

## 적법절차의 함의(含意)와 반대신문권의 법적 성질

- 대상결정 : 헌법재판소 1996.12.26.결정, 94헌바1 형사소송법 제 221조의 2 위헌소원-

沈 義 基\*

### I. 사건의 개요와 심판의 대상

#### 1. 사건의 개요

청구인<sup>1)</sup>은 1993. 7. 31. 서울형사지방법원 93고합1570 특수공무집행방해치사 등 피고사건으로 기소되었다. 그 이전인 같은 달 29. 위 법원은 같은 법원 93초3657로 형사소송법 제221조의 2 제2항에 따라 검사의 청구에 의하여 사건의 목격자인 청구와 S에 대하여 증인신문을 하였는데, 검사는 이때 작성된 조서를 위 형사사건에서 증거로 제출하였고, 법원은 이를 증거로 채택하는 결정을 하였다. 이에 청구인은 위 형사사건 계속 중 위 S에 대한 증인신문의 근거가 되었던 형사소송법 제221조의 2 제2항

\* 嶺南大學校 法科大學 教授, 法學博士

1) 청구인은 지난 1994년 金春道(김춘도)순경 사망사건과 관련해 기소됐던 B씨이다. B씨는 지난 1993년에 김순경 사망사건의 범인으로 지목되어 구속기소된 뒤 이 조항에 대해 위헌제청을 신청했다가 기각되자, 1994년 1월 헌법소원을 냈었다. B씨는 1심에서 사건현장을 목격했다는 전경들의 공판전 증인신문 내용이 중요하게 채택되어 유죄선고를 받았으나 2심에서 특수공무집행방해치사혐의에 대해 무죄판결을 받은 뒤, 검찰의 상고포기로 무죄가 확정되었다(『동아일보』, 1996.12.26.).

및 제5항이 피고인의 반대신문권을 보장하지 않고 있음에도 불구하고, 이때 작성된 조서는 형사소송법 제311조에 의하여 증거능력이 인정되므로, 결과적으로 위 형사소송법 규정은 적법절차, 변호인의 조력을 받을 권리, 공정한 재판을 받을 권리, 공개재판을 받을 권리 및 무죄로 추정될 권리를 보장하고 있는 헌법 제12조 제1항 제4항, 헌법 제27조 제1항 제3항 제4항 및 헌법 제37조를 침해하고 있고, 그 위헌여부가 재판의 전제가 된다고 하여, 같은 법원 93초4943으로 위 형사소송법 규정에 대하여 위헌여부심판의 제청을 신청하였다. 청구인의 신청이 1993. 12. 20. 기각되어 그 기각결정이 같은 달 27. 청구인에게 송달되자, 청구인은 1994. 1.8. 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

## 2. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 형사소송법 제221조의 2(1973. 1. 25. 법률 제2450호 신설) 제2항(이하 이 사건 '제2항'이라 한다) 및 제5항 중 제2항에 관한 부분(이하 이 사건 '제5항'이라 한다)의 위헌여부이다.

## 3. 주문

형사소송법 제221조의 2(1973. 1. 25. 법률 제2450호 신설) 제2항 및 제5항 중 같은 조 제2항에 관한 부분은 헌법에 위반된다.

## II. 형사소송법 제221조의 2의 입법취지와 활용실태

이 조항은 10월유신 직후인 1973.1.25. 형사소송법에 신설된 조항인데 그때부터 악법논란이 끊이지 않았었다.<sup>2)</sup> 이 조항은 첫째, 증거보전(형

사소송법 제184조)절차와 달리 긴급성을 청구요건으로 하지 않고 있어 공판중심주의에 반하는 것이 아닌가 하는 의심이 있었으며<sup>3)</sup>, 둘째, 청구권을 검사에게만 허용하여 무기대응의 원칙에 반하는 것이 아닌가 하는 의심이 있었으며, 셋째, 증인신문 때 피고인·피의자나 변호인의 참여를 필수적으로 요구하지 않아 피고인측의 반대신문권을 부당하게 제한하는 것이 아니냐 하는 의심이 있었으며<sup>4)</sup>, 넷째, 그럼에도 불구하고 이 절차에 의해 작성된 증인신문조서는 절대적 증거능력이 부여되어(형사소송법 제311조 제2문. 이 제2문도 1973.1.25. 신설되었다.), 자유심증주의에 반하는 것이 아닌가 하는 의심이 있었다.

1973년 이후 검찰은 범죄혐의에 관하여 뚜렷한 물증은 아직 확보하지 못하였지만 유력한 참고인의 진술을 확보하여 강한 심증을 갖고 있는 경우(주로 수뢰사건이나 마약·약물사건이라고 한다.)에 이 공판전 증인신문조항을 가끔 활용해 왔다.<sup>5)</sup>

- 2) 신동운, 『형사소송법 I』(법문사, 1996), 261면; 이재상, 『형사소송법(제5판)』(박영사, 1996), 299면; 배종대·이상돈, 『형사소송법』(홍문사, 1996), 283면.
- 3) 형사소송법 제221조 2에 의한 증인신문은 참고인이 "출석 또는 진술을 거부한 경우", 혹은 수사기관에서 진술한 참고인이 "공판기일에 전의 진술과 다른 진술을 할 염려가 있을 때"에는 정식 재판기일(제1회 공판기일)이 열리기 전에 검사의 청구(검사에게만 이 증인신문청구권이 있다.)로 법원이 행하는 강제처분이다.
- 4) 1995.12.29. 개정전 형사소송법은 "판사는 피고인·피의자 또는 변호인을 참여하게 할 수 있다."고 규정하여 원칙적으로 참여권을 인정하지 않았고, 판례도 이 조항에 따른 증인신문절차에서 피고인이나 변호인에게 참여의 기회가 주어지지 아니하였다고 하여 위법은 아니라고 판시(대법원 1981.9.22. 81도1944[총합 21,195-3-6]; 대법원 1991.12.27. 91도2127[공보 92, 816]; 대법원 1992.9.22. 92도1751[공보 92,3043] : 이재상, 앞의 책, 299면 각주 1)에서 재인용)한 바 있다(이재상, 앞의 책, 299면). 1995.12.29. 개정 형사소송법 제221조의 2 제6항은 "판사는 특별히 수사에 지장이 있다고 인정하는 경우를 제외하고는 피고인·피의자 또는 변호인을 제1항 또는 제2항의 청구에 의한 증인신문에 참여하게 하여야 한다."고 규정하여 원칙적인 참여권을 보장하고 있으나 그런 규정만으로 이 조항의 위헌성이 제거될 수 있는 것인지 여부가 문제된다.
- 5) 대표적인 사례를 들면 다음과 같다. P씨는 지난 1993년 슬럿머신 업자로부터 뇌물을 받은 혐의로 구속기소되어 1994년 6월 유죄의 확정판결을 받았다. 당시 검찰은 수사과정에서 H씨를 법관 앞에 세워 P씨가 슬럿머신 업자로부터 5억원의 현 수표와 현금이 든 007가방을 건네받는 것을 봤다는 공판전 증인신문조서를 받아낸 뒤 유죄의 증거로 재판부에 제출했었다. 또 지난 1992년 김기설씨의 유서를 대필한 혐의로 기소된 K씨도 공판전 증인신문이 혐의 입증에 유력한 증거로 작용했었다. 헌법재판소의 이번 결정으로 검찰은 앞

### Ⅲ. 문제의 제기

헌법재판소는 그 활동을 시작한 이후 한국의 형사절차에 관하여 수많은 획기적인 결정을 선고하였지만, 그 중에서도 이 결정은 다음과 같은 점에서 극히 주목을 요하는 결정이다.

첫째, 본결정에서 다수의견은 피고인의 대면권을 헌법적 권리로 승인한 것인가 여부가 문제된다. 이에 대한 다수의견의 논지는 그렇게 명확하지 않다. 그런데 그것보다 더 주목할 점은 본결정에서 다수의견은 한국헌법의 권리장전조항(Bill of Rights)<sup>6)</sup>에 명시되어 있지 않은 피고인의 대

으로 물증이나 뚜렷한 증거가 없는 경우에는 유력한 진술자의 진술만으로 기소하기 힘든 상황에 놓이게 되었다. 검찰은 앞으로 공판전 증인신문과 효력이 비슷한 증거보전절차(형사소송법 제184조)를 이용하게 될 것으로 보이나 증거보전은 증인의 사망, 장기 여행 등으로 장차의 공판에서 증인신문을 기대하기 어려운 긴급한 사정이 있는 경우에만 활용할 수 있다. 최근에 수원지검 여주지청에서 담당하고 있는 '아가동산 살인의혹 사건'의 경우 검찰은 교주의 살인과 교사행위를 증언하는 전 신도 5명의 증언을 공판전 증인신문 절차를 밟아 진술을 확보한 상태이나 본결정으로 그 증거능력이나 증명력이 약화되게 되었다. 한편 본결정에 따라 과거에 이 공판전 증인신문으로 기소되어 유죄판결을 받은 사람들은 법원에 재심을 청구할 수 있게 되었다(헌법재판소법 제47조 제3항). 그러나 다른 사람의 진술이 확보되어 있어서 이 공판전 증인신문조서가 유일한 증거가 아니었을 경우에는 무죄를 받아내기 어려울 것이다. 왜냐하면 법원이 공판기일전 증인신문 조서의 내용만으로 유죄를 선고한 경우가 많지 않기 때문이다. 유서대필혐의로 기소된 K씨의 경우 분신자살한 김기설씨의 여자친구 H씨의 진술이 사실상 수사의 단서가 되어 수사 초기에 이 조항에 의거하여 증인신문조서가 공판전에 확보되었다. 그러나 재판과정에서 H씨가 증인으로 채택되어 변호인의 반대신문을 거친데다 담당재판부는 H씨의 진술 외에도 다른 정황들을 함께 증거로 내세워 유죄판결을 선고하였었다. P씨도 공판기일전 증인신문 절차를 마친 H씨의 진술이 법정에서 계속 논란이 되자, 지난 1993년 이 조항에 대해 헌법소원을 제기한 바 있다. 그러나 1994년 6월 대법원은 P씨에 대한 유죄판결을 확정하면서 H씨의 진술 외에도 P씨의 혐의를 입증할 증거가 충분하다고 밝힌 바 있다. 따라서 이들 두 사건의 재심이 받아들여질 것으로 쉽게 예상하기는 힘들다. 이상은 『한겨레신문』(1996.12.26.)을 기본으로 하고 다른 많은 신문을 참고로 하여 필자가 정리한 것이다.

- 6) 한국헌법에 명시되어 있는 기본권조항(전자)을 필자는 '권리장전'조항으로 명명하고 있다. 이와 같은 명명법이 필요한 이유는 본문에서 언급하고 있는 바와 같이 헌법재판소가 적법절차조항(헌법 제12조 제1항)을 매개로 '헌법에 명시되어 있지 않은 권리들'(후자)을 헌법적 권리로 승격시킬 가능성이 있기 때문이다. 앞으로 생성될 후자의 헌법적 권리들과 구별하여 전자의 권리들을 필자는 '권리장전조항'으로 부르는 것이 좋다고 생각한다.

면권(對面權, right to confront one's accusers, 반대신문권은 대면권의 일내용이다.)을 적법절차조항을 매개로 단순한 법률(형사소송법)적 차원의 권리 이상의 수준으로 격상시키려는 힘겨운 논변을 시도하고 있다는 점이다. 헌법재판소의 이런 시도는 전례가 없었던 새로운 시도이므로 추후에 그런 시도가 재개될 수 있을 지 귀추가 주목된다. 다만 다수의견은 그런 시도가 너무 혁명적인 시도였음을 의식한 탓인지, 그 추론의 근거를 본결정에서 명확히 드러내지 않고 있는 것으로 보인다. 최근 헌법재판소와 대법원이 주도하고 있는 '헌법적 형사소송'(constitutional criminal procedure), 혹은 '형사소송의 헌법화'(constitutionalization of criminal procedure)<sup>7)</sup>

7) 필자가 말하는 '헌법적 형사소송', 혹은 '형사소송의 헌법화' 현상이란 '형사소송절차의 타당성을 헌법의 권리장전 조항에 의거하여 숙고(熟考)해 보고, 숙고의 결과 타당하지 않다고 판단되면 그 위헌성을 선언하거나 혹은 그 절차가 합헌성을 띠기 위하여 갖추어야 할 요소를 제시하는 헌법재판소와 대법원의 사법적극주의적 헌법해석태도'를 말한다. 이 현상의 가장 전형적인 모습이 본결정의 다수의견에서 잘 표출되고 있다. 본결정의 다음과 같은 언급은 '적법절차조항(헌법 제12조 제1항)에 대한 헌법적 형사소송론이 전개된 논변사례'로 볼 수 있다. "(1)헌법이 공정한 재판을 받을 권리(헌법재판소는 적법절차조항을 피의자·피고인의 입장에서는 '공정한 재판을 받을 권리'로 치환시킬 수 있다고 본 것이다. : 필자 주)의 구체적인 내용까지 모두 규정하고 있다고는 볼 수 없다. (2) 헌법이 보장하는 공정한 재판절차를 어떠한 내용으로 구체화 할 것인가의 문제는 우선적으로 입법자의 과제가기 때문이다. 다만 (3)입법자는 형사소송절차를 규율함에 있어서 형사피고인인 국민을 단순한 처벌대상으로 전락시키는 결과를 초래하는 등 '헌법적으로 포기할 수 없는 요소'를 무시한 재판절차를 형성할 수 없다는 입법형성의 한계를 가진다 할 것이다." (2)에서 언급되고 있는 것처럼 형사소송의 法源을 형성할 일차적인 책무는 입법기관에 있다. 입법기관의 그런 책무를 '입법기관의 입법형성의 재량'이라 부르기로 하자. 그러나 입법기관은 (3)에서 언급되고 있는 것처럼 '헌법적으로 포기할 수 없는 요소'를 무시한 재판절차를 형성할 수 없다. 대법원과 헌법재판소가 전개하는(혹은 전개해야 할) 헌법적 형사소송론의 역할은 첫째, 형사절차에 관한 헌법조항(이것을 필자는 권리장전이라 부르고 있다.)을 해석할 때 '헌법적으로 포기할 수 없는 요소'를 적극적으로 제시해 주는 것이다. 이런 방향의 헌법해석이야말로 본래의 의미의 '헌법적 형사소송'(constitutional criminal procedure)이다. 이런 방향의 헌법적 형사소송론이 활발히 전개되면 대법원과 헌법재판소의 판례들(rulings)은 '형식적 의미의 형사소송법'보다 더 중요한 '형사소송의 상위法源'으로 집적될 수 있게 된다. 미국연방최고재판소는 남북전쟁 이후 100년동안 그와 같은 헌법적 형사소송론을 전개한 바 있다. 그리하여 미국에서는 이런 방면의 형사절차에 관한 法源이 현재 엄청난 양으로 집적되어 있다. 물론 사법부가 이런 역할을 수행하기 전에 입법부나 행정부가 그런 역할을 능동적으로 수행하는 것이 바람직하다. 하지만 아직 한국의 입법부나 행정부는 그런 역할을 충분히 수행하지 못하고 있다. 사법부가 헌법적 형사소송론을 전개하는 이유는 바로 여기에 있다. 둘째, 범죄문제가 심각한 사회문제로 대두되어 입법기관이 왕성한 범죄

현상의 확대를 주목해 온 필자로서는 본결정의 결론보다 본결정에서 시도되고 있는 새로운 헌법해석론이 더 중요하다고 생각한다. 그러므로 필자는 이 글에서 주로 그런 측면을 드러내는데 집중해 보고 싶다. 둘째, 이 결정은 하나의 문제를 해결하였지만 그와 더불어 새로운 문제를 제기하고 있다. 즉, 다수의견은 '형사소송법 제221조의2 제2항 및 제5항 중 같은 조 제2항에 관한 부분이 헌법에 위반된다.'고 선언하였는데, 같은 조의 제5항 중 제1항에 관한 부분은 위헌이 아니란 말인가? 이 문제는 첫 번째 쟁점에 관한 헌법재판소 결정의 취지를 어떻게 파악할 수 있는가 하는 문제와 연관되어 있다. 셋째, '형사소송법 제221조의 2 제2항 및 제5항 중 같은 조 제2항에 관한 부분이 헌법에 위반된다.'는 헌법재판소 결정의 증거법적 함의가 문제된다. 이 문제는 현재 대법원이 이른바 배제규칙(exclusionary rule)<sup>8)</sup>을 지극히 좁은 범위 내에서만 긍정하기 때문에 생기는 문제이다. 헌법재판소가 '형사소송법 제221조의 2 제2항 및 제5항 중 같은 조 제2항에 관한 부분이 헌법에 위반된다.'고 선언해도 법원이 그 조항들에 의거하여 수집한 증거의 증거능력을 긍정하면 이 결정은 무용지물이 될 것이다. 헌법재판소의 다수의견이 한국헌법의 권리장전조항에 명시되어 있지 않은 피고인의 대면권을 적법절차조항(헌법 제12조 제1항)을 매개로 헌법적 권리의 수준으로 끌어 올리려는 힘겨운 논리조작을 시도한

통제의욕을 가지고 형사절차에 관한 적극적 입법을 감행할 때, 대법원과 헌법재판소는 헌법해석을 통하여 '입법형성의 한계'를 설정해 주어야 한다. 사법부는 범죄통제를 위한 입법부의 활동을 존중해야 하지만, 입법부가 범죄통제에 집착한 나머지 '포기할 수 없는 헌법적 요소'를 함부로 훼손하려고 할 때에는, 그 한계를 설정해 주어야 한다. 이런 방향의 헌법적 형사소송론의 전개는 '형사소송의 헌법적 한계'(constitutional restrictions of criminal procedure)라 말할 수 있다. 1990년대의 한국의 사법부는 동시기의 미국의 사법부에 비하면 위와 같은 헌법적 형사소송론을 적극적으로 펼치고 있지 못하다. 하지만 한국의 사법부도 최근에 이를수록 점점 더 '헌법적 형사소송론'을 적극화시키는 추세를 보이고 있다. 그러므로 이제 한국의 형사절차가 '헌법적 형사소송'이 아니라고 부인하는 것(백형구, 『형사소송법강의(신정2판)』, 박영사, 1996, 16-17면)은 현실을 외면한 처사가 아닐까 한다. 한국에서도 '헌법적 형사소송'은 이상이 아니라 현실로 체현되고 있다(동지, 신동운, 『형사소송법 I』, 법문사, 1996, 7면).

- 8) 종래 한국에서는 이것을 위법수집증거배제법칙이라고 지칭해 오고 있으나, 이런 명명법은 문제가 있다는 것이 필자의 생각이다. 이 점에 대해서는 후술한다.

것은 이 문제와 무관하지 않다고 생각한다. 이하에서 이 세가지 논점을 중심으로 위 결정의 의의를 음미해 보기로 한다.

#### IV. 피고인의 대면권의 법적 성질 : 법률(형사소송법)적 권리인가 헌법적 권리인가?

피고인의 반대신문권의 법적 성질에 관해서는 이미 본결정보다 2년전에 헌법재판소결정이 있었다. 그러므로 먼저 이 문제(피고인의 반대신문권의 법적 성질)에 관하여 본결정이 2년전에 있었던 헌법재판소결정과 동일한 입장을 견지한 것인지, 아니면 그 입장에서부터 이탈한 것인지 여부를 확인해 볼 필요가 있다.

##### 1. 헌법재판소 1994.4.28.결정, 93헌바26(형사소송법 제314조 위헌소원)의 입장

이 결정<sup>9)</sup>에서 헌법재판소는 형사소송법 제314조가 “피고인에게 불리

9) 본결정의 전제가 된 사건의 개요는 다음과 같다. “청구인은 한겨레신문사 기자로서 자신이 작성하여 한겨레신문에 게재된 기사가 문제가 되어 서울형사지방법원에 기소되어, 동 법원 91고단4995호 출판물에 의한 명예훼손 사건의 피고인으로 재판을 받았다. 동 법원은 동 사건의 재판과정에서 1993. 5. 19. 14:00 공판기일에 검사가 제출한 증거중 소재불명인 참고인 청구의 B에 대하여 검사 및 사법경찰관 직무취급이 작성한 각 진술조서, 동인이 작성한 각 진술서, 동인이 작성한 진정서, 동인이 작성하여 청구의 D에게 보낸 편지와 사법경찰관 직무취급이 작성한 최 ○, 이○우 및 박○석에 대한 각 진술조서 기재중 D의 각 진술기재부분 등을 전문법칙의 예외를 인정하고 있는 형사소송법 제314조를 근거로 하여 B에 대한 증인신문절차를 거치지 아니하고 증거채택결정을 하였다. 이에 대하여 청구인은 위 법원의 증거채택결정에 대하여 이의를 신청함과 아울러, 형사소송법 제314조가 헌법에 위반된다 하여 위 법원 93초2189호로 헌법재판소법 제41조 제2항에 의한 위헌여부심판의 제청신청을 하였으나, 위 법원은 1993. 6. 10. 위 신청을 기각하였다. 이에 청구인은 1993. 6. 16. 그 기각결정정본을 송달받고, 1993. 6. 22. 헌법재판소에 헌법재판소법 제68조 제2항에 의하여 형사소송법 제314조가 헌법에 위반되는 여부의 심판을 주위적으로 청구하고, 그 후 예비적 청구라 하여 동 조문에 대한 한정위헌심판을 추가하여 청구하

한 증거는 법원의 면전에서 직접 진술되어야 하고, 피고인에게 반대신문의 기회를 부여하여야 하는 이러한 권리보장은 적법절차에 의한 공정한 재판을 받을 권리나 공개재판을 받을 기본권실현을 위한 여러 방법 중의 한 방법일 뿐이고, 헌법상 명문으로 규정된 권리는 아니다. 그러므로 원칙적으로 이 권리를 부여하고 이 권리를 인정하는 근거를 배제할 만한 부득이한 사유가 있는 경우에, 그 예외와 예외의 범위를 정하는 것은 입법권자가 규범체계 전체와의 조화를 고려하여 정할 문제이다. 따라서 이렇게 정하여진 예외규정은 공개법정에서 적법절차에 의한 공정한 공개재판을 받을 기본권을 본질적으로 침해하는 것이라거나 이를 형해화한 것이라고 할 수 없다. 위에서 본 바와 같이 (한국헌법은 : 필자삽입) 피고인의 반대신문권을 미국헌법이나 일본헌법과 같이 헌법상의 기본권으로까지 규정하지는 않았다”는 점을 중시하여 형사소송법 제314조가 위헌이 아니라고 선언하였었다. 본결정(1996년의 결정)에서 김진우 재판관은 바로 이 결정을 선행로 인용하여 본건의 심판대상이 합헌이라고 주장하고 있다.<sup>10)</sup> 그러므로 본결정이 피고인의 반대신문권의 법적 성질에 관하여 헌법재판소 1994. 4. 28. 선고, 93헌바26 결정의 입장(피고인의 반대신문권은 헌법

였다. 한편 위 법원은 위 위헌여부심판의 제청신청을 기각한 후 1993. 11. 16. 청구인에 대한 위 출판물에 의한 명예훼손 피고사건에 대하여 무죄판결을 선고하였다.” 이 피고사건은 대법원에서 무죄판결이 확정되었다. 본건에 대한 헌법재판소의 결정은 “형사소송법(1954. 9. 23. 법률 제341호; 개정 1961. 9. 1. 법률 제705호; 최종개정 1987. 11. 28. 법률 제3955호) 제314조는 헌법에 위반되지 아니한다.”는 것이었다.

- 10) “그러나 헌법재판소는 ‘검사 또는 사법경찰관이 작성한 조서나 진술서에 대한 피고인측의 반대신문권과 관련하여 공판준비 또는 공판기일에 진술을 요할 자가 사망, 질병 기타 사유로 인하여 진술을 할 수 없는 때에는 그 조서 기타 서류를 증거로 할 수 있다. 단, 그 조서 또는 서류는 그 진술 또는 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여진 때에 한한다.’고 규정하고 있는 형사소송법 제314조의 규정에 대하여 그 내용에 있어 그 (즉 전문증거의) 예외를 인정하여야 할 필요성이 있는 사유에 관하여 정당성이 있는 사유에 한정하였고, 그 필요성이 있는 경우도 합리적인 조건 하에 적용되는 것으로 한정하여 그 적용범위를 합리적인 최소한도에 그치게 하였으므로, 결국 공정한 공개재판을 받을 권리와 무죄추정을 받을 권리를 본질적으로 침해하거나, 형해화하거나, 정면으로 위반하였다고 할 수 없고, 적법절차에도 합치하므로 헌법에 위반되지 아니한다고 선언한 바 있다(헌법재판소 1994. 4. 28. 선고, 93헌바26 결정).” 본건에 대한 김진우 재판관의 소수의견.



적 권리가 아니므로 반대신문권을 어떻게 구상할 것인가에 대하여 사법부는 입법부의 입법재량을 존중하여야 한다는 입장에서 벗어나, 피고인의 반대신문권을 헌법적 권리로 승격시킨 것인지 여하가 문제된다.

## 2. 본결정의 입장

이 문제에 관한 본결정의 입장은 사실 그렇게 명확한 것이 아니다. 그렇지만 본결정의 다수의견은 결정이유에서 '자신에게 불리한 증언을 하는 증인에 대하여 피고인이 갖는 반대신문권'을 헌법적 권리(즉 대면권)로 본 것이 아닌가 하는 의심을 불러 일으키는 논변들을 여러 군데에서 전개하고 있다. 그러한 논변들 중 가장 현저한 것은 "(A)진술증거에 대한 반대신문권은 형사소송절차에서 공정한 재판을 받을 권리의 핵심적 내용을 이루는 것"이라는 논변이다. 여기서 '공정한 재판을 받을 권리'란 재판적 규범질서형태로 규정되어 있는 적법절차조항을 헌법재판소가 피고인·피의자의 주관적 권리형태로 치환시켜 표현한 기본권이다. 이 논변을 1994년의 헌법재판소결정(특히 밑줄친 부분)과 비교해 보라. 그 차이는 매우 현격하다. 본결정에서 전개된 또다른 논변들 중 "(C)형사피고인으로서 형사소송절차에서 단순한 처벌대상이 아니라 절차를 형성·유지하는 절차의 당사자로서의 지위를 향유하며, 형사소송절차에서는 검사에 대하여 무기대등의 원칙이 보장되는 절차를 향유할 '헌법적 권리'를 가진다."는 논변에 주목할 필요가 있다. 이 논변(C)에서는 '피고인의 당사자적 지위를 향유하며, 검사에 대하여 무기대등의 원칙이 보장되는 절차를 향유할 권리'를 '헌법적 권리'로 자리매김하고 있다. 어떤 근거로 헌법재판소가 위와 같은 논변을 전개하고 있는가?

그것은 헌법재판소의 다수의견이 적법절차조항의 핵심표지를 미국연방 최고재판소가 채택해 왔던 '근본적인 공정성(fundamental fairness)'개념에 두고 있기 때문인 것으로 풀이된다. 미국인들은 이 '근본적인 공정성'개

념에 입각하여 당사자주의(adversary system)와 무기대등의 원칙을 형사 절차의 대원칙으로 삼고 있다. 사안이 다르다는 점을 염두에 둔다 하더라도, 이 논변(C)을 앞의 논변(A)과 합체시켜 파악하면, 본결정의 '공정한 재판을 받을 권리'나 '반대신문권의 법적 성질'에 대한 입장은, 아무래도 헌법재판소 1994.4.28.결정(93헌바26)의 입장에서부터 결별한 것으로 보는 것이 좋을 것 같다.

### 3. 본결정이 취한 헌법해석의 혁신성

만약 그렇게 볼 수 있다면, 본결정은 매우 중대한 의미를 갖는 그야말로 혁신적인 결정이 아닐 수 없다. 왜냐하면 본결정은 한국헌법의 권리장전조항에 명시되어 있지 않은 피고인의 대면권을 헌법적인 권리로 선언한 최초의 결정으로 평가될 수 있기 때문이다. 형사소송법의 직접주의와 전문법칙이 보장하려고 하는 피고인의 권리는 반대신문권이지만, 반대신문권을 유출시키는 헌법적 권리는 반대신문권보다 상위의 개념인 대면권으로 보는 것이 순리적이다. 그런데 한국헌법의 권리장전조항에 명시되어 있지 않은 권리(본건에서는 피고인의 대면권)가 어떻게 헌법적인 권리로 긍정될 수 있는가?

명확하지는 않지만 다수의견이 전개한 헌법해석의 논리적 프로세스는 다음과 같은 것이 아닌가 생각된다. 피고인의 대면권을 인정하는 명시적인 헌법조항이 한국헌법에는 규정되어 있지 않지만 본결정의 다수의견은 한국헌법에 명시되어 있는 적법절차조항(공정한 재판을 받을 권리)을 매개로 헌법적 차원의 권리로서 피고인의 대면권을 긍정한 것으로 보인다. 다수의견이 본결정에서 전개한 "(D) 이 사건 제5항(필요적인 참여권과 반대신문권, 즉 대면권을 제한하고 있는 조항이다:필자주)은 '형사절차에서 피고인 등에게 당사자로서의 지위를 보장하고 있는 헌법상의 적법절차의 원칙 및 청구인의 공정한 재판을 받을 권리'를 침해하고 있다 할 것이다."라는 취지의 논변은 위와 같은 필자의 추측을 뒷받침해 준다. 다수의견은 여기

서 마치 미국연방최고재판소가 과거 100여년 동안의 헌법해석을 통하여 원래 연방형사사건에만 적용되는 것으로 예정되어 있었던 미국헌법의 권리장전조항들을, 적법절차조항(미국헌법수정 제14조)을 매개로 주(states)의 형사사건에도 확대시켰던 것과 비슷한 헌법해석기법을 시도한 것으로 보인다.<sup>11)</sup> 필자의 추정이 맞다면, 이제 다음과 같은 사태가 발생할 수 있게 된다. 어떤 권리가 한국헌법에는 피의자·피고인의 권리로 명시되어 있지 않지만, 형사소송법을 비롯한 하위법규에는 피의자·피고인의 권리로 규정되어 있는 경우에, 그 권리는 그것이 헌법에 명시되어 있지 않다는 이유만으로 헌법상의 권리가 아니라는 논변을 선불리 전개할 수 없게 된다. 왜냐하면 앞으로 그 권리들이 적법절차조항을 매개로 헌법상의 권리로 승격될 가능성이 열려 있기 때문이다. 벌써 본결정에서 그런 현상이 일어났다. 반대신문권에 대해서는 이미 언급한 바 있으므로 더 이상의 논의를 생략하기로 한다. 종전까지 한국에서 당사자주의와 무기대응의 원칙, 공판중심주의 등은 제도적 보장(이른바 '피고인의 소송법상 지위론'과 '공판절차의 기본원칙론')에 유사한 객관적 질서로만 인식되어 왔었다. 그런데 본결정은 적법절차조항을 매개로 당사자주의와 무기대응의 원칙을 피고인의 주관적 권리로 파악하고, 한 걸음 더 나아가 그것들을 헌법적인 권리로 격상시키는 혁신적 논변을 단행한 것이다. 이러한 헌법해석은 비교법적으로 그 유례를 찾아보기 어려운 매우 이례적인 논변사례이다. 왜 이런 이례적인 헌법해석이 나오게 되는가?

헌법재판소는 미국헌법이나 일본국헌법과 달리 한국헌법이 피고인의 대면권 등을 권리장전에 포함시키지 않았으며, 또한 한국의 입법부는 그동안 헌법재판소나 대법원이 시민의 기본권신장을 위하여 전개한 헌법적 형사소송론을 통하여 표출된 입법권고사항을 좀처럼 실천에 옮기지 않았기 때문에 그에 대한 반응으로서 부득이하게 위와 같은 확장적인 헌법해석을

11) Stephen A. Saltzberg, *American Criminal Procedure*, 3rd ed., West Publishing Co., 1988, 4면이하.

감행한 것 같다. 그야말로 헌법재판소는 본결정에서 '한국적인 헌법적 형사소송론'을 전개한 것이다. '헌법적 형사소송론'의 모범답안이 따로 존재하는 것은 아닐 터이므로, 위와 같은 논변의 시도는 장려되어 마땅하다. 적법절차조항의 함의확대를 매개로 한 '한국적인 헌법적 형사소송론'이 앞으로 어떻게 발전되고 살을 붙여 나갈지 귀추가 주목된다.

## V. 형사소송법 제221조의 2 제5항 중 제1항에 관한 부분의 위헌성여부

헌법재판소는 위헌제청된 법률 또는 법률조항의 위헌여부만을 결정한다. 다만, 법률조항의 위헌결정으로 인하여 당해 법률 전부를 시행할 수 없다고 인정할 때에는 그 전부에 대하여 위헌의 결정을 할 수 있다(헌법재판소법 제456조). 본건에서 위헌제청된 조항은 형사소송법 제221조의 2 제2항과 제5항중 제2항에 관한 부분이고, 본결정의 다수의견도 형사소송법 제221조의 2 제2항과 제5항중 제2항에 관한 부분에 대해서만 위헌을 선언하였다. 그러므로 형사소송법 제221조의 2 제5항 중 제1항에 관한 부분은 여전히 유효한 것이 아니냐 하는 생각을 해 볼 수 있다.<sup>12)</sup> 그러나 과연 그럴까?

필자의 생각은 그렇지 않다. 다수의견의 논지를 면밀히 검토해 보면 다수의견이 형사소송법 제221조의 2 제5항중 제2항에 관한 부분에 대하여 위헌이라고 선언한 근거들은 일부를 제외하고 모두 제5항중 제1항에 관한

12) 본결정의 다수의견의 다음과 같은 논변중 밑줄친 부분의 논변은 다수의견이 제5항중 제1항에 관한 부분에 대해서는 합헌성을 긍정한 듯한 인상을 풍기고 있는 것이 사실이다. "재판의 공정성의 보장과 공판중심주의의 원칙에 따라 판단기관인 법원은 되도록 공판기일 이전의 수사단계에서는 국민의 기본권을 보장하거나(구속영장의 발부 등) 기타 필요하고 불가피한 사정(중거보전 등)이 없는 한 관여하지 아니하여야 한다. 이 사건 법률조항의 경우에는 기본권을 보장하기 위한 경우가 아님은 물론 법 제221조의 2 제1항의 경우와는 달리 법원이 미리 이에 관여하여야 할 필요성과 불가피성이 있는 경우도 아니다."

부분에 대해서도 그 위헌성을 다룰 수 있는 공통된 근거들이다.<sup>13)</sup> 검찰이 형사소송법 제221조의 2 제1항에 의거하여 공판전 증인신문을 구하면서 더불어 제5항에 의거하여 피의자·피고인·변호인의 참여를 봉쇄하는 사태가 빚어지는 경우에는 제5항중 제1항에 관한 부분에 대하여 피고인측이 위헌 제청을 신청해 다투더라도 충분히 승산이 있다고 생각한다.

## VI. 위헌선언의 증거법적 함의

마지막으로 헌법재판소가 형사소송법 제221조의 2 제2항 및 제5항 중 같은 조 제2항에 관한 부분을 위헌으로 선언한 것의 구체적 효과를 검토해 보기로 하자.

첫째, 앞으로 형사소송법이 개정될 때 제2항은 완전히 삭제되어야 한다. 다음에 제5항도 피의자·피고인·변호인의 참여를 예외없이 보장하는 방향으로 재조정되어야 할 것이다. 그러나 가장 친척적인 해결방안은 221조의 2 전부를 삭제하는 것이다. 이와 아울러 형사소송법 제311조의 제2문도 이에 맞게 원상으로 회복되어야 한다. 이 조항은 범인필벌만을 으뜸으로 삼는 과잉입법이기 때문이다. 둘째, 현재 진행중인 재판에서 피고인측은 위헌선언된 조항들에 의하여 수집된 증거가 검찰에 의해 제출되었거나 제출될 경우, 그 증거채택에 이의를 제기할 수 있을 것이다. 이 경우, 법원은 이 이의신청을 받아들여 증거채택을 거부하거나, 이미 증거가 채택된 경우 증거채택을 취소해야 하는가? 이 문제는 위헌선언된 조항들에 의거하여 수집된 증거의 증거능력 여하에 달려 있다.

위헌(違憲)적이거나 위법(違法)한 절차에 의해서 수집된 증거의 증거

13) 다수의견이 본건의 심판대상조항들에 대하여 위헌임을 선언한 근거는 피고인의 반대신문권이 '공정한 재판을 받을 권리(적법절차조항)'의 핵심적 내용'이므로 그것은 법률적 차원의 권리가 아니라 '헌법적으로 포기할 수 없는 요소'인 '헌법적 권리'라는데 있다. 그렇게 본다면 제1항의 경우라 할지라도 피고인 등의 참여권과 반대신문권을 제한할 수 있도록 한 제5항은 위헌을 면치 못하게 될 것이다.

능력을 배제하는 규칙이 있다면 그것을 '배제규칙'(exclusionary rule)으로 명명하는 것이 좋다는 것이 필자의 생각이다<sup>14)</sup>.

현재까지 이 방면에 관하여 집적된 대법원 판례는, 극소수의 예외를 제외하고 법률에 위반하거나 법률적 권리를 침해하여 수집된 증거의 증거능력을 부인한 적이 거의 없다. 다만 헌법에 위반하거나 헌법적 권리(예컨대 구속된 피의자·피고인의 즉시 변호인의 조력을 받을 권리와, 신문에 앞서 진술거부권을 고지받을 권리)를 침해하여 수집된 증거의 증거능력은 대체로 그 증거능력을 부인해 왔다. 이것이 현재 한국에서 실효성있게 통용되고 있는 배제규칙의 현황이다. 다만 본결정으로 인해 당사자주의나 공판중심주의의 핵심적 요소를 위반하여 수집된 증거에 대하여도 증거능력을 부인해야 할 필요성이 생겼다(예컨대 본결정으로 말미암아 '기소후의 수사의 적법성'을 재검토해야 하며, '피고인의 증인적격', '공범자인 공동피고인을 강제로 증언대에 세울 수 있는 방안', '증거개시문제' 등을 재검토하거나 모색해야 한다.). 그러므로 헌법재판소가 본결정에서 피고인의 반대신문권을 법률적 권리로 본 것인지, 헌법적 권리로 본 것인지 여부를 잘 살펴 보아야 한다. 필자는 앞에서 본결정의 입장은 후자인 것으로 파악해야 한다고 지적하였다. 따라서 법원은 위헌선언된 조항들에 의하여 수집된 증거에 대한 증거채택을 거부하거나 취소해야 한다고 생각한다.

14) 한국의 형사소송법 교과서류에서는 이 문제영역을 '위법수집증거배제법칙', 혹은 '위법배제법칙'이라 명명하여 각 저자마다 일정한 형태의 일반이론을 제시하고 있으나, 그런 태도는 적어도 우선적으로는 '현재 실효성있게 통용되는 한국의 현행법'을 가르쳐야 할 교과서류 책자가 취할 태도로서는 바람직하지 않다는 것이 필자의 생각이다. '현재 실효성있게 통용되는 한국의 현행법'으로서 '위법수집증거배제법칙'의 일반이론은 판례상 정립되어 있지 않다. 약간의 예외가 있기는 하지만 필자가 보기에 한국의 법원은 극히 일부의 '위헌적 절차에 의해서 수집된 증거'에 대해서만 증거능력을 부인해 왔다. 물론 미래의 어떤 시기에 도달하면 한국의 법원도 현재 한국의 교과서류에서 설명하는 '위법수집증거배제법칙'의 일반이론에 부합하는 실무를 운영하게 될 지 모른다. 그러나 적어도 현재는 그런 시기가 아니다. 현재 한국의 이 영역에 관한 법률적 상태는 '개별적인 배제규칙의 무원칙적인 병렬상태'에 놓여 있다. 사정이 이러하므로 필자는 현재까지 한국의 판례에 의하여 증거능력이 부정된 판례군(判例群)을 묶어 잠정적으로 '배제규칙'(exclusionary rule)으로 명명하는 것이 좋다고 생각한다.