

(사)한국헌법학회 · 한국형사정책연구원 · 사법정책연구원
2019년 정기학술대회 및 정기총회

형사절차에서 헌법적 가치의 실현

- 일시: 2019년 12월 6일(금) 13:30-17:40
- 장소: 법학전문대학원협의회 대회의실
- 주최: (사)한국헌법학회, 한국형사정책연구원, 사법정책연구원



사단법인 한국헌법학회
Korean Constitutional Law Association



한국형사정책연구원
KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY



사법정책연구원

일 정

13:30~13:50	등록 및 접수
14:00~14:10	개회식 ▶ 사회: 김명식 교수(총무이사, 조선대) ▶ 개회사: 문재완 교수(한국헌법학회장, 한국외대) 강현중 원장(사법정책연구원장) ▶ 축 사: 한인섭 원장(한국형사정책연구원장)
14:10~15:10	제1부 ▶ 사회: 조재현 교수(동아대) [제1주제] 전자정보의 압수수색과 영장주의 ▶ 발 제: 김주석 판사(창원지방법원 부장판사) ▶ 토 론: 탁희성 연구원(형사정책연구원) ▶ 토 론: 강승식 교수(원광대)
15:10~16:10	[제2주제] 형사절차에서 변호인의 ‘효과적인’ 조력을 받을 권리의 보장 ▶ 발 제: 김정연 박사(형사정책연구원) ▶ 토 론: 성중택 교수(경북대) ▶ 토 론: 박진영 교수(경희대)
16:10~16:30	휴 식
16:30~17:40	제2부 ▶ 사회 : 윤영미 교수(고려대) [3주제] 형벌규정에 대한 헌법불합치결정의 필요성과 허용성에 관한 연구 ▶ 발 제: 손인혁 교수(연세대) ▶ 토 론: 이종엽 판사(사법정책연구원) ▶ 토 론: 허완중 교수(전남대) ▶ 토 론: 성 왕 연구관(헌법재판소)
17:40~	정기총회 ▶ 사회: 전종익 교수(총무이사, 서울대)

개회사

존경하는 한국헌법학회 회원 여러분, 그동안 안녕하셨습니까?

그리고 오늘 학술대회에 관심을 갖고 참석하신 내외 귀빈 여러분, 요즘 평안하신지요?

한 해를 마무리하느라 한창 바쁜 12월, 그것도 금요일 오후에 귀한 시간을 내어 참석해주신 모든 분께 감사드립니다. 특히 오늘 학회가 성공적으로 개최될 수 있도록 물심양면으로 지원해주신 한인섭 형사정책연구원장님, 강현중 사법정책연구원장님께 감사드립니다.

오늘 학술대회 주제는 ‘형사절차에서 헌법적 가치의 실현’입니다.

우리 헌법학회가 이 주제를 가지고 형사정책연구원 및 사법정책연구원과 공동으로 학술대회를 개최하게 된 것은 큰 의의가 있다고 생각합니다.

제가 1년 전 학회장에 취임하면서 우리 회원들과 머리를 맞대고 논의하고 싶었던 주제가 “형사절차에서 헌법적 가치의 실현”입니다. 주지하다시피, 형사절차에서 인간의 권리를 어떻게 보장할 것인가의 문제는 역사적으로나 보나, 규범적으로 보나 헌법의 시작이자 헌법의 궁극적인 목표입니다. 요즘 정치적으로 논란이 되고 있는 고위공직자범죄수사처의 신설 등 많은 문제를 해결하는 열쇠는 형사절차에서 헌법적 가치를 어떻게 실현할 것인가에 있다고 봅니다.

“형사절차에서 헌법적 가치의 실현”은 우리 헌법학회가 상대적으로 관심을 덜 기울여온 영역입니다. 형사법에 관련된 문제는 형사법 연구자나 실무가가 논의를 주도 하였습니다. 그러다보니 형사절차에서 최우선적으로 검토되어야 할 헌법적 가치가 무엇인지, 그 가치와 다른 가치가 충돌할 경우 어떻게 비교형량하고, 그 가치를 어떻게 실현할 것인지에 대한 논의는 상대적으로 경시되었습니다.

오늘 학회는 헌법학자와 형사법학자, 그리고 형사법 실무가들이 모여 이 문제를 논의하는 귀한 자리입니다. 헌법과 형사법의 학제적 연구의 장이자, 이론과 실무가 만나는 융합의 장입니다. 사회자, 발제자, 토론자로 모신 한 분 한 분의 말씀이 우리 사회의 어려운 문제를 해결하는 데 큰 도움을 주시리라고 기대합니다.

오늘 다루는 주제는 영장주의, 변호인의 조력을 받을 권리, 그리고 형벌조항에 대

한 헌법불합치결정 등 셋입니다. 헌법과 형사법이 교차하는 많은 영역 중에서 이론적으로, 또 실무적으로 중요한 주제 셋을 골랐습니다.

바쁘신 중에도 훌륭한 연구결과를 발표해주실 김주석 판사님, 김정연 박사님, 손인혁 교수님께 진심으로 감사드립니다. 또한 사회를 맡아주신 조재현 교수님, 윤영미 교수님, 그리고 토론자 선생님 모두에게 감사드립니다.

마지막으로 학회를 위해 1년 내내 헌신적으로 수고해주신 헌법학회 집행부 모두에게 이 자리를 빌려 심심한 감사의 인사를 전합니다. 특히 김명식 전종익 총무이사님과 강명원 총무간사님께 고맙다는 말씀을 꼭 전하고 싶습니다.

바쁘신 중에도 헌법학자대회에 참석해주신 모든 분께 다시 한번 감사드리며, 오늘 행사가 끝날 때까지 참석하셔서 자리를 더욱 빛내 주시기 부탁드립니다.

여러분의 건승과 행운을 기원합니다.

감사합니다.

2019년 12월 6일
한국헌법학회 회장 **문재완**

개회사

존경하는 문재인 한국헌법학회장님, 한인섭 한국형사정책연구원장님, 그리고 이 자리에 참석해 주신 모든 내외 귀빈 여러분!

사법정책연구원이 한국헌법학회, 한국형사정책연구원과 함께 학술대회를 공동개최하게 된 것을 큰 영광으로 생각합니다.

한국헌법학회와 한국형사정책연구원은 그동안 우리나라의 법학 발전에 큰 기여를 해 왔습니다. 그리고 우리 사법정책연구원과는 업무협약을 체결하여 지속적으로 공동학술대회를 개최하며 상호 교류를 이어 왔습니다.

형사법 영역은 기본권 침해 가능성이 특히 높은 분야로서, 이에 대한 헌법적 논의와 검토가 이루어질 필요가 높습니다. 그런 점에서 오늘 학술대회의 주제인 『영장주의』, 『변호인의 조력을 받을 권리』, 『형벌조항에 대한 헌법불합치 결정』은 매우 시의적절하고 연구와 논의의 가치가 높은 주제라고 할 수 있습니다.

뿐만 아니라 이 세 주제들은 법원의 실제 재판에서도 자주 쟁점으로 다루어지기 때문에 실무적인 측면에서도 연구 필요성이 큼니다.

이번 학술대회는 헌법적 관점에서 형사법 영역을 바라보며 그동안의 연구 성과를 공유하고 여러 의견을 청취할 수 있는 좋은 기회입니다. 아무쪼록 이번 학술대회를 통해 관련 분야에 대한 탄탄한 이론적 토대와 상호 교류의 발판이 마련되기를 바라며, 사법정책연구원은 앞으로도 상호협력을 통한 연구역량 강화를 위해 계속 노력해 나갈 것을 약속드립니다.

마지막으로 오늘 학술대회에 참석해 주신 내외 귀빈 여러분과 바쁘신 일정 중에도 흔쾌히 사회, 발표, 토론을 맡아 주신 전문가 분들, 그리고 이번 학술대회를 기획하고 준비하신 모든 관계자 여러분께 다시 한 번 깊이 감사드립니다.

감사합니다.

2019년 12월 6일
사법정책연구원장 강 현 중

목 차

【제1주제】 전자정보의 압수수색과 영장주의	김 주 석	1
▷ 토 론	탁 희 성	33
▷ 토 론	강 승 식	37
【제2주제】 형사절차에서 변호인의 ‘효과적인’ 조력을 받을 권리의 보장		
	김 정 연	39
▷ 토 론	성 중 탁	69
▷ 토 론	박 진 영	79
【제3주제】 형벌규정에 대한 헌법불합치결정의 필요성과 허용성에 관한 연구	손 인 혁	81
▷ 토 론	이 종 엽	119
▷ 토 론	허 완 중	123
▷ 토 론	성 왕	125

전자정보의 압수수색과 영장주의

김 주 석*

<국문초록> 영장주의는 연혁적으로 영미법의 산물로서, 종래 주거의 자유와 재산권적 이익을 보호하던 데에서 정보화 사회의 도래에 따라 사생활 보호로 그 초점이 이동하고 있다. 영장주의의 본질은 법관유보의 원칙으로서, 그 예외는 헌법이 예정하고 있는 사유에 한정되어야 한다. 헌법상 사생활 보호의 기본권은 사생활에 관한 정보의 보호가 핵심적이고, 그 침해를 정당화하는 근거는 영장주의다. 영장주의는 홀로 기능할 수 없고, 일반영장 금지의 원칙, 포괄적 압수수색 금지의 원칙, 관련성의 원칙 등과 결부되어 기능한다.

근래 대법원과 헌법재판소는 영장주의와 관련한 의미 있는 판시를 내놓았고, 법원의 실무 관행도 변화하고 있다. 헌법재판소는 실시간 위치추적 등에 관하여 다른 방법으로는 수사가 어려운 경우에 한하여 제한적으로 허용되어야 하고, 인터넷회선 감청에 관하여 집행 및 집행 후 단계에서 법원이 수사기관을 통제할 수 있는 법적 장치를 두어야 한다는 결정을 하였다. 대법원도 컴퓨터 등 압수수색 사안에서 수사기관은 관련성 있는 정보만을 탐색하여야 하고 그 과정에서 형사소송법상 참여의 기회가 보장되어야 한다고 판시하였다. 이에 따라 일선 법원의 전자정보에 관한 압수수색 영장실무도 변화하고 있다.

외국에서는 전자정보 압수수색과 관련하여 입법적, 실무적으로 영장 발부 단계에서의 사전적 제한과 집행 및 집행 후 단계에서의 다양한 통제장치를 두고 있다. 이러한 외국의 실무례와 입법례도 전자정보 압수수색에 관하여 헌법의 기본권 보장 이념이 잘 구현된 선진적인 사법체계를 구축하는 데 도움이 될 것이다.

주제어: 영장주의, 전자정보, 일반영장 금지의 원칙, 포괄적 압수수색 금지의 원칙, 관련성의 원칙, 사전적 제한, 사후적 통제, 실시간 위치추적, 인터넷회선감청

* 창원지방법원 부장판사

- I. 머리말
- II. 영장주의의 의의와 예외
- III. 사생활보호의 자유와 영장주의
- IV. 전자정보의 압수수색과 기본권 보장을 위한 영장주의의 구현
- V. 맺음말

I. 머리말

영장주의는 수사기관이 강제처분을 함에는 법관이 발부한 영장에 의하여야 한다는 것으로, 강제처분이 남용되어 기본권이 침해되는 일이 없도록 그 허부를 수사기관의 판단에 맡기지 말고 법원의 판단에 맡겨야 한다는 원칙이다.

영장주의는 연혁적으로 영미법의 산물이다.¹⁾ 일찍이 영국에서는 “모든 사람의 집은 그의 성(castle)”이라는 법언이 있었고, 이를 인용한 1603년 *Saman's Case*²⁾에서 집주인은 왕의 대리인의 불법적 침입으로부터 그의 주거를 지킬 권리가 있다는 선언을 하기에 이르렀다. *Entick v. Carrington* 사건³⁾에서는 범죄적 성격이 있다고 주장되는 것만이 아니라 모든 서류를 압수 대상으로 하는 일반영장(writs of assistance)은 영국법에 위배된다고 판시하였다. 위 사건에서는 단지 일반영장적 성격뿐 아니라 ‘상당한 이유(probable cause)’에 관한 소명이 없고 압수물에 대한 보고가 요구되지 않았다는 점을 영장이 무효라는 근거로 삼았다. 식민지 시대 미국에서는 관세 징수와 밀수 단속을 위한 영국 당국의 무차별적인 일반영장이 활용되었고, 이에 미국 독립 후 각주의 권리선언과 연방 수정헌법 제4조에서 일반영장 금지의 취지를 명시하기에 이른다.⁴⁾ 위 수정헌법 조항은 문언상 중립적인 법관에 의한 영

1) 조기영, “신체침해에 있어서 강제처분법정주의와 영장주의”, 동북아법연구 제12권 제3호 (2019. 1.), 259.

2) 5 Coke's Repts. 91a, 77 Eng. Rep. 194 (K.G. 1604).

3) 19 Howell's State Trials 1029, 95 Eng. 807 (1705).

4) “불합리한 수색, 압수, 체포에 대하여 신체, 주거, 서류, 물건의 안전을 보장받을 인민의 권리는 침해될 수 없다. 영장은 상당한 이유가 있고, 선서나 확인에 의해 뒷받침되고, 특히

장을 꼭 발부받아야 하는지에 관하여 명확히 규정하지는 않았지만, 이후 판례에 의하여 수사기관은 실행 가능한 모든 경우(whenever practicable) 영장 절차에 의해 압수수색의 허가를 받아야 하고, 영장주의의 예외는 그 필요성을 뒷받침하는 근거(rationale)에 의해 한정되는 것으로 정리되었다.⁵⁾ 이처럼 영장주의와 일반영장 금지의 원칙은 그 탄생에서부터 긴밀하게 결부되어 있음을 알 수 있다. 또한 일련의 판례에 의해 영장은 중립적이고 이해관계 없는 치안판사(magistrate judge)에 의해 발부되어야 하는 것으로 요구되었다.⁶⁾ 영장주의에 의해 보호되는 이익은 종래 주거의 자유나 재산권적 이익으로 파악하였으나, 현재는 전반적인 사생활 보호로 인식되고 있는 추세이다. 미연방대법원은 *Katz v. United States* 판결⁷⁾ 이래 ‘합리적인 사생활 보호의 기대(reasonable expectation of privacy)’를 영장주의 적용의 주된 지표로 활용하고 있다.

한편 오늘날 정보화 사회가 급진전함에 따라 수사기관의 전자정보 수집은 실로 다양한 형태로 광범위하게 이루어지고 있고 이에 대한 사생활 보호 등 기본권 침해에 대한 문제의식이 사회적으로 새롭게 부각되고 있다. 한 소셜네트워크 대기업의 창업자가 “프라이버시는 죽었다.”고 말하여 여론의 뭇매를 맞기도 하였다. 이처럼 사생활 보호는 종래 ‘주거’와 같은 공간적 개념을 중심으로 논의되었으나 온갖 사생활이 전자적 형태로 온라인에서 이루어지는 현시대에 있어서 논의의 중심은 전기통신을 포함한 전자정보의 영역으로 이동할 수밖에 없다. 이에 발맞추어 근래 우리 대법원과 헌법재판소는 헌법 및 형사법상 적법절차의 원리와 영장주의의 의미를 새롭게 재조명하는 일련의 판결, 결정을 내놓았고, 법원의 실무 관행도 변화하고 있다. 비교법적으로 외국의 사례를 참고하고자 하는 움직임도 나타난다.

이 글에서는 이러한 경향에 초점을 맞추어 주로 전자정보 압수수색에 있어 헌법상 영장주의가 가지는 의미를 고찰하여 보고 입법론과 실무적 개선방안을 제시하고자 한다.

수색될 장소, 체포될 사람, 압수될 물품을 기재하지 아니하고는 이를 발부할 수 없다.” 참고로 원문의 ‘seizure’는 압수뿐만 아니라 해석상 체포도 포함하는 것으로 이해된다.

⁵⁾ *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1, 20 (1968), *Chimel v. California*, 395 U.S. 721 (1969) 등 참조. 그러나 시간이 갈수록 공익과 사익을 비교형량하는 기준의 도입 등 수많은 영장주의의 예외가 인정되어 이러한 논리가 무색해진 측면이 있다.

⁶⁾ 문성도, “영장주의의 비교법적 고찰 - 한국 헌법 제12조 제3항과 미연방헌법 제4조의 규범적 특징을 중심으로 -”, 형사법연구 제24호 (2005년 겨울), 174, 175.

⁷⁾ 389 U.S. 347 (1967).

II. 영장주의의 의의와 예외

1. 영장주의의 의의

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 하고, 제16조는 “모든 국민은 주거의 자유를 침해받지 아니한다. 주거에 대한 압수나 수색을 할 때에는 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.”고 하여 체포구속 및 압수수색에 있어서의 영장주의를 규정하고 있다. 이는 헌법상 적법절차 원리에서 도출되는 것으로도 이해된다.⁸⁾

영장주의는 독립적 지위를 가진 사법기관으로 하여금 국민의 기본권을 침해하는 강제처분의 허부를 판단하게 함으로써 그 남용을 방지하려는 데 의의가 있다. 헌법재판소도 “형사절차에 있어서의 영장주의란 체포·구속·압수 등의 강제처분을 함에 있어서는 사법권 독립에 의하여 그 신분이 보장되는 법관이 발부한 영장에 의하지 않으면 아니 된다는 원칙이고, 따라서 영장주의의 본질은 신체의 자유를 침해하는 강제처분을 함에 있어서는 중립적인 법관이 구체적 판단을 거쳐 발부한 영장에 의하여야만 한다는 데에 있다.”라고 실시하였다(헌법재판소 1997. 3. 27. 선고 96헌바 28, 31, 32 결정). 또한 이는 자유 제한의 허용 여부는 물론 그 유지 여부에 관하여도 오로지 법관만이 결정할 수 있다는 것을 의미한다(이른바 ‘법관유보의 원칙’). 따라서 검사가 10년 이상 구형한 경우 무죄판결에도 불구하고 구속영장이 효력을 지속하도록 규정하고 있는 구 형사소송법 규정이나, 보석허가결정에 대하여 검사의 즉시항고를 허용하여 그 즉시항고에 대한 항고심의 재판이 확정될 때까지 그 집행이 정지되도록 한 구 형사소송법 규정은 영장주의에 반한다(헌법재판소 1992. 12. 24. 선고 92헌가8 결정, 1993. 12. 23, 선고 93헌가2 결정 등).⁹⁾ 위 결정의 사안은 대인적 강제처분에 관한 것이나, 압수수색검증 등 대물적 강제처분에도 공통으로 적용되어야 할 내용이다.

⁸⁾ 성낙인, 헌법학(제19판), 법문사 (2019), 1083.

⁹⁾ 한수웅, 헌법학, 법문사 (2011), 609-610.

직접적이고 현실적인 강제력의 행사가 아니라 당사자의 협조가 필수적인 사안에서 사후적 제재를 통하여 간접적 강제수단을 사용하는 경우에는 영장주의가 적용되지 않는다. 따라서 영장 없는 지문채취나 음주측정에 응하지 않는 경우 이를 처벌하는 것은 영장주의에 위배되지 않는다(헌법재판소 2004. 9. 23. 선고 2002헌가17 결정, 1997. 3. 27. 선고 96헌가11 결정 등 참조).¹⁰⁾

2. 영장주의의 예외

헌법상 현행법체포와 긴급체포의 경우 사후에 영장을 청구할 수 있도록 하여 사전영장의 예외를 인정하고 있다(헌법 제12조 제3항 제2문). 국가형벌권의 행사가 심히 곤란하게 될 것이 분명한 경우이기 때문이다. 그런데 이러한 영장주의의 예외는 우리 헌법상 영장을 발부받을 의무를 완전히 면제하는 것이 아니라 단지 사후에 영장을 청구할 수 있도록 하고 있는 것이다. 헌법 제77조 제3항에서는 비상계엄이 선포된 때에 영장주의의 예외를 허용하고 있다. 입법자는 이러한 예외 인정을 임의로 할 수 없고 헌법이 스스로 인정하는 예외에 국한해야 한다.¹¹⁾ 따라서 주거의 자유와 관련하여 영장주의를 규정한 헌법 제16조 후문은 위 헌법 제12조 제3항 제2문과 같이 영장주의의 예외를 명문화하고 있지는 않으나, 같은 취지로 긴급성을 근거로 한 예외만이 인정된다고 해야 할 것이다.

이와 관련하여 작년 형사소송법의 압수수색에 관한 영장주의 예외 조항에 관한 의미 있는 헌법불합치 결정이 있었다.¹²⁾ 문제가 된 조항은 피의자를 체포하거나 구속하는 데 필요한 경우 타인의 주거 등에서 피의자 수색을 할 수 있게 하여 수색 강제처분에 있어 영장주의의 예외를 인정하였다(형사소송법 제216조 제1항 제1호). 헌법재판소는 헌법 제12조 제3항과 제16조의 관계 등에 비추어 이러한 경우 영장주의의 예외는 ① 그 장소에 범죄혐의 등을 입증할 자료나 피의자가 존재할 개연성이 소명되고, ② 사전에 영장을 발부받기 어려운 긴급한 사정이 있는 경우에만 제한적으로 허용될 수 있다고 보았다. 그런데 해당 형사소송법 조항은 사전에 영장을 발부받기 어려운 긴급한 사정이 있는지 여부를 구별하지 않고 타인의 주거에 대한 피의

10) 한수웅, 위의 책, 610-611.

11) 한수웅, 위의 책, 611.

12) 헌법재판소 2018. 4. 26. 선고 2015헌바370, 2016헌가7 (병합) 결정

자 수색을 허용하고 있어 헌법 제16조의 영장주의 예외 요건을 벗어나 영장주의에 위반된다고 판단하였다. 앞서 본 바와 같이 영장주의의 예외는 헌법이 스스로 인정하는 범위 내에 국한되어야 한다는 점에서 지극히 타당한 판시라고 생각된다. 이는 체포구속에 수반한 압수수색에 대하여 부수처분설이 아닌 긴급행위설을 지지한 결정이라고 평가여진다.¹³⁾

III. 사생활보호의 자유와 영장주의

1. 사생활보호의 자유권

헌법은 사생활 영역을 보호하는 기본권인 주거의 자유(제16조), 사생활의 비밀과 자유(제17조), 통신의 비밀(제18조) 등을 규정하고 있다. 이는 인간의 존엄성 실현과 자유로운 인격 발현을 위한 헌법 제10조의 행복추구권에 대한 특별규정으로서의 의미를 가진다. 사생활 보호는 개인의 안전에 관한 기본권이라는 점에서 신체의 자유와 공통점을 가지나, 육체적 안전이 아니라 인격과 관련된 신상의 안전에 관한 기본권이라는 점에서 구별된다.¹⁴⁾

사생활 보호에 관한 기본권의 보장기능은 우선적으로 사생활 영역을 외부로부터 차단하고자 하는 것이다. 정보통신기술의 발전과 정보사회화에 따라 현대사회에서 사생활 영역에 대한 침해가능성은 단지 주거와 같이 공간적으로 제한된 영역에 국한되지 않고 사생활이라 부를 수 있는 모든 영역에서 전면적으로 확대되었다. 이러한 점에서 사생활 영역의 보호는 ‘사생활에 관한 정보의 보호’로 그 성격을 규정할 수 있다.¹⁵⁾ 사생활 보호의 기본권에 관하여 이와 같이 외부 공개를 막는 형태로 해석하는 데에서 더 나아가 ‘자기 정보를 관리·통제할 수 있는 권리’를 포함한다고 하면서 적극적인 측면을 강조하기도 한다.¹⁶⁾

13) 이상원, “체포영장만으로 피의자 수색위한 주거수색은 영장주의 위반”, 법률신문 (2019. 5. 2.), 12.

14) 성낙인, 앞의 책, 1228.

15) 한수웅, 앞의 책, 658-659.

16) 성낙인, 앞의 책, 1229. 그 헌법적 근거에 대하여는 ① 인간의 존엄과 가치를 규정한 일반 규정인 헌법 제10조에서 근거를 찾는 견해, ② 헌법 제17조를 근거로 하는 견해, ③ 두 조

2. 사생활의 침해가 정당화되는 경우

헌법 제16조 후문은 “주거에 대한 압수나 수색을 할 때에는 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.”고 하여 주거의 자유는 절대적으로 보장되는 것이 아니고 다른 이익을 위해 국가기관에 의해 제한될 수 있음을 천명하면서 그 절차적 정당화의 근거로 영장주의를 제시한다. 이는 비단 공간적 사생활 영역인 주거뿐 아니라 헌법 제17조에 의하여 보호되는 다른 사생활의 영역에 있어서도 마찬가지라고 할 것이다.

이와 같이 사생활 영역의 침해에 대해서는 영장주의가 적용되지만, 신체의 자유에 대한 제한의 경우와 마찬가지로(헌법 제12조 제3항 단서) 앞서 본 바와 같이 법관에게 영장을 청구하면 압수수색의 목적 내지 국가형벌권의 적정한 행사가 담보될 수 없는 이른바 ‘긴급한 사정’이 있는 경우에는 그 예외가 허용될 수 있을 것이다. 형사소송법은 이에 따른 예외를 구체적으로 규정하면서 사후영장을 받을 것을 요구하고 있다(형사소송법 제216조, 제217조).¹⁷⁾ 이러한 경우 영장주의의 예외를 정당화하는 사유는 엄격하게 해석되어야 하고, 법관에게 사전영장을 청구하는 경우 증거의 발견 등 그 목적이 달성될 수 없다는 가정적 판단이 구체적 사실에 의하여 정당화되어야 한다.¹⁸⁾

헌법 제18조에 의하여 보호되는 통신의 비밀에 관해서는 통신비밀보호법이 그 제한의 요건과 절차를 특별히 규정하고 있다. 헌법은 명시적으로 규정하고 있지 않지만 통신의 자유에 대한 제한에 있어서도 영장주의의 핵심인 법관유보의 원칙은 적용된다(통신비밀보호법 제6조, 제8조, 제13조).

3. 사생활 침해에서 영장주의의 실질적 보장

문을 종합하여 이해하는 견해가 있고, 대법원과 헌법재판소는 헌법 제10조, 제17조 모두에서 그 근거를 구하는 것으로 보인다(같은 책, 1236-1237).

17) 물론 형사소송법 제218조는 ‘영장에 의하지 아니한 압수’라는 제목 하에 피의자 등이 유류한 물건이나 소유자 등이 임의로 제출한 물건을 영장 없이 압수할 수 있다고 규정하고 있고 이 경우 사후영장도 요구되지 않으나, 이는 강제처분이라고 할 수 없으므로 영장주의 자체가 적용되지 않는다고 보아야 한다.

18) 한수웅, 앞의 책, 663.

사생활 영역을 침해하는 절차적 정당성의 근거로서 영장주의는 형사소송법과 통신비밀보호법의 여러 규정에 의하여 구체적인 모습으로 나타난다.

가. 일반적인 압수수색의 경우

보통 압수수색검증영장은 사생활 영역의 침해와 관련이 있고, 체포구속영장은 신체의 자유와 관련이 있다고 할 것이다. 그러나 대법원이 마약혐의자에 대한 강제체뇨에 관하여 압수수색의 방법으로 가능하다고 판시¹⁹⁾한 데에서 알 수 있듯이 이러한 구분이 절대적인 것은 아니다. 압수수색영장의 집행에 필요한 처분(형사소송법 제120조)에 신체의 자유를 침해하는 내용이 포함될 수 있다.

일반적으로 압수수색의 영장 청구가 있는 경우 법관은 그 허부를 심사하면서 압수수색의 필요성이 있는지를 제시된 자료에 근거하여 형사소송법 규정에 의해 검토하게 되는데, 예컨대 ‘피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 정황’이 있는지, ‘압수할 물건, 수색할 장소’ 등이 특정되어 있는지, 이들 압수수색의 대상이 ‘해당 사건과 관계’가 있는지, 증거물이나 몰수할 물건 등을 발견할 가능성이 있는지 등 요건과 필요성을 심리하게 된다(형사소송법 제114조, 제215조 등). 이와 같은 영장 요건의 심리와 이후 발부된 영장의 집행에 적용되는 원칙들은 ‘일반영장 금지의 원칙’, ‘관련성의 원칙’, ‘포괄적 압수수색 금지의 원칙’ 등으로 불리기도 하며, 이후 형사 본안 사건이나 압수수색 처분에 대한 준항고 사건 등에서 수집된 증거의 위법성 판단이나 그 배제 여부를 결정하는 척도가 된다. 기본권을 침해하는 국가기관의 강제처분 남용을 방지하고자 하는 헌법상 적법절차의 원리와 영장주의, 기본권 제한에 있어서의 과잉금지 원칙 내지 비례의 원칙 등을 형사절차법적으로 구현한 것이라고 할 수 있다.

앞서 본 바와 같이 연혁적으로 초기 영장주의를 명문화한 미국 수정헌법 제4조가 식민지 시대 미국의 일반영장(writ of assistance) 폐해에 대한 대응으로 입안되었다는 점을 고려하면 이러한 원칙들은 영장주의와 긴밀하게 결부된 헌법적 차원의 원

19) 대법원 2018. 7. 12. 선고 2018도6219 판결. 이 판결에 대해서는 강제체뇨와 같이 심각한 신체 침해를 그 절차나 요건에 관하여 직접 규율하는 명문 규정이 없이 일반적인 압수수색에 의해 허용하는 것은 헌법 제12조 제1항, 형사소송법 제199조 제1항 단서에 규정된 강제처분 법정주의와 영장주의의 관점에서 문제가 있다는 비판이 있다(조기영, 앞의 논문, 253 이하).

리로 보아도 무방할 것이다.

나. 통신정보에 대한 압수수색의 경우

통신비밀보호법은 내용적 정보에 관한 우편물의 검열 또는 전기통신의 감청(통신 제한조치)과 일정한 비내용적 정보에 관한 통신사실 확인자료제공으로 나누어 허가 요건과 절차를 규율하고 있다. 전자가 후자에 비해 엄격한 요건과 절차가 요구된다. 작년 통신의 자유를 침해하는 통신비밀보호법상 조치에 관하여 주목할 만한 헌법불합치 결정들이 나왔는바, 이를 중심으로 살펴본다.

(1) 통신사실 확인자료 관련²⁰⁾

통신사실 확인자료는 가입자의 전기통신일시, 전기통신개시·종료시간, 발·착신 통신번호 등 상대방의 가입자번호, 사용도수, 컴퓨터통신 또는 인터넷의 사용자가 전기통신역무를 이용한 사실에 관한 로그기록자료, 정보통신망에 접속된 정보통신기기의 위치를 확인할 수 있는 발신기지국의 위치추적자료,²¹⁾ 접속지의 추적자료 등 비내용적 정보이다(통신비밀보호법 제2조 제11호).²²⁾ 그 중 (과거의 위치추적자료가 아닌) 실시간 위치추적, 불특정 다수에 대한 위치추적, 기지국 수사²³⁾ 등이 해당 결정례 사안에서 문제가 되었다. 헌법재판소는 위와 같은 형태의 통신사실 확인자료제

20) 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고 2012헌마191, 550, 2014헌마357(병합) 전원재판부 결정, 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고 2012헌마538 전원재판부 결정 등

21) 따라서 휴대전화의 위치를 나타내는 것이라도 기지국을 통한 위치정보가 아닌 인공위성을 통한 GPS 위치정보는 통신비밀보호법상 통신사실 확인자료의 규율 범위를 벗어난다고 한다(홍성욱, “핸드폰 위치추적과 영장주의”, Law & Technology, 서울대학교 기술과법센터 (2018), 12). 이러한 위치정보는 ‘개인위치정보’로서 ‘위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률’에서 규율하고 있고, 원칙적으로 정보주체의 동의가 없는 한 제공이 금지된다(동법 제15조 제1항).

22) 전기통신사업자가 보유하고 있는 이용자의 성명, 주민등록번호, 주소, 전화번호, 아이디, 가입일 또는 해지일 등 비내용적 정보는 전기통신사업법상 통신자료 제공요청의 대상이 된다(전기통신사업법 제83조 제3항). 그런데 해당 조항은 법원, 검사 또는 수사관서의 장 등이 통신자료 제공을 요청하면 해당 사업자가 이에 ‘따를 수 있다’고 하여 제공 여부를 임의적으로 규정하고 있다. 사업자가 불응하는 경우 그 제출을 강제하기 위해서는 일반적인 압수수색영장이 요구된다.

23) 해당 사안에서는 수사기관이 법원의 허가를 받아 CCTV에 나타난 성명불상자의 신원을 확인하기 위하여 특정 시간대에 특정 기지국을 이용하여 착발신한 전화번호 등 659명의 통신자료를 제공받은 것이 문제가 되었다.

공도 강제처분에 해당되어 헌법상 영장주의가 적용된다고 하면서 그 본질은 강제처분을 함에 있어 중립적인 법관이 구체적인 판단을 거쳐야 한다는 점을 분명히 하였다. 문제가 된 허가 조항은 수사기관이 관할 법원의 허가를 받도록 하고 있으므로 영장주의에 위배되지는 않는다고 보았으나, 위 실시간 위치추적 정보 등은 민감한 정보이고 관련 규정 내용이 수사의 필요성만을 허가 요건으로 하고 있어 제대로 된 통제가 이루어지기 어려운 점 등을 지적하면서 헌법상 과잉금지원칙에 위배된다고 판단하여 헌법불합치 결정을 하였다. 위 결정에서 헌법재판소는 수사의 필요성뿐만 아니라 보충성이 있을 때, 즉 다른 방법으로는 범죄 실행을 저지하거나 범인의 발견·확보 또는 증거의 수집·보전이 어려운 경우에 한하여 수사기관이 (실시간) 위치추적 정보의 제공을 요청할 수 있게 하는 방법, 통신제한조치가 가능한 범죄 이외의 범죄와 관련해서는 보충성이 있는 경우에 한하여 수사기관이 위치정보 추적자료의 제공을 요청할 수 있도록 하는 방법을 입법론으로 제시하였는데, 실제 입법이 어떻게 이루어질지 그 귀추가 주목된다. 이러한 내용은 내용적 정보와 비내용적 정보를 구분한 현행 통신비밀보호법상 이원적 규율 체계에서 그 중간 단계에 해당하는 규율 내용을 신설하라는 취지다. 위와 같은 이원적 구분은 어디까지나 상대적이고 편의적일 수밖에 없다는 점에서 합리적인 판시 내용이라고 생각된다.

참고로 현재 법원의 영장 실무상으로도 실시간 위치추적 등은 다른 통신사실 확인자료와 구별하여 단순히 수사의 필요성만 심리하는 데에서 더 나아가 ① 소재불명인 피의자에 대한 체포영장이나 미체포 피의자에 대한 구속 심문을 위한 구인영장 집행을 위해 필요한 경우, ② 대포폰 사용 등으로 피의자를 특정하기 곤란하여 체포영장 등을 발부받기 곤란하나 그 신원 특정과 추적, 검거가 필요한 경우, ③ 소재가 확인되지 않은 마약사범의 소변, 모발 등에 대한 압수수색 영장의 집행을 위하여 필요한 경우, ④ 여러 피의자들이 여러 장소를 옮겨 다니며 저지르는 범죄(예컨대 도박장개설죄, 국가보안법위반죄 등) 사건에서 수색할 장소를 특정하기 위해 필요한 경우, ⑤ 실종, 납치 사건 등 수사 목적상 불가피한 경우에 한정하여 실시간 위치추적 등을 허가하고 있다. 법원 실무는 위 헌법재판소 결정에서 실시한 ‘보충성 요건’을 사실상 적용하고 있는 셈이다.

다음으로 위 현재 결정에서는 실시간 위치추적 자료 등에 관한 통지의무 조항에 대해서도 헌법상 적법절차원칙에 위배된다고 판단하였다. 해당 조항은 수사기관이 자료를 제공받은 사건에 관하여 공소를 제기하거나, 기소중지를 제외한 불기소처분

등을 한 때에 그 처분을 한 날부터 30일 이내에 자료를 제공받은 사실과 제공요청 기관 및 그 기간 등을 서면으로 통지하도록 하고 있다. 헌법재판소는 해당 조항에 따르면 수사가 계속 진행되거나 기소중지처분이 있는 경우 정보주체에게 통지할 의무가 없어 정보주체가 수사기관의 권한남용에 적절한 대응을 할 수 없게 됨을 지적하면서 정보주체의 절차적 권리와 개인정보자기결정권을 충분히 보장하기에 미흡하다고 판시하였다. 그러면서 정보주체의 기본권을 덜 침해하는 방법으로 ① 수사가 장기간 계속되는 경우에도 자료 제공 후 일정한 기간 내에 통지하도록 하되, 수사 지장을 초래하는 경우 법원 등의 허가를 얻어 통지를 유예하는 방법, ② 정보주체가 통지를 신청할 수 있도록 하는 방법, ③ 통지의무 위반의 경우 효과적으로 제재할 수 있도록 하는 방법 등을 입법안으로 제시하고 있다. 모두 병행할 수 있는 방법들로서 실제 입법이 어찌될지 귀추가 주목된다. 아래에서 언급할 캘리포니아 전자통신 사생활보호법의 관련 내용이 참고가 될 수 있다.

(2) 통신제한조치 관련²⁴⁾

헌법재판소는 내용적 정보인 전기통신 감청 중 인터넷회선 감청에 대해 다음과 같이 판단하였다.

인터넷회선감청은, 인터넷회선을통하여 흐르는 전기신호 형태의 ‘패킷’을 중간에 확보한 다음 재조합 기술을 거쳐 그 내용을 파악하는 이른바 ‘패킷감청’의 방식으로 이루어진다. 따라서 이를 통해 개인의 통신뿐만 아니라 사생활의 비밀과 자유가 제한된다.

오늘날 인터넷 사용이 일상화됨에 따라 국가 및 공공의 안전, 국민의 재산이나 생명·신체의 안전을 위협하는 범행의 저지나 이미 저질러진 범죄수사에 필요한 경우 인터넷 통신망을 이용하는 전기통신에 대한 감청을 허용할 필요가 있으므로 이 사건 법률조항은 입법목적의 정당성과 수단의 적합성이 인정된다.

인터넷회선 감청으로 수사기관은 타인 간 통신 및 개인의 내밀한 사생활의 영역에 해당하는 통신자료까지 취득할 수 있게 된다. 따라서 통신제한조치에 대한 법원의 허가 단계에서는 물론이고, 집행이나 집행 이후 단계에서도 수사기관의 권한 남용을 방지하고 관련 기본권 제한이 최소화될 수 있도록 입법적 조치가 제대로 마련되어 있어야 한다.

24) 헌법재판소 2018. 8. 30. 선고 2016헌마263 결정.

법은 “범죄를 계획 또는 실행하고 있거나 실행하였다고 의심할만한 충분한 이유가 있는 경우” 보충적 수사 방법으로 통신제한조치가 활용하도록 요건을 정하고 있고, 법원의 허가 단계에서 특정 피의자 내지 피내사자의 범죄수사를 위해 그 대상자가 사용하는 특정 인터넷회선에 한하여 필요한 범위 내에서만 감청이 이루어지도록 제한이 되어 있다(법 제5조, 제6조).

그러나 ‘패킷감청’의 방식으로 이루어지는 인터넷회선 감청은 수사기관이 실제 감청 집행을 하는 단계에서는 해당 인터넷회선을 통하여 흐르는 불특정 다수인의 모든 정보가 패킷 형태로 수집되어 일단 수사기관에 그대로 전송되므로, 다른 통신제한조치에 비하여 감청 집행을 통해 수사기관이 취득하는 자료가 비교할 수 없을 정도로 매우 방대하다는 점에 주목할 필요가 있다.

불특정 다수가 하나의 인터넷회선을 공유하여 사용하는 경우가 대부분이므로, 실제 집행 단계에서는 법원이 허가한 범위를 넘어 피의자 내지 피내사자의 통신자료뿐만 아니라 동일한 인터넷회선을 이용하는 불특정 다수인의 통신자료까지 수사기관에 모두 수집·저장된다. 따라서 인터넷회선 감청을 통해 수사기관이 취득하는 개인의 통신자료의 양을 전화감청 등 다른 통신제한조치와 비교할 바는 아니다.

따라서 인터넷회선 감청은 집행 및 그 이후에 제3자의 정보나 범죄수사와 무관한 정보까지 수사기관에 의해 수집·보관되고 있지는 않는지, 수사기관이 원래 허가받은 목적, 범위 내에서 자료를 이용·처리하고 있는지 등을 감독 내지 통제할 법적 장치가 강하게 요구된다.

그런데 현행법은 관련 공무원 등에게 비밀준수의무를 부과하고(법 제11조), 통신제한조치로 취득한 자료의 사용제한(법 제12조)을 규정하고 있는 것 외에 수사기관이 감청 집행으로 취득하는 막대한 양의 자료의 처리 절차에 대해서 아무런 규정을 두고 있지 않다.

현행법상 전기통신 가입자에게 집행 통지는 하게 되어 있으나 집행 사유는 알려주지 않아야 되고, 수사가 장기화되거나 기소중지 처리되는 경우에는 감청이 집행된 사실조차 알 수 있는 길이 없도록 되어 있어(법 제9조의2), 더욱 객관적이고 사후적인 통제가 어렵다. 또한 현행법상 감청 집행으로 인하여 취득된 전기통신의 내용은 법원으로부터 허가를 받은 범죄와 관련되는 범죄를 수사·소추하거나 그 범죄를 예방하기 위하여도 사용이 가능하므로(법 제12조 제1호) 특정인의 동향 파악이나 정보수집을 위한 목적으로 수사기관에 의해 남용될 가능성도 배제하기 어렵다.

인터넷회선 감청과 동일하거나 유사한 감청을 수사상 필요에 의해 허용하면서도, 관련 기본권 침해를 최소화하기 위하여 집행 이후에도 주기적으로 경과보고서를 법원에 제출하도록 하거나, 감청을 허가한 판사에게 감청 자료를 봉인하여 제출하도록 하거나, 감청자료의 보관 내지 파기 여부를 판사가 결정하도록 하는 등 수사기관이 감청 집행으로 취득한 자료에 대한 처리 등을 객관적으로 통제할 수 있는

절차를 마련하고 있는 입법례가 상당수 있다.

이상을 종합하면, 이 사건 법률조항은 인터넷회선 감청의 특성을 고려하여 그 집행 단계나 집행 이후에 수사기관의 권한 남용을 통제하고 관련 기본권의 침해를 최소화하기 위한 제도적 조치가 제대로 마련되어 있지 않은 상태에서, 범죄수사 목적을 이유로 인터넷회선 감청을 통신제한조치 허가 대상 중 하나로 정하고 있으므로 침해의 최소성 요건을 충족한다고 할 수 없다.

이러한 여건 하에서 인터넷회선의 감청을 허용하는 것은 개인의 통신 및 사생활의 비밀과 자유에 심각한 위협을 초래하게 되므로 이 사건 법률조항으로 인하여 달성하려는 공익과 제한되는 사익 사이의 법익 균형성도 인정되지 아니한다.

그러므로 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위반하는 것으로 청구인의 기본권을 침해한다.

이 결정은 인터넷회선 감청 내지 패킷 감청으로 불리는 통신제한조치에 대해 통신의 자유에 대한 침해가 불특정 다수를 대상으로 광범위하게 이루어지는 특징 등에 착안하여 집행 단계와 집행 이후 단계에서 수사기관의 권한 남용을 통제하는 법적 장치를 두어야 한다고 본 점에 그 의의가 있다. 해당 결정에서는 미국의 전기통신비밀보호법(Electronic Communications Privacy Act)에서 감청 집행에 관한 경과 보고서와 감청자료를 법원에 제출하도록 한 사례, 독일의 경우 형사소송법에 감청결과를 법원에 보고하도록 하고 사적인 생활 형성의 핵심적 영역에 속하는 경우 해당 기록을 삭제하도록 한 사례, 일본의 통신방수법에서 감청한 기록매체를 봉인하여 법원에 제출하도록 하고 법원이 무관 기록을 삭제하도록 한 사례 등을 열거하고 있다. 허가 후 집행 및 집행 종료 단계에서 법원의 사후적 통제 장치를 전혀 마련하고 있지 않은 우리에게 시사하는 바가 크다.

그런데 유의할 점은 앞서 본 실시간 위치추적이나 인터넷 감청에 관한 헌법재판소 결정에 나타난 엄격한 요건 부여나 통제장치를 둘 필요성은 비단 해당 사건의 기본권 침해수단에만 한정되지는 않는다는 사실이다. 예컨대 휴대전화의 GPS 위치 정보나 외국에서 활용되는 위장기지국(Stingray)²⁵⁾에 의한 위치정보 수집, 위치추적

25) 진짜 기지국인 것처럼 휴대전화를 속이는 신호를 보냄으로써 휴대전화로 하여금 정보를 전송하도록 강제하여 확보하는 장치이다. 여러 나라에서 실제 수사와 군사적 목적에 활용되고 있다. 불특정 다수의 휴대전화 정보를 무차별적으로 수집하는 기능은 수사 목적으로 이용될 경우 헌법적으로 허용되는 범위를 넘게 될 가능성이 크다(손지영·김주석, 압수·수색 절차의 개선방안에 관한 연구, 사법정책연구원 (2016), 120-121).

기기(tracking device) 부착에 의한 정보 수집, 민감한 내용의 가입자 신원에 관한 정보 수집 등 기본권 침해에 대하여 특별한 보호가 필요한 많은 경우가 있을 수 있다. 이들은 모두 우리 형사소송법상 일반적인 압수수색 영장절차에 의할 수밖에 없는데, 위 현재 결정의 취지대로 통신비밀보호법이 그 요건과 절차가 강화되는 방향으로 개정되더라도 이들은 그 규율 대상에 포함되지 않게 된다. 그런데 이들이 개정된 통신비밀보호법상 규율 대상이 아니라는 이유만으로 위 결정례 사안들보다 보호를 덜 받아야 된다고 한다면 불합리한 결과가 된다. 이러한 맥락에서 특히 전자정보의 경우 그 정보의 방대함과 비가시적이고 잠재적인 성격 등을 고려하여 일반적인 압수수색영장 발부 단계 및 그 집행 단계, 집행 종료 후 단계에서 법원이 통제할 수 있는 다양한 장치를 둔 외국의 입법례나 실무례를 도입할 필요성이 제기된다.²⁶⁾ 근래 미국 연방대법원이 디지털 기술 변화의 특성에 착안하여 휴대전화 위치정보를 수집하려면 수사기관은 종래의 간이한 통신사실 확인자료 제공명령(Court order for disclosure) 절차에 의할 것이 아니라 보다 엄격한 수정헌법상 수색영장(Search warrant) 절차에 의해 이를 획득하여야 한다고 판시한 취지를 참고할 수 있다.²⁷⁾

다. 기타 관련 결정례

경찰이 피의자를 검거하기 위해 요양급여내역을 요청하고 건강보험공단이 이에 응한 사안에서 헌법재판소는 위 요청이 근거한 형사소송법상 제199조 제2항에 따른 사실조회행위는 강제력이 개입되지 아니한 임의수사에 해당하여 영장주의는 적용되지 않는다고 하였으나, 이에 응하여 제공된 요양급여내역은 개인정보보호법상 민감정보에 해당하여 범죄수사를 위하여 불가피한 경우에만 제공될 수 있는데, 해당 사건 다수의견은 전기통신사업자에 대한 위치추적자료 등으로 피의자의 소재를 파악할 수 있었으므로 불가피하였다고 보기 어려워 과잉금지원칙에 위배된 개인정보자

26) 구체적인 외국의 입법례, 실무례에 대해서는 손지영·김주석, 위의 책, 195 이하 참조.

27) *Carpenter v. United States*, 138 S.Ct. 2206 (2018). 종래 정보주체가 서비스제공자 등 제3자에게 자신의 정보(업무기록, 통화기록 등)를 자발적으로 제공한 경우 합리적인 사생활보호의 기대를 포기한 것으로 간주하여 헌법상 영장이 필요 없다는 법리인 이른바 ‘제3자 원칙(Third Party Doctrine)’을 휴대전화 위치정보에 한하여 폐기하였다. 위 판결은 정보주체의 사생활보호 측면에서 영장주의가 적용된다는 논리를 채용하였는데, 이는 차량에 대한 GPS 추적장치 부착 수사를 해당 차량에 대한 재산적 침해(trespass)로 보아 영장주의가 적용된다고 한 *United States v. Jones*, 565 U.S. 400 (2012) 판결과는 문제에 대한 접근방식을 달리한 것이다.

기결정권의 침해라고 보았다.²⁸⁾ 해당 정보가 압수수색 영장 절차의 형식으로 이루어진다고 하더라도 개인정보 보호법의 취지상 담당 법관은 해당 범죄수사를 위하여 불가피한 경우인지 여부를 심리하여야 할 것이다.

특수주거침입죄 유죄확정판결을 받은 피고인에 대한 판사의 디엔에이감식시료 채취영장 발부 행위가 문제된 사안에서 헌법재판소는 영장 발부 자체는 헌법소원심판의 대상이 될 수 없는 재판에 해당하고, 채취의 근거 조항도 과잉금지원칙을 위반하여 신체의 자유를 침해하는 것은 아니나, 해당 채취의 영장절차 조항은 채취대상자에게 자신의 의견을 진술할 수 있는 기회를 절차적으로 보장하거나 불복할 수 있는 절차 등에 관하여 규정하고 있지 않으므로 재판청구권을 과도하게 제한한다고 보았다.²⁹⁾ 이는 디엔에이감식시료채취영장이 그 정보가 영구히 보관 관리됨으로써 신체의 자유와 개인정보자기결정권 등에 대한 중대한 제한이 있다는 특성에 착안하여 구속영장 심문에 준하여 피압수수색 대상자에게 영장 발부 절차에 참여하여 의견을 진술할 기회를 절차적으로 보장해야 한다고 실시하고 있다. 위와 같은 결정의 논리를 연장하면 일반적인 압수수색영장절차에서도 기본권 침해가 심대한 경우에는 형사소송법이 그 집행에 참여할 권리를 보장한 것과는 별도로 영장 발부 절차에서도 피압수수색 대상자에게 절차에 참여하여 의견을 진술할 권리를 어느 정도 보장할 필요성이 있음을 시사한다. 현재 우리 압수수색영장 실무에서는 서면 심리를 통해서만 범죄혐의나 압수수색 요건 충족 여부를 심사하고 있는데, 비교법적으로 미국 뉴욕 주의 예와 같이³⁰⁾ 필요한 경우 영장담당 법관이 관련된 정보를 알고 있는 모든 사람을 신문할 수 있도록 하는 방법 등을 도입할 필요성도 있다.

불법시위 참가자들에 대한 경찰의 촬영행위와 관련하여 현재는 범행이 이루어지고 있거나 행하여진 직후이고, 증거보전의 필요성 및 긴급성이 있으며, 일반적으로 허용되는 상당한 방법에 의한 경우로 제한된 경우 영장 없이 이루어졌다 하더라도 위법하다고 할 수 없다고 판단하였다.³¹⁾ 채증을 위해 불법시위 참가자들에 대하여

28) 헌법재판소 2018. 8. 30. 선고 2014헌마368 결정.

29) 헌법재판소 2018. 8. 30. 선고 2016헌마344, 2017헌마630(병합) 결정

30) NY CPL §690.40 “청구에 대한 결정을 함에 있어 법원은 선서 하에 관련된 정보를 알고 있는 모든 사람을 신문할 수 있다. 이러한 신문은 법원에 의해 기록되거나 요약되어야 한다.”

31) 헌법재판소 2018. 8. 30. 선고 2014헌마843 결정. 다만, 기각의견(4인의 의견이나 위헌의견의 위헌 정족수 미달로 합헌 판단됨)의 해당 판시 내용은 대법원 1999. 9. 3. 선고 99도 2317 판결 내용을 그대로 인용한 것이다.

행한 촬영행위를 일정한 요건 하에 영장주의가 적용되지 않는 임의수사의 한 방법으로 인정한 것이라고 할 수 있다. 따라서 예컨대 기술적으로 일반적이지 않은 특수한 방법을 사용하는 경우 등 이러한 요건을 벗어나는 촬영행위라면 강제처분으로 보아야 하므로 영장주의를 적용하여야 할 것이다.³²⁾

IV. 전자정보의 압수수색과 기본권 보장을 위한 영장주의의 구현

1. 전자정보의 특성

앞서 본 바와 같이 오늘날 정보통신기술의 발달로 사생활이나 경제활동의 많은 측면이 디지털 환경에서 이루어지고 있고, 형사법정에서 유체물이 아닌 전자정보 자체를 증거로 사용할 필요성도 높아지고 있다. 전자정보는 별도의 장치 없이 그 내용의 인식이 불가능하나 장치와는 독립된 증거가치를 지니고, 작성자가 의도하지 않은 온갖 정보가 자동으로 생성되어 저장되며, 그 양도 종이 등 전통적인 매체에 의한 정보와는 비교할 수 없을 정도로 방대한 경우가 많고, 네트워크 등을 통해 전송, 저장되어 기존의 장소적 개념이 무의미하게 되는 등 기존의 유체물 증거와 구별되는 여러 특성을 지닌다. 이 때문에 수사를 함에 있어서도 하나의 저장매체 안에 범죄혐의와 관련된 정보와 무관한 정보가 혼재되어 있음으로 인하여 수사기관의 의도와 관계없이 포괄적, 탐색적 압수수색으로 이어지기 쉽다.

이러한 특성으로 말미암아 전자정보에 대한 압수수색은 개인의 사생활이나 기업의 영업비밀 등 재산권을 침해할 가능성이 한층 높아진다고 할 수 있다. 따라서 이를 특별히 규율할 필요가 생겼고, 2011년 형사소송법 개정³³⁾에 의하여 제106조 제3항, 제4항, 제114조 제1항 단서 등 이에 관한 규정이 새롭게 도입되었다.

2. 압수수색의 대상 및 방법에 관한 제한

³²⁾ 참고로 미연방대법원은 열화상(熱晝像, Thermal Imaging) 장치를 사용하여 집 밖에서 각 방의 상대적 온도 차이를 감지한 결과 마약 재배 사실을 밝혀낸 사건에서 이는 일반적이지 않은 특수한 기술을 사용한 것으로 수색에 해당하여 영장이 필요하다고 판시한 바 있다(Kyllo v. U.S., 533 U.S. 27 (2001)).

³³⁾ 손지영·김주석, 앞의 책, 39-40.

가. 현재 압수수색 영장 실무상의 제한³⁴⁾

종래 압수수색의 대상이 전자정보를 담은 유체물인지, 전자정보 자체인지에 관하여 논란이 있었으나, 근래에는 전자정보 자체가 압수수색의 대상이 된다는 견해가 설득력을 얻고 있다. 만약 압수수색의 대상을 저장매체로 볼 경우 범죄혐의와 관련 있는 정보와 무관한 정보가 혼재되어 있는 전자정보의 특성으로 인해 포괄적 압수수색이 사실상 허용되는 결과가 되기 때문이다.³⁵⁾ 수사기관이 체포 과정에서 적법하게 수색하여 이미 압수한 휴대폰에 저장된 전자정보도 영장 없이는 수색할 수 없다고 판시한 미국 연방대법원의 기념비적인 *Riley v. California* 판결³⁶⁾에서도 이러한 점은 명확히 인식되고 있다. 다음의 개정 형사소송법 조항도 이러한 점을 전제로 하고 있다고 볼 수 있다.

형사소송법 제106조 제3항

법원은 압수의 목적물이 컴퓨터용디스크, 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체(이하 이 항에서 ‘정보저장매체등’이라 한다.)인 경우에는 기억된 정보의 범위를 정하여 출력하거나 복제하여 제출받아야 한다. 다만, 범위를 정하여 출력 또는 복제하는 방법이 불가능하거나 압수의 목적을 달성하기에 현저히 곤란하다고 인정되는 때에는 정보저장매체등을 압수할 수 있다.

이는 2011년 개정 당시 신설된 조항으로 전자정보의 대량성, 잠재성 등으로 피의자, 피의사실과 관련이 없는 정보가 수집되어 기본권 침해의 우려가 큰 점 등을 감안하여 정보 등 수집에 관한 수사기관의 권한 남용을 방지하고자 하는 취지이다. 이러한 취지에 비추어보면 ‘압수의 목적물’이 정보저장매체인 것처럼 기술한 문언에도 불구하고 실질적인 압수수색의 대상은 전자정보 그 자체라고 보아야 한다. 수사의 궁극적인 목표는 증거가 되는 정보의 수집에 있지 이를 저장한 용기에 불과한 저장매체에 있지 않다.

대법원은 2011. 5. 26.자 2009도1190 결정(이른바 ‘전교조 사건’)에서 다음과 같이 판시하고 있다.

34) 손지영·김주석, 앞의 책, 39 이하 참조.

35) 남성우, “휴대용 디바이스에 연관된 전자정보의 압수수색과 영장주의”, 2017년 법관연수 어드밴스 과정 연구논문집, 사법연수원 (2018), 71.

36) 134 S.Ct. 2473 (2014).

전자정보에 대한 압수·수색영장을 집행할 때에는 원칙적으로 영장 발부의 사유인 혐의사실과 관련된 부분만을 문서 출력물로 수집하거나 수사기관이 휴대한 저장매체에 해당 파일을 복사하는 방식으로 이루어져야 하고, 집행현장 사정상 위와 같은 방식에 의한 집행이 불가능하거나 현저히 곤란한 부득이한 사정이 존재하더라도 저장매체 자체를 직접 혹은 하드카피나 이미징 등 형태로 수사기관 사무실 등 외부로 반출하여 해당 파일을 압수·수색할 수 있도록 영장에 기재되어 있고 실제 그와 같은 사정이 발생한 때에 한하여 위 방법이 예외적으로 허용될 수 있을 뿐이다. 나아가 이처럼 저장매체 자체를 수사기관 사무실 등으로 옮긴 후 영장에 기재된 범죄 혐의 관련 전자정보를 탐색하여 해당 전자정보를 문서로 출력하거나 파일을 복사하는 과정 역시 전체적으로 압수·수색영장 집행의 일환에 포함된다고 보아야 한다.

이러한 판시 내용에서 알 수 있듯 대법원도 압수수색의 대상이 전자정보 그 자체임을 당연한 전제로 하고 있다. 대법원은 이러한 논리의 연장선상에서 저장매체 자체 또는 적법하게 획득한 복제본을 탐색하는 과정에서도 다음과 같이 관련성의 원칙이 관철된 선별이 이루어져야 함을 강조하고 있다.³⁷⁾

이처럼 저장매체 자체 또는 적법하게 획득한 복제본을 탐색하여 혐의사실과 관련된 전자정보를 문서로 출력하거나 파일로 복제하는 일련의 과정 역시 전체적으로 하나의 영장에 기한 압수·수색의 일환에 해당하므로, 그러한 경우의 문서출력 또는 파일복제의 대상 역시 저장매체 소재지에서의 압수·수색과 마찬가지로 혐의사실과 관련된 부분으로 한정되어야 함은 헌법 제12조 제1항, 제3항과 형사소송법 제114조, 제215조의 적법절차 및 영장주의 원칙이나 비례의 원칙에 비추어 당연하다. 따라서 수사기관 사무실 등으로 반출된 저장매체 또는 복제본에서 혐의사실 관련성에 대한 구분 없이 임의로 저장된 전자정보를 문서로 출력하거나 파일로 복제하는 행위는 원칙적으로 영장주의 원칙에 반하는 위법한 압수가 된다.

³⁷⁾ 대법원 2015. 7. 16.자 2011도1839 전원합의체 결정.

이른바 ‘관련성의 원칙’이 헌법상 적법절차 및 영장주의 원칙이나 비례의 원칙에 근거를 두고 있음을 명확히 한 것이 특징적이다.

판례의 사안과 같이 전자정보에 대한 압수·수색의 경우 집행 현장의 사정에 비추어 현장에서의 선별이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우 사후에 수사기관의 사무실 등에서 정보의 탐색 작업이 이루어지게 되는데, 이 과정에서 오랜 시간이 소요되는 경우가 많아 형사소송법 제121조 등에서 규정한 피압수자 등의 참여권이 보장되어야 하는지 등에 의문이 제기될 수 있다. 대법원은 이 결정에서 그러한 경우에도 피압수자 등의 참여의 기회가 보장되어야 함을 명백히 선언하였다.³⁸⁾

저장매체에 대한 압수·수색 과정에서 범위를 정하여 출력 또는 복제하는 방법이 불가능하거나 압수의 목적을 달성하기에 현저히 곤란한 예외적인 사정이 인정되어 전자정보가 담긴 저장매체 또는 하드카피나 이미징 등 형태(이하 ‘복제본’이라 한다)를 수사기관 사무실 등으로 옮겨 복제·탐색·출력하는 경우에도, 그와 같은 일련의 과정에서 형사소송법 제219조, 제121조에서 규정하는 피압수·수색 당사자(이하 ‘피압수자’라 한다)나 변호인에게 참여의 기회를 보장하고 혐의사실과 무관한 전자정보의 임의적인 복제 등을 막기 위한 적절한 조치를 취하는 등 영장주의 원칙과 적법절차를 준수하여야 한다. 만약 그러한 조치가 취해지지 않았다면 피압수자 측이 참여하지 아니한다는 의사를 명시적으로 표시하였거나 절차 위반행위가 이루어진 과정의 성질과 내용 등에 비추어 피압수자 측에 절차 참여를 보장한 취지가 실질적으로 침해되었다고 볼 수 없을 정도에 해당한다는 등의 특별한 사정이 없는 이상 압수·수색이 적법하다고 평가할 수 없고, 비록 수사기관이 저장매체 또는 복제본에서 혐의사실과 관련된 전자정보만을 복제·출력하였다 하더라도 달리 볼 것은 아니다.

형사소송법상 피압수수색 당사자에게 참여 기회를 보장하는 목적은 수사기관이 권한을 남용하여 관련 없는 증거까지 무차별적으로 수집하는 것을 막고자 하는 데에 있으므로, 수사기관 사무실 등에서의 증거 발견을 위한 정보 탐색 내지 선별의

38) 위 대법원 전원합의체 결정.

단계에서도 이러한 참여 기회가 보장되어야 하는 것은 영장주의와 적법절차의 원칙상 당연하다고 할 것이다.

현재 법원의 영장 실무는 위 대법원 결정의 취지를 반영하여 전자정보 압수수색의 경우 아래와 같은 별지를 활용하고 있다.

<개선 전·후의 비교 표>

내용		현행 실무	개선된 실무
일반론		압수대상 및 방법을 제한하는 내용의 <u>별지를 영장 뒷면에 첨부</u>	압수대상 및 방법을 제한하는 <u>주요 내용</u> 을 영장 본문에 명시하고, <u>별지로 첨부하는 내용을 개선함</u>
압수 목적물 (영장 본문)		“컴퓨터, 노트북, 외장 하드 디스크, USB 등 저장매체”	추가로 아래 문구 명시 “저장매체에 저장된 범죄사실 관련 전자정보로 압수대상을 제한함”
전자 정보 압수목록 교부 + 혐의 무관 정보 폐기	영장 본문	언급 없음	“전자정보의 탐색·복제·출력 완료 후 지체 없이 압수대상 전자정보의 상세목록을 교부하고, 목록에서 제외된 전자정보를 폐기할 것”
	별지 내용	- 압수한 전자정보 목록 교부 - 혐의사실과 관련 없는 전자정보 삭제·폐기	“압수 대상 전자정보의 <u>상세목록</u> 교부” “ <u>목록에서 제외된 전자정보를 삭제·폐기 또는 반환하고 그 취지를 통지하여야 함</u> ”
참여권 보장	영장 본문	언급 없음	“압수·수색의 전체 과정(저장매체 또는 그 복제본의 탐색·출력·복제 포함)에 걸쳐 피압수자의 참여권이 보장될 것”
	별지 내용	- 압수·수색의 전체 과정을 통하여 피압수자 등의 참여권 보장	피압수자의 참여권 보장이 필요한 압수·수색 과정을 구체적으로 명시함 “압수·수색의 전체 과정(<u>복제본의 획득, 저장매체 또는 복제본에 대한 탐색·복제·출력 과정 포함</u>)에 걸쳐 피압수자 등의 참여권 보장”

<개선된 별지 내용>

압수 대상 및 방법의 제한

1. 문서에 대한 압수

- 가. 해당 문서가 물수 대상물인 경우, 그 원본을 압수함.
- 나. 해당 문서가 증거물인 경우, 피압수자 또는 참여인1)(이하 ‘피압수자 등’이라 한다)의 확인 아래 사본하는 방법으로 압수함 (다만, 사본 작성이 불가능하거나 협조를 얻을 수 없는 경우 또는 문서의 형상, 재질 등에 증거가치가 있어 원본의 압수가 필요한 경우에는 원본을 압수할 수 있음).
- 다. 원본을 압수하였더라도 원본의 압수를 계속할 필요가 없는 경우에는 사본 후 즉시 반환하여야 함.

2. 컴퓨터용 디스크 등 정보저장매체에 저장된 전자정보에 대한 압수·수색·검증

가. 전자정보의 수색·검증

수색·검증만으로 수사의 목적을 달성할 수 있는 경우, 압수 없이 수색·검증만 함.

나. 전자정보의 압수

- (1) 원칙 : 저장매체의 소재지에서 수색·검증 후 혐의사실과 관련된 전자정보만을 범위를 정하여 문서로 출력하거나 수사기관이 휴대한 저장매체에 복제하는 방법으로 압수할 수 있음.

(2) 저장매체 자체를 반출하거나 하드카피·이미징 등 형태로 반출할 수 있는 경우

- (가) 저장매체 소재지에서 하드카피·이미징 등 형태(이하 “복제본”이라 함)로 반출하는 경우

- 혐의사실과 관련된 전자정보의 범위를 정하여 출력·복제하는 위 (1)항 기재의 원칙적 압수 방법이 불가능하거나, 압수 목적을 달성하기에 현저히 곤란한 경우²⁾에 한하여, 저장매체에 들어 있는 전자파일 전부를 하드카피·이미징하여 그 복제본을 외부로 반출할 수 있음.

- (나) 저장매체의 원본 반출이 허용되는 경우

- 1) 위 (가)항에 따라 집행현장에서 저장매체의 복제본 획득이 불가능하거나 현저히 곤란할 때³⁾에 한하여, 피압수자 등의 참여 하에 저장매체 원본을 봉인하여 저장매체의 소재지 이외의 장소로 반출할 수 있음.
- 2) 위 1)항에 따라 저장매체 원본을 반출한 때에는 피압수자 등의 참여권을 보장한 가운데 원본을 개봉하여 복제본을 획득할 수 있고, 그 경우 원본은 지체 없이 반환하되, 특별한 사정이 없는 한 원본 반출일로부터 10일을 초과하여서는 아니됨.

- (다) 위 (가), (나)항에 의한 저장매체 원본 또는 복제본에 대하여는, 혐의사실과 관련된 전자정보만을 출력 또는 복제하여야 하고, 전자정보의 복구나 분석을 하는 경우 신뢰성과 전문성을 담보할 수 있는 방법에 의하여야 함.

(3) 전자정보 압수시 주의사항

- (가) 위 (1), (2) 항에 따라 혐의사실과 관련된 전자정보의 탐색·복제·출력이 완

료된 후에는 지체 없이, 피압수자 등에게 ① 압수 대상 전자정보의 상세목록을 교부하여야 하고, ② 그 목록에서 제외된 전자정보는 삭제·폐기 또는 반환하고 그 취지를 통지하여야 함[위 상세목록에 삭제·폐기하였다는 취지를 명시함으로써 통지에 갈음할 수 있음].

(나) 봉인 및 개봉은 물리적인 방법 또는 수사기관과 피압수자 등 쌍방이 암호를 설정하는 방법 등에 의할 수 있고, 복제본을 획득하거나 개별 전자정보를 복제할 때에는 해시 함수값의 확인이나 압수·수색과정의 촬영 등 원본과의 동일성을 확인할 수 있는 방법을 취하여야 함.

(다) 압수·수색의 전체 과정(복제본의 획득, 저장매체 또는 복제본에 대한 탐색·복제·출력 과정 포함)에 걸쳐 피압수자 등의 참여권이 보장되어야 하며, 참여를 거부하는 경우에는 신뢰성과 전문성을 담보할 수 있는 상당한 방법으로 압수·수색이 이루어져야 함.

-
- 1) 피압수자 - 피의자나 변호인, 소유자, 소지자 // 참여인 - 형사소송법 제123조에 정한 참여인
 - 2) ① 피압수자 등이 협조하지 않거나, 협조를 기대할 수 없는 경우, ② 혐의사실과 관련될 개연성이 있는 전자정보가 삭제·폐기된 정황이 발견되는 경우, ③ 출력·복제에 의한 집행이 피압수자 등의 영업활동이나 사생활의 평온을 침해하는 경우, ④ 그 밖에 위 각 호에 준하는 경우를 말한다.
 - 3) ① 집행현장에서의 하드카피·이미징이 물리적·기술적으로 불가능하거나 극히 곤란한 경우, ② 하드카피·이미징에 의한 집행이 피압수자 등의 영업활동이나 사생활의 평온을 현저히 침해하는 경우, ③ 그 밖에 위 각 호에 준하는 경우를 말한다.

이와 같이 개선된 영장실무는 ① 영장 본문에 압수 대상을 범죄사실 관련 전자정보로 명시, ② 무관정보 삭제·폐기·반환 및 그 통지에 관한 의무의 부과, ③ 전자정보의 상세목록 교부, ④ 복제본의 획득, 저장매체 또는 복제본에 대한 탐색, 복제, 출력 과정 등 압수·수색 전 과정에서의 피압수자 참여권 명시 등을 주된 내용으로 한다. 이로써 기술적 수단에 의한 전자정보의 탐색적 수색에 대한 우려를 상당부분 불식시키는 효과를 기대할 수 있게 되었다.³⁹⁾ 그런데 위와 같은 내용은 모두 형사소송법 규정에 근거한 것으로서 법에 규정되지 아니한 새로운 내용은 사실상 없다는 사실에 주목할 필요가 있다. 즉, ①, ②의 내용은 형사소송법 제215조 제1항의 관련성 요구 규정에 따라, ③의 내용은 동법 제129조의 피압수수색 대상자에 대한 압수 목록 교부 규정에 따라, ④의 내용은 영장집행에 있어 당사자의 참여를 규정한 동법 제121조에 따라 논리적으로 도출되는 내용을 풀어쓴 것으로 볼 수 있다. 즉, 증거물을 채집하기 위한 압수수색에 있어 유형물인 저장매체를 압수수색의 대상으로 보지 않고 무형의 전자정보를 그 대상으로 보는 이상 해당 법 조항 내용에 따라 자연스

39) 세부적 내용의 적법절차 보장과 관련한 상세한 의미에 관해서는 손지영·김주석, 앞의 책, 214 이하 참조.

럽게 해석되는 내용인 것이다.⁴⁰⁾

다만, 일부 영장 담당 법관들은 영장이 청구된 압수수색의 구체적인 특성에 착안하여 참여 기회의 보장 등 법의 취지가 실질적으로 구현될 수 있도록 개별적인 조건을 명시적으로 부가하기도 한다. 예컨대 형식적인 피압수수색 대상자(정보의 관리주체)와 정보주체가 분리되는 원격지 소재 서버에 저장된 대량의 전자정보를 압수수색 하는 경우 ‘피의자(서비스 이용자)에게 압수수색에 참여할 기회를 부여한 뒤 압수수색할 수 있음’이라는 조건을 명시적으로 부가하는 사례⁴¹⁾ 등이다. 이는 수사기관이 ‘급속을 요하는 때’ 등의 예외 사유를 들어 참여권자에 대한 사전 통지를 잘 행하지 않는 현실에 비추어 정보주체에 대해 참여의 기회를 실질적으로 보장하는 매우 권장할 만한 실무례라고 하겠다. 전자정보의 관리 주체보다 압수수색의 대상이 되는 해당 전자정보의 주체가 헌법상 적법절차를 보장받아야 할 필요성이 더 크기 때문이다.

나. 미국 영장 실무에서의 사전적 제한(*ex ante regulation*)

이에서 더 나아가 미국에서는 치안판사(magistrate judge)들이 전자정보의 압수수색 집행 방법에 대해 특정한 제한을 가하는 것을 조건으로 영장을 발부하는 실무 관행이 형성되어 있다. 연방 차원에서 전자정보와 관련한 압수수색 영장 청구를 할 때 저장매체를 어떻게 수색할 것인지에 대한 이른바 ‘집행계획서(search protocol)’⁴²⁾를 선서진술서에 포함시키는 것은 흔히 고려되는 방법이라고 한다.

40) 따라서 수사기관이 정보저장매체에 기억된 정보 중에서 키워드 또는 확장자 검색 등을 통해 범죄 혐의사실과 관련 있는 정보를 선별한 다음 정보저장매체와 동일하게 비트열 방식으로 복제하여 생성한 파일(이하 ‘이미지 파일’이라 한다)을 제출받아 압수하였다면 이로써 압수의 목적물에 대한 압수·수색 절차는 종료된 것이므로, 수사기관이 수사기관 사무실에서 위와 같이 압수된 이미지 파일을 탐색·복제·출력하는 과정에서도 피의자 등에게 참여의 기회를 보장하여야 하는 것은 아니다(대법원 2018. 2. 8. 선고 2017도13263 판결).

41) 남성우, 앞의 논문, 88.

42) 저장매체에서 유관정보만을 선별하여 압수하기 위한 집행 방법과 절차를 기술한 것으로, 저장매체 압수나 전부 복제의 이유 제시와 무관정보 처리에 관한 내용, 탐색에 사용되는 키워드 목록, 소프트웨어 목록, 단계별 집행을 수행하는 자의 목록, 무관정보 처리 기한의 설정 등 내용을 포함한다고 한다(조미화, “디지털 증거의 압수수색에 관한 연구 - 개선방안과 긴급 압수수색을 중심으로”, 재판자료 제137집: 외국사법연수논집(38) (2019), 946 이하). 같은 논문에서는 저장매체가 아닌 전자정보에 대한 압수수색의 경우 그 특성상 긴급성에 의한 영장주의의 예외를 인정하기 어렵다고 한다(조미화, 위의 논문, 952 이하).

종래 치안판사가 이러한 사전적 제한을 할 수 있는 권한이 있는지에 관하여 논란이 있었다.⁴³⁾ 그런데 버몬트 주 대법원이 명의도용(identity theft) 혐의에 대한 컴퓨터 등 압수수색영장의 적법 여부가 다투어진 사건에서 영장에 부가된 사전적 제한은 육안 발견의 예외(plain view doctrine)⁴⁴⁾와 같은 법적 원칙(legal doctrine)을 폐지하는 내용이 아닌 한 압수수색의 특정성(particularity)을 확보하기 위한 수단으로 허용된다고 결정하였고, 연방대법원이 이 결정에 대한 상고를 허가하지 않음으로써 이러한 논란은 일단락되었다고 보인다.⁴⁵⁾ 위 결정 사안에서 치안판사는 아래와 같은 내용의 사전적 제한을 수색영장에 조건으로 붙여 영장을 발부하였다.

- ① 영장에 의하여 허가되지 않은 전자적 기록을 압수함에 있어 육안 발견의 예외에 의존하지 않을 것
- ② 제3자나 수사관과 단절된 컴퓨터 전문가가 수색을 행하여 명의도용과 관련된 전자정보만을 수사관에게 제공할 것
- ③ 무관정보와 유관정보가 섞여있더라도 피의사실과 관련된 정보만을 분리한 후에 수사관에게 제공할 것
- ④ 수색을 하는 자가 검사나 수사관에게 작업 수행 결과를 노출하지 않게 할 것
- ⑤ 집행계획(search protocol)을 상당한 이유가 있는 정보만을 밝히는 수단으로 한정할 것
- ⑥ 법원의 특별한 허가 없이는 전문적인 기술적 도구(hashing tool) 등을 사용하지 않을 것
- ⑦ 피의사실과 관련된 증거만을 복사할 것
- ⑧ 무관정보(non-responsive data)를 반환하고 법원에 이를 보고할 것
- ⑨ 법원이 달리 허가하지 않는 한 남은 전자정보의 복사본을 폐기할 것
- ⑩ 어떤 정보가 획득, 반환, 폐기되었는지를 정확히 명시하여 영장에 정한 기한 내

43) 자세한 내용은 손지영·김주석, 앞의 책, 109 이하 참조.

44) 미국 연방대법원이 확립한 영장주의의 예외 원칙으로, 수사기관이 적법하게 수색하는 동안 우연히 발견한 증거라면 당초의 수색 목적과 관련성이 없는 다른 범죄에 관한 증거라도 영장 없이 압수할 수 있게 된다는 것이다. 이는 경찰관이 정당하게 압수수색을 하는 과정에서 그 앞에 증거물이 있음이 한눈에 분명한(immediately apparent) 경우에만 그 정당성이 확장된다고 하고, 유죄의 증거가 마침내 발견될 때까지 일반적인 탐색적 수색을 확장하는 수단으로 이용될 수 없다고 한다(Coolidge v. New Hampshire, 403 U.S. 443 (1971)). 우리의 경우 이러한 영장주의의 예외가 인정되지 않으므로 영장사실과 무관한 증거(전자정보)를 우연히 발견한 경우 더 이상의 추가 탐색을 중단하고 영장을 발부받아야 하고, 그렇지 않은 경우 증거능력이 없다(대법원 2018. 4. 26. 선고 2018도2624 판결).

45) In re Search Warrant, 71 A.3d 1158 (Vt. 2012), cert. denied, 133 S.Ct 2391 (2013)

에 영장 반환을 할 것

버몬트 주 대법원은 위 사전적 제한 내용 중 ①만 제외한 모든 내용이 압수수색의 특정성을 확보하기 위한 수단으로 허용된다고 정면으로 판시한 것이다. 위 내용들 중 정보를 선별하는 집행 주체를 담당 수사관과 분리시킨 ②, ③, ④와 법원에 대한 보고의무를 강화하고 집행의 종료 시점을 한정할 수 있게 한⁴⁶⁾ ⑧, ⑩이 특히 인상적이다. 대인적 강제처분인 구속과 관련하여 자유 제한의 허용 여부는 물론 그 유지 여부에 관하여도 법관유보의 원칙이 적용된다고 한 현재 결정(92헌가8, 93헌가2)의 취지는 대물적 강제처분인 압수수색에 있어서도 마찬가지일 것이므로, 명시적 규정이 없는 우리의 경우에도 집행 종료 시점 제한 등의 내용을 실무상 활용할 수 있다고 생각되나, 논란의 여지가 있으므로 입법적으로 해결되는 것이 바람직할 것이다. 특히 전자정보나 기업 업무자료 등에 대한 포괄적, 대량적 압수수색을 방지하는 방편으로서 실무상 효과적일 것으로 보인다.

또한 미국 캘리포니아 주에서는 주 형사법(California Penal Code)에 편입된 ‘전자통신사생활보호법(California Electronic Communications Privacy Act; CalECPA)’⁴⁷⁾을 2016년부터 시행하고 있는데, 전자정보의 압수수색에 관하여 포괄적인 새로운 규율 내용을 부가하여 주목된다. 이에 따르면 영장에는 압수할 정보가 특정하여 기술되어 있어야 하고, 그 방법은 관련된 기간, 대상이 된 개인이나 계정, 관련된 응용 프로그램이나 서비스, 목적이 된 정보의 유형을 지정하는 방식 등이 구체적으로 제시되어 있어야 한다. 또한 영장집행 후 무관정보는 봉인되어야 하고 법원의 명령 없이 추가적인 분석, 사용 또는 공개를 할 수 없다는 취지의 조건이 영장에 부가되어 있어야 한다. 이 부분은 사전적 제한의 내용을 명문으로 규정하여 강제한 것이라고 할 것이다. 법원이 재량에 의하여 유관정보만 선별하는 특별집행관(special master)⁴⁸⁾

46) 참고로 우리 실무상 영장의 ‘유효기간’은 집행에 착수할 수 있는 종기를 의미하는 것으로 해석하고 있다. 따라서 일단 집행에 착수하여 그 집행을 종료하였다면 영장의 효력은 상실되고, 영장의 유효기간이 남아있다고 하여 다시 동일한 영장에 기하여 압수수색을 할 수는 없다(대법원 1999. 12. 1.자 99모161 결정).

47) Cal Penal Code §1546 ~ §1546.4

48) 본래 압수수색에서 직업상 비밀유지권 대상 여부가 문제되는 경우 이를 선별하는 임무를 지닌 독립적 집행 주체로서 명명되었는데, 전자정보의 유관정보 선별을 위한 방편으로도 제시되는 것이다. 우리 형사소송법상 당사자 참여 제도도 같은 기능을 하는 것으로 이해된다(오기두, “관련성 없는 전자증거의 수집과 영장주의”, 사법논집 제65집 (2017), 308).

을 임명하고, 무관정보는 수사 종료 후 지체 없이 삭제하도록 명할 수도 있다. 이 또한 사전적 제한의 내용을 명문화한 것으로 그 부가 여부에 재량을 부여하였다는 특징이 있다. 또한, 전자정보 수집 후 정보주체에 대한 지체 없는 사후적 통지의무를 부과하고, 통지의 방법은 자유롭게 할 수 있도록 하되 그 통지에 들어가야 할 내용(해당 수사의 성격, 영장사본이나 사실관계를 명시한 서면 진술 등)까지 명시하고 있으며, 일정한 경우 수사기관이 법원에 통지의 연기를 신청할 수 있도록 하고 있다. 모두 우리 입법자들이 참고할 수 있는 내용이라고 생각된다.

3. 집행 혹은 집행 후 단계의 새로운 절차적 통제 방안의 모색

종래 영장주의와 관련된 논의에서는 영장 발부 후 집행 단계나 집행 후 단계에서 절차적 통제장치에 대해서는 별다른 관심이 기울여지지 않았다. 그런데 인터넷회선 감청에 관한 위 헌재 결정(헌법재판소 2018. 8. 30. 선고 2016헌마263 결정)에서 집행 단계 내지 집행 후 단계에서의 절차적 통제장치에 관한 외국 입법 사례를 거론함으로써 새로운 논의의 지평이 열렸다고 생각된다.

현재 우리 형사소송법도 일반적인 압수·수색영장의 집행 단계에서 참여권 보장(형사소송법 제121조, 제123조, 제219조)과 사전 통지(형사소송법 제122조), 집행 후 단계에서 수색증명서 및 압수목록의 피압수수색 대상자에 대한 교부(형사소송법 제128조, 제129조, 제219조), 환부·가환부 신청, 압수처분에 대한 준항고 절차 등이 마련되어 있기는 하나, 이러한 절차적 통제의 내용은 외국의 사례에 비해서는 제한적이라고 할 수 있다.

일반적인 압수수색에서 있어서 미국의 집행 후 절차적 통제방안을 예로 들면, 먼저 연방형사소송규칙은 수사기관이 영장 집행 후 치안판사에게 영장을 압수목록과 함께 반환할 것을 규정하고 있다(Fed. R. Crim. Pro. 41(f)(1)(D)). 캘리포니아 주 형사법은 수색영장 자체를 물건 등을 수색하여 치안판사 앞에 가져올 것을 명하는 것으로 정의하면서, 영장 집행 후 즉시 치안판사에게 영장을 반환하고(Cal. Penal Code §1523), 공개적으로 또는 피압수자의 참여하에 작성된 압수목록을 제출하도록 규정하고 있다(Cal. Penal Code §1537). 뉴욕 주 형사소송법의 경우 영장 및 압수목록과 함께 압수한 물건까지 법원에 제출하도록 명시적으로 규정하면서(NY CPL §690.50), 나아가 법원이 압수된 물건을 수령한 다음 이를 법원에서 보관할 것인지,

수사기관에서 보관할 것인지도 결정하도록 하고 있다(NY CPL §690.55). 이에 따라 치안판사 내지 법원은 압수수색 집행 종료 직후 제출된 영장과 압수목록, 압수물 등을 대조함으로써 해당 영장의 취지에 맞게 압수수색이 이루어졌는지 쉽게 확인할 수 있으므로, 별건 압수수색이나 탐색적 수색을 예방하는 효과를 기대할 수 있는 것이다. 앞서 본 바와 같이 영장주의 확립의 기념비적인 판결인 *Entick v. Carrington* 사건에서 압수물에 대한 보고가 요구되지 않았다는 점이 영장을 무효로 본 근거 중 하나였다는 점을 상기할 필요가 있다.

이는 영장 발부 단계에서의 사전적 제한(*ex ante requirements*)⁴⁹⁾ 부과와 더불어 실질적인 영장주의를 구현하는 장치로 기능할 수 있다. 수사관으로부터 독립된 전문가에 의한 선별 작업, 법원에 대한 폐기 정보의 보고 의무 등 집행 및 집행 후 단계에서의 통제장치는 사전적 제한의 핵심적 내용이다. 이와 같은 제도적 장치들은 상호 유기적으로 결합하여 본안에서 위법수집증거 여부를 판단하기 전 단계에서 수사기관의 불필요한 대량 압수수색이나 관련성 없는 자료의 탐색적 수색을 억제하는 효과적인 통제 수단이 된다는 점⁵⁰⁾에서 영장주의의 목표 증진에 도움이 된다고 할 수 있다.

4. 압수영장과 수색영장의 구별

이미 일부 실무례가 축적되어 있는 것으로 저작권법위반 사건에서 혐의 대상인 프로그램에 대한 압수수색검증영장이 청구되는 경우 수색·검증 영장만 발부하는 예가 있다. 해당 저장매체에 무단복제 프로그램의 설치 및 사용 현황을 파악하는 것으로 족하고 굳이 이를 압수할 필요성이 없기 때문이다. 근래에는 이러한 사건에서 수사기관 스스로 수색·검증 영장만 청구하기도 한다. 그런데 우리 실무상 일반적으로는 압수, 수색, 검증은 결합되어 영장이 청구되고 발부된다. 반면 독일에서는 오히려 압수명령은 수색명령과 결합될 수 있기는 하나 증거방법의 구체적 표시를 요구하여 이와 같은 형태는 일반적으로 실행이 불가능하다고 논하여진다.⁵¹⁾

전자정보 압수수색의 경우 현장에서 어떤 정보가 범죄혐의와 관련성 있는 것인지

49) 영장 발부 단계에서 집행 방법 등에 관한 조건을 부가하는 것으로, 이에 관해서는 후술한다.

50) 손지영·김주석, 앞의 책, 197.

51) KK-StPO/Greven StPO §98 Rn. 2; KK-StPO/Bruns StPO §105 Rn. 3.

미리 판단하기가 쉽지 않은 것이 현실이고, 수사 초기 범죄혐의 자체를 특정하기 위해 넓은 범위의 수색을 행할 필요성이 있는 경우도 있다. 피의사실과의 관련성은 영장에 기재된 피의사실과 직접적으로 연관된 것에만 한정할 수 없고, 그와 기본적인 사실관계가 동일한 범행 또는 동일한 사회적 생활관계에 기초한 동종·유사 범행과 관련된다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 범위 내에서도 압수수색을 실시할 수 있다고 한 대법원 판결⁵²⁾의 판시 내용도 이러한 맥락에서 이해할 수 있다. 따라서 관련성 있는 정보를 선별하는 작업을 할 때 어떤 정보가 해당 범죄와 관련이 있는 것인지 파악하기 위해서는 보다 넓은 범위의 탐색이 필요하기 때문에 ‘관련성’의 의미는 수색·검증에서의 그것이 최종적인 압수에서의 그것보다 넓게 파악될 수밖에 없고, 이러한 의미에서 수색·검증영장과 압수영장을 구별해야 한다는 주장이 설득력을 가진다.⁵³⁾ 다만, 앞서 본 미국의 영장주의 예외 법리인 육안발견의 원칙을 처음으로 정립하였다고 하는 *Coolidge v. New Hampshire* 사건에서 미연방대법원이 실시한 바와 같이 이러한 논리는 일반적·탐색적 수색(*general exploratory search*)을 정당화하는 수단으로 이용될 수 없음⁵⁴⁾에 유념하여야 할 것이다. 독일에서도 형사소송법 제108조 제1항에 수색 과정에서 우연히 발견된 물건의 임시 압수를 허용하는 이른바 ‘독립적 압수’를 규정하고 있으나, 이 또한 의도된 것이 아니어야 하고 수색을 가장하여 다른 사건에 관한 물건을 수색하여 압수하는 것은 허용되지 않는다고 해석한다고 한다.⁵⁵⁾

V. 맺음말

기술의 발달은 이를 규율해야 하는 여러 분야의 법적 문제를 발생시킨다. 특히 정보화기술이 일상화되어 가고 있는 현실에서 촉발된 사생활 보호의 문제는 헌법 및 형사법적 차원에서 기본권 보호 및 적법절차, 영장주의에 연관된 여러 가지 과제를

⁵²⁾ 대법원 2009. 7. 23. 선고 2009도2649 판결.

⁵³⁾ 오기두, “관련성 없는 전자증거의 수집과 영장주의”, 사법논집 제65집 (2017), 271 이하 참조.

⁵⁴⁾ 403 U.S. 443, 466.

⁵⁵⁾ 민만기, “현행 압수수색 절차상 plain view 원칙의 적용 가능성과 입법론적 검토”, 성균관법학 제25권 제2호 (2013. 6.), 143.

부여하고 있다.

영장주의는 독립적 사법기관으로 하여금 기본권을 침해하는 수사기관의 강제처분에 대하여 그 허부를 판단하게 함으로써 그 남용을 방지하고자 하는 데 의의가 있다. 이러한 영장주의는 헌법상 적법절차의 원리와 비례성 원칙 등에서 비롯한 다른 여러 형사법 원칙들, 예컨대 일반영장 금지의 원칙, 포괄적 압수수색 금지의 원칙, 관련성 원칙 등과 함께 맞물려 작동하는 것이고, 그 자체로 홀로 기능할 수는 없다. 근래 전자정보에 관한 대법원 판결의 규율 내용과 현재 결정에서 제시된 여러 절차적 통제장치도 헌법상 영장주의의 목표를 증진하며 영장주의와 유기적으로 결합하여 이를 강화하는 효과가 있다고 할 수 있다. 외국의 여러 가지 사례도 귀중한 참고가 된다.

수많은 정보가 범람하고 공유되는 정보화 사회를 살아간다고 해서 사생활 보호를 받을 헌법적 권리를 쉽게 포기하거나 경시할 필요는 없다. 또한 캘리포니아 전자통신사생활보호법의 입법 과정에서 논하여진 바와 같이 사생활 보호와 표현의 자유는 분리할 수 없는 문제일 것이다.⁵⁶⁾ 예컨대 누군가가 사생활을 모두 엿볼 수 있는 상황에서 진정한 표현의 자유가 확보될 수 없는 것은 상식적으로 당연하기 때문이다. 모쪼록 우리 입법기관이 바람직한 방향으로 개선 입법을 하고 사법부와 수사기관 또한 올바른 실무 관행을 정착시켜 첨단 정보화 시대에 걸맞은 선진 법치국가로 도약할 수 있기를 바라마지 않는다.

⁵⁶⁾ <https://www.aclunc.org/sites/default/files/SB178ScholarsSupport.pdf>.

참고문헌

1. 단행본

성낙인, 헌법학(제19판), 법문사 (2019)

손지영·김주석, 압수·수색 절차의 개선방안에 관한 연구, 사법정책연구원 (2016)

한수웅, 헌법학, 법문사 (2011)

2. 논문·보고서 등

김주석, “캘리포니아 전자통신사생활보호법에 관한 연구”, 2016년도 법관연수어드밴스 과정 연구논문집 (2017)

남성우, “휴대용 디바이스에 연관된 전자정보의 압수수색과 영장주의”, 2017년 법관연수 어드밴스 과정 연구논문집 (2018)

문성도, “영장주의의 비교법적 고찰 - 한국 헌법 제12조 제3항과 미연방헌법 제4조의 규범적 특징을 중심으로 -”, 형사법연구 제24호 (2005년 겨울)

민만기, “현행 압수수색 절차상 plain view 원칙의 적용 가능성과 입법론적 검토”, 성균관법학 제25권 제2호 (2013. 6.)

오기두, “관련성 없는 전자증거의 수집과 영장주의”, 사법논집 제65집 (2017)

이상원, “체포영장만으로 피의자 수색위한 주거수색은 영장주의 위반”, 법률신문 (2019. 5. 2.)

조기영, “신체침해를 있어서 강제처분법정주의와 영장주의”, 동북아법연구 제12권 제3호 (2019. 1.)

조미화, “디지털 증거의 압수수색에 관한 연구 - 개선방안과 긴급 압수수색을 중심으로”, 재판자료 제137집: 외국사법연수논문집(38) (2019)

홍성욱, “핸드폰 위치추적과 영장주의”, Law & Technology (2018)

3. 온라인 자료

미연방의회 연방헌법 주석, <https://www.govinfo.gov/app/details/GPO-CONAN-2017>

미국시민자유연맹 홈페이지, <https://www.aclunc.org>

캘리포니아 입법정보, <https://leginfo.legislature.ca.gov>

<Abstract>

Warrant requirement is a product of the Anglo-American law historically, and its focus is shifting from the traditional protection of residence and property interest to privacy with the advent of the information society. The essence of warrant requirement is the principle of judicial reservation, and its exception should be limited to the rationale for which the Constitution provides. Under the Constitution, the protection of private information is fundamental to right to privacy, and the basis for justifying its infringement is warrant requirement. Warrant requirement cannot function on its own and works in conjunction with the prohibition of general warrants, the prohibition of comprehensive search and seizure, and the principle of relevance(responsiveness).

In recent years, the Supreme Court and the Constitutional Court have made significant rulings concerning warrant requirement, and court practice is changing. The Constitutional Court decided that real-time cell-site location tracking is allowed only in cases where investigation is difficult by other means, and that the Court should have a legal mechanism to control the investigation agency in the enforcement and post-enforcement stages regarding Internet packet surveillance. In the case of computer search and seizure, the Supreme Court also held that the investigation agencies should search only relevant information, and that the involving parties' right to participation should be guaranteed in the process. As a result, the practice of search and seizure warrant issuing on ESI is also changing.

Some foreign countries have *ex ante* regulations in the stage of issuing warrants, legislative or practical, and various legal mechanisms to control in the enforcement and post-enforcement stages in relation to the search and seizure on ESI. These foreign laws and practices will also help to build an advanced judicial system in which the constitutional basic rights are well guaranteed in ESI search and seizure.

Key words: warrant requirement, ESI, the prohibition of general warrants, the prohibition of comprehensive search and seizure, the principle of relevance(responsiveness), *ex ante* regulation, *ex post* control, real-time cell-site location tracking, Internet packet surveillance

【토론문】

“전자정보의 압수수색과 영장주의”에 대한 토론문

탁 희 성*

현대사회가 IT 기반기술에 의존할수록 보호되어야 할 기본권의 범위는 확대되어 가는 경향이 있는 반면에 그 보호를 위한 입법적 노력은 그에 미치지 못하기 때문에 기존의 법규정으로는 보호하기 어려운 혹은 보호받지 못하는 입법적 흠결이 발생하고 있는 것이 현실이라고 할 수 있다. 특히 오늘 발제문에서 볼 수 있듯이 정보통신기술의 발전에 따라 무한히 생성되고 있는 전자정보에는 헌법이 명시하고 있는 다양한 형태의 기본권 - 사생활의 비밀과 자유, 통신비밀, 언론·출판의 자유, 학문과 예술의 자유 - 뿐만 아니라 헌법에 명시되지 않은 새로운 기본권들 - 개인정보자기결정권, 인격권 -이 결합되어 있기 때문에, 전자정보에 대한 침해가 바로 기본권의 침해로 직결되는 문제를 낳고 있다.

국가형벌권의 행사라고 하는 공익과 개인의 자유와 권리라고 하는 사익이 첨예하게 충돌하는 형사절차에서 실체적 진실규명에 필수적 요소라 할 수 있는 전자정보에 기반한 기본권 침해의 형식과 방법을 어떻게 통제할 것인가에 대한 논의가 오늘 발제문의 핵심주제라고 생각된다. 즉 전자정보의 본질적 존재방식으로 인한 정보의 혼재성, 대량성 등으로 인해 기존 형소법상 영장규정에 의하는 경우 - 비록 개정을 통해 전자정보의 압수수색에 부합하는 방식을 규정했지만 여전히 사법적 통제의 사각지대가 존재한다 - 영장주의가 금지하는 일반적·탐색적 압수수색이 가능하게 되는 문제를 헌법상 영장주의의 지향점인 기본권 제한의 원칙과 이념에 따라 어떤 해법으로 나아가야 할 것인가에 대한 다양한 논점을 제시해주고 있다고 보여진다.

이미 헌법재판소 결정을 통해 기존 법률에 의한 수사기관의 전자정보 확보방식이 법률로써 제한할 수 있는 기본권 침해의 한계를 벗어났음이 선언되면서 현행 법률

* 한국형사정책연구원 선임연구위원

에 따른 법원에 의한 사법적 통제방식의 한계가 명확해졌다고 볼 수 있다. 이에 대해 발표자분께서 미국과 독일에 있어서 전자정보의 압수수색 영장발부의 사전적 제한요건들에 대한 필요성을 제시한 부분은 매우 의미가 있다고 보여진다.

현재 전자정보의 압수수색과 관련한 규정을 두고 있는 법률은 형사소송법과 통신비밀보호법으로, 형사소송법은 저장 형태로 존재하는 전자정보를 그 대상으로 하며, 통신비밀보호법은 송수신 형태로 존재하는 전자정보를 그 대상으로 하고 있다. 하지만 이러한 규정방식은 기술이 발전할수록 전자정보의 존재형식의 경계가 명확하게 구분되지 않는 영역에 대해서는 적용하는데 한계가 있을 뿐 아니라, 통신방식의 발전에 따라 앞으로 예측하기 어려운 다양한 형식의 통신유형을 포섭하는데도 한계가 있는 것이라 볼 수 있다.

이와 관련하여 제가 평소에 의문을 가졌던 몇가지 쟁점에 대한 발표자분의 의견을 구하고자 한다.

1. 형소법상 전자정보의 압수수색에 있어서는 영장을 요하며, 통비법상 감청에는 법원의 허가로 규정되어 있다. 양자가 실질에 있어서는 법원에 의한 사전적 사법통제를 요하는 절차라는 점에서 차이가 없다고도 볼 수 있다. 하지만, 허가는 본질적으로는 행정행위로 해석되는 바, 이에 의한 통신제한조치로서 감청은 강제수사로서의 성격을 갖는 것이 아니게 되고, 따라서 헌법상 기본권침해에 따른 법관의 영장발부요건에 해당하지 않기 때문에 헌법에 규정된 사전영장제시원칙, 관련성요건, 참여권보장, 참여권자에 대한 집행전 통지, 통신제한조치 내용에 대한 열람 및 통신제한조치에 대한 불복절차 등이 마련되어 있지 않다고 볼 수 있다.

이는 통비법상 허가는 본래 통신제한조치행위 그 자체에 국한된 것임에도 불구하고, 그러한 통신제한조치를 통해 알게 된 전자정보를 수사의 목적으로 확보하는 것 즉 압수까지 허가의 대상인 제한조치의 일환으로 보고 있는데서 비롯된 문제가 아닐까 한다. 통신제한조치의 궁극적 목적이 통신중인 정보를 확보하기 위한 것이고, 감청 자체는 확보수단에 불과하다면 이는 허가가 아닌 압수영장의 대상으로 보아야 할 것으로 생각한다.

IT 기반사회에 있어서 수사기관이 통신제한조치에 의해 개인의 정보를 확보하는 것은 기존의 압수수색에 버금가는 혹은 그 보다 더 중한 기본권침해를 수반하는 강제수사라 할 수 있는데, 기존의 압수수색과 다르다는 이유로 강제수사에 요구되는

엄격한 법적 절차인 영장주의하에서 요구되는 엄격한 절차적 요건을 우회하는 것은 바람직하지 않다고 생각한다.

2. 다음으로 통비법상 긴급통신제한조치 규정을 두고 있는데, 동 규정에 의하면 36시간 이내에 받지 못하면 즉시 중지하도록 규정함으로써 원칙적으로는 사후적 사법통제가 가능하도록 되어 있다. 하지만 이 경우 36시간 이내에 자발적으로 중지한 후 일정시간 경과후 다시 동일사유로 동일대상에 대한 긴급통신제한조치를 하는 경우 36시간이라고 하는 제한적 규정의 의미가 없게 될 수 있기 때문에 이를 어떻게 통제할 것인가도 고려할 필요가 있다고 할 것이다. 또한 법원의 허가를 받지 못하고 중지했지만 중지하기전 확보한 감청자료가 불법감청자료로서 증거사용이 금지되는가의 여부도 법문상 명확하지 않다. 다만 통신사실확인자료의 경우 긴급한 사유로 제공받은 후 법원의 허가를 받지 못하는 경우 해당 자료를 폐기하도록 규정하고 있는 것과 비교해 볼 때 법원의 허가를 받지 못한 긴급감청자료 역시 폐기 규정을 둘 필요가 있다고 보여진다.

3. 범죄수사를 위한 통신사실 확인자료요청에 대해 헌법재판소가 강제처분에 해당되어 헌법상 영장주의가 적용된다고 판시함으로써 그 본질이 강제처분 즉 강제수사에 해당함은 명확하다고 할 수 있다. 하지만 이는 앞서 감청에서 의문을 제기했던 것과 마찬가지로 “법원의 허가 = 영장주의”로 보는 것이 적절한 것인가를 생각해볼 필요가 있다고 본다. 즉 헌법재판소가 제시했던 바와 같이 수사의 필요성 요건 외에 보충성 요건을 추가함으로써 영장주의 하에서 요구되는 기본권 침해를 통제하기 위한 요건들이 충족되어질 수 있다고는 보여지지 않기 때문이다.

특히 IOT 환경하에서는 정보통신망에 접속되는 정보통신기기가 단순히 휴대전화에 국한되지 않고 다양한 생활환경에 접목되어 있기 때문에, 통신사실확인자료로서 전자정보는 과거와 달리 개인의 사생활을 그대로 노출시킬 수 밖에 없다. 따라서 통신사실 확인자료가 비내용적 정보라고 해서 내용적 정보에 비해 기본권침해가 적다고 볼 수는 없다고 할 것이다.

따라서 통신사실확인자료의 제공이 강제처분에 해당한다고 본다면, 영장주의 원칙이 적용되는 것이 바람직하고, 따라서 단순히 보충성 요건을 추가하는 것 보다는 영장주의 원칙에 따른 통제방식을 신설하는 것이 기본권 침해의 최소화에 적합한 방

식이 아닐까 한다.

4. 마지막으로 본 논문에서 미국법상 전자정보 압수수색에 대한 사전적, 사후적 통제방안을 제시해줌으로써 향후 우리 형소법상 전자정보의 압수수색에 대한 사법적 통제의 방향성을 생각해 볼 수 있었다.

다만, 미국의 압수수색 집행후 절차적 통제방안으로 기술한 내용 가운데, 영장집행후 영장을 반환하도록 하는 규정을 소개하고 있는데, 사법통제라는 관점에서 영장 반환의 실질적 의미가 무엇인가에 대한 설명이 필요하며, 또한 압수물을 법원에 제출하도록 하는 방식이 전자정보의 압수에 적합한 것인지에 대한 설명이 필요하다고 본다. 그리고 무엇보다도 전자정보의 압수수색에 있어서 점차 대용량화, 분산화 되어가고 있는 전자정보에서 관련성 있는 정보를 찾아내기 위한 탐색적 수색의 불가피성을 최소화할 수 있는 사법적 통제방식이 무엇인가에 대한 설명도 필요하다고 본다.

【토론문】

“전자정보의 압수수색과 영장주의”에 대한 토론문

강 승 식*

발제문은 영장주의 일반론을 제시하고, 보다 세부적인 쟁점으로 정보통신 영역에서의 영장주의의 현황과 과제를 조명하고 있다. 특히 정보화가 일상적인 현실로 자리 잡고 있는 가운데, 사생활권과 영장주의의 관계는 매우 복잡하고 미묘한 헌법 문제로 대두되고 있다. 이런 점에서 발제문은 특히 미국에서의 논의를 비교법적으로 소개·분석하며, 우리 현실에 실무적으로 많은 지침을 제공할 수 있다고 본다.

본 토론문은 법원 실무 전문가이신 발제자에게 영장주의 일반론과 관련하여 헌법학계에서 비중 있게 논의되어 왔던 몇 가지 주제에 대해 의견을 구하고자 한다.

먼저 영장 청구권자에 대한 문제이다. 현행 헌법 제12조 제3항은 체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하도록 함으로써, 형사절차에서의 영장 청구권자를 검사로 제한하고 있다. 이에 대해서는 헌정사적 관점에서 이 조항은 영장청구권에 대한 검사의 독점적 지위를 명확하게 하여 검찰의 경찰 수사지휘권을 확보하는 데 목적이 있었다는 점에 주목하여 헌법 개정을 통해 이를 폐지해야 한다는 견해가 제시된다. 반면 사건으로는 형사절차에서의 영장 청구권자를 경찰로 확대하는 것은 기본권 보장의 관점에서 바람직하다고 할 수 없고, 영장 청구권자를 검사로 제한하는 것은 법률전문가에 의하여 영장 발부의 적법성을 담보함으로써 기본권 침해를 방지하는 이중적 장치를 두는 것으로 이해되어야 한다고 본다.

다음으로 영장주의의 적용 영역에 관한 문제이다. 이 문제에 대한 논의는 영장주의는 형사절차에 한하여 적용되는 것인지, 아니면 행정절차에까지 확대 적용될 수 있는 것인지로 좁혀진다. 이에 대해서는 연혁적으로 영장주의는 형사절차, 즉 수사

* 원광대학교 법학전문대학원 교수

상 강제처분과 관련해 고안·발전된 법리라는 점, 또 현행 헌법 제12조 3항에서 규정하고 있는 영장주의란 형사절차와 관련하여 체포·구속·압수·수색의 강제처분을 할 때 신분이 보장되는 법관이 발부한 영장에 의하지 않으면 안 된다는 원칙으로, 형사절차가 아닌 징계절차에도 그대로 적용된다고 볼 수 없다는 견해가 제시된다.¹⁾ 반면 사건으로는 기본권을 제한하는 강제처분의 목적에 따라 영장주의 적용 여부가 달라지는 것은 논리적 일관성이 없다는 점에서 영장주의는 행정절차에도 적용되는 것이 타당한 것으로 본다. 다만 행정작용의 특성상 영장주의를 고수하다가는 도저히 그 목적을 달성할 수 없는 경우에는 영장주의의 예외가 인정될 수 있을 것이며, 영장주의를 행정절차로 확대하기 위해서는 영장 청구권자를 검사로 제한하고 있는 현행 헌법 제12조 제3항을 다소 수정해야 하는 과제가 있다. 행정절차와 관련한 영장까지 검사가 청구하도록 하는 것은 ‘국가기능의 적정성과 균형성’이라는 관점에서 바람직하지 못하기 때문이다.

마지막으로 현행 헌법 제77조 제3항은 비상계엄이 선포된 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 영장제도에 관하여 특별한 조치를 취할 수 있도록 하고 있다. 그러나 계엄법 제9조는 헌법 제77조 제3항의 내용을 그대로 반복함으로써 영장주의에 관한 ‘특별한 조치’의 내용은 사실상 계엄사령관에게 재위임된 상태이다. 이는 위헌이라고 보아야 한다. 그렇다면 계엄법에 규정되어야 할 ‘특별한 조치’의 내용은 무엇인가? 사건으로는 이 경우에도 영장주의의 본질이라고 할 수 있는 “법관에 의한 영장 발부”는 유지되어야 한다고 본다. 이것이 유지되는 한, 헌법 제12조 제3항이 정하는 절차와 다른 영장 발부 절차나 사후 영장은 불가피하게 허용될 수 있다고 본다. 다만 영장 없이 이루어진 수사기관의 강제처분에 대해서는 사후적으로 조속한 법관에 의한 심사가 이루어져야 할 것이다.²⁾

결론적으로 ① 형사절차에서 영장 청구권자를 검사로 제한하는 것, ② 영장주의의 적용 영역을 행정절차로 확대하는 것, ③ 비상계엄 하에서 영장제도에 취할 수 있는 특별한 조치의 내용 등에 대해 법원 실무자인 발제자의 고견을 청하고자 한다.

1) 헌재 2016. 3. 31. 2013헌바190 ; 대법원 2013.09.26. 선고 2013도7718

2) 헌재 2012. 12. 27. 2011헌가5

형사절차에서 변호인의 ‘효과적인’ 조력을 받을 권리의 보장

김 정 연*

- I. 서론
- II. 변호인의 조력을 받을 권리의 헌법적 근거와 헌법재판소 결정
- III. 변호인의 조력을 받을 권리의 주요 내용 및 효과적인 변호를 위한 보장
- IV. 형사절차에서 효과적인 변호인의 조력을 받을 권리의 실현
- V. 결론

I. 서론

변호인의 조력을 받을 권리는 형사절차에서 국가형벌권으로부터 자신을 방어하기 위한 것으로 공정한 재판과 적법절차원리에 입각한 것이다.¹⁾ 형사소송법은 피고인에게 검사에 대해 자기를 방어하는 수동적 당사자의 지위를 인정하고 있으며, 피의자에 대해서도 당사자는 아니지만 장래 소송에서 당사자가 될 소송의 주체로서 방어에 필요한 여러 권리를 보장하고 있다. 피고인에게 당사자 지위를 인정한다고 하더라도 무기평등의 원칙이 보장되지 않을 때에는 형사소송에서의 당사자주의에 의한 실체진실 발견의 이념이나 공정한 재판의 원칙은 실현될 수 없다.²⁾ 법률의 문외한

* 한국형사정책연구원 부연구위원, 법학박사, 변호사

1) 김현귀, 변호인의 조력의 헌법적 보장, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2018, 22면.

인 일반인에게 스스로 방어하도록 하는 것은 공정성에 반할 뿐만 아니라 특히 신체가 구속되어 있는 피고인의 방어력은 더욱 제한되기 때문에 법률전문가로 하여금 피고인을 보조하게 하여 공정한 재판을 실현할 필요가 있다. 형사절차에서도 피고인과 검사는 이른바 ‘대립된 당사자’로서 무기평등의 원칙에 따르도록 되어 있다. 일응 양측은 평등한 위치에서 공격과 방어를 진행함으로써 진실을 규명하고 그에 상응한 형벌권을 실현할 것을 공동의 목적으로 하고 있는 것처럼 보일 수 있다.³⁾ 그러나 법률전문가인 검사를 비롯한 형사절차에 있어서 전문화된 수사기관은 국가권력이라는 강제력을 배경으로 하고 있다는 점에서 일반인에게 변호인의 조력을 받을 권리를 부여함으로써 무기평등의 원칙이라는 근대 사법이념을 실질적으로 실현할 수 있는 것이다. 따라서 형사절차에서 국가의 형벌권으로부터 자신을 방어하기 위해서는 법률전문가로 하여금 피고인을 보조하게 할 필요성이 절실하고, 그 방어권의 일환으로 언급되는 것이 바로 변호인의 조력을 받을 권리이다.

최근 헌법재판소에서 변호인의 조력을 받을 권리가 실질적으로 확보되기 위해서는 ‘변호인이 되려는 자’의 접견교통권도 헌법상 기본권으로 보장되어야 한다는 결정⁴⁾이 나오면서 변호인의 조력을 받을 권리에 대한 관심이 더욱 높아지고 있다. 형사절차의 각 단계에 따라 변호인의 조력을 받을 권리는 구체적인 내용을 달리하는데, 그 내용, 범위, 한계에 대해서는 실무와 학계에서 다양한 논의가 이루어지고 있다.

이에 따라 본 발표에서는 변호인의 조력을 받을 권리에 대한 헌법재판소 결정례를 통해서 그 의미와 근거를 살펴보고, 구체적인 내용으로 변호인 접견교통권, 변호인 참여권, 형사기록 열람등사권, 국선변호인제도에 대한 법률 및 법원의 태도 등을 통해 문제점을 검토하고자 한다. 특히 입법형성권의 한계로서 효과적인 변호가 요청된다는 전제 하에, 구체적인 내용으로 변호인 접견교통권, 변호인의 참여권, 형사기록 열람등사권, 국선변호인제도의 변호인의 효과적인 조력을 받을 권리의 보장을 위한 입법 및 개선방안을 제시하고자 한다. 나아가 변호인의 조력을 받을 권리는 법 적용기관에 대해서는 법의 해석과 적용에 있어서 해석의 지침으로 작용한다는 점에서,

2) 이재상/조균석, 형사소송법, 박영사, 2017, 130면.

3) 홍영기, 적법절차원칙의 편향성에 따른 형사증거법원리, 2019 공동학술대회 발표문, 대법원 형사법연구회·한국형사법학회, 55면.

4) 헌법재판소 2019. 2. 28. 선고 2015헌마1204결정.

형사절차에서 효과적인 변호를 받을 권리의 실현을 위한 소송법적 효과에 대한 논의의 검토하고자 한다.

II. 변호인의 조력을 받을 권리의 헌법적 근거와 헌법재판소 결정

1. 헌법적 근거 및 ‘효과적인 변호’의 요청

가. 변호인의 조력을 받을 권리의 헌법적 근거

헌법은 제12조 제4항에 “누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다. 다만, 형사피고인이 스스로 변호인을 구할 수 없을 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 국가가 변호인을 붙인다.”고 하여 변호인의 조력을 받을 권리를 헌법상 기본권으로서 명시적으로 규정하고 있다. 헌법 제12조 제5항 제1문에서도 “누구든지 체포 또는 구속의 이유와 변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 고지받지 아니하고는 체포 또는 구속을 당하지 아니한다.”고 하여 변호인의 조력을 받을 권리를 언급하고 있다.

당해 헌법 규정의 연혁을 보면, 1948년 제헌헌법에서부터 변호인의 조력을 받을 권리를 규정하고 있었다.⁵⁾ 이후 1962년 제5차 개정헌법서 국선변호인제도 규정을 두게 되었고,⁶⁾ 1987년 헌법 제12조 제4항에 일부 문구가 수정되어 현행 헌법에 이르고 있다. 우리 헌법은 제헌헌법 이래로 변호인의 조력을 받을 권리에 대해 규정을 두고 있는데, 일관되게 신체의 자유를 보장하는 규정에 당해 권리를 보장하는 규정을 두고 있다는 것이다.

과연 변호인의 조력을 받을 권리는 체포 또는 구속을 받은 자에게만 인정되는 것인가? 헌법재판소는 불구속피의자의 변호인의 조력을 받을 권리에 대해 “우리 헌법은 변호인의 조력을 받을 권리가 불구속 피의자·피고인 모두에게 포괄적으로 인정

5) 제헌헌법(1948. 7. 17. 헌법 제1호) 제9조 제3항 “누구든지 체포, 구금을 받은 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리와 그 당부의 심사를 법원에 청구할 권리가 보장된다.”

6) 제5차 개정헌법(1962. 12. 26. 헌법 제6호) 제10조 제4항 “누구든지 체포·구금을 받은 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다. 다만, 법률이 정하는 경우에 형사피고인이 스스로 변호인을 구할 수 없을 때에는 국가가 변호인을 붙인다.”

되는지 여부에 관하여 명시적으로 규율하고 있지는 않지만, 불구속 피의자의 경우에도 변호인의 조력을 받을 권리는 우리 헌법에 나타난 법치국가원리, 적법절차원칙에서 인정되는 당연한 내용이고, 헌법 제12조 제4항도 이를 전제로 특히 신체구속을 당한 사람에 대하여 변호인의 조력을 받을 권리의 중요성을 강조하기 위하여 별도로 명시하고 있다.”고 판시하고 있다.⁷⁾ 당해 헌법재판소 결정의 구체적으로 살펴보면, 다수의견은 구속되지 않은 피의자 또는 피고인의 변호인의 조력을 받을 권리는 법치국가원리, 헌법 제12조 제1항의 적법절차원칙에서 인정되는 당연한 내용이라고 보았다. 별개의견은 헌법 제12조 제1항에서 규정하고 있는 적법절차의 원칙, 헌법 제12조 제4항, 제27조에서 규정하고 있는 공정한 재판을 받을 권리, 헌법 제37조 제1항, 법치국가원리의 한 요소인 공정한 절차의 이념 등으로부터 불구속 피의자의 변호인의 조력을 받을 권리가 도출된다고 보았다. 한편 반대의견은 헌법 제12조 제4항의 명문규정 및 절차적 권리로서의 해당 기본권의 성격에 비추어 불구속 피의자에게는 변호인의 조력을 받을 권리를 헌법상 보장하지 않는 것으로 해석하기도 하였다.

생각건대 헌법 제12조 제4항은 형사절차에서 변호인의 조력을 받을 권리를 포괄적으로 보장하는 일반규정의 형태는 아니지만, 구속 여부를 불문하고 형사절차에서 변호인의 조력을 받을 권리가 헌법상 기본권으로 보장된다는 것을 전제로 신체 구속을 당한 자에 대한 변호인의 조력을 받을 권리의 중요성을 강조하기 위한 특별조항이다. 그리고 공정한 재판과 절차를 실현하기 위해서는 수사기관 및 공소기관과 피의자·피고인간의 무기대등의 원칙이 이루어져야 한다. 변호인의 조력을 받을 권리를 통해 피의자·피고인과 수사·공소기관 등 국가권력 사이의 실질적인 대등이 이루어지면 공정한 재판과 절차가 실현될 수 있는 것이다. 따라서 헌법은 형사절차에서 변호인의 조력을 받을 권리를 포괄적으로 인정하는 규정을 명시적으로 두고 있지는 않지만, ‘체포 또는 구속’을 당한 자의 변호인의 조력을 받을 권리를 규정하고 있는 헌법 제12조 제4항과 헌법 제27조의 공정한 재판을 받을 권리 그리고 법치국가원리의 본질적 요소인 공정한 절차의 이념에서 보장되는 기본권이다.⁸⁾

7) 헌법재판소 2004. 9. 23. 선고 2000헌마138 결정.

8) 한수웅, 헌법학, 법문사, 2016, 646-647면.

나. 변호인의 조력을 받을 권리에 대한 효과적인 변호의 요청

(1) 입법형성권의 한계로서 효과적인 변호의 요청

변호인의 조력을 받을 권리는 국가권력의 형벌권 행사에 대응하여 자신에게 부여된 헌법상 형사소송법상의 권리를 효율적이고 독립적으로 행사하기 위하여 변호인의 도움을 받을 수 있는 피의자 또는 피고인의 권리를 의미한다. 변호인의 조력을 받을 권리는 실체적 기본권의 보장과 관철을 위한 절차적 기본권으로서 공정한 재판과 절차를 실현하기 위한 헌법적 요청이다. 이에 입법자는 공정한 절차 실현을 위해 변호인의 조력에 관하여 절차적으로 형성해야 할 의무를 부담한다. 따라서 변호인의 조력을 받을 권리는 입법자에 의한 구체적인 형성을 필요로 하고 구체적으로 형성된 소송법의 범위 내에서 보장된다. 입법자는 형사절차를 구체적으로 형성함에 있어서 변호인의 조력을 통한 공정한 형사절차의 실현과 다른 한편으로는 효과적인 형사소추를 함께 고려하여 형사절차에서 변호인의 조력이 어떠한 방법으로 어느 정도로 요청되는지를 규율하게 된다.⁹⁾

헌법재판소는 “헌법 제12조 제4항이 보장하고 있는 신체구속을 당한 사람의 변호인의 조력을 받을 권리는 무죄추정을 받고 있는 피의자·피고인에 대하여 신체구속의 상황에서 생기는 여러가지 폐해를 제거하고 구속이 그 목적의 한도를 초과하여 이용되거나 작용하지 않게끔 보장하기 위한 것으로 여기의 ‘변호인의 조력’은 ‘변호인의 충분한 조력’을 의미한다.”고 판시하고 있다.¹⁰⁾ 즉 입법자의 형성권은 헌법 제12조 제4항에 내재하는 헌법적 결정인 효과적인 변호의 요청에 의해 제한된다고 할 것이다. 효과적인 변호의 요청은 입법자가 형사절차를 구체적으로 형성함에 있어서 고려해야 할 중요한 기준인 동시에 입법형성권의 한계를 의미한다.¹¹⁾

(2) 형사절차에서의 효과적인 변호를 받을 권리

변호인의 조력을 받을 권리는 입법자에 의한 구체적인 형성을 필요로 하는 반면, 법적용기관에 대해서는 법의 해석과 적용에 있어서 해석의 지침으로 작용하기도 한다. 따라서 구체적인 사안에서 변호인의 조력을 받을 권리에 대한 제한 조치의 적법성에 대한 판단이나 형사절차에서의 변호인의 조력을 받을 권리의 침해 시 구제방

9) 한수웅, 앞의 책, 647-648면.

10) 헌법재판소 1992. 1. 28. 선고 91헌마111결정.

11) 한수웅, 앞의 책, 648면.

법 내지 절차에 미치는 영향이 문제된다. 궁극적으로 변호인의 조력을 받을 권리를 보장하여 적정한 재판결과 및 공정한 절차의 실현을 목적하는 것이라면 변호인의 조력을 받을 권리는 충분한 변호 및 실질적 변호를 받을 권리를 포함하게 된다. 여기에서 변호인의 실질적이고도 충분한 조력을 받을 권리를 관념할 수 있고, 변호인의 조력에 대한 소송법적 통제장치를 마련하여야 할 계기가 생기게 된다.

변호인의 조력을 받을 권리는 역사적으로 볼 때, 변호인의 선임 또는 참여가 제한당하지 않을 소극적 권리에서 변호인의 선정을 국가에 청구할 수 있는 적극적 권리로 그리고 선임된 변호인의 효과적인 조력을 받을 실질적인 권리로 전개되고 있다고 볼 수 있다.¹²⁾ 헌법이 보장하는 변호인의 조력을 받을 권리의 의미에 대해서 헌법재판소와 대법원은 변호인의 ‘충분한 조력’을 받을 권리로 보고,¹³⁾ 다른 표현으로 변호인의 조력을 받을 권리가 ‘실질적으로’ 보장되어야 한다고 판시하고 있다.¹⁴⁾ 그러나 이는 형사절차에서 변호인의 조력을 받을 권리가 소극적으로 침해된 사안에서 침해의 위법성을 확인하는 근거로서 표현된 것 일뿐 변호인의 조력을 받을 권리의 실질적인 보장을 의미하는 것은 아니다.

최근 국선변호인이 선정되었으나 국선변호인이 항소이유서를 제출하지 않은 경우 소송법적 효과와 관련하여 미국의 ‘효과적인 변호를 받을 권리’에 대한 법리의 도입 여부에 대해 논의가 이루어지고 있다. 이와 관련하여 대법원은 “헌법상 보장되는 변호인의 조력을 받을 권리는 변호인의 ‘충분한 조력’을 받을 권리를 의미하므로, 일정한 경우 피고인에게 국선변호인의 조력을 받을 권리를 보장하여야 할 국가의 의무에는 형사소송절차에서 단순히 국선변호인을 선정하여 주는 데 그치지 않고 한 걸음 더 나아가 피고인이 국선변호인의 실질적인 조력을 받을 수 있도록 필요한 업무 감독과 절차적 조치를 취할 책무까지 포함된다.”고 판시하여 변호인의 조력을 받을 권리가 실질적 권리로 전개될 수 있는 계기가 마련되었다.¹⁵⁾

12) 조기영, 변호인의 효과적인 조력을 받을 권리, 동북아법연구 제10권 제1호, 2016, 352면.

13) 헌법재판소 1992. 1. 28. 선고 91헌마111결정; 헌법재판소 1997. 11. 2. 7. 선고 94헌마60결정; 헌법재판소 2003. 3. 27. 선고 2000헌마474결정; 대법원 2003. 11. 11. 선고 2003도402결정; 대법원 2012. 2. 16. 선고 2009도1044 전원합의체 결정; 대법원 2015. 12. 23. 선고 2015도9951 판결; 대법원 2019. 7. 10. 선고 2019도4221 판결 등.

14) 대법원 1990. 2. 13. 자 89도37 결정; 대법원 1991. 3. 28. 선고 91도24결정; 대법원 1996. 6. 3. 선고 98도18결정; 대법원 2013. 3. 8. 선고 2010도3359 판결 등.

15) 대법원 2012. 2. 16. 선고 2009도1044 전원합의체 결정.

2. 변호인의 조력을 받을 권리 관련 헌법재판소 주요 결정

헌법 제12조 제4항은 체포 또는 구속을 당한 자에게 변호인의 조력을 받을 권리가 있다는 점을 명문화하고 있으나, 조력의 의미나 변호인의 조력을 받을 권리의 구체적인 내용에 대한 규정을 두고 있지는 않다. 변호인의 조력을 받을 권리가 구체적으로 어떠한 내용을 포함하는지의 문제는 형사절차에서 변호인의 역할과 기능의 관점에서 판단된다. 형사절차에서 변호인의 역할은 피의자 등에게 당사자의 지위에서 대등한 지위를 보장하기 위한 지원의 기능을 수행하고, 유리하게 형사절차에 영향력을 행사할 수 있는 조력자로서의 기능 및 피의자 등의 권리가 준수되는지를 감시하고 통제하는 기능을 포괄한다고 할 것이다.¹⁶⁾ 이러한 점에서 변호인의 조력을 받을 권리의 의미와 내용은 시대상황에 따라 발전하고 변화하였으며, 특히 형사소송법상 당사자주의의 확립과 인권개념의 발전과 함께 확대되어 왔다.¹⁷⁾

이에 변호인의 조력을 받을 권리에 대한 헌법재판소의 주요 결정을 통해서 변호인의 조력을 받을 권리에 대한 구체적인 보장내용으로 변호인 접견교통권, 수사서류 열람등사권, 변호인 참여권 등을 구분하여 정리해 보고자 한다. 변호인의 조력을 받을 권리에 대한 헌법재판소의 주요 결정을 정리한 표는 다음과 같다.

<표 1> 변호인의 조력을 받을 권리 관련 헌법재판소 주요결정

구분	종국일자	사건번호	사건명(보장내용)	종국결과
1	1991.07.08.	89헌마181	수사기관에 의한 기본권침해에 대한 헌법소원 : 접견교통권	각하
2	1992.01.28.	91헌마111	변호인의 조력을 받을 권리에 대한 헌법소원 : 접견교통권	인용(위헌확인), 위헌
3	1995.07.21.	92헌마144	서신검열 등 위헌확인 : 접견교통권	인용(위헌확인), 한정위헌, 기각, 각하
4	1997.03.27.	92헌마273	변호인접견실간막이설치 위헌확인 : 접견교통권	각하
5	1997.11.27.	94헌마60	등사신청거부처분취소 : 열람등사권	인용(위헌확인)

16) 한수웅, 앞의 책, 648면.

17) 김영중, 헌법재판소 결정을 통해 본 변호인의 조력을 받을 권리의 의미, 경찰법연구 제16권 제2호, 2018, 147면.

구분	종국일자	사건번호	사건명(보장내용)	종국결과
6	1998.02.27.	96헌마211	열람및복사거부처분취소 :열람등사권	각하
7	1998.08.27.	96헌마398	통신의 자유침해 등 위헌확인 : 집견교통권	기각, 각하
8	2000.03.30.	98헌마294	열람 등사 거부 위헌확인 :열람등사권	각하
9	2003.01.14.	2003헌마5	형사법정좌석배치 위헌확인 :참여권	각하
10	2003.04.24.	2001헌마630	열람등사신청거부처분 위헌확인 :열람등사권	각하
11	2004.09.23	2000헌마138	변호인의조력을받을권리 등 침해 위헌확인 :참여권	인용(위헌확인)
12	2004.12.16.	2002헌마478	집견불허처분 등 위헌확인 : 집견교통권	위헌, 기각
13	2004.02.26.	2003헌마624	열람등사거부처분취소 :열람등사권	각하
14	2005.05.26.	2003헌가7	형사소송법 제312조 제1항 위헌재청 :참여권	합헌
15	2008.04.24.	2005헌마914	행형법 제18조의2 제3항 등 위헌확인 :집견교통권	각하
16	2008.08.28.	2005헌마396	열람, 등사거부처분 위헌확인 :열람등사권	각하
17	2009.10.29.	2007헌마992	변호인의 조력을 받을 권리 침해 위헌확인 :집견교통권	기각
18	2010.02.02.	2009헌마257	공권력행사 위헌확인 :열람등사권	각하(1호후문), 각하(4호)
19	2011.05.26.	2009헌마341	미결수용자 변호인 접견 불허처분 위헌확인 :집견교통권	기각
20	2012.02.23.	2009헌마333	형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 제43 조 제3항 등 위헌 확인 :집견교통권	위헌, 각하
21	2012.06.27.	2011헌마360	열람, 등사 불허 결정 위헌확인 :열람등사권	각하
22	2013.08.29.	2011헌마122	형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 제41 조 등 위헌확인 :집견교통권	헌법불합치, 각하
23	2013.08.29.	2012헌마886	변호인의 조력을 받을 권리 침해 등 위헌확인 :국선변호사 선임	각하

구분	종국일자	사건번호	사건명(보장내용)	종국결과
24	2013.09.26.	2011헌마398	접견교통권 방해 등 위헌확인 :접견교통권	인용(위헌확인), 각하
25	2013.11.28.	2011헌마529	형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 제88조 위헌확인 :접견교통권	각하
26	2014.06.05.	2014헌사592	효력정지가처분신청 :접견교통권	인용
27	2015.07.30.	2012헌마610	체포영장 열람, 등사신청 거부처분 위헌확인 :열람등사권	각하
28	2015.11.26.	2012헌마858	변호인접견불허 위헌확인 :접견교통권	헌법불합치
29	2016.04.28.	2015헌마243	접견실내 CCTV 감시, 녹화행위 등 위헌확인 :접견교통권	기각
30	2016.05.26.	2013헌마879	통행제지행위 관련 공권력행사 위헌확인 :접견교통권	각하
31	2016.12.29.	2015헌바221	형사소송법 제165조의2 제3호 위헌소원 :참여권	합헌
32	2017.11.30.	2016헌마503	변호인 참여신청서 요구행위 등 위헌확인 :참여권	인용(위헌확인), 각하
33	2017.12.12.	2017헌마1271	입법부작위 등 위헌확인 :국선변호인 선임	각하(2호), 각하(4호)
34	2017.12.28.	2015헌마632	열람·등사신청 거부행위 위헌확인 :열람등사권	인용(위헌확인)
35	2018.05.31	2014헌마346	변호인 접견 불허처분 등 위헌확인 :접견교통권	인용(위헌확인)
36	2019.02.28.	2015헌마1204	변호인 접견불허 위헌확인 :접견교통권	인용(위헌확인), 각하

Ⅲ. 변호인의 조력을 받을 권리의 주요 내용 및 효과적인 변호를 위한 보장

1. 변호인 접견교통권

가. 변호인 접견교통권의 의의 및 성질

형사소송법 제34조는 “변호인 또는 변호인이 되려는 자는 신체구속을 당한 피고인 또는 피의자와 접견하고 서류 또는 물건을 수수할 수 있으며 의사로 하여금 진

료하게 할 수 있다.”라고 하여 변호인의 접견교통권 규정을 두고 있다. 이외에도 형사소송법에는 구속된 피고인의 접견교통권(제89조)과 구속된 피의자의 접견교통권(제209조, 제89조)에 관한 규정이 있다. 변호인의 접견교통권은 인권침해를 방지하고 변호인과 피고인의 변론준비 및 방어준비를 보장하는데 주된 목적이 있다.¹⁸⁾ 이러한 의미에서 변호인의 접견교통권은 변호인의 조력을 받을 권리의 핵심적 내용으로서 형사절차상 가장 중요한 기본적 권리라 할 수 있다. 대법원은 변호인과의 접견교통권을 위법하게 제한하여 변호인의 조력을 받을 권리를 침해하는 것은 헌법상 보장된 기본권을 침해하는 것으로 이러한 상태에서 얻어진 피의자의 자백은 증거능력이 부정된다고 판시하고 있다.¹⁹⁾

나. 변호인 접견교통권의 제한

형사소송법 제91조는 “법원은 도망하거나 또는 죄증을 인멸할 염려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 때에는 직권 또는 검사의 청구에 의하여 결정으로 구속된 피고인과 제34조에 규정한 외의 타인과의 접견을 금하거나 수수할 서류 기타 물건의 검열, 수수의 금지 또는 압수를 할 수 있다. 단, 의류, 양식, 의료품의 수수를 금지 또는 압수할 수 없다.”고 하여 비변호인과의 접견에 대해서는 제한사유를 규정하고 있다. 그러나 변호인의 접견교통권은 명시적인 제한사유를 규정하지 않고 있다. 따라서 변호인의 접견교통권은 법원의 결정 또는 수사기관의 처분에 의해 제한 될 수 없다. 대법원도 “형사소송법 제34조가 규정한 변호인의 접견교통권은 신체 구속을 당한 피고인이나 피의자의 인권보장과 방어준비를 위하여 필수불가결한 권리이므로, 법령에 의한 제한이 없는 한 수사기관의 처분은 물론, 법원의 결정으로도 이를 제한할 수 없는 것이다.”라고 판시하고 있다.²⁰⁾

18) 김재중/이상한, 변호인의 조력을 받을 권리에 대한 최신 쟁점, 법학연구 제28권 제2호, 2017, 6면.

19) 대법원 1990. 9. 25. 선고 90도1586 판결 ; “헌법상 보장된 변호인과의 접견교통권이 위법하게 제한된 상태에서 얻어진 피의자의 자백은 그 증거능력을 부인하는 유죄의 증거에서 실질적이고 완전하게 배제하여야 하는 것인바, 피고인이 구속되어 국가안전기획부에서 조사를 받다가 변호인의 접견신청이 불허되어 이에 대한 준항고를 제기 중에 검찰로 송치되어 검사가 피고인을 신문하여 제1회 피의자신문조서를 작성한 후 준항고절차에서 위 접견 불허처분이 취소되어 접견이 허용된 경우에는 검사의 피고인에 대한 위 제1회 피의자신문은 변호인의 접견교통을 금지한 위법상태가 계속된 상황에서 시행된 것으로 보아야 할 것이므로 그 피의자신문조서는 증거능력이 없다.”

변호인의 접견교통권은 변호인의 조력을 받을 권리의 가장 중요한 내용으로 헌법 재판소는 접견교통권이 원칙적으로 제한될 수 없다고 본다.²¹⁾ 그러나 이는 변호인의 접견교통권이 절대적으로 보장되는 것이라는 의미보다는 지극히 예외적인 경우를 제외하면 접견교통권은 원칙적으로 제한할 수 없다는 것으로 보는 것이 타당하다.²²⁾ 헌법재판소도 변호인의 조력을 받을 권리는 최대한 보장되어야 하지만 국가형벌권의 적정한 행사와 피고인의 인권 보호라는 형사소송절차 전체적인 체계 안에서 의미를 갖기 때문에 형사소송절차의 이와 같은 목적을 실현하기 위해 일정한 기준에 따라 제한될 수 있다고 판시한 바 있다.²³⁾

한편 변호인의 접견교통권이 침해될 경우 법원의 결정에 대해서는 항고(형사소송법 제403조 제2항)가, 수사기관의 처분에 대해서는 준항고가 허용된다(동법 제417조). 그리고 변호인의 접견교통권을 침해하여 얻은 증거의 증거능력도 부정된다. 판례도 변호인의 접견이 부당하게 제한되고 있는 동안에 작성된 검사작성 피의자신문조서의 증거능력이 없다고 보았다.²⁴⁾ 변호인의 접견교통권이 침해될 경우 헌법소원 및 법원의 판결에 의해 개별적으로 구제될 수 있다. 대법원은 피의자 등이 헌법상 변호인의 조력을 받을 권리의 의미와 범위를 정확히 이해하면서도 이성적 판단에 따라 자발적으로 그 권리를 포기한 경우 변호인의 접견이 강제될 수 없지만, 위와 같은 요건이 갖추어지지 않았는데도 수사기관이 접견을 허용하지 않는 경우, 변호인의 접견교통권 침해로 인한 국가배상책임이 성립한다고 판시한 바 있다.²⁵⁾ 헌법재판소는 구치소에서 변호인이 되려는 자가 접견신청을 했으나 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 시행령 제58조 제1항에 따른 일과시간 경과를 이유로 검사가 접

20) 대법원 1990. 2. 13. 선고 89보37 결정.

21) 헌법재판소 1992. 1. 28. 선고 91헌마111 결정 ; “변호인의 조력을 받을 권리의 필수적 내용은 신체구속을 당한 사람과 변호인과의 접견교통권이며 이러한 접견교통권의 충분한 보장은 구속된 자와 변호인의 대화내용에 대하여 비밀이 완전히 보장되고 어떠한 제한·영향·압력 또는 부당한 간섭없이 자유롭게 대화할 수 있는 접견을 통하여서만 가능하고 이러한 자유로운 접견은 구속된 자와 변호인의 접견에 교도관이나 수사관 등 관계공무원의 참여가 없어야 가능하다. 변호인과의 자유로운 접견은 신체구속을 당한 사람에게 보장된 변호인의 조력을 받을 권리의 가장 중요한 내용으로서 국가안전보장, 질서유지, 공공복리 등 어떠한 명분으로도 제한될 수 있는 성질의 것이 아니다.”

22) 한수웅, 앞의 책, 649면.

23) 헌법재판소 2009. 10. 29. 선고 2007헌마992 결정.

24) 대법원 1990. 8. 24. 선고 90도1285 판결.

25) 대법원 2018. 12. 27. 선고 2016다266736 판결.

견신청을 허용하지 않은 사안에서 접견불허행위가 접견교통권을 침해하였다고 보아 헌법소원청구를 인용한 바 있다.²⁶⁾

다. 변호인 접견교통권 제한의 명확성 제고

변호인의 접견교통권은 변호인의 조력을 받을 권리의 가장 기본적인 권리라는 점에서 현행과 같이 접견교통권의 침해 여부가 문제되어 헌법재판소 결정 및 대법원의 판결에 의해 사후적으로 구제하는 방법 보다는 법률로 명확하게 제한하는 방식이 사전 예방규제의 측면에서 바람직하다.²⁷⁾ 변호인 접견교통권의 제한과 관련하여 예외적으로 허용되지 않는 경우를 형사소송법에 입법적으로 규율하는 것이 필요해 보인다. 다만 변호인의 접견교통권은 폭넓게 허용되어야 하는 바, 변호인 참여권 보장과 국가형벌권의 행사가 조화를 이루어 궁극적으로 실체적 진실발견이 가능할 수 있도록 예외적으로 제한하는 방식이 필요하다.²⁸⁾

외국의 입법례를 살펴보면 변호인의 접견권을 원칙적으로 허용하되, 예외적으로 특정한 범죄에 한해 이를 제한하는 형식을 취하고 있다. 독일 형사소송법 제148조 제1항에서는 변호인의 접견교통권을 원칙적으로 허용하면서 테러범죄 등과 같은 특정한 범죄의 경우 변호인과의 접견교통에서 문서와 목적물의 반입을 거부하는 등 접견교통권을 제한할 수 있다고 규정하고 있다.²⁹⁾ 프랑스 형사소송법 제63-4조의 경우 보호유치가 된 자에게는 변호사의 접견권을 인정하면서도 폭력조직 가입, 조직적 매춘, 특수강도, 조직범죄 등 특정한 범죄에 대해 구금된 후 72시간 동안 변호인의 접견을 제한하고 있다.³⁰⁾ 영국의 경찰 및 형사증거법(Police and Criminal Evidence

26) 헌법재판소 2019. 2. 28. 선고 2015헌마1204 결정.

27) 이순옥, 변호인의 접견교통권에 대한 연구, 형사소송 이론과 실무 제11권 제1호, 한국형사소송법학회, 2019, 27면.

28) 박혜림, 변호인의 조력을 받을 권리의 현황 및 개선과제, nars 현안분석 제53호, 국회입법조사처, 2019, 9면.

29) 독일 형사소송법 제148조(피의자의 접견교통) ① 인신구속 중인 피의자도 서면 또는 구두로 변호인과의 접견교통이 허용된다.

② 인신구속 중인 피의자에게 형법 제129조a(테러단체조직)에 따른 범죄행위(제129조b와 결부된 경우에도 포함)에 대해 유력한 혐의가 있는 경우에는 문서 기타 목적물을 먼저 제148조의a에 따라 관할하는 법원에 제출하는 것에 발송자가 동의를 의사표시를 하지 않는 한, 법원은 변호인과의 접견교통에서 당해 문서와 기타 목적물의 반입을 거부할 수 있다. (법무부, 독일 형사소송법 번역자료 참조, 2012. 6.)

30) 프랑스 형사소송법 제63-4조 ⑦ 혐의사실이 형법 450-1조에 정한 폭력조직에의 가입과 형

Act) 제58조 제1항에서는 체포구금된 자의 변호인 접견을 원칙적으로 허용하고 있으나, 동조 제8항에서 a) 증거수집의 장애, 다른 사람의 신체적 침해, b) 공범의 도피, c) 범죄로 취득한 재산의 회수 장애 위험과 같은 사유가 있는 경우 접견권이 제한될 수 있다고 규정하고 있으며, 동조 제12항에서는 테러 관련 범죄로 체포된 경우 변호인 조력권 보장 규정을 적용하지 않는다고 규정하고 있다.³¹⁾

2. 피의자신문 시 변호인 참여권

가. 변호인 참여권의 의의

변호인은 공판정에 출석하여 증인과 피고인을 신문하고 증거조사에 참여할 권리를 가진다. 이에 의해 변호인은 소송의 적법성과 피고인의 권리를 보호하는 통제기능을 수행할 수 있다.³²⁾ 그런데 변호인의 조력을 받을 권리는 피고인뿐만 아니라 피의자에게도 보장되어야 하고, 피의자신문조서는 수사의 방향을 결정하고 중요한 증거자료로 사용될 수 있어 형사재판에 중대한 영향을 미친다는 점에서 피의자신문 시 변호인의 참여권은 매우 중요한 의미를 갖는다. 이에 2007년 개정 형사소송법은 “검사 또는 사법경찰관은 피의자 또는 그 변호인·법정대리인·배우자·직계친족·형제자매의 신청에 따라 변호인을 피의자와 접견하게 하거나 정당한 사유가 없는 한 피의자에 대한 신문에 참여하게 하여야 한다.”고 하여 피의자신문 시 변호인의 참여권

법 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 72시간이 경과한 후에 이루어진다. 사법경찰관은 보호유치 사실을 검사에게 보고한 후 본항이 적용되는 상황에 대하여 검사에게 보고하여야 한다.(법무부, 프랑스 형사소송법 번역자료 참조, 2011. 11.)

31) 영국의 경찰 및 형사증거법(Police and Criminal Evidence Act) 제58조 ① 경찰서 등에 체포되어 구금된 자는 요청할 경우 언제든지 사적으로 변호사에게 상담할 권리가 있다.

⑧ 담당자는 구금된 당사자가 해당 권리를 행사하고자 할 때 제1항에 의해 부여된 권리의 행사가 다음과 같이 합리적인 근거가 있는 경우에만 지연할 수 있다.

- a) 기소된 범죄와 관련된 증거수집에 장애가 되거나 다른 사람에 대한 신체적 위해를 야기할 경우
- b) 범죄협약이 있지만 아직 체포되지 않은 공범의 도피
- c) 그 범죄의 결과로 얻은 재산의 회수를 방해하는 경우

⑫ 테러 관련 범죄로 체포되거나 구금된 사람에게는 이 절의 어떤 조항도 적용되지 않는다. (<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/60/section/58>, 최종검색 2019. 12. 29.)

32) 이재상/조균석, 앞의 책, 147면.

을 명문으로 규정하였다(제243조의2 제1항). 피의자신문 시 변호인의 참여권은 종래 헌법재판소³³⁾와 대법원³⁴⁾의 해석에 의해 인정되다가 형사소송법 개정에 의해 법률로 보장하고 있다.

변호인의 피의자 신문 참여권은 수사기관의 피의자신문과정에서 피의자의 정당한 권리와 이익을 보호하기 위해서 인정되어야 한다. 나아가 피의자신문 시 변호인의 참여권은 수사단계에서 행해진 피의자의 진술과 조서기재의 일치에 대한 절차적 담보로서 형사소송법 제312조의 피의자 진술의 임의성과 내용적 성립의 진정성을 담보하기 위한 장치로서도 필요하다.³⁵⁾ 또한 수사관행이 상당히 개선되었다고는 하지만, 피의자신문은 자백을 얻기 위한 수단으로 악용될 수 있을 뿐만 아니라 가혹행위 등 인권침해가 발생할 가능성이 많은 영역이라는 점에서 피의자신문 시 변호인의 참여는 수사기관의 감시자로서 견제를 통해 법의 적정절차를 확보하는 기능을 담당한다고 할 수 있다.³⁶⁾

나. 피의자신문 시 변호인 참여 현황

이와 같이 피의자 신문 시 변호인의 참여권은 형사소송법 규정을 통해 명문화하였으나 실무상 변호인의 실제 참여율은 여전히 미미한 실정이다. 검찰의 피의자신문에 변호인이 참여한 비율은 개정 형사소송법 이후 2008년 0.05%, 2009년 0.08%, 2010년 0.11%, 2011년 0.17%이고,³⁷⁾ 경찰 피의자 신문과정에서 변호인 참여비율은 2012년 0.13%, 2013년 0.1%, 2014년 0.13%, 2015년 0.17%로 그 비율이 0.1%대에 불과한 것으로 나타났다.³⁸⁾ 2007년 형사소송법 개정에 의해 피의자신문 시 변호인 참여제도가 신설되어 변호인의 참여가 확대될 것으로 기대했지만 이와 같이 참여 비율은 저조한 실정이다. 실제 변호인 참여비율이 1%도 되지 않는 상황에서 변호인

33) 헌법재판소 2004. 9. 23. 선고 2009헌마138 결정.

34) 대법원 2003. 11. 11. 선고 2003모402 결정.

35) 천진호, 개정 형사소송법상 형사피의자·피고인의 방어권 보장, 저스티스 통권 제103호, 한국법학원, 2008, 114면.

36) 이영돈, 변호인의 피의자신문 참여권의 범위와 한계, 법학논고 제47집, 경북대학교 법학연구원, 2014, 264면.

37) 법률신문 2012년 4월 20일자 기사, “피의자 신문과정 변호인 참여 전체사건의 1%도 안 된다.”, <https://m.lawtimes.co.kr/Content/Article?serial=63753>(2019. 11. 29. 최종검색).

38) news1 2016년 10월 6일자 기사, “[국감브리핑] 경찰 피의자 신문과정서 변호인 참여 허울 뿐”, <http://news1.kr/articles/?2794452>(2019. 11.28. 최종검색).

참여권은 법률상 존재하는 것일 뿐 피의자에게는 여전히 형식적인 권리에 불과하다.³⁹⁾

다. 변호인 참여권의 제한

형사소송법 제243조의2는 정당한 사유가 없는 한 피의자 신문에 변호인을 참여하게 해야 한다고 규정하고 있는데, 구체적인 정당한 사유는 법무부령인 검찰사건사무규칙에 규정을 두고 있다. “정당한 사유”란 변호인의 참여로 인하여 신문 방해, 수사기밀 누설 등 수사에 현저한 지장을 초래할 우려가 있다고 인정되는 경우를 말한다(검찰사건사무규칙 제9조의2 제1항). 검사는 변호사의 참여로 인해 부당한 신문 개입, 모욕적인 언동 등의 사유가 발생하여 신문 방해, 수사 기밀 누설 등 수사에 현저한 지장을 초래하는 경우에는 피의자신문 중이라도 변호인의 참여를 제한할 수 있다(검찰사건사무규칙 제9조의2 제4항).⁴⁰⁾⁴¹⁾

이와 관련하여 2015년 대한변호사협회에서 전국 개업변호사 회원을 대상으로 실시한 피의자신문 시 변호인의 참여권에 대한 설문조사에서 변호인 동석 경험에 있는 응답자 1,466명 중 716명(48.8%)이 수사기관으로부터 부당한 대우를 받은 적이 있다고 응답한 것으로 나타났다.⁴²⁾ 구체적으로 경험한 부당한 대우의 유형 중에 ‘부당한 신문방법에 의한 이의제기 등 변호인의 의견진술을 제지함’의 경우는 응답자의 절반이상인 56.6%가 경험하였고, ‘검사 또는 사법경찰관의 강압적인 행동 또는 월권행위’도 절반에 가까운 46.5%가 경험하였다. 또한 ‘피의자신문 내용의 메모를 금

39) 이영돈, 앞의 글, 265면.

40) 검찰사건사무규칙 제9조의2(변호인의 피의자신문 참여) ④ 검사는 변호인의 참여로 인하여 다음 각 호의 어느 하나의 사유가 발생하여 신문 방해, 수사기밀 누설 등 수사에 현저한 지장을 초래하는 경우에는 피의자신문 중이라도 변호인의 참여를 제한할 수 있다.

1. 검사의 승인 없이 부당하게 신문에 개입하거나 모욕적인 언동 등을 행하는 경우
2. 피의자를 대신하여 답변하거나 특정한 답변 또는 진술 변복을 유도하는 경우
3. 「형사소송법」 제243조의2제3항 단서에 반하여 부당하게 이의를 제기하는 경우
4. 신문 내용을 촬영·녹음하거나 전자기기를 이용하여 기록하는 경우

41) 2018년 10월 4일 검찰사건사무규칙 개정을 통해 피의자신문 과정에서 피의자 및 참여 변호인의 기억 환기를 위하여 간략한 수기 기록을 원칙적으로 허용함으로써 피의자의 방어권을 강화하고자 하였다[검찰사건사무규칙 제정·개정이유 (법무부령 제937호 일부개정, 2018. 10. 4. 시행)].

42) 김혜진, 피의자신문 시 변호인의 참여권 침해 설문조사에 대한 결과분석, 인권과 정의 제 453호, 대한변호사협회, 2015, 77면 참조.

지'하는 경우도 45.1%에 이르렀는데, 이후 2018년 10월 4일 검찰사건사무규칙 개정을 통해 원칙적으로 피의자신문 과정에서 수기 기록을 허용하도록 하였다.

<표 2> 피의자신문 시 변호인 참여에 대한 부당한 대우의 유형

부당한 대우의 유형	응답자(명)	점유율(%)
부당한 신문방법에 대한 이의제기 등 변호인의 의견진술을 제지함	405	56.6
검사 또는 사법경찰관의 강압적인 행동 또는 월권행위	333	45.5
피의자신문 내용의 메모를 금지함	323	45.1
피의자 옆자리에 동석을 금지함	128	17.9
피의자신문 시 참여를 불허함	149	6.8

자료: 대한변호사협회 설문조사(2015)

라. 피의자신문 시 변호인 참여권 제한의 구체화

형사소송법 제243조의2는 피의자신문 시 변호인의 참여 제한사유로 구체적인 기준을 제시하지 않은 채 ‘정당한 사유’가 있는 경우 제한할 수 있다고 규정하고 있다. 정당한 사유라는 다소 포괄적이고 추상적인 표현으로 규정되어 있어 수사기관에 광범위한 재량을 부여한다는 지적이 있고,⁴³⁾ 법해석만으로 이를 구체화하기에는 불명확하여 피의자신문단계에서 변호인의 참여를 지나치게 제한할 수 있다는 비판이 있다.⁴⁴⁾ 이와 같이 정당한 사유를 어떻게 해석할 것인지에 따라 변호인 참여권의 제한범위가 결정되는데, 구체적인 제한사유에 대해서는 법무부령인 검찰사건사무규칙, 대통령령인 사법경찰관리에 대한 수사준칙과 경찰청 훈령인 범죄수사규칙에 규정하고 있다. 특히 변호인의 참여권과 같이 피의자의 방어권의 핵심적인 권리가 제한되는 내용을 법률이 아닌 수사기관의 규칙과 같은 하위법령에 위임하는 것은 법률유보의 원칙에 반할 소지가 있다. 따라서 피의자신문 시 변호인의 참여권을 실질적으로 보장하기 위해서는 변호인 참여권을 제한하는 정당한 사유를 형사소송법에 보다 구체화하여 규정할 필요가 있다.

피의자신문 시 변호인의 참여 현황을 보면, 실무상 변호인의 실제 참여율은 여전

43) 대한변호사협회 설문조사에서 형사소송법 제243조의2의 문제점에 관해 수사기관의 승인권 재량이 광범위하다는 의견이 77.1%에 이르렀다(김혜진, 앞의 글, 78-79면).

44) 박혜림, 앞의 글, 12면.

히 미미한 실정이다. 피의자 신문단계에서 변호인이 참여하는 예가 많지 않은 원인 중 하나는 변호인의 선임비용과 관련한 것이다. 사회적·경제적 약자에 대한 보호 차원에서 인정되는 국선변호인제도가 원칙적으로 피고인을 대상으로 하고 있어 수사단계의 피의자신문 과정에서 변호인의 참여를 충분히 보장할 수 없는 상황이다. 수사단계까지 공공변호를 확대하는 형사공공변호제도의 도입 논의와 경제적 요인 등으로 변호인이 참여하지 않은 사례에서 일정범죄의 중대범죄에 한해 국선변호인의 참여를 보장하는 방안을 도입할 필요가 있다.⁴⁵⁾

3. 변호인의 기록 열람·등사권

가. 변호인의 기록 열람·등사권의 의의

변호인의 기록 열람·등사권은 변호인이 피고인에 대한 혐의내용과 수사결과 및 증거를 파악하여 변호를 준비하기 위한 불가결한 전제가 된다. 변호인은 기록의 열람·등사를 통해 공판절차의 진행에 있어 예상되는 쟁점을 정리하고 효율적인 변론 활동을 준비함으로써 공판절차의 신속한 진행을 도모할 뿐만 아니라 공정한 재판의 이념에도 부합하게 된다.⁴⁶⁾ 이와 같이 변호인의 기록 열람·등사권은 피의자 및 피고인이 방어권을 제대로 행사하기 위한 준비로서 불가결한 권리이다. 헌법재판소도 “변호인의 조력을 받을 권리는 변호인과의 자유로운 접견교통권에 그치지 아니하고 더 나아가 변호인을 통하여 수사서류를 포함한 소송관계 서류를 열람·등사하고 이에 대한 검토결과를 토대로 공격과 방어의 준비를 할 수 있는 권리도 포함된다.”고 보아 변호인의 기록 열람·등사권은 실질적 당사자 대등을 확보하고 공정한 재판 실현을 위해 필요불가결한 것으로 판시하고 있다.⁴⁷⁾

나. 형사절차별 기록 열람·등사권

형사절차의 각 단계별로 변호인의 열람·등사권을 구체적으로 살펴보면, 공소제기 전 형사기록에 대한 열람·등사에 관해서는 형사소송법에 일반규정을 두고 있지 않

45) 권창국, 피의자신문시 변호인 참여권 보장의 현황 및 문제점, 형사소송의 이론과 실무 제6권 제2호, 한국형사소송법학회, 2014, 146면.

46) 이재상/조균석, 앞의 책, 150면.

47) 헌법재판소 1997. 11. 27. 선고 94헌마60 결정.

지만, 공소제기 후 형사기록에 대해서는 피고인과 변호인에게 열람·등사권을 인정하고 있다.

공소제기 전 수사기록에 대한 열람·등사에 관해서는 형사소송법이 아닌 대검찰청 예규인 사건기록 열람·등사에 관한 업무처리지침⁴⁸⁾과 법무부령인 검찰보존사무규칙⁴⁹⁾에 따라 이루어지는데, 그 제한에 대해서도 사건기록 열람·등사에 관한 업무처리지침 및 검찰보존사무규칙에 규정을 두고 있다. 아직 수사가 종결되지 아니한 경우 효과적인 수사를 저해할 구체적인 위험이 있다면 수사기록 열람·등사권이 제한될 수 있다고 하더라도,⁵⁰⁾ 기록 열람·등사권이 변호인의 조력을 받을 권리의 불가결한 전제라는 점에서 이를 제한하기 위해서는 규칙이나 예규가 아닌 법률에 규정을

48) **사건기록 열람·등사에 관한 업무처리지침** 제3조(기소전 기록의 열람·등사의 허용범위) ① 사건관계인 또는 참고인은 수사 중인 기록, 진정·내사중인 기록, 불기소기록(기소중지·참고인중지기록, 항고·재항고기록을 포함한다), 종결된 진정·내사 기록중 본인진술서류 및 본인제출서류의 전부 또는 일부에 대하여 열람·등사를 신청할 수 있다.

② 항고인·재항고인 또는 변호인은 항고·재항고이유서를 작성하기 위하여 필요한 경우에는 그 사유를 소명하고 검사의 불기소이유서(경찰의견서를 원용한 경우에는 그 의견서) 및 비진술서류의 전부 또는 일부에 대하여 열람·등사를 신청할 수 있다.

③ 피고소인·피고발인 또는 변호인은 필요한 사유를 소명하고 고소·고발장, 항고장, 재항고장의 열람·등사를 신청할 수 있다. 다만, 고소·고발장, 항고장, 재항고장에 첨부된 제출서류는 제외한다.

④ 제1항 내지 제3항의 경우 담당검사는 검찰보존사무규칙(이하 “규칙”이라고 한다) 제22조 제1항 각호에 해당하는 사유가 있는 때에는 그 사유를 명시하여 기록의 열람·등사를 제한할 수 있다.

49) **검찰보존사무규칙** 제22조(불기소사건기록등의 열람·등사 제한) ① 검사는 제20조의2에 따른 불기소사건기록 등의 열람·등사 신청에 대하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 기록의 열람·등사를 제한할 수 있다.

1. 기록의 공개로 인하여 국가의 안전보장, 선량한 풍속 그 밖의 공공의 질서유지나 공공복리를 현저히 해칠 우려가 있는 경우
2. 기록의 공개로 인하여 사건관계인의 명예나 사생활의 비밀 또는 생명·신체의 안전이나 생활의 평온을 현저히 해칠 우려가 있는 경우
3. 기록의 공개로 인하여 공범관계에 있는 자 등의 증거인멸 또는 도주를 용이하게 하거나 관련 사건의 수사 또는 재판에 중대한 장애를 가져올 우려가 있는 경우
4. 기록의 공개로 인하여 비밀로 보존하여야 할 수사방법상의 기밀이 누설되거나 불필요한 새로운 분쟁이 야기될 우려가 있는 경우
5. 그 밖에 기록을 공개함이 적합하지 아니하다고 인정되는 현저한 사유가 있는 경우

② 특수매체기록에 대한 등사는 제1항 각 호의 사유에 해당하지 아니하고, 조사자의 명예나 사생활의 비밀 또는 생명·신체의 안전이나 생활의 평온을 해할 우려가 없는 경우에 한하여 할 수 있다.

50) 한수웅, 앞의 책, 650면.

두는 것이 바람직하다.

공소제기 후 기록 열람·등사권에 대해서는 형사소송법 제35조 제1항에“피고인과 변호인은 소송계속 중의 관계 서류 또는 증거물을 열람하거나 복사할 수 있다.”고 규정을 두고 있다. 또한 형사소송법 제266조의3에서는 피고인 또는 변호인은 검사에게 공소제기된 사건에 서류 등의 열람·등사를 신청할 수 있다고 하여 공소제기 후 검사가 보관하고 있는 서류 등의 증거개시에 관해 규정을 두고 있다. 다만 동조 단서에 피고인에게 변호인이 있는 경우에는 피고인은 열람만을 신청할 수 있다고 규정하고 있다.

형사재판 확정 후 열람·등사권에 관해서는 형사소송법 제59조의2 제1항에 “누구든지 권리구제·학술연구 또는 공익적 목적으로 재판이 확정된 사건의 소송기록을 보관하고 있는 검찰청에 그 소송기록의 열람 또는 등사를 신청할 수 있다.”고 규정하고 있다.

한편 구속된 형사피의자 변호인의 열람·등사권과 관련하여서 헌법재판소는 피구속자를 충분히 조력하기 위해서는 피구속자의 변호인에게 고소장과 피의자신문조서 등에 대한 열람 및 등사가 반드시 보장되어야 하는 권리임에도 이를 거부한 것은 변호인의 피구속자를 조력할 권리 및 알 권리를 침해한 것이라고 보았다.⁵¹⁾ 이에 2006. 8. 17 형사소송규칙 제96조의21에 영장실질심사단계와 체포·구속심사단계에서의 구속영장청구서 및 소명자료의 열람에 대한 규정이 신설되었다.⁵²⁾

다. 공소제기 전 수사기록 열람복사에 대한 법률상 근거 규정 신설

공소제기 전 수사기록에 대한 열람·등사에 관한 규정은 형사소송법이 아닌 대검찰청예규인 사건기록 열람·등사에 관한 업무처리지침과 법무부령인 검찰보존사무규칙에 규정을 두고 있다. 기록 열람·등사권이 변호인의 조력을 받을 권리의 불가결한

51) 헌법재판소 2003. 3. 27. 선고 2000헌마474 결정.

52) **형사소송규칙** 제96조의21(구속영장청구서 및 소명자료의 열람) ①피의자 심문에 참여할 변호인은 지방법원 판사에게 제출된 구속영장청구서 및 그에 첨부된 고소·고발장, 피의자의 진술을 기재한 서류와 피의자가 제출한 서류를 열람할 수 있다.

②검사는 증거인멸 또는 피의자나 공범 관계에 있는 자가 도망할 염려가 있는 등 수사에 방해가 될 염려가 있는 때에는 지방법원 판사에게 제1항에 규정된 서류(구속영장청구서는 제외한다)의 열람 제한에 관한 의견을 제출할 수 있고, 지방법원 판사는 검사의 의견이 상당하다고 인정하는 때에는 그 전부 또는 일부의 열람을 제한할 수 있다.

전제라는 점에서 형사소송법에 공소제기 전 수사기록에 대한 열람·등사 규정을 신설하는 것이 바람직하다. 한편 공소제기 전 수사기록의 열람·등사는 수사의 효율성이 문제될 수 있는바, 원칙적으로 공소제기 전 수사기록의 열람·등사를 허용하되 수사의 효율성 및 밀행성을 위해 필요한 경우 예외적으로 허용하지 않는 사유를 명시하는 것이 필요하다.⁵³⁾ 실제로 공소제기 전 수사기록 열람·등사와 관련하여 형사소송법 일부개정법률안이 발의된 바 있다.⁵⁴⁾ 독일의 경우 형사소송법 제147조 제1항에 공소제기 후의 기록에 대한 열람권 규정을 두고, 동조 제2항에는 수사절차에서 변호인의 열람을 보장하면서도 수사목적에 위험을 야기할 수 있는 때에 거부할 수 있도록 하여 열람을 제한하고 있다.⁵⁵⁾

한편 현재 형사소송규칙에 구속적피의자심문 및 체포·구속적부심 단계에서의 구속영장청구서 및 소명자료의 열람에 관한 규정을 두고 있는데, 변호인의 열람·등사권 행사를 실질적으로 보장하기 위해 해당 규정을 형사소송법에 직접 규율하는 것이 바람직하다.

4. 국선변호인제도

가. 국선변호인제도의 의의

헌법 제12조 제4항 단서에는 “형사피고인이 스스로 변호인을 구할 수 없을 때에는 국가가 변호인을 붙인다.”고 하여 국선변호를 헌법상 보장하고 있다. 이에 형사소송법에 국선변호인 규정을 두고 있다. 변호인의 조력을 받을 권리를 실질적으로 보장하고 사회적·경제적 약자에 대한 보호 차원에서 국선변호인제도를 헌법 및 형사소송법에 따라 시행하고 있다. 변호인선임권을 보장한다고 하더라도 경제적 빈곤 등으로 변호인을 선임할 수 없는 자에 대해 국가가 변호인을 선정하여 피고인의 소

53) 박혜림, 앞의 글, 10면.

54) 형사소송법 일부개정법률안, 금태섭의원 대표발의(의안번호 제2009163호), 발의일 2017. 9. 7.; 형사소송법 일부개정법률안, 오신환의원 대표발의(의안번호 제20111105호), 발의일 2017. 12. 28.

55) 독일 형사소송법 제147조 ② 수사의 종결을 아직 기록에 기재하지 않은 경우, 수사목적에 위험을 야기할 수 있는 때에는 변호인에 대하여 기록 또는 기록의 일부에 대한 열람 및 관청이 보관하고 있는 증거물의 열람을 거부할 수 있다. (법무부, 독일형사소송법 번역자료, 2012)

송환동을 보완하지 않을 경우 변호인의 조력을 받을 권리를 실질적으로 보장할 수 없을 뿐만 아니라 평등의 원칙에도 반하는 결과를 초래하기 때문이다.⁵⁶⁾

나. 국선변호의 대상 및 범위

헌법 제12조 제4항 단서는 국선변호인제도의 대상을 형사피고인으로 한정하고 있다. 형사소송법상 국선변호인은 원칙적으로 공판단계에서 인정된다. 다만 형사피고인에게 국선변호인을 선임할 수 있도록 규정한 형사소송법 제33조와 이를 준용하는 형사소송법 제214의2 제10항의 규정에 따라 형사피의자가 구속적부심사를 받는 경우에도 법원은 국선변호인을 선임하도록 하고 있다. 이와 같이 예외적으로 구속영장 실질심사 절차나 체포·구속적부심사 절차에서는 형사피의자에 대해서도 국선변호제도를 인정하고 있다.

재심사건에 대해서도 일정한 경우 국선변호제도를 보장하고 있다. 형사소송법 제438조 제4항은 재심개시 결정이 확정된 사건에 있어서 사망자 또는 회복할 수 없는 심신장애자를 위하여 재심의 청구가 있는 때, 유죄의 선고를 받은 자가 재심의 판결 전에 사망하거나 회복할 수 없는 심신장애자로 된 때에 재심청구자가 변호인을 선임하지 아니한 경우에도 국선변호인을 선임하여야 한다고 규정하고 있다. 한편 성폭력범죄 피해자 및 아동학대범죄 피해자 등 일정한 경우에는 형사피해자에 대해서도 국선변호사를 선정할 수 있다. 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제27조는 성폭력범죄의 피해자 및 그 법정대리인은 형사절차상 입을 수 있는 피해를 방어하고 법률적 조력을 보장하기 위해 변호사를 선임할 수 있고, 검사는 피해자에게 변호사가 없는 경우 국선변호사를 선정하여 형사절차에서 피해자의 권익을 보호할 수 있다고 규정하고 있다.⁵⁷⁾⁵⁸⁾

56) 이재상/조균석, 앞의 책, 135면.

57) 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제30조(피해아동·청소년 등에 대한 변호사선임의 특례) ② 제1항에 따른 변호사에 관하여는 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제27조제2항부터 제6항까지를 준용한다.

58) 아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제16조(피해아동에 대한 변호사 선임의 특례) 아동학대범죄사건의 피해아동에 대한 변호사 선임 등에 관하여는 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제27조를 준용한다. 이 경우 “성폭력범죄”는 “아동학대범죄”로, “형사절차”는 “형사 및 아동보호 절차”로, “피해자”는 “피해아동”으로 본다.

다. 피의자에 대한 국선변호 확대의 필요성

헌법과 법률에 따른 현행 국선변호제도는 원칙적으로 피고인을 대상으로 한다. 예외적으로 피의자도 국선변호의 대상이 되기는 하지만, 체포구속적부심사절차 등 제한적으로 인정된다. 공판단계는 수사단계에서 확보된 진술과 증거 등이 판단된다는 점에서 수사단계에서의 방어권 보장이 필수적이라 할 수 있고, 이러한 점에서 변호인의 조력을 받을 권리가 실질적으로 필요한 것은 오히려 수사단계라는 지적이 설득력을 갖는다.⁵⁹⁾ “피의자신문조서의 내용에 따라 유무죄를 가릴 만큼 우리 형사사법절차에서 피의자신문조서는 그 중요성을 입증하고 있다. 그런 만큼 피의자 단계에서 변호인의 조력을 받을 필요성과 실익은 공판절차의 경우보다 더 크다.”⁶⁰⁾는 점에서 수사단계에서부터 피의자에 대한 국선변호를 통한 변호인의 조력을 받을 권리를 실질화가 필요하다. 앞서 본 바와 같이 피의자신문 시 변호인의 참여권 규정을 명문화하였음에도 불구하고 경찰과 검찰 단계에서의 피의자신문 시 변호인의 참여는 여전히 미미한 실정이다. 이는 피의자의 변호인 대동 조사에 대한 무지, 수임료 부담, 수사기관의 촉박한 소환일정 등 다양한 복합적 요인에 기인한 것이지만,⁶¹⁾ 그 중 수임비용의 부담이라는 경제적 요인이 주요한 원인으로 경제적·사회적 약자인 피의자에 대한 피의자의 실질적 방어권 보장을 위해 형사공공변호제도의 도입이 필요하다.

한편 2013년 발표된 『형사사법체계 내 법률구조 접근에 대한 UN 기본원칙 및 가이드라인(United Nations Principles and Guidelines on Access to Legal Aid in Criminal Justice System; 이하 ‘UN 가이드라인’이라 함)』은 형사사법 단계를 구별하지 않고 사회적·경제적 약자에게 법률구조를 제공하도록 규정하고 있다.⁶²⁾ UN 가이드라인 제3원칙으로 “국가는 자유형 또는 사형을 선고받을 수 있는 범죄행위로 구금되었거나 체포되었거나 혐의를 받고 있거나 기소된 자에 대하여 모든 형사사법절차 단계에 있어 법률구조를 제공하여야 한다.”고 권고하고 있다.⁶³⁾

59) 김종철, 헌법과 국선변호-국선변호 확대방안의 헌법적 정당성과 그 효율과 방안을 중심으로-, 법조 제645권, 법조협회 2010, 13면.

60) 성중탁, 형사공공변호인제도의 도입 및 바람직한 운영 방안에 관한 심포지엄 자료집, 지정토론문, 2017. 9. 11., 45면.

61) 성중탁, 피의자 신문 시 변호인 참여권에 관하여, 법률신문, 2019. 3. 18.

62) https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/UN_principles_and_guidelines_on_access_to_legal_aid.pdf, (최종검색 2019. 11. 29.)

63) <Principle 3. Legal aid for persons suspected of or charged with a criminal offence>

피의자 국선변호인제도의 도입을 위해 법무부가 2019년 11월 15일 법률구조법 일부개정법률안을 입법예고 하였는데,⁶⁴⁾ 이에 대해서는 예산 운영의 문제, 제도 운영 주체, 대상자 범위 등에 대해 다양한 의견이 제시되고 있는 상황이다.⁶⁵⁾ 그럼에도 불구하고 피의자 국선변호제도가 확대되기 위해서는 무엇보다 형사사법절차의 초기 단계인 수사단계에서 변호인의 조력을 제공하는 것이 국가가 제공하는 국선변호의 가장 기본적이고 효과적인 의무임을 인지하고 이를 실현하려는 정책적 결단이 필요하다고 할 것이다.⁶⁶⁾

IV. 형사절차에서 효과적인 변호인의 조력을 받을 권리의 실현

1. 미국의 효과적인 변호를 받을 권리 논의의 검토

미국의 연방대법원은 1984년 스트릭랜드 사건 이후 변호인의 조력을 받을 권리는 ‘효과적인 조력을 받을 권리’라고 한다. 즉 단순히 형사피의자나 피고인이 변호인을 선임하는 것을 국가기관이 방해해서는 안 된다는 의미에 그치는 것이 아니라, 변호인의 도움을 받을 기회를 실질적으로 보장하는 ‘유효하고 효과적인 변호를 받을 권리’로 보는 것이 당연시되었다.

이와 관련하여 미국의 판례법상 인정되는 ‘변호인의 효과적인 조력을 받을 권리’에 관한 법리를 우리나라 형사절차에 도입하자는 견해가 등장하고 있다. 변호인의 조력을 받을 권리는 형식적 보장을 넘어 실질적으로 보장되어야 한다는 관점에서 변호인 조력권의 질적 성숙을 기하여야 한다는 보는 것이다.⁶⁷⁾ 구체적으로 1932년 *Pawell v. Alabama* 판결과 1984년 *Strickland v. Washington* 판결의 법리를 소개하

20. States should ensure that anyone who is detained, arrested, suspected of, or charged with a criminal offence punishable by a term of imprisonment or the death penalty is entitled to legal aid at all stages of the criminal justice process.

64) 법률구조법 일부개정법률안, 정부 발의(의안번호 제2023854호), 발의일 2019. 11. 15.

65) 박혜림, 앞의 글, 14면.

66) 김대근/한민경, 공공변호제도의 도입 방안에 대한 연구, 한국형사정책연구원, 2018, 77면.

67) 송시섭, 변호인의 ‘충분한’ 조력을 받을 권리-미국 연방 수정헌법 제6조의 수용가능성-, 비교형사법연구 제10권 제2호, 한국비교형사법학회, 2008, 257-258면.

면서 변호인의 유효한 조력을 받았는지 여부를 그 기준으로 제시하고 있다.⁶⁸⁾ 피의자나 피고인이 유효적절한 변호를 받았는지 여부를 판단하는 기준은 ① 변호사에 의한 부실한 변호활동, ② 그러한 부실한 변론이 없었다면 재판의 결과가 달라졌을 것이라는 점이다. 이 견해는 미국 판례상의 구체적인 사례와 기준을 소개하면서 향후 우리나라의 재판현실을 고려한 보다 현실적인 기준들을 마련하기 위해서 구체적인 사건에서 구체적인 타당성의 기준을 찾아가는 귀납적인 접근방법이 필요성을 제시한다.⁶⁹⁾

효과적인 변호를 받을 권리에 대한 미국 법리의 수용가능성을 주장하는 다른 견해는 우리나라와 미국의 형사절차의 차이로 인해 법률과오 내지 변호과오의 형사소송법상 효과에 대한 미국의 법리를 그대로 차용할 수는 없지만 우리나라 헌법이나 형사소송법에 맞게 제도화할 필요가 있다고 본다.⁷⁰⁾ 변호인의 조력을 받을 권리는 변호인의 ‘유효하고 효과적인 변호’를 받는 것을 의미한다는 전제에서 불충분하고 불성실한 변호를 통해서 효과적인 변호를 침해했다는 것은 근본적으로 변호사의 기본적 의무인 성실의무를 위반한 것이고, 이러한 의무는 헌법, 형사소송법, 변호사법 등에 명문화되어 있기 때문에 실정법 위반에 해당한다.⁷¹⁾ 이러한 변호사의 성실의무 위반은 실정법 위반에서 나아가 여기에 기초한 재판 결과는 국가형벌권의 적정성과 공정성의 문제 및 기본권의 침해를 야기할 수 있다. 효과적인 변호를 받을 권리를 침해하는 불충분한 변호를 유형화하면, ① 법률과오의 문제로서 변호인에게 법률전문가로서 기대되는 법률지식의 부족이나 무지, 직무태만 불성실 등에 의해서 효과적인 변호를 받을 권리를 침해하는 유형으로서 성실의무 자체를 위반한 경우, ② 이익충돌의 문제로서 공범사건 등에 있어서 복수피고인의 변호 등 이익충돌회피의무위반과 변호인과 피고인의 직접적 이익충돌의 변호로서 적대행위 등으로 분류할 수 있다.⁷²⁾ 따라서 형사변호인의 법률과오 내지 변호과오의 경우에 그 유형이나 실질적 당사자 대등을 이룰 수 없을 정도로 공정한 형사절차를 침해하였는지 여부에 따라 새로운 재판을 받을 수 있도록 원심판결을 판기환송하거나 공소기각의 판결을 선고

68) 송시섭, 앞의 글, 259면 이하.

69) 송시섭, 앞의 글, 271-272면.

70) 정한중, ‘효과적인 변호’를 받을 권리-변호인의 성실의무 위반을 중심으로-, 서울법학 제23권 제1호, 서울시립대학교 법학연구소, 2015, 261면.

71) 정한중, 앞의 글, 261면.

72) 정한중, 앞의 글, 256-257면.

하여야 한다고 본다.⁷³⁾

변호인의 조력을 받을 권리를 실질적으로 보장하여 피고인의 권리를 강화한다는 측면에서 미국의 판례 법리를 우리나라에 도입하자는 논의는 긍정적으로 볼 수 있다. 그러나 변호인의 효과적인 변호를 받을 권리가 침해된 경우에 피고인에 대한 재판은 다시 할 것을 명령하거나 형을 변경할 수 있는 미국의 판례 법리를 수용하기에는 한국의 형사소송법 체계와 소송구조에 차이가 있어 한계가 있다. 현행법상 유죄판결을 선고받은 피고인이 변호인의 조력을 받을 권리의 침해를 문제삼아 다시 다룰 수 있는 미국의 인신보호절차와 같은 절차가 없기 때문에 변호인의 조력을 받을 권리의 침해에 대한 구제는 상소제도를 통해서 이루어질 수밖에 없다.⁷⁴⁾

2. 대법원 2012. 2. 16. 선고 2009모1044결정

【판시사항】

[1] 헌법상 변호인의 조력을 받을 권리의 내용 및 국선변호인이 선정된 사건에서 피고인과 국선변호인이 모두 항소이유서를 제출하지 아니하고, 국선변호인이 법정기간 내에 항소이유서를 제출하지 아니한 데 피고인의 귀책사유가 밝혀지지 아니한 경우 항소법원이 취하여야 할 조치

[2] 필요적 변호사건의 항소심에서, 원심법원이 피고인 본인의 항소이유서 제출기간 경과 후 국선변호인을 선정하고 그에게 소송기록접수통지를 하였으나 국선변호인이 법정기간 내에 항소이유서를 제출하지 아니한 사안에서, 국선변호인의 항소이유서 불제출에 대하여 피고인의 귀책사유가 밝혀지지 아니한 이상 국선변호인의 선정을 취소하고 새로운 국선변호인을 선정하는 조치를 취했어야 하는데도, 위와 같은 조치를 취하지 아니한 채 항소를 기각한 원심결정에 법리오해의 위법이 있다고 한 사례

【결정요지】

[1] [다수의견] (가) 헌법상 보장되는 ‘변호인의 조력을 받을 권리’는 변호인의 ‘충

73) 정한중, 앞의 글, 261면.

74) 조기영, 앞의 글, 367면.

분한 조력'을 받을 권리를 의미하므로, 일정한 경우 피고인에게 국선변호인의 조력을 받을 권리를 보장하여야 할 국가의 의무에는 형사소송절차에서 단순히 국선변호인을 선정하여 주는 데 그치지 않고 한 걸음 더 나아가 피고인이 국선변호인의 실질적인 조력을 받을 수 있도록 필요한 업무 감독과 절차적 조치를 취할 책무까지 포함된다고 할 것이다.

(나) 피고인을 위하여 선정된 국선변호인이 법정기간 내에 항소이유서를 제출하지 아니하면 이는 피고인을 위하여 요구되는 충분한 조력을 제공하지 아니한 것으로 보아야 하고, 이런 경우에 피고인에게 책임을 돌릴 만한 아무런 사유가 없는데도 항소법원이 형사소송법 제361조의4 제1항 본문에 따라 피고인의 항소를 기각한다면, 이는 피고인에게 국선변호인으로부터 충분한 조력을 받을 권리를 보장하고 이를 위한 국가의 의무를 규정하고 있는 헌법의 취지에 반하는 조치이다. 따라서 피고인과 국선변호인이 모두 법정기간 내에 항소이유서를 제출하지 아니하였더라도, 국선변호인이 항소이유서를 제출하지 아니한 데 대하여 피고인에게 귀책사유가 있음이 특별히 밝혀지지 않는 한, 항소법원은 종전 국선변호인의 선정을 취소하고 새로운 국선변호인을 선정하여 다시 소송기록접수통지를 함으로써 새로운 국선변호인으로 하여금 그 통지를 받은 때로부터 형사소송법 제361조의3 제1항의 기간 내에 피고인을 위하여 항소이유서를 제출하도록 하여야 한다.

[반대의견] (가) 항소이유서 제도에 관한 형사소송법 제361조의4 제1항 등의 문언과 취지에 비추어 볼 때, 항소인인 피고인과 변호인이 항소법원으로부터 소송기록접수를 통지받고도 법정기간 내에 항소이유서를 제출하지 아니한 경우, 직권조사사유가 있거나 항소장에 항소이유의 기재가 있는 때가 아닌 이상 항소법원은 피고인의 항소를 기각하여야 하고, 이는 국선변호인이 선정되었는지 여부, 필요적 변호사건에 해당하는지 여부 등과 상관이 없다.

(나) 헌법이 변호인의 조력을 받을 권리와 관련하여 피고인 등에게 보장하는 것은 스스로 변호인을 선임하여 조력을 받을 수 있는 기회를 부여하고, 스스로 변호인을 구할 수 없을 때에는 법률이 정하는 바에 따라 국가가 변호인을 선정하여 주는 것으로서, 헌법은 변호인의 구체적 변호활동에 관한 결과의 실현까지 국가 또는 법원이 책임지도록 하고 있지는 않으며, 변호인을 국가가 선정하여 주었다거나 법원에 국선변호인의 선정, 선정 취소, 사임 허가 등 일정한 감독권한이 있다고 하여 달리 볼 수 없다. 다수의견이 강조하는 바와 같이 헌법상 변호인의 조력을 받을 권리에 대한 보장이 단순히 국선변호인의 선정에만 그치는 것은 아니므로 그 실효적 보장을 위하여 법원에 일정한 범위 내에서 변호인에 대한 감독권한을 행사하도록 요구할 수는 있겠지만, 그렇다고 하여 중립적 지위에서 형사재판을 담당하여야 하는 법원에 피고인을 위한 전면적인 후견적 조치를 요구하거나 그에 기하여 국선

변호인에 대하여 구체적으로 특정한 변호활동을 하게 할 것까지 요구할 수는 없다.

[2] 필요적 변호사건의 항소심에서, 원심법원이 피고인 본인의 항소이유서 제출기간 경과 후 국선변호인을 선정하고 그에게 소송기록접수통지를 하였으나 국선변호인이 법정기간 내에 항소이유서를 제출하지 아니한 사안에서, 국선변호인이 항소이유서를 제출하지 아니한 데 대하여 피고인에게 책임을 돌릴 만한 사유가 특별히 밝혀지지 아니한 이상, 국선변호인의 선정을 취소하고 새로운 국선변호인을 선정하여 그에게 소송기록접수통지를 함으로써 새로운 국선변호인이 항소이유서를 제출하도록 하는 조치를 취했어야 하는데도, 위와 같은 조치를 취하지 아니한 채 피고인과 국선변호인이 모두 제출기간 내에 항소이유서를 제출하지 아니하였고 제1심 판결에 직권조사사유가 없다는 등의 이유로 곧바로 항소를 기각한 원심결정에는 국선변호인의 조력을 받을 피고인의 권리에 관한 헌법 및 형사소송법상의 법리를 오해한 위법이 있다고 한 사례.

법원이 국선변호인을 선정하여 소송기록접수통지를 하였으나 국선변호인이 법정기간 내에 항소이유서를 제출하지 않은 사안으로 대법원은 국선변호인의 항소이유서 미제출에 대해 피고인의 귀책사유가 밝혀지지 아니한 이상 법원은 국선변호인의 선정을 취소하고 새로운 국선변호인을 선정하는 조치를 취했어야 하며, 이러한 조치를 하지 않은 채 항소를 기각한 원심결정에 법리오해의 위법이 있다고 판시하고 있다. 당해 사안은 국선변호인이 선정되지 않거나 변호인이 형사절차에 참여하여 권리를 행사하는 데 있어 제한을 받은 사례가 아니다. 국선변호인으로 선정된 변호사가 항소이유서를 제출하지 않았다는 변호활동의 부적절성이 문제된 사안이다. 이러한 점에서 종래 수사기관이나 법원에 의해 변호인의 권리가 제한 또는 침해된 사안과는 구별된다. 당해 전원합의체 결정은 변호인의 변호활동이 부적절한 경우 피고인의 구제가 문제된 사안으로 진정한 의미에서 헌법상 변호인의 조력을 받을 권리가 실질적인 권리로 전개될 수 있는 계기가 된 사건이라 할 수 있다.

3. 효과적인 변호의 침해와 소송법적 효과

당해 전원합의체 결정에 대해서는 형사소송법 제361조의4 제1항은 사선변호인과 국선변호인을 불문하고 포함하는 것인데 사선변호인의 경우 항소를 기각하면서 국선변호인의 경우에는 새로운 국선변호인을 선정하여 절차를 진행하여야 한다고 해

석하는 것은 위 조항의 내용에 반하는 해석이라는 비판이 제기된다.⁷⁵⁾ 또한 헌법 제 12조 제4항으로부터 대법원과 같은 결론을 도출하는 것은 해석론의 한계를 벗어난 것이라는 주장도 있다.⁷⁶⁾ 헌법이나 법률에 구체적인 변호활동에 대한 결과의 실현까지 법원이 책임지도록 되어 있지 않다는 점에서 국선변호인의 실질적 조력을 받을 수 있도록 필요한 업무감독과 절차적 조치가 필요하다는 다수의견의 논리는 타당하지 않다는 지적도 있다.⁷⁷⁾

대상 결정에 대한 비판과 같이 형사소송법에는 당해 사안에 대한 구체적인 규정은 없다. 그러나 대상결정에 대한 평가는 상소요건에 관한 법률규정에 따를 것인지 아니면 피고인의 실질적인 권리보장에 중점을 둘 것인지에 따라 달라질 수 있다. 변호인의 조력을 받을 권리가 헌법상 기본권으로서 보장된다는 것은 형사절차의 모든 단계에서 모든 형태로 보장된다는 의미가 아니라 효과적인 권리보호를 위해 필요한 절차가 마련되어야 한다는 점에서 입법자에게 입법형성권이 인정된다.⁷⁸⁾ 즉 입법자는 입법재량을 기초로 헌법에 규정된 국민의 기본권에 대한 보호의무를 수행할 1차적 책임을 지는 것이다.⁷⁹⁾ 한편, 헌법상 기본권은 법 적용기관에게는 법의 해석과 적용에 있어서 해석의 지침으로 작용한다는 점에서 법원은 헌법의 규정과 이념에 비추어 법률을 합리적으로 해석할 권한을 가진다. 따라서 항소제기와 관련한 변호인의 효과적인 조력을 받을 권리를 헌법에서 직접 도출할 수 있다.⁸⁰⁾ 항소제기의 절차적 요건을 담고 있는 법률의 규정을 변호인의 실질적인 조력을 받을 권리에 부합하도록 해석하는 것이 헌법합치적 해석으로 보다 바람직하다고 할 수 있다.⁸¹⁾ 반대의견

75) 김재중, 국선변호인의 조력을 받을 권리의 의미, 대한변협신문 제449호, 2013. 6. 3.

76) 백형구, 항소기각결정의 사유, 법률신문, 2012. 11. 22.

77) 김재중, 앞의 글.

78) 한수웅, 앞의 책, 648면.

79) 최윤철, 헌법재판소의 결정과 입법자의 대응, 헌법학연구 제18권 제3호, 2012, 211면.

80) 대법원은 형사소송법상 명문의 규정은 없지만 헌법 규정에 비추어 형사소송법 제89조의 구속된 피고인의 접견권을 구금된 피의자가 자신에 대한 신문시 변호인의 참여를 요구할 수 있는 권리에 유추적용할 수 있다고 결정한 바 있다(대법원 2003. 11. 11. 2003도402결정). 헌법재판소는 헌법과 형사소송법상 명문의 규정은 없지만 불구속 피의자에 대한 신문시 변호인 참여권에 대해 법치국가원리 및 적법절차원칙에서 인정되는 당연한 내용이고, 헌법의 변호인의 조력을 받을 권리에서 직접 도출되는 것이라고 결정한 바 있다(헌법재판소 2004. 9. 3. 선고 2000헌마138 전원재판부 결정).

81) 강우예, 항소이유서 미제출시 변호인의 충분한 조력을 받을 권리, 홍익법학 제14권 제4호, 2013, 758면.

에서 지적하는 바와 같이 변호활동에 대한 결과의 실현까지 법원이 책임지도록 한 다거나 피고인에 대한 후견적 역할을 법원에 요구하는 것이 아니라, 대법원의 결정은 변호인의 조력을 받을 권리의 실질적 보호에 초점을 맞추고 있는 것이다. 이는 당사자에 대한 최소한의 권리 보장을 의미하기도 하지만 공정한 형사절차가 성립하기 위한 최소한의 절차적 보장을 의미하기도 한다.⁸²⁾

국선변호인이 피공인의 귀책사유 없이 항소이유서를 제출하지 못한 경우 피고인에게 다시 항소심의 심판을 받을 수 있도록 기회를 부여한 위 대법원의 결정은 진정한 의미에서 변호인의 조력을 받을 권리를 실질적인 권리로 보는 최초의 판례라는 점에서 의미가 있다. 또한 사선변호인이 형사절차에 있어 공정한 재판을 담보하기 위한 당사자주의의 핵심적인 내용을 침해하는 결과를 발생시킨 경우 피고인이 모든 부담을 지도록 하는 것은 바람직 하지 않다. 변호인의 실질적인 조력을 받을 권리의 침해 여부는 국선변호인인지 사선변호인인지에 따라 구별할 것이 아니므로 사선변호인의 경우에도 변호인의 효과적인 조력을 받을 권리 침해를 이유로 다시 항소이유서를 제출할 수 있는 기회를 부여하는 것이 바람직하다.⁸³⁾

V. 결론

형사절차에서 변호인의 조력을 받을 권리는 공정한 재판의 원칙을 실현함과 동시에 형사소송에서 실체진실을 발견하는 데 있어 무엇보다 중요하다. 그러한 점에서 본 발표에서는 입법형성권의 한계로서 효과적인 변호가 요청된다는 전제 하에, 변호인의 조력을 받을 권리의 구체적 내용인 변호인 접견교통권, 변호인의 참여권, 형사기록 열람등사권, 국선변호인제도의 각 내용과 문제점을 살펴보고 변호인의 효과적인 조력을 받을 권리의 보장을 위한 입법 및 개선방안을 제시하였다. 구체적으로 변호인의 효과적인 조력을 받을 권리를 보장하게 위해서는 먼저 변호인의 접견교통권은 변호인의 조력을 받기 위해 가장 필수적인 권리로 가능한 폭넓게 인정되어야 한다. 이에 변호인 접견교통권의 제한과 관련하여 예외적으로 허용되지 않는 경우를 형사소송법에 입법적으로 규율하는 것이 필요하고, 다만 변호인의 접견교통권은 폭

82) 강우예, 앞의 글, 759면.

83) 강우예, 앞의 글, 760면; 조기영, 앞의 글, 378면.

넓게 허용되어야 하는 바, 변호인 참여권 보장과 국가형벌권의 행사가 조화를 이루어 궁극적으로 실체적 진실발견이 가능할 수 있도록 예외적으로 제한하는 방식이 바람직하다. 변호인의 참여권과 같이 피의자의 방어권의 핵심적인 권리가 제한되는 내용을 법률이 아닌 수사기관의 규칙과 같은 하위법령에 위임하는 것은 법률유보의 원칙에 반할 소지가 있으므로 피의자신문 시 변호인의 참여권을 실질적으로 보장하기 위해서는 변호인 참여권을 제한하는 정당한 사유를 형사소송법에 보다 구체화하여 규정할 필요가 있다. 그리고 기록 열람·등사권은 변호인의 조력을 받을 권리의 불가결한 전제라는 점에서 형사소송법에 공소제기 전 수사기록에 대한 열람·등사 규정을 신설하는 것이 바람직하다. 한편 공소제기 전 수사기록의 열람·등사는 수사의 효율성이 문제될 수 있는바, 원칙적으로 공소제기 전 수사기록의 열람·등사를 허용하되 수사의 효율성 및 밀행성을 위해 필요한 경우 예외적으로 허용하지 않는 사유를 명시하는 것이 필요하다. 피의자의 변호인의 조력을 받을 권리가 실질적으로 보장될 수 있도록 피의자에 대한 국선변호제도의 확대를 검토할 필요가 있다.

한편 형사소송절차에서 변호인의 효과적인 조력을 받을 권리가 침해된 경우 소송법적 효과와 관련하여 변호인의 조력을 받을 권리를 실질적으로 보장하여 피고인의 권리를 강화한다는 측면에서 미국의 판례 법리를 우리나라에 도입하자는 논의는 긍정적으로 볼 수 있다. 그러나 변호인의 효과적인 변호를 받을 권리가 침해된 경우에 피고인에 대한 재판을 다시 할 것을 명령하거나 형을 변경할 수 있는 미국의 판례 법리를 수용하기에는 한국의 형사소송법 체계와 소송구조에 차이가 있어 한계가 있다. 그러나 이러한 한계에도 불구하고 변호인의 조력을 받을 권리를 실질적으로 보장하고자 하는 노력은 무의미하지 않다. 헌법에서 정한 변호인의 조력을 받을 권리를 최대한 존중하는 방향으로 형사소송법을 해석하는 것이 이루어질 필요가 있다. 이러한 점에서 2012년 대법원의 전원합의체 결정은 진정한 의미에서 헌법상 변호인의 조력을 받을 권리가 실질적인 권리로 전개될 수 있는 계기가 된 사건으로 의미가 있다. 당해 결정의 다수의견은 항소제기의 절차적 요건을 담고 있는 법률의 규정을 변호인의 효과적인 조력을 받을 권리라는 측면에서 헌법합치적으로 해석·적용하였다는 점에서 바람직하다.

【토론문】

“형사절차에서 변호인의 ‘효과적인’ 조력을 받을 권리의 보장”에 대한 토론문

성 중 탁*

I. 서론

범죄 등의 혐의를 받고 있는 사람이 국가의 공권력 행사에 대등하게 맞서 자기의 자유와 권리를 방어하기 위하여 반드시 필요한 권리가 ‘변호인의 조력을 받을 권리’라고 할 것입니다. 발제문은 주로 형사소송법적 관점에서 변호인의 조력을 받을 권리에 대한 헌법재판소 결정례 등을 통해 변호인 접견교통권, 변호인 참여권, 형사기록 열람등사권, 국선변호제도 등에 대해 매우 폭넓게 검토하고 그 개선방안까지 상술하고 있습니다. 발제자의 노고에 경의를 표하며, 아래에서는 발제문 내용과 관련하여 최근 논의된 몇 가지 사안을 보충적으로 소개하며, 우리나라에서 변호인 조력을 받을 권리가 처한 현실 내지 당면과제에 대한 발제자의 고견을 듣는 것으로 부족한 토론을 갈음하고자 합니다.

II. 한국에서 변호인의 조력을 받을 권리가 처한 현실

1. 형사피의자의 국선변호인의 조력을 받을 권리

체포·구금된 피의자 등이 사선변호인의 조력을 받을 권리 및 형사피고인이 국선변호인으로부터 조력을 받을 권리는 헌법상의 기본권(헌법 제12조 제4항)입니다. 반면에, 형사피의자의 국선변호인의 조력을 받을 권리는 체포, 구속된 경우에 한하여 인정되는 형사소송법상의 권리(형사소송법 제201조의2 제8항, 제214조의2 제10항)일

* 경북대학교 법학전문대학원 부교수, 변호사, 법학박사

뿐 헌법에 의하여 당연히 보장·과생되는 헌법상 권리라고 볼 수 없다는 것이 현재의 태도인 듯 합니다.[헌법재판소는 국가가 형사피의자를 위한 국선변호인제도를 입법하여야 할 헌법적 의무가 없다고 판시한바 있습니다(헌법재판소 2008. 7. 1. 선고 2008헌마428 결정)]

우리 헌법은 “누구든지 체포 또는 구속을 당한 때¹⁾에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다. 다만, 형사피고인이 스스로 변호인을 구할 수 없을 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 국가가 변호인을 붙인다”고 규정되어 있어 헌법 규정만 보면 피의자에게는 국가가 변호인을 붙이지 않더라도 헌법위반은 아닌 것처럼 보이나 헌법 제37조는 국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다거나, 헌법 제12조 제1항 ‘적법한 절차’에 의하지 아니하고는 처벌 등을 받지 않는다는 헌법 규정을 보면 피의자에게도 국가적 법률구조를 받을 기본권이 당연히 확대된다고 볼 수 있습니다. 적법절차는 미국 연방대법원이 발전시켜 온 법의 적정절차(due process of law)를 의미하는바, 국가 형벌권의 표적이 된 모든 사람의 절차적 기본권을 실질적으로 보장할 때에야 비로소 법의 적정절차는 지켜지는 것이라고 할 것입니다. 그러므로 모든 국민에게 ‘필요한 경우 즉시 변호인의 조력을 받을 권리’가 인정되어야 함은 당연하며, 특히 수사절차는 밀행으로 진행되거나, 피의자신문을 통해 확보된 증거들이 재판과정에서 유, 무죄를 가르기도 하는 만큼 피의자 단계에서 국선변호인의 조력을 받을 필요성과 실익은 오히려 공판절차의 경우보다 더 크다고 할 수 있습니다. 그러므로 구금된 형사 피의자(나아가 구금여부를 불문하고 모든 형사 피의자에게도 점진적으로 확장되어야 할 것임)에게도 헌법상 국선변호인 선임청구권을 보장해야 한다고 보는 것이 우리 헌법이 보장하는 적법(적정) 절차에 부합한다고 생각됩니다.²⁾ 이에 대한 발제자의 생각은 어떠한지 궁금합니다.

1) 한편, 현재는 최근 결정에서, 헌법재판소의 선례 중 헌법 제12조 제4항 본문에 규정된 변호인의 조력을 받을 권리는 형사절차상 피의자나 피고인의 방어권 보장을 위한 것이므로 출입국 관련 행정절차에는 적용되지 않는다는 취지의 선례를 변경해, 행정기관에 의해 구속된 사람에게도 헌법 제12조 제4항 본문에 규정된 변호인의 조력을 받을 권리가 즉시 보장됨을 분명히 했다.(헌재 2018. 5. 31.자 2014헌마346 결정)

2) 이와 관련하여, 대법원은 과거 구금된 피의자에게 변호인과의 접견교통권 등 변호인의 도움을 받을 (헌법상) 권리가 있음을 확인하였는바, “형사 변호가 필요한 시민은 피고인에 한정되지 않는다. 수사의 대상이자 수사에 참여하는 피의자에게도 변호인의 도움이 필요하다. 어떤 측면에서는 법원에서 재판을 받는 피고인보다 더 많은 변호인의 도움이 필요하다. 변호인의 도움을 받을 권리는 피의자, 피고인에게 같이 인정된다. 대법원은 “형사소송법이 아직은 구금된 피의자의 피의자신문에 변호인이 참여할 수 있다는 명문규정을 두고

□□1976

2. 사선 변호인의 조력을 받을 권리 - 서울고등법원 2018. 11. 27. 선고 2018노 1617 마약류관리에관한법률위반(향정) 판결³⁾

(1) 쟁점 및 판시내용

사선변호인이 존재함에도 구속영장청구서에 그 기재가 누락된 결과, 판사가 직권으로 선정한 국선변호인만 구속영장 청구에 따른 피의자신문 절차에 참여한 경우 체포된 피의자의 변호인의 조력을 받을 권리가 실질적으로 침해되었다고 볼 것인지가 쟁점이 된 사건입니다. 위 사건에서 법원은, “헌법이 변호인의 조력을 받을 권리와 관련하여 피고인 등에게 보장하는 것은, 스스로 변호인을 선임하여 그 조력을 받을 수 있는 기회를 부여하고, 피고인 등이 스스로 변호인을 구할 수 없을 때에는 법률이 정하는 바에 따라 국가가 변호인을 선정하여 주는 것이므로, 헌법이 정하는 변호인 조력권의 본령은 사선변호인의 조력을 받을 권리이다.” 구속영장청구서에 사선변호인의 성명이 기재되지 않음으로써 체포된 피의자가 사선변호인의 조력을 받지

있지는 아니하지만, 신체를 구속당한 사람의 변호인과의 접견교통권이 헌법과 법률에 의하여 보장되고 있을 뿐 아니라 누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다고 선언한 헌법규정에 비추어, 구금된 피의자는 형사소송법의 위규정을 유추·적용하여 피의자신문을 받음에 있어 변호인의 참여를 요구할 수 있고 그러한 경우 수사기관은 이를 거절할 수 없는 것으로 해석하여야 하고, 이렇게 해석하는 것은 인신구속과 처벌에 관하여 적법절차주의를 선언한 헌법의 정신에도 부합한다”고 판시한 바 있다.(대법원, 2003. 11. 11. 선고 2003도402 결정)

3) 사실관계

외국인인 피고인은 국제특급우편을 이용하여 필로폰을 수입하였다는 혐의로 체포영장에 의하여 체포되었다. 체포된 다음날 검사의 피의자신문이 있었는데, 피고인이 선임한 변호사(이하, 사선변호인)가 피의자신문 직전에 변호인선임계를 제출하고 피의자신문 절차에 참여하였다. 검사는 피의자신문을 한 당일 구속영장청구서의 ‘변호인’란에 아무런 기재를 하지 아니한 채 피고인에 대한 구속영장을 청구하였다. 관할 지방법원 판사는 형사소송법 제201조의2 제8항에 따라 직권으로 국선변호인을 선정한 다음 그 국선변호인을 참여하게 하여 피의자신문 절차를 진행한 후 구속영장을 발부하여 피고인이 구속되었다. 참고로, 헌법과 형사소송법 및 형사소송규칙에 의하면, 누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가지고, 체포된 피의자에 대한 구속영장을 청구하는 검사로서는 사선변호인이 있는 경우 구속영장청구서의 ‘변호인’란에 사선변호인의 성명을 기재하여야 하며, 구속영장 청구를 받은 관할 지방법원 판사로서는 사선변호인에게 피의자신문의 기일과 장소를 통지함으로써, 사선변호인이 피의자신문 기일에 출석하여 의견을 진술하거나 이를 위해 체포된 피의자를 사전에 접견하고 구속영장청구서 등의 서류를 열람할 권리를 보장하여야 한다.

못한 채 피의자신문이 실시되었다면, 그와 같은 피의자신문 절차에는 체포된 피의자의 사선변호인의 조력을 받을 권리를 핵심적·본질적으로 침해한 위법이 있다. 이 과정에서 체포된 피의자에게 국선변호인이 선정되어 그 국선변호인이 피의자신문에 참여하였더라도 위와 같은 기본권 침해가 정당화된다고거나 그 절차의 하자가 치유된다고 볼 수 없다. 이와 같이 위법한 피의자신문 결과 이루어진 구속은 헌법상의 적법한 절차를 위반한 것으로서 위법하며, 위법한 구속을 토대로 하여 수집된 검사 작성의 피고인에 대한 제2회 피의자신문조서는 형사소송법 제308조의2가 정하는 적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거에 해당하므로 증거로 쓸 수 없다.”라고 판시하였습니다.

(2) 대상판결의 의의

대상판결의 1심은, 국선변호인이 참여한 가운데 피의자신문이 이루어졌으므로 변호인의 조력을 받을 권리가 침해된 것으로 볼 수 없다고 판단하였으나 대상판결은, ① 헌법상 보장되는 기본권인 사선변호인의 조력을 받을 권리를 침해당한 체포된 피의자에게 형사소송법 차원에서 규정된 국선변호가 제공되었다고 하여 기본권 침해가 정당화될 수 없고, ② 이 사건의 경우가 형사소송법 제201조의2 제8항 국선변호인의 선정 요건인 ‘변호인이 없는 때’에 해당하지도 않아 피의자신문 절차가 적법하다고 볼 수 없을 뿐만 아니라, ③ 구속영장 청구에 따른 피의자신문 단계는 변호인의 법적 조력이 가장 절실하고 긴요한 때인데, 미리 선임된 사선변호인에 비해 나중에 선정된 국선변호인의 변호준비기간이 짧을 수밖에 없는 점에서, 체포된 피의자의 사선변호인의 조력을 받을 헌법적 권리가 침해되었다고 판단한 것입니다. 체포된 피의자에 대하여 구속영장을 청구받은 판사는 지체 없이 피의자를 심문하여야 하고, 이 경우 특별한 사정이 없는 한 구속영장이 청구된 날의 다음날까지 심문하여야 하는데(형사소송법 제201조의2 제1항), 구속영장 청구 이후 선정된 국선변호인이 위 시간적 제약 때문에 피의자신문 시작 직전에야 체포된 상태의 피의자와 그것도 비교적 짧은 시간 동안 접견을 하고 바로 피의자신문에 임하는 경우가 실무상 대부분인 점을 감안하여 변호인의 조력을 받을 헌법적 권리의 의미와 범위를 명확히 하고 그 실질적인 보장을 강조한 데에 의의가 있다고 하겠습니다.

3. 흉악, 강력범죄 사건과 사선 변호인의 조력을 받을 권리

고유정 사건에서 결국 국선변호인이 선임되었는데, 앞서 고씨 측은 형사소송법 분야에 정통한 변호사와 생명공학 등을 전공한 변호사 등 5명으로 구성된 변호인단을 선임하여 재판에 대비했으나 이 사실이 언론에 보도되면서 변호인들은 여론의 부정적 반응과 대중의 비난에 시달려 사임해야만 했습니다. 이 과정을 지켜보면서 우리나라 사법제도의 근간과 현실 사이의 괴리를 절감하지 않을 수 없었습니다. 헌법 제12조 제4항은 ‘누구든지 체포 또는 구금을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다’라고 규정하고 있습니다. 피의자나 피고인이 변호인의 조력을 받을 권리는 헌법이 보장하는 기본권입니다. 여기서 말하는 변호인은 원칙적으로 앞서 본 바와 같이 사선 변호인을 가리킨다고 볼 수 있습니다. 의뢰인과의 두터운 신뢰관계가 필수적인 형사 변호인의 경우 사선이 원칙임은 다언을 요하지 않기 때문입니다. 동조 단서가 ‘다만, 형사피고인이 스스로 변호인을 구할 수 없을 때에는 법률이 정하는 바에 따라 국가가 변호인을 붙인다’고 규정하여 이러한 해석을 더욱 뒷받침하고 있습니다. 이러한 점에 비추어 고씨가 사선 변호인을 선임한 것은 우리나라 헌법에서 보장한 기본권을 행사한 것으로 지극히 정당한 행위였음에도 고씨는 천인공노(天人共怒)할 죄를 지은 자가 ‘호화 변호인단’을 꾸려서 처벌에서 벗어나려 한다는 강한 비난을 받았습니다. 피고인이 헌법과 법에서 정한 권리를 행사했다는 이유로 언론과 대중으로부터 비난을 받는 것은 바람직하지 아니하며 오히려 부당하다고 볼 수 있습니다. 더 우려되는 점은 고씨로부터 변호인으로 선임된 변호사들 역시 극심한 대중의 비난에서 벗어나지 못했다는 사실입니다. 변호사들이 소속된 법무법인과 법률사무소는 언론보도 직후부터 지속되는 불특정 다수의 항의와 비난으로 인하여 정상적인 업무가 불가능하게 되었고 결국 언론보도 하루 만에 사임하고 말았습니다. 형사소송 절차에서의 변호인 조력권은 형사절차의 공정성을 확보하고 국가공권력에 대응하는 피고인을 위한 무기평등을 구현하기 위한 필수적 내용입니다. 피고인의 변호인 조력권이 실질적으로 보장되기 위하여는 피고인으로부터 선임된 변호인이 외부의 어떤 세력과 영향에도 방해 받지 않고 자신의 소신과 역량을 발휘할 수 있어야 함에도, 해당 변호사들은 대중의 격렬한 항의와 언론의 부정적 시각에서 제대로 업무에 착수하기도 전에 손을 떼야 했습니다. 이는 피고인의 변호인의 조력을 받을 권리 침해인 동시에 변호사의 직업의 자유를 침해하는 것이라 하지 않을 수 없는바,

법조실무계는 물론 학회차원에서도 이 사태를 심각하게 받아들이고 대책을 강구해야 한다고 생각합니다. 그렇지 않으면 이와 유사한 사건에서 헌법 침해적 상황이 지속적으로 반복될 것이기 때문입니다. 이에 대한 발제자의 고견도 궁금합니다.

사건으로는, 국선변호인이 흉악범을 변호한다는 게 사실상 그 사람의 죄가 무죄라고 주장하는 것이 아니며, 환경이 그 사람을 흉악범으로 만들었을 수도 있고, 타고난 유전자가 그렇다면 (사이코패스 등) 지은 죄와는 별개로 판단해야 할 영역이 있을 수 있으니 범죄를 저지를 수밖에 없는 환경이나 요인을 밝히는 것도 변론의 한 과정으로 생각한다면 피고인의 방어권 보장 문제를 달리 생각할 수 있을 것으로 보여집니다. 또한, 흉악범 사건이 그 사건을 맡은 특정 변호사에게 평생 꼬리표가 될 수 있는데 무죄로 뒤집힐 만한 사건이면 몰라도 뻔히 유죄인 사건은 적어도 사선이든 국선이든 변호사의 익명성이 반드시 보장되도록 하는 조치가 있어야 합니다. 또한, 강력 흉악범죄 사건 국선변호인에 대해서는 국선변호료를 획기적으로 높이는 방식 등으로 동기 부여를 해주는 것도 필요해 보입니다.

4. 성범죄 사건 변호인의 수사기록 열람, 등사권과 피해자 정보보호(인격권, 명예권, 프라이버시권 등)의 충돌 문제

최근 강제추행 사건의 변호를 맡은 변호사로부터 들은 이야기로, 검사가 증거기록 중 CCTV 영상 CD에 대한 복사를 불허하였다는 것입니다. 검사는 피해자 보호를 위해서 불허한다고 했지만, 강제추행 사건에서 핵심 증거라면서 제출한 CCTV 영상을 정작 변호인으로 하여금 확인하지 못하도록 막았다는 것입니다. 이는 헌법 및 형사소송법 체계에 위배되는 것은 아닌지 의문이 듭니다. 형사재판에서 변호인의 지위에 대하여 대법원은 “그 조력을 받을 권리가 직접 헌법에 규정될 정도로 변호인은 형사절차에서 중요한 공익적 역할을 담당하고 있는데, 헌법과 형사소송법에 보장된 피의자·피고인의 방어권과 각종 절차적 권리를 실질적·효과적으로 행사할 수 있게 해 주는 법적 장치라 바로 변호사제도이다. 따라서 재판관을 담당하는 법관이나 수사와 공소제기 및 유지를 담당하는 검사와 마찬가지로 변호사도 형사절차를 통한 정의의 실현이라는 중요한 공적 이익을 위하여 협력하고 노력할 의무를 부담한다. 그렇기 때문에 변호사는 개인적 이익이나 영리를 추구하는 단순한 직업인이 아니라, 우리 사회의 법치주의 실현의 한 축으로서 정의와 인권을 수호하여야 하는 공적인

지위에 있다”고 판시한 바 있습니다(대법원 2015. 7. 23. 선고 2015다200111 전원 합의체 판결). 형사재판에서 변호사의 공적인 지위에 비추어 볼 때, 검사의 위와 같은 거부처분은 변호인의 조력을 받을 권리에 대한 침해로 볼 소지도 있는 것입니다. 설사, 성범죄 사건에서 피해자에 대한 보호의 필요성이 높다는 특수성을 감안하더라도, 영상에 모자이크 처리를 하거나 피고인의 방어권 보장과 무관한 부분에 대하여만 복사를 불허하는 등 충분히 피해자 보호에 필요한 최소한의 장치를 마련하여 변호인의 조력을 받을 권리를 실질적으로 보장할 수 있게 하는 방법도 가능함에도 불구하고 성범죄 사건이라는 이유만으로 일률적으로 영상 전체에 대한 등사를 거부하는 것은 비례의 원칙에도 위반될 가능성이 있습니다.

형사재판에서 피고인의 방어권 보장과 피해자 인격권과 프라이버시권 등의 권리 보호가 어느 정도 상충하는 측면이 있음을 부인하기는 어렵다고 하더라도, 어느 하나의 가치에 중점을 두어 다른 가치가 훼손되거나 헌법에 반하는 결과가 초래되지 않도록 합리적인 방향으로 탄력적인 제도 운영이 이루어질 필요가 있어 보이는 대목입니다. 이러한 충돌문제에 대한 해결방안으로서 발제자가 가진 고견이 있으면 알려주시면 좋겠습니다.

5. 변호사의 비밀유지권 도입 문제

그 동안 이 권리는 피의자 또는 피고인과 변호인 간의 접견교통권을 중심으로 논의가 진행되어 왔습니다. 그런데, 예방적 차원에서 이루어지는 법률자문과 관련하여 변호인의 조력을 받을 권리를 어떻게 해석할 것인가에 대해서는 깊은 연구가 많이 없었던 것이 사실입니다. 올 해 초 사법행정권 남용 의혹을 수사하던 검찰이 김앤장 법률사무소를 압수수색하면서 변호사업계의 우려가 커지고 있습니다. 로펌이 검찰 압수수색 대상에 오르기 시작하면 헌법이 보장하는 피의자 방어권이 현저히 침해받을 수 있고, 제3자에 대한 변호사와 의뢰인간의 비밀유지가 근본적으로 붕괴당할 수 있다는 이유입니다. 선진국의 경우 일반적으로 비밀유지특권이 인정되어 검찰 등 수사기관은 로펌을 압수수색하고 싶어도 쉽게 실행에 옮기지 못하는 것이 일반적입니다. 형사절차가 아닌 일반 법률자문과정에서의 변호인 조력권과 변호사의 비밀유지 등에 관한 문제 역시 헌법상 적법절차의 원리와 기본권 보장의 측면에서 접근하여야 합니다. 그동안, 변호사의 업무상 비밀과 압수에 관한 형사소송법 제112조는 압

수거부 대상과 비밀 간수자를 지나치게 좁게 규정함으로써 사전 예방적 차원에서 이루어지는 법률자문을 충분히 보호하지 못하는 문제를 낳았습니다. 의뢰인이 변호인의 조력을 실질적으로 충분히 받기 위해서는 비밀보장의 신뢰가 전제되어야 하는데 이러한 신뢰는 변호사가 소지하고 있는 비밀이 국가의 강제처분에 의해서도 안전하다는 확신이 수반되어야 비로소 형성된다고 할 것입니다. 이는 변호사의 비밀유지의무와 변호사-의뢰인 특권을 우리 법체계상 어느 정도의 의미로 받아들일 것인지의 문제로 환원됩니다. 비밀유지의무 등에 관하여 헌법에 명문의 규정은 없지만, 헌법이 변호사의 조력을 받을 권리를 국민의 프라이버시권이나 재판청구권 등 다른 기본권 보장 수단으로 인정하고 장려한다면, 현실에서 그 실질적 작동이 가능한 정도를 유지하는 입법적 장치는 마땅히 허용되어야 할 것입니다. 이는 헌법상 적법절차원리의 또 다른 구현 방식이기도 한바, 청원권, 재판청구권 등 기본권 보장을 위한 기본권(혹은 권리)이 존재하는 것과 같은 맥락에서 변호사의 비밀유지권도 헌법의 규범력 확보를 위해서 당연히 인정되어야 마땅하다고 생각합니다.

결국, 국민의 변호사의 조력을 받을 권리가 실질적으로 보장되기 위해서는 의뢰인이 변호사와 의사 교환한 내용이나 변호사가 의뢰인을 위하여 작성한 서류 등은 합부로 외부에 공개되지 않는다는 것이 헌법상 내지 법률상 권리로서 보장되어야 할 것인바, 현행법상 이러한 비밀유지권에 대한 흠결은 원칙적으로 조속한 입법을 통하여 해결하는 것이 바람직하다고 할 것입니다. 하지만 법률의 제정이나 개정 전이라도 헌법상 적법절차의 원칙과 변호인의 조력을 받을 권리를 보장하는 헌법적 관점에서 현행 변호사법 등을 확장 해석하여 그 흠결을 보충하는 것은 얼마든지 가능하다고 봅니다. 즉, 의뢰인이 변호사에게 이야기한 내용과 이를 토대로 변호사가 한 법률자문의 내용은 그것이 구체적인 범죄를 준비하거나 허위 사실을 조작하기 위한 것이 명백한 경우가 아니라면, 두텁게 보호되어야 마땅한 것입니다. 같은 취지에서 형사소송법 제112조에 규정된 변호인의 압수거부권도 확대 해석되는 것이 바람직하다고 사료되는데 이에 대한 발제자의 고견도 궁금합니다.⁴⁾

4) 그동안 학계와 실무는 비밀유지특권의 현실적 구현 방안으로서, “미국법상 Attorney-Client Privilege와 Work Product Rule은 미국에서 발전한 개념이지만 우리 헌법과 형사소송절차에서도 적용될 수 있는 보편성을 갖고 있으므로 현행 우리 헌법상 변호사의 조력을 받을 권리의 한 내용으로 직접적으로 포섭하는 것이 가능하다”거나, “변호인과 의뢰인 간의 신뢰를 보호하기 위한 변호사법, 민사소송법, 형사소송법상 규정과 같은 개별 장치들은 공권력의 남용이 초래하는 개인의 인권침해를 방지하기 위하여 헌법상 인정된 기본권인 변호

6. 국선변호 확대와 형사공공변호인 제도 도입 문제

문재인 정부의 국정과제이기도 한 형사공공변호인제도 도입 논의가 법무부 등을 중심으로 심도 깊게 진행되어 왔습니다. 그런데, 형사공공변호인제도 도입논의의 큰 논란거리 중 하나는 현행 국선변호제도와 어떤 차이가 있는가의 문제입니다. 국선변호인은 원칙적으로 피의자나 피고인이 스스로 변호인을 선임할 수 없을 때 보충적으로 선정되는 것이고, 그 사유는 대부분 사회적 또는 경제적 약자에 해당하는 경우 인바, 국선변호제도의 취지는 형사절차에서 자칫 소홀해지기 쉬운 사회적·경제적 약자의 방어권 행사를 보충함으로써 변호인의 조력을 받을 권리를 실질적으로 보장하기 위한 것입니다. 그렇다면 제도의 취지와 기능만을 놓고 볼 때 양자의 차이를 발견하기 어렵습니다. 차이점이 있다면, 국선변호제도가 피고인 중심으로 운영되고 예외적으로 피의자에게도 적용된 반면, 형사공공변호인 제도는 수사단계의 모든 피의자로 적용대상의 범위가 확대된다는 것입니다. 또한, 운영·관리 주체 면에서도 지금의 법원에서 행정부(법무부)나 다른 독립기구로 변경된다는 것이 차이점이라고 할 수 있습니다. 그러나 일각에서 보도된 바와 것과 같이 형사공공변호인 제도를 별도의 정부기구로 관리 운영할 경우 다음과 같은 문제점이 지적됩니다. 즉, 검찰과 경찰이 수사권과 기소권을 행사하고, 피의자 및 피고인은 스스로 또는 변호인을 통해 방어권을 행사하며, 법원은 심판자로서 재판권을 행사하도록 하는 것이 우리 형사사법시스템의 기본골격이고, 형사재판의 경우 검찰과 피고인이 상호 대적구조로 운영되고 있는데 여기서 변호인 선임권을 행정부가 행사한다면 피의자에 대한 형사소추와 변호를 행정부가 담당하는 꼴이 되어 형사사법시스템을 근본적으로 흔들 수 있다는 점입니다.

또한, 피의자 인권보호를 위한 형사공공변호인 제도와 그 관리 운영을 위한 별도의 기구까지 신설된다면 엄청난 예산이 소요될 수밖에 없는데 이것이 최적의 예산 배분인지 따져봐야 할 것입니다. 막대한 예산과 조직, 인원을 갖춘 미국의 퍼블릭디펜더 조직도 양질의 국선변호 서비스를 제공하기 위해서 예산상의 부족을 호소하고 있는 실정이며, 이는 현재 원래의 설립목적인 양질의 국선변호 서비스를 제공하기 위해서는 더 많은 예산이 필요하다는 것을 의미합니다. 과연 그렇다면 우리나라의

인의 조력을 받을 권리의 발현이기는 하나 이를 뒷받침하기에 미흡하므로 영미법상의 Attorney-Client Privilege와 Work Product Doctrine과 같은 제도 도입이 시급히 요청된다.”는 견해를 제시하여 왔습니다.

경우에 그러한 막대한 예산을 들여 퍼블리시티펀드와 같은 새로운 행정기구를 설치하는 것이 효율적인 예산 사용이라고 볼 수 있을 것인지도 검토해야 할 것입니다.

국선번호의 양과 질이 문제가 된다면 현재의 상태에서 현행 국선번호제도를 널리 피의자에게로 확대 개편하는 한편 그에 부응하여 국선번호인 운영주체를 법원에서 변호사단체 등 타 기관으로 이관하여 운영의 독립성을 확보함과 동시에 관련 예산을 대폭 더 늘려 국선번호의 질을 높이는 것이 국민의 세금을 효율적으로 사용하는 길이 아닌지도 더 고민해 볼 필요가 있습니다.⁵⁾

그럼에도 불구하고, 형사공공번호인 제도를 도입한다면 어떤 형태의 기구로 둘 것인가가 가장 뜨거운 쟁점이 될 수밖에 없는데 법무부 산하 대한법률구조공단 등 행정부 산하에 둘 것인가 아니면 사법부 산하에 둘 것인가 또는 대한변호사협회나 다른 독립기관⁶⁾의 관리 감독 하에 둘 것인가의 문제입니다. 형사공공번호인은 정치적, 조직적으로 기존의 행정기관 및 사법기관과 독립하는 것이 중요한 의미를 가지며, 이는 향후 형사공공번호인이 제 역할을 다하기 위해서는 더욱 운영주체의 독립성이 요청되는데 이에 대한 발제자의 생각(도입 찬성 여부 및 도입한다면 운영 주체와 방식 등)은 어떠한지요?

5) 나아가, 피의자에 대한 형사공공번호(국선번호 포함)를 확대하는 경우에도 예산과 인력 등을 감안하여 부조 대상기준을 명확하게 확립할 필요가 있다고 할 것인데, 무자력의 구체적인 기준을 세부 조율하는 한편, 무자력 유무와 상관없이 체포와 구속된 모든 경우 필요적 공공번호를 투입할 것인지에 대해서도 좀 더 고민을 해보아야 할 것입니다. 이와 관련하여, 혹자는 억울한 사람도 있겠지만 우리나라 형사재판의 무죄율은 2%대 이고, 수사단계의 피의자도 어느 정도 문제가 있어 조사를 받는 것인데 그것을 세금을 통해서 보호할 필요가 있는지 의문이므로, 오히려 무죄나 무혐의가 나오는 피고인이나 피의자에 대한 형사보상액을 높여주는 것이 더 타당하다는 주장도 있습니다. 즉, 효율성 측면에서는 수사 후에 결국 무혐의가 되거나 오랫동안 구속되었다가 무죄가 된 피고인에 대한 형사보상액수가 너무 적은 현실을 개선하는 것이 급선무라는 것입니다.

6) 과거 2006년 사법제도개혁추진위원회는 구체적인 제도설계를 용역으로 맡긴 바 있는데 이를 담당한 정준영교수는 ‘공적번호인제도 도입방안에 관한 연구용역보고서’에서, 형사공공번호인에 대한 관리감독기관으로 대통령 소속의 형사공공번호위원회를 설치하고 그 산하에 중앙 사무집행기구로서 형사공공번호처를 설치할 것을 제안하고 있습니다.

【토론문】

“형사절차에서 변호인의 ‘효과적인’ 조력을 받을 권리의 보장”에 대한 토론문

박진영*

별첨

* 경희대학교 교수

【제3주제】

형벌규정에 대한 헌법불합치결정의 필요성과 허용성에 관한 연구

손 인 혁*

- I. 서론
- II. 형벌규정에 대한 헌법불합치결정의 사례
- III. 헌법불합치결정의 허용성이 문제되는 형벌조항의 범위
- IV. 형벌규정에 대한 헌법불합치결정의 필요성과 그 영역
- V. 형벌규정에 대한 헌법불합치결정의 허용 가능성
- VI. 결론

I. 서론

헌법불합치결정은 심판대상인 법률조항에 위헌성이 있을 때에 그 위헌성을 확인 하되 해당 법률조항의 형식적 효력을 유지시키면서 입법자에게 위헌성을 제거할 의무를 부과하고, 개선입법의 적용을 통해 합헌성을 회복하게 하는 위헌결정의 유형이다.¹⁾ 단순위헌결정으로 심판대상 법률조항이 즉시효력을 상실하게 됨으로써 발생하는 법적 공백과 이로 인한 법적 혼란을 방지하기 위한 법적 안정성의 관점과 법적 공백상태를 합헌적으로 새롭게 규율할 권한을 가진 입법자의 입법형성권 존중의 관점에서, 헌법불합치결정은 개선입법을 통해 법질서의 공백을 메우고 법질서의 합헌성을 회복하는 것을 내용으로 한다. 이로써 헌법우위의 관철과 위헌법률심판제도의 실효성 보장을 위한 위헌결정의 즉시실효원칙에 대한 중대한 예외를 헌법재판소 결

* 연세대학교 법학전문대학원

1) 헌법재판실무제요, 헌법재판소, 2015, 197면 참조.

정을 통해 스스로 창설하는 효력을 가지므로, 법적 안정성의 확보와 입법형성권의 존중이라는 헌법적 근거에 기초한 정당화 사유에 의해 그 가능성과 타당성을 확보하여야 한다.

헌법재판소법(이하 ‘법’이라 함) 제47조 제2항은 위헌으로 결정된 법률조항의 효력과 관련하여 당연무효를 전제로 소급효를 명시한 독일연방헌법재판소법 제78조²⁾와 달리 장래효를 규정하고 있다. 따라서 위헌결정의 소급효로부터 법적 안정성을 확보하기 위한 헌법불합치결정의 필요성이 독일의 경우와 달리 우리 헌법재판법제에서는 그다지 크지 않음을 부인하기 어렵다.³⁾ 그러나 법 제47조 제3항 본문 및 제4항에서는 형벌규정에 대한 위헌결정의 경우 형사사법의 정의나 개인의 기본권 보장 등 구체적 타당성의 관점을 강조하여 소급효원칙을 규정함과 아울러 위헌결정된 형벌조항에 근거한 유죄의 확정판결에 대하여 재심을 청구할 수 있도록 하고 있다. 따라서 과거 유효했던 형벌규정에 근거한 처벌과 이에 부수하거나 결부된 각종 공법상의 제재 등 법적 효과가 일거에 그 제·개정 당시로 소급하여 복멸하게 됨으로써 초래되는 법적 안정성에 대한 위협의 방지와 형사사법의 정당성에 대한 불신 등을 방지하기 위해 위헌결정의 소급효를 차단하거나 일정 범위로 제한하는 수단으로 헌법불합치결정을 활용하는 것을 고려할 수 있을 것이다.⁴⁾

그러나 형벌규정에 대한 헌법불합치결정에 대해서는 단지 헌법불합치결정의 본질과 효력에 비추어 허용 여부를 결정할 것이 아니다. 형벌규정에 대한 헌법불합치결정은 그것이 적용중지의 헌법불치결정이든, 잠정적용의 헌법불합치결정이든 관계없이 위헌으로 확인된 형벌규정의 효력상실시기를 적어도 개선입법의 효력발생 시까

2) 제78조 연방헌법재판소가 연방법이 기본법과, 주법이 기본법 또는 그 밖의 연방법과 합치하지 않는다는 확신에 이른 경우에는 그 법을 무효로 선언한다. 동일한 법의 다른 규정이 동일한 이유로 기본법 또는 그 밖의 연방법과 합치하지 아니하는 경우 연방헌법재판소는 그 규정에 대해서도 무효로 선언할 수 있다.

3) 허영, 헌법소송법론, 박영사, 2016, 259면 참조.

허영 교수는 ‘독일에서는 위헌결정의 원칙적인 소급효력 때문에 법률의 소급무효를 피하기 위해서 헌법불합치결정을 하고 적용금지를 명하는 것이 법적 안정성에 크게 기여할 수 있다. 그러나 우리는 법률의 위헌결정이 형벌법규가 아닌 한 장래효를 갖기 때문에 (단순) 위헌결정이나 (적용중지)헌법불합치결정이나 법적인 효과 면에서 실질적인 차이가 없다.’고 강조하면서 이 경우 단순위헌결정을 하든지, 법적 공백상태가 우려된다면 잠정적용의 헌법불합치결정을 활용함이 바람직하다고 한다.

4) 이와 같은 취지에서 법 제47조 제3항 단서의 신설을 통하여 전면적·일률적인 소급효에 대한 제한사유를 신설하였다고 하더라도, 그 사유의 불충분·불완전성으로 인해 실효적인 해결책으로 보기는 어렵다는 평가가 많다. 자세한 것은 각주 48) 참조.

지 유예한다는 점에서 법 제47조 제3항에 명시적으로 위배된다.⁵⁾ 또한 입법자에 의해 사후적으로 행해진 개선입법의 소급적용과 잠정적용 헌법불합치결정에 의한 위헌적인 형벌규정의 적용은 헌법상 죄형법정주의원칙(헌법 제12조 제1항), 형사소급입법금지원칙(제13조 제1항) 등과 관련하여 위헌성의 문제를 야기한다.

그럼에도 헌법재판소는 후술하는 바와 같이 모두 5건에 걸쳐 형벌규정에 대한 헌법불합치결정을 하였고, 대법원은 실정법상 또는 해석상의 문제점을 들어 형벌규정에 대한 헌법불합치결정의 기속력을 명시적으로 부인하기에 이르렀다. 이와 같은 양 기관 사이의 입장 차이를 두고 학계에서도 형벌규정에 대한 헌법불합치결정의 허용 여부와 그 정당화사유 등을 두고 다양한 논의가 이루어지고 있다. 아직 헌법불합치결정의 사례가 많지 않지만, 그에 대한 이론적·실무적 문제점이 드러나고 있으므로 논의의 결과에 따라 양 기관의 입장이 함께 개선되거나 수정되어야 한다. 일정한 사유와 조건으로 형벌규정에 대한 헌법불합치결정이 허용된다면 헌법재판소는 그와 같은 범위 내에서 적절하게 헌법불합치결정을 활용할 수 있을 것이고, 대법원 또한 그와 같은 범위에서 헌법불합치결정의 기속력을 인정하여야 한다. 반대의 결론에 이르는 경우 헌법재판소는 형벌규정에 대한 헌법불합치결정의 사용을 자제하거나 단순위헌결정이 가지는 문제점을 해결할 수 있는 다른 방안을 모색하여야 할 것이다.⁶⁾

이 글은 형벌규정에 대한 헌법불합치결정과 관련하여 어떤 영역에서 헌법불합치결정이 요청되는지, 현행 헌법과 헌법재판소법이 정하는 헌법재판법제에서 헌법불합치결정이 허용되는지 여부와 관련하여 그동안의 논의들을 정리해보고, 이를 토대로 나름의 결론을 제시하고자 함에 목적이 있다. 이하에서는 1)헌법재판소의 형벌규정에 대한 헌법불합치결정의 사례들과 이에 근거한 법원 등 국가기관의 후속적 조치에 대해 간략히 살펴보고, 2)논의의 전제로서 헌법불합치결정의 대상이 되는 형벌규정의 개념과 범위를 명확히 하며, 3)실무적·이론적으로 헌법불합치결정이 필요하거나 효용을 가질 수 있는 영역들을 전제로 하여, 4)형벌규정에 대한 헌법불합치결정의 허용 여부에 관하여 검토하기로 한다. 검토과정에서 형벌규정에 대한 헌법불합치결정의 사유와 효력에 대해 개략적으로 검토할 것이지만, 본격적인 논의는 이미

5) 박경철, “형벌조항에 대한 헌법불합치결정에 관한 헌법적 검토”, 헌법학연구 제20권 제2호, 한국헌법학회(2014), 279면 참조.

6) 박경철, 앞의 글, 280-281면{특히 각주 3}); 지성수, 『헌법불합치결정에 관한 연구』, 이화여자대학교 대학원, 박사학위논문, 2013, 164면 각 참조.

선행연구를 통해 충분히 이루어졌다고 생각하므로 이 글에서는 다루지 아니한다.⁷⁾

II. 형벌규정에 대한 헌법불합치결정의 사례

헌법재판소는 지금까지 형벌규정에 대해 1건의 적용중지 헌법불합치결정, 4건의 잠정적용 헌법불합치결정을 선고하였다. 이하에서는 해당결정을 헌법불합치결정의 사유를 중심으로 간략히 검토하기로 한다.

1. 학교보건법 사건(헌재 2004. 5. 27. 2003헌가1등)

헌법재판소는 초중등학교의 학교환경위생정화구역에서 극장시설을 금지하는 학교보건법 제6조 제1항 본문 제2호 중 ‘극장’부분에 대해 적용중지의 헌법불합치결정을 하였다. 이 결정에서 헌법재판소는 “헌법불합치결정은 헌법재판소법 제47조 제1항에 정한 위헌결정의 일종으로서 ... 자유권을 침해하는 법률이 위헌이라고 생각되면 무효선언을 통하여 자유권에 대한 침해를 제거함으로써 합헌성이 회복될 수 있고, ... (자유권이 침해되는) 경우에도 법률의 합헌부분과 위헌부분의 경계가 불분명하여 헌법재판소의 단순위헌결정으로는 적절하게 구분하여 대처하기가 어렵고, 다른 한편으로는 권력분립의 원칙과 민주주의원칙의 관점에서 입법자에게 위헌적인 상태를 제거할 수 있는 여러 가지의 가능성을 인정할 수 있는 경우에는 자유권의 침해에도 불구하고 예외적으로 입법자의 형성권이 헌법불합치결정을 정당화하는 근거가 될 수 있다. ... 단순위헌의 판단이 내려진다면 극장에 관한 초·중·고등학교·유치원 정화구역 내 금지가 모두 효력을 잃게 됨으로써 합헌적으로 규율된 새로운 입법이 마련되기 전까지는 학교정화구역 내에도 제한상영관을 제외한 모든 극장이 자유롭게 설치될 수 있게 될 것이다. 그 결과 이와 같이 단순위헌의 결정이 내려진 후 입법을 하는 입법자로서는 이미 자유롭게 설치된 극장에 대하여 신원원칙보호의 필요성 등의 한계로 인하여 새로운 입법수단을 마련하는 데 있어서 제약을 받게 될 것이다.

7) 그 외에도 헌법불합치결정의 사유와 효력, 입법자의 입법개선 의무의 내용과 범위, 입법의 무 불이행 시 법률효력, 헌법불합치결정의 집행 등 여러 쟁점들이 있지만, 이 글의 검토대상에서는 제외하기로 한다.

이는 우리가 이 결정의 취지에서 정당한 목적으로서 긍정적인 공익의 측면에서 비추어 보아 바람직하지 아니하다. 그렇다면 이 사건 법률조항 중 초·중등교육법 제2조에 규정한 각 학교에 관한 부분에 대하여는 단순위헌의 판단을 하기보다는 헌법불합치결정을 하여 입법자에게 위헌적인 상태를 제거할 수 있는 여러 가지의 입법수단 선택의 가능성을 인정할 필요성이 있는 경우라고 할 것이다. ... 다만, 이 사건 법률조항은 ... 형사처벌조항을 이루고 있으므로 잠정적으로 적용하게 할 경우 위헌성을 담고 있는 이 사건 법률조항에 기하여 형사처벌절차가 진행될 가능성을 부인하기 어려우며 이와 같은 사태가 바람직하지 아니함은 물론이다. 따라서 입법자가 새로운 입법에 의하여 위헌성을 제거할 때까지 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체는 헌법불합치결정이 내려진 이 부분 법률조항의 적용을 중지하여야 한다.”라고 적용중지 헌법불합치결정을 하는 사유를 제시하였다.

요약하면 학교보건법 조항이 극장운영자 등의 직업수행의 자유, 표현의 자유 등 자유권을 침해하므로 단순위헌결정을 통해 자유권에 대한 침해가 유효하게 배제되는 경우이긴 하지만, 입법자가 위헌결정 후 새로운 입법을 함에 있어서 새로 극장시설을 설치하는 극장운영자 등의 신뢰를 보호하여야 할 뿐 아니라 초·중등학교의 부분에서도 설치가 허용되는 극장시설 등의 범위와 관련한 입법자의 입법수단 선택가능성을 부여할 필요가 있으므로 법적 공백으로 인한 법적 혼란의 방지⁸⁾와 입법자의 입법형성권 보호의 관점에서 헌법불합치결정을 한다는 것이다. 그러면서 심판대상조항이 형벌규정이어서 위헌인 형벌규정에 근거한 처벌이 이루어질 위험이 있으므로 이를 방지하기 위해 잠정적용의 헌법불합치결정이 바람직하지 못함을 명시적으로 언급하였다.

이 결정의 당해사건에서 법원은 헌법불합치결정의 취지와 달리 무죄판결을 선고하였고,⁹⁾ 그 상고심에서 대법원은 “법원이 헌법 제107조 제1항 등에 근거하여 법률의 위헌 여부의 심판제청을 하는 것은 그 전제가 된 당해사건에서 위헌으로 결정된

8) 구체적으로 위헌결정과 입법자의 새로운 입법 사이에 법적 공백상태를 이용하여 초중등학교 인근에 헌법재판소 결정의 취지에 비추어 반드시 금지되어야 할 극장시설이 아무런 제한없이 설치될 수 있는 법적 혼란의 방지와 그 경우 입법자가 새로운 입법을 하면서 반드시 고려하여야 하는 극장운영자의 신뢰보호를 위한 입법조치, 초중등학교 주위에서 청소년보호의 입법목적과 조화될 수 있는 극장시설의 유형 선택과 관련한 입법자의 형성영역이 입법형성권의 보호대상이 될 것이다.

9) 광주지법 2004. 6. 18. 선고 2002고단1864 판결 참조.

법률조항을 적용하지 않으려는 데에 그 목적이 있다는 점과 헌법재판소법 제45조, 제47조의 규정 취지에 비추어 볼 때, 헌법재판소의 헌법불합치결정은 당해사건에 적용되는 법률조항에 대한 위헌결정에 해당하는 것이다. ... 형벌에 관한 법률조항에 대하여 위헌결정이 선고되는 경우 그 법률조항의 효력이 소급하여 상실되고, 당해사건뿐만 아니라 위헌으로 선언된 형벌조항에 근거한 기존의 모든 유죄확정판결에 대해서까지 전면적으로 재심이 허용된다는 헌법재판소법 제47조 제2항 단서, 제3항의 규정에 비추어 볼 때, 위와 같이 헌법불합치결정의 전면적인 소급효가 미치는 형사사건에서 법원은 헌법에 합치되지 않는다고 선언된 학교보건법 제6조 제1항 본문 제2호를 더 이상 피고인에 대한 처벌법규로 적용할 수 없다. 또한 ... 헌법불합치결정이 선고된 이후에 2005. 3. 24. 법률 제7396호로 개정된 학교보건법 제6조 제1항 본문 제2호의2 등은 피고인이 공소사실 기재와 같은 행위를 한 다음에 입법화된 것임이 분명하므로, 이미 헌법에 합치되지 않는다고 선언된 구법을 토대로 하여 개정된 법률조항을 소급적용하여 피고인을 처벌하는 것은 헌법 제12조 제1항 및 제13조 제1항의 명문규정에 위배되어 허용될 수 없다”라고 하여 상고를 기각하였다.¹⁰⁾

2. 제한상영가 사건(헌재 2008. 7. 31. 2007헌가4)

헌법재판소는 ‘제한상영가’등급의 영화를 정의하고 이에 위반하여 청소년을 입장시킨 자를 처벌하는 ‘영화 및 비디오물 진흥에 관한 법률’ 제29조 제2항 제5호에 대하여 그 위헌성이 제한상영가등급제도 자체에 있는 것이 아니라 이를 명확하게 정하지 못한 입법의 잘못이 있다는 이유로 잠정적용의 헌법불합치결정을 하였다. 이 결정에서 헌법재판소는 “위헌결정을 하여 당장 그 효력을 상실시킬 경우 제한상영가등급의 영화에 대한 법적 근거가 상실되어 법적 공백상태가 발생하고, 이로 말미암아 제한상영가 등급의 필요성이 인정되는 영화에 대하여 ... 등급을 아예 부여하지 못하는 경우가 발생할 수 있으며, ... 제한상영가 등급제도 자체를 위헌이라고 판단한 것이 아닌데도 제도 자체가 위헌으로 판단된 경우와 동일한 결과가 나타날 것”이라고 하여 잠정적용 헌법불합치결정의 사유를 밝혔다.

단순위헌결정을 하는 경우 결정시부터 개선입법의 발효시까지 법적 공백상태가

¹⁰⁾ 대법원 2009. 1. 15. 선고 2004도7111 판결 참조.

발생하여 제한상영가등급의 영화에 대한 법적 취급에 혼란을 발생시키고, 심판대상 조항들의 위헌성이 제도 자체의 내용에 있는 것이 아니라 규율의 구체성이나 형식 또는 위임방식에 있는 것으로 입법자에 의한 부분적인 입법적 보충을 통해 합헌성을 회복할 수 있는 경우에 해당하여 잠정적용의 헌법불합치결정이 정당화된다는 것이다.¹¹⁾

3. 태아 성별고지금지 사건(헌재 2008. 7. 31. 2004헌마1010등)

헌법재판소는 의료인으로 하여금 진찰이나 검사를 통하여 알게 된 태아의 성별을 그 가족들에게 알리지 못하도록 하는 의료법 제20조 제2항에 대하여 잠정적용의 헌법불합치결정을 하였다. 이 결정에서 헌법재판소는 “만약 단순위헌결정을 하여 당장 그 효력을 상실시킬 경우에는 태아의 성별고지금지에 대한 근거규정이 사라져 법적 공백상태가 발생하게 될 것이고, 이는 낙태가 불가능하게 되는 시기를 포함하여 임신기간 전 기간에 걸쳐 태아의 성별 고지를 금지하는 것이 의료인과 태아 부모의 기본권을 지나치게 침해한다는 위헌결정의 취지와는 달리, 임신기간 전 기간에 걸쳐 태아의 성별고지를 가능하게 하는 부당한 결과를 야기하게 될 것”이라고 하여 잠정적용의 헌법불합치결정을 하는 사유를 밝혔다.¹²⁾

이 사건의 당해사건은 성별고지행위로 인한 의사면허자격정지처분의 취소를 구하는 행정소송으로 당해사건의 항소심법원은, ‘헌법재판소가 이 사건 법률조항이 위헌임에도 굳이 헌법불합치결정을 한 것은, 그 위헌성이 제거된 개정법률이 시행되기 전까지는 종전의 법령규정을 그대로 잠정적용하는 것을 허용하는 취지의 결정이라고 보아야 할 것이고, ... 개정 의료법의 시행일 전에 이 사건 조항을 적용하여 한 의사면허자격정지처분의 효력을 그대로 유지함이 옳다는 판단에서 나온 것임이 분명하고, ... 개정 전 의료법 조항을 적용하여 결정한 이 사건 처분은 적법하다.’고 판시하여 항소를 기각하였다. 당해사건의 경우 위 의료법조항이 형사처벌이 아니라 행정제재의 법적 근거로 기능하는 경우이므로 법원이 잠정적용 헌법불합치결정의 기속력에 따라 위헌인 의료법조항을 당해사건에 잠정적용한 것이다. 그러나 당해사

11) 학교보건법 사건과 그 사유가 유사하지만, 적용중지를 하지 않고 잠정적용을 명하는 사유를 따로 제시하지는 않았다.

12) 이 사건에서도 헌법재판소는 잠정적용의 사유를 따로 명시하지는 않았다.

건이 성별고지행위에 대한 형사재판이었다면 법원은 무죄판결을 하였을 것으로 예상할 수 있다.¹³⁾

4. 야간옥외집회금지 사건(헌재 2009. 9. 24. 2008헌가25)

헌법재판소는 해가 뜨기 전이나 진 후의 야간옥외집회를 금지하고 이에 위반한 경우 형사처벌하는 집회 및 시위에 관한 법률 제10조 중 “옥외집회” 부분 및 제23조 제1호 중 “제10조 본문의 옥외집회” 부분에 대하여 잠정적용 헌법불합치결정을 하였다. 이 사건에서 헌법재판소는 “심판대상조항의 위헌성은 야간옥외집회를 제한하는 것 자체에 있는 것이 아니라 사회의 안녕질서와 국민의 주거 및 사생활의 평온 등을 보호하는데 필요한 범위를 넘어 ‘해가 뜨기 전이나 해가 진 후’라는 광범위하고 가변적인 시간대에 일률적으로 옥외집회를 금지하는데 있고, 위와 같은 시간대 동안 옥외집회를 금지하는 것에는 위헌적인 부분과 합헌적인 부분이 공존하고 있는 것이다. 그런데 ‘해가 뜨기 전이나 해가 진 후’ 중 어떠한 시간대에 옥외집회를 금지하는 것이 위와 같은 입법목적에 달성하면서도 집회예정자의 집회의 자유를 필요 최소한 범위에서 제한하는 것인지에 관하여는 이를 입법자의 판단에 맡기는 것이 바람직하다고 할 것이다. 입법자로 하여금 ... 옥외집회의 현황과 실정 등 제반 사정을 참작하여 옥외집회가 금지되는 시간대를 법률로 한정하도록 하는 것이 심판대상조항의 위헌성을 제거하면서도 입법자의 재량을 존중하는 것이기 때문이다.”라고 잠정적용 헌법불합치결정의 사유를 제시하였다.¹⁴⁾¹⁵⁾

요약하면 야간옥외집회금지제도 자체에 위헌성이 있는 것이 아니고, 단순위헌결정

13) 박진영, “형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효 제한-형벌조항에 대하여 합헌결정 후 위헌결정 또는 헌법불합치결정이 이루어진 판례를 중심으로-”, 경희법학 제50권 제3호, 경희법학연구소(2015), 126면 참조.

14) 이 사건에서도 “이 사건 법률조항들에 대하여 헌법불합치의 결정을 선고하되, 위 법률조항에는 위헌적인 부분과 합헌적인 부분이 공존하고 있으므로 입법자가 2010. 6. 30. 이전에 개선입법을 할 때까지 계속 적용되어 그 효력을 유지하도록 하고, 만일 위 일자까지 개선입법이 이루어지지 않는 경우 위 법률조항들은 2010. 7. 1.부터 그 효력을 상실하도록 한다.”라고 판시하여, 따로 위헌인 집시법조항의 잠정적용을 명하는 사유를 구체적으로 밝히지는 않았다.

15) 이 사건은 종전에 헌법재판소가 한 구 집회 및 시위에 관한 법률(1989. 3. 29. 법률 제4095호로 전부 개정된 것) 제10조에 대한 합헌결정(1994. 4. 28. 91헌바14)을 이 결정과 저촉되는 범위에서 명시적으로 변경한 판례변경사건으로도 의미가 있다.

으로 인해 제도 자체가 형사처벌의 범위에서 소급적으로 실효됨으로써 야간옥외집회와 관련한 입법 공백과 이로 인한 법적 혼란의 발생을 방지하고, 집회의 자유와 야간옥외시위를 제한할 타인의 기본권 및 질서유지 등 공익 간의 조정·형량을 통하여 합헌적으로 금지의 시간대를 정할 입법자의 입법형성권을 보호하기 위하여 헌법불합치결정이 정당화된다는 것이다.

이 결정 후 위 집시법조항에 의해 기소된 형사재판에서 대부분 무죄판결¹⁶⁾이 선고되었으나 일부 유죄판결¹⁷⁾도 있었다. 이에 대법원은 헌법불합치결정이 있기 전에 위 집시법조항에 근거한 유죄판결의 상고심¹⁸⁾에서, ‘헌법불합치결정은 헌법과 헌법재판소법에 근거가 없는 변형결정이지만 위헌결정에 해당하고, 법 제47조 제2항 단서¹⁹⁾는 형벌규정에 대한 위헌결정의 경우 소급하여 효력을 상실한다고 규정하며, 헌법 제111조 제1항 제1호와 법 제45조 본문에 의하면 헌법재판소는 법률 또는 법률조항의 위헌 여부만을 심판·결정할 수 있으므로 형벌에 관한 법률조항이 위헌으로 결정된 이상 그 조항은 헌법재판소법 제47조 제2항 단서에 정해진 대로 효력이 상실된다 할 것이므로 개정시한까지 법률 개정이 이루어지지 않은 위 집시법조항은 소급하여 그 효력을 상실하므로 무죄를 선고하여야 한다.’고 판시하였다.²⁰⁾

16) 서울중앙지법 2009. 10. 28. 선고 2009고정1140 판결; 서울중앙지법 2009. 10. 29. 선고 2009고정1389 판결; 서울중앙지법 2009. 10. 29. 선고 2009고단5806 판결 등 참조. 이 사건 이후 하급심 판결의 동향에 대해서는 박진영, 앞의 논문, 129면 참조.

17) 울산지법 2009. 9. 29. 선고 2009고합100 판결.

18) 대법원 2011. 6. 23. 선고 2008도7562 전원합의체판결. 이 판결의 원심법원(부산지법 2008. 8. 7. 선고 2008노1809 판결)은 피고인들이 일몰 후 야간옥외집회를 주최하였다는 공소사실에 대해 심판대상조항을 적용하여 유죄판결을 선고한 제1심 판결(부산지법 2008. 5. 9. 선고 2008고단385 등 판결)에 대하여 항소기각을 한 것으로, 위 집시법조항에 대한 헌법불합치결정이 있기 전에 선고되었다. 국회는 헌법불합치결정에서 입법개선시한으로 정한 2010. 6. 30.까지 심판대상조항에 대한 개선입법을 이행하지 않았고, 이 판결은 그 이후에 선고되었다.

19) 현행 헌법재판소법 제47조 제3항 본문의 내용과 동일하다.

20) 이 판결에서는 대법관 3명의 별개의견이 개진되었는데, 헌법재판소가 단순위헌결정이 가져올 법적 안정성에 대한 침해가 중대하다고 보아 소급효의 적용을 배제하기 위해 단순위헌결정이 아닌 헌법불합치결정을 하면서 위헌인 법률조항의 잠정적용을 명한 경우, 법원으로서도 이러한 헌법적 가치와 이익형량에 관한 헌법재판소의 판단을 존중할 필요가 있다는 것을 전제로, 입법자의 입법형성권 존중을 이유로 개정시한을 설정하여 위헌인 집시법조항의 효력을 잠정적으로 유지하게 하였다면, 개선입법이 이루어지지 않은 경우 처음부터 단순위헌결정이 있었던 것과 동일한 상태로 돌아가는 것이 아니라 개선입법의 시한이 만료된 다음날인 2010. 7. 1.부터 위 집시법조항의 효력이 상실되는 것으로 보아야 한다고 판시하였다.[대법원 2011. 6. 23. 선고 2008도7562 전원합의체판결(이 사건 법률조항

위 대법원 전원합의체판결의 법정의견이나 별개의견은 모두 법 제47조 제1항²¹⁾에도 불구하고 위헌법률심판 등 규범통제절차에서 헌법불합치결정의 기속력을 부인하는 것에서는 동일하다. 다만 법정의견은 법 제45조에 따라 헌법재판소는 법률조항에 대한 단순위헌결정 또는 합헌결정만을 할 수 있다는 것을 전제로, 일단 헌법재판소가 위 집시법조항의 위헌성을 확인하였다면 그것이 형벌규정인 한 법 제47조 제3항 본문에 근거하여 소급하여 효력이 상실된다고 한다. 따라서 형벌규정에 대해 헌법불합치결정이 있는 경우 그것이 적용중지이든, 계속적용이든 간에 단순위헌결정의 효력이 발생하고, 개선입법의 이행기간이나 그 이행 여부를 고려할 것 없이 법원은 무죄판결을 선고하면 될 뿐이라고 한다. 별개의견 역시 헌법불합치결정 등 변형결정의 기속력을 부인하는 전제에서, 법 제47조 제3항 본문에 따른 형벌규정에 대한 위헌결정의 전면적 소급효를 제한하는 취지에서 헌법재판소가 헌법불합치결정을 하였다면, 법원은 헌법재판소의 이와 같은 판단을 존중하여 그 판단이 타당하다고 인정하면 헌법불합치결정에서 정한 내용에 따라 위헌인 형벌규정의 효력상실시기를 정할 수 있다고 한다.

5. 낙태죄 사건(헌재 2019. 4. 11. 2017헌바127)

헌법재판소는 부녀가 낙태한 때를 처벌하는 형법 제269조 및 부녀의 촉탁에 따라 의사가 낙태하게 한 때를 처벌하는 형법 제270조 제1항 중 ‘의사’에 관한 부분에 관하여 잠정적용의 헌법불합치결정을 하였다. 이 사건에서 헌법재판소는 모자보건법에서 정한 사유에 해당하지 않는다면 결정가능기간²²⁾ 중에 예외 없이 전면적·일률적으로 임신의 유지 및 출산을 강제하고, 이를 위반하여 낙태한 경우 형사처벌함으로써 임신한 여성의 자기결정권을 과도하게 침해한다고 판시하여 낙태죄조항의 위헌성을 확인하였다. 그러면서 낙태죄조항에 대하여 단순위헌결정을 할 경우 임신기간 전체에 걸쳐 행해진 모든 낙태를 처벌할 수 없게 됨으로써 용인하기 어려운 법

의 효력상실시기에 관한 대법관 안대희, 대법관 신영철, 대법관 이인복의 별개의견 참조].

21) 제47조(위헌결정의 효력) ① 법률의 위헌결정은 법원과 그 밖의 국가기관 및 지방자치단체를 기속(羈束)한다.

22) 결정가능기간이란 태아가 모체를 떠나 독자적으로 생존할 수 있는 시점인 임신 22주 내외에 도달하기 전이면서 동시에 임신 유지와 출산 여부에 관한 자기결정권을 행사하기에 충분한 시간을 말한다. (헌재 2019. 4. 11. 2017헌바127 참조).

적 공백이 생기고, 더욱이 입법자는 낙태죄조항의 위헌적 상태를 제거하기 위해 결정가능기간을 어떻게 정하고 결정가능기간의 종기를 언제까지로 할 것인지, 태아의 생명 보호와 임신한 여성의 자기결정권의 실현을 최적화할 수 있는 해법을 마련하기 위해 결정가능기간 중 일정한 시기까지는 사회적·경제적 사유에 대한 확인을 요구하지 않을 것인지 여부까지를 포함하여 결정가능기간과 사회적·경제적 사유를 구체적으로 어떻게 조합할 것인지, 상담요건이나 숙려기간 등과 같은 일정한 절차적 요건을 추가할 것인지 여부 등에 관하여 헌법재판소가 결정이유에서 실시한 한계 내에서 입법재량을 가지므로, 단순위헌결정을 하는 대신 헌법불합치결정을 선고하되 입법자의 개선입법이 이루어질 때까지 낙태죄조항의 계속적용을 명하는 것이 타당하다고 잠정적용 헌법불합치결정의 사유를 제시하였다.

이 사건 이후 법원에서 자기낙태죄나 의사낙태죄로 기소되어 실제 판결이 행해진 사례는 아직 발견되지 않지만, 대검찰청은 임신 12주 이내이고 헌법재판소가 예시한 낙태 허용범위에 명확히 해당되는 경우 기소유예처분을, 임신 12주에서 22주 사이에 낙태하였거나 위 허용범위에 해당하는지 논란이 있는 경우에는 기소중지처분을, 이미 재판이 진행 중인 사건에서는 구형기준을 마련하겠다는 취지의 사건처리기준을 마련하여 일선 검찰청에 전달하였다고 한다.²³⁾²⁴⁾

6. 소결

헌법재판소는 최근의 낙태죄사건에 이르기까지 모두 5건의 헌법불합치결정을 하면서 그중 1건에 대해서는 적용중지의, 나머지 4건에 대해서는 잠정적용의 헌법불합치결정을 하였다. 이들 사건은 모두 그 심사기준이 직업의 자유, 표현의 자유, 일반적 인격권, 집회의 자유, 자기운명결정권 등으로 자유권에 대한 제한의 정당성 여부가 위헌성 판단의 핵심적인 내용이었다는 점에서 동일하다. 그리고 헌법불합치결정

23) ‘임신 12주 내 낙태 기소유예 된다’, 인터넷판 대한변협신문(743호) 승인 2019.6.24. 09:23:59(<http://news.koreanbar.or.kr/news/articleView.html?idxno=20079>, 2019. 11. 27. 방문)

24) 헌법재판소의 낙태죄조항에 대한 명시적인 위헌확인에도 불구하고 대검찰청이 ‘협의없음’ 처분이 아니라 ‘기소유예처분’ 또는 ‘기소중지처분’으로 기준을 마련했다는 점에서 일응 헌법불합치결정의 기속력에 따른 것으로 볼 수 있을 것이다. 그러나 낙태의 허용 여부에 관하여 논란이 있는 사안의 경우에는 기소중지처분으로 방침을 정한 것에 대해서는 잠정적용 헌법불합치결정의 기속력을 부인한 취지로 이해할 수 있을 것이다.

의 사유도, 해당 기본권제한의 본질적인 내용으로서 제도 자체의 기본 틀은 모두 합헌이어서 위헌결정을 통해 제도 전부를 무효로 하는 경우 중대한 법적 공백과 이로 인한 법적 혼란이 발생하여 법적 안정성의 관점에서 매우 심각한 문제가 발생하고, 위헌적인 부분을 해소하고 합헌성을 회복하기 위해서는 입법자에게 입법적 보충을 하게 하는 것이 입법형성권의 관점에서 더욱 적절하다는 것으로, 기본적으로 동일하다. 다만 학교보건법 사건에서는 심판대상조항이 형벌규정을 이루고 있어 잠정적으로 적용하게 하는 경우 위헌적인 형벌규정에 따른 처벌의 가능성을 배제할 수 없어 적용중지의 헌법불합치결정을 한다고 그 사유를 밝히고 있는 반면, 잠정적용을 명한 4건의 사건에서는 특별한 사유를 제시하지 않고 위헌인 처벌조항의 잠정적용만을 주문과 이유에서 명시하고 있을 뿐이다.²⁵⁾

Ⅲ. 헌법불합치결정의 허용성이 문제되는 형벌조항의 범위

형벌은 일정한 범죄행위에 대해 국가가 부과하는 해악으로서 범죄에 대한 반작용으로 정의할 수 있다.²⁶⁾ 공동체의 법익을 보호하기 위해 국가는 형벌 외에도 다양한 법익보호수단과 이를 위한 절차를 마련하고 있지만, 형벌은 그 자체로 범죄에 상응하는 해악의 본질을 가지므로 이를 사용하지 않고도 보호할 수 있는 법익 침해에 대해서는 형벌을 통한 개입이 원칙적으로 금지된다. 따라서 헌법은 형벌을 그 자체로 국민의 기본권을 심각하게 훼손할 수 있는 국가행위로 전제하고 국가형벌권의 자의적이고 과도한 행사로부터 국민의 기본권을 보호하기 위한 여러 제도적 장치를 두고 있고,²⁷⁾ 법 제47조 제3항 본문에서는 형벌규정이 위헌인 경우 그것을 근거로 한 형벌의 부과 집행, 그리고 그 법적·사실적 효과를 그대로 남겨두는 것이 구체적 정의의 관념이나 국민의 기본권 보장의 관점에 부합하지 않는다는 취지에서 소

25) 이와 같은 잠정적용 헌법불합치결정의 이유로 볼 때, 헌법재판소는 적어도 형벌규정에 대한 헌법불합치결정에 있어서는 적용중지가 아니라 잠정적용 헌법불합치결정을 원칙적인 유형으로 이해하는 것으로 보인다.

26) 신동운, 형법총론. 법문사. 2013, 5면

27) 구체적으로 헌법 제12조 및 제13조에서 명시하는 죄형법정주의원칙, 적법절차원리, 영장주의, 진술거부권, 변호사의 조력을 받을 권리, 형사소급입법금지원칙, 헌법 제27조의 무죄추정원칙 등을 들 수 있다.

급하여 그 효력을 상실하도록 규정하고 있다.

그런데 형벌규정에 대한 헌법불합치결정은 위헌인 형벌조항의 효력을 형식적 또는 잠정적으로 존속하게 하면서 그 효력상실을 개선입법의 효력발생 시로 유예하는 것을 내용으로 하므로 우선 법 제47조 제3항과 관련하여 그 허용 여부가 문제된다. 그리고 헌법불합치결정을 통한 위헌성의 확인에도 불구하고 위헌인 형벌규정을 잠정적으로 적용할 뿐 아니라 개선입법을 헌법불합치결정 시까지 소급해서 적용하게 되므로 헌법 제12조 제1항 및 제13조 제1항에서 정하는 죄형법정주의원칙 및 형사소급입법금지원칙과 관련하여 해석상의 문제도 함께 야기하게 된다. 따라서 이들 헌법상의 원칙과 헌법재판소법 조항이 적용되는 형벌규정의 경우에는 헌법불합치결정과 관련하여 그 허용 여부가 문제 된다.²⁸⁾

죄형법정주의와 형사소급입법금지원칙은 모두 국가형벌권의 내용으로서 범죄의 구성요건과 그에 대한 해악으로서 형벌을 규정하고 있는 형사실체법을 그 적용범위로 한다. 예측가능성과 법적 안정성의 관점에서 개인에게 행위결정의 기준이 되는 것은 행위 당시의 범죄구성요건과 그에 대한 형벌을 정한 형사실체법이기 때문이다.²⁹⁾ 마찬가지로 형사사법의 정의와 기본권 보장의 관점에서 위헌결정의 소급효가 관철되어야 할 영역 역시 범죄구성요건과 형벌을 규정하고 있는 형사실체법에 국한된다고 보아야 한다.³⁰⁾³¹⁾

28) 박경철, 앞의 논문, 293면; 지성수, 앞의 박사학위논문, 164면; 허완중, “형벌조항에 대한 헌법불합치결정에 관한 검토”, 헌법학연구 제20권 제2호, 한국헌법학회(2014), 293면.

29) 신동운, 앞의 책, 41-42면.

30) 박경철, 앞의 논문, 293면; 지성수, 앞의 박사학위논문, 165면; 허완중, 앞의 논문, 135-136면 각 참조.

31) 헌법재판소는 현재 1992. 12. 24. 92헌가8 결정에서 법정의견을 보충하면서 현재법 제47조 제3항의 형벌에 관한 법률조항에 형사절차법 조항은 포함되지 않는다고 판시하였다. “...형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항이 무엇을 뜻하는가에 관하여, 좁게 보면 범죄의 성립과 처벌에 관한 실체적 법률 또는 법률조항이라는 의미로 해석할 수도 있고, 넓게 보면 실체적인 형벌법규에 한정하지 않고 형사소송법 등 절차에 관한 법률까지 포함한다고 해석할 수 있어서 위헌결정의 효력에 대해서는 여러 가지 견해가 있을 수 있으나, 우리 헌법과 헌법재판소법을 종합하여 검토하여 보면 소급하여 효력을 상실하는 법률은 좁게 해석하는 것이 타당하다고 보아야 한다. 왜냐하면, 먼저 위 법규정의 문면상 “형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항”이라고 표현하고 있는 것은 형사법 중에서도 범죄구성요건에 관한 실체법규를 지칭하고 있는 것으로 보아야 하며 여기에 형사절차상의 법규를 포함하고 있는 의미로 넓게 보기는 어렵고, 또한 헌법재판소법 제47조 제3항에서 제2항 단서의 경우에 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항에 근거한 유죄의 확정판결에 대하여는 재심을 청구할 수 있다고 규정하고 있는바, 우리 헌법과 헌법재판소법은 위헌으로 결정된 법률의

한편, 죄형법정주의원칙과 형사소급입법금지원칙, 그리고 법 제47조 제3항이 적용되는 영역은 형벌규정 중에서 형사상의 불이익으로 처벌을 규정한 것에 한정된다. 처벌을 받지 않는 불처벌의 특례를 규정한 경우에는 소급적용으로 인해 다시 처벌의 대상이 되어 법적 안정성의 요청이나 죄형법정주의원칙, 형사소급입법금지원칙에 위배되기 때문이다.³²⁾

보안처분은 과거의 범죄사실이 아니라 행위자의 사회적 위험성에 근거하여 부과되는 제재로 엄격히 말해 실체적 형벌규정에 해당하지 아니한다. 그러나 보안처분이 범죄의 성립을 요건으로 형사절차에 부수하여 주로 부과되고, 유형에 따라서는 신체의 자유에 대한 제한이나 박탈을 내용으로 하거나 수반한다는 점에서 실질적으로 형벌과 유사한 경우도 많다.³³⁾ 이런 이유로 헌법 제12조 제1항은 죄형법정주의원칙의 적용범위에 보안처분을 명시하고 있고, 헌법재판소도 헌법 제13조 제1항의 형사소급입법금지원칙의 적용범위에 신체의 자유를 제한하는 등의 보안처분이 포함되는 것으로 해석³⁴⁾하고 있으므로 보안처분의 경우에도 헌법불합치결정의 허용 여부가 문제된다고 할 것이다.³⁵⁾

형벌규정은 그 제정 이전에 이미 사회윤리적으로 비난의 대상이 되는 행위를 범죄로 규정한 것이 있는 반면, 일정한 행정목적을 달성하기 위하여 부과된 의무의 이행을 강제하기 위하여 그 위반행위를 범죄로 규정한 경우도 있다. 전자를 자연법 또

효력에 대하여 법적 안정성을 중요시하여 그 결정이 있는 날부터 효력을 상실하는 장래효를 원칙으로 하고 소급무효는 “형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항”에 한정하여 예외로 인정하고 있는 입법취지를 아울러 고려할 때에 위헌결정의 법규적 효력에 대하여 소급효를 인정하여 재심에 의한 구제를 허용하는 범위는 위헌으로 결정된 실체적인 형벌법규에 의하여 형의 선고를 받았을 때에 한정하여야 하고 위헌으로 결정된 법률이 형사소송절차에 관한 절차법적인 법률인 경우에는 동조항이 적용되지 않는 것으로 가급적 좁게 해석하는 것이 제도적으로도 합당하다 할 것이다.”

32) 헌재 1997. 1. 16. 90헌마110; 헌재 2009. 2. 26. 2005헌마764 참조.

33) 신동운, 앞의 책, 41면.

34) 헌재 1989. 7. 14. 88헌가5.

“헌법이 제12조 제1항 후문에서 ‘...법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.’라고 규정하여 처벌과 보안처분을 나란히 열거하고 있는 점을 생각해 보면, 상습범등에 대한 보안처분의 하나로서 신체에 대한 자유의 박탈을 그 내용으로 하는 보호감호처분은 형벌과 같은 차원에서의 적법한 절차와 헌법 제13조 제1항에 정한 죄형법정주의의 원칙에 따라 비로소 과해질 수 있는 것이라 할 수 있고, 따라서 그 요건이 되는 범죄에 관한 한 소급입법에 의한 보호감호처분은 허용될 수 없다고 할 것이다.”

35) 지성수, 앞의 박사학위논문, 165-166면 참조.

는 형사법, 후자를 법정법 또는 행정법이라 하는데, 후자의 경우 전자와 달리 일반적으로 비난가능성이 크지 않은 경우가 많고, 행위자가 자신의 행위에 대한 가벌성의 인식이나 위법성의 인식이 없는 경우가 많다. 자연법의 경우 사회윤리적 비난가능성의 속성상 그 위헌성이 주로 헌법상의 기본원리나 기본권조항과 관련한 원시적인 위헌사유, 국민 일반의 법 감정 변화와 이에 따른 헌법해석의 변경에 기인하는 경우가 많을 것이지만, 행정목적의 실효성을 확보하기 위한 법정법의 경우에는 주로 사회·경제적인 환경의 변화와 그에 따른 정책의 변화 등 후발적인 위헌사유에 기인하는 경우가 대부분일 것이다. 따라서 범죄의 성격상 헌법불합치결정의 필요성이나 효용성의 측면에서, 그리고 법 제47조 제3항에 따른 전면적·일률적인 소급효로 인해 훼손되는 법적 안정성의 관점에서 양 범죄의 유형은 서로 구별된다고 볼 수 있다. 그러나 법정법의 경우에도 형법이 정하는 일반원칙이 모두 적용되며, 국민의 입장에서 이로 인한 처벌 역시 기본권 제한이나 법적·사실적 불이익의 측면에서 자연법과 다르지 않으므로 위헌결정의 효력과 관련하여 자연법과 법정법을 근본적으로 구별할 실익은 크지 않을 것이다.³⁶⁾ 그렇다고 하더라도 형벌규정에 대해서도 헌법불합치결정의 필요성과 효용성이 인정될 수 있다면 주로 법정법인 행정형벌법규에서 그 효용성이 강조될 것으로 보이며, 지금까지 헌법재판소의 헌법불합치결정 사례에서도 낙태죄 사건을 제외하면 모두 심판대상조항이 법정법에 해당한다.

IV. 형벌규정에 대한 헌법불합치결정의 필요성과 그 영역

형벌규정에 대하여 위헌결정이 있으면 종전에 헌법재판소가 해당 규정에 대하여 합헌결정을 한 적이 없는 한 그 제·개정 시점으로 소급³⁷⁾하여 해당 형벌규정은 효력을 상실하게 된다. 그와 같은 전면적이고 일률적인 소급효의 인정은 위헌인 형벌

36) 박경철, 앞의 논문, 294면 참조.

37) 현재법 제47조 제3항은 형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효를 규정할 뿐 구체적으로 어느 시점까지 위헌결정의 효력이 소급하는지에 대해서는 특정하지 않고 있다. 소급효의 입법 취지에 충실하게 해당 형벌규정의 제정 또는 개정 시까지 소급하는 것으로 보는 것이 일반적인 해석이고(구체적으로 헌법과 형벌규정의 저축이 발생한 시점이라 보는 것이 정확하겠지만, 그 시점을 특정하는 것이 사실상 불가능하므로 제·개정 시로 소급한다고 보는 것과 큰 차이가 없을 것이다), 헌법재판소와 대법원의 판례도 같은 입장이다.

규정에 근거한 처벌과 그에 기한 법적·사실적인 불이익으로부터 구제라고 하는 기본권 보장의 관점에서는 바람직한 것임에 틀림이 없다. 그렇지만 과거 해당 형벌규정의 합헌성이나 그에 따른 범죄행위의 가벌성에 아무런 의문이 없었던 형벌규정에 근거한 처벌과 그로 인한 법적 효과가 해당 형벌규정의 제·개정 시로 소급하여 전면적·일률적으로 부인됨으로써 발생하는 국가형벌권에 대한 신뢰의 상실, 개인의 기본권 보호나 공동체의 질서유지를 위해 꼭 필요한 형벌규정의 폐지로 인해 초래되는 법적 공백과 그로 인한 법적 혼란, 가벌적인 행위에 대한 합헌적인 처벌의 가능성마저 부정됨으로써 초래되는 형사사법에 대한 정의의 훼손 등³⁸⁾ 여러 가지 이론적·실무적인 문제점을 야기한다. 또한 개인의 기본권 보장과 공동체의 안전 및 질서를 위해 필요불가결한 형벌규정의 경우 단순위헌결정으로 인한 법적 공백과 이로 인한 법적 혼란을 방지하기 위하여 그 효력을 유지하게 하면서 입법자로 하여금 그 위헌성을 제거하도록 하는 입법적 보충을 통해 법질서의 합헌성을 회복하는 것이 권력분립원칙이나 민주주의원리에 더욱 부합한다고 할 것이다.

이러한 상황에서 위헌으로 확인된 법률규정의 효력을 즉시 상실하게 하는 대신 형식적으로 존속하게 하고, 입법자에 의한 개선입법을 통해 그 위헌성을 치유하고 합헌성을 회복하는 헌법불합치결정을 형벌규정에 대해서도 활용할 수 있다면 형벌규정에 대한 전면적인 소급효로 인해 발생하는 위의 여러 문제점을 해결하는 방안이 될 수 있을 것이다.

38) “형벌법규는 사회의 도의관념이나 가치체계에 기초를 두고 있어서 그 처벌의 정당성이나 범위는 국가의 정치·사회·경제·문화 각 영역의 동태적 변화 또는 발전에 불가피하게 영향을 받을 수밖에 없고, 국회가 이러한 변화에 적절히 대응하지 못하여 종래에는 합헌으로 평가되었던 형벌법규가 변화된 헌법적 현실에 부합하지 않게 된 경우에도 헌법재판소에 의한 위헌 선언의 가능성과 필요가 생기게 된다. 그런데 위와 같은 경우 헌법재판소의 위헌결정으로 해당 형벌법규가 예외 없이 그 법률의 제정 시로 소급하여 효력을 잃고, 그에 따라 위 형벌법규에 근거하여 유죄의 확정판결을 받았던 모든 사람들에게 재심을 허용하여 무죄판결을 받게 한다면, 이는 과거에 존재하였던 역사적 현실을 완전히 부인하는 것일 뿐만 아니라 위헌성을 제거한 개선입법이 마련될 때까지 발생하는 법적 공백으로 인한 혼란을 피할 수도 없게 된다. 뿐만 아니라 헌법재판소로서도 어떠한 형벌법규가 위헌인지 여부를 심사함에 있어서 과거 그 형벌법규가 제정될 때부터 현재에 이르기까지 전 기간에 걸쳐 시대를 초월하여 위헌성을 갖는다고 인정될 때에만 위헌 선언을 할 수 있다고 한다면, 헌법재판소가 과거의 역사적 현실에 기속되어 현재의 기본권 보호에 관한 헌법적 책무를 제대로 이행하지 못하는 결과를 낳을 수도 있다.”(대법원 2011. 6. 23. 선고 2008도 7562 전원합의체 판결 중 효력상실시기에 관한 대법관 안대희, 대법관 신영철, 대법관 이인복의 별개의견)

따라서 형벌규정에 대한 헌법불합치결정이 필요한 영역과 그 효용성에 관해 기존의 논의들을 중심으로 살펴보고, 이를 토대로 앞에서 본 바와 같은 형벌규정에 대한 헌법불합치결정의 문제점들과의 관계에서 그 활용 여부에 관해 검토하기로 한다.

1. 범죄구성요건의 지나친 불명확성 또는 광범성으로 인해 위헌성이 있는 경우

형벌규정이 개인의 기본권 보장과 공동체의 법질서 유지를 위해 반드시 필요하지만, 그 구성요건이 지나치게 불명확하거나 넓어 위헌성이 있는 경우 헌법불합치결정이 고려될 수 있을 것이다.³⁹⁾ 어떤 행위의 가벌성이 인정된다고 하더라도 그 구성요건이 지나치게 불명확하여 외연을 확정할 수 없거나 포섭되는 행위의 유형이 과도하게 넓은 경우, 단순위헌결정이나 일부(한정)위헌결정을 통해 해당 형벌규정의 효력을 배제하는 것으로 합헌성을 회복할 수 있다. 그러나 단순위헌결정을 하게 되면 처벌의 필요성 및 당위성이 인정되는 합헌적인 부분까지도 함께 효력을 상실하게 되어 국민의 생명·안전 등 중요한 법익보호를 위한 국가형벌권 행사에 있어 법적 공백의 상황이 발생하게 된다. 일부(한정)위헌결정 역시 합헌적인 부분과 위헌적인 부분이 명확하지 않거나 헌법재판소에 의한 합헌적인 부분의 확정이 권력분립원칙이나 민주주의원리에 비추어 부적절한 경우에는 입법자의 입법형성권을 통해 이를 확정하는 것이 여러 모로 적절한 경우가 많을 것이다. 이 경우 헌법불합치결정을 통해 헌법재판소는 형벌규정의 위헌성만을 확인하고, 민주적인 입법형성권을 가진 입법자의 개선입법을 통해 위헌적인 부분을 제거함으로써 합헌성을 회복하는 것이 필요하다.

그동안 헌법재판소의 형벌규정에 대한 헌법불합치결정들은 대부분 합헌적인 규율 부분에 대한 위헌결정으로 인해 초래되는 법적 공백 및 혼란의 방지와 합헌성의 회복을 위한 개선입법 과정에서 입법자의 입법형성권 존중을 근거로 헌법불합치결정의 사유로 들고 있다. 범죄구성요건이 지나치게 불명확하거나 포괄적인 경우는 바로 이와 같은 법적 안정성의 요청과 입법형성권의 존중이 가장 뚜렷이 드러나는 형벌규정의 영역으로 헌법불합치결정이 필요하고 또한 효용성이 크다고 볼 것이다.

39) 허완중, 앞의 논문, 136-137면.

2. 형벌규정의 법정형 부분에 위헌성이 있는 경우

형사처벌의 필요성과 정당성이 인정되고 범죄구성요건도 명확하고 적정하게 규정되었지만, 법정형이 지나치게 높아 과잉금지원칙(책임원칙)이나 형벌체계정당성의 요청에 위배되어 헌법에 위반되는 경우에도 헌법불합치결정이 고려될 수 있다.⁴⁰⁾ 형벌규정의 법정형 부분도 일부위헌결정이나 한정위헌결정을 통해 책임원칙에 부합하는 적정한 법정형의 범위를 초과하는 부분을 해석을 통해 제거하거나 그 범위로 해석을 제한함으로써 합헌성을 회복할 수 있다. 그런데 법정형이 과도하게 높다는 것이 확인되더라도 어디까지가 합헌적인 처벌의 범위이고 어디부터가 과잉적인 처벌에 해당하는지가 분명하지 않고, 그럼에도 불구하고 형사처벌의 당위성이 인정되어 국가형벌권의 공백을 막을 필요가 있는 경우에는 입법자로 하여금 법정형의 범위를 새로 정하도록 하는 취지에서 헌법불합치결정을 고려할 수 있을 것이다.⁴¹⁾

법정형의 과중으로 인해 형벌체계상의 균형을 상실한 경우⁴²⁾에도 위헌성이 있는 형벌규정의 법정형을 비교대상인 다른 형벌규정의 법정형을 고려하여 합리적인 범위로 조정하는 방안, 비교대상인 형벌조항의 법정형을 합리적인 범위 내로 조정하는 방안이 있고, 심판대상인 형벌규정과 비교대상인 형벌규정의 법정형을 모두 조정함으로써 적절한 균형관계를 유지하게 하는 등의 방식이 있을 수 있다. 따라서 이 경우에도 입법자의 입법형성권을 존중하여 헌법불합치결정을 하는 것이 필요하고 또한 적절할 수 있을 것이다.⁴³⁾

40) 허완중, 앞의 논문, 137면.

41) 그러나 헌법재판소가 법정형이 지나치게 높다는 이유로 법정형 부분의 위헌성을 확인하면서 헌법불합치결정을 한 사례는 없고, 법정형 부분 뿐 아니라 범죄구성요건을 포함하는 해당 형벌규정 전체에 대해 단순위헌결정을 하고 있다. 이와 같은 실무관행은 법정형의 과잉으로 인해 해당 형벌규정 전체의 효력을 상실하게 한다는 점에서 행위자의 기본권 보장의 측면에서는 바람직하지만, 일반국민의 기본권 보호를 위한 국가형벌권의 관점에서나 법적 안정성의 관점에서는 적절하지 않은 부분도 있다. 다만 법정형의 과중으로 인해 위헌성이 인정되는 형벌규정은 대부분 형법이 아닌 형사특별법상의 형벌규정이었던 관계로 따로 처벌상의 법적 공백상태가 발생하지는 않았고, 그 때문에 헌법불합치결정 대신 단순위헌결정을 한 것으로 이해할 수 있다. 그러한 사례로는 헌재 1992. 4. 28. 90헌바24 헌재 2015. 9. 24. 2015헌가17; 헌재 2016. 7. 28. 2015헌바6 등 참조.

42) 김하열, 앞의 논문, 173면; 허완중, 앞의 논문, 138면 각 참조.

43) 형벌체계상의 균형 상실로 인해 위헌성이 확인된 사례에서 헌법재판소는 헌법불합치결정이 아니라 단순위헌결정을 선고하고 있다. 법정형으로 사형만을 둔 것이 아닌 한 형벌규정의 법정형만을 두고 과잉처벌임을 논증하는 것은 매우 어렵기 때문에 방법론상 과잉금지

3. 형벌규정에 대한 위헌결정의 소급효 제한이 필요한 경우

법 제47조 제3항이 정하는 형벌규정에 대한 단순위헌결정의 소급효를 제한할 필요성이 있는 경우에도 헌법불합치결정이 필요하다.⁴⁴⁾ 이로써 형벌규정에 대한 단순위헌결정의 소송법적 효력으로서 전면적·일률적인 소급효가 갖는 영향력을 축소시켜 일률적인 재심의 허용과 형사보상⁴⁵⁾의 인정으로 심화되는 소급효의 문제점을 차단할 수 있다.

그리고 소급효의 제한을 통해 헌법재판소의 단순위헌결정에 대한 부담감을 상당한 정도 덜어줄 수 있다.⁴⁶⁾ 위헌결정의 효력을 장래를 향하여 발생하게 함으로써 전면적인 소급효의 인정에 따른 부작용을 회피하기 위하여 헌법재판소가 입법자의 입법형성권을 명분으로 합헌결정으로 도피하거나 일반예방목적의 획일적인 가중처벌 또는 특별형법을 통한 가중처벌의 위헌성에 눈을 감은 폐단을 방지할 수 있다.⁴⁷⁾ 특히 형벌조항의 위헌성이 원시적인 것이 아니라 국민의 법 감정 또는 사회윤리적인 가치의 변화, 사회경제적인 상황의 변화나 시대상의 적용에 따른 입법례의 변화에 기인하는 후발적인 사유에서 비롯하는 경우, 이에 대한 단순위헌결정은 형벌규정을

원칙(책임원칙)이 아니라 유사한 범죄나 살인죄 등 죄질이 유사하거나 무거운 범죄의 법정 형과 비교의 관점에서 형벌체계상의 균형의 관점으로 심사기준을 치환하여 위헌성을 논증하고 있기 때문이다. 형벌체계상의 균형 상실을 이유로 위헌선언을 하는 경우 규범체계상 입법자의 입법적 보충이 요구되는 경우이므로 헌법불합치결정을 하는 것이 필요하고 또한 적절함에도 불구하고, 심판대상이 된 형벌규정이 대부분 특별법상의 형벌규정이었기 때문에 법적 공백이 발생할 사정은 없었던 것으로 보인다.

44) 남복현, “헌법불합치 결정을 둘러싼 법적 쟁점의 검토”, 헌법실무연구 제10권, 헌법실무연구회(2010), 486-488면; 지성수, 앞의 박사학위논문, 166면; 허완중, 앞의 논문, 138-139면 각 참조.

45) 형사보상 및 명예회복에 관한 법률 제2조(보상 요건) ① 「형사소송법」에 따른 일반 절차 또는 재심(再審)이나 비상상고(非常上告) 절차에서 무죄재판을 받아 확정된 사건의 피고인이 미결구금(未決拘禁)을 당하였을 때에는 이 법에 따라 국가에 대하여 그 구금에 대한 보상을 청구할 수 있다.

46) 전면적이고 일률적인 소급효의 인정은 헌법재판소가 위헌결정을 함에 있어서 부수적으로 반드시 고려하여야 할 사정으로 법률규정의 위헌성에도 불구하고 위헌판단을 주저하게 만드는 요인이 되었음을 부인하기 어렵다. 이러한 사정은 일찍이 형벌조항에 대한 위헌결정의 반대의견(헌재 2000. 1. 27. 98헌가9, 판례집 12-1, 1, 11면 이하)에서도 분명히 드러나고 있는데, ‘신 건축법조항에 대한 위헌결정의 효력을 구 건축법조항과 관련한 사건으로 확장하여 재심청구를 할 수 있도록 하는 것은 현재법 제47조 제2항 단서에 따라 형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효를 가늠할 수 없게 확장하는 결과’가 될 것임을 우려하고 있다.

47) 지성수, 앞의 박사학위논문, 166면.

일률적으로 소급무효로 만드는 것이 되어 법적 안정성의 관점에서는 물론이고 법의 존재에 대한 신뢰와 구체적 정의의 관점에서도 매우 심각한 문제를 야기한다. 이러한 문제점을 시정하기 위하여 법 제47조 제3항 단서 부분을 신설하여 종래 해당 형벌조항에 대해 합헌결정이 있었던 경우 그 결정이 있는 날의 다음날까지로 소급효를 일부 제한하는 입법적 조치를 하였지만, 이 역시 ‘전후의 합헌 및 위헌 결정’과 ‘심판대상의 동일성’을 요건으로 하여 기계적·일률적으로 소급효의 제한 여부를 결정하므로 관련 법익의 형량을 통해 소급효에 대한 제한이 필요한 경우 적절하게 대처할 수 없는 문제점이 있다.⁴⁸⁾

이러한 경우 헌법재판소가 형벌규정에 대한 위헌결정의 소급효를 제한하여야 할 필요성과 타당성을 구체적으로 논증하면서 헌법불합치결정을 선고하고, 이에 따라 입법자가 개선입법을 통해 위헌인 형벌규정의 효력상실시점을 구체적으로 정함으로써 형벌규정에 대한 단순위헌결정에 따른 전면적·일률적인 소급효의 문제점을 일부 완화할 수 있을 것이다.⁴⁹⁾

이에 반하여 단순위헌결정으로 인한 소급효를 제한하기 위해 헌법불합치결정을

48) 법 제47조 제3항의 개정경과와 그 문제점에 대해서는 김현철, “형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효 제한”, 헌법재판연구(제3권 제2호), 헌법재판소 헌법재판연구원(2016. 12.); 남북현, “형벌법규에 대한 위헌결정의 효력을 둘러싼 쟁점-위헌결정의 소급효제한과 그 제한시점을 중심으로-”, 공법연구(제43집 제1호), 한국공법학회(2014. 10.); 손인혁, “형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효 제한-헌재2016. 4. 28. 2015헌바216 결정-, 법조(721호), 법조협회(2017); 허완중, “한국헌법에 따른 헌법재판소법 제47조 제2항의 해석”, 공법연구(제37집 제4호), 한국공법학회(2009) 등 참조.

49) 대법원 2008도7562 전원합의체 판결에서, 별개의견 및 별개의견에 대한 보충의견은 법정의견과 같이 헌법불합치결정의 기속력을 부인하는 전제에 서면서도 단순위헌결정에 따른 형벌조항의 전면적인 소급효를 제한하기 위하여 형벌규정에 대한 헌법불합치결정이 정당화된다고 한다.

위 별개의견은 ‘헌법재판소의 위헌결정으로 해당 형벌법규가 예외 없이 그 법률의 제정 시로 소급하여 효력을 잃고, 그에 따라 위 형벌법규에 근거하여 유죄의 확정판결을 받았던 모든 사람들에게 재심을 허용하여 무죄판결을 받게 한다면, 이는 과거에 존재하였던 역사적 현실을 완전히 부인하는 것일 뿐만 아니라 위헌성을 제거한 개선입법이 마련될 때까지 발생하는 법적 공백으로 인한 혼란을 피할 수도 없게 된다. 뿐만 아니라 헌법재판소로서도 어떠한 형벌법규가 위헌인지 여부를 심사함에 있어서 과거 그 형벌법규가 제정될 때부터 현재에 이르기까지 전 기간에 걸쳐 시대를 초월하여 위헌성을 갖는다고 인정될 때에만 위헌선언을 할 수 있다고 한다면, 헌법재판소가 과거의 역사적 현실에 기속되어 현재의 기본권 보호에 관한 헌법적 책무를 제대로 이행하지 못하는 결과를 낳을 수도 있다.’(대법원 2011. 6. 23. 선고 2008도7562 전원합의체 판결)고 하여 소급효 제한의 필요성을 강조하고 있다.

사용하는 것이 부당하다는 반론도 유력하게 제기된다.⁵⁰⁾ 헌법불합치결정과 단순위헌결정이 본질적으로 다른 점은 법률조항의 효력을 즉각 상실시킴으로써 합헌질서를 회복하려는 것인지, 합헌적 질서의 회복을 위하여 입법적 보충을 개입시키려 하는지에 있으므로 형벌규정에 대한 단순위헌결정의 소급효 제한이 필요한 경우 헌법재판소법 개정을 통한 입법적 해결이나 법 제47조 제3항에 대한 해석을 통해 이를 해결하는 것이 옳다고 한다.⁵¹⁾⁵²⁾ 그리고 형벌규정에 대한 위헌결정의 소급효를 제한하기 위해 헌법불합치결정을 활용하는 것이 가능하다면 헌법불합치결정의 고유한 특성을 간과한 채 헌법불합치결정 형식의 남용을 초래할 우려가 있다고 한다.⁵³⁾

50) 김하열, 앞의 논문, 173-174면; 박경철, 앞의 논문, 306-307면 각 참조.

51) 김하열, 앞의 논문, 174면.

52) 법 제47조 제3항 단서가 신설된 것은 위에서 본 바와 같이 형벌조항에 대한 위헌결정의 전면적·일률적인 소급효가 가지는 문제점을 인식하고 이를 제한하기 위함에 그 취지가 있지만, 신설된 제47조 제3항 단서 부분에도 불구하고 소급효 제한과 관련한 문제가 완전히 해결되지 않고 있다. 해석을 통한 소급효의 제한방법으로는 비 형벌규정에 대한 단순위헌결정의 법정 장래효(헌재법 제47조 제2항)를 헌법재판소와 법원의 해석을 통해 제한함으로써 일정하게 소급하게 인정하고 있는 것과 같은 논리로, 형벌규정에 대한 단순위헌결정의 법정 소급효 또한 헌법재판소와 법원의 해석을 통해 일정한 범위로 제한할 수 있다고 한다. 그러나 헌법재판소법에서 법률에 대한 위헌결정의 효력을 명시적으로 정하고 있음에도 불구하고 헌법재판소나 법원이 다시 해석을 통해 소급효를 제한하는 것은 입법권을 침해한다는 반론이 제기될 수 있을 것이고, 또한 규범통제의 실효성 확보와 위헌적인 법률조항으로부터 기본권 구제를 강화하는 차원에서 예외적으로 소급효를 인정하는 것과 실질적으로 처벌의 범위를 확장하는 결과가 되는 해석을 통한 소급효의 제한은 본질적으로 다른 차원의 문제이므로 해석을 통해 소급효의 제한이 가능한 것인지는 신중한 검토를 필요로 한다.

이와 관련하여 대법원은 소급효를 제한할 필요성은 충분히 인정되지만, 전면적 소급효의 인정으로 인해 초래되는 문제의 해결은 법원의 해석이 아니라 입법을 통해 해결되어야 한다고 판단하였다(대법원 2011. 4. 14. 선고 2010도5605 판결).

“형벌조항의 경우에도 그 제정이나 개정 이후의 시대적·사회적 상황의 변화로 말미암아 비로소 위헌적인 것으로 평가받는 경우에는 그 조항의 효력발생 시점까지 위헌결정의 전면적인 소급효를 인정하는 것이 오히려 사법적 정의에 현저히 반하는 결과를 초래할 수 있으므로, 헌법재판소법 제47조 제2항 단서의 규정에도 불구하고 그 소급효를 제한할 필요성이 있음은 비형벌조항의 경우와 크게 다르지 않고 ... 특히 동일한 형벌조항에 대하여 과거 헌법재판소의 결정에 의하여 그 조항의 합헌성이 선언된 바 있음에도 그 후의 사정변경 때문에 새로 위헌으로 결정된 경우에는 더욱 그러할 것이다. 그럼에도 형벌조항에 대한 위헌결정의 경우, 죄형법정주의 등 헌법과 형사법하에서 형벌이 가지는 특수성에 비추어 위헌결정의 소급효와 그에 따른 재심청구권을 명시적으로 규정한 법률의 문언에 반하여 해석으로 그 소급효 및 피고인의 재심에 관한 권리를 제한하는 것은 허용되기 어렵다 할 것이고, 그에 따른 현저한 불합리는 결국 입법에 의하여 해결할 수밖에 없을 것이다.”

53) 박경철, 앞의 논문, 307면.

4. 소결

위헌결정으로 인한 법률규정의 즉시효력상실로 인해 법적 공백과 이로 인한 법적 혼란이 우려되고, 그 공백을 메우는 데 입법자의 역할이 요청되는 상황에서는 일반 법률규정과 마찬가지로 형벌규정에 대해서도 헌법불합치결정의 필요성과 효용성이 인정된다고 할 것이다. 따라서 형벌규정의 구성요건이 지나치게 불명확하거나 처벌되는 행위의 유형이 지나치게 광범위한 경우, 구성요건적 행위에 대한 처벌의 필요성과 당위성은 충분히 인정되지만 그 법정형이 필요 이상으로 지나치게 높거나 유사한 다른 범죄의 법정형과 현저히 균형을 상실한 경우, 국가형벌권의 행사에 대한 국민의 신뢰 등 법적 안정성의 관점과 해당 형벌규정의 규범구조적인 특성으로 인해 위헌성을 제거하고 합헌성의 회복을 위하여 입법자의 입법적 보충(개선입법)이 불가피한 경우 등이 형벌규정에서도 헌법불합치결정의 필요성과 효용성이 인정되는 전형적인 영역으로 볼 수 있을 것이다.

형벌규정이 수행하는 국민의 기본권 보호, 공동체의 중요한 법익의 보호 등 중요한 헌법적 기능과 형벌규정을 통한 행위의 금지 및 요구와 위반행위에 대한 처벌이 국민의 일상생활과 기본권 실현과 보장에 미치는 중요성에 비추어, 무엇을 범죄로 하고 그 위반 시에 어떤 형벌을, 어느 정도로 부과할 것인지를 정하는 것은 일차적으로 민주주의원리에 따라 입법자에게 부여된 역할이다. 따라서 헌법불합치결정의 정당화 근거인 법치주의원리의 내용으로서 법적 안정성의 보장과 민주주의원리 및 권력분립원칙의 요청으로서 입법형성권의 존중이라는 측면에서 형벌규정의 경우에도 헌법불합치결정이 정당화되는 경우가 많다고 할 것이며, 이는 단지 법 제47조 제3항 단서에서 형벌조항에 대한 위헌결정의 전면적·일률적인 소급효를 명시적으로 선언하고 있다고 하여 그 필요성과 효용성을 가볍게 취급할 것은 아니라고 할 것이다. 형벌규정에 대한 헌법재판소의 규범통제권한과 관련하여 그 위헌성을 확인하여 적용을 배제하는 것에 일차적인 목적이 있고, 해당 형벌규정을 폐지할 것인지 아니면 합헌적인 범위로 그 효력을 형식적으로 유지하면서 입법자에게 위헌성을 제거할 책임을 부여할 것인지에 대해 헌법재판소의 고려가 필요하다고 보인다.

나아가 형벌규정에 대한 위헌결정의 전면적 소급효를 정하고 있는 법 제47조 제3항 본문으로 인해 사정변경으로 인한 후발적인 위헌사유가 있는 경우나 전면적인 소급효로 인한 법적 안정성의 보호 및 국가법질서에 대한 신뢰가 문제되는 경우 등

일정한 범위에서 소급효를 제한하는 것이 필요함에도 불구하고, 법 제47조 제3항 본문에 대한 해석을 통해 소급효를 제한하는 것에는 법리상 일정한 한계가 있음을 확인하였다. 이러한 경우에도 법적 공백의 상태를 도저히 묵과할 수 없고 합헌성의 회복을 위하여 입법자에게 수단선택의 가능성이 인정되는 범위에서는 예외적으로 형벌규정에 대해 헌법불합치결정을 할 필요성과 효용성이 인정된다고 할 것이다.

헌법불합치결정은 법적 안정성의 보호와 입법형성권에 대한 존중의 관점에서 위헌인 법률조항의 효력을 형식적으로 존속하게 하는 것이므로 그와 같은 정당화 사유가 인정되는 경우에 한해 제한적으로만 사용되어야 할 것이지만, 그 정당화 사유로서 법적 공백으로 인한 법적 혼란과 법적 공백을 메우기 위한 입법적 보충의 필요성은 바로 위헌결정의 효력으로서 즉시 또는 소급적인 효력상실로부터 초래되는 것이다. 법적 안정성의 보호와 입법형성권의 존중을 위한 입법적 보충을 위해서는 위헌결정의 효력을 시간적으로 제한하는 것이 불가피하고, 그것이 바로 헌법불합치결정의 정당화 근거이며 또한 소송법적 효력이기도 하다. 따라서 위헌결정의 시간적 효력, 특히 형벌규정에 대한 위헌결정의 소급효를 제한하기 위하여 헌법불합치결정을 활용하는 것이 헌법불합치결정의 본질에 비추어 부당하다는 지적은 논리적으로 타당하지는 않지만, 이로 인한 법적 공백의 방지와 이를 메우기 위한 입법자의 입법적 보충이 필요불가결하다는 측면에서 본다면 양자는 동일한 상황을 헌법불합치결정의 개념과 효력으로 분리하여 따로 이해하고 있는 것에 불과하다고 볼 수 있다.

헌법불합치결정이 필요성과 효용성을 가지며, 정당성의 근거를 갖는 사유의 출발점은 바로 형벌규정에 대한 위헌결정의 전면적·일률적인 소급효에서 비롯하고, 이로써 초래되는 법적 안정성에 대한 훼손을 입법적 보충을 통해 메워 합헌성을 회복하기 위하여 위헌적인 형벌규정의 효력을 형식적 또는 잠정적으로 존속하게 하는 것이 바로 헌법불합치결정의 본질적 내용이자 효력이기 때문이다.

V. 형벌규정에 대한 헌법불합치결정의 허용 가능성

헌법불합치결정은 적용중지의 헌법불합치결정이든, 잠정적용의 헌법불합치결정이든 위헌성이 확인된 법률조항의 효력을 즉시 상실하게 하는 것이 아니라, 형식적 또는 잠정적으로 그 효력을 존속하게 하는 것을 내용으로 하므로 그 자체로 단순위헌

결정의 시간적 효력을 제약하는 효과가 있다. 특히 형벌규정에 대한 헌법불합치결정은 법적 공백의 방지를 통한 법적 안정성의 보호를 사유로 하든, 위헌성의 제거와 합헌성의 회복을 위한 입법개선 과정에서 입법형성권의 존중을 사유로 하든지 간에 위헌적인 형벌규정의 효력상실시기를 일정기간 장래로 미룬다는 점에서 법 제47조 제3항 본문이 정하는 형벌규정에 대한 위헌결정의 소급효를 실질적으로 배제하는 효과를 갖는다.

따라서 형벌규정에 대한 헌법불합치결정은 헌법재판소법이 정하는 위헌결정의 소급효와 그에 따른 재심청구를 제한한다는 점에서 그 법적 허용성과 관련하여 견해의 대립이 있다.

1. 견해의 대립

가. 전면적 긍정설

형벌규정에 대한 헌법불합치결정의 허용성을 인정하는 견해들은 대체로 아래와 같은 논거에 기초하고 있다.

형벌규정에 대한 위헌결정의 소급효를 근거로 유죄의 확정판결에 대해서도 재심을 청구할 수 있게 하는 것은 이미 확정된 법원의 유죄판결을 처벌근거인 형벌규정의 위헌성과 이에 대한 위헌결정의 소급효를 이유로 번복하는 것이 되므로, 이로부터 보호하여야 할 중대한 법적 공백이나 이로 인한 법적 혼란의 방지 등 헌법불합치결정을 할 사유가 있으면 법 제47조 제3항 본문에도 불구하고 헌법불합치결정을 할 수 있다고 한다.⁵⁴⁾ 그리고 비 형벌규정에 대하여 헌법불합치결정을 정당화하는 사유가 형벌규정에 대한 위헌결정의 경우에도 그대로 인정되어 위헌결정을 통해 중대한 법적 공백과 법적 혼란을 야기하거나 더욱 위헌적인 상태를 초래할 위험성이 있는 경우에는 형벌규정에 대해서도 헌법불합치결정의 주문을 사용할 수 있다고 한다.⁵⁵⁾

54) 남북현, 헌법불합치결정의 현안, 한국학술정보, 2011, 266면; 이명웅, “헌법불합치결정의 사유 및 효력”, 헌법논총 제20집, 헌법재판소(2009), 394면 이하; 김현철/박경철/박진영/홍영기, 『형벌규정에 대한 위헌결정의 시적효력에 관한 연구』, 헌법재판연구 제24권, 헌법재판소(2013), 282면 이하 등 참조.

55) 김하열, 앞의 논문, 172면.; 이명웅, 앞의 논문, 395면; 허완중, 앞의 논문, 146면
김하열 교수는 일반 법률조항에 대한 헌법불합치결정과 마찬가지로 위헌적인 형벌권의 행

또한 형벌규정에 합헌 부분과 위헌 부분이 혼재하여 단순위헌결정이나 한정위헌결정의 형식으로는 양자를 분리할 수 없고,⁵⁶⁾ 합헌 부분과 위헌 부분 간의 확정과 관련하여 다양한 선택가능성이 존재하여 입법자의 입법형성권을 존중하여야 하는 경우가 있을 수 있는데, 형벌규정이라는 이유로 헌법불합치결정을 할 수 없다면 전면적 소급효로 인한 법적 안정성의 파괴가 극심하므로 이를 제한하기 위해 형벌규정에 대한 헌법불합치결정을 허용할 수 있다고 한다.⁵⁷⁾

형벌규정에 대한 위헌결정의 효력과 관련하여 법적 안정성과 구체적 정의가 충돌하는 경우 어느 것을 우선할 것인지는 헌법에 명시적인 규정이 없는 한 입법정책 차원의 문제⁵⁸⁾일 뿐이고, 이에 따라 헌법재판소와 대법원이 법 제47조 제2항의 장래효원칙에도 불구하고 해석을 통해 제한적으로 소급효를 인정하고 있는 것과 마찬가지로 형벌규정에 대한 위헌결정에서도 법 제47조 제3항 본문에 대한 해석을 통해 위헌결정의 소급효를 제한할 수 있다고 한다.⁵⁹⁾

형벌이라는 수단을 통해 공동체의 법질서를 보장함에 있어 무엇을 범죄로 할 것 인지는 시대상황에 따라 달라질 수 있고, 어떤 범죄행위의 가벌성이 소멸하거나 약화되는 경우에는 형벌규정을 폐지하거나 가벌성의 범위로 제한하는 개정이 필요하

사로부터 개인을 구제하는 데에 입법적 개입이 필요하고 적절한 경우에는 (일반 법률조항과 마찬가지로) 형벌조항에 대해서도 (적용중지) 헌법불합치결정이 가능하다고 한다(김하열, 앞의 논문, 174면 참조). 그리고 허완중 교수는 법치국가원리의 내용으로서 법적 안정성의 요청이 강조되는 경우 헌법불합치결정이 정당화되는 것과 마찬가지로 형벌조항에 대한 헌법불합치결정도 헌법적 정당화를 통해 허용된다고 한다(허완중, 앞의 논문, 146면 참조).

56) 합헌과 위헌의 부분을 확정할 수 있어 위헌 부분만을 특정할 수 있는 경우에는 일부위헌결정이나 한정위헌결정을 통해 그 부분만을 법질서에서 배제하여야 할 것이므로 애당초 헌법불합치결정을 할 사유에 해당하지 않는다고 볼 것이다.

57) 한수웅, “헌법불합치결정의 헌법적 근거와 효력(독일에서의 판례와 이론을 중심으로)”, 헌법논총 제6집, 헌법재판소(1995), 505-506면, 534면; 이영진, “형벌에 관한 법률조항에 대한 헌법불합치결정의 효력”, 재판과 판례 제19집, 대구판례연구회(2010), 610면.

58) 남북현, 앞의 책, 269면; 이명웅, 앞의 논문, 396면 각주 52); 허완중, 앞의 논문(2010), 147면; 현재 1993. 5. 13. 92헌가10등, 판례집 5-1, 226 이하; 2000. 8. 31. 2000헌바6, 공보 49, 744 이하; 2008. 9. 25. 2006헌바108, 판례집 20-2(상), 488면 이하.

이와 달리 2006헌바108 결정에서 조대현 재판관은 ‘헌법재판소법 제47조 제2항 본문에 대해서 위헌법률의 소급적 실효를 부정함으로써 위헌법률심판제도를 마련하여 헌법의 최고 규범성을 확보하려는 헌법의 취지에 부합하지 않게 되었다고 하면서 위헌결정의 시간적 효력은 법적 안정성과 개인의 권리구제 등 제반이익 간의 형량의 문제가 아니라 헌법해석의 문제’라고 주장한다(현재 2008. 9. 25. 2006헌바108, 판례집 20-2(상), 488면 이하 참조).

59) 남북현, 앞의 책, 266면 이하; 이명웅, 앞의 논문, 396면; 이현환, “위헌결정의 방식에 관한 연구”, 헌법재판의 이론과 실제(금광 김철수 교수 화갑기념논문집), 박영사(1993), 290면.

다. 이와 같은 상황에서 입법자가 해당 형벌규정을 폐지하거나 개정하지 않으면 헌법재판소가 규범통제절차를 통해 위헌결정을 할 수밖에 없을 것이고, 이 때 이전에 처벌을 받았던 사람들을 모두 재심을 통해 구제하여야 할 필요성이나 당위성은 크지 않을 것이다. 오히려 사안에 따라서는 이를 통해 법적 안정성은 물론이고 형사사법의 정의마저 손상되는 결과가 될 수 있다. 이 때 법 제47조 제3항 본문의 소급효를 부분적으로 제한하는 목적론적 해석이 필요한데, 형벌규정에 대한 헌법불합치결정을 통해 가능하다고 한다.⁶⁰⁾

나. 부분적 긍정설

이는 형벌규정에 대한 헌법불합치결정으로서 잠정적용 헌법불합치결정과 적용중지 헌법불합치결정 중 어느 하나만 허용된다는 견해이다.⁶¹⁾

전자는 형벌규정에 대한 단순위헌결정의 소급효로 인하여 법적 공백이나 법적 혼란을 일으킬 우려가 있다면 헌법불합치결정을 허용할 수 있지만, 위헌임을 확인하면서도 해당 형벌규정을 그대로 잠정적용하게 하는 것은 국가의 기본권보장의무나 죄형법정주의원칙의 취지에 비추어 헌법적으로 정당화되기 어렵다고 한다.⁶²⁾

반대로 잠정적용 헌법불합치결정만이 허용된다는 견해는, 형벌규정에 대한 헌법불합치결정은 원칙적으로 허용되지 아니하지만 위헌결정을 선고하는 경우 중대한 법적 혼란이 예상되는 경우 잠정적용의 헌법불합치결정을 할 수 있으며, 이 때 단순히 잠정적용만을 명할 것이 아니라 잠정적용으로 인해 형사처벌의 대상이 되는 사람들의 피해를 최소화하는 방향으로 특별히 경과규율을 둘 수 있다고 한다.⁶³⁾ 이 견해는

60) 지성수, 앞의 박사학위논문, 171-172면 참조.

61) 이는 형벌규정에 대한 헌법불합치결정의 허용 여부에 관한 견해라기보다는 헌법불합치결정을 허용하면서 개선입법의 적용과 관련한 견해의 대립으로 볼 수도 있다. 잠정적용의 효력을 엄격히 해석하여 위헌인 형벌규정의 잠정적용을 확정적으로 볼 경우(잠정적용의 강제와 재심의 불허) 잠정적용 헌법불합치결정에 대해 부정적인 입장을 취하고, 잠정적용의 문제를 완화하여 법 적용기관에게 재량을 부여한 것으로 보는 경우 잠정적용 헌법불합치결정에 대해 긍정적인 입장을 취하는 것이 일반적이다.

62) 김현철, 앞의 논문, 305면; 김하열, 앞의 논문, 170면 이하; 허완중, 앞의 논문(2010), 152면; 최창호, “형벌법규 위헌심사에 관한 연구: 양형규정을 중심으로”, 형사법과 헌법이념 제3권, 박영사(2010), 414면 이하; 허영, “헌법재판과 입법”, 헌법논총 제19집, 헌법재판소(2008), 40면 참조.

63) 황도수, 앞의 논문, 270면 이하 참조. 이 견해는 잠정적용을 명하더라도 경과규율을 통해 법 제47조 제4항의 재심청구를 부인해서는 안 된다고 한다.

독일 연방헌법재판소의 낙태판결(BVerfGE 88, 203) 등에서와 같이 헌법불합치결정된 형벌규정의 잠정적용에서 나아가 헌법재판소가 입법자를 보충하여 과도기적인 입법적 조치를 경과규율의 형식으로 발할 수 있음을 내용으로 한다.⁶⁴⁾

다. 부정설

이는 현행 헌법재판제도의 법제에서 형벌규정에 대한 헌법불합치결정은 헌법과 법률의 명시적인 규정에 위배되므로 허용되지 않는다는 견해이다.

국가형벌권의 자의적·과잉적인 행사로부터 국민의 기본권을 보장하는 헌법상의 보장수단들을 고려할 때, 형벌규정에 위헌성이 있는 경우 소급하여 효력을 상실하게 함으로써 위헌인 형벌규정에 근거한 처벌의 위협뿐 아니라 과거의 처벌결과로부터 국민의 기본권을 보호하고 회복시켜주는 것이 실제적 정의에 부합하고, 이 때 법적 안정성의 이념은 실제적 정의의 이념에 양보하여야 할 것이므로 형벌규정에 대해서는 헌법불합치결정은 허용되지 않는다고 한다.⁶⁵⁾

형벌규정에 대한 헌법불합치결정이 법적 안정성의 관점에서 필요하다고 하더라도, 형벌규정에 대한 위헌결정의 소급효를 명시한 법 제47조 제3항 본문과 위헌인 형벌규정에 근거한 유죄확정판결에 대해 전면적으로 재심을 허용하는 제47조 제4항의 규정에 비추어 허용될 수 없고, 잠정적용의 헌법불합치결정은 물론이고 적용중지의 헌법불합치결정도 개선입법의 소급적용을 전제로 하여 결과적으로 피고인의 범죄행위가 종료된 이후에 개정된 개선입법을 소급적용하여 처벌하는 것에 다름 아니므로 헌법 제12조 제1항, 제13조 제1항에 정면으로 위배된다고 한다.⁶⁶⁾

64) 독일 연방헌법재판소는 경과규율을 발할 수 있는 근거를 독일연방헌법재판소법 제35조의 집행조항에서 찾고 있다. 자세한 것은 허완중, 헌법소송법, 박영사, 2019, 282면 이하; 김환학, 『독일 연방헌법재판소의 규범통제와 경과규율』, 헌법재판연구원 연구보고서(2019), 26-34면 각 참조.

65) 박경철, 앞의 논문, 291-308면 참조; 박진영, 앞의 논문, 139면 이하 참조; 방승주, “헌법불합치결정의 문제점과 그 개선방안”, 헌법학연구 제13권 제3호, 한국헌법학회(2007. 9.), 71면. 박진영 교수는 형벌조항에 대한 헌법불합치결정은 법 제47조 제3항에 배치되고, 헌법불합치결정의 소급효 범위와 개선입법의 소급효 범위를 다르게 보는 이상 개선입법의 소급적용과 관련하여 법적 혼란이 발생하며, 개선시까지 개선입법이 이루어지지 않으면 헌법불합치결정의 의미나 효과가 사라지게 되므로 헌법불합치결정을 통해 형벌조항의 실효시기를 장래로 미루거나 소급효를 제한할 수 있다고 보기는 어렵다고 한다(박진영, 앞의 논문, 139면 참조).

66) 자세한 것은 박경철, 앞의 논문, 291-308면 참조할 것.

결국 적용중지 헌법불합치결정⁶⁷⁾은, 잠정적용 헌법불합치결정⁶⁸⁾은 형벌조항에 대한 헌법불합치결정은 해당 형벌규정 전체에 대한 단순위헌결정으로 이해하여야 하고, 따라서 법 제47조 제3항 본문에 의하여 소급하여 효력을 상실하며, 이미 확정된 유죄판결에 대해서는 재심청구를 통해 구제를 받을 수 있다. 앞에서 본 대법원의 판례 역시 적용중지 헌법불합치결정⁶⁷⁾과 잠정적용 불합치결정⁶⁸⁾ 모두 헌법 제12조 제1항, 헌법 제13조 제1항, 법 제47조 제3항 본문 및 제4항에 위배되어 허용되지 않는다고 하여 부정설의 입장을 취하고 있다.

2. 검토

가. 부정설에 대한 검토

(1) 헌법불합치결정은 위헌인 법률규정의 효력을 형식적으로 유지하게 한다는 측면에서 법 제47조 제2항에 명백히 어긋나는 위헌결정의 주문이다. 그러나 헌법불합치결정은 헌법의 기본원리인 법치주의원리에 근거하여 법 제47조 제2항의 예외를 헌법해석을 통해 설정한 것에 본질이 있으므로 형벌규정에 대한 헌법불합치결정의 허용 여부 역시 헌법재판소법 차원에 한정된 해석의 문제가 아니라 헌법해석의 차원에서 결정되어야 할 것이다.⁶⁹⁾ 법치주의원리는 법적 안정성과 실질적 정의의 요청을 내용으로 한다. 따라서 법치주의원리는 법적 안정성과 실질적 정의 간의 조화와 균형을 그 본령으로 하는데, 이를 구체적으로 실현하는 국가의 입법권능은 서로 대립하거나 모순되어 보이는 법적 안정성의 요청과 실질적 정의의 요청을 서로 형량하고 조정하여 균형점을 발견하고, 구체적인 상황에서 일방이 타방의 요청에 우선하도록 입법적 형량과 선택의 과정이라 할 수 있다. 위헌으로 확인된 법률조항의 효력과 관련하여 입법자는 법 제47조 제2항을 통해 법적 안정성의 요청을 우선시하는 입법적 선택을 하였고,⁷⁰⁾ 반대로 형벌규정에 대한 위헌결정에 대해서는 법 제47조

67) 대법원 2009. 1. 15. 선고 2004도7111 판결.

68) 대법원 2011. 6. 23. 선고 2008도7562 전원합의체 판결.

69) 허완중, 앞의 논문, 146면 참조.

70) 헌법재판소는 법적 안전성의 요청을 중시하여 장래효를 정한 헌재법 제47조 제2항에 대해 일관하여 “헌법재판소(憲法裁判所)에 의하여 위헌(違憲)으로 선고된 법률(法律) 또는 법률(法律)의 조항(條項)이 제정 당시로 소급(溯及)하여 효력을 상실하는가 아니면 장래(將來)에 향하여 효력을 상실하는가의 문제는 특단의 사정이 없는 한 헌법적합성(憲法適合性)의

제3항 본문을 통해 개인의 기본권 구제와 구체적 정의를 우선시하는 입법적 선택을 하였다. 입법자가 법 제47조 제3항, 제4항을 통해 형벌조항에 대한 위헌결정에 전면적인 소급효와 재심을 허용한 것은 위헌적인 형사처벌로부터의 기본권 구제의 요청이 법적 안정성의 요청보다는 더욱 중요하고 시급하다고 판단하였기 때문이다.

형벌규정에 대한 위헌결정의 효력을 헌법에서 명시적으로 규정하지 않는 한 입법자의 입법적 선택을 통한 상대적 우위는 구체적 상황에서 법률의 해석과 적용을 통해 바뀔 수 있다. 법 제47조 제2항의 장래효원칙에 대하여 헌법재판소와 법원의 해석을 통해 예외적인 소급효를 인정한 것과 마찬가지로, 구체적 정의에 상대적 우위를 부여한 법 제47조 제3항 본문 역시 법률의 해석 및 적용 과정에서 예외적으로 법적 안정성에 우위를 둘 수 있는 것이다.

따라서 형벌규정에 대한 헌법불합치결정이 법 제47조 제3항, 제4항에 명시적으로 위배된다는 것을 근거로 이를 허용할 수 없다는 논거는 설득력이 부족하다고 생각된다.⁷¹⁾

(2) 헌법 제12조 제1항, 제13조 제1항에서 규정한 죄형법정주의와 형사소급입법금지원칙의 근본취지는, 범죄구성요건을 통해 허용된 행위와 금지된 행위의 경계를 명확히 확정하여 국민에게 어떠한 행위가 금지되고, 위반 시 어떠한 형벌이 예정되어 있는지를 미리 공지함으로써 스스로의 자율적인 선택으로 행동을 결정할 수 있도록 하자는 데에 있다. 따라서 소급적인 범죄구성요건의 신설과 형벌의 가중을 엄격히 금지하는 것에 그 취지가 있는 것이지, 범죄구성요건을 소급하여 축소하거나 형벌을 소급하여 감경하는 것까지 금지하는 취지는 아니다.⁷²⁾ 따라서 개선입법에서 위헌으

문제라기보다는 입법자가 법적(法的) 안정성(安定性)과 개인(個人)의 권리구제(權利救濟) 등 제반이익을 비교형량하여 가면서 결정할 입법정책(立法政策)의 문제인 것으로 보인다. 우리의 입법자는 헌법재판소법(憲法裁判所法) 제47조 제2항 본문의 규정을 통하여 형벌법규(刑罰法規)를 제외하고는 법적(法的) 안정성(安定性)을 더 높이 평가하는 방안을 선택하였는바, 이에 의하여 구체적(具體的) 타당성(妥當性)이나 평등(平等)의 원칙(原則)이 완벽하게 실현되지 않는다고 하더라도 헌법상 법치주의(法治主義)의 원칙의 파생인 법적(法的) 안정성(安定性) 내지 신뢰보호(信賴保護)의 원칙에 의하여 정당화된다 할 것이고, 특단의 사정이 없는 한 이로써 헌법(憲法)이 침해되는 것은 아니라 할 것이다.”라고 판시하여 수차례에 걸쳐 합헌결정을 하였다(헌재 1993. 5. 13. 92헌가10등, 판례집 5-1, 226, 250면; 헌재 2001. 12. 20. 2001헌바7등, 판례집 13-2, 854, 859~860면; 헌재 2002. 5. 30. 2001헌바65등, 판례집 14-1, 508, 527면 각 참조).

71) 지성수, 앞의 박사학위논문, 171-172면; 허완중, 146-148면 각 참조.

로 판단된 종래 형벌규정보다 범죄구성요건의 범위를 축소하거나 법정형을 감경하는 경우 오히려 범죄자에게 유리하게 개정된 형벌규정을 적용하는 결과가 되므로 죄형법정주의원칙이나 형사소급입법금지원칙에 위반되는 것은 아니라고 할 것이다. 특히 형벌규정에 대한 헌법불합치결정의 경우 개선입법을 통해 소급하여 구성요건을 축소하거나 형벌을 감경하더라도 범죄행위 시 이미 개정 전 형벌규정을 통해 범죄구성요건과 법정형을 공지하였고, 헌법재판소 역시 형벌규정의 합헌 부분과 위헌 부분을 명시하여 합헌 부분은 효력을 유지시키면서 위헌 부분에 대해서만 입법형성권을 통해 위헌성을 제거하도록 명한 것이므로 죄형법정주의원칙과 형사소급입법금지원칙에 위배되지 않는다고 볼 것이다.⁷³⁾

(3) 한편, 부정설은 헌법재판소법에서 헌법불합치결정에 대한 명시적 근거를 두고 있지 않으므로 헌법재판소는 헌법불합치결정을 할 수 없고, 이를 근거로 대법원은 ‘헌법불합치결정이 헌법과 헌법재판소법이 규정하고 있지 않은 변형된 형태이지만 법률조항에 대한 위헌결정에 해당’하고, 헌법 제111조 제1호와 헌법재판소법 제45조 본문⁷⁴⁾에서 헌법재판소는 법률조항의 위헌 여부만을 심판·결정할 수 있다고 규정하

72) 헌법재판소도 이 점을 분명히 하고 있다.

“헌법 제12조 제1항 후단은 “.....법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다”라고 규정하고, 제13조 제1항 전단은 “모든 국민은 행위의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 않는 행위로 소추되지 아니하며.....”라고 하여 죄형법정주의와 형벌불소급의 원칙을 규정하고 있다. 헌법 제12조 제1항과 제13조 제1항의 근본 뜻은 형벌법규는 허용된 행위와 금지된 행위의 경계를 명확히 설정하여 어떠한 행위가 금지되어 있고, 그에 위반한 경우 어떠한 형벌이 정해져 있는가를 미리 개인에 알려 자신의 행위를 그에 맞출 수 있도록 하자는 데 있다. (.....) 즉 가벌성의 조건을 사후적으로 변경할 것을 요구하는 공익의 요청도 개인의 신뢰보호와 법적안정성에 우선할 수 없다는 것을 명백히 규정함으로써, 위 헌법조항은 소급적인 범죄구성요건의 제정과 소급적인 형벌의 가중을 엄격히 금하고 있다.”(헌재 1996. 2. 16. 96헌가2등).

73) 김하열, 앞의 논문, 175면; 허완중, 앞의 논문, 147면 각 참조.

김하열 교수는 부정설의 죄형법정주의원칙, 행위시법주의 형사소급입법금지원칙과 관련한 주장을 극히 형식적이라고 지적하고, 헌법불합치결정에 수반되는 입법보충의 의미를 ‘이미 존재하는 합헌적 처벌가능성의 확인 + 위헌적 처벌요건의 제거’라고 하면서 개선입법에서 합헌적 가벌성이 유지된 부분은 범죄행위 당시에 성립·유효하였던 법률이지, 범죄행위 종료 후 비로소 신설된 가벌요건이 아니라고 한다(김하열, 앞의 논문, 175면 참조).

74) 대법원은 헌재법 제45조의 ‘...법률 조항의 위헌 여부만을 결정한다.’는 문구에만 치중하여 이를 위헌결정의 유형을 한정한 것으로 해석하고 있지만, 단서 부분과 함께 해석하면 결정 형식을 규율하는 것이 아니라 심판대상의 범위를 규율하는 것으로 보아야 한다. 헌재법 제45조를 헌법재판소의 심판대상 범위를 규율하는 것일 뿐 결정형식을 규율하는 것이 아니

고 있으므로 헌법재판소가 그 주문과 이유에서 적용중지든, 계속적용이든 헌법불합치결정을 하더라도 그 본질은 위헌결정에 해당하므로 소급효를 인정하지 않을 수 없다고 판시하였다.⁷⁵⁾

헌법불합치결정은 법률조항의 위헌성을 확인하는 결정이라는 점에서 분명히 위헌 결정이다. 하지만 위헌결정에 속하는 헌법재판소 주문형식으로 단순위헌결정, 헌법불합치결정, 한정위헌결정, 한정합헌결정은 그 요건과 효력이 명확하게 구별되는 별개의 결정유형이고, 서로 대체할 수 없으며, 각기 헌법에 근거하여 정당화되므로 이와 같은 법정 외의 주문형식을 명시적으로 부정하는 학설은 현재 발견되지 아니한다. 헌법재판소가 위헌결정의 주문유형 중 어느 하나를 선택하는 것은 엄격한 헌법적 정당화에 바탕을 둔 것이므로 그 내용과 효력에서 서로 구별되며, 이는 그 내용과 효력에 따라 법원과 그 밖의 국가기관 및 지방자치단체를 기속한다(헌법 제107조 제1항, 헌법 제111조 제1호, 법 제47조 제1항, 법 제75조 제6항). 따라서 헌법재판소 판례를 통해 형성된 헌법불합치결정의 내용과 효력에 대해 헌법재판소법에 근거가 없는 변형결정이라는 이유로 이를 단순위헌결정으로 취급할 수는 없고, 헌법불합치결정의 내용과 효력대로 기속력을 인정하여야 한다. 따라서 헌법불합치결정의 주문유형을 부인하면서 이를 위헌결정의 보는 전제에서 형벌규정에 대한 헌법불합치결정을 부정하는 견해 역시 설득력이 없다고 할 것이다.

나. 부분적 긍정설에 대한 검토

위헌결정을 통한 법률조항의 즉시효력상실로 인해 법적 공백과 이로 인한 법적 혼란이 우려되고, 그 공백을 메우는 데 입법자의 역할이 요청되는 상황에서는 일반 법률조항과 마찬가지로 형벌규정에 대한 위헌결정에서도 헌법불합치결정의 필요성과 허용성이 인정된다. 형벌규정이 기능하는 국민의 기본권 보호와 공동체의 중요한 법익보호, 그 전제로서 국가의 안전보장 등 중요한 헌법적 기능과 형벌규정을 통한 행위의 금지 또는 요구와 위반행위에 대한 처벌이 국민의 일상생활과 기본권 실현 및

라고 보는 견해로는 양건/김문현/남복현, 『헌법재판소법의 개정방향에 관한 연구용역보고서』, 헌법재판연구 제10권, 헌법재판소(1999), 91면; 이성환, “한정위헌결정의 기속력”, 세계헌법연구 제2호(1997), 547-548면; 전광석, “헌법재판에 있어서의 결정주문의 유형과 효력”, 헌법재판연구 제2권, 헌법재판소(1991), 180면 등이 있다.

⁷⁵⁾ 대법원 2011. 6. 23. 선고 2008도7562 전원합의체 판결.

보장에 미치는 중요성에 비추어, 무엇을 범죄로 하고 그 위반 시에 어떤 형벌을 어느 정도 부과할 것인지를 정하는 것은 일차적으로 입법자의 역할이다. 따라서 헌법불합치결정의 정당화 근거인 법치주의원리의 내용으로서 법적 안정성의 보장과 민주주의원리 및 권력분립원칙의 요청으로서 입법형성권의 존중이라는 측면에서 형벌규정의 경우에도 헌법불합치결정이 정당화되는 경우가 많다고 할 것이다.

따라서 형벌규정에 대한 헌법불합치결정의 필요성이 있고, 또한 단순위헌결정으로 인한 법적 안정성의 보호 또는 합헌성 회복을 위한 입법자의 입법형성권에 대한 존중이 요청되는 경우에는 적용중지든, 잠정적용이든 헌법불합치결정을 할 수 있어야 할 것이고, 그 중 어떤 유형의 헌법불합치결정을 할 것인지는 해당 사안에서 헌법불합치결정을 정당화하는 사유에 따라 적합한 유형을 헌법재판소가 선택하여야 할 것이다. 따라서 형벌조항에 대한 헌법불합치결정의 허용성을 긍정하면서도 적용중지나 잠정적용의 어느 일방만이 가능하다는 주장은 적어도 이론적으로는 설득력이 부족하다고 생각된다.

다만, 일반 법률조항에 대한 헌법불합치결정의 경우에도 위헌인 법률조항의 계속 적용하도록 한다는 의미에서 잠정적용의 헌법불합치결정의 경우 특별한 헌법적 정당화가 요구되는 것과 마찬가지로, 형벌규정의 특성상 헌법 제12조, 제13조 등에서 특별한 헌법적 보호절차를 두고 있으므로 잠정적용의 헌법불합치결정을 하는 경우에는 더욱 엄격한 헌법적 정당화를 요청하고, 또한 헌법불합치결정의 효력에도 특별한 고려를 필요로 한다. 이는 형벌규정에 대한 잠정적용 헌법불합치결정의 허용성 여부의 문제가 아니라 그 효력을 헌법 제12조 제1항, 제13조 제1항 등에 비추어 제한적으로 해석·적용하는 문제로 귀결될 것이다.

3. 소결

형벌조항에 대한 헌법불합치결정의 허용성과 관련하여 부정설과 부분적 긍정설의 입장은, 위헌법률의 효력과 관련한 헌법적 요청에 대한 형량을 도외시하고 오로지 헌법재판소법 조항의 문언에 얽매인 형식적인 해석의 결과라는 점에서, 그리고 헌법불합치결정의 허용성 문제와 위헌적인 형벌규정으로부터 기본권 보장의 측면을 구별하지 못한 결과라는 점에서 그대로 따르기 어렵다고 할 것이다.

형벌은 국가의 법질서 보호와 국민의 생명과 신체의 안전 등 기본권 보장, 국가안

보를 보장하기 위한 최후적이고 보충인 수단이지만, 그 자체로 국민의 자유를 심대하게 훼손할 가능성이 큰 국가행위이다. 따라서 헌법 제12조, 제13조 등에서 국가형벌권의 자의적이고 과잉적인 행사로부터 국민의 기본권 보장을 위하여 여러 절차적 보호장치를 두고 있고, 헌법재판소법 역시 제47조 제3항, 제4항에서 형벌규정에 대해서는 법적 안정성의 요청보다 구체적 정의의 관점을 우선하는 입법적 선택을 하고 있다. 형벌규정에 대한 위헌결정의 전면적 소급효는 구체적 정의의 실현과 위헌적인 형벌규정으로부터 기본권 보장에 그 취지를 두고 있고, 또한 이를 통해 헌법적으로 정당화된다고 할 것이지만 그것으로 충분한 것은 아니다. 형벌규정에 대한 위헌결정의 소급효로 인해 법공동체의 평화를 훼손하는 행위에 대처하는 법적 수단이 상실되고, 이로 인해 법적 공백과 혼란이 발생하여 법공동체의 중요한 가치가 손상되는 경우에는 예외적으로 소급효를 제한함으로써 법적 평화를 확보하고, 합헌적인 범위 내에서 처벌의 실효성을 확보하는 것도 매우 중요하다고 할 것이다. 즉, 법 제47조 제3항, 제4항은 소급효를 통해 구체적인 정의의 요청을 충족시키는 것과 함께, 법적 안정성이 강하게 요청되는 경우 예외적으로 소급효를 제한할 수 있을 가능성을 확보하고 있을 때 비로소 헌법적 정당성을 완벽하게 갖추었다고 볼 것이다.⁷⁶⁾

현행 헌법재판의 법제에서 제한된 범위에서 일부 형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효를 제한할 수 있는 입법적인 가능성을 열어 두고 있지만, 앞에서 살펴본 바와 같이 그 적용영역은 극히 제한적이며, 또한 형벌조항의 본질과 특성에 비추어 볼 때 법 제47조 제3항, 제4항에 대한 탄력적인 해석을 통해 소급효를 제한하는 것도 사

76) 이는 일반 법률조항에 대한 위헌결정의 장래효를 규정하고 있는 헌재법 제47조 제2항의 경우에도 마찬가지로 요청된다. 예외적인 소급효의 인정 없이는 위헌결정의 장래효는 헌법적으로 정당화되지 않는다. 헌법재판소도, “우리의 입법자는 법 제47조 제2항 본문의 규정을 통하여 형벌법규를 제외하고는 법적 안정성을 더 높이 평가하는 방안을 선택하였는 바, 이에 의하여 구체적 타당성이나 평등의 원칙이 완벽하게 실현되지 않는다고 하더라도 헌법상 법치주의의 원칙의 파생인 법적 안정성 내지 신뢰보호의 원칙에 의하여 이러한 선택은 정당화된다고 할 것이고, 특단의 사정이 없는 한 이로써 헌법이 침해되는 것은 아니라고 할 것이다. ……(중략) …… 다만, 당사자의 권리구제를 위한 구체적 타당성의 요청이 현저한 반면에 소급효를 인정하여도 법적 안정성을 침해할 우려가 없고, 나아가 구법에 의하여 형성된 기득권자의 이득이 해쳐질 사안이 아닌 경우로서 소급효의 부인이 오히려 정의와 형평 등 헌법적 이념에 심히 배치되는 때 등등의 경우에는 소급효를 인정할 수 있지만 어떤 사안이 그 같은 테두리에 들어가는가에 관하여는 일반법원이 구체적 사건에서 해당 법률의 연혁·성질·보호범의 등을 검토하고 제반이익을 형량해서 합리적·합목적적으로 정하여 대처할 수밖에 없을 것으로 본다.” 라고 판시하여(헌재 1993. 5. 13. 92헌가10; 헌재 2001. 12. 20. 2001헌바7등), 이를 분명히 하고 있다.

실상 불가능한 일이다. 결국 이와 같은 상황에서 위헌결정으로 인한 법률조항의 효력상실시점을 일정기간 유예하는 효력을 갖는 헌법불합치결정은 형벌규정에도 여전히 필요하다고 보아야 하며, 이는 헌법의 기본원리인 법치국가원리에 의해 정당성을 갖는다고 할 것이다. 다만, 형벌조규정의 본질과 특성상 형벌규정에 대한 헌법불합치결정은 일반 법률규정의 경우보다 더욱 엄격한 정당화 근거가 제시되어야 할 것이며, 특히 위헌인 법률조항을 잠정적으로 계속 적용하는 잠정적용의 헌법불합치결정을 함에 있어서는 더욱 신중하여야 할 것이 요청된다.

VI. 결론

(1) 법 47조 제2항은 법률조항에 대한 위헌결정의 시간적 효력으로 장래효를 명시하고, 같은 조 제3항 본문 및 제4항에서는 형벌규정에 대한 위헌결정의 경우 형사사법의 정의관념이나 국민의 기본권 보장 등 구체적 타당성의 관점을 강조하여 소급효를 인정함과 함께 위헌으로 결정된 형벌규정에 근거한 유죄의 확정판결에 대해 재심을 청구할 수 있도록 하고 있다. 이와 같은 전면적·일률적인 소급효의 인정이 위헌인 형벌규정에 근거한 처벌과 그에 기한 법적·사실적 불이익으로부터 국민의 기본권 구제라는 관점에서는 바람직하지만, 이로 인한 국가형벌권에 대한 신뢰의 상실과 권위의 실추, 유죄판결을 전제로 행해진 법적·사실적 후속행위의 효력 등 법적 안정성의 측면에서는 여러 가지 이론적·실무적 문제점을 야기한다.

(2) 이와 같은 문제점을 해결하기 위해 위헌인 법률조항의 효력을 즉시 상실하게 하는 대신에 형식적으로 존속하게 하고 입법자에 의한 개선입법을 통해 그 위헌성을 치유하고 합헌성을 회복하는 헌법불합치결정을 형벌조항에 대해서도 활용할 수 있는지 여부가 논의되고 있고, 헌법재판소는 이미 5차례에 걸쳐 적용중지 또는 계속적용의 헌법불합치결정을 선고한 바 있다.

(3) 위헌결정으로 인한 즉시효력상실로 인한 법적 공백과 이로 인한 법적 혼란이 우려되고, 그 공백을 메우는 데 입법자의 역할이 요청되는 상황에서는 일반 법률규정과 마찬가지로 형벌규정에 대해서도 헌법불합치결정의 필요성과 효용성이 인정된

다고 할 것이다. 형벌조항의 구성요건이 지나치게 불명확하거나 처벌되는 행위의 유형이 지나치게 광범위한 경우, 구성요건적 행위에 대한 처벌의 필요성과 당위성은 충분히 인정되지만 그 법정형이 필요 이상으로 지나치게 높거나 다른 범죄행위의 법정형과 균형을 상실한 경우, 국가형벌권의 행사에 대한 국민의 신뢰 등 법적 안정성의 관점과 해당 형벌규정의 규범구조적인 특성으로 인해 위헌성을 제거하고 합헌성의 회복을 위하여 입법자의 입법적 보충(개선입법)이 불가피한 경우 등이 바로 그러한 영역에 해당한다. 형벌규정에 대해서도 헌법불합치결정이 필요하다.

(4) 현행 헌법재판의 법제에서 제한된 범위에서 일부 형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효를 제한할 수 있는 입법적인 가능성을 열어 두고 있지만, 그 적용영역은 극히 제한적이며, 또한 형벌규정의 본질과 특성에 비추어 볼 때 법 제47조 제3항, 제4항에 대한 탄력적인 해석을 통해 소급효를 제한하는 것도 사실상 불가능한 일이다. 결국 이와 같은 상황에서 위헌결정으로 인한 법률조항의 효력상실시점을 일정기간 유예하는 효력을 갖는 헌법불합치결정은 형벌규정에도 여전히 필요하다고 보아야 하며, 이는 헌법의 기본원리인 법치국가원리에 의해 정당성을 갖는다고 할 것이다. 다만, 형벌규정의 본질과 특성상 형벌규정에 대한 헌법불합치결정은 일반 법률규정의 경우보다 더욱 엄격한 정당화 근거가 제시되어야 할 것이며, 특히 위헌인 법률조항을 잠정적으로 계속 적용하는 잠정적용의 헌법불합치결정을 함에 있어서는 더욱 신중하여야 할 것이 요청된다.

참고문헌

- 남복현, 헌법불합치결정의 현안, 한국학술정보, 2011.
- 신동운, 형법총론. 법문사. 2013.
- 허영, 헌법소송법론, 박영사, 2016.
- 허완중, 헌법소송법, 박영사, 2019.
- 김현철/박경철/박진영/홍영기, 『형벌규정에 대한 위헌결정의 시적효력에 관한 연구』, 헌법재판연구 제24권, 헌법재판소(2013).
- 헌법재판실무제요, 헌법재판소, 2015.
- 김환학, 『독일 연방헌법재판소의 규범통제와 경과규율』, 헌법재판연구원 연구보고서(2019).
- 지성수, 『헌법불합치결정에 관한 연구』, 이화여자대학교 대학원, 박사학위논문(2012).
- 김하열, “헌법불합치결정의 사유와 효력”, 저스티스 통권 128호, 한국법학원(2012).
- 김현철, “형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효 제한”, 헌법재판연구(제3권 제2호), 헌법재판소 헌법재판연구원(2016. 12.)
- 남복현, “헌법불합치 결정을 둘러싼 법적 쟁점의 검토”, 헌법실무연구 제10권, 헌법실무연구회(2010),
- 남복현, “형벌법규에 대한 위헌결정의 효력을 둘러싼 쟁점-위헌결정의 소급효제한과 그 제한시점을 중심으로-”, 공법연구(제43집 제1호), 한국공법학회(2014).
- 박경철, “형벌조항에 대한 헌법불합치결정에 관한 헌법적 검토”, 헌법학연구 제20권 제2호, 한국헌법학회(2014).
- 박진영, “형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효 제한-형벌조항에 대하여 합헌결정 후 위헌결정 또는 헌법불합치결정이 이루어진 판례를 중심으로-”, 경희법학 제50권 제3호, 경희법학연구소(2015).
- 방승주, “헌법불합치결정의 문제점과 그 개선방안”, 헌법학연구 제13권 제3호, 한국헌법학회(2007).
- 손인혁, “형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효 제한-헌재2016. 4. 28. 2015헌바216 결정-”, 법조(721호), 법조협회(2017).
- 이명웅, “헌법불합치결정의 사유 및 효력”, 헌법논총 제20집, 헌법재판소(2009).
- 이영진, “형벌에 관한 법률조항에 대한 헌법불합치결정의 효력”, 재판과 판례 제19집, 대구 판례연구회(2010).

- 최창호, “형벌법규 위헌심사에 관한 연구: 양형규정을 중심으로”, 형사법과 헌법이념 제3권, 박영사(2010)
- 한수웅, “헌법불합치결정의 헌법적 근거와 효력(독일에서의 판례와 이론을 중심으로)”, 헌법논총 제6집, 헌법재판소(1995).
- 황도수, “헌법불합치결정에 관한 새로운 체계의 시도”, 헌법실무연구 제4권, 헌법재판소(2003).
- 허 영, “헌법재판과 입법”, 『헌법논총』 제19집, 헌법재판소, 2008, 40면 참조.
- 허완중, “한국헌법에 따른 헌법재판소법 제47조 제2항의 해석”, 공법연구(제37집 제4호), 한국공법학회(2009).
- 허완중, “형벌조항에 대한 헌법불합치결정에 관한 검토”, 헌법학연구 제20권 제2호, 한국헌법학회(2014).

【토론문】

“형벌규정에 대한 헌법불합치결정의 필요성과 허용성에 관한 연구”에 대한 토론문

이 중 업*

먼저 형벌조항에 대한 헌법불합치 결정의 허용성과 필요성을 다양한 관점에서 분석하고 설득력 있는 논증을 전개해 주신 손인혁 교수님께 깊은 감사의 말씀을 드립니다.

주지하시다시피 한정위헌과 헌법불합치결정 등 헌법재판소의 변형결정의 문제는 헌재와 법원의 헌법과 법률해석과 관련한 권한 분장의 국면에서뿐 아니라, 법원의 실무에서도 그 효력의 인정 여부와 소급효의 범위, 주문의 형식, 개선입법의 적용 여부 등 여러 가지 복잡한 실무적인 문제를 야기해 왔습니다.

법원은 헌법불합치결정에 관하여, 비록 법률의 규정이 없는 변형결정에 속함에도 비형벌조항에 대해서는 헌재결정의 주문대로의 효력을 인정하고 헌법재판소의 결정 취지를 그대로 수용해 온 반면, 형벌조항에 대한 헌법불합치 결정은 그 주문 대로의 효력을 부인하고 그 효과를 단순 위헌결정과 동일하게 보고 있습니다. 이는 법원이 형벌조항에 대한 헌법불합치결정을 단순위헌으로 취급하는 것(부정설)이 발표자께서 이해하시는 바와 같이 단순히 ‘헌법재판소는 법률조항 등의 위헌 여부만을 심판·결정할 수 있다’는 헌법재판소법 제45조 본문의 문구에 얽매인 협소한 형식적 해석에 근거한 것만은 아니라고 생각합니다. 즉 권한분장의 문제로 귀결되는 한정위헌 문제와 별개로 ‘형벌조항에 대한 헌법불합치 결정’에 관한 법원의 이러한 태도는 다음과 같은 이유에서 나름대로 합리성을 인정받을 수 있다고 생각합니다.

가. 적용중지형 헌법불합치 결정

* 사법정책연구원 선임연구위원(부장판사)

헌법재판소가 위헌성을 인정하여 헌법불합치결정과 함께 적용중지를 명한 법률은 더 이상 적용될 수 없고, 이는 원칙적으로 법원을 포함한 모든 국가기관은 이에 기속됩니다. 따라서 적용중지형 헌법불합치 결정에서 법원은 더는 그 법률을 재판에 적용할 수 없으므로 위헌임을 전제로 단순위헌결정과 같이 무죄를 선고하는 것이 당연하다고 하겠습니다. 따라서 적용중지형 헌법불합치결정과 단순위헌결정의 차이는 당해 재판의 결론이 아니라, ① 판결이 확정된 사건에 대한 재심의 허용 여부 ② 개선입법의 소급적용의 차이에 있습니다. 그런데, ①의 소급효 제한은 이미 헌법재판소법 제43조 제3항의 개정에 의해 종전 합헌결정시까지로 제한되어 있고, 이는 법적 안정성의 요청과 위헌법률에 의해 기본권을 침해당한 형사피고인의 보호라는 충돌하는 법익 사이의 입법적 타협점이라고 할 수 있습니다. 그런데 여기에 더하여 종전 합헌결정시부터 불합치결정시까지 위헌법률의 효력을 유지시켜야 할 이익이 있는지 의문입니다(주로 문제되는 국민의 법감정과 가치관, 시대상황의 변화로 위헌성을 후발적으로 갖게 되는 법률조항은 통상 그러한 시대적 변화에 따라 지속적으로 위헌성이 도전받아오면서, 적어도 한 번 이상의 합헌결정 후 비로소 위헌선언을 받는 점진적 과정을 거친다는 점에 더욱 그렇습니다). 또한 위헌적 법률이 현재 시점에서 그 적용이 중지되어야 한다면, 그 위헌적 법률이 적용된 결과 역시 위헌성을 띠고 있다고 보는 것이 자연스럽고, 일정한 범위에서 이미 판결이 확정된 피고인이라고 하더라도 위헌적 법률효과로부터 그를 구제해 주는 것이 타당하다고 생각됩니다. ② 개선입법의 소급적용 문제 역시 헌법불합치결정으로 인한 법률의 효력상실은 확정적이고 그 법률의 외양이 형식적으로만 존재할 뿐이므로, 개선입법을 소급적용하여 피고인을 형사처벌하는 것은 형벌불소급의 원칙에 명백하게 반한다고 하지 않을 수 없습니다.

나. 계속적용 헌법불합치결정

1) 헌법재판소나 독일 연방헌법재판소의 판례는, 일반적으로 헌법불합치결정의 위헌 선언적 성격에 주목하여 적용중지형을 원칙으로 삼고 있으나, 헌법재판소는 이미 여러 사건에서 형벌조항에 대하여도 계속적용형 헌법불합치 결정을 한 바 있습니다.

2) 그런데 형벌조항은 중국적으로 국가형벌권의 실현으로 ‘처벌’이라는 궁극적인

법적효과를 가져오지만, 그 이전에 국민에 대한 행위규범 또는 계도규범, 위법행위의 저지를 위한 행정적 예방조치의 근거로서도 기능합니다. 행위자에 대한 기본권 침해는 위와 같이 행위규범 - 계도규범 - 행정적 조치의 근거로서의 규범 - 처벌규범의 성격으로 발전하면서 기본권의 침해 정도 역시 커지게 됩니다. 그리고 그 종국적 효과인 형사처벌을 우리 헌법이 상정하고 있는 가장 극단적인 기본권의 제한으로서 엄격하고 신중하게 적용되지 않으면 안 될 것입니다.

따라서 계속적용형 헌법불합치결정이라도 하더라도, 그것이 현재 행위규범으로서, 예컨대 야간집회금지 조항에 관하여는, 심야시간에 집회로 다른 시민의 기본권을 침해하지 말아야 할 의무를 그대로 수범자에게 부과할 수 있고, 그에 대한 계도와 행정지도를 할 수 있을 것입니다. 하지만, 더 나아가 이를 이유로 이미 위헌성이 확인된 법률을 그대로 적용하여 형사처벌을 하는 것은 국민의 기본권을 과잉하게 침해하게 됩니다.

즉 위헌적 요소와 합헌적 요소가 공존하고 있는 경우 그 법률은 위헌적인 요소를 반드시 포함하고 있고, 그 경계가 불명확할 경우, 법원은 두 가지 선택을 할 수밖에 없을 것입니다. ① 첫째 ‘위헌적 형사처벌을 감수하고’ 모든 위반자를 형사처벌하는 ‘과잉적용’을 선택하든지, ② 위헌적 형사처벌을 회피하기 위해 모든 위반자를 형사처벌하지 않는 ‘과소적용’을 선택하여야 하는 것입니다. 법원은 입법자가 아니어서 그 위헌성의 경계를 자신이 설정할 수 없기 때문에 이는 불가피한 것입니다.

발표자께서는 형벌조항에 대한 헌법불합치결정의 필요성과 효용성에 관하여, 예컨대 구성요건이 불명확하여 위헌성이 있는 경우 ‘단순위헌결정을 하게 되면 처벌의 필요성 및 당위성이 인정되는 합헌적인 부분까지도 함께 효력이 상실하게 된다는 점’ 즉 국가의 정당성 있는 형벌권 상실을 그 이유 중 하나로 들고 있습니다. 그러나 적어도 형사처벌에 대해서 우리 헌법은 죄형법정주의와 적법절차원칙(제12조 제1항), 소급입법금지원칙(제13조 제1항), 무죄추정원칙(제27조 제3항)을 규정하고, 영장, 체포, 기소 등 형사절차에 관하여 엄격한 규정을 헌법에 따로 두고 있는바, 이는 열 명의 범인을 놓치더라도 무고한 한 명이 처벌되지 않아야 한다는 근대 형사소송의 이성적 결단이 반영된 것입니다. 그리고 이러한 원칙이 형벌조항에 대한 헌법불합치결정의 효력을 정하는 데도 마땅히 반영되어야 한다고 여겨집니다. 따라서 기본권 보장의 책무를 지는 법원이, 위헌성 있는 법률에 의한 처벌가능성에 보다 더 중점을 두어 ‘과소적용’을 선택한 데에는 무시할 수 없는 타당성이 있다고 생각합니다.

이는 학교보건법 사건에서 헌법재판소가 그 적용중지 주문의 사유로, “심판대상조항이 형벌규정을 이루고 있어 잠정적으로 적용하게 되는 경우 ‘위헌적인 형벌규정에 따른 처벌의 가능성’을 배제할 수 없다는 점”을 이유로 든 것과 상통하는 맥락이라고 하겠습니다.

3) 이러한 이유에서 헌법불합치결정이 유래한 독일에서도 형벌조항에 대해서는 ‘헌법불합치결정’을 거의 하지 않는 것으로 알고 있습니다. 헌법불합치결정의 효력이 위헌결정의 하나라는 점은 의문의 여지가 없고, 위헌인 법률의 계속 적용을 명하는 경우, “법치국가원리에 비추어 볼 때 용인하기 어려운 법적 혼란이 있는 극히 예외적인 사유”에 한정되어야 할 것인데, 국민의 기본권을 중대하게 제한하는 형벌조항을 적용하여 위헌적 처벌을 감수하여야 할 만큼 위헌법률의 효력을 존속시켜야 할 중대한 공익적 반대이익은 좀처럼 상정하기 어렵다고 생각합니다.

다. 결론

결론적으로 적어도 그 형벌조항이 재판규범으로서 적용되는 한 형벌조항에 대한 헌법불합치결정을 단순위헌결정의 효력과 같이 보는 법원의 태도는 기본권 보장의 관점에서 타당성이 인정된다고 하겠습니다.

【토론문】

“형벌규정에 대한 헌법불합치결정의 필요성과 허용성에 관한 연구”에 대한 토론문

허 완 중*

형벌규정에 대한 헌법불합치결정은 헌법재판소와 대법원이 충돌하는 문제 중 하나이다. 그런데도 문제의 심각성이 명확하게 드러나지 않은 것은 이로 말미암아 국민의 기본권이 거의 침해되지 않기 때문일 것이다. 즉 위헌성이 확인된 형벌규정에 따른 유죄판결이 거의 나타나지 않기 때문일 것이다. 하지만 이는 헌법질서라는 측면에서는 너무도 큰 문제이다. 그래서 이에 관한 논의는 적지 않게 있었다. 토론자 본인도 이러한 논의에 참여한 바 있다. 손인혁 교수님의 발표문은 관련 판례와 학설을 깔끔하게 정리하면서 나뉠의 의견을 제시하여서 이에 관해서 다시 진지하게 고민하는 기회를 가졌다. 그러면서 역시 어려운 문제라는 인식을 다시 하게 되었다. 이러한 기회를 주신 한국헌법학회 관련자 여러분께 깊이 감사드린다.

토론자는 많은 부분에서 발표자의 견해에 동의한다. 따라서 여기서는 발표문을 읽으면서 토론자가 선뜻 동의하기 어려운 내용이나 의문이 나는 내용을 몇 가지 지적하는 것으로 토론을 갈음하고자 한다.

(1) 형벌규정에 대해서 헌법불합치결정을 내렸을 때(특히 헌법재판소가 계속적용을 명령하였는데도) 법원은 이러한 헌법불합치결정을 사실상 단순위헌결정으로 간주하고 무죄판결을 내렸다. 법원이 이러한 헌법불합치결정을 무시하는 것은 사실상 법원이 헌법재판소의 헌법불합치결정에 대해서 재심을 하는 것으로 볼 수 없는가? 특히 만약 이러한 헌법불합치결정이 가능하지 않다고 할 때, 법원이 이러한 방식으로 당사자의 권리구제를 하는 것은 정당한가?

* 전남대학교 법학전문대학원 부교수

(2) 11쪽 각주 37: 위헌은 원시적 위헌뿐 아니라 후발적 위헌도 포함한다는 점에서 소급시점을 해당 형벌규정의 제정 또는 개정 시로 보는 것과 헌법과 형벌규정의 저촉이 발생한 시점으로 보는 것이 큰 차이가 없다고 볼 수 없다. 물론 사정변경 시점을 특정하지 못하면 해당 형벌규정의 제정 또는 개정 시로 볼 수밖에 없지만, 그 가능성이 실현되면 헌법 제47조 제3항 적용이 배제될 수도 있다는 점에서 그 의미가 작다고 볼 수 없다.

(3) 23쪽 나. 부분적 긍정설에 대한 검토: 위헌인 형벌조항 중 합헌 부분을 골라 계속 적용하는 것은 헌법적으로 아무런 문제가 없다. 하지만 이것은 한정위헌결정의 변형인 헌법불합치결정으로 해결할 수 있다. 즉 합헌 부분을 제외한 나머지 부분을 위헌이라고 확인하면서 위헌 부분에 대해서 위헌선언을 하는 것이 아니라 헌법불합치선언을 하여 합헌 부분은 계속 적용하도록 하고 위헌 부분 적용을 중지할 수 있다. 그러나 형벌조항이 위헌임을 확인하면서도 계속 적용하도록 하는 것은 먼저 입법자의 잘못을 기본권주체에게 전가하는 것에 불과하다. 특히 위헌인 형벌조항에 따른 형사처벌은 죄형법정주의 일부인 (혹은 법치국가에서 도출되는) 적정성원칙에 명백하게 어긋난다. 이는 법적 안정성이 실질적 정의에 양보하여야 하는 대표적인 사안으로서 해석으로 극복할 수 없다고 보아야 할 것이다. 법적 공백이나 혼란을 이유로 형벌규정 없이 형사처벌할 수 없는 것처럼 법적 공백이나 혼란을 근거로 위헌인 형벌규정의 효력을 유지할 수는 없다고 보아야 한다.

(4) 형벌규정에 대한 헌법불합치결정 선고가 가능하다고 할 때, 단순히 헌법불합치결정의 일반적 선고요건을 충족하는 것만으로 형벌규정에 대해서 헌법불합치결정 선고가 가능한지, 아니면 일반적인 선고요건을 수정할 필요가 있는가? 특히 23쪽 35-36줄을 보면 ‘더욱 엄격한 헌법적 정당화’, ‘헌법불합치결정의 효력에도 특별한 고려를 필요’라는 표현이 있는데, 이는 일반적인 선고요건으로 충분하지 않음을 뜻하는 것은 아닌가? 그리고 적용중지 헌법불합치결정과 잠정적용 헌법불합치결정을 헌법재판소가 모두 내릴 수 있다면, 그 선고요건에 차이가 있는가?

【토론문】

“형벌규정에 대한 헌법불합치결정의 필요성과 허용성에 관한 연구”에 대한 토론문

성 왕*

실무적으로 의미 있는 주제에 관하여 다양한 견해를 종합·정리하여 주시고, 개선 방향을 제시하여 주신 손인혁 교수님께 감사드립니다. 앞으로 사건을 접할 때 한 번 더 고민하고, 살피는 계기가 될 것 같습니다.

1. 형벌규정에 대한 헌법불합치 결정례 추가

교수님께서 분석하신 결정 이외에 다음과 같은 결정들도 함께 보면 좋을 것 같습니다.

① 국가정보원 직원이 사건당사자로서 직무상의 비밀에 속한 사항을 진술하고자 할 때에는 미리 원장의 허가를 받도록 한 구 국가정보원직원법 조항(위반시 형사처벌조항 있음)이 소송당사자의 재판청구권을 침해한다고 보고 잠정적용 헌법불합치결정한 사례(헌재 2002. 11. 28. 2001헌가28, 판례집 14-2, 584). 헌법불합치결정 이유로, 법적 공백상태 및 법적 혼란에 대한 우려 및 입법재량 인정을 들었음.

② 정당에 대한 재정적 후원을 금지하고 위반 시 형사처벌하는 구 정치자금법 조항(후원회 조항, 처벌조항)이 정당의 정당활동의 자유와 국민의 정치적 표현의 자유를 침해하여 헌법에 위반된다고 보고 잠정적용 헌법불합치결정한 사례(헌재 2015. 12. 23. 2013헌바168, 판례집 27-2하, 511). 헌법불합치결정의 이유로, 위헌결정시 후원회 지정 근거규정이 없어져 법적 공백상태가 발생하고 후원회제도 자체를 위헌으로 판단한 것이 아닌데도 제도 자체가 위헌으로 판단된 경우와 동일한 결과가 나

* 헌법재판소

타날 것임을 들었음.

※ 개선입법(2017. 6. 30.)에서 정당도 정치자금 받을 수 있도록 하였으나, 소급 적용에 관한 경과규정 두지 않음. 대법원은 위 헌법불합치 결정은 형벌에 관한 법률조항에 대한 위헌결정이고, 헌재법 제47조 제3항을 적용하여, 무죄선고함(대법원 2018. 10. 25. 선고 2015도17936판결).

※ 학교보건법 관련 대법원 판결(2004도711)은 적용중지 헌법불합치 결정 후 개선입법이 된 경우이고, 야간옥외집회금지 관련 대법원 판결(2008도7562)은 계속적용 헌법불합치 결정 후 입법시한을 넘긴 경우이며, 위 정치자금법 관련 대법원 판결은 계속적용 헌법불합치 결정 후 개선입법이 된 경우임. 입법시한 내이고 개선입법이 되지 않은 사안에 관한 대법원 판결은 없음.

③ 국회의사당(헌재 2018. 5. 31. 2013헌바322등, 판례집 30-1하, 88), 국무총리 공관(헌재 2018. 6. 28. 2015헌가28등, 판례집 30-1하, 297), 각급 법원(헌재 2018. 7. 26. 2018헌바137, 판례집 30-2, 71) 인근 집회 금지조항(위반시 처벌조항)이 문제된 사례에서 각 집회의 자유를 침해하여 헌법에 위반된다고 보고, 계속적용 헌법불합치 결정하였음. 헌법불합치 결정의 이유로, 금지 부분에 위헌적 부분과 합헌적 부분이 공존하고 있고 제한 범위는 입법자의 판단에 맡기는 것이 바람직하다는 점에서 입법재량 존중을 들었음.

2. 형벌조항에 대한 헌법불합치결정의 필요성과 그 영역

○ 형벌조항에 대한 헌법불합치결정의 필요성에 대한 검토에 앞서, 일반적으로 헌법불합치결정이 가지는 의미(단순위헌결정과 구분되는 효력)와 필요성(사유)이 확인할 필요가 있다고 생각합니다. 이미 많은 논의가 있는 내용이고 발표문에도 소개되어 있지만, 이 부분에 관한 견해가 분명할 때, 이것이 형벌규정에도 그대로 타당한가, 또는 타당한 영역을 구분할 수 있는가, 형벌조항에 고유한 사유가 있는가 등에 관한 논의가 쉬울 것 같습니다.

○ 헌법재판소는 일반적으로 헌법불합치 결정을 하는 사유로 ① 수혜적 법률에 대해 평등원칙 위반을 이유로 위헌결정하는 경우, ② 위헌결정이 법적 공백이나 혼

란을 초래할 우려가 있는 경우, ③ 합헌 부분과 위헌 부분의 경계가 불분명하여 입법자에게 위헌상태를 제거할 형성권을 존중할 필요가 있는 경우를 들어 왔습니다. 개인적으로, 헌법불합치결정이 합헌적 질서회복을 연기하는 효과를 가지고 있다는 점을 고려하면 헌법불합치결정을 할 수 있는 경우는 가급적 좁게 이해할 필요가 있다고 생각합니다.

①의 경우는 헌법불합치 결정을 한다는 데 가장 이견이 없는 예로 보이는데, 사실상 필요성이나 사유에 관한 것이 아니라 하나의 유형(결국은 ②와 ③이 근거가 됨)이라고도 볼 수 있다고 생각합니다. ②의 경우 단지 제도적 공백이나 법의 부재로 인한 혼란을 의미한다기 보다 법치주의에 바탕하여 용인하기 어려운 기본권 보장의 공백을 초래하는 경우로 이해한다면, 형벌조항의 위헌결정에 따른 재심청구나 국가배상청구가 많을 경우 사회적 파장이 클 수 있고 국민의 법감정에 반하는 경우가 있을 수 있으나, 이를 곧바로 법적 공백이나 혼란 초래로 평가할 수는 없으며, 형벌조항의 부재가 국민의 기본권 보장을 어렵게 만든다는 점이 드러나야 할 것이라고 생각합니다. ③의 경우는 권력분립, 민주주의 요청에 의해, 헌법재판소가 제거하기 어려운, 입법자에 의해 제거되어야 하는 위헌성이 존재하는 경우로 보아야 할 것이라고 생각합니다. 그 예로 부진정입법부작위가 문제되는 경우를 생각해 볼 수 있으나, 모든 부진정입법부작위 사안이 이에 해당한다고 보기는 어려울 것입니다. 형벌조항의 경우, 입법을 통해서만 위헌성을 제거할 수 있는 경우를 상정하기는 쉽지 않을 것이라고 생각합니다. 헌법재판소가 형벌조항과 관련하여 ③의 경우로 표시한 사례 중 일부는 합헌적 부분의 존속 필요성을 강조한 것으로 보이고, 실질적으로는 ②의 경우였다고 생각합니다.

○ 형벌조항과 관련하여 보면, 헌법불합치 결정의 필요성과 관련하여 영역의 구분이 가지는 실무적 이익은 무엇이 있을지 궁금합니다. 영역별로 헌법불합치 결정의 가부 또는 적용중지 여부가 다르거나, 또는 헌법불합치 결정의 사유가 다른 것이 아니라면, 실무적으로는 개별적 판단을 피하기 어렵다는 생각이 듭니다.

○ 소급효 제한을 위한 헌법불합치 결정과 관련해서는, 소급효 제한이 필요한 근본적 이유가 헌법불합치결정의 필요성, 사유와 동일한 것이라면 소급효 제한을 위해 헌법불합치 결정이 필요하다고 볼 것이나, 그 경우에도 이를 소급효 제한을 위한 것

이라고 표현할 이유가 있는지 의문이 듭니다. 소급효 제한이 필요한 이유가 종래 인정되어 온 헌법불합치결정의 필요성, 사유와 다른 형벌조항의 헌법불합치 결정의 고유한 사유라면, 이는 합헌적 질서 회복을 연기할 사정으로 인정될 수 있는 중대한 헌법적 의미를 지닌 것이어야 할 것입니다. 개인적으로는, 발표문 15쪽의 내용과 같이 소급효의 제한은 원칙적으로 소급효를 규정한 법률조항의 해석, 입법적 개선의 문제로 보아야 하지 않을까하는 생각입니다.

3. 잠정적용 헌법불합치 결정의 필요성

○ 야간옥외집회 금지조항에 대한 헌법불합치 결정에서 단순위헌의견을 낸 재판관 조대현은 주문과 관련하여 다음과 같은 적용중지 의견을 낸 바 있지만, 헌법재판소는 최근까지 계속하여 잠정적용을 명하는 헌법불합치 결정을 하고 있고, 형벌조항에 관련하여 1건을 제외하고 모두 잠정적용을 명했습니다.

“이 사건 법률조항들은 형벌에 관한 법률조항이다. 형벌에 관한 법률조항이 위헌 결정을 받으면 소급하여 효력을 상실한다(헌법재판소법 제47조 제2항 단서). 따라서 이 사건 법률조항들 중 위헌부분이 국회의 개선입법에 의하여 구분되면 그 위헌부분은 소급하여 효력을 상실하게 된다. 그리고 이 사건 법률조항들의 위헌성은 국회의 개선입법이 이루어지기 전에도 이 사건 헌법불합치결정에 의하여 불특정인 채로 확정되어 있는 것이다. 따라서 위헌부분이 포함된 이 사건 법률조항들을 헌법불합치 결정 선고 후 개선입법 이전에 계속 적용하게 허용하는 것은 위헌법률의 규범력을 제거하려는 위헌법률심판제도의 본지에 어긋나고 헌법재판소법 제47조 제2항에 위반된다고 할 것이다.

이 사건 법률조항들에 대하여 헌법불합치결정을 하면서 계속 적용하도록 하는 것은, 헌법재판소가 이 사건 법률조항들에 위헌부분이 포함되어 있음을 선언하였고 그 위헌부분이 국회의 개선입법에 의하여 구분되면 소급적으로 효력을 상실하게 됨에도 불구하고, 그 위헌부분이 포함된 이 사건 법률조항들에 의하여 처벌받은 뒤 나중에 위헌부분에 의하여 처벌받았음이 밝혀지면 재심을 청구하여 구제받으라고 하는 것이다. 이는 위헌법률에 기한 형사처벌을 허용하는 것이고 구체적 규범통제의 필요에 따라 위헌법률의 규범력을 제거하도록 하는 위헌법률심판제도의 사명을 저버리는 것이어서 우리 헌법상 허용될 수 없는 것이다.”(헌재 2009. 9. 24. 2008헌가25,

판례집 21-2상, 427, 467-468)

○ 형벌조항에 대한 적용중지 헌법불합치 결정의 효력을 어떻게 이해하는가에 따라 잠정적용 헌법불합치 결정이 불필요하다고 볼 여지가 생기는 것은 아닌지 의문이 듭니다. 법원 등의 법적용기관이 절차를 중지하고, 입법자는 헌법불합치 결정의 취지에 따라 개선입법을 하고, 입법개선 후 법 적용기관은 절차를 재개하여 개선입법에 따라 사건을 처리한다면, 잠정적용 결정이 필요없는 것은 아닌가 하는 생각이 들었습니다.

○ 발표자께서는 잠정적용의 경우 특히 신중할 필요가 있다고 보시는데, 종래 형벌조항에 관한 헌법재판소 결정 중 적용중지 헌법불합치 결정을 할 사안이었다고 보는 결정이 있다면 무엇인지 궁금합니다.