

# 미국법이 한국형사법에 미친 영향

申 東 雲

〈서울대학교 公法學科〉

## I. 서 설

미국법이 한국의 법제도와 법이론에 다대한 영향을 미친 것은 주지의 사실이지만 그 가운데에서도 가장 뚜렷하고도 주목되는 법분야는 바로 형사법이라고 하겠다. 그 이유는 일제식민지하의 노예적 법생활을 근본적으로 혁파하고 현대적인 형사사법조직과 형사법제도를 수립하도록 추진할 수 있는 원동력을 제공하였던 주체가 바로 해방후의 미군정이었기 때문이다. 그러나 미국법의 영향은 단순히 미군정하의 명시적 제도변화의 초래에 그치지 아니하고 우리 헌정사 및 형사법사에 지속적으로 작용을 미치고 있다. 예컨대 제6공화국 헌법이 새로이 채용한 적법절차의 원칙은 미국헌법의 Due Process of Law의 이념을 채택한 것으로서 우리 형사법의 운용에 있어서 인권보장을 위한 중대한 지주가 되고 있다.

아래에서는 미국법이 우리 형사법에 끼친 영향을 고찰하기로 하되, 그 검토의 범위가 광범위하기 때문에 크게 미군정하의 개혁작업과 대한민국 건국후의 변화로 나누어 서술하기로 한다. 그리고 이에 앞서 미국법의 역할과 영향이 가지는 의미를 보다 강력하게 부각시키기 위하여 미군정이 우리 땅에서 활동하기 직전의 식민지형 형사제도를 간단히 소개하기로 한다.<sup>1)</sup>

## II. 일제하 형사제도의 특징

식민지 지배를 위한 일제의 형사사법조직 및 법령체계는 조선총독부재판소령, 범죄즉결령, 그리고 조선형사령의 3법령에 의하여 구축되었다. 조선총독부령은 대륙식, 특히 독일

---

1) 일제하의 형사제도에 관하여는, 줄고, 「일제하의 예심제도에 관하여」, 『서울대학교 법학』 제27권 1호(1986. 4), 149면 이하; 줄고, 「한국검찰의 연혁에 관한 소고」, 『검찰』 통권 제100호(1990), 41면 이하 참조. 여기에서 검찰지에 실린 줄고가 필자의 동의없이 아무런 교정을 거치지 아니한 상태로 검찰지에 의하여 임의로 게재되었음을 알리고 그로 인하여 발생한 오자·탈자, 그리고 문단의 전후도치 등의 잘못에 대하여 진심으로 사과드린다. 참고로 위 논문 제68면 7행부터 15행까지의 부분은 제70면 7행 말미에, 제69면 8행부터 13행까지의 부분은 제68면 6행 말미에, 그리고 제70면 7행부터 12행까지의 부분은 제69면 7행 말미에 각각 위치함을 알려드린다.

식 모델에 따라서 검찰을 법원에 병치시키고 양자를 조선총독의 지휘, 감독하에 두었다. 이것은 두말할 필요도 없이 식민통치라는 지상의 목표를 달성하기 위하여 법원 및 검찰의 유기적 협력체계를 확보하기 위한 것이라고 생각된다.

다음으로 일제의 범죄즉결례는 소위 경미한 범죄에 대하여 법원에 의한 재판없이 일제의 경찰관리로 하여금 최고 3개월 이하의 징역까지 즉결로 선고할 수 있도록 하였다. 범죄즉결례는 식민지 조선에서 발생하는 대부분의 형사사건에 대하여 근대적 형사절차의 적용을 배제토록 한 법령인데, 이 즉결처분의 구상은 소수의 전문법률가들만 가지고도 식민지사법조직을 운용할 수 있도록 하려는 소송경제적 이점을 도모한 것일 뿐만 아니라 일제 경찰의 절대적·권위주의적 통제를 가능케 하기 위한 것이었다.

한편 조선형사령은 표면상으로는 근대법령인 일본의 형사소송법을 의용하도록 하였으나 식민통치의 확보를 위하여 근대형사소송법의 핵심 가운데 핵심이라고 할 수 있는 영장주의를 배제한 전형적인 악법이었다. 즉 조선형사령은 제12조 이하에서 검사 및 사법경찰관에게 “수사상 필요하다고 사료하는 때”라는 지극히 막연하고도 일반적인 요건하에 피의자의 구속을 위시하여 압수, 수색, 검증 등 각종의 수사상 강제처분을 독자적인 권한으로 행할 수 있도록 하였다.

요컨대 미군정이 이 땅에 들어와 미국법의 구상에 따라 제도변화를 단행하기 직전의 형사사법제도는 전형적인 식민지의 그것이며 그 폐해는 앞에서 언급한 몇 가지 법령들의 나열만으로 소개하거나 짐작케 할 수 없는 극악한 상태에 이르고 있었다.

### Ⅲ. 미군정하의 형사법개혁

#### (1) 미군정에 의한 형사법개혁의 의의

1945년 일제의 압박으로부터 벗어나 우리 민족은 조국광복을 맞이하였다. 한국형사법의 역사는 1909년 제2차 한일외정서에 의하여 우리의 사법고권을 상실한 이후 실로 36만에 그 정통성이 회복되었던 것이다. 미군정시절은 우리 형사법제사상 중요한 의미를 갖는다. 근대형사사법제도의 모범으로 불리워진 미국형사법에 우리 법이 처음으로 직접적 접촉을 할 수 있었던 시기였기 때문이다. 비록 당시에 추진되었던 각종 사법개혁이 식민지 형사사법제도라는 완고한 토양 때문에 그 성과에 한계가 있었다고 할지라도 근대형사사법제도의 위대한 소산들은 이 시기에 우리나라에 본격적으로 도입되었다는 점에서 미군정의 법제사적 의의는 극히 크다고 하지 않을 수 없다.

#### (2) 범죄즉결례의 폐지와 법치주의의 확립

형사사법조직과 관련하여 단행한 미군정의 사법개혁 가운데 최초의 것으로 1945년 10

월 9일자 미군정법령 제11호가 주목된다. 이 제11호 군정법령은 일제의 각종 악법을 우선적으로 폐지할 것을 목적으로 발령된 것으로서 이 제11호 법령에 의하여 경찰의 형사사건에 대한 사법권이 폐지되었음은 특기하지 않으면 안된다. 즉 미군정법령 제11호에 의하여 일제의 범죄즉결례는 폐지되었고 이를 통하여 전근대적·식민지적 형사사법의 상징이었던 경찰관의 즉결처분권은 이 땅에서 사라지게 되었다. 즉결처분권의 폐지는 뒤집어 말하면 경찰사법으로부터 법치주의의 전면적 회복을 의미한다.

### (3) 법원과 검찰의 분리독립

1945년 9월과 10월에 걸쳐 그 동안 식민지 사법분야에 종사하여 왔던 일본인 판검사들이 전원 파면되었다. 그리고 이 시점부터 비로소 우리나라 사람에 의한 민형사재판이 본격적으로 개시되기에 이르렀다. 한편 미군정은 법생활의 계속성을 유지하기 위하여 1945년 11월 2일자로 미군정법령 제21호를 공포하여 종래의 일본법규 및 조선총독부가 발표한 법규 가운데 그 동안 폐지된 것을 제외하고 일단 그 효력을 인정하기로 하였다(동령 제1호 참조). 이것을 형사사법조직과 관련하여 보면 법원에 검사국을 병치하여 司法(Justiz)의 개념으로 묶어 파악하는 종래의 대륙식 구상이 그대로 유지됨을 의미한다.

그러나 이러한 체제는 미군정말기인 1948년 1월 1일자로 법원조직법이 시행되고 같은 해 8월 2일자로 검찰청법이 공포·시행되면서 전면적인 변화를 맞이하게 되었다. 즉 법원조직법과 검찰청법의 양대 법률에 의하여 지금까지 미군정하 과도정부의 사법부(司法部)의 소관이었던 법원행정이 대법원으로 넘어가게 되고 역으로 법원에 병치되었던 검사국은 조직상 법원으로부터 완전히 독립하게 되었다. 그 결과 법원과 검찰을 사법(Justiz)으로 파악하던 대륙식 체제는 종료하였고 법원이 사법행정권과 재판권을 가지는 미국형 법원조직이 확립되었다. 그리고 미군정의 영향하에 이루어진 사법조직의 대변화는 현행 한국 형사사법조직의 기본으로 계속 유지되어 오고 있다.

미군정이 이와 같이 사법제도를 변화시킨 이면에는 법원과 검찰의 분리를 통한 권력분립의 철저화와 이를 통한 사법권독립의 확보에 그 중점이 놓여 있다고 생각된다. 그런데 이러한 제도변화는 수십년 계속되어 온 종래의 사법제도를 근본적으로 개편하는 것을 의미하는데 당시 이러한 제도변화에 별다른 저항이 없었던 점은 다소 설명을 요하는 부분이다. 이 점에 대하여 동일한 사정을 경험하였던 일본의 경우를 보면, 법원과 검찰의 분리가 법원, 검찰, 변호사의 법조3자가 각각 가지고 있는 이해관계와 맞아 떨어졌기 때문에 저항이 없었다는 분석이 나오고 있다.<sup>2)</sup> 즉 법원은 법원행정에 대한 행정부의 감독으로부터 벗어나 독립성을 확보하며, 검찰은 법원에의 병치로부터 벗어나 기구상으로 독립하고,

2) 「刑事訴訟法二五年の軌跡と展望」, 『シスリスト』 1974. 1. 1.(551號), 35面.

변호사는 법원·검찰의 대등관계를 이용하여 견제·균형의 효과를 거둘 수 있다는 분석이 그것이다. 생각컨대 이러한 상황은 우리나라에서 일어난 법원과 검찰의 분리에도 그대로 타당하리라고 본다.

#### (4) 미군정법령 제176호와 형사소송법의 개정

##### (가) 미군정법령 제176호의 의의

미군정이 한국형사법에 미친 영향은 여러 가지가 있지만 무엇보다도 의미가 큰 것은 우리 형사법의 운용에 서구식 영장제도를 도입한 일이다. 앞서서도 지적한 바와 같이 일제가 남긴 식민지형 형사사법의 가장 큰 폐단은 검찰, 경찰 등 수사기관에게 인신구속을 비롯한 각종의 강제처분권을 고유권한으로 인정함으로써 수사기관의 권한남용과 인권유린의 온상을 제공하였다는 점이다.

1948년 5월 10일 제헌국회구성을 위한 총선거에 임박하여 선거의 자유로운 분위기를 보장할 목적으로 서둘러 마련된 미군정법령 제176호는 “형사소송법의 개정”이라는 표제에 걸맞게 식민지형 수사절차에 일대 변혁을 가하였다. 즉 미군정법령 제176호는 법관에 의한 영장제도의 도입, 불법인신구속에 대한 구속적부심사제도의 도입, 수사 및 공판단계에 있어서 보석제도의 인정, 검사의 유치장감찰권인정, 불법구속을 자행한 자에 대한 사후통제방안으로 손해배상청구권, 형사처벌, 그리고 감독자의 파면제도의 도입 등을 단행하였다. “형사소송법의 개정”에 의한 이러한 조치들은 종전의 식민지 형사절차에서는 상상도 할 수 없는 가히 혁명적인 변화라고 할 수 있다. 그리고 무엇보다도 미군정법령 제176호에 의한 영장주의의 확립에 의하여 조선형사령의 유명한 독소조항들이 실로 37년만에 (1912-1948) 삭제되었다는 사실(동령 제24조 참조)은 한국 형사사법사에 특히 기록하여 둘 가치가 있는 부분이라고 하겠다.

##### (나) 미군정법령 제176호의 내용

여기에서 “형사소송법의 개정”이라고 명명된 미군정법령 제176호의 구체적인 내용을 주요한 조문들을 중심으로 검토, 소개하기로 한다.<sup>3)</sup>

##### ① 영장제도의 확립

미군정법령 제176호 제1조는 “본령은 불법구속에 대한 인민의 자유권을 충분히 보장하기 위하여 형사소송법을 개정함을 목적으로 한다”고 하여 그 입법취지를 밝히고 있다. 여기에서 형사소송법이란 종래 식민지에서 실질적으로 형사소송법으로 기능하였고 미군정당시에도 아직 유효하게 적용되고 있던 의용형사소송법, 조선형사령, 그리고 기타 부속법규를 총괄하는 것을 의미한다. 그리고 형사소송법을 개정한다 함은 이러한 소송법규를 자

3) 미군정법령 제176호의 해설서로는, 민복기, 정윤환, 『형사소송개정법개설』, 1948년 참조.

유권보장의 이념하에서 개정하는 것을 말한다.<sup>4)</sup>

미군정법령 제176호 제2조는 이 법령이 규율대상으로 삼고 있는 구속에 대하여 “구속이라고 하는 것은 구인, 구류, 유치, 체포 또는 검속 등 어떠한 명칭이든지 신체를 구속하는 모든 경우를 말한다”고 정의하면서 수사기관에 의한 자의적 인신구속을 규제하려는 취지를 분명히 밝히고 있다. 그리고 위 법령 제3조 본문은 “누구든지 구속당할 자의 성명 및 피의사실을 기재한 재판소가 발한 구속영장 없이는 신체의 구속을 받지 아니한다”는, 지금에 와서는 매우 친숙한 영장주의의 대원칙을 규정하고 있다.

한편 위 법령 제3조 단서 및 제4조는 긴급한 경우에 수사기관의 영장 없이 인신구속을 할 수 있는 예외를 인정하고 있으나 이 때에도 같은 법령 제6조에 의하여 원칙적으로 48시간 이내에 재판소로부터 구속영장의 발부를 받아야 하며, 구속영장의 발부를 받지 못한 경우에는 구속당한 자를 즉시 석방하여야 한다는 사후영장의 요건이 부과되었다.

또한 미군정법령 제176호는 단순히 인신구속에 대해서만 영장주의를 규정하지 아니하고 나아가 압수·수색에 대해서도 영장주의를 명시하였다. 즉 이 법령 제5조는 압수·수색에 대하여 사전영장의 원칙을 설정하면서 인신구속의 경우와 같이 약간의 예외를 인정하고 있다.

미군정법령 제176호에 의하여 도입된 영장제도는 1948년 우리나라 제헌헌법 제9조에 규정되어 헌법상 기본권의 지위를 확보하게 되었다. 또 1954년 제정된 우리 형사소송법은 미군정법령을 이어받아 제201조 이하에서 수사절차상의 영장제도를 상세히 규정하고 있다. 한편 제헌헌법 제9조는 단순히 법관에 의한 영장의 원칙을 규정하는 데 그치고 있었으나 1962년 개정된 제3공화국헌법 이래 “검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장”이라는 요건이 헌법에 추가되고 있다. 이것은 영장청구권자의 범위에 관한 경찰·검찰간의 마찰을 헌법적으로 매듭짓기 위한 개정이라고 생각된다.

미군정법령 제176호는 식민지형 형사사법으로부터 시민적·인권보장적 형사사법으로 전환하는 일대 전기를 제공한 것이다. 그런데 이와 같은 혁명적 변화가 성공하려면 그 전제로서 하급법원조직을 확충하여 영장의 심사와 발부를 담당할 법관을 충분히 확보하여 이들을 전국 각지에 배치할 수 있어야 한다. 미군정측에서는 군정초기에 미국식으로 치안관과 같은 비전문가를 활용하여 이 문제를 해결하려고 하였다. 그리고 하급법원조직의 확충을 꾀하기 위하여 미군정말기에 제정되었던 법원조직법과 검찰청법은 각각 간이법원과 간이검찰청을 규정하고 있었고 이를 위하여 치안판사 및 검사보의 제도가 예정되어 있었다.

그러나 미군정당국의 구상은 1948년 대한민국의 건국후 새로운 법원조직법과 검찰청법이 제정되는 과정에서 채택되지 않았다. 그 이유로는 비전문가의 활동을 신뢰할 수 없다

4) 전게서, 77면.

는 의구심과 함께 아직도 소수정예의 전문법률가에 의하여 형사사법을 운용하여야 한다는 종래의 권위주의적 사고방식을 지적할 수 있을 것이다. 어쨌든 미군정당국에 의하여 모처럼 이 땅에 본격적으로 도입된 서구식 영장제도는 이를 유효하게 운용할 사법조직과 인력이 확보되지 않았기 때문에 결국 파행적으로 운용되지 않을 수 없었다. 이러한 과정에서 수사기관은 나름대로의 편법을 개발하게 되었는데 현재 많은 논란을 불러 일으키고 있는 소위 임의동행과 보호실유치의 문제가 바로 그것이다.

### ② 구속기간의 제한

미군정법령 제176호 제8조와 제9조는 구속피의자에 대한 조사기간을 법정하였다. 이 규정에 의하여 검사 및 사법경찰관은 모두 구속피의자에 대한 조사기간을 10일씩 갖되 1회에 한하여 법원으로부터 구속기간을 연장받을 수 있었다. 구속기간제한의 규정은 종래 식민지 수사기관이 여러 가지 형태로 구속기간을 연장하던 행태를 근원적으로 제거하려는 목적을 가지는 것이었다. 이 제한은 그후 사경(司警)에 대하여 1회 연장가능성이 삭제된 형태로 1954년 제정된 형사소송법 제205조에 도입된 이래 지금까지 변함없이 유지되어 오고 있다. 현재 구속기간의 제한은 우리 수사실무에 있어서 장기간의 미결구금을 방지하는 중요한 장치로 기능하고 있다.

### ③ 구속전후의 절차적 보장

미군정법령 제176호 제11조, 제12조, 제13조는 신체구속을 당하는 경우에 절차적 권리 보호장치로서 (1) 수사기관에 의한 구체적 범죄사실의 고지 및 변호인선임권의 고지(제11조 제1항, 제2항), (2) 피구속자측의 범죄사실고지요구권 및 유리한 증거제출권(제13조), (3) 피구속자측의 변호인선임권보장(제12조) 등을 각각 규정하였다. 구속을 전후하여 인정되는 이와 같은 절차적 보장은 종래의 조선형사령이 전혀 예정하지 아니한 것들이다. 또한 같은 법령 제14조 및 제15조는 구속피의자·피고인과 변호인간의 접견 및 서신 왕복을 보장하고 있으며 나아가 제16조는 피고인에 대한 국선변호인제도를 확장하고 있다.

1948년의 제헌헌법은 구속전후의 절차적 보장에 관하여 제9조에서 변호인의 조력을 받을 권리만을 규정하고 있었으나 헌법개정이 거듭됨에 따라서 절차적 보완장치가 확대되었다. 그리하여 현행헌법에는 (1) 피고인의 국선변호인의 조력을 받을 권리(헌법 제12조 제4항 단서), (2) 변호인의 조력을 받을 권리를 고지받을 권리(헌법 제12조 제5항 본문), (3) 구속의 이유, 일시, 장소 등을 고지받을 권리(헌법 제12조 제5항) 등이 추가되고 있다. 현행헌법에 추가된 위의 항목들은 이미 미군정법령 제176호에서 명시되었던 것들로서 위 법령의 진보성을 다시 한번 확인케 해주고 있다. 구속전후의 절차적 보장장치들은 현행 형사소송법 제201조 이하에 상세히 규정되고 있다.

#### ④ 구속적부심사제도의 도입

미군정법령 제176호 제17조 및 제18조는 소위 구속적부심사제도를 도입하여 인신구속의 남용에 대한 획기적 견제장치를 마련하였다. 즉 제17조 제1항에 의하면 관헌 기타 타인에게 신체의 자유를 구속당한 자, 그 변호인, 기타 변호인선임권자는 관할 재판소에 대하여 그 신체구속의 적부여부의 심사를 신청할 수 있도록 규정하고 있다. 구속적부심사제도는 영미의 인신보호영장(habeas corpus)에 영향받은 것으로서 미국법의 영향이 가장 뚜렷하게 보이는 부분이다. 미군정법령에 의한 구속적부심은 특히 관헌 이외의 기타 사람에 의한 인신구속에 대해서도 인정되었다는 점에서 주목된다.

제헌헌법은 제9조 제3항 후문에서 구속적부심사청구권을 헌법상의 기본권으로 격상시켰다. 구속적부심은 그후 구속피의자의 석방장치로서 실무상 매우 중요한 역할을 하였으나 1973년 유신헌법의 실시와 함께 법조부조리의 온상이라는 이유로 폐지되었다. 그러나 인신보호의 필요성이 강조되면서 1980년 제5공화국헌법하에 제한된 범위에서 부활되고 다시 1988년 개정헌법에 의하여 구속적부심은 제한 없이 전면적으로 인정되고 있다. 현재 구속적부심사제도를 구체적으로 규정하고 있는 형사소송법 제214조의 2는 구속적부심사제도에 의하여 석방될 수 있는 사람을 구속영장에 의하여 구속된 피의자로 한정하고 있다. 이 때문에 구속영장에 의하지 아니하고 인신이 구속되어 있는 피의자나 또는 관헌 이외의 자에 의하여 신체의 자유가 제한된 사람<sup>5)</sup>은 구속적부심사제도의 혜택을 받지 못하고 있다. 여기에 미군정법령이 예정한 미국식 구속적부심사제도의 전면적 도입이 입법론으로 주장되는 계기가 있다.<sup>6)</sup>

#### ⑤ 보석제도의 도입

미군정법령 제19조는 재판소로 하여금 원칙적으로 공소제기의 전후를 불문하고 자유로 구속영장의 집행을 받은 자에 대하여 보석을 허가할 수 있도록 규정하였다. 여기에서 특히 주목되는 점은 미군정법령이 공소제기 전단계, 즉 피의자에 대해서도 보석을 허가할 수 있도록 규정한 점이다. 미국법에서는 보석이 보통 피의자에 대한 장치로 이해되고 있으며 이 점이 미군정법령의 보석에 관한 규정에 영향을 미친 것으로 생각된다.

그러나 1954년 제정된 형사소송법은 제94조 이하에서 보석을 공소제기 이후의 단계, 즉 피고인에 대해서만 인정하는 것으로 한정하였다. 이것은 수사절차에서 빈익빈, 부익부의 현상이 빚어지는 것을 우려하였기 때문이라고 생각된다. 그러나 보석을 피고인에 대해서만 인정하는 것은 외국의 예에서 유례를 별로 찾아볼 수 없는 것으로서 미군정당국의 구상이 한국의 형사사법이라는 현실적 벽에 부딪혀 왜곡, 굴절된 결과라고 하지 않을 수

5) 예컨대 복지된 등에 강제로 수용되어 있는 사람들을 생각해 보라.

6) 현행 구속적부심사제도의 개선방안에 대해서는, 줄저, 『형사소송법』, 1993년, 128면 이하 참조.

없다. 피의자에 대한 보석제도의 확대는 앞으로 시급하게 입법론적 보완을 요하는 부분이라고 하겠다.

#### ⑥ 유치장감찰제도의 도입

미군정법령 제176호 제21조는 경찰서 등에서 행해지는 불법구속의 유무를 조사할 수 있도록 하기 위하여 검사에게 관내 경찰서, 지서 및 유치장을 감찰할 수 있는 권한을 부여하고 있다. 원래 이 규정은 미국법에서 유래하는 것이라기보다는 대륙법과 영미법이 한국이라는 특수한 토양에서 충돌함으로써 야기된 갈등상황을 해결하기 위하여 마련된 장치라고 할 수 있다.<sup>7)</sup>

미군정당국의 법적 사고에 의하면 경찰과 검찰은 조직뿐만 아니라 기능면에서도 완전히 분화되어야 하며 전자는 범죄수사를, 후자는 공소제기와 유지만을 담당한다는 미국식 관계를 유지해야만 하였다. 그러나 식민지 이래 내려온 대륙식 사고에 의하면 검찰은 수사의 주체자이고 경찰은 그 보조자로 생각되었다. 미군정당국은 미국식 제도변혁을 추진하였음에 대하여 한국의 법률가들은 종래의 관계를 계속 유지하려고 하였다. 이 때문에 당시 검찰·경찰간에는 크고 작은 갈등이 일어나게 되고 급기야는 사회문제로까지 확대되게 되었다. 미군정법령 제176호 제21조는 바로 이와 같은 문제상황을 검찰의 입장에서 해결한 것이며, 이 규정을 통하여 검사의 경찰에 대한 통제가 어느 정도 가능하게 되었다.

현재 검사의 유치장감찰권은 형사소송법 제198조의 2로 유지되고 있으며 경찰단계에서 자행되는 여러 가지 불법구속을 통제하는 유력하고도 중요한 장치로 인식되고 있다.

#### ⑦ 불법구속에 대한 사후통제장치의 도입

미군정법령 제20조는 검사 및 사법경찰관의 구금처분 및 압수관련처분에 대한 준항고제도를 규정하였다. 또 같은 법령 제22조는 불법구속에 대한 사후통제장치로 (1) 불법구속자의 피구속자에 대한 손해배상, (2) 위 법령에 의한 재판소의 명령 또는 영장제도에 관한 관련규정 위반자에 대한 6월 이상 7년 이하의 징역, (3) 불법구속자의 감독자인 지방검찰청장, 지청상석검찰관, 관구경찰청장, 경찰서장 등에 대한 파면 등 극히 강력한 사후통제장치를 마련하였다. 불법인신구속을 근절하기 위하여 마련된 손해배상제도는 미국의 징벌형 손해배상제도에 영향을 받은 것으로 생각된다. 또 재판소의 명령에 대한 위반을 그 자체로 형사처벌의 대상으로 삼은 것은 영미식 법정모욕죄와 비슷한 측면을 가지고 있다.

검사 및 사법경찰관의 처분에 대한 준항고제도는 형사소송법 제417조에 의하여 현행법으로 유지되고 있으며, 홍성담씨 사건에 있어서 안기부에 연행된 피의자의 집견교통을 실현시킨 장치로 최근 그 의미가 새롭게 부각된 바 있다.<sup>8)</sup> 그러나 손해배상이나 파면과 같

7) 미군정하 검찰·경찰의 갈등에 관하여는 전개철교, 「한국검찰의 연혁에 관한 소고」 64면 이하 및 그에 소개된 문헌 참조.

8) 철교, 법률신문 1991년 6월 17일자 판례평석 참조.

은 강력한 사후적 통제장치는 현행법에 수용되지 못하였다. 이것은 미군정법령 제176호에 의하여 “형사소송법의 개정”을 추진하였던 주체가 미군정당국이었던 점과 한국사회에서의 추진력이 없었다는 점에서 어느 정도 예상할 수 있는 일이라고 하겠다. 다만 불법구속자에 대한 형사처벌은 형법 제124조 불법체포·불법감금죄에 어느 정도 그 잔영을 남기고 있다고 생각된다.

#### Ⅳ. 현행 형사법령에 나타난 그밖의 영향

앞에서 본 바와 같이 한국형사사법의 개혁과 발전에 끼친 미군정의 역할과 영향은 실로 대대하다. 그러나 이에 그치지 않고 미국법의 영향은 미군정이 끝난 후에도 형사법의 영역에서 계속 이어져 오고 있다. 이점은 특히 빈번하게 개정된 한국헌법에서 형사피의자·피고인을 위한 기본권조항이 숫적으로 확장된 데 기인하는 바 크다. 아래에서는 건국후에 제정된 법령으로서 미국법의 영향이 간취되는 형사관계법규들을 간단히 살펴보기로 한다.

##### (1) 미국식 증거법칙의 도입

형사절차와 관련하여 특히 주목되는 미국법의 영향으로는 미국식 증거법칙의 도입을 들 수 있다. 미국법의 증거법칙 가운데 특기할 수 있는 것으로는 자백법칙(confession rule)과 전문법칙(hearsay rule)을 들 수 있다. 자백법칙은 다시 고문 등의 사유로 임의성이 의심되는 자백을 처음부터 증거로 사용하지 못하게 하는 자백배제법칙과 일단 증거로 채택되었다 할지라도 자백만이 유일한 증거이고 그밖에 이를 뒷받침할 다른 증거가 없으면 유죄 판결을 하여서는 안된다는 자백보강법칙으로 나뉜다. 한편 전문법칙은 범죄사실에 관한 다른 사람의 진술을 내용으로 하는 진술이나 원진술을 기록한 매체를 증거로 사용할 수 없도록 하는 증거법칙이다. 자백법칙과 전문법칙은 모두 배심재판을 전제로 하는 영미법에서 판례에 의하여 발전되어 온 증거법칙이다.

우리 입법자는 1954년 형사소송법을 제정하면서 영미법의 증거법칙인 자백배제법칙과 자백보강법칙을 제309조 및 제310조로 도입하였다. 또 1962년 형사소송법의 개정시에는 제310조의 2로 전문법칙이 명시되기에 이르렀다. 한편 자백배제법칙 및 자백보강법칙은 1980년 제5공화국헌법 이래 헌법상의 기본권으로 그 위치가 격상되고 있다(현행헌법 제12조 제7항).

##### (2) 적법절차조항 및 기타 헌법규정의 도입

형사피의자·피고인의 권리에 관한 규정은 상술한 것 이외에도 헌법개정과 함께 지속적으로 확장되어 왔다. 예컨대 사생활의 비밀과 자유(헌법 제17조), 무죄추정의 권리(헌법

제27조 제4항) 등에 관한 조항은 각각 제6공화국헌법 및 제5공화국헌법에 의하여 도입된 것들로서 미국법의 영향을 강하게 받은 규정들이라고 생각된다.

그러나 미국법의 영향이 가장 분명하게, 그리고 가장 최근에 나타난 것으로는 제6공화국헌법에 의하여 채택된 적법절차조항을 들 수 있을 것이다. 현재 시행되고 있는 제6공화국헌법 제12조 제1항 제2문 후단은 “법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안 처분 또는 강제노역을 받지 아니한다”고 규정하고 있으며 또한 제12조 제3항 본문은 “체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다”고 규정하고 있다. 현재 대부분의 학자들은 이 적법절차의 조항이 미국의 수정헌법에서 규정한 *Due Process of Law* 조항에 영향을 받은 것이라고 보고 있다.<sup>9)</sup>

현행 제6공화국헌법의 조문체계에 비추어 볼 때 적법절차조항은 형사절차와 관련하여 규정되고 있지만 적법절차조항은 이에 그치지 않고 한층 포괄적인 기본권보장장치로 파악되고 있다. 특히 1992년 12월 24일 우리 헌법재판소는 검사가 10년 이상의 형을 구형한 피고사건에 대하여 법원이 설사 무죄등을 선고하더라도 구속영장이 실효되지 않도록 규정한 형사소송법 제331조 단서가 위헌무효라고 결정하면서 적법절차조항이 입법·행정·사법의 전국가작용에 걸쳐서 적용되는 헌법규범임을 판시한 바 있다.<sup>10)</sup> 앞으로 적법절차조항은 미국법의 이론에 따라서 절차적 적정성(*procedural due process of law*) 이외에 실체적 적정성(*substantive due process of law*)의 관점에서도 활발한 운용이 기대되고 있다.

### (3) 형사실체법에 미친 영향

이제까지 소개한 미국법의 영향은 주로 형사절차에 관한 것들이었다. 이에 반하여 범죄의 성립요건과 형벌의 종류 및 양을 규정하는 형사실체법에 대해서는 미국법의 영향이 그다지 눈에 띄이지 않는다. 이것은 형사실체법의 입법모델과 이론모색이 주로 일본을 중개자로 한 독일법학의 영향하에 진행된 데 기인한다고 생각된다. 이러한 사정에도 불구하고 현행 형법에서 미국법의 영향을 받은 부분을 굳이 지적한다면 형법 제59조 이하에 규정된 형의 선고유예제도를 들 수 있을 것이다.

미국법에서는 장차 선량한 시민으로 생활할 가능성이 높은 범죄자에 대해서 굳이 유죄판결이나 형의 선고를 하지 아니한 채 일정기간 그 사람의 행상을 살펴본 후에 유예기간을 무사히 경과하면 그의 범죄를 불문에 붙이기로 하는 선고유예(*suspension of sentence*)

9) 김철수, 『신고 헌법학신론』, 267면; 권영성, 『신고 헌법학개론』, 269면; 허영, 『한국헌법론』, 342면.

10) 위 헌법재판소 결정에 대한 분석과 평가에 대해서는, 줄고, 「형사절차와 적법절차의 원칙」, 『동산 손해목교수 화갑기념논문집』(1993), 694면 이하 참조.

의 제도가 활발히 이용되고 있다. 한편 미국법에서는 유예기간 중 피유예자의 선행을 지도하고 감독하는 전문가의 활동이 적극적으로 행해지고 있는데 이를 가리켜 보호관찰(probation)이라고 한다.

우리 형법은 소위 형의 선고유예라고 하여 일단 유죄의 확인을 한 후 그 형의 선고를 유예하는 방식을 채택하고 있는데 이것은 미국식 선고유예의 영향을 받은 것이라고 생각된다. 다만 우리 법의 선고유예제도는 이 제도의 필수적 보완장치라고 할 수 있는 보호관찰제도를 수반하고 있지 않기 때문에 충분히 그 기능을 발휘하고 있지 못하다. 그러나 1988년 공포되고 그 다음해부터 시행된 보호관찰법이 20세 미만의 소년에 대하여 보호관찰을 실시하고 있어서 적어도 소년에 관한 선고유예제도가 제도습을 찾아가고 있다. 앞으로 소년에 대한 보호관찰제도가 성공적으로 정착되면 성인에 대해서도 보호관찰제도가 확대 실시될 것으로 전망된다.

## V. 결 어

지금까지 미국법이 한국의 형사법에 미친 영향을 개관하여 보았다. 비록 형사법의 영역으로 제한한다고 할지라도 조직법, 절차법, 실체법의 각 영역에 걸치는 검토대상은 실로 방대하다. 따라서 지금까지 소개한 몇 가지 점들을 가지고 미국법의 영향을 전부 망라한 것으로 생각할 수 없음은 두말할 필요가 없다. 보다 상세하고 전문적인 분석은 앞으로 관련분야 연구자들의 관심과 노력에 기대하지 않을 수 없다.

끝으로 본 발표를 마침에 있어서 제도의 도입과 범생활에의 실천 사이에 빚어지는 괴리 상황에 대하여 잠깐 언급하고자 한다. 1948년 미군정법령 제176호에 의한 “형사소송법의 개정”은 실로 획기적인 것이었으며 제도의 측면에서 우리나라 형사절차를 세계의 인권선진국의 수준으로 격상시킴에 그다지 손색이 없는 것이었다. 또한 이들 변화의 중요성에 상응하여 우리 입법자들은 관련규정들을 헌법전에 편입시켜서 그 법적 지위를 격상시키고 있다. 그러나 이와 같은 법전상의 변화에도 불구하고 실제의 형사절차에서 우리의 인권상황이 얼마나 개선되었는가를 판단하고 나아가 그것을 미국의 경우와 비교 평가해 보라고 주문한다면 이에 선뜻 나서서 긍정적인 대답을 제공할 수 있는 사람은 별로 없을 것이다.

여기에서 법전상의 영향과 형사실제에 미치는 영향 사이에 존재하는 엄청난 괴리현상에 대하여 우선 제일차적 원인으로 그 동안 우리 나라가 처하였던 여러 가지 어둡고 불행한 정치상황, 그리고 그로 인하여 빚어진 파행적 형사사법제도의 운용을 지적할 수 있을 것이다. 그러나 이와 같은 정치상황이 더 이상 지속되지 않을 것이라고 전제한다면 다음으로 우리의 형사사법에 있어서 인권보장의 실현을 막는 장애요인은 과연 무엇인가 하는 물음이 제기되지 않을 수 없다.

이 문제와 관련하여 사건으로 지적하고 싶은 것은 미국에 비하여 엄청나게 부족한 우리의 법조인구와 배심제도를 위시하여 시민의 공중참여가 거의 전적으로 봉쇄되어 있는 한국형사사법조직의 특수성이다. 사회의 급격한 변화와 경제규모의 팽목할 만한 팽창에도 불구하고 소수정예의 엘리트집단으로 남으려고 하는 기성법조인의 구태의연한 발상과 경찰·검찰·법원·교도소의 전체 형사사법기관에 걸쳐서 거의 완벽하게 시민의 공중참여가 차단되어 있는 현행 사법제도하에서 법전에 나타난 미국법의 영향을 논한다는 것은 어쩌면 한가한 놀음인지도 모른다. 미국법의 영향을 점검하면서 그로 인하여 도입된 제도 및 이념의 실현을 위한 인적, 물적 자원의 재조정과 이를 위한 법사회학적, 실증적 조사연구의 필요성을 절감하는 것은 바로 이 때문이다.

## 약 정 토 론

車鑾碩 (한양대)

### 1. 머리에

‘미국법이 한국형사법에 미친 영향’이라는 논제의 취급에는 많은 어려움이 따르리라고 생각한다. 특히 우리의 법제의 경우에 토착적인 전통적 법제, 그에 대한 중국법제의 영향, 일제시대의 일본과 독일, 프랑스 법제의 영향 그리고 해방 후의 강력한 영미법제의 영향 등이 혼재하여 실로 다채로운 법제도의 배경사를 지닌 현행법에서 어떤 특정법 영역의 영향을 논한다는 것은 더욱 큰 곤란이 따를 것이다. 이 논제를 다루고 있는 신동운 교수는 본래 한국형사법에 관한 법제사적 고찰을 전공한 분이기 때문인지는 몰라도 그 접근에 있어서 적절한 방법을 채용하면서 내용에 있어서도 거의 빠짐없이 논제를 다루었다고 생각한다.

본 토론자는 신교수의 접근방법과 발표내용의 전반에 관하여 동의하면서도 몇 가지 보충될 수 있는 부분을 지적하고자 한다.

### 2. 접근 방법에 관하여

‘미국법이 한국형사법에 미친 영향’이라는 제목에서는 그것을 넓은 의미로 파악할 때에는 형사실정법에 미친 영향 뿐만 아니라 그 운영 실태와 형사법학에 미친 영향이라고 할 것이고 좁은 의미로서는 실정형사법을 형법, 형사소송법, 행형법 및 그 주변관련법규(예컨대 보호관찰법, 갱생보호법)에 미친 영향으로 해석된다. 물론 신교수는 서두에서 미국법의 영향을 가장 많이 받은 형사소송법에 대해서만 논급한다고 하였기에 문제삼을 바는 아니지만 형사법 전반에 관한 고증도 필요로 하지 않았겠나 하는 생각을 금할 수 없다. 그리고 넓은 의미로 논제를 접근할 때에는 형사법학 이론에 미친 영향도 고려해야 할 부분이 아닐까 하는 생각도 든다. 다만 미국법의 영향을 받은 영역의 운영실태에 관하여 법제도에 비추어 현실의 운영상황이 엄청난 괴리현상을 보인다는 지적은 적절하다고 여겨진다.

접근방법에 관하여 또하나 지적하고 싶은 것은 논자들의 서술방법에 따라 태도를 달리 하는 것이겠지만 역사적으로 볼 때에는 미국법이 한국 형사소송법에 미친 영향이 단편적이지만 이것이 한국법에 흡수된 이상 이것을 연역적, 체계론적, 구조론적으로 파악해 볼 필요가 있지 않을까 하는 느낌이다. 미국 형소법이 배심제도와 당사자주의 구조를 배경으로 하였다고 할 때 특히 후자의 당사자주의 구조와 관련된 제영향의 의미를 파악해 볼 필

요가 있지 않았을까 하는 생각이 든다. 그 모델을 지지하거나 구축하는 제요소로서의 '법의 적정절차의 보장' 과 '피의자·피고인의 인권보장의 제제도,' 즉 영장제도, 조직법상의 사법부의 독립제도, 변호권의 확충, 구속적부심사제도, 묵비권의 보장, 공소장 단독(일본)주의, 증인에 대한 상호신문제도, 유치장 감찰제도, 필요적 보석제도의 채용, 강제자백 배제제도, 전문법칙, 및 공소장변경제도 등을 거론하는 방법이다. 소송구조에 있어서 직권주의는 후퇴되고 당사자주의적 성격을 강화한 것이 바로 미국법의 영향이라는 점을 부각시킨 뒤에 거기에 관련되는 제요소를 논평함으로써 그 제요소의 제도적 의의가 더욱 분명해지리라고 생각한다. 신교수는 미군정이 이 땅에 시행되면서 군정법령 176호의 「형사소송법의 개정」을 통하여 우리에게 법제에 침전한 미국법의 영향을 하나하나 검토하였다. 그리고 그 의미를 보다 강조하기 위하여 일제시대의 억압적, 탄압적인 제제도와 관행을 논평하였다. 즉 연역적, 체계론적, 구조적 서술이라기보다는 역사적, 귀납적, 단편적 서술이라고 하겠다.

### 3. 내용면에 관하여

형사소송절차에 미친 미국법의 영향에 대한 신교수의 서술에는 전적으로 동의한다. 미법상의 제제도가 변형되어 채입되었다든가 불완전하게 도입된 부분이 있다는 점도 당연한 지적이다. 예컨대 미법상의 인신보호영장제도의 콜로라리라고 할 수 있는 구속적부심사제도 같은 경우에 형소법에는 '영장에 의하여 구속된 피고인'에게만 허용하고 있는 것은 '관한 기타 타인에 의하여 신체 구속을 당한자'로 되어 있는 「형사소송법개정」(상 176호)의 제17호에 비추어 대단히 미흡한 규정이다. 제17호에서는 절차상의 어느 단계에서건 허용할 뿐만 아니라 영장에 의하여 구속되었건 어떻건 불문한다. 이것은 현행헌법(제12조 6항, 누구든지 체포·구속을 당한 때에는 적부의 심사를 법원에 할 수 있다)에 비추어도 불완전한 규정이고 따라서 위헌시될 것이라는 지적도 있었으면 좋았을 것이다.

보석제도에 관해서도 현행 형소법은 권리보석이나 필요적 보석이니 하고 제목을 붙였으나 실제로는 재량보석으로 규정되어 있고 또 이렇게 운영되고 있다. 군정법령 제176호의 「형사소송법개정」을 통하여 채입된 것은 아니지만 미국법이 헌법에 반영되어 이것이 형사소송법에 정착된 것도 있다. 예컨대 자백의 증거능력의 규정(형소법 제309조)이라든가 자백의 보강법칙(동 제310조 2항)같은 것이다. 그 외에도 피고인의 인권보장이라든가 당사자주의적 성격 및 법의 적정절차 요청의 구현이라고 해석될 수 있는 증인에 대한 상호신문제도(제161조 2항)라든가 전문법칙(제310조의 2항), 그리고 공소장 단독(일본)주의(형사소송규칙 제118조), 당사자의 증거신청권(형소법 제294조), 증거 조사에 대한 의의신청권(제296조) 및 공소장 변경제도(제298조) 등도 미국법과의 관련성을 띠고 있다고 할 수 있지 않을까.

각종의 강제처분에는 법관의 영장을 필요로 하게 한 것은 미국법의 직접적이고 획기적인 영향이라고 할 수 있다. 다만 그 절차에 있어서 미국법에서 영장신청시 '신청자가 법관 앞에서 선서 혹은 확약을 하여야 한다'는 소중한 부분은 채택하지 않고 있다는 것도 지적하고 싶다. 뿐만 아니라 영장 또는 영장없이 체포·구속한 경우에 지체없이 법관의 면전에 대동하여 구속의 실질 심사를 하지 않게 한 것도 미흡한 수용이라고 하겠다.

끝으로 형사소송법학에 미친 미국법학의 영향이라는 관점에서는 법의 적정절차이론 및 당사자주의 이론의 발전을 들 수 있다. 이것은 곧 헌법적 형사소송법학의 발전이라고 할 수 있겠는데 앞으로의 학계의 과제라고 하겠다.

#### 4. 형법 및 기타 주변법규에의 영향

신교수는 이 부분에 대해서는 논제의 설정에서 배제한다는 것을 밝혔다. 그러나 한층 넓은 의미에서의 미국법의 형사법에의 영향이라는 논제를 위해서는 언젠가는 정리되어야 할 부분이기 때문에 관련영역만 언급하였다.

첫째 헌법상의 법의 적정절차의 도입과 함께 실제적 적정절차로서 죄형법정주의 원칙의 확립을 들 수 있다. 또 그 내용으로서 헌법상의 형사사후법의 금지(제13조)가 형법 제1조에 반영되어 있다고 하겠다.(미국 헌법에서는 수정헌법 제1조 제9절)

둘째 동일범죄에 대한 이중처벌의 금지(헌법 제13조)는 미국법의 이중처벌 금지의 법리의 영향이라고 생각되고 이것은 곧 형사소송법상의 일사부재리의 원칙의 해명원리로 수용되어야 할 것이다.

셋째 형법의 인권옹호 직무방해리(형법 제139조)는 형사소송법 제198조의 2항(검사의 유치장 감찰)과 직접 관련된 것이고 또 후자는 군정법령 176호에 따른 「형사소송법의 개정」 제21조에서 유래되었다. 형법 제59조의 선고유예제도는 미국법의 프로베이션(probation)과 관련된 규정이라는 것은 신교수의 지적 그대로이다.

네째 형법해석학에 있어서나 헌법판례에 있어서 죄형법정주의 원칙의 내용인 명확성의 원칙(void-for-vagueness doctrine)이라든가 적정성의 원칙의 활용경향은 미국법의 영향이라고 하겠다.

다섯째 형법 제16조의 법률의 착오(위법성의 착오)에 관하여 해석상 법의 적정절차의 원리에 따르면 국민측의 정당한 이유있는 법률의 부지나 착오에 대해서는 처벌하지 않아야 할 것이라는 원리(Lambert v. California)가 적용될 수 있으리라고 생각한다. 형법의 해석에 있어서도 종래 주관주의적이고 권위주의적인 태도는 미국법의 활용으로써 지양되어야 하리라고 생각한다.

여섯째 소년에 대한 보호관찰제도에 있어서 각종의 관찰방법이라든가 판결전 조사절차 등은 미국법의 영향을 받은 것이라고 하겠다.

일곱째 행정법상의 각종의 제도, 예컨대 개방교도소제도 등에도 미국법의 영향을 검토해 볼 필요가 있겠고 그 외의 갱생보호제도라든가 특별형법, 예컨대 '독점규제 및 공정거래에 관한 법률' 같은 경제형법분야에서 미국법의 영향이 얼마만큼, 어떻게 작용하고 있는가도 검토해 볼 필요가 있을 것이다.

신교수의 발표는 그 서두에서 미국법의 영향이 가장 큰 형사소송법분야로 한정하였기 때문에 기타의 영역에 대한 논급이 미흡한 것은 하등 비판의 대상은 되지 않을 것이고 설정된 분야에 대한 논평은 훌륭한 것이었다고 평가되어 장래의 형사소송법학의 발전에도 기여하리라고 생각된다.

## 白亨球 (변호사)

### 1. 처음에

신동운 교수님의 주제발표 내용은 대단히 훌륭합니다. 특히 미군정법령 제176호 중 형사소송법에 관한 내용은 거의 완벽하다고 할 수 있습니다.

일반적으로 토론의 방법에는 비판적 토론, 보충적 토론, 질문식 토론 등이 있습니다만 저는 보충적 토론에 중점을 두고자 합니다.

토론의 내용은 미국법이 우리나라의 형사소송법에 미친 영향에 중점을 두겠으며 미국의 판례가 한국의 형사소송법학에 미친 영향에도 언급을 하고자 합니다.

### 2. 증거법에 미친 영향

#### (1) 자백의 증거능력에 관한 규정

고문, 협박, 기망 등에 의하여 임의성이 의심되는 자백의 증거능력을 부정하고 있는 형사소송법 제309조는 영미 증거법의 자백배제법칙인 자백의 임의성법칙을 도입한 것이다. 구형사소송법하에서는 고문 등에 의한 자백은 유죄의 증거로 사용되었다.

#### (2) 자백의 증명력에 관한 규정

자백을 유일한 증거로 하여서는 유죄를 선고할 수 없다는 형사소송법 제310조는 영미증거법의 자백법칙인 자백의 보강법칙을 도입한 것이다. 구형사소송법에서는 자백을 유일한 증거로 하여 공소사실을 유죄로 인정할 수 있었다.

#### (3) 전문증거의 증거능력에 관한 규정

전문증거의 증거능력에 관한 규정인 형사소송법 제310조의 2 내지 제318조는 영미법의 증거법칙인 전문법칙(hearsay rule)을 도입한 것이다. 구형사소송법에는 전문증거의 증거능력을 제한하는 규정이 없었다.

#### (4) 탄핵증거에 관한 규정

증거능력이 없는 전문증거를 진술의 증명력을 다루는 증거로 사용할 수 있다는 탄핵증거(형사법 318조의 2)는 영미법의 탄핵증거제도를 도입한 것이다. 구형사소송법에는 탄핵증거에 관한 규정이 없었다.

### 3. 수사법에 미친 영향

#### (1) 진술거부권의 보장

피의자 피고인의 진술거부권을 보장하는 규정(형사법 200조 2항, 289조)은 영미법의 자기부죄거부의 특권(privilege against self-incrimination)을 도입한 것이다. 구형사소송법에는 피의자·피고인의 진술거부권을 보장하는 규정이 없었다.

#### (2) 영장제도

구속, 압수, 수색, 검증 등 형사절차상 강제처분에 관한 영장제도(형사법 73조 내지 85조, 113조 내지 123조, 209조, 219조)는 영미법의 영장제도를 도입한 것이다. 구형사소송법에는 영장제도가 없었다.

#### (3) 구속적부심사제도

수사기관의 인신구속에 대한 사법적 구제제도인 구속적부심사제도(형사법 214조의 2)는 미군정 당시 미군정법령 제176호로 우리나라에 도입되었으며 형사소송법의 3차 개정시(1973. 1. 25)에 폐지되었다가 형사소송법의 5차 개정시(1980. 12. 18)에 부활되었다. 구형사소송법에는 구속적부심사제도가 없었다.

### 4. 공판법에 미친 영향

#### (1) 공판정의 좌석

공판정에서 피고인이 착석하고 변호인과 동석하는 제도(공판정의 좌석에 관한 대법원규칙)는 미국법의 영향을 받은 것이라고 할 수 있다.

#### (2) 증인신문의 방식

구형사소송법과 제정 당시의 형사소송법은 증인신문의 방식에 관하여 법원이 먼저 신문을 하고 그 후에 검사와 변호인이 신문을 하는 대륙법적 증인신문의 방식을 채택하였으나 형사소송법의 1차 개정시(1961. 9. 1)에 영미법의 증인신문방식인 교호신문의 방식을 도입하였다(형소법 제161조의 2).

#### (3) 공소장 변경제도

구형사소송법에는 공소장 변경제도가 없었으나 미국법의 카운트(count) 제도의 영향으로 공소장 변경제도를 두고 있다(형사법 298조).

(4) 증인의 신변보호

‘특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법’ 제7조는 증인의 신변보호제도를 규정하고 있는데 증인의 신변보장제도는 미국에 있는 제도이다.

5. 미국법 미국판례가 한국형사법학에 미친 영향

(1) 위법수집증거의 배제법칙

압수물·자백 등에 관한 위법수집증거물의 배제법칙은 미국연방헌법의 기본원칙인 적정절차(due process of law)의 법리를 근거로 미국연방대법원이 판례에 의해서 확립된 증거법칙인데 우리나라의 형사소송법학에 중대한 영향을 미치고 있다.

수사기관의 압수, 수집이 영장주의에 위반된 경우에는 위법수집증거의 배제법칙에 의해서 그 압수물의 증거능력을 부정하여야 한다는 것이 통설인데 이는 미국연방대법원의 Weeks 판결(1914년), Mapp 판결(1961년)의 영향이라고 할 수 있다.

수사기관이 피의자신문을 하면서 피의자에게 미리 진술거부권을 고지하지 아니한 경우에는 그 자백의 임의성이 인정되는 경우에도 위법수집증거의 배제법칙에 의하여 그 자백의 증거능력을 부정하여야 한다는 것이 통설 판례의 견해인데 이는 미국연방 대법원의 Miranda 판결(1966년)의 영향이며 구속 중인 피의자와 그 변호인과의 접견교통권을 불법으로 제한하고 그 기간 중에 피의자신문을 하여 자백을 받아낸 경우에 그 자백의 임의성이 인정되는 경우에도 위법수집증거의 배제법칙에 의하여 그 자백의 증거능력을 부정하여야 한다는 것이 통설 판례인데 이는 미국연방대법원의 에스코베도(Escobedo) 판결(1964년)의 영향이다.

불법구속 중 자백의 증거능력을 부정하여야 한다는 것이 통설인데 이는 미국연방대법원의 McNabb 판결(1943년), Mallory 판결(1957년)의 영향이며 합정수사에 의하여 수집된 증거의 증거능력을 부정하여야 한다는 것이 통설인데 이는 미국연방대법원의 Sorells 판결(1932년)의 영향이다.

(2) 독수 독과의 원칙

임의성이 없는 자백(예컨대 고문에 의한 자백)에 의해서 수집된 증거는 독수·독과의 원칙에 의하여 증거능력을 부정하여야 한다는 해석론이 통설인데 이는 미국연방대법원의 판례에 의해서 확립된 독수 독과의 원칙(Fruit of poisonous tree doctrine)의 영향이다.

(3) 적정절차의 법리

미국형사법의 기본원리인 적정절차(due process of law)의 법리는 우리나라의 형사소송법 이론에 중대한 영향을 미치고 있다. 예컨대 적정절차의 법리는 합정수사의 위법성, 위법수집증거의 배제법칙, 고문의 절대적 금지, 체내강제수사의 제한 등에 관한 이론적 근거이다.

(4) 보석보험증거제도

우리나라는 1987년 10월 1일부터 보험증거에 의한 보석보증금의 납부를 허용하고 있는데 보석보험증거제도는 미국제도의 영향이다.