

## 身體의 自由의 節次法的 保障

嶺南大 法大 教授 · 法博

成 樂 寅

### 《設 問》

X회사 무역부 직원인 甲·乙 등은 수출상담이 성공하게 되자, 이를 자축하기 위하여 회식을 한 후 뒤풀이로 단란주점에서 술을 마시게 되었다. 그런데 술값관계로 甲과 술집주인 사이에 시비가 벌어지고 폭력사태로 이어지자 경찰관이 출동하였다. 경찰관은 甲이 술이 취해 술집영업을 방해하였고, 기물을 손괴하였을 뿐만 아니라 술집주인에게 상처를 입혔다는 이유로 현행범으로 체포하려 하였다. 그러나 甲은 이러한 경찰관의 체포는 부당하며 저항하였고, 이 과정에서 동료인 乙은 甲을 경찰관의 체포로부터 보호하는 과정에서 경찰관과 몸싸움을 하게 되었다. 이에 경찰은 乙을 공무집행방해죄로 체포하려 하였다.

위 사례에서 乙이 헌법상 보장된 신체의 자유의 원리에 따라 보호받을 수 있는 절차를 설명하고, 또한 경찰관이 乙을 체포할 경우에 취하여야 할 절차와 조치를 설명하시오. 또한 만약 乙이 현행범으로 체포되어 법관이 발부하는 구속영장에 의하여 재판에 회부되었을 경우에 헌법상 乙에게 보장된 신체의 자유를 보장하기 위한 일련의 절차를 설명하시오.

### I. 問題의 所在

1. 설문은 한국 사회에서 흔히 있을 수 있는 음주 이후에 야기되는 시비와 그에 따른 형사사법적인 책임과 권리의 문제에 관한 것이다. 동료들 간에 즐거운 회식자리가 흔히 과음과 술값시비 그리고 경찰출동 등으로

자칫 일생에서 씻을 수 없는 전과자의 신체가 될 수도 있다. 그러나 이러한 사소한 시비가 발생할수록 주위에 있는 사람들이 정신을 차려서 이성적으로 대처하여야 한다.

설문에서는 甲의 행위와 관련된 질문이 아니라 을의 행위에 한정시켜 놓고 있다. 그러나 우선 문제의 사단을 일으킨 甲의 행위에 대한 사법적 제재와 관련하여 제기될 수 있는 것으로는 형법상 손괴죄·업무방해죄·폭행죄·상해죄 및 폭력행위등처벌에관한법률 위반 등 많은 죄목이 제기될 수 있다. 을의 행위는 형법상 공무집행방해죄와 만약 이 과정에서 폭력행위 등이 있었으면 형법상 폭행죄·상해죄 및 폭력행위등처벌에관한법률 위반 등이 문제될 수 있다. 그러나 설문에서는 이러한 구체적인 형사법적인 제재에 관해서 헌법적인 판단을 요하는 것이 아니라 헌법상 신체의 자유의 절차법적인 보장원리에 관해서 논술하는 것이다.

2. 현행 헌법은 아마도 신체의 자유의 보장에 관한 한 세계에서 가장 상세한 규정을 두고 있다. 그것은 특히 지난날 권위주의시대를 살아 오면서 신체의 자유가 특히 제대로 보장되지 못하고 있던 상황에 대한 반성적 성찰을 통해서 형사법적인 일련의 원리를 헌법에 직접 규정하여 왔기 때문이기도 하다. 바로 그런 상황에 비추어 ‘헌법적 형사소송’이라는 의미로 형사소송법적인 연구가 진행되고 있기도 하다. 실제로 인간의 삶에 있어서 신체의 안전(sûreté)이 제대로 보장되지 아니한 상황하에서 그 어떠한 자유와 권리도 무의미해질 수 있다는 점에서 신체의 자유의 보장은 아무리 강조하여도 지나치지 않을 것이다. 따라서 신체의 안전을 보장하기 위하여서는 최대한 적법절차의 원리에 입각한 형사사법적인 원리가 지켜져야 할 것이다.

## II. 適法節次의 原理

### 1. 身體의 自由를 保障하기 위한 原理로서 出發한 適法節次

헌법 제12조 신체의 자유에 관한 조항에서는 특별히 적법절차의 원리를 규정하고 있다. 제1항 제2문은 “누구든지… 법률과 적법한 절차에 의하

지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 당하지 아니한다”라고 규정하고 있고, 제3항은 “체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다”라고 규정하고 있다.

적법절차(due process of law)의 원리는 원래 1215년 영국의 마그나 카르타에서 유래하여, 미국의 수정헌법 제5조 및 제14조에서 규정하고 있다.<sup>1)</sup> 또한 독일헌법 제104조와 일본헌법 제31조에서도 이를 규정하고 있으며, 한국헌법에서는 1987년 제6공화국헌법에서 최초로 명문화하고 있다. 이러한 적법절차의 원리는 원래 신체의 자유 보장 내지 형사사법적인 원리로서 출발하였다. 따라서 형사사법작용의 적법절차의 원리는 적법절차의 원리와 관련하여 가장 많은 논쟁을 야기하고 있다.<sup>2)</sup>

1) 권영실, “미국헌법상 적법절차의 법리와 그 전개”, 미국헌법연구 제1호, 1990, 147~190면; 안경환, “마법의 상자 적법절차조항”, 사법행정 제321호, 1987.9, 98면 이하; 유정복, “미국헌법과 적법절차의 발전”, 헌법연구 제2집, 한국헌법학회, 1996, 233면 이하 참조.

2) 헌법재판소의 판례상 형사사법적인 적법절차의 원리에 관한 대표적 사례

① 현재 1989. 7. 14, 88헌가5, 8, 89헌가44(병합), 사회보호법 제5조의 위헌심판, 헌재판례집 제1권, 69면 이하 : “사회보호법 제5조 제1항은 전과나 감호처분을 선고받은 사실 등 법정 요건에 해당되면 재범의 위험성 유무에도 불구하고 반드시 그에 정한 보호감호를 선고하여야 할 의무를 법관에게 부과하고 있으니 헌법 제12조 제1항 후문(적법절차의 원리), 제37조 제2항(기본권 제한), 제27조 제1항(재판을 받을 권리)에 위반된다. 같은 법 제5조 제2항의 보호감호처분은 헌법에 위반되지 아니한다.”

② 현재 1996. 12. 26, 94헌바1, 형사소송법 제221조의2 위헌소원, 헌재판례집 제8권 2집, 808면 이하(810면) : 공판전 증인신문제도를 규정하고 있는 형사소송법 제221조의2 제2항 및 제5항 중 같은 조 제2항에 관한 부분은 “범인필벌의 요구만을 앞세워 과잉된 입법수단으로 증거수집과 증거조사를 허용함으로써 법관의 합리적이고 공정한 자유심증을 방해하여 헌법상 보장된 법관의 독립성을 침해할 우려가 있으므로, 결과적으로 그 자체로서도 적법절차의 원칙 및 공정한 재판을 받을 권리에 위배되는 것이다.”

③ 현재 1996. 1. 25, 95헌가5, 반국가행위자의처벌등에관한특별조치법 제2조 제1항 제2호 등 위헌제청, 헌재판례집 제8권 1집, 1면 이하 : “증형에 해당하는 사건에 대하여 피고인에게 출석 기회조차 주지 아니하여 답변과 입증 및 반증 등 공격·방어의 기회를 부여하지 않고, 피고인에게 불출석에 대한 개인적 책임을 전혀 물을 수 없는 경우까지 결석재판을 행할 수 있다는 것은 절차의 내용이 심히 적절하지 못하여 적법절차의 원칙에도 반한다.”

## 2. 오늘날 憲法全般을 貫流하는 原理로서의 適法節次의 原理

그러나 오늘날에 있어서 첫째, 적법절차의 원리는 단순히 신체의 자유에 한정하는 원리가 아니라 모든 공권력작용에 있어서 지켜야 할 기본원리로서의 가치를 갖고, 둘째, 적법절차의 원리는 단순히 절차적 정의의 구현을 위한 원리에 머무는 것이 아니라 공권력행사의 근거가 되는 적정한 실체법(due law)의 원리로서 확장되어 있다는 점이다. 따라서 적법절차의 원리는 사법절차뿐만 아니라 행정절차에도 적용되어야 한다.<sup>3)</sup> 헌법재판소도 이러한 학자들의 견해와 미국 판례를 통하여 정립된 원리를 전폭적으로 수용하고 있다.

“현행 헌법 제12조 제1항 후문과 제3항은 위에서 본 바와 같이 적법절차의 원칙을 헌법상 명문규정으로 두고 있는데 이는 개정 전의 헌법 제11조 제1항의 ‘누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포, 구금, 압수, 수색, 처벌, 보안처분 또는 강제노역을 당하지 아니한다’라는 규정을 1987. 10. 29. 제9차 개정헌법에서 처음으로 영미법계의 국가에서 국민의 인권을 보장하기 위한 기본원리의 하나로 발달되어 온 적법절차의 원칙을 도입하여 헌법에 명문화한 것이며, 이 적법절차의 원칙은 역사적으로 볼 때 영국의 마그나 카르타(대헌장) 제39조, 1335년의 에드워드 3세 제정법률 제1628년 권리청원 제4조를 거쳐 1791년 미국 수정헌법 제5조 제3문과 1868년 미국 수정헌법 제14조에 명문화되어 미국헌법의 기본원리의 하나로 자리잡고 모든 국가작용을 지배하는 일반원리로 해석, 적용되는 중요한 원칙으로서, 오늘날에는 독일 등 대륙법계의 국가에서도 이에 상응하는 일반적인 범치국가원리 또는 기본권 제한의 법률유보원리로 정립되게 되었다.

우리 현행 헌법에서는 제12조 제1항의 처벌, 보안처분, 강제노역 등 및 제12조 제3항의 영장주의와 관련하여 각각 적법절차의 원칙을 규정하고 있지만 이는 그 대상을 한정적으로 열거하고 있는 것이 아니라 그 적용대상을 예시한 것에 불과하다고 해석하는 것이 우리의 통설적 견해이다. 다만, 현행 헌법상 규정된 적법절차의 원칙을 어떻게 해석할 것인가에 대하여 표현의 차이는 있지만 대체적으로 적법절차의 원칙이 독자적인 헌법원리의

3) 행정작용에 있어서 절차의 적법성을 담보하기 위하여 ‘행정절차법’이 제정되었다. 현재 1990. 11. 19. 90헌가48, 변호사법 제15조에 대한 위헌심판, 헌재판례집 제2권, 393면 이하(394면): “법무부장관의 일방적 명령에 의하여 변호사업무를 정지시키는 것은 당해 변호사가 자기에게 유리한 사실을 진술하거나 필요한 증거를 제출할 수 있는 청문의 기회가 보장되지 아니하여 적법절차를 존중하지 아니한 것이 된다.”

하나로 수용되고 있으며 이는 형식적인 절차뿐만 아니라 실체적 법률내용이 합리성과 정당성을 갖춘 것이어야 한다는 실질적 의미로 확대 해석하고 있으며, 우리 헌법재판소의 판례에서도 이 적법절차의 원칙은 법률의 위헌여부에 관한 심사기준으로서 그 적용대상을 형사소송절차에 국한하지 않고 모든 국가작용, 특히 입법작용 전반에 대하여 문체된 법률의 실체적 내용이 합리성과 정당성을 갖추고 있는지 여부를 판단하는 기준으로 적용되고 있음을 보여주고 있다(당 헌법재판소 1989. 9. 8. 선고, 88헌가6 결정; 1990. 11. 19. 선고, 90헌가48 결정 등 참조).

현행 헌법상 적법절차의 원칙을 위와 같이 법률이 정한 절차와 그 실체적인 내용이 합리성과 정당성을 갖춘 적정한 것이어야 한다는 것으로 이해한다면, 그 법률이 기본권의 제한 입법에 해당하는 한 헌법 제37조 제2항의 일반적 법률유보조항의 해석상 요구되는 기본권제한법률의 정당성요건과 개념상 중복되는 것으로 볼 수도 있을 것이나, 현행 헌법이 명문화하고 있는 적법절차의 원칙은 단순히 입법권의 유보제한이라는 한정적인 의미에 그치는 것이 아니라 모든 국가작용을 지배하는 독자적인 헌법의 기본원리로서 해석되어야 할 원칙이라는 점에서 입법권의 유보적 한계를 선언하는 과잉입법금지의 원칙과는 구별된다고 할 것이다.

따라서 적법절차의 원칙은 헌법조항에 규정된 형사절차상의 제한된 범위 내에서만 적용되는 것이 아니라 국가작용으로서 기본권제한과 관련된 관 련되지 않은 모든 입법작용 및 행정작용에도 광범위하게 적용된다고 해석하여야 할 것이고, 나아가 형사소송절차와 관련시켜 적용함에 있어서는 형벌권의 실행절차인 형사소송의 전반을 규율하는 기본원리로 이해하여야 하는 것이다. 더구나 형사소송절차에 있어서 신체의 자유를 제한하는 법률과 관련시켜 적용함에 있어서는 법률에 따른 형벌권의 행사라고 할지라도 신체의 자유의 본질적인 내용을 침해하지 않아야 할 뿐 아니라 비례의 원칙이나 과잉입법금지의 원칙에 반하지 아니하는 한도 내에서만 그 적정성과 합헌성이 인정될 수 있음을 특히 강조하고 있는 것으로 해석하여야 할 것이다.”<sup>4)</sup>

이러한 헌법재판소의 기본입장에 따라 조세법률주의와 관련된 사안에서 헌법재판소는 실질적 적법절차의 의미와 실질적 법치주의의 의미를 사실상 동일한 차원에서 설명하고 있다. 그것은 나아가서 실질적 조세법률주의의 의미로도 연결되고 있다.

“오늘날 법치주의는 국민의 권리·의무에 관한 사항을 법률로써 정해야

4) 헌재 1992. 12. 24, 92헌가8, 형사소송법 제331조 단서 규정에 대한 위헌심판, 헌재 판례집 제4권, 853면 이하(876~878면).

한다는 형식적 법치주의에 그치는 것이 아니라 그 법률의 목적과 내용 또한 기본권 보장의 헌법이념에 부합하여야 한다는 實質的 適法節次를 요구하는 法治主義를 의미하며, 헌법 제38조, 제59가 선언하는 조세법률주의도 이러한 실질적 적법절차가 지배하는 법치주의를 뜻하므로 비록 과세요건이 법률로 명확히 정해진 것일지라도 그것만으로 충분한 것은' 아니고 조세법의 목적이나 내용이 기본권 보장의 헌법이념과 이를 뒷받침하는 헌법상 요구되는 제 원칙에 합치되어야 한다.

헌법 제11조 제1항, 제23조 제1항, 제27조 제1항에 위반되지 않을 뿐만 아니라, 그로 인하여 實質的 租稅法律主義를 규정한 헌법 제38조, 제59조에도 위반되지 아니한다.”<sup>5)</sup>

또한 헌법재판소는 적법절차의 원리를 과잉금지의 원칙과도 일맥상통하는 차원에서 합헌성 여부를 따지고 있다.

“노동조합법 제46조 중 ‘제42조의 규정에 의한 구제명령에 위반하거나’ 부분은 노동위원회의 확정되지 아니한 구제명령을 그 취소 전에 이행하지 아니한 행위를 동법 제43조 제4항 위반의 확정된 구제명령을 위반한 경우와 차별함이 없이 똑같이 2년 이하의 징역과 3,000만원 이하의 벌금이라는 형벌을 그 제재방법과 이행확보수단으로 선택함으로써 국민의 기본권 제한 방법에 있어 형평을 심히 잃어 위 법률규정의 실제적 내용에 있어 그 합리

- 5) 헌재 1994. 6. 30, 93헌바9, 구 상속세법 제7조의2 제1항 위헌소원, 헌재판례집 제6권 1집, 631면 이하.

참조판례 : 헌재 1992. 2. 25, 90헌가69 등(병합), 상속세법 제29조의4 제2항에 대한 위헌심판, 상속세법 제29조의4 제2항에 대한 헌법소원, 헌재판례집 제4권, 114면(120~121면), “오늘날의 법치주의는 국민의 권리·의무에 관한 사항은 법률로써 정해야 한다는 형식적 형식적 법치주의에 그치는 것이 아니라 그 법률의 목적과 내용 또한 기본권 보장의 헌법이념에 부합하여야 한다는 實質的 法治主義를 의미하며 헌법 제39조, 제59조가 선언하는 조세법률주의도 이러한 실질적 법치주의를 뜻하는 것이므로 비록 과세요건이 법률로 명확히 정해진 것일지라도 그것만으로는 충분한 것이 아니고 조세법의 목적이나 내용이 기본권 보장의 헌법이념과 이를 뒷받침하는 헌법상의 제 원칙에 합치되지 않으면 아니된다.”

헌재 1995. 11. 30, 91헌바1 등(병합), 소득세법 제60조, 구 소득세법 제23조 제4항 등에 대한 헌법소원, 헌재판례집 제7권 2집, 562면 이하(584면), “오늘날의 법치주의가 단순히 형식적 법치주의에 그치지 아니하고 實質的 法治主義를 지향하고 있는 점에 비추어 볼 때, 위 헌법규정들이 선언한 조세법률주의도 과세요건이 형식적 의미의 법률로 명확히 정해질 것을 요구할 뿐 아니라, 조세법의 목적이나 내용이 기본권 보장의 헌법이념과 이를 뒷받침하기 위하여 헌법상 요구되는 제 원칙에 실질적으로 합치될 것도 아울러 요구하는 것으로 보아야 한다(헌법재판소 1994. 6. 30. 선고, 93헌바9 결정 참조).”

성과 정당성을 더욱 결여하였다고 할 것이므로 헌법상의 適法節次의 원리에 반하고 過剩禁止의 原則에도 저촉된다고 할 것이다.”<sup>6)</sup>

### Ⅲ. 憲法上 適法節次 原理에 立脚한 刑事司法節次

#### 1. 概 觀

헌법상 신체의 자유는 일반적으로 실체적 보장과 절차적 보장으로 나누어 논술되고 있다. 實體的 保障으로는 죄형법정주의(제12조 제1항 제2문)와 그 파생원칙으로서의 형벌법규의 소급효 금지(제13조 제1항), 소급입법에 의한 참정권 제한 및 재산권 박탈금지(제2항), 그리고 일사부재리의 원칙 내지 이중처벌금지의 원칙(제13조 제1항 후문) 및 연좌제의 금지(제13조 제3항)를 규정하고 있다.

또한 신체의 자유의 보장을 개인의 인권보호, 즉 형사피의자 및 형사피고인의 권리보장이라는 차원에서 헌법상의 권리를 살펴볼 수도 있다. 형사피의자란 범죄협의를 있어 수사기관에 의하여 수사의 대상이 된 자로서 수사개시 이후 공소제기 전단계에 있는 자이고, 형사피고인이란 검사에 의하여 공소가 제기된 자로서 공소제기 이후 확정판결 전단계에 있는 자를 말한다. 刑事被疑者는 불법한 체포·구금·압수·수색·심문을 받지 아니할 권리(제12조 제1항), 고문을 받지 아니할 권리와 묵비권(제2항), 영장에 의하지 아니하고는 체포·구금·압수·수색을 받지 아니할 권리(제3항), 변호인의 조력을 받을 권리(제4항), 체포·구속적부심사권청구권(제6항), 무죄추정권(제27조 제4항), 형사보상청구권(제28조), 국가배상청구권(제29조)을 갖는다. 刑事被告人은 형사피의자의 권리 이외에 신속하고 공정한 재판받을 권리(제27조 제3항), 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니할 권리(제12조 제1항 후문)를 갖는다.

適法節次의 원리는 헌법에 명문으로 규정되어 있는 경우뿐만 아니라 헌법상 신체의 자유를 보장하기 위한 제도적 장치로서 절차적 보장을 기하

6) 헌재 1995. 3. 23, 92헌가14, 노동조합법 제46조 위헌제청, 헌재판례집 제7권 1집, 307면 이하.

고 있다. 사례는 형사사법적 적법절차에 관한 사안이다. 헌법상 명문으로 규정하고 있는 형사사법적인 적법절차로는 이와 관련된 헌법 제12조의 내용으로서는 체포·구속의 영장주의(제3항),<sup>7)</sup> 구속이유 등 고지제도(제5항), 영장발부에 있어서의 적법절차(제3항) 등이 문제된다. 또한 헌법상 명문으로 적법한 절차라는 표현을 사용하고 있지 않지만 헌법 제12조에서는 신체의 자유의 절차적 보장에 관한 일련의 원칙에 준거하여 체포·구속적 부심사제도(제6항)를 마련하고 있다.

## 2. 令狀主義와 그 例外

제12조 제3항: “체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다. 다만, 현행범인인 경우와 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있는 때에는 사후에 영장을 청구할 수 있다.”

“헌법 제12조 제3항에 규정된 영장주의는 구속의 개시시점에 한하지 않고 구속영장의 효력을 계속 유지할 것인지 아니면 취소 또는 실효시킬 것인지의 여부도 사법권 독립의 원칙에 의하여 신분이 보장되고 있는 법관의 판단에 의하여 결정되어야 한다는 것을 의미하고, 따라서 형사소송법 제331조 단서 규정과 같이 구속영장의 실효 여부를 검사의 의견에 좌우되도록 하는 것은 헌법상의 적법절차의 원칙에 위배된다.”<sup>8)</sup>

영장에는 체포영장과 구속영장제도가 마련되어 있다. 1995년에 개정되어 1997년부터 시행에 들어간 개정형사소송법에서는 체포영장제도를 신설하여 체포시에는 영장을 발부하도록 의무화하고 영장없이 긴급체포한 경우에는 사후에 구속영장을 청구하여야 한다. 또한 체포영장에 의하여 체포한 경우에도 구속이 필요하고 도주 또는 증거인멸의 우려가 있는 경우에는 구속영장을 청구할 수 있다(제200조의2, 제200조의3, 제200조의4, 제201조). 하지만 수사의 편의상 흔히 인용되고 있는 별건 체포·구속제도는

7) 그 외에도 헌법상 주거의 압수·수색에 있어서의 영장주의(제16조)에 관한 규정이 있다.

8) 현재 1992. 12. 24, 92헌가8, 형사소송법 제331조 단서 규정에 대한 위헌심판, 현재 판례집 제4권, 853면 이하(854면).



허용될 수 없다.<sup>9)</sup>

그러나 이러한 영장주의에는 긴급체포·현행범인 및 준현행범인·비상계엄의 경우에 영장주의의 예외가 인정되고 있다. 사례의 乙은 범죄의 실행 중에 있거나 실행 직후에 있는 현행범인이라고 할 수 있다. 따라서 경찰관은 乙을 영장없이 체포할 수 있다. 다만 50만원 이하의 벌금·구류 또는 과료에 해당하는 경미한 죄의 현행범인에 대하여는 범인의 주거가 분명하지 아니한 때에 한하여 영장없이 체포할 수 있다(형소법 제214조). 일단 현행범인으로 체포된 경우라 하더라도 검사는 구속할 필요가 있다고 인정하면 관할 지방법원판사에게 48시간 이내에 구속영장을 청구하여야 하고, 검사가 구속영장을 청구하지 아니하거나 법원의 영장을 발부받지 못하였을 때에는 피의자를 즉시 석방하여야 한다(형소법 제200조의4).

### 3. 逮捕·拘束의 理由와 辯護人助力請求權의 告知를 받을 權利

제12조 제4항: “누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다. 다만 형사피고인이 스스로 변호인을 구할 수 없을 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 국가가 변호인을 붙인다.”

제12조 제5항: “누구든지 체포 또는 구속의 이유와 변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 고지받지 아니하고는 체포 또는 구속을 당하지 아니한다. 체포 또는 구속을 당한 자의 가족 등 법률이 정하는 자에게는 그 이유와 일시·장소가 지체없이 통지되어야 한다.”

제12조 제4항과 제5항에서는 우선 변호인의 조력을 받을 권리를 보장하고 있다.

“체포 또는 구속당한 피의자·피고인의 접견교통권은 헌법에 정해 놓은 변호인의 조력을 받을 권리를 실질적으로 보장하기 위한 것으로 국가가 최대한 보장하여야 할 의무를 지는 기본권의 하나이고, 피구속자에 대한 접견이 접견불허처분과 동일시한 것으로서 이는 곧 기본권의 침해가 된다는 것은 판례나 학설을 통해서 밝혀져 헌법문제로서는 이미 해명된 과제이다.”<sup>10)</sup>

9) 통설: 김철수, 헌법학개론, 박영사, 1997, 428면; 권영성, 헌법학원론, 법문사, 1997, 388면.

10) 관련판례: ① 헌재 1992. 1. 28, 91헌마111, 변호인의 조력을 받을 권리에 대한 헌법

특히 변호인의 조력을 받을 권리 및 체포·구속이유의 고지를 받을 권리를 규정하고 있다. 이러한 고지를 받을 권리는 미국연방대법원이 수정헌법 제5조의 自己負罪拒否特權(privilege against self-incrimination)에 근거하여 정립한 이른바 Miranda원칙<sup>11)</sup>을 헌법에 명문으로 규정한 것이다. 그간 한국사회에서 피의자 보호를 위한 절차적 권리가 제대로 보장받지 못하고 있었으나 헌법의 규정과 더불어 형사소송법의 규정(제72조·제87조)을 통하여 구체화되어 있고, 법원의 판례를 통하여 실천되고 있다.

“피의자를 구속영장 없이 현행범으로 체포하기 위하여는 체포 당시에 피의자에 대하여 범죄사실의 요지, 체포의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 말하고 변명할 기회를 준 후가 아니면 체포할 수 없고, 이와 같은 절차를 밟지 아니한 채 실력으로 연행하려 하였다면 적법한 공무집행으로 볼 수 없다.”<sup>12)</sup>

소원, 현재판례집 제4권, 51면 이하(54·62면) : “청구인이 국가안전기획부 면회실에서, 그의 변호인과 접견할 때 (안기부)소속직원(수사관)이 참여하여 대화내용을 듣거나 기록한 것은 헌법 제12조 제4항이 규정한 변호인의 조력을 받을 권리를 침해한 것으로서 위헌임을 확인한다.” “미결수용자(피의자, 피고인)의 변호인접견에도 행정법 제18조 제3항에 따라서 교도관이 참여할 수 있게 한 것은 신체구속을 당한 미결수용자에게 보장된 변호인의 조력을 받을 권리를 침해하는 것이어서 헌법에 위반된다.”

② 현재 1995. 7. 21, 92헌마144, 서신검열 등 위헌확인, 현재판례집 제7권 2집, 94면 이하 : 미결수용자가 변호사에게 발송의뢰한 서신, 변호사가 미결수에게 보낸 서신에 대해 교도관이 서신검열한 행위는 통신비밀의 자유 및 변호인의 조력을 받을 권리를 침해한 것으로 위헌이다.

③ 현재 1996. 1. 25, 95헌가5, 현재판례집 제8권 1집, 1면 이하 : 반국가행위자의 처벌에관한특별조치법 제7조 제6항에서 반국가행위자의 권력재판시에는 변호인의 출석을 금지하고 있는바, 헌법재판소법 제45조 단서규정에 의하여 위 법 전체에 대하여 위헌결정을 한 바 있다.

④ 대판 1996. 6. 3, 96도18, 사법경찰관의 처분취소 결정에 대한 재항고 : “변호인의 조력을 받을 권리를 실질적으로 보장하기 위하여는 변호인과의 접견교통권의 인정이 당연한 전제가 된다고 할 것이므로, 임의동행의 형식으로 수사기관에 연행된 피의자에게도 변호인 또는 변호인이 되려는 자와의 접견교통권은 당연히 인정되어야 할 것이고, 임의동행의 형식으로 연행된 피내사자의 경우에도 마찬가지라 할 것이다.”

11) *Miranda v. Arizona*, 384U.S.436(1966). 미란다 원칙이란 피의자를 심문하기 전에 피의자가 진술거부권을 가지고 있다는 사실, 피의자의 진술이 그에게 불리한 증거로 사용될 수 있다는 사실, 피의자가 변호인의 도움을 받을 수 있다는 사실을 고지하여야 한다는 것이다. 김철수·안경환, 판례교재헌법(2), 법문사, 1992, 185~187면.

따라서 경찰관이 乙을 체포함에 있어서는 먼저 체포의 이유와 변호인조력청구권의 고지를 받을 권리를 고지하여야 한다.

#### 4.拷問을 받지 아니할 權利와 默秘權

“모든 국민은 고문을 받지 아니하며, 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니한다”(제2항).<sup>13)</sup>

야만적인 고문제도의 금지는 이미 국제적 인권보장의 차원에서 보장되고 있다. 이와 관련하여서는 마취분석이나 거짓말탐지기<sup>14)</sup>를 사용한 범죄수사가 문제되고 있다. 나아가서 자기에게 불리한 진술을 금지하고 있다. 이는 앞에서 설명한 미국의 Miranda 원칙의 한 부분을 이루고 있는 것으로서 수사기관인 검사 또는 사법경찰관이 피의자로부터 진술을 듣는 경우에는 미리 피의자에게 진술거부권이 있음을 고지하여야 한다(형소법 제200조 제2항). 이에 따라 “피고인의 자백이 고문·폭행·협박·구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법에 의하여 임의로 진술된 것이 아니라고 인정될 때 또는 정식재판에 있어서 피고인의 자백이 그에게 불리한 유일한 증거일 때에는 이를 유죄의 증거로 삼거나 이를 이유로 처벌할 수 없다”(제12조 제7항).<sup>15)</sup>

또한 공판절차에서도 재판장은 피고인에게 심문에 대한 진술거부를 할 수 있다는 취지를 고지하여야 한다(형사소송규칙 제127조).

#### 5. 逮捕·拘束適否審査制度

헌법상 명문으로 적법한 절차라는 표현을 사용하고 있지 않지만 헌법 제12조에서는 신체의 자유의 절차적 보장에 관한 일련의 원칙에 준거하여

12) 대판 1995. 5. 9, 94도3016; 대판 1994. 3. 11, 93조958.

13) 대판 1992. 6. 23, 92도682: “수사기관이 피의자를 심문하면서 피의자에게 진술거부권을 고지하지 아니한 경우에는 그 자백의 임의성이 인정되는 경우에도 위법수집증거배제의 법칙에 의하여 그 자백의 증거능력을 부정하여야 한다.”

14) 대판 1979. 5. 22, 79도547: 허언탐지기 시험결과의 증거능력이 인정되기 위하여는 우선 그 검사결과의 정확성이 보증되어야 한다.

15) 대판 1992. 11. 24, 92도2409: 피의자가 경찰수사단계에서 고문에 의한 자백을 하고 그 임의성없는 심리상태가 검사의 피의자심문시까지 계속되었다고 인정되는 경우에는, 검사의 피의자심문에 자백강요사실이 없었다 할지라도 검찰자백의 임의성은 부정되어야 한다.

체포·구속적부심사제도를 마련하고 있다. “누구든지 체포·구속을 당한 때에는 적부의 심사를 법원에 청구할 권리를 가진다”(제6항).

적부심사제도는 1679년 영국의 Habeas Corpus Act에 의하여 확립된 구속적부심사제도는 제6공화국헌법에서 다시금 부활한 제도이다. 이는 법원이 발부한 영장에 의하여 체포·구금된 자에 대하여 다시금 법원이 그 체포·구속의 적부를 심사하는 제도라는 점에서 일종의 법원에 의한 재심 제도라고 할 수 있다. 그러나 법원이 스스로 발부한 체포·구속영장에 대하여 다시금 이를 심사하여 구속여부를 결정한다는 점에서 비록 법원은 달리한다 하더라도 법원이 영장을 발부해 놓고 이에 대해 다시금 재심사를 하는 다소 번잡스러운 일임에 틀림없다. 따라서 법원으로서의 체포·구속영장의 발부시에 보다 신중을 기하여 적부심을 통하여 석방되는 일이 없도록 하여야 할 것이다. 만약 적부심을 통하여 석방시킬 경우라면 미리 구속영장심사시부터 신중을 기하여야 마땅하기 때문이다. 바로 그런 의미에서 체포·구속영장 심사를 할 때부터 법원이 적극적으로 심사하는 구속영장실질심사제의 정립이 필요하게 된다.

## 6. 刑事訴訟法上的 權利

형사피의자나 피고인의 구속은 당사자뿐만 아니라 가족 전체에 대한 파멸을 가져올 수 있다는 점에서 아무리 보호하여도 지나침이 없을 것이라는 점에서 헌법상의 절차적 보호 이외에도 형사소송법상 구속영장을 발부하기 이전에 직접 법원이 피의자를 심문할 수 있는 拘束令狀實質審査制(제201조의2 제1항)뿐만 아니라, 법적 사유가 충족될 경우에는 保釋制度를 마련하여 두고 있다. 특히 개정 형사소송법에서는 검사의 기소전 단계에 있는 피의자에게도 보석제도를 적용하고 있다. 즉 법원은 구속된 피의자에 대하여 피의자의 출석을 보증할 만한 보증금의 납입을 조건으로 하여 결정으로써 그 석방을 명할 수 있다(보증금납입조건부 피의자석방제도, 제214조의2 제4항).

또한 형사피의자나 형사피고인은 자기에 관련된 피의사실 및 공판절차 등에 관하여 알 권리를 가지므로 형사소송기록과 소송계속중인 증거서류를 열람하고 복사하여 줄 것을 요구할 권리를 갖는다(형소법 제55조·제

#### IV. 結 語

1. 그간 신체의 자유가 제대로 보장되지 아니하던 관행에 비추어 신체의 자유를 실질적으로 보장하기 위하여서는 적법절차의 원리가 존중되어야 할 것이다. 헌법상 신체의 자유의 원리를 보다 현실적으로 보장하기 위한 형사소송법의 개정취지도 충분히 현실화되어야 할 것이다.

2. 사례에서 乙은 우선 현행범으로 체포될 소지가 있다. 그러나 공무집행 방해죄를 지나치게 남용하는 사례는 불식되어야 된다고 본다면, 형사소송법 제214조 단서 규정에 비추어 영장주의의 예외로서의 체포제도를 남용하여서는 안될 것으로 본다.

3. 乙을 현행범으로 체포할 경우에는 체포의 이유와 변호인의 조력을 받을 권리가 보장되어 있다는 점과 자기에게 불리한 진술을 거부할 수 있다는 묵비권이 있음을 고지하여야 한다.

4. 일단 체포된 다음에는 48시간 이내에 구속영장이 정식으로 발부되어야 한다. 이 경우 판사는 구속영장실질심사제를 적극적으로 활용하여야 한다. 만약 구속영장을 발부받지 못한 경우에는 즉시 석방되어야 한다.

5. 체포된 이후에는 체포·구속적부심사청구권 및 보석제도를 통하여 신체의 안전을 도모할 길이 마련되어 있다.

---

16) 헌재 1995. 12. 28, 91헌마114, 형사소송규칙 제40조에 대한 헌법소원, 헌재판례집 제 7 권 2집, 876면 이하 : 형사소송규칙 제40조에서 피고인 또는 변호인이 형사소송법 제56조의2 제 2 항에 기하여 녹취를 하고자 할 때에는 미리 법원의 허가를 받도록 규정하였다고 하여 헌법상 형사사건의 피고인에게 보장되는 방어권의 적정한 행사를 위한 권리, 변호인의 조력을 받을 권리 또는 정당한 재판받을 권리를 침해하였다고 할 수 없다.