

辯護人の 助力을 받을 權利

— 韓·美 比較檢討 —

文 鴻 柱*

◇ 차 례 ◇

- | | |
|------------------------------|----------------------------|
| I. 問題의 所在 | 1. 刑事被告人의 辯護人의 助力을 받을 權利 |
| II. 우리나라의 辯護人의 助力을 받을 權利의 現實 | 2. 刑事被疑者의 辯護人의 助力을 받을 權利 |
| 1. 憲法規定 | IV. 結 言 |
| 2. 被疑者의 辯護人의 助力을 받을 權利 | 1. 原 則 |
| III. 美國의 辯護人의 助力을 받을 權利 | 2. 但 書 |
| | 3. 被疑者 國選辯護人制度의 導入과 違憲性 與否 |

I. 問題의 所在

本人은 美國大法院(美合衆國 最高法院)의 基本的 人權에 관한 判例를 오래도록 연구해 오면서 美國憲法과 우리나라 憲法에 辯護人의 助力을 받을 權利에 관한 憲法條文에는 아무런 差異가 없는데도 불구하고 실제운동은 너무나 현격한 差異가 있음을 보고, 우리나라에서도 美國과 같이 被疑者와 被告人의 辯護人의 助力을 받을 權利의 실질적 차이의 간격을 좁혀 볼 수 없느냐에 대하여 많은 관심을 가지게 되었다.

우리나라 法律과 실제 관행은, 被疑者에 대하여는 辯護人選定權이 있다는 단순한

* 美國憲法研究所 理事長, 學術院 會員.

통고를 받을 것만이 刑事訴訟法에 규정되어 있을 뿐, 美國과 같이 資力이 없는 被疑者에 대하여 國選(公選)辯護人の 選定要求權을 인정하고 있지 않다. 또 刑事被告人에 대하여도 資力이 없을 경우 本人이 法律知識이 있어서 國選辯護人을 청구하지 않으면 특별히 刑事訴訟法에서 규정하고 있는 未成年, 老弱者, 障礙者, 또는 死刑·無期 또는 短期 3年 이상의 刑에 해당하는 事件 이외에는 辯護人없이 裁判이 가능하다(同法 第33條). 그러나 거의 같은 憲法條文을 가지고 있는 美國에서는 大法院의 진지한 努力으로 被疑者나 被告人이 특별히 辯護人の 助力을 받을 權利를 포기한 경우가 아니면, 辯護人없는 被告人의 裁判은 물론이고, 辯護人 同席 없는 被疑者 訊問까지도 인정되지 않는다.¹⁾

우리나라에서 최근에 辯護人과 被疑者간의 接見이 허용되지 않았다는 것이 事件化되어 被疑者의 辯護人 接見禁止는 違憲²⁾이라는 判例가 나오고는 있지만, 이것을 美國大法院의 判例와 비교해 볼 때 아직도 뒤떨어진 人權보장이 아닌가 생각된다.

여기서 우리나라 憲法條文과 관계 法律條文을 검토하고, 아울러 美國憲法條文 및 관계 判例를 연혁적으로 소개하면서 이 문제를 法律的으로 고찰해 보자는 것이 本稿의 目的이다.

II. 우리나라의 辯護人の 助力을 받을 權利의 現實

1. 憲法規定

現行憲法 第12條第4項에 “누구든지 逮捕 또는 拘束을 당한 때에는 즉시 辯護人

1) William M. Beaney(eds), “The Right to Counsel”, *The Rights of the accused*, U.M.I, 1990, pp. 145~174 ; Elder Witt, *The Supreme Court and Individual Rights*, Congressional Quarterly, 1988, pp. 203~205 등은 미국에서 「辯護人の 助力을 받을 權利」에 대한 원론적 해설과 연혁 및 변천과정을 설명하고 있으며, 좀더 상세한 설명과 관련판례의 소개는 Lolyd L. Weinreb, *Leading Constitutional Cases on Criminal Justice*, Westbury, New York, The Foundation Press, Inc., 1989, pp. 416~424 ; John Kaplan · Jerome H. Skonick, *Criminal Justice: Introductory Cases and Materials*, Mineola, New York, The Foundation Press, Inc., 1987, pp. 231~235 ; Stanley I. Kutler, *The Supreme Court and the Constitution—Readings in American Constitutional History—*, New York, London, W. W. Norton & Company, pp. 631~635 등에 자세히 언급되어 있다.

2) 최근 「변호인접견제한의 위헌성」여부에 대한 헌법재판소의 위헌 결정(헌재 92.1.28 선고)은 기존 대법원의 판결(69.7.29. 69도803 형판집 68-485)(74.8.30.74도 1905카10811공 499호 8052)(83.10.11.83도 2117공 717호 1685)등의 자세에서 진일보한 것이다.

의 助力을 받을 權利를 가진다. 다만, 刑事被告人이 스스로 辯護人을 구할 수 없을 때에는 法律이 정하는 바에 의하여 國家가 辯護人을 붙인다”라고 규정되어 있다. 또 同條第 6 項에는 “누구든지 逮捕 또는 拘束의 이유와 辯護人の 助力을 받을 權利가 있음을 告知받지 아니하고는 逮捕 또는 拘束을 당하지 아니한다……”라고 규정되어 있다.

그런데 現行憲法의 辯護人の 助力을 받을 權利에 관한 規定을 沿革적으로 보면, 1948년에 제정된 制憲憲法 第 9 條第 3 項에 “누구든지 逮捕·拘束을 받은 때에는 即時 辯護人の 助力을 받을 權利가……保障된다”라고 규정되어 있었고, 이것이 1962년의 第 3 共和國 憲法에 와서, 第 10 條第 4 項에 現行憲法과 같은 規定으로 但書가 붙여졌고, 그것이 그 후 그대로 계승되어 와서 現行憲法의 規定이 되고 있다.³⁾

2. 被疑者의 辯護人の 助力을 받을 權利

現行憲法 第 12 條第 4 項에 “누구든지 逮捕 또는 拘束을 당한 때에는 즉시 辯護人의 助力을 받을 權利를 가진다. 다만, 刑事被告人이 스스로 辯護人을 구할 수 없을 때에는 法律이 정하는 바에 의하여 國家가 辯護人을 붙인다”라고 규정되어 있다.

이 條文을 보건대, 前段만 있으면(制憲憲法 規定과 같이) 刑事被疑者는 누구든지 逮捕 또는 拘束을 당하면 즉시 辯護人の 助力을 받을 權利를 가진다고 되어 있어서, 이 條項만으로는 資力有無에 관계없이 어떠한 被疑者도 辯護人の 助力을 받을 權利가 있는 것으로 해석할 수 있으며, 따라서 모든 被疑者는 辯護人要求權을 가진다고 해석할 수 있다.

그러나 우리 憲法 條文은 但書가 붙어 있다. 그 但書에 의하면 國選辯護人選定要求權은 刑事‘被告人’에 限하고, 그것도 法律이 정하는 경우에 限한다고 되어 있다. 여기에 前段을 大原則으로 하고 但書를 하나의 注意規定으로 볼 것인가. 아니면 但書와 종합적으로 해석하여 國選辯護人選定要求權은 刑事‘被告人’에 限하고 被疑者에게는 없는 것으로 해석할 것인가.

우리나라 法制는 後者의 해석을 따서 刑事訴訟法에서 資力이 있어서 하는 私選辯護人選任權은 被告人과 被疑者에게 모두 인정하고(同法 第 30 條), 國選辯護人은 同法 第 282 條에서 死刑·無期 또는 短期 3 年 이상의 懲役이나 禁固에 해당하는 事件의 公判에서, 또 同法 第 33 條에서 被告人에 限하여, 그것도 未成年者인 경우, 70 歲 이상 老齡인 경우, 聾啞者인 경우, 心身障礙의 疑心이 있는 경우로 限定하면서, 다

3) 韓國法制研究院, 大韓民國現行法令集, 1 卷, 1~107 面.

만 貧困 기타의 이유로 本人이 辯護人을 選任할 수 없을 경우 本人이 특별히 청구할 경우에만 國選辯護人을 붙여주기로 규정하고 있다.

우리의 現行法制로 볼 때, 被疑者에는 辯護人選任權만 있지, 國選辯護人選定要求權은 없는 것으로 해석된다.

그런데 다음에서 설명하는 바와 같이 美國에서는 모든 被告人은 辯護人選任權과 公選辯護人選定要求權이 있고, 더 나아가 모든 被疑者에게도 辯護人選任權과 아울러 公選辯護人選定要求權이 인정되어 있다. 이것은 國會立法으로서 규정되어 있는 것이 아니고 美國大法院이 오랜 時日을 통해서 判例로써 確立시킨 大原則이다. 資力없는 모든 被疑者도 辯護人選定을 요구할 수 있다.

이 要求權은 모든 被疑者가 스스로 요구하여야 公選辯護人이 붙여지는 것이 아니고, 政府側에서(警察 또는 檢察側에서) 被疑者의 요구가 없더라도 특별히 그 法律의 效果를 알고 意識적으로 포기하지 않는 限, 公選이건 私選이건 辯護人없는 被疑者는 존재하지 않는다는 것이다. 다시 말하면 公選辯護人이라도 붙여주지 않으면, 訊問등 수사를 할 수 없다는 의미이다.

또 美國大法院 判例에 따르면, 資力없는 被疑者가 公選辯護人 選定을 요구하여 辯護人이 選定되면, 이 辯護人의 陪席없는 訊問도 違憲이라는 것이다. 우리나라에서는 辯護人과 被疑者의 接見이 허용되어야 한다는 接見問題가 야기되고 있는데, 美國에서는 더 나아가 接見은 말할 것도 없고 搜查(訊問)에 반드시 辯護人이 陪席하여야 하며, 辯護人 陪席없는 訊問은 憲法에 보장되어 있는 適法節次(due process of law)에 違反한다고 한다.⁴⁾

III. 美國의 辯護人의 助力을 받을 權利

1. 刑事被告人의 辯護人의 助力을 받을 權利

美國修正憲法 第 6 條에 “……被告人(the accused)은……自己辯護를 위하여 辯護

4) Thomas C. Grey, “Procedural Fairness and Substantive Rights”, *Due Process*, eds ; J. Roland Pennock and John W. Chapman, New York, New York University Press, 1977, pp. 182~228 ; Gerald Gunther, *Constitutional Law*, Mineola, New York, The Foundation Press, Inc., 1985, pp. 419~585 ; Yale Kamisar · Wayne R. LaFave · Jerold H. Israel, *Basic Criminal Procedure—Cases, Comments and Questions—*, West Publishing Co., 1990, pp. 559~568 등은 절차상 피의자의 권리에 대하여 상세히 언급하고 있다.

人の 助力을 받을 權利가 있다”고 규정되어 있다. 이것은 聯邦에 대한 規定이다.

聯邦憲法の 이 規定은 被告人이 스스로 辯護人을 選任하는 辯護人選任權과, 被告人이 資力이 없어 스스로 辯護人을 選任할 수 없는 경우 公選辯護人選定을 요구할 수 있는 辯護人選定要求權의 두가지로 分離하여 생각할 수 있다. 憲法制定 당시 憲法の 아버지들은 刑事節次에 있어서 自己防禦를 위하여 스스로 辯護人을 選任할 수 있는 權利를 보장하기 위하여 憲法에 이 規定을 두었다고 한다.⁵⁾ 그러나 이 規定은 뒤에 가서 스스로 自己費用으로 辯護人을 選任하지 못하는 無資力者가 公選辯護人選任을 요구할 수 있는 權利까지도 포함하는 것으로 발전적 해석이 성립되어서, 오늘날에 와서는 1946年の 大法院規則에 明文化된 바와 같이, 被告人이 辯護人을 포기하지 않는 이상 반드시 公選辯護人을 붙여야 하게 되었다.⁶⁾ 이제는 辯護人을 요구하지 않아도 法院이 義務的으로 辯護人을 붙여야 한다는 것이다.

이와 같은 美國의 刑事被告人의 辯護人の 助力을 받을 權利는 우리나라와 다르다. 우리나라는 憲法 第12條第4項에 “다만, 刑事被告人이 스스로 辯護人을 구할 수 없을 때에는 法院이 정하는 바에 의하여 國家가 辯護人을 붙인다”고 규정되어 있다. 이를 규정하고 있는 刑事訴訟法을 보면 死刑·無期 또는 短期 3年 以上の 懲役이나 禁固에 해당하는 事件과, 被告人이 未成年者, 70歲 이상, 聾啞者, 心身障礙의 疑心이 있을 경우에는 私選辯護人이 없으면 國選辯護人을 붙여야 하는데, 기타의 경우에는 無資力者가 적극적으로 國選辯護人을 요구해야 하고, 被告人이 自進하여 요구하지 않으면 辯護人없이 裁判을 진행할 수 있게 되어 있다.

그러나, 美國에 있어서는 公益을 위하여 法律專門家인 檢事가 訴追를 職責으로 담당하고 있는 것과 꼭 마찬가지로, 被告人도 자기의 辯護를 위하여 法律專門家인 辯護人の 助力을 받는 것은 人間으로서 基本的 權利이라고 보고, 辯護人없는 裁判은 있을 수 없으며, 辯護人없는 裁判은 修正憲法 第6條⁷⁾에서 말하는 適法節次에 違反된다고 한다.

(1) 聯 邦

修正憲法 第6條의 辯護人の 助力을 받을 權利는 聯邦政府에 대한 規定으로서 聯邦法院의 裁判에 被告人은 어떤 경우에도 辯護人이 있어야 裁判을 진행할 수 있고, 辯護人이 없을 경우에는 이른바 ‘公正한 裁判’이라고 말할 수 없고, 따라서 그렇지

5) Mayers, *The American Legal System*, 1955, p. 140.

6) Mayers, *Ibid.*

7) “……누구든지 適法節次에 의하지 아니하고는 生命·自由 또는 財産을 박탈당하지 아니한다 ……”

않은 경우 憲法이 규정하고 있는 適法節次에 違反되는 것이라는 原則이 확립되었다.

위에서 설명한 바와 같이, 憲法의 아버지들은 無資力者의 公選辯護人選定要求權까지를 예정하고 있는 것은 아니었으나, 聯邦 最高法院(大法院)은 判例로서 無資力者에게도 公選辯護人을 義務적으로 붙여주어야 되는 것으로 해석을 確立하였고, 1946년의 大法院規則에서 明文化되기도 하였다. 그러나 聯邦國家의 형태를 取하고 있는 美合衆國에 있어서는 이 聯邦原則이 그대로 州政府에 시행되는 것이 아니다.⁸⁾

合衆國憲法이 특별히 憲法에서 규정하고 있지 않은 事項은 各州의 權限이라고 되어 있다. 그런데, 이 辯護人의 助力을 받을 權利에 관해서는 各州가 그 規定을 달리 하고 州마다 약간의 差異도 있었다.

(2) 各 州

위에서 설명한 聯邦原則은 聯邦에만 적용되는 것이고, 이것이 바로 州에 적용되는 것은 아니다. 州에는 州마다 州憲法에 辯護人의 助力을 받을 權利에 대한 規定을 따로 두고 있다. 그리하여 大法院은 州事件에는 州憲法이 적용되는 것이라는 態度를 取해 오다가 1932년의 Powell v. Alabama, 287 U.S. 45 事件⁹⁾에서, 또 1936년의 Grosjean v. American Press Co., 297 U.S. 233 事件¹⁰⁾에서 辯護人의 助力을 받을 權利는 基本的이고 根本的인 權利라는 前提밑에 州에도 적용된다고 하였으나, 1942년의 Betts v. Brady, 316 U.S. 455 事件¹¹⁾에서 종래의 判例를 전복시켰다.

Powell 事件은 極刑事件이었고 大法院은 이러한 極刑事件에는 辯護人의 助力을 받을 權利에 대하여 聯邦原則이 적용되어야 한다고 하였다. 그러나 그후 大法院은 州가 辯護人을 붙여야 할 경우를 점차 확대해 갔다. 年小하고 無識한 者가 強盜를 한 경우¹²⁾, 精神에 異狀이 있어서 正當한 自己辯護를 다하지 못한다고 인정되는 경우¹³⁾, 또는 訴訟技術上에 있어서 특별한 節次法으로 인하여 보통사람으로서는 충분한 自己辯護를 다 할 수 없는 경우¹⁴⁾, 또는 어려운 法律問題가 있어서 法律知識이

8) Henry J. Abraham, *The Judicial Process*, New York Oxford, Oxford University Press, 1986, pp. 142~176 ; Malcolm M. Feeley · Samuel Krislov, *Constitutional Law*, Scott, Foresman and Company, 1990, pp. 19~24 등은 미합중국의 사법구조 및 체계에 관하여 언급하고 있다.

9) 文鴻柱, 基本的人權研究, 431, 439面.

10) 文鴻柱, 上揭書, 439, 529面.

11) 文鴻柱, 上揭書, 441, 447面.

12) Cash. v. Culver, 358 U. S. 633(1959). 文鴻柱, 上揭書, 446面.

13) Mc. NNeal v. Culver, State Prison Custodian, 365 U. S. 109(1961). 文鴻柱, 上揭書, 446面.

14) Hudson v. North Carolina, 363 U. S. 697(1960).

없는 被告人으로서 이를 문제화하여 자기에게 유리하게 문제를 전개할 기회를 가질 수 없는 경우¹⁵⁾ 등이 그것이다.

이리하여 大法院은 구체적 事件을 하나하나 다루면서 모든 事情을 검토하여 州가 辯護人을 붙이지 아니한 결과가 이른바 ‘公正한 裁判’(fair justice)을 거부한 것이라고 인정될 경우에는 憲法이 보장한 適法節次에 違反하여 被告人의 憲法上 權利가 침해된 것이므로, 비록 그와 같은 경우에 州憲法이나 州法律에 辯護人을 붙일 필요가 없다고 규정되어 있더라도 그 州憲法이나 州法律은 聯邦憲法에 위배되는 것이라고 하였다.

大法院이 이와 같은 態度를 取하였기 때문에 各州는 어떤 경우가 公正한 裁判을 거부한 것이 되느냐에 대해 당황하게 되었으며, 刑事犯罪人은 辯護人이 없었다는 것을 理由로 大法院에 上告하는 경우가 격증하여 갔다.

이와 같이 州에서는 辯護人の 助力을 받을 權利에 관해서 case by case로 大法院이 判示하는 대단히 불투명한 상태에 놓여 있었는데, 大法院은 드디어 1963年의 Gideon v. Wainwright, 372 U.S. 335 事件¹⁶⁾에서 聯邦原則이 그대로 州에도 적용되어야 한다는 획기적인 判決을 하게 되어 이때까지 불투명하던 州의 辯護人에 대한 權利問題에 중지부를 찍게 되었다.

(3) Gideon v. Wainwright, Corrections Directors, 372 U.S. 335(1963)

事件－聯邦原則의 州 適用

Gideon(上告人)은 농구장을 파괴하여 侵入하였다. 이 犯罪는 플로리다州法에 의하면 重罪에 해당된다. 그는 法廷에서 자기는 돈이 없으므로 公選辯護人을 붙여줄 것을 요청하였으나, 裁判長은 플로리다州法에 의하면 極刑 해당事件에만 公選辯護人을 붙여주게 되어 있다는 이유로 이를 거부하였다. 그는 5年 懲役 宣告를 받았다. 그리하여 그는 州最高法院에 대하여 辯護人選任要求權이 거부당하여 憲法에 보장된 權利를 침해 당했다는 이유로 拘禁適否審査請求를 하였는데 기각되었다. 이리하여 大法院에 上告(移審申請)하게 되었다. 그런데 Betts v. Brady, 316 U.S. 455(1942) 事件에서 5대 4로 辯護人の 助力을 받을 權利를 규정한 修正憲法 第6條의 權利는 ‘基本的’이고 ‘根本的’인 人權이 아니라 하여 聯邦原則의 州適用이 拒否되었었다. 이리하여 이 事件 이래, 聯邦憲法에서 보장된 辯護人の 助力을 받을 權利가

15) Reynolds v. Cochran, Director of Division of California, 365 U. S. 525(1961), Chewing. v. Cunnincham, Penitentiary Superintendent 368 U.S. 443, (1962), 文鴻柱, 前揭書, 469, 450面.

16) 文鴻柱, 上揭書, 435, 436, 438面.

州憲法에도 적용되느냐 하는 문제가 늘 論議의 대상이 되어오고 있었다. 그런데 本件에 있어서, Betts 事件의 多數意見이 전복되고 聯邦原則은 州에도 적용되어야 한다고 선언되었다.

종래 聯邦에서는 修正憲法 第 6 條에서 “被告人은 자기 辯護를 위하여 辯護人의 助力을 받을 權利를 가진다”라고 규정하고 있는데, 이 規定은 聯邦憲法에 있어서 被告人이 辯護人의 助力을 받을 權利를 명백하게 그리고 意識的으로 포기하지 않는 이상 被告人이 辯護人을 붙일 수 없는 경우에는 國家가 辯護人을 붙여주어야 한다는 것으로 해석되어 왔다. 그리고 州 法院에는 그대로 적용되는 것이 아니라는 것이 전통적 해석이었다. 그런데 Betts는 이 權利가 修正憲法 第14條¹⁷⁾에 의하여 州 法院에 까지 확대적용되어야 한다고 주장하였다. 그러나 Betts 事件에 있어서 大法院은 辯護人의 助力을 받을 權利가 그 沿革이나 그 權利의 本質에 있어서나 ‘基本的’ 人權이나, 다시 말하면 公正한 裁判을 위하여 ‘根本的’으로 요구되는 權利이나를 문제삼아 이것이 ‘基本的’인 人權에 해당된다면 修正憲法 第14條를 통해서 州에도 강제적으로 적용되지만, 그렇지 않다면 州에는 적용되지 않는다는 전통적인 見地에서 유감스럽게도 이것을 否定的으로 해석하였던 것이다. 많은 大法院判決에서 聯邦政府를 規律對象으로 하고 있는 修正憲法 第1條의 言論·出版·集會·結社·請願의 自由는 ‘基本的’인 人權이기 때문에, 修正憲法 第14條를 통해서 州에도 적용된다고 선언하고 있다.¹⁸⁾ 이와 꼭 같은 이유로서 修正憲法 第1條에 규정된 것 뿐만 아니라 個人財産에 대하여 正當한 報償없이 公共使用에 充當할 수 없다는 修正憲法 第5條¹⁹⁾와, 또 不合理한 拘束과 逮捕를 금지한 修正憲法 第4條²⁰⁾와, 또 慘酷하고 異常한 刑罰을 금지한 修正憲法 第8條²¹⁾도 州에 적용된다고 하였다.

그러나 불구하고 1942년의 Betts 事件에 있어서 辯護人의 助力을 받을 權利를

17) 修正憲法 第14條는 州政府를 規律對象으로 하고 있다. “……어떠한 州도 憲法節次에 의하지 아니 하고는 어떠한 사람으로부터도 生命·自由 또는 財産을 박탈할 수 없다”고 규정하고 있다.

18) 文鴻柱, 美國憲法, 280~281面. Gitlow v. New York, 268 U.S. 652(1925); Lovell v. City of Griffin, 303 U. S. 444, 450(1958)事件은 言論·出版의 自由를, Cantwell v. Connecticut, 310 U.S. 269, 303(1940)事件은 宗教의 自由, De Jonge v. Oregon, 299 U. S. 353, 364 (1937)事件은 集會의 自由, Shelton v. Tucker, 364 U.S. 479, 488(1960)事件은 結社의 自由, Edwards v. South Carolina, 372 U. S. 229(1963)事件은 言論·集會의 自由가 基本的인 人權이기 때문에 修正憲法 第14條를 통해서 州에도 적용된다고 判示하고 있다.

19) Chicago B & Q. R. Co. v. Chicago, 166 U. S. 226, 235~241(1897); Smyth v. Ames, 169 U. S. 466, 522~526(1898). 文鴻柱, 基本的人權研究, 439面.

20) Mapp v. Ohio, 367 U. S. 643, 555(1961), 文鴻柱·上揭書, 311面.

21) Robinson v. California, 370 U. S. 660, 666(1962), 文鴻柱, 上揭書, 480面.

규정한 修正憲法 第6條는 ‘基本的’이고 ‘根本的’인 人權이 아니라 하여 아깝게도 이의 州適用을 거부하였다. 그런데 사실에 있어서 大法院은 이미 1932年の Powell v. Alabama, 287 U.S. 45, 68 事件과, 1936年の Grosjean v. American Press Co., 297 U.S. 233, 243~244 事件에서 辯護人の 助力을 받을 權利를 ‘基本的’이고 ‘根本的’이라는 前提 밑에 州에도 적용된다고 判示한 적이 있었으나, 1942年の Betts 事件에서 종래의 判例를 전복시켰던 것이다.

그러나 생각해 보건대, 法律家인 檢事가 公訴를 유지하는 것이 秩序있는 民主社會에 있어서 公共利益을 보호하는 데 가장 本質的인 것으로 인정되는 것과 꼭 같은 이유로, 犯罪人으로 起訴를 당한 者가 자기가 돈이 없어서 辯護人을 구할 수 없을 경우에 辯護人을 붙여주는 것은 당연한 일이다. 法廷에서의 辯護人은 사치품이 아니라 필수품이다. 公正한 裁判을 보장하기 위하여 裁判 當事者 雙方이 실질적으로 대등하게 나타나야 한다는 것은 法 앞의 平等의 原理에도 부합하는 일이다. 辯護人の 助力을 받을 權利는 公正한 裁判에 本質的으로 필요한 要素라고 생각된다. 그러므로 여기에 Betts 事件 判決을 전복하고, 修正憲法 第6條의 辯護人の 助力을 받을 權利에 관한 條項이 州에도 적용되어야 한다는 本件 Gideon 事件 判決은 지극히 타당한 것이라 생각된다.

本判決은 Black 大法官에 의하여 작성되었고, Douglas 大法官과 Clark 및 Harlan 大法官의 개별적 補充意見의 開陳이 있었다. 그러나 한 사람의 反對도 없었다.

이 Gideon 事件 判決로 美國에 있어서는 刑事被告人은 聯邦法院이건 州法院이건 辯護人選任權과 公選辯護人選定要求權이 완벽하게 보장되게 되었다. 그런데 이것은 起訴된 被告人의 辯護人에 관한 權利이다. 다음에 起訴 전의 被疑者에 대한 辯護人の 助力을 받을 權利에 관하여 보기로 한다.

2. 刑事被疑者の 辯護人の 助力을 받을 權利

修正憲法 第6條에 “……被告人(the accused)은 ……自己辯護를 위하여 辯護人の 助力을 받을 權利를 가진다”라고 규정되어 있음은 이미 위에서 설명한 바와 같다. 그런데 여기에 사용된 the accused라는 用語는 起訴된 刑事被告人만을 의미하는 것으로 일시 해석되었다가 뒤에 가서 被告人만이 아니고 搜查段階에 있는 被疑者도 포함되는 것으로 해석하여 人權保障에 큰 進展을 성취하게 되었고, 오늘날에는 1966年の Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 事件 이래 監禁狀態의 모든 被疑

者에게도 辯護人選任權과 아울러 無資力者에게는 公選辯護人選定要求權이 인정되어 있다.

그런데 美國에서는 특기할 것은 訊問때 반드시 辯護人이 陪席하여야 하고 辯護人 陪席없는 訊問에 대한 陳述은 證據能力이 없다는 原則이 확립되어 있다. 被疑者의 辯護士에 대한 權利는 美國에 있어서는 不利證言 拒否權과 관련하여 발달된 것이 하나의 특색이다. 위에서 설명한 Miranda 事件은 不利陳述 拒否權과 辯護人의 助力을 받을 權利가 복합적으로 다루어진 事件이다. 즉 辯護人 陪席없는 訊問에 대한 陳述은 자기에게 不利한 陳述이 될 可能性이 크기 때문이다.

그런데 劃期的인 Miranda 事件 判決이 나오기 전에도 殺人罪 등 그 罪科가 큰 경우에는 拘留審問節次에도 辯護人의 助力을 받을 權利가 있다는 判例도 있었다.²²⁾ 그런데 拘禁된 被疑者의 辯護人의 助力을 받을 權利에 대해서 1966년의 Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 事件에서²³⁾ 劃期的인 大法院 判決이 있었고 그것이 오늘 날 美國大法院이 계속 固守해 오는 原則이다.

다음에 Miranda 事件 判示 內容을 보기로 한다. 本 判決은 네 事件을 합해서 修正憲法 第5條에서 보장된 不利證言 拒否權에 관한 判決이다. 警察調査室 등 一般外部와 격리된 場所에서의 訊問時에는 事전에 반드시 默秘權과 辯護人의 助力을 받을 權利에 대한 說示가 先行되어야 하는데, 本 네 事件은 그것이 시행되지 않은 狀態에서 答辨하였고, 이것이 裁判에 證據로 제출되었는데, 이것은 修正憲法 第5條에 違反한다고 하였다. 이 判決은 大法院長 Warren이 多數意見을 開陳하였다. 그 要旨는 다음과 같다.

① 拘禁된 狀態 또는 外部와 격리되어 있는 狀態에서 어떤 사람을 訊問할 경우에는 訊問 전에 반드시 默秘權이 있음과 ② 그의 陳述이 裁判에서 不利하게 사용될지 모른다는 것을 명백히 말해주어야 한다. ③ 또 辯護人의 助力을 받을 權利가 있고, 더구나 訊問을 받는 동안 辯護人을 陪席시킬 수 있다는 것을 말해주고 ④ 그가 돈이 없어서 스스로 辯護人을 選任하지 못하는 경우에는 公選辯護人을 붙여 줄 수 있다는 것도 미리 말해주어야 한다. ⑤ 默秘權을 행사하면 訊問은 中止되어야 하고, ⑥ 辯護人을 요구한 때에도 또한 같다. ⑦ 辯護人없이 答辨한 경우에는 政府側은 그가 의식적으로 그리고 그것이 무엇을 의미하는가를 알면서 辯護人의 助力을 받을 權利를 포기하였다거나, 默秘權을 포기하였다거나 하는 것을 立證할 責任을 진다.

22) White v. Maryland, 373 U. S. 59(1963) 文鴻柱, 前掲書, 432面.

23) 文鴻柱, 上掲書, 419~421面.

이것이 Miranda 事件 判示內容이다. 그런데 이 判決에 대하여 Harlan, Stewart 및 White 大法官은 反對意見을 표명하고 있다. 反對理由는 警察訊問에 종래에는 없던 制約을 全般的 警察訊問에 적용하는 것은 무리라는 것이다.

그러나 이 Miranda 事件 判決은 1969年の Orozco v. Texas, 394 U.S. 324 事件에서 再確認되었고, 또 1981年の Edwards v. Arizona, 451 U. S. 477 事件²⁴⁾ 및 1990年の Minnik v. Mississippi 59 L. W. 4037 事件²⁵⁾에서도 계승되고 있다. 同判決에 의하면 辯護士가 陪席한 訊問이 한번 있었다고 해서 다음에는 辯護人陪席없는 陳述이 가능한 것이 아니다. 이때에도 역시 辯護人の 陪席이 있어야 한다고 선언하고 있다(6대3判決). 오늘날 Miranda 事件 判示는 被疑者의 人權保障에 하나의 큰 鐵則이 되어 있다. 그 후 여러 事件判決에서 Miranda 特權, 또는 Miranda 警告등의 用語로 사용되어 오고 있다.

被疑者(拘禁狀態 또는 격리狀態)가 스스로 辯護人을 選任할 能力이 없을 때 公選 辯護人을 選定해 줄 것을 요구할 수 있다는 權利가 인정되어 있는 나라는 現在로 보아서 美國에 준하여 英國에도 있는 것 같다. 英國은 被拘禁者에 대하여 私選辯護人을 대줄 수 있고, 또 訊問時 同席을 요구하면 이를 인정하고, 私選辯護人을 붙일 수 없는 경우에는 無料로 法律助言을 받을 수 있는 當番辯護士制度가 운영되고 있다. 이 경우에 公的 基金에서 辯護士 보수가 支給된다. 資力이 있어 스스로 私辯護人을 選任할 수 있는 權利는 대개의 民主國家에서 인정되어 있다.

그리고 美國에서 또 하나의 특색은 公選辯護人選任 要求權뿐만이 아니고, 訊問을 받을 때 辯護人 陪席權까지 인정되어 있고, 辯護人 陪席없는 陳述은 證據能力이 없다고 한다. 이것은 또 하나의 놀랄만한 人權保障制度의 하나이다.

被疑者의 陳述은 裁判에 至大한 영향을 주는 것이므로 搜查段階에 있어서의 人權보장이 절대로 필요한 것이다. 그러나 이때까지는 人權보장보다도 行政便宜가 우선되고, 또 被疑者의 公選辯護人 陪席에 막대한 豫算이 소요되므로, 世界各國에 있어서 그 實行이 어려운 狀態에 있었다.

英國이나 日本에 있어서 被疑者에 대하여 當番辯護士制度가 운영되기 시작하고 있다. 이것이 無資力者의 公選辯護人 選定要求權과 밀접한 관계가 있는 權利이다. 英國은 被疑者에게 無料의 法律扶助를 받을 權利가 있음을 설명해주어야 하고, 被疑者가 私選辯護士를 붙일 경우 辯護士의 陪席도 인정된다고 한다. 그리고 완전 無

24) 文鴻柱, 前掲書, 452, 455面.

25) 堀田牧太郎譯, “미란다 法則再生的 動向”, 「法律時報」, 1992年 1月號, 72~76面 참조.

자료 法律扶助를 받기 위하여는 公的 資金으로 운영되는 當番辯護士制度를 이용하면 된다.²⁶⁾

日本은 各 辯護士會 별로 當番辯護士制度가 운영되기 시작하였으나, 그 施行地域이 全國的이지 못하고, 또 그 費用負擔 등의 어려운 문제가 있다.

IV. 結 言

1. 原 則

위에서 본 바와 같이, 美國修正憲法 第 6 條에서 “모든 刑事節次에 있어서……被告人(the accused)은 自己辯護를 위하여 辯護人의 助力을 받을 權利가 있다”라고 규정하고 있다. 그런데 美國 大法院은 오랜 時日을 통해서 人權보장을 추진하면서, 被告人과 被疑者에게 모두 私選辯護人 選任權과 돈이 없을 경우에 公選辯護人을 選任해 줄 것을 요구하는 公選辯護人選任 要求權을 가진다고 判例上的 原則을 확립하였다. 더구나 被疑者가 訊問을 받을 때 私選이건 公選이건 辯護人 陪席權까지 인정하기에 이르렀다. 이것이 被疑者의 人權보장을 위하여, 또 一面에 公正한 刑事節次를 수행하는데 앞서가는 해석이라 아니할 수 없다.

그런데 우리나라는 憲法 第12條第 4 項에 “누구든지 逮捕 또는 拘束을 당한 때에는 즉시 辯護人의 助力을 받을 權利를 가진다”라고 규정되어 있다. 그리고 그 條項 但書에 “다만, 刑事被告人이 스스로 辯護人을 구할 수 없을 때에는 法律이 정하는 바에 의하여 國家가 辯護人을 붙인다”라고 규정하고 있다. 우리가 但書를 일단 제쳐놓고 볼 때, “누구든지 逮捕 또는 拘束을 당한 때에는 즉시 辯護人의 助力을 받을 權利를 가진다”라는 것이, 단순히 자기가 스스로 私選辯護人을 구할 수 있을 경우만을 말하고 있는 것일까. 여기에 ‘누구든지’라는 것이 ‘資力이 있는 者에 限해서 누구든지’라는 의미일까.

우리나라 憲法해석도 刑事被疑者는 私選辯護人은 물론이고, 스스로 자기가 辯護人을 구할 能力이 없을 경우 國選辯護人을 選任해 줄 것을 요구할 수 있는 權利까지도 있다고 해석할 수 없을까. 이런 疑問은 美國憲法條文과 美國大法院 判例를 볼 때 더욱 그와 같은 해석의 필요성이 제기된다. 더구나 憲法條文에 ‘刑事被告人은’

26) 리 교수, “英國法에 있어서 被疑者의 留置中의 調査”, 「法律時報」 1992年 1月號, 61~66面 참조.

이라고 限定하지 않고, ‘누구든지’ 逮捕 또는 拘束을 당한 때라고 되어 있고, 또 辯護人の 助力을 받을 權利라고 되어 있지, 私選辯護人만의 助力을 받을 權利라고 限定하지 않고 있다.

여기에 우리나라도 被疑者로서 逮捕 또는 拘禁을 당한 때에는 私選辯護人만이 아니고 資力이 없을 경우 公選辯護人選任 要求權도 있다고 우리나라 憲法을 해석해 보자는 것이다. 이것을 本論文에서는 ‘第1의 主張’이라고 일단 부르기로 한다.

2. 但 書

우리 憲法 第12條第4項의 本文을 위주로 하여 辯護人の 助力을 받을 權利의 擴大 해석 可能性을 美國·英國의 判例 및 慣行에 따라 검토해 보았다.

그런데 우리 憲法은 同條第4項 但書에 ‘刑事被告人’이 스스로 辯護人을 구할 수 없을 때에는 ‘法律이 정하는 바’에 의하여 國家가 辯護人을 붙인다고 규정되어 있다. 이 但書만을 본다면, ‘刑事被告人’이 아닌 ‘刑事被疑者’에 대하여는 國選辯護人에 관한 言及이 없다. 따라서 刑事被疑者는 能力이 있을 경우 私選辯護人을 選任할 수 있고, 그렇지 않을 경우 國選辯護人을 요구할 수 없는 것으로 해석이 가능하다. 더구나 刑事被告人의 國選辯護人의 경우에도 刑事訴訟法에 의하면 被告人이 ① 未成年者인 때, ② 70歲 이상의 者인 때, ③ 聾啞者인 때, ④ 身體障得의 疑心있는 者인 때, ⑤ 貧困 기타 事由로 辯護人을 選任할 수 없는 때, 이때에는 被告人의 請求가 있을 때와 死刑·無期 또는 短期 3年 이상의 刑에 해당되는 事件의 公判廷에서만 國選辯護人을 붙인다고 규정하고 있다.

여기에 있어서 被告人의 경우도 위에 限定된 경우이고 그렇지 않으면 被告人이 특히 請求한 때에 國選辯護人을 붙이고 그렇지 않을 경우에는 辯護人없는 裁判進行이 가능하다.²⁷⁾ 이것은 美國의 경우 어떠한 경우에도 本人이 명백히 포기하지 않는 이상 刑事裁判에 있어서 辯護人없는 裁判은 있을 수 없고, 이런 辯護人없는 裁判이 있었다고 하면, 이것은 ‘公正한 裁判’이라고 말할 수 없고 憲法에 보장된 適法節次에 違反한다고 하는 것과는 상당한 거리가 있다.

하물며 刑事被告人과 같이 제한적이기는 하지만 國選辯護人制度가 憲法上 규정되어 있지 않는 刑事被疑者의 경우에는 國選辯護人을 義務的으로 붙인다는 것은 但書를 중시하는 해석으로서는 있을 수 없다.

27) 83. 10. 11, 83도 2117 공 717호, 1685.

다만 한가지 해석을 생각할 수 있는 것은 憲法の 刑事被告人을 美國憲法에 있어서 the accused를 被告人만이 아니고 被告發者·被疑者를 포함하는 것으로 擴大해석하고 있는 것과 같이, 우리나라에서도 憲法の 刑事被告人에는 刑事被疑者도 포함되는 것으로 擴大해석을 한다면 刑事被疑者에는 國選辯護人이 제한적으로 붙게 된다. 그러나 刑事訴訟法の 規定으로 볼 때, 刑事訴訟法은 刑事被疑者와 刑事被告人의 用語使用을 명백히 구별하고 있다. 이리하여 憲法해석론상 國選辯護人制度는 刑事被告人에게만 인정되고, 刑事被疑者에게는 인정되지 않는다는 주장이 성립된다. 이것을 ‘第2의 主張’이라고 부르기로 한다.

3. 被疑者 國選辯護人制度의 導入과 違憲性 與否

辯護人의 助力을 받을 權利의 主體가 ‘누구든지’라고 되어 있어서 이것은 예외없는 主體를 의미하고, 또 ‘辯護人의 助力을 받을 權利’라고 되어 있어서 이것이 私選辯護人만을 의미하고 國選辯護人은 포함되지 않는다고 단정할만한 근거가 없어서, 逮捕 또는 拘束을 당한 法律的 弱者가 強力한 公權力을 가진 搜查機關에 대항하기 위하여는 모든 被疑者에게 辯護人의 助力을 받을 權利를 인정하는 것이 人權보호상 당연하다 할 것이라는 見地에서, 위에서 본 바와 같은 第1의 主張이 나온 것이다. 이것이 또한 英美法の 見解이기도 하다.

그러면 但書規定은 어떻게 해석하여야 하나. 그것은 裁判過程에서 비록 被告人이 포기하더라도 但書 列舉條件과 또 刑事訴訟法 第282條에 해당하는 事件일 때에는 辯護人 없는 裁判은 不可能하다는 것으로 해석하면 된다.

이것은 美國의 慣行과 美國大法院의 判例를 보고 우리 憲法規定을 새롭게 해석하려는 態度이다.

그러나 現在의 우리의 現實的 法制는 그러하지 않다. 다시 말해서 被疑者에게 國選辯護人을 붙여주는 제도가 없다. 이것을 시행하려면 辯護士가 그만큼 많이 있어야 하고, 그에 관한 豫算이 수반되어야 한다. 또 英美에서의 실제경험에 비추어 볼 때, 辯護人은 被疑者에게 대개 默秘權행사를 권고한다. 그리하여 수사에 막대한 지장이 수반된다. 英·美·日 등에서 刑事被疑者가 스스로 辯護人을 붙이는 경우는 불과 25% 미만이다.²⁸⁾ 우리나라에서는 더욱 적을 것이 예상된다. 國選辯護人制度가 생기면 刑事被疑者의 대부분이 國選辯護人을 필요로 할 것이 예상된다. 그리하

28) 리 교수, 前掲論文, 65面.

여 우리나라 法制는 위에서 설명한 '第2의 主張'이 그대로 시행되고 있는 것 같다.

그러나 現代 民主社會에 있어서 人權保障 進展은 바람직하며, 가능한 한 그런 方向으로 나아가야 할 것이다. 이렇게 본다면, 刑事被疑者에 대한 國選辯護人制度는 바람직한 制度임에는 틀림없다.

이렇게 볼 때 우리나라에서도 第1의 主張, 즉 刑事被疑者에 대한 國選辯護人制度의 導入이 요청된다. 美國에서도 法制에 의한 것이 아니고 大法院의 判例로서 발전해 갔다. 우리나라도 大法院이나 憲法裁判所 判例로써 이 制度가 도입된다고 하면 가능한 方途이다. 이런 경우에 明文에 反한다 하여 違憲의 문제는 일어나지 않을 것이다. 憲法에서 보장된 基本的人權이 法律이나 判例로써 제한되는 경우에는 違憲이 되나 法律이나 判例로써 확대 해석해 가는 것은 違憲이 아니다. 이것이 第1의 主張과 第2의 主張의 妥協原理라고 말할 수 있다.

우리의 現實에서 볼 때, 搜查段階에서의 人權유린이 너무나 많다. 拷問등 문제가 끊이지 않는다. 이것을 防止하고 예방하는 길은 두가지가 있다. 하나는 不法蒐集證據의 證據能力排除의 原則이다. 이것도 '不法의 果實도 不法이다'라는 原則으로 搜查過程에서 不法이 있으면, 계속되는 合法證據도 排除한다는 原則이다. 최근에 默秘權을 設示하지 않은 訊問結果는 無效라는 大法院의 判例가 나왔다. 참으로 환영할 만한 劃期的 判決이라 아니할 수 없다.

둘째는 刑事被疑者의 國選辯護人 要求權과 訊問時 辯護人の 同席(陪席)權까지 인정해 주는 것이다. 이것이 實現되면 얼마나 人權伸張에 큰 效果를 가져올까 생각만 해도 感慨가 無量하다.

이와 같은 事件과 外國의 例를 알면서도 우리는 그에 대한 實踐意志가 보이지 않는다. 이것은 한 學者의 주장으로 이루어질 수는 없다. 筆者의 생각으로는 辯護士協會가 主動이 되고, 國會法司委員會, 大法院, 憲法裁判所, 法務部, 內務部 등의 關係機關이 모여서 이에 대한 研究檢討가 있어야 할 것으로 안다. 그러나 辯護士의 人權伸張에 대한 강한 意志와 憲法裁判所의 勇斷이 있으면 가능하리라고 생각한다.

