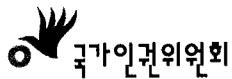


공무원 인권교육 교재 시리즈 3

인권 — 검찰편 길라잡이



2002. 12.

공무원 인권교육 교재 시리즈 3

인권 길라잡이—검찰편

책임 / 2002년 12월 31일

펴낸날 / 2002년 12월 31일

지은이 / 조효재 · 심희기 · 김진호 · 최석훈

펴낸이 / 김청국

펴낸곳 / 국가인권위원회

100-812 서울 중구 을지로1가 16번지

금세기빌딩(대표전화 02-2125-9700)

홈페이지 <http://www.humanrights.go.kr>

읽은곳 / 인권교육담당관실

기획 · 디자인 / (주)이백 커뮤니케이션(02-3672-1225)

ISBN 89-90475-01-X 91560

89-90475-01-5(세트)

■■■ 《인권 길라잡이—검찰편》 발간에 즈음하여

엄정한 법집행과 정의 실현의 사명감으로 지금도 수많은 사건들을 처리하고 계실 검찰 여러분의 노고에 감사의 말씀을 드립니다.

검찰의 임무는 사법정의의 실현과 인권보호로 요약될 수 있습니다. 이는 검찰이 형사절차의 전 과정에서 중추적인 역할을 담당하며 그에 따른 권한을 부여받고 있기에 요구되는 것입니다. 그간 검찰이 주어진 바 권한과 임무를 형사절차 실무과정에서 제대로 구현하지 못하고 있다는 따가운 비판이 있었으나 검찰제도 개선위원회제도의 활용, 각급 검찰청의 ‘국민에게 봉사하는 검찰’ 캠페인 등을 통해 변화를 시도해 왔던 것도 사실입니다. 또한 최근 인권보호 수사준칙의 제정으로 인권보호의 새로운 단계에 접어들게 된 것에 주목하며 국가인권위원회는 검찰이 더욱 철저하게 인권보호에 앞장서 주길 기대하고 있습니다.

이에 국가인권위원회는 《인권 길라잡이—검찰편》이라는 인권교육 교재를 발간하게 되었습니다. 이 교재는 국가인권기구 등장의 배경을 포함한 인권에 대한 기초적인 이해, 검찰 실무와 관련하여 제기되는 인권 쟁점들을 다루었습니다. 검찰 실무와 관련하여 제기되는 인권 쟁점들은 크게 임의수사와 피의자 신문, 대물적 강제처분, 대인적 강제처분 등으로 구분하여 다루었습니다. 각 쟁점별로 구체적인 사례를 들어 그에 대한 검찰 실무의 입장, 인권과 관련하여 문제되는 측면을 대비해 놓은 것은 활발한 토론을 위해서입니다. 이어 관련 법규와 판례에 대한 해설, 국제적 인권기준에 비추어 본 인권준중 직무 방향을 제시함으로써 인권보호를 위해 각 영역에서 지향해야 할 바를 가늠해 볼 수 있도록 하였습니다.

피의자든, 피해자든, 참고인이든 실무에서 만나게 되는 사람들의 인권에 대한 세심한 배려가 이루어질 때 현재 검찰이 지향하는 바, “국민의 공복으로서 국민의 시각에서 국민의 편에서 도와 주는 검찰”로 설 수 있을 것입니다. 넘쳐나는 사건 하나하나에 소홀함 없이 공정하고 정확하게 처리하느라 과중한 업무의 고단함을 견뎌야 하는 어려움을 익히 알고 있습니다. 그럼에도 검찰의 명예와 사명감은 철저한 인권옹호에서 드러난다는 것을 확인할 수 있게 되길 바랍니다.

여러 면에서 미흡한 부분이 있을 수 있으나 아무쪼록 본 책자가 검찰 여러분들에게 도움이 되기를 기대합니다. 국가인권위원회는 앞으로 검찰 실무와 관련된 인권문제에 관심을 갖고 있는 전문가와 검찰의 다양한 조언을 받아 본 책자를 계속 보완해 나갈 것입니다.

끝으로 이 교재 발간에 참여해 주신 여러분들께 진심으로 감사의 말씀을 드립니다.

국가인권위원회 위원장

김익중

■■■ 차례 | 인권 길라잡이 - 검찰편

《인권 길라잡이-검찰편》 발간에 즈음하여 3

제1장 인권이란 무엇인가

인권의 의미 8
인권의 유형 11
인권의 역사 15
인권의 국제적 보장과 국가인권위원회 20

제2장 수사와 구금에서 제기되는 인권 쟁점

올바른 법집행과 인권은 양립할 수 없는가 26
수사·구금 과정에서 보장되어야 하는 인권 30
검찰은 공정한 법집행의 감시자여야 한다 33

제3장 임의수사와 피의자 신문

임의동행과 체포는 구별되어야 한다 38
미란다 고지는 피의자 인권존중 행동강령이다 43
밤샘조사는 적법한가 48
함정수사는 어디까지 적법한가 55
피의자 신문에서 변호인 참여권을 어떻게 보장할 것인가 59
경찰고문과 검찰에서의 자백은 증거능력이 있는가 64
기망에 의한 자백에서 임의성은 어디까지 인정되는가 67
약속에 의한 자백은 증거능력이 있는가 72

제4장 대물적 강제처분

압수·수색의 적법성은?	78
감청을 위한 통신제한조치의 요건은?	83

제5장 대인적 강제처분

구속영장 실질심사제도에서 피의자 심문권의 보장 범위는?	88
긴급체포의 요건과 불법한 긴급체포의 효과	92
긴급체포된 경우 체포·구속적부심사를 청구할 수 있는가	98
변호인과의 접견교통권은 제한될 수 있는가	102
별건 체포·구속은 위법인가	107

제6장 맺음말

111

부록 : 생각해 볼 거리 / 이야깃거리 / 읽을 거리 / 영화 이야기

114

인권의식 자가진단 퀴즈와 해설	116
------------------------	-----

국가인권위원회 진정 및 구제의 절차	120
---------------------------	-----

제1장

인권이란 무엇인가

인권은 '인간이면 누구나 누릴 수 있는 당연한 권리'

'사람이기 때문에 당연히 가지는 권리'를 말한다.

사람이라면 누구나 자신의 신체와 생명을 지킬 권리,

고문받지 않을 권리, 노예상태에 놓이지 않을 권리를 지닌다.

이러한 권리는 사람이 세계의 어느 장소에서 살건, 어떤 문명권에 속하건

상관없이 이미 세계사적 보편성을 지니는 개념이 되었다.

오늘날 국가는 자국의 인권보호를 위해 직접 나서고 있고

다른 나라의 인권 상황에 대해 발언까지 하고 있는 상황이다.

그만큼 인권이란 원칙은 거부할 수 없는 대세로서 인류 보편의 질서가 된 것이다.



인권의 의미

오늘날 인권이란 말은 우리가 너무나 흔하게 접하는 용어가 되었다. 그러나 우리는 인권에 대해 얼마나 알고 있을까? 인권을 법적, 정치적인 의미로 받아들이기 쉽지만 사실 인권은 '인간이면 누구나 누릴 수 있는 당연한 권리' '사람이기 때문에 당연히 가지는 권리'를 말한다. 아주 간단하다. 그러나 이 간단한 정의가 갖는 의미는 여러 가지이다.

인권존중은 민주사회의 핵심이다



인권은 국가의 절대적인 권한 행사에 제한을 가한다. 아무리 국권이 중요해도 인간의 존엄성과 가치를 훼손할 정도로 국가가 권한을 행사해서는 안 된다는 것이요, 인권과 관련해서 다른 나라의 내정에 개입할 수 있다는 것이다. 물론 이러한 인권존중 사상이 오늘날 현실 속에서 완전히 준수된다고 할 수는 없다. 세계의 모든 정부가 정도의 차이는 있지만 아직도 국권을 인권보다 우선시하고 있기 때문이다. 국권이란 1648년의 베스트팔렌 조약 이후 형성된 근대 국민국가의 이념으로 주권 원칙(국내문제에 관하여 절대적인 권한을 행사한다), 불개입 원칙(어느 나라가 다른 나라의 내정에 간섭할 수 없다)을 특징으로 한다.

주권이 신성불가침이라고 믿었고, 다른 나라의 인권에 대한 거론을 상상도 하

기 어려웠던 과거와 비교하면 오늘날은 인권이 대단히 중요하게 취급되고 있는 시대이다. 설령 인권을 침해하는 정부라 하더라도 그 사실을 되도록 감추고 싶어 하는 것을 보면 최소한 인권의 대의명분에는 모든 국가가 동의하고 있음을 알 수 있다.

인권은 보편적이다

인간의 기본적인 권리는 세계 어디에서나 동일하게 보호되어야 한다. 보편적 권리와 차별방지는 동전의 양면을 이룬다. 그런데 현대의 인권 개념에 대해 비판적인 사람들은 흔히 인권이 서구적, 상대적 개념이라고 지적한다. 이런 주장에는 어느 정도 일리가 있다. 역사와 전통의 차이를 무시할 수 없고 각국마다 인권을 이해하는 방식이 고유한 사상전통과 역사적 맥락에서 결정되는 것이 당연하다. 또한 인권을 구체적으로 실천하는 방법도 나라마다 차이가 날 수밖에 없다.

그렇다면 세계인권선언의 초안 작성에 각국 전문가들이 참여하고 아주 많은 나라들이 국제인권법을 인정하고 있음은 무엇을 의미하는가? 한국을 포함한 많은 나라들이 그 헌법과 법률에서 기본권을 인정하고 있음은 또 무엇을 의미하는가? 인권이 장소와 문명을 초월해서 보편적인 호소력을 가진다는 말이 아니겠는가? 그러므로 인권 원칙의 큰 틀 자체는 이미 세계 공통의 것이며 그것을 거부하는 것은 시대착오이다. 또한 인신과 생명을 지킬 권리, 고문받지 않을 권리, 노예상태에 놓이지 않을 권리 등은 보편적 인권 중에서도 가장 본질적인 내용, 어떤 경우에도 침해할 수 없는 핵심적 인권이다.



인권은 서구적 개념?

- 서구의 자연법 사상이 세계인권선언과 각종 국제법의 기본정신이므로 인권은 서구적 개념?
- 각 문명권과 나라들에 자기 고유의 인권사상이 있고 인권의 우선순위도 나라마다 모두 다르므로 인권은 상대적?
- 원산지가 아니라 그 사상의 내적인 정당성, 시대정신과의 일치가 더 중요



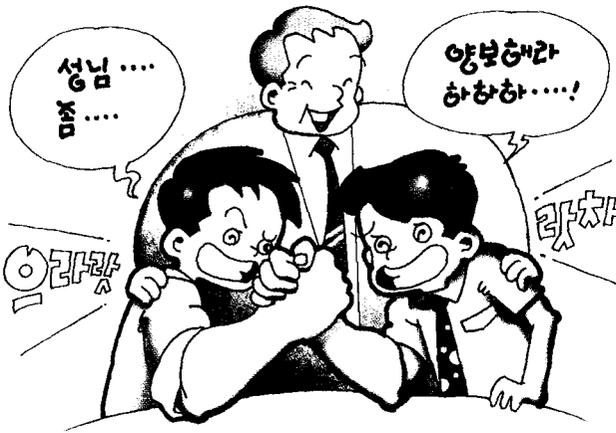
권리들간의 충돌과 제한

인권은 보편적인 개념이지만 권리들 사이에 충돌이 생길 수 있다. 범죄자의 인권과 범죄피해자의 인권, 교도관의 인권과 수용자의 인권에서 흔히 권리의 충돌이 주장된다. 버스 속에서 개인이 휴대폰을 사용할 권리와 타인으로부터 소음공해를 당하지 않을 권리의 경우도 같은 예이다. 가장 이상적으로는 모든 권리가 동시에 보장되는 윈-윈 게임이면 좋을 것이다. 그러나 어떤 권리는 인정하고 다른 권리는 제한해야 하는 경우가 종종 발생한다.

만일 권리의 제한이 불가피하다면 어떤 원칙에 의거해서 처리해야 할까? 인권 전문가들은 다음과 같은 원칙들을 제시하고 있다. 첫째, 권리간의 충돌을 중재하는 데에는 전체 사회의 민주적 요구가 반영되어야 한다. 그러나 이때에도 단순한

다수결적 결정이 아니라 약자의 권리보호가 우선되어야 할 것이다.

둘째, 나의 권리를 행사하기 위해 타인의 권리를 해쳐서는 안 된다. 마지막으로 권리와 권리가 다룰 때에는 어느 쪽 권리가 더 중요한지 결정할 수 있는 판단의 기준과 주체가 있어야 한다. 이 역할은, 현대 법치국가에서는 일반적으로 헌법, 그리고 사법부가 담당한다. 또한 국가인권위원회와 같은 기구도 약자의 권리를 해석하고 지지하고 시정하는 중요한 국가기구이다.

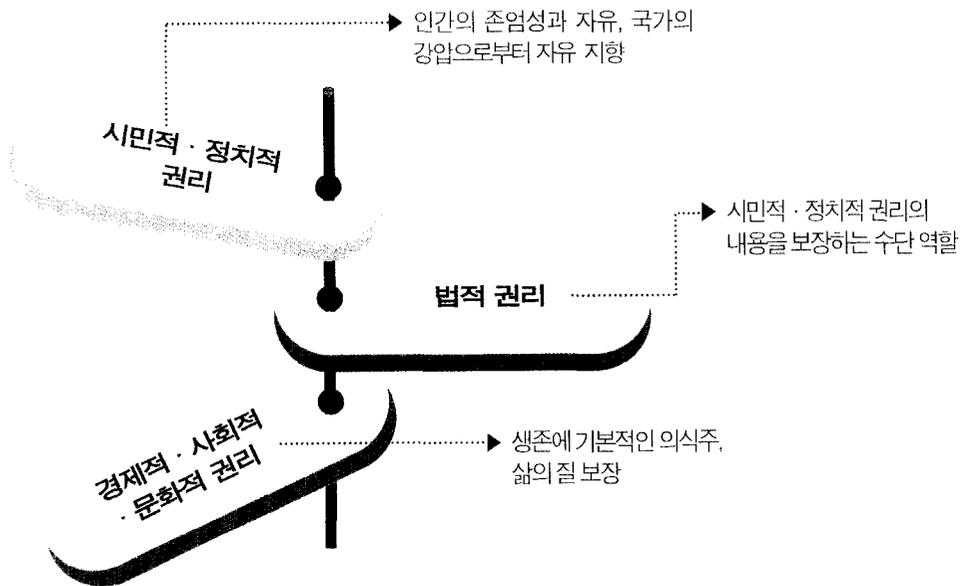


만일 권리들끼리 충돌한다면?

1. 전체 사회의 민주적 요구를 반영하되 약자의 권리를 우선으로
2. 나의 권리를 위해 타인의 권리를 해치지 않을 것
3. 판단의 기준과 주체 : 헌법, 사법부, 그리고 국가인권위원회

인권의 유형

인권을 영어로 쓸 때 복수형인 'human rights' 로 쓴다. 인권의 종류가 다양하다는 뜻이다.(어떤 한 종류의 인권만을 가리킬 때에는 단수형을 쓴다.) 시대가 변함에 따라 새로운 인권문제가 계속 발생한다. 예를 들어 타인의 이메일을 열어보는 것은 통신자유 침해이지만, 과거 컴퓨터가 없던 시대에는 이런 문제 자체를 상상할 수 없었다. 따라서 얼마나 많은 종류의 인권이 있는지를 일일이 열거하는 것은 큰 의미가 없다. 그러나 인권사상과 국제인권법의 발전 과정에서 형성된 인권의 유형을 큰 테두리 내에서 분류할 수는 있다. 학자들에 따라 분류방식이 다르기는 하지만 여기서는 다양한 견해를 종합하여 제시한다.



시민적 · 정치적 권리

사상과 양심의 자유

참정권

의견표명과 언론의 자유

집회와 결사의 자유 등



인권의 역사에서 가장 오래 된 권리 유형은 사람 개인의 안전과 안녕을 다루는 시민적 · 정치적 권리(civil and political rights)이다. 시민적 · 정치적 권리는 18세기 말부터 나오기 시작해서 가장 먼저 국제법으로 인정되기 시작했다.

부자 나라이든 가난한 나라이든 마음만 먹으면 법적 절차와 제도 개선을 통해 비교적 쉽게 보장할 수 있는 권리가 바로 시민적 · 정치적 권리이다.

법적 권리

법 앞의 평등

유죄판결 전까지 무죄로 추정받을 권리

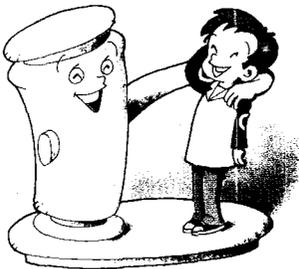
공정한 사법부, 공정한 재판

인신보호

사생활 보호

소급입법 방지

구금자 처우 등



법적 권리는 모든 인간이 합법적인 절차에 의해 대우를 받을 권리를 말한다. 권력자가 마음대로 통치하는 인치(人治)가 아니라 법의 지배에 의한 법치(法治)를 뜻한다. 따라서 법적 권리를 절차적 권리, 규범적 권리라고도 한다.

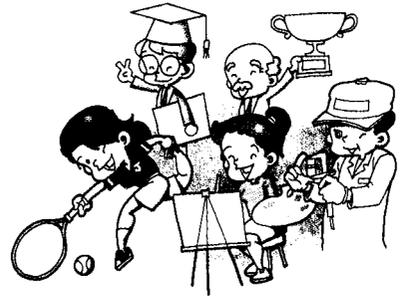
고문금지 또는 사형반대 역시 엄격한 의미에서는 법적 권리이다. 특히 법적 권리는 경찰, 교도관 등 법집행 공직자들과 관계가 깊은 권리이기도 하다. 법적 권리는 여러 면에서 시민적 · 정치적 권리와 비슷하므로 이들을 한데 묶어 '시민적 · 정치적 · 법적 권리'라고도 한다.

경제적 · 사회적 · 문화적 권리

사람이 하나의 생명체로서 살아가려면 기본적인 의식주와 삶의 질이 보장되어야 한다. 이것을 다루는 것이 바로 경제적 · 사회적 · 문화적 권리(economic, social and cultural rights)이다.

19세기 후반에 출현한 경제적 · 사회적 · 문화적 권리는 국가의 적극적인 조치가 강조되며, 일정한 경제적 자원이 있어야 실천할 수 있다는 점에서 시민적 · 정치적 · 법적 권리와 구분된다. 그러나 시민적 · 정치적 · 법적 권리와 경제적 · 사회적 · 문화적 권리는 둘 다 중요하고, 서로가 서로를 보완하며, 함께 발전되어야 한다는 점에서 분리될 수 없는 성격(불가분성)을 가진다.

밥을 먹고
살아갈 집이 있고
가정을 꾸리고
건강을 지키고
노동조건을 보장받고
교육을 받고
예술과 과학의 업적을 인정받고
사회보장의 혜택을 누릴 수 있는 권리 등



차별받지 않을 권리

위의 세 가지 권리가 각기 서로 다른 영역을 다루고 있는 반면, 차별받지 않을 권리(non-discriminatory rights)는, 독립된 영역이라기보다는 사람들이 모든 권리를 평등하게 누릴 수 있는 원칙을 강조한다.

따라서 '차별받지 않을 권리'는 시민적 권리, 법적 권리, 경제적 권리 등 모든 권리영역에 적용될 수 있는 기본권 원칙이라고 보면 된다.

국적	인종
피부색	성
종교	사상
신분	성적 지향
출신 지역	장애
나이	

등을 가리지 않고 모든 사람이 똑같이 모든 권리를 누릴 수 있다

그 밖의 권리

이 밖에 개인이 아닌 집단의 권리 즉 소수자, 난민, 이주노동자, 국민의 자기결정권 등을 집단적 권리(collective rights)라고 한다. 마지막으로 국제법으로 정착되지는 않았지만 국제사회에서 인정하기 시작한 지향적인 권리가 있다. 대표적으로 제3세계 민중의 발전권 그리고 토착 원주민의 권리 등이 있으며 이는 선언적 권리(declaratory rights)라고 한다.

‘사람이 사람답게 살아가기 위해서 반드시 누구에게나 보장되어야 하는 권리’로 간단하게 정의되는 인권이 이처럼 다양한 유형으로 나뉘지는 것은 무엇 때문인가? 이는 인권이 시대와 사회적 조건에 따라 변화하고 풍부해진 역사를 갖고 있기 때문이다. 이러한 역사의 발자취에는 인간다움을 보장하기 위해 소수의 특권에 도전했던 수많은 사람들의 노력이 자리하고 있기도 하다.

인권의 역사

자연권, 저항권 인식이 싹틈

인권의 역사에서 13세기의 마그나 카르타와 17세기의 인신보호령, 명예혁명, 권리장전은 영국에서 일어난 일이지만 오늘날에는 전세계적으로 그 역사적 가치를 인정받고 있다. 존 로크의 자연권과 저항권 이론이 나온 것도 바로 이때였다.

전통과 인습에서 벗어나 인간의 고귀함 확인

근대적 인권을 가장 극적으로 표현한 사건은 18세기 말 미국과 프랑스에서 각각 일어났다. 미국 독립혁명과 프랑스혁명은 인간을 봉건제와 전통과 인습으로부터 해방시켜 인간이 다른 권위에 의존하지 않고 스스로 존립할 수 있게 만들어 주었다. 이제 인간은 이 세상에서 가장 존귀하다고 감히 말할 수 있게 되었다.

휴머니즘과 계몽주의는 인권의 모태가 되었다. 개인의 생명과 안전과 존엄이 세상 그 어떤 것보다 앞선다는 것, 또한 모든 사람의 생명과 안전과 존엄이 똑같다는 것, 이것은 단순히 듣기 좋게 말하는 수사의 차원을 넘어서는 통렬한 메시지를 담고 있다.





대대적인 인권유린과 전쟁의 참상

19세기에 들어 인간의 권리를 위한 노력이 흑인노예 해방, 여성의 권리 향상, 전시에 사람들을 인도적으로 처우하자는 움직임 등 세 가지 줄기를 형성하며 추진되었다. 그러나 20세기에 들어서 인류는 제1차 세계대전이라는 총력전의 참상을 겪어야 했다. 독가스, 탱크, 세균전이 등장했다. 기술발전이라는 진보가 대량살상이라는 인권유린을 가져온 것이다. 이어서 제2차 세계대전을 전후한 시기에 동양과 서양에서 엄청난 규모의 인권유린이 벌어졌다. 이 시기 일본 제국주의 침략세력은 남경대학살 사건 그리고 만주에서의 생체실험과 같은 인권침해를 자행했다. 한국에서도 창씨개명, 강제징용, 강제징집, 종군위안부(정신대)와 같은 각종 인권침해가 발생했다. 유럽에서는 나치 독일에 의해 유태인과 소수민족 수백만 명이 조직적으로 말살되었다. 이와 같은 참상에 대한 경험은 역설적으로 현대 인권운동의 시발점이 되었다.

반인도적 범죄 처벌의 제도화

전쟁이 끝난 후 독일에서는 뉘른베르크 전범재판이, 일본에서는 동경 전범재판이 열려 독일과 일본의 전쟁지도자들이 처벌을 받았다. 이때 '반인도적 범죄 (crimes against humanity)' 라는 개념이 등장했다. 인권유린은 비록 전쟁중이라 할지라도 절대 저질러서는 안 되는 범죄행위라고 못박은 것이다. 2002년 7월에 발효된 국제형사재판소는 뉘른베르크와 동경 전범재판소의 후계자로서 집단학살과 같은 반인도적 범죄를 단죄할 상설재판소로 설립되었다. 인권유린 범죄의 처벌을 제도화하는 데 반세기가 넘게 걸렸지만 이는 인류의 인권역사에서 크게 한걸음 앞으로 나간 것이다.

인권, 이상에서 현실로 : 국제인권장전

제2차 세계대전이 끝나고 본격적으로 등장한 인권운동은 유엔의 창설과 밀접한 관계가 있었다. 유엔헌장은 영구적인 세계평화를 위해 '기본적 인권'이 중요함을 인정했던 것이다. 1946년 유엔인권위원회가 설립되고 1948년 12월 10일 세계인권선언이 유엔총회를 통과했다.

세계인권선언(Universal Declaration of Human Rights)

- 찬성 48, 반대 0, 기권 8의 표결로 통과 (유엔총회결의217A(III))
- 전문과 30개 조항으로 구성
- 정치·경제·문화·종교의 차이에도 불구하고 '모두들 받아들일 수 있는 보편적 인권 개념' '모든 사람, 모든 국가가 달성해야 할 인권의 공통기준'을 세계에 선포



세계인권선언은 오늘날 읽어 봐도 생각할 거리가 무궁무진한 인권의 금자탑과 같은 선언이다. 그러나 '선언'이라는 형태로 등장했으므로 국제법으로서 정식 구속력을 갖지 못했다. 그래서 세계인권선언을 법제화하는 작업이 오랫동안 계속되었다. 드디어 1966년 경제적·사회적·문화적 권리에 관한 국제규약(일명 사회권 규약 또는 A규약)과 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약(일명 자유권 규약 또는 B규약)이 채택되었고 두 규약 모두 1976년부터 정식 발효되었다. 이 두 규약은 본격적인 국제인권법으로서 한국은 1990년 이들 규약에 가입하였다. 세계인권선언과 두 규약을 합해서 '국제인권장전'이라고 한다.

인권NGO의 국제 연대활동과 인권의 공식 의제화

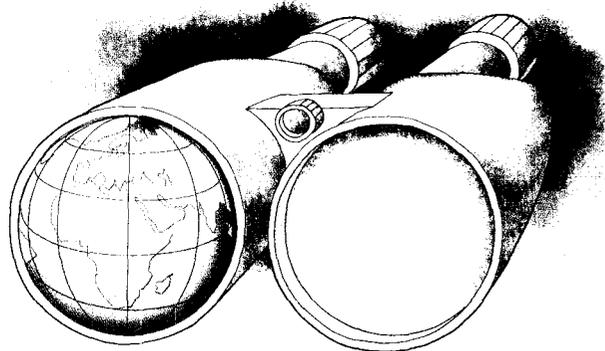
국제인권규약과 (법은 아니었지만 점차 관습법으로 인정받은) 세계인권선언에는 허점이 있다. 특히 이 법을 어겼을 때 제재할 수 있는 방법이 거의 없다고 해도 과언이 아니다. 그래서 전 세계에 흩어져 있는 인권NGO들이 중심이 되어 각국 정부가 실제로 국제인권법을 지키는지 감시하자는 움직임이 높아졌다. 국

제엠네스티와 같은 단체들은 인권의 이행을 감시하고 새로운 의제를 제기하고 국제사회의 경각심을 높이는 데 결정적인 역할을 해냈다. 이들은 냉전 당시 자본주의 진영에서 발생한 인권탄압과 동구권에서 발생한 인권탄압을 동시에 고발하고 감시하는 데 큰 공로를 세웠다. 중남미와 아시아, 아프리카, 그리고 헬싱키협정과 같은 것이 대표적인 사례이다.

이와 함께 공식 통로를 통한 인권 의제도 대폭 늘어났다. 1970년대 미국의 카터 행정부는 인권을 외교정책의 제일 중요한 과제로 내세웠다. 국익 추구라는 '현실주의(realism)' 사상이 지배하는 외교 분야에서 인권이라는 개념이 들어간 것만 해도 당시로서는 대단히 놀라운 발상이었다. 인권외교는 세계평화와 공존을 위해 높은 도덕적 이상을 추구하는 것이 국익에도 이롭다는 '이상주의(idealism)'를 수용한 것이었다.

전 세계 국가간 관계에서 필수 고려사항으로 자리한 인권

이 인권 외교정책은 여러 가지 부족한 점이 있었음에도 불구하고 이후 전 세계 국가간 관계에서 인권을 필수적인 고려사항으로 발전시키는 데 기여했다. 우리나라도 미얀마나 동티모르의 인권문제에 대해 정부 차원에서 의견표명을 하였고 이런 추세는 앞으로도 늘어날 것으로 예상된다. 크게 보자면 대북 포용정책도 이상주의적, 인도주의적 관점에서 이해할 수 있다. 최근 인권은 이처럼 국제질서에서 중요한 요소로 자리하게 되었으며 이는 가장 비인간적이고 반인권적인 전쟁들이 남긴 교훈, 즉 인권은 인류 보편의 문제라는 깨달음에서 온 것이었다.



■ ■ ■ 세계인권 연표

1215	영국 마그나 카르타
1679	영국 인신보호령
1776	미국독립선언
1789	프랑스혁명 인권선언
1791	미국 권리장전
1919	국제노동기구(ILO) 창설
1945	유엔헌장
1945~46	뉘른베르크 전범재판
1946~47	동경 전범재판
1948	세계인권선언
1951	난민협약
1959	어린이·청소년 권리선언
1966	경제적·사회적·문화적 권리에 관한 국제규약 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약
1969	인종차별 철폐협약
1975	헬싱키협정
1981	아프리카인권헌장
1993	유엔인권고등판무관실 설치
1998	국제형사재판소 로마협약 체결
2002	국제형사재판소 창설

국가인권위원회의 설립 배경

인권의 옹호와 증진을 위한 국제적 차원의 노력과 함께 인권보호체제의 국내화가 제기되어 왔다. 이는 각 나라별 인권상황에 기초한 효과적인 인권보장, 국제인권법의 국내적 적용을 보다 쉽게 해줄 시스템의 마련, 개인들이 보다 쉽게 접근할 수 있는 인권보호제도의 필요성에서 나온 것이었다. 1991년 파리에서 개최된 제1차 국가인권기구 국제 워크숍에서 확인된 원칙을 1993년 유엔총회가 '국가인권기구 지위에 관한 원칙'으로 결의함으로써 국가인권기구의 지위와 책임을 규정하는 대표적인 준칙이 되었다.

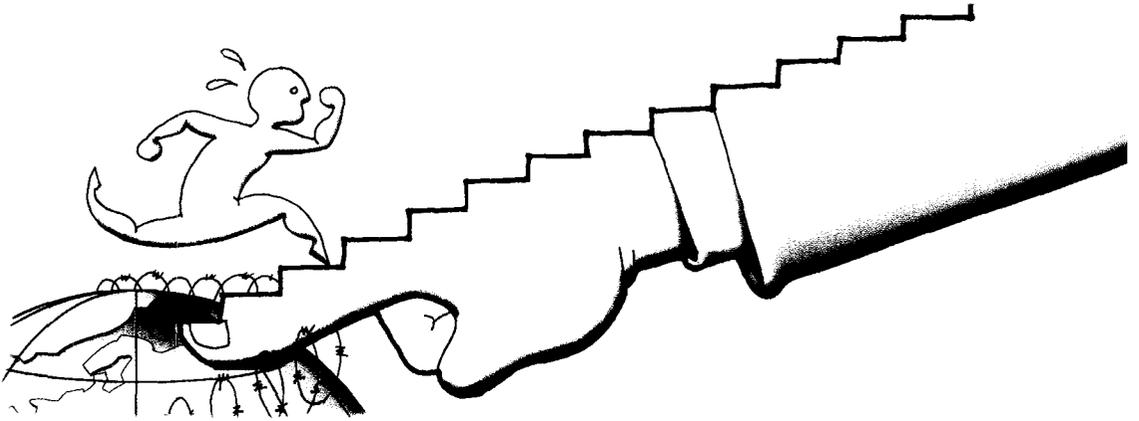
파리원칙에 따른 국가인권기구

- 인권 보장과 향상에 필요한 광범위한 권한을 헌법 또는 법률에 근거하여 부여
- 국가인권기구의 역할
 - 인권보호와 신장을 위한 자문: 의견·권고·제안·보고서 제출과 발표
 - 인권의 교육·연구 프로그램 개발 지원과 대중적 인식 확산을 위한 노력
 - 유엔 및 유엔 관련 기관, 지역기구, 다른 나라의 국가인권기구와의 협력
 - 개별 인권침해 상황에 대한 조사와 구제: 그 나라의 인권보호 의지, 성실한 의무이행을 보여주는 지표

파리원칙에 따르면 국가인권기구는 나라마다 형태와 기능이 조금씩 다르고, 나라에 따라 인정하는 권한의 크기가 모두 다르지만 국가인권기구의 존재 자체가 인권발전의 한 단계 성숙을 말해 준다. 국권을 기본으로 하고 국권수호를 인권수호보다 우선에 두던 국가가 인권을 수호하겠다고 나선 것 자체가 우선 획기적이다. 또한 국가와 시민사회가 인권을 공동의 가치로 삼기로 합의한 상징적인 사건이기도 하다.

2001년 설립된 우리나라의 국가인권위원회는 인권의 관점에서 보면 1948년 대한민국의 헌법이 제정된 이래 가장 큰 경사라고 할 수 있다.

그러면 국가인권위원회가 어떻게 탄생하게 되었을까?



우선, 각종 인권NGO들의 오랜 노력과 활동을 들 수 있다. 이들은 한국사회에서 생소했던 의제를 가시화하고, 새로운 기구 설립을 통한 인권의 발전이라는 비전을 제시했으며, 의지와 용기로써 결코 호의적이지 않은 환경을 극복하는 데 성공했던 것이다.

둘째, 한국의 민주주의가 진행되는 과정에서 인권이란 담론을 국정의 한 지표로 삼는 데 동의하는 흐름이 생겨났다. 이러한 흐름은 1997년 당시 김대중 대통령후보의 선거공약, 다음해 새 정부 100대 과제에 인권법 제정 및 국가인권위원회 설립이 포함된 사실에서도 확인된다.

셋째, 국제적 추세가 국가인권위원회의 설립을 정당화했으며 국제적 인권운동이 국내 인권운동과 연대할 수 있었다.

현재 국가인권위원회는 본격적으로 가동되고 있다. 국가인권위원회는 정부시책을 단순히 집행하는 기구가 아니다. 형식은 국가기구이지만 실질적인 내용과 형식 면에서 시민사회와 긴밀하게 소통해야 하는 특수한 기구이다. 국가인권위원회는 시민사회의 가치인 인권을 국정 전반에서 실현할 의무, 그리고 시민사회는 국가인권위원회를 옹호하고 지원할 책임을 공유하고 있다.

제2장

수사와 구금에서 제기되는 인권쟁점

검찰은 형사절차의 전 과정에서 중추적인 역할을 담당하며

그에 따른 권한을 부여받고 있다.

이러한 권한은 '공익의 대표자' '국민 전체에 대한 봉사자'로서
'정의와 인권'의 실현에 앞장설 의무와 함께 주어지는 것이다.

수사·구금 과정에서 지켜져야 하는 핵심적인 인권은
'신체의 안전과 신체의 자유에 대한 권리'이다.

죄인에게도 인간의 존엄성을 보장해 주는 것이 인권의 출발이므로
아무리 혐의가 있더라도 인간으로서 차마 하지 못할 대우를 해서는 안 된다.

이것이 바로 문명의 표시이며 선진국의 척도이다.



올바른 법집행과 인권은 양립할 수 없는가

수사·구금은 곧 시민의 자유에 대한 제한

먼저 공정한 법집행이 인권에 얼마나 중요한지를 알아본 다음 수사·구금 영역에서 부각되는 인권의 종류를 짚어 보기로 한다.

수사 및 구금이란 국가가 시민의 자유에 개입할 수 있는 공권력의 가장 대표적인 형태이다. 어떤 사람이 범죄자인지 아닌지 수사기관에 끌려가서 조사를 받는 것은 개인적으로 대단히 힘든 일이다. 파출소에 가서 몇 시간 조사받는 것도 대부분의 사람들에게는 잊지 못할 체험이 될 것이다. 하물며 개인의 자유를 빼앗기고 죄수복을 입고 교도소에 갇힌다는 것은 이루 형언하기 어려운 실존적 고통이자 인간적 불명예이고 가족들에게도 아주 큰 파문을 일으키는 일이다. 체포

된 자, 구금된 자가 겪어야 하는 심적인 괴로움이 얼마나 클까? 이 질문에 대하여 러시아의 작가 솔제니친은 다음과 같이 말한 적이 있다. “감옥에 갇힌 사람에게는 머리 속의 생각조차 자유롭지 않다. 구금된 자는 내내 똑같은 생각만 되풀이하곤 한다.” 그러나 이 말에 대하여 이렇게 반박하는 사람도 있을 것이다. “솔제니친처럼 죄 없이 강제수용소에 갇힌 사람들은 동정할 수 있지만, 진짜 범죄자는 당연히 죄값을 치러야 하는 것 아닌가?”



행형의 본질에 대한 두 가지 견해

검찰, 경찰, 교도관 등 법집행 공직자(law enforcement personnel)들은 은연 중에 '죄를 지었으면 당연히 벌을 받아야지' 라는 생각을 갖기 쉽다. 이러한 생각은 형사정책상 전통적인 '응보형' 법이론에 속한다. 전통적인 응보형 범죄관에서는 죄인이 벌을 받는 것을 총체적인 과정으로 파악한다. 죄인은 수사와 구속과 재판과 복역 과정을 통틀어 총체적으로 벌을 받아야 한다는 것이다. 죄인이라면 수사 과정에서부터 잠을 재우지 않아도, 욕설을 해도, 반말을 써도, 옷을 벗겨도 당연하다고 보는 것이다. 인권을 존중하면 수사가 제대로 되지 않는다고 보거나, 범죄자의 인권침해는 범죄 피해자가 당한 인권침해에 비하면 아무 것도 아니라는 통념도 있다. 바로 이 점이 '전통적인 응보론' 과 '인권존중형 처벌론' 이 갈라지는 지점이다. 또한 전근대와 근대가 갈라지는 지점이기도 하다.

인권존중형 처벌론에서 범죄자를 처벌하지 말자고 주장하는 것은 결코 아니다. 범죄자에게 무턱대고 잘해 주지는 것도 아니다. 범죄자에 대한 합법적인 처벌은 어느 사회에서나 정당하게 인정된다. 인권존중형 처벌론의 핵심은 '죄인에게 합당한 처벌을 하고 교화의 기회를 주되 합법적이고 공정한 절차를 지켜야 한다' 는 것이다. 이것은 근대사법 사상의 기본적인 명제이다. 그런데 이렇게 간단한 명제가 왜 아직도 수사·구금 일선에서 잘 지켜지지 않는 것일까?

형벌의 이념

- 전통적 응보형
 - 죄를 지었으면 당연히 벌을 받아야 한다 는 생각
 - 검찰을 비롯해서 경찰, 교도관 등 모든 법집행 공직자들이 은연중에 품게 되는 의식
 - 죄인은 수사·구속·재판·복역 과정을 통틀어 모두 벌을 받아야 된다는 생각
 - 범죄자의 인권침해는 범죄 피해자가 당한 인권침해에 비하면 아무 것도 아니라는 통념
- 인권존중형 처벌론
 - 범죄자에 대한 합법적인 처벌은 어느 사회에서나 정당하게 인정
 - 죄인에게 합당한 처벌을 하고 교화의 기회를 주되 합법적이고 공정한 절차를 지켜야 한다는 생각

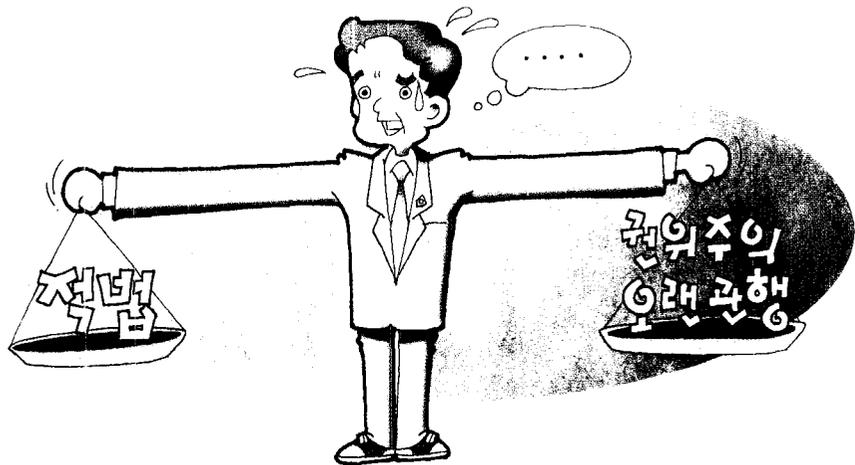
법집행 공직자가 빠지기 쉬운 오류

우선 수사·구급 기관의 책임자와 상급자의 의식이 구태의연한 까닭이 크다. 일제시대 때부터 이어져 내려온 관행과 권위주의적 조직문화가 아직도 하급실무자에게 강요되고 주입되고 재생산되고 있다. 물론 그 어떤 상급자도 명시적으로 '적법절차를 무시하라'고 지시하지는 않는다. 그러나 상부에서 실적을 다그치거나 질서와 효율성만을 강조하다보면 인권침해 사건이 터지게 된다. 따라서 유엔과 국제엠네스티 등이 제시하는 법집행 공직자 행동강령은 상부의 명령보다는 법집행 절차의 엄격한 준수를 강조한다.

둘째, 적당한 규정이나 절차가 아예 없거나, 있더라도 불합리한 뿐만 아니라 사문화되어 있는 경우가 많다.

셋째, 적법절차를 운정주의와 혼동하는 경향이 있다. '인간적으로 대해 주면 법의 권위가 서지 않는다'는 생각이 많다. 법절차대로 하면 수사가 불가능하고, 신사적으로 대해 주면 고분고분하지 않는다는 의식이 지배적인 이상 수사·구급 과정에서의 인권시비는 근절되기 어렵다.

넷째, 법집행 공직자는 자신이 직접 범죄인을 처벌하는 법의 대리집행인이라는 의식을 갖기 쉽다. 물론 공직자가 법을 집행하지만 그것은 개인으로서 범죄자를 다루는 게 아니라는 점을 명심할 필요가 있다. 법집행 공직자는 주어진 절차



와 규정에 따라 사적이지 않게(impersonal) 법을 집행하는 것이 크게 보아 범죄자의 인권을 보장하면서 동시에 법 자체의 권위를 보존하는 길임을 알아야 할 것이다.

법집행 공직자에 대한 인권교육과 제도개선

바로 이런 네 가지 이유 때문에 법집행 공직자에 대한 인권교육이 필요하다. 유엔과 국제 인권단체들이 권하는 내용이기도 하다. 그런데 한 가지 잊어서는 안 되는 점은, 법집행 공직자에 대한 인권교육과 수사·구금 과정의 제도개선이 함께 이루어져야 피의자, 피고인, 수형자의 인권이 실제로 개선될 수 있다는 것이다.

최근 아프리카의 한 연구보고가 이를 입증해 준다. 경찰을 상대로 인권교육을 몇 년간 실시했는데도 인권의 개선이 이루어지지 않았다는 것이다. 그 이유를 조사해 봤더니 경찰업무와 관련된 제도와 절차가 하나도 바뀌지 않은 상태에서 교육만 실시한 데에 원인이 있었다는 것이다. 경찰관들은 교육내용을 냉소적으로 또는 체념적으로 받아들이고 실제로는 그전과 같이 행동했다고 한다. 이 사례는 교육과 제도개선이 동전의 양면을 이룬다는 교훈을 우리에게 일깨워 준다.

아래에서는 법집행 공직자에게 특히 필요한 몇 가지 인권의 배경과 개념을 간단히 설명하고자 한다. 각 직무 영역에서 필요한 구체적인 내용은 후반부의 각론에서 상세하게 다룰 것이다.

수사·구금 과정에서 보장되어야 하는 인권

신체의 안전과 신체의 자유에 대한 권리

수사·구금 과정에서 핵심적인 인권은 '신체의 안전과 신체의 자유에 대한 권리' 일 것이다. 프랑스혁명 이래 신체의 안전은 인권의 출발점으로 간주되어 왔다. 신체의 안전과 자유는 적법한 절차로만 제한될 수 있다는 사상이다. 여기서는 인종차별, 자의적 구금, 실종, 집단학살, 노예, 즉결처형, 고문 등을 금하고 있다. 법 집행 공직자는 시민들의 신체의 안전을 제일 귀중한 덕목으로 삼고, 그것을 보장하는 직무에 종사하고 있다는 자부심을 가져야 한다. 신체의 안전은 '인신보호령' 과도 깊은 관련이 있다. 즉, 법 앞에서 사람의 신체가 보호받을 수 있다는 말은 모든 사람에게 '법 앞에서 인간으로 인정받을 권리' 가 있다는 뜻이다.

법 앞에서 인간으로 인정되어야만 적법절차를 보장받을 수 있다. 이 권리는 당연한 말 같지만 독재시절에 자행되었던 불법감금, 임의동행, 의문사 등의 사건을 기억해 보면 하나의 '법적 인격체' 로 대접받느냐 못 받느냐에 따라 죽느냐 사느냐가 판가름날 수도 있음을 알 수 있다.

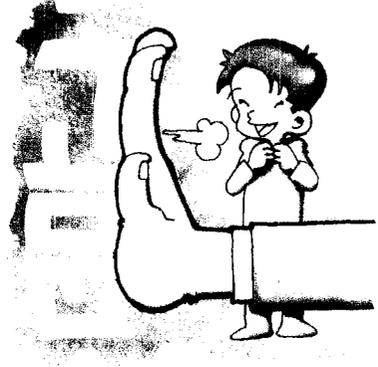
'적법절차' 란 국가가 법적인 절차를 통해 시민을 보호하는 원칙을 말한다. 따라서 적법절차는 대단히 넓은 개념이며, '신체의 안전' 이 수사·구금상의 원칙을 이르는 개념이라면, '적법절차' 는 그것의 수단을 규정하는 개념이다. 체포, 구속, 재판, 재판 후 과정, 처벌 등이 모두 적법절차를 따라야 한다. 적법절차는 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약에서 집중적으로 다루고 있을 만큼 중요한 원칙이다. 적법절차가 실로 광범위한 사항을 다루고 있어서 법적 권리는 한마디로 적법절차의 권리나 마찬가지이다.

'체포' 되는 순간부터 인간 신체의 자유는 제한을 받게 된다. 국제인권규약에 따르면 체포된 사람은 체포를 당하는 순간 체포 이유와 피의사실을 알 수 있어야 한다. 또한 체포된 사람 또는 갇힌(억류된) 사람은 판사에게 보내져서 적당한 기



한 내에 재판받을 권리가 있다. 국제인권 NGO인 앰네스티는 정치범의 경우 적당한 기한 내에 재판받을 권리를 대단히 중시한다. 어떤 나라에서는 정식기소나 재판도 없이 몇 년씩 사람을 가둬 두는 경우가 있었기 때문이다.

체포와 함께 '구금' 또한 신체의 자유를 제약하는 중대한 행위이다. 따라서 아무리 혐의가 있더라도 인간으로서 차마 하지 못할 대우를 해서는 안 된다. 죄인에게도 인간의 존엄성을 보장해 주는 것이 인권의 출발이다. 그것이 바로 문명의 표시이며 선진국의 척도이다. 피구금자의 처우가 인권에 이토록 중요하므로 국제사회는 '피구금자 처우에 관한 최저기준규칙'을 정해 놓았다. 실제로 한 나라의 교도소를 보면 그 나라의 인권수준을 알 수 있을 정도이다. 특히 미성년, 여성 범죄자에게는 특별한 처우가 필요하다.



고문받지 않을 권리

수사와 체포와 구금 과정을 통해 반드시 강조되어야 할 인권이 있다면 '고문받지 않을 권리'이다. 국제인권법에서는 모든 인간이 '고문 및 기타 가혹하고 비인도적이며 모욕적인 형벌 또는 처우'를 받지 않을 권리가 있다고 엄격하게 규정하고 있다. 이것은 누구에게나 동일하게 적용된다. 최근 테러리즘으로 인해 국제적으로 고문을 허용해야 한다는 주장이 일각에서 제기되었지만 인권운동가들은 절대 반대하고 나섰다.

테러 용의자를 고문할 수 있게 되면 그 다음은 흉악범, 그 다음은 파렴치범, 그 다음은 일반 형사범으로 고문의 허용범위가 넓어지지 않으리라고 누가 보장할 수 있는가? 또한 고문은 신체적 고문만이 아니라 심리적, 정신적 고문을 포함하는 넓은 뜻으로 해석하는 것이 일반적 추세이다. 우리나라에서도 1980년대까지 고문이 흔히 행해지던 수치스런 역사가 있다. 이것을 되풀이하지 않는 것이 이 땅의 모든 범집행 공직자들의 의무이자 사명일 것이다.

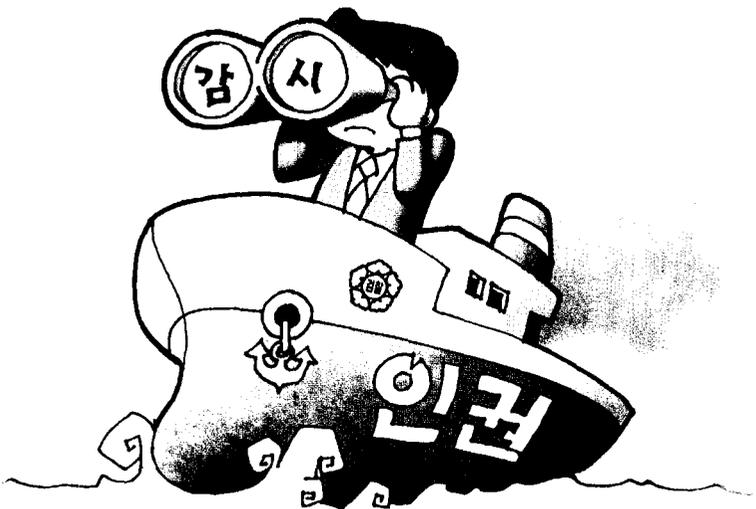
국제적으로 인정되는 수사·구금 관련 인권

- | | | |
|-----------------|-----------|---------------|
| • 재심 | • 일시부세리 | • 판결의 공정성 |
| • 체포시 절차 | • 직법절차 | • 미성년자에 대한 배려 |
| • 보석 | • 고문금지 | • 법률구조 |
| • 배상 | • 법 앞의 평등 | • 시생활보호 |
| • 공정한 법원 | • 소급입법 금지 | • 처벌의 한계와 방법 |
| • 사항금지 | • 인신보호 | • 고문금지 |
| • 구금(억류)에 따른 절차 | • 무죄추정 | 등등 |

검찰은 공정한 법집행의 감시자여야 한다

검사는 범죄의 수사와 사법경찰관리의 지휘감독, 공소의 제기과 그 유지, 재판 집행의 지휘와 감독 등 형사절차의 전(全) 단계에 관여한다.(검찰청법 제4조 제1항) 여기서는 먼저 검사의 역할을 형사절차의 각 절차단계로 나누어 살펴 본 후 '검찰과 인권'의 관계를 성찰하여 보자.

수사단계에서 검사는 범인, 범죄사실과 증거를 수사해야 한다.(형사소송법 제195조) 형사소송법상 검사는 수사의 주재자로 수사에 관하여 사법경찰관에게 일반적 지휘권과 구체적 지시권(형사소송법 제196조 제1항·제2항)을 행사할 권한을 갖는다. 형사사건의 폭증으로 말미암아 검찰직수사건(直受事件, 검찰에서 직접 접수한 사건)을 제외한 대부분의 형사사건에 대한 일차적 수사는 경찰(사법경찰관)이 담당하고 있는 현실에서 검찰의 수사지휘권이 갖는 의미는 무엇인가? 이는 '경찰수사에 대한 검사의 비판적 역할'을 기대하는 것이다. 경찰수

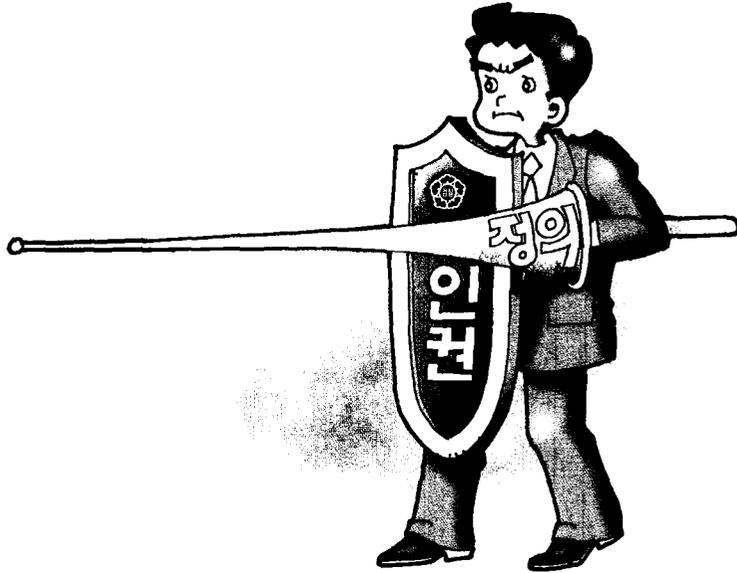


사에 대한 검사의 비판적 역할이란 사법경찰관이 적법절차를 준수하여 수사하는 것을 감시하는 역할을 말한다. 이러한 검사의 역할은 넓은 의미에서 '준사법관(準司法官)적 역할'이라고 부를 수 있다.

공소제기단계에서 검사는 재판상의 준기소절차(형사소송법 제260조 이하)와 경찰서장의 즉결심판 청구권행사(즉결심판에 관한 절차법 제3조)의 경우를 제외하고 기소권을 독점한다.(형사소송법 제246조) 또 기소 여부에 대한 광범위한 재량권을 가지고 있다.(형사소송법 제247조 제1항) 물론 검사의 이러한 광범위한 소추재량에 제약이 없는 것은 아니다. 현행법은 검사의 부당한 불기소처분에 대하여 고소인 등에의 고지(형사소송법 제258조 제1항, 제259조), 재판상의 준기소절차(형사소송법 제260조 이하) 등 공정한 소추재량을 담보하는 제도를 마련하고 있다. 그러나 현행법상 부당한 공소제기를 억제하는 제도는 마련되어 있지 않아 학계에서는 공소권 남용론이 제기되기도 한다.

공판단계에서 검사는 한쪽 당사자인 소추자로서 특정된 공소장 기재 공소사실을 공판정에 제시, 진술하고(형사소송법 제254조·제285조), 이의 존재를 입증할 증거를 제출하며(형사소송법 제294조), 제1차적 입증활동 책임을 진다.(형사소송법 제325조) 그리고 검사는 공판활동의 종결시에 사실 및 법률의 적용에 대하여 의견을 진술한다.(형사소송법 제303조) 그런데 검사는 당사자의 일방이지만 피고인과 비교하여 볼 때 증거수집능력에서 월등한 지위에 있다. 따라서 피고인의 방어활동의 준비를 위하여 사전에 검사 수중에 있는 증거를 피고인측에게 개시(開示)하도록 하여야 하지 않는가 하는 문제제기가 있다. 이를 인정하는 법제를 '증거 개시'라고 한다. 검사는 단순한 일방 당사자가 아니라 동시에 적법절차의 파수꾼이기도 하므로 '실질적 당사자주의'의 관점에서 검사에게 증거개시의무를 인정하여야 한다는 주장이 있고 최근 헌법재판소는 수사가 종결되고 공소가 제기된 이후에 검사의 증거개시의무를 인정하고 있다. 끝으로 검사는 형의 집행기관이기도 하다. 검사는 재판의 집행이 적정하게 행하여지고 형벌권의 실현이 법에 따라 행하여지는가를 감시하는 역할을 담당한다.(형사소송법 제460조 이하)

이처럼 검사는 형사절차의 전 과정에서 중추적인 역할을 담당하며 그에 따른 권한을 부여받고 있다. 그러나 그 권한은 '공익의 대표자' '국민 전체에 대한 봉



사자' (검찰청법 제4조)로서 '정의와 인권'의 실현에 앞장설 의무와 함께 주어지는 것이다. 문제는 검찰이 이런 권한과 의무, 그에 관련된 적법절차를 형사절차 실무 과정에서 제대로 구현하지 못해 왔다는 것이다. 공정한 법집행의 감시자여야 하는 검찰에서 고문 끝에 피의자가 사망한 사건은 그 자체로 충격이었지만 다른 한편에서 그간의 검찰 내부에서 통용되는 수사관행에 비추어 보면 그다지 놀랄 일도 아니라는 지적이 나올 만큼 법제도와 관행은 거리를 좁히지 못하고 있다.

검사는 '피의자 또는 다른 사람의 인권을 존중' (형사소송법 제198조)해야 하지만 조직폭력배인 피의자의 인권도 존중되어야 하는가? 검사의 직무는 피해자를 대신하여 가해자를 처벌함으로써 사회정의를 구현하는 일이고 범죄자에 대한 가혹한 처벌을 당연시하는 일반의 정서도 있는 마당에 흉악범인 가해자에 대한 가혹행위쯤이야 마땅한 일로 여겨도 되는 것이 아닌가? 가해자의 인권을 논할 때마다 늘 강조되는 피해자의 인권은 과연 강조되는 만큼 철저히 보호되고 있는가? 꼬리에 꼬리를 물고 이어지는 의문을 그냥 덮을 것이 아니라 더 깊이 파고드는 가운데 인간 존중의 길에 이르길 기대하며, 아래 각 장에서는 검찰실무와 관련된 인권 쟁점들을 다루기로 한다.

제3장

임의수사와 피의자 신문

공정한 법적 절차에 의하여 공권력이 실현되어야 한다는

절차의 적정성·공정성은 인권보호의 원리인 동시에

공권력 실현·제한의 원리이다.

적법절차는 공권력 행사로 인한 인권침해를 방지하기 위한 최고의 원칙이다.
수사기관은 형사피의자에 대하여 범죄사실의 요지, 체포·구속의 이유와 변호인을
선임할 수 있음을 말하고 변명할 기회를 준 후가 아니면 체포·구속할 수 없으며,

피의자를 신문하거나 피의자로부터 진술을 들을 때에는
미리 피의자에 대하여 진술을 거부할 수 있음을 고지하여야 한다.



임의동행과 체포는 구별되어야 한다

사례



검사 A는 공무원 갑이 업자로부터 거액의 뇌물을 수수하였다는 정보를 입수하고 모월 모일 9:00에 갑의 자택을 방문하여 검찰청까지의 동행을 요구하였다.

갑은 오전에 급한 용무가 없었으므로 수사에 협조하겠다는 생각으로 일단 동행 요구에 응하였다.

검찰청에 도착하자마자 피의자 신문이 행해졌는데 3차 피의자 신문에 이르기까지 갑은 자신의 혐의사실을 완강히 부인하였다.

그런데 15:00에 예정되어 있었던 공식회의에 참석하기 위하여 퇴거하려고 하였으나 검사는 퇴거를 허용하지 않고 갑을 구치감에 유치하였다. 그날 24:00에 행해진 4차 피의자 신문에서 갑은 혐의사실을 시인하였다.

검사 A의 갑에 대한 동행요구는 적법한가?

적법 주장의 근거



검사 A가 갑에게 동행을 요구하였을 때 갑은 수사에 협조하겠다는 생각으로 동행요구에 응하였으므로 A의 동행은 임의동행이다.

따라서 검사 A의 갑에 대한 동행요구는 적법하다.

인권침해의 여지



- 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약(일명 B규약) 제9조(신체의 자유) 제1항 “사람은 누구나 신체의 자유 및 안전을 누릴 권리를 가진다. 아무도 함부로 체포 또는 구금당하지 않는다. 법률에 의해 정해진 이유 및 절차에 의하지 않고는 아무도 그 자유를 빼앗기지 않는다.”
- 검사 A의 의중은 임의동행이 아니라 체포에 있었던 것이 아닐까?
 - 검사 A는 갑이 15:00에 예정되어 있었던 공식회의에 참석하기 위하여 퇴거하려고 하였으나 퇴거를 허용하지 않고 갑을 구치감에 유치하였다.
 - 동행한 후 무려 4번에 걸쳐 쉬지 않고 피의자 신문을 행하였다.



법규와 판례

헌법

○ 체포, 구속, 압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.(제12조 제3항)

임의동행과 체포의 구별 기준을 제시한 판례

○ 임의동행에 있어서 임의성의 판단은 동행의 시간과 장소, 동행의 방법과 동행 거부여부의 유무, 동행 이후의 조사방법과 퇴거여부의 유무 등 여러 사정을 종합하여 객관적인 상황을 기준으로 판단하여야 한다.(대법원 1993. 11. 23. 선고 93다35155 판결)

○ 경찰관이 피고인에게 경찰서까지 임의동행할 것을 요구하여 피고인을 순찰차에 태운 다음 피고인의 오른쪽 손목을 잡고 뒤로 꺾어 올리는 등으로 피고인을 제압하자 피고인이 거기에서 벗어나려고 경찰관과 몸싸움을 하는 과정에서 상해 및 손괴가 발생하였다면, 이 경우 임의동행을 거부하는 피고인을 불법하게 체포·구금한 것이다. 따라서 피고인의 범행은 이러한 불법 체포·구금으로 인한 신체에 대한 현재의 부당한 침해에서 벗어나기 위한 행위로서 적법한 행위이다.(대법원 1999. 12. 28. 선고 98도138 판결)

○ 임의동행은 상대방의 동의 또는 승낙을 그 요건으로 하는 것이므로 경찰관으로부터 임의동행 요구를 받은 경우 상대방은 이를 거절할 수 있을 뿐만 아니라 임의동행 후 언제든지 경찰관서에서 퇴거할 자유가 있다. 경찰관 직무집행법 제3조 제6항에서 임의동행한 경우 당해인을 6시간을 초과하여 경찰관서에 머물게 할 수 없다고 규정하고 있다고 하여 그 규정이 임의동행한 자를 6시간 동안 경찰관서에 구금하는 것을 허용하는 것은 아니다.(대법원 1997. 8. 22. 선고 97도1240 판결)

○ 임의동행 형식으로 수사기관에 연행된 피의자에게도 변호인 또는 변호인이 되려는 자와의 접견교통권은 당연히 인정되어야 하고, 임의동행 형식으로 연행된 피내사자의 경우도 마찬가지이다. 형사소송법 제34조는 변호인 또는 변호인이 되려는 자에게 구속을 당한 피고인 또는 피의자에 대하여까지 접견교통권을 보장하는 취지의 규정이다. 이와 같은 접견교통권은 피고인 또는 피의자나 피내사자의 인권보장과 방어준비를 위하여 필수불가결한 권리이므로 법령에 의한 제한이 없는 한 수사기관의 처분은 물론 법원의 결정으로도 이를 제한할 수 없다.(대법원 1996. 6. 3.자 96모18 결정)



해설

임의동행은 수사기관이 범죄용의자나 피의자의 동의를 근거로 이들과 함께 수사관서로 가는 수사방법을 말한다. 임의동행 관행은 일제시대 때부터 내려오던 관행이다. 임의동행은 수사기관이 고유의 권한이라 하여 피의자의 신병을 확보하여 수사를 진행하던 일제하 형사사법의 잔재로서, 우리 형사절차의 고질적 병폐에 속한다. 조선형사령 제12조 등에 의하여 수사기관에 인정되었던 고유의 강제처분권은 1948년 미군정법령 제176호 형사소송법의 개정을 계기로 하여 폐지되었고, 우리 헌법은 강제처분에 법관의 영장을 요하도록 하는 영장주의를 헌법상의 원칙으로 도입하였다. 그러나 용의자의 신병부터 확보하여 조사를 진행하던 종래의 수사관행은 그 편의성 때문에 좀처럼 사라지지 않고 있다.

헌법과 형사소송법은 임의수사의 원칙을 채택하고 있다. 임의수사의 원칙이란 “수사는 가급적 임의처분으로 행하여야 하고, 임의수사라 할지라도 수사기관은 피의자 또는 다른 사람의 인권을 존중하여야 하며, 수사의 정도 및 방법에서 필요한 한계를 넘어서서는 안 된다”는 것이다. 한편 강제처분은 법률에 특별한 규정이 없는 한 할 수 없으며(형사소송법 제199조 단서), 강제처분은 그것이 필요한 때에도 가능한 한 인권침해의 위험을 피할 수 있는 방법으로 행하여야 한다. 그러기 위해서는 구체적인 각 경우마다 법관의 보증을 요구하는 제도가 필요하고, 이것이 바로 영장주의이다. 그리하여 법률상 영장이 필요한 경우와 그를 위한 요건을 명문화할 필요가 생긴다. 이것이 강제수사 법정주의이며, 영장주의와 사실상 같은 의미이다

이와 같은 영장주의를 잠탈하는 가장 대표적인 예가 임의동행이다. 실무상 임의동행은 모든 사건에 대하여 가장 광범위하게 이용되어 온 피의자의 신병확보 수단이었다. 현행범체포나 긴급체포의 요건을 갖추고 있는 경우까지도 임의동행 형식으로 피의자를 수사기관으로 데려 오는 현상이 일반적이다. 한편 임의동행 형식을 취하였으면서도 마치 이를 긴급체포처럼 취급하여 ‘임의동행한 때로부터 48시간 이내에 구속영장을 발부받든지 아니면 석방해야 한다’는 식의 인식이 사법경찰관리들을 지배하여 왔다. 심지어 영장이 기각되면 영장 재청구를 위하

여 24시간 동안 신병을 확보하여 두는 예도 종종 있다. 이는 “임의동행에 임의성이 있다고 전제하더라도, 임의동행에 따른 제한시간이 6시간이어야 한다”는 법 규정(경찰관 직무집행법 제3조 제6항)과 모순되는 것이다.

인권존중을 위해서

임의동행을 피의자 신병확보 수단으로 이용해서는 안 된다

임의동행은 구속수사의 전단계로서 사실상 중요한 기능을 하고 있다. 임의동행이 구속영장의 발부와 집행을 위한 신병확보의 목적으로 행해지는 경우가 적지 않다. 수사기관은 구속대상자를 임의동행 형식으로 수사관서에 데려 간 후, 48시간 정도의 범위 내에서 구속영장 신청과 발부 절차를 밟는 경우가 많다. 수사기관은 영장발부에 필요한 대기시간을 확보하기 위하여 임의동행한 사람을 내사사건 대상자로 지목한 다음, 이를 내사사건 기록철에 기재하고 있다.



실제 임의동행은 동의라는 형식에도 불구하고 수사기관의 임의동행 요청이 있으면 상대방이 심리적으로 위축되어 사실상 동행요구를 거절하기 곤란하다는 점에서 실질상 임의동행이 아닌 경우가 많은 것이 현실이었다. 임의동행 대상자들 중 상당수는 실제로 범죄를 저지른 사람들이었기에 감히 이에 항의하지 못하기도 하며, 실제로는 무고한 경우에도 공연히 수사기관을 건드려서 좋을 것이 없다는 인식하에 부적법한 임의동행에 관하여 이의를 제기하지 않는 예가 많았다. 그러므로 검사나 검찰수사관은 피의자나 용의자에게 임의동행을 요구할 때 이를 거부할 수 있으며 동행 후에 언제라도 퇴거할 수 있음을 잘 설명해 주어야 한다.

임의성의 입증 책임은 수사기관측에 있다

임의동행의 핵심은 ‘임의성’에 있다. 임의성의 판단은 동행의 시간과 장소, 동행의 방법, 동행 후의 신문방법, 식사, 휴식, 용변의 감시, 퇴거희망 유무 등 여러 사정을 종합하여 객관적인 상황을 기준으로 하여야 한다. 심야에 자던 사람을 깨워 임의동행을 요구하면서 팔짱을 끼는 등 거절할 수 없는 분위기를 조성하였다

면 임의성을 인정하기 어려울 것이고, 이 경우는 불법체포에 해당한다고 할 것이다. 만약 임의동행에 임의성이 결여되어 있다면 비록 그것이 임의동행 형식을 취하였다고 할지라도, 긴급체포 혹은 불법체포에 해당한다.

수사기관이 “임의동행을 요구받은 상대방이 그 거부권을 임의로 포기했다”고 주장하는 경우에도, 과연 그가 침해당하는 권리의 의미내용, 권리포기의 효과를 잘 알면서 진지하게 포기한 것인지에 관하여 의문이 가는 경우가 많다. 이를 면밀히 살피지 않는다면 수사관측에서 자칫 안이하게 탈법행위로 나아갈 위험성이 있다. 그러므로 임의성을 엄격히 해석하여야 하고 임의성의 존재를 쉽게 추정하여서도 안 된다. 법원은 그 임의성이 적극적으로 입증된 경우에만 임의동행의 적법성을 인정할 것이다. 임의성의 입증책임은 임의동행의 적법성을 주장하고자 하는 수사기관측에 있다. 수사기관이 이를 입증하려면 권리의 사전고지나 서면에 의한 동의 등 유력한 증거자료를 제출하거나, 임의동행 상황에 대한 자료 제출 등 기타의 방법으로 이를 입증하여야 할 것이다.

최근 제정된 인권보호수사준칙* 제7조는 수사과정에서 임의수사가 원칙임을 밝히고 있다. 이러한 원칙에 충실하여 임의동행 대신 가급적 동 준칙 제10조에서와 같이 출석을 요청하는 방법으로 수사를 하는 것도 바람직한 대안이 될 수 있다.

* 2003년 1월 1일부터 시행되는 인권보호수사준칙(법무부 훈령 제474호)은 서울지검 피의자 사망사건 이후 고문수사 재발 방지대책의 일환으로 제정되었다. 동 준칙은 수사 단계별로 사건 관계인의 인권보호에 필요한 사항을 규정하고 있다. 또한 각급 경찰청에 인권보호관을 두어 이 훈령의 이행여부를 점검하고 위반사항은 바로잡는 역할을 하도록 명문화 하였다.

미란다 고지는 피의자 인권존중 행동강령이다

검사 A는 피의자 갑의 범죄단체조직죄 공범인 을에 대한 수사 과정에서 을에게 미리 진술거부권이 있음을 알리지 않은 채 을의 진술을 들었다.

또한 수사중인 사건에 관하여 을과 대화하는 내용과 장면을 몰래 녹화한 후 녹화내용에 대한 검증조서를 작성하여 갑의 공소사실에 대한 증거자료로 법원에 제출하였다.

이러한 녹화내용에 대한 검증조서 기재를 갑에 대한 유죄의 증거로 삼을 수 있는가?

- 수뢰죄나 마약범죄, 성폭력범죄
 - 목격자가 없이 은밀히 자행되기 때문에 피의자의 자백 없이는 증거를 포착하기 어려운 경우가 많다.
 - 진술거부권 고지 의무를 부과하면 피의자가 일체의 진술을 거부하여 수사가 벽에 부딪히는 경우가 많다.
- 조사에 앞서 피의자에 대하여 진술거부권과 변호인 조력권의 고지 및 보장이라는 새로운 의무를 수사기관에 부과하면 범죄통제 및 예방에 커다란 장애를 초래할 수 있다.
- 전통적으로 자백이 임의적이거나 아닌가를 결정하는 데는 진술 당시의 전체적인 상황만이 고려되고 있다.
- 진술거부권은 국가기관에 의한 자백강요 금지를 위하여 영미법상의 당사자주의 소송구조에서 유래된 권리이다. 영미의 당사자주의 소송구조는 자기부죄 금지특권(自己負罪禁止特權, privilege against self-incrimination)과 자백배제법칙(confession rule)을 그 특징으로 하는데, 진술거부권은 자기부죄 금지특권에서 유래한다.
- 체포되거나 구속된 피의자는 검사 앞에서는 사법경찰관 앞에서는 심리적으로 공포에 사로잡혀 있거나 위축되어 있는 경우가 대부분이다. 그들에게 자기부죄 거부특권이 있음을 효과적으로 보장할 수 있는 절차적인 안전장치가 마련되지 않는다면 헌법이 보장하고 있는 진술거부권은 형식상의 권리로 전락한다.
- 피의자조사의 '실무 현실'은 사실상 '자백을 강요하는 분위기'이다. 따라서 수사기관이 피의자의 진술거부권을 구술에 의하여 진지하고 명백하게 알려주지 않는다면 자백 강요의 분위기가 해소될 수 없다.

사례



적법 주장의 근거



인권침해의 여지



잇따라 내림으로써 미국의 형사사법체계에 근본적인 변혁을 시도하였는데, 그 중에서도 사법적극주의(judicial activism)적 노선의 최정점에 서 있다고 평가되는 판결이 바로 미란다(Miranda) 판결이다. 이른바 미란다 원칙은 미국 연방대법원에 의해 체포·구속된 피의자·피고인에 대한 신문에 있어 그들의 헌법상의 권리를 보장하기 위한 강력한 인권보장장치로서 확립된 이래, 피의자 인권존중 행동강령으로 인권신장에 크게 기여한 사법제도로 평가받고 있다.

인권존중을 위해서



체포시의 절차를 규정한 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약

시민적·정치적 권리에 관한 국제규약(ICCPR, International Covenant on Civil and Political Rights) 제9조 제2항은 “체포당하는 자는 체포당할 때 그가 체포당하는 이유에 대하여 통고받고, 또 자기의 피의사실에 대하여 신속하게 통고받는다”는 피의자 체포시의 절차를 규정하고 있다. 또한 같은 규약 제14조 제3항은 “모든 사람은 그에 대한 형사상의 죄를 결정함에 있어서 적어도 다음과 같은 보장을 완전 평등하게 받을 권리를 가진다”고 하여 (b)호에 “변호의 준비를 위하여 충분한 시간과 편의를 가질 것과 본인이 선임한 변호인과 연락을 취할 것”이라는 변호인 조력권과 더불어 (g)호에 “자기에게 불리한 진술 또는 유죄의 자백을 강요당하지 아니할 것”이라는 진술거부권의 보장을 규정하고 있다.

피의자의 권리에 대한 사전고지의 의무

공정한 법적 절차에 의하여 공권력이 실현되어야 한다는 절차의 적정성·공정성은 인권보호의 원리인 동시에 공권력 실현·제한의 원리이다. 적법절차는 공권력 행사로 인한 인권침해를 방지하기 위한 최고의 원칙이다. 따라서 수사기관은 수사권을 행사할 때 적법절차를 준수하는 데 최선을 다하여야 한다. 수사기관은 형사피의자에 대하여 범죄사실의 요지, 체포·구속의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 말하고 변명할 기회를 준 후가 아니면 체포·구속할 수 없으며, 피의자를 신문하거나 피의자로부터 진술을 들을 때에는 미리 피의자에 대하여 진

술을 거부할 수 있음을 고지하여야 한다. 만일 피의자 신문조서를 작성함에 있어 진술거부권을 고지하지 아니하였다면 '위법수집증거 배제법칙(Due process exclusionary Rule)'에 의하여 그 피의자 신문조서의 증거능력이 부정된다.(학설과 판례)

진술거부권 고지 사실을 확인받는다

검찰사건 사무규칙 별지서식 제34호는 피의자에 대한 체포·구속시 '피체포·구속자의 자필 서명 또는 날인에 의하여 구속의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 고지받고 변명의 기회가 주어졌음을 확인하는 확인서를 작성'하도록 하고 있다. 또한 인권보호수사준칙 제14조는 신문하기에 앞서 피의자에게 진술거부권이 있음을 알리고 '진술거부권 고지 확인서에 피의자의 서명을 받아 조서에 철회할 것'을 규정하고 있다. 따라서 검사와 사법경찰관은 피의자 신문에 앞서 피의자가 진술거부권을 고지받았다는 사실을 피의자의 자필 서명 또는 날인에 의하여 확인하는 별도의 확인서 작성을 기본 절차로 삼는 것이 바람직하다.

밤샘조사는 적법한가

사례



갑은 은행 지점장으로 재직하면서 무역업자로부터 청탁을 받고 그 직무와 관련하여 200만 원, 100만 원, 200만 원 등 총 500만 원을 받은 혐의로 기소되었다.

1심에서는 전부 유죄를 선고받고, 2심에서는 첫번째 받은 200만 원 부분에 대해서는 무죄가 선고되고, 나머지 부분에 대해서는 유죄가 선고되었다.

유죄의 증거는 피고인이 검찰에서 한 자백, 검찰 및 법정에서 뇌물 공여자가 한 진술, 경비 가불장의 기재내용이다.

이에 대해 갑은 "1994년 7월 18일 08시 10분경 검찰에 연행되어 다음날 14시까지 약 30시간 동안 잠도 자지 못한 채 검사 2명에 의하여 교대로 계속하여 조사를 받아 심신이 몹시 지친 상태에서, 검사가 사안이 무겁지도 아니하고 취업할 처지도 아니니 유죄판결을 받더라도 집행유예의 형이 선고될 것인데 범행을 부인하여 고생할 것이 아니라 속히 귀가하는 것이 좋지 않겠느냐고 회유하는 바람에 우선 귀가하고 보자는 자포자기의 심정에서 허위로 자백하였다"고 주장하면서 상고하였다.

갑의 주장처럼 검사가 30시간 동안 잠을 깨우지 아니하고 피의자를 조사하는 것은 적법한가, 그리고 그런 상태에서 획득한 피의자 신문조서는 증거능력이 있는가?

적법 주장의 근거



- 실무상 불가피한 밤샘수사
 - 야간에 범한 범죄의 현행범을 체포하였거나 피의자를 긴급체포한 후 형사소송법이 정한 48시간 이내에 구속영장을 청구해야 하는 경우
 - 사회의 이목을 끄는 대형사건이 발생하였을 때 신속하게 범죄의 진상을 규명하기 바라는 여론의 요구로 사건을 조기에 해결하기 위한 경우
 - 강력범죄나 조직범죄, 마약범죄 등을 수사하면서 피의자로부터 가능한 한 조기에 자백을 얻어내고 신속하게 공범자 검거 및 증거수집에 나서야 하는 경우
 - 야간업무 종사자들에 대하여 조사하는 경우
 - 야간조사를 하지 않으면 타인의 신체나 재산 등에 급박한 위해가 발생할 우려가 있거나 피의자의 석방지연이나 수사결과에 불공정한 영향을 줄 수 있는 경우

- 특히 현행법체포나 긴급체포의 경우 사법경찰관이나 검사는 48시간 이내에 구속영장 청구 여부를 결정해야 한다. 더욱이 판사가 구속영장을 발부할 경우에 수사의 필요성과 혐의 유무, 사안의 경중까지 살펴보므로 검사의 입장에서는 범 죄혐의를 상당한 수준까지 입증하는 증거를 확보하여야 한다. 이를 위해서 밤샘 조사가 불가피한 측면이 있다. 또한 경제범죄사건이나 뇌물사건 등과 같이 범행이 극히 은밀히 이루어지는 경우에 물적 증거 확보가 어려워 피의자나 증인 등의 진술을 상당한 내용까지 확보해야 할 필요가 있다. 진술증거의 확보를 위하여 밤샘조사는 불가피하다.
- 형사소송법 제199조 제1항 : 임의수사의 원칙과 강제처분 법정주의
 “수사에 관하여는 그 목적을 달성하기 위하여 필요한 조사를 할 수 있다. 다만, 강제처분은 이 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하며, 필요한 최소한도의 범위 안에서만 하여야 한다.”
 상대방의 동의를 얻어 행하는 밤샘수사는 임의수사이고 그럴 경우 밤샘조사는 법률의 제한 없이 그 목적달성을 위해 필요한 범위 내에서 수사기관이 보다 자유롭게 수사할 수 있다.
- 형사소송법 제309조
 단순히 야간에 조사를 하였다는 사실만으로 밤샘수사를 ‘고문수사’라고 보기 어려우며, 야간에 조사를 하였다는 사실만으로 밤샘수사 결과 획득한 자백을 임의성 없는 자백으로 간주할 수는 없다.

인권침해의 여지

- 밤샘조사는 피의자의 심신에 고통과 피로감을 줄 가능성이 크므로, 의사결정의 자유를 침해할 우려가 있다. 따라서 밤샘조사는 인권보장의 관점에서 필요한 범위 내에서 아주 제한적으로만 허용되어야 한다.
- 수면시간이 보장되지 않는 밤샘수사는 금지되어야 한다.
- 휴식시간이 보장되지 않는 밤샘수사 역시 금지되어야 한다.





법규와 판례

헌법

○ 피고인의 자백이 고문·폭행·협박·구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법에 의하여 자의로 진술된 것이 아니라고 인정될 때 또는 정식재판에 있어서 피고인의 자백이 그에게 불리한 유일한 증거일 때에는 이를 유죄의 증거로 삼거나 이를 이유로 처벌할 수 없다.(제12조 제7항)

형사소송법

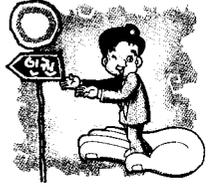
○ 피고인의 자백이 고문, 폭행, 협박, 신체구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법으로 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 이유가 있는 때에는 이를 유죄의 증거로 하지 못한다.(제309조)

대법원 판례

○ 피고인의 검찰에서의 자백은 피고인이 검찰에 언행된 때로부터 약 30시간 동안 잠을 재우지 아니한 채 검사 2명이 교대로 신문을 하면서 회유한 끝에 받아들인 것으로 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 이유가 있는 때에 해당한다고 보아, 형사소송법 제309조의 규정에 의하여 그 피의자 신문조서는 증거능력이 없다고 보았다.(대법원 1997. 6. 27. 선고 95도1964 판결 ; 대법원 1998. 4. 10. 선고 97도3234 판결)

○ 범행조사의 경우 자백의 임의성 차원에서만 문제가 되는 것은 아니다. '윤노화 살해사건' 판례에서 피고인은 1981년 7월 22일경 시고모와 그 집의 가정부, 시고모의 양녀를 살해했다는 혐의로 같은 해 8월 4일 21시 30분경부터 경찰서에 연행되어 조사를 받기 시작하여 같은 달 6일 02시 30분경 잠깐 풀려 나왔다가 같은 달 10시 30분경 다시 강제 언행된 후 호텔 등을 7차례나 옮겨 다니면서 같은 달 17일까지 불법 구속된 상태였다. 피고인은 그러는 동안 '잠도 안 재우고 계속되는 고문을 견디다 못해 범행을 허위자백하게 되었다'고 주장하였다. 이에 관한 판결에서는 자백의 증거능력을 부정하지는 않았으나 자백의 신빙성을 문제삼아 그 증명력을 부정한 바 있다.

해설



자백은 과거에 '증거의 왕'이라는 별명을 얻을 정도로, 유죄 인정의 가장 중요한 증거로 간주되었으며 수사기관의 증거수집 역시 자백을 바탕으로 할 경우에 가장 효율적일 수 있었다. 따라서 수사기관은 물론이고 법원 역시 피의자 또는 피고인의 자백에 의존하고 싶은 유혹을 강하게 받는다. 그러나 자백에 대한 의존도가 높아질수록 수사기관의 가혹행위의 위험성이 높아지게 된다. 이와 같은 위험성을 방지하기 위해서는 자백의 수집 과정에 고문이나 기타 위법한 수사가 행해졌을 경우 해당 자백을 증거로 사용할 수 없게 할 필요가 있다. 이에 헌법과 형사소송법은 자백배제법칙을 채용하고 있다.

형사소송법 제309조는 자백의 임의성에 영향을 미치는 구체적인 사정을 명시하고 있다. 고문, 폭행, 협박, 신체구속의 부당한 장기화로 인한 자백, 기망 기타의 방법이 그것이다. 고문은 사람의 정신이나 신체에 대해 비인도적·비정상적인 고통을 가하는 것이며, 폭행은 신체에 대한 일체의 유형력의 행사를 말하며, 협박은 해악을 고지하여 공포심을 일으키는 행위를 말한다. 이 세 가지 유형은 동시에 가하여질 수도 있고, 그 법적 효과 역시 동일하기에 따로 구별하지 않는다.

문제가 되는 것은 밤샘수사가 자백배제법칙이 적용되는 고문수사에 해당하는가 하는 것이다. 그러나 조사가 단순히 야간에 행하여졌다고 하여 고문수사로 보기에는 무리가 있다. 예를 들어 야간에 근무하는 사람, 또는 당사자가 원하여 밤샘수사를 하는 경우에 고문수사라고 볼 수 없다. 고문수사로 볼 수 있는 조사방식은 '잠 안 재우기 수사'이다. 즉 수사기관이 피의자에 대하여 잠을 재우지 않으려는 의도가 있는 경우, 피의자의 피곤함을 이용하여 자백이나 수사기관이 원하는 답변을 유도하기 위한 수단으로 이용되는 것이 잠 안 재우기 수사라고 할 수 있으며, 이것이야말로 고문수사이다. 잠 안 재우기 수사에 의하여 얻은 자백은 증거능력이 없다.

통상적으로 밤샘수사로 인하여 정상적인 판단능력을 상실할 정도의 수면부족에 이른 상태에서 얻은 자백은 '기타 방법에 의한 자백획득'에 해당한다. 대법원은 밤샘수사에 의해 획득한 자백의 문제를 형사소송법 제309조의 문제로 보고

임의성을 판단한다. 본 사례에 대하여 대법원은 30시간 정도 잠을 재우지 않고 획득한 자백의 임의성을 부정하여, 이때 작성된 피의자 신문조서의 증거능력을 부정하고 있다.

밤샘조사를 일률적으로 금지 또는 제한하거나(예를 들어 자정 이후부터 오전 6시 사이에 행한 수사) 또는 조서가 단순히 심야에 작성되었다고 하여 증거능력을 부정하는 것은 구체적 타당성을 결한 것이다. 따라서 일정한 경우에 밤샘조사는 제한적으로 허용된다고 볼 수 있다. 다만 밤샘조사가 제한적으로 허용되는 경우라도 밤샘조사에 대한 당사자의 동의, 조사 도중의 휴식권과 음용수를 마실 시간의 보장, 수면시간의 보장이 뒤따라야 할 것이다.

인권존중을 위해서



국제규약은 강요된 진술의 증거능력을 부정한다

‘고문 및 그 밖의 잔혹하고 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지에 관한 협약’ 제1조 제1항은 고문에 대하여 “어떤 개인이나 제3자로부터 정보나 자백을 얻기 위해, 그 개인이나 제3자가 실행했거나 실행한 혐의가 있는 행위에 대한 처벌·협박·강요를 목적으로, 또는 모든 종류의 차별에 근거한 이유로, 공무원 또는 그 밖의 공무 수행자가 직접 또는 이들의 교사·동의·묵인 아래 고의로 극심한 육체적·정서적 고통 및 피해를 가하는 행위”로 규정한다. 동시에 제15조에서 “각 당사국은 고문으로 입증된 어떠한 진술도, 고문 혐의자에 대한 소송에서 그 진술이 행하여졌다는 증거로 원용되는 경우를 제외하고는 어떤 소송 절차에 있어서든 증거로 원용되지 않도록 보장한다”고 하여 강요된 진술의 증거능력을 부정하고 있다.

또 ‘모든 형태의 억류·구금하에 있는 사람들을 보호하기 위한 원칙’ 제21조 제1항은 “자백하게 하거나 기타 자기에게 죄를 돌리게 하며, 또는 타인에게 불리한 증언을 하게 하는 것을 강제하기 위하여 억류 또는 구금되어 있는 자의 상태를 부당하게 이용하는 것은 금지되어야 한다”고 규정하고, 제2항은 “억류되어 있는 자는 조사받고 있는 동안에 폭력·협박 또는 결정능력 혹은 판단능력을 해

치는 방법으로 조사받지 않도록 해야 한다”고 규정하고 있다.

밤샘조사: 원칙적 금지, 예외적 허용

밤샘조사 그 자체가 불법은 아니다. 밤샘수사를 일률적으로 금지하거나 심야에 조서가 작성되었다고 해서 증거능력을 부정하는 것은 타당하지 않다. 그렇다고 밤샘조사가 편의적으로 허용될 수는 없다. 밤샘조사는 제한적인 범위 내에서만 허용되어야 하며 그 조건으로 다음과 같은 것을 들 수 있다.

① 밤샘조사에 대한 필요성과 합리성이 있어야 한다.

예를 들면 오전에 긴급체포를 하였음에도 불구하고 피의자를 조사하지 않다가 야간에 조사를 시작하여 밤샘조사를 하는 것은 합리성이 없다고 볼 수 있다. 또한 주간에 피의자조사를 충분히 하였음에도 불구하고 특별한 이유 없이 야간에 수사관서에 머물러 있게 하는 것은 밤샘조사에 대한 필요성을 결한 경우라고 볼 수 있다.

② 당사자의 동의가 있어야 한다.

밤샘조사가 강제수사가 아닌 임의수사로서의 성격을 가진다면 당사자의 동의가 필요하다. 당사자가 밤샘조사를 거부하는 경우에 밤샘조사 시도는 중지되어야 한다.

③ 밤샘조사를 하는 경우에도 적절한 휴식이 보장되어야 한다.

피의자가 피로로 인하여 정상적인 판단능력을 상실할 정도에 이르렀을 경우 신문을 중단하여야 한다. 영국의 수사법(PACE, Police and Criminal Evidence Act)은 “체포된 피의자에게 1일 연속 최소한 8시간의 휴식을 제공해야 하며, 휴식시간은 원칙적으로 야간이어야 한다”고 규정하고 있다. 또한 피의자를 신문할 경우 “식사 때마다 휴식이 보장되어야 하며, 약 2시간마다 용변 또는 음료수를 마실 휴식시간이 보장되어야 한다”고 규정하고 있다.

밤샘조사를 제한하는 입법조치 움직임

현행 형사소송법상 밤샘조사를 허용하는 명문 규정은 없다. 그러나 수면권이 헌법상의 기본권으로 도출될 수 있는 이상, 이를 제한하기 위해서는 법률의 명확한 규정이 필요하다는 입장에서 1998년 9월 4일 한나라당 소속 22인의 국회의원들이 형사소송법 제309조를 개정하여 ‘수면을 취하게 하지 아니하는 야간수

사로 얻어진 자백'의 증거능력을 부정하는 조항을 신설할 것을 제안한 바 있다.

또 1999년 11월 새정치국민회의와 자유민주연합 소속의 20여 명의 국회의원들도 수사기관의 밤샘조사 및 고문수사를 금지하고 이를 위반한 때에는 형사처벌하도록 하는 내용의 '인권보호특별법안'을 의원입법 형식으로 발의한 바 있다. 이 법안은 일몰 후 일출 전의 야간수사는 변호인의 입회하에서만 가능하도록 하고, 변호인의 입회 없이 행한 야간수사 및 1일 24시간 중 6시간 이상 수면을 취하지 못하게 한 상태에서의 수사를 고문수사로 간주한다. 또 이를 위반하여 작성된 조서는 당사자의 동의가 없는 한 증거능력을 인정할 수 없도록 규정함으로써 밤샘수사를 금지하고 있다. 이 법안들은 비록 입법화되지는 못했지만 조만간 밤샘조사를 제한하는 입법적 조치가 뒤따를 것이다.

밤샘수사로 인하여 피의자가 정상적인 판단능력을 상실할 정도의 수면부족에 이른 상태에서 얻은 자백은 형사소송법 제309조의 자백배제법칙 중의 '기타 방법에 의한 자백획득'에 해당한다. 자백의 임의성에 대한 입증책임은 검사에게 있다는 것이 대법원 판례의 태도이므로 주의하여야 한다.

합정수사는 어디까지 적법한가

사례

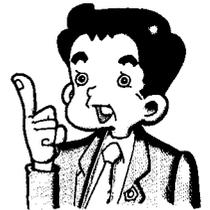


검찰수사관 A는 정보원 갑과 협의하여, 마약밀매 혐의로 복역을 마치고 만기출소한 을이 다시 재범할 위험이 있으니 을에게 마약밀매의 기회를 만들어 주고 그가 거래하는 현장에서 검거하기로 계획하였다.

갑은 을을 만나 마약판매를 권유하였다. 을은 처음에는 완강히 거절하였으나, 갑이 집요하게 유혹하는 바람에 갑에게 마약을 판매하였다.

그 순간 기다리고 있던 A는 을을 마약밀매 현행범으로 체포하였다. A가 을을 체포한 것은 적법한가?

적법 주장의 근거



- 합정수사는 필수불가결하며 적법하다.
 - 범인이 수사기관 또는 그 협력자에 의하여 범의를 유발당하였다 하더라도 범인 자신의 자유로운 의사로 범죄를 실행한 이상 처벌받아 마땅하다.
 - 일부 범죄 특히 마약범죄는 조직적이고 지능적이며 교묘하고 은밀히 행해지기 때문에 기존의 수사방법으로는 검거 및 증거수집 활동이 상당히 어렵다.
 - 조직범죄, 상습범죄, 마약범죄 등은 범죄예방이 실질적이고도 중요한 의미를 가지므로 수사기관은 사후대응적인 수사방법에서 벗어나 보다 적극적이고 사전대응적인 수사방법을 강구하여야 한다.

인권침해의 여지



- 어떠한 수사의 정당성을 판단할 때, 단지 수사의 필요성만으로 그 정당성을 주장할 수는 없다. 헌법 제12조 제1항은, “모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다”고 규정함으로써 적법절차의 원리를 천명하고 있다.
- 범죄를 방지하여야 할 임무가 있는 수사기관이 합정을 파서 국민에게 범죄를 범하게 유도하고 합정에 빠진 국민을 국가가 처벌하려는 시도를 행함은 수사의 정당성을 결여한 것이고, 인권보장의 원리와 충돌한다.
- 범인의 적극적 적발 및 체포를 통한 사회질서 방위의 필요성과 인권침해의 위험성을 동시에 내포하는 합정수사의 양면성에 관하여 신중한 이해가 필요하다.



법규와 판례

형사소송법

○ 검사는 범죄의 혐의 있다고 사료하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거를 수사하여야 한다.(제195조)

○ 검사, 사법경찰관리 기타 직무상 수사에 관계있는 자는 비밀을 엄수하며 피의자 또는 다른 사람의 인권을 존중하고 수사에 방해되는 일이 없도록 주의하여야 한다.(제198조)

대법원 판례

○ 소위 함정수사라 함은 본래 범의를 가지지 아니한 자에 대하여 수사기관이 사술이나 계략 등을 써서 범죄를 유발케 하여 범죄인을 검거하는 수사방식을 말하는 것이므로, 범의를 가진 자에 대하여 범행의 기회를 주거나 범행을 용의하게 한 것에 불과한 경우에는 함정수사라고 말할 수 없다.(대법원 1983. 4. 12. 선고 82도2433 판결; 1987. 6. 9. 선고 87도915 판결)

○ 함정수사에 의하여 피고인의 범의가 비로소 야기되거나 범행이 이루어진 것이 아닌 경우에는 피고인의 행위가 함정수사에 의한 것이어서 처벌할 수 없다는 주장은 이유 없다.(대법원 1982. 6. 8. 선고 82도884 판결)



해설

기회제공형 함정수사는 적법하다

함정수사란 수사기관 또는 그 협력자가 제3자에게 범죄를 행하게 유인하고 그 실행을 기다려 검거하는 수사방법을 말한다. 함정수사는 이미 범의를 가지고 있는 자에 대하여 범죄에 나갈 기회를 제공한 경우와, 범의가 없는 자에게 범죄를 유발한 경우가 있다. 전자를 기회제공형 함정수사, 후자를 범의유발형 함정수사라고 한다.

미국 연방대법원의 판례로 활발하게 논의되고 있는 합정수사의 유형별 판단기준은 주관적 기준설과 객관적 기준설로 견해가 대립된다. 주관적 기준설은 피고인의 심리상태 즉, 사전적 범의를 강조하여 피고인이 이미 범죄 실행의 의사를 가지고 있는 경우에 수사기관은 단지 범죄의 기회를 제공했거나 용이하게 한 데 불과하다고 한다. 사전적 범의를 입증하는 증거로 범죄유발단계에서의 피고인의 행위, 피고인에게 가해진 설득과 압력의 정도, 행해진 범죄의 성질, 피고인의 전과기록이 활용될 수 있다. 이에 반하여 객관적 기준설은 피고인의 전과나 범죄적 성향과 관계없이 수사기관이 피고인을 함정에 빠뜨릴 때 취한 행동, 즉 수사기관의 법적 근거 없는 수단의 사용에 초점을 맞춘다. 범죄에 관여할 의사가 없는 자를 범죄에 관여케 할 위험을 발생시킬 정도의 설득 내지 유혹의 방법을 사용하거나, 비록 범죄실행 의사가 있다 할지라도 '당장에' 그리고 '기꺼이' 그것을 실행에 옮길 태세가 되어 있지 않은 자를 유인하거나 부추기는 경우 범의유발형 합정수사로 인정하고 있다.

우리나라의 다수 견해와 판례는 주관적 기준설에 입각하여 범의가 없는 자에게 범의를 유발케 하는 범죄유발형의 경우에만 신의칙(信義則, 신의성실의 원칙)에 반하고 따라서 수사방법으로서 허용되지 않는다고 본다.* 이미 범의를 가지고 있는 자에게 범죄실행의 기회 혹은 편의를 제공한 기회제공형의 합정수사는 적법하다고 보는 것이 다수견해와 판례의 태도이며, 미국 연방대법원 판례 {Lewis v. United States, 385 U.S 206(1966)} 역시 기회제공형 합정수사의 적법성을 인정하고 있다.

범의유발형 합정수사는 신의칙에 위배

한편 범죄의사를 유발한 합정수사에 대해서 적법하다는 견해와 위법하다는 견해가 대립되고 있다. 적법하다는 견해는 범의유발형 합정수사라 할지라도 수사방법이 임의적이었다는 점과 마약범죄 등의 범인 검거에서는 합정수사의 필요성이 절실하다는 점을 논거로 들고 있다. 그러나 수사기관이 수사를 개시하고 진행하기 위하여서는 일정한 전제조건이 필요하며, 수사는 적어도 범죄의 혐의가 존재한다는 인식에서 출발해야 하고 수사의 목적달성을 위하여 필요한 경우에 한한다.

* 미국 연방대법원은 범죄유발 단계에서의 피고인의 심리상태를 무죄 헌법의 판단기준으로 삼음으로써 주관적 기준설에 입각하고 있다. 그러나 "수사요원이 처음 피고인에게 접근하기 전에 이미 피고인이 범죄 성향을 가지고 있었음을 소추측이 입증해야 한다"고 판시함으로써 객관적 기준설의 요소를 가미하고 있다. {Jacobson v. U.S., 503U.S. 540(1992)} 미국 모범형법(Model Penal Code) 제2조와 제13조 제1항은 객관적 기준설에 따라 피고인의 성향과 관계없이 수사기관이 타인에게 범죄를 하도록 유도하였는가의 여부를 기준으로 삼고 있다.

3. 국외유발형합종수사(예)도 범의 공판의 합종수사의 경우 유죄판결은 공판에서 범의 합종수사로서 인정된 것임(1932년 *Somers v. U.S.* 판결(287 U.S. 453)과, 국외유발형합종수사(*Sherman v. U.S.*, 356 U.S. 369(1958); *United States v. Russel*, 411 U.S. 425(1973))

하지만 이 경우에도 수사를 위해 불가피하게 침해될 개인이나 공공의 이익과 수사활동에 의해 얻은 형사사법적 이익이 형평을 이루어야 하며, 수사절차 역시 신의칙의 원칙하에 그 정당성이 인정되어야 한다. 이러한 관점에서 다수견해와 판례는 범죄를 유발하는 합종수사는 국가가 사술에 의하여 국민을 함정에 빠뜨리는 것으로서 수사의 신의칙에 위반하며 적법절차의 원리에 위배되기 때문에 위법하다고 본다.*

인권존중을 위해서



기획제공형 합종수사라도 적정절차를 보장해야 한다

형사절차는 형발권을 실현하는 절차로서 사건에 대한 진실을 발견하고 법의 적정한 절차를 보장함을 이념으로 한다. 특히 수사절차는 범죄사건의 진 운명을 결정하는 중대한 절차이며, 수사상 수집되는 증거는 공소의 제기, 유지를 가능하게 하고 또 공판절차에서의 유죄, 무죄를 결정한다. 그렇기 때문에 수사절차에서 법의 적정절차 원리가 엄격하게 적용되고 보장되어야 한다. 즉, 사범운영에 대한 공적 신뢰를 빚어내서 법적 근거가 없는 수단까지 사용하는 무리한 수사는 지양되어야 하며, 수사의 필요나 효율성이라는 비명 아래 개인의 기본권이 침해되어서는 안 된다. 적극적인 범죄추행의 관점에서 필요성이 인정되는 합종수사라 할 지라도 수사의 신의칙이라는 측면에서 남용되어서는 안 되며, 국가가 법의 없는 자에게 기망수단을 써서 범죄를 유발하는 합종수사는 피하는 것이 바람직하다.

범의유발형 합종수사는 위법한 수사다

범의유발형 합종수사는 위법한 수사이므로, 이에 의한 체포는 위법하다. 체포된 피의자가 합종수사를 이유로 구속취소의 청구(형사소송법 제93조) 또는 구속적부심사의 청구(형사소송법 제214조의 2)를 하는 경우에 전항적으로 수용하여야 한다. 또한 위법한 합종수사에 의하여 수집된 증거는 위법한 절차에 의하여 수집된 증거이므로 그 위법의 정도가 중대한 경우 위법수집증거의 배제법칙에 의하여 증거능력이 부정될 수 있음에 유의하여야 한다.

피의자 신문에서 변호인 참여권을 어떻게 보장할 것인가

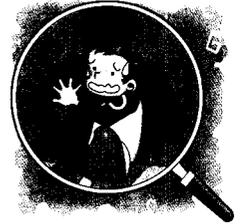
대학생 갑은 친구 을을 폭행하여 상해를 입힌 혐의로 검사 A의 신문을 받고 범행 일체를 자백하였으며, A는 그 내용을 피의자 신문조서에 기재하였다.

A는 검찰주사 B가 참여한 가운데 이루어진 피의자 신문에서 갑에게 진술거부권이 있음을 고지하였을 뿐만 아니라 자백의 증거능력이 부정될 만한 고문, 폭행, 협박, 신체구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법을 사용하지 않았다.

그러나 A는 “피의자 신문 과정에 변호인이 참여할 수 있도록 해달라”는 갑의 요구를 거절하였다.

A의 거절은 적법한가? 또한 A가 작성한 피의자 신문조서는 증거능력이 있는가?

사례



적법 주장의 근거

- 현행법상 검사가 피의자를 신문할 때에는 검찰청 수사관 또는 서기관이나 서기를 참여하게 하여야 하고, 사법경찰관이 피의자를 신문할 때에는 사법경찰관리를 참여하게 하여야 하지만(형사소송법 제243조), 변호인의 참여권을 인정하는 명문규정은 없다.
- 더 나아가 모든 피의자 신문에서 변호인의 참여권을 인정하면 실제적 진실 발견이라는 형사소송의 이념을 실현하는 데 지장이 있을 수 있으며 변호사의 업무 또한 과중해져 변호사 수가 적은 한국의 실정에 맞지 않게 된다.

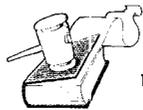


인권침해의 여지

- 피의자 신문
 - 수사기관의 입장에서는 증거를 획득하여 진실을 밝힐 수 있는 기회
 - 피의자의 입장에서는 자기에게 유리한 사실을 주장하여 수사기관의 혐의를 벗어날 수 있는 기회
 - 실무에서는 일반적으로 피의자 신문에 의해 수사방향이 결정되고, 피의자 신문에 의한 자백 및 진술이 공판에서 중요한 증거자료로 사용되고 있는 실정
- 피의자 신문은 자백을 얻기 위한 수단으로 악용될 가능성이 있을 뿐만 아니라 고문·폭행·협박 등에 의한 인권침해가 발생할 가능성이 매우 큰 영역이다.



- 피의자는 수사기관에 어떠한 정보를 제공하는 것이 자기방어에 가장 유리한지를 판단하기 어렵고, 변호인의 조언을 받을 수 있을 때 비로소 정보적 자기결정권을 누릴 수 있다. 변호인의 피의자 신문 참여는 피의자가 수사기관과의 의사소통에서 자기결정권을 누리기 위한 전제가 된다.
- 자백획득의 곤란이나 변호사업무의 과중 등을 이유로 변호인의 피의자 신문 참여를 제한적으로 운영해야 한다는 견해도 있지만, 피의자의 인권보장이나 정보적 자기결정권의 관점에서뿐만 아니라 피의자 자백조서의 내용적 진정성립과 자백의 신빙성을 담보하기 위한 장치로서 필수적이다.



법규와 판례

피의자 신문에서 적법절차를 보장하는 형사소송법 규정

○ 피의자 신문에서 피의자가 진술을 행하고 그 진술이 법원에 의해 증거로 사용되기 위해서는 ① 피의자의 인권이 보장되고 ② 피의자의 진술내용이 왜곡 없이 법원에 보고될 수 있어야 한다. 이를 위해 현행 헌법과 형사소송법은 ① 수사기관의 진술거부권 고지의무(형사소송법 제200조 제2항), ② 피의자 신문에 다른 수사담당자의 참여(형사소송법 제243조), ③ 위법수사가 행해진 경우에는 피의자가 한 진술의 증거능력 배제(헌법 제12조 제7항, 형사소송법 제309조), ④ 피의자 진술의 조서화(형사소송법 제244조) 그리고 ⑤ 사법경찰관이 작성하는 피의자 신문조서에 대한 증거능력 제한(형사소송법 제312조 제2항)에 관한 규정을 둬으로써 적법절차를 마련하고 있다.

○ 검사가 피의자를 신문함에는 검찰청 수사관 또는 서기관이나 서기를 참여하게 해야 하고 사법경찰관이 피의자를 신문할 때에는 사법경찰관리를 참여하게 해야 한다.(형사소송법 제243조)

① 피의자의 진술은 조서에 기재하여야 한다. ② 진행의 조서는 피의자에게 열람하게 하거나 읽어 들려야 하며 오기가 있고 없음을 물어 피의자가 증감, 변경의 청구를 하였을 때에는 그 진술을 조서에 기재하여야 한다. ③ 피의자가 조서에 오기가 없음을 진술한 때에는 피의자로 하여금 그 조서에 간인한 후 서명 또는 기명날인하게 한다.(형사소송법 제244조)

○ 검사 이외의 수사기관 작성의 피의자 신문조서는 공판 준비 또는 공판기일에 그 피의자였던 피고인이나 변호인이 그 내용을 인정할 때에 한하여 증거로 할 수 있다.(형사소송법 제312조 제2항)

변호인의 피의자 신문참여권 인정의 근거들

현행법에는 수사기관의 피의자 신문에서 변호인의 참여권을 보장하는 명시적인 규정이 없기 때문에 피의자 신문에 변호인을 참여시키지 않았다고 하여 위법이라고 보지 않는 것이 재판실무의 태도였다. 또한 이에 대한 명시적인 규정이 없기 때문에 판례도 없는 실정이다.

그러나 변호인의 피의자 신문참여권은 '변호인의 조력을 받을 권리'라는 헌법상의 기본권(헌법 제12조 제4항)에 기초하여 형사소송법에 구체화된 변호인 선임권(제30조) 및 변호인의 접견교통권(제34조)과 같은 맥락에서 주장될 수 있다.

더 나아가 "신문에 참여한 변호인이 조서기재의 정확성에 대해 이의를 제기한 경우 그 진술요지를 조서에 기재한다" (형사소송법 제48조 제5항)는 규정과 헌법 제12조 제1항의 적법절차 보장도 수사기관의 피의자 신문에 대한 변호인 참여권을 인정할 수 있는 근거가 된다고 주장할 여지가 있다. 또한 인권보호수사준칙 제4조 역시 변호인의 신문절차 참여를 보장한다고 규정하고 있다. 따라서 우리도 미국이나 독일 등의 입법 예와 같이 형사소송법에 변호인의 피의자 신문참여권을 명시적으로 규정하는 입법론적 해결이 바람직할 것이다.

해설



헌법과 형사소송법은 피의자 신문에서 진술의 임의성을 보장하기 위하여 피의자의 진술거부권을 보장하고 고문·폭행·협박에 의하거나 기타 임의성에 의심이 있는 자백의 증거능력을 인정하지 않는다. 또한 피의자 신문에 검찰 서기관이나 사법경찰관리를 참여하게 하고 있을 뿐만 아니라 피의자의 진술이 기재된 피의자 신문조서의 증거능력에 일정한 제한을 가하고 있다. 피의자 신문에서 피의자는 진술거부권을 가지고 있기 때문에 원칙적으로 진술의 의무나 피의자 신문에 대한 수인의무도 없지만, 진술거부권의 보장이 피의자 인권침해에 대한 안전장치가 될 수는 없다. 왜냐하면 체포·구속된 피의자가 수사기관의 출석요구와 신문을 거부하더라도 진술을 얻기 위한 수사기관의 설득 내지 질문이 계속되는 상황을 피하는 것은 현실적으로 대단히 어렵기 때문이다. 그러므로 피의자 신문

에서 헌법의 인권보장 이념을 실현하기 위해서는 피의자 신문에 변호인의 참여권을 인정하는 것이 중요하다. 특히 대부분의 자백이 피의자 신문에서 이루어지고 있기 때문에 피의자 신문단계에서 변호인의 조력과 충고는 아주 중요한 의미를 가진다.

이와 관련하여 피의자의 변호권 강화뿐만 아니라 검사의 수중에 있는 증거를 피고인 및 변호인에게 개시하도록 하는 이른바 공판 전 증거개시(pre-trial discovery) 또는 변호인의 수사기록 열람권 부여도 향후 입법 검토가 요망된다. 이는 피고인에게 충분한 방어준비기회를 보장함으로써 실질적인 당사자 대등주의의 실현과 더불어 신속하고 공정한 재판을 실현하는 장치로 이해된다. 공소제기 후 증거조사 절차 전에 검사가 확보하고 있는 증거서류 및 증거물을 피고인과 변호인이 열람·등사할 수 있는 권리가 우리 헌법이나 형사소송법상 인정되느냐와 관련하여 헌법재판소는 검사의 수사기록 열람·등사거부 행위에 대한 위헌 확인을 구하는 헌법소원에 대한 결정에서 검사 보관의 수사기록에 대하여 변호인의 열람·등사를 지나치게 제한하는 것은 피고인의 신속·공정한 재판을 받을 권리 및 피고인에게 보장된 변호인의 조력을 받을 권리를 침해하는 것이라고 판시함으로써(헌법재판소 1997. 11. 27. 선고 94헌마60 결정) 이를 신속·공정한 재판을 받을 권리와 변호인 조력권의 한 내용으로 인정하였다.

인권존중을 위해서



변호인의 피의자 신문참여권의 실질적 운용

변호인의 피의자 신문참여권은 수사기관의 피의자 신문과정에서 피의자의 인권을 보장하고 피의자의 정보적 자기결정권을 보장하기 위해 반드시 인정되어야 한다. 더 나아가 변호인의 피의자 신문참여권은 피의자 자백조서의 내용적 진정성립과 자백의 신빙성을 담보하기 위한 장치로도 필요하다.

시민적·정치적 권리에 관한 국제규약 제14조 제3항 (b)와 (d) 등은 비록 표현이 추상적이기는 하지만 변호인의 피의자 신문참여권을 보장하고 있다. 미국에서는 미란다 판결 이래 피의자 신문에서 변호인의 참여를 희망하는지 피의자

에게 묻고 참여를 희망한다는 의사표시를 하면 변호인이 참여할 때까지 즉시 피의자 신문을 중단하도록 하는 수사관행이 확립되어 있다. 독일에서도 피의자 신문에 변호인의 참여권을 인정하고 있다. 독일 형사소송법 제163조의 a 제3항과 제168조의 c 제1항은 법관의 피의자 심문과 검사의 피의자 신문에서 변호인의 참여권을 인정하고 있으며, 검사가 피의자를 신문할 때에는 수사의 목적이 위태롭게 되지 않는 한 변호인에게 피의자 신문기일을 통지하도록 규정하고 있다.

인권보호수사준칙 역시 변호인의 피의자신문참여권을 명문화하고 있으나 중요한 것은 실제 운영이다. 이와 관련하여 변호인이 신문과정에 단순 입회하는 것에 그치지 않고 묵비권 행사 여부에 대한 조언, 상의 답변 등을 인정하는 것도 필요하다.

변호인의 피의자 신문참여권 제한은 필요 최소한의 범위에서

수사절차에서 변호인과 피의자의 권리보호만 강조할 수는 없고 형사사법의 효율성도 함께 고려해야 한다. 따라서 변호인의 피의자 신문참여권도 무한정으로 보장될 수는 없으며, 일정한 제한이 따를 수밖에 없다. 이와 관련하여 독일의 입법 예나 경찰의 '피의자 신문시 변호인 참여지침'이 참고자료가 될 수 있다. 다만 변호인의 피의자 신문참여권 제한은 필요 최소한의 범위에 그쳐야 한다. 그렇지 않으면 변호인의 피의자 신문참여권이 유명무실한 것으로 전락할 수 있기 때문이다.

경찰고문과 검찰에서의 자백은 증거능력이 있는가

사례



특수절도 피의자 갑은 경찰 수사관계에서 범행을 부인하다가 경찰관 A의 집요한 고문에 못 견뎌 범행을 자백하였다.

같은 날 A는 수사기록과 함께 갑의 신병을 검찰에 송치하였고, 검사 B는 그날 갑으로부터 같은 내용의 자백을 받아내고 그 내용을 피의자 신문조서에 기재하였다.

이와 같이 갑이 검사 이전의 수사기관에서 고문 등 가혹행위로 인하여 임의성 없는 자백을 하고 그 후 검사의 조사단계에서도 임의성 없는 심리상태가 계속되어 동일한 내용의 자백을 하였다면, 검사 조사단계에서 고문 등 자백 강요행위가 없었다고 하여 검사가 작성한 피의자 신문조서의 증거능력이 인정될 수 있는가?

적법 주장의 근거



경찰관이 자백을 받아내기 위해 피의자를 고문했다라도 검사가 피의자로부터 자백을 받아 내는 과정에서는 아무런 위법이 없었기 때문에 검사가 작성한 피의자 신문조서는 증거능력이 인정된다.

인권침해의 여지



형사절차에서 자백이 차지하는 비중과 그 강도를 고려한다면 자백을 증거로 사용할 수 있는 범위를 가능한 한 좁히고, 그 내용도 제한할 필요가 있다.

사법경찰관 앞에서의 자백조서와 달리 검사 앞에서의 자백조서는 공판정에서 피고인이 그 성립의 진정을 인정하면 증거로 사용할 수 있다. 그런데 이미 사법경찰관이 피의자에게 '검찰에서 자백을 반복하면 재미없다'는 식의 위협을 가한 상태이다.

그 위협이 검찰 조사에서 효과를 발휘하면 표면적으로는 검찰 조사에서 고문이 가해진 것이 아니라 하더라도 이런 사태를 용인함으로써 고문을 절대 금지하려는 헌법 및 형사소송법의 정신과 배치될 소지가 있다.



법규와 판례

헌법

○ 피고인의 자백이 고문·폭행·협박·구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법에 의하여 자의로 진술된 것이 아니라고 인정될 때 또는 정식재판에 있어서 피고인의 자백이 그에게 불리한 유일한 증거일 때에는 이를 유죄의 증거로 삼거나 이를 이유로 처벌할 수 없다.(제12조 제7항)

형사소송법

○ 피고인의 자백이 고문, 폭행, 협박, 신체구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법으로 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 이유가 있는 때에는 이를 유죄의 증거로 하지 못한다.(제309조)

대법원 판례

○ 피고인이 검사 이전의 수사기관에서 고문 등 가혹행위로 인하여 임의성 없는 자백을 하고 그 후 검사의 조사단계에서도 임의성 없는 심리상태가 계속되어 동일한 내용의 자백을 하였다면 검사의 조사단계에서 고문 등 자백의 강요행위가 없었다고 하여도 검사 앞에서의 자백도 임의성 없는 자백이라고 볼 수 밖에 없다.(대법원 1981. 10. 13. 선고 81도2160 판결; 1983. 9. 27. 선고 83도1953 판결; 1992. 11. 24. 선고 92도2409 판결)

다만 그 사정이 검사의 수사 과정에 영향을 미치지 않은 때에는 임의성 없는 자백이라고 할 수 없고(대법원 1983. 4. 26. 선고 82도2943 판결; 1983. 11. 8. 선고 83도2436 판결), 단순히 검사의 피의자 신문조서가 송치받은 당일에 작성된 것만으로 임의성이 없는 것은 아니다.(대법원 1984. 5. 29. 선고 84도378 판결)

해설



고문은 사람의 정신이나 신체에 대해 비인도적·비정상적 고통을 가하는 것이고, 폭행은 신체에 대한 유형력의 행사를 말한다. 협박은 해악을 고지하여 공포

심을 일으키는 행위를 말한다. 고문·폭행·협박의 형태에는 제한이 없으며, 피의자 내지 피고인이 직접 고문당하지 않더라도 가족이나 다른 피의자 내지 피고인이 고문당하는 것을 보고 자백한 경우도 고문에 포함된다.(대법원 1978. 1. 31. 선고 77도463 판결) 고문행위와 자백의 시점은 일치하지 않을 수도 있다. 사례에서처럼 피의자가 경찰에서 고문에 의해 자백한 후 다시 검사에게 동일한 자백을 하는 경우는 고문에 의한 자백이다. 경찰의 고문에 의해 임의성 없는 심리상태가 검사의 조사단계까지 계속되었다면 검사 앞에서 행한 자백도 임의성이 없는 것으로 보아 증거능력이 인정되지 않는다.(대법원 1992. 11. 24. 선고 92도2409 판결)

인권존중을 위해서



고문·폭행·협박에 의한 자백과 제2차적 증거의 증거능력 부정

‘고문 및 그 밖의 잔혹하고 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지에 관한 협약’ 제1조 제1항과 제15조(52쪽 참조)는 고문을 광범위하게 정의하고 강요된 진술의 증거능력을 부정하고 있다. 그리고 ‘모든 형태의 억류·구금하에 있는 사람들을 보호하기 위한 원칙’ 제21조 제1항과 제2항(52쪽 참조)은 조사방법의 적법성을 강조하고 있다.

고문·폭행·협박에 의한 자백은 임의성이 없는 자백에 해당하며, 비록 그 내용이 진실한 것이라고 하더라도 피의자의 인권을 보장하기 위해 증거능력을 부정해야 한다. 더 나아가 형사소송법 제309조의 실효성을 확보하기 위해서는 고문·폭행·협박에 의한 자백에 의하여 수집된 제2차적 증거도 증거능력을 부정하여야 한다는 것이 국제규범으로 자리해 가고 있다.

인권보호수사준칙 제15조 제2항은 피의자 자백의 합리성이 의심되면 자백에 이르게 된 경위를 따져 신빙성을 검토해야 한다고 하였다. 또한 동 준칙 제16조 제7호는 피의자에게 혐의사실에 대하여 제대로 해명할 기회를 주어야 한다고 규정할 만큼 사법경찰관리의 수사과정에 혹시라도 ‘인권침해 여부는 없었는지 세세하게 살펴보고 이를 바로잡는’(동 준칙 제23조 제2호) 노력이 실천되어야 할 것이다.

기망에 의한 자백에서 임의성은 어디까지 인정되는가

- 1) 특수절도 피의자 갑에 대한 검사 A의 신문에 참여한 검찰주사 B는 갑에게 모든 피의사실을 자백하면 범죄사실을 불문에 붙이고 공범인 을과 합동하여 소매치기하였다는 피의사실 부분은 가볍게 처리할 것이며, 갑에 대하여 보호감호의 청구를 하지 않겠다는 각서를 작성하여 주면서 갑의 자백을 유도하였다. 이에 갑은 자백을 하였고 그 내용은 검사가 작성하는 피의자 신문조서(3회)에 기재되었다. 이 조서는 증거능력을 인정할 수 있는가?
- 2) 갑은 뇌물수수 혐의로 검찰에 구인되어 검사 A로부터 조사받는 과정에서 을로부터 뇌물을 상납받은 적이 없다고 극구 결백을 주장하였음에도 검사 A는 을이 이미 자백하였다면서 그와의 대질신문 요구도 거절한 채 이틀 동안 자백을 강요하는 신문을 계속하였다. 갑은 자포자기의 심정이 되어 어쩔 수 없이 묻는 대로 고개를 끄덕이거나 범죄를 시인하는 진술을 하였다. 갑의 진술은 증거능력이 있는가?

사례



- 수사기관이 자백을 받아내기 위하여 기망의 수단을 사용했다라도 그 기망으로 인하여 허위자백을 유발했거나 유발할 개연성이 있는 경우만 임의성이 의심되는 자백이라고 보아야 한다.
- 기망으로 인하여 진술의 자유, 즉 의사결정의 자유가 침해된 때에만 임의성 없는 자백이 된다. 이와 반대로 피의자가 자유로운 상태에서 진지하게 자백한 경우에는 증거능력을 인정하는 것이 실제적 진실을 실현하는 형사소송의 이념과도 합치한다.
- 피의자 또는 피고인에 대하여 자백을 강요하는 것은 피고인의 진술거부권을 중심으로 한 피고인의 인권, 즉 내심의 의사결정의 자유와 표현에 대한 자기결정권을 침해하는 것이다. 이런 기본적인 인권이 침해된 상태에서 획득한 자백은 피고인의 인권보장을 위해서라도 증거능력을 부정해야 할 것이다. 형사소송법 제309조에 나타나 있듯이 기망에 의한 자백 역시 진술의 자유에 영향을 줄 수 있는 자백 강요의 유형에 포함될 수 있다.

적법 주장의 근거



인권침해의 여지



망에 해당한다고 판시하였다.

일본 최고재판소도 공범자 갑·을 모두 범행을 부인하는 경우 갑에게는 을이 자백했다고 하고 을에게는 갑이 자백했다고 하여 갑과 을의 자백을 얻는다면 증거능력이 인정될 수 있는지에 대하여 위계를 써서 자백을 얻는 신문방법은 엄격히 피해야 한다고 판시하였다. 만약 위계에 의하여 피의자가 심리적인 강제를 받아 허위자백이 유발될 우려가 있는 경우에는 그 자백의 임의성에 의문이 있으므로 증거능력이 없다고 판시하였다.(1965. 11. 25. 선고)

미국 연방대법원도 피해자 가족 수십 명이 경찰관서에 몰려와 피의자를 폭행하려고 하는데 자백만 하면 경찰서장이 이를 막아 주겠다고 하여 자백을 얻어 낸 경우(Payne v. Arkansas, 356 U.S. 560. 1958), 피의자를 신문하면서 그의 면전에서 처를 신문하기 위하여 데려 오라는 전화를 함으로써 관절염으로 고생하는 처가 끌려 올 것이 두려워 자백한 경우(Rogers v. Richmond, 365 U.S. 534, 1961) 등은 기망에 의한 자백에 해당한다고 판시한 바 있다.

인권존중을 위해서



법원의 기준은 엄격하므로 일체의 기망행위를 삼가야 한다

과학적인 수사기법이 아무리 발달한다 하더라도 유죄의 심증이 가는 피의자로부터 최소한의 수사단서라도 얻어 내기 위하여 불가피하게 약간의 기망이나 테스트성 질문을 사용할 필요가 있을 수 있다. 자백의 진실성과 임의성을 의심하게 하는 정도는 아닌 사소한 기망과 위법한 기망행위를 가늠할 기준이 아직 개발되지 않았다. 그러나 수사기관이 '공범자가 이미 자백하였다'고 거짓말을 하거나, '거짓말 탐지기의 검사 결과 피의자의 진술이 거짓임이 판명되었다'고 기망하여 자백을 받거나, '물증이 발견되었다'고 기망한 경우 그 이후에 얻은 자백의 증거능력을 부인한 판례가 있고 다음에서 보는 바와 같이 자백의 임의성에 대한 거증 책임을 검사에게 귀속시킨 판례를 통해 법원의 기준이 아주 엄격함을 알 수 있다.

자백의 임의성에 대한 거증 책임은 검사에게 있다

형사소송법 제309조에서 “임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 이유가 있는 때에는 유죄의 증거로 하지 못한다”고 규정한 것은 자백의 임의성에 대한 거증 책임이 검사에게 있다는 의미이다. 과거 대법원은, 임의성은 추정된다고 하면서 “형사소송법 제309조의 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 이유라는 것은 단지 임의성이 없다는 주장만으로는 불충분하고 법관이 자백의 임의성 존부에 관하여 상당한 이유가 있다고 의심할 만한 고문·폭행·협박·신체구속의 부당한 장기화·기망 기타의 방법 등 구체적 사실을 들어야 하고 그에 의하여 자백의 임의성에 합리적이고 상당한 정도의 의심이 있을 때 비로소 소추관에게 그에 대한 입증 책임이 돌아간다고 할 것이다”라고 판시하였다.(대법원 1984. 8. 14. 선고 84도1139 판결; 1984. 6. 26. 선고 84도748 판결 등)

그러나 최근 “임의성에 다름이 있을 때에는 피고인이 그 임의성을 의심할 만한 합리적인 이유가 되는 구체적인 사실을 입증할 것이 아니고, 검사가 그 임의성에 대한 의문점을 해소하는 입증을 하여야 한다”고 하여 검사에게 거증 책임이 있음을 명확히 하였다.(대법원 2000. 1. 21. 선고 99도4940 판결; 1998. 4. 10. 선고 97도3234 판결)

약속에 의한 자백은 증거능력이 있는가

사례



특수폭행죄로 기소된 피고인 갑은 공판정에서 일관되게 범행을 부인하였다. 제1심 공판이 6회까지 가는 등 재판이 지연되자 검사 A는 제7회 공판기일 전에 갑을 검사실로 불러 갑이 최소한 피해자를 밀었다고 하면 공소장을 변경하여 벌금 형이 선고될 수 있도록 하겠다고 제의하였고, 갑은 이 제의를 받아들였다.

검사 A는 갑의 공소사실을 축소하는 내용으로 공소장 변경을 신청하였다. 갑은 제7회 공판기일에 축소된 공소사실에 대하여 처음에는 자백하였으나, 자신의 자백과 모순되는 다른 증거가 많고 무죄 가능성이 엿보이자 자백을 번복, 자신의 자백이 허위임을 주장하였다. 갑의 자백은 증거능력이 있는가?

적법 주장의 근거



- 비록 수사기관이 자백을 받아 내기 위하여 이익의 제공을 약속했다라도 그 약속을 믿은 피의자는 자유로운 상태에서 자기의 의사결정으로 임의로 자백한 것이므로 피의자의 진술의 자유를 침해한 것이 아니다. 따라서 약속에 의한 자백이 자유로운 상태에서 임의로 행해지고 그 내용이 진실에 합치하는 경우에는 증거능력이 있다.
- 약약범죄, 인신매매나 폭력 또는 소매치기와 같은 조직범죄 수사시
 - 표면적으로 나타난 행위자만 처벌할 것이 아니라 범죄조직 자체를 검거함으로써 범죄를 근원적으로 예방해야 한다.
 - 범죄의 배후에 있는 공급자나 교사자 내지 수괴 등을 밝혀 낼 목적으로 공범이나 하급자의 처벌을 가볍게 해 주거나 기소유예의 약속을 하고 이를 이용하여 범죄조직이나 그 배후를 수사하고 처벌할 수 있어야 한다.

인권침해의 여지



- 자백의 대가로 일정한 이익(예를 들면 집행유예를 받게 해 주겠다는 등)을 제공할 것을 약속하여 자백을 얻는 경우 피의자의 의사결정의 자유를 침해할 수 있다.
- 물론 정상적인 신문 상황에서 담배나 음료수, 식사제공 등을 약속하는 행위는 의사결정의 자유를 침해하는 약속이 아니다.
- 약속에 의한 자백 획득과정이 위법한 것은 약속된 이익이 위법해서라기보다는 자백과 이익제공이 교환으로 거래될 때 진실 발견이 위태로울 뿐만 아니라 형사 절차의 엄결성(嚴潔性)을 해하는 결과를 초래하기 때문이다.



법규와 판례

헌법

○ 피고인의 자백이 고문·폭행·협박·구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법에 의하여 자의로 진술된 것이 아니라고 인정될 때 또는 정식재판에 있어서 피고인의 자백이 그에게 불리한 유일한 증거일 때에는 이를 유죄의 증거로 삼거나 이를 이유로 처벌할 수 없다.(제12조 제7항)

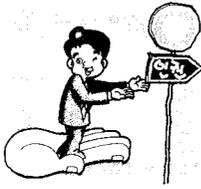
형사소송법

○ 피고인의 자백이 고문, 폭행, 협박, 신체구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법으로 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 이유가 있는 때에는 이를 유죄의 증거로 하지 못한다.(제309조)

대법원 판례

○ 피고인이 검사가 공소장을 변경하여 벌금형이 선고될 수 있게 해 주겠다는 제의와 검사가 신청한 증인들의 증언 등에 의하여 무거운 처벌을 받게 될지도 모른다는 두려움 때문에 공판기일에서 허위자백한 것이라고 변소하고 있고, 그 자백내용 자체가 객관적 합리성이 없으며, 자백에 이르게 된 경위가 타증거에 비추어 모순되어 신빙성이 없으므로 이를 유죄의 증거로 할 수 없다.(대법원 1987. 4. 14. 선고 87도317 판결)

○ 피고인이 처음 검찰 조사시에 범행을 부인하다가 뒤에 자백을 하는 과정에서 금 200만 원을 뇌물로 받은 것으로 하면 '특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률' 위반으로 중형을 받게 되니 금 200만 원 중 금 30만 원을 술값을 갚은 것으로 조서를 허위작성한 것이라면 이는 단순 수뢰죄의 가벼운 형으로 처벌되도록 하겠다고 약속하고 자백을 유도한 것으로 위와 같은 상황하에서 한 자백은 그 임의성에 의심이 가고 따라서 진실성이 없다는 취지에서 이를 배척하였다 하여 자유 심증주의의 한계를 벗어난 위법이 있다고는 할 수 없다.(대법원 1984. 5. 9. 선고 83도2782 판결)



해설

자백배제법칙의 적용범위와 관련하여 판례(대법원 1985.2.26. 선고 82도 2413 판결)와 다수설은 형사소송법 제309조가 규정하고 있는 사유는 예시사유에 불과하다고 보고 있다. 이와 같이 제309조의 사유를 예시사유로 본다면 '기타의 방법으로 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 이유가 있는 때'를 어느 범위까지 인정할 것인가가 문제된다. 이와 같이 '기타 방법에 의한 자백'의 대표적인 예가 바로 이익의 약속에 의한 자백이라는 점에는 의문이 없으며, 독일 형사소송법 제136조의 a 제1항 후단에서도 이를 명시하고 있다.

약속에 의한 자백은 피의자·피고인이 자백하는 대가로 일정한 이익을 제공할 것을 약속하여 얻은 자백을 말한다. 약속된 이익이 자백에 대한 대가로 실제 제공된 경우가 여기에 해당하며, 이익이 제공되지 않은 경우는 기망에 의한 자백에 해당한다. 여기서 이익에 대한 약속은 자백에 영향을 미치는 데 적합한 것이면 어떠한 형태라도 상관없다. 즉 약속의 내용이 반드시 형사처벌과 관련이 있어야 하는 것은 아니며, 가족의 보호 등과 같은 일반적·세속적 이익도 포함된다. 약속에 의한 이익 제공에는 법률상 허용된 이익 제공도 포함된다고 보아야 한다. 그러나 다음과 같은 경우에는 임의성에 영향을 미치는 사유로 볼 수 없다.

첫째, 형법 제101조 제1항과 같이 외환의 죄(형법 제92조 내지 제99조의 죄)를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자가 그 목적인 죄의 실행에 이르기 전에 자수한 때 또는 제152조의 위증·모해위증죄나 제156조의 무고죄를 범한 자가 그 공술한 사건의 재판 또는 징계처분이 확정되기 전에 자백 또는 자수한 때와 같이 이익 제공에 대한 법률규정이 있고 그 규정이 적용자에게 이익 제공 여부의 결정을 내맡기고 있는 경우에는 이익 제공의 약속이 허용된다고 볼 수 있다.

둘째, 자백을 하면 담배나 커피를 주겠다는 등의 약속과 같이 자백에 영향을 미치지 않는 통상적인 편의 제공에 불과한 것은 허용되는 약속이다.

셋째, 약속은 구체적이고 특수한 것이어야 한다는 점에서 단순히 진실을 말하는 것이 유리하다는 식의 일반적인 약속만으로는 임의성이 의심되는 자백으로 보기 어렵다.

넷째, 증거가 발견되면 자백하겠다는 약속을 하고 난 후 자백한 경우 그 약속이 어떤 이익과 교환된 것이 아니므로 임의성이 의심되는 자백이라고 할 수 없다.

인권존중을 위해서

일상적인 인권보장 차원의 편의 제공

일상적인 인권보장 차원의 편의 제공(가족들과의 전화통화, 담배나 커피의 제공 등)의 약속활용은 금지될 이유가 없고 장려되어도 좋다.



자백과 대가적 교환관계로 제공되는 이익은 위법

그러나 그런 차원을 넘어 일정한 이익의 제공이 자백과 대가적 교환관계에 설 경우 그 자백의 획득 과정은 위법하다.

제4장

대물적 강제처분

압수·수색이나 도청·감청은 증거로서
의미 있는 물건이나 몰수할 것으로 예상되는 물건 등을

수집·보전하는 대물적 강제처분이다.

따라서 피의자의 사생활이나 재산권 등과 같은
기본적 인권에 대한 침해가 따를 수밖에 없다.

이 과정에서의 인권침해를 최소한으로 줄이기 위해서는
강제수사 법정주의와 영장주의를 엄격히 적용해야 할 뿐만 아니라
비례성원칙을 적용해야 한다.



압수 · 수색의 적법성은?

사례



갑은 모일 오후 8시경 자동차로 행인 을을 치어 즉사시킨 후 을을 가로수 뒤편으로 옮겨 놓고 도주하였다. 집에 돌아온 갑은 을의 피가 묻은 운전용 장갑을 벗어 차고의 쓰레기통에 집어 넣은 후 집 부근에 있는 자동차 세차장에서 차를 세차하였다.

한편 갑의 뺑소니 장면을 우연히 목격하고 차량번호를 암기해 둔 검사 A는 그 사이 뺑소니 차량의 소유주가 갑임을 알아내고 같은 날 오후 10시 갑을 긴급체포하려고 하였다.

갑의 집에는 부인과 8살 난 아들이 있었고 그들이 보는 앞에서 A는 차고의 쓰레기통을 뒤져 피묻은 장갑을 찾아내고 압수하였다. 그때 마침 갑이 세차를 마치고 집으로 들어왔고 A는 갑을 검찰청으로 연행하였다.

A는 갑을 신문한 끝에 갑으로부터 자백을 받아 내었다. 갑에 대한 구속영장은 다음날 오전 11시경에 발부되었다. 검사 A의 장갑 압수는 적법한가?

적법 주장의 근거



검사 A가 장갑을 압수한 행위

- 압수 · 수색의 요건을 충족하였고
- 긴급체포에 수반하는 압수이므로 영장주의에도 반하지 아니한다.
- 더 나아가 압수절차가 위법하다고 하더라도 물건 자체의 성질이나 형상에 변경을 가져오는 것이 아니기 때문에 압수불의 증거능력이 인정된다.

인권침해의 여지



- 압수 · 수색은 증거방법으로 의미 있는 물건이나 몰수할 것으로 예상되는 물건 등을 수집 · 보존하는 대물적 강제처분이다. 따라서 필연적으로 피의자의 사생활이나 재산권 등과 같은 기본적 인권에 대한 침해할 수반한다.
 - 압수 · 수색은 강제수사 법정주의와 영장주의의 적용을 받을 뿐만 아니라 비례성원칙의 적용을 받는다.
- 위 사례에서 피의자가 집에 없는데도 피의자의 집에 들어가 압수 · 수색을 행한 것은 자의적이고 불합리한 압수 · 수색이다.



법규와 판례

형사소송법

○ 현행 형사소송법은 검사의 압수·수색에 의한 인권침해를 방지하기 위하여 제106조와 제109조 및 제219조에서 압수·수색의 요건과 절차(사전영장주의, 영장제시의 원칙, 책임자 등의 참여 보장, 야간집행의 제한, 압수목록의 교부 등)에 관하여 상세한 규정을 두고 있다.

① 법원은 필요한 때에는 증거물 또는 몰수할 것으로 사료하는 물건을 압수할 수 있다. 단, 법률에 다른 규정이 있는 때에는 예외로 한다.

② 법원은 압수할 물건을 지정하여 소유자, 소지자 또는 보관자에게 제출을 명할 수 있다.(제106조)

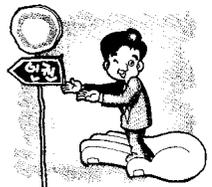
① 법원은 필요한 때에는 피고인의 신체, 물건 또는 주거 기타 장소를 수색할 수 있다.

② 피고인 아닌 자의 신체, 물건, 주거 기타 장소에 관하여는 압수할 물건이 있음을 인정할 수 있는 경우에 한하여 수색할 수 있다. (제109조)

대법원 판례

○ 압수절차가 위법한 경우에도 압수물 자체의 성질·형상에 변경을 가져오지 않는 한 증거가치에 변함이 없다는 이유로 증거능력을 인정한 판례들(대법원 1996. 5. 14. 선고 96초88 판결; 1987. 6. 23. 선고 87도705 판결)이 있어 수사실무에서 위법한 압수·수색의 관행이 사라지지 않고 있다. 예컨대 영장에 기재되지 않은 물건에 대한 압수·수색도 좇으며, 증명서 또는 압수목록을 교부하지 않는 경우도 있다.

해설



위의 사례는 ① 압수·수색의 요건 충족 여부, ② 영장주의의 위반 여부, ③ 압수·수색 집행절차의 적법 여부가 문제된다. 압수·수색의 요건 충족 여부와 관련하여 갑의 장갑에 대한 A의 압수·수색이 압수·수색의 일반적 요건을 충족한다는 것에 대해서는 별다른 의문이 없는 것으로 보인다. 왜냐하면 범죄 혐의와

압수·수색의 필요성 및 비례성이 충분히 인정될 수 있기 때문이다.

가. 영장주의 위반 여부

압수·수색은 강제수사이므로 영장이 필요하다.(형사소송법 제215조) 그러나 이 사안에서 검사 A는 영장 없이 갑의 집을 수색하여 운전용 장갑을 압수하였다. 그러므로 장갑에 대한 압수·수색이 영장주의에 위반하지 않으려면 영장주의의 예외규정에 해당하여야 한다. 이 사례에서는 영장에 의하지 아니한 강제처분에 관한 규정인 형사소송법 제216조 제1항과 제217조 제1항의 적용 여부가 검토될 수 있다.

장갑에 대한 압수·수색이 형사소송법 제216조 제1항 제2호의 '체포 현장에서의 압수·수색'에 해당하는지가 문제된다. '체포 현장에서의 압수·수색'에 해당되면 체포나 구속에 수반된 압수·수색·검증에 대하여 별도의 영장을 발부받을 필요가 없다.

'체포 현장에서의 압수·수색'이란 압수·수색과 체포행위 사이에 '장소적 동일성'과 '시간적 동시성(접착성)'이 있음을 뜻한다. ① 장소적 동일성이란 피체포자의 신체 및 그의 직접지배 아래 있는 장소를 말한다. 이 사례에서 A의 압수·수색은 갑의 집에서 이루어졌고, 갑의 집은 그의 직접지배 아래 있는 장소라고 할 수 있으므로 장소적 동일성은 인정된다. 다음에 ② 시간적 동시성이란 압수·수색이 체포 또는 구속과 동시에 또는 병행적으로 이루어짐을 의미한다. 그런데 이 사례에서는 시간적 동일성이 인정되지 않는다. 따라서 A가 갑의 장갑을 영장 없이 압수·수색한 것은 형사소송법 제216조 제1항에 의해 합법화되지 않는다.

이제 장갑의 압수·수색에 대하여 영장주의의 예외를 인정할 가능성은 형사소송법 제217조 제1항이 적용되는 경우만 남아 있다. 이 사례에서 장갑은 갑의 소유물이므로 형사소송법 제217조 제1항의 적용 여부는 갑이 '형사소송법 제200조의 3의 규정에 의하여 체포할 수 있는 자'에 해당하는가에 달려 있다. 여기서 '체포할 수 있는 자'에 대하여는 두 가지 해석방법이 제시되고 있다. '체포할 수 있는 자'를 문법적으로 해석하면 형사소송법 제217조 제1항의 압수·수색은 "피의자의 신체구속과는 별도로 그에 선행하여 압수를 행할 필요가 있는 경우 또는 피의자의 신체구속을 행하지 못한 상황에서 압수를 행하는 경우"에도 적용

될 수 있다. 그러나 목적론적 축소 해석에 따르면 형사소송법 제217조 제1항의 압수·수색은 '긴급체포된 자의 소유, 소지 또는 보관하는 물건'에 대해서만 인정된다. 이 사례에서 문법적 해석에 따르면 갑은 긴급체포할 수 있는 자이므로 장갑의 압수·수색은 적법하다. 그러나 축소 해석에 의하면 장갑의 압수·수색은 아직 긴급 체포되지 않은 자에 대하여 행하여졌으므로 위법하다. 형사소송법 제217조 제1항을 폐지하여야 한다는 주장까지 나오고 있으므로 형사소송법 제217조의 규정은 그 적용범위를 가능한 한 좁게 해석할 필요가 있다. 따라서 A가 갑의 장갑을 영장 없이 압수·수색한 것은 형사소송법 제217조 제1항에 의해 합법화되지 않는다고 보는 것이 다수 학설의 주장이다.

나. 압수물에 대한 위법수집증거 배제법칙의 적용 여부

이 사례에서 피문은 장갑의 압수·수색은 영장주의에 위반되는 위법수사인데, 이러한 압수·수색의 위법이 압수물인 장갑의 증거능력을 배제하는지가 문제된다. 판례는 “압수물은 압수절차가 위법이라 하더라도 물건 자체의 성질, 형상 등에 변경을 가져오는 것은 아니며 따라서 그 형상 등에 관한 증거가치에 대한 변함이 없다 할 것이므로 증거능력이 있다”는 입장을 고수하고 있다.(대법원 1996. 5. 14. 선고 96초88 판결; 1987. 6. 23. 선고 87도705 판결) 판례의 입장은 실체적 진실 발견을 중시하고 범죄투쟁의 효율성을 도모하는 형사정책을 추구한다. 그러나 대부분의 학설은 적법절차(헌법 제12조 제1항, 제3항)와 인권보장(헌법 제10조), 위법수사 방지를 도모하려면 비진술 증거인 압수물의 경우도 압수·수색절차의 위법을 이유로 증거능력을 배제해야 한다고 주장한다. 따라서 사례와 같은 압수·수색은 없어지는 것이 바람직하다.

인권존중을 위해서

압수·수색의 목적은 증거물과 형벌집행의 실효성을 확보하는 것

압수는 증거방법상 중요한 물건이나 물수가 예상되는 물건의 점유를 취득하는 강제처분을 말하며, 수색은 압수할 물건이나 피의자·피고인의 발견을 목적



으로 사람의 신체, 물건, 주거 기타 장소를 뒤져 찾는 강제처분을 말한다. 압수·수색의 목적은 증거물을 확보하는 것과 형벌집행의 실효성을 확보하는 것이다. 수색은 주로 압수와 함께 행해지기 때문에 실무에서도 압수·수색영장이라는 단일영장을 사용하고 있다. 압수·수색은 이처럼 효율적인 형사소추를 위하여 필요 불가결한 강제처분이지만 재산권을 침해할 우려가 크므로 다음과 같은 한계가 있다.

위법하게 압수된 압수물의 증거능력을 배제해야 한다

압수·수색은 피의자나 피고인의 사생활이나 재산권 등과 같은 기본적 인권에 대한 침해를 수반할 수밖에 없는 강제처분이기 때문에 강제수사 법정주의와 영장주의의 적용을 받을 뿐만 아니라 비례성원칙의 적용을 받는다. 압수·수색의 한계는 헌법, 형사소송법 및 형사소송규칙에 상세하게 명시되어 있다. 또한 인권보호수사준칙 제19조는 압수·수색시 지켜야 할 사항에 관하여 명시하고 있는데 이의 준수가 요구된다. 다른 한편 수사실무에서 위법한 압수·수색의 관행이 좀처럼 사라지지 않는 이유 중 하나는 판례가 위법하게 압수된 압수물에 대해서도 증거능력을 인정하는 데 있으므로 압수물에 대해서도 위법수집증거 배제법칙을 적용할 필요가 있다.

감청을 위한 통신제한조치의 요건은?

감사원의 암행감사반은 시민의 진정에 따라 재경부 공무원 갑의 명의로 개설되어 있는 은행예금 계좌추적 조사 끝에 최근에 갑자기 갑의 예금잔고가 급격히 증가한 사실을 확인하였다. 감사원은 이 사실을 검찰에 통보하였다. 제보를 접한 검사 A는 즉시 갑에 대한 내사활동에 착수하여 약간의 수사상의 진전을 보았다.

그러나 아직은 주관적 혐의에 불과하다고 생각한 A는 좀더 객관적인 증거를 포착하고 싶었다. A는 갑의 사무실에 설치된 전용전화에 대한 감시활동을 벌이면 갑을 기소하는 데 필요한 객관적 혐의를 잡을 수 있으며, 증뢰자의 신원도 포착할 수 있다고 판단하고 있었다.

A가 합법적으로 갑의 사무실에 설치된 전용전화에 대한 감시활동을 할 수 있는 방법이 있는가? 있다면 그 요건과 한계는 무엇인가?

사례



적법 주장의 근거

- 도청이나 감청이 임의수사라는 견해도 있었으나 현재는 개인 사생활의 비밀과 통신의 자유를 침해하는 강제수사로 파악되고 있다.
- 통신비밀보호법에 의거하여 통신제한 조치를 할 수 있는 경우
 - 제5조에 열거된 범죄를 계획 또는 실행하고 있거나 실행하였다고 의심할 만한 이유가 있고
 - 다른 방법으로는 그 범죄의 실행을 저지하거나 범인의 체포 또는 증거의 수집이 어려운 경우(감청의 보충성)에 한하여
 - 검사는 지방법원 또는 지원의 허가를 얻어 행할 수 있다.



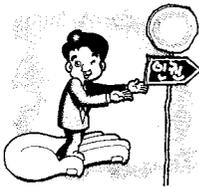


법규와 판례

통신비밀보호법에 의한 적법절차 마련

통신비밀보호법은 개인의 사생활의 비밀과 통신의 자유를 보호하려고 감청에 대하여 다음과 같은 적법절차를 마련하고 있다. 통신비밀보호법은 통신에 대한 제한조치를 '통신제한 조치'라 명명하고(제5조 제1항) 통신제한 조치를 '우편물의 검열'과 '전기통신의 감청' 두 가지로 분류하고 있다. 검열이란 "우편물에 대하여 당사자의 동의 없이 이를 개봉하거나 기타의 방법으로 그 내용을 지득 또는 채록하거나 유치하는 것"(제2조 제6호)이며, 감청이란 "전기통신에 대하여 당사자의 동의 없이 전자장치·기계장치 등을 사용하여 통신의 음향·문언·부호·영상을 청취·공독(共讀)하여 그 내용을 지득·채록하거나 전기통신의 송·수신을 방해하는 것"(제2조 제7호)이다.

주의할 것은 ① 통신제한 조치를 취할 수 있는 범죄의 구성요건이 제한적으로 열거되어 있으며(동법 제5조 제1항의 제1호~제11호에 열거되어 있다. 그 대상이 되는 범죄는 무거운 범죄이거나, 통신제한 조치를 취하는 것이 그 범죄의 예방이나 증거 수집에 적합한 방법이 될 수 있는 범죄들이다), ② 그 범죄들을 계획 또는 실행하고 있거나 실행하였다고 의심할 만한 충분한 이유가 있고, 다른 방법으로는 그 범죄의 실행을 저지하거나 범인의 체포 또는 증거의 수집이 어려운 경우에 한한다(보충성의 원칙)는 점이다.



해설

통신제한 조치의 남용을 막기 위한 안전장치

'효과적인 범집행'과 '국가의 안전과 이익'을 지키기 위하여 일정한 범위에서 감청을 비롯한 통신제한 조치가 필요한 것은 인정하더라도 그 남용을 억제할 수 있는 안전장치가 미리 충분히 강구되지 않으면 안 된다. 통신비밀보호법에서는 몇 가지 안전장치를 강구해 놓고 있다. 첫째, '통신비밀보호법과 형사소송법 또

는 군사법원법의 규정에 의하지 아니한 모든 우편물의 검열 또는 전기통신의 감청, 공개되지 아니한 타인간의 대화의 녹음과 청취를 금지' 하고(제3조), 둘째, 이에 위반한 행위와 그 내용을 공개하거나 누설하는 행위에 대하여 형사처벌을 가하고(제16조, 제17조, 제18조), 셋째, 위법하게 수집된 증거는 재판 또는 징계절차에서 증거로 사용할 수 없도록 하는 등의 안전장치를 마련(제4조)하고 있지만, 아직도 미비한 점이 없지 않다.

수사기관이 감청을 위한 통신제한 조치 허가서를 얻으려면?

첫째, 별도로 규율하지만 성질에 반하지 않는 범위 안에서 형사소송법 또는 형사소송규칙의 압수·수색에 관한 규정이 준용된다.

통신제한 조치는 형사소송법상의 강제처분(압수·수색·검증)과 성질이 다른 것이어서 통신비밀보호법에 의해 별도로 규율되고 있다. 그러나 통신제한 조치도 기본권(통신의 프라이버시)의 권리제한 조치라는 점에서 형사소송법상의 통상의 강제처분과 다를 바가 없으므로 그 관할법원이나 청구권자, 청구절차는 통상의 형사소송법상의 대물적 강제처분과 같다.

둘째, 영장주의가 적용된다.

통신제한 조치의 경우에도 원칙적으로 영장주의가 적용된다. 따라서 법집행기관이나 정보수사기관이 내국인에 대하여 통신제한 조치를 하려면 사전에 영장(실무상 '통신제한 조치허가서'라 함)을 발부받아야 한다. 다만 예외적으로 긴급한 사유가 있는 때에는 먼저 통신제한 조치를 취하고 통신제한 조치를 집행한 때로부터 48시간 이내에 법원의 허가를 받아야 한다.(통신비밀보호법 제8조 제1항) 통신비밀보호법은 이를 '통신제한 조치에 관한 긴급처분'으로 부르고 있다.*

셋째, 통신제한 조치는 통상 2개월을 넘지 못한다.

통신제한 조치에는 형사소송법상의 대물적 강제처분(압수·수색·검증, 법제215조)과 달리 기간을 정해 놓았다. 이 기간은 2개월을 넘지 못하며 2개월의 범위 안에서 연장될 수 있다.(통신비밀보호법 제6조 제7항)

* 통신제한 조치에 관한 긴급처분은 남용될 가능성이 있으므로 신중하게 행사되어야 한다. 1999~2001년 3년 동안 긴급처분 후의 허가 청구에 대한 법원의 기각률은 1999년 2.3%(172건 청구에 4건 기각), 2000년 2.0%(146건 청구에 3건 기각), 2001년 1.1%(90건 청구에 1건 기각)였다. 전체 청구건수는 줄고 있지만 기각률도 줄고 있다.

인권존중을 위해서



자의적인 감청은 억제되어야 한다

통신비밀보호법 제5조는 그 조항에서 열거한 범죄를 계획 또는 실행하고 있거나 실행하였다고 의심할 만한 충분한 이유가 있고(범죄혐의의 상당성), 다른 방법으로 그 범죄 실행을 저지하거나 범인의 체포 또는 증거의 수집이 어려운 경우(보충성)를 전기통신의 감청 허가요건으로 규정하여 자의적인 감청을 억제하고 있다. 감청은 범죄예방과 형사소추의 실효성을 확보하기 위해 인정되는 제도이다.

감청은 필요 최소한의 범위에서 행해져야 한다

감청은 필연적으로 피의자와 피고인의 사생활의 비밀, 통신의 자유, 행복추구권 등과 같은 기본적 인권을 침해하기 때문에 필요 최소한의 범위에 그쳐야 한다.(인권보호수사준칙 제21조 참조) 이와 같은 감청의 한계는 통신비밀보호법에 명시되어 있으며, 법절차에 반하는 불법감청에 의한 증거는 동법 제4조에 따라 증거능력이 배제된다는 점을 숙지하여야 한다.

제5장

대인적 강제처분

“형법상의 혐의로 체포 또는 구금당한 사람은 판사 또는 법률에 의해 사법권의 행사가 허용된 다른 권리 앞에 신속하게 인도되고, 또 타당한 기간 안에 재판에 회부되거나 석방될 수 있는 권리를 가진다”는 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약의 규정을 국내법으로 제도화한 것이 구속영장 실질심사제도이다. 수사기관에 의한 피의자의 체포나 구속이 적법한지 여부와 그 계속의 필요 여부를 법원이 심사하여 부적법·부당한 경우에 구속된 피의자를 석방하는 제도인 체포 또는 구속의 적부심사 또한 구속영장 실질심사와는 구별되는 또 하나의 인신보호장치이다.



구속영장 실질심사제도에서 피의자 심문권의 보장 범위는?

사례



사법경찰관 사무취급 경사 A가 당직근무중 폭행 피해자들로부터 범죄신고를 받고 현장에 가서 피의자 갑을 적법하게 현행범으로 체포하였다. 경사 A로부터 사건을 인계받은 사법경찰관 경위 B는 갑을 '구속할 필요'가 있다고 생각하여 갑에 대한 구속영장을 발부받아 줄 것을 관할 검찰청에 '신청' 하였다.

경찰서로부터 수사기록을 넘겨받은 검사 C가 기록을 검토한 결과 구속영장 '청구'의 필요가 있음을 인정하였다. 그러나 경찰이 제출한 수사기록에 포함되어 있던 피의자 신문조서에는 피의자가 판사에 의한 '피의자 심문'을 원하지 않는다는 취지는 기재된 반면 피의자의 가족에게 피의자 심문의 권리를 고지한 사실이 명시되어 있지 않았다. 검사 C는 그럼에도 불구하고 판사 D에게 갑에 대한 구속영장을 청구하였다.

검사 C의 갑에 대한 구속영장 청구는 적법한가?

적법 주장의 근거



피의자 신문조서에는 피의자가 판사에 의한 '피의자 심문'을 원하지 않는다는 취지가 기재되어 있었으므로 검사 C의 갑에 대한 구속영장 청구는 적법하다.

인권침해의 여지



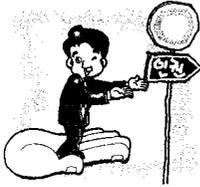
- 기(既) 체포 피의자 에 대한 구속영장 청구
 - 검사 또는 사법경찰관은 피의자에 대한 구속영장을 신청·청구하기 전에 피의자에게 피의자 심문을 신청할 수 있음을 말하고, 피의자 신문조서에 그 내용을 기재하여야 한다.
 - 다만 피의자 신문조서에 그 내용을 기재할 수 없는 특별한 사정이 있는 경우에는 피의자가 작성한 확인서 기타 피의자의 의사를 표시한 서면으로 이를 대신할 수 있다.(형사소송법 제201조의 2 제2항)
 - 대법원은 검사 또는 사법경찰관이 체포된 피의자에게 압력을 가하여 판사의 피의자 심문을 원하지 않는다는 의사표시를 강요할 우려가 있다고 판단하여 형사소송규칙(제96조의 6에서 제96조의 9까지)에 상세한 안전장치를 마련해 놓고 있다.



법규와 판례

형사소송규칙

- ① 검사 또는 사법경찰관은 법 제201조의 2 제2항에 따라 판사의 심문을 신청할 수 있음을 말함에 있어 피의자가 판사의 심문을 받는 경우에는 범죄사실과 구속의 사유에 대하여 변명을 할 수 있음을 알려야 한다.
- ② 검사 또는 사법경찰관은 피의자 신문에 있어 제1항의 고지를 한 경우에 그 취지를 피의자 신문조서에 기재하여야 한다. 다만, 피의자 신문 외에서 그 고지를 하는 때에는 피의자가 서명한 서면으로 이를 갈음할 수 있다.
- ③ 검사 또는 사법경찰관은 법 제200조의 5·제213조의 2 및 규칙 제100조의 규정에 의한 통지의 상대방에게 피의자에 대하여 구속영장이 청구될 수 있음과 법 제201조의 2 제1항에 규정한 피의자 이외의 자가 판사의 심문을 신청할 수 있음을 알려야 한다. 다만, 피의자가 이미 판사의 심문을 신청한 때에는 그러하지 아니하다.
- ④ 제3항의 고지는 피의자를 체포한 때로부터 구속영장을 청구 또는 신청하기 전까지 전화 또는 모사전송 기타 상당한 방법으로 신속히 이를 하여야 한다.(제96조의 6)
 - 판사는 체포된 피의자의 심문신청 여부가 피의자 신문조서에 기재되어 있지 아니하고 법 제201조의 2 제2항 단서에 규정한 서면이 없는 경우 또는 제96조의 6 제1항 및 제3항에 규정한 고지가 없거나 그 고지 여부가 분명하지 아니한 경우에 필요하다고 인정하는 때에는 검사에게 그 보장을 요구할 수 있다.(제96조의 7)
 - 검사 또는 사법경찰관은 피의자가 판사의 심문을 신청하는지 여부에 관하여 의사를 표시하거나 법 제201조의 2 제1항에 규정한 피의자 이외의 자가 판사의 심문을 신청한 때에는 구속영장 청구서 또는 구속영장 신청서에 그 취지를 기재하여야 한다.(제96조의 8)
- ① 법 제201조의 2 제1항에 규정한 자는 피의자의 체포시부터 구속영장 발부 여부 결정시까지 사법경찰관, 검사 또는 판사에게 판사의 심문을 신청할 수 있다. 다만, 법원은 수사기록을 보관하고 있지 아니한 상태에서 그 신청을 받은 경우에는 수사기록이 있는 검찰청 또는 경찰관서에 전화, 모사전송 기타 신속한 방법으로 그 취지를 지체없이 통지하여야 한다.
- ② 제1항의 신청은 서면 또는 구술로 이를 할 수 있다. 구술로 신청을 받은 공무원은 그 취지를 기재한 서면을 작성하여 기록에 철하여야 한다.(제96조의 9)



해설

검사가 제출한 수사기록에 포함되어 있던 피의자 신문조서에는 피의자가 판사에 의한 피의자 심문을 원하지 않는다는 취지가 기재되어 있었지만, 기록상 일정 범위의 피의자 친족에게 피의자 심문의 권리를 고지한 사실이 명시되어 있지 않은 경우 영장의 청구를 받은 영장 전담판사는 검사에게 그 보정(補正)을 요구하여야 한다.(형사소송규칙 제96조의 7) 검사가 보정 요구에 응하지 않는 경우에는 영장 기각 등의 조치를 취할 것이므로 검사는 규칙이 정하는 합당한 조치를 취할 것이다. 영장기각 등의 조치를 받지 않으려면 검사는 사법경찰관에게 일정 범위의 피의자 친족에게 피의자 심문의 권리를 고지하여 그 회답을 받은 후 영장을 신청하도록 하거나 스스로 일정 범위의 피의자 친족에게 피의자 심문의 권리를 행사할 것인가 여부를 확인한 후(이를 '보정'이라고 한다) 구속영장을 청구하여야 한다.

인권존중을 위해서



구속영장 실질심사제도는 피의자 인권신장을 위한 획기적인 조치

1997년 1월 1일부터 시행된 개정 형사소송법에는 피의자 구속(장기간 구금을 의미하는 협의의 구속)을 요청한 검사의 영장청구를 접수한 '지방법원판사가 구속의 사유를 판단하기 위하여 필요하다고 인정하는 때'에는 피의자를 '심문'할 수 있도록 하는 조항(이른바 '임의적 심문', 법 제201조의 2 제1항, 제2항)이 신설되었다. 이 신설 조항의 제도적 성격을 법원측에서는 '구속영장 실질심사제도'로 자리매김하여 피의자의 인권신장에 큰 획을 그은 획기적인 조치로 높게 평가하고 있다. 이 입장은, 과거 영장심사는 검사가 제출한 서면자료(수사기록)에만 의존하는 '형식적인 심사'였지만, 개정법에 의하여 법관이 직접 피의자를 대면하여 심사하는 영장심사는 '실질적인 심사'라는 주장이다. 1997년 11월 검찰 주도로 이 조항이 또 한 차례 개정되어 현재는 피의자와 그의 일정 범위의 친족이 피의자 심문을 원하고 법원이 피의자 심문이 필요하다고 인정하는 경우에

만 피의자 심문이 행해질 수 있게 되었다.

피의자가 심문을 원치 않더라도 피의자 친족에게 피의자 심문 의사 확인

시민적·정치적 권리에 관한 국제규약 제9조(신체의 자유) 제3항은 “형법상의 혐의로 체포 또는 구금당한 사람은 판사 또는 법률에 의해 사법권의 행사가 허용된 다른 관리 앞에 신속하게 인도되고, 또 타당한 기간 안에 재판에 회부되거나 석방될 수 있는 권리를 가진다”고 규정하고 있다. 또한 ‘모든 형태의 억류·구금하에 있는 사람들을 보호하기 위한 원칙’ 제11조 제1항은 “누구나 사법기관 등에 의해 즉시 청문받을 실질적 기회를 받지 아니하고서는 억류되어서는 안 된다”고 규정하고 있다. 이 국제인권 기준에 해당하는 국내법상의 제도가 구속영장 실질심사제도이다.

1997년 1월 1일 이전의 영장심사는 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약 제9조 제3항과 제4항의 권리(체포 또는 구금당한 사람은 판사 또는 법률에 의해 사법권의 행사가 허용된 다른 관리 앞에 신속하게 인도되고, 법원을 대상으로 하는 절차를 밟을 수 있는 권리를 가지며 법원 앞에서 그 구금의 합법성에 관해 지체 없이 결정을 받을 권리)를 침해하는 것이었다. 1997년 11월의 개정법도 피의자 심문을 필수적인 것이 아니라 ‘판사의 임의’로 하여 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약 제9조 제3항과 제4항의 취지에 미치지 못하고 있다. 그러므로 검사와 사법경찰관은 실사 피의자가 피의자 심문을 원하지 않는다 하더라도 일정 범위의 피의자의 친족이 피의자 심문을 원하는지 여부를 반드시 확인하여야 한다.

긴급체포의 요건과 불법한 긴급체포의 효과

사례



수사검사 A는 '현직 군수인 피의자 갑(후에 피고인 갑이 됨)에게 뇌물을 주었다'는 피의자 을(후에 피고인 을이 됨) 및 관련 참고인들의 진술을 먼저 확보한 다음, 피의자 갑을 소환·조사하기 위하여 검찰주사보 B로 하여금 피의자 갑을 긴급 체포하게 하였다.

1999년 12월 8일 16시 40분경 검찰주사보 B는 군청 군수실에 도착하였으나 피의자 갑이 군수실에 없어 도시행정계장인 C에게 군수의 행방을 확인하였다. 여기서 피의자 갑이 검사가 자신을 소환하려 한다는 사실을 미리 알고 "자택 옆에 있는 농장 농막에서 기다리고 있을 것이니 수사관이 오거든 그곳으로 오라고 하였다"는 말을 전해 들었다. 이에 같은 날 17시 30분경 검찰주사보 B는 C와 같이 농장으로 가서 그곳에서 수사관을 기다리고 있던 피의자 갑을 긴급체포하였다.

수사검사 A는 같은 달 11일 구속영장을 발부받을 때까지 피의자 갑을 유치하면서 같은 달 9일과 10일에 각 피의자 신문조서를 작성하였으며(긴급체포시에는 긴급체포의 사유로 '긴급체포하지 않으면 증거인멸 및 도주 우려 있음'이라고만 기재되어 있을 뿐, 왜 그러한 결론에 이르게 되었는지에 대하여는 아무런 설명이 없음) 그 피의자 신문조서에는 피의자 갑에게 불리한 진술이 담겨 있다. 피의자 갑은 뇌물수수 혐의로 기소되었으며, 수사검사 A가 긴급체포시에 작성한 피의자 신문조서가 피고인 갑의 유죄의 증거로 제출되었다.

피의자 갑은 그 후 수뢰사실을 시종일관 부인하고 있고 이를 뒷받침할 금융자료 등 물증은 없다. 검사 A가 피고인 갑의 유죄를 주장하는 근거는 '피고인 갑에게 뇌물을 주었다'고 진술하는 증뢰피고인 을의 진술과 관련 참고인들의 진술뿐이다. 피의자 갑에 대한 검사 A의 긴급체포는 적법한가? 검사 A가 긴급체포시에 작성한 피의자 신문조서는 법정에서 증거로 사용될 수 있는가?

적법 주장의 근거



- 긴급체포의 요건은 형사소송법 제200조의 3에 규정되어 있지만, 극히 추상적이어서 그 구체적 적용은 간단하지 않다.
- 법원 실무는 긴급체포의 요건 인정에 가급적 수사기관의 재량을 넓게 인정하려는 태도를 보이고 있다.
 - 구속영장 실질심사제도가 도입된 1997년의 형사소송법 개정으로 수사기관의 피의자 조사가 종전보다 어려워졌음을 시인하여 수사기관의 애로를 참작하려는 발상임

- 탄력적인 실무운용지침 : '피의자가 수사기관에 자진 출석하여 조사를 받는 도중 또는 조사 후 귀가를 원하는 경우 긴급체포를 할 수 있는가' 하는 쟁점에 대하여 일률적으로 부정하지 아니하고 "자진출석하여 조사를 받는다 하더라도 조사 과정을 통하여 자신의 죄가 무겁다고 인식하거나 변명이 받아들여지지 않는 점을 느끼게 되면 조사 후 영장을 청구하는 사이 도망할 경우가 있을 수 있으므로 일률적으로 정하기는 어렵고, 피의자가 출석하게 된 경위, 출석 횟수, 출석 불응이 있었는지 여부, 조사시간, 수사상황 등 제반 사정을 고려하여 신중하게 판단하여야 한다." (『법원실무제요(형사)』, 1998, 191쪽)
- 위의 사례에서 피의자가 자신의 소재를 밝히고 있다 하더라도 피의자의 혐의범죄는 수뢰죄라는 중대 범죄이고 증뢰자가 자백하였으므로 '도망 혹은 증거인멸의 우려' 를 이유로 긴급체포할 만한 사안이다.

- 시민적 · 정치적 권리에 관한 국제규약 제9조(신체의 자유)
 - 제1항 : "사람은 누구나 신체의 자유 및 안전을 누릴 권리를 가진다. 아무도 함부로 체포 또는 구금당하지 않는다. 법률에 의해 정해진 이유 및 절차에 의하지 않고는 아무도 그 자유를 빼앗기지 않는다."
 - 제3항 : "형법상의 혐의로 체포 또는 구금당한 사람은 판사 또는 법률에 의해 사법권의 행사가 허용된 다른 관리 앞에 신속하게 인도되어야 한다."
- 위 사례는 피의자의 혐의를 인정할 만한 물증이 없고 피의자에게 도망이나 증거인멸의 기미가 보이지도 않는다. 그런데 혐의범죄의 중대성만을 근거로 피의자를 영장 없이 긴급체포한다면 '피의자를 함부로 체포' 하여 시민적 · 정치적 권리에 관한 국제규약 제9조를 위반하는 것이다.
- 긴급체포의 남용
 - 2000년도의 긴급체포 인원수는 82,765명이고 2001년은 98,221명이다. 2000년도의 구속인원수는 102,569명, 2001년은 101,953명이다. 긴급체포된 자는 60% 이상 구속되고 있으므로 긴급체포가 남용되고 있다.
 - 현재 긴급체포는 예외적인 체포가 아니라 구속의 전 단계로 행하여지고 있으므로 '긴급' 이라는 명칭이 무색할 정도이다.

인권침해의 여지





법규와 판례

헌법상의 무죄추정원칙과 불구속재판의 원칙 확립한 형사소송법 규정

1997년부터 강제처분 가운데서도 가장 중요한 인신구속에 관한 분야가 대폭 개정 정비됨으로써 획기적 전환을 겪게 되었다. 이는 과거 헌법상의 무죄추정 원칙이나 불구속재판의 원칙이 제도의 미비와 오랜 관행으로 제대로 지켜지지 못하였던 점에 대한 반성에서 기인한다. 1995년 12월 29일 법률 제5054호로 형사소송법이 개정되고, 이어 1996년 12월 3일 대법원규칙 제1441호로 형사소송규칙이 개정되는 한편 대법원 송무예규 제501호로 '인신구속 사무의 처리 요령' (송형 96-3, 이하 '구속예규'라 함)과 송무예규 제514호로 '미체포 피의자 심문을 위한 구인절차에 관한 예규' (송형 97-1, 이하 '구인예규'라 함)가 마련되는 등의 과정을 통하여 추진된 내용들은 다음과 같다.

구속예규는 인신구속제도 운용의 기본 방향을 '헌법과 형사소송법이 지향하는 법원리인 무죄추정의 원칙과 불구속 수사·재판의 원칙에 입각하여 인신구속을 엄정하게 함으로써 국민의 기본적 인권보장과 효율적인 형사사법의 운영을 통한 실질적인 법치주의의 확립에 이바지' 하는 데 두고 있음을 명백히 하고 있다. 형사소송법 개정에 의한 체포제도의 확대 도입으로 인신구속제도는 단기간의 체포와 상대적으로 요건이 엄격하고 기간이 긴 구속으로 이원화되었다. 종래의 현행법 체포제도(형사소송법 제212조)는 그대로 유지되었으나 영장에 의한 체포제도(형사소송법 제200조의 2)가 도입되어 체포는 원칙적으로 체포영장에 의하도록 하였다. 종전의 긴급구속제도는 긴급체포제도(형사소송법 제200조의 3)로 개편되어 여전히 수사기관이 영장 없이 체포할 수 있도록 하고 긴급구속제도에 인정되었던 사후영장에 의한 통제는 배제되었다. 긴급체포의 요건에 관하여 형사소송법 제200조의 3과 제200조의 4는 다음과 같이 규정하고 있다.

긴급체포의 요건(형사소송법 제200조의 3 제1항)은 “㉠피의자가 사형 무기 또는 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유”가 있고 “㉡피의자가 증거를 인멸할 염려가 있거나 도망 또는 도망할 염려가 있으며” “㉢긴급을 요하여 지방법원판사의 체포영장을 받을 수 없어야” 한다. 여기서 “긴급을 요한다”고 함은 피의자를 우연히 발견한 경우 등과 같이 체포영장을 받을 수 없는 때를 말한다.(형사소송법 제200조의 3 제1항 후단) 이 요건은 긴급체포의 남용을 방지하기 위한 요건이다. 우연성은 체포영장을 발부받을 수 없는 긴급한 상황을 예시한 것에 불과하고 모든 피의자를 우연

히 발견하여야만 함은 아니며 체포영장을 청구하고 발부받는 데 상당한 시간이 소요되므로 그 동안 피의자가 도망할 염려가 있는 경우를 말한다. 긴급성의 요건은 기본적 인권보장의 이념과 수사의 효율성을 신중히 비교衡量하여 구체적인 사정에 따라 합리적으로 판단하여야 할 것이다.

대법원 판례

㉞ 긴급체포는 영장주의원칙에 대한 예외인 만큼 형사소송법 제200조의 3 제1항의 요건을 모두 갖춘 경우에 한하여 예외적으로 허용되어야 하고, 요건을 갖추지 못한 긴급체포는 법적 근거에 의하지 아니한 영장 없는 체포로서 위법한 체포에 해당하는 것이다. 여기서 ㉞ 긴급체포의 요건을 갖추었는지 여부는 사후에 밝혀진 사정을 기초로 판단하는 것이 아니라 체포 당시의 상황을 기초로 판단하여야 하고, 이에 관한 검사나 사법경찰관 등 수사 주체의 판단에는 상당한 재량의 여지가 있다고 할 것이나, ㉞ 긴급체포 당시의 상황으로 보아서도 그 요건의 충족 여부에 관한 검사나 사법경찰관의 판단이 경험칙에 비추어 현저히 합리성을 잃은 경우에는 그 체포는 위법한 체포라 할 것이고, 이러한 위법은 영장주의에 위배되는 중대한 것이니 그 체포에 의한 유치시에 작성된 피의자 신문조서는 위법하게 수집된 증거로서 특별한 사정이 없는 한 이를 유죄의 증거로 할 수 없는 것이다.

……피고인 갑은 현직 군수직에 종사하고 있어 검사로서도 피고인 갑의 소재를 쉽게 알 수 있었고, 1999년 11월 29일 피고인 을의 위 진술(피고인 갑에게 뇌물을 공여하였다는 진술 필자 주) 이후 시간적 여유도 있었으며, 피고인 갑도 도망이나 증거 인멸의 의도가 없었음은 물론, 언제든지 검사의 소환조사에 응할 태세를 갖추고 있었고, 그 사정을 위로서도 충분히 알 수 있었다 할 것이어서, 위 긴급체포는 그 당시로 보아서도 형사소송법 제200조의 3 제1항의 요건을 갖추지 못한 것으로 쉽게 보여져 이를 실행한 검사 등의 판단이 현저히 합리성을 잃었다고 할 것이므로, 이러한 위법한 긴급체포에 의한 유치중에 작성된 이 사건 각 피의자 신문조서는 이를 유죄의 증거로 하지 못한다.(대법원 2002. 6. 11. 선고 2000도5701 판결)



해설

최근에 선고된 위 대법원 판례는 긴급체포의 요건 인정에 주요 판례로 인용될 만한 가치가 있는 중요한 판결이다. 이 판결의 내용을 문리해석하면 다음의 세 가지로 요약된다. 첫째, 긴급체포는 영장주의원칙에 대한 예외인 만큼 요건을 갖추지 못한 긴급체포는 위법한 체포에 해당한다.(㉠) 그러나 둘째, 긴급체포의 요건을 갖추었는지 여부는 사후에 밝혀진 사정을 기초로 판단하는 것이 아니라 '체포 당시의 상황을 기초로 판단' 하여야 하고, 이에 관한 검사나 사법경찰관 등 수사 주체의 판단에는 상당한 재량의 여지가 있다.(㉡) 그럼에도 셋째, '긴급체포 당시의 상황으로 보아서도 그 요건의 충족 여부에 관한 검사나 사법경찰관의 판단이 경험칙에 비추어 현저히 합리성을 잃은 경우'에는 그 체포는 위법한 체포이다.(㉢)

이 세 가지를 종합하여 대법원의 의도를 한마디로 간명하게 요약하면 긴급체포의 요건 인정에 가급적 수사기관의 재량을 넓게 인정하되(이 점은 특히 ㉠ 부분에 잘 표현되어 있다), 요건의 충족 여부에 관한 검사나 사법경찰관의 판단이 경험칙에 비추어 현저히 합리성을 잃은 경우에만 '중대한 영장주의 위반=위법한 긴급체포'로 보겠다는 취지이다.

인권존중을 위해서



긴급체포를 남용해서는 안 된다

혐의범죄가 중대하고 피의자에게 도망 또는 증거인멸의 우려가 있고 피의자를 사전의 체포·구속영장에 의하여 체포·구속할 수 없는 긴급한 경우에 피의자의 신병을 신속히 확보하려는 것이 긴급체포의 목적이다. 어느 나라에서나 수사기관에게 일정한 범위 내에서 사전영장 없는 긴급체포를 인정하는 것을 보면 긴급한 경우에 영장 없는 체포제도 도입의 필요성은 인정된다. 그러나 긴급체포의 남용을 억제하기 위한 장치도 불가결하다.

수사상의 필요와 피의자의 이익을 조화시켜야

시민적·정치적 권리에 관한 국제규약 제9조(신체의 자유) 제1항은 피의자의 '함부로 체포되지 아니할 권리'를 포괄적으로 규정하고 그 구체적 범위와 한계는 조약비준국의 관행과 재량에 맡기고 있다. 2002년에 선고된 대법원 판결은 수사기관의 수사상의 필요와 피의자의 이익을 적절히 조화시킨 판결이므로 이 판결을 숙지하여야 할 것이다.

긴급체포된 경우 체포·구속적부심사를 청구할 수 있는가

사례



갑은 사기혐의로 검사 A에게 긴급체포되었다. 갑은 관할법원에 체포적부심사를 청구하였다. 검사 A는 현행법상 '체포영장 또는 구속영장에 의하여 체포 또는 구속된 피의자' (형사소송법 제214조의 2 제1항)만이 체포·구속적부심사를 청구할 수 있으므로 갑의 체포적부심사 청구는 인정할 수 없다고 주장한다. 갑과 검사 A의 주장 중 누구의 주장이 타당한가?

적법 주장의 근거



- 형사소송법 제214조의 2 제1항이 체포·구속적부심사 청구 주체를 '체포영장 또는 구속영장에 의하여 체포 또는 구속된 피의자'로 한정하고 있으므로 형사소송법 제214조의 2 제1항을 문리해석하면 영장 없이 긴급체포된 피의자 갑에게는 체포·구속적부심사 청구 적격이 없다고 볼 수 있다.
- 수사기관이 갑을 장기간 구속하려면 체포한 때로부터 48시간 이내에 구속영장을 신청하여야 하고 이때 갑은 피의자 심문을 요청하여 체포의 적법성 여부에 대하여 판사의 심사를 받을 수 있다.
긴급체포된 피의자 갑에게 체포·구속적부심사 청구 적격이 없는 것으로 해석하여도 크게 부당하지 않다.

인권침해의 여지



- 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약 제9조(신체의 자유) 제4항
 - "체포 또는 구금으로 자유를 빼앗긴 사람은 법원을 대상으로 하는 절차를 밟을 수 있는 권리를 가진다. 그 절차가 목적하는 바는, 법원이 그 구금의 합법성에 관해 지체없이 결정을 내릴 수 있고, 또 그 구금이 합법적이지 아닐 경우 석방을 명령할 수 있도록 하는 데 있다."
 - 같은 규약 제9조(신체의 자유) 제3항의 '형법상의 혐의로 체포 또는 구금당한 사람은 판사 또는 법률에 의해 사법권의 행사가 허용된 다른 관리 앞에 신속하게 인도'되어야 한다는 규정과는 다른 의미를 가지고 있다.
 - 피체포자·피구속자에게 구속영장 실질심사 외에 또 한번의 법원에 의한 체포·구속의 합법성 심사의 기회가 주어져야 한다는 취지의 규정이다.

- '갑에 대하여 구속영장이 청구될 때 갑은 피의자 심문을 요청하여 체포의 적법성 여하에 대하여 판사의 심사를 받을 수 있으므로 긴급체포된 피의자 갑에게 체포·구속적부심사 청구 적격이 없는 것으로 해석하여도 크게 부당하지 않다'는 주장은 위 규약 제4항과는 거리가 있다.



법규와 판례

형사소송법

○ 체포영장 또는 구속영장에 의하여 체포 또는 구속된 피의자 또는 그 변호인, 법정대리인, 배우자, 직계친족, 형제자매, 호주, 가족이나 동거인 또는 고용주는 관할법원에 체포 또는 구속의 적부심사를 청구할 수 있다.(제214조의 2 제1항)

대법원 판례

○ 헌법 제12조 제6항은 '누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 적부의 심사를 법원에 청구할 권리를 가진다'고 규정하고 있고, 형사소송법 제214조의 2 제1항은 '체포영장 또는 구속영장에 의하여 체포 또는 구속된 피의자 등이 체포 또는 구속의 적부심사를 청구할 수 있다'고 규정하고 있는바, 형사소송법의 위 규정이 체포영장에 의하지 아니하고 체포된 피의자의 적부심사 청구권을 제한한 취지라고 볼 것은 아니므로 긴급체포 등 체포영장에 의하지 아니하고 체포된 피의자의 경우에도 헌법과 형사소송법의 위 규정에 따라 그 적부심사를 청구할 권리를 가진다고 봄이 상당하다 할 것이다. 위와 같은 취지에서 긴급체포된 이 사건 피의자에게 적부심사 청구권이 있다고 한 원심판단은 정당하고, 거기에 논하는 바와 같이 헌법재판소의 위헌법률 심사권을 규정한 헌법 제111조를 위반하였거나 헌법 제12조 제3항, 제6항 및 형사소송법 제214조의 2 제1항의 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.(대법원 1997. 8. 27. 자 97모21 결정)



해설

1997년의 대법원 판결은 '일건 명확하지 아니한 현행 형사소송법의 취지'에 관하여 매우 수준 높은 법률적 논변을 전개하고 있어서 주목할 필요가 있다. 대법원은 '긴급체포된 피의자에게 체포적부심사 청구권이 있는지 여부'에 대하여 이를 '긍정'하고 있다. 대법원은 얼핏 보기에 '형사소송법 제214조의 2 제1항의 문리'에 반하는 확장해석을 전개하는데, 긍정의 논거로 헌법 제12조 제6항이 '누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는(하략)'이라고 규정한 것을 들고 있다. 대법원은 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약 제9조 제4항을 염두에 두고 이른바 '헌법적 형사소송론'을 응용한 것이다.

구속적부심사제도는 수사단계에 있는 피의자의 구속이 적법한가의 여부를 심사하는 제도라는 점에서, 수소법원(受訴法院)이 구속된 피고인의 석방 여부를 결정하는 보석과 구별되며, 법원의 결정에 의하여 석방되는 제도라는 점에서 검사가 구속을 취소하여 피의자를 석방하는 경우와도 구별된다. 보석제도의 취지를 기소 전 단계까지 확대하기 위하여 현행법은 구속적부심사 청구시 보증금 납입을 조건으로 하는 피의자 석방제도를 신설하였다.(형사소송법 제214조의 2 제4항) 구속영장에 의하여 구속된 피의자 또는 그 변호인 등이 법원에 구속의 적부심사를 청구하면 죄증을 인멸할 염려가 있다고 믿을 만한 충분한 이유가 있는 경우, 피해자 기타 당해 사건의 재판에 필요한 사실을 알고 있다고 인정되는 자 또는 그 친족의 생명·신체·재산에 해를 가하거나 가할 염려가 있다고 믿을 만한 충분한 이유가 있는 경우 등이 아니라면 피의자의 출석을 보증할 만한 보증금 납입을 조건으로 피의자를 석방할 수 있다. 이 석방 결정에 대하여는 형사소송법 제402조에 의하여 항고할 수 있다.(대법원 1997. 8. 27.자 97모21 결정) 석방을 결정할 때에는 주거제한, 법원 또는 검사가 지정하는 일시 장소에 출석할 의무조건을 부가할 수 있다. 도망, 증거인멸, 출석 불응 및 기타 조건 위반의 경우를 제외하고는 동일한 범죄사실에 대하여 체포포 또는 재구속이 금지되고 있다.(형사소송법 제214조의 3)

인권존중을 위해서

구속영장 실질심사와 구별되는 또 하나의 인신보호장치

체포 또는 구속의 적부심사는 수사기관에 의한 피의자의 체포나 구속이 적법한지 여부와 그 계속의 필요 여부를 법원이 심사하여 부적법·부당한 경우에 구속된 피의자를 석방하는 제도이다. 체포 또는 구속의 적부심사는 구속영장 실질심사와 구별되는 또 하나의 인신보호장치이다. 따라서 구속영장 실질심사와 체포·구속의 적부심사를 혼동해서는 안 된다. 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약도 제9조(신체의 자유) 제4항(체포·구속의 적부심사)과 제3항(구속영장 실질심사)을 구별하여 별도로 규정하고 있다.

그러나 체포적부심 절차에서는 보증금 납부를 조건으로 한 기소 전 보석제도가 인정되지 않는다.(대법원 1997. 8. 27.자 97모21 결정) 체포와 구속은 별개의 개념이고 체포는 48시간 이내의 단기유치제도이므로 보증금 납부를 조건으로 한 기소 전 보석을 인정할 실익이 없으며 또한 형사소송법 제214조의 2 제4항에 '구속'된 피의자라고 명시되어 있기 때문이다.



변호인과의 접견교통권은 제한될 수 있는가

사례



갑은 국가보안법 위반 피의사건(반국가단체 구성과 이적행위)으로 판사 A로부터 사전영장이 발부되어 적법하게 구속되어 경찰서 유치장에 수감되었다. 갑의 구속사실을 통지받은 갑의 어머니가 변호사 을을 갑의 변호인으로 선임하였다. 검사 B는 조사차 피의자 갑의 신병을 검찰청 구치간으로 이송하여 조사를 행한 지 48시간이 지났으나 피의자의 신병을 경찰서로 이송하지 않았다.

- 1) 모월 모일 오전에 을의 접견요청 사실을 통지받은 검사 B는 “현재 수사중이니 수사가 끝날 때까지 기다리라”고 하여 을은 일단 기다렸으나 당일 17시까지 접견은 실현되지 않았다.(을이 접견을 신청한 시각은 10:00이고 검사 B가 통지를 받은 시각은 10시 30분이었다) 검사 B의 조치는 적법한가?
- 2) 을은 모월 모일 11시에 담당검사 B의 조사실에서 갑을 접견할 수 있었다. 그런데 검사 B는 검찰서기 C로 하여금 을과 갑의 접견에 참여하여 가까이서 지켜보면서 그들의 대화내용을 듣고 또 이를 기록하도록 지시하였다. 을은 검찰서기 C의 행위가 부당하다고 항의하였다. 그러자 검사 B는 위험물질의 교부가 있는지 감시하여야 하기 때문에 가까이에서 지켜볼 필요가 있다고 하면서 자신의 지시를 철회하지 않았다. 검사 B의 주장은 정당한가?

적법 주장의 근거



- 사례의 1)에 대하여는 ‘현재 수사중’인 때에는 수사가 끝날 때까지 변호인이 기다려야 하므로 검사 B의 조치는 적법하다.
 - 변호인과의 접견교통권이 중요하더라도 수사에 지명적인 방해를 주면서까지 그것을 보호할 수는 없다.
 - 수사관이 현장검증을 위하여 피의자를 대동하여 멀리 출타한 경우에 접견이 다소 지연되었다고 하여 접견불허 처분과 동일시할 수는 없다.
- 사례의 2)에 대하여는 ‘위험물질의 교부가 있는지 감시하는 것은 국제인권규약도 허용하는 바’이므로 검사 B의 조치는 적법하다.

인권침해의 여지



- 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약 제14조(공평한 재판을 받을 권리) 제3항 (b)호는 피체포자·피구속자에게는 “방어를 준비하기 위해 적절한 시간과 편의가 제공되고, 또 자기가 선임한 변호인과 연락을 가져야 한다”고 규정하고 있다.
- 모든 형태의 억류·구금하에 있는 사람들을 보호하기 위한 원칙 제18조는 “① 억류 또는 구금된 자는 자기의 변호인과 상담하기 위해 적당한 시간과 시설이 주어지도록 해야 한다. ② 억류 또는 구금된 자는 자기의 변호인과 통신하고 상담하기 위해 적당한 시간과 시설이 주어지도록 해야 한다. ③ 억류 또는 구금된 자가 지체없이, 검열이 없고 완전한 비밀이 보장되어 자기 변호인의 방문을 받고, 변호인과 상담 또는 통신할 권리는 정지되거나 제한되지 않도록 해야 한다. 단, 법률 또는 법률에 따른 규칙에 정해지고 사법기관 등에 의해 안전과 질서를 유지하기 위하여 불가결하다고 판단된 예외적인 경우에는 그러하지 아니하다. ④ 억류 또는 구금된 자와 그 변호인의 접견은 법집행 공무원이 감시할 수 있지만 청취할 수는 없도록 해야 한다”고 규정하고 있다.
- 따라서 검사 B의 주장은 위와 같은 국제인권규약 위반의 의심이 있다.*

*검사가 구속피의자 또는 피고인을 구금장소에서 계속 소환하여 접견교통을 방해하는 사례도 있다. 예를 들어 검찰청에는 구치소에서 소환되어 신문을 받기 전에 구속피의인이 내기하는 1병 남짓한 김이수심시설(소위 비둘기방)을 설치한 곳이 있다. 변호인접견을 방해하거나 수사에 협조하지 않는 피의자에게 교통을 주기 위하여 피의자를 소환하여 시설에 하루 종일 감금하는 실제 신문은 하지 않고 구치소로 되돌려 보내는 사례도 있다. 이것은 사실상 ‘고문’의 일종이며, 변호인접견을 방해하는 중대한 위법행위이다.



법규와 판례

헌법

○ 누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다.(제12조 제4항)

형사소송법

○ 변호인 또는 변호인이 되려는 자는 신체구속을 당한 피고인 또는 피의자와 접견하고 서류 또는 물건을 수수할 수 있으며 의사로 하여금 진료하게 할 수 있다.(제34조)

행형법

○ 소장은 수용자의 접견에 교도관을 참여하게 할 수 있다. 다만, 제66조 제1항의 규정에 의한 변호인과의 접견은 예외로 한다.(제18조 제3항)

○ 미결수용자와 변호인(변호인이 되려고 하는 자를 포함한다. 이하 같다)과의 접견에는 교도관이 참여하거나 그 내용을 청취 또는 녹취하지 못한다. 다만, 보이는 거리에서 미결수용자를 감시할 수 있다.(제66조 제1항)

대법원 판례

○ 첫째, 헌법 제12조 제4항은 '즉시' 변호인의 조력을 받을 권리가 있다고 규정하고, 둘째, 형사소송법 제34조는 접견신청의 절차와 시기에 대하여 아무런 제약을 두지 아니하였으며, 셋째, 형사소송법 제89조, 제90조, 제91조는 구속된 피의자, 피고인에게도 '즉시' 변호인과 접견할 수 있는 권리를 보장하고 있으므로 신속한 접견 실현을 생명으로 여기는 위와 같은 관계 법령의 규정취지에 비추어 볼 때 신속히 접견이 이루어지지 아니한 것은 실질적으로 접견불허 처분이 있는 것과 동일시된다.(대법원 1991. 3. 28.자 91모24 결정)

1992년 헌법재판소 결정

○ 구속된 사람을 계호(戒護)함에 있어서도 1988. 12. 9. 제43차 유엔총회에서 채택된 '모든 형태의 억류·구금하에 있는 사람들을 보호하기 위한 원칙' 제18조 제4항이 '억류 또는 구금된 자와 그 변호사의 접견은 법집행관이 감시할 수 있지만 청취할 수는 없도록 해야 한다' 라고 적절하게 표현하고 있듯이 관계공

무원은 구속된 자와 변호인의 대담내용을 들을 수 있거나 녹음이 가능한 거리에 있어서는 아니 되며 계호나 그 밖의 구실 아래 대화 장면의 사진을 찍는 등 불안한 분위기를 조성하여 자유로운 접견에 지장을 주어서도 안 된다.(1992. 1. 28. 선고 91헌마111 결정. 변호인의 조력을 받을 권리에 대한 헌법소원)

해설



사례의 1)에서는 정당한 '수사상의 필요'를 어느 정도까지 인정할 것인가가 쟁점이다. 아무리 접견교통권이 중요하더라도 수사에 치명적인 방해물 주면서까지 보호할 수는 없기 때문이다. 결국 접견이 지연되는 경우 위법한 접견거부 처분이 되는 부분과 부득이한 것으로서 변호인측이 받아들여야 할 부분의 한계는 접견이 지연된 기간과 접견 실현을 위하여 수사측이 기울인 노력을 비교형량하여 판단할 문제이다. 아무 이유 없이 접견이 지연되는 경우에는 불과 1시간 정도 지연되어도 접견불허 처분으로 보아야 할 것이다. 반면에 접견을 신청하였을 당시 마침 수사관이 현장검증을 위하여 피의자를 대동하여 출타한 경우에는 몇 시간씩 지연되어도 접견불허 처분으로 볼 수 없을 것이다.

대법원이 "접견 신청일로부터 '상당한 기간'이 경과하도록 접견이 허용되지 않고 있는 것은 접견불허 처분이 있는 것과 동일시된다고 봄이 상당하다"(대법원 1990. 2. 13.자 89도37 결정)고 판시한 것은 이 점을 고려한 것으로 보인다. 또 "접견 신청 당일' 접견이 이루어지지 아니한 것을 접견불허 처분"(대법원 1991. 3. 28.자 91도24 결정)으로 보았으며, 서울형사지방법원은 1시간 지체된 것만으로도 접견불허 처분으로 인정하여 준항고를 인용하였다.(서울형사지방법원 1991. 4. 16.자 결정) 오전에 을의 접견요청 사실을 통지받은 검사 B가 '현재 수사중이니 수사가 끝날 때까지 기다리라'고 하여 을은 일단 기다렸으나 당일 17시까지 접견이 이루어지지 않았으므로 이것은 접견불허 처분과 동일하다. 따라서 사례의 1)에서 검사 B의 조치는 위법하다. 변호인 을은 관할 법원에 준항고를 제기하여 접견을 실현할 수 있다.

사례의 2)에서는 변호인과 피구속자가 접견할 때 수사기관이나 유치시설 관리

자가 변호인과 피구속자 사이에 위험물질의 교부가 있는지 감시할 수 있는가가 쟁점이다. 행형법 제66조 제1항과 '모든 형태의 억류·구금하에 있는 사람들을 보호하기 위한 원칙' 제18조 제4항에 따라 변호인과 피구속자의 대담에서 관계 공무원의 입회는 가시거리까지만 인정되고 가청거리 안에서는 허용되지 않는다.

인권존중을 위해서



구속된 피의자와 변호인의 자유로운 접견은 제한될 수 없다

헌법 제12조 제4항에서 보장하고 있는 신체구속을 당한 사람의 변호인의 조력을 받을 권리는 무죄추정을 받고 있는 피의자·피고인이 신체구속 상황에서 생길 수 있는 여러 가지 폐해를 제거하고 구속이 그 목적의 한도를 초과하여 이용되거나 작용하지 않게끔 보장하기 위한 것이다. 여기서 '변호인의 조력'은 '변호인의 충분한 조력'을 의미한다. 변호인의 조력을 받을 권리의 필수적 내용은 신체구속을 당한 사람과 변호인의 접견교통권이며 이러한 접견교통권의 충분한 보장은 구속된 자와 변호인의 대화내용에 대하여 비밀이 완전히 보장되고 어떠한 제한, 영향, 압력 또는 부당한 간섭 없이 자유롭게 대화할 수 있는 접견을 통해서만 가능하다. 이러한 자유로운 접견은 구속된 자와 변호인의 접견에 교도관이나 수사관 등 관계공무원의 참여가 없어야 가능하다. 변호인과의 자유로운 접견은 신체구속을 당한 사람에게 보장된 변호인의 조력을 받을 권리의 가장 중요한 내용이어서 국가안전보장, 질서유지, 공공복리 등 어떠한 명분으로도 제한될 수 없다.

변호인 접견시 관리자는 가청거리가 아닌 가시거리 내에서 감시해야 한다

구금시설의 관리자와 피의자를 조사하고 있는 수사기관측에서는 변호인과 피의자 측 사이에 위험물질의 교부가 있는지 여부를 감시하여야 할 필요가 있음도 사실이다.(행형법 제66조 제2항 단서 제2호) 이에 따라 피구금자 또는 피수감자와 그의 변호인 사이의 대담시에 위험물질의 교부가 있는지 여부를 감시하기 위하여 법 집행 공무원은 가청거리 내에서는 안 되지만 가시거리 내에서 감시할 수 있다.

별건 체포·구속은 위법인가

검사 A는 을에 대한 갑의 살인범죄를 수사하기 위하여 우선 갑을 절도죄로 체포·구속하여 주로 살인죄의 혐의를 조사하였다. 갑은 체포·구속중에 절도혐의에 대하여 자백하였다. 검사 A는 구속기간을 연장하였고 연장기간이 만료된 후 갑을 다시 살인죄로 체포·구속하였다. 검사 A의 일련의 수사행위는 적법한가?

사례



적법 주장의 근거

- 별건 체포·구속이란 수사기관이 어떤 피의사건(X, 본건)에 대하여 조사할 목적으로 다른 피의사건(Y, 별건)의 혐의에 기초하여 체포·구속하는 경우를 말한다. 수사기관이 본래 의중에 두고 있는 '본건 피의사건'에 대하여 체포장이나 구속영장을 청구할 만한 혐의나 증거자료가 충분하지 않을 때, 비교적 경미하지만 그 혐의는 수사기관이 충분히 확보하고 있는 '별건 피의사건'으로 피의자를 체포·구속하여 신병을 확보한 후 오로지 본건 혐의사건에 대하여 조사하는 경우를 별건 체포·구속이라고 한다.
- 별건 체포·구속이 위법한가 여부는 위법성 여부의 기준을 어디에 두고 판정할 것인가에 따라 별건 기준설과 본건 기준설로 구분할 수 있다. 별건 기준설은 별건(이 사례에서는 절도)에 대하여 체포·구속의 요건이 존재하는 한 수사기관의 주관적 의도가 어떻건 체포·구속은 적법하다고 주장한다.



인권침해의 여지

- 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약 제9조(신체의 자유) 제1항은 "사람은 누구나 신체의 자유 및 안전을 누릴 권리를 가진다. 아무도 함부로 체포 또는 구금당하지 않는다. 법률에 의해 정해진 이유 및 절차에 의하지 않고는 아무도 그 자유를 빼앗기지 않는다"고 규정하여 수사기관의 자의적인 체포와 구속을 억제하고 있다.
- 수사기관의 자의적인 체포와 구속을 억제하는 장치 중 가장 중요한 것이 '영장주의'이다. 본건 기준설을 취하면 비록 별건에 대하여 체포·구속의 요건이 존재한다 하더라도 그것이 수사기관의 영장주의의 잠탈 의도하에서 행하여진 때에는 위법이라고 볼 소지가 있다.



* 대검찰청은 여러 차례 불구속 수사의 확대를 지시한 바 있으며 또한 전체적으로 구속인원이 감소되는 추세에 있다. 그러나 여전히 구속인원이 적지 않아 구속영장 청구가 남발되고 있다는 지적은 계속되고 있다. 1998~2001년 동안 형사 입건된 자 가운데 구속된 자의 비율은 5.8%(1998)에서 4.1%(2002)로 감소하였다. 절대수치로 보면 불구속수사가 확대되고 있음을 부인할 수 없다.

- 사례에서 검사 A가 절도혐의로 갑을 체포·구속한 것은 명백히 본건인 살인사건에 관한 조사와 자백획득을 위하여 행하여진 것이므로 전형적인 별건 체포·별건 구속이다. 따라서 본건 기준설을 취하면 모든 절차가 위법성을 띠어 국제인권규약 위반의 문제가 있다.*



법규와 판례

헌법

- 체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.(제12조 제3항)

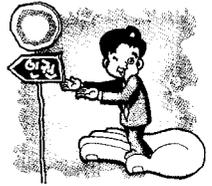
형사소송법

- 구속기간은 2월로 한다. 특히 계속할 필요가 있는 경우에는 십급마다 2차에 한하여 결정으로 갱신할 수 있다.(제92조 제1항)
- 검사가 피의자를 구속한 때 또는 사법경찰관으로부터 피의자의 인치를 받은 때에는 10일 이내에 공소를 제기하지 아니하면 석방하여야 한다.(제203조)

대법원 판례

- 피고인이 기소중지 처분된 신용카드업법 위반 등 피의사실로 27일간 구속되었고 연이어 사기 등 범행으로 구속되어 기소되었지만 결과적으로 위 구속기간이 사기 등 범행사실의 수사에 실질상 이용되었다 하더라도 위 구금일수를 사기죄의 본형에 산입할 수는 없다.(대법원 1990. 12. 11. 선고 90도2337 판결)

해설



별건 체포·구속을 위법수사로 자리매김하려는 법이론을 '별건 체포·구속 위법론' (이하 '위법론'으로 약칭함)이라 한다. 이를 명시한 판례는 아직 없지만, 최근 학설상으로는 위법론이 우세해지고 있다. 위법론의 근거는 ㉠ 영장주의의 실질적 위반과 ㉡ 별건에 의한 신병구속의 남용을 들 수 있다. 위법론 전개의 이론적 기초로서는 강제처분의 운용기준인 사건단위설이 자리잡고 있다.

사례에서 검사 A의 절도 피의사건에 대한 구속연장 조치는 감이 이미 절도에 대하여 자백한 후의 것이고, 그 점에서 구속연장 청구와 구속연장 허가결정의 필요성이 있다고 말할 수 있을지 모르나 별건 체포·구속 위법론은 그 위법성을 명확하게 근거지을 수 있다. 왜냐하면 이 경우에 검사 A의 진의는 살인사건에 관한 수사의 필요성이 구속연장의 이유이므로 그 실질을 들여다보면 사건단위의 원칙 위반이기 때문이다.

다음에 검사 A가 감을 살인 피의사건으로 재체포·재구속한 조치의 절차적 적법성을 검토하여 보자. 별건 체포·구속은 통상 그 후 본건 사실에 기초한 제2차의 체포·구속을 예정하고 있다. 사례에서는 이 제2차의 체포·구속이 적법한가도 문제된다. 강제처분을 형식적인 사건단위설의 논리로 운용하면 피의사실이 다른 이상 살인혐의에 의한 제2차 체포가 위법하다는 논증이 불가능한 것처럼 보인다. 그러나 이 논증은 별건 체포·구속의 실질적 내용을 간과한 논증이다.

별건 체포·구속의 목적은 본건 사실의 조사와 자백의 획득이므로 그 실질을 보아 본건 사실에 기초한 체포·구속으로 보아야 한다. 별건 체포·구속 후의 본건 체포·구속은 실질적으로 동일 피의사건(살인)에 대한 체포·구속을 반복하는 것이므로 신병구속 기간의 엄격한 법적 규제를 잠탈하는 수단이다. 또한 많은 경우 제2차 체포·구속은 제1차 체포·구속(별건 체포·구속) 중 본건에 관계된 조사 과정에서 얻어진 자백을 기초로 이루어진다. 별건 체포·구속 위법론의 입장에서 보면 그런 자백은 위법한 절차과정에서 수집된 증거로서 배제되어야 할 대상이다.

인권존중을 위해서



불구속 수사와 불구속 재판을 원칙으로

범죄사실의 규명과 범죄자에 대한 재판·처벌을 위하여 수사상 테인적 강제처분으로서 체포·구속이 필요약으로서 허용될 수밖에 없다. 그러나 무죄추정의 원칙에 비추어 볼 때 긴급적 불구속 수사와 불구속 재판이 원칙으로 추구되어야 한다. 이에 관한 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약 제9조 제3항은 이를 “재판에 회부된 사람이 구치소에 구금당하는 것이 관례로 되어서는 안 된다”고 규정하고 있다.

인권침해의 소지가 큰 별건 체포·구속

체포·구속은 가장 심각한 자유구속적 처분이다. 그러므로 헌법과 형사소송법의 ‘영장주의의 천명’ ‘구속기간의 제한’ 정신을 잠탈하려는 의도적인 목표를 가지고 자행되는 별건 체포·구속은 인권침해의 소지가 클 뿐만 아니라 위법하다.

제6장

맺음말

검찰의 명예와 자존심은 시민들이 검찰을
정의와 인권 실현의 보루로 인정해 줄 때,
검찰 스스로 그와 같은 기대에 부응하기 위한 치열한 노력을
기울일 때 확보되고 지켜질 수 있다.
인권의 보루로 남기 위한 검찰의 노력은, 안으로는 수사의 효율성을 앞세워
인권을 유보하는 관행을 바꾸는 것부터 시작되어야 한다.
더 나아가 만일 기본적인 인권조차 유보하게 하는 효율성이 성과와
업적 중심의 평가에서 비롯된다면 그런 평가의 방식, 그에 기초한 인사제도 또한
재검토해서 바꾸는 노력으로 이어져야 할 것이다.
또한 검찰권 행사에 시민이 참여하는 방안을 고민하고 시민사회의 문제제기를
겸허하게 경청하여 반영하려는 자세가 요구되기도 한다.



지금까지 검찰 실무와 관련하여 제기되는 인권 쟁점들을 크게 임의수사와 피의자 신문(임의동행, 미란다 고지 등), 대물적 강제처분(압수, 감청 등), 대인적 강제처분(긴급체포, 구속영장 실질심사 등)으로 나누어 살펴 보았다. 여기서 다룬 인권 관련 쟁점들은 대표적인 유형에 지나지 않는다. 이 외에도 검찰 실무와 관련하여 '수사의 공정성'이나 '편파수사'에 대한 문제제기도 심심치 않게 이루어진다.

물론 이런 각각의 상황에 대해 검찰 실무 종사자의 입장에서 제기할 수 있는 반론이 얼마든지 있다. 실무자 개인적으로는 어찌지 못하는 제도, 조직의 관행 탓일 수 있는 많은 문제들 앞에서 '개인으로 할 수 있는 것들이 과연 얼마나 될까' 하는 의구심도 있을 수 있다. 그러나 제도나 조직의 관행에 대한 문제제기는 접어 두고 그 틀 속에서 '지시에 따라 일할 뿐'이라는 생각으로 일한다면 시민으로부터 '침묵과 추종'에 대한 책임을 추궁받게 될 것이다. 또한 제도나 조직의 관행이 개개인의 의식을 완전히 지배하는 것도 아니다. 진정으로 검찰이 '인권의 보루'임을 자부한다면 그에 합당한 실무관행을 정착시키고 시민들이 불편하



게 여기는 점들을 개선하려는 노력이 필요하다. 그 과정에서 조직의 관행, 법적 제도가 걸림돌이 된다면 문제가 되는 관행과 법적 제도를 바꾸려는 적극적인 노력도 기울여야 할 것이다.

인권의 보루로 남기 위한 검찰의 노력은, 안으로는 수사의 효율성을 앞세워 인권을 유보하는 관행을 바꾸는 것부터 시작되어야 한다. 더 나아가 만일 기본적인 인권조차 유보하게 하는 효율성이 성과와 업적 중심의 평가에서 비롯된다면 그런 평가의 방식, 그에 기초한 인사제도 또한 재검토해서 바꾸는 노력으로 이어져야 할 것이다. 또한 검찰권 행사에 시민이 참여하는 방안을 고민하고 시민사회의 문제제기를 겸허하게 경청하여 반영하려는 자세가 요구되기도 한다. 최근 대검찰청이 도입한 검찰제도 개선위원회 제도의 활용, 각급 검찰청이 내세우고 있는 ‘국민에게 봉사하는 검찰’ 캠페인 등은 검찰의 새로운 자세를 보여 주는 좋은 사례이다.

많은 검사들, 그리고 검찰은 스스로 말하길 명예와 자존심으로 살아간다고 한다. 그러나 그 명예와 자존심은 검찰이 우리 사회의 엘리트집단이자 힘 있는 집단이기 때문에 당연히 갖게 되는 것이 아니다. 검찰의 명예와 자존심은 시민들이 검찰을 정의와 인권 실현의 보루로 인정해 줄 때, 검찰 스스로 그와 같은 기대에 부응하기 위한 치열한 노력을 기울일 때 확보되고 지켜질 수 있다. 검찰활동과 관련된 진정과 청원의 사례들을 부당한 것으로 무시할 것이 아니라 어떻게 하면 검찰에 대한 신뢰를 제고하고 시민의 자유 확보와 인권보장의 질을 향상시킬 것인가에 대한 진지한 접근이 요구된다.

■ 생각해 볼 거리

- 인권의 큰 종류를 3가지 들어 보라.
- 지난 20년간 한국의 역사 속에서 기억나는 인권침해 사건을 꼽아 보라.
- 자신의 직무와 관련해서 국가인권위원회에 보낼 가상의 진정서를 써 보라.
- 학창시절 학교에서 겪었던 권리침해의 경험을 들어 보라.
- 자신이 대통령이라면 인권 향상을 위해 어떤 조치를 취하겠는가?

■ 이야깃거리

- 직무상 다루게 되는 인권의 종류가 어떤 것이 있는지 토론하기
- 피의자와 조사자의 입장을 바꿔서 역할 체험하기
- 피구급자 입장이 되어서 한 나절 동안 유치장 체험하기
- 두 명이 한 조가 되어 세계인권선언을 읽고 쉽게 설명해 주기
- 자신이 체험한 인권침해 사례를 조원들 앞에서 발표하기

■ 읽을 거리

- 강금실 등, 《형사처리과정과 인권》, 민주사회를 위한 변호사모임, 1999.
- 박종기, 《인권수호지침》, 한국기독교협의회 인권위원회, 1988.
- 유네스코 한국위원회 위음, 《인권이란 무엇인가》, 도서출판 오름, 1995.
- 카렐 바삭 편(박홍규 역), 《인권론》, 실천문화사, 1986.
- 토마스 버겐탈, 《국제인권법 개론》, 교육과학사.
- 한상범, 《인권수첩》, 현암사, 1999.
- 헨리 J. 에이브러햄(윤후정 옮김), 《미국대법원판례 기본적 인권과 재판》, 이대출판부, 1992.
- 황정근, 《인신구속과 인권》, 법영사, 1999.

- 〈수사절차상 피의자의 변호권에 관한 연구〉, 한국형사정책연구원 연구보고서 93-21, 1994.
- 〈강제수사절차의 개선방안〉, 한국형사정책연구원 연구보고서 90-24, 1991.
- Amnesty International, *Fair Trials Manual*, 1998.

■ 영화 이야기

- 성난 12인(원제 : 12 Angry Men)
 - 1959년 제작, 감독 : 시드니 루멧, 출연 : 헨리 폰다
 - 내용 : 12명의 배심원들의 평결 과정을 통해 인간이 인간을 옳게 재판한다는 것의 어려움과 부조리를 지적한 영화. 특히 배심원들의 편견을 하나씩 제거해 나가는 과정을 통해 '의심이 있으면 처벌하지 않는다'고 하는 신념을 관철하여 무죄로 끌고 가는 주인공의 노력으로 피고인을 사형 의자에서 구출한다.
- 아버지의 이름으로(원제 : In the Name of Father)
 - 1993년 제작, 감독 : 짐 웨리단, 출연 : 다니엘 데이 루이스
 - 내용 : 민주주의와 인권의 모국이라고 하는 영국에서 벌어진 반민주적, 반인권적 권력 남용에 대해 고발한 영화로서 실화를 바탕으로 했다. 한국의 수사, 재판, 교도소를 〈아버지의 이름으로〉에 나오는 그것들과 비교해 볼 만하다.
- 일급살인(원제 : Murder in the First)
 - 1995년 제작, 감독 : 마이크 로코, 마이크 프리드만, 출연 : 크리스찬 슬레이터
 - 내용 : 1938년 3월 사상 최악의 감옥이라 불리는 샌프란시스코의 바위섬 엘카트레스의 지하감방에 우울증에 걸린 동생을 위해 단돈 5달러를 훔쳤다는 죄목으로 수감되면서 일급 살인범이라는 명예를 잃어지는 일급살인범과 젊은 변호사의 진실을 향한 투쟁을 그린 영화.

인권의식 자가진단 퀴즈

■ 수사절차에서 보장해야 할 형사 피의자의 인권에 대해 얼마나 알고 계십니까?

(다음 문항에 ○, ×로 표시한 다음 해설을 보십시오)

1. 아직 입건되지 아니한 내사 단계에 있는 자는 피의자 신분이 아니기 때문에 변호인이 접견을 요구하더라도 조사에 지장이 있다고 판단될 때는 접견시간을 미루거나 허용하지 아니할 수 있다. ()
2. 피의자를 신문함에 있어 미리 진술거부권이 있음을 고지하지 않고 피의자 신문조서를 작성했다면 그 피의자 신문조서는 유죄의 증거로 사용할 수 없다. ()
3. 피의자를 야간에 긴급체포했으나 피의자가 범행사실을 부인하기 때문에 형사소송법이 정한 48시간 이내에 구속영장을 청구하기 위하여 부득이 이틀간 밤샘조사를 해서 피의자 신문조서를 작성하였다면 이 피의자 신문조서는 증거능력은 없다. ()
4. 회사원 갑은 말다툼을 벌이다 을에게 가벼운 폭행을 가했다. 을의 친구인 목격자 병의 신고로 1시간이 지나 출동한 사법경찰관 A는 갑을 연행하여 경찰서 보호실에 집어넣고 대기하도록 하였다. 갑에 대한 경찰관 A의 조치는 적법하다. ()
5. 사법경찰관리 A는 국가보안법 위반 혐의를 받고 있는 피의자 을이 《불세출의 영웅》이라는 서적을 몰래 감춰 둔 학생회실을 영장 없이 수색한 후 그 서적을 압수하였다. 대법원의 판례에 따르면 이 서적은 증거능력이 있다. ()
6. 압수물의 환부 처분은 압수를 해제하는 효력을 가질 뿐 목적물에 대한 실체법상의 권리를 부여하거나 확정하는 효력을 가지는 것은 아니다. ()
7. 사법경찰관은 피의자의 진정한 동의의사가 없는 경우에는 임의동행을 가장하여 피의자를 강제연행할 수 없다. ()
8. 대법원 판례에 따르면 기회제공형 함정수사는 위법하고 범의유발형 함정수사는 적법하다. ()

... 인권의식 자가진단 퀴즈 해설

1. (×) 헌법 제10조는 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 행복을 추구할 권리를 가진다”고 규정하고 있고, 같은 법 제12조 제1항 후문은 “누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 신문물을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다”고 규정하여 형사소송에 있어서 적법절차주의를 선언하고 있으며 이를 구체화하기 위하여 같은 조 제4항은 “누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다”고 규정하고 있으며, 형사소송법 제30조 제1항은 피고인 또는 피의자는 변호인을 선임할 수 있다고 규정하여 변호인의 조력을 받을 권리를 불구속 피고인 또는 피의자에게까지 확대하고 있는바 이와 같은 변호인의 조력을 받을 권리를 실질적으로 보장하기 위하여는 변호인과의 접견교통권의 인정이 당연한 전제가 된다고 할 것이므로, 임의동행의 형식으로 수사기관에 연행된 피의자에게도 변호인 또는 변호인이 되려는 자와의 접견교통권은 당연히 인정된다고 보아야 할 것이고, 임의동행의 형식으로 연행된 피내사자의 경우에도 마찬가지라 할 것이다.(대법원 1996.6.3. 자 96모18 결정)
2. (○) 형사소송법 제200조 제2항은 검사 또는 사법경찰관이 출석한 피의자의 진술을 들을 때에는 미리 피의자에 대하여 진술을 거부할 수 있음을 알려야 한다고 규정하고 있는데, 이러한 피의자의 진술거부권은 헌법이 보장하는 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 않는 자기부죄 거부의 권리에 터잡은 것이므로 수사기관이 피의자를 신문하면서 피의자에게 미리 진술거부권을 고지하지 않은 때에는 그 피의자의 진술은 위법하게 수집된 증거로서 진술의 임의성이 인정되는 경우라도 증거능력이 부인되어야 한다.(대법원 1992.6.23. 선고 92도682 판결)

3. (○) 밤샘조사 그 자체를 형사소송법상 허용되지 않는 불법이라고 보기에 다소 무리가 있다. 밤샘조사를 일률적으로 금지 또는 제한하거나 또는 조서가 단순히 심야에 작성되었다고 하여 증거능력을 부정해서는 안 된다. 다만 밤샘수사로 인하여 정상적인 판단능력을 상실할 정도의 수면부족에 이른 상태에서 얻은 자백은 형사소송법 제309조의 자백배제법칙 중 '기타 방법에 의한 자백 획득'에 해당하여 증거능력이 부정된다고 해야 할 것이다. 대법원도 "피고인의 검찰에서의 자백이 피고인이 검찰에 연행된 때로부터 약 30시간 동안 잠을 채우지 아니한 채 검사 2명이 교대로 신문을 하면서 회유한 끝에 받아 낸 것으로 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 이유가 있는 때에 해당한다고 보아, 형사소송법 제309조의 규정에 의하여 그 피의자 신문조서는 증거능력이 없다"고 판시한다.(대법원 1997.6.27. 선고 95도 1964 판결)

4. (×) 갑은 현행범이 아니기 때문에 A의 보호실 유치는 현행범 체포(형사소송법 제212조)가 아니며 갑이 행한 단순폭행죄의 법정형은 2년 이하이기 때문에 긴급체포(형사소송법 제200조의 3)에도 해당되지 않는다. 그리고 갑은 술에 취했거나 정신착란자가 아니고 미아, 병자, 부상자 등이 아니기 때문에 경찰관 직무집행법 제4조의 보호조치를 받을 피구호자도 아니다. 따라서 경찰관 A가 갑을 보호실에 유치한 것은 불법구금이다.(대법원 1994. 3. 11. 선고 93도958 판결)

5. (○) 대법원은 압수절차가 위법한 경우에도 압수물 자체의 성질·형상에 변경을 가져오는 것은 아니어서 증거가치에는 변함이 없기 때문에 증거능력이 인정된다고 판결하였다.(대법원 1987. 6. 23. 선고 87도 705 판결) 그러나 이 서적은 영장주의에 위반하여 수집한 증거이므로 위법수집증거 배제법칙에 의해 증거능력을 부정하는 것이 바람직하다.

6. (○) 압수물의 환부 처분은 압수를 해제하는 효력을 가질 뿐 목적물에 대한 실제법상의 권리를 부여하거나 확정하는 효력을 가지는 것이 아니기 때문에(대법원 1962. 7. 21 선고 62다22 판결) 이해관계인은 민사소송 절차에 의해 권리를 주장할 수 있다.(형사소송법 제333조 제4항)
7. (○) 임의동행이 되기 위해서는 피의자가 동행 요구를 거절할 수 있어야 하고 동행한 경우에도 언제든지 퇴거할 수 있는 자유가 보장되어야 한다. 그렇지 않은 임의동행은 강제수사가 되고 영장주의에 위반한 인신구속으로 위법수사가 되며, 불법체포·감금죄(형법 제124조)에 해당한다.
8. (×) 우리나라의 학설과 판례(대법원 1982. 6. 8. 선고 82도884 판결)에 따르면 기회제공형 함정수사는 수사의 상당성이 있기 때문에 적법하지만 범의유발형 함정수사는 위법하다.

국가인권위원회 진정 및 구제의 절차

