

‘憲法的 刑事訴訟’의 觀點에서 본 刑事節次上の 權利 및 制度 保障

曹國

법학부 법학전공

<요 약>

‘헌법적 형사소송’의 구현이 현 시기 우리 형사소송법학의 과제라고 할 때, 형사소송법학의 여러 쟁점을 논의하는데 있어서 우리는 1987년 헌법개정이 무엇을 형사소송법학에 요구하고 있는가를 분명히 하는데서 출발해야 한다. 이 글은 형사피의자·피고인의 형사절차상의 인권과 관련된 형사소송법적 문제를 크게 세 가지로 나누어 살펴 본다. 첫째, 헌법이 ‘적정절차’의 이념을 형사절차의 지도이념으로 선언하였다는 것의 실천적 함의가 무엇인가를 확인한다. 둘째, 헌법 제27조 4항에 규정된 ‘무죄추정의 원칙’의 의미를 정리하면서 현재 우리 형사절차에서 이 원칙은 어떠한 상태에 있는가를 검토한다. 셋째 이상 두 가지 원칙의 구체적 실현태인 헌법 제12조가 상세히 규정하고 있는 형사피의자·피고인의 형사절차상의 인권의 의미와 현황을 점검한다. 넷째 헌법상 기본권으로 선언되지 않았으나 헌법에서 요청하고 있는 형사절차상의 제도보장을 위하여 무엇이 필요한가에 대하여 의견을 제시한다.

The Accused's Rights from the Standpoint of Constitutional Criminal Procedure

Kuk Cho

Professor of Law

<Abstract>

The new 1987 Constitution brought a significant change in the theory and practice of

the Korean criminal procedure. Explicitly stipulating the idea of due process in criminal procedure, the Bill of Rights in the Constitution has become a "living document." The 1988 and 1995 amendments to the Korean Criminal Procedure Code have also strengthened the procedural rights of criminal suspects and defendants to some degree. The newly established Korean Constitutional Court and the Korean Supreme Court have made important decisions for such rights. However, there still remain a number of problems which disturb the turn in the Constitution and overshadows the constitutional procedural rights. Police practices of avoiding the warrant requirements for arrest and search-and-seizure have continued. Guarantees of procedural rights for criminal suspects in police interrogation still remain incomplete and fragile. Investigators enjoy their dominant role in the criminal procedure, while citizens are treated merely as an object of the investigation. The judiciary is very reluctant to exclude the illegally obtained physical evidence in a trial.

I. 들어가는 말

‘6월 항쟁’의 산물로 성취된 1987년 헌법 개정은 우리나라에서 민주헌정의 제도적 기본틀을 부활시켰다.¹⁾ 특히 1987년 헌법은 형사절차상의 인권보장과 관련하여 중대한 의미를 갖는데, ‘적정절차’의 이념을 헌법에 명시하고 형사절차상의 인권보장을 위한 세세한 규정을 설정하였을 뿐만 아니라 헌법재판소를 설치함으로써 헌법규범이 바로 형사절차의 재판규범이 되도록 만들고 있다. 이러한 맥락에서 우리 형사소송법은 ‘法律的 刑事訴訟’ 단계를 벗어나 ‘憲法的 刑事訴訟法’의 단계로 접어들어 있다고 할 수 있다.²⁾ 이러한 맥락에서 볼 때 형사소송법상의 각종 제도는 헌법상 형사절차상의 인권보장 규정을 보강·강화하는 방향으로 해석되어야 할 것이다.

이 글은 형사피의자·피고인의 형사절차상의 인권과 관련된 형사소송법적 문제를 크게 세 가지로 나누어 살펴 볼 것이다. 첫째, 헌법이 ‘적정절차’의 이념을 형사절차의 지도이념으로 선언하였다는 것의 실천적 함의가 무엇인가를 확인한다. 둘째, 헌법 제27조 4항에 규정된 ‘무죄추정의 원칙’의 의미를 정리하면서 현재 우리 형사절차에서 이 원칙은 어떠한 상태에 있는가를 검토한다. 셋째 이상 두 가지 원칙의 구체적 실현태인 헌법 제12조가 상세히 규정하고 있는 형사피의자·피고인의 형사절차상의 인권의 의미와 현황을 점검한다. 넷째 헌법상 기본권으로 선언되지 않았으나 헌법에서 요청하고 있는 형사절차상의 제도보장을 위하여 무엇이 필요한가에 대하여 의견을 제시한다.

II. 刑事節次의 指導理念으로서의 ‘適正節次’

1987년 헌법은 형사절차의 지도이념으로 적정절차를 명시하고 있다. 그리고 형사절차의

1) 권영성, 『신판 헌법학개론』 (1999), 99-1면.

2) 신동운, 『형사소송법 I』 (제2판, 1997), 6면.

기본이념으로 ‘實體的 眞實發見’과 ‘適正節次’가 있으며 양 이념이 拮抗관계에 있다는 것은 우리나라의 모든 형사소송법 교재가 언급하고 있는 주지의 사실이다. 우리 형사소송법은 미국 연방형사소송규칙³⁾이나 일본 형사소송법과는 달리⁴⁾ 형사소송법의 목적을 명시하지 않고 있지만, 통설은 실체진실주의와 적정절차의 이념이 공히 형사소송법의 지도이념이며 실체적 진실주의가 적정절차에 의해 제한된다는 논리를 펴고 있다.⁵⁾ 사실 형사소송법의 내용에는 위의 두 이념이 모두 반영되어 있음은 분명하다. 그러나 이념적 차원에서 적정절차 가치와 실체적 진실주의 간의 관계는 분명히 처리되지 못하고 있다.

적정절차의 이념을 형사절차의 지도이념으로 받아들인다는 것은 실체적 진실발견을 절차적 정의와 같은 다른 중요한 사회적 財貨를 위하여 의식적으로 희생하겠다는 결단의 표명이다.⁶⁾ 특히 민주화의 산물인 1987년 개정헌법이 제12조 1항 제2문과 제12조 3항에서 형사소송법의 이념으로 적정절차의 이념을 분명히 명시하고 있는 것은 두 이념 간의 우월 문제에 관한 헌법제정권자의 가치결단을 보여주는 것이다. 즉 우리 헌법은 적정절차의 이념을 헌법에 편입함으로써 동 이념이 실체진실주의 보다 우월한 형사절차의 최고이념이라고 선언한 것이다. 이러한 맥락에서 필자는 이하의 논지에 동의한다.

‘적정절차’의 이념은 헌법의 직접적 요청이고 처벌위주의 실체적 진실주의는 적정절차의 보장이라는 기본적 이념 아래서 추구되어야 할 소송법에 내재하는 하위 목적의 하나로 보아야 한다. 실체적 진실이란 객관적으로 소송세계 밖에서 존재하는 것이 아니고 적정절차를 철저히 실현해나가면서 발견되는 소송세계의 창조물이다. 따라서 실체적 진실주의는 이념적으로는 적정절차에 의해 제약받으면서 후자의 범위 내에서 추구되어야 한다.⁷⁾

이러한 맥락에서 “실체진실의 발견은 형사소송의 최고의 목표이며, 가장 중요한 지도이념”⁸⁾이라는 언명은 부정확하다. 형사소송법학의 세목에 있어 효용과 권리, 범죄통제와 적정절차라는 대립항이 서로 엇갈리며 절충되는 것은 불가피한 일이겠으나, 최소한 이념적 차원에서는 적정절차의 이념이 형사소송의 가장 중요한 최고의 목표라고 선언되어야 한다. 사실 우리가 ‘헌법적 형사소송’을 강조하는 중요한 이유 중의 하나도 이상의 점을 분명히 하기 위해서 이다. 요컨대 형사소송의 이념을 헌법적 맥락에서 파악할 때 유관한 가치는

- 3) 미국 연방형사소송규칙 제2조는 다음과 같다. “이 규칙은 모든 형사절차의 적정한 결정을 보장함을 목적으로 한다. 이 규칙은 절차상의 간결성, 집행상의 공정성 및 부당한 비용과 지연의 제거를 확보하도록 해석되어야 한다.”
- 4) 일본 형사소송법 제1조는 다음과 같다. “이 법률은 형사사건에 관하여 공공복지의 유지와 개인의 기본적인 인권보장을 도모하면서 사안의 진상을 명확히 하고 형벌법령을 적정하고 신속하게 적용·실현함을 목적으로 한다.”
- 5) 강구진, 『형사소송법원론』(1982), 30면; 서일교, 『형사소송법』(8개정판, 1979), 23면; 이재상, 『형사소송법』(제5판), 19면; 신웅문, 전계서, 11면. 배종대 교수와 이상돈 교수는 Hassemer의 이론에 기초하여 형사소송의 진실은 ‘인식’되기보다는 ‘구성’된다고 이해하면서, 양 이념 사이에 병렬·갈등하는 것도 아니며 목적-수단의 관계에 있는 것도 아니라고 주장한다. 그리하여 양 교수는 “합리적 절차”의 개념을 도입하여 진실의 인식은 오직 “합리적 형사절차” 속에서만 가능하다는 원칙을 세워야 한다고 주장한다(배종대·이상돈, 『형사소송법』(제3판, 1999), 15면). 이 주장의 문제의식에는 공감감이 있지만 실제하는 양 이념간의 갈등이 이론적인 차원에서 없다고 선언한다고 없어질 것 같지는 않다. 그리고 “합리적 절차”의 내용이 무엇인지도 모호하다.
- 6) Donald A. Dripps, “Beyond the Warren Court and Its Conservative Critics: Toward a Unified Theory of Constitutional Criminal Procedure”, 23 U. Mich. J. L. Ref. 4 593 (1999).
- 7) 차용석, 『형사소송법』 63 (1997)(강조는 인용자).
- 8) 이재상, 전계서, 20면.

실체적 진실발견이 아니라 적정절차의 실현인 것이다.

적정절차의 이념의 내용에 대하여 구체적으로 보자면,⁹⁾ 첫째 이 이념은 국가권력은 항상 남용되기 쉬운 속성을 가지므로, 형사절차가 최대한의 효율성을 갖고서 작동하지 못하게끔 통제하려고 한다.¹⁰⁾ 이러한 관점에서 볼 때, 최대의 효율성은 최대의 전제(tyranny)로 반드시 피해야 할 사태이다.¹¹⁾ 둘째, 적정절차의 이념은 피고인에 대한 사안이 공평한 법원에 의해 공개적인 자리에서 청문되고 피고인이 충분한 반박기회를 갖고 난 후에만 사안이 평가되는 “공식적, 사법적, 당사자주의적 사실발견 절차”(formal, adjudicative, adversary fact-finding process)를 선호한다.¹²⁾ 셋째, 적정절차의 이념은 ‘법률상의 유죄(legal guilt)’에 초점을 맞춘다.¹³⁾ 즉 신빙성있는 증거가 피의자·피고인이 범죄행위를 사실상 행하였음을 보여준다 할지라도 그것만으로 피의자·피고인이 유죄로 인정되어서는 안되며, 피의자·피고인은 사실관계에 대한 판단이 정해져 있는 절차에 따라 그리고 합당하게 부여받은 권능을 가지고 활동하는 법집행기관에 의해 이루어졌을 때만 유죄로 인정되는 것이다.¹⁴⁾ 또한 사실관계의 판단이 피의자·피고인에게 대하여 불리하게 내려졌더라도, 형사절차의 엄결성(integrity)을 보호하도록 고안된 각종 규칙에 반하지 않는 경우에만 유죄로 인정되는 것이다.¹⁵⁾

요컨대 적정절차의 이념은 형사절차의 매 단계마다 피의자·피고인이 다음 단계로 넘겨지는 것을 방해하게끔 강력한 장애물을 제공하는 일종의 “장애물 경주코스”(obstacle course)로 만들고 하는 것이다.¹⁶⁾

III. 無罪推定權의 實踐的 含意와 現實態

1987년 헌법은 국가기관이 형사절차에서 적정절차를 따를 것을 요구하는 동시에, 제 27조 제4항에서는 “형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지 무죄로 추정된다”라고 규정하여 피고인에게는 무죄추정권을 부여하고 있으며, 형사소송법 제 275조의 2도 이 권리를 규정하고 있다.¹⁷⁾ 또한 1990년 우리나라가 가입한 시민적 및 정치적 권리에 관한 유엔 인권규약 제14조 2항 역시 무죄추정권을 선언하고 있다.

그런데 피의자 중 유죄인이 많이 포함되어 있으며 피고인에 대한 유죄판결을 또한 매우 높다는 점을 생각하면 ‘有罪推定’이 실제 현실에 가깝다고도 할 수 있다. 그럼에도 불구하고 ‘무죄의 추정’이라는 얼핏 보기에 ‘비현실적’인 원칙을 헌법과 형사소송법이 명시하는 이유는, 형사절차 속에서 언제나 불리한 처지에 놓인 채로 국가기관과 맞서야 하는 형사피

9) 이에 대해서는 줄고, 「형사절차의 근저에서 대립하는 두 가지 가치체계에 대한 소고—영미에서의 논의를 중심으로」, 한국법학원 간, 『저스티스』 제54호 (1999/12)를 참조하라.

10) Herbert L. Packer, *The Limits of the Criminal Sanction* 166 (1968).

11) *Id.*

12) *Id.* at 163-64.

13) *Id.* at 166.

14) *Id.*

15) *Id.* 이러한 규칙들의 예로는 관할권, 재판지, 소멸시효(statute of limitation), 이중처벌금지(double jeopardy), 형법상 책임주의, 위법수집증거배제법칙 등이 있는데, 이 원칙들이 작동할 경우 해당 개인은 사실상의 유죄 여부와 관계없이 법률상으로 무죄가 되는 것이다.

16) *Id.* at 163.

17) 이 권리가 검사의 공소제기가 없는 피의자에게도 인정되는 것임은 물론이다 (1992. 1. 28. 91헌마111).

의자·피고인의 인권침해를 방지해야 하기 때문이다.

요컨대 형사절차의 현실에서는 사실상 ‘유죄추정’되고 있는 형사피의자·피고인에게 무죄추정권을 부여함으로써, 헌법은 국가기관에게 규범적 족쇄를 씌운 것이다. 헌법은 수사기관이 유죄의 심정으로 편견수사를 해서는 안되고, 소추기관은 유죄청구권이 있는 것처럼 소추활동을 해서는 안되며, 법원은 공소장의 기재를 근거없다고 가정하고 무죄의 심정 하에서 검사의 주장을 심리하여야 함을 요구한다.¹⁸⁾ 그리고 무죄추정권은 피고인에게 舉證責任을 분배하지 않고 전적으로 검사에게 증거책임을 부담시키고 있으며, 법원이 노력에도 불구하고 합리적 의심의 여지가 남는다면 “의심스러울 때는 피고인의 이익으로”(in dubio pro reo)의 원칙에 따라 피고인에게 무죄판결을 선고해야 할 것을 요구한다.¹⁹⁾ 이러한 맥락에서 무죄추정권은 형사절차 관련자들에 대한 訓示的 規정이 아니라 이들을 적극적으로 羈束하는 법적 효과를 갖는 규범이다.²⁰⁾

그런데 이러한 무죄추정권의 함의가 우리 형사절차의 현실에서는 그리 심각하게 받아들여지고 있지 못하다. 이와 관련하여 몇 가지 점을 검토하자면, 첫째 무죄추정권은 不拘束 搜查 및 不拘束 裁判의 원칙을 당연히 요구한다. 무죄의 추정을 받는 피의자, 피고인에 대하여 유죄판결이 확정되기 전에 자유형과 같은 효과를 갖는 강제처분을 가하는 것은 허용될 수 없기 때문에, 피의자, 피고인의 구속은 도망의 우려, 증거인멸의 우려가 있는 예외적인 경우에 한하여 인정되는 것이다. 이러한 관점에서 볼 때 현행 보석제도는 위헌의 소지가 있다. 즉 현행 형사소송법은 ‘權利保障’을 외견상으로 인정하고 있지만, 이는 실제로는 ‘職權保障’으로 운영되고 있어 무죄추정권이 중대하게 침해되고 있는 것이다.

둘째 무죄추정권은 구속피의자, 피고인을 가능한 한 사회 일반인과 동일하게 처우할 것을 요구한다. 그리하여 공판정에서는 원칙적으로 피고인의 신체를 구속하지 못하는 것이다.²¹⁾ 그런데 이러한 관점에서 볼 때 현행 형사절차에는 몇 가지 문제점이 있다. 먼저 구속피고인이 공판정에 출석할 때 囚衣를 착용하게 하는 현재의 관행이 문제인데, 이는 수용기관측에서 피고인의 법정 護送 또는 戒護에 편리하다는 행정편의주의적 발상에 따른 시행해 온 것으로 무죄추정권과 정면으로 충돌하며 위헌의 소지가 크다. 수의를 입은 피고인을 보고 법원이 유죄의 추정을 일으킬 것인가 무죄의 추정을 일으킬 것인가는 자명하다. ‘피구금자처우에 관한 유엔 최저기준규칙’ 제88조도 미결구금자에게 사복착용권을 인정하고 있음을 기억해야 할 것이다. 한편 未決收容者를 受刑者와 동일하게 취급하여 접견과 서신 수발에 제한을 가하고 있는 行刑法 제 18-19조 역시 위헌의 소지가 있다.

셋째 공판절차와 관련하여 무죄추정권이 위태롭게 하는 점을 보면 被告人 訊問 順序가 있다. 현행 공판절차에서는 冒頭陳述 뒤에 바로 검사에 의한 피고인신문이 이어지는데²²⁾ 이는 피고인의 訴訟主體로서의 지위를 약화시키고 ‘진술의무’를 전제하는 방식으로 비교법적으로 입법례를 찾기 힘든 방식이다. 원래 피고인에 대한 검사의 신문은 반대당사자에 대한 직접신문을 의미하므로 당사자주의의 본질에 반하기에 일본의 경우처럼 피고인신문제도를 완전히 폐지하는 것이 옳겠으나 이는 입법적 결단이 필요한 것이고, 그 이전이라도 최소한 피고인신문순서 만큼은 변경되어야 한다. 즉 5.16 쿠데타에 이은 1961년 형사소송법 개정

18) 차용석, 전게서, 48면.

19) 대판 1992. 9. 1. 92도1405.

20) 신동운, 전게서, 570면.

21) 형사소송법 제280조.

22) 형사소송법 제287조 1항.

이전의 1954년 형사소송법과 현행 독일 형사소송법이 규정하는 방식인 재판장이 피고인에 대한 주신문을 행하고 검사와 변호인이 나머지 심리를 행하는 방식을 취하거나,²³⁾ 피고인 신문은 모든 증거조사 뒤에 피고인의 '권리'행사로써 변호인의 질문으로 시작되도록 것이 올바르다고 생각한다.²⁴⁾

넷째 '자유심증주의'의 이름 하에 묵비권 행사로부터 피고인에게 불리한 추론을 이끌어 내거나 또는 양형에서 불이익을 주는 것은, 묵비권을 형해화시키는 것으로 결단코 금지되어야 한다. 법원이 진술거부의 동기를 심리하는 것 역시 금지되어야 한다.²⁵⁾ 미국의 경우 묵비로부터 적대적 추론이 가능하게 하자는 제안이 몇 차례 있었으나,²⁶⁾ 미국 연방대법원은 묵비권 행사로부터 피고인에 대하여 敵對의인 推論(adverse inference)을 이끌어내는 것을 확고하게 금지하고 있다.²⁷⁾

IV. 憲法 제12조상의 刑事被疑者·被告人의 刑事節次上の 權利

이상과 같이 국가기관에는 적정절차의 원칙을 따를 것을 요구하면서, 형사피의자·피고인에게는 무죄추정권을 부여한 1987년 헌법은 제12조에서 매우 상세하게 형사피의자·피고인의 형사절차상의 인권을 규정한다. 제12조의 각종 권리는 적정절차의 이념과 무죄추정권을 실현하기 위한 구체적 보장책으로 볼 수 있다.

1. 拷問을 받지 아니 할 권리(2항)

형법은 고문을 범죄로 규정하여 처벌하고 있으며,²⁸⁾ 형사소송법 제309조는 고문에 의한 자백의 증거능력을 절대적으로 배제한다. 고문받지 않을 권리는 민주주의 국가에서 너무도 당연한 것이지만, 고문이 상습적으로 이루어졌던 권위주의 정권 하의 아픈 경험이 여전히 생생한 우리로서는 이 권리를 다시금 강조하지 않을 수 없다. 박종철씨 고문치사 사건, 권인숙씨 성고문 사건, 김근태씨 고문사건 등 세인의 관심을 모은 사건들의 경우는 법원으로부터 피해자들이 국가배상판결을 받았으나, 국가배상판결은 커녕 침묵이 강요된 사례도 허다하였음을 명심해야 한다.

2. 미란다 규칙의 채택(2항 및 5항)—陳述拒否權의 保障과 辯護人的 助力을 받을 권리의 告知제도

헌법 제12조 2항은 체포, 구속이유 및 변호인의 조력을 받을 권리의 고지제도를 규정하

23) 신동운, 전계서, 705-06면.

24) 신양균, 전계서, 370면; 차용석, 전계서, 478면.

25) 이재상, 전계서, 472면.

26) Office of Legal Policy, U.S. Department of Justice, 'Truth in Criminal Justice' Series Report No. 8 (1986) (reprinted in 22 U. Mich. J. L. Ref. 437, 1005 (1989); Charles Maechling, Jr., *Truth in Prosecuting, Borrowing From Europe's Civil Law Tradition*, A. B. A. J. 59, 60 (Jan. 1991).

27) *Griffin v. California*, 380 U.S. 609 (1965); *Doyle v. Ohio*, 426 U.S. 610 (1976).

28) 형법 제125조; 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 제4조의 2.

고 있고, 제5항은 진술거부권을 규정하고 있다. 형사소송법 역시 형사피의자와 피고인의 진술거부권을 규정하고 수사기관과 법원의 고지의무를 규정하고 있다.²⁹⁾

진술거부권의 보장과 변호인의 조력을 받을 권리의 고지제도는 미국 미란다 판결(Miranda v. Arizona)³⁰⁾이 우리 법체계에 繼受된 것으로,³¹⁾ 우리 대법원도 검사가 피의자 신문 전에 피의자에게 진술거부권을 고지하지 않고 획득한 진술의 증거능력을 부인한 바 있다.³²⁾ 그렇지만 현재 미란다 규칙에 대한 한국에서의 이해는 진술거부권의 고지의 의무화 정도로 국한되어 있는 것처럼 보인다. 그러나 미란다 규칙의 내용은 단지 진술거부권, 변호인의 조력을 받을 권리 등의 고지를 의무화하는 것에 국한되지 않는다. 법집행기관의 입장에서 볼 때 그러한 고지의 실시는 어려운 일도 아니며, 요식행위의 하나로써 집행되기 십상이다.

한국 형사절차의 현실을 고려하여 미란다 규칙을 再讀한다면, (1) 미란다 권리포기의 입증책임이 소추측에 있다는 것,³³⁾ (2) 피의자는 자신의 헌법상의 권리에 호소함으로써 경찰 신문을 중단시킬 수 있는 것,³⁴⁾ (3) 미란다 권리 고지 없이 획득한 자백 및 이를 기초하여 획득한 派生證據의 증거능력을 배제할 것,³⁵⁾ (4) 그리고 후술하는 것처럼 경찰신문시 피의자는 변호인의 입회를 요구할 수 있으며 피의자 단계에서부터 公共辯護人(public defender)의 조력을 받을 수 있다는 것³⁶⁾ 등의 측면이 강조되어야 할 것이고, 이상의 含意를 한국 형사절차의 해석론과 입법론에서 재구성하는 작업이 필요할 것이다.³⁷⁾

29) 형사소송법 제200조 2항, 제289조.

30) 384 U.S. 436 (1966). 미란다 법원은 법집행기관에게 이하의 네 가지의 사항을 피의자신문에 앞서 고지할 의무를 부과한다. (1) 형사피의자·피고인은 묵비권을 보유한다, (2) 어떠한 진술도 형사피의자·피고인에게 반하여 사용될 수 있다, (3) 형사피의자·피고인은 수사기관의 심문시 변호인입회권을 보유한다, (4) 형사피의자·피고인이 경제적 빈곤 때문에 변호인을 선임할 수 없을 경우에 무료변호인을 선임할 수 있는 권리를 갖는다. 다음으로 미란다 법원은 형사피의자·피고인이 묵비권 또는 변호인접견권을 요구하는 경우 그 즉시 모든 심문은 중단되어야 함을 강조하였다. 다수의견은 이상의 미란다 권리가 피의자·피고인에 의하여 “인지·이해하고 임의의 의사에 기초하여”(voluntarily, knowingly and intelligently) 포기(waiver)될 수 있음을 밝히면서도, 이 포기를 입증하는 “중한 책임”은 소추측에 있음을 또한 분명히 하였다.

31) 양자의 차이는 미국의 미란다 규칙은 포기가 가능한 “特權”(privilege)이라면 우리의 진술거부권은 포기될 수 없는 “主觀的 公權”이라는 점이다.

32) 1992. 6. 23. 대판 92도682; 1995. 5. 9. 대판 94도3016.

33) *Miranda*, 384 U.S. at 444-45.

34) *Id.* at 475.

35) 이 원칙은 *Silverthorne Lumber Co. v. U.S.*, 251 U.S. 385 (1920)에서 처음으로 제시되었다.

36) *Miranda*, 384 U.S. at 444-45.

37) 상세한 것은 줄고, 『미란다 규칙의 실천적 함의에 관한 소고—미국 연방대법원의 입장변화를 중심으로』, 한국형사법학회 간, 『형사법연구』 제10호(1998년) 참조. 한국에서의 통념과 달리 버거/렌퀴스트 대법원장에 의해 지도되는 “보수파” 미국 연방대법원도 이러한 미란다 규칙의 함의는 재확인하고 있다. 1981년 에드워드 판결(*Edward v. Arizona*, 451 U.S. 477 (1981))에서 “보수” 연방대법원은 피의자가 변호인접견을 요구한 경우 피의자 스스로가 경찰관과의 대화를 먼저 개시하지 않는 한 경찰관은 신문을 계속할 수 없으며, 그리고 피의자에게 미란다 권리가 고지되었다 할 지라도, 피의자가 경찰관이 개시한 신문에 대응하였다는 사실만으로는 미란다 권리의 포기가 있었다고 볼 수 없다고 판시한다(*Id.* at 479, 484). 한편 로버슨 판결(*Arizona v. Roberson*, 486 U.S. 675 (1988))에서 연방대법원은 미란다-에드워드 판결을 재확인하면서, 피의자가 미란다 권리를 행사한 이상 어떠한 범죄에 대해서도 신문이 금지된다고, 즉 경찰관은 다른 새로운 범죄에 대해서도 신문을 할 수 없다고 판시한다(*Id.* at 687-66). 그리고 미널 판결(*Minnick v. Mississippi*, 498 U.S. 146 (1990))에서는 피의자가 미란다 권리를 행사한 이상 그가 이전에 변호인과 접견을 하였다 할지라도 경찰관이 신문을 재개하기 위해서는 신문 재개시에 변호인이 입회하여야 한다고 판시한다.

3. 辯護人の 助力을 받을 권리(4항)

형사피의자·피고인의 신체구속은 심리적 고립무원의 상태를 초래하고, 수사기관은 이를 이용하여 자백을 획득하려 노력하게 된다. 따라서 변호인의 조력을 받을 권리는 무죄추정이 되는 형사피의자·피고인이 수사기관과의 대등한 지위를 갖고서 소송주체로서 활동할 수 있게 하는 핵심적 권리이다. 그리고 이 권리가 국가안전보장·질서유지·공공복리 등 어떠한 명분으로도 제한할 수 없는 절대적 권리임은 헌법재판소가 확인한 바 있다.³⁸⁾

그러나 현행 변호인제도는 형사피의자·피고인의 방어권 행사를 위해 충분하지 못한 상태이다. 현재의 국선변호인제도의 틀을 넘어서는 영미식의 公共辯護人(public defender)제도의 도입은 논외로 하더라도 현행 제도는 몇 가지 문제점을 가지고 있다.

무엇보다도 먼저 현행 법체계상 구속적부심사의 경우를 제외하고는 형사피고인에 대해서만 국선변호를 인정함으로써 피의자의 변호인의 조력을 받을 권리는 사실상 유명무실해 졌다는 점이다. 변호인의 조력을 받을 권리의 체계적 보장은 소추자와 피소자는—미국 포타스 대법관의 말을 빌자면—“국가와 개인은 힘 대 힘으로, 동원자원 대 동원자원으로, 논변 대 논변으로 평등하게 만나”³⁹⁾서 “전투”를 할 수 있어야 한다는 당사자주의 형사절차의 필연적 산물이며 요청이다.

미국의 경우 1964년 매시아 판결 이전까지는 수정헌법 6조의 변호인의 조력을 받을 권리는 재판절차에서부터 적용된다는 것이 통설이었으나,⁴⁰⁾ 매시아 판결⁴¹⁾과 에스코베도 판결⁴²⁾을 거쳐 연방대법원은 동 권리를 기소 이전 단계까지 확장·적용하였으며, 위에서 언급한 미란다 판결에서는 이 문제를 수정 헌법 제5조 자기부죄금지의 특권의 문제로 취급하여 기본체계를 세운 바 있다. 한편 영국의 경우도 형사피의자는 변호인접견에 대한 절대적 권리를 가짐을 분명히 하고 있다.⁴³⁾ 이러한 변호인의 조력을 받을 권리의 보장은 단지남의 나라 일로 치부할 수는 없다 할 때 지금 당장 형사피의자 전체에 대하여 변호인의 조력을 받을 권리를 부여할 수 없다하더라도 최소한 형사소송법 제33조의 국선변호인 선정사유에 해당하거나 필요적 변호사건인 경우에 대해서는 피의자에 대해서도 국선변호인을 선임하도록 하여야 할 것이다.⁴⁴⁾

둘째, 被疑者訊問時 辯護人立會權이 문제이다. 현행 형사소송법은 피의자신문시 변호인 입회권을 명시하지 않고 있으며, 수사관행 역시 이를 완강히 거부하고 있다. 密行主義적으로 이루어지고 있는 현행의 피의자신문은 피의자를 고립무원상태에 빠지게 하여 심리적 자포자기에 빠지게 할 뿐만 아니라, 수사관의 인권유린을 방치하는 위험을 내포하고 있다. 이 문제를 해결하는 가장 분명한 방법은 피의자신문시 변호인입회를 허용하는 것이다.

미국의 경우 1966년의 미란다 판결로 이 문제를 분명히 하였으며,⁴⁵⁾ 영국의 경우도 변호

38) 헌재 1992. 1. 28. 91헌마111 결정.

39) Abe Fortas, *The Fifth Amendment: Nemo Tenetur Seipsum Prodere*, 25 Clev. B. A. J. 91, 98 (1954).

40) Crooker v. California, 357 U.S. 433 (1958); Cicena v. Lagay, 357 U.S. 504 (1958)을 참조.

41) Massiah v. United States, 377 U.S. 201, 204-05(1964). 매시아 판결은 뒤이은 미란다 판결에 가려 상당 기간 동면상태에 들어갔다가 그 유명한 1977년의 *Brewer v. Williams* 사건 판결 (430 U.S. 387 (1977)) 이후 활성화된다.

42) *Escobedo v. Illinois*, 378 U.S. 378, 488-89 (1964).

43) Police and Criminal Evidence Act of 1984 [이하 PACE], art. 58(1).

44) 이재상, 전계서, 139면.

45) *Miranda*, 384 U.S. at 444-45.

인접권은 신문개시 전에 변호인과 상담할 수 있는 권리 뿐만 아니라 신문 기간 동안의 변호인입회권을 포괄한다.⁴⁶⁾ 그리고 독일의 경우는 검사의 피의자신문에 변호인의 참여권을 인정한다.⁴⁷⁾ 그리고 피의자신문조서의 記載事項에 대한 변호인의 異議提起權을 규정한 우리 형사소송법 48조 제5항의 문언을 적극적으로 해석하자면 변호인입회권에 대한 실정법적 근거를 발견할 수도 있다.⁴⁸⁾ 그리고 위에서 언급한 “형사사건에 있어서의 인권보호특별법안” 제4조 제1항은 피의자에게도 변호인의 조력을 받을 권리를 부여하고 있으며, 제12조 제1항은 검사 및 사법경찰관의 피의자신문시 피의자이 변호인참여를 요청하거나 변호인이 참여신청을 한 때에는 즉시 참여를 허용하여야 한다고 규정하고 있는 바, 변호인의 조력을 받을 권리를 강화하기 위한 매우 전진적 조치이다.

셋째, 현행 형사소송법 제35조는 변호인의 閱覽謄寫權의 범위를 訴訟係屬중의 관계서류 또는 증거물로 한정함으로써 수사단계에서 검사가 보관하고 있는 수사서류나 증거물에 대한 열람등사권을 인정하지 않고 있다. 이러한 제한은 5.16 쿠데타 이후의 형사소송법 개정으로 설정된 것으로 피의자·피고인의 방어를 위한 일차적 자료에 대한 접근을 봉쇄하는 것으로 당사자간의 공정한 공방을 가로막는 조치이다. 요컨대 열람등사권에 제한을 두지 않았던 1954년 형사소송법 제35조로의 복귀가 필요한 시기이다. 1999년 11월 8일 제208회 국회에 제출된 “형사사건에 있어서의 인권보호특별법안”의 제16조는 공소제기 전후를 불문하고 변호인의 열람등사권을 인정하고 있어 매우 고무적이다.

넷째, 현재 법원이 공판기일에서 在廷중인 변호사, 공익법무관 또는 사법연수원생을 선정하는 현재의 방식은⁴⁹⁾ 사법행정의 편의만 고려하고 변호인선임권을 매우 형식적으로 이해한 결과로써 반드시 개선되어야 한다.

4. 逮捕·拘束適否審査請求權(5항)

한국 헌정사에서 체포·구속적부심사청구권은 많은 우여곡절을 겪었다. 미군정 법령 제 176호에 의해 1948년 최초로 도입되었으나 1972년 이른바 ‘維新憲法’의 등장과 1973년 형사소송법 개정으로 전면 삭제되었으며, 1980년 제5공화국 등장 이후 제한적으로 부활되었다가 1987년 헌법개정을 통하여 원상회복된다. 이 제도는 원래 영미법의 habeas corpus를 계수한 것으로 불법 또는 부당한 체포·구속에 대한 법원의 구제장치인데, 현행 제도는 몇 가지 점에서 이 취지를 살리지 못하고 있다.

첫째, 현행 형사소송법은 적부심사의 대상자를 법관이 발부한 “체포영장 또는 구속영장에 의해 체포 또는 구속된 피의자”로 규정함으로써,⁵⁰⁾ 불법인신체포·구속에 대한 통제라는 제도 원래의 취지를 살리지 못하고 있다. 즉, 현행 제도로는 긴급체포, 현행범체포, 각종의 불법체포 및 구속 등에 대한 적부심사청구가 불가능한 것이다. 그러나 헌법 제12조 6항은 “누구든지” 체포·구속적부심사청구권을 가진다고 명시하고 있다는 점을 유의한다면, 형사소송법의 규정으로 포괄되지 않는 상기 범주의 주체도 당연히 이 권리를 가진다고 해석해야 할 것이다. 헌법문언에 法律留保가 없음에도 하위규범인 형사소송법이 헌법의 요청

46) PACE, para. 6.8.

47) StPO, 제163조의 a, 제168조의 c 제1항, 제5항.

48) 신동운, 전거서, 621면. 또한 한미행정협정 제22조가 이 권리를 명시하고 있음도 주목해야 할 것이다.

49) 규칙 제19조 1항.

50) 형사소송법 제214조의 2 제1항.

을 제한할 수는 없기 때문이다.

둘째, 무죄추정권과 체포·구속적부심사청구권이 헌법상 기본권으로 인정되었다는 점을 고려할 때 현행 형사소송법상의 체포·구속적부심사청구에 있어서 체포기간 및 구속기간 불산입의 규정⁵¹⁾은 위헌의 소지가 있으며 삭제되어야 한다.

셋째, 현행 형사소송법상 체포·구속적부심사청구에 대한 법원의 기각결정에 대한 체포·구속적부심사청구권자의 항고가 인정되지 않고 있고, 또한 기각결정에 있어서 이유가 명시되지 않고 있다.⁵²⁾ 이러한 규정은 하급법원의 독선적 기각결정에 대한 상급법원의 심사를 원천봉쇄하는 것으로 1980년 제5공화국 헌법의 실시에 따라 이루어진 것인 바, 법원의 기각결정에 대한 항고를 인정한 1954년 형사소송법으로 돌아갈 필요가 있다.

5. 自白排除法則(7항)

헌법 제12조 7항은 任意성이 의심되는 自白의 證據能力을 부정하는 자백배제법칙을 선언하고 있고, 형사소송법 제309조 역시 동일한 내용을 규정하고 있다. 자백배제법칙의 근거에 대하여 종래 대법원은 허위배제설에 입각하여 있다가 최근 들어 허위배제설과 인권옹호설을 결합한 입장—이른바 ‘절충설’—을 분명히 밝힌 바 있다.⁵³⁾ 이러한 입장은 헌법과 형사소송법의 문언에 충실하면서 자백배제법칙이 원래 임의성의 원칙에서 유래되었다는 점에 초점을 두고 있는 것인데, 자백의 임의성을 자백 내용의 신빙성으로 대체하는 허위배제설의 이론적 한계를 확장하였다는 점에서는 긍정적으로 평가되어야 한다.

그러나 ‘절충설’만으로는 형사피의자·피고인의 인권을 보장하기 위한 헌법적 요청을 구현하는데는 부족한 점이 있다. ‘절충설’의 포괄범위 밖에서 헌법과 형사소송법상의 각종 규정위반으로 획득한 자백의 경우 불배제의 결론이 나오므로 수사기관의 신문활동에 대한 사법적 통제가 약해지는 것이다. 따라서 ‘헌법적 형사소송’을 강조하는 입장에 설 때 명문의 근거는 약하다 할지라도 ‘위법배제설’을 채택하여야 할 것이다. 그리고 자백배제법칙이 실효성을 확보하기 위해서는 위법하게 획득한 자백으로부터 획득한 파생증거의 증거능력도 부정되어야 할 것이다.

비교법적으로 볼 때 미국의 경우는 상술한 에스코베도, 매시아, 미란다 판결 등에 따라 위법배제설을 취하였음은 주지의 사실이다. 그리고 영국의 경우 PACE는 소추측에 위법수집증거에 관한 “세 가지 장애물”을 설치하였는데,⁵⁴⁾ 그 중 제 76조 2항의 “억압”(oppression)과 “비신빙성”(unreliability)에 기인한 자백배제 이외에 제 78조의 “공정성”(fairness)에 위반한 배제를 인정하고 있다.⁵⁵⁾

51) 형사소송법 제214조의 2 제12항.

52) 형사소송법 제214조의 2 제7항.

53) 대판 1998. 4. 10, 97도3234; 대판 1999. 1. 29, 98도3584.

54) Di Birch, *The Pace Hots Up: Confessions and Confusions Under the 1984 Act*, 1989 Crim. L. Rev. 95, 99.

55) 이에 대해서는 즐고, 「영국 교본 로 형사절차의 전면적 혁신과 그 함의—1984년 “경찰 및 형사증거법”과 1994년 “형사사법과 공공질서법”을 중심으로—」, 한국형사정책학회 간, 『형사정책』 제 10호 (1998), 351-56면을 참조하라.

V. 刑事節次에 대한 憲法的 要請을 어떻게 보장할 것인가?—違法蒐集證據排除法則의 擴大의 必要性

헌법 제12조 제7항, 형사소송법 제309조와 제317조, 통신비밀보호법 제4조 등은 위법수집증거배제법칙을 실정화하고 있다.⁵⁶⁾ 판례는 이상의 실정화된 위법수집증거배제법칙은 비교적 충실히 집행하고 있다고 보이며, 또한 헌법상 기본권으로 선언된 진술거부권이나 변호인의 접견교통권을 침해하여 획득한 피의자신문조서의 증거능력을 부인한 바 있다.⁵⁷⁾

그러나 이상의 경우 외에는 대법원은 위법수집증거배제법칙을 확장시키지 않고 있다. 특히 헌법 제12조 제3항이 선언한 영장주의를 위반하여 수집한 증거물의 증거능력이 문제가 될 것이다. 대법원은 일본 최고재판소의 영향을 받은 “성질·형상 불변론”⁵⁸⁾에 입각하여 불배제의 입장을 고수하고 있다.⁵⁹⁾ 이러한 불배제론은 헌법 제12조 제3항의 무력화로 귀결될 수 밖에 없다. 대법원의 경우 증거수집절차의 위법은 증거의 실질적 가치에 영향을 미치지 않고, 수사기관의 위법행위에 대해서는 별도의 형사제재나 민사책임을 묻거나 또는 수사기관 내부의 징계를 가하면 족하다는 관념을 가지고 있다고 생각된다. 그러나 우리 현실에서 이러한 방식이 실제 얼마나 효과가 있는가는 극히 의문스럽다. 워렌 대법원장이 이끄는 “친보파” 연방대법원이 위법수집증거배제법칙을 확립한 이후 버거/렌퀴스트 대법원장이 이끄는 “보수파” 연방대법원이 등장하였음에도 위법수집증거배제법칙의 골간이 유지된 이유 중의 하나는 이 법칙 외의 다른 방법으로 수사기관의 위법행위를 통제한다는 것은 거의 환상에 가깝다는 결론이 났기 때문이었다.⁶⁰⁾

참언하자면 일본 최고재판소는 1978년의 “오사카 텐노사(天王寺) 각성제 사건” 판결⁶¹⁾에 이르러 과거의 “성질·형상 불변론”을 버리고 위법수집증거배제법칙을 원칙적으로 수용한 바 있다. 위법수집증거배제법칙에 관한 명문의 헌법적 또는 법률적 근거가 없었으므로 최고재판소는 일종의 입법적 판결(legislative decision)을 내린 것이다. 동 법원은 미국 “보수파” 연방대법원의 입장을 수용하여⁶²⁾ 영장주의의 정신을 몰각하는 경찰관의 不法行爲의 重大性 및 미래의 경찰관 不法行爲에 대한 抑止效果라는 증거배제의 두 가지 기준을 제시하였다. 한편 영국의 경우도 미국식의 의무적·자동적 배제는 수용하지 않지만 PACE 제 78조 1항은 “공정성” 위반에 기초하여 증거를 배제할 수 있는 재량을 법관에게 부여하고 있는 바, 현재 영국 법원은 당해 증거의 인정이 형사절차의 공정성에 반하는 효과를 가져올 경우 적극적으로 그 증거능력을 배제하고 있다.⁶³⁾

요컨대 우리 대법원의 경우 워렌 연방대법원 시기와 같은 강력한 위법수집증거배제법칙을 채택하는 것을 기대하기란 어렵다 하더라도, 최소한 버거/렌퀴스트 대법원 또는 일본 최고재판소가 취하고 있는 수준의 위법수집증거배제법칙은 채택해야 할 것이다. 그렇지 않

56) 통신비밀보호법 위반과 관련된 최근의 판례로는 대판 1999.9.3, 99도2318 을 보라.

57) 대판 1992. 6. 23, 92도682; 대판 1990. 9. 25, 90도1586.

58) 日本 最高裁 1949. 12. 1. 裁判集 15号, 349면.

59) 대판 1968. 9. 17, 68도932; 대판 1987. 6. 23, 87도705; 대판 1994. 2. 8, 93도3318.

60) 이에 대해서는 줄고, 「미국 위법수집증거배제법칙에 관한 일고」, 한국형사정책연구원 간, 『형사정책연구』 제 9권 제 4호 (1998년 겨울), 156-58면을 참조하라.

61) 最高裁 1978. 9. 7. 刑集 32卷 6号, 1672면. 이 판결에 대한 평석으로는 三井誠, “所持品檢査の限界と違法收集證據の排除”(下), 『ジュリスト』 No. 680 (1978. 12. 15)을 참조하라.

62) United States v. Calandra, 414 U.S. 338, 348 (1974); Stone v. Powell, 428 U.S. 465 (1976)을 보라.

63) 이에 대해서는 줄고, supra note 55, 353-56면을 참조하라.

다면 헌법 제12조 제3항의 영장주의의 원칙이 수사현실에게 엄격히 준수되기를 기대한다는 것은 무리일 것이다.

VI. 맺음말

‘헌법적 형사소송’의 구현이 현 시기 우리 형사소송법학의 과제로 공유되고 있는 현시기, 영미 형사절차에 대한 관심이 많이 일어나고 있다. 이는 단순한 학술적 호기심에서 연유한 것은 아닐 것이며, 그 법체계의 상이함에도 불구하고 영미식 형사절차의 기본관념이 과거 권위주의 체제 하의 법집행자 중심적·규문주의적 한국 형사절차의 현실을 혁파하는데 분명하게 기여하는 바가 있기 때문일 것이다. 물론 영미식 사고가 대륙법적 사고 보다 우월하니 이를 우리 현실에 “직수입”해야 한다는 류의 주장은 또 하나의 편향이겠으나, 최소한 “민주적” 형사절차의 정착을 위해 우리가 어떤 장애를 돌파하고 나아가야 하는가하는 문제를 해결하는데는 영미식 사고가 던지는 시사는 크다 하겠다.

그리고 형사소송법학의 여러 쟁점을 논의하는데 있어서 우리는 1987년 헌법개정이 무엇을 형사소송법학에 요구하고 있는가를 분명히 하는데서 출발해야 한다. 1987년 헌법개정은 미흡한 점은 있으나 우리 형사절차가 나아가야 할 기본방향을 올바르게 설정하였다. 우리는 헌법에 명시된 적정절차의 원칙과 형사피의자·피고인의 무죄추정권을 기본축으로 하고 형사절차상의 형사피의자·피고인의 인권보호를 지향하면서 현행 형사소송법을 해석·적용하고 그 문제점을 비판하여야 한다. 또한 선진 외국의 입법과 이론들의 소개는 물론이겠으나, 특히 장기간 존속한 권위주의 체제 하에서 잊혀지고 만 1954년 형사소송법의 정신을 부활시켜 이를 발전시켜야 할 것이다. 1954년 형사소송법은 우리에게 ‘과거’가 아니라 ‘미래’일 수 있다.