

【일반 연구논문】

피의자의 수사기록 열람·등사권의 헌법적 권리성

류 제 성*

- I. 문제의 제기
- II. 외국 입법례
 - 1. 독일의 수사기록 열람·등사권
 - 2. 미국의 증거개시제도
 - 3. 시사점
- III. 선행연구
 - 1. 헌법적 권리로 파악하는 견해
 - 2. 제한적으로 헌법적 권리로 파악하는 견해
 - 3. 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」을 근거로 허용하자는 견해
 - 4. 입법론상 허용해야 한다는 견해
- IV. 피의자의 수사기록 열람·등사권의 헌법적 권리성
 - 1. 해석의 전제-헌법적 형사소송법론
 - 2. 피의자의 수사기록 열람·등사권의 헌법적 권리성
 - (1) 신속·공정한 재판을 받을 권리
 - (2) 변호인의 조력을 받을 권리
 - (3) 무죄추정의 원칙 내지 무죄추정을 받을 권리
 - (4) 법적 청문청구권
- V. 결론

* 변호사, 부산대학교 법학전문대학원 박사과정
논문 투고일: 2015. 8. 28. 논문 심사일: 2015. 10. 11. 게재 확정일: 2015. 10. 12.

I. 문제의 제기

현행 형사소송법은 2007. 6. 1. 개정되면서 제266조의3 및 제266조의4에서 증거개시제도(criminal discovery)를 도입하여 피고인 또는 변호인의 공소제기 후 검사가 보관하고 있는 서류 등의 열람·등사 신청권에 관해 그 절차, 열람·등사의 대상, 검사가 열람·등사 신청을 거부 또는 제한할 수 있는 사유, 검사의 거부 또는 제한시 불복방법 등에 대해서는 상세한 규정을 두고 있다. 1997년 헌법재판소는 “검사가 보관하는 수사기록에 대한 변호인의 열람·등사는 실질적 당사자대등을 확보하고, 신속·공정한 재판을 실현하기 위하여 필요불가결한 것이며, 그에 대한 지나친 제한은 피고인의 신속·공정한 재판을 받을 권리를 침해하는 것이다. 변호인의 조력을 받을 권리는 변호인과의 자유로운 접견교통권에 그치지 아니하고 더 나아가 변호인을 통하여 수사서류를 포함한 소송관계 서류를 열람·등사하고 이에 대한 검토결과를 토대로 공격과 방어의 준비를 할 수 있는 권리도 포함된다”고 보아야 할 것이므로 변호인의 수사기록 열람·등사에 대한 지나친 제한은 결국 피고인에게 보장된 변호인의 조력을 받을 권리를 침해하는 것이다.”¹⁾라고 하여 피고인·변호인의 수사기록 열람·등사권이 헌법상 보장된 기본권임을 처음으로 밝혔다.

2003년에는 고소로 시작된 형사피의사건의 구속적부심절차에서 변호인이 고소장과 경찰의 피의자신문조서를 열람할 권리는 피구속자를 충분히 조력하기 위하여 변호인에게 반드시 보장되지 않으면 안되는 핵심적 권리이므로 변호인에게 고소장과 피의자신문조서에 대한 열람 및 등사를 거부한 경찰서장의 정보비공개결정은 변호인의 피구속자를 조력할 권리와 알 권리를 침해하여 헌법에 위반된다는 취지로 결정하여²⁾ 변호인의

1) 헌재 1997. 11. 27. 94헌마60

피구속자를 조력할 권리 및 알 권리를 수사기록 열람·등사권의 헌법적 근거로 제시하였다. 2010년에도 “피고인의 신속·공정한 재판을 받을 권리 및 변호인의 조력을 받을 권리는 헌법이 보장하고 있는 기본권이고, 변호인의 수사서류 열람·등사권은 피고인의 신속·공정한 재판을 받을 권리 및 변호인의 조력을 받을 권리라는 헌법상 기본권의 중요한 내용이자 구성요소이며 이를 실현하는 구체적인 수단이 된다. 따라서 변호인의 수사서류 열람·등사를 제한함으로써 인하여 결과적으로 피고인의 신속·공정한 재판을 받을 권리 또는 변호인의 충분한 조력을 받을 권리가 침해된다면 이는 헌법에 위반되는 것이다.”³⁾라고 결정하여 수사기록 열람·등사권의 헌법적 권리성을 재확인하였다. 따라서 공소제기 후 단계와 공소제기 전이라 하더라도 구속적부심절차에 있어서는 수사기록 열람·등사권이 헌법상 보장된 기본권이라는 사실은 분명하다고 할 것이다.

그런데 형사소송법은 공소제기 후의 수사기록 열람·등사에 대해서만 규정하고 있을 뿐 공소제기 전 단계에서의 열람·등사에 대해서는 규정을 두지 않고 있다. 예외적으로 형사소송규칙 제96조의21 제1항에서 구속 전 피의자 심문에 참여할 변호인에게 구속영장청구서 및 그에 첨부된 고소·고발장, 피의자의 진술을 기재한 서류와 피의자가 제출한 서류를 열람할 수 있는 권리를 부여하고 있다. 그리고 대검찰청 예규인 「사건기록 열람·등사에 관한 업무처리 지침」 제3조는 피의자 및 변호인 등에게 본인진술서류 및 본인제출서류의 전부 또는 일부에 대하여 열람·등사를 신청할 수 있도록 규정하고 있다. 열람·등사의 대상이 매우 제한적일 뿐만 아니라 위 지침은 피의자 등의 열람·등사 신청에 대해 법무부령인 「검찰보존사무규칙」 제22조 제1항 각호의 사유가 있을 경우 검사가 이를 제한할 수 있도록 하고 있다. 제한 사유를 보면 국가안전보장, 공공의 질서유지, 사생활 비밀 보호, 수사방법상 기밀 누설 우려 등 매우 광범위할 뿐만 아니라 일반조항으로 “그 밖에 기록을 공개함이 적합하지 아니

2) 헌재 2003. 3. 27. 2000헌마474

3) 헌재 2010. 6. 24. 2009헌마257

하다고 인정되는 현저한 사유가 있는 경우”가 있는 경우에도 열람·등사를 제한할 수 있도록 하고 있어 사실상 검사에게 완전한 재량을 부여하고 있다.

이처럼 공소제기 전과 후를 나누어 공소제기 전 수사기록 열람·등사권에 대해서는 형사소송법상 전회 규정을 두지 않고 대법원규칙, 대검예규 및 법무부령에 근거하여 극히 예외적인 경우에만 허용하는 방식이 피의자의 헌법상 보장된 기본권을 침해하는 것이 아닌지 검토할 필요가 있다. 공소제기 시점을 기준으로 하여 수사기록 열람·등사권의 헌법적 권리성 여부가 구별된다는 해석이 과연 피의자의 방어권을 폭넓게 보장하는 우리 헌법의 정신에 부합하는가라는 의문이 제기되기 때문이다. 2007년 형사소송법 개정에 즈음하여 그리고 2009년 용산참사 재판에서 법원의 열람·등사 허용결정에도 불구하고 검찰이 수사기록을 공개하지 않는 문제점이 발생한 시기에 즈음하여 많은 연구논문이 제출된 바 있지만⁴⁾

4) 관련된 선행연구들로는 최병천, 『증거개시와 피고인의 방어권 보장』, 박사학위논문, 서울대학교, 2012; 권영범, “공소제기 전 수사서류의 열람·등사권”, 『법조』 통권659호, (2011); 김용세, “형사절차상 기본권 보장을 위한 형사소송법규정 및 실무현실에 대한 연구”, 『형사정책연구』 제19권 제3호, (2008); 김인희, “방어권 남용론 비판”, 『인하대학교 법학연구』 제19권 제1호, (2015); 김희균, “미국법상 증거개시제도의 이론과 실제:미연방형사소송 실무를 중심으로”, 『저스티스』 통권 제87호, (2005); 민영성, “형사증거개시제도의 바람직한 운용방향”, 『사법』 3호, (2008); 박성민, “객관의무의 구체화와 검사의 권한통제”, 『형사법연구』 24권 제3호, (2012); 성낙현, “사개추위안의 증거개시제도에 대한 검토”, 『비교형사법연구』, Vol.8 No.1S, (2006); 송우태, “형사소송법상 증거개시제도”, 『외법논집』 34권 1호, (2010); 신동운, “공판절차에 있어서 피고인의 방어권 보장 -수사기록 열람·등사권 확보를 중심으로 -”, 『서울대 법학』 제44권 제1호, (2003); 신양균, “판례평석, 수사절차에서 변호인의 기록 열람·등사권”, 『법조』 53권 7호, (2004); 신양균, “형사소송법의 쟁점과 과제”, 『형사재판의 제문제』 제6권, (2009); 심희기, “개정형사소송법의 증거개시 조항에 대한 비판적 고찰”, 『형사법연구』 제20권 제4호, (2008); 오기두, “정보비공개결정 위헌확인- 수사기록의 공개와 변호인의 피구속자 조력권 및 알 권리 -”, 『헌법재판소결정해설집 2003』, 헌법재판소, (2004); 오기두, “미국 연방형사절차상 Discovery제도 고찰”, 『저스티스』 통권 제70호, (2002); 이승련, “개정 형사소송법상의 증거개시제도”, 『법조』 57권 2호, (2008); 이완규, “검사의 지위와 객관의무”, 『형사판례연구』 12권, (서울: 박영사, 2004); 이완규, “개정 형사소송법상 증거개시제도”, 『형사법의 신동향』 제10호, (2007); 이호중, “검사의 증거개시의무와 수사기록 열람·등사의 거부에 대한 규제방안”, 『형사법연구』 제21권 제2호, (2009); 장승혁, “형사소송법상 수사기

이 주제를 본격적으로 다룬 연구는 거의 없는 실정이다. 우선 독일 및 미국의 입법례가 우리에게 주는 시사점이 무엇인지 검토한 후 선행연구를 개관하고 형사소송법에 명문의 규정이 없음에도 불구하고 우리 헌법 해석상 피의자 및 그 변호인에게 수사기록 열람·등사권이 헌법상 권리로서 인정되는지 여부를 논증하고자 한다.

II. 외국 입법례

1. 독일의 수사기록 열람·등사권

독일 형사소송법(Strafprozeßordnung) 제147조는 제1항에서 “변호인이 법원에 있거나 공소가 제기되면 법원에 제출될 기록들을 열람하고 공적으로 보관된 증거물들을 검사할 권한이 있다”고 규정하고 제2항은 “수사의 종결이 아직 기록에 기재되어 있지 않으면⁵⁾, 기록이나 그 일부에 한 열람이나 공적으로 보관된 증거물의 검사로 인하여 조사목적이 위태롭게 될 수 있는 때에는 변호인에게 그 열람이나 검사를 거부할 수 있다”고 규정하고 있다. 그리고 제3항은 “피의자신문조서, 변호인의 입회가 허용되었거나 허용되었어야만 하는 법원의 조사행위에 관한 조서 및 감정인

록 열람·등사와 관련한 법률적 쟁점”, 『우리법연구회 논문집』 제6집, 2010; 조국, “기소전 체포·구속적부심사단계에서의 수사기록열람·등사청구권-헌법판소 2003. 3. 27. 선고 2000헌마474판결”, 『법률신문』 3243호, 2004; 조기영, “미국법상 형사증거개시제도에 관한 고찰”, 『비교형사법연구』 제10권 제1호, (2008); 조기영, “피의자의 열람·등사권”, 『형사법연구』 제20권 제3호, (2008); 조성용, “변호인의 기록열람권”, 『고시연구』 31권 10호, (2004); 조성용, “체포·구속적부심사절차에서의 기록열람·등사권”, 『법조』 54권 6호, (2005); 주용기, “공정한 재판을 위한 형사증거개시제도에 관한 법적 쟁점 고찰”, 『법과 정책연구』 제11권 제3호, (2011); 한상훈, “형사소송의 구조와 검사, 피고인의 지위”, 『형사법연구』 제21권 제4호, (2009); 황경환, “형사소송법상 증거개시제도에 대한 법적 소고 : 헌법적 평가 및 미국제도와 비교하여”, 『한양법학』 제20권 제1집, (2009); 황정근, “형사소송기록의 공개에 관한 제문제”, 『사법개혁과 세계의 사법제도 VII』, 사법발전재단, 2010 등을 들 수 있다.

5) 독일형사소송법 제169조의a는 “검사가 공소제기를 고려하는 경우, 수사의종결을 기록에 기재한다.”고 규정하고 있다.

의 감정조서의 열람과 관련하여 절차의 어느 단계에서도 변호인에게 그 열람을 거부할 수 없다.”고 규정한다. 한편 변호인이 없는 피의자의 경우에는 제7항에서 “변호인이 없는 피의자에게는 적절한 변호를 위해 필요하고 또한 다른 형사절차의 조사목적에 포함된 조사목적에 위협을 야기하지 않으며 제3자의 우월한 보호가치 있는 이익에 반하지 않는 한, 신청이 있을 때에는 기록에 관련된 정보 및 그 등본을 교부하여야 한다.”고 규정하고 있다. 독일 형사소송법상 기록열람권의 법적 근거로 독일 헌법상의 법적 청문청구권, 평등원리, 법치국가원리에 근거한 무기대등주의, 정보에 대한 자기결정권 등이 제시되고 있다.⁶⁾

공소제기 후 수사기록 열람·등사권에 비해 공소제기 전 수사기록 열람·등사권에 대해서는 일정한 제한을 두고 있으나 이러한 제한규정은 수사절차의 특수성을 고려하여 수사의 합목적성 내지 형사사법의 효율성의 측면에서 개별적으로 변호인의 열람·등사권을 제한할 수 있다는 의미에 그치므로 수사절차에서 열람·등사권이 공판절차의 경우와 그 성격을 달리한다는 의미는 아니라고 보는 것이 일반적이다.⁷⁾ 독일 형사소송법 제147조 제2항은 수사절차에서의 열람·등사로 조사 목적을 위태롭게 할 수 있는 경우 이를 거부할 수 있도록 하고 있는데, 그 의미는 변호인이 기록을 열람하여 얻은 정보를 피의자에게 전달함으로써 조사의 목적이 위태롭게 된다는 구체적인 위험이 사실을 통해 증명된 경우-예를 들어 정보의 전달로 인해 피의자가 증거를 인멸하고 이로 인해 사실해명이 침해될 우려가 있는 경우, 구속이나 압수·수색과 같이 피의자가 알지 못하는 사이에 기습적으로 이루어져야 성과를 거둘 수 있는 수사방법이 예정되어 있는 경우-에만 열람의 제한이 가능하다.⁸⁾

6) 권영범, “공소제기 전 수사서류의 열람·등사권”, 『법조』 통권 659호 (2011), pp. 267-268.

7) 신양균, “수사절차에서 변호인의 기록열람·등사권”, 『법조』 53권 7호 (2004), p. 169.

8) 신양균, “수사절차에서 변호인의 기록열람·등사권”, p. 183.

이에 대해 독일 연방대법원은 수사절차에서 열람·등사를 제한하는 기준인 '조사목적의 위태화'는 일반적 기준으로 설명될 수 없고 개별 사례를 통해서만 판단될 수 있다고 하였다.⁹⁾ 그러나 이와 같은 열람 거부 사유가 소멸하면 열람·등사권에 대한 제한은 취소되어야 하고 그 사실을 즉시 변호인에게 통지하여야 한다(독일형사소송법 제147조 제6항).

2. 미국의 증거개시제도

미국법상 증거개시는 독일과 달리 헌법상의 권리로는 인정되지 않고 있다. 따라서 일반적으로 증거개시의 범위는 입법자의 정책적 재량에 맡겨져 있지만 주로 피고인에게 유리한 증거의 제출의무와 관련되어 연방대법원에 의해 인정되는 중요한 예외가 있다. 연방대법원은 1963년 *Brady v. Maryland* 사건에서 검사의 선의(good faith) 또는 악의(bad faith)를 불문하고 피고인에게 유리한 증거를 개시하지 않는 행위는 적법절차에 위반된다고 판시하였다.¹⁰⁾ 그 후인 1972년 *Giglio* 사건에서 검사가 공개해야 하는 피고인에게 유리한 증거에는 검찰측 증인의 신용성(credibility)을 탄핵하는 증거도 포함된다고 하였다.¹¹⁾

1976년 *Agurs* 사건에서 연방대법원은 검사는 피고인 측의 요구가 없어도 피고인에게 유리한 중요 증거를 공개할 헌법상의 의무가 있다고 하였고¹²⁾, 1985년 *Bagley* 사건에서는 공개되지 아니한 증거가 만일 피고인에게 공개되었다면 사건의 결과가 달랐을 것이라는 합리적 개연성(resonable probability)이 인정되면 증거개시의 대상이 된다고 하였다. 따라서 그 증거개시에 의해 피고인이 무죄판결을 받는 등으로 석방될 정도에 이르는 증거만이 개시대상이 되는 것이 아니라 그 증거에 대한 판단이 이루어지

9) BGHSt29, 99ff., 103. 신양균, "수사절차에서 변호인의 기록열람·등사권", p. 190. 에서 재인용

10) *Brady v. Maryland*, 373 u.s. 83. 87(1963)

11) *Giglio v. U.S.* 405 US 150 (1972)

12) *United States v. Agurs.* 427 U.S. 97(1976)

지 않으면 공정한 재판이 이루어졌다고 볼 수 없는 증거도 개시대상이 된다.¹³⁾ 나아가 1995년 Kyles 사건에서는 검찰이 소지하거나 관리하고 있지 않은 증거라 하더라도 피고인에게 유리한 증거를 적극적으로 찾아서 개시해야 한다고 하였다.¹⁴⁾

연방사건의 경우 연방형사소송규칙(이하 ‘연방규칙’으로 약칭함) 제16조에 의해 대부분 규율된다. 연방규칙에 의하면 검사는 공판 전에 증인의 목록을 제공할 의무는 없는데 이에 대해 미국 변호사협회 및 실무 변호사들은 좀 더 적극적인 증거개시 경향에 부응하기 위해서, 더 구체적으로는 연방규칙 제15조의 증인신문제도의 효율성을 담보하기 위해 끊임없이 검사 측 증인에 대한 정보개시를 요구하고 있다고 한다.¹⁵⁾

미 연방형사소송법 제3500조, 이른바 Jencks Act는 연방사건에서 증인의 증거개시에 관하여 규정하고 있다. 이에 따르면 미국 정부가 기소한 형사사건에서 정부측 증인이나 장차 정부측 증인이 될 사람(피고인 제외)에 의해 이루어진 진술 또는 보고서로서 연방의 소유에 속하는 것은 그 증인이 당해 사건의 공판에서 직접 신문에 응해 증언하기 이전에는 제출, 증거개시, 조사의 대상이 되지 않는다. 검사 측 증인의 증언 부분을 공개해야 한다고 규정한 점에 있어서는 연방규칙보다 진일보한 입법이지만 증거개시 시기를 사전개시가 아닌 사후개시로 규정하한 한계가 있다. 효과적인 증인신문을 위해서는 증인신문 전에 수사기관에서의 진술내용을 미리 검토할 수 있어야 함에도 불구하고 우선 검사 측이 소환한 증인이 법정에서 증언을 한 후에야 증인의 진술을 담은 기록과 증인에 관련된 내용을 개시하게 되어 변호인으로서의 공판연기신청을 한 후 진술의 불일치나 일관성, 신빙성 여부를 조사해야 하기 때문이다.¹⁶⁾

13) 오기두, “미국 연방형사절차상 Discovery제도 고찰”, 『저스티스』 통권 제70호 (2002), p. 246.

14) Kyles v. Whitley. 514 U.S. 419 (1995).

15) 김희균, “미국법상 증거개시제도의 이론과 실제: 미연방형사소송 실무를 중심으로”, 『저스티스』 통권 제87호 (2005), p. 165.

16) 김희균, 전계논문 p. 167, 조기영, “미국법상 형사증거개시제도에 관한 고찰 - 몇

그리고 대부분의 미국 주에서는 검사가 증거개시를 해야 하는 상황에 관한 법률과 형사소송규칙을 두고 있다. 거의 1/2에 해당하는 주는 증인 보호보다 증거개시의 진실발견 기능을 우선하여 검찰측 증인과 그 증언에 대한 공판전 증거개시를 허용하는 반면, 대부분의 연방법원들과 일부 주에서는 피고인은 공판전에 검찰 측 증인의 이름과 진술에 접근할 수 없으며, 피고인은 배심원의 선서가 있는 후에야 검찰 측 증인에 대해서 알 수 있다.¹⁷⁾

3. 시사점

독일과 미국의 경우를 보면 수사기록 열람·등사권을 공소제기 후에만 인정할 것이냐 전에도 인정할 것이냐의 문제는 증거개시제도의 본질과는 무관하다는 점을 알 수 있다. 독일의 경우 수사기록 열람·등사권은 공소제기 전·후를 불문하고 독일기본법상 법적 청문청구권, 평등원리, 법치국가원리에 근거한 무기대등주의, 정보에 대한 자기결정권 등을 근거로 인정되는 절차적 기본권임은 앞서 본 바와 같다. 특히 법적 청문청구권이 중요한데 이에 대해서는 뒤에서 자세히 살펴보기로 한다.

미국의 경우 증거개시는 주로 검사의 피고인에게 유리한 증거를 개시할 의무와 관련하여 연방대법원 판결을 근거로 한 헌법적 예외가 인정될 뿐 헌법적 권리로는 인정되지 않고 공소제기 후의 절차적 개념으로 이해되고 있다. 그러나 공소제기 전이나 후냐 하는 증거개시의 시기는 결코 증거개시의 본질이 아니다. 증거개시제도는 진실발견을 통한 공정한 재판의 실현에 그 본질과 기능이 있으므로 증거개시가 반드시 공소제기 이후에만 인정되어야만 하는 필연성은 없으며, 오히려 수사기관의 수사단계가 형사재판의 실질을 좌우하는 우리나라의 상황에서 피의자의 증거개시청

가지 쟁점에 대한 비교법적 시사점”, 『비교형사법연구』 제10권 제1호 (2008), p. 554.

17) 조기영, “미국법상 형사증거개시제도에 관한 고찰 - 몇 가지 쟁점에 대한 비교법적 시사점”, p. 556.

구권을 인정할 수 있는 이론적 근거가 될 수 있다.¹⁸⁾

Ⅲ. 선행 연구

1. 헌법적 권리로 파악하는 견해

현행 형사소송법이 공소제기 후 수사기록 열람·등사권만 규정하고 있지만 헌법상의 청문권 내지 정보공개청구권, 평등권, 법치국가원리에 근거한 무기대등의 원칙, 변호인의 변론권 내지 변호인의 실질적인 조력을 받을 권리를 보장하기 위해 피의자에게 수사기록 열람·등사권이 인정되고 이는 헌법상의 기본권에서 유래하므로 현행 형사소송법에서 명시하고 있지 않더라도 당연히 인정된다는 견해가 있다.¹⁹⁾ 이 견해는 헌법은 형사법 해석시 적용될 수 있는 많은 원칙과 가치결단을 선언하고 있는 바, 합헌적 해석 내지 헌법형성적 해석원칙에 따라 형사법 해석시 적용될 수 있는 헌법규범은 형사소송에 직접 적용될 수 있으며 형사소송법에 근거 규정이 없더라도 법원이나 헌법재판소는 헌법규범에 합치되도록 해석하여야 한다는 점을 그 근거로 제시하고 있다.

2. 제한적으로 헌법적 권리로 파악하는 견해

기소전 체포·구속적부심사단계에서 고소장파 피의자신문조서의 열람·등사권을 인정한 헌재 2003. 3. 27. 2000헌마474 결정을 근거로 체포·구속적부심사단계에서 변호인의 수사기록 열람·등사권이 헌법적 권리로 인정되었기 때문에 형사소송법에 이를 규정하지 않고 대법원규칙이나 대검예규로 제약하는 것은 헌법 제12조 제1항 위반의 소지가 크다는 견해²⁰⁾는 최소한 기소전 체포·구속적부심사단계에서의 수사기록열람·등

18) 조기영, “미국법상 형사증거개시제도에 관한 고찰 - 몇 가지 쟁점에 대한 비교법적 시사점”, p. 562.

19) 권영법, 전계논문, p. 272.

사권에 대해서는 헌법적 권리로 이해하고 있다.

3. 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」(이하 ‘정보공개법’이라 한다)을 근거로 허용하자는 견해

이 견해는 형사소송법 개정과정을 보면 - 그 실질적 정당성 내지 절차적 정당성은 별론으로 하고 - 현행법이 수사절차에서 변호인의 열람·등사권을 배제하고 있음이 분명히 드러나지만, 수사기록 열람·등사권은 법치국가 원리 및 공정한 재판의 원리를 실현하기 위한 제도적 장치로서 절차의 모든 단계에서 보장되어야 할 절차적 기본권이므로 이를 전면적으로 부정하거나 수사기관이 베푸는 시혜로서 예외적으로 보장하는 것은 적법절차의 원리와 부합되지 않는다고 본다. 따라서 명문규정을 두어 해결해야 하지만 형사소송법상 명문규정이 없는 상태에서도 간접적으로 정보공개법을 근거로 수사기록에 대한 열람·등사를 허용하는 것이 바람직하다고 한다.²¹⁾

4. 입법론상 허용해야 한다는 견해

명문규정상 수사절차에서 변호인 등의 열람·등사권은 인정되지 않는다는 것이 다수설이다. 다만 입법론으로 수사단계의 서류에 대하여도 피의자신문조서, 피의자가 제출한 증거 및 전문가의 감정서 등에 대하여는 변호인의 열람·등사를 허용하는 것이 타당하다는 견해²²⁾, 영장실질심사나 구속적부심사의 경우 피의자신문조서와 고소장·고발장만 열람·등사해서는 제대로 방어권이 행사될 수 없고, 공소제기 전에 증거보전청구나 증인신문청구를 하는 경우에는 변호인이 사전에 내용을 전혀 알 수 없는 상태에서 입회만 하여서는 반대신문을 물론 변호인의 조력을 받을 권리

20) 조국, “기소전 체포·구속적부심사단계에서의 수사기록열람·등사청구권-헌법재판소 2003. 3. 27. 선고 2000헌마474판결”, 법률신문 3243호, 2004.

21) 신양근, “수사절차에서 변호인의 기록열람·등사권”, p. 178.

22) 이재상, 『형사소송법』, 제9판 (서울 : 박영사, 2012), p. 151.

자체가 무의미해지므로 피의자나 변호인에게 피의자의 권리를 보호할 수 있는 정도의 증거개시를 할 수 있도록 하는 것이 입법론상 필요하다(견해²³⁾), 피의자의 방어권 보장, 무죄대등의 원칙을 통한 공정한 재판의 실현, 수사절차의 적정 도모, 무죄추정의 원칙, 재판의 공정성 확보, 변호인의 조력을 받을 권리 등을 위해 수사단계에서도 인정해야 한다는 견해²⁴⁾ 등이 주장되고 있다.

IV. 피의자의 수사기록 열람·등사권의 헌법적 권리성

1. 해석의 전제-헌법적 형사소송법론

우리 형사소송법은 공소제기 전의 수사기록 열람·등사에 관해 아무런 규정을 두고 있지 않다. 따라서 현행법을 문리해석할 경우 공소제기 전 수사기록 열람·등사권이 인정된다고 보기 어려운 측면이 있다. 그러나 피의자·피고인의 권리 보장과 관련하여 형사소송법의 규정 여부보다 더욱 중요한 것은 우리 헌법의 규정과 정신이라 할 것이다. 주지하는 바와 같이 우리 헌법은 국가권력의 남용으로 인한 기본적 인권의 침해를 경험한 우리 국민의 공통된 가치결단에 기초하여 형사피의자·피고인의 기본적 인권과 형사재판에 관한 다수의 규정을 두고 있다.

헌법을 최고규범으로 하는 민주주의 법체계에서 모든 하위규범이 헌법

23) 송우태, “형사소송법상 증거개시제도”, 『외법논집』 34권 1호 (2010), p. 213.

24) 민영성, “형사증거개시제도의 바람직한 운용방향”, 『사법3호』 (2008), p. 13, 신양균, “형사소송법의 쟁점과 과제”, 『형사재판의 제문제』 제6권 (2009), p. 833; 이승련, “개정 형사소송법상의 증거개시제도”, 『법조』 57권 2호 (2008), p. 252; 장승혁, “형사소송법상 수사기록 열람·등사와 관련한 법률적 쟁점”, 『우리법연구회』 제6집 (2010) p. 334; 조기영, “피의자의 열람·등사권”, 『형사법연구』 제20권 제3호 (2008), pp. 149-166., 주용기, “공정한 재판을 위한 형사증거개시제도에 관한 법적정책적 고찰”, 『법과 정책연구』 제11권 제3호 (2011), p. 774 및 p. 781.

정신을 실현하고 국민의 기본권을 보장해야 한다는 것은 너무나 당연한 이야기이지만 특히 신체의 자유와 직접 관련된 형사소송법에 있어서 그 요청은 더욱 강하게 요구된다. 하위규범으로서의 형사소송법은 헌법의 이념에 구속되고 헌법이 보장하는 기본적 인권을 형사절차상 구체적으로 실현하는 임무를 지니고 있다. 이런 의미에서 형사소송법을 ‘헌법적 형사소송법’(constitutional criminal procedure law) 또는 ‘응용된 헌법’(das angewandte verfassungsrecht)이라고도 지칭한다. 즉 ‘헌법적 형사소송’이란 형사사범은 헌법에 합치하도록 운용되어야 하며 형사사법시스템은 헌법이 보장한 피의자·피고인의 권리를 보장하여야 한다는 원리를 말한다.²⁵⁾

6월 항쟁의 산물로 성취된 현행 헌법이 적정절차의 이념을 헌법에 명시하고 형사절차상 인권보장을 위한 세세한 규정을 설정하였을 뿐만 아니라 헌법재판소를 설치함으로써 헌법규범이 바로 형사절차의 재판규범이 되도록 만들었다는 맥락에서 우리 형사소송법은 ‘법률적 형사소송’ 단계를 벗어나 ‘헌법적 형사소송법’의 단계로 접어들어 섰다고 할 수 있다. 이러한 헌법적 형사소송법이란 단순히 헌법이념의 구체화라는 해석상의 지침을 넘어 헌법에 규정된 형사절차에 관한 여러 규정들이 바로 형사절차의 재판규범을 이룬다는 의미로 새겨야 한다.²⁶⁾ 이런 해석은 형사소송법상 명문규정이 없어도 피의자의 변호인과의 접견교통권과 헌법상 적법절차주의를 근거로 변호인의 피의자신문참여권을 인정한 대법원 결정²⁷⁾과 헌재결정²⁸⁾을 통해서도 뒷받침되고 있다.²⁹⁾

25) 김용세, “형사절차상 기본권 보장을 위한 형사소송법규정 및 실무현실에 대한 연구”, 『형사정책연구』 제19권 제3호 (2008), p. 55.

26) 조국, “헌법적 형사소송’의 관점에서 본 형사절차상의 권리 및 제도 보장”, 『울산대학교 사회과학논집』 제10권 1호 (2000), p. 306.

27) 대법원 2003.11.11. 자 2003모402 결정

28) 헌재 2004. 9. 23. 2000헌마138

29) 신동운, 『신형사소송법』 제5판 (서울 : 법문사, 2014), pp. 5-6; “합헌적 해석 내지 헌법형성적 해석원칙에 따라 형사법 해석시 적용될 수 있는 헌법규범은 형사소송에 직접 적용될 수 있으며 형사소송법에 근거규정이 없더라도 법원이나 헌법재판소는 헌법규범에 합치되도록 해석하여야 한다.”는 견해(권영법, 전계논문,

따라서 헌법이 추구하는 기본권 보장, 적법절차의 원칙과 무죄추정의 원칙 등은 형사절차 전체를 관통하며 형사절차를 지도하는 원리로서 효율성과 합목적성을 내세운 수사기관의 실체적 진실추구가 결코 뛰어넘을 수 없는 한계로서 작용한다. 헌법이 추구하는 이런 기본원칙들과 인권존중 사상은 실체적 진실발견의 요청에 우선하는 우월한 가치들인 것이다.³⁰⁾ 그러므로 공소제기 전 수사기록 열람·등사권이 인정되는가 여부는 단순히 형사소송법 명문규정에 구애될 것이 아니라 명문규정이 없더라도 우리 헌법이 인간으로서의 존엄성에 대한 개인의 권리를 보장하기 위하여 규정한 피의자의 방어권 관련 규정의 내용과 정신에 의할 때 헌법해석상 그와 같은 권리가 인정된다면 그로부터 바로 수사기록 열람·등사권이라는 헌법적 권리를 도출할 수 있을 것이다.

우리 헌법은 수사기록 열람·등사권을 명문으로 규정하고 있지 않다. 그러나 1997년의 헌재결정 이후 공소제기 후 수사기록 열람·등사권이 신속·공정한 재판을 받을 권리, 변호인의 조력을 받을 권리 등에서 도출되는 피고인의 방어권이라는 기본권의 보장을 위해 필수적인 ‘헌법적 권리’임이 분명해 졌다. 그렇다면 공소제기 전의 경우는 어떠한가. 우리 헌법은 피의자의 방어권에 대한 명문으로 규정하지 않고 있고 현재도 피고인의 방어권에 대해서는 헌법 제27조 제1항의 재판청구권에 포함된 공정한 재판을 받을 권리로부터 당사자의 공격·방어권이 충분히 보장되는 권리가 파생되어 나온다³¹⁾고 하였지만 피의자의 방어권에 대해 명시적으로 개념을 정의하거나 헌법적 근거를 밝힌 바는 없다.

그러나 우리 헌법은 피의자의 방어권을 보장하기 위해 ① 적법절차의 원리(헌법 제12조 1항 2문), ② 고문의 금지와 불이익한 진술을 거부할 권리(헌법 제12조 제2항), ③ 강제수사시 적법한 절차에 따라 발부된 영

p. 271.)도 헌법적 형사소송법론과 같은 입장으로 볼 수 있을 것이다.

30) 서보학, “피의자신문에 있어서 인권보장 및 방어권 강화 방안”, 『형사법연구』 제 20호 (2003), p. 256.

31) 헌재 1998. 7. 16. 97헌바22

장의 제시의무(헌법 제12조 제3항), ④ 변호인의 조력을 받을 권리(헌법 제12조 제4항), ⑤ 구속적부심사청구권(헌법 제12조 제6항), ⑥ 죄형법정주의와 일사부재리의 원칙(헌법 제13조 제1항과 제2항), ⑦ 신속·공정한 재판을 받을 권리(헌법 제27조 제1항 및 제3항), ⑧ 무죄추정원칙(헌법 제27조 제4항) 등의 여러 권리와 원칙들을 규정하고 있다. 이처럼 우리 헌법이 세세하게 피의자의 방어권과 관련한 규정을 둔 것은 국가기관, 특히 수사기관의 권한남용으로부터 피의자의 인권을 보장하여 피의자의 인간으로서의 존엄성을 보장하고 무죄추정원칙을 실현하며 수사단계를 포함한 형사절차 전반에서 단순한 객체가 아닌 주체로서의 지위를 보장하기 위한 것이다. 즉 방어권은 형사절차의 공정성을 담보하는 핵심기제이며 피의자의 존엄성과 주체성을 보장하는 최후의 수단이라 할 수 있다.³²⁾

따라서 피의자의 수사기록 열람·등사권 인정 여부는 헌법상 피의자의 방어권 보장을 위하여 필수적인지 여부가 일차적인 기준이 되어야하고 결코 형사소송법 명문 규정이 기준이 될 수는 없다. 명문 규정이 없으므로 인정될 수 없다는 견해는 수사기록 열람·등사권이라는 권리가 공소제기 전후를 기준으로 공소제기 전에는 단순한 법률상 권리에 불과하였다가 공소제기 후에 이르러서야 헌법상의 권리로 격상한다고 보고 있다. 그러나 이런 해석은 수사단계에서의 기록·열람등사권이 헌법상 권리인 피의자의 방어권 보장을 위해 필수적인 것인지 여부를 고려하지 않은 해석으로 받아들일 수 없다.

2004헌마474결정을 근거로 체포·구속적부심사단계에서는 헌법적 권리로 보아야 한다는 견해는 헌법의 최종 해석기관인 헌재결정을 존중한 해석이라는 측면에서 마땅히 받아들여야 한다. 그러나 위 헌재결정은 체포·구속적부심사단계에서 변호인의 정보공개법에 따른 수사기록에 대한 정보공개청구를 거부한 처분이 변호인의 기본권을 침해하였는지 여부만 심판한 것이지 피의자의 수사기록 열람·등사권이 헌법해석상 인정되는

32) 김인회, “방어권 남용론 비판”, 『인하대학교 법학연구』 제19권 제1호 (2015), p. 350.

지 여부를 직접 판단한 것은 아니다. 피의자의 수사기록 열람·등사권 인정 여부에 대한 현재결정은 아직 없는 상태이므로 이에 대해서는 헌법적 해석이 요청된다.

명문규정이 없으나 이를 이유로 피의자의 열람·등사권을 부인하는 것은 적법절차의 원리에 부합하지 않으므로 정보공개법을 근거로 피의자의 수사기록 열람·등사권을 허용하자는 견해는 형사소송법에 명문규정이 없는 상태에서 피의자의 권리를 최대한 확보하기 위한 고육책으로 이해된다. 그러나 형사소송상 기록열람·등사권은 실제적 진실발견 및 피의자의 권리보호라는 특수한 목적과 이익을 근거로 개별적으로 인정되는 사법정보에 대한 공개청구권이라는 점에서 다른 국가정보(예컨대 입법 또는 행정정보)에 대한 그것에 비해 특수성을 지닌다. 따라서 피의자의 수사기록에 대한 열람·등사신청은 알권리의 내용으로 보는 것은 부적절하다.³³⁾ 정보공개법에 따라 정보공개를 하여 거부처분이 있을 경우 불복방법도 별도의 행정소송이나 헌법소원을 통해야 한다는 점에서 권리구제의 신속성과 효율성 측면에서도 바람직하지 않다.

결국 피의자의 헌법상 기본권의 해석을 기준으로 판단하여야 할 것이다.

2. 피의자의 수사기록 열람·등사권의 헌법적 권리성

(1) 신속·공정한 재판을 받을 권리

헌법 제27조 제3항은 ‘모든 국민은 신속한 재판을 받을 권리를 가진다’고 규정하고 있다. 신속한 재판을 받을 권리는 심리가 지연됨으로써 피고인에 대한 인신구속의 부당한 장기화와 그로 인한 허위자백과 물심양면의 고통을 방지하고, 피고인이라는 불명예로부터 빨리 벗어나도록 조속한

33) 조성용, “체포·구속적부심사절차에서의 기록열람·등사권”, 『법조』 54권 6호 (2005), p. 184.

시일 내에 재판을 받을 권리이다.³⁴⁾ 신속한 재판을 받을 권리는 주로 피고인의 이익을 위하여 인정된 기본권이지만 동시에 실체적 진실발견, 소송경제, 재판에 대한 국민의 신뢰와 형벌목적의 달성과 같은 공공의 이익에도 근거가 있기 때문에 어느 면에서는 이중적인 성격을 갖고 있다고 할 수 있어, 형사사법체제 자체를 위하여서도 아주 중요한 의미를 갖는 기본권이다.³⁵⁾ 여기서 신속한 재판이란 적정한 재판을 확보함에 필요한 기간을 넘어 부당히 지연된 재판이 아닌 재판을 의미한다.³⁶⁾ 재판이 지연될 경우 피고인이 정신적으로 위축되고 신체적 활동의 자유가 제약되며 가족이나 지인과의 유대관계 약화, 경제적 손해 등 심각한 불이익을 입게 된다. 특히 구속 피고인의 경우 그 피해는 더 클 것이다.

한편 우리 헌법은 공정한 재판을 받을 권리를 명문으로 규정하고 있지는 않지만 법치주의의 이념인 정의에 비추어 볼 때 법원에 의한 재판이 공정해야 한다는 것은 본질적·필연적인 것이므로 공정한 재판을 받을 권리는 헌법 제27조의 재판청구권과 사법의 독립을 정하고 있는 규정에 의하여 보장된다.³⁷⁾ 헌재도 “우리 헌법에는 비록 명문의 문구는 없으나 공정한 재판을 받을 권리를 국민의 기본권으로 보장하고 있음이 명백하며, 공정한 재판을 받을 권리는 공개된 법정의 법관 앞에서 모든 증거자료가 조사되고 검사와 피고인이 서로 공격·방어할 수 있는 공평한 기회가 보장되는 재판을 받을 권리를 포함한다.”고 하였다.³⁸⁾ 공정한 재판은 형사절차상 피의자·피고인에게 주체적 지위를 보장하고 절차에의 참여와 자유롭고 기회균등한 정보제공 및 정보에 대한 다각적인 검증기회를 보장하는 합리적인 절차가 되어야만 실질적으로 실현될 수 있다.³⁹⁾

그런데 신속·공정한 재판을 받을 권리의 주체는 피고인이므로 피의자

34) 헌재 1994. 4. 28. 93헌바26

35) 헌재 1995. 11. 30. 92헌마44

36) 헌재 1997. 11. 27. 94헌마60

37) 정종섭, 『헌법학원론』 제9판 (서울 : 박영사, 2014), p. 829.

38) 헌재 2001. 8. 30. 99헌마496

39) 주용기, 전계논문, p. 762.

의 방어권과는 직접적인 관련이 없다고 생각할 수도 있다. 그러나 수사절차가 단지 공판절차의 전(前) 단계에 그치는 것이 아니라 형사소송절차 전 과정과 결과에 결정적인 영향을 미친다는 점⁴⁰⁾을 고려할 때 공소제기 전 수사기록 열람·등사는 피고인의 신속·공정한 재판을 받을 권리와도 밀접한 관련을 가진다. 오늘날 수사절차는 단순히 공판절차의 사전단계 내지 준비단계로서의 의미만 지니는 것이 아니다. 형사소송법 제247조는 검사가 형법 제51조의 사항⁴¹⁾을 참작하여 공소를 제기하지 않을 수 있는 기소편의주의를 규정하고 있다. 기소편의주의를 채택하고 있는 법제 하에서는 수사절차의 독립성을 부정하기 어렵다.

수사실무상 불기소로 종결되는 형사사건이 50% 내외에 이르는 현실을 감안할 때 결과적으로 수사절차에서 절차가 종결되지 않고 공소제기로 이르는 경우에만 “사후적으로” 수사절차는 공판절차의 준비절차가 된다고 할 만하고 이렇게 되면 역설적으로 수사절차를 공판절차의 준비절차라 하기 보다는 공소제기 여부에 대한 검사의 결정을 위한 준비절차라고 할 수도 있을 법하기 때문이다.⁴²⁾ 피의자의 입장에서는 검사의 공소제기 여부가 실질적으로 마치 법관의 유무죄 판결과 비슷한 결과를 초래하기 때문에 수사과정에서 피의자의 방어권 보장은 공판절차에서 피고인의 방어권 보장에 못지않은 중요성이 있다.

그리고 오늘날 형사절차의 중점은 수사절차에 있다는 점이 사실상 점점 더 널리 인정되고 있다.⁴³⁾ 지식의 폭발적 증가, 사회 각 분야의 전문화로 수사과정이 공판과정보다 훨씬 복잡하게 되고 전문화되어 공판과정

40) 대법원의 사법연감에 의하면 2008년까지 1%였던 제1심 형사공판사건 무죄율은 2009년 2.51%,로 증가한 이후 2010년 8.8%, 2011년 19.44%, 2012년 23.49%로 급격히 증가했다가 2013년 14.11%로 다소 하락했다. 과거에 비해 무죄율이 증가한 것은 사실이지만 여전히 무죄판결을 받는 것은 매우 힘든 일이라고 하겠다.

41) 범인의 연령, 성행, 지능과 환경, 피해자에 대한 관계, 범행의 동기, 수단과 결과, 범행 후의 정황 등이다.

42) 문채규, “수사절차상 피의자의 청문권”, 『부산대학교 법학연구』 제49권 제1호 (2008), p. 107.

43) 조기영, “피의자의 열람·등사권”, p. 154.

보다 수사과정이 사실상 유무죄를 좌우하게 되는 경향이 증대하고 있는 것이다.⁴⁴⁾ 독일의 경우에도 조직범죄, 경제범죄, 환경범죄 등 수많은 새로운 범죄 카테고리가 형성되고 양적인 면에서 폭발적으로 증가하는 등의 이유로 전통적인 공판절차한계는 필연적으로 수사절차의 기능과 의미를 확대·강화하게 되어 공판절차는 수사절차에 전적으로 의존하지 않을 수 없게 되었고, 이 점은 미국과 영국처럼 수사절차를 경찰이 주도하든, 독일과 우리나라처럼 검사가 주도하든 간에 공히 나타나는 현상이 되었다.⁴⁵⁾ 우리는 수사절차를 형사소송절차로부터 분리한 채 고찰할 수 없으며 오히려 수사절차는 전체적인 형사소송절차를 통합하는 구성요소이므로 이로부터 수사절차에서도 형사소송의 기본원칙과 전제들이 지켜져야 한다는 결론이 나온다.⁴⁶⁾ 따라서 피의자의 방어권은 적법절차준수와 마찬가지로 실제적 진실발견이라는 형사소송의 목표에 의해서도 제한되거나 배제되어서는 안되는 형사소송에 있어서 마그나 카르타의 성질을 가진다고 하겠다.⁴⁷⁾

수사절차에서의 증거수집은 공판절차도 좌우하게 된다. 잘못된 재판들은 검사의 불충분한 수사에서 기인되는 경우가 많다. 우리 형사소송법이 공판중심주의를 강화하려고 노력하는 것도 어떻게 보면 현실적으로 수사절차가 형사절차에서 그만큼 큰 비중을 차지하고 있음을 역설적으로 표현해 주는 것이라 하겠다. 뿐만 아니라 수사절차의 법치국가성과 법적 정당성을 제고시키려는 노력들도 그만큼 수사절차가 전체 절차에서 갖는 중요성이 크기 때문이기도 하다.⁴⁸⁾ 이처럼 수사절차가 공판절차에 미치는 중요성에서 공정한 재판을 받을 권리를 수사단계에서의 방어권 보장과

44) 송희식, “형사소송의 이념과 사회통합”, 『동아법학』 제50호 (2011), p. 181.

45) 박노섭, “실체적 진실발견과 수사절차의 의미변화”, 『한국경찰법연구』 제2호 (2003), pp. 32-33. 참조

46) 최석훈(역), “수사절차상 피의자의 법적 지위”, 『형사정책연구』 제12권 제1호 (2001), p. 139.

47) 조광훈, “피의자의 진술권 보장에 관한 고찰”, 『형사정책연구소식』 85호 (2004), p. 24.

48) 문채규, 전계논문, p. 107.

분리해서 볼 수 없다는 판단은 변호인의 피의자신문참여권 인정 여부에 관한 2004년도의 헌재결정의 재판관 권성, 재판관 이상경의 별개의견으로 다음과 같이 실시된 바 있다. “이러한 공정한 재판을 받을 권리를 보장하기 위해서는 수사단계에서부터 수사기관과 피의자 사이의 무기 평등의 원칙이 실현되어야 한다. 수사절차의 결과는 공판절차에서의 사실인정에 결정적인 영향을 미치며, 검사가 피의자를 공소제기하는 경우와 불기소처분하는 경우의 차이는 매우 크기 때문이다.”⁴⁹⁾

법치국가는 흠이 없는 권리보호를 추구한다. 흠이 없는 권리보호란 총체적인 권리보호를 의미하며, 이를 위하여 국가는 실정법에 제도적 장치를 규정하여 법의 효력을 관철시켜야 할 의무를 갖는다.⁵⁰⁾ 우리 헌재도 위 2004년 결정에서 “우리 헌법의 기본질서 중 하나인 법치국가원리는 기본권의 보장을 위하여 국가권력의 행사에 대한 효과적이고 공정한 절차의 이념에 따른 권리구제제도의 완비를 요구한다.”⁵¹⁾는 점을 분명히 한 바 있다. 형사절차에서 인권보호가 효과적으로 이루어지려면 인권보호원칙이 공판절차에서 비로소 적용될 것이 아니라 원칙적으로 처음부터 적용되어야 하는 것이다.⁵²⁾

이 점은 피의자의 체포·구속 여부와도 무관하다. 불구속 수사 및 재판의 원칙이 확립되어 1심 형사공판사건을 기준으로 할 때 접수인원수 대비 구속인원수 비율은 2004년 31.1%였던 것이 점차 감소하여 2011년 10.2%, 2012년 9.3%, 2013년 10.1%에 달하고 있다.⁵³⁾ 즉 대부분의 피의자가 불구속 상태에서 수사 및 재판을 받고 있는 것이다. 한편 불구속 상태로 수사 및 재판을 받는다 하더라도 재판결과 실형이 선고되어 법정구속되는 경우도 얼마든지 있기 때문에⁵⁴⁾ 체포·구속여부에 따라 열람·등사

49) 헌재 2004. 9. 23. 2000헌마138의 재판관 권성, 재판관 이상경의 별개의견

50) 김상겸, “법치국가의 요소로서 절차적 기본권-재판청구권과 관련하여-”, 『아태공법학연구』 제7권 (2000), p. 168.

51) 헌재 2004. 9. 23. 2000헌마138

52) 최석윤(역), 전개논문, p. 139.

53) 대법원 사법연감에 의함

권 인정 여부에 차등을 두는 것은 합리적이지 않다. 이와 같이 수사절차가 공판절차에 대해서 가지는 독립성과 중요성을 감안한다면 체포·구속 여부와 무관하게 피의자의 방어권 보장을 위해 수사기록 열람·등사권이 인정되어야 할 것이다. 수사절차가 비록 불기소결정으로 종결되지 않고 공소제기로 이어지는 경우에도 피의자의 방어권 보장은 결국 피고인의 방어권 보장과 단절될 수 없고 궁극적으로는 신속·공정한 재판을 받을 권리와 밀접하게 연결된다는 점에서는 차이가 없다고 하겠다.

(2) 변호인의 조력을 받을 권리

헌법 제12조 제4항은 체포 또는 구속을 당한 자의 변호인의 조력을 받을 권리를 규정하고 있는데, 이는 국가형벌권의 행사에 있어서 국가권력, 특히 수사기관과 대등한 지위를 피의자 등에게 확보해 줌으로써 피의자 등의 신체의 자유를 보장하려는 데에 의의가 있다. 여기서 말하는 조력은 충분한 조력을 의미한다.⁵⁵⁾ 피의자 등은 변호인과 언제든지 자유롭게 협의할 수 있는 변호인접견교통권이 보장되어야 하고, 변호인을 통하여 수사서류를 포함한 소송관계 서류를 열람·등사할 수 있어야 하고, 변호인과의 서신의 비밀이 보장되어야 한다.

이와 관련하여 피고인의 변호인이 구속된 피고인을 조력할 권리를 수사기록 열람·등사권의 헌법적 근거가 되는 헌법상 기본권으로 인정할 수 있는지 여부가 문제된다. 현재는 한 때 “헌법상의 변호인과의 접견교통권은 체포 또는 구속당한 피의자·피고인 자신에만 한정되는 신체적 자유에 관한 기본권이고, 변호인 자신의 구속된 피의자·피고인과의 접견교통권은 헌법상의 권리라고는 말할 수 없으며 단지 형사소송법 제34조에 의하여 비로소 보장되는 권리임이 그친다.”고 하였다.⁵⁶⁾ 그러나 이는

54) 대법원 사법연감에 따르면 1심에서 불구속 상태로 재판받은 피고인이 실형선고 받은 비율은 2012년 9.5%, 2013년 11.9%이다.

55) 헌재 1992. 1. 28. 91헌마111

56) 헌재 1991. 7. 8. 89헌마181

변호인의 조력을 받을 권리의 행사가 변호인과 변호인의 조력을 받을 지위에 있는 자의 상호관계에서 이루어진다는 점을 간과한 것으로⁵⁷⁾, 변호인 자신의 구속된 피고인·피의자와의 접견교통권 역시 피구속자의 변호인 접견교통권과 상호 보완적으로 작용하여 피구속자의 인권보장과 방어준비를 위하여 헌법에서 당연히 우리나라의 헌법상의 권리라 할 것이라는 점⁵⁸⁾에서 비판받았다. 그 후 헌재는 “변호인의 조력을 받을 피구속자의 권리는 피구속자를 조력할 변호인의 권리가 보장되지 않으면 유명무실하게 된다. 그러므로 피구속자를 조력할 변호인의 권리 중 그것이 보장되지 않으면 피구속자가 변호인으로부터 조력을 받는다는 것이 유명무실하게 되는 핵심적인 부분은, 조력을 받을 피구속자의 기본권과 표리의 관계에 있기 때문에 이러한 핵심부분에 관한 변호인의 조력할 권리 역시 헌법상의 기본권으로서 보호되어야 한다.”고 하여 변호인이 피구속자를 조력할 권리도 헌법상 기본권으로 인정하였다.⁵⁹⁾

그렇다면 피의자의 변호인의 조력을 받을 권리 및 그에 상응하는 변호인의 피의자를 조력할 권리를 근거로 피의자의 수사기록 열람·등사권을 인정할 수 있는가? 이에 대해서는 앞서 언급한 헌법적 형사소송법론을 뒷받침하는 대법원 판결과 헌재 결정을 다시 살펴볼 필요가 있다. 대법원은 “형사소송법이 아직은 구금된 피의자의 피의자신문에 변호인이 참여할 수 있다는 명문규정을 두고 있지는 아니하지만, 신체를 구속당한 사람의 변호인과의 접견교통권이 헌법과 법률에 의하여 보장되고 있을 뿐 아니라 누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다고 선언한 헌법규정에 비추어, 구금된 피의자는 형사소송법의 위 규정을 유추·적용하여 피의자신문을 받음에 있어 변호인의 참여를 요구할 수 있고 그러한 경우 수사기관은 이를 거절할 수 없는 것으로 해석하여야 하고, 이렇게 해석하는 것은 인신구속과 처벌에 관하여 “적법절차주의”를 선언한 헌법의 정신에도 부합한다 할 것”⁶⁰⁾이라는 결

57) 정종섭, 상계서, p. 536.

58) 위 헌재결정의 재판관 조규광, 재판관 변정수의 반대의견

59) 헌재 2003. 3. 27. 2000헌마474

정을 통해 형사소송법상 변호인의 수사기관의 피의자신문참여권 규정이 없어도 구속피의자와 변호인과의 접견교통권을 근거로 피의자신문시 변호인참여권을 인정하였다.

그리고 현재는 “피의자·피고인의 구속 여부를 불문하고 조언과 상담을 통하여 이루어지는 변호인의 조력자로서의 역할은 변호인선임권과 마찬가지로 변호인의 조력을 받을 권리의 내용 중 가장 핵심적인 것이고, 변호인과 상담하고 조언을 구할 권리는 변호인의 조력을 받을 권리의 내용 중 구체적인 입법형성이 필요한 다른 절차적 권리의 필수적인 전제요건으로서 변호인의 조력을 받을 권리 그 자체에서 막바로 도출되는 것이다.”⁶¹⁾하여 형사소송법상 변호인의 피의자신문참여권 규정이 없어도 변호인의 조력을 받을 권리에서 바로 불구속피의자의 피의자신문참여권이 인정된다고 하였다. 위 대법원 및 헌재결정을 토대로 2007년 개정형사소송법 제243조의2는 수사기관의 피의자신문과정에서 변호인의 조력을 받을 권리를 실질적으로 보장하기 위하여 변호인의 피의자신문참여권을 명문으로 규정하였다. 위 대법원과 현재의 결정은 형사소송법상 명문의 규정이 없는 경우에도 형사소송법을 지배하는 헌법원리인 적법절차원칙과 변호인의 조력을 받을 권리라는 기본권에서 곧바로 구체적인 절차적 권리를 인정한 예이다.

그런데 위 헌재 결정에서 “...위 역할 중 보다 중요한 것은 조력자로서의 역할이고, 이를 수행하기 위한 구체적인 권리는 입법형성이 있어야 비로소 부여되는 것이 원칙이다. 이에 형사소송법은 변호인을 통하여 수사기록을 포함한 소송기록, 증거물을 열람하고 등사할 수 있는 권리, 증거보전을 청구할 권리 및 기타 증거자료를 수집할 권리, 그리고 이에 대한 검토 결과를 토대로 공격과 방어의 준비를 할 수 있는 권리 등 변호인의 조력을 받을 권리의 구체적 내용을 자세하게 규정하고 있다.”고 하여 피

60) 대법원 2003.11.11. 자 2003모402 결정

61) 헌재 2004. 9. 23. 2000헌마138

의자신문참여권 외에 수사기록 열람·등사권 등의 권리는 변호인의 조력을 받을 권리에서 막바로 도출되는 것이 아니라 구체적인 입법형성이 있어야 비로소 부여되는 것으로 이해될 수 있는 취지의 설시가 있다.

그러나 앞서 보았듯이 현재는 위 결정이 있기 전인 2003년에 공소제기 전인 체포·구속적부심사단계에서 변호인의 기록 열람·등사권을 인정하는 근거규정이 없었음에도 변호인의 피구속자를 조력할 권리 및 알 권리를 근거로 기소전 체포·구속적부심사단계에서 변호인의 수사기록 열람·등사권을 헌법적 권리로 인정한 바 있다.⁶²⁾ 이 결정은 수사기록 열람·등사청구권이 인정되는 시간대를 기소전의 단계로 앞당겼고 이는 향후 현재가 구속적부심사청구라는 조건이 없는 상황에서도 피의자의 변호인에 대하여 수사기록 열람·등사권을 인정할 수 있는 발판을 마련하였다는 점에서 중대한 의미가 있다.⁶³⁾ 불구속 상태로 있는 피의자의 경우에 비해 체포·구속적부심사단계에서 기록 열람·등사권이 인정될 현실적 필요성이 더 크다는 점을 인정한다고 하더라도 그것이 기록 열람·등사권을 완전히 부정할 수 있는 근거는 될 수 없다. 불구속 피의자에게 변호인의 피의자신문참여권이 인정되고 자유로운 접견이 보장된다고 하더라도 수사기록 열람·등사권이 인정되지 않는다면 변호인의 조력을 받을 권리는 실질적으로 보장되기 어렵기 때문이다.

우선 변호인의 피의자신문참여률이 너무나 저조하다. 2008년에 검찰이 처리한 108만3579건의 형사사건 중 524건(0.05%)에서만 피의자신문에 변호인이 참여했다. 2009년에는 120만8713건 중 962건(0.08%), 2010년에는 103만9796건 중 1100건(0.11%), 2011년에는 105만4323건 중 1819건(0.17%)에서 피의자신문시 변호인 참여가 이뤄졌다.⁶⁴⁾ 그 이유는 현실적

62) 현재 2003. 3. 27. 2000헌마474

63) 조국, 기소전 체포·구속적부심사단계에서의 수사기록열람·등사청구권-헌법판소 2003. 3. 27. 선고 2000헌마474판결

64) <https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?Serial=69887> <최종 검색일 : 2015. 5.22. 16:03>

인 측면에서는 수임료 문제가 가장 클 것으로 보이고 간단한 사건의 경우에도 피의자신문에 장시간 소요되는 반면 변호인이 참여하더라도 현실적으로 조언을 하기 어려운 문제도 있다. 형사소송법 제243조의2는 제3항은 신문에 참여한 변호인은 신문 후 의견을 진술하는 것을 원칙으로 하고 신문 중에는 부당한 신문방법에 대하여 이의를 제기할 수 있고, 검사 또는 사법경찰관의 승인을 얻어 의견을 진술할 수 있도록 조력의 범위를 상당히 제한하고 있고 '정당한 사유'가 있는 경우 참여 자체를 거부할 수 있도록 하고 있기 때문이다.

게다가 1심 형사공판사건을 기준으로 할 때 변호사선임률(국선변호인이 선정된 경우를 포함)이 채 50%가 되지 않는 것도 중요한 원인 중 하나인 것으로 보인다. 수사단계에서는 구속전 피의자신문과 체포·구속적부심사 외에는 국선변호인이 선정되지 않으므로 실제 수사단계에서의 변호사선임률은 훨씬 더 낮게 된다. 변호인이 피의자신문에 참여하더라도 수사기관이 피의자나 변호인에게 확보한 증거나 향후 수사계획을 알려 줄 일은 만무하여 변호인이 사건의 전모를 파악하여 효율적인 조력을 하기란 어렵다. 참여하지 못한 경우 피의자는 대부분 법률 문외한인 경우가 많을 것인데, 피의자의 말만 듣고는 사건의 실체를 파악하기가 곤란할 것이다.

“실무에서 종종 구속적부심사시 변호인이 피의자의 경찰에서의 진술과 전혀 동떨어진 주장을 개진하게 되는 경우가 있는데, 이는 결국 변호인이 경찰 작성의 피의자신문조서를 열람하지 못한 상태에서 피의자와의 접견을 통해 피의자의 일방적인 주장만을 듣고 변론준비를 한 결과이다(피의자는 변호인과의 접견 때 자신에게 불리한 사실, 즉 경찰에서 시인한 사실들을 이야기하지 않을 수도 있기 때문이다). 이와 같이 변호인이 피의자가 종전에 경찰에서 진술한 사실을 모른 채 변론준비를 하게 되면, 법원이 구속적부심사를 심리하는데 있어서 피의자에게 불리한 심증형성을 하게 되는 경우가 종종 있는데 이는 결국 변호인의 충분한 변호권을 보장하지 아니함으로써 피의자의 변호인의 조력을 받을 권리를 침해하는 결과가 된다고 할 수 있다.”⁶⁵⁾는 법률실무가의 글을 통해서도 (물론 이

글은 구속적부심을 전제로 하고 있지만) 변호인의 기록 열람·등사권 인정의 필요성을 절실히 알 수 있다.⁶⁶⁾

따라서 “변호인의 조력을 받을 권리는 변호인과의 자유로운 접견교통권에 그치지 아니하고 더 나아가 변호인을 통하여 수사서류를 포함한 소송관계 서류를 열람·등사하고 이에 대한 검토결과를 토대로 공격과 방어의 준비를 할 수 있는 권리도 포함된다”는 현재결정⁶⁷⁾은 구속적부심사 여부를 불문하고 수사단계에서도 그대로 타당하다. 피의자의 변호인의 조력을 받을 권리에 대응하여 변호인의 피의자를 조력할 권리도 수사단계에서의 기록열람 등사권의 헌법적 근거가 된다.

(3) 무죄추정원칙 내지 무죄추정을 받을 권리

우리 헌법 제27조 제4항은 “형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다.”고 규정하고 있다. 이 무죄추정은 법치국가의 일반 원칙에 해당하고 헌법상의 원리 또는 원칙이다. 헌법 제27조 제4항을 근거로 무죄추정원칙을 헌법상의 구체적 기본권으로 인정할 것인지에 대해서는 견해가 다소 갈린다. 그 주관적 성격보다는 형사절차를 지배하는 지도적 원칙으로 이해하는 입장이 있다.⁶⁸⁾ 형사절차의 현실에서는 사실상 ‘유죄로 추정’되고 있는 형사 피의자·피고인에게 헌법이 무죄추정을 ‘권리’로 인정한다는 것은, 수사기관이 유죄의 심정으로 편견수사를 해서는 안되고, 소추기관은 유죄청구권이 있는 것처럼 소추활동을 해서는 안되며, 법원은 공소장 기재의 공소사실을 근거없다고 가정하고 무죄의 심정

65) 오기두, “정보비공개결정 위헌확인 - 수사기록의 공개와 변호인의 피구속자 조력권 및 알 권리 -”, 헌법재판소결정해설집 2003, (헌법재판소, 2004), p. 73. 각주 23.

66) 한편 필자도 검사 출신 변호사로부터 비슷한 취지의 말을 들은 바 있다. 그 변호사는 검사로 재직시 수사단계에서 선임된 변호인이 전혀 사건의 쟁점을 파악하지 못한 채 의견서를 제출하는 경우가 많아 의아하게 생각했는데, 막상 변호사가 되어 보니, 수사기록을 보지 못한 채 피의자의 말만 듣고 변호를 하려니 그럴 수밖에 없다는 점이 이해되었다고 하였다.

67) 헌재 1997. 11. 27. 94헌마60

68) 변종필, 『형사소송에서 진실개념』, 박사학위논문, 고려대학교, 1996, p. 222.

하에서 검사의 주장을 심리하여야 함을 요구함으로써 국가기관이 지켜야 할 절차규범을 부여한 것⁶⁹⁾으로 보는 견해도 있다.

피의자나 피고인이 신체의 자유에 대한 침해를 사전에 방지하기 위하여 형사피의자와 피고인에게 보장된 절차적 기본권⁷⁰⁾으로 보는 견해도 있다. 헌법재판소는 헌법 제27조 제4항의 규범내용을 기본권으로 이해하면서도, 형사절차의 전 과정을 지배하는 원리로 이해하기도 하는 등⁷¹⁾ 입장이 명확해 보이지는 않는다. 비록 현재는 무죄추정원칙이나 무죄추정을 받을 권리를 수사기록 열람·등사권의 헌법적 근거로 실시한 적이 없지만 무죄추정원칙을 보다 적극적으로 해석하여 무죄추정원칙으로 수사기록 열람·등사권이라는 적극적 권리를 도출하는 견해가 있다. 이 견해는 “무죄추정의 원칙은 단순히 피고인의 유죄를 국가가 합리적 의심은 넘는 확신으로 증거에 의해 입증해야 함을 의미하는 것만이 아니고 피고인이 국가에 적극적으로 무죄를 주장할 수 있는 힘이 주어져야 함을 의미하고 이를 위해서는 피고인에게 유리할 수 있는 모든 증거가 국가로부터 피고인에게 주어져야 되는 것”⁷²⁾이라고 한다.

무죄추정원칙이 언제나 불리한 처지에 놓여 인권이 유린되기 쉬운 피의자·피고인의 지위를 옹호하여 형사절차에서 그들의 불이익을 필요한 최소한에 그치게 하자는 것으로서 인간의 존엄성 존중을 궁극의 목표로 하고 있는 헌법 이념에서 나온 것⁷³⁾이라는 점, 무죄추정원칙은 무고한 사람을 처벌해서는 안된다는 인권보장사상에서 유래하여 시민적 자유를 수호하려는 근대법의 특징을 표명한 것이며 이에 의하여 피고인 또는 피의자는 형사절차의 주체로서 절차상의 여러 가지 권한을 가지게 된다는

69) 조국, “형사절차의 근거에서 대립하는 두 가지 가치체계에 관한 소고 -영미법학에서의 논의를 중심으로-”, 『저스티스』 32권 4호 (1999), p. 172.

70) 이준일, 『헌법학강의』, (서울 : 홍문사, 2007), p. 510.

71) 현재 2003.11.27. 2002헌마193; 1992.1.28. 91헌마111; 1995.7.21. 92헌마144

72) 황경환, “형사소송법상 증거개시제도에 대한 법적 소고 : 헌법적 평가 및 미국제도와 비교하여”, 『한양법학』 제20권 제1집 (2009), pp. 171-172.

73) 신동운, 상계서, p. 811.

점⁷⁴⁾을 감안한다면 무죄추정원칙으로부터 수사기록 열람·등사권이라는 적극적 권리를 도출하는 견해가 충분히 설득력이 있다고 생각된다. 현재도 “무죄추정의 원칙은 공정한 재판실현과 인간의 존엄성 존중에 바탕을 둔 것이다. 피고인이 유죄라는 선입감에서 피고인의 권리행사를 제한할 수 있는 입법을 한다면 이 원칙에 반하는 결과가 될 것이다.”⁷⁵⁾라고 실시한 바 있다.

비록 헌법은 형사피고인에 대한 무죄추정을 규정하고 있지만 피고인이 무죄로 추정된다면 아직 검사에 의해 유죄라고 판단되어 공소제기조차 되지 않은 피의자가 무죄추정을 받는다는 것은 당연할 뿐만 아니라 무죄추정의 정도도 훨씬 강하다고 볼 것이고 피고인보다 불리한 처우나 법적 해석은 허용되지 않을 것이다. 따라서 무죄추정원칙으로부터 피고인 또는 변호인의 수사기록 열람·등사권을 도출할 수 있다는 견해에 선다면 피의자의 경우에도 당연히 같은 결론에 도달할 것이다.

(4) 법적 청문청구권

앞서 언급한 독일에서 수사기록 열람·등사권의 헌법적 근거 중 특히 법적 청문청구권(der Anspruch auf rechtliches Gehör)이 중요한데 법적 청문청구권이란 독일기본법 제103조 제1항⁷⁶⁾에 근거한 것으로 법적 분쟁 당사자가 법원의 결정 이전에 판단근거가 된 사실관계와 법률관계에 대하여 자신의 의견을 진술함으로써 소송절차와 그 결과에 영향을 미칠 수 있는 권리⁷⁷⁾, “법원의 구체적인 절차에서 제기된 모든 사실상·법률상의 문제에 대하여 진술하고(sich zu äußern), 법원으로 하여금 이를 듣게 할(gehört zu werden) 기회를 요구할 수 있는, 절차관계인(der Verfahrensbeteiligte)

74) 이재상, 상계서, p. 114.

75) 현재 1994. 4. 28. 93헌바26

76) Grundgesetz §103 I “Vor Gericht hat jedermann Anspruch auf rechtliches Gehör.”

77) 조성용, “체포·구속적부심사절차에서의 기록열람·등사권”, 『법조』 54권 6호 (2005), p. 185.

의 절차적 기본권”을 의미한다.

즉, 재판절차상 말할 수 있는 권리 또는 법원에 대하여 자기의 진술을 경청하여 달라고 요구할 수 있는 권리를 말한다. 구체적으로는 ① 정보제공청구권, ② 재판자료제출권, ③ 참작의무 등을 보호영역으로 한다.⁷⁸⁾ 법적 청문청구권은 소송의 종류에 상관없이 모든 소송당사자에게 인정되는 절차적 기본권이므로, 일반적으로 형사소송에서는 피고인이나 피의자뿐만 아니라 그 밖의 모든 절차 참여자가 그 향유 주체에 해당한다. 나아가 자연인이든 법인이든, 내국인이든 외국인이든 가리지 않는다.⁷⁹⁾

우리 헌법은 법적 청문청구권을 직접 규정하고 있지 않으나 법적 청문청구권의 보장은 재판을 받는 국민 개개인의 재판에 대한 신뢰와 정당성 확보를 위해서 필요할 뿐만 아니라 사법에 대한 신뢰와 정당성 확보를 위해서도 필요하다. 공정한 재판을 받을 권리는 주로 공정한 절차의 보장이라는 측면에 강조점을 두고 있어 그 절차 안의 실질적인 내용을 담보하기에는 부족한 것이 현실인 점⁸⁰⁾, 법적 청문청구권은 인간의 가치를 존중하는 정신에 근원을 두고 있는 법치국가적 요구로서 사법절차의 구성요소이며 절차적 기본권인 점⁸¹⁾, 실체적 기본권 목록의 확립과 포괄적 권리구제의 보장이 달성된 현대국가에 있어서, 행정부 및 사법부예의 위임에 따른 불확정한 법적 개념의 증대로 인하여, 절차적 기본권은 법원에의 접근을 보장한다는 근대적 과제를 넘어서 사법절차 자체의 합리화라는 현대적 과제의 수행을 위하여 새로이 정립될 필요가 있게 된 점⁸²⁾ 등을 감안할 때 우리 헌법상으로도 법적 청문청구권을 인정할 필요가 있다. 헌재도 비록 그 개념과 헌법적 근거 및 내용 등을 밝히지는 않았지만 현재

78) 장석조, “재판 받을 권리의 헌법상 보장”, 『사법』 7호 (2009), pp. 48-49.

79) 변종필, “형사소송과 법적 청문”, 『인권과 정의』, 245호 (1997), p. 94.

80) 정철, “청문권의 헌법적 수용가능성 -법원에 대한 청문권을 중심으로-”, 『공법학연구』 제8권 제3호 (2007), p. 338.

81) 김상겸, “법치국가의 요소로서 절차적 기본권 -재판청구권과 관련하여-”, 『아태공법학연구』 제7권 (2000), p. 173.

82) 장석조, 전제논문, pp. 509-510.

1997. 8. 21. 94헌바2 사건에서 재판관 3인의 반대의견에서 청문청구권을 언급한 바 있고, 현재 1998. 9. 30. 98헌가7등 결정에서는 이해관계인의 재판청구권(또는 법적 청문청구권)을 침해하는지 여부를 판단하여 법적 청문청구권이 위헌법률심사의 한 기준이 되었다.⁸³⁾

재판청구권에서 재판의 공정을 보장하기 위해 공개된 법정외 법관의 면전에서 모든 증거자료가 조사·진술되고 이에 대하여 피고인이 공격·방어할 수 있는 기회를 보장받을 권리가 파생된다는 점⁸⁴⁾에서 재판청구권은 단지 절차의 공정만이 아니라 방어권 보장을 핵심적인 내용으로 하고 있고, 방어권 보장을 위해 필수적인 권리가 바로 법적 청문청구권의 보장이라고 하겠다. 그리고 형사피해자의 재판절차진술권을 보장한 헌법 제27조 제5항⁸⁵⁾은 우리 헌법이 법적 청문청구권을 당연히 수용하고 있음을 예시적으로 확인해주는 규정이라고 할 수 있다.⁸⁶⁾ 형사피해자의 재판절차진술권은 형사피해자에게 법관으로 하여금 적절한 형벌권을 행사하여 줄 것을 청구할 수 있는 사법절차적 기본권⁸⁷⁾이고 형사피해자에게 형사사건에 관한 의견진술을 할 수 있는 청문의 기회를 부여함으로써 형사사법의 절차적 적정성을 확보하기 위한 기본권(밀줄 및 강조는 필자)⁸⁸⁾이기 때문이다.

그리고 현재는 헌법 제27조 제5항이 규정하고 있는 “형사피해자의 개념은 헌법이 형사피해자의 재판절차진술권을 독립된 기본권으로 인정한 취지에 비추어 넓게 해석할 것이므로 반드시 형사실체법상의 보호법익을 기준으로 한 피해자 개념에 의존하여 결정하여야 할 필요는 없다.”는 전제에서 위증으로 인하여 불이익한 재판을 받게 되는 사건당사자는 재판

83) 정철, 전개논문, p. 341; 장석조, 전개논문, pp. 444-445.

84) 현재 1996. 1. 25. 95헌가5

85) 헌법 제27조 ⑤형사피해자는 법률이 정하는 바에 의하여 당해 사건의 재판절차에서 진술할 수 있다.

86) 정철, 전개논문 p. 342.

87) 현재 1989. 4. 17. 88헌마3

88) 현재 2003. 9. 25. 2002헌마533

절차진술권의 주체인 형사피해자가 된다⁸⁹⁾고 하였다. 위와 같이 형사피해자의 재판절차진술권을 형사피해자의 사법절차적 기본권으로서 형사피해자에게 청문의 기회를 부여한 것이며 그 기본권 주체를 형사실체법상의 보호법익을 기준으로 한 피해자에게 한정하지 않는 것으로 해석하는 헌재결정은 형사피해자의 재판절차진술권을 법적 청문청구권의 예시적 규정으로 보는 충분한 근거가 되며, 아울러 이 규정을 형사피고인의 법적 청문청구권의 근거규정으로 확대해석할 수 있는 가능성을 보여준다고 할 것이다.

한편 법적 청문청구권의 헌법적 근거를 헌법 제27조 제1항으로 보는 견해에 반대하는 견해에 의하더라도 국민은 소송절차에 있어 단순한 객체가 될 수 없으며 절차의 주체로서 존중받아야 하고 그 주체성을 전개할 기회를 부여받아야 한다는 점, 법적 청문청구권은 소송에 있어서 법치국가원리의 본질적 구성부분이라는 점 등을 근거로 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치의 보장, 헌법 제12조의 적법절차원칙, 헌법 제37조 제1항의 헌법에 열거되지 않은 국민의 기본권 보장 규정 등을 헌법적 근거로 보고 있고⁹⁰⁾, 헌법 제27조 제1항을 근거로 하는 견해도 법적 청문청구권이 인간의 존엄과 가치를 보장하기 위한 것이고 법치국가원리의 본질적 구성부분이라는 점을 들고 있으므로⁹¹⁾ 결국 견해의 차이는 재판청구권의 체계를 어떻게 구성할 것인가의 문제에 있고 법적 청문청구권을 헌법상 권리로 이해하는데 있어 결론은 같다고 하겠다.

이렇게 법적 청문청구권을 우리 헌법 해석상 기본권으로 인정한다면 피의자도 그러한 기본권의 주체가 되므로 그에 근거하여 수사기록 열

89) 위증으로 인하여 불이익한 재판을 받게 되는 당사자가 위증의 피의사실에 대한 불기소처분에 대하여 헌법소원적격이 있다고 본 사건이다(헌재 1992. 2. 25. 90헌마91).

90) 정철, 전개논문, p. 342; 장석조, 전개논문, pp. 512-513; 정상근, “현행 인신구속제도의 문제점과 개선방안”, 『우리법연구회 논문집 II』 (2005), p. 160; 조성용, “변호인의 기록열람권”, 『고시연구』 31권10호 (2004), p. 103.

91) 백윤철, “헌법상 재판청구권의 절차적 보장”, 『공법연구』 제29권 제4호 (2001), pp. 216-217.

람·등사권을 행사할 수 있다는 해석이 가능할 것이다.

V. 결 론

제정 형사소송법은 공소제기 전·후를 불문하고 수사기록 열람·등사권을 인정하고 있었다. 박정희의 군사쿠데타 이후 1961. 9. 1. 개정된 형사소송법은 피의자의 수사기록 열람·등사권을 박탈함으로써 피의자의 지위를 약화시키고 검사의 지위를 강화하였다. 공소제기 후 수사기록 열람·등사권도 입법적 미비와 검찰 및 사법부의 인식과 노력의 부족으로 제대로 보장되지 못하는 상태가 상당히 오랜 기간 지속되어 왔다. 헌법재판소가 1997년 수사기록 열람·등사권이 피고인의 신속·공정한 재판을 받을 권리와 변호인의 조력을 받을 권리에서 파생하는 헌법적 권리임을 분명히 선언하였지만 입법적 뒷받침은 그로부터 10년이나 지난 2007년 형사소송법 개정으로 실현되었다. 2007년 형사소송법 개정으로 피고인 및 피고인의 변호인의 수사기록 열람·등사권에 대해서는 구체적인 규정을 두게 되었지만 피의자 단계에서의 열람·등사권은 2003년 현재개정 이후 대법원규칙으로 규정된 체포·구속적부심사 단계에서의 제한적인 인정 외에는 여전히 입법적 공백상태로 남아 있게 되었다.

이러한 형사소송법의 개정 과정을 보면 입법자의 의도는 피의자의 수사기록 열람·등사권은 인정하지 않겠다는 뜻으로 해석될 소지가 있다. 그러나 형사절차에 있어서 피의자·피고인의 권리 인정 여부는 결코 형사소송법 명문 규정에 얽매일 수 없다. 현행 헌법은 국가권력의 남용으로 피의자·피고인의 인권이 심각하게 침해된 뼈아픈 과거를 다시는 되풀이하지 않겠다는 결단으로 적법절차의 원칙을 비롯한 피의자·피고인의 방어권 보장을 위한 여러 권리와 원칙을 규정하고 있고 헌법재판소를 신설하여 헌법규범이 바로 형사절차의 재판규범이 되도록 만들었다. 따라서 우리 형사소송법은 '법률적 형사소송법' 단계를 벗어나 '헌법적 형사소송

법'의 단계로 접어들었다고 할 수 있다. 이러한 헌법적 형사소송법론에 의할 때 피의자의 형사절차상 권리의 인정 여부는 형사소송법 명문 규정이 아니라 헌법이 기준이 되어야 한다.

우리 헌법이 보장하는 피의자의 방어권은 수사기관의 권한남용으로부터 피의자의 인권을 보장하여 인간의 존엄성을 지키고 수사절차에서 단순한 객체가 아닌 주체로서의 지위를 지니게 해준다. 피의자의 방어권은 형사절차의 공정성을 담보하는 핵심기제인 것이다. 오늘날 수사절차가 공판절차에 미치는 영향력의 중대성을 감안할 때 결코 수사절차를 공판절차의 준비단계로만 파악할 수 없으며 수사단계에서의 방어권을 공판단계에서의 방어권보다 약하게 인정해도 무방한 것으로 해석할 수도 없다. 피의자의 방어권은 피고인의 방어권과 밀접불가분의 관계에 있으므로 신속·공정한 재판을 받을 권리, 변호인의 조력을 받을 권리, 무죄추정원칙, 법적 청문청구권 등 피고인의 수사기록 열람·등사권을 인정하는 헌법적 근거는 그대로 피의자의 수사기록 열람·등사권에도 적용되어야 한다.

따라서 비록 형사소송법에 명문규정이 없더라도 피의자의 방어권을 보장하는 우리 헌법규범의 해석상 피의자의 수사기록 열람·등사권은 헌법적 권리로서 인정된다고 해석해야 한다. 형사소송법이 헌법적 요청을 외면한 위헌적인 상태가 수십 년째 방치되고 있는 것이다. 조속한 입법적 개선이 필요하다. 현 단계에서는 형사소송법 제266조의3 및 4의 규정을 유추적용할 수 밖에 없을 것이다. 바람직한 입법방안에 대한 연구는 후속 과제로 남기고자 한다. 다만 원칙적으로 피의자의 수사기록 열람·등사권이 헌법적 권리임을 분명히 인식하고 이를 보장하되 수사상 현저한 장애를 초래하는 경우 등 예외적인 경우에만 제한할 수 있도록 하며 법원의 허용 결정에 대해 검사는 불복할 수 없고 불복시 일정한 법적 불이익을 가하도록 하는 방향으로 개정되어야 할 것이다.

【참고문헌】

- 신동운, *신형사소송법 제5판*, (서울: 법문사, 2014).
- 이재상, *형사소송법(제9판)*, (서울: 박영사, 2012).
- 이준일, *헌법학강의*, 홍문사, (서울: 홍문사, 2007).
- 정종섭, *헌법학원론 제9판*, (서울: 박영사, 2014).
- 변종필, 『형사소송에서 진실개념』, 박사학위논문, 고려대학교, 1996.
- 권영법, “공소제기 전 수사서류의 열람·등사권”, 『법조』 통권659호, (2011).
- 김상겸, “법치국가의 요소로서 절차적 기본권 - 재판청구권과 관련하여-”, 『아태공법학연구』 제7권, (2000).
- 김용세, “형사절차상 기본권 보장을 위한 형사소송법규정 및 실무현실에 대한 연구”, 『형사정책연구』 제19권 제3호, (2008).
- 김인희, “방어권 남용론 비판”, 『인하대학교 법학연구』 제19권 제1호, (2015).
- 김희균, “미국법상 증거개시제도의 이론과 실제: 미연방형사소송 실무를 중심으로”, 『저스티스』 통권 제87호, (2005).
- 문채규, “수사절차상 피의자의 청문권”, 『부산대학교 법학연구』 제49권 제1호, (2008).
- 민영성, 형“사증거개시제도의 바람직한 운용방향”, 『사법』 3호, (2008).
- 박노섭, “실체적 진실발견과 수사절차의 의미변화”, 『한국경찰법연구』 제2호, (2003).
- 백윤철, “헌법상 재판청구권의 절차적 보장”, 『공법연구』 제29권 제4호, (2001).
- 변종필, “형사소송과 법적 청문”, 『인권과 정의』, 245호, (1997).
- 서보학, “피의자신문에 있어서 인권보장 및 방어권 강화 방안”, 『형사법연구』 제20호, (2003).
- 송우태, “형사소송법상 증거개시제도”, 『의법논집』 34권 1호, (2010).
- 송희식, “형사소송의 이념과 사회통합”, 『동아법학』 제50호, (2011).
- 신양균, “판례평석, 수사절차에서 변호인의 기록열람·등사권”, 『법조』 53권 7호, (2004).
- 오기두, “정보비공개결정 위헌확인 -수사기록의 공개와 변호인의 피구속

- 자 조력권 및 알 권리-”, 헌법재판소결정해설집 2003, 헌법재판소, 2004.
- _____, “미국 연방형사절차상 Discovery제도 고찰”, 『저스티스』 통권 제 70호, (2002).
- 이승련, “개정 형사소송법상의 증거개시제도”, 『법조』 57권 2호, (2008).
- 이존길, “공소장변경제도의 비교법적 고찰 : 일본 기소장변경제도와의 비교를 중심으로”, 『법학논총』 제27권 제1호, (2014).
- 장석조, “재판 받을 권리의 헌법상 보장”, 『사법』 7호, (2009).
- 장승혁, “형사소송법상 수사기록 열람·등사와 관련한 법률적 쟁점”, 『우리법연구회』 제6집, (2010).
- 정상근, “현행 인신구속제도의 문제점과 개선방안”, 『우리법연구회』 논문집 II, (2005), 160면.
- 정영철, “재판청구권과 효율적 권리보호의 문제”, 『공법연구』 제40권 제4호, (2012).
- 정철, “청문권의 헌법적 수용가능성 -법원에 대한 청문권을 중심으로-”, 『공법학연구』 제8권 제3호, (2007).
- 조국, “형사절차의 근저에서 대립하는 두 가지 가치체계에 관한 소고 -영미법학에서의 논의를 중심으로-”, 『저스티스』 32권 4호, (1999).
- _____, “헌법적 형사소송의 관점에서 본 형사절차상의 권리 및 제도 보장”, 『울산대학교 사회과학논집』 제10권 1호, (2000).
- _____, “기소전 체포·구속적부심사단계에서의 수사기록열람·등사청구권 -헌법판소 2003. 3. 27. 선고 2000헌마474판결”, 법률신문 3243호, (2004).
- 조광훈, “피의자의 진술권 보장에 관한 고찰”, 『형사정책연구소식』 85호, (2004).
- 조기영, “미국법상 형사증거개시제도에 관한 고찰”, 『비교형사법연구』 제 10권 제1호, (2008).
- _____, “피의자의 열람·등사권”, 『형사법연구』 제20권 제3호, (2008).
- 조성용, “변호인의 기록열람권”, 『고시연구』 31권10호, (2004).
- _____, “체포·구속적부심사절차에서의 기록열람·등사권”, 『법조』 54권

6호, (2005).

주용기, “공정한 재판을 위한 형사증거개시제도에 관한 법정정책적 고찰”.

『법과 정책연구』 제11권 제3호, (2011).

최석윤(역), “수사절차상 피의자의 법적 지위”, 『형사정책연구』 제12권 제1호, (2001).

황경환, “형사소송법상 증거개시제도에 대한 법적 소고 : 헌법적 평가 및 미국제도와 비교하여”, 『한양법학』 제20권 제1집, (2009).

황정근, “형사소송기록의 공개에 관한 제 문제, 사법개혁과 세계의 사법제도 VII”, 『사법발전재단』, (2010).

【국문초록】

피의자의 수사기록 열람·등사권의 헌법적 권리성

2007. 6. 1. 개정된 형사소송법상 피고인·변호인의 수사기록 열람·등사권은 헌법상 신속·공정한 재판받을 권리, 변호인의 조력을 받을 권리, 무죄추정원칙 및 법적 청문청구권 등으로부터 파생하는 기본권이다. 그런데 형사소송법상 수사기록 열람·등사의 시기가 공소제기 이후로 제한되어 있어 현행법상 피의자에게는 수사기록 열람·등사권이 인정되지 않는다고 해석할 소지가 있다.

그러나 헌법적 형사소송법론에 입각하여 볼 때 피의자의 수사기록 열람·등사권 인정 여부는 형사소송법 명문규정의 유무가 아니라 피의자의 방어권 보장이라는 헌법적 가치가 기준이 되어야 한다. 오늘날 수사절차는 단순히 공판절차의 준비단계가 아니라 사실상 공판절차를 좌우할 만큼 독자적인 중요성을 지니고 있다는 점에서 피의자의 방어권을 피고인의 방어권보다 소홀하게 취급할 수 없다. 그리고 피의자의 방어권 보장은 곧 피고인의 방어권 보장과 직결된다는 점에서 양자를 구별하는 것은 합리적이지 않다.

따라서 형사소송법상 명문규정이 없더라도 헌법 해석상 신속·공정한 재판을 받을 권리, 변호인의 조력을 받을 권리, 무죄추정원칙 및 법적 청문청구권의 한 내용으로 피의자의 수사기록 열람·등사권은 당연히 인정된다고 보아야 할 것이다.

【주제어】

수사기록 열람·등사권, 증거개시, 헌법적 형사소송법론, 방어권, 법적 청문청구권

【ABSTRACT】

The accused person's right to read and copy records of criminal investigation as constitutional right

Ryu Je-Sung

According to the Criminal Procedure Act revised on June 1, 2007, a criminal defendant and his or her attorney's right to read and copy the record of criminal investigation is a part of the basic human rights derived from the constitutional right to have a speedy and fair trial, the right to counsel, the presumption of innocence and the legal hearing right.

By the way, the period for reading and copying the record of investigation prescribed in the criminal procedure law is limited to after the prosecution, it can be interpreted that the current law does not recognizing the accused person's right to read and copy the record of investigation. From the perspective of the constitutional criminal procedural law theory, however, the recognition of an accused person's right to read and copy the record of investigation shall be based on the constitutional value of guaranteeing the defendant's defence right as opposed to the existence of a substantive stipulation in the Criminal Procedure Act.

Considering the fact that the current investigation procedure is not just a preparation step before the trial procedure but bears independent significance for it actually influences the trial procedure, an accused person's defence right cannot be treated more negligently than a

criminal defendant's defence right. Furthermore, it is not rational to differentiate accused person and criminal defendant, since guaranteeing an accused person's defence right is directly connected to guaranteeing a criminal defendant's defence right.

So although there is not substantive stipulation in the Criminal Procedure Act, by the interpretation of constitution, the accused person's right to read and copy the record of investigation should be recognized as the part of constitutional right to have a speedy and fair trial, the right to counsel, the presumption of innocence and the legal hearing right.

【Keywords】

the right to read and copy record of investigation, criminal discovery, Constitutional criminal procedural law, Defence Right, the legal hearing right