

형사소송에서 적법절차의 명암(明暗)과 시사점

김면기*

국 | 문 | 요 | 약

신체의 자유에 직접적인 제한을 가하는 형사절차에서, 적법절차는 공권력을 견제하고 감시하는 데 핵심적인 역할을 한다. 영미법계에서 발달된 적법절차 이론은 20세기 후반 이후 우리나라 형사절차의 발전에 많은 기여를 해왔고, 앞으로도 그 영향은 계속될 것으로 예상된다. 이와 같은 적법절차 보장의 중요성은 아무리 강조해도 지나치지 않을 것이다. 그러나 이러한 중요성은 적법절차가 현실적으로도 충분한 기능과 역할을 할 때에 비로소 그 의미가 유효할 것이다.

본 논문에서는 우리나라의 형사절차에서 적법절차가 갖는 의미를 비판적으로 분석한다. 그동안 적법절차 이론이 미국을 통해 지나치게 긍정적인 측면 위주로 소개되었음을 지적하고, 보다 현실적인 모습에 근거한 논의가 이루어져야 함을 주장한다. 이를 위해 우선 미국 형사사법제도가 당면한 심각한 문제들을 살펴본다. 적법절차 보장은 이러한 문제들을 방지하는 데 무기력한 경우가 많고, 법집행기관은 적법절차 준수 의무를 쉽게 우회하고 있음을 설명한다. 이로 인해 미국 형사절차에서 적법절차들이 정상적으로 작동하고 있지 못하고 있음을 논증한다.

이어서는 이러한 논의들이 우리나라에 줄 수 있는 시사점을 검토한다. 먼저, 적법절차 이론에 대한 균형 잡힌 인식을 통해, 적법절차의 현실적 한계에 대해서도 이해가 필요함을 주장한다. 또한 적법절차 이론에 대한 긍정적인 인식의 이면에는 당사자주의가 직권주의에 비해 인권보호에 적합한 선진적 제도라는 속단(速斷)이 있음을 지적하고, 이러한 통념에서 벗어나야 함을 언급한다. 이어서 적법절차 등 거시적 차원의 논의와 별도로, 형사절차 그 자체를 보다 정교하게 규율하려는 미시적 차원의 노력도 수반되어야 함을 설명한다.

❖ 주제어 : 적법절차, 영미법계, 직권주의, 당사자주의

* 경찰대학 경찰학과 교수(경감), 법학박사(S.J.D.), 뉴욕주 변호사, kmk180@naver.com.

본 논문의 초안에 대해 소중한 조언을 해주신 익명의 심사위원들께 깊은 감사를 드린다.

I. 들어가며

20세기 후반 이후 우리나라에서도 법치주의가 발달함에 따라, 형사절차에서 적법절차의 확립과 준수가 강조되고 있다. 헌법상의 적법절차 조항은 형사절차 전반의 지도이념으로의 역할을 하고 있고, 국가 공권력으로부터 인권을 보장하는 최후의 보루로서 인식되고 있다. 이러한 상징적 의미로 인해, 적법절차 보장은 궁극적으로 우리의 형사절차가 지향해야 할 금과옥조처럼 여겨지기도 한다. 실제로 21세기 들어 활발히 진행되고 있는 형사사법제도 개혁과 수사구조개혁 논의에서도 적법절차 강화는 핵심적인 지위를 차지하고 있다.

그러나 이와 같은 일반적인 인식이 충분히 균형감을 갖고 있는 것인지는 의문이다. 적법절차 보장이 수반하는 한계 등에 대한 논의는 거의 찾아보기 어렵기 때문이다. 일부 비판적 목소리도 있지만, 대부분 형사절차의 ‘효율성’ 제고의 관점에서 적법절차 준수가 원활한 수사를 방해할 수 있다는 ‘기본적’ 문제제기에 그치고 있다. 적법절차 보장의 현실적인 기능과 역할에 대한 심도 있는 분석은 부족하다. 이와 같은 불균형은 아마도 적법절차 이론이 처음 우리나라에 도입된 경위와 밀접한 연관이 있는 것으로 보인다. 잘 알려져 있듯, 적법절차는 영국에서 기원하고 미국에서 꽃을 피웠는데, 1960년대 미국에서 활발했던 민권운동(civil right movement)에 상징적인 역할을 하였다. 이러한 적법절차 이론이 1970, 80년대 권위주의적 형사절차가 지배하고 있던 우리나라에 소개되기 시작했고, 자연스레 인권보장과 ‘동의어’로 여겨지게 되었다. 이후 적법절차 조항은 민주화 운동의 산물인 1987년 헌법 개정을 통하여 헌법 조문에 삽입되었고, 30여년이 지난 지금까지도 그 위상이 공고히 유지되고 있다.

하지만 적법절차가 헌법적으로 굳건히 보장되는 것과 그것이 실제로 지켜지는 것은 별개의 문제이다. 예를 들어, 형사 절차의 각 단계에서 변호인의 조력을 받을 권리가 보장된다고 하더라도, 경제적인 여유가 부족한 피의자(피고인)에게 국선 변호인이 제공되지 않는다면 그러한 권리는 무의미하기 때문이다. 경찰은 별다른 어려움 없이 피의자를 신문할 수 있고, 검찰은 별다른 어려움 없이 재판에 임할 수 있다.

때문에 실제 형사절차 각 단계에서 적법절차가 진정으로 보장받고 있는지, 그것을 보장하는 취지와 달리 쉽게 형해화 되고 있지 않는지 등에 대해서도 많은 관심이 필요하다. 만약 적법절차 보장이 무력화되는 경우가 많다면 그것이 실효성을 갖도록 하기 위한 방안들에 대해서도 논의가 이루어져야 한다. 즉, 적법절차 그 자체의 현실적 역할, 한계 그리고 대안 등에 대해 보다 많은 논의가 이루어질 필요가 있다.

이와 같은 문제의식을 바탕으로, 본 논문에서는 비교법적 시각에서 미국의 사례를 분석하고 우리나라에의 시사점을 도출하고자 한다. 미국에서는 적법절차 이론의 역사가 긴 만큼, 이와 관련된 다양한 분석과 논의들이 진행되고 있다. 특히 1990년대 들어서면서 적법절차에 대한 문제제기가 활발해지고 있다. 비록 적법절차가 헌법상으로 보장되고 있지만, 현실적으로는 피의자(피고인)들이 이를 충분히 행사하기 어렵다는 지적이 많다. 심지어는 적법절차 강화가 미국 형사사법제도가 당면한 심각한 문제들을 초래한 것이라는 분석마저 힘을 얻고 있다. 따라서 최근 미국에서는 단순한 적법절차 보장을 넘어 형사사법제도를 근본적으로 개선하기 위한 많은 노력들이 이어지고 있다. 그럼에도 불구하고 이와 같은 비판적 논의들은 우리나라에서 찾아보기 어렵다.¹⁾ 이에 본 논문은 적법절차 조항의 명암(明暗)을 밝히고, 이를 통해 우리나라 형사절차 개혁 논의에 다양한 시각을 제공하고자 한다.

이어지는 II장에서는 우리나라 적법절차 조항의 도입과정과 일반적인 인식에 대해 비판적으로 분석하고, III장에서는 최근 미국에서 적법절차와 관련해서 나타나고 있는 새로운 논의들을 살펴본다. 이를 통해, IV에서는 우리나라 적법절차 이론의 발전을 위한 시사점 모색한다.

1) 미국의 형사사법제도에 대한 비판적 연구도 있지만, 대부분 자극적이고 단편적인 사례 소개 정도에 그치고 있다. 예를 들어 총기 소지 허용으로 인한 인명피해, 대량구금(mass incarceration) 문제 등이 자주 거론되고 있다. 최근 미국 플로리다 주의 한 학교에서 발생한 총격사건 등은 거의 실시간으로 우리나라에도 보도되고 있다.

II. 우리나라 형사절차에서 적법절차의 형성

1. 도입과정 및 영향

적법절차라는 용어가 우리 형사절차에서 중요한 의미를 갖게 된 것은 1987년 제9차 헌법 개정을 통해서였다.²⁾ 개정된 헌법 제12조 제1항 2문은 “누구든지 … 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌, 보안처분 또는 강제노역을 받지 아니”하고, 동조 제3항은 “체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다”고 명시하고 있다. 이후 헌법재판소에서는 형사절차에서의 적법절차 위반 여부를 엄격히 심사하기 시작했다. 대표적인 사례들로, 법관의 보석허가 결정에도 불구하고 검사가 즉시 항고할 경우 피고인이 계속 구속될 수 있도록 했던 구 형사소송법 제97조 제3항에 대한 위헌결정,³⁾ 중형이 예상되는 사건에서 피고인의 변호인의 출석을 허용하지 않고 증거조사도 없이 실형을 선고하도록 한 ‘반 국가행위자의 처벌에 관한 특별조치법’ 제2조 제1항 제2호에 대한 위헌결정⁴⁾ 등이 있다. 대법원도 적법절차를 위반 여부를 보다 적극적으로 심사하고 있다.⁵⁾ 적법절차 원칙은 이제 국가 공권력 남용을 견제하는 핵심적인 역할을 하고 있는 셈이다.

우리나라의 적법절차 조항은 영미법계의 적법절차 원칙, 그 중에서도 사실상 미국법의 적법절차 이론을 받아들인 것이다.⁶⁾ 잘 알려져 있듯, 적법절차 원칙은 영국

2) 하지만 헌법 개정 이전에도 적법절차라는 용어는 이미 사용되고 있었다고 한다. 유회일 교수의 연구에 따르면, 대법원이 1983년도에 업무상 횡령죄 관련 판례(대법원 1983. 3. 8. 82도2873)에서 적법절차 위반에 대하여 처음으로 언급하였고, 이후 적법절차라는 용어를 사용한 판례들이 나타나기 시작했다고 한다. 유회일, “미국 헌법상 적법절차 조항의 한국적 수용”, 미국헌법연구 제16권 제1호, 2005, 50-51면. 유 교수는 1980년대 우리나라에서도 미국 헌법상 적법절차에 대한 연구가 활발해지고, 적법절차의 중요성이 높아지면서 이러한 변화가 일어난 것으로 보고 있다.

3) 헌재 1993. 12. 23. 93헌가2.

4) 헌재 1996. 1. 25. 95헌가5.

5) 유회일, 앞의 논문, 56면.

6) 권영성, “미국헌법상 적법절차의 법리와 그 전개”, 미국헌법연구 제1권, 1990, 148면; 허일태, 형사절차에서 적법절차의 원칙, 동아법학, 제28권, 2000, 81-83면; 임지봉, “미국헌법상의 적법절차조항과 그 운용”, 미국헌법연구 제17권 제2호, 2002, 309-310면.

에서 태동하였고, 미국에서 꽃을 피웠다. 많은 학자들은 1215년 영국의 대헌장(Magna Carta)을 적법절차의 기원으로 보고 있다. 대헌장 제39장은 어떠한 자유인도 “나라의 법(the law of the land) 또는 동료들에 의한 적법한 판단(the lawful judgement of his equals)”에 의하지 않고는 체포, 구금되거나 소유권을 박탈당하지 않는다고 선언하였다.⁷⁾ 이 후 1354년 다시 작성된 대헌장에서 “나라의 법”이라는 용어는 “적법절차에 의하여(by the due process of law)”로 바뀌었고,⁸⁾ 이러한 정신은 1791년 제정된 미국의 연방 수정헌법 제5조를 통하여 미국에 계승되었다. 이후 미국의 적법절차는 남북전쟁(Civil War) 후 노예제 폐지와 1960년대 민권운동 과정을 통하여 그 의미와 영향이 확대되었고, 아메리카 대륙을 넘어 전 세계에까지 전파되었다.⁹⁾ 우리나라에서도 민주화 운동의 산물이었던 1987년 개정헌법에서 이러한 적법절차의 원칙을 처음으로 도입한 것이다.

적법절차의 구체적인 문언(文言)은 한국과 미국이 조금 다르지만, 사실상 거의 유사하게 적용되고 있다. 미국의 연방 수정헌법 제5조는 “... 누구라도 적법절차에 의하지 아니하고는 생명, 자유 또는 재산을 박탈당하지 아니한다...”로 규정하고 있어,¹⁰⁾ 보호법익을 폭넓게—신체의 자유에 국한하지 않고—규정하고 있다. 때문에 미국 연방대법원은 이미 19세기 말부터 적법절차 조항을 통하여 다양한 권리들에 대해서도 심사를 해왔다.¹¹⁾ 반면, 우리나라의 헌법 제12조는 신체의 자유(형사절차)에 초점을 맞추고 있기 때문에, 헌법재판소의 초기의 판례들은 적법절차를 형사절차와 밀접하게 연결시켜 논해왔다. 하지만 1990년대 이후에 우리 헌법재판소도 헌법상의 적법절차 조항이 입법, 행정에도 적용된다고 해석함으로써 미국과 같이 폭넓게 적용되고 있다.¹²⁾

오늘날 우리나라의 적법절차 조항은 특히 형사절차에서 핵심적인 위치를 차지하

7) 이는 자의적인 왕권 행사를 통제하기 위한 장치로서, 왕권 행사의 실제적인 면과 절차적인을 모두 포함하는 것으로 해석된다.

8) 유희일, 앞의 논문, 33면.

9) 허일태, 앞의 논문, 83면.

10) 원문은 다음과 같다. “No person ... shall ... be deprived of life, liberty, or property without due process of law... .” U.S. Constitution Amendment V.

11) 권영성, 앞의 논문, 154-184면.

12) 유희일, 앞의 논문, 53-55면.

고 있다.¹³⁾ 헌법 문언에서 적법절차가 적용되는 구체적 대상을 명시하지 않기 때문에, 형사절차 전반에 관한 지도이념으로써 폭넓게 적용되고 있다.¹⁴⁾ 형사절차의 핵심적인 권리들, 예를 들어, 진술거부권, 변호인의 조력을 받을 권리, 재판받을 권리, 구속적부심사청구권, 일사부재리, 연좌제 금지 등이 적법절차 원칙과 밀접한 것으로 이해되고 있다.¹⁵⁾ 적법절차가 1987년 우리 헌법에 도입된 과정도 중요한 의미를 갖는 데, 더 이상 자의적인 공권력 행사를 허용하지 않겠다는 민주화의 열망을 반영하고 있기 때문이다. 이러한 적법절차 조항의 상징적 의미는 21세기에도 지속되고 있다. 2007년 대폭 개정된 형사소송법에서도 적법절차 요소를 한층 강화하였고, 최근의 사법개혁 또는 수사구조개혁 논의에서도 역시 중요하게 고려되고 있다.

2. 일반적 인식 및 문제제기

이처럼 우리나라 형사절차에서 적법절차는 상당히 비중 있게 인식되고 있다. 적법절차 보장이 형사절차의 효율성을 침해할 수 있다는 측면에서 간혹 이견이 있는 경우도 있지만, 우리의 형사절차가 궁극적으로 지향해야 할 방향이라는 점에 대해서는 폭넓은 공감대가 형성되어 있는 듯하다.¹⁶⁾

이와 같은 인식의 바탕에는 아마도 미국 적법절차 이론에 대한 긍정적 소개가 큰 영향을 미친 것으로 보인다. 특히 형사절차에 적용되는 미국의 적법절차들은 여러 문헌에서 인권보장의 정수(精髓)로 인식되어 왔다. 1980년대 안경환 교수는 미국의 적법절차 조항의 광범위한 영향을 소개하면서 전지전능한 ‘마법(魔法)의 상자(箱子)’에 비유한 바 있는데,¹⁷⁾ 특히 형사절차와 관련해서 적법절차 조항이 인권보장

13) 김현수 교수는 적법절차가 국가의 모든 공권력 작용에 적용되지만, 그 중에서도 가장 중요한 의미를 갖는 것은 형사절차에서의 적법절차 원리임을 강조한다. 김현수, “형사소송에서의 적법절차위반과 그 효과에 관한 연구”, 동아법학 제44권, 2009, 541면.

14) 헌법재판소는 적법절차에 대해 “국가의 형벌권을 실현함에 있어 피고인 등의 기본권 보장을 위한 정당한 절차, 즉 근본적인 공정성을 담보하는 절차”라고 정의한 바 있다. 헌법재판소 1996. 12. 26. 선고 94헌바1 결정.

15) 허일태, 앞의 논문, 85면. 한편 적법절차의 개념 자체가 매우 가변적이기 때문에 그에 대한 정확한 해석을 시도하는 것 자체가 쉽지 않은 일이라는 견해도 있다. 김현수, 앞의 논문, 541면.

16) 예를 들어, 차용석, “형사소송에 있어서의 ‘Due Process’의 구현 - 미국 법에서의 발전과 관련시켜”, 형사정책연구 제71권, 2007; 허일태, 앞의 논문; 김현수, 앞의 논문.

의 ‘신화(神話)’를 탄생시켰다고 소개한 바 있다.¹⁸⁾ 비슷한 시기에 권영성 교수도 우리나라 적법절차 조항이 실질적으로 규범력을 확보하기 위해서는 미국 헌법상 적법절차의 법리와 발전에 대한 이해가 중요하다고 언급하였다.¹⁹⁾ 차용석 교수의 연구도 큰 영향을 미쳤다. 차 교수는 꾸준히 미국 형사 판례들에 대한 상세한 소개를 해왔는데, 우리나라의 형사절차가 궁극적으로 지향해야 할 모델로써 미국의 형사절차상의 적법절차를 제시하기도 하였다.²⁰⁾ 그 이후에도 많은 연구들이 미국 적법절차의 법이론과 판례들을 소개하면서 우리나라 형사절차에도 적법절차의 요소가 강조될 필요가 있음을 주장해왔다.²¹⁾ 이러한 논의들은 앞서 언급했던 판례들의 변화뿐만 아니라 2000년대 중반 활발했던 사법개혁 논의에도 영향을 미쳤고, 이후 형사소송법 개정에도 많이 반영되었다. 최근의 수사구조개혁 논의에서도 적법절차 강화는 당연한 명제로 간주된다.

하지만 이와 같은 인식과 방향이 충분히 균형 잡힌 것인지에 대해서는 검토해 볼 필요가 있다. 위와 같은 논의들은 대부분 미국에서 적법절차를 형성한 판례 등 법문언 그 자체에 초점을 두고 있기 때문이다. 때문에 적법절차 보장이 미국에서 실제로 어떤 영향을 미쳐왔는지, 오늘날에도 유효한 의미를 갖는지 등에 대한 실증적 차원의 논의는 부족하다. 이러한 문제제기가 우리나라에서 적법절차를 강화하려는 노력들에 대한 근본적인 문제제기는 결코 아니다. 또한 적법절차 강화로 인한 수사의 효율성 저하에 대한 우려에서 비롯된 것도 아니다. 다만 적법절차 보장이 단지 문언상의 의미를 넘어, 현실적으로 어떠한 기능과 역할을 하는지에 대해서도 상세히 살펴볼 필요가 있다. 아무리 바람직한 법이나 제도도 그 취지대로 작동하지 않는다면 무용지물일 것이기 때문이다.

이를 위해서, 우선 미국에서의 적법절차 이론의 발달과정과 현실에 대해 보다 비판적으로 검토해 볼 필요가 있다.²²⁾ 법 문언 그 자체의 변화보다 법이 현실에서 작

17) 안경환, “魔法의 箱子 適法節次條項”, 사법행정 제321권, 1987.

18) 안경환, 앞의 논문, 98면.

19) 권영성, 앞의 논문, 147-151면.

20) 차용석, 앞의 논문, 581면.

21) 최근의 연구로는 김현수, 앞의 논문; 강승식, “절차적 적법절차의 본질에 관한 연구”, 미국헌법연구 제25권 제2호, 2014.

22) 한편, 미국의 적법절차 조항에 상응하는 대륙법계 국가의 법원칙으로 기본권제한의 법률유보원리

동하는 모습(Law in Action)의 관점에서 살펴보는 것이다.²³⁾ 예를 들어, 현재 피의자(피고인)들은 헌법적 권리들이 충분히 보호받고 있는지, 법집행기관들은 적법절차를 제대로 준수하는지, 법원은 권리구제에 적극적인지 등에 대해서도 확인해 볼 필요가 있다. 이를 통해 적법절차의 의의와 한계에 대해서도 진단해 볼 수 있을 것이다. 최근 들어 미국의 형사사법시스템 전반에 대한 비판적 고찰도 활발해지고 있지만, 대부분 단편적인 사례 내지 정책에 대한 언급에 머무르고 있다. 미국 형사절차 전반에서 적법절차가 갖는 현실적 의미와 영향에 대한 객관적 논의는 드물고, 여전히 긍정적인 시각에서 적법절차 이론들을 소개하는 연구가 많다. 본 논문에서는 미국의 현실을 비판적으로 살펴봄으로써, 우리나라 적법절차에 대한 논의들이 보다 다양한 시각에서 이루어지는 데 기여하고자 한다.

Ⅲ. 미국의 형사사법 적법절차의 이론과 실제

1. 미국의 형사사법 적법절차의 형성

앞서 설명한 바와 같이 미국의 적법절차 조항은 1791년에 제정된 연방 수정헌법 제5조를 통해 도입된 바 있다. 그러나 동 조항이 본격적으로 형사사법제도에서 중요성이 강조되고, 강력한 영향력을 발휘하기 시작한 것은 20세기 중반에 이르러서였다.²⁴⁾ 당시의 변화는 일반적으로 적법절차 혁명(due process revolution)으로 불리고 있다. 진보적 성향이었던 얼 워렌(Earl Warren) 대법원장의 주도 아래 연방대법원이 적극적인 헌법해석을 통하여 연방 수정헌법상의 형사절차와 관련된 조항들

가 있고, 우리 헌법 제12조 제1항의 법률주의는 이러한 원리를 수용한 것이라는 견해도 있다. 김현수, 앞의 논문, 542-543면.

23) ‘Law in Action’ 학풍은 미국법학의 실용적인 측면을 보여주는 좋은 전통이다. 미국 위스콘신주 로스쿨에서 발달한 학풍으로, 법을 공부하고 연구함에 있어 단지 법률 그 자체뿐만 아니라 ‘법률이 사회적 문제들을 다루기 위해 어떻게 변화되었고, 현실에서는 어떻게 작동하고 있는 지’에 대해서도 관심을 갖는 것이다. 위스콘신 로스쿨 홈페이지, <https://law.wisc.edu/law-in-action/>, 2018. 2. 22 검색.

24) Wayne Lafave et al., Criminal Procedure 57-63 (6th ed. 2017).

의 적용범위를 대폭 확대한 것이다. 이에 직접적인 영향을 받은 권리들로 수정헌법 제4조의 불합리한 압수·수색의 금지(the prohibition against unreasonable searches),²⁵⁾ 수정헌법 제5조의 자기부죄금지특권(the privilege against compelled self-incrimination),²⁶⁾ 수정헌법 제6조의 변호인의 조력을 받을 권리(the right to the assistance of counsel)²⁷⁾ 등이 있다.

이러한 적법절차 혁명의 의미를 정확히 이해하기 위해서는 미국 형사사법시스템에 대한 간략한 설명이 필요하다. 미국은 50개의 주(States)로 구성된 연방국가로서 원칙적으로 형사사법제도를 어떻게 구성·운용할 것인가 하는 것은 각 주의 고유한 권한으로 여겨진다. 때문에 수정헌법상에 피의자(피고인)의 권리들에 대한 조항이 다수 있지만, 이는 연방정부에만 적용될 뿐 각 주와는 관련이 없는 것으로 간주되었다.²⁸⁾ 하지만 연방범죄는 극히 일부에 불과하고 대부분의 범죄는 주 관할에 속하기 때문에 수정헌법 상의 조항들은 미국 형사절차 전반에서는 큰 의미가 없는 셈이었다. 형사사건의 98%가 각 주에서 처리되고 있고, 연방정부에서 처리하는 사건은 2%에 불과하기 때문이다.²⁹⁾ 적법절차혁명이란 이러한 프레임을 바꾼 것이다. 연방대법원은 일련의 판결을 통하여 연방 수정헌법상의 형사절차상의 권리들 중 상당수가 수정헌법 제14조의 적법절차(due process) 조항을 통하여 각 주에도 적용된다고 선언한 것이다.³⁰⁾ 이는 연방정부가 위에서 언급한 바와 같은 형사절차상의 핵심적인 내용들이 각 주에서도 동일하게 적용되도록 직접 감독·규율한다는 의미를 갖는다.

25) 원문은 다음과 같다. “The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated,” U.S. Constitution Amendment IV.

26) 원문은 다음과 같다. “No person ... shall ... compelled in any criminal case to be a witness against himself,” U.S. Constitution Amendment V.

27) 원문은 다음과 같다. “In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to ... have the Assistance of Counsel for his defence.” U.S. Constitution Amendment VI.

28) 이에 대해서 오랜 논란이 있었으나, 1833년 연방대법원은 *Barron v. Baltimore*, 32 U.S. (7pet.) 243 (1833), 사건에서 연방수정헌법 조항들은 연방정부에 대해서만 적용된다고 판시함으로써 이를 명확히 한 바 있다.

29) Wayne Lafave et al., 앞의 책, 60면.

30) 이러한 과정에 대한 상세한 설명으로는 임지봉, 앞의 논문, 292-294면. 한편, 수정헌법 제14조는 남북전쟁을 통해 노예제가 폐지된 이후인 1868년에 각 주에서 모든 미국시민들의 인권을 보다 강력히 보호하기 위해 만들어진 상징적인 조항이다.

이러한 변화가 미국 형사절차에 미친 영향은 강력했다. 이제 연방법원뿐만 아니라 (형사사건의 거의 대부분을 차지하는) 각 주법원의 형사사건에서도 수정헌법상의 권리들이 보호받게 되었다.³¹⁾ 예를 들어, 1961년의 *Mapp v. Ohio* 판결 이후 주 검찰은 더 이상 수정헌법 제4조가 보호하는 불법적인 압수와 수색의 금지를 위반하여 얻어진 증거들을 법정에서 제출할 수 없게 되었다.³²⁾ 1966년의 *Miranda v. Arizona* 판결 이후 주 법집행기관이 신문(訊問) 시작 전에 피의자에게 ‘변호인의 조력을 받을 권리’가 있음을 고지하지 않고 얻어낸 진술은 법정에서 증거로 사용될 수 없었다.³³⁾ 1963년의 *Gideon v. Wainwright* 판결 이후 주 정부는 변호인의 조력을 받을 여유가 없는 무자력 피고인에게 변호인을 제공할 의무를 부담하게 되었다.³⁴⁾ 이러한 변화들을 일컫는 적법절차혁명은 미국의 형사절차에서 피의자(피고인) 권리보호에 상징적인 의미를 갖는다. 이는 1960년대 미국 사회를 휩쓸었던 민권운동과 함께 20세기 후반 미국의 사회변화의 중심에 있었다. 이러한 적법절차 혁명의 정신은 이후 미국을 넘어 다른 나라의 형사사법제도에도 많은 영향을 미쳤다.

2. 미국 형사사법제도의 현 실태

위와 같은 미국에서의 적법절차 혁명이 현실적으로는 어떤 변화를 가져왔는지에 대해 객관적으로 살펴볼 필요가 있다. 과연 미국에서는 현재 적법절차가 실제로도 충분히 보장받고 있는가? 형사절차에서 인권침해가 억제되고, 정의가 실현되고 있는가? 일련의 변화는 성공적이라고 평가받고 있는가? 이러한 측면들에 대해 살펴보는 것은 미국의 적법절차 이론을 도입하는 것 못지않게 중요한 의미를 가진다. 이에 대해 본격적으로 논의하기에 앞서, 본 절(節)에서는 우선 미국 형사사법제도의 현 실태에 대해 상세히 살펴보고자 한다.

31) 이에 해당되는 권리들로는 본 논문에서 언급하는 것들 외에도, 수정헌법 제4조(영장주의), 수정헌법 제5조(이중위험금지), 수정헌법 제6조(신속한 재판, 공개재판, 배심재판, 불리한 증인대면) 등이 있다. Wayne Lafave et al., 앞의 책, 77면.

32) *Mapp v. Ohio*, 367 US 643 (1961).

33) *Miranda v. Arizona*, 384 US 436 (1966).

34) *Gideon v. Wainwright*, 372 US 335 (1963).

1990년대 이래로 미국의 형사사법시스템은 전례 없는 비판을 받고 있다.³⁵⁾ 미국 내 법집행기관의 과도하고 치명적인 공권력(무력) 행사 사례는 본국을 넘어 우리나라 언론에도 자주 보도되고 있다. 처벌위주의 형사사법 정책으로 인해 미국의 감옥 등에 구금된 형 집행자는 인구 대비 세계 어느 나라 보다 높은 수준이다. DNA 등 과학기술의 발전에 따라 밝혀지고 있는 오판(誤判)의 문제도 심각하다. 더욱이 인종 또는 사회적 신분에 따른 차별적인 법집행은 연방헌법에서 보장하고 있는 평등권(equal protection of law)를 무색하게 한다.³⁶⁾ 저명한 형사법 교수인 윌리엄 스톤츠 교수는 이러한 현실을 ‘미국 형사사법제도의 붕괴(the Collapse of American Criminal Justice)’로 까지 칭하기도 하였다.³⁷⁾ 형사사법제도의 개혁을 위한 각계각층의 다양한 노력들이 지속되고 있지만, 여전히 문제는 심각하다.³⁸⁾

보다 구체적으로 살펴보자. 현장 경찰관의 과도한 무력 사용, 그리고 이로 인한 법집행기관에 대한 불신과 반발은 우려할 만한 수준이다. 한 해 1,000명이 넘는 시민들이 경찰의 무력 사용으로 인해 사망하고 있기 때문이다.³⁹⁾ 대표적인 사례가 우리나라에도 잘 알려진 2014년 미주리(Missouri)주 퍼거슨(Ferguson)시에서 있었던 총격 사건이다.⁴⁰⁾ 당시 18세 흑인 청년 마이클 브라운(Michael Brown)은 경찰관 대런 윌슨(Darren Wilson)의 총격으로 인해 사망하였는데, 비무장 상태였던 것이 밝혀지면서 과도한 무력행사에 대한 논란이 불거졌다. 퍼거슨 경찰의 과도한 공권력 행사에 대한 누적된 불만이 폭발하면서, 흑인들을 중심으로 한동안 도시 내 소요

35) 자세한 설명은 이어지는 문단을 참고.

36) 원문은 다음과 같다. “... No State shall make or enforce any law which shall ... deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.” U.S. Constitution Amendment XVI

37) William J. Stuntz, *The Collapse of American Criminal Justice* (2011).

38) 예를 들어, 미국의 전(前) 대통령 버락 오바마는 재임 중 유명 법학 학술지에 형사사법 제도의 개혁과 관련된 논문을 기고할 만큼 형사사법제도 개혁에 관심이 많았고 실제로도 많은 개혁정책을 추진했지만 성과에는 한계가 있었다. Barack Obama, *The President's Role in Advancing Criminal Justice Reform*, *Harvard Law Review* 130(3), 2017. 한편, 현 트럼프 대통령은 과거 오바마 행정부의 개혁 정책에 역행하고 있다는 비판을 받고 있다.

39) 2015년 통계에 따르면 경찰의 무력 사용으로 1,152명이 사망하였다고 한다. Mapping Police Violence, <https://mappingpoliceviolence.org/2015/>, 2018. 2. 22 검색.

40) New York Times, “What Happened in Ferguson?”, <https://www.nytimes.com/interactive/2014/08/13/us/ferguson-missouri-town-under-siege-after-police-shooting.html>, 2018. 2. 22 검색.

사태가 이어지기도 했다. 같은 해, 뉴욕(New York)시 맨해튼(Manhattan)에서 대낮에 발생한 흑인 남성 에릭 가너(Eric Garner)에 대한 경찰관의 무력 사용도 세간에 충격을 안겼다.⁴¹⁾ 당시 건강이 좋지 않았던 가너는 길거리에서 경찰관의 사소한 지시에 따르지 못했는데, 이로 인해 수명의 경찰관이 집단으로 비무장 상태였던 가너를 제압하고 목을 조르는 바람에 사망하였다. 이러한 문제들이 계속되면서 오마바 대통령은 경찰의 무력사용에 대한 연방정부 차원의 특별조사를 지시했고, 경찰 개혁에 대한 대통령 보고서 발간으로까지 이어지기도 했다.⁴²⁾ 그러나 이후에도 과도한 무력사용은 끊이지 않고 있다.⁴³⁾

차별 위주의 형사사법 정책이 막대한 숫자의 구금자들을 양산하고 있는 것도 심각한 문제이다. 2017년 현재 미국의 구금시설에는 약 230만 명이 수감되어 있는 데, 이는 중국의 절대 수감인원보다도 많고 인구대비로도 전 세계 어느 나라보다도 많은 숫자라고 한다.⁴⁴⁾ 미국의 형사사법 정책이 이처럼 차별 위주로 변모하게 된 것은 1960년대 후반으로 거슬러 올라간다.⁴⁵⁾ 당시 미국에서는 냉전의 긴장이 완화되고 베트남 전쟁 등 정부정책에 대한 비판이 높아졌고, 강력한 민권운동 등 자유화를 갈망하는 분위기가 고조되었다. 자연스레 거리범죄 등도 증가하였고, 마약 남용 등 무질서가 점차 사회적인 문제로 대두되었다. 게다가 앞서 설명한 적법절차 혁명으로 인해 형사사법제도 전반의 효율성 저하가 우려되었고, 정치권을 중심으로 범죄

41) J. David Goodman & Al Baker, Wave of Protests After Grand Jury Doesn't Indict Officer in Eric Garner Chokehold Case, N.Y. Times (Dec. 3, 2014),

<http://www.nytimes.com/2014/12/04/nyregion/grand-jury-said-to-bring-no-charges-in-staten-island-chokehold-death-of-eric-garner.html>. 한편, 동 사건 후에 에릭 가너를 목조른 경찰관들에 대한 기소가 이루어지지 않음에 따라 또 한번의 논란이 일어났다.

42) President's Task Force on 21st Century Policing, Final Report of the President's Task Force on 21st Century Policing, Office of Community Oriented Policing Services, 2015.

43) 2017년에도 여전히 1,147명이 경찰의 무력 사용으로 인해 사망하였다. Mapping Police Violence, <https://mappingpoliceviolence.org/>, 2018. 2. 22 검색. 일련의 사건들에도 불구하고 경찰관의 무력 사용 수준은 거의 변화가 없는 셈이다.

44) The Nation, <https://www.thenation.com/article/its-time-to-end-mass-incarceration/>, 2018. 2. 22 검색. 한편, 2013년도 통계에 따르면 미국에는 총 224만명이 구금되어 있는데, 절대 숫자뿐만 아니라, 인구비율(10만명당 716명)로도 세계에서 가장 높은 수준이라고 한다. International Centre for Prison Studies, World Prison Population List, 2013, 1면, http://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/wppl_10.pdf

45) William R. Kelly, Criminal Justice at the Crossroads 16 (2014).

에 대한 강력한 대응이 논의되기 시작하였다. 1960년대 후반 대통령 선거에서 유력한 후보였던 리처드 닉슨(Richard Nixon)은 과거의 형사사법 정책들이 범죄인의 갱생(rehabilitation)에 초점을 두었다고 비판하고 범죄에 대한 강력한 대응을 선언하였다. 닉슨은 당선 후인 1971년 “마약과의 전쟁(War on Drugs)”을 선언하고, 1973년에는 연방마약단속국(Drug Enforcement Administration)을 창설하기도 하였다.⁴⁶⁾ 이후의 주요 대통령들인 로널드 레이건(Ronald Reagan), 빌 클린턴(Bill Clinton), 조지 W. 부시(George W. Bush)도 이러한 기조를 지속하였다. 이러한 분위기는 각 주에서도 유사하게 이어졌다.⁴⁷⁾ 이로 인한 결과는 매우 충격적이다. 지난 50여 년간 미국에서 실형을 받고 수감(收監)된 범죄자 숫자는 무려 8배 가까이 증가하였다.⁴⁸⁾ 이러한 미국의 충격적인 현실은 진보, 보수 세력을 불문하고 꾸준히 비판받고 있지만 좀처럼 개선되지 않고 있다.

1990년대 이후 드러나고 있는 ‘명백한’ 오판의 문제들도 매우 심각하다. 미국에서는 이미 20세기 초반에도 상당수의 오판이 드러난 바 있지만, 이로 인한 사회적인 파장들은 생각만큼 크지 않았다.⁴⁹⁾ 재심을 통해 무죄로 인정받더라도 여전히 유죄라는 의심은 남아 있었고, 설사 무죄임이 명백하더라도 극단적인 예외의 사례들로 치부해 버렸기 때문이다. 미국의 형사사법시스템이 범죄인을 발견하고 처벌하는 데 적정하고 효율적인 제도라는 것에 대한 의심은 1990년대 초반까지도 변하지 않았다.⁵⁰⁾ 하지만, 20세기 후반 들어 DNA 등 과학기술의 발달로 인해 명백한 오판들이

46) 새롭게 생겨난 마약관련 범죄들은 마약의 단순한 소지들도 강력하게 처벌하였다. 이로 인해 검사의 입증책임이 대폭 낮아졌고 피고인과의 폴리바게닝에서 우월한 위치를 차지할 수 있었다. 자연스럽게 피고인은 감형(減刑) 내지 조기 가석방을 기대하고 폴리바게닝에 적극 협조하게 되었다.

47) 미국의 각 주에서는, 형사사법제도에 직접 참여하는 주요 구성원들이 대부분 선거를 통해 선출된다. 각 주와 카운티(County)의 판사, 검사들은 선거로 선출되는 경우가 많고, 법집행기관(Sheriff 또는 Police Chief)도 선거를 통해 선출되거나, 선출직이 직접 임명하는 경우가 많다. 때문에 앞서 설명한 대통령 선거의 사례처럼, 1960년대 후반 이후 선거에 출마하는 주요 후보자들은 범죄 소탕 등 강력한 법집행을 공언하는 경우가 많았다. 당선 후에는 자연스레 가혹한 법집행, 구형(求刑), 그리고 양형(量刑)으로 이어졌음은 쉽게 이해된다. 물론 이는 미국의 현실일 뿐 우리나라에도 동일하게 적용되어야 한다고 주장하는 것은 아니다. 우리나라에서 도입 논의 중인 검사장 직선제 등의 민주적 통제 강화를 어떻게 평가할 것인지에 대해서는 별도의 논의를 요한다.

48) William R. Kelly, 앞의 책, 14면.

49) 최근까지도 인용되고 있는 미국의 20세기 초반의 오판과 관련된 문헌으로는, Edwin M. Borchard, Convicting the Innocent: Sixty-Five Actual Errors of Criminal Justice (1932).

발견되면서 이러한 믿음에 금이 가기 시작했다.⁵¹⁾ 미국의 비영리단체인 이노센스 프로젝트(Innocence Project)에서는 DNA 검사를 통해 잘못된 구금자의 무죄를 밝히고 석방하는 일을 해오고 있는데, 1989년부터 현재까지 총 353명이 DNA 검사를 통해 석방되었다.⁵²⁾ 하지만 사건 현장에 진범의 DNA 남아 있고, 수사기관이 이를 정상적으로 수집하여 보존하는 경우는 주로 강간범죄 등 예외적인 경우에 가능하다. 오히려 상당수의 범죄는 이러한 생체 증거(biological evidence)가 수집·보존되지 않는 경우가 많다. 때문에 DNA 증거 없이도 밝혀진 오판 사례까지 포함할 경우, 미국에서는 1989년 이후부터 현재까지 무려 2,145건이 오판으로 밝혀져 구금자가 석방되었다고 한다.⁵³⁾ 최근 들어 우리나라에서도 박준영 변호사가 여러 형사사건의 재심에 성공하면서 오판에 대한 사회적 관심이 높아지고 있지만, 미국의 사례는 여전히 놀랍다.

비극적인 것은 위와 같은 문제들이 소수 인종들(주로 흑인)에게만 차별적으로 적용되고 있다는 점이다. 앞에서 열거한 사례를 비롯하여 경찰이 과도한 무력을 사용한 사례들 중 상당수는 대상자가 흑인인 경우가 많다고 한다. 구금자 비율도 그렇다. 흑인이 백인에 비해 수감되는 비율이 5배 이상 높다고 한다.⁵⁴⁾ 이로 인해 일각에서는 미국의 형사사법제도를 뉴 짐 크로우(New Jim Crow)—과거의 흑인들에 대한 노예 제도를 일컫는 짐 크로우가 새롭게 나타나고 있다는 의미에서—로 명명하기도 한다.⁵⁵⁾ 앞서 살펴본 오판사례들에서도 조차 이러한 불균형이 발견된다고 한다.⁵⁶⁾

50) 이러한 믿음을 대변하는 표현으로, 미국 연방대법원 대법관이었던 샌드라 오코너(Sandra Day O'Connor)가 1990년대 판결문에서 사용한 다음과 같은 문구가 자주 인용된다. “Our society has a high degree of confidence in its criminal trials, in no small part because the Constitution offers unparalleled protections against convicting the innocent.” *Herrera v. Collins*, 506 U.S. 390, 420 (1993) (O'Connor, J., concurring).

51) Keith A Findley, *Innocence Found: The New Revolution in American Criminal Justice*, in *Controversies in Innocence Cases in America* 3, at 4 (Sarah Lucy Cooper ed., 2013).

52) Innocenc Project, <https://www.innocenceproject.org/>, 2018. 2. 22 검색.

53) <https://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/about.aspx>, 2018. 2. 22 검색.

54) The Guardian, “Black Americans incarcerated five times more than white people”, <https://www.theguardian.com/us-news/2016/jun/18/mass-incarceration-black-americans-higher-rates-disparities-report>, 2018. 2. 22 검색.

55) Michelle Alexander, *The New Jim Crow* (2012).

56) New York Times, “Black People More Likely to Be Wrongfully Convicted of Murder”,

3. 적법절차가 제대로 작동하지 못하는 이유

지금까지 살펴본 바와 같이 미국 형사사법시스템의 문제는 심각하다. 그렇다면 한 가지 자연스러운 의문이 든다. 미국 형사사법제도에는 적법절차 요소가—공권력 남용을 견제하고, 인권을 수호(守護)하는데 이상적인 것으로 평가받는—매우 강력함에도 불구하고, 왜 현실에서는 이토록 많은 문제가 발생하고 있는지에 대한 것이다.⁵⁷⁾ 이는 적법절차의 현실적인 기능과 역할에 적지 않은 한계가 있음을 시사한다.⁵⁸⁾ 아래에서는 그 이유에 대해 살펴보려고 한다.

가. 플리바게닝의 비율의 급격한 증가

미국에서 적법절차 보장이 제 기능을 못하는 가장 큰 이유는 적법절차가 너무나 쉽게 우회 가능하기 때문이다. 그 핵심에는 플리바게닝(plea bargaining) 제도가 있다.⁵⁹⁾ 잘 알려져 있듯, 미국에서는 대부분의 형사사건이 일반적인 배심재판(jury

<https://www.nytimes.com/2017/03/07/us/wrongful-convictions-race-exoneration.html>, 2018. 2. 22 검색.

57) 잘 알려진 바와 같이, 허버트 L. 패커(Herbert L. Packer) 교수는 각 나라의 형사사법시스템이 지향하는 가치가 무엇인가에 따라 적법절차(due process) 모델과 범죄통제(crime control) 모델로 분류한 바 있다. Herbert L. Packer, Two Models of the Criminal Process, 113 U. Pa. L. Rev. 1 (1964). 이에 따르면, 적법절차 모델은 범죄통제 모델에 비해 수사기관의 재량이 적고 공개된 법정에서의 사실발견에 초점을 두고 있기 때문에 공권력 통제와 인권 보호에 적합하다고 알려져 있다. 패커 교수에 따르면 적법절차 모델은 “비공식적인 사실발견을 거부하고 중립적인 법정에서의 공식적인 당사자간의 다툼에 의한 사실발견을 중시하는 반면,” 범죄통제 모델은 “경찰이나 검사의 역할에 상당히 의존하고, 범죄행위 입증에 대한 그들의 능력과 기술에 높은 비중을 부여”하는 경향이 있다고 한다. 앞의 논문, 14, 50-51면.

58) 적법절차 권리들이 제대로 작동하지 못하는 이유가 적법절차 제도 자체의 문제인지, 아니면 운용상의 문제인지를 구분해서 검토해 볼 필요가 있다. 제도 자체의 문제라면 제도를 수정·보완하면 될 것이고, 운용의 문제라면 형사사법 종사자들에 대한 교육을 강화하는 방향으로 해결할 수 있기 때문이다. 그러나 적법절차와 같은 상징적인 권리들의 영향, 효과 등에 대한 경험적 검증은 결코 쉽지 않은 문제이다. 또한 아래에서 살펴 볼 미국에서의 주된 논의들도 제도 및 운용에 관한 내용들을 포괄적으로 다루고 있다. 때문에 본 논문에서는 적법절차 권리들이 무기력해지는 이유들에 대한 미국에서의 주된 논의를 살펴보고, 이러한 논의들이 우리나라에 줄 수 있는 시사점에 대해 검토하기로 한다.

59) 플리바게닝이란 “형사절차에서, 피고인·변호인과 검사의 협상을 일컫는 말로, 피고인이 기소된 범죄에 대해서 유죄를 인정하거나 다투지 않기로 합의하는 경우에, 그에 대한 보답으로 기소된

trial) 대신 검사와 피고인측간의 협상을 통하여 종결된다. 통계에 따르면 형사사건의 95% 이상이 플리바게닝을 통하여 처리되고 있다고 한다.⁶⁰⁾ 이처럼 대부분의 사건이 플리바게닝을 통해 종결된다는 사실은 수사 및 기소단계에 대한 중립적인 사법 통제가 충분히 이루어지지 않고 있음을 의미한다. 사건의 실체적 진실과 관계없이 양 당사자의 협상내용대로 형사사건이 마무리되기 때문이다. 수사과정에 문제가 있거나 유죄의 가능성이 명백하지 않은 경우에도, 피고인은 처벌 감면의 유혹을 버리지 못하고 헌법상 보장된 배심재판을 받을 권리를 포기하는 경우가 많다. 이에 대한 문제의식에서, 플리바게닝 제도의 권위자인 연방 제3항소법원 스테파노스 비바스(Stephanos Bibas) 판사는 피고인의 헌법적 권리들이 플리바게닝 과정에서 “[협상을 유리하게 이끄는 데 도움이 되는] 협상 카드(bargaining chip)” 정도의 역할로 전락한다고 비판한 바 있다.⁶¹⁾

사실 형사재판에서 당사자주의와 사인소추(私人訴追)의 전통이 뿌리 깊은 영미법계 국가에서 활발하게 플리바게닝이 일어나는 것이 놀라운 것은 아니다.⁶²⁾ 사인소추의 전통은 국가-피고인간의 형사소송도 사인(私人)간의 민사소송과 유사하게 인식하기 때문에, 당사자 간의 협상·타협이 상대적으로 자유로웠다. 때문에 이미 19세기에 도 미국에서 플리바게닝은 이미 효율적인 형사사건 처리 수단이었다고 한다. 그러나 분명한 차이점은 플리바게닝이 오늘날과 같이 ‘압도적인’ 비율을 차지하지는 않았다. 당시에는 형사사건의 숫자가 많지 않았고 배심재판도 오늘날에 비해 신속·간단했기 때문에, 검사는 플리바게닝을 통해 사건을 종결할 필요성이 높지 않았다고 한다.⁶³⁾

그러나 현재의 양상은 전혀 다르다. 20세기 중반 이후 나타난 미국 형사사법제도의 변화들로 인해 플리바게닝에 대한 의존도가 급격히 높아지게 된 것이다. 우선,

범죄의 일부를 취하거나, 기소된 죄명을 변경해주거나, 구형(求刑)을 감경시켜주는 것을 말한다.” 원문은 Law.com, <https://dictionary.law.com/Default.aspx?selected=1541>, 2018. 2. 22 검색.

60) The Atlantic, “The Deal Prosecutors Offer When They Have No Cards Left to Play”, <https://www.theatlantic.com/politics/archive/2017/09/what-does-an-innocent-man-have-to-do-to-go-free-plead-guilty/539001/>, 2018. 2. 22 검색. 때문에 미국 법원에서 배심재판에 참관하는 것은 운이 좋아야 가능한 일이다.

61) Stephanos Bibas, *The Machinery of Criminal Justice* xvii-xviii (2012)

62) John H. Langbein, *Understanding the Short History of Plea Bargaining*, 13 *Law & Soc’y Rev.* 261, 265-268 (1979).

63) John H. Langbein, 앞의 논문, 262-265면.

인구 증가와 함께 형사사건의 숫자가 급격히 늘어났고 증거법도 복잡하게 발달하면서, 플리바게닝을 통해 보다 효율적으로 사건을 처리해야 할 필요성이 커졌다. 양형 등 구금정책의 변화도 큰 영향을 미쳤다.⁶⁴⁾ 앞서 설명한 바와 같이 1960년대 후반부터 범죄에 대한 강력한 대응(tough on crime)이 추진되었는데, 재판을 통해 유죄를 받을 경우 가석방 없는 장기 구금 등 가혹한 처벌을 받을 우려가 높아지도록 한 것이다. 이와 같은 변화로 인해 범죄자들도 자연스레 플리바게닝을 통한 감형과 조기 가석방을 선호하게 되었다. 플리바게닝 비율의 급격한 증가는 이와 같은 20세기 중후반 형사사법정책의 변화가 초래한 결과였다.

헌법상 보장되는 적법절차의 대부분은 재판 단계에서야 비로소 그 효력을 발휘할 수 있다. 그러나 오늘날과 같은 가혹한 양형 기준 아래에서, 피고인 처벌 감정의 유혹을 뿌리치기란 쉽지 않다. 재판을 통해 유죄를 선고받을 경우 피고인은 돌이킬 수 없는 막대한 양형을 선고 받게 될 위협에 놓이기 때문이다. 따라서 대부분의 피고인들은 검사 측의 제안에 사실상 구속된다. 배심재판에서 기소된 범죄 혐의를 부인하면서, 자신의 적법절차 권리가 침해되었음을 주장하는 것은 많은 용기를 필요로 하는 셈이다.⁶⁵⁾ 이러한 플리바게닝 작동방식에 대해, 법 역사의 권위자인 존 H. 랑바인(John H. Langbein) 교수는 플리바게닝을 ‘고문(torture)’에 비유하기도 하였다.⁶⁶⁾ 고문의 위협 앞에서 적법절차는 거의 무기력한 셈이다.⁶⁷⁾

64) 1970년대 이전까지 미국 대부분의 주에서는 판사에게 구체적인 양형에 대한 결정권이 폭넓게 부여되어 있었다. 그러나 이에 대해 판사의 재량이 지나치게 많아 적절한 처벌이 이루어지지 않고, 가석방 등 조건이 부가되는 경우가 많아 범죄자들이 조기에 석방된다는 비판이 높아졌다. 이로 인해 상당수의 주에서는 정치권(의회)의 주도로 양형에 대한 판사의 재량을 축소하고 가석방 없이 구금기간을 부과하도록 하는 등 양형을 강화하는 방향으로 변화되었다. 유사한 맥락에서 연방정부도 1984년 연방양형가이드라인(federal sentencing guidelines)을 만들었는데, 이는 연방범죄에 대해 보다 가혹한 양형을 하는 것을 특징으로 한다. William R. Kelly, 앞의 책, 26-27, 36-43면. 한편, 연방양형가이드라인에 대한 설명은 연방양형위원회 홈페이지(<https://www.uscc.gov/guidelines>)를 참고. 2018. 2. 22 검색.

65) 또한, 일반 시민들로 구성된 배심재판의 특성상 개개의 절차적 권리의 침해보다는 감정적인 선택, 가령 피의자의 품성이나 성향 등에 근거한 평결을 내릴 수 있기 때문에 플리바게닝을 선택하는 경우도 많다.

66) John H. Langbein, “Torture and plea bargaining”, The University of Chicago Law Review 46(1) (1978).

67) 미국 형사사법시스템에서 대부분의 형사사건이 플리바게닝을 통해 재판 없이 종결되는 것이, 적법절차가 ‘제 기능’을 하지 못하는 것으로 볼 수 있는 지에 대해서 의문이 있을 수 있다. 그러나

나. 변호인 조력의 현실적 부족

미국에서 적법절차가 한계를 갖는 또 다른 이유는 변호인 조력의 부족 때문이다. 일반적으로 미국은 공선변호인(public defender) 제도 등으로 인해 우리나라에 비해 변호권이 잘 보장되어 있는 것으로 알려져 있으나,⁶⁸⁾ 현실은 크게 다르지 않다. 로버트 A. 케이건(Robert A. Kagan) 교수가 지적한 바에 따르면, 비록 대부분의 주에서 공선변호인을 확충해오고 있으나 형사사건의 증가속도를 따라잡지 못하고 있으며, 공선변호인들은 “끔찍하게 과중한 업무(terribly overburdened)”를 부담하고 있다고 한다.⁶⁹⁾ 앞서 설명한 바와 같이 1960년대 적법절차 혁명으로 인해 피의자(피고인)에게 변호인의 조력을 받을 권리가 확고히 보장되었음에도 불구하고, 현실은 결코 그렇지 않은 셈이다.

미국과 같은 강력한 당사자주의 형사절차 하에서 변호인이 조력은 특히 중요하다. 왜냐하면 직권주의 형사사법제도와는 달리 당사자주의 하에서 판사는 당사자의 주장의 당부(當否)에 대해서 주로 심사할 뿐, 주도적으로 사안에 개입하여 조사하지는 않기 때문이다. 특히 1심 재판(배심재판)을 진행하는 판사들은 더욱 그러하다. 판사의 중립성(impartiality)과 수동성(passivity)은 금과옥조(金科玉條)처럼 여겨지고 있다. 때문에 형사절차에서 자신들에게 보장된 권리들을 충분히 인식하지 못하는 피고인들에게는 적극적으로 권리를 대변해 줄 변호사의 조력이 필수적인 셈이다.

불충분한 변호인의 조력은 부실한 사건 준비로 이어지고 적법절차 준수에 대한 의의제기를 어렵게 만든다.⁷⁰⁾ 뉴욕 시의 한 연구가 이를 잘 드러내는데, 공선변호인이 수사·기소의 절차위반을 이유로 재판 전 증거배제 등 신청(pretrial motions)을

피의자(피고인)의 인권을 보호하기 위해 발달한 헌법상의 적법절차 권리들은 재판 과정에서야 적정하게 행사될 수 있으며, 플리바게닝은 이러한 권리의 행사를 ‘우회’하여 사건을 종결하는 셈이다. 이처럼 플리바게닝 제도는 적법절차 권리 보장을 사실상 ‘무기력하게’ 만들기 때문에 적법절차 권리들의 원활한 작동을 방해하는 것으로 이해할 수 있을 것이다.

68) 노컷뉴스, “국정위, ‘형사공공변호인 제도’ 단계적으로 도입”,
<http://www.nocutnews.co.kr/news/4801658#csidxd3e7121b75745b2ac405a038322c22e>
<http://www.nocutnews.co.kr/news/4801658>, 2018. 2. 22 검색.

69) Robert A. Kagan, *Adversarial Legalism* 95 (2001).

70) Robert A. Kagan, 앞의 책, 95면.

하는 경우가 10건 중 1건 정도 뿐이라고 한다.⁷¹⁾ 뿐만 아니라 공선변호인이 범죄현장을 직접 방문해보는 사건은 고작 4%에 불과하고, 증인들로부터 진술을 수집하는 경우도 4%, 전문가 증언을 통해서 검사 측 증거를 탄핵하는 경우도 2%에 불과하다고 한다. 이로 인해 상당수의 변호인은 피고인을 위한 유리한 증거 수집에 어려움을 겪게 되고, 수사·기소 과정에서의 부적절한 업무처리에 대해서도 적절하에 이의를 제기하기 어렵게 된다. 이러한 부실 조사는 플리마게닝에 대한 선부른 혐조 권유로 이어지기도 한다.

피의자(피고인)에게 보장된 적법절차는 ‘스스로’ 작동하지 못한다. 변호인이 철저한 조사를 통해 수사기관의 부적절한 업무처리를 발견하고 적극적으로 문제제기를 할 경우 그 권리들은 비로소 보호되는 것이다. 그런 측면에서 미국의 현 실태는 결코 완전하지 않다. 때문에 법 문언에 의해 보장되는 적법절차와 그것이 작동하는 현실 사이에는 상당한 괴리가 있는 셈이다.

다. 차별적 법집행에 대한 통제의 어려움⁷²⁾

앞서 언급한 바와 같이 미국에서 소수인종에 대한 차별적 법집행 문제는 심각한데, 특히 문제되는 것이 현장에서의 차별적 법집행이다. 이는 주로 흑인들을 대상으로 발생하는 데, 위에서 언급한 퍼거슨 시 사건에서 적나라하게 드러난 바 있다.⁷³⁾ 당시 연방정부에서 퍼거슨 시 법집행 실태에 대해 직접 조사한 후 발표한 보고서에 따르면, 퍼거슨 시의 인구 중 흑인의 비율은 67%이지만, 경찰관에 의해 현장에서 단속되는 비율은 이를 훨씬 상회하는 것으로 밝혀졌다. 차량 정지의 경우 85%, 교통 벌금의 90%, 체포의 93%가 흑인을 대상으로 이루어졌다고 한다. 개개의 법집행도 흑인에게 훨씬 가혹했는데, 교통 벌금이 부과되는 경우 4건 이상의 벌금이 한

71) 한편, 미국 형사소송에서의 재판 전 증거배제 신청에 대한 설명한 문헌으로는, 송현정, 미국의 증거배제신청에 관한 연구: 형사소송에서 Motion in Limine와 Motion to Suppress 를 중심으로, 사법정책연구원, 2017을 참고.

72) 여기에서는 필자가 헌법재판연구원 국외통신원으로 활동하면서 작성했던 리포트(2015.10.29., 미국 퍼거슨(Ferguson) 사태 1주년 즈음 분위기 및 변화: 인종 차별적 법집행 금지법(End Racial Profiling Act 2015)의 입법 동향을 중심으로)의 일부를 수정·보완하였음.

원문은 <https://ri.court.go.kr/cckri/cr/world/selectStringerNewsList.do>, 2018. 2. 22 검색.

73) United States Department of Justice Civil Rights Division, 앞의 책, 4면.

번에 부과된 경우는 흑인의 경우 73회에 이르렀지만, 흑인 외 인종에게는 2회에 지나지 않았다고 한다. 불법행위에 대한 단속 그 자체는 적법할지라도, 불법 행위자를 선별하고 선택적으로 법집행을 하는 과정에는 심각한 문제가 있는 것이다. 보고서에서는 이와 같은 부적절한 업무관행으로 인해 퍼거슨 경찰에 대한 시민들의 불신이 오랫동안 누적되어 왔음을 지적하였다.

이처럼 차별적 법집행 문제는 심각하지만 이에 대한 법적인 통제는 쉽지 않다. 인종차별적 법집행은 분명 금지되고 있지만, 이에 대한 위법여부를 판단하는 기준이 매우 까다롭고 복잡하기 때문이다.⁷⁴⁾ 연방대법원은 그동안 수정헌법상의 14조의 평등권 보호조항(equal protection)을 적용하여 인종차별적 법집행에 대한 심사기준을 마련해왔다. 차별적 법집행을 입증하기 위해서는 1) 경찰관의 공무집행행위의 동기가 특정 인종이기 때문이라거나(가령, 경찰관이 흑인이라는 이유로 검문), 2) 법집행기관의 정책에 근거한 선택적 법집행(selective enforcement) 대상이 되었음을 입증하여야 한다. 하지만 현실적으로 이를 입증하기란 쉽지 않다. 해당 경찰관이 의식적으로 인종차별적 고의를 갖고 공무집행을 했음을 밝히기는 매우 어렵다. 또한 선택적 법집행과 관련하여 연방대법원은 “차별적 목적이 분명하고, 차별적 효과를 가져 오는 법집행기관의 업무관행을 증명”하여야 한다고 판시함으로써 매우 높은 수준의 입증책임을 요하고 있다. 위에서 살펴본 퍼거슨 시 사례와 같은 정밀한 조사는 소요 사태의 확산을 우려한 연방정부의 강력한 의지가 있었기 때문에 가능한 일이었다. 하지만 대부분의 차별적 법집행 사안에서 그런 것을 기대하기란 쉽지 않다.

이러한 현실은 적법절차가 보장되더라도 차별적 법집행과 관련해서는 별로 실효성이 없음을 의미한다. 겉보기에는 문제없는 법집행이어도 특정 인종들에 대해서만 집중적으로 집행된다면 공정한 법집행이라고 볼 수는 없다. 그럼에도 불구하고 차별적 법집행의 의도와 효과를 입증하기가 쉽지 않기 때문에 이에 대한 문제제기는 어렵다. 때문에 적법절차는 현장에서의 차별적 법집행의 문제에 대응하는 데에는 현실적 한계를 가질 수밖에 없다. 적법절차 보장과 현장에서의 공정한 법집행은 ‘별개의 문제’인 셈이다.

74) 본 문단에서의 설명은 미국 국회 입법 조사처에서 발간한 보고서를 참고하였다. Congressional Research Service, Racial Profiling: Legal and Constitutional Issues, <https://www.fas.org/sfp/crs/misc/RL31130.pdf>, 2018. 2. 22 검색.

4. 한계를 보완하기 위한 최근의 노력들

살펴본 바와 같이 현재 미국에서는 형사사법제도의 실상에 대한 반성과 함께 적법절차 보장이 갖는 한계에 대한 인식이 점차 높아지고 있다. 구체적으로, 적법절차 권리들이 현실적으로 작동하지 못하거나 무기력해지는 이유에 대한 분석도 활발히 진행되고 있다.⁷⁵⁾ 나아가 그동안 형사사법 제도의 구성원들이 실체적 진실 발견을 위한 노력에는 소홀했다는 자성(自省)과 함께, 이를 극복하려는 노력이 강화되고 있다. 오판에 대한 실증적인 연구들은 형사절차 각 단계의 문제들을 밝히고 개선하는 데 많은 기여를 하고 있다.

이러한 노력들 중 대표적인 것이 증거의 신뢰성(reliability)을 담보하기 위한 최선의 업무기준(best practice)을 마련하고자 하는 움직임이다.⁷⁶⁾ 형사절차에서의 적법절차 권리 보장이 증거의 높은 신뢰성으로 이어지는 데에는 한계가 있기 때문이다. 목격자 지목(eyewitness identification) 절차와 관련하여 특히 많은 논의가 진행되고 있다.⁷⁷⁾ 최근 들어 활발한 오판(wrongful conviction) 사례에 대한 연구에 따르면, 전체 오판 사건 70% 이상에 잘못된 목격자 진술이 포함되어 있음이 밝혀진 바 있다.⁷⁸⁾ 그런데 이러한 오류들을 줄이는 데 적법절차의 보장(예를 들어, 목격자 지목 절차에서의 변호인 조력 강화 또는 위법수집증거 배제원칙의 적용)이 한계가 있음이 드러나고 있다. 때문에 목격자 지목 절차 자체를 더욱 정밀하게 규율하고, 경찰관이 이를 준수하도록 의무화하는 것이 중요하다는 인식이 높아지고 있다. 유사한 맥락에서 경찰의 피의자 신문과 관련해서도 허위자백(false confession) 문제가 심각하다는 사실이 밝혀지면서, 이를 예방하기 위해 진술 녹음 의무화, 신문 시간제한 등 바람직한 업무관행을 형성하려는 노력이 계속되고 있다.⁷⁹⁾

75) William J. Stuntz, 앞의 책, 63-98면 (헌법상의 절차적 보장이 가혹한 실체법 규정 등 때문에 사실상 무력화 되고 있음을 비판하는 내용).

76) 예를 들어, Keith A. Findley, 앞의 논문, 147-172면.

77) Keith A. Findley, 앞의 논문, 148-158면.

78) Innocence Project, “Eyewitness misidentification is the greatest contributing factor to wrongful convictions proven by DNA testing, playing a role in more than 70% of convictions overturned through DNA testing nationwide”,

<https://www.innocenceproject.org/causes/eyewitness-misidentification>, 2018. 2. 22 검색.

79) Keith A. Findley, 앞의 논문, 158-160면.

이러한 방향의 노력은 법과학 증거(forensic science) 분야에서 법과학 전문가 집단(Scientific Working Groups, 이하 ‘SWGs’)의 활성화로 나타나고 있다.⁸⁰⁾ SWGs란 각 법과학 분야에 종사하는 전문가들의 모임으로써, 연방·주·지역단위 법집행기관에 종사하는 과학수사요원들과 관련된 민간기관 종사자들이 정기적으로 모여 해당 분야의 실무적 쟁점과 문제들에 대해 토론하고 개선안을 도출하기 위해 활동하고 있다. 1990년대 초반에 미연방수사국(FBI)에서 처음으로 SWGs의 활동을 기획·실행한 이후, 현재 약 20여개의 SWGs가 구성·운영되고 있다.⁸¹⁾ 각 SWGs들은 각 법과학 분야의 표준안을 개선하고, 전문적인 법과학 기술을 발달시키는 데 큰 역할을 하고 있다. 특히 최근 들어 법과학 분야에도 많은 오류가 존재함이 드러남에 따라 SWGs의 역할이 더욱 강조되고 있다.⁸²⁾ 이러한 SWGs의 활동은 최근 들어 우리나라에도 많이 소개되었고, 유사한 노력도 나타나고 있다.

이러한 노력들과는 별개로, 적법절차가 보다 적정하게 보장될 수 있도록 하려는 노력들도 지속되고 있다. 플리바게닝 제도와 관련해서, 연방대법원은 판례들을 변경하여 피고인이 검사와의 유죄협상 때 보다 충분하고 정확한 정보를 제공받을 수 있도록 하였다.⁸³⁾ 이를 통해 피고인이 헌법상 배심재판을 받을 권리를 적절하게 행사 또는 포기할 수 있도록 하려는 것이다. 부족한 변호인 조력과 관련해서는, 관련 예

80) National Research Council of the National Academies, *Strengthening Forensic Science in the United States: A Path Forward* 201-206 (2009).

81) NIST, “forensic science”, <https://www.nist.gov/topics/forensic-science/organization-scientific-area-committees-osac/osac-newsroom/osac-news>, 2018. 2. 22 검색.

82) Innocence Project, “Misapplication of Forensic Science”, <https://www.innocenceproject.org/causes/misapplication-forensic-science>, 2018. 2. 22 검색 (오판 사건의 약 45%에서 문제 있는 법과학 증거들이 사용되었다고 한다).

83) 연방대법원은 그동안 플리바게닝과 관련된 사건의 심사를 자제하였다. 하지만 플리바게닝의 문제가 점차 심각해짐에 따라 최근 몇 년간 플리바게닝과 관련하여 연달아 3건의 판결을 내림으로써 앞으로 플리바게닝에도 적법절차 요소가 강화되어야 함을 시사한 바 있다. 그 중 첫 번째는 피고인이 플리바게닝 과정에서 유죄인정으로 인해 자신의 미국 체류를 위한 신분에 문제가 생길 경우 이에 대해서 고지 받을 권리가 있다고 판결이었다. *Padilla v. Kentucky*, 559 U.S. 356 (2010). 두 번째는 피고인이 공정한 재판을 통해 유죄를 선고받았다고 할지라도, 그 이전의 플리바게닝 과정에서 변호인이 플리바게닝 조건에 대해서 잘못된 조언을 한 경우 이에 대해 재심을 신청할 권리가 있다고 한 판결이다. *Lafler v. Cooper* 132 S.Ct. 1376 (2012). 마지막 판결은 피고인이 변호인에게 플리바게닝의 조건에 대해 부정확한 조언을 한 경우 이로 인한 플리바게닝은 무효라고 한 것이다. *Missouri v. Frye* 132 S.Ct. 1399 (2012).

산을 확충함으로써 경제적인 능력이 부족한 피의자(피고인)들이 보다 실질적인 변호인 조력을 받도록 하기 위한 노력들도 지속되고 있다.⁸⁴⁾ 뿐만 아니라, 고질적인 차별적 법집행 문제를 개선하기 위한 노력들도 계속되고 있다. 좋은 예로, 뉴욕 경찰의 경우 도로에서의 검문·수색(stop and frisk)의 과정 및 결과에 대한 서면보고 의무를 강화하고, 이를 지속적으로 감독하고 있다.⁸⁵⁾

이러한 노력들과 함께, 형사사법제도 주요 구성원들에 대한 견제와 감시가 보다 활발하게 논의되고 있다.⁸⁶⁾ 사실 미국에서는 검사, 법집행기관 책임자 등에 대한 통제가 별로 활성화 되지 않았다. 전통적으로 폭넓은 재량이 보장되어 왔고, 개별적인 정책이나 업무처리 관행에 대한 내·외부 감독도 많지 않았다. 이들은 대부분 선거를 통해 임명되는 선출직 공무원이기 때문에, 다음 선거에서의 재신임이 거의 유일한 통제수단이었다. 그러나 최근에는 독립적인 외부 통제기구를 신설하는 등의 방법으로 구체적인 업무처리에 대해서도 감시하려는 노력이 나타나고 있다. 이러한 변화들은 형사절차 실무의 적정성을 높이고 적법절차가 강화되도록 하는 데 기여할 것으로 예상된다.

IV. 우리나라에의 시사점

본 장에서는 지금까지의 논의가 우리 형사절차에 주는 시사점을 다양한 각도에서 검토해보기로 한다.

84) U.S. News, “Public Defenders Call for Increased State Budget Funding”, <https://www.usnews.com/news/best-states/new-york/articles/2017-03-01/public-defenders-call-for-increased-state-budget-funding>, 2018. 2. 22 검색.

85) New York Times, “Monitor’s Report on Police Stops in New York”, <https://www.nytimes.com/interactive/2017/12/13/nyregion/nypd-stop-and-frisk-monitor-report.html>, 2018. 2. 22 검색.

86) The Volokh Conspiracy, “Judge Kozinski on reforms that can help prevent prosecutorial misconduct”, https://www.washingtonpost.com/news/volokh-conspiracy/wp/2015/07/17/judge-kozinski-on-reforms-that-can-help-prevent-prosecutorial-misconduct/?utm_term=.4072ffe0da96, 2018. 2. 22 검색 (검사의 업무처리를 감독·견제하기 위한 외부 독립기관의 필요성을 주장하는 내용).

1. 적법절차의 한계에 대한 명확한 인식

우리나라에서의 형사사법제도 개혁 논의 시, 미국 적법절차 혁명의 명암(明暗)에 대해 보다 명확히 인식할 필요가 있다. 적법절차 혁명은 분명 1960년대 미국 사회의 변화를 상징하는 것들 중 하나였고, 미국 형사절차 전반에 가져온 변화는 상당했다. 그러나 앞서 지적한 바와 같이, 이에 대한 우리나라에서의 평가는 상당부분 긍정적인 측면에 치우쳐 있다. 따라서 적법절차 권리들의 현실적인 역할과 그 한계에 대해서도 보다 비판적으로 검토해 볼 필요가 있다. 살펴본 바와 같이 적법절차 보장은 1) 플리마게닝의 확대, 2) 변호인 조력의 부족, 3) 차별적 법집행의 문제 등의 이유로 피의자(피고인) 보호에 한계가 있음이 드러났고, 미국 형사사법제도의 심각한 현실은 이를 실증적으로 보여준다. 이러한 문제들에 대한 이해를 통해 적법절차 권리들에 대해 보다 균형 잡힌 시각을 가질 필요가 있다.⁸⁷⁾

하지만 최근의 형사사법제도 개혁 논의들은 이러한 인식이 충분하지 않아 보인다. 좋은 예로 최근 활발하게 진행되고 있는 피의자 신문과정에서의 변호인 참여권 논의를 살펴보자. 오랫동안 형사법 학계·실무계에서 피의자 ‘신문과정’에 변호인 참여가 인정되느냐에 대해 많은 논란이 있어 왔는데, 2000년대 초반 헌법재판소와 대법원에서는 변호인 참여권이 인정된다고 판단한 바 있다.⁸⁸⁾ 하지만 그 이후에도 수사기관은 실무적으로 변호인 참여권에 많은 제한을 두고 있었는데, 이에 대한 많은 비판이 있어왔다.⁸⁹⁾ 때문에 최근 들어 진행되고 있는 수사기관 개혁 논의의 상당 부분은 신문과정에서의 변호인 참여권 보장에 초점을 맞추고 있다.⁹⁰⁾ 물론 이러한

87) 이와 같은 주장이 우리나라의 형사사법제도 개혁의 방향—적법절차 권리 보장을 강화하는—자체가 잘못되었다고 주장하는 것은 아니다. 오랫동안 우리나라의 형사사법제도는 범죄통제에 중점을 두어왔고 적법절차 권리의 보장은 충분하지 않았기 때문에, 이러한 변화는 자연스럽다. 다만 적법절차 강화의 명암에 대해 보다 균형 잡힌 인식이 필요함을 강조하는 것이다.

88) 헌법재판소 2004. 9. 23. 2000헌마 138; 대결 2003. 11. 11, 2003도402.

89) 예를 들어, 수사기관은 신문 도중에, 피의자와 변호인과의 상담과 조언을 허용하지 않거나, 변호인의 의견진술이나 이의제기에 대해 제한을 가하는 것을 예로 들 수 있다. 박찬운, “변호인참여권의 현실과 문제점 그리고 활성화를 위한 제안 - 대한변협이 설문조사를 바탕으로”, 인권과정의 제453호, 2015, 64-66면; 이영돈, “변호인의 피의자신문 참여권의 범위와 한계”, 법학논고 제47집, 2014, 269-271면.

90) 수사기관의 실무 개선을 위해 발족한 경찰개혁위원회(2017. 6)와 검찰개혁위원회(2017. 9)가 발표한 권고내용

노력은 중요하지만,⁹¹⁾ 피의자의 권리보장에 얼마나 큰 변화를 가져올 수 있을 지는 의문이다. 현실적으로, 대다수의 피의자들은 변호인 선임 비용의 부담으로 인해 변호인 참여권을 포기하고 홀로 신문을 받기 때문이다. 변호인의 참여하에 진행되는 피의자 신문은 고작 0.3% 정도에 불과하기 때문에, 변호인 참여권 강화로 혜택을 받을 수 있는 피의자는 극소수일 뿐이다.⁹²⁾ 하지만 이러한 측면에 대한 진지한 논의는 부족하다.

결국, 적법절차 강화도 중요하지만, 그것의 현실적 한계도 명확히 인식할 필요가 있다. 피의자(피고인)가 적법절차 권리들을 행사하는 데 제약이 많다면, 적법절차 보장도 공염불에 불과한 셈이다. 즉, 적법절차 보장 자체가 곧바로 정의실현 등 형사사법제도의 목적 달성으로 이어지지 않을 수도 있다는 점을 인식해야 한다. 때문에 이러한 노력과는 별개로 수사 실무자체를 개선하려는 노력도 수반될 필요가 있다. 형사사법제도 개혁 논의 시 이러한 점들을 충분히 고려할 필요가 있다.

2. 당사자주의 시스템이 보다 인권 친화적이라는 통념(通念)에 대한 재고(再考)

적법절차의 한계에 대한 인식을 통해, 당사자주의 시스템에 대한 통념에서 벗어날 필요가 있다. 사실 적법절차에 대한 긍정적 인식의 이면에는, 형사사법 제도를 당사자주의(영미법계)와 직권주의(대륙법계)로 구분하고,⁹³⁾ 당사자주의가 피의자(피고인)의 인권보호에 적합한 제도라는 전제가 깔려있는 듯하다. 반면 직권주의는 공권력 남용의 우려가 크고, 이에 대한 통제가 취약하다는 인식이 많은 듯하다.

에서 변호인 참여권 보장 확대가 중요한 부분을 차지하고 있다. 파이낸셜뉴스, “경찰, 변호인 참여권 보장 ‘인권 경찰’ 본격 가동한다”, <http://www.fnnews.com/news/201707191731075253>, 2018. 2. 22 검색; 법률신문, 피의자 신문 참여 변호인의 조력권 획기적 강화, <https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=123606>, 2018. 2. 22 검색.

91) 피의자 신문과정에서의 변호인 참여권 보장은 미국 적법절차 혁명의 상징과도 같은 미란다(Miranda) 판결의 핵심 내용이기도 하다. *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

92) 국민일보, “사회적 약자 ‘자기 방어권’ 여전히 취약하다”, <http://news.kmib.co.kr/article/view.asp?arcid=0923639729&code=11131800&cp=nv>, 2018. 2. 22 검색.

93) 뒤이어 설명하는 바와 같이, 현대적인 추세는 많은 나라들이 순수한 당사자주의 또는 직권주의를 고집하지 않고, 서로의 장점들을 적극적으로 받아들임으로서 혼합적 시스템으로 변모하고 있다.

그러나 이와 같은 시각은 재고(再考)될 필요가 있다. 미국의 현실이 보여주듯, 당사자주의가 반드시 정의로운 형사사법제도를 구현한다고 볼 수만은 없다. 적법절차의 강력한 보장도 여러 가지 한계를 드러내고 있다. 그리고 직권주의가 반드시 공권력 남용 등을 야기하는 것만은 아니다. 형사사법구성원들의 능력과 도덕성이 우수하고 법집행의 중립성·독립성이 보장될 경우, 충분히 정의로운 제도가 될 수 있다. 이러한 맥락에서 저명한 비교형사법학자인 마 줘메노 불네스(Mar Jimeno-Bulnes)는 오늘날의 직권주의는 적법절차의 또 다른 표현으로 이해해야 한다고 주장한 바 있다.⁹⁴⁾

최근 들어 다수의 선진국들은 상대방 형사사법제도의 장점들을 도입·반영하기 위해 노력하고 있다. 각 제도가 나름의 강점을 지니고 있고, 서로의 제도로부터 벤치마킹할 점이 있다는 인식이 높아지고 있기 때문이다. 예를 들어, 유럽인권법원(the European Court of Human Rights)은 대륙법계 형사사법제도에 기반하고 있지만, 최근 들어 영미법계 형사사법제도의 특성 중 하나인 대면권(confrontation right)의 보장을 강화하는 움직임을 보이고 있다.⁹⁵⁾ 유럽의 개별 국가들도 플리바게닝 제도를 도입하거나 피의자(피고인)의 진술거부권 보장을 강화하는 등 당사자주의 요소를 강화하고 있다.⁹⁶⁾ 반면, 영미법계 국가인 미국에서는 형사소송 과정에서 판사의 역할을 강화하거나 당사자 간의 지나친 공방(攻防)을 억제하도록 하는 등 직권주의적 요소를 높이고 있다.⁹⁷⁾ 결론적으로, 많은 나라들의 형사사법 제도는 더 이상 순수한 직권주의 또는 순수한 당사자주의를 고집하고 있지 않다. 다른 형사사법 제도의 특성들도 전폭적으로 수용함으로써 혼합(mixed)적 시스템으로 변화하고 있는 셈이다.

94) Mar Jimeno-Bulnes, American Criminal Procedure in a European Context, 21 Cardozo J. Int'l & Comp. L. 409, 427-28 (2013).

95) The Confrontation Blog, "The latest from the European Court of Human Rights" <http://confrontationright.blogspot.kr/2012/01/last-month-grand-chamber-of-european.html>, 2018. 2. 22 검색.

96) Mar Jimeno-Bulnes, 앞의 논문, 446-454면.

97) 좋은 예로, 최근 들어 미국에서 법원이 양 당사자가 선임한 전문가들에 의존하는 대신에, 직접 중립적인 전문가를 선임하여 재판에서 도움을 얻는 사례가 늘어나고 있다. Federal Judicial Center, Reference Manual on Scientific Evidence, 2-9 (2011).

그럼에도 불구하고, 우리나라에서는 여전히 당사자주의를 지나치게 미화하거나, 당사자주의-직권주의라는 이분법에 근거한 인식과 논쟁을 어렵지 않게 찾아볼 수 있다.⁹⁸⁾ 때문에 우리 형사사법제도의 고유의 문제점을 정확히 인식하고, 각각의 형사사법제도에 대한 비판적 분석을 통해, 보다 융통성 있게 때로는 창의적으로 대응할 필요가 있다.

3. 형사절차의 정교화

형사절차에서의 적법절차 강화 등 거시적 차원의 논의와는 별개로, 개개의 형사절차를 보다 정교하게 규율하는 미시적 차원의 노력도 필요하다. 사실 거시적 차원의 논의는 태생적으로 한계 지닐 수밖에 없다. 최근 들어 자주 인용되는 “악마는 디테일에 있다”는 문구처럼,⁹⁹⁾ 총론(總論)보다 각론(各論)이 더욱 중요한 경우가 있기 때문이다. 형사사법제도 및 적법절차와 관련된 논의들이 현재와 같은 차원에 머무르는 한, 개개의 적법절차 보장은 현실적으로 많은 한계를 지닐 수밖에 없다. 보다 실효성 있는 권리 보장을 위해서는 구체적인 절차들에 대한 보다 세밀한 논의로 이어져야 한다.

좋은 본보기로서, 최근 활발해지고 있는 수사절차법 제정 논의를 참고할 만하다. 일반적으로, 수사기관의 수사단계가 피의자 인권보호에 가장 취약함은 두말할 나위 없다. 그런데 우리 형사소송법은 구조적으로 수사절차를 규율하는데 허술하다. 형사소송법에서 수사를 규정한 부분(제2편 제1심 제1장)에서 직접 수사행위를 정교하게 규율하기 보다는, 법원에 적용되는 일반규정(제1편 총칙)들을 그대로 준용하는 형식을 취하고 있다. 때문에 형사소송법의 수사절차 규정들이 수사기관의 수사를 충분히 규율하지 못할 뿐더러, 현실을 제대로 반영하지 못한다는 비판이 많았다. 이러한 문제의식에서 2017년 임수빈 변호사가 박사학위 논문에서 처음으로 형사소송법

98) 위에서 지적한 당사자주의에 대한 통념과는 별개로, ‘우리나라 형사사법시스템은 ‘대륙식(독일)’ 제도에 기반하고 있기 때문에 영미식 제도의 도입은 맞지 않는다’는 등의 주장을 하는 경우도 심심치 않게 발견된다. 당사자주의가 인권 보장에 우월하다는 편향적 인식도 문제지만, 대륙법계와 영미법계의 요소들이 서로 조화될 수 없다는 속단(速斷)도 문제라고 할 수 있다.

99) 원어로 된 표현은, NextDaily, “The devil is the details - 악마는 디테일에 있다”, <http://www.nextdaily.co.kr/news/article.html?id=20161020800078>, 2018. 2. 22 검색.

과는 별도의 독립적인 수사절차법 제정의 필요성을 주장한 이후,¹⁰⁰⁾ 관련된 논의가 점차 활발해지고 있다.¹⁰¹⁾ 이러한 변화는 세부적인 수사절차를 법률적 차원에서 직접 기술함으로써, 기존 형사소송법의 문제들을 보완할 수 있을 것이다.

형사절차의 어떤 부분을 어떻게 정교하게 만들 것인가 하는 내용적인 부분에서는 앞서 살펴본 사례들을 적극 활용할 만하다. 미국에서 오판에 대한 연구에서 드러난 교훈을 바탕으로, 목격자 지목이나 피의자 신문 절차에 대한 최선의 업무기준 마련하는 것이 좋은 예이다. 물론 우리나라도 형사절차 관련 법률, 법규명령, 행정규칙 등을 통하여 절차를 구체화 하고 있지만, 접근 시각이 조금 다른 것으로 보인다. 형사사건에서의 실체적 진실 발견을 위한 ‘최선의’ 절차라기보다는, 대부분 충실하고 조화로운 법령·판례해석에 초점을 두고 마련되는 경향이 높기 때문이다. 아울러 실무 개선을 위한 미국의 전문가 그룹(working group)의 운영 사례들도 적극 참고할 만하다. 해당 분야에 가장 정통한 전문가들의 경험과 지식을 실무에 반영하고 제도화할 수 있는 좋은 방안이기 때문이다. 우리나라에서도 이와 같이 현장 전문가의 노하우가 상향식(bottom-up)으로 전달·활용될 수 있는 통로를 마련하는 것이 바람직할 것이다.

V. 나가며

신체의 자유에 직접적인 제한을 가하는 형사절차에서 적법절차는 공권력을 견제하고 감시하는 데 핵심적인 역할을 한다. 영미법계에서 발달된 적법절차 이론은 20세기 후반 이후 우리나라 형사절차의 발전에 많은 기여를 해왔고, 앞으로도 그 영향은 계속될 것으로 예상된다. 이와 같은 적법절차 보장의 중요성은 아무리 강조해도

100) 임수빈, 검찰권 남용에 대한 통제방안, 서울대학교 법학전문박사 학위논문, 2017, 130-131면.

101) 연합뉴스, “관사들 유죄 편향적 재판…표적 수사로 검찰권 남용”, <http://www.yonhapnews.co.kr/bulletin/2017/08/21/0200000000AKR201708211245000004.HTML?input=1195m>, 2018. 2. 22 검색; 연합뉴스, “수사권 ‘누가 갖느냐’보다 ‘어떻게 운영하느냐’가 더 중요”, <http://www.yonhapnews.co.kr/bulletin/2017/11/22/0200000000AKR201711221314000004.HTML?input=1195m>, 2018. 2. 22 검색.

지나치지 않을 것이다. 그러나 이러한 중요성은 적법절차가 현실적으로도 충분한 기능과 역할을 할 때에 비로소 그 의미가 유효할 것이다.

본 논문에서는 우리나라의 형사절차에서 적법절차가 갖는 의미를 비판적으로 분석하였다. 그동안 적법절차 이론이 미국을 통해 지나치게 긍정적인 측면 위주로 소개되었음을 지적하고, 보다 현실적인 모습에 근거한 논의가 이루어져야 함을 주장하였다. 이를 위해 우선 미국 형사사법제도가 당면한 심각한 문제들을 살펴보았다. 적법절차 보장은 이러한 문제들을 방지하는 데 무기력한 경우가 많고, 법집행기관은 적법절차 준수 의무를 쉽게 우회하고 있음을 설명하였다. 이로 인해 미국 형사절차에서 적법절차들이 정상적으로 작동하고 있지 못하고 있음을 논증하였다.

이어서는 이러한 논의들이 우리나라에 줄 수 있는 시사점을 검토하였다. 먼저, 적법절차 이론에 대한 균형 잡힌 인식을 통해, 적법절차의 현실적 한계에 대해서도 이해가 필요함을 주장하였다. 또한 적법절차 이론에 대한 긍정적인 인식의 이면에는 당사자주의가 직권주의에 비해 인권보호에 적합한 선진적 제도라는 속단(速斷)이 있음을 지적하고, 이러한 통념에서 벗어나야 함을 언급하였다. 이어서 적법절차 등 거시적 차원의 논의와 별도로, 형사절차 그 자체를 보다 정교하게 규율하려는 미시적 차원의 노력도 수반되어야 함을 설명하였다.

참고문헌

[국내문헌]

- 강승식, 절차적 적법절차의 본질에 관한 연구, 미국헌법연구 제25권 제2호, 2014.
- 권영성, 미국헌법상 적법절차의 법리와 그 전개, 미국헌법연구 제1권, 1990.
- 김현수, 형사소송에서의 적법절차위반과 그 효과에 관한 연구, 동아법학 제44권, 2009.
- 박찬운, 변호인참여권의 현실과 문제점 그리고 활성화를 위한 제안 - 대한변협의 설문조사를 바탕으로, 인권과정의 제453호, 2015.
- 안경환, 魔法의 箱子 適法節次條項, 사법행정 제321권, 1987.
- 유희일, 미국 헌법상 적법절차 조항의 한국적 수용, 미국헌법연구 제16권 제1호, 2005.
- 이영돈, 변호인의 피의자신문 참여권의 범위와 한계, 법학논고 제47집, 2014.
- 임수빈, 검찰권 남용에 대한 통제방안, 서울대학교 법학전문박사 학위논문, 2017.
- 임지봉, 미국헌법상의 적법절차조항과 그 운용, 미국헌법연구 제17권 제2호, 2002.
- 차용석, 형사소송에 있어서의 ‘Due Process’의 구현 - 미국 법에서의 발전과 관련시켜, 형사정책연구 제71권, 2007.
- 허일태, 형사절차에서 적법절차의 원칙, 동아법학 제28권, 2000.

[구미문헌]

- Alexander, Michelle, The New Jim Crow (2012). ‘Borchard, Edwin M., Convicting the Innocent: Sixty-Five Actual Errors of Criminal Justice (1932).
- Bibas, Stephanos, The Machinery of Criminal Justice (2012).
- Federal Judicial Center, Reference Manual on Scientific Evidence (2011).
- Kagan, Robert A., Adversarial Legalism (2001).

- Kelly, William R., *Criminal Justice at the Crossroads* (2014).
- Lafave, Wayne, *Criminal Procedure* (6th ed. 2017).
- National Research Council of the National Academies, *Strengthening Forensic Science in the United States: A Path Forward* (2009).
- Stuntz, William J., *The Collapse of American Criminal Justice* (2011).
- President's Task Force on 21st Century Policing, *Final Report of the President's Task Force on 21st Century Policing*, Office of Community Oriented Policing Services (2015).
- Findley, Keith A., *Innocence Found: The New Revolution in American Criminal Justice*, in *Controversies in Innocence Cases in America* (Sarah Lucy Cooper ed., 2013).
- Jimeno-Bulnes, Mar, *American Criminal Procedure in a European Context*, 21 *Cardozo J. Int'l & Comp. L.* 409 (2013).
- Langbein, John H., *Torture and plea bargaining*, *The University of Chicago Law Review* 46(1) (1978).
- _____, *Understanding the Short History of Plea Bargaining*, 13 *Law & Soc'y Rev.* 261 (1979).
- Obama, Barack, *The President's Role in Advancing Criminal Justice Reform*, 130 *Harvard Law Review* 3 (2017).
- Packer, Herbert L., *Two Models of the Criminal Process*, 113 *U. Pa. L. Rev.* 1 (1964).

Light and Shade of the Due Process and Its Implications

Kim, Myeon-ki*

The criminal justice system directly infringes on the freedom of the accused. As a guiding principle for a criminal process, Due Process is essential to check and monitor the abuse of governmental power. The Due Process theory, which has been developed in the Anglo-American legal system, has greatly contributed to the development of the Korean criminal procedure in the last half of the 20th century, and the influence is expected to continue in the future. The importance of such a due process theory can not be overstated. This significance, however, will be meaningful when the rights protected by Due Process function well.

This article critically analyzes the general recognition of Due Process in Korean criminal procedure. This points out that Due Process theory was introduced into South Korea, through an overly positive aspect, and argues that a discussion from a more realistic view, based on the status quo of the Due Process of United States, should be made. To this end, this article will look at the existing problems posed by the U.S. criminal justice system. Due Process rights are often helpless to prevent those problems, and that law enforcement officials can easily bypass the obstacles of the rights. This demonstrates that the strong Due Process rights of the U.S. criminal proceedings are not, in fact, functioning well.

Finally, this article explores the implications for South Korea. First, this argues that a balanced perception of the Due Process theory, based on an understanding of the practical limitations of due process rights, is required. The overly positive perception of the Due Process theory is largely attributable to the dichotomy of the

* Lecturer, Korean National Police University

criminal justice system—the Adversary System and the Inquisitorial System—that the Adversary System is more advanced one and suitable for the protection of individual rights. This article points out that this prejudice should be overcome. In addition, besides discussions on macro-level dimensions such as Due Process, this article also claims that micro-level efforts should be accompanied to make the criminal procedure more sophisticated one.

❖ Keyword: Due Process, Anglo-American legal system, Adversary System, Inquisitorial System.

