2012-17 | 책임연구보고서

진술의 임의성과 수사과정의 투명성 확보방안에 관한 연구

- 외국의 사례와 비교분석을 중심으로 -

치안정책연구소
POLICE SCIENCE INSTITUTE

2012-17 | 책임연구보고서

진술의 임의성과 수사과정의 투명성 확보방안에 관한 연구

- 외국의 사례와 비교분석을 중심으로 -

치안정책연구소 수사구조개혁연구실

선임연구관 김 현 숙

목 차

제1장 연구의 목적과 방법 ····· 1

제1절 연구의 목적 ····· 1

제2절 연구의 방법 ····· 2

제2장 논의의 기본개념과 제문제 ····· 3

1. 문제의 제기 ····· 3
2. 피의자신문의 개념 ····· 8
3. 신문수인의무 인정여부 ····· 9
2. 진술과 자백의 개념 ····· 14
3. 진술의 임의성과 투명성의 개념 ····· 16

제3장 진술의 임의성과 투명성 확보방안 ····· 20

제1절 기본이 되는 사항 ····· 20

1. 진술거부권의 고지 ····· 20
2. 자백배제법칙의 범위확장과 실질화 ····· 25

제2절 수사단계에서의 진술의 임의성과 투명성 확보 ····· 38

1. 수사과정의 기록 ····· 38
2. 진술내용의 기록 - 조서작성, 녹음·녹화 ····· 48
3. 녹음 및 영상녹화제도 ····· 64
4. 수사절차에서 변호인 등 참여 ····· 100

제4장 결론 ····· 116

참고문헌 ····· 120

제1장 연구의 목적과 방법

제1절 연구의 목적

형사절차상 수사단계에서의 피의자진술은 그 피의자가 피고인이 되어 법정에서 유죄여부를 결정할 때 매우 중요한 역할을 한다. 비록 우리나라 형사소송법의 체계에 따라 자백배제법칙을 적용하여 자백이 유일한 증거가 되는 경우는 유죄로 판단할 수 없도록 되어 있으나, 이 경우에도 참고인 진술 등 주로 진술증거만으로도 증거를 보강할 수 있기 때문에 진술을 확보하는 일의 중요성은 수사과정에서 빼놓을 수 없는 것이다. 특히 피의자의 진술, 그 중에서도 자백의 진술을 담은 증거물은 설령 그 자체만으로 증거능력을 인정받지 못한다고 하더라도 보강이나 탄핵증거 등으로 법정에 제출될 때 당해 피고인이 무죄를 주장하는데 현저히 불리하게 작용할 수 밖에 없다.

그렇기 때문에 피의자의 진술을 통한 실체적 진실발견과 더불어 피의자의 인권을 보호하고 그 중요한 진술을 강압등으로 받았다고 하는 탄핵을 받지 않기 위해서는 피의자로부터 임의로 진술받을 필요가 있고, 그 과정이 투명하게 보장되어야 할 필요도 있는 것이다.

그런데 현재 우리 형사소송법에서 피의자진술을 담아내는 것으로 주로 사용되고 있는 피의자신문조서는 피의자가 진술한 내용을 그대로 담아낼 수 있는 것도 아니고, 신문조서 작성 전후의 상황을 상세하게 담을 수 있는 것도 아니어서 진술의 투명성을 확보하는데 그 자체만으로는 내용의 진실성을 담보할 수 없다는 문제점이 있다. 이와는 반대로 2007년도 말에 형사소송법을 개정하는 과정에서 우리 법상으로 도입된 수사과정

영상녹화는 피의자가 진술할 당시의 상황을 단순한 진술내용만이 아니라 몸짓, 억양, 표정까지 너무나 세말한 부분까지 담기 때문에 어느 한 부분만을 녹화하고 이를 시청하거나 증거로 삼을 때에는 본래의 진술의 취지와는 다른 방향으로 해석될 가능성이 있다는 문제점을 가지고 있다.

본 연구는 피의자와 수사기관 또는 기소기관 둘 다에게 매우 중요한 위치를 차지하고 있는 피의자진술의 임의성을 확보하고 투명성을 보장할 수 있는 방안을 강구해보고자 하였다.

주로 피의자신문조서의 한계와 현재의 영상녹화물에 대한 분석 및 비판을 그 대상으로 삼고 있지만, 거기에 한정하지 않고 수사기관에서 임의성과 투명성을 확보하기 위하여 필요한 제도적 장치들도 함께 논의하고자 하였다. 법률상 보장되고 있는 자백배제법칙이나 변호인선임권, 진술거부권 같은 원론적인 경우도 개념을 검토하여 그 범위의 확대여부를 서술하였다.

제2절 연구의 방법

본 보고서의 연구방법은 주로 기존의 논문을 분석하여 작성하였다. 그러나 필요에 따라서는 최근에 논의되었거나 법률이 개정된 경우 그 개정과정에 대한 1차문헌으로 국회 입법안, 기초자료 등을 분석하였으며, 다룰 수 있는 가장 최근까지의 통계를 분석하였다.

제2장 논의의 기본개념과 제문제

제1절 피의자신문의 의의

I. 문제의 제기

평온한 일상을 보내고 있는 어떤 사람(편의상 여기에서는 'A'라 함)이 있다고 하자. 그 사람이 갑자기 범죄사건의 용의자로 수사기관에 체포되어 신문을 받게 된다면, 그 조사과정은 용의자(피의자)에게 어떤 영향을 미치게 되는가. 물론 이 사람이 실제로는 아무런 위법행위도 하지 않았다는 것을 전제로 한다. 이 경우 이 사람은 실제로는 아무런 잘못도 저지르지 않았기 때문에 심정적으로 신문을 처음 받을 때에는 죄를 자백한다는 것은 있을 수 없다. 극히 드문 예외로 세상의 모든 잘못이 자기 탓이라고 생각하는 사람도 있다고는 하나 정상적인 사람을 전제로 하였을 때에는 그런 일이 일어나기는 힘들 것이다. 게다가 일반적으로 폭행 등의 위법행위가 없는 통상의 신문과정이라면 절대로 자백하지 않을 것이라고 생각하는 것은 매우 자연스러운 일일 것이다.

A는 어떠한 경위로 자신에 체포가 되었는지 자신을 체포한 수사관이 잠시 고지하기는 하였어도 제대로 영문조차 모르는 상태이고, 변호인선임권이나 진술거부권 같은 권리를 고지받았다고 하더라도 자신이 결백하다고 굳게 믿고 있는 아주 평범한 인간이라면 변호인을 선임하지 않더라도 또는 진술을 거부하지 않더라도 자신이 결백하다는 것을 수사기관이 믿어주리라고 생각할 것이다.

일단 연행 또는 체포가 되면 신문을 받게 되는데, 우리 형사소송법상 신문 자체를 거부할 수 있는 권리는 부여되지 않았다. 따라서 진술을 거부할 권리를 내세우더라도 임의동행이 아니라면 신문 자체는 받게 되어 있다. 이 때 형사소송법상 그 권리가 보장되어 있다고 하더라도 통상적으로 수사기관에서부터 변호인을 선임하는 사람은 극히 드물기 때문에 피의자와 수사관 이외에는 아무도 없는 곳에서 신문이 이루어진다.

수사관은 A를 피의자로 단정지을 어떠한 범죄 혐의를 가지고 신문을 하게 된다. 혐의만 있다고 한다면 무죄추정의 원칙에 따라서 당연히 무죄를 염두해 두고 유죄를 밝혀가는 과정으로 신문하는 것이 원칙이지만, 현실에서의 범죄수사는 반드시 그렇다고 볼 수 없다. 대체적으로 수사관은 피의자의 유죄를 입증하려고 하고, 변호인을 포함한 피의자 본인이 무죄를 주장하기 때문이다. 혐의에 직접적인 증거가 없다고 하더라도, 피체포자의 불안이나 분노 같은 감정들이 표출되면 이러한 감정조차도 혐의를 확신시키는 정황증거라고 볼 우려가 있다. 그리고 객관적인 증거가 없는 경우에는 더욱 신문을 통하여 '자백'이라고 하는 결정적인 증거[1]를 확보하려고 하기 때문에 인간의 심리를 자극하는 일이 비일비재하다.

한 예로 오랫동안 신문기법을 연구해온 Inbau 교수는 작고, 거의 가구가 없는, 방음이 잘 된 방에 경찰과 피의자가 둘만이 존재할 때 피의자가 저항 및 진술하는 단계를 9단계[2]로 나누어 설명하고 있다. 이런 환

---

1) Gutierrez, Philip S., "You Have the Right to Plead Guilt-How We Can Stop Police Interrogations From Inducing False Confessions", Review of Law and Social Justice, Vol.20, No.2, 2011, 322; Steven A. Drizin & Richard A. Leo, "The Problems of False Confessions in the Post DNA World, N.C.L.Rev. No.82, 2004, 921.

2) Fred E. Inbau(Editor), et al. Criminal Interrogation and Confessions(4th ed.), Chapter 13, Jones&Bartlett Publishers, 2001, 209-398면 참조. 소위 Reid기법이라고 불리우는 이 9단계는 피의자가 '유죄'상황에 대면하도록 만들고(1단계), 심리적으로 범죄를 정당화하고 변명하도록 하여(2단계), 부인하는 모든 진술에 일일이 이의를 제기하고(3단계), 피의자의 도덕적이고 감정적인 상태를 넘어서게 만들고(4단계), 소극적인 피의자에게 자포자기하지 말아야 함을 일깨워줘서(5단계), 피의자를 동정하고 이해한다는 것을 보여준 후 사실을

경에서 피의자는 심리적인 소외감, 불편함, 무기력함을 느낀다고 한다.

범죄혐의에 대하여 물론 피의자는 부인할 것이다. 수사관 역시 피의자가 순순히 혐의에 대하여 자백하지 않을 것이라고 가정하여 몇 번이고 계속 추궁을 할 것이고, 피의자의 평소 행실에 대해서 낱낱이 파헤쳐지는 과정이 되풀이 될 것이다. 한쪽은 계속 부인을 하고, 다른 한쪽은 계속 추궁을 하게 되면 신문은 진전되지도 않은 상태에서 장시간에 걸쳐 행해지고, 수사장소와 구금장소(또는 집)을 왕복하면서 반복하여 며칠씩 그 기간이 계속되기도 한다.

피의자신문이 행해지는 장소는 피의자에게 유죄를 자백하도록 하는 힘이 작용하고 있다. 자신의 편이라고는 아무도 없는 곳에서 피의자를 유죄라고 확신하면서 신문하는 수사관에게 신문을 받는 것은 아무리 무죄가 확실한 피의자에게도 매우 괴롭고 힘든 일이다.

피의자가 조사를 받는 조사실은 비일상적인 장소이다. 사람은 일상생활 속에서 자신이 평소에 신뢰하는 사람들에 둘러싸여 정보를 교환하면서 심리적 안정을 얻는다고 한다. 그런 안정감으로부터 지금까지와는 완전히 다른 세계로 순식간에 밀려나서 고립무원의 상황에 빠지게 되는 것이다. 게다가 체포되어 구속되는 순간 기본적인 생활은 모두 박탈당하고 신문을 받다가 도망치는 일도 할 수 없다.

수사절차에서 피의자는 인격적인 존엄이 박탈당하거나 심하게 제한당하게 되고 수사관보다 분명히 열등한 관계에 있게 된다. 아무리 수사관이 인격적으로 대우한다고 할지라도 일반적으로 범죄자 또는 범죄혐의자로 조사를 받게 되면 평상시에는 전혀 잘못이라고 생각하지 않았던 일조

털어놓으라고 어르며(6단계), 피의자가 유죄를 시인했을 때 받을 수 있는 혜택 같은 것을 제공하고(7단계), 범죄 사실을 세세한 부분까지 다시 일깨워주고(8단계), 자백진술서를 작성(9단계)하도록 하는 단계를 거친다는 것이다(요약한 내용은 Saul Kassin, “Confession: Psychological and Forensic Aspects”, In Smelser&Baltes(eds.), International Encyclopedia of the Social and Bahavioral Sciences, p.2517 참조).

차도 끄집어 내어 추궁당하게 되고 인격적인 비난도 감수할 수 밖에 없게 된다. 피의자신문은 정해진 기간내에 하도록 되어 있지만, 잠깐의 쉬는 시간 이외에는 몇 시간이고 계속될 수 있기 때문에[3] 일반인이라면 의연하게 대처하는 것이 힘들다고 본다.

게다가 언제 자신이 석방되거나 신문을 더 이상 받지 않게 될지 알 수 없는 상황에 놓이게 된다. 체포가 되었을 경우에는 우리 형사소송법 제200조의2 제5항에 따라서 48시간 이내에 구속영장을 청구하지 않으면 즉시 석방된다고 규정하고 있다. 또한 일단 구속이 되면 사법경찰관이 10일 이내에 검사에게 인치하지 않는 한 석방하도록 되어 있고(동법 제202조), 검사가 피의자를 구속한 때 또는 사법경찰관으로부터 피의자의 인치를 받은 때에는 10일 이내에 공소를 제기하지 아니하면 석방하도록 되어 있다(동법 제203조). 그러나 동법 제205조에는 지방법원판사는 검사의 청구에 의하여 수사를 계속함이 상당하다고 인정하는 때에 한하여 10일의 기간을 연장할 수 있다. 다만 법 제203조의2에 따라서 구속기간을 체포·구인한 날로부터 기산하므로 48시간은 구속기간에 산입된다. 이렇게 최장 총 30일이라는 기간이 수사기관에 주어지게 되는데 이 기간은 신문을 계속 받아야 하는 피의자에게 있어서는 점차 자백으로 빠져들어가는 상상을 넘는 힘든 기간이라고 할 것이다.

대부분의 피의자는 수사기관에서 고지하는 진술거부권을 이해할 수는 있지만 심리적으로 진술거부보다는 어떻게 해서든지 자신이 결백하다는 것을 설득시키기 위해서 열심히 자신의 상황을 변명한다. 그러나 아무리 변명을 한다고 하더라도 체포에 이르기까지 확신을 가지고 있는 수사관에게 자신의 결백을 납득시키는 것은 어려운 일이다. 게다가 자신의 결

3) '옷로비 의혹' 부산교육감 금품수수 입건(임교육감을 소환, 14시간여 동안 강도높은 조사를 벌인뒤..귀가: 서울신문 2012. 6. 18. http://www.seoul.co.kr/news/newsView.php?id=20120618008015); 태광 이선애 상무, 비자금 조성혐의 14시간 조사(SBS TV 2011.1.13), 최시중 14시간 넘게 검찰조사...(시티신문 2012.4.26.); 곽노현 교육감 피의자신문 재조사(... 15시간에 걸친 강도높은 조사를 받은 후 새벽 3시 30분께 귀가; 시민일보 2011.9.6.) 등.

백을 증명할 결정적인 증거를 제시할 수 있다면 모를 일이나 통상적으로는 그러한 증거를 제시하기는 어렵다. 일상생활 속에서는 남이 자신의 결백을 알아주지 않더라도 자신만 떳떳하면 그 자리를 피할 수 있지만, 조사실에는 수사관이 신문을 마칠 때까지 그 일이 되풀이된다.

설사 열심히 결백을 주장하면서 범죄를 부인하였다고 하더라도 언제까지고 신문을 피할 수 있을지에 대한 불안감이 조성된다면 부인하는 것 자체가 위험하다는 생각이 들게 된다. 그렇다면 오히려 자백을 해서 순간을 모면하는 것이 더 좋겠다는 생각마저 들게 된다. 비록 이렇게 신문을 피하기 위해서 자백한다고 하더라도 재판으로 유죄가 확정되는 데까지는 상당한 시일이 걸리게 되므로 재판에서 부인을 하면 분명 범죄의 혐의가 벗어질 것이라고 생각하게 된다.

전혀 범죄경력이 없는 피의자의 경우에는 형벌에 대해서 현실감이 없다. 범죄를 저지르지 않았는데도 자백을 강요받고 있다는 것 자체가 일상생활을 하는 평범한 사람으로서는 비현실적인 것이어서 범죄를 추궁당하여 죄를 인정하고 그것이 형벌로 연결되었다고 하더라도 구체적으로 어떤 것인지 실감이 나지 않는다.

범죄경력의 유무는 피의자가 자백을 하는데 개인적인 요소로서 작용을 한다. 영국에서는 2004년에 이루어진 개인적인 요소가 자백과 부인에 어떠한 영향을 미치는지에 대한 심리학적인 실험이 이루어졌다. 참가자들은 아일랜드의 학생 1,080명이었고, 참가자들 중 4분의 1은 과거에 경찰의 조사를 받은 경험이 있는 사람으로서 이 중 59%가 자백을 했다. 경찰의 조사를 받은 자 중 극 소수인 3.7%만이 경찰에 허위자백을 했다는 주장을 하였다. 남학생의 경우에 여학생보다 허위자백율이 더 높게 나타났고, 반사회적인 특성에 따라서 '허위'의 비율이 높게 나타났음을 이 실험을 통해서 알 수 있다.

허위자백을 하게 되는 경로에 관하여 한 변호사는 뒷날에의 기대가 허

위자백을 하도록 한다는 매우 흥미로운 추론과정을 보여주고 있다. 1980~1990년대에 인권변호사로 유명했던 이범렬 변호사는 '나름대로 교육받은 사람도 중죄의 용의자로 강압된 수사를 받으면서 유도와 뒷날에의 기대 이 두가지 때문에 자신들의 운명을 스스로 지옥에 떨어지게 한다[4]'고 설명한다. 그리고 이 뒷날에의 기대는 경찰수사단계에서는 검찰수사단계를 기대하고, 검찰수사단계에서는 법정단계를 기대하여 하나씩 자신에게 부여된 인간의 권리를 포기하게 만든다고 하였다. 즉, 각각의 단계를 모면하기 위해서 다음 단계에서는 진실대로 이야기하겠다고 하는 양보가 피의자를 헤어날 수 없는 구렁 속으로 몰아넣어 간다는 것이다.

피의자의 심리나 허위자백의 경로는 피의자가 되어 허위자백을 해보지 않은 사람으로서는 확실하게 그 전부를 정확히 정리할 수는 없을 것이다. 그러나 피의자의 자백이 재판의 핵심이 되고 있는 현실에 비추어 볼 때 피의자가 자백을 하는 순간의 심리를 파악하는 것은 매우 절실하고 의미있는 작업이라고 생각한다.

2. 피의자신문의 개념

'신문'이라는 사전적인 의미로 '법원이나 기타 국가기관이 어떤 사건에 관하여 증인, 당사자, 피고인 등에게 말로 물어 조사하는 일'을 말한다. 형사소송법상 수사기관은 수사목적 달성을 위하여 필요한 조사를 할 수 있는데(법 제199조 제1항 본문), 수사에 필요한 때에 수사기관은 피의자의 출석을 요구하여 진술을 들을 수 있다(동법 제200조). 이 진술을 듣는 행위가 '조사'에 해당하는 것인지 '신문'에 해당하는 것인지 여부가

4) 이범렬, 정동언저리에서, 대웅출판사, 1994, 13-25면(이 책은 이범렬 변호사가 발표한 글들을 모아 엮은 것으로서 본문의 글은 대한변호사협회지 1983.3.에 게재되었다).

임의수사의 개념과 함께 문제가 된다.

피의자‘신문’은 인지된 범죄용의자를 겉으로 드러나지 않게 조사하는 행위인 ‘내사’와 사전적인 의미에서 차이가 있다. 그럼에도 불구하고 실무상으로는 용의자 또는 피내사자를 참고인의 자격으로 수사기관에 출석케 하여 조사를 어느 정도 마친 후 혐의가 포착되면 피의자로 다시 출석케 하여 피의자신문조서를 쓰는 것을 관행으로 삼고 있다.

수사기관은 서면인 출석요구서 발부 뿐만 아니라 전화 등 상당한 방법으로 수사기관에 출석을 요구할 수 있다. 이 때 피의자는 수사기관의 출석요구에 응할 의무가 없으며 일단 출석한 경우에는 언제든지 퇴거할 수 있으므로 피의자신문은 원칙적으로 임의수사에 속한다고 할 것이다. 그러나 실제 법상으로는 출석을 요구하여 진술을 들을 수 있는 수사기관의 권환과 피의자가 출석요구에 정당한 이유 없이 불응할 경우에 체포영장을 발부받아 피의자를 체포할 수 있다는 규정만이 있을 뿐, 피의자가 임의로 출석한 경우에 언제든지 퇴거할 수 있다는 규정은 형사소송법상 존재하지 않는다. 반면 일본 형사소송법은 제198조 제1항 단서 조항에 “그 피의자는 체포 또는 구속되어 있는 경우를 제외하고는 출석을 거절하거나 또는 출석한 후에도 언제라도 퇴거할 수 있다”는 규정을 두고 있다. 피의자의 입장에서는 법규정의 해석에 따른다면 성질상 출석요구가 임의수사에 속하는 것이라고 하더라도 사실상은 수사기관에 출석하는 것은 강제적인 측면이 강하다고 생각할 수 있다.

3. 신문수인의무 인정여부

피의자신문의 강제수사, 임의수사의 구별논의와는 별도로 우리 학계에서도 일본학계에서 시발된 인신구속피의자의 조사수인의무 유무가 논의

되고 있다. 일본에 있어서의 조사수인의무 유무에 관한 논쟁은 일본 형사소송법 제198조 제1항에 대한 해석론에서 출발하였다. 동조는 검찰관, 검찰사무관 또는 사법경찰직원은 범죄의 수사를 함에 있어서 필요가 있는 때에는 피의자의 출두를 요구하여 이를 취조할 수 있으나, "그 피의자는 체포 또는 구속되어 있는 경우를 제외하고는 출석을 거절하거나 또는 출석한 후에도 언제라도 퇴거할 수 있다(단서)"라고 규정하고 있다. 이 단서조항을 단순히 반대해석하면 '체포 또는 구류(구속)되어 있는 경우'에는 출두를 거부하거나 퇴거할 수 없다는 해석[5]이 가능하다. 일본 최고재판소는 '유치장에 구금된 피의자가 신문실에 출두하여 신문도중에 신문실로부터 퇴거를 하고자 할 때 퇴거를 할 수 없다고 하더라도, 그 신문이 바로 강제수사가 되는 것은 아니고, 피의자의 의사에 반하여 진술할 것을 거부할 자유를 박탈당하는 것도 아니라'하고 판시[6]하였다. 따라서 체포나 구속되어 있는 경우에 퇴거를 할 수 없다고 해석하더라도 그 자체가 강제수사는 아니라는 입장을 취하고 있는 것이다.

그런데 이와 다른 해석론을 전개하면서 1) 출두거부, 퇴거를 인정하는 것이 체포 또는 구류의 효력 자체를 부정하는 것은 아니라는 취지를 주의적으로 밝힌 것에 그친다는 견해, 2) 직접적으로 신병불구속의 피의자에게 수인의무가 없다는 것을 규정한 것이며, 신병구속피의자에 대하여는 해석에 위임하였다는 견해, 3) 일본 형사소송법 제198조는 불구속피의자가 수사기관에 출두해야 하는 규정이므로 인신구속피의자에 관한 출두요구는 문제가 될 수 없으므로 이를 확인하기 위하여 단서에 이를 제외한 것이라는 견해가 제기되었다[7]. 이 견해들은 논쟁의 실효성 측면에서, 특히 인신구속피의자의 변호인과의 접견교통권에 대하여 수사기관의 접견의 일시를 지정할 수 있는 제도가 일본 형사소송법 제39조 제3

5) 団藤重光, 條解刑事訴訟法(上), 弘文堂, 1950, 365면; 酒巻匡, '逮捕·拘留中の被疑者の取調べ受忍義務', 刑事訴訟法の爭点(新版), 1991, 575-6면.
6) 最判 2005.3.24., 民集53-3-514.(인터넷 Westlaw Japan을 통하여 검색한 자료임)
7) 福井 厚, 刑事訴訟法(第3版), 有斐閣, 1997, 132-133면.

항[8]에 명문화되어 있다는 사실과 밀접하게 관련되어 있다. 즉 수사기관이 피의자신문을 이유로 접견지정을 할 수 있는지 여부가 논쟁의 배후에 자리잡고 있다는 것이다. 일본 최고재판소는 “피의자신문이 진행중이거나 가까운 시간 내에 피의자신문이 예정되어 있어 접견을 인정하면 피의자신문이 예정대로 개시되지 못할 우려가 있을 때에는 접견지정을 할 수 있다”고 판시하였다[9].

이에 반해 우리 형사소송법은 아무런 규정을 두고 있지 않아서 그 동안 이 문제는 크게 관심을 끌지 못했다. 그러나 근래 피의자조사와 피의자신문을 구별하면서 피의자에게 조사수인의무가 인정된다는 견해가 등장하게 되자 조사수인의무 문제가 새롭게 주목을 받고 있다.[10] 우리나라 형사소송법 제199조 제1항은 “수사에 관하여 그 목적을 달성하기 위하여 필요한 조사를 할 수 있다. 다만, 강제처분은 이 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하며, 필요한 최소한도의 범위 안에서만 하여야 한다.”고 규정하여 임의수사의 원칙을 명시하고 있다. 이 규정에 따라 법 제200조[11]는 법 제221조와 같은 임의수사로서 ‘진술을 청취하는’ 조사방식으로 보지만, 법 제241조 내지 제245조는 그 절차와 방식이 정해진 강제수사로 해석하여 우리 법상 “신문수인의무”를 부과하는 것으로 이해하는 견해[12]가 있다. 그러나 위에서 살펴본 바대로라면 수사기관에 출석하는 것은 사실상 강제적인 측면이 있다고 하더라도 체포 또는 구속되지

8) 일본 형사소송법 제39조 제3항: 검찰관, 검찰사무관 또는 사법경찰직원(사법경찰원 및 사법순사를 말한다. 이하 같다)은 수사를 위하여 필요가 있는 때에는 공소제기 전에 한하여 제1항의 접견 또는 수수에 관하여 그 일시, 장소 및 시간을 지정할 수 있다. 단 그 지정은 피의자가 방어의 준비를 할 권리를 부당하게 제한하려고 하는 것이어서는 아니된다.

9) 最判 1999.3.24., 平5(オ) 1189号: 郡山접견지정 국가배상 상고사건(인터넷 Westlaw Japan을 통하여 검색한 자료임)

10) 신동운, 신형사소송법(제4판), 법문사, 2012, 215면.

11) 형사소송법 제200조(피의자의 출석요구) 검사 또는 사법경찰관은 수사에 필요한 때에는 피의자의 출석을 요구하여 진술을 들을 수 있다.

12) 김종률, “현행 형사소송법상 피의자신문에 관한 연구(하)”, 저스티스 통권 제84호, 한국법학원, 2005.4, 182-184면.

않는 이상 임의적이라고 볼 수 있다. 특히 피의자조사와 피의자신문을 구별하는 견해는 피의자의 '진술청취'와 '신문'이 모두 피의자의 진술을 듣는다는 점에서 실질적 차이가 없다는 점을 간과하고 있다. 나아가 연혁적으로 볼 때 피의자신문이 의용형사소송법 이래 강제수사로 파악되었다는 분석도 정확하지 않다. 의용형사소송법은 직접주의의 예외로서 절대적 증거능력이 인정되는 경우의 하나로 '법령에 의하여 작성된 신문조서'를 규정하였는데, 그 대표적인 경우가 예심판사 면전에서 작성된 피의자신문조서였다. 이 때 예심판사 면전의 조사이면 족하고 그 조사가 임의수사인지 강제수사인가는 문제되지 않았다[13].

일제 강점기에 일제는 조선형사령 제12조 및 제13조를 통하여 이 땅에서 영장주의를 배제하고 일제의 검사 및 사법경찰관에게 고유의 강제처분권을 부여하였다[14]. 조선형사령 제12조 및 제13조에 기하여 일제의 수사기관은 예심판사에 준하는 권한을 행사하였는데, 이 과정에서 작성된 피의자신문조서는 '법령에 의하여 작성된 신문조서'로서 절대적 증거능력을 향유[15]하였다.

영장주의를 배제하고 수사기관에게 고유의 강제처분권을 부여한 조선형사령 제12조 및 제13조는 일제의 식민통치를 상징하는 대표적인 독소조항이었다. 1948년 미군정 당국은 미군정법령 제176조를 통하여 영장주의와 각종 인신보호장치를 도입하면서 조선형사령 제12조 및 제13조를 폐지하였다. 대한민국의 출범과 함께 영장주의는 헌법상 기본권으로 규정되었고, 이제는 법률에 근거없이 강제수사를 할 수 없고, 법관이 발부한 영장없이는 피의자에 대하여 강제수사를 할 수 없는 것이 원칙으로 되었다.

---

13) 신동운, 신형사소송법(제4판), 법문사, 2012, 215면.
14) 자세한 내용은 신동운, 신형사소송법(제4판), 법문사, 2012, 189면 이하 참조.
15) 신동운, "일제하의 예심제도에 관하여", 서울대학교 법학 제27권 제1호, 1986. 4, 149면 이하 참조.

이러한 연혁에 비추어 볼 때 피의자신문에 대해 강제수사의 성격을 부여하는 견해는 일제 강점기 조선형사령 제12조 및 제13조의 부활을 연상시키는 권위주의적 발상이라고 하지 않을 수 없다. 우리 입법자가 형사소송법 제241조 이하에서 피의자신문과 관련하여 상세한 규정을 두고 있는 것은 일제가 '법령에 의하여 작성된 신문조서'라는 명목으로 수사기관의 조서에 널리 증거능력을 인정하였던 것을 반성하면서, 조서작성에 따르는 진술왜국의 위험에 대처하기 위한 입법적 배려이다. 이러한 입법취지를 가진 형사소송법 제241조 이하의 규정을 오히려 피의자에게 조사수인의무를 부과하는 근거로 해석하는 것은 실로 시대착오적이라고 하지 않을 수 없다[16].

형사소송법 제정당시 법 제200조 제1항은 검사 또는 사법경찰관은 수사에 필요한 때에는 피의자를 '소환'하여 진술을 들을 수 있다고 규정[17] 하고 있었는데, 1961년 9월 형사소송법이 개정되면서 이 '소환'이 '출석요구'로 바뀌게 된 것이다. 형사소송법 규정상 '소환'은 법원의 명령에 응하여 특정인이 일정한 일시·장소로 출석하도록 하는 것을 말하고, '출석요구'는 검사나 사법경찰관이 피의자를 신문하거나 참고인의 진술을 청취하기 위하여 일정한 장소에 나오도록 하는 수사방법을 의미한다고 본다. 형사소송법상 소환과 출석요구가 법조문에 엄격하게 구분되어 사용되고 있는 점에 비추어 볼 때 제200조에서 규정한 출석요구는 수사기관의 임의수사의 한 방법이라고 해석된다[18].

---

16) 신동운, 신형사소송법(제4판), 법문사, 2012, 216면.

17) 문준영, 「한국 검찰제도의 역사적 형성에 관한 연구」, 2004, 서울대학교 박사학위논문, 286면에 따르면 '제정 형사소송법 제200조와 제221조가 임의출두를 요구하는 것임에도 불구하고 수사기관이 피의자 또는 제3자를 소환할 수 있다고 표현한 것은 조선형사령 체제하의 수사실무의 잔상이 남아 있는 것'으로 보고 있다.

18) 같은 취지의 글로는 심희기, "피의자신문이 강제처분인가", 「법률신문」 제3251호, 2004.3.18일자: 심희기 교수에 따르면 일제강점기에 피의자신문은 '피의사건에 대하여 피의자에게 공술을 구하는 강제처분'이었고, 1954년의 형사소송법 제200조 제1항은 현행법상의 '출석요구와 진술청취에 상응하는 경우'까지 강제처분으로 자리매김하고 있어서 1954년 형사소송법 제정당시에 "예심판사의 권한이었던 신문권을 검사와 사법경찰관에게 이양한 것"

임의수사인 이상 피의자는 수사기관에 출석을 불응할 수도 있고, 설사 출석한다 하더라도 언제든지 퇴거하거나 진술을 거부할 수 있다. 그러나 실무상 피의자신문을 기재한 조서에 기재하는 사실은 임의수사와 거리가 먼 듯하다. 출석을 불응한 경우에는 영장발부로 피의자를 체포하여 강제수사를 할 수 있고(법 제200조의2 제1항), 수사기관에 출석했다가 퇴거하려하거나 진술을 거부할 경우에는 피의자신문조서에 '조사를 거부하다' '조사에 불응하며 난폭한 행위를 하다' '계속 묵묵부답하다' 등을 기재한다. 이러한 조서작성 방식은 임의수사를 전제로 하는 형사소송법의 이념에 정면으로 배치되는 것이라고 하겠다. 또한 우리 법상으로 출석후 퇴거를 인정하는 규정이 없다고 하더라도 예외없이 출석요구에 응해야 한다거나, 수사기관의 조사를 반드시 받아야 한다는 규정 또한 존재하지 않으므로 원칙적으로 우리 형사소송법상으로는 피의자신문의 수인의무를 인정하지 않는 것이 타당하다고 본다.

2. 진술과 자백의 개념

(1) 자백의 의의

자백이란 피의자가 범죄사실의 전부 또는 일부를 인정하는 진술[19]을 말한다. 자백을 범죄사실 또는 그 본질적 부분에 대한 승인을 의미한다고 하거나[20], 자기의 형사책임을 인정하는 진술을 말한다[21]고 정의하는 견해도 있다. 원래 영미법에 있어서는 범죄사실의 전부 또는 일부에 대하여 자기의 형사책임을 인정하는 진술을 자백(confession)이라 하여,

---

이라는 김종률 검사의 연혁적 해석론은 일면 타당한 점이 있다고 해석하고 있다.

19) 형사소송법상의 진술에 관한 구체적인 내용은 박지현, 진술거부권에 관한 연구, 서울대학교 법학박사학위논문, 2007, 141면 이하 참조.

20) 김기두, 133면.

21) 서일교, 175면.

단지 자기에게 불이익한 사실을 인정하는 자인(admission; 승인이라고도 함[22])과 구별하고 있다. 그러나 형사소송법에서는 자백과 자인을 구별하지 아니하며 특히 자백배제법칙에 관하여 는 양자를 구별하여 취급하여야 할 이유가 없으므로, 자백을 범죄사실의 주요부분이나 자기의 형사책임을 인정하는 진술에 제한하여야 할 이유가 없다.[23] 이러한 의미에서 자백은 자인의 일종이라고 할 수 있다. 따라서 구성요건에 해당하는 사실을 긍정하면서 위법성조각사유나 책임조각사유의 존재를 주장하는 경우도 자백에 해당한다고 할 수 있다.

또한 유죄답변의 경우와는 달리 기소된 범죄가 유죄임을 인정할 필요도 없으므로 범죄사실에 대한 인정도 그 전부나 본질적 부분에 미칠 것을 요하지 않고 인정한 범죄사실에 대해서 정당화 또는 면책된다고 주장하는 경우라도 자백에 해당한다[24].

범죄의 전부 또는 일부를 인정하는 진술은 모두 자백이다. 따라서, 진술을 하는 자의 법률상의 지위는 문제되지 않는다. 형사소송법 제309조는 피고인의 자백이라고 규정하고 있으나, 피고인의 진술뿐만 아니라 피의자나 증인·참고인의 진술도 모두 자백에 해당한다.

진술의 형식이나 상대방도 묻지 아니한다. 구두에 의한 진술뿐만 아니라 서면에 의한 진술도 자백에 해당한다. 재판상의 자백과 재판 외의 자백을 포함하며 후자는 일기 등에 자기의 범죄사실을 기재하는 경우와 같이 상대방이 없는 경우도 포함한다. 임의성이 문제되는 자백은 대부분이 수사기관에 의한 자백의 경우이다. 그러나 공판정에서의 자백도 부당한 장기구속에 의한 자백의 경우는 물론, 출정 전의 강요나 협박에 의하여 이루어진 자백에 관하여 증거능력이 문제된다. 셋째, 자백은 자기의 범죄사실을 승인하는 진술이며 형사책임을 긍정하는 진술임을 요하지 않는

22) 이재상, 형사소송법(제9판), 박영사, 2012, 548면.
23) 이재상, 형사소송법(제9판), 박영사, 2012, 548면.
24) 신양균, (신판)형사소송법, 화산미디어, 2009, 749면.

다. 다만, 자백은 당해 피의자의 진술을 당해 사건에 이용하는 경우에 제한되므로 이를 타인에 대하여 이용하는 경우에는 자백이라고 할 수 없다.[25]

3. 진술의 임의성과 투명성의 개념

가. 피의자진술의 중요성

피의자의 진술, 특히 그 속에 자백이 포함되어 있는 피의자의 진술은 수사의 실마리를 제공하고 증거를 확보하는데 필수적이기 때문에 수사기관에 있어서는 피의자의 진술을 받아내는 것이 그 어떤 것보다도 중요할 것이다. 그렇기 때문에 지난 수세기 동안 이 진술을 확보하기 위해서 수사기관에서는 온갖 고문, 협박, 회유가 행해지고 반대로 피의자의 자백을 그대로 법정에 가지고 가는 것을 막기 위한 노력이 지속적으로 진행되어 왔다.

마땅하게 증거를 포착하기 어려워 자백에 의존하게 되는 범죄유형은 다음과 같이 나누어 볼 수 있다.

첫째, 양심과 사상에 따라 좌우되는 범죄가 있다. 대표적인 것으로 국가보안법 위반을 들 수 있다. 간첩죄의 경우에는 적국과 교통하는 것이기 때문에 접선상대방을 찾아내기가 어렵고, 찬양고무죄 같은 것은 그 행위 자체가 뚜렷하게 드러나는 것이 아니기 때문에 주로 압수수색을 통하여 이적표현물을 소지한 것으로 범죄구성을 하여 왔다[26].

둘째, 증인이 없는 사건, 예를 들면 두 사람 사이에서 은밀하게 전달된 뇌물수수는 상대방이 포착되어 공범 또는 참고인으로 신문을 받게 된

25) 이재상, 형사소송법(제9판), 박영사, 2012, 548면.
26) 대법원 2004. 8. 30 선고 2004도3212 판결[공2004.10.1.(211),1627]; 대법원 2007. 12. 13. 선고 2007도7257 판결[공2008상,80] 등.

다고 하더라도 진술 자체를 확보하기가 곤란한 경우라고 할 수 있다.

셋째, 범행동기를 확실히 알 수 없는 경우이다. 범죄자 프로파일링을 하더라도 반드시 그 결과가 피의자의 의도와 맞지 않는 경우가 그것이다. 예를 들면 살인이나 방화는 피의자의 고의 여부에 따라서 그 결과가 달라지므로 피의자의 심리상태가 간접적으로 드러나는 일기장, 메모쪽지 등이 발견되지 않는 이상은 정황증거만으로는 파악할 수 없고, 피의자의 진술이 수반될 수 밖에 없는 범죄유형이다.

이 세 부류의 범죄유형은 자백을 중점으로 수사를 하고 기소를 하는 만큼 피의자신문조서에 기재되어 있는 진술에 대하여 임의성문제를 제기하는 예가 허다하다.

나. 진술의 임의성

형사소송법 제317조는 '①피고인 또는 피고인 아닌 자의 진술이 임의로 된 것이 아닌 것은 증거로 할 수 없다. ② 전항의 서류는 그 작성 또는 그 내용인 진술이 임의로 되었다는 것이 증명된 것이 아니면 증거로 할 수 없다.'고 규정하고 있다. 본조에 의하여 진술의 임의성이 요구되는 진술의 범위에 관하여는 제309조를 본조의 특별규정으로 보아 자백 이외의 일체의 진술증거를 의미한다는 광의설[27], 제310조의2 내지 제316조가 규정하고 있는 진술에 제한된다고 해석하는 협의설[28] 및 특신상황을 요건으로 하는 진술에는 임의성이 간접적으로 판단되는 것이므로 피고인 이외의 자의 진술증거에 제한된다고 보는 제한설이 대립되고 있다. 본조가 진술의 범위를 제한하지 않고 있는 이상 자백 이외의 일체의 진술증

27) 배종대/이상돈/정승환/이주원, 신형사소송법(제3판), 홍문사, 2011, 664면; 신동운, 1085면; 신양균, (신판)형사소송법, 화산미디어, 2009, 772면 등.
28) 강구진, 468면; 김기두, 144면.

거가 여기에 포함된다고 해석하는 광의설이 타당하다고 생각된다. 따라서 자백의 임의성이 인정되지 않으면 제309조에 의하여, 자백 이외의 진술의 임의성이 인정되지 않으면 본조에 의하여 증거능력이 부정된다고 해야 한다.[29] 제317조는 진술증거의 증거능력을 인정하기 위한 요건으로 진술의 임의성과 서류작성의 임의성을 요구하고 있다.

다. 임의성의 의미

진술의 임의성은 자백의 임의성과는 성질을 달리하는 것이라고 보는 견해도 있다. 자백의 임의성이 위법배제에 근거가 있음에 반하여 진술의 임의성은 허위배제에 이유가 있다는 것이다. 이에 의하면 피의자의 자백이 기재된 조서에 대하여는 제309조의 임의성뿐만 아니라 본조의 임의성이 다시 요구된다고 한다. 그러나 이러한 견해는 진술의 임의성을 증명력의 요건으로 본 데서 온 결과라고 하지 않을 수 없다. 본조의 임의성은 전문증거에 증거능력을 부여하기 위한 요건이므로 의사결정과 의사표현의 자유를 의미한다고 해석하는 견해도 있다. 그러나 제309조와 본조는 진술내용이 자백인가 아닌가에 따라 구별될 뿐이며 임의성의 내용에는 차이가 없다고 해야 한다. 따라서 본조의 임의성도 위법배제에서 근거를 구하여야 할 것이다.[30]

라. 임의성 없는 진술의 효과

진술이 임의로 된 것이 아닌 것은 증거로 할 수 없다. 여기서 증거로 할 수 없다는 의미를 일본의 통설처럼 증명력의 요건이라고 해석하는 견해

29) 이재상, 형사소송법(제9판), 박영사, 2012, 620면.
30) 이재상, 형사소송법(제9판), 박영사, 2012, 621면.

가 있다. 그러나 일본의 통설이 이를 증명력의 요건이라고 해석하는 것은 일본 형사소송법이 '전 4조에 의하여 증거로 할 수 있는 서면 또는 진술이라도'라고 규정하여 진술의 임의성이 없어도 증거능력이 인정되는 것으로 규정하고 있기 때문이다. 단순히 증거로 할 수 없다고 규정하고 있는 우리 형사소송법의 해석에 있어서 이는 증거능력을 부정하는 의미라고 해석하여야 할 것이다.[31]

증거능력이 인정되지 않는 자백에 의해 수집된 파생증거의 증거능력도 부정할 것인가에 대해 견해의 대립이 있다. 1) 전면부정설은, 파생증거도 결국 위법하게 수집된 증거이므로 증거능력이 인정되지 않는다고 본다(통설)[32]. 2) 제한부정설은 고문, 폭행, 협박, 신체구속의 부당한 장기화와 같이 중대한 위법수사의 경우에는 파생증거의 증거능력을 부정해야 하지만, 기망 기타 방법에 의한 자백의 경우에는 실체진실발견의 관점에서 인정해도 무방한 것으로 본다[33]. 파생증거의 증거능력을 인정하면 제309조의 입법취지는 실현될 수 없다. 따라서 파생증거에 대해서도 제309조의 법적 효과가 미치는 것으로 보아야 한다[34]. 이는 자백배제법칙의 먼거리효과 또는 독나무열매이론에 의한 효과라고 할 수 있다.

진술을 기재한 서류에 관하여는 진술의 임의성뿐만 아니라 서류작성의 임의성도 인정되어야 한다. 서류작성의 임의성이 인정되지 않으면 진술의 임의성도 부정된다. 그러나 법원 또는 수사기관이 작성한 조서에 관하여는 서류작성의 임의성은 문제될 여지가 없으므로 작성의 임의성이 요구되는 것은 피의자 또는 참고인이 작성하는 진술서에 제한된다.[35]

---

31) 배종대/이상돈/정승환/이주원, 신형사소송법(제3판), 홍문사, 2011, 665면; 신동운, 1090면; 신양균, (신판)형사소송법, 화산미디어, 2009, 775면; 이재상, 형사소송법(제9판), 박영사, 2012, 621면.
32) 임동규, 형사소송법(제8판), 법문사, 2012, 484면; 신양균 763면 등.
33) 정영석, 152면.
34) 배종대/이상돈/정승환/이주원, 신형사소송법(제3판), 홍문사, 2011, 608면.
35) 이재상, 형사소송법(제9판), 박영사, 2012, 621면.

제3장 진술의 임의성과 투명성 확보방안

제1절 기본이 되는 사항

1. 진술거부권의 고지

사법경찰관은 피의자를 신문하기 전에 피의자에게 진술거부권과 변호인의 피의자신문참여권을 고지하여야 한다. 진술거부권이란 피의자가 수사절차에서 수사기관의 신문에 대하여 진술을 거부할 수 있는 권리를 말한다. 영미의 자기부죄거부의 특권(privilege against self-incrimination)에서 유래한 권리이다.

진술거부권은 피의자의 인권을 보장하고 당사자주의의 전제인 무기평등의 원칙을 실질적으로 실현하기 위하여 인정되는 것이다. 비록 피의자가 당사자는 아니지만 장차 당사자가 될 소송의 주체라는 점에서 피의자에 대하여도 진술거부권을 인정하고 있는 것이다.[36] 이러한 의미에서 진술거부권은 강제된 자백에 대한 문명적 보장책이며, 당사자가 제공해야 할 진실을 제한하는 실정법적 규전이 된다고 할 수 있다. 헌법은 제12조 제2항에서 '모든 국민은 고문을 받지 아니하며, 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니한다'라고 규정하여 진술거부권을 국민의 기본적 인권으로 보장하고 있으며, 이에 따라 형사소송법은 피의자의 진술거부권을 제244조의3에서 규정하고 있다. 진술거부권은 피의자가 진술의 자

36) 이재상, 형사소송법(제9판), 박영사, 2012, 118면.

유를 알고 있거나 변호인이 있는 상태에서 출석한 경우라도 고지해야 한다. 피의자가 자수한 경우라도 마찬가지이다. 피의자를 체포·구속하는 경우 영장을 집행하거나 적부심사를 하면서 진술거부권을 고지했더라도, 피의자를 신문할 때에는 다시 별도로 진술거부권을 고지해야 한다[37].

진술거부권과 자백배제법칙의 관계에 관하여는 견해가 대립되고 있다. 진술거부권과 자백의 임의성법칙은 엄격히 구별해야 하는 별개의 법칙이라는 견해[38]도 있다. 이는 1) 진술거부권이 17세기에 확립되었음에 반하여, 자백의 임의성법칙은 18세기에 보통법에 의하여 확립된 것으로 역사적 연혁을 달리하고, 2) 진술거부권은 진술의 내용을 문제삼지 않는 증거법칙임에 대하여, 자백의 임의성법칙은 허위배제를 존재이유로 하는 진실발견을 위한 증거법칙이므로 원리를 달리하고, 3) 진술거부권이 진술의무를 과하여 진술을 강요하는 것을 금하는 것임에 대하여, 자백의 임의성법칙은 폭행·협박·기망 등의 사실상의 불법행위에 의한 자백강요를 금하는 것이므로 실제적 효과가 다르며, 4) 진술거부권은 공판정에 출석한 피고인을 대상으로 하는 것이나, 자백의 임의성법칙은 여기에 제한되지 않는다는 점을 이유로 한다.

진술거부권과 자백의 임의성법칙이 역사적 연혁을 달리하는 것은 부정할 수 없다. 그러나 1960년대 이후 미국에서는 자백배제법칙의 전개는 임의성 없는 자백을 배척하는 근거가 허위배제에 있는 것이 아니라 적정절차를 취반하였다는 이유로 배척되는 것으로 파악하게 되었다. 특히 1964년의 Escobedo 사건[39]에서 변호인의 도움을 받을 권리를 침해하여 얻은 자백의 증거능력을 부정하고, 1966년 Miranda사건[40]이 수사기관에서 진술거부권을 고지하지 않고 획득한 자백을 배척함에 따라, 수사

37) 신양균, (신판)형사소송법, 화산미디어, 2009, 141면.
38) 백형구 강의, 42면; 신동운 852면 등.
39) Escobedo v. Illinois, 378 U.S. 478(1964).
40) Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436(1966).

에는 자백배제법칙·공판에는 진술거부권이라는 도식관계는 근거를 잃게 되었고 진술거부권이 금하는 강요의 의미도 사실상 강요를 포함하는 것으로 변화하지 않을 수 없게 되었다. 자백배제법칙의 증거금지화, 허위배제설로부터 위법배제설로의 발전에 의하여 양자는 공통의 원리에 의하여 일체화되고 있다고 하겠다.[41]

사법경찰관은 피의자에게 1) 일체의 진술을 하지 아니하거나 개개의 질문에 대하여 진술을 하지 아니할 수 있다는 것, 2) 진술을 하지 아니하더라도 불이익을 받지 아니한다는 것, 3) 진술을 거부할 권리를 포기하고 행한 진술은 법정에서 유죄의 증거로 사용할 수 있다는 것, 4) 신문을 받을 때에는 변호인을 참여하게 하는 등 변호인의 조력을 받을 수 있다는 것을 알려 주어야 한다. 피의자가 거부할 수 있는 진술의 내용에는 제한이 없다. 다만 신문시마다 진술거부권을 고지해야 하는 것은 아니다. 그러나 신문이 상당한 기간 동안 중단되었다가 다시 개시되거나 조사자가 경질된 때에는 다시 고지하여야 한다.

진술거부권은 강요당하지 않는 것은 진술에만 적용한다. 따라서 지문과 족형의 채취, 신체의 측정, 사진촬영이나 신체검사에 대하여는 진술거부권이 미치지 않는다. 도로교통법에 의한 음주측정의 경우에도 같다.[42] 그러나 진술인 이상 구두의 진술에 한하지 아니하고, 이에 갈음하는 서면에 대하여도 진술거부권이 적용된다. 따라서 피의자는 수사기관의 진술서 제출요구를 거부할 수 있다.

헌법은 형사상 자기에게 불리한 진술의 강요를 금지하고 있다. 여기서 불리한 진술이란 형사책임에 관한 것이며 민사책임은 포함되지 않지만, 형사책임에 관한 한 범죄사실 또는 간접사실 뿐만 아니라 범죄사실 발견

41) 이재상, 형사소송법(제9판), 박영사, 2012, 119면; 배종대/이상돈/정승환/이주원, 신형사소송법(제3판), 홍문사, 2011, 331면; 이영란, 167면; 임동규, 형사소송법(제8판), 법문사, 2012, 363면 등.

42) 헌법재판소 1997. 3. 27. 선고 96헌가11 결정.

의 단서가 되는 사실도 포함한다고 해석된다. 그러나 형사소송법 제283조의2는 피고인은 진술하지 아니하거나 개개의 질문에 대하여 진술을 거부할 수 있다고 규정하고 있을 뿐 진술의 내용을 불이익한 진술에 제한하지 않고 있다. 피의자에 대한 제244조의3의 규정도 같다. 따라서 형사소송법에 의하여 피고인 또는 피의자에게 인정되는 진술거부권의 진술의 내용은 이익·불이익을 불문하고, 이러한 의미에서 형사소송법은 헌법상의 진술거부권의 범위를 확장하고 있다고 할 수 있다.[43] 이는 증인의 증언거부권이 자기에게 불이익한 증언에 제한되어 있는 것과 구별된다.

진술거부권이 인정되는 진술의 범위에 관하여 특히 문제되는 것이 인정신문에 대하여 진술을 거부할 수 있는가에 있다. 이에 관하여는 1) 성명·연령·직업·주거·본적 등에 대한 인정신문은 피의자에게 불이익한 진술이 아니므로 인정신문에는 진술거부권이 적용되지 않는다는 소극설과, 2) 진술거부권의 범위에는 제한이 없으므로 인정신문에 대하여도 진술을 거부할 수 있다는 적극설[44] 및 3) 성명이나 직업 등의 진술에 의하여 범인임이 확인되거나 증거수집의 계기를 만들어주는 경우에는 진술거부권이 인정된다는 절충설이 대립하고 있다. 생각컨대 1) 피의자가 거부할 수 있는 진술은 이익·불이익을 불문하고, 2) 진술이 불이익한가를 판단할 객관적 기준이 없으며 이를 피의자의 주관에 의하여 판단할 때에는 절충설은 사실상 적극설과 같은 결과를 초래하며, 3) 인정신문을 위한 진술의 강요를 허용하는 것은 진술거부권을 인정한 취지에 반하므로[45] 인정신문에 대하여도 진술거부권을 인정하는 적극설이 타당하다고 할 것이다.

피의자에게는 진술거부권이 있으므로 출석한 피의자가 신문에 응하여 진

43) 이재상, 형사소송법(제9판), 박영사, 2012, 121면.
44) 배종대/이상돈/정승환/이주원, 신형사소송법(제3판), 홍문사, 2011, 333면/ 백형구, 621면; 임동규, 형사소송법(제8판), 법문사, 2012, 364면 등.
45) 이재상, 형사소송법(제9판), 박영사, 2012, 122면.

술하는가는 피의자의 임의이다. 진술거부권을 고지하지 않고 신문한 진술을 기재한 피의자신문조서나 진술내용을 녹화한 테이프에 대한 검증조서는 그 진술내용의 임의성 여부와 관계없이 증거로 할 수 없다[46]. 진술거부권과 변호인의 조력을 받을 권리를 행사할 것인지의 여부에 대한 피의자의 답변은 반드시 조서에 기재해야 한다. 즉, 사법경찰관은 진술거부권을 고지한 때에는 피의자가 진술을 거부할 권리와 변호인의 조력을 받을 권리를 행사할 것인지의 여부를 질문하고, 이에 대한 피의자의 답변을 기재하여야 한다. 이 경우 피의자의 답변은 피의자로 하여금 자필로 기재하게 하거나 사법경찰관이 피의자의 답변을 기재한 부분에 기명날인 또는 서명하게 하여야 한다.

진술거부권을 고지하지 아니한 경우에 진술거부권에 대한 침해가 된다는 점에는 이론이 없다. 피의자에 대한 진술거부권의 고지는 피의자를 심리적 압박감에서 해방되게 하여 진술의 자유 내지 임의성을 확보한다는 의미를 가지게 된다. 여기서 진술거부권의 불고지와 진술의 임의성의 관계가 문제된다. 이에 관하여 진술거부권을 고지하지 않은 때에는 자백의 임의성이 인정되는 경우에도 위법수집증거의 배제법칙에 의하여 자백의 증거능력을 부정해야 한다는 견해와 진술거부권을 고지하지 않고 얻은 자백은 그 임의성에 의심이 있는 경우에 해당하여 증거능력을 부정해야 한다는 견해가 대립하고 있다. 판례는 위법하게 수집된 증거라는 이유로 증거능력을 부정하고 있다. 생각컨대 진술거부권의 고지라는 형식적 기준에 의하여 진술의 임의성이 영향을 받는다고 할 수는 없다. 그러나 진술거부권을 고지하지 않은 때에는 진술의 자유를 보장하기 위한 전제가 충족되지 않았고 자백배제법칙의 이론적 근거가 위법배제에 있다고 해석한다면 진술거부권의 고지를 요구하는 규정에 위반한 때에는 자백배제법칙에 따라 증거능력을 부정해야 한다고 해석하는 것이 타당하다고 본

46) 대법원 1992. 6. 26. 선고 92도682 판결 참조.

다.[47]

진술거부권의 포기를 인정할 것인가에 대하여도 견해가 일치하지 않는다. 피의자가 진술거부권을 포기하고 피의사건에 대하여 진술할 수 있음은 당연하다는 견해도 있다. 피의자가 진술거부권을 행사하지 않고 진술할 수 있음은 물론 당연하다. 그러나 이를 진술거부권의 포기라고 할 수는 없다.[48] 일단 진술을 시작한 경우에도 피의자는 각개의 신문에 대하여 언제나 진술을 거부할 수 있기 때문이다. 이러한 의미에서 형사소송법상으로는 진술거부권의 포기가 인정되지 않는다고 하겠다.[49]

2. 자백배제법칙의 범위확장과 실질화

가. 자백의 의의

자백이란 피의자가 범죄사실의 전부 또는 일부를 인정하는 진술을 말한다. 자백을 범죄사실 또는 그 본질적 부분에 대한 승인을 의미한다고 하거나[50], 자기의 형사책임을 인정하는 진술을 말한다[51]고 정의하는 견해도 있다. 원래 영미법에 있어서는 범죄사실의 전부 또는 일부에 대하여 자기의 형사책임을 인정하는 진술을 자백(confession)이라 하여, 단지 자기에게 불이익한 사실을 인정하는 자인(admission; 승인이라고도 함[52])과 구별하고 있다. 그러나 형사소송법에서는 자백과 자인을 구별하

47) 이재상, 형사소송법(제9판), 박영사, 2012, 123면.
48) 이재상, 형사소송법(제9판), 박영사, 2012, 123면.
49) 배종대/이상돈/정승환/이주원, 신형사소송법(제3판), 홍문사, 2011, 334면; 신동운, 849면; 신양균, (신판)형사소송법, 화산미디어, 2009, 508면; 임동규, 형사소송법(제8판), 법문사, 2012, 366면.
50) 김기두, 133면.
51) 서일교, 175면.
52) 이재상, 형사소송법(제9판), 박영사, 2012, 548면.

지 아니하며 특히 자백배제법칙에 관하여 는 양자를 구별하여 취급하여야 할 이유가 없으므로, 자백을 범죄사실의 주요부분이나 자기의 형사책임을 인정하는 진술에 제한하여야 할 이유가 없다.[53] 이러한 의미에서 자백은 자인의 일종이라고 할 수 있다. 따라서 구성요건에 해당하는 사실을 긍정하면서 위법성조각사유나 책임조각사유의 존재를 주장하는 경우도 자백에 해당한다고 할 수 있다.

또한 유죄답변의 경우와는 달리 기소된 범죄가 유죄임을 인정할 필요도 없으므로 범죄사실에 대한 인정도 그 전부나 본질적 부분에 미칠 것을 요하지 않고 인정한 범죄사실에 대해서 정당화 또는 면책된다고 주장하는 경우라도 자백에 해당한다[54].

범죄의 전부 또는 일부를 인정하는 진술은 모두 자백이다. 따라서 진술을 하는 자의 법률상의 지위는 문제되지 않는다. 형사소송법 제309조는 피고인의 자백이라고 규정하고 있으나, 피고인의 진술뿐만 아니라 피의자나 증인·참고인의 진술도 모두 자백에 해당한다.

진술의 형식이나 상대방도 묻지 아니한다. 구두에 의한 진술뿐만 아니라 서면에 의한 진술도 자백에 해당한다. 재판상의 자백과 재판 외의 자백을 포함하며 후자는 일기 등에 자기의 범죄사실을 기재하는 경우와 같이 상대방이 없는 경우도 포함한다. 임의성이 문제되는 자백은 대부분이 수사기관에 의한 자백의 경우이다. 그러나 공판정에서의 자백도 부당한 장기구속에 의한 자백의 경우는 물론, 출정 전의 강요나 협박에 의하여 이루어진 자백에 관하여 증거능력이 문제된다. 셋째, 자백은 자기의 범죄사실을 승인하는 진술이며 형사책임을 긍정하는 진술임을 요하지 않는다. 다만, 자백은 당해 피의자의 진술을 당해 사건에 이용하는 경우에 제한되므로 이를 타인에 대하여 이용하는 경우에는 자백이라고 할 수 없

53) 이재상, 형사소송법(제9판), 박영사, 2012, 548면.
54) 신양균, (신판)형사소송법, 화산미디어, 2009, 749면.

다.[55]

나. 자백에 대한 법적 규제로서의 자백배제법칙

자백에 대한 법적 규제는 영미 형사증거법의 자백배제법칙에서 유래한다. 영미의 보통법은 국가기관의 자백강요를 금지하기 위하여 2개의 법칙을 가지고 있었다. 자기부죄거부의 특권과 자백배제법칙이 그것이다. 자백배제법칙은 부당하게 유인된 자백 및 임의성 없는 자백은 유죄 인정의 증거로 허용될 수 없다는 법칙을 의미한다.

영국에서도 17세기까지 자백은 아무런 제한을 받지 않고 증거로 허용되고 있었다. 그러나 18세기 후반부터 영국에서는 이익에 의하여 유인되거나 협박에 의한 자백의 허용성을 제한하기 시작하여, 이후 약 반 세기에 걸쳐 조그마한 유인이라도 있는 자백은 모두 배제되기에 이르렀고, 이러한 의미에서 영국의 형사사법에는 자백에 의하지 않는 사실인정법칙이 확립되었다고 할 수 있다. 임의성 없는 자백을 배제하는 자백배제법칙은 미국에서 계수되어 대부분의 주에서 비헌법적 증거법으로서 자백에 임의성을 요구하고 있었다.[56]

그러나 실질적으로 자백배제법칙이 법규정으로 들어온 것은 1900년대 후반에 들어서서였다. 1984년 경찰 및 형사증거법(Police and Criminal Evidence Act 1984) 제76조에 자백배제법칙이 명시되었다. 즉 검사가 피고인에 의한 자백을 증거로 제출하고자 하는 때에는 자백이 1) 강압(Oppression)에 의하거나, 2) 자백을 할 당시에 있었을지도 모르는 강압의 결과로 획득되지 않았다는 점을 입증하여야 한다. 자백 당시의 강압으로 자백의 신빙성이 떨어지는 때에는 법원은 그 내용의 진실여부와 상

55) 이재상, 형사소송법(제9판), 박영사, 2012, 548면.
56) 이재상, 형사소송법(제9판), 박영사, 2012, 549면.

관없이 자백의 증거능력을 배제하도록 하고 있다. 다만, 검사가 자백이 강압적으로 이루어지지 않았고 신빙성이 있다는 것을 합리적인 의심의 여지를 넘어서 법정에서 입증한 경우에는 자백을 증거로 채택할 수 있다(동조제2항). 또한 피고인의 자백이 배제된 때에는 그 진술의 결과로 파생된 증거나, 이를 대신하여 제출된 증거의 증거능력 역시 배제하고 있다(제5항)[57].

1940년부터 1950년대에 걸쳐 미국 연방대법원의 자백배제법칙은 전통적인 임의성 없는 자백의 신뢰성결여이론에서 자백채취과정에 있어서의 위법배제이론으로 발전하게 된다. 즉 1943년의 McNabb사건[58]에서 연방대법원은 '피체포자를 신속히 법관의 면전에 인도하지 않고 불법구속 중에 얻은 자백의 증거능력은 없다'고 하였고, 1957년의 Mallory 사건[59]에서도 체포 후 법관에게 인치하지 않고 30시간 구금중에 받은 자백에 대하여 물리적·심리적 강제의 유무와 관계없이 불법지체 사실만으로 자백을 배제함으로써, 체포 후 즉시 법관에게 인치하지 않고 구금중에 받은 자백의 증거능력을 부정해야 한다는 McNabb-Mallory법칙[60]이 확립되었다. 이 법칙을 적용함으로써 범죄수사기관에 대한 연방대법원의 감독기능이 강화[61]되었으며, 이후 공익소송이 크게 증가[62]하는 계기가 되었다고 한다.

---

57) 이후의 관련 영국 판례에 관한 설명은 안성수, "자백 배제의 원칙과 특신성", 저스티스 제101호, 2007.12, 171면 이하 참조.

58) McNabb v. U.S., 318 U.S. 332(1943); U.S. v. Davis(8th Cir.1999); James W. H. McCord, Sandra L. McCord, C. Suzanne, Bailey, Criminal Law and Procedure for the Paralegal-A Systems Approach(4th ed.), 2012, 435면.

59) Mallory v. U.S., 354 U.S. 449(1957).

60) 이 법칙을 적용하지 않은 주 법원 판결에 대한 비판으로는 Keene, Jerald P., "The Ill-Advised State Court Revival of The McNabb-Mallory Rule", the Journal of Criminal Law&Criminology, Vol.72, No.1, 1981 참조.

61) James E. Hogan, Joseph M. Snee, "The McNabb-Mallory Rule: Its Rise, Rationale and Rescue", The Georgetown Law Journal Vol.47 No.1, 1958.

62) C. McGowan, "Rule-making and the Police", Michigan Law Review Vol.70 No.4, 1972.

한편 1961년의 Rogers 사건[63]에서 연방대법원은 '임의성 없는 자백이 배제되는 이유는 그러한 자백이 허위일 가능성이 있기 때문이 아니라 형법의 실현을 위한 기본원칙을 침해하였기 때문이다'라고 하여 자백에 대한 위법배제법칙을 명백히 하였으며, 이에 따라 1964년 변호인과의 접견교통권을 침해하여 획득한 자백의 허용성을 부정한 Escobedo 판결[64]을 거쳐, 1966년 Miranda판결[65]에 의하여 변호인선임권과 접견교통권 및 진술거부권을 고지하지 않은 상태에서 이루어진 자백은 배제된다는 소위 Miranda법칙이 형성되기에 이르렀다. 이와 같이 미국의 자백배제법칙은 보통법의 임의성의 원칙을 초월하여 임의성과 관계없이 채취과정에서 위법이 있는 자백을 배제하는 의미를 가지게 되었으며, 이에 의하여 자백배제법칙의 적용범위는 현저히 확대되었다고 할 수 있다.

미국법의 발달사를 보면 임의성 없는 자백의 증거능력을 제한하는 자백배제법칙은 몇가지 한계점을 노정하고 있었다. 첫째, 종래의 자백배제법칙은 자백의 임의성 판단에 있어서 분명한 기준을 제시하지 못함으로써 그 운용에 합리성을 기하기 어렵고, 그 때문에 자칫하면 법관의 주관적인 세계관이나 성향에 의하여 자백의 증거능력이 좌우될 염려가 크다는 점이 지적되었다. 또 고문이나 폭행 등과 같이 자백의 임의성에 영향을 미치는 사유의 입증이 매우 어려워서 자백배제법칙의 활용이 사실상 곤란하다는 점이 그 한계점으로 부각되었다. 이 때문에 미국 연방대법원은 단순히 임의성없는 자백의 증거능력 제한이라는 차원을 넘어서서 변호인의 조력을 받을 권리 및 자기부죄금지의 특권(Privilege against self-incrimination)[66] 등의 조문에 기하여 자백의 증거능력 제한에 관

63) Rogers v. Richmond, 365 U.S. 534(1961).
64) Escobedo v. Illinois, 378 U.S. 478(1964).
65) Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436(1966).
66) 일반적으로 진술거부권, 자기부죄 거부의 권리, 침묵권, 묵비권, 자기부죄금지의 특권은 하나의 개념으로 보고 있으나, '불리한 진술을 거부', '불리한 진술을 강요당하지 않음', '진술하지 않음'이나 '권리', '특권'의 개념은 각각 차이가 있기 때문에 구분하여 쓸 필요가 있다. 이에 관한 자세한 내용은 이 글에서는 다루지 않으며, 박지현, 진술거부권에 관한 연구, 서

한 객관적 기준을 모색하게 되었고 이를 통하여 자백편중의 형사재판을 방지하려고 노력하고 있다[67].

한편 대륙의 형사소송법에서는 프랑스 혁명 후에도 자유심증주의에 의하여 자백의 증명력을 법관의 자유판단에 맡김으로써 자백편중으로 인한 폐해를 시정하려고 하였을 뿐이며 자백의 증거능력을 제한하는 제도는 채택하지 아니하였다. 그러나 독일 형사소송법은 1950년의 개정을 통하여 증거금지의 하나로 제136조의a에서 금지된 신문방법을 규정하고 있다. 이에 의하면 폭행, 피로, 신체침해, 투약, 고문, 기망 또는 마취에 의하여 피고인의 의사결정과 의사활동의 자유고 침해되어서는 안된다. 강제처분은 형사소송법이 허용하는 경우에만 사용될 수 있고, 법률에 의하여 허용되지 않는 처분에 의한 협박이나 법이 예상하지 않은 이익의 약속은 금지된다. 이는 피고인의 진술의 자유를 보호하기 위한 핵심규정이며, 소송의 모든 단계에서 존중되어야 할 소송법적 근본규범으로 평가되고 있다. 독일 형사소송법의 증거금지에 관한 규정은 형사소송에 있어서 법치국가원리를 실현하는 것을 이념으로 한다. 그런데 법치국가의 원리는 형사소송에서 피고인의 인간으로서의 존엄과 가치가 유지될 것을 요구하며, 피고인의 인간으로서의 가치는 피고인이 스스로 진술과 진술거부의 자유를 가질 때에만 실현될 수 있다. 증거금지는 바로 진술거부권을 보장하기 위한 것이며, 이러한 의미에서 독일 형사소송법 제136조의a는 피고인의 인권옹호에 그 근거를 두고 있다고 할 수 있다.

다. 자백배제법칙의 내용

1) 고문·폭행·협박에 의한 자백

울대학교 법학박사학위논문, 2007을 참조 바람.

67) 신동운, 신형사소송법(제4판), 법문사, 1256면.

고문은 사람의 정신이나 신체에 대하여 비인도적·비정상적 위해를 가하는 것을 말하며, 폭행은 이에 대한 유형력의 행사를 의미한다. 협박은 해악을 고지하여 공포심을 일으키는 것을 말한다. 그러나 이것들은 개념상 엄격히 구별될 수 없으며, 실제로 고문, 폭행, 협박은 함께 이루어지기 때문에 구별의 실익도 없다[68]. 협박은 경고와 구별되어야 하므로 단순한 경고에 의한 자백은 위법절차에 의한 자백이라고 할 수 없다.[69] 고문, 폭행, 협박의 형태에는 제한이 없다. 때리거나 차는 경우는 물론 광선을 투사하여 잠을 못자게 하는 것도 고문 또는 폭행에 해당한다. 고문이나 폭행에 의한 자백은 당연히 증거능력이 없으며, 반드시 피고인이 직접 고문을 당하지 않았다 할지라도 다른 피고인이 고문당하는 것을 보고 자백한 경우[70]나 피해자의 사진을 보여주는 것만으로 중한 정신적 압박이라고 할 수는 없지만 극단적인 경우에는 고문에 해당할 수도 있다[71].

2) 경찰강압수사 이후 검사에게 한 자백의 증거능력

피의자가 경찰에서 강압에 의하여 자백을 한 후 검사에게 동일한 자백을 한 경우에 검사 앞에서 한 자백의 증거능력을 인정할 수 있느냐가 문제된다. 대법원은 임의성 없는 심리상태가 검사의 조사단계까지 계속된 경우에는 검사 앞에서의 자백도 임의성이 없다고 판시하였다.[72] 특히 경찰에서 피고인을 조사한 경찰관이 검사 앞에까지 피고인을 데려간 경우에는 검사 앞에서 임의성 없는 심리상태가 계속되었다고 하고 있다.[73]

---

68) 배종대/이상돈/정승환/이주원, 신형사소송법(제3판), 홍문사, 2011, 599면.
69) 이재상, 형사소송법(제9판), 박영사, 2012, 557면.
70) 대법원 1978. 1. 31. 선고 77도463 판결.
71) 신양균, (신판)형사소송법, 화산미디어, 2009, 756면.
72) 대법원 1981. 10. 13. 선고 81도2160 판결.
73) 대법원 1992. 3. 10. 선고 91도1 판결.

다만 그 사정이 검사의 수사과정에 영향을 미치지 않은 때에는 임의성없는 자백이라고 할 수 없고, 단순히 검사의 피의자신문조서가 송치받은 당일에 작성된 것만으로 임의성이 없는 것은 아니라는 태도를 취하고 있다.

3) 신체구속의 부당한 장기화로 인한 자백

신체구속의 부당한 장기화로 인한 자백이란 부당하게 장기간에 걸친 구속 후의 자백을 의미한다. 여기에는 구속기간만료후의 부당한 장기구속은 물론, 처음부터 불법으로 행해진 구속에 기인한 자백도 포함된다. 부당한 구속에 의한 자백은 자백의 임의성을 문제삼지 않고 구속의 위법성 때문에 자백의 증거능력이 배제되는 경우이며, 위법배제설의 색채가 명백히 나타난다고 할 수 있다.[74] 따라서 부당한 장기간의 구속으로 인한 자백인가는 어디까지나 구속 자체의 위법성을 기준으로 하여 결정해야 하며, 이는 구체적 사정을 고려하여 구속의 필요성과 비례성을 판단하지 않으면 안된다[75]. 다만 불법구속과 부당한 장기간의 구속에 의한 자백은 임의성과 관계없이 증거능력이 부정되어야 하지만, 구속기간에 대한 일체의 불법이 모두 여기에 해당하는 것은 아니다.

4) 기망 기타 방법에 의한 임의성에 의심 있는 자백

가) 기망에 의한 자백

74) 이재상, 형사소송법(제9판), 박영사, 2012, 558면.
75) 배종대/이상돈/정승환/이주원, 신형사소송법(제3판), 홍문사, 2011, 600면; 신동운, 1071면; 어느 정도 기간이 경과한 때에 신체구속이 부당하게 장기에 걸쳤다고 볼 수 있는가는 구속의 필요성 내지 비례성을 기준으로 개별적으로 판단해야 한다(대법원 1985. 2. 26. 선고 82도2413 판결; 대법원 1982. 5. 21. 선고 82도716 판결 등 참조).

기망 또는 위계, 사언, 술책 등에 의하여 자백을 획득하는 경우를 말하며, 위계에 의한 자백이라고도 한다. 기망에 의한 자백은 허위배제설에 의하면 기망으로 인하여 허위의 자백을 유발하였거나 또는 유발할 개연성이 있는 경우에만 임의성 없는 자백으로 배제됨에 반하여, 인권옹호설의 입장에서는 기망으로 인하여 진술의 자유가 침해된 때에만 임의성 없는 자백이 된다. 그러나 위법배제설에 의하면 국가기관에 의한 현저히 불공평한 신문은 위법하므로 자백채취과정의 위법으로 인하여 기망에 의한 자백이 배제되는 결과가 된다.[76] 기망은 사실에 관한 것과 법률문제에 관한 것을 모두 포함한다. 다만 적극적 사술이 있어야 하고 단순히 착오를 이용한 것으로는 부족하다.

기망에 의한 자백의 예를 들면[77], 1) 공범자가 이미 자백하였다고 거짓말하거나, 2) 물증이 발견되었다고 기망하여 자백하게 하는 경우, 3) 자백하더라도 그 진술이 공판절차에서 증거로 사용될 수 없다고 거짓말하는 경우 등이다. 그러나 사실이나 증거상황에 관한 단순한 침묵은 그것이 간계한 것일지라도 기망에 해당하지는 않는다. 그렇지만 기망이 반드시 중대한 것이어야 하는 것은 아니다. 기망이 '사소한 경우'가 아니라면 원칙적으로 기망에 해당한다고 보아야 한다.[78]

그러나 수사기관이 적극적인 의도 없이 피의자를 착오에 빠뜨린 경우에는 통상의 신문방법으로 허용된다. 즉 수사기관이 피의자 등이 착오로 인하여 진술하는데 중대한 영향을 받을 것이라는 사실을 알지 못하는 때에는 수사기관이 사후에 이를 의도적으로 이용하지 않는 한 임의성 없는 자백에 해당하지 않는다[79].

---

76) 이재상, 형사소송법(제9판), 박영사, 2012, 559면.
77) 배종대/이상돈/정승환/이주원, 신형사소송법(제3판), 홍문사, 2011, 601면.
78) 배종대/이상돈/정승환/이주원, 신형사소송법(제3판), 홍문사, 2011, 601면; 신동운, 1072면.
79) 신양균, (신판)형사소송법, 화산미디어, 2009, 757면.

나) 약속에 의한 자백

기타 방법에 의한 자백의 대표적인 예가 바로 이익의 약속에 의한 자백이[80]라는 점에는 의문이 없다. 이익과 결부된 자백 또는 권유에 의한 자백이라고도 한다. 약속에 의한 자백이 배제되는 이유는 기망에 의한 자백의 경우와 같다. 위법배제설에 의하면 신문방법의 위법성으로 인하여 자백이 배제된다. 이익의 약속은 자백에 영향을 미치는 데 적합한 것이어야 한다. 따라서 담배나 커피를 주겠다는 약속은 원칙적으로 여기에 해당하지 않는다.

그러나 약속의 내용이 반드시 형사처벌과 관계 있는 것임을 요하지 않고 일반적·세속적 이익도 포함된다. 예컨대, 가벼운 법규를 적용하겠다든가, 보석을 약속하는 것, 경찰이 기소유예를 약속해 주는 것, 검사가 집행유예를 약속하는 것 등을 말한다. 다만 약속은 구체적이고 특수한 것임을 요하며, 단순히 진실을 말하는 것이 유리하다는 일반적인 약속으로는 족하지 않다.[81]

또한 이익제공이 법률상 허용되지 않은 것이어야 한다는 견해[82]도 있으나 법률상 허용된 이익제공도 포함된다고 보아야 한다. 자백의 위법성은 약속된 이익의 위법적 성격에 있는 것이 아니라 이익제공과 자백이 교환거래될 경우 진실발견이 위태롭게 된다는 점에 있기 때문이다. 그러나 이익제공에 대한 법률규정이 있고, 그 규정이 적용자에게 이익제공여부의 결정을 내맡기고 있는 경우에는 이익제공의 약속이 허용된다고 보

80) 약속에 의한 자백으로는 예컨대 1) 검사가 기소유예할 사안이 아님에도 불구하고 기소유예처분을 약속받고 자백을 얻는 경우, 2) 특정범죄가중처벌등에 관한 법률의 적용 대신에 가벼운 수뢰죄로 처벌받게 해주겠다고 약속한 경우(대법원 1984. 5. 9. 선고 83도2782 판결) 등을 들 수 있다.

81) 배종대/이상돈/정승환/이주원, 신형사소송법(제3판), 홍문사, 2011, 602면; 이재상, 형사소송법(제9판), 박영사, 2012, 560면.

82) 신동운, 1073면.

아야 한다.[83]

5) 기타 임의성에 의심있는 자백

가) 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 이유

다수설은 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할만한 이유가 있는 때란 임의성 없다는 것을 입증하는 것이 곤란하다는 점을 고려하여 임의성에 의심이 있는 자백은 증거로 할 수 없다는 취지이며, 따라서 이는 고문·폭행·협박·신체구속의 부당한 장기화에 의한 자백과 기망 기타의 방법에 의하여 자백에 대하여 모두 적용되는 것이라고 해석한다. 이에 대하여 전단의 사유는 당연히 임의성 없는 전형적인 경우를 규정한 것이므로 임의성에 의심이 있는 이유란 기망 기타의 방법에 의한 자백에 대하여만 적용된다고 해석하는 견해도 있다.

고문·폭행·협박·신체구속의 부당한 장기화에 의한 자백의 경우에도 임의성이 없다는 것을 입증함을 요하지 않는다는 것을 명백히 하는 점에서 뿐만 아니라, 위의 사유는 임의성에 의심있는 자백취득수단의 위법을 예시한 것이라는 점에서는 다수설이 타당하다고 하겠다. 그러나 기타 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할만한 이유란 임의성의 거증책임과 입증의 정도를 규정하는데 그치는 것이 아니라, 앞에 열거된 것과 같은 정도의 위법수단에 의한 자백도 배제된다는 것을 의미한다고 해석하지 않을 수 없다.[84]

나) 위법한 신문방법에 의한 자백

83) 배종대/이상돈/정승환/이주원, 신형사소송법(제3판), 홍문사, 2011, 602면.
84) 이재상, 형사소송법(제9판), 박영사, 2012, 560면.

법적으로 허용될 수 없는 방법에 의한 신문을 위법하지만 어느 정도의 추궁은 수사의 본질상 당연히 허용된다. 따라서 이론적 추궁에 의한 신문은 위법하다고 할 수 없다. 야간신문도 그 자체가 위법한 것은 아니다. 문제는 잠을 재우지 않는 정도의 신문이 허용될 수 있는가에 있다. 피의자가 피로로 인하여 정상적인 판단능력을 잃을 정도에 이를 때에는 신문을 중단하여야 할 것이므로, 이러한 방법에 의하여 얻은 자백의 증거능력은 부정되어야 한다. 판례도 검찰에서 30시간 동안 잠을 재우지 않은 상태에서 받은 피고인의 자백에 대하여 수사과정의 이례성, 진술번복의 배경, 진술 이후의 태도, 공판정에서의 태도 등을 종합하여 볼 때 당해 자백이 회유한 끝에 받아낸 것으로서 증거능력을 부정한 바 있다.[85]

독일의 판례는 30시간 동안 잠잘 기회를 주지 않고 신문을 계속하여 받은 자백의 증거능력을 부정[86]한 바 있고, 미국에서도 잠을 재우지 않고 2일 동안 계속 신문한 끝에 얻은 자백의 증거능력을 부정[87]한 바 있다. 식량차입이 금지된 상태에서의 자백, 수갑을 채운채로 이루어진 신문에 의한 자백의 증거능력도 부정해야 할 경우가 있다. 병상을 이용하여 얻은 자백에 대하여도 같이 평가해야 할 것이다.[88]

판례는 요건을 충족하지 못하여 위법한 긴급체포에 의하여 유치중인 피의자에 대하여 작성된 피의자신문조서의 증거능력을 부정하고 있다.

---

85) 대법원 1997. 6. 27. 선고 95도1964 판결; 대법원 1999. 1. 29. 선고 98도3584 판결(동 판결에서 피고인은 '독일에서 12시간 이상 비행기를 타고 온 본인을 검찰에서 48시간 이상 잠을 재우지 않고 욕설과 폭언을 하면서 밤샘조사를 하고, 그 과정에서 코피를 흘리는 등 체력이 극도로 소진되어 의식조차 혼미한 상태에서 일부 수사관의 강압에 의하여 억지로 진술하였으므로 피의자신문조서에 임의성이 없다'고 주장하였고, 대법원은 이를 받아들여 임의성의 다툼은 '검사가 그 임의성의 의문점을 해소하는 입증을 하여야 한다'는 입장을 취하였다. 이 판결에 대한 평석으로는 박광민, "자백의 임의성과 그 입증", 저스티스 제32권 제3호, 1999.9. 참조.)

86) BGHSt 13, 60.

87) Ashcraft v. Tennessee, 322 U.S. 143(1944).

88) 이재상, 형사소송법(제9판), 박영사, 2012, 561면.

위법한 수사방법으로 인하여 자백의 증거능력이 부정되는 경우라고 할 수 있다.

다) 거짓말탐지기와 마취분석 등에 의한 자백

거짓말탐지기의 검사결과 취득한 자백의 증거능력을 인정할 것인가에 관하여도 견해가 대립되고 있다. 거짓말탐지기의 사용은 인간의 인격권을 침해하는 것이므로 피검사자의 동의가 있었는가를 불문하고 위법한 것이므로 증거능력을 부정해야 한다는 견해도 있다. 그러나 피검사자의 동의가 있는 경우에는 이를 위법한 강제라고 할 수 없으므로 자백배제법칙이 적용될 성질은 아니라고 생각된다[89]. 이 경우에도 검사결과가 적정한 것을 요하는 것은 물론이다.[90] 또한 검사결과를 거짓으로 말함으로써 자백을 얻어낸 경우에는 기망에 의한 자백으로 증거능력이 부정된다[91].

이에 반하여 마취분석은 인간의 의사지배능력을 배제하고 인간의 가치를 부정하는 위법한 수사방법이라 할 것이므로 피분석자가 동의한 경우라 할지라도 이에 의하여 취득한 자백의 증거능력을 부정하지 않으면 안 된다.

라. 위법하게 취득된 자백에 의하여 수집된 증거의 증거능력

형사소송법 제309조에 위반하여 위법하게 취득된 자백의 증거능력제한

89) 배종대/이상돈/정승환/이주원, 신형사소송법(제3판), 홍문사, 2011, 604면; 임동규, 형사소송법(제8판), 법문사, 2012, 481면.
90) 이재상, 형사소송법(제9판), 박영사, 2012, 562면.
91) 대법원 1985. 9. 24. 선고 85도306 판결 등.

은 절대적이다. 따라서 임의성에 의심이 있는 자백은 동의에 의하여도 증거능력을 가지지 못하며, 탄핵증거로도 사용하지 못한다. 제309조에 위반하여 취득한 자백에 의하여 수집된 증거의 증거능력은 소위 독수의 과실이론을 인정할 것인가에 관한 문제이다. 이에 대하여 고문 등 강제에 의한 자백의 경우에는 증거능력을 부정해야 하지만 기망 기타 방법에 의한 자백의 경우에는 진실발견의 견지에서 증거능력을 인정하는 것이 타당하다는 견해도 있으나, 통설은 위법하게 수집된 증거로서 증거능력을 부정해야 한다고 해석하고 있다.[92] 이를 긍정하는 경우에는 임의성에 의심있는 증거의 증거능력을 부정한 제309조가 무의미하게 될 우려가 있으므로 통설이 타당하다고 하지 않을 수 없다.

제2절 수사단계에서의 진술의 임의성과 투명성 확보

1. 수사과정의 기록

가. 우리법상 수사과정 기록제도의 도입

형사소송법은 피의자신문에 있어서 자백을 얻기 위한 고문 또는 기타 강제를 제거하기 위하여 신문 이전에 진술거부권을 고지하도록 하고 있을 뿐만 아니라 피의자신문에는 변호인을 참여하게 하고, 고문·폭행·협박 기타 임의성에 의심 있는 자백의 증거능력을 부정하여 피의자신문에 대한 사전적·사후적 규제를 하고 있다. 나아가 수사과정을 투명하게 하여 절차의 적법성과 진술의 임의성을 보장하기 위하여 형사소송법은 수사과

92) 배종대/이상돈/정승환/이주원, 신형사소송법(제3판), 홍문사, 2011, 608면; 임동규, 형사소송법(제8판), 법문사, 2012, 455면; 이재상, 형사소송법(제9판), 박영사, 2012, 565면.

정의 기록제도를 도입하여 신문과정에서의 피의자의 행적을 자세히 기록하도록 하고 있다.

즉 사법경찰관은 피의자가 조사장소에 도착한 시각, 조사를 시작하고 마친 시각, 그 밖에 조사과정의 진행경과를 확인하기 위하여 필요한 사항을 피의자신문조서에 기록하거나 별도의 서면에 기록한 후 수사기록에 편철하여야 한다(법 제244조의4 제1항). 이 조항은 2007년 신형사소송법에서 새로이 도입된 것이다.

사개추위 기획추진단 개정안(2005.7.5)에 따르면 '검사 또는 사법경찰관은 피의자가 조사장소에 도착한 시각, 조사를 시작하고 마친 시각 기타 수사과정에서 피의자의 행적을 확인하기 위해 필요한 사항을 피의자신문조서에 기록하거나 별도의 서면에 기록한 후 수사기록에 편철하여야 한다(개정안 제244조의4 제1항)'고 규정하고 있었다[93].

검찰은 이 규정에 대하여 1) 불구속 피의자나 참고인 모두 자발적으로 출석하여 조사 도중 언제라도 조사를 거부하고 퇴장할 자유가 보장되어 있다는 점, 2) 이 경우 강압행위 등 인권침해 여지는 상정하기 어려워 도착시각, 조사 개시, 종료시각 등을 굳이 조서에 기재할 실익이 없어 수사기관의 업무부담만을 가져오는 비효율성만 초래할 가능성이 높다는 점을 들어 구속·체포 피의자에 대한 조사시에 조사장소 도착 시각, 조사개시시각, 조사종료시각만을 기재함이 상당하다[94]고 주장하였다.

그리고 제6차 소위원회에서 검찰은 사실상 수사기관에서 불구속 피의자나 참고인들의 경우 수사기관 도착 이후의 행적을 일일이 확인하는 것

93) 사법제도개혁추진위원회, 사법제도개혁추진위원회 자료집 제10권(사법선진화를 위한 개혁-연구보고서·참고자료 Ⅵ-6, 공판중심주의적 법정심리절차 확립), 731면.

94) 사법제도개혁추진위원회, 사법제도개혁추진위원회 자료집 제10권(사법선진화를 위한 개혁-연구보고서·참고자료 Ⅵ-6, 공판중심주의적 법정심리절차 확립), 744면: 법무부 대안 제244조의4 제1항 '검사 또는 사법경찰관은 체포 또는 구속된 피의자를 조사할 때에는 조사장소에 도착한 시각 및 조사를 시작한 시각, 조사를 종료한 시작을 피의자신문조서에 기록하거나 별도의 서면에 기록한 후 수사기록에 편철하여야 한다.

이 어려우므로 '조사장소에 도착한 시각'은 삭제함이 상당하다는 의견을 내놓았다[95]. 한편 법원측 인사는 '행적을 확인하기 위해 필요한 사항'을 '조사과정의 진행경과를 확인하기 위해 필요한 사항'으로 바꾸는 게 좋겠다는 의견[96]을 냈는데, 이 의견대로 법안이 제출되어 수정없이 국회를 통과하였다.

여기서 '조사과정의 진행경과'란 예컨대 피의자가 조사 중간에 휴식을 취한 시간, 식사를 한 시각, 대질신문의 경위 및 시간, 조사 중간에 진술서를 작성하게 한 경우 그 경위와 시간 등을 들 수 있다.[97] 나아가 사법경찰관은 조사장소의 도착시각과 조사 시작 시각 사이에 상당한 시간적 차이가 있는 경우에는 그 구체적인 이유 등을 기재하며, 조사가 중단되었다가 재개된 경우 그 이유와 중단 및 재개 시각 등을 구체적으로 기재하는 등 조사과정의 진행 경과를 확인하기 위하여 필요한 사항을 기재하여야 한다. 피의자가 이에 대하여 이의를 제기하거나 이의나 이견이 없음을 진술한 때의 조치는 피의자신문조서의 작성의 경우와 같다.

수사과정을 기록한 당해 조서나 서면은 피의자에게 열람하게 하거나 읽어 들려주어야 하며, 사실대로 기재되지 아니하였거나 사실과 다른 부분의 유무를 물어 피의자가 증감 또는 변경의 청구 등 이의를 제기하거나 의견을 진술한 때에는 이를 조서나 서면에 추가로 기재하여야 한다. 이 경우 피의자가 이의를 제기하였던 부분은 읽을 수 있도록 이를 남겨두어야 한다. 피의자가 조서나 서면에 대하여 이의나 의견이 없음을 진술한 때에는 피의자로 하여금 그 취지를 자필로 기재하게 하고 조서에 간인한 후 기명날인 또는 서명하게 한다. 조사과정의 기록은 피의자신문

95) 사법제도개혁추진위원회, 사법제도개혁추진위원회 자료집 제10권(사법선진화를 위한 개혁-연구보고서·참고자료 VI-6, 공판중심주의적 법정심리절차 확립), 765면.
96) 사법제도개혁추진위원회, 사법제도개혁추진위원회 자료집 제10권(사법선진화를 위한 개혁-연구보고서·참고자료 VI-6, 공판중심주의적 법정심리절차 확립), 888면.
97) 배종대/이상돈/정승환/이주원, 신형사소송법(제3판), 홍문사, 2011, 115면; 법우너행정처, 형사소송법 개정법률 해설, 2007, 55면.

조서의 작성절차의 적법성과 진술의 특신성 및 임의성을 판단하는 중요한 자료로서의 의미를 가진다[98]고 할 수 있다.

나. 일본의 '신문상황관찰보고서' 와 '피의자노트'

우리나라의 수사과정 기록제도와 유사한 형태가 일본의 '신문상황관찰보고서'이다. '신문상황관찰보고서'가 도입되기 이전에 일본의 재판소들은 자백의 임의성이 다투어지는 경우에는 '조사경과 일람표(取調経過一覧表)'를 검찰에 제출하도록 명하여 이를 기초로 하여 경찰관에게 법정에서 증언하도록 하는 제도를 실시하였다[99]. '조사경과 일람표'란 자백의 임의성이나 신용성을 법관이 적정하고 효율적으로 판단하기 위하여 신문의 외형적인 상황이나 신문 당시에 대한 객관적인 상황에 대해 기소 후에 검찰관이 일괄하여 표로 정리한 것이다. 객관적으로 신문의 경과과정을 파악할 수 있으므로 피의자가 부인에서 자백으로 진술을 바꾸어가는 상황을 판단하는데 효과적이다. 그리고 이를 바탕으로 수사관이 그 상황을 증언하여 신문당시의 상황을 구체적으로 증명하는데 도움을 주었다. 조사경과 일람표의 활용은 임의성 심리문제를 진전시키는데 획기적인 시도로 평가받았다[100].

그러나 이 조사경과 일람표는 수사관측의 검찰관의 작업에 의존하는 것이어서 검찰관의 대응은 소극적이고 비협조적일 수 밖에 없었다. 즉, 조사경과일람표의 작성은 불가피하게 검찰관의 적극적인 협력에 의해서만 가능한 제도인데 검찰의 협력이 잘 이루어지지 않아 제도가 시행된지

98) 신동운, 신형사소송법(제4판), 박영사, 2012, 208면.
99) 梶田英雄, "取調経過一覧表による立証の失敗と教訓", [季刊]刑事弁護 제14호, 日本評論社, 1998, 40-41면.
100) 大出良知, 川崎英明, 神山啓史, 岡崎啓, "取調べ可視化の手段", [季刊]刑事弁護, 日本評論社, 1993, 48면.

몇 년 만에 완전히 자취를 감추고 말았다.

일본 '사법제도개혁심의회'는 최종의견서[101]에서 '피의자의 신문의 적정성을 확보하기 위하여 그 신문과정과 신문당시의 상황에 대하여 신문이 행해질 때마다 서면에 의하여 기록을 의무화하는 제도'를 도입할 것을 제안하였다[102]. 이 제안에 따라 일본 경시청은 범죄수사규칙의 일부를 개정하여 '신문상황관찰기록서' 작성을 의무화하였다. 이를 근거로 하여 일본 경시청은 2003년 10월에 범죄수사규칙을 일부 개정했던 것이다. 일본 범죄수사규칙 제182조의2[103]에 따르면 자유가 구속된 피의자, 피고인을 신문할 경우에는 신문한 내용을 신문상황관찰기록서에 작성하여야 한다. 이것은 조사기관이 나중에 정리하여 작성하는 이전의 조사경과 일람표와는 달리 그 때마다 실시간으로 기록하여야 하는 것이다. 덧붙여 이 보고서에는 신문의 일시, 시간, 장소, 조사관의 성명, 신문조서의 유무, 각종 권리의 통지 수를 기재하도록 되어 있다. 일본의 신문상황관찰기록서는 우리의 수사과정 기록과는 달리 신체가 구속되어 있는 상태에서 신문을 받을 때를 전제로 하며, 기록시점의 범위가 명확하지 않고, 신문연월일, 시간, 장소, 기타 취조에 관한 상황을 기록하는 데에서 그친다[104].

일본의 이러한 조서작성 방식은 이전의 피의자신문조서나 조사경과일람표의 문제점을 개선하는 것이어서 신문과정이나 신문상황을 객관적으로 보여주는데 도움이 될 수 있다. 그러나 이 신문상황관찰보고서에도

101) 일본 사법제도개혁심의회에 관한 자료는 사법제도개혁심의회 홈페이지 (http://www.kantei.go.jp/)를 참고함.

102) Recommendations of the Judicial Reform Council- For a Judicial System to Support Japan in the 21st Century - Ch.2. Justice System Responding to Public Expectations, June 12.2001.

103) 일본의 법령은 일본 인터넷 법령제공 시스템 (http://law.e-gov.go.jp/cgi-bin/idxsearch.cgi)에서 참조함.

104) 일본 형사소송법 제316조의15 제1항 8호: 이 조문은 일본의 2004년 5월 28일 형사소송법 개정 당시에 입법화된 조문이다. 내용에 대한 자세한 해설은 "刑事訴訟法等の一部を改正する法律について(2), 法曹時報 제57권 제8호, 法曹會, 2005, 2308면 이하" 참조.

조사관의 구체적이고 개별적인 언동이나 신문의 분위기 등 임의성에 영향을 주는 사정은 기재되지 않는다. 그리고 원래의 신문과정과 신문상황을 녹취한다고 하더라도 서면에 의한 녹취 자체가 주는 한계라는 것이 존재한다. 전체를 녹음하였다가 토씨하나도 빠뜨리지 않고 꼬박 녹취하는 것이 아닌 한, 그리고 그 녹음한 것까지 함께 제출하여 법원이 두 가지를 동시에 판단하지 않는 한 조서의 위험성은 여전히 남아 있게 되는 것이다. 그리고 서면으로 기록하는 것 자체가 수사기관의 손에 맡겨져 있는 것이기 때문에 신문과정을 자신이 직접 신고하는 방식에 가까운 것이어서 이런 상태에서는 기록의 정확성이나 객관성이 확보되지 못할 것이다. 따라서 일본 경시청에서 활용하고 있는 '신문상황관찰보고서' 역시 신문내용이나 정황을 보여주기에는 불충분한 것이었다고 판단된다. 그래서 등장한 것이 일본변호사회에서 피의자가 직접 작성할 수 있도록 고안한 '피의자노트'이다.

1) 피의자노트제도의 의의

2004년 3월 이후에는 신문시에 변호인이 제공한 노트에 피의자가 기입할 수 있도록 하는 '피의자노트'제도를 일본변호사연합회가 실시하고 있다[105]. 이 피의자노트제도는 오사카 변호사회에서 고안해 낸 것으로 수사기관에서 진행되는 피의자신문의 내용을 피의자가 직접 기록하고 이를 법정에서 증거로 채택하도록 하여 피의자신문 당시의 상황을 간접적으로나마 보여주고자 했던 제도이다.

피의자노트는 변호인이 피의자에게 기록하도록 요청하여 작성되는 것이다. 일본변호사협회에서 발간한 '피의자노트 매뉴얼[106]' 첫장에는 피의

105) 指宿 信, "被疑者ノートの理論的検討" (特集 取調べの可視化に向けたあらたな弁護実践と理論), 自由と正義제58권 제10호(通号 제705호), 2007.10, 51면.

106) 일본변호사연합회 홈페이지 http://www.nichibenren.or.jp에서 이 '피의자노트(취조에의기

자노트를 기록하는 의미를 적고 있다. 그 내용은 첫째, 조서에 피의자의 진술내용과 다른 내용이 기록되어서는 안된다는 것이다. 둘째, 피의자가 조사를 받을 때에는 변호인이 동석하는 것이 원칙이고, 진술의 전과정을 녹음,녹화하는 제도가 당연히 마련되어 있어야 하지만, 아직 제도가 완비되어 있지 않는 것이 일본의 현실이다. 한편, 변호인의 조력을 제대로 받기 위해서는 피의자가 진술한대로 조서가 작성되었는지를 변호인이 확인할 수 있어야 하는데, 수사기관의 조서만으로는 피의자가 어떤 상황에서 조사를 받았는지를 확인할 수 없으므로 피의자 자신이 변호인의 요청에 따라 작성한 문서가 필요하다는 것이다. 즉, 변호인의 조력을 질적으로 보장하고 변호인과 의뢰인간의 신뢰관계를 강화하는데 피의자노트제도가 기여할 수 있다고 보고 있다.

셋째, 조사과정을 밖으로 드러내주고 적정화하는 역할을 할 수 있다는 것이다. 변호인의 피의자노트의 기록을 통하여 피의자가 겪었던 조사과정의 상황을 간접적으로나마 파악할 수 있다. 피의자가 조사를 받은 후에 변호인이 다시 접견을 하는 상황이나, 다시 조사를 받고 피의자가 진술을 하는 상황에서 그 차이점을 변호인이 확인할 수 있게 된다.

넷째, 진술을 거부할 권리를 실질적으로 보장하게 된다는 점이다. 피의자가 조사를 받는 상황을 기록하게 되면, 자백을 강요받았을 때 진술을 거부하겠다는 의사를 직접 피의자노트에 기록할 수 있다. 이를 바탕으로 변호인은 피의자를 조사한 수사기관에 직접 항의를 할 수도 있고, 준항고를 제기할 이유로 피의자노트를 제시할 수도 있기 때문에 변호인이 변호할 무기를 제공하는 셈이 된다.

록)'의 내용을 확인할 수 있다. 현재는 2006년 7월에 개정한 것을 활용하고 있으며, 매뉴얼을 제공하여 변호인이면 누구나 피의자에게 이 노트를 활용할 수 있도록 지침을 마련해 놓고 있다.

2) 피의자노트의 증거능력

피의자노트를 일본의 법정에서 증거로 이용하는 경우에는 서증으로 증거조사를 청구할 수 있는 경우를 생각해 볼 수 있다. 조사 자체가 위법하다는 주장을 할 경우에 주로 활용할 수 있는데, 제출된 피의자신문조서의 신용성을 탄핵할 증거로 제출할 수 있다. 그리고 공판시에 피의자의 주장을 보강하는 역할을 할 수도 있다. 피의자노트에 관해서는 아직 일본 형사소송법에 그 규정이 없다. 따라서 증거능력을 어디에 맞추어 인정할 것인가에 대해서는 이론의 여지가 많다.

피의자노트 자체에 대해서 일본변호사단체 이외에는 별달리 논의가 되지 않기 때문에, 논의되고 있는 것을 중심으로 살펴보면, 피의자노트를 피의자진술서와 동일한 것으로 보고 비전문증거로 판단하자는 견해와 일본 형사소송법 제323조 제3호에 따라서 '사인이 작성한 서증의 경우'로 판단하여 '특히 신용할 수 있는 정황하에서 작성된 서면'으로 보는 견해로 나뉜다[107]. 후자의 견해에 따르면 피의자노트를 피의자가 직접 작성한 '제3자가 읽을 것을 예상한 서면으로 작성된 것'으로서 '메모의 형식으로 사후에 기억을 되살려 작성하는 것'으로 본다. 외관상으로는 형식적이고 정형적으로 작성된 것이라고 할지라도 변호인이 접견교통을 할 때에 고도로 신용할 수 있는 가능성이 있는 것이므로 구체적으로 신용성이 높은 상태에서 작성된 것[108]이라고 한다.

일본의 판례에도 '은행부지점장이 업무상 작성한 개인업무일지는 고도의 신용적 상황이 보장되는 것으로 인정'하고 있으며(동경지법 소화 53년 6월 29일 결정, 893호, 3면), 전화를 받은 사람이 일시 및 내용을 기

107) 指宿 信, "被疑者ノートの理論的検討" (特集 取調べの可視化に向けたあらたな弁護実践と理論), 自由と正義제58권 제10호(通号 제705호), 2007.10, 일본변호사연합회, 54면.
108) 指宿 信, "被疑者ノートの理論的検討" (特集 取調べの可視化に向けたあらたな弁護実践と理論), 自由と正義제58권 제10호(通号 제705호), 2007.10, 일본변호사연합회, 56면.

록한 메모도 특히 신용할만한 상황에서 작성된 서면으로 인정한 판례(동경지방법원 평성 15년 1월 22일 판결, 1129호, 265면)가 있으므로 이를 참고하여 판단하면 된다고 해석한다[109].

3) 피의자노트에 대한 일본 법원의 판단

개정된 일본형사소송규칙 제198조의4에는 '검찰관은 피고인 또는 피고인이외의 자의 진술에 관하여, 그 취조상황을 입증하여야 할 필요가 있을 때에 한하여, 취조의 상황을 기록한 서면, 기타 취조의 상황에 관한 자료를 활용하여 신속하고 정확하게 입증하도록 노력하여야 한다'라고 규정하고 있다. 이 '취조의 상황을 기록한 서면'의 한 예로서 '신문상황보고서'와 '피의자노트'를 들 수 있다. 2006년 12월 13일 오사카 지방법원은 이 조항에 따라서 '피의자노트'를 증거로 채택하였다[110]. 피고인은 여성종업원 2명을 자신의 맨션에서 살해하고 사실을 은폐하기 위하여 방화한 점에 대하여 살인죄로 기소되었다. 기소된 피고인은 '조사과정에서 폭행이 있었다'고 주장하였다. 변호인측은 즉시 '수사관이 머리카락을 잡고 피의자를 땅에 엎드린 상태에서 발로 차서 입술이 찢어졌음'을 기록한 피의자노트와 촬영사진을 첨부하여 증거보전신청을 하였다. 검찰측은 스스로 책상에 얼굴을 부딪친 자상행위라고 반박하였다. 결국 오사카지방법원은 피고인이 폭행을 당했다고 기재한 '피의자노트'를 증거로 채용하여 '조사과정에서 경찰관이 피고인의 등을 때리고 머리카락을 잡는 등 폭행을 했다는 점'을 인정하였다. 이 사건 피고인은 피해자를 찌른 것은 인정하고, 그 당시 심신상실 상태였기 때문에 무죄임을 주

109) 指宿 信, "被疑者ノートの理論的検討" (特集 取調べの可視化に向けたあらたな弁護実践と理論), 自由と正義제58권 제10호(通号 제705호), 2007.10, 일본변호사연합회, 55면.

110) 大阪地裁 平成18年12月13日 判決, 平18 (わ) 26号(強盗殺人 (変更後の訴因 住居侵入、強盗殺人、強盗強姦) 、鉄砲刀剣類所持等取締法違反、建造物侵入、非現住建造物等放火事件)

장하였고, 검찰측은 살인죄로 징역 15년을 구형하였는데, 법원은 '범행 몇일 전부터 음주로 명정에 가까운 상태'만을 인정하여 심신미약으로 징역 6년을 선고하였다[111].

이와는 달리 2007년 5월 31일 히로시마 고등법원[112]은 '피의자노트'를 증거로 채택하였지만 그 증거능력은 부정하였다. 피고인은 위조통화행사죄로 기소되었는데, 피의자신문조서를 작성할 당시에 수사기관에 진술한 내용과 피의자노트에 기재된 내용이 달라서 변호인은 피의자노트의 증거조사를 신청하였다. 히로시마 고등법원은 피의자노트의 내용이 특히 신용할만한 상태에서 작성된 것임은 분명하나, 증거조사결과 피의자신문조서에서 일관적으로 진술한 내용들이 피의자노트에서는 번복되거나 과장된 점이 있기 때문에 피의자노트 자체를 신빙할 수 없다고 판단하였다. 오히려 피의자노트를 통해 봤을 때 피고인의 '위조지폐임을 알지 못했다'는 주장과는 달리 위조지폐의 입수경로를 상세히 밝히고 있었다는 점을 통해서 피고인의 주장을 기각하였다. 피고인은 고령에 건강상태가 좋지 않은 피고인을 고려하여 징역 4년을 선고받았다.

4) 평가

피의자의 기록만으로는 자백의 임의성이나 신용성 판단시에 되풀이되는 탁상공론을 막을 수 없고, 피의자가 기록하는 데에도 한계가 있다. 예를 들어 피의자의 개개인의 특성에 따라서 피의자노트를 작성하는 방식이 달라지게 되어서, 지식수준이 높은 사람의 경우에는 노트를 작성하는 것이 오히려 부정적으로 받아들여질 가능성이 있다고 한다[113]. 따라

111) 2007년 5월 14일자 요미우리 신문. 기사는 요미우리신문 인터넷 웹사이트에서 검색으로 참고함.(http://www.yomiuri.co.jp/)
112) 広島高裁 平成19年 5月31日 判決, 平18（う）211号.(westlaw Japan을 이용하여 검색함)
113) 森 直被也, "被疑者ノートを利用した弁護実践", 自由と正義 제58권 제10호(通号 제705

서 조서나 서면을 작성하는데 제3자의 감시가 필요하다는 결론을 내리게 되었고[114], 서면으로 피의자의 진술을 녹취하는 것 보다는 변호인의 입회나 피의자신문의 녹음,녹화를 활용하는 방식에 눈을 돌리게 된 것이다.

2. 진술내용의 기록 - 조서작성, 녹음·녹화

가. 피의자신문조서

1) 우리나라에서의 피의자신문조서

조선시대에는 고문하여 신문한다는 의미의 고신(拷訊)이 합법적으로 이루어졌다[115]. 물론 어느 정도 고신의 남용을 제한하라는 어명이 종종 내리기는 했지만, 고문을 통하여 자백을 받아내는 것이 합법적인 시대였다[116]. 일제강점기에 들어오면서 일본은 피의자의 자백을 얻어내고 그 자백을 받아낸 것을 공판정에서 피고인의 유죄증거로 사용하기 위하여 피의자신문조서를 철저하게 작성하였다. 진술거부권을 인정하는 것과 같은 여러 장치들을 들어 고문시비를 막아보려 하였다. 그 중 한 방법이

호) , 2007.10, 일본변호사연합회, 61면 이하.

114) 秋田真志, 小林功武, “実践の中で取調べの可視化を—被疑者ノートの試み”, [季刊]刑事弁護 39호, 2004, 82-86면.

115) 조선왕조실록에는 ‘고신’을 하였다는 말이 세종 13년부터 순조에 이르기까지 무려 140여 건이나 등장한다. 한 예로 성종 2년 우부승지 이승원이 최세호 등의 공사를 아뢰며 ‘최세호를 다시 형벌로서 신문하고, 그 일에 관계된 사람 안에 사단에 어긋남이 있는 사람은 계품을 하지 않고 고신하도록 하소서’하니 성종이 전교하기를 ‘좋다’고 하였다(조선왕조실록 제8집 452면, 국역 조선왕조실록 CD-ROM 검색 참조).

116) 대전회통 제5권 <형전>에는 고신을 행하는 방법이 자세하게 기록되어 있으며(추단), 고신 후 3일 이내에는 다시 고신을 하지 못하게 하는 등 고신을 행하는 엄격한 잣대를 두고 있다.

피의자신문조서를 형식적으로 하자없게 만드는 것이었다.

수사기관은 '문답식' 혹은 '서술식'의 피의자신문조서를 작성한 후, 진술자와 작성자의 서명날인이 있는 문서를 작성하고 검사가 이를 유죄증거로 공판정에 제출한다. 현행범 또는 준현행범의 경우에만 특별히 피의자 및 증인을 신문하고 조서를 작성할 수 있었던 1912년 당시의 의용 일본 형사소송법 규정에도 불구하고, 우리는 조선형사령 제12조에 따라서 피의자신문과 신문을 위한 강제구인이 허용되고 있었다[117].

해방후 처음으로 형사소송법이 제정된 1954년에도 피의자신문조서는 사법경찰관 작성 조서와 검사작성 조서 모두가 고문과 직결되는 것이라고 인정하면서 절충안으로 검사작성조서만을 인정하는 것으로 타협점을 찾았다는 것을 알 수 있다. 우리 형사소송법에서 조서와 관련한 논의들은 결국 '자백이 포함되어 있는 서류'를 어떻게 법정으로 끌어내느냐와 직접적인 연관을 맺고 있다. 그런 점에서 1954년 당시의 형사소송법은 인권옹호 측면에 많은 주의를 기울였음에도 불구하고 일제강점기의 형사소송법에서 크게 벗어나지 못한 면모를 보였다.

미군정법령 제176호에 의하여 조선형사령(1924년 형사령) 제12조가 폐지되자 검사와 사법경찰관이 전적으로 피의자를 신문할 수 있는 법적 근거가 소멸되었다. 그 결과 다이쇼 형사소송법 제343조가 절대적 증거능력을 부여한 '법령에 의하여 작성된 신문조서'에 검사작성조서, 사법경찰관작성조서는 제외되었다[118]. 따라서 미군정법령 제176호에 따라서는 사법경찰관작성 피의자신문조서, 검사작성 피의자신문조서는 증거로 쓸

117) 심희기, "일제강점기 조서재판의 실태", 형사법연구 통권 제25호, 한국형사법학회, 2006.6, 338면: 조선에서 검사와 사법경찰관은 현행범 사건이 아닌 통상의 사건에서도 그들이 주관적으로 수사의 결과 급속한 처분을 요하는 것이라고 사료하는 때에는 공소제기 전에 영장을 발하여 검증, 수색, 물건차압을 하고 피고인, 증인을 신문하거나 또는 감정을 명할 수 있었다(1912년 조선형사령 제12조).

118) 심희기, "일제강점기 조서재판의 실태", 형사법연구 제25호, 한국형사법학회, 2006.6, 348면.

수 없게 되었다.

당시의 형사소송법요강안 제7항에서는 ”소위 공판중심주의(당사자주의)를 채택“하여 피고인 또는 변호인의 반대심문권을 인정하자는 주장이 제기되었다. 양원일 의원은 ”종래의 공판수속에 있어서는 법관이 피고인의 진술을 듣기 전에 미리 기록을 읽고 선입관적인 심증을 얻거나 또는 심증의 기초를 관념해 가지고 비로소 피고인을 대하게 되니 여기에 자타가 용이하게 발견할 수 없는 오류가 혼입하기 쉬우므로 금번 신법의 의도는 여기에 착안하여 법관이 검사의 기소장만 가지고 심증에 있어 백지로 피고인에게 대하여 법관이 자유심증의 소지를 순결케 하자“는 취지의 규정임을 밝혔다.

1950년 법전편찬위원회의 형사소송법초안 심의단계에서는 제299조에 “검사, 수사관, 사법경찰관의 피의자 또는 피의자 아닌 자의 진술을 기재한 조서, 검증, 감정의 결과를 기재한 조서 및 압수한 서류나 물품은 공판준비 또는 공판기일에 피고인이나 피고인 아닌 자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 때에는 증거로 할 수 있다.”라고 규정하고 있다[119]. 검사나 사법경찰관 모두 피고인의 진술에 의한 성립의 진정함이 인정된 때에 한하여 피의자신문조서의 증거능력을 인정하였기 때문에, 사법경찰관의 피의자신문조서의 증거능력은 검사의 그것과 동일한 증거능력을 지니고 있었다.

그런데 동 초안에 대하여 법제사법위원회는 제299조에 단행을 신설하자는 의견을 제시하였다. 즉, “단, 검사 이외의 수사기관에서 작성한 피의자의 진술조서는 그 피고인 또는 변호인이 공판정에서 그 내용을 인정할 때에 한하여 증거로 할 수 있다”라는 규정을 덧붙여서 안을 냈는데[120], 검사작성 피의자신문조서와 사법경찰관 작성 피의자신문조서간에

119) 한국형사정책연구원 편, 형사소송법 제정자료집, 1991, 49-50면.
120) 제18차 제18회 국회정기회, 1954.2.15.

증거능력을 차등부여하고 있는 것이다.

1954년 형사소송법안의 국회심의과정에서 국회법사위의 엄상섭 의원은 형사소송법 제312조의 입법취지를 다음과 같이 설명하였다.

“이 범죄수사에 있어서 고문을 한다든지 또는 자백을 강요한다든지 이러한 면에 있어서 자백강요를 이렇게 막아야 될지 이러한 문제가 있었던 것”인데, “입으로는 우리가 경찰관에게 물어보나 검찰관에게 물어보나 고문이라는 것은 절대로 없다고 말하지만 사실에 있어서는 고문이라는 것이 대한민국에서 공공연한 비밀”로 되어 있었다고 한다. 이 근원을 잘라내기기 위해서는 “경찰관이나 검찰관이 만든 조서에 대하여 증거력을 주지 말 것”을 강하게 주장하였다. 다시말해서 “검찰관이나 혹은 경찰관이 범죄수사를 할 때에 단서를 찾아가는 그 정도는 봐주지만 재판정에서 유죄의 증빙재료로 할 수 없게 만들면 고문을 하지 않겠느냐, 이러한 생각으로 해서 검찰관이나 경찰기관에서 진술한 내용은 피고인이나 피고인의 변호인 측에서 이의가 없는 한에서만 유죄의 증빙재료로 하고 ‘만일 이의를 말할 때에는 유죄의 증빙재료로 할 수 없다 하는 이러한 방향으로 나가야 될 것”이라고 강조하였다. “경찰기관에서 작성한 조서에서만 이의가 있을 때에는 증명력을 주지 않도록 하고 검찰기관은 그대로 두게 한 규정”은 “절충”이 되어서 규정된 것이어서 “적어도 경찰에서 무엇을 말했다든지 수사기관에서 한 자백은 검찰기관 혹은 공판정에서 부인할 때 가야 비로소 경찰기관에서 행해지고 있는 이 고문을 근절은 못 시키더라도 어느 정도 견제할 수 있지 않는가 ”라는 생각으로 제312조를 규정하게 되었다고 한다.[121]

엄상섭 의원의 발언에 따르면 검찰과 경찰의 조서 둘 다 고문과 직결되는 것이고 그 당시의 절충안으로 검사가 작성한 신문조서만 인정하는

121) 서일교, 신 형사소송법(부 참고자료), 1954, 부록 60면: 제18회 국회정기회의속기록 제19호, 1954년 2월 16일(화)

방식을 취하고 있다는 것이다.[122]

1954년 2월 19일 제18차 21회 국회 정기회에서 이 수정안이 이의없이 통과되었다. 김정실 의원은 형사소송법안을 설명하면서, 이 단행을 규정한 이유가 '수사중심을 검찰청에 둔[123]' 까닭이라고 하였다. 근본적으로 엄상섭 의원과 같은 입장에서 단행규정을 설명하였던 것이다. 그리고 같은 해 2월 26일에 자구수정을 거쳐, 27일 법안이 정부로 이송되었다.

1954년 3월 13일 정부는 형사소송법안에 대하여 7가지 항목을 들어 비토한다. 제299조의 단서조항이 '사법경찰관리의 범죄수사를 법률적으로 무의미하게 만들어서 그 기능을 상실케 하는 것[124]'이라는 게 그 이유 중 하나다. 대한변협은 같은 달 15일 건의서를 통하여 '단행 조항은 타당'하다는 입장을 표명하면서 국회에 재의가결을 촉구[125]하였다. 1954년 3월 19일 형사소송법안의 재의여부를 국회본회의에서 표결하였는데, 120대 27표로 원안이 그대로 가결되었다.

제정된 형사소송법 제312조에 따르면 "검사 또는 사법경찰관이 피의자 또는 피의자 아닌 자의 진술을 기재한 조서, 검증 또는 감정의 결과를 기재한 조서와 압수한 서류 또는 물건"은 "공판준비 또는 공판기일에

122) 엄상섭 의원은 법정 74호(1955.6)에 실린 '형사재판의 민주화'라는 논문에서도 위 규정의 취지에 대하여 언급하고 있다. 즉 "사법경찰관의 조서의 증거능력의 문제도 역시 형사재판의 편의에서 신형사소송법 제310조, 제312조가 염기되는 모양이나 이것이 아니고는 경찰의 고문을 미연 방지할 도리가 없는 것이다. 신 형소법의 운용의 실제를 보면 그 제317조 제2항 등의 요건을 충족시키기 위하여 진술자가 자의로 했다는 요지의 서면을 받는 모양이나 이는 졸렬하고도 가치없는 일이다. 만일 효과있게 하려면 변호인이나 성년가족이나를 입회시키고서 그러한 진술서를 받는다는 것은 좋겠지만 피구속자만이 스스로 그러한 진술을 했다는 것을 고문으로서도 능히 할 수 있는 것이고 고문이기 때문에 더욱 그러한 진술을 하게 될 것이 아닌가?": 신동운 편저, 효당 엄상섭 형사소송법 논집, 서울대학교 출판부, 2005, 124-125면.

123) 한국형사정책연구원 편, 형사소송법 제정자료집, 1991, 335면.

124) 한국형사정책연구원 편, 형사소송법 제정자료집, 1991, 240면에서 재인용; 조선일보 1954.3.16, 2면에 관련기사 참조.

125) 조선일보 1954.3.17, 2면.

피고인 또는 피고인 아닌 자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 때"에는 증거로 할 수 있다. 다만, "검사 이외의 수사기관에서 작성한 피의자의 신문조서"는 그 피의자였던 피고인 또는 변호인이 "그 내용을 인정할 때에 한하여" 증거능력을 인정하게 되었다.

2004년 12월 16일 대법원은 2002도537 전원합의체 판결을 통하여 형식적 진정성립이 인정되면 실질적 진정성립은 추정되었던 이전의 판례 태도를 변경하여, 원진술자의 진술에 의하여 형식적 및 실질적 진정성립이 모두 인정되어야만 피의자신문조서의 증거능력이 인정된다는 취지의 판결을 내렸다.

이러한 판례의 태도에 대하여 검찰측은 조서의 진정성립을 원진술자의 진술에 의하여만 인정하도록 하고 있는 당시 형사소송법의 규정은 '피고인이나 증인에게 자신이 수사절차에서 한 진술에 증거능력을 부여할 것인가에 대한 선택권을 부여하는 것으로 소추기관인 검사는 이에 속수무책의 상황이 되는 불합리한 증거법'이라고 맹비난을 가하였다[126]. 그리고 이같은 대법원의 태도변화를 계기로 하여 당시 진행되고 있던 형사소송법 개정 중 피의자신문조서의 증거능력에 관한 문제는 법원, 검찰, 변호사 세 집단 뿐만 아니라 수사권독립을 주장하던 경찰까지 합세하여 서로의 이권을 대변하는 가장 첨예하게 대립하는 항목 중 하나가 되고 말았다.

같은 해 12월 31일 사법개혁위원회는 '공판중심주의를 구현하고, 국민사법참여제도를 도입하기 위해서는 증거법을 전면적으로 재검토할 필요가 있다'는 건의서를 제출하였다. 2005년 1월 사법제도개혁추진위원회가 정식으로 발족하였고, 같은 해 3월 8일부터 31일까지 네 차례에 걸쳐 사법개혁위원회의 건의서에 따른 전문가토론회를 개최하게 된다. 이

126) 이완규, "개정 형사소송법에서의 수사절차상 진술의 증거능력", 형사법의 신동향 통권 제8호, 대검찰청, 2007.6, 19-20면.

자리에서 판사, 검사, 변호사 등 실무가 그룹과 법학자 그룹이 공판중심주의, 증거개시문제, 공판준비절차 등 형사소송법 조항을 놓고 각각의 조문들에 대하여 개정안들을 제시한다.

2006년 4월 17일 정부가 제출한 형사소송법 개정안이 법제사법위원회 소위원회에 회부되었다. 그리고 제312조에 해당하는 증거법 관련규정은 9월 20일에 처음으로 법안심사 소위에서 다루어졌고[127], 같은 달 25일 국회공청회(바람직한 형사사법절차에 관한 공청회)가 개최되었다. 공청회가 있기 바로 직전인 22일에 이용훈 대법원장은 광주·대전의 법관훈화자리에서 “변호사들이 만든 서류는 대개 사람을 속여 먹으려고 말로 장난치는 것이 대부분이다”, “검사는 검찰의 수사기록을 던져버리고 법정에서 설득해야 한다”라는 발언으로 검찰과 변협의 불만을 샀다[128]. 이 발언을 두고 공청회에서도 ‘공판중심주의를 법원중심주의로 오해해서는 안된다’며 공판중심주의의 의미를 둘러싸고 공방이 벌어졌다[129]. 이 법안은 국회계류중 동년 12월 6일에 법제사법위원회에서 제1소위원회로 회부[130]되었고, 12월 12일에 회의가 재기되었다. 12일 법사위 소위의 주된 관심사[131]는 영상녹화물을 특히 신빙할 수 있는 상태의 한 형태로 보는 제312조 제1항과 영상녹화물을 보충적 증거로 사용할 수 있도록 규정한 제312조의2 사이의 간격이었다. 이후 법사위 소위에서 피의자신문조서 관련규정은 영상녹화물을 둘러싸고 첨예한 갈등양상을 보였고, 사개추위 안에 대해서 ‘소위 판사들은 지고지순하고 그래서 판사 앞에서 한 말은 다 맞고 검사든지 사법경찰관은 전부 인정하지 않으니까 공판정 안에서 전부 이야기하라는 사고가 깔려 있다’는 비난도 이어졌다[132].

127) 제262회 제3호 법제사법위원회 법안심사제1소위원회 회의록, 2면 이하.
128) 2006년 9월 22일자 조선일보 A3면(검·변 격앙시킨 ‘대법원장의 말’ 파동)
129) 제262회 법제사법위원회회의록 제8호, 2006.9.25., 23면 이하.
130) 제262회 제27호 법제사법위원회회의록, 2006.12.6. 71면 이하.
131) 제263회 법제사법위원회 법안심사제1소위원회, 2006.12.12, 42면 이하에서 ‘공판중심주의 제도에 대하여 논의하면서 조서와 영상녹화물의 증거능력에 대한 부분이 지적됨.
132) 제266회 법제사법위원회 제1차 소위원회, 2007.3.26, 15면.

정부가 제출한 안에 대하여 법사위 소위 내에서 해석이 분분했다. 한쪽에서는 “진정성립이 인정되면 증거능력을 인정하고, 특히 신빙할 수 있는 상태가 인정되면 피고인의 부인진술에도 불구하고 증거능력을 인정”하자는 취지로 구법과 비슷한 태도로 해석하였다[133]. 반면 ‘모든 피고인에 대한 검사 작성의 조서는 증거능력이 없는데, 영상이라든가 객관적으로 특히 신빙할 수 있는 상태에 있어서만 증거능력이 있는 것’으로 해석하는 견해도 있었다[134].

이 시점에서 내용이 분분하게 된 것은 2006년 1월의 사개추위 안과, 2006년 4월의 법제사법위원회 안의 내용이 달랐기 때문이다. 사개추위 안은 검사가 작성한 피의자신문조서는 피고인의 진술과 객관적인 방법에 의하여 그 내용이 인정되고, 게다가 특히 신빙할 수 있는 상태에서 피의자신문조서가 작성되었음이 증명된 때에 한하여 증거능력을 인정한다는 취지라고 본다.

그런데, 2006년 4월 제출한 법제사법위원회안[135]은 성립의 진정을 인정하는 경우와 부인하는 경우로 나누어 규정하고 있다. 즉, 피고인이 진술한 내용과 동일하게 기재되었음을 공판준비 또는 공판기일에서의 피고인진술에 의하여 인정되고, 거기에 특히 신빙할 수 있는 상태를 증명하면 피의자신문조서의 증거능력을 인정한다. 그리고 성립의 진정을 부인하는 경우에는 조서에 기재된 진술이 피고인이 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음이 영상녹화물 기타 객관적인 방법에 의하여 증명되고, 특히 신빙할 수 있는 상태가 증명되면 증거로 할 수 있도록 규정하고 있다.

이후의 법제사법위원회 소위원회에서 다루는 개정안은 2006년 1월의 정부제출안과 법제사법위원회안을 혼합하여 해석하고 있는 것처럼 보인

133) 제266회 법제사법위원회 제2차 소위원회, 2007.3.27, 이상민 위원 발언.
134) 제266회 법제사법위원회 제2차 소위원회, 2007.3.27, 최병국 위원 발언.
135) 법제사법위원회 안의 원문은 ‘http://likms.assembly.go.kr/law/’를 참조함.

다. 정부제출안에 따르면 피의자신문조서의 증거능력이 있으려면 1) 적법한 절차와 방식에 따라 작성, 2) 피고인이 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음이 피고인의 진술 또는 영상녹화물 등 객관적인 방법에 의하여 증명, 3) 기재된 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음이 증명이라는 세가지 요건을 모두 갖추어야 하고, 진술을 부인할 경우는 규정하지 않고 있다. 그런데, 3월 27일 제2차 소위원회 회의내용을 보면 '부인을 하면 영상녹화물에 의해서 증거능력이 있다'고 보거나 '부인하는 경우에도 특히 신빙할 수 있는 상태에 객관적인 방법까지 추가로 요구'하는 것으로 개정안을 이해하는 견해도 있다[136].

그러나 이는 개정안을 잘못 이해한 것이다. 개정안은 제312조의2에 피고인이 수사기관에서의 진술을 부인하는 경우에 조사자증언 기타의 방법으로 이를 증명하기 어려운 때에 영상녹화물의 증거능력을 인정하고 있다. 따라서 사개추위 개정안에 따르면 피고인이 진술의 진정성립을 인정한 경우에는 특히 신빙할 수 있는 상태가 가중요건으로 들어감에 반하여, 진정성립을 부인하는 경우에는 조사자증언이나 영상녹화물을 보충증거로 삼아 그 진술의 증거능력을 인정할 수 있다는 것이다.

단, 영상녹화물은 적법한 절차와 방식에 따라 녹화된 것으로서 피고인, 조사자의 진술에 의하여 조사의 전과정이 객관적으로 영상녹화된 것임이 증명되고, 영상녹화진술이 변호인의 참여하에 이루어지는 등 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음이 증명된 것이라야 증거로 할 수 있다. 이러한 모순을 근거로 하여 27일 제2차 소위원회에서는 원래의 1항을 진정성립을 인정하는 경우와 부정하는 경우로 항목을 나누어 조문을 규정하기로 결정하였다.

법제사법위원회는 제267차 제4차 회의(2007.4.26)에서 검사가 작성한 피의자신문조서는 '적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로 피고인이

136) 제266회 법제사법위원회 제2차 소위원회, 2007.3.27, 53면.

실질적 진정성립을 인정하고 특히 신빙할 수 있는 상태 요건이 구비된 경우에 한하여 증거로 인정'하면서 '피고인이 진정성립을 부인하는 경우에 영상녹화물 기타 객관적 방법에 의하여 진정성립을 증명할 수 있도록' 본래의 규정을 보완한 법률안을 상정하였다. 그리고 이 법안은 같은 달 30일에 국회 본회의를 통과하여 2008년 1월 1일부터 시행되고 있다.

2) 외국의 입법례

가) 일본

일본의 수사기관에서 피고인(필자주: 당시에는 피의자)이 작성한 진술서 및 그 진술을 녹취한 서면은 피고인의 서명 혹은 날인이 있는 경우에 1) 그 진술이 피고인에게 불이익한 사실의 승인을 내용으로 하는 것인 때 또는 특히 신용할만한 정황하에서 된 것인 때에 한하여 증거능력이 인정된다. 2) 피고인에게 불이익한 사실의 승인을 내용으로 하는 서면은 자백이 아닌 경우에도 임의성이 인정되지 않으면 증거로 할 수 없다(일본 형사소송법 제322조 제1항).

우리나라 형사소송법 제312조에는 피의자신문조서의 작성주체를 검사 또는 사법경찰관으로 명시하고 있다. 그런데 이와는 달리 일본의 진술녹취서면은 그 작성주체를 따로 법문에 규정하지 않고 있고, 법 해석상 재판관, 검찰관, 사법경찰직원 또는 기타 사인(私人)이 모두 포함되는 폭넓은 개념으로 해석[137]된다. 그리고 작성주체가 따로 규정되어 있지 않기 때문에 진술녹취서면의 증거능력은 작성주체에 따라서 달리 볼 여지가 없다.

---

137) 조해 형사소송법, 717면: 이러한 점에서 검찰사무관이 조사하여 조서를 작성하고, 검찰관이 입회하여 위 조서를 피고인에게 읽고 들려준 경우에 그 작성된 진술조서의 증거능력을 부정한 福岡高判 昭29.11.19 高集7-10-1595 판결은 문제가 있다고 한다.

일본 형사소송법 제322조 제1항의 진술녹취서는 진술자 이외의 자가 진술자로부터 들은 사실을 기록하는 것으로 증인심문조서, 진술조서(일본 법에는 공술조서라고 되어 있으나, 공술이라는 용어는 우리나라에서 사용하지 않고 있으므로 편의상 진술조서라고 한다), 질문시말서, 전화청취서 등을 포함하는 개념[138]으로 우리 형사소송법의 피의자신문조서보다는 넓은 의미로 이해될 수 있다.

이러한 점에서 일본의 진술조서는 우리의 피의자신문조서에 해당하는 것으로 평가할 수 있다. 우리의 피의자신문조서의 내용은 수사기관과 피의자간의 문답형식으로 이루어지고 있는데 비하여, 일본의 진술녹취서는 피의자신문사항을 간단하게 요약하여 정리하고 있다는 점에서 형식적인 차이가 있다[139]. 이는 진술녹취서의 작성주체를 수사기관에게 한정하지 않고 있고, 피고인에게 불이익한 사실을 승인했는지 여부에 따라서 그 증거능력을 인정하는 요건이 달라지기 때문이라고 해석된다.

일본 형사소송법 제322조 제1항에서 '피고인에게 불이익한 사실'이란 협의의 자백을 포함한 넓은 의미에서의 범죄사실 인정을 의미한다고 해석된다. 따라서 1) 범행현장에 있었다거나, 2) 피해자가 알아보았다거나, 3) 형이 가중될만한 사실을 진술과정에서 인정한 경우 등 범죄사실과 관련한 내용을 인정한 경우 이외에도 양형상 불이익한 사실을 인정하는 경우도 여기에 포함된다고 본다.

학설상 피고인이 불이익한 사실을 진술하는 것은 고도의 신용성이 인정되기 때문에 증거능력을 인정하는 것으로 해석한다[140]. 그런데 이러한 해석방식은 우리의 형사소송법과는 달리 일본 형사소송법 제198조 제1

---

138) 조해 형사소송법, 690-691면.
139) 일본의 진술녹취서 작성예는 아래의 사이트에서 참고하였다.
http://www.fureai.or.jp/~moshima/Jinken/mamorukai/gakusei-shomei/kyojutsu.html.
더불어 일본의 진술조서 서식은 三井誠, 酒巻匡 저 /신동운 역, 입문 일본형사수속법, 법문사, 2003, 400, 401면의 [서식11]과 [서식12]를 참조 바람.
140) 松尾浩也, 刑事訴訟法下(新版), 弘文堂, 1993, 45면.

항에 피의자가 수사기관에 출석을 거부하거나, 출석 후에도 언제라도 퇴거할 수 있도록 보장하고 있어서 신문수인의무를 인정하지 않고 있기 때문인 것으로 해석된다. 따라서 신문수인의무가 인정되지 않음에도 불구하고 자발적으로 불이익한 사실을 진술한 경우에 신용성을 높이 평가하여 증거능력을 인정하는 것이라고 본다. 그럼에도 불구하고 피고인에게 불이익한 사실의 승인을 내용으로 하는 서면은 자백이 아닌 경우에도 임의성이 인정되어야 비로소 증거능력이 인정된다. 이 단서 규정은 수사기관의 피의자신문조서에 피고인에게 불리한 진술이 기재되어 있는 경우에는 임의성이 없으면 증거능력이 인정되지 않는다는 취지로서 본문에 대한 가중요건으로 해석된다.

한편 피고인의 진술은 신용할만한 정황하에서 된 것인 때에 그 증거능력을 인정할 수 있다. 제322조 본문 전단은 피고인이 불이익한 진술을 승인했을 경우에 해당하는 것이고, 후단은 피고인이 불이익한 진술을 승인했을 경우 이외에 해당하는 것으로 해석된다. 즉, 피고인이 불이익한 진술을 승인했을 경우에는 동법 제319조의 규정에도 불구하고 자백의 여부와 관계없이 임의성이 인정되어야 증거능력이 인정되고, 그 이외의 진술은 신용할만한 정황하에서 진술된 것인 때에 그 증거능력이 인정되는 것으로 해석된다.

나) 미국

미국의 형사사법체계상 피의자가 수사기관에서 자백(confession)을 하고, 검사와 유죄협상의 합의가 이루어진 경우에는 기소인부절차를 통하여 사실심리가 끝나기 때문[141]에 수사기관이 작성한 조서의 증거능력은

141) Harry I. Subin/ Chester L. Mirsky/ Ian S. Weinstein, The Criminal Process(Prosecution and Defense Functions), West Publishing Co., 1993, pp. 131-144.

사실상 문제되지 않는다. 피의자는 수사단계에서 자신의 진술을 진술서(written statement)에 기재하게 되는데, 이 때 진술서에 자백 또는 사실인정이 포함되게 된다. 그리고 녹음녹화가 본격적으로 이루어지고 있는 주에서도 마찬가지로 진술이 녹음녹화됨과 동시에 진술서를 작성하도록 하고 있다. 우리 형사소송법처럼 수사기관이 직접 피의자의 신문내용을 기재한 피의자신문조서와 같은 형태는 일반적으로 작성하지 않는다. 다만, 수사과정을 녹음녹화하였을 경우에 필요에 따라서 그 내용을 녹취한 서면을 작성하는 경우도 있으나, 의무적으로 모든 녹음녹화 사건에서 녹취서면을 작성해야 하는 것은 아니다.

문제는 수사기관에서 일단 자백을 하였다가 법정에 이르러 자백을 부인하는 경우와, 사실인정(admission[142])을 하는 경우를 들 수 있다.

첫째, 수사기관에서 한 일체의 자백을 법정에서 부인하는 경우는, 피고인은 법정에서 자신에게 불리한 진술을 강요당하지 않을 권리를 갖게 된다. 그리고 미국사법체계에서는 피고인신문 절차가 없다. 이 때 피의자의 수사기관에서의 진술은 이전의 불일치한 진술(Prior Inconsistent Statements)에 해당되기 때문에, 피의자진술을 증거로 제출하기 위해서는 조사자가 증언하는 것을 통하여 피의자의 진술자체를 문제삼는 방법을 택할 수 밖에 없게 된다(미국 연방증거법 801(d)(1)(A)[143]. 그리고 피의자의 진술서(written statement)와 그 후의 진술이 모순된다고 할 때 조사자가 법정에서 증언을 하면, 당해 진술서의 증거능력이 아닌 조사자증언의 증거능력을 인정하는 결론에 닿게 된다. 따라서 이 경우에도 진술서 그 자체를 증거로 삼게 되는 것은 아니라고 할 것이다.

---

142) 우리나라 학계에서는 대체적으로 admission을 자인이라고 번역하고 있다. 그러나 이 글에서는 좁은 의미에서 individual admission을 자인으로 보고 있으며, 미국 연방증거법 801조에는 그 이외에 권한을 부여받은 타인의 admission도 넓은 의미에서 admission의 개념에 포괄하고 있기 때문에, 넓은 의미의 admission은 '사실인정'으로 번역하기로 한다.

143) Christopher B. Mueller/ Laird C. Kirkpatrick, Evidence Under The Rules(Text, Case, and Problems, 5th ed.), Aspen Publishers, 2004, p. 158.

둘째, 사실인정을 하는 경우를 들 수 있다. 미국 연방증거법(Federal Rules of Evidence) 제801조 (d)항 (2)호에 따르면, 어느 한 당사자의 이익에 반하는 진술을 대립당사자가 사실인정을 한 경우에는 전문증거의 예외로 취급된다. 전문증거의 예외로 취급되는 것은 전문법칙의 요건에 부합하지 않기 때문이 아니라, 당사자주의의 결과에 따른 것[144]이라고 해석된다.

사실인정이 포함된 진술서는 전문증거가 아니므로 증거로 사용할 수 있다.따라서, 만약 법정에서 피고인이 수사과정에서의 사실인정을 부인하는 경우에는 피고인진술의 신빙성을 탄핵할 수 있는 증거로 제출될 수 있다.

사실인정 이외에 다른 전문진술의 예외가 되는 증거가 증거능력을 부여받기 위해서는 필요성(necessity)과 신빙성(trustworthiness)이라는 두가지 요건을 충족하여야 한다. 그리고 그 이외의 일반적인 전문진술 중 피의자의 진술내용이 담긴 증거는 적법한 절차에 따라 작성된 것으로서 진술의 임의성 이외에 진술내용의 동일성(identification)과 진정성(authentication)이 함께 증명되어야 증거능력이 인정된다(미국 연방증거법 제901조).

다) 영국

영국의 피의자신문조서제도에 관한 글에서는 우리의 피의자신문조서와 비슷한 형태로 written statement by a police officer라는 개념을 사용하고 있다[145]. 그리고 그 근거로서 영국의 “Police and Criminal

144) Christopher B. Mueller/ Laird C. Kirkpatrick, Evidence Under The Rules(Text, Case, and Problems, 5th ed.), Aspen Publishers, 2004, pp. 184-185.

145) 김기동, 영국의 수사단계 진술의 증거능력, 해외연수검사 연구논문집 제21집, 법무연수원, 2006, 14면 이하 참조.

Evidence Act 1984(이하 PACE로 약칭한다)" 규정을 든다. 위의 용어를 있는 그대로 해석하자면, 경찰관에 의하여 작성된 진술서를 의미한다. 그런데, 여기에서 경찰관이 작성한 진술서는 우리의 피의자신문조서와는 그 성격이 완전히 다르다.

PACE의 실행규범 C(이하 Code C) 부속서류 D(Annex D)에는 Written statement에 대하여 각 항목별로 자세하게 설명하고 있다. 영국에서는 피의자가 경찰에 출석하여 조사를 받는 경우에, 그 조사과정을 녹화하도록 하고 있다[146]. 그리고 녹화를 하는 과정에서 피의자가 진술하기를 원하는 것을 진술서로 작성하여야 한다(Annex D (a) 1.). 그런데, 피의자가 이 진술서 작성을 누군가 대신 작성할 수 있도록 요청한 때에는 경찰관이 그 진술서를 대신하여 작성하여야 한다. 이 때 사용되는 용어가 바로 Written Statement by a police officer이다(Annex D (b) 6.-12.). 경찰관이 피의자의 진술서를 작성하는 경우에는 피의자가 말한 그대로 가감없이 정확하게 작성하여야 하고, 좀더 그 내용을 명확하게 기재하기 위해서 필요한 경우에 피의자에게 질문을 할 수 있다(Annex D (b) 10.). 경찰관이 피의자에게 질문을 하는 경우에는 그 질문에 대한 대답은 녹음녹화와 동시에 진술서에 기재되어야 한다. 그리고 진술서 작성이 끝나면 피의자는 이를 읽고 원하는 경우 수정 및 내용변경을 요청하고, 다 읽고 나면 진술서에 서명하도록 한다(Annex D (b) 11.).

경찰관이 대신 작성한 피의자진술서는 Code C에 규정되어 있는 제한조건을 엄격하게 적용하여 이에 부합하면, 피의자 본인이 작성한 진술서와 그 증거능력이 같은 것으로 본다. 따라서 진술서의 임의성이 인정되면, 그 진술이 유죄를 입증하는 피의자에게 불리한 중요한 증거가 되는

146) 영국의 영상녹화에 대한 자세한 내용은 영상녹화물의 증거능력에 관한 장에서 후술하기로 한다.

경우에 유죄의 증거로서 증거능력이 인정된다(Code C 11.4A). 다만, 이 경우에 진술거부권과 변호인선임권을 행사할 수 있도록 충분히 고지하고, 절차상의 위반이 있는 경우에는 증거에서 배제된다(PACE Section. 76- Section 78.).

라) 독일 및 프랑스

독일 형사소송법 제168조의b에는 “검사의 조사결과를 조서로 작성하여야 한다”라고 규정하고 있어서 우리 수사절차와 마찬가지로 검사의 피의자신문조서를 의무적으로 작성하고 있음을 알 수 있다. 이 때 작성된 검사작성 피의자신문조서의 증거능력이 어떠한지에 대한 규정은 독일 형사소송법상 명문으로 규정되어 있지 않다. 다만, 동법 제249조 제1항에서 “공판에서는 기록 및 기타 증거방법이 되는 문서를 낭독한다”라고 규정하고 있다. 여기에서 주의할 점은 독일의 재판은 참심제를 택하고 있다는 점이다. 따라서 모든 증거는 법관과 참심원의 면전에서 공개되는 것이 원칙이고, 진술자가 구두주의 원칙에 따라 공판정에서 진술의 형식으로 증거를 제출하면 증거가 된다.

독일의 공판진행방식은 독일 형사소송법 제243조 이하의 방식으로 진행되는데, 먼저 피고인신문을 하고 증거조사를 실시한다. 최초 피고인신문시에 피고인은 자신에게 주어진 혐의에 대하여 유리한 사실을 주장할 기회를 부여받게 되는데(동법 제136조), 이 때 피고인에게 자백여부에 대하여 진술할 기회가 주어지게 된다. 피고인이 수사기관에서의 자백을 인정하는 경우나 부인하는 경우 증거조사를 거쳐 법관의 자유심증에 따라 그 증거능력을 판단하게 된다. 피고인이 자백을 부인하는 경우에 검사는 수사과정에서의 진술과의 상이점을 입증할 책임을 진다. 따라서 검사는 피고인에게 피의자신문조서를 제시하거나(Vorhalt)[147], 위에서 언

급한 것처럼 낭독하는 방식을 택하여 피의자신문조서의 내용을 알려주어 피고인이 이를 인정하도록 하거나, 당해 조사자의 법정증언을 통하여 피의자신문조서에 기재된 내용과 피고인진술의 상이점을 법정에 드러내려고 노력한다. 법관은 검사와 피고인 양 당사자간의 주장을 듣고, 그 제출된 증거를 통하여 자유심증에 따라 직권으로 증거능력을 판단한다.

3. 녹음 및 영상녹화제도

가. 우리나라에서의 영상녹화제도 도입

영상녹화제도를 도입한 배경은 각 기관들이 공통적으로 '피의자신문과정의 투명성 제고'를 내세우고 있었지만, 그 속은 동상이몽이었다고 평가할 수 있다. 먼저 외국의 입법례나 도입배경을 검토하여 보면, 영국이나 미국의 경우, 그리고 현재 영상녹화제도를 추진중인 일본의 경우를 보더라도 영상녹화제도를 도입하려고 했던 쪽은 수사기관이 아닌 변호인측이다. 각국에서 그 나름대로 발생하는 피의자수사과정에서의 자백강제를 막아보고자 변호사들이 나서서 투명한 신문과정을 위해 영상녹화제도 도입을 추진하였던 것이다.

그런데, 우리나라의 경우에는 원래의 피의자신문조서 제도가 그대로 살아 있는 가운데, 늘 조서재판의 폐해라는 단어가 형사소송에서 끊이지 않고 입방아에 오르고 있었기 때문에, 조서를 대체하면서 피의자의 진술을 담아낼 수 있는 수단을 마련할 필요가 있었다. 이런 이유 때문에 증거능력의 문제로 수사기관인 경찰과 검찰이 먼저 영상녹화제도 도입을

147) Vorhalt에 대한 자세한 내용은 조기영, 피의자신문조서에 관한 연구, 서울대학교 석사학위논문, 1997, 67-68면을 참조바람.

추진하였던 것이다. 경찰은 이와는 약간 다른 배경을 가지고 영상녹화제도를 도입하려고 하였다. 우리나라에서도 이미 1990년대에 경찰서에 CCTV가 장착되어 경찰서에 출입하는 과정부터 조사받는 과정에 이르기까지 영상녹화가 되고 있었다(물론 녹음은 되지 않고 있었지만). 그런데 경찰의 피의자신문조서의 증거능력은 개정안 자체가 수사권조정과 맞물려 돌아가고 있었기 때문에, 영상녹화제도를 도입하게 되면 경찰의 수사과정에 대한 적어도 탄핵증거로서 사용할 여지가 있지 않을까 하는 생각에 영상녹화제도를 도입하였던 것이다.

따라서 피의자를 목표로 하여 영상녹화제도를 도입한 것이 아니었기 때문에, 피해자의 증인확보를 위하여 활용하였던 진술녹화조사실을 그대로 피의자에게도 활용하는 등의 문제가 발생하기도 하였다.

1996년 10월 1일 법무부가 국회 법제사법위원회에 제출한 '검사 및 검찰 수사관 안기부 경찰 등의 강압수사로 고소고발된 사건처리현황'에 따르면 1993년부터 1996년 6월까지 불법 강압수사 혐의로 경찰관 검사 등 수사공무원이 제소당한 경우가 583건으로 이 가운데 12건, 17명이 구속 또는 불구속기소되었다. 또 38건 95명은 기소유예처분 되었으며 혐의자가 달아난 32건은 기소중지되었고, 공소권 없음 46건, 무혐의 418건, 기타 29건으로 처리되었으며 기소된 17명은 모두 경찰관, 기소유예처분된 95명 중 88명이 경찰관이었다고 이 보고서는 밝히고 있다. 이 보고서를 제출하게 된 배경은 한 유괴살해사건의 용의자를 담당경찰관이 범행사실을 부인한다는 이유로 주먹 등으로 때리고 가혹행위를 한 혐의로 그 담당경찰관이 구속기소[148]된 데 있다.

강압수사로 인하여 국민들의 수사기관에 대한 불신이 더욱 깊어지자 1998년 서울남부경찰서를 시범경찰서로 지정하여 1998년 11월 10일부터 1999년 4월 9일까지 피의자신문에 대한 비디오녹화제도를 도입하고

148) 세계일보 1996.10.2일자, 20면 참조.

자 시도하였다. 해당경찰서의 각 형사계 및 조사계 전체를 비추는 CCTV를 설치하여 24시간 작동시키면서 수사과장 및 형사과장실에서 피의자 자해행위, 장기대기 및 가혹행위에 대한 모니터링을 하였다. 수사사무실 내에는 2개의 별도조사실을 마련하고 카메라와 녹화기를 설치하여 강도, 살인 등과 같은 주요범죄의 피의자를 조사할 때 수사과정을 녹화하여 영장신청 및 사건송치 시 이용하도록 권장하였다. 그러나 당시 조사계, 형사계 등 사무실에서 수사경찰관들이 각자 자기사건 관계인을 불러 동시에 조사를 진행하였기 때문에 진술녹음이 사실상 곤란하여 별도의 녹음녹화실을 마련할 필요성이 제기되었다. 게다가 경찰청 내부에서도 녹음조작에 대한 우려와 녹음테이프가 누적될 경우 보관문제 및 수사기밀의 유출가능성이 제기되어 살인사건 같은 매우 중요한 사건만 녹음녹화해야 한다는 결론에 이르렀고 따라서 녹음녹화시설 설치에 대해서는 부정적인 이미지가 강했다9[149]. 그러다가 2000년대에 이르러 검찰이 진술에 대한 녹음녹화를 활발히 추진하는 것에 힘입어 다시 피의자진술의 영상녹화제 도입에 관심을 가지게 되었던 것이다.

영상녹화와 관련한 규정이 우리 형사소송법상 들어오게 된 입법과정을 살펴보면 다음과 같다. 먼저 사개추위 기획추진단이 2005년 4월 22일 초안을 성안할 당시에 영상녹화물과 관련한 규정안은 제3안까지 세가지가 만들어졌다. 첫째, 영상녹화물을 피의자신문조서와 같이 증거능력을 인정하는 안, 둘째, 영상녹화물을 피의자신문조서와 같은 증거능력을 가진 것으로 하되, 불공평한 편견이나 혼란을 야기할 우려가 있을 때에는 그 증거능력을 인정하지 아니하는 안, 셋째, 검사앞에서 피고인의 진술을 내용으로 하는 영상녹화물의 증거능력만을 다투는 안이 그것이다. 기획추진단은 그 후 같은 해 7월 5일에 수정안을 제출하면서, 영상녹화와 관련한 규정을 신설하였다. 즉, 피의자 또는 변호인의 동의가 있는 경우

149) 경찰에서의 비디오녹화제도 도입과정에 대하여는 이민석, 「경찰의 수사절차상 진술녹화제도 도입에 관한 연구」, 원광대학교 행정대학원 석사학위논문, 2005, 35면 이하 참조.

에 영상녹화를 할 수 있도록 하고, 조사의 전과정과 객관적인 정황까지 모두 녹화하는 규정을 두면서, 영상녹화물을 본증으로서 증거능력을 인정하였다.

그런데, 법무부는 이 수정안에 대하여 '피의자 또는 변호인의 동의' 부분을 삭제하는 안을 제출하였고, 사개추위는 이러한 법무부의 안을 받아들여 당초 정부원안에서는 피의자의 진술을 영상녹화하기 위해서는 피의자 또는 변호인의 동의를 요하는 것으로 되어 있었다. 그런데 국회 법제사법위원회의 논의 과정에서 형사소송법 제312조 제1항 소정의 피의자신문조서의 증거능력에 관한 규정에 "원진술자의 진술 또는 영상녹화물 기타 객관적 방법"이 진정성립 요건에 추가됨에 따라 수사기관에서 피의자에 대하여 고지만 하고 영상녹화할 수 있도록 하여야 한다는 견해가 대두되었다[150]. 이에 대하여 비교법적으로 보더라도 피의자진술의 영상녹화는 수사과정의 투명성 제고와 적법절차의 준수 여부를 확인하기 위해 도입된 것이고, 피의자의 동의를 요건으로 영상녹화를 하는 입법례가 세계적 추세라는 점, 피의자의 진술거부권을 사실상 침해하고 초상권을 침해할 우려가 있다는 점, 피의자에 대하여 고지만으로 영상녹화를 할 수 있게 하면 수사기관의 편의에 따라 선별적으로 영상녹화가 이루어지는 등의 문제점이 있다는 반론이 제기되었다. 이러한 논의 끝에 결국 "조사의 개시부터 종료까지의 전 과정 및 객관적 정황"을 영상녹화하도록 하되, 피의자에게 미리 영상녹화 사실을 고지만 하고 영상녹화할 수 있도록 규정하였다.

"조사의 개시부터 종료까지의 전 과정 및 객관적 정황"을 영상녹화하

150) 제266회 법제사법위원회 법안심사 제1소위원회 제1차회의(2006.3.26), 국회속기록, 14면 (최병국 위원 발언부분): 피의자가 검사 앞에서 자백을 죽 다 해 놓고 난 뒤에 '아닙니다. 그날 내가 구타를 당해서 그랬습니다' 해가지고 법정에 가서 진술을 번복하는데 그 때 녹음해서 '봐라! 내가 언제 구타했느냐'하는 그런 보충적인 상황의 경우에, 소위 요즘 말하는 영상녹화·녹음의 주된 사용을 그렇게 한다고요. 그런데 그 자체도 동의를 하지 않으면 인정하지 않는다, 이러면 그 자체가 필요 없는 것이지요.

도록 규정한 것은 만일 수사기관이 피의자를 신문하던 중 영상녹화를 하기로 결정하고 영상녹화를 하는 경우 영상녹화 이전의 상황을 알 수 없을 뿐만 아니라, 경우에 따라서는 영상녹화가 사실상 사전 리허설을 거친 결과물이 됨으로써 신용성의 정황적 보장이 이루어질 수 없다는 점에 근거를 두고 있다. “조사의 개시부터 종료까지의 전 과정 및 객관적 정황”이 영상녹화되어야 하는데, 이에 대하여 “모든” 조사의 개시부터 종료까지의 전 과정 및 객관적 정황이 영상녹화되어야 한다는 견해도 있었으나, 법사위 전체회의에서 “모든”을 삭제하는 것으로 일단 의결되었다[151]. 의견을 낸 안상수 의원에 따르면 그 이유는 ‘모든’이 포함되면 예를 들어 피의자신문과정을 1회부터 5회까지 모두 녹화하고 조서작성을 해야지만 1회부터 5회까지 증거능력이 다 생기는 것으로 받아들일 수 있어서 ‘모든’이라는 말을 뺐을 때 ‘매회마다 처음부터 끝까지’로 오해의 소지가 없기 때문이라고 한다[152]. 그런데 이 의결에 대하여 문병호 의원과 노회찬 의원이 법사위 전체회의에서 다시 반발하였는데, 그 까닭은 ‘모든’이라는 말이 삭제됨으로써 사실상 편집가능한, 즉 촬영개시시점도 녹화개시시점도 수사기관이 정하게 되는 것이 사실상의 편집이 아니냐는 의혹이 제기될 수 있다는 점에서 문제가 있다고 주장하였다[153]. 하지만 이 견해는 위원회안에 따라서 ‘모든’을 삭제하는 것으로 마무리되었다.

영상녹화가 완료된 때에는 피의자 또는 변호인 앞에서 지체 없이 그 원본을 봉인하고 피의자로 하여금 기명날인 또는 서명하게 하였는데(제244조의2 제2항), 영상녹화물은 본증으로는 사용하지 못하지만 기억환기를 위한 탄핵증거로 제출하거나 피의자신문조서의 실질적 진정성립을 인정하기 위한 자료로 사용되기 위해서라도 이러한 요건을 갖추어야 한다는 것을 명시한 것이다.

151) 제267회 법제사법위원회 제5차회의, 국회속기록(2007.4.27), 9면.
152) 제267회 법제사법위원회 제4차회의, 국회속기록(2007.4.26), 34-37면 안상수 위원장 발언부분.
153) 제267회 법제사법위원회 제5차회의, 국회속기록(2007.4.27), 11-12면.

나. 영상녹화 활용현황과 관련 조문의 재개정안 발의

1) 영상녹화 활용현황

경찰청은 현재까지의 경찰청의 진술녹화실 설치현황과 예산을 살펴보면, 2006년 12월 59억 5,200만원의 예산을 투입하여 전국 경찰서에 404실의 진술녹화실을 설치하였고, 2007년에는 관련예산이 9억 3,440만원이 책정되어 자료백업과 보안강화시스템을 구축하였다. 그리고 2008년에는 영상녹화물 백업장치 및 메시지 전송장치 구입 등으로 10억 400만원의 예산이 계상되어 집행되었다[154]. 그런데 2007년 말 형사소송법이 개정된 이후에 영상녹화실적은 점점 급감하고 있는 것으로 조사되었다. 2011년 11월 말을 기준으로 전국 지방청 및 경찰관서에 설치된 진술영상녹화실은 510곳인데, 진술영상녹화는 2008년 8만 9338건, 2009년 7만 3371건, 2010년 3만 2124건으로 급감하였다. 이 통계에는 형사소송법 제244조의2, 제221조에 의해 '피의자 또는 피의자 아닌 자의 진술' 모두를 포함하고 있다.

2) 경찰의 영상녹화형태와 활용

가) 개관

인권보호를 위한 경찰관 직무규칙(2005. 10. 4 경찰청훈령 제461호) 제63조에 따르면 "경찰관서의 장은 인권침해를 방지하기 위하여 필요한 경우"에는 "수사과정을 녹화·보존"하여야 한다. 지난 2007년 12월 11일

154) 국회예산정책처, 「2008년도 예산안분석」(Ⅳ), 2007.10, 480면.

개정된 대검찰청 영상녹화 업무처리 지침(개정 대검예규 과수 제425호)에 따르면 “검사는 사법경찰관으로 하여금 조서를 작성하도록 하되, 사건의 성격, 적법절차보장 필요성, 진술번복 가능성 등을 고려하여 영상녹화를 병행하도록 명할 수 있다”. 또한 검사는 “사법경찰관으로 하여금 봉인된 영상녹화물을 기록과 함께 송치하도록 하고, 사건사무담당직원은 그 영상녹화물을 즉시 보존사무담당직원에게 인계하여야 한다”. 사법경찰관이 영상녹화를 하는 경우에는 검찰의 영상녹화조사에 준용하여 실시한다.

나) 피의자에 대한 영상녹화

필요한 경우에 사법경찰관은 제3자를 참여시켜 피의자를 신문하고 그 과정을 영상녹화하여야 한다. 당해 조사의 시작부터 마치는 시점까지의 전과정 및 객관적 정황을 영상녹화한다. 조사 도중에 영상녹화 필요성이 발생된 경우에는 그 시점에서 진행중인 조사를 종료하고, 그 다음 조사의 시작부터 마치는 시점까지의 전과정 및 객관적 정황을 영상녹화할 수 있다. 사법경찰관은 조서작성과 동시에 영상녹화를 하는 경우, 당해 조사의 시작부터 조서에 기명날인 또는 서명을 마치는 시점까지의 전과정 및 객관적 정황을 영상녹화한다. 이 때 조사의 객관적 정황확보를 위해 진술자가 조사실에 입실하는 순간부터 영상녹화할 수 있다(범죄수사규칙 개정안 제95조 후단). 다만 조사를 종료한 후 조서정리에만 장시간을 요하는 때에는 조서정리과정을 영상녹화하지 아니하고, 조서열람시부터 영상녹화를 재개할 수 있다.

피의자신문과정을 영상녹화하는 경우에는 1) 조사실 내의 대화는 영상녹화가 되고 있다는 점, 2) 영상녹화를 시작하는 시각, 장소, 3) 조사 및 참여 사법경찰관리 성명과 직급, 4) 진술거부권 및 진술거부권 포기시

진술이 법정에서 유죄의 증거로 사용될 수 있다는 점, 5) 변호인의 조력을 받을 수 있다는 점 등을 고지하여야 한다(범죄수사규칙 개정안 제96조 각 호 참조). 또한 영상녹화 전에 신문에 영향을 미칠 수 있는 강압, 회유 등을 받은 사실이 있는지 여부를 확인하여야 한다. 피의자가 퇴실을 요구하거나 휴식 등 사유로 영상녹화를 중단하여야 할 경우, 중단 전에 피의자에게 그 중단사유를 확인한 후 그 시각을 고지하고, 재개시에는 피의자에게 시각을 고지한 후 영상녹화를 재개하는 사유를 확인하여야 한다.

사법경찰관은 영상녹화 중 기기의 고장, 오작동 등으로 영상녹화가 중단된 경우, 피의자에게 그 중단사유 및 시각을 고지한 후 그 내용을 기재한 서면을 기록에 첨부하고 재개시에는 중단사유, 녹화되지 아니한 시간, 영상녹화를 재개한다는 취지 및 시각을 고지하여야 한다. 영상녹화를 종료하기 전에 피의자에게 추가진술의 기회를 부여하고, 종료시 영상녹화를 종료한다는 취지 및 시각을 고지하여야 한다.

다) 수사보고서 작성과 영상녹화물 생성

사법경찰관은 조서작성과 영상녹화를 병행함에 있어 조서에 기재하지 않은 내용 중 필요한 사항이 있는 경우 또는 조서작성 없이 영상녹화만을 실시한 경우, 동석한 수사관으로 하여금 피의자 등의 진술요지를 기재한 수사보고서(진술요약)를 작성하게 한다.

영상녹화를 종료하면 그 내용이 저장된 영상녹화물을 검사의 경우와 마찬가지로 2개를 제작하여 사건번호, 죄명, 피의자 등의 성명이 기재된 라벨지를 그 표면에 부착한 후, 피의자 등의 기명날인 또는 서명을 받는다. 그 중 1개는 피의자 또는 변호인 앞에서 지체없이 봉인한 후, 봉인한 봉투 겉면에 피의자의 기명날인 또는 서명을 받아 기록과 별도로 보

관하고, 나머지 1개는 부본으로서 봉인 없이 수사기록에 첨부하여 수사 등에 활용한다.

진술내용이 영상녹화된 피의자 또는 변호인의 요구가 있는 때에는 영상녹화물을 재생하여 시청하게 하여야 하는데, 이 경우 그 내용에 대하여 이의가 있으면 그 취지를 기재한 서면을 기록에 첨부하고 봉인된 원본의 봉투 겉면에 그 사실을 기재하여야 한다(범죄수사규칙 개정안 제100조).

라) 영상녹화시 유의할 점

첫째, 영상녹화시에는 피의자 등의 표정과 움직임이 선명하고 자연스럽게 나타나도록 하여야 하며, 녹음이 어려울 정도로 작은 음성으로 말하는 경우 그 진술취지를 다시 질문하여 확인하여야 한다. 둘째, 생성된 영상녹화물을 편집하거나 의도적으로 내용을 변경하여서는 아니된다. 셋째, 영상녹화조사시 적법절차를 준수하여 인권을 보호하고 조사과정의 불법성으로 인한 조서의 증거능력 상실 위험 등을 방지하여야 한다. 넷째, 조사가 종료하면 사법경찰관은 반드시 영상녹화기록을 확인하여 실제 영상녹화가 되었는지 여부를 확인하여야 한다.

마) 경찰작성 영상녹화물의 증거능력

형사소송법 제312조 제2항은 검사가 작성한 피의자신문조서의 성립의 진정을 부인하는 경우에 그 조서에 기재된 진술이 피고인이 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음을 증명하는데 영상녹화물을 활용할 수 있다고 규정하고 있다. 그러나 검사 이외의 수사기관인 사법경찰관이 작성한 경우에는 제318조의2 제2항에 따라서 피고인의 진술을 내용으로 하는

영상녹화물은 공판준비 또는 공판기일에 피고인이 진술함에 있어서 '기억이 명백하지 아니한 사항에 관하여 '기억을 환기시켜야 할 필요가 있다고 인정되는 때에 한하여 피고인에게 재생하여 시청'하는 도구에 불과하다. 따라서 피고인이 그 내용을 인정하는 여부와 상관없이 기억환기라는 단 한가지 목적으로만 제한적으로 사용할 수 있다고 해석된다.

3) 형사소송법 재개정안의 발의와 평가

가) 형사소송법 재개정안 발의 현황

2007년 형사소송법 개정 이후로 현재까지 국회에 제출된 개정안은 크게 2가지로 분류할 수 있다. 첫째, 영상녹화물의 증거능력을 전면적으로 인정하는 안이다. 법무부안이 이에 해당한다. 다만 현재의 피의자신문조서와 같은 요건과 같은 정도로 증거능력을 인정하자는 것이다. 따라서, 피의자신문조서와 마찬가지로 검사작성과 사경작성 영상녹화물 간에는 증거능력 인정요건이 차이가 있다. 둘째, 영상녹화물의 증거능력을 인정하되 요건을 엄격하게 하자는 안이다. 지난 국회에서 임기만료 폐기된 의원입법안이 그것이다. 자세한 내용은 다음과 같다.

2010년 4월 1일에 발의한 김동철의원 대표발의안은 피고인이 법정에서 조서의 진정성립을 부인하였을 때 그 증거능력을 인정하기 위해서는 '변호인의 참여' 등 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명되어야 한다고 한다. 변호인의 피의자신문과정 참여를 중요시하는 이유는 물론 피의자의 방어권을 보장하기 위함이지만, 수사기관의 고문·가혹행위 등 불법·부당한 수사관행을 감시하는 기능을 하기 때문[155]이기도 하다. 동 안에 따르면 '변호인의 참여'는 특히 신빙할 수 있는 상태의 한

155) 이영돈, "변호인의 피의자신문참여권", 치안정책연구 제19호, 치안정책연구소, 2006, 35면.

예시이면서도 변호인이 참여하지 않은 채 작성한 검사 또는 사법경찰관의 조서에 증거능력을 부여하지 않고자 하는 의미가 담겨 있다고 본다.

두번째로 2010년 4월 7일에 발의한 박영선의원 대표발의안을 들 수 있다. 이 안은 수사기관의 영상녹화물을 피고인이 법정에서 수사기관에서의 진술내용을 번복할 때 그 반증으로 사용할 수 있다는 것을 토대로 삼고 있다. 더불어 영상녹화가 담보된다면 사법경찰관과 검사가 작성하는 조서는 모두 검찰에서 주장하는 바와는 달리 '오랜 기간 동안 지속되어 온 잘못된 수사관행'에서 벗어날 수 있는 길이 영상녹화제도가 될 것이고, 그렇다면 사법경찰관과 검찰 이 두 수사기관간에 조사에 어떤 차이점도 없을 것이라는 것[156]을 전제로 한다.

이에 반하여 2010년 11월 17일의 문학진의원 대표발의안에서는 사법경찰관과 검사가 작성한 피의자신문조서 모두 피고인이나 변호인이 그 내용을 인정한 경우에 한하여 증거로 사용할 수 있도록 하였다는 점에서는 두번째 안과 같은 내용을 담고 있다. 다만, 영상녹화물의 증거능력은 현행 형사소송법상의 내용을 그대로 유지하고 있으므로, 조서와는 달리 본증, 반증, 탄핵증거[157]로 사용할 수 없다는 점이 두번째 안과 다르다.

나) 개정안에 대한 평가

위에서 살펴본 바와 같이 영상녹화물이 본증이 될 수는 없다고 한다

156) 같은 견해를 취하고 있는 학자의 글은 원혜욱, "피의자신문조서의 증거능력", 치안정책연구 제16호, 치안정책연구소, 2002, 65~66면. 이 글에 따르면 제312조는 1항과 2항에 차이를 둘 것이 아니라 피고인의 인권보장이라는 측면을 강조한다면 오히려 1항을 폐지하여야 하고, 신문주체가 누구냐에 따라 그 증거능력의 정도의 차이를 둔 것은 전문법칙의 실질적 근거에 비추어 합리적인 설득력이 없다고 반박하고 있다. 차후에 형사소송법 개정에서 반드시 논의해야 할 문제라고 본다.

157) 영상녹화물을 탄핵증거로서 조사하게 되면 증거조사방법은 이를 공판정에서 재생하는 것인데, 그렇게 되면 당해 영상녹화물 내용을 법관이 모두 시청하여 공소사실 인정자료로 삼을 수 밖에 없게 된다(오기두, "영상녹화물과 증거사용", 형사법관 세미나자료, 2008.4.21, 36면.)

면, 탄핵증거로서 사용될 수 있는지에 대해서는 현행 형사소송법의 해석상 탄핵증거로 볼 수 없다고 본다[158].

그런데 제318조의2 제2항 자체를 탄핵증거 조항에 해당하지 않는다고 보면서도 일정부분에서는 그 진술자의 진술을 탄핵하는 효과를 거둔다고 해석하는 학자도 있다. 이 견해에 따르면 피고인이 공판준비 또는 공판기일에 진술하면서 기억이 명백하지 아니한 사항이 있을 때 검사가 그 진술자의 수사기관에서의 진술을 내용으로 하는 영상녹화물의 재생신청을 하여 그 진술자로 하여금 시청하게 함으로써 기억을 환기시킨 후에 다시 그 진술자로 하여금 환기된 기억에 의하여 진술할 수 있게 하는 이 일련의 과정이 피고인의 진술을 탄핵하는 효과를 나타낸다는 것이다.

생각건대 제318조의2 제2항에서 "제1항에도 불구하고"라는 문언이 명시적으로 사용되고 있다는 점에서 영상녹화물은 제1항에 규정되어 있는 탄핵증거가 될 수 없다고 해석하는 것이 옳다고 본다. 영상녹화물을 탄핵증거로 사용할 수 있다고 한다면 결국 수사기관이 탄핵증거로서 영상녹화물을 신청하여 제출하고 조사할 수 있다면 공판정에서 재생하는 증거조사방법을 택하게 되는데, 그렇게 되면 당해 영상녹화물을 재판정에서 법관과 배심원 모두가 시청하게 되어서 유죄인정의 심증을 형성하는데 영향을 주기 때문에 사실상 본증으로서의 기능을 하게 되는 것이기 때문이다. 따라서 제318조의2 제2항에 충실하여 진술자가 진술을 함에 있어서 기억이 불분명할 때 그 기억을 환기시키기 위하여 그 진술자에 대해서만 극히 제한적으로 재생하여 시청할 수 있도록 하고 이를 탄핵증

158) 반대견해: 안성수, "영상녹화물의 녹화 및 증거사용방법", 법학연구 제10집 제1호, 인하대학교 법학연구소, 2007.3. 안성수 검사의 주장은 제318조의2 제2항을 '기억환기를 위한 목적으로 영상녹화물을 사용할 수 있는' 제1항의 규정과 성격이 다른 것으로 해석하고 있다. 그러나 "기억환기를 위하여 필요하다고 인정되는 경우에 한하여" 영상녹화물을 제출할 수 있다는 명시적인 규정이 있기 때문에, 피고인 또는 참고인이 법정에서 수사기관에서의 진술을 번복하였다고 하여 바로 그 수사기관 진술장면의 영상녹화물을 탄핵증거로 제출할 수는 없다고 본다.

거로 사용할 수 없다고 생각한다.

기억환기를 위한 영상녹화물 재생은 검사의 신청이 있는 경우에 한하여 기억환기가 필요한 피고인 또는 피고인 아닌 자에게만 이를 재생하여 시청하도록 한다(형사소송규칙 제134조의5 제1항). 따라서 피고인·변호인의 신청에 의한 조사는 원칙적으로 허용되지 않고 있으며, 재판장의 필요에 따라 직권으로 재생할 수도 없다. 실무상 조서의 진정성립을 입증하기 위한 영상녹화물은 '증인등 목록'에 기재하고, '증거방법'란에 '영상녹화물(....에 대한 피의자신문조서 또는 진술조서)'이라고 표시하며 '입증취지등'란에 '조서의 진정성립'등으로 기재하고 있다. 반면 기억의 환기를 위한 영상녹화물의 조사는 증거목록에 기재할 필요가 없으며, 증인신문조서 또는 공판조서에 적절한 방법으로 시행 여부를 기재한다고 한다.

다. 외국의 입법례 및 활용

1) 미국

가) 미국의 전자조사제도 개괄

많은 미국의 사법기관들이 조사과정의 전자녹화를 실시할 것인지를 결정하는데 직면하여 있다. 전자조사를 실시하는 가장 근본적인 목적은 피의자의 자백을 얼마나 정확하게 수집하고 보존하여 법정에서 증거로서 활용할 수 있는지에 달려 있다. 미국에서는 1966년 미란다 판결이 선고된 후 미란다 원칙에 따른 고지가 적절히 이루어졌는지를 입증하기 위한 방법의 일환으로 조사과정을 녹화하는 방안이 논의되면서 녹음·녹화조사제도가 실무에 적용되기 시작하였고, 현재는 그 활용이 어느 정도 보편

화 되어 있다.[159]

구체적으로는 38개주의 238개 법 집행기관에서 이미 시행되고 있다. 텍사스 주, 미네소타 주, 알레스카 주, 일리노이 주 등 4개 주는 적용대상 범죄에 다소 차이는 있으나, 대상범죄에 대하여는 녹화하지 않은 수사상의 진술을 증거에서 배제하도록 의무화하였다.

연방사건에 대해서는 의무화 되어 있지는 않으나 FBI는 조사자의 재량으로 영상녹화제도를 시행하고 있다. FBI의 한 보고서에 따르면 연방기관에 있어서도 피의자 신문의 전자녹화는 적절하게 활용되기만 한다면 매우 유용한 것이고 전자녹화가 자백증거를 수집하고 보존하는데 가장 정확하고 효율적인 장점이 있다고 한다[160].

미국의 영상녹화조사 제도는 각 주별로 그 내용을 다소 달리한다. 그러나 일반적으로 피의자 신문과정이 담긴 비디오 테이프가 증거개시 절차에서 증거로 개시된 경우 이에 대한 증거능력 유무는 공판 전 절차에서 다투어진다. 배심원들에게 제출된 녹음·녹화 테이프는 매우 강한 영향력이 있어서 증거로 인정되기만 하여도 피고인이 유죄를 인정하는 경우가 많다. 피의자가 술에 취하였거나 마약을 복용한 의심이 있으면 녹음·녹화를 하지 않는 것이 일반적이다.

영상녹화조사의 활용범위를 보면, 주 단위에서는 살인, 성폭행 등 강력사건 위주로 녹음·녹화가 활용되고 있고, 연방경찰이 담당하는 사건 및 경제사범 등 화이트칼라 범죄에 대하여는 녹음·녹화제가 실시되지 않고 있으며, 프라이버시권 침해를 문제삼아 참고인과 피해자에 대한 녹음·녹화도 활발하지 않은 편[161]이라고 한다.

---

159) 탁희성, "피의자 신문의 녹음·녹화시스템에 관한 법적 고찰", 형사정책연구소식 84호, 2004, 12면 참조.

160) Brian Parsi Boetig, David M. Vinson and Brad R. Weidel, "Revealing Incommunicado", FBI Law Enforcement Bulletin Vol.75, No.12, 2006.12, pp.1-11.

161) Revealing Incoomunicado, FBI Law Enforcement Bulletin Vol.75, No.12, 2006.12, p.5.

나) 각 주의 영상녹화 조사제도

(1) Illinois, New Mexico, New Jersey, Maine, California, Washington D.C.

일리노이 주는 수사상 의무적 녹화제도의 그 필요성에 관한 논의 끝에 2003년 7월 18일 입법이 이루어졌으며, 2005년 7월 18일부터 개정된 형사소송법이 시행되고 있다[162]. 일리노이주 형사소송법은 총7개 조항에 걸쳐[163] 피의자진술의 녹화에 관한 규정을 두고 있다. 이에 의하면 경찰서 또는 다른 구금장소에서의 강제적 신문의 결과로서 피의자에 의하여 행해진 구두, 서면 또는 표식언어에 의한 진술은 전자적으로 기록되어야 하며, 그 기록은 실질적으로 정확하고 의도적으로 변경된 것이 아닌 경우에만 형사소송절차에서 증거로서 허용된다고 규정하고 있다(동조 (b)항).

또한 법원이 증거의 일반적 기준에 따라 피고가 이 조항에 위반하여 강제적으로 신문을 받은 사실을 발견한 경우에는 전자적으로 기록되지 않은 강제적 신문에 의한 어떠한 진술도 형사소송절차상 탄핵의 목적을 제외하고는 피고인에 대한 증거로서 허용되지 않는다고 규정하고 있다(동조 (d)항). 일리노이주 경찰관은 피의자를 신문할 때 조사내용을 녹음, 녹화하기 위하여 지속적으로 적정한 교육을 받아야 하며, 전일근무 경찰 및 시간제 경찰관이 모두 전자조사의 방법과 기술에 대해 교육을 받도록 법에 규정되어 있다[164].

뉴멕시코 주의 영상녹화제도에 관한 규정은 2005년 4월 16일 주 상원을 통과하여 2006년 1월 1일부터 모든 중범죄 사건에 대해 합리적으로

162) 이하의 일리노이주 법은 http://www.ilga.gov/legislation/ilcs 을 참조하였다.
163) Code of Criminal Procedure of 1963(725 ILCS 5/103-2.1)
164) Illinois Police Training Act(50 ILCS 705/10.3)

가능한 한 영상녹화조사를 의무화하도록 하였다[165].

뉴저지 주는 절도에서 살인에 이르기까지 일정한 범죄에 대해 2006년 1월부터 1년간 단계적으로 영상녹화를 의무화하도록 '영상녹화수사에 관한 특별위원회'가 주 대법원에 권고하여 시행되었다. 뉴저지 주의 주법원에 제출하는 영상녹화 조사양식에는 ①기소내용 ② 입회경찰관의 성명 ③ 피고인의 성명 ④ 신문일자 ⑤ 전자녹화 여부 및 그 방식(녹음, 녹화 등) ⑥ 영상녹화를 하지 않은 이유 등을 서술하도록 하고 있다. 영상녹화를 의무화한 범죄로는 '살인, 유괴, 폭행, 절도, 강도, 성폭행 등 성범죄, 방화 등' 1,2급 중범죄와 그 공범 및 미수범을 포함하고 있다.[166]

그 외에도 메인 주는 종전에는 수사상 녹화제도가 필요하지 않다는 입장을 취하고 있었으나, 2004년 주의 법 집행기관들이 영상녹화조사 제도를 채택하도록 하는 내용의 법안이 의결되고, 2005년에는 주 형사사법 아카데미에서 영상녹화조사에 관한 최저기준을 채택함과 동시에 주 경찰수뇌부에서 영상녹화조사 모델을 제정하였다[167]. 로드아일랜드 주에서도 2005년 6월 살인죄 등 무기징역형이 선고되는 범죄에 대하여는 영상녹화조사를 하도록 하는 법안이 주 상원에서 통과되었다[168].

가장 최근 법이 통과한 캘리포니아 주의 경우 2007년 2월 22일에 피의자신문의 녹화에 관한 조항이 삽입된 법안이 발의되었다. 그 후 2007년 4월 9일에 이 법안을 수정한 법안이 다시 발의되었는데, 그 내용은 다음과 같다.

ⓐ 살인 등 중범죄의 용의자를 신문할 때에는 구금장소와 조사시간 및

---

165) HJC/HB 382
(http://legis.state.nm.us:8080/lcsbillsearch/session.jsp?year=2005R&type=B&chamber=H&number=382)

166) Recordation of Custodial Interrogations Reporting Form: New Interrogation Recordation Form 2006.12.19.

167) http://www.stateaction.org/publications/agenda/2005/pdf/electronicrecording.pdf

168) http://www.rilin.state.ri.us/billtext05/housetext05/h5349aa.pdf

조사자를 명시하여 그 신문내용을 전자녹화하여야 한다.

ⓑ 조사의 전과정을 녹화하여야 하며, 녹화물은 파훼하거나 이를 대체할 수 없다.

ⓒ 피고인이 불법구금 상태에서 조사를 받았다는 것을 법원이 인지한 때에는 피고인의 요청에 따라 법관은 배심원단에 이를 설시하도록 한다[169].

이 법안은 2007년 5월 7일 주 상원을 만장일치로 통과하였다[170].

주의할 점은 법령에 의하여 영상녹화를 의무적으로 하는 주의 경우에도 수사기관의 영상녹화물이 피의자의 자백을 법정에 현출하는 방식으로 증거능력을 인정하는 것은 아니라는 점이다. 법정에 피의자의 자백이 담긴 영상녹화물이 증거로 제출되는 경우에는 피의자가 강압수사를 받아 자백을 강요당하였다는 주장을 하였을 때 수사기관이 이를 탄핵하는 증거로서 또는 피의자가 이를 입증하는 증거로 제출하는 경우가 대부분이다[171].

(2) Alaska, Minnesota

판결에 의하여 수사상 녹화제도를 채택하고 있는 주는 미네소타와 알라

---

169) SB 511
(http://info.sen.ca.gov/pub/07-08/bill/sen/sb_0501-0550/sb_511_bill_20070409_amended_sen_v98.html)

170) http://info.sen.ca.gov/cgi-bin/postquery?bill_number=sb_511&sess=CUR&house=B&site=sen

171) People of the State Illinois v. Ammon Gray, 2008.1.16, 2008WL191631(Ill. App. 4. Dist.); People of the State of Illinois v. Edward Tenney, 2002.4.18, No.88208; People v. Ricardo Bejarano, 2007.12.6, 2007WL4260693(Cal.App.2 Dist.) 등. 위의 판례는 모두 피의자가 자백의 임의성을 다투는 경우에 그 탄핵증거로 영상녹화물이 증거로 채택된 경우이다. 따라서 피의자가 자백을 했는지에 중점을 두어 증거조사를 하지 않았고, 자백을 하게 되기까지의 상황이 어떠하였는지를 판단하는 증거로서 사용되었을 뿐이다.

스카 등 2개주이다. 이 가운데 미네소타주 대법원은 주 헌법 제7조 제1항인 적정절차조항이 경찰공무원의 강제적인 신문의 전체를 전자적으로 기록하고 보존하도록 요구하고 있다고 해석하고 있다. 따라서 전자적 기록은 반드시 피의자에 대한 권리의 전달과 그의 포기, 모든 부수적인 질문과 답변을 포함해야 하고 설명되지 않은 중지가 있어서는 안된다고 한다.[172] 그리고 이러한 녹화를 하지 못한 경우에는 자백의 증거능력은 어떠한 목적으로든지 배척당한다고 한다.[173]

미네소타주의 수사상 비디오녹화제도의 의무화와 관련한 대표적인 판례로는 Scales 판례[174]와 Conger 판례[175]를 들 수 있다. Scales 판례의 요지는 “구금장소에서 행해지고 기록이 용이한 경우에는 피의자에 대한 권리고지나 피의자의 권리포기 그리고 수사기관의 모든 질문내용은 전자기록을 요한다. 만약 사법경찰관이 이 녹화의 요건을 충족하지 못하였을 때에는 수사과정에서의 피의자의 진술은 법정에서 인정이 제한된다”는 것이다. 또한 미네소타주 대법원은 주 헌법상의 권리를 보호하고 사법체계의 투명화를 증진시키기 위해 테이프기록이 전체신문에 대해 행해지지 않은 경우에는 자백배제법칙을 적용하고 있다.[176]

이에 비하여 Conger 판례는 Scales 판례를 확대해석할 수 있는지에 관한 것이다. 즉 강제적 신문(Custodial Interrogation)의 녹화의무를 확장

172) Ingrid Kane, "No more secrets : Proposed Minnesota state due process requirement that law enforcement officers electronically record custodial interrogation and confession", Minnesota Law Review, 1993/April, p.1004.

173) Ingrid Kane, "No more secrets : Proposed Minnesota state due process requirement that law enforcement officers electronically record custodial interrogation and confession", Minnesota Law Review, 1993/April, p.1012.

174) State of Minnesota v. Michael Jerome Scales, 518 N.W. 2d 587, 592(Minn. 1994): 1994.6.30.(rehearing denied 1994.8.22): 피고인 Scales는 2건의 일급살인, 한건의 2급 고의살인 혐의로 기소되어 무기징역을 선고받고 항소하였다.

175) Minnesota v. Conger, 652 N.W.2d 704(Minn. 2002); 2004 WL 2340067(Minn. App. Oct. 12, 2004).

176) Daniel Donovan/John Rhodes, "The case for recording interrogations", Champion, 12/26. 2002, p.5.

시켜 비강제적 신문(Non-custodial Interrogation)에 대해서도 녹화의무를 적용할 것인가의 여부에 대한 것이다. 이에 대해 주대법원은 “비강제적 신문의 녹화를 의무화하게 되면 수사가 강제적 신문으로 진행되었는지에 대한 판단 및 진술이 강제적으로 이루어졌는지에 대한 판단의 기초를 제공해 줄 수 있다는데 의미가 있지만, 어떤 주도 비강제적 신문의 녹화를 의무화하고 있지 않다는 점을 고려해 볼 때 비강제적 신문에 대한 스케일즈 판례의 확장적용은 인정되지 않는다”라고 판단하였다. 결국 미네소타주는 강제적 신문에 대해서만 녹화의무를 인정하고 있고, 비강제적 신문에 대해 녹화의무를 인정하지 않는 이유는 이로 말미암아 무고한 자가 권리의 침해를 받을 커다란 위험성을 방지하기 위함[177]이라고 해석된다.

미네소타주와 마찬가지로 알래스카 주 대법원도 이미 1980년에 “범죄사실에 관한 신문이 언제든지 용이하고 그것이 특별히 구금장소에서 행해지는 때에는 사법경찰관이 이를 녹화할 의무가 있다”고 판시[178]한 바 있다. 이어 알래스카 주 대법원은 1985년에 Stephen v. State 사건을 통하여 “구속 중 신문에 대한 전자적 기록이 면책될 수 없는 이유로 실패한 경우에는 알래스카 주 헌법하의 적법절차에 따른 피의자의 권리를 위반한 것이라는 점을 확인하고 따라서 이 경우의 피의자의 진술은 증거로서 받아들일 수 없다[179]”고 판시함으로써, 수사상 신문에 대한 전자적 기록은 구금장소에서 신문이 행해지고 그 기록이 용이할 때에는 주의 적정절차의 요건에 따른 의무사항이 된다고 하였다. 즉 알래스카 주는 피의자의 자백이 행해진 상황 하에서는 전자적 기록을 통하여 그의 진술을 확인할 수 있는 객관적인 수단을 피의자에게 제공함으로써 그가 가지고 있는 헌법상의 권리를 보호받을 수 있도록 한 것이다.

177) Burtlaw's featured case law, http://www.lawandeverythingelse.com/id67.htm.
178) Mallot v. State, 608 P.2d 737, 743 n.5(Alaska 1980).
179) Stephen v. State, 711 P.2d 1158(Alaska 1985).

이와 같이 판결에 의하여 사법경찰관의 신문에 대한 전자적 기록녹화시스템을 인정하고 있는 주 들은 그 위반을 주 헌법상 적정절차조항의 침해로 보아 전자적으로 기록되지 않은 피의자의 진술을 증거로 사용함을 배척함은 물론이고 어떠한 목적으로도 사용할 수 없도록 함으로써 수사상 녹화를 의무적인 제도로 받아들이고 있다.

나) 영국

영국은 세계 최초로 수사과정에서의 녹음·녹화 문제에 대한 논의를 시작하고 이를 제도화한 나라일 뿐만 아니라, 관련 법규와 지침의 제정, 수사절차에서의 적극적인 활용을 위한 노력, 시행결과에 대한 심도있는 분석 등으로 영상녹화조사 분야에서 선도적인 역할을 해온 것으로 평가받고 있다.

이에 대한 최초의 논의는 1960년 G.Williams의 “경찰관에 의한 조사: 몇가지 실질적인 검토”라는 논문[180]에 의해 제기된 것으로 그는 경찰관이 협박, 위계 등을 사용하거나, 부정확한 자백조서를 기재하는 사례를 지적하고 이스라엘 등에서 시행하는 테이프 녹음제도를 도입해야 한다고 주장하였다고 한다.

이에 대해 영국경찰에서는 강경하게 반대하였으나, 그 후 무죄가 선고된 Confait 살인사건[181]의 수사방법이 하원에서 문제되면서 1977년 ‘형사절차에 관한 왕립위원회(The Royal Commission on Criminal Justice)’의 활동과 실험적 시범실시를 통하여 ‘Police and Criminal Evidence

180) 탁희성·백광훈, 수사상 녹음·녹화자료의 증거능력 부여방안, 한국형사정책연구원, 2003, 69면 참조.

181) 위 사건은 1972년 영국 런던에서 맥스웰 콘페라는 남창이 불탄 집에서 질식사 한 채로 발견된 후 3명의 청소년들이 경찰에서 범행을 자백하여 살해혐의로 기소되었으나, 재판과정에서 그 사인이 피의자들의 행위로 인한 것이 아니고 경찰에서의 자백이 허위로 밝혀져 무죄가 선고된 사건임.

Act 1984' 제60조(Tape-recording of interviews)에 피의자 조사에 관한 녹음테이프 기록 시스템을 입법화하였다.[182]

녹음이 아닌 영상녹화를 본격적으로 논의하게 된 것은 Baldwin과 McConville의 보고서에서부터이다. Baldwin의 보고서는 1989년 10월에서 1990년 11월까지 4개 경찰서에서 피의자신문과정을 녹화한 400개의 비디오테이프를 연구한 것이다. Baldwin은 비디오녹화를 하는 것이 피의자 뿐만 아니라 경찰에게도 이익이 된다고 결론을 내렸다[183].

McConville은 1991년에 시행된 5주간의 비디오녹화기록을 실험적으로 연구하였는데, 비디오녹화의 유무에 따라 경찰관의 태도가 어떤 방식으로 변하는지에 대한 연구였다. 연구결과 비디오녹화는 경찰관의 피의자에 대한 태도를 부드럽게 하는데 영향을 미친다는 판단을 내렸다. 그러나 비디오녹화기록은 조사실 조사 이전의 단계에서 일어나는 일에 대해서는 담지 못하기 때문에 비디오녹화를 한다고 해서 경찰의 강압수사가 줄어든다고 단언할 수 없고, 이후에도 그 수가 줄어들 것이라고 예상하기 어렵다고 결론을 짓고 있다[184]. 이는 Runciman위원회의 보고서에서도 잘 드러나는데, 동 보고서에 따르면 수사과정의 전자기록이 피의자를 보호하는데 필요한 모든 문제를 풀 수 있는 열쇠가 되는 것은 아니라고 지적하였다. 또한 배심원에게 비디오테이프를 보여주었을 때 비디오테이프에 지나치게 편향적인 심증형성을 하는 문제가 있음도 지적하였다[185].

그 후 위원회는 1993년 보고서를 통해 PACE와 형사증거규칙(Criminal

182) 탁희성, “피의자 신문의 녹음·녹화시스템에 관한 법적 고찰”, 형사정책연구소식 통권 제84호, 한국형사정책연구원, 2004, 7-10면 참조.

183) J. Baldwin, Videotaping Police Interviews with Suspects - An Evaluation, Police Research Series Paper 1, Police Research Group Publications, Home Office, 1992(Susan Easton, The Case for the Right to Silence(2nd ed.), Ashgate, 1998, p.117에서 재인용).

184) M.McConville, "Videotaping Interrogations: Police Behaviour On and Off Camera", Crim LR 532, 1992.

185) Susan Easton, The Case for the Right to Silence(2nd ed.), Ashgate, 1998, p.118.

Evidence Order)의 피의자권리 보장규정에도 불구하고 경찰조사과정에서 용의자에게 부적절한 압박이 가해지는 사건이 매우 많다고 지적하면서 자신이 저지르지도 않은 사건을 자백하는 것은 재판에서 완전히 그릇된 판단을 할 위험을 낳는다고 경고하였다. 따라서 비디오녹화를 할 경우에는 모든 조사과정에서 변호인이 신문에 참여하도록 보장하여야 비디오녹화의 본래 기능을 살릴 수 있다고 하였다[186].

이러한 녹음·녹화조사는 위 법에 원래 규정되어 있는 경찰관의 조사, 구금 및 처우에 관한 규정에 추가로 녹음테이프에 관한 실무규범(Code E. 1988)[187]과 비디오 녹화에 관한 실무규범(Code F.)[188]을 규정하는 방법으로 이루어졌다.

비디오 녹화에 관한 실무규범에 따르면 카메라는 조사실의 전체가 보일 수 있도록 설치하고Code F. 2.2), 녹화매체는 질이 좋고 이전에 사용하지 않은 것이어야 한다. 녹화장비의 시간은 자동으로 맞추어지는 것이어야 하고 녹화 전과정에서 일분 일초도 틀리지 않는 정확한 시간이 기록되어야 한다(Code F. 2.3)

2000년 테러법 제41조 또는 동법 별표 7에 의하여 구금된 자가 경찰서에서 조사를 받을 때에는 녹음녹화규정이 적용되지 않는다(Code F. 3.2). 또한 장비의 결함이나 마땅히 조사받을 장소가 없는 경우처럼 녹화가 사실상 불가능한 경우에는 녹음을 하지 않아도 되나 이 경우에는 Code E에 따라서 녹음만 할 수 있는 권한을 부여하고 있다.(Code F 3.3(a)) 이처럼 영상녹화를 할 수 없는 경우 조사관은 그 이유를 기록하여야 한다.

영상녹화기록의 증거로서의 허용문제에 관하여 영국의 경우에는 미국과

186) Susan Easton, The Case for the Right to Silence(2nd ed.), Ashgate, 1998, p.74.
187) Code of Practice on Audio Recording with Interviews with Suspects(2006.1.1 개정)
188) Code of Practice on Visual Recording with Sound of Interviews with Suspects(2006.1.1 개정)

같이 위법하게 수집된 증거를 의무적으로 배제하는 방식이 아니라 법관의 재량 판단에 의해 증거에서 배제하는 방식을 취하고 있으므로[189] 법원이 1980년대 후반 이래 실무규범 위반의 문제를 중점적으로 강조하고 있기는 하나[190], 증거배제의 재량권을 행사함에 있어 실무규범 위반여부가 결정적인 것은 아니라고 한다.[191]

진술녹음절차를 살펴보면, 우선 피의자의 조사실 입실 후[192] 녹화장비를 설치하고 피의자 면전에서 녹화매체의 포장을 개봉하며, 변호인의 조력을 받을 권리를 고지한다. 그리고 조사는 이른바 PEACE 모델[193]에 의하여 진행되고, 조사 일시, 장소, 조사담당관의 이름, 직책, 피의자 인적사항, 참여인, 피의자의 법적 권리 및 혐의사실 등과 진술이 녹음되고 있음을 고지한 후 조사를 진행한다. 변호인의 조사과정 참여와 휴식 중 조언이 모두 가능하며 조사 중에 피의자가 녹음을 거부할 경우 그 사유와 시간을 녹음한 다음 절차를 중단하도록 하고 있다.[194]

녹음·녹화 조사 이전의 피의자의 언행도 조사자료가 되는데, 피의자가 체포 직후 경찰관에게 자백하는 취지의 진술을 하였을 경우 조사관은 녹음, 녹화 조사시 그러한 내용을 들었음을 언급하고 피의자에게 이를 확인하는 방식으로 조사한다. 이는 피의자의 체포 직후 무심결에 한 진술

189) 탁희성·백광훈, 수사상 녹음·녹화자료의 증거능력 부여방안, 한국형사정책연구원, 2003, 86면.

190) 영국은 1984년에 피의자조사과정의 녹음제도를 도입하였고, 현재는 모든 사건의 피의자에 대한 조사과정을 녹음 또는 녹화하고 있다고 한다: 대검찰청, 「수사과정의 영상녹화제도에 관한 '국제심포지엄 자료집'」, 13면.

191) 탁희성·백광훈, 수사상 녹음·녹화자료의 증거능력 부여방안, 한국형사정책연구원, 2003, 88면.

192) 조사실 입실 전에도 피의자의 언행을 경찰관이 기록한다; 대검찰청, 「수사과정의 녹음·녹화제 운영실태 보고 Ⅱ」, 2004, 10면.

193) PEACE모델은 영국에서 녹음·녹화제도 도입 이후 수사기관과 학계 공동으로 조사·신문기법의 개발을 본격 논의한 결과 정립된 조사·신문 모델로서, 조사의 준비부터 마무리·평가까지 일련의 사항을 준칙화한 것이다; 법무연수원, 「수사과정의 녹음·녹화제 운영실태보고」, 2003, 6면.

194) 다만, 피의자의 거부로 녹음을 하지 못하는 사례는 전체의 1퍼센트에 불과하다고 한다; 대검찰청, 「수사과정의 녹음·녹화제 운영실태 보고 Ⅱ」, 2004, 12면.

내용과 거동이 실질적으로 허위 개입의 여지가 거의 없다고 하는 경험적 판단을 수사에 활용하여, 피의자의 언동을 기록한 보고서를 작성하고, 이를 녹음·녹화 조사에 활용할 수 있게 한 것으로 보인다.

조사 종료 후 피의자에게 이를 고지하고 추가 진술의 기회를 준 다음 조사 종료시각과 경과시간, 날짜 등을 테이프에 기록하며, 조사관은 범죄혐의와 조사시간 및 조사관과 관련한 사항을 서면으로 기재하여 피의자로 하여금 확인 후 서명토록 한다.

조사내용에 관하여는 서면으로 그 내용을 작성한다.

(1) Short Descriptive Note는 전반적인 조사 내용의 개략적 기술방법으로, 사건이 복잡하지 않고 피의자가 자백하며 증거 관계가 명백하며 정식재판을 거치지 않고 1차기일로 종료되는 사건에 주로 활용한다.

(2) Record Of Tape-recorded Interview는 시간대별로 이루어진 문답의 취지를 요지 형태로 기술하고 필요한 경우 문답을 있는 그대로 기록하는 방식으로, 우리의 피의자 신문조서 방식과 유사[195]하며 (1)의 경우보다 좀 더 복잡한 사건에 활용한다.

(3) Contemporaneous Note는 대화내용 전체를 빠짐없이 녹취하는 방식으로, 진술 내용이 복잡·다기하고 대립되는 증거들이 발견되는 경우에 사용한다.

공판절차에서의 녹음·녹화물에 대한 증거조사는 검사가 녹음·녹화요약서나 진술녹취서를 낭독하는 방식으로 이루어지고 판사가 녹음테이프 등을 청취하는 경우는 거의 없다고 알려져 있다.[196]

비디오테이프의 녹화가 미란다원칙을 대신할 수 있는지에 대하여서도 매우 많은 논의가 있어 왔다. 이 중 Amar과 Lettow[197]는 오디오나 비디

195) 한 예로 http://www.courttv.com/trials/winkler/docs(Winkler사건의 FBI조사관이 피의자를 신문하는 과정을 영상녹화한 내용을 다시 녹취한 것) 참조.
196) 대검찰청, 수사과정의 녹음·녹화제 운영실태 보고 Ⅱ, 2004, 10면.

오녹화를 하는 것이 미란다원칙의 고지를 대신할 수 있는 것은 아니며, 오히려 비디오녹화를 할 경우에는 진술거부권을 제대로 보장할 수 없는 문제가 있다고 결론을 내렸다. 또한 미란다원칙이 경찰서의 블랙박스를 열어주는 전제가 된다고 하더라도, 그것이 변호사, 법관 또는 비디오녹화시설이 조사실에 있어야 할 것을 요구하는 것은 아니라고 판단하였다[198]. 영국에서의 이같은 논의는 영상녹화를 시행하고 있는 우리나라에서도 문제가 될 수 있다. 즉, 개정 형사소송법은 피의자가 영상녹화에 대하여 동의여부를 규정하고 있는 것이 아니라, 조사를 하는 수사기관이 영상녹화를 하겠다는 고지만 있으면 영상녹화를 할 수 있도록 규정되어 있기 때문이다. 이러한 점에서 영상녹화를 거부할 수 있는지, 더 나아가 영상녹화를 할 때에 피의자가 진술거부권을 행사할 경우에 진술을 거부하고 있는 모습을 계속 영상녹화하는 것이 진술거부권을 본질적으로 침해하는 것은 아닌지 의문이 들지 않을 수 없다.

다) 일본

(1) 논의의 경과

일본에서도 우리나라와는 반대로 변호사단체와 학자들이 가시화를 통한 수사기관의 위법행위를 방지하기 위하여 수사과정 녹음·녹화를 주장해왔다. 특히 일본변호사연합회는 밀실수사에 대한 위험성을 경고[199]하면서, 사법제도개혁과 검찰개혁 추진의 일환으로 피의자신문과정을 전면 기록 및 녹화해줄 것을 권고[200]하였다. 그런데 검찰 조직은 영상녹화가 피의

197) A.R.Amar and R.B.Lettow, "Fifth Amendment First Principles: The Self-Incrimination Clause", Michigan Law Rev, Vol.93, No.5, 1995.3, p.873.

198) Susan Easton, The Case for the Right to Silence(2nd ed.), Ashgate, 1998, p.203.

199) 일본변호사연합회는 '취조의 가시화(取調べ可視化)' 실현본부(http://www.nichibenren.or.jp/activity/criminal/recordings.html)를 설립하고, 취조의 가시화추진위원회(取調べの可視化を推進する会) 사이트(http://www.kashika-suishin.com/)를 따로 운영하고 있다.

자의 자유로운 진술을 방해하고, 관계자의 프라이버시 및 수사의 비밀 등이 노출될 우려가 있다는 이유로 이에 대하여 강하게 반대해왔다.[201]

1999년에 발족한 사법제도개혁심의회에서도 수사의 적정화를 도모하기 위하여 수사과정의 녹음·녹화제도 도입여부가 논의되었으나 결론을 내지 못하고 장래의 검토과제로 남겨두기로 하였다.

그럼에도 불구하고 2006년경 재판원제도의 도입이 현실화됨에 따라 검찰도 종래의 입장을 바꾸어 수사과정 녹음·녹화제도의 도입에 전향적인 자세를 취하기 시작하였으나, 그 주된 목적은 자백의 임의성 입증의 효율화, 정밀화에 있었다. 즉 재판원재판이 시행되면 피의자 자백의 임의성에 대한 심리를 함에 있어서 증인으로 소환된 수사관과 피고인 사이에 아전인수식 주장으로 말미암아 재판이 장기화될 것이라는 우려를 없애기 위해 위 제도의 도입을 검토하게 된 것이다.

⑵ 활용실태

일본 최고검찰청은 2006. 5. 9. 재판원재판 대상사건 중 자백의 임의성을 입증할 필요성이 있다고 판단되는 사건에 대하여 검찰관에 의한 피의자의 취조 중 상당하다고 인정하는 부분을 녹음·녹화하기로 하였고, 이에 따라 2006년 8월부터 각 검찰청에서 수사과정 영상녹화 제도가 시행되었다. 그 후 2008. 3. 28. 최고검찰청은 '취조의 녹음·녹화의 본격적 시행지침'을 정하여 같은 해 4. 1. 이후 송치되는 재판원재판 대상 사건에 대하여는 원칙적으로 녹음·녹화를 실시하기로 하였다.

구체적인 녹음·녹화의 방법은 피의자신문의 전과정을 녹음·녹화하는 것

200) '피의자 조사 전과정의 녹음, 녹화에 의한 조사 가시화를 요구하는 결의문', 2003.10.17.
201) 진상훈, "수사과정 영상녹화의 의무화와 영상녹화물의 증거능력", 재판자료 제123집: 형사법실무연구, 법원도서관, 2011.12, 527면.

은 아니고, 자백 후에 검찰관조서를 피의자에게 제시하고, 자백의 동기·경과, 취조상황, 조서 작성과정, 조서기재 내용 등을 질문하고, 피의자가 이에 대하여 답변하는 장면을 녹음·녹화하는 일부녹화 방식이다.

각 재판소에서도 피의자에 대한 수사과정 영상녹화물이 자백의 임의성을 입증하기 위한 증거로 제출된 경우 이에 대한 증거조사를 하여 그 결과를 종합하여 피의자 자백의 임의성에 대한 판단을 하고 있다.

⑶ 입법동향

2009년 4월 24일 피의자에 대한 수사과정 영상녹화를 의무화하고, 영상녹화 없이 작성된 피의자신문조서의 증거능력을 배제하는 것을 골자로 하는 형사소송법 일부 개정법률안이 참의원 본회의에서 가결(찬성 133, 반대 102)되었다. 또한 중의원에서도 2009년 정기국회에서 동일한 내용의 형사소송법 개정법률안이 제출되었으나 법률로 성립하지는 못하였다[202].

일본 검찰은 방대한 사건 수, 녹음·녹화를 하기 어려운 사안의 존재 등의 이유를 들어 '모든 사건에 대하여' 수사과정을 녹음·녹화하는 것은 불가능하다는 입장을 견지하고 있으며, 그와 같은 이유로 수사의 투명성 확보를 위한 '취조과정의 전면 녹음·녹화'가 집권당인 민주당의 선거공약이었음에도 조속히 입법화되지 못하고 있는 상황이다.

---

202) 형사소송법의 개정과는 별도로 일본변호사협회는 현재 시행중인 피의자신문시 녹음·녹화가 제대로 되고 있는지를 검증할 수 있도록 해달라는 의견서를 지난 2012. 5. 15. 법무대신과 검찰총장에게 발송하였다. 녹음·녹화제도는 도입되었지만, 수사기관의 활용도가 낮아 검찰개혁의 일환으로 검증의견을 제출한 것이라고 한다. 被疑者取調べの録音・録画試行の検証に関する要望書 전문은 (http://www.nichibenren.or.jp/library/ja/opinion/report/data/2012/opinion_120515.pdf) 참조.

라) 독일 및 프랑스

(1) 독일

독일 형사소송법은 법관이 하는 증인신문은 영상녹화를 할 수 있고, 범죄피해자가 16세 미만인 경우와 증인을 공판기일에 신문할 수 없고 영상녹화가 실체적 진실발견에 필요하다는 염려가 드는 때에는 영상녹화를 해야 한다(제58조a)고 규정하고, 증인신문 영상녹화물의 상영에 관하여는 신문조서의 낭독에 관한 규정이 준용된다(제255조a 제1항)고 규정하고 있을 뿐, 수사기관이 피의자 또는 참고인에 대한 신문과정을 촬영한 영상녹화를 허용하는 규정을 두고 있지 않다. 실무상으로도 수사기관이 수사과정을 영상녹화하고 있지는 않는 것으로 보인다.

뿐만 아니라 독일 형사소송법은 검사 등 수사기관 작성 조서의 증거능력을 원칙적으로 부정하고 있으므로, 수사기관이 촬영한 수사과정 영상녹화물에 위 규정을 준용할 수 있다고 해석하더라도 원칙적으로 그 증거능력을 인정할 수 없다. 즉 독일 형사소송법 제250조는 사실의 입증이 사람의 지각에 의하는 경우에는 그 사람을 공판기일에 신문해야 하고, 그 신문은 이전에 작성된 진술조서 또는 진술서의 낭독으로 대체할 수 없다는 “직접주의 원칙”을 규정하고 있다.

다만 제251조 내지 제255조에서 조서의 낭독이 가능한 예외를 규정하고 있는데, 피고인 또는 피의자에 대한 신문조서의 경우에는 법관 작성의 조서만이 위 예외에 해당하므로(제254조), 수사기관이 작성한 피의자신문조서는 증거능력이 인정되지 않고, 수사기관이 작성한 참고인진술조서의 경우는 참고인이 공판기일에 출석할 수 없거나 출석한 경우에도 기억의 재생 또는 모순의 해소를 위한 경우에 한하여 조서의 낭독이 가능하나(제251조 제2항, 제253조), 이 경우에도 증인이 출석할 수 없는 경우를 제외하고는 증인에 대한 완전한 신문이 진술조서의 낭독 전에 실시

되어야 한다.

⑵ 프랑스

프랑스는 2000년 6월 15일 형사소송법의 개정을 통하여 제64-1조와 제116-1조에 영상녹화 규정을 신설하였다. 먼저 제64-1조에 따르면 중죄로 보호유치된 사람에 대하여 경찰서에서 신문이 이루어지는 경우에는 그 내용을 영상녹화하여야 한다. 그리고 이 영상녹화물은 신문조서의 내용을 확인하는 목적으로만 예심 및 정식재판에서 재생할 수 있다. 이 때 영상녹화물을 틀지 여부는 검사 또는 양 당사자의 신청에 따라 예심판사 혹은 정식재판 판사가 결정한다(동조 제2항). 이 영상녹화물은 중죄법원의 판결 선고에 이르기까지 이를 사용할 수 있다(제308조). 한편 영상녹화가 불가능할 경우 사법경찰관은 신문조서에 영상녹화가 불가능한 이유를 기재하도록 되어 있다.

영상녹화는 앞에서 언급한 것처럼 중죄의 경우에 한정되는데, 주로 최초 출석시 진술청취 및 대질신문 등의 내용을 영상녹화하도록 하고 있다(제116-1조 제1항).

라. 영상녹화의 장단점

1) 개관

일찍이 영상녹화조사제도를 시행하여 온 영미법계 국가에서는 영상녹화조사의 장단점에 관한 많은 논문을 내놓고 있다. 미국의 영상녹화는 주로 관할경찰서에서 행해지고 있는데, 경찰서 조사실의 열악한 환경이 용의자에게 친숙한 환경과는 완전히 동떨어져있는 곳이어서 영상녹화조

사가 분위기를 누그러뜨리는데 일조를 한다는데 그 의의를 두고 있다.[203]

조사실의 분위기를 험악하게 하고 압박하는 것은 비단 신체적인 고문이나 협박 같은 것 때문만은 아닐 것이다. 조사실은 수사관과 피조사자가 마주보고 앉아서 수사관이 증거를 내놓으면서 사실정황을 추궁하면 피조사자는 그 사실을 부인, 묵비, 자백하는 과정을 끊임없이 반복하는 공간이다. 그 과정은 때로는 수시간 또는 수일의 시간이 걸리기도 하는데, 이 경우에 피의자의 당시 신체상태나 정신상태가 중요한 항목으로 작용한다고 볼 수 있다.

미국 맨하튼의 한 사건을 예로 들어보면, Montoun T. Hart라는 사람이 교사(Jonathan M. Levin)의 살해에 공모한 혐의로 조사를 받게 되었다. Hart는 경찰서에서 마리화나에 만취하여 기진맥진한 상태에서 조사를 받았고, 무려 11페이지나 되는 자백이 기재된 진술서를 수사관에게 써냈다. 수사관은 법정에서 Hart가 취해 있지 않았으며, 따라서 자백 역시 진실된 것이라고 증언하였다. 이 자백을 주된 근거로 하여 검찰은 Hart를 기소하였고, 뉴욕 주는 흔치는 않지만 조사내용을 녹화해왔었는데, 이 사건을 조사한 조사관은 조사과정을 녹화하지 않았다. Hart가 자백을 하였기 때문에 자백 이후의 증거조사도 미미한 편이어서, 배심원은 Hart에게 무죄평결을 내렸다.[204]

---

203) Wayne T. Westling, “Something is Rotten in the Interrogation Room: Let's Try Video Oversight”, 34 J.Marshall L.Rev., 2001.12, 537면. 영국경찰관들은 영상녹화 시행 후 얼마 지나지 않아 녹음·녹화를 자연스럽게 받아들이기 시작하였으며, 1992년에는 대부분의 경찰관들이 녹화에 우호적인 태도를 보였고, 60% 경찰관들은 매우 열성적인 태도를, 14% 경찰관들은 좋고 싫음이 섞인 태도를 보였고, 심지어 비디오 녹화제도를 진지하게 반대하는 태도를 보이는 경찰관은 한 명도 없었다고 한다(이윤, 수사절차상 신문과정의 영상녹화 필요성과 영상녹화에 대한 경찰수사관들의 태도, 한림법학 Forum 제20권, 한림대학교 법학연구소, 2009, 23-24면.)

204) David Rohde, “Jurors Faulted Police Work in Murder Case of a Teacher”, N.Y.Times, 1999.2.13.자. 인용한 인터넷신문의 출처는 다음과 같다.
http://topics.nytimes.com/top/reference/timestopics/people/h/montoun_t_hart/index.html

영상녹화조사는 피의자의 조사받을 당시의 모습을 생생하게 보여준다는 측면에서 장단점 모두를 갖는 제도이다. 즉, 법정에서 피의자가 수사기관에 자백, 묵비, 부인하는 장면을 모두 보여주면 형이 확정되기까지는 무죄추정을 받아야 하는 피고인에 대하여 선입견을 심어줄 수 있다[205]는 점에서 큰 단점이 있다.

피의자의 입장에서는 조사실의 조사를 영상녹화하는 것이 어떠한 영향을 미치는가? 피의자의 인권을 보장해주는 측면에서 긍정적인 역할을 한다는 입장에서는 "영상녹화가 밀실수사를 투명수사로 전환시켜 가혹행위를 일소하는데 커다란 공헌을 하게 될 것임에 의심의 여지가 없다"[206]라고 주장한다. 가혹행위 측면에서는 물론 일리가 있는 주장이다. 그러나 피의자신문과정을 녹화기록으로 남기는 것과 조사실을 투명한 공간으로 만드는 것 사이의 상관관계가 반드시 일치하는지는 의문의 여지가 있다. 일반인은 방청할 수 없는 공간에 여러 명의 수사관 또는 수사관 보조자가 조사실 안팎으로 나뉘어져 있다고 해서 그것이 밀실이 아니라고 할 수 있느냐는 말이다.

2) 영상녹화제도의 긍정적인 면

가) 수사절차의 투명화를 통한 인권침해 예방

수사기관 조사과정의 영상녹화제도는 무엇보다도 피조사자에 대한 가혹행위 등을 미연에 방지하여 인권침해를 방지할 수 있는 장점을 가지고 있다. 사건관계인에 대한 진술청취 특히 피의자신문은 고문, 가혹행위

205) Gutierrez, Philip S., "You have the right to plead guilty-How we can stop police interrogators from inducing false confessions", S. Cal. Rev. L.&Soc. Just. No. 20, 2011, 325.

206) 최영승, "피의자신문과정에서의 적법절차에 관한 사개추위안의 검토", 비교형사법연구 제8권 제1호, 한국비교형사법학회, 2006.7, 472면.

등 수사기관에 의한 인권침해의 가능성이 매우 높은 수사상 절차이다. 이런 위법수사의 위험성으로부터 인권이 침해되는 것을 방지하기 위해 많은 국가들이 법률적으로 다양한 방책을 강구하고 있다. 우리나라도 헌법 제12조 제1항에서 형사절차의 지도적 원리로서 적법절차의 원칙을 규정하고 있으며, 피의자에게 형사상 불리한 진술을 거부할 수 있는 권리(제12조 제2항) 및 체포·구속시 변호인의 조력을 받을 권리(제12조 제4항), 고문을 절대적으로 금지시키고 있으며(제12조 제2항), 고문이나 폭행 등 위법적 수단으로 얻은 자백의 이용을 막기 위하여 자의로 진술한 것이 아니라고 인정되는 자백은 그 증거능력을 배제하고 있다.

그러나 범죄수사의 실제를 보면 대부분의 경우는 물적 단서가 발견되지 않고, 피의자나 기타 중요한 정보를 알고 있는 자로부터 진술을 듣는 것이 유일한 수사방법인 경우가 적지 않다. 피의자신문조서는 범죄사실의 가장 가까운 시점에서 피의자가 한 자백을 내용으로 하고 있으므로 공판정에서 피고인이 그 자백 내용을 크게 다투지 않는 한 이를 기초로 신속한 재판이 가능해진다. 우리나라의 경우 형사사건의 90% 이상이 이런 방식으로 해결되는 단순자백사건으로써 피의자신문조서는 소송경제에 크게 이바지하고 있는 것이다[207].

그런 이유로 피의자신문과정에서 수사기관의 예단에 부합하는 피의자의 진술을 얻어내기 위한 무리한 조처가 생겨날 가능성이 크며 오늘날에도 수사기관의 고문과 강압적인 행태가 보고[208]되고 있는 실정이다.

또한 형사소송법은 위법한 수사를 예방하기 위하여 피의자에 대한 조사시 참여제도를 규정하고 있지만, 경찰수사관들에 대한 설문조사는 피

207) 조기영, 「피의자신문조서에 관한 연구」, 서울대학교 법학석사학위논문, 1997.2, 1면.

208) Lassiter, G. Daniel, Lindberg, Matthew J., "Video recording custodial interrogations: Implications of psychological science for policy and practice", J.Psychiatry&L. No.38, 2010, 178면 이하 참조. 이에 따르면 자백사건이 후에 유전자 검사 등으로 유죄판결을 받은 사람이 2009년 3월을 기준으로 미국 전역에서 232명에 달한다고 한다.

의자신문시 참여자가 전과정에 주의 깊게 관여하는 일은 거의 없음을 보여준다.

조사과정이 녹음·녹화될 경우 범죄수사 담당자들은 가혹행위는 물론이고 조사에 사용하는 단어나 말투조차 매우 조심스럽게 선택할 것이다. 피의자에 대한 인권침해는 육체적인 고통을 주는 것만 의미하지는 않는다. 조사과정에 욕설이나 피조사자를 모욕하는 말을 함으로써 심리적인 압박을 주는 것도 포함된다. 비록 범죄자일지라도 수사기관으로부터 인권침해의 소지가 있는 신체적·정신적 고통을 받지 않도록 하여야 한다.

물론 역으로 해석할 수도 있다. 수사기관의 경우에도 영상녹화를 이용하는 것은 법집행기관을 보호하는 기능을 할 수 있다. 수사기관이 법에 따라 공정하게 이를 집행했는지를 질문받았을 때, 스스로도 "네. 그 당시 자백은 강요된 것이 아닙니다"라고 대답할 수 있다[209]는 장점을 가지고 있다는 것이다.

이런 점에 피의자신문을 영상녹화하는 가장 큰 의미를 부여할 수 있다. 바로 수사과정을 투명하게 밖으로 드러내준다는 것이다. 수사절차의 투명화라는 장점은 영상녹화물의 증거능력을 부정하는 쪽이나 인정하는 쪽 모두 이 점에 대해서는 찬성하는 입장을 취하고 있다. 그리고 영상녹화물을 형사절차에 입법화하거나 적어도 수사절차상으로 수용하려는 국가에서는 이 점을 영상녹화조사의 가장 큰 장점으로 파악하고 있다.

나) 조사시간의 단축

영상녹화제도는 사건 관계자에 대한 조사시간을 단축시킨다. 진술인의 진술을 청취하고 부족한 부분을 문답식으로 진행하며 조서를 작성하는

209) Mill-Senn, Pamela, "What's New with Interview?", Law Enforcement Technology, July 2006, p. 57.

방식은 상당한 시간을 요구한다. 사건관계자에 대한 조사시간이 길어지면 조사관들은 정신적·육체적으로 피로를 느끼게 된다. 조사를 하는 중에 계속 진술내용에 주의를 기울여야 하고 그 내용 중에 허위의 사실은 없는지, 이미 수사에 의해 밝혀진 내용과 모순되는 점은 없는지 생각해야 하며, 수사에 필요한 새로운 질문들을 궁리하여 물어야 하고, 손으로는 타이핑을 해야 하기 때문이다.

이렇게 피로가 누적되다 보면 진술인의 말을 중간에 가로막거나, 진술인이 중요한 진술을 하였음에도 조서에는 누락하는 경우가 발생하게 되고 조사를 받는 진술인도 대화의 중간중간에 조서 작성을 위한 타이핑으로 인해 대화가 중단된다든가 오랜 시간을 대기하는 데에 피로를 느끼게 된다.

이러한 문제점들은 조사시간의 장기화는 물론이고 진술내용과 의미를 정확하게 파악하지 못하게 되어 법정에서 많은 혼란을 야기시킨다.

호주에서는 영상녹화제도의 도입으로 조사시간이 평균 1건당 23분 정도가 소요되고 있으며, 영국의 한 정부기관에서 영상녹화시설을 갖추고 조사실험을 한 결과 30분 내외의 시간이 소요되었다고 한다.

수사과정에 진술을 청취하여 조서를 작성하는 데까지 걸리는 시간은 어느 정도인가 하는 것은 일괄하여 동일하게 규정하기 어렵다. 범죄사건의 비중여부, 사건의 복잡성과 관계인의 수, 범죄사실의 시인 여부 등에 따라 조사시간이 달라지기 때문이다. 그러나 외국의 경우에서 보았듯이 기존의 조사방식에 비해 영상녹화제도는 조사과정의 시간적 단축과 아울러 수사인력의 부족으로 인한 여러 가지 문제점들을 해결할 수 있을 것으로 보인다[210].

210) 이에 대한 반론으로 조사의 전단계를 영상녹화하지 않는 경우를 들 수 있다. 이 경우에 영상녹화를 실시하는 날의 피의자신문은 짧은 것으로 보일지 몰라도, 우리 법상 조사의 전과정을 영상녹화한다고 하더라도, 그 전과정이 수사단계의 전단계를 의미하는 것이 아니라, 피의자 신문 각 회당 영상녹화를 실시할 필요성이 인정되는 경우에 그 회의 전과정을 녹화

3) 영상녹화제도의 부정적인 면

가) 진술자체에 미칠 영향

비디오녹화제도가 정착된 영국에서도 수사관들은 피신문자가 만약 자신의 진술이 카메라에 녹화되고 있다는 사실을 안다면 진술을 거부할 것이라고 생각해서 녹화가 신문의 효율을 떨어뜨린다는 우려를 나타내고 있다. 실제로 Barnes and Webster는 몇몇 혐의자들은 비디오 앞에서 심한 장애를 일으키고, 카메라 앞에서 진술하기를 거부하는 등의 반응을 보였다는 실험결과를 발표[211]하기도 하였다. 게다가 영상으로 녹화되는 것을 의식하게 되면 피의자가 진술하는데 위축되어 제대로 방어권을 행사하지 못하는 결과를 낳을 수도 있다.

나) 수사기관의 영상녹화에 대한 부담감

수사기관의 입장에서는 영상녹화물을 활용한 신문이 단순한 자백을 녹화하는데서 벗어나 자백에 이르는 과정까지 그 영역이 넓혀지는 것을 우려하고 있다고 한다. 왜냐하면 영상녹화가 수사기관이 자백을 이끌어내기까지의 회유와 협박, 신문기법을 그대로 보여주게 되기 때문에 수사기관으로서도 큰 부담으로 이어지리라고 예상하고 있기 때문이다. 주로 영상녹화에 반대하는 수사관들은 다소 공격적인 신문기법을 가지고 피의자신문을 하는 경우로서 비록 피의자가 임의로 진술하였다고 하더라도 그 내용과 형식으로 보아서 수사기관의 태도를 신뢰하지 않게 될 우려가 있다

하는 것이므로 실제적으로 조사의 시간이 그리 짧지만은 않을 수도 있다.

211) Barnes and Webster. 1980, “Police Interrogation : Tape Recording,” Royal Commission on Criminal Procedure Research Study No.8, HMSO.

고 파악하고 있다. 미국의 일부 주에서는 이러한 수사기관의 우려를 바탕으로 하여 피의자가 영상녹화를 원치 않는 경우에 영상녹화를 중지하도록 하는 규정 이외에 수사기관이 개인적인 이유로 녹화를 거절하였을 경우에도 영상녹화를 하지 않을 수 있는 규정을 마련해 놓은 곳도 있다[212].

그러나 우리 형사소송법상으로는 영상녹화를 실시할 지 여부는 수사기관의 재량에 따르도록 하고 있기 때문에 사실상 수사기관에서 개인적으로 영상녹화를 하지 않으려고 한다면 법해석상으로는 얼마든지 그 녹화를 하지 않을 수 있다. 다만, 이 경우에도 피의자가 영상녹화를 원하고 반드시 영상녹화가 필요하는 등 임의진술을 위하여 반드시 영상녹화를 할 필요성이 제기되었을 경우에는 영상녹화를 하는 것이 피의자의 권리를 보호하는 데 더 적합하다고 생각한다.

다) 법관의 시간적인 부담의 증가와 공판중심주의 형해화 문제

비디오 녹화에 대한 중요한 기술적인 반박은 서면에 위한 신문조서와는 달리 비디오테이프의 내용은 한눈에 알아볼 수가 없다는 데 있으며, 신문전체의 영상녹화는 사안에 따라서 수 시간에 달하는 녹화테이프를 다시 상영해야함으로 이러한 요구는 판사에게 시간적으로 큰 부담을 줄 것이라는 우려의 목소리가 있다[213]. 또한 영상녹화물의 재현에 법정심리시간을 대부분 할애함으로써 충실한 법정심리를 통한 생생한 심증형성이라는 공판중심주의가 다시 형해화될 우려가 높다는 비판이 있다[214].

그러나 개정 형사소송법에 따르면 영상녹화물이 법정에 제출될 수 있는

212) 뉴 멕시코 HB382(2006.1.1.시행) 참조.
213) 정웅석, “영상녹음·녹화에 관한 법적 고찰”, 형사법의 신동향 제7호, 대검찰청, 2007.4, 153면.
214) 참여연대, “공판중심주의 법정심리절차 확립을 위한 형사소송법 개정안에 대한 의견서”, 2005.11.

경우는 피의자가 실질적 진정성립을 부인하는 경우와 기억환기를 위한 용도로만 사용할 수 있도록 제한되어 있기 때문에, 모든 사건에서 영상녹화물을 시청할 필요는 없게 되었고, 이 부분에 대한 문제는 영상녹화를 활용할 수 있는 경우를 극히 제한함으로써 해결될 수 있다고 본다.

라) 예산 및 장소의 문제

기존의 조서를 작성하는 방식의 경우 컴퓨터와 프린터, 책상만 있으면 조사가 가능하지만 영상녹화제도가 도입되면서 별도의 방음시설이 갖추어진 조사실에 영상녹화 장비등이 필요하게 되었다. 이 예산과 장소의 문제는 각종 영상녹화실태 보고서에서도 알 수 있듯이 새로운 제도를 도입하기 위하여 어쩔 수 없이 들어가는 기회비용이고, 현재 전국의 경찰서 등에 대부분 진술녹화조사실을 설치하고 있기 때문에 큰 문제는 없다고 본다. 다만, 오히려 조사실이 아닌 개인 사무실 또는 여러명이 근무하는 곳에 영상녹화 장비를 설치해놓고 조사를 받는 경우가 더 큰 문제이다. 방음시설이 제대로 갖추어지지 않은 상태에서 영상녹화를 하게 되면, 피의자와 조사자 이외의 자의 목소리나 주변 상황이 같이 녹음될 수 있고, 피의자가 제대로 된 환경에서 조사를 받을 수 없는 문제가 있다. 따라서 지금 실시하고 있는 것처럼 별도의 진술녹화조사실을 더 많이 설치하여 이를 활용하는 것이 피의자 인권보호 측면에서 바람직하다고 생각한다.

4. 수사절차에서 변호인 등 참여

가. 변호인참여권의 보장

1) 우리나라에서의 변호인참여권의 보장

사법경찰관은 피의자 또는 변호인의 신청이 있는 때에는 정당한 사유가 없는 한 변호인을 피의자신문에 참여하게 하여야 한다(법 제243조의2 제1항).

변호인의 피의자신문참여권이란 사법경찰관의 피의자신문시에 변호인이 참여할 수 있는 권리를 말한다. 2007년 개정 형사소송법은 수사기관의 피의자신문과정에서 변호인의 도움을 받을 권리를 실질적으로 보장하기 위하여 변호인의 피의자신문참여권을 명문으로 규정하였다(형사소송법 제243조의2). 종래 변호인이 피의자신문에 참여할 수 있는지에 대해 명문규정이 없어서 논란이 있었으나 그동안 학계에서 주장하고, 판례가 인정[215]하던 변호인의 권리를 개정 형사소송법에서 명문화한 것이다.

사법경찰관은 피의자 또는 그 변호인·법정대리인·배우자·직계친족·형제자매의 신청에 따라 변호인을 피의자와 접견하게 하거나 정당한 이유가 없는 한 피의자에 대한 신문에 참여하게 하여야 한다.

변호인의 피의자신문참여 신청권자는 피의자와 변호인이다. 피의자에는 구속된 피의자뿐만 아니라 불구속 상태에 있는 피의자를 포함한다.[216] 피의자뿐만 아니라 법정대리인·배우자·직계친족·형제자매도 피의자신문참여를 신청할 수 있다. 변호인에는 사선변호인과 국선변호인을 불문한다. 변호사 아닌 특별변호인도 포함된다.

사법경찰관은 원칙적으로 변호인을 피의자신문에 참여하게 하여야 한다. 참여하게 한다는 것은 참여를 허용한다는 의미이므로 수사기관이 국선변호인을 선정해 주어야 하는 것은 아니다. 참여의 기회를 주면 족하며,

---

215) 대법원 2003. 11. 11. 선고 2003모402 결정; 헌법재판소 2004. 9. 23. 선고 2000헌마 138 결정.

216) 이재상, 형사소송법(제9판), 박영사, 2012, 148면.

참여를 신청한 변호인이 신문장소에 출석하지 아니하거나 출석을 거부할 때에는 변호인의 참여 없이도 신문할 수 있다. 다만 피의자가 변호인의 참여가 없다는 이유로 진술을 거부하는 때에는 수사기관이 피의자를 신문할 수 없게 됨은 당연하다.[217] 신문에 참여하고자 하는 변호인이 2인 이상인 때에는 피의자가 신문에 참여할 변호인 1인을 지정한다. 지정이 없는 경우에는 검사 또는 사법경찰관이 지정할 수 있다(형사소송법 제243조의2 제2항).

변호인의 참여는 변호인이 신문과정에 출석하여 위법을 감시하는데 그치는 입회와 구별된다. 따라서 신문에 참여한 변호인은 신문 후 의견을 진술할 수 있다. 다만, 신문중이라도 부당한 신문방법에 대하여는 이의를 제기할 수 있고, 사법경찰관의 승인을 얻어 의견을 진술할 수 있다. 따라서 수사기관의 부적법하거나 부당한 신문에 대하여 참여한 변호인은 신문의 중단을 요구할 수 있다. 또 피의자의 요청으로 변호인과 상의하여 피의자가 신문에 답하게 하는 것도 허용된다고 해야 한다. 신문 중에 피의자의 요청에 따라 변호인이 조언과 상담을 하는 것은 변호인의 조력을 받을 권리의 핵심적 내용으로서 당연히 허용[218]되는 것이기 때문에 형사소송법에 별도의 규정을 두지 아니한 것이다.

형사소송법은 사법경찰관이 정당한 이유가 있는 때에는 변호인참여권을 제한할 수 있다고 규정하고 있다. 변호인 참여권을 제한할 수 있는 정당한 사유에는 수사방해, 수사기밀누설 및 증거인멸을 들 수 있다. 신문에 참여한 변호인이 신문을 부당하게 제지 또는 중단하거나 피의자의 특정한 답변을 유도하거나 진술을 번복하게 하는 행위, 신문내용을 촬영·녹음하는 행위가 참여권을 제한할 수사방해에 해당한다고 할 수 있다.[219]

---

217) 이재상, 형사소송법(제9판), 박영사, 2012, 149면.

218) 헌법재판소 2004. 9. 23. 선고 2000헌마138 결정 참조.

219) 이재상, 형사소송법(제9판), 박영사, 2012, 149면: 이에 대하여 변호인 참여제한 사유 자체가 형사소송법의 규정취지에 반할 수 있다는 입장(배종대/이상돈/정승환/이주원, 신형사소송법(제3판), 홍문사, 2011, 113면)이 있다. 특히 변호인이 피의자의 요청에 따라 조언을

정당한 사유는 변호인이 피의자신문을 방해하거나 수사기밀을 누설할 우려가 있음이 객관적으로 명백한 경우를 말하는 것이므로, 수사기관이 피의자신문을 하면서 변호인에 대하여 피의자로부터 떨어진 곳으로 옮겨 앉으라고 지시한 다음 이러한 지시에 따르지 않았음을 이유로 변호인의 피의자신문참여권을 제한하는 것은 허용될 수 없다.[220]

참여한 변호인이 피의자에게 진술거부권을 행사하도록 하는 것은 참여권을 제한할 정당한 사유에 해당하지 않는다. 진술거부권은 헌법에 의하여 보장된 피의자의 권리이기 때문이다. 수사기밀을 누설할 우려가 있는 경우뿐만 아니라 죄증의 인멸·은닉·조작 또는 조작된 증거를 사용할 염려가 있는 경우도 증거인멸의 위험 때문에 변호인의 참여권을 제한할 수 있는 경우라고 할 수 있다.

2011년 형사소송법 개정에 기하여 대통령령으로 제정된 수사지휘규정은 참여 제한의 정당한 이유에 대해 “정당한 사유란 변호인의 참여로 인하여 신문방해, 군사기밀 누설 등 수사에 현저한 지장을 줄 우려가 있다고 인정되는 경우”라고 정의하고 있다(규정 제21조제2항 2문). 신문방해와 수사기밀 누설은 판례가 제시한 기준들을 재확인한 것이지만, 여기에서 더 나아가 ‘수사에 현저히 지장을 줄 우려가 있다고 인정되는 경우’는 신문방해와 수사기밀 누설을 포괄하는 일반조항적 성격을 가지고 있다.

사경지휘규정은 수사에 현저히 지장을 줄 우려가 있는 경우에 대해 구체적으로 다음과 같은 경우를 제시하고 있다. 즉 사경지휘규정에 따르면 사법경찰관은 1) 사법경찰관의 승인없이 변호인이 부당하게 신문에 개입하거나 모욕적인 말과 행동 등을 하는 경우, 2) 변호인이 피의자를 대신

하는 것이 관점에 따라서는 특정한 답변을 유도하는 것으로 보일 수 있겠지만, 이를 금지하는 것은 변호인의 조력을 받을 권리의 핵심부분을 부정하는 것이고, ‘부당하게 이의를 제기하는 경우’는 그 내용이 지나치게 포괄적인 것으로 신문과정에서 수사기관과 변호인의 갈등을 유발할 수도 있다고 한다.

220) 대법원 2008. 9. 12. 선고 2008모793 결정.

하여 답변하거나 특정한 답변 또는 진술 번복을 유도하는 경우, 3) 형사소송법 제243조의2 제3항 단서에 반하여 변호인이 부당하게 이의를 제기하는 경우, 4) 변호인이 피의자신문 내용을 촬영·녹음·기록하는 경우(다만, 기록의 경우 피의자에 대한 법적 조언을 위하여 변호인이 기억을 되살리기 위해 하는 간단한 메모는 제외한다)의 어느 하나에 해당하는 사유가 발생하여 신문방해, 수사기밀 누설 등 수사에 현저히 지장이 있을 때에는 피의자신문 중이라도 변호인의 참여를 제한할 수 있다[221].

행정입법으로서 수사기관의 내부준칙에 불과한 수사지휘규정이 변호인 참여 제한의 기준이 되는 '정당한 이유'를 구체적으로 규정할 수 있을 것인지 문제된다. 실제적으로 변호인의 참여가 제한되는 기준은 위와 같은 소극적인 신문개입을 의미하는 것이 아니라 적극적인 피의사실에 대한 의견진술이나 형법상으로도 범죄를 구성할만한 정도의 경우에만 제한하는 것이 헌법이나 형사소송법에 규정을 둔 취지에도 맞다고 생각한다. 그렇다면 수사기관이 자의적인 판단에 따라 변호인 참여가 배제될 가능성을 열어둔 위 조항은 형사소송법의 개정취지에 어긋난다고 하지 않을 수 없다. 특히 '부당하다'는 불특정개념을 통하여 헌법과 형사소송법이 보장하고 있는 변호인의 조력을 받을 권리를 제한하는 것은 헌법상의 명확성원칙에 위배될 소지가 있어서 부적절하다고 하지 않을 수 없다[222].

피의자 등이 변호인의 피의자신문참여를 신청한 경우에 변호인의 신문참여를 가능하게 하기 위하여 수사기관은 사전에 신문기일과 장소를 변호인에게 통지하여야 한다. 신문에 참여한 변호인의 의견이 기재된 피의자신문조서는 변호인에게 열람하게 한 후 변호인으로 하여금 그 조서에 기명날인 또는 서명하게 하여야 한다. 또 사법경찰관은 변호인의 신문참여 및 그 제한에 관한 사항을 피의자신문조서에 기재하여야 한다. 수사기관

221) 신동운, 신형사소송법(제4판), 법문사, 2012, 220면.
222) 신동운, 신형사소송법(제4판), 법문사, 2012, 221면; 이명웅, 헌법상 변호인의 조력을 받을 권리의 내용과 한계(지정토론문), 형사법과 헌법이념, 공법연구회, 2007, 161면.

의 자의적인 참여제한을 방지하기 위한 규정이다. 그러나 한편 참여한 변호인의 증언은 피의자신문조서의 성립의 진정을 인정할 수 있는 방법이 될 수도 있다.

사법경찰관이 변호인의 참여를 제한하거나 퇴거시킨 경우 그 처분에 대하여 불복이 있으면 그 직무집행지의 관할법원 또는 검사의 소속검찰청에 대응한 법원에 그 처분의 취소 또는 변경을 청구하는 준항고를 할 수 있다(형사소송법 제417조). 준항고의 대상에는 변호인참여에 관한 처분 이외에 변호인접견에 관한 처분도 포함된다. 준항고에 대한 결정에 대해서는 재항고가 허용된다(형사소송법 제415조, 제419조). 또 변호인의 피의자신문참여권을 침해하여 변호인이 참여하지 않은 상태에서 작성한 피의자신문조서는 위법한 절차에서 획득한 증거이므로 증거능력이 부정된다.

2) 경찰신문과정에서 변호인 참여 현황

경찰은 1999년 6월부터 경찰내부의 업무지침인 '피의자신문시 변호인 참여지침'을 통하여 피의자를 조사하는 과정에서 변호인 참여를 인정해 왔다[223]. 이 지침은 특정사건에 있어서 예외적인 경우를 제외하고는 변호인의 참여를 실질적으로 인정하고 있는 것은 아니며 어디까지나 수사기관의 재량으로서 허용하는 입장 정도로 해석된다. 아울러 경찰청에서는 2003년 11월 대한변협을 통해 각 지역별 변협에 변호인 참여제도에 적극 참여해 줄 것을 협조요청하고, 2006년 7월에는 피의자 및 피해자 등 사건관계인 조사에도 변호인을 참여토록 하는 지침을 일선에 하달하는 등 제도의 활성화를 위한 노력을 하였다.[224]

223) 조도현, 수사절차상 변호인 참여에 관한 연구, 법학논총 제16권 제2호, 조선대학교 법학연구소, 2009, 9면.

224) 송강호, 피의자신문시 변호인 참여제도의 활성화 방안, 한림법학 Forum 제20호, 2009,

실질적인 경찰신문과정에서의 변호인 참여는 꽤 저조한 편이다. 2008년도 988건, 2009년도 941건, 2010년도 1,065건으로 약간의 증감은 있으나 대체적으로 경찰이 검거하여 조사한 피의자에 대비하여 봤을 때 0.1%도 채 되지 않는 정도이다. 체포피의자로 한정하여도 1% 미만이라고 한다.[225]

3) 외국의 입법례 및 적용실태

가) 미국

수사를 경찰이 주도적으로 진행하고 있는 미국에서는 경찰 수사단계에서의 변호사 참여가 당연시되고 있다. 미국의 변호인의 조력을 받을 권리는 수정헌법 제5조에 의한 '경찰구금중의 피의자신문시의 변호인 참여권보장' 측면에서 논의되는 변호인의 조력을 받을 권리[226]와 수정헌법 제6조에서의 정식절차가 시작된 후의 중요한 단계에서의 변호인의 조력을 받을 권리로 나누어 생각할 수 있다. 연방이나 주에서 경제적인 이유

6~7면: 이러한 노력에도 불구하고 변호사들이 피의자신문에 참여하는 경우가 적으며 참여하더라도 10~30분 정도만 참관하거나 조사를 마칠 때까지 자리만 지키다가 돌아가는 등 오히려 변호사들이 동 제도에 적극적으로 동참하지 않고 있다고 지적하고 있다.

225) 이기수, 형사절차상 허위자백의 원인과 대책에 관한 연구, 서울대학교 법학전문박사학위논문, 2012, 320면. 동 논문에 따르면 이렇게 변호인참여도가 낮은 이유는 변호인과 수사관 둘다 이를 원치 않기 때문이라고 한다. 변호인은 수사단계에서 피의자와 함께 신문과정에 참여하는 것이 시간이 많이 소모되고 수사관을 불필요하게 자극한다는 점에서 부담스러운 면이 있어서 기피하고 있고, 피의자는 변호인이 참여하는 경우 재판과정에만 관여하는 것보다 수임료가 급상승하기 때문에, 또 수사관은 법률전문가인 변호인을 부담스러워하고 이의를 제기할 경우 조사가 번거로워질 수 있다는 점을 그 이유로 들고 있다. 기타 경찰 피의자신문시 변호인 참여가 저조한 자세한 원인은 송강호, 피의자신문시 변호인 참여제도의 활성화 방안, 한림법학 Forum 제20호, 한림대학교 법학연구소, 2009, 46~51면 참조.

226) 이렇게 나누지 않고 미국 수정헌법 제6조상의 권리를 우리나라의 피의자 권리에 단순 비교하는 것은 지극히 위험하다고 생각하는 견해: 오택림, "변호인의 피의자신문참여권에 관한 연구(상), 법조 통권 제618호, 법조협회, 2008.3, 172면. 이 견해에 따르면 미국 수정헌법 제6조상의 권리는 원칙적으로 당사자주의 소송구조에서 일방 당사자인 피고인에게 무기대등의 원칙 하에서 인정되는 것이라고 한다.

로 변호인을 선임할 수 없는 피고인에게는 수정헌법 제6조에 의하여 변호인의 조력을 받지 아니하는 한 구금형을 선고받지 않을 헌법상의 권리(변호인의 조력을 받을 권리; right to counsel)를 인정하고 있으며, 이러한 국선변호인의 조력을 받을 권리는 판례를 통하여 공판전단계까지 확대하여 인정하고 있다. 특히 연방 수정헌법 제6조의 변호인의 조력을 받을 권리를 변호인의 '충분한' 조력을 받을 권리로 해석[227]하고 있다. 이 글에서 서술하는 권리는 변호인의 피의자신문참여권을 의미하는 것이기 때문에 연방 수정헌법 제5조상의 권리를 말한다.

그러나 최근 이 미란다원칙 고지에 따른 변호인의 조력을 받을 권리가 미국에서 쇠퇴일로를 걷고 있다는 비판이 일고 있다. 특히 테러에 연루된 사람들에 대한 단호한 처벌 등을 이유로 미란다원칙 중 특히 진술거부권과 변호인의 조력을 받을 권리를 고지하지 않은 때에도 테러 같은 특수한 경우에는 받은 자백이 유효하다는 수사기관의 입장에 대하여 대부분의 형법 학자들은 이는 미란다원칙의 확립으로 보장된 국민의 기본권을 심각하게 침해하는 행위라고 비판[228]하고 있다.

나) 영국

영국의 한 판례는 경찰구금 동안 변호인의 조력을 받을 수 있는 권리를 "가장 중요하고 기본적인 시민의 권리 중 하나"[229]로서 묘사하고 있다. 따라서 경찰관이 체포할 때에는 반드시 대상자에게 '체포당한다는

227) 송시섭, "변호인의 '충분한' 조력을 받을 권리-미국 연방 수정헌법 제6조의 수용가능성-:, 비교형사법연구 제10권 제2호, 2008, 259면 이하.

228) D. Rubenstein, "AEDPA's Ratchet: Invoking the Miranda Right to Counsel after the Antiterrorism and Effective Death Penalty Act", Washington Law Review Vol.86, University of Washington, 2011.11, 905면 이하; J.I. Hammack, "Turning Miranda Right Side Up: Post-Waiver Invocations And The Need To Update The Miranda Warnings", Notre Dame L.Rev. Vol.87, 2011, 421면 이하.

229) R v. Samuel[1988] QB615 at 630.

사실과 그 사유'를 알려주어야 하며, 체포가 이루어진 직후 경찰관은 피의자를 경찰서로 데려와서 특별한 경우를 제외하고는 피의자에 대한 신문은 반드시 경찰관서 내에서 이루어지도록 하고 있다. 특히 영국에서는 경찰수사에 협조하기 위해 자발적으로 경찰서에 출두한 사람은 언제든지 자유의사에 따라 경찰서를 떠날 수 있으며 변호인의 조력을 받거나 경찰서 밖에 있는 사람과 연락할 수 있는 절대적 권리를 부여받는다고 한다[230].

영국에서는 구금된 피의자에 대하여 변호인과의 접견교통권 또는 법적 조언을 받을 권리를 인정하고 있으며(PACE 제58조), 구금된 피의자에 대한 변호인의 신문참여권도 인정하고 있다. 즉 피체포자와 경찰서 또는 다른 장소에 구금된 사람은 요구가 있으면 언제든지 비공개로 변호인과 교통할 권리가 있고, 이 요구 및 요구시간은 유치기록에 기재하도록 하고 있다. 변호인접견을 요구한 때에는 동법 제58조에 의하여 연기를 허용할 수 있는 경우를 제외하고는 가능한 신속하게 변호인과의 상담을 허용하여야 한다. 이 때 변호인상담 허용은 기준시[231]로부터 36시간 이내에 하여야 한다.

변호인 접견교통권은 살인 등 강력범죄·마약범죄 등 중대한 범죄 혐의가 있고, 총경 이상의 간부가 기소가능범죄와 관련한 증거를 인멸 또는 훼손하거나 타인에 대하여 신체적 상해를 입힐 우려가 있는 때, 범죄실행 후 아직 체포되지 않은 용의자가 알 수 있게 되거나, 범죄의 결과로

---

230) 표창원, 한국과 영국의 경찰수사 절차상 인권보호 장치에 대한 비교연구, 한국경찰연구 제6권 제3호, 한국경찰발전연구학회, 2007, 74면.

231) 피유치기간(PACE 제41조제2항): 1)제41조를 적용한 경우 - 경찰서에 도착한 시점 또는 체포후 24시간이 경과한 시점 중 빠른 시점. 2) 잉글랜드와 웨일즈 밖에서 체포된 경우 - 그 범죄로 체포된 사람을 조사하기 위하여 인계된 잉글랜드와 웨일즈의 경찰서에 최초로 도착한 시점 또는 그 사람이 잉글랜드와 웨일즈에 들어온 후 24시간이 지난 시점 중 빠른 시점, 3) 임의로 경찰서에 출석하였거나 체포되지 않고 경찰서에 경관과 동행하여 경찰서에 체포된 때에는 그 체포시점, 4) 제30A조에 따라 보석에 응하기 위하여 경찰서에 출석한 경우에는 경찰서에 도착한 시점 5) 본조제5항의 적용을 제외한 경우, 체포후 인계된 첫번째 경찰서에 도착한 시점.

서 획득한 재산의 회수를 방해하게 되는 때에는 36시간 내에서 제한될 수 있다. 또한 유치인이 기소가능범죄로 수익을 얻었고, 그 권리를 행사하는 것이 그 수익의 재산적 가치를 환수하는데 방해가 된다고 믿을만한 합리적인 이유가 있는 때에는 경찰관은 변호인접견의 연기를 허가할 수 있다. 한편 피의자 신문시 변호인이 대신 대답하거나, 답변을 유도하거나 자주 끼어들거나 위협적인 언사를 사용하는 등 수사관이 적절하게 피의자를 신문할 수 없는 경우에는 변호인의 퇴거를 요구할 수 있다[232].

변호인은 피의자의 유치를 계속하는 심사를 할 때 그 허가여부를 결정하기 전에 본인을 대리하여 유치에 관한 의견진술을 할 기회를 가지며(PACE 제40조제12항) 유치심사중인 사람의 변호인은 구두 또는 서면으로 위의 의견을 진술할 수 있는 점에서 피의자에 대한 변호인의 법적인 조언 또는 접견교통권이 법적으로 허가되고 있는 것으로 평가할 수 있다.

한 교수는 스코틀랜드의 최근 판결(Cadder v. HM, 2010)에 대한 분석을 통하여 이처럼 피의자신문시에 변호인의 참여권 및 접견교통권을 인정해야 하는 이유를 다음과 같이 4가지로 분류하여 설명하고 있다. 첫째, 감정적인 지지를 해주고, 둘째, 수사기관의 부당한 대우로부터 피의자를 보호하며, 셋째, 진술거부권(자기부죄특권)을 이해하고 이를 실행할 수 있도록 도와주며, 넷째, 잘못된 유죄판결(또는 허위자백)을 방지하는데 도움이 된다는 것[233]이다. 위와 같은 분석내용은 우리에게도 시사하는 바가 클 것으로 보인다.

---

232) PACE Code C 6.9 및 Note 6E(변호인을 배제한 경찰관은 법원으로부터 그 결정이 정당하다는 판단을 받아야 하는데, 이 때에는 그 일이 발생했을 당시의 상황을 진술할 증인이 필요하다고 한다).

233) 자세한 내용은 Fiona Leverick, “The Right to Legal Assistance During Detention”, The Edinburgh Law Review Vol.15 No.3, Edinburgh University Press, 2011, 361면 이하 참조.

다) 일본

2004년 형사소송법 개정전 일본은 피의자신문시 변호인 참여권을 인정하지 않고 있었다. 다만 실무적으로 피의자 신문조서의 신뢰성 제고 등을 위해 영상녹화 등과 함께 변호인 참여를 도입하자는 논의가 있다고는 하나 미약한 수준이었다고 한다[234]. 그러나 일본 형사소송법 제30조 제1항에서 '피고인 또는 피의자는 언제든지 변호인을 선임할 수 있다'는 규정을 두고 있으므로 사실상 피의자의 변호인접견권을 통하여 변호인 참여권도 인정되는 것으로 볼 수 있다. 다만, 피고인이 빈곤, 기타의 사유에 의하여 변호인을 선임할 수 없는 때에는 재판소가 그 청구에 의하여 피고인을 위하여 변호인을 선임하여야 한다는 것이 동법 제36조에 규정되어 있는 반면, 피의자의 경우에는 형사소송법상으로는 국선변호인 선임규정이 없어서 이를 유추하여 적용하고 있었을 뿐이다.

그런데 2004년 5월 형사소송법이 개정되는 과정에서 피의자에 대한 국선변호인 선임제도가 일부 도입되게 된다. 현행 일본 형사소송법 제37조의2에 따르면 사형, 무기 또는 장기 3년을 초과하는 징역이나 금고에 해당하는 사건에서 피의자에 대해 구류장이 발부되어 있을 경우 피의자가 빈곤 그 밖의 사유에 의하여 변호인을 선임하는 것이 불가능할 경우에는 재판관은 그 청구에 의해 피의자를 위한 변호인을 선임하도록 하는 규정을 신설하였다. 물론 위의 사건에 해당하면서 구류가 청구된 피의자의 경우에도 국선변호인을 신청할 수 있다. 또한 신체가 구속되어 있는 피의자는 변호인 또는 변호인을 선임할 수 있는 자의 의뢰에 의하여 변호인이 되려는 자와 입회인이 없이 접견하거나 서류 또는 물건을 수수할 수 있는 권리도 형사소송법에서 부여하고 있다(일본 형사소송법 제39조 제1항). 이 개정에 따라 국선변호인선임에 관한 사무를 업무로 하는 일

234) 송강호, 피의자신문시 변호인 참여제도의 활성화 방안, 한림법학 Forum 제20호, 한림대학교 법학연구소, 2009에서는 여전히 피의자에 대한 국선변호인 또는 변호인선임을 인정하지 않는 듯한 서술을 하고 있으나 이는 사실과 다르다. 이하에서 설명하도록 하겠다.

본사법지원센터를 창설하는 총합법률지원법이 함께 제정되었다. 형사소송법에 피의자에 대한 국선변호인제도를 둔 이 개정에 대하여 일본 학계에서는 '전후개혁이래 최초로 행한 큰 제도의 변혁'[235]으로 평가하고 있다.

다만 이 때에도 취조의 중단 등에 의하여 수사에 현저한 지장이 생기는 경우에는 변호인과 협의하여 가능한 신속하게 접견할 수 있도록 일시 등을 지정하고 피의자 등이 방어준비를 할 수 있도록 조치해야 한다.

라) 독일과 프랑스

독일의 경우에도 경찰이 검찰의 수사지휘를 받도록 되어 있지만, 검찰에는 수사인력이 없기 때문에 실제로 경찰이 수사를 주도하고 있다고 한다. 아울러 특히 독일에서의 변호인 참여권과 관련하여 주목해야 할 조항으로 형사소송법 제163의a조 제4항(이 조항은 변호인의 참여권에 관한 규정이 아니라 경찰의 피의자신문시 피의자에게 어떠한 혐의가 있는지를 알려주어야 할 의무를 부과한 것)을 들면서 동 규정이 경찰신문시 참여권을 규정하지 않음으로써 입법자가 참여권 부여를 거부하는 입장을 밝혔다는 주장을 하는 경우[236]도 있다. 또한 독일에는 경찰의 피의자신문과정에 변호인 참여에 대한 기본법에 직접적인 규정이 없으나 헌법적 차원에서 인정된다고 하며, 독일의 실무관행은 일반적으로 경찰의 피의자신문시 변호인이 참여를 원하는 경우 이를 거부하는 일은 거의 없다는 견해[237]도 있다. 그러나 이 견해 역시 독일 기본법에서는 '변호인에 관한 규정이 아예 없고, 신체 불가침권(독일기본법 제2조제2항)[238]만 규정

235) 당시 일본 형사소송법 개정과 관련한 자세한 사항은 岡 慎一, 弁護の課題, ジュリスト No.1370, 2009年1月1-15日合併号, 117면 이하 참조.
236) 홍종호, 독일 변호인의 신문참여의 내용과 한계, 해외연수검사연구논문집, 2007, 9면.
237) 송강호, 피의자신문시 변호인 참여제도의 활성화 방안, 한림법학 Forum 제20호, 한림대학교 법학연구소, 2009.

하고 있기 때문에 변호인의 조력을 받을 권리가 헌법적 차원에서 인정된다고 볼 수도 없다. 따라서 최근 독일에서도 입법론으로 경찰신문시에도 변호인참여권을 인정하는 규정을 두자는 주장이 많아지고 있는 실정이다.

법률로써는 규정이 없다고 하더라도 독일의 판례들은 피의자에 대한 변호인참여권을 인정하고 있다. 즉 피의자의 신병을 확보하고 경찰이 피의자의 권리로서 변호인참여권을 고지하면, 1) 경찰은 변호사와 상담할 수 있는 기회를 주어야 하고(당직변호사의 전화번호를 알려주는 방식으로 할 수도 있음), 2) 피의자가 명시적으로 신문을 계속하는데 동의하는 때에만 신문을 할 수 있다[239]. 변호인과 일단 한번이라도 접견한 후에 경찰이 변호인의 입회없이 신문을 계속할 수 있는가에 대해서는 견해의 차이는 있으나, 이 경우에는 변호인의 입회없이는 신문을 할 수 없다는 견해가 학계의 다수[240]를 차지하고 있는 것으로 보인다.

프랑스의 경우에는 2000년 6월 15일 개정(법률 제2000-516호)을 통하여 모든 피의자에 대하여 혐의내용을 고지받을 권리와 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다는 규정을 서문에 두었다. 그리고 이에 따라 구체적으로 프랑스 형사소송법 제63-4조[241]에서는 유치(구금)된 사람의 변

238) 독일기본법 제2조 제2항: 누구든지 생명권과 신체를 훼손당하지 않을 권리를 갖는다. 신체의 자유는 불가침이다. 이 권리들은 법률에 근거하여서만 침해될 수 있다.

239) BGHSt 42, 15(19-20).

240) BGHSt 38, 372(373), BGHSt 42, 170(173-74).

241) 제63-4조 ① 보호유치가 시작된 때 보호유치된 자는 변호사와의 접견을 요구할 수 있다. 변호사를 선임할 수 없거나 선임된 변호사와 연락이 되지 않을 경우, 보호유치된 자는 변호사회 회장이 직권으로 변호사를 선임하여 줄 것을 요청할 수 있다.
② 이 요청은 적당한 수단으로 지체 없이 변호사회 회장에게 전달되어야 한다.
③ 선임된 변호사는 접견의 비밀이 보장되는 조건 하에서 보호유치된 자와 접견할 수 있다. 그는 사법경찰관이나 사법경찰관의 통제를 받는 사법경찰리로부터 조사대상 범죄사실의 일자와 죄명에 대해서 통보 받는다.
④ 접견 시간은 30분을 초과할 수 없고, 접견 후 변호사는 의견서를 작성하여 제출할 수 있으며, 이는 사건기록에 편철된다.
⑤ 보호유치 기간 중 변호사는 누구에게도 접견 내용을 발설할 수 없다.
⑥ 보호유치가 연장된 때에는, 보호유치된 자는 전항에 정한 조건과 방법에 따라 변호사와

호인접견권 등을 명시하였다.

피의자신문을 할 때에는 변호인이 입회하거나 정식으로 절차를 개시한 후가 아니면 진술청취나 신문 또는 대질신문을 할 수 없으므로(제114조), 피의자가 그 권리를 포기하지 않는 한 변호인이 입회한 경우에만 피의자신문을 할 수 있다고 해석된다.

나. 피의자와 신뢰관계에 있는 자의 동석

1) 우리나라의 입법례

사법경찰관은 피의자를 신문하는 경우에 1) 피의자가 신체적 또는 정신적 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정·전달할 능력이 미약하거나, 2) 피의자의 연령·성별·국적 등의 사정을 고려하여 그 심리적 안정의 도모와 원활한 의사소통을 위하여 필요한 경우에는 직권 또는 피의자·법정대리인의 신청에 따라 피의자와 신뢰관계에 있는 자를 동석하게 할 수 있다(제244조의5). 장애인, 아동, 노인, 여성, 외국인 등 사회적 약자들이 심리적 위축 등으로 방어권을 충분히 행사하지 못하는 것을 고려한 규정이다.

신뢰관계자가 동석을 신청하는 때에는 동석신청서와 신뢰관계 소명자료를 제출하여야 한다. 그러나 긴급한 경우에는 구두로 신청할 수 있으며 소명자료도 조사 이후에 제출할 수 있다. 그러나 이 경우에도 수사기밀

의 접견을 요구할 수 있다.
⑦ 혐의사실이 형법 제450-1조에 정한 폭력조직에의 가입과 형법 제225-7조, 제225-9조, 제312-2조 내지 제312-5조 및 제312-7조에 정한 조직적 매춘 또는 특수강도, 형법 제224-3조, 제225-8조, 제311-9조, 제312-6조 및 제322-8조에 정한 조직범죄인 경우, 제1항에 규정된 변호사와의 접견은 72시간 경과 후에 이루어진다. 사법경찰관은 보호유치 사실을 검사에게 보고한 후 본항이 적용되는 정황에 대하여 검사에게 보고하여야 한다.

누설이나 신문방해 등을 통하여 수사에 부당한 지장을 초래할 우려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 동석을 거부할 수 있고, 동석한 신뢰관계자의 동석을 중지시킬 수 있다.

신뢰관계자는 동석이 허용되더라도 피의자를 대신하여 진술할 수는 없다. 만약 동석한 사람이 피의자를 대신하여 진술한 부분이 피의자신문조서에 기재되어 있다면 그 부분은 피의자의 진술을 기재한 것이 아니라 동석한 사람의 진술을 기재한 조서에 해당한다. 따라서 동석자에 대한 진술조서로서의 증거능력을 획득하기 위한 요건을 충족하지 못하는 한 이를 유죄의 증거로 사용할 수 없다[242].

2) 외국의 입법례 등

영국에서는 특히 정신장애자의 자백에 대한 특칙들을 두고 있다. 즉 기소에 대한 배심재판에서 일반적인 의무에서 벗어나지 않는 범위에서 1) 피고인의 사건이 전적으로 혹은 실질적으로 피고인의 자백에 의존하고 있으며 2) 법정이 피고인이 정신적으로 장애가 있고, 독자적인 사람이 부재한 때에 자백이 이루어졌다는 점을 납득한다면 법원은 그 자백으로 피고인에게 유죄를 선고하기 전에 배심원 설시를 할 때 적정하다고 판단되는 방식으로 배심원들에게 특별히 주의가 필요하다는 점을 알려야 하며, 위 정황을 환기할 필요가 있다는 것을 설명하여야 한다(PACE 제77조제1항). 피고인의 범죄에 대하여 배심재판이 필요하지 않는 경우에 그 재판이 배심재판이 될 때에 제1항의 경고를 할 필요가 있다고 판단되면, 법원은 피고인의 자백으로 유죄판결을 선고하기 전에 이를 특별히 주의해야 할 사건으로 다루어야 한다(동조제2A항). 그리고 형사절차에서는

242) 신동운, 신형사소송법(제4판), 법문사, 2012, 215면; 대법원 2009. 6. 23. 선고 2009도1322 판결.

피고인의 배우자 또는 동성파트너로부터 진술을 확보할 수 없는 경우에도 기소를 통하여 진술을 강요하여서는 안되는데(제80A조) 이 규정에 따라서 피의자의 경우에도 기소를 하겠다고 하여 그 진술을 하게 하여서는 안되는 것으로 본다.

또한 정신장애자가 피의자 또는 피고인이 될 때에는 신뢰관계 있는 성인(appropriate adult)을 동석할 수 있도록 하고 있는데, 이 경우 친척, 보호자, 감독관 등의 보호책임이 있는 사람(18세 이상)이나 정신장애자를 다뤄본 경험이 있는 사람이 동석할 수 있다. 단, 경찰관이나 경찰에 의해 고용된 사람은 그 일을 할 수 없다[243]. 영국에서의 경우는 우리나라에서 규정하고 있는 신뢰관계에 있는 사람이라기 보다는 오히려 전문성을 갖추었거나 정신장애자를 다룰 수 있는 자격이 있는 사람을 의미하는 것[244]으로 보인다.

243) PACE Code C 1.7
244) PACE Code C Note 1C.

제4장 결론

이상에서 살펴본 바와 같이 형사소송법의 최고이념이라고 할 수 있는 실체적 진실발견을 위하여는 수사절차상 그 중에서도 제1차기관인 경찰단계에서의 진술의 임의성과 투명성을 확보하여야 하고, 그 임의성과 투명성이 확보된 진술이 법정에 제출되었을 때 유효한 증거로서의 역할을 할 수 있다.

진술의 임의성 확보방안으로는 먼저 수사기관에 들어가기 전에 현행 자백배제법칙의 적용을 지금보다는 완화하여 해석하여야 한다는 점이다. 한 허위자백에 대한 연구사례[245]에서도 알 수 있듯이 자백배제법칙에서 규정한 사유 중 확연하게 눈에 띄는 고문이나 폭행 같은 물리력 행사 이외에도 무형적인 방법 중 협박이나 기망처럼 쉽게 판단할 수 있는 경우를 제외한 기타 사유에 의한 허위자백이 수사절차나 법원의 심리단계에서 제대로 걸러지지 않고 있는 것이 현실이라고 한다면, 자백배제법칙의 구성요건 중 기타 사유에 해당하는 부분을 가능한 넓게 인정해줄 필요가 있을 것이다.

또한 전제조건으로서 진술거부권이 실질화되어야 한다. 수사과정에서 진술거부권의 고지가 반드시 행하여지도록 법적으로 명문화되어 있음에도 불구하고 여전히 국가인권위원회에 진정되는 다수 사건이 진술거부권을 고지하지 않고 진술을 받았다고 하는 점이다. 법적으로 전제되고 있는 권리는 국민에게 고지하고, 그 고지여부를 확인한 후 진술을 받는 것이 수사기관으로서도 애써받은 진술을 진술거부권을 고지하지 않았다는

245) 이기수, 형사절차상 허위자백의 원인과 대책에 관한 연구, 서울대학교 법학전문박사학위 논문, 2012.

이유로 쓰지 못하게 되는 일을 막을 수 있을 것이고, 이러한 형식이 갖추어지게 되면 헌법상 국민의 권리로 보장되는 진술거부권도 제대로 행사될 수 있을 것이다. 이를 통하여 진술의 임의성을 확보할 수 있음은 물론이다. 마지막으로 수사절차에서 피의자신문을 하는 시간의 조정문제를 들 수 있다. 이는 자백배제법칙과도 밀접한 관련을 맺고 있다. 일단 우리 판례는 그동안 장시간의 조사에 걸쳐 자백을 받아낸 사건에 대하여 다소 엄격한 태도를 취하고 있다. 한편 형사소송법에서 체포·구금할 수 있는 기간을 정하고 있기 때문에 이 기간 내에 실체적 진실을 발견해야 하는 부담감도 여전히 존재한다. 그러다보니 장시간 연속하여 피의자신문을 할 수 밖에 없는 상황이 생기게 된다. 그러나 이렇게 장시간 연속하여 피의자신문을 받다보면 자신이 현재 무슨 이야기를 하고 있는지, 그동안 무슨 진술을 하였는지를 그 신문이 끝나고 조서를 낭독하여 준다고 하더라도 쉽게 이를 정상적으로 수용하기는 힘들 것이다. 따라서 장시간 신문을 되도록 피하되 불가피하게(피의자가 원하는 것도 여기에 포함된다) 그러한 신문을 하여야 할 때에는 중간에 휴식시간을 넉넉히 주는 것도 필요[246]하다. 물론 그 시간은 피의자가 자유롭게 사용할 수 있도록 배려할 필요도 있다.

다음으로 진술의 투명성을 확보하는 방안을 살펴보았다. 먼저 진술의 투명성을 확보하기 위해서는 진술이 행해지고 있는 그 시점을 들여다볼 수 있는 장치를 확보하는 것이 우선되어야 한다. 가장 대표적인 방법이 진술과정을 녹화하는 것이다. 이에 대하여 녹화가 예산이 많이 들기 때문에 녹음을 하는 것도 괜찮다는 견해[247]도 있으나, 할 수 있다면 녹화를 하여 영상과 음성을 같이 기록할 필요가 있다. 얼마전 재심사건을 맡았던 한 변호사는 영상녹화물과 피의자신문조서를 함께 대조할 필요성도

246) 인지학의 관점에서 사람이 한번에 집중할 수 있는 시간은 연령별로 다르다고 한다. 이를 주의집중시간이라고 하는데, 3-4세 아이들은 10분~30분, 중고등학생은 40분, 보통 성인의 경우 50분 정도라고 한다.

247) 이기수, 앞의 논문, 316-37면.

제기한 바 있다. 특히 현재의 영상녹화는 피의자신문과정의 전과정을 녹화하도록 되어 있으나, 규정의 해석은 원래의 개정 또는 제도도입의 취지에 따라서 각 횟수별로 처음부터 끝까지만을 녹화하면 되는 것으로 해석한다. 우리 형사소송법상으로는 처음 수사기관에 들어서면서 나가기까지의 수사과정을 기록하도록 되어 있지만, 이 과정기록은 매우 행정적인 것으로서 피의자가 느끼는 것이나 진술 전단계에서 가졌던 여러가지 상황들은 기록속에 담기지 못한다. 따라서 영상녹화는 수사과정기록과 마찬가지로 가능한 전체를 녹화하는 것이 바람직할 것이다. 필요한 경우에는 수사기관에 CCTV등을 활용할 수도 있겠으나 이 CCTV는 음성은 녹화되지 않으므로 그냥 당시의 상황만을 유추하여 판단할 수 있다는 단점은 있다.

또한 영상녹화를 할 때 녹화의 필요성을 가지고 녹화하는 것은 수사기관쪽인데, 실질적으로 수사과정에서 강압 등 자백을 배제할만한 상황이 있었는지를 입증하는 것은 피의자 또는 변호인이기 때문에 피의자 또는 변호인이 원하는 경우에도 영상녹화를 할 수 있도록 제도적인 정비도 필요하다고 본다.

변호인의 선임 및 접견교통권을 제한하는 사유에 대한 제고도 필요하다. 특히 수사과정에서 변호인을 선임할 수 있다는 점을 적극적으로 홍보할 필요가 있고, 변호사협회와의 공조도 필요하다고 본다. 피의자신문과정에 참여한 변호인을 배제하는 사유는 형사소송법에 구체적으로 규정할 필요가 있다. 법률에서 너무 세세한 부분까지 규정하게 되면 법의 적정성이 떨어진다는 주장도 있으나, 적어도 변호인 선임권은 우리 헌법에서 보장하고 있는 국민의 기본권으로서 그 제한하는 사유는 법률에서 규정하는 것이 타당하다고 본다.

마지막으로 피의자가 사회적 약자일 경우에 대한 배려가 필요하다. 사회적 약자(여성, 청소년, 장애인 등)가 피의자가 되는 경우, 특히 지적장

애인이나 이와 유사한 상황에 있는 사람이 피의자가 되는 경우에는 오히려 자신의 행위를 과장해서 설명하거나 주변 사람들의 말을 너무 쉽게 받아들이는 등의 문제점이 있기 때문에 신뢰관계에 있는 자를 반드시 동석하게 할 필요가 있고, 만일 동석할 사람이 없는 때에는 수사기관에서 전문가를 섭외하여 선임할 필요성도 있다. 그러나 무엇보다도 중요한 것은 이러한 상황에 대하여 수사관이 인지하는 것이 필요하다. 특히 경미한 지적장애가 있는 경우에는 이를 서류를 확인하여 인지하게 되었을 때에는 다소 상황이 늦은 감이 있기 때문에 조금이라도 문제가 있다고 보이는 때에는 전문수사관등을 동석시키는 방법으로 수사를 진행할 필요가 있다고 생각한다.

참고문헌

1. 단행본 및 학위논문

(1) 국내

국회예산정책처, 2008년도 예산안분석(Ⅳ), 2007.10

김현숙, 피의자신문조서와 영상녹화물의 증거능력에 관한 연구, 법학박사학위논문, 서울대학교 대학원, 2008.8

대검찰청, 수사과정의 녹음·녹화제 운영실태 보고 Ⅱ, 2004,

문준영, 한국 검찰제도의 역사적 형성에 관한 연구, 서울대학교 박사학위논문, 2004

박지현, 진술거부권에 관한 연구, 서울대학교 법학박사학위논문, 2007

배종대/이상돈/정승환/이주원, 신형사소송법(제3판), 홍문사, 2011

三井誠, 酒巻匡 저 /신동운 역, 입문 일본형사수속법, 법문사, 2003

서일교, 신 형사소송법(부 참고자료), 1954

신동운, 신형사소송법(제4판), 법문사, 2012

신양균, (신판)형사소송법, 화산미디어, 2009

이기수, 형사절차상 허위자백의 원인과 대책에 관한 연구, 서울대학교 법학전문박사학위논문, 2012

이민석, 경찰의 수사절차상 진술녹화제도 도입에 관한 연구, 원광대학교 행정대학원 석사학위논문, 2005

이범렬, 정동언저리에서, 대웅출판사, 1994

이재상, 형사소송법(제9판), 박영사, 2012

임동규, 형사소송법(제8판), 법문사, 2012

탁희성·백광훈, 수사상 녹음·녹화자료의 증거능력 부여방안, 한국형사정책연구원, 2003

한국형사정책연구원 편, 형사소송법 제정자료집, 1991

(2) 국외

団藤重光, 條解刑事訴訟法(上), 弘文堂, 1950

酒巻匡, ‘逮捕·拘留中の被疑者の取調べ受忍義務’, 刑事訴訟法の争点(新版), 1991

福井 厚, 刑事訴訟法(第3版), 有斐閣, 1997

松尾浩也, 刑事訴訟法(下)(新版), 弘文堂, 1993

Christopher B. Mueller/ Laird C. Kirkpatrick, Evidence Under The Rules(Text, Case, and Problems, 5th ed.), Aspen Publishers, 2004

Fred E. Inbau(Editor), et al. Criminal Interrogation and Confessions(4th ed.), Chapter 13, Jones&Bartlett Publishers, 2001

Harry I. Subin/ Chester L. Mirsky/ Ian S. Weinstein, The Criminal Process(Prosecution and Defense Functions), West Publishing Co., 1993

J. Baldwin, Videotaping Police Interviews with Suspects - An Evaluation, Police Research Series Paper 1, Police Research Group Publications, Home Office, 1992

Susan Easton, The Case for the Right to Silence(2nd ed.), Ashgate, 1998

2. 연속간행물

(1) 국내

김기동, “영국의 수사단계 진술의 증거능력”, 해외연수검사 연구논문집 제21집, 법무연수원, 2006

김봉수, “수사상 영상녹화물의 증거활용에 대한 비판적 검토”, 형사법연구 제20권 제3호, 2008.가을

김정한, “사법경찰관 작성 피의자신문조서와 조사경찰관 증언의 증거능력”, 법학논총 제18집 제2호, 조선대학교 법학연구소, 2011

김종률, “현행 형사소송법상 피의자신문에 관한 연구(하)”, 저스티스 통권 제84호, 한국법학원, 2005.4

박성재, “영상녹화조사의 실무상 쟁점-비교법적 검토-”, 법조 통권 제642호, 법조협회, 2010.3.

백승민, “수사상 진술을 녹화한 영상물의 증거능력”, 성균관법학 제19집 제3호, 성균관대학교 비교법연구소, 2007.12.

송강호, “피의자신문시 변호인 참여제도의 활성화 방안”, 한림법학 Forum 제20호, 2009

신동운, “일제하의 예심제도에 관하여”, 서울대학교 법학 제27권 제1호, 1986. 4

심희기, “일제강점기 조서재판의 실태”, 형사법연구 통권 제25호, 한국형사법학회, 2006.6

안성수, “영상녹화물의 녹화 및 증거사용방법”, 법학연구 제10집 제1호, 인하대학교 법학연구소, 2007.3

오기두, “영상녹화물과 증거사용”, 형사법관 세미나자료, 2008.4.21.

유지영, “형사소송법 제312조의 영상녹화물의 증거능력”, 중앙법학 제10집 제4호, 중앙법학회, 2008.12.

이완규, “개정 형사소송법에서의 수사절차상 진술의 증거능력”, 형사법의 신동향 통권 제8호, 대검찰청, 2007.6

이 윤, “수사절차상 신문과정의 영상녹화 필요성과 영상녹화에 대한 경찰수사관들의 태도”, 한림법학 Forum 제20권, 2009.

정웅석, “영상녹음·녹화에 관한 법적 고찰”, 형사법의 신동향 제7호, 대검찰청, 2007.4

탁희성, “피의자 신문의 녹음·녹화시스템에 관한 법적 고찰”, 형사정책연구소식 84호, 2004

조도현, “수사절차상 변호인 참여에 관한 연구”, 법학논총 제16권 제2호, 조선대학교 법학연구소, 2009

조정래, “수사과정상 피의자진술을 현출하는 방법의 한계와 보완”, 법학논고 제36집, 경북대학교 법학연구원, 2011.6

진상훈, “수사과정 영상녹화의 의무화와 영상녹화물의 증거능력”, 재판자료 제123집: 형사법실무연구, 법원도서관, 2011.12

천진호, “증거방법으로서 영상녹화물 활용방안 연구”, 동아법학 제52호,

동아대학교 출판부, 2011

표창원, “한국과 영국의 경찰수사 절차상 인권보호 장치에 대한 비교연구”, 한국경찰연구 제6권 제3호, 한국경찰발전연구학회, 2007

홍종호, “독일 변호인의 신문참여의 내용과 한계”, 해외연수검사연구논문집, 2007

(2) 국외

梶田英雄, “取調経過一覧表による立証の失敗と教訓”, [季刊]刑事弁護 제14호, 日本評論社, 1998

大出良知, 川崎英明, 神山啓史, 岡崎啓, “取調べ可視化の手段”, [季刊]刑事弁護, 日本評論社, 1993

“刑事訴訟法等の一部を改正する法律について(2), 法曹時報 제57권 제8호, 法曹會, 2005

指宿 信, “被疑者ノートの理論的検討”(特集 取調べの可視化に向けたあらたな弁護実践と理論), 自由と正義제58권 제10호(通号 제705호), 2007.10, 일본변호사연합회

秋田真志, 小林功武, “実践の中で取調べの可視化を—被疑者ノートの試み”, [季刊]刑事弁護 39호, 2004

森 直被也, “被疑者ノートを利用した弁護実践”, 自由と正義 제58권 제10호(通号 제705호) , 2007.10

岡 慎一, “弁護の課題”, ジュリスト No.1370, 2009年１月１-15日合併号, 有斐閣, 2009.1

佐藤 隆之, “被疑者取調べの適正化”, ジュリスト No.1370, 2009年１月

１-15日合併号, 有斐閣, 2009.1

“海外法律情報 -刑事訴訟法改正の動き”, ジュリスト No.1431, 有斐閣, 2011.10.15

A.R.Amar and R.B.Lettow, "Fifth Amendment First Principles: The Self-Incrimination Clause", Michigan Law Rev, Vol.93, No.5, 1995.3

Brian Parsi Boetig, David M. Vinson and Brad R. Weidel, “Revealing Incommunicado”, FBI Law Enforcement Bulletin Vol.75, No.12, 2006.12

C. McGowan, “Rule-making and the Police”, Michigan Law Review Vol.70 No.4, 1972.

Daniel Donovan/John Rhodes, "The case for recording interrogations", Champion, 12/26

D. Rubenstein, “AEDPA's Ratchet: Invoking the Miranda Right to Counsel after the Antiterrorism and Effective Death Penalty Act”, Washington Law Review Vol.86, University of Washington, 2011.11

Edward W. Berg, “Videotaping Confessions: It’s Time”, *Military Law Review* Vol.207, 2011

Fiona Leverick, “The Right to Legal Assistance During Detention”, The Edinburgh Law Review Vol.15 No.3, Edinburgh University Press, 2011

G.D. Lassiter·Matthew J. Lindberg, “Video Recording Custodial Interrogations- Implications of Psychological Science for

Policy and Practice", *The Journal of Psychiatry & Law* Vol.38, 2010(Spring-Summer)

Gutierrez, Philip S., "You have the right to plead guilty-How we can stop police interrogators from inducing false confessions", S. Cal. Rev. L.&Soc. Just. No. 20, 2011

Ingrid Kane, "No more secrets : Proposed Minnesota state due process requirement that law enforcement officers electronically record custodial interrogation and confession", Minnesota Law Review, 1993/April

James E. Hogan, Joseph M. Snee, "The McNabb-Mallory Rule: Its Rise, Rationale and Rescue", The Georgetown Law Journal Vol.47 No.1, 1958.

J.I. Hammack, "Turning Miranda Right Side Up: Post-Waiver Invocations And The Need To Update The Miranda Warnings", Notre Dame L.Rev. Vol.87, 2011

Keene, Jerald P., "The Ill-Advised State Court Revival of The McNabb-Mallory Rule", the Journal of Criminal Law&Criminology, Vol.72, No.1, 1981

Lassiter, G. Daniel, Lindberg, Matthew J., "Video recording custodial interrogations: Implications of psychological science for policy and practice", J.Psychiatry&L. No.38, 2010

Mark Denbeaux 외, "Captured on Tape- Interrogation and Videotaping of Detainees at Guantanamo", *Seton Hall Law Review* Vol.41, 2011

Mill-Senn, Pamela, “What’s New with Interview?”, Law Enforcement Technology, July 2006

M.McConville, "Videotaping Interrogations: Police Behaviour On and Off Camera", Crim LR 532, 1992

Steven A. Drizin & Richard A. Leo, “The Problems of False Confessions in the Post DNA World, N.C.L.Rev. No.82, 2004

Thomas Stutsman, “The Use of Demonstration Projects to Advance Criminal Procedure Reform in China”, *Columbia Journal of Asian Law* Vol.24, No.2, 2011

Wayne T. Westling, “Something is Rotten in the Interrogation Room: Let's Try Video Oversight”, 34 J.Marshall L.Rev., 2001.12

책임연구보고서 2012-17

진술의 임의성과 수사과정의 투명성 확보방안에 관한 연구

2012년 12월 31일 발행

발행인 : 조 요 셉

발행처 : **치안정책연구소**
경기도 용인시 기흥구 언남로 74

홈페이지 : www.psi.go.kr

이 책의 무단 복제를 금합니다.

이 책자에 게재된 내용은 연구자 개인의 의견이며
치안정책연구소 공식견해가 아님을 밝혀둡니다.

POLICE SCIENCE INSTITUTE