation)과 행동거짓말탐지(behavioral lie-detection)이다. 미국경찰은 피의자조사를 위한 심리적인 절차와 기법, 전략을 개발해왔다. 이에 따라 종래의 폭행이나 고문 등의 방법에서 영향력 행사, 기망, 설득, 회유(cajole), 압력 등 피의자로 하여금 자백을 하도록 만드는 심리조종기법으로 수사의 패러다임이 바뀌었다고 볼 수 있다. 이러한 신문기술은 좀 더 효율적으로 자백을 획득할 뿐 아니라 이를 통해 획득한 자백이 ‘임의적’이어서 법정에서 허용되도록 하고 있다.¹⁰⁾ 미국경찰의 수뇌부와 교육·훈련 담당관들은 그 동안 조사기능을 전문화시키고 조사실무를 개선하는 효과적인 심리 수사기법의 연구·개발에 몰두해왔다. 위에서 언급한 행동거짓말탐지와 심리조종에 따른 심리수사기법(psychological technique of interrogation)은 점차 정교해지고 있고, 이러한 심리수사기법의 목표는 법정에서 임의적이라고 평가될 수 있는 자기부죄의 진술을 획득하는데 있다. 그러나 이러한 수사기법은 무고한 자를 염두에 두고 있지 않으며, 정책담당자들은 더구나 이러한 수사기법이 허위자백을 야기할 수 있다는 사실에는 전혀 관심을 두지 않고 있다.¹¹⁾

9) 수사상 허용되는 ‘책략’과 허용되지 않는 ‘기망’의 구분에 대하여는 후술하기로 한다.

10) Richard A. Leo, *Police Interrogation and American Justice*, Harvard University Press, 2008, pp. 106-107.

11) *Ibid.*, at 110.

이러한 상황은 우리나라의 경우도 크게 다르지 않다. 수사관을 위한 수사교범에서 수사관은 피의자가 범인임을 확인하는 자백을 받을 준비를 해야 하고 피의자의 지문이나 디엔에이가 발견된 경우에도 범행의 동기와 공범의 존재 등 범행을 둘러싼 여러 정황들을 밝히기 위해 자백이 중요함을 언급하면서 사실상 수사의 목표가 자백획득에 있음을 강조하고 있다.¹²⁾ 위 책에서도 미국에서와 마찬가지로 행동분석과 심리수사기법을 강조하고 있으며, 미국에서와 마찬가지로 리드기법(Reid Technique)에 따른 9단계의 심리신문기법에 대하여 자세히 설명하고 있다.¹³⁾ 이러한 심리신문기법이 어떻게 허위자백을 이끌고 있는지에 대하여 아래에서 살펴보기로 한다.

2. 심리수사기법으로의 전환과 허위자백의 발생

미국에서의 다수의 실증적인 연구 즉, 디엔에이검사 등에 의하여 무고한 사람에 대하여 유죄판결이 선고되었음이 드러나고 있다. 살인, 강간 등으로 실형이 선고된 기결수 중 180명에게 디엔에이검사를 실시하였고, 검사 결과 다수가 진범인 것으로 드러났지만 상당수는 허위자백에 의해 유죄가 선고되었음이 밝혀진 사례가 보고되고 있다. 또 다른 연구조사서인 Bedan와 Radeler의 보고서에 의하면 350건의 오판 중 49건이 허위자백으로 인한 것임이 밝혀졌고, 더욱 놀라운 것은 위 허위자백이 임의적으로 이루어졌다는 것이고 거기에 법이 금지하는 어떠한 불법적인 압력도 없었다는 사실이다.¹⁴⁾

디엔에이검사로 미국에서 지난 10년간 살인, 강간 등으로 유죄판결을 받은 자 중 수백 명이 무고한 것으로 밝혀졌고, 이로 인해 미국은 형사사법체계 중 어디에 잘못이 있었고, 어떻게 해야 하는지에 대하여 고민을 하기 시작하였다. 오판의 원인에는 목격자범인식별(eyewitness identification), 사이비과학(junk science)도 있었지만 무엇보다도 무고한 사람이 허위자백을 하여 유죄판결을 받은 경우가 많았다. 이

12) 김종율, 수사심리학, 학지사, 2010, 171면.

13) 김종율, 위의 책, 107-240면.

14) Boaz Sangero, "Miranda is not enough: A new Justification for Demanding "Strong Corroboration", to a Confession", *Cardozo L. Rev.*, Vol. 28 (2006-2007), pp. 2793-2795.

에 따라 많은 심리학자와 사회과학자들이 왜 허위자백을 하였는지에 대하여 실증적인 분석을 시도하였지만 완전한 답에는 이르지 못했다. 다만 분명한 것은 디엔에 이검사결과를 볼 때, 일반인들이 생각하고 있는 것보다 더 많은 허위자백이 있었다는 사실이다.¹⁵⁾

3. 허위자백에 이르게 하는 신문기법의 분석

자백은 재판에서 매우 강력한 증거가 된다. 미국연방대법원도 ‘자백은 다른 증거와 달리 상당한 가치를 갖고 있고 ... 배심원들에게 심대한 영향을 준다’ 라고 판시하고 있다.¹⁶⁾ 재판에서 결정적인 증거인 자백을 획득하기 위하여 수사관은 조사과정에서 자백을 매우 정교하게 획득하고 또 이를 재구성한다. 재판에서 사정의 전체를 고려하여 자백의 임의성을 판단하고 있으므로 일단 피의자가 자백을 하면 수사관은 피의자에게 상세한 줄거리를 요구한다. 허위자백으로 드러나는 38건의 사건에서 수사관들은 피의자로부터 단순히 ‘범행을 했다’는 진술에서 나아가 상세한 진술을 이끌어 내었음이 드러났다. 어떤 살인사건에서는 사건의 상세한 진술에 이르게 된 상세한 경위진술이 덧붙태어졌고, 범인이 아니라면 도저히 진술할 수 없는 부분까지 묘사한 경우도 있었다. 위 조사에 의하면, 연간 38건의 사건 중 95% 가량이 수사관이 피의자로부터 범인이 아니면 할 수 없는 범죄의 상세한 부분을 묘사한 진술을 이끌어 내었음이 드러났고, 나아가 경찰관이 피의자에게 넌지시 사건의 개요를 말하고 피의자로 하여금 임의로 진술하게끔 한 경우도 드러났다.¹⁷⁾

피의자로 하여금 허위자백에 이르게 하는 신문기법을 분석해보면 다음과 같다. 조사 초기에 불구속 상태의 범죄 혐의자들이 경찰서에 와서 도움을 요청할 수도 있고, 이러한 단계에서 범죄 혐의자는 자신이 피의자라는 사실도 인식하지 못한 채 조사를 받게 되고 Miranda 고지도 받지 않게 된다. 이러한 단계에서 수사관은 피의

15) Mark A. Godsey, "Reliability Lost False Confessions Discovered", *Chap. L. Rev.* Vol. 10 (2006-2007), pp. 623-624.

16) *Arizona v. Fulminante*, 499 U. S. 279, 296 (1991); Brandon L. Garrett, *Convicting The Innocent-Where Criminal Prosecutions Go Wrong*, Harvard University Press, 2011, p. 18.

17) *Ibid.*, at 19-20.

자를 우호적으로 생각하는 듯 보이게 하고 피의자를 존중하고 도와주는 척한다. 그러나 조사절차가 혐의를 둔 단계에 이르면 조사관은 피의자에게 ‘유죄를 이끌어 낼 충분한 증거가 있고, 무죄가 날 가능성은 없다는 사실과 결과를 최소화할 길이 있는데 그 길을 같이 모색해 볼 수 있다’ 라는 메시지를 전달한다. 진자를 ‘적극적 대면(positive confrontation)’ 이라고 하는데, 조사관이 제시하는 증거는 사실일 수도 있지만 과장되거나 완전히 허위일 수도 있다. 이러한 과정에서 피의자는 무죄를 기대할 희망이 없게 되고, 유죄에 따른 결과를 최소화하기 위한 주의에만 귀를 기울이게 된다.¹⁸⁾

위와 같이 잘 훈련된 수사관은 복잡한 심리전략에 따라 피의자로부터 자백을 획득하게 된다. 수사 초기에 수사관은 개방적인(open-ended) 질문을 하고 다루는 경우 이럴 때 자백을 하게 된다. 피의자가 자백을 하지 않으면 조사관은 그가 범행을 하였다는 확신에 따라 피의자와 대면을 하여 정교하고 강력한 신문전략에 따라 조사를 하게 된다. 이때 수사관은 리드기법(Reid Technique)에 따라 피의자에게 압력을 가하되 자백을 하게 되면 무엇을 얻는지를 제안하게 되며, 이를 ‘최대화, 최소화(maximization, minimization)’ 전략이라고 한다. 이때 수사관은 피의자에 여러 시나리오를 제시하고 그에 대하여 얘기를 하면서 자백을 획득하려고 시도한다.¹⁹⁾

이러한 신문기법에 따라 조사한 후 수사관은 피의자에게 가장 심각한 결과와 그보다 덜 심각한 결과를 대조해주고 어떠한 이유로 어떻게 발생된 범죄가 덜 심각한가에 대한 시나리오를 제시한다. 예컨대 고의에 의한 살인이 아닌 정당방위라던가, 강간이라기 보다 화간이었다는 등을 제시한다. 이러한 신문기술은 매우 강력하고 피의자에게 미치는 영향력이 매우 크지만 판사나 배심원이 이를 알아채지 못한다.²⁰⁾ 이러한 강력한 신문기술은 피의자의 육체적·정신적 저항을 무너뜨리게 되고 어느정도의 저항기간을 거쳐 자백으로 잘못 접어들게 한다.²¹⁾ 수사란 피의자로

18) Carol Henderdon/Jules Epstein, op. cit., pp. 235-236.

19) Brandon L. Garrett, op. cit., pp. 22-23.

20) Carol Henderdon/Jules Epstein, op. cit., pp. 236-239.

21) 피의자들의 자백을 분석한 연구에 따르면 자백을 하는 이유는 다음과 같다: 즉, 피의자는 수사를 빨리 끝내고 싶어 하고, 스트레스, 수사의 압력, 감금으로부터 해방되고 싶어 한다. 수사관이 제안하는 유죄를 인정하는 방안이 계속 범행을 부인하는 것보다 낫다고 판단하게 된다. 어떤 피의자들은 단순히 수사에 의한 스트레스와 압력을 이기지 못하고 자백을 하기도 한다. 또한 사회와 격리,

부터 자백을 이끌어내는 하나의 목적을 추구하는데 있으므로 이러한 목적 하에 실시되는 모든 신문기법을 피의자에게 강력한 영향력을 미치게 된다. 결국 수사관들은 피의자로 하여금 유죄를 시인하는 자백을 획득하게 되고 추후 반박될 수 없을 만큼 상세한 스토리를 만들어 내고 있다.²²⁾ 이러한 새로운 심리수사기법은 종래의 자백의 임의성법칙이 예정하지 못하고 있었던 것이므로 자백의 임의성법칙을 새로이 검토할 필요가 있고,²³⁾ 자백의 신빙성 문제와 자백으로 인한 예단효과, 자백의 보강법칙도 새롭게 검토할 것을 요구하고 있다.

III. 허위자백과 관련된 소송법적인 문제의 검토

위에서 살펴보았듯이 현대적인 심리신문기법은 자백의 임의성법칙을 위반하지 않으면서도 피의자에게 더욱 강력하게 영향력을 행사하고 있고, 이로 인한 허위자백이 생기고 있다. 나아가 이러한 허위자백이 판사나 배심원들에게 결정적인 영향을 미치고 있으므로 이러한 자백의 예단효과에 대하여 검토를 요하고 있으며, 자백의 보강법칙도 새로이 검토할 필요가 있다. 나아가 ‘임의성’이라는 기준이 모호하므로 이를 대체하는 다른 대안을 주장하는 견해가 있는데 여기에 대해서도 살펴볼 필요가 있다. 이하에서는 이러한 문제에 대하여 검토하기로 한다.

신체적인 불편함, 지아통제능력 약화, 희망 상실, 두려움, 혼란, 불확실성, 수사관의 태도, 심리조종, 수사가 갖는 강제성, 신문기술 등이 그 이유로 조사되고 있다. 이와 같은 사유로 허위자백에 이를 수 있으며, 나아가 ① 양형상의 불리한 사정이 있거나, ② 불명이나 치욕을 은폐하기 위하여, ③ 잘못된 기억이 개제되거나, ④ 영웅심리나 의리, 인정, 매수 등에 의하여 진범을 은폐하기 위하여, ⑤ 자기 자신의 다른 중죄나 다른 죄를 은폐하기 위하여, ⑥ 우울증에 걸린 사람의 정신적인 결함으로 인하여, ⑦ 재판에서 심증을 좋게 하고 관대한 처분을 하기 위하여, ⑧ 공범 등을 감추기 위하여, ⑨ 피의자의 연령, 정신적·육체적 상태 등 다른 원인으로 인하여 허위자백을 하게 된다. Richard A. Leo, *op. cit.*, pp. 162-163; 하태인, “자백의 신빙성 판단에 관한 연구”, 박사학위논문, 부산대학교 (2010), 25-30면.

22) Richard A. Leo, *op. cit.*, p. 240.

23) 예컨대, 주14)의 Bendan과 Radeler의 보고서에서 보았듯이 오판사건 중 상당수가 허위자백으로 인한 것이 밝혀졌고, 위 허위자백을 획득함에 있어 수사관은 대부분 자백의 임의성법칙을 위배하지 않았으므로 이러한 사실에 비추어 볼 때 자백의 임의성법칙을 새로이 검토할 필요가 있다.

1. 자백의 임의성법칙

가. 연혁과 임의성 판단

형사소송법 제309조(강제 등 자백의 증거능력)에서 ‘피고인의 자백이 고문, 폭행, 협박, 신체구속의 부당한 장기화 또는 기망, 기타의 방법으로 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할만한 이유가 있는 때에는 이를 유죄의 증거로 하지 못한다’ 라고 규정하고 있다. 이를 자백의 임의성법칙이라고 하는데 이 법칙이 영미법에서 유래하였다는 사실에는 이론이 없다.

임의성 검토는 영국보통법에서 기원한다. 18세기 영국보통법 법원은 자백이 협박, 폭력의 행사, 이익의 약속, 처벌완화를 이유로 획득되었다면 허용되지 않는다고 판시하였다. 이러한 자백은 신빙성이 없고 무고한 개인을 처벌하는 결과에 이르고 보았다. 자백이 허위인지 여부에 대한 가장 간편한 판단기준은 ‘임의성이 있는지 여부’라고 보았다.²⁴⁾ 1884년 미국연방대법원은 영국법을 수용하여²⁵⁾ 경찰신문에 충분히 강제성이 있고 그에 따른 자백은 임의성이 없어 허용되지 않는다고 판시하였고,²⁶⁾ 1897년 수정헌법 제5조의 자기부죄거부특권에 따라 임의성 없는 자백은 금지한다고 판시하였으며,²⁷⁾ 그후 미국연방대법원은 임의성 없는 자백은 수정헌법 제4조의 적법절차조항에 따라 주 사건에도 적용된다고 판시하여 자백의 임의성법칙이 확립되었다.²⁸⁾

미국수정헌법 제4조의 적법절차 조항에 따라 현재 미국연방 및 주에서는 법원이

24) *Rex v. Warickshall*, 168 Eng. Rep. 234, 235(K. B. 1783); Matthew Lippman, op. cit., p. 297.

25) 미국법원은 강요된 자백은 그 자체(per se) 허용되지 않는다는 이러한 법칙을 수용하였는데 이러한 법칙의 취지는 강요된 자백은 신빙성이 없고, 배심원으로 하여금 자백에 비중을 두지 못하게 하는데 있다. John M. McCarthy, "For The Sake of Judicial Economy-Supreme Court Rules Coerced Confession Can be Harmless Error. *Fulminate v. Arizona*, 111 S. Ct. 1246 (1991)", S. III. U. L. J., Vol. 17 (1992-1993), p. 621.

26) Stephen A. Saltzburg et. al., *Basic Criminal Procedure*, 4th ed., Thomson, 2005, pp. 461-463.

27) *Bram v. United*, 110 U. S. 574 (1884); Yale Kamisar, *Modern Criminal Procedure, Cases Comments-Questions*, 12ed., Thomson, 2008, pp. 539-540; Wayne R. Lafave, *Criminal Procedure*, West, 2009. p. 268.

28) Robert M. Boom/Mark S. Beodin, *Criminal Procedure*, 6th ed., Wolters Kluwer, 2010, pp. 235-236.

임의적이라고 인정하지 않는 자백은 허용되지 않고 있다. 이러한 검토는 피의자의 ‘자유의지’를 보호함과 동시에 수사에서 강압적이거나 부당한 영향으로 피의자로부터 자백을 획득하는 것을 방지하고 있다. 그러나 이러한 전통적인 임의성 검토는 위와 같이 현대적인 심리신문기법 앞에서는 무기력함을 보여주고 있다. 나아가 임의성 기준의 모호성, 임의성 기준을 적용하는 주체의 문제(공무원, 공무수탁사인, 사인), 신문기법에 존재하는 영향력에 대한 이해부족, 법정에서 변호사나 전문가 증인이 신문기법의 영향력을 설명함에 있어서 비효율적인 사정 등으로 인하여 자백의 임의성을 판단하는 판사가 어려움을 겪고 있다.²⁹⁾

이와 같은 상황은 우리와 같다고 하겠고, 이와 관련하여 형사소송법 제309조에서는 자백의 임의성 판단에 대한 몇 가지 기준 즉, 임의성을 의심할 만한 몇 가지 사유를 열거하고 있을 뿐, 위와 같은 문제점에 대하여는 아무런 답변을 해 주지 않고 있으므로 이하에서는 위에서 언급한 임의성 판단의 기준, 판단요소, 주체, 입증 문제에 대하여 검토하기로 한다.

나. 임의성 판단의 기준

자백의 임의성을 검토하도록 하는 근거는, 수사관이 피의자에 대하여 육체적·심리적 강제를 가할 경우 피의자로서는 이를 회피하기 위하여 허위자백을 하게 되므로 자백의 신빙성(Trustworthiness)이 결여되고, 임의성 없는 자백을 허용하게 되면 절차가 불공정하게 되고, 사법의 엄결성을 떨어뜨리게 되고, 임의성 없는 자백을 허용하게 되면 경찰의 위법을 막을 수 없으며, 자백을 할 것인지 여부에 대하여는 전적으로 피의자의 자유의사와 합리적인 선택에 따라야 한다는 것에 있다고 할 수 있다. 그러므로 임의성 판단의 기준은 피의자의 ‘자유의지’가 침해되었는지 여부라고 할 것이다.³⁰⁾

29) Carol Herderson/Jules Epstein, op. cit., p. 241.

30) Matthew Lippman, op. cit., p. 300; Rolando V. Del Carmen, *Criminal Procedure*, 8th ed., 2010, pp. 339-343. 위와 같이 자백의 임의성법칙의 근거는 자백의 신빙성, 절차의 공정성과 사법의 엄결성 유지, 경찰의 위법방지, 피의자의 자유의사확보에 있지만, 자백의 임의성법칙은 자백의 허용성 여부를 검토하는 ‘증거능력’ 문제이고, 자백의 허용성이 인정되고 난 후의 자백의 신빙성 문제는 ‘증명력’의 문제이므로 양자는 구별되어야 할 것이다.

이와 관련하여 독일 형사소송법 제136조의 a³¹⁾에서는 금지된 신문방법을 규정하고 있는데, 동조는 인간의 존엄성을 보장하는데 규범의 목적이 있고, 허위진술을 방지하고 형사절차의 기능화를 방지하는데 부차적인 목적이 있다고 보고 있다.³²⁾ 이에 따라 제136조의 a는 동조에서 규정하고 있는 금지된 신문방법 뿐만 아니라 피의자의 의사결정과 의사활동의 사유를 침해하는 모든 신문방법을 금지하는 것으로 해석하고 있다.³³⁾

위에서 보듯이 임의성 판단은 피고인의 ‘의사결정의 자유’가 침해되었는지 여부를 기준으로 삼아야 할 것이다. 자백이 임의성이 있다고 판단되려면 피고인에 대한 물리적·심리적 강제가 없어야 함은 물론이고, 신문기법이나 신문의 전체적인 상황에 비추어 피의자의 의사결정의 자유가 침해되었다면 임의성이 없다고 보아야

31) 독일 형사소송법 제136조의 a의 원문과 번역문은 아래와 같다.

§136a[Verbotene Vernehmungsmethoden]

(1) Die Freiheit der Willensentschließung und der Willensbetätigung des Beschuldigten darf nicht beeinträchtigt werden durch Miß-handlung, durch Ermüdung, durch Täuschung oder durch Hypnose. Zwang darf nur angewandt werden, soweit das Strafverfahrensrecht dies zuläßt. Die Drohung mit einer nach seinen Vorschriften unzulässigen maßnahme und das Versprechen eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils sind verboten.

(2) Maßnahmen, die das Erinnerungsvermögen die Einsichtsfähigkeit des Beschuldigten beeinträchtigen, sind nicht gestattet.

(3) Das Verboten der Absätze 1 und 2 gilt ohne die Einwilligung des Beschuldigten. Aussagen, die unter Verletzung dieses Verbots zustande gekommen sind, dürfen auch dann nicht verwertet werden, wenn der Beschuldigte der Verwertung zustimmen.

제136조의 a[금지된 신문방법]

① 피의자의 의사결정 및 의사활동의 자유는, 학대, 피로하게 함, 신체상의 침해, 약물의 투여, 강요, 기망 또는 최면에 의하여 침해되어서는 안 된다. 강제는, 형사절차법이 이를 인정하고 있는 경우에 한하여 사용할 수 있다. 형사절차법의 제규정에 의하여 허용되지 않는 처분으로써 행하는 위협 및 법률상 규정되어 있지 아니한 이익의 약속은 금지한다.

② 피의자의 기억력 또는 판단력을 침해하는 조치는 허용되지 않는다.

③ 전항에 규정한 금지는, 피의자의 동의가 있어도 적용한다. 이러한 금지에 위반하여 획득된 진술은 피의자가 그 이용을 동의한 경우에도 이용해서는 안 된다.

32) Krack, "Der Normzweck des § 136a StPO", *HSiZ* (2002), S. 124; Radtke/Hohmann, *Strafprozessordnung, Kommentar*, Franz Vahler, 2011, § 136a Rn. 1; Haller/Cozen, *Das Strafverfahren*, 5. Aufl., C. F. Müller, 2008, S. 64.

33) Klaus Volk, *Grundkurs StPO*, 6 Aufl., C. H. Beck, 2008, § 9 Rn. 13; Werner Beulke, *Strafprozessrecht*, 11. Aufl., C. F. Müller, 2004, S. 83.

할 것이고, 비단 제309조에서 열거된 사유뿐만 아니라 기타 피의자의 의사결정의 자유가 침해되었다고 볼 만한 사정이 기재되어 있다면 임의성이 없다고 판단해야 할 것이다.

이와 관련하여 제309조에서 금지하고 있는 ‘기망’과 수사기관이 사용하는 ‘책략’을 검토할 필요가 있다. 독일에서는 ‘기망(Täuschung)’은 금지되나 기망에 이르지 않는 정도의 수사기관의 ‘책략(List)’은 허용된다고 보고 있다. 즉, 이에 따르면 수사기관이 알고 있는 모든 사실을 피의자에게 말할 필요는 없고 따라서 침묵은 기망이 아니라고 본다.³⁴⁾ 수사기관은 진실을 말해야 하지만 분명하게 말할 필요는 없고, 또 피의자의 착오를 이용할 수는 있지만 이를 유발해서는 안 된다. 예컨대 다른 공범이 이미 자백을 했다거나 잃어버린 물건을 찾았다고 말하는 것은 의도적인 착오유발이므로 금지된다.³⁵⁾ 기망에는 사실관계에 대한 기망과 법률관계에 대한 기망이 포함되며, 피의자로 하여금 내적으로 잘못된 표상(Vorstellung)에 이르게 하거나 외적인 사실관계나 법률관계에 착오에 이르게 하면 기망에 해당한다고 해석하고 있다.³⁶⁾

그러나 중요한 사실이나 증거를 은폐하고 이로 인해 피의자로 하여금 착오를 일으키게 한다면 이는 기망에 해당한다고 할 것이며 그에 이르지 않는 수사상의 책략은 허용된다고 할 것이다. 미국법원도 경찰관이 피고인이 자백하면 그의 동료 죄수가 판결을 받은 뒤 주 밖의 시설에서 보낼 수 있도록 해주겠다고 약속한 사건에서 법원은 사정의 전체를 검토해볼 때 그러한 자백협정(confession bargaining)은 허용되는 수법이라고 판시하고 있다.³⁷⁾

34) BGHSt, 33, 214; 35, 328; 39, 335, 348; Klaus Volk, a. a. O., § 9 Rn. 15; Gerd Pfeiffer, *Karlsruher Kommentar Zur Strafprozessordnung*, 5. Aufl., C. H. Beck, 2003, § 136a, Rn. 19.

35) Klaus Volk, a. a. O.

36) Jahn, "Strafprozessrecht als geronnenes Verfassungsrecht-Hauptprobleme und Streitfragen des § 136a StPO", *JuS* (2005), S. 1660.

37) State v. Pacheco, 481 A. 2d 10096(R. I. 1984); Campell, Rey A. III, "The Admissibility of Bargained Confessions: Rhode Island Adopts an Expansive Approach to Confession Admissibility: State v. Pacheco", *Sufflok U. L. Rev*, Vol. 19 (1985), p. 37.

다. 판단요소

협박이나 물리적 억압, 장시간의 조사는 그 자체로 자백을 증거로 허용하지 않지만 어떤 특정의 신문기법이 강제적(coercive)이거나 공격적(offensive)여서 자백을 배제할 것인지, 피고인의 의사결정의 자유가 침해된 임의성 없는 자백인지 판단은 어렵다. 미국법원은 ‘모든 주위의 상황(all the surrounding circumstances)’을 면밀하게 고려하여야 한다고 판시하고 있다.³⁸⁾

미국법(United States Code, U. S. C.) 제3501조에서도 ‘자백은 임의성이 있어야 허용되고, 증거로 허용되기 전에 법원은 자백의 임의성 여부를 판단해야 한다. 법원은 자백의 임의성 여부를 판단함에 있어 자백을 포함한 상황의 전체를 고려하여 판단하여야 한다’ 라고 규정하고 있다.³⁹⁾ 미국헌법에 따르면 의회는 연방형사소송에 관한 법률을 제정할 권한이 있고, 위와 같이 임의성 검토를 명한 법률은 합헌적이라고 해석하고 있다.⁴⁰⁾

이를 좀 더 구체화한 판례도 보인다. 즉, 미국법원은 피고인이 한 증언적인(testimonial)진술이 임의적이었는지 여부를 판단함에 있어 수사관이 피고인으로부터 자백을 획득하였을 때의 상황의 전체를 고려하여 판단하되 수사관의 압력이 있었는지, 피의자가 그 압력에 대항할 능력이 있었는지 여부가 기준이 된다고 판시하고 있다.⁴¹⁾

미국의 판사들은 자백이 ‘임의적’인지 여부를 판단함에 있어 피고인의 연령, 낮은 지능, 헌법상의 권리에 대한 조언 여부, 신문의 시간, 식사나 수면의 박탈과 같은 물리적인 제재의 유무, 신문시의 피의자의 행태 등의 요소를 검토하고 있다.⁴²⁾

38) Hayes v. Washington, 373 U. S. 503, 533-534 (1963); Schneckloth v. Bustamonte, 412 U. S. 218 (1973); Matthew Lippman, op. cit., p. 301; Yale Kamisar. et al., op. cit., p. 546.

39) Reid, Christopher M., "Voluntary Confessions: An Examination of the Need to Restore a Pure Voluntary Confession Rule in Corley v. United States, 129 S. Ct. 1558 (2009)", *Neb L. Rev.*, Vol. 89 (2010-2011), p. 190.

40) Damon, Kimberly A., "Voluntary Confessions and Miranda Warnings After United States v. Dickerson", *Am. J. Trial Advoc.*, Vol. 23 (1999-2000), p. 445.

41) Mincey v. Arizona, 437 U. S. 385, 399-401 (1978); Davis v. North Carolina, 384 U. S. 737, 752 (1966); Kate Greenwood, "Custodial Interrogation", *Ann. Rev. Crim. Proc.*, Vol. 27 (1998), p. 1334.

42) Brandon L. Garrett, op. cit., pp. 38-39.

대법원은 피고인이 자백의 임의성을 다투는 경우 피고인의 학력, 경력, 직업, 사회적 지위, 지능정도, 진술내용, 조서형식 등 제반사정을 참작하여 판단하여야 한다고 판시하고 있다.⁴³⁾ 그러나 이러한 판단요소만으로 피고인의 자백이 임의적이었는지 여부를 판단한다는 것은 극히 피상적일 수 있다. 앞서 살펴본 바와 같이 수사관이 보는 신문고본이나 수사관훈련지침에서는 신문서 육체적 강제나 협박, 이익의 약속 등 대신, 심리신문기법을 사용할 것을 가르키고 있다. 이에 의하면 수사에서 피의자는 자백하지 않으면 심각한 결과에 이를 수 있다는 메시지를 받게 된다. 그리고 이러한 메세지나 그 효과는 몇 시간 또는 며칠까지 지속된다. 더구나 자기 통제능력이나 합리적인 사고에 결함이 있는 경우에는 더욱더 그러하다 할 것이다. 그러므로 신문이 강압적이었는지, 자백에 임의성이 있는지 유무를 판단하기 위해서 판사는 신문의 압력이 피의자에게 어떻게 영향을 미치고 강제성을 띠는지와 피의자의 정신상태에 일시적 혹은 만성적으로 취약한 점이 있는지, 구체적으로 신문서에 어느 정도 취약한지 여부에 대하여 조사를 하고 판단하여야 할 것이다.⁴⁴⁾

자백은 ① 일관성 있고 신빙성 있는 줄거리, ② 동기와 설명, ③ 당해 범죄에 대한 지식, ④ 감정의 표현, ⑤ 임의성의 인정이라는 5가지 요소로 구성되어 있다.⁴⁵⁾ 자백이 이러한 요소를 갖출 수 있는 것은 모든 수사과정이 기록되지 않기 때문이다. 기록되지 않는 부분은 피의자나 수사관의 기억 속에 남아 있는데, 사람의 기억이란 입력과정에 오류가 있을 수 있으며, 또 인출과정에서도 왜곡될 수 있다. 더구나 대화에 대한 기억은 대화의 구체적 단어를 기억하는 것이 아니라 문맥을 기억하는 것이어서 문맥에 따라 새롭게 구성이 되기도 한다. 따라서 기록에 누락된 신문의 맥락으로 인해 임의성을 판단함에 있어 강력한 편견을 갖게 되며, 실제 재판으로 입증된 사건의 경우 피고인이 자백이 임의적이지 아니었다고 다투었음에도 대부분 법정에서 받아들여지지 않았다.⁴⁶⁾

43) 대법원 2011. 10. 24. 선고 2009도1603 판결; 대법원 2011. 2. 24. 선고 2010도14720 판결; 대법원 2003. 5. 30. 선고 2003도705 판결; 이용식, “자백배제법칙의 근거와 임의성의 판단”, 『외법논집』, 제35권 제13호(2011. 8.), 202-203면.

44) Carol henderson/Jules Epstein, op. cit., p. 242.

45) Ibid., at 243.

46) Ibid.

나아가 모든 조사과정이 기록을 해도 신문 전 대기상태, 음식이나 수면의 접근, 피의자의 상태(스트레스 정도, 피로 등)가 기록되거나 확인될 수 없으며, 기록으로 표현할 수 없는 신문의 영향력과 구금된 피의자의 경우 외부와의 차단된 상태에서 격리되어 수용되고 조사받는 심리상태가 확인될 수 없으며, 나아가 이러한 신문기법이나 신문이 갖는 영향력의 부족으로 임의성 판단이 극히 피상적이거나 왜곡된 시각에 의한 판단에 이를 위험이 매우 크다고 할 것이다.⁴⁷⁾ 그러므로 신문의 전과정이 녹음·녹화되어야 할 것이고, 임의성을 판단하는 판사로서는 조서에 의존하여 임의성을 판단해서는 안 되고, 위와 같은 신문기법과 신문이 갖는 영향력을 이해하고, 피고인의 육체적, 정신적 상태 등을 면밀히 조사하여 이를 판단하여야 할 것이다.⁴⁸⁾

라. 임의성의 입증

동 제309조에서 ‘... 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 이유가 있는 때에는 이를 유죄의 증거로 하지 못한다’ 라고 규정하고 있으므로 피고인의 자백을 증거로 제출하는 주체 즉, 검사에게 자백의 임의성에 대한 입증책임이 있다고 보아야 할 것이다. 대법원도 ‘임의성 없는 자백의 증거능력을 부정하는 취지가 허위진술을 유발 또는 강요할 위험성이 있는 상태 하에서 행하여진 자백은 그 자체가 실제적 진실에 부합하지 아니하여 재판의 소지가 있을 뿐만 아니라 그 진위 여부를 떠나서 자백을 얻기 위하여 피의자의 기본적 인권을 침해하는 위법·부당한 압박이 가하여지는 것을 막기 위한 것이므로, 그 임의성에 다툼이 있을 때에는 그 임의성을 의심할 만한 합리적이고 구체적인 사실을 피고인이 입증할 것이 아니고 검사가 그 임의성의 의문점을 해소하는 입증을 하여야 한다’ 라고 판시하고 있다.⁴⁹⁾

47) Ibid., at 244-245.

48) 따라서 사정을 종합하여 판단하는 요소로는 다음의 요소들이 포함되어야 할 것이다. 즉, 물리적 강제여부, 심리적 강제와 심리적 조종여부, 신문의 길이, 시각, 장소, 신문하는 경찰관의 수, 변호인이나 가족, 지인과 상의하여 자백여부를 결정하였는지, 피의자의 나이, 교육정도, 정신적·정서적 발육상태, 절차의 적정성이 유지되었는지 외부와의 미란다고지 여부: *Matthew Lippman, op. cit.*, p. 301.

49) 대법원 2005. 11. 10. 선고 2004도42 판결; 대법원 1988. 4. 10. 선고 97도3234 판결.

미국법원은 자백의 임의성의 입증책임은 검사에게 있으며, 검사는 ‘우월한 증거 (preponderance of the evidence)’로 자백의 임의성을 입증하여야 한다 라고 판시하고 있다.⁵⁰⁾ 대법원이 위와 같이 자백의 임의성의 입증책임이 검사에게 있다고 판시하고 있지만 피고인이 임의성을 다룰 경우 구체적으로 자백의 임의성을 어떻게 입증하고 있는지에 대한 판례를 찾아보기 힘들다. 미국에서는 자백의 임의성을 입증하기 위해 피의자를 조사한 경찰관들이 법정에서 증언하고 있다. 경찰관들은 증언하면서 대개 조사시 피의자에게 조사실의 문은 열려있고 언제든지 나갈 수 있고, 수사에 협조하던가 그렇지 않은가 여부는 피의자의 선택사항이라고 증언하고 있다. 또한 피의자가 Miranda 권리에 대하여 상세히 읽고 그의 자유로운 의사에 의해 이를 포기(Waive Miranda Rights)했다고 하며, 변호인의 도움을 받을 것인지에 대하여 물어보았다고 증언하고 있다.⁵¹⁾

나아가 조사관들은 위와 같이 법정에서 자백이 임의적이었다고 증언을 하는 것과 별도로 법정에서 자백이 임의적이었다고 평가받기 위한 여러 가지 방안을 강구하고 있다. 즉, 자백진술서에 단순히 ‘범행을 했다’고 기술하게 하는 것이 아니라 범행에 대한 일관성 있는 줄거리와 범행의 동기와 설명, 범인이 아니면 알 수 없는 범죄사실에 대한 세부사항을 기재하고 나아가 자백을 한 심정과 ‘피해자로부터 용서를 받기 위해 스스로 자백을 하였다’ 라는 식으로 임의적으로 자백하였다는 사항까지 기재하게 하고 있다.⁵²⁾

여기에서 더 나아가 ‘오기삽입기법(Error Insertion Trick)’까지 사용하는데, 예컨대, 수사관은 자백진술서 중에 의도적으로 철자를 틀리게 타이핑하거나 사소한 부분에 오기로 남기고 이를 피의자 스스로 정정하게 함으로써 자백의 임의성을 입증하려고 하고 있으며,⁵³⁾ 국내 수사교범에서도 같은 방법으로 자백조서에 의도적인 오타나 오기를 남겨 피의자로부터 정정하도록 가르치고 있다.⁵⁴⁾

그러므로 위와 같이 수사관들이 자백의 임의성을 입증하기 위한 여러 가지 방안

50) *Lepo v. Twomey*, 400 U. S. 477 (1972); *Matthew Lippman*, op. cit., p. 301.

51) *Richard A. Leo.*, op. cit., p. 174.

52) *Ibid.*, at 174-175.

53) *Ibid.*, at 176.

54) 김종률, 앞의 책, 223-234면.

을 강구하고 있다는 사실을 고려한다면 조사자의 증언이나, 자백조서의 내용, 조서 작성의 형식만으로 자백의 임의성이 입증되었다고 보는 것은 매우 순진한 생각임을 알 수 있고, 법원으로서의 검사로 하여금 우월한 증거로 자백의 임의성을 입증하게 하여야 할 것이다.

자백의 임의성 입증과 관련하여 위에서 본 임의성의 입증책임, 임의성의 입증정도 외에 검토할 사항으로 자백을 획득하는 주체와 관련된 문제가 있다. 공무원인 수사기관이 피의자로부터 자백을 획득하는 경우 외에 공무수탁사인(公務受託私人)이나 사인(私人)에 의해 자백을 획득한 경우 임의성 입증을 어떻게 할 것인가가 문제된다. 이 문제도 이러한 경우 자백의 임의성법칙이 적용된다면 검사에게 입증책임이 돌아가게 되므로 동 제309조가 공무수탁사인이나 사인에게도 적용되느냐의 문제로 귀착된다고 하겠다.

미국법원은 FBI 정보원에 이루어진 임의성 없는 자백은 허용되지 않는다고 판시함으로써⁵⁵⁾ 공무수탁사인의 경우에도 자백의 임의성법칙이 적용됨을 확인하였다. 독일에서는 독일 형사소송법 제136조의 a의 문언상⁵⁶⁾ 국가기관에 의한 금지된 신문방법을 열거하고 있으므로 동조는 공무수탁사인의 경우에도 적용될 수 있는지가 문제되고 있다. 독일 연방대법원은 범죄사실의 규명을 위하여 사인을 투입하는 것이 법치국가원리, 공정한 절차의 원리(faires Verfahren)를 침해하는 경우가 있고, 피의자의 의사결정, 의사활동의 자유를 지속적으로 침해된다면 허용되지 않는다고 판시함으로써 동조가 제한적으로 적용됨을 밝혔다.⁵⁷⁾ 그러나 학설은 이러한 규정들이 수사기관이 신문하는 권한에 대항하여 힘의 균형을 도모하는데 목적이 있고, 이러한 경우에 수사기관이 사적인 도구 뒤에 숨어 신문과 유사한 환경을 활용한 것으로 보아 동조가 적용되어야 한다고 주장하고 있다. 즉 공무수탁사인에 의하여 피의자를 기망하는 등의 방법으로 자백을 얻어내는 것은 동조를 침해하는 것으로 허용되지 않고, 증거사용금지가 뒤따른다고 주장하고 있다.⁵⁸⁾

55) *Fulminante v. Arizona*, 111 S. Ct. 1246 (1991); Anita Rochardson, "Can a Police Informant 'Coerce' a Confession?", *Preview U. S. Sup. Ct. Cas.*, Vol. 23 (1990-1991), pp. 23-26.

56) 각주 31) 참조.

57) BGH 42, 154; Klaus Volk, a. a. O., §§ 20-21.

생각건대 독일 형사소송법 제136조의 a와 달리 법 제309조에서 자백의 임의성의 획득주체에 대하여 따로이 언급하지 않고 있고, 동조의 입법취지가 자백의 신빙성 제고, 절차의 공정성, 경찰의 위법행위 방지 등에 있으므로 공무수탁사인이나 사인의 경우에 달리 적용될 여지가 없다고 할 것이므로 이러한 경우에도 자백의 임의성 여부가 다투어진다면 검사가 이를 입증하여야 할 것이다.

마. 대안의 검토

자백의 임의성법칙은 i) ‘임의성 판단’에 대한 분명한 기준이 없어 수사기관으로서 무엇이 허용되고 또 그렇지 않은지 판단하기 어렵다는 문제점, ii) 법정에서 임의성이 다투어질 때 입증책임이 검사에게 있음에도 불구하고 서로 다른 주장과 입증할 경우 실제 판사가 이를 판단하는 것은 어렵다는 것과, iii) 분명한 기준이 없어 이에 대한 판례가 계속 누적되어 오고 있다는 비판이 있어 왔다.⁵⁹⁾

이에 따라 ‘자백의 임의성법칙’을 ‘객관적 제재(objective penalty)’를 가하는 것으로 대체하는 주장이 있다. 즉, Mark Godsey는 ‘임의성’이 분명한 기준을 제시하고 있지 않고 있으므로 그에 갈음한 대안으로 합리적인 법집행기관인 경찰이 사회 규범과 기대에 어긋나는 방법으로 신문을 하여 자백을 획득하였을 경우 ‘임의성’ 판단을 떠나서 그에 대한 객관적인 제재로 자백을 아예 허용하지 말자는 주장을 펼치고 있다.⁶⁰⁾ 그러나 ‘합리적’, ‘사회규범과 기대’ 역시 추상적이고, 그것이 ‘임의성’보다 분명한 기준을 제시하였다고 보기는 어렵다고 할 것이다.

자백의 임의성을 판단하는 ‘주위사정(surround)’ 라는 모호한 개념 대신 그 하위 개념으로 ‘외적인 위협(external threat)’이라는 개념을 기준으로 삼자는 주장이 있다. 이에 의하면 예컨대, 경찰이 피의자로 하여금 배심원의 평결에 따라 처벌을 받을 것인지 그렇지 않을 것인지에 대하여 선택을 하라고 하여 자백을 얻은 경우, 이는 단지 유죄에 대한 위협을 증가시킨 것뿐이고 공정한 절차의 원칙을 훼손한 것이

58) Jahn, "Ausforschung einer Beschuldigten durch Wahrsagerin in der Untersuchungshaft-BGHSt 44, 129", *JuS* (2000), S. 445.

59) Matthew Lippman, op. cit., p. 302.

60) Mark A. Godsey, "Shining the Bright Light on Police Interrogation in America", *Ohio State J. Crim. L.* Vol. 6 (2009), pp 974-976.

아니므로 허용되어야 한다고 주장한다.⁶¹⁾ 그러나 위에서 살펴보았듯이 자백의 임의성 여부를 판단함에 있어서는 소송기록에 드러나 사정 외에도 신문을 전후로 한 여러 사정을 살펴보아야 할 것이고, ‘외적 위협’이 있었는지 여부를 기준으로 삼아 임의성 여부를 판단할 것은 아니라고 할 것이다.

영국에서는 1970년대 형사법개정위원회(Criminal Law Revision Committee)의 11개 보고서와 동 위원회의 논의를 토대로 1984년 경찰 및 형사증거법(Police and Criminal Evidence Act)을 제정하였다. 동 법 제76조 제2항에서 억압에 의하거나 그 결과에 따른 진술은 신빙성이 없다고 규정하고 있다. 동 법률의 제정에 따라 종래의 임의성법칙이 폐지된 것으로 보는 일부 견해도 있지만 동 법률에 따른 ‘억압’과 ‘신빙성 결여’라는 두 가지 기준이 보통법상의 임의성 기준을 대체하였다고 보는 것은 잘못 이해한 것이고, 동조에 따른 요건을 갖추었더라도 임의성 검토는 여전히 요구되고 있다고 보는 것이 다수의 견해이다.⁶²⁾ 따라서 위 경찰 및 형사증거법상의 ‘억압’과 ‘신빙성 결여’라는 기준이 ‘임의성’ 기준을 대체하였고, 따라 ‘임의성’ 기준 대신 ‘억압’과 ‘신빙성 결여’라는 기준을 삼자는 주장은 타당하지 않다고 할 것이다.

2. 자백의 보강법칙

형사소송법 제310조는 “피고인의 자백이 그 피고인에게 불이익한 유일의 증거인 때에는 이를 유죄의 증거로 하지 못한다” 라고 규정하고 있다. 자백보강증거의 정도에 대하여 대법원은 보강증거는 가공적인 것이 아니고 진실한 것이라고 인정할 수 있는 정도의 증거이면 족하다고 판시하고 있다.⁶³⁾ 미국연방대법원은 보강증거에 대하여 “진술의 신빙성을 확립할 만한 실질적으로 독립된 증거(substantial

61) George C. Thomas III, Richard A. Leo, *Confessions of Guilt*, Oxford, 2012, p. 228.

62) A. Vahit Bicak, "Police and Criminal Evidence Act 1984, S. 76(2): Re-emergence of the Involuntariness Test", *J. Crim. L.* Vol. 65 (2001), p. 85; Mark Berger, "The Exclusionary Rule and Confession Evidence: Some Perspectives on Evolving Practices and Wales", *Anglo-Am. L. Rev.*, Vol. 20 (1991), p. 63.

63) 대법원 1998. 12. 22. 선고 98도 2890.

independent evidence which tend to establish The Thrustworthiness of the statement") 라는 기준을 제시하고 있다.⁶⁴⁾

생각건대, 수사기관이 자백을 획득하기 위한 목적으로 수사를 한다면 결국 자백 편중 수사에 따른 허위자백을 양산하게 되는 결과에 이를 것이다. 허위자백의 위험성을 제거하기 위하여 수사기관은 자백획득을 위한 수사를 할 것이 아니라 정교한 수사기법에 따라 피의자의 진술 외의 객관적이고 유용한 증거를 획득하는데 성실하게 힘써야 할 것이다. 그러므로 자백에 대한 보강증거는 미국연방대법원에서 판시한 바와 같이 진술의 신빙성을 확립할 만한 실질적으로 독립된 증거이어야 할 것이다.

그러나 이에 의하더라도 어느 정도의 범위에서 보강증거가 필요한지는 명확하지 않다. 이에 보강증거의 입증정도에 대하여 구체적인 수치를 제시하는 견해가 있다. 즉, 무고한 사람이 허위자백을 하는 것을 금지하기 위해 자백획득을 목적으로 하는 수사를 중단하여야 하고, 피의자에 대하여 유죄를 입증하기에 충분한 증거가 있는 경우에 자백이 획득이 이루어져야 한다고 주장한다. 그러므로 유죄를 입증하기 위한 충분한 증거로서 자백이 평가되어서는 안 되고, 다른 보강증거가 뒷받침되어야 하여, 그 보강증거의 입증은 51% 이상이 되어야 한다고 주장하고 있다.⁶⁵⁾

생각건대 자백편중 수사 내지 진술에 의존하는 수사관행을 타파하고 객관적인 수사를 하게 함으로써 무고한 사람이 허위자백을 하여 유죄판결을 받을 위험을 방지하기 위해서 자백의 보강증거는 자백과 비교할 때 실질적이고 독립적인 가치를 가진 증거이어야 할 것이다.⁶⁶⁾

64) Boaz Sangero, op. cit., pp 2803-2805.

65) Boaz Sangero/Mordechai Halpert, "Proposal to reverse The View of a Confession: From Key Evidence Requiring Corroboration to Corroboration for Key Evidence", *U. Mich. J. L. Reform*, Vol. 44 (2010-2011), pp. 511-512.

66) 同旨, 이동명, "자백의 보강법칙에 대한 고찰", 「사회과학연구」, 제2권 제1호 (2011. 2.), 8-9면.

3. 자백의 부정적 효과

가. 예단효과와 확신편견

자백은 그럴듯한 증거리와 동기묘사, 임의성의 인정 등을 그 내용으로 하고 있다. 이로 인해 판사나 배심원은 범인이 아니면 어떻게 그런 동기를 진술했겠느냐고 생각하게 한다. 나아가 자백이 있으면 피고인이 무고하다는 사실을 입증하는 증거나 사실관계를 무시하고 아예 검토하지 않게 한다. 오히려 재판에서는 자백이 있음에도 불구하고 반성을 하지 않았다는 사유로 중한 형이 선고되기도 한다.⁶⁷⁾

Kassin과 Sukel의 실증적인 연구에 의하면 판사의 지시를 통해 배심원들에게 자백이 강요에 의한 것이어서 증거능력이 없다고 알려주었음에도 배심원들은 여전히 자백에 높은 가중치를 부여하여 피고인의 유·무죄를 평가하였다. 결국 배심원들은 피고인의 자백을 접하게 되면 이를 무시하지 못하게 되며, 심지어 판사의 지시가 있었음에도 자백을 가장 중요하게 다루었다.⁶⁸⁾

이러한 자백의 ‘예단효과(prejudicial impact)’ 외에도 자백은 ‘좁은 시야(tunnel-vision)’⁶⁹⁾과 ‘확신편견(confirmation biases)’을 갖고 온다. 자백이 있을 경우 수사와 재판에 있어 특정 피의자·피고인에게 수사와 재판의 초점을 맞추게 되고, 선택적인 조사나 증거의 평가시 다른 증거를 무시하게 한다. 수사 초기에 어떤 사람이 어떤 범죄를 저지른다는 전형적인 형태나 기대, 범죄자는 통상 어떤 형식으로 등장해서 어떻게 행동한다는 관념이 유죄에 대한 객관적인 증거가 없음에도 특정인을 수사의 목표물로 삼게 된다. 조사관의 행동에서 드러나는 확신에 찬 편견은 피의자로 하여금 스트레스와 불안을 일으키게 한다. 위와 같이 자백은 수사와 재판에서 부당한 예단효과를 갖고 올 뿐만 아니라, 그 자체 좁은 시야효과와 확신편견이 원인이 되고 있다.⁷⁰⁾

67) Carol Henderson/Jules Epstein, op. cit., pp. 250-251.

68) Kassin, S. M/Sukel, H., "Coerced Confession and The jury: An expermental Test of the "harmless error" rule", *Law and Human Behavior*, Vol. 21 (1997), pp. 27-46.

69) ‘좁은 시야(tunnel-vision)’효과란 다른 목표물을 배제하고 특정 목표물에 대하여 선택적이고 집중적인 주위를 기울이는 경향을 가르킨다.

70) Carol Henderson/Jules Epstein, op. cit., pp. 250-255.

나. 부정적 효과의 원인

자백의 위와 같은 부정적 효과에 대하여는 몇 가지의 원인이 있음이 보고되고 있다.⁷¹⁾

첫째, 동기상의 편견(motivational biases)인데, 수사에서의 목적 즉, 신속한 범인 검거라는 제도적인 목적은 사례 깊은 판단과 행동보다는 성급한 행동을 야기시킨다. 더구나 중대하고 복잡한 사건일수록 수사관은 사건해결에 대한 부담이 커지게 되고, 그 부담은 무고한 사람을 범인으로 검거하여 조사하게 하는 압력으로 작용하게 한다.

둘째, 정서적인 영향인데, 수사관들은 감정에 호소하여 자백을 획득하도록 훈련 받고 있다. 이로 인하여 피의자는 정서적인 손상을 입고 합리적인 판단을 하지 못하게 된다. 이러한 효과는 재판에까지 이어지는데 재판에서 허위자백을 하였다는 주장을 하면 판사로 하여금 허위자백과 관련된 증거에 대한 인지를 손상시키게 된다.

셋째, 제도적인 영향인데, 일단 자백을 획득하면 수사관은 사건이 다 해결되었다고 판단하고 사건을 종결해버리고, 변호인도 무죄를 입증할 증거수집에 소극적이게 된다. 자백이 있으면 제한된 재정으로 인해 수사에 있어 다른 가능성을 검토하지 못하게 되고, 변호사 선임비용, 전문가 채용비용, 사적인 비용의 지출을 제한적으로 하게 한다.

넷째, 부적절하거나 정확하지 않은 관련지식인데, 수사관은 수사교본과 이수 받은 훈련에 따라 자신이 범인이라고 조사한 자를 무고한 자라고 믿지 않고, 나아가 타당하지 않은 폴리그래프검사를 실시하고 이로 인해 허위자백을 만든다. 판사나 변호사도 관련 지식이 없기는 마찬가지며, 배심원들이 관련지식이 부족함을 말할 필요도 없다고 하겠다.

71) Ibid., at 255-261.

다. 소결

허위자백을 줄이는 방법은 수사 초기부터 재판시까지 모든 관련된 정보를 수집하고 올바르게 평가하는 것이다. 후술하겠지만 조사방식도 현재의 대면적인(confrotational) 조사방식에서 면담접근(interviewing approach)방식으로 변경되어야 할 것이며, 형사소송에 관계하는 모든 관계자들이 허위자백의 위험에 대하여 인식을 하고 그 가능성을 줄이고자 노력을 경주해야 할 것이다.

IV. 대안의 검토 및 제안

허위자백을 방지하는 여러 가지 개혁방안들이 제시되고 있다. 아래에서는 이러한 개혁방안들을 검토하고자 한다. 위에서 살펴보았듯이 형사소송법은 허위자백을 방지하기 위한 자백의 임의성법칙을 규정한 제309조 외에 따로 신문방식을 규제하지 않고 있다. 또한 자백의 보강증거의 정도에 대하여도 침묵하고 있으므로 형사소송법을 개정할 필요성이 있다. 이하에서 이러한 대안에 대하여도 살펴보기로 하겠다.

1. 허위자백에 대한 전문가증언의 허용

피고인의 변호인은 피고인의 주장에 따라 법정에서 자백이 허위였다고 주장하나 이러한 주장은 대부분 받아들여지지 않는다. 어떤 변호인은 자백의 임의성 주장을 포기하고 대신 피고인의 자백이 범죄에 대한 환상이 없거나 꿈이었다고 주장한 사례도 발견되고 있다. 이러한 주장을 한 이유는 법정에서 판사나 배심원은 일단 자백이 이루어지고 나면 자백이 진실하고 임의성이 있다고 믿기 때문이다.⁷²⁾

배심원들은 피고인이 허위자백을 했다는 사실을 상상조차 하기 힘들어 한다고 보고되고 있다. 그러나 심리분석가나 심리학자 등 전문가증인(Expert witness)는 그

72) Brandon L. Garrett, *op. cit.*, p. 36.

들의 경험과 이론 설명을 통하여 허위자백이 실제로 발생할 수 있고, 수사시 피의자가 심리적으로 매우 취약하며 그러한 상태에서 허위자백이 유발될 수 있음을 설명할 수 있다.⁷³⁾

허위자백의 허용성을 평가함에 있어 전문가증언을 허용할 것인가에 대하여 미국 연방대법원은 아직까지 분명한 입장을 밝히지 않고 있다. 연방대법원이 이 문제에 대하여 답변을 회피하고 있는 것은 허위자백에 대한 전문가증언의 허용성에 대하여 연방과 주 법원의 입장이 다르기 때문이다. 판례의 입장은 나뉘어져 있다. 몇몇 법원은 자백을 할 당시의 피고인의 정신상태를 입증함으로써 자백의 신빙성을 탄핵하는 것을 허용하고 있다.⁷⁴⁾ 몇몇 법원은 전문가증언을 허용하되 허위자백의 현황에 대한 설명만 허용하고 있다.⁷⁵⁾ 다른 법원들은 허위자백의 현황뿐만 아니라 자백을 할 당시 피의자의 정신상태에 대하여 설명하는 것을 허용하고 있다.⁷⁶⁾

생각건대 검사 등 국가기관에 비하여 피고인의 방어능력이 상대적으로 부족하고, 피고인이 경제적으로 취약한 경우가 많고, 충분히 변호인의 조력을 받지 못하며 풍부한 전문가 집단의 조력을 받지 못하고 있음이 지적되고 있다.⁷⁷⁾ 그러므로 당사자 대등주의 관점에 비추어 보더라도 피고인의 허위자백을 입증하기 위한 전문가증언은 허용되어야 할 것이고, 전문가증언은 허위자백의 현황뿐만 아니라 피고인의 지적·정신적인 상태, 조사받을 당시 구체적인 심리상태와 조사로 인한 심신상태에 대해서도 법정에서 증언할 수 있다고 할 것이다.⁷⁸⁾

73) Ibid., at 40-41.

74) Shay, 57 F. 3d at 131; Raposo, 1998 WL 879723 at 6; Caulley, 2002 WL 392191, at 4; David A. Perez, "The (In) Admissibility of False Confession Expert Testimony", *Touro L. Rev.*, Vol. 26 (2010-2011), pp. 35-36.

75) Belyea 159 F. App'x at 530; Hall, 93 F. 3d at 1344-45; David A. Perez, supra, note 73, at 36.

76) Millers 770 N. E. 2d at 773-774; Hamilton, 415 N. W. 2d at 668-69; David A. Perez, supra, note 73 at 36.

77) Steve L. Emanuel, *Evidence*, Wolters Kluwer, 2007, p. 525; 권영범, 형사소송과 과학적 증거, 세창출판사, 2012, 27-28면.

78) 형사소송법 제279조의 2에 의하면 법원은 소송관계를 분명하게 하기 위한 경우 등 필요한 경우 직권으로 또는 검사, 피고인 또는 변호인의 신청에 의하여 결정으로 전문심리위원을 지정하여 공판기일 등 소송절차에 참여하게 할 수 있고(동 조 제1항), 전문심리위원은 전문적인 지식에 의한 설명 또는 의견을 진술할 수 있다(동 조 제2항). 따라서 전문가증언을 신청하기 어려운 형사피고인

2. 수사의 혁신방안

수사에서 허위자백을 줄이는 몇 가지 방안이 제시되고 있다.

첫째, 무고한 사람이 수사 초기에 피의자로 지목되지 않는 것이 허위자백을 줄이는 첩경이다. 그러므로 상당한 이유와 그에 상응한 객관적인 증거가 있는 경우에 그 유력 혐의자를 용의자로 선정하여야 할 것이다.⁷⁹⁾

둘째, 신문기법의 전환이다. 현재 리드기법(Reid Technique)에 따른 대면적이고(confrontational), 탄핵적인(accusatory) 신문방식 대신 조사면담접근방식(investigative interviewing approach)를 채택하여야 할 것이다. 영국에서는 1993년 이러한 신문방식인 PEACE 신문방법(Preparation and Planning, Explain and Engage, Account, Clousure, Evaluate, 준비 및 계획, 설명과 참여, 해명, 종결, 평가)을 채택하였으며 이어 뉴질랜드, 노르웨이 등의 국가가 채택하였는데, 리드기법에 비하여 허위자백율이 낮은 것으로 입증되고 있다.⁸⁰⁾ 여기서 조사(interrogation)와 면담(interview)은 그 목적, 성격에 있어 구별된다. 즉 면담의 목적은 범죄와 관련된 정보를 수집하는 것이고, 면담은 수사 초기에 피의자가 범죄가 저질렀을 것이라는 증거가 미약할 때 이루어지는 것이고, 조사는 피의자가 범죄와 관련이 있다는 증거를 확보하였을 때 이루어지는 것이다.⁸¹⁾

또한 수사에서 행동분석(behavior analysis)에의 의존을 제고하여야 할 것이다. 현재 수사관들은 행동분석에 의존하여 범인을 식별하고 있는데, 그 방법을 살펴보면, 조사관이 피의자에게 15개의 질문을 했을 때 피의자의 구술 혹은 행동의 반응을 단서로 유죄 여부를 가늠하고 있다. 그러나 이러한 행동분석에 대한 실증적인 연구에 의하면 잘 훈련된 경찰관의 경우 45% 내지 60%의 정확도를 보여주고 있어⁸²⁾ 행동분석에 의존하는 범인인식이 얼마나 위험한 것인가를 방증하고 있다.

에 대해서는 위와 같은 전문심리위원회제가 적극 활용되어야 할 것이다.

79) Carol Henderson/Jules Epstein, op. cit., p 262.

80) Ibid.

81) Michael C. Braswell et. al., *Justice, Crime, and Ethics*, 7th ed., Elseview, 2012, p 76.

82) 행동분석을 통한 거짓말의 탐지에 대한 실증적인 조사에 의하면 일반인의 경우 54%의 정확도를,

셋째 신문에 취약한 피의자를 보호하는 방안을 강구하는 것이다. 피조사자의 나이(특히 청소년 등), 인지적·지적인 능력(지능지수나 인지능력이 떨어지는 자), 육체적, 심리적인 상태(알코올, 약물복용 여부, 심리적 혼란상태 등)의 경우 허위자백을 할 가능성이 높으므로 조사관은 이러한 피조사자의 심리상태를 파악하여 평가하고, 변호인 참여하에 조사를 받거나 적어도 실질적으로 변호인의 조력을 받는 방안이 강구되어야 할 것이다.⁸³⁾

3. 조사자의 전과정의 녹음녹화

조사의 전과정이 녹음·녹화되지 않고 자백진술서를 쓸 때에만 부분적으로 녹음·녹화가 이루어진다면 자백의 임의성을 평가하는 전체의 상황을 올바르게 평가할 수 없게 된다. 따라서 조사의 모든 과정이 녹음·녹화되어야 할 것이고, 이러한 방안은 이미 미국의 18개 주와 영국 등의 나라에서 실시되고 있다.⁸⁴⁾ 나아가 이러한 조사의 전과정의 녹음·녹화와 같이 이루어져야 할 것은 피의자를 조사하기 전에 적절한 *Miranda* 고지가 이루어져야 한다는 점이다. *Miranda* 고지는 분명하고,

잘 훈련된 경찰관의 경우 위와 같이 45% 내지 60%의 정확도를 보여주고 있어, 행동분석에 대한 훈련과 그 분석의 정확도간 상관관계가 거의 없고, 나아가 그 분석의 정확도가 45% 내지 60%여서 유죄의 확신에 대한 정확도인 90%에 훨씬 못미치는 정도에 이르고 있다는 문제점이 지적되고 있다. Ibid., at 82-83.

83) Lassiter G. Daniel/Meissner Christian A., *Police Interogations and False Confessions*, American Psychological Association, 2010, p. 226. 신문에 취약한 피의자를 보호하는 방안이 강구되어야 함은 당연하다고 할 것이다. 그런데 몇몇 연구결과에 의하면 정신적인 고통이 있거나 경미한 사건에서 허위자백이 많이 발생한다고 추정하는 것 또한 잘못임이 밝혀지고 있다. 즉, 허위자백은 나이, 지적 능력, 인격을 망라하고 있고, 경미한 사건보다는 자살이나 중대한 사건에 집중되어 있으며, 지적으로 정상이거나 지적으로 고통이 있는 사람에게 골고루 분포되어 있다. Carol Henderson/Jules Epstein., op. cit., p. 248. 나아가 국내의 조사서에 의하면 단순히 반복된 질문이나 형벌의 감경 약속도 허위자백을 이끄는 효과가 있음이 보고 되고 있다. 박승경/김재후, “반복질문이 허위자백에 미치는 영향”, 『한국심리학회지: 사회 및 성격』, Vol. 19, No. 3 (2005), 23면 이하; 박승경, “암시적 질문이 허위자백에 미치는 영향: 반복질문을 중심으로”, 석사학위논문, 중앙대학교 (2004), 29면 이하; 전미혜, “형벌의 감경 약속과 심각성이 허위자백에 미치는 영향”, 석사학위논문, 경기대학교 (2008), 43면 이하; 장훈도, “무죄입증 가능성과 형벌의 감경 약속 정도가 허위자백에 미치는 영향”, 석사학위논문, 연세대학교 (2005), 42면 이하.

84) Carol Henderson/Jules Epstein, op. cit., p 263; 김웅선, “피의자신문조서에 관한 연구”, 석사학위논문, 성균관대학교 (2008), 180-182면.

지속적으로 이루어져야 하고 또 피의자가 이해할 수 있는 방법으로 이루어져야 하며 Miranda 고지 여부도 녹음·녹화되어야 할 것이다.⁸⁵⁾

4. 형사사법 종사자들의 교육

형사사법 종사자 중 특히 조사관들은 허위자백의 원인에 대하여 잘 알고 있어야 한다. 편향한 시각에서 범인을 지목하고 그 범인에 집중하여 자백을 획득하려고 시도하면 허위자백을 낳게 되는 위험에 이르게 된다. 그러므로 경찰관의 교육·훈련 프로그램과 대학의 경찰학과의 정규과정, 법무연수원의 교육과정에 수사와 허위자백에 대한 프로그램이 포함되어야 할 것이다. 나아가 판사, 변호사 역시 허위자백을 일으키는 요인에 대하여 교육을 받아야 하고 로스쿨과정, 법관 연수과정, 변호사연수과정에 위 프로그램이 포함되어야 할 것이다.⁸⁶⁾

5. 입법론적인 제안(De lege ferenda)

위에서 살펴보았듯이 현행 형사소송법은 피의자신문방법을 규율하는 규정을 두고 있지 않고 다만 자백의 임의성법칙(제309조), 자백의 보강법칙(제310조)을 두어 규율을 하고 있을 뿐이다. 그러나 수사과정에서 야기될 수 있는 위와 같은 허위자백의 위험성을 감안한다면 독일과 같은 신문방법의 규제가 있어야 할 것이다. 또한 자백의 임의성을 의심하는 사유가 있는 경우에는 피고인의 동의 여부와 관계 없이 자백의 증거능력이 부정되어야 하겠고, 자백을 보강하는 증거는 독립된 증명력이 있는 증거여야 하겠으므로 이를 감안하여 아래와 같이 개정안을 제안하고자 한다.

85) G. Daniel Lassiter/Christian A. Meissner, op. cit., p. 227; 장훈도, “무죄입증 가능성과 플라바게닝(plea bargaining)적용이 허위자백에 미치는 영향”, 「3사논문집」, 제67집(2008. 9), 404-405면.

86) Ibid., at 226-228.

아 래

현행 규정	개정안
<p>제241조(피의자신문) ① 검사 또는 사법경찰관이 피의자를 신문함에 는 먼저 그 성명, 연령, 등록기준지, 주거와 직업 을 물어 피의자임에 틀림없음을 확인하여야 한 다.</p>	<p>제241조(피의자신문) ① 검사 또는 사법경찰관이 피의자를 신문함에 는 먼저 그 성명, 연령, 등록기준지, 주거와 직업 을 물어 피의자임에 틀림없음을 확인하여야 한 다. ② 학대, 피로야기, 강요, 기망, 신체상의 침해 등 피의자의 의사결정의 자유를 침해하는 신문방법 과 피의자의 기억력과 판단능력을 침해하는 처 분은 금지된다.</p>
<p>제309조(강제 등 자백의 증거능력) 피고인의 자백이 고문, 폭행, 협박, 신체구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법으로 임의 로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 이유가 있 는 때에는 이를 유죄의 증거로 하지 못한다.</p>	<p>제309조(강제 등 자백의 증거능력) 피고인의 자백이 고문, 폭행, 협박, 신체구속의 부당한 장기화 또는 기망, 제241조 제2항에서 기재된 신문방법, 기타의 방법으로 임의로 진술 한 것이 아니라고 의심할 만한 이유가 있는 때에 는 피고인의 동의 여부와 관계없이 이를 유죄의 증거로 하지 못한다.⁸⁷⁾</p>
<p>제310조(불이익한 자백의 증거능력) 피고인의 자백이 그 피고인에게 불이익한 유일 의 증거인 때에는 이를 유죄의 증거로 하지 못하 다.</p>	<p>제310조(불이익한 자백의 증거능력) 피고인의 자백이 그 피고인에게 불이익한 유일 의 증거인 때에는 이를 유죄의 증거로 하지 못하 며, 자백에 대한 보강증거는 독립된 증명력이 있 어야 한다.</p>

V. 결어

피의자에 대한 신문은 여전히 미국 형사사법체계에서 가장 많은 논쟁이 되고 있다.⁸⁸⁾ 경찰관이 비록 피의자에게 압력을 가하거나 심리신문기법에 따라 피의자를 조종하지 않더라도 신문실에 격리되어 조사받은 피의자가 허위자백을 하는 경우가

87) 형사소송법 제308조의 2가 위법수집증거배제법칙을, 제309조는 자백의 임의성법칙을 각각 명문화한 것이므로 “고문, 폭행, 협박”이라는 문구를 제309조에서 삭제하고 이를 제308조의 2에 추가할 필요가 있다고 주장하는 견해가 있다. 정준섭, “개정형사소송법과 자백의 증거능력”, 「중앙법학」, 제19집 제3호 (2007. 10.), 188-189면. 그러나 “고문, 폭행, 협박”이 위법수집증거배제법칙의 대상이기도 하지만 자백의 임의성을 의심할 만한 사유에도 해당하므로 이를 제309조에서 삭제할 필요는 없다고 본다.

88) Carol Henderson/Jules Epstein, op. cit., p. 233.

많다는 사실이 밝혀지고 있다.⁸⁹⁾ 형사사법의 현실을 살펴보면 여전히 비록 육체적인 강제, 협박 등이 없더라도 피의자가 심리적인 억압상태에서 허위자백을 하는 경우가 많다는 것을 여러 사례에서 실증적으로 입증되고 있다. 결국 자백이 증거의 여왕(Queen of Evidence)이라는 사실은 여전히 변함이 없다. 그러나 허위자백에 의한 유죄판결은 형사사법의 엄결성(The Integrity of The Criminal Justice)를 흔들게 된다. 나아가 무고한 자를 처벌하는 것보다 더 큰 부정의는 없다고 할 것이다. 이는 피고인 본인에 대한 부정의일 뿐만 아니라 피고인의 가족과 지인, 나아가 사회전체에 대한 부정의가 되고 진범에 대한 부정의가 된다.⁹⁰⁾

이에 본고에서는 허위자백을 이끄는 현대적인 신문기법을 분석해보고 허위자백과 관련된 소송법적인 문제 즉, 자백의 임의성의 판단과 입증, 자백의 보강증거의 정도, 자백이 가지고 오는 부정적인 영향인 예단효과의 원인에 대하여 살펴보고 이에 대한 대응책으로 전문가증언의 허용문제, 수사혁신의 방안을 검토해 보았다. 또한 허위자백을 방지하기 위하여 조사의 전과정이 녹음·녹화되어야 하고, 형사사법 종사지들에 대한 지속적인 교육이 이루어져야 함도 살펴보았다. 아울러 위와 같은 문제점에 상응하는 형사소송법 개정안도 제시해 보았다.⁹¹⁾ 허위자백을 둘러싼 문제점을 원천적으로 배제하는 방법은 자기부죄적 진술 즉, 자백이나 자인을 법정에서 증거로 허용하지 않는 것이다.⁹²⁾ 그러나 현실적으로 자백을 증거로 허용하지 않는다는 입장을 취한다는 것은 쉽지 않은 결정이 될 것이고, 본고에서는 자백의 허용을 전제로 개정안을 제시하였다.

89) Matthew Lippman, op. cit., p. 294.

90) Boaz Sangero, op. cit., p 2792.

91) 영국에서는 이러한 문제에 대하여 보수적인 견해가 지배적이었으나 무고한 사람이 허위자백으로 처벌된 사건[R. v. Mellkenney, (1991) 93 Crim. App. 287 (U. K.)] 이후 이러한 관점에서 전환하였고, 1993년 형사사건재심위원회(Criminal Cases Review Commission, CCRC)가 발족되었다. Boaz Sangero, op. cit., p 2792; Nicola Padfield, *Criminal Justice Process*, 4th ed., Oxford, 2008, p. 73.

92) 미국연방증거규칙에서는 자백이 증거로 허용된다[제801조(d)(2)]. 그러나 주(州)에서는 자인(admission)을 허용하는 주[Louisiana 주, Montana 주 등]과 이를 허용하지 않은 주[California 주, Florida 주]로 나뉘어져 있다. Judy Hails, *Criminal Evidence*, 6th ed., Wadsworth, 2009, p. 202.

자백의 허위인지 여부는 법정에서의 피고인에 대한 반대신문, 변호인의 변호를 통해서 어느 정도 반박될 수도 있을 것이다. 그러나 허위자백은 실제 일반인, 나아가 형사사법 종사자들이 인식하고 있는 정도보다 더 많이 발생하고 있다. 따라서 이러한 허위자백에 대한 인식이 새롭게 정립되어야 할 것이고, 재판에서 허위자백인지 여부와 자백의 임의성 여부가 면밀하게 검토되어야 할 것이다.

참고문헌

[국내문헌]

[단행본]

권영법, 형사소송과 과학적 증거, 세창출판사, 2012

김중율, 수사심리학, 학지사, 2010

[논문]

김웅선, “피의자신문조서에 관한 연구”, 석사학위논문, 성균관대학교 (2008)

박승경, “암시적 질문이 허위자백에 미치는 영향: 반복질문을 중심으로”, 석사학위논문, 중앙대학교 (2004)

박승경/김재후, “반복질문이 허위자백에 미치는 영향”, 「한국심리학회지: 사회 및 성격」 Vol. 19, No. 3 (2005)

이동명, “자백의 보강법칙에 대한 고찰”, 「사회과학연구」 제2권 제1호 (2011. 2.)

장훈도, “무죄입증 가능성과 형벌의 감경 약속 정도가 허위자백에 미치는 영향”, 석사학위논문, 연세대학교 (2005)

_____, “무죄입증 가능성과 플리바게닝(plea bargaining)적용이 허위자백에 미치는 영향”, 「3사논문집」 제67집 (2008. 9.)

전미혜, “형벌의 감경 약속과 심각성이 허위자백에 미치는 영향”, 석사학위논문, 경기대학교 (2008)

정준섭, “개정형사소송법과 자백의 증거능력”, 「중앙법학」 제19집 제3호 (2007. 10.)

하태인, “자백의 신빙성 판단에 관한 연구”, 박사학위논문, 부산대학교 (2010)

[해외문헌]

[단행본]

Beulke Werner, *Strafprozessrecht*, 11. Aufl., C. F. Müller, 2004

- Braswell Michael C. et. al., *Justice, Crime, and Ethics*, 7th ed., Elsevier, 2012
- Boom, Robert M./Beodin, Mark S., *Criminal Procedure*, 6th ed., Wolters Kluwer, 2010
- Del Carmen, Rolando V., *Criminal Procedure*, 8th ed., 2010
- Emanuel, Steve L., *Evidence*, Wolters Kluwer, 2007
- Garrett, Brandon L. *Convicting The Innocent-Where Criminal Prosecutions Go Wrong*, Harvard University Press, 2011
- Haller/Cozen, *Das Strafverfahren*, 5. Aufl., C. F. Müller, 2008
- Henderson Carol /Epstein Jules, *The Future of Evidence*, Science & Technology Law, 2011
- Kamisar Yale, *Modern Criminal Procedure, Cases Comments-Questions*, 12ed., Thomson, 2008
- Lafave, Wayne R., *Criminal Procedure*, West, 2009
- Lassiter G. Daniel/Meissner Christian A., *Police Interogations and False Confessions*, American Psychological Association, 2010
- Leo Richard, A., *Police Interrogation and American Justice*, Harvard University Press, 2008
- Padfield Nicola, *Criminal Justice Process*, 4th ed., Oxford, 2008
- Pfeiffer Gerd, *Karlsruher Kommentar Zur Strafprozessordnung*, 5. Aufl., C. H. Beck, 2003
- Radtke/Hohmann, *Strafprozessordnung, Kommentar*, Franz Vahler, 2011
- Saltzburg Stephen A. et. al., *Basic Criminal Procedure*, 4th ed., Thomson, 2005
- Thomas George C, III./ Richard A. Leo, *Confessions of Guilt*, Oxford, 2012
- Volk Klaus, *Grudkurs StPO*, 6 Aufl., C. H. Beck, 2008
- Wigmore John Henry, *A Treatise The Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, 2nd ed., Vol. 2, Little Brown, 1923

[논문]

A. III, Campell Reys, "The Admissibility of Bargained Confessions: Rhode Island

- Adopts an Expansive Approach to Confession Admissibility: State v. Pacheco", *Suffolk U. L. Rev.*, Vol. 19 (1985)
- A. Damon, Kimberly, "Voluntary Confessions and Miranda Warnings After United States v. Dickerson", *Am. J. Trial Advoc.* Vol. 23 (1999-2000)
- Berger Mark, "The Exclusionary Rule and Confession Evidence: Some Perspectives on Evolving Practices and Wales", *Anglo-Am. L. Rev.*, Vol. 20 (1991)
- Bicak A. Vahit, "Police and Criminal Evidence Act 1984, S. 76(2): Re-emergence of the Involuntariness Test", *J. Crim. L.* Vol. 65 (2001)
- Godsey, Mark A., "Reliability Lost False Confessions Discovered", *Chap. L. Rev.* Vol. 10 (2006-2007)
- _____, "Shining the Bright Light on Police Interrogation in America", *Ohio State J. Crim. L.* Vol. 6 (2009)
- Greenwood Kate, "Costodial Interrogation", *Ann. Rev. Crim. Proc.*, Vol. 27 (1998)
- Jahn, "Ausforschung einer Beschuldigten durch Wahrsagerin in der Untersuchungshaft-BGHSt 44, 129", *JuS* (2000)
- _____, "Strafprozessrecht als geronnenes Verfassungsrecht-Hauptprobleme und Streitfragen des § 136a StPO", *JuS* (2005)
- Krack, "Der Normzweck des § 136a StPO", *HStZ*, (2002)
- McCarthy, John M., "For The Sake of Judicial Economy-Supreme Court Rules Coerced Confession Can be Harmless Error. Fulminate v. Arizona, 111 S. Ct. 1246 (1991)" *S. III. U. L. J.*, Vol. 17 (1992-1993)
- Perez David A., "The (In) Admissibility of False Confession Expert Testimony", *Touro L. Rev.*, Vol. 26 (2010-2011)
- Reid, Christopher M, "Voluntary Confessions: An Examination of the Need to Restore a Pure Voluntary Confession Rule in Corley v. United States, 129 S. Ct. 1558 (2009)", *Neb L. Rev.*, Vol. 89 (2010-2011)
- Rochardson, Anita, "Can a Police Informant 'Coerce' a Confession?", *Preview U. S. Sup. Ct. Cas.* Vol. 23 (1990-1991)

- S · M Kassin/H. Sukel, "Coerced Confession and The jury: An experimental Test of the "harmles error" rule", *Law and Human Behavior*, Vol. 21 (1997)
- Sangero Boaz, "Miranda is not enough: A new Justification for Demanding "Strong Corroboration", to a Confession", *Cardozo L. Rew*, Vol. 28 (2006-2007)
- Sangero Boaz/Halpert Mordechai, "Proposal to reverse The View of a Confession: From Key Evidence Requiring Corroboration to Corroboration for Key Evidence", *U. Mich. J. L. Reform*, Vol. 44 (2010-2011)

[인터넷문헌]

[www. nocutnews. co. kr/email/email 2009/news](http://www.nocutnews.co.kr/email/email%202009/news) (2012. 7. 31.자 검색)

[www. ohmynews.com/NEWS Web/Articleview/article](http://www.ohmynews.com/NEWS%20Web/Articleview/article) (2012. 7. 31.자 검색)

Modern Psychological Interrogation Technique and False Confession :

Focusing on analysis of false confession caused by current psychological
interrogation technique and suggestion of counter-measures regarding
the Criminal Procedure Code

Kwon, Young Bub*

Since the Miranda Decision, behavioral analysis and psychological interrogation techniques are being used in criminal investigations instead of coercive interrogation. Since the modern psychological interrogation techniques are more powerful than traditional coercive interrogation, the risk of modern psychological interrogation techniques to cause false confession is increasing.

This study analyzed and explored (1) the modern psychological interrogation techniques that result in false confession, (2) the judgment and proving of confession's voluntariness, which is an issue of Criminal Procedure Code related to false confession, (3) the extent of corroboration evidence of the confession, and, (4) the prejudicial impact, which is a negative element caused by confession. In addition, as the counter-measures to these issues, the subject of allowing the testimony of experts and possible measures that can prevent false confession during criminal investigation were reviewed and suggested.

In order to prevent false confessions, it is required to record the whole process of criminal investigation as audio record or video record. Also, the criminal judicial officers including judges, attorney at laws and prosecutors should get continuous education in this regard.

* Daegu Bar Association, Ph D

From the perspective of legislation, current Criminal Procedure Code does not have stipulations that govern the crime suspect interrogation method. Therefore, it is required to add the prohibition of the interrogation methods that infringe the suspect capability on memory and judgment to Article 241 of Criminal Procedure Code. Article 309 of Criminal Procedure Code should be also added of a clause saying that forced confessions should not be allowed as an evidence of guilt regardless of the consent of the criminal defendant. Article 310 shall also stipulate that any corroboration evidence of the confession should have independent proving capability.

However, more than above, it is most important to newly establish the awareness on the false confession and meticulously examine during the trial whether the confession is false or not and whether the confession is voluntary or not.

- ❖ Key words : False Confession, Psychological Technique of Interrogation, Reid Technique, Voluntariness Rule of The Confession, All The Surrounding Circumstances, Corroboration Rule of the Confession, Prejudicial Impact