연구총서 18-B-02

형사정책과 사법제도에 관한 평가 연구 (XII) : 오판 방지를 위한 사법 시스템 평가·정비방안 연구

재심사례 분석을 중심으로

A Study on modifying Criminal Justice System for avoiding misjudgment case

박미숙 · 김재현 · 박준영 · 김성룡

KIC 한국형사정책연구원
KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

머리말

재심제도는 형사소송법상 특별절차로 규정되어 있긴 하지만, 일반인들은 물론 학계에서조차 관심을 갖지 않아 연구조차 잘 되지 않고 있었던 제도입니다. 이러한 '재심' 제도가 핫이슈로 떠오른 것은 요 근래 몇 년 사이의 일입니다. 재심제도가 주목을 처음 주목을 받게 된 데에는 '진실·화해를 위한 과거사정리 기본법'(약칭 과거사정리법)의 역할이 컸습니다. 과거사정리법에 의해 소위 반민주적, 반인권적 인권유린 행위와 의문사 사건을 중심으로 한 조사가 이루어졌고, 이 조사를 바탕으로 하여 국가차원의 폭력행위가 밝혀지면서 과거 유죄선고를 받았던 사건 중 75건에 이르는 사건들이 재심을 통한 무죄 확정을 받았습니다.

허나 이러한 시국사건이 아닌 일반사건에서의 재심은 최근까지도 상상하기 쉽지 않은 일이었습니다. 일반사건에서 법집행이나 법적용의 잘못됨을 이유로 유죄 확정판결을 뒤집기는 어렵기 때문입니다. 그러나, 언론보도를 통해 드러난 '익산 약촌오거리 살인사건', '삼례 나라슈퍼 살인사건' 등의 사례를 통해 우리는 억울한 누명을 써 유죄판결을 받고, 오랜 시간 수용생활을 한 피해자들의 고통의 크기가 얼마나 큰지, 또 사회적 약자들이 법 앞에서 얼마나 무기력한 좌절을 겪게 되는지 등에 대해 알 수 있게 됐습니다. 수사기관과 법원의 잘못은 단지 피의자·피고인 신문 단계에서 그치는 것이 아님과, 이들이 갖고 있는 확증편향의 문제의 영향이 크다는 것도 확인할 수 있었습니다. 특히 사회적 약자에게 쏟아지는 불편한 시선과 인식은 '형사사법체계 안'이라고 해서 예외가 아니며, 오히려 더욱 강화될 수 있음을 여지없이 보여준 예시가 되기도 했습니다.

이런 맥락에서, 오판을 방지하기 위한 사법시스템의 문제는 어느 한 지점에서만 일어나는 것으로 볼 수 없습니다. 사람, 조직, 운영, 체계 등 모든 영역에서 공정한 재판이라는 궁극적 목적을 위해 힘을 모아야합니다. 인간존엄이라는 헌법적 가치가 제대로 작동하지 않은 상황에서는, 언제 얼마든지 무고한 피해자들이 생겨날 수 있습니다.

이번 연구에서는 우선적으로 오판방지와 재심제도의 기능이라는 데에 초점을 두어 재심제도의 기능 회복에 관심을 갖고 재심을 통해 구제받은 몇몇 사례를 살펴보았습니다. 나아가 입법론적으로는 어떤 방향으로 나아가야 하는지에 일차적인 목적을 두

었습니다. 오판방지를 위한 연구는 일차적으로는 법률 전문가 내지 관심이 있는 사람들의 몫이긴 합니다. 그러나 제대로 된 결과를 얻어내기 위해서는 심리학이나 사회학, 정신의학자 등 관계있는 사람들이 모두 함께 해야만 합니다. 시민들의 냉철하고도 따듯한 관심과 모니터링도 당연히 필요합니다.

우리나라는 그 어느 때보다도 다양한 영역에서 국제적인 기준에 부응하고자 노력하고 있습니다. 그 모든 영역에서의 성장도 중요하지만, 그 안에서 숨 쉬고 있는 개개인들의 가치와 존엄 역시 한시도 무시되어서는 안 됩니다. 이를 위한 사법정상화는 운영하는 사람과 조직만의 문제는 아닐 것입니다. 대상이 되는 사람들의 가치와 존엄도 함께 정상적인 시선과 관심으로 지켜질 때, 비로소 우리는 정상화되는 사회를 기대할 수 있게 될 것입니다.

본 연구의 초기연구에서 비교법 연구자료에 대한 깊은 연구를 해주신 김성룡 교수님과 김재현 박사님께 감사드립니다. 무엇보다 박준영 변호사님께도 뜨거운 마음을 담아 감사를 전합니다. 처음 연구 기획단계에서 박준영 변호사님께서 맡은 재심사건을 보며 '형사정책연구원에서 할 수 있는 일이 무엇일까'를 고민했고, 이 과정에서 변호사님이 맡은 사례들을 잘 엮어 보여주는 것도 중요한 연구방법일 수 있겠다 생각했습니다. 바쁘신 와중에도 흔쾌히 자료정리를 해주신 박준영 변호사님, 무한한 감사의 말씀을 드립니다. 그리고 훌륭한 일본어 실력으로 꼼꼼하게 자료정리를 해준 최미란 연구인턴에게도 고마운 마음을 전합니다.

마지막으로, 본 연구가 사례를 꼼꼼하게 짚어 형사절차 내에서 오판문제가 생겨나는 원인과, 제도가 잘 작동하고 있는지, 작동할 수 있게 기획되었는지를 돌아볼 수 있는 계기가 되기를 기대합니다. 후학들에게 새로이 과제를 맡기는 것 같아 미안한 마음이지만, 그럼에도 불구하고 앞으로도 심도 깊은 논의가 지속될 수 있는 기회가 오길 진심으로 바랍니다.

2018년 12월

연구진을 대표하여

선임연구위원 박 미 숙

목 차

국문요약 ····· 1

| 제1장 | 서 론 • 박미숙 ····· 21

제1절 연구의 필요성 ····· 23

제2절 연구의 방법과 범위 ····· 26

1. 연구의 방법 ····· 26
2. 연구의 범위 ····· 27

| 제2장 | 오판의 개념과 원인 그리고 구제책 • 박미숙 ····· 29

제1절 오판의 개념 ····· 31

제2절 오판에 대한 실증연구 ····· 34

제3절 오판의 원인 ····· 36

1. 오판에 대한 인식정도 ····· 36
2. 유죄오판의 위험성 내지 가능성 ····· 37
3. 형사절차단계별 오판의 원인 ····· 39

가. 다양한 오판원인 ····· 39
나. 수사단계 ····· 41
다. 재판단계 ····· 47

제4절 오판구제 및 방지를 위한 법제도 ····· 53

1. 상소제도 ····· 53
2. 재심제도 ····· 55

가. 재심제도 개관 ····· 55
나. 재심이유 ····· 56
다. 증거의 신규성과 명백성의 판단 ····· 62
라. 재심의 대상 ····· 69

마. 재심절차 ····· 69
바. 재심청구재판 ····· 75
사. 재심심판절차 ····· 79
아. 재심심판절차의 특칙 ····· 80

| 제3장 | 사례분석 및 심층면접 결과 • 박준영 ····· **83**

제1절 사례분석 ····· 85
1. 삼례 나라슈퍼 강도치사사건 ····· 85
가. 사건개요 ····· 85
나. 경과 ····· 86
다. 재심청구 ····· 88
라. 재심판단 ····· 90
2. 약촌오거리 택시기사 살인사건 ····· 91
가. 사건개요 ····· 91
나. 경과 ····· 92
다. 재심청구 ····· 93
라. 재심판단 ····· 98
3. 춘천파출소장 딸 강간살해사건 ····· 99
가. 사건개요 ····· 99
나. 경과 ····· 99
다. 재심청구 ····· 101
라. 재심판단 ····· 103
4. 수원노숙소녀 상해치사사건 ····· 103
가. 사건개요 ····· 103
나. 경과 ····· 104
다. 재심청구 ····· 107
라. 재심판단 ····· 115
5. 기타 사례 ····· 115
가. 서울시 공무원 간첩조작사건 ····· 115
나. 형제복지원 사건 ····· 120

제2절 심층면접 ····· 124
1. 삼례 나라슈퍼 강도치사사건 피해사례자 면담 ····· 124
가. 불우한 가정환경 ····· 124
나. 수사 과정에서의 가혹 행위 ····· 125
다. 변호인 조력 부재 ····· 125
2. 약촌오거리 택시기사 살인사건 피해사례자 면담 ····· 125
가. 불우한 가정환경 ····· 125
나. 지적능력 결여 ····· 126
다. 수사과정에서의 가혹행위 및 허위자백 ····· 126
라. 정보제공의 부재 및 잘못된 정보제공 ····· 126
마. 국선변호인 형식적인 조력 ····· 127
3. 수원노숙소녀 상해치사사건 피혜사례자 면담 ····· 127
가. 불우한 가정환경 ····· 127
나. 수사과정에서의 허위자백 ····· 128
다. 정보제공의 부재 및 잘못된 정보제공 ····· 128
제3절 수사 및 재판절차에서의 문제점 ····· 129
1. 수사과정에서의 문제점 ····· 129
가. 초기 연행과정의 불법성 ····· 129
나. 현장검증 ····· 130
다. 진술서 작성 ····· 130
라. 사회적 약자의 환경을 고려하지 않은 수사 ····· 131
마. 조사과정에서 보호자와 변호인의 조력 부재 ····· 132
바. 피의자 신문조서의 작성 ····· 133
사. 경찰의 폭행 등 가혹행위 ····· 133
2. 재판절차에서의 문제점 ····· 134
가. 검찰의 위법성 및 법리의 모호성 ····· 134
나. 검찰의 무분별한 항소와 상고 ····· 135
다. 불충분한 심리 ····· 136
라. 형식적인 국선변호의 문제 ····· 136
마. 증거물의 폐기 ····· 137

| 제4장 | 미국의 오판방지를 위한 방안과 사후적 구제수단 • 김재현 ····· 139

제1절 서설 ····· 141

제2절 미국의 오판 및 면죄의 현황과 실태 ····· 142

1. 미국의 오판으로 인한 면죄자 현황 ····· 142

가. 연도별 면죄사건 발생 추이 ····· 143

나. DNA증거 및 비DNA증거에 의한 면죄자 수의 차이와 그 원인 ····· 147

다. 면죄에 소요되는 기간(Median Time From Conviction to Exoneration) ····· 149

제3절 미국의 오판 피해자에 대한 사후적 구제시스템 ····· 150

1. 미국의 재심제도 ····· 150

가. 서설 ····· 150

나. 연방법상의 구제방안으로서 인신보호영장제도 (Writ of Habeas Corpus) ····· 152

다. 새로운 공판의 신청(Motion for a New Trial) ····· 165

라. 미국의 주요 주의 재심제도 ····· 170

마. 미국의 DNA감식을 위한 법률 ····· 204

2. 오판피해자의 사후적 구제수단으로서 미국의 형사보상제도 ····· 210

가. 서설 ····· 210

나. 연방법에 의한 형사보상제도 ····· 211

다. 미국의 주요 주 형사보상제도 ····· 213

제4절 미국의 오판사례를 통해 도출된 오판의 원인 ····· 219

1. 오판의 원인 ····· 219

가. 서설 ····· 219

나. 증인의 과실과 의도적인 거짓말 ····· 222

다. 허위자백 ····· 234

라. 잘못된 법과학적 증거 ····· 240

마. 공권력 남용 ····· 244

2. 오판의 원인과 허위자백 ····· 246

가. 목격자의 범인지목과 허위자백 ····· 247

나. 허위자백의 원인 ····· 248
제5절 미국의 오판방지를 위한 노력 ····· 256
1. 서설 ····· 256
2. 허위자백을 방지하기 위한 방안 ····· 257
가. 목격자의 범인지목과 관련하여 ····· 257
나. 신문의 전 과정 녹화 ····· 258
다. 신문기법의 개선 ····· 260
3. 취약한 계층을 위한 추가적인 안전장치 ····· 260
4. 배심원들에 대한 판사의 설명 ····· 261
5. 기타 구제책 ····· 262
제6절 소결 및 정책적 시사점 ····· 265

| 제5장 | 독일에서의 오판원인 분석 및 대책 • 김성룡 ····· 271

제1절 서론 ····· 273
제2절 오판·오류의 원인과 방지대책 ····· 274
1. 개요 ····· 274
2. 검찰과 경찰 영역에서 발생하는 오판의 원인들 ····· 277
가. 개요 ····· 277
나. 수사절차에서의 오판원인과 재심의 추이 ····· 278
다. 미국 Innocence Project의 시사 ····· 282
라. 미국 미시간로스쿨의 배심·사면 관련 통계의 시사 ····· 283
마. 독일의 오판 원인 분석 ····· 285
바. 대책 ····· 298
3. 중간·사전결정절차에의 오판의 원인들 ····· 301
가. 개요 ····· 301
나. 수사상 구속 이후 무죄판결의 함의 ····· 303
다. 대책 ····· 304
4. 공판절차에서의 오판의 원인들 ····· 305
가. 개요 ····· 305
나. 증거방법과 관련한 오판의 원인 ····· 305

다. 공판정에서의 인식절차(수사결과에 대한 무비판적 수용태도) ····· 306
라. 형사절차에서 권력관계 ····· 308
제3절 맺는말 ····· 321

| 제6장 | 일본의 재심사례 분석 및 개정 논의 • 박미숙 ··· 325

제1절 서론 ····· 327
제2절 일본의 재심제도 ····· 329
1. 재심제도의 이념 ····· 329
2. 연혁 ····· 330
3. 일본 형사소송법상 재심관련 규정(법 제435조 이하) 개관 ····· 331
가. 재심청구 사유 ····· 331
나. 재심청구권자 ····· 333
다. 법원의 결정 ····· 333
4. 사형 오판구제를 위한 재심특례법안 ····· 334
5. 재심관련 이론에 대한 논의 ····· 335
가. 명백성의 기준과 판단방법 ····· 335
나. 총합평가의 방식을 둘러싼 논의 ····· 336
6. 일본 재심제도의 문제점 ····· 337
제3절 주요 재심사례 ····· 338
1. 시라토리(白鳥) 사건 ····· 339
가. 사실 관계 및 의의 ····· 339
나. 쟁점 ····· 340
다. 판단 요지 ····· 340
2. 사이타가와(財田川) 사건 ····· 341
가. 사안 ····· 341
나. 쟁점 ····· 342
다. 판단요지 ····· 342
3. 멘다(免田) 사건 ····· 343
가. 사안 ····· 343
나. 쟁점 ····· 343

다. 판단요지 ····· 344
4. 마츠야마(松山) 사건 ····· 344
가. 사안 ····· 344
나. 쟁점 ····· 345
다. 판단요지 ····· 345
5. 시마다(島田)사건 ····· 345
가. 사안 ····· 345
나. 쟁점 ····· 346
다. 판단요지 ····· 346
6. 시라토리·사이타가와 결정에 대한 평가 ····· 346
7. 기타 사건 ····· 348
가. 아시카가(足利) 사건 ····· 348
나. 후쿠이(福井) 여중생 살인사건 ····· 350
다. 하카마다(袴田) 사건 ····· 352
라. 마루요무선(マルヨ無線) 사건 ····· 353
마. 오자키(大崎) 사건 ····· 354
바. 히노쵸(曰野町) 사건 ····· 355
사. 마츠하시(松橋) 사건 ····· 356
아. 히가시스미요시(東住吉) 사건 ····· 357
자. 히메지우체국강도(姫路郵便局強盜)사건 ····· 358
차. 도요가와(豊川) 사건 ····· 358
카. 나바리(名張) 독주 사건 ····· 359
8. 평가 ····· 360
제4절 오판 원인 분석 ····· 361
1. 수사관에 의한 장시간 가혹 조사에 따른 자백 강요(허위자백)과 대용감옥제도 ····· 361
2. 잘못된 감정(鑑定) ····· 363
3. 경찰 또는 검찰의 피고인에게 유리한 증거 은폐 ····· 365
4. 허위자백 또는 잘못된 감정에 대한 법원의 평가 오류 ····· 366
제5절 일본변호사연합회와 오판구제 활동 ····· 367
1. 일변연의 설립과 오판구제 활동 ····· 367
2. 일변연과 재심 지원 ····· 367

3. 일변연의 인권보호위원회 ····· 368
4. 일변연의 재심법개정논의 ····· 370
가. 배경 ····· 370
나. 일변연 개정안의 내용(平成 3년안) ····· 371
제6절 일본에서의 재심개정 논의 ····· 372
1. 재심개정 논의에 대한 움직임 ····· 372
2. 재심개정 논의 ····· 374
제7절 재심제도를 둘러싼 과제와 시사점 ····· 377
1. 과제 ····· 377
가. 조사 전 과정의 녹화·녹음, 안이한 신체구속의 금지, 조사 시 변호인 입회권의 보장 ····· 378
나. 과학적 증거의 내용을 검증할 기회 보장 ····· 379
다. 전면적 증거개시의 제도화 ····· 379
라. 충분하고도 효과적인 변호인의 조력을 받을 권리의 보장 ····· 380
마. 재심개시 결정에 대한 불복신청의 금지 ····· 380
바. 독립한 제3자 기관에 의한 冤罪원인의 규명 ····· 380
사. 수사기관의 위법수사 억지 ····· 381
아. 시사점 ····· 381

| 제7장 | 오판방지를 위한 제도정비 • 박미숙 ····· **387**

제1절 무죄추정의 원칙의 준수 및 적용 ····· 389
제2절 수사단계에서의 제도 정비방안 ····· 392
1. 위법·탈법수사관행 억지 ····· 392
2. 피의자신문제도의 개선 ····· 394
3. 실질적이고도 효과적인 변호인의 조력을 받을 권리 보장 ····· 394
4. 피의자신문과 허위자백 ····· 397
가. 피의자신문의 의미와 오판가능성 ····· 397
나. 허위자백의 이유 ····· 400
다. 지적 장애인등 사회취약계층의 허위자백 가능성 ····· 402
라. 허위자백의 방지 ····· 403

5. 수사기관에 대한 신문기법 교육 ····· 411
제3절 공판단계에서의 제도 정비방안 ····· 412
1. 자백의 임의성 판단기준 ····· 412
2. 자백배제법칙의 엄격한 적용 ····· 414
3. 보강증거 확보 ····· 415
제4절 재심제도 개선방안 ····· 415
1. 재심의 입법목적과 그 한계 ····· 415
2. 재심제도 개정의 방향 ····· 416
가. 재심청구권자 확대 ····· 417
나. 증거의 신규성에 대한 피고인 과실의 경우 포함 여부 ····· 418
다. 사실조사 관련 규정 보완 ····· 419
라. 재심에서 법관의 제척·기피 규정의 신설 ····· 420
마. 재심절차의 신속성 확보 ····· 420
바. 재심청구절차상 국선변호인 조력 ····· 421
사. 재심절차에서의 증거개시제도 ····· 422
아. 재심개시결정에 대한 불복제도 ····· 423
자. 재심무죄판결의 공시 관련 ····· 423
차. 불이익재심의 인정 여부 ····· 424
제5절 사회적 취약계층에 대한 형사절차상 보호 ····· 425
1. 유죄오판과 사회적 약자 ····· 425
2. 지적 장애인의 방어권보장 ····· 426
제6절 증거 수집 및 보존 그리고 폐기에 관한 입법정비 ····· 430

| 제8장 | 결 론 • 박미숙 ····· 433

참고문헌 ····· 441

Abstract ····· 449

부록 ····· 473

표 차례

[표 2-1] 형사공판사건 종국구분별 비교표(1심) ····· 54
[표 4-1] 미국의 면죄 현황(1989-2015) ····· 145
[표 4-2] 범죄유형별 면죄율 ····· 146
[표 4-3] 범죄유형별 DNA증거에 의한 면죄비율 및 건수 ····· 147
[표 4-4] DNA 및 비DNA사례에 소요되는 기간(1989-2012) ····· 149
[표 4-5] 각 주별 DNA검사 규정 및 기타 주요사항 ····· 205
[표 4-6] 형사보상제도를 시행하고 있는 30개 주의 형사보상금 규정 ····· 213
[표 4-7] 오판의 원인별 비율(1989-2013) ····· 220
[표 4-8] 인종별 면죄자 비율 ····· 226
[표 4-9] 목격자의 오인지목에 의한 범죄유형별 면죄율 ····· 230
[표 4-10] 거짓말의 유형에 따른 면죄율 ····· 232
[표 4-11] 허위자백의 유형과 범죄별 면죄율 ····· 235
[표 5-1] 제8차 페테스베르거 회의(2015년) 프로그램 ····· 275
[표 6-1] 형사소송사건의 종국구분별 기제인원(1심) ····· 328
[표 6-2] 일변연 재심지원 사례 ····· 369
[표 6-3] 일변연이 제안한 개정안의 내용(平成3年案) ····· 371

그림 차례

[그림 4-1] 1989-2014 미국의 면죄 현황 ····· 144
[그림 4-2] 연도별 DNA증거에 의한 면죄추이(1989-2013) ····· 148
[그림 4-3] 연도별 Innocence Organization의 수 추이 ····· 264
[그림 5-1] 독일 쥐드도이췌 짜이퉁에 실린 관련기사 ····· 279
[그림 5-2] 1심 형사공판사건 재심 접수 및 처리건수 ····· 281
[그림 5-3] 1989년 이후 무죄 석방된 사건을 대상으로 한 통계자료 ····· 283
[그림 5-4] 오판의 원인 ····· 284

국문요약

1. 오판의 개념 및 원인과 구제책

오판에 개념에 대하여 확립된 통일적인 정의는 없다. 그러나 일반적으로 오판이란, 자신이 저지르지 않은 행위로 처벌받는 것을 의미한다. 즉 무고한 사람이 유죄판결로 처벌받는, 잘못된 유죄판결(wrongful conviction, misjudgement)인 것이다.

따라서 하급심에서 유죄판결을 받았으나 상급심에서 무죄확정이 된 경우, 또는 확정된 유죄판결이 재심절차에서 무죄판결을 받은 경우 이전의 유죄판결을 오판이라 할 수 있다. 미국의 오판은 재심을 통해 확정 판결이 번복되어 유죄오판이 인정되는 경우와 재소중인 자 내지 만기출소자에 대하여 DNA 등 새로운 증거의 발견・제시 및 분석을 통해 오판으로 인정되는 경우를 말한다. 일본에서는 법원 판결의 오판뿐만 아니라 경찰 및 검찰 단계에서의 잘못된 판단까지도 오판의 개념으로 포함하고 있다.

본 연구의 대상으로서 오판사례는, 재심을 통해 유죄오판으로 밝혀진 경우로 제한한다. 특히 이들 재심사례는 일반형사사건에서 수사기관의 위법·탈법 등의 인권침해적 수사와 법관의 잘못된 판단, 예단 그리고 변호인의 불성실한 변론 등이 주요 원인이 되어 발생한 것이 대부분이다. 재판과정에서의 오류는 심급제도를 통해 시정됨이 원칙이다. 비교법적으로도 독일, 일본은 재판의 핵심내용에 있어서 재판권 행사의 경우 명백한 실수나 오판이 있는 경우에는 사법행정 감독권 행사가 가능하다고 본다. 미국도 법관의 명백한 잘못에 대해서는 직무감독의 행사가 가능하다.

우리나라는 오판에 대한 실증연구가 많지 않다. 다만, 1970-1980년대 과거사 정리과정을 통한 재심무죄판결에서 오판으로 드러난 사건의 기록을 살펴보면, 증언과 자백이 중요한 판단자료로 쓰였고 고문의 흔적과 위증이 눈에 띈다. 2000년대에 들어와 이루어진 연구를 보면 형사사법기관의 정치적 편향성과 부패문제 등 그 폐해가 주요 원인으로 작용하고 있다. 또한 사법기관의 형벌권 남용, 자백중심의 수사관행, 강압적 수사관행 그리고 당사자들의 허위자백 등에 의한 오판사례가 대부분이다. 따라서 어느 하나의 요인만으로 오판을 정의하는 것은 단순한 접근이며, 더불어 법과학 증거의 발전에 따라 법과학의 형사절차에의 도입가능성과 그 구체적인 방안을 모색하는 연구

도 계속되고 있다. 적정한 절차에 따른 수집과 신뢰성 있는 전문가에 의한 분석, 도출된 증거 결과에 대한 법관의 정확한 판단이 전제된다면 오판을 줄일 수 있는 중요한 기준이 될 것이다.

실제 유죄오판 비율은 사실상 추론하기가 불가능하다. 통계적 수치의 해석에 대한 견해는 다를 수 있으나 오판 가능성이 증대되고 있다는 해석은 눈여겨볼만하다. 실제 본 보고서의 기초자료 등을 보면, 언론이나 일반 국민의 이목을 집중시킨 사례는 많지 않은 것으로 나타났지만, 그렇다고 오판의 위험성 및 가능성이 낮은 것은 아니다. 이러한 점에서 형사사법절차에서의 오판 가능성과 위험성을 높이는 요인을 찾는 것은 매우 중요하다.

오판의 원인에 대한 국가인권위원회, 사법피해자모임 또는 방송 등에서 나타난 바에 따르면, 확실한 증거가 있음에도 판사가 인정하지 아니한 경우, 변호사의 부실변론, 검찰 및 경찰에서의 허위진술 등 사법제도 곳곳에서 문제가 드러나고 있다. 이는 형사사법체계가 마련한 절차적 보장 장치와 재량에 의한 의사결정이 실패하였음 보여준다.

오판의 문제는 어떻게 양산되는가도 중요하지만 어떻게 발전하는가도 중요하다. 오판의 원인은 형사절차 각 단계별로 특성을 지니고 있으며 이러한 원인을 해소하기 위해서는 각 절차단계별로 원인을 찾아내어 방지하는 시스템을 갖추는 것이 필요하다. 따라서 본 연구에서는 형사사법 각 단계별 오판의 원인에 대한 연구사례 제시 및 그 원인을 단계별로 살펴본다.

먼저 수사단계와 관련하여, 종래 수사절차에서 변호인의 피의자신문참여권이나 영상녹화제도가 인정되기 전까지 이른바 밀실수사라는 오명이 생길 정도로 비공개 비밀주의로 진행해왔다. 법원도 피의자신문의 적정절차를 생략한 채 서명날인만 강요하는 관행이 굳어져왔다. 이러한 상황에서 작성된 피의자신문조서가 재판에 그대로 현출되고 재판이 진행되는 것은 공판단계에서의 공판중심주의와 직접심리주의라는 형사재판의 기본원칙을 흔들고 사실상 재판을 형식화하기에 이른다. 또한 터널비젼 및 확증편향과 같은 인지적 편향성은 형사절차의 전 단계에서의 수사기관이나 법원 등 전문가 집단에서 만연해 있고 유죄오판으로 이끄는 원인이 된다. 예단수사 또한 수사에서 가장 흔히 일어나는 것으로, 물리적 증거 및 정확증거를 잘못 해석하거나

피고인에게 불리하게 해석하는 등 잘못된 증거사용을 초래한다. 강압적인 수사관행과 허위자백, 목격자 등 증인에 의한 오인진술, 피해자의 잘못된 진술도 인지적 편향성의 문제점으로 들 수 있다.

다음으로 재판단계와 관련하여, 형사절차의 핵심이 수사절차라고 할 만큼, 재판은 조서재판으로서 유죄를 확증하는 단계로만 의미를 가졌다. 이에 일단 기소되어 공판절차가 시작되면 피고인은 유죄로 추정될 수밖에 없고, 무죄추정의 원칙은 철저히 무력화된다. 특히 법관의 법정에 현출된 증거에 대한 증명력 판단은 유무죄 판단에 매우 중요하다. 따라서 합리적 의심의 여지가 없을 정도의 증명이나 무죄추정의 원칙의 내재화 및 준수는 오판 가능성을 줄일 수 있는 요인이다. 그러나 실제 재판과정에서는 목격자의 잘못된 증언, 피해자의 피해진술, 과학적 증거의 오류가능성 판단, 자백, 정황증거 등 법관들의 판단의 차이를 초래하는 원인이 다양하다. 자백의 임의성 법칙과 관련해서, 임의성 판단을 위한 기준이 명백하지 않다는 문제가 있다. 단순히 조사자의 증언이나 자백조서의 내용, 조서작성의 형식만으로는 자백의 임의성을 입증하였다고 보기에 적정하지 않다. 미국의 경우 '범행을 했다'는 기술이 아니라 범행에 대한 일관성 있는 줄거리, 범행 동기 및 설명, 범인만이 알고 있는 범죄사실에 대한 세부사항과 나아가 자백을 한 심정 임의적으로 자백하였다는 사항까지 기재하게 되어 있다.

오판에 관한 구제책과 관련하여 크게 두 가지로 나눌 수 있는데, 첫 번째는 상소이고 두 번째는 재판 확정 후의 비상구제절차로서 재심이다. 먼저 상소제도는 상급법원에 구제를 구하는 신청이다. 상소는 오판을 시정하기 위하여 인정된 제도로서의 의미를 지니지만 원판결에 대한 잘못을 시정하고 이로부터 불이익을 받은 당사자 구제 및 법령의 통일적 해석을 가하기 위한 제도이다. 두 번째로 재심은 현행법 아래에서 오판으로부터 벗어날 수 있는 유일한 길이다. 재심제도는 오판의 시정제도이면서 사법피해자 보호를 위한 제도이다. 판례 또한 재심제도는 확정판결에 중대한 하자가 있는 경우 법적 안정성을 후퇴시키더라도 구체적 정의를 실현하고자 하는 것이 본래 이념임을 명확히 하고 있다.

2. 사례 분석 및 심층 면접

본 연구는 4개의 재심사례분석과 2개의 기타사례분석, 그리고 사례분석의 심층면접 내용을 담고 있다. 재심사례분석 사건은 각각 삼례 나라슈퍼 강도치사사건, 약촌오거리 택시기사 살인사건, 춘천파출소장 딸 강간살해사건, 수원노숙소녀 상해치사사건이다. 기타 사례로는 서울시 공무원 간첩조작사건과 형제복지원사건이다. 심층면접은 삼례 나라슈퍼 강도치사사건, 약촌오거리 택시기사 살인사건, 수원노숙소녀 상해치사사건의 재심 청구인들과 이루어진 내용이다.

■ 삼례 나라슈퍼 강도치사사건

사안은 전북 완주군 삼례읍에 있는 나라슈퍼에 3인조 강도가 침입하여 피해자들에게서 현금과 패물을 강취하고 피해자 1명을 살인한 사건이다. 사건 직후 완주경찰서는 정신지체장애가 있는 지역민 3인을 체포하여 자백을 받아냈다. 그러나 피의자 중 1인인 재심청구인은 수사기관에서의 협박과 강요에 의하여 허위자백을 하였으며 진범이 검거되었으므로 재심사유가 있다고 주장하여 재심을 청구하였다. 법원은 재심대상판결이 확정된 이후에 발견된 새로운 증거로서, 피고인들의 무죄를 인정할만한 명백한 증거에 해당한다고 하여 재심개시결정을 내렸다. 이후 법원은 자백 내용, 자백의 이르게 된 동기 등의 신빙성 인정이 어렵고 피해자 사망 증거가 없다는 등의 이유로 무죄를 선고하였고 이후 확정되었다.

본 사안의 피해사례자인 재심청구인과 심층면접을 한 결과 재심청구인을 둘러싼 환경과 문제점이 언급되었다. 재심청구인들의 불우한 가정환경, 수사과정에서의 가혹행위, 변호인의 조력부재가 그것이다. 재심청구인들의 부모가 지적장애인이나 신체장애인이거나 주취폭력이 심한 가정이었다. 또한 수사과정에서 경찰에 의하여 머리, 등, 발바닥 등을 폭행 당하였으며 형식적인 국선변호로 인하여 변호인의 조력을 받지 못하였다고 하였다.

■ 약촌오거리 택시기사 살인사건

사안은 전북 익산시 약촌오거리에 주차되어 있던 택시운전사를 살해한 사건이다. 사건의 범인으로 지목된 재심청구인은 경찰작성의 피의자신문조사가 명백히 허위로 작성된 문서이며 증거, 목격자의 증언, 진술 등 신증거에 의하면 살인하지 않았다고 주장하여 재심을 청구하였다. 법원은 신증거들이 기존 증거와 함께 고려할 때 재심대상판결을 그대로 유지할 수 없을 정도의 고도의 개연성이 인정되는 명백한 증거에 해당한다고 보아 재심개시결정을 내렸다. 검찰은 이에 불복하여 재항고를 하였으나 대법원은 이를 기각하였고, 검사가 상고를 포기함에 따라 무죄판결이 확정되었다.

본 사안의 피해사례자인 재심청구인과 심층면접을 한 결과 재심청구인을 둘러싼 환경과 문제점이 언급되었다. 재심청구인의 불우한 가정환경, 지적능력 결여, 수사과정에서의 가혹행위 및 허위자백, 정보제공의 부재 및 잘못된 정보제공, 변호인의 조력부재가 그것이다. 재심청구인은 조모의 양육 아래 성장하였고 조모의 사망 후 아버지와 함께 생활하였다가 아버지가 사망하자 배달원으로 일하는 생활을 하였다. 이러한 환경적 요인으로 인하여 재심청구인의 지적능력은 상당히 결여되었고, 경찰수사과정에서 자백을 강요받고 폭행을 당하였다. 또한 조사 과정에서 진술거부권과 같은 정보를 제공받지 못하였으며 형식적인 국선변호인의 조력으로 무죄주장의 의지를 갖지 않았다고 한다.

■ 수원노숙소녀 상해치사사건

사안은 수원고등학교 입구에서 피해자가 구타를 당한 채 사망한 사건이다. 피의자인 재심청구인들은 폭행과 상해치사혐의로 징역 및 벌금을 선고받았다. 그러나 재심청구인들은 범행의 전면부인과 함께 피해자의 사망원인 및 사망추정시각에 대한 법의학자의 의견 등과 모순되는 범죄사실 등을 바탕으로 재심을 청구하였다. 법원은 피고인들의 일관된 범행 부인과 자백진술의 모순, 불일치 등 자백진술의 진실성 및 신빙성의 의심 등에 따라 공소사실 입증이 부족하며 다른 증거가 없다고 하여 무죄를 선고하였다.

본 사안의 피해사례자인 재심청구인과 심층면접을 한 결과 재심청구인을 둘러싼

환경과 문제점이 언급되었다. 재심청구인의 불우한 가정환경, 수사과정에서의 허위자백, 정보제공의 부재 및 잘못된 정보제공이다. 재심청구인은 새어머니로부터 학대를 당하였고 새어머니의 부재 이후 아버지의 주취와 폭행으로 노숙생활을 하게 되는 가정환경에 처해있었다. 당해 사건과 관련하여 수사과정에서 경찰의 회유에 따라 허위자백을 하게 되었고, 경찰의 회유가 자신이 저지른 범행이라고 믿는 부분도 있었다고 한다. 또한 조사과정에서 진술거부권에 대한 이야기는 들었지만 그 의미를 파악하지 못하였고, 조사자가 의도하는 바에 따라 진술할 수밖에 없었다고 한다.

■ 춘천파출소장 딸 강간살해사건

사안은 강원도 춘천시 우두동에 있는 논에서 당시 춘천경찰서 역전파출소장의 딸인 피해자가 강간의 흔적과 함께 사망한 상태로 발견된 사건이다. 이 사건 피고인은 위 시한부 검거령 만기 1일 전에 피해자에 대한 강간치사 범행 사실을 자백하면서 피의자로 입건, 구속되었다. 피의자는 검찰 송치 후 조사 과정에서 종전 자백을 번복하여 부인하면서 기존 자백은 경찰에서의 고문에 의해 자백한 것이라고 주장하기 시작하였으나 무기징역 판결이 확정되었다.

피고인은 경찰청 과거사 진상규명위원회에 민원을 접수하였고, 위원회는 진실화해를 위한 과거사정리위원회에 이 사건을 이첩하였고, 진실화해를 위한 과거사정리위원회는 진실규명결정을 하였다.

춘천지방법원은 재심개시결정에 따라 진행된 재심절차에서 ① 경찰관의 상당한 정도의 폭행·협박 내지 가혹행위를 동원하였을 가능성, ② 피고인의 자백이 담긴 검사 작성 피의자신문조서는 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 이유가 있는 때에 해당하므로 증거능력이 없고, ③ 증인의 진술을 신빙할 수 없으며 ④ 공소사실을 입증할 증거가 없다고 하여 무죄를 선고하였다.

■ 서울시 공무원 간첩조작사건

피고인은 북한이탈주민 자격으로 보호대상자로서 국정원에서 조사 중 자신과 오빠가 간첩이라고 자백하였다. 그러나 이후 피고인은 기자회견을 통해 국정원 직원들로

부터 폭행 및 회유, 협박을 당하여 허위진술을 하였다며 기존의 진술을 번복하였고, 결국 피고인은 국가보안법위반 혐의에 대하여 무죄판결을 받았다.

법원은 증인신문조사에 있어 피고인을 독방에 가두고 잠을 재우지 않으며 조사를 하고, 폭행과 진술강요, 회유하였으며 변호인 접견을 못하게 막고 외부와의 전화통화 등을 차단, 조사관의 암묵적인 태도, 반인권적인 조사 등을 이유로 국가보안법 위반의 점에 대하여 무죄를 선고하였다.

■ 형제복지원 사건

경남 울주군 소재의 작업장에서 형제복지원 원생들이 강제노역하는 현장이 목격되고 조사되면서 세상에 드러난 사건이다. 당시 담당 검사가 형제복지원내에 수용된 모든 원색을 대상으로 인권침해(폭행, 감금, 성폭행, 사망사건 등)를 수사하려고 하였으나 당시 검찰 지휘부의 압력으로 포기하였다. 이후 검찰과거사위원회에서 진상조사가 진행되었다.

검찰개혁위원회와 검찰과거사위원회는 본 사건의 피고들이 원생에 대한 감금혐의를 형법 제20조에 의한 정당방위로 보아 무죄로 판단한 당시 판결은 법령 위반의 판결로 보아야 한다고 하였다. 또한 법령 위반의 판결은 사법적 정의를 뒤늦게나마 회복하기 위하여 반드시 법적 절차에 따라 파기, 시정되어야 할 것임을 지적하였고, 본 사건에 대한 검찰총장의 비상상고 신청이 법률상의 권한이자 의무라고 지적하였다.

■ 수사 및 재판절차에서의 문제점

본 연구에서 수사 및 재판절차에서의 문제점을 살펴보면 크게 수사과정에서의 문제점과 재판절차에서의 문제점으로 나눌 수 있다. 먼저 수사과정에서의 문제점은, 초기 피의자 연행과정이 불법적이다. 현장검증의 경우에는 단순히 범행 재현이 아닌 범인이나 증거를 만들어 낸다고 여겨질 정도로, 수사관들에 의한 지시나 강요가 구체적이고 위압적이다. 진술서 작성에 있어서도 수사관이 해당 내용을 불러주면 피의자가 예/아니오를 말하는 정도이다. 또한 조사과정에서 피의자의 보호자 및 변호인의 도움을 받을 수 있는 상황이 이루어지지 않았고, 대부분 경찰의 폭행 등 가혹행위에 의한

진술이 이루어졌다. 다음으로 재판절차에서의 문제점은, 검사의 수사가 사실관계를 왜곡하기도 하고 법리가 모호하고 지나치게 엄격하다는 것이다. 또한 검찰의 항소와 상고가 무분별하게 이루어지고 심리는 불충분하게 이루어졌다. 국선변호인의 조력은 형식적이어서 사실상 변호인의 조력이 없는 상황이라고 할 수 있다.

3. 미국의 오판방지 방안과 구제수단

오판이 발생하지 않도록 미연에 방지하기 위한 시스템의 구축과 노력도 중요하겠지만, 인간은 완벽한 존재가 아니므로 오판이 발생할 가능성을 전적으로 배제할 수는 없다. 따라서 사전적 예방뿐만 아니라 사후적으로도 오판 피해자를 구제하기 위한 시스템은 반드시 마련되어져야 한다. 우리나라도 재심이라는 최후적 구제수단이 존재하지만 현실적으로 재심이 이루어진 경우는 미국에 비해 극히 드물다. 아직 우리나라는 오판과 재심에 대한 관심이 미흡한 측면이 있지만 미국도 1980년대 이전까지는 우리와 비슷한 양상을 띠었으며, 1980년대 이후가 되어서야 무죄를 외치는 소리가 더 이상 이례적이지 않은 것으로 자리 잡게 되었다고 한다. 이러한 과정을 거쳐 1989년 이후 2018년 현재까지 미국에서 오판으로 인한 피해자가 면죄된 수는 약 2300명에 이른다. 따라서 오판피해자의 구제는 무엇보다 국민의 의식과 관심이 뒷받침되어야 할 것이다.

미국은 잘못된 유죄의 확정판결로 인한 피해자에 대한 사후적 구제수단으로서 연방법상의 구제수단인 인신보호영장제도(Writ of Habeas Corpus)와 새로운 공판의 신청(Motion for a New Trial) 및 각 주별 재심제도가 존재한다. 미국의 제도를 살펴본 바에 의하면 우리의 재심제도와 전적으로 부합하지는 않지만 재심을 하기 위한 요건은 상호 부합하는 측면이 적지 않다. 다만, 현실적으로 우리는 법원이 재심을 허가하는 경우나 실제 면죄된 사례를 찾아보기 어려운 반면, 미국은 상대적으로 그 비율이 높다. 예컨대, 미국은 1심 판결 이후에 상소를 거치지 않더라도 새로운 공판을 개시할 수 있는 새로운 공판의 청구(Motion for a New Trial)라는 제도가 존재하며, 모든 구제책을 이용하였음에도 불구하고 무죄방면이 되지 않은 경우 적정절차의 위반 등

연방헌법상의 권리를 침해당하였다는 이유로 인신보호영장제도(Writ of Habeas Corpus)를 청구하여 면죄가 될 수 있는 통로도 존재한다. 그리고 앞의 사례에서도 살펴보았듯이 인신보호영장제도(Habeas Corpus)가 받아들여지지 않았다고 하더라도 각 주별로 존재하는 재심을 또 다시 청구하여 구제를 받을 수 있는 길이 열려 있다.

새로운 재판의 청구(Motion for a New Trial)는 새로운 증거의 발견을 근거로 신청할 경우 유죄평결 후 3년 이내에 해야 하며, 다른 이유를 근거로 신청할 경우에는 14일 이내에 해야 하지만, 18 U.S.Code §3600에 따른 DNA증거를 근거로 신청하는 경우에는 이와 같은 제척기간이 적용되지 않는다.

각 주별로도 재심과 같은 기능을 하는 제도가 존재하며 이러한 제도의 명칭이 "Motion for a New Trial"로 이루어지기도 하지만 뉴욕 주의 경우에는 판결의 무효청구(Motion to vacate judgement)라는 형태로 이루어져 있으며, 청구 요건에 있어서 연방법상의 제도나 각 주별 재심제도와 크게 다를 바는 없다. 그러나 뉴욕 주법 상으로 특이할 만한 것은 피고인이나 변호인이 아닌 일반인에 의한 판결의 무효청구제도가 존재한다는 점이다. 즉, 모종의 사건에 대해 억울하게 누명을 쓰고 수감된 자는 본인 스스로 또는 그의 변호인이 아니더라도 일반 타인이 본 제도를 청구하여 면죄를 받을 수 있는 통로가 존재한다는 점에서 시사하는 바가 크다고 하겠다.

캘리포니아 주의 경우에는 재심여부를 결정함에 있어서 법관에게 넓은 재량권을 주고 있다. 즉, 법관이 증거가 유죄를 입증하는 데 불충분하다고 믿는다면 판사는 배심원의 평결에도 불구하고 새로운 공판의 청구를 인정할 수 있다. 나아가 다른 주와는 다르게 재심 또한 배심원의 평결로 행해지고 있으며 모든 증거는 반드시 새로 이루어져야 하므로 과거의 증거는 다시 사용되거나 언급될 수 없다는 특징이 있다. 그리고 재심청구가 새로 발견된 증거를 기반으로 제기될 때, 피고인에게 중대한 새로운 증거가 발견되었으나 피고인 자신이 할 수 있는 모든 주의를 다했음에도 불구하고 피고인이 발견하거나 만들 수 없는 증거들인 경우에는, 피고인이 심리 중에 자신의 무죄를 입증할 수 있는 증거를 제공할 증언의 선서진술서를 확보하면 된다. 심지어 피고인이 그러한 선서진술서를 확보할 수 있는 시간이 필요하다면, 법원은 어떠한 경우라도 그만큼의 시간동안 심리를 연기해 주고 있다. 나아가 판사가 항소사건을 제대로 분석하고 검토하기 위해 재판기록이나 녹취록이 보존되는데, 이러한 기록이

분실되거나 파괴된 경우에는 항소심을 제기할 수 없게 되므로 이 때 재심을 청구할 수도 있는 등 캘리포니아 주는 재심을 받을 수 있는 기회의 문이 상당히 넓은 편이다.

미국은 우리와 달리 한 사람이 재심을 여러 번 청구하여 면죄를 받은 사례들을 많이 찾아볼 수 있는 만큼 사법시스템에 대한 접근성이 높다고 할 수 있다. 즉, 무죄방면의 통로가 다양하다고 해서 면죄자가 많이 도출되는 것은 아니므로 이러한 제도를 누릴 수 있는 접근도가 우리에 비해 까다롭지 않다고 할 수 있다. 그리고 재심을 위해서는 무엇보다 무고하게 유죄판결을 받은 자가 자신의 무고함을 입증하기 위한 새로운 증거를 확보하는 것이 관건인데, 그러한 새로운 증거를 발견하는 데 큰 역할을 하는 것이 바로 DNA증거이다. 2000년 대 이후로는 6개 주를 제외한 모든 주에서는 DNA감식을 위한 권리를 보장해 주는 규정이 마련되었고, 주마다 다소간의 차이는 있지만 이러한 DNA증거가 무죄입증에 미치는 영향이 개연성 정도만 인정되면 재심을 청구할 수 있는 주가 많으며, 법관의 재량에 의한 판단으로도 재심의 통로가 열리게 되므로 무고한 자의 면죄가능성은 상대적으로 높아지고 접근성 또한 용이하게 되었다. 나아가 이러한 증거를 보관 및 유지하지 못한다면 그만큼 재심의 가능성은 줄어들기 때문에 미국은 DNA감식에 대한 권리를 실질적으로 보장하기 위하여 범죄현장에서 채취한 형사사건의 생물학적 증거를 미연방형법전 Seciton 3600(b)-(2)에 의거하여 연방정부로 하여금 보존하도록 강제하고 있다.

그리고 면죄자들이 복역한 기간도 상당히 긴 편이고 나아가 면죄에 이르기까지 평균 10년이라는 짧지 않은 기간이 소요된다는 점을 보았을 때, 한 인간의 억울한 삶에 대한 보상은 어느 것으로도 대체할 수 없을 것이다. 미국은 사후적 구제수단인 재심제도 외에도 가능한 한 억울한 과거를 보상해 주기 위해 형사보상제도가 존재하며 대부분 큰 액수의 보상액이 책정된다. 물론 각 주별로 보상액이 상대적으로 적거나 심지어 보상액의 상한제한이 없는 주도 있는 등 각 주별로 차이는 있으나, 미국의 형사보상제도에 의하면 우리에 비해 상당한 액수가 책정되며, 몬타나 주의 경우에는 무죄방면 이후 취업 등을 위한 교육의 일체비용을 원조해주고 있으므로 우리는 이러한 점들을 참고할 필요도 있다.

우리는 미국과 달리 재심사례도 거의 없고 나아가 오판에 대한 문제의식이 상대적으로 약했던 탓인지 오판의 원인에 대한 연구가 미흡한 측면이 있지만, 미국은 오판사

례가 많았던 만큼 이에 대한 연구가 오랜 기간 이루어져 왔다. 즉, 오판의 원인규명에 대한 많은 실무 및 연구자들의 관심으로 인해 그 원인을 매우 세밀하게 분석하고 파악하여 규명하고자 하였고, 이러한 문제를 해결하기 위해 끊임없이 노력하고 있다. 오판의 원인은 주로 공판의 전 단계인 수사과정에서 발생하게 되는 경우가 많으므로 이러한 수사관행을 바로잡기 위하여 비판의 목소리를 높이고 종래의 수사기법을 탈피하기 위해 노력하는 모습 등을 보이고 있다.

그 외에도 2004년에 통과된 'Justice for All Act'는 재소자로 하여금 자신의 유죄판결에 불복하여 DNA테스트를 청원할 수 있게 하는 권한을 부여하고 있을 뿐만 아니라 금전적인 제공도 지원하고 있다. 나아가 노스캐롤라이나(North Carolina) 주는 'Innocence Inquiry Commission(무죄조사위원회)'를 채택하고 있으며, 노스캐롤라이나 주 외에도 5개 주, 즉 캘리포니아, 코네티컷, 버지니아, 텍사스, 위스콘신 주에서도 이와 유사한 제도를 창설해왔다.

그리고 미국에는 무고한 자를 구명하기 위한 비영리단체도 상당히 많이 존재한다. 미국의 거의 모든 주들에 존재하는 Innocence Organization은 무고한 자들의 무죄방면을 위하여 활발하게 움직이고 있으며, 검찰 내부에서도 무고한 자에 대한 유죄판결을 예방하고 바로잡기 위해 만들어진 CIU(Conviction Integrity Unit)도 존재한다. 이러한 기관들이 무고한 자들의 목소리를 귀 기울여 들으면서 그들을 돕기 위해 많은 노력을 한 결과 수많은 무고한 자들을 구명할 수 있었다고 생각된다.

오판을 방지하고 무고한 자를 구제하기 위해서는 재심제도와 더불어 사법기관 및 무고한 자에게 도움을 줄 수 있는 기관들 사이의 복합적인 노력이 필요할 것이다. 즉, 제도에 접근하기 위한 문턱이 높지 않아야 한다는 점도 중요하겠지만 미국의 법관들과 같이 재심의 허가여부에 대해 열린 마음으로 받아들이고자 하는 태도가 필요하며, 재심의 요건을 심사함에 있어서도 그 기준이 너무 엄격해서는 안 될 것이며, 무고한 자들이 상대적 약자가 많은 만큼 이들에게 도움을 줄 수 있는 기관도 마련되어야 한다. 무엇보다 오판을 방지하기 위해서는 수사과정에서 인권을 보장을 위한 절차를 준수해야 한다.

오판의 근절은 형사사법의 궁극적 목표이자 영원한 이념이며 과제일 것이다. 오류가 없는 재판과 오판을 미연에 예방하려면 첫 번째로 형사절차가 제대로 운용되어야

할 것이기에 형사절차는 매우 중요한 역할을 담당하고 있다고 할 수 있다. 하지만 형사절차가 아무리 적법하게 이루어진다고 하더라도 인간은 완벽한 존재가 아니므로 명백한 실체진실의 발견이 불가능함을 부정할 수 없고 따라서, 오판의 가능성도 항상 존재할 수밖에 없다. 그렇다고 해서 이러한 문제를 당연시 여기고 껴안고 갈 수만은 없는 노릇이므로 끊임없이 변화를 모색하고 노력해 나아가야 할 것이다.

4. 독일에서의 오판원인 분석 및 대책

독일에서 1970, 1972, 1974년 출간된 Peters의 '형사소송에서 오판의 원인들(Fehlerquellen im Strafprozess)'이라는, 해당 분야의 기본서라고 할 수 있는 책자가 공중에 알려진 이후로도 약 40년 이상이 지날 동안 사실상 오판이 관심의 중요대상이 되지는 못했다. 하지만 비교적 최근에 루프, 페기, 뵈르츠 사건으로 알려져 있는 여론의 관심이 들끓었던 재심절차들을 경험하면서, 또한 미국의 DNA 감식기법의 발달로 활성화된 innocence project의 결과들을 지켜보면서, 형사법관이 선고한 판결을 신뢰할 수 있는가라는 문제를 다시 학문적·일반적 관심의 대상으로 올려놓고 있다.

오판을 정확하게 정의하자면, 무죄인 피고인을 유죄선고한 경우, 즉 우리의 관심대상의 경우는 물론이고, 유죄인 피고인을 무죄선고한 경우도 당연히 오판에 해당하는 것이지만, 비상상고의 대상을 제외하고 현재 국내 형사소송법의 재심제도는 이익재심만을 대상으로 한다는 점에서 지금까지는 주로 범죄인에게 불리한 오판을 대상으로 살펴보았다.

이상의 검토 결과 알 수 있었던 가장 중요하면서도 상식적인 오판방지 대책은 수사의 첫 단추부터 효과 있는 변호인의 조력을 통해 수사기관에 의한 사실 왜곡의 방지이며, 형사법관, 검사, 경찰, 때에 따라서는 변호인도 자신들의 직무에 겸손하고, 그 중한 의미를 인식하여 오판을 방지하고, 의심법칙에 부합하도록 피의자·피고인의 유죄인증의 증거가 진실인지를 의심하는 자세가 필요하다.

Kotsoglou 박사의 지적처럼 우리가 오판이라고 하는 사건들에서 가장 우선적으로 구별해야하는 것은 판결 당시에 알려지지 않은 것이 사후에 밝혀져 이를 근거로 유무

죄의 판결을 변경해야하는 경우를 과연 오판이라고 할 수 있는지를 명확하게 하는 것이 중요하다. 즉, 당해 재판부의 판사가 어떤 인식적 오류로 인해서 당시에도 바른 판단을 할 수 있었음에도 이를 그르친 경우가 아니라면, 비록 이후에 발견된 새로운 증거를 근거로 재심이 개시되었다고 하더라도 그 재심 대상 판결들을 오판이라고 표현해서는 안 된다. 이러한 인식은 종국적으로 재심에 대해 극도로 인색한 현재 법원의 태도를 전향적으로 개선할 수 있는 단초가 된다.

한편 '법관의 오판은 그 판결에 관계된 사람들의 인생과 그 가족의 일생과 그를 둘러싼 사회적 관계망의 파괴를 가져온다'는 엄정한 사실이 형사법관들의 법조윤리의 첫 번째 경고가 되어야 한다는 것이다. Sommer 교수의 지적처럼 매니저의 착오는 금전적 손해에 그치지만, 형사판사의 착오는 삶을 파괴하는 것이다. 이런 사실을 판사나, 검사나 법조인들은 대부분 모르고 있거나, 자신들의 잘못을 한 번도 쉽게 인정하지 않는다는 것에 문제가 있다. 만약 앞으로도 심리학적으로 자명한 것들을 계속 무시한다면 형사소송절차는 말 그래도 스스로 자멸하게 될 것이라는 Sommer의 경고도 흘려버려서는 안 된다.

끝으로, 사법경찰관, 검사, 변호인, 그리고 판사까지 모두가 피고인에게 실체진실을 알고 싶다고 강요하거나, 적어도 심리적인 압력을 가하는 것은 아닌지를 생각해 보아야 한다. 왜냐하면 우리가 비록 미국이나 독일과 같이 유죄협상(plea bargaining; Vetständigung)을 제도적으로 허락하지 않고 있다고 하더라도 형사사건에 관여하거나 참여한 자들이라면 누구나 이런 장면을 쉽게 볼 수 있기 때문이다.

5. 일본의 재심사례 분석 및 개정 논의

형사재판에서 유죄의 판결을 번복하는 것은 쉽지 않다. 일본은 이미 1970년대에 재심을 통한 오판구제 사례가 생기면서 이후 20여년 동안 무죄가 된 재심 사례들이 몇 차례 이루어졌다. 그리고 이들 재심무죄사례 등에 쏟아진 관심은 법개정 운동과 민간차원에서의 무고입증 노력, 그리고 일본변호사협회에서의 체계적 지원과 조사연구 등으로 이어져 일본 형사사법시스템 개혁운동을 이끈 토대가 되었다. 본 연구에

서는 일본에서의 재심제도와 그 운용을 살펴보고 우리나라의 재심제도를 위한 시사점을 얻고자 하는 데 그 기본목적이 있다. 따라서 일본 재심제도에 대한 법제도 개관을 시작으로 운용과 문제점, 그리고 개정논의 등을 설명하면서 오판방지를 위한 시사점을 제시하고자 한다.

실제 도쿠시마[德島] 사건에서처럼 사후 재심에 의해 무죄판결이 내려진 예도 없는 것은 아니지만, 재심개시결정을 받는 것은 그만큼 어려운 일이다. 일본 형사소송법상 재심규정을 보면 재심개시 사유에 대한 규정이 있을 뿐 청구절차에 대한 규정은 없다. 이 과정에서 검찰측은 재심사유가 없다는 점, 설사 재심사유가 있다 하더라도 유죄판결이 번복될 정도는 아니라는 점 등을 강하게 주장하는 게 통상적이다. 나아가 재심개시 결정이 내려지더라도 검찰 측은 상소를 활용하여 끝까지 다투는게 통상적이다.

또한 이익재심만을 인정하고 있다는 점에서는 검사에게는 재심청구인을 위해서 오판 해명의무와 진실발견 의무가 있다고 보는 것이 일반적이다. 그런데 검사는 그와는 반대로 유죄의 입증을 위한 반론을 제기하는데 힘을 쏟는다. 예컨대 확정심에서 청구되지 않은 미제출 증거 중에 청구인에게 유리한 증거가 있을 가능성이 매우 크다. 이 때문에 청구인은 검사 소지중 증거의 개시를 요구하지만, 검사는 청구인 측의 증거개시 요구에 거의 응하지 않는다.

다음으로 증거와 관련하여서는 우선 재심무죄 사건은 대부분 자백사건이었다. 자백을 주요증거로 하여 유죄판결이 내려진 것이다. 그런데 이들 자백이 모두 수사기관의 신문과정에서 만들어진 허위자백이었다. 허위의 자백을 수사기관이 날조하고 법원은 이에 대한 신용성 판단 및 임의성 판단에 있어서 자백에 의존하여 사실인정을 해왔던 것이다.

현대 재심재판에서 재심 개시에 이르는 과정이나 재심개시 청구를 위한 신증거의 근거로서 과학적 감정 등을 들었다. 즉 DNA형 감정 등의 과학적 지식의 활용, 재심변호 활동의 활성화 등이 재심개시를 이끄는 하나의 축으로 보인다. 유죄의 확정증거라고 여겨지는 것 중에는 과학적 검증에 따라 검찰이 주장한 것과 같은 증거능력이 실은 보유되지 않은 것 아니냐는 의문이 지적되기도 한다. 예를 들면, 도쿄 전력 OL살인 사건에서는 피해 여성으로부터 채취한 정액의 DNA감정에 의해서 재심 무죄가 확정된 것을 들 수 있다. 경찰과 검찰은 잘못 범인을 지목하는 일로 이어지지

않도록 신중히 증거를 수집 및 검증하고 또 과거 사건에 대하여 冤罪로 인해 의심할 충분한 이유가 있다면 법원은 가능한 과학적 검증을 실시함으로써 증거를 재확인할 필요성이 있다.

일본의 경우 1975년 시라토리[白鳥] 사건에서부터 1990년대까지 재심제도가 오판 피해자를 구제하는데 중요한 역할을 한 것은 사실이다. 그런데 이후 재심제도에 대한 논의나 오판구제 내지 오판방지 방안에 대한 논의가 거의 없는 것을 볼 수 있다. 그 이유는 첫째, 법원과 검찰 등 재심청구를 받는 기관 쪽에서 받는 심리적 압박 문제이다. 법원과 검찰은 서로 선후배로 엮여 있으며, 양자 사이의 인적 교류도 활발하다. 그런데 재심이라는 것은 일종의 선배나 동료에 대한 비판과 같은 의미로 작용한다. 이 때문에 심리적으로 갈등이 크다고 한다. 완벽하게 진범이 나타나면 모를까 무죄의 합리적 의심을 다투는 재심 청구가 대부분이어서 특히 이러한 갈등이 심하다고 한다. 둘째, 재심청구에 대한 신중론이 광범위하게 퍼진 것도 한 이유이다. 재심개시결정이 봇물이 터지면서 거꾸로 재심개시 요건을 엄격히 해야 한다는 주장이 설득력을 얻고 이러한 주장을 담은 법해석자료가 발간되면서 이에 대한 법원과 검찰의 공감을 얻게 된 것이다. 셋째, 그리고 무엇보다 재심개시결정이 난 이후에도 검찰은 계속해서 상소해서 다투는 것이 허용되고 있다는 점이 재심제도를 얼어붙게 하는 요인이 되고 있다. 재심개시결정이 내려진 후에 검찰에 의한 항소와 상고가 계속 이루어지면서 청구인들이 지치고 쉽게 굴복하기도 한다. 넷째, 이미 위에서 본 바와 같이 일본에서 재심무죄가 된 사건이 꽤 있다. 그런데 이들 재심 무죄 이후에도 재심제도 자체에 대한 근본적인 개혁이나 재검토에 대하여는 모두 눈을 감은 것이다. 일본변호사협회(JFBA)에 의한 재심관련 규정 개정을 공론화한 것은 있으나, 이미 쉽게 잊혀졌고, 오판구제 문제는 일본 사회에서 중심 이슈로 부터 멀어져 갔다.

재심제도 개정에 대한 공론화가 필요하다. 우리나라는 이미 2000년대 초 사법개혁 목소리가 커지면서 제도개혁의 구체적인 방향과 논의에까지 이르렀고, 국민참여재판과 로스쿨의 도입 등 가시적인 성과를 가져오기도 하였다. 그러나 실제 오판구제라고 하는 관점에서 사법개혁은 크게 문제되지 않았다. 2007년 형사소송법 개정의 방향도 기본적으로 인권보장과 선진화된 형사사법을 기본적인 이념으로 설계 구축되었지만, 실제 오판방지와 구제라는 관점은 형사사법에서 간과되거나 무시되어온 것도 사실이

다. 일본의 경우 2009년 재판원제도의 도입으로 사형 판결등에 보다 신중하게 임하는 것 같다는 평가도 있다. 재판원 제도가 오판을 방지하는데 도움이 되는 제도인가에 대하여는 확실히 말할 수는 없을 것이다. 다만, 재판원 재판은 분명 잘못된 기소를 억지하는 즉 기소권 남용을 억지할 수 있는 기능을 있을 것이다.

일본의 경우 오판의 원인으로서 불충분한 수사와 허위자백에의 의존이 지적되고 있다. 그리고 증인의 증언에 의존하는 것 또한 오판의 위험성을 높이는 한 요인이 된다. 이 점은 검찰조서가 거의 자동적으로 증거능력이 인정되는 예에 비추어본다면 전문증거의 증거능력 판단에 대한 신중한 접근이 요구된다. 그리고 법관의 편견도 한몫을 한다는 지적도 경청할 만하다. 결국 재판원 제도는 이런 점에서 피고인에 대한 편견을 줄일 수 있는 제도로서 의미가 있지 않을까 기대된다.

일본의 경우 일변연의 지원이 없는 사례에서는 무료상담 서비스 변호사의 헌신적인 활동도 재심을 얻는내는데 매우 중요한 역할을 하고 있다. 사실 하나의 사건이라 하더라도 재심을 얻어내기까지는 조사나 준비에 방대한 시간과 비용이 수반된다. 일본에서도 비영리단체(Non-profit organization; NPO) 내지 공익활동가 모임에서 오판피해자를 구제하기 위한 비용을 부담하는 경우도 있다. 소위 일본국민구원회(Japan Association for Justice and Human Rights)는 일본 최대의 오판구제를 목적으로 한 민간 NPO이다.

언론인의 역할도 중요하다. 이들은 개별사건을 장기간에 걸쳐 탐사하여 보도하고 사회에 호소하는 역할을 한다. 언론인 중에서는 매스 미디어와 별개로 열심히 사건을 파헤쳐 진실을 밝혀내고자 애쓰며, 나중에는 변호사협회의 지원을 받는 것으로 연결되거나, 여론의 주목을 받음으로써 일반국민들로 하여금 이들 오판사건과 그 피해자들에 관심을 갖게 한다.

6. 오판방지를 위한 제도 정비

■ 무죄추정 원칙의 준수 및 적용

부당한 오판을 접근하는 관점이 어떠하든, 기본적으로 관통하는 원칙이 있다. 바로 '의심스러운 경우에는 피고인에게 유리하게(in dubio pro reo)' 원칙이다. 이 원칙에 따르지 않는 경우는 사실인정의 법칙에 반하는 것으로서 오판에 포함되어야 한다. 현행법은 증거의 증명력을 법관의 자유심증에 따라 판단하도록 하고 있다. 그러나 이러한 원칙이 전제되지 않는다면 그 판단은 자유심증주의가 아닌 자유심증을 빙자한 남용이다. 일본의 경우, 재심사례연구의 획기적 판결로 평가받는 시라토리[白鳥]사건에서 일본 최고재판소는 다음과 같이 언급하였다. 무죄를 언급할 정도의 명백한 증거를 판단함에 있어 확정판결에서의 사실인정에 관해 합리적 의심이 생기게 하면 족하다는 의미에서 '의심스러울 때에는 피고인의 이익으로' 원칙이 적용된다. 따라서 명백성의 기준은 원판결의 정당성에 대한 현저하고도 중대한 의심이 있는 경우라고 할 수 있으며 이러한 점에서 '의심스러운 경우에는 피고인의 이익으로'라는 원칙은 재심개시절차 이유를 판단하는 의미 있는 기준이라 할 수 있다.

■ 수사단계에서의 제도정비방안

수사기관의 만행, 사회적 약자에 대한 사법기관 종사자들의 편견과 무시가 오판을 양산하는 배경이다. 수사관의 고문에 의한 유죄확정판결에 대하여 재심을 청구하는 것은 법현실적으로 불가능에 가깝다. 가혹행위나 협박, 증거조작, 위증교사, 모순투성이의 진술 등에도 불구하고 유죄선고를 받는 사례는, 한국 재판의 현실을 보여준다.

피의자신문은 수사의 핵심적 단계이다. 그런데 지적장애인 내지 사회적 약자는 허위진술이나 자백에 쉽게 노출되어 있다. 이들을 위한 신문방식의 개선과 전문가 참여가 필요하다. 수사단계에서의 변호인의 조력을 받을 권리를 보장하는 것 또한 허위자백의 방지를 위한 중요한 장치이다. 2016년 7월 형사소송법 개정으로 인하여 국선변호인 선정사유 개정으로 실질적 변호권을 보장방안이 확보되었다.

피의자신문과 자백은 절차적 공정성과 실질적 정의의 관념의 핵심에 해당한다.

따라서 피의자신문 단계는 형사절차원의 원형을 이해할 수 있는 중요한 단서와 같은 역할을 하며 동시에 허위자백과 수사기관의 역할, 수사환경, 경찰 및 검찰 권력의 적정한 행사와 적법적차 등을 들여다 볼 수 있는 역할을 한다. 전형적으로 허위자백에 이어지는 과정은 피의자를 대상으로 강압적인 신문 기법에 노출시키면 허위자백의 결과를 만들어 낼 수 있다. 허위자백은 여러 복합적 요인에 의하여 발생하며, 경찰의 신문 전술에 말려들어 자신의 기억을 의심하여 일시적으로 설득되어 자백하는 경우도 있다. 이러한 허위자백 방지를 위하여 법심리학적 분석과 형사법학의 통합적 관점에서 그 원인을 분석하여야 한다. 또한 조사의 전 과정을 투명하게 하고 변호인의 조력을 받을 권리를 실질적으로 보장하며 영상녹화제도를 활성화하는 등 허위자백을 방지하는 방안을 마련하여야 한다.

마지막으로 피의자를 신문하는 수사기관에 대한 교육이 필요하다. 수사기관 스스로 강압적인 수사환경을 만들지 않고, 피고인들의 거짓자백과 진술을 걸러낼 수 있는 교육이 이루어져야 한다.

■ 공판단계에서의 제도정비방안

법원은 기본적으로 자백배제법칙에 따라 자백의 임의성 여부를 판단하여야 함에도 불구하고, 자백이 있는 경우에는 임의성에 의심할 만한 사유가 있는 때에 해당한다 할지라도 사실상 자백의 임의성은 추정된다는 입장을 취하고 있다. 그러나 자백의 임의성 판단을 위하여 기준이 명확하지 않으면 안 된다. 단지 조사자 증언이나 자백조서의 내용, 조서 작성의 형식만으로 자백의 임의성을 입증하였다고 보는 것은 적정하지 않다. 따라서 법원은 신문 상황이 강압적이었는지 여부와 피의자 및 피고인에게 미치는 영향, 그리고 피의자의 지적능력 여부 등에 대한 구체적 조사를 바탕으로 판단하여야 한다. 법원은 검사로 하여금 자백의 임의성을 입증하도록 하고 이 경우 우월한 증거로 입증하도록 하여야 한다.

또한 허위자백의 위험성을 줄이기 위하여 피의자 진술 이외에 객관적이고도 확실한 증거를 획득하기 위한 노력이 이루어져야 하며 이러한 자백의 보강증거는 실질적이고도 독립한 증거여야 한다.

■ 재심제도 개선방안

본 연구에서는 재심제도 개정에 대하여 이상의 논의를 구체화하고 다듬어서 입법론으로 발전시키고자 한다. 먼저 형사소송법상의 재심청구권자의 범위를 확대하여 유죄선고를 받은 자의 명예를 회복하고 사법신뢰를 제고하여 재심제도의 입법취지를 살릴 수 있도록 하여야 한다. 다음으로 고의로 증거를 제출하지 않는 경우에는 재심사유로 인정하지 않는다고 명문화함으로써, 반대로 과실에 의한 증거 미제출은 허용하도록 해석의 폭을 넓혀야 한다. 또한 재심절차에서 사실조사 관련 규정의 보완이 필요하다. 더불어 원심에 관여한 법관은 인지적 편향성과 터널비젼을 갖고 있을 가능성을 배제할 수 없으므로 재심에서 법관의 제척, 기피 규정을 신설하여야 한다. 다음으로 재심청구 이유에 대한 판단과 재심개시 및 기각 결정을 전담하는 부서 및 위원회를 설치하는 방안을 생각해 볼 수 있다. 또한 국선변호인 제도를 활성화하여 수사절차에서 변호인의 참여를 보장함으로써 위법·탈법 수사로 인한 오판 등에 이르는 결과를 방지할 수 있게 된다. 증거개시의 범위에는 원판결에 제출된 증거뿐 아니라 원판결의 공판절차에 제출되지 아니한 증거도 포함되어야 한다. 마지막으로 검찰 측의 무분별한 항고에 대하여, 검사의 의견청취와 항고권 행사의 제한 두 가지 운용에 대한 고민이 필요하다.

■ 사회적 취약계층에 대한 형사절차상 보호

사회적 약자는 사법체계 내에서 '지워진 사람'에 불과하다. 가정적으로 경제적으로 불우하고 취약한 자는 법 앞에서 평등하기가 어려우며, 오히려 수사기관이나 법원에서 역차별을 받는 경우가 많다. 이러한 취약 계층을 위하여, 취약계층 중 지적장애인의 재판을 받을 능력에 관해서는 별도의 감정이 필요하다. 무엇보다 지적장애인들에 대한 편견 극복을 위한 형사절차가 중요하다. 일반적으로 지적장애인의 범죄가능성 및 재범위험성으로 합리적이고도 정당한 이유 없이 이들의 권리를 부정하는 경우가 많다. 따라서 형사절차에서 지적장애인을 포함한 사회적 약자에 대한 보호제도의 실제 운영을 심층적으로 살펴보고 제도개선 및 지원책을 강구하여야 한다.

■ 증거수집 및 보존 그리고 폐기에 관한 입법정비

법과학 증거로 인한 오판사례가 적지 않음은 이상에서 살펴본 바와 같다. 이는 결과 조작이나 실수 은폐도 있으나 과중한 업무, 행정상의 문제 그리고 확증편향과 같은 선입견에 의한 실수가 그 원인이다. 또한 재심청구사례가 대부분 10-20년이 경과한 사건이 많기 때문에 관련 증거들이 폐기된 경우가 많다. 따라서 수사기관의 증거보관 및 폐기에 관한 기본원칙을 정하고 관련 규정을 정비하여야 한다. 또한 DNA 등 감정의 기회를 실효적으로 보장할 수 있도록 관련 입법이 수반되어야 하며, 증거보전이 필요한 경우에는 증거보전절차를 준용하는 방법도 생각할 수 있다.

제 1 장

서 론

박 미 숙

제1장

서 론

제1절 연구의 필요성

오판은 제도의 문제인가 아니면 제도운용의 문제인가? 이에 대한 대답을 얻기 위해 본 연구는 재심을 통해 무죄로 판명된 사례들을 중심으로 이를 심층분석하여 오판에 이르게 된 원인을 파악하고자 하는데 그 기본목적이 있다. 본 연구는 과연 현행 형사사법체계가 오판의 위험을 방지하기 위한 안전장치를 제대로 구비하고 있는지, 이들 제도가 제기능을 다하여 오판을 방지하는데 효과적으로 작동하는지에 대한 의문에서 출발한다.

최근에 우리 사회를 달군 재심사례들을 보면 -익산 약촌오거리 살인사건, 삼례 나라슈퍼 살인사건- 모두 무고한 자가 유죄의 그것도 살인사건의 무고한 자로 된 사건들이다. 특히 고문, 협박, 조작, 위증교사, 앞뒤가 맞지 않은 모순투성이의 진술 등에도 불구하고 유죄선고를 받았다는 공통점을 갖는다. 이러한 사례들은 한국 재판의 현실을 말하는 것이다. 이미 조갑제는 "사형수 오휘웅 이야기"에서 이러한 한국의 사법현실을 꼬집으면서 오판사례들은 일정한 조작 패턴을 보이고 있다는 점을 일찍이 간파한 바 있다.[1] 이처럼 우리나라의 형사사법체계 속에서 오판 문제는 자유로울 수 없다.

오판 사례에 앞서, 우리는 경찰과 검찰이 제시한 증거이므로 믿어야 하는가, 판사는 서류만으로 재판하지 않고 직접심리와 자유심증으로 올바른 판단을 했는가, 자백은 신용할만한가, 자백이 어떻게 이루어지고 어떤 내용인가, 자백이 어떻게 어느 방향으

1) 조갑제, 사형수 오휘웅 이야기, 조갑제닷컴, 2015, 363-364면.

로 바뀌어갔는가 그리고 자백과 현장과 얼마나 동떨어지고 앞뒤가 안 맞는가 하는 점에 제대로 관심을 가져봤는지 등등 수많은 의문이 고개를 든다.

그런데 오판은 그리 드물게 일어나는 것이 아니라는 데 문제가 있다. 거의 같은 방식에 따라 되풀이된다는 점이다. 수사기관의 관행, 사회적 약자에 대한 사법기관 종사자들의 편견과 무시가 오판을 양산하는 배경이며, 나아가 최근 일련의 국정농단 사례에서 보는 것처럼 정부와 사법기관 사이의 역학관계, 수사기관과 사법부의 역학관계 등이 조작수사·억지수사의 사회 · 정치적 배경이 된다.[2] 나아가 과거사 사건에서처럼 국가 형사사법기관에 의한 조직적이고도 부패한 사건처리로 인해 나온 공안사건 관련 재심유죄오판 사례들도 오판과 이로 인한 사법기관에 대한 불신 등에 한몫을 하고 있음은 널리 알려져 있다.

한 개인의 주관적 확신은 한 사람의 생명을 빼앗기도 하고, 평생 감옥에 격리된 채 삶을 마감하도록 하기도 한다. 개인의 주관적 확신은 하나의 범죄, 그리고 용의자 앞에서 지금도 여전히 그 힘을 갖는다. 우리는 어떻게 주관적 확신을 갖게 되는가, 그 과정은 공정한가에 대한 반문과 자기 반성을 거쳐 법에 의해 엄격히 규율하고 있다. 형사소송절차에는 오판을 방지하기 위해 한 개인의 주관적 확신에 이르는 과정을 보다 객관적으로 공정하게 만드는 장치들이 담겨져 있다. 이와 같은 장치들은 주관적 확신의 객관적 보증을 담보하는 것으로서 인간의 가치를 지키는 마지막 보루이다. 형사사법에서 적정절차에 반하는 불법행위, 재량권 남용행위 등은 형사절차를 무용화하는 행위로서 엄격히 대처해야 한다.

오판에 의한 사법살인이 얼마나 잔인하고 가혹한 지는 영화나 드라마의 소재로 다루어져 익히 잘 알려져 있다. 사형이 제도적인 간접살인으로까지 합법화된다고 한들 이것이 오판에 의한 것이라 한들 경찰, 검사, 그리고 판사가 과연 자신의 책임을 제대로 통감할 수 있을까? 아마 경찰, 검사 그리고 판사는 각자 자신의 주관적 확신이 그릇되지 않았으며, 판단결과에 잘못이 없다고 항변할 것이며, 경우에 따라 다른 상대방에게 책임을 떠넘기는 상황이 벌어질 것이다. 오판은 제도만의 잘못인가?

우리나라에서 오판이 있는지(실태), 있다면 어디서 비롯되는 것인지(원인), 통제가 능한지(대책) 등 오판문제에 접근하고자 노력은 거의 없었다고 해도 과언이 아니다.

---

2) 조갑제, 전게서, 364면.

종래 오판에 대한 논의 자체가 금기시되어 왔다고까지는 말할 수 없어도 자료에의 접근이 용이하지 않았고, 또 현재까지 문제되는 사례들이 대부분 오래전에 발생한 사건인 경우가 많아 기록이 남아 있지 않거나, 당사자의 기억 자체가 희미해져 그 연구가 쉽지 않은 것은 사실이다.

오판의 문제로 보고 사례들을 수집하여 분석한 법관의 사실인정에 관한 오류 연구는 법관 출신 연구자들 스스로가 -자료에의 접근성이 용이하다는 점은 무시할 수 없음- 이를 분석함으로써 소위 사실인정 판단자들의 인지편향 등을 밝혀내는 노력으로서 그 의미가 크다. 이런 연구들은 실제 형사절차에서 사실의 인정에서부터 어떤 요인들이 시스템적으로 오류에 이르게 하는가 내지는 최종판단에 이르기까지 저지르기 쉬운 판단오류 내지 편향이 어떻게 발생하고 어느 정도인지 등을 밝혀내고 있다.

우리나라는 유죄판결 확정 이후 유죄판결을 시정하기 위한 재심제도가 있지만, 재심을 청구하더라도 그것이 인용되는 예는 매우 드물다. 재심사유가 매우 제한적으로 규정되어 있기 때문이기도 하지만, 실무상으로 재심청구가 잘 받아들여지지 않기 때문이기도 하다. 재심요건 중 가장 중요하고도 실제 많이 제시되는 이유가 '명백한 증거가 새로 발견된 때'라는 요건이다. 소위 증거의 신규성과 명백성의 의미에 대하여 판례는 일관하여 '확정판결의 소송절차에서 발견되지 못하였거나 발견되었어도 제출 또는 신문할 수 없었던 증거로서, 그 증거가치에 있어 다른 증거들에 비하여 객관적인 우위성이 인정되는 것을 발견하거나 이를 제출할 수 있게 된 때' 라고 그 판단기준 및 방법을 제시하고 있다. 이렇듯 재심요건이 엄격하게 해석되는 상황에서 재심을 청구하고 청구된 재심이 인용될 것으로 기대하는 것 자체가 어쩌면 불가능에 가까운 일이다.

그 이유는 첫째 현행법상 재심을 인정받기 위해서는 새로운 증거가 나타나야 하는데, 새로운 증거를 이유로 하여 재심을 청구하여 이것이 인용되기란 거의 불가능하다. 법원 또한 새로운 증거의 해석에 매우 엄격하다. 둘째 원판결의 기초된 조사에 관여한 수사관이나 법관이 고문을 하였음을 입증하여 유죄확정 판결을 받아야 재심의 개시가 허용되므로 법현실에서 이를 입증하여 관계자가 유죄판결을 받는 것은 불가능에 가까우므로 사실상 재심청구에 의한 재심개시결정을 받아내기는 매우 어렵다. 셋째 재심도 3심제이기 때문에 재심인용결정이 나기까지 지난한 시간이 필요하고 그만큼 어렵

기도 하기 때문이다.

현재 사법신뢰도가 추락한 상황에서 이를 끌어올리기 위해서는 지속적이고 심도 깊은 논의와 관심이 그 어느 때보다 중요하다. 사법신뢰도의 문제는 대법원 판례에 대한 국민의 불신이 큰 만큼 불신을 해소하는 방안도 당연히 요구된다. 그 과정에서 오판의 문제가 있다면 제도의 문제인지 아니면 사람의 문제인지를 분명히 하고 사법 시스템의 정비도 함께 논의되어야 할 필요성이 크다.

제2절 연구의 방법과 범위

1. 연구의 방법

이 연구의 기본 목적은 오판을 방지하기 위한 정책방안을 모색하는데 있다. 이 연구목적을 위한 방법으로는 다양한 방법이 있다. 법제 및 법리연구뿐만 아니라 경험적 연구, 그 가운데 양적 연구방법은 오판에 이르기까지 어떤 요인들이 영향을 미치는지, 그 원인은 무엇인지 등을 밝히는데 매우 중요한 의미를 갖는다. 이러한 경험연구를 위해서는 데이터를 확보하는 것이 무엇보다 중요한데, 이러한 양적 데이터를 확보하는 것이 쉽지 않다. 무엇보다 최근까지도 몇 가지 사례를 제외하면 우리나라에서 명확하고 객관적으로 오판이라고 확정된 사례는 거의 없다고 해도 과언이 아니다. 과학적 증거, 예컨대 DNA 증거분석에 기반하여 유죄오판임이 밝혀진 예도 없는 상황이며 실제 DNA 증거조차도 변경되거나 불완전할 수 있다는 점도 최근에 이르러서야 밝혀지고 있다.[3] 오판에 대한 실증적 연구가 활발한 미국에서와 달리 허위자백으로 인한 오판에 대한 연구가 나온 것은 최근에 이르러서이다.

이러한 연구방법상의 한계로 인해 본 연구에서는 오판으로 이르게 된 다양한 데이터 가운데 최근에 들어와 유죄오판으로 확정된 재심 사례를 주요 분석대상으로 하여 형사절차에서의 단계별 오류와 원인을 밝혀보는 방법을 택하였다. 여기에 덧붙여 비록 재심사건은 아니지만 본 연구에서 분석의 필요성이 있다고 보이는 '서울시 공무원

3) 한겨레 21, 내가 믿는게 거짓일 수 있다, 2013.4.26.

간첩사건'과 '형제복지원 사건'의 경우도 그 조사과정과 방식의 문제점에 대한 분석이 오판의 원인과 방지를 위해 의미있는 주요사건이 된다고 보아 연구대상에 포함하기로 하였다. '서울시 공무원 간첩사건'의 경우에는 국가기관의 허위진술 강요와 증거조작으로 하급심에서 무고하게 유죄로 판결을 받았다가, 대법원에서 무죄확정판결을 받았다.[4] '형제복지원 사건'의 경우는 무고한 시민을 감금·폭행 및 협박하고, 강제노역을 시키는 등 확인된 사망자만 551명으로 확인된 헌정사상 최악의 인권유린 사건이다. 최근 검찰 과거사위원회에서 2018년 9월, 1987년 당시 형제복지원장 등에 대한 불법감금 등의 무죄판결에 대하여 비상상고를 할 것을 권고함으로써 우리나라 최초의 비상상고 사례로 그 의미가 크다. 서울시 형제복지원 판례는 하급심에서 유죄판결을 받았으나 최종 무죄판결을 받은 점, 형사절차상 조사방식의 오류를 쟁점화하는데 의미 있는 사건들로서 본 연구의 대상범위에 포함하여 분석하기로 하였다.

한편 입증불충분이나 증거미흡으로 인한 무죄오판문제도 있을 수 있다. 즉 증거가 충분치 않거나, 입증을 제대로 하지 못해 무죄가 선고되는 경우이다. 이러한 경우는 '의심스러운 경우에는 피고인에게 유리하게'라는 원칙이 적용되어 무죄가 선고된 사례가 대부분일 것으로 추정되며, 따라서 본 연구의 대상의 범위에서는 제외하기로 한다.

2. 연구의 범위

본 연구에서는 오판의 원인을 형사사법 제도 내 단계별로 살펴보고 오판원인을 해소할 수 있는 방안과 오판방지를 위한 시스템 측면에서의 논의 그리고 그 구제수단을 논의하고자 한다. 이를 통해 형사재판 제도의 개선방안과 무고한 피해자의 회복지원방안이 무엇인가에 대한 고민을 풀어나갈 수 있을 것으로 기대된다.

연구의 범위는 다음과 같다.

먼저 오판의 개념과 원인을 밝히고자 하였다(제2장). 오판의 개념정의를 토대로 하여 재심사례를 분석하기로 하고, 오판의 원인에 대하여는 기존의 선행연구를 통해 나타난 원인들을 정리하기로 한다. 오판의 개념에 따라서 오판근절 방안 또한 달라지

4) 이 사례의 경우 증거기록의 허위작성 및 제출 그리고 증거조작 수사시 일부 주요 증거 누락 및 변조 등 수사방해 등을 그 이유로 한다.

게 될 것이므로 본 연구에서 연구대상을 재심사례 분석에서 밝혀진 문제점 등을 토대로 제도개선의 방향을 제시하기로 한다.

그 다음으로 우리나라에서 재심무죄사례들을 중심으로 오판의 원인과 가능성을 탐색하고 쟁점을 도출하여 분석하기로 하였다. 특히 재심사례를 통해 형사사법체계 내 절차단계에 따라서 오판의 원인을 분석하였고, 더불어 실제 재심무죄판결로 인한 피해자들을 심층면접하여 피해자들 관점에서 바라본 오판의 원인과 문제의식 그리고 피해구제의 방점을 어디에 두어야 하는지를 심도있게 살펴보기로 한다(제3장). 그 다음으로 오판에 대한 비교법적 현황을 살펴보기로 한다. 미국과 일본의 경우 제2차 세계대전이 끝난 후 내려진 사형사례들에서 오판 가능성이 높다는 점을 눈여겨 보고 이에 대한 실증연구 내지 오판을 밝히기 위한 민간차원의 노력이 시작되었다. 특히 독일의 경우에는 재심이 활성화되어 있고, 학계에서 오판문제에 대한 논의가 일찍이 시작되었으며, 특히 우리나라와 달리 불이익재심이 재심대상으로 명문화되어 있어 재심규정에 대한 입법논의와 시사점을 얻을 수 있을 것으로 기대된다(제4장~제6장). 마지막으로 이들 분석결과를 토대로 오판근절을 위한 방안을 마련하는데 필요한 구체적인 정책방향과 입법논의를 제시하기로 한다(제7장).

제 2 장

오판의 개념과 원인 그리고 구제책

박 미 숙

제2장

오판의 개념과 원인 그리고 구제책

제1절 오판의 개념

오판에 대한 관심이 증대되고 있기는 하지만, 오판의 개념에 대하여 확립된 통일적 정의는 없다. 각 심급간의 판결번복까지 포함하는 오판의 개념에서부터 재심에 의해 밝혀진 오판에 이르기까지 오판의 개념은 매우 다의적이다.

일반적으로 오판이란 자신이 저지르지 않은 행위로 처벌받는 것을 말한다. 즉 무고한 사람이 유죄판결로 처벌받는 것을 일컫는다. 예컨대 DNA 증거분석에 의해 유죄확정판결을 받은 피고인이 범인이 아님을 밝혀내는 것은 객관적 증거자료를 통해 명확히 오판임이 드러난 것이다. 미국의 경우에는 이미 1989년 DNA 증거분석 방법으로 오판이 밝혀져 무죄방면되었으며, 이러한 사례들은 미국 형사사법체계의 일대 혁명이 시작되는 계기가 되었다.[5] 반면 우리나라에서는 이와 같이 DNA 증거분석을 통해 오판이 확정된 사례는 없다.

단순히 양형상의 문제를 오판이라고 말할 수 없다. 왜냐하면 오판이란 유죄사건에서의 양형의 적정성을 문제 삼는 것이 아니며, 양형의 적정성 문제는 법관의 재량영역에 속한다는 점에 비추어 과잉판결은 될지언정 오판으로 볼 것은 아니기 때문이다.[6]

형사소송에서 오판이란 다른 말로 하면 잘못된 유죄판결(wrongful conviction, misjudgement) 과 같은 의미로 사용된다.[7] 판결상의 잘못은 사실인정과 법률적용 모두에서 발생할 수 있는데, 특히 사실인정과 관련하여 잘못된 판단이 일어나는 경우

---

5) Samuel R.Gross/Daniel J. Matheson, Exonerations in the United States 1989 through 2003, The jorn.CRiminal law & Criminology Vol.93. No2., 2004-2005, 523면.
6) 박성호, 오판의 발생구조와 극복방안, 민주사회변론 제3호, 1994, 253면 각주1) 재인용.
7) 박성호, 전게 논문, 253면.

가 많다.[8]

재판에서 사실인정의 차이를 가져오는 이유는 인간이 하는 것이기에 어쩌면 본질적으로 내재하는 한계일지 모른다. 그렇다고 하여 잘못된 판결을 끝까지 유지하는 것은 구체적인 타당성 측면에서 결코 바람직하지 않고, 사법의 권위도 위태롭게 된다. 그리하여 상급법원에 원판결에 대한 불복을 인정하고 상소제도를 두는 것이다.

문제는 잘못된 유죄판결, 1심의 유죄판결이 2심에서 번복되는 경우 모두를 오판의 개념에 포함할 것인가 하는 문제가 있다. 오판 개념을 그대로 들여와 연구할 경우 개념 부적합성과 절차적 이해도 부족으로 연구결과의 적정성을 담보하기가 쉽지 않다.[9] 따라서 각 나라의 오판 개념이 어떻게 다른지를 살펴보는 것도 본 연구에서 오판방지라고 하는 주제에 부합하는 연구결과의 비교가 가능할 수 있도록 해주는 범위 내에서 언급하기로 한다. 미국에서는 오판을 miscarrage of justice, wrongful conviction 등의 용어로 표현하고 있다. 그 의미는 대법원 확정판결 이후 재심(retrial)을 통해 무죄판결을 받은 경우, 항소심이나 재심 등 구제수단을 거쳤지만 무죄가 인정되지 않은 경우에도 사후에 DNA 등 새로운 증거의 출현으로 오판임이 밝혀져 무죄방면(exoneration) 되는 경우 등이다. 즉 미국의 경우 오판은 재심을 통해 확정판결이 번복되어 유죄오판이 인정되는 경우와 재소중인 자 내지 만기출소자에 대하여 DNA 등 새로운 증거의 발견과 제시·분석을 통해 오판이 인정되는 경우가 이에 해당한다.[10] 일본의 경우에는 법원의 판결에서 나타난 오판뿐만 아니라, 경찰 및 검찰 단계에서의 잘못된 판단까지도 오판의 개념으로 포함하기도 한다.[11]

심급마다 사실인정의 차이가 발생할 수는 있으며 -그 원인분석도 중요하지만- 단순히 1심과 2심의 판결이 다르다는 이유만으로는 오판이라고 할 수 없고, 사실관계가 최종적으로 확정되는데 있어서는 사실인정에 대한 기본원칙이 잘 지켜졌는가 하는 점에서 판단해야 한다.[12]

본 연구의 대상으로서 오판의 개념을 정의함에 있어서는 하급심에서 유죄판결을

8) 박성호, 전게 논문, 253면.
9) 이창훈/데이비드 존슨, '오판'의 개념 정립 및 오판에 대한 실증적 연구방향, 한국범죄학 11권 1호, 대한범죄학회, 2017 참조.
10) 이창훈/데이비드 존슨, 전게 논문 참조.
11) 이창훈/데이비드 존슨, 전게 논문 참조.
12) 김형만, 형사절차상의 오판원인, 비교형사법연구, 한국비교형사법학회, 2007.

받았으나 상급심에서 무죄확정된 경우이거나 확정된 유죄판결이 재심절차에서 무죄판결을 받은 경우 그 전의 유죄판결을 오판이라고 인정하기로 한다.[13] '진실과 화해를 위한 과거사정리 기본법'에 따라 과거 공안사건을 중심으로 재심을 통해 밝혀진 사례들의 경우, 넓은 의미에서는 오판사례에 포함되는 것이지만, 본 연구의 대상으로서 오판사례는 재심을 통해 유죄오판으로 밝혀진 경우에 제한하기로 함을 분명히 밝혀두고자 한다. 특히 이들 재심사례들은 정치탄압으로서의 오판이 아닌 일반형사사건에서 수사기관의 위법·탈법 등의 인권침해적 수사와 법관의 잘못된 판단, 예단 그리고 변호인의 불성실한 변론 등이 주요 원인이 되어 발생한 오판들이 대부분이다.

형사재판에서 심급 간의 차이에 대한 연구는 법관의 사실인정에 대한 연구로서 의미는 있지만,[14] 이를 실제 오판으로 볼 수 있는지에 대하여는 오판개념과의 관계에서 좀 더 논의가 필요하다. 재판과정에서의 오류는 심급제도를 통해 시정됨이 원칙이며, 이에 대하여 대법원은 다음과 같이 판시하고 있다.[15]

> 대법원 2001. 4. 24. 선고 2000다16114 판결
> 법관이 행하는 재판사무의 특수성과 그 재판과정의 잘못에 대하여는 따로 불복절차에 의하여 시정될 수 있는 제도적 장치가 마련되어 있는 점 등에 비추어 보면, 법관의 재판에 법령의 규정을 따르지 아니한 잘못이 있다 하더라도 이로써 바로 그 재판상 직무행위가 국가배상법 제2조 제1항에서 말하는 위법한 행위로 되어 국가의 손해배상책임이 발생하는 것은 아니고, 그 국가배상책임이 인정되려면 당해 법관이 위법 또는 부당한 목적을 가지고 재판을 하는 등 법관이 그에게 부여된 권한의 취지에 명백히 어긋나게 이를 행사하였다고 인정할 만한 특별한 사정이 있어야 한다고 해석함이 상당하다.

비교법적으로도 독일, 일본 모두 재판의 핵심내용에 있어서 명백한 법령위반, 명백한 실수나 오판이 있는 경우에는 사법행정 감독권행사가 가능하다고 본다.[16] 미국의 경우에도 재판에 관한 사항이 징계사유가 될 수 있다고 한다. 즉 법관의 명백한 잘못에 대하여는 직무감독의 행사가 가능하다. 이에 대하여 직무감독권 행사방안으로서 절차

---

13) 박성호, 전게 논문, 254면.
14) 김청택/최인철, 법관의사결정에서의 판사들의 인지편향, 서울대학교 법학 제51권 제4호, 2010. 12, 317면 이하.
15) 이러한 기준에 따른다 하더라도 법관이 위법·부당한 목적을 가지고 있었다거나 법이 법관의 직무수행상 준수할 것을 요구하고 있는 기준을 현저히 위반하였다고 인정하는 것은 거의 불가능하다. 이 판례도 이를 근거로 법관의 재판사무와 그 과정의 잘못을 인정하지 않았고, 따라서 국가배상법상의 위법행위가 아니라고 보고 있다.
16) 법원(내부자료), 법관의 잘못된 재판에 대한 직무감독, 2015.9.19.

적 정당성이 확보되어야 할 필요는 있다.[17]

제2절 오판에 대한 실증연구

우리나라의 경우 앞에서 잠시 언급한 바와 같이 오판에 대한 실증연구는 많지 않고 오판의 개념에 대해서도 합의된 바는 없다.[18] 다만 이들 선행연구에서는 1심에서는 유죄이지만 2심에서 무죄를 선고받은 소위 고등법원 파기자판 무죄사건과 1심과 2심에서 각각 유무죄가 달라진 판결을 대상으로 하고 있고,[19] 오판의 개념은 여기서 출발하고 있는 것으로 이해된다. 이들 선행 연구는 이처럼 어려운 연구환경에서 실증적 연구를 하였다는데 중요한 의미부여를 할 수 있다.

1970~80년대에 많은 시국사건에 대한 과거사 정리과정을 통해 재심무죄판결에서 오판으로 드러난 사건의 기록을 살펴보면 증언과 자백이 중요한 판단자료로 쓰이고, 고문의 흔적과 위증이 곳곳에 눈에 띈다.[20] 그런데 오판의 원인이 무엇이며, 왜 이런 오판이 발생했는지를 정확히 아는 것은 쉬운 일은 아니다. 우리나라에서 오판의 원인과 발생원인에 대하여는 2000년대 들어와서야 몇몇 연구가 수행되었다. 조원철 연구와 이기수 연구, 그리고 김상준 연구 등이 있다. 이에 따르면 – 개별 연구의 방법과 결과에 따라 차이가 있지만 -, 형사사법기관의 정치적 편향성과 부패문제 등 형사사법기관의 폐해가 주요원인으로 작용하고 있는 한편으로 금전적 문제 등 그 원인은 매우 다양하다. 따라서 어느 하나의 요인만으로 오판을 이야기하기에는 너무 단순한 접근이라 하겠으며, 정치적 성향과 사법기관 종사자들의 부패와 관계없이도 얼마든지 일

17) 법원(내부자료), 전게 자료, 2015.9.19.

18) 이 점은 연구자들 모두 지적하고 있으며, 이 때문에 오판을 연구하는 입장마다 접근방법의 차이를 가져오는 것으로 보인다. 그리하여 오판의 개념에 천착하기 보다는 심급별 사실인정의 차이를 가져오는 원인에 대한 분석을 통해 오판문제에 접근하고자 하는 입장에서 심급별 차이가 있는 사례를 중심으로 분석한 연구는 김상준, 무죄판결과 법관의 사실인정에 관한 연구 -항소심의 파기자판 사례들을 중심으로-. 서울대학교 박사학위논문, 2013; 조원철, 심급별로 사실인정이 달라진 사건의 원인 분석(형사편), 법관의 의사결정: 이론과 실무, 사법발전재단, 2010.

19) 김상준, 전게 논문, 2013; 조원철, 전게 논문, 2010.

20) 국가폭력에 대한 실증연구는 2019년도 한국형사정책연구원의 기본연구사업으로 확정 수행될 예정이므로, 과거사 정리위원회에서 다룬 사건들에 대한 보다 심층적인 분석과 연구는 본 연구에서는 다루지 않기로 한다.

반형사사건에서도 오판이 문제되고 있다. 서두에서 말한 바와 같이 일반 강력사건의 경우 사법기관의 형벌권 남용에서부터 자백중심의 수사관행, 강압적 수사관행, 그리고 당사자들의 허위자백 등에 의한 오판사례들이 대부분이다. 법관의 경우 유죄편향성이, 검찰의 경우 표적수사와 타건 압박수사 등 검찰권 남용행태가 오판에 주요 원인으로 작용하고 있다는 지적은 이런 맥락에서 이해된다.[21] 법관은 늘 오판을 한다고 생각하는 것이 맞으며, '절대로 오판을 안한다'고 주장하는 법관이야말로 정말 위험하고, 다만 오판을 하지 않기위해 노력하는 자세가 필요하다.[22]

그 다음으로 국민참여재판제도의 도입과 더불어 배심원들의 사실인정의 오류에 대한 사례연구들이 활발해지면서 미국에서의 소위 오판으로 일컬어지는 사례들에 대한 소개의 연구들이 줄을 이었다. 목격자의 범인지목 오인이나 허위자백으로 인한 오판 그리고 법과학증거로 인한 사례와 방지방안에 대한 연구[23] 도 이런 일련의 연구과정에서 나타난 것이다. 그리고 허위진술로 인한 오판문제에 천착하면서 그 실태와 원인 그리고 대책을 실증적으로 분석한 연구도 있다.[24]

한편으로 법과학 증거의 발전으로 법과학의 형사절차에의 도입가능성을 탐색하고 그 구체적인 방안을 모색한 연구도 있다. 즉 법과학 증거의 신뢰성을 확보하기 위해 수사기관에서는 증거를 충분히 수집하고 이를 분석할 수 있는 전문가 양성 및 분석, 그 절차에 관한 규범마련의 필요성이 크다는 것이다.[25] 법과학 증거가 적정한 절차에 의해 수집되고 신뢰성 있는 전문가에 의해 분석되어, 이로부터 도출된 증거결과가 제대로 된 전문가 증언을 통해 법관에 의해 정확하게 판단이 내려질 수 있다면 이 또한 오판을 줄일 수 있게 되는 매우 중요한 기준이 된다. 법과학 증거 그 자체로 인한 오판가능성도 적지 않게 지적되고 있는 상황이기 때문이다.

---

21) 한국무죄네트워크, 형사사법개혁, 억울함 없는 세상, 사법개혁 대토론회 자료집, 2017.8.21.
22) 조영래, 진실을 영원히 감옥에 가두어 둘 수는 없습니다, 창비, 1991, 316면.
23) 김민지, 미국의 오판사례 분석에 의한 형사정책적 시사점, 한국범죄심리연구 제7권 제1호, 2011, 28면 이하.
24) 이기수, 형사절차상 허위자백의 원인과 대책에 관한 연구, 서울대학교 박사학위논문, 2012.
25) 유혁상/권창국, 주요선진국의 과학적 수사기법의 도입과 활용방안 연구, 한국형사정책연구원, 2005,

제3절 오판의 원인

1. 오판에 대한 인식정도

오판 개념의 다의성과 불확정성으로 인해 오판의 원인에 대한 실증적 연구도 그다지 많지 않다. 각 나라마다 오판의 원인에 대한 연구가 활발히 전개되고 있으며, 그에 따르면 오판의 원인은 나라마다 약간씩 차이를 보이고 있다.

우리나라의 경우 오판의 문제는 특히 시국사건들에서 형벌권 남용으로 인해 심각하게 문제되고 있음을 보여주고 있다. 그리고 과거사 사건 내지 시국사건 그리고 간첩조작 사건들에 대한 재심무죄가 확정됨에 따라 그 원인으로 일컬어지는 고문과 같은 다양한 요인들이 실제로 밝혀지기도 하였다.

2005년 '진실화해를 위한 과거사정리기본법'에 따라서 설치된 과거사정리위원회, 국가정보원과 경찰에 설치된 과거사위원회 등에서 밝혀진 바에 따르면, 대부분 위법·부당한 공권력의 행사로 시민의 기본권이 침해되고 사망에 이른 사건으로 중대한 인권침해와 증거조작사건으로 밝혀지고 있다. 2002년 의문사진상규명위원회는 "인혁당재건위 사건은 중앙정보부의 고문에 의한 조작사건"이라고 발표했고, 2007년 법원은 재심을 통해 무죄를 선고했다. 결국 국가에 의한 범죄는 무고한 관련자들이 사형을 당한 후 32년이 지나서야 정권안보를 위한 사법살인으로 밝혀진 것이다.

선행 연구결과에 따르면 우리나라에서 오판의 원인으로서 경찰단계에서부터 검찰 그리고 법원 단계에 이르기까지 인권침해적 수사관행과 억지·위법수사, 충실하고도 효과적인 변호활동의 부재 내지 미흡, 형사증거법체계의 불완전성, 그리고 공판의 기본원칙에 대한 무시와 배제 등의 원인들이 작용하고 있는 것으로 일컬어지고 있다.[26]

오판의 원인에 대한 광범위한 실증적 연구가 현재까지 부재한 우리나라와 달리 미국에서는 이미 오판에 대한 연구가 1932년 "무고한 사람에 대한 유죄판결"로 시작되었고, 이로부터 무고한 사람들이 잘못 기소되어 유죄판결을 받는다는 사실이 알려지게 되었다. 1980년대 후반에 들어와서는 오판의 원인과 유형, 그리고 그 결과에

---

26) 박성호, 전게 논문, 256면 이하 참조.

관한 체계적인 연구가 시작되었고, 1990년대에 들어와서는 오판에 대한 새로운 연구가 시작되었으며, 더불어 DNA 증거분석 방법의 출현과 범죄수사에의 적용을 통해 오판연구가 활발히 진행되었다. 무엇보다 판결의 오류를 주장하던 유죄판결을 받은 자들이 그들의 주장을 검증하기 위해 DNA 증거분석방법을 이용할 수 있게 되면서 그의 결백함을 증명할 수 있게 되었고 이들은 석방되기에 이른다. 이처럼 미국의 경우 DNA 증거분석방법에 의해 사법제도의 오류가 과학적으로 드러나게 되었으며, 이로써 오판연구는 새로운 전기를 맞게 된다. 이는 오판이 그들이 생각한 것보다 훨씬 빈번히 일어난다는 사실이 과학적인 증거방법에 의해 밝혀진 것으로, 오판이 이토록 빈번히 일어나는 원인이 무엇인지, 오판을 방지하고 이로 인한 피해자를 구제하기 위해서 무엇을 해야 하는지가 보다 뚜렷해졌음을 의미한다.

형사사법기관에 종사하는 법관, 검사 등은 오판가능성에 대하여 어느 정도 인정하고 있다. 국가인권위원회에서 행한 인식조사에 따르면 조사대상 법관 113명 중 69.9%가 오판가능성이 있음을 인정하고 있으며, 검사는 41.3%, 그리고 변호사는 놀랍게도 85.7%가 그렇다고 응답하고 있다.[27]

반면 오판이란 존재하지 않는다고 주장하면서 오판을 인정하지 않으려는 조직 및 기관 자체의 인식도 광범위하게 퍼져있다. 이런 상황에서 오판에 대한 깊이 있는 연구는 쉽지 않다. 본 연구에서 재심사례를 통해 오판의 가능성과 요인들을 탐색해볼 수 있는 것은 형사소송법상 무고한 자에 대한 구제수단인 재심이 최근에 들어와서야 법원에 의해 받아들여지고 있는 상황과 무관하지 않다. 이런 점에서 본 연구는 매우 선제적인 연구라고 할 수 있다.

2. 유죄오판의 위험성 내지 가능성

실제 유죄오판율이 얼마인지 사실상 추론하기란 거의 불가능하다. 오판의 가능성이 있을 수 있다는 사실 자체를 법관, 검사 그리고 변호사들이 인정한다 하더라도 실제 그 비율이 어느 정도 되는지에 대하여 추산하기는 거의 불가능에 가깝다. 김상준 변호사는 1심에서 유죄이고 항소심에서 무죄인 사건을 들여다보면서 무죄율이 2002

27) 국가인권위원회, 우리나라 사법제도상 오판가능성과 사형폐지에 대한 직업별 여론, 2003, 자세한 자료는 한겨레, 2006.03.26. 참조.

년 이후 2011년까지 지속적으로 증가하고 있는 추세와, 특히 2002년 이후 2011년까지 강력 범죄는 꾸준히 증가하고 있으며 이에 따른 1심 무죄율도 증가하고 있다는 점, 무죄율이 2002년 1.6%에서 2011년 6.2%에 달하였다는 점, 2심 무죄율이 2002년에는 2.4%에서 2011년 7.0%로 증가하였다는 점을 밝히고 있다. 그리고 1심 유죄오판이 2002년에는 1.2%, 2003년에는 1.5% 등이었으며, 2007년에는 1.8%, 2010년에는 2.0%, 2011년에는 다시 1.8%로 나타나는 등 평균적으로 1.6%의 비율을 보여주고 있음을 지적하고 있다. 이러한 통계적 수치를 어떻게 해석하는가에 대하여는 견해가 다를 수 있지만, 이에 따라 오판의 가능성이 점차 증대하고 있다고 해석하는 입장[28]도 눈여겨볼만하다. 다만 앞에서 언급한 것처럼 이렇게 오판의 범위를 포섭할 경우 오판 개념이 지나치게 넓어진다는 문제도 있어 여기서는 오판의 하나의 지표로 언급하는 정도로 그치기로 한다.

실제 본 보고서를 작성하는 동안에 국내에서 학생부터 일반인 그리고 NGO 등 단체에서 수집한 사례집 등을 조사해보면 언론이나 일반 국민의 이목을 집중시킨 오판사례는 그다지 많지 않은 것으로 나타났다. 그렇다고 하여 과연 우리나라에서 오판의 위험성이나 가능성이 적다고 말할 수 있을까에 대하여는 의문이다. 이런 점에서 더욱이 형사사법절차에서 오판의 가능성과 위험성을 높이는 점이 무엇인지를 찾는 것은 매우 중요하다.

오판의 가능성의 하나의 원인으로 개별적 요인을 분석하는 연구는 있다. 허위진술의 원인과 방지를 위한 연구[29]는 허위진술 내지 허위자백의 실태와 원인을 분석하고 대표적 사례를 연구하여 허위자백을 방지하는 방안을 모색하는 연구이자, 허위자백에 대한 실증연구로서 그 의미가 크다. 진술분석의 정확성 향상을 위한 모델연구[30]에서는 수사단계 전반에 걸쳐 진술분석 의뢰를 하는 것이 가능하고, 또 그 결과 의견서를 활용하고 있기는 하지만, 수사 및 공판단계에서 증거능력을 인정받고 있지는 않다는 점을 지적하고 있다.[31]

---

28) 이창훈/데이비드 존슨, 전게 논문, 8면.
29) 이기수, 전게 논문, 2012.
30) 이창훈/박미단, 진술분석의 정확성 향상을 위한 종합모델, 한국범죄심리연구, Vol. 12, No. 2, 2016.
31) 한유화/박광배, 한국의 진술분석 활용현황 : 서유럽국가와의 비교, 한국심리학회지: 법정, 2016, 137면 이하.

한편 미국의 경우에는 오판 가능성을 범죄유형별로 조사한 연구가 있다. 이에 따르면 1989년부터 2017년 2월 1,982건의 유죄오판 사례가 밝혀졌다(National Registry of Exonerations, 2017). 이는 지난 28년 동안 매달 평균 6건의 오판이 발생한 것을 의미한다. 유죄오판 피해자들은 면죄를 받을 때까지 평균 8.8년의 시간을 교도소에서 복역했으며, 그중 많은 피해자들은 평균보다 2~3배 이상 긴 시간을 교도소에 수감되었다. 유죄오판 피해자 들의 2/3는 물리적 증거를 가장 많이 남기는 유형의 범죄인 살인이나 성범죄에 대한 유죄판결을 받았으며, 이들의 약 1/4 정도는 DNA 증거(예를 들어, 침, 정액, 혈액 등)로 인하여 면죄를 받게 되었다.[32]

실제 유죄오판율이 어느 정도인지는 정확히 추산하기는 어렵지만, 미국의 경우 신뢰성 있는 유죄오판의 예상 수치를 살인사건 피의자의 약 3~5%, 성범죄 피의자의 약 8% 정도일 것으로 예측하고 있다.[33] 우리나라와 유사한 형사사법구조를 취하고 있는 일본의 경우도 실제 오판이 매우 낮다는 것을 보여준다. 일본의 낮은 오판건수는 검찰의 신중한 기소 내지 보수적 기소정책, 그리고 오판발견을 위한 노력이 미국에 비해 상대적으로 적어 오판을 발견할 가능성이 적지 때문이라는 점 마지막으로 일본의 상고심 법원은 하급심의 판결을 유지하려고만 하는 등에서 비롯된다는 점 정도가 밝혀진 바 있다.

3. 형사절차단계별 오판의 원인

가. 다양한 오판원인

형사절차는 기본적으로 사실을 발견하고 확정해나가는 과정이라고 할 수 있다. 따라서 사실인정 여부에 관한 다툼은 형사절차의 핵심쟁점이다. 이와 같은 사실인정 여부를 둘러싼 문제들을 도외시한 채 법리 및 법적용만을 다툴 때 오판문제는 어쩌면 내재하고 있는 것인지 모른다. 우리나라의 경우 오판의 원인에 대한 실증적 연구는 손으로 꼽을 정도로 적다. 2005년 '진실·화해를 위한 과거사정리위원회'를 통해 드러난 것처럼 주로 공안사건에 대한 오판사례들이 많다. 공안사건의 오판사례 연구는

32) 이창훈/데이비드 존슨, 전게 논문, 10면 참조.
33) 이창훈/데이비드 존슨, 전게 논문, 15면 참조.

국가의 사법기관에서 정치적 목적으로 형벌권을 남용하여 조작된 사건들이 대부분이다. 따라서 일반형사사건에서 발생하는 오판의 원인과는 그 양상이 많이 다르다는 특색을 보인다.

오판의 원인에 대하여 국가인권위원회, 사법피해자모임이나 방송 등에서 나타난 것을 보면 확실한 증거가 있음에도 불구하고 판사가 이를 인정하지 아니한 경우, 변호사의 부실변론으로 인한 오판, 검찰이나 경찰에서 허위진술을 받거나 제대로 신문하지 아니한 경우 등 사법제도 곳곳에서 문제가 드러나고 있다.

이처럼 수사기관 및 법원에서 잘못된 판단을 내려 오판에 이르는 과정에서는 수많은 이유가 있고 이러한 과정은 결코 단순치만은 않다. 오판은 형사사법체계가 마련한 절차적 보장장치와 재량에 의한 의사결정이 완전히 실패했음을 보여준다.

우리의 사법제도가 오판을 막을 수 있도록 잘 설계되어 있는가, 이를 무엇으로 증명할 수 있는가? 이에 대하여 정확히 대답할 근거가 없다. 오판은 사법체계와 형사절차 각 단계마다 잘못이 저질러지고, 앞선 단계에서 무엇이 잘못되었는지를 찾아내고 이해하고 바로잡는데 실패한 다양한 직역에서의 전문가와 사실판단자들이 함께 저지른 다양한 오류들이 결합해서 생긴 종합세트의 결과물로 이해될 수 있다.

오판의 문제는 어떻게 양산되는가도 중요하지만, 어떻게 발견되는가 하는 점도 중요하다. 실제 오판의 추정치는 정확히 알려진 바는 없지만, 공식적으로 발견되고 있지 않을 뿐이다. 이는 우리나라의 경우에서도 동일하게 말할 수 있다. 즉 우리나라의 경우 실제 오판이 없거나 그 가능성이 낮은지, 아니면 오판의 발견을 어렵게 하는 제도적 한계가 있는지 하는 점이다.

오판의 원인은 형사절차 각 단계별로 각각 그 특성을 갖고 있으며, 이러한 오판원인을 해소하기 위해서는 각 절차단계별로 그 원인을 찾아내서 오판방지를 위한 시스템을 갖추는 것이 필요하다. 여기서는 형사사법 각 단계별 오판의 원인들에 대한 연구사례들을 제시하고 악 오판원인들을 단계별로 살펴보기로 한다.

선행연구에 따르면 우리나라 형사절차에서의 오판의 원인은 유형별로 약간씩 차이는 있지만, 크게 몇 가지로 구분된다. 우리나라의 소송구조, 자백강요 및 자백편중의 수사, 구속만능의 인질사법,[34] 조서의존 재판[35] 등이 여러 원인이 지적되고 있다.

---

34) 인질사법은 공식 명칭은 아니나 특히 사회적 · 정치적 여론이나 자의적 잣대로 인신을 구속하는

나. 수사단계

1) 수사절차의 특성과 오판가능성

종래 수사절차에서 변호인의 피의자신문참여권이나 영상녹화제도가 인정되기 전까지 사실상 수사절차는 밀행성의 원칙이 지배하고 있었기 때문에 밀실수사라는 오명이 생길 정도로 비공개 비밀주의로 진행해온 것이 사실이다. 이처럼 수사절차가 가시화되어 있지 않았기 때문에 수사가 어떻게 진행되는지, 그리고 위법·탈법 수사는 없는지, 신문조서는 적법하게 작성되었으며, 거짓은 없는지 등에 대하여 알 수 있는 정보가 매우 제한적이었다. 또한 피의자에게는 우월적 지위를 가진 -비록 헌법상 당사자라고 하지만- 경찰 및 검찰신문에서 수인의무를 부담하고 강압적 수사환경에서 철저히 피신문자로서만의 지위를 가질 뿐이었다.

종래 판례도 피의자신문조서에 대하여 피고인들에게 조서의 기재내용을 알려주지 않았다 해도 그 사실만으로 피의자신문조서의 증거능력이 부정되는 것은 아니라고 하여[36] 피의자신문의 적정절차를 생략한 채 서명날인만 강요하는 관행이 굳어져 왔다. 물론 피의자신문조서의 증거능력에 대하여 사법경찰관이 작성한 경우 강압수사나 부정확한 조서기재를 방지하기 위해 내용인정의 요건을 두고 있다. 피고인이 법관 앞에서 자신에 대한 사법경찰관 작성 피의자신문조서의 내용을 부인할 경우 그 조서는 증거능력이 배제된다. 이렇게 작성된 피의자신문조사가 재판에 그대로 현출되고 수사기관 작성의 조서를 중심으로 재판이 진행되어온 실정이다. 이는 공판단계에서 공판중심주의와 직접심리주의라는 형사재판의 기본원칙을 흔들고 사실상 재판을 형식화하기에 이른다.

조서재판은 왜 문제인가? 이는 실제와 달리 작성되는 경우가 많고 불완전하고 왜곡된 증거자료로 쓰이게 되면 그 심리구조상 오판이 발생할 개연성이 높아지기 때문이

경향 내지 인신구속에 집착하는 수사관행을 일컫는 말로 사용되기도 한다.

35) 김형만, 전게 논문, 351면.

36) 대법원 1993. 5. 14. 선고 93도486 판결; 대법원 1988.5.10. 선고 87도2716 판결. "검사 작성의 피고인들에 대한 피의자신문조서는 피고인들이 각 조서에 서명, 무인한 사실을 인정하고 있을 뿐만 아니라 그 진술의 임의성을 의심할 만한 합리적이고 상당한 이유가 있다고 보기 어려우므로 위 각 조서의 진정성립과 그 진술의 임의성 및 신빙성을 인정할 수 있다고 한 원심판단은 정당하며, 가사 위 피의자신문조서를 작성함에 있어 피고인들에게 그 조서의 기재내용을 알려주지 아니하였다 하더라도 그 사실만으로는 피의자신문조서의 증거능력이 없다고 할 수 없다".

다. 재판현실상 충분한 심리가 필요한 데도 기간에 쫓겨 서둘러서 결심을 하고 판결을 선고해야 하므로 조서에 의존할 수 밖에 없고, 왜곡되고 부정확한 조서[37]에 기반한 재판은 결국 오판의 위험성에 노출될 수 밖에 없게 된다.

2) 인지적 편향성과 관련된 원인

인지적 편향성의 문제는 오판의 제도적 원인이라기 보다는 인적인 원인으로 분류될 수 있다. 인지적 편향성의 문제에 대한 연구는 그리 간단치가 않다. 이에 대하여 심리학 및 범죄심리학, 범죄사회학 영역에서 꾸준히 실증적 연구대상으로 되어 왔으며, 그 결과는 형사사법기관 종사자들에게 교육 및 훈련의 자료로서 의미가 크다.

가) 터널비젼과 확증편향

전문가들이 흔히 갖는 터널비젼 내지 확증편향과 판단을 오도하는 특수한 범행지식은 자백이 허위일 가능성 그리고 사실인정이 잘못되었을 것이라는 가능성을 무시하게 끔 한다.[38] 터널비젼은 사람으로 하여금 하나의 가능성이나 결과에만 배타적으로 초점을 맞추게 하고, 다른 모든 것을 배척하게 하는 심리적 과정이다. 형사절차에 이를 적용하면 피의자에게 초점을 맞추고, 유죄를 입증하는데 도움이 되지 않는 증거를 무시하거나 배제하면서 유죄판결을 받을 수 있도록 사건을 재구성할 수 있는 증거들을 선택하고 가려내는 경향을 말한다. 확증편향은 이미 가지고 있는 믿음이나 기대를 뒷받침하는 방향으로 증거를 찾고 해석하며 그렇지 않은 증거는 피하거나 거부하는 심리적 경향을 말한다.[39]

터널비젼과 확증편향은 형사절차의 전 단계에서 수사기관이나 법원 등 전문가 집단에서 매우 만연해 있고 유죄오판으로 이끄는 원인이 된다. 즉 터널인지와 확증편향은 경찰의 피의자신문과정이 허위자백을 낳고 허위자백은 유죄오판으로 이어지는 등 일련의 과정에서 주요한 원인이 된다. 섣부른 확신과 결론, 그리고 이런 확신과 결론을 뒷받침해주는 정보와 증거는 찾고 그렇지 않은 정보와 증거는 거부 내지 배제해버리

---

37) 조서의 왜곡가능성에 대한 실증연구의 방법론 및 결과에 대하여는 이형근/조은경, 피의자신문 조서의 왜곡유형과 정도에 관한 연구, 경찰학연구 제14권 제2호, 2014, 32면 이하 참조.
38) 리처드 A. 레오(저)/조용환(역), 허위자백과 오판, 2014, 410-411면.
39) 리처드 A. 레오(저)/조용환(역), 전게서, 424-425면 참조.

는 일은 수사시에 얼마든지 일어난다. 직관과 추정오류, 범죄에 관한 도식적인 판단, 스스로 전문가로 인식하는 잘못된 행동분석 훈련으로 인해 이런 오류들이 생겨난다.

수사관들은 피의자신문과정에서도 피의자를 유죄로 추정하고, 자신들의 추정을 확인해줄 진술과 정보만을 가려 얻어내려고 하며, 부인이나 결백 그리고 해명 등의 진술은 무시하거나 아예 들으려하지 않는다.[40] 공판절차에서도 마찬가지로 사실 판단자들의 결정에 영향을 미치고 결백하다고 주장하는 증거들은 무시 배제되게 한다.

결국 검사와 법관들 모두 피의자·피고인의 무고함이 밝혀진 경우에도 그가 결백하다는 것을 인정하거나 잘못을 저질렀다는 것을 받아들이려 하지 않는다.[41] 검찰의 경우에는 더욱 심각하다. 이러한 터널인지와 확증편향은 제도적 정치적 문화이기도 하며, 그들의 역할에 대한 부담과 압박, 유죄판결을 얻어내고자 하는 목적심리, 유죄에 맞추어진 정보만을 믿고자 하는 심리 등이 작용한 것이다. 이에 따라 판단력이 흐려지게 되고 결국 무죄의 증거들은 무시·배제되고 과소평가되어 나온 결과들이다.

나) 예단수사

수사단계에서 인지적 편향성이 드러나는 것은 예단수사와 그에 따른 조서작성 조작, 자백강요, 그리고 기망과 약속에 의한 자백유도, 물적 증거의 은폐 및 조작 등이 대표적이다.

예단수사는 수사에서 가장 흔히 일어나는데, 이는 물리적 증거 및 정황증거를 잘못 해석하거나 피고인에게 불리하게 해석하기도 하는 등 잘못된 증거사용을 초래한다.[42] 오판에서 중요한 것이 정황증거에 대한 평가의 오류이다. 정황증거를 평가함에 있어서 범죄사실의 인정에 적극적인 증거와 부정적 평가의 토대가 되는 소극적 증거가 있는데, 정황증거의 판단은 유죄의 방향으로 증거평가가 행해지고, 소극적 증거 즉 무죄방향의 증거는 소홀이 다루어지는 경향이 있다.[43]

예단수사의 경우에는 피의자가 행한 진술을 그대로 기록하기 보다는 신문자가 자신의 인지적 편향성에 맞추어 정리하게 되고 이 때문에 진술이 요약, 생략, 추가되기도

---

40) 리처드 A. 레오(저)/조용환(역), 전게서, 426면.
41) 리처드 A. 레오(저)/조용환(역), 전게서, 427면.
42) 김상준, 전게논문, 303~304면; 김형만, 전게논문, 23면.
43) 김형만, 전게 논문, 361면.

한다.[44]

자백의 경우도 범죄자 스스로가 범행을 시인하는 것으로서 증거로서의 힘이 매우 크다. 수사단계에서 자백을 얻으려고 하는것에 집중되는데, 여기서 기망에 의한 취조와 증거의 은폐 내지 무시가 행해지고, 종종 허위자백을 이끌어낼 가능성을 높이기도 한다. 또한 소위 수사기관 종사자들의 인지적 편향성으로 인해 증거를 취사선택, 조작하는 경우는 가장 흔히 발생한다.[45]

3) 강압적 수사관행과 허위자백

형사절차에서 자백은 증거의 왕이라고 인정된다. 자백이 허위라고 할 경우 지금까지의 재판은 모두 거짓이 된다. 우리나라에서 허위자백으로 밝혀진 사건이 얼마인지, 과연 있기나 한 것인지 이에 대한 정확한 수치는 없다. 미국의 경우에는 허위자백으로 인한 오판은 전체 오판의 14~25%에 달한다고 한 연구결과가 있다. 이들 사례들은 결국은 DNA 증거분석방법에 의해 오판으로 증명된 사건들이다.

허위자백이 어느 정도 발생하는지, 허위자백이 잘못된 판결의 원인인지 등은 추산 자체도 되지 않는다. 미국의 예에서 보는 것처럼 허위자백에 대한 실증적 연구를 통해 피의자신문에 의해 유도된 허위자백이 오판의 주요 원인이라는 점을 검증하고, 이에 대한 방지책이 필요하다. 허위자백은 오늘날 형사사법제도가 안고 있는 매우 심각한 문제로 부각되고 있기 때문이다

4) 목격자 증인에 의한 오인진술

우리나라의 경우 목격자 증인에 의한 범인식별절차, 소위 Line up[46]에 의한 범인식별절차가 별도로 도입 운영되고 있지 않다. 다만 예외적으로 단독면접 show up 형태의 범인식별절차가 있지만, 이는 오류의 위험성도 크다고 한다. 실무상으로 범인식별절차에 대한 인식 자체가 거의 없다고 한다.[47]

---

44) 이형근/조은경, 전게 논문, 2014.
45) 김형만, 전게 논문, 2007, 355~356면.
46) 실무에서는 줄세우기 또는 복수면접 등의 용어로 사용하고 있다고 한다.
김영수, 오판방지를 위한 범인식별 방법에 관한 검토, 비교법연구 제11권 제1호, 2011.4, 128면 각주4).
47) 김영수, 전게 논문, 129면.

기본적으로 목격자 증인의 범인식별 진술은 기억의 왜곡가능성과 부정확성 그리고 피해자에게 주어질 수 있는 무의식적인 암시가능성 때문에 그 신빙성이 낮을 수 밖에 없다는 한계가 있다.[48] 판례는 "용의자의 인상착의 등에 의한 범인식별절차에서 용의자 한 사람을 단독으로 피해자와 대면시켜 범인 여부를 확인하게 하는 것은, 사람의 기억력의 한계 및 부정확성과 구체적인 상황 하에서 용의자가 범인으로 의심받고 있다는 무의식적 암시를 피해자에게 줄 수 있는 위험성이 있으므로, 그러한 방식에 의한 범인식별절차에서의 피해자의 진술은, 그 용의자가 종전에 피해자와 안면이 있는 사람이라든가 피해자의 진술 외에도 그 용의자를 범인으로 의심할 만한 다른 정황이 존재한다든가 하는 등의 부가적인 사정이 없는 한 그 신빙성이 낮다고 보아야 할 것이다"라고 하였다. 즉 사람의 기억의 한계와 부정확성이나 피해자에 대한 암시가능성 등에 비추어 피해자진술의 신빙성을 부여하기 어렵다고 본 것이다. 나아가 판례는 "피해자진술의 신빙성을 평가하기 위해서는, 범인의 인상착의 등에 관한 피해자의 진술 내지 묘사를 사전에 상세하게 기록한 다음, 용의자를 포함하여 그와 인상착의가 비슷한 여러 사람을 동시에 피해자와 대면시켜 범인을 지목하도록 하여야 하고, 용의자와 비교대상자 및 피해자들이 사전에 서로 접촉하지 못하도록 하여야 하며, 사후에 증거가치를 평가할 수 있도록 대면 과정과 결과를 문자와 사진 등으로 서면화하는 조치를 취하여야 할 것이다"라고 하여 구체적인 절차와 방법을 설시하고 있다.[49]

실무에서 수사기관은 범인식별을 위해 용의자의 인상착의나 사진제시 등의 방법을 사용하고 있지만, 용의자 한 사람을 단독으로 목격자와 대질시키거나 목격자에게 용의자의 사진 한 장만으로 범인 여부를 확인하게 하는 것은 수사의 상당성 측면에서 의문이다.[50] 물론 범죄발생 직후에는 목격자의 기억이 생생하고 정확할 가능성이 높아 용의자와 목격자의 즉각적인 대면도 필요하므로 용의자와 목격자의 일대일 대면이 허용된다.[51]

이처럼 대법원은 범인식별절차에서 구체적인 절차와 방법을 제시하고 있지만, 수사

48) 김영수, 전게 논문, 129면.
49) 대법원 2005. 6. 10. 선고 2005도1461 판결; 대법원 2001. 2. 9. 선고 2000도4946 판결, 2004. 2. 27. 선고 2003도7033 판결 참조.
50) 신동운, 신형사소송법, 법문사, 2010, 118면; 차용석/최용성, 형사소송법, 21세기사, 2008, 198~199면.
51) 대법원 2009. 6. 11. 선고 2008도12111 판결.

절차에서 이를 제대로 준수하여 범인을 가려내고 있지 않다는 비판이 있다.[52] 향후 판례에서 제시된 기준과 법심리학적 연구를 종합하여 구체적이고 적용가능한 지침을 만들어 운영할 필요가 있다.

5) 잘못된 피해자 진술

범죄로 인한 피해자의 진술은 본질적으로 피의자·피고인에게 유리할 수가 없다. 무고가 아닌 이상 피해자는 자신의 피해를 과장 왜곡시키거나 사실에 반하는 증언을 하는 경우도 종종 있다. 따라서 범죄피해자 진술이 잘못이 있을 수도 있다는 점에 대하여 큰 관심을 갖지 못한 것도 사실이다. 그러나 피해자연구가 활발해지면서 오판이나 판단의 오류에 피해자의 역할이 영향을 미치고 있다는 점이 알려지고 있기는 하다.

특히 성폭력사건의 경우 물적 증거를 확보하는 것이 불가능한 경우도 있다. 이 경우 수사과정에서 피해자의 진술을 신뢰하지 않거나, 마치 성폭력 사실을 부인하는 듯한 답변을 유도하는 질문을 하는 수사도 있음이 지적되고 있다.

대법원은 성폭력사건에서 피해자 진술의 신빙성이 문제된 사안에서 "피해자 진술이 공소사실을 인정할 유일한 증거인 경우에 이것이 공소사실을 인정할 유일한 직접증거가 되는 것은 아니며, 이러한 사정은 법관의 자유판단에 따라 피해자 진술의 신빙성을 뒷받침하거나 직접증거인 피해자진술과 결합하여 공소사실을 뒷받침하는 간접정황이 될 수 있다. 피해자가 처하여 있는 특별한 사정을 충분히 고려하지 않은 채 피해자 진술의 신빙성을 배척하기에 부족하거나 피해자의 진술과 양립가능한 사정만을 근거로 피해자 진술의 신빙성을 배척하는 것은 타당하지 못하다"[53]고 판시하고 있다.

그리고 야간에 짧은 시간 동안 강도 범행을 당한 피해자가 어떤 용의자의 인상착의 등에 의하여 그를 범인으로 진술하는 경우에, 그 용의자가 종전에 피해자와 안면이 있는 사람이라든가 피해자의 진술 외에도 그 용의자를 범인으로 의심할 만한 다른 정황이 존재한다든가 아니면 피해자가 아무런 선입견이 없는 상태에서 그 용의자를 포함하여 인상착의가 비슷한 여러 사람을 동시에 대면하고 그 중에서 범인을 식별하

52) 김영수, 전게 논문, 130면.
53) 대법원 2018. 10. 25. 선고 2018도7709 판결.

였다든가 하는 부가적인 사정이 있다면, 직접 목격자인 피해자의 진술은 특별히 허위 진술을 할 동기나 이유가 없는 한 그 증명력이 상당히 높은 것이라 하겠다. 그러나 피해자가 범행 전에 용의자를 한번도 본 일이 없고 피해자의 진술 외에는 그 용의자를 범인으로 의심할 만한 객관적인 사정이 존재하지 않는 상태에서, 수사기관이 잘못된 단서에 의하여 범인으로 지목하고 신병을 확보한 용의자를 일대일로 대면하고 그가 범인임을 확인하였을 뿐이라면, 사람의 기억력의 한계 및 부정확성과 위와 같은 상황에서 피해자에게 주어질 수 있는 무의식적인 암시의 가능성에 비추어 그 피해자의 진술에 높은 정도의 신빙성을 부여하기는 곤란하다.[54]

다. 재판단계

1) 조서재판 관행

형사절차의 핵심은 수사절차라고 할 정도로 형사절차에서 수사절차에 집중해왔고, 수사단계에서 수집한 증거 내지 조서는 재판단계에서 거의 그대로 인정되어 온 것이 현실이다. 즉 재판은 조서재판으로서 유죄를 확증하는 단계로서만 의미를 가질 정도였다. 형사소송법상 형사절차가 공판중심주의라고 문자화되어 있는 것은 말 그대로 법문일 뿐 현실에서는 수사절차에서 수집 확보된 증거가 그대로 유죄의 증거로 확증되는 대부분이었다. 증거에의 접근이 차단되어 있는 피의자·피고인의 입장에서는 방어권행사에 수동적 지위에 머물러 있을 수 밖에 없고, 판사는 형사절차에서 상대적으로 우월적 지위를 갖는 검사가 수집, 제출한 증거에 의존할 수밖에 없는 상황인 것이다. 일단 기소되어 공판절차가 시작되면 피고인은 유죄로 추정될 수밖에 없고 헌법의 대원칙인 무죄추정의 원칙은 철저히 무력화된다.

2) 법관의 인지편향 등

법관은 사실판단과 인정의 전문가이지만 한편으로는 인간이기에 판단과정에서 오류를 범할 가능성도 있다. 법관의 인지편향 내지 확증편향이 있는가, 어느 정도인가에 대하여는 경험적인 조사연구결과가 축적되어 왔다.[55] 재판과정에서 명백하고도 확실

54) 대법원 2001. 2. 9. 선고 2000도4946 판결.

한 증거가 있다면 사실판단과 결정에 오류가 적겠지만, 많은 재판의 경우 증거와 사실관계가 명확하지 않은 경우도 많다. 실제 잘못된 판단이 얼마나 일어나는지도 문제이지만, 이후 잘못된 문제를 바로잡는데 더 많은 시간과 비용이 든다. 따라서 잘못된 판단이 일어나지 않도록 하는 예방이 오판에서도 마찬가지로 중요한 의미를 갖는다. 바로 이 지점에서 법관의 인지편향에 대한 정확한 탐구가 필요한 것이다.

법관의 인지편향의 현실에 관한 연구에 따르면, 사실인정내지 판단과정에서 판단자 간 차이를 보이는 이유는 감지능력의 차이이고 이는 판단자에게 내재해 있는 심적 한계인 터널비젼에서 비롯된다는 것이다. 법관의 인지편향은 검사의 수사결과 내지 조서에 의존할 수밖에 없는 결과에 이른다.

결국 판단자의 터널비젼을 극복해야만 공정한 판단에 이를 수 있고, 결국 오판의 한 원인도 극복할 수 있을 것이다. 법관의 터널비젼은 인간으로서는 어쩌면 당연한 것이지만, 한편으로 법관이기 때문에 객관적이면서 중립적인 지위와 인식을 갖고 판단하지 않으면 안 된다. 재판상황에서 자신의 고정관념과 인지편향 내지 착각으로 인해 잘못된 증거에 눈감고, 잘못된 판단에 이르게 되는 것은 드문 일이 아니다. 이러한 편향은 개인의 인지능력에서 비롯되지만, 규범적으로 강화되기도 한다(소위 직업적 특성). 따라서 이를 극복하는 것이야말로 오판을 방지할 수 있는 첩경이 된다.

또한 법정에 현출된 증거에 대한 법관의 증명력 판단은 유무죄의 판단에서 매우 중요하다. 합리적 의심의 여지가 없을 정도의 증명이나 증명력의 기본원칙인 무죄추정의 원칙을 내재화하고 준수한다면 이에 따라서도 얼마든지 오판의 가능성을 줄일 수 있다.

실제 재판과정에 드러난 것을 보면 목격자의 잘못된 증언, 피해자의 피해진술, 그리고 과학적 증거의 오류 가능성 판단, 자백, 정황증거에 대한 증명력에 대한 판단 등 판사들 사이에 판단의 차이를 초래하는 원인은 다양하다.[56] 특히 살인사건 등의 경우에는 객관적이고 명백한 물적 증거가 없는 상황에서 정황증거만 있는 경우가 많고 이 경우 정황증거의 증명력 판단이 어떤가에 따라서 판결이 달라지며, 허위진술의

---

55) 박광배/김삼중/한미영, 가상적인 재판 쟁점에서도의 현역판사의 판단과 모의배심의 집단판단에 대한 인지적 방략의 효과, 한국심리학회지: 사회문제, 11권 1호, 2005, 59면 이하; 김청택/최인철, 전게 논문, 317면 이하.

56) 김상준, 전게 논문, 108면.

경우 피해자든 가해자로 지목된 자이든가 큰 비중을 차지하고 있는 것으로 나타났다.[57] 과학적 증거의 오류에 대한 잘못된 평가도 적지 않은 비중을 차지하고 있는 것으로 나타났다.

3) 자백의 임의성 판단관련

형사소송법은 "피고인의 자백이 고문, 폭행, 협박, 신체구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법으로 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 이유가 있는 때"에는 이를 유죄의 증거로 하지 못하며(제309조), 피고인의 자백이 그 피고인에게 불이익한 유일의 증거인 때에는 이를 유죄의 증거로 하지 못한다(제301조). 피고인 자백의 임의성 여부는 검사가 입증하여야 한다. 자백의 임의성 규정의 취지는 "임의성 없는 자백의 증거능력을 부정하는 취지가 허위진술을 유발 또는 강요할 위험성이 있는 상태 하에서 행하여진 자백은 그 자체가 실체적 진실에 부합하지 아니하여 오판의 소지가 있을 뿐만 아니라, 그 진위 여부를 떠나서 자백을 얻기 위하여 피의자의 기본적 인권을 침해하는 위법·부당한 압박이 가하여지는 것을 사전에 막기 위한 것이므로, 그 임의성에 다툼이 있을 때에는 그 임의성을 의심할 만한 합리적이고 구체적인 사실을 피고인이 입증할 것이 아니고 검사가 그 임의성의 의문점을 해소하는 입증"을 하여야 한다.[58]

임의성 판단기준으로서 대법원은 ① 검찰관 작성의 각 피의자신문조서 1면에 '검찰관의 신문에 대하여 군사법원법 제232조 제2항의 규정에 의하여 진술을 거부할 수 있는 권리가 있음을 알려주고 피의자는 신문에 따라 진술하겠다고 대답하다'는 기재가 있고, 이러한 각 피의자신문조서에 피고인이 서명·날인한 점, 검찰관 작성의 피의자신문조서 내용 중 피고인이 진술을 거부한 사례가 보이는 점 등에 비추어, 피고인이 피의자신문 당시 검찰관으로부터 진술거부권을 고지받지 않았다고 볼 수는 없고, ② 피고인이 긴급체포 이전부터 평소 잘 알고 지내던 변호인과 검찰부 출석 후 진술할 내용에 대하여 2차례에 걸쳐 상담한 것으로 보이는 점, 영장실질심사 당시는 물론 그 이후에도 변호인이 수시로 사건의 진행현황을 문의하여 파악하고 있었음에도 수사

57) 김상준, 전게 논문, 109면.
58) 대법원 2005. 11. 10. 선고 2004도42 판결.

과정 및 제1심 공판과정에서 폭행, 협박, 강압수사 등이 있었다는 주장을 제기하지 않다가 원심 제2회 공판기일에서야 가혹행위 주장을 제기한 점, 일부 피의자신문조서 말미에 첨부된 '본 건 수사와 관련하여 폭행, 협박 등 일체의 가혹행위를 받지 않았음을 확인합니다'라는 취지의 확인서에 피고인이 서명·날인한 점 등에 비추어, 수사과정에서 검찰관이 피고인에게 강압과 폭언을 사용하였다고 볼 수 없으며, ③ 피고인이 밤늦게까지 조사를 받기도 하였으나, 이는 피고인이 '윗사람들이 읽을 수도 있는데, 문장이 매끄럽지 못하고 내가 말하고자 한 취지가 제대로 전달이 안 되니 문장을 고치겠다'고 말하며 조서를 연필로 수정한 다음 다시 작성해 달라고 요구함에 따라 조사기간이 지연된 것도 이유가 된 점, 피고인이 밤늦게 조사를 받은 경우에는 그 다음 조사시까지 충분한 휴식이 보장되었던 점 등에 비추어, 일부 야간 조사가 이루어졌다고 하여 자백의 임의성을 부정할 것은 아니라고 한다.[59] 나아가 "... 비추어, 피고인에 대한 접견을 금지할 필요가 있는데다가, 헌병대와의 협조하에 피고인에 대한 24시간 감시가 이루어졌을 뿐만 아니라 실제 감시는 피고인이 수용되어 있는 미결수용실이 아니라 교도반장실에서 행하였고, 감시 과정에서도 말을 거는 등 피고인에게 피해를 주는 행위는 없었던 것으로 보이는 점 등에 비추어, 검찰 수사관의 헌병대 교도반에서의 감시가 상당한 범위 내에서 이루어진 것으로 보이므로, 피고인이 검찰 수사관의 과도한 감시로 잠을 자지 못한 상태에서 자백한 것이라고 볼 수도 없다는 이유로, 검찰 및 제1심 법정에서의 피고인의 자백에 임의성이 인정된다"고 보았다.[60]

자백의 임의성 법칙과 관련해서는 무엇보다 임의성 판단을 위한 명백한 기준이 명백하지 않다는 문제가 있다. 자백의 임의성 판단에 대하여 수사기관은 무엇이 허용되고 허용되지 않는지 판단하기 어렵다는 점, 임의성 입증책임이 검사에게 있음에도 불구하고 서로 다른 주장을 할 경우 판사가 이를 판단하기가 쉽지 않다는 점, 판례도 분명하고 일관된 기준을 제시하고 있지 못하다는 점 등이 문제되고 있는 것이다.

단지 조사자 증언이나 자백조서의 내용, 조서작성의 형식만으로 자백의 임의성을 입증하였다고 보는 것은 적정하지 않다. 미국의 경우를 보면 법정에서 조사실에서의 자백이 임의성이 있다고 평가받기 위한 여러 방안을 강구하고 있다고 한다. 자백진술

59) 대법원 2005. 11. 10. 선고 2004도42 판결.
60) 대법원 2005. 11. 10. 선고 2004도42 판결.

서에 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.[61] 특히 수사관은 자백진술서 중에 의도적으로 철자를 틀리게 타이핑하거나 사소한 부분에 오기로 남기고 이를 피의자 스스로 정정하게 함으로써 자백의 임의성을 입증 하려고 하는 등의 방법을 사용하고 있다고 한다.

4) 피해자진술의 임의성 판단 관련

대법원은 "사람이 목격하거나 경험한 사실에 대한 기억은 시일이 경과함에 따라 흐려질 수는 있을지언정 오히려 처음보다 명료해진다는 것은 이례에 속하는 것이므로 목격자인 증인의 각 진술이 특별한 이유 없이 시간이 흐름에 따라 공소사실에 부합되도록 번복되고 있다면 그 신빙성이 의심스럽다고 보지 않을 수 없다"고 판시하고 있을 뿐, 구체적인 판단기준에 대하여는 분명히 제시하고 있지 않다.[62]

다만 판례는 피해자가 수사기관 및 제1심 법정에서 대체로 공소사실에 부합하는 진술을 하였다가 항소심에 이르러 다소 모호한 진술을 하고 있는 경우, 피해자의 진술의 신빙성을 판단함에 있어서 고려하여야 할 점에 대하여 다음과 같이 판시하고 있다.[63] 즉 "피해자들은 수사기관 및 제1심 법정에서 대체로 공소사실에 부합하는 진술을 하였다가 원심 법정에 이르러 다소 모호한 진술을 하고 있는 바, 이러한 경우 피해자들의 진술의 신빙성을 판단함에 있어서는, ① 경험칙상 사람의 기억은 시간이 지남에 따라 흐려지는 것이 일반적인 점, ② 범죄행위의 피해자로서는 자신의 진술이 주된 근거가 되어 제1심에서 피고인에게 중형이 선고된 후 항소심에 이르러 피고인의 증거신청에 의하여 다시 법정에 출석하여 피고인에게 결정적으로 불리한 진술의 진실성에 대해 피고인이나 변호인으로부터 추궁을 당하게 되면 과연 자신의 기억이 맞는지에 관하여 의심을 품게 되고 이에 따라 단정적인 진술을 피하고 모호한 진술을 하게 될 가능성이 큰 점, ③ 이와 같은 가능성은 피고인과 피해자 사이에 범죄로

61) 권영법, 현대신문기법과 허위자백, 형사정책연구, 제23권 제3호, 2012, 107면 참조.
62) 대법원 1984. 11. 13. 선고 84도22 판결.
63) 대법원 2006. 11. 23. 선고 2006도5407 판결.

인한 피해보상의 합의가 이루어진 후에 더욱 커질 수 있는 점 등을 충분히 고려하여, 그 진술 내용의 주요한 부분이 일관되며, 경험칙에 비추어 비합리적이거나 진술 자체로 모순되는 부분이 없고, 또한 허위로 피고인에게 불리한 진술을 할 만한 동기나 이유가 분명하게 드러나지 않는 이상, 표현상의 차이로 인하여 사소한 부분에 일관성이 없는 것처럼 보이는 부분이 있거나 최초의 단정적인 진술이 다소 불명확한 진술로 바뀌었다고 하여 그 진술의 신빙성을 특별한 이유 없이 함부로 배척해서는 안될 것이다"라고 피해자 진술의 신빙성 판단기준을 제시한 바 있다. 즉 진술의 일관성이나 경험칙에 반하는 진술, 진술 자체의 모순, 허위의 진술을 할 동기나 이유 등은 피해자 진술의 신빙성을 배척할 사유가 된다.

특히 피해자진술의 신빙성과 관련하여 문제되는 경우가 성범죄의 경우이다. 성범죄의 경우 피해자가 가해자의 범행을 입증할 수 있는 물적 증거를 제시할 수 있으면 그에 따라 판단하면 되지만, 피해자의 진술 이외에 범행을 입증할 수 있는 증거가 없을 때 문제가 된다. 목격자도 없고 오로지 피해자 진술뿐이며, 더욱이 진술의 일관성도 없다면 이를 판단하는 것은 쉽지 않다. 최근 성폭력 사안에서 '피해자답지 않다'는 점을 들어 진술의 신빙성을 문제삼은 사례에 대하여 1심 재판부는 ① 소리만 쳐도 들을 수 있는 간호사실 뒷방에서 반항을 누르고 강제키스를 했다는 진술은 믿기 어렵고, ② 추행을 당한 뒤 30분도 지나지 않아 가해자가 불 꺼진 진료실에서 부른다는 이유로 순순히 진료실에 들어간 것은 '통상의 피해자가 취하는 태도'와 거리가 멀며 ③ 추행 후 오히려 가해자 전담 변호사로 근무변경을 희망해 10개월 이상 함께 근무한 것은 '상식'에 비춰 납득하기 어렵다 등을 이유로 '무죄'를 선고했다. 이에 대하여 항소심 및 대법원은 사소한 사항에서의 진술에 다소 일관성이 없다는 이유로 진술의 신빙성을 함부로 부정해서는 안 된다고 보았다. 피해자다움을 이유로 성폭력 피해자에 대한 의심과 비난의 근거로 삼고 있는 것이다. 이런 성범죄 피해자의 진술의 신빙성 판단기준에 배치되는 것으로서, 즉 ① 내용 자체의 합리성, 논리성, 모순 여부 또는 경험칙 부합여부, 물증 또는 제3자 진술과의 부합 여부, ② 법관의 면전에서 선서한 후 공개된 법정에서 진술에 임하고 있는 증인의 모습이나 태도, 진술의 뉘앙스 등, ③ 피해자를 비롯한 증인들의 진술이 대체로 일관되고 공소사실에 부합하는 경우 객관적으로 보아 도저히 신빙성이 없다고 볼만한 별도의 신빙성 있는 자료가 없는

한 이를 배척해서는 안 된다. 피해자진술이 대체로 합리적이고 일관되며, 피해자의 증언태도 등을 보았을 때 거짓을 말하는 것 같지 않다면, 성범죄를 인정할 수 있다는 것이다.

특히 성범죄 피해자가 거짓을 말하고 있는지 그 허위성 여부를 판단하기 위해 실무에서는 과학적 방법으로 분석하는 기법인 진술분석 기법을 사용하고 있다. 진술분석 기법은 피해자진술의 신빙성을 판단하는데 유용한 도구가 된다. 대상자는 성폭력 사건의 아동 및 지적 장애를 가진 피해자이다.[64] 성폭력피해자의 경우에는 변호사의 조력을 받을 수 있도록 제도가 마련되어 있으므로 변호사를 선임하여 조력을 받는 것이 필요하다(성폭력범죄의 처벌등에 관한 특례법 제27조 참조).

제4절 오판구제 및 방지를 위한 법제도

1. 상소제도

현행법상 오판에 대한 구제책은 크게 두 가지 종류가 있다. 첫째, 상소와 둘째, 재판이 확정된 후의 비상구제절차로서 재심이 그것이다. 일본과 달리 우리나라의 경우 아래 [표 2-1]에 따르면 1심 재판에서 무죄율이 적게는 3%내외에서 20% 정도에 이르고 있다. 그리고 1심 재판에 대한 상소율이 66.8%에 이른다.[65] 높은 상소율에는 남발한 상소가 많은 탓이나 약식명령에 대한 정식재판청구건수가 늘어나는 점, 미결구금일수의 전부 산임에 따라 수용자들이 가능한 한 미결구금상태를 유지하려고 상소를 남발하는 것 등 여러 이유가 있지만, 하급심 특히 사실심인 1심이 제대로 기능하고 있지 못하다는 점에 대하여는 이견이 없다.[66] 법체계 정비로 인해 상소급증도 한 몫을 하고 있다는 의견이 있지만, 한편으로 낮은 무죄율은 형사재판에서 피고인이 자신의 무죄를 밝히는 것이 얼마나 어려운가를 보여준다. 또한 2011년~2013년의 경

64) http://www.spo.go.kr/spo/major/forensics/act/forensics15.jsp(최종확인: 2018.11.10.)
65) 법원, 사법연감, 2015.
66) "밑져야 본전"… 형사사건 1심 불복률 66.8% '최고', 법률신문, 2015.11.05.
https://www.lawtimes.co.kr/Legarl-News/Legal-News-View?Serial=96494(최종확인: 2018.11.1.)

우 다른 연도에 비해 상대적으로 매우 높아, 이 시기에 특히 기소사건이 많았음을 알 수 있다. 이에 비추어 본다면 형사재판에서 피고인이 자신의 무죄를 밝히는 것이 얼마나 어려운 일인가를 알 수 있다.

[표 2-1] 형사공판사건 종국구분별 비교표(1심)

연도	총 합	유죄 사건 (비율)	무죄 사건 (비율)	면소 (비율)	공소기각 (비율)	관할위반 (비율)	기타 (비율)
2017	266,433	231,957 (87.1)	8,916 (3.3)	348 (0.1)	3,266 (1.2)	2 (0)	21,944 (8.2)
2016	268,510	230,951 (86)	9,080 (3.4)	316 (0.1)	3,502 (1.3)	4 (0)	24,729 (9.2)
2015	257,984	216,060 (83.7)	11,858 (4.6)	335 (0.1)	3,299 (1.3)	4 (0)	27,425 (10.6)
2014	267,077	215,080 (80.5)	21,014 (7.9)	407 (0.1)	3,431 (1.3)	10 (0)	27,117 (10.2)
2013	260,155	193,889 (74.5)	32,543 (12.5)	420 (0.2)	3,832 (1.5)	7 (0)	29,464 (11.3)
2012	287,883	192,784 (67)	60,399 (21)	370 (0.1)	3,535 (1.2)	3 (0)	30,792 (10.7)
2011	278,169	194,718 (70)	47,947 (17.2)	372 (0.1)	3,580 (1.3)	2 (0)	31,550 (11.3)
2010	277,400	215,452 (77.7)	21,229 (7.7)	360 (0.1)	4,061 (1.5)	3 (0)	36,295 (13.1)
2009	281,495	238,118 (84.6)	6,240 (2.2)	354 (0.1)	3,985 (1.4)	7 (0)	32,791 (11.6)
2008	268,572	228,471 (85.1)	4,025 (1.5)	413 (0.2)	4,523 (1.7)	2 (0)	31,338 (11.7)

* 유죄 사건에는 선고유예 포함
** 출처: 사법연감, 2008-2017년 재구성, http://www.scourt.go.kr/portal/news/NewsListAction.work?gubun=719

상소제도가 갖는 의의는 상급법원에 구제를 구하는 신청이라는 데 있다. 결과적으로는 상소는 오판을 시정하기 위하여 인정된 제도로서 의미를 갖지만, 미확정의 재판 즉 원판결에 대하여 잘못을 시정하고 이로부터 불이익을 받는 당사자를 구제함과 동시에 법령의 통일적 해석을 기하기 위해 인정된 제도이다. 예컨대 원판결이 사실인정을 잘못하거나, 부당한 사실인정을 받은 경우에 당사자로 하여금 이를 다투게 하여

사실인정을 다시 하게 함으로써 당사자를 구제하는 것이다. 이 점이 상소제도의 가장 중요한 목적이자 기능이다. 법령해석은 심급마다 다를 수 있는데, 이를 통일하는 것은 법적 안정성과 구체적 타당성을 위해서도 매우 중요하다.

결국 상소제도는 오판으로 인한 당사자의 구제와 오판의 시정이라는 두 가지 이념이 작동되는 구조이다. 상소제도에서 법령해석을 주요기능으로 하는 제도가 상고이며, 당사자의 구제를 목적으로 하는 제도가 항소라는 점에서 차이가 있을 뿐이다.

2. 재심제도

가. 재심제도 개관

현행법하에서 오판으로부터 벗어나는 길은 사실상 재심이 유일하다.[67] 1954년 9월 23일 법률 341호로 제정 당시부터 재심은 특별소송절차로서 규정되었으며, 이후 재심이유 규정(제420조)은 그대로 유지되어 오늘에 이르고 있다. 그 과정에서 과거사 사건을 둘러싼 재심청구와 재심개시 그리고 재심무죄판결 등이 내려지고 일반 형사사건에서 약촌오거리 살인사건, 수원노숙자 살인사건, 삼례나라슈퍼 살인사건 등의 재심개시결정이 내려지면서 재심에 대한 관심이 커지고 법개정에 대한 논의가 일기 시작하였다. 재심사례가 적고 재심청구도 많지 않으며, 실제 재심으로 구제받는 예가 거의 없어 사실상 사문화 되어 있던 제도였다. 그런데 과거사 사건에 대한 재심의 문이 열리고 이후 일반형사사건에서 재심개시결정이 내려지면서 본격적으로 재심에 대한 관심이 일기 시작하였다.

재심제도는 오판의 시정제도이면서 사법피해자를 보호하기 위한 제도이다. 판례 또한 재심제도는 확정판결에 중대한 하자가 있는 경우 법적 안정성을 후퇴시키더라도 구체적 정의를 실현하고자 하는 것이 재심제도의 본래 이념임을 명확히 하고 있다.[68] 확정판결에 대한 재심제도는 소위 무고하게 누명을 쓰고 유죄판결을 받아 평생을

67) 본 연구에서는 최근 간통죄 위헌결정으로 인한 재심의 경우 이를 포함하지 않기로 하였다. 헌법재판소는 법률에 대한 위헌 결정을 재심사유로 규정해두고 있다(제47조), 위헌으로 결정된 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항은 소급하여 그 효력을 상실하게 되는데, 이 때 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항에 근거한 유죄의 확정판결에 대하여는 재심을 청구할 수 있고, 이 경우 형사소송법의 재심규정이 준용된다고 규정하고 있다.

68) 대법원 2018. 5. 2. 자 2015모3243 결정.

고통에 시달려 온 피해자들에게는 매우 현실적이고도 중요한 방안이다.[69] 단순히 과거사 청산을 위해서만 그런 것이 아니라, 일반 형사사건의 무고한 피해자에게도 이 말은 그대로 적용된다. 그런데 재심을 둘러싸고 그 의미에 대하여는 학설상 견해가 엇갈린다. 우선 재심을 법적 안정성과 정의의 이념 사이에 조화의 문제로 이해하는 입장이 있다. 이에 따르면 재심은 법적 안정성과 정의 이념이 충돌할 경우에 정의를 위하여 판결의 확정력을 깨뜨리는 가장 중요한 제도이며, 따라서 판결이 정의감에 비추어 용납될 수 없을 정도로 허위임이 인정되는 경우에 법적 안정성과 법적 평온을 위태롭게 하지 않는 범위에서 실질적 정의를 확보하고자 하는 제도로 이해된다.[70] 재심의 본질을 어떻게 이해할 것인가는 재심사유에 대한 해석에서도 차이를 보이고 있다. 재심은 무고한 자에 대한 구제수단이고 따라서 재심사유의 해석에 있어서도 좀 더 탄력적 해석이 필요하다.

오판을 구제한다는 것은 현재 제도적으로는 재심을 통해서 가능하다. 문제는 재심개시 결정을 받아내기가 매우 어렵다는 점이다. 그런데 실제 재심을 청구하고 개시결정이 내려지고 재심재판이 진행되어 재심판결이 내려지기 까지는 지난한 시간이 필요하다.

2014년도 국정감사 자료에 따르면 2010년부터 5년간 대법원 재심청구 사건 237건 중 95%인 229건이 기각됐다. 익산 약촌오거리 살인사건, 김신혜 친부살해사건 등과 같이 언론 등을 통해 크게 이슈가 된 사건들도 몇 차례의 기각 끝에 간신히 재심개시가 이뤄지고 있는 형편이다.[71]

나. 재심이유

형사소송법 제420조 재심이유는 다음과 같다.

---

69) 한인섭, '회한과 오욕'의 과거를 바로 잡으려면 : 사법부의 과거청산을 위하여, 서울대학교법학 제46권, 서울대학교 법학연구소, 2005, 104면 이하; 이호중, 형소법상 재심이유의 합리적 해석론 - 제5호를 중심으로-, 국가에 의한 중대한 인권침해와 피해자 권리구제 2차 워크숍 - 고문조작 사건을 중심으로, 한국인권재단, 2006, 1면.

70) 이재상/조균석, 형사소송법, 2017, 801면 참조.

71) 형사소송법 일부개정법률안(의안번호 18538), 서영교의원 대표발의안 참조.

형사소송법 제420조 재심은 다음 각 호의 1에 해당하는 이유가 있는 경우에 유죄의 확정판결에 대하여 그 선고를 받은 자의 이익을 위하여 청구할 수 있다.

1. 원판결의 증거된 서류 또는 증거물이 확정판결에 의하여 위조 또는 변조인 것이 증명된 때
2. 원판결의 증거된 증언, 감정, 통역 또는 번역이 확정판결에 의하여 허위인 것이 증명된 때
3. 무고로 인하여 유죄의 선고를 받은 경우에 그 무고의 죄가 확정판결에 의하여 증명된 때
4. 원판결의 증거된 재판이 확정재판에 의하여 변경된 때
5. 유죄의 선고를 받은 자에 대하여 무죄 또는 면소를, 형의 선고를 받은 자에 대하여 형의 면제 또는 원판결이 인정한 죄보다 경한 죄를 인정할 명백한 증거가 새로 발견된 때
6. 저작권, 특허권, 실용신안권, 의장권 또는 상표권을 침해한 죄로 유죄의 선고를 받은 사건에 관하여 그 권리에 대한 무효의 심결 또는 무효의 판결이 확정된 때
7. 원판결, 전심판결 또는 그 판결의 기초 된 조사에 관여한 법관, 공소의 제기 또는 그 공소의 기초 된 수사에 관여한 검사나 사법경찰관이 그 직무에 관한 죄를 범한 것이 확정판결에 의하여 증명된 때 단, 원판결의 선고 전에 법관, 검사 또는 사법경찰관에 대하여 공소의 제기가 있는 경우에는 원판결의 법원이 그 사유를 알지 못한 때에 한한다.

재심사유의 이유가 있는 때에는 항소이유(제361조의5 제13호), 상고이유(제383조 제3호)가 된다.

1) 허위증거에 의한 재심이유

① 형사소송법 제420조 제7호의 허위증거에 의한 재심이유

형사소송법 제420조 제7호는 재심사유의 하나로서 "원판결, 전심판결 또는 그 판결의 기초된 조사에 관여한 법관, 공소의 제기 또는 그 공소의 기초된 수사에 관여한 검사나 사법경찰관이 그 직무에 관한 죄를 범한 것이 확정판결에 의하여 증명된 때"를 들고 있다.

직무범죄가 확정됨으로써 원판결 등의 사실오인의 존재가 현저하게 추측된다는 실체적 이유와 재판의 공정성을 의심케 하는 사유를 제거하여 재판의 위신을 유지하여야 한다는 절차적 이유가 동시에 작용한 규정이다.[72]

제420조 제7호의 재심이유에 해당하는가 여부를 판단함에 있어 사법경찰관 등이 범한 직무에 관한 죄가 사건의 실체관계에 관계된 것인지 여부나 당해 사법경찰관이 직접 피의자에 대한 조사를 담당하였는지 여부는 고려할 사정이 아니다.[73] 즉 수사과정에서 피고인을 불법감금하였다 하여 기소유예처분을 받은 사법경찰관에 대하여 피고인이 제기한 재정신청이 기각되었으나, 위 경찰관이 제420조 제7호의 공소의

72) 차용석/최용성, 형사소송법(제4판), 2013, 827면.
73) 대법원 2006.5.11. 자 2004모16결정; 대법원 2008.4.24. 자 2008모77 결정.

기초가 된 수사에 관여하였다고 보는 것이 상당하다고 한다.

형법 제124조의 불법체포·감금죄는 위 재심사유가 규정하는 대표적인 직무범죄로서 헌법상 영장주의를 관철하기 위한 것이다. 헌법 제12조 제3항은 영장주의를 천명하고 있는데, 이는 강제처분의 남용으로부터 신체의 자유 등 국민의 기본권을 보장하기 위한 핵심 수단이 된다.

수사기관이 영장주의에 어긋나는 체포·구금을 하여 불법체포·감금의 직무범죄를 범하는 상황은 일반적으로 영장주의에 관한 합헌적 법령을 따르지 아니한 경우에 문제 된다. 이와 달리 영장주의를 배제하는 위헌적 법령이 시행되고 있는 동안 수사기관이 그 법령에 따라 영장 없는 체포·구금을 하였다면 법체계상 그러한 행위를 곧바로 직무범죄로 평가하기는 어렵다. 그러나, 이러한 경우에도 영장주의를 배제하는 법령 자체가 위헌이라면 결국 헌법상 영장주의에 위반하여 영장 없는 체포·구금을 한 것이고 그로 인한 국민의 기본권 침해 결과는 수사기관이 직무범죄를 저지른 경우와 다르지 않다. 즉 수사기관이 영장주의를 배제하는 위헌적 법령에 따라 체포·구금을 한 경우 비록 그것이 형식상 존재하는 당시의 법령에 따른 행위라고 하더라도 그 법령 자체가 위헌이라면, 결과적으로 그 수사에 기초한 공소제기에 따른 유죄의 확정판결에는 수사기관이 형법 제124조의 불법체포·감금죄를 범한 경우와 마찬가지의 중대한 하자가 있다고 보아야 한다.

만일 이러한 경우를 재심사유로 인정하지 않는다면, 수사기관이 헌법상 영장주의를 위반하여 국민을 체포·구금하였고, 그 수사에 기초한 공소제기에 따라 진행된 유죄 확정판결에 형사소송법 제420조 제7호의 재심사유와 동일하게 평가할 수 있는 중대한 하자가 존재함에도 단지 위헌적인 법령이 존재하였다는 이유만으로 그 하자를 바로잡는 것을 거부하는 결과가 된다. 이는 위헌적인 법령을 이유로 국민의 재판받을 권리를 제한하는 것일 뿐만 아니라 확정판결에 중대한 하자가 있는 경우 법적 안정성을 후퇴시키더라도 구체적 정의를 실현하고자 하는 재심제도의 이념에도 반한다. 또한 이러한 수사기관의 행위에 관하여 당시의 법령에 의하여 불법체포·감금죄가 성립하는 경우에만 형사소송법 제420조 제7호의 재심사유가 인정된다고 해석하는 것은 위헌적 법령으로 인하여 갖출 수 없게 된 요건을 요구하며 재심사유를 부정하는 것이 되어 부당하다.

따라서 위와 같은 재심제도의 목적과 이념, 형사소송법 제420조 제7호의 취지, 영장주의를 배제하는 위헌적 법령에 따른 체포·구금으로 인한 기본권 침해 결과 등 제반 사정을 종합하여 보면, 수사기관이 영장주의를 배제하는 위헌적 법령에 따라 영장 없는 체포·구금을 한 경우에도 불법체포·감금의 직무범죄가 인정되는 경우에 준하는 것으로 보아 형사소송법 제420조 제7호의 재심사유가 있다고 보아야 한다. 위와 같이 유추적용을 통하여 영장주의를 배제하는 위헌적 법령에 따라 영장 없는 체포·구금을 당한 국민에게 사법적 구제수단 중의 하나인 재심의 문을 열어놓는 것이 헌법상 재판받을 권리를 보장하는 헌법합치적 해석이다.[74]

② 제420조 제1호의 허위증거에 의한 재심이유

원판결의 증거된 서류 또는 증거물을 원판결이 범죄사실을 인정하기 위하여 증거의 요지에 기재한 증거에 한한다고 해석하는 견해와 범죄사실의 인정을 위한 증거뿐만 아니라, 범죄사실의 인정을 위한 증거가 진술증거인 때에는 그 증거능력을 인정하기 위한 증거도 포함된다고 하는 견해로 나누어진다.

③ 원판결의 증거된 증언·감정·통역 또는 번역이 확정판결에 의하여 허위인 것이 증명된 때(제2호)

원판결의 증거된 증언이 확정판결에 의하여 허위인 것이 증명된 때라 함은 그 증인이 위증을 하여 그 죄에 의하여 처벌되어 그 판결이 확정된 경우를 말하는 것이고, 원판결의 증거된 증언을 한 자가 그 재판 과정에서 자신의 증언과 반대되는 취지의 증언을 한 다른 증인을 위증죄로 고소하였다가 그 고소가 허위임이 밝혀져 무고죄로 유죄의 확정판결을 받은 경우에는 위 재심사유에 포함되지 아니한다.[75]

판례는 '형사소송법 제420조 제2호 소정의 원판결의 증거된 증언'이 확정판결에 의하여 허위인 것이 증명되어야 하는 바, 여기에서 말하는 '원판결의 증거된 증언'이라 함은 원판결의 이유 중에서 증거로 채택되어 '죄로 되는 사실'(범죄사실)을 인정하는 데 인용된 증언을 뜻하므로, 원판결의 이유에서 증거로 인용된 증언이 '죄로 되는 사실'과 직접 혹은 간접적으로 관련된 내용의 것이라면 위 법조 소정의 '원판결의

74) 대법원 2018. 5. 2. 자 2015모3243 결정 〔재심일부인용결정에대한재항고〕.
75) 대법원 2005. 4. 14. 선고 2003도1080 판결.

증거된 증언'에 해당한다. 그리고 '원판결의 증거된 증언'이 나중에 확정판결에 의하여 허위인 것이 증명된 이상, 그 허위증언 부분을 제외하고서도 다른 증거에 의하여 그 '죄로 되는 사실'이 유죄로 인정될 것인지 여부에 관계없이 형사소송법 제420조 제2호의 재심사유가 있는 것으로 보아야 한다.[76]

증언·감정·통역 또는 번역이 확정판결에 의하여 허위인 것이 증명된 때란 그 증인·감정인·통역인 또는 번역인이 위증 또는 허위의 감정·통역·번역을 하여 그 죄에 의하여 처벌되어 판결이 확정된 경우를 말한다.

④ 무고로 인하여 유죄의 선고를 받은 경우에 그 무고의 죄가 확정판결에 의하여 증명된 때(제3호)

단순히 고소장 등의 서면에 한하지 않고 무고의 진술이 증거가 된 때도 포함된다.[77] 여기서 '무고로 인하여'란 원판결의 유죄의 선고와 무고행위 사이에 인과관계를 요한다는 의미이다. 이 인과관계에 대해서는 고소장·고소인 진술조서 등의 기재 또는 고소장 등의 서면은 아니라도 무고에 해당하는 진술증거 등이 원판결의 증거로 된 경우에 국한한다.[78]

⑤ 원판결의 증거된 재판이 확정재판에 의하여 변경된 때(제5호)

⑥ 저작권·특허권·실용신안권·의장권 또는 상표권을 침해한 죄로 유죄의 선고를 받은 사건에 관하여 그 권리에 대한 무효의 심결 또는 무효의 판결이 확정된 때(제6호)

2) 신증거에 의한 재심이유

형사소송법 제420조 제5호의 신증거에 의한 재심이유란 원판결의 사실인정에 변경을 가하여야 할 새로운 증거의 발견을 재심이유로 하는 경우이다. 대부분의 재심사례들은 유죄선고를 받은 자에 대하여 무죄를 선고하여야 할 새롭고 명백한 증거를 발견

76) 대법원 1997. 1. 16. 자 95모38 결정 [재심청구기각에대한재항고].
77) 배종대/이상돈/정승환/이주원, 형사소송법, 2015, 863면.
78) 이재상, 전게서, 786면; 차용석/최용성, 전게서, 827면.

했는지 여부를 문제삼고 있다.

재심은 확정판결에 대한 사실인정의 오류를 시정하는 제도이므로 제5호의 증거는 구성요건적 사실, 기타 범죄성립요건에 관한 사실, 처벌조건인 사실, 형의 필요적 면제이유인 사실, 범죄조각사유로 되는 사실 및 형벌조각사유로 되는 사실에 관한 증거 등이 포함된다.[79] 단순히 소송법적 사실은 이에 포함되지 않는다. 다만 소송법적 사실인정의 오류가 구성요건 등 유죄인정의 사실 등의 인정을 그르친 경우에는 재심사유가 된다.[80] 그리고 원판결에 적정절차의 중대한 위반이 있고 그것이 증거의 증거능력이나 증명력에 영향을 미치고 나아가 원판결의 유죄의 사실인정이 명백히 유지되지 못하는 상태에 이른 경우에는 그 사실오인을 초래한 절차의 위법에 관한 신증거도 포함되어야 한다.[81]

재심은 '사실오인'의 오류를 시정하는 제도이다. 적어도 헌법상 피고인의 권리가 침해된 경우, 즉 법의 적정절차에 위반한 경우에는 그것이 유죄판결에 영향을 미치는 때, 즉 사실오인이 있는 경우에는 절차위법 자체를 초법규정·헌법적 재심이유로 해석할 수도 있을 것이다.[82]

그리고 재심은 사실오인의 오류를 시정하는 제도이므로 원판결의 법령의 해석·적용의 오류자체라든가, 법의 적정절차와 관계없는 공소제기절차의 법령위반 등은 재심청구이유가 되지 않는다는 데에는 이론이 없다.

무죄에는 사건이 범죄로 되지 않는 경우와 범죄사실의 증명이 없는 경우가 포함되는데(제325조), 원판결 후 어떤 사정에 의해 그 법령의 해석 적용의 오류가 판명되어 그 오류가 없었더라면 무죄가 될 것으로 인정되는 경우에는, '명백한 증거가 새로 발견된 때'에 해당하지 않는다. 판례의 변경도 마찬가지이다. 그러나 그 법령이 헌법의 적정절차에 관계된 것이고 그 해석·적용의 잘못 때문에 무죄로 될 것이 유죄로 되었다는 것이 판명된 때에는 재심이유가 된다.[83]

---

79) 차용석/최용성, 전게서, 829면.
80) 차용석/최용성, 전게서, 829면.
81) 차용석/최용성, 전게서, 829면.
82) 차용석/최용성, 전게서, 829면.
83) 차용석/최용성, 전게서, 839면.

다. 증거의 신규성과 명백성의 판단

1) 형사소송법 제420조 제5호의 증거의 신규성과 명백성의 의의

이는 증거가 새로 발견된 것이어야 한다는 의미이고, 구체적으로 증거가 ① 원판결 후에 새로 생긴 경우는 물론이고, ② 원판결 당시에 이미 존재하고 있었으나 발견되지 못하였다가 후에 새로 발견된 경우, ③ 원판결 당시 발견되어 그 존재를 알았으나 제출할 수 없었다가 비로소 제출할 수 있게 된 경우를 말한다.[84]

유죄의 선고를 받은 자에 대하여 무죄 또는 면소를 선고할 경우에 제한되므로 공소기각의 판결을 선고한 경우에는 포함되지 않는다. 즉 여기서 '원판결이 인정한 죄보다 경한 죄'라 함은 원판결이 인정한 죄와는 별개의 죄로서 그 법정형이 가벼운 죄를 말하는 것이므로, 동일한 죄에 대하여 공소기각을 선고받을 수 있는 경우는 여기에서의 경한 죄에 해당하지 않는다.[85]

2) 신규성의 판단기준

가) 의의

명백한 증거가 새로 발견되었을 것을 요하므로 증거의 신규성과 증거의 명백성에 대한 기준이 문제된다.

우선 대법원은 일관하여 형사소송법 제420조 제5호에서 말하는 "무죄로 인정할 명백한 증거가 발견된 때"란 확정판결의 소송절차에서 발견되지 못하였거나 발견되었어도 제출할 수 없었던 증거로서 증거가치에 있어 다른 증거에 비하여 객관적으로 우위성이 인정되는 증거를 말하는 것이라고 한다.[86]

증거는 법원의 입장에서 볼 때에 당연히 새로운 것이어야 한다고 본다. 따라서

---

84) 대법원 2013. 4. 18. 자 2010모363 결정; 대법원 2010. 10. 14. 선고 2009도4894 판결; 대법원 2009. 7. 16.자 2005모472 전원합의체 결정.

85) 대법원 1997. 1. 13. 자 96모51 결정, '재항고인에 대한 간통죄의 고소가 취소되었다 하더라도 이는 법원으로부터 공소기각을 선고받을 수 있는 사유에 지나지 아니하므로, 가사 소론 주장처럼 담당공무원이 위 고소취소장을 접수받아 기록에 첨부하지 아니하는 바람에 재항고인에 대하여 유죄의 판결이 선고되고 그 판결이 확정되었다고 하더라도 그와 같은 사유는 형사소송법 제420조 제5호 소정의 재심사유에 해당하지 않는다'.

86) 대법원 1993. 5. 17.자 93모33 결정.

원판결의 증거로 되었던 피고인의 자백, 공동피고인의 진술, 증인의 증언 등이 판결 확정 후에 번복되어 증거자료의 변경이 있었다고 하여도 이를 새로운 증거라고 할 수 없다. 그리고 확정판결의 소송절차에서 증거로 조사채택된 공동피고인이 확정판결 후 앞서의 진술내용을 번복하는 것도 이에 해당하지 않는다.[87]

나) 증거가 재심청구를 한 당사자인 피고인의 입장에서도 새로운 것이어야 하는지에 대한 문제

① 학설의 입장

필요설은 증거가 법원뿐만 아니라 피고인에게도 새로운 것이어야 한다는 견해로서, 재심제도의 취지에 따라 허위의 진술을 하여 유죄판결을 받은 자에 대해서도 재심을 인정하는 것은 형평의 원칙에 반한다는 점을 논거로 하고 있다.

불필요설은 증거는 법원에 대해서만 새로운 것이면 충분하고 피고인에게까지 새로운 것이어야 할 필요는 없다는 견해이다. 재심은 비상구제절차로서 무고한 피고인의 처벌을 방지하려는데 목적이 있으므로 피고인을 폭넓게 보호할 필요가 있는 점, 증거제출과 관련하여 피고인의 고의와 과실을 묻는 것은 검사의 거증책임을 인정하는 형사소송의 기본구조에 반한다는 점 등을 논거로 하고 있다.

절충설은 증거가 법원에 대해서는 새로운 것이어야 하고, 피고인에 대해서는 원칙적으로 새로운 것일 필요는 없으나 고의 또는 과실로 증거를 제출하지 않은 경우에는 예외적으로 그 증거의 신규성을 인정할 수가 없다는 견해로 '귀책사유설'이라고도 한다. 재심이 무고한 자에 대한 권리구제라는 측면과 형평 내지 금반언(禁反言)의 원칙을 함께 고려하여야 한다는 점을 논거로 하고 있다.

---

87) 대법원 1993. 5. 17. 자 93모33 결정.

② 판례의 태도

형사소송법 제420조 제5호에서 증거의 신규성과 관련하여 '증거가 새로 발견된 때'라고 하여 누구를 기준으로 판단할 것인지에 대해 제한을 두고 있지는 않다. 일차적으로는 법원의 입장에서 판단하여야 한다. 따라서 법원에 제출되지 않은 증거뿐만 아니라, 법원이 증거신청을 기각하여 증거조사를 하지 않았거나 증거로 채택하지 않은 증거도 신증거라 할 수 있다.[88]

판례는 '증거의 신규성을 누구를 기준으로 판단할 것인지에 대하여 형사소송법 제420조 제5호가 그 범위를 제한하고 있지 않으므로 그 대상을 법원으로 한정할 것은 아니지만, 피고인이 재심을 청구한 경우에 재심대상이 되는 확정판결의 소송절차 중에 그러한 증거를 제출하지 못한 데 과실이 있는 경우에는 그 증거는 제외된다'고 하여 절충설의 입장을 취하고 있다(대법원 2009.7.16. 자 2005모472 전원합의체 결정).

당사자의 경우 신규일 것을 요하는가에 대하여는 재심청구인인 피고인의 입장에서 고의로 증거를 제출하지 않은 경우와 과실로 제출하지 않은 경우는 명확히 구별하여야 하며 과실로 제출하지 못한 경우는 증거의 신규성을 인정할 가능성은 여전히 남아 있다. 즉, 의도적으로 증거를 은닉하였거나 다른 범죄의 발각이 두려운 나머지 알리바이를 주장하지 않는 등 고의로 증거를 제출하지 않은 경우와 단순히 부주의로 증거를 제출하지 못한 경우는 평가가 달라야 하는 것이다.

증거가 원판결 당시에 이미 존재하고 있었으나 발견되지 못하였다가 후에 새로 발견된 경우에 있어서 '발견되지 못하게 된 경위'가 반드시 불가항력적인 때만 해당되는 것은 아니며 부주의로 인한 때도 가능한 것이다. 법률판단이나 증명방법에서 열등한 지위에 있는 피고인이 원 재판에서의 과실이나 태만을 비난하여 재심청구의 길을 막는 것은 실질적 당사자주의와 일치하지 않는다.[89] 나아가 현행법은 피고인에게 진술거부권을 부여하고 있는데, 피고인이 원심에서 증거를 제출하지 않았다고 하여 재심청구에서 불이익을 받는 것도 타당하지 않다.[90]

따라서 피고인이 고의로 증거를 제출하지 않은 경우에 한하여 증거의 신규성을 인정할 수가 없다고 보는 것이 오히려 형사소송법 제420조 제5호 및 증거의 신규성의

88) 이호중, 전게 논문, 4면.
89) 차용석/최용성, 전게서, 833면.
90) 차용석/최용성, 전게서, 834면.

의미에 합치되는 해석이라 판단된다. 피고인으로서는 자신에게 유리한 증거가 있었음에도 불구하고 과실로 그 존재를 알지 못하여 미처 제출하지 못한 경우도 있을 수 있고, 재판 당시에 제출가능한 증거였지만 다른 범행이 발각될까 두려워 유리한 증거를 제출하지 않은 경우에도 증거의 신규성은 인정된다고 보아야 할 것이다.[91]

③ 신규성의 판단

원판결에서 실질적 판단을 내린 증거와 동일한 증거에 대하여는 신규성이 부인된다. 타인의 진술인 경우에는 그 내용이 유사하더라도 증거의 신규성은 인정되어야 할 것이다.[92]

신규성은 이미 판단한 증거인지 여부라는 관점에서 판단함이 타당하다.[93]

3) 증거의 명백성

재심이유로서 증거의 명백성에 대하여 ① 명백성의 의미와 인정 정도, ② 명백성의 판단방법 그리고 ③ '의심스러운 때에는 피고인의 이익으로(in dubio pro reo)' 원칙의 적용 여부 등이 문제된다.

가) 명백성의 의미

명백한 증거란, 새로운 증거가 확정판결을 파기할 고도의 가능성 내지 개연성이 인정되는 것을 말한다. 새로운 증거의 증거가치가 확정판결이 그 사실인정의 자료로 한 증거보다 경험칙이나 논리칙상 객관적으로 우위에 있다고 인정될 것을 요한다.

판례도 일관되게 이러한 견해를 취하고 있다. 즉 '객관적으로 우위'일 것을 요하므로 법관의 자유심증에 의한 증거가치판단의 대상에 지나지 않은 것은 명백한 증거에 해당한다고 할 수 없다. 판례는 형사소송법 제420조 제5호에 규정된 '명백한 증거가 새로 발견된 때'라 함은 확정된 원판결의 소송절차에서 발견되지 못하였거나 또는 발견되었다 하여도 이를 제출할 수 없었던 증거로서 그 증거가치가 확정판결이 그 사실인정의 자료로 한 증거보다 경험칙이나 논리칙상 객관적으로 우위에 있다고 보여

91) 이호중, 전게논문, 4면; 차용석/최용성, 전게서, 834면.
92) 차용석/최용성, 전게서, 834면.
93) 차용석/최용성, 전게서, 834면.

지는 증거를 의미한다 할 것이고, 법관의 자유심증에 의하여 그 증거가치가 좌우되는 증거를 말하는 것이 아니라는 점을 분명히 하고 있다.[94]

명백성의 정도에 대하여 새로운 증거에 의해 확정판결을 파기할 고도의 가능성 내지 개연성이 인정되는 것[95]이라고 보았으나, 최근에 들어와 확정판결의 사실인정에 대하여 합리적 의심 혹은 진지한 의심이 생기게 하는 정도이면 충분하다는 견해로 대립하고 있다.

나) 명백성의 판단기준

명백성의 판단기준에 대하여 새로운 증거에 의하여만 판단할 것이 아니라 기존의 구증거를 포함하여 고려의 대상으로 할 것인가에 대하여 견해가 나누어진다. 새로운 증거만에 의해 판단하여야 한다는 입장은 통상 단독평가설로 일컬어지는데, 새로이 발견된 증거만을 독립적·고립적으로 판단해야 한다는 견해이다. 이에 따르면 명백성 여부는 새로운 증거만에 의해 판단해야 하며, 객관적 우위성이 요구되고, 자유심증에 의해 증거가치가 좌우되는 증거는 여기에 해당하지 않게 된다. 이러한 단독평가방식에 의하게 될 때 재심의 허용범위가 매우 협소하게 된다. 피해자가 생존해 있다든지, 다른 진범의 존재가 확인된 경우 혹은 범행시의 알리바이가 입증되는 경우 등이 아니면 재심은 거의 불가능해지게 된다.[96]

반면 새로 발견된 증거와 재심대상 확정판결이 그 사실인정시에 채용한 모든 구증거를 함께 고려하여 종합적으로 평가·판단해야 한다는 종합평가설이 있다. 종합평가설 가운데에서도 재심대상이 되는 확정판결을 선고한 법원이 사실인정의 기초로 삼은 증거들 가운데 새로 발견된 증거와 유기적으로 밀접하게 관련·모순되는 것들만을 함께 고려하여 평가해야 한다는 견해를 제한적 종합평가설이라 한다.

대법원도 종래 신증거 자체의 객관적 우위성을 택함으로써 단독평가설의 입장을 취하였으나, 그 입장을 변경하여 총합평가설을 지지하고 있다. 그리고 당연히 재심청구법원은 원판결의 증거의 증거평가에 구속될 것이 아니라 전체를 재평가해야 한다(재평가설). 다만 재평가설에 의할 경우에도 재심관할법원이 구증거에 대한 재평가를

94) 대법원 1997. 1. 16. 자 95모38 결정 [재심청구기각에대한재항고].
95) 이재상, 전게서, 789면.
96) 이호중, 전게 논문, 7면.

어느 범위에서 할 수 있는가 하는 점이 문제된다. 확정판결에서 사실인정의 기초로 채용되었지만 새로 발견된 증거와 관계가 없는 구증거들도 전면적으로 재평가의 대상이 되는 것인가, 아니면 재평가되는 구증거는 적어도 요증사실을 중심으로 하여 신증거와 유기적 관련이 있는 증거에 한정되어야 하는가? 신증거와 직접적인 관련이 없는 구증거들도 재평가의 범위에 포함되는가 하는 점이 요체이다.

이 경우에도 구증거와 신증거를 함께 고려하여 증거의 명백성을 판단함에 있어서는 고도의 개연성이 인정되는 정도의 심증이 요구된다.[97]

증거의 명백성 판단방법

① 종전 판례 입장: 대법원 1995. 11. 8. 자 95모67 결정.

무죄를 인정할 명백한 증거인지 여부가 문제로 된 증거를 따로 제쳐 두고 그 증거가치와는 무관하게 확정판결이 채용한 증거들의 증거가치와 그에 의한 사실인정의 당부를 전면적으로 재심사하여 재심의 개시 여부를 결정한 것과 다름이 없어 무죄를 인정할 명백한 증거가 새로 발견된 경우에만 예외적으로 재심을 허용하는 형사소송법 제420조 제5호의 규정 내용이나 취지에 반하는 판단 방법이므로 옳다고 할 수 없고, 확정판결이 유죄의 증거로 채택한 각 진술이 수사기관의 고문이나 감금 등 범죄행위로 얻어진 것이라는 점에 관하여 별도의 확정판결이나 형사소송법 제422조 소정의 확정판결에 대신하는 증명이 있다고 볼 만한 자료는 없는 사정 아래에서 그 설시의 이유만으로 피고인들이나 참고인들의 각 진술이 수사기관의 강압에 의한 것으로 의심된다는 점을 사실상 주된 사유로 하여 재심청구를 인용한 것은 형사소송법 제420조 제7호의 규정내용이나 취지에도 반하는 것이다

② 변경된 전원합의체 판례 입장 : 대법원 2009. 7. 16. 자 2005모472 전원합의체 결정

형사소송법 제420조 제5호에 정한 '무죄 등을 인정할 명백한 증거'에 해당하는지 여부를 판단할 때에는 법원으로서는 새로 발견된 증거만을 독립적·고립적으로 고찰하여 그 증거가치만으로 재심의 개시 여부를 판단할 것이 아니라, 재심대상이 되는 확정판결을 선고한 법원이 사실인정의 기초로 삼은 증거들 가운데 새로 발견된 증거와 유기적으로 밀접하게 관련되고 모순되는 것들은 함께 고려하여 평가하여야 하고, 그 결과 단순히 재심대상이 되는 유죄의 확정판결에 대하여 그 정당성이 의심되는 수준을 넘어 그 판결을 그대로 유지할 수 없을 정도로 고도의 개연성이 인정되는 경우라면 그 새로운 증거는 위 조항의 '명백한 증거'에 해당한다. 만일 법원이 새로 발견된 증거만을 독립적·고립적으로 고찰하여 명백성 여부를 평가·판단하여야 한다면, 그 자체만으로 무죄 등을 인정할 수 있는 명백한 증거가치를 가지는 경우에만 재심 개시가 허용되어 재심사유가 지나치게 제한되는데, 이는 새로운 증거에 의하여 이전과 달라진 증거관계 아래에서 다시 살펴 실체적 진실을 모색하도록 하기 위해 '무죄 등을 인정할 명백한 증거가 새로 발견된 때'를 재심사유의 하나로 정한 재심제도의 취지에 반하기 때문이다.

[별개의견] 형사소송법 제420조 제5호에 정한 '무죄 등을 인정할 명백한 증거'에 해당하는지 여부를 판단할 때 고려하여야 할 구증거의 평가 범위를 다수의견과 같이 제한할 것이 아니라 새로 발견된 증거와 재심대상인 확정판결이 그 사실인정에 채용한 모든 구증거를 함께 고려하여 종합적으로 평가·판단하

97) 신동운, 전게서, 616면.

여야 한다. 다수의견과 같이 새로운 증거가 무죄 등을 인정할 '명백한 증거'에 해당하는지 여부를 판단할 때 새로운 증거만을 독립적·고립적으로 고찰할 것은 아니라고 해석한다면, 재심대상인 확정판결이 사실인정에 채용한 구증거들 중에서 새로운 증거와 유기적으로 밀접하게 관련·모순되는 것들로 그 범위를 제한할 것은 아니다. 새로 발견된 증거와 확정판결이 채용한 구증거들 사이의 밀접한 관련성이나 모순성은 실제 각 사안에서 구체적·개별적으로 판단될 수밖에 없을 것으로 보이는바, 무죄 등을 인정할 명백한 증거에 해당하는지 여부는 법원이 각 사안에 따라 새로운 증거와 확정판결이 채용한 증거들을 함께 고려하여 종합적으로 판단하도록 하는 것이 현실적으로 타당하다.

다) 증거의 명백성 판단에 있어서 in dubio pro reo 원칙의 적용 여하

증거의 명백성 판단에 있어서 in dubio pro reo 원칙이 적용되는가에 대하여 견해가 나뉜다. 재심에 대하여 in dubio pro reo 원칙이 적용되게 되면 형사소송법 제420조의 '무죄의 판결을 받을 명백한 증거'는 확정판결의 사실인정에 의심을 일으킨 정도의 증거로 족하게 될 우려가 있다는 점을 들어 이 원칙이 적용되지 않을 수는 있다.[98] 기본적으로 in dubio pro reo 원칙은 사실인정에 관한 원칙이기 때문이다. 그러나 현행법이 유죄판결의 받은 자의 이익을 위해서만 재심청구를 인정하고 있는 점, 유죄판결을 받은 자의 이익을 위하여 검사에게도 재심청구권을 인정하고 있는 점에 비추어 볼 때 재심청구사건에 대한 판단에 있어서도 '의심스러울 때에는 피고인에 유리하게(in dubio pro reo)'의 법원칙이 적용된다고 봄이 타당하다는 견해가 있다.[99]

재심개시절차에서 증거의 명백성에 대한 판단은 신증거의 증명력을 구증거들과 종합적으로 평가하여 피고인에게 유리한 결론(무죄 혹은 형이 경한 죄 등)이 얻어질 개연성이 있는가 하는 예측판단으로서,[100] '의심스러울 때에는 피고인의 이익'으로라는 사실인정의 기본원칙이 그대로 적용될 것인가에 대하여 다투어져 왔다. 그러나 후술하는 바와 같이 재심개시절차에서 증거의 명백성 요건은 예측의 문제라기보다는 원판결의 당부의 문제이며, 원판결인 유죄판결은 합리적 증명을 넘어선 증명이 요구되는 것이기 때문에 새로운 증거에 의하여 원판결의 사실인정에 합리적 의심의 여지가 남게 되는가가 주된 판단대상이 되므로 이 경우 당연히 in dubio pro reo 원칙이 적용된다고 해석할 수 있다.[101] 무엇보다 재심청구인은 '무죄를 선고해야 할 명백성'

98) 이재상, 전게서, 791면.
99) 이호중, 전게논문, 8면.
100) 이호중, 전게 논문, 7-8면.
101) 이호중, 전게 논문, 8면; 차용석/최용성, 전게서, 831면.

이 있다는 것까지 입증할 책임은 없다고 보아야 한다. 즉 재심청구인은 무죄를 선고해야 할 명백성이 있다는데 대한 합리적인 여지가 남아있다는 점을 제시하면 족하다고 보아야 한다. 이렇게 해석하는 것이 재심재판에서 무죄로 될지 모르는 청구인들을 구제할 수 있고, 무죄가능성이 있는 재심청구의 폭을 확대할 수 있다. 특히 이 원칙은 재심청구사건의 실질심사단계에서 중요한 기능을 하는 걸로 보아야 한다.

라. 재심의 대상

재심의 대상은 유죄의 확정판결이며, 형식재판인 무죄·면소·공소기각·관할위반판결은 이에 해당되지 않는다. 확정된 약식명령, 확정된 즉결심판도 포함된다. 판결이므로 결정이나 특별사면으로 선고의 효력이 상실된 경우는 이에 포함되지 않는다. 예컨대 무죄의 확정판결, 확정된 재항고 기각결정, 상고심계속 중인 미확정 판결, 항소심에서 파기확정된 제1심의 유죄판결, 특별사면에 의하여 그 선고의 효력이 상실된 유죄의 확정판결, 상고기각판결에 의하여 확정된 제1심 또는 항소판결, 선고유예판결 등은 재심의 대상에 해당되지 않는다. 상소기각판결의 경우 상소기각판결 자체에 재심사유가 있어야 재심대상이 된다. 여기서 항소 및 상고기각 판결이란 항소기각 및 상고기각 판결 그 자체를 말한다.

현행법상 재심은 피고인의 이익을 위한 이익재심만을 인정하고 있다(제421조 제1항).

항소 또는 상소기각의 판결에 대하여는 제420조 제1·2·7호의 사유에 한해 가능하다. 이 경우는 문서위조 및 변조, 그리고 허위증거에 의한 재심이유 및 직무관련범죄로 인한 재심이유의 경우이다.

다만 제1심의 확정판결에 대한 재심청구 사건의 판결이 있은 후 항소기각 판결에 대해 다시 재심청구는 하지 못하며, 제1심과 2심의 확정판결에 대한 재심청구사건의 판결이 있은 후에는 상고기각 판결에 대해 다시 재심청구하지 못한다.

마. 재심절차

1) 재심개시절차와 재심심판절차

재심절차는 2단계 심사로 이루어진다. 우선 재심이유의 존부를 심사하여 그 사건을

다시 심판할 것인지 여부를 결정하는 재심개시절차와 재심개시결정이 있은 뒤에 피고사건을 다시 심판하는 재심심판절차로 이루어진다.

재심의 관할은 원판결의 법원이 관할한다. 대법원이 제2심 판결을 파기하고 자판한 경우에는 원판결법원이 대법원이므로 재심청구는 대법원이 관할한다.

2) 재심청구권자

재심청구권자는 유죄의 선고를 받은 자와 변호인 그리고 검사이다. 유죄의 선고를 받은 자에는 그의 법정대리인, 배우자, 직계친족 그리고 형제자매가 포함된다. 법정대리인은 본인의 의사결정의 능력이 있는 한 본인의 명시한 의사에 반하여 재심청구를 할 수 없다. 배우자 및 직계친족 그리고 형제자매 등은 유죄의 선고를 받은 자가 사망한 경우에 명예회복을 위해서 필요하고, 재심에서 무죄로 되면 판결의 공시와 형사보상 등의 법률상 이익이 있기 때문이다. 다만 유죄의 선고를 받은 자 자신이 재심청구를 하고 그 재판이 있기 전 본인이 사망한 경우에는 재심청구절차는 당연히 종료되며 배우자 등은 새로이 재심을 청구할 수 없다.

검사도 재심청구권자에 포함되므로 재심개시 결정이 내려진 이후에도 언제든지 항고·재항고를 통해 이의를 제기할 수 있다. 이 문제는 재심이 그만큼 지난한 과정을 거쳐 진행되는 이유이기도 하다. 다만 검사가 재심청구를 할 수 없는 경우, 예컨대 원판결과 전심판결 또는 그 판결의 기초된 조사에 관여한 법원, 공소의 제기 또는 그 공소의 기초된 수사에 관여한 검사나 사법경찰관이 그 직무에 관한 죄를 범한 것이 확정판결에 의하여 증명된 때라는 사유에 의한 재심청구는 유죄의 선고를 받은 자가 그 죄를 범하게 한 경우이다.

변호인은 재심청구시 선임된 변호인이며 원심의 변호인을 말한다. 검사 이외의 자가 재심의 청구를 하는 경우 변호인을 선임할 수 있다(제426조 제1항). 변호인 선임에 관한 형사소송법 제30조 이하의 변호인에 대한 규정은 재심청구절차에서는 원칙적으로 적용되지 않지만, 당해 규정의 성질 내용이 재심청구절차에 부합할 경우 이를 준용할 수는 있다. 따라서 변호인의 소송서류·증거물열람·등사권은(제35조) 재심청구자의 정당한 이익을 옹호하는데 필요한 권리이므로 재심절차에도 준용된다. 피의자·피고인과 변호인의 접견교통권(제34조) 또한 필요한 경우 준용될 수 있다고 보아

야 한다. 다만 피의자·피고인과 변호인의 접견교통권 보장 규정인 법 제34조는 '변호인 또는 변호인이 되려는 자는 신체구속을 당한 피고인 또는 피의자와 접견하고 서류 또는 물건을 수수할 수 있으며 의사로 하여금 진료하게 할 수 있다'고 규정하고 있는 바, 이 규정은 형이 확정되어 집행 중인 수형자에 대한 재심개시의 여부를 결정하는 재심청구절차에는 그대로 적용될 수 없다.[102] 이 판례에 따르면 접견 거부 당시 시행되던 구 행형법(1995. 1. 5. 법률 제4936호로 개정되기 전의 것) 제18조 제1항은 '수형자는 소장의 허가를 받아 타인과 접견하거나 서신을 수발할 수 있다'고 규정하고 있고, 제2항은 '친족 이외의 자와의 접견과 서신수발은 필요한 용무가 있을 때에 한한다'고 규정하고 있는 바, 친족 이외의 자의 수형자에 대한 접견신청을 받은 교도소장으로서는 위 규정의 취지가 헌법상 사람을 만날 수 있는 기본적 자유권을 보장하기 위한 것임을 감안, 수형자의 성향, 행장(行狀), 교도소 내의 관리, 보안의 상황 기타 구체적 사정을 고려하여 접견을 허용하는 것이 수형자의 교화 또는 처우상 부적당한지의 여부를 가려 '필요한 용무'의 유무를 따져야 한다. 다만 수형자는 자유형의 처벌을 받고 있는 자의 본질적 지위상 미결수용자에 비하여 접견 등의 빈도가 대폭 제한되어야 하고 그 제한의 정도는 일반적 접견권의 본질적 내용을 침해하지 아니하는 범위 내에서 교도소장 등 관계 행정청의 재량에 속하므로, 접견제한의 반사적 효과로 수형자를 접견하고자 하는 외부인의 권리도 역시 같은 정도로 제한될 수밖에 없고 그 제한이 재량권의 일탈이나 남용에 해당하지 아니하는 이상 그 외부인에 대하여 인격권 등 법익침해가 있을 수 없다. 미결수용자와의 변호인 접견(행형법 제66조)과는 달리, 수용자의 경우에는 변호인 이외의 자와의 접견 내지 서신은 일정한 경우 제한될 수 있다.

변호인의 선임은 재심의 판결이 있을 때까지 효력이 있다(제426조 제2항). 재심청구기각 결정 이후 선임된 변호인도 대리인으로서 항고를 제기할 수 있다.[103]

3) 재심청구의 시기와 방식

재심청구의 시기에는 제한이 없다. 형의 집행을 종료하거나 형의 집행을 받지 아니

---

102) 대법원 1998. 4. 28. 선고 96다48831 판결.
103) 차용석/최용성, 전게서, 840면.

하게 된 때에도 재심의 청구를 할 수 있다. 유죄의 선고를 받은 자가 사망한 경우, 형 면제판결, 집행유예기간의 경과에 따라 형의 선고가 효력을 잃은 경우에도 재심의 청구를 할 수 있다.

재심청구는 청구의 취지와 이유를 구체적으로 기재한 재심청구서에 원판결의 등본·증거자료를 첨부하여 관할법원에 제출하는 방식으로 한다. 재소자의 경우 재심청구서를 교도소장에게 제출하면 재심을 청구한 것으로 간주되는 특칙을 두고 있다(제430조).

여기서 문제되는 것은 일반사면이 있는 경우에 재심청구가 가능한가 하는 점인데, 재심개시결정이 있으면 결국 면소의 판결로써 소송이 종결될 것이긴 하지만, 재심에 의하여 전의 유죄판결이 소멸되고 당해 판결에 따른 각종 효과도 소멸할 것이므로 무죄를 주장하여 재심청구를 할 수 있다고 보아야 한다.[104]

유죄판결 후 형의 폐지가 있는 경우도 일반사면의 경우보다 더욱 더 재심청구를 인정할 실익이 크다고 할 것이다.

4) 재심청구의 효과

재심의 청구로서 형의 집행을 정지하는 효력은 인정되지 않는다. 다만 관할법원에 대응하는 검찰청 검사는 재심청구에 대한 재판이 있을 때까지 형의 집행을 정지할 수 있다(제428조). 기본적으로 재심의 청구는 형의 집행을 정지하는 효력이 없지만, 법원은 재심개시의 결정을 할 때에는 정지할 수 있다.

5) 재심청구의 취하

재심청구는 취하할 수 있다(제429조 제1항). 재심청구의 취하는 원칙적으로 서면으로 하며, 공판정에서는 구술로도 가능하다. 구술로 재심청구를 취하한 때에는 그 사유를 조서에 기재하여야 한다(규칙 제167조).

재심청구취하의 시기는 재심사건의 제1심 판결 선고시까지 재심청구를 취하할 수 있다. 재심청구를 취하하면 다른 재판을 요하지 아니하고 당연히 절차는 종결되며,

---

104) 차용석/최용성, 전게서, 841면.

일단 재심의 청구를 취하한 자는 동일한 이유로 새로이 재심청구를 할 수 있다. '동일한 이유'란 동일한 사실관계, 증거관계가 구체적으로 동일한 경우에 한한다.

6) 재심청구에 대한 심판

가) 재심청구에 대한 심리

재심청구에 대한 심리는 기본적으로 형사소송법에 규정된 재심사유가 있는지 여부만을 판단하여야 하고, 재심사유가 재심대상 판결에 영향을 미칠 가능성이 있는가의 실체적 사유는 고려해서는 안 된다.[105]

재심청구에 대한 심리절차는 기본적으로 판결이 아니라 결정절차이다. 따라서 판결에 적용되는 기본적 원칙, 예컨대 구두변론주의나 절차공개원칙이 적용되지는 않는다. 그렇다고 하여 형사절차의 기본원칙이 무시되어도 되는 것은 아니다. 형사절차에서의 변호인의 조력을 받을 권리(제426조), 의견진술의 기회 보장(제432조) 등은 지켜져야 한다. 이런 점에서 재심절차도 적정절차의 원칙이 보장된다.

나) 사실조사

재심청구에 대한 심리는 사실조사로 시작한다(재431조). 즉 재심절차에서는 사실조사가 가능하다. 그 범위는 재심청구인이 재심청구의 이유로 주장한 사실의 유무에 제한되며, 직권에 의한 사실조사 사항은 없다. 또한 청구이유의 유무라는 실체면에 관련되는 사실을 조사의 대상으로 예정한 것으로 보아야 하며, 청구가 적법성을 구비하고 있는가를 판단하는데 필요한 사실의 조사는 여기에 포함되지 않는다.

사실조사의 범위는 재심청구자 재심청구이유로 주장하는 사실의 유무에 한한다. 다만 조사의 대상으로서의 사실의 범위를 너무 엄격히 해석할 것은 아니며, 사실에 부수하는 사실 또는 이와 밀접한 관련을 가진 사실도 포함된다고 해석함이 상당하다.[106]

---

105) 대법원 2008. 4. 2. 4 자 2008모77 결정.

106) 이에 대하여 차용석/최용성, 전게서, 845면은 제420조 제1호의 원판결의 증거로 된 피고인의 수사관에 대한 자백을 내용으로 한 진술조서가 위조되었다는 것을 주장하여 재심청구를 한 경우에 법원은 당해 진술조서가 진정하게 작성되었는가 어떤가 하는 점의 조사에 수반하여 당해 진술조서 작성과 그 전제되는 사실인 수사의 상황 등에 관하여 조사할 수 있다고 봄이

사실조사의 주체는 법원이며, 예컨대 증인을 신청한 경우에 증인을 채택할지 여부는 법원의 재판에 달려있다. 법원이 현저히 재량을 이탈하여 당연히 조사하여야 할 증거를 조사하지 않는 등 부당한 조치를 한 결과 재심청구기각의 결정을 한 때에는 즉시항고(제437조)의 이유에 해당한다.[107]

사실조사는 엄격한 증거조사방법으로 할 필요는 없으며 재심청구의 이유 유무를 판단하기 위한 정도로 족하다. 그러나 재심청구서와 이에 첨부된 증거서류 등의 열람·검토, 원판결의 소송기록 등의 조사 검토는 재심청구의 이유 존부를 판단하는데 당연히 필요한 것이므로 여기의 사실조사의 범위에는 포함되지 않는다.[108]

〈참조판례 : 대법원 2015.5.14. 선고 2014도2946 판결〉

소위 강○○유서대필사건 재심상고심판

[1] 형사소송법 제438조 제1항은 "재심개시의 결정이 확정한 사건에 대하여는 제436조의 경우 외에는 법원은 그 심급에 따라 다시 심판을 하여야 한다."고 규정하고 있다. 여기서 '다시' 심판한다는 것은 재심대상판결의 당부를 심사하는 것이 아니라 피고 사건 자체를 처음부터 새로 심판하는 것을 의미하므로, 재심대상판결이 상소심을 거쳐 확정되었더라도 재심사건에서는 재심대상판결의 기초가 된 증거와 재심사건의 심리과정에서 제출된 증거를 모두 종합하여 공소사실이 인정되는지를 새로이 판단하여야 한다. 그리고 재심사건의 공소사실에 관한 증거취사와 이에 근거한 사실인정도 다른 사건과 마찬가지로 그것이 논리와 경험의 법칙을 위반하거나 자유심증주의의 한계를 벗어나지 아니하는 한 사실심으로서 재심사건을 심리하는 법원의 전권에 속한다.
[2] 피고인이 甲 명의의 유서(遺書)를 대필하여 주는 방법으로 甲의 자살을 방조하였다는 공소사실로 유죄판결을 받아 확정되었는데, 그 후 재심이 개시된 사안에서, 국립과학수사연구소 감정인 乙이 유서와 피고인의 필적이 동일하다고 판단하는 근거로 내세우는 특징들 중 일부는 항상성 있는 특징으로 볼 수 없는 점 등 제반 사정을 종합하면 乙이 작성한 감정서 중 유서와 피고인의 필적이 동일하다는 부분은 그대로 믿기 어렵고, 나머지 증거만으로는 공소사실이 합리적 의심의 여지가 없을 정도로 충분히 증명되었다고 볼 수 없다고 판단하여 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였다.

다) 당사자의 의견진술

재심의 청구에 대한 당사자의 의견진술은 재심결정을 함에 있어서 매우 중요하다. 청구한 자와 상대방의 의견을 듣는 것은 재심심리의 적정성을 보장하기 위한 것이다. 그러나 반드시 변호인의 의견을 들어야 하는 것은 아니다. 의견진술의 기회를 의미하며 당사자가 반드시 의견진술을 해야 하는 것은 아니다.

타당하다고 한다.
107) 차용석/최용성, 전게서, 845면.
108) 차용석/최용성, 전게서, 845면.

당사자의 의견진술의 기회를 주지 않고 청구를 기각하는 결정을 하는 경우 결정에 영향을 미치는 중대한 위법에 해당하며, 이는 즉시항고사유가 된다.[109] 다만 재심청구인에게 의견진술의 기회를 주었음에도 불구하고 재심청구인이 그 기회에 의견을 진술하지 아니한 이상 재심청구에 대한 결정절차에 위법이 있다고 할 수 없다.[110]

바. 재심청구재판

1) 재심기각결정

재심의 청구가 법률상의 방식에 위반하거나 청구권의 소멸 후인 것이 명백한 때에는 결정으로 기각하여야 한다(제433조). 법률상의 방식에 위반한 경우와 청구권의 소멸 후인 것이 명백한 경우, 재심청구기각 결정은 형식적 재판이므로 그 결정에 내용적 확정력이 발생하지 않는다. 따라서 방식 등을 적법하게 하면 동일한 이유로써도 재심청구를 할 수 있다.

그리고 재심의 청구가 이유없다고 인정한 때에는 결정으로 기각하여야 한다(제434조 제1항). 재심의 청구가 이유없다고 인정하여 청구기각의 결정이 있는 때에는 누구든지 동일한 이유로써 다시 재심을 청구하지 못한다(제434조 제2항).

앞에서 원판결의 증거로 된 피고인의 수사기관에 대한 자백을 내용으로 하는 피의자 신문조서가 위조된 것이라고 주장한 사안의 경우, 사실조사의 결과 당해 사실의 존재는 인정되지 않으나 당해 조서작성의 전제로 된 신문당시의 폭행 또는 추행 등 수사관의 직무에 관한 범죄로 인하여 당해 수사관이 유죄의 확정판결을 받은 사실이 판명된 경우에는 법원이 청구가 이유없다고 하여 청구기각의 결정을 할 것인가 하는 점이 문제될 수 있다. 즉 법원이 재심청구자가 주장한 재심이유에 구속될 것인가 하는 문제이다. 재심청구자의 사실에 관한 주장뿐만 아니라 법률적 견해에까지도 구속된다고 하게 되면, 재심청구자가 주장하지 않은 재심청구이유이므로 재심청구기각

---

109) 대법원 1983. 12. 20. 자 83모43 결정 [재심청구기각결정], "형사소송법 제432조에 의하면 재심의 청구에 대하여 결정을 함에는 청구한 자와 상대방의 의견을 들어야 한다고 규정하고 있으므로 이는 최소한 재심을 청구한 자와 상대방에게 의견을 진술할 기회는 부여하여야 할 것인 바(대법원 1966. 12 .26. 자 66모7 결정; 1977. 7. 4. 자 77모28 결정 참조) 일건 기록을 검토하여 보아도 원심은 상대방인 검사의 의견은 들었으나 재심을 청구한 재항고인의 의견을 들었거나 진술할 기회를 주지 아니하였음이 분명하므로..."

110) 대법원 1997. 1. 16. 자 95모39 결정.

결정을 하게 될 것이다. 재심청구를 함에 있어서 법이 정하는 재심청구 이유를 명시하면 충분하고 반드시 해당 법조까지 적시할 필요는 없으므로 재심청구자의 법률적 견해에는 구속되지 않는다고 봄이 타당하다. 당사자가 재심청구의 이유로 주장하고 있지 않다 하여 재심이유에 해당하는 사유가 명백함에도 불구하고 바로 재심청구를 기각한다면 정의의 관점에 반하게 된다. 무엇보다 법 제434조 제1항에 당사자는 다른 이유를 들어 다시 재심을 청구할 수 있으므로 소송경제상으로도 바람직하지 않은 결론에 이른다. 따라서 이런 경우에 법원은 바로 청구기각결정을 할 것이 아니라 재심청구자에 석명을 구하거나 혹은 재고를 촉구하는 방법에 의해 당사자가 재심청구의 이유를 추가하는 것을 허용하는 방향으로 가는 것이 적절할 것으로 보인다.[111]

2) 재심개시결정

재심청구에 대하여 법원은 재심청구가 이유 있다고 인정한 때에는 재심개시결정을 한다(제435조 제1항).

다만 경합범의 경우에 그 일부에 대하여 재심청구의 이유가 있다고 인정되는 경우에는 어느 범위까지 재심개시결정을 해야 하는가에 대하여는 견해가 대립한다. 즉 경합범의 전부에 대하여 재심개시결정을 해야 한다는 전부설과, 재심청구가 이유없는 사실에 대하여도 재심개시결정을 해야 하는 것은 타당할 수 없고 당해 범죄사실만 재심의 대상이 된다는 일부설, 그리고 재심사유 없는 범죄사실에 관한 법령이 개정 또는 폐지된 경우를 고려하면 판결 전부에 대하여 재심개시결정을 해야 하지만 재심사유 없는 범죄사실에 대하여는 양형을 위하여 필요한 범위에서 심리할 수 있을 뿐이라고 보는 절충설 등으로 나뉜다.

판례는 절충설의 입장을 취하고 있다.[112] 즉 "[1] 경합범 관계에 있는 수개의 범죄사실을 유죄로 인정하여 한 개의 형을 선고한 불가분의 확정판결에서 그 중 일부의 범죄사실에 대하여만 재심청구의 이유가 있는 것으로 인정된 경우에는 형식적으로는 1개의 형이 선고된 판결에 대한 것이어서 그 판결 전부에 대하여 재심개시의 결정을 할 수밖에 없지만, 비상구제수단인 재심제도의 본질상 재심사유가 없는 범죄사실에

111) 차용석/최용성, 전게서, 848면.
112) 대법원 1996. 6. 14. 선고 96도477 판결.

대하여는 재심개시결정의 효력이 그 부분을 형식적으로 심판의 대상에 포함시키는데 그치므로 재심법원은 그 부분에 대하여는 이를 다시 심리하여 유죄인정을 파기할 수 없고 다만 그 부분에 관하여 새로이 양형을 하여야 하므로 양형을 위하여 필요한 범위에 한하여만 심리를 할 수 있을 뿐이다.

[2] 재심사유가 없는 범죄사실에 관한 법령이 재심대상판결 후 개정·폐지된 경우에는 그 범죄사실에 관하여도 재심판결 당시의 법률을 적용하여야 하고 양형조건에 관하여도 재심대상판결 후 재심판결시까지의 새로운 정상도 참작하여야 하며, 재심사유 있는 사실에 관하여 심리결과 만일 다시 유죄로 인정되는 경우에는 재심사유 없는 범죄사실과 경합범으로 처리하여 한 개의 형을 선고하여야 한다"고 한다. 마찬가지로 재심이 개시된 사건에서 범죄사실에 대하여 적용하여야 할 법령은 재심판결 당시의 법령이고, 재심대상판결 당시의 법령이 변경된 경우 법원은 그 범죄사실에 대하여 재심판결 당시의 법령을 적용하여야 한다.[113]

재심개시 결정이 있다고 하여 바로 원판결이 효력을 잃는 것은 아니고 재심사건에 대한 판결이 확정된 때에 비로소 원판결은 그 효력을 잃는다. 재심개시결정의 효력은 확정판결에 아무런 영향을 미치지 않으므로 형의 집행은 계속할 수 있다. 다만 재심개시결정의 의미가 원판결에 중대한 사실오인이 있다는 것을 추론케 하는 것이므로 재심개시결정으로 형집행을 계속하는 것이 현저히 정의에 반할 때에는 결정을 형의 집행을 정지할 수 있다.[114]

3) 결정에 대한 불복

가) 즉시항고

재심청구를 기각한 결정 및 재심개시 결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다(제437조). 그러나 대법원의 결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 없다. 즉 검찰은 법원의 결정에 불복이 있으면 결정의 고지를 받은 지 3일 이내에 즉시항고를 제기할 수 있다. 검찰이 즉시항고를 하지 않으면 재심개시결정은 그대로 확정된다. 유죄의 선고를 받은 자가 재심청구를 하여 청구기각의 결정이 있은 후, 그 재판 확정 전에 사망한

113) 대법원 2011. 1. 20. 선고 2008재도11 전원합의체 판결.
114) 차용석/최용성, 전게서, 850면.

경우에도 배우자 등은 그 결정에 대하여 즉시항고하는 것은 허용되지 않는다.

판례는 재심개시결정에 관련하여 형사소송법 제437조에 규정되어 있는 즉시항고에 의하여 불복할 수 있고, 이러한 불복이 없이 확정된 재심개시결정의 효력에 대하여는 더 이상 다툴 수 없으므로, 설령 재심개시결정이 부당하더라도 이미 확정되었다면 법원은 더 이상 재심사유의 존부에 대하여 살펴볼 필요 없이 형사소송법 제436조의 경우가 아닌 한 그 심급에 따라 다시 심판을 하여야 한다.[115]

나) 재심개시결정에 대한 검찰의 불복

재심개시결정에 관련하여 검찰이 불복 항고한 경우가 대부분을 차지하고 있다. 최근 재심개시결정이 내려진 '강OO 유서대필 사건에 대한 재심개시결정'(2009년)에 대하여도 검찰은 즉시항고하였고, 이후 3년이 지나서야 대법원에서 재심개시결정이 확정되었다.

대부분의 재심청구 사례들이 10년, 20년 많게는 40년까지 걸리는 이유가 이처럼 재심개시결정에 대한 불복항고 제도가 끝없이 이어지는 탓도 있다.

2000년 8월에 1심에서 살인 및 사체유기죄로 무기징역을 선고받고 이후 대법원에서 무기형이 확정되어 15년째 복역중이던 무기수 김신혜 사건의 경우에도 재심청구에 대한 재심개시결정이 내려진 것은 2015년 11월 18일 광주지법 해남지원에서이다. 당시 재심개시결정에 대한 항고·재항고, 재심 재판, 그에 대한 항소·상고까지 가게 되면 김씨의 무죄주장 진실 규명 작업은 수년이 더 걸릴 수도 있다고 봤다.[116] 아니나 다를까 검찰은 김씨에 대한 재심개시결정에 대하여 항고 재항고를 하였고 2018년 9월 28일 대법원은 검찰의 재항고를 기각하고 재심개시를 확정하는 결정을 내린 것이다. 이 사건의 재심청구결정 과정을 보면 새로운 증거의 재심이유를 인정받지 못하고 수사경찰의 직권남용이 인정되어 형사소송법 제420조 제7호의 재심이유로 재심개시결정이 내려진 것이다. 인정하지 않을 수 없는 것에 대해서만 인정했다는 평가가 나올 정도로 법원은 재심개시를 인정하기까지 내부반성과 자기부정에 주저했다. 이번 재심개시결정에 대하여 검찰은 더 이상 항고하지 않기로 결정했다지만 대부분의 재심

115) 대법원 2004. 9. 24. 선고 2004도2154 판결.

116) 오마이뉴스 2015.11.20. http://www.ohmynews.com/NWS_Web/view/at_pg.aspx?CNTN_CD=A0002162028(최종확인: 18.11.01).

개시결정에 대하여 항고·재항고는 검찰의 자기부정 자기반성이 얼마나 어려운지를 보여주는 단적인 예가 된다. 물론 이로 인해 재심청구에 대한 최종 확정심판이 내려지기까지 또 얼마나 기간이 더 소요될지 예측하기 어렵다.

사. 재심심판절차

재심개시의 결정이 확정된 사건에 대하여는 법원은 그 심급에 따라 다시 심판하여야 한다(제439조 제1항). 재심개시결정이 부당하다고 하여 심판하지 않을 수 있는 것은 아니다.

'심급에 따라'란 제1심의 확정판결에 대한 재심의 경우에는 제1심의 공판절차에 따라, 항소기각 또는 상고기각의 확정판결에 대하여는 항소심 또는 상고심의 절차에 따라 심판한다는 것을 의미한다. 재심심판은 심급에 따라 행해지므로 재심판결에 대하여도 일반원칙에 따라 상소가 허용된다. 재심은 기본적으로 원판결의 당부를 심사하는 것이 아니라 사건 자체를 대상으로 다시 심판한다. 따라서 소송절차는 인정신문, 모두진술, 피고인에 대한 진술거부권의 고지, 피고인 및 변호인에게 의견진술의 기회부여, 증거조사, 논고, 피고인의 최후진술 등이 새로이 행해진다.

증거조사도 새로이 진행된다. 원판결의 소송절차에서 하지 않은 새로운 증거조사도 청구할 수 있다. 재심심판절차에서는 사실조사의 결과도 당연히 증거로 되는 것은 아니며, 증거능력을 귀한 서면 또는 증거물에 대하여 적법한 증거조사를 거친 후 이것을 증거로 할 수 있다.

재심이 개시된 사건에서 범죄사실에 대하여 적용하여야 할 법령은 재심판결 당시의 법령이고, 재심대상판결 당시의 법령이 변경된 경우 법원은 범죄사실에 대하여 재심판결 당시의 법령을 적용하여야 하며, 법령을 해석할 때에도 재심판결 당시를 기준으로 하여야 한다.[117]

재심의 종국재판에서도 각 심급에 관한 규정이 적용되며, 상소가 허용된다.

---

117) 대법원 2011. 10. 27. 선고 2009도1603 판결.

아. 재심심판절차의 특칙

1) 1원칙

사망자·회복할 수 없는 심신장애자를 위하여 재심청구가 있는 경우, 공판절차는 정지되지 않으며, 공소기각결정도 할 수 없다.(제438조 제2항). 피고인이 출정하지 않아도 심판할 수 있으며, 다만 변호인이 출정하지 않으면 개정하지 못한다(필요적 변론). 변호인을 선임하지 아니한 때에는 재판장은 직권으로 변호인을 선임하여야 한다(동조 제4항).

공소의 취소는 제1심 판결 선고 전까지만 가능하다. 판결이 선고되어 확정되었음을 전제로 하는 재심사건의 공판에서는 공소취소가 허용되지 않기 때문이다. 재심심판절차에서 공소장 변경은 원칙적으로 가능하다. 다만 재심의 취지에 비추어 원판결의 죄보다 중한 죄를 인정하기 위한 공소사실의 추가·변경은 허용되지 않는다고 봄이 타당하다.[118]

2) 불이익변경금지의 원칙의 적용

재심재판에서는 불이익변경금지의 원칙이 적용된다. 따라서 재심에서는 원판결결의 형보다 중한 형을 선고하지 못한다(제439조). 이익재심만을 인정하고 있는 현행법의 취지에 비추어본다면 불이익변경금지의 원칙이 적용됨은 당연하다.

3) 재심무죄판결의 공시

재심에서 무죄의 선고를 한 때에는 그 판결을 관보와 그 법원소재지의 신문에 기재하여 공고하여야 한다(제440조). 재심제도의 무고한 자의 피해구제라는 측면에서 당연한 조치이다.

무죄판결의 공시는 형사보상법 제24조에 의한 보상결정의 공시와는 다른 절차이므로 상호 영향을 미치지 않는다.

공시의 의무는 재심의 판결을 한 법원이다. 무죄판결을 받은 자의 신청여하를 불문하고 공시하지 않으면 안 된다. 1종류의 신문지에 하면 충분하고, 본인에게는 선택권

118) 이재상, 전게서, 798면.

이 없다. 관보 및 신문지에 게재해야 할 내용은 판결의 전문이며, 판결이유가 특별히 장문인 경우에는 명예회복에 지장이 없을 정도의 결정의 요지만을 게재하는 것도 허용된다(형사보상법 제24조 참조).

4) 재심무죄판결과 원판결의 효력

재심개시결정이 아니라 재심판결이 확정된 때에 원판결은 그 효력을 잃는다. 재심판결이 확정된 경우 원판결에 의한 형집행은 당연 무효가 되는 것은 아니며, 원판결에 따른 자유형의 집행은 재심판결의 자유형에 통산한다.

5) 재심에서 제삼자의 소송비용부담

검사 아닌 자가 상소 또는 재심청구를 한 경우에 상소 또는 재심의 청구가 기각되거나 취하된 때에는 그 자에게 그 소송비용을 부담하게 할 수 있다(제190조 제1항). 피고인 아닌 자가 피고인이 제기한 상소 또는 재심의 청구를 취하한 경우에도 전항과 같다(동조 제2항).

6) 재심기록의 폐기와 총합평가

재심대상사건의 기록이 보존기간의 만료로 이미 폐기되었다 하더라도 가능한 노력을 다하여 그 기록을 복구하여야 한다(피고인들이 제출한 상고이유서의 첨부서류 등에 의하면, 그 기록의 사본의 상당 부분이 남아 있는 것으로 보인다.). 부득이 기록의 완전한 복구가 불가능한 경우에는 판결서 등 수집한 잔존자료에 의하여 알 수 있는 원판결의 증거들과 재심공판절차에서 새롭게 제출된 증거들의 증거가치를 종합적으로 평가하여 원판결의 원심인 제1심판결의 당부를 새로이 판단하여야 할 것이다.[119]

7) 폐지된 형벌 관련 법령이 당초부터 위헌인 경우의 효과

형벌에 관한 법령이 헌법재판소의 위헌결정으로 인하여 소급하여 그 효력을 상실하였거나 법원에서 위헌·무효로 선언된 경우, 당해 법령을 적용하여 공소가 제기된

119) 대법원 2004. 9. 24. 선고 2004도2154 판결.

피고사건에 대하여는 형사소송법 제325조에 따라 무죄를 선고하여야 한다. 나아가 재심이 개시된 사건에서 형벌에 관한 법령이 재심판결 당시 폐지되었다 하더라도 그 폐지가 당초부터 헌법에 위반되어 효력이 없는 법령에 대한 것이었다면 형사소송법 제325조 전단이 규정하는 '범죄로 되지 아니한 때'의 무죄사유에 해당하는 것이지, 형사소송법 제326조 제4호 소정의 면소사유에 해당한다고 할 수 없다.[120]

120) 대법원 2010. 12. 16. 선고 2010도5986 전원합의체 판결; 대법원 2013. 5. 16. 선고 2011도2631 전원합의체 판결; 대법원 2013. 7. 11. 선고 2011도14044 판결.

제3장

사례분석 및 심층면접 결과

박 준 영

제3장

사례분석 및 심층면접 결과

제1절 사례분석

1. 삼례 나라슈퍼 강도치사사건

가. 사건개요

1999. 2. 6. 04:00경 전북 완주군 삼례읍 삼례리 369에 있는 '나라슈퍼'에 3인조 강도가 침입하여 피해자 유형O, 최성O 등으로부터 현금과 패물을 강취하고 피해자 유애O을 비구폐쇄성 질식으로 사망에 이르게 한 사건이 발생하였다.

사건 발생 직후, 완주경찰서는 최성O, 유형O의 진술을 토대로 '20대 전후로 보이는 남자 3명, 피의자 중 1명은 경상도 말씨 사용'을 범인들의 특징으로 특정하여 광범위한 탐문수사를 하였고, 그 지역민(삼례)으로 정신지체장애 등이 있는 임명O, 강인O, 최대O(이하 '임명O 등'이라 함)을 피의자로 체포하여 임명O 등으로부터 이 사건 범행에 관한 자백을 받아냈다.

임명O 등은 제1심 재판과정에서 공소사실을 인정하였고, 이에 전주지방법원은 1999. 4. 29. 임명O을 징역 6년에, 최대O, 강인O를 각 징역 장기 4년 단기 3년에 처하는 내용의 판결을 선고하였다(전주지방법원 99고합42 판결).

임명O 등은 위 판결에 대하여 광주고등법원 99노447호로 항소하였으나(양형부당만을 이유로 항소), 위 법원은 1999. 7. 2. 임명O 등의 항소를 기각하였다. 이에 최대O이 99도3661호로 상고하였으나 대법원 역시 1999. 10. 22. 상고를 기각함으로써 판결이 그대로 확정되었다.

나. 경과

1) 공소제기 사실

임명O 등은 삼례중학교 선후배관계에 있는 자 들인바, 1999. 2. 5. 21:30경 피고인 임명O이 전북 완주군 삼례읍 후정리 628 소재 자신의 집에서 차량절도범행을 하기 위하여 식칼 1개와 펜치 1개, 드라이버 2개, 흰색목장갑 2켤레, 청색테이프 1개 등을 가지고 나오다가 피고인 강인O, 최대O을 만나 전북 완주군 삼례읍 삼례리 소재 우석대학교 구내에 들어가 함께 잠을 자다가 1999. 2. 6. 01:00경 잠에서 깨어나 우석대학교 주변에 주차되어 있는 차량 안에서 금품을 절취하려 하였으나 마땅한 물건을 찾지 못하게 되자 부근을 배회하던 중, 같은 날 04:00경 피고인 임명O의 제의 하에 인근에 있는 전북 완주군 삼례읍 삼례리 화산부락 369 소재 피해자 유형O(남, 37세), 최성O(여, 33세) 부부가 운영하는 나라슈퍼에 침입하여 금품을 강취하기로 결의하였다.

이들은 같은 날 04:00경 위 나라슈퍼 앞에 이르러, 피고인 임명O이 먼저 담장을 넘어 들어가 시정되어 있는 대문을 열어주자 피고인 최대O, 강인O가 함께 대문 안으로 들어가 피고인 임명O은 양손에 흰색목장갑을 낀 상태로 식칼 1개를 집어 들고 피해자들을 협박하고, 피고인 최대O은 역시 양손에 흰색목장갑을 낀 상태로 드라이버를 집어 들고 피해자들을 협박하고, 피고인 강인O는 피해자들이 피고인들의 인상착의를 알아채지 못하게 하기 위하여 피해자들의 눈과 입에 청색테이프를 붙이기로 하는 등 상호 역할분담을 하였다. 피고인 임명O이 미리 준비한 십자드라이버를 이용하여 주방으로 통하는 시정된 샷시문을 열자 피고인 최대O이 피고인 임명선으로부터 십자드라이버 2개를 건네받아 주방에서 내실 작은방으로 통하는 시정된 샷시문을 연 후, 피고인 강인O가 미리 준비한 라이터를 켜서 방안을 비추고, 피고인 최대O, 임명O, 강인O의 순서로 내실 작은방으로 들어가 피고인 임명O은 그곳에서 잠을 자고 있던 피해자 최성O의 목에 흉기인 전체길이 31센티미터 정도의 식칼을 들이대고 "움직이지 마, 움직이면 죽여 버리겠다."고 협박하였다. 피고인 최대O은 위 최성O의 남편인 피해자 유형O의 목에 흉기인 전체 길이 27센티미터의 드라이버 1개를 들이대고 역시 위와 같은 말로 협박하고, 피고인 강인구는 미리 준비해온 청색테이프를 피해자 최성O, 유형O 부부의 눈과 입에 신속하게 부착하고, 장롱 속에서 넥타이와 살색 허리띠를

꺼내어 넥타이로 피해자 유형O의 양손목을 뒤로 하여 묶고 살색 허리띠로 양발목을 묶고, 계속하여 장롱 속에 있는 밤색 가죽혁대 2개를 꺼내어 피해자 최성O의 양손과 양발목을 묶고 피해자들을 엎드리게 하고 이불을 뒤집어 씌워 항거불능케 한 다음, 피고인 강인O는 장롱 서랍 속에 있는 지갑 안에서 피해자들 소유의 현금 18만 원을 꺼내고, 피고인 임명O은 장롱 위 종이상자 위에 있던 아기베개를 위 식칼로 찢고 피고인 최대O이 위 아기베개 속에서 피해자들 소유의 18케이 여자용 금반지 1개와 금목걸이 1개, 금팔찌 1개, 금귀고리 2개, 남자용 금반지 1개 등 시가 합계 200만 원 상당을 꺼내어 이를 강취하였다.

계속하여 피고인 최대O이 피해자 최성O, 유형O 부부를 감시하고 있는 틈을 이용하여 피고인 임명O, 강인O는 내실 큰방으로 건너가 책상서랍을 뒤지다가 내실 큰방에서 잠을 자고 있던 피해자 유애O(여, 77세)이 잠에서 깨어 놀라 "누구냐"고 고함을 지르자 피고인 강인O가 곧바로 피해자 유애O의 입을 막고 피고인 임명O은 피해자 유애O의 얼굴을 주먹으로 3회 때린 다음 "돈이 어디에 있느냐"면서 그녀의 목에 흉기인 위 식칼을 들이대고 그녀가 책상서랍 속에 돈이 있다고 말하자 피고인 강인O는 미리 준비해온 위 청색테이프를 피해자 유애O의 눈과 입에 부착하면서 그녀의 코부분까지 청색테이프를 부착하고 위 청색테이프로 그녀의 양손목과 양발목을 묶어 항거불능케 한 다음, 피고인 임명O은 책상서랍 속에 있던 피해자 유애O 소유의 현금 25만 원을 꺼내어 이를 강취하고, 이로 인하여 피해자 유애O으로 하여금 위 같은 날 04:30경 위 같은 곳에서 입과 코에 부착된 위 청색테이프로 인하여 비구폐쇄성 질식으로 사망에 이르게 한 것이다.

2) 법원의 판단

임명O 등은 제1심 재판과정에서 공소사실을 인정하였고, 이에 전주지방법원은 1999. 4. 29. 임명선 등의 자백진술, 최성O, 유형O의 각 진술, 사법경찰관 작성 검증조서를 주된 유죄의 증거로 삼아 임명O을 징역 6년에, 최대O, 강인O를 각 징역 장기 4년 단기 3년에 처하는 내용의 판결을 선고하였다(전주지방법원 99고합42 판결, 재심대상판결).

3) 피고인들의 주장

임명O 등은 상기의 판결에 대하여 광주고등법원 99노447호로 항소하였으나(양형부당만을 이유로 항소), 위 법원은 1999. 7. 2. 임명O 등의 항소를 기각하였고, 이에 최대O이 99도3661호로 상고하였으나(이 사건 범행을 부인하면서 사실오인 및 법리오해를 이유로 상고) 대법원 역시 1999. 10. 22. 상고를 기각함으로써 판결이 그대로 확정되었다(임명O은 상고를 포기함으로써 1999. 7. 22.에, 강인O는 상고기간이 도과됨으로써 1999. 7. 30.에, 최대O은 상고기각판결이 선고됨으로써 1999. 10. 22.에 유죄판결이 확정됨)

다. 재심청구

1) 청구 이유

가) 1차 재심 청구 이유

최대O은 "임명O 등과 함께 이 사건 범행을 저지르지 않았는데도 수사기관에서의 협박과 강요 때문에 허위자백하였으나, 현재 이 사건 범행을 저지른 진범들이 검거되었으므로 위 확정판결에 대하여 형사소송법 제420조 제5호에 규정된 '무죄를 인정할 명백한 증거가 새로 발견된 때'에 해당한다"고 하여 2000년 경 재심대상판결에 대하여 형사소송법 제420조 제5호의 재심사유가 있다는 주장하여 재심을 청구하였다(전주지방법원 2000재고합1).

검사 측은 이 사건 범행의 진범이라고 자백한 이성O 등에 대해서는 "이성O 등의 자백내용이 객관적인 현장 상황 및 피해자들의 진술과 배치되는 부분이 많은 반면 기결수인 최대O 등의 진술은 범인만이 알 수 있는 객관적인 현장상황 등을 정확하게 진술하고 있고 피해자들의 진술과도 부합하여 더 신빙성이 있으며 이성O 등이 진술을 번복하여 범행을 부인하고 있고, 제보자의 진술은 전문진술에 불과하며, 처분하였다는 보석도 현존하지 아니하여 피해자들을 상대로 강취당한 물건이 맞는지 확인할 수 없어, 자백만으로는 혐의사실을 인정하기에 부족하고 달리 증거가 없으므로 범죄혐의 없다"고 주장하였다.

나) 2차 재심 청구 이유

임명O 외 피고인은 2015.3.5. 재심대상판결에 대하여 형사소송법 제1, 5, 7호의 재심사유를 '선택적'으로 주장하여 다음과 같이 재심을 청구하였다.

① 형사소송법 제420조 제1호에 규정된 '원판결의 증거된 서류 또는 증거물이 확정판결에 의하여 위조 또는 변조인 것이 증명된 때'에는 '원판결의 증거된 서류가 허위로 작성된 공문서임이 증명된 때'도 포함된다. 재심대상판결이 유죄의 증거로 삼은 '사법경찰관 작성의 검증조서'는 당시 사법경찰관이 피고인들에게 진술거부권을 고지하지 아니하였을 뿐 아니라, 피고인들이 스스로 범행내용을 구체적으로 진술하거나 범행과정을 재연한 사실이 없음에도 사실과 다르게 사법경찰관이 피고인들에게 진술거부권을 고지하고, 피고인들이 스스로 범행내용을 구체적으로 진술하며, 자발적으로 범행과정을 재연한 것으로 기재되어 있으므로 이는 허위로 작성된 공문서이다. 따라서 재심대상판결에는 형사소송법 제420조 제1호에서 정한 '원판결의 증거된 서류 또는 증거물이 확정판결에 의하여 위조 또는 변조인 것이 증명된 때'에 해당하는 재심사유가 있다.

② 재심대상판결이 확정된 이후 부산지방검찰청은 이 사건 범행의 진범이 피고인들이 아니라 이성O 등 3인이라는 첩보를 입수하고 내사를 하였는데, 이성O 등 3인은 그 내사과정에서 이 사건 범행을 모두 자백하였다. 이와 같이 내사과정에서 이성O 등 3인이 범행을 자백한 내용의 진술과 이들의 자백진술을 뒷받침하는 참고인 진술 등은 재심대상판결이 확정된 이후에 발견된 새로운 증거로서 피고인들의 무죄를 인정할만한 명백한 증거에 해당한다. 따라서 재심대상판결에는 형사소송법 제420조 제5호에서 정한 '무죄를 인정할 명백한 증거가 새로 발견된 때'에 해당하는 재심사유가 있다.

③ 유족이 촬영한 당시 영상 및 녹취록에 의하면 사법경찰관은 현장검증 당시 피고인들에게 진술거부권을 고지하지 아니하였을 뿐 아니라 피고인들의 의사에 반하여 피고인들에게 욕설·폭행을 하며 자신들의 의도대로 구체적으로 재연할 것을 강요하였다. 이와 같은 사법경찰관의 행위는 형법 제123조의 직권남용권리행사방해죄와 형법 제125조의 독직폭행죄 또는 독직가혹행위죄, 형법 제227조, 제229조 허위공문서작성 및 동행사죄를 구성한다. 따라서 재심대상판결에는 형사소송법 제420조 제7호에서

정한 '공소의 제기 또는 그 공소의 기초된 수사에 관여한 사법경찰관이 그 직무에 관한 죄를 범한 것이 확정판결에 의하여 증명된 때'에 해당하는 재심사유가 있다.

2) 법원의 판단

가) 1차 재심 청구에 대한 판단

전주지방법원은 "전주지방검찰청이 이성O 등의 강도치사 혐의에 대하여 혐의없음 결정을 하고 내사를 종결하였으므로 진범이 검거되었다고 볼 수 없으므로 재심청구인에 대하여 무죄를 인정할 명백한 증거가 새로 발견된 때에 해당한다고 할 수 없다"고 하여 2000. 9. 29. 재심사유가 인정되지 않는다며 재심청구를 기각하였고(전주지방법원 2000재고합1), 최대O이 이에 불복하여 항고하였으나, 광주고등법원은 2001. 11. 26. 항고를 기각하였다(광주고등법원 2000로6).

나) 2차 재심 청구에 대한 판단

전주지방법원은 2016. 7. 8. 이성O 등 3인이 자신들이 이 사건 범행의 진범이라고 자백하는 내용의 진술들과 이들의 자백진술을 뒷받침하는 참고인 진술 등은 재심대상 판결이 확정된 이후에 발견된 새로운 증거로서 피고인들의 무죄를 인정할 만한 명백한 증거에 해당하여 형사소송법 제420조 제5호 소정의 재심사유가 있음을 이유로 재심개시결정을 하였고(전주지방법원 2015재고합1), 위 결정은 즉시항고기간의 경과로 그대로 확정되었다.

라. 재심판단

전주지방법원은 확정된 재심개시결정에 따라 재심을 진행하였고, 2016년 10월 28일 법원은 피고인들에게 다음과 같은 이유로 무죄를 선고하였다. 검사는 이에 대한 항소를 포기하였고 재심청구인들에 대한 무죄판결은 확정되었다.

판단은 다음과 같다.

① 피고인들이 나라슈퍼에 침입하여 금품을 강취하고 피해자 유애O을 사망에 이르게 한 범행을 시인하는 취지의 각 진술은 그 진술내용이 일관되지 않을 뿐만 아니라

객관적으로 합리적이라고 볼 수 없고, 자백의 동기나 이유, 자백에 이르게 된 경위, 다른 증거들과 모순되는 점 등에 비추어 그 신빙성이 인정되기 어렵다고 할 것이며, 그 밖에 검사가 제출한 나머지 증거들만으로는 피고인들이 공소사실 기재와 같이 나라슈퍼에 침입하여 금품을 강취하고 나아가 피해자 유애O을 사망에 이르게 하였음을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

② 이성O 등 3인의 자백진술은 그 범행의 방법, 내용 등에 관하여 매우 구체적이고 일관될 뿐만 아니라, 주된 부분에 있어 서로 간에 모순되는 부분이 없다. 특히 범행장소의 상황, 강취한 현금의 액수, 패물 등에 관한 피고인들의 진술은 피해자들인 유족들의 진술과 맞지 않고, 이성O 등 3인의 진술이 피해자들의 진술에 부합한다. 또 이성O 등 3인의 자백진술에는 아래에서 보는 바와 같이 나라슈퍼의 위치 및 내부구조, 잠을 자던 피해자들의 위치, 범행 중의 대화 내용 등 실제로 경험하지 않고서는 알 수 없는 구체적이고 세부적인 내용들이 담겨 있고, 이러한 진술내용은 모두 유족 등에 의하여 실제에 부합하는 것으로 확인되었다.

2. 약촌오거리 택시기사 살인사건

가. 사건개요

2000. 8. 10. 새벽 2시경 전북 익산시 약촌오거리에 주차되어 있던 택시 운전석에서 피해자 유동O이 식칼로 가슴을 수회 찔려 사망한 채로 발견되었다.

상기 살인사건의 범인으로 최용O이 기소되어 징역 10년의 유죄판결을 선고받고 확정되었다.

그런데 2003년 무렵 진범이 따로 있다는 첩보를 받은 경찰(군산경찰서)이 임광O을 조사하여 “사건 당일 친구 김병O이 피 묻은 칼을 들고 집으로 찾아와 범행을 저질렀다고 말하였고, 자신이 위 칼을 숨겼다가 나중에 돌려주었다.”는 진술을 확보하였다. 경찰은 곧바로 김병O를 조사하여 자백을 받아내고, 김병O과 임광O에 대해 긴급체포를 하고 계속 수사가 필요하니 지휘해달라고 하였는데, 검사 정OO는 불구속 수사 및 보완수사를 지휘하였다.

김병O과 임광O은 불구속상태가 되자 갑자기 정신병원에 입원한 뒤 경찰에서 한

진술은 관심을 받고자 꾸며낸 이야기라고 하였다. 검사 김병O은 3년이 지난 2006년경 김병O에 대해 불기소처분(무혐의)을 하였다. 2012년경 임광O이 자살하였다.

최용O은 징역 10년의 형을 마친 후 2013. 4. 재심을 청구하였고, 법원은 재심을 받아들였다. 법원은 재심절차에서 최용O의 자백은 객관적으로 합리성을 띠고 있다고 볼 수 없고, 자백의 동기나 이유, 자백에 이르게 된 경위, 그 밖의 객관적인 다른 증거들과 모순되는 점 등에 비추어 그 신빙성을 인정하기 어렵다는 등의 이유로 무죄 판결을 선고하였고, 2016. 11.경 확정되었다.

검사는 2006.경 불기소처분(무혐의)을 받았던 김병O을 강도살인 혐의로 긴급체포하였고, 2016. 12.경 기소하였다. 김병O은 강도살인죄로 1심에서 징역 15년을 선고받고 상소하였으나, 2018. 3. 27. 대법원이 상고를 기각하여 유죄판결이 확정되었다.

나. 경과

1) 공소제기 사실

피고인 최용O은 "2000. 8. 10. 02:07경 익산시 영등동 신일아파트 후문 방면 도로에서 무등록 50cc 오토바이를 운전하고 나와 쌍용아파트 방면에서 약촌오거리 방면으로 난 큰 도로와 만나는 티(T)자형 교차로 지점에서 약촌오거리 방면으로 우회전하면서 쌍용아파트 방면에서 약촌오거리 방면으로 직진하는 차량들을 살피지 아니한 채 진행하던 중, 전북 32바 3516호 택시를 운전하고 약촌오거리 방면으로 직진하던 피해자 유동O(42세)으로부터 운전을 좋게 하라며 욕설을 듣게 되자, 위 택시를 추월하여 같은 동 소재 약촌오거리 시내버스 정류장 앞 도로에서 위 택시의 앞 부분에 오토바이를 세우고 피해자에게 다가가 왜 욕설을 하느냐고 대들면서 피해자의 멱살을 잡았는데, 피해자가 "너는 어미 아비도 없느냐"는 등의 욕설을 계속하자, 순간적으로 격분하여 피해자를 살해하기로 마음먹고, 오토바이의 사물함에 보관중인 흉기인 식칼 1자루(총 길이 약 35.5㎝, 칼날길이 23.5㎝ 정도)를 꺼내어 오른손에 들고 택시의 조수석 뒷문을 열고 택시 안에 들어가 왼손으로 피해자의 왼쪽 어깨를 잡고 피해자의 옆구리 및 가슴 부분을 8회 정도 찌르고, 무전기를 들고 구조를 요청하는 피해자의 등 및 가슴 부분을 수회 찔러 피해자로 하여금 같은 날 03:20경 익산시 신룡동 소재 원광대학교

부속병원에서 치료 중 다발성 자상에 의한 저혈량성 쇼크로 사망하게 하여 피해자를 살해하였다"는 이유로 2000년 8월 30일 살인, 도로교통법위반(무면허운전)으로 전주지방법원 군산지원 2000고합127호로 공소제기 되었다.

2) 법원의 판단

피고인 최용O은 살인 혐의를 부인하였으나 전주지방법원 군산지원은 2001. 2. 2. 형법 제250조 제1항을 적용하여 피고인에게 징역 15년을 선고하였다(전주지방법원 군산지원 2000고합127). 판결문에 유죄판결 이유에 대한 별다른 설시는 없다.

3) 피고인의 주장

최용O은 2001. 2. 3. 위 판결에 대하여 광주고등법원 2001노76호로 항소하였다(재심대상판결).

다. 재심청구

1) 청구 이유

최용O은 2013. 4. 2. 위 재심대상판결에 대하여 형사소송법 제1, 5, 7호의 재심사유가 있다는 '선택적'으로 주장하며 다음과 같은 이유로 재심을 청구하였다.

① 이 사건 수사 당시 담당 경찰은 2000. 8. 16. 22:00경 피고인이 일하던 국도다방 주방에서 "피고인이 피해자를 살해할 때 사용하였던 칼이며 국도다방 주방에 있던 식칼 1개를 증거물로 임의제출하므로 영장없이 압수하였다"라고 기재하였으나, 압수목록은 다방 주인 김우O으로부터 압수한 것으로 작성되어 있고, 그 이틀 뒤인 같은 달 18일 조사시 피고인에게 범행에 사용한 칼과 그 칼을 어디에 버렸는지 등에 대하여 추궁하였으나 피고인이 묵묵부답한 것으로 기재되어 있으며, 같은 날 작성된 피고인의 모 김광O에 대한 진술조서에도 그 칼의 행방을 찾지 못한 것으로 기재되어 있는바, 위 압수조서나 압수목록, 피고인에 대한 경찰작성 피의자신문조서(제3회), 김광O에 대한 진술조서 중 일방은 명백히 허위로 작성된 문서이다.

② 이 사건 재심대상판결은 피고인의 법정진술, 의사가 작성한 사망진단서의 기재,

국립과학수사연구소 서부 분소장이 작성한 사체부검의뢰회보서의 기재 등을 증거로 들어 재심대상판결 범죄사실을 유죄로 인정하였다. 그러나 김병O(개명 후 김준O)이 이 사건 범행을 범하였음을 인정한 김병O에 대한 2003. 6. 5.자 경찰피의자신문조서, 이 사건 범행 당일 김병O이 집으로 찾아 왔고 김병O로부터 자신이 이 사건 범행을 범하였다고 이야기하는 것을 들었다는 내용의 임광O에 대한 2003. 6. 5.자, 2003. 6. 9.자, 2003. 6. 13.자 각 경찰작성 피의자신문조서, 피해자가 운전한 택시의 타코미터 분석 관련 증거, 목격자 권영O의 진술서 및 통화녹음, 목격자 최용O의 사실확인서 및 통화녹음, 흉기를 목격한 양승O, 홍세O, 범행을 들은 김용O, 범행 직후의 김병O을 만난 오재O의 각 진술 등의 새로운 증거들에 의하면, 피고인이 재심대상판결 범죄사실 기재와 같이 피해자를 살해하였다고 할 수 없다.

③ 피고인은 일자리 때문에 천안에 갔다가 2000. 8. 12. 23:00 ~ 2000. 8. 13. 01:15경 사이에 익산으로 돌아왔고, 경찰들은 익산역에 도착한 피고인을 곧바로 불법적으로 체포하여 여관으로 데려가 감금하고, 또한 압수수색영장 없이 피고인이 일했던 국도다방에 찾아가 피고인의 우의를 압수하였는바, 긴급체포서에 기재된 긴급체포 시간은 2000. 8. 13. 04:40경이므로 피고인은 약 3시간 30분가량 불법체포·감금되어 있었고, 수사과정에서도 경찰관들로부터 폭행을 당하거나 잠을 재우지 않는 등의 가혹행위를 당하였다. 피고인이 경찰관들로부터 폭행을 당하였다는 사정은 함께 강도살인혐의를 받고 조사를 받았던 김인O, 김병O의 사실확인서 및 진술과 피고인의 모 김광O의 진술 등을 통하여 확인할 수 있다.

2) 법원의 판단

광주고등법원은 2015. 6. 22. 선택적으로 주장된 위 재심사유 중 형사소송법 제420조 제5호의 재심사유를 인정하여 아래와 같이 재심개시결정을 하였다.

재심대상판결에서 인정한 범죄사실에 의하면, 피고인은 피해자로부터 운전을 좋게 하라며 욕설을 듣게 되자, 피해자가 운전하였던 택시를 추월하여 약촌오거리 시내버스 정류장 앞 도로에서 피해자 택시의 앞부분에 오토바이를 세우고 이 사건 범행을 저질렀다는 것인데, 이 사건 범행 당시 이 사건 범행 현장 부근에서 이삿짐 주인을 기다리던 이삿짐센터 관계자 최용O과 권영O는 진술서와 사실확인서 등을 제출하여

“당시 차량이 급정거하거나 싸우는 소리를 듣지 못하였다”는 사실을 밝히고 있다.

피해자 택시의 운행상황을 기록하는 타코미터정보에 관한 강민O의 의견에 의하면, 피해자가 운전하던 택시는 최종 정차시에 급정거를 하지 않았고, 서서히 정차하였던 것으로 보인다.

피해자가 운전하던 택시는 2000. 8. 10. 02:08경 정차하였는데, 피고인은 같은 날 02:02:24 ~ 02:05:39 및 02:09:11 ~ 02:10:44 사이에는 임지O 및 김병O와 각각 통화를 하였으므로 02:08:00경부터 02:09:11까지의 약 1분 사이에 피해자와의 시비 및 살해행위를 끝마쳐야 하는데, 서울대학교 법의학교실 법의학연구소 부교수 유성호는 피해자에 대한 부검감정서 등을 검토한 결과 피해자의 신체에서 발견되는 찔린 상처 및 벤 상처 및 찌르고 벤 상처는 총 12개이고, 그 상처와 다양한 부위의 방어흔의 양태를 고려한다면 1분 내에 실행하기에는 촉박할 가능성이 높다는 의견을 제시하였다.

또한 위 유성호는 피해자가 심장과 폐에 손상을 입었고 그 주변에는 주요 동맥이 많기 때문에 순식간에 대량출혈이 있었을 것이며, 이러한 대량출혈로 가해자의 의복 등에 피가 상당히 묻어 있을 수밖에 없을 것이라는 의견을 제시하였고, 실제로 이 사건 당시 피해자 택시의 운전석 쪽과 택시 내부는 피로 얼룩져 있었는데, 피고인이 택시기사를 살해할 당시 입고 있었다고 확인한 우의, 반바지, 반팔티셔츠, 신고 있던 샌달식 슬리퍼와 오토바이 안장, 부엌칼 등 7종류의 물품에 대하여 혈흔검출 여부를 Luminol 및 LMG 시험법에 의하여 감정하였으나 혈흔이 검출되지 않았다.

형사소송법 제420조 제5호는 재심사유의 하나로 “유죄의 선고를 받은 자에 대하여 무죄 또는 면소를, 형의 선고를 받은 자에 대하여 형의 면제 또는 원판결이 인정한 죄보다 경한 죄를 인정할 명백한 증거가 새로 발견된 때‘를 규정하고 있는 바, 여기서 무죄 등을 인정할 ‘증거가 새로 발견된 때”란 재심대상이 되는 확정판결의 소송절차에서 발견되지 못하였거나 또는 발견되었다 하더라도 제출할 수 없었던 증거를 새로 발견하였거나 비로소 제출할 수 있게 된 때를 말한다. ‘무죄 등을 인정할 명백한 증거’에 해당하는지 여부를 판단할 때에는 법원으로서는 새로 발견된 증거만을 독립적·고립적으로 고찰하여 그 증거가치만으로 재심의 개시 여부를 판단할 것이 아니라, 재심대상이 되는 확정판결을 선고한 법원이 사실인정의 기초로 삼은 증거들 가운데 새로 발견된 증거와 유기적으로 밀접하게 관련되고 모순되는 것들은 함께 고려하여 평가하

여야 하고, 그 결과 단순히 재심대상이 되는 유죄의 확정판결에 대하여 그 정당성이 의심되는 수준을 넘어 그 판결을 그대로 유지할 수 없을 정도로 고도의 개연성이 인정되는 경우라면 그 새로운 증거는 위 조항의 '명백한 증거'에 해당한다(대법원 2009. 7. 16. 자 2005모472 전원합의체 결정).

위와 같은 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 우선 김병O, 임광O, 양승O, 홍세O, 최용O, 오재O 등의 진술이나 위 택시 타코미터정보에 관한 강민O의 의견 및 유성O의 의견서 등은 재심대상판결의 소송절차에서 발견되지 못하였던 증거로서 '새로 발견된 증거'에 해당하고, 그 소송절차 중에 그러한 증거를 제출하지 못한 것에 피고인의 과실이 있다고 할 수 없다.

또한, 재심대상판결에서 피고인이 이 사건 강도살인 범행을 저질렀다는 점에 관한 주요한 증거로는 피고인의 수사과정에서의 자백 진술 및 일부 법정 진술, 의사 노용O이 작성한 사망진단서의 기재, 국립과학수사연구소 서부분소장이 작성한 사체부검의뢰회보서의 기재 등이라고 할 것인데, 앞서 든 새로운 증거들을 재심대상판결이 사실인정의 기초로 삼은 증거와 함께 고려할 때 재심대상판결을 그대로 유지할 수 없을 정도의 고도의 개연성이 인정되는 '명백한 증거'에도 해당한다고 봄이 상당하다.

이 사건 재심대상판결에는 형사소송법 제420조 제5호에 정한 재심사유가 있다고 할 것이다. 한편, 경합범 관계에 있는 수개의 범죄사실을 유죄로 인정하여 한 개의 형을 선고한 불가분의 확정판결에서 그 중 일부의 범죄사실에 대하여만 재심청구의 이유가 있는 것으로 인정된 경우에는 형식적으로는 1개의 형이 선고된 판결에 대한 것이어서 그 판결 전부에 대하여 재심개시의 결정을 하여야 하는데(대법원 2001. 7. 13. 선고 2001도1239 판결 등 참조), 공소사실 중 도로교통법위반(무면허운전)의 점과 경합범 관계에 있는 살인의 점에 대하여 재심사유가 존재하므로, 재심대상판결은 그 전부가 재심개시결정의 대상이 된다.

3) 검찰의 재항고

광주고등검찰청은 2015. 6. 25. 위 재심개시결정에 불복하여 다음과 같은 이유로 대법원에 재항고를 하였다.

김병O 및 임광O은 경찰조사에서 범행을 자백하다가 이후 자백을 번복하여 범행을

부인한 점, 김병O 및 임광O의 진술 외 양승O 등의 진술은 모두 임광O으로부터 전해 들었다는 내용의 전문증거에 불과한 점, 김병O 및 임광O이 경찰조사과정에서 자백 취지로 진술할 때의 진술에 의하더라도 식칼을 누가 매트리스에 넣었는지, 김병O이 임광O의 집에서 식칼을 가져간 것이 언제인지, 식칼의 모양 등에 대해 김병O 및 임광O의 진술이 일치하지 않는 점, 당일 김병O과 임광O을 함께 만났다는 오재O은 김병O로부터 이상한 점을 전혀 발견하지 못하였고 피고인이 검거된 이후에 김병O을 만난 것으로 기억한다고 진술하고 있어 김병O 및 임광O의 자백 취지 진술과 부합하지 않는 점, 김병O은 피해자가 약촌오거리에 도착한 후 '기본요금이 나왔다'고 말하였다고 하나 피해자의 택시 운행기록계에는 승객 없이 운행한 것으로 기록되어 있는 점 등에 비추어 보면, 김병O, 임광O, 양승O, 홍세O, 오재O의 진술은 무죄를 인정할 '명백한 증거'에 해당하지 아니한다.

최용O, 권영O 진술, 타코미터 기록, 피고인의 통화내역, 유성O 의견서는 재심대상 판결 시 이미 존재하였거나 존재하고 있던 증거를 단순히 재해석한 증거에 불과하여 '새로 발견된 증거'라고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 최용O, 권영O 진술은 그 자체로 무죄를 인정할 '명백한 증거'에 해당하지 않고, 통화내역은 피고인이 전화 통화 사이에 범행을 하였다는 전제를 인정할 명백한 근거는 없으며, 유성O 의견서는 피고인이 범행 당시 반바지, 반팔티셔츠를 입은 상태에서 그 위에 우의를 착용하였는데, 범행 후 우의와 부엌칼을 세제를 사용하여 세척하였으므로 혈흔이 검출되지 않을 개연성이 충분히 있고, 슬리퍼와 오토바이 안장에는 반드시 혈흔이 검출되어야 하는 것도 아니므로(또한 위 증거물은 범행 며칠 후 피고인이 긴급체포되면서 범행 당시 입고 있거나 사용한 물건이라고 피고인이 지목하여 압수한 것일 뿐 실제로 입고 있거나 사용된 물건이라고 단정할 수도 없다) 무죄를 인정할 '명백한 증거'에도 해당하지 아니한다.

피고인은 이 사건 수사 시 경찰 및 검찰에서 모두 일관되게 범행을 자백하였고, 1심 재판시 제1회 공판기일에서도 범행을 전부 자백하였을 뿐만 아니라 항소심에서도 범행을 계속 자백하였으며, 피고인의 상고취하로 징역 10년이 확정된 것이다. 1심 재판 2회 공판기일부터 범행을 일시 부인하기는 하였으나 그것도 이 사건 살인의 동기가 된 부분, 즉 범행현장에서 피해자와 차량 교통문제로 시비를 벌이다가 피해자의 멱살을 잡은 점은 인정하였다. 또한 최초 신고를 받고 범행현장에 출동한 경찰관에

게 피고인은 목격하지도 않았으면서도 '범행 현장에서 두 사람이 도망가는 것을 목격하였다'고 허위진술을 하였고, 자신의 친구 모습으로 몽타주를 만들기까지 하였다. 결국 피고인의 자백진술(피해자를 살해한 때, 현장 출동 경찰관에게 목격자로 진술한 때)에 의하든지 부인 진술(범행 현장에서 도망가는 두 사람을 목격할 때, 현장 출동 경찰관에게 목격자로 진술할 때)에 의하든지 간에 피고인은 최소 2회 범행 현장에 있었던 것이다. 이러한 점을 모두 종합하면 피고인이 이 사건의 진범임이 명백하다고 할 것이다.

이 사건 재심청구는 유죄의 선고를 받은 자에 대하여 무죄를 인정할 명백한 증거가 새로 발견된 때에 해당하지 아니하여 이유가 없으므로 기각하여야 함에도 원심은 재심개시결정을 하였는바, 이는 결정에 영향을 미친 법률의 위반이 있다.

4) 대법원의 판단

대법원은 2015. 12. 11. 위 재항고를 기각함으로써 위 재심개시결정은 그대로 확정되었다(대법원 2015모1894 결정).

라. 재심판단

광주고등법원 확정된 재심개시결정에 따라 재심을 진행하였고, 2016. 11. 17. 피고인에 대하여 무죄를 선고하였다(광주고등법원 2013재노3 판결).

법원은 피고인의 수사기관에서의 자백 진술은 객관적으로 합리성을 띠고 있다고 볼 수 없고, 자백의 동기나 이유, 자백에 이르게 된 경위, 그 밖의 객관적인 다른 증거들과 모순되는 점 등에 비추어 그 신빙성을 인정하기 어렵다고 하였다. 또한 검사가 제출한 나머지 증거들만으로는 이 사건 공소사실이 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 진실한 것이라는 확신을 가지게 하기에 부족하므로 이 같은 내용을 종합하면 원심판결에 사실오인의 잘못이 있다는 피고인의 주장은 이유가 있다고 판시하였다.

이후 검사가 상고를 포기하여 무죄판결이 확정되었다.

3. 춘천파출소장 딸 강간살해사건

가. 사건개요

1972. 9. 28. 강원도 춘천시 우두동에 있는 논에서 당시 춘천경찰서 역전파출소장의 딸인 장미O(여, 9세)가 강간의 흔적과 함께 사망한 상태로 발견되었다.

경찰은 사체 발견 즉시 수사를 진행했으나 뚜렷한 용의자를 확보하지 못한 상태에서, 1972. 9. 30. 내무부 장관은 1972. 10. 10.까지 범인을 검거하라는 지시를 내렸다.

이 사건 피고인인 정원O(38세, 왕국만화가게 운영)은 위 시한부 검거령 만기 1일 전인 1972. 10. 9. 장미O에 대한 강간치사 범행 사실을 자백하면서 피의자로 입건, 구속되었다.

정원O은 검찰 송치 후 조사 과정에서 종전 자백을 번복하여 부인하면서 기존 자백은 경찰에서의 고문에 의해 자백한 것이라고 주장하기 시작하였고, 위 주장은 상고심까지 유지되었다. 이와 같은 부인 주장에도 불구하고 정원섭은 1972. 11. 7. 기소되었고, 1973. 11. 27. 무기징역 판결이 확정되었다.

나. 경과

1) 공소제기 사실

검사는 피고인인 정원섭이 1972. 9. 27. 19:00경 막걸리를 마시고 취한 상태에서 20:30경 피고인이 운영하는 '왕국만화가게'에 온 피해자 장미O를 데리고 논둑길을 거닐다가 피해자가 무섭다고 해서 팔로 피해자의 상체를 감싸고 걷다가 성욕을 느껴, 피해자를 강간하기 위해 손바닥으로 입과 코를 덮어 누른 다음, 실신한 피해자를 안아 논둑으로 가 성기를 삽입하다가 피해자가 깨어나 소리를 지르자 이를 제지하기 위해 손으로 입을 막으면서 피해자의 목을 눌러 피해자로 하여금 질식으로 사망에 이르게 하였다고 하여, 1972.11.7. 강간살인 혐의로 기소하였다.

2) 법원의 판단

춘천지방법원은 1973. 3. 30. 강간치사의 점에 대하여 유죄를 인정하고 무기징역을

선고하였다(춘천지방법원 72고합131).

법원은 유죄 이유에 대하여 증거의 요지 외에 별도로 설시 하지 않았고, 양형 이유(무기징역 선고)와 관련하여, 불과 10세인 피해자를 성적 욕구 충족의 도구로 삼았던 점, 범행을 부인하면서 개전의 빛을 보이지 않는 점 등을 설시하였다.

3) 피고인의 항소 및 상고

원심 판결에 대하여 검사와 피고인이 항소를 하였다. 이에 대하여 서울고등법원은 제1회 및 제2회 검사 조사 당시 고문을 당한 사실이 없는 점, 전문학교를 졸업하고 중학교 교사까지 지낸 피고인의 경력 등에 비추어 상당한 자기 방어 능력이 있다고 보여지는 점 등에 비추어 검사 앞에서의 자백, 범행 재연, 면담 녹음 내용 중 자백 진술은 임의성 있는 진술로 보인다고 판단하여 1973.8.9. 항소를 기각하였다(서울고등법원 73노627).

항소심판결에 대하여 피고인 정원섭이 상고를 하였지만, 대법원은 1973. 11. 27. 별다른 이유의 설시 없이 원심판단이 정당하다며 상고를 기각하였다

이후 정원O은 2005. 4. 7. 경찰청 과거사 진상규명위원회에 민원을 접수하였고, 경찰청 과거사 위원회는 2007. 2. 24. 진실화해를 위한 과거사정리위원회에 이 사건을 이첩하였다.

진실화해를 위한 과거사정리위원회는, 피고인의 자백은 위법한 고문에 의해 이루어진 것이고, 기타 물증(범행 현장에서 발견된 머리빗과 연필)과 인증(피고인의 사건 당일 행적 및 위 물증이 피고인과 연관되어 있는지 여부 등에 관한 참고인들 진술)은 신빙할 수 없다고 판단하였다. 또한 임의성 없는 자백 및 조작된 증거를 제대로 살피지 못한 채 검찰이 기소하고 법원이 유죄판결을 한 것은 증거재판주의 원칙에 반하므로 국가는 재심을 해야 한다고 하여 2007. 11. 20. 진실규명결정을 하였다.

다. 재심청구

1) 청구이유

가) 1차 재심 청구 이유

정원O은 1987. 12. 27. 가석방으로 출소하였고, 1999. 11. 서울고등법원에 당시 항소심 판결에 대하여 재심을 청구하였다. 재심사유는 당시 관련자들의 증언이 허위이므로 형사소송법 제420조 제2호의 재심사유에 해당한다는 것이었다(정원O은 교통문제로 춘천지방법원이 아닌 서울고등법원에 재심을 청구하였다).

나) 2차 재심 청구 이유

정원O은 2008. 2. 12. 1심판결에 대하여 춘천지방법원에 재심을 청구하였는고(춘천지방법원 2008재고합1), 재심사유는 이하와 같다.

① 재심대상판결상 유죄의 증거인 머리빗(증 제2호), 동아연필(증 제3호), 백색 팬티(증 제12호), 쥐색하의(증 제13호)는 수사기관에 의하여 조작된 증거임이 증명되었으므로, 이는 형사소송법 제420조 제1호 소정의 재심이유에 해당한다.

② 재심대상판결상 유죄의 증거인 김정O, 이성O의 각 증언이 허위라는 점이 증명되었고, 한편 김정0, 이성0에 대한 위증죄의 공소시효가 이미 완성됨으로 인하여 위 각 위증죄에 대한 확정판결을 얻을 수도 없게 되었으므로, 이는 형사소송법 제420조 제2호 소정의 재심이유에 해당한다.

③ 재심대상판결은 재심청구인과 검사 간 대화 내용을 녹음한 녹음테이프에 대한 검증조서를 유죄의 증거로 삼았는데, 담당 경찰관들의 재심청구인에 대한 고문 내지 가혹행위가 위 녹음과정에 영향을 미쳤다는 점에 대한 여러 증거가 새로 발견되었음로 이는 형사소송법 제420조 제5호 소정의 재심이유에 해당한다.

④ 이 사건 공소의 기초된 수사에 관여한 경찰관인 이준O 등이 김정O 등 주요 참고인들에게 허위진술을 강요하면서 이들에게 폭행, 가혹행위를 가하거나 직권을 남용하여 김정O을 감금하는 등 그 직무에 관한 죄를 범한 사실이 증명되었고, 한편 위 이준O 등 경찰관들의 위와 같은 독직(폭행), 독직(가혹행위), 직권남용(감금)에 대한 각 공소시효가 이미 완성됨으로 인하여 위 각 죄에 대한 확정판결을 얻을 수 없게

되었으므로 이는 형사소송법 제420조 제7호 소정의 재심이유에 해당한다.

2) 법원의 판단

가) 1차 재심 청구에 대한 판단

서울고등법원은 정원O의 여러 주장 중 적법한 재심사유 주장에 해당하는 관련자 증언이 허위라는 주장과 관련하여, 각 증언이 허위라고 인정하기 어렵다고 판단하였다. 또한 이 사건의 경우 '증언이 허위라는 내용의 확정판결을 얻을 수 없는 때'에 해당[공소시효 완성 등]되어 다른 방법으로 그 사실을 증명할 수 있으나(재심사유에 해당), 이 경우 법원에게 확신을 일으킬 정도여야 함에도 이에 이르지 못하였다고 판단하여(관련자들이 증언을 번복하였으나 허위인 것이 증명되었다고 볼 수 없다고 판단) 2001. 10. 4. 재심청구를 기각하였다(서울고등법원 99재노17).

이에 정원O은 위 재심청구기각결정에 대해 재항고하였으나, 대법원은 2003. 12. 11. 재항고기각결정을 하였다(대법원 2011모276)

나) 2차 재심 청구에 대한 판단

춘천지방법원은 2008. 7. 14. 경찰 이준O의 직권남용죄 및 독직폭행죄 성립을 이유로 다음과 같이 형사소송법 제420조 제7호 재심이유가 인정된다고 하여 재심개시결정을 하였다.

법원은 "당시 수사경찰관인 이준O이 1972. 10. 7. 무렵 이 사건과 관련하여 김정O에 대한 참고인 조사를 함에 있어 직권을 남용하여 김정O을 여관에 상당기간 감금한 채 김정O에게 폭행 내지 가혹행위를 가한 사실을 충분히 인정할 수 있다. 또한 재심대상판결에 대한 공소의 기초된 수사에 관여한 사법경찰관이 그 직무에 관한 죄를 범한 것이 증명되었고, 이에 대한 확정판결을 얻을 수 없는 경우에 해당(공소시효 완성)하므로 형사소송법 제420조 제7호 재심사유에 해당한다. 따라서 다른 재심이유에 대한 판단에 나아갈 필요 없이 형사소송법 제435조 제1항에 의하여 재심대상판결에 대하여 재심을 개시한다"고 판시하였다.

라. 재심판단

춘천지방법원은 2008. 11. 28. 재심개시결정에 따라 진행된 재심절차에서 다음과 같은 이유로 무죄를 선고하였다(춘천지방법원 2008재고합1).

① 경찰관들이 피고인에게 자백을 강요하는 와중에 상당한 정도의 폭행·협박 내지 가혹행위를 동원하였을 가능성이 높다고 보이고, 피고인이 경찰에서 자백한 바로 다음날 담당검사가 경찰서로 피고인을 찾아와 면담하며 직접 피고인으로부터 경찰 자백의 진위 여부를 확인한 이상, 피고인이 검찰에 송치된 직후 그 담당검사의 면전에서 이전의 자백을 번복하기는 매우 곤란하였을 것으로 봄이 상당하다.

② 피고인의 자백이 담긴 검사 작성 피의자신문조서는 자백이 고문·폭행·협박·신체 구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법으로 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 이유가 있는 때에 해당하므로 증거능력이 없다.

③ 공소사실을 뒷받침하는 증거인 정재O(현장에서 발견된 연필은 정원O의 아들인 자신의 것임), 김정O(현장에서 발견된 빗은 정원섭의 것임), 이계O(사건 이후 정원O의 팬티를 세탁해주면서 피와 같은 붉은 얼룩을 보았음 등)의 각 진술은 신빙할 수 없다.

④ 그 밖의 증거들은 정원O이 범인이라는 점을 확신하기에는 부족하고, 달리 공소사실을 입증할 증거가 없다.

이러한 법원의 무죄판결에 대하여 검사가 항소를 하였으나, 서울고등법원은 2009. 2. 6. 항소기각판결을 선고하였고(서울고등법원 2008노3293), 이에 검사가 상고를 하였으나 대법원은 2011. 10. 27. 상고기각판결을 선고하였다(대법원 2009도1603).

4. 수원노숙소녀 상해치사사건

가. 사건개요

2007. 5. 12. 06:00경 수원시 팔달구 매산로 18 소재 수원역 대합실 뒤쪽 주차장에서, 김음O(여, 24세)이 수원역 노숙인들로부터 '2만 원을 훔쳐갔다'는 이유로 구타를 당해 상해를 입은 사건과 이틀 후인 2007. 5. 14. 05:30경 수원시 권선구 매교동 250 소재 수원고등학교 본관 입구 통로 화단 옆에서 피해자(여자 아이)[121]가 누군가로

부터 구타를 당해 사망한 채 발견되는 사건이 발생하였다.

경찰은 피해자의 신원확인을 위하여 변사자의 사진을 들고 수원역 부근의 노숙인들을 상대로 탐문조사를 벌이던 중 "정해O 등이 며칠 전에 죽은 아이를 폭행한 적이 있다"라는 진술을 확보하고[122] 2007. 5. 14. 21:40경 수원역 대합실에서 정해O을 같은 날 22:15경 수원시 팔달구 매산로 소재 농업협동조합 앞 노상에서 강내O을 각 긴급체포하였다.

정해O과 강내O은 수사기관에서부터 제1심에 이르기까지,[123] "자신들이 성명불상자 2인과 함께 2007. 5. 14. 02:00경 수원역 2층 대합실 밖 에스컬레이터에서 마주친 피해자를 김음O으로 착각하여 수원고등학교 본관 입구 통로 화단 옆까지 끌고 가 폭행하고, 이후 강내복과 위 성명불상자 2인은 먼저 돌아가고, 정해O이 혼자 남아 김현O를 계속 구타하여 상해를 가함으로써 사망에 이르게 하였다."고 진술하여 피해자 김현O에 대한 폭행(강내O)과 상해치사(정해O)의 사실을 자백하였다.

이에 따라 1심 법원은 폭행과 상해치사의 혐의사실에 대하여 정해O과 강내O의 위와 같은 자백진술 등을 근거로 모두 유죄로 인정하여 정해O에게 징역 7년을, 강내O에게 벌금 200만 원을 각 선고하였다(수원지방법원 2007고합215).

나. 경과

1) 하급심 판단 및 공소제기 사실

위 판결에 대하여 강내O은 항소하지 아니하여 그대로 확정되었고, 정해O은 항소하면서 "자신은 수원고등학교에서 피해자를 때린 사실이 없다"며 피해자에 대한 범행을 전면적으로 부인하였으나, 강내O은 항소심에서 증인으로 출석하여 종전 자백진술을 유지하였고, 결국 항소심은 정해O에 대한 1심 판시 범죄사실을 모두 그대로 유죄로 유지하면서 징역 5년을 선고하였으며(서울고등법원 2007노1972), 정해O이 이에 대한 상고를 포기함으로써 그 무렵 위 항소심 판결은 그대로 확정되었다.

---

121) 이후 김현O(여, 15세)로 밝혀졌다.

122) 수사결과, 정해O이 이 사건 당일 이전에 폭행한 상대방은 피해자가 아니라 2007. 5. 12. 폭행사건의 피해자 김음O(여자 노숙인)인 것으로 밝혀졌는 바, 잘못된 제보였다.

123) 정해O은 검찰 조사과정에서 처음에는 피해자에 대한 공소사실을 모두 부인하다가 이를 번복하여 자백한 바 있다.

이후 최재O 등 가출청소년 5명이 이 사건의 공범이라는 제3자의 제보에 따라 2008. 1.경 최재O 등에 대한 수사가 개시되어 형사미성년자를 제외한 최재O 외 3명에 대하여 "피고인 최재O, 강하O, 조경O 및 곽지O은 김음O을 추궁하였지만 김음O이 횡설수설을 하고 2만 원도 찾지 못하자 김음O이 절취한 것이 아닐지도 모른다는 생각을 하던 중 피고인 강하O, 곽지O이 2007. 5. 13. 처음 만난 노숙자인 피해자 김현O(여, 15세)와 수원역 대합실에 있는 GS 25시 편의점 등에서 놀던 중 곽지O이 치마를 입고 있어 계속 춥다고 하여 피고인 강하O가 바지로 갈아입으라고 하자, 피해자가 치마가 예쁘다면서 안 입으려면 자기에게 빌려달라고 하여 피고인 강하O, 곽지O이 피해자에게 '너랑 같이 다닐 것도 아닌데 빌려준 후 니가 째면 어떻게 하냐'고 하니 피해자가 그렇다면 2만 원을 주겠다고 하여, 피고인 강하O, 곽지O이 편의점 밖에 있는 피고인 최재O, 조경O에게 '쟤가 치마를 빌려주면 2만 원 준데, 할까, 말까'라고 하면서 이야기를 하던 중 혹시 2만 원을 훔쳐간 애가 피해자가 아닌가라는 이야기가 나왔다.

그 후 피고인 최재O, 강하O, 조경O 및 곽지O은 2007. 5. 14. 02:00경 수원역 대합실에서 피해자에게 '2만 원을 가져갔는지' 추궁하다 수원역 화장실에서 나오는 피고인 김경O과 함께 피해자를 데리고 밖으로 나가는데, 그때 수원역에 있던 정해O, 강내O도 피고인들과 곽지O 일행에 합류하여 피해자를 때릴만한 사람의 왕래가 없는 어두운 곳을 찾아다니다가, 같은 날 03:00경 수원시 권선구 매교동 250에 있는 수원고등학교로 들어가서, 피고인 최재O은 주먹과 발로 피해자의 얼굴을 포함하여 온몸을 때리거나 걷어차고, 피고인 강하O는 도망가지 못하도록 피해자를 쪼그려 앉게 한 후 손으로 피해자의 뺨을 때리고 발로 피해자의 얼굴, 어깨를 걷어차고, 이어서 피고인 김경O은 주먹으로 피해자의 얼굴을 때린 다음 발로 피해자의 허벅지, 팔, 등 부분을 걷어차고, 피고인 김경O, 강하O가 담배를 피우기 위하여 뒤로 빠져 있는 사이에 피고인 조경O과 곽지O은 함께 심한 욕설을 하며 손으로 머리채를 잡고 흔들며 주먹으로 얼굴을 수회 때리고 발로 피해자의 얼굴을 걷어차고, 계속하여 정해O, 강내O도 나서서 역시 주먹과 발로 피해자의 온 몸을 때리고 걷어 차 피해자가 폭행을 견디지 못하고 쓰러지자, 위 곽지O은 피해자의 얼굴을 발로 밟는 등 수십 분 동안 피해자의 온몸을 마구 때려 피해자로 하여금 그 자리에서 외상성 뇌경막하 출혈에 의한 심폐정지로 사망에 이르게 하였다"고 하여 상해치사혐의사실 등으로 공소제기되었다.

1심 법원은 2008. 7. 16. 혐의를 모두 유죄로 판단하고 2 ~ 4년 형을 선고하였다(수원지방법원 2008고합45).

2) 각 피고인의 항소

① 최재O 등의 항소

최재O 등은 항소하면서 "자신들은 수원고등학교에 간 적도 없고 피해자를 때린 사실도 없다."는 취지로 공소사실을 전면 부인하였고, 항소심은 2009. 1. 22. 최재O 등의 상해치사혐의에 관하여 1심 판결을 파기하면서 무죄를 선고하였고(서울고등법원 2008노1914), 이에 대한 상고가 2010. 7. 22. 기각됨으로써(대법원 2009도1151) 위 항소심판결이 확정되었다.

② 강내O의 항소

강내O은 위 항소심 재판과정(2008. 10. 14.)에서 증인으로 출석하여 "자신은 수원고등학교에 정말 가지 않았습니다. 친형 강성O과 집에 들어가 잠을 잤습니다. 정해O과 최재O 등도 그날 수원고등학교에 가지 않았습니다."라는 취지로 진술한 바 있는데, 검사는 이에 대하여 2008. 12. 30. 강내O이 위증을 하였다는 등의 혐의로 공소를 제기하였고, 1심 법원은 2010. 11. 24. 강내O의 위증혐의에 대하여 유죄로 판단하고 벌금 500만 원을 선고하였다(수원지방법원 2008고단6249).

이에 강내O이 항소하였고, 항소심은 2011. 11. 7. "관련사건에서 강내O, 정해O, 최재O 등이 김현O를 수원고등학교로 데려가 때려 숨지게 한 범행을 시인하는 취지의 각 진술은 그 진술내용이 객관적으로 합리적이라고 볼 수 없고, 자백의 동기나 이유, 자백에 이르게 된 경위, 그 밖의 증거들과의 관계 등에 비추어 그 신빙성이 인정되기 어렵다 할 것이며, 그 밖에 검사가 제출한 나머지 증거들만으로는 강내O이 사건 당시 정해O, 최재O 등과 함께 수원고등학교에 갔음에도 가지 않은 것으로 허위의 진술을 하였다고 보기에 부족하고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다."는 이유로 무죄를 선고하였고(수원지방법원 2010노5731), 이에 검사가 상고하였으나 대법원이 2012. 6. 28. 상고를 기각함으로써 무죄가 확정되었다(2011도15935).

③ 정해O의 항소

정해O은 공범인 최재O 등의 무죄판결이 확정된 후인 2010. 11. 5. 서울고등법원에 재심을 청구하였으나, 서울고등법원은 2011. 6. 30. 재심청구를 기각하였다(서울고등법원 2010재노75). 이에 대법원에 즉시항고를 제기하였고, 대법원은 재심대상판결에 형사소송법 제420조 제5호 소정의 재심사유가 있다는 이유로 재심청구를 기각한 원심결정을 파기하고 서울고등법원에 사건을 환송하는 결정을 하였다(대법원 2011모1112).

서울고등법원은 대법원 결정의 취지에 따라 2012. 7. 12. 재심개시결정을 하였고, 2012. 10. 25. 상해치사혐의에 대하여 무죄를 선고하였다(서울고등법원 2012재노47).

다. 재심청구

1) 청구 이유

① 공동피고인의 번복 진술과 모순되는 범죄사실

정해O과 강내O은 1심 법정에서 자백을 하였고, 1심은 이들에게 유죄를 선고하며 '피고인 정해O, 강내O의 법정진술, 사체검안서 등'을 증거로 설시하였다.

그런데 공동피고인 강내O이 이후 위 범행의 공범 최재O에 대한 공판절차에서 진술을 번복하였고, 심리를 한 재판부는 강내O의 번복진술을 믿을 수 있다고 하였는 바, '공동피고인 강내O의 번복 진술'은 무죄를 입증할 새롭고 명백한 증거에 해당한다(형사소송법 제420조 제5호).

② 공범들의 무죄확정판결(공범들 진술 포함)과 모순되는 범죄사실

위와 같이 재심대상판결 범죄사실에 부합하는 취지의 증언을 한 공동피고인 강내O이 위 범행의 공범에 대한 공판절차에서 진술을 번복하였고, 번복된 진술이 받아들여져 공범들에게 무죄가 선고되어 확정되었다.

'공범들에 대한 무죄확정판결 및 공범들 진술 등'은 무죄를 입증할 새롭고 명백한 증거에 해당한다(형사소송법 제420조 제5호).

③ 피해자의 사망원인, 사망추정시각에 대한 법의학자 의견 등과 모순되는 범죄사실

피해자의 사망시각과 관련하여, 피고인 등은 2007. 5. 14. 02:00에 수원역에서 만난 피해자를 한 시간 가량 걸어서 수원고등학교까지 데리고 갔으며, 피고인 등이 03:00경부터 피해자를 때리기 시작하여 40여 분간을 때렸고, 그 무렵 피해자가 움직이지 않는 것을 보고 당시 피해자가 가지고 있던 비닐봉지에서 청바지를 꺼내 피해자의 배 부위에 덮어주고 수원역으로 도망갔다는 취지로 진술하였으므로, 피고인 등의 각 진술에 따르면 피해자가 사망한 시각은 적어도 03:40 이후가 되어야 할 것으로 보인다.

재심대상판결 확정 이후 작성된 국립과학수사연구원 사실조회회보에 의하면, 피해자의 사체가 발견되었을 당시의 곧창자 온도, 시강과 시반의 상태, 사체가 있던 장소와 당일 기후 상황, 당시 피해자 김현O의 의복 착의 상태 등을 종합적으로 고려하여 비교적 객관적인 방식으로 산출한 피해자에 대한 사망추정시각은 2007. 5. 13. 23:00 ~ 24:00 이전일 가능성이 상당히 높은 것으로 보일 뿐 아니라, 피해자의 주된 사망원인은 외상성 경막하출혈인데, 경막하출혈의 경우 출혈이 오랫동안 서서히 진행되는 경우가 흔하고 출혈의 정도가 심해질 때까지는 생존할 수 있는 경우가 통상적인 점을 고려할 때, 실제 피해자에 대한 폭행은 피고인 등이 피해자에 대한 사망원인이 된 폭행을 가하였다는 03:00경보다 훨씬 이전에 이루어졌을 가능성이 농후하다.

'국립과학수사연구원의 사실조회회보 등'은 무죄를 입증할 새롭고 명백한 증거에 해당한다(형사소송법 제420조 제5호).

④ 피고인이 피해자를 만났다는 장소와 피해자가 발견된 장소의 무인카메라 영상과 모순되는 범죄사실

초동수사를 담당한 수원남부경찰서 경찰 염규O는 피고인이 노숙을 하였던 장소이자 피해자를 만났다는 장소인 수원역사 무인카메라를 확인하고도 그 확인사실 및 결과에 대하여 침묵하였다.

그러다가 공범사건의 재판과정에서 "당시 수원역 내에 설치된 여러 대의 무인카메라(그중에는 피고인 일행이 피해자를 만났다는 대합실 및 에스컬레이터 입구 부분을 촬영범위로 하는 것도 포함되어 있었다) 녹화 영상을 확인하였는데 범행과 관계없는 피고인의 모습을 보았을 뿐 피고인 일행이 피해자를 만나거나 밖으로 끌고 가는 모습

등 범행과 관련한 특이사항은 전혀 발견하지 못하였다."는 사실을 새로 인정하였고, 재심대상사건의 수사 및 공판절차에서 범행장소인 수원고등학교 정문에 설치된 무인 카메라에 피고인의 모습이 촬영되지 않았다는 점이 심리되지 아니하였다.

'경찰 염규O의 진술 및 영상물확인결과 등'은 무죄를 입증할 새롭고 명백한 증거에 해당한다(형사소송법 제420조 제5호).

2) 법원의 판단

가) 재심청구기각결정

법원은 재심청구인의 청구이유에 대하여 아래와 같은 이유로 기각결정을 내렸다.

① 공동피고인의 번복 진술 관련

확정판결의 소송절차에서 이미 증거로 조사채택된 공동피고인이 확정판결 후 앞서의 진술내용을 번복함과 같은 것은 원칙적으로 '증거가 새로 발견된 때'에 해당하지 않는다고 할 것이다(대법원 1993. 5. 17.자 93모33 결정).

강내O은 재심대상사건의 공동피고인으로서 당해 공판절차에서 공소사실을 인정하는 취지로 진술하여 그 진술이 재심대상판결의 증거로 채택되었으므로, 재심대상판결이 확정된 후 공범사건의 공판절차에서 이루어진 강내O의 진술(증언)은 그 내용이 판결확정 이후 새로 발견된 사실에 관한 것이라는 등의 특별한 사정이 없는 한 재심대상판결의 소송절차에서 발견되지 못한 증거에 해당한다고 볼 수 없고, 이는 증언이 종전 진술을 변경하는 내용이라고 하더라도 달리 볼 이유가 없다.

다만 공범사건 판결과 재심대상판결은 강내O의 상반되는 내용의 진술을 각 취신함으로써 강내O 진술의 증명력 평가를 달리하고 있으나, 이는 증거의 증명력에 대한 법관의 자유심증주의가 발현됨에 따른 불가피한 결과이고, 특히 공범사건 판결에서 강내O의 번복된 진술은 검사가 제출한 증거들에 대한 합리적 의심을 제거하는 요인으로 평가된 것일 뿐 이에 의하여 강내O의 종전 진술이 허위임을 적극적으로 인정하였다고 볼 수 없으므로 그 진술이 확정판결에 의하여 허위임이 증명된 경우에 해당한다고 할 수도 없다.

따라서, 강내O의 번복 진술은 형사소송법 제420조 제5호의 재심사유에 해당하지

아니한다.

② 공범들의 무죄확정판결(공범들 진술 포함)

공범자 중 1인에 대하여는 무죄, 다른 1인에 대하여는 유죄의 확정판결이 있는 경우에 무죄확정판결의 증거자료를 자기의 증거자료로 하지 못하였고 또 새로 발견된 것이 아닌 한 무죄확정판결 자체만으로는 유죄확정 판결에 대한 새로운 증거로서의 재심사유에 해당한다고 할 수 없다(대법원 1984. 4. 13.자 84모14 결정).

재심대상판결은 피고인과 강내O 이외에 다른 공범으로 성명불상자 2명(각 별명 꼬맹이, 20대의 남과 여)이 있었음을 인정하였으나, 위 성명불상자 2명을 포함한 나머지 공범들에 대한 수사는 재심대상판결이 선고된 이후 비로소 이루어졌으므로 공범사건 공판기일에 한 공범 곽지O, 강하O, 조경O, 최재O의 진술은 모두 재심대상사건의 소송절차에서 발견되지 못한 새로운 증거에 해당한다.

다만, 위 공범들의 진술이 피고인의 무죄를 입증할 명백한 증거에 해당하는지에 관하여 보건대, 공범들의 진술은 대체로 '수원고등학교에 간 사실이 없다. 피해자를 모르고 때린 사실도 없다'는 것으로 단순히 범행을 부인하는 내용에 불과하고 새로운 사실에 관한 진술이 포함되어 있지 않으며, 공범사건 판결에서 의심스로운 정황으로 적시한 사유 즉, 공범들이 피해자를 데리고 수원고등학교에 가게 된 경위가 불분명하고, 피해자를 더 폭행하기 위하여 새벽시간 다소 거리가 있는 수원고등학교까지 갈 이유가 없는 점, 수원고등학교 도착 후 정문과 후문 중 어느 쪽으로 들어갔는지, 문이 열려 있었는지 여부에 대한 진술이 모순되거나 명확하지 않고, 수원고등학교 정문에 설치되어 있던 무인카메라에 피고인들의 모습이 전혀 찍혀 있지 않은 점, 사건 현장에서 공범들의 지문, 유류물, 기타 흔적이 전혀 발견되지 않은 점 등은 대부분 재심대상사건에서도 이미 드러난 정황인 바, 재심대상판결은 증거가치에 대한 평가를 공범사건의 판결과 달리하여 위와 같은 의심스러운 정황이 있음에도 불구하고 피고인의 수사기관에서의 자백 경위와 내용, 1심 법정에서의 태도, 강내O의 진술과 피해자의 시신이 발견된 상태가 피고인의 자백에 부합하는 점 등에 비추어 합리적 의심 없이 공소사실을 유죄로 인정할 수 있다고 판단한 것이므로, 위 공범들의 진술은 재심대상판결을 더 이상 유지할 수 없을 정도로 고도의 개연성이 있는 명백한 증거라고 할

수 없어 형사소송법 제420조 제5호 소정의 재심사유에 해당하지 아니한다.

③ 피해자의 사망원인, 사망추정시각에 대한 법의학자 의견 관련

재심대상판결의 증거로 적법하게 조사된 변사사건조사보고서(수사기록 44쪽)의 기재에 의하면, 당시 검시관은 2007. 5. 13. 08:45 측정한 사체의 곧창자 온도가 27.7℃, 외기온도가 18.7℃인 점, 사체의 굳음, 얼룩상태 등을 토대로 피해자의 사망시각을 2007. 5. 13. 02:00경으로 추정하고 있고, 부검감정서(수사기록 254쪽)의 기재에 의하면, 피해자의 사인을 외상성 경막하출혈로 판단하면서, 참고사항으로 경막하출혈은 급격히 진행되어 커다란 혈종을 형성하는 경우 수시간 내에 사망할 수도 있으나, 정맥 또는 모세혈관의 출혈이기 때문에 출혈의 속도가 더디며, 따라서 일반적으로 증상의 발현이 지연되고 의식도 점차로 저하되는 양상을 나타냄을 적시하고 있는바, 재심대상판결은 위와 같은 증거들에 터잡아 피고인이 2007. 5. 14. 02:00경 피해자를 대려 사망에 이르게 하였다고 인정하였다.

한편, 변호인이 제출한 국립과학수사연구원의 사실조회회보에 의하면, 사체의 곧창자온도와 외기온도를 측정하여 사망시각을 추정함에 있어 유용한 도구로 사용되는 Henssge 계산도표를 적용할 경우 이 사건 피해자의 사망시각은 온도측정 당시인 08:45경으로부터 9.7 ~ 15.3 시간 이전으로 추정되고, 따라서 피해자가 2007. 5. 13. 24:00 이전에 사망하였을 가능성이 충분히 고려되어야 하며, 사망원인인 외상성 경막하출혈의 특성을 감안할 때 피해자가 폭행을 당한 후 상당시간 생존하였을 가능성도 배제하기 어려우므로 체온 하강이 이례적으로 빠르게 진행되었다 하더라도 실제 사망시각은 03:00 ~ 03:40경(02:00경 폭행이 이루어졌을 경우 추정되는 사망시각)보다 이전일 가능성이 크다는 의견을 밝히고 있다.

이와 같이 재심대상판결이 인정한 범행시각과 다소 다른 내용이 있는 국립과학수사연구원의 사실조회회보가 재심대상사건의 소송절차에서 제출할 수 없었던 새로운 증거에 해당하는지 여부에 관하여 보건대, 범행시각은 기복적으로 범행의 특정을 위한 요소일 뿐 범행의 본질적 내용이 될 수는 없는 것인바, 재심대상판결은 증거에 의하여 인정되는 사체의 곧창자 온도 및 외기 온도, 사망원인 등을 토대로 하여 5. 14. 02:00경을 범행시각으로 특정하였음에 비하여, 위 사실조회회보는 같은 근거자료

를 토대로 하여 범행시각에 관하여 재심대상판결과 다른 의견을 밝힌 것일 분 재심대상판결의 범행시각 인정에 중대한 오류가 있어 범행의 동일성을 부정하여야 한다는 데까지 나아간 것이 아니다.

즉, 사실조회회보는 종전에 이미 제출되었던 증거에 대한 평가와 해석에 관한 자료로서, 재심대상판결이 인정한 범행시각에 문제가 있을 수 있음을 지적하는 주장에 불과한 것이지 그 자체가 새로운 증거가 될 수 없다. 설령 위 사실조회회보가 새로운 증거에 해당한다고 하더라도, 사체의 곧창자 온도는 주위의 환경, 온도, 습도, 영양상태, 착의상태, 성별 등 많은 인자들에 의하여 상당한 영향을 받고, 이를 근거로 한 사망시각의 추정도 상당한 오차가 있을 수밖에 없는 점 등에 비추어 보면, 재심대상판결이 인정한 범행시각과 사실조회회보에서 추정한 사망시각 정도의 차이만으로는 재심대상판결을 더 이상 유지할 수 없는 명백한 사유가 발생하였다고 할 수도 없다.

따라서 범행시각 추정과 관련하여 변호인이 제출한 국립과학수사연구원의 사실조회회보, 기상현상증명서는 모두 형사소송법 제420조 제5호 소정의 새로운 증거에 해당하지 아니한다.

④ 피고인이 피해자를 만났다는 장소와 피해자가 발견된 장소의 무인카메라 영상 관련

이 사건 범행시각 무렵에 피고인이 범행장소가 아닌 다른 곳에 있었다는 사실을 입증할 증거를 발견하였음에도 수사관이 이를 숨기고 있다는 사정이 보이지 않는 이 사건에서, 재심대상사건의 수사 또는 공판과정에서 수원고등학교, 수원역 인근에 설치된 무인카메라에 녹화된 영상을 확인하지 않았다거나 또는 그 영상에 피고인의 모습이 없었다는 주장은 단지 수사 또는 심리의 미진을 지적하거나 진술증거의 증명력을 다투는 취지일 뿐이다.

이와 관련하여 변호인이 제출한 무인카메라 위치사진, 학교건물배치도, 염규O의 관련 진술은 모두 형사소송법 제420조 제5호 소정의 새로운 증거에 해당한다고 할 수 없다.

나) 재심청구기각결정에 대한 파기환송결정

최재O 등이 김현O에 대한 이 사건 상해치사사범행과 동일한 공소사실로 공소제기

되어 항소심에서 무죄판결을 선고받았고, 그 판결이 확정되었다.

피고인이 항소심에 이르러 범행을 전면 부인하면서 당시 수원역에 있었다는 사실을 밝히기 위하여 수원역 내 무인카메라 녹화영상을 확인하여 달라고 요청하였는데, 그에 대한 심리는 이루어지지 아니하였다.

그런데 피고인에 대한 수사를 담당하였던 경찰관 염규O는 재심대상판결이 확정된 후 공범사건의 제1심에서 증인으로 출석하여 '당시 수원역 내에 설치된 여러 대의 무인카메라(그 중에는 피고인 일행이 김현O만났다는 대합실 및 에스컬레이터 입구 부분을 촬영범위로 하는 것도 포함되어 있었다) 녹화 영상을 확인하였는데 범행과 관계 없는 피고인의 모습을 보았을 뿐 피고인 일행이 김현O를 만나거나 밖으로 끌고 가는 모습 등 범행과 관련한 특이사항은 전혀 발견하지 못하였다'는 취지로 진술하였다.

또한 김현O는 2007. 5. 14. 05:30경 수원고등학교 내에서 사망한 채 발견되었는데, 당시 작성된 변사사건 조사보고서에 의하면 시체의 곧창자 온도, 외기 온도, 시체의 굳음, 얼룩상태 등에 비추어 김현O의 사망시각은 2007. 5. 13. 23:00경부터 같은 달 14. 02:00경 사이로 추정된다는 것이었으나, 재심대상판결의 소송절차에서 김현O의 사망시각이 쟁점으로 부각되지는 아니하였다.

그런데 재심대상판결 확정 이후 작성된 국립과학수사연구원의 사실조회회보에 의하면, 김현O의 사망시각은 온도 측정 당시인 2007. 5. 14. 08:45경으로부터 9.7시간 내지 15.3시간 이전으로 추정되므로 김현O가 같은 달 13. 24:00 이전에 사망하였을 가능성이 충분히 고려되어야 하고, 김현O의 사망원인인 경막하출혈은 정맥 또는 모세혈관의 출혈로서 일반적으로 출혈 속도가 더뎌 증상의 발현이 지연되고 의식도 점차로 저하되는 양상을 나타내므로 김현O가 폭행을 당한 후 상당시간 생존하였을 가능성도 배제하기 어려우며, 체온 하강이 이례적으로 빠르게 진행되었다고 하더라도 실제 사망시각은 피고인의 종전 자백진술 내용에 따른 폭행시각인 2007. 5. 14. 03:00 ~ 03:40경보다 앞선 시점일 가능성이 크다는 것이다.

한편 최재O 등은 공범사건의 수사과정에서는 대체로 이 사건 상해치사 범행을 자백하였으나 제1심 법정에서부터는 '피고인 등과 함께 수원에서 만난 김현O를 수원고등학교까지 끌고 가거나 그곳에서 김현O를 폭행한 사실이 전혀 없으며 김현O를 알지도 못하는데, 수사기관의 회유 등에 의하여 허위자백을 하였다'는 취지로 진술하였고,

위 확정된 무죄판결도 피고인과 함께 김현O를 데리고 수원고등학교에 가게 된 경위나 수원고등학교에 정문과 후문 중 어느 쪽으로 들어갔는지와 문이 열려 있었는지 여부 및 도착 이후의 상황에 관한 최재O 등의 종전 자백진술이 서로 모순되거나 명확하지 않고 수원고등학교 정문에 설치되어 있던 무인카메라에 최재O 등의 모습이 전혀 촬영되어 있지 않았던 등의 사정에 비추어 최재O 등의 종전 자백진술은 그 신빙성이 의심스럽고, 피고인이나 최재O 등과 함께 수원고등학교에 갔었다는 강내O의 종전 자백진술 또한 그 신빙성이 의심될 뿐만 아니라 강내O은 공범사건의 항소심에서 종전 진술을 번복하여 피고인이나 강내O, 최재O 등이 이 사건 상해치사 범행과는 아무런 관련이 없다는 취지로 진술하고 있는 점 등을 근거로 무죄를 선고한 것이었다.

공범사건에서 최재O 등의 진술이나 사실조회회보, 수원역 내 무인카메라 녹화 영상 관련 증거들은 재심대상판결의 소송절차에서 발견되지 못하였던 증거로서 '새로 발견된 증거'에 해당하고, 그 소송절차에서 그러한 증거를 제출하지 못한 데에 피고인의 과실이 있다고 할 수 없다. 또한 재심대상판결에서 피고인이 이 사건 상해치사 범행을 저질렀다는 점에 관한 증거로는 오로지 피고인의 종전 자백진술과 이에 부합하는 강내O의 진술만이 채택되었을 뿐이었는데, 위 증거들에 의하면 피고인과 함께 범행을 저질렀다는 최재O 등이 실제로는 이 사건 상해치사 범행과 아무런 관련이 없으며, 피고인의 종전 자백진술대로라면 수원역 내 무인카메라 녹화 영상에 이 사건 상해치사 범행과 관련한 피고인의 모습이 나타나야 함에도 전혀 나타나지 않았을 뿐만 아니라 객관적인 사실관계에 비추어 추정되는 김현O의 사망시각도 피고인의 종전 자백진술내용과 부합하지 아니함을 알 수 있다.

위 증거들은 재심대상판결이 사실인정의 기초로 삼은 증거와 함께 고려할 때 재심대상판결을 그대로 유지할 수 없을 정도의 고도의 개연성이 인정되는 '명백한 증거'에도 해당한다고 봄이 상당하다. 재심대상판결에는 형사소송법 제420조 제5호에 정한 재심사유가 있다고 할 것이다.

공동피고인 강내O의 번복진술 및 공범 최재O에 대한 무죄확정판결 관련 재심청구 이유에 대하여는 판단이 없었다.

라. 재심판단

법원은 피고인들이 당초에는 범행을 부인하다가 자백하기는 하였으나 제1심 공판 이후 일관되게 범행을 부인하고 있는 점, 피고인들은 아직 나이가 어리고, 가족이나 보호자의 도움을 받지 못하였던 점, 피고인들이 수사과정에서 다른 피고인들이 이미 범행을 자백한 것으로 오인하거나, 검사가 피고인들에게 범행을 자백하면 선처받을 수도 있다고 말하여 자백한 것으로 보이는 점, 피해자를 아는 사이였는지, 수원역 부근의 여관 주차장에서 먼저 폭행한 사실이 있는지, 그 이후 피고인들 일행과 피해자가 함께 수원고등학교까지 가게 된 경위, 수원고등학교에 정문과 후문 중 어느 쪽으로 어떻게 들어갔는지와 문이 열려 있었는지 여부 및 도착 이후의 상황에 관한 피고인들의 각 자백진술이 서로 모순되거나, 불일치하거나, 명확하지 아니한 점, 여러 가지 정황에 비추어 피해자를 때릴 만한 음침한 장소를 찾기 위하여 수원고등학교까지 가게 되었다는 피고인들의 진술은 쉽게 믿기 어려운 점, 당시 수원고등학교 정문에 설치되어 있던 무인카메라에 피고인들의 모습이 전혀 찍혀 있지 않고 주위에서 싸우는 소리를 전혀 듣지 못한 점, 범행 현장에서 피고인들의 지문이나 유류물 기타 흔적이 전혀 발견되지 않은 점 등에 비추어 피고인들의 검찰에서의 각 자백진술은 그 진실성 및 신빙성이 의심스럽고, 그 밖의 증거들은 이를 믿기 어렵거나 피고인들의 피해자 공소외인에 대한 상해치사의 공소사실을 입증하기에 부족하며, 달리 이를 인정할 증거가 없다고 판단하여 무죄를 선고하였다.

5. 기타 사례

가. 서울시 공무원 간첩조작사건

1) 사건개요

유가O는 2012. 10. 30. 입국 후 북한이탈주민 자격으로 보호대상자로 신청하였고, 이후 국정원 중앙합동신문센타(이하 '합신센타'라고 함)에서 조사가 진행되었다. 2012. 11. 22. 유가O는 합신센타 정밀신문과정에서 자신과 유우O이 회령시 보위부 소속 간첩임을 자백하였다.

국정원의 내사로 2013년 1월 간첩 혐의로 긴급체포된 유우O 씨는 그 해 2월 탈북자 정보를 북한에 넘긴 혐의 등으로 기소됐다.

당시 검찰과 국정원은 유 씨 여동생 유가O의 자백을 토대로 그를 기소했으나 유가O는 기자회견을 통해 국정원 직원들로부터 폭행 및 회유, 협박을 당해 오빠가 간첩이라는 허위진술을 했다며 기존의 진술을 번복하였다.

결국, 유 씨의 국가보안법 위반 혐의에 대해 무죄판결이 확정되었다.

2) 경과

가) 공소제기 사실

2013. 1. 13. 유우O이 구속되었고, 검사는 2013. 2. 26. 국가보안법위반(간첩) 등 아래와 같은 혐의 공소제기 하였다.

① 유우O은 모친의 장례식 참석을 위해 브로커의 도움으로 북한-중국 통행증을 발급받고 북한으로 탈출하였다가 중국으로 돌아왔다. 중국으로 돌아온 후 외당숙 국상O의 집에 머물다가 북한에 있는 가족들이 걱정되어 2006. 5. 하순 두만강을 도강하여 북한으로 들어가 북한 집에 체류하던 중 회령시 보위부원에게 체포되어 조사를 받으면서 회령시 보위부 반탐과장 김철O로부터 보위부 공작원 활동을 제안 받고 수락한 후 2006. 6. 초순 보위부 공작원 교육을 받고 회령세관을 통해 중국으로 출경하여 위 김철O로부터 한국 침투 후 탈북자 신원자료 수집 등의 지령을 받고 2006. 6. 22. 대한민국에 잠입한 것을 비롯하여 2007. 8. 중순, 2011. 7. 초순, 2012. 1. 22.~1. 24. 각 뱀골초소 인근 두만강을 도강하거나 중북국경지대를 통해 북한으로 탈출하였다(특수잠입, 탈출, 특수탈출).

② 유우O은 2006. 8. 외당숙 국상O로부터 회령시 보위부에서 컴퓨터 3대를 사달라는 말을 전해 듣고 인터넷으로 일제 노트북을 구입하여 2006. 8. 23. 국제특급우편으로 연길시에 있는 국상O에게 우송하고, 국상O을 통해 회령시 보위부에 전달하게 하여 반국가단체 구성원에게 편의를 제공하였다(편의제공).

③ 유우O은 2011. 2. 미상의 방법으로 탈북자 자료전달 계획을 회령시 보위부 반탐과장 김철O에게 전달하였고, 2011. 2. 하순 김철O의 지시를 받은 유가O가 2011.

2. 하순 두만강을 도강하여 연길시 소재 PC방에서 QQ메신저에 접속하자 유가O에게 탈북자 50여명의 신원정보 파일을 전송하여 유가O로 하여금 위 정보를 김철O에게 전달하게 한 것을 비롯하여 2011. 5. 및 2012. 7. 유가O를 통해 탈북자 신원정보파일을 전달하였다(국가기밀 탐지·수집·전달 및 회합·통신).

④ 유우O은 2012. 7. 회령시 보위부 반탐부부장과 탈북자 신원정보를 수집하여 전달하는 임무를 위해 유가O를 한국으로 입국시켜 활용하는 방안을 협의하였고, 2012. 10. 하순 중국 연길시에 있는 유가O에게 한국 입국을 지시한 다음 2012. 10. 24. 중국으로 건너가 2012. 10. 30.경 유가O와 함께 제주공항에 도착하여 대한민국에 잠입하였다(특수잠입등).

유우O은 1980. 10. 26. 함북 회령시에서 화교인 父 유진O과 母 조인O의 1남 1녀 중 장남으로 출생하여 2004. 3.까지 함북 회령시에 거주하다가 2004. 3. 10. 북한을 탈출한 후 제3국을 경유하여 2004. 4. 25. 대한민국으로 입국하여 정착하였고, 2011. 2. 연세대학교 중문학과를 졸업한 후 2011. 6. 9.부터 서울시청 복지정책과 생활보장팀 계약직(시간제) 공무원으로 재직하였다.

나) 법원의 판단

1심법원은 국가보안법위반의 점에 대하여 모두 무죄, 나머지 공소사실에 대하여 징역 1년 집행유예 2년을 선고하였고(서울중앙지방법원 2013고합186), 항소심(서울고등법원 2013노2728)과 상고심(2014도5939)에서도 국가보안법위반의 점에 대하여 같은 판단을 하였다.

3) 조사과정의 문제점

가) 증인신문조사에서의 문제

유가O가 머문 독방은 카메라가 설치되어 있었고, 안에서는 문을 열고 나갈 수 없어 바깥에서만 열어줘야 하는 구조였다. 유가O는 마실 물을 가지러 갈 때에도 물을 빨리 떠서 들어가야지 안 들어가면 스피커로 '416호'와 이름을 부르면서 "빨리 들어가라, 왜 안 들어가는가, 물 빨리 뜨고 들어가라, 왜 자꾸 서 있는가"라고 재촉을 하며 바깥에 있지 못하게 한다고 증언하였다.

유가O는 독거실 무인카메라 촬영과 관련하여, "화장실 유리 부분은 아래 부분은 반투명이지만 윗부분이 투명이어서 샤워를 할 때에도 쪼그리고 앉아서 하고 변기 뒤에서 숨어 샤워를 할 때에도 쪼그리고 앉아서 변기 뒤에서 숨어 샤워를 했다"는 취지의 증언을 하였는바, 은밀한 사생활도 노출되는 것을 걱정해야 하는 시설이라 할 것이다.

유가O는 독방생활과 관련하여, "독방에 갇혀 있으니까 마음대로 나가지 못하지, 직원들이 와서 문 열어줘야 나가지, 안에서 별난 생각 다 들었고, 조사받을 때는 언제까지 조사를 받는지, 언제 내보내주는지에 관한 말을 전혀 하지 않았습니다. 그런 이야기를 전혀 해 주지 않고 조사가 다 끝날 때까지 있어야 한다고만 하여 저는 조사가 언제 끝날지도 모르는 채로 힘들게 조사를 받았습니다."라고 증언하였다.

유가O는 잠을 제대로 자지 못한 상태에서 조사를 받은 경우가 있었고, 조사관이 06:30경 기상을 시켜 새벽 1시경까지 계속하여 조사를 하는 경우도 있었다는 취지로 증언하였다. 그리고 잠을 재우지 않는 조사과정에서 당한 고통과 관련하여 "잠 재우지 않고 너무 힘들고 정신적으로 제대로 진술 안하게 되면 때리지, 보는 것마다 날라오지, 무섭지, 또 그다음에 세우지, 세워도 계속 욕하지, 무섭지, 그 다음에는 너무 힘들어서 마지막에는 이러다 그냥 죽었으면 좋겠다, 죽었으면 마음 편하겠는데, 죽어버렸으면 좋겠다 이런 생각도 들었습니다."라고 증언을 한 바 있다.

조사과정에서 수많은 진술서가 작성되었고, 진술강요나 회유도 있었다. 더 나아가 가혹한 폭행을 하고 '화교 유가O'라고 쓴 종이를 등 뒤에 붙여 놓고 탈북자들 앞에 세워놓고 '탈북자로 가장하여 들어 온 나쁜 년이다. 얼굴보세요. 구경하세요'라고 모욕을 주기까지 하였다. 유가O는 차라리 죽는 것이 낫다는 생각을 하고 유리를 깨서 자살을 시도하기까지 하였다.

유가O는 2012. 10. 30. 국가정보원 중앙합동신문센타에 들어간 이후 인신구제절차를 통해 2013. 4. 26. 위 센타에서 나올 때까지 가족, 변호인 등 그 누구의 도움을 받지 못하였을 뿐만 아니라, 변호인이 찾아가 접견신청을 하였다는 사실도 듣지 못한 경우도 있었고, 외부 혈육과의 전화통화 등도 철저히 차단하였다.

나) 북한이탈주민에 대한 조사 방식의 위헌성

국회의원 김영우의 2010년 실태조사(국회의원 김영우 보도자료 2010. 10. 5.자)에 따르면, 조사과정에서 공포심을 느꼈다는 응답이 36%에 달하였고, (재)경기도 가족여성연구원의 2012년 실태조사(북한이탈주민 인권침해 실태조사 2012)에 의하면 매우 많이 느낀 경우와 약간 느낀 경우를 포함하여 공포감을 느낀 북한이탈주민이 43.1%나 되었다. 그리고 국가인권위원회의 2009년 면접조사에 의하면, 합동신문과정에서의 북한이탈주민이 겪는 인권침해 중의 하나는 '먹을 것이 없어 굶어죽는 사회주의 북한 사회에서 온 사람'이라는 조사관의 암묵적인 태도였다. 또한 위 김영우 의원의 실태조사에 따르면, 독방생활 중 산책이나 운동을 할 수 없었다는 응답이 92.2%에 달했고, TV시청이나 신문, 책 등을 읽지 못하게 한다는 응답도 70~90%로 나타났다.

위와 같이 반인권적인 조사가 가능한 것은 북한 이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률 제7조 제3항이 국가정보원장으로 하여금 전적으로 '임시보호 등 필요한 조치'의 내용을 정하도록 위임하였기 때문이다.

그러나 위 조항은 포괄위임금지의 원칙, 적법절차의 원칙, 영장주의에 반하는 위헌적인 법률이라 할 것이다.

합동신문에 대한 국가정보원 직무의 법적근거는, 북한이탈주민보호법 제7조 제3항의 '임시보호나 그 밖의 필요한 조치'와 같은 법 시행령 제12조 제1항의 '일시적인 신변안전조치와 보호여부 결정 등을 위한 필요한 조사'가 전부이다. 위 직무의 구체적인 내용, 방법, 절차 등에 관하여 북한이탈주민보호법 및 같은 법 시행령은 아무 것도 규정하고 있지 않은 바, 포괄위임금지의 원칙에 반한다 할 것이다.

적법절차원칙에서 도출할 수 있는 가장 중요한 절차적 요청 중의 하나로, 당사자에게 적절한 고지를 행할 것, 당사자에게 의견 및 자료 제출의 기회를 부여할 것을 들 수 있다(헌재 2006. 5. 25. 2004헌바12). 북한이탈주민의 독방수용 등이 적법하기 위하여는 그 정당성 혹은 필요성만으로 족한 것이 아니라 독방 수용 등의 사유, 형태, 기간 등에 대한 엄격하고 명확한 법적 근거와 의견청취, 고지 등 적법절차의 적용이 전제되어야 한다. 그러나 위 법률조항은 적법절차의 주요내용인 '적절한 고지, 의견청취 등'을 전혀 예정하고 있지 않다.

영장주의의 본질은 형사절차와 관련하여 체포·구속·압수·수색 등 신체의 자유를

침해하는 강제처분을 함에 있어서는 사법권 독립에 의하여 그 신분이 보장되는 법관이 구체적 판단을 거쳐 발부한 영장에 의하여만 한다는 데 있다. 특별사법경찰관인 국가정보원 직원의 북한이탈주민에 대한 국가보안법위반혐의에 대한 집중적인 신문과 이에 따른 자백과정을 형사절차라 보지 않을 수 없다. 그리고 중앙합동신문센타라는 시설에서의 수용과 외부와의 접견교통 제한을 신체의 자유를 침해하는 강제처분이라 보지 않을 수 없다. 그렇다면, 진성탈북자와 위장탈북자를 판별하는 조사를 넘어선 형사범죄에 대한 수사시에는 법관의 구체적인 판단을 거쳐 발부한 영장이 반드시 필요하다 할 것이다. 그리고 북한이탈주민보호법 제7조 제3항은 '국가정보원장은 임시 보호나 그 밖의 필요한 조치를 한 후 지체 없이 그 결과를 통일부장관에게 통보하여야 한다'라고만 규정하고 있어, 법관에 의한 통제를 잠탈하고 있는바, 이는 헌법 제12조 제3항이 규정한 영장주의에 정면으로 배치된다 할 것이다.

나. 형제복지원 사건

1) 사건개요

이른바 '형제복지원 사건'은, 부산지방검찰청 울산지청 김용원 전 검사가 1986년 12월경 경남 울주군 소재 작업장에서 형제복지원 원생들의 강제노역 현장을 우연히 목격하고 이들을 조사하면서 세상에 드러나게 된 사건이다.

김용원 전 검사는 위와 같은 경위로 형제복지원 원장 박인O과 직원들에 대한 수사를 한 끝에 1987. 1. 28. 특수감금(원생 168명을 울주군 작업장에 감금, 강제노역케 한 행위), 업무상횡령(원생들을 위해 쓰여야 할 국고 보조금 횡령 행위) 등 죄명으로 기소하였다.

위 수사과정에서, 김용원 전 검사는 부산시 소재 '형제복지원 본원' 내 수용되어 있던 3,000여명의 원생들에 대한 인권침해사건(폭행, 감금, 성폭행, 사망사건 등)도 수사하려고 분투하였으나, 당시 검찰 지휘부의 거센 압력 때문에 결국 수사하지 못하고 포기하였고, 그리하여 당시 공소사실에 형제복지원 본원의 피수용자 3,000여명에 대한 인권침해범죄는 포함되지 못했다는 것인 바, 이러한 검찰권행사의 위법에 대하여 검찰과거사위원회에서 진상조사가 진행된 사건이다.

검찰개혁위원회와 검찰과거사위원회는 '형제복지원 사건'에서 위헌·위법인 내무부 훈령 제410호를 적용하여 형제복지원 원장 박인O 등의 원생들에 대한 감금혐의를 형법 제20조에 의한 정당행위로 보고 무죄로 판단한 당시 판결은 법령 위반의 판결로 보지 않을 수 없다고 보았다.

그리고 위와 같은 법령위반의 판결은 '법령 적용의 오류를 시정함으로써 법령의 해석·적용의 통일을 도모'하고, 나아가 사법적 정의를 뒤늦게나마 회복하기 위하여 반드시 법적 절차에 의하여 파기, 시정되어야 할 것임을 지적하면서, 검찰총장은 판결이 확정된 후 그 사건의 심판이 법령에 위반한 것을 발견한 때 대법원에 비상상고를 신청할 수 있고, 나아가 유일한 비상상고 신청권자이므로(형사소송법 제441조). '형제복지원 사건'의 확정판결에 대한 검찰총장의 비상상고 신청은 법률상의 권한인 동시에 의무라고 본 바 있다.

2) 경과

가) 공소제기 사실

부산지방검찰청 울산지청 검사 김용원은 1987. 1. 28. 형제복지원 원장 박인O 등에게, "피고인 박인O 등은 1986. 7. 초순경부터 1987. 1. 16.까지 피해자 김종O등 168명의 피해자들을 매일 밤 22:00경부터 익일 06:00경까지는 경남 울주군 청량면 삼정리 산 97, 98 등 지상(이하 '울주 작업장'이라 함) 소재 축사와 창고에 수용하여 자물쇠로 출입문을 잠그고 그 이외의 시간에는 피해자 임봉O 외 10여명을 경비원으로 임명하여 이들로 하여금 길이 1.5미터 가량 되는 목봉과 감시견 13마리를 사용하여 위 피해자들 및 경비원 상호간을 감시하게 하면서 피해자들로 하여금 삽과 곡괭이 및 리어카 등으로 토지의 평탄화 작업과 석축 공사 등을 하게 하여 강제로 노역에 종사하게 하는 한편 피해자들이 나태해지거나 도주하려 하는 경우에는 위 목봉 등으로 그들의 전신을 심하게 구타하게 하는 가혹한 행위를 하는 등 다중의 위력으로써 흉기를 휴대하여 피해자들을 감금하였다"고 하여 감금 혐의 등으로 공소제기하였다.

나) 법원의 판단

제1심 부산지방법원 울산지원 판결(1987. 6. 23. 선고 87고합33판결)은 위 공소사실

을 특수감금[124]으로 의율하여 피고인 박인O 등에게 유죄를 선고하였고, 위 판결에 검사와 피고인들이 항소하였다.

제2심 대구고등법원 판결(1987. 11. 12. 선고 87노1048판결)은 피고인 박인O 등이 주간에 피해자들을 위 울주 작업장 밖을 나가지 못하게끔 한 후 강제 노역케 한 부분에 대하여 무죄(이유는 아래 박스)를 선고하였다[125]. 다만 피고인 박인O 등이 야간에 피해자들을 출입문과 창문에 철창시설이 된 울주 작업장의 숙소에 가두어 취침하도록 하고 밤 10시부터 이튿날 아침 6시까지 출입문을 밖에서 잠근 행위는 적법한 수용의 한계를 벗어난 것이기 때문에 감금죄를 구성한다고 보고 유죄를 선고하였다[126]. 검사는 주간 특수감금의 점에 대한 상고를 포기하였고[127], 피고인 박인O 등은 법리오해 등을 이유로 상고하였다.

제3심 대법원 판결(1988. 3. 8. 선고 87도2671판결)은 위 울주 작업장이 부랑인 선도보호를 목적으로 하는 위 형제복지원의 적법한 복지시설의 일부라면 피고인 박인O 등이 피해자들을 위 울주 작업장에 수용한 행위는 법령에 근거한 정당한 직무수행 행위로 볼 수 있어 감금죄의 위법성이 조각되며, 야간에 위 울주 작업장의 숙박시설인 기숙사에 취침토록 조치한 후 취침 중 그들의 야간도주를 방지하기 위하여 그 출입문을 시정 조치한 것도 마찬가지라는 취지로 2심 판결을 파기하여 환송하였다.

환송 후 고등법원판결(1988. 7. 7. 선고 88노144판결)은 위 울주 작업장은 적법한 허가를 받은 사회복지시설로 인정할 수 없고, 피해자들의 의사에 반하여 강제노역을 시키면서 행동의 자유를 박탈하였다면 법령에 의한 적법한 수용보호라고 할 수 없기 때문에 피해자들을 이곳에 강제수용한 것은 감금죄에 해당한다고 보고 유죄를 선고하였다. 단, 주간에 피해자들을 감금한 혐의에 대하여는 "환송 전 당심이 이유 중에 무죄라고 판시하면서 유죄로 인정한 부분과 1죄의 관계에 있으므로 주문에서 따로 무죄의 선고를 하지 아니하였는데, 이에 대하여 검사는 상고하지 아니하였고 피고인들만이

---

124) 형법 제278조, 제277조 제1항(적용법조), "~~~ 목봉 등으로 피해자들의 전신을 심하게 구타하는 등 다중의 위력으로써 또 위험한 물건을 휴대하여 피해자들을 감금하여 가혹한 행위를 가하였다."(범죄사실)

125) 감금죄가 성립되지 아니하는 이상 피고인들이 피해자들에게 가하였다는 강제노역, 구타 등의 가혹행위가 별죄로서 공소제기되어 있지 아니하여 이에 대한 죄책을 물을 수 없다고 보았다.

126) 그 속에 갇힌 사람들의 신체의 자유를 제한하는 것으로 보았다.

127) 경합범으로 기소된 다른 죄에 대한 판결에 불복하여 상고하였다.

유죄부분에 대하여 상고하여 대법원으로부터 당심에 파기환송되었으므로 환송 전 당심이 무죄로 한 부분은 유죄로 인정한 부분과 1죄의 관계에 있어 확정되지 아니한 채 당심에 이심되었다고 하더라도 환송 후의 당심에서 직권으로 심판할 대상이 되는 않는다."고 판시하였다. 피고인 박인O 등은 법리오해 등을 이유로 상고하였다.

대법원(1988. 11. 8. 선고 88도1580판결)은 이 사건 피해자들은 사회복지법, 내무부 훈령 등에 근거하여 부산직할시장으로부터 형제복지원에 적법하게 위탁 수용된 부랑인들이고, 울주 작업장은 부산직할시장의 승인과 지원 아래 추진하였으며, 이에 대한 국가 및 지방비 예산까지 책정되었기 때문에 울주 작업장은 적법한 형제복지원의 수용시설의 일부로 볼 수 있으므로 피해자들의 야간도주를 방지하기 위하여 그 취침시간 중 출입문을 안에서 시정 조치한 행위는 형법 제20조의 정당행위에 해당하여 감금죄로 처벌할 수 없다는 취지로 위 환송 후 고등법원 판결을 파기하여 다시 환송하였다.

결국 대구고등법원(1989. 3. 15.선고 88노593판결)은 위 대법원 판결(1988. 11. 8. 선고 88도1580판결)의 취지를 고려하여 특수감금의 점에 대해 무죄를 선고하였고, 검사가 불복하여 상고하였으나 상고기각 판결(1989.7.11.선고 89도698판결)로 확정되었다.

대법원의 상고기각으로 확정된 대구고등법원 판결은 '파기환송판결의 기속력을 따를 수밖에 없어 유죄를 선고하지만, 위법한 것이 아닌가 하는 의문을 떨칠 수 없다.'며 에둘러 파기환송판결에 의문을 제기하였다. 확정판결 해당 부분은 아래와 같다.

"울주 작업장이 적법한 수용시설의 일부인지 여부와 관계없이 비록 그것이 훈령이나 보호기관인 부산직할시장의 지시에 따른 것이라 하더라도 수용인들의 의사에 반하는 한 위법한 것이 아닌가 하는 의문을 떨칠 수 없다. 그러나 이 사건에 있어서 두차례에 걸친 대법원의 환송판결은 피고인들이 수용인들의 이탈방지를 위하여 취한 위 조치들에 대한 위법성 여부를 판단함에 있어 내무부훈령 제410호와 이에 기한 부산직할시장의 지도나 지시가 모두 유효한 것임을 전제로 하여, 울주 작업장이 적법한 수용시설의 일부라면 이에 수용한 조치는 법령에 근거한 정당한 직무수행행위이고, 수용인들은 특단의 사정이 없는 한 수용기간 중 관계법령에 의하여 울주 작업장을 이탈할 행동의 자유를 제한받고 있다고 판시하고(대법원 1988. 3. 8. 선고 87도2671

판결), 나아가..... 제반사정에 비추어 사회적 상당성이 인정되는 행위라고 못 볼 바 아니어서 형법 제20조에 의하여 그 위법성이 조각된다고 판시하고 있으므로(대법원 1988. 11. 8. 선고 88도1580 판결) 하급심인 당심으로서는 대법원 환송판결의 사실상 및 법률상 판단에 기속되지 않을 수 없어 이에 따르기로 하여 피고인들에 대한 이 사건 공소사실 중 특수감금의 점은 위 환송판결의 취지대로 그 위법성이 조각된다고 보기로 하고...(1989. 3. 15.선고 88노593판결)"

제2절 심층면접

1. 삼례 나라슈퍼 강도치사사건 피해사례자 면담

2018. 10. 14. 전주에서 이 사건으로 수사 및 재판을 받았던 임명O, 강인O를 만났고, 수사 및 재판의 문제점을 들었다.

가. 불우한 가정환경

강인O는 중학교를 중퇴했다. 교도소에서 한글을 배웠지만, 아직도 받침 쓰는 것을 어려워하는 지적장애인이다. 강인O의 아버지도 지적장애인이고, 어머니는 손이 불편한 신체장애인이다.

임명O은 아버지의 주취폭력이 심한 가난한 가정의 장남이다. 집에서는 아버지에게, 학교에서는 형들에게 맞았다. 그런데, 살인범으로 몰려 경찰에서 조사를 받을 때 경찰들에게 봉으로 발바닥을 맞았고, 손바닥으로 머리를 맞았다. 자술서를 쓸 당시 사건에 대한 정보가 없었기 때문에 경찰이 불러주는 내용에 상상을 더해 쓰다 보니 '할머니를 밧줄로 감았고, 동네 아주머니들이 소리를 질러 급히 도망을 갔다'는 사건과 동떨어진 내용이 담겨 있으며, 장OO 형사가 멋대로 작성한 조서에는 '폭언이나 가혹행위 등을 전혀 받지 않고 조사를 받았습니다. 참 좋은 세상인 것 같군요'라는 내용이 들어 있다. 경찰은 목수였던 아버지가 사용하였던 연장을 압수하여 범행도구로 조작하기도 했다.

나. 수사 과정에서의 가혹 행위

경찰은 임명O과 강인O의 머리와 등을 손으로 때렸고, 몽둥이로 발바닥을 때렸다. 경찰은 임명O 등이 범행을 인정하지 않는다면서 폭행 등 가혹행위를 했다. 조사 후 조서 열람을 제대로 하지 못했고, 경찰이 손을 가져다가 조서에 날인케 했다. 조서를 열람한 경우에도 수정요구는 하지 못했다.

다. 변호인 조력 부재

임명O 등도 다른 재심사건의 피해자와 마찬가지로 '형식적 국선변호'의 문제를 지적하였고, 법을 잘 모르는데 옆에서 도와주는 사람이 없어 범행을 인정하고, 상고를 포기할 수밖에 없었다고 하였다.

이성O 등에 대한 수사과정에서도 범행을 인정했던 이유는, 재판이 끝난 후 복역을 하고 있었기 때문에 부인을 해도 달라질 게 없다는 생각을 했기 때문이다.

2. 약촌오거리 택시기사 살인사건 피해사례자 면담

2018. 10. 14. 전주에서 이 사건으로 수사 및 재판을 받았던 최용O을 만났고, 수사 및 재판의 문제점을 들었다.

가. 불우한 가정환경

최용O은 1984. 12. 13. 생으로 생모와는 출생 직후 이별하여 생모가 누구인지 알지 못한다. 생후 3개월 때부터 부와 혼인한 김광O에 의해 길러지다가 김광O가 1988년경 가출하여 부와 함께 살다가 초등학교 2학년 때(1992년) 공주에 사는 조모집에 맡겨져 조모의 양육 아래 성장하였다. 초등학교 6학년 때(1996년) 조모가 사망하자 부에 의해 전학 절차 없이 성남으로 옮겨와 학업이 중단되었다. 부가 1998년에 교통사고로 사망하자 같은 해 11월 김광O를 다시 만나 함께 생활하였으며 이후 중국집이나 다방 배달원 등으로 일하였다.

나. 지적능력 결여

최용O의 지적능력을 판단할 수 있는 자료로 초등학교 때 실시한 두 번의 지능검사 결과와 형 확정 직후인 2001. 7. 천안소년교도소에서 실시한 지능검사결과가 있다. 1992. 4. 최용O이 7세 때 성남시 동초교에서 실시한 지능성숙검사 결과는 101이었고, 1994. 4. 9세 때 충주시 산척초교에서 실시한 일반지능검사 결과는 92였다. 2001. 7. 16세 때 천안소년교도소에서 실시한 지능검사결과는 61이었다.

다. 수사과정에서의 가혹행위 및 허위자백

최용O은 경찰수사과정에서 경찰봉 등으로 발바닥, 허벅지 등을 맞았고, 경찰서가 아닌 여관에서 자백을 강요받고 폭행을 당했다고 하였다. 그리고 잠을 재우지 않고 조사를 진행했다고 하였다.

수사기록에는 최용O의 입회하에 압수된 것으로 정리된 우의, 식칼이 실제로는 경찰이 임의로 가져온 것이라고 하였는바, 증거물의 압수조서 등이 허위작성되었다는 주장이다. 그리고 자백이 담긴 조서는 제대로 읽어보지 못한 채 서명, 날인을 강요받았다고 하였는바, 유죄의 증거가 되었던 조서가 허위작성된 정황이라 할 것이다.

재심재판과정에서 증언을 하러 온 경찰들과 마주치는 것이 힘들었다고 하였는바, 아직도 경찰을 보면 겁부터 나는 트라우마 때문인 것 같다고 하였다.

라. 정보제공의 부재 및 잘못된 정보제공

신뢰관계자인 김광O의 동석하에 조사를 받은 적이 없는바, 믿어주는 사람이 옆에 있었다면, 허위자백을 하지 않았을 것이라고 하였다.

“당시 경찰이 군대갔다 온 셈 치자라고 했기 때문에 사람을 죽였다는 자백을 했지만, 엄한 처벌을 할 것이라고 생각하지 못했다. 경찰의 말을 믿을 수밖에 없었다”고 하였는바, 자신이 저지르지 않은 범죄에 대해 자백을 하는 사람이 처벌의 수위에 대해 비현실적인 판단을 하는 점이 확인된다.

또한 진술거부권이 무엇인지도 몰라 이를 행사할 생각을 하지 못했다고 하였다.

허위자백이 문제된 사건에서 진술거부권이 그 기능을 전혀 하지 못함을 확인할 수 있다.

재판과정에서 범행을 부인했던 이유는, 같은 방에 있던 수감자와 대화를 하면서 경찰의 '소년부 송치, 군대갔다 온 셈 치라'는 말이 거짓임을 알게 되었기 때문이라고 하였는바, 접견교통의 중요성을 확인케 하는 대목이다. 한편, 상고를 포기한 이유는, 기각이 확실하다는 수감자들의 조언 때문이었는바, 잘못된 정보제공이 이뤄지는 점은 경계할 필요가 있어 보인다.

마. 국선변호인 형식적인 조력

1심 국선변호인은 왜 범행을 부인하냐며 억울하다는 주장을 잘 믿으려 하지 않았고, 2심 변호인은 범행을 인정해야 형량이라도 줄일 수 있다며 사실상 자백을 종용하였다고 하였는바, 형식적인 국선변호인 조력이 변호를 하지 않는 것보다 피고인에게 불리하게 작용할 수 있음을 확인할 수 있다.

사실상 자백을 종용하였지만, 2심 국선변호인이 접견과정에서 따뜻하게 대해주어서 좋았다고 하였는바, 변호인의 법적조력도 중요하지만, 인간에 대한 배려 등 심정적 조력도 중요함을 확인할 수 있다.

끝까지 성심껏 돕는 변호인이 있었다면, 변호인을 믿고 무죄주장을 하였을텐데, 변호인을 보고 이런 믿음을 갖기 힘들었다.

3. 수원노숙소녀 상해치사사건 피혜사례자 면담

2018. 10. 9. 서울동부지방검찰청 내 검찰과거사 진상조사단 사무실에서 이 사건으로 재판을 받았던 가출청소년 중 한 명인 조경O을 만났고, 수사 및 재판의 문제점을 들었다.

가. 불우한 가정환경

조경O은 1992. 1. 18.생으로 검사의 기소 당시 만 16세였다. 조경O의 어머니 망

박영O은 1997.경 교통사고로 세상을 떠났고,[128] 아버지 망 조용O은 2012. 4.경 병환으로 세상을 떠났다. 조경O은 충북 진천에서 살다가 어머니가 돌아가신 후 수원으로 이사 왔는데, 아버지는 일을 하러 다녔기 때문에 어렸을 때부터 동생을 보살피며 집에서 생활하는 날이 많았다.

조경O이 초등학교 6학년에 다닐 무렵 조경O의 아버지는 재혼을 하였는데, 새어머니는 조경진과 동생 조연O에게 체벌을 심하게 하였고, 조경O은 어린 나이에 가출을 하기 시작하였다. 가출 후 3일 만에 배가 고파서 집에 들어왔는데, 새어머니는 밥을 주지 않고 체벌을 하였는바, 당시 조경O은 정신을 잃고 응급실로 실려가기도 했다.

위와 같은 일이 있고 난 후 조경O의 아버지와 새어머니는 심하게 다투었고, 새어머니는 집을 나갔다. 그 후부터 조경O의 아버지는 조경O과 동생을 돌보지 않았고, 며칠에 한 번씩 집에 들어왔으며, 술에 취해 들어와 매를 드는 경우가 잦았다. 조경O의 가출과 귀가가 반복되었고, 쉼터 등지에서 생활하는 등 집밖 생활이 시작되었던 것이다. 이 과정에서 수원역 등지에서 노숙을 하다가 억울한 누명을 쓰게 되었다.

나. 수사과정에서의 허위자백

조경O은 인정하면 집에 보내준다고 하여 허위자백을 하였고, 공범들의 자백이 담긴 진술서를 보고 충격을 받았는데 '내가 저지른 범행인데, 기억하지 못하고 있는 건 아닌가'라는 생각이 들 정도였다고 하였다.

다. 정보제공의 부재 및 잘못된 정보제공

조경O은 믿을 수 있는 사람이 동석했다면, 허위자백을 하지 않았을 것이고, 수사관이 가출청소년의 심리상태를 충분히 이해하면 좋겠다며 개선방안에 대해 이야기하였다.

또한 조사과정에서 진술거부권에 대해 들었지만, 그 의미를 이해하지 못했고, 변호인 조력은 받고 싶었지만 받을 수 있는 형편이 되지 않았다고 하였다. 이전에 저질렀던

128) 조경O: 온 가족이 사료배달차를 타고 배달 겸 나들이를 가다가 교통사고가 나서 현장에서 어머니가 돌아가셨습니다.

다른 폭행사건을 이 사건에 빗대어 진술하며 허위자백을 하였고, 조사자의 의도에 따라 진술할 수밖에 없었다고 하였다.

제3절 수사 및 재판절차에서의 문제점

1. 수사과정에서의 문제점

가. 초기 연행과정의 불법성

약촌오거리 택시기사 살인사건에서 경찰관들이 피고인을 익산경찰서 또는 제3의 장소로 데리고 다니면서 피고인의 임의적이고 자발적인 동의를 얻었다고 볼만한 객관적인 자료도 없다. 피고인은 8. 12. 23:00경 경찰의 강권에 의해 익산으로 내려와서 형사들에 의해 정당한 체포절차 없이 익산시 남중동 1가 북부시장 부근 여관으로 연행된 뒤 그곳에서 범행을 추궁받다가 8. 13. 04:00경 긴급체포되었다. 여관으로 연행이 임의동행형식이었으나 대법원 판례가 요구하는 적법한 임의동행 요건(동행요구에 대한 불응 자유, 동행에 응한 후라도 언제든지 퇴거 자유, 개개 권리의 고지 등)을 충족하지 않았다는 점에서 불법체포라 할 것이다.

또한 형사소송법 제199조 제1항은 임의수사 원칙을 명시하고 있는데, 수사관이 수사과정에서 동의를 받는 형식으로 피의자를 수사관서 등에 동행하는 것은, 피의자의 신체의 자유가 제한되어 실질적으로 체포와 유사한데도 이를 억제할 방법이 없어서 이를 통해서는 제도적으로는 물론 현실적으로도 임의성을 보장할 수 없을 뿐만 아니라, 아직 정식 체포·구속단계 이전이라는 이유로 헌법 및 형사소송법이 체포·구속된 피의자에게 부여하는 각종 권리보장 장치가 제공되지 않는 등 형사소송법의 원리에 반하는 결과를 초래할 가능성이 크므로, 수사관이 동행에 앞서 피의자에게 동행을 거부할 수 있음을 알려 주었거나 동행한 피의자가 언제든지 자유로이 동행과정에서 이탈 또는 동행장소에서 퇴거할 수 있었음이 인정되는 등 오로지 피의자의 자발적인 의사에 의하여 수사관서 등에 동행이 이루어졌다는 것이 객관적인 사정에 의하여 명백하게 입증된 경우에 한하여, 동행의 적법성이 인정된다고 보는 것이 타당

하다(대법원 2011. 6. 30. 선고 2009도6717 판결).

나. 현장검증

삼례 나라슈퍼 살인사건 현장검증 현장을 촬영한 동영상을 보면(53분 22초 분량)을 보면, 현장검증 시작부터 수사기관이 범행 순서, 방법 및 내용을 적극적으로 지시하였고, 지시대로 피고인들이 따르지 않는 경우는 욕설을 하였으며, 때때로 피고인들의 머리를 때리기도 하였다. 피고인들은 적극적으로 범행 내용을 진술하기 보다는 경찰의 지시에 따라 수동적으로 따르거나 잘못 범행을 재연할 때에는 욕을 먹기 때문에 주눅이 들어 있는 모습이 처음부터 끝까지 나타난다.

현장검증은 단순히 범행을 재현한 것이 아니라 범인이나 증거를 만들어 내는 과정으로 여기질 정도로 수사관들의 지시나 강요는 구체적이었고 위압적이었으며 철저히 지시에 의해 재현되고 있다. 반면에 피고인들의 태도나 행동은 거의 지시에 따르는 수동적이거나 주눅이 든 상태에서 지시대로 범행을 재현하려고 하였으나 범행을 알지 못하기 때문에 잘되지 않는다는 느낌마저 든다.

다. 진술서 작성

삼례 나라슈퍼 살인사건의 최대O, 강인O는 지능이 낮고 진술서를 쓸 만한 능력을 갖추고 있지 못했다. 임명O에 대한 재심청구인신문 녹취서를 보면, 임명O은 “제가 스스로 쓴 것은 아니고 경찰이 짤막하게 불러주면 제가 거기에서 생각으로 짜내서 조금씩 쓴 것입니다.” 라고 답변하였다.

또한 강인O에 대한 재심청구인신문 녹취서를 보면, 강인O는 “네가 할머니 죽였지, 아니라고 하니까 말을 험하게 하면서 자술서를 한 번 쓰라고 했습니다. 제 생각에 길어야 4줄 밖에 못써서 반장 형사님이 답답해서 제가 쓴 자술서를 갖고 가서 바로 온 것이 아니라 20~30분 있다가 들어왔습니다. 순경 숙소가 있는 방에서요”, 본인이 적은 것이 맞냐는 질문에 “아닙니다” “들어와서 제 손을 잡고 인장 같은 것, 지문인가를 찍으라고 해서 찍었습니다.” 강제로 찍게 했냐는 질문에 “예” 라고 답변하였다.

라. 사회적 약자의 환경을 고려하지 않은 수사

사법시스템 상 수사나 재판과정에서 장애인 등 사회적 약자의 특수한 환경을 고려하지 않고 이들을 일반인과 똑같이 취급하여 형사절차를 진행할 경우 사회적 약자의 인권이 제대로 보장되지 못할 우려가 높다는 점을 고려한 입법적 조치라고 할 것이다. 예컨대 수사과정에서 사회적 약자의 특성에 맞는 권리고지가 제대로 이루어지지 않고, 조사과정에서도 심리적으로 위축된 사회적 약자에 대하여 위압적인 조사를 실시하거나 진술의 의미를 충분히 이해하지 못하는 사회적 약자에 대하여 조사가 이루어질 경우 그러한 상황에 처한 사회적 약자인 피의자 또는 피고인의 인권이 제대로 보장되기 어렵다는 것은 명약관화하고 이는 일반인과 비교하여 볼 때 현저히 차별적 상황이라고 할 것이다.

삼례 나라슈퍼 살인사건의 강인O의 경우만 예로 들면, 판결전 조사서에서 보호관찰관은 그에 대해 정신연령이 낮은 저지능, 정신박약자로 아버지의 연락처를 알지 못하여 전주교도소에 2차례나 접견을 가서 아버지 소재파악을 시도했지만, 결국 실패했다는 내용이 있다. 강인O가 당시 보호관찰관에게 알려준 고모의 전화번호도 틀린 번호였다. 보호관찰관은 강인O의 정신박약으로 대화가 불가능하여 가족상황의 조사조차 힘든상황이라고 밝혔다. 그리고 범죄를 저지른 적 없다고 하나 횡설수설하여 진술내용을 파악할 수 없고, 정신감정실시가 요구된다는 의견을 밝혔다(1999. 4. 보호관찰관 신용철 작성 판결전 조사서). 그리고 강인O는 신경정신과 전문의가 작성한 '정신지체 장애검진서'가 기록에 편철되어 있다. 한편, 현재 강인O는 지적장애를 갖고 있는 장애인으로 등록되어 있다.

수원노숙소녀 상해치사사건의 경우에도 정해O 등은 2007. 5. 14. 체포된 이후 스스로 방어할 수 있는 능력이 일반인보다 현저히 떨어지는 사람이었음에도 불구하고 가족의 도움 등 어떠한 도움도 받지 못하였다. 정해O 등은 검찰이 기소한 이후 국선변호인의 도움을 받을 수 있었으나 처음 만난 낯선 변호인의 불충분한 조력만으로 스스로의 부족한 방어력을 보완할 수 있는 지원을 충분히 제공받지 못하였다. 정해O은 본인이 필요한 지원을 받지 못하였을 뿐만 아니라 공범인 강내O이 지적장애 2급의 장애인이었음에도 불구하고 부족한 방어력을 보완하기 위한 어떠한 지원도 받지 못한 상태에서 행한 진술이 정해O의 유죄를 입증하는 유력한 증거로 활용되어 실질적으로

이중의 불이익을 받았다

이러한 사정은 수사과정에서 확인되거나 의심할만한 상황이었다고 보여지는데, 이와 관련된 조사나 부족한 지적능력에 상응한 지원이나 배려가 전혀 이뤄진 바 없으며 이와 관련된 지원이나 배려는 재판과정에서도 이뤄진 바 없다.

따라서 수사나 재판절차에서 사회적 약자의 인권을 일반인과 비교하여 실질적으로 동등한 수준으로 보장할 수 있도록 여러 가지 편의를 제공하여야 하는 것은 국가의 당연한 의무라고 할 것이다.

마. 조사과정에서 보호자와 변호인의 조력 부재

약촌오거리 택시기사 살인사건의 피고인인 최용O에 대한 8. 13.자 1차 피의자 신문, 그리고 8. 16.자 2차 피의자 신문과정에서 신뢰관계 있는 자의 동석이나 변호인 접견 등 보호조치가 전혀 이뤄지지 않았다. 최용O의 유일한 보호자인 김광O에게 8. 14. 11:00경 체포사실이 통지된 것으로 보인다.

피고인은 당시 만 15세의 나이였고, 익산역에서 형사들을 대면할 때부터 익산경찰서에서 조사받을 때까지 가족이나 보호자의 도움을 받지 못하였다.

검사 또는 사법경찰관은 피의자를 신문하는 경우 형사소송법 제244조의 5에 따라 다음 각 호의 어느 하나(1호: 피의자가 신체적 또는 정신적 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정·전달할 능력이 미약한 때, 2호:피의자의 연령·성별·국적 등의 사정을 고려하여 그 심리적 안정의 도모와 원활한 의사소통을 위하여 필요한 경우)에 해당하는 때에는 직권 또는 피의자·법정대리인의 신청에 따라 피의자와 신뢰관계에 있는 자를 동석하게 할 수 있다.

따라서 신뢰관계자 동석, 변호인 접견 등이 어려운 사회적 약자 보호방안, 신뢰관계자 범위 확장 문제(부모 등 보호자가 신뢰관계자로서의 보호조치를 행하기 어려운 경우 또는 거부한 경우 등의 문제), 체포·구속 통지의 실천적 의미(피의자의 상황과 권리 고지에 대한 이해 부족 개선)에 대한 연구가 필요하다.

바. 피의자 신문조서의 작성

피고인들에 대한 검사 작성 피의자신문조서를 보면, 오타와 띄어쓰기 등의 오류가 피의자신문조서 간에 동일하게 나타나는 등 복제한 흔적이 곳곳에 있다. 예를 들면, 아래와 같이 진술자에 맞추어 주어가 바뀐 것 외에 토씨 하나 다르지 않다. 델레비젼(텔레비전), 눞혔습니다(눕혔습니다) 등의 오타와 띄어쓰기 오류(무슨일이냐(무슨 일이냐), 몇대(몇 대))까지 일치하고 특이한 표현(일어 날려고(일어나려고), 한쪽 팔씩을)도 일치할 뿐 아니라, 방 안의 상황을 초반에는 "캄캄해서"라고 썼다가 뒤에서는 "컴컴해서"라고 표현한 것까지 일치한다. 심지어 복사해서 붙여넣다가 수정을 제대로 하지 않은 정황은 곳곳에서 발견되기도 하였다.

강인O 검찰 제1회 피신(1999.2.22)	임명O 검찰 제1회 피신(1999.2.22)
"임명O이 방문을 열어 보니까 방안이 **캄캄해서** 제가 라이타를 켜자 할머니가 잠을 자고 있어서 임명O이 살며시 방안으로 들어 가서 **강인O가** 뒤따라 들어 왔는데 방안이 하도 **컴컴해서** 임명O이 방안에 있는 **델레비젼**을 켰습니다. 그리고 그 옆에 있는 전화기의 코드를 뽑고 장롱속에 있는 이불을 꺼내놓고 돈이 있는지를 보니까 돈이 없어서 장롱서랍을 여는데 장롱서랍을 여는 소리에 할머니가 잠에서 깨어 "이게 **무슨일이냐"**고 소리를 지르면서 **일어 날려고** 해서 저와 임명O이 각자 할머니의 **한쪽 팔씩**을 잡고 방바닥에 다시 **눞혔습니다**. 그래도 반항을 해서 임명O이 손에 들고 있는 칼을 방바닥에 놓고 할머니의 얼굴을 주먹으로 **몇대** 때리고 나서 다시 칼을 들고 할머니의 목에 들이 대면서 "돈이 어디에 있느냐"고 물어 보니까"(기록 제378쪽)	"제가 방문을 열어 보니까 방안이 **캄캄해서** 강인구가 라이타를 켜자 할머니가 잠을 자고 있어서 제가 살며서 방안으로 들어가자 **강인O가** 뒤따라 들어왔는데 방안이 하도 **컴컴해서** 제가 방안에 있는 **델레비젼**을 켰습니다. 그리고 그 옆에 있는 전화기의 코드를 뽑고 장롱속에 있는 이불을 꺼내놓고 돈이 있는지를 보니까 돈이없어서 장롱서랍을 여는데 장롱서랍을 여는 소리에 할머니가 잠에서 깨어 "이게 무**슨일이냐"**고 소리를 지르면서 **일어 날려고** 해서 저와 강인O가 각자 할머니의 **한쪽 팔씩**을 잡고 방바닥에 다시 **눞혔습니다**. 그래도 하도 반항을 해서 제가 손에 들고 있는 칼을 방바닥에 놓고 할머니의 얼굴을 주먹으로 **몇대** 때리고 나서 다시 칼을 들고 할머니의 목에 들이 대면서 "돈이 어디에 있느냐"고 물어 보니까"(기록 제391쪽)

따라서 사실상 조사임에도 조서가 작성되지 않는 문답 조사의 문제점 및 진술의 취지가 왜곡되지 않고 조서에 담기게끔 하는 '진정한 실질적 진정성립' 확보 방안 연구가 필요하다.

사. 경찰의 폭행 등 가혹행위

약촌오거리 택시기사 살인사건에서 피고인은 1심법정에 이르러 범행을 부인하면서

피고인 신문 당시 경찰에서 자백한 경위에 관하여 “2000. 8. 13. 11:00경 유치장에 들어가게 되었고, 16:00경 다시 조사받았는데, 솔직히 이야기하지 않는다는 이유로 이틀 동안 계속 경찰관들로부터 폭행당하였다. 유치장과 조사실을 오가면서 계속 폭행당하자, 피고인은 분한 마음에 그만 본 건 범행을 자백하였다.”는 취지로 진술하였다.

경찰은 피고인을 조사하는 과정에서 잠을 재우지 않았고, 머리를 바닥에 박고 있게 하였으며, 경찰봉과 부러뜨린 대걸레로 최용O의 허벅지 등을 때려 폭행하였다. 김광O는 1심법정에서 “처음 면회했을 때는 피고인이 ‘잘못했다. 내가 했다’고 말했지만, 두 번째 면회할 때는 피고인이 ‘내가 안했다’라고 했고, 면회 당시 형사들이 피고인을 대기실로 데리고 갔는데 때리는 소리가 났었다”고 진술하였다. 피고인과 함께 천안에 갔다가 익산으로 돌아온 김인O, 김병O도 원심법정에서, 경찰들로부터 폭행당하였다고 진술하고 있고, 그 내용도 ‘머리를 때리고, 머리를 바닥에 박고 있는 등’으로 피고인이 폭행당하였다는 변소 내용과 부합한다.

현재 우리 사법시스템에서 위와 같은 폭행 등 가혹행위가 벌어지고 있다고 보기는 어렵다. 그러나 물리적 강요(폭행 등 가혹행위)를 받지 않았는데도 허위로 자백한 사례들이 계속 나오고 있고 조사 특유의 강압적인 면과 인간 마음의 유연성이 그 원인으로 지적되고 있다.

2. 재판절차에서의 문제점

가. 검찰의 위법성 및 법리의 모호성

약촌오거리 택시기사 살인사건에서의 공소사실은, 최용O이 택시 조수석 뒷좌석 문을 열고 들어간 것으로 적시되어 있다. 그런데 조수석 뒷좌석 문고리 등에서 지문이 발견되지 않았다. 검사는 공소사실을 반박하는 유력한 증거 ‘범죄현장 지문감정결과 회시’를 증거로 제출하지 않았다. 이와 유사하게 검사가 공판과정에서 입수한 감정서가 원고의 무죄를 입증할 수 있는 결정적인 증거임에도 법원에 제출하지 않고 은폐한 행위는 위법하다는 대법원의 판시(대법원 2002. 2. 22. 선고 2001다23447 판결)는 이러한 문제점을 나타내는 판결이라 할 수 있다.

삼례 나라슈퍼 살인사건에서 검사는 진범 이성O 등에 대해 혐의없음 처분을 하였

다. 검사는 진범들 처벌을 위한 필요한 수사를 하지 않았고, 사실관계를 왜곡하였다. 검사의 판단이 그 당시의 자료에 비추어 경험칙이나 논리칙상 도저히 합리성을 긍정할 수 없는 정도에 이른 경우에만 그 위법성을 인정할 수 있다(대법원 2002. 2. 22. 선고 2001다23447 판결)는 법리가 모호하고 지나치게 엄격하다.

나. 검찰의 무분별한 항소와 상고

춘천파출소장 딸 강간살해사건과 관련하여 과거사정리위원회는 2007. 11. 20. 정원O의 진실규명 신청에 대하여 "정원O에게 가혹행위를 가하여 자백을 받고 증거를 조작한 경찰과 수사상의 위법을 제대로 살피지 못하여 무고하게 무기징역을 선고받고 15년 동안 복역하도록 한 결과를 가져온 검찰과 법원은 피해 및 명예를 회복할 수 있도록 노력해야 할 책임이 있다. 국가는 가혹행위 등 인권침해에 대해 피해자 및 가족에게 사과하고 화해를 이루는 등 적절한 조치를 취하는 것이 필요하다."는 진실규명결정을 내린 바 있다.

재심에서 위법수사 및 증거부족 등을 이유로 무죄가 선고되었는데, 검사는 이에 불복하여 항소와 상고를 하였다. 검사의 항소이유와 상고이유 요지는 "피고인이 범행을 자백한 검사 작성의 피의자신문조서는 임의성을 의심할 정황이 없는 상태에서 작성된 것이므로 증거능력이 있고, 참고인임에도 폭행 등 가혹행위를 당한 김OO의 진술도 신빙할 수 있다."는 취지로(서울고등법원 판결문 제2쪽, 대법원 판결문 제2쪽 이하), 위법수사를 인정하지 못하겠다는 취지이다. 무죄판결문, 항소기각판결문, 상고기각판결문에 비추어, 검사의 재심재판과정에서의 주장은 상식에 반하는 주장이었다.

검찰은 과거사정리위원회의 진실규명결정의 취지대로 그 의무를 이행한 바 없고 오히려 무분별한 항소와 상고로 피해자를 또 한번 울리는 행위를 한 것이다.[129] 따라서 향후 검찰의 무죄판결에 대한 기계적인 항소, 상고를 막는 방안에 대한 연구가 필요하다.

---

129) 결국 2008. 7. 14. 선고된 무죄판결은 3년이 지난 2011. 10. 28. 확정되었다.

다. 불충분한 심리

약촌오거리 택시기사 살인사건의 경우 사건발생 당시 상황을 목격하고 경찰 조사에서 오토바이를 목격하거나 택시기사와 오토바이 운전자가 다툰 모습을 본 적이 없다고 진술함으로써 공소사실을 반박하는 내용의 유력한 증언을 해줄 수 있는 증인 권영O를 5회 공판 때 증인신청을 하였으나, 증인 불출석을 이유로 증인신문이 무산되고 이후에도 이 부분에 대한 증인신문이 이루어지지 못하였다. 이와 관련하여 당사자의 신청에 의한 증거조사가 아예 이루어지지 않거나 신청에 의한 증거조사만으로는 불충분한 경우에 법원의 직권 증거조사는 실체적 진실발견주의와 공정한 재판의 이념을 실현하기 위한 법원의 권한과 의무로 보는 입장이 학계의 다수견해이다.

삼례 나라슈퍼 살인사건의 경우 자백의 임의성, 신빙성 판단이 지나치게 형식적이었고, 간이공판절차로 진행해서는 안되는 사건이었음에도 간이공판절차로 심리가 진행되었다. 또한 국선변호인의 조력은 형식적이었는바, 사법연수생이 합의부 사건의 국선변호인이었다.

라. 형식적인 국선변호의 문제

약촌오거리 사건과 수원노숙소녀 사건 등 재심사건에서 공통적으로 등장하는 문제가 '자백의 임의성, 신빙성 판단이 지나치게 형식적이라는 점, 국선변호인의 조력이 형식적이라는 점 등'이다.

약촌오거리 택시기사 살인사건과 관련하여 1심 국선변호인은 유OO이 무전을 한 시각과 최용O의 통화기록의 모순을 입증하여 현장부재 주장을 하려 했는데, 석연치 않은 이유로 증거신청이 철회되었다. 재심준비과정에서 확인한 바에 의하면, 당시 무전시각의 객관적 검증이 가능하였다. 증거목록상, 국선변호인이 증거신청을 철회한 경우 중에는 국선변호인이 재판부의 권유를 받아들인 경우도 있다. 재판부가 증거신청 철회를 권유할 때, 국선변호인의 선임 및 평가 권한이 법원에 부여된 결과 국선변호인이 이를 거절하기 힘든 게 현실이다.

또한 수원노숙소녀 상해치사사건에서 대부분의 피고인이 10대 중반의 청소년들이었음에도 보호자나 변호인 조력이 없는 상황에서 조사를 받았다. 현행 형사사법체계

는 구속영장실질심사단계시 국선변호인을 선정해주고 있는데, 문제는 체포 후부터 구속영장실질심사단계까지의 시간 동안 허위자백이 이루어져 버린다는 것이다. 이 사건에서 10대 청소년들도 구속영장실질심사단계 이전에 모두 자백을 해 버린 상태였습니다. 허위자백이 이루어지기까지 보호자와 변호인의 조력이 전혀 없었던 것이다. 안타깝지만 이것이 보호받지 못하는 약자에게 적용되는 형사사법의 현실이다.

따라서 사회적 약자에게 실질적인 변호인 조력이 가능케 하는 제도 개선 방안 연구가 필요하다.

마. 증거물의 폐기

약촌오거리 택시기사 살인사건 재심준비과정에서 압수된 식칼이 의미있는 자료가 될 수 있겠다는 판단하에 검찰청 압수물보관처에 문의를 하였더니 확정판결이후 폐기되었다는 통보를 받았다. 혈흔감정당시 국과수에 압수물이 보내졌기 때문에 국과수에 사진자료라도 남아있을 수 있다는 기대감에 확인을 해 보았는데, 국과수에도 자료가 전혀 남아 있지 않았다.

외국의 재심 무죄 사례를 보면, 현장에서 발견 증거물의 DNA 분석, 지문 분석 결과 무죄를 입증할 새로운 사실이 발견되었다는 이유인 경우가 많다. 우리나라는 증거물이 확정판결 후 어느 시점에 별다른 절차적 제한 없이 폐기되므로 증거물의 DNA 분석, 지문 분석을 새로이 한다는 것은 상상하기 어렵다.

미국의 이노센스 프로젝트를 우리나라에 그대로 적용할 수 없는 이유는, 우리나라는 증거물이 판결확정 이후에 곧바로 폐기되는 경우가 많기 때문이다. 증거물이 없는 상황에서 DNA 등을 비교할 수 없다.

제 4 장

미국의 오판방지를 위한 방안과 사후적 구제수단

김 재 현

제4장

미국의 오판방지를 위한 방안과 사후적 구제수단

제1절 서설

법이란 무엇이며 법이 존재하는 이유는 무엇인가? 법의 목적이 '정의'라는 점에 있어서는 이견이 없다. 이러한 정의는 실체진실을 명확히 규명하는 것과 맥을 같이 한다고 할 수 있는데, 무고하게 유죄판결을 받은 자가 존재한다면 그것은 곧 정의라는 법의 목적에 반한다고 할 것이다. 이상과 현실은 항상 괴리가 있기에 이러한 괴리를 좁히기 위하여 인간은 부단히 노력하여 왔고 현재도 진행 중이다. 일정한 범죄현상을 놓고 피고인에 대한 유·무죄를 판단하는 것은 증거에 의하는 것이기 때문에 경우에 따라 실체진실이 명확히 밝혀지지 못하기도 하지만 최소한 무고한 자가 발생하는 것은 지양해야 한다. 재판의 과오 여부를 줄이기 위해 재판도 3심에 걸쳐 이루어지지만 인간 또한 완벽한 존재가 아니므로 확정판결이 있은 후에 혹시 모르는 무고한 자를 위한 최후의 구제수단으로서 재심제도가 존재하는 것이다. 이러한 재심제도와 관련하여 미국은 어떠한 시스템으로 무고한 자를 구제해 주고 있으며 오판을 방지하기 위해 어떠한 노력을 기울이고 있는 지 본 장에서 살펴보고자 한다.

미국의 경우 1980년대 후반에 들어 실제로 형사재판에 있어서 DNA검사가 활용되기 시작하여 1989년에 최초로 면죄(Exoneration)를 받은 사건이 나타나게 된다. 그 이후로 수많은 사람들의 무고함이 밝혀져 석방되어 왔고 이러한 현실은 곧 미국의 형사사법제도에 대한 믿음이 무너지게 되는 계기가 된다.[130]

미국의 'Exoneration'은 객관적으로 무고함이 밝혀져 복역 중 유죄판결을 취소하고

130) 김상준, 무죄판결과 법관의 사실인정에 관한 연구-항소심의 파기자판 사례들을 중심으로-. 법학전문박사학위논문, 서울대학교 대학원, 2013, 22면.

석방된 현상 또는 그와 같은 구제제도이다.[131] 'Exoneration'으로 석방된 사람들은 상소, 재심제도를 거치면서도 전혀 구제받지 못하였다가 그 이후 무고함이 밝혀져 법원의 무죄선언 재판, 행정부의 사면 등 다양한 경로로 뒤늦게 구제되었다는 점에서[132] 우리나라의 재심에 의한 무죄와는 맥락을 달리 하고 있지만 가장 근접한 제도라고 할 수 있다. 이하에서는 미국에서 오판으로 인해 유죄의 확정판결을 받은 자가 무고함을 밝히고 면죄를 받기 위한 어떤 제도가 존재하는지, 그리고 오판의 원인과 오판을 방지하기 위해 어떠한 노력이 이루어지고 있는지 살펴보고자 한다.

제2절 미국의 오판 및 면죄의 현황과 실태

1. 미국의 오판으로 인한 면죄자 현황

상술한 바와 같이 미국에서는 오판과 관련된 연구가 활발히 이루어져 온 만큼 집적된 연구성과도 눈여겨 볼 만한데, 특히 Michigan 대학교 로스쿨의 Samuel R. Gross의 연구가 많이 활용되고 있다.[133] R. Gross의 연구결과는 Michgan 로스쿨과 Northwestern 로스쿨의 오판연구센터(Center on Wrongful Conviction)가 공동으로 운영하고 있는 기관인 'The Nation Registry of Exonerations' 홈페이지에서 구할 수 있는데, R. Gross의 연구 외에도 위 기관에서 연구한 다양한 내용들을 위 홈페이지에서 접할 수 있으며, 면죄를 받은 자에 대한 정보가 1주일 단위로 업데이트가 되고 있다는 점에서 미국의 오판현황과 실태를 파악하기에 매우 유용하다고 할 수 있다.

미국의 The Nation Registry of Exonerations에서 파악한 면죄자수는 1820년부터 1988년까지는 369명이며,[134] 1980년 후반부터 활성화 된 DNA검사에 힘입어 처음으

131) 'Exoneration'이라는 용어의 번역이 문제될 수 있는데 우리나라에서는 일반적으로 '무죄방면' 또는 '면죄'라는 용어로 번역하여 사용되고 있다(김상준, 전게 논문, 22면).

132) 김상준, 전게 논문, 22면.

133) 우리나라에서도 R. Gross의 논문을 참고하여 이루어진 연구를 찾아볼 수 있는데, 대표적으로 김상준, 앞의 논문을 들 수 있다.

134) National Registry of Exonerations, "Exonerations Before 1989", 2018. 3, p. 1. http://www.law.umich.edu/special/exoneration/Documents/ExonerationsBefore1989.pdf (최종확인, 2018. 10. 23)

로 면죄자가 나온 1989년부터 2018년 10월까지 면죄를 받은 자는 2,280명으로 집계된다.[135] 우리나라에서 재심을 통해 면죄를 받은 사람의 수와 비교하기에는 절대적으로 높은 수치를 보여주고 있는데, 이러한 결과를 놓고 그만큼 미국은 오판의 문제가 많고, 반대로 우리는 오판이 거의 없을 정도로 완벽한 사법시스템을 구축하고 있다고 단정하는 것은 섣부른 판단이다. 세계 최초의 민주주의 국가이자 인권을 중요시 하고 있는 미국에서 오판으로 인한 피해자가 무수히 발생하여 왔다는 점을 부정할 수 없겠지만, 반대로 억울한 피해자가 구제받을 수 있는 제도나 다른 방법이 존재하기 때문에 그만큼 많은 면죄자가 나올 수 있었던 것으로 보인다. 많은 면죄자의 수치와 이에 해당하는 구체적인 사안은 오판의 원인을 파악함에 있어서 큰 도움이 될 것이므로 지금까지 미국에서는 오판과 관련하여 상당히 많은 연구가 이루어져 왔다. 이하에서는 미국의 오판의 원인과 실태를 좀 더 구체적으로 살펴보고자 한다.

가. 연도별 면죄사건 발생 추이

2018년은 아직 진행 중에 있으므로 제외하고, 우선 1989년부터 2017년까지 집계된 미국의 면죄자 수는 총 2,161명에 이른다.[136] 최근 5년 전 면죄자수 증가 추이를 보면, 1989년부터 2014년 2월 3일까지는 1,304명,[137] 1989년부터 2015년 1월 27일까지는 1,535명,[138] 1989년부터 2016년 1월 27일까지는 1,733명,[139] 1989년부터 2017년 2월 26일까지의 면죄자수는 1,994명으로 집계되었다.[140] 5년 전부터 지금까지

---

135) National Registry of Exonerations, “The first 1,600 Exoneration”, 2015, p. 1. http://www.law.umich.edu/special/exoneration/Documents/NRE.20000.Years.Report.pdf (최종확인, 2018. 10. 23)

136) National Registry of Exoneration, “Exonerations in 2017”, 2018. 3, p. 1.

137) National Registry of Exoneration, “Exonerations in 2013”, 2014. 2, p. 1. http://www.law.umich.edu/special/exoneration/Documents/Exonerations_in_2013_Report.pdf(최종확인, 2018. 10. 23)

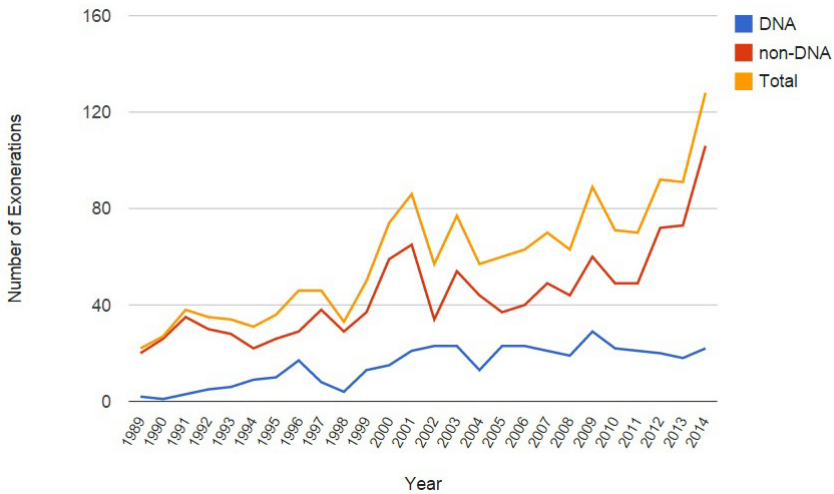
138) National Registry of Exoneration, “Exonerations in 2014”, 2015. 1, p. 1. http://www.law.umich.edu/special/exoneration/Documents/Exonerations_in_2014_report.pdf(최종확인, 2018. 10. 23)

139) National Registry of Exoneration, “Exonerations in 2015”, 2016. 2, p. 1. http://www.law.umich.edu/special/exoneration/Documents/Exonerations_in_2015.pdf(최종확인, 2018. 10. 23)

140) National Registry of Exoneration, “Exonerations in 2016”, 2017. 3, p. 3. http://www.law.umich.edu/special/exoneration/Documents/Exonerations_in_2016.pdf(최종확인, 2018. 10. 23)

매년 200명 정도의 면죄자 수가 증가하고 있다.

아래 그래프는 1989년부터 2014년까지 미국에서 발생한 면죄사건을 연도별로 나타낸 것이다.



[그림 4-1] 1989-2014 미국의 면죄 현황[141]

* 출처: National Registry of Exoneration, "The first 1,600 Exoneration", 2015, p. 5. (https://www.law.umich.edu/special/exoneration/Documents/1600_Exonerations.pdf (최종확인, 2018. 10. 23))

제일 아래 선은 DNA증거를 통해 면죄를 받은 사안인데 DNA검사가 활성화 된 1989년부터 완만한 증가세를 보이다가 2000년도 이후로는 대체로 큰 변동폭은 보이지 않는 반면, 중간선의 경우에는 비DNA에 의한 면죄로서 변동폭이 상대적으로 심하면서 2011년부터는 급격한 증가세를 보이고 있다. 그 이유는 추정컨대 오판의 원인을 파악함에 있어서 DNA증거가 아닌 다른 증거에 의해 밝혀진 사안이 많이 드러나고 있는 것으로 보인다.

그래프는 전체적으로 상승하는 양상을 띠고 있지만, 오판은 과거의 사건을 대상으로 하는 것이기 때문에 연도별로 오판이 증가하고 있다고 평가하기는 어렵다. 하지만

141) National Registry of Exoneration, "The first 1,600 Exoneration", 2015, p. 5. https://www.law.umich.edu/special/exoneration/Documents/1600_Exonerations.pdf (최종확인, 2018. 10. 23)

시간이 흐를수록 오판에 대한 관심과 피해자 구명에 대한 활동이 증가하고 있다는 점을 보여주고 있다고 판단된다.

그리고 아래 [표4-1]은 1989년부터 2015년 5월 18일까지 1,600명의 면죄자들 중 DNA증거에 의한 방법과 DNA증거가 아닌 다른 방법에 의해 무죄로 판명된 사건을 구분하여 구체적인 수치로 정리한 것이다.

[표 4-1] 미국의 면죄 현황(1989-2015)

단위(명)

	DNA	DNA외	합계
89	2	20	22
90	1	26	27
91	3	35	38
92	5	30	35
93	6	28	34
94	9	22	31
95	10	26	36
96	17	29	46
97	8	38	46
98	4	29	33
99	13	37	50
00	15	58	73
01	21	65	86
02	23	34	57
03	23	54	77
04	13	44	57
05	23	37	60
06	23	30	63
07	21	49	70
08	19	44	63
09	29	60	89
10	22	49	71
11	21	49	70
12	20	72	92
13	18	73	91
14	22	106	128
15	7	48	55
합계	398(25%)	1,202(75%)	1,600(100%)

* 출처: National Registry of Exoneration, "The first 1,600 Exoneration"의 표를 재구성 하였음. (https://www.law.umich.edu/special/exoneration/Documents/1600_Exonerations.pdf 최종확인, 2018. 10. 23)

DNA증거에 의한 방법과 DNA증거가 아닌 방법은 각각 25%와 75%로서, DNA가 아닌 방법에 의해 무죄로 밝혀진 사건비율이 3배가량 더 높다는 것을 알 수 있다. 이러한 수치는 시간이 지남에 따라 달라질 수도 있겠지만 지금까지의 추이를 보았을 때 크게 달라지지 않을 것으로 예상된다.

아래 표는 1989년에서 2013년까지 면죄자를 중심으로 범죄유형별로 면죄를 받은 건수 및 비율을 정리한 것이다.

[표 4-2] 범죄유형별 면죄율

범죄유형		면죄비율 및 건수
살인	모살	45%(579)
	고살	1%(18)
	47%(597)	
성폭력 범죄	성인에 대한 성폭력	19%(244)
	아동에 대한 성폭력	12%(154)
	31%(398)	
기타 강력범죄	강도	6%(77)
	폭행	3%(38)
	살인미수	2%(26)
	방화	0.8%(10)
	유괴	0.5%(6)
	아동학대	0.3%(4)
	테러원조	0.2(2)
	기타	0.5(6)
	13%(169)	
비폭력 범죄	마약	4%(51)
	조세/사기/뇌물 및 부패	2%(20)
	총기소지	0.6%(8)
	교사/음모	0.5%(7)
	절도	0.5%(6)
	성범죄자신상등록위반	0.3%(4)
	손괴	0.2%(2)
	기타	1%(19)
	9%(117)	
합계		100%(1281)

*출처: National Registry of Exoneration, “Exonerations in 2013”, p. 11의 표를 재구성 하였음 (http://www.law.umich.edu/special/exoneration/Documents/Exonerations_in_2013_Report.pdf 최종확인, 2018. 10. 23)

범죄유형별 면죄자 수는 살인죄의 경우 45%로 거의 과반수를 차지하고 있고, 다음으로 성폭력범죄가 31%로 상당한 비율을 점하고 있다.

나. DNA증거 및 비DNA증거에 의한 면죄자 수의 차이와 그 원인

DNA검사가 활성화된 이후로 오판이 밝혀지는 비율과 그에 따른 면죄자 수가 증가되어 왔다는 설명과는 달리 앞에서 추이를 살펴본 바와 같이 DNA증거와 비DNA증거에 의한 면죄자 수의 차이는 시간이 흐를수록 큰 차이를 보이고 있다. 하지만 이러한 결과를 가지고 DNA증거가 오판을 밝히는 주요 수단이 아니라고 단정할 수는 없다. 왜냐하면 DNA증거를 근거로 다른 오판의 원인이 밝혀질 수도 있기 때문이다.

아래 표는 1989년에서 2013년까지 DNA증거를 이용하여 범죄유형별 면죄비율 및 건수이다.

[표 4-3] 범죄유형별 DNA증거에 의한 면죄비율 및 건수

범죄유형		면죄비율 및 건수	
살인		24%(141/597)	
성폭력 범죄	성인에 대한 성폭력	75%(184/244)	53%(210/398)
	아동에 대한 성폭력	17%(26/154)	
기타 강력범죄		7%(12/169)	
마약 및 재산범죄		0%(0/117)	
합계		28%(363/1281)	

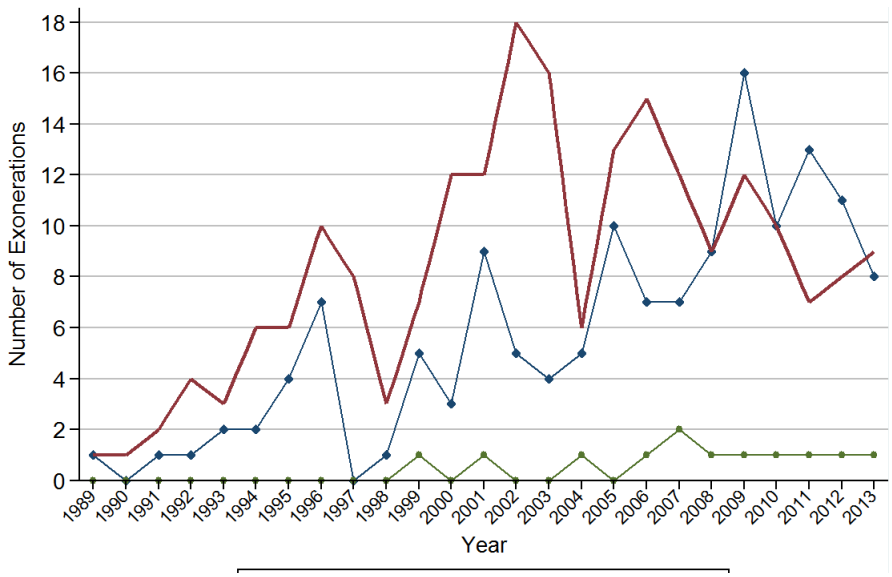
*출처: National Registry of Exoneration, “Exonerations in the United States”, 2014, p. 13의 표를 재구성 하였음.
(http://www.law.umich.edu/special/exoneration/Documents/Exonerations_in_2013_Report.pdf 최종확인, 2018. 10. 23)

범죄유형별 DNA증거에 의한 면죄비율 중 성폭력 범죄가 상당부분을 차지하고 있다.[142] 성폭력 범죄 중 아동에 대한 DNA증거 활용은 17%로서 성인에 대한 75%보다 낮은 수치를 보여주고 있다. 그리고 살인죄도 DNA증거에 의한 면죄가 24%에 달하고

142) Samuel R. Gross, Exonerations in the United States(1989 – 2012), National Registry of Exoneration, 2012, p. 22.

있다.

아래 그림은 1989년에서 2014년까지 살인죄와 성폭력 범죄에 대한 DNA증거에 의한 면죄자수 추이이다.



[그림 4-2] 연도별 DNA증거에 의한 면죄추이(1989-2013)

*출처: National Registry of Exoneration, "Exonerations in the United States", 2014, p. 14. (http://www.law.umich.edu/special/exoneration/Documents/Exonerations_in_2013_Report.pdf 최종확인, 2018. 10. 23)

추이를 보면 성폭력 범죄가 기타 범죄에 비해 DNA에 의한 방법으로써 면죄가 된 건수가 월등히 높으며, 성폭력 범죄는 살인죄보다도 면죄건수가 대체로 높은 편이다. 2008년에서 2012년 사이에는 DNA증거에 의한 살인죄의 면죄가 더 높은 것으로 나타났다. 특히 1989년-2012년까지의 통계를 바탕으로 이루어진 연구에 의하면, 살인죄에 대한 면죄 123건 중 65건은 살인죄와 성범죄의 경합범으로서 유죄판결을 받은 경우로 밝혀졌으며, 27건은 성폭력 범죄혐의는 있었으나 기소가 이루어지지 않아 유죄판결을 받지 않게 된 경우임이 밝혀졌다.[143] 따라서 살인죄 중에서 DNA증거에 의한 면죄율이 높게 된 이유에는 성폭력 범죄와 관련성이 있기 때문이라는 것을 알 수 있다.

143) Samuel R. Gross, 전게 논문, p. 23.

다. 면죄에 소요되는 기간(Median Time From Conviction to Exoneration)

면죄는 유죄의 확정판결을 받은 자가 그 주체가 되고, 면죄를 받기 위한 요건을 갖추는 것 또한 쉽지 않으므로 면죄에 이르기까지는 상당한 시간이 요구된다.

Samuel R. Gross는 1989년-2012년 사이에 발생한 면죄사건을 바탕으로 연구를 진행하였는데, 그의 연구에 따르면 예상하는 바와 같이 일반적으로 면죄에 이르는 기간이 매우 길다고 한다.[144] DNA증거에 의해 면죄된 사례와 그렇지 않은 사례, 그리고 범죄유형별로 면죄에 소요되는 기간을 정리한 표는 아래와 같다.

[표 4-4] DNA 및 비DNA사례에 소요되는 기간(1989-2012)

범죄유형	DNA사례	'비' DNA사례	모든 사례
살인(416)	15.0	11.9	12.9
성폭력(203)	14.6	7.1	13.3
아동학대(102)	17.0	5.9	8.1
강도(47)	*	5.4	5.0
기타 범죄(47)	*	7.5	7.7
비폭력범죄(58)	*	4.0	4.0
합계(873)	14.9	7.8	10.7

* 출처: Sammel R. Gross, "Exonerations in the United States(1989 – 2012)", National Registry of Exoneration, 2012, p. 23. (http://www.law.umich.edu/special/exoneration/Documents/exonerations_us_1989_2012_full_report.pdf 최종확인, 2018. 10. 23)

평균적으로 면죄에 소요되는 시간은 10년 정도로 파악이 되며, DNA증거에 의한 면죄보다 오히려 비DNA증거에 의해 면죄에 이르는 기간이 더 짧게 파악되고 있다. 물론 DNA사례에서는 강도 및 기타 범죄, 비폭력범죄는 해당되지 않지만, 비DNA사례에서 위 3가지 범죄유형을 제외하더라도 면죄에 소요되는 기간은 8.3년이므로 DNA사례보다 짧게 나타난다.

이러한 이유에 대해서는 시기별로 파악해볼 필요가 있다. 1989년 즈음에서는 유죄판결을 받은 후 DNA검사는 초창기였기 때문에 확정판결을 받는 과정에서 DNA검사

144) Samuel R. Gross, 전게 논문, p. 24.

를 받는 일은 드물었으며, DNA증거에 의해 면죄를 받은 경우는 유죄판결을 받은 지 수년 후 정도이다. 그로부터 20년이 흐른 후 DNA검사는 일반화된 상태이고 DNA검사 없이 유죄판결을 받는 사건도 흔치 않다. 그 결과 최근에 유죄가 선고된 강간, 살인사건에 대한 오판이 밝혀질 수 있는 사건은 점점 줄어들고 있다고 한다. 그러나 20년-40년 전에 살인 및 강간으로 유죄판결을 받은 재소자들 중에 여전히 무고함을 호소하는 사례들이 남아 있으며, 그 중에 면죄가 밝혀지는 사건이 나오게 된다면 그 사건은 면죄에 소요되는 기간이 매우 장기에 해당하게 되는 것으로 파악하게 될 것이다. 이러한 이유로 최근의 면죄사건일수록 점점 더 면죄에 소요되는 기간이 길어지고 있다고 분석하고 있다.[145)146)]

제3절 미국의 오판 피해자에 대한 사후적 구제시스템

1. 미국의 재심제도

가. 서설

오판의 문제를 해결하기 위해 삼심제는 물론 확정판결 이후에도 오판으로 인한 피해자를 구제할 수 있는 재심제도가 존재한다. 오판의 개념정의를 놓고 다양한 논의가 있는데, 미국의 경우에는 unjust/erroneous conviction, miscarriage of justice, wrongful conviction 등의 용어가 사용되고 있으며, 그 의미는 대법원의 확정판결 이후 재심(retrial)을 통하여 무죄판결을 받은 경우나 항소심, 재심 등의 과정을 거쳤음에도 유죄판결을 받았지만 추후 DNA와 같은 새로운 증거 등으로 인하여 유죄오판이 밝혀져 정부 혹은 사법기관의 사면을 받는 경우를 의미한다.[147)]

재심제도는 오판에 의해 유죄의 확정판결을 받은 자에 대한 구제수단일 뿐 그 자체가 오판을 방지하기 위한 수단이라고 볼 수는 없지만, 재심은 유죄판결을 받은 무고한 자가 제도적으로 구제받을 수 있는 수단으로서 매우 중요한 기능을 수행하고 있다고

145) Samuel R. Gross, 전게 논문, p. 27.
146) 김상준, 전게 논문, 49면.
147) 이창훈/David Johnson, 전게 논문, 10면.

할 수 있다.

미국의 오판구제수단은 Common law에서 그 연원을 찾을 수 있는데, 대륙법계와는 다르게 다양한 구제절차가 존재한다. 즉, 청구기간의 제한이 있는 새로운 공판의 신청, 유죄협상의 철회,[148] 인신보호영장 등 다양한 제도가 존재한다.

미국법에서 우리의 재심과 유사한 제도로는 새로운 공판의 신청(Motion for a New Trial), 사면, 인신보호영장제도(Writ of Habeas Corpus),[149] 각 주별로 존재하는 재심제도 등을 들 수 있다. 여기서 새로운 공판의 신청은 상소 전에 이루어지는 새로운 재판이라는 점에서 우리의 재심제도와는 다르고, 사면은 행정부에 의한 비사법적 구제수단에 해당하는 것일 뿐 비상구제제도라고 보기에는 어려우며,[150] 인신보호영장제도는 법령위반에 대한 구제라는 성격을 지니고 있다. 그러나 검찰이 허위증거를 사용한 경우처럼 Falsa방식의 재심과 유사한 경우가 포함되고, 또 기타 사유도 간접적으로는 유·무죄에 영향을 미치는 헌법위반을 문제로 하는 것이 많으며,[151] 신청이 인용되면 원판결이 무효가 되므로 재심과 같은 기능을 담당하고 있다. 이와 같이 미국의 다양한 사후적 구제수단 중에서도 우리의 재심과 유사한 제도로서는 새로운 공판의 신청과 연방법상의 인신보호영장제도 및 주별로 이루어지는 재심제도가 있다.

우선 인신보호영장제도(Writ of Habeas Corpus)는 연방법상의 구제수단으로서 대표적인 확정판결 후에 구제절차이다. 미국의 인신보호법(The Habeas Corpus Act)은 영국의 영향을 받아 1867년 제정하게 되었다. 인신보호법은 확정판결에 대한 형사피고인의 권리구제제도로 확정된 형의 집행을 다시 다툴 수 있는 방법으로서 수감자를 석방하라는 명령서인 '인신보호영장'을 청구하는 절차이다. 즉, 확정판결 후의 구제절차(post-conviction remedies)로 어떤 이유에서든 불법하게 신체구속을 당한 자가 법원에 대하여 신체의 해방을 청구하는 제도이다.[152] 비교적 최근에는 그 청구의 대부분이 유죄를 선고받은 자에 의한 것으로서 형사절차상의 사후적 구제방법이라는 색채가 강화되고 있고, 처음에는 재판권 없는 법원의 선고에 따른 구속으로부터의

148) 이 제도는 연방과 일부 주에서만 인정되고 있다.
149) 28 U.S.Code §2255.
150) 김태업, 형사소송법 제420조 제5호의 재심사유에서 증거의 신규성과 명백성, 사법 11호, 사법발전재단, 2010, 293면.
151) 김태업, 전게 논문, 293면.; 차용석/최용성, 형사소송법(제4판), 21세기사, 2013, 834면.
152) 김태업, 전게 논문, 293면.

구제였던 것이 점차 유죄판결의 근거로 된 형벌법령의 위헌·무효의 경우로 확대되어 유죄판결에 이르는 소송절차의 위헌·무효의 경우에도 원용되기에 이르렀다고 한다.[153]

연방법전의 규정 및 판례는 연방헌법위반, 특히 법의 적정절차 위반을 비롯한 절차상의 적정절차 일반의 구제제도로 인정하게 되었고, 각 주도 대부분 연방 인신보호법과 유사한 유죄의 확정판결 후에 이루어지는 구제책을 두고 있으며 또한 통일적인 사후구제절차를 지향하는 동향을 보이고 있다고 한다.[154]

이하에서는 연방법상의 구제책인 인신보호영장제도와 새로운 공판의 신청(Motion for a New Trial) 및 미국의 주요 주의 재심제도에 관하여 살펴보고자 한다.

나. 연방법상의 구제방안으로서 인신보호영장제도(Writ of Habeas Corpus)

1) 의의

인신보호영장(Writ of Habeas Corpus)은 미국법 체계 내에서 연방법원이 주법과 그 주법에 근거한 주법원의 확정판결에 의해 주 교도소에 수감 중인 수형자들에 대한 인신구속의 적부 여부를 심사하는 기능을 가지고 있으므로 일종의 재심적 기능을 하고 있다고 할 수 있다.[155] 구속이나 수감되어 되어 있는 사람은 인신보호영장을 청구해 구속적부심을 물을 수 있다. 연방법원이 관할권을 갖는 인신보호영장은 국가의 불법 구속에 대한 개인이 갖는 최후의 안전장치라고 할 수 있다. 인신구속의 적법성만을 묻는 인신보호영장은 국가 권력의 부당한 침해로부터 개인의 자유를 지키는데 그 일차적 목적이 있다.

인신보호영장제도는 미국연방헌법 제1조에 근거한 미연방법 제2255조에 규정되어 있다. 그동안 동 조항이 계속 개정되어 왔지만 헌법이나 조약 또는 미국의 법률을 위반하여 구금된 경우에 적용된다는 핵심적인 내용에 있어서는 변함이 없다.[156]

---

153) 김태업, 전게 논문, 294면; 차용석/최용성, 전게서, 834면.

154) President's Commission on Law Enforcement and administration of Justice, *The Challenge of Crime in a Free Society*, pp.139~140(차용석/최용성, 전게서, 834면에서 재인용).

155) 박용철, 미국의 사형선고 가능 사건에 적용하는 인신보호영장제도에 대한 연구-사법피해자 구조방안으로서의 인신보호영장제도 도입 가능성에 대하여-, 피해자학연구 제22권 제1호, 한국피해자학회, 2014, 100면.

미연방법(28 U.S .Cdoe) §2254(State custody; remedies in Federal courts)는 Habeas Corpus의 기본조항이며, §2255는 Habeas Corpus의 청구 및 절차에 관하여 규정되어 있다.

28 U.S. Code §2254 (a)항은 법원의 판결에 의해 구금된 자가 조약이나 법률에 위반된 판결이 선고되었다고 판단할 경우 연방법원에 인신보호청구를 할 수 있다고 규정하고 있다.[157] 다만, §2254 (b)항은 청구인이 주법원이 제공하는 모든 이의제기 절차를 거쳐 주 법이 정한 절차로는 더 이상 교정할 방법이 없거나 청구인의 권리를 보호함에 유용하지 않은 경우에만 연방법원에 인신보호청구를 허용하고, 이 경우에도 본안에 대한 사유로는 인신보호청구를 할 수 없도록 규정하고 있다.[158] 이를 통상 인신보호청구의 보충성 또는 최후성이라고 하는데, 이러한 보충성(최후성) 규정을 두게 된 이유는 법원 판결의 충돌을 막기 위한 목적도 있고, 무분별한 인신보호청구를 막기 위한 목적도 있다.[159] 또한, 위 제2254조의 적용에 관한 규칙은 위 절차에서 적용되는 규정(범위, 청구요건, 답변과 의견, 증거보전, 기록공개, 심리, 재청구, 치안판사의 권한, 항소기간 및 항소허가)을 따로 두고 있으며, 위 절차에 있어서는 위 규칙에 어긋나지 않는 한 연방민사소송규칙을 적용하도록 하고 있다.[160]

2) 청구요건 및 절차

28 U.S. Code § 2255(Federal custody; remedies on motion attacking sentence)는 판결무효(attacking sentence)에 대한 청구 및 절차에 관해 규정하고 있다.[161]

우선 재심청구의 주체, 즉 재심을 청구할 수 있는 자는 의회가 제정한 법에 따른 법원의 판결에 따라 현재 "감금되어 있는(in custody) 자"이다. 다시 말해서 현재 수감시설에 수감되어 있는 자뿐만 아니라 다른 형태로 자유가 박탈된 자 즉, 보호관찰 상태나 보석결정에 따라 가석방 상태에 있는 자까지 확대된다. 재심을 청구함에 있어

156) 권영법, 형사재심에 대한 비판적인 고찰, 안암법학 제36집, 고려대학교 법학연구소, 2011, 206면.
157) 신권철, 인신보호관 제도 도입방안, 법무부 인권국 인권정책과 연구용역보고서, 2013, 75면.
158) 28 U.S. Code §2254 (b)항-(1)-(A) 및 (B)의 (i), (ii); 신권철, 전게 보고서, 75면.
159) 신권철, 전게 보고서, 75면.
160) 신권철, 전게 보고서, 75면.
161) https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/2255 (최종확인, 2018. 10. 28)

가장 중요한 것은 청구 당시 청구자는 "감금상태(in custody)"에 있어야 한다.

이 조항은 정확히 말하면 판결무효에 대한 신청인데, 그 내용을 구체적으로 살펴보면 다음과 같다. 28 U.S. Code §2255 (a)항은 우선 수감되어 있는 자에 대하여 인정되는 청구권이며, 형의 선고가 헌법, 연방 법률에 위반하여 내려졌다거나 관할권이 없는 법원에서 판결을 한 경우, 법에서 정한 최고형을 초과한 형이 선 등의 경우에 석방을 청원하는 권리로서 법원에 의해 받아들여질 경우[162] 무효화하거나 파기하거나 다시 선고하게 된다는 것이다. 그리고 §2255의 (b)항은 사건의 청구, 정보, 기록이 수형자가 구제를 신청할 수 있는 자격을 갖추고 있음을 보여주는 경우를 제외하고, 법원은 검찰에게 판결 취하의 청구사실을 통보하고 이에 대해 신속하게 심리(hearing)를 허가하고 사안을 결정하여 사실을 확인한 후 법에 따라 결정을 해야 한다. 판결을 선고한 법원에 관할권이 없거나, 양형이 부당하거나 또는 양형에 대한 상소 또는 부차적 이의제기(collateral attack)를 할 수 있거나, 법원의 판결이 헌법에서 보장하고 있는 권리를 침해하고 부차적 이의를 제기할 수 있는 경우, 법원은 해당 판결을 취소(vacate) 또는 무효로 하고(set aside), 수형자를 즉시 석방하거나 새로운 판결을 내리거나 또는 재판을 다시 하거나(retrial) 문제가 되는 판결을 정정해야 한다.[163]

인신보호영장(Writ of Habeas Corpus)의 청구는 연방법 위반으로 수감되어 있는 자만 소송을 제기할 수 있으며,[164] 여러 가지 요건을 충족해야 한다.[165] ① 현재 감금(in custody) 상태에 있어야 하므로 수감 중인 것은 물론이고 보석 상태나 보호관찰 혹은 가출옥의 상태에 있는 것도 요건을[166] 충족한다. ② 이미 주에서 이용할 수 있는 모든 구제절차(예컨대, 상소)를 이용하였어야 하며, ③ 연방의 권리를 위반하여 수감이 행해지고 있어야 한다. 즉, 주의 범죄인이 연방에 인신보호영장을 구하는 소송을 제기

162) 김태업, 전게 논문, 295면.

163) 재심은 재판을 시행한 법원(trial court) 앞으로 재판을 다시 하도록 요청하는 절차다. 한국말에는 "재판을 다시하다 (retrial)"라는 적당한 어휘가 없기에 '재심'이라는 단어로 표현하고 있다. 재심을 요청하는 이유는 여러 가지가 있겠으나 흔히 있을 수 있는 예를 들자면 새로 발견된 증거를 들 수 있으며, 또는 내려진 판결이 제시된 증거에 부합하지 않다는 이유다. 재심요청(motion for a new trial)은 해당 재판을 주관했던 판사가 허가해야 하기 때문에 재심허가를 받기는 어렵다(http://dc.koreatimes.com/article/822862 최종방문, 2018년 10월 28일)

164) 주 범죄로 인하여 수감된 자는 주 법원에 인신보호영장을 청구소송을 제기하는 것이 일반적이지만, 일정한 요건을 충족하면 주 범죄로 수감된 자도 연방법원에 인신보호영장을 청구하는 소송을 제기할 수 있다(서철원, 미국 형사소송법, 법원사, 2005, 255면).

165) 서철원, 미국 형사소송법, 법원사, 2005, 256~257면.

166) 서철원, 전게서, 256면.

하기 위해서는 연방법상의 권리를 침해하여 수감되어 있다는 것을 입증해야 한다.[167] ④ 연방헌법상의 권리가 침해된 것을 구제받을 수 있는 주 법상의 절차를 준수했어야 한다는 요건이다. ⑤ 인신보호영장 절차의 남용이 아니어야 한다는 것이다.[168]

연방법원이 인신보호영장을 구하는 절차를 진행하면서 사실관계에 대해서는 주 법원의 결정을 존중하지만, 구제를 구하는 청원인이 주의 절차에 하자가 있었다는 사실이나 주 법원의 사실관계에 대한 결정이 적절한 증거의 뒷받침이 없다거나 혹은 주 법원에서의 심리과정에서 청원인에게 충분한 심리(full and fair hearing)가 제공되지 않았다는 사실을 입증하면 주 법원의 사실관계에 관한 결정과 다른 결정을 내려 이에 따라 인신보호영장을 발급할 것인지의 여부를 결정할 수 있다.[169]

가장 빈도가 높은 신청 이유로는 수정헌법 제62조 위반을 근거로 공판절차에서 변호인의 조력을 받지 못하였다는 주장인데[170] 이에 대해서는 대부분 기각되며, 그 다음이 증거불충분 등의 주장이라고 한다.[171] 사실인정이나 증거관계를 둘러싼 경향을 보면, 자백증거의 채택의 효력을 다투는 주장이 배척된 사례,[172] 증거의 채택이 잘못되었다는 주장을 배척한 사례[173]가 눈에 띄며, 무엇보다 증거불충분만을 내세운 신청은 뚜렷한 다른 위법·위헌 사유와 결합되어 주장되지 않는 한 거의 예외 없이 기각된다고 한다.[174] 그러나 전술한 바와 같이 Falsa방식의 재심과 유사한 경우가 포함되고, 기타의 사유도 간접적으로는 유·무죄에 영향을 미치는 헌법 위반을 문제로 하는 것이 많으며, 신청이 인정되면 원판결이 무죄로 되므로 재심과 유사한 기능을 한다고 평가된다.[175]

---

167) 서철원, 전게서, 257면.
168) 서철원, 전게서, 258면.
169) 서철원, 전게서, 259면.
170) 수정헌법 제6조(형사절차에서 피고인의 권리) 모든 형사절차에서 피고인은 죄를 범한 주와 특별구의 공평한 배심원단에 의한 신속하고 공개적인 재판을 받을 권리를 향유한다. 이 경우 특별구는 법에 의하여 미리 인정받아야 한다. 또한 피고인은 공소의 성질과 이유를 통보받을 권리, 자신에게 불리한 증인을 대면할 권리, 자신에게 유리한 증인을 확보할 강제절차를 보장받을 권리, 방어를 위하여 변호인의 조력을 받을 권리를 향유한다.
171) 김태업, 전게 논문, 296면; 서철원, 전게서, 259면.
172) 김태업, 전게 논문, 296면; United States v. Lowery(1949, DC Pa) 84 F Supp 804, affd(CA3d) 179 F2d 964, cert den 339 US 969, 94 L ed 1377, 70 SCt 986
173) Smith v. United States(1950) - App DC -, 187 F2d 192, cert den 341 US 927, 95 L ed 1358, 71 SCt 792.
174) 대표적인 설시로서 Taylor v. United States(1949, CA4th Va) 177F2d 194.를 들 수 있다.
175) 김태업, 전게 논문, 296면; 차용석/최용성, 전게서, 834면

28 U.S. Code §2255 (c)항에서는 법원은 심리에 수형자를 출석시키지 않고 재심의 청구에 대해 판단할 수 있다고 규정하고 있으며, (d)항에 의하면 인신보호영장 청구에 대해 최종 판단과 마찬가지로 기각된 판결무효 청구에 대해 상소할 경우 이 사건은 청구에 기재된 명령을 내린 상소법원에 제출된다.[176] 즉, 원칙적으로 판결무효 청구는 문제된 판결을 한 법원에 청구해야 하며 해당 법원에서 제공하는 양식을 사용해야 한다. 이 조항은 청구를 신청했으나 기각된 경우 이 결정에 대해 상소하는 경우를 말한다. 그리고 청구시 비용은 들지 않는다.

구제청구가 수형자의 구금의 적법성을 검토하기에 적합하지 않거나 또는 효과적이지 않음이 분명한 경우를 제외하고, 이 조항에 따라 구제청구를 할 수 있는 자격을 갖춘 수형자를 대신한 인신보호영장의 청구는 판결무효 청구가 판결을 한 법원에 신청을 하지 않았거나 또는 해당 법원이 구제청구를 기각한 경우 청구허가를 고려하지 않는다.[177] 그리고 판결무효 청구는 ① 종국판결일, ② 정부조치로 인해 판결무효 청구를 할 수 없었던 사건의 경우 헌법 또는 연방법을 위반하는 정부의 조치로 인해 청구를 할 수 없었던 날, ③ 대법원이 판결무효 신청 권리를 새롭게 인정하고 이를 소급적용할 것을 인정한 날, ④ 판결무효 청구의 주장을 뒷받침하는 사실이 확인된 날로부터 1년 이내에 이루어져야 한다.[178]

당해 조항에 따른 모든 절차 및 판결무효 청구에 대한 검토와 관련하여 법원은 변호인을 선정할 수 있으며,[179] 이전에 청구가 기각되었다 하더라도 ① 청구인의 유죄가 정당하지 않음을 보여주는 새로운 증거, ② 이전에는 적용이 되지 않았지만 대법원이 개정된 법의 소급적용을 인정하는 경우 상소법원은 새로운 판결무효 청구를 허가해야 한다.[180]

수감자의 권리와 관련하여, 개인적으로 변호인을 선임할 경제적 능력이 되지 않는

176) 28 U.S. Code §2255 (d)항 에 의하면 인신구속영장에 대한 법원의 판단에 대하여 불복할 경우 'appeal'을 할 수 있다고 규정되어 있는데, 여기서 'appeal'의 번역을 놓고 문제될 수 있다. 우선 인신보호영장에 대한 판단이 유·무죄에 대한 법원의 재판이 아니라는 점에서 항고로 번역하는 것이 타당하다고 생각되지만 이 또한 논란의 여지가 있을 수 있다고 보아 넓은 의미에서 '상소'로 번역하고자 한다.
177) 28 U.S. Code §2255 (e)항
178) 28 U.S. Code §2255 (f)항
179) 28 U.S. Code §2255 (g)항
180) 28 U.S. Code §2255 (h)항

수감자는 인신보호영장을 청구하는 데 그들을 지원해 줄 지정 자문가를 선임할 권리가 없다. 하지만 이들도 법원에 변호인 지정에 관한 탄원서를 제출할 수 있다. 법원은 법 이익에 부합하는 한 모든 절차 단계에서 자문가를 지정할 수 있는 재량권이 있다.[181] 법원이 증거가 충분한 공판 또는 심리를 승인하거나, 법원이 새로운 증거 자료를 발견하도록 허락 또는 자문가 활용이 새로운 증거자료를 모으는 유용한 과정이라는 것을 보여주고자 한다면 자문가 지정은 반드시 이루어져야 한다.

3) Habeas Corpus를 통해 면죄된 사례

가) Grajeda Arthur 살인사건[182]

1986년 6월 4일, 마약거래상으로 알려진 22세의 Ralph Morales가 California Wilmington 공동주택지에서 총에 맞아 사망한 사건이 발생하였다.

한 남성과 그의 여자 친구는 경찰에게 총성이 있기 전 Morales와 두 명의 남자를 보았고, 그 중 한 명은 총을 지니고 있는 것 같았다고 진술하였다. Morales가 두 남자 중 한 명과 말다툼을 하고 있었는데, 한 남자가 맥주병을 던져 그를 맞추려고 한 것 같았다고 했다. Morales는 논쟁을 멈추기 위해 개입하였고, 자신들은 곧 그 자리를 떠났다고 했다.

살인사건 발생 2주 후, 가석방담당 경찰관은 수사관을 불러 가석방된 사람 중 26세의 Edward Moran이 그 총격사건에 대해 알고 있다고 말했다. 경찰은 Moran의 집에서 몇 점의 무기와 펜시클리딘(동물 마취약, PCP)을 발견했다. 당시 Moran은 강간 및 절도죄로 유죄판결을 받고 가석방 중이었는데, 가석방 조건을 위반하여 체포된 상태였다. Moran은 경찰에게 공동주택지에서 살고 있는 19세의 Arthur Grajeda와 그의 형인 31세의 Senon가 Morales를 살해하였다고 진술하였다. 구체적으로 Moran은 Arthur Grajed가 Morales의 뒤통수를 쏘았으며, Senon Grajeda는 총을 들고 땅에 쓰러져 있는 Morales의 머리를 한 번 더 쏘았다는 것이다.

1986년 7월 29일, Grajeda형제는 체포되었고, 살인 및 무장강도죄로 기소되었다.

---

181) 118 U.S. Code §3006A(a)(2)(B)

182) http://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/casedetail.aspx?caseid=4002 (최종확인, 2018. 10. 18)

그 형제는 멕시코 마피아의 회원인 것으로 알려져 있고, 경찰은 Morales의 죽음을 공동주택지에서의 마약 거래를 찬탈하려던 시도로 파악했다.

1987년 9월, 이들은 LA카운티 상급법원에 회부되었는데, 증인 두 명이 Morales와 두 명의 남자와의 싸움에 대해 증언했고, 이들은 경찰이 제시한 용의자 사진에서 Senon Grajeda를 지목했으며, Moran은 그 형제가 Morales를 쐈다고 증언하였다.

1987년 10월 2일, 배심원은 형제들을 살인죄목에 대해서는 유죄평결을, 무장강도죄에 대해서는 무죄평결을 내렸으며, Arthur Grajeda는 32년 실형을, Senon Grajeda는 45년 형을 선고받았다.

사건이 발생한 지 2주가 안 되던 시점에 Moran가 PCP를 소지하고 있었던 점에 대하여는 유죄를 인정하였고, 총기소지에 대한 기소는 기각되었다. 그는 1986년 6월 체포되었던 시점에서부터 수감되었다가 1년 형을 복역하고 석방되었다.

1980대 후반 LA카운티의 교도소 내 밀고자들이 살인사건에 대한 증언을 위조하여 형량을 줄이거나 다른 혜택을 받고자 한 불미스런 일들이 일어났다. 조사에 응한 이들 밀고자 중 한 사람이 Moran으로 그는 다른 살인사건에 대해서도 증언하였는데, 피고인들이 체포된 이후 자신에게 와서 자백했다고 주장했다.

1990년 6월 Arthur Grajeda를 대신하여 Habeas Corpus에 의한 주정부 탄원서가 제기되었다. 그의 변호인은 검사가 Moran이 증언할 경우, Moran을 상대로 한 기소건의 형량을 줄이고 교도소에서 일시적으로 출소할 수 있도록 조치를 취할 것이라는 사실을 밝히지 않았기 때문에 재심을 요구했다.

1991년 4월 검사의 요청에 따라 캘리포니아 상소법원은 Habeas Corpus 청구를 받아들였고 Grajeda에 대한 기소는 철회되었다. 그 이후 Senon Grajeda도 Habeas Corpus를 청구하였고 마침내 받아들여지게 되어, 1993년 그에 대한 재심이 이루어져 면죄되기에 이른다.

본 사건에서 작용한 오판의 원인과 Habeas Corpus의 청구가 받아들여지게 된 근거는, 목격자의 잘못된 신원확인, 위증·무고, 공권력 남용으로 파악된다.

나) Timothy Gantt 살인사건[183]

1992년 8월 19일 아침 UCLA에서 전기공학을 전공한 23세의 Kalpesh Vardhan은 LA에 있는 Anderson Consulting에 출근하기 위해 주차구조물에 주차하였다. 7시간 후 주차 안전요원이 6층에 주차되어 있는 일부 차량 뒤의 콘크리트에서 Vardhan의 사체를 발견하였는데, 사체는 칼로 19회 자상을 입었고, 지갑은 분실된 상태였으며, 경찰은 칼날 길이가 3인치 정도인 작은 크기의 스테이크용 칼이 부러져 있는 것을 발견했다.

Vardhan의 동료직원인 Kevin Shorts은 Vardhan이 주차하고 얼마 되지 않아 자신도 주차장에 들어갔는데, 두 흑인 남자가 타고 있는 머스타드 색깔의 차 뒤로 Vardhan이 갔고, Vardhan는 차를 자신의 차 근처에 세웠다고 했다.

9월 LA시 의회와 주차구조물 소유주를 포함한 두 개의 사업체가 범죄자 체포 및 유죄판결에 필요한 정보를 제공할 경우, 댓가로 4만 달러를 보상한다고 제시했다. 보상금이 제시된 이후, Shorts는 최면상태에서 Stanley Wilson이라는 사람을 차량에 있었던 사람이라고 지목했는데, Wilson은 기소된 적이 한 번도 없었다.

Jose Cubias 주차장 계산원은 Vardhan이 오전 9시 7분에 들어왔고 두 흑인 남성이 타고 있던 차량은 오전 9시 8분에 들어왔다가 아침 9시 13분에 나갔다고 경찰에 진술했다.

1992년 10월 9일까지 경찰은 아무 단서도 없다가 주차장 근처에서 차량 오디오를 훔치던 한 남자를 체포하여 신문하였는데, 몇 시간의 신문 후, David Rosemond는 Vardhan이 폭행당하는 것을 봤고, LA 경찰이 체포한 체포자 사진에서 46세의 Timothy Gantt와 32세의 Michael Smith를 범인으로 지목했다. 그는 그 두 사람을 이웃으로부터 알게 되었기 때문에 그들을 알아볼 수 있다고 밝혔다.

경찰이 Gantt를 발견했을 당시 Gantt는 부랑자 생활을 하고 있었지만 이전에는 가족도 있었고, 복사기 수리공이라는 직업도 있었다. 그러나 코카인과 알코올에 중독된 이후 노숙자가 되었고, 절도와 차량절도죄로 유죄판결을 받았다.

Gantt는 근처 경찰서에서 취조를 받았고, 주머니에서 성냥갑 안쪽에 전화번호가 적힌 종이성냥갑이 발견되었다. 성냥갑에는 San Fernando Valley에 위치한 Shalimar

183) http://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/casedetail.aspx?caseid=3960 (최종확인, 2018. 10. 17)

Restaurant이라고 적혀 있었다.

수사관은 Vardhan의 행적으로 추적해 봤을 때, 그가 폭행 및 살해당할 당시 성냥갑을 소지하고 있었고, 그 와중에 가해자가 소지하게 된 것으로 추정했다.

Gantt는 범죄와의 어떤 연관성도 부인했고 몸싸움 과정에서 본인이 성냥갑을 갖게 된 것 같다고 했다. 그는 훔친 전화카드를 구입해서 충전한 다음 집이나 친척들에게 국제전화를 해야 하는 이민자들에게 이것을 파는 방법으로 근근이 살아가고 있다고 했다. Gantt는 자신이 고객을 위해서 전화를 걸어줬으면 하는 전화번호를 적어두기 위해 성냥갑을 사용했다고 밝혔다.

Smith는 1992년 10월 21일에 체포되었다. Cubias도 Shorts도 Gantt 또는 Smith에 대한 신원을 확인할 수 없었다. 며칠 뒤 수사관은 본 사건을 기소하기 위해 LA 지방검찰청으로 넘겼지만 검찰은 이를 기각하였다. Smith와 Gantt는 둘 다 구금상태에서 풀려났다.

1993년 수사관은 또 다른 지방검사인 Sterling Norris에게 증거를 다시 확인해 줄 것을 의뢰했다. Norris는 Rosemond가 차량 절도죄로 구금되어 있는 교도소로 가서 그를 보고는 중요한 목격자로 간주하여, Smith와 Gantt는 1993년 8월 다시 체포되어 살인죄로 기소되었으며, 1994년 2월 28일 그들에 대한 재판이 열렸다.

Rosemond는 절도전과가 있고 크랙 중독자인 노숙자로서 자신이 차량 오디오를 절도하고 있을 때, Gantt가 Vardhan을 구타하고 Smith가 총을 들고 옆에 서 있는 것을 봤다고 증언했다. 필체 분석전문 경찰관은 Vardhan의 필체와 비교해 본 결과, "가능" 즉, Vardhan가 성냥갑에 전화번호를 적었을 것이라고 밝혔다.

Vardhan의 발 뼈에 박힌 칼에 대한 검사도 없었고, 범죄현장에서 발견된 지문은 Gantt, Smith 또는 Vardhan과도 일치하지 않았다. Shorts는 이전에 한 사람에 대한 신원을 잘못 파악한 적이 있었고, 양쪽 피고인에 대한 신원을 밝히지 못했음에도 불구하고, 그는 자신이 주차장에서 본 차 옆에 서 있던 남자는 Smith라고 법정에서 증언했다. 그리고 이전에는 다른 사람을 지목했지만 이번에는 Gantt를 운전자로 지목했다.

Gantt와 Smith는 1994년 3월 9일 유죄판결을 받았다. 유죄판결 이후, Gantt 측 변호인은 처음으로 필체감정전문가에게 필체를 의뢰하였는데 그는 전화번호는

Vardhan의 필체가 아니라고 결론을 내리게 되어 이를 근거로 Gantt는 재심을 청구했으나 기각되었다. 그리고 1994년 5월 25일 Gantt와 Smith는 가석방이 없는 종신형을 선고받았으며 첫 항소심에서도 패했다.

Gantt는 1998년 3월, 그는 피고인 측에서 준비한 증거물을 검사 측이 보류하고 주지 않고 있다고 언급하면서, Habeas corpus에 의한 연방 청원을 제기했다. 청원서에는 검사가 성냥갑에 적힌 전화번호를 추적하니 방글라데시의 한 가정집이었고, 집주인에게 Vardhan의 사진을 보여주었더니 그는 Vardhan을 모른다고 했으며 Shalimar Restaurant에서 종업원으로 일한 적이 있는 그의 아들도 Vardhan을 본 적이 없다고 했다고 적혀 있었다. 또한 청원서에는 검사 측이 Rosemond가 4만 달러의 보상금을 수령했는지를 밝혀내지도 못했다고 언급되어 있다.

1999년 1월 미국 연방법원은 청원을 기각하면서, 피고인 측이 법정에 제출한 전화번호에 대해 조사할 수 있으나, 이것이 Gantt를 무죄로 이끌지는 못할 것이라고 했다.

2004년 11월 미국 9번째 연방순회법원은 증거내용이 다를 수도 있다고 판단하고 판결 내용을 번복하였다. 이에 본 사건은 증거자료가 검사에 의해 조작 및 은닉되었는지에 대해 연방 지방법원에서 다시 심리하였고, 심리 이틀 뒤인 2006년 4월 미국 연방 지방 법원은 증거내용이 피고 측에 공개되지 않았음을 발견하고, Gantt의 유죄판결은 차치하고 재판을 재개할 것을 명했다. 주정부는 상소했고 2007년 이는 받아들여졌다.

2008년 6월 3일 Gantt의 두 번째 재판이 열렸다. 양 측 수사관은 성냥갑에 부친의 집 전화번호를 적은 Shalimar Restaurant 종업원을 수사하였다. 그는 Ferdous Khan으로 주차장 구조물 근처의 공급원으로부터 레스토랑에서 필요한 음식재료를 일주일에 한두 번 구입했다.

피고인 측은 다른 필적 분석가에게 의뢰한 결과 전화번호 필체는 Khan의 것일 수도 있다는 결과를 얻었다. 그리고 Vardhan 남동생은 인터뷰에서 엄마가 집에서 향에 불을 붙이셨기 때문에 가끔 성냥을 가지러 갔었고, UCLA 인도학생협회에 제공할 음식을 조달받기 위해 레스토랑을 들렀을 것이라고 진술하였다.

2008년 6월 6일, David Rosemond는 목격자로 소환되었는데, 증인석에 서서 그는 당시 Gantt와 Smith에 대해 증언한 내용은 경찰의 강압에 의한 것이라고 말하면서

검사에게 Gantt를 신원확인 한 내용을 철회하였다. 검사는 그날 그 사건을 철회하고 Gantt를 석방하였다.

2009년 11월 Smith는 Habeas Corpus에 의한 청원을 제기했고 LA 대법원은 청원을 받아들여, 그의 유죄를 무효화하였고 기소는 철회되어 Smith는 석방되었다. 그리고 Gantt와 Smith는 보상청구를 위해 연방 민사소송을 제기했으나, 재판 과정을 거쳐 2010년, 배심원은 이를 기각했고, 캘리포니아 주정부에 손해보상을 청구하여 2016년 Gantt는 512,600달러를 Smith는 564,100달러를 보상받았다.

본 사건은 1994년에 유죄판결을 받고 2008년에 Habeas Corpus를 통해 면죄된 사안이며, 오판의 원인은 목격자의 잘못된 신원확인, 잘못된 법 과학 증거, 위증·무고, 공권력 남용에 의한 것으로 분석되고 있다.

다) David Boyce 살인 및 강도사건[184]

1990년 5월 19일 아침, Virginia의 Newport News에 있는 Econo Lodge 모텔의 청소부가 204호실에서 35세의 칼에 수차례 찔린 Timothy Askew의 사체를 발견하였다. 당시 Askew는 원룸형 스위트인 235호실을 19세 David Boyce와 같이 사용하고 있었는데, 경찰은 오후 2시경 Boyce가 일하고 있는 Sizzler's restaurant으로 가서 그를 경찰서로 이송했다. 경찰서에서 그는 전날 오후 Askew와 그의 전처가 모텔에 있었다고 진술했다. Boyce는 자신이 Askew에게 빌려 준 돈을 받았고, 그 다음에 그를 본 시각을 새벽 2시에서 2시 30분경이라고 했다. 그는 그 시각 그들의 방으로 들어갔는데, 그 곳에서 대마초를 하면서 친구들과 파티를 하고 있었다고 했다.

Patti Montgomery 수사관은 Boyce의 지문과 사진을 확보한 후 그를 풀어주었다. 5월 22일 Boyce는 두 번째 인터뷰를 했고, 그는 자신의 입장을 재차 밝혔다. 자신의 20번째 생일인 5월 24일, 그는 세 번째로 소환되어 살인 및 강도죄로 기소되었다. 당시 찍힌 그의 사진에는 손에 찰과상과 멍 자국이 선명했다.

검사는 사형을 구형했고, Boyce는 1991년 3월 Newport시 순회법원에 회부되었다. 모텔직원은 Askew가 204호실을 새벽 2시경에 체크했고 새벽 3시경에 순찰을 돌았는데, 당시 한 남자가 조용하고 어두운 204호실을 지나갔으며 자신의 뒤에서 걸어오다가

184) http://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/casedetail.aspx?caseid=4279 (최종확인, 2018. 10. 19)

몰래 교차로 쪽에서 숨었다가 다시 모텔 뒤에 있는 나무숲 쪽으로 갔다고 진술하였다. 그 직원은 그가 본 남자의 피부색이 더 검고 머리길이가 “적어도 어깨까지 오거나 더 길지만” 그가 본 남자가 Boyce와 비슷하다고 진술했다. Boyce의 지문을 확보한 Patti Montgomery경찰관은 자신이 지문을 확보할 당시 Boyce의 머리길이가 "거의 어깨길이"라고 했으며, 그녀는 Boyce지문을 확보한 5일 후 체포되어 온 Boyce를 다시 봤는데, "머리카락을 다시 잘랐고, 보다 짧았다."고 하였다.

Boyce가 교도소에서 자신의 죄를 자백할 당시, Herman Elkins는 불법총기소지죄로 수감 중이었는데 그는 Boyce가 샤워 후 자신의 방에 들어가면서 자백하면서, Elkins는 Boyce가 자신과 Askew는 동성애자 커플로 싸우는 도중 Askew를 죽였다고 했다.

경찰증거기술자(police evidence technician)는 냄새탐지견을 시켜 사체가 발견된 204호실의 피 묻은 수건에서부터 Boyce와 Askew가 함께 생활한 235호실까지 냄새를 추적하게 했다. 배심원은 사건발생 5일 후 촬영한 Boyce의 사진에서 그의 손에 난 상처와 멍을 확인하고, 2일간의 재판 후 배심원은 Boyce에게 살인죄 및 강도죄로 유죄판결을 내렸고 2번의 실형이 선고되었다.

1990년대 후반, Boyce는 자신의 구두증언 내용이 문서화된 기록을 살펴보고, 경찰이 자신을 처음으로 신문한 날, 자신의 사진을 찍은 것을 기억해내어 Newport News 경찰서에 사진 사본을 요청하는 편지를 썼으나 이에 대한 답변이 없었다. 그리고 2001년 그의 유죄판결에 대한 항소를 제기했고, DNA 테스트 결과도 받아들여졌다. 그는 자신이 폴라로이드 사진은 찍었다는 사실을 변호인에게 얘기하였으나 경찰수사 파일이 변호인단에게 전달되었을 때에는 그 사진이 없었다.

2004년 5월 204호실에서 확보한 생물학적 증거물에 대한 DNA테스트 결과를 바탕으로 Boyce는 버지니아 대법원에 자신이 무고하다는 탄원서를 제기하였다. DNA검사 결과에 따르면 DNA는 신원미상자의 것으로서 Boyce의 것은 아니었다. 2004년 교도소 밀고자인 Elkins는 Boyce의 변호인에게 전화해서 자신의 총기소지죄에 대한 기각을 조건으로 Boyce의 재판에서 거짓 증언을 하였다고 밝혔으나 Boyce의 청원은 기각되었다. 청원이 기각되었을 때, Boyce의 항소 변호인은 자신이 변호를 더 이상 못하게 되기 전에 Mid-Atlantic Innocence Project에 의뢰하였다. 당시 Boyce의 주장을 정당

화시킬 만한 증거가 부족했기 때문에 Mid-Atlantic Innocence Project는 Boyce의 사건을 무료로 해 줄 수 있는 외부법률회사에 의뢰하였다.

2005년 Boyce의 변호인은 Habeas Corpus에 의한 주청원 및 연방청원을 동시에 제기하였다. 주청원에 의거하여, 검사는 재판 전 또는 재판에서도 Boyce에게 공개한 적 없는 무죄를 입증하는 증거자료를 제시하였다. 그 증거에는 Askew의 가족이 건 전화내용에 대한 검찰 보고서가 포함되어 있었는데, Robert Rodriguez가 지인에게 Askew에게 "장난 좀 쳐주자"라고 했다는 내용이었다. 새롭게 제시된 증거에는 Boyce가 살인범으로 첫 신문을 받던 날 수사관이 찍은 Boyce의 사진도 있었다. Boyce의 허리 윗부분부터(상반신)의 사진으로 Sizzler유니폼을 입고 명찰을 달고 있었으며 머리는 짧았다.

2010년 주청원에 대한 심리가 열렸고, Elkins는 자신의 변론을 철회하면서 Boyce에 대해 재판에서 진실 되게 증언했다고 주장했다. Boyce의 변호사는 Elkins의 정신이상 이력을 증거자료로 제시했으며, Boyce의 변호인에게 전화하기 전인 2004년 검사에게 자신이 증언한 내용을 철회하였다. 변호인에 따르면, 검사측은 철회내용을 공개하지 않았고, 또한 Elkins가 Boyce의 변호인에게 연락하려는 것을 못하게 했다는 것이다. 법원은 Boyce의 사진을 공개하지 않은 것은 헌법으로 보장된 Boyce가 공정한 재판을 받을 권리를 침해한 것으로 판결을 내리면서도 탄원신청은 기각했다. 판사는 탄원서를 제기할 수 있는 공소시효가 지났기 때문에 Boyce는 사진이 존재한다는 것을 알았음에도 불구하고 재판에서 이를 제시할 수 없었다.

2011년, Boyce는 Habeas Corpus에 의한 연방청구를 제기했는데 이로 인해 주정부의 청구절차가 연기되면서 계류상태에 머물렀다. 2013년 3월, James R. Spencer 미국 연방 지방법원 판사는 Boyce의 청구를 받아들였고, 그의 죄를 무효화하였으며 재심을 요구했다. Boyce는 2013년 석방되었다.

2013년 9월 18일 Mary Jane Hall Norfolk 순회법원 판사가 주재한 재판에서 검사는 기소를 철회했고 판사는 “나는 이번 사건의 경우, 기록에 친숙했다.”라고 하면서, 증거물을 다시 확인하고 사건에 대한 기록을 재고하면서 자신은 “그릇된 사람이 기소되었다”라는 결론에 도달했다고 언급했다.

Hall판사는 Boyce에게 “나는 당신에게 지난 23년을 돌려줄 수는 없지만, 다음 23년

은 돌려줄 수 있습니다. 나는 판결에 서명할 수 있으며, 지금 그리할 것입니다."라고 말했다. 2014년 5월, Boyce는 Newport News 사를 상대로 소송을 제기했고 그의 사건을 담당한 수석수사관에게 자신에 대한 잘못된 유죄판결에 대해 2500만 달러의 형사보상을 청구했고, 법원은 2016년 1월 200만 달러의 보상금을 책정했다.

본 사건은 1991년에 유죄판결을 받고 2013년에 Habeas Corpus를 통해 면죄가 된 사례이다. 오판의 원인으로는 목격자의 잘못된 신원확인, 잘못된 법 과학증거, 위증·무고, 공권력 남용, 불충분한 변호로 분석된다.

다. 새로운 공판의 신청(Motion for a New Trial)

1) 의의 및 요건

새로운 공판의 신청은 확정 전의 유죄판결 및 일정범위 내의 유죄의 확정판결에 대한 피고인 측의 법적 항변이며, 이 신청은 공판개시법원이 관할한다. 새로운 공판의 신청은 연방형사소송규칙에 규정되어 있지만 미국의 여러 주에서도 'Motion for a New Trial'이라는 표제로 규정되어 운용되고 있고, 이와 동일한 표현은 아니지만 실질적으로는 유사한 모습을 띠면서 유죄판결 후 재심의 기능을 담당하는 제도로 운용되고 있음을 찾아볼 수 있다.

새로운 공판의 신청은 유죄판결의 중대한 법률위반이나 재판의 결과에 결정적 영향을 미칠 새로운 증거가 발견된 것을 이유로 하며, 유죄판결의 무효와 새로운 공판절차 개시신청을 포함하는 제도이다. 판결이 확정된 뒤에도 가능하지만 주로 상소제기 전 단계에서 청구한다.[185] 그리고 또 하나의 특징으로서, 판결을 선고한 해당 법원의 해당 판사가 담당하며 특이하게도 직접 판결을 수정하거나 일부 혹은 전부 공소사실에 관하여 새로운 공판의 개시를 할 수 있다는 점이다.[186]

새로운 공판의 신청(Motion for a New Trial)은 연방형사소송규칙(Federal Rule of Criminal Procedure)의 Rule 33 이하에서 규정하고 있다. Rule 33 (a)는 피고인에 의한 청구, 즉 "피고인이 새로운 재판을 신청하면 사법정의를 위해 필요하다고 판단이 되면 법원은 판결을 무효로 하고 재심을 개시한다. 비배심재판으로 진행된 사건의

185) 차용석/최용성, 전게서, 834면.
186) 김태업, 전게 논문, 294면.

경우에는 법원은 추가로 증인을 신문하고 새로이 판결을 내릴 수 있다."고 규정하고 있다. 그리고 Rule 33 (b)-(1)은 새로운 공판의 신청의 요건을 규정하고 있다. 즉, "새로 발견된 증거를 근거로 하는 경우 재심청구는 유죄평결 또는 심결 확정 후 3년 이내에 해야 한다. 항소가 진행 중인 경우에는 항소심이 사건을 1심법원으로 되돌려 보낼 때까지 재심을 개시하지 않는다."라고 규정하고 있다. 그리고 Rule 33 (b)-(2)에서는 "새로 발견된 증거를 근거로 하지 않을 경우에 재심청구는 유죄평결 또는 심결 확정 후 14일 이내에 해야 한다."고 규정함으로써 새로운 공판의 신청을 이원화하고 있다. 새로 발견된 증거 외의 사유에 근거한 새로운 재판의 청구사유로는 예컨대, 채증법칙에 위반한 배심원의 유죄평결, 재판과정에서 형사변호인의 효과적이지 않았던 조력 등을 이유로 한 새로운 공판의 신청 등을 들 수 있다.[187]

새로운 증거가 발견된 경우, 이 증거를 근거로 새로운 공판의 신청을 받아들일 것인지 여부를 결정하기 위하여 Berry 테스트 기준이 적용되고 있다. Berry 테스트는 Berry v. State판결에서 조지아 주 대법원이 새로 발견된 증거를 근거로 새로운 공판을 허가하기 위해 충족되어야 할 요건들을 열거해 놓은 것이다.[188]

즉, ① 재판 이후에 피고인이 그와 같은 증거의 존재에 대해 알게 되었을 것, ② 피고인이 상당한 주의를 기울이지 않았기 때문에 그와 같은 증거가 더 일찍 발견되지 않았던 것이 아닐 것, ③ 만약 새로운 재판이 허가된다면 다른 평결이 이루어질 만큼 증거가 매우 중요한 것일 것, ④ 증거가 재판에서 이미 현출된 증거와 중복되지 않을 것, ⑤ 증인의 진술서·서약서가 제출되거나 또는 제출되지 않은 경우에는 그 이유가 설명될 것, ⑥ 증언의 유일한 목적이 성격이나 신용을 탄핵하기 위한 것이 아닐 것이라는 요건을[189] 충족해야 새로운 증거로 인정이 되어 새로운 공판을 허가할 수 있다.

2) 제척기간

F.R.C.P. Rule33에서 규정되어 있는 바와 같이 새로운 증거가 발견되어 새로운 공판을 신청하는 경우에는 유죄평결 또는 심결 후 3년 이내에 청구해야 하며, 그

187) 한국비교형사법학회, 형사재심제도의 개선방안에 관한 연구, 연구보고서 2017-20, 법원행정처, 2017, 46면.
188) 한국비교형사법학회, 전게서, 46면.
189) 한국비교형사법학회, 전게서, 47면.

외의 사유로 새로운 공판을 신청하는 경우에는 유죄평결 또는 심결 후 14일 이내에 새로운 공판을 청구해야 한다. 특히, 새로 발견된 증거를 청구사유로 하는 경우 연방대법원의 형사소송규칙 자문위원회(Advisory Committee on Rule of Criminal Procedure)는 오류로 인한 유죄판결을 무효화할 수 있는 적절한 기제를 형사피고인에게 부여해야 한다는 측면에서 새로 발견된 증거에 근거하여 새로운 재판을 청구하는 경우 제척기간을 두지 않아야 한다는 입장을 취한 바가 있다고 한다.[190] 그러나 연방대법원은 2년의 제척기간을 두었다가 이후에 제척기간을 3년으로 연장하기에 이르렀다. 다만 18 U.S.Code §3600에 따른 DNA감식 결과를 토대로 새로운 공판을 신청하는 경우에는 제척기간이 적용되지 않는다.[191]

3) 새로운 공판의 신청으로 면죄된 사례

가) Edward Green 강간 및 폭행사건[192]

1987년 7월 3일, Washington, D.C의 동남부 지역에 있는 보행자 전용 다리에서 한 여성이 강간을 당한 사건이 발생했다. 그리고 1987년 8월 5일 또 다른 피해자는 동일한 장소에서 비슷한 형태의 강간미수 사건이 있었는데 이를 간신히 모면하여 경찰에 신고하였고, 경찰은 범죄현장 근처에 있던 Edward Green을 체포했고 강간 및 강간을 목적으로 한 폭행죄로 그를 기소하였다.

1990년 재판에서 기소여부는 두 피해자의 증언에 달려있었다. 두 명의 피해자는 그를 범인으로 지목했고, 이 중 한 명은 용의자의 사진들 중에서 그를 지목하기도 한 반면, 나머지 한 명은 그를 길거리에서 갑자기 나타나 눈에 띄는 행동을 행한 사람으로 지목했다. 게다가 Green의 혈액형도 범인의 것과 일치했다.

3시간의 심의를 거쳐 배심원은 Green을 첫 번째 사건인 강간죄로 유죄판결을, 두 번째 사건인 강간을 목적으로 한 폭행죄에 대해서는 무죄를 선고했다.

Green은 확고부동하게 자신의 무고함을 주장하였다. 형이 선고되기 전, 변호인

---

190) 한국비교형사법학회, 전게서, 55면.
191) 18 U.S.Code §3600-(g)-(1)
192) http://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/casedetail.aspx?caseid=3257 (최종확인, 2018. 10. 27)

측은 피해자의 옷에서 발견된 물질에 대한 DNA테스트를 실시하여 Green과 피해자가 제공한 혈액샘플을 비교하였다. 검사 측이 제시하는 몇 가지 반대요건에도 불구하고, 판사는 형선고를 미루고 DNA검사결과를 기다렸다.

1990년 2월 사설 조사기관인 Cellmark Diagnostics는 피해자의 옷에서 발견된 정액이 Edward Green의 것이 아니라고 보고하여, 이 결정적인 증거를 근거로, 1990년 3월 19일, D.C. Superior Court는 피고인 측의 새로운 공판의 신청(Motion for a New Trial)을 받아들였다. 결국, 연방검사(U.S. Attorney)는 그에 대한 모든 기소를 철회하고 Green을 석방하게 된다.

본 사건은 목격자의 범인지목이 잘못되어 1989년 Green이 유죄판결을 받게 되고 새로운 증거를 근거로 새로운 공판의 신청(Motion for a New Trial)이 인정되어 1990년에 면죄가 된 사건이다.

나) Jepheth Barnes 아동성폭력 사건[193]

1995년 51세의 Jepheth Barnes가 퇴근하고 집에 왔을 때, South Carolina, Spartanburg 카운티에서 살고 있던 자신의 가족이 퇴거당한 사실을 알게 되었다. 자신의 부인이 몰래 은행계좌에 있던 돈을 도박으로 탕진했으며, 몇 달째 빚을 갚지 못한 결과 은행에서 자신의 집에 대한 소유권을 행사한 것이었다는 사실을 알게 된 것이다. Barnes는 분개하여 바로 아내 및 아내가 이전의 혼인생활에서 낳은 의붓자식(13세 남자아이와 11세 여자아이)과도 헤어졌다.

이틀 후 그 여자아이는 Barnes가 자신을 강간했다고 신고했고 병원에서 강간여부를 확인하기 위해 검사를 받았다. Barnes는 미성년자 성폭행에 대한 책임을 물어 체포되었다.

1996년 3월 그는 Spartanburg 카운티 상급법원에 서게 되었고, 그 소녀는 Barnes가 자신을 강간했다고 증언했으며, 그녀를 검사한 응급실 의료진은 정자가 발견되긴 하였으나, 움직임이 없었다고 말했다. 여기서 움직임이 적다는 것은 적어도 48시간이 지난 것이거나 너무 나이가 많다는 것을 의미한다는 것이다.

South Carolina 법집행 부서에서 실시한 DNA 분석내용은 의료진이 정자에서 DNA

193) http://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/casedetail.aspx?caseid=4958 (최종확인, 2018. 10. 26)

프로파일을 완전히 확보하지 못했던 것으로서 DNA 테스트 결과 Barnes가 정자 제공자일 수도 있다는 것을 내포하는 상당히 많은 정보가 있었다고 했다.

Barnes는 기소사실을 부인했으나, 1996년 3월 28일 배심원은 그를 미성년자 성폭행으로 기소하였고 16년 실형을 선고했다.

2002년 Doug Brannon은 법학전문대학원을 졸업한 지 2년 정도 된 변호사로서 Barnes가 자신의 무고함을 주장하며 손으로 작성한 새로운 공판의 신청(Motion for a New Trial)에 대한 조사를 하도록 지명되었다. 그리고 Brannon은 Ronald Ostrowski 노스캐롤라이나 대 교수에게 1995년 수집된 신체적 증거물에서 DNA테스트를 통해 강간여부를 확인해 줄 것을 의뢰했다.

새로운 공판의 신청(Motion for a New Trial)에 의한 심리가 있던 날, Ostrowski교수는 DNA 테스트 결과는 통계분석 없이 나온 결과로서 "가치 없는" 것이고 믿을 만한 것이 아니라고 했다. Ostrowski교수는 검사 측 분석전문가가 준비한 테스트 정보를 검토한 결과 테스트는 사실상 Barnes의 정자는 제외하고 있었다고 했다.

DNA 샘플은 피해자가 강간당했다고 신고했을 당시 13세였던 피해자의 오빠 것이었고, DNA 프로파일은 강간여부키트에 있는 생물학적 증거와 소녀의 오빠의 것과 일치하면서 밝혀졌다.

2003년 5월 13일 Don Beatty 판사는 Barnes의 유죄를 무효화하고 재심을 명했다. 그는 판결에서 그 소녀에 대한 신용여부는 이미 응급실 의료진의 증언과 Ostrowski 교수의 증언을 통해 의구심을 갖게 되었고, Barnes는 재심을 할 자격이 된다고 했다. 결국 검사는 기소를 철회하고 Barnes는 석방되었다.

이 사건은 Barnes가 아동성폭행건으로 인해 1996년 유죄판결을 받은 사건이며, 잘못된 법과학 증거와 위증·무고, 불충분한 변호로 인하여 오판이 발생하게 된 사건이다. 18 U.S.Code §3600에 따른 DNA감식 결과를 통해 제척기간이 적용되지 않고 2003년에 면죄가 되기에 이른다.

라. 미국의 주요 주의 재심제도

1) 뉴욕 주 재심제도

가) Post-Judgement Motion의 내용 및 요건

뉴욕 주의 재심관련 규정은 New York State Criminal Procedure Law(뉴욕 주 형사소송법) Part 2(The Principal Proceeding)의 Title M(Proceeding after Judgement)에서 Article 440(Post-Judgement Motion) 이하에서 그 내용을 찾을 수 있다. 뉴욕 주는 재심을 새로운 공판의 신청(Motion for a New Trial)이라는 형태가 아닌 §440.10에서 판결의 무효청구(Motion to Vacate Judgement)라는 형태로 이루어져 있다.

우선 제440.10조 제1항은 피고인이 판결 이후에 판결의 무효를 청구할 수 있는 경우를 구체적으로 규정해 놓고 있다. 즉, (a) 해당 판결을 한 법원이 문제가 되는 사건이나 피고인에 대해 관할권이 없는 경우, (b) 강압, 허위 진술 또는 법원, 검찰 또는 법원 또는 검찰을 대리하는 사람의 잘못으로 인해 해당 판결이 내려진 경우, (c) 판결의 근거가 된 실질적인 증거가 사실이 아니거나 또는 판결을 내리기 전에 해당 증거가 사실이 아님을 법원 또는 검찰이 인지한 경우, (d) 판결의 근거가 된 실질적인 증거가 주 헌법 및 연방헌법에서 명시하고 있는 피고인의 권리를 침해한 경우, (e) 해당 판결에 이른 절차를 진행하는 동안 피고인이 정신질환 또는 정신장애로 인해 절차를 이해하지 못했거나 또는 해당 절차에 참여할 능력이 되지 못한 경우, (f) 해당 판결에 이른 절차를 진행에 관한 기록에 부적절하고 편견적인 처우가 기록되지 않았으나 만약 이러한 잘못된 처우가 절차 기록에 나타났다면 항소에 따라 해당 판결이 번복되어야 했던 경우, (g) 공판 절차가 진행되는 동안 피고인이 최선을 다했음에도 당시에는 제출되지 않았던 증거가 평결 또는 판결 확정 이후에 새로이 발견된 경우, 만약 해당 증거가 절차가 진행되는 동안 발견되었다면 피고인에게 보다 유리한 평결 또는 판결이 내려질 수 있었던 경우, (g-1) 피고인이 유죄답변거래를 했고 그에 따른 종국판결 이후에 증거의 DNA 테스트가 이루어졌고 법원이 해당 DNA 증거가 피고인의 무죄를 입증할 수 있다고 판단하거나 또는 유죄확정 이후에 피고인에게 보다 유리한 평결이 내려질 수 있었던 상당한 근거가 있다고 법원이 판단한 경우,

(h) 해당 판결이 주 헌법 또는 연방헌법에서 규정하고 있는 피고인의 권리를 침해한 경우, (i) 피고인에게 유죄판결이 내려진 범죄행위가 인신매매로 인한 성매매, 노동착취, 강압에 의한 성매매인 경우(즉, 피고인이 인신매매 등의 피해자인 경우)에 해당하면, 판결 이후라고 할지라도 피고인은 판결의 무효를 청구할 수 있고 법원은 이에 대해 해당 판결의 무효를 선언한다.

그러나 제2항에서는 (a) 항소심에서 당해 판결무효 청구에서 제기하는 근거 또는 사안을 항소심에서 판단한 경우,[194] (b) 판결무효 청구가 접수 되었을 때 해당 판결에 대해 항소가 가능하거나 또는 항소심이 진행 중인 경우, (c) 항소심에서 원심 판결에 이른 절차 기록에 충분한 증거가 나타나기는 하지만 피고가 법에서 정한 기간 내에 항소를 하지 못했거나 문제를 제기하지 못한 경우, (d) 판결무효의 원인이 유죄의 유효성이 아닌 형의 유효성과 관련된 경우에는 법원은 판결무효 청구를 기각해야 한다고 규정하고 있다.

나아가 상술한 내용에 해당함에도 불구하고 법원은 판결무효 청구를 기각해야 하는 경우가 있다. 즉, (a) 자신에게 유리한 충분한 증거가 있음에도 피고인이 판결 전에 이를 제시하지 못했고 그 결과 항소심에서 문제가 되는 증거를 충분히 검토하지 못한 경우,[195] (b) 주 법원의 공판 절차 또는 이전 판결무효 청구에 따라 이미 해당 사안의 본안 심리가 이루어진 경우, (c) 당해 판결무효 청구의 근거 또는 사안을 피고인이 이전 판결무효 청구에서 적절하게 제기할 수 있었음에도 그렇게 하지 않은 경우이다. 그러나 위 사항 중 어느 하나에 해당하지만, 재심의 가치가 있고 판결의 무효를 결정할 사법정의 또는 정당한 이유가 있는 경우 법원은 재량으로 판결의 무효 청구를 승인할 수 있다.

제5항은 앞의 (g)항에 따라 새로이 발견된 증거가 1심 재판절차가 진행되는 동안 제출되었고 그에 따라 피고인에게 보다 가벼운 양형이 내려질 수 있었던 경우에 법원은 해당 판결을 무효로 하고 재심을 명하거나[196] 또는 피고인의 동의를 얻어 해당 판결을 정정해 가벼운 양형을 선고하는데,[197] 이 경우 피고인에게 새로이 판결한다.

194) 단, 해당 사안에 소급적용되는 법이 개정된 경우는 제외한다.
195) 단, 공판 중 변호인의 조력을 받을 권리가 인정되지 못했거나 또는 법원이 변호인의 조력을 받을 권리를 피고인에게 알리지 않았음을 근거로 하는 판결무효 청구에는 이 조항을 적용하지 않는다.
196) N.Y. CPL. §440.10-5-(a).

그리고 제6항은 법원이 (피고인이 인신매매 등의 피해자인 경우) 판결의 무효 청구를 받아들인 경우 법원은 반드시 해당 판결을 무효로 하고, 혐의 없음을 선언하거나 또는 재심을 받아들이거나 상황에 따라 적합한 기타 방법을 취한다.

위의 제5항과 제6항의 경우를 제외하고 법원이 판결무효 청구를 받아들이면 법원은 해당 판결을 무효로 하고, 혐의 없음을 선언하거나 또는 재심을 받아들이거나 상황에 따라 적합한 기타 방법을 취한다.[198]

당해 조항에 의거하여 판결의 무효 명령에 따라 재심이 이루어지는 경우, 피고인에게 무죄판결이 내려졌거나 무죄판결이 내리진 것으로 생각되어지거나, 해당 판결을 무효로 하는 명령에 따라 혐의 없음이 되었거나, 또는 해당 판결에 대한 항소심에서 혐의 없음으로 판단된 경우를 제외하고 재판과정에서 법원이 혐의 중 일부에 대해 혐의 없음 처분이 내려졌든지 간에 기소의 내용은 이전 공판절차가 개시된 때에 포함된 모든 혐의와 내용을 포함하는 것으로 본다.[199]

§440.10과는 달리 §440.20은 판결집행이 이루어진 후에 피고인이 판결의 무효 청구를 한 경우 해당 판결을 내린 법원은 해당 판결이 불법적으로 내려졌거나 또는 법적으로 무효인 경우 해당 판결의 무효를 선언하며,[200] 그럼에도 불구하고, 원심 판결 또는 양형에 대한 항소심에서 당해 판결무효 청구의 근거를 이미 검토한 경우 해당 청구를 기각한다.[201] 단, 항소심 판결 이후에 적용된 법이 개정되어 소급적용되는 경우는 제외한다.

당해 판결무효 청구에서 제시하는 근거나 사안이 항소심이 아닌 주 법원의 이전 청구 또는 절차에서 또는 연방법원의 이전 청구나 절차에서 본안에 대해 이미 판단이 이루어진 경우에는 해당 청구를 기각하지만, 재심의 가치가 있고 판결의 무효를 결정할 사법정의 또는 정당한 이유가 있는 경우 법원은 재량으로 판결의 무효 청구를 승인할 수 있다.[202] 그리고 본조에 따른 판결무효 명령이 근본적인 유죄의 유효성에

197) N.Y. CPL. §440.10-5-(b).
198) N.Y. CPL. §440.10-4.
199) N.Y. CPL. §440.10-7.
200) 사형선고의 경우 법원은 제440.10조의 (b), (c.), (f), (g) 또는 (h)에 해당하는 경우 해당 판결의 무효를 선언할 수 있다.
201) N.Y. CPL. §440.20-2.
202) N.Y. CPL. §440.20-3.

영향을 미치지 않는 경우에는 법원은 판결무효 명령을 내린 이후에 해당 피고인에 대해 법에 따라 다시 판결을 내려야 한다.[203]

나) 판결무효청구의 절차

판결의 무효 청구는 반드시 서면으로 해야 하며 이를 합리적으로 대중에게 공지한다. 판결무효의 청구가 사실관계에 근거한 경우, 판결무효를 청구한 피고인 및 청구인은 법정에서 다룬 모든 혐의를 청구서면에 적시해야 하며, 이러한 혐의가 선서진술인의 개인적 지식, 정보 또는 믿음에 의한 경우 이후 절차에서 해당 선서진술인은 이러한 정보의 출처와 그렇게 믿게 된 이유를 설명해야 한다. 이에 대해 피고인은 자신의 주장을 입증하는데 도움이 되는 증거 또는 정보를 제출할 수 있다. 이에 대해 대중은 피고인이 판결무효 청구 서면에 적시한 주장을 입증 또는 반박하는 내용의 서면 부본을 피고인 또는 피고인의 변호인에게 제출할 수 있다. 또는 피고인의 주장을 반박할 수 있는 증거자료나 정보를 추가로 제출할 수 있으며, 이러한 서면들이 제출되면 법원은 자료를 모두 검토한 후 심리 없이 판결무효 청구가 합당한지를 판단한다.[204]

피고인은 유죄판결이 확정된 날로부터 5년 이내에 판결무효 청구를 해야 한다.[205] 그러나 피고인이 정해진 시간 내에 판결무효 청구를 할 수 없었던 이례적인 상황에 있었던 경우, 판결무효 청구의 대상이 되는 사실에 대해 피고인 또는 피고인의 변호인이 몰랐던 경우, 판결무효 청구 허가 또는 기각이 대중의 형사사법제도에 대한 신뢰에 미치는 영향, 지역사회의 안전 또는 복지에 미치는 영향 또는 사법정의 등을 고려해 청구의 허가가 필요하다 판단되는 경우에 법원은 법이 정한 기간이 지나서 이루어진 판결무효 청구에 대해서도 검토하도록 규정되어 있다.[206]

피고인의 판결무효 청구에 따라 DNA 검사가 필요한 경우 또는 문제가 되는 판결에 이르게 한 증거에 DNA 정보가 담겨 있는 경우 만약 이 증거가 이전 공판절차에서 제시되었고 그 결과 피고인에게 원심판결보다 더 유리가 판결이 이루어질 수 있었다면 법원은 해당 증거에 대한 DNA 검사가 필요한 지를 판단한다.[207] 다만, 법원은

---

203) N.Y. CPL. §440.20-4.
204) N.Y. CPL. §440.30-1-(a).
205) N.Y. CPL. §440.30-1-(b).
206) N.Y. CPL. §440.30-1-(b)-(i)-(1).
207) N.Y. CPL. §440.30-1-a.

피고인이 유죄답변을 하기 전에 DNA 테스트를 요청할 수 있었지만 이를 요청하지 못한 이유에 대해 변명의 여지가 없는 경우 법원은 피고인의 DNA 테스트 청구를 기각한다.

법원은 피고인이 유죄판결이 확정된 날로부터 5년이 지나 DNA 테스트를 요청한 경우 이를 기각한다.[208] 그러나 피고인이 합당하게 자신의 권리를 행사하려 했으나 그럴 수 없었던 특별한 상황이 존재하는 경우, 피고인과 피고인의 변호인이 청구기간이 만료되기 전에 상당한 주의를 다했음에도 불구하고 이를 신청할 수 없었던 경우, 비록 법에서 정한 기한이 지났지만 피고인의 유죄를 입증하는 증거를 포함해 모든 사항을 고려하는 것이 대중의 형사사법절차에 대한 신뢰, 지역사회 안전 및 복지에 영향을 미치고 사법정의를 위해 필요하다고 판단되는 경우 해당 청구의 적합성을 판단해야 한다.

다) 일반인에 의한 판결의 무효청구

뉴욕 주는 피고인이 아닌 일반인에 의해서도 판결의 무효청구가 가능하며, 이 때 일반인은 종국판결이 내려진 날로부터 1년 이내에 법원에 해당 사건에 대한 판결의 무효를 청구를 할 수 있다.[209] 판결무효 청구의 근거나 내용을 원심 판결에 대한 항소심에서 본안으로 다루고 이에 대해 판단했거나 또는 당시 판결의 근거가 되었던 법이 개정되어 소급적용되는 경우 법원은 해당 청구에 대해 반드시 약식으로 기각한다.[210]

당해 판결무효 청구에서 제시하는 근거나 사안이 항소심이 아닌 주 법원의 이전 청구 또는 절차에서 또는 연방법원의 이전 청구나 절차에서 본안에 대해 이미 판단이 이루어진 경우 해당 청구를 기각한다. 단, 이러한 결정을 내릴 당시 적용되었던 법이 개정되어 소급적용되는 경우는 제외한다. 하지만 재심의 가치가 있고 판결의 무효를 결정할 사법정의 또는 정당한 이유가 있는 경우 법원은 재량으로 판결의 무효청구를 승인할 수 있다.[211]

---

208) N.Y. CPL. §440.30-1-a.
209) N.Y. CPL. §440.40-1-1.
210) N.Y. CPL. §440.40-1-2.
211) N.Y. CPL. §440.40-1-3.

일반인이 판결무효를 청구한 경우 법원은 이를 피고인 또는 피고인의 변호인에게 통지해야 한다. 피고인에게 판결취소 청구를 반박할 수 있는 합당한 기회를 제공해야 한다.[212]

라) 뉴욕 주 면죄사례

(1) 뉴욕 센트럴파크 사건[213]

1989년 4월 19일 밤 조깅을 하고 있던 28세의 여성이 뉴욕 센트럴파크에서 잔인하게 폭행 및 강간을 당하는 사건이 발생했는데, 그녀는 두개골이 골절되고 의식이 없는 상태였으며, 당시 체온이 섭씨 29도에 혈액의 75%가 몸에서 빠져나간 상태였고 그녀가 발견되었을 당시 그녀는 폭행당한 기억은 없었다. 경찰의 초동수사는 그날 밤 일련의 다른 폭행사건의 가해자로 경찰에 수감되어 있던 아프리카계 미국인과 라틴계 청소년 그룹에 초점이 맞춰지게 된다.

경찰의 장시간에 걸친 신문이 끝나고, 5명의 10대 청소년인 Yusef Salaam, Kevin Richardson, Antron McCray, Raymond Santana와 Korey Wise는 자신들이 폭행에 가담했다고 자백했다. 당시 피고인들의 나이는 14-16세였고, Richardson, McCray, Sanatana와 Wise는 비디오 테이프로 자신들의 자백내용을 촬영했다.

그들이 자백한 시간과 장소, 강간 시 자신이 취했던 행동들에 대한 묘사가 각각 달랐음에도 불구하고 결국 자백내용은 증거로 채택되었고, 재판에서 검사는 과학적 증거도 제시하였다. 포렌식 분석가는 피해자에게서 나온 머리카락이 Richardson의 머리카락과 "과학적 정확도의 정도가 합당하고 이해가 갈 만한 정도"로 "비슷하다"고 증언했다. 그리고 범죄현장 근처에서 발견된 돌에 피해자 것으로 추정되는 혈흔과 머리카락이 남겨져 있어 이 돌도 증거자료로 채택되었다.

다음 해 5명의 청소년은 폭력사건에서 기인된 두 개의 다른 재판에서 모두 유죄판결을 받았다. 당시 16세인 Korey Wise는 폭행 및 성폭행, 폭동죄로 유죄판결을 받았고 5년에서 15년의 실형을 선고받았다.

2002년 초 Matias Reyes는 살인과 강간죄로 유죄판결을 받았는데, 그 혼자 센트럴

212) N.Y. CPL. §440.40-1-4.

213) http://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/casedetail.aspx?caseid=3761 (최종확인, 2018. 10. 20)

파크에서 조깅을 하고 있던 사람을 공격한 것에 책임을 인정했기 때문이다. Matias Reyes는 이미 1989년 초반에 있은 또 다른 센트럴파크 강간사건에서 동일한 방법으로 피해자를 폭행한 바 있다. 당시 강간 피해자는 강감범의 턱에 새로 상처가 난 자국이 있다고 묘사했으며, 조사관은 Reyes를 연상했다. 비록 경찰은 Reyes의 이름을 파일에 기록해 두었지만, 그를 센트럴 파크 강간 및 폭행사건과 결부시키지는 못했다.

결국, 증거에 대해서는 DNA 테스트를 거치기로 했으며, 강간죄 여부 확인 키트(kit)에서 발견된 정자로부터 얻은 DNA 정보는 Reyes의 정보와 일치했다. 그러나 피고인 중 한 사람의 머리카락에 있는 미토콘드리아 DNA 테스트를 한 결과 피해자의 것도 해당 범인 현장과도 무관한 것으로 나타났다. 피해자에게서 발견된 머리카락에 대해 추가적으로 테스트 한 결과 Reyes의 것으로 나타났다. 범죄 현장에 있던 돌에 묻은 혈흔과 머리카락은 피해자의 것이 아닌 것으로 나타났다. 증거내용들은 범행에 대한 Reyes의 자백을 지지하는 것이었고, Reyes가 저지른 다른 범죄와 연관된 것들이어서 이러한 증거를 근거로 종신형을 선고받았다.

2002년 12월 19일 맨하탄 지방검사가 제출한 권고안은 5명의 유죄판결을 번복하는 내용을 주요 골자로 하고 있으며, Wise는 11.5년 복역한 후에 2002년 면죄가 된다.

5명의 유죄판결에 대한 수사과정에서는 경찰의 강압수사와 허위자백, 경찰 신문 기간 동안 청소년이라는 취약성과 관련해서 조사되었다.

2014년 9월, 미국 연방지방법원 판사는 뉴욕시와 5명의 피고인에게 총 4,100만 달러의 보상금을 책정했고, Wise는 총 1225만 달러의 보상금을 받게 되었다.

본 사건은 유명한 뉴욕 센트럴파크 강간사건으로서 한 때 허위자백과 관련하여 세간에 화제가 되었던 사건이다. Korey Wise는 1990년에 유죄판결을 받고 2002년에 면죄가 되었는데, 오판의 원인으로는 허위자백, 잘못된 법 과학증거, 위증·무고, 공권력 남용으로 파악이 되고 있다.

(2) Jonathan Fleming 살인사건[214]

1989년 8월 15일 새벽 2시 15분 경, 22세의 유명한 마약 밀매상인 Darryl Rush가 뉴욕 브루클린 인근의 Williamsburg에 위치한 공공 주택단지 밖에서 총살되었다.

214) http://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/casedetail.aspx?caseid=4412 (최종확인, 2018. 10. 20)

1989년 8월 19일, 뉴욕경찰은 Williamsburg인근지역에서 역시나 마약 밀매를 하는 27세의 Jonathan Fleming을 체포하였는데, 그는 범죄가 발생한 시각 플로리다에서 가족여행 중이었다고 주장했음에도 불구하고 살인죄로 기소된다.

1990년 7월 Kings카운티 대법원에서 Fleming의 재판이 열렸는데, 그에게 불리한 진술을 한 증인도 코카인 일종의 마약인 'Crack' 중독자이며, 어두운 시각에 총격사건으로부터 400피트 이상 떨어져 있었지만 자신의 아파트 창문에서 Fleming이 총을 쐈다고 증언했다.

Fleming의 변호사는 비행기표와 올란도 집에서 가족들과 촬영한 비디오를 증거자료로 제시했고, 그와 동행한 일부 친척들도 Fleming이 자신들과 함께 있었다고 밝혔다. 친척 중 한 명은 8월 16일 뉴욕에 있는 공항에서 Fleming를 데리러 나갔는데, 그날은 살인사건이 있고 하루가 지난날이었다.

검사는 가족비디오 중 사건당일인 8월 15일에 촬영된 비디오는 없으며, Fleming은 뉴욕으로 가서 Rush를 쏘고 플로리다로 되돌아왔을 수도 있다고 주장한다. 결국 1990년 7월 20일 Fleming은 2급 살인죄로 기소되었고 25년 실형을 선고받았다.

유죄판결 후, 목격자는 당시 자신이 절도죄로 경찰에 체포되었는데, 수사관이 자신을 감금하겠다고 위협하여 Fleming을 범인이라고 거짓 진술을 했다면서 자신의 진술내용을 철회했다. 그러나 제1심 재판관인 Albert Koch 대법원 판사는 철회사실을 믿을 수 없다며 상소를 기각했다.

Fleming은 그 이후에도 상소를 제기했으나 실패하였고, 2013년, Kings카운티 지방검사 유죄 진실성 부서(Kings County District Attorney's Conviction Integrity Unit)는 일부 변호사와 사설 수사관이 무죄를 입증할 만한 새로운 증거를 확보하고 Fleming의 사건을 재수사하기로 하였다.

증거자료는 목격자 자신이 거짓말을 했다고 자신의 증언을 철회한 것을 포함하였다. 그녀는 경찰에게 누가 Rush를 쐈는지 모른다고 얘기했지만, 자신이 체포된 후 감금될 수 있다는 협박에 의해 Fleming에게 불리한 진술을 하는 데 동의했다. 경찰에 소속된 피고인 측 변호인도 목격자가 체포된 것을 봤고 -그녀가 주장한대로- Fleming의 재판이 있기 전 그녀에 대한 범죄혐의가 전부 기각되었다.

그리고 경찰의 파일문서에 핵심이 있는데, 이는 법원의 규칙을 위반한다는 이유로

Fleming의 변호인에게 한번도 공개된 적 없었다. 그 문서는 Fleming이 8월 14일 저녁 9시 27분 플로리다 호텔에서 전화비를 결제했다는 영수증인데, 그 시각은 8월 15일 새벽 2시 15분 Rush가 살해당한지 바로 몇 시간 전이다. 또한 올란도 경찰이 호텔관계자와 한 인터뷰에서 그 관계자는 Fleming이 당시 거기에 있었다고 회상했다. 또한, 유죄 진실성 부서(Convition Integrity Unit) 관계자가 Fleming의 사건 수사관과 사우스 캐롤라이나에 동행했는데, 거기서 그들은 도주하는 차량을 운전한 것으로 여겨지는 한 남성을 참고인으로 조사했다. 그는 Fleming은 연루되지 않았으며, 한 남성의 이름을 주었는데, 그가 총을 쏜 가해자라고 진술하였다.

Fleming의 무죄를 위해 Charles Hynes 지방검사를 설득하고자 하는 노력은 유죄 진실성 부서(Convition Integrity Unit)의 수장이 사임하면서 고착상태에 빠졌고, Hynes는 자신이 최종결정을 내릴 것이라고 언급했지만 그는 아무것도 하지 않았다. 그리고 2013년 11월 그는 Kenneth Thompson 연방 검사에게 재선에서 패배했다.

2014년 4월 8일 변호인 측은 Fleming의 무죄를 위한 소송을 제기했고, 검사는 이에 반대하지 않았으며, 결국 소송은 받아들여져 사건은 기각되어 Fleming은 석방되게 된다.

2014년 6월 Fleming은 그를 수감시킨 시 관계자를 상대로 1억6200만 달러의 형사보상청구를 신청했고, 2015년 6월 법원은 625만 달러를 책정했다. 그는 또한 뉴욕시를 상대로 청구소송을 하였다.

본 사건은 Fleming이 1990년에 유죄판결을 받고 2014년에 면죄가 된 사례이다. 오판의 원인과 면죄의 이유는 위증 및 무고와 공권력 남용에 의한 것으로 파악되고 있다.

(3) Anthony Yarbough 살인사건[215]

1992년 6월 8일 이른 아침에 18세의 Anthony Yarbough가 뉴욕 브루클린의 코니아일랜드 인근에 있는 자신의 집으로 돌아왔을 때 40세인 자신의 엄마(Annie)가 칼에 찔려 죽어있는 것을 발견했다. 그의 12세 이복자매인 Chavonn Barnes와 동갑내기 친구인 Latasha Knox가 똑같이 칼에 찔려 사망해 있었다.

---

215) http://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/casedetail.aspx?caseid=4371 (최종확인, 2018. 10. 19)

Yarbough는 밖으로 나가 삼촌이 버스정류장에서 기다리고 있는 것을 발견했고, 그들은 집으로 돌아와서 이웃의 전화기를 빌려 경찰에 신고하였다.

같은 날, 경찰은 15세의 Sharrif Wilson과 Yarbough를 신문했는데, 이 둘은 그 날 밤 브루클린의 부둣가와 그리니치 빌리지에서 있었고, Yarbough가 아침 6시 30분 쯤 집에 돌아왔을 때 사체를 발견했다고 진술하였다.

몇 시간이 경과한 후, Wilson은 그와 Yarbough가 피해자를 칼로 찔렀고 아직 살아 있는 피해자들을 묶었다는 내용의 자백내용을 비디오 테이프로 촬영했다. 15시간 후, Yarbough는 Wilson과 함께 살인에 가담한 자백진술서에 서명했다. 사건이 너무 심각하여 Wilson이 1994년 1월 먼저 법정에 서게 되었는데 Wilson과 살인범을 연결할 만한 신체적 증거자료는 없었다. 검사는 배심원에게 자백내용이 담긴 비디오 테이프를 보여줬고, 나아가 검사는 사체를 부검한 검시관의 증언내용을 함께 제출했지만, 피해자 측은 Yarbough가 사체를 발견하기 바로 직전에 살해된 것 같다고 진술하고, Wilson 또한 자신이 살인하지 않았다고 했으며, 자백할 경우 자신을 풀어줄 것이라고 경찰관이 위협 및 약속을 했다고 덧붙였다.

그러나 1994년 1월 19일, Wilson은 세 사람을 죽인 살인범으로 유죄판결을 받았다. 그로부터 이틀 후인 Wilson의 형이 선고되기 전, Yarbough의 재판이 열렸다. 검사는 Yarbough의 자백내용이 담긴 비디오테이프를 제시했는데, 그는 자신과 Wilson이 범행을 저지르지 않았다고 부인했다. Yarbough는 수사관이 자신을 구타했으며, Wilson이 자백했고 자신이 연루되어 있다고 말하는 얘기를 듣고 자백서에 서명했다고 말했다. 배심원은 유죄판결을 내릴 수 없었고 이는 결국 무결정 심리상태가 되었다.

몇 주 후, Yarbough의 재판이 다시 열렸고, Wilson은 9년의 실형을 대가로 검사에게 증언하는 데 동의하였다. 그리하여, Wilson은 자신과 Yarbough가 같이 살인을 저질렀다고 배심원에게 말했다. 검시관은 Yarbough가 발견한 시각인 6시 30분 바로 직전에 피해자들이 희생되었다고 증언했다. Yarbough는 자신들의 살인혐의를 부인했으나, 1994년 2월 16일 배심원은 Yarbough에게 세 사람을 죽인 살인범으로 유죄판결을 내렸고, 75년의 형을 선고했다.

2005년 Yarbough의 유죄판결에 대한 항소가 재개되고 한참 시간이 흘러서, Wilson은 자신이 살인사건에 자신과 Yarbough가 연루되었다고 허위자백을 했으며, 용서를

구한다고 Yarbough의 이모에게 편지를 쓴다.

2010년, Yarbough는 Wilson이 자신의 발언을 철회한 것과 검사가 피고인 측 변호사에게 제출한 보고서를 증거자료로 제시하면서 새로운 재판을 요구하는 탄원서를 제출했다. 그 보고서에 따르면, 사체에는 사후경직이 나타났는데 이는 Yarbough가 그들을 발견하기 몇 시간 전에 피살되었음을 의미한다고 했고, 당시 Wilson과 Yarbough는 몇 마일 떨어진 곳에 있었다. 하지만, Yarbough의 변호인은 검시관과의 연락도 실패했고 사망시각과 관련된 의학적 증거자료를 제출하지 못했다.

재심내용에는 Yarbough의 변호인이 목격자와의 전화연결에 실패하는 등, 합법적으로 보장되어야 법적 변호를 제대로 이행하지 못한 것도 포함되어 있다. 그 목격자는 살해되기 전 그날 밤 피해자의 아파트에 있었는데, Yarbough의 엄마가 아파트에서 마약을 팔았으며, 마약거래시 Yarbough의 엄마가 자신을 속였다고 말하는 구매자로부터 살해위협을 당했다고 증언했다.

Yarbough의 새 변호인은 범죄현장에서 Yarbough의 엄마의 손톱 밑에서 채취한 증거물을 포함하여 DNA 증거물을 발견했다. 2013년 손톱 밑에서 채취한 DNA 테스트는 Wilson도 Yarbough도 아닌 어떤 남성의 것으로 밝혀졌는데, 이 DNA 프로파일은 1999년 브루클린에서 발생한 또 다른 살인사건 현장에서 발견된 DNA와 연관성이 있는 것으로 밝혀졌다. 당시 Wilson과 Yarbough는 세 사람에 대한 살인죄로 유죄판결을 받고 수감 중이었다.

2013년 9월, Yarbough의 변호사는 Yarbough의 유죄를 무효화하는 소송을 제기하였고, 2014년 2월 6일, Kings카운티 지방검사 유죄 진실성 부서(Kings County District Attorney's Convition Integrity Unit)의 수사결과에 따라 지방 검사는 유죄판결을 무효화시켰다. 결국 기소는 철회되고, Thompson 연방검사에 의해 두 사람은 풀려나게 된다.

2014년 11월 뉴욕 주는 Yarbough에게 350만 달러의 보상금을 주기로 하였으나, 안타깝게도 Wilson은 수감 중 건강이 악화되어서 2015년 1월에 사망했다. 2015년 2월 Yarbough와 Wilson의 상속인은 뉴욕시를 상대로 연방 민사소송이 진행되었다. 뉴욕시는 2017년 3월 Yarbough와 Wilson에게 각각 1,300만 달러를 보상하는 데 합의하였다.

본 사건은 Yarbough이 살인죄로 1994년에 유죄판결을 받고 2014년에 면죄가 된 사례이며, 오판의 원인과 면죄의 근거는 허위자백, 잘못된 법 과학증거, 위증·무고, 공권력 남용, 불충분한 변호로서 파악되고 있다.

2) 캘리포니아 주 재심제도

가) 의의

캘리포니아 주의 재심관련 규정은 California Code, Penal Code-PEN의 Part 2(Of Criminal Procedure), Title 7의 Chapter 6에서 "New Trial"이라는 표제 하에 규정되어 있다. 특히 캘리포니아 형법은 증거가 유죄를 뒷받침하는 데 충분한 지 여부를 결정함에 있어서 법관에게 넓은 재량권을 주고 있다. 법관이 증거가 유죄를 입증하는 데 불충하다고 믿는다면 판사는 배심원의 평결에도 불구하고 새로운 공판의 청구를 인정할 수 있다.

나) 요건

CA Penal §1179는 캘리포니아 주 재심의 근거규정이다. 즉, "재심은 유죄판결 이후, 다른 배심원 하에 동일 법원에서 사건을 재검토하는 것"이라고 규정하면서 다른 주나 연방법상의 재심과는 달리 배심원의 평결에 의해 이루어지는 형태로 규정되어 있다. 나아가 재심은 종래 재판이 개시된 적이 없었던 것처럼 양측을 동일한 조건에 두는 것이며, 모든 증언은 반드시 새로 이루어져야 하고, 이전 판결 또는 이전 결과물은 증거로 사용되거나 언급될 수 없다고 규정하고 있다.[216]

유죄판결이 내려졌거나 피고인에게 불리한 판결이 내려졌을 경우, 법원은 피고인이 재심을 신청할 때 다음의 경우에 해당될 때 허락한다.[217] 즉, ① 재판이 피고인의 부재에도 합법적으로 진행된 경우를 제외하고, 피고인의 부재 중 재판이 진행된 경우, ② 배심원이 현장검증을 제외하고 법원 밖에서 또는 유동 자산을 통해 어떠한 증거자료를 제공받은 경우, ③ 배심원들이 유죄판결에 대해 논의한 후 법원의 허가 없이 분리되었거나, 사건에 대해 공정하고 충분히 고려하여 미연에 방지하려던 공권력 남

216) CA Penal Code §1180.
217) CA Penal Code §1181.

용에 의해 유죄판결을 내린 경우, ④ 배심원단에 대한 공정한 의견표현을 제외하고 유죄판결이 다른 수단에 의해 결정된 경우, ⑤ 법원이 법에 대해 배심원에게 오도하였거나, 재판 과정 중 제기된 법률문제에 대한 결정에 실수가 있었거나, 사건을 기소한 지방검사 또는 다른 변호인이 재판 중 배심원 앞에서 편견을 갖고 공권력을 남용한 경우, ⑥ 유죄 평결과 결정이 법 또는 증거물에 반대될 때, 그러나 만약 증거가 피고가 유죄판결을 받은 죄목의 경중만큼의 유죄가 아니라는 사실을 보여주고 있을 때, 그러나 범죄의 경중의 정도가 보다 가벼울 때, 또는 보다 가벼운 범죄가 그 안에 포함되어 있을 때, 법원은 재심 승인 또는 명령 없이도 그에 맞춰서 유죄판결 및 결과물 또는 판결에 대해 수정할 수 있다. 또한 이 권한은 항소가 제기된 모든 법원으로 확장된다. 나아가 ⑦ 유죄 평결과 결정이 법과 증거물에 반할 때, 그러나 법원의 법령 및 배심원에 의해 처벌을 위한 유죄판결 및 결과물에 대한 권고 또는 결정권이 보장된 경우, 법원은 재심에 대한 승인 및 명령 없이 그보다 가벼운 처벌을 부과함으로써 유죄판결 및 결과물을 수정할 수 있고, 이 권한은 항소가 제기된 모든 법원으로 확장된다.

⑧ 피고인에게 중대한 새로운 증거가 발견되었지만, 이는 피고인이 자신이 할 수 있는 모든 주의의무를 다했음에도 불구하고 피고인이 발견하거나 만들 수 없는 증거들이고, 재심청구가 새로 발견된 증거를 기반으로 제기될 때, 피고인은 심리 중에 자신의 무죄를 입증할 수 있는 증거를 제공할 증언의 선서진술서를 확보하여야 한다.[218] 만약 피고인이 그러한 선서진술서를 확보할 수 있는 시간이 필요하다면, 법원은 어떠한 경우라도 그 만큼의 시간동안 심리를 연기해야 하는 것이 타당하다.[219] ⑨ 재판 기록 열람권을 포기하지 않았거나, 1심 재판 당시 재판 과정을 기록한 속기사의 사망 또는 장애로 인해 또는 재판 기록의 분실이나 파괴 등으로 인해 법 또는 규칙에서 규정하고 있는 속기사가 작성한 재판 기록의 일부 또는 전체를 열람할 수 없는 경우 재심을 담당하는 판사는 항소심의 판결, 명령 또는 결정을 무효로 하고 새로운 공판절차의 진행을 명령할 수 있는 권한이 있다.

218) CA Penal Code §1181.
219) CA Penal Code §1181.

(1) 배심원들의 불법행위·권력남용

배심원들의 불법행위 및 권력남용이라는 표현은[220] 다양한 의미를 가지는데, 캘리포니아의 재심청구의 가장 큰 이유는 배심원이 기록에 인정 및 허락된 증거 외의 정보를 받았을 경우이라고 한다.[221]

법원이 재심을 진행해야 할 경우는, 배심원이 상술한 외부정보를 접했거나, 부적합한 고려가 있었거나(예컨대, 증언하지 않기로 한 사실을 언제 적용할 것인지에 대해 부적합하게 논의한 경우), 배심원 선정 기간 동안 의도적으로 변호인단을 오도하였거나, 기타 다른 형태의 배심원의 불법행위·권력남용에 관여하였을 경우이다.[222] 중요한 것은 배심원의 불법행위·권력남용이 피고인에게 불리한 편견을 갖게 끔 했는지 여부이다. 그렇지 않다면 재심청구는 기각될 것이며 그 반대라면 재심청구는 승인될 수 있다.[223]

(2) 검사의 권력남용

검사의 권력남용에 의해 피고인에 대한 편견이 생긴 경우 재심을 청구하는 것이 가능하다. 검사의 권력남용은 "배심원에게 영향력을 미칠만한 기만적 또는 비난할 만한 방법"을 의미한다.[224] 검사의 권력남용의 예는 대체로 a) 인정되지 않은 증거를 언급한 경우,[225] b) 증인이 인정되지 않는 또는 편견을 가지고 답변하도록 의도적으로 유도하는 경우,[226] 피고인 또는 기타 변호인 측 증인을 부당하게 교차확인하는 경우,[227] 감정 또는 편견에 호소하는 경우이다.[228]

다시 말하자면 검사의 불법행위·권력남용이 편견에 의한 것이 아니라면, 재심청구는 받아들여지지 않을 것이다. 캘리포니아 대법원이 설명하듯이, "결정해야 할 궁극적

---

220) CA Penal Code §1181.

221) Michael Scafiddi Riverside 형사변호인은 "만약 정보가 적더라도 배심원 중 한 명에게 피고인에 대한 편견을 깨게 할 만한 '본질적이고 영향을 미칠 것 같은' 정보라면 재심청구는 받아들여져야 한다."고 설명했다(In re Carpenter(1995) 9 Cal.4th 634, 653). https://www.shouselaw.com/motion-for-new-trial.html#2(최종확인, 2018. 10. 26)

222) https://www.shouselaw.com/motion-for-new-trial.html#2(최종확인, 2018. 10. 26)

223) CA Penal Code §1181

224) People v. Strickland(1974) 11 Cal.3d 946, 955.

225) People v. Aragon(1957) 154 Cal.App.2d 646.

226) People v. Williams(1951) 104 Cal.App.2d 323.

227) People v. Chandler (1957) 152 Cal.App.2d Supp. 916.

228) People v. Stansbury (1993) 4 Cal.4th 1017.

인 질문은 만약 검사의 불법행위·권력남용이 없었더라면, 피고인에게 좀 더 우호적인 판결이 현격할 정도로 가능했을까?"이다.[229] 만약 대답이 '예'라면, 재심청구는 받아들여지지만, 대답이 '아니오'이면, 법원은 배심원의 불법행위·권력남용 행위가 피해를 주지 않았다는 결론에 도달하여 재심청구는 기각될 것이다.

(3) 법원에 의한 과실

만약 법원에 과실이 있는 경우가 있다면 재심을 청구할 수 있다.[230] 즉, 법원이 법에 관해 배심원을 오도했거나 실수로 인한 법적 판결을 한 경우이다. 하지만 상술한 불법행위·권력남용의 근거와 마찬가지로 피고인의 실질적인 권리에 영향을 주었어야만 하며 만일 그렇지 않다면 재심청구는 기각될 것이다.[231]

같은 선상에서 볼 때, 법원이 만약 피고인이 부재한 상태에서 재판을 진행하면서 법적 실수를 행한 것이라면 재심재판에서 승소할 가능성이 높다.[232] 예외가 있다면, 피고인이 합법적으로 법정에 출석할 권리를 포기한 경우를 들 수 있다.[233]

중요한 것은 재심청구가 받아들여지려면 자의적으로 스스로 야기한 상황이 아닌 한, 피고인은 "정신적으로 부재한" 상태여야 한다. 예컨대, 자발적으로 약을 먹거나 아픈 피고인은 재심청구를 목적으로 하는 한, "정신적 부재" 상태가 아니며,[234] 재판 도중 정신에 이상이 생겼다면 이에 해당한다.[235]

통상적으로 보았을 때 피고인이 일관성 있고 명료하게 변호인과 대화가 가능하다면 피고인은 재판을 함에 있어서 정신적으로 문제가 없는 상태이다.

(4) 불충분한 증거

캘리포니아 형법은 증거가 유죄평결을 내리기에 충분했는지 판단하는 데 판사에게 폭넓은 재량권을 부여하고 있다. 만약 법원이 증거가 피고인의 유죄를 입증하기에 부족했다고 판단한다면, 배심원이 피고인을 유죄라고 생각하더라도 피고인의 재심청

---

229) People v. Prysock (1982) 127 Cal.App.3d 972, 998.
230) CA Penal Code §1181.
231) People v. Honeycutt (1946) 29 Cal.2d 52, 61-62.
232) CA Penal Code §1181.
233) CA Penal Code §977.
234) People v. Cox (1978) 81 Cal.App.3d Supp. 1, 4.
235) People v. Williams (1961) 194 Cal.App.2d 523.

구는 받아들여질 수 있다.[236]

(5) 새로운 증거의 발견

재심청구인에게 보다 긍정적인 결과를 가져다 줄만한 새로운 증거를 발견하여 사건을 재조명하고자 한다면 피고인은 재심을 청구할 자격을 갖추게 된다고 할 수 있다.[237] 캘리포니아 재심청구를 승인하기 전에 법원이 고려해야 할 사항은 다음과 같다.

- 증거가 단순히 그 연관성이 새로울 뿐만 아니라
- 증거가 이전에 받아들여진 것들을 누적한 것인가
- 증거가 재심 중에 다른 결과를 가져올 수 있는가
- 피고가 재판에서 합리적으로 증거를 발견하고 제시할 수 있는가
- 가능한 환경 하에서, 사실관계가 최상의 증거자료를 통해 보여질 수 있는가 이다.[238]

(6) 재판기록 및 녹취록 분실 및 파괴

재판기록 또는 녹취록은 변호인과 판사가 항소사건을 제대로 분석하고 검토하기 위해 보존되는데, 이 기록이 분실되거나 파괴되면 항소심을 제기할 수 없게 되므로 재심을 청구할 자격이 발생할 수 있다.[239]

모든 제반사정을 종합적으로 검토했을 때, 분실된 부분이 '상당'하여, 법원이 심도있게 재검토를 하는 데 그리고 피고인이 항소를 제기하는 데 영향을 미치는지를 고려해야 한다.[240]

(7) 기타 근거

사건을 재검토를 하는 추가적인 사유는 재심을 할 만한 추가적인 정당성이 있을 경우이다. 이를 "비성문화" 사유라고 하는데, 캘리포니아 법원은 이를 피고인의 공정하고 비편파적인 재판 권리를 위해 고수하고 있다.[241]

---

236) People v. Robarge (1953) 41 Cal.2d 628, 633.
237) CA Penal Code §1181.
238) People v. Turner (1994) 8 Cal.4th 137, 212.
239) People v. Holloway (1990) 50 Cal.3d 1098, 1116.
240) People v. Holloway (1990) 50 Cal.3d 1098, 1116.

재심을 정당화하는 비성문화 사유는 일반적으로 a) 비효율적인 자문지원,[242] 실수로 인한 증거채택,[243] 검사 측이 무죄를 입증할 만한 증거를 공개하지 않은 경우,[244] 법률의 내용이 변경이 있는 경우이다.[245]

(8) 절차적 측면

캘리포니아의 재심청구가 유효하려면 a) 형선고 전, b) 판사의 보호관찰 승인 전, c) 마약중독자, 정신이상자, 정신분열 성범죄자로서 범행을 하기 전에[246] 제출되어야만 한다.

판사는 상기 상황 전 그리고 중범죄 사건의 경우 평결 20일 이내, 최장 30일 전까지 재심청구 허가여부에 대해 결정하여야 하며, 그러지 않을 경우에는 자동적으로 재심으로 넘어간다.[247]

그리고 일단 법원이 재심청구를 접하게 되면 무조건 세 가지 중 한 가지를 선택해야 한다. 첫째, 청구를 승인하고 재심을 명하거나, 둘째 재심청구를 기각하고 유죄평결을 내리거나, 셋째 유죄판결을 받게 된 기소건 중 보다 경미한 범죄행위를 기준으로 유죄평결을 수정하고 기소등급을 하향조정한다.[248]

지금까지의 캘리포니아 재심제도를 요약하자면, 판결오류, 기소오류, 사실심 법원에 의한 잘못된 법 적용, 증거 불충분, 새로운 증거의 발견, 재판기록의 손실 또는 파괴, 피고인의 공정한 재판을 받을 권리가 침해된 경우에는 재심청구를 할 수 있다. 피고인의 공정한 재판을 받을 수 있는 권리는 변호인의 조력을 받을 권리, 제출된 증거의 오류, 검찰이 피고인에게 유리한 증거 미제출 등이 포함된다. 또한 관련법이 개정된 경우에도 재심을 청구할 수 있다.

재심이 청구되면 판사는 중범죄 사건의 평결의 경우 20일에서 최대 30일 이내에 재심 허가 여부를 판단해야 한다. 그러하지 못한 경우 사건은 자동으로 재심 절차로

241) People v. Davis (1973) 31 Cal.App.3d 106, 110-111.
242) People v. Cornwell (2005) 37 Cal.4th 50.
243) People v. Albarran (2007) 149 Cal.App.4th 214.
244) Merrill v. Superior Court (1994) 27 Cal.App.4th 1586.
245) People v. DeLouize (2004) 32 Cal.4th 1223.
246) CA Penal Code §1182.
247) CA Penal Code §1191.
248) CA Penal Code §1181.

이어지게 된다. 재심이 청구되면 판사는 ① 재심청구를 허가하고 새로이 공판 절차 진행, ② 청구를 기각하고 해당 평결을 확정, 또는 ③ 감형으로 판결을 정정해야 한다.

CA Penal Code 제1237조에 따르면 판사가 재심의 청구를 기각해도 피고인은 다시 항소법원에 재심을 청구할 수 있다.

다) 캘리포니아 주 면죄사례

(1) Obie Anthony 살인사건[249]

1994년 3월 27일 Felipe Angeles는 사창가로 사용되어 오고 있는 LA의 한 아파트 건물 밖에서 두 남자에 의해 살해되었다.

그 아파트 주민인 John Jones는 총을 쏜 자가 다리에 부상을 입고 현장에서 도망가는 것을 봤다고 했다. 경찰은 인근병원을 조사하여 다리에 부상을 입은 Reggie Cole을 찾았고, Jones는 Cole이 자신이 본 사람이라고 지목했다.

약 한달 뒤 경찰은 이 사건과 관계없이 Obie Anthony를 체포했고, Jones는 Anthony를 총을 쏜 다른 용의자로 지목했으며 Cole도 Anthony도 살인범이라는 신체 및 과학적 증거가 없었다.

Jones는 각각의 법정에서 두 사람에게 불리한 증언을 하였고 증언의 댓가로 아무런 사례도 받지 않았다고 했다. Cole은 1994년 1급 살인죄로 종신형을, Anthony는 1995년 8월 1일, 1급 살인죄로 가석방 없는 종신형을 선고 받았다.

2000년 11월, Cole는 교도소 난동 중 사람을 칼로 찔렀고, 그를 대변하던 변호사는 이번의 또 다른 살인으로 사형을 선고받을 수 있기 때문에, Cole이 유죄판결을 받게 된 첫 번째 사건을 다시 조사했다. 변호사는 Jones가 조작해서 증언하였고, 검사는 이런 사실을 알리지 않았다는 점을 발견하였다. Cole의 변호사는 캘리포니아 California Innocence Project에 참여하고 있는데 LA카운티 항소법원에 재판 당시 변호인이 제대로 증거를 제시하지 않았고 제대로 변호하지 않았다는 점을 바탕으로 Habeas Corpus를 청구했다.

검사도 Cole의 변호가 제대로 이루어지지 않았음을 인정했고, 법원도 2007년 증거

249) http://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/casedetail.aspx?caseid=3824 (최종확인, 2018. 10. 17)

의 구성요건을 갖추고 다시 심리를 열어 변호의 적절성 여부로 다른 결과를 초래할 수도 있었는지를 재차 파악하였다. 심리 중 Jones는 총을 쏜 자를 본 적이 없고, 자신은 딸이 묘사한 바를 근거로 증언한 것이며, Jones 자신도 총살범이었을 가능성에 무게를 싣는 증거도 있었다.

2009년 4월, 고등법원 판사는 Cole이 무죄라고 입증하였고, 2009년 그에 관한 기소를 기각하였다. 그러나 Cole은 2000년 11월, 칼로 찌른 죄목에 대한 형으로 2010년까지 수감되어 있어야 했다. 그의 변호사는 억울하게 수감된 부분에 대한 댓가를 치러줄 것을 주장했다. 반면, 주 검사는 교도소에서 자신의 침대 매트리스에 레이저 칼을 은닉한 부분에 대해 새로 기소하였으나, 2009년 12월 무죄판결 받았다.

Anthony는 캘리포니아 이노센트 프로젝트에 자신의 사례도 의뢰했고, 2008년 노던 갤리포니아 이노센스 프로젝트(Northern California Innocence Project)가 이 사건을 맡았다. 사건에 대해 증언한 내용이 조작된 것임은 물론, 자신이 증언을 댓가로 아무것도 받은 것이 없다고 주장한 내용도 위증이었다. 그는 지방검사로부터 자신의 매춘알선에 대한 혐의를 잘 처리해 주겠다는 매력적인 제안을 받았었고, 검사는 법원에 이 사실을 고지하지도 않았으며 Jones를 대변하던 변호인도 위증을 했다. Anthony의 변호인은 재판당시 검사가 조사도 실시하지 않았고, 이는 검사 자신의 논지를 취약하게 했을 수도 있었다고 주장했다.

2011년 10월 1일, 판사는 제대로 된 법적지원이 없었고 검사의 공권력 남용을 근거로, Anthony는 면죄되어 10월 4일 석방되었으며, 검사도 2011년 11월 18일 기소를 철회하였다. Anthony는 1995년에 유죄판결을 받고 2011년에 면죄되었는데 상술한 바와 같이 법적지원이 없었다는 점(불충분한 변호)과 검사의 공권력 남용뿐만 아니라, 위증·무고로 인해 오판이 발생하였고 이러한 이유로 면죄를 받게 된다.

(2) Frank O'Connell 살인사건[250]

1984년 1월 5일, California, South Pasadena에 위치한 한 아파트의 정비공인 27세의 Jay French가 아파트 단지 차도에서 총에 맞아 사망한 사건이 발생하였다.

목격자는 총을 든 남자가 French에게 다가가서 그를 두 번 쏘고는 금발 여성이

250) http://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/casedetail.aspx?caseid=3916 (최종방문, 2018년 10월 20일)

운전하는 노란색 Ford Pinto station wagon을 타고 도주했다고 경찰에 밝혔다. 또한 그는 총을 쏜 사람은 키가 크고 마른 체격의 어깨정도 길이의 금발인 백인 남성이라고 증언했다.

French는 죽기 전에, "노란색 Pinto가 나를 쐈다."고 말했다고 했다. 그의 부인인 Gina는 아파트에서 소환되어 증언하길 "제 남편은 누군가가 자신을 죽일 것이며, Jeannie와 관련이 있는 것 같다. 그녀 주위에서 누군가가 어슬렁 거리고 있거나 그랬었다."라고 했다. 그러나 신체적 증거물은 발견되지 않았다.

French의 전처인 Jeannie Lyon이 California, Glendora의 한 고등학교 축구팀의 스타 선수였었던 Frank O'Connell을 '자신의 집에서 사는 조카'라고 경찰에 얘기한 이후 경찰은 그에게 초점을 맞추었다. 사실, O'Connell은 그녀의 조카가 아니고, 그녀가 당시 남편과 별거를 하고 난 후 Lyon의 집에서 5개월을 거주한 자로, 키가 크고 마른 체격에 머리는 짧고 검은색이었다.

살인사건이 발생한 직후, 목격자인 Daniel Druecker에게 일련의 용의자 사진을 보여주면서 LA카운티 판사 소속의 수사관은 Druecker가 O'Connell의 사진을 지목했다고 전했다. 수사관들은 250피트 밖에 서 있던 Arturo Villareal가 총을 쏜 사람이 노란색 Ford Pinto를 타고 도주하는 것을 봤다고 했다. 경찰은 세 번째 목격자인 Maurice Soucy가 노란색 Ford Pinto에 타고 있던 O'Connell이 California Duarte에 있는 Lyon의 집 맞은편 도로에 주차하고 있는 것을 봤다고 전했다.

범죄 발생 시각, French는 9살 아들의 양육권을 두고 Jeannie Lyon과 격렬하고도 긴 싸움을 하고 있었고, 5년 전인 1979년, French가 양육권을 가졌으나 그 아들을 데리고 Oregon 주로 도주한 죄로 1980년 봄에 체포된 적이 있었다. 양육권 싸움은 French가 사망하는 날까지도 계속 되고 있었고, 아들의 정신감정은 다음 달 있을 법원 심리에 제출될 예정이었다.

1984년 1월 12일 27세의 O'Connell은 살인죄와 더불어 총격이 있던 시각 25마일 떨어진 곳에 있었음에도 불구하고 총기사용죄로 기소되었다.

1985년 1월 8일, 배심원 없이 판사가 단독 재판하는 것으로 그의 재판은 LA 카운티에 있는 고등법원에서 재개되었다. Druecker는 법정에서 O'Connell을 총을 쏜 사람으로 지목하였다. Villareal는 용의자 사진 중에서 2개의 사진을 지목했으나, 수사관에

"확실하지 않다"고 했다. Villareal는 O'Connell의 사진을 보고도 "그인 것처럼 보이지만 확실하지 않다"고 했다. 그러나 수사관은 Villareal이 O'Connell을 보고 "가장 유력한 자"라고 하고, "그 사람이라고 확산한다."고 했다고 언급했다.

Soucy는 Lyon의 집 길가 맞은편에 살고 있는데, O'Connell이 노란색 Ford Pinto를 운전하던 사람이고, 그 차는 Lyon의 집 앞에 주차되어 있었다고 했다. Soucy는 O'Connell과 두 차례 이야기 한 적 있고, Pinto가 방전되어 시동을 걸 때 도와준 적이 있다고 했다. 경찰이 범죄 현장에 도착했을 때, French는 말을 할 수 없는 상태였는데, French의 부인이 보고한 바처럼, French의 유언이 증언의 내용을 뒷받침 해주고 있다.

O'Connell은 증인들을 출석시켰는데, 그들은 O'Connell이 노란색 Ford Pinto를 소유한 적이 없고 범죄 발생시각, 그는 California, La Verne에서 친구들과 있었다고 증언했다. 1985년 1월 15일 판사는 O'Connell에게 유죄판결을 내리고 1985년 4월 16일 25년 실형을 선고하였다. 그 후 O'Connell은 항소에서 패하고, 1995년 Habeas Corpus에 의거하여 연방 청원을 제기하였으나 1996년 3월 기각되었다.

1998년, O'Connell은 New Jersey, Princeton에 위치한 잘못된 유죄판결에 대한 재수사를 담당하는 비영리 기관인 Centurion Ministries에게 도움을 요청했다. 몇 년의 재수사를 거쳐, 2009년 7월31일, Habeas Corpus에 의한 주 청원을 제기하였다. Centurion은 텍사스에서 Druecker에 대해 조사하였고, 그는 선서내용에 관한 진술서를 제시하였다. 그 진술서에는 총을 쏜 사람에 대한 신원확인을 결코 한 적이 없고, 총 쏜 사람을 파일에서만 봤으며, 사진을 본 시간이 2초도 안 되었고 적혀 있었다. Druecker은 용의자 사진을 봤다고 가정하고 단지 자기는 추측만 했다고 수사관들에게 말했으나, 수사관들은 선택을 하라고 강요했고, 이에 O'Connell의 사진을 선택했지만 이 또한 추측이었다고 그는 말했다. 당시, 수사관은 전화를 해서 Druecker가 옳은 사람을 지목했다고 말했다고 한다.

강압적인 상태에서, 당시 Druecker가 말하길, O'Connell이 총을 쏜 사람이라고 확신했다고 한다. 청원서에는 Lyon의 언니를 포함한 5명의 선서 진술서 내용이 포함되어 있는데, 이들은 Jannie Lyon이 French를 죽이기 위해 청부암살자를 고용했다는 소리를 들었기에 O'Connell은 무죄라는 것이다.

2010년 6월, Suzette Clover LA 카운티 고등법원 판사는 증거청문회를 열고 경찰기록물에 대한 소환장을 발부했다.

수사관들의 기록은 전에 공개된 적이 없었는데, 거기에는 수사관들이 French의 양육권 변호사와 French의 아내인 Gina와 한 인터뷰 내용이 있었다. 그들은 Jeannie Lyon이 이전에도 French를 죽이려 시도한 적이 있다고 했다.

1980년 그들은 수사관에게 Lyon과 금발의 키가 크고 마른 체형의 Randy Smith가 매복하고 있다가 French가 오토바이를 타고 갈 때 그를 전복시키기 위해 습격한 적이 있다고 말했다. Gina는 French가 South Pasadena 경찰과 이 사건에 대해 기록해 두었다고 말했다. 또한 처음으로 수사관 기록이 공개되었는데, Soucy는 자신이 O'Connell의 신원을 확인할 것에 대해서 확신한 적이 없었다.

2010년 3월 29일, Colver판사는 O'Connell의 유죄판결 사건을 잠시 차치해 두고, 새로운 증거내용이 목격자들이 한 증언의 정확성에 대해 의구심을 갖게 한다는 이유로 재심을 청구하였다. 판사는 "피해자의 삶에 대한, 이전의 시도를 밝히지 않은 것이 이번 사건에서 아주 중요한 요소로 작용하는 유언의 진정한 의미에 대해서도 의구심을 갖게 한다."고 하였다. 판사는 수사관의 기록에 목격자의 신원확인과 관련해서 무죄를 입증할 만한 정보가 있었는데, 이를 공개하지 않은 것도 치명적이라고 했다. 즉, 기록내용과 경찰 보고서 내용이 일치하지 않는다는 점을 중요시 여겨 O'Connell은 2012년 4월 21일 석방되었다.

2012년 6월 11일, LA 카운티 지방 검찰청은 기소를 기각했다. 2013년 3월, O'Connell은 LA카운티 법무부 장관 및 판사를 상대로 잘못된 판결에 연방 소송을 제기하였는데, 그는 자신의 무고함을 증명하는 증거자료를 부당하게 보유하고 있었고, 해당 수사관은 목격자를 강압하여 자신이 범인임을 지목하게 하였다고 언급하였다. 2017년 11월 약 1500만 달러의 보상금이 책정되었고, O'Connell은 캘리포니아 주를 상대로 보상금을 신청하지 않았다.

O'Connell은 살인죄로 1985년에 유죄판결을 받고 2012년에 면죄가 되었는데, 위증·무고와 공권력 남용으로 인해 오판이 발생하였던 것으로 파악된다.

(3) Peter Rose 아동성폭력 사건[251]

1994년 11월29일, California, Lodi에서 13세 소녀가 도보로 등교하는 도중, 얼굴에 구타 및 강간을 당하는 사건이 발생했다. 가해자가 달아나고 난 뒤, 소녀는 지나가는 차를 세우고 운전자에게 자신이 강간을 당했으니 집에 데려다 달라고 하였다. 그들이 차를 타고 가는 동안 소녀는 거리에 지나가는 한 남성을 보고 "저기 그가 있다."라고 말했다. 그리고 그녀가 병원에서 검사를 받은 결과 남자의 정액과 외국인의 음모가 그녀의 속옷에서 나왔으며, 그녀는 경찰과 가족에게 얼굴을 보지는 못했다고 반복적으로 말했다.

피해자를 차에 태워준 운전자는, 피해자가 거리에서 자신을 공격한 사람을 보았다고 했을 때, 긴 머리에 코 밑에 수염이 있고, 머리에는 두건을 쓰고, 초록색 군복 자켓과 검은색 트레이닝 바지에 갈색 부츠와 장갑을 낀 백인남성으로 묘사했다고 했다. 그의 사진은 지역 신문에 게재되었다.

피해자의 이모는 사진을 보고 경찰에 전화하였는데, 그 사진이 27세의 Peter Rose를 닮았고 그의 여자친구는 피해자 이모인 자신의 친구라고 했다.

경찰은 Rose의 사진을 포함한 용의자 사진을 준비하여 차량 운전사와 피해자에게 보여 주었으며, 둘 다 Rose를 고르지 않았는데, 운전사는 다른 사람을 골랐다. Rose의 여자친구는 피해자가 공격당할 당시 Rose가 집에 없었노라 말했다고 한다. 피해자의 이모는 증거를 찾기 위해 피해자를 Rose의 집에 데리고 갔다.

1994년 12월, 수사관은 피해자를 경찰서에 데리고 와서 그녀를 인터뷰했는데, 그녀가 자신을 공격한 사람이 누구인지 모른다고 하니, 수사관은 그녀가 거짓말을 하고 있고 창녀이거나 조직폭력단의 회원이라고 기소하면서 신을 믿는 그녀를 조롱하였다.

한 가지 사항에서 그녀는 마침내 Rose를 지목하며 "저의 이모 Wendy가 그의 여자친구에게 말했고, 그의 여자친구는 그가 그날 아침 집에 없었다고 말했으며, 그날 이후 자신의 남자친구(Rose)가 이상한 행동을 한다."고 했다. 그러나 그녀는 자신을 공격한 자가 Rose인 지는 모르겠다는 입장을 고수했다.

3시간 후, 수사관은 피해자에게 용의자 사진들을 보여주었고, 그녀는 Rose를 지목

---

251) http://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/casedetail.aspx?caseid=3598 (최종확인, 2018. 10. 21)

하여 Rose는 그 다음 날 체포되었다. 경찰은 그의 집에 대한 가택수색을 펼쳤고 거기서 검은색 트레이닝 바지를 찾았다.

1995년 예심에서 차량 운전자는 범죄가 있고 얼마 되지 않아 피해자가 길거리에서 지목한 사람이 Rose일 확률이 80%정도라고 확신했으며, 피해자는 Rose가 가해자라고 100% 확신했다.

Rose의 사건은 San Joaquin 카운티 고등법원에서 제기되었다. 범죄연구실의 한 분석전문가는 생물학적 증거자료에서 DNA 프로파일을 얻을 수는 없으나, 음모를 육안으로 검사했을 때, 그것이 Rose의 것일 수도 있다고 했다. 정자에 대한 검사에 대해서는 결론을 도출하기 못했지만, 정자에서 발견된 유전적인 표시에 따르면, Rose는 가능한 인구의 30% 안에 든다고 한 분석가는 언급했다.

수사관과 피해자간의 인터뷰 녹화내용을 보면, 그는 가해자가 누구인지 모른다고 계속 얘기하고 있지만, Rose의 변호인은 이를 활용하지 않았다. 결국 1995년 11월 3일, Rose는 유죄판결을 받고 27년 실형을 선고받았다.

2002년 12월, Rose는 항소에서 패하고, Rose는 Northern California Innocence Project에 도움을 의뢰하였다. Janice Brickley 변호사와 Susan Rutberg 프로그램 총괄자 겸 Golden Gate University 교수 밑에 있는 학생들은 정액 샘플이 아직 존재하니 DNA 테스트를 위한 발의를 제기하기로 결정했다. 2004년, Rose의 정액 테스트는 제외되었으며, 2004년 10월 29일, 그는 Mule Creek 주 교도소에서 석방되었다. 학생들이 발견한 또 다른 증거물로는 정액을 처음 분석한 분석가의 기록인데, 그 기록에는 정액에서 나온 혈액형이 Rose의 혈액형과 달랐으나 이를 피고인 측 변호인에게 알리지 않았다고 기록되어 있었다.

Rose가 석방되어 얼마 지나지 않아, 당시 23살의 강간 피해자가 신문기자에게 전화하여 자신이 1994년 Rose를 가해자로 지목한 것에 대해 철회한다고 말했다. 그녀는 기자에게 "나는 확실하지 않다. 확실하지 않았다." 그리고 Rose의 재판에서 증인석에서 확실하게 그를 지목한 것을 경찰 강압에 의한 것이었다고 했다.

그녀는 "나는 경찰에 따라야했다. 왜냐하면 그들은 Rose에게 불리한 증거자료를 가지고 있는 듯해 보였다."라고 말했다.

Rose의 무죄를 밝히는 새로운 증거가 나왔음에도 불구하고, 검사는 정액은 합의에

의한 성관계 시 상대방에게서도 나올 수 있는 것이라며, 기소를 철회하기 전에 추가적인 DNA 테스트를 요청했다.

결국 2005년 2월, Rose에 대한 기소는 철회되었고, Rose는 Lodi시를 상대로 손해보상액 100만 달러를 청구하는 소송을 제기하여 캘리포니아 주정부로부터 보상금 328,000달러를 받았다.

본 사건은 Rose가 1994년에 아동성폭행으로 유죄판결을 받고 2005년에 면죄가 된 사안이다. 오판의 원인과 면죄사유로는 목격자의 잘못된 신원확인, 잘못된 법 과학 증거, 위증·무고, 공권력 남용 및 불충분한 변호로 파악될 수 있다.

3) 일리노이 주 재심제도

가) 의의 및 요건

일리노이 주의 재심관련 규정은 Illinois Statutes Chapter 725(Criminal Procedure)의 Act 5. Code of Criminal Procedure of 1963, Title IV Proceeding at Trial에서 규정하고 있다.

우선 재심조항은 Ill. ST. CH. 725 §5/116-1(Motion for a New Trial)에서 설시하는 바와 같이 유죄평결 또는 유죄판결 이후에 법원은 피고인에게 새로운 재판을 허용할 수 있고, 피고인은 새로운 재판을 위한 서면신청을 판결 후 30일 이내에 해야 한다고 규정하고 있다.

다음은 재심이 이루어지기 위한 요건과 절차에 관한 조항으로서 Ill. ST. CH. 725 §5/122-1에서 규정하고 있다. 즉, 수감자가 자신의 결백을 주장하려면 첫째, 연방헌법상의 권리 또는 일리노이 주법상의 권리 또는 양쪽 모두를 상당부분 침해당하였거나, 둘째, 사형선고가 내려졌거나, 피고인이 명백하고 확실한 증거에 의해 실제로 무죄라고 확신할 만한 증거가 재판당시에 적용되지 않은 새로운 증거가 발견된 경우이다. 만일 새로운 재판의 청구가 명백히 피고인에게 이익이 되지 않거나 경솔하게 청구된 경우에는 법원은 본 청구를 서면 상으로 기각해야 한다.[252] 또한 이와 같은 기각결정은 10일 이내에 청구자에게 등기로 송달되어야 한다.

---

252) Ill. ST. CH. 725 §5/122-1-(a-5)

그리고 피고인이 직접 상소를 하지 않는 경우, 새로운 재판의 청구는 3년 이내에 해야만 한다.[253]

나) 절차 및 기타사항

Ill. ST. CH. 725 §5/§122-2는 재심의 청구내용에 관하여 규정하고 있다. 즉, 청구내용에 청구자가 헌법상의 권리를 침해당하였음이 명확해야 하며, 그 진술을 뒷받침하는 선서진술서, 기록 또는 기타 증거가 첨부되어 있어야 한다. 그렇지 않은 경우에는 그 이유에 대하여 기술되어 있어야 한다. 청구서류에는 청구인이 유죄판결 후 자신의 형량을 감경하기 위해 제기한 이전 절차에 대해 밝혀야 하며, 주장 및 인용, 관계당국의 논의 내용들은 청구내용에서 제외되어야 한다.

재심청구가 접수된 날로부터 90일 이내에 법원은 해당 청구를 검토하고 명령을 내려야 한다. 청구인이 실형을 선고받거나 청구가 피고인에게 무의미한 경우에는 법원은 결과에 대한 내용이 구체적으로 기술된 서면명령으로 기각하고, 이 기각은 확정판결이 되며 이러한 기각은 10일 이내에 청구자에게 등기로 발송되어야 한다.[254]

지적장애에 대한 결정이 없이 1급 살인혐의로 사형선고를 받았거나, 사형선고를 받아 수감되어 있는 경우에는, 유죄판결 후에 지적장애가 있음을 이유로 사형선고를 면할 수 있으며, 이는 유죄판결 후 이루어지는 다른 청구에도 적용된다.[255]

새로운 재판의 청구가 기각되지 않았을 때 청구인이 비용을 지불할 능력이 없다고 주장하는 경우 법원은 청구인을 무자력자로 인정하며, 청구인에게 변호인이 없거나 변호인을 확보할 방법이 없다면, 청구인은 변호인이 자신을 대리할 것을 원하는지 여부를 진술해야 한다. 변호인 선임이 요청되고 청구가 기각되지 않으면 법원은 청구인이 변호인을 확보할 수단이 없다고 판단되는 경우 변호인을 임명해야 한다.[256]

피고인이 사형선고를 받은 경우, 순회법원 또는 일리노이 대법원은 새로운 공판의 청구를 위하여 피고인에게 주 상소변호인을 임명할 수 있으며, 피고인은 재판시 요구되는 지문, 탄도식별시스템, DNA테스트를 위하여 유죄판결을 받은 법원에 청구를

253) Ill. ST. CH. 725 §5/122-1-(c).
254) Ill. ST. CH. 725 §5/§122-2.1.
255) Ill. ST. CH. 725 §5/§122-2.2.
256) Ill. ST. CH. 725 §5/§122-2.4.

할 수 있다.[257]

다) 일리노이 주 면죄사례

(1) Daniel Andersen 살인사건[258]

1980년 1월 19일 밤, 20세인 Cathy Trunko가 South Side of Chicago에 소재한 자신의 집 근처 4938 S. Paulina St. 에서 가슴에 칼을 3차례 찔려 길거리에서 도움을 요청하고 있는 것을 행인이 발견했으나 끝내 사망한다. 이틀 뒤 한 블록 떨어진 들판에서 8.5인치정도 길이의 부엌칼이 발견되었는데 손잡이 부분이 불룩하게 나와 있었다. 시카고 경찰은 칼에 묻은 혈흔을 조사한 결과 A형이었고, Trunko의 혈액형과 일치하였다.

살인사건 5일 뒤인 1월 24일, 당시 19세였던 Daniel Andersen의 엄마는 가족의 친구였던 경찰관을 불렀고, 앤더슨의 어머니는 경찰관에게 아들이 다른 곳에서 취해 있으니 집으로 앤더슨을 데려다 줄 것을 부탁했다. 경찰관은 다른 경찰관에게 전화하여 앤더슨의 상황을 설명하였고 그 경찰은 새벽 1시30분 경 앤더슨의 차를 발견하여 세웠다. 그러나 앤더슨은 차에 없었고, 당시 앤더슨의 집으로 차를 몰고 가는 중이었던 Norman Venegas를 해당 경찰관 및 같은 조의 또 다른 경찰관인 Paul Nielsen이 앤더슨의 집으로 데리고 왔다. 그 때 앤더슨은 Venegas가 아닌 다른 친구가 집으로 데려오고 있었는데, 앤더슨이 도착한 후 Nielsen경찰관은 앤더슨의 팔을 뒤에서 잡아당겨 그를 바닥에 내동댕이쳤다. Venegas는 앤더슨이 아파한다고 항의 했지만 경찰은 이를 무시하였고, 앤더슨의 어머니가 밖으로 나오자 경찰은 그녀에게 아이들이 소란스럽게 한 것을 놓고 경찰서에 데리고 가고자 하니 서명을 하라고 요구했다. 앤더슨의 어머니는 처음에는 주저했지만, 경찰이 아들을 다치게 하는 것도 싫었고, 경찰들이 앤더슨은 술만 마신 것이니 아침에 아들을 데려갈 수 있다고 했으므로 결국 서명을 하게 된다.

나중에 경찰은 경찰서로 출발한 지 5분이 지나서 앤더슨이 갑자기 자신이 Trunko를 칼로 찌른 것을 시인했다고 말했다. 16시간의 신문 후에, 경찰에 의하면 앤더슨은

257) Ill. ST. CH. 725 §5/§166-3.

258) http://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/casedetail.aspx?caseid=4734 (최종확인, 2018. 10. 23)

1월 19일 밤 19시, 성적인 충동이 일어나서 신발에 칼을 숨긴 채 집에서 나왔다고 살인사건에 대해 자세히 진술했다고 한다. 경찰에 의하면, 앤더슨은 어릴 적부터 친구였던 Trunko를 우연히 만나 이야기했다는 것이다. 구체적으로는, 교회 앞에서 앤더슨이 소변을 보러 갔다 오는 동안 앞 계단에서 기다려 달라고 그녀에게 얘기했고, 그녀가 시야에서 사라지자, 앤더슨은 칼을 꺼내 장갑과 함께 계단에 올려두고 Trunko에게 돌아갔다. 계단에 가까워 졌을 때, 앤더슨은 허리를 굽혀 칼을 집어든 뒤 Trunko에게 키스를 하려했고 성관계를 맺자고 했으며, 그녀가 거절하자 그는 그녀를 바닥에 강제로 밀치고 얼굴을 칼로 찔렀다. 앤더슨은 Trunko가 소리를 질러서 그녀의 가슴을 칼로 3차례 찌르고 달아났으며, 칼과 장갑을 버린 채 도주하였다고 경찰은 설명하였다.

앤더슨은 즉시 자백을 철회했으나 그는 살인죄 및 강간미수죄로 기소되었다. 1980년 3월 앤더슨은 법원이 정한 심리전문의에게 심리검사를 받았고 그는 앤더슨이 심리치료가 필요하고 법정에 출석하기에 적합하지 않다고 했다.

1982년 3월 11일, Cook 카운티 순회법원 배심원은 앤더슨의 자백과 칼에 묻은 혈흔이 Trunko의 것과 동일하다는 점을 근거로 앤더슨을 2개 죄목에 대해 기소했다. 배심원은 앤더슨이 경찰서에 오자마자 경찰관들이 구타하고 발로 차며, 자백하지 않을 경우 영원히 남을 만큼의 상처를 얼굴에 낼 것이라고 위협했다는 이유로 앤더슨의 증언을 기각했다. 경찰관들은 교대로 들어와서 위협했고, 다른 경찰은 자백할 경우, 직업을 주고, 데리고 나가 배도 태워주며, 신문장소를 벗어나도록 할 것이라고 했다. 자백하지 않을 경우, 그를 구타한 경찰관들은 신문장소로 다시 올 것이라고 했다.

앤더슨은 잠도 못자고 (술에 취한 것이 아니었다고 하더라도) 정신이 명확하게 깨어있지 않은 상태였던 상황에서 수사관이 칼이 발견된 장소와 그 칼에 대한 설명을 들었다. 가족들이 그를 대신해서 증언하길 살인사건 당신 앤더슨은 집에 있었으며, 14세부터 알코올에 중독되어 있었다고 한다.

앤더슨은 법정에서 판사에게 "나는 무고합니다. 나는 Cathy를 죽이지 않았습니다."라고 호소하였지만, 결국 55년 실형을 선고받게 된다. 앤더슨의 항소는 Habeas Corpus에 의한 인신보호영장 청구와 마찬가지로 기각되었다. 2007년 3월, 앤더슨은 27년 이상의 형을 살고 가석방으로 풀려났다.

2013년 Paul Biebel Cook 카운티 순회법원 판사는 앤더슨을 대신해서

Northwestern대학교 로스쿨에 있는 Wrongful conviction 센터에 DNA 테스트를 실시하도록 청원서를 제출하였고, Northwestern대학교 로스쿨을 졸업한 앤더슨의 사촌이 사건의 재수사를 의뢰하고 난 후에야 해당 센터는 그 사건을 재수사한다.

2014년 2월 Cellmark Forensics은 DNA 프로파일의 일부분이 칼날에 묻어 있던 혈흔에서 밝혀진 결과에 의하면 이는 Trunko의 것도 Andersen의 것도 아니었다는 것이다. 앤더슨의 변호를 맡은 Joshua Tepfer 변호인은 새로운 증거를 기반으로 앤더슨의 무죄를 위한 소송을 제기했다. 검사는 이를 거절했고 Trunko의 손가락에서 채취해서 더 자세한 DNA 검사를 실시했다. 그 결과 신원 미상의 남성 2인의 것으로 밝혀졌고, 앤더슨은 제외되기에 이른다.

결국 2015년 7월 Alfredo Maldonado Cook카운티 순회 법원 판사는 앤더슨의 무죄를 인정하여 새로운 재판을 열었고 그는 이 자리에서 DNA 증거는 “비범할 정도의 강제력을 가진 사실”이라도 언급했다. 2015년 8월 13일, Cook카운티의 대검찰청은 소송을 기각하였고, 앤더슨은 무죄 인증서와 함께 주정부로부터 220,700달러의 보상금을 받았다.

본 사건에서 Andersen이 유죄판결을 받게 된 요인은 허위자백과, 공권력 남용, 그리고 위증·무고로 귀결되며 이러한 점들이 밝혀져 면죄가 된다.

(2) Roberto Almodovar 살인사건[259]

1994년 9월 1일 새벽 1시 경 일리노이 주 시카고의 West Cortland Street 4900번가 블록에 위치한 아파트 앞에 차 한 대가 와서 멈추었고, 차에 타고 있던 자가 인파를 향해 총을 발사하여, 18세의 Amy Merkes와 Jorge Rodriguez가 사망하였다. 20세의 Jacqueline Grande는 등에 총을 맞았으나 살았고, 19세의 Kennelly Saez는 주차되어 있던 쪽으로 뛰어 들어가 부상은 면했다.

그날 이후, Reynaldo Guevara 시카고 경찰 수사관은 이 사건의 책임수사관으로 임명되었다. Guevara는 이미 ‘미친 용(Insane Dragons)’이라는 길거리 조직폭력단 회원인 Carlos Olan의 살인사건을 수사 중이었는데, 그는 이번 사건이 Olan이 살해당한 것을 보복하기 위한 해당 조직폭력단의 소행이라고 분석했다.

---

259) http://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/casedetail.aspx?caseid=5124 (최종확인, 2018. 10. 22)

Guevara는 Grande가 치료를 받고 있는 병원으로 가서 그녀에게 2장의 사진을 보여줬다. 한 장은 19살의 Robert Almodovar의 사진이고, 다른 한 장은 17세의 William Negron으로 둘 다 '미친 용'의 조직원이었다. Guevara는 Grande가 Almodovar를 뒷자리에 동승하여 총격을 가했고, Negron이 운전을 했다고 진술하였다.

1994년 9월 11일, Guevara는 Almodovar를 체포했고, Negron은 그 다음 날에 체포하였다. 이 둘은 이미 용의자 선상에 서 있었고, Saez와 Grande는 병원에서 퇴원하는 날, 이들의 신원에 대해 언급하였다.

Almodovar와 Negron은 1급 살인죄와 1급 살인미수죄, 특수 폭행죄로 기소되었다. 재판 전 Grande가 병원에 있을 때 Guevara가 Almodovar와 Negron의 사진을 들고 와서 "이 사람들이 총을 쏜 사람들이다"라고 했다는 것이다. 더욱이, Saez는 Almodovar의 변호사에게 밖이 너무 어두워서 자신은 총을 쏜 사람과 운전자를 보지 못했고, 자신은 마리화나를 피우고 있었다고 진술했다.

1995년 11월, Almodovar와 Negron의 재판은 Cook 카운티 순회법원에 회부되었다. Grande와 Saez는 Almodovar를 살인범으로, Negron을 운전자라고 밝혔다. Grande는 법원 관계자가 자신에게 Almodovar와 Negron의 신원을 밝혀달라고 왔으나 그는 이를 거절했고, Guevara는 그녀에게 확인시켜 줘야 할 사람이 누구인지를 말했다는 사실을 부인했다.

Saez는 Almodovar와 Negron의 신원을 확인했는데 자신이 속한 조직의 상부조직원이 그리하도록 시켰기 때문이라고 말했다.

Almodovar은 자신의 변호인석에서 1994년 8월 31일에는 Farley's Chocolate Company에서 11시간 교대근무 중이었고 5시에 일을 마치고 나갔다고 진술했으며, 버스를 타고 Wilbur Wright College로 가서 10시까지 수업을 들은 후, 다시 버스를 타고 집에 와서 나머지 저녁시간 동안에는 집에 있었다고 했다. 가족들도 그를 해명했다. 그러나 1995년 11월 30일, 배심원단은 두 사람에게 Rodriguez와 Merkes를 살해한 1급 살인죄와 Saez와 Grande에 대한 살인 미수죄 및 특수 폭행죄를 적용해서 유죄판결을 내렸다. 이들에게는 각각 가석방 없는 종신형이 선고된다.

그들의 유죄판결 이후 새로운 재판이 진행되었는데, Saez는 1999년 재판에서 Guevara 와 Grande가 Almodovar와 Negron의 사진을 들고 와서 총살범과 운전자들

이라고 말했다고 밝혔다. 그는 Guevara 와 Grande가 Almodovar와 Negron이 그 사건에 연루된 사람이라고 말했기 때문에 자신도 그리 진술했다고 언급하면서 두 사람에 대해 자신이 한 신원확인 내용을 철회하였다.

Saez는 "나는 누구든 책임을 지길 원한다. 나는 그들의 생각을 믿지만 그들이 맞을 수도 그들이 틀릴 수도 있다. '나는 모른다'라는 말을 하기 위해 이 자리에 있다. 내가 그들의 신원을 확인할 수 있다고 나는 말할 수 없다. 나는 그럴 수도 그러지도 않을 것이다."라고 증언했다.

유죄판결 후의 소송은 Almodovar의 변호사가 재판 전 Grande와 Saez의 진술을 확보한 Almodovar의 이전 변호사와의 전화연결을 하지 못함으로써 제대로 법적 변호를 하지 않았다는 사실에 소송을 제기한 것이다. 또한 Almodovar의 변호사가 사건 당일 날 자신의 의뢰인이 근무하고 있는 회사로부터 의뢰인의 근무기록을 확보하지 못한 것과 학교 측으로부터 Almodovar가 수업에 참여했었다는 기록을 확보하지 못한 점도 소송내용에 포함되었다. 하지만 무죄입증 소송은 기각되었다.

2010년 Almodovar는 Chicago Tribune과의 인터뷰에서 Guevara수사관이 목격자들을 강압하여 무고한 사람을 범죄가해자로 지목하도록 했으며, 이는 공권력 남용의 공공연한 실태를 보여주는 것이라고 밝히면서 변호사 없이 또 다른 유죄판결에 대한 소송을 제기했다. 그 논지에는 살인자로 유죄판결을 받고 11년 후에 무죄가 입증된 Juan Johnson을 거짓 기소하도록 목격자들에게 압력을 가했으며, 이에 목격자들이 Guevara를 어떻게 기소하게 되었는지에 대한 내용도 실려 있다. 목격자들은 Juan Johnson은 연방 법원에서 승리할 수 있도록 Guevara에게 불리하게 진술하였고, 이로 인해 배심원은 그에게 2100만 달러의 보상금을, 시카고 시는 1640만 달러의 보상금을 책정했다.

Almodovar는 Saez로부터 받은 개인정보보호서약서의 내용을 첨부하였는데, 그 서약서에는 Guevara와 Grande가 Saez에게 Almodovar와 Negron의 신원을 어떻게 밝혀줘야 하는지에 대해 서술되어 있었다고 한다. 또한, Guevara는 "일련의 살인사건들이 즐비해 있을 때 긍정적이던 부정적이던 신원내용을 바꾸기 위해 제공된 뇌물도 받았다"고 비밀첩보원이 밝힌 FBI보고서의 내용이 포함된 청원서도 제출되었다.

그 청원서는 공판 없이 기각되었다. 하지만 2013년 일리노이 상소법원은 기각을

번복하여 예비심사를 위해 본 사건을 하급법원에 회부 또는 이에 대해 재판을 재개하기로 했다.

반면, Guevara가 수많은 거짓 유죄판결에 책임이 있음을 주장한 변호인 측과 옹호자들에 대한 압력이 커져갔다. 이로 인해 시카고 시는 Sidley Austin LLP라는 법률회사에게 Guevara 사례에 대한 수사를 독자적으로 진행할 것을 의뢰했다. 2015년, Sidley Austin보고서가 완성되었는데 여기에는 다른 이들 중 Jose Montanez와 Armando Serrano는 "십중팔구 무죄"라고 적혀 있었다. 2016년 7월, Jose Montanez와 Armando Serrano는 무죄입증 되었고, 그들의 기소는 기각되었으며, Guevara의 공권력 남용이 부분적으로 증거로 채택되어 2011년 무죄가 입증된 Johnson과 Jacques Rivera와 같이 무죄가 밝혀졌다.

Sidley Austin보고서가 발간된 지 2년 후인 2017년, Almodovar와 Negron에 대한 예비심리의 결과가 나왔다. 그 심리는 대단히 치열했는데, Almodovar의 변호는 Jennifer Bonjean변호사가 담당했고, Negron변호는 시카고대학교 로스쿨의 무죄입증 프로젝트(Exoneration Project)에 속한 Russell Ainsworth변호사가 담당했다. 이들은 Guevara가 수십 개의 사건에서 목격자에게 불합리하게 영향력을 행사했다는 내용이 담긴 엄청난 양의 증거를 제시하였다.

2017년 4월 10일, James Linn 순회법원 판사가 주재하는 재판이 진행되는 동안, Ainsworth는 Guevara가 "단지 추측"에 의해 사건을 해결하였고, Guevara는 사건에 관한 질문에 대해 대답을 계속 회피하였으며, 대신 다섯 번째 수정헌법인 스스로 불리한 진술을 하지 않을 수 있는 권리에 대해 언급했다.

Celeste Stack 지방검사보는 Guevara가 피고인에 대한 파악을 어림짐작으로 하는 "초현실적인 사람"이 아니라, 시카고가 길거리 조직폭력배의 폭력사건으로 한참 얼룩져 있던 당시 사건을 해결하고자 한 숙련되고 경험이 풍부한 수사관이라고 주장했다. 하지만 이틀 뒤 Kim Foxx Cook카운티 검사는 검찰이 Almodovar와 Negron이 재판을 재개하는 것을 골자로 한 청원서에 더 이상 반대하지 않을 것이라고 갑자기 발표했다. "이번 사건의 절차는 더 이상 정의의 이익에 부합하지 않는다."라고 서면진술서에 이와 같이 적었다.

2017년 4월 14일 검찰은 유죄를 무효화할 것을 요청했다. Linn판사는 이와 같은

움직임을 받아들이고 기소를 기각하여 결국 Almodovar의 죄는 무효가 되었고 기소는 기각되었고, 2018년 3월, Almodovar은 자신의 억울한 유죄판결에 대한 피해보상을 요구하는 연방민사소송을 제기하여 주로부터 226,500달러의 보상금을 받았다.

Almodovar는 살인죄로 1995년 유죄판결을 받고 2017년에 면죄되며, 면죄근거 및 오판의 원인은 무고·위증, 공권력 남용, 불충분한 변호로 파악된다.

(3) James Edwards 살인 및 강도사건[260]

1994년 12월 9일, 71세의 Fred Reckling은 일리노이 주 Waukegan에 위치한 자신의 상점인 Grand Appliance 뒤쪽에서 누군가에게 폭행당한 후 살해된 채로 발견되었다. 상점 앞 문 바로 안쪽 카페트에서는 혈흔도 발견되었으며, Reckling은 누군가에게 심하게 폭행당해서 두개골이 골절되었고 왼쪽 팔은 여러 군데 골절이 되어 있었다. 10일 뒤 그의 차량인 Lincoln Town car는 시카고 시의 북쪽에서 발견되었으며, 핸들과 운전석을 포함한 곳곳에서 핏자국도 발견되었다.

13개월 동안 이 사건은 미제로 남았고, 당시 Waukegan지역의 유일한 미제 살인사건으로 남았다.

1996년 1월 4일 45세인 James Edwards가 Waukegan지역의 모텔 무장 강도사건으로 체포되어 신문받기 위해 구금되었다. 당시 Edwards는 폭력전과 기록이 있었고 1974년 3월 28일 교회에서 만난 83세의 Cora Lee Young을 살해한 혐의로 50년 실형을 받았다가 1991년 가석방으로 풀려나있던 상태였다.

27시간의 신문과정에서, 경찰은 Edwards에게 Reckling 사건을 포함하여, 뉴욕 및 오하이 등에서 발생한 모텔 무장 강도사건 및 기타 무장 강도사건, 절도 및 세 건의 살인 사건에 대해 자백할 것을 요구했다.

경찰은 1974년 Bronx에서 성추행 후 남성을 살해한 살인사건에 대해 자신이 범인임을 인정했다고 밝혔다. 또한, 그는 1974년 2월, 클리브랜드 Shaker Heights에 위치한 한 쇼핑센터의 주차장에서 60세의 Sylvia Greenbaum의 금품을 털고 살해한 혐의에 대하여 자백했다고 경찰은 밝혔다.

Edwards가 Reckling 살인사건에 대해 자백하는 영상이 비디오로 촬영되었는데,

260) http://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/casedetail.aspx?caseid=3909 (최종확인, 2018. 10. 22)

자백 내용을 보면 그는 Reckling이 상점 밖에 주차하는 모습을 보고 안에서 그를 따라간 뒤 그를 구타하고 1800달러를 훔쳐 달아났다고 진술하였다. 그리고 상점 주인의 차를 타고 시카고로 가서 차를 버린 후, 3일 동안 돈을 써가며 코카인을 했다고 진술했다. 결국 Edwards는 1996년 10월 31일, Reckling살인죄와 모텔 무장 강도사건으로 Lake 카운티 순회법원에 회부되었다.

상점과 차 내부에서 발견된 혈흔에 대해 DNA 테스트를 한 결과 Edwards의 것이 아니라고 밝혀졌고, 검찰은 그 혈흔이 다친 채로 Reckling의 차를 운전한 가게 종업원의 것으로 파악했다. 이러한 DNA 검사결과에도 불구하고 Edwards에게 유일하게 불리하게 작용한 증거는 자신이 자백한 내용이었다. 즉, 변호인은 Edwards의 자백이 수사관의 강압에 의한 것이라고 주장했지만, 수사관은 수사 중 그의 태도가 "그 분위기에 익숙하게 적응했기" 때문에 강압에 의해 자백이 이루어진 것이 아니라고 주장하였다.

배심원은 일리노이 주에서 Edwards에게 사형을 선고하라는 청원을 기각하고 가석방 없는 조건의 종신형 및 무장 강도사건에 대해서는 60년 실형을 선고했다. 그 후 유죄판결에 대한 형량을 줄이기 위해 Habeas Corpus에 의한 연방청원을 청구하였지만 기각되었고, Edwards는 1998년 12월 31일 Reckling살인사건에 대한 유죄판결에 대해 일리노이 항소법원에 항소하였으나 이 또한 기각되었다.

2005년 6월 20일, Edwards측 변호사인 Kathleen Zellner는 차와 가게에서 발견된 혈흔에 대한 DNA 테스트에 대한 소송을 제기했고, 5년 뒤 일리노이 대법원의 명에 의거하여 2011년 3월 15일 Lake 카운티 순회법원은 DNA 테스트를 시행하도록 명했다.

2012년 Zellner와 공동으로 변호하고 있는 Paul DeLuca는 재심을 청구하여 DNA 증거와 Edwards가 한 선서진술서를 제시했는데, 그 진술서에는 그가 신문을 당하는 동안, Waukegan 경찰 수사관이 그를 구타했고, 그를 벽에 세게 부딪히게 하는 행위를 했으며, 관자놀이를 누르고, 화장실도 가지 못하게 하고 음식도 먹지 못하게 하는 등 27시간 동안 그에게 강압적이었다고 적혀 있었다. 또한 Edwards는 선서진술서에서 살인을 자백하지 않으면 수사관이 자기를 죽일 것이라고 하였고, 죽인 후 자신이 자살했다고 말할 것이라는 당시 수사관이 말한 내용이 기록되어 있었다.

재심에서의 Edwards의 발언 내용은 자백내용과 증거자료의 내용의 상당부분이 일치하지 않았다. 즉, Edwards는 은행가방에 1800달러를 담아 이를 가게 바닥에 두고

왔다고 진술했지만 실제로 가방은 발견되지 않았고, Reckling의 차를 주차장에 버렸다고 자백했지만 차량은 주차장이 아닌 길거리에서 발견되었다. 그리고 Edwards는 차를 버린 후 시카고 남쪽에 있는 Fluky's 바에 갔다고 했지만 그 바는 1994년 이후 몇 년 동안 폐업상태였다.

2011년 6월 27일 혈흔에서 조사된 DNA 프로파일은 42세의 Hezekiah Whitfield의 것으로 밝혀졌는데, 그는 무장 강도사건에 대해 유죄판결 후 1991년 5월 가석방을 받아 1993년 일리노이 교정부(Department of Corrections)에서 석방된 상태였다. Whitfield는 이후 Waukegan 근처에 위치한 일리노이의 두 도시인 Evanston과 Wilmett에서 있었던 각각의 강도사건으로 1995년과 1998년에 유죄판결을 받았었다. 2012년 5월 15일, Whitfield는 Reckling를 살해한 죄로 체포 및 기소되어 2014년 4월에 배심원은 Whitfield를 살인죄로 유죄평결을 내렸다.

결국 2012년 5월 29일, Reckling살인죄에 대한 Edward의 유죄판결은 무효가 되어 Edward는 면죄가 되었고, Lake 카운티 주 지방검찰청은 이 사건을 철회했다.

Edward는 살인 및 강도죄로 1996년에 가석방 없는 종신형을 선고받았으나 재심을 통해 2012년에 면죄가 된다. 본 사건이 오판에 이르게 된 원인과 면죄의 근거는 허위자백, 위증·무고, 공권력 남용에 의한 것으로 분석된다.

마. 미국의 DNA감식을 위한 법률

재심은 연방차원에서 DNA 테스트에 대한 권리를 법제화하면서 활기를 띠게 되며, 이에 따라 미국의 주들은 대부분 2000년대 들어 DNA 테스트와 관련된 법률을 제정하기에 이르렀다. 재심을 함에 있어서 가장 중요한 요건은 '새로운 증거'이며, 새로운 증거를 발견함에 있어서 큰 도움을 줄 수 있는 것이 바로 DNA증거라고 할 수 있다.

미국은 6개 주 즉, 알라바마, 알라스카, 메사추세츠, 미시시피, 사우스 캐롤라이나, 사우스 다코타의 경우 DNA 감식을 요구할 수 있는 권리가 아직 법으로 존재하지 않으며 이 주들을 제외한 나머지 주들은 DNA 검사를 위한 규정이 존재한다. 다만 주별로 차이가 있으므로 일관된 형태로 운용되는 것은 아니다. 아래는 미국의 모든 주에 대한 DNA감식을 위한 규정과 기타 사항을 정리한 표이다.

[표 4-5] 각 주별 DNA검사 규정 및 기타 주요사항

주	법규	법 발효일	DNA검사결과가 무죄에 미치는 정도	피고인이 감금 중이어야 하는지 여부	법정에서 적용될 수 없는 기술의 제한	기타 제한	DNA검사외의 것이 경우 형 감경에 미치는 정도[261]
네바다	NEV. REV. STAT. ㎜ 176.091, .0919	2003	개연성			사형선고 사건에 한해서만 가능	
네브라스카	NEB. REV. STAT. ㎜ 29-4116 to -4125	2001	약한 가능성	○			
노스다코타	N.D. CENT. CODE § 29-32.1-15	2005	개연성		○		
노스캐롤라이나	N.C. GEN. STAT. ANN. ㎜ 15A-269, -270 (	2001	개연성				
뉴멕시코	N.M. STAT. § 31-1A-2	2003	개연성			중범죄 제한	
뉴욕	N.Y. CRIM. PROC. LAW § 440.30(1-a)	1994	개연성			유죄인정 사건은 제외	개연성
뉴저지	N.J. STAT. ANN. § 2A:84A-32a	2002	개연성	○			
뉴햄프셔	N.H. REV. STAT. ANN. § 651-D:2	2004	확실성	○			
델라웨어	DEL. CODE ANN. tit. 11, § 4504	2000	개연성		○	제척기간	확실성
로드아일랜드	R.I. GEN. LAWS ㎜ 10-9.1-10 to -12	2002	개연성	○			
루이지애나	LA. CODE CRIM. PROC. ANN.	2001	개연성			중범죄 제한 일몰조항	

주	법규	법 발효일	DNA검사결과가 무죄에 미치는 정도	피고인이 감금 중이어야 하는지 여부	법정에서 적용될 수 없는 기술의 제한	기타 제한	DNA검사외의 것이 경우 형 감경에 미치는 정도[261]
	art. 926.1						
매릴랜드	MD. CODE ANN., CRIM. PROC. § 8-201	2001	개연성			중범죄 제한	
매사추세츠							
메인	ME. REV. STAT. ANN. tit. 15, ㎜ 2137-2138	2001	개연성		○	중범죄 제한 제척기간	확실성
몬타나	MONT. CODE ANN. § 46-21-110	2003	개연성	○		중범죄 제한	
미네소타	MINN. STAT. § 590.01(1a)	1999	개연성		○	제척기간 변호인의 과실이 있는 사건에 한함	
미시간	MICH. COMP. LAWS § 770.16	2001	개연성	○		중범죄 제한 일몰 조항 유죄인정사건 제외	확실성
미시시피							
미주리	MO. REV. STAT. ㎜ 547.035, .037	2001	개연성	○	○	변호인의 과실이 있는 사건에 한함	확실성
버몬트	VT. STAT. ANN. tit. 13, § 5561	2007	개연성			중범죄 제외	
버지니아	VA. CODE ANN. ㎜ 19.2-327.1 to -327.6	2001	확실성	○	○	변호인의 과실이 있는 사건에 한함	확실성

주	법규	법 발효일	DNA검사결과가 무죄에 미치는 정도	피고인이 감금 중이어야 하는지 여부	법정에서 적용될 수 없는 기술의 제한	기타 제한	DNA검사외의 것이 경우 형 감경에 미치는 정도[261]
						중범제 제외	
사우스다코타	없음						
사우스캐롤라이나	없음						
아리조나	Ariz. Rev. Stat. Ann.§13-42-40	2000	개연성			중범죄 제한	
아이다호	IDAHO CODE ANN. ㎜ 19-4901(a)(6), 4902(b)-(f)	2001	개연성	○	○	제척기간	
아이오와	IOWA CODE § 81.10	2005	개연성			중범죄 제한	
아칸사스	Ark. Code Ann. §§16-112-201 to 207	20012	개연성			제척기간 有	확실성
알라바마	없음						
알라스카	없음						
오레곤	2005 Or. Laws 2205; 2003 Or. Laws 1128	2001	개연성	○		중범죄 제외 일몰조항	
오클라호마	OKLA. STAT. ANN. tit. 22, ㎜ 1371-1372	2002	개연성	○		중범죄 제한	
오하이오	OHIO REV. CODE ANN.§§ 2953.21, .23, .71-.83	2003	개연성	○	○	중범죄 제한	확실성
와이오밍	WYO. STAT. ANN. § 7-12-303	2008	약한 가능성			중범죄 제외	

주	법규	법 발효일	DNA검사결과가 무죄에 미치는 정도	피고인이 감금 중이어야 하는지 여부	법정에서 적용될 수 없는 기술의 제한	기타 제한	DNA검사외의 것이 경우 형 감경에 미치는 정도[261]
워싱턴	WASH. REV. CODE § 10.73.170	2000	개연성	○	○	중범죄 제외	
워싱턴D.C.	D.C. CODE ㎜ 22-4131 to -4133	2002	개연성	○		중범죄 제한	
웨스트 버지니아	W. VA. CODE ANN. § 15-2B-14	2004	개연성	○		중범죄 제외	
위스콘신	WIS. STAT. § 974.07	2001	개연성				
유타	UTAH CODE ANN. ㎜ 78-35a-301 to -304	2001	개연성		○	중범죄 제외	확실성
인디아나	IND. CODE ㎜ 35-38-7-1 to -19	2001	개연성			중범죄 제한	
일리노이	725 ILL. COMP. STAT. 5/116-3	1997	개연성	○	○		
조지아	GA. CODE ANN. § 5-5-41(c)	2003	개연성			중범죄 제한	
캔사스	KAN. STAT. ANN. § 21-2512	2001	약한 가능성			중범죄 제한	
캔터키	KY. REV. STAT. ANN. § 422.285	2002	개연성			사형선고 사건만 가능	
캘리포니아	Cal. Penal Code§1405	2000	개연성	○		중범죄 제한	
코네티컷	CONN. GEN. STAT. § 54-102kk	2003	개연성	○			
콜로라도	Colol Rev.	2003	가능성	○			

주	법규	법 발효일	DNA검사결과가 무죄에 미치는 정도	피고인이 감금 중이어야 하는지 여부	법정에서 적용될 수 없는 기술의 제한	기타 제한	DNA검사외의 것이 경우 형 감경에 미치는 정도[261]
	Stat§§18-1-411 to 416						
테네시	TENN. CODE ANN. ㎜ 40-30-301 to -313	2001	개연성			중범죄 제외	
텍사스	TEX. CODE CRIM. PROC. ANN. arts. 17.48, 64.01-.05	2001	가능성				개연성
펜실베니아	42 PA. CONS. STAT. ANN. § 9543.1	2002	개연성	○		변호인의 과실이 있는 사건에 한함	가능성
플로리다	FLA. STAT. ㎜ 925.11, 943.3251	2001	개연성			중범죄 제한	
하와이	HAW. REV. STAT. ㎜ 844D-121 to -133	2005	개연성				

*출처: Garrett, "Claiming Innocence", Minnesota Law Review, 2008, p. 1719의 표를 재구성 하였음.

위 표를 보면 6개주를 제외한 나머지 주는 유죄의 확정판결 후 무고한 자를 면죄해 주기 위해 새로운 증거를 발견하는 데 도움을 주는 DNA 검사와 관련한 규정을 갖추고 있다. 다만 각 주마다 일정한 요건과 제한이 뒤따르고 있다. 예컨대, 제척기간이 존재하는 주, 중범죄는 제외되는 주, 사형선고를 받은 사건에 한정하는 주 등 주마다 다소간의 차이를 보이고 있다. 그리고 DNA 증거가 피고인의 무죄를 입증하는 데 어느 정도 영향력이 미쳐야 하는지에 대한 기준도 주마다 다르게 규정되어 있다. 그 정도는 약한 가능성(Just likelihood), 개연성(Materiality or resonable probability that testing could prove innocence), 가능성(More probable than not preponderance),

261) 비어 있는 칸은 법관에게 재량권이 있음을 의미한다.

명백성(Clear and convincing or a substantial)과 법관의 재량으로 구분되어 있고 법관의 재량에 의해 결정되는 경우가 가장 많고 그 다음으로 개연성, 가능성, 명백성 순이다.

2. 오판피해자의 사후적 구제수단으로서 미국의 형사보상제도

가. 서설

미국에서 무고한 면죄자들이 교도소에 수감되어 있었던 기간을 모두 합하면 2018년 현재까지 20,000년 정도가 된다고 한다.[262] 지금까지 미국정부가 무고한 면죄자들에게 형사보상금으로 지급한 금액은 22억 달러, 즉 한화로 산정하면 2조 2천 억 원에 달한다. 하지만 아직도 면죄자들 중의 과반수 정도는 보상금을 받지 못하였다고 한다.[263] 2016년까지만 하여도 미국에서는 30개 주에서 형사보상제도를 시행하고 있었지만, 그 이후 몇 개 주에서 형사보상법률이 통과하여 2018년 현재는 17개 주를 제외한 모든 주에서는 형사보상제도를 시행하고 있다.[264] 특히 2018년에 형사보상법률이 통과된 Kansas주는 미국에서 가장 많은 형사보상금액을 지급하는 주가 되었다.[265] 죄를 범하지 않은 무고한 자가 긴 세월을 교도소에서 복역하였다는 것은 어떤 것으로도 대체해 줄 수 없는 것인 만큼 미국은 보상으로라도 과거의 아픔을 달래주기 위해 노력하고 있는 것으로 보인다.

미국의 형사보상액수는 우리나라에 비해 상당히 높은 편인데 우리는 재심을 통해 면죄를 받은 사람이 매우 적기 때문에 형사보상제도에 대한 이해도와 법 개정의 필요성을 느끼지 못한 것이 아닌가 생각된다. 물론 미국도 처음부터 지금과 같지는 않았다. 과거 미국은 복역 중 무죄로 석방된 자에 대한 보상을 놓고 소극적인 모습을 보였는데,

---

262) National Registry of Exoneration, Milestone: Exonerated Defendants Spent 20,000 Years in Prison, 2017, p. 1. http://www.law.umich.edu/special/exoneration/Documents/NRE.20000.Years.Report.pdf(최종확인, 2018. 10 19)

263) National Registry of Exoneration, Milestone: Exonerated Defendants Spent 20,000 Years in Prison, 2017, p. 1. http://www.law.umich.edu/special/exoneration/Documents/NRE.20000.Years.Report.pdf (최종확인, 2018. 10. 19)

264) https://www.innocenceproject.org/compensation-all-50-states/(최종확인, 2018. 10. 12)

265) https://www.innocenceproject.org/compensation-all-50-states/(최종확인, 2018. 10. 12)

1989년 DNA검사를 통해 면죄를 받은 자가 나오게 된 이후로 꾸준하게 면죄자의 수가 증가하게 되면서 형사보상제도를 마련하는 주의 수가 점차 늘어나게 된다. 예컨대, 2000년에는 15개 주, 2010년에는 28개 주에 이르렀으며 2016년에는 30개 주, 2018년 현재는 상술한 바와 같이 33개 주에서 형사보상제도를 시행하고 있다. 미국은 33개 주에서 뿐만 아니라 연방차원에서의 형사보상제도도 존재한다. 이하에서는 연방차원에서의 형사보상제도와 각 주별 형사보상제도에 관하여 살펴보도록 하겠다.

나. 연방법에 의한 형사보상제도

1) 근거법률

2004년에 통과된 'Justice for all act'에는 형사보상을 받기 위한 요건을 규정해 놓고 있다(28 U.S.C. 2513). 첫째, 연방법률을 위반하여 유죄평결을 받아 자유형을 복역하였으나 당해 유죄평결이 항소법원이나 연방대법원 등 권한 있는 법원에 의해 파기되거나 재심 또는 청문에 의해 무죄로 판결되거나 대통령의 사면에 따라 석방되는 경우이어야 하며, 이러한 사실은 법원이나 사면절차의 증서나 기록으로 제시되어야 한다.[266] 둘째, 청구인은 미국연방정부 등에 대하여 당해 범죄를 범하지 않았으며, 당해 범죄와 관련하여 자신의 행위나 행동, 부작위는 연방에 대한 범죄를 구성하지 않고 자신의 잘못이나 과실로 인하여 기소를 야기하지 않았음을 입증하여야 한다.[267] 그리고 필요한 사실의 입증은 법원이나 사면증명서에 의해야 하며 다른 절차를 모두 거쳐야 한다.[268]

그러나 청구인이 자신의 무고함에 대한 법원의 증명서를 발급받기 위해서는 자신의 무고함을 적극적으로 입증해야 하는데, 단순히 공소가 형식적 요건을 갖추지 못하여 기각되거나 공소시효의 만료 등 기술적인 이유로 무죄가 되는 경우에는 형사보상이 허용되지 않는다.[269] 또한 증거불충분으로 대법원에서 유죄판결을 파기하였다고 하

266) 윤지영·정진수·서주연, 형사보상제도의 운영현황과 개선방안, 연구총서, 16-AA-07, 한국형사정책연구원, 2016, 61면; 한상훈, 영미법상 형사보상제도에 대한 검토, 법학연구 제22권 제4호, 연세대학교 법학연구원, 2012, 10면.
267) 한상훈, 전게 논문, 10면.
268) 한상훈, 전게 논문, 10면.
269) 윤지영 외, 전게 보고서, 61면.

더라도 실제 당해 범죄에 가담하였다고 인정할 수 있는 상당한 증거가 존재하는 경우에도 형사보상의 자격은 부정된다.[270]

2) 절차

신청인의 무고함이 입증되었는지 자격이 있는지 등에 관한 심리 및 재판권은 연방청구원법원(U.S. Court Federal Claims)이 가진다.[271] 본 법원은 유죄평결 자체를 파기할 권한은 없으며, 유죄평결이 권한 있는 법원에 의해 파기되거나 대통령에 의해 사면된 이후에 청구인에 대한 보상여부 및 보상액 등을 심사할 수 있을 따름이며,[272] 유죄평결을 파기할 권한을 가지는 것은 아니다.

연방청구법원의 절차에 관한 내용은 28 U.S.C 2501이하에서 규정되어 있으며, 상세한 내용은 연방청구법원규칙(Rules of the United States Court of Federal Claims)에 규정되어 있는데, 본 규칙에 의하면 형사보상의 청구권이 발생한 때로부터 6년 이내에 청구해야 한다고 규정하고 있다.[273] 다만, 소를 제기함에 있어서 법적 장애가 있을 경우에는 당해 사유가 소멸된 때부터 3년 이내에 소를 제기하여야 한다.[274] 연방청구법원에서는 연방정부가 피고가 되며, 배심원 없이 직업법관들의 심리와 결정으로 진행된다.[275]

연방청구법원의 재판에 대한 불복은 연방항소법원(United States Court of Appeals for the Federal Circuit)에 제기하며(28 U.S.C. 1295), 워싱턴 D.C.에 위치하는 이 항소법원은 연방이 피고가 되는 청구소송의 항소심을 전속으로 담당한다.[276]

3) 보상액

보상액은 28 U.S.C 2513(e)에서 규정하고 있는데, 사형선고를 받은 자의 경우 1년에 100,000달러를 초과해서는 안 되며, 자유형으로 복역한 자의 경우에는 1년에 50,000

270) 윤지영 외, 전게 보고서, 61면.
271) 한상훈, 전게 논문, 13면.
272) 윤지영 외, 전게 보고서, 62면.
273) 윤지영 외, 전게 보고서, 62면; 한상훈, 전게 논문, 14면.
274) 윤지영 외, 전게 보고서, 62면; 한상훈, 전게 논문, 14면.
275) 한상훈, 전게 논문, 14면.
276) 한상훈, 전게 논문, 15면.

달러를 초과할 수 없는 것으로 규정되어 있다. 구체적인 보상액은 연방민사소송 절차에 따라 연방청구법원이 결정한다.[277]

다. 미국의 주요 주 형사보상제도

미국의 모든 주의 형사보상제도를 다루는 것은 어려우므로 이하에서는 주요 주인 뉴욕 주, 캘리포니아 주, 일리노이 주에 한정하여 살펴보고자 한다. 우선 이하 표는 미국의 모든 주의 형사보상제도 근거법률 및 기타 주요한 점들을 정리한 것이다.

[표 4-6] 형사보상제도를 시행하고 있는 30개 주의 형사보상금 규정

주	규정	통과일	청구자격	제척기간	최대 보상액
US(FED)	28 USC §1495&§2513	1948	무죄사면 또는 번복된 유죄판결, 청구인이 유죄가 아니라는 그리고 재심 또는 재심리에서 유죄가 아님이 밝혀진 것을 근거로 판결 무효	제한없음	매년 50,000달러 (사형선고를 받은 경우 매년 100,000 달러)
네브라스카	NE ST 29-4601	2009	사면위원회는 청구인을 사면하고, 법원은 청구인의 유죄를 무효화하거나 유죄판결을 번복하고 재심을 요구하며 차후의 유죄판결은 없는 경우	제한없음	매년 25,000달러에서 최대 500,000 달러까지 지급가능
노스캐롤라이나	NC Gen Stat§§148-82 to 84	1947	무죄사면	5년	매년 50,000달러에서 최대 750,000 달러
뉴욕	NY Ct. of Claims Act §8-b	1984	사면 또는 번복된 유죄판결 그리고 무고함을 근거로 기각된 기소 또는 무고가 선고된 사례	2년	제한없음
뉴저지	NJ Stat Ann§§52:4-1	1997	그 어떤 다른 법 조항에도 불구하고 자신이 행하지 않은 한가지 또는 그 이상의 죄목으로 유죄판결을 받고 결과적으로 수감된 경우	2년	
뉴햄프셔	NH	1977	무죄 발견	3년	수감기간 관계없이

277) 윤지영 외, 전게 보고서, 62면; 한상훈, 전게 논문, 15면.

주	규정	통과일	청구자격	제척기간	최대 보상액
	Stat§541-B:14				최대 20,000달러
루이지애나	R.S.15:572.8 & Code Civ.Pro. Art.87	2005	번복 또는 무효화된 유죄판결, 그리고 사실에 입각해서 무죄가 "입증된" 청구인	2년	수감기간 대비 매년 25,000달러. 최대 250,000달러
매릴랜드	Md State Fin&Proc§10-501	1999	개인에 대한 유죄판결이 결정적으로 잘못된 것임이 명시된 사면	제한없음	공공사업위원회가 결정함
매인	14Me Rev Stat Ann§8241-8244	1993	무죄사면	2년	300,000달러까지 지급가능
메사추세츠	Ann L. MA.Gen'l Laws, Ch.258D§1-9	2018	사면 또는 번복된 유죄판결 그리고 무죄를 근거로 기각된 기소 또는 무고가 선고된 사례	3년	최대 1,000,000달러 및 합리적인 범위 내에서 소송비용과 변호사 비용
몬타나	Mont. Codr Ann§53-1-214	2003	유죄판결 후 포렌식 DNA 테스트 결과가 유죄판결을 받은 당사자의 무죄를 입증할 만한 경우		보상액은 없음. 단, 교육을 위한 일체의 비용을 원조함
미네소타	M.S.A.§590.11&§611.362	2014	법원은 무고함을 근거로 유죄판결을 무효화하거나 번복하고 기소를 기각한다; 청구인이 유죄가 아님이 밝혀졌거나 재심에서 기소가 기각되었거나; 무죄입증을 할 수 있는 항소명령의 기한이 지났거나 그 명령이 확정된 것이거나 최종적인 경우	2년	매년 최소 50,000달러에서 최대 100,000달러
미시간	SB291	2016	유죄판결이 번복되거나 무효화되고 기소가 기각되거나 재심에서 유죄가 아님이 밝혀진 경우	3년	매년 50,000달러
미시시피	MS ST§11-44-1	2009	무고함을 근거로 사면 또는 유죄판결이 무효 또는 번복된 경우	3년	매년 50,000달러에서 500,000달러
미주리	V.A.M.S.650.058	2006	당사자는 단지 DNA증거를 통해서만 실제로 무고함이 결정되어야 함	1년	수감기간 대비 1일당 50달러
버몬트	13V.S.A Ch.182	2007	유죄판결이 번복되었거나 무효가 되었고 기소가 기각되었거나 무죄가 입	3년	매년 30,000달러에서 최대 60,000달러까지 지급가능

주	규정	통과일	청구자격	제척기간	최대 보상액
			증되었거나 사면이 받아들여진 경우		
버지니아	8.01-195.10	2004	버지니아 19.2 또는 19.3장에 의거하여 무효화된 유죄 또는 사면	제한없음	1인 당 버지니아 주 평균수입의 90%지급
아이오와	Iowa Code Ann.§663A.1	1997	무효 또는 번복된 유죄판결 그리고 기각된 기소	2년	1일 당 50달러와 소득상실에 대한 보상 차원으로 매년 최대 25,000달러 및 변호사 비용
알라바마	Ala.Code 1975 §29-2-150	2001	무효 또는 번복된 유죄판결 그리고 무고함을 근거로 면죄된 경우	2년	수감기간 대비 1년 당 50,000달러
오클라호마	51Okl.St.§154	1978	사면되었거나 무효화된 유죄판결 그리고 실질적 무고함을 근거로 기각된 기소	제한없음	수감기간 관계 없이 최대175,000달러까지 지급가능
오하이오	Ohio Rev Codr Ann§2305.02 &2743.48	1986	무효 또는 번복된 유죄판결 그리고 기각된 기소	2년	매년 40,330달러(또는 주 감사관이 결정) 및 소득손실, 변호사 비용 지급
워싱턴	RCWA§4.100.010	2013	상급법원이 유죄판결을 내려 실제로 무고한 당사자가 한 가지 이상의 중범죄 죄목에 대해 수감된 경우, 어떠한 당사자도 주 정부를 상대로 보상을 청구할 수 있음		수감기간 대비 매년 50,000달러. 사형선고를 받은 경우 50,000달러 추가 지급. 가석방 및 성범죄자 등록의 경우 25,000달러 추가 지급.
워싱턴D.C	DC ST§2-241	1981	무죄사면 또는 번복된 유죄판결 또는 청구인이 유죄가 아니라는 근거로 판결 무효가 된 경우	제한없음	수감기간 대비 매년 200,000달러
웨스트버지니아	W Va Code§14-2-13(a)	1987	무죄사면 또는 번복된 유죄판결 그리고 기각된 모든 기소사례 또는 재심에서 무고함을 입증	제한없음	제한없음
위스콘신	Wis Stat§775.05	1913	구체적인 명시 없음	제한없음	매년 5,000달러에서 25,000달러 및 변호사 비용 지급
유타	78-35a-405	2008	Utah 78-35a-402에 의거하여 사실에 입각한 무죄		15년 동안 비농업인의 연간평균수입에 해당하는 임금을 지급

주	규정	통과일	청구자격	제척기간	최대 보상액
일리노이	Ill Rev Stat ch. 705§505/8	1945	무죄에 대한 사면 또는 무죄 인증	2년	수감기간 5년 이하는 85,350달러, 14년 이하는 170,000달러, 14년 이상은 199,150달러
캔사스	HB2579	2018	무죄 또는 사면인증서	2년	수감기간 대비 매년 65,000달러 및 가석방 기간 대비 매년 25,000달러 추가 지급
캘리포니아	Cal Penal Code §§4900 to 4906	2000	무죄 또는 "무죄임"에 대한 사면; 사실에 입각한 무죄 선언	2년	수감기간 1일당 140달러
코네티컷	CT ST 54-102uu	2008; 2016	무효 또는 번복된 유죄판결 그리고 무고함을 근거로 면죄된 경우	2년	코네티컷 가계소득 평균치의 75%-200% 사이에 근거하여 산정
콜로라도	C.R.S.A.§13-65-101	2013	1) 흉악범죄로 잘못 유죄판결을 받은 자이거나, 18세 이상으로 극악무도한 중죄를 범했는데 소년범죄를 저질렀다고 잘못 판결을 받은 자이거나, 2) 감금(투옥)되었거나, 3) 실제 무고함이 밝혀져서 무죄입증이 된 경우, 주 정부는 당사자 또는 당사자의 근친에게 보상할 것을 요한다. 무죄입증된 당사자 또는 당사자의 근친 중 주 정부에 보상을 요구하려는 자는, 실제로 무고한 자이고, 보상명령을 받을 자격에 부합하는 자라는 것을 선언하도록 지방법원에 청구한다.	2년	수감기간 대비 매년 70,000달러 및 사형선고로 부당감금된 경우 추가로 50,000달러 지급.
테네시	Tenn Codr Ann§9-8-108	1984	40-27-109에 의거하여 무죄입증됨(주지사가 무죄입증)	1년	수감기간 관계 없이 최대 1,000,000달러까지 지급가능
텍사스	Tex Codr Ann§103.001	2001	무고함을 바탕으로 전면사면; 실질적으로 무고한 자라는 내용의 법원 판결 또는 결정에 의거한, 인신보호영장에 의거한, 그리고 (i) 지방법원은 기소기		매년 80,000달러 및 연금지급, 변호사 비용과 소득손실액은 10,000달러를 초과하지 못함.

주	규정	통과일	청구자격	제척기간	최대 보상액
			각명령을 내리고 (ii) 주검사가 피고에게 죄목을 적용할 결정적인 증거가 없다고 말한 경우, 그리고 발의 또는 선서진술서에 주검사가 피고가 실제로 무고하다는 것을 믿는다고 언급한 경우, 기각된 청구에 의거하여 지방법원이 기각명령을 내린 것에 의거한 인신보호영장		
플로리다	FL ST 961.01	2008	탄원자는 무고하여, 추가적인 형사소송도 제기되지 않고, 더 이상의 신문(질의)도 없으며, 청구자가 보상받을 자격이 있음에 대해 관련당국이 발부한 증명서가 있는 경우	2년	매년 50,000달러에서 최대 2,000,000달러까지 가능
하와이	HB1046 HD2 SD2 CD1	2016	실질적 무고함을 근거로 번복 또는 무효화된 유죄판결 또는 실질적 무고함을 근거로 사면	2년	매년 50,000달러에서 최대 100,000달러 및 변호사비용 10,000달러

*출처: Compensation Statutes: A National Overview의 표를 재구성 하였음.
(http://www.law.umich.edu/special/exoneration/Documents/CompensationByState_InnocenceProject.pdf 최종방문, 2018년 10월 19일)

1) 뉴욕 주 형사보상제도

뉴욕 주의 형사보상제도에 관한 내용은 청구법원법(New York State Court of Claims Act) §8-b에서 찾을 수 있다. 본 규정에 따르면 부당한 유죄평결로 인하여 구금을 당한 피해자는 뉴욕 주 정부를 상대로 뉴욕 주 청구법원법에 형사보상을 청구할 수 있다.[278] 본 제5항에서는 청구인이 보상판결을 받기 위한 요건을 규정하고 있는데, 즉 ① 자신이 중죄나 경죄로 유죄평결을 받아 그 전부나 일부에 대한 형벌로써 복역을 했으며, ② 유죄평결을 받은 자가 무죄라는 이유로 사면을 받은 경우, 재심에서 유죄평결이 파기된 경우 무죄로 평결되어 공소가 기각된 경우, ③ 소추된 어떠한 범죄도 범하지 않았거나 자신의 행위가 어떠한 범죄를 구성하지도 않으며, ④ 자신의 행위로서 공소를 야기하지 않았다는 점을 명백하고 설득력 있는 증거로 입증해야

278) 한상훈, 전게 논문, 16면.

한다. 따라서 허위로 자백하거나 유죄답변을 한 자는 보상금을 받지 못할 수도 있다.[279]

제6항에서는 보상청구가 인용될 경우, 보상금액은 법원이 청구인을 공정하고 합리적으로 보상하는 금액을 정하여야 한다고 규정하고 있다. 그리고 상한이나 하한에 제한이 없이 법원은 보상금액을 결정한다.[280]

제7항은 제척기간을 규정하고 있는데, 형사보상의 청구기간은 사면이나 무죄평결이 있은 이후로 2년 이내까지 가능하다고 한다. 그리고 형사보상절차는 신속하게 진행하며, 특히 DNA 검사로 무죄가 입증될 수 있는 청구인에 대하여는 최대한 신속하게 보상절차를 진행해야 한다.[281]

2) 캘리포니아 주 형사보상제도

캘리포니아 주는 California Penal Code §§4900에서 형사보상제도를 규정하고 있다. 보상신청을 할 수 있는 사람은 범죄가 발생하지도 않았거나 자신이 관여하지 않은 범죄로 인하여 유죄평결을 받고 복역한 후 주지사에 의해 사면되거나 무죄로 밝혀진 경우에 해당한다.[282] 이러한 경우 피해자는 캘리포니아 주 피해자보상 및 정부청구위원회(California Victim Compensation and Government Claims Board, 이하 보상위원회라 칭함)에 보상신청을 할 수 있다.[283] 제4901조에서 규정하고 있는 보상신청기간은 사면이나 무죄가 확정된 후 2년이다. 보상위원회는 기일을 정하여 심리하며, 신청인이 고의로 유죄평결을 유도하지 않았음을 신청인이 입증해야 하며, 자의적이지 않은 자백이나 유죄답변은 제외사유로서 고려되지 않는다.[284]

조사결과 부당한 구금이 발생하였는지 여부와 적절한 보상액을 입법부에 보고하며, 이 때 적절한 보상금은 구금 1일당 최대 100달러 내에서 입법부에 권고한다. 보상위원회는 주 회계기관에도 같은 내용은 권고를 하여 집행이 될 수 있도록 한다.[285]

---

279) 한상훈, 전게 논문, 17면.
280) 한상훈, 전게 논문, 17면.
281) 한상훈, 전게 논문, 17면.
282) 한상훈, 전게 논문, 16면.
283) 윤지영 외, 전게 보고서, 68면
284) 한상훈, 전게 논문, 16면.
285) 한상훈, 전게 논문, 16면.

3) 일리노이 주 형사보상제도

일리노이 주는 Illinois Complied Statutes Chapter 705의 §505/8에서 형사보상제도를 규정하고 있다. 모든 이들은 부당하게 복역을 하게 된 경우 국가를 상대로 소송을 제기할 수 있다. 즉, 수감자의 무고함을 근거로 사면이 결정되었거나 또는 민사소송법 2-702에 의거하여 연방순회상소법원으로부터 무죄 인증서를 받은 경우 이를 근거로 주지사가 수감자를 사면할 때 소송을 제기할 수 있고, 보상액은 법원의 재량에 따른다고 규정되어 있다. 보상액과 관련하여, 법원은 다음의 액수를 넘지 않는 선에서 보상을 지급한다. 즉, 5년 이하의 징역에는 85,350달러 미만, 14년 이하 5년을 초과하는 징역의 경우에는 170,000달러 미만, 14년을 초과하는 징역은 199,150달러 미만의 보상액을 받을 수 있고, 법원은 변호사 선임료를 지급된 보상액의 25%를 초과하지 않도록 확정해야 한다. 제95차 총회 수정법안이 발효되었거나 발효일이 지나면, 법원은 매년 하부조항(c)에 의거하여 보상의 최대액수를 조정해야 한다. 조정시에는 작년 대비 상승분이 있다며, 도시 거주 소비자의 소비자 물가지수의 증가분을 반영하고, 연간 상승분의 5%를 초과하지 않는 경우를 제외하고, 미국 노동부가 이를 정한다. 만약 조정시에 소비자 물가지수가 감소한 경우에는 조정하지 않는다.

제4절 미국의 오판사례를 통해 도출된 오판의 원인

1. 오판의 원인

가. 서설

오판의 원인은 오판으로 밝혀진 사례들을 통해 도출된다. 지금까지 미국에서 발생한 많은 오판사례를 통해 그 원인을 규명하고자 하는 연구가 오랜 기간 이루어져 왔다. 앞에서 새로운 공판의 신청, Habeas Corpus 및 주요 주에서 발생한 면죄사례들을 살펴보았는데, 그 결과에 의하면 오판의 원인은 대체로 수사과정상의 문제에서 발생하였다는 점을 알 수 있다. 즉, 수사과정에서 피의자에 대한 수사관의 강압적인 수사나 목격자의 잘못된 범인지목의 문제 등으로 인해 피고인들은 무고하게 유죄판결

을 받고 복역하게 된다. 그 외에도 오판의 원인으로서 변호인의 불성실하고 불충분한 방어가 문제되기도 하며, 이를 포함한 여러 요소들이 곧 배심원의 평결에 큰 영향을 미치게 된다.

미국은 오래전부터 오판의 원인을 규명하려는 연구가 이루어져 왔으며, 현재 일반적으로 오판이 발생하게 된 원인을 크게 5가지로 구분해 놓고 있다. 아래 표에서 정리해 놓은 바와 같이 ① 목격자의 범인지목의 문제, ② 위증·무고, ③ 허위자백, ④ 잘못된 법과학증거, ⑤ 공권력 남용이다. 아래 표는 1989년에서 2013년까지의 면죄자들로부터 도출한 5가지 오판원인의 유형별 비율이다.

[표 4-7] 오판의 원인별 비율(1989-2013)

	목격자의 범인지목의 문제	위증·무고	허위자백	잘못된 법과학증거	공권력 남용
살인(597)	26%	65%	20%	23%	58%
성폭력범죄 (244)	75%	32%	7%	34%	19%
아동학대 (154)	18%	81%	7%	24%	47%
강도(77)	82%	21%	1%	5%	27%
기타 폭력범죄 (92)	47%	48%	8%	13%	43%
비폭력범죄 (117)	9%	54%	2%	6%	56%
합계 (1,281)	38%	56%	12%	22%	46%

*출처: National Registry of Exoneration, “Exonerations in the United States”, 2014, p. 17. (http://www.law.umich.edu/special/exoneration/Documents/Exonerations_in_2013_Report.pdf 최종확인, 2018. 9. 10)

위 표에서 알 수 있는 바와 같이 오판의 원인 중에서 특히 목격자의 범인지목의 문제(38%)와 위증·무고(56%), 공권력 남용(46%)이 가장 큰 비율을 차지하고 있다.

Samuel R. Gross의 연구는 증인에 의한 잘못된 증거에 초점을 맞추고자 하였는데, 증인과 관련한 문제는 곧 목격자의 범인지목의 문제와 위증 및 무고, 그리고 허위자백과 관련이 있고, 증인의 진술이 미치는 영향을 파악하기 위하여 증인에게 과실이

있는지 또는 의도적인 거짓진술이 있었는지 구분하기 위한 노력을 하고 있다고 한다.[286]

대개 목격자가 범인을 과실로 오인 지목한 것에 대한 원인으로는 경찰에 의한 암시적 신원확인절차, 인종교차 신원확인,[287] 증언을 뒷받침해 주는 근거의 부재를 들 수 있다.[288]

확인된 대부분의 거짓은 역시 목격자 지목으로서 2가지 유형이 있는데, 첫째는 범죄의 가해자로 고의적으로 잘못 지목하는 것이며 둘째는 무고라고 한다.[289]

나머지 사안들은 다른 종류의 거짓과 관련이 있다. 즉, 허위자백, 대개 강압적인 수사의 결과로서 허위자백을 하는 것이며, 모든 사안들의 15%에서 허위자백을 찾을 수 있다. 그러나 이 15%에는 실제 또는 잠재적 공범이 자백을 하면서 다른 자도 함께 범행했다고 진술하는 것을 포함하고 있다. 간단히 말하자면, 면죄자들의 4분의 1은 피고인 자체가 허위자백을 하던지 또는 다른 공범에 의한 경우이다.[290]

존재하는 자료를 근거로 파악한 바에 따르면, 범죄조사과정에서 피의자가 자백했다는 기록이 있으므로 거의 피고인이 자백했을 것이라고 전제하게 되며 이러한 자백이 어떻게 이루어졌는지 현실적으로 알 수 있는 방법이 없다. 증인이 법정에서 거짓말을 했는지 또한 알 수 없다. 나아가 법정 밖에서 수사과정에서 거짓말을 했는지는 더욱 알 수 없고, 수사관들의 공권력 남용이 있었는지 조차 알 수 없다. 공권력 남용이 밝혀지지 않는 이상 이러한 문제는 아무도 모르게 넘어가게 된다.[291] 그리고 변호인의 부적절한 법적 방어가 문제되기도 한다. 대다수의 피고인들은 그들의 변호인이 적극적으로 성실하게 변호를 했다면 애초에 유죄판결이 나지 않을 것이다.[292]

예컨대, 1987년 3월에 마스크를 쓰고 있었던 한 남성이 알라바마 대학교의 한 여학생이 성폭행을 하고 여학생의 차를 훔친 사건이다. 성폭행 사건이 발생하고 난 며칠

---

286) Samuel R. Gross, 전게 논문, p. 40.
287) 'Cross-racial identification'을 인종교차 신원확인이라고 번역하였는데, 이 방법은 예컨대 수사관이 백인으로 구성된 여러 장의 사진 중 흑인 사진을 한 장을 섞어서 목격자에게 보여준 후 라인업(line-up) 단계에서 사진 속의 흑인을 지목하게 하는 방법이다.
288) Samuel R. Gross, 전게 논문, p. 41.
289) Samuel R. Gross, 전게 논문, p. 41.
290) Samuel R. Gross, 전게 논문, p. 41.
291) Samuel R. Gross, 전게 논문, p. 42.
292) Brandon L.Garrett, Claiming Innocence, Minnesota Law Review, 2008, p. 1634; Samuel R. Gross, 전게 논문, p. 42.

후에 한 학생이 라인업 단계에서 Jeffry Holeman이라는 사람이 그 차에서 나오는 것을 보았다고 지목을 한다. 이 지목을 바탕으로 하여 결국 Jeffry Holeman은 유죄판결을 받고 1988년에 교도소에 수감되었는데, 10년 후에 교도소의 변호사의 도움으로 District Attorney(지방검사)에게 DNA검사를 요구하였고 DNA검사 결과 Jeffry Holeman은 면죄를 받아 1999년에 풀려나게 된다.

수사 및 재판 당시 Jeffry Holeman의 변호인의 업무에 대한 문제는 이슈가 된 적이 없고 또한 이것은 놀라운 문제도 아니다. 변호인의 변호업무의 성실성을 문제삼고자 한다면 또 다른 변호사를 선임해서 또 다시 절차를 밟아야 하는데, 그렇게 하려면 비용의 문제 등 여러 문제들이 발생하므로 현실적으로 불가능하다.[293] Jeffry Holeman이 10년 뒤에 풀려났을 때, '10년 전 변호인의 변호가 달랐더라면 Holeman이 교도소에 가지 않았을 것'이라고 생각하는 사람은 아무도 없었다.[294] 이러한 문제는 일반적인 패턴으로 파악이 되고 있다. 결국 피고인들이 변호인의 잘못을 평가하지 않기 때문에[295] 변호인의 비효율적인 변호에 대한 문제점을 파악하기 위한 자료가 부족한 것이 현실이므로 이에 대한 연구에 어려움이 따르고 있다.

나. 증인의 과실과 의도적인 거짓말

범인에 대한 목격자의 오인지목은 일반적으로 오판의 가장 일반적인 요인으로 설명된다. 2003년에 발표된 연구결과에 의하면 예컨대, 면죄자의 64%가 오인지목 때문이었는데, 여기에는 살인죄가 50%, 강간죄가 88%를 차지하고 있다고 한다.[296]

1) 목격자의 과실

Samuel R. Gross의 연구는 오인지목을 과실 오인지목과 고의적인 거짓지목으로 구분하여 파악하고 있다.[297] 우선 목격자의 오인지목에 대한 대표적인 사례로서,

---

293) Eve Brensike Primus, Structural Reform in Criminal Defense: Relocating Ineffective Assistance of Counsel Claims, 92 Cornell L.REV., 2007, p. 679.
294) Samuel R. Gross, 전게 논문, p. 42.
295) Samuel R. Gross, 전게 논문, p. 43.
296) Samuel R. Gross, 전게 논문, p. 43.
297) Samuel R. Gross, 전게 논문, p. 43.

1982년 7월 버지니아 주의 하노버에서 한 젊은 백인 여성이 정체불명의 흑인 남성에게 강간 및 폭행을 당한 사건이다. 피해자는 경찰에게 강간범이 백인소녀를 데리고 있다고 한 것을 말하였다. 당시 경찰이 알고 있는 백인과 사는 흑인은 Marvin Anderson뿐이었고 그는 전과는 없었다. 그래서 경찰은 Marvin의 고용주한테 사진을 하나 얻어, 강간 피해자에게 다른 남자들의 흑백사진과 칼라사진을 섞어서 보여주었으며 결국 피해자는 칼라사진을 고른다. 1시간 후 라인업 단계에서 피해자는 Marvin을 지목을 한다. 결국 Marvin은 유죄판결을 받고 1983년부터 교도소에서 15년을 복역하게 되고, 가석방을 받은 지 몇 년 후 앤더슨은 DNA 검사를 하게 되는데 결국 2002년에 면죄가 되기에 이른다.[298]

피해자가 왜 마빈 앤더슨을 범인이라고 오인지목을 하였는지 생각해볼 필요가 있다. 목격자의 오인지목은 상황에 따른 가변적인 요인에 의해 야기되어질 수도 있다. 즉, 목격 시간, 목격할 당시 거리, 조명, 증인의 인종 등 이러한 요인들은 라인업(line-up)과 경찰에 의해 사용된 방법, 다른 사후범죄 지목절차에서 의도적 또는 비의도적인 암시에 의해질 수도 있다.[299] 이러한 가변성의 효과에 대한 실증연구도 활발히 이루어지고 있다.

이러한 문제를 피하기 위해서는 경찰의 수사단계에서의 유도신문을 줄여야 하며, 증인들이 범인을 지목할 때 얼마나 확신에 차 있는지 신중하게 보아야 한다.[300] 그리고 목격자들이 실수할 수 있다는 것을 항상 염두에 두고 진행해야 할 것이다.

가) 암시 및 연상

상당수의 오인지목은 경찰의 암시에 의한 조사의 산물이다. 예컨대, 1980년 4월 18일 브루클린에서 Mario Hamilton이 총에 맞아 살해당한 후, 슬픔에 잠겨 있던 15세였던 동생 Martell은 Colin Warner를 살인자 중 한 명으로 밝혀야 한다고 주장하는 경찰관들에 의해 수 시간 동안 질문을 받았다. 결국 Martell은 Colin Warner를 범죄현장 근처에서 보았다고 진술하였고 이러한 범인지목은 Colin Warner가 잘못된 유죄판결의 피해자가 되는 것에 작용하게 되었다. 그 이후에 상세한 재조사를 통하여 Colin Warner는 범행당시 다른 장소에 있었다는 것이 밝혀졌으며, Norman

298) https://www.innocenceproject.org/cases/marvin-anderson/(최종확인, 2018. 9. 10)
299) Samuel R. Gross, 전게 논문, p. 44.
300) Brandon L. Garrett, Convicting the Innocent, Havared Uni. Press, 2011, p. 45-83.

Simmonds라는 사람이 피해자인 Mario Hamilton을 총으로 쏘았음과 동시에 단독 범행임을 인정하게 되어, 2001년 2월에 Warner는 면죄를 받게 된다.

나이가 어린 10대 유족에게 특정 용의자를 지목해야 한다고 말하는 것 자체가 유도신문이다. 21년 후 Martell도 자신의 용의자 지목이 유도신문에 의한 것이었음을 인정한다.[301]

범인지목은 연상을 이용하여 유도하는 것도 가능하다. 라인업 단계에서 한 명이 눈에 띄게 하는 방법, 즉 먼저 일정한 사진을 보여주거나 일정한 행동이나 말투를 통해서도 가능하다. 앞에서 예를 들었던 Marvin사건이 바로 미묘한 연상을 이용한 범인지목 방법이라고 할 수 있다.

나) 목격자의 수

2001년 3월 Rachel Jernigan은 지난 9월 Arizona의 Gilbert에 있는 은행강도범(키가 작고 여드름이 난 Hispanic 여성)으로 5명의 목격자에 의해 지목 되었다. 그녀는 14년 형의 유죄판결을 받고 교도소에 수감되었는데, 7년 후 Juanita Rodriguez-Gallegos라는 키작고 여드름이 난 여성이 2001년에 유사한 은행강도 혐의로 체포되어 Jernigan이 한 것으로 인정되었던 범죄에 대하여 유죄판결을 받게 되어 Jernigan은 풀려나게 된다.

법정은 간혹 한 명의 목격자를 부족하다고 여기며, 일례로 검사가 배심원들에게 "Cody가 범인임을 증명해 줄 2명의 목격자가 있다."고 말한 Cody Davis사건과 같은 경우를 편하게 생각한다.[302][303] 즉, 한 명의 증인이 무고한 자를 범인이라고 잘못 지목하면 다른 증인들도 종종 동일한 실수를 저지를 수 있고, 따라서 경찰, 검사, 판사 그리고 배심원들은 서로 이러한 오인지목에 대해 확신을 가지게 될 수 있다는 것이다.[304]

다) 초기의혹

앞에서 언급한 Colin Warner사건과 같이 암시에 의한 지목이 반드시 오판의 주요한

---

301) Samuel R. Gross, 전게 논문, p. 45.
302) Brandon L. Garrett, Convicting the Innocent, Havared Uni. Press, 2011, p. 50.
303) Davis는 3년 형의 유죄판결을 받았으나 운 좋게도 5개월 후 Jeremy Prichard가 실제 강도임을 자백하여 Davis는 풀려나게 된다.
304) Samuel R. Gross, 전게 논문, p. 46.

원인이었다고 단정할 수는 없다. 당시 경찰조사를 받았던 Martell은 피해자의 동생이었고 경찰은 이미 Warner가 유죄임을 확신하고 있었다는 점이다. 다른 목격자는 이미 무기소지로 유죄판결을 받았었던 Warner의 사진이 포함된 여러 유죄판결을 받은 자들이 있는 사진첩에서 Warner의 사진을 고른 상태였다. 다른 한편으로 Warner의 사진이 목격자에게 범인이라고 상기시켜줬기 때문에 Warner는 혐의자가 되었던 것이다. 즉, 외모의 유사함이 Warner의 수사에 초점이 맞추어져 있었다. 남은 것은 당시 혐의자로 지목된 것을 바탕으로 확실한 범죄자로 몰고 가기 위해 구성을 하는 것이다.

혐의자는 다양한 방법으로써 경찰의 주목을 받게 되지만 혐의자의 외모와 관련한 초기의혹은 특히 위험하다. 예컨대, 1984년 3월, 2명의 10대 소녀들이 Dallas에서 강간을 당하게 된다. 며칠 후 그녀들은 주차장에서 Pinchback을 보았고 그를 가해자라고 생각하였다. Pinchback은 본인이 가해자가 아니라고 강력하게 주장했지만 소녀들의 범인지목에 근거하여 99년 형을 선고받는다. 그리고 Pinchback은 27년 후 DNA 검사를 통해 면죄를 받기에 이른다.

초기의 우연한 만남에서 Pinchback의 신원을 잘못 파악할 만한 요소는 없었으며, 또한 그 이후 Pinchback의 신원확인 과정에서도 그를 연상할 만한 요소는 없었다. 문제는 다른 것으로 이는 종종 간과되고 있다. 즉, 초기의 의심이 용의자의 외모를 바탕에 두고 이루어진 경우, 유죄를 지목할 수 있는 유일한 증거는 목격자가 용의자를 보고 사건의 진상을 상기했다는 사실이다. 반대로 만약 용의자가 사건현장 부근에서 발각되었거나, 피해자를 살해할 동기가 있었거나, 또는 피해자의 차에서 발견되어서 초기에 경찰의 이목을 끌었다면, 여기에는 적어도 피고인의 외모 보다는 피고인이 유죄임을 입증할 만한 다른 증거가 있을 것이다.

이러한 맥락에서 Colin Warner의 사례는 Pinchback과 유사하다. 즉 그의 외모가 목격자로 하여금 범죄사건을 상기시켰고, 경찰은 이를 토대로 또 다른 목격자에게도 이와 함께하도록 설득 또는 강압한다. 목격자의 실수로 발생할 수 있는 위험은 경찰이 Warner의 신원을 확인하는 데 피해자 형제에 의존하지 않았더라도 달라지지 않았을 것이다. 다시 말해서 두 명의 목격자는 Warner를 보고 범죄사건을 상기하였지만, 두 명의 목격자가 있더라도 한 명의 목격자만큼 틀릴 수 있다.

용의자가 그의 외모로 처음 관계당국의 이목을 끄는 경우는 몇 가지 경우가 있다.

예를 들면, 공공장소에서 목격자가 그를 알아본 경우(Pinchback), 일련의 사진첩에서 지목한 경우(Warner), 또는 구두로 묘사된 모습 또는 합성사진 및 감시카메라에 찍힌 인상이 비슷한 경우가 있다. 모두 합해서 목격자가 잘못 신원을 확인하여 유죄판결 후 무죄가 된 경우는 1989년-2012년까지의 통계상으로 35%는 초기에 피고인의 외모(130/375)에 의거한 정보를 토대도 용의자가 되는 것이다. 그리고 살인은 20%(23/113), 강도는 32%(12/38), 성폭력범죄는 47%(77/163)에 달한다.[305]

라) 인종 간 교차 신원확인절차

1989년-2012년까지 통계인 아래 표에서 보는 바와 같이 성폭력범죄의 면죄자 중 63%는 흑인 피고인이다. 이는 모든 수감자의 25%가 성폭력범죄로 유죄판결을 받은 것과 비교할 만한 수치이다. 왜 인종불균형의 정도가 이렇게 심한가? 그 답은 피해자의 인종과 낯선 이의 인종 간 교차검증이 어렵기 때문인 것으로 보인다.[306]

[표 4-8] 인종별 면죄자 비율

	백인	흑인	히스페닉	기타	합계
살인	37%	49%	13%	2%	101%
성폭력	32%	63%	5%	-	100%
아동성폭력	69%	25%	5%	-	99%
살인미수	12%	59%	24%	6%	101%
강도	18%	64%	18%		100%
기타 폭력	33%	46%	8%	13%	100%
마약	10%	60%	30%	-	100%
기타 비폭력	57%	29%	11%	4%	101%
합계	38%	50%	11%	2%	100%

* 출처: Samuel R. Gross, "Exonerations in the United States(1989 – 2012)", National Registry of Exoneration, 2012, p. 31.

예컨대, 1985년 1월 Ronald Cotton은 흑인으로 Jennifer Thompson 백인여성을 강간한 혐의로 유죄판결을 받았다. Thompson은 재판에서 유일한 목격자였고 모든 면에서 그녀는 확실했다. 그녀는 당연히 용의자의 신원파악에 대해 확신했다. 그녀가

305) Samuel R. Gross, 전게 논문, p. 49.
306) Samuel R. Gross, 전게 논문, p. 49.

강간범과 상당시간을 같이 보냈고 그의 신원을 확인할 만큼 가까운 거리에서 그를 관찰했다고 생각했기 때문이다. Cotton이 1987년 재심을 했을 때에도 그녀는 자신의 신원확인에 확신을 가졌고, 그는 또 유죄판결을 받고 다시 종신형을 선고받았다. 그럼에도 불구하고 그녀의 증언은 잘못되었다. Cotton은 그 후 8년 뒤인 1995년, DNA 테스트에 의해 무고함이 입증되면서 무죄판결을 받았고 진범은 이미 다른 범죄행위로 형을 받고 복역 중인 다른 흑인인 것으로 드러났다. Thompson은 Cotton의 보상을 위해 애썼고 친구가 되고자 하였으며, 이를 공론화하여 자신이 끔직한 실수를 저질렀다고 밝혔다. Thompson과 Cotton은 'picking Cotton'이라는 그들의 이야기를 공동으로 저술하였다고 한다.

앞에서 살펴본 바에 의하면 성범죄의 경우, 목격자의 실수에 의한 신원확인으로 인해 유죄판결 후 무고함이 밝혀진 경우기 75%에 달하였는데, 목격자의 실수로 무고함이 밝혀진 성범죄 사례의 3분의 2정도가 흑인 피고인이라고 한다.[307]

강간 피해 여성의 대부분이 가해자는 자신과 동일한 인종의 남성이다. 인종간의 강간은 보통 이루어지지 않고, 흑인 남성에 의한 백인 여성에 대한 강간은 5% 정도로, 전체 강간범죄 건수에서 아주 작은 부분을 차지한다. 그러나 흑인 남성에 의한 백인 여성에 대한 성범죄 비율은 목격자의 잘못된 신원확인에 의해 유죄판결 후 면죄가 된 성범죄 사례의 과반수 정도에 달한다.[308]

이런 복잡한 양상에 대한 가능한 해석들은 많다. 미국의 형사사법 시스템에 먹칠을 하는 문제점들 중 인종과 강간의 관계만큼 자극적인 것은 별로 없고, 편견과 차별이 강간사건을 기소하는 데 중요한 역할을 한다는 점에 놀라는 사람도 거의 없다. 하지만 인종차별에 대한 가장 간단한 설명이 가장 강력하다. 즉, 인종 간 교차검증의 위험이다. 목격자 증언에 대해 체계적으로 연구한 보고 결과 중 가장 괄목한 만한 것은 백인 미국인은 백인을 상대로 똑같은 실수를 저지를 가능성보다 흑인을 상대로 실수를 저지를 가능성이 더 크다는 점이다.[309]

---

307) Samuel R. Gross, 전게 논문, p. 49.
308) Samuel R. Gross, 전게 논문, p. 49.
309) Samuel R. Gross, 전게 논문, p. 49.

2) 목격자의 거짓증언

목격자의 거짓증언은 일반적인 문제점으로서 제시되고 있으며, 목격자는 법정 내에서든 밖에서든 어떠한 종류의 거짓말을 한다. 목격자가 왜 거짓말을 하는지에 대해서는 알려져 있지도 않고 이에 대한 해결방안도 없다. 목격자의 과실을 해결하기 위한 가장 좋은 방법은 -목격자에게 답을 제안하지 않는 신중한 조사과정으로- 고의적인 거짓말을 줄이는 것과는 아무런 상관이 없다.[310] 거짓말은 그 사건의 기본적인 사실관계를 알고 있더라도 실수 또는 진실인지 구분하기 어려운 경우가 종종 발생한다. 살인사건의 현장 부근에서 가해자를 봤다는 목격자의 거짓말은 다른 사람이 진범으로 밝혀진 이후라도 조명 받지 못할 것이다. 위증 또는 무고 중에 목격자 또는 다른 입장에서 증언된 거짓증언 중 중요하다고 여겨진 거짓증언을 수집한 바에 따르면, 모든 면죄자의 51%(1989-2012)가 거짓증언과 관련이 있는 것으로 나타났다.[311] 대부분의 거짓은 증인이라고 불리는 사람들에 의한 것으로서 고의적 오인(deliberate misidentification)과 조작된 범죄(fabricate crimes) 두 가지가 있다.[312]

가) 위증의 대상으로서 목격자의 지인

1989년-2012년까지의 면죄자들 중 27%(231명/873명)는 고의적인 거짓증언에 의해 유죄판결을 받은 사람들이었다. 목격자들은 다른 사람이 행한 범죄에 대해 무고한 피고인을 거짓으로 가해자라고 증언하는데, 목격자는 피고인과 진범 양자를 서로 오인할 가능성이 거의 없는 경우가 많다. 통계상으로도 위증을 한 목격자가 무고한 피고인의 지인인 경우로서 46%(105명/231명)를 차지하고 있다.[313]

---

310) Samuel R. Gross, 전게 논문, p. 50.
311) Samuel R. Gross, 전게 논문, p. 50.
312) Samuel R. Gross, 전게 논문, p. 50.
313) 1976년 12월 David Harris는 달라스에서 순찰경찰관인 Robert Wood를 살해한 혐의로 텍사스의 Vodor에서 체포되었다. Harris는 하루 일과를 보내고 지나가던 지인 Randall Dale Adams에게 살인혐의를 뒤집어 씌웠다. Harris는 Adams가 경찰을 살해하기 위해 필요한 차를 훔쳤고, 살인현장에 있었으며, 범행 후 그 장소를 빠져나가 도난 차량을 타고 사라졌다고 증언했다. Harris의 증언에 의해, Adams는 살인에 필요한 차량을 절취한 것으로 유죄판결을 받았고, Harris는 법정에서 Adams에게 불리한 증언을 하였으며, Adams가 사형선고를 받은 이후에는 자신에 대한 혐의를 모두 벗었다. 그 이후 Adams는 1989년에 면죄가 되었고, Harris는 다른 살인사건으로 사형선고를 받은 상태였다. 그에 대한 형은 2004년 6월에 집행되기에 이른다.

나) 조작된 범죄

1989년-2012년까지의 면죄자의 11%(96명/873명)는 조작된 범죄와 관련이 있는 것으로 나타났다. 즉, 실제로 사건이 발생하지도 않았음에도 불구하고 무고한 사람이 범죄를 행한 것을 목격하였다고 증언하는 경우이다. 이 분류의 전형적인 사례는 신고자가 잘 알고 있는 사람(예컨대, 친척, 친구, 선생님)등을 가해자로 지목하여 아동성범죄를 범했다고 위증하는 것이다. 이는 친척관계나 경찰, 치료사들이 아이들을 강압하여 받은 것으로, 목격자들이 자신의 증언을 철회하면 이러한 문제는 일반적으로 해결된다. 하지만 일어나지도 않은 범죄사건에 대하여 완전히 무고한 자가 기소되었다가 면죄가 되는 사례도 있다.

예컨대, 1977년 시카고 외곽에서 한 도시에서 16세의 Cathleen Crowell이 자신의 남자친구와의 성관계로 임신을 하게 된 것이 두려워 거짓으로 강간을 당했다고 한 사건이다. 수사 과정에서 그녀는 일렬로 늘어선 용의자 사진들 중 Gary Dotson의 사진을 들고 강간범으로 지목하였고, 결국 Dotson은 25년에서 50년의 실형을 선고받았다. 1985년 Crowell은 결혼하고 뉴 햄프셔에서 살고 있었는데, 자신이 거짓말을 했다고 검사에게 말하고 자신의 발언을 철회했다. 그리고 첫 번째 DNA 테스트를 통해 Crowell의 몸에서 발견된 정액은 Dotson의 것이 아니라 남자친구의 것일지도 모른다는 결론이 나오게 되었고 Dotson은 강간죄에 대한 무고함이 밝혀져 1989년에 면죄되기에 이르렀다.

만약 Crowell이 과거의 거짓증언을 철회하지 않았더라면, 이 거짓증언은 거짓이라기보다 과실로 간주되었을 것이다.[314]

오인지목(misidentification)에는 겹치는 항목이 많은데, 거짓말에 의한 오인 사례 중 한두 가지 실수로 인한 오인사례를 포함하기도 한다. 즉, Randall Dale Adams 사건에서는 진범을 포함하여 사건과 무관한 3인의 목격자에 의해 범인으로 지목되었다. 1989년에서 2012년 사이의 데이터에 따르면, 면죄사례의 76%는 한두 가지의 오인사례를 포함하고 있으며, 실수이거나 거짓 또는 두 가지 모두에 의한 것으로 나타났다. 이는 2003년 보고서에서 발표된 오인비율보다 12%나 높은데, 이는 고의적 오인은 2003년 보고서에 제시된 18%보다 높은 27%로, 조작된 범죄는 2003년 보고서

314) Samuel R. Gross, 전게 논문, p. 51.

에 제시된 3.5%보다 높은 11%로 나타났기 때문이다.[315]

[표 4-9] 목격자의 오인지목에 의한 범죄유형별 면죄율

	목격자의 오인지목	목격자의 거짓증언		기타 목격자의 오인지목
		고의에 의한 지목	조작된 범죄	
살인(416)	27%	44%	0.2%	64%
성폭력(203)	80%	8%	8%	96%
아동성학대(102)	26%	3%	67%	95%
강도(47)	81%	9%	4%	94%
기타 폭력범죄(47)	51%	26%	4%	75%
마약(25)	24%	48%	8%	80%
비폭력범죄(33)	15%	6%	12%	30%
합계	43%	27%	11%	%76

* 출처: Samuel R.Gross, "Exonerations in the United States(1989 – 2012)", National Registry of Exoneration, 2012, p. 52.

위 표를 보면 목격자의 증언이 과실이든 의도적인 것이든 간에, 성폭력범죄 및 아동학대, 강도죄의 경우에는 94% 이상인 것으로 나타났다. 살인을 제외한 폭력범죄에서는 사실이던 거짓이던 피해자 또는 피해자로 일컫는 자가 있고 이들은 보통 증인으로서 증언하거나 피고인에 대한 신원을 밝힌다고 한다.[316] 대부분의 경우 피고인의 유죄를 입증할 만한 정확한 정보를 제공하지만 경우에 따라서는 종종 무고한 이를 실수 또는 거짓을 증언함으로써 피고인으로 몰고 간다. 강간과 강도죄에서 무죄가 입증된 경우, 오인은 대부분 과실에 의한 것이지만, 아동성폭력 범죄의 경우에는 발생하지도 않은 일을 거짓으로 꾸미기도 한다.[317]

주요사례로서, 1995년 3월 경찰관 Robert Perez은 1년 이상 아동성범죄를 조사하면서 주요 아동성범죄 단서를 발견했다고 믿게 되었고, 피해자로 추정되는 10세의 Donna Everett을 자신의 순찰차에 태우고 Wenatchee와 Wenatchee 동부지역을 순찰하였다. Donna는 자신과 아이들이 학대당한 지역으로 22채의 가옥 및 빌딩, Wenatchee 인근 교회까지 지목하였다. 그녀는 그녀가 만난 거의 모든 사람들에게

315) Brandon L. Garrett, Judging Innocence, Columbia L.Rev., 2008, p.55.
316) Samuel R. Gross, 전게 논문, p. 52.
317) Samuel R. Gross, 전게 논문, p. 52.

강간당했고 자신이 알고 있는 거의 모든 아이들이 강간당했다고 진술하였다. 이후 Donna의 언니인 12세의 Melinda도 같은 죄목으로 보다 많은 가해자의 이름을 Perez와 법정에서 언급하였다. 자매는 어른들이 한번에 6명의 아이를 방으로 데리고 가서 차례로 성관계를 가졌다고 증언하였으며, 결국 관계 당국은 남녀 43명을 6개월 이상에 걸쳐, 5세에서 16세의 아동 60여명을 상대로 29,726건의 강간 및 성폭행을 한 혐의로 기소하였다.

1996년 6월 당시 13세였던 Melinda는 자세한 내용이 담긴 비디오테이프 증언을 하였는데, 이를 철회한다고 하였다. 왜냐하면 당시 경찰이었던 Perez가 자신으로 하여금 진술하도록 강압하였고, 실제로 자신은 성폭력을 당한 적이 없고, 성폭력을 당한 것을 목격한 적도 없기 때문이다. 결국 유죄판결을 받은 Wenatchee지역의 피고인들 중 11명은 면죄가 되었으며, 나머지는 유죄인정을 한 대가로 형이 감경되거나 석방되었다.

이러한 오인지목의 사례는 소수의 개별적인 마약범죄의 면죄사례에서도 나타난다. 마약범죄에서 신원확인은 대부분 거짓이고, 범행을 저지른 다른 사람들이 아닌 피고인을 탓한다. 이러한 개별적인 면죄사례는 경찰들에 의해 조작된 수백 건의 마약범죄 사례에 비할 바가 되지 못한다.[318]

다) 일반적인 거짓말

목격자의 위증은 오판을 초래하는 거짓증언 중 가장 큰 유형이지만, 이는 단독으로 분리되지도, 범죄의 범주로 구분되지도 않는다. 아동성학대 범죄에 대한 면죄사례의 75%는 위증 또는 무고이다. 결국 이 모든 거짓말은 목격자에 의한 것이다. 위증과 다른 중요한 거짓말들은 살인범죄에서 가장 보편적인 것으로서 66%에 달하고 있으며, 이 중 3분의 1이상은 목격자에 의한 것이 아니라, 수감시설의 밀고자 및 법집행 관계자, 포렌식 수사관 등에 의한 것이다.

---

318) Samuel R. Gross, 전게 논문, p. 53.

[표 4-10] 거짓말의 유형에 따른 면죄율

	목격자에 의한 거짓말		목격자가 없는 사안에서의 거짓말	위증 또는 무고
	고의적인 오인지목	조작된 범죄		
살인(416)	44%	0.2%	22%	66%
성범죄(203)	8%	8%	10%	26%
아동성학대	3%	67%	5%	75%
강도	9%	4%	6%	19%
기타 폭력범죄	26%	4%	15%	45%
마약범죄	48%	8%	16%	72%
비폭력범죄	6%	12%	21%	39%
합계	27%	11%	16%	53%

* 출처: Samuel R.Gross, "Exonerations in the United States(1989 – 2012)", National Registry of Exoneration, 2012, p. 54.

그리고 살인범죄에 대한 수사는 다음 두 가지 측면에서 다른 범죄수사와 차이가 있다. 첫째, 살인사건에는 증인이 없는 경우가 종종 존재한다. 그 결과 살인사건에서의 무죄입증에 목격자의 오인이 작용된 사례는 상대적으로 적고, 오인된 사례의 대부분은 고의에 의한 것이다. 목격자들이 실수를 하기도 하지만 그들이 폭력범죄의 피해자라면, 그들은 분명 사실을 말할 것이고 그 내용 또한 정확할 것이다. 이들이 없다면 경찰은 다른 증거자료를 택할 것이고 결국 좋지 않은 결과를 가져올 것이다.[319]

주요사례로서, 1994년 4월 18일 아침 5시 45분, Chad Heins는 -술에 취해 잠을 자지 못해- 자신의 남동생 Jeremy(해군함정에 승선)와 그의 제수인 Tina와 함께 살고 있는 아파트에서 자고 있다가 잠에서 깨어났다. 그는 3개의 불씨를 발견했고 그 불을 끄고 난 후, 침실에서 27차례 칼에 찔린 Tina의 시신을 발견했다. 그 집에는 그의 존재를 제외하고 아무런 증거가 발견되지 않아 Heins는 살인범으로 지목되었다. 피해자의 침실에서 발견된 3개의 머리카락 DNA 검사결과 그것은 Chad, Jeremy, Tina 모두의 것이 아니었지만, Chad는 1996년 12월 Tina 살인범으로 종신형을 선고 받았고, 그들은 Chad가 재판을 기다리며 수감되어 있는 동안 우발적으로 자신의 유죄를 인정했음을 그 이유로 들었다. Chad는 2007년 나온 DNA 조사 결과에 의해 면죄가

319) Samuel R. Gross, 전게 논문, p. 54.

되었는데, 그 결과에 따르면 신원을 알 수 없는 한 남자가 피해자 침실에서 발견된 머리카락과 유관할 뿐만 아니라 피해자의 손톱 밑에서 발견된 조직세포 및 침대 커버에서 발견된 정액도 관련이 있는 것으로 밝혀졌다.

둘째, 살인사건에는 이해관계가 상당히 많이 얽혀 있으므로 경찰과 검사들은 다른 범죄사건보다 살인사건에서 더 많은 증거를 찾기 위해 노력한다. 수사기관은 반드시 그래야 하는 것처럼 하는데, 그 이유는 살인범은 강간범이나 강도보다, 강도나 마약범들에 비해서는 체포되어 법의 심판을 받을 확률이 매우 크기 때문이다.[320]

하지만 이해관계가 높은 만큼 실수도 있다. 증거를 찾아내고자 하는 동기가 높을수록 증거는 많이 발견되고, 그 가운데 조작이 있을 수도 있다. 살인범은 강간범보다 더 위험하기 때문에 -특히, 사형선고를 받는 경우- 자신에게 집중된 관심을 분산시키기 위해서 무고한 이를 용의자 선상에 올리고자 한다. 공동피고인, 공범, 교도소 밀고자, 경찰 첩보원 모두 실질적인 대가를 받기를 원하고, 만약 살인사건의 결정적인 증거를 제공할 경우 -거짓 증거일지라도- 특히 해당 관계기관이 필사적으로 주도하고자 할 경우에는 더욱 치열하다. 경찰은 절차를 무시하고 자신들이 살인범이라고 믿는 자를 유죄판결 받도록 하기 위해서 증거를 조작한다. 그리고 살인사건의 무죄입증 과정에서 발견된 목격자 실수 사례는 상대적으로 적지만, 실질적으로는 고의적으로 오인한 사례 및 다른 유형의 증언에 의해 위증 및 기소조작 사례의 비율이 높다.[321]

대표적인 사례로서 Jeanine Nicarico 살인사건을 들 수 있다. 즉, 1983년 2월, 10살의 Jeanine Nicarico는 Illinois의 Naperville에 있는 자신의 집에서 납치되어 강간 및 살해되었는데, 그 범행이 매우 잔혹했으며, 그 사건은 실패한 수사사례로서 대중에게 좌절감을 안겨준 사건이었다. 사건이 발생한 후 13개월이 지나고 지방검사의 재선을 2주 정도 앞두고 있던 시점에서 3명이 기소되었는데, 이들이 바로 Rolando Cruz, Alejandro Hernandez, Stephen Buckley였다.

Cruz와 Hernandez는 사형선고를 받았고, 그들의 유죄는 일리노이 대법원에서 번복되었다. 유죄판결을 받기는 했지만 이번에는 Cruz만 사형선고를 받았다. 유죄의 확정판결은 다시 번복되어, Cruz에 대한 재심은 살인사건이 발생하고 난 후 12년이 지나서

320) Samuel R. Gross, 전게 논문, p. 55.
321) Samuel R. Gross, 전게 논문, p. 55.

이루어지게 되었는데, 여기에서 고위 경찰관계자는 Cruz는 살인에 대해 진술한 적이 없다고 하였으며, 두 차례 기소내용도 거의 자백에 의한 것이었다. 결국 판사는 그에게 무죄를 선고하였고, DNA 테스트 결과도 수년 전에 Jeanine Nicarico를 죽였다고 자백한 연쇄 성폭행 살인범이 그 범죄에 관련이 있는 것으로 나타났다.[322]

여기서 알 수 있는 것은 다음과 같다. 즉, 강압적인 상황에서 경찰은 Jeanine Nicarico을 살해한 범인이 누구인지 확신하고 검사와 법정을 설득하기 위해 증거를 조작하였다는 점이다. 만약, 범인이 Jeanine Nicarico의 집에서 아이를 납치하는 대신 보석을 훔쳤다면 -만약 가족을 쓰러뜨려 의식불명상태로 만들었거나 집이 불에 탔다면- 아마도 최소한의 조사만 있었을 것이고, 체포도 재판도 실수에 의한 유죄판결도 없었을 것이다.[323]

다. 허위자백

1) 피고인의 허위자백

허위자백은 여러 증거유형을 교란시키는 문제를 안고 있다. 대부분의 사람들이 자신이 죄를 범하지 않았는데 자신이 죄를 범하였다고 인정하는 것을 믿지 않거나 회의적이다. 하지만 실제로 이러한 일이 발생하고 있으며, 1989년에서 2012년까지 허위자백을 이유로 무죄로 입증한 사례만 해도 135건에 이른다.

1989년 11월, 16세의 여학생이 동급생으로부터 강간 및 구타당하여 교살되었다. Jeff Deskovic은 희생자의 죽음에 대해 완전히 제정신이 아닌 것으로 보였기 때문에 용의자로 지목되었다. 경찰은 Jeff Deskovic을 여러 차례 방문하였고 Deskovic은 1990년 1월 거짓말 테스트에 응하기로 동의하였다. 6시간 동안 그는 고립된 상태에서 3차례의 거짓말 테스트를 받았으며, 테스트 검수자는 "자백하는 방법"을 가르쳤고, 나아가 관계자들이 Jeff Deskovic이 유죄임을 알고 있다고도 하였으며, 결국 그는 거짓말 탐지기를 통과하지 못했다. 그리고 그가 무엇을 했는지를 얘기한 이후에야 귀가할 수 있었다.

결국, Jeff Deskovic은 자신이 소녀를 죽였다고 인정하였으며, 몇 년이 지난 후,

322) Samuel R. Gross, 전게 논문, p. 56.
323) Samuel R. Gross, 전게 논문, p. 56.

"나의 삶이 위험에 처해 있다는 것을 느꼈다. 그들이 듣고 싶어 하는 말을 들을 때까지 그들은 멈추지 않을 것 같았다."라고 말했다. 신문 후 그는 테이블 밑에 들어가 태아처럼 몸을 동그랗게 말고 울었다. 그는 1991년 1월, 강간 및 살인으로 유죄판결 받았으며, 2006년 11월 면죄가 되었다. Deskovic이 감옥에 16년 동안 수감되어 있는 동안, 피해자에게서 나온 정액이 다른 여성을 살인한 죄로 복역 중이던 다른 수감자의 것으로 DNA 테스트 결과 판명되었다.

무고한 피의자가 허위자백을 하는 주요원인은 두려움, 속임수, 지치게 하는 것 또는 이 모든 이유에 의한 것이다.[324] 허위자백의 60%가 강압에 의한 것이고(82/135), 피고인의 12%(16/135)는 자신들이 범죄에 관여했다고 거짓자백을 거부하거나 죄를 인정할 만한 말을 언급하는 것을 거부했다. 거짓자백의 11%(15/135)는 자의에 의한 것으로 보인다.[325]

2003년 연구보고서는 "허위자백은 값싼 대가가 아니다."라고 하고 있다. 보통 장시간을 들여 사람을 지치게 하는 신문과정이 있고, 때로는 며칠이 소요되기도 한다. 1989년-2012년까지의 통계결과 허위자백의 75%(102/135)는 살인사건이었는데, 그 중 25%는 면죄가 되었다.

[표 4-11] 허위자백의 유형과 범죄별 면죄율

	피고인에 의한 자백	공동피고인에 의한 자백	피고인 또는 공동피고인에 의한 자백
살인(416)	25%	23%	39%
성폭력(203)	8%	3%	8%
아동성폭력(102)	7%	1%	8%
강도(47)	2%	2%	4%
기타 폭력범죄(47)	15%	6%	19%
비폭력범죄(58)	3%	9%	12%
합계(873)	15%	13%	24%

* 출처: Samuel R.Gross, "Exonerations in the United States(1989 – 2012)", National Registry of Exoneration, 2012, p. 58.

324) Samuel R. Gross, 전게 논문, p. 57.
325) Samuel R. Gross, 전게 논문, p. 57.

2) 공동 피고인의 허위자백

허위자백은 반드시 피고인에 의한 것으로 국한되는 것만은 아니다. Christopher Ochoa는 공범으로 가담하지 않았다고 하면 처벌에 대한 위협이 있을 거라는 이야기를 듣고 1988년 텍사스 오스틴에서 발생한 강간 및 살인사건에 대해 허위자백을 하게 된다. 그는 수사과정에서 친구인 Richard Danziger를 지목했고, 두 사람은 결국 유죄판결을 받는다. 1996년 유죄자백을 한 범죄자인 Achim Josef Marino이 범죄자만이 알 수 있는 내용의 편지를 작성하여 관계당국에 보냈다. 2002년 DNA 테스트가 두 사람의 무죄를 입증했고, Marino의 유죄를 밝혔다. 그때까지 Danziger는 감옥에서 심한 구타를 당해, 심각한 뇌 손상을 입었다.

이와 같은 일은 종종 발생하는데, 1978년 17세의 정신지체자인 Paula Gray는 4명과 2명의 무고한 인물을 각각 강간과 살인범으로 지목하였다. 그 후 18년 뒤에 면죄가 되었다.

무고한 피고인의 13%(873/112)가 다른 이들의 허위자백으로 인해 자신들이 범죄행위에 가담했다는 것이 인정되어 유죄판결을 받는다. 공범자로 의심받는 경우 무고하지만 공동 피고인으로 기소될 수 있고 실제로 그러한 경우가 적지 않다. 그러나 일부는 다른 이를 공범으로 지목할 경우, 경미한 범죄행위 또는 관여하지 않은 범죄에 대해 유죄를 인정하거나 자신들은 죄가 없다고 한다.[326]

1989년-2012년 통계에서 공동 피고인의 허위자백의 86%(96/112)는 살인죄의 면죄자인 경우가 많다. 이는 피고인 자신에 의한 허위자백에서 무고함이 밝혀진 경우보다 높은 비율이다.[327] 제3자의 허위자백의 63%는 피고인이 자신에 대한 고백은 하지 않는다. 앞의 표를 보면 이런 경우, 허위자백의 피해여파는 점차 커지고, 전체 비율의 24%, 살인에 대한 무고죄의 39%에 이른다.

3) 청소년 및 정신장애자의 허위자백

허위자백은 경찰의 압박에 특히 취약한 계층에게 일반적으로 발생한다.[328] 앞에서

---

326) Samuel R. Gross, 전게 논문, p. 59.
327) Samuel R. Gross, 전게 논문, p.59.
328) Tepfler, Cooley & Thompson, Convenient Scapegoats; Juvenile Confession and Exculpatory DNA in Cook County, Illinois, 62 Rutger L.Rev., 2010, p. 887.

소개했던 Jeff Deskovic사건은 신문압박에 취약한 청소년 피고인의 대표적인 사례이며, Earl Washington사건은 정신지체에 해당하는 취약계층의 대표적인 사례이다.

1982년 6월, Rebecca Lynn Williams은 버지니아에서 강간 및 살해되었다. Earl Washington은 22세의 흑인으로 IQ가 69이며, 강도 및 상해죄로 체포되었다. 이틀간의 신문결과 Earl Washington은 5가지 유형별 사건에 대해 허위자백을 했는데, 그 중 4개는 그가 묘사한 내용이 범죄사실과 부합하지 않았고, 피해자가 그를 용의자로 지목하지 않았기 때문에 그에 대한 유죄는 설득력이 없었다. 하지만 5번째 죄목에 대해 그는 자신이 Rebecca Lynn Williams을 살해하였다고 진술했으며, 수사기관은 이 기록에 대해 바로잡지 않았다. Washington의 최초 자백은 경찰이 재정비하기 전까지 실수가 매우 많았던 것으로 밝혀졌다. Washington은 희생자의 인종(백인)도 몰랐으며, 살인된 주소 및 강간 장소로 추정되는 주소도 알지 못하였음에도 불구하고 Washington은 1984년 1월 유죄판결 및 사형선고를 받았고 16년이 지난 2000년에 DNA 검사결과를 토대로 면죄를 받게 된다.

2003년 연구보고서에 따르면 무고함이 입증된 피고인의 42%가 자신이 거짓자백을 할 당시 나이가 18세보다 어린 것으로 나타났고, 69%는 정신이상 또는 정신지체인 것으로 드러났으며, 성인의 8%는 정신장애에 대한 증세를 알 수 없는 것으로 나타났다.[329] 1989년에서 2012년까지의 연구결과, 정신장애를 앓고 있는 허위자백자의 무죄입증 비율이 75%로 나타났다. 무죄입증자의 6분의 1이 청소년, 정신장애자이며, 또는 두 가지 모두에 해당하는 경우로 나타났고 그들 중 허위자백의 비율은 59%(79/135)로 나타났다.[330]

이러한 결과는 새로운 내용이 아니다. 어린이나 정신적으로 장애가 있는 자에게 허위자백을 강요하는 것은 상대적으로 용이한 일이고, 이는 경찰이 이용할 수 있는 부분이다. 대부분 허위자백이 취약한 이들에 의한 것이고 강압적인 환경 및 자백에 의한 것이다. 하지만 이러한 자백이 의심할 여지없이 사실이기는 하지만 모든 자백이 사실인 것은 아니다. 자신이 죄를 지었을 때 순조롭게 죄를 인정하는 피고들은 포기하고자 하는 경향이 있어서 자신들이 무고할 때에도 죄를 인정한다.[331]

---

329) Samuel R. Gross, 전게 논문, p. 60.
330) Samuel R. Gross, 전게 논문, p. 60.
331) Samuel R. Gross, 전게 논문, p. 60.

4) 허위자백과 유죄의 인정

경찰의 신문으로 허위자백을 한 후 무고함이 밝혀진 약 25%(35/135)는 후에 법정에서 유죄인정(pled guilty)을 하기도 하고, 5%(36/738)는 자신들의 죄를 인정하지 않기도 한다. 나머지는 자신의 허위자백을 철회하며 법정에 출석한다. 총체적으로 우리가 조사한 바에 따르면 면죄자들 중 8%는 유죄인정으로 인해 유죄판결을 받은 자들이다.[332]

이러한 결과는 무고한 피고인이 유죄인정을 거의 하지 않는다는 것을 의미하지는 않는다. 무고한 형사사건의 피고인들의 대다수가 유죄인정을 하고 있고, 면죄되는 경우도 드물다. 유죄인정을 한 피고인은 자신의 무고함을 타인에게 설득하는 데 시간이 많이 소요되고 심지어 청문회에 출석도 해야 한다. 보다 중요한 것은 단순히 법정에 출두한 범죄자들 보다 유죄인정을 한 경우, 대다수가 형량이 가볍기 때문에 그 누구도 자신들의 무고함을 밝히고자 하지 않는다는 것이다.[333]

예컨대, 2004년 4월 Georgia주의 Carrollton에서 부모도 변호인도 없이 4시간동안 신문을 당한 12살의 Jonathan Adams은 자신이 9살인 Amy Yates를 살해하였다고 인정했다. 1년 후 그는 청소년 법원에서 유죄인정을 했고, 12개월의 심리치료소에 입소하여 치료감호를 받았다. 6개월 후, 정신장애가 있는 18세 청소년이 그 소녀를 정신적 전환 및 개조를 위해 살해하였다고 자백하였고, 그 후로 2개월 뒤 Adams은 석방되었다.

만약 진범이 자발적으로 진술하지 않았다면, Adams은 결코 면죄를 받을 수 없었을 것이다. 유죄판결을 받고, 유죄를 인정하고, 10년 이상의 징역에서 종신형에 이르는 장기 징역형을 받은 피고인들 중 28명이 면죄가 되었고, 1989년에서 2012년 사이의 통계상으로 볼 때 Adams을 포함하여 단지 6명만이 10년 이하의 징역을 받은 것이 확인되었다.[334]

Adams처럼 유죄인정을 한 대다수의 무고한 피고인은 상대적으로 가벼운 형을 받고, 실무에서는 이러한 사례를 가급적이면 신속하게 사건을 처리해서 넘겨버리려고 한다. 유죄의 인정은 법원에서 번복하기 매우 어렵고, 처벌 및 피고인의 삶에 미치는

332) Samuel R. Gross, 전게 논문, p. 61.
333) Samuel R. Gross, 전게 논문, p. 61.
334) Samuel R. Gross, 전게 논문, p. 61.

피해를 비롯하여 손실도 크다는 점은 이해가 된다. 하지만, 재판 또는 유죄인정에 의한 것이던, 거짓자백에 의한 것이던 아니던, 거짓자백을 한 경우 무죄로 인정된 경우는 소수에 지나지 않는다.[335]

5) 허위자백과 DNA

DNA검사가 가장 명확하게 증명할 수 있는 것은 범죄자가 남기는 생물학적 증거물(예컨대 정액, 침, 혈액, 피부세포 등)이 피고인의 것이 아니라는 점이다. 많은 경우가 피고인의 무고함을 증명하는 증거물에 해당된다.[336]

살인죄에 있어서 허위자백이 일반적으로 이루어지는데, 허위자백의 경우 DNA 검사가 무죄를 입증하기 위한 요소로 쓰인 경우는 51%에 해당되고, 허위자백이 없는 경우에 DNA 검사가 쓰인 경우는 23%에 해당되는 것으로 나타났다.[337] 많은 검사 및 판사들이 자백은 항상 사실에 입각한 것이라고 믿고 있으며, 이들은 자백한 피고인 자신의 무죄를 증명할 만큼 무죄를 입증할 만한 증거를 요구한다. DNA 검사를 증거로 무고한 피고인이 면죄된 두 가지 사례를 보면 다음과 같다.

첫 번째 사례로서, 1996년 10월 일리노이 주 Lake 카운티의 Waukegan에서 4일간의 심문 후 19세의 특별 교육생인 Juan Rivera가 11살의 Holly Staker를 강간 및 살해하였다고 자백한 사건이다. Rivera는 첫 번째 자백에서 범죄요소와 부합하는 것이 없었으나, 그 다음날 이뤄진 두 번째 자백에서는 범죄요소에 근접했다. 수정된 자백내용은 1997년 Rivera의 살인죄에 대한 유죄판결의 근거가 되었고, 2001년의 두 번째 유죄판결은 항소심에서 첫 번째 자백내용을 수정한 이후에 작용되었다. 2005년 DNA 테스트는 Staker의 질에서 나온 정액을 바탕으로 Rivera는 제외되었다. 결국 Rivera의 두 번째 허위자백은 없는 것으로 되었고, Lake 카운티의 Michael Waller검사는 Rivera를 세 번째로 법정에 세웠다. 그 이유는 11세 피해자를 상대로 성행위가 있었고, 질에서 나온 정액은 살인자에 의한 것이라기보다는 자발적인 성관계 상대자의 것이라고 판단했기 때문이다. 이러한 불명예스러운 논리를 지지할 근거는 없지만, Rivera의 자백을 근거로 2009년 세 번째 살인 유죄판결을 받았다. 그리고 2011년 Illinois 상소

335) Samuel R. Gross, 전게 논문, p. 62.
336) Samuel R. Gross, 전게 논문, p. 62.
337) Samuel R. Gross, 전게 논문, p. 62

법원에서는 이것이 부당하고 지지할 수 없음을 이유로 유죄판결을 번복하였다.

두 번째, Lake 카운티외의 또 다른 사례로는 다음과 같다. 2005년 정신이 온전하지 못한 Jerry Hobbs가 그의 8세 딸과 그녀의 9세 친구를 살해하였다는 이유로 20시간에 걸쳐 신문을 받게 된다. 2008년 Hobbs는 재판을 위해 구속수감 중이었으며, DNA 검사에서 피해자 중 한 명의 입을 비롯한 신체부위에서 정액이 나왔고, 이는 Hobbs의 것이 아닌 다른 사람의 것으로 나타났다. 그럼에도 불구하고, 검사는 Hobbs를 석방시키지 않았다. 그 이유는 옷을 입은 채 온전히 발견된 여아 시신의 3개의 구멍에서 정액이 채취되었는데, 이는 범죄현장에서 놀고 있었거나 숲이 우거진 곳에서 성관계를 갖기 위해 숲으로 갔을 것이라는 것이었다. 2년이 넘게 지난 후에 정액은 유죄입증을 한 강간범이자 그녀들과 알고 지내던 살인용의자의 것으로 밝혀졌다. 결국 Hobbs는 2010년 석방되었고, 이는 수감된 지 5년이 지난 후였다. Waller검사는 Hobbs가 살인범죄에서 맡은 역할이 없기 때문에 "유죄판결이 아니다"라고 주장했지만 그도 자신이 합당한 의심을 잠식시킬 증거를 제시했다고 믿지는 않았다.[338]

이는 한 주에서 발생한 극단적인 사례들로서 무고한 피고인은 궁극적으로 면죄되었다. 일부의 검사들은 피고인이 수 년 동안 수감되어 있는데, 그 이유는 정신적 충격을 받고 절망에 이른 이들이 경찰에게 한 자백은 명백하고 논란의 여지가 있을 수 없는 DNA 증거에 의한 결과를 누를 수 있다는 것이다. 대다수의 살인사건은 DNA 증거 및 이에 준하는 근거가 없다.[339] 이러한 점에서 볼 때, 강도, 살인을 자백한 무고한 피고인은 목격자에 의한 진술, 첩보 및 알리바이 증거에 의한 위증, 허위자백을 하지 않을 경우 무죄를 입증할 수 있는 참신한 증거 등으로 인해 힘든 시간을 보내거나 청문회에 참석하기도 한다.[340]

라. 잘못된 법과학적 증거

법과학(Forensic science)이란 "자연과학의 이론 및 전문기술을 범죄수사, 사고·재난조사 등에 활용하여 민·형사상의 투명화 및 신속화에 기여하는 학문분야"를 의미한

338) Andrew Martin, The Prosecution's Case Against DNA, N.Y.Times, Nov.27, 2011, at MM44; Samuel R. Gross, 전게 논문, p. 63.
339) Samuel R. Gross, 전게 논문, p. 63.
340) Samuel R. Gross, 전게 논문, p. 63.

다.[341] 이러한 법과학을 활용하여 채득한 증거를 '과학적 증거'라고 하는데, 학계에서는 "흔적증거의 과학적·기술적 분석을 통하여 얻어 낸 의견, 기타의 형태로 제출되는 과학적·기술적 기타 특별한 정보"를 과학적 증거의 정의로 파악하고 있다.[342] 과학적 증거와 법과학의 목적은 그 정의에서도 알 수 있듯이, 과학적 증거를 통해 사법적 해결에 있어서 투명화와 신속화에 기여하는 것을 목적으로 하고 있다고 할 수 있다.

특히 형사사건에 있어서 과학적 증거는 수사의 단초를 제공해주는 동시에 사실인정의 근거로 제공되기도 하며 또한 유·무죄를 판단함에 있어서도 중요한 지위를 차지하게 된다. 하지만 과학적 증거는 이와 같은 순기능과는 달리 오판의 원인으로 작용하기도 하였다는 점이 드러나기 시작한다. 예컨대, 1980년대 후반에 이르러 DNA 검사를 활용한 형사재판이 이루어지기 시작하였는데, 이러한 DNA 신원확인기법은 사건을 해결함과 동시에 억울하게 유죄판결을 받은 사람들의 무고함을 밝혀주기도 한 반면, 과학적 증거의 잘못된 분석에 의해 유죄판결이 발생하기도 하였다. 미국 국립과학원(National Academy of Science)이 발표한 2009년 보고서에 의하면 잘못된 법과학적 분석과 증언에 의해 오판이 발생하였음을 언급하고 있다.[343] 오판을 방지하기 위한 수단으로서의 기능을 하는 데 목적이 있는 과학적 증거가 오히려 오판을 발생시키는 원인이 되기도 한다는 점이 아이러니하다.

허위 또는 오류가 있는 과학적 증거(forensic evidence)는 면죄된 유죄판결사례의 거의 4분의 1에 해당된다.[344] 최근 미국은 형사사건에서 과학적 증거를 사용하고 있는데, 이는 상당한 비판을 불러일으키고 있다. 과학적 증거의 문제점은 단순한 실수에서부터 부족한 기술력, 명백한 거짓 등에 이른다. 이하에서는 각각에 해당되는 사례를 볼 것인데, 일부 경우에서는 상호간에 유형별 분리가 안 되는 경우도 있다.[345]

첫째, 1998년 3월, 노스캐롤라이나의 Aulander에서 Allen Gell은 1995년 4월 3일

---

341) 박미숙 외, 법과학을 적용한 형사사법의 선진화방안(Ⅰ), 연구총서 10-21, 한국형사정책연구원, 2010, 42면.

342) 심희기, 과학적 증거의 허용성(증거능력)과 신빙성(증명력)에 관한 판례의 동향, 월간고시계 12월호, 1999, 5면.

343) National Research Council, Strenthening Forensic Science in the United States: A Path Forward, National Academy Press, p. 4.
(https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/grants/228091.pdf 최종확인, 2018. 9. 20)

344) Samuel R. Gross, 전게 논문, p. 63.

345) Samuel R. Gross, 전게 논문, p. 63.

Allen Ray Jenkins을 살해한 죄로 유죄판결 및 사형선고를 받았다. 여기서 일자가 매우 중요했다. Gell은 1995년 4월 3일부터 다른 주에 있거나 수감 중이었는데, 피해자의 시신은 4월 15일에 발견되었다. 법정에서 의사는 Jenkins의 시신 처리상태를 보고 4월 3일 경에 그가 사망했다고 언급했다. 2004년 2월에 열린 재심에서 피고인 측은 17명의 증인을 출석시켜 4월 3일 이후에도 Jenkins가 살아있었음을 증언했다. 또한 병리학자도 Jenkins 시신 발견 당시 집안 온도가 높은 것을 감안하면, 시신이 더 빨리 부패되었을 것이고, 4월 3일 이후에 사망한 것으로 추정된다고 언급했다. 결국 Gell에게는 무죄가 선고되었다.[346]

둘째, 2000년 오레곤 주의 Polk 카운티에서 Phillip Cannon은 3명을 살해한 죄로 종신형을 받고 수감되었다. Phillip에 대한 주요 증거자료의 금속 및 화학적 분석을 한 결과, 피해자를 죽인 총알과 동일한 성분의 총알이 Cannon의 집에서 발견되었다는 FBI의 증언이 있었다. 2004년 미국 국립과학원(National Academy of Science)은 용의자의 카트리지 박스에서 발견된 특정 총알에 대한 금속 및 화학적 분석을 토대로 한 FBI의 증언은 과장되었고, 신뢰성이 없는 오도된 것이라고 밝혔다. FBI는 2005년 이 같은 유형의 분석기법을 더 이상 사용하지 않았다. 2009년 Cannon은 신뢰성이 없는 과학적 증거에 의해 유죄가 확정되면서 다시 법정에 서게 되었고, 그 해 12월 석방되었다.[347]

셋째, 1986년 오클라호마에서 Curtis Edward McCarty는 1983년에 강간 및 살인죄에 대해 종신형을 선고 받았다. 과학적 증거 분석가인 Joyce Gilchrist는 법정에서 중요한 증거자료를 제시하였는데, 피해자 시신에서 나온 정액이 McCarty의 혈액형과 동일하다는 것이었다. 사실 그 정액은 어떤 유전적 성분을 포함하고 있지 않은 Non-Secretor로서, 피해자의 혈액형을 알 수 있을 만한 유전적 정보가 없었다. Gilchrist는 범죄현장에서 발견된 McCarty의 머리카락을 증거자료로 제시하였는데, 그것은 자신이 이미 1983년 범죄현장에서 채취한 머리카락이 McCarty의 것과 동일하지 않다고 결론이 난 것이었다. 1985년 McCarty가 체포된 이후, 범죄현장에서 발견된

346) https://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/casedetail.aspx?caseid=3236 (최종확인, 2018. 9. 10)

347) https://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/casedetail.aspx?caseid=3083 (최종확인, 2018. 9. 10)

머리카락이 McCarty의 것이었을 수도 있다고 정정하였고 법정에서 "McCarty의 것"이라고 증언하였다. McCarty의 변호인은 2000년 이와 같은 번복이 Gilchrest가 다른 사기죄를 조사하고 있는 중이었던 시기였다는 것을 발견하였고, McCarty는 21년 후인 2007년 DNA결과를 근거로 석방되었다.[348]

1989년에서 2012년 까지 면죄된 주요범죄 유형들 중에서, 과학적 증거가 잘못 적용된 경우는 성폭력범죄로 유죄판결 받고 석방된 경우가 제일 높았고(37%, 76/203), 살인죄(23%, 96/416), 아동성범죄(21%, 21/102) 순이었으며, 강도죄(6%. 3/47)는 극히 드물었다.[349]

이러한 결과는 예상이 가능했던 것인데, 생물학적 증거는 보통 성폭력 범죄의 조사 및 재판과정에서 수집되고 그 과정에서 실수나 거짓된 증거자료가 발생할 확률이 매우 높다.[350] 과학적 증거는 살인범죄의 수사과정에서도 보편적으로 사용되고 있으며, 병리학자도 사인을 규명할 때 사용한다. 하지만 강간죄의 경우, 특히 오늘날 과학적 증거는 범인의 신원을 밝히는 데 매우 중요한 역할을 하지만, 수 십 년 전의 전형적인 혈액형 증거자료 등은 신원을 밝혀내기 힘들었고, 정보를 오도하는 경우도 종종 있었다.[351] 더욱 중요한 것은 DNA와 같은 과학적 증거는 대부분의 강간죄에 대한 조사과정에서 무고함을 증명하기 위해 쓰인다는 점이다. 즉, 강간죄의 경우, DNA 증거는 무고한 피고인의 무고함을 밝히는데 사용되었고, 초기의 생물학적 샘플에 대한 오남용 사례가 보도되기도 했다. 반면, 살인사건의 피고인은 진범의 자백에 의해 무고함이 밝혀지기도 하지만, 과학적 증거상의 실수나 거짓 사례가 밝혀진 경우는 상대적으로 적다. 당연한 것이 잘못된 과학적 증거자료로 밝혀진 사례는 DNA 증거로 살인의 무고함이 밝혀진 경우가 42%(52/123)에 해당되었고(이는 압도적으로 사례가 많은 강간죄도 포함), DNA 증거와 무관하게 살인죄의 무고함이 밝혀진 경우, 그릇된 과학적 자료가 미친 경우는 16%(47/293)였다. 즉, 제대로 된 과학적 자료가 피고인의 무고함을 밝히는 데 사용된다면, 이는 그릇된 과학적 증거가 피고인의 유죄판결을 받게 되는 사례보다 그 비율이 높다.[352]

---

348) https://www.innocenceproject.org/cases/906/(최종확인, 2018. 9. 10)
349) Samuel R. Gross, 전게 논문, p. 63.
350) Samuel R. Gross, 전게 논문, p. 63.
351) Samuel R. Gross, 전게 논문, p. 65.
352) Samuel R. Gross, 전게 논문, p. 65.

드문 경우이지만, 거짓 또는 오도하는 과학적 증거는 검사가 사건이 발생하였을 때 오히려 이를 단순사건이 아닌 범죄로 몰고 가기에 필요한 자료가 되기도 한다.[353]

마. 공권력 남용

사실 공권력 남용은 오판에 기여할 만한 요소로 여겨지지는 않는다는 주장도 있다.[354] 이 말의 의미는 공권력 남용이 재판을 오도하거나 무고한 자에게 유죄판결을 내리는데 직접적인 영향을 미치는 것은 아니지만, 법정에서 효력을 발생하는 증거물에 영향을 미치는 행동들이라고 할 수 있다.[355] 남용의 범위는 매우 넓다. 허위자백을 유도할 수 있는 극악하고 부도덕적인 수사법 예를 들면, 위증, 고문, 협박 또한 강압적인 수사나 목격자 협박 및 목격자에게 거짓증언을 강요하는 것, 과학적 증거의 조작 등을 초래할 수 있는 것들이 포함된다. 마지막으로 전혀 범죄와 무관한 무고한 용의자를 용의선상에 두는 것도 이에 포함된다. 가장 일반적인 공권력의 남용은 법정에서 피고인의 무죄를 입증할 수 있는 증거를 숨기는 것이다.[356] 앞에서 살펴본 일리노이주의 Roberto Almodovar사건에서 Guevara라는 수사관이 공권력을 남용하여 무고한 자를 유죄에 빠트리게 한 사건만 하여도 12건에 이른다.[357]

거짓증거를 만들어 낸 수사과정에 공권력 남용을 포함할 수도 있고 아닐 수도 있다. 예를 들면, 남용의 정도가 매우 심각할 경우, 허위자백을 유도한 신문만이 공권력 남용에 해당될 수도 있다.[358] 아래 두 가지 사례를 보도록 한다.

---

353) Samuel R. Gross, 전게 논문, p. 65.
354) Samuel R. Gross, 전게 논문, p. 65.
355) Samuel R. Gross, 전게 논문, p. 66.
356) Ken Armstrong & Maurice Possley, The Veridict: Dishonor, Chicago Trib., 1999, p. 10-14.
357) 예컨대, 2017년 11월, Jose Maysonet는 Guevara의 권력남용으로 유죄판결 받고 무죄가 입증된 7번째 인물이다. Maysonet는 Guevara가 17시간 동안 구타와 고문으로 받아 낸 허위자백에 의거하여 가석방 없는 종신형을 선고받았었다. Gabriel Solach와 Arturo DeLeon-Reyes는 Guevara의 권력남용으로 인한 피해를 봤다가 면죄가 된 8, 9번째 인물이다. 2018년 1월, Thomas Sierra는 Guevara의 권력남용으로 인해 유죄판결을 받은 10번째 인물이며, Cook카운티는 Sierra에 대한 기소를 기각했다. 그는 Guevara가 확보한 거짓 신원에 의거하여 살인죄 및 총기난사로 가중처벌을 받았다. 2018년 2월, Ariel Gomez는 Guevara 권력남용으로 인해 유죄판결을 받은 11번째 인물이다. 2018년 3월 27일, Ricardo Rodriguez는 Guevara 공권력 남용으로 인해 유죄판결을 받은 12번째 인물로서 그의 유죄는 무효가 되었고 기소는 기각되었다. 2018년 6월 25일, Robert Bouto는 Guevara 권력남용으로 인해 유죄판결을 받은 12번째 인물로서 그의 유죄는 무효가 되었고 기소는 기각되었다.
358) Samuel R. Gross, 전게 논문, p. 66.

첫째, 버지니아 주의 Hampton City에서 1996년 Ricky Cullipher는 15세로, IQ 71의 정신지체자였는데, 경찰은 이 아이를 부모 또는 변호인을 동석하지 않은 채로 신문을 한다. 그는 친구를 총으로 쏘았다고 자백을 했는데, 이 신문과정은 부정적인 사례이다. 청소년 또는 정신지체자가 허위자백을 할 가능성이 특히 높기 때문에 Samuel의 연구에서는 이를 공권력 남용으로 구분하지 않았다.[359][360]

둘째, Daniel Gristwood는 뉴욕주의 Onandaga에서 1996년 1월, 자신의 부인을 망치로 때려 거의 사망에 이르게 한 혐의를 받고 있다. 그는 34시간동안 식사도 거르고 숙면도 취하지 못하도록 감금된 채로 16시간 연속 신문을 받는다. 이는 분명한 경찰 공권력 남용이고, 실제로도 그렇게 기록되어 있다.

그리고 목격자의 잘못된 신원확인이 공권력 남용에 포함되려면 이를 위해 목격자를 조작했다거나 설득 또는 강압적인 행위가 있어야 가능하다. 예를 들면, 용의자와 목격자를 1대 1로 만나게 하는 것은 부정적인 수사기법이지만 실제로 허용되고 있으며, 나아가 이것은 남용은 아니다.[361] 일부 신원확인 과정에서 더욱 바람직하지 않은 일이 생기고 있다.

1992년 캘리포니아 주의 Contra Costa 카운티에서 한 백인여성이 낯선 흑인남성에게 강간을 당한 사건이 발생했다. 이 백인여성에게 Albert Johnson의 사진이 포함된 일련의 사진들을 보여주었는데, 그녀는 Johnson이 강간범인지에 대해 의문을 가졌고 그의 피부색이 너무 밝다고 진술했다. 수사관은 강간범이 줄 서 있는 사람들 중에 있다고 하였고, 사진 속 Johnson의 외모는 수감되어 있는 동안 햇빛을 보지 못해서 실제 모습과 다를 수 있다고 설명했다.

이 사례는 명백한 공권력의 오남용이다. 목격자에게 오랜 시간 동안 수감되어 있던 수감자들을 줄 세워두고 그 중 사람을 지목해서 얘기하는 것이 나쁜 것만은 아니다. 이것은 곧 "한 사람만 지목하고 다른 이들을 무시하라"와 같은 의미이다. 특히 같은 수사관이 저 사람들 중에 강간범이 있다고 피해자를 확신시키는 후에 위와 같이 말하는 경우는 더욱 그러하며, 현장에서 외모의 차이점을 설명하는 것은 더욱 잘못된 경우이다.[362] 피해자는 자신이 Johnson의 신원을 확인하도록 강요받았다고 고소했

359) Samuel R. Gross, 전게 논문, p. 66.
360) 하지만 본 사건에서는 검사에 의한 다른 공권력 남용이 있었다.
361) Samuel R. Gross, 전게 논문, p. 66.

다. 만약 그녀가 그러하지 않았다면, 신원확인이 어떻게 이루어졌는지는 알 수 없었을 것이다.[363]

공권력의 남용은 번복되는 경우가 극히 드물다. 남용사례가 소송 및 방송을 통해 밝혀지기 전까지 그 사실을 알기 힘들기 때문에 공권력 남용에 대한 데이터가 제대로 파악되어 있지 않을 것이라고 설명한다.[364]

1989년-2012년까지의 통계결과 공권력 남용은 모든 면죄사례의 42%(368/873), 살인 56%(232/416), 아동성폭행 35%(36/102), 성범죄의 경우는 단지 18%(37/203)에 해당된다. 경찰 또는 검사에 의한, 또는 둘 모두 의한 공권력 남용사례는 다른 경우보다 살인죄에서 더 보편적인 것으로 보인다.[365] 즉, 살인사건이 다른 사건들보다 더욱 중요하며 조사나 기소하기 어렵기 때문에 거짓말이나 속임수의 유혹이 더 크다. 위증과 허위자백도 성폭력범죄보다 살인사건에서 더 일반적이다. 즉, 정부관계자에 의한 위증은 공권력 남용이고 거짓증언의 두 가지 유형인 위증과 허위자백은 공권력 남용에 의해 얻을 수 있는 것으로 보인다.[366]

반면, 살인사건의 유죄판결은 다른 유죄판결보다 유죄판결 이후 보다 재검토하기도 한다. 이것이 살인사건의 무죄입증에서 공권력 남용의 사례가 더 많이 발견되는 이유 중 하나는 일정한 사실이 발견되면 다른 사례보다 면밀히 검토되기 때문인 것으로 여겨진다.[367]

2. 오판의 원인과 허위자백

지금까지 오판의 원인으로서 5가지에 대하여 살펴보았는데, 앞의 통계상으로 볼 때 오판의 원인 중 허위자백에 의한 비율이 12%를 차지함으로써 가장 낮은 것으로 나타났다. 그러나 앞의 내용들을 종합해보면 허위자백을 제외한 다른 요인들이 순수하게 오판의 원인으로만 작용하는 것이 아니라 또 다시 허위자백을 일으키는 요인으

362) Samuel R. Gross, 전게 논문, p. 67.
363) Samuel R. Gross, 전게 논문, p. 67.
364) Samuel R. Gross, 전게 논문, p. 67.
365) Samuel R. Gross, 전게 논문, p. 67.
366) Samuel R. Gross, 전게 논문, p. 67.
367) Samuel R. Gross, 전게 논문, p. 67

로 작용한다는 것도 알 수 있었기 때문에 그 결과 5가지의 오판원인 중에서 허위자백의 비율은 상당히 크다는 결론에 이르게 된다. Innocence Project와의 인터뷰 결과 미국에서는 허위자백의 비율을 산정할 때 허위자백을 제외한 4가지 오판의 원인이 반영되지 않은 다른 형태의 허위자백만을 집계하여 나타낸다고 한다. 그렇다면 허위자백이 실질적으로 오판의 주요원인이 되는 이상 허위자백의 원인 또한 파악하지 않을 수 없으므로 이하에서 구체적으로 살펴보고자 한다.

가. 목격자의 범인지목과 허위자백

목격자의 범인지목이 피의자의 허위자백과 관련이 있는지 의문이 들 수 있다. 하지만 목격자의 범인지목은 수사관이 피의자 신문 시 피의자로부터 자백을 이끌어 내는데 사용하는 하나의 도구로서의 기능을 담당하고 있기 때문에 결코 간과할 수 없는 문제라고 할 수 있다. 목격자의 범인지목이 정확하다면 상대적으로 문제발생의 여지가 줄어들 수 있겠지만 목격자의 범인지목의 불확실성은 피의자의 허위자백을 야기하는 데 있어서 큰 영향을 미친다. 그뿐만 아니라 만약 자신의 기억에 문제가 있다는 사실을 자각하지 못한 목격자가 법정에서 사실이라고 믿고 있는 내용에 대해 증언을 한다면 그 증언에 대한 신뢰성과 진실성을 파악하는 것은 어려울 수밖에 없다.[368] 목격자의 증언은 피고인에 대한 유무죄 판단을 할 수 있는 가장 중요한 증거로 사용되지만 대부분 기억의 변화에 대해서는 인지하지 못하는 경우가 많다.[369]

Innocence Project에 따르면 DNA 테스트를 재실시 함으로써 유죄판결을 받은 300건 이상의 무고한 사람이 무죄판결로 번복이 되었는데, 이러한 오판의 가장 큰 요인으로는 목격자들의 잘못된 진술이 77%-84%를 차지하고 있다고 한다.[370] 목격자의 잘못된 진술로 인한 오판 사례들 중 놀랍게도 목격자가 한 명이었던 경우가 62%, 목격자가 두 명인 경우는 25%, 목격자가 세 명 이상인 경우도 13%에 이른다.[371] 목격자가

368) 이강천, 사형폐지의 당위성과 대체형에 관한 연구, 박사학위논문, 호남대학교 대학원, 2013, 76면.
369) 김민지, 전게논문, 31면; 이강천, 전게 논문, 76면.
370) Stephanie L. Kent/Jason T. Carmichael, “Legislative responses to wrongful conviction: Do partisan principals and advocacy efforts influence state-level criminal justice policy?”, Social Science Research 52, 2015, p.149.
371) 이강천, 전게 논문, 78면.

많을수록, 그리고 그 목격자들이 일관적으로 한 사람을 지목한 경우라면 어떠한 증거보다 강력한 증거가 될 수밖에 없다. 하지만 목격자 기억에 대한 신뢰성은 목격자가 몇 명이었냐는 사실 보다 어떠한 상황에서 용의자의 지목이 이루어졌는지에 따라 달라진다.[372] 목격자의 잘못된 지목으로 오판이 난 사례들을 분석한 결과 지목 절차 자체가 목격자의 기억에 부정적인 영향을 미친다는 것이 밝혀졌다.[373] 이러한 목격자들의 잘못된 진술이 발생하는 이유는 대부분 경찰의 강압에 기인한다고 한다.[374]

나. 허위자백의 원인

1) 허위자백에 대한 사회적·문화적 배경

실증적인 연구를 통해서 밝혀진 것은 아니지만 미국에서 사회적·문화적인 영향이 허위자백의 한 요인으로 작용된다는 주장이 있다. 즉, 미국 국민들이 형사사법시스템에 대한 신뢰도가 상당히 높은 편이라고 한다. 따라서 미국인들이 신뢰하고 있는 사법시스템이 실체진실을 밝혀낼 것이라고 믿고 있다. 이러한 무고함의 힘은 문화적인 맥락에서 설명이 될 수 있을 것이며, 무고함의 힘은 세계 어디서나 발견되는 것이 아니라 사람들이 자신이 속해있는 형사사법시스템을 신뢰하는지의 여부에 따라 달라진다는 것이다.

그리고 미란다 원칙 중 피의자가 변호인의 조력을 받을 권리가 있고 묵비권이 있는데 왜 무고한 피의자는 묵비권을 행사하지 않는 것인지 의문이 들 수 있다. 즉, 인종, 나이, 성별, 국경을 초월해서 허위자백은 어디서나 발견되는 현상이며, 다양한 종류의 사람들이 허위자백을 하는데, 한 가지 공통된 점으로서 자백을 하기 전에 이들은 변호인의 조력을 받을 권리를 포기하는 현상이 많이 발생한다. 그러한 이유는 스스로 잘못한 게 없기 때문에 변호인의 조력을 받을 필요가 없다는 것이며, 이러한 권리는 실제로 잘못을 저지른 사람에게나 필요한 것이라고 생각하고 있다. 결과적으로 스스로 권리를 포기하고 허위자백을 하는 것은 무고함의 힘으로부터 비롯되며, 그러한 무고함의 힘은 실체진실을 반드시 발견할 것이라는 형사사법시스템에 대한 신뢰에

372) 이강천, 전게 논문, 78면.
373) 김민지, 전게 논문 34면; 이강천, 전게 논문, 78면.
374) Stephanie L. Kent/Jason T. Carmichael, 전게 논문, p.149.

있다고 한다.

2) 허위자백의 유형

가) 신문에 취약한(vulnerable) 계층

피의자 신문에 대한의 압박을 받는 상황에서 어떤 사람들은 선천적으로 피암시성이 높고, 조종(manipulate) 당하기 쉬우며, 연약하기 때문에 허위자백에 취약한 경우가 있다. 이와 같이 허위자백에 취약한 계층은 나이가 어린 피의자, 정신적으로 지체가 있거나 특정 유형의 정신적 질병을 앓고 있는 피의자, 성격적으로 피암시성이 높은 피의자, 극심하게 불안해서 신문상황에서 발생하는 스트레스를 이겨내기 힘든 피의자들이 포함된다. 따라서 허위자백이 발생하는 첫 번째 이유로서 잘못된 유죄판결에 관한 데이터 자료에 따르면, 어린이, 청소년, 정신적으로 질병이 있는 사람들, 그리고 지적으로 결함이 있는 사람들이 허위자백을 할 확률이 훨씬 높다는 것으로 파악되고 있다. 따라서 허위자백 한 범주는 상술한 특정 유형의 사람들이 허위자백에 취약한 요인들을 갖고 있다고 할 수 있다.[375]

나) 순응 허위자백(compliant false confession)

신문에 취약한 계층이 아닌 심신이 건강한 보통의 성인들도 자신이 저지르지 않은 범죄에 대해서 허위자백을 하는 경우 이러한 허위자백의 요인은 어디에 있는 것인지 의문이 들 수 있을 것인데, 이것은 경찰의 신문기법과 큰 관련이 있다. 보통의 정상인의 허위자백은 두 가지 하위 유형들로 구분된다. 첫 번째 유형의 허위자백은, 신문이라는 것은 엄청난 압박과 스트레스 그리고 오랜 기간 진행되는데, 이러한 신문을 받다보면 누구나 어느 순간 한계점에 이르게 된다. 최근의 경찰 신문기법은 피의자들이 그러한 한계점을 넘어 자백을 하도록, 그리고 경찰이 피의자들로부터 쉽게 자백을 받아낼 수 있도록 고안이 되어있다. 그리고 심지어 신문기법 교재에서 다루는 이론들도 어떻게 하면 피의자가 혐의를 부인하지 않고 더 쉽게 자백을 할 수 있도록 유도하는

375) 이하 허위자백에 대한 주된 내용은 2018년 5월 31일 John Jay College of Criminal Justice를 방문하여 피의자의 허위자백에 대한 연구의 권위자인 Saul Kassin 교수를 인터뷰한 내용으로 구성하였음(인터뷰일자: 2018. 5. 29~30).

지에 대해 설명되어 있다는 것이다. 즉, 피의자가 신문상황에서 벗어날 수 있는 가장 최선의 방법은 '자백을 하는 것 뿐'이라는 것을 깨닫도록 유도하는 방법에 관한 것이 설명되어 있다. 이와 관련된 다양한 신문기술들이 있는데, 어떤 기술이든 결백한 사람들이나 자신이 결백하다는 것도 아는 사람들로 하여금 신문으로부터 포기하게 만들고, 경찰에게 협력하는 것만이 그들에게 최선의 이익일 것이라고 그들 스스로 믿게끔 만드는 기법이다. 이러한 기법을 '순응 허위자백(compliant false confession)'이라고 칭한다. 즉, 스스로 결백하다는 것을 아는 피의자가 '순응' 혹은 '복종'의 의미로 허위자백을 했기 때문에 이와 같은 표현이 사용되고 있다. 문제는 이러한 결백한 피의자들이 나중에 변호인을 만나자마자 바로 자신이 했던 자백을 철회하는데, 그 이유는 그들은 스스로 결백하다는 것을 알고 있고 단지 신문의 상황에서 벗어나기 위해서 범죄사실을 인정하였던 것이기 때문이다.[376]

다) 내재화된 허위자백(internalized false confession)

'내재화된 허위자백'이라는 유형은 먼저 언급한 유형 보다 자주 발생하는 것은 아니지만 발생할 가능성이 있는 유형이다. 즉, 결백한 사람들은 처음에 신문이 시작되었을 때에는 혐의를 부인하는데, 신문이 시작되고 몇 시간 지난 후에 경찰이 사용하는 특정 신문기법 때문에 이 사람들은 경찰에게 순응하는 의미로 허위자백을 할 뿐 아니라, 스스로도 자신이 실제 범죄를 저질렀다고 믿게 된다는 것이다. 결백한 사람이 자신이 범죄를 저질렀다고 믿게 만들기 위해 사용하는 신문기법은 경찰이 증거에 대해 거짓말을 하는 것으로부터 시작된다.[377][378] 예컨대, 경찰이 살인사건의 경우에 피의자에게 존재하지도 않은 피의자의 지문을 발견했다고 거짓말 하거나, 피의자에게 피해자가 가해자로부터 크게 저항한 흔적이 있고 피해자가 가해자의 머리카락을 움켜쥐고 있었고 그 머리카락을 분석한 결과 파의자의 머리카락임이 밝혀졌다는 형태로 거짓말을 하기도 한다. 목격자의 진술이든 거짓말 탐지기의 결과든지 간에 경찰은 피의자에게 불리한 방향으로 거짓말을 하여 자백을 이끌어내기 위해 노력한다. 자신

376) Kassin교수와의 인터뷰 내용 및 Saul Kassin, "The Psychology of Confession", Annu. Rev. Law Soc. Sci. 2008. 4, p. 195.
377) 미국에서는 경찰이 피의자에게 증거에 대해서 거짓말을 하는 것이 허용된다.
378) Saul Kassin, "The Psychology of Confession", Annu. Rev. Law Soc. Sci. 2008. 4, p. 195-196.

은 범죄를 저지르지도 않았음에도 불구하고 정상적인 피의자는 어느 순간부터 어떻게 경찰이 이런 증거들을 갖고 있는지 의문을 갖기 시작하며, 이 때 경찰은 피의자에게 '당신이 기억하지 못하는 것'이라고 대화의 방향을 전환시킨다. 나아가 경찰은 피의자에게 기억, 무의식, 의식을 잃음(black-out), 몽유병, 억제된 기억 등에 관해서 설명을 하면서 장시간의 신문을 통해 피의자들이 취약해지게 만든다. 이런 현상은 피의자가 10대인 경우에 더 잘 관찰이 되는데, 이들은 원래도 허위자백에 취약한 상태인데다가 신문이 끝날 무렵에 그들은 자백을 했음을 인정하는 서명을 할 뿐만 아니라 자신이 실제로 범죄를 저질렀다고 내재화하게 된다. 그리고 이후에 변호인이 피의자에게 "당신이 정말로 범죄를 저질렀나요?"라는 질문을 하면, 피의자들은 대부분 "잘 모르겠어요. 확신이 없어요. 내가 뭘 했는지 이제 도무지 모르겠어요."라는 대답을 한다는 것이다.

라) 무고함에서 비롯된 허위자백

그 다음으로 무고함에서 비롯된 허위자백이 있다. 앞서 설명한 무고한 자가 형사사법시스템에 대한 신뢰도에 의해 허위자백을 하는 경우와 일맥상통하지만 여기서는 이를 포함한 더 넓은 개념이라고 볼 수 있을 것이다. 즉, 결백한 사람들은 종종 저항하고 자백하기를 거부하지만 어느 순간 이 모든 것들이 무너지게 되는데, 앞에서 다루었던 Jeffrey Deskovic사건에서 Deskovic은 18-19시간의 신문 도중 압박을 이기지 못하여 결국 자백을 하고 이를 인정하는 서명을 하였다. 나중에 왜 자백을 했냐는 질문에 그는 경찰이 그에게 자신의 DNA 자료를 갖고 있고 이것을 곧 과학 수사기관에 보낼 것이라는 말을 들었고 그래서 그는 자신이 범인이 아니라는 것이 곧 밝혀지겠다고 믿었다는 것이다. 그래서 이 남성은 나중에 곧 자기의 무고함이 밝혀질 것을 믿으며 자백을 함으로써 신문 상황을 끝내려고 했다는 것이다. 허위자백의 세 번째 위험요인이 바로 "무고함"인데, 구체적으로 말하자면 피의자가 결백한 경우에는 자신의 무고함이 곧 밝혀질 것이라는 믿음을 갖게 되며, 당장 자백을 하면 신문이 주는 고통으로부터 벗어날 수 있으므로 자백을 하게 된다. 대부분의 사람들은 세상에서 정의는 밝혀질 것이라는 잘못된 믿음을 갖고 있지만, 매우 모순적이게도 무고함은 또 다른 허위자백의 위험 요인으로 작용하고 있다.[379]

3) 신문기법으로서 소위 리드기법(Reid Technique)의 문제

미국 수사관들은 리드기법(Reid Technique)에 따라 피의자를 신문한다. 범죄신문 및 자백(Criminal Interrogation and Confession)이라는 매뉴얼은 미국 경찰에서 대표적으로 사용되는 용의자 신문 기법으로 John Reid라는 사람이 회사를 설립해 경찰들에게 수업, 세미나, 비디오 청취 프로그램 등으로 용의자 인터뷰 및 신문기법인 "리드기법(Reid Technique)"에 대한 교육을 실시해주고 있다.[380] 이 기법은 단계적으로 이루어진 신문 절차를 통해 용의자가 심리적으로 설득되어 최후에는 용의자로부터 자백 진술서를 받는 것을 목표로 한다.[381] 그리고 매뉴얼에는 초기의 "면담(interview)" 과정에서 용의자의 비언어적인 행동을 분석하면 실제범인이 아니기 때문에 범행에 대해 부인하는지 아니면 죄를 숨기려는 의도를 가지고 부인하는지 구분할 수 있다고 설명한다. 이를 행동 분석 면담(Behavioral Analysis Interview)라고 지칭하며 용의자의 언어적 신호, 비언어적 신호, 행동적 태도로 나누어 거짓과 진실을 구분할 수 있는 지표로 사용한다.[382] 예컨대, "당신이 실제범인이라고 가정해 보면 이 사건이 어떻게 일어난 것이라고 생각합니까?"라는 질문을 했을 경우 용의자의 얼어붙은 것 같은 자세, 시선피하기, 부산한 움직임과 같은 행동의 변화, 긴 한숨, 답하기 전에 긴 침묵과 같이 답변할 때의 언어적 신호, 그리고 불안함, 무심함, 신중함과 같은 행동적 태도를 관찰하여 거짓말을 하고 있을 때 무의적으로 노출되는 행동들로 진술의 진위 여부를 가늠할 수 있다고 설명한다.[383] 이러한 행동 분석 기법을 교육 받으면 진실과 거짓을 85% 정도 정확하게 구분할 수 있다고 주장한다.[384] 하지만 리드기법을 교육하는 전문가의 주장과는 반대로 실험 연구 결과에 의하면 진실과 거짓을 구분해야 하는 직업을 가진 전문가들(경찰관, 판사, 세관 조사관 및 다른 분야의 전문가들)의 거짓 또는 진실에 대한 판단 능력이 일반인에 비해 크게 차이가 없고, 진실과 거짓을 판단할 수 있다는 행동 분석 방법에 대해 교육을 실시하여도 진실과 거짓을 판단할 수 있는 능력이 크게 달라지지 않았다. 하지만 문제는 일반인들에 비해 전문가들은

379) Saul Kassin, 전게 논문, p. 206-207.
380) 리드기법에 대한 자세한 내용은 http://www.reid.com 참조.
381) Saul Kassin, 전게 논문, p. 197.
382) 김민지, 전게 논문 36면.
383) 김민지, 전게 논문 37면.
384) Saul Kassin, 전게 논문, p. 197.

자신의 거짓 또는 진실 판단을 할 수 있다는 높은 자신감을 가지고 있다는 점이다.[385]

또한 실제로 거짓말을 할 때 나타나는 행동, 즉 불안감, 두려움, 분노감들이 거짓말을 하고 있다고 오해를 받는 사람들에게서도 똑같이 나타나며 경찰처럼 신문하는 대상은 거짓말을 할 가능성이 많다고 믿는 경우에는 이러한 비언어적 행동들이 거짓말을 하고 있다고 믿게 만드는 요인이 된다.[386] 예를 들어, 톰 소여(Tom Sawyer)(Ofshe, 1989)는 성폭행 및 살인 혐의를 받고 경찰서에서 조사를 받았다. 경찰의 초기 신문 과정에서 소여는 얼굴이 빨개지며 부끄러워하는 모습을 보이자 경찰은 그가 무엇인가 숨기고 있다고 판단하였다. 경찰은 소여에게 거짓으로 조작된 증거를 제시하였으며 알콜 중독자인 그가 술 때문에 의식이 없었을 때 살인을 저질렀기 때문에 범행을 기억하지 못하고 있는 것이라고 설명하였다.[387] 열여섯 시간의 경찰 신문 끝에 그는 자백을 하였고 재판을 받게 되었는데 담당 판사가 허위 자백의 가능성을 이유로 자백 증거가 법정에서 제외되었고 결국 재판이 중단 되었다.[388] 나중에 밝혀졌지만 경찰에게 신문을 받았을 때 소여는 알콜 중독에서 회복되고 있던 시기였으며 사회 불안증 환자여서 경찰의 신문과 같이 평가가 이루어지는 상황에서 땀을 흘리고 얼굴이 붉어진다는 점을 경찰은 모르고 있었다.[389] 이 사례는 거짓말을 하고 있음을 말해주는 여러 지표들, 즉 불안감, 두려움, 분노감, 특정 행동이나 모습들이 진실을 말하고 있는 상황에서도 거짓말과 상관없이 나타날 수 있으며 거짓말을 하고 있다고 생각하게 만든다는 점을 보여준다.[390]

초기 면담 과정에서 용의자의 행동을 분석한 결과 불순한 의도를 가지고 무엇인가 숨기고 있다고 판단되면 리드 기법의 다음 단계인 신문(interrogation)의 과정으로 넘어가게 된다.[391] 신문의 과정은 총 아홉 단계[392]로 이루어져 있으며 마지막 단계는

---

385) 김민지, 전게 논문 37면.
386) 김민지, 전게 논문 37면; 이강천, 전게 논문 80면.
387) 이강천, 전게 논문, 80면.
388) 김민지, 전게 논문, 37면.
389) 이강천, 전게 논문, 80면.
390) 김민지, 전게 논문, 37면; 이강천, 전게 논문, 80면.
391) 이강천, 전게 논문, 81면.
392) 그 아홉 단계는 다음과 같다: ① 직접적, 긍정적으로 맞서기(Direct, positive confrontation), ② 테마 개발하기(Theme development), ③ 부인하는 내용 다루기(Handling denials), ④ 이의 제기 극복하기(Overcoming objection), ⑤ 용의자의 집중을 유지시키기(Procurement and retention of the suspect's attention), ⑥ 용의자의 소극적인 기분 다루기(Handling the

구두로 자백한 내용을 진술서로 전환시키는 단계이다.[393] 우선 이 매뉴얼은 용의자를 작고, 방음장치가 된 방으로 안내하여 신문을 시작할 것을 가르치고 있는데 이러한 환경은 용의자가 사회와의 단절감, 감각의 차단, 무기력감 등을 느끼도록 만든다. 또한 가장 문제가 많다고 지적되고 있는 신문 기법 중 하나는 "극대화하기(Maximization)"와 "최소화하기(Minimization)"이다.[394] 극대화하기는 용의자가 범행을 부인하고 있지만 경찰은 그가 유죄라고 굳게 믿고 있으며 범행을 부인하려는 노력들이 결국에는 모두 실패할 것이라는 점을 알려주는 과정을 말한다. 이 과정은 조작된 증거를 제시하거나 은연중에 또는 노골적으로 용의자가 혐의를 부인할 경우에 가혹한 형벌이 기다리고 있다는 점을 각인 시킨다. 반면 최소화 하기는 범죄 행위에 대한 도덕적으로 타당한 이유나 구실을 만들어 주며 경찰도 범죄행동을 이해하고 공감하고 있다는 것을 보여주고 누구나 그 입장이었다면 충분히 비슷한 행동을 했을 것이라고 이해시키며 범죄 행위의 심각성을 "최소화" 시켜주는 과정이다. 예를 들면 살인이 철저한 계획에 의해 이루어 진 것이 아니라 즉흥적이고 우발적이며 사고에 의한 것이라고 설명 해주며 자백을 하게 되면 최소한의 형벌을 받을 수 있다는 점을 각인시켜 주는 것이다.[395]

문제는 이러한 리드기법이 실제로 매우 효과적이며 실제 범죄를 저지른 용의자로부터 자백을 얻어내는 것뿐만 아니라 무고한 사람들에게도 자백을 얻어내는데 매우 효과적이라는 것이다. 리드기법에 의하면 초기 면담을 바탕으로 죄의 여부가 어느 정도 규명된 용의자들만 경찰의 신문을 받게 되어 있기 때문에 경찰의 신문은 용의자가 유죄일 것이라는 생각 또는 무엇인가 숨기고 있다는 판단에서부터 시작된다. 캐나다의 경찰학회에서 리드기법에 대한 발표를 했던 리드기법의 개발자인 조셉 버클리(Joseph Buckley)에게 "당신은 한 번이라도 허위자백을 받아낼 수도 있다는 것에 대해 염려를 해본 적이 있나요?"라는 질문에 조셉 버클리는 다음과 같이, "아니요, 우리는 무고한 사람은 절대 심문하지 않습니다. 그렇지만 그들이 항상 옳은 것은 아니잖아요.

---

suspect's passive mood), ⑦ 대안적인 의문 제시하기(Presenting an alternative questions), ⑧ 범죄의 세부 항목 얻어내기(Having the suspect relate details of the offense), ⑨ 구두자백을 자백 진술서로 전환시키기 (Converting an oral confession into a written confession).

393) 이강천, 전게 논문, 81면.

394) 김민지, 전게 논문, 38면; Saul Kassin, 전게 논문, p. 202-203.

395) 김민지, 전게 논문, 38면.

그리고 한 가지 더 주목할 것은 수사관들은 증거가 충분한 상황에서 심문을 강하게 하지 않습니다. 충분한 증거가 있다면 사실 수사관이 피의자를 심문할 이유가 없지요. 수사관들은 그들이 피의자의 범죄사실을 입증해주는 증거가 충분하지 않은 경우에만 피의자를 심문합니다. 그래서 심문에 임하는 수사관들은 충분한 증거가 없는 상황에서 피의자가 범인이라고 굉장히 확신하고 있습니다."라고 대답했다.[396]

허위 자백을 연구하는 심리학자들은 리드기법이 용의자가 체포되지 않고 경찰의 신문을 빠져 나갈 수 있다는 자신감을 좌절 시키고 자백을 하는 것이 자신을 위해 최선의 방법이라는 점을 설득시키는 과정으로 보았다. 경찰은 용의자에게 불리하거나 용의자의 소행으로 볼 수밖에 없을 만한 증거들을 끊임없이 제시하고 자백을 하는 것이 낮은 형량을 받기위해 중요하다는 점을 끊임없이 설득시킨다.[397]

그리고 허위자백이 있게 되면 판사, 배심원들, 그리고 모두가 이 허위자백을 진실이라고 믿게 되는 문제가 있다. 신문을 하는 도중에 수사관은 피의자로부터 단순히 자백만을 받아내는 것이 아니라 하나의 그럴듯한 이야기가 담긴 자백을 받아내고자 하며, 따라서 수사관들은 단지 피의자가 지쳐서 자백하게 하는 방법에 대해서만 훈련을 받는 것이 아니라 법정에 있는 모두가 다 믿을 수 있도록 생생한 자백을 만드는 것에 대해서도 훈련을 받고 있다.[398]

---

396) 김민지, 전게 논문, 39면.
397) 김민지, 전게 논문, 39면.
398) Kassin교수와의 인터뷰 내용.

제5절 미국의 오판방지를 위한 노력

1. 서설

미국에서의 오판은 형사사법시스템에 대한 미국국민의 신뢰도와 법치주의에 대한 믿음을 약화시켰다. 미국의 많은 주에서 시스템적인 오류를 줄이기 위해 관련 법률에 대한 개정안을 마련하기도 하였지만, 주 정부에 따라 무고한 자에 대한 유죄판결을 줄이기 위한 법률안 개정에 적극적이거나 소극적이기도 하는 태도의 차이점에 대해서는 연구된 바가 없다.[399] 특히 공화당이 우세한 주는 법률안 개정 및 유죄판결을 받은 무고한 자에 대한 보상도 소극적이며, 반면 이익단체들의 활동은 법률안 개정에 대한 국민의 인식도를 높이고, 정부관계자들에게 적극적으로 로비를 하기도 한다. 그리고 법적 판단의 오류를 줄이기 위한 제도변화 및 피해자들에 대한 보상도 요구한다. 법률상의 변화가 필요한 이유는 단지 개별적인 사건에 대한 변화뿐만 아니라 시스템적인 변화가 있어야만 무고한 사람에 대한 잘못된 유죄판결을 막을 수 있기 때문이다.[400]

미국은 1930년대부터 사법시스템의 오류로 인해 무고한 자에게 유죄판결이 내려지는 사례에 대한 문제제기를 하여왔다. 그 원인으로는 목격자들의 과실, 허위자백, 법조인과 같은 법률전문가들에 의한 과실 등이 있지만 최근 연구에서는 사형선고까지 이르지 않은 범죄를 저지른 경우에도 사법시스템적 오류로 인해 사형선고에 이르게 되는 경우가 적지 않다고 한다.[401]

이하에서는 미국에서 오판의 주요원인으로 파악되고 있는 허위자백의 문제에 관하여 살펴보도록 한다.

---

399) Marvin Zalman/Matthew J. Larson/Brad Smith, "Citizens' Attitude Toward Wrongful Conviction", Criminal Justice Review 37(I), Georgia State University, 2012, p. 51.
400) Marvin Zalman/Matthew J. Larson/Brad Smith, 전게 논문, p. 52.
401) Marvin Zalman/Matthew J. Larson/Brad Smith, 전게 논문, p. 52.

2. 허위자백을 방지하기 위한 방안

가. 목격자의 범인지목과 관련하여

목격자 기억의 정확성을 향상시키기 위해 1990년대 후반, Janet Reno 법무부장관은 형사사법 전문가들을 소집하여 경찰들의 신원파악 단계에 대한 가이드라인을[402] 제시하였고, 1999년 미국사법연구소(National Institute of Justice: NIJ)는 이러한 가이드라인을 출판하였으며, 뉴저지 주는 본 권고안을 채택하여 법집행 관계자들에게 선례를 제공하기도 하였다.[403] 또한 동시다발적인 것보다는 순차적으로 신원을 밝히는 것이 실수를 줄인다고 하였다.[404]

이 보고서에서 정확한 목격자 증언을 확보하기 위해 다음과 같은 원칙들을 제시하였다. 첫째는 라인업 또는 사진첩을 실시하는 사람은 라인업 또는 사진첩에서 누가 용의자인지 알고 있어서는 안 된다.[405] 이는 이중은폐 절차(double-blind procedure)라고도 불리는데 만약 라인업을 실시하는 경찰관이 용의자의 위치를 알고 있는 경우 의도와는 상관없이 목격자와 눈짓, 몸짓, 얼굴 표정으로 의사소통을 하게 되고 이는 목격자 자신이 지목한 용의자가 실제 용의자일 것이라는 믿음이나 확신을 증가 시킨다는 것이다.[406] 이러한 경찰과 목격자 사이에 비언어적인 의사소통은 목격자에게는 없는 기억을 채워주고, 확신에 차지만 잘못된 기억을 재생산하게 만들기 때문이다.[407]

둘째, 목격자에게 라인업 또는 사진첩에 용의자가 없을 수도 있다고 분명히 알려주어 누군가를 반드시 지목을 해야 한다는 생각이 들게 해서는 안 된다. 즉, 라인업에 용의자가 없을 수 있다는 직접적인 경고는 오인된 지목을 할 가능성을 감소시켜 주기 때문이다.[408]

셋째, 용의자는 목격자가 미리 진술한 내용 또는 다른 외적인 요인에 비해 라인업에

---

402) 목격자 지목 절차: 라인업과 사진첩에 대한 권고 사항(Eyewitness Identification Procedures: Recommendations for lineups and photospreads).
403) JON B. GOULD/RICHARD A, LEO, "ONE HUNDRED YEARS LATER: WRONGFUL CONVICTIONS AFTER A CENTURY OF RESEARCH", The journal of criminal law & criminology, Vol. 100, No.3, 2010, p. 843.
404) JON B. GOULD/RICHARD A, LEO, 전게 논문, p. 843.
405) 김민지, 전게 논문, 35면.
406) 김민지, 전게 논문, 35면.
407) 김민지, 전게 논문, 35면.
408) 김민지, 전게 논문, 35면.

있는 다른 사람들 또는 사진첩에 있는 다른 사진들과 두드러지게 차이가 나서는 안 된다. 잘못된 라인업의 경우 목격자가 제시한 신상 명세와 일치하는 사람이 단 한 명이었거나 실제 범인이 입었던 옷과 비슷한 옷을 입고 있었고, 다른 사진에 비해 한 개의 사진만 다른 각도에서 촬영된 것이었다.[409]

넷째, 지목을 할 당시에 지목된 사람이 실제 범인이 맞는지에 대한 피드백을 주기 전에 목격자로부터 명확한 진술을 얻어야 한다. 라인업 지목 과정에서 경찰로부터의 반복된 질문이나 반응들은 목격자의 확신 및 믿음을 증가시키고 잘못된 지목을 할 수 있는 가능성을 높여주기 때문이다.[410]

목격자가 라인업에서 용의자를 지목할 당시에 망설이며 지목했지만 라인업을 주관하는 경찰관이 "네, 맞는 사람을 고르셨습니다." 또는 "잘하셨습니다. 우리도 그 사람이 범인일 것이라고 생각하고 있었습니다."라는 반응을 보였다면 목격자의 망설임은 자연스럽게 확신으로 바뀌게 된다. 즉, 제3자의 신체적 또는 언어적인 반응들은 무의식적으로 기억의 틈을 채워주게 되고 거짓된 기억을 생산하게 되지만 자신의 기억에 대하여 정확하다는 확신감만 증가시키게 된다.[411]

나. 신문의 전 과정 녹화

피의자의 허위자백을 방지하기 위한 방안으로서 가장 먼저 제시되는 방안은 신문의 모든 과정을 비디오로 녹화하는 것이다. 즉, 수사관이 가려낸 용의자가 수사기관에 들어오면 그 때부터 바로 카메라 녹화를 시작해야 한다. 뉴욕에서는 피의자를 몇 시간 동안 심문하고 피의자가 지쳐서 자백을 할 준비가 되었을 때 피의자를 district attorney(지방검사) 사무실에 데려가는 것이 관행이었는데, 이때 비디오 녹화를 시작하게 된다. 그렇지만 이렇게 하면 누구도 어떻게 피의자가 자백을 하게 되었는지 그 과정을 알 수 없는 문제가 있다. 실무상으로는 10-12 시간 동안 신문을 하지만 그 과정은 녹화하지 않고 신문 이후에 자백하는 과정만 녹화를 한다. 판사와 배심원들이 신문 전체 과정을 보지 않은 상태에서 자백을 평가한다는 것은 이해하기 어렵다고

409) 김민지, 전게 논문, 35면.
410) 김민지, 전게 논문, 35면.
411) 김민지, 전게 논문, 36면.

할 수 있다. 법정에서 자백이 증거로 받아들여지려면 첫째, 자백의 임의성이 인정되어야 하는데, 신문과정을 보지도 않고 어떻게 자백의 자발성을 판단할 수 있을 것인지 의문이 든다. 둘째, 배심원과 판사는 자백의 신빙성에 대해서도 판단하는데, 이 또한 신문의 전 과정을 보지 않고 어떻게 피고인이 사건에 대해 구체적으로 자백을 하게 되었는지, 그리고 그 자백에 신빙성 여부를 판단할 수 있는 것인지도 의문이다. 따라서 신문의 전 과정을 녹화하는 것이 허위자백을 일으키는 것을 막을 수 있으며 동시에 판사와 배심원들이 정확하게 자백을 평가할 수 있도록 도와주는 최선의 방법이라고 할 수 있겠다.

미국에서는 허위 자백으로 인한 오판을 줄이기 위해 미란다 원칙을 고지한 후부터는 경찰의 신문 과정을 녹화하는 것을 의무화하려는 노력들이 이루어지고 있다. 최근 미국의 일리노이 주에서는 처음으로 신문 전체를 녹화하는 법을 통과시켰으며, 그러한 덕분에 허위자백비율과 허위자백으로 인한 오판의 비율이 떨어졌다고 한다.[412] 그리고 플로리다 주와 캘리포니아 주의 특정 관할권의 경우 비디오 녹화 규정이 없음에도 불구하고 경찰 신문과정을 녹화하고 있다. 이러한 규정을 도입하는 주들이 점차 확대되고 있는데 경찰의 신문 과정에 대한 비디오 녹화는 자백에 대한 신뢰성과 타당성을 높여줄 뿐만 아니라 무고한 사람들을 보호할 수 있는 가장 좋은 방편이기 때문이다.[413] 수사를 하는 경찰의 입장에서도 비디오 녹화는 신문 동안 용의자가 부당한 대우를 받았다는 논쟁을 막아주고, 경찰이 사용하는 위법한 신문 전략으로부터 용의자를 보호해줄 수 있다.[414]

그리고 비디오 녹화를 해야 하는 또 다른 중요한 이유는 비디오 녹화 중에 수사관은 사람들이 자신이 하는 일을 지켜보고 있다는 것을 의식하기 때문에 수사관의 위법한 수사를 미연에 방지할 수 있는 장점도 있다. 따라서 비디오 카메라의 존재 자체가 수사관의 위법행위를 막고 그럼으로써 허위자백을 얻어내는 것 또한 막을 수 있을 것이다.

---

412) 법이 시행되고 나서 실질적인 효과를 내었는지 여부를 검토하려면 보통 10년 정도가 경과되어야 알 수 있는데, 아직 10년도 채 되지 않았으므로 법 시행 전후의 허위자백 및 오판비율에 대한 수치는 아직 확인되지 않는다.

413) 김민지, 전게 논문, 44면; 이강천, 전게 논문, 84면.

414) 김민지, 전게 논문, 44면; 이강천, 전게 논문, 84면.

다. 신문기법의 개선

두 번째로 경찰의 신문기법을 개선하는 것이 필요하다. 네덜란드에서는 정보수집전략(Information gathering approach)방법을 도입했는데, 이 기법은 사람들에게 많은 압박을 주어서 지치게 하는 신문기법이 아니다. 예컨대 벨기에, 영국, 뉴질랜드에서는 조사식의 면접법(investigative interviewing)인 신문기법들을 폐지하고 그 대신에 대치적 신문(confrontational interrogation)을 사용하고 있다. 이 기법은 종래 신문기법과 달리 정보를 수집하는 것에 초점이 맞추어져 있는 다른 방식 조사기법이다. 영국에서는 이 기법을 도입한지 30년 정도가 되었으며, 영국에서는 허위자백 케이스를 보기 힘들다고 한다.

3. 취약한 계층을 위한 추가적인 안전장치

정신장애자자나 정신질환자, 청소년들은 범죄를 저질렀다고 추궁하는 피의자신문의 압력에 특히 취약하다. 이들이 비자발적이거나 믿을 수 없는 진술을 하도록 자백을 유도하는 것은 상대적으로 쉽기 때문에 기록에 의해 증명된 허위자백 사건들에서 그들의 비중이 높게 나타난다.[415] 따라서 진실이 아닌 신뢰할 수 없는 자백을 이끌어낼 위험성을 줄이기 위해서는 추가적인 안전장치를 마련할 필요성이 있다.

예컨대, 플로리다 주의 브로워드 카운티 보안관 사무소는 정신적으로 취약한 피의자들을 신문하기 위한 모범 정책방안을 채택하였다. 즉, 모든 수사관들은 발달장애가 있는 피의자의 특성을 인식하고 허위자백을 유도할 수 있는 위험을 최소화하기 위해 적절하게 질문하는 방법에 관한 특수훈련을 해마다 받아야 한다. 그리고 그러한 피의자를 신문하기 전에 수사관들은 감독자들에게 즉시 알리고 적절한 성인이 신문시간 내내 참여할 수 있는 기회를 주도록 합리적인 노력을 기울여야 한다. 또한 수사관들은 피의자들에게 헌법적 권리를 알려줄 때 특별히 주의를 기울이도록 지시를 받으며, 피의자들에게 수사관들이 기대하는 대답을 알려주는 질문을 피하도록 훈련을 받는다.[416] 마지막으로 발달장애인을 범죄혐의로 기소하기 전에 그의 자백에 대해 담당

415) Richard A.Leo(조용환 역), 허위자백과 오판, 후마니타스, 2014, 500면.
416) Richard A.Leo(조용환 역), 전게서, 501면.

감독관으로 하여금 철저한 '자백 후 분석(post confession analysis)'을 하게 하는 것인데, 만약 자백을 보강하는 다른 증거가 없을 경우에는 심리학자, 주 검사보 및 범죄수사 지휘관으로 구성된 팀이 신문을 하게 된다.

청소년 피의자들도 발달장애인이 가진 특성의 많은 부분을 공유하고 있기 때문에 동등한 수준의 보호를 받아야 한다.[417] 일리노이 주의 경우에는 13세 미만의 모든 어린이는 살인과 성범죄 사건에서 피의자신문을 받기 전에 변호인을 선임하게 하는 법률을 제정하였다. 나아가 쿡 카운티에 있는 주 검찰청은 청소년들이 피의자 신문과정과 재판절차를 이해하고 의미 있게 참여할 수 있는 능력에 관해 연구하기 위하여 여러 분야의 전문가들로 구성된 소년법원 역량평가 위원회(Juvenile Court Competency Commission)를 구성했다. 위원회는 17세 미만의 어린이들이 성인과 같은 처벌을 받을 가능성이 있는 절차에서 변호인이 입회하지 않은 진술을 불리한 증거로 사용할 수 없도록 금지하였고, 중범죄 혐의를 받는 청소년들에 대한 구금상태의 피의자 신문 전체를 비디오로 녹화하여, 미성년자의 부모나 보호자가 신문에 입회하도록 보장하는 효과적인 절차를 개발하도록 권고했다.[418]

4. 배심원들에 대한 판사의 설명

유·무죄의 판단이 배심원의 평결에 의해 결정되는 만큼 판사가 배심원들에게 경고적 설명을 하는 것이 필요하다는 주장이 제기되고 있다.[419] 즉, 판사의 이러한 설명은 배심원들로 하여금 자백증거를 더욱 세심하게 평가하게 만들어서 정확한 평결의 가능성은 높이고, 믿을 수 없는 자백에 근거한 잘못된 유죄평결의 가능성은 줄일 수 있다는 것이다. 실제로 피의자 신문 관행을 개혁하고 더욱 믿을 수 있는 자백증거를 사용하게 함으로써 배심원들이 정확한 평결을 하도록 보장할 수 있는 방법으로 배심원들에 대한 판사의 설명을 개선하는 것에 초점을 맞추고자 한 판례가 있다. Common Wealth v. Digiambattista 사건에서 대법원은 "구금 상태의 피의자 신문이나 구금 장소에서 피의자 신문을 진행했지만 신문 전체를 녹음한 음성 테이프조차 없는 상태에서 얻은

417) Richard A.Leo(조용환 역), 전게서, 502면.
418) Richard A.Leo(조용환 역), 전게서, 503면.
419) Richard A.Leo(조용환 역), 전게서, 507면.

피고인의 자백이나 진술을 검찰이 증거로 제출하는 경우, 피고인은 주 최고법원이 가능한 한 언제나 피의자 신문을 녹화하는 것이 바람직하다고 생각한다는 것을 배심원들에게 알려주고, 어떤 형태의 녹화도 없기 때문에 경찰이 주장하는 피고인의 진술에 관한 증거를 매우 조심해서 신중하게 평가해야 한다고 경고하는 설명을 하도록 청구할 수 있는 권리가 있다."고 판시하였다.[420]

배심원에 대한 판사의 설명은 여러 가지 장점이 있는데, 그 중 하나는 판사가 설명하는 것이기 때문에 당사자들 중 어느 한 쪽이 하는 것 보다 더 독립적이고 무게가 있으며, 당사자들이 제출한 증거와 주장의 범위를 넘어설 수 있으므로 배심원들의 의사결정을 단순화해서 잘못된 유죄 평결의 가능성을 줄일 수 있다.[421] 이와 같이 배심원에 대한 판사의 설명은 더욱 믿을 수 있는 자백증거의 증거능력에 대한 인정과 더욱 정확한 평결을 보장하기 위해 법원이 수사과정을 개혁하고 배심원들의 민감성을 향상시킬 수 있는 방안 중 하나이다.[422]

5. 기타 구제책

미국은 잘못된 유죄판결로 인한 피해자들을 연방법과 각 주의 법률들에 의해 면죄라는 통로로 구제해 주는 것이 가능하며, 나아가 형사보상금을 청구하여 금전적 보상을 받을 수 있음을 살펴보았다. 그 외에도 2004년에 통과된 'Justice for All Act'는 재소자로 하여금 자신의 유죄판결에 불복하여 DNA테스트를 청원할 수 있게 하는 권한을 부여하고 있을 뿐만 아니라 금전적인 제공도 지원하고 있다.[423] 나아가 노스캐롤라이나(North Carolina) 주는 소위 'Innocence Inquiry Commission(무죄조사위원회)'를 채택하고 있다. 무죄조사위원회는 영국에서의 잘못된 유죄판결을 조사하기 위한 'Criminal Cases Revision Commission(형사사건수정위원회)'와 캐나다에서 법무부 장관이 형사유죄사건 심의를 위해 소집위원회를 개최할 수 있는 제도에 착안하

420) Common Wealth v. Digiambattista 2004, p. 533-534.
421) Richard A.Leo(조용환 역), 전게서, 509면.
422) Richard A.Leo(조용환 역), 전게서, 509면.
423) Stephanie L. Kent/Jason T. Carmichael, "Legislative responses to wrongful conviction: Do partisan principals and advocacy efforts influence state-level criminal justice policy?", Social Science Research 52, 2015, p.149.

여 재심 여부에 대한 판단권한이 있는 3명의 법관에게 형사사건을 조사하도록 하는 제도이다.[424] 미국은 노스 캐롤라이나 외에도 5개 주, 즉 캘리포니아, 코네티컷, 버지니아, 텍사스, 위스콘신 주에서도 이와 유사한 제도를 창설해왔다.[425]

오판을 방지하기 위한 국가적인 노력 외에도 민간단체에 의한 활동도 눈여겨 볼만한다. 미국은 Pro-Bono(미국 변호사들이 사회적 약자를 위해 제공하는 서비스)라는 제도가 있는데, 일종의 법률봉사를 위한 공익활동이다. 미국 변호사 협회 윤리 규정은 매년 최소 50시간 프로보노 활동을 할 것을 권장하고 있다.[426] 시카고의 Anthony Porter라고 하는 한 피고인은 경찰의 강압에 거짓으로 진술한 목격자에 의해 유죄판결을 받았으나 프로보노의 조사 결과 진범이 밝혀짐으로써 면죄가 되기도 하였다.

오판 피해자를 구제하는 데 큰 역할을 하고 있는 것은 Innocence Organization(IO)이다. Innocence Organization은 잘못된 유죄판결을 조사하고 이를 바로잡는 데 그 의의를 두고 있는 비정부 기구(NGO)이다. NGO 단체는 잘못된 유죄판결을 예방하고 이에 대한 성격을 명확히 하여 바로잡기 위해 만들어진 검찰 내의 부서인 CIU(Conviction Integrity Unit) 보다 그 역사는 길지만 최근에야 발전된 양상을 보이고 있다.[427] 1983년 Jim McCloskey가 이와 관련하여 미국 내 첫 NGO단체인 Centurion Ministries를 설립하여 잘못된 유죄판결의 가능성이 있는 사건들을 조사하여 왔으며, 그 결과 Registry에 등록된 35건의 사건을 포함하여 총 37건의 무죄판결을 이끌었다.[428] 나머지 두 사건은 1989년 이전에 발생한 사건이다.

Innocence Organization은 DNA기술이 등장하기 전에는 크게 확산되지 못했다. DNA에 초점을 맞춘 첫 번째 Innocence Organization인 'Innocence Project'는 1992년 Peter Neufeld와 Barry Scheck가 Cardozo 로스쿨에 법률상담소 형태로 설립하였으며, 1990년대에 들어서서 이와 같은 기관이 몇 개 정도 설립되기에 이르렀다. 일부는 자신들의 역할을 DNA 사례에만 국한시키거나 아직도 수감 중에 있는 장기 복역자들을 지원하는 데로 자신들의 지원 범위에 제한을 두었다.

그 이후 이와 성격이 유사한 단체들이 기하급수적으로 늘었다. 현재 미국에는 52개

424) Brandon L.Garrett, "Claiming Innocence", Minnesota Law Review, 2008, p. 1714.
425) Brandon L.Garrett, "Claiming Innocence", Minnesota Law Review, 2008, p. 1714.
426) American Bar Association(ABA) Model Rule 6.1.
427) The National Registry Of Exoneration, "Exoneration 2017", 2018. 4, p. 16.
428) The National Registry Of Exoneration, "Exoneration 2017", 2018. 4, p. 17.

주에 본거지를 둔 Innocence Organization이 있는데, 대부분은 Innocent Network에 속해 있으며, 이들은 범죄와 무관하지만 유죄판결을 받은 자에게 Pro-Bono 서비스를 무료로 제공하고 있다.[429] 1999년 미국에는 7개의 Innocence Organization가 있었고, 2000년부터 2009년까지는 35개가 신설되었으며, 2010년 이후에는 또 다른 7개의 기관이 설립되었다.[430] 대부분의 Innocence Organization은 법률 상담소 형태로 로스쿨을 기반으로 세워졌지만, 일부는 자립적이거나 로스쿨과 파트너 관계인 비영리단체이기도 하다.[431] 대부분은 더 이상 자신들의 영역을 DNA에 국한시키지는 않지만, 아직도 경우에 따라서는 적어도 7년(가끔은 10년)의 실형이 남은 의뢰인들에게 서비스를 제공하고자 노력하고 있다.

아래 그림은 1980년부터 2017년까지 연도별 Innocence Organization의 수 추이이다.



[그림 4-3] 연도별 Innocence Organization의 수 추이

* 출처: http://www.law.umich.edu/special/exoneration/Documents/ExonerationsIn2017.pdf 17면.

429) Innocent Network는 미국 외의 국가에 근거지를 둔 IO는 물론, 유죄판결을 받은 무고한 피고인이 무죄를 받을 수 있도록 이들에게 법률지원을 제공하는 대신 무죄임이 밝혀진 사람과 잘못된 유죄판결을 바로잡기 위해 변호하는 이들에게 서비스를 제공하고 있는 기관들도 포함되어 있다.

430) The National Registry Of Exoneration, "Exoneration 2017", 2018. 4, p. 17.

431) 일부 다른 기관들도 다른 형태로 Innocence Organization과 비슷한 목표를 제공하고 있다. Michigan State Appellate Defender Office's Wrongful Conviction Unit와 Ohio Public Defender's Wrongful Conviction Project는 사실에 기반을 둔 무죄를 주장할 수 있도록 피고인을 대변하는 부서가 있다. North Carolina의 경우 본문 내용에서 소개한 바와 같이 무죄조사위원회(North Carolina Innocence Inquiry Commission)라고 노스 캐롤라이나만의 정부기관이 있으며, 유죄판결이 이후 무죄를 주장하는 사건을 재고하거나 조사하고 사실기반의 무고입증을 위해 증거를 확보한 사건들을 사법위원회에게 전달하고 있다. 2007년 초부터 2017년 말까지 무죄조사위원회는 10건의 무죄판결을 이끌었다.

하지만 Innocence Organization의 서비스에 대한 수요는 공급면을 훨씬 앞지르고 있다. 무죄판결은 보통 수년이 소요되는데, 십년까지는 아니더라도 최종판결까지 수천 시간이 걸린다. 일부 Innocence Organization은 비교적 재정상황이 양호하였음에도 불구하고 사건을 담당하는 데 상당히 선택적이었다. 일부는 1년에 수천 건의 의뢰건수가 들어왔음에도 불고하고 소수의 사건에만 일임하였다. 게다가 로스쿨에 근거를 둔 Innocence Organization-법률상담소는 학점이수를 위해 사건을 담당한 학생들을 가르치는 데 주로 주력함으로써, 무고한 피고인을 석방하는 데 기여할 수 있는 재원을 제한하였다.

Innocence Organization는 1989년부터 2017년까지 434건의 무죄판결에 관여하였다. 일부 Innocence Organization은 다른 Innocence Organization에 비해 무죄판결의 성공사례가 더 많다. 그들의 성공에는 몇 가지 요인이 있다. 즉, 자원의 유용함, 무고소송에 대한 지방법원의 수용력 및 이해력, 검찰 내 CIU(Conviction Integrity Unit)를 포함하여 사건을 담당하는 검사들의 협조정도 등에 따라 결과가 달라진다.[432]

제6절 소결 및 정책적 시사점

지금까지 미국의 오판실태와 구제방안 및 오판을 방지하기 위한 노력이 어떻게 이루어지고 있는지 살펴보았다. 오판이 발생하지 않도록 미연에 방지하기 위한 시스템의 구축과 노력도 중요하겠지만 인간은 완벽한 존재가 아니므로 오판이 발생할 가능성을 전적으로 배제할 수는 없기에 사전적 예방뿐만 아니라 사후적으로도 오판 피해자를 구제하기 위한 시스템은 반드시 마련되어져야 한다. 우리나라도 재심이라는 최후적 구제수단이 존재하지만 현실적으로 재심이 이루어진 경우는 미국에 비해 극히 드물다. 아직 우리나라는 오판과 재심에 관한 관심이 미흡한 측면이 있지만 미국도 1980년대 이전까지는 우리와 비슷한 양상을 띠었으며, 1980년대 이후가 되어서야 무죄를 외치는 소리가 더 이상 이례적이지 않은 것으로 자리 잡게 되었다고 한다. 이러한 과정을 거쳐 미국은 1989년 이후로 2018년 현재까지 오판으로 인한 피해자가

---

432) The National Registry Of Exoneration, Exoneration 2017, 2018. 4, p. 18.

면죄된 수는 약 2300명에 이른다. 따라서 오판피해자의 구제는 무엇보다 국민의 의식과 관심이 뒷받침되어야 할 것으로 보인다.

미국은 잘못된 유죄의 확정판결로 인한 피해자에 대한 사후적 구제수단으로서 연방법상의 구제수단인 인신보호영장제도(Writ of Habeas Corpus)와 새로운 공판의 신청(Motion for a New Trial) 및 각 주별 재심제도가 존재한다. 미국의 제도를 살펴본 바에 의하면 우리의 재심제도와 전적으로 부합하지는 않지만 재심을 하기 위한 요건은 상호 부합하는 측면이 적지 않다. 다만, 현실적으로 우리는 법원이 재심을 허가하는 경우나 실제 면죄된 사례를 찾아보기 어려운 반면, 미국은 상대적으로 그 비율이 높다. 예컨대, 미국은 1심 판결 이후에 상소를 거치지 않더라도 새로운 공판을 개시할 수 있는 새로운 공판의 청구(Motion for a New Trial)라는 제도가 존재하며, 모든 구제책을 이용하였음에도 불구하고 무죄방면이 되지 않은 경우 적정절차의 위반 등 연방헌법상의 권리를 침해당하였다는 이유로 인신보호영장제도(Writ of Habeas Corpus)를 청구하여 면죄가 될 수 있는 통로도 존재한다. 그리고 앞의 사례에서도 살펴보았듯이 Habeas Corpus가 받아들여지지 않았다고 하더라도 각 주별로 존재하는 재심을 또 다시 청구하여 구제를 받을 수 있는 길이 열려 있다.

새로운 재판의 청구(Motion for a New Trial)는 새로운 증거의 발견을 근거로 신청할 경우 유죄평결 후 3년 이내에 해야 하며, 다른 이유를 근거로 신청할 경우에는 14일 이내에 해야 하지만, 18 U.S.Code §3600에 따른 DNA 증거를 근거로 신청하는 경우에는 이와 같은 제척기간이 적용되지 않는다.

각 주별로도 재심과 같은 기능을 하는 제도가 존재하며 이러한 제도의 명칭이 "Motion for a New Trial"로 이루어지기도 하지만 뉴욕 주의 경우에는 판결의 무효청구(Motion to Vacate Judgement)라는 형태로 이루어져 있으며, 청구 요건에 있어서 연방법상의 제도나 각 주별 재심제도와 크게 다를 바는 없다. 그러나 뉴욕 주법 상으로 특이할 만한 것은 피고인이나 변호인이 아닌 일반인에 의한 판결의 무효청구제도가 존재한다는 점이다. 즉, 모종의 사건에 대해 억울하게 누명을 쓰고 수감된 자는 본인 스스로 또는 그의 변호인이 아니더라도 일반 타인이 본 제도를 청구하여 면죄를 받을 수 있는 통로가 존재한다는 점에서 시사하는 바가 크다고 하겠다.

캘리포니아 주의 경우에는 재심여부를 결정함에 있어서 법관에게 넓은 재량권을

주고 있다. 즉, 법관이 증거가 유죄를 입증하는 데 불충분하다고 믿는다면 판사는 배심원의 평결에도 불구하고 새로운 공판의 청구를 인정할 수 있다. 나아가 다른 주와는 다르게 재심 또한 배심원의 평결로 행해지고 있으며 모든 증거는 반드시 새로 이루어져야 하므로 과거의 증거는 다시 사용되거나 언급될 수 없다는 특징이 있다. 그리고 재심청구가 새로 발견된 증거를 기반으로 제기될 때, 피고인에게 중대한 새로운 증거가 발견되었으나 피고인 자신이 할 수 있는 모든 주의를 다했음에도 불구하고 피고인이 발견하거나 만들 수 없는 증거들인 경우에는, 피고인이 심리 중에 자신의 무죄를 입증할 수 있는 증거를 제공할 증언의 선서진술서를 확보하면 된다. 심지어 피고인이 그러한 선서진술서를 확보할 수 있는 시간이 필요하다면, 법원은 어떠한 경우라도 그만큼의 시간동안 심리를 연기해 주고 있다. 나아가 판사가 항소사건을 제대로 분석하고 검토하기 위해 재판기록이나 녹취록이 보존되는데, 이러한 기록이 분실되거나 파괴된 경우에는 항소심을 제기할 수 없게 되므로 이 때 재심을 청구할 수도 있는 등 캘리포니아 주는 재심을 받을 수 있는 기회의 문이 상당히 넓은 편이다.

미국은 우리와 달리 한 사람이 재심을 여러 번 청구하여 면죄를 받은 사례들을 많이 찾아볼 수 있는 만큼 사법시스템에 대한 접근성이 높다고 할 수 있다. 즉, 무죄방면의 통로가 다양하다고 해서 면죄자가 많이 도출되는 것은 아니므로 이러한 제도를 누릴 수 있는 접근도가 우리에 비해 까다롭지 않다고 할 수 있다. 그리고 재심을 위해서는 무엇보다 무고하게 유죄판결을 받은 자가 자신의 무고함을 입증하기 위한 새로운 증거를 확보하는 것이 관건인데, 그러한 새로운 증거를 발견하는 데 큰 역할을 하는 것이 바로 DNA 증거이다. 2000년 대 이후로는 6개 주를 제외한 모든 주에서는 DNA 감식을 위한 권리를 보장해 주는 규정이 마련되었고, 주마다 다소간의 차이는 있지만 이러한 DNA 증거가 무죄입증에 미치는 영향이 개연성 정도만 인정되면 재심을 청구할 수 있는 주가 많으며, 법관의 재량에 의한 판단으로도 재심의 통로가 열리게 되므로 무고한 자의 면죄가능성은 상대적으로 높아지고 접근성 또한 용이하게 되었다. 나아가 이러한 증거를 보관 및 유지하지 못한다면 그 만큼 재심의 가능성은 줄어들기 때문에 미국은 DNA 감식에 대한 권리를 실질적으로 보장하기 위하여 범죄현장에서 채취한 형사사건의 생물학적 증거를 미연방형법전 Seciton 3600(b)-(2)에 의거하여 연방정부로 하여금 보존하도록 강제하고 있다.

그리고 면죄자들이 복역한 기간도 상당히 긴 편이고 나아가 면죄에 이르기까지 평균 10년이라는 짧지 않은 기간이 소요된다는 점을 보았을 때, 한 인간의 억울한 삶에 대한 보상은 어느 것으로도 대체할 수 없을 것이다. 미국은 사후적 구제수단인 재심제도 외에도 가능한 한 억울한 과거를 보상해 주기 위해 형사보상제도가 존재하며 대부분 큰 액수의 보상액이 책정된다. 물론 각 주별로 보상액이 상대적으로 적거나 심지어 보상액의 상한제한이 없는 주도 있는 등 각 주별로 차이는 있으나, 미국의 형사보상제도에 의하면 우리에 비해 상당한 액수가 책정되며, 몬타나 주의 경우에는 무죄방면 이후 취업 등을 위한 교육의 일체비용을 원조해주고 있으므로 우리는 이러한 점들을 참고할 필요도 있다고 하겠다.

우리는 미국과 달리 재심사례도 거의 없고 나아가 오판에 대한 문제의식이 상대적으로 약했던 탓인지 오판의 원인에 대한 연구가 미흡한 측면이 있지만, 미국은 오판사례가 많았던 만큼 이에 대한 연구가 오랜 기간 이루어져 왔다. 즉, 오판의 원인규명에 대한 많은 실무 및 연구자들의 관심으로 인해 그 원인을 매우 세밀하게 분석하고 파악하여 규명하고자 하였고, 이러한 문제를 해결하기 위해 끊임없이 노력하고 있다. 오판의 원인은 주로 공판의 전 단계인 수사과정에서 발생하게 되는 경우가 많으므로 이러한 수사관행을 바로 잡기 위하여 비판의 목소리를 높이고 종래의 수사기법을 탈피하기 위해 노력하는 모습 등을 보이고 있다.

그 외에도 2004년에 통과된 'Justice for All Act'는 재소자로 하여금 자신의 유죄판결에 불복하여 DNA 테스트를 청원할 수 있게 하는 권한을 부여하고 있을 뿐만 아니라 금전적인 제공도 지원하고 있다. 나아가 노스캐롤라이나(North Carolina) 주는 'Innocence Inquiry Commission(무죄조사위원회)'를 채택하고 있으며, 노스캐롤라이나 주 외에도 5개 주, 즉 캘리포니아, 코네티컷, 버지니아, 텍사스, 위스콘신 주에서도 이와 유사한 제도를 창설해왔다.

그리고 미국에는 무고한 자를 구명하기 위한 비영리단체도 상당히 많이 존재한다. 미국의 거의 모든 주들에 존재하는 Innocence Organization은 무고한 자들의 무죄방면을 위하여 활발하게 움직이고 있으며, 검찰 내부에서도 무고한 자에 대한 유죄판결을 예방하고 바로잡기 위해 만들어진 CIU(Conviction Integrity Unit)도 존재한다. 이러한 기관들이 무고한 자들의 목소리를 귀 기울여 들으면서 그들을 돕기 위해 많은

노력을 한 결과 수많은 무고한 자들을 구명할 수 있었다고 생각된다.

오판을 방지하고 무고한 자를 구제하기 위해서는 재심제도와 더불어 사법기관 및 무고한 자에게 도움을 줄 수 있는 기관들 사이의 복합적인 노력이 필요할 것이다. 즉, 제도에 접근하기 위한 문턱이 높지 않아야 한다는 점도 중요하겠지만 미국의 법관들과 같이 재심의 허가여부에 대해 열린 마음으로 받아들이고자 하는 태도가 필요하며, 재심의 요건을 심사함에 있어서도 그 기준이 너무 엄격해서는 안 될 것이며, 무고한 자들이 상대적 약자가 많은 만큼 이들에게 도움을 줄 수 있는 기관도 마련되어져야 한다. 무엇보다 오판을 방지하기 위해서는 수사과정에서 인권을 보장을 위한 절차를 준수해야 한다.

오판의 근절은 형사사법의 궁극적 목표이자 영원한 이념이며 과제일 것이다.[433] 오류가 없는 재판과 오판을 미연에 예방하려면 첫 번째로 형사절차가 제대로 운용되어야 할 것이기에 형사절차는 매우 중요한 역할을 담당하고 있다고 할 수 있다. 하지만 형사절차가 아무리 적법하게 이루어진다고 하더라도[434] 인간은 완벽한 존재가 아니므로 명백한 실체진실의 발견이 불가능함을 부정할 수 없고 따라서 오판의 가능성도 항상 존재할 수밖에 없다. 그렇다고 해서 이러한 문제를 당연시 여기고 껴안고 갈 수만은 없는 노릇이므로 끊임없이 변화를 모색하고 노력해 나아가야 할 것이다.

---

433) 김형만, "형사절차상의 오판원인", 비교형사법연구 제9권 제1호, 한국비교형사법학회, 2007, 343면.

434) 서울경제신문 2016년 10월 14일 기사에 의하면 경찰을 포함한 사법기관에 대한 국민의 신뢰도 조사에서 국민의 41.1%가 법원을 신뢰하지 못하고 있는 것으로 나타났으며, 51.8%는 검찰에 대하여, 35.6%는 경찰에 대한 불신이 있는 것으로 나타났다.
(http://www.sedaily.com/NewsView/1L2OWWQ6KJ 최종확인, 2018. 9. 12)

제 5 장

독일에서의 오판원인 분석 및 대책

김 성 룡

제5장

독일에서의 오판원인 분석 및 대책

제1절 서론

국내 재심판결 선례 분석을 통해 오판의 원인을 확인하고, 향후 오판 방지를 위한 합리적인 대책을 마련한다는 연구과제의 목표에 따라, 본 세부연구에서는 비교법적 관점에서 독일의 주요 재심 판결례에서의 오판의 원인, 그 대책, 경찰, 검찰, 법원의 절차 등에서 오판의 원인에 대한 독일의 논의내용, 형사사법시스템의 관점에서 오판 방지를 위해 참고할 만한 제도·실무의 내용을 분석·소개함으로써, 국내의 관련 논의와 실무에 의미 있는 착안점을 제공해 보기로 한다.

이를 위해서 아래에서는 독일의 이론·실무가들의 관련 논의, 즉 독일 형사절차에서 오판·오류의 원인과 그에 대한 대책에 관한 논의를 정리·소개한다. 독일의 경우 특히 2000년대 이후에 몇몇 재심사례들이 형사절차의 오판에 관한 언론과 국민의 관심을 환기하는 계기가 되었고, 그와 관련된 논의는 우리에게도 적지 않은 메시지를 던지고 있기 때문이다.

우선 수사단계에서의 오판의 유형, 원인, 방지 대책에 관한 서술에서는 독일의 경찰과 검사의 수사단계에서의 오판의 원인이 되는 요소가 무엇인지에 대한 독일 실무·이론가들의 연구결과들을 분석하여 소개한다.

나아가 공판단계에서의 오판의 유형, 원인 방지 대책에 대한 논의와 대책, 특히 법관의 공판단계에서의 오판의 원인이 되는 여러 가지 증거평가 등에 대한 관련 논의를 정리 소개하고, 이에 대한 입법론적 제안도 소개한다. 무엇보다 목하 사법개혁이 화두가 되어 있는 점에서 독일 형사절차의 문제점에 대한 독일인의 지적이 우리에게는 어떤 의미가 될 수 있을지 살펴보는 것도 아주 중요한 실천적 의미가 있을 것이다.

특히 이와 같은 형사소송에서 오판에 대한 관심을 불러일으킨 계기가 된 사건들의 내용도 간략하게나마 자료로 소개하여 이해의 편의를 돕기로 한다.

끝으로 이상의 검토를 통해 얻은 비교법적 인식을 기초로 국내의 관련 논의에 시사하는 바가 무엇인지를 정리하면서 연구를 마무리 하고자 한다.

제2절 오판·오류의 원인과 방지대책

1. 개요

독일에서 검찰이나 경찰단계에서 발생하는 오판의 원인·출처에 관한 연구는 이미 100년보다 훨씬 전인 1911년 에리히 젤로(Erich Sello)라는 베를린의 한 형사변호사의 "형사사법에서의 오류들과 그 원인들"(Die Irrtümer der Strafjustiz und ihre Ursachen)이라는 제목으로 발표된 작업에서부터 시작되었다.[435] 독일뿐만 아니라 총 9개국(독일, 오스트리아-헝가리, 스위스, 룩셈부르크, 영국, 미국, 프랑스, 벨기에, 이태리 등)의 오판사례들을 소개하고 있는 이 책자는 지금까지 독일 오판연구의 시금석으로 평가되고 있다.

수백 건의 오판 사례를 소개하고 있는 이러한 젤로의 연구는 1913년 막스 알스베르크(Max Alsberg)의 "사법오류(착오)와 재심"(Justizirrtümer und Wiederaufnahme)이라는 제목의 책자 출간으로 이어졌고, 막스 히르쉬베르크(Max Hirschberg)는 1960년 "형사소송에서 오판"(Das Fehlurteil im Strafprozess)이라는 책자를 출간하며 알스베르크의 연구를 이어갔다.

페터스(Karl Peters)는 1960년대에 지금까지 가장 충실하게 이루어진 경험연구로 알려진 독일에서의 오판연구를 수행했다. 총 3권으로 구성된 "형사소송에서 오판의 원인·출처"(Fehlerquellen im Strafprozess)[436]라는 책자도 그 보다 앞선 이들 연구의

---

435) 이에 대한 상세는 Sello, Die Irrtümer der Strafjustiz und ihre Ursachen. Geschichte der Justizmorde von 1797-1910, Decker, Berlin, 1911 (1911년 출판본을 약간 수정한 개정판으로는 Schifferstadt: Gerd Hoffmann Verlag, 2001); Püschel, Fehlerquellen in der Sphäre von Staatsanwaltschaft und Polizei, StraFo 2015, S. 269ff. 참조.

436) Fehlerquellen im Strafprozess: eine Untersuchung der Wiederaufnahmeverfahren in der

영향을 받은 것으로 알려져 있다.

2015년 4월 24~25일간 노이-이젠부르크(Neu-Isenburg)에서 열린 제8차 페테스베르크 회의(8. Petersberger Tage)의 주제도 페테스의 책자의 제목과 동일하게 "Fehlerquellen im Strafprozess – Ursachen und Lösungen"(형사소송에서의 오류의 출처-원인들과 해결책들)이었다. 그곳에서 발표된 주제들을 간략히 보면 독일의 오판 연구와 재심 등의 관심사가 어디로 향해져있는지 간접적으로나마 추론할 수 있을 듯하다.

[표 5-1] 제8차 페테스베르거 회의(2015년) 프로그램

8. Petersberger Tage 2015

„Fehlerquellen im Strafprozess – Ursachen und Losungen"

24. und 25. April 2015

Kempinski Hotel Frankfurt Gravenbruch

Graf zu Ysenburg und Buedingen Platz 1, Neu-Isenburg

Freitag, 24. April 2015

ab 9.00 Uhr Begrußungskaffee

9.30 Uhr

Eroffnung

Prof. Dr. Werner Leitner, RA und FAStR, Munchen

Vorsitzender des Geschaftsfuhrenden Ausschusses

10.00 Uhr

Veritas filia temporis? Uber das Verhaltnis von Wahrheit und Begrundung

Prof. Dr. Dr. h.c. Julian Nida-Rumelin, Staatsminister a.D., Munchen

11.30 Uhr

Fehlerquellen in der Sphare von Staatsanwaltschaft und Polizei

Christof Puschel, RA und FAStR, Koln

12.30 Uhr Mittagspause

14.00 Uhr

Bundesrepublik Deutschland, C.F.Müller, Bd. 1, 1970; Bd. 2, 1972; Bd. 3, 1974.

Fehlerquellen in der Sphare der Forensik

Prof. Dr. Ralph Neuhaus, RA und FAStR, Dortmund

15.00 Uhr

Fehlerquellen in der Sphare des Angeklagten und seiner Verteidigung

Prof. Dr. Stephan Barton, Universitat Bielefeld

16.00 Uhr Kaffeepause

16.30 Uhr

Fehlerquellen bei der Urteilsfindung

Prof. Dr. Petra Velten, Johannes-Kepler-Universitat Linz

19.00 Uhr

Abendveranstaltung im Hotel

Samstag, 25. April 2015

9.00 Uhr

Fehlervermeidung bei Staatsanwaltschaft und Polizei

Dr. h.c. Rudiger Deckers, RA und FAStR, Dusseldorf

10.00 Uhr

Verteidigung lege artis

Prof. Dr. Matthias Jahn, Goethe-Universitat Frankfurt a.M.

11.00 Uhr Kaffeepause

11.30 Uhr

Wege zu einem fehlerfreien Urteil

Prof. Dr. Henning Radtke, Richter am Bundesgerichtshof, Karlsruhe

12.30 Uhr Podiumsdiskussion

„Das Nadelohr Wiederaufnahme – Bestandsschutz fur Fehlurteile?“

u.a. mit Dr. Manfred Dauster, Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht, Munchen;

Prof. Dr. Heribert Prantl, Suddeutsche Zeitung; Prof. Dr. Petra Velten, Johannes-Kepler-Universitat Linz

발표된 주제만을 개관하더라도 오판, 형사절차에서의 오류는 피의자·피고인과 변호인, 경찰과 검찰, 법정과학(증거분석) 관련자, 법관 등 모든 측에서 발생할 수 있는 것이다.

특히 '바늘귀'와 같은 재심절차라는 제목을 보면, 이익·불이익 재심을 모두 허용하고 있는 독일도 재심이 과연 오판의 사후해결책으로 적절한 기능을 하고 있는 것인지에 대한 논의도 진행 중임을 알 수 있다.

물론 이러한 독일의 전문가적 관심을 불러일으킨 배후에는 형사배심의 대상이 되었던 몇 가지 사건들이 있었고, 해당 형사재판과 재심절차에서는 왜 그러한 오판이 발생했는지 원인을 추정해 볼 수 있는 내용들도 등장한다. 특히 Rupp 살인사건과 Peggy 모살사건은 적정한 곳에서 주요 내용을 중심으로 간략하게나마 소개하기로 한다.

아래에서는 독일 논의를 쉽게 파악할 수 있도록 형사절차의 여러 참여자들에서 연유하는 형사재판의 오류·오판의 원인에 대한 독일의 논의를 크게 세부분으로 나누어, 수사단계에서의 경찰과 검찰 영역, 검사의 공소제기 후 공판개시 결정 단계(중간절차 혹은 사전결정절차), 그리고 공판절차에서의 오판의 원인들에 관한 분석을 정리해 보기로 한다.

2. 검찰과 경찰 영역에서 발생하는 오판의 원인들

가. 개요

"법관의 오판은 형법의 역사만큼 오래된 것이다"라는 말처럼, 어느 사회건, 어느 시대이건 오판은 발생할 수 있고, 그 원인도 크게 차이가 나지 않는다는 말이기도 할 것이다. 앞서 언급한 독일 Sello의 연구는 이미 그 당시는 물론이고 현재에도 독일 경찰, 검사, 형사법관과 형사변호인의 필독서로 꼽히기도 하는데, 그곳에서 언급된 오판의 주요 원인들로는 증인진술의 신빙성(Glaubhaftigkeit von Zeugenaussagen), 라인업(Wiedererkennen), 허위자백(Falschgeständnis), 불충분한 감정(insuffiziente Gutachten), 편파성·편견(Einseitigkeit), 수사관의 과도한 열정(Übereifer der Ermittler), 선입견(Vorurteil), 암시(Suggestion), 여론의 영향력(Einfluss der Öffentlichkeit) 등이 언

급되고 있다.[437]

이외에도 무엇보다 수사절차가 가지는 판결에 대한 예단 효과(präjudizierende Wirkung), 즉 수사절차 후에 절차에 미치는 수사절차에서 획득된 정보의 선입견을 야기하는 효과는 이미 1906년 하이네만(Heinemann)에 의해[438] 지적된 바 있다. 그의 표현에 따르면 '사전절차의 영혼이 수천 개의 통로를 통해 공판절차로 들어간다.' 언급한 페터스의 연구이후로는 수사절차가 가지는 그러한 전철효과, 즉 사건의 파악과 판결의 방향을 바꾸어 놓는 효과가 있다는 것은 누구나 알고 있는 진부한 지식처럼 되어버렸다고 한다. 달리 말해 페테스(Peters)는 오판의 주요원인은 공판절차에서보다는 사전절차, 즉 수사절차에 있다는 것을 말하고자 했던 것이다. 비록 그 이후에 독자적인 원인이 있다고 하더라도 모든 오판은 사전절차(Vorverfahren)에 있었던 원인과 결합된 것이라고 까지 말하기도 했다.[439]

결국 이러한 진단이 보여주듯이 독일의 경우 이미 40-50여년 전부터 오판의 원초적 이유는 수사절차에서 연유한다는 것을 알았고, 독일인들 스스로의 평가에 따를 때, 그에 대한 적절한 대책을 세워왔다면 그 수원지를 바싹 말릴 수 있는 충분한 시간이 지났다. 나아가 그간 범죄예방학 등에서의 다양한 기술들의 간단없는 발전도 그러한 대책마련에 도움이 되었다고 볼 수 있는데, 그렇다면 과연 현재는 그 사정이 어떠한지, 오판은 사라졌는지, 그 원인은 수사절차에서는 더 이상 발견되지 않는지, 혹시 발생한다면 어느 정도인지 등에 대한 연구가 형사변호사 퓌셀(Püschel)에 의해 제8차 페테스베르크 회의에서 발표되었다. 그 주요 내용을 정리해 본다.

나. 수사절차에서의 오판원인과 재심의 추이

페테스(Peters)의 연구이후 40~50년이 지나는 동안 독일내에서도 실무상 어느 정도의 오판이 있었는지, 법치국가에서 어느 정도의 오판들이 감수될 수 있고, 용인되어야만 하는지 등에 대한 문제는 거의 제기되지도, 성실하게 답변되지도 않았다고 하는 퓌셀은 연방대법원 형사 제2부 판사인 에쉘바흐(Ralf Eschelbach)의 말을 인용하여,

437) Püschel, aaO., S. 269.
438) Heinemann, in: Achrott(Hrsg.), Reform des Strafprzozesses, 1906, S. 334, 340; Neuhaus, Fehlerguellen im Ermittlungsverfahren aus Sicht der Verteidigung, StV 2015, S. 185, 186)
439) Peters, Fehrlerquellen in Strafverfahren, Bd. 2, 1972, S. 212.

독일 형사재판의 4건 중의 1건은 오판이라고 추정하지만 신뢰할만한 통계자료는 없다는 점을 지적한다.[440]


München 28°

Süddeutsche Zeitung

SZ.de Zeitung Magazin

Shop Jobs Immobilien Anzeigen

Login & Abo

Politik Wirtschaft Panorama Sport München Bayern Kultur Gesellschaft Wissen Digital Karriere Reise Auto Stil mehr...

Home > Politik > Fehlurteile in der deutschen Justiz: Ohne jeden Zweifel

17. Mai 2015, 08:29 Uhr Fehlurteile in Deutschland

Ohne jeden Zweifel

Das größte Risiko für die Wahrheit sind Falschgeständnisse und Irrtümer von Zeugen bei der Identifizierung Verdächtiger. (Foto: dpa)

[그림 5-1] 독일 쥐드도이췌 짜이퉁에 실린 관련기사

독일 한 일간지에 2015년 5월 17일 "어떤 의심도 없이"라는 제하의 기사에서는 형사재판에서의 오판을 다루면서, 진실발견에 대한 가장 큰 위험은 허위자백과 증인들이 범죄혐의자를 잘못 지목하는 것(라인업; Gegenüberstellung)에 있다고 하며, 연방대법원의 형사부판사인 에쉘바흐의 말을 인용하며 4건 중의 1건이 오판이라고 소개하고 있다.

가장 큰 오류의 원천, 즉 오류가 발생하는 가장 중요한 이유는 증인이 범인을 잘못

440) 물론 당시 연방대법원장이었던 Klaus Tolksdorf 법관은 한 신문사와의 인터뷰에서 Eschelbach 법관이 성범죄의 영역에서 그러한 오판이 발생한다고 말한 것은 어떤 자료를 근거로 한 것인지 정확히 모르지만, 대부분의 법관들은 그의 말을 이해하지 못하고 있다고 반박하면서, 아마도 미국의 통계자료를 근거로 한 것으로 보이는데, 미국과 독일의 형사절차는 다르고, 민사와 형사의 피고인 보호장치는 다르다며 그의 언급을 잘못된 것이라고 하였다(이에 대해서는 Stuttgarter Zeitung online, 2012년 11월 4일 "Kein Mensch würden Richter"라는 제하의 인터뷰 기사 참조).

지목하는 것이고 그 다음으로 생각보다 많이 발생하는 것이 허위자백 · 진술로 인한 것이라고 한다.

또한 프로파일러(Profiler)라는 사람들이 사건 해결에 투입되어 이른바 자신들의 범행가설(Tat-Hypothese)을 만들어 내는데 여기에 존재하는 가장 큰 위험은 바로 자신이 설정한 이러한 가설이라는 그림에 맞아 떨어지는 간접증거들만을 조합하여 그 그림을 완성하는 것임을 지적하고 있다.

또한 독일 형사재판에서는 중간절차가 있어서 수사서류들을 심사한 후에 법관이 충분히 유죄판결에 개연성이 있다고 보이는 경우에만 공판절차를 개시하기 때문에 해당 사건이 무죄 선고될 개연성이 현저히 떨어진다는 것도 오판을 증대시키는 한 원인이라고 한다.[441] 달리 말해 이미 중간 절차를 거치면서 공판을 해야만 할 사안이라는 심증이 굳어졌다는 것은 그 이후 '의심하며 보기'[442]의 가능성을 차단해 버린다는 것이다.

오판의 실태에 대한 참고자료로 검토할 만한 재심에 관한 통계는 독일에서도 거의 관심의 대상이 되지 못하고 있는 상태이다. 그나마 가용한 관련 통계에 따르면, 독일 전체 구법원(Amtsgericht)에서 2016년 처리된 제1심 형사일반(공판 · 본안)사건 662,412건 중 재심청구된 사건은 피고인에게 불리한 재심 362건, 피고인에게 유리한 재심 741건이었고, 그 중 상급법원을 통해 공판이 개시된 것이 280건, 상소법원을 통해 기각된 것이 143건이었다.

제1심법원으로 주법원(Landgericht)에서 처리한 독일 전체 12,934건의 사건 중 재심청구된 사건은 불이익재심 17건, 이익재심 162건으로 총 179건 중에서 상급법원에 의해 공판개시된 사건은 총 23건이었다. 대략 24% 전후의 사건이 재심개시결정으로 공판개시되는 것으로 보인다.

주법원이 항소법원으로 처리한 독일 전체 총 45,289건 중에서 재심청구된 사건은 총 103건(22건:81건)이었다. 주고등법원에 2016년 재심청구된 사건은 없는 것으로

441) http://www.sueddeutsche.de/politik/fehlurteile-ohne-jeden-zweifel-1.2479505 (최종확인 2018. 6. 6).

442) 의심(Zweifel)법칙은 '의심스러울 때는 피고인의 이익' 원칙에서의 의심과 같이, 법관은 물론, 검사와 경찰도 형사사법의 주체로서 자신에게 주어진 역할을 다하려 한다면 항상 범죄혐의자, 피의자, 그리고 피고인에게 주어진 혐의나 그 혐의를 증명한다는 증거에 대해 의심을 갖고 접근해야한다는 것을 말한다.

나타나고 있다.

개략적으로 정리하자면 2016년 재심청구된 사건은 제1심과 항소심을 포함하여, 불이익재심 총 401건, 이익재심 총 984건이 청구되어, 총 1,385건 중에서 불이익재심은 약 29%를 차지하고 있다.[443]

물론, 아래 표에서 알 수 있듯이, 우리나라 제1심 형사공판사건의 재심접수·처리건수를 보면 2013년는 접수인원수 781명에서 2014년 589명으로 감소했다가, 2015년 3,878명, 2016년 2,056명으로 증가하다 감소하였다. 물론 아래의 통계자료만으로는 정확히 알 수는 없으나 2016년 기준 처리된 사건 2,294건 중에서 재심청구가 기각된 사건은 1,348건, 취하된 사건이 75건으로 적어도 62% 이상이 재심절차가 개시되지 않은 채 종결되는 것으로 나타난다는 점에서 독일의 재심청구 사건 자체가 우리보다 상당히 적다는 것을 알 수 있다. 즉, 우리나라 형사법원의 제1심 본안사건은 최근 3년간 평균 약 360~380만 건 정도였다는 점에서 독일의 재심 청구건수는 우리와 비교할 때 상대적으로 적다는 것을 알 수 있다.

제1심 형사공판사건 재심 접수·처리건수 (표 95)

구분 / 년도	접수 인원수	처리인원수											
		계	자유형	집행유예	재산형	선고유예	무죄	형의면제·면소	공소기각판결	재심청구기각판결	재심청구기각결정	재심청구취하	기타
2013	781	908	4	6	-	2	393	2	1	15	385	38	62
2014	589	622	5	2	3	1	156	1	-	12	380	14	48
2015	3,878	3,409	708	77	13	2	338	1	1	29	1,910	102	228
2016	2,056	2,294	449	116	14	3	124	1	1	26	1,348	75	137

[그림 5-2] 1심 형사공판사건 재심 접수 및 처리건수

여하튼 독일과 우리나라 모두 재심에 관한 구체적인 통계자료가 정기적으로 집계되지 않고 내용자체가 구체적이지 못한 점은 크게 다를 바 없어 보인다.

이점에서 Holzendorff가 이미 1875년부터 강조해온 요구나 지적이 150여년이 지나도록 전혀 변화 없다는 현실에 대해 Püschel은 법원의 의도적인 무관심이나 학계의

443) 2013년 재심청구사건 중 형사법원에 계속된 사건은 1,682건으로 소개되고 있는데, 결국 평균 14000-1600건 정도의 사건이 독일 법원에 재심사안으로 다루어지고, 그 중에서 약 30% 전후가 피고인에게 불이익한 재심사건이라고 할 수 있다. https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Rechtspflege/GerichtePersonal/Strafgerichte2100230167004.pdf?__blob=publicationFile (최종확인 2018. 6. 6).

연구가 이론에 치우친 것이 원인이라고 지적하며 비판의 목소리를 높이고 있다.

다. 미국 Innocence Project의 시사

독일에서도 재심연구에 대한 국내의 신뢰할만한 충실한 통계자료가 없기 때문에, 어떤 요소가 오판에 가장 큰 영향을 미치는지에 대해 미국의 무죄 계획이라고 할 수 있는 innocence project에서 나타나는 현상을 원용하기도 한다. 2018년 6월 현재 Innocence Project의 주요 활동과 관련한 정보를[444] 요약하면 다음과 같다.

1989년 : 첫 번째 DNA분석을 통한 무죄방면 사례 발생 356명 중 20명 : 사형에서 무죄방면되었음. 14년 : 무죄방면된 사람들의 평균 수용시간 26.5세 : 오판에 의해 유죄판결을 받은 자들의 당시 평균 연령 42.5세 : 오판에 의해 석방될 때 평균 연령 356명 중 40명 : 죄를 범하지 않았음에도 유죄협상을 한 수형자 수
70% : 목격자(증인)의 잘못된 지명으로 인한 경우 (증인의 오류) 45% : 법과학의 오류 29% : 허위자백 16% : 정보원의 오류

즉, 오판의 가장 큰 원인은 목격자 증인의 오류, 즉 피의자를 범인으로 잘못 지목한 것이 가장 큰 이유였다. 이어서 이른바 과학이라는 이름을 달고 등장하는 Forensic에서의 오류였고, 목격자의 오류에 이어 두 번째의 원인이었다.[445] 허위자백이 오판의 원인이 된 경우도 29%로 약 1/3의 사건에서 등장했다는 것이다.

Innocence Project가 DNA분석 기법을 활용하여 무죄석방을 가능하게 한 사건 외에 미국 형사사건 전체를 대상으로 한 통계는 미시간로스쿨 등에서 제공되는 National Registry of Exonerations가 있는데, 그 내용을 간략히 살펴보기로 한다.

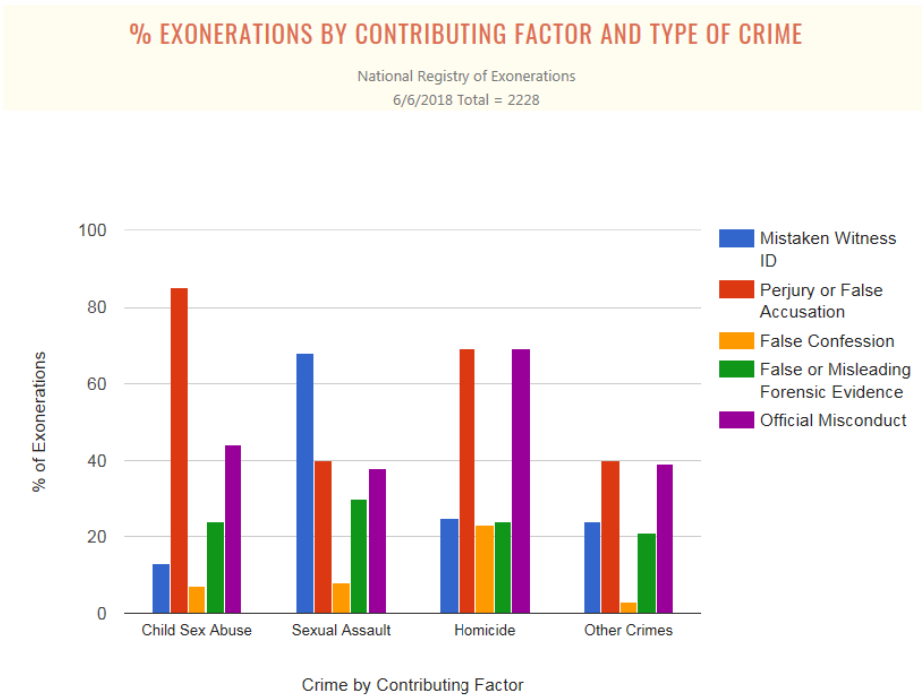
---

444) https://www.innocenceproject.org/dna-exonerations-in-the-united-states/ (최종확인 2018. 6. 6).

445) https://www.innocenceproject.org/causes-wrongful-conviction./ 2018.6.6. 최종 검색; Püschel, aaO., S. 270에서처럼 2015년 경에는 325건의 무죄방면 사례를 대상으로 통계를 낸 것으로 약간의 수치의 차이가 있으나, 2% 전후의 차이에 불과하다.

라. 미국 미시간로스쿨의 배심·사면 관련 통계의 시사

미시건 로스쿨, 미시건 주립대학교 법대, 캘리포니아 어반대학들이 함께 한 프로젝트로 운영되는 1989년 이후 무죄 석방된 사건을 대상으로 한 통계자료(The National Registry of Exonerations[446])는 국가차원의 무죄방면기록이라고 할 수 있다.



[그림 5-3] 1989년 이후 무죄 석방된 사건을 대상으로 한 통계자료

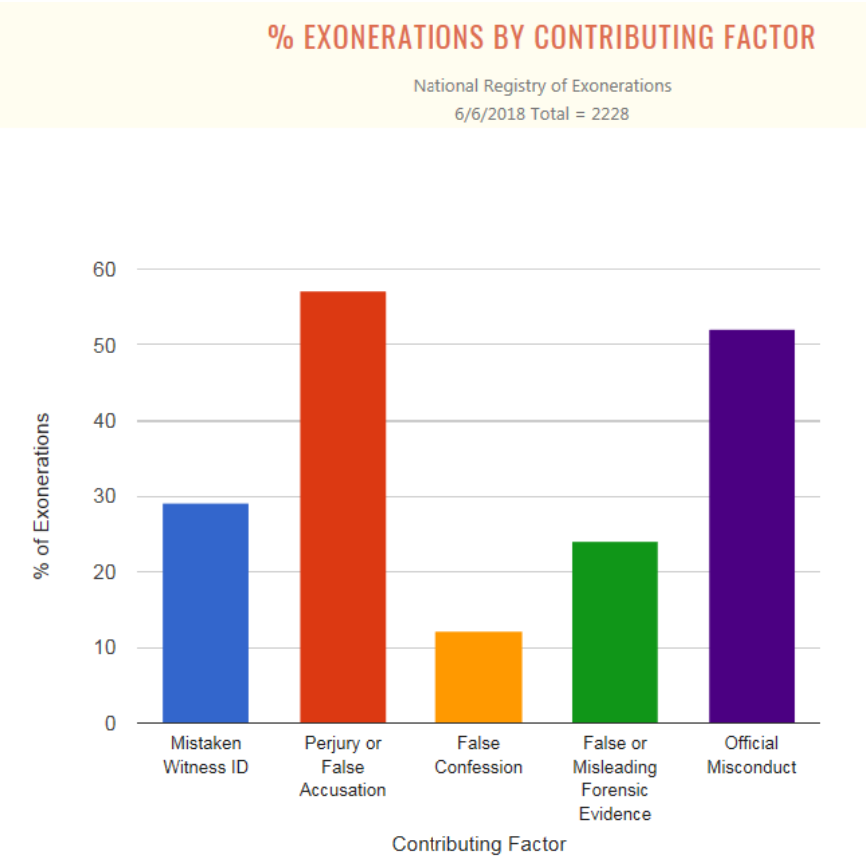
[그림 5-3]에 따르면 1989년 이후 지금까지 무죄 방면된 사람은 모두 2,228명이고 그들이 교도소에서 잃어버린 시간은 총 19,610시간이 넘는다고 한다.

이 통계 중에서 몇 가지 내용만 소개하면 다음과 같다. [그림 5-4]에서[447] 보듯이 오판의 원인 중 가장 많은 비중을 차지하는 것은 위증(허위증언)이나 허위고소(고발)

446) http://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/about.aspx (최종확인 2018. 6. 6).
447) http://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/ExonerationsContribFactorsByCrime.aspx (최종확인 2018. 6. 6).

등 당사자의 거짓 진술이 가장 큰 요인으로 나타나고 있다.

두 번째의 오판 원인은 공무원의 오남용으로 인한 것이고, 세 번째의 원인은 근소한 차이지만 증인의 피의자지명의 오류와 법과학의 실수였다.



[그림 5-4] 오판의 원인

한편, 범죄유형의 측면에서 보면 특정 범죄유형에 따라 오판의 주요 원인이 차이가 난다는 것을 알 수 있다. 이런 현상은 범죄의 발생빈도, 범죄와 관련한 참고인·증인의 유형, 수사의 방법, 증거의 유형 등 개별 범죄의 특징이 반영될 결과라고 볼 수 있을 것이다. 아래의 자료에서[448] 알 수 있듯이 아동대상 성범죄, 일반 성범죄, 살인죄,

448) http://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/ExonerationsContribFactorsByCrime.

기타 범죄에서 오판의 주요 원인의 순위가 다르다는 것을 알 수 있다. 이러한 통계자료는 범죄유형별 오판 방지를 위한 대책 마련의 중요한 단초가 될 수 있을 것으로 보인다.

아동대상 성범죄의 경우에는 위증이나 무고와 같은 허위진술·증언이 오판의 주요 원인이고, 관련 공무원의 권한남용 등이 두 번째로 빈번한 오판의 원인으로 나타나고 있다. 일반 성인 대상 성범죄의 경우 목격자가 피의자를 범인으로 잘못 지명하는 것이 오판의 주요 원인이고, 그 다음으로 무고나 관련 공무원의 권한오남용으로 목격자가 피의자를 범인으로 착오한 것이 가장 중요한 오판의 원인으로 나타나고 있다. 특히 살인죄에 있어서는 위증이나 무고와 같은 행위와 공무원의 업무수행의 문제가 거의 동일한 비중으로 오판의 원인이 되고 있다.

이런 모습이 독일의 오판원인과 비교할 때 어떤 차이가 있는지 독일의 오판원인 분석에 관한 그들의 논의를 보기로 한다.

마. 독일의 오판 원인 분석[449]

위와 같은 미국의 통계자료에서 나타나는 오판원인의 유형과 비중이 독일의 경우에도 그대로 나타날 것이라고 추단하기는 어렵다. 그럼에도 특히 다음과 같은 3가지의 주요 오판원인에 대해서는 독일의 경우에도 주목이 필요하다는 분석이 있다.

1) 허위신고·무고 행위

첫 번째로 참고인(증인)이 피의자에게 불리한 진술을 하는 것은 독일 사법의 역사를 보더라도 초기부터 오판의 주요 원인으로 작용했다는 것이 Peters의 분석이다.[450] 물론 이러한 분석에 대해서도 100% 확실하다고 할 수는 없다는 비판도 있지만, 2002년 심장마비로 사망한 오판의 피해자 Horst Arnold 사례는 대표적으로 피해자의 허위

---

aspx (최종확인 2018. 6. 6).

449) 자백에 대한 무비판적 접근, 전문가감정에 대한 무비판적 접근, 증인에 대한 무비판적 접근을 주요원인으로 보는 경우도 있다. 이 요소들은 수사와 재판단계 모두에 적용되는 것이고, 아래에서 모두 살펴본다. 독일의 경우는 예를 들어 https://www.lto.de/recht/feuilleton/f/justiz-und-irrtum-ein-versuch-max-hirschberg-und-die-lehre-vom-justizirrtum/ 참조 (최종확인 2018. 6. 9).

450) Peters, aaO., S. 82; 이에 대해서는 Püschel, aaO., S. 271.

진술(무고·위증)이 주요 원인이 되었던 사례로 알려져 있다.

Heidi K.라는 여성이 중고등학교 교사였던 Arnold에게 성범죄를 당했다고 허위신고·진술하여 Arnold는 5년간의 징역형을 복역한 후, 재심을 통해 무죄확정되었지만 복직도, 불법구금에 대한 보상도 제대로 받지 못한 상태에서 심장마비로 사망한 사건이 있었다.

이후 Heidi K.라는 여성은 독일형법상 중감금죄의 간접정범으로 5년 6월의 징역형을 선고 받았다.[451]

2013년 독일 연방통계에 따르면 무고죄(Falsche Verdächtigung)로 처벌된 사람은 약 5,000(4919)명 정도이다. 이 숫자는 위증(Meineid와 uneidliche Aussage를 합한)죄의 경우(4280명)와 유사하다. 물론 암수도 상당할 것으로 추정된다. 증명의 어려움으로 처벌되지 않는 경우가 적지 않을 것이라는 추측은 독일도 마찬가지로 보인다.

2006년 Kriminalistik에 발표된 노르트라인베스트팔렌(NRW)주의 한 연구에 따르면 1994년부터 2003년까지 10년간 성범죄에 관한 형사절차의 371건의 소송서류를 평가한 결과 그 중 19.6%가 무고로 밝혀졌다고 한다. 물론 피해자·증인 스스로 옳은 기억이라고 잘못 기억하고 있는 경우까지 포함한다면 상당히 높은 비율이 될 것이라고 추정하고 있다.[452]

진술심리학적 연구가 시작할 당시에는 가장 전면에 등장한 것이 진실과 허위, 즉 참말과 거짓말을 구분하는 것이었다. 익히 알려져 있는 운도이취-가설(Undeutsch-Hypothese)에 따르면 실제로 경험한 사실의 기억에서 도출된 진술은 가공의 혹은 날조된 진술과 내용과 질적인 측면에서 아주 크게 차이가 난다는 것인데,[453] 이러한 구별도 암시적인 심문이 사전에 행해진 경우에는 더 이상 기능하지 못한다는 것 지적으로 인해 그리 확고한 정설로 받아들여지지는 못했다.

독일 연방대법원은 1999년 한 결정에서[454] 진술이 참인지, 꾸며낸 것인지를 구별하는 기준으로 진술에 내재하는 질적 표지(aussageimmanente Qualitätsmerkmale)라는

451) https://de.wikipedia.org/wiki/Justizirrtum_um_Horst_Arnold (최종확인 2018. 6. 6); Püschel, aaO., S. 271.
452) Eschelbach, in: Köhnken/Deckers, Die Erhebung und Bewertung von Zeugenaussagen im Strafprozess, 2. Aufl., 2014, S. 43, 45; Püschel, aaO., S. 274~275 참조.
453) BGH Beschl. v. 30.7.1999, 1 StR 618/98, Rn. 19; Püschel, aaO., S. 275.
454) BGH Beschl. v. 30.7.1999, 1 StR 618/98, Rn. 19, 23.

것에 주목했다. 예를 들면 논리적 정합성, 상세한 진술의 풍부한 양, 시공간적 경합, 눈에 띄는 세부적인 사항의 진술, 심리적 경과에 대한 진술, 피의자의 책임을 들어주는 내용, 범죄에 특수한 진술요소 등의 질적 표지가 등장하는 진술은 그 진술이 신빙성이 있다는 것으로 볼 수 있다는 것이 일반적인 전문가들의 입장임을 소개하고, 이러한 소위 현실(현실)성 표지(Realkennzeichen)는 원칙적으로는 경험적으로 검증된 것으로 간주될 수 있다고 받아 들였다. 이들 표지들은 개별·독립적으로 고찰하면 유효성은 아주 사소하지만, 즉 우연의 수준을 아주 근소하게 넘어서는 정도이지만, 모든 지표들이 종합되어 나오는 진술이 가지는 징표가치와 고도의 언명력은 높이 평가될 수밖에 없고, 그 이유는 무엇보다 이러한 지표들이 누적되면 오류의 비율·부분이 종합적으로 감소되기 때문이라고 했다.[455]

하지만 그렇다고 해도 여전히 오류의 높은 가능성은 존재하는 것이고, 진술자가 어떤 연령대에 속하는가에 어떤 차이가 있는지에 대해서도 전적으로 미해결 상태임을 강조했다. 나아가 이와 독립적으로 앞서 언급한 현실표지들이 도식적으로 그냥 적용될 수는 없는 것임을 지적했다. 확정된 어느 하나의 표지로부터 대상자의 진술이 신빙성이 있다고 자동적으로 추론한다는 것은 불가능하고, 방법론적으로도 일정 수의 특정 표지가 존재하면 하나의 진술의 질이 어느 정도 확보되었다고 추론하는 것도 허용되지 않는다고 했다. 단지 개별 사례에서 개별적인 현실성 지표들이 하나의 진술이 경험에 근거하고 있다고 받아들이기에 충분할 수 있는지가 관건이라고 했다.

반대로 그러한 현실표지가 결여되어 있다고 해서 그 진술이 허구에 근거하는 조작된 거짓이라고 단정할 수도 없다는 것이 연방대법원의 입장이다. 두려움이나 공포, 기억의 결함 등으로 충분히 그런 현실표지가 결여된 모습을 보일 수 있다는 것이다.[456]

무엇보다 암시(Suggestion)을 통해 만들어진 진술은 그것이 참인 진술과 구별하기 어렵다는 점을 강조한다. 연방대법원의 관련 표현을 그대로 옮기면 "(이를 넘어서) 항상 주의해야 할 것은, 현실표지·지표들은 진실한 진술과 암시된 진술을 구별하는 데 기여할 수 없다는 것이다. 왜냐하면 암시를 통해 야기된 진술에서는 참인 진술과

455) BGH Beschl. v. 30.7.1999, 1 StR 618/98, Rn. 22.
456) BGH aaO., Rn. 23.

의식하고 있는 허위 진술사이의 상이한 질적 차이를 가져올 수 있는 근거들이 존재하지 않기 때문이다."라는 것이다.[457]

예를 들면 어린이가 자신의 진술을 객관적 사실과는 맞지 않는데도 주관적으로 참으로 생각하고 진술할 수 있다는 것이다. 그 어린이는 무의식적으로 신문하고 있는 성인의 기대에 맞추어 진술하기 때문에, 자신 스스로는, 즉 주관적으로는 참이라고 생각하고 말하기 때문에 그 진술에서 현실표지는 진술의 진위를 가리는 기준이 될 수 없다는 말이다. 따라서 경험에 기초한 진술과 암시된 진술이 그 질적 관점에서 구별된다는 어떠한 경험적 증명도 없다고 결론 내리고 있다.[458]

결국 Püschel은 Steller/Volbert의 표현을 빌어 "이런 저런 주어진 개인적 전제를 지닌 이 증인은 주어진 신문상황 하에서 그리고 구체적인 사례에서 가능한 제3자의 영향을 고려한 상태에서 어떤 하나의 실제 경험적 배경에 기초하지 않고 이런 특정한 진술을 할 수 있겠는가?"라고 물어야 한다는 것이다. 이러한 질문형태는 이미 1990년대 이후 진술심리학 분야에서는 가장 전형적이고 모범적인 질문형태라고 강조하고 있다.[459]

심리학적 감정서를 통해 진술자의 진술의 참·거짓을 분간하는 것의 어려움은 말할 것도 없고, 피의자나 참고인의 진술의 참과 거짓을 판단해야하는 법조인은 전혀 관련 분야를 학교에서 배우지 못하고 있다는 점도 문제로 지적되고 있다. 특히 우리나라와 다를 바 없이, 단 한 명의 진술만 있으면, 원칙적으로, 그것만으로 유죄판결이 가능하다는 이른바 자유로운 증거평가, 자유로운 심증형성의 원칙(Grundsatz der freien Beweiswürdigung)이 얼마나 오판에 열려 있는 것인지는 재언의 필요가 없어 보인다.

자백에는 보강법칙이 존재하지만, 피의자·피고인이 아닌 자의 진술이 직접 증거인 경우에는 그것만으로 유죄판결이 가능하다는 것은 심지어 수 천 년 전 성경 속의 모세와 요한의 지혜마저도 무시한 원칙이라는 것이다.[460]

피해자에 대한 관심의 증가는 여러 가지 순기능을 가지고 있지만, 피의자에 대해서는 그 기본적인 권리들을 위협하는 역기능이 있다는 지적도 끊이지 않고 있다. 즉,

457) BGH aaO., Rn. 24.
458) BGH, aaO., Rn. 24.
459) Steller/Volbert, Psychologie im Strafverfahren: Ein Handbuch, Hogrefe, Hans Huber Verlag(1997), S. 1, 25; Püschel, aaO., S. 275.
460) Püschel, aaO., S. 275 (Mose 19.15; Johannes 8, 17).

형사소송에서 증명책임이 전환되는 결과가 되었다는 것이다. 무엇보다 피해자의 소송서류열람권이 인정되고 피해자변호인 제도가 도입되면서 이제 피해자의 진술은 변호인의 조력으로[461] 정제된 진술이 되고 검사건 법관이건 피해자의 진술의 신빙성을 판단하기가 더욱 어려워지게 되었다는 것이다. 그럼에도 불구하고 "눈물은 속이지 않는다!"는 격언처럼 피해자의 진술을 근거로 유죄판결이 이루어진다면 오판의 가능성을 부인할 수 없다는 것이기도 하다. 이러한 오판의 위험은 특히 성범죄와 사법협조자 · 공범증인(Kronzeuge)이 관여된 사건에서 더욱 증가한다고 본다.[462]

진술심리학 영역에서는 진부할 정도로 자명한 원칙은 수사절차에서 피의자에게 불리한 증언을 하는 참고인 · 증인에 대한 신문이 자구 그대로 변형 없이 문서화되지 않는다면 해당 진술의 일관성 · 불변성 심사는 물론이고 그 진실의 현실(사실)성 심사도 가능하지 않다는 것이다.[463] 그럼에도 불구하고 독일의 경우에도 자구 그대로의 신문조서의 작성은 이루어지지 않고 있다는 것이 비판의 대상이 되고 있다. 물론 이 부분의 해법으로 독일은 영상녹화를 수사절차에서 피의자등 관계자의 진술을 기록하는 원칙적인 방법으로 바라보고 있는 것이다.

아래에서 다시 살펴보겠지만 법원의 절차를 영상녹화하거나 방송하는 것이 단지 공개주의라는 법원칙의 구현을 위해서만 필요한 것이 아니라, 법정에서 있었던 일도 그대로 재현 가능하도록 함으로써 상소심에서의 진실발견 및 하급심에서 일어난 오류의 수정이라는 기능을 충실하게 하기 위한 대책과도 관련되어 있다는 것을 직시해야 할 것으로 보인다.

2) 허위자백

두 번째로는 허위자백(Falsche Geständnisse)이 오판의 중요원인으로 주목되고 있다.

자백에 대한 무비판적인 수용 혹은 신뢰는 오판의 가장 중요한 원인의 하나라고 보는 입장 중에서 예를 들어 실제 수형 중 무죄로 방면된 Jörg Kachelmann과 같은 경우는 실제 범죄인이 아니면서 허위 자백을 한 모든 수용자들이 사형당한다고 보면

461) Eschelbach, aaO., S. 43, 54; Neuhaus, StV 2015, 185, 190; Deckers, StV 2006, S. 353, 355; Schwenn StV 2010, S. 705, 708.
462) Püschel, aaO., S. 275.
463) BGH, aaO., Rn. 24; Püschel, aaO., S. 275.

아마도 교도소의 절반의 자리가 빌 것이라고도 했다.[464]

앞서 언급한 Peters의 연구에 따르면 오판사례 중 약 7% 정도가 허위자백이 있었다고 한다. Pascal-Prozess[465]로 알려져 있는 자아브뤽켄 지방법원 사례에서는 Pascal이라고 불리는 5세 남아가 2001년 가을 흔적 없이 실종되었는데 살해당한 것으로 추정되었다. 거의 3년에 걸친 소송으로 자아브뤽켄 사법사상 가장 길었던 소송의 하나였고, 2007년 9월 소송이 마무리되면서 총 147일의 공판기일, 294명의 증인 신문이 이루어졌고, 결국 12명의 피고인 모두가 무죄선고된 것이다. 수사절차에서 다수의 피고인들이 허위자백을 하였다는 이유였다.[466]

피의자가 허위자백을 하는 이유는 주로 3가지로 분석되고 있다. 첫 번째는 자의적인 허위 자백[467], 두 번째는 강요된 허위 자백, 그리고 세 번째로는 강요되고 내면화된 허위 자백이 그것이다.

오판방지와 관련한 논의에서 의미 있는 것은 무엇보다 두 번째와 세 번째의 유형이라고 할 수 있겠다. "왜, 허위 자백을 할까?"라는 의문이 들 수 있고, 검사와 경찰은 물론 일반인의 상식적 이해와도 부합하지 않는 것으로 보이지만, 이러한 이해는 이른바 암시(Suggestion) 문제 · 효과라고 하는 신문이 가져오는 효과에 대하여 고려하지 않은 이해라고 할 수 있다.[468] 아직까지 이러한 암시효과에 대해서는 충분히 밝혀지지 못했지만, 외부적 조건으로 신문(질의와 응답)의 방법이 가진 문제점과 해당 개인에게 특유한 위험요소 등이 결합하여 나타나는 것으로 여겨지고 있다.

개인의 위험요소, 즉 개인에 특유한 취약성에 대한 연구에서는 특히 당사자의 어린 나이, 지적인 장애, 신경적이고 정신병적인 질병, 체포 · 구속에 대한 두려움이나 장기화에 대한 두려움 등이 허위자백의 주요 요인으로 보지만, 이에 국한되는 것을 물론 아니다.

외부적인 요인으로는 무엇보다 아주 사소한 암시만으로도 허위의 기억을 만들어

---

464) https://www.lto.de/recht/feuilleton/f/justiz-und-irrtum-ein-versuch-max-hirschberg-und-die-lehre-vom-justizirrtum/ (최종확인 2018. 6. 9).
465) https://de.wikipedia.org/wiki/Pascal-Prozess (최종확인 2018. 6. 7).
466) 추가적인 사례들에 대해서는 Püschel, aaO., S. 271 참조.
467) 예를 들어 2012년 Tolksdorf 연방대법원장이 신문과의 인터뷰에서 말했듯이, 진범을 숨기기 위한 허위자백도 이에 속할 수 있을 것이다(앞의 기사 참조).
468) 관련 국내 글은 김성룡, 형사절차상 신문방법과 진술의 왜곡가능성에 대한 소고, 경북대학교 법학논고 제25집, 93쪽 이하 참조.

낼 수 있고, 신문의 상대는 그렇게 조작된 사실을 진실로 믿게 된다는 것이 다양한 실험에서 증명되고 있다.

특히 피의자신문에서 이러한 암시효과는 보다 강력해 지는데, 그 이유는 무엇보다 피의자신분이라는 자체가 이미 신문자에게는 물론이거니와 피신문자에게도 그가 범인이라는 것을 받아들이게 하는 이유가 존재하는 것처럼 여겨진다는 것이다. 대심적인 구조의 신문기법과 장시간의 신문은 보다 더 많은 위험요소가 된다. 피신문자의 인지적 능력이 침해받게 되고 심리적 · 신체적 능력이 무너지는 작용을 할 수 있기 때문이다.[469]

물론 해당 국가의 수사절차의 민주화의 정도에 따라 다양한 모습으로 나타날 것이나, 강요된 허위자백의 가장 초보적인 원인은 경찰 등의 협박, 고문, 위협, 기망, 강제와 같은 요소라고 할 수 있을 것이다.

[자료 1] 루돌프 루프 살인사건과 4인의 살인(정 · 공)범에 대한 재심 사례[470]

Rudolf Rupp의 사망사건은 2001년 10월 오버바이에른(Oberbayern)에서 일어났다. 그는 최근 독일 형사재판의 역사에 끔찍한 사건의 하나로 기억되고 있다.

농부(Landwirt)였던 Rupp는 2001.10.13. 동네의 술집에서 술을 마시고 난 뒤 흔적도 없이 사라져 버렸다. 2005년 5월 13일 잉골슈타트의 주법원 항소부는 루프의 부인과 두 딸 중 한 명의 이전 남자친구인 M. 을 살인죄로 8년 6개월의 징역형을 선고했다. 피고인들은 Rupp의 집에서 Rupp를 살해하여, 토막낸 후에 마당에서 키우는 개에게 먹이로 던져주었다고 자백했다. 하지만 피고인들은 이 자백을 소송전에 다시 철회했다. Rupp가 사라질 때 각각 15세와 16세였던 두 딸은 부작위 방조를 이유로 각각 2년 6개월과 3년 6개월의 소년형을 선고 받았다.[471]

항소심법원(Schwurgericht)의 판결에 따르면 M.은 술집에서 나와 집으로 가는 Rupp를 계단(Treppenhaus)에서 공격했고 4각형의 각목으로 뒤에서 목덜미를 내리쳤다. Rupp의 부인과 두 딸은 그 청년을 격려 · 고무했고, 저항하지 못하는 피해자를 파렴치한 욕지거리로 모욕했다. Rupp의 부인도 검사와 법원의 판단에 따르면 그 남편에게 긴 판자로 머리를 때렸고, 딸들은 바닥에 늘어진 자신들의 아버지를 밟았다. 지하실에 M.과 그의 애인은 아직도 살아있는 Ruppe를 큰 망치로 관자놀이를 때렸다. 다음날 아침 그들은, 판결문에 따르면, 사망한 농부를 칼과 톱과 도끼로 토막 내었다. M의 자백에는 그가 어떻게 농부의 팔과 다리를 잘라내었는지 방법이 기술되어있고, 살은 어떻게 토막 내었고, 장기를 적출하고, 마가린 통으로 피를 들어내고 시체의 조각들을 마당에 살고 있는 도버만, 불테리어, 그리고 세퍼드에게 던져주었는지도 기술하고 있다.

판결은 이러한 사실 확정과 함께 결론적으로 (철회된) 피고인들의 자백에 근거하고 있다. 수사기관의 아주 심도 높은 노력에도 불구하고, 이러한 범죄사실에 대하 어떠한 법정 증거도 발견되지 않았다.

469) 세부적인 내용은 Püschel, aaO., S. 274.

2009년 2월 도나우에서 2대의 자동차가 발견되었고, 3월 10일 인양되었는데, 그 중의 한 대는 Rupp의 실종 당시 함께 사라졌던 M. Benz였다. Ruppe의 유골이 운전석에 앉아 있었다. 그의 사체는 일부 물고기가 뜯어 먹어 부분적으로 뼈가 드러난 것 외에는 전적으로 완전했고, 어떤 상처도 발견되지 않았고, 살인죄가 발생했다는 흔적은 보이지 않았다. Ruppe가 누군가에게 공격을 당했다는 것은 사실이 아닌 것으로 밝혀졌다.

이를 통해서 항소심법원이 자신의 판결에서 확정했던 아주 중요한 부분들이 옳지 않다는 것이 증명되었음에도 불구하고, 사법당국은 오랜 시간동안 재심절차 개시를 거부했다.

2010년 3월 9일에서야 비로소 뮌헨 주 최고법원(Oberlandesgericht München)은 최종적으로 변호인의 재심신청을 받아들였다.

모든 피고인들이 형기의 2/3을 채우고 석방된 시점인 2011년 2월 25일, Landshot 지방법원의 피고인들에게 무죄를 선고했다. 설득력 있는 범행의 가설(Tathypothese)이 전적으로 결여되었음에도 불구하고 법원은 한결같이 피고인 들 중에 한 명 혹은 몇 명이 가정의 폭군이었던 Rupp를 살해 했다는 것을 여전히 확신하고 있었다. 자살이나 사고사는 배제하는 입장이었다. 단지 누가 그 사망에 책임이 있는 자인지가 밝혀지지 않았기 때문에 무죄선고한다는 입장이었다.[472]

그런데 왜 첫 번째의 소송 전에 그러한 상세한 거짓 자백이 나오게 되었는지에 대해서는 법적으로 논구되지 않았다. 경찰은 어떻게 수사관이 그 범행을 피의자와 함께 마당해서 재현하는지를 촬영한 비디오를 공개했다. 진술들이 대부분 모순되고, 부분적으로 서로 반대되어 상호 배척적인 내용임에도 불구하고 어떠한 의심도 제기되지 않았다. 오히려 재판부는 피고인에게 불리하게 모든 개별적인 진술들을 진실로 간주했고, 그것들을 전체 범행의 진행에다 끼워 맞추었다.

레겐스부르크 대학의 형법교수 뮐러(Henning Ernst Müller)는 범죄를 구성한 비디오녹화를 분석한 후에 규문적이고 암시적인 신문(inquisitorische und suggestive Frage)이라고 말했다. 그런 식으로 신문해서는 결코 안 된다고 했다. 2012년 3월의 Spiegel Online의[473] 기사에서는 피고인 4인이 모두 IQ 50에서 70 사이라고 공개되었다.

경찰이 공개한 범죄현장에서 이루어진 현장검증을 기록한 비디오에서는 유도신문의 대표적인 형태가 기록되어 있었다. 예를 들어 사법경찰관이 미성년의 피의자에게 "엄마가 아빠를 어떻게 때렸나요?"라는 식으로 이미 때린 것을 전제하고 그 방법을 묻는 방식의 질문을 하고, 지능이 낮은 피고인은 울면서 이미 자신에게 주어진 사건형상에 부합하는 방식으로 답하는 모습이 들어 있었다는 것이다.

그럼에도 불구하고 최종적으로 무죄선고된 피고인들 대한 국가배상에서는, 그들 스스로 허위의 진술에 의해 유죄판결을 받은 것이므로 그 지급의무를 부인하거나 상당부분 감액된 내용만을 인정했다.

왜 그러한 자백이 나왔는지에 대해 해명되지 않은 사정에 대해 법원은 마치 그 자백이 소송 전에 다시 철회되었던 상황과 마찬가지로 특별한 의미가 없다고 보았다. 이에 대해 뮌헨 주 최고법원과 연방헌법재판소에 제기한 상고와 헌법소원은 효과가 없었다.[474]

이 사건은 엄청난 언론의 반향을 불러 일으켰고, 2012년 3월 Spiegel online 판과 Spiegel은 사법스캔들(Justizskandal)이라면 사법에 대한 엄청난 비난을 퍼부었다. 피고인의 자백은 필히 압력하에서 생겨난 것이라고 규정했다. 2013년 7월 30일 독일 공영방송 ZDF의 Frontal 21-Sendung에서는 Horst Arnold사건과 Gustl Mollath 사건도 다루었다.

한편 도나우 강의 노이부르크 근처에서 살고 있던 고철상인 Lidwig H.는 사법경찰(Kriminalpolizei)에 의해 사라진 Rupp의 메르세데스 벤츠 차량을 처분한 혐의로 체포되어 2004년 5개월간 무고하게 구속

수사를 받았다.

경찰이 Ludwig H.를 수사할 때 사용한 신문방법은 몇 년 후 H.에 대한 소송절차에서 심리의 대상이 되었다. Rudolf Rupp를 살해한 혐의를 받은 4인의 피고인에 대한 재심절차에서 2010는 H.는 증인으로 주법원에 출석했고, 그가 2004년 잉골스타트의 한 경찰공무원에 의해 범행에 참가했다는 것을 자백하도록 강요받은 사실을 진술했다.

H.가 신문조서에 서명하는 것을 거부하자, 관자놀이에 공무에 사용하는 권총을 가져다 댄 채, "우리는 달리 할 수 있다. 지금 모살이 문제되고 있어. 그런 경우 우리는 모든 것을 할 수 있어!"(Wir können auch anders, es geht um Mord, da dürfen wir alles)라며 위협했다는 것이었다.

그 후 검사는 H.를 2012년 Amtsgericht Landshut에 무고로 기소했고, 그 과정에서 H.의 혐의를 전혀 수사하지도 않았다고 한다. 공판정에서 검찰을 대표한 Hubert K.는 논고에서 피고인 H를 허접쓰레기 같은 인간이라고 표현했고, 20개월의 징역형을 구형했다.

법원은 경찰공무원의 반박에 전혀 믿음을 주지 않았고 H.는 석방되었다. 판사는 오히려 잉골스타트의 사법경찰과 검찰을 분명하게 비판하였다. 특히 피고인이 경찰공무원을 불법하게 무고하였다는 것에 대해서는 의문이 있다고 밝혔고, 나아가 검사장에 대해 고물상 H.의 신문방법과 관련하여 다양한 법률 위반과 의무위반이 있었음을 비난했다.
판사는 또한 공판검사의 허접쓰레기 같은 인간(Abschaum der Menschheit)이라는 표현을 질책하였고, 이 소송절차는 여론에 큰 소용돌이를 몰고 왔다.

농부의 부인과 농부의 딸의 애인을 2005년 5월 살인죄로 유죄 선고한 Georg Sitka 법관은 Spiegel TV Film에 이렇게 말했다고 한다: "나에게 그것은 직업적으로 그리 큰 실수(Supergau)도 아닙니다." 슈피겔의 관련 기사의 마지막 문장처럼, 그 가족들에게는 철두철미 대형사고임에도 말이다.[475]

---

470) 사건 기술은 Todesfall Rudolf Rupp-Wikipedia (최종확인 2018. 10. 24) 및 Spiegel Online, 19. März 2012 („Polizeivideos belegen Manipulation der Aussagen")을 참조한 것임.

471) 이에 대해서는 Getöteter Landwirt: Gericht spricht im Fall Rupp Familie frei. in: Spiegel Online, 25. Feb. 2011 (최종확인 2018. 10. 1) 관련 기사로는 Justizskandal im Fall Rudi Rupp, Polizeivideos belegen Manipulation der Aussagen, Spiegel Online, 19. Märy 2012 (최종확인 2018. 10. 25).

472) Der Spiegel 9-2011 - Gisela Freidrichsen: „Schämt sich keiner?"

473) Spiegel Online, "Polizeivideo belegen Manipulation der ussagen" http://www.spiegel.de/panorama/justiz/wie-die-polizei-im-fall-rudi-rupp-die-verdaechtigen-unter-druck-setzte-a-822276.html : last visited 21.10.2018.

474) Silke Bigalke: Unschuldig hinter Gittern - Wie die deutsche Justiz ihre Opfer im Stich lässt. in: Süddeutsche.de. 1. Sep. 2012 (최종확인 2018. 10. 24); Todesfall Rudolf Rupp-Wikipedia.

475) Spiegel Online, "Polizeivideo belegen Manipulation der ussagen" http://www.spiegel.de/panorama/justiz/wie-die-polizei-im-fall-rudi-rupp-die-verdaechtigen-unter-druck-setzte-a-822276.html (최종확인 2018. 10. 21).

3) 잘못된 범죄혐의자 · 피의자 지명(Gegenüberstellung; Line up)

세 번째로 오판의 원인으로 주목되는 것은 피의자를 잘못 지명한 목격자들의 오류이다. 수사절차에서 일어나는 가장 중요한 오판의 출발점이 되는 요소의 하나라는 것이다. 이러한 현상은 50년 전 혹은 100년 전과 전혀 달라진 바 없다는 주장도 있다.[476]

이 분야는 법정심리학(Forensic Psychologie) 분야에서 타의 추종을 불허할 정도로 많은 연구들이 쌓여있는 영역이다. 몰론 독일 뿐만 아니라 국내에서도 이미 형사소송법학계에서 라인업의 문제점과 개선방향 등에 대한 연구결과들이 제시되고 있기는 하다.

증인이 피의자를 지명하여 그의 신원을 확인하는 것은 일련의 사실들에 의해 영향을 받을 수 있고, 극도로 오류가능성이 높은 것임은 이미 주지의 사실이다. 여기서는 무엇보다 수사단계에서, 그리고 수사기관에 의해서 직 · 간접적으로 영향을 미치게 되는 경우가 어떤 경우인지가 관심의 대상인데, 독일의 심리학적 관련 연구문헌에서는 2개 정도의 오류유형이 구분된다고 한다.[477] 구조적 흠결 · 오류(Strukturfehler)와 절차적 흠결 · 오류(Prozedurfehler)가 그것이다.

가) 구조적 오류[478]

잘못된 범인 · 용의자 · 피의자식별 · 지명(Line up, Show up etc.)이 발생하는 원인으로서 구조적인 흠결 · 문제점은 라인업이나 사진들 중에서 피의자를 식별하는 절차가 어떤 내용으로 어떻게 구성되어 있는가와 관련된다.

예를 들어 여러 사람의 사진 중에서 용의자를 식별하는 절차에서 용의자의 사진은 실물 사람의 사진이고 다른 대조 · 비교군의 사진은 컴퓨터로 생산한 것이라면, 누가 보아도 후자는 실존 인물의 사진이 아니라는 것을 알게 되고 당연히 전자를 범인으로 지목할 것이다. 외계인을 범인으로 지목할 사람은 없을 것이기 때문이다. 물론 이런 식으로 범인을 식별하게 하는 방법은 실무에서 사용되지 않을 것이라고 볼 수 있다.

공정한 식별절차가 되려면 가장 먼저 목격자(참고인 · 증인)에 대한 조사(신문)이

476) Odentahl, StraFo 2013, S. 62; Püschel, aaO., S. 271 참조.
477) 상세한 내용은 Püschel, aaO., S. 272-273 참조.
478) 상세는 Püschel, aaO., S. 272.

앞서 진행되어야하고, 식별되어야할 사람의 어떤 표지를 특별히 진술하는지를 들어야 한다. 목격자의 용의자에 대한 진술은 가능한 충분하게 구체적으로 들어야 한다. 이를 기초로 그 이후의 지명을 이해할 수 있어야만 한다는 것이다. 즉, 사전에 목격자가 혐의자의 인상착의에 대해 진술한 내용을 보니, 실제 지명한 사람을 지명하게 된 이유를 알 것 같다는 정도의 사전조사가 필요하다는 말이다.

나아가, 잘못된 용의자식별을 피하기 위해서는 선별된 대상이 목격자의 진술과 주관적으로 일치하는 것이 필요하다. 즉 목격자의 주관적인(subjektiv) 기억이나 인식과 일치하는 대상자가 선택되었는지 확인이 필요하다는 것이다. 이러한 요구가 무시되고, 선별이 심문자에 의해 판단된 유사성에 맞게 이루어져 버린다면 그 결과는 결국 용의자식별의 오류발생이고, 나아가 오판의 발생이 불가피하다는 것이다.

또한 비교대상이 되는 자들은 용의자와 객관적으로 여러 가지 면에서 유사한 사람으로 선정되어야 한다는 것도 강조된다. 몸집이나 키, 머리카락 색깔이나 머리 형태, 인종적 유사성, 연령대, 신체의 구성과 얼굴생김새 등도 유사하도록 성정되어야만 한다. 용의자의 어떤 특성이 부각되어 버리면 그것이 바로 암시적 효과(suggestives Potential)를 가진다는 말이다. 결국 증인을 그자를 선택하게 된다는 것이다.

나) 절차적 오류[479]

이에 반해 절차적 오류는 식별절차를 수행하는 과정에서 발생한다. 만약 증인이 식별절차의 수행과정에서 그 유형이나 사정들로부터 대상자들 중 누가 선별되어야할 피의자인지를 알게되는 경우가 그 한 예이다. 즉 목격자가 그 앞에 늘어서 있는 자들 중에 한 사람을 경찰이 데리고 왔다는 것을 알 수 있는 상황이었다면, 그 목격자는 누구를 범인으로 지목하여야 할지 추론하게 된다는 것이다. 이것이 의도적이라면 더욱 심각한 오판의 위험에 노출될 수밖에 없는 것이다.

범인식별절차, 즉 재인식심사절차(Wiedererkennentest)에서 증인의 결정행위에 영향을 미치는 것은, 심리학자들이 말하듯이, 극도로 사소한 것이고, 사후적으로 이를 확정하는 것은 거의 불가능하다는 것이다.

익히 알려져 있는 로젠탈효과(Rosenthal-Effekt)라고 알려져 있는 시험을 진행하는

---

479) 상세는 Püschel, aaO., S. 272.

자가 피실험자들에게 미치게 되는 영향력에 주목하면 결과적으로 용의자식별절차를 진행하는 수사관의 의식과 행위가 어떤 의미를 가지는지 충분히 이해할 수 있는 것이다. 이러한 암시효과나 시험진행자의 의도가 드러나는 것을 막고 중립적인 용의자식별이 가능하기 위해서는, 마치 임상시험에서 위약에 대해 시험자와 피험자 모두가 알지 못하도록 하여 시험의 효과를 정확하게 측정하려는 것과 같은 이중맹검법(double blind test; Doppelblind-Test)이라고 불리는 방어조치가 필요하다는 것도 중요한 지적이라고 하겠다.

통상 증인들은 경찰이 용의자식별(실물 혹은 사진)절차를 진행한다는 것은 누가 범인인지를 사실 알고 있다는 것을 암시하는 것이고, 경찰의 사소한 어떤 행동이나 말투, 혹은 주어진 자료에서 읽히는 특성 등에 따라 증인(참고인)은 누구를 지명해야하는지를 알게 되는 방식이라면, 오히려 식별절차를 거치치 않은 경우보다 오판의 위험성은 비교할 수 없을 정도로 증가하게 될 것임은 자명하다.

또한 용의자 식별절차가 행해지기 전에 혐의자를 시각적으로 경험하거나 사진이나 출판물 등에 실린 얼굴을 보게 되는 것은 인식의 왜곡을 일으키기에 충분하다고 본다. 나아가 이미 최초의 용의자 식별에 문제가 있었다면 아무라 반복적으로 새로운 용의자식별과정을 행한다고 해도 그 결과는 치유될 수 없다는 것이 관련 연구 분야의 상식이라고 할 수 있다.[480]

[자료 2] 9살 페기 모살범에 대한 재심 사례

2014년 4월 9일 Süddeutsche Zeitung에는 "왜 페기 사건이 다시 시작되는가?"라는 제하에 그 때로부터 10년 전인 2004년 페기 모살범으로 유죄판결을 받은 Ulvi K.의 사연을 싣고 있다.

2001년 오버프랑크 지역 리히텐베르크에 사는 9살 페기가 실종되었다. 3년 후 정신지체인 K(Ulvi K.)는 페기 모살범으로 유죄판결을 받았다. 해당 주 법원의 판사의 생각에 따르면 해당 사례의 사실관계는 주로 다음과 같다.

K.는 페기라는 여자아이를 학교를 마친 다음에 몇 일전에 행한 성범죄에 대해 사과하기 위해 기다리고 있었다. 그 소녀가 도움을 청하려 고함을 지르자, K는 입과 코를 막고 소리를 멈추려했고, 숨이 멈춰 죽을 때까지 입과 코를 막고 있었다. 그리고 나서 그는, 그 아이의 사체를 치웠다는 그의 아버지에게 말했다. 물론 죽은 소녀는 지금까지 발견되지 않고 있다. 정황증거에 따른 절차가 진행된 후에도 K에 대한 유죄인정에 의심이 남아 있었다. 판결은 무엇보다 그의 자백에 기초했다. 그는 경찰에서 자백했고, 그

480) 이에 대해서는 Püschel, aaO., S. 272-273; Neuhaus, StV 2015, S. 185, 193 등 참조.

에 대한 자백조서가 있었다. 소송절차에서 K.는 자신의 자백을 철회했고, 계속되는 신문 전에 쉬고 싶었었다고 말했다. 죽은 소녀를 전에 성추행했다는 것은 다투지 않았다. 2013년 그의 변호인 M. Euler는 재심을 청구했다.

1200쪽에 더하여 900쪽을 추가하여 2,100쪽에 달하는 서류를 법원에 제출했다. "자백은 단지 경찰의 녹초만들기 전략에 근거할 뿐이다."라고 Frankfurter Allgmeiner Zeitung에 말했다. 바이로이터 주 법원은 2013년 12월 K.에 대해 새로운 절차를 허락했다.

재심이 허용되기 위해 요구되는 법적 조건들은 아주 까다로운데, 예를 들어 피고인의 무죄를 근거지울 새로운 사실이 필요조건이다. 바이로이트 법원이 근거한 재심사유는 2가지였다.
첫 번째는 피고인에게 불리하게 K.와 구역병원에 같이 있었던 동료환자가 법정에서 K.가 자신에게 모살을 자백했다고 진술했는데, 그 사이에 사망했고, 그의 그 진술이 고의로 저질러진 허위의 진술이라는 것이 밝혀졌다는 이유였다. 이미 2010년에 이미 그 증인은 자신의 진술을 철회했다. 소송에서 그 전문진술은 단지 사소한 역할밖에 하지 않았다. 물론 이 진술이 판결에 영향을 미쳤다는 것에 대해서는 확실하게 이를 부정할 수도 없었다고 법원은 밝혔다.
두 번째의 재심인정 사유는 범행가설(Tathergangshypothese)이었다. H.L.Kröber라는 감정인은 절차에서 그는 K.가 그렇게 세부적인 범행계획을 고안해 낼 수 없기 때문에 그 자백을 특히 신뢰하였다고 설명했다. 달리 말해 지능에 문제가 있는 K.가 실제로 그렇게 하지 않은 일이라면, 그렇게 소상하게 자백할 수 없었다는 것이었다. 물론 그 당시 감정인은 수사관이 피고인에게 하나의 가상적인 범행시나리오를 제공했고, 그것은 나중의 피고인의 자백과 유사하다는 것을 알지 못한 상태였다.
주 법원은 이제 감정인으로부터 그가 이러한 상황에서 새로운 감정의견을 내놓을 것인지를 알려고 했다. 두 명의 언론인의 컴퓨터 기록에 따르면 공판정에서 그는 그럼에도 불구하고 피고인의 자백은 믿을 만한 것이라고 진술했다고 한다.

2014년 4월 10일 바이로이트 주법원 소년부는 재심절차를 시작했다. 재판장은 M. Eckstein이었다. 2명의 직업법관과 2명의 명예법관(참심), 총 5인의 법관이 재판부를 구성하고 새롭게 그 사건을 심리하기 시작했다. 두 명의 언론인은 절차 시작전에 이미 Eckstein에 대해 심각한 비난을 했지만 법원은 이를 받아들이지 않았다. Sandra Staade와 Daniel Götzsms가 기소를 담당했다. 원래 담당 검사는 재심절차 일주일 전에 교체되었다. 그는 신문시에 피고인이 변호사를 희망한다는 의사를 표시했지만 이를 무시했었다.
페기의 어머니는 부대기소자로 절차에 함께 했다. 전체적으로 9일의 공판기일이 정해졌다. 목요일에 가장 먼저 종래의 기소장이 다시 낭독되었다. 그리고 나서 K.는 그 기소사실에 대해 의견을 말했다. 그 외에 첫 번째 공판기일에는 페기가 실종되던 날에 페기를 보았다고 주장하는 증인이 소환되었다. 수사한 몇몇의 경찰공무원, 감정인 Kröber외에 뮌헨 정신과의사 Norbert Nedopil 법정에 착석했다. 그는 피고인의 책임능력에 대해 판단해야했다.[481]

Lichtenberg에서는 많은 사람들이 그가 범인이라고 믿지 않았다. K.는 당지 23살이었고 독일-터어키 출신의 식당을 경영하는 부부의 아들이었다. 그는 어릴 때 뇌막염을 앓았고, 10살 정도의 지능상태에 머물고 있었고, 읽을 줄도 쓸줄도 몰랐고, 그 지역에서는 온순한 것으로 알려져 있었다. 그가 그러한 완벽한 모살행위의 정범일 수 있는가?라는 것이 그 지역의 정서였다. 그 곳의 시민운동 단체에서는, 페기의 조부모도 소속되어 있던 곳인데, 몇 년 전부터 피고인은 무죄라는 주장으로 운동을 펼치고 있었다. K.에게는 이제부터 다시 무죄추정이 적용되었다. 재심절차에서 판결은 6월 초에 내릴 예정이었다. 물론 소송이 어떻게 진행되건 간에 K.는 바이로이트 구역법원에 머물러 있을 것이었다. 페기에 대한 모살혐의를 이유로 한 무기자유형은 지금까지도 형기가 개시되지 않았다.
Hof 주법원은 2004년 페기와 다른 아동들에 대한 성범죄에 대하여 정신감정을 위해 병원유치처분을 내렸다. 그가 그 부분에서 치료가 되고 더 이상 재범의 위험이 존재하지 않는다면 그 때 비로소 자유형이 집행될 것이다.[482]

한편, 검찰은 재심절차와 무관하게 다시 페기사건의 수사를 개시했다. 이번 수사의 관심은 새로운 범인을 찾는 것이 아니라, 페기의 시신을 발견하는 것에 중점이 있다고 수사관은 밝혔다. 가장 먼저 리히텐베르크의 한 묘지에서 늙은 여자의 묘지를 개봉하고 페기의 뼈를 찾고자 했으나, 소용이 없었다. 이미 다른 곳으로 이장된 상태였다. 그 사이에 3명의 남성이 혐의선상에 들어왔다. 자신의 집 뒤뜰을 파 뒤집은 집의 주인 남자, 아동성추행 등으로 교도소에 수감된 적이 있는 늙은 연금수급자, 그는 1999년에서 2003년 사이에 자신의 대자와 손녀에게 성범죄를 범한 자였다. 두 어린이는 페기와 같은 나이 또래였다. 나머지 한 명의 남자는 29세 할레 출신으로 페기가 실종되기 전에 일종의 애정행각이 있었음을 인정했다. 하지만 바이로이트 검사는 기소할 만한 충분한 혐의가 존재하지는 않는다고 밝혔다. 물론 그 남자는 2001년 자신의 여자 조카에게 성범죄를 범했음을 자백했다. 그 외에 혐의의 대상인 된 자는 그의 이복형제였는데, 당시 페기의 이웃이었다. 그의 알리바이는 그에게 불리하지 않게 밝혀졌다.[483]

2001년 경찰은 1주일간 페기를 수색했다. 흔적탐지견, 잠수부, 소방관 등에 의해 수색이 이루어졌고, 물론 페기는 죽지 않았다고 믿는 사람들도 있었다. 페기특별수사본부는 4409의 흔적을 추적했다. 체코의 사창가로 납치되었다는 신고도 있었고, 2001년 한 남자는 경찰서에 신고하기를 페기가 두 남자와 함께 자동차에 타고 헤프 국경에 있는 것을 보았다고 했다. 그의 의붓아버지는 당시 수사선상에 올라왔었고, 그가 페기를 자신의 고향, 터키에 납치해간 것은 아닌지도 조사했다. 증인들은 2003년 페기를 한 수퍼마켓에서 보았다고도 했고, 다른 증인은 뷔르츠부르크의 한 꽃가게에서 페기를 보았다고도 했다.

Sarah K. 는 자신의 친구인 페기가 사라진 후 일주일 쯤에 전화를 받았는데, "사라야, 나야 페기, 나는 잘지내, 그런데 나는 지금 어디에 있는지 모르겠어"라고 말하고 전화가 끊겨 버렸다고 주장했다.[484]

바. 대책

1) 검찰의 수사통제 결여의 문제

수사과정에서의 오판원인을 피해야하는 책임은 검사에게 있다는 것은 독일이나 우리나라가 다를 바 없다. 특히 독일 연방헌법재판소는 관련 결정례에서 검사에 대해 법치국가성을 위한 보증인이며, 합법적인 형사절차진행의 보증인이라고 정의해오고 있다.[485] 법률의 수호자로서의 역할을 강조하기도 한다.[486] 연방대법원은 검찰은 수사절차의 철저함과 신뢰성을 보증하는 기구로 보고 있으며, 경찰에 의해 수사가 진행

481) https://www.sueddeutsche.de/bayern/landgericht-bayreuth-warum-der-fall-peggy-wieder-aufgerollt-wird-1.1928724 (최종확인 2018. 10. 24).
482) https://www.sueddeutsche.de/bayern/landgericht-bayreuth-warum-der-fall-peggy-wieder-aufgerollt-wird-1.1928724-2 (최종확인 2018. 10. 24).
483) https://www.sueddeutsche.de/bayern/landgericht-bayreuth-warum-der-fall-peggy-wieder-aufgerollt-wird-1.1928724-2 (최종확인 2018. 10. 24).
484) https://www.sueddeutsche.de/bayern/landgericht-bayreuth-warum-der-fall-peggy-wieder-aufgerollt-wird-1.1928724-3 (최종확인 2018. 10. 24).
485) BVerfG NJW 2013, 1058, 1066.
486) BVerfG NJW 2013, 1058, 1066.

되는 경우에도 그 보증인은 검사임을 강조하기도 한다.[487] 그럼에도 불구하고 검찰이 경찰에 대한 통제를 상실한 상태인 현실, 즉 검찰의 경찰에 대한 수사통제의 결여, 수사경찰의 잘못에 대해 경찰의 수사부재 등을 가장 큰 원인이자 개선이 가장 필요한 부분이라는 것이다.

불충분한 검사의 수사과정에 대한 통제가 원인이 되어 수사절차에서 준법성이 제대로 지켜지지 않는다는 것이 가장 중요한 구조적인 문제라는 것이다.

2) 수사하는 사람의 인지부조화와 관성법칙의 문제

수사는 독일 형사절차에서 요구하는 최초혐의(Anfangsverdacht)를 전제로 한다. 사법경찰관과 검사 모두 수사절차에서는 이러한 혐의를 마음 속에 담고 있다는 것이다. 이와 관련하여 사회심리학적 연구에서 도출된 인지부조화(kognitive Dissonanz) 이론은 객관의무나 행위자에게 유리한 증거로 수집해야할 의무를 가지는 검사라고 해서 다를 바 없다는 것이다. 결국 자신이 생각하고 믿었던 사실을 부정하는 정보보다는 그것을 강화하는 정보를 선별적으로 받아들여 믿음을 강화하는 편향이 있다는 것이다.

법심리학자들 사이에는 '가설검증에서 확증적 과정'(확증편향)(konfirmatorischer Prozess beim Hypothesentest)이라고 부른다. 독일 법률가들의 세계에서는 이러한 현상을 관성의 법칙(Inertia Effekt)라고 부른다고 한다.[488]

달리 말해, 수사절차에서 활동하는 공무원들은

① 최초혐의를 확증하는 정보를 선호한다.

② 양가적 의미를 가지는 정보를 최초 혐의를 증명하는 것으로 해석한다.

③ 최초혐의를 증명하는 정보의 가치를 그에 반하는 정보보다 더 높게 평가한다는 것이다.

사법경찰관이나 검사가 한 건이라도 더 실적을 쌓아보자는 악의적인 의도를 가졌기

487) BGH StV 2010, 3f.; Püschel, aaO., S. 276.
488) 이에 대해서는 Püschel, aaO., S. 277.

때문이 아니라, 보통 인간에게는 자신이 처한 입장에 따라 나타날 수밖에 없는 편향적인 태도라는 것이다. 이를 어떻게 적절히 제어하는가가 결국 오판의 가능성을 줄이는 수사단계에서의 대책인 것이다.

결국 이러한 대책마련을 위해 심리학자들의 연구결과를 빌리자면 자신의 가설과 반대되는 가설을 진지하게 받아들이고, 자신의 생각을 검사하는 도구로 사용하게 하는 것이다. 달리 말해 자신의 믿음이나 확증편향에 반하는 방향의 가설을 존중하고, 이를 매 단계 진지하게 자신의 편향을 시험하는 도구로 사용함으로써 인지편향을 상당부분 줄이거나, 심지어는 인지 편향이 사라지는 효과를 볼 수 있다는 것이다.[489]

하지만 문제는 그런 반대가설, 즉 대체적 가설을 존중하고 자신의 믿음과 생각을 반대 입장에서 심사해보는 방식으로 사용한다는 것이 말처럼 쉬운 일이 아니라는 것이 문제인 것이다.

3) 변호인의 참여시기의 문제

결국 스스로 그러한 반대가설을 활용할 수 없다면, 직업적으로 그러한 일을 하는 변호인이 가능한 수사단계의 초기에 개입하여 오류를 피할 수 있는 역할을 하게 하는 것이 한 방법이라고 주장된다.[490]

아래에서 확인할 수 있듯이 경찰, 검찰, 판사(중간절차와 공판절창)의 직업적 유사성이나 확증편향이 기능하게 되는 상황에서는 가장 먼저 수사의 출발이 잘못된 경우, 이를 이후에 바로 잡는다는 것은 상당히 어렵다는 것이 일반적인 경험적 사실이기 때문이다.

4) 수사과정의 문서화의 문제

독일의 변호인들은 수사절차에서 피의자신문과정에 변호인이 참여할 수 없는 현실과 추후 문서화된 수사자료를 통해 이를 복기해 볼 수 있는 방법에 한계가 있다는 점을 오판의 원인으로 지적한다. 즉, 변호인이 참여하지 않은 피의자신문에서의 오류

489) 이에 대한 상세는 Schweizer, Bestätigungsfehler – oder wir hören nur, was wir hören wollen, in Justice-Jusitz-Giustizia, 2007/3, Rn. 22; Püschel, aaO., S. 277.

490) Püschel, aaO., S. 277.

가 수사단계에서 발생하는 가장 큰 오류의 유형이라는 것이다. 현재 국내의 형사소송절차에 비교하면 사실 독일의 수사절차는 상대적으로 직권주의·규문주의적 색체를 가지고 있다는 것을 부인할 수 없고, 그 점에서 위와 같은 분석도 이유가 있다고 하겠다.

수사절차의 핵심은 신문(Vernehmung)이고, 신문은 수사절차에서 사안을 밝히는 작업의 80%를 차지한다고 한다.[491] 그것을 문서화하는 것은 수사절차의 결론을 경절할 수 있다는 것이다.

물론 적절하지 못한, 정확하지 못한 문서화는 오히려 오판의 위험을 가중 시키는 이유가 되지만, 제대로 기록된 문서는 투명성과 이해가능성을 높일 수 있다는 것이다. 물론 앞서도 직·간접적으로 언급되었지만, 어떤 방식으로 문서가 작성되는가에 따라 사뭇 다른 결론이 기다리고 있다고 해야 할 것이다. 대부분 신문조서는 선별적인 내용으로 작성되고, 원래의 진술에서 변형된 형태로 기록된다는 것이 문제인 것이다.

물음이 무엇인지, 진술시에 어떤 주변조건이나 단서가 있었는지의 맥락이 생략되거나 요약된 서면을 그대로 믿는 검사와 법관이 있다면 바로 오판으로 가는 지름길이라는 말이기도 하다.

결국은 신문과정을 전체적으로 영상녹화하는 방법이 대안으로 등장할 수밖에 없는 이유는 바로 오판을 방지하자는 말인 것이다. 물론 국내외를 막론하고 영상녹화의 구체적인 실시·통제방법과 수사기관의 형사절차의 법치국가성에 대한 인식의 정도에 따라 이러한 수사방법의 장점을 오히려 악용하는 경우도 없지 않을 것이다. 따라서 과학이라는 이름의 맹신이 또 다른 오판의 원인이 되지 않도록 충분한 통제방법과 절차를 고민하고 관계자들의 법치국가적 인식을 제고하는 것에 우선적인 관심이 주어져야 할 것이다.

3. 중간·사전결정절차에의 오판의 원인들

가. 개요

2015년 독일 형사변호사 슈벤(Schwenn)은[492] 2015년 11월 Zeit에 다음과 같은

491) Lange, Fehlerquellen im Ermittlungsverfahren, 1980, S. 83.

자극적인 문구로 오판의 문제에 대한 여론의 관심을 환기했다:

"미국에서는 단 1개월도 세간의 관심을 불러일으키는 오판사례가 밝혀지지 않고 넘어가는 경우가 없다. 무고한 자의 사형 또는 수십 년간의 구금. 항상 그 원인들은 동일하다: 손질된 · 다듬어진 증거, 금지된 방법으로 획득된 피고인의 자백, 용의자를 신속하게 넘겨주고 이를 통해 자신을 범죄인들에 대한 대담한 상대자로 국민들 앞에 표현하려고 하는 검사. 오판들은 무엇보다 돈 없는 자, 종종 전투력이 강한 변호인을 채용하여 수임료를 지급할 수 없는 흑인에게 내려진다. 물론 그렇다. 이건 미국의 일이다. 그런 오판같은 것은 감사하게도 우리나라(독일)에는 없다고 ZEIT의 독자들은 생각한다. 물론 그는 속고 있는 것이다."

Schwenn은 독일 형사소송법에서 피고인을 위한 다양한 제도들을 소개하면서도 종국에는 피고인을 위하여 그렇게 많은 배려들을 하고 있는 것을 보면 사람들을 독일 형사소송절차에서는 아주 좋은 것들이 많이 일어날 것이고, 미국의 오판과 같은 것들은 아주 예외적이 일에 불과할 것이라고 믿지만, 그것은 당연히 착오라는 것이다. "독일의 법정은 아주 위험한 장소"라고 단언한다(Der deutsche Gerichtssaal ist ein gefährlicher Ort)[493]

Schwenn은 형사변호인의 입장에서 무고한 사람에게 가장 큰 위험은 독일 형사절차상의 중간절차, 즉 공소제기여부를 결정하는 중간절차, 즉 사전결정절차(Vorentscheidung)에 있다고 본다. 이 절차에 참여하는 직업 법관은 나중에 공판절차에 다시 참여하고 판결을 내리는 구조가 문제라는 것이다. 하지만 공판절차는 단지 법관이 해당 피고인은 유죄판결을 받을 것이라고 진단 · 예견하는 경우에만 개시된다는 엄연한 사실을 지적한다. 독일 형사소송의 경우 공판이 진행된 사건의 약 3% 정도만이 무죄로 종결된다.

구속명령 · 영장(Haftbefehl)은 범죄혐의가 유력 · 강력한(dringend) 경우에 발부될 수 있고, 추후에 유죄판결이 고도의 개연적인 경우에 가능한 것과 차이가 있다. 그런데 여기서 중요한 것은 판사들끼리 혹은 영장발부판사와 실체판결한 판사가 동일한 경우

492) Schwenn, Johann, Das soll Recht sein? Warum die deutsche Strafjustiz so viele Fehlurteile produziert. In: ZEIT Nr. 47 vom 19.11.2015 (21. November 2015); https://www.zeit.de/2015/47/justiz-rechtssystem-fehlurteil-unrecht/komplettansicht (최종확인 2018. 10. 27).

493) https://www.zeit.de/2015/47/justiz-rechtssystem-fehlurteil-unrecht/komplettansicht (최종확인 2018. 10. 26).

에는 그 판사가 자신이 사전에 영장발부와 관련하여 판단한 자신의 판단이 잘못되었다고 인정하며 무죄선고할 가능성이 얼마나 될 것인지를 반문한다. 자신의 유죄전망·진단을 잘못되었다고 철회할 가능성이 높지 않다는 것이다. 이것은 결국 확증편향의 영향에 놓여있다는 것과 다를 바 없는 말이다. 그런 기대가 더욱 어려운 경우는 피고인에게 유리한 사정이 이미 공판개시결정시에 판사에게 인식가능했던 경우라면 그 이후 그것이 피고인에게 도움이 되는 방식으로 작동되기는 상당히 어렵다는 것이다.

나. 수사상 구속 이후 무죄판결의 함의

최근 수사절차에서 구속된 이후 법원의 판결을 통해 무죄 선고된 사건을 분석한 독일의 연구 중에서는 범죄 유형에 따라 그 비율이 상이하다는 사실에 주목하고 있다.

특히 수사절차에서 구속된 후 중간절차에서 기소가 결정되었으나, 공판절차에서 무죄선고로 판결이 확정된 경우는 결국 수사 절차는 물론 중간절차에서의 법관도 오판의 원인을 제대로 파악하지 못한 것으로 볼 수 있을 것이다. 그런데 특히 독일에서 구속된 피고인이 종국적으로 무죄선고로 방면되는 비율이 가장 높은 범죄유형은 성범죄로 나타나고 있다는 것도 인상적이다.[494] 특히 2010년 이후 2015년 통계까지 성범죄 혐의의 피의자가 수사상 구속되는 비율을 전년도 대비 약 6-10%씩 증가하고 있는 현상과 무관하지 않아 보인다.

이러한 수사상 구속된 후 무죄방면되는 경우를 분석한 Kinzig/Stelly는 다음과 같은 잠정적 결론을 도출하고 있다.

첫째, 의뢰인을 무죄로 풀려나도록 하기 위해 형사변호인이 도울 수 있다는 것은 순전히 통계적으로 볼 때, 즉 양적 관점에서 고찰할 때, 평균 2% 전후의 아주 예외적인 경우에 해당한다. 검사가 일단 기소결정을 하게 되면 나중에 유죄가 될 확률은 아주 높아진다. 이러한 유죄를 받을 개연성은 특히 피의자가 이전에 수사단계에서 구속된 경우에는 명백하게 더 높아진다. 이러한 결과는 이미 오래 전부터 알려진 명제, 즉, 효과적인 형사변호는 이미 수사절차에서부터 시작되어야 한다는 자명한 사실을 재확인해주는 것이다.

---

494) 이에 관해서는 Kinzig/Stelly, Neue statistische Analysen zum Freispruch (nach Untersuchungshaft), StV 2017, S. 610ff., S. 611.

달리 말해 앞서 언급한 바와 같이 검사의 수사결과에 대한 법관의 신뢰 혹은 직업적 유사성이 가져오는 인지적 편향성을 외부자가 뒤집기는 상당히 어렵다는 말이다. 또한 오판의 방지는 가장 먼저 수사가 시작되는 곳에서 원인을 찾고, 그것을 방지 혹은 해소할 수 있는 노력이 중요하다는 것을 확인해 주는 것이기도 하다.

다음으로 무죄선고비율은 피의자·피고인의 혐의범죄가 무엇인가에 따라 상당한 차이가 있다는 것이다. 만약 해당 범죄혐의가 무엇보다 증인의 진술에 기초하고 있는 경우, 예를 들어 성범죄, 강도와 공갈, 생명에 대한 죄 혹은 상해죄의 경우처럼 증인의 진술이 주요 증거인 경우, 무죄 방면될 가능성이 상당히 증가한다는 것이다.[495]

이러한 통계에서 추정할 수 있는 것은 피해자나 목격자 등 사람의 진술이 구속이나 기소의 중요한 자료가 되고 있는 경우에는 그 진실성 혹은 신빙성에 특별히 주의를 기울이지 않으면 오판의 가능성이 증대한다는 것이다.

특히 놀라운 것은 강간이나 강제추행 등 성범죄로 기소된 자들 중에서 약 1/4가 무죄로 밝혀진다는 것이다. 달리말해 오판을 줄이려는 노력은 특히 성범죄를 소홀히 해서는 안 된다는 것이기도 하다.

또한 강간이나 추행 등에서 무죄율의 높다는 것이 무엇을 의미하는지 쉽게 평가할 수는 없는 것이나, 한편으로는 법치국가원리가 제대로 작동하고 있다는 의미일 수도 있다고 분석한다. 달리 말해 법원이 비록 수사절차와 중간절차에서의 오류가 있었다고 하더라도, 당해 재판부가 신중하고 정확하고, 오류가 없는지 의심의 눈을 크게 뜨고 이를 밝혀내었기 때문에, 그와 같은 높은 무죄방면이 가능하다는 것이다. 물론 그와 달리 이러한 사례들에서는 수사절차와 중간절차에서 무언가 오류의 원인이 있었기 때문이고, 그것이 무엇인지에 대한 논구가 필요함을 말해주는 것이라는 측면도 있다는 것이다. 물론 이러한 문제에 대해서 독일에서도 만족할 만한 수준의 연구가 행해진 것은 아니다.

다. 대책

중간절차에 대한 오판방지책은 우리나라와 절차적 구조가 다른 점에서 크게 도움이

---

495) Kinzig/Selly, aaO., S. 614.

되지 않는다고 생각할 수도 있지만 그 내용을 보면 충분히 경청할 가치가 있다고 하겠다.

중간절차는 검사의 기소의 적정성, 피고인의 자백여부, 공판개시의 필요성 등을 판단하는 절차로서 법관이 주체가 된다. 구속 또는 불구속된 피고인에 대한 수사결과를 비판적인 관점에서 점검하는지가 혹시라도 수사단계에서 일어난 오류를 수정할 수 있는 단계가 되는 것이다. 해당 판사가 공판에 관여하는지와 무관하게 여기서 걸러내지 못한 오류는 또 한 번의 전문가적 심사를 거친 것이라는 이름표를 달게 되고, 결국 그 후에 사건을 담당하게 될 판사에게 더욱 강한 확증편향을 가져올 수 있을 것이다.

중간절차에서의 오판 원인과 오판 교정 가능성에 대한 독일의 논의가 시사하는 바는 가능한 빠른 시점에 오판의 원인을 찾아 고치지 않으면 그 원인을 찾아내는 것은 물론, 진실인 사실에 근거한 판결을 기대하기가 사실상 어려워진다는 것이고, 특히 물적 증거가 없어, 진술과 진술이 충돌하는 범죄들에서는 충분하고 세심한 증거평가가 필요하다는 것이다.

4. 공판절차에서의 오판의 원인들[496]

가. 개요

공판과정에서 발생하는 오판의 원인은 특히 증인신문이나 증거조사에서 등장하는 증거방법(Beweismittel)과 관련된 것과 이러한 증거방법들에 대해 법관이 어떻게 수집, 조사, 평가하는가와 관련된 것으로 크게 나누어 볼 수 있을 것이다.

나. 증거방법과 관련한 오판의 원인

증거방법이 신뢰할 만한 것인가, 즉 신용성과 신빙성의 문제와 관련하여 가장 빈번히 오판의 위험을 야기할 수 있는 유형을 정리한다면 증인의 진술을 통한 증거(진술증거; Zeugenbeweis), 법과학적 물적 증거방법 혹은 감정인(감정서)을 들 수 있고 전자

496) 아래의 주요 내용은 Velten, Fehlerquellen im Hauptverfahren, StraFo 2015, S. 354ff. 참조.

가 후자보다 더 오판을 야기할 가능성이 높은 증거방법이라고 할 수 있다.

그 다음으로는 앞서 수사과정에서도 언급되었듯이 허위의 자백, 즉 법정의 판사 앞에서 피고인의 허위 자백(진술)이 중요한 오판의 원인이 될 수 있다.

앞서 미국의 innocence project의 통계와 독일의 과거 통계 등에서 알 수 있었듯이 증인의 허위진술(범인지명의 오류)과 피고인의 허위자백의 비율을 범죄의 유형마다 차이가 있을 수 있고, 나라마다 차이가 있을 수 있으나 대체로 증인의 허위진술이 피고인의 허위자백보다는 높은 비율을 차지하다고 할 수 있으나, 살인죄의 경우에는 심지어 오판 원인의 64% 이상이 허위자백에 있었다고 보기도 한다.[497]

이외에도 1972년 발간된 Peters의 오판연구에서는 피고인의 소송행위(Prozessverhalten)가 오판에 중요한 영향을 미쳤다는 경험적 사실이 제시되기도 했다. 즉, 당시의 변호인의 조력을 받을 권리가 공판정에서 실현되었다고 보기 어려운 사정이 배경이 되고 있겠으나, 피고인이 자기 스스로를 방어한다는 것은 실로 부담스러운 일이라는 것은 충분히 예견할 수 있고, 바로 이점은 피고인의 적절한 방어권 행사의 결여는 실체가 왜곡되는 결과가 나올 수 있다는 것이다.

달리 말해 수많은 피고인을 만나는 법관은 피고인이 자신에게 유리한 사실을 언급하지 않는 경우에는 그런 사유가 없다고 생각하게 되고, 피고인은 그것이 결국 자신의 방어에 불이익한 결과로 가고 있다는 것조차 인식하지 못하고 불리한 판결을 받게 된다는 것이다.[498]

다. 공판정에서의 인식절차(수사결과에 대한 무비판적 수용태도)

Schwenn의 지적에 따르면, 독일의 많은 법관들이 쉽고 빠르게 검사의 진단을 넘겨받곤 한다는 것이다. 이것은 법관과 검사가 유사한 직업적 역할을 하고 있는 것에만 원인이 있는 것은 아니고, 많은 판사들이 자신을 변호인 보다는 검사와 동일시하는 경향이 있기 때문이라고 한다. 이러한 주장에 대해 Schwenn은 독일의 검사와 법관의 임용・전보 등의 제도에서 그 원인을 찾는다. 즉, 독일의 판사는 검사의 경력을 가진 경우가 대부분이고, 이런 경우 자신이 검찰의 업무처리과정에서 배운 여러 가지 것들

497) Peters, Fehlerquellen im Strafprozess, Bd. 2, 1972; Velten, aaO., S. 355.
498) 상세는 Velten, aaOl, S. 355.

에 영향을 받고, 심지어 법관의 일처리에서 검찰의 일처리 경험이 도움이 되었다고 생각한다는 것이다. 이렇게 되면 결국 변호사의 역할에 대해서는 전혀 스스로 경험하지도, 이해하지도 못하는 법관이 검사와 유사한 사고와 판단을 하게 되리라는 추정이 자연스럽다는 것이다.[499]

최근 독일의 유명한 오판사례들(Peggy,[500] Mollath, Wörtz,[501] Rupp[502])을 보면[503] 본질적인 오판의 원인은 수사절차에서 발생했지만, 공판절차에서 그러한 오류가 제거될 것이라는 기대가 충족되지 못했다는 것이다. 즉 수사절차에서 획득된 결과를 다룸에 있어서 거의 정성을 기울이지 않고 말 그대로 받아들이는 태도를 보였다는 것이다.

Peggy 사례에서는 경찰이 피고인에게 유리한 진술을 하는 미성년자인 증인을 처벌하겠다고 위협하고, 진술을 번복하게 하여 피고인에게 유리한 증거를 조작했고, 피고인의 자백은 신문기간동안 반복되는 신문, 위협, 몰아붙임, 암시적 신문 등으로 유발된 것이었다. 한 프로파일러가 만들어낸 사건의 경과를 기초로 신문이 이루어졌다. 이 사례에서도 법원은 피고인이 자백을 철회하였음에도 이를 무시해버렸다.[504]

즉, 언급한 사례들에서의 공통점은 해당 재판부의 판사는 수사기관이 제출한 범행과정의 가설을 비판적인 고찰 없이 그대로 받아들이는 우를 범했다는 것이 오판의 원인이었다는 것이다.

Wörtz 사례에서도 이와 비슷한 일이 벌어졌지만, 통상의 사례에서는 보기 어려운 특이한 일도 있었다고 한다. 민사재판이 형사재판의 오류를 발견하게 하고 이를 해결하게 하는 동인이 되었던 사례이다. 피해자의 아버지가 유죄판결을 받은 피고인에 대해 손해배상청구를 했고, 민사법원은 형사법원의 증거평가를 이해할 수 없다는 이유로 청구를 기각했고, 이를 계기로 재심절차의 길이 열렸고, 피고인은 무죄선고를 받아내었던 사례였다.[505]

---

499) https://www.zeit.de/2015/47/justiz-rechtssystem-fehlurteil-unrecht/seite-2 (최종확인 2018. 10. 26).

500) Jung/Lemmer, Peggy-Die Geschichte eines Skandals, 2013; BGH NStZ 2005, S. 394; Velten, aaO., S. 355.

501) BGH 1 StR 180/06; BGH 1 StR 254/10; Darnstädt, Der Richter und sein Opfer, 2013, S. 20ff.; BGH 1 StR 394/98.

502) Darnstädt, aaO., S. 94ff.

503) Velten, aaO, S. 355f.

504) BGHSt NStY 2005, 394; Velten, aaO, S. 355.

505) BGH 1 StR 180/06; BGH 1 StR 394/98; Velten, aaO., 355.

언급한 최근의 이러한 몇몇 오판 사례가 독일의 형사절차 전체를 대변할 수 있는가에 대해서는 경험적 연구나 통계가 명확히 자료를 제시하지 못하는 상황이지만, 법심리학적 문헌에서는 물론 실무가들 사이에서도, 전형적인 오판의 원인으로 볼 수 있다고 평가되고 있다. 물론 대부분의 사례에서는 유죄판결이 정당한 결론이라는 것은 부인하지 않는다.[506]

변호사로서의 자신의 경험을 말하는 Velten교수는 독일의 형사소송절차는 무고한 사람이 피의자·피고인으로 형사절차에 연루되면 무죄를 선고받기가 상당히 어렵다는 현실을 지적한다. 형사소송의 현실이 법적인 요구. 즉 '의심스러울 때는 피고인에게 유리하게' 이루어지지 않는다는 것이다. 이러한 자신의 진단에 대한 첫 번째 논거로 형사절차에서 권력관계를 부각시킨다.[507]

라. 형사절차에서 권력관계

독일 형사소송법에 기초가 되는 권력관계를 보면 1877년 시행된 제국 형사소송법의 복안에 따르면, 법관의 독립성, 중립성, 공판중심주의, 공중의 통제 등, 하버마스의 말을 빌리자면, "보다 나은 논거의 강제 없는 강제"가 실현되는 절차를 생각했다고 한다.[508] 모든 증거를 내어 놓고 신중하고 조심스럽게 형사법적 책임을 판단하는 중립적인 법관을 상정하였다는 것이다. 이러한 세심한 예방조치와 준비에도 불구하고 권력관계는 비대칭적이라는 것이 Velten의 주장이다. 법원의 권력은 비교할 수 없을 정도로 피고인의 그것보다 강하고, 모든 최종 결정은 법원이 하는 구조라는 것이다. 그 중심에 자유심증주의(Freie Beweiswürdigung)가 서 있다는 것은 주지의 사실이다. 여론이 상당한 관심을 갖고 지켜보는 사건의 경우가 아니고는 법원의 이러한 재량은 통제가 불가능하다는 것이 사실임은 독일도 우리와 크게 다를 바 없어 보인다.

또한 언급한 사례들에서 공통적으로 나타나는 현상은 수사절차, 제1심 절차에서 잘못된 판단들이 변함없이 그대로 지속되는 관성의 법칙과 같은 효력이 보인다는 것이다. 즉 처음의 판단이 분명히 무언가 잘못된 길을 가고 있다는 것이 분명함에도

506) Velten, aaO., S. 356.
507) Velten, aaO., S. 356.
508) 이에 대해서는 Velten, aaO., S. 356.

불구하고 그대로 선판단을 유지하는 것도 공통적으로 나타나는 현상이라는 것이다.

1) 법정의 권력관계, 법원의 권한남용과 변호행위의 소멸

권력을 가진 법관, 재판을 개시한 법관은 유죄판결이 거의 압도적인 개연성으로 예견하고 있다고 할 수 있다. 변호인의 방어, 의문제기, 검찰이나 법원에 대한 이의제기와 같은 행동은 법관에게는 자신들의 권위에 대한 불승인으로 느끼고, 자신들의 권력에 대한 무례나 모욕으로 생각하게 된다.

법원의 생각에 반하는 증거신청을 하거나 논쟁을 한다는 것은 결국 변호인과 피고인에게 불이익으로 돌아간다는 분위기라면 변호인의 활동은 점점 사라질 수밖에 없다는 것이다. 이것은 또 다시 자백이나 유죄의 인정으로 읽히게 된다는 것이다.

결국 Velten은 사법권력, 법정에서의 권력이 지배적으로 법원·법관에 쏠리는 권력관계는 결국 권력은 부패한다는 격언처럼, 법원의 권한남용을 불러오고, 변호인의 활동을 수축시키는 결과를 가져온다는 것을 지적하고 있다.[509]

2) 오판의 원인으로 인지적 오류, 표상, 동기, 감정 등

심리학적 관점에서 오랫동안 논구된 것 중 가장 대표적인 오판의 원인은 인지적 오류이다. 사고오류와 잘못된 사고관습은 우리의 합리성의 한계를 보여주는 것이고, 표상, 동기, 감정, 역할행동 등도 오판에 일정한 역할을 한다는 것도 분명하다. 심리학적 연구에 따르면 인지적 오류보다 판단의 정확성에 더욱 위험한 것은 동기적 요소들이고, 이것들은 판단을 더욱 강하게 혼란스럽게 할 수 있다는 것이다. 일상의 경험으로도 충분히 공감할 수 있는 것이다.

또한 경험연구에서도 밝혀지고 있듯이, 자신의 역할이 판사인지, 검사인지, 변호인인지, 피고인인지 등, 주어진 역할에 따라 동일한 증거의 가치를 평가하는 것도 사뭇 달라진다는 것이다.[510] 즉, 실험대상자들에게 사례를 주고 그 사례를 판단하게 하는 실험에서 검사나 판사의 역할이 주어진 사람들은 그렇지 않은 사람들에 비해 증거평가, 그러니까 증명력을 판단할 때 유죄의 방향으로 판단하는 경향이 강해진다는 것이

509) Velten, aaO., S. 357.
510) 상세는 Velten, aaO., S. 358.

었다.[511]

Sessar의 1992년 연구에 따르면,[512] 법조에 활동하는 사람과 일반 시민, 그리고 형사사법에 종사하는 자와 민사사법에 활동하는 자를 비교한 결과, 형사사법, 민사사법, 그리고 일반시민의 순으로 더 엄한 형벌을 부과하는 성향을 나타냈다고 한다. 물론 형법이나 형벌에 이미 기울어진 사람이 법학을 택하고, 형사법조인이 되는 것은 아니라는 결과도 함께 제시했다. 따라서 결국은 직업적 활동이 그 사람의 성향을 만들어 낸다고 말하고 있는 것이다. 이른바 직업이 만들어 낸 왜곡(deformation professionelle)이라는 말이다. 이 점은 사실상 판사와 검사의 순환보직, 변호사에 대한 경력직 법관임용, 교수와 법관 등의 겸직 등이 어떤 의미를 갖는지를 생각해 볼 수 있는 계기가 될 수 있을듯하다.

학교교육에서부터, 법관은 검사 측이나 변호사 측 어느 쪽에도 기울지 않은 중립적 입장을 취하여야 하는 직업이고, 두 측의 주장을 모두 동일하게 비판적인 심사를 통해 수용여부를 판단해야한다고 교육한다. 소위 등거리(Äquidistanz) 원칙이라고 하여 검찰과 변호인(피고인)으로부터 동일한 거리를 두라는 교육을 받지만, 심판자로서의 법관의 역할은 현실에서는 그렇게 나타나지 않는다는 것이다.[513]

예를 들어 "무고한 자는 자신의 무고함을 설득력 있는 이야기로 보여줄 수 있다."라고 생각하는 것이 형사법관의 태도라면 피고인이 그렇게 하지 못하면 유죄판결을 받게 된다는 것과 다름없다. 하지만 이러한 태도는 형사소송법의 무죄추정의 원칙(in dubio pro reo)이나 진술거부권(nemo tenetur)에 대한 직접적인 침해가 될 수 있는 것이다.[514]

만약 형사법관이 피고인의 가족이나 연인이 제공하는 피고인의 알리바이 증명은 쉽게 믿을 수 없다는 생각(Einstellung)을 가지고 있고, 단지 피고인의 부인이 제공하는 알리바이 증명 외에 그에게 유리한 증거가 없다고 한다면, 피고인이 살인의 혐의를 받고 있는 경우에는 살인죄의 유죄가 선고될 수 있다. 하지만 이러한 섣부른 일반화는 미국의 innocence project의 오판의 원인에 대한 통계를 보면 얼마나 위험한 선입견

511) Schweizer, Beweiswürdigung und Beweismaß, 2015, S. 301; Velten, aaO., S. 357 및 각주 15에 인용된 문헌 참조.
512) Sessar, Wiedergutmachung oder Strafe, 1992; 이에 대해서는 Velten, aaO, S. 357.
513) Velten, aaO., S. 358.
514) Velten, aaO., S. 360 참조.

인지를 알 수 있다. 무죄로 밝혀진 오판들 중에서 다수사례에서는 이러한 가족의 알리바이증명이 유일한 경우였다는 것이다.[515]

무죄 방면하는 것 보다 유죄 선고하는 것이 대중의 기대에 더 부합한다고 생각하거나, 오류를 겁낼 것이 아니라 자신의 판단에 책임질 용기가 필요하다고 생각하거나, 무죄를 선고하게 되면 저 피고인이 뒤에서 나를 조롱할 것이라는 등의 생각을 가진 형사법관이라면 판결의 오류 가능성은 높아질 수밖에 없을 것이다.[516]

3) 인지적 판단오류

동기에 어떤 불순함이 없더라도 공판절차에서 법관의 판단행위는 오류에 빠지기 쉽다는 것이 심리학자들의 연구결과이다. 이른바 편향(Bias), 전형적인 인식과 판단에서의 오류를 불러일으키는 편향에 대한 심리학자들의 연구에 따르면 신속하고 직관적인 판단과정에서 특히 그러한 오류가 잘 발생한다는 것이다. 나아가 판사도 인간이라는 점에서 전문감정인의 감정을 소홀히 하는 태도는 그 전문분야에서는 상식적인 원칙에 해당되는 내용을 위반한 판단을 하기 쉽다는 것도 잊어서는 안 된다는 것은 우리의 경우에도 다를 바 없을 것이다.

가) 확인(확정)하려는 경향과 확증적 가설검정

가장 유명한 편향 중의 하나는 이른바 확정적 가설검정에서 나타난다. 이른바 확정편향(Confirmation bias) 혹은 확정오류(Bestätigungsfehler)라고도 한다.

이러한 편향은 이미 수사초기에 어떤 혐의를 가지고 수사를 시작하는가에 따라 수집하는 증거의 유형과 내용이 달라진다는 것으로 표현된다. 자신이 가설로 세운 범죄를 증명하는 증거를 모으는 것이지, 이를 부인하거나 잘못된 가설이라고 증명하는 증거를 모으지는 않는다는 것이다.

결국 기존의 범행가설을 부인하는 가설이 관심이라도 받기 위해서는 전자보다 더 설득력이 있고, 전자보다 더 정합적인 경우일 뿐인 것이다. 공판절차에서 수사기관의 범행가설, 프로파일러라는 사람들이 만든 범행가설을 뒤집는 것은 공판절차에서 쉽게

---

515) Garret, Convicting the Innocent, 2011, S. 178ff.; Velten, aaO., S. 359.
516) Velten, aaO., S. 359 참조.

보기 어려운 이유인 것이다. 무기 평등의 관점에서 피의자·피고인의 불리한 조건을 감안하면 최초 혐의를 뒤집기 어렵다는 것은 재론의 여지가 없다.

그에 더하여, 판결하는 자의 바르게 행동한다는 자기 확신은 직업활동의 시간이 더 해질수록 더 강해진다는 것도 공판정에서 오판을 바로잡기 힘든 하나의 이유라는 주장도 있다.[517]

나) 확증적 가설검정의 판단과정에서의 오류

심리학자들은 법관들이 판단을 내리를 과정을 상세하게 연구하고 이른바 이야기모델(Story Modell)을 제시하였는데, 이에 따르면 하나의 사건에 대한 설득력을 평가하는데 결정적인 것은 그것이 완전하고 정합적인가 여부에 달려 있다고 한다.[518] 그것은 무대, 행위, 행위하는 사람 및 행위의 수단과 목적이 포함되어 있어야만 한다. 만약 그렇게 구성된 가설이 설득력(schlüssig)이 있다면 앞서 언급한 가설검증(Hypothesentest)이 시작된다.[519] Schemm/Dreger/Köhnken 등은 그 진행과정을 다음과 같이 분석하고 있다.

피고인에게 불리한 증거는 높은 가치를 인정받는다, 그에 반해 피고인의 부담을 덜어주는 증거들은 과소평가된다. 법원은 단지 그 증거방법(물)이 가설을 보다 설득력 있게 보이게 하는가 여부를 묻는다. 그리고 동시에 그 징표·정황이 그러한 범행에 전형적인(typisch) 것인지를 묻는다. 예를 들어 성범죄사건에서 피부홍반, 성적으로 자극적인 혹은 성적인 행동과 축축한 침대 등의 정황증거가 주어졌다고 하자. 법원은 이제 그 증거물들이 가설을 설득력있는 것으로 보이게 하는가, 정황들이 그러한 범행에 전형적인 것들인가를 묻는다. 법원의 전형적인 판결도출과정을 보면, 이 경우 성범죄의 결과 자연스럽게 종종 피부홍반이 발생한다거나, 침대가 젖게 된다고 말할 수 있을 것이고, 그런 식으로 간단히 성범죄의 존재를 인정할 수도 있다는 것이다.

하지만 이에 반해 방법론적 원리에 따라 기소가설(Anklagehypothese)에 오류는

---

517) Velten, aaO., S. 362.

518) Story Modell을 sequentielle Urteilsbildung에 비교한 설명으로는 Oswald, in: Bliesener/Lösel/Köhnken, Lehrbuch der Rechtspsychologie, 2014, S. 252ff.; Story Model의 최초 주장·이론에 대해서는 Pennington/Hastie, Journal of Personality and Social Psychology, Bd. 62, 1992, S. 189-206; Velten, aaO., S. 362.

519) 아래의 내용은 Schemm/Dreger/Köhnken, Forens Psychiatr Psychol Kriminol. Bd. 1, 2008, S. 24을 요약한 Velten, aaO., S. 362-363 참조.

없는가라는 관점에서 심사하려는 사람은 전적으로 다른 접근을 하게 된다는 것이다.

첫째로, 가장 우선 체계적으로 대안적 가설(Alternativhypothese)을 모색한다. 피부 홍반은 어떤 원인에 소급할 수 있을 것인가를 묻는다. 성적으로 자극적인 행위에 대해서도, 침대의 축축함도 모두 그렇게 물어본다.

둘째로, 이러한 사정들이 성범죄에 전형적인가를 묻는 대신에 그러한 정황들이 다른 사실관계와 관련하여 얼마나 자주 발생하는가라고 묻는다. 즉 다른 사건이나 다른 배경 하에서도 그런 정황들이 얼마나 자주 나타나는가를 묻는 것이다.

셋째로, 자연스럽게 그 다음 질문, 즉 그 정황들은 주요사실, 즉 성범죄와 관련하여 얼마나 자주 발생하는지를 묻게 될 것이다. 그것은 성범죄의 전형적인 결과라면 이 사례들에서 그것은 아주 자주 나타날 것이다.

넷째로, 이제 이러한 전형적인 표지들이 그러한 범죄행위에 대한 정황인지 여부를 확정할 수 있기 위해서 이제 가장 먼저 다음과 같은 추가적인 질문을 해본다: 대안적 가설, 성범죄가 아닌 다른 사건으로 설명할 수 있는 가능성은 성범죄 사건이라고 설명할 수 있는 가능성 보다 얼마나 더 개연적인가, 즉 전자의 발생 빈도가 후자의 발생빈도와 비교하여 어느 정도인가? 이 질문은 흔히 기본비율 · 기저율(Basisrate)이라고 부른다. 어느 정도의 빈도로 발생하는지에 대한 물음이다.

피부에 나타나는 홍반이 성범죄로 인한 것보다 알레르기성 피부질환의 발현으로 나타나는 경우가 더 잦은 경우라면, 성범죄에서 그러한 피부홍반이 나타나는 것이 전형적이라고 하더라도, 그것이 성범죄의 징후 · 간접증거라고 받아들이기는 어렵다는 것이다. 여기서 법원은 이른바 대표성 발견법(Repräsentativitätsheuristik)이라는 특수한 편견에 놓이게 된다. 즉 법원은 잘못된 반대 · 반전추론(Umkehrschluss)이라는 논리적 오류를 범하게 된다.[520]

예를 들어 강한 마약을 흡식하는 자들은 전형적으로 하시쉬도 흡식한다. 즉 하시쉬 흡식은 강한 마약을 흡식하는 징표이다. 사실상 대부분의 하시쉬 소비자는 단지 하시

520) 대표성 발견법은 핵심적이고 눈에 띄는 정보에 기초해서 판단하는 경향에서 나타나는 오류를 말하는 것인데, 어떤 집합에 속하는 것(물건, 사람, 사상 등)이 그 집합의 특성을 그대로 나타낸다는 의미에서 대표한다고 간주하여 그 것의 빈도와 확률을 판단하는 것이다. 어느 집단에 속하면 그 집단의 대표적인 속성을 그것도 지닌다는 추측인데 오류가 발생할 가능성이 상당히 높다. 예를 들어 도박사의 오류, 기저율(Basisrate)을 무시한 오류, 장기적으로 평균치에 수렴한다는 무시하는 오류 등이 그에 속한다.

쉬만 흡식하거나 하시쉬와 알코올을 함께 흡식하곤 하는 것이지, 추가적으로 강한 마약도 소비하는 것은 아니다. 반대추론은 여기서 허용되지 않는 것이다. 하지만 신속하고 직관적인 판단을 하게 되면 이런 오류는 쉽게 발생한다는 것이다.

마지막 다섯째로, 확증적인 가설검증에서는 나타나지 않는 단계로, 기본적인 정보가 얼마나 신뢰할 만한 것인가 하는 물음이다. 예를 들어 성범죄 현장을 목격했다는 유치원 보모가 사실 이것을 목격했는가? 과장하는 것은 아닌가? 속이는 것은 아닌가? 물음이 필요하다는 것이다.[521]

다) 기타 인지적 오류(초두효과)

공판에서 법관에게 일어나는 특별히 중요한 오류는 인지적 오류는 증거평가, 증증명력 판단(Beweiswürdigung)에서 발생한다. 가설을 지지하는 정보를 특별히 중요한 것으로 평가하고 가설에 반하는 정보는 가치가 없는 것으로 혹은 가치가 빈약한 것으로 평가하는 편향을 말한다.[522]

이러한 가설 확증의 방향으로 편향된 판단경향을 되돌리게 되는 경우는 최초가설이 힘을 읽게 되는 경우이나, 명확하게 그러한 경향을 보이는 경우는 추가적으로 설득력 있는 다른 대안적 가설이 있는 경우라는 것이다.

이와 연관된 이른바 초두(성)효과(primacy effect), 즉 어떤 정보의 가치는 그것이 들어오는 시간적 순서에 영향을 받는다는 것도 동일한 의미를 가진다.

둘 다 이후에 들어오는 정보가 이전의 정보를 만회할 수 없을 정도로 앞질러 버리게 한다는 것이다.

결국은 어떤 정보가 발생한 사실에 보다 부합하는가가 관건이 되는 것이 아니라, 어떤 정보가 먼저 들어오는지가 결정적인 평가척도가 되어버린다는 것이다. 그렇다면 범죄의 혐의를 받고 수사와 재판의 대상이 되는 자에게 공판절차란 전적으로 불리한 출발점이 될 수밖에 없는 것이다.

증거상태가 기술된 불명확한 범죄사례를 받은 사람들이 자신들의 판단에 대해 얼마

521) Velten, aaO., S. 363.

522) 세부적인 내용은 Oswald/,Gadenne, Pszchologische Beiträge, Bd. 29, 1987, S. 106; Gadenne/Oswald, Zeitschrift für experimentelle und angewandte Psychologie 1986, S. 360ff.; Simon, Rutgers Law Journa, Bd. 30, 1998, S. 21f., Kahneman, Thinking Fast and Slow, 2012, pp. 186;

나 일관성을 유지하는가에 관한 스위스의 연구나 독일의 연구에서 공통적으로 나타나는 결론으로[523] 주목할 만한 것은 첫째, 이른바 일관성의 이동(Kohärenzverschiebung)이 일어난다는 것이고, 둘째, 자신의 판단에 대해 과신·과대평가(Selbstüberschätzung, overconfidence)하는 경향을 피고인을 유죄판단한 사람들에게서 보다 높게 나타난다는 것이었다.

일관성·정합성의 이동과 관련한 예로는 용의자 식별에 대한 증거가치와 관련해서 최종판결이 내려지기 전에 모든 실험참가자들은 약 20%정도의 신뢰가치를 부여했다. 최종판단 이후 주어진 사례에서 피고인에 대해 무죄판단을 한 사람들은, 약 20%정도의 증거가치를 인정한 최초의 판단에서나 최종판단 후에 용의자 식별에 관한 증거가치에 대한 평가에 큰 차이가 없었다고 한다. 하지만 유죄판단을 한 사람들은 최종판단 전후로 용의자 식별에 대한 가치평가에 큰 변화를 보였고, 사후에 보다 더 높은 신뢰도를 주었던 것으로 나왔다는 것이다. 두 번째의 자기에 대한 과대평가와 관련해서는 동일하게 어려운 사례를 판단하면서 유죄판결을 한 사람들과 무죄판결을 한 사람들이 완전하게 서로 상이한 판단을 했다는 실험 결과가 제시된다. 무죄판단을 한 사람을 그러한 사건이 발생했을 개연성을 45% 정도로 받아들인 반면에 유죄판단을 한 사람들은 그 개연성을 80%로 보았다. 이를 통해 연구자들은 무죄판결을 하는 사람들 보다, 유죄판결을 하는 사람들이 자신과 자신의 판단에 대해 보다 높은 신뢰를 가지고 있다는 결론을 내린 것이다.[524]

스위스의 Schweizer의 연구에 따르면 무죄판단을 내린 사람들과 유죄판단을 내린 사람들 모두 개별 증거들의 증거가치를 평가할 때는 모두 10%로 동일했고, 개별적으로 주어진 증거가치를 기초로 해서 객관적으로 사건의 발생 개연성을 평가할 때는 전자는 40%, 후자는 50%였다가, 최종적으로 주관적 판단까지 모두 포함한 종합평가에서는 전자는 45%, 후자는 80%의 사건발생개연성을 인정했다는 것이다.

라) 불완전한 정보를 완전한 정보로 받아들이는 경향

도벽이 있는 어머니와 슈퍼에 들어가 결국 합동절도로 유죄판결을 받은 사례와 같은[525] 여러 연구에 따르면 우리는 물론 형사법관의 경우에도 수사기관에 의해 만들

523) Velten, aaO., S. 363 및 각주 45의 문헌 참조.
524) 상세는 Schweizer, Beweiswürdigung und Beweismaß, Mohr Siebeck 2015, S. 314, 317f.

어진 사건 가설에 기초가 된 정보가 제공된 상태에서 이를 의심할 계기를 가지기 위해서는 이러한 가설과 조화되기 어려운 구체적인 정보가 알려진 경우라야 한다는 것이다.

구체적으로 눈에 보이는, 기존 가설에 부합될 수 없는 정보가 제공되기 전에는 그 불완전한 정보를 마치 완전한 것처럼 받아들이는 우리들의 사고경향을 고칠 수 있는 계기를 가지기 어렵다는 것이다.

마) 유죄선고에 확실성을 요구하지 않는 법 원칙과 유죄협상의 영향

Schwenn은 피고인에게 가장 불운한 것은 법관의 피고인에 대한 유죄확신이 어떠한 확실성(Gewissheit)을 요구하는 것이 아니라는 점에도 있다고 한다. 달리 말해 연방대법원의 판결에서는 하급심(원심)이 무죄선고한 사건들에 대해 유무죄의 입증(증거)에 엉뚱하고 과도한 요구조건을 설정하였다고 하며, 원심을 파기하고 유죄라는 입장을 밝히는 경우가 적지 않다는 것이다. 기소 후에 이루어지는 법관의 전심절차, 즉 중간절차라고도 하는 공판개시결정여부를 판단하는 사전절차에서 생긴 선입견은 결국 피고인으로 하여금 이를 뒤집기 위해서는 무죄의 증명을 하지 않으면 안 되는 식으로 작용하게 된다는 것이다.

이런 상황에서 독일이 실무로 부터 법제도로 들어온 Deal을 이용하게 되면서 피고인의 사정을 더욱 나빠졌다는 것이 Schwenn의 생각이다. 법원은 피고인에게 그의 용감하고, 성실한 소송행위(Braves Prozessverhalten; 대부분 증거상태에 맞추어진 피고인의 자백)에 대한 반대 급부로서 형벌의 상한을 약속한다.

형사변호인으로 활동하는 Schwenn 변호사는 2009년 동 제도가 들어온 이후 사실상 입에 담지 않았지만 묵시적인 구속의 협박에 허위의 자백을 하고 유죄선고를 받은 피고인이 얼마나 많을지 생각해 보자고 한다.[526]

국내의 형사소송절차에서는 명문의 근거가 없지만 기소유예 등 광범위한 불기소처분의 권한을 가지고 있고, 공소제기의 범위도 결정할 수 있는 검찰과 피의자의 은밀한 거래를 의심하는 사람들은 음지의 일을 양지로 가져와 합법적이고 합리적인

525) Velten, aaO., S. 364.
526) https://www.zeit.de/2015/47/justiz-rechtssystem-fehlurteil-unrecht/seite-2 (최종확인 2018. 10. 26).

해결방법을 찾아보자고 주장하는데, 이러한 목소리도 결국은 오판을 줄이자는 주장으로 볼 수 있는 것이다.

바) 판결문의 기재내용·구체성과 상소심의 오류 수정 가능성

그는 계속해서, 우리가 공판정에서 피고인이, 증인과 감정인이 말하는 것은 조서에 기록될 것이라고 생각하는 것은 이미 잃어버린 환상에 속한다고 지적한다. 독일 주법원의 형사부에서, 고등법원의 형사부에서 조서기록자는 단지 절차가 법규정에 맞추어 진행되었다는 형식성만을 기록할 뿐이라는 것이다. 절차참여자들이 요구되는 고지를 받았는지 진술이 있었는지에만 관심이 있을 뿐, 그들이 무엇을 말했는지는 관심이 없기 때문에, 재판장 혹은 참심 등 모두는 그에게 중요하게 보이는 것을 메모하는 것이다. 메모를 열심히 한 판사는 판결문에 적을 내용이 많고, 상소심이 심사할 대상도 풍부해진다는 것이다. 그런데 이런 모습이 과연 디지털시대에 이해될 수 있는 현상인지 묻는 것이다.[527]

사) 판사의 전권적인 증거채부결정의 문제점

하급심의 판결이 상소법원, 연방대법원에 잘못된 영상을 제공하는 것은 단지 법관의 좋지 않은 기억의 문제 때문만은 아니라는 것이 Schwenn의 생각이다. 오히려 직권적인 법관의 증거채부결정도 아주 중요한 오판의 원인이자 오판수정가능성을 막아버리는 요인이라고 보는 것이다.

오스나브뤽 주법원은 성범죄와 관련하여 공판정에 출석한 2명의 피고인에게 확실한 알리바이(hieb- und stichfestes Alibi)를 제공한, 유리한 증인을 이유 없이 배척해 버렸다. 결국 연방대법원의 판사들에게는 자칭 성범죄를 당했다는, 판결문에 특히 신뢰할 만한 것으로 평가된 피해자 증인이 자신의 진술을 나중에 단순히 이 증인의 진술에 맞추었고, 범행일자까지 변경했다는 것이 알려질 수가 없었다는 것이다.

피고인은 재심절차에서 알리바이 증명으로 무죄인 것이 밝혀져 무죄선고 되었다. 물론 성범죄인으로 유죄판결을 받은 것은 그로 하여금 오랫동안 정신병적 고통을 받게 했고, 직업무능력자로 만들어 버렸다는 것이다.

---

527) https://www.zeit.de/2015/47/justiz-rechtssystem-fehlurteil-unrecht/komplettansicht (최종확인 2018. 10. 26).

아) ICT 시대에 부합하는 판결문 작성 필요성

형사변호인의 입장에서 보기에, 독일 형사소송법은 혐의자를 추적할 때, 아주 고도로 발전된 기술을 이용하도록 다양한 수사기법을 허용하고 있지만, 판결문의 정본작성에 대해서는 아무런 신경을 쓰지 않고 있다고 비판한다. 그 대신에 판사에게는 며칠이나 때로는 수년이 걸리는 증거조사 후에 어떤 사람도 더 이상 기억할 수 없는 모든 것을 받아 적을 의무를 부과하고 있다는 것이다. 피고인도 증인도, 감정인도 고개를 숙이고 있는 판사가 무엇을 하는지 알 수가 없고, 그런 방식으로 어떻게 진술하는 자들의 표정과 태도 등을 모두 종합한 심증형성이 가능한 것이냐고 묻는 것이다. 물론 독일의 법정에는 공판의 전 절차를 기록하는 속기사도 없으며 영상녹화도 하지 않는다는 것이다.

수사절차에서도 영상녹화가 신문자의 조작과 편집으로 인한 판결의 오류를 줄이는 방법이라고 생각하듯이, 판결문의 기록, 공판정의 사건진행도 머지않아 전면 녹화의 대상으로 하는 것이 가장 바람직한 오판의 방지책으로 인정될지도 모를 일이다.

자) 진술의 신빙성을 판단할 수 있는 법관의 능력과 전문감정인의 필요성

물론 많은 사건들에는 형사절차의 이러한 하자가 영향을 미치지 않는다고 한다. 즉 경제범죄나 조세포탈과 같은 경우에는 증인은 거의 의미가 없고, 피고인의 일기, 기록이나 송수신한 이-메일이 절차의 출력을 결정하곤 하지만, 성범죄 혐의가 문제되는 사건과 같이 진술과 진술이 충돌하는 경우는 사정이 달라진다. 이들 범죄에서는 고소와 같은 계기로 범죄혐의가 드러나는 것이 법의학자가 더 이상 어떤 상처도 발견할 수 없고, 체액이 남은 옷감이나 수건들도 이미 세탁된 시점이기 때문에 물적 증거가 종종 결여되어 있기 때문이다.

피해자라고 주장하는 사람이 진실을 말하고 있는지는 단지 증거서류에 근거하여 판단될 수 있을 뿐이다. 따라서 아무도 유죄판결의 개연성이 있다고 주장할 수 없음에도 공판이 개시된다는 것이다.

진술을 하는 자를 믿을 수 있는지, 신빙성(Die Glaubwürdigkeit von Aussagepersonen)을 판단하는 것은 사실심 법관의 전문 영역(Domäne)이다. 그 영역을 지배·통달하는 방법을 법관은 대학교육에서도 실무수습기간에도 배우지 못한다. 만약 그러한 진술심

리학에 대해 자신이 없는 법관이라면 당연히 전문감정인이나 전문위원을 법정에 나오게 해야 할 것이지만, 과연 어느 법관이 그런 진솔하고 대범한 행동을 하겠느냐 라고 Schwenn은 반문한다.

진실과 단순히 만들어 내거나 암시된 것을 구별하는 것은 엄청난 소모를 요구한다. 흐느끼며 울면서 자신을 믿어 달라며 피해를 주장하는 여성의 호소에 반하는 결정을 하는 것은 누구나 할 수 있는 일이 아니다. 가슴이 찢어지게 하는 모습으로 등장한 피해여성의 모습은 Ralf Witte라는 남성에 대한 모든 무고적인 증거를 무시하게 만들어 버리고, 다수의 성폭행을 이유로 한 12년 8개월의 징역형을 선고하게 하였으나, 재심절차에서 전문감정인은 법관에게 눈물은 매우 쉽게 당신을 속일 수 있다고 가르쳐 주었다는 것이다.

4) 대책

Velten은 현실의 독일 형사절차, 특히 공판의 현실을 다음과 같이 진단한다.[528]

법원은 가장 먼저 수사기관의 정보를 취한다. 수사절차에서는 무기평등은 존재하지 않으며, 제도화된 변호사의 관점이라는 것도 없으며, 아주 많은 피고인들은 변호인도 없이 재판에 임하며, 변호인은 공소장이 제출되는 시기가 되어야 지명된다. 즉, 너무 늦다는 것이다.

수사기관이 세운 범행의 가설은 법관의 확증경향에 의해 더욱 강화된다. 수사절차에서 제시되지 않고 공판단계에 와서야 제시되는 사실은 거의 효과가 없는데, 이것은 곧 무시된다는 것을 의미한다.

구두주의원칙(Mündlichkeit), 즉 법관의 면전에서 직접 진술하는 원칙, 직접주의로 표현하기도 하는 원칙은 개혁된 형사소송의 성과물로 인정되기도 하지만, 그 이면에는 순간적으로 그 진술의 진위와 신빙성 등 모든 것을 판단하고 결정해야하는 것에서 발생하는 난점도 함께 가져왔다는 것이다. 신속한 사고(Schnelles Denken)를 강요하게 된다는 것이다.

피고인의 범죄사실을 추단케 하는 문서와 정보, 증거물, 피고인의 범죄사실이 포함된 자료, 피고인의 전과사실기재 등을 보는 법관은 앞에서 언급한 전형적인 판단오류

528) Velten, aaO., S. 364.

의 위험에 노출되는 것이다. 그럼에도 불구하고 구체적으로 의문을 제기할 만한 반대 가설이 제공되지 않는 한, 그러한 의심을 가능케 하는 구체적인 반대 정보가 제공되지 않는 한 불완전한 정보가 완전한 정보로 유죄판단의 기초가 되는 현실을 막기 어렵다.

그런 기초가 탄탄히 제공되지 않은 상태에서 독일 형사소송법 제261조와 같은 주관적 확신에 기초한 증거가치의 평가와 심증형성은 그 합리성을 의심받을 수밖에 없는 조항이라고 하지 않을 수 없다는 것이다.

개개의 법관들이 오판을 피하겠다는 강한 의지를 가지고, 오판이 아닌 판결을 한다는 것과 구조적으로 현행 형사소송의 구조가 오판을 막을 수 없는 구조라는 것을 구분해야 된다는 것이 Velten의 주장이다. 그렇다면 이제 남은 것은 형사소송법의 개정·개혁을 통해 소송 구조 측면에서 오판을 줄이고, 막을 수 있는 대책을 세우는 것이 될 것이다.

① 진실발견의무, 직권조사의무, 사고법칙 등의 요구가 모든 중요한 증거가 제시되고, 반대 논거가 충분히 조사되고 중립적이고 객관적인 법원의 판단과 판결을 보장해 주는 것은 아니다. 진실발견의무와 모순금지가 법원의 중립성과 객관성을 창출해 주는 것이 아니라, 오히려 중립성과 객관성이 전제되어야 진실발견이 가능하고 모순이 발생하지 않는다는 것이다.

② 법원이 사건을 그 출발에서부터 상세히 심사를 할 것인지, 그저 최초가설의 확증하는 방향으로 전형적인 일처리의 모습을 보일 것인지는 최초 정보에 상당한 영향을 받는다면, 법관에서 사전에 많은 정보가 들어가서는 안 된다. 우리의 공소장 일본주의의 배경을 읽을 수 있는 대목이다. 나아가 이를 위해 유무죄 판단과 양형판단을 구별하자는 의미의 이분론은 아니더라도 개인의 전과나 특성 등에 대한 조사는 구분하자는 의미의 공판절차이분론(Zweiteilung der Hauptverhandlung)도 고려되어야 한다는 것이다. 공판절차에서도 현재 독일의 참심이건 직업법관 중 배석판사이건 그들의 역할을 험구가, 즉 주심에 대해 항상 반증을 하는 배석판사(advocatus diaboli)의 형태로 구성하자는 주장도 있다.

③ 사법경찰·검찰 그리고 법원의 협동관계를 어떻게 해체할 것인가에 관심을 기울여야 한다는 생각도 있다. 규문절차원칙이 지배하는 시절의 내용이 아직도 영향을

미치고 있다는 것이다. 이러한 협동에 대한 견제가 가능하기 위해서는 변호권의 강화가 필수적인 전제라는 것이다.

④ 공판절차의 비디오 녹화를 공판정에서의 오판을 막는 예방책으로 도입하자는 것이다. 즉 공판정의 심리를 실시간으로 방송하는 공개재판의 원칙의 의미가 아니라, 법정에서 일어나는 증거판단의 오류나 절차의 문제점을 개선할 수 있도록 공판과정에서 행해지는 피고인의 진술, 증인진술, 증거조사 및 그 결과 등이 잘못되지 않도록 공판과정을 비디오 녹화하는 방법도 하나의 오판 방지책으로 주장된다.[529]

제3절 맺는말

독일에서는 1970, 1972, 1974년 출간된 Peters의 '형사소송에서 오판의 원인들(Fehlerquellen im Strafprozess)'이라는 해당 분야의 기본서라고 할 수 있는 책자가 공중에 알려진 이후로도 약 40년 이상이 지날 동안 사실상 오판이 관심의 중요대상이 되지는 못했다. 하지만 비교적 최근에 루프, 페기, 뵈르츠 사건으로 알려져 있는 여론의 관심이 들끓었던 재심절차들을 경험하면서, 또한 미국의 DNA 감식기법의 발달로 활성화된 innocence project의 결과들을 지켜보면서, 형사법관이 선고한 판결을 신뢰할 수 있는가라는 문제를 다시 학문적·일반적 관심의 대상으로 올려놓고 있다.[530]

오판을 정확하게 정의하자면, 무죄인 피고인을 유죄 선고한 경우, 즉 우리의 관심대상의 경우는 물론이고, 유죄인 피고인을 무죄선고한 경우도 당연히 오판에 해당하는 것이지만,[531] 비상상고의 대상을 제외하고 현재 국내 형사소송법의 재심제도는 이익재심만을 대상으로 한다는 점에서 지금까지는 주로 범죄인에게 불리한 오판을 대상으로 살펴본 것이다.

이상의 검토 결과 알 수 있었던 가장 중요하면서도 상식적인 오판방지 대책은 수사

529) 상세는 Velten, aaO., S. 365.
530) Velten(2015); Gerd Bohner und Michael Lindemann, Fehlerquellen im Strafprozess, Editorial, R & P (2016) 34: 2;
531) 예를 들어 Gerd Bohner und Michael Lindemann, Fehlerquellen im Strafprozess, Editorial, R & P (2016) 34: 2; Jehle 2013, 221.

의 첫 단추부터 효과 있는 변호인의 조력을 통해 수사기관에 의한 사실 왜곡의 방지이며, 형사법관, 검사, 경찰, 때에 따라서는 변호인도 자신들의 직무에 겸손하고, 그 중한 의미를 인식하고 오판을 방지하고, 의심법칙에 부합하도록 피의자·피고인의 유죄인증의 증거가 진실인지를 의심하는 자세가 필요한 것이다.

Kotsoglou[532] 박사의 지적처럼 우리가 오판이라고 하는 사건들에서 가장 우선적으로 구별해야하는 것은 판결 당시에 알려지지 않은 것이 사후에 밝혀져 이를 근거로 유무죄의 판결을 변경해야하는 경우를 과연 오판이라고 할 수 있는지를 명확하게 하는 것이다.

즉, 당해 재판부의 판사가 어떤 인식적 오류로 인해서 당시에도 바른 판단을 할 수 있었음에도 이를 그르친 경우가 아니라면, 비록 이후에 발견된 새로운 증거를 근거로 재심이 개시되었다고 하더라도 그 재심 대상 판결들을 오판이라고 표현해서는 안 된다는 것이다.

이러한 인식은 종국적으로 재심에 대해 극도로 인색한 현재 법원의 태도를 전향적으로 개선할 수 있는 단초가 될 것이다.

한편 법관의 오판은 그 판결에 관계된 사람들의 인생과 그 가족의 일생과 그를 둘러싼 사회적 관계망의 파괴를 가져온다는 엄정한 사실이 형사법관들의 법조윤리의 첫 번째 경고가 되어야 한다는 것이다.

Sommer 교수의 지적처럼[533] 매니저의 착오는 금전적 손해에 그치지만, 형사판사의 착오는 삶을 파괴하는 것이다. 이런 사실을 판사나, 검사나 법조인들은 대부분 모르고 있거나, 자신들의 잘못을 한 번도 쉽게 인정하지 않는다는 것에 문제가 있다는 것이다. 만약 앞으로도 심리학적으로 자명한 것들을 계속 무시한다면 형사소송절차는 말 그래도 스스로 자멸하게 될 것이라는 Sommer의 경고도 흘려버려서는 안 될 소중한 경고라고 하지 않을 수 없다.

끝으로, 사법경찰관, 검사, 변호인, 그리고 판사까지 모두가 피고인에게 실체진실을 알고 싶다고 강요하거나, 적어도 심리적인 압력을 가하는 것은 아닌지를 생각해 보아야 한다.[534] 왜냐하면 우리가 비록 미국이나 독일과 같이 plea bargaining이나

532) Kotsoglou, Das Fehlurteil gibt es nicht. Zur Aufgabe des Tatrichters, JZ 2017, S. 123ff.
533) Sommer, Fehlurteile im deutschen Strafprozess: Denn sie wissen nicht, was sie tun, Legal Tribuen Online, 24.1.2017 (최종확인 2018. 10. 21).

Vetständigung을 제도적으로 허락하지 않고 있다고 하더라도 형사사건에 관여하거나 참여한 자들이라면 누구나 이런 장면을 쉽게 볼 수 있기 때문이다.

534) Müller, Von der Verantwortung des Verteidigers. Ein Bericht über zwei Wiederaufnahmeverfahren, GA 2017, S. 189.

제6장

일본의 재심사례 분석 및 개정 논의

박 미 숙

제6장

일본의 재심사례 분석 및 개정 논의

제1절 서론

형사재판에서 유죄 판결이 확정되면 새로운 증거가 제출되지 않는 이상은 무고한 자라 하더라도 판결을 뒤집는 것은 쉽지 않다. 오판문제가 실제 재판과정에서 밝혀지는 예는 거의 없으며, 사법기관 종사자에게 오판의 가능성이나 실제 오판율을 묻는 것은 때로는 어리석기조차 하다.

오판에 대한 구제책은 크게 두 가지 종류가 있다. 첫 번째 상소, 두 번째로 재판이 확정된 후의 비상구제절차로서 재심이 그것이다. 일본에서 1심 재판에 대한 상소율은 10%정도 내외이며 피고인 상소의 성공률 또한 그다지 높은 편은 아니다.[535] 아래 [표 6-1]와 같이 일본에서의 1심 재판에서 무죄율은 통상 1% 내외에 불과하다. 이처럼 낮은 상소성공율과 무죄율에 비추어 본다면 형사재판에서 피고인이 자신의 무죄를 밝히는 것이 얼마나 어려운 일인가를 알 수 있다.

535) 이부츠키 마코토, 부정의에 대한 투쟁의 길 : 일본에 있어서의 오판과 설원의 역사, 법과학과 형사정책, 2011 추계국제학술회의(한국형사정책연구원), 2011.9.27., 4면. 이 경우 대부분 상소이유는 양형부당이며, 그 다음으로 사실오인을 이유로 한 상소이다.

[표 6-1] 형사소송사건의 종국구분별 기제인원(1심)

연도	총 합	유죄 사건 (비율)	무죄 사건 (비율)	면소 (비율)	공판 기각 (비율)	관할 위반 (비율)	기타 (비율)	동일 피고인에 관한 사건병합 (비율)
2017	69.295	49.335 (71.2)	110 (0.2)	1 (0)	139 (0.2)		1.005 (1.5)	18.705 (27)
2016	73.355	52.016 (70.9)	103 (0.1)	-	136 (0.2)	-	990 (1.3)	20.100 (27.4)
2015	74.111	53.120 (71.7)	70 (0.1)	1 (0)	134 (0.2)	3 (0)	968 (1.3)	19.815 (26.7)
2014	72.115	51.389 (71.3)	109 (0.2)	-	119 (0.2)	1 (0)	884 (1.2)	19.613 (27.2)
2013	71.900	51.177 (81.2)	110 (0.2)	1 (0)	124 (0.2)	-	813 (1.1)	19.675 (27.4)
2012	78.393	55.667 (71)	81 (0.1)	-	165 (0.2)	2 (0)	817 (1)	21.661 (27.6)
2011	80.886	56.811 (70.2)	79 (0.1)	1 (0)	130 (0.2)	1 (0)	914 (1.1)	22.920 (28.3)
2010	88.398	61.585 (69.7)	79 (0.1)	-	139 (0.2)	1 (0)	1.035 (1.2)	25.559 (28.9)
2009	92.323	64.540 (69.9)	68 (0.1)	-	135 (0.1)	4 (0)	1.127 (1.2)	26.449 (28.6)
2008	95.195	66.978 (70.4)	71 (0.1)	1 (0)	130 (0.1)	1 (0)	1.062 (1.1)	27.552 (28.9)

* 유죄 사건에는 집행유예 및 보호관찰 포함
** 출처 : 司法統計 平成20年-29年 재구성, http://www.courts.go.jp/app/sihotokei_jp/search

일본은 1970년대에 재심을 통한 오판구제 사례가 생긴 이후 약 20여년 동안 재심을 통하여 무죄가 된 사례들이 잇달았다. 그리고 이들 재심무죄사례 등에 쏟아진 관심은 법개정 운동과 민간차원에서의 무고입증 노력, 그리고 일본변호사협회에서의 체계적 지원과 조사연구 등으로 이어져 형사사법 시스템 개혁 운동을 이끈 토대가 되었다. 따라서 현재 우리나라 실무 및 학계에서 갖는 고민, 예컨대 재심 사례들을 통해서 어떠한 문제점이 있는지, 그리고 이들 오판구제를 위해서는 무엇을 해야 하는지, 법률 개정이나 제도개혁 그리고 민간 차원에서 해야 할 역할이 무엇인지 등의 고민을 풀어 나가는 데에 있어 일본의 재심제도와 운용에 대한 연구는 많은 시사점을 던져줄 것으로 생각된다.

본 장에서는 일본에서의 재심제도와 그 운용을 살펴보고 우리나라의 재심제도를 위한 시사점을 얻고자 하는데 그 기본목적이 있다. 이하에서는 일본의 재심제도에

대한 법제도의 대한 개관을 시작으로 그 운용과 문제점, 그리고 개정논의 등을 소개하면서 오판방지를 위한 시사점을 찾아 제시하고자 한다.

제2절 일본의 재심제도

1. 재심제도의 이념

종래에 재심은 실체적 진실(正義)과 법적 안정력(確定力)의 모순을 조화시킨 제도라고 생각되었다.[536] 이러한 생각은 다이쇼(大正) 형사소송법 이래 계속되어 왔으며,[537] 다이쇼 형사소송법이 불이익재심을 인정한 것과의 관계에서, 일정한 의미를 가진다고 할 수 있다. 즉, 판단내용에 오류가 있는 것이 명확한 경우에는, 판결의 확정력보다는 올바른 재판의 회복을 우선하는 것이 중요하다는 것이다. 여기에서, 판단내용의 오류와 관련하여 두 가지의 경우가 있을 수 있다. 즉, 유죄판결의 선고를 받은 자가 실제로는 무죄였다고 하는 피고인에게 유리한 경우와, 무죄판결의 선고를 받은 자가 실제로는 유죄였다고 하는 피고인에게 불리한 경우이다.

무엇보다도 다이쇼 형사소송법에서는 실체적 진실(正義)과 법적안정성(確定力)의 모순적 조화가 법의 위신이라고 하는 국가적 관점에서 도모되고 있었다.[538] 이러한 이유로 실체적 진실주의를 채용한 다이쇼 형사소송법에 따라서는, 국가적 이익의 관점에서 판단내용이 진실이라고 간주하는 확정력을 우선하게 되는, 지극히 예외적인 요건 아래에서 인정되는 것으로 보인다. 이러한 재심은, '비상'구제조치로서 이해되는 것이라 할 수 있다.

이하의 연혁에서 살펴보겠지만, 다이쇼 형사소송법에서는 이익재심과 함께 불이익재심이 인정됨으로서 재심의 이념을 「국가적 이익의 관점에서의 실체적 진실(正義)과 법적안정성(確定力)의 모순적인 조화」라고 생각할 수 있다. 이익재심밖에 인정하지

---

536) 다이쇼 형사소송법의 재심규정과 현행 형사소송법의 재심규정의 비교에 대하여, 最高裁判所事務局刑事部, 新刑事訴訟法·刑事訴訟規則·舊刑事訴訟法對照條文, 1948年, 226면 이하.

537) 団藤重光, 新刑事訴訟法綱要(7訂版), 創文社, 1967年, 589면.

538) 小田中聰樹·大出良知,「再審制度の沿革と問題状況」鴨良弼(編集), 刑事再審の研究, 成文堂, 1980년, 75면.

않는 현행 형사소송법 아래에서의 재심은 실체적 진실을 추궁하여 국가의 권위를 옹호하기 위한 것이 아닌, 잘못된 판단으로 유죄로 된 자를 구제하는 「무고의 구제」를 위해서만 존재한다고 볼 수 있다.

말하자면, 戰後형사소송법의 이념은 '무고의 구제'로 변화하고, 형사재심제도는 인권보호를 위한 제도로 변모하였다고 할 수 있다. 따라서 재심제도의 방향, 재심규정의 해석·운용도 '무고의 구제'라고 하는 견지에서 생각하여야 한다.

2. 연혁

일본에서 재심제도가 처음 법에 도입된 것은 1880년의 치죄법(治罪法)에서다. 치죄법상 재심제도는 이익재심만을 인정하였으며,[539] 재심청구사유는 한정적 열거방식으로 규정되었다. 日本帝国憲法과 裁判所構成法의 제정에 수반하여 1890년 메이지(明治) 형사소송법 제정을 거치면서도 재심제도는 거의 변화를 겪지 않는다. 이익재심만을 인정하면서 재심사유도 제6호를 추가하는 것을 제외하고는 종전 규정을 그대로 이어받았다. 추가된 제6호에서는 「판결의 근거가 되는 민사상의 판결과 다른 확정되는 판결을 이유로 폐기 또는 파괴된 경우」라고 하는 사유가 추가되었다(메이지 형사소송법 301조).[540]

1992년 일본은 독일 형사소송법에 강한 영향을 받아 형사소송법을 개정하였다(일명 다이쇼(大正) 형사소송법). 재심제도도 영향을 받아 종래의 한정적 재심사유를 고쳐 제485조의 6호에서 「유죄 선고를 받은 자에 대해서 무죄 또는 면소를 선고하거나 형의 선고를 받은 자에 대하여 형의 면제를 선고 또는 원판결에서 인정된 죄보다 경한 죄가 인정될 수 있는 명확한 증거나 새로운 발견이 있는 때」라는 포괄적인 노바형(신증거에 의한) 재심사유를 두었다.

또한 다이쇼 형사소송법에서는 이익재심뿐만 아니라 「유죄의 선고를 받을 만한 사건에 무죄 또는 면소 선고를 한 확정판결, 형의 선고를 할 만한 사건에 면제 선고를 한 확정판결, 상당한 죄보다 경한 죄로 유죄선고를 한 확정 판결 또는 불법 공소기각을

539) 치죄법 이전의 재심유사 제도에 대해서는, 小田中聰樹·大出良知,「再審制度の沿革と問題状況」鴨良弼(編集), 刑事再審の研究, 成文堂, 1980년, 66면.

540) 이러한 재심사유는 당시 독일 형사소송법의 영향을 받은 것으로 보인다. 小田中聰樹·大出良知, 전게서, 66면.

한 확정판결」에 대해서도 재심을 인정함으로써 불이익재심규정을 두는 것에 이르렀다(다이쇼 형사소송법 제486조). 단, 불이익재심에 대해서는 신증거를 인정하지 않았다. 불이익재심의 사유는 증거서류 또는 증거물이 위조·변조된 것이었던 경우, 증언·감정·통역·번역이 위조였던 경우, 확정판결의 증거로 된 재판이 변경된 경우, 재판관·검찰관이 당해 사건에서 직무범죄를 저지른 경우(동조 1호) 및 무죄판결 등을 받은 자가 재판 중에 또는 재판 외에서 비밀 폭로를 한 경우(동조 2호, 3호)로 한정되었다. 또한 재심청구의 관할은 원 판결을 내린 재판소로 하였다(다이쇼 형사소송법 제490조).

2차 세계대전 이후, 일본 헌법이 새로이 제정되었고, 동 헌법 제39조에 「이중 위험의 금지」가 규정되었다. 이것은 형사재심제도에도 적지 않은 영향을 주었다. 이에 따르면, 무죄판결에 대한 불이익재심을 인정하는 것은, 일본헌법 제39조가 말하는 「이중위험 금지」에 저촉된다고 한다.

이에 1946년에 제정된 일본헌법의 시행에 수반하여 형사소송법의 응급조치에 관한 법률(刑訴応急措置法) 제20조에서, 「피고인에게 불이익한 재심은, 이를 인정하지 않는다」라고 하여 불이익재심을 폐지하고 이익재심만을 인정하기에 이르렀고, 그 후 1948년에 제정된 현행 형사소송법도 이를 받아들여, 재심을 이익재심에 한하여 인정하고 있다.[541] 정리하자면, 일본의 현행 재심제도의 기본이념은 공정한 재판을 받을 권리를 보장하여 오판으로 인한 무고한 처벌을 구제하는 제도로 변화한 것이라고 할 수 있다.

3. 일본 형사소송법상 재심관련 규정(법 제435조 이하) 개관

가. 재심청구 사유

일본 형사소송법은 비상구제절차로 재판이 확정된 경우라도 요건이 충족되면 재판을 다시 개시하는 것을 인정하고 있다. 재심청구심에 있어 심판대상은 제435조 각 호에서 정하고 있으며 이에 대한 법문상 의문의 여지는 없는 것으로 보인다. 일본 형사소송법 제435조[542]에서 규정하는 재심이유는 다음과 같다.

---

541) 재심사유도 구 형사소송법과 마찬가지이며, 관할도 원 판결을 내린 재판소이다.

542) 第四百三十五条　再審の請求は、左の場合において、有罪の言渡をした確定判決に対して、その言渡を受けた者の利益のために、これをすることができる。
一. 原判決の証拠となつた証拠書類又は証拠物が確定判決により偽造又は変造であつたことが

제435조 재심의 청구는 아래의 경우, 유죄를 선고한 확정판결에 대하여 그 선고를 받은 자의 이익을 위해 할 수 있다.
1. 원 판결의 증거가 된 증거서류 또는 증거물이 확정판결에 따라 위조 또는 변조된 것이 증명된 때
2. 원 판결의 증거로 된 증언, 감정, 통역 또는 번역이 확정판결에 의해 허위임이 증명된 때
3. 유죄 선고를 받은 자에 대해 무고한 죄가 확정판결에 의하여 증명된 때. 단, 무고에 의하여 유죄 선고를 받은 때에 한함
4. 원 판결의 증거로 된 재판이 확정재판에 의하여 변경된 때
5. 특허권, 실용신안권, 의장권 또는 상표권을 침해한 죄로 유죄 선고를 한 사건에 대해서 그 권리의 무효 심결이 확정된 때, 또는 무효의 판결이 있었던 때
6. 유죄 선고를 받은 자에 대하여 무죄 또는 면소를 선고하고 형의 선고를 받은 자에 대하여 형의 면제를 선고하고 또는 원 판결에서 인정된 죄보다 경한 죄를 인정할 명백한 증거를 새로이 발견한 때
7. 원 판결에 관여한 법관, 원 판결의 증거로 된 증거 서류 작성에 관여한 법관 또는 원판결의 증거로 된 서면을 작성한 또는 진술한 검사, 검사사무관 또는 사법경찰직원이 피고사건에 대하여 직무에 관한 죄를 저지른 것으로 확정판결에 의하여 증명된 때. 단, 원 판결을 하기 전에 법관, 검찰, 검찰사무관 또는 사법경찰직원에 대하여 고소 제기가 있었던 경우에는 원 판결을 한 법원이 그 사실을 알지 않았던 때로 한함

재심사유 가운데 1호부터 5호까지, 그리고 7호의 사유는 확정판결의 증거가 위조·위증에 따른 것인 등 별개의 확정판결에 따라 증명된 것을 이유로 하며, 이를 이유로 한 사례는 거의 없다. 대부분의 재심청구 사유는 6호의 사유, 즉 유죄판결을 받은 자에게 무죄를 선고하거나 원판결보다 가벼운 형을 인정하는 「분명한 증거」(증거의 명백성)를 「새로이 발견한」(증거의 신규성) 경우를 근거로 하는 것이다. 다시 말하자면, 일본 형사소송법 제435조 6호의 「무죄를 선고해야 할, 새로운 명백한 증거가 존재하는 경우」라는 재심사유는 재심이유 중 가장 중요한 의미를 갖는 것이다.

証明されたとき。
二. 原判決の証拠となつた証言、鑑定、通訳又は翻訳が確定判決により虚偽であつたことが証明されたとき。
三. 有罪の言渡を受けた者を誣告した罪が確定判決により証明されたとき。但し、誣告により有罪の言渡を受けたときに限る。
四. 原判決の証拠となつた裁判が確定裁判により変更されたとき。
五. 特許権、実用新案権、意匠権又は商標権を害した罪により有罪の言渡をした事件について、その権利の無効の審決が確定したとき、又は無効の判決があつたとき。
六. 有罪の言渡を受けた者に対して無罪若しくは免訴を言い渡し、刑の言渡を受けた者に対して刑の免除を言い渡し、又は原判決において認めた罪より軽い罪を認めるべき明らかな証拠をあらたに発見したとき。
七. 原判決に関与した裁判官、原判決の証拠となつた証拠書類の作成に関与した裁判官又は原判決の証拠となつた書面を作成し若しくは供述をした検察官、検察事務官若しくは司法警察職員が被告事件について職務に関する罪を犯したことが確定判決により証明されたとき。但し、原判決をする前に裁判官、検察官、検察事務官又は司法警察職員に対して公訴の提起があつた場合には、原判決をした裁判所がその事実を知らなかつたときに限る。

나. 재심청구권자

재심사유 가운데 1호부터 5호까지, 그리고 7호의 사유는 확정판결의 증거가 위조·위증에 따른 것인 등 별개의 확정판결에 따라 증명된 것을 이유로 하며, 이를 이유로 한 사례는 거의 없다. 대부분의 재심청구 사유는 6호의 사유, 즉 유죄판결을 받은 자에게 무죄를 선고하거나 원판결보다 가벼운 형을 인정하는 「분명한 증거」(증거의 명백성)를 「새로이 발견한」(증거의 신규성) 경우를 근거로 하는 것이다. 다시 말하자면, 일본 형사소송법 제435조 6호의 「무죄를 선고해야 할, 새롭고 명백한 증거가 존재하는 경우」라는 재심사유는 재심이유 중 가장 중요한 의미를 갖는 것이다.

다. 법원의 결정

법원은 재심청구가 부적법하다고 인정되는 때에는 결정으로 이를 기각한다(제446조). 적법하더라도 이유가 없다면 역시 결정으로 이를 기각한다(제447조 1항). 재심청구가 이유가 있을 때에는 법원은 재심개시를 결정한다(제448조 1항). 또한 어떠한 결정에 대해서도 즉시항고를 할 수 있다(제450조). 재심개시 결정이 있을 경우에는 원확정판결에 따른 형 집행을 정지할 수 있다(제448조 2항). 또한 고등법원에 의한 재심개시결정에 대해서는 이의제기 신청을 할 수 있다(제428조 2항). 재심개시결정이 확정되어도 재심에서 취소되면 최초의 판결(원심판결)을 한 법원에서 다시 재판을 실시한다(제451조 1항). 재심재판에서는 불이익변경금지원칙이 적용되며 원 판결보다 무거운 형을 선고할 수 없다(제452조).

4. 사형 오판구제를 위한 재심특례법안

일본의 경우에도 우리나라와 같이 재심청구를 하는 것은 쉽지 않다. 재심이유로서 '무죄를 나타내는 새롭고 명백한 증거'를 요구하고 있으므로 개인이 재심청구를 하는 것은 매우 어렵다. 이 때문에 통상 조직이나 기구의 지원을 받아 재심청구를 한다.[543] 재심청구사유로서 새로운 증거란 원자백이 허위이거나, 법의학적 재감정, 그리고 새

543) 실제로 대부분의 재심사건은 일본변호사연합회, 일본국민구원회(日本国民救援会)의 지원에 의하여 진행된다.

로운 과학적 증거로 인해 유죄판결에 의문이 제기되는 경우 등이다. 이러한 재심청구 사유 하나하나가 개인이 제출할 수 있는 증거가 아니라 법심리학자, 법과학자, 법의학자 등의 지원을 받아야만 청구가 가능한 것들이다.

재심제도의 효율적인 제기능을 위하여 1968년 4월 카미사카 이치코(神近市子) 중의원은 재심특례법안을 국회에 제출하였다. 이 법안은 사형수의 재심 특례를 규정한 법안(사형확정 판결을 받은 자에 대한 재심 임시 특례에 관한 법률안)이다. 이 법안의 적용대상은 1945년 9월 2일부터 1952년 4월 28일까지 기소된 사건에서 사형이 확정된 미집행 사형수이다. 이 법안이 제안된 이유는 일본이 GHQ[544] 통치아래에서 ① 일본 재판이 GHQ 통치에 따른 정치적 영향력에 의하여 절차적 정당성이 보장되지 않았고, ② 1949년 신형사소송법 시행 전후로 수사당국이 자백편중의 수사관행에 빠져있었고, ③ 물적 증거가 부족하거나 없는, 의심스러운 사건도 있으며, ④ 미집행 사형수의 대부분이 결백을 주장하고 있었기 때문이다.

그러나 이후 이 재심특례법안은 폐기되었다. 그런데 1969년 7월 사이고 키치노스케(西郷吉之助) 법무부 장관은 위 시기에 기소된 6개 사건의 7명 사형수에 대한 사면을 검토한다고 표명하였고, 7명의 사형수 가운데 3명이 무기징역으로 감형되었다. 나머지 4명의 사형수 중 2명이 무죄확정 되었고 1명은 사형 집행되었다.[545][546]

5. 재심관련 이론에 대한 논의

가. 명백성의 기준과 판단방법

재심을 개시하기 위한 요건은, 앞서 설명한 바와 같이 형사소송법 제435조에 열거되고 있으며 ① 확정판결의 증거가 위조 또는 허위인 경우(1-5호), ② 확정판결에 관여한 재판관 등에게 직무범죄가 있는 경우(7호), ③ 신증거가 발견된 경우(6호)로 분류할 수 있다. 이 가운데 ①과 ②(=farse 방식의 재심사유)는 당해 사실의 존재가

544) 일본이 제2차 세계대전에 패한 이후 1945년 10월 2일부터 샌프란시스코 강화조약이 발효된 1952년 4월 28일까지 약 6년 반 동안 일본에 있었던 연합군의 최고사령부이다.

545) 무죄확정된 사형수 중에 1인이 이후 판례에서 소개될 멘다(免田) 사건의 멘다 사카에이다.

546) 중의원법무위원회, 1969.07.08. http://kokkai.ndl.go.jp/SENTAKU/syugiin/061/0080/06107080080027a.html 참조.

다른 재판의 확정판결에 따라 분명히 밝혀져야 하며 그 유무가 재심청구심에서 다투어질 여지는 없다. 많은 재심사건에서 문제로 되는 것은 ③(=nova 방식의 재심사유)의 존재여부이다. 즉, 동조 6호는 무죄 등을 인정할 수 있는 '명백한 증거를 새로이 발견한 경우' 재심을 개시할 수 있다고 규정하고 있으며, 동 호에서 말하는 증거의 '신규성'과 '명백성'의 해석이야말로 가장 중요한 쟁점이 된다. 특히, 상기에서 '명백성'의 내실을 어떻게 이해하고 어떠한 기준과 방법으로 인정해야 하는 가를 둘러싸고 논란이 전개되어 왔다. 전술한 바와 같이 현행법 하에서 재심제도 취지에 비추어보면, '의심스러울 때에는 피고인의 이익으로'의 원칙의 적용은 필연적이라고 할 수 있다.

명백성의 기준에 대해서, 고전적인 생각은, 형사재판이 사건에 종국적인 마침표를 짓는 것을 중시하고, 무죄추정주의로서, 신증거가 확정판결을 완전히 뒤엎을 높은 증명력을 가지지 않는 한 「무죄를 선고할 수 있는 것이 분명하다」라고는 말할 수 없다고 하였다. 이를 전환한 것이 이른바 시라토리(白鳥) 사건의 최고재판소결정이다.

명백성의 판단방법에 대해서, 과거에는 신증거에 의해서만 단독으로 무죄를 선고할 수 있는 것을 명백하게 하여야 한다고 하는 사고방식이 있었다(孤立評価説).[547] 그러나 시라토리 결정은, "'만일 당해 증거가 확정판결을 내린 재판소의 심리 중에 제출되었다고 한다면, 과연 그 확정판결에서 이루어진 것과 같은 사실인정에 도달하였을까'라는 관점에서, 당해 증거와 다른 모든 증거를 총합적으로 평가하여 판단할 수 있다"고 하였다. 즉, ① 신·구 모든 증거를 포함하여 합리적인 의심이 생기는가의 여부를 판단할 수 있으며(總合評価説), ② 그때, 구증거의 증명력에 대해서 확정판결의 평가를 이어 받을 필요 없이 신증거와의 관계를 바탕으로 증명력을 재평가하는 것이 허용되는 것을 밝히는 것이다.

시라토리·사이타가와 결정은, ① 재심에서 '의심스러울 때에는 피고인의 이익으로의 원칙'의 적용, ② 신·구증거의 총합평가, ③ 구증거의 증명력의 재평가를 긍정하는 것에 의하여, 재심이 「열리지 않는 문(開かずの扉)」이 아닌, 무고한 사람을 구제하는 인권보장의 제도로서 활발하게 기능하기 위한 이론적인 순서를 매겼다. 이후의 판례는 모두 시라토리 결정을 인용하고, 그 이론적 틀을 이용하면서 명백성 판단을 하고 있어 시라토리·사이타가와 결정이 제시한 상기 틀 자체는 판례법리로서 확고한 지위

547) 東京高決昭和32年 3月12日 高裁特報 4巻 6号 123면.

에 있다. 사형사건에 대한 재심이 개시된 사이타가와(財田川) 사건(상기 최고재판소 결정에 따른 환송 후, 다카마츠지방재판소 昭和54年 6月 6日刑月11巻 6号 700면), 멘다(免田) 사건(福岡高決昭和54年 9月27日高刑集32巻 2号 186면), 마츠야마(松山) 사건(仙台地決昭和54年12月 6日刑月11巻 12号 1632면), 시마다(島田) 사건(静岡地決昭和61年5月29日判時1193号31면)으로 상징되어 있는 것과 같이 실제로 재심이 활성화되는 움직임이 있었다.[548] 이상에서 언급한 판례는 제3절에서 자세히 살펴보도록 한다.

나. 총합평가의 방식을 둘러싼 논의

앞서 살펴본 바와 같이 시라토리 결정 이후 재심 재판 사례는 시라토리 결정을 인용하고 이에 의거하는 형식을 띄었다. 그럼에도 불구하고 왜 재심개시를 위한 움직임은 둔화되었는가. 여러 가지 원인이 있겠으나 그 중 한 가지가 신·구증거의 총합평가 방식, 특히 구증거의 증명력을 재평가하는 구체적인 방법의 문제였다.[549]

본래, 신·구증거의 총합평가란, 신증거가 직접 입증하는 사항(입증명제)에 관련된 구증거뿐만 아니라, 기타 모든 구증거도 포함하여 전면적으로, 신증거에 따른 영향도 포함한 증명력의 재평가를 하는 것이 허용된다는 의미로 이해되고 있었다. 예를 들면, 신증거가 자백의 신용성에 관한 것일 경우, 재심청구심의에서의 총합평가에 있어 구증거 가운데 자백뿐만 아니라 자백의 신용성이 탄핵되는 것을 전제로 다른 구증거에 대해서도 확정판결의 평가에 구속되지 않고 증명력의 재평가가 이루어지게 된다(全面的再評価説).

이에 대하여, 신증거가 직접 증명하는 사항과 관련된 구증거의 증명력에 대해서 재평가가 허용되지만, 그 외의 구증거는 재평가의 대상으로 할 필요는 없다는 견해가 있다(限定的再評価説).[550] 그리고, 시라토리 결정을 인용하면서도 재심개시에 소극적인 재판례에서는, 명백성을 논할 때에 신증거가 그 직접적인 입증명제에 관한 구증거

548) 中島宏,「再審の現在 : 大崎事件第三次再審請求て問われるもの」,『鹿児島大学法学論集』50巻1号, 2015年, 44-45면.
549) 水谷規男,「再審法理論の展望」, 村井敏邦ほか編『刑事司法改革と刑事訴訟法』, 日本評論社、2007年, 1049면 이하.
550) 田崎文夫, 「判解」, 『最高裁判所判例解説刑事篇昭和50年度』, 法曹会、1978年, 82면 이하.

의 증명력을 뒤흔드는지의 여부만을 논하는 것으로 보이는 경우도 있었다.[551] 전면적 재평가를 전제로 한 것인 시라토리 결정은, 이후의 재판례에 의하여 한정적 재평가설로 이해되었고, 명백성의 판단방법을 둘러싼 판례에서는 그 전후로 단절되었다며 강하게 비판받고 있다.[552] 다만, 일련의 재판례를 한정적 재평가설에 따른 것으로 이해하여, 시라토리 결정으로부터 그 후의 판례 실무가 단절 내지 변질되었다는 평가를 고집하게 되면, 현재의 재심청구에서 신·구모든 증거의 총합평가를 요구하는 것은 현실적으로 불가능하다는 결론에 이를 위험이 있다. 이를 피하기 위해서는, 오히려 시라토리 결정이 제시한 신·구증거의 총합평가와 한정적 재평가에 머무르고 있는 것과 같이 보이는 단절 이후의 판례에서 법해석을 정합적으로 설명하는 방향성을 모색할 필요가 있다. 따라서 시라토리 결정이 밝힌 총합평가·전면적 재평가라고 하는 사고방식을, 살아있는 판례법리로 현실의 재심청구 판단시 활용하는 방법을 모색하여야 할 것이다.[553]

6. 일본 재심제도의 문제점

상기 서술한 바와 같이, 일본의 재심제도는 기본적으로 1921년의 다이쇼 형사소송법의 재심규정이 그 기본적인 골격을 이루며, 이는 현재까지도 거의 그대로 유지되고 있다. 이 때문에 재심규정에 대하여 몇 가지 문제가 제기되고 있다.[554]

첫째, 일본의 재심제도는 불이익재심을 인정하지 않으므로, 재심이 「무고한 사람의 구제」만을 목적으로 하는 제도로서 그 의미는 크다. 다만, 재심 심리절차를 보면 법원은 「사실조사를 위한 심문」을 할 수 있을 뿐이다. 재심 심리절차가 법원 주도의 절차로 규정되어 있어서 심리진행 방식이 모두 법원의 재량에 맡겨져 있다. 이는 다시 말하면 직권주의 시대의 산물이라는 비판을 피하기 어려운 이유라고 할 수 있다.

둘째, 가장 문제가 된다고 판단되는 것으로, 증거개시 문제가 있다. 통상 수사단계

551) 특히 현저한 경우로서, 마루요무선(マルヨ無線) 사건(最決10年10月27日刑集52巻7号), 나바리(名張) 사건 제6차 청구 등.
552) 川崎英明, 『刑事再審と証拠構造論の展開』, 日本評論社, 2003年, 5면; 水谷規男, 「再審法理論の展望」, 村井敏邦ほか編 『刑事司法改革と刑事訴訟法』, 日本評論社, 2007年, 1049면 이하.
553) 中島宏, 전게 논문, 46-47면.
554) 谷村正太郎, 「1970 年代·80 年代の再審法改正運動」, 2013年7月13日.

에서부터 검찰은 압도적인 증거 수집 능력을 바탕으로 모든 증거를 손에 넣지만 수집한 증거 중 유죄 입증에 필요한 것만을 재판에 제출한다. 따라서 공판 전 준비절차를 거치지 않은 사건이 대부분을 차지하는 재심 사건에서 청구인의 무죄 방향의 증거가 수사 측의 수중에 있고, 그 숨겨진 '오래된' 새로운 증거가 재심 개시의 결정 요인이 되는 경우가 적지 않다. 예를 들어 최근 도쿄전력OL살인사건, 하카마다 사건 등 증거개시에 따라 재심 개시가 이루어진 예가 그것이다.[555] 따라서 증거개시를 의무화할 필요성이 매우 크다.[556]

제3절 주요 재심사례

이하에서는 시라토리 판례를 비롯하여 4대 冤罪사례를 살펴보고, 그 외에도 시사점을 줄 수 있다고 판단되는 사례와 특히 DNA 증거분석방법에 의한 오판사례인 아시카가(足利)사건을 살펴보기로 한다.

1. 시라토리(白鳥) 사건[557]

가. 사실 관계 및 의의

1952년 삿포로시 경찰본부의 경찰관 A가 삿포로 시내를 자전거로 주행하던 중 등 뒤에서 권총으로 총격 받아 살해된 사건이다. B정당 삿포로의원회 의원장인 재심청구인은 실행범인 C들와 공모관계인 것으로 제소되었지만 시종일관 범행을 부인하였다. 청구인은 원심에서 B정당에 소속된 D들의 진술에 근거한 삿포로시 교외의 땅속에서 발견된 탄환(이하 「증거탄환」이라고 한다)과 경찰관 A의 몸 속에서 검출된 탄환(이하 「적출탄환」이라고 한다)이 동일한 권총에서 발사된 것은 아니라고 주장을 하였고,

---

555) 2010년 3월 26일에는 아시카가 사건이, 2011년 6월 7일에는 후카와 사건이, 2012년 11월 7일에는 도쿄전력OL살인사건이 각각 재심에서 무죄판결이 확정되었다.

556) 일변연의 이와 같은 주장은 2013년 일본변호사연합회 발간 변호사 백서에서도 찾아볼 수 있다.

557) 시라토리 사건의 경우 논문, 기사 등 많은 자료가 있다. 이 가운데 シンポジウム「歴史としての白鳥事件白鳥事件とは何か」, 商学討究 第64巻 第2・3号는 시라토리 사건 전후에 대한 자세한 내용을 담고 있다.

재심청구에서 이것을 뒷받침하는 새로운 증거로써 감정서를 제출하여 같은 주장을 하였지만, 재심청구는 기각되었다. 청구인은 특별항고에서 재심이유로 주장하지 않았던 새로운 사실을 추가하여 재심청구를 하였으나, 1975년 최고재판소는 이 특별항고를 기각하였다. 중요한 것은 이 기각결정의 이유에서 최고재판소는 종래의 재심개시 요건을 대폭 완화하는 모든 증거의 종합평가방식 및 '의심스러울 때에는 피고인의 이익으로'의 원칙을 재심청구에 있어서 신증거의 명백성 판단에도 채용한다고 판시한 것이다. 통상 재심청구 사례에서 신증거의 증명은 피고인이 하며, 이는 거의 결백하다는 수준의 증명을 요구하고 있었기 때문에 이 시라토리 판결은 그 자체로 획기적인 판결이라고 하겠다. 다시 말해 재심청구를 기각하였기에 재심청구의 결말에 대하여는 다툼이 있을 수 있지만, 재심 법리의 발전 측면에서는 획기적인 전환점이 되었다.

나아가 시라토리 결정은 신증거와 구증거의 총합평가(고립 평가설 부정)설을 채택하고, 구증거의 증거평가에 대한 원판결법원의 심증에 구속되는 것이 아니라 이를 재평가한다는 입장을 채택하였다는 점에서 종래 명백성 증거평가에 대한 고립평가설과 심증인계설을 변경한 것으로서 그 의미는 매우 크다. 당시 일본변호사연합회는 이를 재심 개혁운동의 성과라고 평가하기에 이르렀다. 그 외에도 많은 재심 사건이 쏟아지면서 일변연과 학계 그리고 민간의 협력과 지원이 뒤따랐다. 이러한 노력의 바탕에는 시라토리 결정이 있었으며, 결국 이후 재심 무죄사건에 큰 영향을 미치게 된다.[558]

나. 쟁점

① 형소법 435조 6호에서 말하는 「무죄를 언급할 정도로 명백한 증거」의 의의
② 형소법 435조 6호에서 말하는 「무죄를 언급할 정도로 명백한 증거」의 판단방법
③ 재심청구에 대한 심판과 「의심스러운 때에는 피고인의 이익으로」라고 하는 원칙과의 관계

---

558) 谷村正太郎, 전게 자료 참조.

다. 판단 요지

상기의 각각의 쟁점에 대한 법원의 판단은 이하와 같다.

① 형사소송법 제435조 6호의 「무죄를 언급할 정도로 명백한 증거」란, 확정판결에서 사실인정에 대하여 합리적인 의심을 품고, 그 인정을 뒤집을 만한 개연성이 있는 증거를 말한다.

② 형사소송법 제435조 6호의 「무죄를 언급할 정도로 명백한 증거」인가의 여부는, 만약 해당 증거가 확정판결을 내린 법원의 심리 중에 제출되었다고 한다면, 과연 그 확정판결에서 받았던 것과 같은 사실인정에 도달될 수 있었는가 라는 관점에서, 해당 증거와 다른 모든 증거를 종합적으로 평가하여 판단할 수 있다.

③ 형사소송법 제435조 6호의 「무죄를 언급할 정도로 명백한 증거」인가의 여부에 대한 판단에 즈음하여, 재심개시를 위한 확정판결에서의 사실인정에 대해 합리적인 의심이 생기는 것만으로 족하다는 의미에서, 「의심스러운 때에는 피고인의 이익으로」라고 하는 형사재판에서의 철칙이 적용된다.

이를 자세히 설시하면, 형사소송법 제435조 6호에서 말하는 '무죄를 언급할 정도의 명백한 증거'란, 확정판결에서 사실인정에 대해 합리적인 의심을 품었다고 하여 그 인정을 뒤집을 만한 개연성이 있는 증거를 말하는 것으로 해석할 수 있지만, 이에 앞서 명백한 증거인가의 여부는, '만약 해당 증거가 확정판결을 내린 법원의 심리 중에 제출되었다고 한다면 과연 그 확정판결에서 이루어진 것과 같은 사실인정에 도달할 수 있을까' 여부의 관점에서 해당 증거와 이 밖에 모든 증거를 종합적으로 평가하여 판단할 수 있다. 그 판단에 한하여서도 '재심개시를 위해서는 확정판결에서의 사실인정에 대한 합리적인 의심을 생기게 하면 충분하다'는 의미에서, 「의심스러울 때에는 피고인의 이익으로」라고 하는 형사재판에서의 철칙이 적용되고 있다고 해석할 수 있다」고 하였다.

시라토리 결정은 재심이유를 판단함에 있어서 신증거와 이 밖의 모든 구증거를 종합적으로 평가하여 확정판결의 사실인정에 '합리적 의심'이 생기는 것에 족하다고 한 점, 또한 재심청구절차에서도 「의심스러울 때는 피고인의 이익으로」라고 하는 형사재판의 기본원칙이 적용되는 것을 명시한 점에서 획기적인 결정이었다.

이것은 원 결정에서 내린 '새로운 증거란 증거의 미판단 자료성의 경우를 말한다'는

견해를 채택한 것으로도 이해할 수 있어, 이 때문에 이것을 인정하지 않았던 것은 아닌가라고 추측되었다.

2. 사이타가와(財田川) 사건

가. 사안

1950년 2월 28일 새벽, 카가와현 미토요부 사이타마을(현:미토요시)에서 피해자가 자택에서 취침 중 누군가에 의하여 습격 받아 예리한 회칼로 30회 정도 찔려 급성출혈로 사망하였으며 또한 현금 약 1만 3천엔을 강탈당했다고 하는 사건이다. 타니구치 시게요시가 용의자로 체포·기소되었으며 1952년 2월 20일, 타카마츠 지방재판소 마루가메 지부는 강도살인죄에 따라 사형의 유죄판결을 내렸다. 그리고 항소, 상고도 모두 기각되어 타카마츠 지방재판소에서 유죄판결이 확정되었다.

그 후 2번에 걸쳐 재심청구가 이루어졌지만, 재심청구는 모두 기각되었다. 그러나 일본 최고재판소는 1976년 10월 12일 범행현장에 남긴 혈액족적이 자백의 내용과 합치하지 않는 등 자백에서 여러 가지 의문점이 있다고 지적하고 시라토리결정의 판단범위를 그대로 이어받아 원결정을 파기환송하였다. 그 후 1979년 6월 7일 재심개시를 결정하였고 1984년 3월 12일 타카마츠 지방재판소는 재심무죄판결을 선고하였다.

나. 쟁점

① 형사소송법 제435조 6호를 이유로 하는 재심청구에 대한 재판절차에 있어 사실의 취조를 요하지 않는 사항

② 형소법 435조 6호에서 말하는 「원판결에서 인정된 범죄보다 경한 죄」에 해당하는 사례

다. 판단요지

상기의 각각의 쟁점에 대한 법원의 판단은 이하와 같다.

① 형사소송법 제435조 6호를 이유로 하는 재심청구 절차에서는 확정판결의 사실인정결과(총합설에 따라)에 대하여 합리적 의심을 할 정도로 사실조사를 다시 할 필요는 없다.

② 살인범은 강도살인죄보다도 형사소송법 제435조 6호에서 말하는 경한 범죄에 해당한다.

이를 자세히 설시하면, 「본 건 재심청구사건에서 신증거로 보여지는 것은 원원심이 직권에 따라 감정을 명령하여 조사한 감정인 B 작성의 감정서가 있을 뿐이다. 그것에 의하면 수기의 필적과 신청인의 대조필적과는 운필서법과 문자형태에 상위점이 있기 때문에 동일인의 필적으로 인정되는 것은 곤란하면서도, 신청인이 수기 서명인 것을 부인하는 정정자료 (21), (24), (25), (26)의 신청인 작성의 명약도면 중의 집필은 수기의 집필과 동일인의 것으로 인정된다. …… 원원심에서 명령하여 조사한 전기 C 작성의 『필적에 대하여 검토결과에 관한 문제 서면』에 의하면 수기 5통을 포함한 전체 자료에는 고의로 타인의 필적을 흉내 낸 행위, 또는 작위적으로 자기의 특유 버릇을 은폐하려고 하는 작위필의 특징은 전혀 눈에 띄지 않고 수기의 서명은 변호인 선임신고, 보석원, 의견서, 진술조서, 변명녹취서, 약도면, 상고신청서의 각 서명과 부합하는 것이며 그것은 B 감정과 서로 대립되는 것이지만, 앞서 C의 의견은 정식 감정절차에 따른 것이 아니기 때문에 거듭 변경된 재감정의 절차에 따라 동법(형사소송법) 437조의 확정판결에 대신하여 증명의 여부를 검토할 수 있었다고 생각된다」고 하였다.

3. 멘다(免田) 사건

가. 사안

1948년 12월 29일 오후 11시 30분경, 구마모토현 히토요시시 피해자 집에서 일가족 4인이 살해된 사건이다. 멘다 사카에가 용의자로서 체포·기소되었고, 1950년 3월 23일, 구마모토 지방재판소 야츠지로 지부는 주거침입, 강도살인, 강도살인미수의 각 죄에 따라 사형의 유죄판결을 선고하였다. 그리고 항소, 상고도 기각되어 구마모토 지방재판소에서 유죄판결이 확정되었다.

이후에 총 6차례에 걸쳐 재심청구가 이루어졌으며 그 기간 동안에 제3차 재심청구

인 1956년 8월 10일, 구마모토 지방재판소는 일단 재심개시를 결정하였으나, 검사의 즉시 항고도 함께 받아들여져 이후 후쿠오카 고등재판소에서 재심개시가 기각되었다. 그러나 1979년 9월 27일 제6차 재심청구에서, 후쿠오카 고등재판소(즉시항고심)는 흉기인 손도끼에 묻은 혈액이 피해자의 혈액형과 일치한다는 감정이나 자백조서에서 언급한 범행형태나 범행 후의 족적에 의문이 있다고 지적하였고, 이를 자백의 신용성에 영향을 미치는 것으로 보아 재심의 개시를 결정하였다. 그리고 1983년 7월 15일, 구마모토 지방재판소는 재심무죄판결을 내렸다.[559]

나. 쟁점

유죄판결확정 후에 상기 유죄인정의 주요한 증거의 신용성에 큰 의심이 있는 것을 분명히 한 신증거가 형사소송법 435조 6호 소정의 명백성을 구비하는가의 여부

다. 판단요지

재심청구인에 대하여 확정유죄판결의 유죄인정 가운데 주요한 증거인 청구인의 자백이나 혈액형에 관한 감정결과 회답서의 신용성에 큰 의심이 있는 것을 분명히 한 신증거는, 본 건에서 형사소송법 제435조 6호 소정의 명백성을 구비한다고 할 수 있으며 이에 따라 재심을 개시할 수 있다고 결정하였다.

후쿠오카 고등재판소는 당시 감정법에서는 혈액형 감정이 적어도 1~2일을 요하는데 6~7시간 만에 결론을 내린 경찰의 감정은 신용성이 낮다고 판단하여 변호인 측의 신 감정을 받아들였다. 또한 자백의 신용성에 의문을 제기할 증거의 명백성이 있다고 하여 유죄판결에 이르지 않았다고 결론지었다.

559) 동 사건의 멘다 사카에의 사건에 대한 소회를 밝힌 좌담회 내용은 repository.tku.ac.jp/dspace/bitstream/11150/.../genhou30-16.pdf 참조.

4. 마츠야마(松山) 사건

가. 사안

1955년 10월 18일 오전 3시 50분 경, 미야기현 시다군 마츠야마 마을(현: 오오기시) 피해자 집에서 화재가 발생하여 피해자 주택이 전소하였고 화재가 난 자리에서 피해자의 부인과 아이(2명)의 불탄 사체가 발견되었다고 하는 사건이다. 4인의 불탄 사체에는 할창(割創)이 있었고, 이에 살인·방화사건으로서 조사가 이루어졌으며 그 결과 사이토 유키오가 용의자로 체포·기소되었다. 1957년 10월 29일, 센다이 지방재판소는 강도살인, 비현주건조물 방화 등 각 죄에 따라 사형의 유죄판결을 선고하였다. 그리고 항소, 상고도 기각되었다.

그 후 2번에 걸쳐 재심청구 끝에 1979년 12월 6일, 센다이 지방재판소(환송청구심)는 사이토 유키오로부터 압수한 이불 깃에 피해자의 혈액과 동일한 피 자국이 묻어있었다고 한 감정의 평가가치는 현저하게 감쇠되었고, 사이토 유키오의 사건 당시 착의한 점퍼나 바지에서도 당초 혈액이 묻어있지 않았을 개연성이 높으며, 사이토 유키오의 자백의 신용성에도 의문이 있다고 하여 재심개시를 결정하였다. 그리하여 1984년 7월 11일, 센다이 지방재판소는 재심무죄판결을 선고하였다.

나. 쟁점

① 사이토 유키오의 집에서 압수한 이불 깃에 묻은 혈흔의 의미
② 사건 당일 밤에 사이토 유키오의 자백 당시에 입었던 옷에서 대량 혈액이 묻은 것과 별개로 사건 시 착의하였던 점퍼와 바지에서 혈흔이 검출되지 않았으며 이를 통한 자백의 진실성 여부

다. 판단요지

센다이 지방법원은 1979년 변호인 측의 신 감정을 바탕으로 사이토 유키오 집에서 압수한 이불 깃에 묻은 혈액에 대한 옛 감정은 증거 가치가 현저하게 감소하였고, 사이토 유키오의 점퍼와 바지에 묻은 혈액이 처음부터 묻어있었던 것이 아닐 개연성

이 높다고 하였다. 또한 자백에는 허위가 게재되어 전체 진실성에 의심이 더해질 사정이 있다고 하여 재심개시를 결정하였다. 검찰이 즉시항고하였지만 법원은 신 감정에는 명백성이 있다며 기각하였다.

5. 시마다(島田)사건

가. 사안

1954년 3월 10일, 시즈오카현 시마다시 유치원에서 6살 여아가 유괴되었고 3일 후 인근 강 남쪽의 산 중에서 강간 살해된 사체가 발견된 사건이다. 아카호리 마사오가 용의자로 체포·기소되었다. 아카호리는 조사단계 및 공판단계에서 자백을 번복하여 범행을 부인하고 알리바이를 주장하였지만 1958년 5월 23일, 시즈오카 지방재판소는 강간치상, 살인 등 각 죄에 따라 사형의 유죄판결을 내렸다. 도쿄고등재판소는 자백조서의 임의성·신용성에는 의심이 없다고 하였고 또한 알리바이의 성립은 인정되지 않는다고 하여 1960년 2월 항소를 기각였고, 최고재판소는 1960년 12월 상고 기각하여 시즈오카 지방재판소의 유죄판결이 확정되었다.

그 후 4번에 걸친 재심청구 끝에 1986년 5월 29일, 시즈오카 지방재판소는 범행순서나 피해자의 음부손상·흉부손상의 상황이 아카호리의 자백과 일치하지 않고, 범행 후의 경로에 관한 자백조서 내용 중에는 명확하게 객관적인 사실에 반하는 진술이 있는 점 등으로부터 자백의 신용성에 의문이 있다고 하여, 재심개시를 결정하였다. 이후 1989년 1월 31일 시즈오카 지방재판소는 재심무죄판결을 선고하였다.

나. 쟁점

① 아카호리의 수사단계에서의 자백의 신용성
② 확정심 사실인정을 떠받친 감정 평가(후루타와[원심 감정사]가 한 감정)의 문제

다. 판단요지

시즈오카 지방재판소는 신증거에 따라 범행 순서에 관한 자백에 「객관적 사실과

부합하지 않는다고 하는 합리적 의심이 있는 것으로 밝혀졌다」고 하면서도 재심청구를 기각하였다. 이 재심기각결정에 대한 특별항고에서 도쿄고등재판소는 「범행순서의 변경은 하찮은 문제가 아니라 범죄 실행행위의 주요내용에 관한 사안인 만큼 자백조서의 진실성에 큰 의문이 제기된다」고 지적하였다. 더불어 흉부를 구타할 시에 사용된 돌에 혈액 등의 체액 여부를 알아보는 심리도 필요하다고 판단하였다.

검찰 측은 계속하여 원 감정인의 감정을 지지하는 신 감정을 제출하였지만, 시즈오카지방재판소는 1986년 5월 검찰과 변호인 양측의 감정을 살펴본 후에 재심개시 및 사형집행정지결정을 내렸다. 이 재심개시 결정에서는 피해 여학생의 흉부 상처를 볼 때 증거가 된 돌로 힘껏 내리쳤다는 자백이 「신용성 및 진실성에 의심스러움」이 있으며, 돌에 체액이 묻어있는가의 여부를 감정하지 않은 것은 「객관적 증거로 뒷받침이 될 수 없다」는 등의 수사상 문제점도 지적되었다. 또한 자백에는 수사관이 몰랐던 것을 진술하는 「비밀의 폭로」도 없으므로 범행 후의 행적에 대하여 분명하게 객관적 사실에 반하는 진술이 포함되었고, 「자백의 내용에 중대한 의문이 든다」라고 판시하였다.

6. 시라토리·사이타가와 결정에 대한 평가

시라토리 결정이 재심이유를 판단함에 있어서 신·구 모든 증거를 종합적으로 평가하여 확정판결의 사실인정에 「합리적 의심」이 생기는 것에 족하다고 한 점과 재심청구절차에서도 「의심스러울 때는 피고인의 이익으로」라고 하는 형사재판의 기본원칙이 적용되는 것을 명시한 점에서 획기적인 결정이었다는 평가는 상기 판단요지에서도 확인할 수 있다.

그러나 시라토리·사이타가와 결정에 대하여 당초보다 이것을 한정적으로 이해한다고 하는 움직임이 실무 중심으로 주장되었다는 것에 주의해야 한다.[560]

최근 개시결정이 이루어진 사건의 판단범위가, 반드시 시라토리·사이타가와 결정이 나타난 판단범위에 순수하게 놓여있다고 평가하는 것은 경솔하게 생각하는 것이 아닐까. 시라토리·사이타가와 결정의 획기성·선례성 때문에, 시라토리·사이타가와 결정에 따른 판단인가의 여부, 바꾸어 말하면, 전면 재평가인가 고립평가·한정적 재평

560) 福永俊輔, 전게서, 249-252면.

가인가라고 하는 대립구조에서 시라토리 결정 이후의 재심사건의 분석이 이루어져 왔지만, 최근 재심사건에 대해서는 시라토리 결정에 내재하는 한계를 감안하여, 시라토리·사이타가와 결정으로부터 한 걸음 떨어져 다른 각도에서 분석할 필요가 있다고 하는 것은 아닐까.

시라토리 결정에 대한 조사관 해명 중에, 「본 결정은, 신증거와 기타 모든 증거와의 총합평가라고 하는 이상, 원칙으로서, 확정판결의 기초가 되는 적극증거뿐만 아니라 소극증거도 총합평가의 대상으로 한다는 취지일 것이지만, 신증거의 중요성은, 그 입증명제와 관계가 없으며, 재심재판소가 구증거를 전부 다시 평가하여 스스로 심증을 형성하고, 확정판결의 동요 유무를 심사하는 것까지 인정한 취지는 아닐까. 재심이 확정 전의 판결에 대하여 사후 심사가 아닌, 확정 판결에 대해, 그 확정력을 파괴한 사안 전단에 대하여 심판을 하는 특수 구제절차라고 하는 인식에 서 있는 이상, 구증거의 재평가라고 하여도 한계가 있다고 생각할 수 있을 것이다. 요점은, 신증거가 가지는 중요성과 그 입증문제이며, 그것이 유기적으로 관련되는 확정판결의 증거 판단 및 그 결과의 사실인정에 어떠한 영향을 미쳤는가를 심사할 수 있는가이다. 본 결정이 가리키는 총합평가는, 앞선 취지로 이해해야하지 않을까라고 생각한다」라고 말하고 있다(이른바 「한정적 재평가설」).[561] 이러한 주장은, 사이타가와 결정에 대한 조사관 해명에서도 답습되었다.[562]

7. 기타 사건

이하에서 소개하려는 사건들은 대부분 재심이 진행 중이거나 재심 청구가 진행 중인 사건이다. 아시카가(足利) 사건과 히가시스미요시(東住吉) 사건이 재심을 통하여 무죄 판결로 확정된 것을 제외하면, 기타 사건들은 재심 개시가 결정이 되었다가 취소되고, 재심 청구인 당사자가 사망하여 유가족이 재심을 청구하는 등 재심을 준비하거나 진행되는 데 있어 어려움이 있다는 것을 보여준다.

---

561) 田崎文夫, 「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇(昭和50年度)』, 93면.
562) 磯部衛, 「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇(昭和51年度)』, 291면.

가. 아시카가(足利) 사건

1) 사안 및 경과

아시카가 사건은 1990(평성 2)년 5월 12일 저녁, 도치기현 아시카가시내 파친코에서 4살 여자 아이가 실종되었고 다음날 아침 파친코 인근 와타세라 강변에서 숨진 채 발견된 사건이다. 범인으로 추정되는 체액이 묻은 여자 아이의 반쪽짜리 속옷이 인근 강에서 발견되었다. 이 사건은 외설적 목적에 의한 유괴·살인사건으로 여겨졌다. 아시카가시에서는 이 사건 이전에 2건의 여자아이 살인사건이 발생하였고, 도치기현 경찰은 180명을 동원하여 철저한 수사를 진행하였다. 유치원 버스 운전사이자 사건현장의 파친코 단골이기도 하였던 스가야 토시카즈(당시 43세)를 의심한 경찰은 사건 발생 6개월 후부터 미행하였으나 수상한 점은 보이지 않았다.

1991년 6월 경찰은 스가야가 버린 쓰레기 봉투에서 체액이 묻은 휴지를 발견하였다. 경찰은 경찰청 과학경찰연구소(과경연)에 DNA감정을 의뢰하였고, 과경연은 동년 11월 스가야와 범인의 DNA가 일치한다는 감정서를 제출하였다. 이를 받은 경찰은 12월 1일 스가야를 임의동행하여 심야에 걸친 심문 끝에 범행을 인정한 '자백'을 이끌어 냈고 21일 음란목적 유괴와 살인, 사체유기혐의로 체포하였다.

검찰은 앞서 발생한 2건의 살인사건에 대해서는 스가야의 위 '자백'으로는 '혐의가 불충분'하다고 하여 기소하지는 않았지만 파친코에서 실종된 여자아이의 살해에 대한 '자백'은 의심하지 않았고 스가야를 기소하였다.

스가야는 제1심이 진행되던 시기에 혐의를 부인하여 입장을 바꾸었으나 1993년 7월 7일 우츠노미야지방법원은 무기징역 판결을 선고하였고 도쿄고등재판소도 항소를 기각하였다. 2000년 7월 17일 최고재판소에서 유죄가 확정되었다. 스가야는 2002년 12월 25일 우츠노미야지방법원에 재심을 청구하였고, 지방재판소는 청구를 기각하였지만, 즉시항고에 따라 도쿄고등재판소 심리로 DNA 재감정을 인정받았다. 재감정 결과 스카야의 DNA는 범인의 것과 일치하지 않는 것으로 나타났다. 1991년 과경연 감정은 당시 실수였을 가능성이 높은 것이다. 재감정 결과를 받은 도쿄고등검찰은 스가야를 감옥에서 석방하였다(재심전에 석방하는 것은 이례적이다). 2009년 6월 23일 도쿄고등재판소는 재심개시를 결정하였다.

우츠노미야지방재판소에서 시작된 재심공판에서, 형사공판 당시의 검사 3인이 스가야에게 '죄송하다'고 고개를 숙이기도 하였다. 당시 이시카와 도치기현 경찰본부장은 재심개시 전, 스가야를 직접 만나 사과하였지만, 오판을 거듭한 법관으로부터 아직까지도 사과를 받지 못하였다.

스가와의 말에 따르면, 다리를 차거나 책상을 치는 것과 같은 난폭한 조사가 이루어진 결과 허위 자백을 강요받았다고 하면서 후카와 사건 등 다른 冤罪사건 피해자들과 함께 조사의 전면 가시화를 요구하고 있다.

2) DNA 감정

이 사건은 DNA 감정이 범죄수사에 도입된지 얼마 안된 시기에 발생한 것으로, 과경연에서 진행 한 MCT 118형 감정에서, 당초 같은 형의 사람은 1000명 중 1.2명이라고 알렸고 신문은 이러한 형의 감정이 '지문 수준'의 높은 개인 식별력을 가진다고 보도하였지만, 이후에 확인한 결과 그 정도의 정확도는 없는 것으로 확인되었다.

3) 판단

최고재판소에서의 상고심에서 변호인으로부터 의뢰받은 법의학자가 스가야의 머리카락을 이용하여 과경연에서 진행한 MCT 118형 감정을 실시한 결과 스가야와 범인의 DNA가 일치하지 않은 것으로 나타났다. 그럼에도 최고재판소는 과경연 감정은 믿을만 하다며 상고를 기각하기도 하였다.

스가야의 변호인단은 DNA형 결과 차이를 이유로 2002년 재심을 청구하였지만 우츠노미야지방재판소는 2008년 2월에 이를 기각하였다. 그러나 도쿄고등재판소가 DNA형 재감정을 인정하였고 검찰 측과 변호인 측 각각이 추천하는 법의학자 2인에 의하여 새로운 감정이 이루어졌다. 그 결과 어느 쪽에 의해서든 스가야와 범인의 DNA가 일치하지 않는다는 결론이 나왔다.

나. 후쿠이(福井) 여중생 살인사건

1) 사건의 개요

1986년 3월 19일, 후쿠이현 후쿠이시의 시영주택에서, 여자중학생이 살해된 사건이 발생하였다. 이 주택에는 피해 여중생과 모친 2명이 살고 있었으나, 당일 저녁, 피해 여중생의 어머니는 스낵바에 근무하고 있어 부재중이었다. 피해 여중생은 누군가에게 재떨이로 맞아 전기코드로 목이 졸려있었으며 2개의 칼로 50여 군데 찔려서 코타츠 커버로 얼굴이 덮여있었다. 경찰은 잔인한 살해방법을 미루어 당초 피해 여중생 또래집단의 폭행살인으로 수사하였지만, 이내 난관에 부딪혔다. 이후 각성제 또는 약물 중독자로까지 확대하였지만 용의자를 좁힐 수는 없었다. 이 과정에서 마에가와도 사건으로부터 2주 후 조사를 받았지만 곧 대상에서 제외되었다.

사건으로부터 1년 후, 각성제(Awakening Drug)로 체포된 폭력단 조직원의 '진술'에 따라 경찰은 마에가와 쇼지(前川章司)를 체포하였다. 당시 폭력단 조직원은 '사건 저녁 피투성이의 마에가와를 목격하였다'라고 증언하였고, 이것이 결정적 수단이 되었다. 그러나 마에가와는 장시간 자백강요나 폭행에도 굴하지 않고, '나는 죽이지 않았다'라고 일관하여 무죄를 주장하였다.

이 사건에서는 마에가와와 사건을 연결하는 객관적인 증거는 아무것도 없었고, 자신의 죄를 가볍게 받으려한 폭력단 조직원과 그 무리의 증언밖에 없었다. 그 증언도 부자연스럽게 변천한 것이었다. 예를 들어, 마에가와가 범행 때 입었던 피투성이 의류에 대해서 묻자 '강에 버렸다', '강가에 묻었다', '기억이 나지 않는다' 등을 번복하였다.

2) 사건의 경과

1심 후쿠이지방재판소는, 마에가와에 대하여 살인이라고 하는 물적인 증거나 목격자가 없고, 구체적인 범행을 명확하게 하는 증거도 없으며 마에가와를 '범인'이라고 할 증인의 증언은 '신용할 수 없다'고 하여 무죄를 선고하였다.

그러나 2심 나고야고등재판소 가나자와 지부는 폭력단 조직원의 증언이 '대략적으로 일치'하며, '가능성이 있다', '그런대로 수긍할 수 있다'라고 인정하여, 이 증언만으로 1심의 판결을 뒤집어 징역 7년의 유죄판결을 내렸으며, 최고재판소는 심리 없이

이를 추인하였다. 마에가와는 자신도 모르는 원죄(冤罪)에 의하여 교도소에 수감되게 된 것이다.

만기로 출소한 마에가와는, 어떻게든 누명을 벗기 위하여, 2004년 7월 나고야고등재판소 가나가와지부에 재심을 청구하였고 11월 해당 고등재판소 가나가와 지부는 재심을 결정하였다. 그러나 검찰이 이의를 제기하자 2005년 3월 가나가와 지부는 재심 개시를 취소하는 결정을 내렸다.

이후 일본국민구원회(日本国民救援会), 일본변호사연합회의 인권옹호위원회 재심부회 등에서 동 사건이 원죄 가능성이 있는 사건으로 지원을 받을 수 있었다.[563] 2011년 11월 30일 나고야고등재판소 가나자와 지부는 재심개시 결정을 하였지만, 2013년 3월 동 재판소 본청에서 재심 개시의 취소를 결정하였다. 그 후 2014년 12월 최고재판소 제2소법정이 마에가와 측의 특별항고를 물리치고 재심개시를 인정하지 않는다는 결정을 내렸다.

3) 재심과정

재심청구는, ① 목격증언의 신용성, ② 현장에 남겨진 범행도구 칼 2자루와 맞지 않는 상처, 그리고 제3의 흉기가 있었을 가능성, ③ 범행 후 마에가와가 탔다고 한 자동차에 혈흔이 묻어 있었다는 증언에도 불구하고 혈흔이 발견되지 않은 이유 등을 쟁점으로 하였다.

변호인 측은, 물증이 없는 가운데 당시 사건으로 유무죄 근거가 된 5명의 진술에 대한 모순을 지적하였다. 재심을 청구한 재판에서는, 사건 당일 마에가와를 만났다고 하여 2심에서 유죄판결의 결정적인 증언을 하였던 남성이 '만나지 않았다'고 증언을 번복하였다.[564]

또한 재심청구 과정에서 사건의 증인들이 사건 수사본부에 설치된 후쿠이경찰서에서 사정진술을 받은 때에, 별개 사건으로 구금된 폭력단 조직원으로부터 '범인을 안다고 하면 내 형(刑)이 가벼워질지도 모른다' 등의 정보 제공을 요구하거나, '마에가와의 일이지만…… 이 사건이 내가 주는 정보로 [마에가와가] 체포가 되면 나는 감형을

563) 일변연의 지원은 현재까지 이어지고 있다.

564) "福井女子中学生殺害：知人男性が証言覆す 有罪根拠揺らぐ". 毎日新聞. (2011年8月25日) 2011年8月27日閲覧.

받을 수 있다' 등 마에가와 사건으로의 관여를 인정하도록 위협받았다고 증언한 것이 마이니치 신분에 보도되기도 하였다.[565]

또한, 1987년 4월 17일에 작성된 진술조서에서, 마에가와의 조사를 담당한 당시 경사로부터 '상상해서 말해'라고 요구하였고, 마에가와가 이에 응하여 진술한 것이라고 변호인 측은 설명하였다.[566]

2011년 11월 30일 나고야고등재판소 가나가와 지부에서 본건 재심을 개시하는 결정을 내렸다. 가나자와 지부는, 검찰이 숨기고 있던 관계자의 수사단계에서의 진술조서와 피해 여중생의 해부 사진이 공개될 때 법의학자의 과학적 감정이나 의견서의 사실조사가 함께 이루어진 결과, 마에가와가 범인이라고 인정될 만한 객관적인 사실은 존재하지 않는다고 하였다. 그러나 검찰 측의 이의신청으로 이의심리를 한 결과, 2013년 3월 나고야고등재판소 본청은 재심개시취소결정을 내렸다. 이후 2014년 12월 대법원 제2소법정에서는 특별항고를 깨고 재심개시를 인정하지 않는 결정을 내렸다.

재심청구의 준비는 계속 진행되고 있으나[567] 2017년 5월 시점에서도 제기에는 이르지 못하였다.

다. 하카마다(袴田) 사건

1966년 6월 새벽, 시즈오카현 시즈미시(현 시즈오카시)에서 발생한 강도살인방화사건으로, 재판에서 사형이 확정되었다. 하카마다(재심청구인)는 경찰 조사 당시 매우 더운 날씨에 하루 평균 12시간에서 최대 17시간까지 조사 받았으며 조사 시 화장실을 이용하는 대신 조사관 앞에서 변기를 사용하기도 하였다. 숙면도 거의 하지 못하였으며 아침, 점심, 저녁 상관없이 조사관 2~3명에게 곤봉으로 맞거나 발로 차이는 등의 조사가 이루어졌으며 조사에 참여한 형사만 해도 10명에 가까운 것으로 알려졌다. 하카마다는 이러한 분위기 속에서 결국 자백을 하게 된다.

---

565) "福井・再審請求：組員、取調室で恫喝・元被告の後輩証言". 毎日新聞. (2011年9月9日) 2011年9月10日閲覧.

566) "福井・再審請求：組員、取調室で恫喝・元被告の後輩証言". 毎日新聞. (2011年9月9日) 2011年9月10日閲覧.

567) 日弁連が支援している再審事件の現状, https://www.nichibenren.or.jp/library/ja/jfba_info/statistics/data/white_paper/2017/5-5-1_tokei_2017.pdf 참조.

1968년 9월, 시즈오카지방재판소는 사형을 판결하였고 하카마다는 판결의 누명을 호소하였다. 여러 차례 항소와 재심 청구가 잇달았고, 2014년 3월 27일 사형 및 구속 집행정지 및 재심을 명하는 판결(즉시항고심[即時抗告審]에서 심리중이므로 미확정)이 이루어졌으나, 2018년 6월 11일 도쿄고등재판소에서 재심청구가 기각되었다.[568]

재판의 쟁점은 ① 강요된 자백 여부(임의성에 관한 쟁점 및 신용에 관한 쟁점), ② 범행도구로 실제 범행을 할 수 있는가에 대한 의문 및 도주 루트로 실제 도주가 가능성 의문, 경찰의 사진 조작 여부, ③ 증거 위조 가능성의 여부를 다투었다.

제2차 청구심에서는 범인이 입었다고 한 셔츠에 묻은 혈액의 DNA가 하카마다의 혈액과 일치하지 않는다는 감정 결과가 나왔다. 당시 청구심을 맡은 재판장은 DNA 감정 결과에 대하여 「무죄를 선고할 명백한 증거에 해당한다」라고 평가하기도 하였다. 또한 사건 발생 1년 후에 발견된, 유죄의 가장 강력한 증거가 된 셔츠 등의 의류에 대해서는 「날조된 것이라는 의문을 지울 수 없다」고 비판하기도 하였다.[569]

그러나 2018년 6월 도쿄고등재판소는 시즈오카재판소의 재심 개시 및 사형구금 집행정지·석방 결정에 대하여, 「법원이 인정한 DNA 감정 결과는 과학적 의문이 존재하는 증거로 신용할 수 없다」며 재심 청구를 기각한 반면 사형 구금의 집행정지에 대해서는 「하카마다의 연령 및 생활 상황 등을 감안하여 석방을 취소하는 것은 상당히 어렵다」고 하였다. 하카마다의 변호인은 재심청구를 위하여 대법원에 특별 항고를 준비하고 있다.

라. 마루요무선(マルヨ無線) 사건

1966년 12월 후쿠오카현 후쿠오카시에서 발생한 강도살인 및 방화사건으로, 마루요무선 카와바타점에 근무하였던 재심 청구인(오다 노부오)과 소년이 점포에 침입하여 숙직 중이던 직원 두 사람을 망치로 때려 중상을 입히고 현금 약 22만엔과 손목시계 2개를 훔치고 증거 은폐를 위해 석유 난로를 걷어 차 방화하고 도주하였다. 숙직 중이던 직원 2명 중 1명은 자력으로 탈출 하였으나 다른 1명은 소사체로 발견되었다.

568) "하카마다의 재심개시 인정되지 않음, 석방은 계속, 도쿄고재", 2018年6月11日閲覧, 日本経済新聞, https://www.nikkei.com/article/DGXMZO31595500R10C18A6MM0000/ 참조.

569) "하카마다 이와오 재심을 결정 시즈오카지방재판소 "증거조작 의혹", 2014年3月27日閲覧, 日本経済新聞, https://www.nikkei.com/article/DGXNASDG27014_X20C14A3000000/ 참조.

1968년 12월 후쿠오카지방재판소에서 전 직원인 오다와 소년은 각각 사형, 징역 13년을 받았다. 이후 항소심에서 오다는 방화 및 살인을 부인하였다. 그는 "체포 후에 수사관으로부터 검증 결과 석유난로가 쓰러져 불이 났다고 하라며 현장사진을 보여주고 허위자백을 강요하였다"고 주장하였지만, 1970년 3월 후쿠오카고등재판소는 오다의 주장을 기각하였다. 같은 해 11월 최고재판소가 상고를 기각하면서 오다의 사형이 확정되었다.

이후 일변연이 1979년 5차 재심부터 원조를 하였다. 변호인 측은, 두 차례의 검증을 통해 석유난로가 발로 찬다고 해서 넘어지지 않는 것, 넘어졌다고 하더라도 안전장치로 인해 불이 꺼지는 것을 주장하였으나 항소심에서 이 주장은 기각되었고 이후 최고재판소에서도 기각되었다.

오다는 현재 최고참 확정 사형수로 후쿠오카 구치소에 수감되어 있다.

마. 오자키(大崎) 사건

1979년 가고시마현 소오군 오사키쵸에서 피해자가 집의 외양간 퇴비 속에서 사체로 발견되었다. 경찰은 친척의 범행으로 여겨 피해자의 맏형과 작은 형, 조카(작은형의 아들), 하라구치(맏형의 며느리) 등 4명을 체포하였다. 이후 하라구치를 주범으로 다른 3인이 피해자의 보험금 목적으로 살해하였다고 기소하였다. 1980년 3월 가고시마지방재판소는 하라구치가 피해자를 수건으로 교살하여 외양간 퇴비보관소에 유기한 혐의로 징역 10년을 판결하였고, 이에 하라구치가 불복하여 항소한 후쿠오카고등재판소 미야자키 지부는 항소를 기각, 1981년 최고재판소도 상고를 기각하여 징역 10년이 확정되었다.

이후 하라구치는 10년간 복역하여 출소한 후 재심을 청구하였다.

그러나 하라구치는 수사단계부터 공판, 심지어 수감중인 때에도 일관되게 혐의를 부인하였다. 또한 하라구치는 자신은 경찰 조사 시 무리한 조사과 거짓자백을 강요받았으며, 자신을 제외한 공범으로 지목된 3명도 지적장애가 있음에도 불구하고 경찰에서 무리한 조사와 거짓 자백을 강요받아 복역 후에 사망하였다고 하였다.

2002년 가고시마지방재판소는 ① 교살이라고 판단한 당시의 감정이 오류라고 인정되었고, 살인이 아닌 사고사의 가능성이 있는 점, ② '공범'으로 알려진 3명이 경찰의

집요한 조사로 인하여 거짓 자백을 강요받았고 그들도 무죄를 호소하였던 점, ③ 거짓 자백의 내용이 객관적인 사실 및 증거와 모순되어 신용할 수 없는 점을 인정하여 재심을 결정하였지만, 후쿠오카고등재판소 미야자키지부는 2004년 12월 재심개시를 취소하였다. 이후 2006년 특별항고에서 최고재판소는 항고심 취소결정을 지지하였다.

하라구치는 2010년 가고시마지방재판소에 2차 재심청구를 제기하였으나 2013년 동 재판소는 재심을 기각하였다. 변호인 측은 항소하였지만 2014년 후쿠오카고등재판소 미야자키지부는 이 청구를 기각하였다. 이후 2015년 2월 최고재판소는 항소심 판결을 확정하였다.

2017년 6월 가고시마지방재판소는 하라구치와 피해자의 맏형이 청구한 재심의 개시를 인정하였다.[570]

바. 히노쵸(曰野町) 사건

1984년 12월 시가현 가모쿤 히노쵸에서 술집의 여주인이 살해되어 다른 지역에서 발견된 사건이다. 1988년 3월 이 가게의 단골인 피고가 경찰의 사정진술을 받고 같은 달에 범행을 자백, 강도살인죄로 체포되었다. 그러나 재판이 진행되면서 자백을 강요받았다며 무죄를 주장하였다.

1995년 오츠지방재판소에서 무기징역을 판결받았고, 2000년 최고재판소에서 상고기각으로 형이 확정되었다. 2001년 오츠지방재판소에 재심을 청구하였지만, 2006년에 기각되었다.

피고는 2000년 5월 위 수술을 받고 오사카의 병원에서 입원생활을 하였으며 이후 폐렴 등으로 의식불명에 빠져 2011년 3월 사망하였다. 따라서 사망에 의하여 재심청구심사는 중단되었다.

2012년 3월, 피고의 유족이 오츠지방재판소에 재심을 다시 청구하였고,[571] 2018년 7월 재심 개시를 인정하는 결정을 내렸다. 오츠지방재판소는 '경찰의 폭행이나 협박으로 자백을 한 것으로 보인다'고 하여 자백의 신빙성을 부정하였다.[572]

---

570) "３８年前の殺人、再審認める 「大崎事件」で鹿児島地裁". 産経新聞. 2017年6月28日.

571) "「父の無念晴らし、名誉回復のため戦う」家族が決意 第2次再審請求へ". 滋賀報知新聞. 滋賀報知新聞社 2011年12月16日.

572) "「警察官の暴行や脅迫で自白」と信用性否定 - 共同通信" 2018年7月11.

오츠지방재판소는 「수사단계에서의 자백이 '살해양태', '금고 강취', '시체유기', '피해자물색'이라는 점에서 신빙성이 크게 흔들리고 있다고 하여, 도저히 사실 인정의 기초가 될 수 있다고 할 정도의 신빙성을 인정할 수 없다」고 판단하였다. 또한 「피고가 체포 전부터 연일 조사를 받은 때 경찰의 폭행 및 위협적인 언행은 피고를 정신적으로 궁지에 몰아넣어 자백을 강요한 것으로 보인다」고 하였다.

사. 마츠하시(松橋) 사건

1985년 1월 구마모토현 마츠하시쵸에서 한 남성이 목과 등에 칼로 찔린 모습으로 발견되었다. 경찰은 피해자와 함께 식사를 한 지인 중 당시 피해자와 말싸움을 한 미야타 히로키를 용의자로 보았다.

이후 경찰의 감시와 미야타는 수사단계에서 '칼에 셔츠 천을 감아서 살해하였고 범행 이후 셔츠는 불태웠다'라고 고백하여 첫 공판에서 기소사실을 인정하였다. 그러나 이후 공판에서 경찰의 조사가 참기 어려워 자백을 하였다고 주장하였지만 구마모토지방재판소는 1986년 자백의 신빙성을 인정하여 구형대로 징역 13년을 판결하였다. 이후 후쿠오카고등재판소와 최고재판소가 하급심의 판단을 지지하여 1990년 형이 확정되었다.

미야타는 2016년 6월 구마모토지방재판소에 재심을 청구하였다. 동 재판소는 '셔츠의 천 조각이나 상처에 대한 감정 결과 새로운 증거로 인정할 수 있다'며 미야타의 자백에 의심이 있어 그 신빙성이 흔들린다면서 재심개시를 결정하였다. 이후 2017년 후쿠오카고등재판소도 하급심판단을 지지한 후 '범인이 아님에도 조사과정에서 추궁되고 몰려 자백했을 가능성이 있다'고 지적하였다. 이에 대하여 검찰이 특별항고 하였으나 최고재판소 제2소법정은 2018년 10월 10일, 살인죄 등으로 복역 중인 미야타의 재심개시를 인정한 후쿠오카고등재판소의 결정을 지지하고 검찰의 특별항고를 기각하여 재심개시를 확정하였다. 향후 재심공판이 열리면 살인혐의에 대하여 무죄가 될 공산이 큰 것으로 보인다.[573]

573) https://www.yomiuri.co.jp/national/20181012-OYT1T50068.html(최종확인: 2018. 11. 02).

아. 히가시스미요시(東住吉) 사건

1995년 7월 오사카부 오사카시 히가시스미요시구에서 화재가 발생하여 피해자의 모, 모의 남편은 탈출하였으나 목욕 중이던 피해자는 소사하였다. 피해자의 모와 그 남편은 피해자 사망시 사망보험금 1500만엔의 생명보험을 계약하였었고, 약 200만엔의 빚이 있었기 때문에 경찰은 부채상환을 위한 보험금편취 목적의 살인혐의로 피해자의 모와 그 남편을 체포하였다.

이후 경찰은 조사를 통해 이들이 피해자를 살해하였다는 진술조서 작성과 그 내용을 언론에 공개하였고, 이들은 자신들이 조사를 받을 때 고문에 의한 강요가 있었다고 주장하였다.

1999년 3월 오사카지방재판소는 피해자의 모와 그 남편에게 각각 무기징역을 선고하였고, 이들은 항소하였다. 이후 2004년 12월 오사카고등법원은 항소를 기각하였고, 이후 그들이 제기한 상고에 대하여 2006년 11월 최고재판소는 상고를 기각하여 무기징역형을 확정하였다.

2012년 3월 오사카지방재판소는 이들의 재심개시를 결정하였고, 이에 대해 오사카지방검찰은 항고하였다. 이후 오사카고등재판소는 '[형] 집행을 멈추면 정의에 어긋난다'고 하여 재심개시결정을 취소하였다. 변호인 측은 최고재판소에 특별항고하였으나 최고재판소 제3소법정은 동년 9월 특별항고를 기각하여 오사카고등재판소의 판단을 확정하였다.[574]

그러나 2015년 10월 오사카고등재판소는 재심개시를 인정한 오사카지방재판소의 결정을 지지하였고 검찰의 즉시항고를 기각하였다. 또한 '형의 집행을 앞으로도 계속하는 것은 정의에 어긋난다'고 하여 동년 10월 26일 오후 2시에 형의 집행정지를 결정하였다.[575] 이후 검찰 측은 형집행정지에 대한 이의신청을 하였으나 오사카고등재판소는 이 주장을 기각하고 피해자의 모와 그 남편은 가석방되었다.

2016년 8월 10일 피해자의 모와 그 남편에게 무죄가 선고되었고 검찰은 이에 대한 항소를 포기하였다. 이후 이들은 '무죄판결 이후에도 경찰과 검찰은 사과하지 않았다.

---

574) 東住吉放火殺人 釈放求めた特別抗告を棄却 最高裁". 産経新聞. オリジナルの2012年9月20日時点によるアーカイブ, 2012年9月20日.

575) "母ら再審、高裁も支持・大阪「自然発火の可能性」". 毎日新聞, 2015年10月23日.

일련의 수사 문제점을 부각하고 싶다'라고 하여 국가배상청구를 위하여 제소하였다.[576]

자. 히메지우체국강도(姫路郵便局強盜)사건

2001년 6월 효고현 히메지 시내에 있는 우체국에 인상착의를 모두 가리는 복장을 하고 모조 권총을 가진 2명의 남성이 침임하여 2300만엔 정도의 현금을 강탈한 사건으로, 이 중 범인으로 지목된 나이지리아인(재심청구인)이 체포 및 기소되었다.

이 사건에서는 범인을 특정할만한 지문, 모발 및 체액 등의 증거물 및 이에 대한 DNA 감정 등 감정결과를 기재한 감정서 등의 객관적 증거가 다수 존재하였지만 확정심 판결에는 전혀 제출되지 않았다. 게다가 이 사건 실행범인 재심 청구인도 일관되게 부인하였다.

그러나 2004년 1월 고베지방재판소 히메지 지부에서는 재심 청구인을 실행범 중 한 명으로 인정하여 징역 6년의 유죄판결을 내렸다. 이후 항소 및 상고가 기각되어 2006년 4월 판결이 확정되었다.

이후 재심청구인은 만기 출소하여 2012년 3월 고베지방재판소 히메지지부에 재심을 청구하였다. 이후 2013년 5월 일변연도 재심청구의 지원을 시작하였다.

2014년 3월 고베지방재판소 히메지지부는 재심청구를 기각하였고, 변호인 측은 이에 불복하여 동년 4월에 항고를 제기하였다. 이후 거의 2년 동안 심리가 계속되었다.

2016년 3월 오사카고등재판소는 하급심 재판소에 환송 결정을 내렸다. 동 재판소는 재심청구인의 반론이나 증거 제출의 기회를 주지않고 재심청구를 기각한 것은 청구인의 방어권을 침해한다고 판단하였다. 또한 변호인단이 신증거를 제출하였지만 하급심에서 동 증거의 신빙성을 검토하지 않았다고도 지적하였다.[577]

차. 도요가와(豊川) 사건

2002년 7월 아이치현 도요가와시의 한 게임 주차장의 주차된 차량에서 당시 22개월

576) "小6死亡火災、再審開始へ・大阪高検が特別抗告を断念". 朝日新聞, 2015年10月27日.
577) 姫路・郵便局強盜：神戸地裁に審理差し戻し 再審請求 - 毎日新聞, 2016.3.

남아가 누군가에게 납치되어 4시간 후 현재 도요가와 미츠쵸 해안에서 죽은 채 발견되었다.

2003년 4월, 사건 현장 주차장에 세워 둔 차 안에서 자고 있던 트럭운전사(재심청구인)는 도요가와 경찰서에서 임의의 사정조사를 받았으며 이때 범행을 자백하였다. 이후 살인죄 및 미성년자 약취죄 혐의로 체포되었다. 그러나 그 후로 재심청구인이 자백의 강요가 있었다고 하여 무죄를 호소하고 있다.

애초 이 사건은 증인과 물증이 부족하여 자백의 임의성과 신빙성에 문제가 있었다. 재심청구인의 아버지 또한 한 인터뷰에서 '아들이, 자신을 의심할 사이에 증거 수집을 해줬으면' 이라고 하였다고 한다. 조사 당시에도 늦은 저녁까지 하며 책상을 치거나 발로 의자를 걷어차는 등 가혹한 행위를 거듭하였다고 하였다.

2006년 1월 나고야지방재판소는 무죄판결을 내렸지만, 동년 8월 검찰은 항소심에서 무죄판결의 파기를 요구하였다. 2007년 7월 나고야고등재판소는 '수사단계에서의 자백과 객관적 사실이 부합하고, 진술이 구체적이며 신뢰할 수 있다'라고 하여 원심판결을 파기하고 징역 17년 유죄를 선고하였다. 이에 재심청구인은 최고재판소에 상고하였으며, 2008년 9월 최고재판소의 상고 기각으로 복역 중이다. 그러나 이후에도 재심청구인은 재심을 계획하고 있다.

카. 나바리(名張) 독주 사건

1961년 3월 28일, 미에현 나바리의 공백성관 분관에서 농촌생활개선 클럽 총회가 개최한 자리에 남자 12명, 여성 20명이 참석하였다. 이 자리에서 포도주를 마신 여자 17명이 급성 중독의 증상을 호소하였고 이중 5명이 사망하였고 포도주에서 농약이 포함되는 성분이 검출되었다. 이 범행을 자백했다고 한 오쿠니시가 체포되었지만, 조사 도중부터 범행을 부인하였다. 1심(1964년 12월 23일)에서는 무죄가 선고 되었지만, 2심(1969년 9월 10일)에서는 유죄 및 사형이 선고되었고 피고 측이 상고하였지만, 최고재판소(1972년 6월 15일)상고를 기각하였다.

그 후 1974년부터 1988년까지 5차례에 걸친 재심청구가 모두 기각되었다. 이후에도 1993년 나고야고등재판소가 이의신청을 기각, 1997년 최고재판소가 특별항고를 기각, 1999년 나고야재판소가 제5차 재심청구이의신청을 기각, 2002년 최고재판소가

특별항고를 기각하는 등 재심 청구가 이루어지고 기각되는 일이 반복되었다.

2013년 11월 오쿠니시의 변호인단이 나고야고등재판소에 제8차 재심청구를 신청하였고 2014년 5월 나고야고등재판소 형사1부는 청구를 인정하지 않는 결정을 내렸다. 그 이유로는 변호인단이 제출한 증거에 대하여 "모든 증거와 종합하여 고려한다고 하여도 확정판결에 합리적인 의심을 발생시키는 것은 아니다"라고 지적하였다. 2015년 1월 제8차 재심청구 이의심에서 나고야고등재판부 형사2부도 형사1부의 결정을 지지하면서, 검찰 측, 변호인단과의 3자회담을 한 차례도 열지 않고 심리를 마쳐 재심청구를 기각하였다.

이후 재심대상자인 오쿠니시는 2015년 10월 기존에 앓던 폐렴으로 89세의 나이로 하치오지의료형무소에서 사망하였다. 이에 제9차 재심청구는 기각되었다. 2015년 11월, 오쿠니시의 여동생이 오쿠니시의 유지에 따라 나고야고등재판소에 제10차 재심청구(사후재심청구)를 신청하였으나 2017년 12월 나고야고등재판소는 변호인단이 제출한 새로운 증거 28점 모두 '무죄를 선고할 정도로 명백한 증거로는 타당하지 않다'라고 하면서 청구를 기각하였다.

그러나 오쿠니시의 변호인단인 일변연은 향후에도 나바리독주사건의 재심을 지원하고 무죄판결을 받기위한 모든 노력을 아끼지 않을 것을 표명하였다.[578]

8. 평가

일본의 경우 사라토리 사건 이후 일본에서 재심청구가 줄을 잇는 등 크게 상황이 변했다. 앞에서 살펴본 사형확정 사건에 대하여도 무죄로 결정됨으로써 재심제도는 큰 전환을 맞게 된다.

공통적으로 대표적인 4개 사건은 모두 청구인이 자백을 하고 있는 점, 재심청구에서는 자백의 신용성이 모두 부정되지만 과학적 증거에 의해 확정판결의 증거를 탄핵하거나 목격자 증인이나 공범자 증인의 신용성을 탄핵하여 재심개시 결정을 받아낸 것들이다.[579] 이들 사건에서 오판의 원인으로 드러난 문제점은 ① 자백에 더하여 자백

578) 나바리독주사건 제10차 재심청구기각결정에 대한 일변연 회장성명 https://www.nichibenren.or.jp/activity/document/statement/year/2017/171208.html 참조.
579) 상세한 내용은 이부츠키 마코토, 전게 논문, 7~8면 참조.

의 신용성이나 보강증거의 증명력이 부족하며, 그럼에도 수사기관에 의하여 증거날조가 이루어진 점, ② 조사기관에 의한 자백조서 내용이 범행동기가 소액의 금전 필요인데 범행은 강도살인이며, 범행 후 도주경로에 대한 진술내용 앞뒤가 맞지 않고, 범행시 입었던 옷에 대한 진술내용도 조사과정에서 모순투성이었다는 점, 그리고 범행 후 자신에게 묻은 혈액을 씻었다고 한 점 등에서 공통점을 갖고 있었다.

결국 자백편중의 수사가 이루어져 물증이 충분히 확보되지 않은 채 수사기관에 의한 증거날조와 편견에 의해 수사가 유지되고 기소 그리고 재판에 이르게 된 것이 오판의 주요원인으로 분석된다. 특히 재판시에 필요한 검증이 제대로 이루어지지 못한 점도 주요원인으로 작용한 것이다.[580]

제4절 오판 원인 분석

일본의 경우 오판에 이르게 된 과정을 보면 거의 공통적으로 수사기관이 허위의 자백을 획득하고 이를 지지하는 보강증거를 수집하여 재판에서 유죄를 유지할 수 있게 된 것이다.

1. 수사관에 의한 장시간 가혹 조사에 따른 자백 강요(허위자백)[581]과 대용감옥제도

일본에서는 형사취조단계에서 죄 없는 자가 허위의 자백을 하는 예가 적지 않다. 이 허위자백의 전형적인 예는 강제적 수사에 휩쓸려 따른 것이다. 구속된 피의자에 대하여, 조사관은 피의자를 범인으로 확신하여 조사하고, 종종 강력한 증거가 없다고 확신한다. 이러한 상황에서 피의자는 일반적으로 생각하는 것보다 훨씬 강한 압력을 받는다. 피의자는 가까운 사람들로부터 차단되고 자신의 생활이 경찰의 컨트롤 아래에 두어져 굴욕적인 상황에 내던져지며 피의자 자신의 변명을 들어주지 않는 무력감

580) 일변연의 분석결과에 대하여 이부츠키 마코토, 전게 논문, 8면 참조.

581) スティーヴン・A. ドリズィン (著), リチャード・A. レオ (著), Steven A. Drizin (原著), Richard A. Leo (原著), & 1 その他, なぜ無実の人が自白するのか—DNA鑑定は告発する, 日本評論社 (2008/12); なぜ無実の人が自白するのか http://www.kt-law.jp/c-essay/c-essay-keiji/518 참조.

에 시달린다. 이 고통은 어디까지 계속되는지 알 수 없고 예측도 되지 않는다.

예를 들어 나바리(名張) 독주사건의 경우, 당해 사건의 피의자인 오쿠니시는 체포되기 전에 매일 경찰에게 장시간 동안 취조를 받아 범행을 자백하게 되었다. 경찰은 피의자로부터 자백을 이끌어내는 것을 최대의 목표로 여기고 있고, 경찰 측이 생각하는 시나리오대로의 자백이 아니면 몇 번이고 반복하여 재차 변경을 요구하기도 한다. 이 때문에 장시간의 취조에 지친 피의자는 결국 범행을 허위자백하는 결과에 이른다.

그리고 피의자에 대한 조사는 대부분 대용감옥에서 이루어진다. 일본의 경우 체포 후 대용감옥시설에서 최대 23일간 피의자의 신병을 구속하고 그 기간 동안 아침부터 저녁까지 취조가 가능하다. 즉 피의자 생활의 전부가 경찰에 지배에 놓이게 되는 것이다. 대용감옥제도의 문제는 일본에서도 심각하게 인식되어 그 개선을 둘러싼 논의가 지속되었지만 실제 관행에서 변화한 것은 거의 없다.[582]

수사관은 피의자가 자신감을 잃고 절망에 빠질 때까지 조사를 계속 한다. 절망에 빠진 피의자는, 자신이 범인임을 시사 하는듯한 발언을 해버린다. 수사관이 조사 시에 피의자의 자백을 촉진하는 방법은 다양하다. 예를 들어 "어떤 증인이 너가 했다고 말했다", "너의 공범이 너에게 죄를 떠넘기고 있다", "너의 모발, 혈액을 그 방에서 발견하여 연구소에 보냈다. 감정 결과가 나오면 너는 끝이다" 등과 같이 피의자에게 거짓말을 할 수 있다.

또한 처음부터 무죄라는 선택지를 주지 않고, 동기 부여가 될 만한 것을 찾은 후 재빠르게 피의자 자백으로 몰고 간다. 양심, 분별, 신앙, 도덕 등의 동기 부여나 "자백하지 않으면 사형이다"는 등 형의 감경을 약속하거나 위험에 대한 두려움 외에도 "검사나 판사의 입장이라고 생각해 봐라. 협력적인 놈과 그렇지 않은 놈 어느 쪽을 상대하고 싶겠는가" 라고 말하여 자백하는 편이 검사나 판사의 심증에 맞고 피의자의 이익이 된다고 생각하는 방법도 있다. 이 외에 피의자의 기억에 대한 자신감을 잃게 하는 방법도 있다. 피의자는 장시간 조사에 피곤이 쌓이게 되고 자신의 기억을 의심하게 된다.

마지막으로 「수사에서 자백이 왕」이라고 생각하는 것은 우리나라나 일본이나 마찬가지이다. 이 때문에 객관적 증거 내지 물증을 찾는 것이 무시되기도 한다. 보강증거는

582) 이부츠키 마코도, 전게 논문, 8면.

자백에서 반드시 필요한 것인데도 불구하고 이를 자백에 부수하는 것 정도로 치부하거나, 자백의 내용에 모순되는 객관증거나 보강증거나 나와도 이를 은폐하거나 무시해버린다.

2. 잘못된 감정(鑑定)[583]

감정증거의 신뢰성 부족도 한 원인이다. 오판사건의 경우 공통적으로 조사기관의 감식담당이 작성한 과학적 증거나 감정 그리고 이를 지지하는 전문가 의견이 당초의 유죄를 뒷받침하고 있다. 즉 과학적 증거의 감정경과나 수법, 감정자료의 보관이나 취급 등 법정에 제출되는 감정서의 작성과정 전부가 투명하지 않고, 감정자의 중립성이나 독립성이 결여되어 있다.[584]

일본에서는 최근 DNA 감정 기법에 의하여 이른바 도쿄전력OL살해사건이나 아시카가(足利)사건의 재심이 인정되어 무죄가 확정되었다. 이에 따라 DNA 감정이 무죄입증에 유효한 방법으로 평가되고 있다. 한편, DNA 감정의 잘못된 이용이, 무고한 자의 신체구속이나 허위자백의 유도 등에 의하여 오판요인으로 될 수 있는 경우도 분명히 있다.

그러나 2000년 이후 재심개시결정이 이루어진 사건에 있어서, DNA 감정이 신증거로서 의의를 가지는 것을 여기저기서 찾아볼 수 있었다. 즉, 아시카가(足利) 사건, 도쿄전력OL살인사건, 하카마다(袴田) 사건에서는, 확정판결의 유력한 증거가 된 유류 DNA와 원 피고인의 DNA가 일치한다고 하는 감정이 재감정에 의하여 일치하지 않는다고 하는 것이 명확하게 되거나, 감정을 실시하지 않았던 증거의 DNA 감정에 의하여 원 피고인과는 다른 DNA가 발견되고, 그 DNA와 확정판결의 기초가 된 유력한 증거가 일치하는 등의 경우가, 유력한 결정적 근거로 되는 것이다. 이러한 DNA 감정에 의하여 재심개시결정을 받게 되자 형사재심의 영역에 DNA 감정, 게다가 그것을 포함한 과학적 증거의 문제가 클로즈업되었다.[585] 그런데, DNA 감정은, 유죄방향에 있어서

---

583) 木村祐子, 誤判防止のための科学者と法律家の協働―刑事手続における科学的証拠―, 法学研究 No. 19, http://opac.ryukoku.ac.jp/webopac/rd-ho-kn_19_004._?key=MVEIHQ 참조.

584) 이부츠키 마코도, 전게 논문, 9면.

585) 예를 들면, 『無実を明らかにしたＤＮＡ型再鑑定――足利事件で問われるもの』, 「法と民主主義」, 439号, 2009年, 48면, 佐藤博史·本田克也, 『DNA 足利事件』, 「季刊刑事弁護」, 71号, 2012年,

도 무죄방향에 있어서도 과학적으로 입증할 수 있는, 결정타가 될 수 있는 증거이다. 미국에서는, 이노센스 프로젝트의 활동에 따라, DNA 감정에 의해 많은 유죄판결 후의 수형자의 원죄구제가 이루어지고 있다고 하는 현상도 있다.[586] 그렇다면, DNA형 감정이 신증거가 되는 경우, 그 증명력은 상당히 강하다고 할 수 있을 것이다.

다시 언급하지만 아시카가(足利) 사건, 도쿄전력OL살해사건 등에서 DNA 감정의 결과가 신증거로 채용되어 재심 개시가 결정되고 무죄가 확정되었다. DNA 감정은 높은 식별정도에 따라 과학적 증거로서의 신뢰성을 높이고 종래에 불가능으로 여겨졌던 '무죄의 증명'을 가능하게 하는 것으로 미루어보아 현대 재판에 있어 "증거의 왕"으로 자리잡는 것으로 보인다. 아시카가(足利) 사건의 무죄확정 후 발행된 '과학적 증거와 이것을 이용한 재판의 방향'에서는 과학적 증거를 '인간의 인식이나 기억 등의 각 단계에 오류가 파고드는 위험성을 안고 있어 그 신용성 판단에 어려움이 따르는 진술증거의 존재를 줄이고 재판의 확실성, 신뢰성을 높이는' 증거방법이라고 한다.[587]

분명 오늘날 재판에서 DNA 감정을 필두로 하는 과학적 증거는, 판단자(법관 또는 검사)의 자의가 개입되지 않는 '객관적 증거'로서 중시된다. 그러나 법률가는 과학 전문가가 아니다. 과학의 기본원리와 그 기술의 응용결과인 감정에 대하여 정확하게 이해하고 평가할 수 있는지는 의문의 여지가 있으며, 한편으로 전문가인 과학자들이 정확한 과학적 판단을 재판에 적절하게 제공할 수 있는지에 대한 의문도 남아 있다.

형사재판에서 사실인정은 피고인에게 형벌을 부과하는 전제이다. 따라서 재판에 제공된 과학적 진실은, 법적으로 정확한 판단을 이끄는 증거여야 한다. 형사재판에 있어 과학적 증거에 대해서 법률가의 판단과 과학자의 판단에 어긋남이 생기는 경우에는 각각의 역할을 자각하여 과학적 정확성을 존중한 법적 판단이 될 수 있다.

또한 확실한 증거방법으로 자리잡은 과학적 증거조차도 오판원인이 될수도 있다. 예컨대 미국에서 DNA 감정 이외의 절차가 포함된 무죄판정자 1900명(2016년 기준) 중 일부를 대상으로 한 조사(복수응답 포함)에서는, 잘못된 목격증언 70%, 잘못된 과학감정 69%, 정보제공자의 증언 21%, 허위자백 22%이며, 잘못된 과학적 증거는

25면 이하 등.

586) 이노센스 프로젝트와 DNA 감정에 대해서는, ジム·ドワイヤー 외 著, 無実を探せ! イノセンス·プロジェクト ― DNA鑑定で冤罪を晴らした人々, 現代人文社, 2009年 .

587) 이와 관련된 자세한 내용은 勝又義直. ―刑事手続における科学的証拠―, 法科学技術13(1), 2008.

잘못된 진술과 마찬가지로, 오판 원인의 높은 비율을 차지하고 있다.

이것은 과학적 증거가 오판원인으로 될 수 있는 가능성이 높다는 것에서, 진술증거와 아무런 변함이 없이 신중한 증거채용으로 사실인정에서 충분한 검토에 기초한 증명력 판단이 필요한 것을 나타내고 있다.

3. 경찰 또는 검찰의 피고인에게 유리한 증거 은폐

형사재판에서 피고인이나 변호인은 검사가 제시한 증거가 어떠한 것이 있는지, 그 전체적인 내용을 알 수 없다. 피고인이나 변호인이 "피고인에게 유리한 증거가 있을 것이다"라고 개시를 청구하여도 검사가 '없다'고 말해버리면 그 이상 추궁할 길이 없다. 위에서 본 것처럼 끊이지 않는 冤罪사건을 돌이켜보면, 검사의 '증거인멸'이 상시화되는 것은 아닌가에 대한 의문이 풀리지 않는다. 애초에 사회정의 실현을 위해 공권력을 행사하여 모은 증거이니 공평하게 취급해야 하는 것은 공정한 재판의 전제이다. 따라서 개별적으로는 관련자의 프라이버시를 침해하거나 인멸하려는 시도가 있을 수 있겠지만, 적어도 검사가 어떠한 증거를 가지고 있는지를 나타내는 리스트(목록표) 정도는 피고인 측도 알아야 할 것이다. 이러한 점에서 2016년 5월 개정 형사소송법에는, 쟁점과 증거를 모아 공판 전 준비절차 등의 단계에서 피고나 변호인이 청구하면, 검사는 보관하는 모든 증거의 리스트를 교부하여야 한다는 규정이 담겨있어 큰 의미가 있다.[588]

그런데 이 증거목록 교부제도는 통상의 일반형사재판을 그 대상으로 한다. 유죄가 확정된 사람이 冤罪라고 호소하여도 재판을 다시 할 것을 요구하는 '재심청구'에의 적용은 명문화되어 있지 않다. 그러나 재심을 청구하고 있거나 또는 청구하려고 하는 사건과 같이 무죄주장에 설득력이 있는지의 여부를 검증하기 위해서는 증거를 자세히 조사할 필요가 있다. 거기에 재심청구는 사건발생으로부터 시간이 경과한 경우가 많아 관련자의 프라이버시를 침해하거나 수사방해로 이어질 가능성은 적다.[589]

---

588) 이에 대한 상세한 내용은 刑事弁護ビギナーズver.2(季刊刑事弁護増刊) 補遺, 2016年改正刑訴法成立に伴う注意点, http://www.genjin.jp/files/supplement/keijibengobignnerssupplement201804.pdf 참조.

589) 이러한 관점을 어우르는 형태로 재심청구심에서 증거목록을 개시할지의 여부를 다툰 사건이 '하카마다 사건'(1966)이다.

피고인이나 변호인은 증거자료 리스트와 함께 공판에서 자신들에게 유리한 증거의 개시를 요구한다. 물론 그것을 개시하는가의 여부는 검찰이나 법원의 판단에 따르지만, 개시가 된다면 좀 더 공평한 재판을 받을 수 있는 것이 보장될 것이다. 검찰이나 경찰에게도 증거의 오픈은 수사나 입증의 정당성을 뒷받침하는 것으로도 이어질 것이다.

4. 허위자백 또는 잘못된 감정에 대한 법원의 평가 오류[590]

일본 형사소송법 제318조에서는 "증거의 증명력은 법관의 자유로운 판단에 맡긴다"고 규정하여 자유심증주의를 취하고 있다. 자유심증주의와 법정증거주의를 비교한다면, 증거의 증명력의 판단을 법관에게 맡기는 자유심증주의의 방법이 인격권의 존중·계약의 자유·소유권의 절대성·과실책임의 원칙 등 이성적 판단자를 상정하고 있는 근대법 기본원리에 합치한다고 본다. 또한 이는 이성에 따른 판단을 할 수 있는 법관의 상을 전제로 하고 있다.

그러나 증거의 증명력 판단을 전면적으로 판단자에게 맡기는 것은 자의적인 판단이 이루어지는 冤罪·오판이 생길 우려가 있다. 그래서 자유심증주의의 예외 및 심증형성의 제약에 대해서 언급되고 있는 것이다. 자유심증주의에 대한 명문상의 예외는 일본 헌법 제38조 3항 및 형사소송법 제319조 2항에 명시되어 있다. 이들 규정이 두어진 이유는, 자백편중의 수사활동으로 인한 冤罪·오판의 발생을 방지하기 위함이며 이 이유에 관한 한 그 표면상으로는 판례상으로도 학설상으로도 이론이 없다. 그러나 이들 규정의 해석이나 운용에 대해서는 冤罪·오판의 발생 방지에 도움이 되지 않으며, 그 반대로 오판 발생의 원인이 되기도 한다.

증명능력평가에 대해서는 그동안 입증책임의 문제와 연관시키면서 확신의 심증·개연적 심증·증거의 우월 등의 용어를 번갈아 사용하여 설명되어 왔다. 즉 사실 인정의 역할을 담당하는 자가 양 당사자의 공격·방어를 관찰하고 마음속으로 생각하던 심증의 정도, 예를 들어 확신의 심증에 이르면 유죄·그렇지 않으면 무죄라는 논리로 논의되어 왔다. 또한 배심제도 하에서 유죄 평결에는 전원의 일치가 필요하다거나 다수결로 결정한다는 등의 논의방법도 심증의 정도에 관한 논의와 거의 동일하다.

---

590) 荒木伸怡, 証明力評価に関する一考察, 『刑事司法への市民参加』(高窪古稀祝賀論文集), 참조.

진술증거이건 비진술증거이건, 직접증거이건 간접증거이건 각각의 증거는 증명력에서 차이가 있다. 따라서 사실인정의 역할을 맡고 있는 법관이 이를 무시하고 증명력의 유무·대소를 자의적으로 정하도록 두게 되면, 과거에 일어난 일회적 범죄의 사실해명을 어렵게 하고 冤罪·오판을 낳는다. 또한 경험과학에 따라 이미 규명된 법칙을 무시하고 자의적인 법칙을 창출하여 판단하는 것에 대해서도 마찬가지이다.

따라서 각각의 증거가 각각의 증명력을 갖추고 있다는 점을 인식하여야 하며, 그것에 관하여 무시하거나 경시가 허용되어서는 안 된다. 즉, 각각의 증거가 갖추고 있는 증명력의 차이에 대하여 사실인정자인 법관에게 자의적인 판단이 허용되어서는 안 된다는 것이다.

제5절 일본변호사연합회와 오판구제 활동

1. 일변연의 설립과 오판구제 활동

일본변호사연합회(이하 일변연)는 국가기관의 감독을 받지 않는 독자적인 자치권(변호사 자치)을 가지며 이 자치권 아래 변호사 등의 지도, 연락 및 감독을 실시하고 있다. 일변연에서는 변호사의 사명 아래 인권보호에 관한 다양한 활동, 각종 법률 개정에 관한 조사 연구·의견제출, 소비자피해구제, 공해·환경 문제에의 대응, 형사절차개선활동, 시민에게 열린 사법을 위한 사법개혁운동 등에 적극 나서고 있다. 그중 중요한 활동 중 하나가 재심지원활동이다.

2. 일변연과 재심 지원

일변연이 재심과 처음 관계를 가진 것은 1959년이다. 그 계기가 된 것은 같은 해 1월 28일 도쿠시마 사건의 수사에 인권침해가 있다며 그 구제를 요구하는 인권구제신청을 받은 것이다. 이 신청을 받고 일변연은 인권보호위원회 내에 도쿠시마 사건 특별위원회를 설치하고 조사를 실시하였다. 그 결과 검사가 불법조사에 의해 이루어진 내용을 바탕으로 관련자에게 허위진술 강요를 하고 있었고, 일변연의 판단으로는

범인으로 지목된 후지 시게코는 결백하다고 보았다. 이에 따라 일변연은 1960년 5월 25일 법무장관 및 검찰총장 앞에서 담당 검사에 대한 단호한 조취 등을 요구하였다. 그러나 이후에도 검찰청의 태도 변화는 없었고 위 특별위원회 위원이 도쿠시마 사건의 변호인이 되어 변호활동을 하는 등 재심청구인의 변호활동에 적극적으로 나서게 되었다. 그리고 이러한 대응이 이후 인권보호위원회에게 인계되어 여러 차례 특별위원회(현재 재심사건위원회)가 설치되었고 이 위원회에서 개별사건의 재심청구 변호활동을 적극적으로 하게 되었다.

3. 일변연의 인권보호위원회

이른바 冤罪는 기본적 인권을 유린하는 가장 큰 원인이다. 일변연은 인권보호위원회를 두어 다음의 3가지를 종합적으로 고려하여 인권침해사건으로서 취급하는가의 여부에 대한 판단을 한다.

(1) 유죄 선고를 한 확정판결 또는 항소 또는 상고를 기각한 확정판결이 오판일 가능성

(2) 재심청구에 필요로 되는 신증거가 발견될 가능성

(3) 당해 형사사건의 내용, 성질, 사회적 영향 등에 비추어 본 위원회가 당해 형사사건의 재심원조를 할 필요성의 정도 및 상당성

이러한 기본원칙에 근거하여 재심의 원조가 결정된 경우, 동 위원회 내에서 당해 사건의 재심사건 위원회가 설치되고, 변호인을 파견하거나 필요한 비용을 원조해주는 등, 재심변호활동을 원조한다.[591]

참고로 아래 [표 6-2]는 2016년 기준 일변연이 지원하고 있는 재심사건들이다.

591) 일변연은 1950년부터 매해 인권옹호대회를 통해 중요한 인권 문제를 주제로 심포지엄을 개최하고 있으며 이와 관련된 결의집을 제공하고 있다. https://www.nichibenren.or.jp/activity/document/civil_liberties.html 참조(최종확인: 2018. 11. 02).

[표 6-2] 일변연 재심지원 사례

2016년 9월 30일 기준

사건명	사건발생 년월일	원조결정 일 또는 사건위원회 설치일	확정판결 연원일	상소기각연 월일	확정판결 재판소	확정판결	현 상태
나바리 (名張)	1961. 3.28	1973. 10.27 위원회 설치	1969. 9.10	1972. 6.15. 상고기각	나고야 고등 재판소	사형	제10차 재심청구심 (나고야고등 재판소)
하카마다 (袴田)	1966. 6.30	1981. 11.13. 위원회 설치	1968. 9.11	1980. 11.19. 상고기각	시즈오카 지방 재판소	사형	제2차재심 청구·즉시 항고심
마루요무선 (マルヨ無線)	1966. 12.5	1975. 12.8. 위원회 설치	1968. 12.24	1970. 11.12. 상고기각	후쿠오카 지방 재판소	사형	제7차재심 청구심
오자키 (大崎)	1979. 10.12	2013. 10.22. 원조결정	1980. 3.31.	1981. 1.30. 상고기각	가고시마 지방 재판소	징역10년	제3차재심 청구심
히노쵸 (日野町)	1984. 12.28	2002. 3.15. 원조결정	1995. 6.30.	2000. 9.27. 상고기각 2000. 10.13. 이의신청 기각	오츠지방 재판소	무기징역	제2차재심 청구심
마츠바세 (松橋)	1985. 1.6	2011. 8.18. 원조결정	1986. 12.22.	1990. 1.26. 상고기각	구마모토 지방 재판소	징역13년	재심청구· 즉시항고심
후쿠이여자 중학생살인 (福井女子中学生殺人)	1986. 3.19	2004. 3.19. 원조결정	1995. 2.9.	1997. 11.12. 상고기각 1997. 11.21. 이의신청 기각	나고야고 등재판소 가나자와 지부	징역7년	제2차재심 청구준비중
히가시스미 요시 (東住吉)	1995. 7.22	2012. 7.12. 원조결정	朴龍晧 1999. 3.30	2006. 11.7. 상고기각	오사카지 방재판소	무기징역	재심무죄 확정
			青木恵子 1999. 5.18	2016. 12.11. 상고기각	오사카지 방재판소	무기징역	

사건명	사건발생 년월일	원조결정 일 또는 사건위원회 설치일	확정판결 연원일	상소기각연 월일	확정판결 재판소	확정판결	현 상태
히메지우체국강도 (姫路郵便局強盜)	2001. 6.19	2013. 4.19. 원조결정	2004. 1.9	2006. 4.19. 상고기각	고베지방 재판소 히메지지부	징역6년	특별항고심
도요가와 (豊川)	2002. 7.28	2016. 6.16. 원조결정	2007. 7.6	2008. 9.30. 상고기각	나고야고 등재판소	징역17년	재심청구심
코이시카와 (小石川)	2002. 8.1	2015. 5.8. 원조결정	2004. 3.29	2005. 6.17. 상고기각	도쿄지방 재판소	무기징역	재심청구심

※ 히가시스미요시 사건은 재심청구인(피고인)이 2명이며 확정심의 심리, 판결 및 재심청구는 각각 다르게 내려졌다. 재심청구심에서는 2건의 재심청구사건이 병합되었으나 재심개시확정 후의 재심공판에서는 각각 다르게 다루어졌다.

* 출처: 日本弁護士連合会, 弁護士白書, 2013年, 6면.

4. 일변연의 재심법개정논의

가. 배경

앞에서 살펴본 바와 같이 1976-1978년 일변연이 관심을 갖고 지원해온 멘다 사건, 시마다 사건, 고우시 사건, 나바리 사건, 사야마 사건, 무레 사건, 제국은행 사건이 잇달아 재심청구를 기각당한 이후 그 이유를 분석하는 등 상황타파를 위한 여러 활동을 하는 가운데 재심법개정안을 만들기로 하였다.

일변연의 재심법 개정안의 목적은 첫째, 재심개시요건과 관련하여 시라토리 결정에서 나온 판시내용을 판례가 아닌 법률로서 정착시키고자 하는 것이고, 둘째, 재심절차를 개선하는 데 있었다. 이와 동시에 이 개정안을 필두로 재심사건을 지원하고 재심운동에 박차를 가하고자 하였다.

일본 형사소송법은 1949년 1월 1일에 시행 이래 직권주의를 유지해왔으며, 이에 따라 법관의 권한은 매우 강하였고 피고인은 취조의 대상이었다. 이후 형사소송법 개정을 통해 피고인이 당사자로서 지위를 갖게 되었지만 재심 규정은 '불이익 재심' 규정 이외에는 정정되지 않았다. 구 형사소송법의 불이익재심이라고 하는 것은 일단

무죄로 풀려나도 일정한 새로운 증거가 발견되면 다시 재판을 해서 유죄로 될 수 있는 것이다. 이런 이유로 일단 피고인이 되면 평생 불안할 수밖에 없다. 불이익재심만은 폐지하였지만 이 외에는 다이쇼 11년에 만들어진 법률이 현재까지 그대로 남아있다.

치죄법하의 태정관포고 제37호에서는 어떤 경우에 재심을 개시할 것인가에 대하여 '살인사건에서 피해자로 여겨졌던 자가 살아있었다고 판명된 때'라고 하였다. 그 후 메이지 23년이 되어서야 구 형사소송법이 완성되었고 이후 몇 차례의 개정을 거쳤지만 재심 규정만큼은 다이쇼 시대의 규정이 그대로 남아있다.

나. 일변연 개정안의 내용(平成 3년안)

[표 6-3] 일변연이 제안한 개정안의 내용(平成3年案)

번호		내용
1	요건 문제	재심의 이유(435조 6호)
2	절차 문제	법원직원의 제적 및 기피 (438조의 2)
3		국선변호인 (440조 2항, 3항)
4		변호인의 접견교통 등(440조 4항)
5		사실 조사-청구인, 변호인, 검사의 의견진술 (445조 1항, 6항)
6		사실 조사-사실조사의 청구 (445조 2항, 4항)
7		사실 조사-사실조사의 입회·증인 신문 (445조 3항)
8		사실 조사-공개 법정 (445조 7항)
9		불복신청기간 (450조 2항, 5항)
10		재심개시결정에 대한 검찰의 불복신청 금지(450조 1항, 5항)
11		결정고지기일의 통보(형사소송규칙 286조의2)
12		재심청구비용보상(188조의7, 8)

* 제안된 개정안의 자세한 내용은 谷村正太郎弁護士, 「1970 年代·80 年代の再審法改正運動」, 3-6면 참조.

제6절 일본에서의 재심개정 논의[592]

그렇다면, 일변연을 제외한 일본에서의 재심법 논의사항은 없는 것인가.

이에 대한 본격적인 논의에 앞서 이하에서는 일본에서의 재심개정에 대한 논의내용을 살펴본다.

1. 재심개정 논의에 대한 움직임

2000년대에 들어, 형사재심을 둘러싼 움직임에 변화가 보이는 것 같다. 즉, 2000년대에 들어 재심개시가 인정된 사건이 비교적 연속되는 것을 보면, 형사재심이 활발화된다고 말할 수 있는 상황에 이르게 된 것이다. 이러한 의미에서 2000년대 이후 연달은 재심개시 결정에 대해 그 판단범위의 검토를 더하여온 연구도 더러 있다.[593] 이에 따르면, 개시결정이 된 사건의 판단범위는, 시라토리·사이타가와 결정이 나타난 전면재평가설에 서있다. 확실히, 저간의 재심개시를 인정한 판시를 보면, 시라토리·사이타가와 결정 이전에 보였던 것과 같은 고립평가나 한정적 재평가에 의한 것은 아니고, 구증거에 신증거를 더한 총합평가를 하여, 합리적 의심이 생기는가의 여부를 판단하고 있다. 무엇보다도 2000년 이전의 재심개시결정이 나타난 사건을 보면, 어떤 특징이 존재하는 것으로 보인다. 그것은 시라토리 결정 전후 재심개시결정이 나타난 사건이, 대부분 세계대전 후 1950년대까지 발생한 오래된 사건에 대한 것이고, 2000년 이후 재심개시결정이 이루어진 사건은 그 대부분이 1980년부터 1990년에 발생한, 비교적 새로운 사건이라고 하는 것이다.

이처럼 2000년 이후 재심개시결정이 나타난 사건은 확실히 신(新)·구(旧) 양 증거의 총합평가를 향하고 있으면서도 실제로 신증거 그 자체가 상당한 증명력을 가지는 경우로 인정되고 있다. 후쿠이여자중학생 살인사건에서는, 신증거로 채택된 관계자의 진술조서에서 「구증거에 있는 각 공판진술의 신용성을 부정하는 정도의 증명력을

592) 岡田行雄, 전게서, 215-217면.

593) 예를 들면, 豊崎七絵, 『最近の再審開始決定における証拠の明白性判断の論理について』, 「季刊刑事弁護」, 74号, 2013年, 87면 이하, 新屋達之, 『最近の6再審請求審判断をどうみるか』 지적도, 「季刊刑事弁護」, 79号, 2014年, 86면 이하.

가진다고 말할 수 없다」라고 하여 그 자체의 증명력의 강도는 인정하지 않으면서, 이를 포함한 신·구 양 증거의 총합평가에 따라 명백성을 판단하여 개시결정을 내렸으며, 개시결정을 취소한 이의심에서는 신증거 그 자체의 증명력이 문제로 되고 있다.

2000년 이후의 형사재심의 활발화는 DNA 감정 이외에도 문제를 던졌다. 예를 들면 후카와(布川) 사건, 도쿄전력OL살인사건이나 하카마다(袴田) 사건 등 이 기간 동안의 재심개시결정이 된 사건의 상당수에서, 검찰 측이 숨겼던 무죄방향의 증거가 청구인에게 개시됨에 따라 확정심의 사실인정으로 합리적인 의심이 생긴 것으로부터, 재심청구심에서 증거개시의 문제의 중요성에 대하여 그 목소리를 높여왔다.[594] 재심개시결정에 대한 검사의 즉시 항고에 대한 문제도 있다. 이 문제는 오래전부터 입법론적 해결을 요구하는 지적이 있어왔다.[595] 재심개시결정이 내려진 후에 검사의 즉시항고·이의신청을 받아 재심개시가 뒤집어진 사안이, 오자키(大崎) 사건, 나바리(名張) 사건(제7차), 후쿠이여자중학생 살인사건으로 연속된 것으로, 최근 움직임에서도, 검사의 항고권에 대하여 뿌리 깊은 의문이 제기되고 있다.[596] 그러나 히가시스미요시(東住吉) 사건에서는, 오사카지방재판소는 재심개시결정을 한 후, 확정 전에 재심청구인 2명의 무기징역형의 집행을 정지하는 결정을 하였지만, 검사는 재심개시결정에 대하여 즉시항고와는 별개로 오사카지방재판소가 내린 형의 집행정지결정에 대해서 항고를 하였고, 오사카고등재판소는 항고를 받아들여 형의 집행정지결정을 취소하였다. 변호인 측이 특별항고를 하였지만, 최고재판소는 이를 기각한 후에, 직권판단에 따라 형의 집행정지결정에 대한 일반항고가 가능하다고 판단하였다(最決平成 24·9·18 刑·集 66巻 9号963면). 도쿄전력OL살인사건에서도, 재심개시결정과 함께 형의 집행정지결정을 하였지만, 이에 대해서 검사는(이후에 기각되었지만,(東京高決平成 24·7·31 간행물미등재)) 이의신청을 하였다. 이러한 일을 계기로 형의 집행정지결정에 대한 불복신청의 가부에 관하여 검토가 더해지는 것에 이르렀다.[597]

---

594) 예를 들면, 『特別企画 再審請求審における証拠開示の現状と課題』, 「季刊刑事弁護」, 80号, 2014年, 98면 이하.

595) 예를 들면, 岡部 泰昌, 『刑事再審をめぐる若干の問題—当事者主義との関連において』, 「法律時報」 47巻 1号, 1975년, 114면, 平場安治 외, 「注解刑事訴訟法下巻(全訂新版)」, 青林書院, 1983년, 370면.

596) 예를 들면, 大谷規男, 『再審開始決定に伴う刑の執行停止について』, 「大阪大学」 62巻3·4号, 2012년, 98면 이하.

597) 大谷規男, 『再審開始決定に伴う刑の執行停止決定に対する抗告の可否』, 「新·判例解説 Watch」13

현행 형사소송법은, 재심청구에 시효를 두지 않고, 또한 유죄판결을 받은 자 본인이 사망한 후에도 그 유가족이 재심을 청구할 수 있도록 하여 사후재심을 인정하고 있다. 나바리(名張) 사건이나 히노쵸(日野町) 사건 등에서는 유죄판결을 받은 자 본인이 사망하였기 때문에 유가족이 재심청구인으로 되어 재심 신청이 계속되고 있다. 그러나 이와 다르게, 후쿠오카(福岡) 사건이나 키쿠치(菊池) 사건 등에서는 유가족이 없었기 때문에 재심청구를 할 수 없었던 현실이나, 유가족이 있어도 차별·편견이 두려워 재심청구를 포기할 수 밖에 없는 경우가 발생하고 있다는 현실이다. 재심법의 이론만으로 한정하는 것은 아니지만, 히미(氷見) 사건 등에서는 재판소가 허위작성된 수사단계에서의 자백조서의 신용성 판단을 잘못 해버린 것에서부터, 교묘하게 작성된 자백조서에 대해서는 재판관에게도 그 허위를 꿰뚫어보는 것은 어렵다고 하여, 조사단계에서의 자백조서에 대해서 증거능력을 부여하는 것의 문제가 지적되고 있다.

2. 재심개정 논의

일본 형사재심에 대해서는, 일찍이 冤罪피해의 당사자에 의한 재심청구에 대해서는 거의 열리지 않는, 「열리지 않는 문(開かずの扉)」으로 비유된다.[598] 거듭 서술하지만 재심에 대해서는 戦後 현행형사소송법이 제정된 이래 70년간 부분개정이 이루어진 것도 없이 불변하다. 게다가 규정자체는 다이쇼 형사소송법을 그대로 받아들이고 있기 때문에, 규정 그 자체로는 100년 가까이 변하지 않았다. 그러나 현행형사소송법의 재심의 규정과 구 형사소송법의 재심 규정이 동일하다고 하여 필연적으로 현행형사소송법 하에서도 구 형사소송법 하의 사고방식을 이어 받아야한다고 하는 것으로 이어지지 않음은 말할 필요도 없다. 「이중 위험의 금지(二重の危険の禁止)」의 채용과 불이익 재심의 폐지는, 구형사소송법과 현행 형사소송법 간의 격절을 의미하는 것이다.

실제로, 다소 시간은 걸렸지만, 戦後 형사재심의 이념은 「무고의 구제(無辜の救済)」로 전환되어, 형사재심제도는 인권보장을 위한 제도로의 변모를 이루었다. 이에 대한 일본변호사연합회 등의 역할 완수의 의미가 매우 크다.[599]

号, 2013년, 152면.

598) 그러나 이러한 예시에는, 진범인을 처벌하기 위하여, 검사가 행한 재심청구의 경우는 해당하지 않는다고 한다. 검사에 의한 재심청구의 경우 재심개시결정이 비교적 간단히 내려지고 있기 때문이다.

1975년 이른바 시라토리결정에 따라, 노바형의 재심개시결정으로 그 문턱이 낮아지는 것과 더불어, 그 후 몇 가지 사형확정사건이 재심에 의하여 무죄로 되는 冤罪사건이 드러나게 되었다.

이러한 의미에서, 일본에서도 재심법제개혁의 계기가 되었던 원죄사건이 수없이 많았던 것은 사실이다. 그러나 일본 형사소송법에서의 재심절차 규정은 현행 규정이 시행되었던 1949년부터 변화하지 않았다. 다시 말하면, 일본에서는 형사재심제도의 입법에 의한 개혁은 무엇 하나 이루어지고 있지 않다. 여기에서 국제적인 조류와 그 큰 격차가 있다.

또한 戦後 형사재심의 이념에 입각하여 재심법을 해석하더라도, 거기에는 절로 한계가 있을 것이다. 더불어 제정 당시에는 문제로 되지 않았던 사항이 세월을 거듭하여 문제로 부상되는 경우도 존재하며, 그것을 해석이나 운용으로 해결하는 것에도 한계가 있다. 재심법이론의 검토에 더하여, '무고의 구제'에 따른 재심법제의 정비도, 당연히 검토되어야 할 것이다.

상기에서도 언급한 바와 같이 일본에서도 원죄피해당사자의 청구에 의하여, 꽤 '열리지 않는 형사재심의 문'을 열리기 쉽게 하기 위해, 입법제안이 되었던 경우는 있다. 이는 앞서 살펴본 1968년에 카미치카 이치코(神近市子) 중의원 의원 등에 의하여 국회에 제출되었던, 사형확정자 재심특례법안이 그것이다.[600][601] 그러나 이 법안은 폐안되었고 시라토리결정을 거쳐, 사형확정사건에 대해서 재심이 개시된 이후에는, 구체적인 입법에 따른 개혁안이라기 보다는, 제 외국에서의 입법개혁의 담당자이었던, 연구자나 변호사가, 재판소에 의한 해석을 통하여 재심의 문(門)의 확대로의 활로를 구하는 움직임만이 있었다고 할 수 있다.

또한 1962년에 일본변호사연합회에 의한 재심규정 개정안이 있었고, 이후에도 일변연案은 수차례 개정안을 내고 있다.[602] 그 외에도 日本社会党[603]이나 日本共産

---

599) 「무고한 자의 구제」를 위한 재심법이론의 연구는 지금도 계속되고 있다. 福永俊輔, 전게서, 252-253면.

600) 이 법안은, 일본이 GHQ점령 하에 설치되었던 기간에 제소된 미집행 사형확정자의 사건에 대해서는, 상당한 신증거의 발견이 있다면 재심을 개시할 수 있는 등을 통하여, 특정 사건에 한해 재심개시의 요건을 완화하였을 뿐 아니라, 재심개시결정으로의 검사에 의한 불복신청을 할 수 없게 하는 등의 내용을 가지고 있었다. 神近市子, 「死刑確定者再審特例法案について」(法律時報 40巻11号, 1968年) 106면 이하 참조.

601) 제2절 일본의 재심제도 4. 사형오판구제를 위한 재심특례법안 참조.

党[604]에서도 재심규정의 개정안을 제출하였다. 그러나, 21세기에 접어들어 일련의 형사사법개혁 중에는, 재심에 대해서 언급이 없다. 그뿐 아니라, 형사사법개혁은, 재심의 「열리지 않는 문(開かずの扉)」化로 관여하고 있다고도 말할 수 있다. 그것은 바로, 冤罪를 구조적으로 낳고 있는 일본형 형사절차에 대해서는 근본적인 재검토를 하지 않는 암묵적 전제와 더불어, 일련의 형사사법개혁이 진행되기 때문이다.

물론 연구자나 변호사 등에 의하여 재심개시의 확대를 위한 해석론에 관한 논쟁이 다수 있어왔지만, 유감스럽게도, 큰 성과가 있다고는 할 수 없다. 특히, 재심개시결정이 일단 나왔다고 하여도, 검사가 불복을 신청하는 한 언제든지 재심개시결정이 취소되는 상황은 아무것도 변하지 않았다고 말하지 않을 수 없다. 따라서 해석론에 따라 현 상태를 타개하는 것에 대해서 기대하는 것에도 일정한 한계가 있다고 할 수 밖에 없다. 또한 제 외국에서 재심법제의 개혁을 실현하고 있는 현실의 상황과 달리 일본에서 旧態의 재심법제를 유지하지 않으면 안 되는 적극적인 이유도 없다.[605]

확실히 재판원제도 도입을 계기로 한 형사사법 개혁은 피의자국선변호제도의 도입을 가져왔고, 검사에 의한 직무범죄가 계기가 된 입법은 수사기관에 의한 피의자 취조의 가시화 등, 일정한 성과를 가져왔다. 그러나 한편으로 재판원제도 도입을 계기로 한 형사사법개혁을 국제적으로 계속 비판받아온 대용감옥의 영구화[606]나 형사변호를 곤란하게 하는 공판전정리절차와 거의 세트로 취급되고, 검사에 의한 직무범죄 계기 입법은 통신 감청의 대폭적인 확대나 형사면책제도, 수사·공판협력형협의·합의제도의 도입 등, 수사권한을 대폭 확대하는 입법도 동시에 낳고 있는 것이다.[607]

---

602) 1977년에 「昭和52年案」이, 1985년에 「昭和60年案」이, 1991년에 「平成3年案」을 내었다. 昭和52年案에서는, 「日弁連再審改正案—刑事再審に関する刑事訴訟法(第4編) 및 刑事訴訟規則中一部改正意見書(昭和52年1月22日이사회결정)」(自由と正義 28券 4号, 1977年) 83면 이하, 昭和60年案에 대해서는, 日弁連再審改正案—刑事再審に関する刑事訴訟法(第4編) 및 刑事訴訟規則中一部改正意見書(昭和52年1月22日이사회결정)」(自由と正義 37券 2号, 1986年) 114면 이하, 平成3年案에 대해서는, 刑事再審に関する刑事訴訟法等改正意見書— 平成3年 3月 28日 이사회승인」(自由と正義 43券 1号, 1992年)75면 이하.

603) 第1次案이 1979년에, 第2次案이 1984년에 제출되었다. 第1次案에 대해서는, 日本社会党政策審議会再審問題特別委員会 「《資料》 再審法改正案(형사소송법의 일부개정안)」 77면, 30면 이하, 第2次案에 대해서는, 「第101回国会参議院法務委員会会議録 7号(1984年 5月 15日)」18면 이하.

604) 第101回国会参議院法務委員会会議録 9号(1984年 7月 26日) 46면 이하.

605) 福永俊輔, 전게서, 253면.

606) 이른바 형사피수용자처우법(平成17年5月25日·法第50号)에 의하여, 그때까지 대용감옥으로 불렸던 경찰서의 유치장은, 유치시설로 명칭이 변경되었다.

607) 2016년 5월 24일에 중의원 본회의에서 가결성립한 형사소송법 「개정」에 대한 비판적인 검토

더구나 이 입법의 제안을 보증한, 법제심의회·신현대의 형사법특별부**회**에서는, 증거개시제도의 개혁과 관련하여 재심청구심에서의 증거개시가 이후의 문제 중 하나로서 거론된 것에 지나지 않았으며,[608] 결국 입법화의 제안은 보류되었다. 또한 일본의 법무성, 즉 그 주된 담당자인 검사에 대하여 재심법제에 관한 구체적인 개혁을 기대해도 무엇 하나 개혁이 이루어지지 않는 것은 분명할 것이다.

이와 같은 실정에 입각하면, 개개의 사건에 대한 구체적인 구제, 재심법이론의 심화는 반드시 필요하며 그것과 병행하여 '무고의 구제'를 염두에 둔 형사재심법제의 검토를 할 시기가 온 것은 아닐까 생각된다.[609] 따라서 현재 일본에서 재심과 관련하여 요구되는 것은 형사재심제도 개혁을 향한 연구자나 변호사 등의 구체적인 제안, 의원입법을 위해 국회의원에게 압력을 넣는 일일 것이다.

제7절 재심제도를 둘러싼 과제와 시사점

1. 과제

재심무죄사건이나 재심을 둘러싼 상황을 보면 경찰과 검찰의 관계, 그리고 검찰과 법원의 관계가 시스템적으로 충분히 기능하지 못하는 것 아닌가 하는 의구심을 들게 한다. 우선 검찰은 경찰에 대한 수사지휘권을 갖고 있지만, 실제 이를 충분히 감독할 수 있는 체계가 갖추어져 있지 아니하며, 인원도 경찰이 검찰을 능가하고 정치적으로도 경찰이 힘을 발휘하고 있는 실정이기도 하다.[610] 법원도 경찰·검찰의 불법적인 수사공판활동을 체크하지 못하고, 때로는 비상식적인 판단을 하여 많은 冤罪 사건을 발생시켰으며 '의심스러울 때에는 피고인의 이익으로' 원칙이 공동화되었다고 볼 수밖에 없다. 법원도 -2009년 재판원제도가 도입되기 이전- 전문직업법관제도로 운영되

에 대해서는, 우선, 渕野貴生, 「『改正』 刑事訴訟法は批判に答えたか？」(法律時報 88巻8号, 2016年) 82면 이하 참조.

608) 法制審議會·新現代の刑事法特別部会「新しい刑事司法制度の構築についての調査審議の結果【案】」(2014年) 11-12면 참조. 이 자료에 대해서는 http://www.moj.go.jp/content/000125178.pdf 참조.

609) 福永俊輔, 전게서, 252-253면.

610) 이부츠키 마코토, 전게 논문, 8면.

다 보니 충분한 실무경험을 갖춘 판사들이 피의자·피고인에 대하여 다른 입장으로 철저히 판단할 수 있는 여지가 상당히 적다. 따라서 冤罪를 뿌리뽑기 위하여 검사의 유죄입증을 엄격하게 체크할 수 있도록 수사과정 전반을 검증하는 수단이 제도적으로 보장될 필요가 있다. 구체적으로는 이하의 요건이 최소한으로 필요하다.[611]

가. 조사 전 과정의 녹화·녹음, 안이한 신체구속의 금지, 조사 시 변호인 입회권의 보장

법원은 자백조서를 비롯한 진술조서에 크게 의존하고 있다. 따라서 오판을 방지하기 위해서는 허위자백이나 조서에 의존하지 않도록 하는 대책이 마련될 필요가 있다. 위 아시카가 사건의 경우 피고인 진술의 녹음녹화 데이프가 있었지만, 실제 재심과정에서 유죄판결의 근거가 된 자백이 얼마나 신용할 수 없는지를 보여주고 있다. 따라서 법원이 진술조서의 심리적 속박에서 벗어나 진술의 임의성과 신용성을 정확하게 판단할 수 있도록 하기 위해서는 조사 시 녹화·녹음이 필요하다.

법제심의회 새 시대의 형사사법제도 특별부회에서는 일정한 예외 사유를 정하면서 원칙적으로 피의자 조사 시 전 과정에 대해서 녹음·녹화를 의무화하는 방안을 검토한 바 있다.[612] 조사 상황을 사후적으로 검증하려는 것이 가능하게 하기 위해서는 조사 시 전 과정의 녹화·녹음이 불가결하기 때문이다.[613]

또한 위법·부당한 조사를 뿌리뽑기 위하여 그 온상이 된 신체구속제도의 근본적 개혁이 필요하고 그 요건과 운용의 엄격화를 도모하는 등 안이한 신체구속은 금지되어야 한다. 더불어 조사 시 변호인의 입회가 권리로서 보장될 필요가 있다.

---

611) 日本弁護士連合会, 弁護士白書, 2013年, 33-34면.

612) 법제심의회, 새로운 시대의 형사사법제도특별부회 http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi03500012.html 참조(최종확인: 2018. 11. 02).

613) 2009년 재판원제도에서 처음으로 녹음·녹화제도가 도입되었는데, 그 범위는 재량에 맡겨져 있어 신문과정 전체로 확대할 필요성이 제기되었다. 실무상으로는 검찰단계에서 피의자 신문 시 녹음·녹화 범위를 확대하는 방향으로 가고 있지만 여전히 충분한 정도는 아니라고 한다. 이부츠키 마코토, 전게 논문, 17면.

나. 과학적 증거의 내용을 검증할 기회 보장

과학적 증거에 대해서는 전문적 식견을 갖추지 못한 법원이 그 정확성과 신뢰성을 직접 평가하는 것은 어렵다고 할 수 있다. 이 때문에 잘못된 감정을 증거로 하거나 신뢰성이 부족한 과학적 증거의 내용을 왜곡하여 해석하거나 전문가의 의견을 떠나서 독자적으로 판단할 위험성도 있다.

따라서 과학적 증거에 대해서는 모든 데이터나 자료를 공개함과 동시에 수사기관등과는 독립한 법과학 감정기관을 정비하고, 당해 과학적 증거의 내용을 검증하는 등 다른 전문가의 평가를 받을 기회를 제도적으로 보장할 수 있도록 절차정비가 이루어질 필요가 있다.

다. 전면적 증거개시의 제도화

冤罪사건에서는 피고인에게 유리한 증거가 숨겨진 사실이 적지 않다. 그러나 변호인에게는 어디에 어떠한 증거가 있는지 분명하게 알 수 없다. 또한 재심에서는 명확한 증거개시 규정이 없어 법원 또한 증거개시에 소극적이다. 재심무죄사건을 보면 검찰이 청구인의 증거개시에 응하여 그때서야 증거를 재시하거나, 법원이 증거개시를 권고하여 미개시증거가 제출됨으로써 무죄의 증거가 발견되기도 하였다.

후카와(布川) 사건의 경우, 사건 발생 이후 44년이 지나 재심무죄가 내려진 사건으로, 재심 재판과정에서 증거개시를 통해 피의자 신문 녹음테이프와 목격자 증언 등이 나왔다. 이와 같이 묻혀져 있던 증거들이 유죄판결 전에 또는 재심청구 기각 결정전에 제출되거나 발견되었더라면 이 사건이 재심무죄결정을 받는데 이토록 오래 걸리지 않았을 것이다.

따라서 변호인의 증거 목록표의 교부를 조속히 실현하는 것과 동시에 수사기관이 작성 또는 입수한 모든 증거를 개시하는 전면적 증거 개시를 제도화하는 것이 불가결하다. 또한 수사기관이 보관하는 감정 자료에 대해서는 이것을 적정하게 보관한 후에 변호인의 청구가 있을 때에는 감정을 실시할 수 있도록 제도적으로 보장할 필요가 있다.

라. 충분하고도 효과적인 변호인의 조력을 받을 권리의 보장

실제 사건들이 변호인의 경험 부족도 한 원인이지만, 보다 근본적으로 변호인 측이 증거에 접근할 수 있는 가능성이 매우 제한되어 있어, 수사단계에서 변호인의 조력을 받을 권리가 제대로 보장받고 있지 못하다는 점, 공판변호의 허술하다는 점 등도 오판의 원인이다. 실제 피의자나 피고인이 부인하는 경우에 검사 측에서 변호인이 피의자·피고인과 접견할 기회를 제한하는 경우도 있다.

변호인측은 검사가 제시하는 증거 이외에는 어떤 증거가 있는지조차 잘 모른다. 일본의 경우 2009년에 증거개시제도가 도입되었지만, 검사 측이 피고인에게 유리한 증거를 제시할 의무는 아직 명문화되어 있지 않다. 변호인의 변호전략도 양형변호에 치우쳐 대부분 관대한 처벌을 바란다는 변호진술이 대부분이어서 이는 피고인의 무죄 변호와 쉽게 구분되지 않는다. 이 때문에 종종 변호인들은 피고인의 반론이나 진술을 믿지 않고 자백을 강요하는 경우조차 있다.

재판원 제도에서 피의자 국선변호제도가 도입됨으로써 변호인의 조력을 받을 권리가 확대되기는 하였지만, 가장 중요한 것은 수사단계에서 변호인이 접견교통할 수 있는 권리를 실질적이고도 효과적으로 보장하는 것이다. 따라서 오판을 방지하기 위해서는 특히 수사단계에서 피의자·피고인의 방어권이 효과적으로 보장되는 것이야말로 오기소와 오판을 방지하는데 매우 중요하다.

마. 재심개시 결정에 대한 불복신청의 금지

재심사건에서는 검사의 불복신청에 의하여 재심개시결정이 뒤집히는 일이 적지 않다. 그러나 재심개시결정에 의하여 확정판결의 정당성에 의문이 생긴 이상, 조속하게 재심공판을 이행하고 재심개시결정에 대한 불복신청을 할 수 없도록 제도를 고칠 필요가 있다.

바. 독립한 제3자 기관에 의한 冤罪원인의 규명

冤罪에 따른 비극을 되풀이 하지 않으려면 '冤罪로부터 배운다'라는 자세가 필요하

다. 따라서 冤罪를 뿌리뽑기 위해 경찰, 검찰 및 법원으로부터 독립한 제3자 기관을 설치하고 冤罪원인을 연구하여 그 교훈을 바탕으로 제도개혁을 할 필요가 있다.

사. 수사기관의 위법수사 억지

경찰이나 검찰 등 수사기관의 위법한 수사활동이 오판으로 이어지고 있는 경우도 있으므로 위법한 수사활동을 억지할 수 있는 방안도 필요하다. 위법한 수사활동에 대하여 피의자·피고인은 국가배상소송으로 책임을 물을 수 밖에 없는데, 이 경우도 단지 위법이 있다고 하여 바로 증거로 배제되거나 절차상 불이익을 주는 것은 아니며, 상당히 중대한 위법이 있을 경우에 한한다.

한편으로는 검찰 내에 감찰기구가 2011년에 설치 운용되고 있는데, 이는 외부부터의 통보제도나 내부 감찰체계로 운용된다.[614] 검찰이 외부의 독립한 기구에 의해 조사를 받은 적은 없다고 한다. 따라서 오판방지를 위해서는 검찰권 행사에 대한 외부에서 감시 감독하는 구조로 나아가갈 필요가 있다.[615]

아. 시사점

1) 일단 확정된 유죄의 판결을 번복하는 것은 쉬운 일은 아니다. 설사 무고한 자를 구제한다는 비상구제절차로서의 재심제도에서도 재심이 개시되기까지의 장벽은 매우 높다. 특히 사형 확정판결을 받은 자의 경우 제3차 재심청구가 기각된 다음날 사형이 집행된 경우도 있다. 물론 사형이 집행된 자나 재심청구중 사망한 자에 대하여 유족이 재심청구권을 승계할 수 있다. 실제 도쿠시마(德島)사건에서처럼 사후 재심에 의해 무죄판결이 내려진 예도 없는 것은 아니지만, 재심개시결정을 받는 것은 그만큼 어려운 일이다. 일본 형사소송법상 재심규정을 보면 재심개시 사유에 대한 규정이 있을 뿐 청구절차에 대한 규정은 없다. 이 과정에서 검찰 측은 재심사유가 없다는 점, 설사 재심사유가 있다 하더라도 유죄판결이 번복될 정도는 아니라는 점 등을 강하게 주장하는 게 통상적이다. 나아가 재심개시 결정이 내려지더라도 검찰 측은 상소를 활용하

614) 이부츠키 마코토, 전게 논문, 20면.
615) 이부츠키 마코토, 전게 논문, 20면.

여 끝까지 다투는게 통상적이다.

일본의 경우 이익재심만을 인정하고 있다는 점에서는 검사에게는 재심청구인을 위해서 오판 해명의무와 진실발견 의무가 있다고 보는 것이 일반적이다. 그런데 검사는 그와는 반대로 유죄의 입증을 위한 반론을 제기하는데 힘을 쏟는다. 예컨대 확정심에서 청구되지 않은 미제출 증거 중에 청구인에게 유리한 증거가 있을 가능성이 매우 크다. 이 때문에 청구인은 검사 소지중 증거의 개시를 요구하지만, 검사는 청구인 측의 증거개시 요구에 거의 응하지 않는다.[616]

2) 그 다음으로 증거와 관련하여서는 우선 재심무죄 사건은 대부분 자백사건이었다. 자백을 주요증거로 하여 유죄판결이 내려진 것이다. 그런데 이들 자백이 모두 수사기관의 신문과정에서 만들어진 허위자백이었다. 허위의 자백을 수사기관이 날조하고 법원은 이에 대한 신용성판단 및 임의성 판단에 있어서 자백에 의존하여 사실인정을 해왔던 것이다.

현대 재심재판에서 재심 개시에 이르는 과정이나 재심개시 청구를 위한 신증거의 근거로서 과학 감정을 주요 변인으로 삼을 수 있을 것이다. 즉 증거개시의 전진 DNA형 함정 등의 과학적 지식의 활용, 재심 변호 활동의 활성화 등이 재심개시를 이끄는 하나의 축으로 보인다.[617] 유죄의 확정 증거라고 여겨지는 것 중에는 과학적 검증에 따라 검찰이 주장한 것과 같은 증거능력이 실은 보유되지 않은 것 아니냐는 의문이 지적되기도 한다. 예를 들면, 도쿄전력OL살인사건에서는 피해 여성부터 채취한 정액의 DNA 감정에 의해서 재심 무죄가 확정된 것을 들 수 있다. 경찰과 검찰은 잘못 범인을 지목하는 일로 이어지지 않도록 신중히 증거를 수집 및 검증하고 또 과거 사건에 대하여 冤罪로 인해 의심할 충분한 이유가 있다면 법원은 가능한 과학적 검증을 실시함으로써 증거를 재확인할 필요성이 있다.[618]

3) 일본의 경우 1975년 시라토리 사건에서부터 1990년대까지 재심제도가 오판피해

---

616) 물론 검사가 소지중인 증거의 개시가 이루어진 예도 없지 않다. 증거개시를 통해 재심개시결정이 내려졌지만, 이러한 사례는 아주 예외에 해당한다고 한다.

617) 이에 대한 관련 자료로는 矢澤昇治, 再審と科学鑑定, 日本評論社, 2014.02 참조.

618) 公開シンポジウム「再審と科学鑑定――作り上げられた冤罪を暴く」, 22-23면.

자를 구제하는데 중요한 역할을 한 것은 사실이다. 그런데 이후 재심제도에 대한 논의나 오판구제 내지 오판방지 방안에 대한 논의가 거의 없는 것을 볼 수 있다.

그 이유는 첫째, 법원과 검찰 등 재심청구를 받는 기관쪽에서 받는 심리적 압박 문제이다. 법원과 검찰은 서로 선후배로 엮어져 있으며, 양자 사이의 인적 교류도 활발하다. 그런데 재심이라는 것은 일종의 선배나 동료에 대한 비판과 같은 의미로 작용한다. 이 때문에 심리적으로 갈등이 크다고 한다. 완벽하게 진범이 나타나면 모를까 무죄의 합리적 의심을 다투는 재심 청구가 대부분이어서 특히 이러한 갈등이 심하다고 한다.[619]

둘째, 재심청구에 대한 신중론이 광범위하게 퍼진 것도 한 이유이다. 재심개시결정이 봇물이 터지면서 거꾸로 재심개시 요건을 엄격히 해야 한다는 주장이 설득력을 얻고 이러한 주장을 담은 법해석자료가 발간되면서 이에 대한 법원과 검찰의 공감을 얻게 된 것이다.

셋째, 그리고 무엇보다 재심개시결정이 난 이후에도 검찰은 계속해서 상소해서 다투는 것이 허용되고 있다는 점이 재심제도를 얼어붙게 하는 요인이 되고 있다. 재심개시결정이 내려진 후에 검찰에 의한 항소와 상고가 계속 이루어지면서 청구인들이 지치고 쉽게 굴복하기도 한다.

넷째, 이미 위에서 본 바와 같이 일본에서 재심 무죄가 된 사건이 꽤 있다. 그런데 이들 재심 무죄 이후에도 재심제도 자체에 대한 근본적인 개혁이나 재검토에 대하여는 모두 눈을 감은 것이다. 일본변호사연합회(JFBA) 에 의한 재심관련 규정 개정을 공론화한 것은 있으나, 이미 쉽게 잊혀졌고, 오판구제 문제는 일본 사회에서 중심 이슈로부터 멀어져 갔다.

4) 재심제도 개정에 대한 공론화가 필요하다. 우리나라는 이미 2000년대 초 사법개혁 목소리가 커지면서 제도개혁의 구체적인 방향과 논의에까지 이르렀고, 국민참여재판과 로스쿨의 도입 등 가시적인 성과를 가져오기도 하였다. 그러나 실제 오판구제라고 하는 관점에서 사법개혁은 크게 문제되지 않았다. 2007년 형사소송법 개정의 방향도 기본적으로 인권보장과 선진화된 형사사법을 기본적인 이념으로 설계 구축되었지

619) 이부츠키 마코토, 전게 논문, 11면.

만, 실제 오판방지와 구제라는 관점은 형사사법에서 간과되거나 무시되어온 것도 사실이다. 일본의 경우 2009년 재판원제도의 도입으로 사형 판결등에 보다 신중하게 임하는 것 같다는 평가도 있다.[620] 재판원제도가 오판을 방지하는데 도움이 되는 제도인가에 대하여는 확실히 말할 수는 없을 것이다. 다만, 재판원 재판은 분명 잘못된 기소를 억지하는 즉 기소권 남용을 억지할 수 있는 기능을 있을 것이다.[621]

5) 일본의 경우 오판의 원인으로서 불충분한 수사와 허위자백에의 의존이 지적되고 있다. 그리고 증인의 증언에 의존하는 것 또한 오판의 위험성을 높이는 한 요인이 된다. 이 점은 검찰조서가 거의 자동적으로 증거능력이 인정되는 예에 비추어본다면 전문가의 증거능력 판단에 대한 신중한 접근이 요구된다. 그리고 법관의 편견도 한 몫을 한다는 지적도 경청할 만하다. 결국 재판원 제도는 이런 점에서 피고인에 대한 편견을 줄일 수 있는 제도로서 의미가 있지 않을까 기대된다.[622]

6) 무고한 자를 구제하는 것은 말처럼 간단한 일은 아니다. 증거판단과 과학적 증거분석에 의한 객관적 증거자료 확보 등은 당연히 오판구제에서 전제불가결한 것이다. 그러나 이것만으로는 안 된다. 수사기관과 법원 등 조직의 네트워크와 종사자의 마인드 등이 같이 변화하지 않으면 재심의 문을 열기가 쉽지 않다.

오판방지와 구제를 위해서는 법실무가 및 학자들만으로 충분하지 않다. 법과학자, 심리학자, 그리고 입법부, NGO, 언론 등의 다양한 직역에서의 지혜와 힘을 모으는 것이 오판구제와 방지를 위해서 무엇보다 중요하다.

일본의 경우 일변연의 지원이 없는 사례에서는 무료상담 서비스 변호사의 헌신적인 활동도 재심을 얻는내는데 매우 중요한 역할을 하고 있다. 사실 하나의 사건이라 하더라도 재심을 얻어내기까지는 조사나 준비에 방대한 시간과 비용이 수반된다. 일본에서도 비영리단체(Non-profit organization; NPO) 내지 공익활동가 모임에서 오판피해자를 구제하기 위한 비용을 부담하는 경우도 있다. 소위 일본국민구원회(Japan Association for Justice and Human Rights)는 일본 최대의 오판구제를 목적으로 한

620) 이부츠키 마코토, 전게 논문, 15면.
621) 이부츠키 마코토, 전게 논문, 19면.
622) 이부츠키 마코토, 전게 논문, 17면.

민간 NPO이다.

언론인의 역할도 중요하다. 이들은 개별사건을 장기간에 걸쳐 탐사하여 보도하고 사회에 호소하는 역할을 한다. 언론인 중에서는 매스 미디어와 별개로 열심히 사건을 파헤쳐 진실을 밝혀내고자 애쓰며, 나중에는 일본변호사연합회의 지원을 받는 것으로 연결되거나, 여론의 주목을 받음으로써 일반국민들로 하여금 이들 오판사건과 그 피해자들에 관심을 갖게 한다.

제 7 장

오판방지를 위한 제도정비

박 미 숙

제7장

오판방지를 위한 제도정비

제1절 무죄추정의 원칙의 준수 및 적용

오판개념은 다의적이어서 연구자마다 또는 그들의 방법론에 따라 오판개념을 정의하고 있음은 앞에서 본 바와 같다. 그런데 여전히 중요한 것은 부당한 오판을 기본적으로 관통하는 원칙이다. 바로 '의심스러운 경우에는 피고인에게 유리하게(in dubio pro reo) 원칙'이 그것이다. 이 원칙을 그르친 경우는 사실인정의 법칙에 반하는 것으로서 오판에 포함되어야 한다.[623]

현행법은 증거의 증명력을 법관의 자유심증에 따라 판단하도록 하고 있다. 즉 법관이라는 전문가의 양심과 이성을 믿고 그 전제하에서 나온 판단을 존중하는 것이다. 그러나 이러한 전제조건이 결여된 경우 그 판단은 자유심증주의가 아닌 자유심증을 빙자한 남용인 것이다. 잘못된 유죄판결에 법관이 흔히 하는 변명이 바로 자유심증주의라는 방패이다.[624]

대법원은 재심이유로서 증거의 명백성의 판단에 대하여 그 증거가치가 확정판결이 그 사실인정의 자료가 되는 증거보다 경험칙이나 논리칙상 객관적으로 우위에 있다고 보여지는 증거여야 하고, 특히 법관의 자유심증에 의하여 그 증거가치가 좌우되는 증거라고 하고 있다. 즉 자유심증주의에 의해 증거의 명백성 여부를 판단하면 된다는 것이다. 우리나라 학설의 경우 무죄의 심증이 거의 확실할 정도를 요구할 필요는 없으며, 원판결의 사실인정을 깨뜨릴 정도면 충분하다고 본다. 그런데 in dubio pro reo 원칙이 재심이유의 증거의 명백성 판단에 적용되는가에 대하여 종래에는 이 부분

623) 김형만, 전게 논문, 346면.
624) 박성호, 전게 논문, 261면 참조.

에 대한 관심이 적었지만, 최근에서는 학설에서 보는 바와 같이 증거의 명백성 판단에도 'in dubio pro reo'라는 원칙이 적용된다고 보고 있다. 즉 원판결인 유죄판결은 합리적인 증명을 넘어선 증명이 요구되기 때문에, 재심에서 새로운 증거에 의하여 원판결의 사실인정에 합리적 의심의 여지가 남게 되는가가 주된 판단대상이 되므로, 당연히 이 원칙이 적용된다고 본다.[625]

앞에서 살펴본 비교법 가운데 일본의 경우 재심사례연구에서 획기적 판결로 평가받는 시라토리 사건(1975년)에 대한 일본 최고재판소의 판결요지는 다음과 같다. ① 일본 형사소송법 제435조 제6호에서 말하는 '무죄를 언도할 명백한 증거'라 함은 확정판결에서의 사실인정에 관하여 합리적인 의심을 품게 하고 그 인정을 번복하기에 족한 개연성이 있는 증거로서, ② '무죄를 언도할 명백한 증거'인가 여부는 원 판결의 증거로 제출되었더라만 동일한 사실인정에 도달할 것인가의 관점에서 당해증거와 다른 증거를 종합적으로 평가하여야 하며, ③ '무죄를 언도할 명백한 증거'인가 여부를 판단함에 있어서 확정판결에서의 사실인정에 관해 합리적 의심을 생기게 하면 족하다는 의미에서 '의심스러울 때에는 피고인의 이익으로' 원칙이 적용된다.

그러나 재심이유인 '무죄를 인정한 명백한 증거'의 판단에서 신증거의 객관적 가치의 우위를 강조하면서 유죄판결을 파기할 고도의 개연성을 요구하는 것은 재심이유를 지나치게 엄격하게 해석하는 것으로서, 재심개시절차가 사실상 재심공판절차가 되어버린다는 문제가 있다. 재심개시절차는 말 그대로 재심을 개시할 것인가 여부를 결정하는 단계이며, 설사 재심개시결정이 내려진다 해도 재심공판절차에서 무죄가 선고되는 것이 아니다. 재심의 이유인 증거의 명백성에 대한 판단이 곧 원판결이 파기된다는 것을 의미하는 것도 아니다. 재심개시결정을 곧 원판결의 파기를 예측하고 내려진다는 것은 재심이유인 증거의 명백성의 판단이 곧 재심유무죄 판단이 되어버리는 결과가 된다. 따라서 법원이 이를 이유로 재심개시이유를 엄격히 해석하고 있는 것으로 이해할 수 밖에 없다. 그러나 한편으로 현행법이 재심개시절차와 재심공판절차를 엄격히 구분하고 있는 취지에 맞지 않는 해석방법이라고 하지 않을 수 없다.[626]

그리고 유독 제420조 제5호의 무죄를 인정한 명백한 증거 여부의 판단을 엄격히

---

625) 이호중, 국가에 의한 중대한 인권침해와 피해자 권리구제 2차 워크숍 - 고문조작 사건을 중심으로, 한국인권재단, 2006, 7-8면 참조.

626) 이호중, 전게논문, 9면.

해석하는 것은 다른 재심사유인 허위형 재심이유와 균형이 맞지 않다. 즉 제420조 제7호를 예로 들어보면 '... 검사나 사법경찰관이 그 직무에 관한 죄를 범한 것이 확정판결에 의하여 증명된 때'의 경우에 확정판결을 요건으로 할 뿐이지 원판결의 파기가능성을 염두에 두고 있는 것은 아니라는 점이다. 판례에서도 살펴본 바와 같이 수사에 관여하였던 경찰관이 불법감금죄를 저지른 것이 증명된 때 재심이유로 인정되는 것이며, 그 불법감금이 실제 자백의 강요 내지 허위자백으로 이어졌는지의 여부나 그로 인해 원판결이 파기될 가능성이 있었는지의 여부에 대하여는 검토대상이 아니고 동조 제7호의 허위형 재심이유가 인정된다. 그런데 동조 5호의 신증거의 명백성 판단에서만 원판결이 파기될 고도의 개연성을 요구하여 엄격히 해석하는 것은 형사소송법이 규정하고 있는 허위형 재심이유와 신 증거에 의한 재심이유 사이의 균형에도 맞지 않는 것이라 할 수 있다.[627]

그 다음으로 동조 제5호의 재심이유인 '신증거의 명백성' 판단방법과 관련해서도 신증거의 증거가치가 압도적으로 우위에 있는 증거가치가 있어야 한다고 하는 것은 실제 구증거에 대한 재평가 없이 오로지 신증거에 의해서만 평가해야 한다는 입장으로 이해될 수 있다. 이는 신증거에 대한 단독평가에 지나지 않는다. 재심제도가 원판결의 오류를 시정하여 무고한 유죄판결을 받은 자를 구제한다는 취지에서 본다면 원판결에서 증거평가 대상이 된 구증거와 더불어 신증거에 대한 종합평가가 이루어지는 것이 논리적이라고 할 수 있다. 그리고 새로운 증거의 발견을 이유로 한 재심이유를 판단함에 있어서는 신증거와 관련된 구증거의 증거가치는 고립적으로 존재하는 것이 아니라 두 증거가 서로 상호관련성하에서 법관의 심증형성에 영향을 미치는 것으로 이해하는 것이 보다 적절할 것이다.

마지막으로 재심이유인 원판결의 정당성을 인정할 수 없다는 것은 원판결이 합리적인 의심의 여지가 없을 정도의 증명에 이루지 못했음을 의미하며 합리적 의심은 여전히 남아있다는 것이다. 따라서 명백성의 기준은 원판결의 정당성에 대한 현저하고도 중대한 의심이 있는 경우라고 말할 수 있으며, 이런 점에서 '의심스러운 경우에는 피고인의 이익으로라는' 원칙은 재심개시절차에서 그 이유를 판단하는데 의미있는 기준이 될 수 있다.

---

627) 이호중, 전게논문, 9-10면.

재심제도는 무고한 자의 구제를 위한 제도이고, 인권옹호의 사실상 최후의 보루이다. 헌법 제12조 제1항의 적법절차원칙을 그 이념적 토대로 하고 있는 만큼, 재심청구이유의 존재가 원판결의 변경에 직결되는 것이 아니고 재심심판의 개시요건인 점을 감안할 때 증거 명백성 요건은 분명 완화된 해석을 하는 것이 타당하다.[628]

제2절 수사단계에서의 제도 정비방안

1. 위법·탈법수사관행 억지

수사기관의 관행, 사회적 약자에 대한 사법기관 종사자들의 편견과 무시는 오판을 양산하는 배경이 된다.

앞에서 본 바와 같이 익산 약촌오거리 살인사건은 진범으로 지목된 최모(32·당시 16세)씨가 사건이 발생한 2000년 수사 과정에서 불법 체포·감금, 폭행으로 택시기사 유모(당시 42세)씨를 시비 끝에 살해했다고 자백한 사건이다. 최씨는 항소심에서 징역 10년이 확정됐고, 2010년 만기출소했다. 판결 확정 이후에도 진범과 관련한 첩보가 경찰에 입수되는 등 초동 수사가 부실했다는 의혹이 제기됐다. 최씨는 2013년 재심을 청구했으며 광주고법에서는 최씨가 불법 체포·감금 등 가혹 행위를 당한 점, 새로운 증거가 확보된 점 등을 들어 재심개시결정을 내렸다.

고문 등 가혹행위에 의한 자백이냐 아니냐는 유·무죄를 판단하는데 매우 중요하다. 고문에 의한 자백이 분명하다면 당연히 무죄가 선고되어야 한다. 그런데 문제는 고문이라는 입증은 피고인이 해야 한다. 재심청구에서도 마찬가지로 고문이 있었다는 입증은 피고인측이 해야 하다.

형사소송법 제420조 제7호의 재심사유를 보면 피고인이 고문이나 불법체포·구금 등의 가혹행위 등을 입증하여 관련 수사관이 유죄확정 판결을 받으면 재심의 개시가 허용된다. 그런데 실제 이 조항이 현실에서 적용될 가능성이 얼마나 될까 의문이다.

대한변호사협회가 펴낸 1985년도 인권보고서에 의하면 고문 경찰관이 유죄확정판

628) 박성호, 전게논문, 268면.

결을 받게 하여 이를 이유로 재심을 청구하는 것은 법현실에서 거의 불가능에 가깝다고 밝히고 있다.[629] 고문받은 자가 죽지 않는 한, 죽음으로써만 고문을 입증할 수 있다는 것이다. 오휘웅사건의 경우에도 기계적으로 법조문을 인용하면서 고문경찰관이 유죄확정 판결을 받지 않았으므로 재심청구를 받아들일 수 없다고 결정했다.

고문 등 가혹행위에 의한 허위자백의 경우 범행도구나 장물 등 물증을 찾을 수 있는 실마리를 찾지 못하고 이 때문에 물증을 조작하여 자백과 끼워맞춰 놓기 일쑤이다. 허위자백을 모범답안처럼 한다고 해도 범행 자체에 대한 진술은 앞뒤가 맞지 않고 모순투성이다. 경찰로부터 들은 이야기, 신문을 보고 안 사실 등 자신이 직접 경험하지 않은 사실을 끼워 맞추고 만들어 진술하므로 당연히 진술의 앞뒤가 맞지 않을 수 밖에 없다. 범행현장이나 도구, 범행 순서 등과 부합하지 않는 진술은 대부분 허위자백일 가능성이 높다.[630]

위 사례에서 보는 것처럼 가혹행위나 협박, 증거조작, 위증교사, 앞뒤가 맞지 않는 모순투성이의 진술 등에도 불구하고 유죄선고를 받는 예가 있다는 것은 한국 재판의 현실을 말하는 것이다. 1심·2심에서 유죄선고를 받고, 심지어 무기징역형을 선고받고서 나중에 대법원에서 무죄선고를 받는 것은 거의 기적에 가까운 일이다.

다음으로 경찰의 위법수사 관행에서 문제되는 것 중 하나가 사건은폐이다. 살인사건이 나면 경찰단계에서는 일단은 일반수사로 위장보고 하거나 골치아픈 사건으로 확대시키지 않으려 한다. 그리고 기자들로부터 사건을 은폐하기도 한다.[631] 이렇게 하는 이유는 사건발생에 대한 책임추궁과 범인을 체포하라는 위로부터의 독촉을 피하기 위한 것이라고 한다. 경찰의 사건은폐는 종종 제2, 3의 사건을 초래하기도 한다. 사건이 발생하면 상부로부터 범인을 빨리 체포하라는 독촉이 내리고 이를 맞추기 위해 투망식 수사가 행해지며 위법한 수사방법까지 동원되기도 하고 증거가 조작되기도 한다.[632] 고의조작인지, 아니면 수사관의 잘못된 확신에 따라 수사를 진행하다 보니 결과적으로 조작이 된 것인지 이 양자를 가려내는 것은 쉽지 않다.[633] 범인을 고의조작한 경우라 할지라도 형사처벌을 받은 수사관은 거의 없다.

---

629) 대한변호사협회, 인권보고서, 1985 참조.
630) 조갑제, 전게서, 363면 이하.
631) 조갑제, 전게서, 365면.
632) 조갑제, 전게서, 366면.
633) 조갑제, 전게서, 371~372면.

또한 잘못된 허위자백도 문제이다. 1979년 6월 부산에서 토막살인 사건이 발생했는데, 이 사건에서 용의자는 다음과 같이 말하였다고 한다.[634] "심한 고문을 당하지는 않았습니다. 외딴 집에 데려가 겁을 주기에 당하지 않으려고, 적당히 창작하여 범행을 자백했던 것입니다. 기자회견 때도 형사들이 무서워서 계속 허위자백하지 않을 수 없습니다." 이런 상황에서 당시 피살자의 지문이 없었더라면... (과학수사가 없었더라면) 범인으로 끼워 맞추어졌을 것이라고 한다.

2. 피의자신문제도의 개선

피의자신문은 수사의 핵심적 단계이다. 특히 지적 장애가 있는 사람들이 허위진술이나 자백에 쉽게 노출된다는 점은 이미 앞에서 말한 바와 같다. 지적장애가 있는 사람들은 자신들이 하는 진술의 의미와 내용을 제대로 인지하지 못하고, 수사 분위기를 파악하지 못하며, 강한 자에 쉽게 순응하는 등 취약성을 드러낸다. 이 때문에 쉽게 허위자백을 하고 이로써 유죄판결로 이어지는 과정을 겪는다.

지적장애인들 내지 사회적 약자들의 보호를 위한 신문방식의 개선과 전문가 참여 등이 필요하다. 지적 장애인을 적절히 신문하는 방식에 대하여 각국은 여러 가지 방법을 마련하여 관계 공무원들에게 교육하고 있다. 지적 장애인들의 상태를 이해하고 그에 맞추어 신문을 하는 등 적절한 대응으로써 얼마든지 허위자백의 위험을 줄일 수 있을 것이다.[635]

3. 실질적이고도 효과적인 변호인의 조력을 받을 권리 보장

수사단계에서 변호인의 조력을 받을 권리를 보장하는 것은 허위자백을 방지하는 중요한 장치로서 형사소송법 개정논의에서 중요한 의미를 갖는다는데 이론이 없다. 2007년 형사소송법 개정 논의 당시 특히 수사단계에서 변호인의 조력을 받을 권리를 보장하는 것이야말로 헌법의 변호권 보장이라는 기본 이념을 실현하는 것으로서 반드시 법적인 뒷받침이 있어야 한다는 데에 논의가 집중된 바 있다. 2016년 7월 19일

634) 조갑제, 전게서, 367면.
635) 자세한 교육프로그램에 대하여는 이기수, 330면 이하 참조.

형사소송법 개정에서 제33조의 국선변호인의 선정사유를 대폭 개정하여 실질적인 변호권 보장으로 한 걸음 전진한 것은 이런 논의를 반영한 결과로 그 의미가 있다.

개정 전	개정 후(2006.7.119)
제33조(국선변호인) 다음 경우에 변호인이 없는 때에는 법원은 직권으로 변호인을 선정하여야 한다. 1. 피고인이 미성년자인 때 2. 피고인이 70세 이상의 자인 때 3. 피고인이 농아자인 때 4. 피고인이 심신장애의 의심있는 자인 때 5. 피고인이 빈곤 기타 사유로 변호인을 선임할 수 없는 때. 단, 피고인의 청구가 있는 때에 한한다.	제33조(국선변호인) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에 변호인이 없는 때에는 법원은 직권으로 변호인을 선정하여야 한다. 1. 피고인이 구속된 때 2. 피고인이 미성년자인 때 3. 피고인이 70세 이상인 때 4. 피고인이 농아자인 때 5. 피고인이 심신장애의 의심이 있는 때 6. 피고인이 사형, 무기 또는 단기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 사건으로 기소된 때 ② 법원은 피고인이 빈곤 그 밖의 사유로 변호인을 선임할 수 없는 경우에 피고인의 청구가 있는 때에는 변호인을 선정하여야 한다. ③ 법원은 피고인의 연령·지능 및 교육 정도 등을 참작하여 권리보호를 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 피고인의 명시적 의사에 반하지 아니하는 범위 안에서 변호인을 선정하여야 한다.

형사소송규칙에서는 형사소송법의 국선변호인 선정절차에 대하여 구체적인 규정을 둠으로써 규정의 실질적 보장방안도 확보하였다(제17조 제1항). 2007년 당시 개정 이유에 의하면 변호인 제도를 두고 있는 헌법 정신을 구체화하고 형사절차에서 침해될 수 있는 인신의 자유, 절차적 기본권 등 국민의 인권을 최대한 보장하기 위하여, 법원은 구속영장심문을 받는 피의자 또는 구속 피고인에 대하여도 필요적으로 국선변호인을 선정하도록 하고, 피고인의 권리보호를 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 피고인의 명시적 의사에 반하지 아니하는 한 국선변호인을 선정하도록 하려는 것이다.

그런데 2006년 형사소송법 개정에 의해서도 국선변호인의 조력은 여전히 '피고인'에게만 제한됨으로써 수사단계에서의 피의자에게 국선변호인의 선정은 인정되지 않고 있다. 수사단계에서 변호인과의 접견교통권과 피의자신문에의 참여 등은 인정되어 의무적이나(제243조의2 제1항), 생계가 곤란한 피의자의 경우에는 여전히 변호인의 조력을 받지 못한 채 피의자신문을 받는 상황이다. 실제 조사에 의하면 체포 이후

단계에서 변호인의 조력을 받는 경우는 채 1%도 안된다고 한다.

수사단계에서 변호인이 참여하는데 대하여 여러 문제가 드러나고 있다. 첫째, 변호인으로서도 수사단계에서 참여하는 것은 시간적으로나 경제적으로나 비용이 많이 든다는 것이고, 피의자와 함께 조사받는 것도 부담스럽게 여긴다. 둘째, 피의자 입장에서도 가장 부담스러운 부분은 수임료 문제이다.[636]

국선변호인제도의 효과적인 운영을 위해서는 우선 국선변호인 수의 확보가 전제되어야 한다. 그 다음으로는 현재 피의자신문단계에 변호인의 참여가 허용되고 있는데, 그 실질적인 역할을 할 수 있도록 해주는 것이다. 형사소송법상으로는 변호인은 피의자신문에 참여하고 접견할 수 있는 권리를 갖는데(제243조의2), 보다 실질적으로 적극적인 개입을 통해서 부당한 신문에 대한 이의제기, 그리고 의견진술 등이 가능하도록 여건이 만들어져야 한다. 피의자신문에의 변호인의 참여와 적극적 개입으로 수사단계에서 고문이나 폭행·협박 그리고 기망 등의 부당한 신문기법의 사용은 억지될 것으로 기대할 수 있다. 무엇보다 피의자의 헌법적 권리인 진술거부권 행사에 대하여 적극적 조언을 해줌으로써 피의자의 방어권보장이 제고될 것으로 기대할 수 있다. 그리고 검사 또는 사법경찰관은 변호인의 신문참여 및 그 제한에 관한 사항을 피의자신문조서에 기재해야 하므로 참여를 제지하거나 변호인의 참여를 요청했음에도 불구하고 정당한 이유 없이 이를 거부하는 것은 헌법상 적법절차 위반이 된다.

사형수 오휘웅 이야기를 보면 한 사람의 변호인의 역할이 오판을 발견하는데 얼마나 큰지 잘 알 수 있다. 이 사건 상고심을 맡은 변호인은 국선변호인(이범렬 변호사)은 처음 사건을 양형부당 사건으로 이해하고 가볍게 생각하고 접근했다고 한다. 기록을 검토하면서 점차 오판이라는 확신을 갖게 되고 이 사건에 집중하기 시작하였다. 그가 쓴 상고이유서를 보면 얼마나 이 사건에 집중하고 피고인을 위해 조사를 했는지, 변호인의 역할이 무엇인지를 잘 보여주어 후학들에게 좋은 귀감이 되고 있음은 참조할 만하다.

---

636) 이기수, 전게 논문, 320면.

4. 피의자신문과 허위자백

가. 피의자신문의 의미와 오판가능성

피의자신문과 이를 통해 자백을 획득하는 것은 절차적 공정성과 실질적 정의의 관념의 핵심에 해당한다.[637] 즉 피의자신문은 민주 사회에서 국가권력의 헌법적 행사와 통제의 시금석이다. 피의자신문은 수사기관의 입장에서 보면 매우 중요한 정보를 얻는 창구이다. 어떤 정보를 얻는가에 따라서 범죄해결의 갈림길에 서게 된다.

피의자신문은 수사의 밀행성과 수사편의 등을 이유로 매우 폐쇄된 상황에서 이루어지고, 일반인들은 어떤 일이 일어나는지 잘 알지도 못한다. 어떤 신문전략과 방법이 사용되고 진술과 정보를 얻기 위해 피의자들의 심리를 조종하는지도 알려져 있지 않다. 피의자신문과정에서 물리적 폭력을 행사하거나 유도신문이 이루어지는지에 대한 논쟁이 지금까지도 이어지고 있으며, 결국 피의자신문제도에 대한 개혁으로까지 이어지면서 헌법적 통제의 대상이 되고 있다. 다른 한편으로 피의자신문단계에서는 수사기관과 피의자 사이의 이해관계가 충돌하기도 한다. 밀행적이며 강압적인 환경에서 형벌권력의 행사는 피의자·피고인의 인식의 형성 및 의사결정과 행동에 미치는 영향이 크게 나타난다.[638]

이처럼 피의자신문은 허위자백과 수사기관의 역할, 수사환경, 권리고지 그리고 자백의 임의성문제와 자백 내지 진술 강요 및 강압 가능성 여하와 관련하여 수사기관의 형벌권 행사의 적정성 내지 적법절차 준수 여하를 들여다볼 수 있는 창문과 같은 역할을 한다. 따라서 피의자신문단계에서는 양 당사자의 이해관계의 균형을 어떻게 맞출 것인가에 대한 근본적인 성찰을 필요로 한다.

무엇보다 대부분의 강력범죄, 예컨대 살인 및 성범죄 등의 경우, 다른 증거가 없을 수도 있으므로 자백에 의해 결정되는 경우가 많고 이 경우 피의자신문과정은 사실상 사건의 해결로 이어지는 다리와 같은 역할을 한다. 만일 피의자신문 과정이 부적법하거나 위법하게 되면 허위자백문제로 이어지고, 다시 기소 및 유죄판결의 오류로 이어지게 된다. 피의자신문과 이로 인한 잘못된 진술과 자백, 그리고 잘못된 기소와 판결로

637) 리처드 A. 레오(저)/조용환(역), 전게서, 20면.
638) 리처드 A.레오/조용환, 전게서, 20면.

이어지는 일련의 과정은 결국 사법전체에 대한 불신을 불러올 가능성이 크다. 그럼에도 불구하고 수사기관의 피의자신문단계에서 자백유도 가능성이나 강압적 분위기 등에 대한 실태파악 등 알려진 게 그다지 없는 것도 사실이다.

수사기관은 피의자신문기법의 발전을 통해 자백을 이끌어내고, 피의자의 유죄를 입증할 수 있는 사건을 재구성하여 유죄판결을 얻어내고 범죄를 인정하도록 하는 것이 기본 목표임은 부정할 수 없다. 아례 사례에서는 검찰에서 한 자백은 유죄선고의 결정적 증거가 된다는 점을 여실히 보여주고 있다.[639]

> " ...살해한 사실로 자신의 죄책감과 ...로 되어 있는데, 도대체 판결의 결과가 있기 전에 교도소장까지 본 것 피고인(오휘웅)이 마치 공모하여 살해한 것 같이 지적해 놓았다는 사실로도 알 수 있는 것은, 검사 앞에서 피고인이 범죄사실을 자인하고 진술한 그날, 거듭해서 자인서로써 자신의 범행을 진술했다는 점은 피고인이 부인하므로 고문에 의해 자백을 받았다는 사실이 확실하다는 것입니다.
> 검사의 신문이 있은 후, 적어도 교도소로 되돌아가 그 나름대로 자유스런 분위기에서 진술서를 작성해서 교도소장을 거치는 등의 절차 없이 검사앞에서 자술서를 작성, 신문조서에 첨부하였다는 사실은 고문에 의해 자술서를 받고 이를 기초로 조서를 작성했음을 나타내는 것입니다. "검사가 고문을 한 일이 없다"는 것은 검사가 직접 고문을 한 일은 없다는 것이지 형사 대여섯명이 매질을 하면서 조서를 작성했다는 사실까지 부인하는 것은 아닙니다. 녹음테이프도 그렇습니다. 피고인이 시종일관 범죄사실을 시인하였다면, 또 증거가 충분하다며 진술서에 덧붙여 녹음을 하는 등 소란을 부릴 필요는 없었을 것입니다.

또 다른 미국의 허위자백 관련 사례를 보면 이러한 허위자백의 문제점이 무엇인지 여실히 드러난다. 1989년 4월 미국 센터럴 파크에서 한 여자 은행원이 폭행과 강간을 당하는 사건이 발생하였고 사건 직후 5명의 흑인청소년들이 노상강도로 체포되었다. 그런데 이들은 그날 저녁에 자신들이 센트럴 파크 강간사건의 진범이라고 자백하였다. 경찰단계에서 피의자진술 녹화가 있었으며, 진술녹화과정에서도 부모 등 법정대리인 및 신뢰관계인이 동석하였다. 피고인들은 마치 사건을 범한 것처럼 자세히 서술하였으며, 범행방법도 어떠했는지를 상세히 진술하였다. 2002년 강간 및 살인죄로 복역 중이던 Matia Reyes는 자신이 센트럴파크 강간사건의 진범이라고 자백하는 일이 벌어졌다. DNA 검사결과 Matia Reyes의 DNA는 범행현장에서의 DNA와 일치하였다. 이후 센트럴파크 강간사건의 피고인들은 무죄석방되었다. 이들 피고인들은 범행당시 나이가 어렸을 뿐만 아니라, 지능지수도 낮아 자백의 의미를 제대로 이해하지 못한

639) 조갑제, 전게서, 247-248면.

채 자백을 하였던 것이다. 다만 수사과정에서 경찰의 강압수사나 신문기법은 사용되지 않은 걸로 드러났다.

수원노숙자살인사건의 경우에도 2007년 5월 수원의 한 고등학교에서 노숙생활을 하던 자가 사망을 하였는데, 검찰에서는 피고인을 살인 등 혐의로 기소하였고, 법원은 1심에서 7년 징역형을 선고하였다. 이에 대해 피고인은 강압적 수사분위기에서 허위자백을 하였고, 재판까지 이어져 이에 제대로 대응하지 못한 채 유죄판결을 선고받았다며 항소 및 상고를 하였지만, 대법원에서 5년형이 확정되었다. 이후 검찰에서 이 사건을 재조사한 결과 사건당시 가출청소년이던 4명이 노숙인을 구타하여 사망케 한 사건으로 판명되었다. 이 사건에서 왜 피고인들을 살인혐의로 기소하였는지, 경찰은 법정에서 이들이 범행과 직접 관련성이 있는지 등을 밝히지 못했다.

이상의 두 사건만 보더라도 수사과정에서 피의자신문단계에서 자백이 얼마나 중요한 역할을 하는지, 수사기관이 자백에 얼마나 의존하는지 등을 볼 수 있다. 허위자백을 한 경우 이후 진범이 나타나더라도 허위자백에 의해 굳어진 유죄심증은 쉽사리 번복되지 않고, 이러한 유죄의 확증편향은 재판에까지 이르러 잘못된 유죄판결을 내리는 한 원인이 된 것이다.

피의자신문기법의 하나인 리드기법(Reid Technique)에 따라서 잘 훈련된 수사관은 피의자로부터 자백을 획득한다. 이는 수사 첫 단계에서 개방형질문을 하는 경우에 자백을 하는 경우가 있으며, 반면 피의자가 자백을 하지 않으면 조사관은 그가 범행을 하였다는 확신에 따라 피의자와 대면을 하여 정교하고 강력한 신문전략에 따라 조사를 하게며, 리드기법에 따라 피의자에게 압력을 가하되 자백을 하게 되면 무엇이 유리한지를 제안하고 여러 시나리오를 제시하면서 자백을 획득하기 위해 주력한다. 이 때 정당방위 가능성이라든가 성폭력의 경우 동의에 의한 것이라는 점 등 유리한 전략을 제시하고, 이러한 정교한 신문전략은 피의자·피고인에게 큰 영향을 끼치게 되며, 결국 허위자백에 이르게 된다. 이러한 허위자백의 경우에는 법원조차 알아채지 못한다.[640]

640) 권영법, 현대신문기법과 허위자백, 형사정책연구, 제23권 제3호, 2012, 98면.

나. 허위자백의 이유

자신이 저지르지 않은 범죄를 인정해버릴 수도 있는가? 그런데 실제 정말로 자신이 한 것처럼 법정에서도 계속 짓지도 않은 범죄를 인정하는 사람이 있다. 일반 사람들은 설마 그런일이 있을까 라고 생각하지만, 실제 거짓자백을 하는 예가 있다. 나중에 전혀 엉뚱한 곳에서 무고함이 밝혀진다. 진범이 자신의 범행을 저질렀다고 밝히거나, 증인이 허위증언을 했다고 나중에 진술하든가, 등등 실제로 수사기관과 법관들은 거짓자백한 것을 진짜로 믿는다.

실제 현실에서 왜 거짓자백을 가려내지 못하는가, 왜 거짓자백을 그대로 인정해버리는가 등 의문이 많이 남는다. 허위자백의 문제는 미국과 일본 등 해외에서도 종종 일어나고 있으며, 이로 인한 유죄오판 문제가 발생하고 있다.

위에서 살펴본 미국의 경우 사회적·문화적인 영향이 허위자백의 한 요인으로 작용되고 있다. 또한 미란다 원칙 즉 변호인의 조력을 받을 권리라든가, 묵비권보장이라든가 이런 원칙들은 무고한 피의자들의 경우 행사하지 않는 경우가 많은 것도 그 한 원인이 되고 있다. 왜 자기에게 인정된 권리를 포기하는지 그 이유는 스스로 잘못한 게 없기 때문에 변호인의 조력을 받을 필요가 없다는 것이며, 이러한 권리는 실제로 잘못을 저지른 사람에게나 필요한 것이라고 생각하고 있다는 것이다. 결과적으로 스스로 권리를 포기하고 허위자백을 하는 것은 무고함의 힘으로부터 비롯되며, 그러한 무고함의 힘은 실체진실을 반드시 발견할 것이라는 형사사법시스템에 대한 신뢰에 있다고 한다.

그 다음으로 허위자백에 취약한 계층이 있는 것도 한 원인이 되고 있다. 즉 신문에 대한의 압박을 받는 상황에서 어떤 사람들은 선천적으로 피암시성이 높고, 조종(manipulate) 당하기 쉬우며, 연약하기 때문에 허위자백에 취약한 경우가 있다. 이와 같이 허위자백에 취약한 계층은 나이가 어린 피의자, 정신적으로 지체가 있거나 특정 유형의 정신적 질병을 앓고 있는 피의자, 성격적으로 피암시성이 높은 피의자, 극심하게 불안해서 신문상황에서 발생하는 스트레스를 이겨내기 힘든 피의자들이 포함된다. 잘못된 유죄판결을 조사 분석해 본 결과 어린이, 청소년, 정신적으로 질병이 있는 사람들, 그리고 지적으로 결함이 있는 사람들이 허위자백을 할 확률이 훨씬 높다는 것으로 파악되고 있다. 따라서 허위자백 한 범주는 상술한 특정 유형의 사람들이

허위자백에 취약한 요인들을 갖고 있다고 할 수 있다.

그리고 순응형 허위자백 유형은, 피의자가 신문상황에서 벗어날 수 있는 가장 최선의 방법은 '자백을 하는 것뿐'이라는 것을 깨닫도록 유도하는 방법에 의해 엄청난 압박과 스트레스로 어느 순간 한계점에 다다라 결국 결백한 사람들조차도 권리행사를 포기하게 만들고, 경찰에게 협력하는 것만이 그들에게 최선의 이익일 것이라고 그들 스스로 믿게 된다. 그런데 이러한 결백한 피의자들이 나중에 변호인을 만나자마자 바로 자신이 했던 자백을 철회하는 경우가 많다. 왜냐하면 그들은 스스로 결백하다는 것을 알고 있고 단지 신문의 상황에서 벗어나기 위해서 범죄사실을 인정하였던 것이기 때문이다.[641]

마찬가지로 결백한 사람들은 처음에 신문이 시작되었을 때에는 혐의를 부인하는데, 신문이 시작되고 몇 시간 지난 후에 경찰이 사용하는 특정 신문기법 때문에 이 사람들은 경찰에게 순응하는 의미로 허위자백을 할 뿐 아니라, 스스로도 자신이 실제 범죄를 저질렀다고 믿게 되기도 한다. 이 경우는 대개 경찰이 거짓말을 함으로써 예컨대 경찰이 살인사건의 경우에 피의자에게 존재하지도 않은 피의자의 지문을 발견했다는 등 피의자에게 불리한 방향으로 거짓말을 하여 자백을 이끌어내는 경우에 발생하는 허위자백 유형도 있다. 이 경우 정상적인 피의자 조차도 어느 순간부터 어떻게 경찰이 이런 증거들을 갖고 있는지 의문을 갖기 시작하고, 경찰은 피의자에게 기억, 무의식, 의식을 잃음(black-out), 몽유병, 억제된 기억 등에 관해서 설명을 하면서 장시간의 신문을 통해 피의자들이 취약해지게 만든다. 특히 10대 피의자가 이런 유형의 허위자백에 취약한 것으로 나타났다. 10대들은 그 인식능력상 허위자백에 취약한 상태인데다가 신문이 끝날 무렵에 그들은 자백을 했음을 인정하는 서명을 할 뿐만 아니라 자신이 실제로 범죄를 저질렀다고 내재화하게 된다.

마지막으로 앞에서 말한 바와 같이 무고한 자가 형사사법시스템에 대한 신뢰도에 의해 허위자백을 하는 경우와 비슷한데 훨씬 더 넓은 개념이다. 즉, 결백한 사람들은 종종 저항하고 자백하기를 거부하지만 어느 순간 이 모든 것들이 무너지게 된다. 자백을 한 이유는 경찰이 그에게 자신의 DNA 자료를 갖고 있고 이것을 곧 과학 수사기관에 보낼 것이라는 말을 들었고 그래서 그는 자신이 범인이 아니라는 것이 곧 밝혀지

641) S. Kassin, The Psychology of Confession, Annu. Rev. Law Soc. Sci. 2008. 4, 195면.

겠다고 믿었으며, 결국 자기의 무고함은 밝혀질 것이므로 자백을 함으로써 신문 상황을 끝내려고 하기 때문이다. 이러한 무고함으로 인해 피의자는 자신의 결백함이 곧 밝혀질 것이라는 믿음을 갖게 되며, 당장 자백을 하면 신문이 주는 고통으로부터 벗어날 수 있을 거라는 기대를 갖게 된다. 대부분의 사람들은 정의는 밝혀질 것이라는 잘못된 믿음을 갖고 있지만, 매우 모순적이게도 무고함은 또 다른 허위자백의 위험요인으로 작용하고 있다. 이 경우에는 '제가 한 것이 맞을거에요', '제가 한 것 같습니다' 라든가 '제가 했을 수도 있습니다' 등의 추측성 표현을 쓰는게 일반적이다. 결백한 피의자가 스스로 허위자백을 하는 원인은 매우 다양하고 또 가장 이해하기 어려운 허위자백의 유형에 속한다.[642]

이상과 같이 경찰이 유도한 허위자백을 피의자/피고인이 진실이라고 받아들이는 순간, 그 허위자백으로 인해서 잘못된 유죄판결을 받게 될 위험성은 커지게 된다. 경찰이 유도한 허위자백을 하는 이유는 단순한 것은 아니라는 것을 알 수 있다. 허위자백의 논리와 유형도 상당히 복합적이다.[643] 허위자백은 일련의 유도 과정과 영향력 행사 그리고 설득 및 순응의 과정에서 나온 결과물이며, 통상 심리적 강압을 수반한다. 허위자백을 유도하기에 좋은 특정한 신문환경이 있는가 하면, 개인별로도 허위자백에 더욱 쉽게 노출되는 성향을 가진 사람도 있다. 비록 죄를 짓지 않은 사람이라도 일반 피의자신문단계에서 유죄로 추궁해가면서 허위로 범행을 시인하게 하고, 범죄사실 관련 시나리오를 피의자에게 제시하고 자신들이 구체화하면서 피의자에게 진술하도록 압력을 가하면 허위자백도 만들어지게 된다.[644]

다. 지적 장애인등 사회취약계층의 허위자백 가능성

위에서 본 바와 같이 허위자백에 쉽게 노출되는 사람 특히 허위자백에 취약한 피의자들은 분명 있다. 본 연구의 재심사례에서도 알 수 있는 바와 같이 특히 지적 장애가 있는 사람이나 청소년의 경우 허위자백에 쉽게 노출된다. 지적장애가 있는 경우에는 쉽게 허위자백을 할 가능성이 높은데, 그 이유는 정상이하의 지적능력으로 인해 생각

642) 설득된 허위자백으로 이어지는 심리적 단계에 대한 자세한 내용은 리처드 A. 레오/조용환, 전게서, 344면, 352면 이하 참조.
643) 리처드 A. 레오/조용환, 전게서, 325면.
644) 리처드 A. 레오/조용환, 전게서, 323-324면.

하는 능력이나 속도가 느리고 쉽게 혼란에 빠지게 되기 때문이다. 다른 사람이 하는 말과 의도를 정확히 이해하지 못하고 또 자신의 행동이 가져올 결과를 잘 인식하지 못한다. 이렇다 보니 신문과정에서의 상황과 맥락 등을 잘 이해하지 못하고, 자신의 죄를 쉽게 인정하는 진술을 하게 되며 그 결과를 이해하지 못할 가능성이 크다.[645] 지적 장애가 있는 경우에는 스트레스에도 취약하고 갈등상황을 회피하려고 하며, 경찰의 압력에 쉽고 굴복하면서 그들의 요구에 순응할 가능성이 높다.[646] 특히 권위있는 사람의 말을 쉽게 따르고 그에 맞추려고 하는 성향도 허위자백을 하게 되는 원인이 되기도 한다.

라. 허위자백의 방지

1) 허위자백의 원인분석 연구

허위자백문제는 그리 간단한 문제는 아니며, 법심리학적 분석과 형사법학의 통합적 관점에서 바라보지 않으면 안 된다. 이로부터 형사재판 실무의 구조적인 오류와 원인을 밝혀냄과 동시에 오판을 방지할 수 있는 방안도 필요하다. 미국의 경우에도 오판의 원인 가운데 허위자백이 주된 원인임이 이미 밝혀진 바 있으며, 무고한 사람들에 대한 잘못된 판결이 있는가에 대한 문제에서부터 이제 그 원인이 무엇이며 무엇을 해야 하는지에 대한 광범위한 연구의 필요성이 큰 영역이다.

다만 허위자백임을 찾아내는 것은 쉽지 않으며, 설사 허위자백을 찾아낸다 하더라도 피의자가 절대적으로 결백하다는 사실을 증명하기도 어렵다. 실제로 자백이 유일한 독립한 증거로 사용된 경우 피의자의 결백을 증명할 수 있을 정도로 입증하기는 매우 어렵다. 실제 자백한 피의자가 범죄를 저질렀을 가능성이 극히 낮아 보인다고 하더라도 이로써 범죄를 저지르는 것이 물리적으로 전혀 불가능하다는 것을 말해주는 것은 아니다. 피의자가 범죄를 저지르지 않았음을 보여주는 객관적 증거가 있고, 피의자의 자백에 의심을 불러일으키는 실질적 증거가 있다 해도 자백한 피의자가 절대적으로 결백함을 증명하는 과학적 증거를 찾을 수 있는 경우에 매우 드물다.[647] DNA

645) 리처드 A. 레오/조용환, 전게서, 376면.
646) 리처드 A. 레오/조용환, 전게서, 376면.
647) 리처드 A. 레오/조용환, 전게서, 392면.

증거가 있으면 모를까 자백의 신빙성을 판단할 수 있는 DNA를 보존하지 않는 경우도 대부분이다. 부당하게 누명을 쓴 자를 위해 자신이 스스로 나서서 진범임을 밝히는 예도 상상하기 어렵다. 그런데 실제 자신이 진범이라고 나섰다면? 수사기관이 애초 수사를 통해 범인으로 체포해서 기소 그리고 유죄판결을 받았다면 이를 뒤집을 가능성은? 일련의 카르텔로 묶여져 있는 법조계에서 진범의 주장을 인정하고 지금까지 유지해온 결론을 완전히 뒤집을 가능성은? 이러한 가능성들은 사실 거의 없다고 해도 과언이 아니다.

허위자백임을 말해주는 믿을 만한 증거가 있고, 자백이 진실임을 증명할 수 있는 방법이 없다 해도 이것이 자백한 피의자가 결백하다는 것을 증명해주는 것은 아니며, 의심을 완전히 없애주는 것도 아니다. 결국 허위자백의 경우에 모든 입수가능한 증거자료들을 다 검토해서 확률적 개연성 판단에 근거하여 자백이 허위라고 분류하게 된다. 절대적으로 결백함을 증명하는 증거가 없는 상황에서 다른 선택의 여지가 없다.[648]

자백의 신빙성을 판단하는 기법들은 자백이 범죄사실과 잘 맞는지를 분석해서 찾아내는 수밖에 없다. 결국 허위로 자백한 피의자의 경우 이들의 사실 설명은 오류가 포함되어 있을 수밖에 없다는 점, 객관적 증거와 일관되지 않거나 모순되는 것이 많다는 점 등으로 자백의 신빙성을 분석 판단하지 않으면 안 된다.

2) 허위자백 방지방안

가) 조사의 전과정의 투명화

이는 피의자신문과정을 투명하게 함으로서 적법성을 보장하게 하는데 중요한 역할을 한다. 강압수사의 문제는 최근에 들어와 많이 극복하였으며 제도적으로 개선되었다고는 하지만, 여전히 이에 대한 시비가 끊이질 않고 있다.

피의자신문 전부에 대하여 처음부터 끝까지 전자 녹화를 의무화함으로써 수사기관 및 피고인 모두가 혜택을 볼 수 있다. 피의자신문과정에서 어떤 일이 누구에 의해 일어났는가를 알 수 있는 방법은 결국 전자적 녹음·녹화로 다투는 것이며, 이것이 가장 합리적이고 객관적이며 검증가능한 자료를 제공해준다. 지금까지 피의자신문의

---

648) 리처드 A.레오/조용환, 전게서, 393면.

밀행성과 수사기관의 권한을 고려할 때 이를 완전히 기록으로 만드는 것이야말로 절차적으로나 실체법적으로나 매우 중요하다.[649]

조사의 전과정을 녹음·녹화함으로써 위법적이고도 강압적인 신문의 전과정이 기록되고, 이것이 법정에 제출되고 증거로 채택이 된다면 자백중심의 편중수사는 억지될 것이고 피의자신문은 임의성을 보장받는 방향으로 전환할 수 밖에 없게 된다.[650]

나) 변호인의 조력을 받을 권리의 실질적 보장

변호인의 조력을 받을 권리의 실질적 보장 또한 피의자신문과정을 투명하게 하여 적법성을 보장받을 수 있도록 하는 주요장치이다.

변호인의 조력을 받을 권리를 실질적으로 보장하는 것은 꽤나 오랫동안 제기되어 왔던 문제이다. 1995년 형사소송법 개정논의, 2007년의 형사소송법 개정 논의에서 이미 너무나 많은 제언과 방법들이 제시된 바 있다. 그러나 이 문제는 여전히 현안일 정도로 아직까지 입법적 해결을 보지 못하고 있다.

허위자백의 경우 앞의 사례에서 보는 바와 같이 허위자백을 하거나 허위자백에 동의하는데 특별히 취약한 집단이 있고, 이들의 경우 강압적인 피의자신문환경에서 허위자백을 할 가능성이 크다는 점을 알아야 한다. 피의자신문은 수사를 위해서 필요하고도 중요한 절차이지만, 다른 한편으로 거짓진술과 거짓 시인 그리고 자백을 매우 손쉽게 유도할 수도 있는 단계라는 점을 알아야 한다.

따라서 형사절차 전단계에서 적어도 허위자백이 증거로 제출될 수 있는 여지를 차단할 수 있는 장치가 마련되어야 한다. 녹음·녹화제도는 물론 위법한 피의자신문 내지 자백유도 등 강압적 수사를 막을 수 있는 필요한 제도이기는 하지만, 단지 이것만으로 충분하다고 할 수 없다.

변호인의 조력을 받을 권리를 수사단계에서부터 보장하는 것이야말로 위법신문 방지와 허위자백 방지를 위한 가장 중요한 방안이다.

649) 리처드 A.레오/조용환, 전게서, 392~393면.
650) 이기수, 전게 논문, 311면.

다) 영상녹화제도의 실질화

(1) 조사시 영상녹화제도의 명문화

영상녹화제도는 2007년 형사소송법 개정으로 도입되었으며, 실제 수사과정에서 활용되고 있다. 이에 따르면 피의자의 진술은 영상녹화할 수 있으며, 이 경우 미리 영상녹화사실을 알려주어야 하며, 조사의 개시부터 종료까지의 전 과정 및 객관적 정황을 영상녹화하여야 한다(제244조의2 제1항). 그리고 피의자 아닌 자의 경우 검사 또는 사법경찰관은 수사에 필요한 때에는 피의자가 아닌 자의 출석을 요구하여 진술을 들을 수 있으며, 이 경우 그의 동의를 받아 영상녹화할 수 있다(제221조). 그리고 이러한 영상녹화물은 피고인이 그 조서의 성립의 진정을 부인하는 경우에는 그 조서에 기재된 진술이 피고인이 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음이 영상녹화물이나 그 밖의 객관적인 방법에 의하여 증명되고, 그 조서에 기재된 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한하여 증거로 할 수 있다(제312조).

(2) 영상녹화의 기준

현행법은 영상녹화의 기준에 대하여 아무런 규정을 두고 있지 않다. 영상녹화의 고지나 당사자의 동의도 요하지 않으므로 영상녹화를 할 것인지의 여부는 전적으로 수사기관의 재량에 달려 있다. 수사기관이 조사과정을 녹화하지 않기로 결정하더라도 법에 위반하는 것은 아니다. 다만 이 경우 피의자가 적극적으로 영상녹화를 원할 경우에는 논란이 있을 수 있다.

(3) 조사의 전 과정 영상녹화

현행법은 조사의 전 과정을 영상녹화하도록 되어 있다는 점에서 허위진술을 방지할 수 있는 제도적 장치는 마련되었다고 볼 수 있다. 영상녹화제도 도입 당시 수사과정의 투명성을 통해 인권을 보장하겠다는 본래의 입법취지에 비추어 수사단계의 어디까지 영상녹화할 것인가 하는 문제도 있다. 피의자신문의 전 과정을 녹화할 것인가에 대한 문제이다. 실무에서는 영상녹화가 신문과 진술을 녹화하는데에서 나아가 자백에 이르는 과정까지 그 영역이 확대되는 것에 대하여는 우려를 나타내고 있다.[651] 나아가

651) 신정훈/지영환, 진술녹화제도의 현황과 문제점 및 개선방안에 관한 연구, 형사법연구 제26호,

영상녹화제도는 기본적으로 수사과정의 투명성을 높이고 적법절차를 보장하기 위한 방법의 하나로 지금까지의 조서재판을 대체할 수 있는 장점과 더불어 오히려 조작과 왜곡의 가능성 때문에 해석상 위험이 따르고 공판중심주의에 반할 우려가 있다는 문제점도 지적되어 왔다.[652] 실무상으로는 경찰관들의 경우 교육 및 훈련의 정도에 따라 영상녹화제도가 상당히 의미있는 제도로 평가되고 있고, 조서작성의 번거로움이 없으면 영상녹화를 더 적극적으로 하겠다고 하는 의견도 상당수에 달하고 있다는 점을 고려하여 적극적 활용방안을 제시할 의미는 크다.

(4) 영상녹화제도 운영 활성화 방안 모색

또한 영상녹화를 하는데 예산과 교육의 문제 등 제대로 된 운영을 위해서는 많은 노력이 있지만, 실제 영상녹화물의 증거능력을 인정하지 않는데에서 오는 불만도 적지 않다. 검사 또는 사법경찰관이 작성한 피의자의 진술을 내용으로 하는 영상녹화물을 독립된 증거방법으로 허용할 것인지, 아니면 조서와 병행하여 단순히 조서를 보완하는 수단으로 할 것인지도 여전히 논쟁중이다.[653]

(5) 영상녹화물의 증거능력

대법원은 "수사기관에 의한 피의자 아닌 자(이하 '참고인'이라 한다) 진술의 영상녹화를 새로 정하면서 그 용도를 참고인에 대한 진술조서의 실질적 진정성립을 증명하거나 참고인의 기억을 환기시키기 위한 것으로 한정하고 있는 현행 형사소송법의 규정 내용을 영상물에 수록된 성범죄 피해자의 진술에 대하여 독립적인 증거능력을 인정하고 있는 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제30조 제6항 또는 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제26조 제6항의 규정과 대비하여 보면, 수사기관이 참고인을 조사하는 과정에서 형사소송법 제221조 제1항에 따라 작성한 영상녹화물은, 다른 법률에서 달리 규정하고 있는 등의 특별한 사정이 없는 한, 공소사실을 직접 증명할 수 있는 독립적인 증거로 사용될 수는 없다고 해석함이 타당하다"고 본다.[654] 또한

2006, 776면.

652) 천진호, 영상녹화물의 증거능력에 관한 연구, 법학논총 제35집 제1호, 2015.4, 223면.

653) 2017년 국정감사자료에 의하면 2017년 기준 검찰조사 영상녹화 실시율은 16.8%에 불과하다고 한다. 투데이신문, 2017. 10. 16. https://www.sedaily.com/NewsView/10MBSGO3BD(최종확인 2018.11.01.).

654) 대법원 2014. 7. 10. 선고 2012도5041 판결.

"검찰에서의 피의자신문 영상녹화 조사내용에 대한 각 속기록 작성 보고는 그 실질이 검찰 작성 피의자신문조서 및 검찰 작성 진술조서와 같은데 피고인이 이를 증거로 함에 동의하지 않았고 원진술자인 피고인의 서명날인이 없어 그 형식적 진정성립이 인정되지 아니하여 증거능력이 없다"고 본 판례도 있다. 이런 점에서 판례는 영상녹화의 경우 증거능력을 인정하지 않고 있다고 하겠다.

실무상으로 검찰의 수사과정에서 녹화된 영상녹화물은 반드시 조서 등 서면을 작성하도록 의무화되어 있으며, 조서작성에 갈음한 진술요약서 내지 녹취록 작성을 허용하고 있다.[655] 그런데 조서작성과 더불어 진술요약서 내지 녹취록 등을 작성하도록 하면서도 이에 대한 증거능력을 인정하지 않는 것은 진술을 한 피의자/피고인이나 수사관 모두에게 중복적이고 낭비가 아닌가 하는 비난이 제기되고 있는 상황이다. 무엇보다 실무에서도 영상녹화를 그다지 선호하지 않는데, 조사결과에 의하면 영상녹화운영 실적이 근무의 평가기준의 하나가 되고 있고, 영상녹화실에 직접 참여해야 하는 것에 상당히 부담을 느끼며, 조사실 환경도 썩 좋은 편은 아니라는 점 등도 주요원인으로 작용하고 있는 것으로 나타났다.[656] 한편으로 조사연구에 의하면 경찰관들의 경우 교육 및 훈련의 정도에 따라 영상녹화제도가 상당히 의미있는 제도로 평가되고 있고, 조서작성의 번거로움이 없으면 영상녹화를 더 적극적으로 하겠다고 하는 의견도 상당수에 달하고 있는 점에 비추어보면 영상녹화제도가 수사에 도움이 되는 제도임은 분명하다.

(6) 제도개선방안

실무에서 영상녹화제도를 적정히 운영 활용하는데 장애가 있는 것으로 나타난만큼 제도개선도 뒤따라야 한다.

영상녹화제도가 갖는 본래의 입법목적을 달성하기 위해서는 영상녹화제도에 대한 몇 가지 제언이 전제가 되어야 할 것이다. 이미 미국의 경우에도 DNA 증거분석방법에 의한 오판구제활동을 해온 Innocence Project 에서는 오판을 방지하기 위해서는 피의자신문과정에서부터 전 과정이 녹음·녹화될 것을 제안하고 있다.

---

655) 대검찰청, 영상녹화 업무처리 지침, 대검예규 제401호.

656) 이윤, 수사절차상 신문과정의 영상녹화 필요성과 영상녹화에 대한 경찰수사관들의 태도, 한림법학 포럼 제20권, 2009, 11면 이하.

이에 대하여는 이미 소개된 바 있는데, 다시 한번 소개하면 다음과 같다.[657]

① 구금중 신문과정에서 형법 및 소년법이 규정한 범죄의 경우에는 모든 진술을 영상으로 녹화해야 한다.
② 구금시설 바깥에서 신문이 이루어질 경우 녹화대신 녹음을 행한다.
③ 구금장소에서 반드시 카메라는 신문자와 피의자를 동시에 비추어야 한다.
④ 다만 구금신문과정 중에 있었던 모든 진술에 대하여 녹화되지 않거나, 녹화 이후에 진술이 이루어진 경우에는 범죄 또는 소년비행 혐의절차에 대한 증거로서 허용되지 않는다. 다만 예외적인 경우에는 제외한다.
⑤ 예외의 허용: 신문 전 혹은 신문 중에 변호인과 상담 후에 명시적으로 영상녹화없이 신문에 응하겠다고 한 경우.

그리고 범죄대상군의 특정화에 대해서도 고민해봐야 한다. 영상녹화의 범위를 명확히 하고 당사자의 의사를 존중하는 방식으로의 영상녹화제도 운영은 수사의 투명성 및 공정성 확보와 피의자의 권리보장을 위해서 필수적이다.[658] 특히 강압적 수사와 허위진술의 위험이 높은 범죄대상군, 예컨대 살인 및 뇌물 그리고 강도죄 등에 대하여는 영상녹화를 의무화하여야 할 것이다.

당사자의 동의에 대한 명문규정을 두는 것도 검토할 필요가 있다. 영상녹화물제도는 피의자의 진술거부권과 초상권에 대한 침해를 야기할 우려가 있음은 부인하기 어렵다. 현행법은 피의자의 신문시에 영상녹화를 할 것인가 여부에 대하여 피의자의 동의를 요건으로 하지 않고 수사기관의 재량에 달려있다는 점에서 영상녹화 실시율이 낮거나 자칫 남용으로 이를 위험성도 있다.[659] 따라서 영상녹화는 피의자 또는 변호인의 동의를 얻어 하는 것이 타당하며, 피의자신문중이나 후에 피의자가 영상녹화를 지워달라고 하거나 진술거부권을 행사할 경우에는 이를 존중하여 영상녹화를 중단함이 바람직하다.

마지막으로 현행법에서는 조사의 전 과정을 영상녹화할 수 있다고 규정하고 있지

657) 이기수, 전게 논문, 315면 참조.
658) 이기수, 전게 논문, 315면.
659) 차용석/최용성, 전게서, 192면.

만, 실제 어느 시점부터 어느 시점까지 영상녹화되어야 하는지에 대하여는 일률적인 기준이 없다. 영상녹화물에 대한 조사의 전 과정이라는 요건은 영상녹화제도가 피의자나 참고인의 인권보장과 진술 및 자백의 임의성을 담보하기 위한 장치라는 점에서 영상녹화 개시전이라도 이들에 대한 강압이나 회유 등이 일어나지 않도록 할 필요는 있다. 즉 영상녹화물의 임의성 요건도 요구된다.[660] 그러나 영상녹화제도를 잘못 운영하다보면 오히려 영상녹화가 수사기관의 인권보장을 뒷받침해주는 도구로 전락할 우려도 있다. 영상녹화로 얻은 자백이 갖는 직접성으로 말미암아 법원의 심증형성이 과도하게 좌우될 위험이 커 공판중심주의를 무의미하게 할 우려도 있다.[661]

형사소송규칙 제134조의2에서는 영상녹화물의 조사신청에 관한 자세한 규정을 두고 수사시간대별 수사과정을 기록하도록 의무화 하는 등 가이드라인을 두고 있지만 여전히 조사의 전 과정에 대한 합의는 없는 상황이다.[662] 법무부의 개정 형사소송법 자료에 의하면 의도적으로 조사과정의 일부만을 선별하여 영상녹화하는 것은 허용되지 않지만, 여러 차례 조사가 이루어진 경우에 반드시 최초 조사부터 모두 영상녹화하지 않으면 그 영상녹화물을 사용할 수 없는 것은 아니다.[663]

참조 : 형사소송규칙 제134조의2(영상녹화물의 조사 신청)

① 검사는 피고인이 된 피의자의 진술을 영상녹화한 사건에서 피고인이 그 조서에 기재된 내용이 피고인이 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음을 인정하지 아니하는 경우 그 부분의 성립의 진정을 증명하기 위하여 영상녹화물의 조사를 신청할 수 있다.
② 검사는 제1항에 따른 신청을 함에 있어 다음 각 호의 사항을 기재한 서면을 제출하여야 한다.
1. 영상녹화를 시작하고 마친 시각과 조사 장소
2. 피고인 또는 변호인이 진술과 조서 기재내용의 동일성을 다투는 부분의 영상을 구체적으로 특정할 수 있는 시각
③ 제1항의 영상녹화물은 조사가 개시된 시점부터 조사가 종료되어 피의자가 조서에 기명날인 또는 서명을 마치는 시점까지 전과정이 영상녹화된 것으로, 다음 각 호의 내용을 포함하는 것이어야 한다.
1. 피의자의 신문이 영상녹화되고 있다는 취지의 고지
2. 영상녹화를 시작하고 마친 시각 및 장소의 고지
3. 신문하는 검사와 참여한 자의 성명과 직급의 고지
4. 진술거부권·변호인의 참여를 요청할 수 있다는 점 등의 고지
5. 조사를 중단·재개하는 경우 중단 이유와 중단 시각, 중단 후 재개하는 시각

660) 천진호, 전게 논문, 228면.
661) 차용석/최용성, 전게서, 192면.
662) 천진호, 전게 논문, 228면 .
663) 법무부, 개정 형사소송법 해설자료집, 2007, 124면.

6. 조사를 종료하는 시각
④ 제1항의 영상녹화물은 조사가 행해지는 동안 조사실 전체를 확인할 수 있도록 녹화된 것으로 진술자의 얼굴을 식별할 수 있는 것이어야 한다.
⑤ 제1항의 영상녹화물의 재생 화면에는 녹화 당시의 날짜와 시간이 실시간으로 표시되어야 한다.
⑥ 제1항, 제3항부터 제5항은 검사가 피고인이 아닌 피의자 진술에 대한 영상녹화물의 조사를 신청하는 경우에 준용한다.

5. 수사기관에 대한 신문기법 교육

피의자신문시에 수사기관에 대한 교육이 필요하다. 수사기관 스스로 강압적 수사환경을 만들지 않을 수 있도록 해야 할 뿐만 아니라, 소위 피고인들이 하는 거짓진술과 자백을 더 잘 걸러낼 수 있도록 하는 교육이 필요하다. 최근에 들어와 허위자백의 원인과 허위자백과 오판의 관계 등에 대한 연구의 관심이 높아지는 동시에 이들 연구가 실무가들에게 허위자백이 발생할 수 있다는 점, 허위자백을 걸러낼 수 있도록 스스로 교육과 자성이 필요하다는 점 등을 알려주는 계기가 되고 도움이 된다는 사실이다. 향후 더욱 공정한 형사사법을 위한 실무의 관심과 노력이 필요할 때이다.

입법론으로는 피의자신문단계에 준수해야 할 피의자신문기법과 금지된 신문기법을 명문화하는 것도 하나의 방법이다. 그리고 피의자신문으로부터 얻은 증거의 증거능력에 대하여는 동의 없는 증거의 증거능력 규정과 자백의 보강증거의 필요를 명문화하는 것도 고려할만한다.[664]

현행 규정	개정안
제241조(피의자신문) ① 검사 또는 사법경찰관이 피의자를 신문함에는 먼저 그 성명, 연령, 등록기준지, 주거와 직업을 물어 피의자임에 틀림없음을 확인하여야 한다.	제241조(피의자신문) ① 검사 또는 사법경찰관이 피의자를 신문함에는 먼저 그 성명, 연령, 등록기준지, 주거와 직업을 물어 피의자임에 틀림없음을 확인하여야 한다. ② 학대, 피로야기, 강요, 기망, 신체상의 침해 등 피의자의 의사결정의 자유를 침해하는 신문방법과 피의자의 기억력과 판단능력을 침해하는 처분은 금지된다.
제309조(강제 등 자백의 증거능력) 피고인의 자백이 고문, 폭행, 협박, 신체구속의 부	제309조(강제 등 자백의 증거능력) 피고인의 자백이 고문, 폭행, 협박, 신체구속의 부

664) 권영법, 전게 논문, 99면 이하.

현행 규정	개정안
당한 장기화 또는 기망 기타의 방법으로 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 이유가 있는 때에는 이를 유죄의 증거로 하지 못한다.	당한 장기화 또는 기망, 제241조 제2항에서 기재된 신문방법, 기타의 방법으로 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 이유가 있는 때에 는 피고인의 동의 여부와 관계없이 이를 유죄의 증거로 하지 못한다.87)
제310조(불이익한 자백의 증거능력) 피고인의 자백이 그 피고인에게 불이익한 유일의 증거인 때에는 이를 유죄의 증거로 하지 못한다.	제310조(불이익한 자백의 증거능력) 피고인의 자백이 그 피고인에게 불이익한 유일의 증거인 때에는 이를 유죄의 증거로 하지 못하며, 자백에 대한 보강증거는 독립된 증명력이 있어야 한다.

제3절 공판단계에서의 제도 정비방안

1. 자백의 임의성 판단기준

법원은 기본적으로 자백배제법칙에 따라 자백의 임의성 여부를 판단해야 함에도 불구하고, 자백이 있는 경우에는 임의성에 의심할만한 사유가 있는 때에 해당한다 할지라도 사실상 자백의 임의성은 추정된다는 입장을 취하고 있다.[665] 즉 "진술의 임의성이라는 것은 고문, 폭행, 협박, 신체구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타 진술의 임의성을 잃게 하는 사정이 없다는 것, 다시 말해 증거의 수집과정에 위법성이 없다는 것인데, 진술의 임의성을 잃게 하는 그와 같은 사정은 헌법이나 형사소송법의 규정에 비추어 볼 때 이례에 속한다 할 것이므로 진술의 임의성은 추정된다"고 하며, "진술의 임의성에 관하여는 당해 조서의 형식, 내용(진술거부권을 고지하고 진술을 녹취하고 작성 완료 후 그 내용을 읽어 주어 진술자가 오기나 증감 변경할 것이 없다는 확인을 한 다음 서명날인하는 등), 진술자의 신분, 사회적 지위, 학력, 지능정도 그 밖의 여러 가지 사정을 참작하여 법원이 자유롭게 판정하면 된다"[666]고 한다. 이는 사실상 자백의 임의성 판단과 신빙성 판단을 혼동하는 것으로서 결국 임의상 판단이 신빙성 판단에 따라 이루어지고 있음을 알 수 있다.[667] 나아가 이는 수사기관의 자백

665) 대법원 1984. 11. 27. 선고 84도2252 판결.
666) 대법원 1997. 10. 10. 선고 97도1720 판결.

을 얻기 위한 위법행위를 사실상 방치하는 결과가 된다. 또한 수사기관에서 위법한 수사에 의해 얻은 자백이라 할지라도 다른 증거에 의해 자백의 내용이 진실하거나 신빙성이 있는 것으로 인정되면 자백의 임의성을 인정하게 되는 결과가 되어, 이는 허위자백을 낳고 결국 오판의 원인이 되기도 한다.

자백의 임의성 법칙과 관련해서는 무엇보다 임의성 판단을 위한 명백한 기준을 명확히 하지 않으면 안 된다. 자백의 임의성 판단에 대하여 수사기관은 무엇이 허용되고 허용되지 않는지 판단하기 어렵다는 점, 임의성 입증책임이 검사에게 있음에도 불구하고 서로 다른 주장을 할 경우 판사가 이를 판단하기가 쉽지 않다는 점에서 그 판단기준을 제시할 필요가 크다. 통상 임의성 여부를 판단함에 있어서 법원은 구체적인 사건에 따라 '피고인의 학력, 경력, 직업, 사회적 지위, 지능 정도, 진술 내용, 피의자신문조서의 경우 조서 형식 등 제반 사정을 참작하여 자유로운 심증으로 진술이 임의로 된 것인지를 판단하되, 자백의 진술 내용 자체가 객관적인 합리성을 띠고 있는가, 자백의 동기나 이유 및 자백에 이르게 된 경위는 어떠한가, 자백 외 정황증거 중 자백과 저촉되거나 모순되는 것이 없는가' 등을 고려하여야 한다.[668] 피고인이 검사 이전 수사기관에서 고문 등 가혹행위로 인하여 임의성 없는 자백을 하고 그 후 검사 조사단계에서도 임의성 없는 심리상태가 계속되어 동일한 내용의 자백을 하였다면, 검사 조사단계에서 고문 등 자백 강요행위가 없었다고 하여도 검사 앞에서의 자백도 임의성 없는 자백이라고 보아야 한다.[669] 단지 조사자 증언이나 자백조서의 내용, 조서작성의 형식만으로 자백의 임의성을 입증하였다고 보는 것은 적정하지 않다. 미국의 예에서 보는 바와 같이 법정에서 조사실에서의 자백이 임의성을 인정받기 위한 방안들을 마련해서 수사관들에게 교육하는 등의 방법으로 자백의 임의성을 입증하려는 노력은 참조할만하다.

그리고 수사상황 자체가 피의자에게는 극도로 스트레스이고, 이런 상황에서 마치 자백하지 않으면 큰일이 날 것처럼 강압적 상황에 빠지기도 하고, 이러한 상황이 구금기간동안 지속적으로 이어지게 되면 자기통제나 합리적 사고를 할 수 없을 상황

667) 조국, "자백배제법칙의 근거와 효과 그리고 임의성 입증", 서울대학교 법학, 제43권 제1호, 2002, 375면 이하.
668) 대법원 2011. 10. 27. 선고 2009도1603 판결.
669) 대법원 2011. 10. 27. 선고 2009도1603 판결.

에 이르기도 한다. 특히 지적 장애가 있는 자들의 경우에는 더욱 그러하다. 따라서 신문이 허용되지 않는 강압적 상황에서 행하여졌는지, 자백에 임의성이 있는지 여부를 판단하기 위해서는 법원은 신문상황이 강압적이었는지 여부와 피의자 피고인에게 미치는 영향, 그리고 피의자의 지적 능력 여부 등에 대하여 구체적으로 조사하여 판단해야 할 것이다. 법원은 검사로 하여금 자백의 임의성을 입증하도록 하고 이 경우 우월한 증거로 입증하도록 해야 한다.

2. 자백배제법칙의 엄격한 적용

현행법상 기망에 의한 자백은 자백배제법칙의 적용을 받는다. 이에 대하여 기망으로 인한 자백 모두가 증거능력을 배제하기 보다는 기망행위를 구체적으로 유형화하여 그 증거능력을 인정하는 경우와 배제하는 경우로 구분하여 살펴볼 필요가 있다는 논의가 있다.[670] 그러나 기망행위를 증거능력 있는 경우와 그렇지 않는 경우를 구분하는 것이 가능한지, 구체적으로 어떤 기망행위에 의한 자백을 증거능력이 있는 것으로 볼 것인지에 대하여는 제시하지 못하고 있다. 자백은 일단 행한 이상 비록 허위라 하더라도 유죄를 증명하는 강력한 증거처럼 영향력을 갖고 있으므로 자백이 허위인지 여부를 평가해야 하는 형사사법기관 종사자들은 쉽게 오류가능성에 빠지게 된다.

최근에 들어와 고문이나 폭행 등은 수사실무에서 감소하는 추세이고, 반면 기망이라 약속 등에 의한 자백을 얻으려는 노력은 여전히 계속되고 있는 상황에서 허위자백을 방지하고 오판가능성을 줄이기 위해서는 보다 구체적인 기준마련이 필요할 것이다.[671] 실제 재판에서도 신체에 대한 물리적 고문이나 폭행이 아닌 자백을 얻기 위한 어느 정도의 신문기법은 허용된다. 형사소송법 제309조의 기망이 어느 경우에 수사상 신문기법으로 허용되는지에 대하여 개별적인 사례마다 차이가 있다. 원칙적으로 기망은 금지되나, 기망에 이르지 않는 정도의 책략은 허용된다고 본다. 독일의 경우 수사기관이 알고 있는 모든 사실을 피의자에게 말할 필요는 없으며, 침묵은 기망이 아니라고 한다. 수사기관은 진실을 말해야 하지만, 분명히 말할 필요는 없으며, 또 피의자의 착오를 이용할 수 있지만 이를 유발해서는 안 된다. 이에 따르면 다른 공범이 자백을

670) 박용철, "기망에 의한 자백의 임의성에 대한 비교법적 고찰", 서강법학 제8권, 2006.
671) 이기수, 전게 논문, 21면.

했다고 하는 것은 의도적으로 착오를 유발하는 것으로서 허용되지 않는다. 중요사실이나 증거를 은폐하고 이로 인해 피의자에게 착오를 일으키게 한 경우에는 기망에 해당하며 이에 이르지 않은 경우에는 허용된다고 본다. 미국의 경우에는 유죄협상제도가 있어 어느 정도까지 처벌에 대한 딜이 가능하다. 이 때문에 미국의 경우에는 허용되는 기망의 범위가 훨씬 넓을 수는 있다. 예컨대 경찰관이 피고인이 자백을 하면 다른 공범과는 멀리 떨어진 시설에서 보낼 수 있도록 해주겠다고 약속한 경우에는 이러한 자백흥정은 허용되는 수법이라고 한다.[672]

3. 보강증거 확보

자백의 보강법칙과 관련해서는 수사기관이 단순히 자백획득만을 목적으로 수사를 하면 편중된 수사를 할 수 밖에 없으므로 허위자백의 위험성을 높이게 된다. 따라서 허위자백의 위험성을 줄이기 위해서라도 피의자의 진술 이외에 객관적이고도 확실한 증거를 획득하기 위한 노력을 해야 하며, 이러한 자백의 보강증거는 진술의 신빙성을 확정할 만큼 실질적이고도 독립한 증거여야 할 것이다.[673]

제4절 재심제도 개선방안

1. 재심의 입법목적과 그 한계

현행 형사소송법 상 재심사유는 원판결의 증거가 허위임이 드러난 때, 새로운 증거가 발견된 때, 원판결의 기초(전제)가 되는 판결이 변경될 때, 원판결 또는 수사의 절차에 현저한 하자가 있는 때 등으로 매우 제한적으로 규정되어 있다.

우리나라와 같이 대륙법계 소송구조 하에서 보면 독일과 일본, 우리나라 모두 재심제도가 명문화되어 있지만, 실제 이를 적극적으로 활용하고 있지는 않다는 점에서 유사하다. 특히 재심이유 존부심사 절차의 경우 우리나라의 재심개시결정 여부와 마

672) 이에 대한 자세한 소개는 권영법, 전게 논문, 103면 참조.
673) 권영법, 현대신문기법과 허위자백, 111면.

찬가지로 가장 중요한 절차단계이다. 더욱 중요한 것은 적법성 심사절차로서 재심이유가 존재하는지에 대한 실체를 조사하며, 여기서는 법원의 증거조사나 구두심리 없이 결정을 통해 재심청구의 적법성 여부가 선고된다. 독일의 경우에는 재심청구사건의 절반 이상이 적법성 심사에서 허용되지 않는 것으로 기각결정이 내려지고 있다고 한다.

독일의 경우 재심제도가 사실상 예외적으로 운영되는 권리구제방법이라는 점에서 우리나라와 비슷하다. 재심청구건수는 적지 않은 것을 알 수 있다. 실제 청구건수가 재심관할법원에서 인용결정이 내려지는 경우는 드물다고 한다.

앞에서 본 바와 같이 재심이유 가운데 '무죄를 인정할 명백한 증거가 새로 발견된 때'에 대하여 대법원의 해석은 더욱 엄격하다. 대법원은 2009년 전원합의체 판결에서 재심사유 중 '무죄를 인정할 명백한 증거가 새로 발견된 때'에 대해 △증거가 판결 후에 새로 생긴 경우 △원판결 당시 존재하고 있었으나 발견되지 못했다가 후에 새로 발견된 경우 △원판결 당시 발견돼 존재를 알았으나 제출할 수 없었다가 비로소 제출할 수 있게 된 경우 등으로 해석하고 있다.

2. 재심제도 개정의 방향

형사소송법상 재심규정의 합리적 해석을 통해 재심제도를 탄력적으로 운용하고 사법피해자를 구제한다는 인권옹호의 이념을 충분히 달성할 수 있다고 주장되고 있다. 한편에서는 또한 '5·18 민주화운동 등에 관한 특별법 일부개정법률안'은 5·18 민주화운동의 일부지만 직접적인 저항으로 인정받지 못해 '일반 형사사건'으로 유죄판결을 받은 경우도 특별재심을 신청할 수 있도록 하자는 입장, 그리고 형사소송법 제420조의 재심이유의 개정이 필요하다는 입장 등에 이르기까지 다양한 논의가 제기되어 왔다.

'5·18 민주화운동 등에 관한 특별법'은 5·18 민주화운동과 관련된 행위 또는 1979년 12월12일과 1980년 5월18일을 전후해 발생한 '헌정질서파괴범죄행위'를 직접 저지하거나 반대한 행위로 유죄확정판결을 선고받은 자만 특별재심을 신청할 수 있도록 되어 있다. 그런데 특별법은 특별재심 대상이 명확하지 않아 법원이 지나치게 좁게 해석하고 적용한다는 문제점이 지적되어 왔다.

따라서 본 연구에서는 이런 생각을 다듬고 구체화하여 가능하면 입법론으로까지 발전시켜보고자 한다. 재심에 대한 학계의 의견이 그다지 많지 않아 몇몇 선행 연구에 기대어 필요한 자료와 논증을 하고 조심스러운 개선방안을 제시해보고자 한다.

여기서는 우선 재심제도의 활용현황과 법제에 대하여 개관해보고자 한다. 보고서 뒷부분에서 앞의 논의를 토대로 입법정책을 제안하기로 한다.

가. 재심청구권자 확대

형사소송법은 재심청구권자의 범위를 검사, 유죄 선고를 받은 자, 그 법정대리인 및 유죄의 선고를 받은 자가 사망하거나 심신장애가 있는 경우에는 그 배우자, 직계친족 또는 형제자매로 한정하고 있다. 이 경우 유죄의 선고를 받은 자가 배우자 없이 사 망하고 직계친족, 형제자매가 없는 경우에는 사실상 재심을 청구할 수 있는 자가 없게 되는 문제점이 생긴다. 유죄선고를 받은 자의 명예를 회복하고 사법신뢰를 제고하기 위하여 도입 된 재심제도의 입법 취지를 살릴 수 있도록 재심청구권자의 범위를 보다 확대할 필요성이 있다는 논의가 있다.[674] 즉 유죄의 선고를 받은 자가 사망하였을 경우에는 그 친족이 재심을 청구할 수 있도록 재심청구권자의 범위를 확대하려는 것이다. 유죄선고를 받은 자가 사망하거나 심신장애가 있는 경우에는 재심청구권자의 범위를 "친족"까지 확대함으로써 피고인의 권리 구제를 통해 실질적 정의를 실현하고, 유죄선고를 받은 자의 명예를 회복할 수 있게 하려는 필요성은 인정된다. 다만 민법과의 관계에서 본다면 "친족"은 배우자, 혈족 및 인척을 포함하는 개념으로(민법 제676조), 청구권자가 지나지게 확대되어 절차적 안정성을 해할 우려는 없는지에 대한 검토가 필요하다.[675] 따라서 청구권자의 범위를 확대하고자 한다면 적어도 위임이나 수증 등의 관련성을 요구하는 것이 바람직하다.[676]

비교법적으로 살펴보면 일본의 경우에는 우리나라와 같고, 독일의 경우 유죄판결을 받은 자가 사망한 경우에는 법률상·사실상 배우자, 존·비속, 친족 및 형제자매로 규정하고 있으며, 프랑스의 경우 유죄판결을 받은 자가 사망 또는 실종선고를 받은 후에는

674) 형사소송법 일부개정법률안(의안번호 15933), 김민기의원대표발의, 2015.7.3.
675) 국회법제사법위원회 형사소송법 일부개정법률안 검토보고서, 2015.12. 참조.
676) 김성룡/이진국/지유미, 형사재심제도의 개선방안에 관한 연구, 2017, 158면.

그 배우자, 자녀, 부모, 포괄수증자, 또는 유죄판결을 받은 자로부터 명시적인 위임을 받은 자가 재심청구를 할 수 있도록 규정하고 있다.

나. 증거의 신규성에 대한 피고인 과실의 경우 포함 여부

현행 「형사소송법」에 따르면 명백한 증거가 새로 발견된 때를 재심개시 요건 중의 하나로 하여 재심을 허용하고 있다. 판례는 '새로 발견된 때'에 대하여, 그 증거가 피고인의 고의·과실로 기존 판결에서 제출되지 못했다면 그 증거를 제시하더라도 재심 사유로 인정할 수 없다고 보고 재심청구를 기각하고 있다. 이에 대해 고의로 증거를 제출하지 않은 경우는 재심 사유로 인정하지 않는다고 명문화함으로써, 반대해석으로 과실에 의한 증거 미제출은 허용되도록 해석의 폭을 넓히자는 논의가 있다. 또한 판례는 형사소송법 제420조 제5호의 재심사유에서 무죄 등을 인정할 '증거가 새로 발견된 때'란 재심대상이 되는 확정판결의 소송절차에서 발견되지 못하였거나 또는 발견되었다 하더라도 제출할 수 없었던 증거로서 이를 새로 발견하였거나 비로소 제출할 수 있게 된 때는 물론이고, 형벌에 관한 법령이 당초부터 헌법에 위배되어 법원에서 위헌·무효라고 선언한 때에도 마찬가지라고 하였다.[677] 더불어 형사소송법 제420조 제5호의 "명백한 증거가 새로 발견된 때"라 함은 확정판결을 뒤집을만한 증거가치가 있는 증거가 있음을 피고인이 알았으나 과실 없이 확정판결 전에 제출할 수 없었거나, 또는 그 증거가 있음을 알지 못하고 있다가 판결 이후에 새로 발견한 경우를 말한다.[678]

이런 판례의 입장과 재심규정의 취지나 법리에 비추어볼 때 판결확정 전에 '고의'로 제출하지 않은 증거는 물론 재심청구인의 '과실'로 인한 증거 미제출의 경우를 모두 포함하는 것으로 해석하는 것은 부적절하다는 반대견해도 있다.[679] 형사소송법 제420조의 제5호, 즉 증거의 명백성과 신규성이라는 재심이유는 재심사유중 가장 중요한 사유이다. 즉 재심청구사건에서 지금까지 "형사소송법 제420조 제5호의 '새로 발견된 증거'에 해당하지 않는다"는 재심청구기각결정에서 가장 많이 언급된 사유이다. '새로

677) 대법원 2015.10.29. 선고 2013도14716판결; 대법원 2013.4.16. 2010모363결정.
678) 대법원 1966. 6. 11. 66모24 결정.
679) 형사소송법 일부 개정 법률안(18538호)에 대한 검토의견, 대한변호사협회, 2016.4.1.

이 발견된 명백한 증거'라는 재심이유에 대하여 법원은 매우 엄격하게 해석 적용해 왔다. 학계에서는 재심의 문호를 보다 널리 인정하는 방향으로의 개선방향을 논의할 필요가 있다.

비교법적으로 독일 형사소송법상 신규성 판단에는 원판결 당시 피고인이 문제되는 사실과 증거방법을 알고 있었는지 여부는 중요하지 않다고 한다. 피고인 자신은 사실을 알고 있었으나 법원이 알지 못한 경우에도 재심은 허용된다. 또한 원판결 당시 피고인이 사실이나 증거방법의 제출에 의도적으로 소극적이었던 경우에도 신규성을 인정하기도 한다.[680]

재심이유의 판단에 있어서 증거의 신규성과 명백성 판단의 경우 소송구조에 따라 차이를 보이고 있다. 예컨대 직권주의와 당사자주의의 소송구조의 차이로 인해 당사자주의 소송구조를 취하고 있는 미국의 경우에는 피고인에게 재심의 사유에 대한 미제출의 책임을 묻는 것이 당연하지만, 직권주의적 관점에서 본다면 문제되는 새로운 증거가 법원에 새로운 것인가 여부로 결정하는 것이 당연한 것처럼 보인다.[681]

현행법의 경우 해석에서도 직권주의적 요소가 강하다는 점에서 보면 누구에게 새로운 증거인가 하는 문제에 있어서 법원만 몰랐던 경우로 이해하는 것이 구조에 부합한 것으로 보인다. 따라서 '소송시에 법원이 알 수 없었던 증거'로 규정함이 타당하다.[682]

다. 사실조사 관련 규정 보완

재심절차에서 사실조사 관련 규정의 보완이 필요하다. 형사소송법은 재심청구의 당부를 판단하기 위해 필요한 경우 법원의 재량으로 사실조사를 명하거나 촉탁할 수 있도록 하고 있다(제431조). 여기서 사실조사의 범위에 대하여 재심이유로 주장한 사실의 유무판단에 제한되며, 직권조사사항은 인정되지 않는다고 본다. 법원이 재량에 따라 사실조사를 명하거나 촉탁할 수 있다고 하는 것은 재심청구의 인용여부가 유죄선고를 받은 자의 요구를 받아들이는 구조로 설계되어 있음을 알 수 있다.[683]

여기서 사실조사를 허용하는 것이 오히려 재심청구인의 권리를 침해하는 것인지

680) 김성룡/이진국/지유미, 전게서, 147면.
681) 김성룡/이진국/지유미, 전게서, 147면.
682) 김성룡/이진국/지유미, 전게서, 147면.
683) 김성룡/이진국/지유미, 전게서, 149면.

여부에 초점을 맞추어보면 법원이 재심청구 인용여부를 결정하기 위해 일정한 정도의 사실조사가 필요하다고 할 경우는 그 대상 원판결과 그 판결의 대상이 된 사건의 수사기록이 주요 조사대상이 될 것이라는 점에서 수사기록 등에 대한 증거보전 또는 제출명령의 근거를 두는 방법도 생각해볼 수 있을 것이다.[684]

라. 재심에서 법관의 제척·기피 규정의 신설

일반적으로 '재심청구의 원인된 판결에 참여한 법관'은 당연히 제척 기피의 대상이 되어야 한다. 원판단에 관여한 법관은 누구보다 사실관계를 잘 알고 있고 심리의 신속을 위해서는 원심에 관여한 법관이 참여하는 것이 바람직한 측면이 있을수도 있다. 그러나 앞에서 본 바와 같이 원심에 관여한 법관의 경우 더욱이 이익재심만을 인정하고 있는 현행법하에서 법관은 인지적 편향성과 터널비젼을 갖고 있을 가능성을 배제할 수 없고, 따라서 오히려 오판에서 확증편향을 이유로 제척·기피하는 규정을 두는 방법도 고려해볼만 하다.

마. 재심절차의 신속성 확보

형사소송법상 재심의 청구는 형의 집행을 종료하거나 형의 집행을 받지 아니하게 된 때에도 할 수 있다는 규정을 두고 있을 뿐(제427조), 특별한 기간제한규정을 두고 있지 않다.

이처럼 재심청구의 시기에 제한이 없으므로 재심사건의 경우 수리에서부터 개시(인용 또는 기각)결정에 이르기까지 소요된 기간이 평균 8~9개월이며, 심리개시결정 이후에는 지방법원에서는 4.5개월에서 30개월, 고등법원에서는 45~60개월 정도의 기간이 소요되고 있다. 사실 재심의 경우 재심의 특성상 사건마다 다르고 이유가 무엇인가에 따라 증거의 멸실 및 훼손도 적지 않고, 관계자의 기억도 정확하지 않는 점 등 사실조사에 시간이 많이 걸리는 때도 있기 때문에 일률적으로 어느 정도의 기간이 적정하다고 말하기는 어렵다. 우리나라의 경우 재심청구절차에서 기간이 상당히 소요되고 있음을 알 수 있다. 물론 사건에 따라서 재심심판절차도 오랜 시간이 걸린 예도

684) 김성룡/이진국/지유미, 전게서, 150면.

있다

미국의 경우에는 -DNA 증거가 문제되는 경우를 제외하고는- 재심청구에는 일정한 제척기각을 두고 있으며 인신보호영장의 경우에도 1년의 제척기간이 존재한다.

앞에서 살펴본 재심사례들의 경우 시간이 오래 걸리기도 한 점을 보면 좀 더 신속한 처리를 통해 무고한 자를 보호한다는 측면에서 보면 기간에 대한 규정을 마련할 필요성도 제기된다.

따라서 재심청구 이유에 대한 판단과 재심개시 및 기각 결정을 전담하는 부서 및 위원회의 설치를 생각해볼 수 있을 것이다. 그리고 이 경우 물론 국선변호인제도는 필수적이며 이로써 재심절차의 신속성을 기대해볼 수 있을 것이다.

바. 재심청구절차상 국선변호인 조력

사실 국선변호인이 그 어느 단계에서보다 필요한 단계가 재심청구단계일 것이다. 국선변호인의 조력의 확충은 무엇보다 국가의 재정적 인적 가능성이 뒷받침되어야 한다는 점에서 쉽게 이야기할 수 있는 부분은 아니지만, 현행법이 이익재심으로 피고인의 인권보장에 역점을 두고 있고, 또 재심청구인은 검사에 비하여 상대적으로 증거수집이나 불리한 위치에 있다는 점을 고려해본다면 방어전략을 조력해주는 전문가가 절실히 필요하다. 현행처럼 재심이유로서 가장 흔하게 제시되는 증거의 신규성과 명백성 판단에서도 변호인의 도움은 절실하다. 따라서 재심청구절차에서 유죄판결을 받은 자를 위한 국선변호인제도는 매우 유용한 제도가 될 것이다.

현행법은 재심청구절차에서 재심을 청구한 자가 변호인을 선임하지 아니한 때 재판장이 직권으로 변호인을 선임할 수 있도록 하고 있다.

독일 형사소송법에서는 재심 청구절차에서 유죄판결을 받을 자를 위한 국선변호인의 조력을 규정하고 있다. 즉 '재심절차를 관할하는 법원은 유죄판결이 확정된 자에게 변호인이 없는 경우 사실문제와 법률문제의 난해함을 이유로 변호인의 참여가 필요하다고 인정하는 때에는 유죄판결이 확정된 자의 신청에 의하여 재심절차를 위한 변호인을 선임한다'고 규정하고 있다.

유죄판결이 확정된 자가 그 신청권자이므로 그가 사망한 경우에는 그 친족이 신청할 수 있다. 다만 독일의 경우에는 불이익재심이 허용되므로 피고인에게 불이익한

재심이 신청된 재심사건에서는 무죄판결이 확정된 자를 위한 국선변호인의 조력이 요구되고 이는 형사소송법의 재심규정이 아니라 필요적 변호규정(독일 형사소송법 제140조 제2항)에 의해 가능하다.

그리고 독일의 경우 재심절차의 준비를 위한 변호인의 선임도 가능하다. 즉 재심관할법원은 유죄판결이 확정된 자에게 변호인이 없는 경우 일정한 요건이 충족되는 때에는 유죄판결이 확정된 자의 신청에 의하여 재심절차의 준비를 위한 변호인을 선임한다.

우리나라의 경우 국선변호인의 수를 문제 삼는다면 현재 로스쿨 도입으로 양산되는 변호사들을 적극 활용하고, 나아가 국선변호인으로 활용하는 대신 대체복무제도로 활용하는 방안도 고려해볼 수 있다. 이러한 논의에서 중요한 것은 소위 미국식의 공선변호사제도(public defender)인가, 우리나라 현행의 국선변호사제도인가 하는 점은 문제되지 않는다고 본다. 국가의 예산으로 정부가 고정임금을 지급하고, 그 소속은 경찰 및 검찰단계에서 피의자에게 법적인 도움을 주는 변호인을 관리할 수 있는 필요한 부서나 기구로 조직화한다면 수사절차에서 변호인의 참여를 보장할 수 있게 되고, 나아가 소위 위법·탈법수사로 인한 오판 등에 이르는 결과를 사전에 방지할 수 있는 효과적인 제도로 활용할 수 있을 것이다.

사. 재심절차에서의 증거개시제도

일본과 미국의 경우에도 마찬가지지만 오판을 방지하는데 가장 중요한 것이 증거개시제도이다. 오판의 구제를 위해서는 기본적으로 재심청구절차에서도 증거개시제도를 인정하는 것이다. 재심절차에서 단지 국선변호인의 도움만으로 실질적인 변호를 기대하기 어렵다. 변호인의 손에 제대로 된 효과적이고도 실질적인 무기가 주어져야 하는데, 이것이 바로 증거개시제도이다.

재심청구인의 입장에서는 수사기관이 지니고 있는 증거가 무엇인지를 알아야 효과적으로 방어전략을 짤 수 있다. 재심절차도 당사자가 실질적인 무기를 갖고 대등하게 접근해야 한다는 점에서는 통상의 형사절차에서 주어지는 증거개시와 마찬가지로 구증거 및 법정에 제출되지 아니한 증거에 대하여도 알 수 있도록 기회가 보장되어야 할 것이다.

증거개시의 범위에는 원판결에 제출된 증거뿐만 아니라 원판결의 공판절차에 제출되지 아니한 증거도 포함되어야 한다. 일본의 경우 사례에서 보는 바와 같이 원판결의 공판절차에서 은닉된 증거나 법정 미제출 증거가 나오는 경우가 있고 이런 점에서 이들 증거는 재심청구인에게는 매우 중요하다. 이들 증거에 접근가능토록 하는 것이 증거개시이다.

그리고 재심사례에서 보는 바와 같이 경찰단계에서도 증거가 은닉·조작되는 예가 있고 피의자에게 유리한 증거를 아예 현출되지도 않는 것에 비추어 본다면 경찰이 지니고 있는 관련 증거까지도 증거개시의 대상이 되어야 할 것이다.[685]

아. 재심개시결정에 대한 불복제도

현재 재심운용을 보면 재심개시결정에 대한 검사의 불복이 거의 자동적으로 행해지고 있다. 즉시항고권은 물론 법에 보장된 권리이긴 하지만, 예외적으로 재심을 운영하고 있는 이상 그 제도의 취지를 생각해본다면 검사의 즉시항고권 행사의 적정성을 고민해볼 필요가 있다. 검사측의 즉시항고는 우리나라에서만 문제되는 것은 아닌 것 같다. 일본의 재심청구사례를 보면 30~40년 정도 소요된 사건들이 몇몇 있는데, 이는 대부분 검사에 의한 즉시항고권의 행사가 한 원인이 되고 있음을 알 수 있다.

독일의 경우 재심절차에서 검사의 의견을 들을 수 있는 방법을 두고 있는데, 이 점을 고려한다면 검사의 의견청취와 항고권행사의 제한 두 가지를 같이 운용해볼 수 있는 묘리는 없는가 고민해보아야 할 것이다.[686]

자. 재심무죄판결의 공시 관련

현행법은 재심에서 무죄판결을 선고받은 피고인의 명예회복을 위한 조치로 재심무죄판결을 필요적으로 공고하도록 규정하고 있으나, 그로 인해 오히려 무죄판결을 선고받은 피고인의 사생활이 침해되거나, 인격·명예가 훼손되는 경우가 발생한다는 비판이 있음을 고려하여 피고인 등 재심을 청구한 사람이 원하지 아니하는 경우에는

685) 김성룡/이진국/지유미, 전게서, 157면.
686) 김성룡/이진국/지유미, 전게서, 154면.

재심무죄판결을 공시하지 아니할 수 있도록 하자는 논의가 있다.[687] 특히, 최근에 간통죄에 대한 위헌결정이 선고되면서 이로 인한 재심 무죄판결이 예외 없이 공시되어 사생활 침해 논란이 발생하고 있다는 점은 인정되며 대책이 필요한 측면도 있다. 따라서 무죄판결 공시는 피고인의 명예회복을 위한 조치라는 점에서 피고인의 사생활 침해나 인격·명예 훼손이 없도록 재심의 경우에도 피고인 등의 의사를 반영해 공시여부를 결정할 수 있도록 할 필요가 있다.[688]

차. 불이익재심의 인정 여부

독일의 경우 새로이 과학적으로 승인된 조사방법을 근거로 범행의 증명이 아주 확실하여 무죄판결의 기판력을 유지하는 것이 실질적 정의에 부합하지 않는다고 평가되는 경우에 피고인에게 불이익재심을 인정하자는 논의가 있었다.[689]

불이익 재심의 경우 특히 위법한 수단으로 증거가 조작되어 무죄방면되거나, 절차관계자들에 대한 폭행·협박 등의 범죄행위로 인해 왜곡된 판결에 이른 것이 밝혀진 경우, 살인, 강간살인, 강도 살인, 상해, 방화치사 등 중대한 범죄를 대상으로 도입하는 것도 한번 고려해볼 만하다. 제한된 범위의 범죄군에서 불이익재심을 도입함으로써 국민의 법 감정에 어느 정도 부합할 수 있다고 기대됨으로 합리적인 해결방안이 될 수 있을 것이다.[690]

이런 맥락에서 피고인에게 무죄가 선고되어 확정된 후에 그 피고인이 진범임이 밝혀진 경우(주요 증인의 위증, 새로운 증거 발견, 채증법칙 및 심리미진의 위법 등의 이유)에 법감정과 정의의 원칙을 고려한다면 마땅히 다시 처벌하여야 함에도 불구하고 우리 형사소송법상 처벌할 수 있는 방법이 없다. 현행 형사소송법 제420조는 유죄의 확정판결에 대하여 그 선고를 받은 자의 이익을 위한 이익재심만을 규정하고 있으며 무죄의 확정판결의 기판력으로 인해 그를 다시 기소할 수도 없기 때문이다. 일본의 경우에는 구형사소송법상 불이익재심이 도입 운영된 바 있는데, 피고인의 법적 안정

687) 형사소송법 일부개정법률안(의안번호 17588), 홍일표의원 대표발의, 2015.11.4.
688) 형사소송법 일부개정법률안(의안번호 17588), 홍일표의원 대표발의, 2015.11.4.
689) 권오걸, 불이익재심의 허용여부에 대한 비교법적 검토, 법학연구 66권, 한국법학회, 209면; 김성룡/이진국/지유미, 전게서, 97면.
690) 김성룡/이진국/지유미, 전게서, 153면.

성과 일사부재리의 원칙보호 등으로 폐기된 바 있다.

앞에서 살펴본 형제복지원 사건의 경우 판결의 절차법 위반(소송조건에 관한 법령 적용의 오류, 신분적 재판권에 관한 법령 적용의 오류, 사실인정에 관한 법령 적용의 오류) 뿐만 아니라 판결의 실체법 위반 특히 범죄의 성부에 관한 법령 적용의 오류로 인해 첫 비상상고 사례가 될 것으로 기대된다.

제5절 사회적 취약계층에 대한 형사절차상 보호

1. 유죄오판과 사회적 약자

재심사례를 보면 왜 피의자 내지 피고인이 자신을 좀 더 적극적으로 방어하지 못하는가 의문을 갖는다. 실제 사회적 약자인 피의자 내지 피고인들이 국가기관인 경찰, 검찰, 법원이라는 막강한 조직을 상대로 대등한 무기를 행사할 수 있을까? 경찰, 검찰, 법원 앞에서 그들이 느꼈을 공포와 불안, 무력감을 상상해본 적 있는가?[691]

재심사건을 통해 오판으로 판명된 사건의 경우 재심신청인은 형사절차상 사회적 취약계층이 대부분이다. 사회적 약자 특히 정신지체 내지 심신장애인들이 형사절차 내에서 겪는 인권침해는 심각한 수준이다. 형사절차에서 국가공권력에 의해 발생하는 인권침해 형태는 다양하며, 앞에서 본 바와 같이 형사절차 전 단계에서 제대로 된 보호 장치 없이, 의사결정능력도 부족한 상태에 자신에게 최대의 이익이 무엇인지도 모른 상태로 의사결정을 강요받고 있는 상황이다.

삼례 나라슈퍼 3인조 강도치사사건에서 수사기관은 피고인들의 유죄를 입증하는 확실하고 구체적인 물적 증거를 하나도 확보하지 못했다. 자백조차도 일관성이 없고 모순된 것으로 드러났다. 당연히 피고인의 자백과 사건 현장 상황도 일치하지 않았다. 이처럼 자백의 신빙성과 진실성이 의심되는 상황인데도, 법원은 자백을 주요 근거로 피고인들에게 모두 유죄를 선고한 것이다.[692] 삼례 나라슈퍼 3인조 강도치사사건의 경우 피고인 세 사람 모두 미성년자이거나 20대 초반이었으며, 본인이나 부모에게

691) 조갑제, 전게서, 197-198면.
692) 박준영, 형사정책연구 소식지, 2017/봄호.

장애가 있었다. 뿐만 아니라 이들 미성년자의 부모들은 경제적으로도 궁핍한 상황이었다.

삼례나라슈퍼 강도치사사건

강OO – 사건 당시 18살. 중학교 중퇴. 지적장애 있음. 한글을 잘 쓸 줄 몰랐음. 7살 때 엄마 사망. 알코올 중독 아버지 역시 한글을 쓸 줄 몰랐음. 체포 당시 월 10만 원짜리 집에서 아버지와 둘이 거주.
최OO – 사건 당시 19살. 중학교 졸업. 지적장애 있음. 한글을 잘 쓸 줄 몰랐음. 엄마는 하반신 마비 1급 장애인, 아버지는 척추장애 5급 장애인. 모든 가족이 보증금 100만 원-월세 2만 원짜리 방 한 칸 집에 거주. 최OO이 건설 노동하며 부모 부양.
임OO – 사건 당시 20살. 중학교 중퇴. 아버지 알콜 중독. 엄마는 임OO 수감 뒤 정신질환 앓기 시작. 당시 부모님 전 재산 500만 원. 아버지는 임OO 수감 중 사망.

이 사건에서 드러난 문제는 첫째, 변호인의 조력을 제대로 받지 못했다는 점이다. 나아가 피고인들에게 허위자백과 거짓반성을 유도했다. 둘째, 경찰에 의한 폭행·강압·위법 수사가 있었다는 점이다. 이들 피고인의 경우 살인범으로 강하게 몰아붙이는 수사기관에 맞서 제대로 된 방어권을 행사할 것을 기대할 수 있을까?

이들 사회적 약자는 사법체계 내에서 '지워진 사람'에 불과하다. 가정적으로 경제적으로 불우하고 취약한 자는 법 앞에서 평등하지도 않으며 오히려 수사기관이나 법원에서 역차별을 받는 경우가 많다. 한글을 잘 모르는 피고인의 경우에도 검사는 예외 없이 조서를 제작하였으며, 법원은 정신지체자에 대한 감정의견도 무시한 채 판결을 선고하였고, 국선변호인조차 자백을 종용하거나 심지어 허위자백을 유도하기도 하였다.

2. 지적 장애인의 방어권보장

형사절차에서 사회적 약자 그 가운데 정신적으로 장애를 겪거나 정신기능상으로 장애를 겪는 자들이 겪는 차별적 문제는 적지 않다. 정신적 기능에 장애가 있는, 정신장애가 있는 자들의 경우 소송행위의 주체 즉 소송능력이 문제된다. 소송능력이란 -교과서적 개념에 따르면- 소송주체가 유효하게 소송행위를 할 수 있는 능력을 말한다. 특히 피의자·피고인의 소송능력과 관련하여 문제가 발생한다. 우선 생각할 수 있는 것이 방어능력이다. 자신의 소송법상 지위와 중요한 이해관계를 변별하고 이에 따른 적절한 방어행위를 할 수 있는 능력이 있어야 한다.[693]

형법은 소위 책임능력에 관한 규정(제9조 내지 제11조)의 적용을 받지 아니하는 범죄사건에 관하여 '피고인 또는 피의자가 의사능력이 없는 때'에는 그 법정대리인이 소송행위를 대리한다고 규정하고 있다(제26조). 피고인은 검사와 더불어 당사자로서 소송을 수행한다. 피고인에게 당사자로서의 지위를 인정하고 방어권과 참여권을 인정함으로써 소송능력은 중요한 의미를 갖는다. 다만 소송능력은 범행시에 그것이 존재하는가 여부가 문제되는 형사책임능력과는 구분된다. 여기서의 소송은 단순히 공판절차만을 의미하는 것은 아니며 형사절차라는 넓은 의미로 이해하고자 한다. 따라서 피의자에게도 수사절차 단계에서 자신을 방어할 수 있는 능력이 있어야 한다. 따라서 의사무능력자의 경우 그 법정대리인이 소송행위를 대리하도록 하며, 법정대리인이 없는 때에는 법원이 특별대리인을 선임하여야 한다(제28조). 피고인 또는 피의자의 법정대리인, 배우자, 직계친족과 형제자매는 보조인이 될 수 있으며(제29조 제1항), 보조인이 될 수 있는 자가 없거나 장애 등의 사유로 보조인으로서 역할을 할 수 없는 경우에는 피고인 또는 피의자와 신뢰관계 있는 자가 보조인이 될 수 있다(동조 제2항). 특히 신뢰관계 있는 자의 보조인 지위는 2015.7.31.자 형사소송법 개정에 의해 신설된 규정이다. 장애인 등의 방어권 보장을 위하여 보조인이 될 수 있는 자의 범위에 피고인·피의자와 신뢰관계에 있는 자를 포함하도록 한 데 그 취지가 있다.

구성요건에 해당하고 위법한 행위를 한 자가 책임능력을 결하고 있는 경우에는 수사단계에서 경찰과 검찰은 범죄자가 형법 제10조의 정신장애로 밝혀지는 경우에 불기소처분을 하면 된다. 그러나 정신장애가 있는 경우 언제나 분별능력과 의사결정능력이 없다고 할 수 없다. 일정한 경우에 따라서는 정신장애에도 불구하고 기소될 수는 있다. 기소시에는 정상적인 소송능력이 있다고 판단했으나, 공판절차 과정에서 의사능력이 문제되는 것으로 판단되는 경우에는 법정대리인이 소송을 진행할 수 있다.

기본적으로 정신장애로 인하여 형사절차에서 스스로 방어할 능력이 없거나 미흡한 경우에는 이들에 대하여 소송을 진행하는 것은 적절하지 않다. 소송능력이 없는 자의 소송행위는 원칙적으로 무효이다. 다만 소송능력이 소송조건은 아니므로 소송능력이 결여되어 있다고 해도 형식재판을 통해 절차를 종결시킬 것은 아니며, 소송능력이 없는 자에 대한 소송행위가 무효로 되는 것은 아니다.[694]

---

693) 정규원, 정신장애:형사절차와 인권, 형사절차와 취약계층(조국 편), 사람생각, 2003, 51면.

다만 형사절차에서 소송능력이 없는 자에 의한 절차진행은 절차의 공정성과 피고인의 보호라는 요청에 반하는 것은 인정된다.[695] 이런 의미에서 형사소송법은 사물의 변별 또는 의사결정 능력이 없는 상태에 있는 피고인에 대하여는 법원은 검사와 변호인의 의견을 들어서 결정으로 그 기간 동안 공판절차를 정지할 수 있도록 하고 있다(제306조). 형사소송법상 정신장애로 인한 공판절차의 정지의 경우에 반드시 의사의 의견을 듣도록 함으로써 정신장애 여부의 판단에 전문가 의견 등 객관적 증거확보가 중요하다(제306조 제2항).

피고인이 사물의 변별 또는 의사의 결정을 할 능력이 없는 경우에도 무죄, 면소, 형의 면제 또는 공소기각의 재판을 할 것으로 명백한 때에는 피고인의 소송능력 결여에도 불구하고 피고인의 출정없이 재판을 할 수 있다(제306조 제4항). 이런 절차의 정지는 피고인에게 불리한 경우가 아니므로 의사능력이 결여되어 있음에도 재판을 계속하도록 허용하고 있다.

향후 개선방안으로서 지적 장애인의 재판을 받을 능력에 관하여 별도의 감정이 필요하다. 형사절차에서 대부분의 정신감정은 형사책임능력이 있느냐의 여부를 판단하기 위한데 초점이 있고 별도의 재판을 받을 능력에 관하여는 거의 관심이 없다.[696] 미국의 경우 형사사법체계에서 정신적 결함이 있는 자를 상대로 한 소송을 금지하는 것은 기본적인 원칙이라고 한다. 여기서 소송능력은 피고인이 '합리적인 정도의 이성적인 능력을 가지고 있는지, 그리고 자신에 대한 소송과정에 대한 이성적 이해뿐만 아니라 기능적 이해를 가지고 있는지 여부'를 확인하기 위한 것이라고 한 바 있다. 참고로 미국에서 소송능력을 판단함에 있어서 고려해야 할 두 가지 점을 소개하면, 첫째 피고인이 소송절차의 본질과 그 결과를 이해할 수 있는가, 둘째 피고인이 방어를 위한 중비와 방어행위를 함에 있어서 자신의 변호인에게 조력할 수 있는 능력이 있는가 하는 점이다.[697]

우리나라와 달리 미국의 경우에는 소송능력이 있는가에 대하여도 정신의학적 판단을 받는다고 하며, 그 판단기준은 다음과 같다.[698]

---

694) 이재상/조균석, 형사소송법(제11판), 2017, 175면.
695) 정규원, 전게서, 52면.
696) 손용근, 정신장애자와 사법절차-그 일반론 및 몇가지 현실적인 문제점들, 신경정신의학 제31권 제6호, 1992, 1049-1050면.
697) 정규원, 전게서, 53면 참조.

첫째, 이용가능한 법적 방어들에 대한 평가를 할 수 있는 능력
둘째, 제어하기 어려운 행동들의 정도
셋째, 변호인과의 관계
넷째, 법적 전략을 짤 수 있는 능력
다섯째, 소송과정에서 다양한 참여자들의 역할을 평가할 수 있는 능력
여섯째, 소송과정에 대한 이해
일곱째, 기소에 대한 이해
여덟째, 자신에게 부과될 형벌의 정도와 의미에 대한 이해
아홉째, 가능한 결과에 대한 평가
열째, 사실관계를 변호인에게 정보제공할 수 있는 능력
열한 번째, 검사 측 증인에 대한 반론능력
열두 번째, 증언능력
열세 번째, 자신에게 유리한 사실과 불리한 사실에 대한 표현

이상으로 보는 바와 같이 소송능력은 법적 판단이며, 실제 의학적 판단보다 그 기준이 상당히 낮은 수준이다. 이는 정신장애가 있는 경우에도 소송능력이 인정될 수 있음을 의미한다. 다만 이 경우에도 일차적인 판단은 정신의학적 관점에서 행해지지만, 법관은 그 결정에 귀속되지 않는다.

형사소송법도 사물의 변별 또는 의사결정능력이 있는지 여부를 판단함에 있어서 의사의 의견을 들어야 한다고 하지만, 결국 공판절차를 정지할 것인가는 법관이 판단한다. 물론 이 경우에는 정신의학자의 결정을 뒤집을만한 결정적인 증거가 없는 이상 법원은 정신의학자의 결정을 존중하여야 할 것이다.[699]

이에 비추어보건대 위에서 말한 것처럼 소송능력을 형사절차 전 과정에서 필요하다고 본다면 기소여부를 결정함에 있어서도 이를 고려해야 하며, 따라서 경찰 및 검찰도 의사의 의견을 들어 피의자의 절차진행 능력을 판단할 필요가 있을 것이다.

무엇보다 정신장애자들에 대한 편견을 어떻게 극복할 것인가 하는 점은 형사절차에

698) 정규원, 전게서, 54면 참조.
699) 정규원, 전게서, 55면.

서도 마찬가지로 넘어야 할 과제이다. 일반적으로 정신장애자들을 위험하다거나 범죄의 가능성이 높다거나 재범의 위험성이 높다거나 등 여러 편견이 있다. 사실 이러한 편견으로 인해 합리적이고도 정당한 이유 없이 정신장애인들은 자신의 권리조차 부정당할 가능성이 상당히 높다는 점에 비추어 이들에 대한 형사절차적 보장은 중요한 의미를 갖는다.

현행법은 형사절차에서 사회적 약자보호제도로서 진술거부권제도, 국선변호인제도, 그리고 신뢰관계자 동석 제도 등을 두고 있다. 이들 제도가 그 본래의 기능을 충실히 수행하고 있는지 등에 대하여 알아보고 평가하여 제도본래의 취지를 살릴 수 있는 방향으로 나아가야 한다. 가출청소년이나 노숙인 등의 조사과정에서 신뢰관계자 동석이 얼마나 이루어지고 있는지 하는 점도 살펴보아야 한다.

삼례 나라슈퍼 3인조 강도사건이 발생한 시점을 보면 2000년 즈음이다. 당시는 이미 1997년 형사소송법 개정이 이루어졌고, 문민정부 하에서 인권에 대한 관심이 고조된 시기이다. 그런데 이 사건이 다루어진 처리경과를 보면 우리의 사법현실이 사회적 약자에 대한 배려와 보호가 어느 정도 나아졌는지 감히 자신 있게 말하기는 쉽지 않을 것이다. 형사절차에서 사회적 약자에 대한 보호제도가 실제 어떻게 운영되고 있는지를 심층적으로 살펴보고 제도개선이나 지원책을 강구하는 것은 오판방지를 위한 정책대안으로서 매우 중요한 의미를 갖는다고 하지 않을 수 없다.

제6절 증거 수집 및 보존 그리고 폐기에 관한 입법정비

법과학 증거로 인한 오판사례도 적지 않게 드러났다는 점은 앞에서 본 바와 같다. 법과학 증거분석관들의 오류나 편견으로 인한 잘못된 판단이 있을 수 있음이 실제 연구결과에서 잘 드러나고 있다. 이에 따르면 결과 조작이나 실수 은폐도 있지만, 과중한 업무와 행정상의 문제, 그리고 확증편향과 같은 선입견에 의한 실수가 그 원인으로 지적되고 있다.[700] 이는 법과학 증거의 수집뿐만 아니라 분석관의 감정과정확도 나아가 전문가 증언 및 법관의 법과학 증거와 그 분석결과에 대한 이해도

700) 김민지, 전게 논문, 46면.

등이 중요하다는 것을 말해주는 것이다.

그런데 특정 분야의 전문가에 의한 감정결과에 따라 사실인정이 좌우되는 경우가 많다. 감정인은 공정성과 전문성을 갖춘 자여야 하며, 공정성과 전문성이 결여된 감정인에 의한 감정결과는 태생적으로 오판을 낳을 수 밖에 없다.

과학증거의 경우에 그 감정이 잘못되어 오판에 이르는 사례는 비교법적 검토결과에 의해서도 문제된다는 것을 알 수 있다. 특히 최근에 들어와 DNA 증거분석방법에 의해 오판이 방지되거나 구제되기도 하지만, 기타 물적 증거의 경우 그 감정이 잘못되었을 때 내지 물적 증거 자체가 오염되었을 경우 오판을 피하기 어렵다.

마지막으로 덧붙일 것은 재심청구사례들의 경우 10년이나 20년이 경과한 사건들이 많고 관련 증거들이 폐기된 경우가 대부분이어서 재심청구인이 사실을 입증하는데 매우 어려움을 겪고 있음을 알 수 있다. 이런 점에서 수사기관의 증거보관 및 폐기에 관한 기본원칙을 정하고, 관련 규정을 정비할 필요가 있다. 또한 단순 증거도 문제지만, DNA 등 감정의 기회를 실효적으로 보장할 수 있도록 관련 입법이 수반되어야 한다. 그리고 재심이라고 하더라도 증거보전이 필요한 경우 예컨대 증인의 사망이 임박한 경우 등에는 증거보전절차를 준용하는 방법을 생각해볼 수도 있다.[701] 증거보전 절차는 장차 공판에 있어서 사용하여야 할 증거가 멸실되거나 또는 그 사용하기 곤란한 사정이 있을 경우에 당사자의 청구에 의하여 공판 전에 미리 그 증거를 수집·보전하여 두는 제도로서 제1심 제1회 공판기일 전에 한하여 허용되는 것인데, 재심절차에서도 증거멸실 및 사용곤란 등 증거보전의 필요성이 크기 때문이다.

701) 대법원은 재심청구사건에서는 증거보전절차가 적용되지 않는다고 한다. 대법원 1984. 3. 29. 자 84모15 결정.

제8장

결 론

박 미 숙

제8장

결 론

오판은 형사사법체계가 안고 있는 낙인과 같은 것이다. 아무리 벗어나려 해도 벗어날 수 없는 낙인이며 국가와 피의자·피고인 모두가 지워버리고 싶은 낙인과 같다.

형사소송법 교과서에서는 형사절차란 헌법의 기본원칙을 형사절차에 실현하는 과정(헌법적 형사소송)이라는 문장으로부터 시작한다. 이처럼 오판의 방지와 시정은 형사절차의 궁극적 목적이다.

오판을 방지하고 시정하는 것은 오판을 그대로 인정하는 데에서부터 출발하는 것이라고 말할 수 있다. 오판은 존재하지 않는다고 말하는 것은 우리 스스로를 지옥에 가두는 것일 뿐이다. 여기에서 벗어나는 길은 오판을 인정하고 이를 극복하는 데에서 시작하는 것이다.

이하에서는 본 연구에서 수행한 재심사례분석 및 피해자 심층분석 그리고 현행제도와 운영실태 분석과 비교법적 연구를 종합하여 다음과 같이 결론을 제시하고자 한다.

1) 오판실태와 그 구제에 대한 비교법제 검토에서 보는 바와 같이 오판은 매우 복잡한 구조를 갖고 있는 것으로 나타났다. 오판은 더 이상 제도의 문제로만 이해될 수 없는 복잡한 사회적 문화적 그리고 개인적 요인을 배경으로 하고 있다. 수사기관이나 법원의 인지편향이나 법적용의 오류, 위법·탈법적 수사관행, 약자에 대한 무관심과 배제 등은 오판의 위험성을 높일 수 있는 주요원인으로 작용하고 있다. 소위 미국이나 독일 등 선진국가로 분류되는 나라의 경우 사법시스템을 갖추기 까지 매우 오랜 역사를 가지고 있고, 그 과정에서 일찍이 오판 문제에 관심을 갖고 그 시정을 위한 개혁운동이 뒤따랐음을 볼 수 있다. 일본의 국회나 정부차원에서 사형유죄판결을 받은 자에 대한 구제를 위한 특별법 제정과 변호사연합회 차원의 재심지원노력이 지속되어 왔으

며 어느 정도 성과를 거둔 것으로 보인다. 그럼에도 기본적으로 재심청구사례나 개시결정이 내려진 예는 극히 드물다는 점에서는 독일 그리고 일본 우리나라 모두 공통점을 갖는다. 특별히 주목할 점은 미국의 경우에는 1심 판결 이후에 상소를 거치지 않더라도 새로운 공판을 개시할 수 있는 새로운 공판의 청구(Motion for a New Trial)라는 제도가 존재하며, 모든 구제책을 이용하였음에도 불구하고 무죄방면이 되지 않은 경우 최종적으로 연방법상의 Habeas Corpus에 의해 면죄가 될 수 있어 두 가지 방법의 구제가 가능하다. 물론 사법체계가 우리와 전혀 달라 동일한 비교는 어렵지만, 한 사람이 재심을 여러 번 청구하여 면죄를 받은 사례들을 많이 찾아볼 수도 있다. 그만큼 국민들이 사법시스템에 대한 접근성이 높다고 할 수 있다. 그리고 민간단체의 활약도 눈여겨볼만하다. 미국의 경우 Innocence Project 등을 통해 재심절차 이후에도 계속하여 무죄를 밝히기 위한 노력이 있고, 특히 DNA 증거분석에 기반한 무죄입증 노력은 지속적으로 수행되어 왔다. 이 점에서 우리나라의 경우에도 재심을 통해 오판 구제를 받을 수 있지만, 다른 한편으로 과학적 증거를 통한 무죄입증과 구제도 관심을 기울여야 할 부분이다.

2) 목격자 증언의 정확성을 높이기 위한 연구에서는 목격자 증언의 정확성을 높이기 위해서는 한국인 및 범죄자 얼굴 연구를 통한 정보의 데이터베이스화, 범인식별절차에 대한 개선 및 공간 확보, 그리고 경찰을 대상으로 목격자의 지목 절차에 대한 교육 프로그램이 마련되어야 한다. 범인의 인상착의에 관한 목격자의 진술을 상세히 기록해야 할 뿐만 아니라, 인상착의가 비슷한 여러 사람을 동시에 제시하는 등 line up 정비와 운용이 필요하다. 그리고 용의자가 목격자들과 사전에 접촉할 수 없게 하고, 대질 과정과 결과를 문자와 사진 등으로 문서화할 필요성도 있다. 목격자 기억의 왜곡은 오판으로 이를 위험성을 커지게 하므로 우리나라 상황에 맞는 범인식별절차 도입이 시급하다. 범인식별절차에서 구체적인 절차와 방법을 제시할 수 있도록 해야 하며 연구 및 판례에서 제시한 기준과 법심리학적 연구를 종합하여 구체적이고 적용 가능한 지침을 만들어 운영할 필요가 있다.

3) 영상녹화제도는 수사과정을 투명하게 하여 인권을 예방할 수 있고, 조사상 인권

보호기준을 준수하도록 하면서, 수사기관의 신문기법에 대한 고민과 기준을 마련할 필요성을 제기하고 동시에 진술 내용의 의미와 전달을 정확히 할 수 있게 하여 신빙성을 보장할 수 있는 장치이다. 이로써 종국적으로 허위진술을 할 위험성을 사전에 차단할 수 있다는 점에서 오판방지를 위해서 의미 있는 제도임이 분명해졌다. 비교법적으로도 일본의 경우에도 재심사례분석을 통해 영상녹화제도가 갖는 오판방지기능이 확인되었음을 보여준다. 미국의 경우에 무죄입증 프로젝트에서 DNA 증거분석방법에 의해 무죄입증 노력으로 무고한 자들이 무죄석방되는 성과를 보여주고 있음을 확인하는 한편, 이를 통해 드러난 문제점을 사법개혁의 운동의 중점사업으로 확장하면서 입법정책에 반영될 수 있도록 하고 있다. 최근 무죄입증 프로젝트에서 가장 중점을 두는 사법개혁 움직임은 영상녹화제도의 확대이다. 따라서 영상녹화제도는 분명 수사환경의 개선과 허위자백의 방지 그리고 이로부터 오판을 방지하는데 중요한 기능을 함을 보여준다. 따라서 영상녹화제도의 실질적 보장과 운영을 위한 대책마련이 시급하다.

그러나 실무상 영상녹화제도가 전국적으로 확대 운영되고 있는 현재, 실무에서나 변호인측에서 그다지 탐탁해하지 않는다는 조사결과가 나오고 있어 영상녹화제도의 도입취지에 부합하는 바람직한 운영을 고민해볼 필요성이 크다. 지나치게 실적위주의 운영에서 영상녹화제도가 필요한 사건중심의 녹화, 조서작성과 병행하도록 할 것이 아니라, 조서와 영상녹화의 택일적 운영, 조사실 환경 개선, 조사시 참여자의 제한가능, 영상녹화물에 대한 증거능력 배제 그리고 운영전담제 및 교육 등에 대한 다양한 요구에 대하여 충분히 검토하고 법리적·제도적·정책적 방향을 모색하여야 한다.

4) 피의자 신문의 방법과 절차 그리고 환경개선 등 체계적인 정비가 필요하다. 신문과정의 과학화·객관화는 더 이상 거스를 수 없는 대세이다. 이미 비교법적 연구결과도 피의자신문의 공정성과 적법성을 보장하기 위한 방안들이 지속적으로 모색해왔음을 보여준다. 각국이 영상녹화제도의 정비에 주력하는 이유는 결국 위법·탈법수사관행을 억지하고 국민을 보호하면서 종국적으로 사법신뢰를 회복하는데 그 의미가 크기 때문이다. 피의자신문 기법의 개발과 교육은 단지 예산이나 인적 자원의 문제만은 아니며, 법학자 그룹만으로 가능하지 않고, 법심리학 및 사회심리학 등 다양한 학문영

역에서의 융합적 연구와 실험이 뒷받침되지 않으면 안 된다.

왜 죄를 짓지 않은 피의자·피고인이 범죄현장과 내용을 그토록 구체적으로 묘사할 수 있는가? 자백이 강요되지 않고는 있을 수가 없는 일이 아닌가? 실제 미국에서도 허위진술의 경우 경찰이 용의자를 사건현장에 데려가 사건발생과 경과를 자세히 알려준 예도 있는 것처럼, 우리나라 영화 '살인의 추억'에서 보는 것처럼 형사들이 용의자를 데리고 했던 바로 그 일이 현실에서 실제 일어나고 있는 일은 앞으로 더 이상 나오지 않기를 바라다.

5) 오판시정제도로서 재심에 대한 입법방향이 재설정되어야 할 것인지에 대한 고민도 필요하다. 재심이유인 증거의 명백성에 대하여 새로운 증거에 의해 확정판결을 파기할 고도의 개연성을 요구하는 것은 사실상 재심청구인에게 무죄의 입증책임을 부담시키는 것으로서 재심제도의 취지에 반한다. 재심제도의 취지에 비추어 원판결에 합리적 의심의 여지가 남아있는 한 새로운 증거의 명백성 판단에서는 '의심스러운 경우에는 피고인의 이익으로' 원칙이 적용되어야 한다.

재심제도를 매우 제한적으로 엄격히 운영할 경우에는 '진범이 나오지 않는 한 재심절차는 개시되지 않는다'는 자조적 한탄이 나올 수밖에 없으며, 이러한 결과는 결코 재심제도 본래의 취지에 맞지 않은 것이다.

2015년 5월 14일 강기O 유서대필 사건에 대한 재심무죄가 확정되었지만, 그 이전에 이 사건을 다룬 언론에 대하여 '대법원의 유죄확정판결이 내려진 사건에 대하여 법관의 고유권한인 증거채택의 정당성을 문제삼는 것은 두고 볼 수 없다'고 하던 법원관계자의 인식은 인간의 인지적 한계에 겸손을 모르는 발언으로서 앞으로는 더 이상 보고 듣지 않았으면 한다. 그리고 최근의 사법농단을 보면서 법과 인권의 최후 보루로서 대법원의 지위와 역할에 극심한 실망감을 갖고 있는 일반 국민들에게 더 이상 사법의 존엄을 지켜내기가 어렵게 되었다는 생각까지 해보면서, 결코 사법이 만능이고 진리일수가 없다는 점을 확인하고 오판의 가능성에 대하여 보다 열린 마음을 갖는 것이야말로 인간과 제도의 내재적 한계 앞에서 겸손한 우리 모두의 자세라고 하지 않을 수 없다.

6) 우리의 믿음이 어떤 계기로 형성되고 굳어졌는지와 상관없이 한번 만들어진 믿음은 그것이 진실인지는 더 이상 중요하지 않다. 이 믿음은 자신의 믿음을 보다 강화해주는 방향으로의 증거를 찾는 동인이 되기도 한다. 이러한 확증편향은 인간이기에 누구나 가지고 있으며, 이로 인해 잘못된 판단을 할 수 있다. 그렇다면 이러한 확증편행에 대하여 어떻게 극복할 것인가? 형사절차에서는 한 개인의 유무죄를 다투고 잘못된 최종판단은 한 개인의 일생을 회복하기 어려울 정도 파괴한다.

자기가 저지르지 않은 범죄에 대해 자백하는 것이 가능한가? 라는 근본적 질문에 실제 사례에서 "그렇다"로 나타났다. 단지 수사기관의 질문에 그렇다 등의 답변 정도가 아니라, 아예 자신이 내러티브를 구성하여 서술하기도 한다. 여전히 다수의 사건들은 자백과 목격자 증거가 전부인 사례들이다. 이런 상황에서 진술의 왜곡가능성에 대하여 의문을 제기하는 것은 너무 당연하다. 목격자도 범행현장의 직후에 직접 목격한 경우를 제외하고는 시간의 경과에 따라 기억이 희미해지고 왜곡되고 부정확해지는 것은 당연하다. 목격자 증언으로 인한 오판이 발생하는 것은 이미 너무나 자명한 사실이 되어 버렸다. 이를 방지하기 위해서는 결국 진술분석의 기술개발 및 관련자들의 교육이 전제되지 않으면 안 된다.

7) 과학증거, 흔히 DNA 증거로 대표되는 과학증거에 대한 믿음은 상당하다. 미국의 Innocence Project는 DNA 증거분석방법에 기반한 무죄입증 활동을 지속해온 결과 2018년 현재 350여 명정도가 무죄로 석방되었다고 한다. 과학증거의 경우 그 자체 변형이 되거나 왜곡되어 부정확할 수 있다는 생각을 하지 않는다. 더욱이 최근 과학수사 드라마나 영화의 영향으로 과학증거에 대한 믿음은 상당하다. 그런데 수사에서 과학적으로 검증되지 않은 기법이 사용되고 있다는 사실이 얼마나 알려지고 있는지, 설혹 검증된 과학수사기법이라 하더라도 이를 사용하는 전문가가 그 사용법을 제대로 알지 못하여 활용하지 못하는 경우는 또 얼마나 많은지, 전부 밝혀지지 않고 있다.

오늘날 과학증거에 대한 믿음도 더 이상 확신이 될 수 없다. '제대로 된' 과학증거에 대한 '올바른' 활용이야 말로 오판을 방지하기 위한 주요방안이 될 것이다. 과학적 증거에 대하여도 오류가 있을 수 있다는 점을 알고 보강증거수집과 확보를 위한 노력이 함께 했을 경우에 오판은 방지될 수 있다.

8) 오판의 피해자구제를 위한 방안들이 다각도로 모색될 필요가 있다. 형사보상 이외에 민사·행정적 보상도 가능하도록 함으로써 전 방위적 구제 내지 지원이 요구된다. 재심사례 분석과 더불어 재심무죄판결을 받은 피해자들을 대상으로 한 분석결과에 따르면 피해자들은 지금까지도 무고한 원판결로 인한 사회·경제적 그리고 개인적 명예에 큰 손상을 입고 있으며, 트라우마에 시달리고 있다. 더욱이 대부분 사회적 약자들로서 경제적인 측면에서 어려움을 겪고 있는 것으로 나타났다. 이들 사법피해자들에 대하여 국가는 교육 프로그램 지원, 구직활동 지원, 치료프로그램의 운용 등 다양한 지원을 통해 장기간 수용되어 무죄석방된 자들의 원활한 사회복귀를 도울 의무가 있다.

9) 마지막으로 재심이유의 심사를 위해 별도의 기구 내지 독립된 위원회가 필요한지에 대하여 검토가 필요하다. 예컨대 영국의 경우에는 형사사건재심위원회(CCRC)에서 별도로 그 재심사유가 있는지를 심사한다. 일본의 경우도 일본변호사연합회의 인권보호위원회를 통해 많은 재심사례가 밝혀지고 또 지속적으로 지원활동을 하는 것을 알 수 있다. 미국의 경우에는 민간단체인 Innocence Project에서 오판 구제활동을 지속으로 하고 있으며, 나아가 국제적 네트워크를 형성하여 피해자구제 및 지원을 하고 있다. 독립 별도의 기구가 아니더라도 검찰 내부에서도 무고한 자에 대한 유죄판결을 예방하고 바로잡기 위해 만들어진 CIU(Conviction Integrity Unit)도 있다. 이처럼 오판을 구제하기 위한 별도의 독립한 기구가 설치 활동하고 있는 것을 참고하여 재심심사를 위한 독립한 기구의 설치 운영을 고려해볼 만하다.

결국 수사기관, 피의자 그리고 사실인정자는 각각 자신의 영역에서 허위자백의 원인으로 작용하고 있음을 알 수 있다. 수사기관의 판단착오, 수사기법과 개인의 취약성, 사실인정자의 허위자백에 대한 평가 등은 서로 맞물려서 오판 가능성을 높이고 있는 것이다. 오판가능성을 줄이기 위해서는 인지적 편향성에 대한 이해와 교육, 신문기법향상, 자백에 대한 평가방법의 개발 등이 필요하다. 장기적 관점에서는 정책방향은 피의자신문기법에 대한 연구, 사회적 약자에 대한 연구, 허위자백과 유죄판결과의 상관관계 연구가 이루어져야 함을 강조하면서, 구체적으로 오판을 방지하기 위한 종합대책 연구로 이어져야 할 것이다.

참고문헌

1. 국내문헌

국회법제사법위원회 형사소송법 일부개정법률안 검토보고서, 2015

권오걸, “불이익재심의 허용여부에 대한 비교법적 검토”, 법학연구 66권, 한국법학회, 2017

권영법, “현대신문기법과 허위자백”, 형사정책연구, 제23권 제3호, 2012

권영법, “형사재심에 대한 비판적인 고찰”, 안암법학 제36집, 고려대학교 법학연구소, 2011

김민지, “미국의 오판사례 분석에 의한 형사정책적 시사점”, 한국범죄심리연구, 제7권 제1호, 한국범죄심리학회, 2011

김상준, “무죄판결과 법관의 사실인정에 관한 연구”, 박사학위논문, 서울대학교 법학전문대학원, 2013

김성룡/이진국/지유미, 형사재심제도의 개선방안에 관한 연구, 대법원, 2017

김영수, 오판방지를 위한 범인식별 방법에 관한 검토, 비교법연구 제11권 제1호, 2011

김태업, “형사소송법 제420조 제5호의 재심사유에서 ‘증거의 신규성과 명백성’”, 사법 11호, 사법발전재단, 2010

김청택/최인철, “법관의사결정에서의 판사들의 인지편향”, 서울대학교 법학 제51권 제4호, 2010

김형만, “형사절차상의 오판원인”, 비교형사법연구 제9권 제1호, 한국비교형사법학회, 2007

리처드 A. 레오(저)/조용환(역), 허위자백과 오판, 후마니타스, 2014

박광배/김삼중/한미영, “가상적인 재판 쟁점에서도의 현역판사의 판단과 모의배심의 집단판단에 대한 인지적 방략의 효과”, 한국심리학회지〈사회문제〉, 한국심리학회, 2005.

박미숙 외, 법과학을 적용한 형사사법의 선진화방안(Ⅰ), 연구총서 10-21, 한국형사정책연구원, 2010.

박성호, “오판의 발생구조와 극복방안”, 민주사회변론 제3호, 1994

박용철, “기망에 의한 자백의 임의성에 대한 비교법적 고찰”, 서강법학 제8권, 2006.
박용철, “미국의 사형선고 가능 사건에 적용하는 인신보호영장제도에 대한 연구-사법 피해자 구조방안으로서의 인신보호영장제도 도입 가능성에 대하여-”, 피해자학연구 제22권 제1호, 한국피해자학회, 2014
법무부, 개정 형사소송법 해설자료집, 2007
서철원, 미국 형사소송법, 법원사, 2005
손용근, “정신장애자와 사법절차-그 일반론 및 몇가지 현실적인 문제점들”, 신경정신의학 제31권 제6호, 1992
신권철, 인신보호관 제도 도입방안, 법무부 인권국 인권정책과 연구용역보고서, 2013
신동운, 신형사소송법, 2016
신정훈/지영환, “진술녹화제도의 현황과 문제점 및 개선방안에 관한 연구”, 형사법연구 제26호, 2006
심희기, “과학적 증거의 허용성(증거능력)과 신빙성(증명력)에 관한 판례의 동향”, 월간고시계 12월호, 1999
심희기/양동철, 쟁점강의 형사소송법, 삼영사, 2009
오경식/최창호, 미국형사소송 실무와 절차, 유원북스, 2017
유혁상/권창국, 주요선진국의 과학적 수사기법의 도입과 활용방안 연구, 한국형사정책연구원, 2005
윤지영 외, 형사보상제도의 운영현황과 개선방안, 연구총서 16-AA-07, 한국형사정책연구원, 2016
이강천, “사형폐지의 당위성과 대체형에 관한 연구”, 박사학위논문, 호남대학교 대학원, 2013
이기수, “형사절차상 허위자백의 원인과 대책에 관한 연구”, 박사학위논문, 서울대학교 대학원, 2012
이부츠키 마코토, “부정의에 대한 투쟁의 길 : 일본에 있어서의 오판과 설원의 역사”, 법과학과 형사정책, 2011 추계국제학술회의(한국형사정책연구원), 2011
이윤, 수사절차상 신문과정의 영상녹화 필요성과 영상녹화에 대한 경찰수사관들의 태도, 한림법학 포럼 제20권, 2009
이재상/조균석, 형사소송법(제11판), 2017
이창훈/David Johnson, “‘오판’의 개념 정립 및 오판에 관한 실증적 연구 방향”, 한국범

죄학 제11권 1호, 대한범죄학회, 2017

이형근/조은경, 피의자신문조서의 왜곡유형과 정도에 관한 연구, 경찰학연구 제14권 제2호, 2014

이호중, 〈국가에 의한 중대한 인권침해와 피해자 권리구제 2차 워크숍 - 고문조작 사건을 중심으로〉 한국인권재단, 2006

정규원, "정신장애:형사절차와 인권", 형사절차와 취약계층(조국 편), 사람생각, 2003

조갑제, 사형수 오휘웅 이야기, 조갑제닷컴, 2015

조 국, "자백배제법칙의 근거와 효과 그리고 임의성 입증", 서울대학교 법학, 제43권 제1호, 2002

조영래, 진실을 영원히 감옥에 가두어 둘 수는 없습니다, 창비, 1991,

조원철, "심급별로 사실인정이 달라진 사건의 원인 분석(형사편)", 법관의 의사결정: 이론과 실무, 사법발전재단, 2010

차용석/최용성, 형사소송법, 21세기사, 2013

천진호, "영상녹화물의 증거능력에 관한 연구", 법학논총 제35집 제1호, 2015

한유화/박광배, "한국의 진술분석 활용현황 : 서유럽국가와의 비교", 한국심리학회지 〈법정〉, 한국심리학회, 2016

한인섭, "'회한과 오욕'의 과거를 바로 잡으려면 : 사법부의 과거청산을 위하여", 서울대학교법학 제46권, 서울대학교 법학연구소, 2005

한상훈, "영미법상 형사보상제도에 대한 검토", 법학연구 제22권 제4호, 연세대학교 법학연구원, 2012

한국무죄네트워크, 형사사법개혁, 억울함 는 세상, 사법개혁 대토론회 자료집, 2017

한국비교형사법학회, "형사재심제도의 개선방안에 관한 연구", 연구보고서 2017-20, 법원행정처, 2017

2. 국외문헌

【미국】

Armstrong, Ken & Possley, Maurice, "The Veridict: Dishonor", Chicago Trib., 1999.

GOULD, JON B./RICHARD A, LEO, "ONE HUNDRED YEARS LATER: WRONGFUL CONVICTIONS AFTER A CENTURY OF RESEARCH", The journal of criminal law & criminology, Vol. 100, No.3, 2010

Kassin, Saul, "The Psychology of Confession", Annu. Rev. Law Soc. Sci. 2008. 4.

Kent, Stephanie L./Carmichael, Jason T., "Legislative responses to wrongful conviction: Do partisan principals and advocacy efforts influence state-level criminal justice policy?", Social Science Research 52, 2015.

L.Garrett, Brandon, "Claiming Innocence", Minnesota Law Review, 2008.

L.Garrett, Brandont, "judging Innocence", Columbia L.Rev., 2008.

L.Garrett, Brandon, "Convicting the Innocent", Havared Uni. Press, 2011.

Martin, Andrew, The Prosecution's Case Against DNA, N.Y.Times, Nov.27.

National Research Council, Strenthening Forensic Science in the United States: A Path Forward, National Academy Press.

President's Commission on Law Enforcement and administration of Justice, The Challenge of Crime in a Free Society, 1967.

Primus, Eve Brensike, Structural Reform in Criminal Defense: Relocating Ineffective Assistance of Counsel Claims, 92 Cornell L.REV., 2007.

R.Gross, Samuel, "Exonerations in the United States(1989 – 2012)", National Registry of Exoneration, 2012.

Tepfler, Cooley & Thompson, "Convenient Scapegoats; Juvenile Confession and Exculpatory DNA in Cook County, Illinois", 62 Rutger L.Rev., 2010.

The National Registry of Exonerations, "Exonerations Before 1989", 2018.

The National Registry of Exonerations, "The first 1,600 Exoneration", 2015.

The National Registry of Exoneration, "Exonerations in 2013", 2014.

The National Registry of Exoneration, "Exonerations in 2015", 2016.

The National Registry of Exoneration, “Exonerations in 2016”, 2017.

The National Registry of Exoneration, “Milestone: Exonerated Defendants Spent 20,000 Years in Prison”, 2017

The National Registry Of Exoneration, “Exoneration 2017”, 2018.

Zalman, Marvin/Larson, Matthew J./Smith, Brad, “Citizens’ Attitude Toward Wrongful Conviction”, Criminal Justice Review 37(1), Georgia State University, 2012.

【독일】

BMJV (2015) Bericht der Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens (im Internet abrufbar unter https://www.bmjv.de, zuletzt abgerufen am 04.12.2015)

Deckers, Rüdiger, Fehlervermeidung bei Staatsanwaltschaft und Polizei, StrafFo 2015, S. 265ff.

Eisenberg, Ulrich, Unfreiwillg falsches Geständnis und Widerruf aus empirisch-beweisrechtlicher Sicht, JA 2013, S. 775ff.

Fall Rupp(Spiegel TV) http://www.spiegel.tv/filme/reportage-rudolph-rupp

Gerd Bohner und Michael Lindemann, Fehlerquellen im Strafprozess, R & P (2016) 34: 2-3.

Guntenhöner, Lena, Ein Gerichtssaal ist wie ein Bühne, www.cicero.de, 19, Mai 2015.

Hrr-Strafrecht.de : https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/

https://www.ff-rechtsanwaelte.de/aktuelles/strafrecht/fehlurteile-und-ihre-ursachen

Janish, Wolfgang, Ohne jeden Zweifel, in Süddeutsche Zeitung, 17. Mai 2015.

Kinzig, Jörg/Stelly, Wolfgang, Neue statistische Analysen zum Freispruch (nach Untersuchunghaft), StV 2017, S. 610ff.

König, Stefan, Das geänderte Berufsverständnis der Strafverteidigung, StV 2010, S. 410ff.

Kudlich, Hans, Revision und Strafrechtswissenschaft, StrafFo 2016, S. 274ff.

Leitmeier, Lorenz, Fehlurteile und ihre Ursachen – eine Replik, StV 2011, S. 76ff.

Müller, Eckhart, Berufsbild und BErufsethos des Strafverteidigers, NJW 2009, S. 3745ff.

Müller, Egon, Von der Verantwortung des Verteidigers. Ein Bericht über zwei Wiederaufnahmeverfahren, GA 2017, S. 188ff.

Neuhaus, Ralf, Fehlerquellen im Erfmittlungsverfahren aus Sicht der Verteidigung, StV 2015, S. 185ff.

Püschel, Christof, Fehlerquellen in der Sphäre von Staatsanwaltschaft und Polizei, StrafFo 2015, S. 269ff.

Schiller, Antje, Aus der Rechtsprechung zur Wiederaufnahme in Strafsachen – 1. Teil, NStZ-RR, 2016, S. 1ff.

Schiller, Antje, Aus der Rechtsprechung zur Wiederaufnahme in Strafsachen – 2. Teil, NStZ-RR, 2016, S. 68ff.

Schwenn, Johann, Das soll Recht sein? Warum die deutsche Strafjustiz so viele Fehlurteile produziert. In: ZEIT Nr. 47 vom 19.11.2015 (21. November 2015);

Schwenn, Johann, Fehlurteile und ihre Ursache – die Wiederaufnahme im Verfahren wegen sexuellen Mißbrauchs, StV 2010, S. 705ff.

Thiée, Philipp, Die Wiederaufnahme zu Ungunsten des Angeklagten – Ein Plädoyer für Rechtssicherheit und gegen rechtfreie Räume, ZRP 2008, S. 80ff.

Tversky A, Kahneman D (1974) Judgment under uncertainty: Heuristics and biases. In: Science 185: 1124 – 1131

Velten, Petra, Fehlerquellen im Hauptverfahren, StraFo 2015, S. 354ff.

【일본】

中島宏,「再審の現在:大崎事件第三次再審請求で問われるもの」,『鹿児島大学法学論集』50巻1号, 2015

日本弁護士連合会, 弁護士白書, 2013

水谷規男,「再審法理論の展望」, 村井敏邦ほか編『刑事司法改革と刑事訴訟法』, 日本評論社、2007

福島弘 , 再審制度の研究, 中央大学出版部, 2015

スティーヴン・A. ドリズィン (著), リチャード・A. レオ (著), Steven A. Drizin (原著), Richard A. Leo (原著), & 1 その他, なぜ無実の人が自白するのか―DNA鑑定は告発する, 日本評論社, 2008

荒木伸怡, “証明力評価に関する一考察”, 『刑事司法への市民参加』, 現代人文社, 2004

矢澤昇治, 再審と科学鑑定, 日本評論社, 2014

ジム・ドワイヤー 외 著, 無実を探せ! イノセンス・プロジェクト ― DNA鑑定で冤罪を晴らした人々, 現代人文社, 2009

川崎英明, 「再審請求審における刑の執行停止決定 (刑訴法448条２項) に対する抗告の可否――東住吉事件」, 『法律時報』,日本評論社, 2014

川崎英明,『刑事再審と証拠構造論の展開』, 日本評論社, 2003

木村祐子, 誤判防止のための科学者と法律家の協働―刑事手続における科学的証拠―, 龍谷大学法学研究 No. 19, 2004

谷村正太郎,「1970 年代・80 年代の再審法改正運動」, 2013

福永俊輔,「再審法制の歴史と理念」,『緊急提言！刑事再審法改正と国会の責任』, 日本評論社, 2017

法制審議會・新現代の刑事法特別部会「新しい刑事司法制度の構築についての調査審議の結果【案】, 2014

Abstract

A Study on modifying Criminal Justice System for avoiding misjudgment case

Park, Mi-suk · Kim, Jae-hyun · Park, Jun-young · Kim, Sung-ryoung

1. Concept, Cause and Relief of Miscarriage of Justice

It is still debated what 'miscarriage of justice' means. In general, miscarriage of justice refers to punishment of a person for something he or she has not done wrong. In other words, miscarriage of justice is wrongful conviction, or misjudgment that an innocent person is accused of a crime, which proves erroneous.

In seeking to define the concept of miscarriage of justice as the subject of the current study, this paper suggests that cases which were found guilty at lower court but have been proven not guilty at higher court, or established guilty verdicts which have been overturned by retrial proceedings are miscarriage of justice. In the U.S., miscarriage of justice refers to cases for which the original ruling is reversed through a retrial as an error in the trial has been confirmed, or cases for which compelling new evidence, such as DNA, was found and accepted by the appellate court and consequently a wrongful conviction is acknowledged for the convict or the person who has completed his or her sentence for the conviction. In Japan, the concept extends to erroneous judgments made by law enforcements, such as police and prosecutors, beyond misjudgments by the courts.

Concerning the cases of miscarriage of justice, the scope of the present study will be limited to the cases of which the initial guilty verdict is overturned in

appeal and the wrongful conviction by the trial level is confirmed. The majority of these retrial cases result from the investigation authorities' evasion of law or illegality which amounts to human right violation during their investigation process, faulty or pre-judgment of the judges, or careless defense by the lawyers. In principle, an error made in the court proceedings should be rectified through the appellate system. Comparing it to other countries, especially in Germany and Japan, the judicial administration can exercise its supervisory power, where a clear error or misjudgment is established in regard to the essential fact finding by the trial courts. In the U.S., too, evident errors of the lower court judges are often subject to supervisory power of the upper courts.

In Korea, only a few case studies are available in regard to miscarriage of justice. Nevertheless, reassessing the past history of 1970s and 80s and reviewing the records of the cases which have turned to be a wrongful conviction by retrial, it is noticeable that testimony and confession used to be taken as critical factors in ruling, and that torture and perjury were also involved. On the other hand, the researches conducted since 2000 indicate that the main causes of miscarriage of justice have been political bias and corruption of the criminal justice institution. Abuse of right to punish by the judicial authority, confession oriented-, as well as oppressive investigation practice, and false confession of the suspects also have contributed to miscarriage of justice. Therefore, to define miscarriage of justice based on a single factor may oversimplify the complexity of the concept. Fortunately, with the development of forensic science, studies continue to examine not only the admissibility of forensic evidence in the criminal justice system, but also the practical ways to perform it. Should the premises are satisfied that evidence is collected by due processes and analyzed by reliable experts, and that the judges make unerring judgments based on the results of those analyses, these can be essential criteria to reduce miscarriage of justice.

In reality, the rates of miscarriage of justice by wrongful conviction are almost

impossible to estimate. Interpretation of statistics can differ among the researchers, but it is noteworthy that many agree that the possibility of misjudgment are increasing. In fact, the foundational materials and sources of this report signify that although there are only a few cases which have captured the public attention, the risk or possibility of misjudgment is certainly not low. Given that, it is critical to find the factor(s) that can increase the possibility and risk of misjudgment in the criminal justice process.

As for the cause of miscarriage of justice, the reports by the National Human Rights Commission of Korea, the Association of Crime Victims and the media, all reveal that problems are everywhere in the justice system, such as lax representation of the lawyers, and false testimonies by the witnesses at the prosecution and police investigation levels. The phenomenon shows that decision-making based on due process system and discretionary power has failed.

In the issue of miscarriage of justice, important is not only how misjudgments are made, but also how they develops. Since the causes are characteristic in each step of the criminal procedure, it would be necessary to prepare a customized system for individual steps to resolve the problem. Therefore, this paper will discuss and examine the causes of miscarriage of justice in each step of the justice system based on case studies.

First, concerning the investigation phase, until the defense counsel's right to participate in the interrogation of the suspect, or the video recording of investigative interviewing was accepted, the criminal investigation used to be conducted secretly, unopen to the public, to the extent that it was stigmatized as close-door interrogation. The courts, too, habitually pressured the suspects to sign and seal the statements, without ensuring the due process of the interrogation. That the examination records drafted in this way were admitted by the court and used as the critical materials for the judges' decision-making has weakens the fundamental principles of criminal trial, that is,

trial-centeredness and direct cross-examination, and further turned trials into a mere formality. In addition, cognitive biases, such as tunnel vision or confirmation bias, are widespread among the professionals in the investigation agency and the judiciary, causing miscarriage of justice by wrongful conviction. Prejudged investigation is another evil of convention that most frequently occurs in the investigation process, and tends to cause improper use of evidence by faulty analysis of physical or circumstantial evidence or unfavorable interpretation to the accused. The problem of cognitive biases includes coercive interrogation, false testimonies by the witnesses, and incorrect statements by the accused themselves.

Secondly, concerning the trial or court hearing phase, trial used to be understood as the confirmation step of conviction based on the accused's statements. Thus, once the courtroom proceedings begin, the accused were naturally presumed to be guilty and the principle of presumption of innocence was incapacitated. Judges' probative power and ability to determine the admissibility of the evidence submitted to the court are critical in their ruling. Therefore, proof beyond reasonable doubt, or internalization or observation of presumption of innocence can reduce the risk of misjudgment. Nonetheless, there are still numerous factors that could cause misjudgement of the judges in the actual courtroom proceedings. Faulty testimonies of the eye-witnesses and the victims, probability of an error in forensic evidence, confession, and circumstantial evidence are the examples. Further, concerning the rule of voluntariness of the confession, it is problematic that criteria to determine the voluntariness is still not clear. Testimonies of the interviewees, confession statements of the accused, formality of preparing the examination records are not sufficient to prove the voluntariness of confession. In the U.S., not only the suspect's statement that he or she committed the crime, but also the statement of voluntary confession, a consistent story about the criminal act, motivation

and explanation of the crime, the details of the crime which only the suspect could know, and the psychological condition of the suspect after making such confession are required in the examination record.

In general, the remedies for miscarriage of justice can be categorized into two: appeal, and retrial as an emergency relief once a ruling is confirmed. First, appeal system is a way for the accused to request the higher court to expunge his or her guilty verdict. Appeal system is usually understood as a mechanism to redress misjudgment, but in a deeper sense, it is a system designed to correct the error of the original ruling, relieve the disadvantaged parties, and offer a unified interpretation of the relevant laws. On the other hand, retrial, or new trial is the only way that the accused can escape from the misjudgement under the current laws. Retrial is a correct system for misjudgment, as well as a system to protect the judicial victims. Through the precedents, it is clear that the idea of retrial system is to realize concrete justice where a serious error is made in the final judgement of the courts, even if doing so might undermine legal stability.

2. Case Analyses and In-depth Interviews

This study contains four retrial case analyses, two other case analyses, and in-depth interviews related to those. The retrial cases include Samrye Nara Supermarket Robbery-leading to Death case, Yakchon Junction Taxi Driver Murder case, Raping-Murdering of a Daughter of a Head of a Police Station in Chuncheon, and Injury-leading to Death of Suwon Homeless Girl case. Other cases include fabrication of espionage on a pubic servant in Seoul, and Brothers Home case. The in-depth interviews involve the retrial applicants in the Samrye, Yakchon Junction and Suwon Homeless Girl cases, respectively.

■ Samrye Nara Supermarket Robbery-leading to Death Case

It was a homicide case that took place at a local supermarket located in Samrye-eup, Wanju-gun, Jeonbuk-do by a trio of burglars. The suspects robbed the store, stole cash and jewelry and killed one of the victims. Right after the incident, the Wanju Police arrested three intellectually-disabled local residents and obtained their confession. However, one of the suspects, later, claimed that he made a false confession pushed by the police's pressure and threats, and maintained that he would deserve a retrial, especially since the real criminal was arrested by then. The court accepted the new evidence which was found after the court determined the criteria for retrial was met as evidence that proved the innocence of the accused, and thus ordered a retrial. At the new trial. the court found the accused not-guilty, as it recognized the credibility issue on the alleged confession of the accused and the motivation behind such confession, as well as rejected the so-called evidence of their killing of the victim in the original case.

The in-depth interview of the victims of misjudgement, that is the applicants of retrial, has discovered several issues and unfortunate circumstances which the retrial applicants had endured, such as their poor family backgrounds, police cruelty during investigation, and lack of legal counsel. The retrial applicants had intellectually-disabled, or disabled parents, and were from family of domestic violence associated with alcoholism. They also said that they were physically assaulted by the interrogators on their head, back and soles, and did not receive adequate counselling from the lawyer who lacked enthusiasm as public defender.

■ Yakchon Junction Taxi Driver Murder Case

It was another homicide case of a taxi driver who parked his car at the Yakchon Jundction, Iksan-si, Jeonbuk-do. The retrial applicant who was accused of the

killing argued that the police fabricated the examination records based false statements and that any of the newly discovered evidence, neither the witnesses' testimonies nor their statements, proved his alleged murdering of the victim. The court reviewed the new evidence in comparison with the old one and accepted the probability of the former, and thus granted a motion for retrial. The prosecution protested and counter-appealed, but as the supreme court dismissed the prosecutor's case and the prosecution gave up the appeal, the judgment of not-guilty was confirmed in the end.

During the in-depth interview of the retrial applicant, the problems and difficulties that the applicant endured were mentioned. His poor family background, intellectual disability, police cruelty and false confession during the investigation process, lack of or false information, and inadequate representation by the legal counsel were such. In detail, the retrial applicant was raised by his grandmother and after her death lived with his father. Then, his father also passed away, he earned his living as a delivery man. Due to the inferior environmental factors, his intellectual capacity was significantly limited from the young age, and he was forced to confess and beaten by the police officers during the investigation. He also said that he was neither given any information regarding the right to refuse to make statements, nor dared to plead his innocence due to the perfunctory defence by the public defender.

■ Suwon Homeless Girl Injury-leading to Death Case

It was a case that a homeless girl was severely beaten and left to death at the entrance of a highschool in Suwon. The accused/retrial applicants were sentenced to imprisonment and monetary penalty for their assault and bodily injury causing death. However, the retrial applicants completely denied the allegation against themselves, and requested a retrial based on the forensic doctor's opinion on the cause of death and the estimated time of the victim's

death, as well as the conflicting facts of the crime etc. The appeal court noticed the applicants' consistent denial of involvement in the killing and contradiction in their alleged confessions, and raised a question about the credibility and truthfulness of the confession statements. Consequently, the court determined that the prosecution's evidence was not convincing to prove the conviction and decided the accused not-guilty.

In this case too, the poor circumstances and problems the retrial applicants experienced through their lives, such as inferior family backgrounds, coerced false confession made during the investigation process, and insufficient or lack of information provision, were mentioned in the in-depth interview. An applicant stated that he had been abused by his step-mother while growing up, and after she left was exposed to the father's violence associated with alcoholism, which eventually pushed him to the street. According to him, he made a false confession due to the police's placation in this case and even came to believe that he, somehow, had committed the crime. He said that during the investigation, he was informed about the right to refuse to make statements, but did not understand what that meant and thus had no choice but to make statements following the intention of the interrogators.

Reviewing the case analyses and interviews, we can categorize the problems into the ones in the investigation process, the others in the courtroom proceedings. First, the problem in the investigation usually began with the illegal taking of the suspect to a police station. In the case of on-the-spot inspections, the investigators' direction or pressure was often extremely concrete and compelling, to the extent that the inspection was not just a crime reenactment but rather a process to fabricate the criminal or evidence. In preparing the accused's statements, the accused simply answered to the interrogators' questions or statements with either affirmation or negation. Moreover, hardly any suspects received help or assistance from their guardians or lawyer, their statements were

made as a result of police brutality, such as physical violence or coercive control. As for the problems in the courtroom proceedings, the most noticeable include distortion of fact-finding by the prosecution, and ambiguous and extremely strict application of legal principles. Indiscreet appeal and reappeal by the prosecution, and insufficient hearing by the judges were another issues. Especially, the public defenders assistance was often no more than pro forma, so that the suspects could rarely rely on the legal counseling.

3. The Measures to Prevent Misjudgment and Relief in the U.S.

Building a system to prevent misjudgement with an effort to enforce preventive measures is important, needless to say. Unfortunately, the imperfection of human beings makes it impossible to entirely exclude the possibility of misjudgement, and therefore a relief system to remedy the victims of misjudgment must be prepared. Korea has retrial system as a final relief measure, but in comparison with the U.S, retrials are extremely rare in reality. In Korea, it may be due to the lack of public interest in miscarriage of justice and retrial; however, until 1980s, the U.S. experienced the same phenomenon as Korea. In fact, it was only after 1980s that the U.S. public became familiar with the request of retrial. Especially from 1989 to 2018, the number of misjudgment victims who have turned out to be innocent and acquitted reaches approximately 2,300. Give that, the public attention and consciousness on the issue seems to be an essential prerequisite to relieve the victims of miscarriage of justice.

The U.S. judicial system has the Writ of Habeas Corpus under the federal statue as an ultimate ex post facto relief for the victims of misjudgment, and motion for a new trial, as well as retrial system in each state. Despite that the U.S. retrial system does not exactly correspond to ours, several aspects related to criteria for retrial are common in both sides, except that in reality granting a motion to retrial is difficult in our system, whereas it is relatively simple in the U.S. side. For example, in the U.S., there is a relief measure called 'motion for a

new trial', which allows a new trial without going through an appeal process after a judgment is made by the trial court. For more desperate victims who have tried every relief measure available but still failed to obtain acquittal, there is also the Writ of Habeas Corpus under the federal statue, which allows the victim to challenge the detention of a person in official custody. Furthermore, access to justice is likely to be better in the U.S., given that there are many cases that one person requested a retrial on multiple occasions and eventually has obtained an acquital. Since a variety of route to acquittal does not guarantee that a person will be actually acquitted, the access to the relief system is more wide open than in Korea. The key to obtain a retrial is to secure new evidence which can prove the misjudgement victim's innocence, and DNA evidence plays a critical role in this regard. Since 2000, a legal provision that ensures one's right to DNA testing has been adopted by all the states, except six, and in many states the courts have used a low bar in allowing people to request a retrial as long as the probability of proving one's innocence is acknowledged. Retrial is also possible by the judges' own discretion. All of these increase the possibility of acquital for the victim of miscarriage of justice, and provide greater accessibility to relief system. Further, since the failure to keep DNA evidence would reduce the possibility of retrial, the U.S. Code Section 3600(b)(2) obliges the federal government to preserve the biological evidence collected from criminal scenes, and thereby attempts to guarantee the people's right to DNA testing in practice.

It takes a long period of time for the victims of misjudgement to achieve a retrial and an acquittal, and nothing could ever replace what they have lost and suffered during those years. Acknowledging the harm, the U.S. criminal compensation system appropriates enormous amount of money for the victims of misjudgement, which is worth noting for us to improve our system.

Compared to Korea where studies on the cause of misjudgment are lacking,

probably due to rare cases of retrial and relatively weak awareness of the issue, in the U.S. an effort to address the underlying causes has long been continued based on a strong foundation of relevant studies. For instance, in many cases, the cause of misjudgment arises in the investigation process, and thus more and more people criticize the improper investigation practice and seek to break from the traditional investigation techniques. Also, there are a lot of nonprofit organizations that campaign to prove post-conviction innocence across the country. One of the model institutions is the Innocence Organization which operates in almost all the states throughout the country, and even inside the prosecution the CIU (Conviction Integrity Unit) is actively engaged in prevention and rectification of misjudgment. Those institutions' painstaking efforts and work to prove the innocence of the people they believe have been wrongfully convicted of crimes must be what has eventually saved the countless innocent victims.

To prevent misjudgment and relive the innocent victims, a synthesis of efforts would be required among the relevant institutions and the judicial agencies, in addition to the retrial system. In other words, not only that the access to the system should be easy, but also that the judges have an open mind and attitude to allow a retrial, just like the justices in the U.S., is critical. An institution that can provide help to the socially vulnerable is also necessary, as their changes to become the victim of misjudgment are higher than other citizens. The most important element to prevent misjudgment is a fair judicial process to protect human rights during the investigation process.

Eradication of misjudgment would be the ultimate goal, as well as the permanent idea and task of the criminal justice. Criminal justice process is critical in that to make judgement free of fallacy and to prevent any error in judgment, properly operating criminal procedure is a prerequisite. Nevertheless, however legitimately the process is executed, because human beings are not perfect there always exists a possibility of misjudgment, not to mention the near impossibility of substantive truth-finding. That does not mean that we should take the status

quo for granted, but rather that we should continue our effort to change for the better.

4. The Cause and Relief of Misjudgment in Germany

In Germany, although Peters's *The Causes of Misjudgment in Criminal Cases (Fehlerquellen im Strafprozess)* was published in 1970, 1972, and 1974, and became the classic text for this field of study for more than forty years since then, miscarriage of justice has still not appealed to the German audience. Relatively recently, however, as a series of retrials called Ruf, Peggy and Bortz respectively have generated public interest in the issue, and as the people observe the results of innocence project animated by the development of DNA testing techniques in the U.S., the question of whether you can trust the courts' judgment in criminal cases captures people's attention in both academia and the society at large.

To define misjudgment accurately, not only making a guilty verdict for the accused who is actually innocent, which is the subject of this study, but also making a not-guilty verdict for the accused who is actually guilty should be equally considered. However, in that, except extraordinary appeals, the Korea's retrial system by the Criminal Procedures Act applies only to the cases which would be made for the benefit of the person, this paper has focused on the former category.

From the examination above, we can conclude that the most critical and reasonable measure to prevent misjudgment is, with the help of competent legal counsel from the onset of investigation process, to prevent the investigation agency from distorting the facts. In addition, judges in the criminal court, prosecutors, police officers, and even the lawyers if applicable, should be modest to their duty, appreciate the significance of their duty, take caution against the potential of misjudgment at all times, and have reasonable doubt toward the

evidence which is used to prove the guilty of the accused or the suspects.

As Dr. Kotsoglou has pointed out, the first thing we should discern in the misjudgment cases is whether the cases in which some facts were discovered later, that is, after the judgment was made at the trial, and a new trial, if granted, should be conducted based on such new facts and evidence, can be regarded as misjudgment, as well. To speak more precisely, unless the judge in the case failed to make a right decision, despite his or her ability to do so, due to some cognitive error, his or her judgement, that is, the subject judgment of a retrial should not be regarded as misjudgment. This approach would eventually be an effective starting point to improve the courts' rigid attitude toward retrial.

Meanwhile, the hard fact that misjudgments made by the judges will destroy not only the concerned parties' but also their families' lives, as well as their social networks should serve as the first warning to the criminal judges in their legal ethics.

Also, as Professor Sommer mentioned, while a business manager's error would result in monetary damage only, a criminal judge's error would destroy the life of a person. According to Sommer, what is problematic is most of the judges, prosecutors or legal professionals are not aware of this seriousness, or would never acknowledge their mistake. His advice that if we continue to ignore what is psychologically obvious, the criminal procedures will literally destroy itself is noteworthy.

Finally, it should be also considered whether the judicial police, prosecutors, legal counsels, and even the judges pressure the accuse to find the substantive truth, if not physicallt but at least psychologically. It is because, although we do not allow plea bargaining as the U.S., or Vetständigung as Germany in criminal procedures, any person involved or participating in criminal case can notice such discomfort easily.

5. Analysis of Retrial Cases and Discussion of Reformation in Japan

Reversing the conviction in criminal trial is not easy. In Japan, already in 1970s a retrial relieved a victim of misjudgement and for the next 20 years several more retrials made successful cases. And the society's attention to those retrial cases led to the campaign of changing legislation, efforts to prove the innocence of the accused in the private sector, and systematic support and research of the Japanese Federation of Bar Association, all of which have resulted in the reformation of the criminal justice system of the country. The basic goal of this paper lies in examining the retrial system and its operation in Japan and getting some useful insights for our own system, by doing so. Therefore, overview of the Japanese retrial system, its operation and problems, and discussion of reformation will be followed in the next.

Despite some successful post-conviction innocence cases, such as Dokusima case, it is extremely difficult to be granted a retrial, in general. The Japanese Criminal Procedure Act prescribes only the reasons to retry a case, bud does not provide the procedure to request a retrial. Thus, the prosecution usually argues that there is no reason to retry a case, and even if there is a reason, holds that such reason is not enough to overturn the previous guilty verdict. Even when the court grants a retrial, the prosecution usually protests till the end by using the appeal.

Further, in that the Japanese justice system allows retrial only if the retrial would be beneficial for the accused, the prosecution is generally thought to have the duty to prove the innocence of the accused/retrial applicant, and duty to find the truth. However, in reality, what the prosecution focuses on is making counter-argument to prove the guilty of the accused. For example, it is very much likely that there is a piece of evidence favorable to the retrial applicant among the evidence which has not been submitted to the previous, conclusive trial as it was not requested by the court. Noticing it, the retrial applicant would

demand the submission of the evidence in the prosecution's possession, to which the prosecution scarcely accedes.

Concerning the issue of evidence, most of the post-conviction innocence cases involved confession at the trial level. In other words, based on the accused's confession, the judges made their decision. Then, in retrial, those confessions were proved to be false and made by the investigation agency during the interrogation process. In short, the investigation agency fabricated the false confessions and the court found facts based on such confessions in determining the credibility and voluntariness of the confessions.

In modern retrials, forensic analysis can be an important factor in the process to open the retrial or as new evidence base on which a request to retry a case is made. In other words, using forensic science, such as discovery process and DNA profile, and promoting defense in retrial seem to be an axis that leads to retrial. Among the final and conclusive evidence based on which the judges made a guilty verdict, the admissibility of some is questioned by the opponents as scientific examination has developed and continued. For example, in the Tokyo Electric Power Corp. OL Murder case, the DNA testing by using the semen collected from the victims' body served as the conclusive evidence for the retrial court to confirm the innocence of the accused. The police and the prosecution, therefore, should carefully collect and examine the evidence not to point an innocent person as the criminal. The court should reexamine the evidence by conducting forensic inspection if it deems sufficient grounds to doubt the credibility of the circumstances that led to the previous conviction.

In Japan, from 1975's Siratori case to 1990s, the retrial system played an important role to relieve the victims of misjudgment. Despite that, discussion concerning the retrial system, remedy for the victims of misjudgment, or preventive measures to avoid misjudgment has been rarely conducted until now.

The reasons are first, psychological pressure on the institution that receives

the retrial request, such as the courts and the prosecution. The two institutions are closely connected through a junior-senior relationship among the professionals, and the exchange of human resources is frequent between the two. In this context, retrial is generally taken as a type of criticism toward a senior or colleague. Because of this, emotional tension and conflicts are said to be significant. Unless a real culprit is arrested, most of retrial requests rather deal with reasonable doubt against a not-guilty verdict and thus troubles surrounding retrial remain serious.[702)]

The second reason is the widespread attitude of caution against granting a retrial. The more the retrial has been granted as if bursting, the more the voice of supporting stricter criteria to grant a retrial has been gaining grounds. Such argument was even published as annotation for the relevant laws and won the sympathy of both the courts and the prosecution.

Thirdly, more than anything, that the prosecution is allowed to protest the post-conviction innocence decision of the retrial by using an appeal incapacitates the retrial system. The prosecution's continued appeal and reappeal exhausts the retrial applicants and often make them give in.

Fourthly, as mentioned the above, there have been several successful cases of post-conviction innocence in Japan. Unfortunately, even after the innocence of the accused/victims was confirmed through retrial, a fundamental reform or review of the retrial system itself has never been discussed. The JFBA has once brought to the table the revision of retrial-related provisions in the legislation, but it was quickly forgotten and the issue of remedying the victims of misjudgment has lost the public attention.

It is necessary to make public the discussion regarding revision of retrial. In Korea, already in the early 2000s a demand for judicial reform was on the rise. It reached a practical direction and discussion of system reform, and even achieved some visible outcomes, such as citizen participation trial and

---

702) Ibuzki Makoto, ibid., p. 11.

introduction of law school etc. However, from the perspective of relieving the victims of misjudgment, judicial reform did not matter so much. The direction in revising the Criminal Procedure Act in 2007 was designed based on the ideas of human right protection and advanced criminal justice; nevertheless, in reality, prevention of misjudgment and relief have been neglected or disregarded in the criminal justice. In Japan, the introduction of jury system in 2009 has received a favorable review that it encourages the court to be more careful in making severe sentence, such as death penalty. It is hard to conclude whether the Japanese jury system has actually helped preventing misjudgment. However, the jury trial is likely to suppress the prosecution's abuse of indictment right, at the least.

Furthermore, in Japan incomplete investigation and false confession are pointed out as another causes of misjudgment. Relying on the testimonies of the witnesses also increase the risk of misjudgment. Given that the examination records of the prosecution is almost automatically admitted to the court as reliable evidence, a careful approach to assess the admissibility of evidence would be required. Judges' personal biases also contribute to the issue. In this context, the jury trial system might be a meaningful mechanism to reduce the biases against the accused.

On the other hand, where support of the JFBA is unavailable. free consultation provided by legal aid lawyers, too, plays an important role in obtaining a retrial. In fact, even for one case, it takes great amount of time and money to conduct necessary research and trial preparation until the retrial is actually granted. In Japan, too, non-profit organizations (NPO) or public interest groups sometimes pay the expenses to relieve the victims of misjudgement. For example, the Japan Association for Justice and Human Rights is the largest NPO in the private sector in Japan, dedicated to remedy the victims of misjudgment.

The role of journalists is influential, as well. They explore the individual cases

for a long period of time and report the findings to the public, seeking the attention of the society at large. Some journalists even delve into the cases of their interest, apart from the mass media, to discover the truth. They may either enjoy the support of the Bar Association later, or capture the public attention and thus succeed in turning the latter's attention to the misjudgment cases and the victims therein.

6. System Reorganization to Prevent Miscarriage of Justice

■ Observation and Application of the Principle of Presumption of Innocence

Regardless of the forms of approach to misjudgment, there is a common principle that penetrates the diverse cases. That is in dubio pro reo under suspicious circumstances. A failure to follow this principle violates another rule of fact finding, and thus should be included in the category of misjudgment. The law in force acknowledges judges' discretion in determining the admissibility of evidence. However, if this principle is not set forth as a premise, judges' decisions are not by their discretion, but simply an abuse of the system under the pretense of discretion. The Supreme Court of Japan has commented in regard to the Siratori case, which is considered as a radical ruling, as follows: In assessing evidence which is explicit enough to consider the innocence of the accused, the principle of in dubio pro reo applies only if the evidence raises a reasonable doubt about the fact finding of the final and conclusive judgment. Therefore, we could hold that the criterion of explicitness is a marked and serious doubt against the justification of the original judgment, and in this sense the rule of in dubio pro reo would be a significant yardstick to assess the grounds for granting a retrial.

■ Method to Reorganize the System in the Investigation Stage

Investigation agency's brutality, and justice authority profession's prejudice and disregard against the socially vulnerable underlie much of misjudgment. In legal reality, it is almost impossible to apply for a retrial for a case in which the accused was tortured by the interrogators and found guilty by the court consequently. Many cases in which a guilty verdict is made, despite cruelty or threats, fabrication of evidence, subornation of perjury, or contradictory statements, shows the reality of courtroom proceedings in Korea.

Interrogation of a suspect is an essential step in investigation. The hindsight is that the intellectually disabled or the socially vulnerable are more likely to be exposed to the trap of false statements or confession. For this group of people, the interrogation method should be improved and the relevant experts must participate in interrogation. Guaranteeing the right to counsel in the investigation process is also a critical mechanism to prevent false confessions. In fact, the ways to assure the right to counsel were prepared through the revision of the Criminal Procedure Act in July 2016.

Interrogation and confession of a suspect concern the core idea of procedural fairness and substantive justice. Thus, interrogation of a suspect stage plays a role, like a critical clue to understand the prototype of criminal procedure, and many other roles at the same time, such as to look into false confession, investigation agency's activity, interrogation environments, the police and prosecution's proper exercise of their power, and due process etc. As for the process leading to a false confession, exposing a suspect to coercive interrogation techniques can get the interrogators their intended goal, a false confession. False confession is created, in fact, by a combination of factors. In some cases, suspects make false confession 'voluntarily' as they actually believe what they are told by the police, doubt their own memories and are convinced, even temporarily, by the interrogators, which is an interrogation technique of the latter. To prevent

this, the cause should be examined from the integrated perspective of forensic psychology analysis and criminal law study. Assuring transparency of the entire process of investigation, guaranteeing the right to counsel during interrogation, and promoting video recording of interrogation are further measures to prevent false confession.

Finally, education of investigation agency in charge of suspect interrogation is required. The investigation officers should be taught not to create intimidating investigation environments and to discern a false confession and statement.

■ System Reorganization in the Trial Stage

The court generally takes a position that, despite that it must assess the voluntariness of the accused in making their confession pursuant to the Confession Rule, it would presume the voluntariness of confession where there is one made unless otherwise a reasonable doubt is raised against the alleged voluntary confession. Regardless, the criteria for assessing the voluntariness of confession must be clear. It is not enough for the judges to accept the voluntariness based simply on the testimonies of the interrogators, the contents of the alleged confession, and the formality of examination records. Therefore, the court must carefully evaluate the cases by examining the possibility of coercive interrogation, the influence of, if any, such interrogation on the suspect or the accused, and the suspects' intellectual ability to respond to interrogation etc. The court also should direct the prosecution to prove the voluntariness of confession, especially in this case, by preponderance of evidence.

Further, to reduce the risk of false confession an effort to obtain objective and hard evidence should be made, apart from the suspects' statements, and the corroborating evidence for such confession must be substantive and independent.

■ Improvement Measures for Retrial System

This study seeks to materialize the discussion on the issues concerning the revision of retrial system and thus develop it as a theory of legislation. First, the qualification for retrial applicants in the criminal procedures should be extended to help them recover their impaired honor, and the public trust in the judiciary should be improved to restore the legislative intention of the retrial system. In the case of intentional non-submission of evidence, a broad interpretation should be applied in such a manner that the law stipulates that such non-submission will not be accepted as a ground for retrial, and therefore non-submission by mistake should be tolerated. The provisions concerning fact finding in the retrial procedure require improvement, as well. Further, since there is a possibility that the judges who were involved in the original trial have intellectual biases and tunnel vision, a provision to exclude the judges in this category should be newly prepared. Setting up an office or commission that would exclusively handles the affairs surrounding the grant of retrial, such as assessing the validity of the grounds for requesting a retrial, determining to open a retrial or dismissing the request entirely could be also a viable option to improve the system. By utilizing the public defender system to the fullest and thus assuring counsel's participation in investigation, misjudgement, especially as a result of illegal or evasion of the law, could be prevented. The scope of discovery must include not only the evidence submitted to the original trial, but also new evidence discovered later. Lastly, against the prosecutions' indiscreet appeal, it would be necessary to consider a two-track approach with both listening to the prosecutors' views and restraining their exercising the right to appeal.

■ Protection of the Socially Vulnerable Group in the Criminal Procedure

The socially vulnerable or the social minority are no more than 'erased people' within the judicial system. For people from poor and deprived households, equality before the law is only idealism and they are often at a greater risk of reverse discrimination by the investigation agency or courts. To help this group of people, a separate assessment is necessary for the intellectually-disabled and their ability to stand trial. More than anything else, the criminal procedure should be able to overcome the prejudice against the intellectually disabled. In many cases, the alleged potential of their crime and recidivism risk lead to denial of their legal rights without any legitimate reason. Therefore, an in-depth examination on the administration of the current protection system for the socially vulnerable group, including the people with intellectual disability in the criminal procedure should be conducted, based on which improvement measures should be sought.

■ Legislative Reorganization re Collecting, Preserving and Discarding Evidence

From the discussion above, it is now clear that the cases of misjudgment related to forensic evidence are not rare. The causes of such errors include not only intentional manipulation of the investigation outcome or intentional covering-up of a mistake, but also heavy workload, administrative complexity, and prejudice such as confirmation bias. Moreover, because the majority of retrial requests involve the cases more than 10~20 years ago, a good portion of evidence has been often discarded, already. Thus, a basic principle concerning preservation and discard of evidence by the investigation agency should be established, and related regulations needs to be updated, too. Further, to assure the accused's

chances to test DNA evidence, relevant legislation should be prepared, and where evidence needs to be preserved adopting the procedures for evidence preservation and chain of custody might be a viable option.

※ 각국 재심 비교표

	일본	프랑스	독일	한국	영국	미국
재심절차의 개요	재심청구심 ↓ 재심공판	재심·재심사법원 (재심·재심사법원 내에 지명된 사법관에 의하여 구성된 「예심위원회」에 의한 조사 → 재심·재심사법원재판부의 심사) ↓ 사실심법원	재심청구 ↓ 재심청구의 형식요건 심사 ↓ 재심이유의 근거존재의 심사 ↓ 재심공판	재심청구심 ↓ 재심공판	CCRC(형사사건재심위원회) ↓ 항소원에 위임	*州의 피고인에 대한 일반적인 구제절차 ①州인신보호영장(민사소송) ②州 성문법에서의 재심절차 ③연방인신보호영장(민사소송) ↓ ❶유죄판결의 파기(재심리를 하지 않음) ❷유죄판결을 파기하고 재심리
재심의 법적 성격	이익재심	이익재심	이익재심·불이익재심	이익재심	이익재심	이익재심
통상심인 경우의 검사상소	있음	있음	있음	있음	원칙은 없음	원칙은 없음

	일본	프랑스	독일	한국	영국	미국
재심청구권자	①검사 ②유죄 선고를 받은 자 ③유죄 선고를 받은 자의 법정대리인 및 보좌인(保 佐人) ④유죄 선고를 받은 자가 사망하거나 또는 심신상실의 상태인 경우에는 그 배우자, 직계 친족 및 형제자매(형사소송법 제439조 각호)	①사법장관 ②파훼원 검사장 ③유죄 선고를 받은 자, 또는 그 자가 무능력자인 경우 그 법정대리인 ④유죄 선고를 받은 자가 사망 또는 실종선고를 받은 후에는 그 배우자, 민사연대계약에 의한 파트너, 내연관계인 자, 자, 양친, 손, 증손, 또는 포괄수유자 ⑤항소법원검사장	• 유죄판결을 받은 자, 그 자가 사망한 경우에는 그의 배우자, 동성으로 생활을 함께한 자, 직계존속 및 형제자매, 검사 • 불이익재심의 청구권자는 검사	①검사 ②유죄 선고를 받은 자 ③유죄 선고를 받은 자의 법정대리인 ④유죄 선고를 받은 자가 사망하거나 또는 심신장애가 있는 경우에는 그 배우자, 직계존속 또는 형제자매	잘못된 판단으로 유죄로 되었다고 사료되는 자 또는 형이 잘못되었다고 사료되는 자	• 인신보호영장의 경우에는 주정책의 권한에 따라 신체구속을 받고 있는 자 • 재심절차의 경우에는 유죄선고를 받은 자
관할(신청지)	원판결을 한 법원 (형사소송법 제438조)	재심·재심사법원내의 예심위원회	재심청구의 대상으로 되는 판결을 한 법원과 동일한 사물관할을 가지는 다른 법원	원판결의 법원이 관할함 (제423조)	CCRC(형사사건재심위원회)	• 인신보호영장의 경우에는 신체의 구속을 받고 있는 관할구역의 법원 • 재심절차의 경우에는 유죄판결을 받은 사실심법원
재심청구의 전제	유죄판결이 확정된 경우	유죄판결이 확정된 경우 (중죄·경죄만. 위경죄는 제외)	유죄판결이 확정된 경우	유죄판결이 확정된 경우	통상의 상소절차가 남아 있지 않은 경우	유죄판결이 선고된 경우(절차에 따라 기간제한이 있음). 다만, 청구인이 생존하고 있는 경우에 한함. →인신보호영장의 경우에는 신체의 구속을 받고 있는 경우

	일본	프랑스	독일	한국	영국	미국
						→연방인신보호영장의 경우에는, 이용가능한 주의 구제절차를 모두 밟고 있는 경우
재심사유	①원판결의 증거로 되는 증거서류 또는 증거물의 위조·변조 ②원판결의 증거로 되는 증언, 감정, 통역 또는 번역이 허위인 경우 ③무고에 의하여 유죄 선고를 받은 경우 ④원판결의 증거로 되는 재판의 변경 ⑤(특허권, 실용신안권, 의장권 또는 상표권을 침해한 죄에 따라 유죄 선고를 받은 사건에 대해서) 권리무효 심결의 확정 ⑥무죄 또는 면소, 형의 면소를 받거나 또는 원판결에 의하여 가벼운 죄로 인정할 만한 새로운 증거의 발견 ⑦원판결에 관여된 법관, 검사, 검찰사무관, 사법경찰직원이 직무범죄의 존재(상기⑥이하	유죄 선고를 받은 후, 당해 유죄판결을 받은 자의 무죄를 증명하는 성질 또는 당해 유죄판결을 받은 자의 유죄성에 대하여 의심을 들게하는 성질의 소송에서 법원이 알 수 없었던 증거가 발견된 경우	■증거위조, 법관 등의 직무범죄(제359조 1호~3호) ■단독 또는 구증거와 함께 무죄 등을 증명하기에 적합한 새로운 증거(제359조 5호) ■유죄의 근거로 되는 민사판결의 취소(제359조 4호) ■유럽인권조약위반(359조6호:1998년 개정) ※5호 이외는 판결의 확정이 아닌 그것에 관한 형사절차의 공소시효 등에 따른 불개시도 요건(364조) ■연방헌법재판소에 따라 무효로 되는 법령 및 위헌으로 되는 법령해석으로 유죄판결이 근거로 된 경우(연방헌법재판소법 제	■원판결의 증거로 된 서류 또는 증거물이 확정판결에 따라 위조 또는 변조인 것으로 증명된 경우(제420조 1호) ■원판결의 증거로 되는 증언, 감정, 통역 또는 번역이 확정판결에 따라 허위인 것이 증명된 경우(2호) ■무고에 의하여 유죄 선고를 받은 경우에 그 무고죄가 확정판결에 의하여 증명된 경우(3호) ■원 판결의 증거로 되는 재판이 확정판결에 따라 변경된 경우(4조) ■유죄 선고를 받은 자에 대하여 무죄 또는 면소, 형의 선고를 받은 자에 대하여 형의 면소 또는 원 판결이	그 유죄판결 등의 유지 여부	• 인신보호영장의 경우에는, 불법으로 신체를 구속하는 경우(절차위반의 신체구속, 권한 없는 신체 구속 등) • 재심절차의 경우에는 주에 따라 차이가 있지만 대표적인 경우로서는 이하와 같음 ■주헌법 또는 미합중국헌법에 위반하여 원판결의 증거를 획득하거나 또는 원판결이 선고된 경우 ■새로운 증거의 발견 ■원판결의 절차에 적정절차위반이 있었던 경우 ■원판결의 증거가 허위였던 경우 ■유죄판결후의 DNA 감정 등

	일본	프랑스	독일	한국	영국	미국
	의 재심사유는 확정판결에 의해 증명된 경우가 필요·형사소송법 제435조 각호)		79조1항)	인정된 죄보다 가벼운 죄를 인정하는 명백한 증거가 새롭게 발견된 경우(5호) ■ 저작권 등을 침해한 죄로 유죄선고를 받은 자에 대하여 그 권리에 대한 무효 심결 또는 무효 판결이 확정된 경우(6호) ■ 원판결, 전심 판결 또는 그 판결의 근거가 되는 조사에 관여한 검사 또는 사법경찰관이, 그 직무에 관한 죄를 범하는 것이 확정판결에 따라 증명된 경우(다만, 원판결의 선고 전에 법관, 검사 또는 사법경찰관에 대하여 공소 제기가 있었던 경우에는, 원판결 법원이 그 사유를 알지 못했던 경우에 한함)(7호)		
헌법위반재심	없음	없음	있음(연방헌법재판소법 제79조 Ⅰ)	있음(헌법재판소법 제47조 제3항, 제75조 제6항, 제75조 제7항)	없음	있음(미합중국헌법 및 주헌법위반)

	일본	프랑스	독일	한국	영국	미국
적정절차위반재심	없음	법률심으로서의 파훼원과 파훼원판결에 대한 재심불가 유럽인권재판소의 판결을 이유로 하는 재심사절차	없음	있음	있음	있음
입법 또는 판례에 따른 재심요건의 완화	시라토리·사이타가와 결정 등의 판례에 따라 새로운 증거의 신규성·명백성의 완화	유럽인권재판소의 결정을 이유로 하는 재심사절차 : 절차가 유럽인권조약에 위반하였다고 하는 유럽인권재판소의 결정을 이유로서 절차를 바로잡은 것 이며 새로운 사실의 발견 등 사실오인을 이유로 하는 것이 아닌 법적 이유에 근거한 것	재심특례법 ■ 나치의 불법적인 유죄판결말소법 ■ 편입지역인 경우에 법치국가원칙에 반하는 유죄판결로부터의 회복과 그 보장에 관한 법률	①5.18민주화운동 등에 관한 특례법(제4조) ②부마민주항쟁 관련자의 명예회복 및 보상에 관한 법률(제11조제1항)→형사소송법상의 재심사유가 아니어도 재심청구가능 ③소송촉진등에 관한 법률(제23조의 2 제1항)	항소원은 CCRC가 위임한 사건에 대하여 호의적인 태도	■ 판례에 따른 인신보호영장에서의 「신체구속」의 의미 확장(보호관찰 중 등) ■ 판례 및 입법에 따른 재심사유의 확대(유죄판결 후의 DNA 감정, DNA 데이터베이스 검색, 사형사건에서의새로운 증거 발견 등) ■ 입법에 따라 원죄조사위원회를 설치한 州도 존재
신증거에 대한 의미	• 신증거는 증거방법뿐 아니라 증거자료도 포함하며 원 판결 이후에 존재하게 된 것도 상관없다. • 법원뿐만 아니라 당사자에게도 새로운 것이어야 하는가에 대해서	【새로운 사실】 • 시간적 요건→법관에게 있어 「새로운 사실」인 것 • 중요성 요건→유죄인 경우의 「의심」에 족함 【무죄증명사실】 「무죄의 확실성」까지 요	■ 「무죄 등을 증명하기에 적당한 신증거」는, 「원 판결의 사실적 근거를 동요」시키는 「중요성」을 가진다고 해석됨(판례·통설) ■ 감정인의 진술 등은	■ 신규성 절충설 : 원칙으로서 법원에 대하여 신규성이 인정되는 것에 족하며 법원 이외의 당사자에게 신규성은 요구되지 않는다. 다만, 청구인이 증거의 존재를 알면서 귀책	원심에서는 이용이 가능하였지만, 이용되지 않았던 증거는 새로운 증거로 다룬다. 변호인 과오에 따라 변론하지 않았던 논점도 새로운 증거로 인정된다.	주에 따라 차이가 있으나 일반적으로 ①공판때에는 분명하지 않거나 이용이 불가능하거나, 또는 상당한 주의를 하였다고 하여도, 공판당시에 발견된 것은 이용할 수 없었던 증거

	일본	프랑스	독일	한국	영국	미국
	는 다툼이 있다.	구	법원이 그것을 원심의 절차에서 놓치거나 오신하였던 경우에도「신」증거로 됨. ■ 청구를 심리하는 법원에서 아직 알지 못하는 것이라고 하는 것은, 사실이나 증거가 새로운 것을 말한다. 과거에 기각된 재심청구에 제시된 증거나 사실이어도 그 신규성을 잃는 것은 아니다	사유에 따라 증거를 제출하지 않았던 경우에는 예외적으로 그 증거를 재심사유로 할 수 없다(대법원 2009.7.16.선고 법원판결 소수의견(7:6)은 법원에 있어서「새롭」다고 하다면 족하다) ■ 명백성 「새로운 재심대상이 되는 유죄 확정판결에 대하여 그 정당성이 의심되는 수준을 넘어, 그 판결을 그대로 유지할 수 없는 고도의 개연성이 인정되는」것을 요한다(상기 2009년 판결) ⇒명확성판단은,「재심대상확정판결이 사실인정의 기초로 된 증거 등 가운데 새로운 증거와 유기적·밀접한 관련·모순된 것만을 합쳐 재평가하는「제한적 종합평가」에 의한다 ⇔이론의 다수&2009년 대법원판결소수의견(7:6)은 전면적 종합평		로, ②통상의 사실인정자로 하여금 유죄의 심증이 생기지 않는 명백성 또는 설득력이 있는 경우, 또는 다른 판단을 도출하는 개연성이 있는 경우

	일본	프랑스	독일	한국	영국	미국
				가설을 주장		
재심허가요건의 심사	재심청구를 받은 법원	예심위원회	재심청구를 받은 법원	재심청구를 받은 법원(과거 예외적으로 「진실·화해를 위한 과거사정리위원회」등의 심사가 있음)	CCRC(형사사건재심위원회)	청구를 받은 법원
재심사유의 심사	재심청구를 받은 법원이 심사	• 재심·재심사법원재판부는, 먼저 예심위원회가 한 「예심」이 충분한지의 여부에 대하여 판단을 한다. 조사가 충분하지 않다고 판단되는 경우, 법원은 조사의 보충집행을 명할 수 있다. • 법원부에 따라 조사집행 후, 또는 법원부가 모든 청구사건의 조사가 충분하다고 판단한 경우, 법원부는 위임된 청구사건에 대해서 청구 이유가 있는지 여부에 대한 심리를 행한다. →재심·재심조사법원의 장은 청구를 조사데 유용한 모든 사람에 대하여 법원체에 따라 신	재심청구의 주장이 증거에 의하여 충분히 증명되는 경우 →재심청구를 두고 이루어지는 주장에 「충분한 확증」이 있는지의 여부 ■ 「무죄 등을 증명하기에 적당한 신증거」는 「원 판결의 사실적 기초를 동요」시키는 「중요성」을 가지는 것으로 해석되었다(판례·통설). ■ 신증거의 중요성 평가는, 원 판결의 법원의 입장에서 이루어진다(판례·통설). 다만, 최근 재심청구심리재판소의 입장이 유력하다고 되어 있다.	■ 법원은 필요한 때에 사실을 심사할 수 있다. ■ 합의체의 구성원에 재심청구 이유에 대한 사실심사를 명령하거나 또는 다른 법원판사가 이것을 촉탁할 수 있다(431조) ■ 사실심사의 범위는 재심청구인이 재심청구이유로써 주장한 사실의 유무에 제한된다. 직권심사사항은 아니다. ■ 당사자 쌍방에게는 의견진술의 기회가 부여됨(432조)	• 새로운 증거 또는 새로운 주장을 통하여 유죄판결, 평결, 결정, 양형결정이 유지될 수 없다고 하는 「현실적 가능성」이 있다고 인정되는 경우(1995년 형사상소법 13조 1항) • 원 판결을 파기할 때에는 항소원에서 그것을 「유지하지 않는다」고 판단하는 것이 필요하기 때문에 CCRC는 그 기준을 충족하는 「현실적 가능성」이 있다고 인정되는 경우에만 사건을 항소원에 위임한다	청구의 형식적 요건을 심사하고 청구내용의 실질적인 심사. 새로운 증거의 발견을 이유로 하는 청구의 경우에는 새로운 증거에 의하여 원 판결과는 다른 결론에 이를 수 있는 가도 심사.

	일본	프랑스	독일	한국	영국	미국
		문을 요구할 수 있다 법원체는 공개 법정에서 청구자 또는 변호인 및 검사의 서면 또는 구두로 의견을 듣거나 하는, 경우에 따라 사소[私訴] 원고인의 의견을 듣는다.				
재심사유가 인정된 후의 절차	신 공판의 부여	신 공판의 부여	신 공판의 부여	법원은, 그 심급에 따라서 재심판단을 하여야 한다(제438조 제1항). 재심의 심판은 사건 자체를 대상으로 새롭게 이루어지는 것이며 재심대상판결의 당부를 심판하는 것은 아니다.	항소원에 위임 (위임은 항소로서의 성격을 가지는 것으로, 신청인은 CCRC가 제출한 이외의 이유를 새롭게 부가하는 것도 가능)	유죄판결의 파기(절차에 따라 신 공판의 부여)
유죄판결취소의 효과	원 판결의 실질적 확정력 및 집행력을 배제한다.	전과자 명부에서 삭제된다. 재심·재심사법원은 사법경찰파일, 디지털화된 지문에 관한 자동처리화된 파일, 폭력·성범죄의 범인에 관한 자동처리된 국가사법파일에 저장된 사항에 대해서도 이들 파일의 자백성에 비추어 정보의 보존이 이미 필요하지 않다고 명백한 경우에 있	원 판결의 실체적 확정력 및 집행력을 배제한다.	원 판결의 실체적 확정력 및 집행력을 배제한다.	원 판결의 실체적 확정력 및 집행력을 배제한다.	원 판결의 실체적 확정력 및 집행력을 배제한다.

	일본	프랑스	독일	한국	영국	미국
		어, 삭제를 명할 수 있다.				
재심절차에의 법적 원조	재심청구에 대해서는 변호인을 선임할 수 있다(제440조). 재심공판에 대해서만 필요적 변호제도가 존재(제451조 제4항)하며 국선변호인을 선임할 수 있다.	예심위원회, 법원체를 통하여 재심청구자는 사선변호인 또는 청구에 따라 절차 중에 국선 변호인이 대리하게 되고, 심리에서 원조를 받을 수 있다. 재심, 재심사의 청구가 명백히 수리되지 않는다고 하여 선고되지 않은 경우, 및 청구자에게 변호인이 없는 경우에는, 예심위원회의 장은, 직권으로 변호인을 지명한다. 청구자는 자신의 청구에 대하여 「예심」에서, 예심위원회에 대하여 「예심」에 필요하다고 생각하는 모든 행위의 집행을 목적으로, 서면에 따르거나, 또는 이유를 제시한 청구를 위탁할 수 있다. 예심위원회는 이 청구를 수리한 날로부터 3개월 이내에 불복신청을 인정하지 않는 이유를 제시한 결정에 따라, 그 청구에 대	■ 재심청구준비단계에서 국선변호인 선임 ■ 유죄판결을 받은 자의 청구에 따라 국선변호인 선임	재심청구에 대해서는 변호인을 선임할 수 있다(제426조) 재심공판에 대해서만 국선변호제도가 존재(제438조 4항)	■ CCRC에의 신청은 무료(청구인이 변호사에게 의뢰할 필요도 없다) ■ CCRC 측에서 청구인이 변호인에 의하여 대리할 수 있는가를 검토한다 ■ 법률부조제도에 따라, 청구인은 조사의 전후에 solicitor에게 의뢰할 수 있다.	■ 빈곤자에 대한 공적 변호제도가 존재하는 주도 존재 *이노센스 프로젝트 등의 NPO 지원

	일본	프랑스	독일	한국	영국	미국
		하여 판단을 내린다. 재심청구이전에도 재심·재심사법원에 대하여 재심청구를 한 것을 검토하고 있는 청구권자는, 대심법원 검사정에 대하여 새로운 사실이 발생한 법원에 한하여 알지 못했던 증거가 발견된 경우에 필요하다고 생각되는 모든 행위의 집행을 목적으로 하여 이유를 제시한 서면에 따라 청구를 위탁할 수 있다고 하여 사전행위를 청구한다. 검사는 청구를 받은 날로부터 2개월의 기간에 이유를 첨부한 결정보다 그 청구에 대한 결정을 내리고 사전행위가 기각된 경우에는, 사전행위의 청구자는 1개월의 기간에 검사장에 불복신청을 할 수 없다.				
재심절차에 있어 증거개시제도	없음 (법원의 직권에 따름)	예심위원회에 의한 「예심」이 있기 때문에 증거개시는 문제가 되지 않는다.	■ 재심절차전반에서 증거개시는 통상의 절차인 경우와 다르지 않다.	없음 (법원의 직권에 따름?)	CCRC는 증거개시에 대하여 검사에게 개시면책의 주장을 허용하지 않는다(cf 통상심에서는,	주에 따라 차이가 있음 (직권에 따른 증거개시 오픈 파일 시스템 등)

	일본	프랑스	독일	한국	영국	미국
		재심청구에 걸쳐 예심위원회에서는 재심·재심사법원법관의 직권적 조사권한, 청구인의 기록·증거에의 접근권이 인정되며 재심청구자의 예심위원회에 대한 행위청구권이나 사전행위의 청구도 인정된다.	■통상절차에서 증거개시는 변호인에 의하여 서면의 열람에 관한 규정(제147조)에 정해져있으며, 수사절차를 포함한 모든 절차의 단계에서, 변호인의 기록 열람권이 원칙으로 인정되고 있다. 다만, 기록에는 검사의 유보(상사에의 보고서, 검사의 기안서, 상사의 지시, 다른 관청과의 통신문서)나 주거내의 담화 등의 녹취기록, 증인이나 비밀수사관의 보호를 위하여 열람할 수 없는 기록은 포함되지 않는다고 해석된다. ⇒검사가 작성한 문서가 모든 기록으로 되는 것은 아니며 199조 등에 따라 제출·열람할 수 있는 기록은 검사에 의하여 선별되는 것이 전제된다. ←이렇다고 하면, 행위		검사측은 개시면책을 주장할 수 있다)	

	일본	프랑스	독일	한국	영국	미국
			자와 행위에 관련된 조사의 경과·결과의 기록에 대해서 검사의 선별권한은 한정된다.			
재심심리의 방식	통상 사실심의 절차에 따름	통상 사실심의 절차에 따름	통상 사실심의 절차에 따름 유죄판결을 받은 자가 사망한 경우, 법원은 재심공판을 열지 않고 무죄 선고를 내릴 수 있으며(371조 1항) 그 외의 경우에도 검사의 동의를 받아 바로 피고인에게 무죄 선고를 할 수 있다(제371조 2항).	통상 사실심의 절차에 따름	통상 상소 절차에 따름(1995년 형사소송법 제9조(2))	통상 사실심의 절차에 따름
형사배상·무죄의 공시 등	형사배상법의 규정에 따라 억류 또는 구금에 의한 배상은, 일수에 따라 1일 1000엔 이상 12500엔 이하. 사형집행에 의한 배상은 3000만엔 이내. 무죄판결의 공시(형사소송법 제453조)	입은 손해의 육체적·정신적 배상, 재산적 배상을 받을 수 있다. 다만, 재산적 배상은 오판으로 유죄판결을 받은 자만이 아니라 유죄의 선고에 따라 배상을 증명할 수 있는 모든 자에 대하여 인정된다. 청구가 있는 경우, 재심무죄판결은 국고에 의하여 면책되며 유죄 선고	형사배상은 형사소추조치의 배상에 관한 법률에 근거한다. 재심무죄 등의 사법판단이 이루어진 유죄판결에 따라 재산적인 침해가 25유로를 초과한 경우 및 구금이 된 경우에 법원의 결정 등에 따라 배상이 된다. 구금의 경우에 손해는 1일에 대하여 25유로로써 계산된다(제7조).	형사배상법&형사배상 및 명예회복에 관한 법률시행령(대통령령)에 의한 배상 무죄판결의 공시(제440조) →청구인이 공시를 구하지 않는 경우에는 공시하지 않기 때문에 임의적 공시(2016년 개정)	CCRC가 사건을 항소원에 위탁하여 항소원에서 그 유죄팔결이 파기된 경우, 신청인은 형사배상을 청구할 수 있다(제1988년 형사배상법 제133조).	형사배상법이 존재하는 주에서는 동법에 따라 배상을 받을 수 있다. 별도로, 시민적 권리소송 등을 제기할 수 있다.

	일본	프랑스	독일	한국	영국	미국
		가 있는 도시, 중죄가 아닌 경죄를 저지른 지방자치단체, 재심청구자의 주소가 있는 지방자치단체 및 오판의 피해자가 사망한 경우에는 그 출생지 및 최후 주거지였던 지방자치단체에, 이것을 게시한다. 또한 같은 요건과 함께 이 판결을 관보에 게재하거나 또는 판결을 선고한 법원의 선택을 5개의 신문에 그 요약을 공지할 것을 명한다.	공시절차(형사소송법 제371조 제4항)가 된다.			

※ 출처 : 岡田行雄,「刑事再審法制改革に関する世界の潮流」, 緊急提言！刑事再審法改正と国会の責任, 日本評論社, 2017, 218-229頁

연구총서 18-B-02

형사정책과 사법제도에 관한 평가연구 (XII)
- 오판 방지를 위한 사법시스템 평가·정비방안 연구 -

발　　행 | 2018년 12월
발 행 처 | 한국형사정책연구원
발 행 인 | 한 인 섭
등　　록 | 1990. 3. 20. 제21-143호
주　　소 | 서울특별시 서초구 태봉로 114
전　　화 | (02)575-5282
홈페이지 | www.kic.re.kr
정　　가 | 15,000원
인　　쇄 | 고려씨엔피 02-2277-1508/9
I S B N | 979-11-965704-3-9 93360

• 사전 승인없이 보고서 내용의 무단 전제 및 복제를 금함.