

미국 형사절차상 피의자의 수사단계 진술 법정 현출 방안*

The Plan shown in court of Admissibility of Statements of the criminal suspect on the American criminal procedures

이 시 원**

Lee, Shi-won

목 차

- I. 서
- II. 미국 형사절차상 피의자 진술
- III. 미국 형사절차상 피의자 진술 법정 현출 및 증거법 관련 문제
- IV. 우리 형사소송법 개정과 피의자 진술 현출
- V. 결 론

국문초록

자백이 중요 증거로서 그 취득과 법정 현출 양면에서 수사기관이 많은 노력을 기울이고 있음은 우리나라와 미국의 경우가 다르지 않다. 미국의 증거법 원칙상 피의자의 법정 외에서의 진술은 우리 형사소송법과 달리 전문증거로 다루어지지 않고 있으므로, 피의자의 수사단계 진술은 그 취득 과정에서 요구되는 인권보호 장치들, 즉 일정 조건 하에서 미란다원칙의 준수, 진술의 임의성 보장 등이 이루어졌음이 입증된다면, 별다른 제한없이 다양한 방법으로 법정에 현출되고 있다. 그 현출의 형식은 문서화된 자백

논문접수일 : 2008.12.30

심사완료일 : 2009.2.2

게재확정일 : 2009.2.9

* 본 논문은 검사 장기 국외 훈련(2007. 7.~2008. 7.) 과제로 법무부와 대검찰청에 제출된 논문을 일부 수정한 것임을 밝힙니다.

** 검사·법무부 검찰과

(written confession), 조사자의 증언, 영상녹화물 등이 대표적이며 특히 최근 미국의 여러 주에서 영상녹화제도를 의무화하는 사례가 증가하고 있다. 피의자의 수사단계 진술이 법정에서 현출되는 방안에 대하여 광범위한 제한을 하여 온 우리 형사사법절차와 상당히 다른 양상이라고 할 것이며, 특히, 미국사회가 가지는 사법기관에 대한 국민의 신뢰를 바탕으로 법정에서 현출된 피의자의 자백은 형사절차상 자기확증적 증거로서 평가를 받기에 이른다. 다만, 경찰에 의한 허위자백 취득의 우려가 완전히 배제되고 있지는 않으며 이를 위해 조사과정에 대한 의무적 영상녹화 등의 도입이 주장되고 있기도 하다. 신형사소송법의 시행으로 우리 형사절차에서도 조사자 증언 및 영상녹화 제도가 도입됨으로써 이미 이러한 제도를 시행하고 있는 미국의 사례를 비교 검토할 필요성이 크며, 형사사법상 정의 실현의 필요성, 과학기술의 발전 및 피의자의 수사단계 진술 현출 방법을 폭넓게 인정하는 미국의 사례를 고려할 때, 우리 형사절차에 있어서도 피의자의 진술을 보존하고 법정에서 현출하는 수단을 과도하게 제한하고자하는 태도는 지양되어야 할 필요가 있다.

주제어 : 피의자신문조서, 자백, 조사자 증언, 영상녹화, 전문증거, 미란다원칙, written confession, recorded recollection, authentication

1. 서

미국의 경우에도 피의자의 형사절차상 자백이 유죄의 중요한 증거가 된다는 점은 우리 형사절차의 경우와 다르지 않다¹⁾. 오히려, 피의자의 수사단계 진술이 법정에서 현출될 수 있는 방법이 우리 형사절차보다 넓게 인정되고 있다고 할 수 있다.²⁾ 경찰에 대한 신뢰도³⁾가 우리의 경우보다 높은 사회 분위기에 따라 피의자의 자백을 내용으로

1) 미국 형사절차상 자백의 강력한 증명력에 관해서는 Lisa Lewis, "Rethinking Miranda: Truth, Lies, and Videotape", 43 *Gonz. L. Rev.* 199, 209; Richard P. Conti, "The Psychology of False Confession", 2 *J. of Credibility Assessment & Witness Psychol.* 14, 14-15; Saul M. Kassin & Gisli Gudjonsson, "True Crimes, False Confessions: Why Do Innocent People Confess to Crimes They Did Not Commit?", *Sci. Am. Mind*, June 2005, 24, 26을 참조

2) 자백의 증거능력 인정 요건으로서의 미란다 고지는 우리 형사소송법과 달리 체포된 피의자에 대해서만 적용되며, 조사 경찰관의 증언, 녹음된 자백 혹은 자백과정의 영상녹화물, 자술서 기타 다양한 방법으로 문서화된 자백이 광범위하게 그 증거능력을 인정받고 있는 점을 고려하면 우리 형사소송법은 수사기관에서의 자백이 법정에서 진입하는데 미국에 비하여 좁은 문을 가지고 있다고 하지 않을 수 없다.

3) 후술 하는 바와 같이 최근 경찰의 위증에 대한 법조계의 연구가 드물지 않은 점에 비추어 이러한 경찰

하는 검찰 측 증거는 배심의 평결에 강력한 영향을 미치고 있는 점에서 피의자의 자백의 증명력이 너무 쉽게 배척되고 있는 우리 형사절차에 비추어 훨씬 더 강력한 증명력을 가지고 있다고도 볼 수 있다.

이러한 경향은, 최근 미국의 중요 오심사건의 대부분이 피의자가 자백을 한 사건이었다는 점에서 더욱 분명해 진다. 강간치상 사건의 피의자로 체포된 갱단 소속원의 허위자백으로 유죄가 확정되었다가 뒤늦게 진범이 체포된 뉴욕 센트럴파크 Jogger 사건⁴⁾은 특히 피의자의 자백 이외에 다른 증거가 빈약하거나 자백과 모순을 보였음에도

조직에 대한 신뢰가 실제 경찰의 정직성, 청렴성을 입증하는 것은 아닌 것으로 보인다. 그러나, 연수기간 중 대화를 나눠본 검사(assistant district attorney) 출신의 변호사는 미국 법정에서 자백 여부에 대한 경찰과 피의자의 진술이 대립하는 경우(이른바 swearing contest) 거의 경찰의 승리로 돌아가는 이유는 경찰에 대한 사회적 신뢰가 높기 때문이라고 평가하였고 이러한 평가에 대다수 법조인이 동의한 점에 비추어 보아도 경찰 조직에 대한 국민의 신뢰는 비록 간접적으로나마 미국 형사소송절차에서 상당히 중요한 요소로 기능하고 있다 할 것이다. 증거수집 절차의 적법성에 대한 심리과정에서 Swearing Contest가 벌어질 경우, 비록 경찰의 신빙성이 떨어진다고 하더라도 위법수집증거임을 인정하기 위해서는 명백한 증범죄자의 진술을 믿고, 대신 경찰관의 선서 증언을 배척하여야 하는 점에서 판사가 심리적 부담을 가질 수 밖에 없다는 취지의 연구에 관해서는 Donald A. Dripps, "Police, Plus Perjury. Equals Polygraphy", 86 *J. Crim. L. & Criminology* 693, 695, 696 (1996)

- 4) 1989년 4월 뉴욕시 센트럴파크에서 조깅을 하던 여성이 강간을 당하였으며 그 과정에서 가해진 상해로부터의 출혈로 80% 상당의 혈액을 상실할 정도의 상태에서 발견되었다. 경찰은 갱단 소속 청소년 범 죄자의 소행에 혐의를 두고 수사를 진행하였으며 범행시각으로부터 얼마 지나지 않아 센트럴파크에서 강도행각을 벌이려던 갱단 소속의 청소년 3명을 체포하였으며, 이들에 대한 신문 결과 공범으로 지목된 3명의 청소년을 더 체포한다. 경찰은 체포한 피의자 중 4명으로부터 자백을 받아내기에 이르는데, 자백에 이르기 전의 수사과정은 녹화되지 않았지만 이들의 자백진술은 부모가 동석한 상태에서 비디오 녹화되었으며, 이는 검사의 면전에서 이루어졌고, 이 때 피의자들은 경찰의 가혹행위는 없었다고 진술했다. 7주에 걸친 pretrial procedure에서 피의자들은 경찰의 신문이 강압적이고 모욕적이었으며 일부 피의자는 뺨을 맞기도 하였고, 자백하면 석방될 수 있다는 회유를 받았다는 등의 주장을 하였으나 이들의 자백에 대해서는 모두 증거능력이 인정되었다. 결국 모두에게 5년에서 15년 형이 선고되었으며 항소심도 1심의 판단을 유지하였다. 10년이 넘게 흐른 2002년 1월, 이미 일부 혐의자들은 형 집행까지 종료한 이후, Matias Reyes라는 기결수가 자신이 센트럴파크 조거 강간 사건의 범인이라고 자백하였다. Reyes는 뉴욕지역의 연쇄 강간범으로 기소된 자였으며, 센트럴파크 조거 사건에서 수거된 DNA가 Reyes의 그것과 일치한다는 사실이 밝혀진 후 뉴욕 맨하탄 지방검사에 의해 재수사가 진행되었다. Reyes는 진범이 아니면 알 수 없는 범행현장의 상황을 정확히 묘사하였고, 그의 다른 강간범죄 수법과 센트럴파크 조거 사건은 동일한 특징을 가지고 있다는 사실도 확인되었다. 재조사는 증거로 채택된 피의자들의 자백이 실제로는 상당한 부분에서 상호 모순을 보여주고 있다는 사실까지 드러내었으며, 결국 재심절차를 통해 피의자들에 대한 유죄선고가 모두 무효화되었다. 잔혹한 범죄로 묘사되면서 미국 전역의 관심을 끌었던 사건에 대해 재심을 통한 유죄선고의 취소가 발표되자 언론과 학계의 비상한 관심을 모았으며, 자백의 신빙성에 대한 미국 법조계의 반성적 고찰과 연구의 동기가 되었다. 사생활 보호를 위해 이름 대신 센트럴파크 조거라고 불리던 Trisha Meili는 2003년에 이르러서야 자신이 피해자임을 밝히고 자서전(I am the Central Park Jogger: A story of Hope and Possibility)을 출간했다. 센트럴파크 조거 사건에 관한 자세한 내용은, Saul Kassin, "False Confessions and the jogger case", *N.Y. Times* A31(2002. 11. 1.)을 참조. 이 사건을 중심으로 한 허위자백 관련 연구는 Sharon L. Davis, "The Reality of False Confessions - Lesson of The Central Park Jogger Case", 30 *N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change* 209 (2006).

불구하고 자백 진술이 가지는 강력한 impact에 배심의 사실판단에 오류가 야기된 사건으로서 미국 법조 및 학계에 상당한 파문을 가져왔다.

위 사건 이전부터 시작되었으나, 2000년대 이후 미국 형사절차상 피의자의 수사단계 진술의 신빙성을 확보하기 위한 다양한 노력이 더욱 가속화되었으며, 관련된 다양한 논의가 진행되어 왔으며 후술하는 바와 같이 최근의 경향은 신문 진과정에 대한 영상 녹화의 의무화에 그 해결책이 집중되고 있는 경향을 보이고 있다⁵⁾.

우리 형사소송법은 제정당시 일제 경찰의 인권말살적인 강압 수사의 지양을 위해, 이후의 해석 과정에서는 권위주의 정권 하에서의 강압 수사 관행의 타파를 위해 피의자의 수사단계 진술이 법정에서 현출되는 방법을 제한하여 왔으며, 특히 증명력이 아닌 증거능력의 측면에서 증거 현출을 제한하는 경향을 보여왔다. 이는 위에서 기술한 바와 같은 자백진술이 가지는 강력한 증명력을 의식하여 증거 제출 자체를 불가능하게 하려는 시도였던 것으로 보이나, 권위주의 정권이 종말을 고하고, 국민의 인권의식 성장과 발맞추어 수사기관의 수사 관행 또한 가히 혁명적이라고 할 정도의 변화를 가져온 현재의 시점에서 보기에는 과도한 제한으로 볼 사정이 없지 않았다. 특히 구 형사소송법의 경우, 원진술자의 진술에 의해서만 진정성립을 인정할 수 있도록 규정하고, 대법원이 형식적 진정성립에서 실질적 진정성립을 추정하던 과거의 판례를 폐기함으로써 인해 허위 자백의 근거가 전혀 없음에도 단지 원진술자인 피의자가 '진정성립의 부인' 만으로 조서의 증거능력을 부인할 수 있는 상황이 초래된 것은 실제적 진실발견 기능에 심대한 장애를 야기하였다고 밖에 볼 수 없다. 다행히, 최근의 형사소송법 개정 에 의해 피의자가 진정성립을 부인할 경우 진정성립을 인정할 수 있는 증거방법을 인정함으로써 그러한 모순을 타파할 수 있는 계기가 마련되었다.

그러나, 여전히 피의자의 자백 진술을 법정에서 현출하는 데에는 다양한 장애가 존재하고 있으며, 일부 제도는 우리 형사절차상 최초로 도입된 것으로서 그 실제 운용에 있어서 어떠한 문제점이 발생하고 이를 어떻게 해결할 것인지에 대하여 논의가 충분하지 않다.

금번 형사소송법 개정에 의해 도입된 새로운 제도로서 조사자의 증언, 영상녹화 등은 미국 형사절차에서 이미 시행이 되어온 제도이며, 이러한 특정 제도의 운용 실태 외에도 피의자의 자백 진술에 대한 미국 형사소송법의 논의를 검토함으로써 우리 형

5) 극단적인 주장은 피의자가 체포된 후 경찰 차량 내에서부터 녹화를 시작하여야 한다는 데에까지 이르고 있으나, 경찰 조직은 그 도입에 반발하는 경우가 많으며 최근에는 캘리포니아주에서 영상녹화의무화 법안이 주지사의 거부권 행사로 무산된 사례가 있다. 그러나 이미 영상녹화제를 도입하여 실시 중인 경찰 조직에 대한 실증적인 연구는 오히려 영상녹화는 수사에 장애를 초래하지 않는다는 결과를 보여주고 있다. 자세한 것은 후술.

사소송법상 도입된 새로운 제도의 운용 방향을 제시하고, 피의자의 자백의 취득과 법정현출에 관한 현재까지의 관념을 재검토하고자 한다. 특히, 국민의 형사절차 참여에 관한 법률이 미국 형사절차에 유사한 배심제도를 도입함으로써 피의자의 자백 진술을 배심에게 효과적으로 전달하고, 자백 진술의 번복을 어떠한 방법으로 탄핵하여야 하는지에 대한 논의 또한 동일한 제도를 장기간 유지하여 온 미국의 사례를 통해 연구할 필요성이 높다고 하겠다.

본 연구보고서는 제Ⅱ절에서, 미국 형사절차상 피의자 조사 절차와 그 진술 내용의 보전 방식에 대해 서술하고, 제Ⅲ절에서는 이렇게 조사된 진술이 어떻게 법정에서 현출되는 것인지 연방증거법과 실무 관행을 위주로 살펴보겠다. 다음으로 제Ⅳ절에서는 이상의 논의를 바탕으로 우리 형사절차상 피의자의 진술 확보와 현출이 어떠한 방식으로 이루어져야 하는지와 어떠한 문제점이 예상되는지 검토하고, 제Ⅴ절에서는 우리 형사절차상 피의자 진술의 활용 전망을 본 연구보고서의 결론으로 제시하고자 한다.

II. 미국 형사절차 상 피의자 진술

1. 피의자 조사 절차 개요

가. 미란다 고지

미국 형사절차상 미란다 고지는 구금상태에 있는 피의자에 한해서 적용되는 원칙⁶⁾이다. 따라서, 구금상태에 이르지 아니한 피의자에 대한 신문은 물론 경찰서 내에서 이루어진 조사라고 할지라도 미란다 고지 없이 이루어질 수 있으며, 구금 여부에 대한 판단은 특정한 조사자나 피조사자의 주관적 인식이 기준이 되는 것이 아니라⁷⁾, 심문 당시의 상황에 비추어 일반인이 구금상태에 있다고 판단할 정황에 있었는지 여부가 기준이 된다⁸⁾.

6) Russell L. Weaver et al., *Criminal Procedure - Case, Problems and Exercises 3rd Edition* Thomson West(2007), P.447 참조.

7) "the initial determination of custody depends on the objective circumstances of interrogation, not on the subjective view harbored by either the interrogating officer or the person being questioned" *Stansbury v. California* 511 U.S. 318 (1994)

8) 미국 연방대법원은 구금상태인지 여부의 판단을 위해서는 첫째 신문이 이루어진 상황(the circumstances

2004년 미국 대법원이 Seibert 사건⁹⁾을 통해 그 증거능력을 부인하기 전까지, 미국의 수사기관은 미란다 고지로 인해 피의자의 자백 취득이 어려워지는 상황을 회피하고자, 고지 없이 신문을 진행하고, 피의자가 자백하면 다시 미란다 고지 후 같은 내용을 재신문하는 조사 전략¹⁰⁾을 자주 사용하였다. 미 연방대법원도 이러한 수사방법역시 한동안 이러한 신문 방식을 적법한 것으로 판단할 수 있는 근거가 되는 판결을 내리기도 하였다¹¹⁾. 비록 5 대 4, 박빙의 다수이기는 하나, 위 Seibert 사건에서 미 연방대법원은 이러한 중간고지는 미란다 고지를 통하여 확보하고자 하는 강압 수사의 배제라는 가치를 형해화한다는 취지에서 중간고지 이후의 증거능력을 부인하였다.

나. 조사의 실시

신문은 녹음 및 녹화 장비가 구비된 별도의 신문실에서 이루어지는 것이 일반적이다. 1인 혹은 복수의 경찰관이 신문에 참여하는지에 대해서는 정해진 규칙은 없으나, 통상 2인 이상이 함께 신문을 진행하는 경우 이는 신문과정의 적법성을 증언할 증인을 확보한다는 의미도 함께 가지고 있다.

surrounding interrogation). 둘째 그러한 상황이라면 일반인이 스스로 신문을 거부하고 조사 현장을 이탈할 자유가 있다고 판단하였는지 여부(would a reasonable person have felt he or she was not at liberty to terminate the interrogation and Leave)를 검토하여야 한다고 판시하였다. *Thompson v. Keohane* 516 U.S. 99 (1995)

- 9) *Missouri v. Seibert*, 542 U.S. 600 (2004). 이 사건에서 경찰관은 '교육받은대로' 먼저 신문을 실시한 다음 미란다 절차를 이행하고, 다시 신문하여 미란다 고지 전 획득한 진술이 반복될 때까지 신문을 계속 하였다. 다수 의견은 이러한 중간고지는 미란다 원칙의 헌법상 요구를 충족하지 못한다고 판시하면서 미란다 고지가 일단 자백을 한 다음 이루어졌다면 고지 전후의 신문과정을 별도의 것으로 보는 것은 불합리하며 이전의 자백이 이후의 신문과정에서 피의자에게 영향을 미치고, 결국 피의자로서는 자신이 실질적으로 묵비권이나 변호사조력권을 가지고 있다고 인식하기 어렵다고 지적하였다.
- 10) 통상 'Two Stage Strategy'로 불리우며, 다수의 경찰 수사 지침에 활용이 권유되는 수사 기법이었다.
- 11) *Oregon v. Elstad*, 470 U.S. 298 (1985) 사건의 개요는 다음과 같다. 경찰관이 절도 용의자의 집에서 용의자와 대화 중 용의자로부터 절도범행 현장에 있었다는 진술을 듣게 되었다. 이러한 진술을 들은 직후 동인을 체포하여 경찰서로 인치한 다음 미란다 절차를 마치고 신문을 계속 진행하였는데, 용의자의 집에서 이루어진 대화시 미란다 고지가 이루어지지 아니하였다는 이유로 경찰에서의 자백에 대해 그 증거능력이 다투어졌다. 미 연방대법원은 미란다 고지 전의 자백과 미란다 고지 후 경찰서에서의 자백에 어떠한 연관성이 있다고 보기 어렵다는 이유로 경찰서에서의 자백에 대해 그 증거능력을 인정하였다. Seibert 사건의 소수의견은 위 Elstad 사건에서의 판단을 근거로, Two Stage Strategy가 사용된 경우 미란다 고지전 신문이 고지 이후의 신문에 심리적 영향을 가진다는 사실에 헌법적 의미를 부여하기는 어려우므로, 증거능력 유무는 임의성 여부의 문제로 환원되어 검토되어야 한다고 주장 하였다. 소수의견은 다수의견과 같은 태도는 수사기관의 적법한 수사활동에 심대한 위축을 가져올 것이라는 경고를 덧붙이기도 했다.

2. 피의자 진술 보전

가. 녹음·녹화

(1) 개요

미국은 피의자 신문 과정의 녹음·녹화에 대하여 그 찬반이 갈리고 있는 상황이다. 찬성하는 측에서는 강압 조사를 지양하고, 경찰 조사의 신빙성을 높일 수 있다는 점을 강조하는 반면¹²⁾, 반대하는 측에서는 경찰의 수사활동의 위축을 가져올 수 있다는 점을 강조하고 있다. 우리나라의 경우, 일부 반대의견이 있었으나, 검찰측에서 먼저 영상 녹화제도의 도입을 요구하였던 사실과 대조적이라고 할 수 있는데, 피의자의 수사단계 진술의 증명력 인정에 인색하기 그지없는 법원의 태도에 따른 현상이라고 할 수 있을 것이다.

현재까지는 연방차원에서 영상녹화를 의무화하는 법규나 판례가 등장하지는 아니하였고 대부분의 경우, 주 차원의 법률제정, 주 판례에 의한 제도 정착, 혹은 지역 경찰에 의한 자체 시행 등의 방법으로 제도가 실시되고 있다.

(2) 법률 제정에 의한 제도의 도입

2007년까지 8개 주에서 비록 요건과 정도의 차이는 있을지언정 영상녹화를 의무화하는 법률이 시행되고 있다. 콜롬비아 특별구(the District of Columbia)¹³⁾, 일리노이주¹⁴⁾, 메인주¹⁵⁾, 뉴저지주¹⁶⁾, 뉴멕시코주¹⁷⁾, 노스캐롤라이나주¹⁸⁾, 위스콘신주¹⁹⁾, 켄터키²⁰⁾와 텍사스주²¹⁾이다. 텍사스주는 모든 구금 상태의 신문이 영상녹화되어야 그 증거능력을 취득하도록 규정하고 있으며²²⁾, 일리노이주, 켄터키주, 메인주는 살인사건 및

12) 허위 자백에 관한 대책을 논하는 거의 모든 논문은 그 해결책으로 영상녹화제도의 의무화를 들고 있다.

13) D.C. Code §§5-116.01, 5-116.03 (West)

14) 725 Ill. Comp. Stat. Ann. §5/103-2.1, §405/5-401.5 (West)

15) Me. Rev. Stat. Ann. Tit. 25 §2803-B(1)(K) (West)

16) NJ. Supp. Ct. R. 317 (2005). 주 대법원의 규칙으로 제정되었다.

17) N.M. Stat. Ann. §29-1-14-4.5 (West)

18) N.C. Gen. Stat. §15A-211(http://www.ncga.state.nc.us/EnactedLegislation/Statutes/PDF/ByArticle/Chapter_15A/Article_8.pdf에서 확인 가능)

19) Wis. Stat. Ann. §972.115 (West)

20) Ky. H. 242, 2005 Reg. Sess.

21) Tex. Code Crim. Pro. Art 38.22 (West)

22) 주21) 참조

성범죄에 한하여 신문과정을 녹화하도록 규정하고 있다²³⁾. 뉴멕시코는 중죄(felony)의 경우 영상녹화를 의무화하고 있다²⁴⁾.

반면, 플로리다주²⁵⁾, 매릴랜드주²⁶⁾, 로드아일랜드주²⁷⁾와 캘리포니아주²⁸⁾에서는 영상 녹화제도와 관련된 법안 통과가 실패하였다. 이는 수사활동의 위축 우려에 의한 것인데, 특히 캘리포니아에서는 주 의회가 경찰 조사의 영상녹화를 의무화하는 법률을 의결하였으나, 주지사가 거부권을 행사하는 일까지 있었다²⁹⁾.

최근 노스캐롤라이나주는 살인사건의 경우 구금상태에서 이루어지는 신문에 대해서는 그 전과정의 영상녹화를 의무화하였다³⁰⁾. 법에 의하면 구두, 혹은 서면기재를 비롯하여 어떤 형태든지 살인사건에 관련된 피고인의 진술로서 구금 상태에서 이루어진 것은 영상녹화된 경우 그 증거능력이 부여되도록 규정되어 있다³¹⁾. 영상녹화는 그 전 과정이(in its entirety) 녹화되어야 하는데, 법은 '전과정'의 의미를 시간적으로는 '미란다고지로부터 개시되어 신문의 완전한 종료시 까지 중단되지 않을 것'으로³²⁾, 공간적으로는 '신문자와 피신문자가 언제나 함께 화면에 드러나도록 하여야 하는 것'으로 규정하고 있다³³⁾. 그러나, 이러한 영상녹화 미실시가 곧 자백의 증거능력을 부인하는 것은 아니며, 증거능력 판단의 근거 자료로 사용될 뿐이라는 점에서 그 한계가 있다. 즉, 위 법률이 적용되는 사건에서 법률의 요건에 부합하지 아니하는 조사가 이루어진 경우, 법원은 그 진술의 임의성과 신빙성에 대하여 심리를 하여야 하며³⁴⁾, 검찰은 명확하고 확정적인(clear and convincing) 증거를 통해 임의성과 신빙성은 물론 법률이 요

23) 주14), 15), 20) 참조

24) 주17) 참조

25) Fla. Sen. 2752, 2003 Leg., Reg. Sess.; Fla. H. 1119, 2005 Leg., Reg. Sess.

26) Md. H. 387, 2003 Leg., 416th Sess.

27) R.I. S. 350, 2003 Gen. Assem. Article 1 (5)(b)

28) http://info.sen.ca.gov/pub/07-08/bill/sen/sb_0501-0550/sb_511_vt_20071013.html

29) 아놀드 슈와제네거 캘리포니아주지사는 '비록 허위 자백의 감소가 추구할만한 목표인 것은 사실이나, 수사기관의 살인 등 강력사건 수사시 영상녹화의 필요성이 명백하지 아니한 때에도 이를 요구함으로써 피의자 신문시 요구되는 다양한 방법의 사용 가능성을 배제할 우려가 있다는 점에서 이 방법(영상녹화)을 지지할 수 없다(while reducing the number of false confession is a laudable goal. I cannot support the measure that would deny the law enforcement the flexibility necessary to interrogate suspects in homicide and violent felony cases when the need to do so is not clear.)'면서 법안에 대해 거부권을 행사하였다. 캘리포니아는 이 법안 심의과정에서 주내 경찰, 보안관 등의 수사기관의 강력한 반대에 부딪혀 왔다.

30) N.C. S.L. 2007-43 (d)

31) 같은 조 (e)

32) 다만, 조사자 혹은 피의자의 요청에 의한 휴식 기간은 예외이다.

33) 같은 조 (c) (2)

34) 같은 조 (c) (3)

구하는 영상녹화를 실행할 수 없는 정당한 사유(good cause)가 있음을 입증하여야 한다³⁵⁾. 법원은 진술에 대한 증거능력 배제 신청(motion to suppress the statement)이 있을 경우 그 심리과정에서 영상녹화 요건의 충족 여부를 고려하여야 하며, 본안 심리과정에서는 배심에 대해 진술의 임의성과 신빙성을 판단함에 있어 영상녹화 요건의 충족 여부를 판단 근거로 고려할 수 있음을 설명하여야 한다³⁶⁾.

영상녹화의 의무화 범위를 살인사건으로 제한하고, 영상녹화가 이루어지지 않았을 경우의 효과에 대해서도 당연한 증거능력 배제의 결과를 두지 아니한 이유는, 피의자 신문과 관련된 신뢰성 제고를 목표로 하되, 경찰 수사에 불가피한 제한이 이루어지는 점을 고려하여 중도적 입장을 택하였기 때문인 것으로 보인다.

후술하는 바와 같이 녹화된 조사과정은 법정에서 전부 재생, 확인되며, 녹화물 그 자체가 증거로 제출된다.

(3) 판례에 의한 제도의 도입

현재까지 연방 혹은 주법원 중에서 미국 연방헌법이 정하는 적법절차 조항을 바탕으로 영상녹화의 의무화가 필요하다는 판시를 한 곳은 없다. 다만, 알라스카주 대법원은 1985년 영상녹화제도는 주 헌법이 정하는 적법절차(due process)에 관한 권리를 보호하기 위해 요구되는 것이라는 취지로 판결³⁷⁾함으로써 미국에서 최초로 법원의 판례를 통해 영상녹화의 의무화가 이루어진 사례가 되었다. 위 판결에서 알라스카주 대법원은 녹음녹화장비의 활용이 일상적인 것이 되었다고 전제하면서, 경찰에 의해 이루어지는 모든 구금 상태에서의 신문에 관하여 영상녹화를 의무화하였다.

1994년에는 미네소타주 대법원도 영상녹화를 의무적인 것으로 판시하였다³⁸⁾. 미네소타주 대법원은 영상녹화가 합리적이고 필요한 안전장치(safeguard)이며, 피의자가 가지는 변호인 조력권, 진술거부권 등 공정한 재판을 받을 권리를 보호에 핵심적인 기능을 한다고 판시하면서 모든 구금 상태의 신문에 있어서 영상녹화를 의무화하였다. 그러나 알라스카주 대법원의 태도와는 달리 적법절차를 그 근거로 하지 않았으며 주 대법원이 공정한 사법의 운영에 관하여 가지는 감독 권한(supervisory power)을 근거로 위와 같은 영상녹화의 의무화를 규정하였다. 다만, 미네소타주 대법원은 영상녹화 의무에 대한 중대한 위반이 있을 경우에만 그 진술의 증거능력을 배제할 수 있도록 판시하였다.

35) 주 33) 참조

36) 같은 조 (f) (1), (3)

37) *Stephan v. State*, 711 P.2d 1156, 1160 (Alaska 1985)

38) *State v. Scales*, 518 N.W.2d 587, 592 (1994)

2001년에는 뉴햄프셔주 대법원이 구금된 피의자에 대한 조사의 경우 영상녹화를 의무화하였다³⁹⁾. 매사추세츠주 대법원은 피의자에 대한 조사과정이 녹음조차 되어 있지 아니하다면 피고인의 수사단계 진술에 대한 증거판단에 상당한 주의(great caution and care)를 기울여야한다는 내용의 배심원 설명이 주어져야 한다는 내용의 판시를 하였다⁴⁰⁾. 2006년 아이오와주 대법원은 조사과정에 대한 녹화가 증진되어야 한다(should be encouraged)고 판시하였다.

이와 같이 특이하게도 미국의 주 형사절차에 있어서는 각 주의 대법원이 영상녹화제도의 도입을 의무화하거나, 혹은 영상녹제도의 활용을 간접적으로 복돋는 사례가 적지 않게 발견되었다.

(4) 경찰 스스로의 제도 활용

주 법률의 입법 혹은 주 법원의 요구가 없음에도, 적지않은 수의 미국내 보안관 등 지역 경찰 혹은 주 경찰이 조사과정에 대한 영상녹화제도를 도입하여 활용하고 있다⁴¹⁾.

(5) 관련 논의

미국에서의 영상녹화제와 관련된 논의는 상기한 바와 같이 기본적으로 조사의 신뢰도를 제고하고, 피의자에 대한 경찰의 강압수사를 제한하는데 그 목표가 있다. 따라서 위에서 살핀 캘리포니아주의 사례와 같이 일부 주에서 경찰은 영상녹화제도의 의무화 - 필수적으로 조사 전과정의 녹음녹화가 요구되는 - 에 반대하였다. 반면, 검찰의 경우, 피의자의 진술 번복 혹은 신문 내용에 대한 반박에 대응할 수 있는 강력한 수단인 점에서, 지속적으로 경찰에 대해 영상녹화를 요구하고 있으며, 영상녹화물은 후술하는 바와 같이 그 전부를 법정에서 재생하려 노력하는 모습을 확인할 수 있었다⁴²⁾. 피의자

39) State v. Barnett. 789 A.2d 629 (N.H. 2001)

40) Commonwealth v. DiGiambattista. 813 N.E.2d 516. 533-34 (Mass. 2004)

41) N.M. H. Appropriations Comm., Fiscal Impact Report on Custodial Interrogation Recordings. 549. Reg. Sess. (2003) (<http://legis.state.nm.us/lisearch.html> 참조) 미국 지역 경찰의 영상녹화 제도 도입 및 활용 현황에 대해서는 Thomas P. Sullivan & Laura A. Thomas, *Electronic Recording of Interrogations. in Recording of Custodial Interrogations: A Resource Guide. 1-6* (Innocence Project, New York, N.Y. June 6, 2003)과 Matthew D. Thurlow, "Lights, Camera, Action: Video Camera as Tools of Justice", 23 *J. Marshall J. Computer & Info. L.* 77(이하 Thurlow)을 참조.

42) 연수기간 동안 방문하였던 노스캐롤라이나주 더렘카운티 검찰청의 검사보 인터뷰에서, 갱단 사건 전담 검사보는 피고인들이 공판단계에서 수사당시 자백 진술에 대해 그러한 자백을 한 사실이 없다고 주장하는 사례가 매우 많다면서, 이러한 경우를 대비하여 갱단 사건의 경우 경찰관에게 자백에 대한 영상 녹화를 강력히 요구하고 있다고 하였다. 다만, 경찰이 영상녹화를 하지 않는 사례가 적지 않다고 하면

의 자백이 녹화되어 있는 영상물이 배심에게 가지는 강력한 영향력은 굳이 부연설명할 필요가 없을 것이다.

나. 문서화된 자백

(1) 개요

미국 형사절차에서도 문서화된 자백의 중요성은 강조되고 있다. 피의자의 수사단계 자백 이후 재판기일까지의 심경변화 혹은 변호인의 조언 등으로 자백진술을 번복할 위험에 대비하기 위해 증거능력이 있는 문서의 형태로 자백을 보존할 필요가 있음은 물론 영상녹화물이나 녹음테이프와 비교할 때, 문서로 정리된 자백은 그 내용을 더욱 명확하게 배심원들에게 전달할 수 있다는 점에서, 영상녹화물과 병행되어 사용되는 경우도 많다⁴³⁾. 즉 미국 형사절차에 있어서도, 심리의 효율성을 도모하고 피고인 혹은 변호인의 탄핵에 대응할 방법을 마련한다는 점에서 자백의 문서화는 매우 중요한 수사절차로 여겨지고 있는 것이 현실이다⁴⁴⁾.

미국의 경우에도 문서화된 자백이 가지는 강력한 증명력으로 인해 피고인 혹은 변호인의 탄핵이 집중되는 것은 우리의 경우와 같으며, 그 탄핵의 내용도 그러한 자백을 한 사실이 없거나, 강압에 의한 자백이었다거나, 선처를 조건으로 회유를 받았다는 등의 내용 혹은 서면을 읽지 못하고 서명을 하였다거나 심지어는 백지상태에서 서명을 하고 자백 내용은 이후에 경찰에 의해 기재된 것이라는 주장까지 하는 경우가 거론되고 있다.

(2) 형식과 절차⁴⁵⁾

서. 그러한 경우에도 피의자의 서명이 되어 있는 문서화된 자백이 확보되어 있는 경우에는 대부분의 경우 피의자의 자백 진술이 증명력을 발휘하고 있다고 설명하였다. 듀크대 로스쿨 강사로 출강하던 전직 검사보 또한 자백진술의 영상녹화와 그 영상물의 법정 현출에 매우 적극적인 태도를 보였는데, 영상녹화물의 재생에 대하여 법원이 소극적인 태도를 보인다는 점을 지적하기도 하여 미국 법원 역시 영상녹화물 재생에 따른 재판의 지연에 대해 거부감을 가지고 있다는 점을 추단할 수 있었다.

43) Roger W. Shuy, *The Language of Confession, Interrogation, and Deception*. Sage Publications (1998). 95

44) Fred E. Inbau et al., *Criminal Interrogation and Confessions 4th edition*. Jones and Bartlett Publisher (2004) (이하 Inbau). PP.375~376.

45) 이하의 내용은 위 Inbau 교수의 저서에 상당부분 의존하고 있다. 동 저서는 미국의 수사절차와 관련하여 상당한 권위를 인정받고 있으며, 대부분의 수사절차 관련 논문이나 저서가 피의자의 권리를 보호하고 경찰의 권한 남용을 방지함을 서술의 기본입장으로 하고 있는 반면 동 저서는 효과적인 수사와 공소유지를 그 기본 입장으로 하고 있는 점에 그 특징이 있다. 동 저서는 문서화된 자백의 작성 기법으로 고의적인 오타 혹은 오기를 기재함으로써 피의자에게 수정의 기회를 주어 그 입의성을 입

진술내용을 서술형식으로 기재하는 형식과 우리나라의 조서와 유사하게 문답형식으로 기재되는 것 모두가 사용되고 있다⁴⁶⁾. 작성이 피의자의 자필로 이루어져야 할 것은 요구되지 아니하며, 조사 경찰관에 의해 타이핑되어 출력된 것도 무방하며, 속기장치에 의해 기록된 후 다시 타이핑되어 출력된 문서도 가능하다⁴⁷⁾. 대부분의 검사들은 문답 형식을 선호한다고 하며 문답형식의 장점으로서는 핵심 사항에 대한 질문을 통해 범죄의 주요 요소를 명확히 부각할 수 있는 점이 거론되고 있다⁴⁸⁾.

비록 조사 개시 단계에서 미란다 고지가 이루어진 경우라 할지라도 문서화 단계에서 다시 한 번 고지 사실 및 피의자의 포기사실을 언급하고 기록하는 과정이 필요하다⁴⁹⁾. 만약 이미 구두 자백한 피의자가 자백이 기재된 문서에 서명을 거부하거나 문서화를 거부하는 경우 이를 즉시 중단하여야 하나 이 경우에도 이미 구두로 자백한 내용은 증거능력을 상실하지 않는다⁵⁰⁾.

피의자는 수정부분에 성명의 이니셜을 기재하거나 서명을 하고, 각 페이지 말미에도 이니셜 기재 혹은 서명 후 'OK'를 기재하고 있으며, 문서의 말미에는 문서의 정수, 그 문건을 모두 읽었으며 그 내용은 자신의 임의로 진술한 것이며 사실에 부합한다는 취지의 기재를 (가능하면 자필로) 한 후 최종 서명을 받는 것이 기본적인 절차로 권유되고 있다.

서명 장소에는 수사관 혹은 다른 사람이 서명 사실의 증인으로 동석하는 것이 바람직하다. 미국 증거법상으로는 자백 기재 서면에는 피의자 외에 다른 사람이 서명을 할 필요는 없고, 서명사실을 입증하여 authentication 요건을 만족할 수 있도록 피의자가 서명을 하였으며, 그 내용의 진실성을 인정하였음을 증언할 증인만 확보되면 족하다. 피의자가 임의로 자백을 하였으며 피의자가 자백 기재 문건을 열람할 기회를 가졌음에 대한 수사관의 증언은 필수적이다⁵¹⁾.

증할 근거를 남기라. 정제된 용어가 아닌 피의자가 사용한 당해 용어를 그대로 기재하라. 피의자가 법정에서 진술내용은 모두 조사경찰관이 말한 내용에 불과하다는 주장을 막기 위해 피의자의 개인사에 대한 내용을 포함시켜라. '서명' 등 법률적 의미를 가지는 용어의 사용을 자제하고 '이름을 써라'는 등의 용어를 사용함으로써 피의자의 거부감을 최소화시켜라. 문서화된 자백간 모순을 피하기 위해 가능한 한 1건의 문서만을 작성하라는 등 우리의 실제 수사현실에서 사용되는 기법과 유사한 내용을 담고 있는 점이 인상깊었다.

46) Inbau. PP.377-378.

47) Inbau. P.378

48) Inbau. P.377. 그에 더하여, 공동피고인이 있는 사건에서 증거로 제출될 경우 자백한 피고인 자신에 대해서는 증거능력이 있으나, 다른 공동피고인에 대해서는 그 증거능력이 없으므로, 일부 내용이 삭제된 채 배심에 제공되어야 하므로 그러한 삭제의 용이성이 그 잇점으로 소개되고 있다. 그러나 공동 피고인의 자백에 대하여 별다른 증거능력의 제한을 두고 있지 아니한 우리 형사소송법과는 관계가 없는 문제라 하겠다.

49) Inbau. P.376.

50) North Carolina v. Butler. 441 U.S. 369 (1979).

문서화된 자백에 대해서는 그 문건에 진술된 내용이 피의자에 의해 이루어진 것임을 확인하기 위해 서명을 받아야 한다. 이 서명의 동일성에 대해서는 미국 증거법상 authentication에 관한 규정에 의해 규율되는데, 진술내용과 같은 자백이 실제로 있었는지는 증명력의 문제로 취급되며, authentication은 서명의 동일성을 파악함으로써 충분히 증거능력 취득을 위한 요건을 충족한다⁵²⁾. 그러나, 서명을 받지 못한 경우라고 할지라도, 조사자가 그 서명이 피의자의 자백을 정확히 반영하는 것이라고 증언하거나, 그 내용을 피의자에게 읽어주었을 때 피의자가 그 내용이 사실임을 인정하였다는 취지의 증언을 한다면 조사자의 증언을 통해 그 서명이 증거로 제출될 수 있으므로 서명을 받지 못한 문서화된 자백이라도 그 증거로서의 가치가 낮지 않다.

우리 형사절차와 달리 문서화된 자백에 경찰관이 서명하는 것이 반드시 필요한 요건은 아니다. 이는 조서라는 특정한 형식에 의해 피의자의 진술이 보존되는 우리 형사소송법과의 차이라고 할 것인데, 위에서 지적한 바와 같이 서명이 피의자의 것임을 증언할 자가 확보되면 충분한 것이지, 그 취지를 문서화된 자백 자체에 남기거나 증인으로 서 서명을 할 필요성은 없다.

다. 수사보고서

피의자의 진술을 내용으로 하는 경찰관의 수사보고서이다. 그러므로, 그 진술의 주체는 경찰관이며, 전문의 진술이 수사보고의 내용이 된다. 조사 개시 일시를 기재하고 조사 종료 시간의 기재로 마무리되는 수사보고의 내용은 매우 구체적으로 기재되는 것이 보통인데, 그 진술의 주체가 조사 경찰관이고 피의자의 서명이 되어 있지도 않은 이상 그 내용이 법정에 현출되기 위해서는 경찰관의 증언이 불가피하고, 결국 수사보고서는 미국 증거법상 인정되는 기억 환기를 위해 사용되는 기록물로서의 의미가 클 수 밖에 없다고 할 것이다.

Ⅲ. 미국 형사절차상 피의자 진술의 법정 현출 및 증거법 관련 문제

1. 미국 형사절차상 피의자 진술의 가치

51) 그 이유에 대해서는 이하 증거능력 부분에서 검토한다.

52) 그 상세한 방법에 대해서는 후술한다.

가. 개요

진술한 센트럴파크 조거 사건의 예와 같이 물리적 증거로 뒷받침 되지 아니하거나, 공동피의자 상호간의 진술에 모순이 있는 경우라 할지라도, 미국의 형사절차에서 수사 단계에서 피의자가 자백을 하였다는 점이 가지는 위력은 매우 크다. 이러한 결과는 검사, 경찰, 판사와 배심원은 물론 언론조차도 자백을 그 자기확증적(self-authenticating)이며 유죄의 결정적 근거로 보는 경향에서 비롯된 것으로 파악되고 있다⁵³⁾. 배심원들은 허위 자백을 불가능한 것으로 여기지는 않더라도 실제로는 상정하기 어려운 것으로 여기고 있는 것으로 연구되었다. 배심원들은 허위 자백이란 상식에 어긋나며, 비이성적이고 자기파괴적인 행동이므로 피의자로서는 허위 자백에 이를 이유가 없다고 판단하는 것이 일반적인 경향이다⁵⁴⁾.

통상적으로는 피고인의 수사기관에서의 진술 중 자백만이 증거로 제출되고 있고 부인 진술에 대해서는 그 증거제출이 거의 이루어지지 않는 것으로 보인다⁵⁵⁾. 이는 피고인신문이 피고인이 진술거부권을 포기하고 증인으로서 선서한 때에만 가능한 점에서 비롯된 것으로 보인다. 피의자의 부인진술의 법정 현출이 필요한 경우는 두 경우라고 할 것이다. 첫 째는 피의자의 변명이 사리에 맞지 아니한다는 점을 주장하기 위한 경우로서, 피의자의 변소의 탄핵 혹은 피의자의 나쁜 정상을 부각하기 위한 것이라 하겠다. 그러나, 변호인에 의해 피의자의 변명 취지가 법정에 현출된다면 검찰로서는 굳이 경찰의 증언 등을 바탕으로 부인 진술을 증거로 제시할 필요가 없으며, 유무죄 판단과 양형 절차가 분리된 미국 형사절차에 있어서 유무죄 판단 절차에 피의자의 정상과 관련한 입증 활동이 필요하지는 않으므로 이러한 목적과 관련되어서는 미국의 검사로서는 피고인의 수사기관에서 부인 진술을 현출할 아무런 동기를 찾을 수 없다. 두 번째로는 피고인이 수사기관에서의 부인 내용을 변경하고자 하는 경우인데, 우리 실무에서 경험하다시피, 대부분의 경우는 법정에 이르러 일부 내용을 변경한 허위의 변명을 지어내는 경우가 대부분이라 할 것인바, 피고인의 입장에서 자신에 대한 신빙성 판단에서 배심원에게 악영향을 미칠 위험이 클 뿐만 아니라, 피고인도 위증의 위험까지 지게

53) Richard A. Leo et al. "Bringing Reliability Back In: False Confession and Legal Safeguards in the Twenty-First Century". 2006 *Wis. L. Rev.* P.479.

54) Saul Kassin. "On the Psychology of Confessions: Does Innocence Put Innocence at Risk?". 60 *Am. Psychol.* 2005. P.215.

55) 듀크대 로스쿨의 형법교수 Mosteller는 상당 기간 D.C. 지역의 국선변호인으로 활동한 경력이 있는데, 부인 진술을 법정에 현출하는 방안에 대한 필자의 질문에 대해 자신의 경험상 부인 취지의 진술이 현출되었던 사례는 없었다면서, 다만 증거법상 부인 진술도 후술하는 바와 같이 상대방 당사자의 admission으로서 증거능력을 가질 수는 있을 것이라는 입장을 피력하였다.

되는 점에서 변호인으로서는 쉽게 택할 수 있는 전략이 아니다. 이러한 점에서 아무런 위증의 부담없이 공판정에서 자유로이 허위의 진술을 할 수 있도록 한 우리 제도에 대한 반성적 고려가 필요하다고 판단된다.

나. 피의자 진술 현출의 증거법상 요건

(1) 피의자 진술과 전문증거

피의자의 공판정 외의 진술은 미국 증거법상 전문증거가 아니다⁵⁶⁾. 연방증거법(Federal Rules of Evidence) § 801 (d)는 '전문증거가 아닌 진술(Statement which are not hearsay)'이라는 제목아래 (1) 증인 이전 진술(Prior statement of witness)을 일정한 요건 하에 전문증거의 범위에서 제외하고 있으며, (2) 반대 당사자의 인정 사실⁵⁷⁾(Admission by party-opponent) 역시 전문증거의 범위에서 제외하면서 그에 해당하는 것의 하나로 당해 당사자에 불이익이 되는 진술로서 그 당사자 자신이 개인자격으로 혹은 대표자격으로 행한 진술(The statement is offered against a party and is the party's own statement in either an individual or a representative capacity)을 거시하고 있다. 당사자주의 심판구조(adversary system)를 기본으로 하는 미국 형사절차에서 피의자의 수사기관에서의 자백은 이 요건에 정확히 부합하는 것이므로, 미국의 실무계와 학계는 모두 이 조항을 근거로 피의자의 수사기관에서의 자백에 대해서는 전문증거와 관련된 규정을 적용하지 않고 있다. 즉, 조사경찰관의 증인이든, 영상녹화물이든, 혹은 문서화된 자백이든 증거법 혹은 헌법상 요구되는 증거능력 취득 요건이 충족된다면, 전문증거에 대한 제한은 적용될 여지가 없다.

형사소송법 제정당시부터 강압수사의 억지라는 목적을 위해 피의자신문조서의 증거능력 제한이라는 방식을 채용하고, 그 증거능력 부여의 조건으로 진정성립이라는 요건을 택함으로써 우리 형사사법에 있어서는 피의자의 진술을 포함한 모든 법정 외의 진술이 전문증거로 논의되어 오고 있는 점과 매우 대조적이라 하지 않을 수 없다.

수사기관에서의 피의자의 진술은 법정 외의 진술, 경험을 내용으로 하는 증거라는 점에서 전문증거의 성격을 가지고 있는 것으로 파악될 수도 있으며, 미국에서도 일부

56) Federal Rules of Evidence(이하 FRE) §801 (d) (2)

57) 법률 원문의 admission이라는 용어에 적합한 우리 용어를 찾는 것이 쉽지 않다. 위 조항은 반대 당사자 본인의 진술로서 책임을 인정하는 내용. 대리 자격이 있는 자의 진술 등 반대 당사자측으로부터 나온 다양한 형태와 내용의 진술을 포괄하고 있어 그에 합당한 우리 법률 용어는 이를 발견할 수 없어 일단 '인정 사실'이라는 표현을 사용하기로 한다.

학자는 이를 전문증거의 일종으로 보면서 사실상 정책적 이유에서 그 증거능력을 인정하고 있는 전문증거의 예외라고 파악하는 경우도 있다⁵⁸⁾.

그러나, 미국의 통설은 피의자의 진술은 전문증거이지만 예외적으로 증거능력이 인정되는 것이 아니라, 전문증거의 범주에 포함되지 아니하는 것으로 보고 있으며⁵⁹⁾, 미연방증거법이 피의자의 진술이 해당하는 반대 당사자의 진술을 '전문증거가 아닌 진술'로 규정하고 있고, 전문증거이지만 예외적으로 증거능력을 인정하는 '전문증거의 예외'에 대해서는 별도의 규정⁶⁰⁾을 두고 있는 점에서 이러한 통설의 태도가 옳다고 보인다.

우리 형사소송법은 명백히 피의자신문조서를 전문증거로 보면서 예외적으로 증거능력을 인정하고 있으며, 학자들 또한 이러한 규정의 구조에 대해 별다른 이의를 제기하지 않고 있다. 이러한 규정 형식과 해석은 대륙법계의 직접주의와 영미법계의 전문법칙의 융합적 해석이라고 보아야 할 것이다.

즉, 법정에서 심리되지 아니한 증거의 부정확성을 배제하고자 대륙법계는 직접주의를 도입하였고, 현재 독일 형사소송법 또한 제250조에서 그 취지를 명백히 밝히고 있다. 독일 형사소송법은 그 직접주의의 대상에 피의자의 진술을 포함시키고 있으며⁶¹⁾, 예외적인 경우 즉 우리의 증거보전절차와 유사한 사법조사과정에서 이루어진 신문내용은 그 내용이 되는 자백을 증거로 제출하기 위해 사용될 수 있다고 규정하여⁶²⁾ 피의자의 진술을 직접주의의 견지에서 증거능력을 제한하고 있다. 다만, 독일의 경우도 조사 경찰관의 진술을 통해서 혹은 증인의 기억을 되살리기 위한 낭독과정을 통해 피의자의 수사당시 진술내용이 현출될 수 있는 방법이 상당히 넓게 인정되고 있는 점을 고려할 때⁶³⁾, 독일법 역시 피의자의 진술에 관해서는 직접주의의 예외를 넓게 적용하고 있다고 보지 않을 수 없다.

영미법계는 증인의 신빙성 보장이 반대신문의 기회 보장을 통해서 이루어진다고 보았고, 따라서 전문의 진술은 반대신문이 불가능한 상태에서 이루어진 것이므로 그 증거능력을 인정하지 않아왔다⁶⁴⁾. 따라서 미국의 증거법 학자들은 일방 당사자의 자신에

58) John W. Strong. *McCormick on Evidence*. 5th Edition West Group (1999). PP.211~212.

59) 4 Wigmore § 1048; 2 Edmund M. Morgan. *Basic problem of Evidence* 265 (1962); David P. Leonard. *The New Wigmore A Treatise on Evidence(Selected Rules of Limited Admissibility)*. Revised Edition (2002)

60) FRE §§ 803-804.

61) Strfprozeßordnung(이하 StPO) § 251

62) StOP §254(1)

63) Mirjan Damaska. "Of Hearsay and Its Analogues". 76 *Minn. L. Rev.* 425. 450 (1992)

64) Tribe. "Triangulating hearsay". 87 *Harv. L. Rev.* 957 (1974). p.958; 미국 연방대법원의 태도 또한 같다. *Moore v. U.S.* 429 U.S. 20 (1976).

게 불리한 진술에 대해서는 자기 자신에 대한 반대신문이란 원시적으로 불가능하므로 전문증거의 영역에 포함될 수 없다는 것을 그 이론적 근거로 보고 있다⁶⁵⁾. 즉, 자신의 법정 외 진술이 증거로 제출된다면 그러한 진술을 한 것으로 주장되는 일방 당사자는 스스로 증언대에 서서 그 주장을 반박할 수 있으므로 반대신문권이 보장되지 못할 가능성이 높은 다른 전문의 진술과는 달리, 별다른 부정의 혹은 불공정이 발생할 가능성이 없다는 것이다. 결국 피의자의 진술이 전문증거에 속하지 않는다는 결론은 당사자 주의에서 오는 당연한 귀결이라 하겠다.

미국의 형사법제는 피의자의 진술 역시 일방 당사자의 자신에게 불리한 진술에 당연히 포함되는 것으로 보고 있으며 법원 또한 마찬가지이다. 따라서 피의자의 진술을 내용으로 하는 증거들은 증거법상 다른 요건들 즉, 관련성, authentication 등의 증거법상 요건, 그리고 헌법상 요구되는 요건들만 충족된다면 매우 다양한 형식으로 법원에 제출되고 있는 것이 실무의 현실임은 이미 거론한 바와 같다.

그렇다면, 우리 형사소송법은 전문증거라는 용어를 받아들여 사용하고 있으나, 그 실질은 직접주의에 가까운 것으로 보아야 할 것이며, 피의자의 진술에 대해 무조건적으로 법정외의 진술이므로 이를 배격하는 태도는 연혁적으로도 옳지 못하다는 점을 지적하지 않을 수 없다⁶⁶⁾.

따라서, 피의자의 진술을 내용으로 하는 증거는 그 형식에 불구하고, 증인의 증언이라면 반대신문의 기회가 확보되고, 기타 서면 등의 형식이라면 증거법상 요구되는 authentication만 확보된다면 당연히 증거로 사용될 수 있는 것이지, 그 증거능력 여부의 판단에 원진술자인 피의자의 진정성립 인정 등의 추가적인 요건은 전혀 필요하지 않다. 문서화된 자백의 경우 요구되는 authentication 또한 그 서면의 내용이 되는 진술의 원진술자가 실제 서명(자필 진술서의 경우에는 직접 작성)을 하였다는 점이 증인의 진술에 의해 인정되면 족한 것이므로 형식적 진정성립과 실질적 진정성립 모두를 요구하는 우리 법의 태도와는 대단히 다른 모습을 보인다.

그러므로, 이하에서 설명하는 증거들은 달리 위법수집증거라는 점 등 특별한 사정이 없는 한 증거능력의 단계에서 크게 다투어지지 않는다는 점을 강조하고자 한다.

(2) 임의성의 문제

65) 2 Edmund M. Morgan. *Basic Problems of Evidence*. 1962. P.266.

66) 덧붙이자면, 연수과정에서 교수 혹은 검사들과의 대화를 나누면서 피의자의 수사단계 진술의 증거능력과 관련한 개념의 차이로 인해 혼동을 가져온 경우도 있었으며, 미국의 교수 혹은 검사들은 우리 형사소송법제에서 피의자의 수사단계 진술이 전문증거로 구분된다는 점에 대해서 매우 흥미롭게 생각하였다.

피의자의 자백이 임의로 이루어진 것이어야 함은 미국의 경우도 마찬가지라고 할 것이나⁶⁷⁾, 경찰관의 기망행위로 자백에 이르게 된 경우 이를 임의성 없는 자백이라고 볼 것인지에 대해서는 우리나라의 통설과 다른 입장에 서있다. 비록 연방대법원의 판결은 아니지만, 연방항소법원인 콜롬비아 특별구 항소법원⁶⁸⁾은 신문과정에서 사용된 일정한 정도의 기망에 대해서는 이러한 기망이 자백의 증거능력을 배제하는 것은 아니라고 판시하였다⁶⁹⁾.

이 사건에서 검찰은 살인강도 피의자의 자백장면이 녹화된 영상녹화물을 증거로 제출하였다. 이 영상물에는 경찰관이 피의자에 대하여 이미 피해여성의 딸인 목격자가 피의자를 용의자로 지목하였고, 법정에서도 목격자가 피의자를 용의자로 지목할 것이며, 현장에서 피의자의 DNA가 검출되었으니 부인을 하여도 소용이 없다는 내용의 언급을 하는 장면이 녹화되어 있다. 그러나 실제로는 당시 피해자가 공격당할 때 함께 있었던 피해자의 딸은 피의자를 범인으로 지목하지 못하는 상태였으며, 범행에 사용된 총기는 확인이 되었으나 총기에서 DNA가 검출된 바는 없었다. 장시간의 신문 끝에 피의자는 결국 범행을 자백하기에 이르렀는데, 이 자백의 증거능력이 다투어진 위 사건에서 법원은 그 신문 방식이 헌법적 한계를 벗어난 것이 아니라고 판시하였다.

반면 기망이 헌법적 하자로서 증거능력을 배제한다고 판시한 사례도 있는데⁷⁰⁾, 이 사건에서 콜로라도주 대법원은 경찰관이 피의자에 대한 공판에서 불리한 증거로 사용하지 않겠다고 약속을 하고 자백을 받으면서 이를 영상녹화하였다면 이는 피고인의 헌법상 권리를 침해하여 공정한 재판을 받을 기본조건을 상실하게 하였다면서 자백의 증거능력을 인정하지 아니하였다. 위 두 판결의 결론에 비추어 보건대, 미국 법원은 경찰의 기망이 피의자의 헌법상 권리를 해하지 아니하는 한도에서 조사 기법으로서 기망행위를 허용하고 있다고 하겠다. 자백의 증거능력을 부인한 콜로라도주 대법원의 사건에서, '유죄의 증거로 제출하지 않겠다'는 내용은 미란다원칙의 내용과 직접 연결이 되는 문제이다. 미란다고지의 내용은 진술거부권과 변호인조력권과 함께 피의자의 진술이 법정에서 불리하게 사용될 수 있다는 점을 고지하고 있는 바, 만약 피의자의 유죄를 입증하는 증거로 제출하지 않겠다는 약속을 하였다면 이는 결과적으로 위 미란다고지를 충분히 이행하지 아니한 것에 다르지 않다고 할 것이다. 그렇다면 이러한 상황에서 자백의 증거능력을 부인한 콜로라도주 대법원의 태도를 이해할 수 있으며,

67) *Mincey v. Arizona*, 437 U.S. 385 (1978); *Arizona v. Fulminate*, 499 U.S. 279

68) District of Columbia Court of Appeal

69) *Beasley v. U.S.*, 512 A.2d 1007 (D.C.App. 1986)

70) *People v. Fisher*, 657 P.2d 922 (Colo. 1983)

Beasley 사건과 함께 고찰하면 미국 형사절차상 피의자 신문시 기망의 허용범위는 피의자의 헌법상 권리의 침해 여부에 있다고 할 수 있겠다.

(3) 미란다 원칙의 준수

미국의 경우 미란다 원칙은 구금상태의 피의자에 대해서만 적용된다. 그러므로, 체포되지 아니한 피의자에 대한 신문에 대해서는 그 적용이 없다. 이는 미체포 상태의 피의자에 대해서도 언제나 관련 고지를 하여야 하는 우리나라와 다른 점으로서, 미란다 원칙 자체가 구금 상태의 피의자의 심리적 압박을 덜고, 헌법상 인정되는 권리를 쉽게 행사할 수 있도록 보장하는데 있다는 점⁷¹⁾을 고려하면 납득이 가능할 것이다.

미란다 원칙의 준수 여부가 반드시 문서에 의해 입증되어야 하는 것은 아니나, 통상 정형화된 형식의 미란다 포기 문서에 피의자의 서명을 받아 놓은 다음 이를 법정에서 현출하는 방법이 사용되고 있다.

미란다 원칙에 대해서는 대법원 스스로도 실제로 강압적인 수사방법이 사용되지 아니한 이상 그 고지 위반만으로는 헌법위반이 아니라고 판시⁷²⁾한 바 있음으로 인해 학자들 그리고 검찰에 의해 지속적인 공격을 받아오고 있다. 1989년 미 법무부가 미란다 원칙의 폐기를 주장하는 공식 보고서⁷³⁾를 법학지에 게재하기까지 한 사실을 보면 미란다원칙이 아무런 반대없이 미국의 모든 사법 영역에서 받아들여지고 있는 것은 아니라는 것을 알 수 있다. 현행 미란다 원칙에 대한 반대는 더 강화된 인권 보호 조치가 필요하다는 주장 즉, 미란다 고지만으로는 헌법적 권리의 보장을 할 수 없으며 오히려 미란다 고지와 피의자의 권리 포기라는 간단한 형식을 통해 피의자의 권리를 봉쇄하는 효과를 가질 뿐이라는 주장⁷⁴⁾에서, 미란다 원칙은 진실발견의 장애요소라는 실무적 주장⁷⁵⁾에 이르기까지 다양한데, 다만 학설의 주류는 이러한 미란다 원칙의 폐기는 경찰의 강압수사를 가져올 것이 분명하다는 점에서 유지의 입장을 취하고 있다.

71) *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966)

72) *Michigan v. Turker*, 417 U.S. 433 (1974) 이 판결에서 미 연방대법원은 미란다 원칙은 헌법상 원칙이 아니라 헌법상 보장되는 자기부죄금지, 변호인 조력권 등을 보장하기 위한 안전장치라고 판시하였다. 결국 이러한 논리에 의할 때 미란다 원칙은 불변의 헌법원칙이 아닌 사법정의의 실현이라는 목적에 부합하도록 수정, 보완될 수 있는 것이 된다.

73) Department of Justice, Office of Legal Policy, "Truth in Criminal Justice" series Office of Legal Policy: The Law of Pretrial Interrogation", 22 *U. Mich. J. L. Reform*, 1989, P.437.

74) Richard A. Leo, "Miranda and the Problem of False Confessions, in *The Miranda Debate: Law, Justice and Policing*, (1998) P.271 ; Richard A. Leo, "Inside the Interrogation Room", 86 *J. Crim. L. & Criminology* 266 (1996): 각 주 47)의 Richard A. Leo et al. P.497에서 재인용.

75) 주 73) 참조.

(4) Authentication

미 연방 증거법상 증거능력이 인정되기 위해서는 우리 법률상 문서의 진정성립에 해당하는 요건으로 authentication이 필요하다. 우리 법의 진정성립과 다른 점이라면 authentication은 문서만이 아니라 대화 상대방의 특정 및 컴퓨터 출력물의 진정성에 대해서도 적용된다는 점을 들 수 있다. 미 연방 증거법에 의하면 authentication은 증거능력 인정을 위한 조건으로서, 작성자의 특정 등 증거와 관련하여 문제되고 있는 사실이 그 증거를 제출한 자가 주장하는 바와 같음을 인정할 수 있는 증거를 제출함으로써 가능하다⁷⁶⁾.

미 연방증거법은 이러한 authentication 충족의 요건을 예시하고 있는데⁷⁷⁾ 그 중 피의자의 자백 진술과 관련한 것은 '관계 사실을 알고 있는 자의 증언(testimony of witness with knowledge)' 항목⁷⁸⁾이다. 따라서 자백이 문서화된 경우, 문서화된 자백에 피의자가 서명을 할 때 입회하였던 경찰관의 증언에 의해 피의자가 자백 취지의 진술이 기재된 문서에 서명한 사실이 있다는 점을 입증한다면 문서화된 자백의 authentication 요건은 충족된다⁷⁹⁾. 그러한 경우는 거의 상정할 수 없겠으나, 입회경찰관이 없는 경우라도, 평소 피의자의 필적과의 비교⁸⁰⁾, 피고인의 필적을 아는 자의 증언⁸¹⁾ 등으로 입증이 가능하다.

따라서, 문서화된 자백의 증거능력 취득에 있어 authentication이 문제되는 경우는 거의 없으며, 이점에서 진정성립 문제가 법정에서 치열하게 다투어져 온 우리 형사절차와 다른 모습을 보이고 있다.

2. 피의자 진술 현출 방식

가. 개요

76) FRE § 901 (a) The requirement of authentication or identification as a condition precedent to admissibility is satisfied by evidence sufficient to support a finding that the matter in question is what its proponent claims.

77) FRE § 901 (b)

78) FRE § 901 (b) (1) Testimony of witness with knowledge. Testimony that a matter is what it is claimed to be

79) Advisory Committee's Note 56 F.R.D. 183, p.332

80) FRE § 901 (b) (3) 전문가의 물론이고 배심, 판사 등 심리를 담당하는 자의 비교에 의해서도 인정 가능하다.

81) FRE § 901 (b) (2) 다만, 필적을 알고 있게 된 경위가 소송을 준비하고자 하는 목적인 경우는 제외한다.

진술한 바와 같이, 형사소송법상 피의자의 진술을 기록하는 형식과 기록에 포함되어야 할 내용을 규정하는 우리나라나 독일의 경우와 달리, 미국의 연방 형사소송법은 그러한 절차규정을 두고 있지 아니하며 주의 형사소송법 또한 그러한 규정을 발견할 수 없었다. 따라서 매우 다양한 형식으로 그 진술내용이 현출되고 있는데, 대표적인 것이 녹음·녹화테이프, 문서화된 자백(written confession), 조사자의 증언, 수사보고서 등이다.

나. 녹음·녹화 자료⁸²⁾

녹음녹화자료는 법정에서 재생되는 방법으로 현출되며, 녹음녹화자료 자체가 증거가 된다. 영상녹화물의 경우, 음성과 영상을 통해 그 자백의 내용이 그대로 전달될 수 있으므로 달리 문제는 발생하지 않는다. 연방과 주 법원 모두 녹음녹화자료가 수사과정의 진술을 현출할 수 있는 증거능력있는 증거라는 취지로 판시해 오고 있다.

8th circuit 연방항소법원은 이미 1972년 피의자의 진술 장면이 녹화된 영상물에 대하여 임의성이 인정되는 이상 진술이 녹화되었다는 사실이나, 이 영상녹화물이 배심에게 현출되었다는 사실로부터 피고인의 헌법상 권리가 침해되었다고 볼 수 없다고 판시하여 영상녹화물의 증거능력을 인정하 바 있다⁸³⁾. 미주리주 대법원 또한 증거능력에 대한 엄격한 법원칙들이 검사를 구시대적인 입증방법에만 매달리게 해서는 안되며 피고인의 수사단계 자백이 녹화된 영상물이 '감성적 충격(emotional impact)'을 줄 수 있다는 주장만으로는 그 영상물의 증거능력을 부인할 수 없고, 배심원들이 그러한 녹화물을 보아서는 안될 어떠한 이유도 없다고 판시하였다⁸⁴⁾.

최근에는 조사과정 영상녹화물로 인해 기만적인 신문기법의 사용 사실을 드러내거나⁸⁵⁾ 기타 절차상 위법이 확인되는 경우⁸⁶⁾에만 그 영상녹화물의 증거능력이 다투어지

82) 이 부분의 내용은 김후곤 검사의 블로그(<http://blog.naver.com/hoogonk?Redirect=Log&logNo=120013073356>) 게재된 미국 법원의 판결례를 상당 부분 참조하였다.

83) *Hendricks v. Swenson*, 456 F.2d 503 (8th Cir. 1972) "The constitutional rights of defendant were not impinged by reason of the fact that his statements, which were freely and voluntarily given to the police, were recorded on video tape (which recorded petitioner's picture as well as his voice) or by fact that the recording was shown to the jury after a proper foundation for its admission had been laid."

84) *State v. Lindsey*, 507 S.W.2d 1 (Mo 1974) "Restrictive rules governing admissibility of such evidence should not be such as to tie the hands of the prosecution to 'horse and buggy' methods of proof. video tape of defendant giving a confession was not rendered inadmissible by the alleged "emotional impact" of the evidence, and there was no justifiable reason why the jury should not have viewed the video tape in this case."

85) *People v. Fisher*, 657 P.2d 922 (Colo. 1983)

고 있다. 이러한 상황은 그 자백 진술이 영상녹화되어 있다고 하여 특별히 다루어질 것은 아니며 조사자의 증언 혹은 문서화된 자백의 경우에도 마찬가지로 증거능력 문제가 다루어 질 수 있다. 오히려 영상녹화로 인해 적법절차 미준수 여부에 대한 입증 이 용이해 졌다는 점에 의미가 있을 뿐, 영상녹화라는 기법 자체가 증거능력에 영향을 미치는 것은 아니라는 점에 현재로서는 별다른 이의가 없는 것으로 판단된다.

다만, 학자들 중에는 녹음녹화자료를 통해 신문의 전과정이 현출될 경우, 구체적인 강압 혹은 선처의 약속 등이 이루어진 바 없더라도 전문가 증언을 통해 신문 과정에서 피의자의 의지가 압도되어 자기결정권을 상실하였다거나, 피의자로서는 조사경찰관의 신문행위의 전취지에 비추어 자백할 경우 선처가 약속되고 계속 부인할 경우 해악이 있을 수 있다는 인식을 한 것으로 보인다는 주장이 빈번할 것이라고 주장하는 경우도 있다⁸⁷⁾. 주 법원에서 심리된 사건 중에서는 이미 그러한 주장이 이루어지고 그러한 주장을 법원이 받아들여 자백의 증거능력을 배제한 사건도 등장한 바 있다⁸⁸⁾.

이러한 상황은 강압수사를 지양하기 위한 제도적 보완장치로서 도입된 영상녹화제도가 정상적인 수사활동의 저해요소로 기능할 수 있음을 시사하는 것으로서, 수사의 전 과정을 녹화하도록 함으로써 피의자를 설득하여 자백에 이르게 하는 자백 이전의 과정까지도 녹화될 수 밖에 없는 우리 형사소송법의 영상녹화제도에 있어서도 그 발생 가능성을 배제할 수 없다⁸⁹⁾.

다. 문서화된 자백(Written Confession)

문서화된 자백은 그 자체로 증거가 된다. 진술한 바와 같이 전문증거와 관련된 제한을 받지 않는 것이며, authentication으로 족하다. 단 임의성, 미란다원칙 등 다른 요건

86) State v. McCoy, 692 N.W.2d 6 (Iowa 2005)

87) Inbau, p.396. 그러한 주장은 대부분 심리학과 관련된 전문가 증인(expert witness)를 통해 이루어질 것이다.

88) People v. Delisle, 183 Mich. App. 1990, P.713.

89) 형사소송법 개정 과정에서 검찰은 영상녹화제도의 도입에 적극적이었다. 이는 검찰 조서의 증거능력 인정과 관련하여 그간 법원이 보여주었던 소극적인 태도, 그리고 수사단계 자백의 반복만으로 손쉽게 자백 조서의 증명력을 배척하는 관행에서 비롯된 것이라고 하겠다. 영상녹화제도의 도입에 따라, 법정에서 영상녹화물이 상영을 통해(영상녹화물의 법정 상영을 제한하려는 법원의 소극적 해석 태도에 미루어 볼 때 그러한 경우도 매우 제한적일 것으로 보인다) 조서의 증거능력을 획득하고, 그 증명력을 강화할 수 있는 장점이 예상되는 것은 물론이나, 이에 대한 다양한 방어방법으로서 우리 법정에서도 심리학자의 녹화물 분석을 통해 심리적 압박의 존재를 주장하고, 진술의 임의성을 다루는 상황도 예상된다. 즉, 영상녹화물이 피의자에게는 진술의 임의성을 다룰 수 있는 새로운 자료를 제공하는 양날의 칼이 될 수도 있다는 것이다. 그러므로 우리 형사절차상 영상녹화제도의 운용과 관련하여 이러한 문제점을 예상하고 이에 대한 대응방안을 마련하는 것이 필요하다고 사료된다.

의 충족 여부는 별개의 문제로서, trial 이전에 증거배제심리과정에서 다루어진다.

문서화된 자백의 증거능력 획득에 관하여 현재까지 미 연방대법원의 판결은 존재하지 않으나 주 법원의 판결례를 검토한 결과 상당수 주에서 증거능력을 인정한 판결을 발견할 수 있었다⁹⁰⁾⁹¹⁾. 노스캐롤라이나의 경우를 예로 들면, 피의자의 자백 진술이 기재된 서면이 경찰관에 의해 작성되는 경우, 이를 피의자에게 열람하게 하거나 읽어주어야 하고 서명을 받거나 수정의 기회가 허용되었음이 입증될 때에만 그 서면의 증거능력이 인정될 수 있으며 다만 조사과정의 대화를 정확히 반영할 수 있도록 진술 그대로 기재가 된 경우라면 그러한 과정은 필요하지 않다는 것이 확립된 판례이다⁹²⁾.

그러나, 문서화된 자백으로서 증거능력을 가질 수 없는 경우라 할지라도 조사 경찰관이 증언을 하면서 기억을 되살리기 위한 기록물(recorded recollection)로서 이를 바탕으로 증언을 한다면 문서화된 자백이 법정에 현출되는 것과 다르지 않은 결과를 얻을 수 있다. 미 연방증거법은 전문법칙의 예외로서 증인이 한 때는 정확히 알고 있었으나 현재 그 기억이 산일 되어 완전하고 정확한 증언이 어려운 경우 그 사항에 관하여 증인이 아직 기억이 생생할 시기에 이를 정확히 반영하도록 적성된 메모 혹은 기록

90) 형사소송과 민사소송에서 적용되는 증거법원칙이 다르지 아니하며, 피의자의 진술은 반대당사자의 인정사실의 한 종류로서 전문증거에서도 배제되는 미국의 경우, 피의자의 자백의 증거능력과 관련한 다른 요소 즉 미란다원칙의 준수, 진술의 임의성 등이 입증되는 이상 그 자백을 법정에 현출하는 수단에 대해서는 별다른 제한이 존재하지 않고, 다만 각 현출 수단에 따른 authentication만 충족된다면 그 증거는 증거능력이 있다고 할 것이므로 written confession의 경우도 자백의 현출을 위한 증거방법으로 인정되는 것은 당연한 귀결인 것으로 보인다.

91) Leonard Fields v. Nebraska, 125 Neb. 1933, P.290. 이 사건에서 네브라스카주 대법원은 속기사가 피의자의 진술내용을 속기한 문건을 증인대에서 낭독한 경우 그 증거능력을 인정하였다. Oregon v. Ellis, 232 Ore. 70 (1962) 오레곤주 대법원은 그 임의성에 대한 입증이고 피고인에 의해 작성되거나 피고인의 서명이 들어 있는 경우 이는 문서화된 자백으로 그 증거능력이 있으며, 피고인이 열람의 기회를 가지고 피고인이 그 내용을 정확한 것으로 시인하였다면 이 경우도 역시 증거능력이 있다.(If it were written by him or bore his signature, upon preliminary proof of its voluntary character, the instrument would have been admissible as a written confession, or if it had been shown to or read by him and had been acquiesced in by him as correct, the same result would follow.)고 판시하였다. State v. Wagner, 343 N.C. 250 (1996); State v. Brtlett, 121 N.C. App. 521.

92) State v. Wagner, 343 N.C. 250 (1996); State v. Brtlett, 121 N.C. App. 521 이 사건에서 노스캐롤라이나주 항소법원은 문서화된 자백은 (1) 피고인에게 열람하게 하거나 읽어준 다음 서명을 받거나 수정이 허용되었다는 점이 입증되거나, (2) 질문과 답변이 피고인이 말한 그대로 기재되어 있다는 점이 입증되어야 증거능력이 있다(A defendant's written statement may not be introduced into evidence unless (1) it was read to or by the defendant and signed or otherwise admitted to being corrected or (2) it was a verbatim record of questions asked and answers given by the defendant)고 판시하였다. 피고인은 수사단계에서 자백한 다음 경찰관이 수기로 진술내용을 기재한 서면에 서명을 거부하였던 바, 법원은 진술내용을 기재한 경찰관이 질문은 이를 기재하지 아니하였으며, 법정에서 피고인의 답변을 기재한 부분이 피고인의 진술을 정확히(correctly) 반영하고 있다는 취지로 증언한 사실이 없다는 이유로 위 서면의 증거능력을 부인하였다.

은 증거능력이 있는 것으로 정하고 있다⁹³⁾. 다만 반대 당사자가 그 메모 혹은 기록 자체를 증거로 제출하지 아니하는 이상 그 자체가 증거로 제출되지는 못하고, 법정에서 그 기재내용이 낭독될 수 있을 뿐이라는 제한이 따른다⁹⁴⁾. 결국 조사 경찰관의 증언 시 피고인의 자백내용을 기재한 서면을 위 규정에 해당하는 문건으로 입증한다면 이를 낭독함으로써 그 내용을 현출할 수 있는 것이다⁹⁵⁾.

라. 수사보고서

수사보고서가 조사 경찰관의 질문과 피의자의 답변을 그대로 기재하는 형식을 취하지 아니하고 진술의 개요를 정리하는데 그쳤다면 이는 기억을 되살리기 위한 자료로 사용될 수 있을 뿐, 이 자체가 증거로 되지는 못한다. 다만 이미 기술한 바와 같이 증언 과정에서 피의자의 진술내용에 대한 기억을 되살리기 위해 그러한 수사보고서를 활용하는 것은 가능하다⁹⁶⁾. 이 경우에도 피고인측의 요청에 의해 그 수사보고서의 열람기회를 부여야 한다. 수사보고서의 작성은 상당히 구체적으로 이루어지는 것이 통상의 예이다. 대부분 피의자 혹은 참고인을 만나게 된 경위로부터 조사 혹은 신문을 개시한 시각과 종료한 시각, 진술의 내용 등을 상당히 구체적으로 기재한다.

마. 조사자 증언⁹⁷⁾

(1) 개요

조사자의 증언은 가장 대표적인 피의자 진술 현출방법의 하나이다. 미국의 경우 조사자의 증언은 일반인 증인(lay witness)으로서 전문가 증인(expert witness)와 달리 의견의 표명은 불가능하고, 경험한 사실만을 공술할 수 있다. 우리나라에서는 조사경찰관의 증언은 그간 사법경찰관작성 피의자신문조서에 대한 극도의 증거능력 제한의 회피방안으로 간주되어 대법원 판례에 의해 그 가능성이 봉쇄되어 왔다. 그러나 형사소송법의 개정예에 의해 조사 경찰관의 증언을 통해 피의자의 진술 내용을 법정에서 현출할 수 있게 되었다. 하지만, 새로이 도입된 제도로서 그 운용경험이 없다는 점은 그 활용에

93) FRE § 803 (5)

94) 주 93) 참조

95) William Vena Jordan v. Colorado, 151 Colo. 133 (1962); Hall v. State 223 Md. 158 (1960)

96) 주 93) 참조.

97) 본 항목은 Inbau에 상당부분 의존하고 있다.

있어 상당한 주의를 기울일 필요가 있다고 하겠다.

조사자가 피의자의 자백과 관련하여 증언할 경우 가장 우선하여야 할 것은 진실을 전달하는 것이다. 그러나, 변호인으로서의 조사과정의 강압 혹은 회유 등의 사정이 있는지, 사건이 오직 피의자의 자백에 의존하여 진행된 수사인지 등을 강조함으로써 자백의 증명력을 저감하거나 증거능력에 대한 의문점을 부각하고자 노력할 수 밖에 없으므로 이러한 변론전략에 대응하여 피의자의 진술 내용을 효과적으로 전달하는 방안을 모색함 또한 중요하지 않을 수 없으며, 배심제 하의 공소유지에 있어서는 더욱 중요하다고 하지 않을 수 없다⁹⁸⁾.

(2) 증언 준비

(가) 적절한 문서화

장기간 계속되는 공판절차, 특히 배심원선정, 증거배제 등을 결정하는 본안절차 등으로 인해 미국의 경우 조사 시점부터 조사자 증언 시점까지의 시간적 간격이 상당하다. 따라서 기억의 멸실에 따른 잘못된 증언이나 불명확한 증언을 회피하기 위해 적절한 문서자료를 준비하는 것이 권유된다. 문서화된 자백이 피고인의 서명을 받아 확보되었다면 별 문제가 없다고 하겠으나, 그에 실패할 경우에 대비하여 적절한 자백 내용의 메모가 필수적이다⁹⁹⁾.

다만, 미국의 경우 기억을 보조하기 위해 증인이 참고하는 문건은 이를 피고인 또는 변호인이 열람할 권한을 가지고 있으므로¹⁰⁰⁾, 그 기재내용에 변호인측에게 공개되어도 별다른 문제가 없는 내용만 포함될 수 있도록 주의를 기울일 필요가 있다.

변호인의 신문은 경찰의 수사보고서 혹은 문서화된 자백을 기초로 이루어지는 경우

98) Inbau, PP.449-450은 다음과 같은 예를 들고 있다. 변호인에 의해, '증인은 아무런 실체적 증거없이 피고인을 신문하였지요'라는 질문이 행해졌다고 한다면, 증인대의 조사자는 '실체적'이라는 단어에 매몰되어 '당시 획득가능한 최선의 증거를 활용하였다'는 직접적 대답을 회피하는 내용의 답변을 하거나, '그렇다'는 대답 - 변호인의 의도에 부합하는 - 을 할 수 있다. 그러나 전자는 법원 혹은 배심에 모호함을 더할 뿐이며, 후자는 조사과정의 강압을 유추할 수 있는 자료를 제공할 뿐이다. 범인의 유전자, 흉기에서 발견된 지문 혹은 목격자 등만이 증거가 아니라 피고인을 피의자로 특정하게 된 경위가 된 모든 사정이 증거로 기능하는 점을 고려할 때 조사자는 단호히 '그렇지 않다'는 답변도 가능하다고 할 것이다.

99) 메모에 포함되어야 할 사항으로서 자백의 내용 외에 다음과 같은 내용이 권유되고 있다. ① 미란다 고지 여부, 누구로부터 언제 ② 미란다 고지가 없었다면, 피의자에게 체포상태가 아니며 자유롭게 떠날 수 있다는 사실을 고지하였는지 여부 ③ 신문 시작 및 종료시각 ④ 피의자에게 물, 음식 제공 및 휴식시간 보장 등 기본적인 요구가 충족되었는지 여부 ⑤ 신문 시작 당시 피의자의 심리적 상태 ⑥ 피의자가 자백을 결심한 질문 ⑦ 자백 당시 피의자의 태도 ⑧ 참여자

100) FRE § 106.

가 일반적인데, 문서화된 자백의 경우, 유도신문 등 경찰의 기술적인 suggestion이 있었는지 여부에 집중되며, 드물게는 문서화된 자백에 있어 피의자의 서명 이후 추가적인 기재가 이루어졌거나 서명한 문서의 내용을 알지 못하였을 가능성을 추궁하게 된다.

수사보고서에 대해서는 복수의 수사보고서간 불일치점, 특히 미란다 고지의 실행과정, 조사 과정에서의 참여자 등과 관련된 불일치 혹은 일관성의 상실을 지적하는 신문을 예상할 수 있다. 따라서 경찰관은 다른 수사관의 수사보고서를 주의 깊게 읽고 그 내용을 숙지한 상태로 조사 및 수사보고서의 작성에 임하여야 상호간 모순되는 결과를 피할 수 있다. 증언에 대비하는 경찰관은 언제나 조사상황과 내용을 변호인보다 훨씬 더 잘 알고 있다는 점을 잊지 말고 자신있는 태도로 임해야 한다.¹⁰¹⁾

(나) 기록의 정사

증언이 예정된 공판이 다가올 경우, 수사관은 문서화된 자백, 수사보고서 및 다른 증인의 진술 등의 내용을 숙지하여 변호인의 신문에 대응할 준비를 하여야 하며, 각 개별 내용을 신속히 파악할 수 있도록 정리하는 것이 바람직하며, 증언 전에는 검사를 만나 협의할 하여야 하며, 자신이 알고 있는 증언의 취약점에 대해 미리 검사에게 알려주어 대비할 수 있도록 해야 한다.¹⁰²⁾

특히 피의자의 자백 당시의 상황에 대해 증언을 할 수 있는 다른 사람이 있는 경우 그 사람의 증언 내용을 숙지하고 있어야 하며, 이러한 준비는 변호인이 조사자에 대해 다른 사람의 증언내용과 차이점이 있음을 지적하는 신문을 하는 경우에도 당황하지 않고 의연한 대처를 가능하게 할 것이다.

(3) 효과적인 증언을 위한 권고

(가) 피고인의 반대당사자 이미지 회피

검사의 대리인 혹은 지휘를 받는 자의 이미지를 지우고 중립적인 입장에서 경험한 사실을 객관적으로 전달하는 자로서의 이미지를 부각시킬 필요성이 있다¹⁰³⁾.

101) Inbau. P.452.

102) Inbau. P.453.

103) Inbau. P.453: 비록 증언을 하는 조사자는 변호인보다는 검찰과 밀접한 관계를 가진 것은 사실이나, 법정에서 조사자가 검찰의 대리인 혹은 소속 직원처럼 비치는 것은 피하여야 한다. 증언을 하는 조사자 스스로 피고인의 유죄입증에 매달리는 모습을 보인다면 오히려 이는 증언의 신빙성에 심각한 손상을 가져올 수 있으며 편파적이라는 인상을 불러일으킬 위험도 크다. 증언 중 조사자가 유념하여야 할 것은 검사의 입증을 최대한 돕는다는 것이 아니라 판사와 배심원에게 쟁점을 얼마나 잘 이해시켰는지 여부여야 한다. 배심에게 이러한 중립적인 이미지를 부각시키는 방법은 검사의 유도신문성 질문에 대해 적절한 방법으로 부동의불 표시하는 것이다. 적절한 부동의는 오히려 증언의 신빙성을

(나) 증언 태도

증인이 무엇을 말하였는가 보다 어떻게 말하였는지가 더 중요하다는 외국의 법언이 있다. 흥분하여 말을 더듬는 증인이 진실을 말하더라도, 세련되게 거짓진술을 하는 증인보다 배심원의 신뢰를 받지 못하는 경우가 많다. 따라서, 증인은 배심원이 생각하는 '진실을 말하는 증인'의 이미지에 부합하도록 노력할 필요가 있다.

과도한 공격성이나 자기확신 등을 표출함으로써 신뢰를 저하시킬 수 있는 태도나 신뢰감을 저하시킬 수 있는 복장은 이를 피하여야 하며, 특히 변호인과 논쟁을 하는 것은 진술의 취약부분을 노출시킬 뿐이며 논쟁과정에서의 공격적인 태도를 빌미 삼아 자백의 임의성이 공격당할 위험도 있으므로 공격적 질문이 있더라도 담담하지만 단호하게 진실만을 진술하는 것으로 족하다.¹⁰⁴⁾

발언의 태도 못지않게 몸가짐 또한 중요하다. 필요없는 웃음, 불안한 듯 한곳에 고정되지 못한 시선은 배심원들에게 좋지 않은 이미지를 전달할 우려가 크다. 최근 연구결과에 의하면 배심원들은 증인의 증언 내용뿐만 아니라, 증인의 몸가짐 또한 매우 유심히 관찰하는 것으로 확인되었다.¹⁰⁵⁾

(다) 신중한 용어 선택

증인의 공술만이 기재되고 증언 태도 등을 관찰할 수 없는 항소심의 경우를 고려하면, 증인이 사용하는 언어에 대해서도 세심한 주의를 기울여야 한다. 그러므로, 변호인의 질문이 모호한 개념을 포함하고 있을 때에는 증인이 직접 변호인에게 그 개념을 구

제고하고 증립적 이미지를 구현하는 적절한 방법이다.

104) Inbau, PP.455-456: 공격적인 변호인의 질문에 대해서는 재판장에 대한 질문을 효과적으로 사용할 필요가 있다면 다음과 같은 예를 들고 있다.

문 : 증인이 신문당시 피의자에게 신문의 주 내용을 미리 알려준 것은 자백할 경우 선처를 받을 수 있다고 회유하기 위한 목적이 아닌가요.

답 : 실무상, 많은 경우...

문 : 증인, 예 혹은 아니오로 대답해 주세요. 증인은 피의자에게 자백할 경우 선처를 받을 수 있다는 생각을 유도하고자 신문의 주요 사항을 미리 알려 준 것이 아닌가요.

답 : 재판장님, 이 질문에 대해서는 '예, 아니오'만으로는 진실에 부합하는 증언을 하기 어렵습니다. 설명을 해도 괜찮을까요.

이 경우 재판장으로서의 증인의 요구를 거부하기 어렵다. 의도적인 질문의 회피가 아니라면 변호인의 부당한 요구에 대해서는 증인 스스로 재판장에게 그 판단을 구하는 것도 유용한 방법이다.

105) 듀크대 로스쿨에 교수로 재직중인 Vidmar 교수는 심리학전공자로서 법학관련 학위를 가지고 있지 아니하나, 배심제의 운용과 관련하여 미국 전역에서 권위를 인정받고 있다. 위 교수의 세미나 과정에서 위 교수가 진행하고 있는 연구인 '배심원 평의 과정 분석'의 진행 상황을 소개받았는데, 이 기회에 상해 사건의 실제 평의 과정 녹취록 일부를 접할 기회를 가졌다. 위 녹취록에서 한 배심원은 피고인에게 맞아 허리를 심하게 다쳤다는 피해자가 방청석에서 장시간의 재판진행 동안 계속 곯은 자세로 앉아 있었던 점을 지적하면서 과연 피해자의 주장과 같은 상해가 발생하였는지에 대해 의문을 제기하는 장면이 있었는데, 이렇듯 배심원들은 법정에서의 검찰과 변호인의 공방의 내용뿐만 아니라 법정 전체의 분위기와 방청객의 태도까지 유심히 관찰하는 것이 일반적이라 한다.

체화하여 줄 것을 요구하는 것이 적절하다.¹⁰⁶⁾

(4) 반대신문에 대한 대응

반대신문은 우선 자백이 허위로 이루어졌을 가능성에 대해 집중될 가능성이 높다. 따라서, 자백을 진실한 것으로 판단한 근거와 허위 자백을 할 이유나 환경이 아니었다는 점을 구체적으로 밝힐 필요가 있다.

증언과 관련하여 검사와 미리 협의를 한 사실이 있느냐는 반대신문이 이루어질 경우, 증언전 검사 혹은 다른 수사관과의 면담 사실을 사실대로 증언하되, 그 면담의 목적은 증언취지의 고지, 기억의 환기에 있을 뿐, 증언 내용의 조작 등에 있지 않음을 전달하여야 할 것이다.¹⁰⁷⁾

반대신문시 가정적인 상황을 전제한 신문에 대해, 경찰관이 이러한 반대신문의 취지에 동의할 경우 그 증언 취지가 호도될 가능성이 높다. 따라서, 가정적인 상황이 질문에 포함될 경우 경찰관은 가정적인 상황의 구체적인 취지를 밝혀줄 것을 변호인에게 요구하는 것이 상당하며, 그에 따라 답변의 내용을 결정하는 것이 필요하다.¹⁰⁸⁾

IV. 우리 형사소송법 개정과 피의자 진술 현상

1. 개정 개요

2007년의 형사소송법 개정에 따라, 피의자의 수사단계 진술을 증거로 제출하는 방식에는 적지 않은 변화가 초래되었다. 우선 2004년 대법원 전원합의체 판결¹⁰⁹⁾ 이후, 피의자의 진정성립 부인 진술이 있을 경우 진정성립을 입증할 방법이 없었던 모순이 해결되어 피고인인 피의자 신문조서의 진정성립을 부인할 경우에도 진정성립이 입증되면 증거능력이 부여될 수 있도록 하였다¹¹⁰⁾.

나아가 영상녹화제도가 법제화되었으나¹¹¹⁾, 그 증거능력에 대해서는 진정성립 입증을 위하여 사용할 수 있다는 내용만이 명시¹¹²⁾됨으로써 엄격한 증명을 위한 증거능력

106) Inbau. P.459.

107) Inbau. PP.468~469.

108) Inbau. P.470.

109) 대법원 2004. 12. 16. 선고 2002도537 판결

110) 형사소송법 제312조 제2항

111) 형사소송법 제224조의2

여부에 대해서는 논란의 여지가 남게 되었다.

또한, 조사자 혹은 참여자의 증언으로 피의자의 진술을 현출할 수 있게 됨으로써¹¹³⁾, 그 동안 대부분의 부인사건에서 내용부인을 통해 손쉽게 그 증거능력이 배척되던 경찰 조사 결과에 실질적 의미를 부여하는 계기가 되었다고 하겠다.

피의자의 진술을 담아내는 형식으로서 조서가 그대로 유지됨으로써, 조사자의 증언, 조서, 영상녹화의 관계를 어떻게 규정하여야 하는지에 대한 논란도 남겨 놓게 되었다. 특히 피의자의 진술은 조서에 기재하여야 한다는 형사소송법의 규정¹¹⁴⁾이 개정되지 아니하고 그대로 유지되고 있는 사실은 영상녹화 및 조사자 증언의 법제화에도 불구하고 조서의 작성을 의무적인 것으로 해석하는 것이 개정내용과의 균형적 해석인지에 대한 논의가 필요하게 하였다.

2. 실무상 문제점

가. 영상녹화물의 증거능력

조서의 진정성립의 입증에만 제한적으로 사용되어질 것인지, 공소사실의 입증을 위한 증거로 사용될 수 있는 것인지에 대한 논의가 필요하다. 영상녹화물의 증거능력에 관한 우리 형사소송법상 규정은 두 곳에서 발견할 수 있다.

그 하나는, 검사작성 조서의 진정성립 입증의 수단으로 예시된 형사소송법 제312조 제2항 및 제4항이며, 다른 하나는 탄핵증거와 관련하여 영상녹화물을 피고인과 피고인 아닌 자의 법정진술시 기억 환기를 위해 사용할 수 있다는 취지의 제318조의2 제2항이다.

제312조를 포함하여 전문증거의 증거능력과 관련하여 총론적 규정인 제310조의2는 '진술'과 진술을 기재한 '서류'의 증거능력만을 부인하고 있다. 전문법칙 또한 타인의 진술을 내용으로 하는 증거가 가지는 본질적인 문제점, 즉 왜곡의 가능성을 우려한 것이므로¹¹⁵⁾ 진술을 그대로 반영하는 영상녹화물은 진술의 전부를 녹화하였다는 점만

112) 형사소송법 제312조 제2항

113) 형사소송법 제316조 제1항

114) 형사소송법 제244조 제1항

115) 반대신문의 불가능성 또한 전문법칙의 주요 내용이라 할 것인데, 특히 피의자의 경우 변호인에 의한 신문은 통해 반대신문의 효과를 거둘 수 있다고 할 것이므로 전문법칙 적용의 이유에 반대신문과 관련된 문제점이 거론될 이유는 없다. 이에 더하여 진술한 바와 같이 피의자의 진술은 반대신문의 가능성이라는 측면에서 미국 증거법상으로는 전문진술로 취급되지 않는다는 점 또한 다시 강조하고자 한다.

인정된다면 그 증거능력을 부인할 이유가 없다. 이러한 점에서 영상녹화가 법제화되었음에도 형사소송법 제310조의2에 의해 증거능력이 배제되는 진술 보존 수단으로서 '영상녹화물' 혹은 '전자기록물'이 추가되지 아니한 것은 입법 과정에서의 누락이 아니라 영상녹화물에 대해서는 전문법칙의 적용이 되지 아니함을 명시한 것이라고 해석함이 상당하다.

기억의 환기와 관련된 제318조의2 제2항이 정하는 것은 피고인 혹은 피고인 아닌 자에게 시청을 허용된다는 것일 뿐, 영상녹화물의 증거능력을 직접 규정하고 있지 아니함에 주목할 필요가 있다. 제318조의2 제1항이 '제312조부터 제316조까지의 규정에 따라 증거로 할 수 없는 서류나 진술이라도' 이를 탄핵증거로 사용할 수 있다고 규정하고, 제2항에서 영상녹화물의 시청가능성을 규정하면서 첫머리에 '제1항의 규정에 불구하고'라는 부분을 삽입하고 있기 때문에, 영상녹화물이 제312조 내지 제316조의 규정에 의하여 증거능력이 없는 진술 혹은 서류의 일종이지만 제318조의2 제2항에 의해 제한적으로 활용의 가능성을 열어둔 것이라고 주장할 여지가 없는 것은 아니다.

그러나, 제312조 내지 제316조는 명백히 '조서'와 '진술서'의 증거능력을 규정하는 것일 뿐, 영상녹화물의 증거능력을 규율하고 있지 아니한 점, 위에서 본 바와 같이 제310조의2 역시 '진술'과 '서류'만을 그 증거능력 배제의 대상으로 보고 있는 점에서, 그와 같은 해석은 법의 전 취지와 구조에 부합하는 것이 아니다.

오히려, 이 규정의 의미는 증인이 수사기관 진술 당시로부터 시간이 경과하여 기억이 멸실된 경우 허위의 증언이 아님에도 기억의 불분명 때문에 증인의 신빙성이 탄핵되는 상황을 초래되는 것을 방지하고자 함에 있다고 해석하여야 한다. 즉, 제318조의2 제1항은 피고인 혹은 증인에 대한 신빙성 탄핵의 가능성을 넓게 열어두면서도, 제2항에서 피고인 혹은 증인이 수사기관 진술시의 진술 내용을 시청함으로써 기억의 환기를 통해 신빙성에 대한 탄핵을 방지하고 대응할 수 있는 기회를 부여한다는 것이다. 이렇게 해석한다면 전문증거와 관련하여 조서와 진술서를 중심으로 규정하고 있는 형사소송법의 전취지와 제318조의2 제1항과 제2항의 원칙과 예외 형식의 규정이 조화롭게 해석될 수 있다고 할 것이다¹¹⁶⁾. 그러므로 동 조항은 만약 검사가 영상녹화물을 증

116) 예를 들어 기억이 불분명한 피고인이나 피의자의 경우 영상녹화물의 시청 없이 진술을 하고 그 취지가 수사기관에서의 진술과 다를 경우 영상녹화물, 조서 등이 이전의 모순 진술을 담은 탄핵증거로 제출되어 검사 혹은 변호인은 피고인이나 증인의 신빙성을 다룰 수 있다. 그러나, 피고인이나 증인은 법정 진술 전에 수사기관에서의 진술을 시청함으로써 이전의 진술내용과 자신이 법정에서 공술하고자 하는 내용을 비교할 수 있는 기회를 가질 수 있고, 이를 통해 위와 같은 탄핵의 가능성을 사전적으로 봉쇄할 수 있다. 즉, 증인으로 하여금 과거와 불일치하는 증언으로 인해 받게 될 공격으로부터 벗어날 수 있도록 해준다는 점에서 '탄핵증거의 활용과 관련된 제1항'의 규정에도 불구하고라는 내용이 삽입되었다고 보아야 할 것이다.

거로 제출하지 아니할 경우에는 피고인 혹은 피고인 아닌 자가 진술 내용의 환기를 요구할 경우에만, 그에 '한하여' 검사에게 그 공개를 의무화하였다고 봄이 상당하다.

이상에서 검토한 바와 같이 우리 형사소송법에는 영상녹화물을 전문증거로 규정하거나, 그 증거능력을 제한하는 규정이 존재하지 않는다고 할 것이다. 그렇다면, 우리 형사소송절차에서도 법정의 요건을 준수하여 작성된 영상녹화물은 피고인의 수사단계 진술을 현출하는 증거방법으로서 인정이 되어야 하며, 이는 형사소송법의 해석에 부합하는 것임은 물론, 피의자의 진술을 그대로 보존·재생할 수 있는 기술적 기반이 마련되어 있음에도 그 활용을 금지하는 불합리를 지양하기 위해서도 바람직한 방향이라 하지 않을 수 없다. 미국 미주리주 대법원의 판시내용¹¹⁷⁾과 마찬가지로 검찰의 입증 방법을 구시대의 것에만 한정할 이유는 전혀 없기 때문이다.

나. 조사자 증언

경찰에서의 피의자의 진술내용에 대한 경찰관의 증언을 불허하였던 과거에는 제기될 가능성이 없었던 문제이나, 피의자의 진술과 관련한 경찰관의 증언이 가능해진 이상 함정수사 혹은 잠입수사 과정에서 청취한 피의자의 진술에 대해서도 경찰이 법정 증언을 할 수 있는 것인지 여부가 문제된다. 미국의 경우는 이러한 진술이 별다른 제한 없이 허용되고 있다¹¹⁸⁾. 미국은 체포된 피의자에 대해서만 미란다 고지를 의무화하고 있을 뿐이므로, 미체포 상태에서 피의자를 조사한다면 미란다 고지를 하지 않더라도 피의자의 진술과 관련한 증언은 그 증거능력이 있다. 그러나, 우리나라는 피의자의 체포여부와 관계없이 미란다 고지를 의무화하고 있다. 미국 형사절차상 미란다원칙은 체포된 피의자의 심리적으로 억압, 고립된 상태를 전제로 피의자의 권리를 보호하기 위한 장치이다. 그러나 체포 여부를 불문하는 우리 형사소송법에 대하여 유력설은 그 고지의무를 진술거부권의 행사를 실질적으로 담보하기 위한 제도적 장치로 파악하고 있다¹¹⁹⁾. 그렇다면, 비록 경찰이라는 사실을 밝히지 않은 상태라고 하더라도 경찰관이 그 답변을 유도하여 피의자로부터 청취한 진술을 경찰관이 법정에서 진술할 경우, 미란다 원칙의 미이행이 그 증거능력에 영향을 줄 수 있는지 여부가 문제될 수 있다.¹²⁰⁾

117) 주 84) 참조

118) 주 120) 참조

119) 이재상, 「신형사소송법」, 박영사, 2008, 119면.

120) 미 연방대법원은 위장근무 중인 경찰관이 구금된 피의자에게 접근하여 정보를 얻어낸 경우, 위장근무 경찰관과 피의자의 대화를 미란다 원칙이 적용되는 '신문'이라고 볼 수 없다는 이유에서 미란다 고지가 없었더라도 그 과정에서 획득한 진술의 증거능력을 인정할 수 있다고 판시하였다. 미 연방대

그러나, 미란다 원칙은 사법경찰의 조사라는 공식적인 수사절차를 피의자가 인식하고 있음을 전제로 피의자가 취할 수 있는 방어적 수단을 고지하고 보장하는데 그 의의가 있다고 할 것이다. 함정수사 혹은 잠입수사의 경우 피의자로서는 자신이 경찰관의 조사 대상이 되고 있다는 점도 알지 못하고 있으므로 국가의 사법권력 행사의 객체로서 심리적 부담을 안고 있다고 할 수 없으며, 그 진술의 임의성 또한 고도로 보장된다고 할 것이다.

현실적인 수사상 필요성 또한 고려하지 않을 수 없다. 진술증거에 대한 법원의 엄격한 증거판단 경향에 따라, 진술증거의 왜곡이 빈번한 조직 범죄나 부패 범죄에 대해서는 앞으로 함정수사 혹은 잠입수사의 방법을 활용하는 예가 증가할 것으로 보인다. 만약 이러한 함정수사 혹은 잠입수사 과정에서 경찰관과 피의자가 나눈 대화를 증거로 제출하지 못한다면 이는 적법하고 적정한 수사수단에 대한 과도한 제한이라 할 수 없다.

그렇다면 함정수사나 잠입수사의 경우까지 피의자에 대한 미란다 고지는 필요치 않다고 할 것이며, 이렇게 해석할 때, 수사로 인해 침해될 수 있는 국민의 권리와 적정한 형사소추를 통한 공공의 안녕질서 유지의 균형이 이루어질 수 있다고 할 것이다.

다. 국민참여재판 관련

법률전문가가 아닌 일반인이 유무죄 판단을 하게 되는 배심의 경우, 당해 사건의 입증과 관련된 증거 외에 피의자의 성행, 전과 등 배심의 판단에 편견을 유발할 수 있는 내용에 대해서는 통제가 필요하다. 미국 증거법은 당해 사건의 증거 외의 내용이 배심에 노출되는 것을 극도로 제한하고 있다¹²¹⁾. 비록 직업법관인 재판관의 설명(instruction)이 이루어진다고 하더라도, 일단 배심에게 특정한 편견이 심어진다면 이를 무시하고 결론에 이르는 것은 쉬운 일이 아니다.

우리 형사소송법은 국민참여재판이 실시되는 경우에도 증거법에는 아무런 변화를 주지 아니하고 있다. 또한 유무죄 판단 절차와 양형 절차가 동시에 이루어지며 배심이 형량까지 결정하는 특성상 정상자료의 제출이 불가피한 사정이 없지 않다.

그러므로 현재로서는 피의자의 정상, 전력에 대한 증거의 제출을 봉쇄하는 것은 가

법원은 위장경찰관과 피의자의 대화과정에는 경찰관이 지배적 우위를 가지는 상황(police-dominated atmosphere)이나 강요(compulsion) 등 미란다 원칙을 통해 지양하고자 하는 위험요소가 존재하지 않는다는 점에서 이러한 결론의 근거를 찾았다. Illinois v. Perkins, 469 U.S. 292 (1990)

121) FRE § 404, §§ 413-415

능하지도 아니하며 적절하지도 아니하다. 그러나, 국민참여재판을 실질적으로 운영하고 자 한다면 미국과 같이 유무죄 판단 절차와 양형절차를 구분하여 유무죄 판단에만 국민참여절차를 운영하고, 양형절차는 세분화된 양형기준법을 바탕으로 직업법관이 양형을 담당하게 하고, 유무죄 판단 절차에서는 배심에게 노출될 수 있는 정상을 당해 사건과의 관련성을 기준으로 제한하는 방안을 고려할 필요성이 있다고 보인다.

라. 조사자·참여자 증언의 신빙성 확보 방안

미국에서도 경찰관의 위증이 야기하는 형사절차의 왜곡에 대한 문제점이 학계에서 지속적으로 제기되고 있다¹²²⁾. 경찰관의 진술을 신뢰하는 사회적 분위기가 모든 경찰관이 진실을 말한다는 것을 보장하는 것은 아니다. 오히려 이러한 높은 사회적 신뢰도는 경찰관의 허위 진술이 가져오는 피해의 저지를 어렵게 하거나 확대할 위험 요소로 작용할 가능성이 크다.

수사를 담당한 경찰관으로서는 사건에 관하여 객관적인 입장을 취한다는 것이 쉽지 않은 일이고, 유죄의 확신을 가지고 있는 경우에는 위증의 유혹을 느끼지 않을 수 없을 뿐만 아니라 그러한 행동이 가져올 위법에 대한 인식이나 도덕적 책임감도 저하시킬 수 있으므로 경찰관이 피의자의 자백과 관련하여 위증을 할 위험은 적지 않다. 나아가, 법정에서 경찰관이 위증을 한다고 하더라도 그 적발, 처벌은 사실상 불가능에 가까운 장애를 넘어야 할 것으로 예상된다. 조사를 비롯한 대부분의 수사활동은 경찰 외의 다른 참여자 없이 진행되는 것이 통상의 예이므로 위증 여부의 입증을 위해서는 동료 경찰관의 진술이 불가피하나 사건을 담당하는 경찰관 외에 참여 경찰관이 피의자의 진술내용을 정확히 기억하고 있을 가능성이 매우 낮을 뿐만 아니라, 동료 경찰관의 위증 사실을 진술하는 것에 대한 심리적 부담감 또한 적지 않을 것이기 때문이다. 결국 경찰과 피고인의 상반되는 주장 외에는 달리 증거를 확보하기 어렵고 미국 형사절차에서 말하는 이른바 선서경쟁(swear contest)을 벌일 수 밖에 없는 상황이 된다. 이러한 경찰의 위증이 확산될 경우 사법체계 전반에 대한 불신을 야기할 가능성이 있으

122) Thurlow(주 41)참조). pp.780-781; David N. Dorfman, "Proving the Lie: Litigating Police Credibility", 26 *Am. J. Crim. L.* 455 (1999); Christopher Slobogin, "Testifying: Police Perjury and What To Do About It", 67 *U. Colo. L. Rev.* 1037 (1996). 이러한 연구를 비롯하여 피의자 신문에 대한 영상녹화의 의무화를 주장하는 학자들도 피의자의 자백 내용에 대한 경찰의 허위 증언을 저지하는 효과를 거둘 수 있다는 점을 지적하는 경우가 많다. Paul G. Cassell *Criminal Law: "Protecting the Innocent from False Confessions and Lost Confessions -And from Miranda"*, 88 *J. Crim. L. & Criminology* 497, 554 (1998).

며, 특히 경찰에 대한 신뢰가 높지 않은 우리나라의 경우에는 그 파급효과는 더욱 클 것으로 예상된다.

그러므로, 최선의 방법은 경찰의 위증 시도 가능성의 최소화에만 있을 수밖에 없다. 이를 위해서는 경찰에 대하여 지속적인 교육이 필요함과 동시에 조사자 진술 제도의 도입 초기에 경찰관의 위증 적발을 위한 노력을 집중하여 적발될 경우 강력한 대응을 통해 위증의 시도가 어려운 분위기를 형성할 필요가 크다.

V. 결 론

이상에서 검토한 바와 같이 미국 형사절차에 비하여 우리 형사소송법은 피의자의 진술의 취득과 그 법정 현출의 양자에 관하여 더 광범위한 제한을 받아 왔으며, 향후로도 법원이 그러한 경향에서 벗어날 것으로 보이지 아니한다.

그러나, 과학수사를 통해 유전자정보 등 물리적 증거를 발견할 수 있는 일부 강력사건을 제외하고는 피의자의 진술 없이 범죄를 입증할 수 있는 경우를 찾기 어렵다. 특히, 부정부패사범, 선거사범, 조직범죄의 경우에는 수사단계에서 취득한 피의자의 진술이 유일한 증거가 되는 경우도 적지 않다. 이러한 사건에서 증거능력의 제한을 통해 피의자 진술의 법정 현출 자체를 막는 것은 형사사법의 정의실현에 심대한 지장을 초래하지 않을 수 없다.

물론 명백히 위법한 수단을 통해 취득되었거나 피의자의 심리상태나 지적 능력, 조사당시의 상황 등 객관적 조건에 비추어 허위일 가능성이 매우 높은 자백의 경우에는 그 증거능력을 부인하는 것이 타당하겠으나, 그 외의 경우에는 그 증거능력은 부여하되 직업법관이 그 증명력에 대한 충실한 심리를 통해 유죄의 증거로서의 가치를 판단하게 하는 것이 바람직하다고 하겠다. 혹자는 밀실에서 이루어진 수사기관의 조사 결과에 대한 불신을 논하기도 하나, 죄를 감추고자 하는 인간의 본성에 비추어 오히려 공개된 법정에서 진실을 말하기를 기대하는 것이 더욱 어려운 것이 사실임을 인정한다면 수사단계에서의 진술을 만연히 배척할 것은 아니기 때문이다.

특히, 영상녹화 등 전자적 기록을 통해 조사과정을 보존하고 이를 법정에 그대로 현출하는 방안을 적극적으로 도입, 활용하고 있는 미국의 사례 등에 비추어 우리 형사절차에서도 피의자의 수사단계 진술을 현출할 수 있는 방안으로서 영상녹화제도가 도입된 이상 그 적극적인 활용을 시도할 필요가 있다고 보이며 이는 강력한 증명력을 가진 증거방법일 뿐만 아니라 피의자 신문 과정의 적법성을 담보하는 훌륭한 장치로서도

가능할 것이다.

참고문헌

<논문>

- Lewis, Lisa, "Rethinking Miranda: Truth, Lies, and Videotape", 43 *Gonz. L. Rev.* 199
- Conti, Richard P., "The Psychology of False Confession", 2 *J. of Credibility Assessment & Witness Psychol.* 14
- Kassin, Saul M./Gudjonsson, Gisli, "True Crimes, False Confessions: Why Do Innocent People Confess to Crimes They Did Not Commit?", *Sci. Am. Mind.* June 2005
- Kassin, Saul, "On the Psychology of Confessions: Does Innocence Put Innocence at Risk?", 60 *Am. Psychol.* 215
- Dripps, Donald A., "Police, Plus Perjury, Equals Polygraphy", 86 *J. Crim. L. & Criminology* 693
- Davis, Sharon L., "The Reality of False Confessions - Lesson of The Central Park Jogger Case", 30 *N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change* 209
- Sullivan, Thomas P./Thomas, Laura A., *Electronic Recording of Interrogations. in Recording of Custodial Interrogations: A Resource Guide, 1-6* (Innocence Project, New York, N.Y. June 6, 2003)
- Thurlow, Matthew D., "Lights, Camera, Action: Video Camera as Tools of Justice", 23 *J. Marshall J. Computer & Info. L.* 77
- Leo, Richard A. et al, "Bringing Reliability Back In: False Confession and Legal Safeguards in the Twenty-First Century", 2006 *Wis. L. Rev.* 479.
- Damaska, Mirjan, "Of Hearsay and Its Analogues", 76 *Minn. L. Rev.* 425 (1992)
- Tribe, "Triangulating hearsay", 87 *Harv. L. Rev.* 957 (1974)
- Department of Justice, Office of Legal Policy, "Truth in Criminal Justice' series Office of Legal Policy: The Law of Pretrial Interrogation", 22 *U. Mich. J. L. Reform* 437 (1989)
- Leo, Richard A., "Miranda and the Problem of False Confessions. in The Miranda Debate: Law", *Justice and Policing.* (1998)
- Leo, Richard A., "Inside the Interrogation Room", 86 *J. Crim. L. & Criminology* 266

(1996)

- Dorfman, David N., "Proving the Lie: Litigating Police Credibility", 26 *Am. J. Crim. L.* 455 (1999)
- Slobogin, Christopher, "Testilying: Police Perjury and What To Do About It", 67 *U. Colo. L. Rev.* 1037 (1996)
- Cassell, Paul G., "Criminal Law: Protecting the Innocent from False Confessions and Lost Confessions -And from Miranda", 88 *J. Crim. L. & Criminology* 497

<단행본>

- 이재상, 「신형사소송법」, 박영사, 2008.
- Weaver, Russell L. et al., *Criminal Procedure - Case, Problems and Exercises 3rd Edition* Thomson/West(2007)
- Shuy, Roger W., *The Language of Confession, Interrogation, and Deception*, Sage Publications (1998)
- Inbau, Fred E. et al., *Criminal Interrogation and Confessions 4th edition*, Jones and Bartlett Publisher (2004)
- Strong, John W., *McCormick on Evidence, 5th Edition* West Group (1999)
- Morgan, *Basic problem of Evidence* 265 (1962)
- Leonard, David P., *The New Wigmore A Treaties on Evidence(Selected Rules of Limited Admisibility), Revised Edition* (2002)
- Broun, Kenneth S., *Evidence: Case and Materials, 7th edition*, Thomson/West(2007)

[Abstract]

The Plan shown in court of Admissibility of Statements of the criminal suspect on the American criminal procedures

Lee, Shi-won

Prosecutor, The Ministry of Justice, Public.

There is no difference, in criminal procedures of both Korea and U.S. in that confessions are the most important evidence. Therefore law enforcement officers of the two countries try hard to obtain confessions. In contrast to the Code of Criminal Procedure of Korea, U.S. Federal Rules of Evidence does not consider pretrial confessions as hearsay. The door that pretrial confessions walk through into the court room is wide open, and U.S. prosecutors have many vehicles to carry the confessions to juries, provided that the conditions for admissibility, Miranda and voluntariness are satisfied. The vehicles include written confessions, testimony of interrogators and recorded interrogations. Recently, the number of states which mandate interrogation recording has increased. Although some scholars are warning the danger of false confessions, the social atmosphere of trust that people have in police, makes pretrial confessions self-authenticated evidence. These aspects are quite different from our situation where the admissibility of pretrial confessions is under wide restrictions. The newly amended Code of Criminal Procedure of Korea introduced testimony of interrogators and recorded interrogation. Because these new methods to carry confessions are already operating in U.S., it is important to research and compare how these methods are enforced in both countries. Considering the justice of criminal procedure, development of technology, and the examples in the U.S., the tendency of our lawyers and scholars who try to restrict the admissibility of pretrial confessions should be changed.

Key words : Admissibility of evidence, confession, investigator evidence, videotape recording, hearsay evidence, Miranda rule, written confession, recorded recollection, authentication