

형사소송에 있어서의 ‘Due Process’의 구현

- 미국 법에서의 발전과 관련시켜 -

차 용 석*

국문요약

우리 형사사법에서의 due process는 - 형사사법의 헌법화가 심화되고 확대될수록 - 미국 헌법상의 형벌권 실현에서 요청되는 due process와 기본적으로 같다고 생각된다. 따라서 미국형사절차상의 due process의 발전을 모델로 제시하면서 우리 형사절차에서 지향하여야 할 이념형에 대해서 제시해 보는 것이 이 글의 목적이라고 할 수 있다.

due process의 절차상의 구체적 실현의 문제로서 피의자·피고인의 변호인 의뢰권, 위법수집증거배제법칙, 위법자백배제법칙 등 미국형사절차상의 due process의 전개과정에 대한 검토를 통해 우리 형사절차에서 지향하여야 할 이념형에 대해서 필자가 주장하는 바는 다음과 같다.

첫째, 우리의 변호권과 형사재판의 발전을 위하여 변호인 의뢰권, 변호과오, 부적절한 변호, 국선변호인제도의 미비점 등의 보완을 위하여 배상청구 또는 헌법재판적·입법적 구체책이 마련되어야 할 것이다.

둘째, 개정 형사소송법 제308조2의 ‘위법수집증거 배제법칙’의 원론적 선언은 미국의 배제법칙의 전개과정에서 볼 때 너무나도 대담한 규정이라 생각된다. 향후 해석상 많은 문제를 야기할 것으로 생각되므로 원숙한 변호인과 법관의 지식·경륜에서 형성되는 유연한 법 창조의 지혜가 필요할 것이다.

셋째, 형사법 혁명시기였다고 하는 1960년대에 탄생한 - 가장 위대한 형사사법절차상의 산물인 - 미란다 법칙은 다소 적용상의 제한은 불가피하지만 그 핵심은 그대로 지속되는 것이 일반적 경향이므로 형사사법에서 계속 유지되어야 할 것이다.

* 한양대학교 법과대학 명예교수, 법학박사.

I. 유도의 말

‘due process of law’라는 어휘가 미국법리에 처음 명백하게 등장한 것은 미국 헌법수정 제5조(“nor shall any person be deprived of life, liberty, or property, without due process of law”)의 규정에 의하였다. 대법원장 Marshall은 이 규정은 오직 연방정부의 행위에만 적용된다고 판시하였다.¹⁾ 그 원리가 각 주정부에게 적용되게 된 것은 헌법수정 제14조(“Nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property without process of law”)의 채택에서 시작되었다. 이 조항은 연방정부가 주에게 주민에게도 적정절차보장 없이는 주민의 자유, 권리 등을 박탈할 수 없다고 명함으로써 연방헌법이 이 규정을 통하여 주정부의 행위를 규제하게 되었다.

그러나 연방헌법에는 형사절차와 기타의 법적절차에서의 권리보장에 공통하는 포괄적 규정으로서의 수정 제5조의 due process 규정 외에도 개별적인 형사절차상의 권리보장규정이 많다. 최초의 수정 8조항에 걸친 제 권리(소위 Bill of Rights) 가운데 12개의 권리규정은 형사절차상의 피의자·피고인의 권리에 관한 것이다. 이들은 연방정부와 개인 간의 규제규정임으로 연방헌법이 주정부에 대하여 요청한 것으로는 오직 한 조항밖에 없는 제14조의 due process 규정 속에 이들이 흡수되느냐 어떠한의 논의가 오랫동안 계속되었다가 1970년²⁾ 이래로 그들 대부분이 연방기준으로 제14조에 흡수되는 것으로 인정되고 있다(selective incorporation v. total incorporation으로).

오늘날에는 due process는 연방정부나 주정부의 모든 활동에 대한 법적절차로서는 동등하게 보장되고 있다. 헌법상의 그 원리는 고정된 의미나 내용을 지닌 것이 아니고 모든 영역에 걸친 정부행위(state actions)의 근본적 공정성(fundamental fairness)에 관한 법리적 태도(jurisprudential attitudes)의 확장과 함께 신장, 발전되어 왔다.³⁾ 그 원리의 법적내용은 실체적인 면과 절차적인 면을 포함하고 있지만 본래는 절차 면에서의 보장

1) Baron v. Baltimore, 7 Pet. 243(1833).

2) Benton v. Md., 395 U.S. 784, 795(1969).

3) Steven H. Gifts, Law Dictionary, p. 160, 302 U.S. 319.

을 강조하고 있었다. 정부가 개인으로부터 재산이나 자유를 박탈·제한하는 경우에 절차적 공정성을 보장하라는 요청이었다. 그 권리나 재산의 제한에 앞서 공정한 청문의 고지와 권리를 보장하라는 헌법적 요청이다. 실제로 due process를 요구하는 여러 가지 절차는 관련된 사실적관계의 성질에 따라 다양하다. 또 절차적 보장의 정도는 국민 측에서 박탈당하는 손실을 감수하여야 할 정도와 상응하여야 하고 또 개인이 손실을 피하려는 이익은 그러한 결정을 내리는 정부의 이익보다 우월 하느냐 어떠한가에 따라 영향을 받는다. 따라서 주어진 사정아래에서 어떠한 절차적 due process가 요청되느냐 하는 것은 정부활동에 의하여 침해되는 개인의 이익과 관련되는 정부행위의 기능의 성격 및 이것이 초래하는 공익을 저울질하는 데서 시작된다.

due process는 고정된 의미를 지니는 것이 아니다. 헌법상 변천하는 법리적 가치에 적응하는 개념이다. 어떤 법·규칙과 달라서 시간, 장소, 그리고 환경과 관련된 유동적 내용을 갖는다. 기술적 개념이나 기계적 도구 또는 고정된 척도가 아니다. 수세기동안의 영미의 헌정사와 문명을 통하여 발전되어온 정의감에서 나오는 정당한 처우(just treatment)를 의미한다.

형사절차에서도 형벌권실현을 위한 due process로서 문명화된 사회에서 그리고 자유민주주의를 표방하는 정의로운 사회에서 국가가 피의자·피고인을 대하는 고상한 기준이 due process의 내용을 이루어야 할 것이다. 우리의 헌법은 인권보장을 최고의 보편적 가치로 내어걸고 또한 헌법 제12조 제1항에서 형사처벌에 있어서 총괄적 규정으로서의 due process를 천명하고 있고 또 개별적인 권리보장 조항으로서도 영미법에 뒤지지 않는 많은 규정 등을 두고 있다. 이런 점에서 우리 형사사법에서의 due process도 이것이 모델로 한 미국헌법상의 형벌권 실현에서 요청되는 due process와 기본적으로는 같다고 생각하는 필자의 입장에서 미국형사절차상의 due process의 발전을 개관하면서 우리의 형사 절차의 굵이굵이 마다 지향하여야 할 이념형(due process model of criminal procedure)을 제시해 볼까한다. 부언하고 싶은 것은 due process의 본질과 시대에 따른 변천과정은 기본적으로 같다고 하더라도 각 국의 전통의 차이, 예컨대 연방제와 배심제도를 채택하고 있고 또 판례법을 근간으로 하고 있는 미국의 사정 때문에 그 운영양상에는 다소의 차이를 보이고 있는 것은 사실이

다. 그러나 오늘날의 형사사법의 운영 경향이라고 할 수 있는 형사사법의 헌법화(헌법적 형사소송론)가 심화되고 확대될수록 형사절차에 있어서의 due process의 전개 과정은 미국 판례의 추세에 접근해 갈 것이다.

한 가지 더 서론부분에서 언급할 것은 due process of law의 우리 언어상의 법적표현이다. 필자는 이것을 시종 ‘법의 적정절차’로 불러왔다. 그런데 실무의 관행이나 일부 독일에서 교육받은 몇 몇 분은 이것을 ‘적법절차’라고 한다. 연혁에서 본 원어의 의미상으로는 헌법의 자유민주주의 원리에서 볼 때 입법으로도 제한할 수 없는 권리를 담고 있다는 의미에서 볼 때 입법이전의 입법을 지도하는 의미를 지닌 ‘적정절차’가 낫다고 생각하기 때문이다. 독일 문헌에도 그들의 전통에서 유래된 형식적 법치주의의 의미로서의 적법절차란 용어를 쓰지 않고 이 조항만은 이탤릭체로 due process로 하고 있는 것을 보아도 원어에 충실한 표현이 낫지 않을까 생각한다. 또 하나 이유는 어떤 이는 적법절차로 표현하여 due process를 피의자·피고인과 국가 측 양쪽 모두에게 공통하게 적용되는 원리라고 하는 저자도 있기 때문에 이를 피하기 위해서도 피고인·피의자에 대한 근본적 공정성 보장이라는 의미를 강조하기 위해서도 ‘적정절차’로 함이 타당할 것이다. 이 개념은 그 연혁에서 미루어 볼 때 처벌하는 정권 측을 위하는 성격은 전혀 없다. 따라서 양자에게 공통되는 등거리로 적용되는 개념이라는 오해는 불식하여야 한다. 국가 측에서 국민에게 준법을 강조하는 의미로서는 ‘적법절차’란 용어의 사용이 적절할 것이다.

II. 刑事節次의 理念으로서의 ‘法の 適正節次’의 보장

1) 형사소송이란 범인의 처벌만을 지향하여 진실을 추구하는 것이 아니고 공정한 절차, 특히 피의자와 피고인의 절차상의 권리와 이익을 적극적으로 보장하면서 진실을 찾아 형벌권을 실현하는 것이다. 이와 같이 피의자·피고인의 권리·이익의 총체가 절차상 확실히 보장되어야 한다는 요청이 적정절차이다. 헌법은 제12조 제1항에서 적정절차(due process of law)에 의하지 아니하고는 처벌되지 아니한다고 규정하고 있다. 미국의

연방헌법이 정부활동이 부당하게 국민의 생명·자유·재산을 박탈하거나 제한하는 경우에 대하여 개인의 법적 보장 장치로 천명한 due process가 국가의 부당한 형벌권발동의 방과제로서 뿐만 아니라 그 이념으로서 확고히 위치하게 되었다.

헌법이 요청하는 형사절차상의 적정절차 보장원리는 제12조 제1항의 기본적·총괄적 규정 외에도 제12조의 기타의 중요한 권리, 그 외에 기본권의 기본권이라고 할 수 있는 제10조의 인간의 존엄성을 존중받을 권리, 평등 취급을 받을 권리, 제27조의 공정한 재판을 받을 권리·신속한 공개 재판을 받을 권리, 무죄추정을 받을 권리, 가족 등의 구속사유 등 고지 받을 권리, 및 제13조의 행위시범주의와 이중위험금지에 따른 권리 등의 개별적 적정절차의 보장을 받을 권리 등을 포함하고 있다. 그 뿐만 아니라 제37조의 비 열거된 자유를 존중 받을 권리와 자유·권리제한의 한계 등을 규정하고 있다.

결국 형사절차상의 적정절차의 보장원리는 이상의 여러 권리와 기본권에 관한 헌법의 정신을 형사절차에 구현하여 형벌권을 실현하여야 한다는 요청이다. 이것은 곧 국가의 형벌권을 실현함에 있어서 피의자·피고인을 위하여 근본적 공정성(fundamental fairness)을 구현하여야 한다는 요청이다. 그 공정성 보장을 현실적으로 어느 정도로 활용시켜야 할 것인가는 시대와 장소에 따라 다르다. 예컨대 변호인의뢰권이나 진술거부권·자백 배제법칙의 보장 정도는 시간과 장소에 따라 다를 수밖에 없다. 따라서 적정절차는 고정된 내용을 갖는 것이 아니라 그 사회의 문명 수준에 따라 유동적인 내용을 담고 있다는 것은 앞서 말한바 있다.

다만 오늘날에는 형벌권 실현과정에서 피의자·피고인의 이익·권리와 국가의 제약 필요성의 충돌에서 일응 전자에 우월적 이익을 고려하여야 한다는 원칙은 준수되어야 할 것이다.

그런데 피의자·피고인을 위한 근본적 공정성 보장만을 강조하는 적정절차의 요청이 피해자에 대한 무관심에서 오는 부정의는 왜 외면하는가의 의문을 품게 하는 것은 사실이다. 고대로부터의 형벌역사를 살펴보면 소위 피해자의 황금시대(The Golden Age of the Victim)⁴⁾에는 범죄문제가 가

4) Stephen Schafer, *The Victim and his Criminal*, 7장 여기에서 저자는 피해자의 지위에 관하여 피해자의 황금시대, 피해자의 쇠퇴시대, 피해자의 부활시대의 3기로 시대구

해자와 피해자의 문제로 취급되어 피해자가 복수하거나 배상을 받거나 가해자를 체포하는 등으로 피해자의 권익이 보장되었다. 그러다가 중세로 접어들어 왕권의 강화는 범죄문제를 국가나 왕권에 대한 침해로 규정짓게 되면서 직접 피해자인 개인은 관심 밖으로 밀려나갔다. 기껏해야 증인으로서 참여할 기회가 주어진 것뿐이다. 법조실무나 이론가들도 전제군주나 왕의 가혹한 형벌권 발동으로부터 피의자권익을 옹호하는 쪽으로만 관심을 쏟게 되었다. 근대헌법과 형사절차법은 인간의 기본적 인권보장을 전제군주로부터 보호하는 것을 유일한 사명으로 여겨 입법화되었으며 이 당시의 인권이란 고문이나 잔인한 형벌권의 대상인 피의자의 인권으로만 여겨졌다. 이러한 가혹한 형벌권 발동을 제약하고 억제하기 위한 반향사상의 표현으로서 due process 원리가 등장·발전하였다는 역사적 사실이 저간의 사정을 설명할 수 있다. 이 시기를 피해자의 쇠퇴시기라고 할 수 있다. 그러다가 1950년대에 들어서면서 피해자의 비참한 사정에 대한 인식이 사회적 약자의 권익옹호의 운동과 함께 국민의 각성을 촉구하게 되어 피해자의 형사사법상의 제 권리의 보장 및 피해자 구제운동이 일어나게 되었다. 1986년의 영국의 Margery Fry여사의 ‘피해자를 위한 정의’라는 논문이 피해자 구제운동의 효시가 되어 피해자 피해 보사문제가 입법화되기에 이르렀다. 또 한편 형사사법에 있어서도 피의자·피고인의 권리장전과 마찬가지로 피해자의 형사사법상의 권리장전이 실천을 보게 되었다. 이 시기를 피해자의 부활시기라고 할 수 있다. 그래서 오늘날의 형사사법에서는 법인과 피해자를 위한 정의를 구현하는 시대로 접어들었다. 그러나 피해자의 권익 보장은 형사절차상의 due process와는 별개의 문제이다.

2) due process는 1215년의 영국의 Magna Charter 제39조에서 유래하였다고 한다. “Nor shall any person should be imprisoned, banished, or destroyed except by the legal judgement of his peers or by the law of the land”라고 선언한 것이 바로 그것이다. 이것이 미국 연방헌법에 도입되면서 그 수정 제5조는 “nor shall any person be deprived of life, liberty, or property without due process of law”라는 형태를 취하였다.

미국 헌법 제정 시에는 개인의 권리에 관한 보장규정이 거의 없었다.

분 하였다.

그 비준과정에서 주가 연방정부로부터의 개인의 권리침해를 우려하기 시작하여 소위 권리장전(Bill of Rights)이라는 헌법 수정 10개조가 탄생되기에 이르렀다. 따라서 연방정부는 수정 5조의 due process외에도 10개조항의 권리장전에 의하여 국민의 자유와 권리를 보장할 수 있는데 대하여 주 정부와 주민간의 관계에 관해서는 수정 14조의 due process의 보장을 요구하는 1개 조항이외는 다른 규정이 없으므로 그 내용에는 구체적으로 어떤 것이 포함될 것이냐에 관해서는 오랫동안 논쟁이 계속되는 상황이다.⁵⁾

3) 미국의 한 판례에서 위법하게 수집된 증거에 대하여 주 사건에 대해서도 적정절차 위반으로 보아 그 증거능력을 부정하면서 “적정절차는 우리 국민의 전통과 양심 속에 근본적이라고 할 만큼 뿌리박힌 그러한 개인적인 권리들에 대한 존경을 헌법상 요약하여 보장한 것”이라고 하였다.⁶⁾ 이렇게 볼 때 그 내용은 불확정적이며 애매한 것이고 또한 역사적으로 형성돼 온 것이다. 무엇이 공정한 재판에 필요 불가결한 근본적인 권리인가는 특정한 역사적 시점과 사상적 배경 아래에서 판단하여 그것을 형사절차상 보장하는 절차가 바로 적정절차라고 하겠다. 달리 말하면 국민의 양심과 정의의식에 정착된 것으로서 그 절차없이 자유나 정의가 없다고 생각되는 그것이 적정절차의 내용이다. 문명사회에서 인정되고 있는 고상한 예의와 공정에 관한 규범(canon of decency and fairness)이라고 볼 수 있다. 이와 같이 역사적으로 진폭을 달리한 적정절차는 처음에는 형식적인 법의 구속을 의미 했다가 자유와 정의 같은 의미로 유연한 내용을 갖는 것으로 이해되어 왔고 형사절차에서는 실질적으로 공정한 것, 합리적인 것을 뜻하게 되었다. 실제로는 그러한 적정절차의 내용은 대개 형사상의 피고인·피의자의 권리로 규정되어 있으므로 문제는 당해사건에 그러한 권리를 적용하는 것이 공정하고 합리적이며 적정하냐의 판단으로 돌아간다. 따라서 수정 제14조를 원용하여 그 due process 안에 연방에 적용되는 법적 척도를 적용할 것이냐의 문제로 귀결된다.

5) 상세한 것은 차용석, “미국의 형사사법절차에 관한 헌법판례의 변천,” 미국헌법과 한국헌법(한국공법학회편), 171면 이하 참조.

6) Rochin v. California, 342 U.S. 165(1952). 경찰관의 면전에서 마약 두 캡슐을 넘겨 삼킨 자를 경찰관이 병원으로 데려가서 구토제를 먹여 토해내게 하여 이것을 증거로 압수하여 제출한 사건.

적정절차에 관한 미국법의 발전과 이해가 우리 형사절차에 그대로는 적용될 수는 없다 하더라도 헌법재판소에 의한 위헌법률심사에 있어서 그리고 상고심의 유연한 법해석에 있어서 미국법의 판단에 있어서의 사유과정과 추리방법은 크게 원용되리라고 생각한다.

법의 적정절차를 ‘적법절차’로 이해하여 due process를 피의자 등을 위한 근본적 공정성 보장뿐만 아니라 ‘진실발견’ 내지 ‘처벌’의 방향으로도 동등하게 적용되어야 한다는 생각은 크게 경계하여야 한다.

4) 적정절차 원리는 다른 하나의 형사소송법의 이념인 실체진실주의와 모순·충돌하는 면을 지닌다. 후자는 사건의 진상을 철저히 밝혀서 범인을 빠짐없이 처벌하여야 한다는 이념이므로 국법질서유지(국가권위주의) 및 범인 필벌주의의 요청이다. 대륙법의 전통에서 유래된 것으로서 그 어원도 독일법의 표현에 유래된 것이다(Prinzip der materiellen Wahrheit). 이 이념의 강조아래에서는 피의자·피고인 등의 권리와 이익은 실체적 진실탐구 앞에 양보하지 않을 수 없는 경우가 있고 범인의 발견·처벌이 금과옥조로 여겨져 이를 위한 고려와 편의가 제공된다. 적극적인든 소극적인든 간에 진실탐구를 강조하면 결국 수사권이 장기화되는 관권주의로 흘러 피고인·피의자 등의 소송상의 기본권 존중이라는 적정절차와 모순되는 결과를 빚을 수 있다. 물론 진실탐구의 요청에서 나오는 절차가 적정절차 요청을 동시에 만족시키는 경우도 있다. 예컨대 공평한 법원의 구성 같은 것은 두 이념의 요청에 동시에 봉사한다. 그러나 많은 경우는 양자의 충돌 현상을 빚는다. 예컨대 위법배제설의 관점에서의 자백배제법칙이라든가 묵비권의 행사는 적정절차요청의 산물이지만 진실주의이념에서 볼 때에는 진실탐구에 방해가 된다.⁷⁾ 문제는 양자의 대립이 심화되었을 때 최종적으로 어느 쪽을 선택하는 가가 문제된다. 양자의 대립을 분명히 인식하고 적정절차 보장을 우선시키는 것은 권위주의적 실체진실의 명목이 이상주의적·합리주의적 국가관을 빌미로 하여 현실로서 피고인 등을 위한 적정절차를 침해하는 위험을 경계하기 위해서도 타당시 된다. 이론적으로도 적정절차 원리는 소송상의 이념인 진실주의보다 우선하는 것은 당연하다고 하겠다.

이 점에 관하여 적정절차와 실체진실주의는 형사소송의 진실이 적정절

7) 차용석, 형사소송법, 29면 이하 참조.

차 안에서만 구성되는 것이기 때문에 두 원리는 상호 갈등적 병렬적 원칙이 아니라는 견해가 있다.⁸⁾ 그러나 진실탐구가 적정절차의 보장아래에서 행하여진다는 극히 이상적인 외관적 관찰에서는 그렇게 말 할 수 있을지 몰라도 앞서 언급한 대로 국권발동, 특히 형벌권 발동의 현실에는 적합하지도 않는 궤변일 수 있다. 지난 역사적 경험에서도 양자의 갈등은 명확히 증명되고 또 그 역사는 두 원리의 조화란 실로 어렵다는 것을 가르쳐 주고 있다.

5) 형사소송의 이념 또는 목적으로 표방하는 법의 적정절차의 보장 및 실체적 진실주의는 무죄추정(presumption of innocence)의 법리를 배경으로 하고 있다. 이 원리는 1789년의 '사람 및 시민의 권리선언' 제9조의 '모든 사람은 범죄자로 선고될 때 까지는 무죄로 추정된다'는 법리의 실현에 의하여 전제주의 형사절차에서 취조의 객체로 다루어지던 피의자가 절차의 주체성을 인정받게 되었다. 여기서부터 실체진실주의 원칙은 중세의 범인 필벌주의를 지향하는 적극적 실체진실주의가 아니고 무고한 자의 불처벌이라는 소극적 진실주의로 지향하게 되었다. 이 법리는 법의 적정절차의 배경사상일 뿐만 아니라 소송구조에 있어서도 피의자의 검사와의 대등성을 내용으로 하는 당사자주의로의 전환의 계기를 제공하였다. 이 원칙은 단순한 훈시규정이 아니라 실정법상의 권리규정으로 인정되어 오늘날에는 그 구체적 표현으로서 소송법상의 개개의 권리의 침해뿐만 아니라 절차상 유죄로 편향된 어떤 처우에 대해서도 이 권리규정의 위반으로 보아 상소나 기타의 방법에 의하여 구제를 받을 수 있게 된다고 풀이된다.

III. Due Process의 절차상의 구체적 실현

due process 이념은 형사절차 전반에 걸쳐 지도 원리로 작용할 뿐만 아니라 구체적으로 그 이념이 반영되고 있는 영역을 살펴보자. 변호인 의뢰권, 피고인 등을 위한 공평한 재판을 보장하는 제 제도, 피의자·피고인

8) 배종대·이상돈, 형사소송법, 15면.

에게 범죄사실·공소사실 및 각종권리의 고지와 해명의 기회제공, 신속한 재판의 보장, 묵비의 권리, 위법하게 수집한 증거의 배제 법칙, 증인 대질권, 증거의 제출 및 조사권, 자백법칙, 전문법칙, 피의자 등의 체포·구속상의 제 권리, 구속 후의 피의자 등의 제 권리, 피의자 신문제도, 구속에 수반되는 압수 등의 강도, 상소이유 등에 있어서의 due process위반의 상소이유화 및 due process위반을 이유로 하는 재심청구 등 실로 다양한 영역에서의 그 due process의 기능이 고찰 대상이 될 것이다.

그러나 본고에서는 그 모든 영역에서의 due process의 구현 정도를 논평할 수 없기 때문에 단 두, 셋 영역에 관해서만 논평하겠다. 미국법에서 그들 영역에서의 due process의 전개 과정과 전개하는 법원의 사고의 길수가 우리의 현행법 및 개정 형소법의 해석·적용에 크게 기여하리라고 생각한다.

가. 피의자·피고인의 변호인 의뢰권의 발전과정 및 현행법의 발전방향

1) 헌법에는 체포나 신체구속을 당한 자는 누구나 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 보장받고 있다(제12조 4항). 미국헌법 수정 제6조는 모든 형사소추(all criminal prosecution)에서 피소추자에게 그 방어를 위한 변호인의 조력을 받을 권리를 보장하고 있다. 여기에 관해서는 많은 논의점이 있다. 첫째 형사소추란 무엇이나, 둘째 어느 단계에서 국비로써 피고인·피의자에게 변호인의 조력을 보장할 것인가, 셋째 조력이란 무엇이며 또 그 조력은 형식적으로 변호인이 출석하는 것뿐만 아니라 실질적으로 어느 수준의 변호권을 요하느냐가 문제된다. 후자의 경우에 예컨대 변호인의 물리적 존재는 있어도 노쇠, 정신병, 법률지식의 부족, 준비의 미비, 불성실 등⁹⁾으로 인하여 피고인 등의 방어권을 충분히 행사할 수 없다면 헌법상의 변호받을 권리는 무의미하게 된다. 오늘날에는 형식적으로 변호인이 존재한다는데 의미가 있는 것이 아니라 ‘유효한 변호’(effective aid)가 중요시되고 이것이 보장되지 않는 경우에는 상소 등의 이유로 되고 다른 한편 ‘변호과오’(malpracticing)의 문제가 제기되고 있다. 변호과오 소송이 빈번

9) Stephen G. Gilles, “Effective Assistance of Counsel”, University of Chicago Law Review, vol. 50. 1083, p.1395.

하게 되면서 변호과오 보험제도도 성행하고 있다. 1985년의 한 판례에서¹⁰⁾ 변호인이 법원에 상소장을 적시에 제출하였지만 그 상소장에 법이 요청하는 일정한 사항을 기재한 상소진술서를 첨부하지 않았다. 상소법원은 그 진술서의 결여는 결국 상소심리를 불가능하게 하는 것이라는 검찰측의 주장을 받아들여 기각하였다. 다른 한편 주법원에 대해서는 그 결정을 번복하지 못하게 하고 연방법원에 신청한 habeas를 받아들여 due process를 근거로 피고인의 석방을 명하였다. 또는 재심리를 하여야 한다고 판시하였다. 동시에 권리로서의 상소에는 due process에 의거하여 '유효한 변호인 조력'을 받을 권리가 있다고 판시하였다. 넷째 빈자에 대한 모든 소추에서는 어느 단계에서 국선변호인의 조력을 받게 할 것이며 또 그 법적 근거는 무엇이며 그 비용은 어떻게 충당하느냐의 문제 등이 제기되고 있다.¹¹⁾

헌법상의 변호인의 조력을 받을 권리는 여러 과정을 겪으면서 사안에 따라 발전되어 왔다. 특히 1930년이래로 연방 대법원의 형사절차에 대한 관심이 고조되면서 변호권의 보장영역은 확대되어 왔다. 그 근거에 관해서는 수정 제6조를 적용하기 이전에는 수정 제5조의 due process 및 제14조의 due process에 의거한 공정한 재판의 보장요청에 근거를 두었었다. 빈자를 위한 필요한 변호도 사형사건에서 시작하여 기타의 중죄사건으로 발전되었고 나아가서 구금형의 실형이 따르는 경죄에도 옮겨갔다. 또 그 발전과정과 기준도 연방사건에서 시작하여 주 사건으로 점진적으로 발전되어 갔다. 예컨대 국선변호인 의뢰권도 1932년에 사형사건의 경우에 심리절차와 심리전 준비절차에서 지정변호인이 보장되었고 그 뒤에 '변호인의 부재가 절차를 근본적으로 불공정하게 할 특수사정'이 있는 경우에는 비 사형사건에도 그 권리가 확대되었다.¹²⁾

1963년에 와서는 예비신문도 중대한 단계(critical stage)라고 하여 제14조 아래에서 변호인이 지정되어야 한다고 했다.¹³⁾ 그 뒤에 Gideon사건,¹⁴⁾ Escobedo사건¹⁵⁾을 겪고 유명한 Miranda¹⁶⁾에 이르러 구속피의자에

10) *Evitts v. Lucy*, 469 U.S. 389.

11) 이상 제 문제 등에 관한 상세한 논술은 차용석, "형사변호권의 보장단계와 그 질(유효성)에 관한 연구", 현대의 형사법학(박정근 박사 화갑기념), 763면 이하 참조.

12) *Betts v. Brady*, 316 U.S. 455(1942).

13) *White v. Maryland*, 373 U.S. 59(1963).

14) *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335(1963).

게 피의자의 요청에 따라 신문 시에 국선변호인을 필수화하였다. 이에 앞서 Crooker사건¹⁷⁾에서의 반대의견은 경청할 만하다.

이러한 발전과정은 언젠가는 전개될 우리의 변호권과 형사재판의 발전을 위하여 입법 및 재판의 논리에서 원용될 근거, 배경, 합리적 사고의 길수를 제공하는데 기여하리라고 생각한다.

본고는 여기에 관한 그 많은 판례 등을 지면관계로 소개할 수 없고 앞으로 변호권 전개과정에 도움이 될 방향만을 제시하는데 그치겠다.¹⁸⁾

첫째, 변호인 의뢰권을 자유권적 기본권으로만 여겨 그것을 부유한 층의 특권으로 여기는 전통의 변화를 촉구한다.

둘째, 우리의 현실에서는 변호인 의뢰권이 극히 불충분하게 운영되고 있는데다가 ‘유효한 변호권’의 보장에 대해서는 그 논의마저도 없는 풍토이지만 앞으로 여기에 대한 논의도 활성화될 것이고 따라서 ‘변호과오’에 대해서도 법적인 구제와 동시에 의뢰인의 배상청구논의도 활발해질 것이다.

셋째, 나아가서 부적절한 또는 불충분한 변호인의 활동에 대해서는 ‘헌법위반’ 또는 ‘법령위반’을 이유로 상소심에서나 재심에서 구제할 수 있는 길을 여는데 관심을 갖게 될 것이다.

넷째, 인신보호영장(writ of habeas corpus)을 입법화하여 ‘부적절한 변호’로 인한 유죄 등에 대해서 그에 따른 구제방법도 시행되어야 할 것이다.

다섯째, 현재 피의자에게는 국선변호인 의뢰권이 규정돼 있지 않은 것을 위헌적 처사로 인정하여 헌법재판적 또는 입법적 구제를 하여야 할 것이다. 헌법 제12조 제4항의 “누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다”에 대해서 피의자도 체포·구속을 받는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 기본권으로 누리는 것으로 해석하여야 할 것이다. 따라서 이들에게 변호인의 조력을 받도록 하는 것을 국가적 의무로 풀이하고 이를 이행하지 않는 것은 위헌적인 소극적 국가

15) Escobedo v. Illinois, 378 U.S. 378(1964).

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

17) Crooker v. California, 357 U.S. 433(1958), 소수의견 “심리전단계에서의 변호인 의뢰권은 심리단계에서의 권리에 대한 의미와 보호를 부여하는데 필요한 경우가 있고 또 경찰의 강제권에 대한 제약으로서도 필요하다 … due process 조항에서 구현된 우리의 문명의 요청 아래에서는 변호인을 요구하는 피의자는 체포시점 후의 어느 때에서나 변호인을 가져야 한다.”

18) 상동, 803면. 1990. 9월에 간행된 위 논문에서 아래의 사항을 개정방향으로 제시하였다.

행위로 볼 수 있을 것이다. 동시에 동조 제4항의 형사피고인의 국선변호인 규정에 대해서는 여기의 '피고인'을 소송법적 개념으로 해석할 것이 아니라 헌법적·국법적 개념으로 해석하여 피의자를 포함하는 개념으로 본다. 따라서 피의자에 대한 국선변호인 의뢰권을 규정하지 않고 있는 현행 소송법은 제도적 결함을 지닌 것으로 보아 위헌적 처사이므로 헌법재판적 또는 입법적 구제를 기하여야 할 것이다.

다만 그들에게 어느 단계에서 변호인을 필수화하느냐에 대해서는 due process의 제 규정에 비추어 미국법상의 “중대한 국면” 또는 “소추자 측과의 당사자대립”등의 이론에 의거하여 판례상 유연하게 결정해 나갈 수 있을 것이라고 생각한다.

형소법 제361조의 5에 규정된 항소이유에 있어서 “판결에 영향을 미친” 위헌 등의 규정에서 “판결에 영향을 미친” 부분을 삭제토록 하는 방법을 추진시켜야 되리라고 생각한다. 그 ‘영향’ 유무의 판단은 직권주의적 소산이므로 당사자주의 및 due process와는 조화되지 않는다. ‘유효한 변호인 의뢰권’의 결여는 그 자체로서 위헌으로 판단되어야 할 일이지, 유죄에의 영향 등은 고려할 필요가 없을 것이다. 변호인은 피고인 등을 위하여 최선을 다하는 것을 의무로 하는 자이지, 결코 공평한 유·무죄의 판단에 공헌하는 것을 의무로 하는 자는 아니다. 또한 형소법 제420조의 재심사유에 헌법위반 등 due process위반을 이유로 재심청구를 할 수 있는 방법을 강구토록 하는 것이 부적격한 변호에 대해서도 재심의 길을 트게 하는 사고를 갖도록 하는데 기여할 것이다.

2) 개정 형사소송법에서는 피의자에게 국선변호인 의뢰권을 구속을 위한 신문 시부터 보장하는 것으로 규정하고 있다(제201조의2). due process를 위한 진일보된 신설 규정이라고 할 수 있다. 소위 영장발부를 위한 실질심사라고 일컬어지는 절차는 법관면전에서 당사자의 대립·투쟁상황이 벌어진다. adversary system이 작용하는 중대한 국면이다¹⁹⁾²⁰⁾. 현재에는

19) Escobedo v. Illinois, 378 U.S. 378(1964). “우리는 그 수사과정이 일반수사(investigatory)로부터 특정수사(accusatory)로 옮긴 때, 즉 그 초점이 피의자로 향하고 그 목적이 자백을 얻으려 한 때에는 우리의 당사자제도는 작용하기 시작하며 따라서 본건의 사정아래에서는 피의자는 그의 변호인과 상의하는 것이 허용되어야 한다”.

20) Spano v. New York, 360 U.S. 315(1959); Massiah v. United States, 377 U.S.

이 실질심사도 모든 구속에 인정된 의무적인 것도 아니고 변호인의 조력이 필수적인 것도 아니다.

개정소송법에서도 미국법에 비추어 미흡한 점은 체포되어 경찰·검찰에서의 신문시에²¹⁾ 국선 변호인을 대어줄 것을 요청하지 않는 것이라고 하겠다. 체포 후의 수사기관의 신문도 구속으로 이어지는 중대한 국면이라고 할 수 있는데 국선변호인의 조력을 필수화하지 않는 것은 규문적 수사관을 벗어나지 못하고 있다고 할 수 있다. 또한 의문점으로 남는 것은 구속을 위한 실질심사 시에는 국선변호인 의뢰권을 인정하지만 그 뒤에 이어질 수사과정에서의 신문 시에 국선변호인의 참여문제는 미해결상태로 남겨져 있는 것이 아닌지.

나. 위법수집증거의 배제법칙

1) 헌법·형법·형사소송법 등에 위반하여 얻어진 증거(improperly or illegally obtained evidence)는 증거로서 사용될 수 없다는 법칙을 가리킨다. 진술증거에 대해서는 그 채취절차에 위법이 있는 경우에는 증거로서 허용되지 않는다는 원칙은 헌법(제12조 제3항) 및 형사소송법(제309조, 제317조)에 명문화 되어있기 때문에 여기에서는 이것은 제외하고 위법수집 증거물만을 가리킨다.

19세기 말까지도 영·미 보통법의 전통에서는 진실주의의 신념아래에서 수집절차에 위법이 있어도 신용성 있는 증거라면 증거능력에는 아무런 영향을 미치지 않는다고 보았다. 그러다가 19세기말에서부터 미국 판례는 due process보장을 으뜸으로 중시하면서 이 배제법칙을 확립·발전시켜 오늘에 이르고 있다. 오늘날에는 소위 “exclusionary rule”이라고 하면 이것은 곧 이 법칙을 가리키고 있다는 것은 일반화된 어법이다.

미국판례에서는 그 법칙의 합리적 rationale는 다양하게 전개하기도 하지만 오늘날 공통하게 인정하고 있는 것은 연방헌법수정 제4조의 ‘불합리적인 압수·수색의 금지’와 주에게는 동 제14조의 due process를 배경으

201(1964). 전자는 기소제기된 뒤에, 후자는 심리전에 변호인 의뢰권을 인정하면서 “중대한 국면”이론을 제시하였음.

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

로 하여 “사법의 엄결성”(integrety of judicial process)의 보호와 ‘위법한 경찰 활동’(illegal police conduct)을 억지하는데 두고 있다. 근자에는 후자를 더 강조하고 있다.²²⁾

그 법칙은 헌법적 형사소송법의 발전 전성기 및 민권운동의 폭발시기라고 할 수 있었던 1960년대에 꽃을 피우다다가 7,80년대 이래로 그 법칙에 대한 비판론, 제한·수정론 및 대체론이 대두되고 있지만 여전히 그 배제법칙은 미국 형사법체계의 근간을 이루고 있다.

독일법에서는 전통적으로 진실발견에 봉사하기만 하면 증거의 증거능력의 제한이라는 관념이 없었다. 배령이 국가의 이익 등 7개의 근거를 내세워 이 경우는 진실발견이 제한된다는 증거금지론을 제창하였지만 이 증거금지는 실체적 진실주의와 모순되기 때문에 아주 예외적으로 인정되고 또 이것은 원칙적으로 피고인의 인권보장의 요청에서 유래된 것이 아니기 때문에 미국법의 배제법칙과는 다르다.

일본판례는 처음에는 “정차의 위법이 있다 해도 물(물건)자체의 성질·형상에는 변경을 초래할 리가 없으므로 그 형상 등에 관하여 증거로 되는 가치에는 변함이 없으므로 법원의 자유심증에 의하여 이것을 최종으로 하느냐 어떠냐는 그의 전권에 속한다”²³⁾고 했다. 최근에 와서는 “증거물의 압수 등의 절차에 헌법 및 형소법 등에 명시한 영장주의의 정신을 몰각하는 것 같은 중대한 위법이 있고 이것을 증거로 허용하는 것이 장래에 있어서의 위법한 수사의 억제라는 관점에서 상당하지 않다고 인정되는 경우에는 그 증거증력은 부정된다고 이해하여야 한다”²⁴⁾고 하였다. 위법수집증거를 법의 적정절차의 관점에서 그 배제를 제한적으로 인정하였다고 하겠다. 중대한 위법의 정도가 불명확하고 또한 사법의 엄결성의 배려가 분명치 않다.

2) 우리의 전통적 판례는 배제법칙을 부인하고 있다. 즉 압수물은 압수절차가 위법이라 하더라도 물건 그 자체의 성질·형상에 변경을 가져오

22) Charles H. Whitebread and Christopher Slobogin, Criminal Procedure, p.66.

23) 日最判 昭和 24.12.13, 형사소송판례 백선, 145면.

24) 상동, 昭和 53.9.7, 刑集 32卷 6号, 1672면; 동지, 東京高判 昭和 41.5.10, 형사소송법 판례백선, 144면.

는 것은 아니므로 그 형상 등에 관한 증거가치에는 변함이 없다 할 것이므로 그 압수물에 관하여 공판정에서 적법한 증거조사를 하여 이를 증거로 채용한 원심의 조치에 위법이 있다 할 수 없다²⁵⁾고 하였다. 이것은 범인필벌을 의미하는 실체적 진실주의의 바탕을 이루는 객관적 절대주의 철학을 신념으로 하는 태도의 표현으로서 법의 적정절차 보장이라는 헌법적 형사소송법의 이념구현과는 배치되는 태도라고 하겠다. 학설은 비록 헌법적 형사소송론을 지지하지 않고 실체진실주의를 강조하는 입장에서도 논리적으로는 일관되지 않지만 배제법칙에 찬성하는 경향을 띠운다. 논리적으로는 헌법적 형사소송론에 입각하여 due process의 구현으로서의 배제법칙을 지지하는 것이 극히 당연한 태도이다.

미국 판례에서는 배제법칙의 법적지위에 관하여 헌법수정 제4조 및 동 제14조에 근거한 헌법상의 법칙으로 볼 것이냐, 아니면 사법상 형성된 법칙으로 볼 것이냐에 대한 논의가 있다. 물론 다수 판례는 전자에 입각하고 있다. 연방사건에 대해서는 제4조, 주의 사건에 대해서는 동조가 제14조에 흡수되어 그 근거를 이루고 정책적으로는 경찰의 위법행동을 억제하고 사법의 무하자성·염결성(integrety)을 보호하려는데 있다. 우리의 헌법적 형사소송론의 관점에서도 헌법원리가 소송법의 최고이념으로서의 due process로 구현되었고 이것이 소송법해석에 가장 직접적으로 반영된 것이 위법수집 배제법칙이라고 이해하여야 할 것이다.

개정 형사소송법 제308조 2는 ‘위법수집증거의 배제’라는 제목아래 “적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다”는 규정을 두었다. due process의 내용이라든가 그것의 구체적 구현으로서의 제원리는 본래 시대의 발전·문명의 발전 정도에 따라 유연하게 판례법상 형성되어 나가는 것이 자연적이다. 이것이 이 법칙의 발생·전개의 모국이라고 할 수 있는 미국법상 배제법칙의 전개·발전의 과정이었다. 우리는 판례법의 전통이 아니라 성문법지배의 체계를 갖고 있는 것은 사실이지만 오늘날에는 양 영역의 법 발전사는 특히 형사법에 관한 한 별 차이가 없다. 미국의 배제법칙의 전개과정에서 볼 때 우리의 신설 규정은 너무나도 대담한 규정이라고 아니할 수 없다. 필자는 그러한 규정의 신설에

25) 대법 1968. 9. 17 선고, 68도912 판결; 1987. 6. 23 선고 87도705 판결; 1994. 2. 8 선고 93도3318 판결.

반대할 이유는 없지마는 해석상 많은 문제를 야기할 것이라는 예측은 명확하다. 우선 제일 먼저 일어날 문제는 '적법한 절차'란 무엇이며 또 어느 정도의 위법이, 그리고 어떤 위법이 증거의 증거능력을 상실케 하느냐 일 것이다. 우리의 실무에서는 성문법규정을 금과옥조로 삼는데 익숙해 있으므로 그 법칙의 발달과정이라든가, 헌법이념·적정절차에 대한 깊은 이해, 영미법 적용에 관한 해박한 토론의 기술, 당사자 투쟁주의에 대한 훈련부족, 법정 공방의 미숙 등이 그 법규정의 해석·적용에 적지 않은 혼선을 야기할 것이다. 원숙한 변호인과 법관의 지식·경륜에서 형성되는 유연한 법 창조의 지혜가 필요할 것이다.

3) 미국법에서의 배제법칙의 발전 과정을 개설해보도록 하자. 1886년의 한 연방 사건²⁶⁾(제출명령을 받은 피고인의 수입물품송달장을 영장 없이 압수한 사건)에서 대법원을 헌법수정 제4조와 제5조를 근거로 하여 증거로 배척하였다. 시기적으로 보아 너무나 진보적인 판결이었는지 20세기에 들어올 때까지는 선례의 역할을 하지 못하였다. 그 배제법칙은 1914년이 돼서야 “위법하게 압수한 물건을 피고인에게 불리한 증거로 이용한다면 수정 제4조의 보장(불합리한 압수·수색의 금지)은 무의미하게 되므로 이 사건에서 압수물을 환부하지 않고 채증한 것은 위법이다”²⁷⁾고 확인하였다. 이 사례는 우편물을 사용한 점에서 연방법위반으로서 주에 관한 적정절차 조항(제14조)과는 직접적인 관계는 없었지만 due process의 내용으로 인정하여 주의 사건에도 배제법칙이 적용되어야 한다는 논의가 제기되었었다. 여기에서 연방사건에서는 배제법칙이 확립되었다.

주의 사건에 대해서는 Wolf판결,²⁸⁾ Cahan판결,²⁹⁾ Rochin판결³⁰⁾ 등을 경유하여 Mapp 판결³¹⁾에 와서 배제법칙이 정착되었다. 영장없이 수색이 행하여진 것에 대하여 대법원은 “배제법칙은 헌법에서 유래하는 원칙으로서 수정 제4조의 본질적 부분을 구성하므로 동조가 수정 제14조의 내용을

26) Boyd v. United States, 116 U.S. 616.

27) Weeks v. United States, 232 U.S. 383.

28) Wolf v. Colorado, 338 U.S. 25(1949).

29) People v. Cahan, 44 Calif. 2d. 434(1955).

30) Richin v. California, 342 U.S.165(1952).

31) Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643(1961).

이루는 이상 배제법칙은 주에도 적용 된다”고 판시하였다.

4) 배제법칙의 확장은 1960년대의 미국의 사법상황이 활발한 시민권운동과 보조를 같이 하면서 형사법 혁명기를 맞이한 듯한 인권신장의 절정기에 달했던 그 당시 형사법의 발전조류의 영향 때문이기도 하다. 워렌 대법원(Warren Court)의 시대가 지나고 1970년대의 버거 대법원(Burger Court)의 시대를 맞으면서 연방대법원은 보수화 되기 시작하였고 따라서 배제법칙에 대한 비판론의 세력도 강화되었다. 판례는 제한적 배제법칙을 취하는 다음과 같은 경향을 띠었다.

A) 증거수집절차의 위법성의 정도를 기준으로 하여 그 법칙의 적용을 제한하는 사례들,³²⁾ B) 범죄의 중대성에 따른 적용제한, C) 위법억지효 유무에 따른 제한: 배제법칙을 원칙으로 하되 경찰관이 선의로 수집한 경우를 예외로 본 사례들(Good Faith Exception). 적어도 이론적으로는 배제법칙의 위법억지효를 기대할 수 없는 영역에서는 그 법칙을 적용하지 않으려는 태도이다. 공판절차에 사용될 증거라도 그 수사과정에서 위법억지의 동인(動因)을 줄 수 없는 경우에는 배제법칙의 적용을 부인한다. 그 법칙의 위법억지목적은 당연히 고의로, 때로는 적어도 불법의사로 위법활동을 하였다는 것을 전제로 한다. 그 행위가 완전한 선의에 의하여 행하여진 때에는 배제법리는 거의 그 힘을 상실하게 될 것이다. 그 위법을 모르고 한 경우에는 장래 똑 같은 경우가 일어나도 그것을 되풀이 할 것이기 때문이다. 배제목적이 경찰의 위법활동을 억지하는데 있다면 당해 수색·수집이 수정 제4조에 비추어 위헌임을 수사기관이 인식하고 있었거나 또는 당연히 인식할 수 있었다고 할 만한 경우에 한하여 그 법리를 인정하여야 할 것이다. 국경지역에서 경비대원이 행한 무영장 자동차수색에 대하여 그러한 행위는 다년간 행정당국에 의하여 연방법상 허용되는 것으로 취급되어 왔기 때문에 선의의 수색으로 보아 그로 인하여 얻은 증거의 배제는 부인된다고 판시하였다.³³⁾ 이 선의의 예외는 a) 영장의 진실 또는 적법함을 믿

32) C. A. Wright, Must the Criminal Go Free if the Costable Blunder?, 50 Tex L. Rev. 736, 744(1971); Brewer v. Williams, 430 U.S. 387, 422(1977), ‘egregious violation’의 경우에만 배제하여야 한다는 Berger의 반대의견이 주목된다.

33) U. S. v. Peltier, 422 U.S. 531(1975).

은 경우,³⁴⁾ b) 성문법을 신뢰하고 한 행위,³⁵⁾ c) 컴퓨터 기록이나 보고서를 신뢰한 경우,³⁶⁾ d) 경찰관의 직접적인 관찰을 신뢰한 경우³⁷⁾ 등을 예로 들 수 있다. 물론 그 모든 선의의 행위는 믿을만한 합리적 근거가 있어야 한다. D) 형사심리절차 이외의 절차에서는 배제법칙의 적용이 없다. 예컨대 대배심절차, 탄핵증거로 사용하는 경우, 인신보호영장 심리절차, 보석취소 절차, 이들 경우에는 위법억지효도 약하거니와 법원은 배제법칙에서 오는 costs(법칙적용으로 인한 회생되는 손실)와 benefits(due process 보장의 이익)를 교량하여 판단하는 경향이 있다.

5) 위법수집 증거의 배제범위는 그 근거로 되는 due process의 내용 및 인권옹호의 요청과 다른 한편 절차의 위법의 성질·정도·사용의 필요성·증거배제에서 오는 사법상의 불이익 등을 구체적으로 비교형량하여 결정하여야 할 것이다. 형사절차상으로는 제308조의 “증거능력이 있고 적법한 증거조사에 의한 증거”로 인정되느냐에 판단과 관계한다. 대충 열거하면 다음과 같은 경우일 것이다. a) 헌법 및 형소법상의 영장주의에 위반하는 압수·수색에 의하여 수집된 증거, b) 헌법상의 개별규정에 위반의 경우 및 문명국가기준의 due process의 요청에 반하여 수집된 넓은 의미에서의 위헌적인 증거, c) 형법상의 처벌대상이 되는 증거수집방법에 의한 증거, d) 불법감청에 의하여 얻은 증거, e) 별건구속증에 수집된 증거, f) 변호인 의뢰권을 침해한 중에 얻은 증거, g) 검증에 필요한 영장없이, 게다가 상대방의 동의 없이 알콜농도 측정을 위한 체혈 및 그 검사결과 보고서 등, h) 미국법에서는 배제법칙의 중요한 제한으로서 ‘증거인정에 반대할 적격자’의 문제가 있다(standing to object to the admission of evidence). 경찰 등의 위법행위로 인하여 권리를 침해받은 자만이 이의를 제기할 적격성이 인정되는 것이 원칙이다. 근자에는 다소 완화되는 경향이 있지만 우리의 경우에 그 적용여부가 문제될 수 있을 것이다.

34) United States v. Leon, 468 U.S. 897(1984): Massachusetts v. Sheppard, 468 U.S. 981(1984).

35) Michigan v. DeFillippo, 443 U.S. 31(1979).

36) Arizona v. Evans, 514 U.S. 1(1995).

37) Illinois v. Gates, 462 U.S. 213(1983).

6) 독수의 과실이론(doctrine of the fruit of the poisonous tree)은 위법하게 수집된 증거로부터 발견된 제2차 증거를 증거로 허용하여서는 아니 된다는 원리이다. 이것은 미국판례³⁸⁾에서 확립되었다. 위법하게 수색·압수한 서류에서 지득한 지식에 의하여 얻은 증거, 위법하게 도청된 회화로부터 알게 되어 수집한 증거, 불법하게 체포된 피의자의 자백에서 얻어진 증거 등이 전형적인 과실이다. 이것을 배제하지 않는다면 제1차적인 위법수집증거의 배제법칙은 실효성이 담보될 수 없기 때문에 배제되어야 한다는 것이다.

이 원칙에 대해서는 많은 예외가 발전되어있다. 소위 ‘독립한 근원’(the independent source doctrine)에 의하여 수집된 것이라든가, 오염성이 희박하게 되었으니까 예외가 인정된다는가(the attenuation exception), 그 위법이 아니더라도 필연적으로 발견되었을 것이라는 추측에 따른 예외(the inevitable discovery exception)라든가, 독립행위가 개재되었으므로 예외를 인정한다는 등의 판례가 싸여 있지만 본고에서는 상론을 피하겠다.

7) 배제법칙의 폐지론도 제기되고 있다. 주된 이유는 그 법칙을 적용해 보아도 경찰의 위법활동이 억지된다는 실증적 증거도 없다는 것, 그리고 그 적용이 진범인을 방면하게 되는 경우가 많다는데 있다. 따라서 오늘날에는 경찰의 위법에 대해서는 다른 대체방법을 활용함이 훨씬 효과적이라는 주장이다. 되풀이되는 위법에 대해서는 차지명령을 구한다든가(injunctive relief), 위법행위자에 대한 형사제재나 행정제재를 가한다든가, 국가상대 및 행위자 상대의 손해배상청구라든가, 기타 민사적 구제도 가능하다는 것이다. 그러나 그에 대한 비판론이나 유효한 대체수단론이 제기되고 있음에도 불구하고 배제법칙은 헌법상의 due process의 근간을 이루는 것으로 여전히 활성화되고 있다.

이상의 배제법칙은 미국판례상 헌법적 due process론에서 탄생하여 꾸준히 발전되어 왔고 또 이것이 당사자주의 및 배심제도와 아울러 미국 형사사법의 근간을 이루고 있다. 그렇다고 해서 그 법칙은 비단 그 풍토에서만 발달·적용되어야 하는 것은 아니며 문명국가의 인권보장적 형사사법의

38) 최초로 그 용어를 만들어 배제를 논한 판례는 Silverthorne Lumber Company v. United States, 251 U.S. 385(1920).

이상적 특징으로 보아야 할 것이다. 따라서 그 원리 적용의 발전의 과정이라든가 법적사고의 길수는 우리의 판례발전을 위한 연구대상으로써 그 성과는 개정 형소법 제308조 해석·적용에 크게 도움이 되리라고 생각한다.

다. 위법자백배제법칙³⁹⁾(Confession Rule)

1) 영국의 보통법 아래에서는 자백을 유도한 사정이 그 자백의 가치(진실성, 신뢰성)에 영향을 미치는 경우에만 그 자백의 허용성 여부가 문제되었다.⁴⁰⁾ 그러다가 1936년의 Brown사건⁴¹⁾에서 시작되는 일련의 사건에서 대법원은 급진적으로 법을 변경하였다. 자백의 허용성에 관하여 “자백을 유도하는 신문도 주로 유죄를 구하는 절차의 일부로 되고 따라서 헌법수정 제14조의 ‘법의 적정절차’에 따라야한다는 제약”을 받게 되었다. 그러한 통제의 필요성과 정당성은 인정되지만 신문시의 적정절차가 무엇인가를 결정하는데 곤란을 겪었다. Columbo⁴²⁾에서 Douglas판사는 급진적으로 McNabb판결에서와 같은 규칙이 주에도 적용되어야 할 것을 주장하였으며 변호인의 조력을 거부한 뒤의 자백은 허용되지 않아야 한다고 했다.

Frankfurter판사는 due process의 임의성판단의 기준으로 “그 자백이 본질적으로 자백자의 자유롭고 제약받지 않는 선택의 산물인가? 그것이 자백할 의욕 아래에서 행하여졌다면 그에게 불이익하게 사용될 수 있고, 만약 그렇지 않고 그의 의사가 제약되어 자백능력이 심하게 침해되었다면 그 자백의 사용은 due process를 침범한 것으로 본다. 구별기준은 자기지 배력이 상실되어 어떠한 성질의 것이든 강제가 그 자백을 추진했거나 추진하는데 도움이 되었느냐 어떠한가에 의한다.”⁴³⁾

39) 미국법상의 자백법칙에 관한 상세한 설명은 차용석, 형사소송법, 692면 이하; 동, “미국법상 피의자신문과 인권신장의 과정-최근의 Dickerson 판결을 보고”, 법조, 통권 제531호, 97면 이하; 동, “미국형사소송에 있어서의 헌법판례의 변천”, 미국헌법과 한국헌법, 128면 이하 참조.

40) “Developments in the Law-Confession”, Harvard Law Review, vol. 79, p. 953; 3 Wigmore, Evidence, 818, pp.235-236, flatery of hope, improper inducement 같은 것이 인정될 때에는 신뢰성이 없다고 보았다.

41) Brown v. Mississippi, 297 U.S. 278.

42) Watts v. Indiana, 338 U.S. 49, 56-57(1949).

43) Yalr Kamisar. Modern Criminal Procedure, p. 112.

그 동안 미대법원에 의하면 due process에 기한 임의성기준은 세 개의 가능한 목표를 갖고 있다는 것을 제시하였다. 첫째는 유죄를 신뢰할 수 있는 증거에 기초를 두도록 한다는 것, 둘째는 부당한 경찰활동을 저지하는 것, 셋째는 피고인의 자백이 자유롭고 합리적인 선택의 산물이 되도록 한다는 것이다.

허위배제적 관점과 진술의 자유라는 인권보장적 관점을 병존시키다가 차츰 후자로 옮겨왔다. 그 동안 임의성의 원칙을 보통법에서는 진실성의 보장과 관련시켜 이해하여 온 데 대하여 적정절차의 관점에서는 자백법칙을 피의자의 진술의 자율성과 관련시켜 이해하게 되었다.⁴⁴⁾ 여기에서 due process는 인권옹호적 관점과 결부되어 자백법칙을 진술거부권 보장의 증거법적 측면으로 파악하게 되었다. 즉 진술거부권을 침해하여 부당하게 자백을 유인하였느냐 어떠한의 판단으로 되고 이것은 곧 진술자의 자유의사의 침해를 통해서 그 자백이 유래되었느냐 어떠한을 문제삼게 된다.⁴⁵⁾

수사절차에서의 경찰신문이 자백자의 심리상태에 적용하여 그 임의성을 방해했느냐 어떠한의 판단을 요하므로 임의성 판단은 자백자의 개인적 사정을 중시하는 주관적 태도에 의존하게 된다. 여기에서는 당해 자백은 ‘자유롭고 합리적인 선택’의 소산이나 어떠한의 개별적이고 구체적인 판단과 사정의 전체성(totality of circumstances)⁴⁶⁾을 고려한 종합적인 판단을 통하여 그 임의성이 확인된다. 법원은 신문사정 뿐만 아니라 피심문자의 반응도 고려한다.

이러한 주관적 입장과 대조되는 것으로서 ‘사정의 전체성’이 본질적으로 강제적인 것(inherently coercive)이었다고 판단된 사례들이 있다. 그러한 자백은 상황만을 기초로 하여 증거능력이 배제된다. 예컨대 단 하나의 유죄의 유형적 단서도 없는데도 30시간을 외부와 차단된 채로 수면과 휴식도 없이 수사관이 교대로 신문한 데서 오는 자백은 본질적으로 강제적인 것으로서 배제된다.⁴⁷⁾

44) Blackburn v. Alabama, 361 U.S. 219(1960); Rogers v. Richmond, 365 U.S. 536(1961); Columbo v. Connecticut, 367 U.S. 568(1961).

45) Haynes v. Washington, 373 U.S. 293(1963); Model Code of Evidence, Rule 505.

46) McCormick, Evidence, p. 317.

47) Ashcraft v. Tell., 322 U.S. 143(1944); Haynes v. Washington, 373 U.S. 503(1963); Brooks v. Florida, 389 U.S. 413(1967).

피의자의 묵비권은 “사실상 진술을 강요되지 않을 권리”로 보고 그의 포기 유무를 막론하고 사실상 강요되지 않도록 하는 보장적 요건을 침해한 경우에는 자백법칙이 적용된다고 보아야 할 것이다. 변호인의 조력을 거부한 사례 같은 것은 그러한 보장적 요건을 대표적으로 결여한 경우로 인정된다. 이번에는 그러한 보장적 요건을 기준으로 하여 이것을 형식적으로 파악하게 될 때 위법배제설로 옮겨간다고 하겠다.

위법배제설의 관점은 신문에 대한 피의자의 주관적인 반응이라든가 자백의 동기는 불문한다. 자유롭고 합리적인 선택에 의하지 않고 자백을 유도하는 사정의 존재를 기준으로 자백을 배제하게 되므로 그 기준은 일반적·객관적인 것이고 진술의 자유를 억제할 우려성이 있는 활동자체를 통제한다는 전망적인 관점에 서 있다. 따라서 전망적 자백설이라고도 하겠다. 여기에 대하여 주관적 입장은 자백이 과거의 일정한 위법의 영향을 받아 합리적이고 자유로운 선택을 하지 못했다는 이유로 자백을 배제하게 되므로 주관적·구체적·개별적인 판단을 요하는 회고적 자백배제설이라고도 할 수 있다.

2) 소위 'McNabb-Mallory Rule'은 기소인부절차까지의 불법한 구금동안의 자백을 배제한 법칙이다. 연방형사소송규칙 제5조(a)는 체포관리에게 피체포자를 불필요한 지체없이(without unnecessary delay)가장 가까운 곳에 있는 치안판사에게 데리고 가는 것을 요구하고 있다. 그 위반에 대해서 규칙상 제재규정은 없지만 연방사건에서는 불필요한 지연 동안 얻어진 자백을 허용하지 않는다고 판시하였다.⁴⁸⁾ 연방대법원은 그 지연은 연방법을 위반하였다고 하면서 피체포자는 ‘즉시’로 법관에게 대동되어야 한다는 몇 개의 제정법을 인용하였다. 이러한 제정법은 고문 및 비밀신문에서 오는 다른 해악을 예방한다는 입법취지를 구현했으며 또 그 법을 위반하여 얻어진 자백을 인정한다는 것은 입법정책을 좌절시키고 또 법집행의 문명된 기준에 반하는 불법한 관행에 법원을 연관시키는 것이라는 의견을 피력하였다. 따라서 헌법문제를 이끌어 내지 않고 하급심에 대한 감독권한에 의존하여 그 자백은 재제했어야 한다고 결론내렸다. 그 판결에서는 젊은 피의자에게 ‘강박 되고 악화된 상황’에서 강력한 신문이 행하여진 것도 고려

48) McNab v, United States, 318 U.S. 332(1943).

되었다. 그러다가 그 판결이 나온지 14년 만에 기소인부절차에서 불필요한 지연 동안 얻어진 자백은 증거로 될 수 없다는 판결⁴⁹⁾이 내려졌다.

이것을 McNab-Mallory Rule이라고 부른다. 이 판결들은 외부와의 단절된 상태에서의 신문은 경찰이 권한남용을 조성하고 부당한 압력을 피의자에게 가한다는 것을 강조한다. 따라서 신문을 허용하기 위한 지연은 그 자체가 위협적인 요소로 된다는 것이다. 1957년의 Mallory판결 이후의 수년이 지나서 연방대법원은 주 사건에 관하여 ‘변호권’과 ‘자기부죄거부의 특권’에 호소함으로써 McNab-Mallory 원칙을 더욱 전진시켰다.

여기서는 ‘자유롭고 합리적인 선택’이라는 임의성의 존부 판단은 무시되고 위법행위가 행하여졌기 때문에 자백이 배제된다. 이것은 추상적이고 형식적인 판단으로 된다. 위법배제설은 진술거부권의 보장에 한정하지 않고 절차상의 권리의 보장수단으로서 자백배제법칙을 보게 된다. 즉 적정 절차의 일반적 실현수단으로서 자백배제법칙을 파악한다.

Escobedo 판결⁵⁰⁾에 이르러 오직 임의성에만 의존하는 태도에서 떠나 경찰신문단계에서 변호권을 침해하여 채취된 자백은 배제되었다. 2년 뒤에 연방대법원은 자기부죄거부특권을 근거로 하여 구속된 피의자의 신문의 전제조건으로서 일련의 경고가 필요하다고 선언하였다.⁵¹⁾이것이 그 유명한 미란다 경고이다.

미란다 경고(Miranda Warning)는 a) 피의자에게 진술 거부권이 있다는 것, b) 피의자가 진술하는 것은 그에게 불리한 증거로 사용할 수 있다는 것, c) 피의자는 변호인의 조력을 받을 수 있다는 것, d) 변호인을 의뢰할 여유가 없으면 국가가 변호인을 붙여준다는 것 등을 피의자신문전에 피의자에게 고지하여야 한다는 것이다. 나아가서 피의자가 알면서(knowingly), 이지적으로(intelligently), 그리고 임의적으로(voluntarily) 이러한 권리를 포기할 수도 있지만 뒤에 어느 때라도 그 권리를 다시 주장할 수 있다고 하는 내용이다. 모두 진술거부권을 철저히 보장하는 데에 중점을 두었다. 구속된 피의자에게 변호인의 조력을 받을 권리를 필수화한 것도 진술거부권을 보장하기 위해서였다. 위법배제설에서는 진술 자체에

49) Mallory. United States, 354 U.S. 449(1957).

50) Escobedo v. Illinois, 378 U.S. 478(1964).

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

내재하는 성질에서부터 그 배제요구가 오는 것이 아니고 자백 채취자 측의 태도라는 외재적 원인에서 배제가 요청된다. 위법배제설에서 임의성을 문제로 하는 경우에도 임의성을 보장하기 위한 예방법칙으로서 자백배제법칙을 파악한다. 따라서 그 예방조치를 유형적·구체적으로 정립하여 이 조치를 위반하면 임의성 판단의 필요 없이 자백배제법칙이 적용된다. 즉 임의성에 의심을 갖게 하는 위법한 사정을 유형화하여 이것이 있는 경우에는 임의성 판단을 개별적으로 할 필요없이 그 자백을 배제하는 것이다.

미란다 판결 이후에는 신문 전 또는 신문 중 피의자가 묵비하겠다고 변호인을 필요로 한다고 요구하면 신문이 중지된다. 우리의 관행처럼 진술거부권이 있다고 고지한 다음에도 계속 신문하는 것은 금지된다.

3) 미란다 판결 이후에도 다시 자백을 유도한 사정을 종합적으로 판단하여 임의성의 존부를 실질적으로 판단하려는 움직임이 보인다.⁵²⁾ 미란다 판결 2년 뒤에 1968년 6월 9일에 연방의회는 연방범죄종합통제법(Omnibus Crime Control and Sfty Street Act of 1968. Title 18, U.S.C. § 3501 (a) (b)에서 미란다 법칙(McNab-Mallory Rule)과 모순되는 자백의 허용성 기준을 두었다. 여기에서는 미란다 법칙을 준수하지 않는 것이 자백의 임의성을 결정적으로 좌우하는 것이 아니라고 하면서 동 판결전의 관련된 전체사정('totality of circumstances')에 비추어 본 '임의성' 판결의 원칙을 채용하고 있다. 즉 그 제정법에 열거한 관련 사정들을 전체적으로 고려하여 '임의성'의 존부를 판단하여 자백의 허용성 여부를 결정한다는 것이다. 다시 미란다 이전의 임의성 테스트로 되돌아갔다.⁵³⁾ 미란다 판결 이후의 판결들도 미란다 취지를 외연·내연에 걸쳐 약화시키는 경향을 띠는 것들⁵⁴⁾도 있지만 미란다 판결은 여전히 미국의 법이라는 사

52) Yale Kamisar, op. cit., pp.442-458.

53) 필자는 여기에 관하여 오래 전에 다음과 같이 평한 적이 있다. "이 법률이 연방헌법(수정 제5조)에 위반되느냐 어떠한가에 관한 판단은 아직 없지만 Miranda를 전면적으로 부정하는 것으로 인정되면 위헌으로 판단될 위험이 클 것이다. 왜냐하면 헌법상의 권리는 입법에 의하여 배제될 수 없기 때문이다." (필자의 '형사소송법' - 1998년판, 696면 이하).

54) John Gruhle, States Supreme Courts and the U.S. Supreme Court's Post Miranda Ruling, The Journal of Criminal Law and Criminology, p. 886; Harris v. New York, 401 U.S. 222(1971); Michigan v. Tucker, 417 U.S. 433(1966); Johndon v. New

실에는 변함이 없고 거기에서 파생된 세부적 결정은 위축되기는 했어도 그 기본골격은 여전히 유지되고 있다.

미란다 법칙은 30여년 간의 경험을 통하여 그 내연과 외연을 상당히 침식당하면서 명맥을 유지해오던 차 그에 활기를 불어 넣어준 중요한 연방 대법원 판결이 나왔다. 이것이 2000년 6월 26에 나온 Dickerson판결이다.⁵⁵⁾ 미란다 이후에 연방법으로 제정된 위에 언급한 법률(18 U.S.C. § 3501)은 자백의 증거능력에 관하여 미란다 경고 없이도 관련 사정을 종합적으로 고려하여 임의성만 인정되면 증거로 할 수 있다는 원칙을 선언하였다. 그러나 이것은 해석상 연방법이기 때문에 연방헌법판례인 미란다 법칙을 번복할 수는 없으므로 그 뒤에 연방이나 각 주의 판례는 약화되긴 했어도 미란다 법칙을 유지해 오긴 했다. 우리 학계의 일부론자는 이 연방법이 나온 후에는 미란다 법칙은 이제 무효화되어 더 이상 미국법이 아니라고 하기도 했지만 이것은 연방헌법판례는 연방입법보다 우선한다는 연방체제를 잘 못 이해한데서 유래된 견해이다.

Dickerson은 은행강도, 그 예모 및 무기사용으로 기소되었다. FBI가 신문 전에 미란다 경고를 하지 않았다. 이것을 이유로 하여 피고인의 진술에 대한 배제 청구를 한 것을 연방 지방법원은 받아들였다(미란다 법칙을 따라). 이에 대한 항소심은 위에서 언급한 연방법에 따라 제1심 배제 결정을 번복하였다. 연방 대법원은 항소심 결정을 파기하고 미란다 판결을 연방헌법판례라고 선언하고 미란다 법칙을 적용하여야 한다고 판시하였다. 이런 과정을 겪어온 미란다 경고는 지금도 연방헌법원칙으로 자리를 굳히고 있다.

4) 미란다법칙은 헌법에 기초한 판결인가(헌법판결인가) 또는 묵비권의 강화를 위하여 법원이 그 당시에 채택한 구제책(remedy)인가의 논쟁은 지금도 있긴 하지만 전자라는 견해가 우세하고 Dickerson판결의 다수

Jersey, 384 U.S. 714(1975); Oregon v. Haas, 420 U.S. 714(1975); Rhode Island v. Innis, 446 U.S. 291(1980); New York v. Quarles, 467 U.S. 649(1984); Oregon v. Elstad, 470 U.S. 298(1985). 그 외에 여기에 관한 코멘트는 필자의 앞의 논문(법조 게재) 참조.

55) Dikerson v. United States, 530 U.S. 428(2000). 이 판결에 관한 상세한 논평은 위 ‘법조’에 게재한 필자의 논문 참조 (97면과 116면 이하).

의견도 여기에 입각하고 있다.

경찰이 미란다 경고를 하지 않고 신문한 것이 헌법상의 자기부죄거부 특권을 직접적으로 침해했느냐 또는 그 권리를 보호하기 위하여 발전한 예방적 규칙(prophylactic rule)만을 침해했느냐를 문제삼아 후자라고 한 판결이 있었다.⁵⁶⁾ 미란다 경고를 충분히 보장하지 않는 경찰신문은 헌법상의 그 권리(수정 제5조의 묵비권)를 사실상 침해하지 못하도록 하기 위하여 미란다를 통하여 대법원이 마련한 절차적 보장을 침해한 것뿐이라고 했다. 헌법자체의 침해가 아니고 '예방적' 규칙을 침해한 것으로 보았다. 미란다를 그렇게 해석하는 것은 그 판결의 핵심전제를 정면으로 배척하는 것으로서 미란다 판결의 문언과도 조화되지 않는다는 비판을 받고 있다⁵⁷⁾. 미란다 법정도 그 판지에서 나열한 특정한 절차적 보장책은 헌법에서는 요청하지 않지만 그 경고나 그 유사한 것이 결여된 상태에서의 어떤 구금 중 신문은 본질적으로 강요에 의한 것이라고 하였다. 우리가 미란다에 동의하던, 하지 않던 간에 미란다 판결은 헌법에 근거한 판결이라고 함이 정당할 것이다.

만약 미란다가 헌법판례가 아니라면 그리고 그 때문에 연방 대법원이 각주의 형사재판체계에 일반적 감독권한이 없게 된다면 연방대법원은 각 주정부로 하여금 예방적 비헌법적 규칙을 침해할 뿐인 증거를 배제하도록 강요할 권한이 없게 될 것이다. 나아가서 이것과 관련하여 만약 미란다가 헌법판결이 아니라면 연방의회는 입법을 통하여 연방소추사건에서 미란다를 번복할 권한도 가질 수 있게 될 것이다.

Dickerson에서는 “미란다 판결에서 우리는 구금 중에 이루어진 피의자의 진술이 증거로 인정될 수 있기 이전에 어떤 경고들이 주어져야한다고 판시하였다. 그 판결 뒤에 곧 연방의회는 그러한 진술의 증거능력은 그것이 임의적으로 행하여졌느냐 아니냐에만 관심을 돌려야 하는 규칙을 내린 18 U. S. C. 3501을 제정하였다. 우리는 미란다 판결은 헌법판결이기 때문에 연방의회법률에 의하여 번복될 수 없다고 판시하고 따라서 미란다를 우리 자신이 번복하길 거부한다. 그러므로 이 법원에서 내린 미란다 판결과 그 귀결은 연방 정부에서나 주정부에서 구금 중에 행한 진술의 증거능

56) 앞 주(54)의 Tucker 판결.

57) Joshua Dressler, Understanding Criminal Procedure, p 405.

력을 지배한다고 판시 한다”고 하였다. 이에 반하여 소수의견은 미란다 판결에 부응하지 않는 것이 헌법침해는 아니라는 태도를 보였다.

필자는 미국연방헌법이나 헌법에 근거한 판결이 시대적 상황에 따라 해석의 폭을 달리하고 있긴 하지만 헌법상의 권리 그 자체를 직접 침해하는 경우가 아니라 해도 그 권리보장을 위한 핵심적 보장책은 비록 그것들이 예방조치의 성질을 갖는다 하더라도 헌법상의 권리에 포함되는 것으로 해석함이 타당하리라고 생각한다. 미란다 경고는 수정 제5조의 자기부죄 거부특권의 본질과 직결되는 핵심적 보장책이라고 할 수 있다. 다만 핵심적 보장책이 아닌 주변적·원격적 보장책의 위반의 경우는 헌법상 권리의 침해로 보지 않을 수 있겠다.

필자는 마치 우리의 경우에도 묵비권을 고지 받을 피의자의 권리는 단지 소송법상의 권리(200조 2항)가 아니라 헌법 제12조 제2항의 권리로 해석하는 것이 타당한 것과 같다고 하겠다. 미국법상으로도 피의자의 헌법상의 권리를 확대·강조하여야 한다는 관점에서 미란다 경고는 수정 제5조에 포함되고 나아가서 주 정부에서는 수정 제14조의 due process에 이것이 흡수되는 것으로 보아 미란다 경고를 받는 것을 헌법상의 권리로 봄이 타당하리라고 생각한다.

5) 형사법 혁명시기였다고 하는 1960년대에 탄생한 가장 위대한 형사사법절차상의 산물이 미란다 법칙이다. 인권주장이 최고조에 달하였고 자유와 실질적 평등의 요청 및 그 실현이 최고조에 이른 시기이었다. 그러한 시기를 맞이하여 탄생된 법칙은 그 이후의 보수적 경향이 도래하더라도 그 법칙이전으로 회귀하지는 않는다. 다소 적용상의 제한은 받지만 그 핵심은 그대로 지속되는 것이 일반적 경향이라고 하겠다. 헌법수정 제4조에 따른 경고가 수반되지 않는 진술은 국가 측에서 그것을 사용할 수 없다는 미란다 판결의 핵은 계속 형사사법에서 견지될 것이다.

60년대 출현한 미국에서의 형사사법의 변천은 미국법에서 뿐만 아니라 세계의 형사사법의 운영에 지대한 영향을 미치고 있다. 그 가운데도 미란다 판결의 내용은 가장 위력을 갖고 각국의 형사사법절차에 전파되었다. 미란다 판결의 의미를 재조명하고 그에게 생생한 활력을 불어넣은 Dickerson판결의 의미도 깊이 음미할 필요가 있을 것이다. 그들의 의미는

자유사회의 인권신장의 방향을 제시하고 있다고도 하겠다.

IV. 맺으면서

제목과 관련하여 끝맺음을 하면서 미흡한 점이 너무 많다는 느낌을 억제할 수 없다. 첫째, 형사소송에 있어서의 중요한 화제로서 헌법상의 due process의 이념과 관련치 않는 것이 있을 수 없다는 사실 때문이다. 여기서 언급되지 않은 화제로서 예컨대 신속한 재판의 원리, 공평한 법원의 구성, 압수·수색의 제한, 보석 등에 의한 불구속 재판, 공판중심주의의 심화, 증거법의 제 영역, 그 가운데 증거의 조사, 특히 증인의 신문방법, 증거개시제도, 전문법칙의 강화, due process요청에서 구성되는 2중 위험 금지에서 유래되는 실체판결의 효력, due process원리에 따른 상소제도 및 재심제도의 개혁논의 등 등 그 어느 하나도 소홀하게 다룰 수 없는 중요한 영역이다. 그런데도 본고에서는 몇 몇 분야밖에 다룰 수 없었다는 점에서 미흡하게 느낀다는 것이다. 그러나 그 모든 것을 다룬다는 것은 교과서를 편집하는 것과 같기 때문에 due process 이념이 가장 투철하여야 할 부분을 가려 서술할 수밖에 없었다는 점을 언급하고 싶다. 둘째, 중점적으로 다룬 영역도 그 영역에 관한 모든 중요한 부분을 논평할 수 없었다는 점이다. 그 하나하나가 방대한 논문의 과제가 되기 때문이다. 이 정도의 논평으로 끝맺음을 할 수밖에 없었던 것은 근자에 전개된 미국법으로서 주목할 만하고 우리의 형사사법영역에 크게 영향을 미치고 있는 정도만을 논급하려는 의도 때문이다.

필자는 1970년이래로 각종 저서나 논문에서 '헌법적 형사소송론'을 강조한 것이 우리의 헌법재판소의 출범과 함께 공명을 얻고 있음을 볼 때 그 방향으로로는 황무지이었던 곳에 그 방향의 이론이 이제는 우리의 시민권을 얻게 되었다는 판단에서 헌법적 형사법이론의 적정한 적용영역을 골라서 논평하려는 의도에서 제한적 논평을 가하게 되었다. 그리고 거론한 부분이 '개정된 형사소송법'의 적용에 다소나마 도움을 줄 수 있을 것이라는 생각에서 선별적 논평을 하게 된 것이다.

Enrichment of Due Process in Criminal Procedure

Cha, Yong-Suk*

Due process in Korean criminal justice system seems to be basically similar to that of U.S. demanded in exercising the right of punishment according to constitutional law. Therefore, the goal of this study is to present ideology that should be headed for on the basis of Due process of U.S.

The followings are about ideology of due process had to be pursued such as the right to get a lawyer of client, Exclusionary Rule, and Confession Rule. They were figured out by examining the development of Due process in the criminal justice system of U.S.

First, the plan to adopt the right to demand compensation or complement in legislating should be considered to develop the right of defense and to solve the problems relating to the right to get a lawyer, mistake in pleading, and a court-appointed lawyer.

Second, it seems to be too much radical that the revision of criminal procedure includes the Exclusionary Rule in comparison to development of the rule in U.S. The provision of Exclusionary Rule could be able to cause lots of troubles. Therefore, the judges and lawyers have to be considerate to create the laws with their knowledge and wisdom.

Third, the core part of Miranda Rule, made in an epoch of revolution of criminal law, should be observed even though there could be limitation in applying the rule.

주제어 : 법의 적정절차, 범죄피해자, 변호인의뢰권, 위법수집증거배제 법칙, 자백배제법칙, 미란다 원칙

Keywords : Due process of law, victims, the right to get a lawyer of client, Exclusionary Rule, and Confession Rule, Miranda Rule

* an emeritus professor, Department of Law, Hanyang University, Ph.D in Law