

형사절차상 기본권 보장을 위한 형소법규정 및 실무현실에 관한 연구: 헌법적 형사소송의 원리에 기초한 분석적 고찰*

김 용 세**

국 | 문 | 요 | 약

헌법은 형사사법의 기본원칙과 국민의 절차상 권리를 상세히 규정하고 있다. 따라서 형사소송법을 비롯한 하위법령들은 형사사법 시스템 속에서 각 개인의 헌법적 권리를 구현할 구체적인 보호수단을 강구하여야 한다. 2007년6월 성립한 신형사소송법은, 헌법이 선언하고 있는 인권보장 원리들을 충실하게 반영함으로써 헌법적 형사소송의 이념을 보다 실질적으로 구현할 기초를 제공하였다. 그럼에도 불구하고, 형사절차에서의 기본권 침해 우려는 완전히 불식되지 않고 있다. 이 연구에서는 형사절차에 관한 실정법규 및 실무현실을 종합적으로 조망하고, 형사절차에 관하여 헌법이 선언한 근본적 결단이 과연 실현되고 있는지, 그 실현을 위한 개혁의 방향과 내용은 무엇인지에 관하여 종합 분석하였다.

우리 헌법과 형사소송법은 미국법제의 압도적 영향 하에 성립하였으므로 제2장에서는 먼저, 헌법적 형사소송(Constitutional Criminal Procedure)의 이론이 우리나라 형사사법에 미치는 이론적 및 실무적 영향을 확인하기 위하여 미국에서의 형사사법에 관한 헌법이론의 흐름을 간단히 소개하고, 연방 권리장전과 연방대법원 판례에 의하여 정립된 헌법적 형사소송의 기본원칙들을 분석하였다.

나아가 제3장에서는 우리 헌법이 선언한 형사절차의 기본원리들을 개관하고 제4장에서는, 적법절차원리, 위법수집증거 배제법칙, 영장주의, 변호인의 조력을 받을 권리 및 진술거부권 등 미국 연방대법원 판례가 정립해 온 헌법적 형사소송의 근본원리들에 견주어 우리의 실정법규정과 실무현실을 조망하고, 2007년6월 개정 형사소송법에 의하여 개선된 내용과 한계를 분석하고 개선방향을 제시하였다. 이 글은 헌법적 형사소송의 일반원리라는 거대 담론으로부터 개별 문제 영역에서의 구체적인 논점에 이르기까지 종합적인 분석을 목표로 삼았으므로, 제4장에서는 비교적 최근, 특히 형사소송법 개정 전후에 논란이 되었던 핵심쟁점을 중심으로 논술하였다.

❖ 주제어 : 헌법적 형사소송, 형사절차상 기본권보장, 적법절차의 원리, 헌법과 형사소송

* 이 논문은 2006년도 정부재원(교육인적자원부 학술연구조성사업비)으로 한국학술진흥재단의 지원을 받아 연구되었음(KRF-2006-B00893).

** 대전대학교 법학과 교수, 법학박사

I. 시작하는 말

헌법은 1948년 제정될 당시부터 권리장전을 주요 구성부분으로 수용한 후 1987년 헌법에 이르기까지 변함없이 기본권적 입헌주의를 유지하고 있다.¹⁾ 헌법은 국민의 기본적 권리에 관한 근본적 결단을 제시한 최고법원이다. 따라서 헌법이 선언하고 있는 형사사법의 기본원칙과 기본적 권리들은 모두 형사절차 속에서 실효적으로 보장되어야 한다. 그렇지만 형사사법의 실무현실에서는 정치적 이유, 사법현실 또는 일제시대 이래의 실무관행 등으로 인하여 헌법정신이 훼손되는 사례가 적지 않았다. 게다가, 1961년 5.16 군사쿠데타, 1973년 10월유신 그리고 1980년 말의 군사반란을 거치며 장기간 계속된 권위주의 정권 하에서는 법질서 유지를 위한 사법의 효율성 증대라는 정치적 목표에 떠밀려 적법절차와 인권보장의 원칙이 심각하게 훼손되었다.

그 와중에도, 헌법의 기본권 보장 규정은 날로 구체화되었다. 박정희 대통령의 갑작스런 사망으로 유신체제가 붕괴된 직후 성립한 1980년 헌법은, 당시 자유화에 대한 국민의 열망을 반영하여 행복추구권을 보장하고 기본적 인권의 불가침성을 강조하는 등, 다양한 기본권 조항을 신설하였으며 기본권 제한의 한계를 명문화하였다. 1987년 6월항쟁을 통해 쟁취된 현행헌법에서는 적법절차의 원칙, 구속사유 고지의무를 명문화하는 등 형사절차상 기본권이 한층 강화되었다. 그리하여 결국 현행 헌법은 국민의 기본적 권리를 그 세세한 부분까지 나열하게 되었고 형사절차상 기본권에 관하여도 제헌헌법보다 훨씬 상세한 규정을 두고 있다<표 1>.

헌법이 이처럼 형사사법의 기본원칙과 국민의 절차상 권리를 상세히 규정하고 있는 이상, 형사사법 실무에서 헌법상의 기본권 보장 정신이 경시될 수 없음은 당연하다. 근년 들어 헌법재판소 판례에 대한 관심도 크게 증대되고 있다. 그럼에도 불구하고, 형사절차에서의 기본권 침해 우려는 완전히 불식되지 아니하였고, 형사실무 선진화의 필요성을 역설하는 목소리도 여전하다. 우리 헌법과 형사소송법이 미국으로부터 지대한 영향을 받은 만큼, 미국의 이론과 판례에 의하여 확립된 이른바 ‘헌법적 형사소송 (Constitutional Criminal Procedure)’의 이론도 널리 알려져 있지만, 그 내용을 전체적으로 조망한 글은 드물다. 대부분의 경우, 특정한 문제영역에 관한 논자의 관심에 따라

1) 정종섭, 「헌법학원론(제3판)」 서울: 박영사, 2008. 97면.

부분적으로 소개되어 왔다.

2007년 6월 형사소송법의 대대적인 개정을 통하여 형사절차상 인권보호규정은 더욱 충실해졌고 종래의 해석론적 다툼도 상당부분 해소되었으므로, 형사실무에도 커다란 변화가 불가피해졌다. 그리하여 이 글에서는 먼저 미국 형사사법을 지배하는 헌법적 형사소송의 이론과 실무원칙들을 전체적으로 개관한 다음, 그에 견주어 우리 형사실무의 문제점과 신형사소송법에서의 개선점 등을 검토하고자 한다.

II. 헌법적 형사소송 이론

1. 미국 연방헌법과 형사절차

이른바 ‘헌법적 형사소송’이란 형사사법은 헌법에 합치하도록 운용되어야 하며 형사사법시스템은 헌법이 보장한 피의자·피고인의 권리를 보장하여야 한다는 원리를 말한다. 헌법적 형사소송의 이론이 미국의 헌법과 형사사법 영역에서 발전한 이유는 미국 건국 및 연방헌법의 역사 속에서 찾을 수 있다. 미국 법체계에 있어서 형사사법은 본질적으로 헌법의 하위 카테고리이며, 개인을 범죄혐의로 소추하는 사회통제의 절차도 헌법에 합치되어야만 한다.²⁾ 따라서 헌법적 형사소송의 근본이념과 기본원칙들을 이해하기 위하여는 미국 연방 권리장전의 기원과 내용을 숙지할 필요가 있다.

잘 알려진 바와 같이, 1787년에 제정된 최초의 연방헌법(Original Constitution)은 정부의 조직과 권한에 관하여만 규정하였다. 시민의 자유와 권리에 관한 규정은 10개의 수정조항(Amendments) 형식으로 1791년에 추가된 권리장전(Bill of Rights)을 통하여 헌법에 편입되었다.³⁾ 그 중 형사사법 절차와 관련하여 특히 중요한 의미를 가지는 것은 수정 제4조, 제5조, 제6조 및 제8조 등이다.⁴⁾ 권리장전이 헌법에 편입된 이후에도 1992

2) Luna, Erik G., The Models of Criminal Procedure, in: *Buffalo Criminal Law Review*, 1999, 398면.

3) 미국 연방헌법 제정과정에 관한 간략한 소개와 참고문헌 등은 대법원, 「자료집(I): 바람직한 형사사법시스템의 모색」, 2004, 17, 47면 이하.

4) 1787년 제정헌법(Original Constitution)도 입법부, 행정부 및 사법부의 기능과 권한을 규정하면서 형사사법제도에 관련된 여러 규정을 두고 있다. 예컨대, 인신보호영장제도(제1조제9항제2호), 소급

년에 비준된 수정 제27조에 이르기까지 다수의 수정조항이 추가되었는데, 1868년 비준된 수정 제14조는 연방헌법에 의하여 보장되는 근본적 권리들을 모든 주와 지방자치단체에 대해서도 그대로 주장할 수 있도록 함으로써 헌법적 형사소송의 이념에 실질적 의미를 부여하였다는 점에서 중대한 의미를 지닌다.

그렇지만, 헌법은 단지 일부의 형사절차원칙들을 제시하고 있을 뿐이므로, 형사절차에 대한 헌법적 통제원리는 판례와 이론을 통하여 정립될 수밖에 없다. Earl Warren이 연방대법원장에 임명된 1953년부터 1969년 퇴임할 때까지 약 15년동안 연방대법원은 인종문제, 형사사법제도, 정치과정의 규제 등 커다란 사회적 영향을 미치는 중대사건에 적용될 새로운 헌법원칙을 정립하였다.⁵⁾ Warren법원은 특히 형사사법과 관련하여 연방헌법 수정 제4조, 제5조, 제6조 및 제14조에 기초하여 검찰과 경찰의 법집행권한에 대한 새로운 형식의 역제를 승인함으로써 이른바 ‘Warren법원의 혁명(Warren Court's Revolution)’을 이루어 냈다.⁶⁾

미국 법체계상 형사사법이 헌법의 하위영역에 속하는 것은 분명하지만, 형사사법의 실무에서는 형사절차가 헌법과 분리된 별개의 절차로 운영되어 왔다. 특히, Warren대법관 퇴임 이후 다수의 판례에 의하여 Warren법원의 자유주의적 해석론이 수정되면서, 형사절차를 통한 대범죄투쟁의 실무원칙을 헌법의 기본권 규정으로부터 분리하려는 경향이 심화되었다. 사실, 헌법학자와 형사법학자들은 서로 다른 학문적 배경에서 상이한 의제를 중심으로 각각의 방법론을 적용하고 있으며, 헌법이론을 형사절차와 직접 결부시킬 이론적 당위성도 존재하지 아니한다.

그렇지만, 한국과는 달리 미국에서는, 헌법정신을 구현할 구체적 지침을 형사절차법

처벌금지(제1조제9항제3호), 사권(私權)박탈제한(제1조제10항제1호), 배심제(제3조제2항제2호), 반역죄의 요건(제3조제3항제1호) 및 연좌제제한(제3조제3항제2호) 등이 그것이다. 권리장전은 형사절차상 기본권 보장의 원칙을 직접 천명함으로써 헌법적 형사소송의 원리로서 보다 중대한 의미를 지닌다.

5) 안경환 역, Archibold Cox 저 「Warren법원 - 개혁의 수단으로서의 헌법판결」(Ⅰ), 「법학」 제35권1호, 서울대학교, 361면.

6) Wright, Ronald F., The Constitution and Criminal Procedure: First Principles, in: *Constitutional Commentary*, Winter 1997(No.14), 557면; Weisberg, Robert, A New Agenda for Criminal Procedure, ; *Buffalo Criminal Law Review* 1999(No.2) 368면. 형사절차에 관한 연방대법원 판례의 동향에 관하여는 Steiker, Carol S., Counter-Revolution in Constitutional Criminal Procedure? Two Audiences, two Answers, in: *Michigan Law Review*, 1996(No.94), 2466면 이하를 볼 것.

에서 상세히 열거하지 아니한 채, 헌법 규정에 의하여 형사절차를 직접 규율하기 때문에, 법이론, 특히 형사절차에 관한 헌법학적 담론은 형사절차법 이론에 막대한 영향을 미치고 있는 것이 사실이다. 따라서 한국에 있어서 형사절차상 기본권 보장에 관한 형소법규정 및 실무현실을 비교법적으로 고찰하기 위하여 ‘헌법적 형사소송’의 이념과 현실을 검토하고자 한다면, 그 원류라고 할 수 있는 미국의 이론 경향과 핵심조항에 대한 해석론의 변화를 간단하게나마 검토하지 않을 수 없다.

2. 미국의 형사절차에 관한 헌법이론

미국의 헌법이론은 대부분 문언, 입법의도, 판례 등을 모두 헌법해석의 준거로 활용하여 왔으며, 학자에 따라 도덕철학, 정의관념 또는 자연법 원리와 같은 가치관점도 중요한 해석의 근거로 제시되고 있다.⁷⁾ 그 중 어떤 요소를 중시하는가에 따라 폭넓은 스펙트럼이 존재할 수 있으므로 학자들은 문언(text)과 입법의도(original intent) 등 사실적 증거와 사회적 정의관념과 같은 규범적 증거 중 어느 것을 어느 정도 중시하는가에 따라 양극단의 중간영역에서 다양한 이론적 입장을 견지하며 논쟁을 거듭하였다.⁸⁾

그렇지만, 수많은 학자들이 제시한 다양한 관점을 어떤 식으로 절충하든 하나의 일반 원리에 기초하여 지속적으로 변화하는 사회상에 적용할 헌법원리를 완벽하게 설명한다는 것은 불가능한 일이다. 헌법해석에 있어서 다른 접근방법을 배제하고 하나의 접근방법을 선택해야만 할 선험적 근거는 없으며, 실제로 헌법해석에 관한 어떠한 방법론도 모든 대립하는 학문집단의 전면적인 지지를 획득하지는 못하였다.

그리하여, 형사사법의 살아있는 현실을 해명하기 위한 대안으로서 모델이론이 제시되기에 이른다. 모델이론은 법공동체의 현실을 추상화하여 법체계의 전체상을 설명하고자 한다. Herbert Packer는 형사사법에 관한 헌법원리를 범죄통제 모델과 적법절차

7) 미국헌법학 제시하고 있는 헌법 해석의 근거에 관한 상세한 설명은, Taslitz, Andrew E.·Paris, Margaret L.·Herbert, Lenese C., *Constitutional Criminal Procedure*, 3rd Edition, New York: Foundation Press, 2007. 7면 이하; Amar, Akhil R., The Future of Constitutional Criminal Procedure, in: *American Criminal Law Review*, Summer 1996(No.33) 1133면; Amar, Akhil R., *The Constitution and Criminal Procedure: First Principles*, New Haven, Ct: Yale University Press. 1997, 154면 이하.

8) Luna, Erik G., 앞의 논문(前註2), 395-396면 참조.

모델로 설명하는 이중모델론을 제시하였다.⁹⁾ 그 후, John Griffiths의 가족모델, 시카고 대학의 부담분배(burden-sharing) 혹은 사회규범(social norms) 모델 등이 대안으로 제시되었으며, Amar는 문언, 헌법의 역사와 입법의도, 그리고 헌법구조를 기본으로 하여 범죄통제의 효율성을 강조하는 신연방주의 모델을 제안하였다. 반면, Eric G. Luna는 개인의 권리보장을 위한 적법절차를 보다 강조하는 개인적 권리(individual rights) 모델을 제시하였다.¹⁰⁾

그러나 이러한 논란도 궁극적으로는 형사사법의 두가지 이념, 즉 자유와 질서라는 대립적 가치에 상응하는 적법절차모델과 범죄통제모델의 대립으로 귀결된다.¹¹⁾ 상술한 다양한 주장들은 결국, 개인의 권리 보장을 지상 가치로 인정하는 견해와 범죄통제를 통한 공동체 질서 유지를 최상의 목표로 삼는 견해의 양극단 사이에서 균형점을 찾으려는 노력의 산물이라고 할 수 있다. 형사절차에 관한 헌법규정의 해석론도, 문제된 개별 사례에서 법공동체의 평화와 질서 그리고 개인의 자유와 권리라는 두 가지 이념 중 어느 쪽을 어떤 방식으로 강조할 것인지에 따라 변화 발전되어 온 것이다.

헌법적 형사절차원리에 대한 해석론의 변화에는, 사회상에 따라(예컨대 9.11 테러사건과 그 후 확산된 반테러정서) 변화되어 온 미국사회 주류집단(특히 연방대법원)의 가치관이 반영되어 있음은 물론이다. 그러나 우리 헌법과 형사소송법이 채택한 절차원리의 대부분이 미국 연방헌법과 대법원 판례로부터 연원한 것이며, 특히 최근의 대법원 전원합의체 판결이¹²⁾ Warren 법원 이래 미연방대법원의 입장을 전폭 수용하는 등 형사절차상 기본권 보장원리가 실질적으로 강화되는 경향을 보이고 있는 만큼, 주요 헌법원리에 관한 미연방대법원과 학설의 태도를 개관할 필요가 있다.

9) Parcker, Herbert L., Two Models of the Criminal Process, 113 U.Pa. Law Review 1,5(1964):

Luna, Erik G., 앞의 논문(前註2), 400면에서 재인용.

10) Weisberg, Robert, 앞의 논문(前註6) 368-369면.

11) Weisberg, Robert, 앞의 논문(前註6), 368면.

12) 대법원 2007.11.15. 2007노3061 전원합의체 판결. 後註 63), 79)도 볼 것.

3. 미국 연방헌법상 형사절차의 기본원칙

(1) 수색과 압수

수정 제4조 : 부당한(unreasonable) 수색, 압수 또는 체포로부터 신체, 주거, 문서와 기타 사적 소유물을 보호받을 국민의 권리는 침해될 수 없고, 영장은 선서 또는 확인(oath or affirmation)에¹³⁾ 의하여 뒷받침되는 상당한 이유(probable cause)에 근거하여야 하며, 수색의 장소와 압수 또는 체포의 대상이 특정되지 아니하고는 어떠한 영장도 발부될 수 없다.

가. 압수 수색의 합리성과 영장주의

수정 제4조는 압수 수색의 합리성(reasonableness)과 영장발부를 위한 상당한 이유(probable cause)를 요구하고 있다. 동조의 문언을 사전적으로 이해하면, 우선 압수 수색 영장은 선서 또는 확인에 의하여 뒷받침되어야 하며 수색의 장소, 압수 또는 체포의 대상이 특정되어야 한다는 점은 확실하다. 그런데, 압수수색의 ‘부당성(unreasonable)’이나 영장발부를 위한 ‘상당한 이유’가 무엇인지는 명확하지가 않다. 연방증거법(Federal Rules of Evidence)상 상당한 증거(relevant evidence)의 정의처럼, 유죄의 증거를 확보하지 못할 것이라는 이유보다는 더 확실한 것이어야 한다는 정도의 추상적 정의가 가능할 뿐이다.¹⁴⁾

모든 경우에 원칙적으로 압수 수색 영장이 필요한지의 여부도 분명하지 않다. 만일, 영장발부의 요건에 관한 후단의 구절이 첫 번째 구절에 의미를 부여하는 것이라면, 영장 없는 압수 수색은 언제나 부당하다는 의미로 해석될 것이다. 종래, 영장주의를 규정 한 수정 제4조는 수사기관의 권한행사에 대한 사법적 심사를 명문화한 것이라는 관점에서, “수정헌법 제4조는 모든 불합리한 압수 수색을 금지하고 있으며 특별히 확립되고 한계가 명확히 정해진 예외에 해당하지 않는 한, 사법절차 밖에서 판사나 치안판사의

13) 확인(affirmation)도 선서(oath)와 유사한 맹세의 일종이지만, 신(supreme being)이나 맹세(swearing)를 언급하지 아니한다. 선서는 “맹세하는 것”이지만, 확인은 단지 “단언하는 것”이다. 어느 쪽이든 거짓을 진술하는 경우에는 위증죄가 성립한다(Black's Law Dictionary, 7th Edit., 59면).

14) Taslitz, Andrew E.·Paris, Margaret L.·Herbert, Lenese C., 앞의 책(前註7), 9-10면.

승인을 받지 아니한 채 행하는 압수 수색은 수정헌법 제4조에 의하여 그 자체로 불합리한 것”이라고 해석되었다.¹⁵⁾

그러나 법원은, 수정 제4조의 “두 문장을 별도로 해석하여 수색의 합리성은 영장을 발부받았는지 (혹은 영장을 신청할 수 없는 사유가 있었는지) 여부에 의존하는 것이 아니라, 수색을 정당화하는 전체적인 상황과 수색이 행해지는 방법에 달려 있다”는 견해를 제시하고 있다. 이 견해에 따르면 “수정 제4조가 제공하는 주요한 보호는 사전적 사법심사가 아니라, 경찰관의 행위가 그 당시 그가 알고 있던 사실관계에 비추어 합리적이었다는 것을 보장하기 위해 사후에 이를 심사하는 것에 있다.” 이처럼 압수수색의 합리성에 초점을 맞추는 것이 현재 수정헌법 제4조에 관한 연방대법원의 해석이다. 여기에서도 자유와 질서라는 상충하는 가치의 조화가 추구되고 있다. 즉, “수정헌법 제4조의 시금석은 합리성이고, 수색의 합리성은 한편으로는 개인의 프라이버시를 침해하는 정도와, 다른 한편으로는 정부의 정당한 이익을 촉진하기 위해 그것이 필요한 정도를 평가함으로써 결정”되는 것이다.¹⁶⁾

나. 위법수집증거 배제의 원칙

헌법 원리의 침해에 대한 제재수단으로서 가장 전형적인 것이 위법수집 증거 배제 법칙(exclusionary rule)이다. 위법수집 증거 배제 법칙은 피고인의 헌법적 권리를 침해하여 획득된 증거의 배제를 내용으로 한다. 이 원칙은 수정 제4조에만 적용되는 것이 아니라, 후술하는 제5조, 6조 및 14조에 반하여 획득된 증거에 대하여도 똑같이 적용된다.

15) *Mincey v. Arizpna*, 437 U.S. 385, 390 (1978); Blum, Robert M.·Brodin, Mark S., *Criminal Procedure: The Constitution and the Police*, Fifth Edition, New York: Wolters Kluwer, 2006, 12면. 2008년5월 대전지방검찰청(검사장: 조근호)이 지역의 관련분야 전공교수들에게 「미국형사법강독회」를 제안하였고, 5월19일 대전지검 소속 검사와 지역 대학의 형사법학 교수 2~3명이 함께 참여하여 첫 강독회를 개최하였다. 독회는 지검 소속 검사가 번역한 내용을 원문과 대조하면서 읽어 나가는 형식으로 진행하였다. 6월20일 현재 (계획보다 일정이 지연되어) 2차례의 독회를 통하여 40면까지 번역 발표되었다(1~14면은 이중재검사가, 15~40면은 권순철검사가 번역). 이 글에서는 바쁜 시간을 쪼개어 번역에 참여한 검사들의 노고를 존중하기 위하여 (현재까지 번역되어 있는 부분은) 가능한 한 그 번역문을 그대로 인용한다.

16) Blum, Robert M.·Brodin, Mark S., 앞의 책(前註15), 12-13면.

연방사건에 관하여는 이미 1914년부터 수정 제4조를 위반하여 취득한 증거를 배제한 사례가 있었다.¹⁷⁾ 1961년 Warren법원은 Mapp 사건 판결에서 수정 제14조의 적법절차 조항을 근거로 주와 지방경찰의 행위에 대하여도 권리장전의 모든 조항을 실질적으로 적용하기 시작하였다. 이 판결에서 Warren법원은 수정 제4조와 관련하여 “불합리한 수색으로 인해 주의 형사피고인의 권리를 침해되었을 경우 연방의 기소절차에서 요구 되는 것과 같은 구제수단(즉, 그 수색으로 인해 확보한 증거의 배제)이 주어진다”고 판시하였다.¹⁸⁾ 나아가 1966년 Miranda 사건에서는 수정 제5조에 규정되어 있는 형사 피고인의 자기부죄 거부의 권리를 보호하기 위한 포괄적인 규칙을 주와 연방기관 모두에 부과하였다.¹⁹⁾

Mapp 사건 이후 오랫동안, 그것이 불법적 수단에 의하여 습득되었다는 이유로 공판 절차에서 피고인의 유죄를 확인할 주요 증거를 배제하는 것이 어떤 의미를 지니는가에 관한 논란이 벌어지고 있다. 즉, 증거능력을 박탈함으로써 획득되는 이익이 그로 인한 비용, 즉 유죄인 피고인을 석방함으로써 발생하는 비용을 상쇄하기에 충분한지의 문제이다.

일찍이 Warren Burger 대법원장은 위법수집증거 배제법칙의 효용성과 필요성에 관해 논박하면서, 헌법의 명령을 집행하기 위해 다른 수단을 사용할 것을 주장하였다. 위법수집 증거를 배제함으로써 형사사법기관의 불법행위를 억제할 수 있다는 주장은 실증적 자료의 뒷받침이 없는 몽상에 불과하다고 비판하면서, 이 원칙은 수많은 범죄자를 석방하는 비싼 대가를 치르고 있으며, 융통성이 전혀 없어서 비례의 원칙을 허용하지 않는다고 비판하였다.²⁰⁾ Scalia 대법관도 증거 배제의 사회적 비용, 특히 위험한 범죄자를 석방하는 경우의 위험성을 분석하고, 위법수집증거 배제라는 구제수단이 경찰관의 불법행위를 억제하는 효과가 있는지에 관해 의문을 제기하면서, 경찰 내부의 징계 절차나 경찰관을 상대로 한 민사소송을 보다 바람직한 대체수단으로 보았다.²¹⁾ Amar

17) Weeks v. United States, 232 U.S. 383(1914).

18) Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961); Blum, Robert M·Brodin, Mark S., 앞의 책(前註15), 3면.

19) Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966); Blum, Robert M·Brodin, Mark S., 앞의 책(前註15), 3면.

20) Blum, Robert M·Brodin, Mark S., 앞의 책(前註15), 4면.

21) Blum, Robert M·Brodin, Mark S., 앞의 책(前註15), 5면.

는 한 걸음 더 나아가, 위법수집증거 배제법칙이 헌법의 문언에 명시되어 있지 않다는 점을 강조한다. 그는 수정 제4조의 핵심이 진실발견을 추구하는 것이 아니라, 무고한 자의 사적이익을 보호하면서 유죄자를 소추하는 법집행을 지원하는 것이라고 한다.²²⁾

위법수집증거 배제법칙에 대한 격렬한 비판의 영향으로, 연방대법원은 1970년대 이후 그 적용범위를 대폭 축소하였다. 즉, 위법수집증거의 배제를 주장할 수 있는 절차의 종류를 제한하였으며(예컨대, 대배심절차에서는 이를 주장할 수 없도록 하였다), 수정 제4조에 기한 이의를 제기할 수 있는 당사자적격에도 제한을 가하였다. 나아가 증거배제의 실체적 요건에 관하여도 ‘상당한 이유’의 판단 기준을 완화하는 등, 수사기관의 재량을 보다 존중하는 방향으로 입장을 전환하였다. 요컨대, 연방대법원은 Mapp 판례와 Miranda 판례를 완전히 폐기하는 대신 그 판결들의 영향을 극적으로 축소한 것이다.²³⁾

그렇지만, 위법수집증거 배제법칙을 옹호하는 다수의 학자들은 여전히, 위법수집증거 배제법칙이 법집행기관의 권한 오남용을 효과적으로 방지하기 위하여 가장 현실적인 방법이라고 주장한다. 실증적으로 확인된 바에 따르면, 불법적인 수단을 동원한 수사관 개인에 대한 행정청 내부의 징계, 손해배상 청구, 심지어 형벌법규 위반을 이유로 한 공소제기도 조직논리에 의한 불법 수사를 억제하는 데에는 그다지 효과를 발휘하지 못하므로, 불법적으로 확보한 증거는 법정에서 사용할 수 없다는 사실을 인식하게 하는 편이 보다 효과적이라고 보는 것이다. 증거 배제로 인한 패소를 우려하는 경찰 지휘관이나 검사들이 일선에서 수사에 임하는 수사요원들에게 수정 제4조를 준수하도록 지휘 감독함으로써, 동조의 요구에 대한 체제적 복종을 촉진할 것이란 점에는 의문의 여지가 없다.²⁴⁾

(2) 자기부죄(自己負罪) 거부와 변호인의 조력을 받을 권리

가. 자기부죄 거부의 특권

수정 제5조 제3문 : ...누구든지 형사사건에 관하여 자신의 범행에 대한 증언을 강요당

22) Amar, Akhil R., 앞의 책(前註7), 20-31면.

23) Blum, Robert M·Brodin, Mark S., 앞의 책(前註15), 5면.

24) Klein, Susan, Enduring Principles and Current Crisis in Constitutional Criminal Procedure, in: *Law & Social Inquiry*, Spring 1999, 550면.

하지 아니하며, 적법절차에 의하지 아니하고는 생명, 자유 또는 재산을 박탈당하지 아니한다; ...

수정 제5조에서 특히 중요한 의미를 지니는 것은 자기부죄 거부의 특권이다.²⁵⁾ 이것은 수사기관으로부터 신문받는 피의자 또는 법정에 출두한 피고인이나 증인은 자기 자신의 범죄사실에 관하여 진술할 의무가 없다는 의미이다.

연방대법원은 종래, 다양한 헌법적 관점을 고려하여 이 문제를 취급해왔는데, 법원이 주목한 첫 번째 요소는 피의자에게서 획득한 진술의 ‘임의성(voluntariness)’에 관한 문제이다. 연방대법원은 1936년 Brown 사건에서 수정 제14조에서 도출된 근본적 공정성(fundamental fairness)의 개념을 원용하여, 경찰이 획득한 진술이 피의자의 자발적 의사에 기하여 이루어진 것이 아니라면 증거로 채택하지 말아야 한다고 선언하였다.²⁶⁾ 1972년의 Kastigar 사건에서는 수정 제5조의 규정에 따라, 강요된 진술의 결과로서 얻어진 모든 증거를 배제하여야 한다고 판시하였다.²⁷⁾ 여기서 문제되는 것은 수사기관이 “피의자의 의사를 제압하여 자유로운 자기 결정에 기초하지 않은 자백을 이끌어 냈다는 사실이므로, 그 진술이 결과적으로 사실과 합치하는지의 여부는 전혀 고려할 필요가 없다”고 하게 된다.²⁸⁾

피의자의 의사가 제압되었는지의 여부를 판단함에 있어서는 제반 정황에 관한 종합 분석(totality-of-the-circumstances analysis)의 방법을 취하였다. 여기서 고려해야 할 요소는 첫째, 피의자의 연령, 학력, 신문 당시의 정신상태, 알코올이나 약물 복용의 여부, 형사사법에 대한 지식 등 개인적 사정과 성격 둘째, 신문을 행한 수사기관의 태도, 피의

25) 수정 제5조 : 누구든지 대배심의 고발 또는 공소제기 없이 사형에 해당하는 죄, 기타 중범죄에 대하여 재판을 받지 아니한다. 다만, 육군, 해군 또는 전쟁이나 사변에 당하여 복무 중인 민병대에서 발생한 사건은 예외로 한다; 누구든지 동일한 범죄에 대하여 거듭 생명 또는 신체의 처벌을 받지 아니한다; 누구든지 형사사건에 관하여 자신의 범행에 대한 증언을 강요당하지 아니하며, 적법절차에 의하지 아니하고는 생명, 자유 또는 재산을 박탈당하지 아니한다; 누구든지 정당한 보상 없이 공용을 위하여 사유물을 박탈당하지 아니한다.

26) Blum, Robert M.; Brodin, Mark S., 앞의 책(前註15), 231면. Brown v. Mississippi, 297 U.S. 278 (1936) 사건 피의자들은 자백할 때까지 폭행당하였다.

27) Kastigar v. United States(1972); Klein, Susan, 앞의 논문(前註24), 557면.

28) Rogers v. Richmond, 365 U.S. at 543.; Blum, Robert M.; Brodin, Mark S., 앞의 책(前註15), 232면.

자 신병의 억류 여부와 그 장단, 신문의 지속시간과 강도, 기망·협박 혹은 관대한 처분을 약속하는 등의 회유 또는 유혹, 가족·친지와 접견이 허용되었는지, 음식물은 적절히 제공되었는지, 피의자의 권리는 고지되었는지의 여부, 기타 육체적·심리적 학대는 없었는지 등이다.²⁹⁾ 이러한 관점에서, 장기간 감금된 상태에서 행한 진술은 그 임의성에 의문이 제기될 수 있으므로, 피의자가 “체포된 후 불필요한 지연 없이” 사법심사에 회부되지 아니한 채 진술을 획득한 경우에 그 증거능력은 배제된다.³⁰⁾

그러나 모든 피의자에 대하여 수정 제5조의 특권을 인정하여야 한다는 종전의 판례에 대하여는 반론도 매우 강력하다. 이들은 무엇보다도, 수정 제5조의 자기부죄 거부 특권이 실제진실 발견에 중대한 장애가 된다고 본다.

Amar에 따르면, 자기부죄 거부의 특권을 엄격하게 해석하면 무고한 피고인이 진정한 범죄자를 증인으로 소환하여 그 자신의 범행에 관하여 진술하도록 요구할 수 없으므로 무고한 피고인이 자신의 결백을 증명할 수단을 잃게 되는 문제점이 있다.³¹⁾ 또한, 피의자의 진술이 비록 강요되었다 하더라도, 그 진술에 기하여 획득된 물리적 증거의 성질이 변경되는 것이 아니고, 수정 제5조 규정도 진술의 강요를 금지하고 있을 뿐, 물리적 증거를 배제한다는 취지가 아니므로, 이른바 ‘독수의 과실’에 대하여 모두 증거능력을 부인하는 것은 타당하지 않다고 한다.³²⁾ 그는, 수정 제5조의 자기부죄 거부의 특권은 오직 자신의 범죄사건에 대한 공판에 임한 피고인이 유죄의 진술을 강요당하지 않을 권리일 뿐이므로, 그 밖의 경우에는 모든 개인에 대한 수사기관의 진술 강요를 허용하여야 한다고 주장한다. 예컨대, (설사 진술이 강요되었다 할지라도) 그로부터 얻어진 물리적 증거에 대하여는 증거능력을 인정할 수 있으며, 자기 자신에 대한 공판이 아닌 타인에 대한 공판에서는 (예컨대 증언거부에 대한 형벌위하 등을 통하여 또는 자신의 범행을 관하여 증언하는 경우에는 그 부분에 한하여 면책특권을 부여함으로써) 자신의 범행에 관한 진술을 강제할 수 있다고 본다.³³⁾

그렇지만, 다수의 견해는 자기부죄 거부의 특권을 약화시키는 경우에는 피의자 인권

29) Blum, Robert M.·Brodin, Mark S., 앞의 책(前註15), 232면.

30) McNabb v. United States, 318 U.S. 332 (1943); Mallory v. United States, 354 U.S. 449 (1957).

31) Amar, Akhil R., 앞의 책(前註7), 48면.

32) Amar, Akhil R., 앞의 책(前註7), 59면, 70-71면.

33) Amar, Akhil R., 앞의 책(前註7), 70면 이하.

이 심각하게 침해될 것이라고 우려한다. 만일, Amar의 주장처럼, 타인의 형사사건에 대한 공판에서 자신의 범죄사실에 관하여 증언하는 자에 대하여 일정범위의 면책특권을 부여하는 대신 진술을 강요할 수 있도록 허용한다면, 유죄인 피고인과 유죄인 증인 혹은 유죄인 증인과 무고한 피고인 사이의 공모와 증거조작을 부추길 수 있다. 그들이 각자 다른 사람의 공판에서 자기가 진범이라고 진술하였더라도, 그 진술은 그들 자신의 재판에서는 증거로 사용되지 않을 것이기 때문이다.³⁴⁾ 또한, 범죄사건의 조속한 해결을 추구하는 형사사법 기관으로서는, 피의자 또는 공범에 대한 고문, 회유 등 가능한 모든 수단을 동원하여 결정적인 증거(물증 또는 제3자의 진술증거)를 확보하고자 노력할 것이기 때문이다. 물론, 형사사법기관 내부의 징계절차 또는 민사상의 손해배상 청구 등도 수사관 개인의 불법행위에 대한 통제장치로서 기능할 수 있을 것이다. 그러나 전술한 바와 같이, 수사기관에 의한 인권침해 가능성을 차단하기 위하여 가장 효율적인 수단은 바로 위법수집증거의 증거능력을 배제하는 것이다.

나. 변호인의 도움을 받을 권리

수정 제6조 제4문: ...자기방어를 위하여 변호인의 도움을 받을 권리를 가진다.

수정 제6조는 배심제도, 신속한 공개재판의 원칙 등을 함께 규정하고 있는데, 형사절차상 기본권 보장과 관련하여 특히 중요한 의미를 가지는 것은 변호인의 도움을 받을 권리이다.³⁵⁾ 이 권리는 진술의 임의성에 관한 또 다른 접근방법을 제시한다. 연방 대법원은 수정 제6조의 적용을 통하여 피의자 등 진술의 임의성 확보를 위한 보다 면밀하고도 효과적인 방법론을 제시하였다.

연방대법원은 1964년 Massiah 사건과 Escobedo 사건에서, 당사자주의 소송구조 하에서 일단 사법절차가 개시된 후 피의자에게 변호인이 없는 상태에서 (공개적이든 비공개적이든) 수사기관이 ‘계획적으로 유도된’ 진술을 획득하기 위하여 노력하였다면 수정

34) Klein, Susan, 앞의 논문(前註24), 556면 참조.

35) 수정 제6조 : 모든 형사소추에 있어서 피고인은 법률에 의하여 미리 확정된 범죄지 관할지구와 주의 공정한 배심에 의하여 신속한 공개재판을 받을 권리 및 공소의 내용과 이유를 고지 받을 권리; 자신에게 불리한 증인과 대질할 권리; 유리한 증언의 획득을 위하여 강제절차를 이용할 권리; 자기방어를 위하여 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다.

제6조를 침해한 것이라고 판시하였다. 만일, 공판절차가 개시되기 전에 변호인의 조력을 받지 못한 채 행해진 피고인의 진술을 유죄인정의 증거로 인정한다면, 수정 제6조가 보장한 변호인의 조력을 받을 권리는 형해화되고 말 것이기 때문이다. Escobedo 사건에서 법원은 “만일 시민들이 자신의 권리를 인식하지 못하여 그 권리를 행사하지 못하는 것에 의존한다면 여하한 형사사법시스템도 존속할 수 없고 존속하여서도 아니된다”고 선언하였다.³⁶⁾

그로부터 2년 뒤에 판결된 Miranda 사건에서 연방대법원은, 감금 상태에서의 신문을 제한하고 자백의 강요를 최소화하기 위한 포괄적 원칙을 제시하였다. 자기부죄 거부의 특권을 인정한 수정 제5조에 기초하여, 체포된 피의자에 대하여 그가 침묵할 수 있다는 사실, 침묵하지 아니하는 경우에는 그 진술이 그에게 불리하게 작용할 수 있다는 사실 및 신문을 받는 동안 변호인의 조력을 받을 수 있으며, 그가 자력으로 변호인을 선임할 수 없는 경우에는 주의 비용으로 변호사를 선정해 줄 수 있다는 사실 등을 고지하여야 한다고 판시하였다. 나아가, 만일 피의자가 변호인의 도움을 받지 않은 채 범죄사실을 자백한 경우, 검사는 피고인이 자기부죄 거부 및 변호인 선임의 권리가 있음을 알면서 의식적으로 포기하였음을 소명할 ‘무거운 부담’을 과하고 있다.³⁷⁾

여기에서도 실제진실 발견과 피의자·피고인의 권리 보호라는 두 이념의 충돌이 존재한다. 즉, 변호인 없이 피의자 등을 신문하는 것은 개인의 자유에 대한 심각한 위협이지만, 절차진행 과정에 변호인을 끌어들이는 것은 범죄사건의 조속한 해결에 대한 커다란 위협인 것이다.

Miranda 판결에 대한 비판자들은, Miranda 원칙을 자백에 대한 뿌리 깊은 불신에 기초하여 형사사법기관에 덧입혀진 헌법적 구속복(straitjacket)으로 본다. 그들은, 변호인이 입회하지 않았다는 이유만으로, 강제되지도 않았고 또한 신뢰할만한 자백마저 그 증거능력을 배제함으로써 막대한 사회적 비용을 감수할 이유는 없다고 주장한다. 의회도 이와 같은 관점에서, 1968년에 제정된 범죄통제법(Crime Control Act of 1968, 18 U.S.C. §3501)을 제정하여, 공판법원은, 피고인이 된 피의자의 자백이 임의적으로

36) Massiah v. United States, 377 U.S. 201 (1964), Escobedo v. Illinois, 378 U.S. 478(1964); Blum, Robert M. & others, 앞의 책(前註15), 243-244면.

37) Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966); Blum, Robert M.·Brodin, Mark S., 앞의 책(前註15), 244면.

행해진 것이라고 인정하는 때에는 (Miranda 고지의 여부를 묻지 않고) 그 진술의 증거능력을 인정하여야 한다고 규정함으로써 Miranda 법칙을 채택하지 아니하였다. 제4 순회 항소법원도 1999년의 Dickerson 사건에서, Miranda 원칙은 헌법상 명령되어 있는 것이 아니라, 단지 보완적(remedial) 원리라고 정의함으로써 제3501조의 규정을 재확인하였다.³⁸⁾

그러나 연방대법원은 1966년 Miranda 사건 판결에서 선언된 원칙을 고수하고 있다. Dickerson 사건의 최종심에서 연방대법원은 7대 2의 다수의견으로서, 법집행기관 및 법원이 준수해야 할 ‘구체적인 헌법적 가이드라인’의 장점을 인정하면서, “Miranda 고지가 일상적인 경찰 업무 속에서 이미 국가적 문화의 일부가 되었다”고 판시하였다.³⁹⁾ 법원이 Miranda 원칙을 하나의 헌법적 원리로 받아들임으로써, 의회는 연방형법 제 3501조에 의하여 Miranda 원칙을 파기할 수 없게 되었다.

그렇다고 해서, 법원이 Miranda 원칙을 언제나 일관되게 적용하고 있는 것은 아니다. Martinez 사건에서 법원은 Miranda 원칙을 보다 좁게 해석하여, Chavez 경사가 Martinez를 신문하기 전에 Miranda 고지를 빠뜨렸더라도, 그 진술을 증거로 활용하지 않았다면, 그는 자신의 범죄사건에 관한 증인이 될 것을 강요당한 것이 아니며 Miranda 원칙이 침해된 것도 아니라고 판시하였다.⁴⁰⁾

1977년 Williams 사건에서는 Miranda 원칙에 의하여 대체된 것으로 보였던 Massiah 원칙이 다시 적용되기도 하였다. 이 사건 원심은, 사건 담당 경찰관이 결정적인 증거(피해자의 사체)를 획득하기 위하여 의도적으로 변호사를 배제한 채 Williams를 신문하였음에도 불구하고, 그 진술에 의하여 발견한 피해자 사체와 자신의 유죄를 인정한 피의자 진술을 증거로 받아들였다. 그러나 연방대법원은, Miranda 원칙에 의한 권리고지를 받을 권리를 침해당했다거나 임의적 진술이 아니었다는 Williams의 항변에 대하여는 판단할 필요조차 없이, 수정 제6조의 변호사 선임권을 침해당하였다는 이유로 삼아 원

38) United States v. Dickerson 1666 F.3d 667(4th Cir.1999); Blum, Robert M·Brodin, Mark S., 앞의 책(前註15), 245면.

39) Dickerson v. United States, 530 U.S. 428 (2000); Blum, Robert M·Brodin, Mark S., 앞의 책(前註15), 245면.

40) Chavez v. Mrtinez, 538 U.S. 760 (2003); Blum, Robert M·Brodin, Mark S., 앞의 책(前註15), 246면.

심을 파기하였다. 즉, 사법절차(judicial proceedings)의 개시 이후, 수사기관이 피의자에게 변호인과 상담할 기회를 제공하지 않은 채, 유죄인정의 진술을 의도적으로 이끌어 냈다면 그 진술의 증거능력을 인정할 수 없다는 것이다.⁴¹⁾

전술한 위법수집증거 배제 법칙, 자기부죄 거부의 권리에서와는 달리, 변호인의 조력을 받을 권리가 침해되었는지의 여부를 판단함에 있어서 법원은 ‘강제성’을 요구하지 않았다. 피의자가 체포된 상태에서 진술했어야 하는 것도 아니고, 피의자 신문절차가 개시되었어야 하는 것도 아니라는 점에서 Miranda 원칙과도 다르다. 전술한 Massiah 사건이나 Williams 사건 모두 경찰관의 진술강요는 없었고, 심지어 정식으로 피의자 신문이 개시된 것도 아니었다. Williams는 경찰관에게 체포되어 관할 경찰서로 이송되는 도중에 범행을 자백하였으며, Massiah는 체포되지 아니한 상태에서 행한 진술이 문제되었다.

(3) 권리장전의 적용범위와 적법절차

수정 제14조제1항 제3문, 4문 : ... ; 어느 주든 개인의 생명, 자유 또는 재산을 적법절차에 의하지 아니하고 박탈하여서는 아니되며; 그 사법관할권 내에 있는 어떠한 개인에 대하여도 법의 평등한 보호를 부인하여서는 아니된다.

연방헌법 기초자들의 주된 관심사는 연방정부에 대한 주정부의 자유를 최대한 보장하는데 있었다. 그리하여 연방헌법(Original Constitution, 1789)보다 2년 뒤에 비준된 권리장전(1791)도 연방정부에 대해서만 적용되었다. 그러나 시간이 흐르면서 권리장전에 의하여 보호되는 자유들은 연방정부 뿐만 아니라 각 주와 지방정부에서도 보호되어야 한다는 인식이 확산되었고, 특히 남북전쟁(1861~1865) 후 남부연합에 속했던 각주가 새로이 자유를 획득한 흑인의 권리를 보호하도록 강제할 수단이 필요하였다. 그리하여 1868년 수정 제14조가 비준됨으로써 연방 권리장전이 각주 사법기관의 권한행사에 대한 제한원리로 기능하게 되었다. 이로써 주법원에 기소된 피고인들도 연방 사건 피고인들과 유사한 절차적 보호를 요구할 수 있게 되었지만, 그 권리들이 실질적으로 보장된 것은 오랜 시간이 지난 후였다.

41) Blum, Robert M.·Brodin, Mark S., 앞의 책(前註15), 308면.

아무튼 수정 제14조는, 주정부와 지방정부에 대하여도 수정 제5조의 적법절차 규정을 포함하여 권리장전에 규정된 모든 기본권 보장원리를 준수하도록 요구함으로써 미국의 법체계를 크게 변화시켰는데, 그 중에서도, 적법절차(due process of law)와 평등 보호를 선언한 제14항의 마지막 두 구절이 특히 중요하다.⁴²⁾

연방대법원은 수정 제14조의 적법절차 원칙이 절차적 요소와 실체적 요소를 모두 포괄하는 것으로 해석한다. 즉, 동조는 법이 무엇을 명령 또는 금지할 것인가(실체)에 관한 제한과, 그것이 여하히 작동하여야 하는지(절차)에 관한 제한을 모두 내포하고 있는 것이다. 실체적 측면에서는 이 원칙이 어디까지 미치는가, 모든 종류의 물리적 및 정신적 학대가 이 원칙에 위배되는가가 문제된다. 실체적 듀프로세스 원리는 어느 누구도 적법한 절차와 자신을 변호할 적절한 기회를 부여받지 않고는 생명, 자유 또는 재산을 비롯한 근본적 권리들을 침해당하지 않도록 보장한다. 절차상의 듀프로세스는 법원이 어떻게 이 원칙을 강제할 것인지의 문제이다. 여기에는 피의자 등이 그 혐의와 절차에 관하여 통지 받을 권리, 자신에 대한 형사소송 절차에 참여할 권리 등이 널리 포함된다. 아무튼 수정 제14조에 의하여 형사절차에 관한 헌법원리가 주법원과 연방법원 모두에 통합적으로 적용된 결과, 수정 제4조, 5조 및 6조에 대한 오랜 해석이 수정되었을 뿐만 아니라, 형사절차에서의 적법절차와 평등한 보호에 관한 매우 좁은 해석을 낳았다.⁴³⁾

오랫동안 연방대법원은 수정 제14조에 근거하여 주의 형사절차를 규제하는 데 있어서, 소위 ‘근본적 공평성(fundamental fairness)’이라는 추상적 기준에 근거한 실체적 듀프로세스의 척도를 적용하였다. 이 근본적 공평성의 판단은 주 형사절차에 대한 최소한의 제한을 가하는 원리로 이해되었고, 그 적용도 임의적인 것이었다. 결국 근본적 공평성 평가가 실효를 거두지 못하자, Warren법원은 수정 제14조에 근거하여 권리장전의 형사절차 규정들을 실체적 적법절차의 문제로 통합하였다.⁴⁴⁾

42) 수정 제14조 제1항 : 미합중국에서 출생하였거나 시민권을 부여받아 사법관할권의 대상에 속하는 모든 개인은 미합중국과 거주하는 주의 시민이다. 어느 주든 미합중국 시민의 특권 혹은 면책권을 약화시키는 여하한 법도 제정 또는 시행하여서는 아니되며; 개인의 생명, 자유 또는 재산을 적법절차에 의하지 아니하고 박탈하여서는 아니되고; 그 사법관할권 내에 있는 어떠한 개인에 대하여도 법의 평등한 보호를 부인하여서는 아니된다.

43) Dripps, Donald A., *The Origins, Development, and Future of Constitutional Criminal Procedure*, Connecticut: Praeger, 2003, 59면.

Rochin 사건처럼, 주에서의 유죄판결을 뒤집기 위해 적법절차 조항을 성공적으로 원용한 드문 사례에서, 연방 대법원은 적법절차 조항이 무엇을 지시하는지를 명확하게 정의하지 않고 법집행 공무원들이 양심을 뒤흔드는(conscience-shocking) 행위를 하지 않아야 한다고 판시하였다.⁴⁵⁾ Schmeber 사건에서 연방대법원은 경찰 활동이 통합적인 수정조항에 위배되지 않았더라도, 양심의 충격 공식에 의하여 실질적으로 실제적 적법절차의 침해를 인정할 수 있다고 함으로써 양심의 충격이라는 기준을 본격적으로 적용하였지만, 이 사건 이후에는 경찰활동이 쇼킹하였거나 부당한 것이었다는 이유를 들어(절차적 측면과는 별개로) 실제적 적법절차 원칙에 위배된다고 인정한 예가 없다.⁴⁶⁾

절차적 측면에서의 적법절차 위반에 관한 판결들은 일정하지 않다.⁴⁷⁾ 1961년 Mapp 사건 판결에서 Warren법원은 수정 제14조의 적법절차 조항을 근거로, 연방정부 뿐만 아니라 주와 지방정부의 행위에 대하여도 권리장전의 모든 조항을 실질적으로 적용하였다. 나아가 1966년에 Miranda 사건에서는 수정 제5조에 규정되어 있는 형사피고인의 자기부죄 거부의 권리를 보호하기 위한 포괄적인 규칙을 주와 연방기관 모두에 부과하였다. 그후 1960년대가 종료되기 전에 수정헌법 제6조에 규정되어 있는 변호인의 조력을 받을 권리와⁴⁸⁾ 배심원에 의한 재판을 받을 권리⁴⁹⁾ 그리고 수정헌법 제8조에 규정되어 있는 잔인하고 과도한 형벌을 받지 않을 권리⁵⁰⁾ 주에도 적용되었다.

44) Dripps, Donald A., 앞의 책(前註43), introduction(xiv), 58면.

45) Rochin 사건에서의 주된 쟁점은 경찰이 한밤중에 영장 없이 주거에 들어간 것과 위세척(stomach-pumping)을 실시한 것이 적법절차에 관한 피고인의 권리(due process rights)를 침해하였는가의 여부가 아니었다. 그것은 논쟁의 여지없이 긍정되었기 때문이다. 핵심적인 쟁점은 경찰이 불법적인 수사를 통해 확보된 증거에 대하여 위법수집증거 배제의 법칙을 적용할 것인가, 그리고 통상적인 법집행으로부터 수정 제4조에 대한 심각한 침해를 구별하기 위하여 양심의 충격이라는 용어를 사용할 수 있는가의 문제였다(Rochin v. California, 342 U.S. 165 (1952); Blum, Robert M., Brodin, Mark S., 앞의 책(前註15), 3면; Dripps, Donald A., 앞의 책(前註43), 56면).

46) Schmeber v. California, 384 U.S. 757 (1966). Dripps, Donald A., 앞의 책(前註43), 59면.

47) Dripps, Donald A., 앞의 책(前註43), 60면.

48) Gideon v. Wainwright, 372 U.S. 336(1963).

49) Duncan v. Louisiana, 391 U.S. 145(1968).

50) Robinson v. California, 370 U.S. 660(1962).

III. 헌법과 형사절차상 기본권

1. 헌법과 형사절차법

헌법은 하위법률의 모체가 되는 기본적인 사항만을 정하고 그 내용을 구체화하는 것은 하위법률의 임무에 속한다. 그럼에도 불구하고, 현행 헌법은 형사절차에 관한 세세한 권리까지 구체적으로 명문화하고 있다. 이러한 경향은 헌법 개정의 과정을 살펴보면 명확히 알 수 있듯이, 과거 권위주의 정권들이 형사규제를 사회통제의 수단으로 활용하는 과정에서 피의자 또는 피고인의 권리가 심각하게 침해되었던 어두운 경험으로부터 유래한다.⁵¹⁾

유신시대와 전두환 정권에서는 피의자와 피고인의 권리가 크게 약화되어 적법절차의 원칙은 유명무실한 상태였다. 그럼에도 불구하고, 헌법의 기본권 조항은 지속적으로 세부화 과정을 거쳐 왔으며, 오랜 군사독재에 대한 반동으로 성립한 현행 헌법에서는 형사절차의 기본 원칙과 기본권도 제헌 헌법에 비하여 훨씬 구체적으로 규정되기에 이르렀다<표 1>.

헌법이 형사절차상 기본권에 관하여 이처럼 상세하게 규정한 것은 미국법제의 영향으로 인한 것임은 명백하다. 그렇지만, 미국의 판례와 학설로부터 태동한 ‘헌법적 형사소송’ 이론이 한국의 형사사법 체계 내에서 지니는 의미는 사뭇 다르다. 헌법 규정에 의하여 법집행과 형사사법 절차를 직접 규율하는 미국과는 달리, 한국에서는 형사소송법을 포함한 여러 하위법령이 헌법의 기본권 조항을 실현할 제도적 장치와 절차들을 세부까지 구체화하고 있으며, 헌법은 단지 하위법령의 해석과 집행에 대한 가치평가를 통하여 간접적으로만 형사절차를 규율하기 때문이다.

형사소송법은 헌법상의 기본원칙을 거의 그대로 받아들여 다시 선언하거나, 특정한 헌법규정에 관한 일반적 해석론을 전제로 보다 구체적인 절차원칙을 제시하고 있다. 그리하여 헌법학자들은 형사절차법 규정이나 형사사법의 실무에 관하여는 관심을 기울이지 아니한 채 헌법이 선언한 일반원칙의 내용을 해명하는데 주력하는 반면, 형사법학

51) 노회법, ‘수사기관의 긴급처분과 영장주의’에 대한 토론문, 형사법과 헌법이념(제2권), 박영사, 2007, 57면도 볼 것.

<표 1> 제헌헌법과 현행헌법의 형사절차상 기본권조항

현행헌법	제헌헌법	미국연방수정헌법
형사절차법정주의·적정절차의 원칙(제12조①)	형사절차법정주의(제9조①)	적정절차의 원칙(수정 제5조, 제3문 후단)
고문금지·불이익진술거부권(제12조②)		자기부죄거부특권(수정 제5조 제3문 전단)
영장주의(제12조③, 제16조)	영장주의(제9조②)	영장주의(수정 제4조)
변호인의 조력을 받을 권리(제12조④)	변호인의 조력을 받을 권리(제9조③ 전단)	변호인의 조력을 받을 권리(수정 제6조 제4문)
구속사유 등을 고지받을 권리(제12조⑤)		공소의 내용과 이유를 고지받을 권리(수정 제6조 제1문 후단)
구속적부심사청구권(제12조⑥)	구속적부심사청구권(제9조③ 후단)	
자백배제·자백의 보강법칙(제12조⑦)		
행위시법주의(제13조① 전단)	행위시법주의(제23조 전단)	
일사부재리원칙(제13조① 후단)	일사부재리원칙(제23조 후단)	이중위험금지(수정 제5조 제2문)
법관에 의한 재판(제27조①)	법관에 의한 재판(제22조)	배심재판을 받을 권리(수정 제6조 제1문 전단)
군사법원에 의한 재판금지(제27조②)		
신속한 공개재판을 받을 권리(제27조③)	공개재판을 받을 권리(제24조 ①)	신속한 공개재판을 받을 권리(수정 제6조 제1문 전단)
피의자·피고인의 무죄추정(제27조④)		
피해자진술권(제27조⑤)		
형사보상청구권(제28조)	형사보상청구권(제24조②)	
		잔인하고 비정상적인 처벌 금지(수정 제8조)
		증인과의 대질, 유리한 증인을 확보할 권리(수정 제6조, 제2, 3문)

자들은 헌법이 규정한 상위의 기본원칙을 단지 형사소송법 규정의 정당성의 근거로 인용하면서 형사절차법의 해석에 주된 관심을 기울이게 된 것이다.

2. 형사소송법을 통한 기본권 보장

형사소송법은 1990년대 이후 민주화의 진전에 힘입어 적법절차에 의한 공정한 형사

사법 시스템을 복원하기 시작하였고, 2007년6월에는 법치주의를 정착시키고 인권보호를 강화하는 방향으로 대대적인 개정이 이루어졌다. 2003년에 출범한 사법개혁위원회는 지속적인 경제발전, 사회의 민주화, 국민의식 향상에 따른 현행 사법제도의 한계를 극복하는 동시에, 세계화·정보화·다원화로 대표되는 사회 환경 변화에 대응하기 위한 형사사법시스템 구축을 기본적인 목표로 삼았다.⁵²⁾ 사법개혁위원회의 건의에 기초하여 성립한 신형사소송법은 실체진실 발견의 효율화를 위하여 공판중심주의를 강화하였으며, 적법절차가 실질적으로 보장될 수 있도록 보석조건을 다양화하고 수사절차에서의 변호인 참여권을 명시하는 등 피의자와 피고인의 방어권을 강화하였다<표 2>.

<표 2> 헌법과 형사소송법

헌법	형사절차법 등의 규정
형사절차법정주의·적정절차의 원칙 (제12조①)	(공정한 재판을 보장하기 위한 제규정)
고문금지·불이익진술거부권 (제12조②)	형소법 제308조의2, 제309조, 제317조·제244조의3, 제283조의2
영장주의 (제12조③, 제16조)	형소법 제201조
변호인의 조력을 받을 권리 (제12조④)	형소법 제243조의2, 제282조, 제283조
구속사유 등을 고지받을 권리 (제12조⑤)	형소법 제72조, 제200조의5,
구속적부심사청구권 (제12조⑥)	형소법 제214조의2
자백배제·자백의 보장법칙 (제12조⑦)	형소법 제309조, 제310조
행위시법주의 (제13조① 전단)	형법 제1조
일사부재리원칙 (제13조① 후단)	소년법 제53조, 형소법 제326조, 기타 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 상소권회복 (제345조이하), 재심 (제420조), 비상상고 (제441조)를 인정함으로써 간접적으로 선언.
법관에 의한 재판 (제27조①)	법원조직법
군사법원에 의한 재판금지 (제27조②)	법원조직법
신속한 공개재판을 받을 권리 (제27조③)	형소법 제267조의2, 제318조의4
피의자·피고인의 무죄추정 (제27조④)	(예단배제, 기타 부당한 대우 금지를 위한 제규정)
피해자진술권 (제27조⑤)	형소법 제294조의2 내지 제294조의4
형사보상청구권 (제28조)	형소법 제194조의2이하, 형사보상법

52) 사법개혁위원회, 「사법개혁을 위한 건의문」 2004, 1-2면.

신형사소송법은 국제 인권기준과 시대변화를 반영하여 형사사법을 대대적으로 개혁한 것으로 평가된다. 따라서 헌법적 형사소송의 이념도 보다 실질적으로 구현될 것으로 기대된다. 그렇지만 다른 한편, 헌법의 기본권 조항은 미국법을 모범으로 하고 있으면서도, 형사사법 실무는 아직 구시대의 실무를 승계하고 있어서, 진술거부를 형사사법에 대한 협조 거부 또는 개전의 거부로 간주하는 등 형사사법기관의 권위주의적 직무행태도 사라지지 않고 있는 상황이다.

IV. 형사절차상 기본권보장의 원리

1. 적법절차의 원리

(1) 의 의

헌법은 제12조제1항에서 “누구든지 법률에 의하지 않고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다”고 규정하고, 동조 제3항에서도 “체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다”고 규정함으로써, 형사사법에 있어서 적법절차의 원리를 구체적이고도 명확하게 선언하고 있다. 우리나라의 학설과 판례도, 적법절차원리는 독자적인 헌법 원리로서 모든 공권력 행사에 일반적으로 적용되며, 형식적인 절차뿐만 아니라 실체적 측면에서의 합리성과 정당성을 모두 포괄하는 것으로 이해하고 있다.⁵³⁾

(2) 실무상 적용의 현실

적법절차가 구체적으로 무엇을 의미하는지는 명확하지 않다. 적법절차 원리는 형사 절차를 규율하는 추상적 일반원칙일 뿐, 그 자체로서 개별 사건을 규율할 구체적 내용

53) 헌법재판소 1992.12.24. 92헌가8; 헌법재판소 1993.7.29. 90헌바35; 헌법재판소 2003.01.30. 2001헌바95; 헌법재판소 2007.4.26. 2006헌바10.

을 가지고 있지 않기 때문이다. 형사소송법 학설은 독일 이론의 영향을 받아, 공정한 재판, 피고인 보호원칙 및 비례성원칙을 적법절차 원칙을 구체적으로 실현하기 위한 하부원리로 제시하고 있지만, 그 내용은 결국 진술거부권(헌법 제12조2항, 형소법 제308조의2 등), 변호인의 도움을 받을 권리(제12조4항, 형소법 제243조의2 등), 체포·구속적부심사제도(제12조6항, 형소법 제214조의2) 또는 무죄추정의 원리(제27조4항) 등 수많은 구체적인 세부원리에 의하여 보충된다.⁵⁴⁾ 헌법상의 절차원리가 거의 모두 형사소송법에 구체화되어 있는 우리 법제에서는, 형사소송법상의 개개 권리보장 규정들이 적법절차 원리의 침해여부에 대한 판단기준으로 작용하게 되는 것이다.

따라서 판례가 헌법 제12조의 적법절차 원리를 직접 원용한 사례는 그다지 많지 않고, 그 쟁점도 대부분 절차적 적법절차에 관한 문제이다. 헌법재판소는 “전과나 감호처분을 선고받은 사실 등 법정의 요건에 해당하기만 하면 재범의 위험성 유무를 불문하고 반드시 보호감호를 선고하여야 할 의무를 법관에게 부과한 「구 사회보호법」 제5조제1항⁵⁵⁾ 그리고 “자기에게 아무런 책임 없는 사유로 출석하지 못한 피고인에 대하여 별다른 증거조사도 없이 곧바로 유죄판결을 선고할 수 있도록 한 「구 소송촉진 등에 관한 특례법」 제23조는”⁵⁶⁾ 헌법 제12조제1항 후문의 적법절차원칙에 반한다거나, “검사가, 특정한 증인이 검찰에서의 진술을 번복하지 않도록 회유·압박하거나, 피고인측이 그 진술을 번복시키려고 접근하는 것을 예방·차단하기 위하여, 또는 그에게 면회·전화 등의 편의를 제공하는 기회로 이용하기 위하여 그를 자주 소환하였다면, 상대방은 증인이 어떠한 내용을 증언할 것인지를 알 수 없어 그에 대한 방어를 준비할 수 없게 되며 상대방이 가하는 예기치 못한 공격에 그대로 노출될 수밖에 없으므로, 헌법이 규정한 적법절차 원칙에 반한다”⁵⁷⁾고 판시하는 등, 헌법 제12조제1항을 원용하여 피의자와 피고인의 헌법적 권리를 보장하기 위한 절차원칙을 제시하고 있다.

한편, 대법원은 헌법 제12조제1항의 적법절차 원리를 직접 원용하지 아니하고, 영장주의 또는 변호인 선임권 보장 등 개별 법규의 해석론에 기초하여 법집행의 위법 여부

54) 배종대·이상돈, 「형사소송법(제7판)」 서울: 홍문사, 2006, 17면; 이재상, 「신형사소송법(제2판)」 서울: 박영사, 2008, 28면.

55) 헌법재판소 1989.7.12. 88헌가5, 8, 89헌가44 전원재판부.

56) 헌법재판소 1998.7.16. 97헌바22.

57) 헌법재판소 2001.8.30. 99헌바496 전원재판부.

를 판단하고 있다. 예컨대, “긴급체포는 영장주의 원칙에 대한 예외인 만큼 형사소송법 제200조의3 제1항의 요건을 모두 갖춘 경우에 한하여 허용되어야 하고, 그 요건을 갖추지 못한 긴급체포는 위법한 체포에 해당하는데, 긴급체포 당시의 상황에 비추어 그 요건의 충족 여부에 관한 검사나 사법경찰관의 판단이 현저히 합리성을 잃은 경우에는 그 체포는 위법한 것”이라고 하거나,⁵⁸⁾ 또는 “공소외인이 제1심 공판기일에 증인으로 출석하여 검찰에서의 진술을 반복하였다가, 다음 기일에는 ‘피고인의 처가 갓난아기를 안고 눈물을 흘리는 것을 보고 순간적으로 마음이 흔들렸기 때문에 허위진술을 하였다’고 증언한 것을 근거로 공소외인이 피고인과 그 가족들 면전에서 충분한 진술을 할 수 없다고 판단하여 그에 대한 증인신문 절차의 공개를 금지한다는 결정을 선고하였다면, 그 결정은 피고인의 공개재판을 받을 권리를 침해한 것”⁵⁹⁾이라고 판시하고 있는데, 이러한 사례를 통하여 확인되는 바와 같이, 대법원은 형사절차상 기본권 보장에 관한 헌법정신을 구현한 개별규정의 해석에 기초하여 법집행의 적법성과 적정성을 심사함으로써 헌법 제12조제1항이 선언한 적법절차를 실현하고 있는 것이다.

이러한 관점에서 형사사법에 있어서 적법절차의 원리란 헌법과 형사절차법이 규정한 개개의 절차원칙을 포괄하는 상위의 일반원칙에 해당한다. 따라서 - 후술하는 바와 같이 - 형사사법기관의 법집행이 형식적으로는 법령을 위반하지 않았더라도, 실질적인 측면에서 적정성을 잃은 것이라면 그 행위는 적법절차에 위배된 것으로 평가될 수 있다.

2. 위법수집증거 배제법칙

(1) 종래의 이론과 실무

가. 학설과 판례의 대립

위법수집증거 배제법칙(exclusionary rule)은 미국 연방대법원 판례로부터 발전한 것으로, 적법절차 원리를 실질적으로 강제하기 위한 가장 전형적 수단(절차원리)이다. 그러나 그 의미와 적용범위에 관하여는 논쟁이 계속되고 있다.

58) 대법원 2008.3.27. 선고 2007도11400.

59) 대법원 2005.10.28. 선고 2005도5854 판결.

우리나라에서도, 다수설은 진술증거 뿐만 아니라 비진술증거에 대하여도 위법수집증거 배제법칙이 적용되며, 위법하게 수집된 증거에 기초하여 부수적으로 획득한 제2차적 증거에 대하여도 증거능력을 부인하여야 한다고 주장해 왔다.⁶⁰⁾ 그러나 대법원은 진술증거와 비진술증거를 나누어, 위법하게 수집된 진술증거는 증거능력이 배제되지만, 비진술증거에 대하여는 위법수집증거 배제법칙이 적용되지 않는다는 입장을 오랫동안 유지해 왔다. 즉, 위법한 체포에 의하여 유지된 상태에서 작성된 진술조서는 위법하게 수집된 증거로서 특별한 사정이 없는 한 이를 유죄의 증거로 할 수 없지만,⁶¹⁾ 경찰관들이 영장 없이 노래연습장을 검색하면서 적법한 압수절차를 거치지 아니하고 플라스틱 통에 들어 있던 음료를 취거한 경우에, 그 압수절차가 위법하였더라도 그 물건자체의 성질, 형태에 변경을 가져오는 것은 아니어서 그 형태, 성질 등에 관한 증거가치에는 변함이 없다는 것이다.⁶²⁾

나. 형사소송법 제308조의2와 판례의 변화

신형사소송법은 제308조의2를 신설하여 “적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다”고 규정함으로써 위법수집증거 배제 법칙을 둘러싼 학설과 판례의 다툼을 입법적으로 해결하고자 하였다. 그리하여 전통적인 실무관행에도 변화가 불가피해 졌으며, 실제로 신형사소송법이 시행되기 직전인 2007년11월15일 대법원 전원합의체 판결은 위법수집증거 배제법칙의 적용대상 증거에 관한 종전의 입장을 변경하였다.⁶³⁾ 대법원은 “기본적 인권 보장을 위하여 압수수색에 관한 적법절차와 영장주의의 근간을 선언한 헌법과 이를 이어받아 실체적 진실 규명과 개인의 권리보호 이념을 조화롭게 실현할 수 있도록 압수수색절차에 관한 구체적 기준을 마련하고 있는 형사소송법의 규범력은 확고히 유지되어야 한다”는 전제 하에, “헌법과 형사소송법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 기본적 인권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않은 것으로서 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다”고 선언하였다.

60) 배종대·이상돈, 앞의 책(前註54), 569면; 신동운, 「간추린 신형사소송법」, 서울: 법문사, 2007, 131면; 이재상, 앞의 책(前註54), 543면.

61) 대법원 2002.6.11. 2000도5701; 대법원 2003.3.27. 2002도81 결정; 대법원 2005.11.10. 2004도42 등.

62) 대법원 1987.6.23. 87도705; 대법원 1994.2.8. 93도3318; 대법원 2005.10.28. 2004도4731.

63) 대법원 2007.11.15. 2007노3061.

“수사기관의 위법한 압수수색을 억제하고 재발을 방지하는 가장 효과적이고 확실한 대응책은 이를 통하여 수집한 증거는 물론 이를 기초로 하여 획득한 2차적 증거를 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없도록 하는 것”이라는 점을 이유로 들고 있는데, 이는 전술한 미국 연방대법원의 기본입장과도 일치한다.

(2) 위법수집증거의 범위에 관한 이론

가. 현황

위법수집증거 배제법칙에는 두 가지 쟁점이 내포되어 있다. 증거수집의 위법성과 증거능력이 배제되어야 할 증거의 범위이다. 첫 번째 쟁점, 즉 증거수집 방법의 위법성에 대한 판단은 특히 형사소송법 제308조의2가 ‘위법하게 수집된 증거’가 아니라 ‘적법한 절차에 의하지 아니하고 수집된 증거’라고 규정하였기 때문에 그 의미에 관하여 논란의 여지가 있다.⁶⁴⁾ 두 번째는 적법절차에 의하지 아니하고 수집된 증거에 대하여는 언제나 증거능력을 부인하여야 하는가의 문제이다.⁶⁵⁾ 만일 유죄의 결정적 증거라 할지라도 그 수집절차에 사소한 규정위반이 있으면 모두 이를 배척해야 한다면 우리 사회는 형사사법의 정의구현을 위하여 막대한 추가비용을 지불해야 할 것이다.

형사소송법 학설의 대세는 독일의 ‘증거금지(Beweisverbote)’이론’을 원용하여 이 문제의 해법을 찾고 있다.⁶⁶⁾ 하태영은 위법수집증거의 증거능력에 관한 이론으로서 ‘법

64) 법원행정처, 「형사소송법 개정법률 해설」, 2007, 124면; 법무부, 「개정형사소송법」, 2007, 226면. 법률안 작성당시 검찰은 배제되는 증거의 범위를 가능한 한 제한하려는 목적에서 ‘위법한 수집’이라는 표현을 버리고 ‘적법한 절차에 의하지 아니한 수집’이라는 표현을 고집한 것으로 알려져 있다. 수사기관의 활동이 실질적으로 위법한가의 여부를 불문하고 법률에 규정된 형식 절차를 준수하면 족한 것으로 규정함으로써 증거능력 제한을 다소 완화하는 효과를 거둘 수 있으리라는 취지로 이해된다. 이에 반하여, 검찰의 의도와는 반대로 후자의 표현이 전자보다 더 포괄적으로 해석된다고 하는 주장도 제기되었지만(2007년 10월 20일 한국형사법학회 추계학술대회에서의 토론과정에서), 논의의 실익은 거의 없는 것으로 판단된다. 왜냐하면, 두 가지 표현 모두 해석에 의하여 구체화될 여지가 있는 만큼, 둘 중 어느 표현에 의하여 배제되어야 할 증거가 다른 표현에 의하면 결코 배제될 수 없다고 하는 논리적 모순관계는 존재하지 않기 때문이다.

65) 증거수집의 절차가 적법하면 언제나 증거능력이 인정되어야 하는 것은 물론 아니다. 증거수집 절차의 위법성 여부를 불문하고 언제나 증거능력이 부인되는 증거에 관하여는 다른 기회에 검토한다(하태영, 개정형사소송법 제308조의2 위법수집증거배제법칙의 법적 의미와 적용범위, 「형사법연구」 제19권 제4호(2007), 176면 이하 참고).

66) 배종대·이상돈, 「형사소송법」(前註54), 567면이하; 이재상, 「신형사소송법」(前註54), 면; 하태영,

영역론」, 「보호목적론」, 「이익형량론」 및 「가설적 수사상황론」 등을 소개하고 있는데,⁶⁷⁾ 「가설적 수사상황론」을 제외한 나머지 이론들은 - 전술한 - 범죄통제이념과 적법절차이념의 대립과 본질적으로 동일한 논리구조를 가지고 있다. 즉, 위법하게 수집된 증거의 효용(범죄통제의 이익)과 적법절차를 통한 기본권 보장의 요구 사이에서 균형을 추구하는 것이다.

다만, 증거가치 내지 국가의 형사소추 권한(의무)과 규범의 보호목적(이익)의 대립구조로 접근하는 독일 이론과, 공동체 질서와 개인의 자유를 대치시키는 미국 이론에는 각각의 ‘헌법관’이 전제되어 있는 것으로 보인다. 즉, 독일의 「규범력 강화 내지 가치실현적 헌법관」과⁶⁸⁾ 미국의 「제한규범적 또는 자유주의적 헌법관」이⁶⁹⁾ 각각 전제되어 있는 것이다. 그렇지만, 질서와 자유라는 양극단 사이에서 어느 쪽을 얼마나 중시하는가에 따라 양쪽 모두 다양한 스펙트럼이 존재할 수 있고, 실무상 적용을 위한 방법론적 시각이 달라질 수 있을 뿐이어서, 증거제한에 관한 논리의 구체적인 부분에서 본질적인 차이는 발생하지 않을 것이다. 실제로 이 문제에 관한 미국과 독일의 이론은 “상당히 근접해 있다. 즉 미국에서도 위법수집증거 배제법칙의 적용을 합리적으로 제한하려고 하는 시도가 있는 반면, 독일의 경우에는 점차로 증거제한을 확대하는 추세에 있다.”⁷⁰⁾

나. 질서와 자유: 이익의 교량

끊임없이 변화 발전하는 사회상황 속에서, 범죄통제(질서)와 기본권보장(자유)이라

앞의 논문(前註65), 168면이하; 한영수, 위법수집증거(물)의 배제 또는 사용에 관한 체계적인 이론의 형성-독일의 증거금지이론에 입각하여 -, 「형사법연구」 제11호(1999), 412면 이하.
67) 하태영, 앞의 논문(前註65), 168면 이하.

68) 국민의 기본적 권리로서의 자유를 법률에 의하여 제한 가능한 「법률 안에서의 자유」로 보는 엘리네크 또는 「국가를 위한 자유」로 파악하는 스텐트는 물론이고, 시민의 기본권 보장에 대하여 절대적 가치를 인정한 슈미트도 「개인의 권리는 국가에 의하여 보장된다(국가는 개인적 자유 보장을 위한 수단)」고 보는 점에서 가치실현 내지 규범력 강화라는 법치국가적 요소를 강조하는 헌법관이라고 이해할 수 있을 것이다(권영성, 「형법학원론(개정판)」, 법문사, 2008, 35면 이하 참조).

69) 미국은 독립전쟁을 통하여 영국의 억압으로부터 자유를 쟁취함으로써 건국되었다. 그리하여 연방헌법(과 권리장전)의 근간에는 각주의 자유를 위하여 연방정부의 권한을 억제하고 개인의 자유를 보장하기 위하여 국가권력을 제한하려는 사고가 내재되어 있는 것이다(권영성, 앞의 책(前註68), 29면 이하도 볼 것).

70) 한영수, 앞의 논문(前註66), 402면

는 상충하는 이념적 가치를 정확하게 교량(較量)하는 것은 매우 어려운 일이다. 어느 하나의 일반이론에 기초하여 모든 문제 상황을 해결한다는 것도 가능한 일이 아니다. 결국, 특정한 증거가 적법절차에 의하지 아니하고 수집한 증거에 해당하는지 아닌지 판단하기 위하여는 법령위반의 내용 및 정도, 침해된 권리의 성질, 실체적 진실발견의 필요성 등을 종합적으로 비교 평가할 수밖에 없다.⁷¹⁾

“긴급체포의 적법성 여부는 긴급체포 당시의 상황에 비추어 판단해야 하는데, 긴급체포 요건의 존부에 관한 검사나 사법경찰관의 판단이 경험칙에 비추어 현저히 합리성을 잃은 경우에는 그 체포는 위법한 체포에 해당하며, 그 체포에 의한 유치 중에 작성된 진술조서는 위법하게 수집된 증거”라는 대법원 판례,⁷²⁾ 또는 “경찰이 피의자를 유치장에 수용하는 과정에서 피의자들로 하여금 경찰관에게 등을 보인 채 상의를 속옷과 함께 거드랑이까지 올리고 하의를 속옷과 함께 무릎까지 내린 상태에서 3회에 걸쳐 앉았다 일어서게 하는 방법으로 실시한 신체수색은” (그것이 형식상으로는 「구 행형법」 제68조 및 「구 피의자 유치 및 호송규칙」 제8조, 제10조의 규정에 의한 것일지라도) 헌법 제10조 및 제12조에 위배되는 위법한 것이라는 (따라서 그 신체수색과정에서 증거를 발견하였다면 그것은 위법수집증거가 된다) 헌법재판소 판례⁷³⁾ 등이 시사하는 것처럼, 증거수집 당시의 제반 정황을 종합적으로 고려한 사후판단에 의하여 실질적으로 절차의 적법여부를 판단할 수밖에 없다.

이 때, 이익교량의 구체적 기준을 유형적으로 분석해 보는 것은 물론 가능하고 또한 유용한 작업이지만, 위법한 증거수집의 유형을 아무리 세밀하게 분류하더라도 증거가치의 인부를 명료하게 확인하기 어려운 한계사례는 존재할 수밖에 없고, 그러한 사례에 대하여는 법원의 (실질적인) 가치판단이 불가피하다는 의미에서 유형적 분석의 효과는 제한적이다.

이상을 요약하면 첫째, 증거수집절차가 명백히 법령에 위배되는 경우, 즉 “적법절차의 실질적 내용을 침해한 경우”⁷⁴⁾에는 언제나 해당 증거의 증거능력이 배제되어야 한다. 둘째, 증거수집 절차가 형식적으로 법령을 위반한 것은 아닐지라도 실질적으로 ‘적

71) 법무부, 「개정형사소송법」, 2007, 226면.

72) 대법원 2002.6.11. 2000도5701.

73) 헌법재판소 2000.7.18. 2000헌마327.

74) 대법원 전원합의체 2007.11.15. 2007도3061.

법절차의 내용을 침해'하였다면 증거능력이 부인된다. 셋째, 적법절차원리의 침해여부가 불분명한 사례에서는, 실체진실 발견의 중요성과 적법절차를 통한 인권보장의 필요성을 비교형량하여 결론을 내릴 수밖에 없다. 이 때 법령의 취지(규범의 보호목적)와 비례성(공동체와 개인의 이익에 대한 비교형량)이 모두 고려되어야 함은 물론이다.

다. 위법수집증거의 범위

① 진술증거

(가) 위법수집증거 배제법칙은 증거가치의 인정에 관한 일반원칙이므로, 특정한 증거에 한하여 적용되는 구체적 제한규정이 우선적으로 적용된다. 따라서 임의성 없는 자백에 대하여는 형사소송법 제309조의 자백배제 법칙이 우선 적용되어야 하므로, 자백에 임의성이 없거나 의심스러운 경우에는 위법수집증거 배제법칙을 원용할 필요 없이 제309조에 의하여 증거능력이 부인된다. 임의적인 자백이었다 할지라도 언제나 증거능력이 인정되는 것은 아니다. 적법절차에 의하지 아니하고 획득된 자백이라면, 그것이 임의적으로 이루어졌다 하더라도 제308조의2에 의하여 증거능력이 부인되어야 한다.⁷⁵⁾

(나) 자백 이외의 진술증거의 경우에는 임의성 여하가 아니라, 증거획득 절차의 적법성이 직접 문제된다. 물론, 그 진술의 임의성을 부인할 만한 사유가 존재한다면 대부분의 경우, 절차의 적법성도 부인될 것이다. 아무튼, 여기에서는 - 후술하는- 영장주의, 진술거부권(제200조제2항, 289조), 접견교통권(제34조) 등에 의하여 보호되는 피의자·피고인의 권리 침해 여부가 우선적으로 심사되어야 하며, 만일 그 진술이 해당 법령을 위반하여 획득된 것이라면, 위법하게 수집된 증거로서 증거능력을 배제하여야 한다.⁷⁶⁾

② 비진술증거

영장주의 또는 기타 법에 정한 절차에 의하지 아니하고 수집된 압수물 등에 대하여는

75) 前註 36), 37) 및 41)과 그 본문 참조.

76) 수사기관이 진술거부권을 고지하지 않은 채 피의자의 진술을 획득하였다면 그 피의자의 진술은 위법하게 수집된 증거로서 임의성이 인정되더라도 증거능력이 부인된다고 한 사례(대법원 1992.6.23. 92도682). 검사의 피의자신문이 변호인의 접견교통을 금지한 위법상태에서 행해진 것이라면, 그 진술의 임의성을 검토할 필요조차 없이 변호인의 조력을 받을 권리를 침해한 위법이 인정되므로 그 진술조서의 증거능력을 인정할 수 없다고 판시한 사례(대법원 1990.9.25. 90도 1586). 대법원의 이러한 입장은 미국 연방대법원의 견해와 일치한다(前註41)과 그 본문 참조).

증거능력이 인정되지 않는다.⁷⁷⁾

그 밖에도 예컨대, 사인이 범죄의 증거를 수집하기 위하여 비밀리에 타인의 진술을 녹음하여 제출한 테이프와 녹취록 등은 통신비밀보호법 제14조에 위반하여 수집된 증거이므로 증거능력이 배제된다. 그렇지만, 가해자가 범행 후 피해자에게 전화를 걸어오자 피해자가 증거를 수집하기 위하여 그 통화내용을 녹음한 경우에는 그 테이프 또는 녹취록에 대하여 증거능력을 인정할 수 있다.⁷⁸⁾

라. 위법수집증거에 의해 파생된 증거(독수의 과실)

위법하게 수집된 증거를 통하여 부수적으로 획득된 증거에 대하여도 원칙적으로 증거능력을 인정할 수 없다. “수사기관의 위법한 압수수색을 억제하고 재발을 방지하는 가장 효과적이고 확실한 대응책은 이를 통하여 수집한 증거는 물론 이를 기초로 하여 획득한 2차적 증거를 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없도록 하는 것”이기 때문이다.⁷⁹⁾

3. 영장주의

(1) 의의

헌법 제12조3항은 “체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다”고 규정하였으며, 제16조는 주거에 대한 압수나 수색을 할 때에도 “검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다”고 규정하고 있다. 이에 따라 형사소송법도 각종 영장의 신청과 발부 및 집행, 그리고 영장주의의 예외에 관하여 상세하게 규정하고 있다. 강제처분에 관한 주요 쟁점은 대부분 이 문제와 관련되어 있으며 -미국에서와 마찬가지로- 형사절차에서

77) 배종대·이상돈, 앞의 책(前註54), 572면; 이재상, 앞의 책(前註54), 546-547면; 하태영, 앞의 논문(前註65), 169면, <표 3> 참조. 예컨대, 사법경찰관 사무취급이 사고현장에서 긴급하게 실황조서를 작성하였다면 그것은 형사소송법 제216조제3항의 검증에 해당하므로, 사후영장을 받지 않았다면 그 실황조서는 유죄의 증거로 삼을 수 없다고 한 사례(대법원 1989.3.14. 88도1399).

78) 대법원 1997.3.28. 97도240.

79) 前註24)과 그 본문 참조. 대법원 2007.11.15. 2007도3061 전원합의체판결.

의 기본권 침해를 둘러싼 논쟁이 가장 빈번하게 발생하는 문제영역이기도 하다. 따라서 논점도 매우 다양하지만, 여기서는 인신구속에 한하여 주요 쟁점의 핵심적 내용만을 검토하고자 한다.

형사소송법의 인신구속제도는 수사를 위한 단기간의 신병확보를 주목적으로 하는 체포와 피의자 및 피고인의 도주 또는 증거인멸을 방지하기 위하여 비교적 장기간에 걸쳐 행해지는 구속으로 이원화되어 있다. 구속의 경우에는 피고인과 피의자가 모두 그 대상이 될 수 있으며, 어느 경우에도 법관이 발부한 영장에 의하여 행해져야 한다. 체포는 피의자만을 대상으로 하며 역시 영장에 의한 체포가 원칙이지만, 영장없이 행할 수 있는 긴급체포와 현행범체포도 인정되고 있다. 인신구속의 남용을 방지하고 불법 부당하게 신병을 구속당한 피의자·피고인의 권리구제를 위하여 구속영장 실질심사, 구속취소, 구속의 집행정지, 체포·구속적부심사 및 보석 등이 인정되고 있다.

(2) 종래의 실무운용상 문제점

가. 긴급체포의 남용

체포제도는 구속영장 청구를 피하기 위한 편법으로 임의동행이 남용되는 폐해를 시정하기 위하여 1995년에 도입된 것이다.⁸⁰⁾ 따라서 영장에 의한 통상체포가 원칙이고, 긴급체포는 형사소송법 제203조의3 제1항의 요건을 모두 갖춘 경우에 한하여 예외적으로만 허용된다. 그러나 실무에서는 자백획득 또는 수사편의를 위해 긴급체포를 남용함으로써 체포제도를 도입한 취지가 크게 훼손되었다.⁸¹⁾

나. 영장없는 체포의 문제

긴급체포한 피의자를 구속하고자 할 때 검사는 지체없이 구속영장을 청구하여야 하며, 여기서 지체없이 청구한다 함은 늦어도 피의자를 체포한 때부터 48시간 이내에는

80) 체포제도 도입의 자세한 경위는 이완규, 수사기관의 긴급처분과 영장주의, 『형사법과 헌법이념(제2권)』, 박영사, 2007, 26면 이하.

81) 강일원, 인신구속제도의 개선, 『사법개혁추진위원회 전문위원보고서(상)』, 2000, 9면; 노희범, 앞의 토론문(前註51), 58면.

구속영장을 청구하여야 한다는 의미이다(제200조의4 제1항). 그러나 수사기관이 피의자를 긴급체포한 후 구속영장을 청구하지 않고 석방하는 경우, 영장 없는 체포를 허용하는 결과가 되어 영장주의에 위배된다고 볼 소지가 있다.⁸²⁾ 이러한 문제점을 완화하기 위하여 신형사소송법은 긴급체포에 대한 사후통제 방법을 강구하였지만(제200조의4 제4항), - 후술하는 바와 같이 - 문제가 완전히 해소된 것으로 보이지는 않는다.

다. 구속의 남용

수사는 원칙적으로 임의적 수단에 의존하여야 하고 강제수사는 법률에 규정된 경우에 한하여 예외적으로 허용된다. 더구나, 구속은 장기간동안 신체 자유를 박탈하는 처분이므로 더욱 신중하여야 하며 형사소송법도 부당한 구속을 제한하거나 불법부당하게 구속된 자를 구제하기 위한 통제수단을 규정하고 있다. 그럼에도 불구하고, 실무에서는 수사상의 편의를 위하여 또는 형벌을 대체하는 응징수단이나 피해배상을 강제하기 위한 수단으로 구속제도가 남용되는 경향이 있다.⁸³⁾

라. 영장실질심사제도의 문제

형사소송법은 구속이 남용되는 문제점을 해소하기 위하여 ‘영장실질심사제도’를 도입하였다. 구형사소송법은 1997년 이래, 체포된 피의자에 대하여는 피의자측의 신청이 있는 경우에 한하여 피의자신문을 실시할 수 있으며, 미체포 피의자의 경우에는 판사의 재량에 따라 피의자를 구인하여 심문할 수 있도록 규정하였으나, 신형사소송법은 모든 영장청구 사건에 대하여 필수적으로 피의자신문을 거치도록 함으로써 실질심사를 강화하였다.

그렇지만 실무에서는 종래에도 구속영장 청구사건의 대부분에 대하여 피의자신문을 실시하였으므로 특별히 변하는 것은 없을 것이라고 한다. 다만, 극히 예외적이긴 했지만, 피의자에 대한 직접 심문 없이 수사기록만으로 영장심사를 행하던 실무관행은 해소될 것으로 기대된다.⁸⁴⁾

82) 신동운, 앞의 책(前註60), 89면; 이완규, 앞의 논문(前註80), 4면 이하.

83) 강일원, 앞의 글(前註81), 7면.

84) 강일원, 앞의 글(前註81), 8면; 이광영, ‘개정 형사소송법상 인신구속제도에 관한 고찰’에 대한 토론

(3) 신형사소송법의 내용과 한계

가. 구속사유의 구체화

구속영장 발부사유에 관하여 구법은, 범죄혐의 외에 주거부정, 증거인멸 및 도주우려의 세가지 사유만을 요구하였기 때문에, 중대범죄 피의자의 구속을 둘러싸고 구속의 당부에 관한 논란이 벌어지곤 하였다. 신형사소송법은 제70조 제2항을 신설하여 “범죄의 중대성, 재범의 위험성, 피해자 등 중요 참고인 등에 대한 위해 우려 등을 함께 고려”하여야 한다고 규정함으로써, 종래의 실무관행을 명문으로 승인하였다.⁸⁵⁾

그렇지만 신법에 의하더라도 구속기준이 반드시 명확한 것은 아니다. 피의자가 장래 재범의 우려가 있는지, 피해자 또는 중요 참고인에 대하여 위해를 가할 우려가 있는지를 정확하게 예측한다는 것은 매우 어려운 일이기 때문이다. 단순한 직관에 의하여 피의자의 신병을 구속하는 것은 영장주의를 선언한 헌법정신에 반한다.

따라서 피의자의 ‘위험성’을 근거로 영장을 청구할 지위에 있는 검찰은 법원이 일응 수긍할 수 있을만한 최소한의 위험성 평가척도를 구축할 필요가 있을 것이다. 피의자의 전과사실, 사회·경제적 지위, 범행수법, 피해자와의 관계 등 제반의 객관적 요소들이 그 평가요소에 포함되어야 할 것이다.⁸⁶⁾

나. 긴급체포 요건과 구속사유의 판단

형사소송법 제200조의3 제1항은 피의자가 사형·무기 또는 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있으며 긴급을 요하는 경우, 증거를 인멸할 우려 또는 도망하거나 도망할 우려가 있는 때 긴급체포할 수 있다고 규정하고 있다. 구법이 “제70조제1항 제2호 및 제3호에 해당하는 사유”라고 규정한

문, 「형사법연구」 제19권4호(2007), 34면.

85) 법무부, 「개정형사소송법」, 2007, 38면.

86) 이것은 피해자 및 증인보호를 위한 위험성 평가척도의 구축과 매우 유사하다. 가해자의 위험성 평가에 관하여는 김용세·김재민, 범죄현장에서의 피해자보호와 경찰관 교육방안, 치안정책연구소, 2006, 69면 이하; 김재민, 가정폭력피해자 신변안전 확보 과정에서 수사경찰의 위험성평가에 관한연구, 피해자학연구 제14권제2호(2006), 301면 이하; 김재민, 경찰의 가정폭력 위기개입과 관련된 법적 문제점 검토, 형사정책 제18권제2호(2006), 181면 이하 등을 볼 것.

것에 비하여, 신법은 그 내용을 풀어서 기재함으로써 긴급체포 요건을 보다 명료하게 제시하고자 한 것으로 이해된다. 대법원은, “긴급체포의 요건을 갖추었는지 여부는 사 후에 밝혀진 사정을 기초로 판단하는 것이 아니라 체포 당시의 상황을 기초로 판단하여야 하고 ... 긴급체포 당시의 상황으로 보아서도 그 요건의 충족 여부에 관한 검사나 사법경찰관의 판단이 경험칙에 비추어 현저히 합리성을 잃은 경우에는 그 체포는 위법한 체포”라고 함으로써,⁸⁷⁾ 긴급체포 당시의 제반정황을 종합적으로 평가하여 긴급체포의 적법성을 판단하고 있다.

아무튼, 제200조의3 제1항이 정한 긴급체포 요건은 사실상 제70조 소정의 구속사유와 거의 같다고 할 수 있는데, 실무에서는 (a)범죄의 소명이 있는가 (b)도주, 증거인멸의 우려가 있는가 (c)(긴급체포의 경우) 판사의 체포영장을 받을 수 없을만큼 긴급한 상황이었는가의 여부를 둘러싸고 검찰과 법원의 논쟁이 계속되어 왔다. 검찰에서는 법원이 긴급체포의 요건(또는 구속사유)을 지나치게 엄격하게 판단함으로써 신병구금의 단계에서 거의 유죄의 증명을 요구하는 것과 같다고 인식하고 있는 반면,⁸⁸⁾ 법원은 검찰의 구속사유 소명이 일반적으로 부실한 편이라고 판단하고 있는 것으로 보인다.⁸⁹⁾

생각건대, 형사소송법이 임의수사를 원칙으로 하고 있음은 명백하므로, (구속영장을 청구하거나, 긴급체포의 적법성을 주장하는) 검찰은 적어도 (a)피의자가 (중한) 죄를 범하였다고 의심할만한 상당한 이유가 있으며 (b)‘피의자를 우연히 발견한 것’과 같은 정도로 긴급한 상황이었거나 (긴급체포의 경우), (c)피의자를 풀어주는 경우에는 도망 또는 증거인멸의 우려가 있(었)다는 사실을 소명할 필요가 있다. 그 소명의 정도는 물론, ‘합리적 의심이 없을 정도’에 이를 필요는 없다. 다만, 피의자가 죄를 범하지 않았음이 확인되지 않았거나, 피의자의 신병을 구금하지 않으면 유죄를 증명하지 못할 것이라는 이유보다는 더 구체적인 명확한 근거를 제시할 필요가 있다.

형사사법에 있어서 헌법 이념을 구현하고 신형사소송법의 인권보장 원칙을 준수하기 위하여 검찰은 전통적인 실무관행을 탈피하여, - 전술한 위험성판단의 척도와 비슷하게 - 신병구금의 요건사실 소명에 관한 구체적 기준을 마련할 필요가 있다.

87) 대법원 2002.6.11. 2000도5701 등.

88) 오택립, ‘개정 형사소송법상 인신구속제도에 관한 고찰’에 대한 토론편, 「형사법연구」 제19권4호(2007), 24-26면.

89) 이광영, 앞의 토론편(前註84), 32면.

다. 긴급체포한 피의자의 석방통지

신형사소송법 제200조의4는 전술한 바와 같이, 긴급체포한 피의자를 구속하고자 할 때에는 검사가 “지체 없이” 관할 지방법원판사에게 구속영장을 청구하도록 하였으며, 긴급체포 후 구속영장을 청구하지 않은 채 석방한 경우에는 체포와 석방의 경위 등을 법원에 통지하도록 함으로써 긴급체포에 대한 사후통제를 시도하고 있다. 그러나 수사기관이 피의자를 긴급체포한 후에 구속영장을 청구하지 않고 석방한 다음 그 사실을 법원에 통지한 경우, 그것이 부당한 긴급체포였다고 판단되면 법원이 어떠한 조치를 취할 수 있는지가 불분명하다.⁹⁰⁾

라. 영장실질심사제도 개선

구법이 피의자의 신청 또는 법관의 판단에 따라 임의적으로 구속전 피의자심문을 행할 수 있도록 한 것에 대하여, 신형사소송법은 필요적 피의자심문제도를 도입함으로써(제201조의2) 피의자를 구속할 때에는 언제나 구속영장 발부의 당부에 관한 사법심사가 이루어지도록 하였다. 이것은 체포된 피의자를 불필요한 지체 없이 치안판사의 면전에 인치하여 체포의 당부에 관한 사법판단을 받게 하는 미국 연방형사소송법(Federal Rules of Criminal Procedure) 제5조의 혐의인부절차(initial appearance) 또는 보석개혁법(Bail Reform Act)에 따라 피고인을 치안판사의 면전에 인치하여 구속의 필요성 여부를 심사하도록 하는 구금심문(detention hearing)과 유사한 제도로써, 수사기관의 일방적 주장에 기초하여 영장을 발부할 것이 아니라 법관이 직접 피의자를 심문하여 구속의 필요성 등을 판단함으로써 영장주의의 실효성을 담보하는 의미를 지닌다.

신법이 수사기관이 피의자를 체포하지 않은 상태에서 구속영장을 청구하는 경우에도 반드시 피의자 심문을 거치도록 함으로써 피의자의 인권보장이 강화되고 영장주의를 선언한 헌법정신이 더 잘 구현될 수 있을 것으로 기대되는 한편, 수사 비공개 원칙과 구속의 기습적 성격에 반한다는 지적도 있다.⁹¹⁾ 이러한 비판에 대하여는, 미체포 피의

90) 이광영, 앞의 토론문(前註84), 30-31면.

91) 이경재, 개정형사소송법상 인신구속제도에 관한 고찰, 『형사법연구』 제19권4호(2007), 17면; 오택림, 앞의 토론문(前註88), 27면.

자를 구속하기 위하여는 미리 구인을 위한 구속영장을 발부하여 피의자의 신병을 확보하므로 영장주의에 반하는 것은 아니고, 심문절차가 비공개로 진행되므로 수사비공개 원칙을 침해하지도 않는다는 반론이 있다.⁹²⁾

생각건대, 영장실질심사제도는 구속영장의 남발을 방지하고 영장주의 원칙을 실질적으로 실현하기 위한 것이므로 체포된 피의자와 미체포 피의자를 구별해야 할 합리적 이유는 찾기 어렵다. 사건의 성질에 따라서는 피의자신문 결과 영장이 발부되지 아니하는 경우에 피의자가 향후의 수사에 대비할 수도 있을 것이란 점에서, 수사기관의 활동에 지장이 초래될 우려가 있는 것은 사실이라고 생각되지만, 이 점도 체포된 피의자와 미체포 피의자를 구별할 이유가 될 수는 없다.

4. 변호인의 조력을 받을 권리

(1) 의 의

헌법 제12조제4항은 “누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다. 형사피고인이 스스로 변호인을 구할 수 없을 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 국가가 변호인을 붙인다”고 규정하고 있다. 변호인의 조력을 받을 권리는 피의자와 피고인의 변호인 선임권(형소법 제30조, 33조)과 변호인과의 접견교통권(제34조)을 내용으로 한다.

가. 변호인선임권 보장

사선변호인을 선임할 수 없는 피의자 등을 위한 국선변호인 선정은 변호인선임권의 보장을 위한 핵심적 요소이다. 2006년 7월과 2007년 6월 형사소송법 개정을 통하여 국선변호인 선정 범위가 크게 확대되었다. 구속된 피고인에게 변호인이 없는 경우도 필요적 국선변호인 선정사유에 추가되었고(제33조제1항제1호), 필요적 선정과 신청에 의한 선정 외에 법원의 직권에 의한 선정도 가능하게 하였으며(제33조제3항), 체포·구속적부심사(제214조의2 제9항) 및 영장실질심사(제201조의2 제10항)에서도 국선변호

92) 이광영, 앞의 토론문(前註84), 35면.

인을 붙일 수 있도록 하였다. 그러나 불구속 피고인 및 구속영장 청구 전의 피의자는 여전히 국선변호인 선정대상에서 제외된다.

나. 접견교통권의 확대

변호인의 조력을 받을 권리의 핵심은 신체구속을 당한 사람과 변호인과의 접견교통권이다. 변호인과의 접견교통권은 국가안전보장, 질서유지, 공공복리 등 어떠한 명분으로도 제한될 수 없으며, 접견교통권을 ‘충분히’ 보장하기 위하여는 첫째, 구속된 자와 변호인의 대화내용에 대하여 비밀이 완전히 보장되고, 어떠한 제한·영향·압력 또는 부당한 간섭도 없어야 하므로 구속된 자와 변호인의 접견에 교도관이나 수사관 등 관계 공무원이 참여하여서는 아니된다.⁹³⁾ 둘째, 변호인을 통하여 수사서류를 포함한 소송관계서류를 열람·등사하고 이에 대한 검토결과를 토대로 공격과 방어의 준비를 할 수 있는 권리도 보장되어야 한다. 따라서 변호인의 수사기록 열람·등사에 대한 지나친 제한은 피고인에게 보장된 변호인의 조력을 받을 권리의 침해에 해당한다.⁹⁴⁾ 나아가, 구속적부심 사건 피의자의 변호인에게도 수사기록 중 공소장과 피의자신문조서의 내용을 알 권리 및 그 서류들을 열람·등사할 권리가 인정된다.⁹⁵⁾

(2) 종래의 실무현실

변호인의 조력을 받을 권리는 종래의 형사사법 실무에서 비교적 충실하게 보호되어 왔다고 할 수 있다. 특히, 대법원은 헌법 제12조제4항, 형사소송법 제34조 등에 근거하여, 구속된 피의자에 대한 변호인의 접견교통이 부당하게 금지된 상태에서 작성된 피의자신문조서의 증거능력을 일관되게 부인해 왔다.⁹⁶⁾ 다만, 수사기관의 피의자 신문과정에 변호인이 참여하는 것은, 이를 허용하는 명문의 규정이 없었을 뿐만 아니라 수사기밀이 누설될 우려가 있다는 등의 이유로 허용되지 않았다.

그러나 대법원이 종전의 입장을 바꾸어 “형사소송법이 아직은 구금된 피의자의 피의

93) 헌법재판소 1992.1.28. 91헌마111

94) 헌법재판소 전원재판부 1997.11.27. 94헌마60.

95) 헌법재판소 2003.3.27. 2000헌마474

96) 대법원 1984.7.10. 84도846; 대법원 1990.9.25. 90도1586.

자신문에 변호인이 참여할 수 있다는 명문규정을 두고 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 가진다. 따라서 구금된 피의자는 형사소송법의 위 규정을 유추하여 피의자신문에서 변호인을 참여하게 해 줄 것을 요구할 수 있고 그러한 경우 수사기관은 이를 거절할 수 없는 것으로 해석하여야 한다”고 판시하고,⁹⁷⁾ 헌법재판소도 “피의자·피고인의 구속 여부를 불문하고 조언과 상담을 통하여 이루어지는 변호인의 조력자로서의 역할은 변호인의 조력을 받을 권리의 내용 중 가장 핵심적인 것”이므로 피의자에 대한 조사나 신문 중에도 변호인의 조언을 받거나 상담할 수 있도록 해야 한다고⁹⁸⁾ 선언한 이후, 검찰도 ‘변호인의 피의자신문참여 운영지침(2005.6.20)’을 제정하여 실질적으로 피의자 단계에서의 변호인 참여를 허용해 왔다.⁹⁹⁾

(3) 변호인의 피의자신문 참여권 명문화

형사소송법 제243조의2는 피의자에게도 변호인의 도움을 받을 권리를 부여함으로써 법원의 판단과 실무관행을 명문화하였다. 동조는 구금 상태인 피의자 신문에 한하지 아니하고 불구속 상태의 피의자 신문에도 적용된다. 피의자 외에 변호인, 법정대리인, 배우자, 직계친족 또는 형제자매도 변호인의 참여를 신청할 수 있다. 신문에 참여한 변호인은 신문 후 의견을 진술할 수 있고, 신문 중이라도 부당한 신문방법에 대하여 이의를 제기하거나 수사기관의 승인을 얻어 의견을 진술할 수 있다.

동조 제1항에 의하면 수사기관은 정당한 사유가 있는 경우, 변호인의 신문참여를 제한할 수 있다. 다만, ‘정당한 사유’가 무엇인지에 관하여는 명확한 기준을 제시하지 않았으므로 해석 또는 하위법령에 의한 보충이 불가결하다. 대법원과 법무부가 제시한 안을 종합하면 대체로 ㉠죄증을 인멸·은닉 또는 조작할 우려 ㉡피해자, 기타 당해 사건의 수사 또는 재판에 필요한 사실을 알고 있다고 인정되는 자 또는 그 친족의 생명·신체나 재산에 위해가 발생할 가능성 ㉢신문을 방해하거나 수사기밀을 누설하여 수사

97) 대법원 2003.11.11. 2003도402결정; 대법원 2005.5.9. 2004도24 결정.

98) 헌법재판소 2004.9.23. 2000헌마138.

99) 법무부, 「개정형사소송법」, 2007, 112면.

활동을 방해할 우려 등이 ‘정당한 사유’에 해당한다 할 것이다.¹⁰⁰⁾

이 규정에 위반한 경우, 즉 검사나 사법경찰관이 정당한 이유 없이 변호인의 참여를 제한하거나 퇴거시킨 처분에 대해서는 준항고를 통해 다룰 수 있다(형소법 제417조). 더 나아가, 이 규정에 반하여 획득된 진술은 위법수집증거로서 그 증거능력이 배제되며, 그 진술로부터 획득된 제2차적 증거도 역시 증거능력이 배제된다.

5. 진술거부권

(1) 의 의

헌법 제12조제2항은 “모든 국민은 고문을 받지 아니하며, 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니한다”고 규정함으로써 진술거부권을 헌법상의 기본권으로 명시하고 있다. 신형사소송법은 구법 제289조를 폐지하는 대신 제283조의2를 신설하여 제1항에서 “피고인은 진술하지 아니하거나 개개의 질문에 대하여 진술을 거부할 수 있다”고 규정하고 제2항에서는 재판장에게 진술거부권 고지의무를 부과하고 있다. 나아가, 제244조의3 제1항은 “검사 또는 사법경찰관은 피의자를 신문하기 전에 일체의 진술을 하지 아니하거나 개개의 질문에 대하여 진술을 하지 않을 수 있음과 진술을 하지 아니하더라도 불이익을 받지 아니한다는 것 등을 알려주어야 한다”고 규정함으로써 피의자에게도 진술거부권이 있음을 명시하고 있다.

헌법 제12조 제7항 전단은 또한, “피고인의 자백이 고문·폭행·협박·구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법에 의하여 자의로 진술된 것이 아니라고 인정될 때에는 이를 유죄의 증거로 삼거나 이를 이유로 처벌할 수 없다”고 규정함으로써 자백배제법칙을 헌법적으로 선언하였으며, 형사소송법 제309조도 헌법의 문언을 거의 그대로 수용하고 있다.

요컨대, 헌법은 미국 연방헌법 수정 제5조제3문 전단의 자기부죄 거부권을 헌법 제12조 제2항의 진술거부권과 제7항의 자백배제법칙으로 세분하였고, 형사소송법은 다시, 헌법 제12조 제2항의 진술거부권을 증언거부권(제148조)과 피고인·피의자의 진술거

100) 법무부, 「개정형사소송법」, 2007, 116면.

부권(제282조의2, 제244조의3)으로 나누어 규정하는 한편, 제309조에서는 헌법 제12조 제7항의 자백배제법칙을 재확인하고 있는 것이다.

(2) 진술거부권의 내용

가. 증언거부권 (제148조)

헌법 제12조 제2항은 ‘모든 국민’에 대하여 자기부죄 거부의 권리를 인정하고 있으므로 그 적용대상에 제한이 없다. 그러나 형사소송법 제148조는 증인만을 대상으로 한다. “누구든지 자기, 친족, 친족관계가 있던 자 또는 법정대리인이나 후견감독인이 형사소추 또는 공소제기를 당하거나 유죄판결을 받을 사실이 발로될 염려있는 증언을 거부할 수 있다”고 규정함으로써 증언거부의 취지를 분명히 하고 있기 때문이다. 피의자 또는 피고인은 유불리를 묻지 않고 모든 진술을 거부할 수 있지만, 증인은 오직 자기 또는 친족 등에게 불리한 증언만을 거부할 수 있다.

타인의 형사재판에 증인으로 출석한 자가 피고인의 유죄 또는 무죄를 확인하는 진술을 하면, 그 진술이 자신의 범죄사실을 인정하는 결과로 이어지는 경우에도 증언을 거부할 수 있다.

우리 법제에서는 미국과 달리 유죄답변 거래(plea bargaining)제도가 인정되지 않으므로, 형식상 수사기관과 증인사이의 담합이 성사될 가능성은 없어 보인다. 그러나 현실적으로는 검사가 관대한 처분을 약속하고 증언을 종용하는 경우를 충분히 상정할 수 있다. 이 경우, 그 증거능력이 문제될 수 있는데, 당해 증언은 적법절차에 반하여 수집된 증거이므로 증거능력을 배제하는 것이 타당할 것이다. 그 증언은 또한 진술자 본인에 대한 형사재판에서도 증거능력이 부인된다. 증인의 자기부죄 거부 권리를 침해하여 획득된 것이기 때문이다.

나. 자백배제법칙 (제309조)

형사소송법 제309조는 헌법 제12조 제7항의 규정을 거의 그대로 받아들여 “피고인의 자백이 고문·폭행·협박·신체구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법으로 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 이유가 있는 때에는 이를 유죄의 증거로 하지

못한다”고 규정하고 있다. 자백배제법칙은 수사절차에서의 피의자에 대해서도 똑같이 적용된다.

자백도 진술의 일종이다. 따라서 “진술거부권과 자백배제법칙은 하나로 통합되어 있다”는 주장도 있을 수 있다.¹⁰¹⁾ 진술거부권은 자기부죄거부의 권리에 기초하여 피의자·피고인의 권리를 보호하기 위한 것이며, 자백배제법칙은 모든 형태의 자백강요를 금지함으로써 피의자·피고인의 권리를 보호하는 동시에 실체진실의 왜곡을 방지하려는 취지를 담고 있다. 이러한 의미에서, 양자는 본질적으로 동일한 취지를 지닌 절차원칙이라고 할 수 있다.¹⁰²⁾ 그렇지만, 헌법 제12조는 진술거부권과 자백배제를 제2항과 제7항에 나누어 규정하고 있으며, 진술거부권은 자백배제법칙을 포괄하는 상위의 일반 원칙이라는 의미에서 양자를 구별할 필요가 있다.

즉, 자백의 임의성을 의심할만한 사유가 존재하는 경우에는 제309조에 의하여 그 자백의 증거능력이 부인된다. 그렇지만 자백이 임의로 이루어졌거나 그 임의성을 의심할만한 사유가 확인되지 않더라도, 진술거부권을 침해한 것으로 인정되는 경우에는 그 자백(진술)은 제283조의2(또는 제244조의3)에 위반하여 수집된 증거로서 증거능력이 부인되어야 한다. 예컨대, 수사기관이 피의자의 진술을 들을 때 미리 진술거부권을 고지하지 않은 때에는 그 진술은 위법하게 수집된 증거로서, 진술의 임의성이 인정되는 경우라도 그 증거능력이 부인된다.¹⁰³⁾ 다만, “진술거부권을 고지 받지 않은 상황에서 피의자의 자백은 임의성에 의심이 있는 경우로 보아 그 증거능력을 부인하는 것”¹⁰⁴⁾이 아니라, 진술거부권을 고지하지 않거나 변호인과의 접견교통권을 침해한 상태에서의 진술(자기 범죄에 대한 자백 포함)은 위법하게 수집된 증거이므로 그 진술의 임의성을 논할 필요 없이 증거능력이 부인되는 것이다.

101) 배종대·이상돈, 앞의 책(前註54), 105면. 이동훈, ‘진술거부권의 내용 및 고지’에 관한 토론회, 형사법과 헌법이념(제2권), 2007, 443면.

102) 헌법재판소도 진술거부권이 인정되는 이유를 첫째, 피고인 또는 피의자의 인권을 실체적 진실발견이나 사회정의의 실현이라는 국가이익보다 우선적으로 보호함으로써 인간의 존엄성과 가치를 보장하고 나아가 비인간적인 자백의 강요와 고문을 근절하는데 있고 둘째, 피고인과 검사 사이에 무기평등을 도모하여 공정한 재판을 실현하는데 있다고 판시하였다(헌법재판소 1997.3.27. 96헌가11).

103) 대법원 1992.6.23. 92도682

104) 노정환, 진술거부권의 내용 및 고지, 「형사법과 헌법이념」, 박영사, 2007, 422면.

다. 진술거부권 (제244조의3, 제283조의2)

① 내 용

진술거부권은 영미법의 자기부죄 거부의 권리로부터 유래한 것이다.¹⁰⁵⁾ 진술거부권의 핵심은 피의자와 피고인에 대하여 자신의 죄책을 인정하는 진술을 강요할 수 없다는 데 있다.

진술거부권은 피의자 피고인은 물론 그 대리인 또는 대표자에게도 인정되며, 구두진술과 서면진술을 모두 거부할 수 있지만, 지문채취, 사진촬영, 신체검사 또는 음주측정과 같은 비진술증거 확보를 위한 절차에서는 진술거부권이 인정되지 않는다.¹⁰⁶⁾ 거부할 수 있는 진술의 범위에도 제한이 없다. 증언거부권과 달리, 피의자 또는 피고인에게 인정되며, 유불리를 묻지 않고 전면적으로 진술을 하지 않거나 개개의 질문에 대하여 선별적으로 진술을 거부할 수 있다.

진술강요의 방법에는 제한이 없다. 헌법 제12조 제2항은 고문금지를 명문으로 예시하고 있거니와, 반드시 정신적 또는 물리적 고문에 해당하지 않더라도 관대한 처분의 약속을 비롯한 모든 종류의 회유 또는 압박도 진술의 강요에 해당된다. 요컨대, ‘임의성’을 침해하여 진술을 획득하고자 하는 모든 행위가 진술강요의 범위에 포함될 수 있다.¹⁰⁷⁾

② 진술거부권과 인정신문

구형사소송법은 재판장의 진술거부권 고지의무에 관하여 명문으로 규정하지 않았지만, 형사소송규칙 제127조에 의하여 재판장이 피고인 신문절차 이전에 진술거부권을 고지하였다. 또한, 구법은 피고인의 진술거부권(제289조)을 인정신문(제284조)과 피고인신문의 방식(제287조) 보다 뒤에 규정하였기 때문에 인정신문에 대하여도 진술거부권을 행사할 수 있는지에 관하여 학설의 대립이 있었다.

그러나 신법은 피고인의 진술거부권(제283조의2)을 인정신문 규정보다 앞에 위치시

105) 대법원 1992.6.23. 92도682. 배중대·이상돈, 앞의 책(前註54), 105면; 이재상, 앞의 책(前註54), 115면의 연혁에 관한 설명을 볼 것.

106) 헌법재판소 1997.3.27. 96헌가11 결정.

107) 이재상, 앞의 책(前註54), 116면 참조.

키고 재판장의 진술거부권 고지의무를 명시함으로써 피고인이 재판장의 인정신문에 대하여도 진술거부권을 행사할 수 있다는 점에 의문의 여지가 없게 되었다.

③ 진술거부로 인한 불이익처분

형사소송법은 피의자의 진술 거부를 이유로 한 불이익처분 금지의 원칙을 명문으로 인정하고 있다(제244조의3 제1항 2호). 즉, 진술거부권의 행사를 피의자 또는 피고인에게 불이익한 간접증거로 인정하거나 이를 근거로 유죄의 추정을 하는 것은 허용되지 않는다는 의미이다.

다만, 당해 신문과정에서 불이익을 받지 않는다는 취지일 뿐이므로 양형단계에서는 영향을 미칠 수 있다는 견해가 있다. 자백여부는 실무상 형법 제51조의 양형조건 중 범행후의 정황과 관련하여 양형에 영향을 미칠 수 있다는 것이다.¹⁰⁸⁾ 판례도 진술거부권의 행사를 가중적 양형의 조건으로 삼는 것은 원칙적으로 허용되지 아니하나, 그러한 태도가 방어권 행사의 범위를 넘어 객관적으로 명백한 증거가 있음에도 진실의 발견을 적극적으로 숨기거나 법원을 오도하려는 시도에 기인한 경우에는 가중적 양형조건으로 참작할 수 있다고 한다.¹⁰⁹⁾

실제로 한국의 형사사법 실무에서는 이미 오랫동안 자백의 거부를 형사사법 절차에의 비협조 또는 개전의 거부로 간주하여 양형에 불이익을 주거나, 심지어 구속여부의 판단에 있어서도 자신의 죄책을 인정하지 않으면 석방 후 증거 인멸의 우려 있는 것으로 보아 구속영장을 청구하는 경우도 있다. 경우에 따라서는, 소추기관이 진술거부권을 행사하는 피의자를 계속 소환하여 피의자신문을 강행함으로써 결국 입을 열게 만드는 관행도 있다.¹¹⁰⁾

그러나 객관적으로 명백한 증거가 있는 경우에는 대부분, 피고인의 자백이 없더라도 유죄인정에 어려움이 없고, 가사 피고인이 유죄라 할지라도 스스로 자신의 유죄를 밝히지 아니할 권리를 헌법과 형사소송법이 명문으로 인정한 이상, 그 권리의 행사를 이유로 불이익을 과하는 것은 타당하지 않다. 또한, 재판 당시에는 합리적 의심의 여지가

108) 법무부, 「개정형사소송법」, 2007, 126면.

109) 대법원 2001.3.9. 2001도192.

110) 대법원, 「바람직한 형사사법시스템의 모색 자료집(Ⅲ)」, 2004, 122면.

없을 정도로 명백히 유죄로 판단되었지만 뒤늦게 피고인이 무죄가 밝혀지는 사례도 적지 않으므로, 피고인이 진술을 거부했다는 이유로 양형상의 불이익을 주어서는 아니될 것이다.¹¹¹⁾

(3) 실무현실과 개선방향

우리의 형사실무에서도 피의자·피고인에 대한 진술거부권의 고지가 문화의 일부로 정착되었다고 평가할 수 있다. 예컨대 구법도 제200조 제2항에서 검사 또는 사법경찰관이 피의자의 진술을 들을 때에는 미리 진술을 거부할 수 있음을 알려야 한다고 규정하고 있었고, 경찰과 검찰의 피의자신문조서 양식에는 진술거부권 고지의 표준 문안과 그 내용을 고지하였다는 사실이 미리 기재되어 있기도 하다.

그렇지만, 그로 인하여 오히려 진술거부권 고지가 형식화되어, 피의자가 제대로 알아듣지 못한 상태에서 신문이 진행되는 등의 부작용이 발생한다고 지적되어 왔다.¹¹²⁾ 그리하여 신형사송법 제244조의3은 피고인의 진술거부권을 규정한 제283조의2와 별도로, 진술거부권과 변호인의 조력을 받을 권리의 고지 방법과 절차를 상세하게 규정하였다. 피의자에 대한 진술거부권 고지는 체포여부와는 관계없이 피의자 신문의 적법절차요건이라는 점에서 Miranda고지와는 구별되지만, 고지하여야 할 내용은 미국 연방법원이 요구하는 Miranda고지의 내용과 거의 일치한다. 나아가, 진술거부권 고지가 형식화되는 것을 방지하기 위하여, 동조 제2항은 피의자가 고지받은 권리를 행사할 것인지에 관한 답변을 자필로 기재하게 하거나, 기명날인 또는 서명하게 하도록 요구하고 있다.

종래, 피의자가 진술을 거부한다는 의사를 분명히 한 이후에도 거듭 같은 질문을 하고 반복적으로 소환하거나, 구속가능성을 시사하는 등 진술을 종용하는 예가 없지 않았다. 이러한 경우 “헌법상 보호되는 기본적 인권을 침해한 사례로 처벌(형법상 직권남용죄)할 것을 고려할 필요가 있다”는 견해도 있다.¹¹³⁾ 만일 수사기관의 진술강요가 직권남용죄를 구성하는 때에는 당연히 소추하여야 하지만, 현실적으로는 범죄 사실을 입증하는 것이 매우 곤란할 것이다. 수사기관의 부당한 진술강요를 억제할 가장 효과적

111) 同旨, 배종대, 앞의 책(前註54), 110면; 신동운, 「형사소송법(前註60)」, 623면.

112) 대법원, 앞의 자료집(Ⅲ)(前註110), 137면.

113) 대법원, 앞의 자료집(Ⅲ)(前註110), 137면.

인 수단은 위법수집증거 배제법칙을 적용하여 당해 진술의 증거능력을 부인하는 것이다.¹¹⁴⁾

V. 맺는 말

형사사법에 관한 헌법원리는, 그것이 법집행기관의 권한행사를 억제하는 것이든 혹은 형사절차의 내용이나 진행과정에 영향을 미치는 것이든, 형사소추와 처벌의 수단을 제한하고 형사사법에 관한 권한의 오남용을 억제함으로써 국민의 기본적 권리가 침해될 가능성을 차단하고자 한다는 공통의 목표를 가진다. 이러한 관점에서 1990년대 이후 한국 형사사법 시스템은 점진적인 발전의 과정을 거쳐 왔다고 평가하여도 무방할 것이다. 그러나 최근의 ‘발전’이 과연 최선의 방향을 향한 것인지는 단언하기 어렵다. 근대 이후 서구 여러 나라에서는 실로 다양한 범죄방지 대책이 강구되었음에도 불구하고, 범죄현상은 날로 저연령화 흉포화하고 있는 것이 사실이다. 특히, 미국에서는 9.11 사건 이후, 테러범죄에 대한 강력한 대응을 위하여 범죄자 인권보다는 대범죄투쟁의 효율을 높이기 위한 새로운 형사사법 체제를 모색하여야 한다는 목소리도 높다. 이러한 상황에서 향후 한국에 있어서 헌법적 형사소송의 발전을 위하여는 다음의 세 가지 측면에 대한 진지한 검토가 필요하다고 생각된다.

첫째, 형사사법의 실무현실이다. 사법개혁과 형사소송법 개정을 통하여 실정법제도는 지난 세기에 서구 선진국이 확립한 자유주의적 형사사법 모델에 근접하였지만, 형사사법의 실무현실은 과거의 관행을 한순간에 떨쳐버릴 수 없을 것이기 때문이다. 이제 한국의 형사법학은 실무와 교섭하면서 실무를 이끌고 실무로부터 학습할 효과적인 방안을 강구하여야 한다.

둘째, 적법절차를 통하여 기본권을 보장하는 동시에, 공동체의 질서유지라는 상충하는 이념을 여하히 실천할 것인가의 문제이다. 한국은 지난 반세기 이상 범죄방지를 위하여 막대한 자원을 투입하였음에도 불구하고, 그 효과는 결코 만족할만한 것이 아니었다. 이제부터 한국의 형사사법기관은 한층 강화된 적법절차의 이념을 실천하는 동시에

114) 대법원 2007.11.15. 2007노3061.

보다 효과적인 대범죄투쟁을 위한 새로운 실무모델을 정립해 나아가야 한다.

셋째, 형사사법의 민사화(民事化) 경향이다. 서구 선진국에서는 이미 3~40년 전부터, 근대 이후 확고하게 유지되어 온 민형분리의 원칙이 붕괴되는 조짐이 나타나고 있다. 많은 나라에서 배상금이 전통적인 형사제재를 대체하거나 보완하는 새로운 제재수단으로 활용되고 있으며, 피해자의 개인적 용서를 이유로 공적 제재를 포기 또는 완화하기도 한다. 이제는 한국의 형사사법기관, 입법자와 이론가들도 전통적인 징벌적 제재로부터 공동체와 개인의 피해 배상이라는 보상적 제재수단을 선택함에 있어서 헌법적 형사소송의 원리들을 여하히 적용할 것인지에 관한 검토를 시작하여야 할 것이다.

참고문헌

- 權光重, 신술거부권의 고지 없이 얻은 피의자진술의 증거능력, 「法과正義: 僊史 李會昌先生華甲紀念論文集」 1995.11, p.252-273.
- 權寧星, 「헌법학원론(개정판)」 서울: 법문사, 2008.
- 金炳華, 미국의 형사소송절차상 과학적 증거의 법적 한계, 「법무연구」 제24호(1997.11), 법무연수원, pp.5-38
- 김상영, 당사자의 절차권 보장에 관한 연구, 「법학연구」 제40권1호(1999.12), 부산대학교, pp.365-383.
- 金聖天, 형사소송 절차의 역사, 「법학논문집」 제23집1호(1998.12), 중앙대학교, pp.107-133.
- 金顯哲, 미국 헌법판례상 근본적 권리, 「헌법논총」 제12집(2001.12), pp.341-386.
- 金孝全, 헌법과 형사절차의 원리: 미국의 헌법판례와 한·일 판례, 「고시연구」 제21권11호(1994.10), pp.41-61.
- 류전철, 수사기관의 피의자 신문과 변호인의 입회권, 「비교형사법연구」 제5권2호(2003.12), pp.211-236
- 朴達鉉, 「형법상 보충성원칙에 관한 연구」 박사학위논문, 고려대학교, 1996.
- 朴仁洙, 적법절차원리의 확장, 「고시계」 제43권8호(1998.7), pp.78-93.
- 박해식, 영장실질심사제도가 수사권·형벌권을 약화시키는가, 「영장실질심사제도(Ⅱ)」 법원행정처, 1997.7, pp.176-189.
- 박해식, 영장실질심사제도 실무상의 문제점과 과제, 「영장실질심사제도(Ⅲ)」 법원행정처, 1997.11, pp.91-154.
- 裴鍾大·李相敦, 「형사소송법(제7판)」 서울: 홍문사, 2006.
- 白亨球, 형사사법의 이념과 현실, 「인권과 정의」 제194호(1992.10), 대한변호사협회, pp.19-49.
- 卞鍾弼, 공개주의와 공판의 의사소통구조, 「형사정책연구」 제9권4호(1998.12), 한국형사정책연구원, pp.109-140.
- 신동운, 향후 형사법개정의 방향: 형사소송법의 개정을 중심으로, 형사사법제도개선을 위

- 한 법관세미나 자료, 사법연수원, 2004, pp.1-30.
- _____, 간추린 신형사소송법, 서울: 법문사, 2007.
- 申聖撤, 피고인의 방어권 행사에 있어서의 절차상의 문제점, 『형사법에 관한 제문제(상): 재판자료 제49집』 법원행정처, 1990.9, pp.181-205.
- 安京煥 역, Archibold Cox 저 「위헌법원-개혁의 수단으로서의 헌법판결」(Ⅰ), 법학 제35권 1호, 서울대학교, pp.361-394.
- _____, Archibold Cox 저 「위헌법원-개혁의 수단으로서의 헌법판결」(Ⅱ), 법학 제35권2호, 서울대학교, pp.270-296.
- 이경재, 개정 형사소송법상 인신구속제도에 관한 고찰, 『형사법연구』 제19권제4호(2007), pp.3-36.
- 李石淵, 헌법재판과 형사소송, 「헌법논총」 제9권1(1998.12), pp.107-150.
- 李在祥, 「신형사소송법(제2판)」 서울: 박영사, 2008.
- 李在祥, 형사절차에서의 법치국가원리의 기능과 한계: 基本的人權의 保護인가, 刑事訴追의 效率性인가, 「법학논총」 제13집(2001.2), 국민대학교, pp.259-290
- 이주홍, 헌법과 형사재판, 「영장실질심사제도(Ⅱ)」 법원행정처, 1997.07, pp.5-75.
- 張哲朝, 우리 헌법상 절차적 기본권: 헌법 제27조와 재판청구권에 관한 해석론, 「헌법논총」 제9집(1998.12), pp.431-599.
- 鄭宗燮, 「헌법학원론(제3판)」 서울: 박영사, 2008.
- 曹 國, 「憲法的 刑事訴訟」의 관점에서 본 형사절차상의 인권, 「고시연구」 제27권4호(2000.3), pp.90-102.
- 하태영, 개정 형사소송법 제308조의2 위법수집증거배제법칙의 법적 의미와 적용범위, 『형사법연구』 제19권4호(2007), pp.157-198.
- 韓榮洙, 위법수집증거(물)의 배제 또는 사용에 관한 체계적인 이론의 형성: 독일의 증거금지이론에 입각하여, 「형사법연구」 제11호(1999.5), pp.401-422.
- 韓寅燮, 형사법제의 변천: 그 평가와 전망, 「법제연구」 제15호(1998.12), pp.34-58.
- 대법원, 「구속사유와 구속기준의 구체화 체계화 방안」 2002.
- 대법원, 「설문조사로 본 형사재판의 현실과 과제」 2002.
- 법무부, 「개정형사소송법」, 2007.

법원행정처, 「형사소송법 개정법률 해설」 2007.

사법개혁위원회, 「사법개혁을 위한 건의문」 2004.12.31.

Amar, Akhil Reed, *The Constitution and Criminal Procedure: First Principles*, New Haven, Ct: Yale University Press. 1997.

Amar, Akhil Reed, *The Future of Constitutional Criminal Procedure*, in: *American Criminal Law Review*, Summer 1996(No.33) Pp.1123.

Bibas, Stephanos, *The Real-World Shift in Criminal Procedure* in: *Journal of Criminal Law and Criminology*, Winter/Spring 2003(No.93), Pp.789.

Bilionis, Louis D., *Process, the Constitution, and Substantive Criminal Law*, in: *Michigan Law Review*, March 1998(No.96), Pp.1269.

Blum, Robert M·Brodin, Mark S., *Criminal Procedure: The Constitution and the Police*, Fifth Edition, New York: Wolters Kluwer, 2006.

Champagne, Richard A. Jr., *The Problem of Integrity, Tradition, and Text in Constitutional Interpretation*, in: *Nebraska Law Review*, 1993(No.72), Pp.78.

Dubber, Markus Dirk, *Toward a Constitutional Law of Crime and Punishment*, in: *Hastings Law Journal*, February 2004(No.55) Pp.509.

Dripps, Donald A., *The Origins, Development, and Future of Constitutional Criminal Procedure*, Connecticut: Praeger, 2003.

Klein, Susan, *Enduring Principles and Current Crisis in Constitutional Criminal Procedure*, in: *Law & Social Inquiry*, Spring 1999, Pp.533.

Krey, Volker F., *Characteristic Features of German Criminal Proceedings— An Alternative to the Criminal Procedure Law of the United States?* in: *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal*, August 1999 (No.21), Pp.591.

Kurland, Adam H., *First Principles of American Federalism and the Nature of Federal Criminal Jurisdiction*, in: *Emory Law Journal*, Winter 1996(No.45), Pp.1.

Luna, Erik G., *The Models of Criminal Procedure*, in: *Buffalo Criminal Law Review* 1999(No.2) Pp.389.

- Moglen, Eben, Taking the Fifth: Reconsidering the Origins of the Constitutional Privilege Against Self-Incrimination, in: Michigan Law Review, March 1994(No.92), Pp.1086.
- Porter, Gregory Y., Uncivil Punishment: The Supreme Courts Ongoing Struggle with Constitutional Limits on Punitive Civil Sanctions, in: Southern California Law Review, January 1997(No.70), Pp.517.
- Priester, Benjamin J., Structuring Sentencing: Apprendi, the Offense of Conviction, and the Limited Role of Constitutional Law, in: Indiana Law Journal, Fall 2004(No.79), Pp.863.
- Sklansky, David A., Quasi-Affirmative Rights in Constitutional Criminal Procedure, in: Virginia Law Review, October 2002(No.88), Pp.1229.
- Steiker, Carol S., First Principles of Constitution and Criminal Procedure: A Mistake? in: Harvard Law Review, 1999(No.112), Pp.680.
- Steiker, Carol S., Counter-Revolution in Constitutional Criminal Procedure? Two Audiences, two Answers, in: Michigan Law Review, 1996(No.94), Pp.2466.
- Stuntz, William J., The Uneasy Relationship Between Criminal Procedure and Criminal Justice, in: Yale Law Journal, October 1997(No.107) Pp.1.
- Sundby, Scott E. The Reasonable Doubt Rule and the Meaning of Innocence, in: Hastings Law Journal, March 1989(No.40), Pp.457.
- Weisberg, Robert, A New Agenda for Criminal Procedure, ; Buffalo Criminal Law Review 1999(No.2) Pp.367.
- Wright, Ronald F., The Constitution and Criminal Procedure: First Principles, in: Constitutional Commentary, Winter 1997(No.14), Pp.557.

A Critical Research on the Provisions and Practice of Criminal Procedure from the Perspective of Constitutional Criminal Procedure

Kim, Yong-Se*

The ideology of constitutional criminal procedure is one of the core elements of American legal culture. In the American legal system, criminal procedure is essentially a subcategory of the constitutional law and encompasses specific amendments of their written constitution. Criminal procedure has also been loosely defined in American law as the restraints society must observe consistent with the Federal Constitution in prosecuting individuals for crime. Some protections restrict the activities and discretion of law enforcement, eg US Constitution amendments IV and V. Others affect the amount and the type of process required in pre-trial and trial litigation: US Constitution amendment VI.

The Korean Constitution, from the establishment in 1948 to the reformation in 1987, has been consistently based on the principles of human rights protection from the constitutionalism and specified the fundamental rights in criminal procedure.

Korean Criminal Procedure Law, established in 1954, also widely adopted the basic principles of democratic criminal procedure under the enormous influence from the Ordinance No.176 of U.S. Military Government Office in Korea in May 1948. However, during the military autocracy since the military codetta in 1961, the Revitalizing Reforms in October 1973 and a military revolt in December 1980, the principles of [due process of the law] and [protection of human rights] were severely damaged for the sake of the political objectives. In this period, the increase of efficiency in Justice and maintenance of social order was regarded as

* Professor, Faculty of Law, Teajeon University, Ph.D. in Law

the most important thing by the autocracy technocrats.

From 1990s, as the economic development and advance of democracy, the principles of due process of criminal law began to be gradually restored. In June 2007, by the extensive reform of Korean Criminal Procedure Law, the elements of American criminal justice system were intensified, eg adversary system, direct examination and oral proceedings etc. Moreover protection of the rights of suspects, defendants and victims has been reinforced. However, it depends on the practice whether the new criminal justice system function properly.

In this Article, I tried to introduce the American theories and precedents concerned with Constitutional Criminal Procedure generally and to research comparably whether the spirit of constitution is adequately reflected in Korean criminal procedure and constitutional criminal procedure could be practiced in the field.

❖ Keywords : Constitutional Criminal Procedure, Due Process of Law, Protection of Human Rights in Criminal Justice, The Constitution and Criminal Justice