

변호인의 도움을 받을 권리: 비교법제적 분석

한 상 희*

목 차

- | | |
|--------------------------------|--|
| I. 들어가기 | 3. 재판의 공정성 확보와 변호인의 도움을 받을 권리: 항소심의 경우 |
| II. 변호인의 도움을 받을 권리의 성격 | 4. 변호의 질: 효과적인 변호인 도움 |
| 1. 입법례 | 5. 정리 |
| 2. 법적 성격 | IV. 우리나라에서의 변호인의 도움을 받을 권리: 그 실천과 한계 |
| III. 변호인의 도움을 받을 권리의 확장 | 1. 헌법재판소의 한계: 지나친 관념화 |
| 1. 문제제기 | 2. 우리 법제의 한계 |
| 2. 기소 이전의 단계에서의 변호인의 도움을 받을 권리 | V. 결론 |

I. 들어가기

2009년 10월 29일 헌법재판소는 법정 옆의 대기실에서 공판 직전에 변호인접견을 원하는 피고인의 요구를 거부한 호송교도관의 행위에 대한 헌법소원을 기각하였다.¹⁾ 헌법재판소는 이 결정에서 변호인의 도움을 받을 형사피고인의 권리는 헌법상의 권리로서 “신체구속을 당한 사람과 변호인과의 접견교통”은 그 필수적 내용을 이룬다고 하면서도 이는 “국가형벌권의 적정한 행사와 피고인의 인권보호라는 형사소송절차

* 건국대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

1) 헌법재판소 2009. 10. 29. 선고 2007헌마992. 실제 이 사건에서 청구인은 피청구인을 교도행정의 주무관청인 법무부장관으로 하였으나 이 사건은 권력적 사실행위를 심판 대상으로 하는 만큼 피청구인은 법무부장관이 아니라 그 사실행위의 주체인 교도관이어야 한다는 이유로 헌법재판소는 직권으로 피청구인을 정정하여 심판하였다.

의 전체적인 체계 안에서 의미를 갖고 있는 것”이라고 규정하였다. 출정 피고인에 대하여 변호인과의 면접·교섭권을 최대한 보장하는 것이 헌법의 지향점임을 인정하면서도 동시에 “계호의 효율성과 접견의 특성을 고려하여 변호인 접견의 절차, 장소 및 방식”이 제한될 수 있다는 것이다. 그리고 이러한 이해를 바탕으로 공판 시작 전 20분에 변호인과의 면담을 요구하였다는 점, 그리고 강력범을 포함한 14인의 피고인들을 2명의 교도관이 계호하고 있었으며 적당한 접견장소로 확보하기 어려웠다는 점 등을 이유로 들면서 이 같은 “시간적·장소적 상황을 고려할 때” 이런 면담요구는 “구속피고인의 변호인과의 면접·교섭권으로서 현실적으로 보장할 수 있는 한계 범위 밖이라고 아니 할 수 없다”는 판단을 내렸다.²⁾

한편으로는 인권의 보장이라는 관점에서 공정재판을 위한 교두보로서의 변호인의 도움을 받을 권리를 최대한 보장하여야 한다는 헌법의 요청과 다른 한편으로 “국가형벌권의 적정한 행사”를 위한 엄정한 법절차를 확보하여야 한다는 헌법의 요청은 어느 기본권관련 사건에서와 마찬가지로 서로 상반된 방향에서 충돌한다. 실제 헌법재판소에 회부되는 대부분의 사건들은 이 양자의 요청 사이의 어느 지점엔가 존재하며, 헌법재판소는 나름의 헌법해석을 통해 그 지점의 결정을 근거 지운다. 기본권의 보장과 그 제한에 관한 수많은 이론들은 이런 선택의 어려움을 대변하는 것이기도 하다. 하지만, 그럼에도 불구하고 헌법재판소의 선택이 그 자체로도 내적 정합성을 결여한 것이거나 혹은 통시적 또는 공시적 수준에서 비교하여 유사한 사례들과 전혀 동떨어진 어떤 것이라고 한다면 그 결정은 그 자체로서 심각한 헌법문제가 된다. 헌법의 규범내

2) 이 결정에는 두 명의 보충의견 및 두 명의 반대의견이 첨부되었다. 이동훈, 목영준 재판관 2명은 일본의 예를 들면서 법원이 접견실을 확보하여 변호인 접견권을 충분히 보장할 수 있도록 제도와 시설을 개선할 것을 촉구하였고, 행정적인 조대현, 김종대 재판관은 계호나 재판의 진행 등 행정적 필요만으로 변호인의 도움을 받을 권리를 제한할 수는 없다는 이유로 위헌 의견을 제시하였다.

용이 왜곡되거나 혹은 헌법과 현실이 서로 괴리되는 현상을 헌법재판소가 구성해내는 셈이 되어 버리기 때문이다. 그리고 이 사건은 그 대표적인 예를 이룬다.

우리 헌법재판소는 그동안 법률가의 역할에 관한 사건에 대해 아주 특별한 관심을 보여 왔다. 국가보안법이나 국가안전기획부(현 국가정보원) 등 지난 권위주의적 통치의 흔적들이 여전히 위세를 부리고 있을 때에조차 헌법재판소는 국가안전기획부가 변호인의 접견을 불허한 조치에 대하여 위헌이라는 과감한 판단을 내리기도 하였고, 피의자가 경찰서 유치장에서 변호인과 접견하는 과정에서 국가안전기획부 직원이 접견에 참여하여 이들의 대화를 듣고 기록하는 등의 행위를 한 것 또한 위헌으로 판단한 바 있다.³⁾ 뿐만 아니라 반국가행위자에 대한 궤석재판시 변호인의 출석을 금지하는 “반국가행위자의 처벌에 관한 특별조치법” 제7조 제6항을 위헌선언하기도 하고 수사과정에서 피의자신문시 변호인의 참여요청을 거부한 사법경찰관리의 행위는 위헌이라고 판단한 바도 있다.⁴⁾ 실제 헌법재판소는 형사절차가 종료된 채 교정시설에 수용중인 자에 대하여 헌법상의 변호인의 도움을 받을 권리의 주체가 되지 못한다는 이유로 기각결정을 내린 것⁵⁾을 제외한다면 거의 대부분의 사건에서 변호인의 도움을 받을 권리는 국가형벌권의 남용을 통제하는 확고한 방파제가 되어 왔다. 적어도 법률가의 기능과 역할에 관한 헌법재판소는 가장 관대하고도 유연한 헌법해석을 해 온 것이다.

하지만, 이런 맥락에서조차 이 사건은 이례적이다. 헌법재판소는 구속피고인의 변호인 면접·교섭권이 “형사소송절차의 전체적인 체계 안에서 의미를 갖고 있는 것”임을 인정하면서도 청구인의 면접·교섭권행사가 거부된 것이 “형사소송절차의 전체적인 체계 안”에서 어떤 의미를

3) 헌법재판소 1992. 1. 28. 선고 91헌마111.

4) 헌법재판소 1996. 1. 25. 선고 95헌가5; 동 2004. 9. 23 선고 2000헌마138.

5) 헌법재판소 1998. 8. 27. 선고 96헌마398.

가지는 것인지를 판단하지 않았다.⁶⁾ 뿐만 아니라 보충의견에서조차 제기된 일본의 사례는 물론 세계인권체제에서 통용되는 변호사의 도움을 받을 권리의 실천양상들은 전혀 참조되지도 않았다. 즉, 구속피고인의 변호인 면접·교섭권이 중요한 기본권임을 선언하면서도 그것이 실현될 수 있는 현실적 조건에 대해서는 자못 무관심한 모습을 보이고 있는 것이다.

이 점은 우리 헌법학계의 경우도 마찬가지다. 변호인의 도움을 받을 권리를 교과서 수준으로 소개하는 개략적 정리를 제외하면 헌법학적 분석은 거의 이루어지지 않고 있는 것이 현실이다. 물론 미국연방대법원의 판결을 소개하는 경우⁷⁾와 이에 대한 법사회학적 분석을 행하고 있는 경우⁸⁾는 나름으로 그 학술적 논쟁점들을 차용할 수 있다는 점에서 의미를 찾을 수 있겠지만 그 외의 분석들은 주로 형사법 특히 형사절차법적 관점에서 접근하고 있어⁹⁾ 이 기본권을 어떻게 수용하고 어떻게 실천할

6) 특히 법원에 호송된 경우 원칙적으로 변호인 접견을 금하는 법무부장관의 훈령이 위헌 인지의 여부에 대하여는 아무런 언급도 없다.

7) 박승욱, 변호인의 조력을 받을 권리(법수레, 2008); 문홍주, “변호인의 조력을 받을 권리”, 미국헌법연구 제3호(미국헌법학회, 1992. 7) 등은 대표적인 예이다. 다만 전자의 경우에는 미국연방대법원의 판결을 그대로 번역하고 있을 뿐이다.

8) 김재원, “묵비권과 변호인의 도움을 받을 권리: 미란다판결의 법사회학적 분석”, 성균관 법학 제19권 제2호(성균관대학교 법학연구소, 2007). 그나마 헌법재판소의 결정에 대한 판례평석 수준의 분석은 더러 있다. 박승욱, “변호인 접견에서의 비밀침해에 관한 헌법 재판소의 위헌결정의 의의”, 법과 사회 제6호(창작과 비평사, 1992); 김현철, “변호인의 조력을 받을 권리 등 침해 위헌확인”, 헌법재판소결정해설집(2004년)(헌법재판소, 2005) 등 참조. 그 외 정진연, “헌법상 변호인의 조력을 받을 권리의 내용과 한계”, 형사법의 신동향 제5호(대검찰청, 2006. 12)도 참조.

9) 윤진수, “미결수용자의 접견권의 성질과 그 제한”, 대법원판례해설 제17호(법원행정처, 1992); 이은모, “수사절차에서의 변호권보장의 의미와 내용”, 법학논총 제14집(한양대학교 법학연구소, 1997); 최병각, “국선변호인의 조력을 받을 권리”, 형사정책연구소식통권 제19호(한국형사정책연구원, 1993. 9); 박홍우, “피의자 및 피고인의 변호인의 조력을 받을 권리”(서울대학교 박사학위논문, 1986); 이기호, “수사에 있어서 법의 적정절차에 관한 연구: 변호권 보장을 중심으로”, 경찰대학논문집 제24집(경찰대학교, 2004);

것인가에 대한 고차법적 관점을 정립하기에는 한계를 가진다.

이에 이 글은 변호인의 도움을 받을 권리를 헌법적 기본권의 수준으로 보장한 우리 헌법체계에 상응하는 해석론을 확보함을 목표로 미국과 영국 등 형사절차에서 변호인의 기능과 역할이 헌법체계의 수준으로 고양시킨 미국연방대법원의 예와 UN이나 EU 등의 국제적인 인권보장체제의 예를 정리·소개하고 평가하고자 한다. 즉, 변호인의 도움을 받을 권리가 인권의 차원에서 보장되는 이유와 그 맥락들을 살펴보면서 그것이 어떻게 실정법체계 속에서 구체화되며, 그 보장을 위하여 세계인권체제는 어떤 태도들을 보이고 있는지를 규명해 보고자 하는 것이다. 그리고 이런 법제의 소개와 함께 변호인의 도움을 받을 권리의 법적 성질, 그의 효력(타당)범위, 변호의 질적 보장문제, 나아가 국가의 변호인선임의무의 문제 등을 정리하는 한편 이로써 종합되는 의미체계들을 헌법과 인권법의 차원에서 재구성해 보고자 한다.

Ⅱ. 변호인의 도움을 받을 권리의 성격

1. 입법례

변호인의 도움을 받을 권리는 우리 헌법 제12조 제4항 및 제5항에서 규정하고 있다. 제4항의 경우 “누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다.”라고 하며 국가가 변호인을 붙여야 하는 경우를 부가한다. 또한 제5항은 미란다원칙을 정하면서 “변호인의 조력을 받을 권리가 있음”을 고지할 의무를 국가에게 지우고

이완규, “변호인의 피의자신문참여권의 법적 성질”, 형사법의 신동향 제5호(대검찰청, 2006. 12); 조국, “피의자신문시 변호인참여권 소고”, 형사정책연구 제14권 제4호(통권 제56호)(한국형사정책연구원, 2003) 등 참조.

있다. 이런 규정은 미국 수정헌법 제6조가 모든 형사사건(in all criminal prosecutions)에서 피고인(the accused)은 자신의 방어를 위해 “변호인의 도움을 받을 권리”(the right to have assistance of Counsel)를 가짐을 선언하여 이 권리를 헌법상의 기본권으로 고양시킨 것을 세계의 대부분의 헌법들과 함께 이어 받은 것이다.

하지만 이 권리는 국내실정법의 범주를 넘어 세계인권체제의 한 부분으로 편입됨으로써 보편법으로서의 지위를 구축하고 있다. 예컨대, 시민적·정치적 자유에 관한 국제협약(ICCPR) 제14조 제3항(b)는 형사범죄로 기소당한 자는 누구든지 자신이 선택한 변호인(counsel of his own choosing)과 통신했 권리를 가지며 자신의 방어를 위해 적절한 시간과 시설을 사용할 수 있는 권리를 가짐을 선언한다.¹⁰⁾ 아울러 (d)에서는 “자신이 출석하는 가운데 재판을 받고, 또 스스로 또는 자기가 선임한 변호인을 통해 자신을 방어하는 [권리], 변호인이 없는 경우에는 변호인을 선임할 권리가 있다는 사실을 고지 받을 [권리], 정의의 요청이 있는 경우에는 언제든지 변호인을 선임 받을 [권리] 및 만일 그가 충분한 지불수단을 갖지 못한 경우에는 언제든지 무료로 변호인을 선임 받을 [권리]”를 가진다고 선언하고 있다.

그리고 이를 유럽인권협약에서 이어받아 제6조 제3항(c)는 형사범죄로 기소당한 자는 누구든지 “스스로 또는 자신이 선택한 변호인(legal assistance)을 통해 자신을 방어할 권리를 가진다.”라고 하고 만약 변호인을 선임할 수 있는 여건이 되지 못하는 경우에 정의의 실현을 위해 필요한 때(interest of justice)에는 무료로 변호인을 제공받을 권리를 가짐을 규정한다.¹¹⁾ 유럽공동체의 장관위원회(the Committee of Ministers)의 수

10) “have adequate time and facilities for the preparation of his defence and to communicate with counsel of his own choosing”

11) 이는 유럽공동체헌장 제48조에서 가입당사국의 국가적 의무로 규정되어 있다. 즉 당사국은 형사사건으로 기소된 자의 방어권을 존중할 의무(“Respect for the rights of the defence of anyone who has been charged shall be guaranteed.”)를 진다.

형사처우에 관한 최소기준에 관한 규칙 제93조는 “미결구금인은 구금된 순간 자신의 변호인(legal representation)을 선택하고……자신을 방어하기 위하여 자신의 법적 자문인(legal adviser)의 방문을 받고 비밀스럽게 지시하거나 지시받거나 또는 그런 지시를 준비할 수 있는 권리를 가진다. 미결구금인의 요구가 있는 때에는 그에게 필요한 모든 시설(all necessary facilities)을 제공하여야 한다.”라고 선언함으로써 피구금인의 경우 변호인의 도움을 받을 권리는 접견교통권의 수준을 넘어 적절한 시설의 제공을 받을 권리 및 이를 바탕으로 비밀스럽게 변호인과 의사소통을 할 수 있는 권리에까지 확장되고 있음을 명확히 한다.

아울러 장관위원회의 유럽수형자규칙에 관한 권고¹²⁾는 법적 자문(legal advice)과 관련하여 다음과 같이 선언하였다.

23.1 모든 수형자는 법적 자문을 받을 권리를 가지며 구금기관은 그들에게 이러한 자문에 접근할 수 있도록 합리적인 시설(facilities)을 제공하여야 한다.

23.2 수형자는 자신의 비용으로 자신이 직접 선택한 법적 자문인에게 어떠한 법률문제라도 상담할 수 있다.

요컨대, 변호인의 도움을 받을 권리는 적어도 형사피고인에 관한 한 주요국가의 헌법뿐 아니라 국제인권법의 수준에서도 굳건한 인권으로 보장받고 있으며 모든 국가는 단순히 변호인을 선임할 수 있는 자유를 보장하는 수준에 머물지 않고, 필요한 경우 공간이나 시설 등을 제공함으로써 그러한 도움을 받을 수 있는 현실적 가능성까지도 보장할 것을 요구하고 있다. 아울러 이러한 인권으로서의 변호인의 도움을 받을 권리는 형사피고인뿐 아니라 형사피의자, 혹은 혐의단계에 있는 내사대상자

12) Rec (2006)2, 2006. 1. 11.

에까지 확장되고 나아가 경제적 어려움이 있는 피고인에 대하여는 무료로 혹은 저렴하게 변호인의 도움을 받을 수 있도록 보장하여야 하는 것으로 이해되고 있다. 또한 오늘날에 와서는 형사사건이 아닌 이혼사건, 후견인결정에 관한 사건, 행정사건 등에까지 확장되는 경향에 있으며 특히 미국의 경우에는 최근 민사사건에서도 변호인의 도움을 받을 권리를 보장하여 국선대리제도를 확충할 것을 당사자의 권리의 차원에서 재구성하고자 하는 노력도 이루어지고 있다.

2. 법적 성격

변호인의 도움을 받을 권리는 그 자체로서(in se) 타당한 인권인 것은 아니다. 1586년 스코틀랜드여왕 메리 스튜어트가 엘리자베스 1세에 대한 반역혐의로 재판을 받을 때 영국법에 대하여 무지함을 이유로 영국변호인의 선임을 요청하였으나 그것이 거부당한 것은 그 대표적인 예이다. 즉, 형사피고인은 자신의 입으로 기소사실에 대하여 진술하여야 하며 이를 다른 사람의 입을 통해 대리하는 것은 형사절차적 정의에 어긋난다고 생각하였던 것이다. 실제 영국의 경우에는 1836년 중범죄재판법(the Trials for Felony Act)이 제정되기 전까지만 해도 반역죄나 중범죄에 대하여는 변호인의 도움을 받는 것이 금지되었다.¹³⁾ 뿐만 아니라 중범죄에 대하여 변호인을 선임할 수 있도록 한 이 법조차도 변호인의 역할을 법률문제에 대한 변론에 한정하였지 증거의 제출이나 증인심문 등 사실발견과 관련한 것은 계속하여 금지하였다.¹⁴⁾ 경범죄의 경우에는 변호인의 도움이 허용되었으나 엄밀히 보자면 17~18세기 영국에서의 경범죄는

13) 반역죄(treason)의 경우 1695년 법률(7 Will. 4, c. 3, § 1)에 의해 변호인을 선임할 수 있도록 하였다.

14) Lee Bridges, "The Right to Representation and Legal Aid", in: M. McConville, and G. Wilson, *The Handbook of the Criminal Justice Process*(Oxford: Oxford University Press, 2002), 138-139쪽.

대부분 형사처벌이 되지 않거나 경미하게 처벌되었다는 점에서 그 또한 큰 의미는 없었다. 더구나 일찍부터 잘 발달한 배심제도는 변호인의 도움에 대한 사법적 관심을 약화시키는 요인이 되기도 하였다.

변호인의 도움을 받을 권리에 대한 이러한 영국의 태도는 미국의 헌법사에 오면서 정면으로 부정된다. 영국의 사법체제가 가지는 억압성을 비판적으로 바라보던 미국헌법제정자들은 변호인의 도움을 거부하는 것 자체가 사법적 정의에 반하는 것이라고 이해하였다. 이들에 의하면 그것은 무죄추정의 원칙과 더불어 양당사자들의 대등성을 바탕으로 검찰측에게 유죄의 입증책임을 부과하도록 한 미국의 탄핵주의체제(accusatorial system)에서는 절대적으로 필요한 제도로 이해되었다. 법률전문가인 검찰에 대항하여 비전문가인 피고인이 검찰측의 기소가 정당한지의 여부를 검증할 수 있는 능력을 부여한다는 점에서 과거 폐해가 적지 않았던 규문주의체제(inquisitorial system)로부터 인권을 보호하고¹⁵⁾ 실제적 진실의 발견과 사법적 정의의 실현에 핵심적인 요소로 이해되었던 것이다.

그리고 이런 인식은 현대사회에 와서는 보편적인 인권의 영역으로까지 고양되고 있음은 전술한 바와 같다. 다만, 그럼에도 불구하고 변호인의 도움을 받을 권리를 이해하는 방식은 법제에 따라 약간의 차이를 보인다. 즉, 미국의 연방대법원이나 UN인권이사회와 같은 경우에는 변호인의 도움을 받을 권리를 그 자체로서 독립된 하나의 기본권으로 이해하고자 하는 경향이 강한 반면, 유럽인권재판소의 판결에서는 오히려 이를 공정한 재판 받을 권리의 한 부분으로 편입시켜 그 속에서 또는 그와의 연관 속에서 변호인의 도움을 받을 권리를 해석하는 경향이 두드러진다. 즉, 전자의 경우에는 변호인의 도움을 받을 권리의 의미 및 효력

15) Johnson v. Zebst, 304 U.S. 458(1938)에서는 변호인의 도움을 받을 권리는 생명과 자유라는 기본적인 인권을 확보하는데 필요한 방어벽(safeguard)중의 하나라고 선언한 바 있다.

범위를 먼저 규정하고 그것이 형사절차과정에서 어떻게 보장되고 침해되었는가는 따지는 반면, 후자의 경우에는 전체 형사절차의 공정성이나 효율성이 어떻게 보장되었는가를 먼저 판단하고 이 과정에 청구인과 변호인의 관계가 미친 영향을 중심으로 권리침해여부를 판단한다. 이하에서는 이 점을 중심으로 살펴보기로 한다.

2.1. 독립적 기본권으로서의 변호인의 도움을 받을 권리: 미국 연방대법원의 경우

미국의 사법체제는 대립당사자주의(adversarial system)적 구성을 특징으로 한다. 소송의 양 당사자가 자신의 주장에 대한 입증책임을 짐을 원칙으로 하면서 변론과정에서 양 당사자 사이에서 이루어지는 입증과 탄핵, 반증 등의 교환을 통해 실제적 진실을 발견해 나가는 구조로 되어 있는 것이다. 이에 미국의 사법제도는 절차의 공정성을 그 정당성의 기반으로 삼고 이를 확보하기 위하여 무기대응의 원칙¹⁶⁾과 같은 적법절차의 틀을 구성해 왔다.

변호인의 도움을 받을 권리는 바로 이런 맥락에서 미국연방헌법의 제정과정에 편입되었다. 1791년 수정헌법의 형식으로 권리장전이 헌법에 편입되고 여기에 제6조로 변호인의 도움을 받을 권리가 규정될 당시 Virginia를 제외한 나머지 주들은 모두 주헌법에 변호인의 도움을 받을 권리를 규정하고 있었다. 그중 9개주는 연방헌법 제6조와 같은 문장형태를 띠고 있었고, 3개주는 피고인이 변호인을 선임할 수 없을 때에는 주가 변호인을 선임할 것을 규정하였다. 변호인의 도움을 받을 권리가

16) UN인권이사회는 무기대응의 원칙을 법에 의하여 달리 취급할 것이 요구되고 객관적이며 합리적인 근거에 의하여 정당화되는 경우를 제외하고는 모든 당사자들이 동일한 절차적 권리를 누릴 수 있으며 피고인에 대하여 실질적인 불이익이나 또는 여타의 불공정성을 부과하지 않도록 하는 것으로 규정한 바 있다. General Comment 32: Article 14: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial, UN Doc CCPR/C/GC/32 (2007) para. 13.

국선번호 등의 형태로 주정부의 개입이 필수적이어야 할 정도로 강력한 기본권인지의 여부는 후술하듯 논쟁의 여지가 있었지만 최소한 그 권리를 보장하고 사법절차 중에 그것을 부인당하지 아니할 권리로서의 기본권성은 이미 수정헌법 제정 전에 미국의 모든 주가 동의하고 있었다 해도 과언은 아니다.

하지만 그럼에도 불구하고 문제는 남아 있었다. 변호인의 도움을 받을 권리가 가지는 법적 성격, 즉 그것이 기본적 권리인지 아니면 각 주정부가 가지는 입법형성의 자유에 귀속되어야 하는 것인지에 대한 논쟁은 수정헌법제정 당시에는 그리 깊이 규명되지 못했다. 수정헌법 제14조가 연방헌법상의 권리장전을 주정부에게도 강제할 수 있는 편입조항을 내포하기 전까지는 이 문제는 연방헌법의 손이 미치지 못하는 각 주정부의 독자적 영역이었을 뿐이고 연방정부나 연방헌법의 차원에서는 오로지 연방법원에서의 절차에 대하여만 기본적 권리로서의 성질을 인정하는 수준에서 개념화할 수밖에 없었기 때문이다. 더구나 문제의 대상이 소극적으로 변호인의 도움을 받을 권리를 부정당하지 아니할 권리라는 항의적 개념을 떠나 그것이 무자력자¹⁷⁾에 대한 주정부의 변호인선임의무라는 보다 적극적인 권리(즉 기본권실현 fulfil의 의무)로까지 이어질 경우에 그 의무의 해태가 당해 형사절차의 정당성에 어떠한 영향을 미치게 되는지에 대한 논의는 연방과 주의 관계라는 연방체제에 특유한 헌법문제까지도 야기하게 되었다. 하지만 수정헌법 제14조의 등장은 이 문제를 전혀 새로운 관점에서 바라보게 만들었다.

1868년 7월 9일 미국연방헌법에 편입된 수정헌법 제14조는 “어떠한 주도 법의 적정절차에 의하지 않고서는 어느 누구로부터도 그의 생명

17) 법률원조의 전제로서 ‘궁핍(poverty)’은 절대적 기준에 의해 확정되는 개념이 아니라 상대적 개념으로서 개개의 사건별로 무엇이 필요하며 어떤 서비스가 요구되는지를 고려하는 가운데 평가되어야 한다는 것이 일반적이다. Y.Y. Kamisar/W.R. LaFave/J. H. Israel, *Modern Criminal Procedure -Cases-Comments-Questions*, 8th ed.(St. Paul: West Publishing Co., 1994), 64쪽.

또는 자유, 재산을 박탈할 수 없다(nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law).”라고 규정하였다. 이때 문제로 되는 것은 변호인의 도움을 받을 권리는 이 조항과 어떠한 관련을 가지는가이다. 실제, 미국연방대법원은 수정헌법 제1조부터 8조까지 국가적 행위에 대하여 규정되어 있는 권리들—소위 소극적·방어적 권리들—은 연방정부 뿐만 아니라 주정부에 대하여도 타당하다는 판단을 내린 바 있다. 즉, 미국연방대법원은 이러한 권리들이 헌법에 열거되어 있기 때문에 연방정부와 더불어 주정부에 타당한 것이 아니라, 그 권리 자체가 본질적으로 법의 적정절차라는 개념에 포함되어 있는 것이기 때문¹⁸⁾이라고 하면서 이 법의 적정절차조항이 바로 수정헌법 제14조의 편입적 효력의 원천임을 선언하였다.

그렇다면 수정헌법 제6조에 규정되어 있는 변호인의 도움을 받을 권리는 바로 이런 논거에 의하여 곧장 수정헌법 제14조의 편입규정에 포섭되어 주정부를 강제하는 효력을 가지는가? 이 문제에 관하여 미국연방대법원이 내린 최초의 답변이라 할 *Powell v. Alabama*¹⁹⁾사건의 판결은 아무런 논란의 여지가 없이 적극적 판단을 제시한 것처럼 보였다. 이 판결은 두 백인소녀를 강간하였다는 혐의로 Powell등 흑인 소년 7명이 기소된 사건에 관한 것이다. 이 사건에서 Alabama의 제1심법원은 무죄를 주장하며 자력이 없음을 이유로 변호인을 선임해 달라는 피고인들의 요청에 대하여 지체하다가 마지못해 관할지역의 모든 변호사들을 피고인들의 변호인으로 선임하였다. 그러다가 재판이 진행되면서 참관을 위해 법정에 나와 있는 테네시 출신의 변호사(Mr. Roddy)를 변호인으로 선임하려 하였으나 그에 의해 거부당하였고 우연히 법정에 있던 그 지역 출신의 변호사 한 명(Mr. Moody)에게 변호인이 되어 줄 것을 요청하였으나 자신은 Mr. Roddy가 변호인이 되면 보조역을 맡겠다는 답변만 들었

18) *Twining v. New Jersey*, 211 U.S. 78, 99.

19) 287 U.S. 45 (1932).

다.²⁰⁾ 이 상황에서 재판이 진행되어 피고인들은 유죄로 확정되고 사형이 선고되자 피고인들은 자신들이 변호인의 도움을 받을 권리가 침해되었다는 이유로 주최고법원을 거쳐(물론 상고는 기각되었다) 미국연방대법원에 상고하였다.

이 사건에서 미국연방대법원은 수정헌법의 제정 당시 변호인의 도움을 받을 권리가 어떻게 각 주정부에 의해 수용되고 있었는가를 기술하면서 재산권수용조항(수정헌법 제5조)이나 표현의 자유(수정헌법 제1조) 등이 수정헌법 제14조에 의해 주정부에게도 적용된다는 취지의 선례들을 언급한 연후에 바로 이런 권리장전상의 권리들이 수정헌법 제14조가 말하는 법의 적정절차의 내용을 이룬다고 선언하였다. 변호인의 도움을 받을 권리는 이와 같은 맥락에서 같이 취급된다. 즉, 미국연방대법원에 의하면 고지와 청문(notice and hearing)은 집행 가능한 판결을 내림에 필수적인 단계이며, 이들이 법의 적정절차라는 헌법적 요청의 기본구성요소가 된다고 하면서 적정한 고지와 진술의 기회는 “합중국의 어느 누구도 부인할 수 없는 자유로운 정부라는 이념 그 자체에 내재해 있는 정의의 굳건한 원칙”이라고 하였다. 그리고 바로 이런 진술의 기회에는 역사적으로나 실무적으로 변호인의 도움을 받을 권리를 항상 포함해 왔다고 한다. 즉, 이런 변호인의 도움을 받을 권리가 보장되지 않는 한 진술의 권리는 무의미해 질 것이라고 보았다. “만일 민사사건이든 형사사건이든 어떤 사건에서 법원이 당사자에 의하여 선임되고 그를 위해 출석한 변호인이 당사자를 변호하는 것을 자의적으로 거부한다면 그것은 진술의 거부가 되며 따라서 헌법적 의미에서 적정절차의 거부가 된다는 사실은 의문의 여지가 없다.”²¹⁾고 본 것이다.

이러한 전제 위에서 미국연방대법원은 이 사건에서와 같이 피고인들이 “무지하고 문맹이며 어리며 적대적인 대중들에 둘러 싸여 있으며,

20) *ibid.*, 53-56.

21) *ibid.*, 69.

군대에 의해 감시되고 구금되어 있는” 상황에다가 타지에서 사건이 벌어지는 바람에 “친구들이나 가족들과의 소통이 곤란하며” 무엇보다도 “자신들의 생명이 끝날 수 있는 위험”에 처해 있는 경우라고 한다면 “법원이 그들에게 합리적인 시간과 변호인의 도움을 받을 수 있는 기회를 부여하지 않은 것은 명백한 적법절차의 위반”이라고 판단하였다.²²⁾ 그럼에도 불구하고 법원이 이러한 의무를 이행하지 못한 채 사형판결을 내린 것은 [만약 그 판결이 집행되었다고 한다면] 일종의 “사법살인(judicial murder)”에 다를 바 없는, 법의 적정절차의 보장을 명백히 위반한 것이라는 극단적인 표현까지도 서슴지 않았다.²³⁾

이 판결은 변호인의 도움을 받을 권리를 규정한 수정헌법 제5조의 규정을 법의 적정절차에 관한 수정헌법 제14조의 규정에 편입시켜 그대로 주법원의 형사절차를 무효화한 것으로, 얼핏 보기에는 변호인의 도움을 받을 권리가 표현의 자유나 정당한 보상 없이 재산권의 수용을 당하지 아니할 권리 등과 마찬가지로 그 자체로서 타당한 기본적 권리의 성격을 띠을 인정한 것으로 보인다. 특히 “변호사의 도움을 받을 권리(the right to the aid of counsel)는 다른 권리장전 상의 권리들과 마찬가지로 기본적(of this fundamental character)이라는 성질을 가진다.”²⁴⁾라는 선언

22) *ibid.*, 71. 미국연방대법원은 이런 상황에서 피고인은 자신에 적대적인 절차의 모든 단계에서 변호인이 내미는 구원의 손(*guiding hand of counsel*)을 필요로 한다고 보았다. *ibid.*, 68-69. 미국연방대법원은 이에 이어 계속하여 법원은 이런 경우에 변호인을 선임하여 피고인들을 도울 수 있도록 해야 했다는 판단을 내리고 있다. 이에 대하여는 후술한다.

23) 이 판결에는 *Butler*대법관의 반대의견이 첨부되어 있다. 그는, *Mr. Roddy*나 *Mr. Moody* 등의 변호사들이 실질적으로 피고인들에게 도움을 주었고 재판준비를 위한 연기신청이 있었다는 증거도 없으며 수정헌법 14조를 적용하여 주정부의 행위에 개입하는 것은 심판청구의 범위를 벗어난 것이기 때문에 원심판결이 유지되어야 한다고 하였다. 이 반대의견에는 *McReynold*대법관이 참여하였다. *ibid.*, 73-77.

24) *ibid.*, 68. 미국연방대법원은 이 권리는 ““우리 시민적 및 정치적 기구 모두를 기반하고 있는 자유와 정의라는 기본적인 원칙”을 위반하지 않고서는 부인될 수 없는 성질의 것”이라고 한다. *ibid.*, 75.

은 이 권리를 독자적인 기본권으로서 인정하고 있다는 판단을 내리기에 족한 표현이기도 하다.

이러한 미국연방대법원의 입장은 다시 Johnson v. Zerbst²⁵⁾ 사건에서 재확인되었다. 위조지폐소지 및 유포혐의로 체포된 피고인들은 예심절차에서는 변호인의 도움을 받았지만 법원에 소환된 당일에야 기소되었음을 통보받았고 또 그 당일에 모든 심리와 변론절차를 마치고 4년 6개월의 형을 선고받게 되자 재판에서 변호인의 도움을 받을 헌법상의 권리가 침해되었다는 이유로 인신보호영장을 신청하였고 그것이 기각되자 미국연방대법원에 상고하기에 이르렀다.²⁶⁾

이에 대하여 미국연방대법원은 수정헌법 제6조의 권리는 일반적인 피고인들은 자신의 생명이나 자유를 앗아갈 수도 있는 권력을 가진 재판에 회부되었을 때 자신을 보호하기에 충분한 전문적 법기술을 가지고 있지 않음이 명확하다고 하면서 피고인이 변호인의 도움을 받을 권리를 명백하게 포기하거나 아니면 변호인의 도움을 받고 있는 경우를 제외하고는 어떤 경우에도 그의 생명이나 자유를 박탈하여서는 아니된다고 판단하였다.²⁷⁾ 그에 의하면 “피고인이 변호인에 의하여 변호되지 않고 또 그의 헌법상의 권리를 행위능력과 지적 변별력을 가지고(competently and intelligently) 포기하지 않는 한, 수정헌법 제6조는 유효한 유죄판결을 내리고 그에 기하여 생명이나 자유를 박탈하는 형을 선고하는 것을 가로막는 법리적 방벽으로 기능한다. ……만일 수정헌법 제6조의 요건이 제대로 충족되지 못하는 경우 법원은 더 이상 절차를 진행할 관할권

25) 304 U.S. 458 (1938).

26) *ibid.*, 459-460. 법원은 이들이 재판과정에서 변호인의 도움을 받을 권리가 침해되었음을 인정하면서도 그러한 “하자가 재판을 무효로 만들고 그에 기하여 인신보호절차에 회부되어야 할 만큼 심각하지 않으며, 그 정도의 하자는 항소심에서만 치유될 수 있는 재판상의 오류 내지는 이례성(irregularities)에 불과하다”는 이유로 이들의 청구를 기각하였다.

27) *ibid.*, 462-463.

을 갖지 못한다. 관할권이 없이 내려진 법원의 유죄판결은 무효이며 그에 의해 구금되어 있는 사람은 인신보호절차에 의해 석방될 수 있어야 한다.”²⁸⁾

이 판결은 변호인의 도움을 받을 권리가 부인되었다는 사실로 인하여 인신보호절차가 개시되지 않는다는 원심법원의 판단을 정면으로 거부한 것이다. 원심법원은 재판의 오류를 근거로 한 항소심절차와 인신구속의 정당성여부를 근거로 한 인신보호절차는 전혀 다른 것이며, 따라서 변호인의 도움을 받을 권리의 보장여부에 관한 재판부의 판단은 인신보호절차에 의할 것이 아니라 항소심절차에서 다투어야 한다는 이원적인 절차를 선언하였다. 하지만, 이에 대하여 미국연방대법원은 변호인의 도움을 받을 권리가 보장되었는가의 여부는 그 자체로서 법원의 절차 자체의 정당성을 판단하는 기준이 되며 만일 이 권리가 법원에 의하여 박탈될 경우 그 법원은 그 사건에 대한 관할권 자체를 박탈당하는 결과를 야기하며 바로 이 점에서 피고인의 구금은 관할권이 없는 법원에 의하여 인신이 구속된 것이 되는 만큼 당연히 인신보호절차가 가동되어야 한다고 보았다. 즉 이 두 절차는 최소한 변호사의 도움을 받을 권리를 매개로 사실상 결합될 수밖에 없음을 선언한 것이다.

실제 이 두 판결—Powell과 Johnson—은 변호인의 도움을 받을 권리를 기본적 권리로 고양시켜 놓은 미국연방헌법의 태도를 명확하게 정리한 것이라 할 수 있다. 하지만, 그럼에도 불구하고 그의 헌법적 성격에 대한 논란은 종식되지 않았다. 무엇보다도 Powell사건에서 미국연방대법원이 변호인의 도움을 받을 권리를 법의 적정절차와 긴밀한 관련 속에서 이해하고 개념화한 것이 오히려 또 다른 해석의 가능성을 낳았던 셈이다. Betts v. Bredy²⁹⁾사건에서 미국연방대법원이 돌출적으로 내린 결정은 선례로서의 의미보다는 이 권리의 헌법적 성격을 분명히 하는 계기로

28) *ibid.*, 468.

29) 316 U.S. 455 (1942).

작용했다는 점에서 헌법사적 의미를 가진다.

Betts 사건의 청구인은 절도죄로 Maryland주에서 체포되어 재판을 받게 되자 자신의 궁핍함을 이유로 법정에 변호인을 선임해 줄 것을 요구하였다. 하지만, 법정은 살인이나 강간에 대해서만 법률원조가 가능하도록 한 그 지역의 제도에 따라 이 요청을 거부하고 재판을 진행하였다. 당시 피고인신분이었던 청구인은 배심재판을 포기하고 증인소환, 증인심문 및 반대심문 등의 절차를 스스로 수행하였다. 하지만, 법원은 청구인의 유죄를 선언하고 8년의 징역을 선고하였다. 이에 청구인은 연방헌법의 수정헌법 제14조에 의하여 보호되는 변호인의 도움을 받을 권리가 박탈당하였다는 이유로 순회법원에 인신보호영장을 청구하였다. 하지만, 이후의 절차들에서 이들 청구가 거부되자 미국연방대법원에 상고하게 되었다. 실제 이 사건은 앞서 언급한 Johnson사건과 유사하되, 원사건의 관할법원이 연방법원이 아니라 주법원이며 따라서 수정헌법 제14조의 문제가 발생한다는 점에서만 차이가 있다. 그러나 이런 차이에도 불구하고 선례구속의 원칙이 적용된다면 위의 두 판결 즉, Powell과 Johnson판결이 적용되어 청구인에게 인신보호명령이 내려졌어야 했다. 하지만, 이 당시의 미국연방대법원은 다른 길을 택했다.

이 사건에서 미국연방대법원이 제기한 의문은 “법의 적정절차는 그 상황이 어떠하든 관계없이 모든 형사사건에서 주정부는 반드시 궁핍한 피고인에게 변호인을 선임해 주어야 한다는 것을 요구하고 있는가?”³⁰⁾라는 점이다. 공정성이라는 요청이 가지는 본질적, 내재적, 기본적 원칙이 어떻게 발현되건 관계없이, 나아가 사건의 특성에 관계없이 변호인을 선임하여야 할 헌법적 의무가 주정부에 부여되어 있는가에 대하여 의문을 떠올리고 있는 것이다. 그리고 영국의 역사와 수정헌법의 제정 당시 이 권리가 법제화되어 있는 양상들을 정리하면서³¹⁾ 이런 역사적 사실들

30) *ibid.*, 464.

31) *ibid.*, 465-471.

은 변호인의 도움을 받을 권리가 공정한 재판에 본질적인 기본적 권리를 구성하는 것은 아님을 보여준다고 결론을 내린다.³²⁾ 그에 의하면 이 권리는 기본적 권리라기보다는 각 주정부가 나름으로 구성하는 입법정책의 결과일 따름이다. 또한 법원은 반드시 수정헌법 제14조에 병합하여 이 권리의 보장여부를 판단하여야 하는 것이 아니라, 스스로 공정성의 원칙을 구현함에 필요하다고 판단하는 경우에 그 판단에 따라 변호인을 선임할 수 있는 재량권을 가진다³³⁾고 보았다.

이 사건에서 미국연방대법원의 입장은 변호인의 도움을 받을 권리의 침해여부에 관한 판단은 형사사건이 처리되어 온 과정 전체를 총괄하여 평가하고 이를 바탕으로 그 전 과정에서 법의 적정절차라는 헌법요청이 제대로 구현되었는가 아니면 그것이 심각하게 저해 내지는 침해되었는가를 기준으로 이루어져야 한다는 것이다. “부정되었다는 주장은 주어진 사건에 존재하는 사실관계의 전체(*totality*)를 평가하는 방식으로 심사되어야 한다.”³⁴⁾라는 명제는 여기서 나온다. 즉, 비슷한 방식으로 변호인

32) *ibid.*, 471.

33) *ibid.*, 471-472.

34) *ibid.*, 462. 이 판단은 사실상 Powell판결에서부터 출발하게 된다. Powell판결에서 미국 연방대법원은 변호인의 선임이 효과적으로 되지 못한 것이 법의 적정절차에 대한 피고인의 권리를 침해하였다고 하면서 그 이유로 피고인은 ‘무지하고 문맹이며 친지·가족들로부터 격리되어 있으며, 대중의 적대심과 군대의 통제, 사형의 위협’ 등에 처해 있음에도 불구하고 변호인의 도움을 제대로 받지 못하였음을 들었다. *Power v. Alabama*, *ibid.*, 71. 더구나 다른 상황에서는 어떻게 판단하여야 할지에 대하여는 이 판결에서 논의하지 않기로 한다는 취지의 언급까지 하고 있다. *ibid.*, 71. 이는 보기 나름으로는 적정절차 침해여부의 판단이 각 사건별 특성에 따라 달라질 수 있음을 의미하는 것이기도 하다. 즉, *Betty*판결이 말하듯, 그 절차의 전체적인 맥락에서 보았을 때 변호인의 도움이 절실함에도 불구하고 피고인에게 변호인을 효과적으로 선임하지 않은 것이 위헌이라는 판단을 내릴 수 있는 여지를 마련하고 있는 것이다. W. S. Geimer, “A Decade of Strickland’s Tin Horn: Doctrinal and Practical Undermining of the Right of Counsel”, *William & Mary Bill of Rights Journal*, 제4권 제1호(1995-1996), 106쪽 참조.

의 선임요청이 거부되었다 하더라도 그것이 어떤 상황에서는 보편적인 정의감정에 충격을 줄 정도로 기본적인 공정성을 부정하는 경우가 있는 반면 다른 상황이나 다른 고려하에서는 그런 부정을 느끼기 어려운 경우도 있는 만큼³⁵⁾ 개별적인 사건의 흐름에 따라 다른 헌법적 평가가 내려질 수 있다는 것이다.³⁶⁾

실제 이런 *Betts*사건의 판결은 *Powell*사건으로부터 시작된 미국연방 대법원의 선례를 정면에서 파기한 판결로 이해되었다.³⁷⁾ 즉, 이 판결은, 변호인의 도움을 받을 권리가 연방헌법상의 기본적 권리로 인정되면서 동시에 수정헌법 제14조를 통하여 주정부에 대하여서까지 효력을 가지는 권리임을 선언한 것으로 이해되었던 *Powell*판결을 정반대의 입장에서 재해석하고 이를 통해 변호인의 도움을 받을 권리를 주정부의 입법정책에 대한 반사적 이익 정도로 격하시킨 것이다. 이에 당시 이 판결에 대한 부정적인 평석이 속출하고 대부분의 학자들이 비판적인 태도를 보이면서 이 판결은 사실상 폐기된 것과 다름없는 상태에 빠지기도 하였

35) *Betts v. Brady*, *ibid.*, 462.

36) 이에 미국연방대법원은 청구인의 경우 전과경력이 있어 형사절차에 전혀 무지하다 할 수는 없으며, 43세의 일반적인 지식과 능력을 갖춘 사람이라는 점에서, 그리고 스스로 재판절차에서 변론을 행하였다는 점을 들어 변호인이 선임되지 않았다고 해서 별다른 불이익을 받았다고 판단할 여지가 없으며, 이 점에서 법의 적정절차에 대한 청구인의 권리가 침해되었다고 할 수는 없다고 결론을 내렸다. *ibid.*, 472-3. 이 결정에는 *Black, Douglas, Murphy*대법관의 반대의견이 첨부되어 있다. 이들은 빈곤을 이유로 변호인의 도움을 받을 수 없는 경우가 생긴다면 그것은 법 아래에서 평등한 정의를 제공하여야 한다는 민주사회의 요청을 배반하는 것이라고 하면서 선례에 충실할 것을 요구하였다. *ibid.*, 474-7.

37) 실제 이렇게 변호인의 도움을 받을 권리를 절차의 충체성이라는 맥락에서 이해하게 되면 그 권리의 침해여부에 관한 판단은 필연적으로 소급적 판단이 되지 않을 수 없다. 변호인의 선임과 직접 관련된 법판단이 아니라 그 전후의 사건들이 일단 종결된 이후에야 비로소 변호인 없이 절차를 진행한 것이 어떤 결과를 야기하게 만들었는가가 판단될 수 있기 때문이다. 인권의 실천이라는 관점에서 바라볼 때 *Betts*판결의 또 다른 한계가 여기서 드러난다. 그것은 인권의 침해가 완료된 이후에야 비로소 그 인권의 치유가능성의 여부를 판단한다는 시기의 문제가 발생하는 것이다.

다고 한다.³⁸⁾

1963년의 *Gideon v. Wainwright* 판결³⁹⁾은 이런 분위기를 재확인하면서 변호인의 도움을 받을 권리를 다시 기본적 권리의 지위로 격상시켰다. 이 사건은 Florida에서 주거침입 및 절도죄로 체포되어 배심재판에 기소된 청구인이 재판과정에서 자신의 궁핍을 이유로 변호인을 선임해 줄 것을 요청하였다가 변호인선임대상사건이 아니라는 이유로 거부되는 바람에 스스로 재판을 진행하였다가 5년의 징역을 선고받은 경우를 다룬다. 청구인은 자신의 변호인의 도움을 받을 권리가 거부되었다는 이유로 인신보호명령을 청구하였으나, 주대법원은 별다른 이유설시 없이 그 청구를 기각하였다.

이에 대하여 미국연방대법원은 종전의 *Betts*사건이 주법원 뿐만 아니라 연방법원에서조차 변호인선임과 관련한 분란을 야기하게 한 점을 거론하면서 이런 논란을 종식하기 위하여 상고를 허가하였다는 선언⁴⁰⁾과 함께 *Betts*사건의 판결을 번복하는 결정을 내렸다. 미국연방대법원은 변호인의 도움을 받을 권리를 보장하는 수정헌법 제6조는 수정헌법 제14조에 의해 주정부에까지 효력이 확산되는 기본적 권리에 해당되지 않는다고 하는 *Betts*판결은 잘못된 것이라고 하면서⁴¹⁾ 미국과 같이 대립당

38) W. S. Geimer, 앞의 논문, 107쪽.

39) 372 U.S. 335 (1963).

40) *ibid.*, 338.

41) *ibid.*, 342. 실제 이 사건의 경우 피고인은 스스로 반대신문을 하면서 8명의 증인을 신청, 심문하기도 하였고 모두진술에서부터 자신의 무죄를 주장하는 최후진술까지 “일반인이 할 수 있는” 수준에서의 재판진행-원심법원에서는 “아주 뛰어난” 수준이라 평가하였다-을 하였다. 이 점에 미루어본다면 이 사건은 사실관계에서 *Betts*사건과 크게 다를 바 없이 변호인의 선임여부가 재판의 진행과 결과에 별 영향을 미치지 못하였다고 할 수 있다. 물론 사실심에서 피고인에게 불리한 증언을 하였던 증인 그 자신이 이 사건의 진정한 범인이었다는 점을 고려한다면 반대신문이 불철저하였음을 지적할 수도 있을 것이나, 재판의 진행과정 전체로 볼 때 변호인이 있었다고 해도 이런 점을 찾아내기는 쉽지 않았을 것이다. 자세한 것은 W. S. Geimer, 위의 논문, 110쪽 참조.

사자주의적인 형사절차에서는 궁핍함으로 인해 변호인을 선임할 수 없게 되는 것이 공정한 재판과 양립되지 않는다는 사실은 자명한 것이라고 판단한다.⁴²⁾ 물론 나라에 따라서는 이 권리가 기본적 권리로 인정되지 않는 경우도 있을지 몰라도 미국에 관한 한 그것은 공정한 재판에 필수적인 것이며, 모든 피고인이 법 앞에서 평등한 공정한 재판을 확보하기 위한 절차적·실체적 방어벽으로 연방헌법과 각 주의 헌법들이 제정 당시부터 인정해 왔다고 단언한다.⁴³⁾

결국 이 판결은 *Betts*판결에 의해 일시적으로 부인되어 왔던 변호인의 도움을 받을 권리의 기본권성을 재확인하였다.⁴⁴⁾ *Powell*판결의 기본취지가 비로소 제대로 그 의미를 획득하게 된 것이다. 실제, 이 판결 이후에는 변호인의 도움을 받을 권리, 특히 피고인이 자력이 없어 변호인을 구하지 못하게 된 경우에 법원이 변호인을 선임하여야 할 의무를 진다는 것이 수정헌법 제6조뿐만 아니라 수정헌법 제14조의 법의 적정절차 조항에 의해서도 보장된다는 점에 대하여는 별다른 의문이 제시되지 않았다. 오히려 문제는 피고인이 자력으로 변호인을 선임할 수 없는 경우에는 언제나 법원이 변호인을 선임하여야 할 의무가 있는지 아니면 사건에 따라 그것을 배제할 수도 있는 것인지의 여부, 즉 법률원조의 범위와 정도의 문제로 넘어간다. 아울러 이와 함께 그 권리의 적용범위 특히 그 권리를 주장할 수 있는 시점과 종점이 어디며 형사사건 외에 어떠한

42) *Gideon v. Wainwright*, op.cit., 344.

43) *ibid.*, 344. 실제 이런 미국연방대법원의 선례파기결정은 22개주가 *Betts*판결에 반대하며 그것을 “퇴행적(anachronism)”이라고 비난하면서 그것을 파기할 것을 권고한 점에 힘입은 바 크다. *ibid.*, 345.

44) 이에 대하여 이 판결의 별도의견을 제출한 *Clark*대법관은 다른 의견을 제시하고 있다. 그는 사형판결사건과 그 외의 사건을 구별하면서 전자의 경우에는 연방법원뿐만 아니라 주법원도 마찬가지로 변호인을 선임할 의무가 있는 것으로 판단한 *Bute v. Illinois*(333 U.S. 640(1948))를 거론하면서 그 판결 이전에는 변호인의 선임이 수정헌법 제14조에 의하여 요구된다고 한 미국연방대법원의 판결은 존재하지 않는다고 하였다. *ibid.*, 347.

경우에까지 이 권리의 주장을 확장할 수 있는가, 혹은 변호인의 도움은 어떤 의미의 행위를 요구하는가도 논의의 대상으로 떠오른다.⁴⁵⁾

2.2. 독립적 기본권으로서의 변호인의 도움을 받을 권리: UN인권이사회의 경우

변호인의 도움을 받을 권리에 대한 UN인권이사회의 입장은 일견 포착하기 어렵다. 이 권리의 침해여부에 대한 그의 권고에는 별다른 이의 실시가 없는 것이 대부분이기 때문이다. 하지만 인권이사회가 권고결정문에서 사실관계를 정리하는 방식을 보면 ECHR의 그것과는 조금 다른 양상을 보인다. 개개의 사건에서 현실적으로 변호인의 도움을 받았는가의 여부를 중심으로 사실관계를 조사하고 있을 뿐, 그 도움의 여부가 절차 전체에 있어 어떤 의미를 가지고 있었는지 혹은 재판의 결과에 영향을 미쳤는지 등에 대한 판단은 거의 하지 않고 있는 것이다. 요컨대, 바로 이런 점을 통해 UN인권이사회의 입장은 ECHR와는 달리 미국연방대법원과 가깝다고 할 수 있다. 즉, 변호인의 도움을 받을 권리를 그 자체 독립하여 판단하는 경향이 강한 것이다.

통상 ICCPR 제14조 제3항(d)는 세 가지의 규율로 이해된다: ㉠ 궤석재판을 받지 아니할 권리, ㉡ 스스로 또는 변호인의 도움을 받아 자신을 방어할 권리, ㉢ 피고인이 자력이 없는 때에는 정의의 요청에 따라 무료로 변호인을 선임 받을 권리가 그것이다.⁴⁶⁾ 여기서 UN인권이사회는 ㉢와 관련한 권고들에서는 ECHR의 입장과 유사하게 절차의 전체성을 중심으로 판단한다. 대체로 국선변호에 관한 제도는 당사국의 입법형성

45) 이 문제는 다음의 항에서 상술한다.

46) UN Human Rights Committee, General Comment 3: Article 14: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial, UN Doc CCPR/C/GC/32 (2007) para.30-32. 이에 의하면 ㉡의 권리에는 변호인에 대하여 방어와 관련한 지시권(right to instruct)과 변호인의 변호를 거부하고 절차 전체에 걸쳐 혹은 일부의 절차에 대하여서 스스로 자신을 변호할 수 있는 권리를 포함한다고 본다. *ibid.*, para. 31.

의 여지가 강하게 작용하는 부분임에도 불구하고 인권이사회가 당해 국가의 사법과정이 피고인의 변호인의 도움을 받을 권리를 침해할 정도로 부당하다고 판단하기 위해서는, 무엇보다 전체로서의 절차가 정의의 요청에 반하는 결과를 야기할 정도에 이르렀음을 입증할 필요가 있다고 보았던 것이다.

O.F. v. Norway⁴⁷⁾는 그 한 예를 이룬다. 이는 과속운전으로 인해 벌금(NKrl,000)을 선고받은 사건에서는 법률원조를 거부한다고 해서 변호인의 도움을 받을 권리를 침해한 것이라고 할 수 없다는 결정을 내린 사건이다. 여기서 인권이사회는 청구인이 형사재판을 받게 된 혐의범죄의 성격을 고려하여 법률원조를 받아 변호인을 선임 받을 권리가 침해되었는가의 여부를 결정하여야 한다고 보았다. 이와 유사한 사건으로는 Lindon v. Australia⁴⁸⁾를 들 수 있다. 이 사건에서 청구인은 반전시위를 하다 경계침입(trespass)의 혐의로 기소되어 벌금형(\$150)을 선고받게 되자 항소를 하면서 각종 신청, 이의신청 등의 방식으로 재판을 지연, 방해하였으나 결국에는 패소하였다. 이에 인권이사회에 제소하면서 자신이 법률원조를 신청하였으나 거부되는 바람에 변호인의 도움을 받지 못하게 되었다고 주장하였다. 인권이사회는 이에 대하여 벌금형 정도의 형사처벌은 법률원조를 필요로 할 정도의 정의의 요청은 아니라고 하면서 이 청구를 기각하였다.⁴⁹⁾

하지만, 그 외의 사건에서는 판단의 대상이 총체적이 아니라 단절적이다. 실제 이 권리와 관련하여 초기 인권이사회의 심사대상이 되었던 대부분의 사건은 Uruguay에서 연유한다. 군사정권 당시 정치적 반대자들에 대하여 군사법원의 재판을 받게 하면서 비공개재판, 변호인선택권 박탈 또는 제한, 변호인에 대한 접견·교통권 박탈 또는 제한, 피고인

47) Communication No. 158/1983, 26 October 1984, para. 3.4.

48) Communication No. 646/1995, 20 Oct. 1998, CCPR/C/64/D/646/1995.

49) *ibid.*, para. 6.5. 이와 유사하게 참조.

본인은 물론 변호인이나 친지까지도 법정출석금지 등의 조치를 취했던 Uruguay 군사정권의 행태는 인권이사회에 수많은 청원을 가져오게 하였다.⁵⁰⁾ 그 중 *Burgo v. Uruguay*⁵¹⁾는 그 전형적인 사건이다. 청원인은 군사정권에 의해 체포되어 군사법원에 회부되었는데 당국이 직권으로 장교 1명을 변호인으로 결정하고는 청원인이 다른 변호인을 선임하는 것을 통제하였다. 이에 대하여 당사국인 Uruguay 정부는 청원인의 경우 정부가 정한 변호인명단에서 누구든지 변호인을 선임할 수 있게 한 만큼 자신이 선임한 변호인의 도움을 받을 권리가 침해된 것은 아니며, 절차 내내 충분한 변호를 받은 만큼 변호인의 도움을 받을 권리가 실질적으로 보장되었다고 주장하였다.⁵²⁾ 하지만, 청원인은 자신은 군사정권 혹은 군사법원으로부터 독립적인 민간인 변호인을 선임하여 “순수하고도 공정무사한 변호”를 받고자 하였는데, 군사정권이 이를 막았다고 주장하였다.⁵³⁾ 이에 인권이사회는 당사국의 항변을 배척하고 청원인은 직권에 의한(ex officio) 변호인 선임을 강요받았기 때문에 ICCPR 제14(3)(d) 위반이라고 판단하였다.⁵⁴⁾

이 권고결정에서 중요한 사항은 피고인의 의사에 따른 변호인의 선임이 이루어졌는가의 여부이며 그 변호인 선임의 결과가 절차 전체에 걸쳐

50) D. McGoldrick, *The Human Rights Committee: Its Role in the Development of the International Covenant on Civil and Political Rights*(Oxford: Clarendon Press, 2001[1994]), 425쪽.

51) Doc. A/36/40, 176쪽.

52) *ibid.*, para. 7.1, 7.4

53) *ibid.*, para. 8.

54) *ibid.*, para. 11.5, 13. 이에 대하여 D. McGoldrick, 위의 책, 426쪽은 인권이사회가 변호인명단의 성격을 분명히 할 필요가 있었는데 이를 누락하였다고 비판하고 있다. 실제 이 판결은 국가 혹은 법원이 피고인의 선택대상이 될 변호인의 명부를 작성하여 제시하는 경우 혹은 당해 법원에서 변호할 수 있는 변호사 등의 사람을 자격통제 또는 허가제 등의 방식으로 제한할 경우 어느 정도에 이르러야 변호인의 도움을 받을 권리를 침해하는 수준에 이르게 될 것인지에 대하여는 명확한 기준을 확립하지 못한 것도 사실이다.

어떤 의미를 가지고 있는지에 대한 판단은 거의 이루어지지 않고 있다. 절차 자체가 공정하였는지의 여부와는 무관하게 변호인의 선임과정 자체만을 따로 분리하여 독립적인 판단을 내리고 있는 것이다.⁵⁵⁾

*Marais v. Madagascar*⁵⁶⁾는 변호인의 선임은 제대로 되었으나 실질적으로 그와의 접견·교통이 통제됨으로써 ICCPR 14(3)(d)의 침해가 일어난 경우다. 청원인은 변호인을 선임하였으나 변호인이 출국하였다가 입국이 금지당하는 바람에 한동안 변호를 받지 못하다가 다른 변호인을 선임하였다. 하지만, 이 변호인조차도 처음 두 번 정도 면접한 이후에는 정부의 통제로 더 이상 접견하지 못한 채 그 변호인은 외국으로 강제출국 되었다. 이런 사건에서 인권이사회는 변호인으로 하여금 자신을 대표하게끔 할 권리 및 변호인의 도움을 받아 자신을 방어할 권리가 침해되었다고 선언하였다.

*Robinson v. Jamaica*⁵⁷⁾사건은 사형이 선고될 수 있는 사건에서 변호인 없이 재판하는 것은 무기대등성의 원칙에 위반되는 것이라는 판단이 내려졌다. 이 사건의 경우 청원인인 피고인이 당시 변호인을 선임하지 못한 책임이 없다고는 할 수 없으나 그럼에도 불구하고 사형선고가 가능한 사건인 경우 정의의 요청(interest of justice)에 의하여 의당히 당사국은 변호인을 선임하여야 하며 변호인 없이 재판을 진행하는 것은 ICCPR 14(3)(d) 위반이라고 하였다. 여기서 인권이사회는 비록 법관이 재판의 진행과정에서 석명권의 행사 등 다양한 방법으로 재판을 공정하게 진행하였다고 하는 사실은 변호인의 도움을 받을 권리의 침해여부와는 일단

55) 이런 입장은 계속하여 반복된다. 예컨대, *De Lopez v. Uruguay*, Communication 52/1979, UN Doc. CCPR/C/OP/1 (1984), para. 13의 경우에도 거의 유사하게 군사법원에서 일정한 변호인명부가 강요된 경우이다. 그 외에도 *Viana v. Uruguay*, Communication 110/1981, ICCPR, A/39/40 (1984), 169 para. 13.2, 15; *Casariego v. Uruguay*, R.13/56, ICCPR, A/36/40 (1981) 185 para. 9, 11 등 참조.

56) Communication 49/1979, R.12/49. ICCPR, A38/40(1983) 141 pR. 17.3, 17.4, 19.

57) Communication 223/1987, ICCPR, A44/40(1989) 241 par. 10.3, 10.4, 11.

무관한 사실이라고 보았다.⁵⁸⁾

2.3. 정황적 기본권으로서의 변호사의 도움을 받을 권리: 유럽인권재판소의 경우

하지만 Betts판결의 흔적은 다른 곳에서 찾아진다. 조약가입당사국의 주권적 자율성을 존중하여야 한다는 국제법의 한계 때문이라 여겨지지만, 어쨌든 유럽인권협약에 의해 보장되는 변호인의 도움을 받을 권리는 미국의 현재와는 달리 공정한 재판의 한 부분으로 인식되면서 각 당사국의 재량적 결정권을 강조하는 경향이 강하다. 즉, 변호인의 도움을 받을 권리가 법원(혹은 경우에 따라서는 수사기관 등)에 의하여 침해되었는가의 여부는 그 권리 자체의 실현 여부를 기준으로 하는 것이 아니라, 수사에서부터 재판(이는 항소법원의 재판까지 포함한다)에 이르는 전 과정을 중심으로 그것이 공정하게 진행되었는가의 여부를 기준으로 판단한다. 유럽인권재판소(이하 “ECHR”)는 자력이 없는 피고인에게 변호인을 선임해주어야 할 것인가의 여부는 조약가입당사국의 입법정책과 더불어 그 재판을 담당한 법관의 재량적 결정권이 제1차적 판단기준이 되어야 하며 만일 전체로서 바라본 형사절차가 변호인이 없음으로 인하여 그 공정성이 의심스럽거나 유무죄의 판단이 달라질 수도 있는 결과가 발생하였다고 판단되는 경우에 비로소 변호인의 도움을 받을 권리가 침해되었다고 판단하고 있다.

이를 유럽인권협약을 중심으로 먼저 살펴보자. 유럽인권협약(European Convention on Human Rights)은 제6조 제1항에서 공정한 재판을 받을

58) 이와 유사한 사건에서 인권이사회는 청원인인 피고인이 제1심에서 사형을 선고 받은 경우 항소심에서는 당연히 변호인이 선임되어야 하는 것이 원칙이며, 만일 피고인이 법원이 선임한 국선변호인을 거부하면서 그와 절건·교통을 거부하고 있는 경우 당사국은 재판의 진행이 정지되는 한이 있더라도 다른 변호인을 선임 하고난 연후에 재판을 진행하여야 한다고 판단하기도 하였다. *Pinto v. Trinidad and Tobago, communication 232/1987*, ICCPR, A/45/40 vol.II(1990) 69 para. 12.5, 13.1.

권리를 선언하면서 제3항(c)에서는 형사범죄로 기소당한 사람은 누구나 (everyone charged with a criminal offence) 스스로 자신을 방어하거나 혹은 자신이 선택한 변호인의 도움을 통해(through legal assistance of his own choosing), 혹은 변호인을 선임할 수단이 부족한 경우 정의의 요청에 따라(when the interests of justice so require) 필요하다고 인정되는 때에는 무료로 그러한 도움을 받아서 자신을 방어할 수 있다고 규정한다.

이 점을 가장 잘 보여주는 사건이 Granger v. U.K⁵⁹⁾ 사건이다. 청구인은 조직범죄에 관한 형사재판에서 위증을 한 혐의로 피소, 제1심에서 5년의 징역형을 선고 받았다. 이에 청구인은 항소를 하려고 그에 필요한 변호인의 선임을 법원에 요청하였으나 변호사협회(여기서는 the Law Society)와 법원 모두 항소의 근거가 없고 항소하더라도 승소할 가능성이 극히 적다는 이유로 이를 거부하였다. 할 수 없이 청구인은 자력으로 항소심의 절차를 완료하였으나 역시 패소하게 되자 ECHR에 그 교정을 청구한 것이다. 이에 대하여 ECHR은 유럽인권협약 제6조 제3항(c)의 권리는 공정한 재판을 받을 권리를 규정한 제6조 제1항과의 관련 속에서 이해되어야 한다고 하면서 “제6조 제3항의 보장은 제1항에 규정되어 있는 형사절차에 있어서의 공정한 재판을 받을 권리의 특수한 양태”이기 때문에 “우리 법원은 청구인의 청구를 제3항(c)와 제1항을 결합시켜 심사하는 것이 적합하다고 본다.”라고 선언하였다.⁶⁰⁾ 이에 ECHR은 이런 판단을 바탕으로 유럽인권협약 제6조 제3항(c)가 요구하는, 무료변호인의 선임에 대한 정의의 요청이 있는가의 여부는 사건을 전체로서 바라보는 가운데 판단되어야 한다고 보았다.⁶¹⁾

물론 이 사건의 경우 항소심절차도 그 전체성의 내용으로 포함된다.

59) Judgment 28 March 1990. 이하의 ECHR 판결들은 모두 <http://cmiskp.echr.coe.int>에서 검색한 것임.

60) *ibid.*, para. 43.

61) *ibid.*, para. 46.

ECHR은 비록 제1심 변호인이 변호사회나 법원과 마찬가지로 항소의 근거가 없다는 자문을 하였고 승소가능성이 희박하다 하더라도 이 사건과 같이 청구인이 위증죄로 5년의 징역을 선고받은 사건의 경우 복잡적 성격을 가지는 항소심절차는 중요한 의미를 가진다고 선언하였다. 그에 의하면 항소심법원이 청구인에 대하여 최초진술서를 제출할 것을 제1심 법원에 요구하고 이를 바탕으로 최초진술서의 증거능력, 그로 인한 위증죄의 구성요건충족여부를 판단하고자 하였다면 바로 그때부터 법률적인 다툼이 존재하게 된다. 유럽인권협약 제6조 제3항(c)에서 말하는 정의의 요청은 바로 이 부분에서 형성되기 시작한다. 그리고 이 지점에서 청구인에게 무료변호인을 선임해 주어야 할 법원의 의무가 발생하게 되는 것이다.⁶²⁾

결석재판의 경우에도 마찬가지이다. 네덜란드에서 마약소지죄로 기소되어 6개월 징역형을 선고받고 항소하였다가 항소심 공판이 열리기 전에 본국으로 소환되었던 모리우스국적의 청구인은 자신에 대한 항소심공판이 결석재판의 형식으로 진행되어 다시 9년의 징역이 선고된 사실에 대하여 변호인의 도움을 받을 권리가 침해되었다는 이유로 ECHR의 심판을 청구하였다. 이에 대하여 ECHR은 유럽인권협약 제6조 제3항의 규정은 제1항에 의하여 보호되는 공정한 재판을 받을 권리의 특수한 형태라고 할 것이며, 따라서 ECHR은 변호인의 도움을 받을 권리에 관한 판단을 할 때에는 언제나 제6조 제1항 즉 공정한 재판을 받을 권리와 함께 심사할 것이라고 단언한다.⁶³⁾ 아울러 이 법원은 복잡절차인 항소

62) *ibid.*, para. 47. 하지만 지적 능력이 조금 떨어지는 청구인이 IRA에 연루되어 살인 등의 행위를 하였다는 이유로 체포되어 수사를 받던 중에 변호인이 선임되었으나, 경찰은 변호인의 참관을 기다리지 않고 신문을 계속하면서도 비디오촬영 등의 조치조차도 하지 않은 경우를 다룬 *Brennan v. UK*(Judgment 16 Jan. 2002)에서는 ECHR은 재판과정에서 본안에 들어가기 전의 예심절차(*voir dire*)에서 변호인의 참여하에 법관이 공정하게 증거채택여부를 판정한 만큼 전체로서의 재판의 공정성에는 영향이 없다는 이유로 청구인의 주장을 기각하였다. *ibid.*, para. 51-54.

심에서 피고인의 출석도 중요한 것이지만 동시에 피고인이 적절하게 방어되는 것도 재판의 공정성을 확보함에 있어 중요한 요소가 된다고 하면서 특히 네덜란드의 사법제도가 출석하지 않은 피고인에게 내려진 결정에 대하여는 불복할 기회를 부여하지 않는다는 점을 감안한다면 더욱 변호인의 도움을 받을 권리는 보장되어야 하는 것이라고 한다.⁶⁴⁾ 하지만 같은 결석재판의 형식으로 진행된 사건이라 하더라도 그 절차를 야기한 책임이 청구인에 있는 경우에는 ECHR의 판단이 달라진다. *Dembukov v. Bulgaria*⁶⁵⁾판결의 경우 재판서류가 송달되지 않아 청구인이 출석하지 못한 채 재판이 결석재판으로 진행된 것에 대해 청구인은 자신의 변호인의 도움을 받을 권리가 침해되었다고 주장하였다. 하지만, EC HR은 법원의 서류가 제대로 송달되지 못한 이유가 청구인이 법원의 주거제한명령을 위반하여 주거지를 이전하였다는 사실에 있음을 지적하면서 재판 전 수사단계에서 청구인은 충분히 변호인의 도움을 받았던 만큼 그 주거제한명령위반의 법적 효과에 대해 잘 알았을 것이라는 점 등의 이유를 들어 재판의 공정성이 손상되지 않았으며 따라서 변호인의 도움을 받을 권리가 침해되지 않았다고 판단하였다.

요컨대, ECHR는 어떠한 단계에서건 그것이 재판의 공정성을 심각하게 해칠(prejudice) 가능성이 있다면 유럽인권협약 제6조 제3항(c)의 규정이 적용되어야 한다고 본다.⁶⁶⁾ “제6조 제3항에 규정되어 있는 권리는

63) *Pelladoah v. the Netherlands*, Judgment 33 Sep. 1994, para. 33.

64) *ibid.*, para. 40. 특히 이 사건의 경우 청구인이 선임한 변호인이 항소심법원에 출석하였으나 법원은 피고인이 출석하지 않았다는 이유로 그에게 진술기회를 부여하지 않았다. 이에 대하여 네덜란드 정부는 변호인이 적극적으로 변론을 신청하지 않은 잘못이 있다고 주장하였으나, ECHR은 변호인의 도움을 받을 권리는 이론적 혹은 가상의 것이 아니라, 현실적이고 효과적으로 보장되어야 한다고 하면서 변호인이 법원에 출석하여 변론할 준비가 되었다는 외관을 보인다면 법원은 보다 적극적으로 그에 변론할 기회를 부여했어야 한다고 판시하였다. *ibid.*, para. 41.

65) Judgment 7 July 2008.

66) ECHR은 청구인의 주장을 심사함에 있어 관련된 사건을 전체적으로(as a whole) 바라

다른 무엇보다도 제6조 제1항에 포함되어 있는 형사절차에서의 공정한 재판이라는 개념의 한 요소이다”라는 것이 ECHR의 기본입장인 것이다.⁶⁷⁾ Pishchalnikov v. Russia⁶⁸⁾ 사건은 이를 3단계의 심사로 정리한다. 즉, 이 사건에서 ECHR은 변호인의 도움을 받을 권리가 침해되었는가의 여부를 판단하는 것은 ① 청구인의 변호인의 도움에 접근하는 것이 제한되었는가? 만일 그렇다면 ② 그러한 제한이 정당화되는가 혹은 청구인이 그러한 권리를 유효하게 포기하였는가? 그것이 아니라면 ③ 이런 제한의 결과가 형사절차의 전반적인 공정성에 어떤 영향을 미쳤는가라는 순서로 판단한다.⁶⁹⁾

ECHR에 의하면, 당사국은 자신의 사법체계 속에서 이 권리를 구현하기 위하여 어떤 수단을 선택할 것인가에 대한 자유를 가지고 있기는 하지만, 그럼에도 불구하고 ECHR은 당사국들이 선택하는 수단들이 공정한 재판이라는 요청과 부합하는지의 여부를 판단하여야 하는 과제를 안게 된다.⁷⁰⁾ ECHR는 나아가 유럽인권협약은 이론적이거나 가상적인

보고자 한다. 특히 이 권리를 규정한 유럽인권협약 제6조 제3항(c)의 규정에 초기부터 부응하지 못함으로써 재판의 공정성이 심각하게 저해될 가능성이 있고 또 그러한 한도 내에서 수사단계에서의 변호인의 도움을 받을 권리가 문제로 된다고 선언한 바 있다. 이는 *Engel and Others v. the Netherlands*, Judgment 28 Nov. 1978, para. 91 등에서 확고한 원칙으로 확인되고 있으며, 특히 마약을 소지한 채 입국하였다는 이유로 체포된 청구인이 변호인을 선임하였으나 초기 수사단계에서 변호인의 접견이 거부당한 채 수사가 진행되어 유죄판결을 받게 된 사건에서 ECHR은 특별히 선례들을 자세히 열거하면서 까지 그 원칙을 정리하고 있다. *Imbrioscia v. Switzerland*, Judgment, 24 Nov. 1993, para.36 참조.

67) *Ibid.*, para. 37. 이 사건은 절도죄로 체포된 청구인이 변호인의 선임을 요구하였으나 경찰에 의하여 거부당한 채 2일간 신문을 받다가 자백하고 또 여죄까지 드러나면서 유죄의 판결을 받은 경우를 다룬다.

68) Judgment 24 Sep. 2009.

69) 특히 *ibid.*, para. 73 참조.

70) *Saldus v. Turkey*, Judgment of 27 Nov. 2008, para. 50-51. 이 사건은 터키의 쿠르드노동당을 지지하는 시위 및 표현물게시를 한 혐의로 체포된 청구인이 수사과정에서 변호인이 없이 신문되고 그 결과가 법정에서 증거로 채택되었지만 청구인이 재판과정에서

권리를 보장하는 것이 아니라 현실적이고 효과적(practical and effective)인 권리를 보장하고 있다고 선언⁷¹⁾함으로써 이 권리는 형사사법과정 속에서 실질적으로 보장되어야 함을 재확인하고 있다. 예를 들어 사건의 수사과정에서 변호인의 도움을 받지 못함으로 인하여 실질적으로 자기 부죄의 결과를 야기하게 된 경우 이 권리가 침해되었다고 할 수 있게 된다는 것이다. 그래서 ECHR은 형사사건의 기소가 강제수단을 사용하여 획득한 증거에 의존하지 않고 피고인의 유죄를 입증하여야 한다는 점을 전제로 이 권리가 구성되었다고 한다. 환언하자면 이런 체제 속에서 변호인의 도움을 받을 권리가 형성되어 있는 만큼 수사 초기단계에서부터 변호인의 도움에 접근할 수 있도록 하는 것은 법원이 자기부죄가 발생하지 않도록 절차진행에 있어 주의를 기울여 보장하여야 할 방어수단 중의 하나가 된다.⁷²⁾

그 진술을 반복하면서 수사과정에서 자신이 변호인의 도움을 받을 권리를 침해당하였다고 주장한 것으로 ECHR은 이를 인용하였다.

- 71) *ibid.* 이런 원칙은 *Hanževački v. Croatia*(Judgment 16 April 2009)사건에서 잘 드러난다. 저작권침해 혐의로 재판에 회부된 청구인은 변호인을 선임하여 재판에 임하였으나 최후변론기일 전날에 변호인이 급작스런 질병을 만나 법원에 출석할 수 없게 되자 재판기일 연기를 요청하였는데, 법원은 그 요청을 거부하고 변호인 없이 재판을 진행한 경우에 대하여 ECHR은 피고인의 무죄항변이 담겨야 할 최후변론의 중요성을 감안할 때 변호인이 없이 피고인만으로 진행하기로 한 재판부의 결정은 변호인의 도움을 받을 권리를 침해한 것이라고 판단하였다. ECHR은 청구인에 대한 형사절차가 전제로서 공정하게 진행되었는가를 심사하여야 하며(para. 20), 변호인의 도움을 받을 권리가 현실적이고 효과적으로 실현될 수 있도록 유럽인권협약을 해석하여야 한다는 점을 감안할 때(para. 28) 재판의 전 과정에 대한 당사자들의 마지막 평가 및 의견이 담겨야 할 최후변론에서 변호인의 도움을 받지 못하게 한 것은 비록 그 전의 재판절차가 제대로 이루어졌다 하더라도 실질적으로는 청구인의 유럽인권협약상의 권리를 침해한 것이라 하였다.
- 72) *Saldus v. Turkey, op.cit., para. 54.* 따라서 법원은 항상 공정한 재판이 이루어지도록 노력하여야 하며 이를 위해 피고인이 변호인의 도움을 받을 권리를 실효적으로 구현할 수 있도록 항상 노력하여야 할 의무를 지게 된다. *Lala v. the Netherlands, Judgment 22 Sep. 1994, para. 33*(실업연금의 부당수령으로 인해 구류 2주가 선고된 청구인이

2.4. 정리

변호인의 도움을 받을 권리를 이해하는 이런 시각 차이는 무엇을 의미하는가? 미국연방대법원의 입장은 분명히 주정부의 법집행에 대한 연방법의 개입주의를 대변한다. 수정헌법 제14조에 수정헌법 제6조를 병합함으로써 연방헌법 특히 권리장전의 강력한 집행체제를 구축하고 있는 것이다. 하지만, 이런 개입주의는 국제인권법의 수준에서는 UN인권이사회와 ECHR가 서로 다른 입장에서 수용하고 있다. 이들의 판단준거가 되는 인권협약들은 미국연방헌법과는 달리 법규정상으로 “정의의 요청”이라는 말로 경제적 약자에 대한 법률원조의 요건을 규정하고 있어 보다 총체적인 관점에서 해석할 수 있는 여지를 남기고 있다는 점에서는 공통된다. 하지만, 그럼에도 불구하고 ECHR은 유럽인권협약 제6조 제1항과의 연관 속에서 제6조 제3항(c)를 해석하고 있는 반면, UN인권이사회는 법률원조와 직결되는 일부 사건을 제외하고는 모두 전체적인 맥락에서 단절한 채 변호인의 도움이 있었는가의 여부에 대한 사실판단만으로 결정을 내린다. UN인권이사회와 유럽인권재판소의 결정들이 서로 다른 입장에서 변호인의 도움을 받을 권리를 해석하고 있는 것을 보면 법집행은 당사국이 주권적으로 선택할 사항이며 따라서 국제법적인 개입은 가급적 자제하여야 한다는 자결권의 문제와는 별개의 차원에서 이 권리가 이해되고 있는 셈이다.

항소하였으나 항소심은 청구인이 출석하지 않았다는 이유로 법정에 출석해 있는 변호인의 변론을 허락하지 않은 채 변론을 종결한 것은 유럽인권협약 제6조 제3항(c) 위반); *Seliwiak v. Poland*, Judgment 121 July 2009, para. 60(강도죄로 1심에서 유죄판결을 받고 구금되어 있던 청구인은 항소하였으나 항소법원은 새 변호인 선임통보(및 재판기일통보)를 청구인의 주소지로 하는 바람에 청구인은 새 변호인과는 한 번도 만나 보지도 못한 채 항소심까지 결석재판의 형식으로 진행된 경우 비록 이 항소심에 새 변호인이 출석하여 변론을 하였다 하더라도 당사자인 청구인과 의사소통이 전혀 이루어지지 않은 채 특히 청구인의 지시(instruction)가 없는 상태에서 재판이 진행된 것은 제6조 제1항과 결합한 제6조 제3항(c)의 위반이라고 판결).

하지만 이런 입장의 차이에도 불구하고 이 세 사법기관의 판단에 공통된 것은 형사절차에서 변호인의 도움을 받을 권리는 다른 어떤 기본권에 뒤지지 않을 정도로 강력한 보장을 받아야 하는 것으로 이해되고 있다는 점이다. 이 권리는 국가의 사법체제의 공정성을 획정하는 중요한 준거 중의 하나로서 단순히 국가가 이 권리를 존중(respect)하거나 제3자의 침해로부터 보호(protect)하는 수준을 넘어 국가는 어느 정도의 재정적인 부담⁷³⁾에도 불구하고 이 권리의 실현(fulfil)에 직접 기여하여야 할 의무를 지우고 있는 점에 이 세 체제에서 공통적으로 나타나는 인식이다. 환언하자면 변호인의 도움을 받을 권리는 단순한 국민의 권리라는 수준을 넘어 국가의 사법권력이 발동되기 위한 하나의 전제조건 내지는 그 정당성을 확보하기 위한 충분조건 중의 하나로 이해되고 있는 것이다.

Ⅲ. 변호인의 도움을 받을 권리의 확장

1. 문제제기

변호인의 도움을 받을 권리를 실현함에 있어 가장 큰 문제 지점으로 또 오르는 것이 스스로 변호인을 구할 수 없는 피고인의 경우이다. 유럽인권협약이나 ICCPR은 두 가지 요건을 전제로 이를 권리로 규정한다. 즉, 피고인이 능력이 없을 것과 그에게 변호인을 선임하여야 할 필요성

73) 국가가 법률원조에 소극적인 이유 중의 하나가 재정 부담이라고 한다. 실제 무료변호의 경우 사건별로 판단되어야 하는 만큼 사전에 예산을 확보하기 어렵다. 구체적인 사건에서 법원이 피고인의 경제 상태에 따라 결정하게 되는 만큼 이는 철저하게 “수요 종속적(demand-led)”인 것이 되어 정부가 쉽사리 예산책정을 하지 않으려는 경향이 강하다고 한다. Lee Bridges, 앞의 논문 139쪽 참조.

즉, 정의의 요청이 있을 것이 그것이다.⁷⁴⁾ ECHR이나 UN인권이사회는 조약의 규정상 피고인이 무자력자라서 변호인을 스스로 선임할 수 없는 상황이라 하더라도 그 모든 경우에 당사국이 무료로 변호인을 선임해 주어야 할 의무는 없다고 한다.⁷⁵⁾ 두 협약 모두 법률원조의 대상으로 형사사건에 회부된 자로 한정하고 있기 때문이다. 하지만, 이런 명문규정과 판결도 불구하고 공정한 재판을 받을 권리의 하위 범주로서의 변호인의 도움을 받을 권리가 가지는 지위로 인하여 국가는 어느 범위까지 이 법률원조의 의무를 지게 되는가의 문제는 지속적인 논란거리가 되어 왔다.⁷⁶⁾

74) *Quarant v. Switzerland*, Judgment 24 May 1991은 이 요건을 가장 잘 정리하고 있다. 전과 2범인 비행청소년이 마약을 팔다가 기소된 사건에서 법원은 변호인을 선임해 달라는 피고인측의 요구를 사건이 간단하고 변호인을 선임하여야 할 법적 근거가 부족하다는 이유로 거부하였다. 이에 대해 ECHR은 무료변호가 필요한 요건으로 ① 피고인이 경제능력이 부족할 것과 ② 정의의 요청이 있을 것을 선언하면서 ②의 요건은 다시 ㉠ 범죄의 심각성, 예상되는 형벌의 경중(주로 법정형으로 판단함), ㉡ 사건의 복잡성, ㉢ 개인적인 사정(지적 능력, 변별력 등) 등에 의해 판단되어야 한다고 하면서, 이 사건의 경우 법정형은 3년이며, 누범문제 등 사건이 복잡하며 피고인이 교육을 받지 못하고 사회부조에 의해 생활하고 있다는 등의 사실을 들어 청구를 인용하고 스위스정부는 위자료 3,000스위스프랑, 재판비용 7,000스위스프랑을 지급하라고 판단하였다.

75) *J.O., Z.S., and their daughter S.O., v. Belgium*, Communication No. 1417/2005 (2004) CCPR/C/85/D/1417/2005. para. 4.4.(교통사고피해자인 청구인들이 보험회사의 보상금에 대해 소송을 제기하면서 변호인을 선임해 줄 것을 요구하였으나 법원이 거절하자 이에 불복한 사건으로 청구기각 됨) 하지만 ECHR의 경우에는 조금 다른 입장을 보인다. 여기서도 유럽인권협약 제6조 제3항(c)가 피고인으로 한정된 점을 인정하고 따라서 당사국에는 이런 의무가 없음을 선언하면서도 경우에 따라서는 민사소송에서 변호인 없이 재판하는 것이 현저하게 공정성의 원칙에 반하는 결과를 야기하게 된다면 제6조 제1항 소정의 공정한 재판을 받을 권리가 침해되는 셈이 된다는 이유로 청구인의 주장을 받아들이기도 하였다. *Airey v. Ireland*, Judgment 9 Oct. 1979, para.26 참조(이 혼소송에서 변호인의 선임능력이 없는 청구인이 변호인 선임을 요구했으나 법원이 거부한 경우 이는 이혼소송사건의 복잡성을 감안할 때 청구인 스스로는 도저히 절차를 진행할 수 없음이 자명하기 때문에 제6조 제1항 소정의 공정한 재판을 받을 권리위반이라고 판단함(2명의 반대의견 있음)).

2. 기소 이전의 단계에서의 변호인의 도움을 받을 권리

기소 이전 특히 수사단계에서 혐의자가 자력으로 변호인을 선임할 수 없는 경우에 국가는 무료로 그에게 변호인을 선임해 주어야 하는가의 문제는 적어도 ECHR에 관한 한 명확한 기준이 설정되어 있다. 변호인의 선임여부가 전체로서의 절차에 어떤 의미를 가지는가에 따라서 판단하여야 하기 때문이다.

그 대표적인 사건이 *Panovits v. Cyprus*⁷⁷⁾ 사건이다. 이 사건은 아버지와 함께 경찰서에 출석한 청구인(당시 17세)이 아버지와 격리되어서 신문을 받다가 살인 및 절도사건의 자백을 받아낸 경우이다. 경찰은 아버지에게 단순히 사안이 중대하니 변호인을 선임하는 것이 어떻겠는가 정도의 의사타진만 한 채 변호인 선임 등의 조치를 취하지 않고 계속 청구인을 신문하였다. 이에 대하여 ECHR은 변호인의 도움이 필요한 시기는 피의자가 무언가를 말하기 이전, 그리고 자신의 서면진술서를 작성하기 전이라고 단언한다. 이런 시점에서는 국가가 변호인의 선임을 방해하지 않았다는 소극적인 태도만 가지고 있다 해서 청구인의 권리를 침해하지 않았다고 할 수는 없게 된다. 오히려 국가는 적극적으로 변호인의 선임을 받을 권리가 있음을 알리고 법률원조에 의한 변호인 선임제도의 존재에 대해서도 당사자들이 이해할 수 있도록 설명하여야 할 의무가 있다고 보아야 하는 것이다.⁷⁸⁾

76) 실제 ECHR이나 UN인권이사회의 입장에서는 법률원조의 문제는 국가의 무료변호인 선임의무와 직결되며 특히 변호인이 필수적으로 요청되는 사건에서 피의자/피고인이 무자력인 경우 국가는 어떤 노력을 하였는가라는 점에 초점이 맞추어지게 된다. 따라서 이 두 인권체제에 관한 한 법률원조의 문제는 종국적으로는 필요적 변호사건의 문제 내지는 변호인의 도움을 받을 권리에 대한 국가적 충족(fulfil)의 의무와 동일한 선상에 놓인다.

77) Judgment 11 Dec. 2008.

78) *ibid.*, para. 70-72. 특히 혐의자가 미성년자인 경우에는 변호인이나 후견인의 도움을 받지 않고서는 그 절차의 의미는 물론 자신의 진술이 어떤 의미를 가지는지 알기

특히, ECHR은 경찰에서의 자백진술서가 이하 재판절차에서 중요한 증거로 이용되어 유죄의 증거가 되었을 뿐 아니라 변호인 없이 신문하였다는 하자가 별도로 치유되었다는 증거가 없음을 지적하면서 이런 절차는 청구인의 변호인의 도움을 받을 권리를 침해한 것이라고 판단하였다.⁷⁹⁾ 수사단계는 분명 유럽인권협약 제6조 제3항(c)에는 명문으로 규정되어 있지는 않지만 그것은 전체로서의 형사절차의 시점을 이루며 거기서 수집된 증거(특히 피의자의 진술)가 유죄의 증거로 유효하게 채택되는 경우에는 반드시 변호인의 도움을 받을 수 있게끔 하여야 할 의무가 국가에게 있다고 보는 것이다.

이런 결정은 그 이전에도 존재하였다. 테러방지법과 관련하여 체포된 피의자가 변호인의 선임을 요구하였음에도 불구하고 48시간 동안 변호인선임권을 유예시킨 채⁸⁰⁾(이 부분은 적법한 것으로 판시됨), 신문을

어렵기 때문에 더욱 그러하다고 한다.

79) *ibid.*, para. 75, 76. 반면에 그 이전의 *Imbrioscia v. Weizerland*, *op.cit.*의 경우에는 비록 변호인이 선임되기 전에 피고인이 신문을 받았지만, 전체로서의 절차를 미루어볼 때 그 이후의 신문에서는 변호인이 현장에 참석할 수 있었음에도 불구하고 참석하지 않았다는 점, 마지막 신문시에는 변호인이 참석하고도 그 당시 및 그때까지의 신문내용에 대하여 별다른 이의제기를 하지 않았다는 점, 법원의 변론절차가 제대로 이루어졌다는 점 등을 감안하여 전체로서의 절차가 공정하였기 때문에 제6조 제3항(c)를 위반한 것은 아니라고 판단하였다. para. 43, 44 등 참조. 이 판결은 63의 표결로 결정되었다. *Pettiti* 재판관의 반대의견은 체포된 지 24시간 이내에 신문을 받았다는 점, 변호인이 신문시 참석요청을 받지 못하였다는 점 등은 제6조 제3항(c) 위반의 사유로 충분하다고 한다.

80) 영국의 형사법은 일정한 조건적 제약하에 경찰이 피의자의 변호인 선임권을 36시간(일반적인 경우) 또는 48시간(반테러법 관련인 경우)까지 유예할 수가 있다. 즉, 변호인을 선임하게 할 경우 그 과정에서 증거가 인멸되거나 타인의 권리를 침해할 우려가 있거나 장물의 회수가 불가능하게 될 것이라는 합리적인 이유가 있는 경우 이 시간 동안에는 변호인을 선임하지 아니한 채 피의자를 신문할 수 있다. 다만, 이런 경우에는 피의자가 진술을 거부하더라도 그에 따른 불이익을 부과할 수 없다. 자세한 것은 H. Fenwick, *Civil Liberties and Human Rights*(New York: Routledge, 2007), 1216-1223쪽 참조.

계속하여 6번째의 신문에서 기어코 자백을 받아낸 사건⁸¹⁾에서 ECHR은 비록 그 신문조서가 예심절차에서 변호인등에 의해 증거능력을 인정받았다 하더라도 변호인이 없는 상태에서 이루어진 자백이 증거로 제출되었다면 그것은 위법한 것이라고 판단하였다. 변호인 없이 진술한 내용이 재판의 중요한 증거로 채택되는 것은 재판의 공정성의 원칙에 어긋나는 것이라고 본 것이다.⁸²⁾

UN인권이사회도 마찬가지로의 태도를 취한다. UN인권이사회는 일단 사형이 선고될 수 있는 사건에서는 공판절차나 항소심절차 뿐 아니라 형사절차의 전 과정을 통하여 변호사의 도움을 받을 수 있어야 한다는 원칙을 확립하였다.⁸³⁾ 즉, 사형이 선고될 수도 있는 형사절차에서 예심절차가 진행되는 내내 청구인인 피고인에 대하여 변호인의 도움을 받을 권리를 고지하지 아니한 법원의 조치는 그의 인권을 침해한 것이 된다.⁸⁴⁾ Brown v. Jamaica⁸⁵⁾사건에서도 UN인권이사회는 이를 재확인하고 있다. 즉 사형이 법정형중의 하나인 살인피의사건에 대한 예심절차 중 변호인이 없는 것을 알면서도 절차를 정지하지 아니하고 속행한 것은

81) Magee v. U.K., judgment 6 June 2000

82) 이 결정은 경찰신문의 초기단계에서부터 변호인의 도움을 받을 권리는 발동되며 그것이 공정한 재판의 원칙에 부합하는 것이라고 한다. para. 39. 물론 초기단계에서의 이 권리는 경우에 따라 정당한 이유 하에(for good cause) 제한될 수도 있으나, 가장 중요한 것은 이러한 제한이 절차의 전체적인 맥락에서(in the light of the entirety of the proceedings) 피고인이 가지는 공정한 재판을 받을 권리를 박탈하는 결과를 야기하는가의 문제라고 한다. para. 41.

83) Osbourne Wright and Eric Harvey v. Jamaica, communication No. 459/1991 (1995); Frank Robinson v. Jamaica, communication No. 223/1987(1989) 등 참조.

84) Clarence Marshall v. Jamaica, Communication No. 730/1996, U.N. Doc. CCPR/C/64/D/730/1996 (1998), para.6.2(살인죄로 기소된 청구인이 예심절차 후 첫 공판이 시작될 때까지 변호인을 접견하지 못하였고 또한 공판 중에도 법정이 개정될 때에서야 변호인을 접견할 수 있었을 뿐 그 외는 전혀 기회가 주어지지 않았다고 주장한 것에 대하여 변호인의 도움을 받을 권리가 침해되었다고 판단).

85) Communication 775/1997, CCPR/C/65/775/1997, para. 6.6-6.9 및 6.15.

변호인의 도움을 받을 권리를 침해한 것이다.

*Borisenco v. Hungary*⁸⁶⁾사건은 이를 확장한다. 소매치기혐의로 체포되어 구속된 피의자에 대하여 구속여부를 심리하는 절차 및 구속과정에서도 변호인이 선임되지 못 한 것은, 형사절차 전과정을 통하여 변호인의 도움을 받을 권리가 타당하여야 한다는 UN인권이사회의 선례에 부합되지 않는다고 하였다. 이 사건에서 UN인권이사회는 그 시점에서는 변호인을 선임하여도 접견하러 오지 않는 것이 통례인 만큼 실효성이 없다고 항변하는 당사국에 대하여 국가가 선임한 변호인이 효율적으로 변호하도록 담보하는 것은 국가의 의무인 만큼 이러한 항변 역시 의미 없다고 판단하기도 하였다.⁸⁷⁾

하지만 가장 명확하게 변호인의 도움을 받을 권리의 범위를 규정한 것은 미국연방대법원의 판단들이다. 전직 검사출신의 Warren대법원장이 작성한 *Miranda v. Arizona*사건의 판결⁸⁸⁾은 유명한 미란다 원칙과 함께 체포되는 피의자가 가지는 헌법상의 권리를 잘 정리하고 있다: “구금되는 사람은 (……) 변호인의 도움을 받을 권리를 가지며 신문 중에는 변호인과 함께 있을 수 있으며 만일 궁핍한 경우에는 자신을 변호하기 위하여 변호인이 선임될 것이라는 점을 분명하게 고지 받아야 한다.”⁸⁹⁾ 이는 2년 전 경찰신문과정에서도 변호인의 도움을 받을 권리가 적용된다는 점을 선언한 *Escobedo v. Illinois* 판결⁹⁰⁾을 재확인한 것이다.

86) Communication 52/1999, CCPR/C/76/D/852/1999 (2002).

87) *ibid.*, para.8; 전술한 *Marais v. Madagascar*, *op.cit.*, para.17.3, 19에서도 기소 전 구금단계에서 변호인의 접견을 제한한 것은 위법하다고 판단하였다.

88) 384 U.S. 436 (1966).

89) *ibid.*, 467-473.

90) 378 U.S. 478 (1964). 이 사건은 이복동생과 함께 살인을 하였다는 혐의로 체포된 피의자가 변호인을 선임하였지만 경찰이 변호인의 접견을 허용하지 않는 바람에 아무런 도움도 받지 못하고 마침내 자백하게 된 점에 대하여 미국연방대법원은 기소 전이나 기소 후냐 하는 것은 중요하지 않으며 이미 그를 기소하기에 충분한 증언들을 확보해 놓고도 변호인도 없이 자백을 유도해 낸 것이 문제적이라고 지적하였다. 요컨

만일 어떤 사람이 신문받기 전 또는 그 도중에 어떤 형태로든 묵비권을 행사하기를 원함을 표현한 경우 그 신문은 중단되어야 한다.……만일 어떤 사람이 변호인을 원한다고 진술할 경우 그 변호인이 출석할 때까지 신문은 반드시 정지되어야 한다. 변호인이 출석하게 되면 그 사람은 변호인과 의논할 기회와 그 이후의 신문과정에서 변호인이 임석할 수 있는 기회가 반드시 부여되어야 한다.⁹¹⁾

이에 의하면, 구금상태는 피의자에게 나름의 공포를 야기하게 되며 이 공포로 인하여 피의자는 합리적인 판단을 행하기 어려운 심리상태에 빠지게 된다. 이런 상황에서 묵비권이나 자기부죄금지와 같은 헌법상의 특권을 포기하고 경찰에게 진술을 하는 것은 그의 선택이라고 하기 어렵다. 그것은 자신의 권리를 제대로 평가하지 못하였기 때문에 알면서 혹은 행위능력을 가지고(knowingly or competently) 한 것이라고 볼 수 없는 것이다. 즉 “자신의 독립적인 결정이 아니라 구금상태에서의 신문이 가져다주는 강제적인 분위기가 피의자로 하여금 진술하게 만드는 것이다.”⁹²⁾

이런 *Miranda*판결의 태도는 지금까지 유지되고 있다.⁹³⁾ 아울러 그 범위가 보다 확장되고⁹⁴⁾ 구체화되기까지 한다.⁹⁵⁾ 하지만, 기소 전 수사

대, 이 판결은 주된 용의자가 되는 순간부터 변호인의 도움을 받을 권리가 발생한다고 보았다.

91) 384 U.S. 436, 474.

92) *ibid.*, 465

93) *Miranda*판결이 있는 1년 후 연방의회는 *Miranda*원칙을 실질적으로 뒤엎는 법률을 통과시켰다. 18 U.S.C. §3501은 자백에 대하여 묵비권, 변호인의 도움을 받을 권리 등 *Miranda*선언에 해당되는 다섯 가지 사항을 알고 있는 경우에 증거능력을 인정하지만, 그 중 어느 것이 누락되었다 하더라도 그것으로 인해 자백의 증거능력이 박탈되는 것은 아니라는 규정을 두고 있다. *ibid.*, (b). 이에 대해 *Dickerson v. United States*, 530 U.S. 428 (2000)은 은행강도혐의로 체포되었다가 *Miranda* 고지 없이 진술함으로써 유죄선고를 받은 청원인에 대하여 *Miranda*판결은 합헌이며 따라서 이를 번복하는 입법은 연방의회가 할 수 없다고 선언하였다.

94) *Brewer v. Williams*, 430 U.S. 387 (1977)사건은 그 대표적인 예이다. 여아 살인사건의

혐의로 체포된 피의자는 변호인을 선임하여 묵비권을 행사하라는 자문을 받고 신문에 임하였으나 Iowa주의 Des Moines으로 이송되던 중 호송하던 경찰관이 죽은 여자 아이의 시체를 있는 곳을 알려주면 크리스마스 전에 기독교식으로 장례를 치를 수 있지 않겠는가라고 하면서 호소하자 피의자는 못내 그 매장된 위치를 가르쳐 주었다. 이 사실이 유죄의 증거로 채택되자 변호인 없이 진술한 것은 Miranda원칙 위반이라고 항소하였다. 미국연방대법원은 이에 대하여 수정헌법 제6조 위반으로 결정하였다.

- 95) U.S. v. Wade, 388 U.S. 218 (1967)(은행강도혐의를 받은 청구인은 변호인 없이 범인식별절차(line up)에 임해야 했고, 이 과정에서 은행원들이 청구인을 범인으로 지목하고는 본안절차에서도 청구인을 범인으로 지목하여 유죄판결을 받은 사건에서 범인식별절차도 수정헌법 제6조의 적용대상이라 판단); Kirby v. Illinois, 406 U.S. 682 (1972)(불심검문과정에서 강도당한 물건을 소지하고 있다는 이유로 경찰서에 연행한 뒤 변호인도 없는 상태에서 피해자를 불러 범인여부를 확인하게 한 경우는 위헌); Moore v. Illinois, 434 U.S. 220 (1977)(강간 등 혐의에 따른 예심절차에서 변호인 없이 피해자에 의해 범인으로 지목받은 뒤 그것이 유죄의 증거가 된 경우 이미 대립당사자주의가 적용되는 절차(예심절차)가 시작되었음에도 변호인 없이 절차를 진행한 것은 수정헌법 제6조 위반); Coleman v. Alabama(살인미수 등의 혐의에 의한 예심절차에서 변호인이 없음에도 불구하고 피해자로 하여금 범인을 지목하게 하고 이를 본안심리에서 증거로 채택하는 것은 위헌); Hamilton v. Alabama, 368 U.S. 52 (1961)(각하신청이나 형사무능력주장, 대배심구성에 대한 이의신청 등이 이루어져 형사절차에서 결정적으로 중요한 기소사실인부절차(arraignment)에서 사형도 가능한 강간죄 등의 혐의를 받는 피의자에 대하여 변호인 없이 절차를 진행한 것은 위헌); Brady v. U.S., 397 U.S. 742 (1970)(납치 등의 혐의를 받는 피의자에 대하여 변호인 없이 유죄인정(plea bargain)을 하게하고 이에 따라 유죄판결을 선고한 것은 위헌); U.S. v. Tucker, 404 U.S. 443 (1972)(은행무장강도혐의로 유죄판결을 받은 피고인이 변호인 없이 진행된 재판과정에서 3건의 전과사실을 진술하였고 이것이 양형절차에 반영되어 가장 무거운 형을 선고받았는데 이후 2개의 전과가 위헌으로 무효판결을 받은 경우, 양형절차에서도 변호인의 도움을 받을 권리는 존재한다고 판단); Mempa v. Rhay, 389 U.S. 128 (1967)(가석방중에 범죄를 저지른 청구인에 대하여 가석방취소를 위한 절차가 개시된 경우 이 절차에서 변호인의 도움을 받지 못하게 된 것은 위헌); McFarland v. Scott, 512 U.S. 849 (1994)(사형집행대기중인 청구인이 인신보호청구를 준비하기 위하여 변호인을 선임해 주고 사형집행을 연기해 달라는 청구에 대하여 인신보호절차에는 변호인의 도움을 받을 헌법상의 권리는 존재하지 않으나 사형수에 대하여는 그 권리가 인정되어야 한다고 판시); In re Gault, 387 U.S. 1(1967)(음란전화를 하였다는 이유로 소년법원에 회부되어 성년이 될 때까지 소년원에 수감하는 판결을 받은 사건에서 청소년비행 사건이라 하더라도 그의 자유가 제한되는 위험이 있다면 변호인의 도움을 받을 권리

단계라고 해서 변호인의 도움을 받을 권리가 반드시 보장되어야 하는 것은 아니다. 수사가 본격화되지 않고 단순한 탐문과정에 불과한 경우라든가 혹은 경찰서 등 피의자/혐의자의 생활영역으로부터 격리된 장소가 아니라 도로와 같이 공개된 장소 등에서 이루어지는 사법관리의 질문과 관련하여서는 다른 판단이 가능하다. 즉, 이런 경우에는 피의자/혐의자는 사법관리의 질문에 대하여 굳이 응할 필요가 없을 뿐 아니라 필요하다면 그 장소를 자유롭게 벗어날 수도 있기 때문이다.⁹⁶⁾ 특히 미국의 경우에는 비록 수사와 관련한 질문/답변이 이루어진다 하더라도 그것이 기소를 예정하거나 기소와 관련하여 이루어진 것이 아니라면 그 질문당시에 변호인의 도움을 받을 권리를 고지하거나 혹은 변호인의 재석을 보장할 필요는 없다고 한다. U.S v. Ash⁹⁷⁾ 사건에서 미국연방대법원은 “변호인의 도움을 받을 권리는 대립당사자적인 사법절차가 [피고인을] 상대로 개시된 때에 그리고 그 경우에만 발동된다.”라고 하면서 기소 후에 피고인의 신원을 보전하기 위하여 하는 사진촬영에 대하여는 이 권리가 적용되지 않는다는 판단을 내리고 있다. 즉, 기소측(검찰측)과 피고인측이 재판과 유사한 대립관계에 서 있을 때, 그리고 변호사는 피고인의 대변인 혹은 그에 대한 상담자로서 행위 할 때 이 권리가 보장

가 발생) 등 참조

96) 이 점은 제4장에서 설명하듯 우리 헌법재판소의 입장과는 약간의 거리를 가진다. 헌법재판소는 강제수사가 아닌 경우 즉 불구속상태에서 수사를 받는 경우에는 경찰서 안이라 하더라도 언제든지 신문을 거부하고 자리를 뜰 수 있다는 사실로 인해 변호인의 도움을 받을 권리는 절대적으로 인정된다고 한다. 헌법재판소 2004. 9. 23 선고 2000헌마138 참조. 이는 환언하자면 그런 절대적 권리를 가짐에도 불구하고 변호인의 도움 없이 경찰의 신문에 응하는 것은 그 권리의 포기에 상당한 것이며 그 자체로서 불법하다 할 수 없음을 의미한다. 하지만, 경찰서 안이라고 하는 공간의 특성은 아무리 임의적 수사의 형식을 띤다 하더라도 쉽사리 그 신문을 거부하기 어려운 구조를 구축하고 있다. 이에 변호인의 도움을 받을 권리를 판단하는 기준으로서의 공간문제는 임의수사냐 강제수사냐의 차원보다는 피의자의 생활공간과의 연속성/단절성을 중심으로 구성하는 것이 바람직하다.

97) 413 U.S. 300 (1973).

될 뿐이라고 못 박고 있다.⁹⁸⁾

3. 재판의 공정성 확보와 변호인의 도움을 받을 권리: 항소심의 경우

변호인의 도움을 받을 권리는 항소심의 경우에도 여전히 타당한가? 이 역시 그 권리의 성격을 바라보는 시각에 따라 조금은 다른 경로를 통해 판단된다. 변호인의 도움을 받을 권리를 독립적인 것으로 이해하는 미국 연방대법원의 경우에는 항소심 역시 대립당사자적인 구조로 심리, 판단되며 따라서 변호인의 도움을 받을 권리는 의연히 타당한 것이어야 한다는 입장을 취한다. 반면, ECHR은 항소심이라고 해서 당연히 변호인의 도움을 받을 권리가 확대, 통용되는 것은 아니며, 오히려 형사소송절차의 전 과정에서 변호인의 역할과 기능이 어떠했는가 혹은 어떠하여야 했는가에 따라 달라진다고 보면서 항소심의 경우에는 이런 소송의 전 절차에서 차지하는 성격에 따라 다른 판단이 가능할 것이라는 취지의 입장을 취하고 있다.

우선 전자부터 먼저 살펴보자. 이에 관한 미국 연방대법원의 선례는 *Douglas v. California*⁹⁹⁾에서 이루어진다. 청구인은 13개의 중범죄로 병합 심리를 받아 유죄판결을 받자 자신의 항소권을 행사하면서 항소심에서 무료로 변호인을 선임해 줄 것을 청구하였다. 하지만, 항소심법원은 변호인을 선임하는 것이 피고인이나 항소법원 모두에게 도움이 되지 않을 것이라는 판단을 내리면서 이 청구를 기각한 채 심리를 진행, 유죄판결을 재확인하였다. 이에 대해 미국연방대법원은, 형사사건에서 경제적인 궁핍으로 인해 변호사비용을 지급할 수 없는 피고인에게 변호인을 선임해 주지 않는 것은 “공정한 재판이라는 헌법상의 약속을 무의미한 것으

98) 이에 관한 설명으로는 Y.Y. Kamisar/W.R. LaFave/J.H. Israel, 앞의 책, 83-84쪽 참조.

99) 372 U.S. 353 (1963).

로 만들고 말 것”이라고 한 Griffin v. Illinois¹⁰⁰⁾사건의 결정을 원용하면서, 항소심에서도 만약 피고인이 궁핍으로 인해 변호인을 선임할 수 없는 경우 법원이 변호인을 선임해 주어야 한다고 판단하였다. 피고인이 재력이 있어 변호인을 선임한다면 항소심법원은 변호인이 마련한 변론서와 구술변론에 의거하여 사건의 본안(the merits)을 곧장 심사하게 된다. 반면, 만약 빈곤으로 인해 변호인을 선임할 수 없다면 항소심법원은 변호인을 선임해주어야 하는지를 판단하기도 전에 조악한 기록·서류 등에 의해 본안 그 자체에 대한 예단을 가지기 십상이다. 특히 궤석상태에서 기록만 가지고 변호인 선임여부를 심리하게 되면, 제1심에서 제대로 규명되지 아니한 본안의 쟁점 혹은 사실관계를 밝혀낼 수 있는 가능성 자체가 박탈되는 셈이 된다.¹⁰¹⁾

부자는 항소하면서 변호인이 기록을 검토하고 법률조사를 하며 그를 위해 변론을 행하는 등의 혜택을 누리는 반면, 궁핍한 사람은 [국선변호인 선임여부에 관한] 예심절차에서 이미 항소의 이익이 없다는 판단을 받았다는 부담을 지면서 혼자서 모든 것을 다 처리하여야 한다. 기록이 불분명하거나 하자가 숨어 있는 경우에 궁핍한 사람은 오로지 의미 없는 의례를 가질 권리만 있는 반면, 부자에게는 의미 있는 항소의 권리를 가진다.¹⁰²⁾

결국 복잡한 재판서류들을 다루어야 하는 항소심에서 변호인의 도움을 받을 권리를 제대로 보장하지 않는 것은 빈부의 격차에 따른 차별에

100) 351 U.S. 12(1956), 17. 이 사건은 Illinois주가 항소를 하려면 1심법원의 기록을 제출하여야 하도록 규정하고 그에 필요한 속기록 등의 작성비용은 사형사건에 대해서만 무료로 하고 있는 바람에 가난한 청구인이 항소를 하지 못하게 된 경우를 다루었다. 이에 의하면 “미리 [변호인에 대한] 비용을 지급할 수 있는 능력은 피고인의 유·무죄와는 아무런 합리적 관련이 없으며 그 사실을 피고인으로부터 공정한 재판을 박탈하는 근거를 사용할 수도 없다”고 한다. *ibid.*, 17-18.

101) 372 U.S. 353, 356.

102) 372 U.S. 353, 358.

다름이 아니라는 것이 미국연방대법원의 입장인 셈이다. 요컨대, 여기서는 항소심에서도 변호인의 도움을 받을 권리는 여전히 타당하다는 사실을 당연한 전제로 하면서 국가 혹은 법원은 모든 사람들이 변호인의 도움을 받을 수 있도록 배려하여야 한다는 헌법상의 의무를 재확인하고 있다.

ECHR의 경우에는 미국연방대법원보다는 조금 신중한 편이다. 항소심이라 해서 반드시 변호인의 도움을 받을 권리가 국가의 변호인선임의 무로 이어지는 것은 아니라는 입장을 취하고 있기 때문이다. 그 대표적인 사건이 *Boner v. U.K*¹⁰³⁾이다. 청구인은 3인조로 무장하여 우체국을 강도한 혐의로 재판을 받았으나 재판과정에서 공범이 먼저 입정한 증인과 무언가 대화를 나누었음에도 불구하고 법원은 그 증인의 증언을 증거로 채택, 청구인은 유죄로 징역 8년을 선고한 반면 그 공범은 무죄라고 판단하였다. 이에 청구인은 항소하면서 스코틀랜드 법률원조위원회(Scottish Legal Aid Board)에 변호인의 선임을 요청하였으나 이 위원회는 항소가 법적 근거가 없는 것이라고 판단하고 변호인 선임을 거부하였고 결국 항소심은 변호인이 없는 채로 진행되었다. 이에 대하여 ECHR는 유럽인권협약 제6조 제3항(c)의 규정이 항소심이나 파기심(cassation courts)에도 적용되는가의 여부는 당해 절차가 가지는 특수한 모습에 따라 달라진다고 하면서 국내법질서 내에서 행해지는 절차의 전체성과 항소심·파기심이 그 속에서 가지는 역할을 고려하여 판단하여야 한다고 보았다.¹⁰⁴⁾ 그런 연후에 스코틀랜드에서는 모든 사람이 유보 없이 항소할 권리를 가지며, 항소 이유 또한 제한이 없다는 사실, 그리고 구두변론의 절차를 거친다는 점 등을 거론¹⁰⁵⁾하면서 항소심이 복심으로 운영된다는

103) Judgment 28 Oct. 1994.

104) *ibid.*, para. 37. 이는 *Monnell and Morris v. U.K* Judgment 2 March 1987, para.56을 원용한 것이다.

105) para. 38.

점, 스코틀랜드의 고등법원(the High Court)이 가지는 광범위한 재량권, 그리고 8년 징역이라는 형벌의 무거움 등의 사실을 고려할 때 항소심절차가 변호인 없이 진행된 것은 청구인의 인권을 침해한 것이라고 하였다.¹⁰⁶⁾

이런 입장은 *Hanževački v. Croatia*¹⁰⁷⁾에서도 반복된다. ECHR은 이 사건에서 변호인의 재판연기요청에도 불구하고 재판을 강행, 청구인으로 하여금 변호인 없이 새로운 증거를 제출케 하는 등 혼자 자기방어에 나서게 한 것은 잘못이라고 판단하였다. 실제 이 경우 ECHR은 만일 항소심에서 변호인 없이 재판이 진행되었다는 하자가 상고심에서 교정되지도 않는 만큼 변호인 없이 재판을 속행한 것은 잘못이라고 함¹⁰⁸⁾으로써 변호인의 도움을 받을 권리를 심급별로 판단하지 않고 절차의 전체성을 중심으로 판단하고 있음을 재확인하고 있다. *Lala v. The Netherlands*¹⁰⁹⁾ 역시 마찬가지로 항소심에 대해서까지 변호인의 도움을 받을 권리를 확장하고 있지만 여전히 절차의 전체성을 강조한다. 여기서도 항소심은 복심적 성격을 가져서 법률문제뿐만 아니라 사실문제까지도 처음부터 다시 심리하게 된다는 점을 강조하면서¹¹⁰⁾ ECHR는 공정한 재판을 위해서는 피고인의 출석을 강제하는 것도 중요하지만 동시에 제1심과

106) para. 44. 유사한 사건이 *Maxwell v. U.K.*(Judgment 28 Oct. 1994)사건으로 여기서도 ECHR는 스코틀랜드 법률원조위원회가 항소할 법적 근거가 없다고 판단하여 국선 변호인 선임을 거부하고 다른 변호사들도 마찬가지로의 이유로 사건수임을 거부하여 변호인 없이 항소심을 진행한 것은 유럽인권협약 제6조 제3항(c)의 위반이라고 판단하였다. 특히 이 사건에서 *Freeland*재판관은 사건이 단순하다 하더라도 국가인 검찰 측은 항소심에서 변호인을 출석시키면서 항소인인 피고인에 대해서는 아무런 대리의 기회를 부여하지 않은 것은 정의에 어긋난다고 하여 변호인의 도움을 받을 권리를 무기대응의 원칙에 직접 연결시키고 있다. *ibid.*, Concurring Opinion of Sir John Freeland, para. 3

107) *op.cit.*, Judgment 16 April (2009).

108) para. 28.

109) Judgment 22 Sep. 1994.

110) *ibid.*, para. 31.

제2심 모두에서 피고인이 제대로 변론되는 것도 중요하다고 판단하였다.¹¹¹⁾

4. 변호의 질: 효과적인 변호인 도움

UN인권이사회의 경우에는 항소심에서의 변호인의 도움을 받을 권리에 대해 명확하게 선언한 사례는 찾기 어렵다. 항소심과 관련하여서는 오히려 항소포기 혹은 항소절차의 진행에 있어 피고인의 의사를 제대로 반영하였는가 혹은 변호인과의 의사소통이 제대로 되었는가 등의 문제에 집중되어 있다. 하지만 이 문제는 항소심 자체의 문제라기보다는 변호인의 도움을 받을 권리가 제대로 된 변호를 받을 권리 혹은 피고인이 원하는 변호 또는 변호인의 도움을 받을 권리의 보장이라고 하는 보다 일반적인 문제로 이어진다.

UN인권이사회는 이 문제에 대하여 사건의 성격과 고객(즉 피고인)의 지시권(instruction)이라는 관점에서 접근한다. 먼저, 항소심이 기록만으로 진행되며 별도의 변론이 열리지 않는 경우에는 비록 변호인이 피고인의 지시도 없이 변호인의 판단만으로 절차를 중단하게끔 한 것은 그의 변호인의 도움을 받을 권리를 침해한 것은 아니라고 판단하였다. 즉, 항소를 진행할 것인지 아닌지를 전문적으로 판단하는 것은 변호인의 몫이며 나아가 이에 관해 피고인인 고객의 지시를 받을 것인지 아닌지를 판단하는 것도 변호인의 전문영역에 속하는 것인 만큼 이 부분에 관한 당사국의 협정위반은 존재하지 않는다고 본 것이다.¹¹²⁾ 하지만 그렇

111) *ibid.*, para. 33.

112) *Teesdale v. Trinidad and Tobago*, Communication 677/1996, CCPR/C/74/D/677/1996 (2002), para. 9.7. 이 사건은 살인혐의로 유죄판결을 받은 청구인이 항소를 하면서 변호인의 선임을 받았으나 그 변호인이 로스쿨을 갓 졸업한 변호사로 경력이 거의 없는데다가 자신을 접견조차 하지 않자 변호인을 바꾸어 줄 것을 요구하였으나 거절당한 경우를 다룬다.

지 않은 경우에는 변호인과 피고인간의 의사소통은 변호인의 도움을 받을 권리를 보장함에 있어 중요한 요소가 됨을 거듭 확인한다. *Morrison v. Jamaica* 사건에서 UN인권이사회는 사형사건과 같은 경우에는 비록 변호인이 항소를 할 법적 근거가 빈약하다고 판단하여 항소를 취하하고자 하더라도 항소법원은 반드시 그 변호인이 피고인에게 그 사실에 관한 의견을 구하고 따라서 피고인이 항소 취하에 대하여 제대로 알고 있는지 확인하여야 할 의무가 있다고 판단하였다.¹¹³⁾

*Collins v. Jamaica*¹¹⁴⁾ 사건은 이런 확인의 의무가 필요한 이유를 설명하고 있다. 여기서 UN인권이사회는 사형사건에서 변호인의 도움은 형사절차 전체에 걸쳐 필수적이라는 사실을 재확인하면서, 만약 변호인이 더 이상의 절차진행이 무의미하다고 판단할 경우 피고인에 대하여 그 점을 권고할 권한이 있지만 그 권고에도 불구하고 피고인이 계속 절차진행을 요구할 경우에는 자신의 의견에도 불구하고 계속해서 절차를 진행하거나 아니면 피고인으로 하여금 자신의 비용으로 변호인을 선임할 수 있는 기회를 부여하여야 한다고 판단하였다. 비록 법률원조 프로그램에 의하여 변호인이 선임되는 경우 피고인은 변호인을 선택할 수 있는 권리를 가지지는 못하지만, 그럼에도 불구하고 선임된 변호인은 정의의 요청에 따라 효과적인 변호를 할 의무를 진다고 한다.¹¹⁵⁾

이런 입장은 ECHR에서 더욱 명확하게 나타난다. *Artico v. Italy*¹¹⁶⁾ 사건에서 ECHR는 당사국이 피고인에게 변호인을 선임해 준 것만으로 유

113) Communication 461/1991, CCPR/C/52/D/461/1991 (1994), para. 10.5. 이 사건은 살인사건의 혐의로 사형선고를 받은 청구인이 항소심에서 국선변호인의 선임을 받았지만 그가 초보자인데다 경험이 없어 교체를 요구하던 중 그 변호인은 항소의 법적 근거가 빈약함을 이유로 청구인의 의견도 구하지 않은 채 항소법원과 협의하여 항소를 취하해 버린 경우를 다루고 있다.

114) Communication No. 356/1989, U.N. Doc. CCPR/C/47/D/356/1989 (1993).

115) *ibid.*, para. 8.2.

116) Judgment 13 May 1980.

럽인권협약상의 의무를 다 이행한 것이라 할 수는 없으며 항상 효과적인 변호가 이루어질 수 있도록 주의를 다하여야 함을 선언하였다. 사기 등의 혐의로 유죄판결을 받고 파기원(the Court of Cassation)에 항소한 청구인은 법원이 선임한 변호인이 접견도 하지 않고 변호를 맡기를 사양하자 변호인의 교체를 요구하는 서한을 수차에 걸쳐 파기원에 보냈다. 하지만 파기원은 이 요구를 거절한 채 절차를 진행, 유죄를 확정하였다. 이에 대하여 이탈리아 정부는 유럽인권협약상의 변호인의 도움을 받게 할 의무는 변호인을 선임해 주는 것으로 충분하며 변호인 선임 이후의 문제에 대하여는 국가의 책임은 아니라고 항변하였다. 하지만, ECHR는 유럽인권협약은 실효적으로 구현되어야 하며 협약 제6조 제3항(c)의 명문규정도 “선임(nomination)”이 아니라 “도움(assistance)”이라는 점을 지적하면서 선임된 변호인이 죽을 수도 있고 중병이 걸리거나 혹은 오랫동안 업무에 종사하지 못하는 경우 또는 자신의 직무를 소홀히 하는 경우도 있을 것이기 때문에 단순한 “선임”만으로는 “효과적인 도움(effective assistance)”을 보장하지 못한다고 하였다. 그러기에 만약 이런 사실을 인지하게 될 경우 정부당국은 반드시 그 변호인을 교체하거나 또는 그로 하여금 직무를 충실히 하도록 촉구하여야 한다는 것이다.¹¹⁷⁾

전술한 Pishchalnikov v. Russia¹¹⁸⁾ 사건은 이 점을 재확인한다. ECHR은 수사단계에서도 변호인의 도움을 받을 권리는 타당하며 만일 기존의 변호인이 이 단계에서 도움을 줄 형편이 되지 못한다면 수사당국은 청구인에게 다른 변호인을 구하거나 혹은 지역변호사협회로부터 변호인의 선임을 받을 수 있는 기회를 부여하였어야 했다고 판단하였다.¹¹⁹⁾

117) *ibid.*, para. 33.

118) Judgment 24 Sep. 2009. 절도죄로 체포되어 변호인의 선임을 요구하였으나 거부당한 채 신문을 받아 제1, 2심 모두에서 유죄판결을 받아, 청구인은 법원이 선임한 변호인이 사건 검토도 제대로 않고 수사단계는 물론 제1심 절차에 한 번 법정에서 출석하는 등 변호인의 도움을 받을 기회가 거의 없었음을 이유로 제6조 제3항(c)의 위반을 주장하였다.

Kamasinski v. Austria¹²⁰⁾ 사건도 논지의 흐름은 “효과적인 도움”을 강조하는 맥락 위에서 진행된다. 오스트리아에 주재하던 미국인인 청구인은 사기 등의 혐의로 체포, 구속기소되었다. 법원은 영어를 할 수 있는 변호인을 선임하여 재판에 임하였으나 청구인은 변호인이 기소청문에 출석하지 않고 접견도 짧게 하는 한편 검찰측의 증거를 제대로 알려주지 않았으며 변론도 미흡하였다는 등의 이유로 효과적인 변호인도움을 받지 못하였던 만큼 공정한 재판이 이루어지지 않았다고 주장하였다. 이에 대하여 ECHR는 변호인의 선임만으로 협약상의 의무를 다 한 것은 아니라고 하면서¹²¹⁾ Artico사건의 판결취지를 재확인하고 있다. 더불어 변론의 수행은 피고인과 변호인 사이의 문제이지 법률전문직의 자율성을 고려할 때 국가가 개입할 일은 아니라고 하면서도 만약 법률원조에 임하는 변호인이 효과적인 변호를 하지 못하고 있음이 명백하거나 혹은 이런 저런 방법으로 국가의 관심을 끌 정도에 이를 경우에는 국가는 개입하여야 할 의무를 진다고 하였다.¹²²⁾

미국연방대법원에서 “효과적인 도움(effective assistance)”이라는 문제가 쟁점으로 제기된 것은 전술한 *McMann v. Richardson* 사건에서이다. 보기 나름으로는 *Powell* 사건에서 미국연방대법원이 “재판의 준비 또는 진행에 효과적인 도움을 줄 수 없는 시기 또는 상황에서 [법원이] 변호인을 선임(assignment)하였다고 해서” 법원의 의무를 다 이행한 것이라고는 할 수 없다¹²³⁾고 함으로써 변호의 질에 대해 나름으로 언급하고 있기

119) *ibid.*, para. 74. 하지만 ECHR는 항소심절차에서 변호인이 효과적인 도움을 주지 않았다는 청구인의 주장에 대하여는 수사단계에서 변호인이 없었다는 하자가 워낙 중대한 만큼 그 판단만으로 청구인의 주장은 인용될 수 있기 때문에 굳이 이 논점에 대해서는 판단할 필요가 없다고 결정하였다. *ibid.*, para. 93.

120) Judgment 19 Dec. 1989.

121) *ibid.*, para. 65.

122) *ibid.*, para. 65. 다만 이 사건에서 ECHR는 청구인의 변호인이 이런 요건을 충족할 정도로 효과적이지 않은 변호를 한 것은 아니며 단지 변호전술상의 차이에 불과한 것이었다고 하면서 청구를 기각하였다. *ibid.*, para. 66-71.

는 하다. 하지만, McMann사건은 이 문제 자체가 하나의 쟁점을 이루었다. 이 사건에서 미국연방대법원은 “중범죄로 기소된 피고인은 유능한 변호인의 효과적인 도움(the effective assistance of competent counsel)을 받을 권리를 가진다.”고 선언함으로써 이 문제에 대한 원칙을 명확하게 선언하였다. 더불어 “헌법에서 보장된 변호인의 도움을 받을 권리가 제대로 실현되기 위해서는 피고인을 무능력한 변호인에 시달리게 해서는 아니 되며, 법관은 자기 법원에서의 형사사건에서 피고인을 변호하는 변호사에 대해 적절한 직무기준을 유지하도록 노력하여야 한다.”고 판시하기도 하였다.¹²⁴⁾

Strickland v. Washington¹²⁵⁾ 사건은 효과적인 변호인 도움을 받을 권리

123) Powell v. Alabama, op.cit., 71. W. S. Geimer는 ‘효과적인 변호인도움’의 문제는 Powell 사건에서 먼저 다루어졌다고 하면서 그 논지를 분석하고 있으나(앞의 논문, 97-107 쪽), 엄밀히 보자면 이 사건의 경우 법원이 변호사회전체를 변호인으로 선임하는 등 실질적인 변호인선임행위가 없어 그 하자나 워낙 중대한 만큼 다른 논점은 이에서 파생된 것이거나 혹은 부차적인 것이 되었다고 해도 과언은 아니다.

124) 397 U.S. 759(1970), 771. 이 사건은 강도, 강도살인 등의 혐의로 체포되어 장기 종신형을 선고받은 청구인이 폭행 등에 의해 자백이 강제되었는데, 그 자백 때문에 유죄답변(plea bargain)을 할 수밖에 없었다고 하면서 변호인이 하지도 않은 일에 대해 유죄답변을 하도록 권유하였기에 자신은 효과적인 변호인도움을 받지 못하여 헌법상의 권리가 침해당하였다고 주장한 것이다. 이에 대해 미국연방대법원은 강제된 답변은 유죄의 증거가 될 수 없음에도 그것을 이유로 유죄답변을 한 것이 비자발적인 것이라고 하기는 어렵고 또 그러한 상황에서 유죄답변을 권고한 변호인의 행위 또한 불확실성이 많은 형사사건에서 반드시 비효과적인 도움이라고는 할 수 없다는 이유로 청구인의 주장을 기각하였다.

125) 466 U.S. 668 (1984). 이 사건에서 청구인은 살인 세 건을 포함한 형사사건에서 법원이 선임한 변호인의 반대에도 불구하고 유죄답변을 하였고 그 협상심리(plea colloquy)에서 자신은 지금까지 별다른 형사전과도 없으며 범죄 당시 경제적 궁핍으로 인해 극도의 스트레스 상태에 있었다고 진술하여 법관으로부터 청구인이 자기 행위에 대해 책임을 질 줄 아는 사람이라는 긍정적인 태도를 이끌어 내었다. 이에 변호인은 불리한 전과기록이 있음을 감안, 별다른 양형증거들을 제출하지 않고 협상심리에서 제출된 청구인의 진술만으로 양형에 관한 변론을 하기로 하였다. 또한 심리검사도 하지 않기로 하였는데 만약 한다면 검찰측도 별도로 심리검사를 할 것이 우려되었기

의 문제를 본격적으로 다룬다. 미국연방대법원은 판결문에서 변호인이 된 사람이 재판정에 피고인과 함께 출석한다고 해서 헌법상의 명령을 다 이행한 것이라고 볼 수는 없다고 하면서 “변호인의 도움을 받을 권리는 변호인의 효과적인 도움을 받을 권리”라고 하는 *McMann*사건의 명제를 반복한다. 피고인은 사선이든 국선이든 재판이 공정하게끔 하기 위하여 필요한 역할을 수행하는 변호인에 의해 도움을 받을 권리를 가진다는 것이다.¹²⁶⁾ 뿐만 아니라 이때의 효과성은 현실적인 것으로 변호인의 도움을 받을 권리가 보장되는 목적-공정한 재판의 실현-을 지도이념으로 하여 판단되어야 한다고 본다. 즉, 비효과성의 주장을 판단하는 기준은, 변호인의 행위에 의해 대립당사자적인 절차가 제대로 기능하지 못하게 됨으로써 재판이 정당한 결과를 산출하였다고 신뢰할 수 없게 되는 것이라고 한다.¹²⁷⁾ 하지만 이런 심사의 기준도 양형절차에서는 적용되지 않는다. 양형은 비공식적인 절차와 법관의 폭넓은 재량이 개입하는 만큼 변호인의 역할이 그 재판의 정당성을 훼손할 만큼 크지 않기 때문이다. 다만, 대립당사자적인 절차가 이루어지는 사형선고 사건(*capital sentencing proceeding*)에서는 일반적인 형사재판과 마찬가지로 이와 같은 기준이 적용되어야 한다.¹²⁸⁾

때문이다. 하지만, 그럼에도 불구하고 사형을 선고받자 청구인은 변호인이 제대로 증거조사도 하지 않는 등 변호를 부실하게 하였다는 이유로 인신보호영장을 청구하였다가 기각, 인용판결을 거듭 받으면서 미국연방대법원에 이르렀다.

126) *ibid.*, 685-6.

127) *ibid.*, 686. 하지만 이 부분에서 문제가 발생한다. 판결은 효과성의 판단기준을 공정한 재판 그 자체에 두기 보다는 재판결과에 대한 신뢰에 두다보니 헌법상의 공정한 재판을 받을 권리 자체가 축소되는 결과가 나오기도 한다. 반대의견을 제출한 *Marshall* 대법관은, 이에 대해 “[다수의견은] 효과적인 변호를 받을 권리를 헌법적으로 보장하는 목적이 무고한 사람이 유죄판결을 받게 될 가능성을 감소시키는데에만 한정하고 있다. 나의 생각으로는 그 보장은 동시에 유죄판결은 언제나 근본적으로 공정한 절차에 의해서만 이루어져야 함을 보증하는 방식으로 기능하기도 하여야 한다는 것이다.”라고 반박하고 있다. *ibid.*, 711.

128) *ibid.*, 686-7.

실제 이 문제는 피고인의 변호인의 도움을 받을 권리의 문제와 변호인이 되는 법률전문직의 독립성·자율성의 요청이 대립되는 영역이기도 하다. 형사사건과 같이 증거나 사실관계 등에서 불확실성이 많은 재판에서는 변호인의 전문적인 판단과 그에 입각한 소송전략의 선택은 쉽사리 그 효율성 여부를 판단하기 어려운 것이기도 하다. 판결에서 다수의견이 효과적인 도움의 판단은 제1차적으로는 법률전문가들을 신뢰하는 방식으로 이루어져야 한다는 취지를 실시한 것은 이 때문이다. 그들에 의하면 수정헌법 제6조는 효과적인 도움의 요건을 특정하지는 않고 있으며 오히려 변호인은 법률전문가들이 수정헌법의 기대에 부응하는 수준의 직무기준을 유지해 나갈 것이라는 점을 전제로 하고 있다는 것이다.¹²⁹⁾

이 때문에 입증책임은 청구인인 피고인에게 지워진다. 그리고 그는 ① 변호인의 직무가 흠결이 있는 것이라는 점과 ② 그 흠결 있는 직무수행으로 인해 피고인에게 불리한 편견이 조성되었음을 입증하여야 한다.¹³⁰⁾ 첫째의 요건은 ① 변호인의 실수가 심각한 것이어서 수정헌법 제6조에 의해 피고인에게 보장되는 변호인(counsel)으로 기능하지 못할 정도에 이를 것을 입증할 것을 요구한다.¹³¹⁾ 환언하자면 변호인의 변호가 소위 “합리성의 객관적 기준(objective standard of reasonableness)”을 하회하였음을 피고인이 입증하여야 하는 것이다.¹³²⁾ 뿐만 아니라 이런

129) *ibid.*, 688. 요컨대 법률전문직의 업무수행에 대하여 국가(혹은 법원)가 적극적으로 개입하여 그 서비스의 질에 대한 판단을 하는 것은 가급적 자제하고 법률전문직의 자율적 통제에 맡기는 것이 바람직하다는 입장인 것이다. Strickland법원이 변호인의 실수가 있다고 해서 법원이 피고인에 불리한 편견을 가지게 되었다는 추정이 발생하는 것은 아니라고 하면서도(*ibid.*, 692), 변호인에게 이익충돌(conflict of interest)이 발생하는 경우에는 *Cuyler v. Sullivan*(446 U.S. 335)사건을 인용하면서 편견의 존재에 대한 추정을 할 수 있음을 밝히는 것(*Strickland v. Washington*, *op.cit.*, 692)도 바로 이 때문이다.

130) *ibid.*, 687.

131) *ibid.*, 688.

132) *ibid.*, 688. 자세한 설명은 688-691 참조.

입증이 이루어진 이후에도 피고인은 그 기준 이하의 행위가 재판결과에 영향을 미쳤음을 입증하여야 한다. ② 변호인의 실수가 심각한 것이어서 피고인이 공정한 재판—그 결과가 신뢰할 만한 재판—을 받지 못하게 되었을 것을 입증하여야 하는 것이다.¹³³⁾ 이는 변호인의 전문가답지 않은 실수(unprofessional errors)가 없었다면 재판절차의 결과가 달라졌을 가능성이 합리적으로 존재함을 보여야 함을 의미한다.¹³⁴⁾

5. 정리

변호인의 도움을 받을 권리는 적어도 형사절차에 관한 한 충분히 확장되어 재판의 공정성을 확보함으로써 인권을 보장하고 입헌적 질서를 확립하는데 필요한 범위 내에서는 얼마든지 그 실현을 주장할 수 있는 수준에 이르고 있다. 물론 그 권리 자체에 대하여는 가장 강력한 법적 성격을 인정하던 미국연방대법원이 사형사건을 제외한 양형절차에서 변호인의 도움을 받을 권리를 약화시키는 한편, 변호의 질—효과적인 변호인도움—에 관하여서도 ECHR의 입장과 유사하게 전체성에 비중을 두고 재판결과를 중심으로 소급적인 판단을 하면서 입증책임을 청구인—피고인에게 전가하는 등의 양상을 보이면서 초기의 판결—Powell사건이나 Gideon사건—에서 보였던 적극성에서 조금 후퇴하는 듯 한 인상을 보이고 있기는 하다. 하지만 이런 미국연방대법원의 소심한 태도는 법률 전문직에 대한 강력한 윤리통제 및 책임추궁장치를 확보하고 있는 미국의 법률가사회의 특성에 기인한바 적지 않다는 점에서 굳이 그 적용범위

133) *ibid.*, 688.

134) *ibid.*, 694. 자세한 설명은 691-694 참조. 실제 이런 사실을 입증하는 것은 그리 만만하지 않다. W. S. Geimer의 전제논문은 이 때문에 Strickland사건의 판결이 Powell판결 이래 구축되어 왔던 변호인의 도움을 받을 권리에 관한 법리를 후퇴시키는 것이라고 하면서 미국의 법률가사회가 이 판결의 번복을 위해 운동을 벌여야 한다고 주장하고 있다.

를 다른 나라나 다른 법제에까지 확장할 필요는 없을 것으로 보인다.

문제는 이런 변호인의 도움을 받을 권리가 재판의 공정성을 목표로 하고 있다고 한다면, 혹은 미국연방대법원의 입장처럼 재판의 공정성에 대한 평등권(특히 빈부격차에 의한 차별)의 보장에 있다고 한다면 마찬가지로 국가의 사법권력에 의존하고 있는 민사사건의 경우에는 왜 이 권리의 보장이 제대로 실천되지 않고 있는가라는 의문이다.¹³⁵⁾ 물론 변호인의 도움을 받을 권리를 규정하는 법전들이 모두 ‘형사사건의 피고인은…권리를 가진다’라는 식으로 명문화하고 있기는 하다. 하지만, 그렇다고 해서 이 규정들의 규율범위에 민사사건이 제외된다는 해석이 당연히 도출되는 것은 아니다. 오히려 이 규정들이 편제되어 있는 헌법/협약상의 체계를 감안한다면 형사사건의 피고인은 하나의 대표단수에 불과할 뿐, 국가의 사법권력에 복종하여야 하는 모든 사람들은 그 사법권력의 종류와 성격이 어떠하였건 하나의 재판—특히 대립당사자주의적으로 진행되는 재판—이 이루어지는 경우에는 언제나 변호인의 도움을 받아 공정한 재판을 받을 수 있도록 하여야 한다는 요청을 담고 있는 것이라고 하여야 할 것이다. 즉, 변호인의 도움을 받을 권리는 공정한 재판을 받을 권리의 하위권리로서 후자의 실현에 필요하다면 당연히 전자는 보장되어야 한다는 방식으로 이해하는 것이 인권의 실효적 보장에 부합하는 해석론이 될 것이다.¹³⁶⁾

135) 미국의 경우 이미 2006. 8. 미국변호사협회(ABA)가 적어도 5개 영역—주거(shelter), 식음(sustenance), 안전(safety), 건강(health), 아동후견(child custody)—에 대하여는 빈곤자들에게 공적 비용으로 무료변론을 제공할 수 있는 프로그램을 개발할 것을 권고한 바가 있다. 이에 대한 간략한 소개는 H. H. Dana, Jr., “Introduction: ABA 2006 Resolution on Civil Right to Counsel”, *Temple Political & Civil Rights Law Review* 제15권 제3호, 501-506쪽; 그 원문은 507-525쪽 참조. 이 저널은 민사사건에서의 법률원조문제를 특집으로 내어놓고 있다. 501-800쪽 참조.

136) 이런 해석론에 바탕을 둔 사건이 바로 ECHR의 Airey v. Ireland(Judgment 9 Oct. 1979)이다. 별거중인 청구인이 이혼소송을 당하자 재력이 없음을 이유로 법원에 변호인선임을 요청하였으나 법원은 이를 거부한 채 재판을 진행하여 청구인에게 패소판결을

IV. 우리나라에서의 변호인의 도움을 받을 권리: 그 실천과 한계

1. 헌법재판소의 한계: 지나친 관념화

우리 헌법 제12조 제4항은 “누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다.”고 하고, 만일 형사피고인이 스스로 변호인을 구할 수 없을 때에는 “법률이 정하는 바에 의하여 국가가 변호인을 붙인다.”고 하여 변호인의 도움을 받을 권리를 명문화하고 있다. 그리고 헌법재판소는 이 조항의 의미를 “체포 또는 구속을 당한” 경우뿐 아니라 불구속피의자에까지 확장하고 그들이 사법경찰관리에 의해 조사를 받는 때에도 변호인의 도움을 받을 권리가 의연히 타당함을 밝히고 있다. 이는 “우리 헌법에 나타난 법치국가원리, 적법절차원칙에서 인정되는 당연한 내용”으로 제4항의 경우는 신체구속을 당한 사람에 대하여 특별히 강조하고 있는 하나의 예시규정에 불과하다는 것이다.¹³⁷⁾

이런 헌법재판소의 태도는 재판의 공정성을 강조하면서 형사절차에 있어서의 무기대응의 원칙을 근거로 독립적인 기본권으로 변호인의 도

내린 경우에 대하여 ECHR은 5:2의 표결로 청구인의 공정한 재판을 받을 권리가 침해되었다고 판단하였다. 반대의견은 민사사건에서 법률원조를 할 것인가의 여부는 당사국의 재량사항이며 이는 사회적·경제적 권리로서 유럽인권협약의 규율대상이 아니라는 의견을 내었다. 하지만, 다수의견은 공정한 재판을 받을 권리의 한 내용으로 보면서 사건이나 절차의 복잡성, 청구인의 능력 등을 감안할 때 변호인 없이 청구인이 절차를 진행하는 것은 거의 불가능하다는 이유로 청구를 인용하였다.

137) 헌법재판소 2004. 9. 23 선고 2000헌마138. 이 판결은 변호인의 도움을 받을 권리를 수사단계에서 불구속피의자에까지 확장하여, 피의자 신문시 변호인의 참여권을 보장하였다는 점에서 신체의 자유를 보장함에 있어 진일보한 결정으로 평가된다. 김현철, “변호인의 조력을 받을 권리 등 침해 위헌확인”, 헌법재판소결정해설집, 제3집(헌법재판소, 2004), 531쪽; 성낙인, 판례헌법(법문사, 2008), 605쪽.

움을 받을 권리를 규정하는 미국연방대법원의 태도와 별 차이가 없다. 오히려 이 권리의 출발점을 변호인선임권에 두고 변호인과의 자유로운 접견의 권리를 가장 핵심적인 것으로 규정하면서 이 양자의 권리를 절대적 기본권으로 구성하고 있다는 점에서 미국의 경우보다 더욱 강한 보장을 하고 있는 듯한 외관을 가진다.¹³⁸⁾ 하지만 이렇게 변호인선임권과 변호인과의 접견권을 절대적 기본권으로 선언한다고 해서 그 실질적인 보장의 강도가 강화되는 것은 아니다. 그 이유는 다음과 같다.

첫째, 변호인선임권이 변호인의 도움을 받을 권리의 출발점이자 그 기초적인 구성부분임은 당연한 것이지만, 그렇다고 해서 이 권리가 절대적 기본권으로 규정되어야 할 어떠한 이론적·실정적 근거도 없다. 영국의 경우와 같이 변호인의 선임으로 인하여 증거인멸이나 타인의 권리침해의 우려가 있거나 장물회수가 불가능하게 될 경우 등 다양한 이유로 수사기관이 변호인선임권을 일정기간(36시간 내지 48시간) 유예하는 처분을 할 수 있도록 하는 것은 이 권리를 제한하는 대표적인 예가 된다.¹³⁹⁾ 조직폭력단처럼 범죄단체를 구성하고 있는 경우나 피의자와 그가 선임하고자 하는 변호사 사이에 어떤 공모가 존재하고 있다고 믿을 만한 합리적인 이유가 있는 경우 등 다양한 상황에서 수사기관은 효과적인 수사 또는 피해자나 제3자의 보호를 위해 변호인—주로 피의자와 특별한 관계가 있는 변호사가 이에 해당할 것이다—의 선임을 수사 초기에는 일정시간 하지 못하도록 처분할 필요는 의연히 존재한다.

둘째, ECHR의 입장처럼 변호인의 도움을 받을 권리는 이론적, 관념적 권리가 아니라 현실적이고 실천적인 권리이다. 구체적이고 개별적인

138) 전제 결정(“변호인의 조력을 받을 권리의 출발점은 변호인선임권에 있고, 이는 변호인의 조력을 받을 권리의 가장 기초적인 구성부분으로서 법률로써도 제한할 수 없다”) 및 1992. 1. 28. 선고 91헌마111(“변호인과의 자유로운 접견은……변호인의 조력을 받을 권리의 가장 중요한 내용이어서 국가안전보장·질서유지·공공복리 등 어떠한 명분으로도 제한될 수 있는 성질의 것”이 아님).

139) 자세한 것은 H. Fenwick, 앞의 책, 1216-1223쪽 참조.

상황과의 관련 속에서 그 권리를 실현시킬 수 있도록 하여야 한다는 것이다. 하지만, 이렇게 변호인의 도움을 받을 권리를 절대적 기본권으로 규정해 놓고 어떤 경우에도 법률로써 제한되지 않는 것이라고 선언하는 것 자체가 이 권리를 추상화, 관념화시켜버린다. 실제 어떠한 기본권이 상대적인 것이라고 한다면 그를 제한하기 위해서는 의당히 그 제한의 목적과 범위, 절차를 규정하는 법률이 제정되게 된다. 국민의 권리를 제한하는 법률이 수권규범의 성격을 넘어 권력통제규범으로 기능하는 것은 이 때문이다. 하지만, 그 권리를 절대적인 것으로 규정하면 그 제한은 불가능하게 되며 따라서 이를 제한하는 목적이나 범위, 절차를 규정하는 법률도 있을 수가 없게 된다.

헌법재판소가 변호인접견을 거부한 행위를 거듭하여 사실행위로 파악하고 있음¹⁴⁰⁾은 이런 한계를 대변한다. 수사과정에서 변호인접견을 거부할 수 있는 가능성 자체를 상정하지 않고 있다 보니까 이를 규율하는 법률도 존재하지 않고 그 과정 전체가 법 규율로부터 벗어나 있는 완벽한 사실행위 내지는 사실 상태에 불과하게 된다. 즉, 당사자의 입장에서는 행정소송과 같은 즉각적인 불복절차 자체가 박탈되는 셈이 되어 버리는 것이다. 아울러 그 거부행위의 책임 또한 사실행위의 성격상 당해 수사관 개인의 것이 되어 버리고 수사기관의 책임으로 귀결되지는 아니한다. 환언하자면 변호인과의 접견권을 절대적 기본권으로 규정하는 순간, 수사관이 변호인의 접견을 거부하는 행위는 입법자의 통제로부

140) 헌법재판소가 이 사건(헌법재판소 2004. 9. 23 선고 2000헌마138)에서 변호인의 참관 요청에 대한 거부행위와 변호인 없이 신문을 한 행위를 분리하면서도 전자가 명백히 위헌이기 때문에 후자는 더 이상 판단할 필요도 없다고 한 것은 이 점에서 연유하게 된다. 하지만, 이 부분에서도 헌법재판소는 법리적용에 있어 나름 소홀한 점이 없지 않다. 변호인의 참관요청에 대한 거부행위와는 달리, 변호인 없이 신문을 한 행위는 불법한 증거수집행위가 되어 이를 증거로 받아들인 재판 자체의 무효화 선언이 가능할 수도 있는 상황이기 때문에 양자는 분리하는 동시에 각각 별개로 판단되어야 한다.

터 벗어나며 동시에 사법적 통제로부터도 자유로워진다. 이에 대한 통제는 현행의 법체계상 헌법소원만이 가능할 따름으로 권리구제의 가능성이 그만큼 한정되게 된다.

2. 우리 법제의 한계

실제 우리 법제는 변호인의 도움을 받을 권리를 실효적으로 실천하지 못하고 있다. 그 대표적인 예가 피의자가 신문절차에서 변호인의 참여를 요구할 수 있는 권리의 문제이다. 이 결정이 나온 이후 사법개혁의 논의 과정에서 공판중심주의를 도입하지 않는 대신 수사기관의 피의자신문절차에서 변호인참여요구권을 형사소송법개정(제200조 제2항, 제243조의2, 제417조 등)을 통하여 법제화하였다. 또한 대법원¹⁴¹⁾은 변호인의 수사참여를 거부할 수 있는 사유로 신문방해, 증거인멸, 관련사건수사방해 등의 우려가 객관적으로 명백한 경우로 해석하고 있다. 하지만 이 또한 변호인의 참여를 필수적인 것으로 하여 변호인이 없는 상태에서는 피의자신문을 할 수 없도록 하는 미국, ECHR나 UN인권이사회의 태도에는 미치지 못한다. 대체로 이들의 경우, 자유형이 예정되어 있는 범죄와 관련하여 피의자신문이 이루어지고 그 신문의 결과가 형사재판절차에서 증거로 채택되는 경우¹⁴²⁾ 이때의 피의자신문은 반드시 변호인이 입회할 것을 요구하고 있다. 또한 피의자가 자신의 권리를 포기하고 신문에 응하는 경우에도 그 권리포기행위는 반드시 그런 행위의 능력과 변별력을 가지고(competently and intelligently) 명백한 의사표시으로써 할 것을 요구한다.¹⁴³⁾ 그러나 우리 형사소송법은 정반대의 길을 가고 있다.

141) 대법원 2003. 11. 11. 선고 2003모402 판결; 동 2005. 5. 9. 선고 2004모24 판결 등 참조.

142) 예컨대 *Saldus v. Turkey*, op.cit., para. 54. 특히 법정에서 피고인이 피의자신문 당시의 진술을 번복할 때에는 더욱 그러하다고 한다. 또한 *Magee v. U.K.*, op.cit., para. 45 참조.

피의자신문시 변호인의 입회가 당연한 것으로 전제되고 그 포기의 요건을 강화하는 방식이 아니라, 반대로 변호인의 입회는 예외적인 것으로 하되 경우에 따라 일정한 자의 요구가 있으면 그를 인정하는 형태로 규정하고 있을 뿐이다.

이런 한계는 국선변호제도에서도 여전히 나타난다. 그동안 우리 법원은 국선변호제도의 개선에 노력하여 상당한 진전을 보이고 있으나, 아직도 그 적용범위는 구속사건 혹은 공소제기 이후에 한정되어 있다. 즉, 형사소송법은 필요적 국선변호사건은 피고인에게 한정하고 있고, 공소제기전의 피의자에 대하여는 제201조의2나 제214조의2에 해당되는 경우—즉 체포·구속되는 경우—에 한하여 국선변호인을 법원이 선임하도록 하고 있다(형사소송규칙 제16조).¹⁴³⁾ 하지만, 그럼에도 불구하고 공소제기 이전에 검사 또는 사법경찰관 앞에서 진술한 신문조서는 증거능력을 가진다(형사소송법 제312조). 환언하자면 재력이 없어 변호인을 선임하지도 못하고 체포나 구속되지도 않아 국선변호인의 선임을 요청할 자격도 없는 피의자의 경우 그가 검사 또는 사법경찰관 앞에서 진술

143) Johnson v. Zerbst, 304 U.S. 458 (1938) 468. ECHR도 변호인의 도움을 받을 권리를 포함한 공정한 재판을 받을 권리는 포기 가능한 것이기는 하나, 그 포기는 피의자/피고인의 자유의지에 기하여 명확한 방법(unequivocal manner)으로 이루어져야 하며 충분한 정보와 변별력을 가지고(knowing and intelligent) 하여야 한다고 보았다. 또한 만약 그가 행위를 통해 암묵적으로 이를 포기하는 의사표시를 하였다고 수사기관이 주장하는 경우 수사기관은 그가 자신의 행위가 어떠한 결과를 가져다 줄 것인지를 합리적으로 예측할 수 있었음을 입증하여야 한다. Pishchalnikov v. Russia, op.cit., para. 77.

144) 그럼에도 불구하고 형사사건에서 변호인선임률은 여전히 기대에 못 미친다. 법원행정처의 공보자료에 의하면 2005년 기준 제1심 사건이 42.8%인데 모든 구속피고인에게 국선변호인을 붙이는 것으로 할 때에는 63.8%로 상승하게 될 것이라고 예측한다. 여전히 1/3 이상의 피고인이 변호인 없이 형사재판에 임하고 있는 것이다. 대법원 공보관실, 새로운 국선변호제도 시행을 위한 형사소송규칙의 개정, 2006. 8. 8. 출처: http://cafe.naver.com/lexninfo.cafe?iframe_url=/ArticleRead.nhn%3Farticleid=1254(2009. 12. 20 방문).

한 내용은 형사재판에서 증거로 채택되어 유죄판결의 근거가 될 수도 있음에도 불구하고 그 신문과정에서 변호인의 도움은 전혀 받지 못하는 상황이 발생하게 되는 것이다.

실제 미국연방대법원은 물론 UN인권이사회나 ECHR는 한결같이 국선변호제도 내지는 법률원조제도의 여하는 당사국(혹은 주정부)이 결정할 사항이라고 하면서 그 내용의 당부에 대한 판단은 극히 자제하고 있다. 하지만, 그럼에도 불구하고 일정한 경우(즉, 자유형이 예정된 사건에서 신문조서가 증거로 채택되는 경우) 변호인 없이 피의자신문을 한 것은 위헌 내지는 협약위반이라고 판단함으로써 이 경우에 국선변호 내지는 법률원조제도를 확보할 것을 간접적으로 강제하고 있다. 마찬가지로 맥락에서 공판중심주의가 제대로 도입되지 못하고 여전히 검사작성의 피의자신문조서가 증거능력을 가지며 심한 경우 사법경찰관이 작성한 피의자신문조서까지 유죄의 증거로 채택될 수 있는 우리나라의 경우에는 이런 제도보완의 필요성이 더욱더 강화된다.

변호인의 도움을 받을 권리를 절차의 전체성이라는 관점에서 접근하는 ECHR의 입장에서 보면 서론에서 언급한 헌법재판소의 결정¹⁴⁵⁾은 이에 관한 법리를 구성하는 우리 헌법재판소의 또 다른 한계를 보여준다. 대체로 변호인의 도움을 받을 권리는 공정한 재판을 받을 권리 및 국가사법권력의 정당성 근거의 확보라는 점에 봉사하는 것이라고 이해되고 있는바 그렇다면 의당히 그 권리의 침해여부는 수사기관 등의 국가기관이 한 행위가 전체로서의 형사절차가 진행되는 과정에서 가지는 의미 내지는 그것이 재판결과에 미치는 영향이라는 관점에서 조명되어야 할 필요가 있다. 미국연방대법원의 경우에도 변호의 질 즉, 효과적인 변호인도움을 받을 권리의 이해에 있어서는 재판의 전 과정을 고려의 대상으로 산입한다.

실제 법원에 호송되어 재판을 대기 중인 상태에서 변호인과 접견을

145) 헌법재판소 2009. 10. 29. 선고 2007헌마992.

하지 않으면 아니 될 상황이었는지의 여부는 이 사건 자체만으로는 알 수 없다. 하지만, 구속된 피의자의 경우 변호인과의 접견이 원활하지 않은데다가 공판 자체도 시간을 다투며 진행되는 우리나라의 사법현실을 고려할 때 공판이 열리기 전에 변호인과 공판과 관련한 사전의 의사소통을 행하는 것은 무기대응의 원칙을 실현하는 하나의 가능성을 열어둔다는 점에서 상당한 의미를 가진다.¹⁴⁶⁾ 그럼에도 불구하고 헌법재판소는 이를 단순히 법원의 인적·물적 시설의 문제로만 치환하고 어쩔 수 없는 현실임을 강권하고 있을 뿐이다.¹⁴⁷⁾ 이런 전후 모순적인 판시내용은 전술한 바와 같이 접견거부행위를 단순히 사실행위로만 파악하고자 할 뿐 그것을 전체로서의 형사절차와의 연관 속에서 유기적·체계적으로 파악하고자 하지 않는 헌법재판소의 잘못된 태도에서부터 연유하는 것이기도 하지만, 동시에 변호인의 도움을 받을 권리의 본질을 관념적인 수준에서만 파악함으로써 그의 구체적인 실천태를 강구하지 않으려는 헌법재판소의 소극성에서도 파생된다.

146) 이 점은 헌법재판소도 인정하고 있다. 즉, “재판을 앞둔 피고인이 방어권 행사를 준비하기 위한 변호인과의 면접·교섭권은 최대한 보장되어야 할 권리라고 할 것”이며, “특히 신체가 구속되어 있는 피고인으로서 심리적으로도 가장 불안한 시점이라고 할 것이어서, 변호인의 법률적·심리적 조력을 가장 필요로 하는 시점이라고 할 것이므로 그 면접·교섭권의 보장이 더욱 절실히 요청된다.”고 단언하고 있다.

147) 특히 이 부분은 법무부의 계호근무준칙(법무부훈령 제520호) 제275조의 위헌문제와 직결되는 것이라는 점에서 더욱 그러하다. 이 훈령은 “출정중인 수용자에 대하여는 접견을 허가하여서는 아니된다.”(본문)고 선언하는 한편, 예외적으로 사전에 담당판사 또는 담당검사에게 통보하고 구치소장의 허가를 받아야 한다(제1호)고 규정함으로써 원칙적으로 변호인의 접견을 통제하는 취지로 규정되어 있다. 요컨대, 그 자체로서 변호인의 도움을 받을 권리를 침해하는 위헌적인 것이며, 법원의 구조나 인적·물적 시설이 어떻게 되어 있는가는 관계없이 일반적으로 모든 경우의 변호인접견을 금지하되 예외적인 경우조차 구치소장의 통제 하에 두겠다는 발상이 전제되어 있다. 따라서 헌법재판소는 반대의견의 주장처럼 그 훈령 자체의 위헌성을 먼저 판단하고 이에 기한 교도관의 거부행위에 대한 판단을 하였어야 했다.

V. 결론

변호인의 도움을 받을 권리는 다른 기본권과는 달리 기본권의 보장이라는 측면과 국가적 의무의 이행이라는 측면이 중첩적으로 작용하는 영역이다. 그것은 모든 사람들이 누릴 수 있는 기본권 내지는 인권이자 동시에 국가의 사법권력이 법적 정당성을 확보하는 기반으로 존재한다. 따라서 ECHR는 물론 UN인권이사회와 같은 경우에는 사법절차를 어떻게 하는가의 문제는 당사국의 자율적 결정에 일임하면서도 이 권리의 이행에 능동적으로 개입하고자 하는 인상을 주고 있다. 미국연방대법원 역시 마찬가지이다. 수정헌법 제14조를 통해 수정헌법 제6조의 권리목록들을 연방헌법으로 편입하면서 각 주정부가 제공하고 있는 사법체계를 일괄적으로 통제하는 장치로서 이 권리항목을 이용하고 있는 듯한 느낌을 주고 있다.

요컨대, 변호인의 도움을 받을 권리와 이를 바탕으로 구현되는 공정한 재판을 받을 권리는 그 나라/주의 사법체계가 적절하게 작동하는가를 측정하는 가장 두드러진 잣대로 이용되고 있는 것이다. 그리고 바로 이 점에서 이상에서 살펴본 변호인의 도움을 받을 권리와 관련하여 각 심사기관들이 내어 놓은 결정들은 사법체계의 구축과 그 운영에 있어 모든 국가들이 준수하여야 하는 최소한의 기준에 해당한다고도 할 수 있다. 변호인의 도움을 받을 권리가 연방헌법차원에서 본격적으로 논의되기 훨씬 전인 1853년 Indiana주 최고법원이 이 권리를 “문명사회의 원칙들(the principle of a civilized society)”에 기반 하는 것이라고 하면서 “문명된 공동체에서는 시민이 자신의 생명이나 자유에 위협을 받고 있는데 너무 가난하여 변호인을 선임할 수 없다는 이유로 그의 도움을 받지 못하게 저지된다는 것은 생각할 수도 없는 일”이라고 단언¹⁴⁸⁾한

148) Webb v. Baird, 6 Ind. 13 (1853).

것은 이 점을 대변한다. 적어도 법치와 자유민주주의를 바탕으로 입헌적 질서를 구성하고 있는 국가에서는 이 권리의 실현은 사법체계의 당연한 전제이자 그 최소한의 구현태인 것이다.

하지만, 우리나라의 경우에는 무엇보다도 법률관료적인 사법체계와 변호인 자원의 부족이 이 권리의 현실적 실현을 가로막고 있다. 대립당 사자주의적인 소송구조를 설계하면서도 공판중심주의의 도입이 지체되는 바람에 전체적인 형사사법과정이 검사의 ‘전권적 관할’에 놓여 있는 수사단계와 법관과 검사의 ‘합동적 관할’에 놓여 있는 재판단계로 이원화되고 이 과정에서 무기대등성의 원칙의 구현이나 피의자/피고인의 권리실현(권리 존중과 보호를 넘어 충족(fulfil)까지 포함하는 의미에서)을 위한 실질적 기회가 배제되어 온 것이다. 환언하자면 수사와 재판의 단계에서 검사의 역할에 지나친 비중을 부여하면서 ‘인권의 보호자’이자 ‘또 다른 사법관’으로서의 검사를 피의자/피고인보다 월등히 우월적인 지위에 놓고 있음으로 인해 검사의 사법권력에 피의자/피고인의 인권이 종속되는 구조를 가지고 있는 것이다. 여기에 너무도 부족한 변호사의 숫자는 변호인 자체가 고객인 피의자/피고인에 우월적인 지위를 가지고 그 위에 군림하는 현실을 만들어낸다.¹⁴⁹⁾

여기에 여전히 관념적인 헌법재판소의 태도도 일조를 한다. 변호인의 도움을 받을 권리를 절대적 기본권으로 상정함으로써 아예 그 기본권이 제한될 수도 있는 가능성을 배제하고 이를 통해 입법자가 형사사법권력을 유효하게 통제할 수 있는 입법의 기회조차 박탈해 버린다. 혹은 이런 관념화를 통해 모든 피의자/피고인은 변호인의 도움을 받아야 하는 것인 양 일종의 가상이념을 만들어내는 바람에 실제 변호인을 통해서만 재판

149) 영국에서 1970년대 법률원조에 의한 변호인의 도움을 받은 사례가 10년 동안 약 100,000건에서 300,000건으로 3배나 증가하게 되는 가장 큰 이유가 변호사(solicitor) 수의 증가였다고 한다. 당직변호사제도(duty solicitor scheme)가 만들어져 변호인의 도움을 받을 권리를 실질적, 현실적인 것으로 실현할 수 있게 된 것이 바로 이 변호사 숫자의 증가에 의거한 것이다. M. McConville, and G. Wilson, 앞의 책, 141쪽.

에 참여하도록 하여야 할 경우—즉, 본인소송을 하지 못하도록 하여야 하는 경우—¹⁵⁰⁾까지도 당연히 이 범주에 가려 더 이상의 논의대상이 되지 못하고 있다.

거듭 언급되지만 변호인의 도움을 받을 권리는 이론적이거나 환상적인 것(theoretical or illusory)이 아니라 실천적이고 효과적인 것(practical and effective)이어야 한다.¹⁵¹⁾ 단순히 이론상으로나 법해석상 이런 권리가 우리 법체계에서 보장되고 있다고 선언하는 것만으로 이 권리보장의 의무가 국가적으로 제대로 이행되었다고 할 수는 없다는 것이다. 무엇보다 절실한 것은 범죄수사가 진행되고 재판이 계속되는 현장에서 피의자/피고인과 변호인간에 실질적인 의사소통이 이루어지고 있는가 라는 사실의 문제이다. 이를 위해서는 변호사 수의 대폭적인 확대부터 공판중심주의의 구현을 통한 무기대등성 원칙의 확보 등 재판의 공정성을 확보하기 위한 제반의 조치들이 강구되어야 한다. 하지만, 그보다 더 중요한 것은 적어도 형사사법절차에 있어서는 피의자나 피고인도 범인이나 재판을 받는 자가 아니라 다른 참여자들과 마찬가지로 대등한 인권의 주체로 받아들이는 우리 모두의 인식 전환이다. 형사사법권력에 복종하는 종속적 인간이 아니라 형사사법권력을 더불어 구성하는 독립적 인간으로 그들이 구성될 수 있어야 한다는 것이다. 그리고 바로 이런 인식을 기반으로 할 때 변호인의 도움을 받을 권리는 실천적이고 효과적인 것으로 재구성될 수 있게 된다.

150) 예컨대, 성범죄나 아동학대 등의 사건에서는 피의자/피고인이 피해자를 직접 신문하는 것을 막기 위해 반드시 변호인을 선임하도록 규율할 필요가 있다. 자세한 것은 M. McConville, and G. Wilson, 앞의 책, 138쪽 참조 이와 관련한 사건으로는 Croissant v. Germany, Judgment of 25 Sep. 1992; Correia de Matos v. Portugal, Communication 1123/2002, CCPR/C/86/D/1123/2002 (2006), para. 7.4-7.5(이 사건은 ECHR가 Correia de Matos v. Portugal(Judgment of 14 Sep. 2000)사건에서 법원이 직권으로 변호인을 선임한 것은 유럽인권협약 위반이 아니라고 판단한 것을 UN인권이사회가 반복한 것이다.) 등 참조.

151) Artico, v. Italy, op.cit., para. 33.

(투고일 2009년 12월 23일, 심사일 2009년 12월 29일, 게재확정일 2010년 1월 12일)

주제어 : 변호인의 도움을 받을 권리, 공정한 재판을 받을 권리, UN인권이사회,
유럽인권재판소, 미국연방대법원, 헌법재판소, 절차적 기본권, 법률원
조

참고문헌

1. 단행본

박승욱, 변호인의 조력을 받을 권리, 법수레, 2008.

성낙인, 판례헌법, 법문사, 2008.

D. McGoldrick, *The Human Rights Committee: Its Role in the Development of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Clarendon Press, 2001[1994].

H. Fenwick, *Civil Liberties and Human Rights*, Routledge, 2007.

Y.Y. Kamisar/W.R. LaFare/J. H. Israel, *Modern Criminal Procedure -Cases-Comments-Questions*, 8th ed., West Publishing Co., 1994.

2. 논문

김재원, “묵비권과 변호인의 도움을 받을 권리: 미란다판결의 법사회학적 분석”, 성균관법학 제19권 제2호, 성균관대학교 법학연구소, 2007.

김현철, “변호인의 조력을 받을 권리 등 침해 위헌확인”, 헌법재판소결정해설집, 제3집, 헌법재판소, 2004.

문홍주, “변호인의 조력을 받을 권리”, 미국헌법연구 제3호, 미국헌법학회, 1992. 7.

박승욱, “변호인 접견에서의 비밀침해에 관한 헌법재판소의 위헌결정의 의의”, 법과 사회 제6호, 창작과 비평사, 1992.

박홍우, “피의자 및 피고인의 변호인의 조력을 받을 권리”, 서울대학교 박사학위논문, 1986.

- 윤진수, “미결수용자의 접견권의 성질과 그 제한”, 대법원판례해설 제17호, 법원행정처, 1992.
- 이기호, “수사에 있어서 법의 적정절차에 관한 연구: 변호권 보장을 중심으로”, 경찰대학논문집 제24집, 경찰대학교, 2004.
- 이완규, “변호인의 피의자신문참여권의 법적 성질”, 형사법의 신동향 제5호, 대검찰청, 2006. 12.
- 이은모, “수사절차에서의 변호권보장의 의미와 내용”, 법학논총 제14집, 한양대학교 법학연구소, 1997.
- 정진연, “헌법상 변호인의 조력을 받을 권리의 내용과 한계”, 형사법의 신동향 제5호, 대검찰청, 2006. 12.
- 조 국, “피의자신문시 변호인참여권 소고”, 형사정책연구 제14권 제4호 (통권 제56호), 한국형사정책연구원, 2003.
- 최병각, “국선변호인의 조력을 받을 권리”, 형사정책연구소식 통권 제19호, 한국형사정책연구원, 1993. 9.
- Lee Bridges, “The Right to Representation and Legal Aid”, in: M. McConville, & G. Wilson, *The Handbook of the Criminal Justice Process*, Oxford University Press, 2002.
- W. S. Geimer, “A Decade of Strickland’s Tin Horn: Doctrinal and Practical Undermining of the Right of Counsel”, *William & Mary Bill of Rights Journal* 제4권 제1호, 1995-1996.

[Abstract]

Comparative Analysis on the Right to Counsel

Sang-Hie Han*

The right to counsel has been developed as an integral part of the fair trial. With the guarantee of this right, the accused can get the equal arms against the prosecution to protect his/her human rights in a criminal trial. Sometimes the lawyer of the accused may serve as the “watchdog of procedural regularity” for the public interest as well as that of his/her client. It is just the reason why so many jurisdictions have said that it is not theoretical or illusory but practical and effective.

This essay deals with the ways this right has been construed and applied into the concrete cases in three major jurisdictions such as the U.S. Supreme Court, the European Court of the Human Rights, and the UN Human Rights Commission. Even though these courts held that the Contracting States or the States should have full discretion on the choice of the means of ensuring the rights in their judicial systems, they tried to set the minimal requirements of a fair trial and of the way to guarantee the right to counsel in practical and effective manners. Some decisions have expanded the scope of the right to the pre-trial procedures as well as to that of the appeal court, while a few cases have gone so far to deal with the problem of the right to the effective assistance of the counsel.

* Professor of Law School, Konkuk University.

These courts show some different understanding of the right: the U.S. Supreme Court and the UNHRC tend to construe the right independently from the other procedure, whereas the ECHR interprets the related clause of the Covenant in conjunction with the totality of the judicial procedure. In spite of such difference, however, it is highly consensual that the right is such an indispensable part of these democratic and civilized societies that every government shall have an obligation to fulfil it as well as to respect and protect it. Their concerns on the right to legal aid are made from this perspective.

This essay compares such findings with the Korean Constitutional Court's constellations of the right. On Oct. 29, 2009, the KCC rejected the constitutional petition of an accused who complained that his right to counsel had been denied because he was banned to meet his counsel in the court house. The KCC's rationale for that rejection was rather simple: the petition was held to be rejected because there was no facility in that courthouse for such right to be practiced. The KCC did not review the constitutionality of the general instructions of the Ministry of Justice, which generally prohibited any meeting and consulting of the accused and his/her counsel in the courthouse. It did not even try to take account of the totality of the whole criminal procedure to ascertain what impact the denial of the meeting might influenced on the right of the petitioner to fair trial.

The KCC has construed the right to counsel as an absolute right, which should not be restricted at any circumstance, which is deeply criticised by this essay : such constellation serves only to administrative expediency of the police and/or the prosecution rather than to realization of the constitutional principle of the fair trial. To speak again, the right to counsel

is not theoretical or illusionary. It should be practical and effective. The KCC should have considered practical conditions which have restrained full enjoyment of that right of the people as well.

Key Words : right to counsel, right to be represented, right to legal aid, the U.S. Supreme Court, the European Court of the Human Rights(ECHR), the U.N. Human Rights Commision(UNHRC)