

포렌식 미란다 원칙과 절차적 정의*

김면기**·유승진***

국 | 문 | 요 | 약

최근 들어 절차적 정의라는 개념이 많은 관심을 받고 있다. 절차적 정의는 법집행의 적법성을 넘어 정당성을 추구함으로써 시민들의 협력과 지지를 이끌어내고 자발적인 법 준수를 유도하고자 한다. 보다 구체적으로 절차적 정의는 법집행 과정에서 시민들의 참여를 강화하고, 의사결정의 중립성을 담보하고, 품위와 존중을 갖춘 법집행을 강조하고, 법집행 동기를 명확히 하는 것을 포함하고 있다. 절차적 정의에 대한 다양한 실증적 연구는 절차적 정의가 법집행 대상자들의 절차적 만족감을 높인다는 사실을 입증하고 있다. 우리나라에서도 절차적 정의를 실무에 적용시키려는 노력이 나타나고 있다.

그러나 절차적 정의에 대한 논의는 대부분 경찰의 응주운전 단속 또는 불심검문 등 제복입은 경찰관의 초기 법집행 단계에 국한되고 있다. 이처럼 절차적 정의에 대한 논의의 폭이 다소 제한적인 바, 본 논문은 포렌식 분야에서도 보다 활발한 논의가 이루어질 필요가 있음을 주장한다. 현대 사회의 경찰활동에서 광범위한 포렌식 기법이 활용되고 있고, 그 중요성은 점차 높아지고 있다. 그러나 일반인인 법집행 대상자들은 포렌식 기법의 작동원리와 한계에 대하여 상세히 이해하기 어렵다. 게다가 포렌식과 관련된 대부분의 인적, 물적 장비들을 국가가 독점하고 있으며, 법집행 대상자들은 최소한의 접근도 어려운 것이 현실이다. 절차적 정의의 강화를 통해 포렌식 분야에서 이러한 불균형을 해소할 필요가 있다.

본 논문은 미국 연방대법원의 미란다 판결을 참고하여 포렌식 분야에서 절차적 정의를 높이는 방안을 검토한다. 미란다 판결은 수사기관으로 하여금 피의자에게 헌법상 보장된 권리를 설명·고지하도록 의무화한 판결이다. 1960년대 당시 상당수의 피의자들이 형사절차에서 보장받는 헌법상 권리에 대한 이해가 부족했기 때문이다. 유사한 맥락에서 수사기관은 피의자에게 형사절차에서 사용되는 포렌식 증거에 대해 보다 상세한 설명을 제공할 필요가 있다. 대부분의 일반인들은 포렌식 증거에 대한 이해에 어려움을 겪고 있기 때문에, 포렌식 분야에서 미란다 판결의 취지는 더욱 필요하다. ‘포렌식 미란다(*forensic Miranda*) 원칙’을 통해 포렌식 분야에서 절차적 정의를 더욱 강화할 필요가 있다.

DOI : <https://doi.org/10.36889/KCR.2019.12.31.4.303>

❖ 주제어 : 포렌식, 미란다 원칙, 절차적 정의

* 본 논문은 2019년 10월 25일에 개최된 제9회 경찰대학 국제학술세미나(민주사회와 절차적 정의)에서의 발제문을 수정·보완한 것임을 밝힙니다.

** 공동저자1, 경찰대학 법학과 조교수

*** 공동저자2, 경찰대학 법학과 조교수

I. 서론

최근 들어 ‘절차적 정의(procedural justice)’라는 개념에 대한 관심이 높아지고 있다. 기존의 법집행이 주로 적법절차(due process) 준수에만 초점을 맞추어 왔다면, 절차적 정의는 법집행의 정당성(legitimacy) 확보도 중요하다고 강조하고 있다.¹⁾ 예를 들면, 음주운전 단속 과정에서 경찰관은 절차적 정의를 강화하기 위해 기존과는 다른 방식의 법집행을 행한다. 시민들에게 음주단속이 행해지는 구체적인 절차와 방식을 설명하고,²⁾ 음주운전 단속의 필요성을 고지하고,³⁾ 법집행에 대한 시민들의 적극적인 참여를 유도하고,⁴⁾ 법집행 전 과정에서 시민들에게 품위와 존중을 보여주는 것이다. 이를 통해 법집행 전반에 대한 시민들의 협력을 이끌어내고, 자발적인 법 준수를 유도하는 것을 기대하고 있다. 외국뿐만 아니라 우리나라에서도 절차적 정의에 대한 논의는 활발하게 이루어지고 있고, 실무에서의 적용도 점차 확산되고 있다.

이와 같은 절차적 정의의 개념은 법집행 패러다임의 전환을 가져오는 중요한 의미를 갖지만, 아직까지 적용되는 범위는 다소 제한적이다. 법집행에서 절차적 정의는 주로 경찰의 음주운전 단속 또는 불심검문과 같은 상황에 국한되고 있는데, 이는 대부분 제복 입은 경찰관이 시민들을 접촉하는 초기 단계에서의 법집행 과정이다. 현대사회의 경찰활동은 점차 복잡·다변화 되어가고 있고, 법집행 전 과정에서의 정당성 확보 또한 무시할 수 없는 중요한 과제이다. 그럼에도 불구하고 절차적 정의에

1) 익명의 심사위원이 지정한 바와 같이 우리나라의 적법절차 원칙은 절차의 적법성뿐만 아니라 절차의 적정성까지 포함하는 개념이다(90헌바35). 따라서 큰 틀에서 이해하면 적법절차 원칙에 법집행의 정당성을 강조하는 절차적 정의의 개념이 포함되는 것으로 볼 수도 있다. 그러나 절차적 정의에서 강조하는 것은 단순히 법집행의 정당성 그 자체라기보다는, 이를 통해 법집행의 만족도를 높이고, 법집행에 대한 시민들의 협력을 이끌어내는 것이다. 이러한 시각에서 보면 절차적 정의는 단지 적법절차에 포함되는 개념이라기보다는 법집행에 있어 적법절차를 강화 내지 실현시킬 수 있는 촉매제가 될 수 있을 것이다.

2) 예를 들어, 무작위(random)로 행해지는 음주운전 단속의 경우, 경찰이 임의적으로 특정 운전자의 음주운전 단속하는 것이 아니라는 사실을 설명한다.

3) 예를 들어, 인근 지역에서 음주운전으로 인한 사망 등의 통계를 제시하며 음주운전 단속의 필요성을 설명한다.

4) 예를 들어, 범죄 예방 또는 범죄 신고와 관련된 정보를 제공한다.

대한 논의가 제한적인 경찰 법집행 영역에만 머무르고 있는 것은 다소 아쉬운 측면이 있다.

본 논문은 절차적 정의가 보다 다양한 범위에서—특히 포렌식(forensic) 분야에서—보다 깊이 있게 논의될 필요가 있음을 주장한다. 현대사회 경찰활동의 가장 큰 변화라면 법집행에서 과학기술을 활용하는 포렌식 분야가 매우 활성화되었다는 점이다. 우리에게 친숙한 지문, DNA 뿐만 아니라, 디지털 포렌식, 프로파일링, 진술 조사 기법 등 광범위한 분야에서 자연과학(hard science)과 사회과학(soft science)이 활용되고 있다. 그러나 이와 같은 과학기술과 포렌식 증거의 사용은 대부분 형사 절차에서 효과적·효율적인 범죄혐의 입증에만 초점을 맞추고 있다. 그리고 포렌식과 관련된 인적·물적 자원들은 법집행기관, 검찰, 법원이 독점하고 있고, 법집행 대상자는 별다른 배려를 받지 못하고 있다. 포렌식 분야에서 법집행 대상자(피의자 또는 피고인)는 철저히 객체일 뿐이다. 이러한 불균형을 고려하면, 앞서 살펴본 절차적 정의의 개념이 포렌식 분야에서도 보다 확산될 필요가 있다.

포렌식 분야의 가장 큰 특징이라면, 일반 대중들은 그 작동원리와 한계 등에 대하여 이해하기 어렵다는 점이다. 따라서 무엇보다도 법집행 대상자들에게 포렌식 증거에 대한 구체적이고 상세한 설명이 제공될 필요가 있다. 이를 통해 일반인들도 포렌식 증거가 형사절차에서 어떠한 증거능력·증명력을 갖게 될 것인지 이해할 수 있게 될 것이다. 이러한 설명은 법집행 대상자의 절차적 만족감도 높여줌으로써 법집행에 대한 협조와 자발적인 법 준수로 이어질 수 있을 것이다. 본 논문은 포렌식 분야에서 절차적 정의를 강화하기 위한 구체적인 방안으로, 그 유명한 미국 연방대법원의 미란다(Miranda) 판결을 살펴본다. 수사기관으로 하여금 피의자가 가진 헌법상의 권리에 대한 설명과 고지를 의무화한 미란다 판결은 포렌식 증거의 사용에 있어 절차적 정의를 높이는 데 있어 참고할만한 하다.

본 논문의 구성은 다음과 같다. II장에서는 경찰활동과 절차적 정의에 대한 최근의 흐름을 살펴보고, 그 의의와 한계에 대해서 논의한다. III장에서는 포렌식 분야에서 절차적 정의에 대한 논의가 강화될 필요가 있음을 논증하고, 최근의 사례를 통해 그 필요성을 설명한다. IV장에서는 포렌식 분야에서 절차적 정의를 강화하기 위한 구체적 방안으로 ‘포렌식 미란다(forensic Miranda) 원칙’을 제안한다.

II. 절차적 정의와 경찰활동

1. 절차적 정의의 개관

최근 들어 절차적 정의 개념이 세계 각국에서 많은 관심을 받고 있다. 미국 예일 대학교 로스쿨의 탐 타일러 교수가 2000년대 초반 처음으로 절차적 정의의 중요성을 주장한 이후,⁵⁾ 이에 대한 연구뿐만 아니라 실무에의 적용도 활발해지고 있다. 절차적 정의는 우리에게 친숙한 적법절차와는 개념이 조금 다른데, 적법절차에서 강조하는 법집행의 적법성(legality)을 넘어, 정당성(legitimacy)을 확보하는 것을 목표로 한다.⁶⁾ 이를 통해 절차적 정의는 법집행에 대한 시민의 전폭적인 협력과 지지를 이끌어내고, 자발적인 법 준수를 유도하는 것을 궁극적인 목표로 하고 있다. 이러한 절차적 정의의 개념은 경찰활동에 대한 대중의 새로운 기대를 반영하는 것이기도 하다. 오늘날 대중은 범죄와 무질서에 대응하는 경찰활동의 효율성뿐만 아니라, 경찰의 지역 치안 활동에 대한 전반적인 질(quality)도 중요시하기 때문이다.

보다 구체적으로 살펴보면, 절차적 정의는 대략 4가지 요소로 구성되어 있는 것으로 파악되고 있다. 첫 번째 요소인 ‘시민 참여’는 경찰관이 법집행 과정에서 시민들에게 의견을 개진할 기회(voice of right)를 부여하고, 시민들의 발언을 충분히 청취하도록 하는 것을 강조한다. 시민들은 법집행 과정에서 자신의 입장과 견해를 표명할 수 있기 때문에, 경찰의 법집행이 한층 합리적이고 투명한 것으로 인식될 수 있다. 두 번째 요소는 ‘의사결정의 중립성’으로, 경찰관이 편향 없는 평등한 시각에서 법과 사실에 의거한 법집행을 하는 것이다. 경찰의 법집행은 인종, 성별, 나이 또는 사회적 계급과는 무관하게 이루어져야 하며, 법집행 과정 또한 투명하게 공개되어야 한다. 세 번째 요소는 ‘품위와 존중을 갖춘 법집행’으로, 경찰관은 늘 공손하고 품위 있는 태도로 시민을 대하여야 한다. 법집행 종료 시에는 시민들에게 감사의

5) Tyler, T. R., & Huo, Y. (2002). *Trust in the law: Encouraging public cooperation with the police and courts*. Russell Sage Foundation.

6) Tyler, T. R. (2003). Procedural justice, legitimacy, and the effective rule of law. *Crime and justice*, 30, 283-357.; Meares, T. L. (2012). The good cop: knowing the difference between lawful or effective policing and rightful policing-and why it matters. *Wm. & Mary L. Rev.*, 54, 1865.

표시를 함으로써, 법집행에 대한 순응과 자발적인 협조를 도모할 수 있다. 마지막 요소는 법집행의 ‘동기의 자비(benevolence) 또는 신뢰성’이다. 이는 법집행 과정에서 명확한 지시를 하고, 시민들의 질문에 정확히 응답하고, 필요한 조력을 적시에 제공하는 것이 요구된다. 이러한 행동은 경찰관이 법집행 대상자를 포함한 시민들의 생명과 안전에 대해 염려하고 있고, 법집행의 동기도 이에 기반하고 있음을 이해시킨다. 지금까지 살펴본 네 가지 요소들이 충족될 때, 법집행에 대한 시민의 협력과 지지가 높아지고, 자발적인 법 준수가 향상된다는 것이 절차적 정의의 핵심적인 개념이다.

이러한 절차적 정의가 법집행에 미치는 효과에 대한 경험적 연구들도 다수 진행되었다. 2009년 로레인 메저롤(Lorraine Mazerolle) 교수 등이 기존의 연구들에 대한 문헌 고찰을 실시하였는데, 법집행에서의 절차적 정의가 여러 긍정적인 효과들을 가져오는 것을 확인한 바 있다.⁷⁾ 절차적 정의가 강화됨으로써, 경찰활동에 대한 시민들의 만족과 신뢰가 높아지고, 시민들은 자발적으로 법을 준수하려는 경향이 높아진 것이다. 그리고 이와 같은 직접적인 순기능이 발견될 뿐만 아니라, 간접적으로도 범죄 및 사회의 무질서가 감소하고, 재범률도 하락하는 사실이 확인되었다. 이러한 연구 결과는 2015년 크리스토퍼 도너(Christopher Donner) 교수 등이 행한 연구에 의해서도 다시 확인되었다.⁸⁾

절차적 정의와 경찰활동의 효과성을 보다 직접적으로 검증하기 위해 흥미로운 실험 연구들도 수행되었다. 2010년경 호주의 브리즈번 지역에서는 음주단속 과정에서 절차적 정의 요소를 강화시킨 새로운 업무처리를 절차를 테스트한 바 있다.⁹⁾ 총 2,700명을 대상으로 한 음주운전 단속 과정에서, 시민들은 절차적 정의 원리를 강화시킨 경찰관의 설명을 듣고, 법집행과정에 참여하거나 의견을 제시할 수 있는 기회

7) Bennett, S., Denning, R., Mazerolle, L., & Stocks, B. (2009). Procedural Justice: A systematic literature search and technical report to the National Policing Improvement Agency.

8) Donner, C., Maskaly, J., Fridell, L., & Jennings, W. G. (2015). Policing and procedural justice: A state-of-the-art review. *Policing: an international journal of police strategies & management*, 38(1), 153-172.

9) Murphy, K., Mazerolle, L., & Bennett, S. (2014). Promoting trust in police: Findings from a randomised experimental field trial of procedural justice policing. *Policing and society*, 24(4), 405-424.

를 제공받았다. 그리고 법집행 과정에서 시민들은 품위와 존중을 느낄 수 있도록 배려를 받았다. 실험 결과는 매우 흥미로웠다. 시민들의 만족감, 공정성, 존중, 신뢰감이 매우 향상되었으며, 자발적인 법 준수에 대한 의지도 크게 높아졌다. 모든 지표에서 경찰에 대한 시민들의 인식이 긍정적으로 변화한 것이다. 이 외에도 많은 나라에서 절차적 정의를 현장 법집행 과정에 적용시킨 연구들을 실시하였고, 긍정적인 효과가 확인되었다.¹⁰⁾

최근 들어 우리나라에서도 절차적 정의에 대한 논의가 활발해지고 있다.¹¹⁾ 많은 학자들이 외국에서 진행된 관련 연구를 소개하고 있고, 우리나라에도 도입하려는 노력이 나타나고 있다. 경찰청에서도 법집행 과정에서의 절차적 정의를 강화하기 위한 세부적인 정책들 추진해 나가고 있다. 법집행이 시민들의 공감대와 지지를 얻을 수 있도록, 경찰 활동과 관련된 절차들을 보다 섬세하게 정비하려는 노력이 나타나고 있는 셈이다.

2. 논의의 의의와 한계

이와 같이 절차적 정의에 대한 활발한 연구와 실무가들의 관심은 과거와 비교하

10) Jackson, J., Bradford, B., Hough, M., Myhill, A., Quinton, P., & Tyler, T. R. (2012). Why do people comply with the law? Legitimacy and the influence of legal institutions. *British journal of criminology*, 52(6), 1051-1071 (영국에서의 연구 사례); Hinds, L., & Murphy, K. (2007). Public satisfaction with police: Using procedural justice to improve police legitimacy. *Australian and New Zealand Journal of Criminology*, 40(1), 27-42 (호주의 연구사례); Jonathan-Zamir, T., & Harpaz, A. (2014). Police understanding of the foundations of their legitimacy in the eyes of the public: The case of commanding officers in the Israel National Police. *British Journal of Criminology*, 54(3), 469-489 (이스라엘의 연구사례); Sun, I. Y., Wu, Y., Hu, R., & Farmer, A. K. (2017). Procedural Justice, Legitimacy, and Public Cooperation with Police: Does Western Wisdom Hold in China?. *Journal of research in crime and delinquency*, 54(4), 454-478 (중국의 연구사례).

11) 절차적 정의에 관한 우리나라의 선행연구로는 박재풍. (2012). 시민의 신뢰를 높이기 위한 경찰활동에 관한 연구-절차적 정의 모델을 중심으로. *한국경찰학회보*, 37, 97-120; 라광현. (2018). 범죄의 사결과 법집행 전략: 절차적 정의 이론의 법집행 상의 함의를 중심으로. *형사정책연구*, 29(2), 1-23 등이 있다. 절차적 정의에 대한 최근의 언론 보도로는 2018. 9. 27. 중앙일보, '경찰작용법' 개혁 시동...절차적 정의·인권 강화, <https://news.joins.com/article/23002156> (2019. 11. 30. 최종검색)

면 상당히 고무적이다. 사실 오랫동안, 그리고 최근까지도 법집행 과정에서의 ‘적법 절차 준수’가 경찰활동의 핵심적인 가치였다. 이는 경찰의 부적절한 법집행이 만연했던 20세기 중후반에는 매우 중요한 가치였다.¹²⁾ 그러나 21세기 이후 법집행 과정의 부정적인 요소들이 한층 개선되고, 경찰활동에 대한 시민들의 기대가 높아지면서, 적법절차 준수는 경찰에게 당연히 요구되는 ‘최소한’의 것에 불과해졌다.¹³⁾ 때문에 보다 폭넓은 시각에서 절차적 정의에 대한 논의가 활발해지는 것은 매우 바람직하다. 변화된 사회는 보다 수준 높은 법집행을 경찰에게 요구하고 있는 셈이다.

그러나 지금까지 살펴본 절차적 정의와 관련된 연구, 실무에의 적용에는 다소 아쉬운 부분이 있다. 절차적 정의에 대한 논의들은 대부분 전통적인(원시적인) 경찰활동에 초점이 맞춰져 있다는 점이다. 앞서 살펴본 교통단속 과정에서 절차적 정의에 대한 연구들, 그리고 불심검문 과정에서 절차적 정의에 대한 연구들이 대표적이다. 즉, 절차적 정의가 논의되는 주된 영역은 ‘제복을 입은 경찰관의 초기 법집행 단계’에서의 ‘시민들과의 접촉’이라고 볼 수 있다. 그러나 현대사회의 경찰활동은 점차 복잡, 다변화 되어가고 있을 뿐만 아니라, 법집행은 단지 제복을 입은 순찰 경찰관 뿐만 아니라 다양한 역할을 가진 다양한 부서의 경찰관에 의해 행해지고 있다. 또한 경찰활동에 있어서는 법집행의 초기 단계도 중요하지만, 그 이후 및 공권력 행사의 종결 과정 등도 중요하다.¹⁴⁾ 절차적 정의에 대한 논의가 시작된 지 벌써 20여년이 지났고, 수많은 연구들이 행해졌음에도 불구하고, 절차적 정의에 대한 논의의 폭이 그리 넓지 않다는 점은 다소 의외이다.

물론 현재의 주된 논의들도 앞서 살펴본 바와 같이 중요한 의미를 갖고 있다. 그리고 논의의 범위가 현재와 같이 제한되고 있는 데에는 나름의 이유가 있는 듯하다. 연구자들은 절차적 정의 개념의 적용이 주로 교통단속 또는 불심검문과 같이 ‘법집

12) 대표적인 연구로는 안경환. (1987). [법조칼럼] 魔法의 箱子 適法節次條項 (Due Process Clause). 사법행정, 28(9), 95-98; 권영성. (1990). 미국헌법상 적법절차의 법리와 그 전개. 미국헌법연구, 1.

13) 유사한 취지의 연구로는 김면기. (2018). 형사소송에서 적법절차의 명암 (明暗)과 시사점. 형사정책 연구, 29(1), 247-279.

14) 예를 들어 최근 헌법재판소가 통신비밀보호법의 통신사실확인자료 통지조항이 기본권 침해를 최소화하지 못하고 있기 때문에 헌법불합치 결정을 선고한 것이 좋은 예이다. 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고 2012헌마191, 550(병합), 2014헌마357(병합) 전원재판부 결정 [통신비밀보호법 제2조 제11호 바목 등 위헌확인, 통신비밀보호법 제2조 제11호 등 위헌확인]

행 절차가 예측 가능한 환경’에서 효과적인 것으로 파악하고 있기 때문이다. 반면, 가정폭력 또는 풍속업소 단속과 같이 법집행이 진행되는 상황을 예측하기 어려운 경우에는 절차적 정의 적용이 다소 까다로운 것으로 인식되고 있다. 아마도 이러한 이유들로 인해 절차적 정의에 대한 논의의 폭이 다소 협소한 듯하다.

그러나 ‘법집행 절차가 예측 가능한 환경’이 반드시 ‘제복을 입은 경찰관의 초기 법집행’에만 국한되는 것은 아니다. 법집행의 중간 또는 마지막 단계에서도 분명 반복되고 예측 가능한 상황이 있을 수 있다. 그리고 앞서 살펴본 절차적 정의의 개념, 절차적 정의를 이루는 네 가지 요소들은, 분명히 경찰 법집행 전반에도 적용될 수 있는 성질의 것이다. 또한 현대의 복잡한 경찰활동은 매우 다양한 사람들이 관여하고, 고도로 발달한 과학기술 등이 광범위하게 활용되고 있다. 이러한 점들을 고려하면, 이제는 보다 다양한 맥락 속에서 절차적 정의 개념을 논의하는 것이 바람직하다. 즉, 절차적 정의의 적용이 어렵지 않으면서도, 절차적 정의 강화가 요구되는 영역을 살펴볼 필요가 있다.

Ⅲ. 포렌식과 절차적 정의

1. 포렌식과 절차적 정의

본 장에서는 경찰활동에서 절차적 정의가 보다 활발하게 논해질 필요가 있는 영역에 대해 논해보고자 한다. 과거와 현대의 경찰활동을 구분 짓는 가장 큰 변화라면 법집행 과정에서 과학기술을 적극적으로 적용하는—소위 ‘포렌식’으로 불린다—것이라고 할 수 있다. 과거의 경찰활동이 대부분이 경찰관의 ‘직관 또는 경험’에 기반한 것이었다면, 이제는 법집행의 전 단계에서 발달된 과학기술을 활용한 장비, 기법 등이 활발히 사용되고 있다. 이처럼 경찰활동에서 포렌식의 중요성이 높아지고 있지만, 그에 걸맞게 공정하고 객관적인 포렌식 활용 절차를 마련하려는 노력도 수반되었는 지는 의문이다. 이하에서는 포렌식 분야에 대해 간략히 살펴 본 후, 절차적 정의가 강화될 필요성과 가능성에 대하여 살펴보고자 한다.

앞서 언급한 바와 같이 과학의 발달과 함께 형사절차에서 다양한 포렌식 기법이 점차 광범위하게 활용되고 있다. 특히 수사 과정을 중점적으로 살펴보면, 20세기 초 중반까지만 해도 주로 활용되는 포렌식 증거는 지문, 혈액 감정 등에 불과하였다. 그러나 이제는 DNA, 디지털 포렌식, 인공지능 기술 등 다양한 첨단 과학기술이 수사과정에서 폭넓게 활용되고 있다. 뿐만 아니라 심리학 등 사회과학의 발달로 인해 프로파일링, 체계적인 진술조사 기법 등도 널리 사용되고 있다.¹⁵⁾ 이와 같은 포렌식 기법들은 수사기관이 범인을 조기에 검거하고 성공적으로 혐의를 입증하는 데 상당한 기여를 하고 있다. 오늘날 포렌식 기법은 국가가 형사절차에서 활용하는 가장 강력한 무기들 중 하나이다.

이러한 포렌식 기법에 대해서는 형사사법 종사자들뿐만 아니라 일반 대중들도 많은 관심을 보이고 있다. 화려한 포렌식 기술이 활용되는 범죄 수사물은 영화 또는 드라마로 제작되는 단골 소재이다. 대중들은 수사과정에서 활용되는 포렌식 기법에 많은 호기심을 보이고, 이를 통해 범인을 검거하는 스토리에 큰 흥미를 보인다. 그리고 첨단 포렌식 기법을 자유자재로 활용하는 수사기관의 역량에 높은 신뢰를 보낸다. 대부분의 사람들에게 포렌식 기법은 수사기관이 피의자를 검거하거나 범죄 혐의를 입증하데 활용하는 ‘신기하고, 효과적이고, 믿을만한’ 수단으로 인식되고 있다.

그러나 포렌식 기법의 효율적인 활용과 효과성에 대한 인식 못지않게, 형사절차에 참여하는 구성원들이 포렌식 증거의 작동원리와 한계 등에 대해서도 정확히 이해하는 것이 중요하다. 개별 사건에서 포렌식 증거의 증거능력 또는 증명력에 대한 적절한 평가를 위해서는 기반이 되는 과학기술에 대한 충분한 이해가 필요하기 때문이다. 형사절차의 구성원들에 대하여 각각 살펴보면, 경찰 검찰 등 수사기관은 국립과학수사연구소 등 법과학 기관의 충분한 조력을 받고 있다. 그리고 수사 기소 과

15) 우리나라에서는 포렌식이라는 용어 사용이 다소 일관되지 못한 측면이 있다. 일부에서는 포렌식을 디지털 포렌식과 동일어로 이해하기도 한다. 그러나 포렌식이란 경찰이 범죄 해결을 위해 과학을 활용하는 모든 것을 지칭한다. 세계적으로 가장 권위있는 영어사전인 옥스포드 사전에서도 ‘forensic’이라는 용어를 ‘connected with the scientific tests used by the police when trying to solve a crime’로 정의하고 있다. <https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/forensic?q=forensic>. 때문에 포렌식의 범위는 DNA, 지문 등 일반적인 의미의 과학수사, 디지털 포렌식 뿐만 아니라, 본문에서 언급하고 있는 바와 같이 사회과학의 산물인 프로파일링 또는 진술조사 기법도 해당된다고 볼 수 있다. 실제 영미권 국가에서는 ‘forensic profiling’ 또는 ‘forensic interviewing’의 용어도 광범위하게 사용된다.

정에서 검사는 부족한 과학기술에 대한 이해를 돕기 위해 전문수사자문위원을 활용하고,¹⁶⁾ 판사는 공판과정에서 전문심리위원의 도움을 받고 있다.¹⁷⁾ 결국 국가는 수사, 기소, 재판단계에 이르기까지 포렌식 증거를 수집·분석·활용할 수 있는 충분한 자원을 보유하고 있는 셈이다. 반면, 피의자는 개별사건에서 포렌식 증거의 기반이 되는 과학기술을 이해하기 쉽지 않고, 이에 대한 별도의 조력이 제공되는 것도 아니다. 그럼에도 불구하고 이와 같은 불균형을 해결하려는 노력은 별로 찾아보기 어렵다.

앞서 살펴본 절차적 정의의 의미, 요소, 그리고 적용상의 한계 등을 고려하면, 포렌식 분야에서 절차적 정의의 적용을 검토해 볼만 하다. 우선, 포렌식 분야에서는 절차적 정의의 핵심적인 요소들이 충족되어야 할 필요성이 높다. 어려운 과학기술에 대한 알기 쉬운 설명을 통해 법집행 대상자들의 이해를 높이는 것은 절차에 대한 만족도와 직결될 수 있다. 이러한 과정을 통해 부차적으로 법집행 의사결정의 객관성·중립성을 향상시키고, 법집행의 품위도 높아지길 기대할 수도 있다. 이는 자연스레 법집행에 대한 시민들의 높은 협조와 지지로 반영되고, 법률을 준수하려는 노력으로 이어질 수도 있을 것이다.

포렌식 분야는 절차적 정의의 개념이 현실적으로 적용되기 용이한 ‘법집행 절

16) 형사소송법 제245조의2(전문수사자문위원의 참여)

- ① 검사는 공소제기 여부와 관련된 사실관계를 분명하게 하기 위하여 필요한 경우에는 직권이나 피의자 또는 변호인의 신청에 의하여 전문수사자문위원을 지정하여 수사절차에 참여하게 하고 자문을 들을 수 있다.
- ② 전문수사자문위원은 전문적인 지식에 의한 설명 또는 의견을 기재한 서면을 제출하거나 전문적인 지식에 의하여 설명이나 의견을 진술할 수 있다.
- ③ 검사는 제2항에 따라 전문수사자문위원이 제출한 서면이나 전문수사자문위원의 설명 또는 의견의 진술에 관하여 피의자 또는 변호인에게 구술 또는 서면에 의한 의견진술의 기회를 주어야 한다.

17) 형사소송법 제279조의2(전문심리위원의 참여)

- ① 법원은 소송관계를 분명하게 하거나 소송절차를 원활하게 진행하기 위하여 필요한 경우에는 직권으로 또는 검사, 피고인 또는 변호인의 신청에 의하여 결정으로 전문심리위원을 지정하여 공판준비 및 공판기일 등 소송절차에 참여하게 할 수 있다.
- ② 전문심리위원은 전문적인 지식에 의한 설명 또는 의견을 기재한 서면을 제출하거나 기일에 전문적인 지식에 의하여 설명이나 의견을 진술할 수 있다. 다만, 재판의 합의에는 참여할 수 없다.
- ③ 전문심리위원은 기일에 재판장의 허가를 받아 피고인 또는 변호인, 증인 또는 감정인 등 소송관계인에게 소송관계를 분명하게 하기 위하여 필요한 사항에 관하여 직접 질문할 수 있다.
- ④ 법원은 제2항에 따라 전문심리위원이 제출한 서면이나 전문심리위원의 설명 또는 의견의 진술에 관하여 검사, 피고인 또는 변호인에게 구술 또는 서면에 의한 의견진술의 기회를 주어야 한다.

차가 예측 가능한 환경’과도 어울린다. 포렌식 분야는 법집행 과정의 ‘일정한 단계’에서 수사기관이 보유하고 있는 기법을 ‘매뉴얼에 맞게 활용’하는 특성을 보이기 때문이다.¹⁸⁾ 즉, 포렌식 기법은 가정폭력과 같이 예측하기 어려운 상황에서 수사관이 법집행을 하는 것이라기보다는, 통제된 범죄 현장 또는 법과학 연구실에서 이미 검증된 매뉴얼을 반복하는 것에 가깝다. 종합하면, 포렌식 분야에서 절차적 정의 요소를 강화하는 것은 이론적인 측면에서나 현실적인 측면에서나 충분히 검토해 볼만한 가치가 있다.

2. 최근의 사례로 살펴보는 절차적 정의

아직까지 포렌식 증거 활용에서 절차적 정의와 관련된 명시적인 논의는 거의 찾아보기 어렵다. 앞서 언급한 바와 같이, 아직까지 경찰활동에서 절차적 정의가 논의되는 범위는 다소 협소하기 때문이다. 그러나 포렌식 증거와 관련해서 직·간접적으로 절차적 정의의 개념이 반영된 사례들은 어렵지 않게 찾아볼 수 있다. 그리고 절차적 정의의 요소가 강화되었다면, 보다 긍정적인 결과에 이를 수 있었으리라 예상되는 사례들도 발견된다. 이에 대해 보다 상세히 검토해보기로 한다.

우선, 작년 헌법불합치 결정이 선고된 디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률(이하 ‘DNA법’) 제8조의 영장절차 관련 조항에 대하여 살펴보자.¹⁹⁾ 동 조항은 유죄판결이 확정된 수형인 등과 구속된 피의자 등으로부터의 DNA 감식시료를 채취하는 절차와 관련된 조항이다.²⁰⁾ 수사기관은 대상자가 감식시료 채취에

18) 현장에서 채취한 지문의 분석, DNA 감정 등이 좋은 예이다.

19) 헌법재판소 2018. 8. 30. 선고 2016헌마344·2017헌마630(병합) 전원재판부 결정 [디엔에이감식시료채취영장 발부 위헌확인 등]

20) 디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률 제8조(디엔에이감식시료채취영장)

- ① 검사는 관할 지방법원 판사(군판사를 포함한다. 이하 같다)에게 청구하여 발부받은 영장에 의하여 제5조 또는 제6조에 따른 디엔에이감식시료의 채취대상자로부터 디엔에이감식시료를 채취할 수 있다.
- ② 사법경찰관은 검사에게 신청하여 검사의 청구로 관할 지방법원판사가 발부한 영장에 의하여 제6조에 따른 디엔에이감식시료의 채취대상자로부터 디엔에이감식시료를 채취할 수 있다.
- ③ 제1항과 제2항의 채취대상자가 동의하는 경우에는 영장 없이 디엔에이감식시료를 채취할 수 있다. 이 경우 미리 채취대상자에게 채취를 거부할 수 있음을 고지하고 서면으로 동의를 받아야 한다.

동의하지 않을 경우 판사로부터 발부받은 영장에 의하여 시료를 확보하여야 한다. 그런데 현행 영장절차 조항은 문언 상 영장청구 및 발부과정에서 채취대상자가 자신의 의견을 진술할 수 있는 기회를 별도로 보장하고 있지 않고, 발부된 영장에 대하여 불복할 수 있는 구제절차 등도 허용하고 있지 않다. 이에 대하여 헌법재판소는 영장발부 여부는 채취 대상자의 “[개인]정보가 영구히 보관·관리됨으로써 ... 신체의 자유, 개인정보자기결정권 등의 기본권이 제한”될 수 있는 중대한 문제라고 전제 한 후, 현행 영장절차 조항은 채취 대상자에게 ‘의견 진술의 기회 등’을 보장하지 않고 있는 바, 이와 같은 입법상의 불비는 기본권 제한시 고려해야 할 침해의 최소성의 원칙에 위반된다고 판단하였다.

절차적 정의의 개념과 관련하여 헌법재판소의 문언을 음미해볼 가치가 있다. 문제가 되었던 DNA법 영장절차 조항은 소위 헌법상의 ‘영장주의’에는 매우 충실하다.²¹⁾ 수사기관은 검사가 청구하고, 판사가 발부한 영장을 통해 대상자로부터 DNA 감식시료를 채취하도록 규정하고 있고, 영장에 담겨야 할 내용, 영장집행의 주체와 방식에 대하여도 상세히 규정하고 있다. 그럼에도 불구하고 헌법재판소는 감식시료

④ 제1항 및 제2항에 따라 디엔에이감식시료를 채취하기 위한 영장(이하 "디엔에이감식시료채취영장"이라 한다)을 청구할 때에는 채취대상자의 성명, 주소, 청구이유, 채취할 시료의 종류 및 방법, 채취할 장소 등을 기재한 청구서를 제출하여야 하며, 청구이유에 대한 소명자료를 첨부하여야 한다.

⑤ 디엔에이감식시료채취영장에는 대상자의 성명, 주소, 채취할 시료의 종류 및 방법, 채취할 장소, 유효기간과 그 기간을 경과하면 집행에 착수하지 못하며 영장을 반환하여야 한다는 취지를 적고 지방법원판사가 서명날인하여야 한다.

⑥ 디엔에이감식시료채취영장은 검사의 지휘에 의하여 사법경찰관리가 집행한다. 다만, 수용기관에 수용되어 있는 사람에 대한 디엔에이감식시료채취영장은 검사의 지휘에 의하여 수용기관 소속 공무원이 행할 수 있다.

⑦ 검사는 필요에 따라 관할구역 밖에서 디엔에이감식시료채취영장의 집행을 직접 지휘하거나 해당 관할구역의 검사에게 집행지휘를 촉탁할 수 있다.

⑧ 디엔에이감식시료를 채취할 때에는 채취대상자에게 미리 디엔에이감식시료의 채취 이유, 채취할 시료의 종류 및 방법을 고지하여야 한다.

⑨ 디엔에이감식시료채취영장에 의한 디엔에이감식시료의 채취에 관하여는 「형사소송법」 제116조, 제118조, 제124조부터 제126조까지 및 제131조를 준용한다.

21) 헌법 제12조 제③항은 “체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다. 다만, 현행범인인 경우와 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때에는 사후에 영장을 청구할 수 있다”고 규정하고 있다.

채취 과정이 적절하지 않다고 판단한 것이다. 헌법재판소는 영장청구 및 발부과정에서 대상자가 자신의 의견을 진술하고, 진술된 의견이 영장발부 결정에 반영될 수 있는 제도적 장치의 마련이 중요하다고 보았다. 즉, 절차적 정의에서 가장 중요한 요소 중 하나인 시민참여(의견진술)의 필요성을 높게 평가한 것이다.²²⁾ 결정문에 ‘절차적 정의’ 개념을 명시적으로 언급하지는 않았지만, 절차적 정의에서 중요하게 논의되는 요소들이 포함되어 있는 셈이다.

포렌식 증거가 활용된 구체적인 사례에서도 절차적 정의의 적용을 검토해보자. 얼마 전 1심 판결이 선고된 제주 보육교사 살인사건이 좋은 예이다.²³⁾ 2009년 2월에 발생한 제주시의 한 어린이집 보육교사 살인사건은 오랫동안 장기 미제사건으로 남아있었다.²⁴⁾ 사망추정시간에 혼선이 생기면서 경찰은 유력한 용의자였던 택시기사 박 모씨에 대한 혐의입증에 실패한 바 있다. 2017년, 경찰은 의지를 갖고 동물사체 실험 등을 직접 실시해서 사망추정시간을 변경하였고, 특히 기존 증거물들에 대한 재분석을 통해 다수의 면섬유와 실오라기 등을 추가로 발견하였다. 이를 통해 경찰은 범행을 강도 높게 추궁하였으나 박 씨는 끝까지 부인하였고, 지난 7월 제주지방법원은 박 씨에게 무죄를 선고하였다. 재판부는 “피고인이 사건 범행을 저질렀다고 의심할만한 정황이 있지만, 검사가 제출한 증거들만으로는 합리적인 의심을 배제할 정도로 입증됐다고 볼 수 없다”고 선고 이유를 밝혔다.

22) 이와 같은 절차를 일반적으로 적법절차 원칙에 포함되는 청문(聽聞)절차의 일환으로 볼 수도 있다. 대법원 2016. 6. 14.자 2015도1032 결정 [구속영장발부결정에대한재항고] 참조. 그러나 위의 헌법재판소 결정에서는 ‘청문’이라는 단어 대신, ‘의견 진술의 기회’라는 표현을 사용하고 있다. 아마도 헌법재판소는 기존의 청문절차 그 자체보다는 법집행의 정당성이 인정될 수 있는지 여부를 중점적으로 살펴본 것으로 보인다. 여기에는 법집행 대상자에게 충분한 의견 진술 기회가 주어졌는지 여부가 중요하다고 판단한 것이다. 이러한 시각은 절차적 정의에서 강조하는 바와 부합하며, 이를 통해 절차적 정의에서 강조하는 의사결정의 투명성, 품위와 존중을 갖춘 법집행, 법집행 동기의 신뢰 등의 요소들도 달성될 수 있을 것이다.

23) 중앙일보, 제주판 ‘살인의 추억’ 10년…실오라기가 뒤집힌 못했다, 2019. 7. 22, <https://news.joins.com/article/23531776> (2019. 11. 30. 최종검색)

24) 간단한 사건 개요는 다음과 같다. 2009년 2월 초 제주 보육교사에 대한 실종신고가 접수되었다. 이로부터 일주일 후, 제주도 애월읍 인근 농업용 배수로에서 A씨의 시신이 하의가 벗겨진 채 발견되었다. 경찰은 사건발생 전후 주변을 통과한 차량들을 대상으로 본격적인 수사를 시작했고, 사건당일에 근처를 운전한 택시기사 박 모씨를 유력한 용의자로 특정하였다. 여러 정황상 박 모씨가 유력한 범인이었지만, 이후 ‘피해자가 사체 발견시점으로부터 24시간 이내에 사망했다’라는 부검 결과가 나오면서 박모씨는 용의선상에서 제외되었고, 사건은 장기미제로 되었다.

위 사례에서 미제사건을 해결하려는 경찰의 끈질긴 노력은 칭찬 받아 마땅하다. 그러나 절차적 정의를 확보하기 위한 노력도 충분히 수반 되었는지에 대해서는 살펴볼 필요가 있다. 장기미제사건인 본 사건에서 수사기관은 거의 10년 만에 새로운 증거들(변경된 사망추정시간 감정의견과 추가로 수집된 미세증거)을 확보하였다. 변경된 사망추정시간은 ‘돼지 사체’를 활용한 실험을 통해서였다. 그리고 추가로 확보된 미세증거(면섬유와 실오라기 등)는 육안으로는 잘 보이지조차 않는 물질들이다. 과연 이와 같이 증거들이 새롭게 확보·사용되는 과정에서 수사기관은 얼마나 절차적 정의를 확보하기 위해 노력하였을까?²⁵⁾ 새로운 감정의견이 나오게 된 과정에 대하여 피의자에게 상세히 설명하고 의견을 청취하였을까? 추가로 확인된 미세증거, 그리고 그것이 의미하는 바에 대해서도, 품위와 존중을 갖추고 설명하면서 선한 동기에 근거하고 있다는 사실을 고지했을까? 혹시 단지 피의자로부터 자백을 받아내기 위해 피의자에게 불리한 포렌식 증거가 새로 발견되었다는 사실만을 강조하지 않았을까?

지금까지 DNA법에 대한 헌법불합치 결정과 포렌식 증거가 포함된 사례를 통하여 포렌식 맥락에서의 절차적 정의에 대하여 논의해 보았다. 포렌식 분야에서 명시적으로 절차적 정의가 언급되고 있지는 않지만 유사한 취지의 논의가 이루어지고 있음을 알 수 있다. 그리고 개별 사례에서는 절차적 정의 시각에서의 접근이 보다 강화될 필요가 있음을 살펴보았다. 그렇다면 절차적 정의를 어떻게 포렌식 분야에 적용해야 할까? 이어서는 보다 구체적인 방안에 대해 논의해보기로 한다.

25) 기존의 적법절차에 기반한 법률적 시각에서는 새로운 포렌식 증거의 증거능력, 증명력 등에만 관심이 있어왔다. 반면 포렌식 증거들이 활용되는 과정에서의 절차적 정의에 대해서는 별다른 논의가 없었다. 하지만 포렌식 증거에 일반인인 피의자가 오감(五感)을 통해 쉽사리 이해하기 어렵다. 따라서 본문에서 지적하듯, 수사기관은 보다 친절하게 새로운 포렌식 증거가 나오게 된 경위, 과정과 그 의미에 대해서 자세히 설명해 줄 필요가 있다.

Ⅳ. 포렌식 미란다 원칙의 필요성

1. 미란다 판결과 절차적 정의

포렌식 분야에서 구체적으로 절차적 정의를 논의하기 위해 먼저 미국의 미란다(Miranda) 판결에 대하여 살펴보자.²⁶⁾ 우리에게 너무나도 친숙한 미란다 판결도, 사실 그 의미를 잘 음미해 보면 절차적 정의와 밀접한 관련이 있다. 이를 위해 우선 미란다 판결의 구체적인 내용에 대해서 살펴보고, 절차적 정의와 어떠한 연관성을 찾을 수 있는지 검토해보기로 한다.

잘 알려져 있듯 미국 연방대법원의 미란다 판결은 형사절차에서 피의자의 권리 보호를 획기적으로 강화한 유명한 판결이다. 동 판결은 수사기관이 체포·구금 상태에 있는 피의자를 신문하기 전에 반드시 4가지 사실을 고지하도록 의무화하였다. 소위 ‘미란다 원칙’이라 불리는 것들로, 1) 피의자에게는 침묵할 권리가 있고, 2) 이를 포기하고 행한 진술은 피의자에게 불리한 증거로 사용될 수 있고, 3) 피의자는 신문 중에 변호인과 동석하고 조언을 구할 수 있고, 4) 피의자가 무자력일 경우에는 국선 변호인의 도움이 제공된다는 사실들이다.²⁷⁾ 경찰관이 이러한 내용들을 사전에 고지하지 않고 피의자에게 범죄 행위와 관련된 내용을 질문할 경우, 피의자의 답변은 법정에서 증거로 사용될 수 없게 된다.

지금은 너무나 당연하게 피의자의 권리로 여겨지는 사항들이지만, 사실 엄밀하게 말하면 미국 연방헌법상, 그리고 연방헌법의 해석상 피의자에게 위와 같은 4가지 사항들을 고지 받을 권리가 인정된다고 보기는 어렵다.²⁸⁾ 미국 연방헌법은 수정조항 제5조에서 ‘누구도 형사사건에게 자기에게 불리한 증인이 되도록 강요될 수 없다’는 자기부죄금지원칙을 선언하고 있다.²⁹⁾ 그렇지만 그러한 사실이 침묵할 권리

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

27) 4가지 권리들의 원문은 다음과 같다. 1) the right to remain silent, 2) anything said can and will be used against the individual in court, 3) the right to consult with a lawyer and have the lawyer with him during interrogation, 4) if he is indigent a lawyer will be appointed to represent him.

28) Thomas III, G. C. (2000). The end of the road for miranda v. arizona: On the history and future of rules for police interrogation. *Am. Crim. L. Rev.*, 37, 1.

가 있다고 수사기관으로부터 ‘고지 받을 권리’와 동의어라고 보기는 어렵다. 수정조항 제6조에서는 ‘피고인은 형사재판에서 변호인의 조력을 받을 권리를 갖는다’고 규정하고 있다.³⁰⁾ 그렇지만 피의자 신문 단계에서 피의자에게 변호인과 동석할 권리가 있음을 ‘고지 받을 권리’가 인정된다고 볼 수는 없다. 즉, 헌법 문언에 대한 직접적인 해석을 통해서도 이와 같은 권리를 도출하기는 어려운 것이다.

따라서 미란다 원칙상의 권리들은 형사절차에서 피의자에게 인정되는 권리들을 보호하기 위한 ‘정책적 권리’의 성격이 강하다.³¹⁾ 연방헌법에 대한 문언해석으로는 미란다 원칙상의 권리들을 직접적으로 도출하기 어렵지만, 연방대법원은 당시의 가혹한 경찰 피의자 신문의 실상을 고려하면 보다 강력한 조치가 필요하다고 판단한 것이다.³²⁾ 1960년대 당시 경찰은 소위 ‘리드 테크닉(Reid Technique)’으로 불리는 심리적인 압박을 극대화하는 신문기법을 널리 활용하기 시작하였다.³³⁾ 과거 경찰 수사단계에서 만연하던 고문은 사라졌지만, 심리적인 압박이 극대화되는 신문 환경에서 헌법상 보호받는 권리인 ‘자기부죄금지원칙’은 형해(形骸)화 되기 십상이었다. 그러므로 헌법상의 권리를 보호하기 위해서, 연방대법원은 피의자에게 미란다 원칙의 4가지 사항들이 반드시 ‘고지’되도록 ‘헌법적으로’ 의무화한 것이다. 미국 연방 헌법에 대한 최종적 해석을 담당하는 연방대법원은 전례 없이 강력한 확장적 문언 해석을 통해 이와 같은 헌법적 권리를 ‘창시(創始)’한 것으로 보는 게 일반적이다.

이처럼 연방대법원은 헌법적 근거가 미약하다는 비판을 감수 하면서 까지 미란다 판결을 통해 피의자의 ‘설명들을 권리’를 강조하였다. 이는 결국 앞서 살펴본 절차

29) No person ... shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself,” U.S. Constitution Amendment VI.

30) In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to ... have the Assistance of Counsel for his defense.” U.S. Constitution Amendment VI.

31) Cassell, P. G. (1996). The Costs of the Miranda Mandate: A Lesson in the Dangers of Inflexible, Prophylactic Supreme Court Inventions. *Ariz. St. LJ*, 28, 299.

32) Colb, S. F. (2013). Interrogation as a Thermometer of Public Fear. *Ohio St. J. Crim. L.*, 11, 231. 233-235.

33) 리드 테크닉은 여전히 미국에서 널리 활용되고 있고, 많은 비판을 받고 있다. 최근의 문헌으로는 Brian R. Gallini, “Police “Science” in the Interrogation Room: Seventy Years of Psuedo-Psychological Interrogation Methods to Obtain Inadmissible Confessions”, 61 *Hastings Law Journal*, (2009).

적 정의의 개념과도 밀접한 연관이 있다. 수사기관은 조사를 시작하기 전에 피의자에게 헌법상 권리인 자기부죄금지원칙의 의미에 대해서 설명해 주어야 한다(‘피의자에게는 침묵할 권리가 있고, 이를 포기하고 행한 진술은 피의자에게 불리한 증거로 사용될 수 있다’). 그리고 수사기관은 피의자에게 변호인 조력권의 의미에 대해서도 설명해주어야 한다(‘피의자는 신문 중에 변호인과 동석하고 조언을 구할 수 있고, 피의자가 무자력일 경우에는 국선 변호인의 도움이 제공된다’). 이러한 상세한 설명을 통해 절차적 정의의 세부 요소들인 시민참여, 의사결정의 중립성, 품위와 존중을 갖춘 법집행, 동기의 자비 또는 신뢰성이 높아질 수 있을 것이다. 이는 곧 시민들의 법집행 수용성 증대로 이어질 것임은 충분히 예측할 수 있다.

물론 미란다 판결의 접근 방식과 절차적 정의의 기본 원칙에는 분명 차이가 있다. 미란다 판결이 전형적인 적법절차와 연관되어 있다면,³⁴⁾ 절차적 정의는 법집행의 적법성을 넘어 정당성을 확보하기 위한 체계적인 노력이다. 그러나 연방대법원이(위헌적이라고 비판받는) 확장적 헌법해석을 통하여 피의자의 ‘설명들을 권리’를 강조하였다는 점에서 절차적 정의의 핵심적인 요소들과 맥락을 같이 한다. 형사절차에서 권리가 구현되는 구체적인 ‘방식’에는 차이가 있지만, 형사절차에서 보다 강화되어야 할 근본적인 요소에 있어서는 시각을 같이 하는 것이다. 따라서 포렌식 분야에서 절차적 정의를 강화하기 위해서 미란다 판결의 취지를 참고할 만한 가치가 있다.

2. 포렌식 미란다 원칙 제안

지금까지 살펴본 미란다 판결의 원칙들을 활용하여 포렌식 분야에서 절차적 정의를 강화하는 방안을 검토해보자. 무엇보다도, 미란다 판결이 수사기관으로 하여금 피의자의 주요한 권리들에 대해 ‘설명해 줄’ 의무를 부여했듯이, 수사기관이 피의자에게 포렌식 기법의 핵심적인 원리와 한계에 대해서도 ‘설명하도록’ 하는 것이 필요하다. 그리고 일반적으로 포렌식 증거가 형사절차에서 사용되는 과정과 결과에 대

34) 앞서 설명한 바와 같이 미란다 판결이 수사기관에게 의무화한 4가지 원칙들은 전형적인 적법절차 또는 위법수집증거배제법칙과 관련된 것이다. 수사기관의 피의자 신문을 시작하기 전에 피의자에게 4가지 권리들을 고지하지 않을 경우, 이를 통해 얻어낸 진술은 피의자에게 불리한 증거로 사용될 수 없다.

해서도 고지해줄 필요가 있다. 이를 통해 법집행 과정에서 피의자의 참여를 유도할 수 있고, 법집행 과정에서의 품위와 존중, 의사결정의 투명성 등도 확보될 수 있다.

예를 들어, 수사기관이 다음과 같은 4가지 사항들을 피의자에게 의무적으로 고지하도록 하는 것을 생각해볼 수 있다.

- 당신은 포렌식 증거에 대해 청취하고 이해할 권리가 있고 (the right to hear and understand forensic evidence);
- 당신은 포렌식 증거와 관련된 자료를 요청하고 의견 개진할 권리가 있고 (the right to request relevant materials and to express opinions)
- 당신은 권리행사가 어려울 경우 전문가(법과학자) 도움 받을 권리가 있고 (the right to ask for experts(forensic scientists) when needed);
- 수사기관은 이러한 과정을 거친 후에 포렌식 증거를 당신에게 불리한 증거로 사용할 것이다 (forensic evidence will be used against the suspect only after the above rights are satisfied).

첫 번째는 피의자가 수사기관으로부터 포렌식 증거에 대해 자세한 설명을 듣고 이를 이해할 수 있도록 하는 권리이다. 사실 대부분의 피의자들은 복잡한 과학기술이 사용되는 DNA 등 포렌식 증거에 대해 이해하기 어렵다. 그리고 범죄수사에서는 일반적인 물적 증거와 달리 눈에 보이지조차 않는 나노(nano) 단위의 미세 증거들이 사용되는 경우도 많다.³⁵⁾ 수사기관이 이와 같은 포렌식 증거를 피의자에게 아무런 설명 없이 결정적인 증거로 수집·제출하는 것은 절차적 정의를 충족하기 어렵다. 때문에 포렌식 증거의 작동원리 등에 대한 충분한 설명을 통하여 피의자가 이해하도록 하는 것이 필요하다.

두 번째는 피의자가 포렌식 증거와 관련된 자료를 요청하고, 이에 대한 의견을 개진할 권리를 보장하는 것이다. 사실 포렌식 증거를 제대로 이해하기 위해서는 단순히 분석 결과에 대한 최종적인 설명을 듣는 것으로 부족하다. 포렌식 증거가 수집, 분석, 제출되는 과정에 대한 기초 정보등도 함께 제공되어야 한다. 법과학기관

35) 1nm(나노미터)는 머리카락 굵기(약 100 μ m)의 10만분의 1 정도로써, 원자 3~4개 정도의 크기에 해당한다. 나노융합실용화센터, https://www.npac.or.kr/?act=UserDefine_tech01&flash_code=010101&pagenum=1&subnum=1

에서 DNA 등 미세증거를 분석하면서 작성하는 실험·분석노트 등이 좋은 자료가 될 것이다. 그리고 이러한 과정에 대하여 피의자가 의견을 개진할 수 있는 기회도 제공되어야 한다.

세 번째로 피의자에게 전문가의 조력을 받을 권리도 보장될 필요가 있다. 대부분의 일반 피의자들은 과학적 전문지식이 부족하기 때문에, 포렌식 증거와 관련된 설명을 듣거나 자료를 제공받는다고 해도, 이에 대해 완벽히 이해하기란 사실상 불가능하다. 그리고 피의자가 선임한 국선 또는 사선 변호인들의 이해에도 한계가 있을 수밖에 없다. 때문에 피의자가 포렌식 증거의 의미를 충분히 이해할 수 있도록 피의자의 시각에서 설명해주는 것이 필요하다. 현실적으로 새로운 전문가의 조력을 제공해주기가 어렵다면, 현재 운영되고 있는 전문수사자문위원 또는 전문심리위원 제도를 피의자가 적극적으로 활용하도록 개선하는 것이 필요하다.³⁶⁾

마지막으로 수사기관은 위와 같은 3가지 전제조건들이 모두 충족될 경우에만, 해당 포렌식 증거가 피의자에게 불리한 증거로 사용될 것이라는 사실을 명확히 해야 한다. 비록 포렌식 증거가 피의자에게 치명적이고 강력한 증거로 활용될 예정이지만, 그에 대한 절차적 권리가 충분히 보장될 것임을 알려줄 필요가 있다. 이러한 고지는 피의자에게 절차적인 만족감을 제공할 수 있을 것이다.

물론 위와 같은 권리의 보장이 현실화되기에는 많은 어려움이 있다. 수사 대상자에게 개별 포렌식 증거에 대한 여러 권리를 보장하는 것은 신속하고 효율적인 수사의 목적 달성에 장애물이 될 수 있다. 그리고 포렌식 증거에 대해 이해하기 쉬우면서도 전문적인 설명을 하기 위해서는 많은 인력과 비용이 소모될 수 있다. 뿐만 아니라 포렌식 증거와 관련된 세부 자료들을 수사 대상자에게 제공하는 것이 현행 증거개시제도 하에서 가능한지는 추가로 검토해야 할 부분이다. 포렌식 증거의 ‘결과 활용’에만 익숙하던 수사기관에게 이와 같은 세부적인 절차적 요건을 의무화 하는 것은 다소 급진적으로 보일 수도 있다.

그러나 보다 폭넓은 시각에서 이러한 변화를 긍정적으로 검토해 볼 여지가 있다.

36) 현행 형사소송법에 문언에 의하면 피의자가 신청에 의하여 전문수사자문위원 또는 전문심리위원의 조력을 받을 여지가 있다. 형사소송법 제245조의2(전문수사자문위원의 참여), 제279조의2(전문심리위원의 참여). 그러나 어디까지나 현행 제도는 검사의 수사 또는 판사의 재판에 돕기 위한 측면이 강하기 때문에 이를 피의자의 권리와 조화하는 방향으로 법률을 개정하는 것이 필요하다.

앞서 살펴본 바와 같이 법집행 단계에서 절차적 정의 요소를 강화하는 것은 궁극적으로 법집행의 효과성·효율성 증대에도 도움이 된다. 법집행에 대한 시민들의 만족감이 상승하고, 법집행에 대한 자발적인 협력과 준수도 이끌어낼 수 있기 때문이다. 그리고 포렌식 증거에서 절차적 정의가 강화된다면, 피의자가 보다 수사에 협조할 뿐만 아니라 자신의 범죄혐의를 기꺼이 인정하는 비율이 높아질 수도 있다. 형사절차에서 포렌식 증거의 중요성이 높아지고 있지만, 여전히 피의자의 자백 유무는 범죄 수사의 정도와 방식에 있어 많은 차이를 가져온다. 그러므로 포렌식 분야에서 절차적 정의를 강화하는 것이 수사의 목적 달성에 장애물이 되는 것이라고 속단할 필요는 없을 것이다.

V. 결론

최근 들어 절차적 정의라는 개념이 많은 관심을 받고 있다. 절차적 정의는 법집행의 적법성을 넘어 정당성을 추구함으로써 시민들의 협력과 지지를 이끌어내고 자발적인 법 준수를 유도하고자 한다. 보다 구체적으로 절차적 정의는 법집행 과정에서 시민들의 참여를 강화하고, 의사결정의 중립성을 담보하고, 품위와 존중을 갖춘 법집행을 강조하고, 법집행 동기를 명확히 하는 것을 포함하고 있다. 절차적 정의에 대한 다양한 실증적 연구는 절차적 정의가 법집행 대상자들의 절차적 만족감을 높인다는 사실을 입증하고 있다. 우리나라에서도 절차적 정의를 실무에 적용시키려는 노력이 나타나고 있다.

그러나 절차적 정의에 대한 논의는 대부분 경찰의 음주운전 단속 또는 불심검문 등 제복입은 경찰관의 초기 법집행 단계에 국한되고 있다. 이처럼 절차적 정의에 대한 논의의 폭이 다소 제한적인 바, 본 논문은 포렌식 분야에서도 보다 활발한 논의가 이루어질 필요가 있음을 주장한다. 현대 사회의 경찰활동에서 광범위한 포렌식 기법이 활용되고 있고, 그 중요성은 점차 높아지고 있다. 그러나 일반인인 법집행 대상자들은 포렌식 기법의 작동원리와 한계에 대하여 상세히 이해하기 어렵다. 게다가 포렌식과 관련된 대부분의 인적, 물적 장비들을 국가가 독점하고 있으며, 법

집행 대상자들은 최소한의 접근도 어려운 것이 현실이다. 절차적 정의의 강화를 통해 포렌식 분야에서 이러한 불균형을 해소할 필요가 있다.

본 논문은 미국 연방대법원의 미란다 판결을 참고하여 포렌식 분야에서 절차적 정의를 높이는 방안을 검토한다. 미란다 판결은 수사기관을 하여금 피의자에게 헌법상 보장된 권리를 설명·고지하도록 의무화한 판결이다. 1960년대 당시 상당수의 피의자들이 형사절차에서 보장받는 헌법상 권리에 대한 이해가 부족했기 때문이다. 우리나라도 대법원 판결을 통해 이와 같은 원칙을 수용한 바 있다.³⁷⁾ 유사한 맥락에서 수사기관은 피의자에게 형사절차에서 사용되는 포렌식 증거에 대해 보다 상세한 설명을 제공할 필요가 있다. 대부분의 일반인들은 포렌식 증거에 대한 이해에 어려움을 겪고 있기 때문에, 포렌식 분야에서 미란다 판결의 취지는 더욱 필요하다. ‘포렌식 미란다(*forensic Miranda*) 원칙’을 통해 포렌식 분야에서 절차적 정의를 더욱 강화할 필요가 있다.

37) 대법원 1992. 6. 23. 선고 92도682 판결 [폭력행위등처벌에관한법률위반] [집40(2)형,665;공1992.8.15.(926),2316]

참고문헌

국내문헌

- 권영성. (1990). 미국헌법상 적법절차의 법리와 그 전개. 미국헌법연구, 1.
- 김면기. (2018). 형사소송에서 적법절차의 명암 (明暗)과 시사점. 형사정책연구, 29(1), 247-279.
- 라광현. (2018). 범죄의사결정과 법집행 전략: 절차적 정의 이론의 법집행 상의 함의를 중심으로. 형사정책연구, 29(2), 1-23
- 박재풍. (2012). 시민의 신뢰를 높이기 위한 경찰활동에 관한 연구-절차적 정의 모델을 중심으로. 한국경찰학회보, 37, 97-120
- 안경환. (1987). [법조칼럼] 魔法의 箱子 適法節次條項 (Due Process Clause). 사법행정, 28(9), 95-98

구미문헌

- Bennett, S., Denning, R., Mazerolle, L., & Stocks, B. (2009). Procedural Justice: A systematic literature search and technical report to the National Policing Improvement Agency.
- Brian R. Gallini, "Police "Science" in the Interrogation Room: Seventy Years of Psuedo-Psychological Interrogation Methods to Obtain Inadmissible Confessions", 61 Hastings Law Journal, (2009).
- Cassell, P. G. (1996). The Costs of the Miranda Mandate: A Lesson in the Dangers of Inflexible, Prophylactic Supreme Court Inventions. Ariz. St. LJ, 28, 299.
- Colb, S. F. (2013). Interrogation as a Thermometer of Public Fear. Ohio St. J. Crim. L., 11, 231. 233-235.
- Donner, C., Maskaly, J., Fridell, L., & Jennings, W. G. (2015). Policing and

- procedural justice: A state-of-the-art review. *Policing: an international journal of police strategies & management*, 38(1), 153-172.
- Hinds, L., & Murphy, K. (2007). Public satisfaction with police: Using procedural justice to improve police legitimacy. *Australian and New Zealand Journal of Criminology*, 40(1), 27-42
- Jackson, J., Bradford, B., Hough, M., Myhill, A., Quinton, P., & Tyler, T. R. (2012). Why do people comply with the law? Legitimacy and the influence of legal institutions. *British journal of criminology*, 52(6), 1051-1071
- Jonathan-Zamir, T., & Harpaz, A. (2014). Police understanding of the foundations of their legitimacy in the eyes of the public: The case of commanding officers in the Israel National Police. *British Journal of Criminology*, 54(3), 469-489
- Meares, T. L. (2012). The good cop: knowing the difference between lawful or effective policing and rightful policing-and why it matters. *Wm. & Mary L. Rev.*, 54, 1865.
- Murphy, K., Mazerolle, L., & Bennett, S. (2014). Promoting trust in police: Findings from a randomised experimental field trial of procedural justice policing. *Policing and society*, 24(4), 405-424.
- Sun, I. Y., Wu, Y., Hu, R., & Farmer, A. K. (2017). Procedural Justice, Legitimacy, and Public Cooperation with Police: Does Western Wisdom Hold in China?. *Journal of research in crime and delinquency*, 54(4), 454-478
- Thomas III, G. C. (2000). The end of the road for miranda v. arizona: On the history and future of rules for police interrogation. *Am. Crim. L. Rev.*, 37, 1.
- Tyler, T. R., & Huo, Y. (2002). *Trust in the law: Encouraging public cooperation with the police and courts*. Russell Sage Foundation.
- Tyler, T. R. (2003). Procedural justice, legitimacy, and the effective rule of law. *Crime and justice*, 30, 283-357.

Forensic *Miranda* Principle and Procedural Justice

Kim, Myeon-ki,*·Ryu, Seung-jin**

In recent years, the concept of procedural justice has attracted much attention. The procedural justice seeks legitimacy beyond the legality of law enforcement by pursuing cooperations with and supports from citizens and therefore encouraging voluntary compliances. More specifically, the procedural justice includes strengthening citizens' participation in the process of law enforcement, ensuring the neutrality of decision-making, emphasizing law enforcement with dignity and respect, and clarifying the motives of law enforcement. Various empirical studies of procedural justice have demonstrated that procedural justice increases the procedural satisfaction of citizens who contact law enforcement officers. In South Korea, efforts have also been made to apply procedural justice to the field practice.

However, the discussion of procedural justice is mostly limited to the police officers' initial or early stages of law enforcement, such as police crackdowns or complaints. As the discussion of procedural justice is rather narrow, this paper argues that there is a strong need for more active discussion in the field of forensics. A wide range of forensic techniques are used in police activities in modern society, and they are increasingly important. However, ordinary citizens cannot understand in detail the principles and limitations of forensic techniques. In addition, because the government monopolizes most of forensic resource, and it is difficult for citizens to have minimal access to forensic. Therefore it is required to address this imbalance in the forensic sector by implement the concept of procedural justice.

This paper discusses the *Miranda* decision of the U.S. Supreme Court and reviews ways to increase procedural justice in the field of forensics. *Miranda's*

* Korean National Police University, Assistant Professor

** Korean National Police University, Assistant Professor

decision mandated the investigating agency to explain and notify the accused of constitutional rights. This is because a large number of suspects in the 1960s in fact lacked an concrete understanding of the constitutional rights guaranteed in criminal process. In a similar vein, this paper argues that the investigating agency need to provide the suspect with a more detailed description of the forensic evidence used in criminal process. Since most people have difficulty in understanding forensic evidence, the idea of *Miranda's* decision is even more critical in the forensic field. Forensic *Miranda* help to reinforce procedural justice in the field of forensics.

❖ Key words: Forensic, *Miranda* Principle, Procedural Justice

