

2015.12.19. 시행 경찰간부후보생 채용시험 형사소송법 제1문 해설

법학박사 신호진

【문 1】 甲은 乙을 강간한 후에 살해한 혐의로 경찰의 조사를 받던 중 감시가 소홀한 틈을 이용하여 도주하였다. 담당경찰관 A는 퇴근길에 우연히 甲을 발견하고 긴급체포 후 10시간이 지나 甲의 주거지를 수색하였으나 범행에 사용된 흉기 등을 발견하지는 못하였다. 甲이 범행을 극구 부인하자 담당경찰관 A는 甲의 동의를 받은 후 거짓말탐지기 검사를 한 결과 甲의 진술이 허위라고 판단하였다.

A는 거짓말탐지기의 검사결과를 토대로 甲을 추궁하였고, 이에 甲은 경찰에서 범행을 자백하기에 이르렀으며, 공판정에서 증거로 제출된 사법경찰관 A 작성의 피의자신문조서에 대하여 성립의 진정 및 내용을 인정하였다.

- (1) 甲의 주거지에 대한 담당경찰관 A의 수색은 적법한가? (10점)
(단, 긴급체포의 요건 및 적법절차를 준수하였고 다른 절차상 하자는 없음)
- (2) 거짓말탐지기 검사의 허용여부 및 검사결과의 증거능력이 있는지 검토하라. (15점)
- (3) 甲이 거짓말탐지기 검사결과에 대하여 증거동의를 한 경우 검사결과의 증거능력이 인정될 수 있는가? (10점)
- (4) 검사결과를 근거로 취득한 자백을 기재한 사법경찰관 A 작성의 피의자신문조서는 증거능력을 인정할 수 있는가? (15점)

※ 이하의 내용은 문제에 대한 “해설”이지 “모범답안”이 아니다. 그러므로 실제의 답안보다는 당연히 분량이 많다. 실제 답안은 본 해설의 약 1/2 정도의 분량이 될 것이다. 그리고 약술형 문제는 어느 교재에나 있는 전형적인 문제들이므로 해설을 생략한다.

설문 (1)

[1] 문제의 제기

검사 또는 사법경찰관은 긴급체포된 자가 소유·소지·보관하는 물건에 대하여 긴급히 압수할 필요가 있는 경우에는 체포한 때부터 24시간 이내에 한하여 영장 없이 압수·수색·검증을 할 수 있다(제217조 제1항). 사안에서는 경찰관 A의 수색이 제217조 제1항의 긴급체포 후의 수색의 허용요건을 갖추었는지, 그리고 그 수색의 절차가 적법한지가 문제된다.

[2] 긴급체포 후 수색의 허용여부

1. 긴급체포 후 수색의 허용요건

1) 영장 없이 압수·수색을 할 수 있는 것은 현실로 긴급체포된 자의 소유·소지·보관하는 물건이어야 하고, 2) 영장 없이 압수·수색을 하기 위해서는 압수·수색의 긴급한 필요성이 있어야 한다. 그리고 3) 검사 또는 사법경찰관이 영장 없이 압수·수색·검증을 할 수 있는 시간은 긴급체포한 때부터 24시간 이내로 제한된다.

2. 사안의 검토

1) 사안에서 A가 긴급체포한 때부터 24시간 이내인 10시간이 지나서 甲의 주거지를 수색한 것은 문제가 없다. 또한 甲의 주거지에 범행에 사용된 흉기 등이 존재할 개연성이 있으므로 압수의 실패가 수색의 적법성을 부정할 이유는 되지 않는다.

2) 그러나 이 제도는 체포에 수반된 대물적 강제수사가 아니고, 긴급체포된 사실이 밝혀지면 피의자와 관련된 사람이 체포현장이 아닌 곳에 있는 증거물을 은닉하는 것을 방지하기 위한 규정이다. 그런데 사안에서는 체포되지 않은 공범 등 甲과 관련된 사람이 증거를 은닉할 위험성이 있다고 볼만한 사정은 나타나 있지 않다. 따라서 압수·수색의 긴급한 필요성은 인정되지 않는다고 보는 것이 타당하다.

[3] 긴급체포 후 수색의 절차

1. 주거주 등의 참여, 야간집행의 제한

(1) 요급처분에 관한 규정 적용 배제

긴급체포 후의 압수·수색의 경우에는 요급처분에 관한 제220조가 적용되지 않는다. 따라서 압수·수색을 할 경우에는 주거주, 간수자 등을 참여하게 하여야 하고(제123조 제2항), 일출 전, 일몰 후에는 타인의 주거 등에 들어가지 못한다(제125조).

(2) 사안의 검토

1) 사안에서 A가 甲의 주거지를 수색할 때 주거주, 간수자, 인거인, 지방공공단체의 직원을 참여하게 하였는지, 수색의 시기가 야간 또는 주간에었는지는 분명하지 않다. 그러나 설문이 “다른 절차상의 하자는 없음”이라고 하는 점을 고려하면 위의 요건은 충

족한 것으로 보는 것이 타당하다.

2. 사후 수색영장의 요부

(1) 압수·수색영장의 청구

검사 또는 사법경찰관은 영장 없이 압수한 물건을 계속 압수할 필요가 있는 경우에는 지체 없이 압수·수색영장을 청구하여야 한다. 이 경우 압수·수색영장의 청구는 긴급 체포한 때부터 48시간 이내에 하여야 한다(제217조 제2항).

(2) 사안의 검토

제217조 제2항은 “압수한 물건을 계속 압수할 필요가 있는 경우”에 한하여 사후영장을 요구하고 있다. 따라서 사안처럼 압수한 물건이 없을 경우에는 수색에 대해서만 별도로 사후영장을 요하지는 않는다. 따라서 사후 수색영장을 발부받지 않은 것은 문제되지 않는다.

[4] 문제의 해결

경찰관 A의 긴급체포 후의 수색은 압수·수색의 긴급한 필요성이 인정되지 않음에도 불구하고 행해진 것이므로 위법하다.

설문 (2)

[1] 문제의 제기

거짓말탐지기(polygraph)란 피의자 등 피검사자에 대하여 피의사실과 관련 있는 질문을 한 다음 응답시의 생리적 변화를 기록하는 기계를 말한다. 거짓말탐지기를 사용하여 피검사자의 답변의 진위 또는 피의사실에 대한 인식여부를 판단하는 것이 허용되는가, 그리고 검사결과를 유죄의 증거로 사용할 수 있는가가 문제된다.

[2] 거짓말탐지기 검사의 허용여부

1. 학 설

거짓말탐지기의 사용이 임의수사로서 허용될 수 있는가에 대해서는 i) 인간의 내면세계를 기계에 의하여 검사한다는 것은 인간의 존엄과 가치에 반하므로 거짓말탐지기는 동의가 있더라도 사용할 수 없다는 소극설과, ii) 피검사자의 동의가 있는 경우에 한하여 임의수사로서 허용된다는 적극설(다수설)이 대립되어 있다.

2. 판 례

판례는 피검사자의 동의 등 일정한 요건을 갖추 경우에는 검사결과에 대해서 증거능력을 인정할 수 있다고 보는데, 이는 거짓말탐지기의 사용이 허용된다는 점을 전제로 한

것이므로 적극설의 입장을 취하고 있다고 볼 수 있다.

3. 결 어

생각건대, 동의에 의한 기계의 사용은 진술거부권의 침해가 아니고, 검사결과가 피검사자에게 유리한 증거로 사용될 수도 있으므로 적극설이 타당하다.

[3] 거짓말탐지기 검사결과의 증거능력

1. 학 설

(1) 부정설

i) 국가가 거짓말탐지기에 의하여 피의자의 무의식적인 심리상태를 탐지하는 것은 절대 불가침의 영역인 인격의 핵심영역을 침해하는 것이므로 허용되지 않는다는 견해, ii) 거짓말탐지기에 의한 검사결과는 최량의 조건하에서도 증거로서 허용될 수 있는 신빙성을 결여하고 있으므로 그 증거능력을 부정해야 한다는 견해, 그리고 iii) 거짓말탐지기의 사용은 그 자체가 진술거부권 내지 자기부죄거부의 특권을 침해할 수 있는 위법한 수사방법이므로 위법수집증거로서 증거로 할 수 없다는 견해가 있다.

(2) 긍정설

피검자의 동의가 있는 때에는 인격의 침해라고 볼 수 없고, 검사결과는 감정서의 성질을 가지므로 동의가 있는 때에는 증거능력이 인정되며, 검사 결과 피의자의 진술이 진실이라고 판명될 경우에는 수사가 신속히 종결될 수 있으므로 피검자의 명시적인 동의 또는 적극적인 요구가 있는 경우에 한하여 증거능력이 인정된다는 견해이다.

2. 판 례

판례는 1) 거짓말을 하면 반드시 일정한 심리상태의 변동이 일어나고, 2) 그 심리상태의 변동은 반드시 일정한 생리적 반응을 일으키며, 3) 그 생리적 반응에 의하여 피검사자의 말이 거짓인지 아닌지가 정확히 판정될 수 있다는 세 가지 전제요건이 충족될 경우에 그 검사결과에 대하여 증거능력을 인정할 수 있다는 입장이다. 다만 거짓말탐지기의 검사결과가 위 요건을 모두 갖춘 경우에는 감정서(제313조 제2항)에 준하여 증거능력이 있으나, 정황증거로서의 기능을 하는데 그친다고 본다.

3. 결 어

생각건대, 동의가 있는 경우에는 인격권이나 진술거부권을 침해한 것으로 보기 어렵다. 따라서 거짓말탐지기의 검사결과는 기계와 기술의 정확성에 대한 일반적 신뢰성과 검사자에 대한 개별적 신뢰성을 인정할 수 없기 때문에 증거능력을 부정하는 ii)설이 타당하다.

[4] 결 론

거짓말탐지기의 사용의 피검사자의 동의가 있는 경우에 한하여 임의수사로서 허용되지만, 그 검사결과는 신뢰성을 인정할 수 없기 때문에 증거능력을 부정해야 한다.

설문 (3)

[1] 문제의 제기

검사와 피고인이 증거로 할 수 있음을 동의한 서류 또는 물건은 진정한 것으로 인정할 때에는 증거로 할 수 있다(제318조 제1항). 여기서 증거능력이 부정되는 거짓말탐지기 검사결과가 증거동의를 대상이 될 수 있는가와 관련해서 증거동의를 본질이 문제되고, 또한 법원이 거짓말탐지기 검사결과의 진정성을 인정할 수 있는지가 문제된다.

[2] 증거동의를 본질과 증거동의를 대상 여부

1. 학 설

(1) 반대신문권포기설

전문법칙의 주된 근거가 반대신문권의 보장에 있으나 반대신문권도 포기할 수 없는 권리는 아니므로 동意的 본질은 반대신문권의 포기에 있다는 견해이다(통설). 이 견해에 의하면 동意的 대상은 반대신문권의 보장과 관련된 전문증거에 한정된다.

(2) 처분권설

제318조가 동意的 대상을 서류 또는 물건이라고 규정하고 있는 점으로 보아 동의란 증거의 증거능력에 대한 당사자의 처분권을 의미하므로, 증거능력의 제한은 동의를 해제 조건으로 하고 있다는 견해이다. 이 견해에 의하면 모든 서류 또는 물건이 동意的 대상이 된다.

(3) 병합설

형사소송법 제310조의2는 전문법칙뿐만 아니라 직접심리주의에 대한 근거규정도 되므로 제318조는 한편으로는 반대신문권의 포기를, 한편으로는 직접심리주의의 예외를 의미한다는 견해이다.

2. 판 례

판례도 제318조 제1항은 “반대신문권을 포기하겠다는 피고인의 의사표시에 의하여 증거능력을 부여하려는 규정”이라고 하여 반대신문권포기설의 입장을 취하고 있다.

3. 검 토

형사소송에서 당사자처분권주의는 인정될 수 없다는 점에서 처분권설은 부당하고, 병합설은 전문법칙의 주된 근거가 반대신문권의 보장에 있다는 점을 간과했다. 따라서 반대신문권포기설이 타당하다. 거짓말탐지기 검사결과는 제313조 제2항의 감정서에 해당하는 전문증거이다. 따라서 반대신문권포기설에 의하면 증거동의를 대상이 된다.

[3] 법원의 진정성 인정

1. 의 의

검사와 피고인이 증거로 할 수 있음을 동의한 경우에도 법원이 이를 진정한 것으로 인정할 때에 한하여 증거로 할 수 있다(제318조 제1항). 진정성의 요건은 증거동위와 관련한 당사자간의 거래를 막고 직접주의를 실현하기 위한 것이다. 따라서 법원은 증거동위가 있으면 직권으로 진정성 여부를 조사하여야 한다.

2. 진정성의 의미

(1) 학 설

i) 진정성이란 증거의 증명력이 현저히 낮지 않음을 의미한다는 **증명력설**, ii) 진정성이란 전문증거의 신용성을 의심스럽게 하는 유형적 상황이 없음을 의미한다는 **유형적 상황설**(다수설), iii) 진정성이란 증거수집과정의 임의성을 의미한다는 **임의성설**이 대립되어 있다.

(2) 검 토

1) 진정성은 증거능력을 부여하기 위한 요건이므로 증명력의 문제와는 구별해야 하고,
2) 제317조가 이미 진술 내지 서류작성의 임의성을 요구하고 있으므로 제318조의 진정성을 임의성으로 이해할 수는 없다. 따라서 유형적 상황설이 타당하다.
거짓말탐지기의 검사결과는 기계와 기술의 정확성에 대한 일반적 신뢰성과 검사자에 대한 개별적 신뢰성을 인정할 수 없는데, 이는 검사결과의 신용성을 의심스럽게 하는 유형적 상황에 해당한다. 따라서 법원이 이를 진정한 것으로 인정할 수 없으므로 甲의 증거동위가 있을지라도 증거능력이 없다.

[4] 결 론

거짓말탐지기의 검사결과도 전문증거이므로 반대신문권포기설에 의하면 증거동위의 대상이 된다. 그러나 검사결과의 신용성을 인정할 수 없으므로 진정성이 부정되어 증거능력이 없다.

설문 (4)

[1] 문제의 제기

임의성이 의심되는 자백의 증거능력을 부정하는 증거법칙을 자백배제법칙(제309조)이라고 한다. 사안에서 경찰관 A는 거짓말탐지기의 검사결과를 토대로 甲을 추궁하여 자백을 받았는데, 이 자백이 임의성이 있는가는 자백배제법칙의 이론적 근거와 관련성을 가지고 있다.

[2] 자백배제법칙의 이론적 근거

1. 학 설

1) 임의성이 의심되는 자백은 허위일 가능성이 많아 실제적 진실발견을 저해하기 때문에 증거능력이 부정된다는 **허위배제설**, 2) 자백의 임의성을 요구하는 근거는 불이익한 진술의 강요를 금지함으로써 진술거부권 보장을 통하여 피고인의 인권을 옹호하는데 있다는 **인권옹호설**, 3) 임의성 없는 자백의 증거능력을 부정하는 근거로 허위배제설과 인권옹호설이 모두 타당하다는 **절충설**, 4) 고문 등에 의한 자백은 그 자백획득의 과정·방법·수단이 위법하므로 증거능력이 부정된다는 **위법배제설**(다수설)이 대립되어 있다.

2. 판 례

1970년대까지의 판례는 **허위배제설**에 가까운 입장을 취하였으나, 그 후 **위법배제설**을 위한 경우도 있고, 최근에는 허위배제설과 인권옹호설을 결합한 **절충설**의 입장을 취한 판례들이 많이 등장하고 있다.

3. 결 어

허위배제설이 자백의 임의성을 자백내용의 진실성에 따라 판단하는 것은 자백의 증거능력과 증명력을 혼동한 것이고, 인권옹호설은 임의성 판단을 의사결정의 자유의 침해라는 자백자의 주관적 사정을 기준으로 하므로 자백배제법칙의 합리적 운용기준을 마련하기 곤란하며, 절충설이 자백배제법칙을 두 가지의 별개의 제도로 분리하는 것은 부당하다. 따라서 자백을 획득하는 절차의 위법을 임의성에 의심 있는 자백인가를 판단하기 위한 객관적인 기준으로 제시하는 위법배제설이 가장 타당하다.

제309조는 임의성을 의심할 만한 이유가 있는 때에 자백의 증거능력을 부정하고 있는데, 위법한 수사방법이 바로 임의성을 의심할 만한 이유에 해당한다. 여기서 거짓말탐지기의 검사결과를 토대로 甲을 추궁하여 자백을 받는 것이 위법한 수사방법인지가 문제된다.

[3] 자백획득절차의 적법성 여부

1. 진술거부권의 침해 여부

거짓말탐지기의 사용이 진술거부권의 적용대상인가에 대해서는 i) 거짓말탐지기에 의한 검사는 신체의 생리적 변화를 검증하는 것일 뿐 진술증거가 아니므로 진술거부권이 적용되지 않는다는 소극설이 있으나, ii) 검사결과는 진술의 내용과 관련되어 있으므로 진술거부권의 적용대상이 된다는 적극설(다수설)이 타당하다.

그러나 사안에서 甲은 거짓말탐지기의 사용에 대해서 동의를 하였는데, 이는 진술거부권을 행사하지 않겠다는 의사표시에 해당한다. 따라서 A의 거짓말탐지기의 사용은 적법하다.

2. 거짓말탐지기 검사결과에 기초한 신문의 적법성 여부

이미 설문 (2)에서 논한 바대로 거짓말탐지기의 사용은 피검사자의 동의가 있는 경우에 한하여 임의수사로서 허용된다. 따라서 비록 거짓말탐지기 검사결과는 증거능력이 없을 지라도 그 검사 자체는 적법하므로 적법한 검사결과를 제시하고 추궁하는 피의자신문도 역시 적법하다고 해야 한다.

[4] 결 론

甲은 거짓말탐지기의 사용에 대해서 동의를 하였으므로 A의 거짓말탐지기의 사용은 적법하고, 거짓말탐지기 검사 자체는 적법하므로 적법한 검사결과를 제시하고 추궁하는 피의자신문도 역시 적법하다. 따라서 위법배제설에 의할 때 A가 甲의 자백을 획득하는 과정·방법·수단에는 위법이 없으므로 甲의 자백은 임의성이 인정된다. 또한 甲은 공판정에서 자기의 자백이 기재된 A 작성의 피의자신문조서에 대해서 성립의 진정과 내용을 인정하였으므로 이 피의자신문조서는 증거능력이 인정된다.

- 출제경향 분석 및 앞으로의 대책 -

1. 사례문제 답안작성의 기본방향

●설문 (1) : 위의 해설은 압수의 긴급한 필요성이 없기 때문에 위법한 수색이라고 결론을 내렸지만, 甲이 긴급체포 전에 이미 강간살인 혐의로 조사를 받고 있었으므로 도주 후 가족이나 친구 등에 의하여 흉기 등의 증거물이 은닉될 위험성이 전혀 없다고는 볼 수 없다. 그런 입장을 취한다면 수색의 허용요건은 충족했다는 결론을 내리는 것도 가능하다. 주관식 사례문제는 유일무이의 결론이 있는 것이 아니므로 서술이 논리적이려면 득점에는 전혀 문제가 없다. 한편 사안은 압수에 실패한 경우라서 특히 사후영장의 필요성 여부에 대해서 고민을 했을 것이다. 그러나 “계속 압수할 필요성이 있는 경우”에 한하여 사후 압수·수색영장을 청구할 것을 요하는 법조문을 기억했다면 사후영장이 필요 없다는 결론을 내리는 것이 크게 어렵지는 않았을 것이다.

●설문 (2) : 어느 교재에나 있는 전형적인 문제인데, 1) 거짓말탐지기의 사용이 허용되는가의 문제와 2) 거짓말탐지기 검사결과가 증거능력이 있는가의 문제로 나누어 서술해야 한다. 단순히 학설 이름과 내용을 나열하는 것 보다는 각 학설의 논거와 그에 대한 비판을 언급하고 또한 판례의 입장을 비교적 구체적으로 소개한다면 고득점이 가능할 것이다.

●설문 (3) : 1) 먼저 거짓말탐지기 검사결과가 증거동의를 대상이 될 수 있는가를 증거동의의 본질과 관련해서 서술해야 하고, 2) 다음으로 증거동의를 대상이 된다는 입장을 취했다면 거짓말탐지기 검사결과에 대해서 법원이 진정성을 인정할 수 있는가를 서술해야 한다.

●설문 (4) : 거짓말탐지기 검사결과를 토대로 받은 자백이 임의성이 인정되는가는 자백배제 법칙의 이론적 근거와 필연적인 관련성을 가지고 있으므로 반드시 그에 대한 학설을 쓰고 결론을 내린 후 그 결론에 따라 임의성이 있는가를 다시 검토해야 한다. 예컨대, 허위배제설을 취했다면 甲의 자백이 허위일 가능성이 있는가를 검토해야 하고, 위법배제설을 취했다면 경찰관의 자백획득절차가 위법한가를 검토해야 한다. 이러한 논증 없이 긍정설, 부정설 식으로 서술할 경우에는 논리성이 부족하다는 평가를 받게 될 것이다.

2. 출제의 경향 및 대책

1) 거짓말탐지기와 관련된 문제, 사진의 증거능력 문제는 수사 현장에서 매우 중요한 관심사일 수 있다는 점에서 문제는 적절했다고 볼 수 있다. 경찰간부시험에서는 경찰 실무와 밀접한 문제들이 선호되는 경향이 강하므로 앞으로도 녹음테이프, 사진, 영상녹화물, 전자정보 등과 관련된 문제는 정리를 잘 해 두어야 할 것이다. 2) 거짓말탐지기와 관련된 논점은 이미 2014년도 경정승진시험에 출제가 되었는데, 바로 올해 경찰간부시험에도 출제되었다. 따라서 경찰간부시험 뿐만 아니라 경정승진시험문제, 기타 사법시험이나 변호사시험 등에서 출제되었던 논점들에 대해서는 철저한 대비가 필요하다고 생각한다. 또한 3) 사례문제의 설문 (2)(3)(4)는 이재상 교수의 “형사소송법연습”에 수록된 문제와 거의 동일한데, 지금까지의 경찰간부시험 형사소송법에서 출제된 문제의 원천이 중요시험 기출문제, 중요 판례사안, 사법시험용 형사소송법 연습교재 등이었다는 점에서 위와 같은 자료에 대한 효율적인 정리가 필수적으로 요구된다고 할 수 있다.