국가인권위원회
용역연구과제 최종보고서

피의자 · 피고인 · 참고인 · 증인의 인권보호와 향상을 위한 정책연구

2004. 7.

한국형사정책연구원

연구진

박미숙 연구위원
도중진 부연구위원

차 례

제1장 서론	1
제2장 국제인권기준과 신체의 자유보장의 주요내용	4
제1절 신체의 자유보장과 국제인권법의 발전	4
제2절 신체의 자유와 안전관련내용	7
1. 신체의 자유와 안전	7
가) 적법절차의 보장	8
나) 체포시의 절차	8
다) 구속영장실질심사와 보석	8
라) 인신보호절차	9
마) 불법체포·구속에 대한 배상	9
2. 자유박탈된 자에 대한 인도적 처우	9
3. 공정한 재판을 받을 권리, 공개재판의 원칙, 피의자·피고인의 인권보장, 이중처벌의 금지	10
제3절 국제인권기준에 부합하는 국내적 조치확보	12
1. 국내 제도개선의 필요성과 조치	12
2. 국제인권의 국내적 효력 확보를 위한 국내적 조치	14
제3장 피의자·피고인의 인권침해와 관련된 제도와 문제점 그리고 개선방안	19
제1절 적법절차에 따른 인신의 자유보장원칙 확립	19
1. 인신구속관행의 문제점과 개선방안	21

가. 내사관행의 문제점	21
나. 불심검문제도의 문제점과 탈법적 임의동행관행	23
(1) 불심검문의 문제점과 개선방안	23
1) 현행법상 불심검문	23
2) 불심검문 관행상의 문제점	25
3) 불심검문제도의 개선방안	25
가) 대상선정에 있어서 합리적인 판단	25
나) 적법절차에 의한 불심검문	26
다. 임의동행의 문제점	28
라. 긴급체포의 남용	31
(1) 긴급체포제도 도입의 의의	31
(2) 문제점	32
(3) 개선방안	34
마. 높은 구속율	36
바. 별건체포·구속의 관행	38
2. 개선방안	39
가. 적법한 인신구속의 원칙확립	39
나. 무죄추정원칙과 불구속수사·재판의 원칙의 확립	41
다. 영장주의에 의한 적법절차관행 확립	44
라. 체포의 이유의 고지	45
마. 미란다 원칙의 확립	47
제3절 피의자·피고인 석방을 위한 제도의 문제점과 개선방안	50
1. 구속전 피의자심문제도의 문제점과 개선방안	51
가. 구속전 피의자심문제도의 도입의 의의	51
나. 국제인권기준에 비추어본 현행법상 구속영장실질심사제도의 문제점	53

다. 현행법상 구속전 피의자심문제도의 문제점과 개선방안	58
라. 구속전 피의자심문제도의 개선방안	60
2. 체포·구속적부심사제도의 문제점과 개선방안	63
가. 현행법상 체포·구속적부심사제도의 의의	63
나. 문제점	64
(1) 체포·구속적부심사의 청구권자로서 영장에 의하여 체포·구속된 자	64
(2) 피고인에 대한 체포·구속적부심사제도의 불인정	65
(3) 실무운용상의 문제점과 개선방안	66
3. 보석제도	66
가. 현행법상 보석제도의 문제점	66
나. 보석제도의 개선방안	67
(1) 피의자보석의 확대	68
(2) 보석제도의 활성화방안과 보석요건의 다양화	69
제4절 구속기간	71
제5절 체포·구속된 피의자·피고인의 변호인의 조력을 받을 권리·	74
1. 변호인의 조력을 받을 권리의 실질적 보장필요성	74
2. 현행법상 변호인의 조력을 받을 권리규정의 문제점	77
3. 피의자신문시 변호인의 참여권의 보장	78
가. 의 의	78
나. 피의자신문과 변호인의 참여권	84
(1) 피의자신문절차의 중요성	84
(2) 개선방안	87
4. 국선변호인의 조력을 받을 권리의 피의자에로의 확대	90
가. 현행법상 국선변호인 제도	90
나. 국선변호제도의 개선방안	92

(1) 피의자에 대한 국선변호인제도의 확대	92
(2) 국선변호제도의 활성화	95
(3) 공공변호인(Public defender)제도의 도입	96
5. 변호인의 수사기록열람·등사권	96
가. 형사기록열람·등사권의 의의	96
나. 현행법상 기록열람·등사권의 문제점	99
다. 개선방안	102
(1) 수사기록 열람 등사권의 보장	102
(2) 증거개시제도 도입여부	104
제4장 참고인 및 증인의 인권보호와 향상을 위한 개선방안	107
제1절 문제의 소재	107
제2절 참고인의 인권보호 및 향상을 위한 개선방안	108
1. 참고인 조사의 본질	108
가. 참고인의 의의	108
나. 참고인조사의 성격 및 목적	110
다. 참고인조사의 방식 및 절차	112
라. 참고인조사의 요건	115
2. 참고인보호의 실질화	117
가. 참고인의 입장을 배려한 일선 수사기관의 조사태도 확립 ..	117
나. 참고인에 대한 신변안전조치	119
(1) 참고인의 신원 및 사생활보호	119
(2) 참고인에 대한 신변안전조치	120
다. 우편진술제 및 전화진술제의 적극적 활용	122
라. 시차출석제도(예약조사) 및 방문조사의 적극적 활용	123

마. 참고인수당의 현실화	124
3. 참고인 구인제 입법안의 문제점	125
가. 참고인의 임의동행	127
(1) 임의동행의 개념 및 대상	128
(2) 임의동행의 적법성 및 판단기준	130
나. 참고인 조사의 현황 및 문제점	131
(1) 참고인 중지제도	131
(2) 참고인 조사의 현황	133
(가) 소재불명사유로 인한 참고인중지현황	133
(나) 참고인의 출석불응 요인	134
1) 전통적인 인정의식	135
2) 개인주의의 심화 및 시민의식의 미성숙	135
3) 보복의 두려움	135
4) 전근대적인 수사관행의 답습	137
(3) 현행 참고인 조사제도의 문제점	137
다. 참고인 구인제 입법안의 문제점	139
(1) 참고인의 출석 및 진술의무 신설 여부	139
(2) 참고인 구인의 실제적 요건	141
(가) 참고인 출석을 위한 수사기관의 진지한 노력	141
(나) 구인대상 참고인의 범위	142
(3) 참고인 구인의 절차적 요건	145
(가) 법원에 의한 통제	145
(나) 구인의 효력	145
(다) 구인대상 참고인의 신변보호안전조치	146
라. 증거보전제도 및 증인신문청구제도와와의 관계	147
제3절 증인의 인권보호 및 향상을 위한 개선방안	148

1. 증인보호의 실질화 : 증인 신변안전조치의 철저화	150
가. 인적 사항에 대한 진술의 유보	150
(1) 특정범죄신고자등보호법상의 증인의 인적 사항의 보호 ..	150
(2) 문제점과 개선방안	152
나. 신변안전조치요구권	155
다. 소송기록열람권의 제한 : 증인조서와 진술서 등	158
라. 비공개신문	160
(1) 증인보호를 위한 심리의 비공개	160
(2) 대중매체에 의한 간접공개와 증인보호	163
마. 증인에 대한 형사절차의 정보제공	165
2. 형사절차상 증인의 지위 보호	167
가. 증인의 보좌인제도	167
(1) 의의	167
(2) 일본 : 형사소송법 제157조의2 신설	169
(3) 독일	170
나. 증인을 위한 차폐조치	172
(1) 의의	172
(2) 일본 : 형사소송법 제157조의3 신설	173
(3) 독일	175
다. 동영상 및 음향송수신장치에 의한 증인신문	177
(1) 의의	177
(2) 일본 : 형사소송법 제157조의4, 제321조의2 신설	178
(3) 독일	182
제5장 결 론	184
참고문헌	192

제1장 서 론

형사절차는 적정한 절차에 의한 정당한 판결의 확보를 그 목적으로 한다. 이런 의미에서 형사절차에서 소송주체로서 관여하는 법원과 검사는 피의자 및 피고인의 인권을 보장하면서 실체진실을 발견하지 않으면 안 된다. 특히 수사절차는 형사절차의 제1단계로서 범인과 증거를 확보하여 범죄를 해명하고 진실을 추구한다는 점에서 탄력적이고도 합목적적인 활동이 요구됨과 동시에, 피의자의 구속 압수 수색 검증 등의 수사활동에 의해 피의자의 기본적인 인권이 침해될 위험성은 배제될 수 없다. 수사절차에서 형사절차의 이념 즉 피의자의 인권보장을 위한 수사의 적정성이 요구되는 이유가 여기에 있다. 형사절차의 적정성 보장이야말로 피의자·피고인의 인권보장의 첩경일 뿐 아니라, 이로써 위법 부당한 수사로 인한 사회적 역효과 -예컨대 수사기관 특히 경찰에 대한 일반국민의 불신의 확산 등-를 방지하는 가장 효과적인 방안이 된다. 이런 인식은 이미 1990년대에 들어오면서 널리 확산되기 시작하면서 실무와 학계에서 형사소송법 개정의 필요성이 크게 제기되었고,¹⁾ 1995년 형사소송법 개정을 보기에 이른다.

현행 형사소송법은 1954년 형사소송법 제정 당시의 어려운 여건 하에서도 형사재판의 민주화와 인권옹호의 강화, 그리고 정치적 이용방지를 위한다는 목표 하에 제정된 민주적 형사소송법에서 출발하고 있다. 그 이후 헌법개정과 이에 따른 몇 번의 개정을 거치면서 효율적인 형사사법의 기능과 개인의 자유에 대한 기본권의 보호라는 대립된 이념의 저울질 하에 인신구속제도의 완화를 가져왔고 이 때문에 실무에서 피의자 및 피고

1) 당시 논의되었던 인신구속제도의 개선방안에 대한 자세한 내용은 이재상/박미숙/이호중, 각국의 구속제도, 한국형사정책연구원, 1991 ; 이재상, 강제 수사절차의 개선방안, 한국형사정책연구원, 1991 참조.

2 피의자·피고인·참고인·증인의 인권보호와 향상을 위한 정책연구

인의 인권침해경향이 두드러지게 되었다. 이러한 상황은 1980년대 들어 인권상황에 대한 관심과 더불어 인권관련 법제도의 개선을 위한 1987년의 제9차 헌법개정으로 크게 개선되었다. 그 가운데 특히 형사절차와 관련한 규정을 살펴보면 영미법의 전통에 따른 적법절차조항을 신설하였고, 체포·구속할 때에는 그 이유와 변호인선임권을 알리고 지체 없이 가족에게 통지하도록 하는 등의 규정을 두면서 인권보장이라는 측면에서 진일보한 발전을 가져와 공권력의 인권경시풍조 내지 편의적 수사관행에 대한 헌법적인 제동이 가능하게 되었다.²⁾ 나아가 1995년의 형사소송법 개정을 통해서도 현행 형사소송법 제정 이후 정치·경제·사회 등 모든 영역에서의 발전과 변화로 인한 범규범과 현실간의 괴리를 해소하고 민주화의 결과에 따른 기본권보장의 강화요청에 실질적으로 부응하고자 하였다. 즉 임의동행과 보호실 유치 등 탈법적 수사관행을 근절하고 적법한 수사절차를 확보하기 위하여 헌법에 규정된 체포영장제도를 도입하였으며, 나아가 긴급성으로 인하여 영장주의의 예외를 인정하는 긴급구속을 폐지하고 긴급체포를 도입하여 구속의 필요가 있는 경우 긴급체포 후 48시간 이내에 구속영장을 청구하도록 하여 신병구속제도의 개선을 도모하였다. 특히 구속의 신중을 도모하기 위하여 판사가 피의자를 대면하여 심문할 수 있는 피의자심문제도를 신설함으로써 영장주의 정신의 실현을 도모하고자 한 점, 그리고 현행 보석제도의 취지를 기소전 단계에까지 확대하기 위하여 구속적부심사 청구시 보증금 납입을 조건으로 하는 피의자석방제도를 신설한 것은 인권의 실질적 보장이라는 측면에서 진일보하였다는 평가를 받고 있다.

문제는 이처럼 인권보장을 기치로 하여 도입되고 개선된 현행 형사소송법상 제도가 적정한 것인지, 그리고 이러한 헌법상의 인권보장제도가 과연 실무상으로도 실효성 있는 규범으로 기능하고 있는지는 의문이다.

2) 허영, 한국의 사법제도와 인권, 현대사회와 인권, 1998, 231면.

보다 근본적으로는 형사소송법 개정의 기본토대였던 형사절차의 민주화·선진화의 이념이 제대로 실현·이행되고 있는가 하는 점에 대하여 의문이 제기되고 있는 실정이다. 때맞춰 사법개혁논의가 일고 있는데 형사소송법 개정논의도 활발히 이루어지고 있다. 이 가운데 피의자 및 피고인의 인권향상과 관련하여 현행 인신구속제도의 문제점을 개선하기 위한 방안과 변호인의 실질적 조력을 받을 권리 등의 보장을 위한 개선방안 등이 핵심쟁점으로서 논의되고 있다.

그리고 형사절차에 있어서 피의자 및 참고인에 대한 초동수사는 이후 기소 및 공판절차에 있어서의 증거확보에 매우 중요한 의미를 갖는다. 특히 참고인은 발생한 범죄사실과 관련하여 결정적인 진술을 기대할 수 있으며, 그의 진술은 매우 중요한 의미를 갖는다. 그러나 참고인의 경우, 그의 출석 및 진술은 그의 임의에 맡겨져 있으며 이들에게 진술을 강제하거나, 진술의 진실성을 담보할 수 있는 장치가 없다. 이 때문에 참고인에 대하여 임의수사가 안됐을 때 강제적으로 데려다 조사를 할 수 있는 방법이 무엇인가 하는 점과, 데려온 참고인의 진술의 진실성을 담보할 수 있는 방안이 무엇인가가 쟁점이 되고 있다.³⁾ 수사실무에 의하면 수사기관에 출석한 참고인 내지 증인의 경우에도 자기편에 불리한 진술을 하지 않으려고 할뿐만 아니라, 자기에 유리하다면 거짓말도 서슴치 않고 있음에도 불구하고 이들을 처벌할 규정이 없다는 점을 들어 이에 대한 형법적 대응이 필요하다는 주장⁴⁾이 실무에서 상당한 설득력을 얻고 있는 듯하다.

이러한 문제인식 하에 이 연구에서는 현행 형사절차에 있어서 피의자·피고인·참고인·증인의 인권보호방향과 구체적인 정책제시를 그 목적으로 한다.

3) 이 점에 대하여는 박미숙, 참고인의 출석 진술확보방안과 변호인의 참여권, 형사정책연구, 제13권 제4호, 2002 ; 박미숙, 참고인의 허위진술과 형사책임, 형사정책연구소식 통권 제75호, 2003.1/2.

4) 조동석, 허위진술죄의 도입제안, 법조, 2001.6, 154-160면 참조.

제2장 국제인권기준과 신체의 자유보장의 주요내용

제1절 신체의 자유보장과 국제인권법의 발전

주지하다시피 국제형사인권의 발전은 신병구속된 자의 보호를 중심으로 발전해왔으며, 피체포·구금된 자의 보호를 위한 국제인권기준들은 국제형사인권기준 가운데 가장 풍부한 관련조항을 가지고 있다. 즉 세계인권선언과 B규약의 생명, 자유의 안전, 비차별·평등·비인도적처우금지 등의 인권의 제원칙, 인간존엄성보장원칙 등은 모두 신병구속된 자를 위한 권리선언이라고 할 수 있다. 이러한 전통적인 인권보장의 토대 위에서 구금·교정이념의 발전과 더불어 체포·구속시 미결구금자의 처우에 관한 일반원칙을 확립하였다.

세계인권선언은 전 30개 조문 가운데 실로 10개 조문이 이 신체의 안전과 자유의 보장을 위한 것이다. 제1조는 인간존엄성의 보장, 제2조는 자유의 향수, 제3조는 자유·신체의 안전, 제4조에서는 노역으로부터의 자유, 제5조에서는 고문 및 비인도적 처우금지, 제6조에서는 법 하에 인간으로서 인정될 권리, 제8조에서 법에 의한 보장, 제9조에서는 자의적 체포의 금지, 제10조에서 재판받을 권리, 제11조에서는 무죄추정 등이 규정되어 있다. 국제인권 B규약도 세계인권선언과 동일한 구조로 보다 상세하게 구체적으로 보장하고 있다. 특히 제7조, 제8조, 제9조, 제10조, 제14조가 인신구속과 관련한 보장책들이다. 물론 이러한 구조는 지역인권조약인 미주인권협약과 유럽인권협약에서도 볼 수 있다.

더 나아가 미결집행과 관련하여 국제인권기준들은 모두 고문과 다른 잔혹하고 비인도적이거나 품위를 손상시키는 처우나 제재를 절대로 금지하는 규정들을 명시하고 있다. 무엇보다 고문금지 및 예방을 위한 조치로

서, 국제인권기준들은 접촉차단구금이나, 변호인·가족구성원 등과의 접견 교통권 보장, 그리고 사법기관에의 신속한 인치 보장, 구금에 대한 정기적인 사법심사, 구금의 정당성을 다룰 법적 절차를 취할 권리 등을 규정하고 있다.

세계인권선언 제5조는 ‘누구든지 고문 또는 잔인하고 비인도적이거나 굴욕적인 대우 및 형벌을 받아서는 안 된다’고 규정하고 있으며, 국제인권 B규약 제7조도 같은 취지의 규정을 두고 있다. 이는 고문금지라고 하는 국제적 흐름을 반영한 것이며, 이는 그 후의 고문등금지선언(1975년), 고문금지조약(1984년)의 채택에 의해 구체화하고 있으며, 또한 유럽고문등방지조약(1987년), 미주고문방지 처벌조약(1985년)이 제정되었다. 이들 국제인권기준들은 고문의 정의 개념이 없는 세계인권선언과 국제인권B규약을 보충하여 해석기준으로서 상당히 상세한 정의 규정을 두고 있다.

유엔의 피구금자처우에 대한 최초문서인 처우최저기준은 ‘인도적 처우’의 최저한도의 보장내용을 나타내는 것으로서, 미결구금자에 대하여 특히 수용자 등으로부터의 분리(제85조), 야간독거구금(제86조), 음료의 자변 또는 관급(제87조), 사복 또는 수형자와 다른 관복의 착용(제88조), 취업(제89조), 서류, 신문 등의 반입(제90조), 자비치료(제91조), 가족등과의 통신·면회(제92조), 변호인과의 접견교통(제93조) 등을 규정하고 있다. 다만 이 규칙은 시설 내 처우와 시설관리의 지침으로서의 성격을 가질 뿐이라는 점, 그리고 제정 후 35년이 경과되어 피구금자의 권리장전으로서는 불충분하다는 점이 문제된다. 그후 지역 및 유엔수준에서 피구금자의 권리보장을 철저히 하고 있는 기준이 설정되기 시작하였다. 예컨대 보호원칙은 처우최저기준규칙보다 상세하게 피구금자의 권리를 규정하고 있는데, 예컨대 보호원칙은 원칙 6에 대한 각주에서 ‘가혹하고 비인도적이거나 품위를 손상시키는 처벌 및 형벌이란, 피구금자나 수형자로부터 시각이나 청각 혹은 장소나 시간의 경과에 대한 자각과 같은 자연적인 감각

을 일시적으로나 영구히 사용하지 못하도록 하는 상황하에 그를 통하게 하는 것을 포함하여, 육체적·정신적 학대에 대하여 가능한 최대한의 보호가 미치도록 해석해야 한다'고 하여 보호범위를 확대할 것을 권고하고 있다. 보호원칙 1은 모든 피구금자가 인도적 혹은 인간고유의 존엄을 존중하여 처우될 것도 규정하고 있다. 보호원칙에 새로이 도입된 규정으로서 신체적·정신적 손해 및 가능성 있는 의학적 또는 과학적 실험의 금지(원칙 22, 유럽형사시설규칙 제27조도 같은 취지규정임), 구금상태를 부당하게 이용한 폭력, 협박 또는 결정능력, 판단능력을 해하는 신문의 금지(원칙 21), 비인도적이거나 굴욕적 처우에 대하여는 피구금자나 수형자가 당국 및 그 상급기관과 필요한 경우에는 심사 및 구제권한을 갖는 적절한 기관에 대해 시정요구나 불복신청을 할 수 있다는 점(원칙 33)을 명시하고 있다. 보호원칙 29의 1은 관계 법령의 엄정한 준수를 감독하기 위해 구금장소는 피구금장소나 수형장소의 관리를 직접 책임지는 기관과는 별개의 기관이 임명하고, 그 기관에 대해 책임을 지는 자격과 경험을 갖춘 사람이 정기적으로 방문할 수 있도록 해야 한다'고 규정하고 있다. 그리고 보호원칙에서 중점을 두고 있는 권리보장으로서 적절한 치료를 받을 권리(원칙 24), 변호인과 가족 등과의 접견교통권(원칙 15, 18,19) 등이 있고, 결국 이들 국제인권기준들이 요구하는 수준에 미달하는 처우가 행해지는 경우에는 B규약이 요구하는 인도적인 처우가 행해지고 있다고 말하기 어렵다.

또한 고문 및 가혹행위로부터 피구금자를 보호하기 위한 것으로서, 1975년 유엔총회에서 채택된 '유엔 고문금지선언', 1984년에 채택되어 1987년에 발효된 '유엔 고문금지규약'이 있다. 이들 국제문서는 각 국가에 대해 고문을 방지하기 위한 효과적인 조치를 취할 것, 고문금지가 법집행 담당직원 기타 공무원에 대한 연수에 포함되어 있음을 보장할 것, 가해자에게 제재를 가하고 피해자에게 손해배상과 보상을 제공할 것을 포함하

여 고문을 당했다는 모든 주장에 대해 적절한 조사를 행할 것 등을 요구하고 있다. 특히 유럽고문금지규약에 따라 설치된 조사위원회는 자유를 박탈당한 사람이 있는 곳에 대해 정기적인 특별조사를 수행할 권한을 가지고 있고, 그곳에서 자유를 박탈당한 사람과 사적으로 접촉하고 피구금자나 수형자를 학대로부터 보호하기 위해 필요한 때에는 관련국가에 권고를 할 수 있다. 그리고 고문금지선언 제6조와 고문금지 B규약 제11조는 각국은 고문을 방지하기 위해 피의자신문의 관행이나, 자유박탈된 자의 구금과 처우의 실태에 대해 정기적으로 심사하도록 요청하고 있다.

그리고 피구금자에게 비인도적인 처우를 행하여 획득한 증거의 이용을 금지하는 것이 인도적 처우의 확립을 위해 중요한 수단이라는 점도 국제적으로 광범위하게 인식되고 있다. 예컨대 보호원칙 27은 보호원칙의 각 조항에 반하여 획득한 증거의 증거능력은 제한될 수 있다고 규정하고 있으며, 함부르크 결의도 4 a에서 ‘고문 기타 잔인하고 비인간적인, 인간으로서 수치스러운 행위라고 생각되는 인권침해구성수단에 의하여 직접·간접으로 획득한 증거는 허용되지 않는다’고 하고 있고, 4 b에서는 ‘기타 불법한 수단으로 획득한 증거’의 증거능력은 ‘그 진실성에 의심스럽지 않는다고 할지라도’ 제한될 수 있다고 규정하고 있다. 특히 함부르크 결의의 규정은 ‘독수의 과실’ 이론의 적용이 가능한 광범위한 증거배제를 예상하고 있는 것으로 중요한 의미를 갖는다.

제2절 신체의 자유와 안전관련내용

1. 신체의 자유와 안전

국제인권B규약 제9조는 신체의 자유와 안전에 대한 형사절차 관련 규정을 담고 있다. 먼저 체포·구금에 있어서의 적법절차를 비교적 상세히

8 피의자·피고인·참고인·증인의 인권보호와 향상을 위한 정책연구

규정하고 있으며(동조 제1항), 체포 시에 있어서의 이유고지 및 피의사실 고지 등의 체포시의 절차(동조 제2항), 법관면전에서 인치와 억류, 석방 절차(제3항), 그리고 인신보호절차(제4항), 위법하게 체포·구금된 자의 국가배상청구권(제5항)을 규정하고 있다.

가) 적법절차의 보장

B규약 제9조 1항은 적법절차에 관하여 규정하고 있다. 즉 ‘모든 사람은 신체의 자유권과 안전권을 갖는다. 누구든지 자의적으로 체포 또는 구금되어서는 안 된다. 어느 누구도 법률로 정한 사유와 절차에 의하지 아니하고 자유박탈되지 아니한다.’ 따라서 자의적 체포는 위법·부당한 체포로서 허용되지 않는다.

나) 체포시의 절차

B규약 제9조 2항은 체포시의 절차에 관하여 ‘체포된 사람은 누구든지 체포시에 체포사유를 고지받아야 하며, 그에 대한 피의사실을 즉시 고지받아야 한다’고 규정하고 있다.

다) 구속영장실질심사와 보석

B규약 제9조 3항에 의하면 체포 또는 구금된 자는 법관 또는 사법권을 행사할 법적 권한 있는 다른 관리 앞으로 즉시 인치되어야 한다. 그리고 상당한 시간 내에 재판에 붙이거나 석방되어야 한다. 구금은 재판에 붙여질 자에 대한 일반적 원칙이 되어서는 안 되며, 모든 사법절차단계에서 재판에 출석할 것이며, 필요한 경우에는 판결의 집행을 위해 출석할 것이

라는 보증 하에 석방될 수 있음을 명백히 하고 있다.

라) 인신보호절차

B규약 제9조 4항에 의하면 체포 또는 구속에 의하여 자유박탈된 자에 대하여 법원은 지체없이 그의 구금의 합법성을 심사하고, 위법하게 구금된 자에 대하여는 그의 석방을 명할 수 있도록 법원에서의 절차를 받을 권리를 갖는다.

마) 불법체포·구속에 대한 배상

B규약 제9조 5항에 따르면 '불법체포 또는 구금된 피해자는 피해보상을 받을 권리를 갖는다.

2. 자유박탈된 자에 대한 인도적 처우

B규약 제10조 1항은 '자유박탈된 자는 인도적이면서 동시에 인간존엄 존중의 원칙에 따라 처우되어야 한다'고 규정하고 있다. 동조 2항에서는 미결수와 기결수의 분리수용을 규정하고 있는데, 피의자·피고인은 예외적인 경우를 제외하고는 기결수와 분리수용되며, 또한 무죄추정을 받는 자로서의 지위에 상응하는 별도의 처우를 받으며(같은 항 (a)), 미성년 피고인은 성인과 격리되며 또한 가능한 한 신속히 재판에 회부된다(같은 항 (b)). 그리고 같은 조 3항에서는 '교정은 재소자들의 교정과 사회복귀를 기본적인 목적으로 하는 처우를 포함한다. 소년 범죄자는 성인과 분리수용되며 또한 그들의 연령 및 법적 지위에 상응하는 적절한 처우가 부여된다'고 하여 교정의 목적과 성인과 미성년의 분리수용을 규정하고 있다.

3. 공정한 재판을 받을 권리, 공개재판의 원칙, 피의자·피고인의 인권보장, 이중처벌의 금지

국제인권규약 제14조 1항은 세계인권선언 제10조를 구체화한 것이다. 이에 따르면 모든 사람은 재판에 있어서 평등하다. 누구나 유죄 여부 및 소송상 권리·의무를 결정함에 있어서 법에 의해 구성된 권한 있는 독립·부편부당한 법원에 의한 공정한 공개심리를 받을 권리가 있다. 언론 및 일반국민은 민주사회에 있어서 도덕, 공서양속, 국가안보를 이유로 하거나, 또는 당사자들의 사생활이익을 위하여 필요한 경우, 또는 공개가 사법상 이익을 해할 특별한 사정이 있는 경우에는 법원의 판단으로 엄격히 필요하다고 판단되는 한도에서 재판의 전부 또는 일부를 공개하지 않을 수 있다. 그러나 형사사건 또는 기타 소송에서 선고되는 판결은 소년의 이익을 위하여 필요한 경우 또는 당해 절차가 아동의 후견 문제와 같은 혼인관계 분쟁에 관한 것일 경우를 제외하고는 공개되어야 한다.

같은 조 2항에서는 ‘모든 형사피의자·피고인은 법에 따라 유죄가 확정되기까지는 무죄로 추정될 권리를 갖는다’고 규정하여 무죄추정의 원칙이 보장되고 있다.

같은 조 3항은 유·무죄여부를 결정함에 있어서 보장되어야 할 몇 가지 원칙을 규정하고 있다.

- (a) 기소사유 및 범죄사실을 이해할 수 있는 언어로 신속하고 상세하게 고지할 것
- (b) 변호준비를 위해 충분한 시간과 편의가 제공될 것과, 본인이 선임한 변호인과의 접견교통권이 보장될 것
- (c) 부당하게 지체없이 재판을 받을 것
- (d) 본인의 출석 하에 재판을 받으며, 직접 또는 본인이 선임하는 자의

법적 조력을 받을 권리, 만일 법적 조력을 받지 못하는 경우에는 변호인의 조력을 받을 권리에 대하여 통지를 받을 것, 사법상의 이익을 위하여 필요한 경우 및 피의자와 피고인이 무자력인 경우에는 본인에 의한 지불 없이도, 선정변호인을 인정할 것.

- (e) 피의자·피고인에게 불리한 증인을 신문하거나 신문받도록 할 것과, 그에게 불리한 증인과 동일한 조건으로 자기에 유리한 증인의 출석과 신문을 확보할 것
- (f) 법원에서 사용되는 언어를 이해하지 못하거나 또는 말하지 못하는 경우에는 무료로 통역자의 도움을 받을 것
- (g) 자기에 불리한 진술을 강요하거나 유죄의 자백을 강요당하지 않을 것

5항에서는 유죄판결을 받은 모든 사람은 유죄판결 및 형벌에 대하여 상급법원에 재심을 받을 권리를 갖는다고 규정하고 있다.

6항에 의하면 유죄판결을 선고받은 자가 그후 새로운 사실 또는 새로 발견된 사실에 의하여 국가형사사법의 과오가 있었음을 결정적으로 입증함으로써 그에 대한 유죄판결이 파기되었거나 또는 사면을 받았을 경우에는 법률이 정한 바에 따라 보상을 받는다. 다만 그 알지 못한 사실이 적시에 밝혀지지 않은 것이 그에게 일부 또는 전부 책임이 있다고 인정되는 경우에는 그러하지 아니한다.

7항에서는 어느 누구도 각국의 법률 및 형사절차에 따라 이미 확정적으로 유죄 또는 무죄판결을 선고받은 행위에 대하여 다시 재판 또는 형벌을 받지 아니한다고 하여 일사부재리의 원칙을 규정하고 있다.

제3절 국제인권기준에 부합하는 국내적 조치 확보

1. 국내 제도개선의 필요성과 조치

오늘날과 같은 국제화시대에 한 나라의 인권문제가 결코 그 한 나라의 문제로 끝나지 않는다는 것은 주지의 사실이다. 인권문제는 국제적인 차원에서 다루어져야 한다는 제2차 세계대전 이후의 인식에 터잡아 국제인권기준 및 실시조치를 마련하려는 국제적인 노력은 국제인권법이라는 새로운 국제법의 영역을 형성하고 있다.

이러한 국제인권법의 형성에도 불구하고 국내문제에 대한 국제적인 감시를 꺼리는 각국의 태도 때문에 인권보호를 위한 국제적 제도는 심각한 한계를 갖고 있다. 한편으로는 이들 국제인권기준은 제한된 영역에서나마 인권문제에 대한 국제여론을 환기하고 인권의식 내지 관행을 향상하는데 중요한 역할을 하고 있는 것도 부정하기 어렵다.

국제인권B규약에서 그 조항의 이행을 확보하기 위한 방안으로 세 가지가 있다. 첫째, 보고제도로서 체약당사국이 조약상의 의무사항에 대한 실시사항을 국제기관에 보고하고 심사를 받는 방안과, 둘째 국가간의 인권침해 통보제도로서 다른 체약국의 요청에 의한 국제기관의 심사절차가 허용되는 방안, 셋째 개인통보제도로서 체약당사국의 차원이 아닌 피해자 개인의 구제신청으로 국제기관이 인권침해를 심사하는 방안이 있다.

종래 국제조약은 그 내용이 형사수사, 사법에 관련하여 인권에 관한 것인 경우에도 그것은 체약국이 그 인권을 보호할 것을 국제적으로 약속한 데 불구하고 이를 어떻게 구체화할 것인가 다시 말하면 그 조약의 내용에 곧바로 국내법제정 및 개정으로 반영할 것인가, 행정적 처리 범위 내에서 조약이 기대하는 내용을 실현할 것인가는 체약국의 재량에 맡겨져 있다고 해석하는 것이 일반적인 견해이다. 따라서 개인은 그 조약을 근거

로 국내법원과 국내행정기관 또는 국제기관에 대하여 직접적으로 조약에 규정된 당해 인권의 보호를 요구하지 못한다고 보았다.⁵⁾

그러나 최근에는 소위 자력집행조약(self executing treaties)의 등장 등으로 인해서 사정은 크게 변화하였다. 자력집행조약이란 그 조약이 국제적으로 체결국만을 의무짓는 것이 아니라 그 규정형식 또는 성격상 체결국 국민이나 체결국의 관할 내에 있는 개인 자체에 직접 권리를 부여하거나 의무를 부과하는 내용의 것이기 때문에 체결국이 국내적으로 그것을 직접 적용 가능한 것으로서 받아들임으로써 그 조약의 당해 규정이 국내적으로도 직접 효력을 가지고 개인이 국내법원에서 그것을 재판규범으로서 인용할 수 있는 조약을 의미한다.⁶⁾

자력집행조약으로서 대표적인 것이 국제인권B규약이다.⁷⁾ 즉 B규약상의

5) 박찬운/김선수 외, 국제인권원칙과 한국의 행형, 역사비평사, 1993, 94-95면.

6) 앞의 글, 95면.

7) 한편 자력집행조약이 아닌 경우에는 비록 우리 나라가 비준 가입했다고 하더라도 바로 재판규범으로 인용될 수 없으며, 그 조약의 실시 즉 내용의 구체적 실현은 체결국 정부에 위임되어 있다. 예컨대 A규약 제3부는 주로 생존권적 기본권이나 사회적 기본권에 관한 것인데, 주로 '이 규약의 체결국은 ...모든 사람이 ...권리를 가지고 있음을 인정한다'는 문언형식을 취하고 있고, 제2조 1항은 '이 규약의 각 당사국은 특히 입법조치의 채택을 포함하여 모든 적절한 수단에 의하여 이 규약에서 인정된 권리의 완전한 실현을 점진적으로 달성하기 위하여... 최대한도까지 조치를 취할 것을 약속한다'고 규정되어 있을 뿐이다. 즉 A규약은 체결국의 제반여건과 상황이 허용하는 범위 내에서 최대한 그리고 적절한 수단을 동원하여 실천하는 상대적 의무이며, 그 의무의 이행방법도 권리의 완전한 보장이 달성될 때까지 점진적으로 계속 수행하는 것이다. 이는 체결국의 입법기관이나 행정기관이 점진적으로 그 의무를 이행하는 것으로 족하고, 체결국의 국민이 사법기관에 그 권리의 보장을 청구할 근거는 될 수 없다는 것을 의미한다. 다만 이러한 경우에도 이들 조약이 국내법적 효력을 갖는 것은 물론이며, 또한 국민은 필요한 입법 기타 조치를 취할 것을 국가에 요구할 권리가 있다(A규약 제2조). 이에 따라서 체결국 국민 또는 체결국의 관할 내에 있는 개인은 기존의 국내법령이 그 조약에 위반되거나 또는 행정기관이 취한 처분이 그 조약상의 인권을 침해하는 경우에는 그 구제를 구하는 근거로서 그 조약을 원용할 수 있으며, 정부나 국회에 대하여 그

권리는 자유권적 기본권에 관한 것이고, ‘모든 사람은 ...권리를 가진다 또는 ... 하여야 한다’는 문언형식을 취하고 있다. 이러한 개인의 권리는 절대적 성질의 것이어서 체약국에 의한 권리제한은 허용되지 않는다. 또 제 2조 2항에서 ‘이 규약의 당사국은 현행 입법조치 또는 기타 조치에 의하여 아직 규정되어 있지 아니한 경우, 이 규약에서 인정되는 권리들을 실현하기 위하여 필요한 입법조치 또는 기타 조치를 취하기 위하여 자국의 헌법상의 절차 및 이 규약의 규정에 따라 필요한 조치를 취할 것을 약속한다’고 규정하고 있다.⁸⁾ 이런 점에서 자력집행조약인 B규약은 별도의 국내법 제정을 거치지 않고 직접 재판에 원용될 수 있다.⁹⁾ 또한 체약국은 가입과 동시에 즉각적으로 시행에 필요한 조치를 취하여야 할 의무를 부담한다. 다시 말하면 비준과 동시에 규약상의 권리가 보장되는 것이므로, 체약국에 대하여 효력이 발생한 이후에는 조약 규정의 국내적 시행에 필요한 국내법의 제정 또는 기존법률의 개폐가 불비하다는 이유로 체약국의 국제법상의 의무를 면할 수 없다.¹⁰⁾

2. 국제인권의 국내적 효력 확보를 위한 국내적 조치

이미 살펴본 바와 같이 우리 나라의 경우에 2개의 국제인권규약 및 그

실시를 위한 국내법을 제정하도록 요구할 수는 있다.

8) 이처럼 A규약과 B규약간의 권리·의무의 성격상의 차이가 나온 이유는 기본적으로 B규약상의 인권은 시민적·정치적 권리에 관한 것으로서 장기간의 역사 속에서 각국에서 국내적으로 보장되어 온 전통적인 자유권이며 국가의 간섭만 배제하면 즉각 시행될 수 있는 개인의 권리인데 반하여, A규약상의 사회적·경제적·문화적 권리는 국가사회의 적극적인 의무를 전제로 할 때 실천이 가능한 것이며, 그 시행가능성도 사회적 여건이 성숙되는 정도에 따라 상이할 수밖에 없는 것이어서, 개인의 권리는 국가에 대한 청구권적인 성질을 갖기 때문이라고 설명하는 것이 일반적이다. 백충현, 국제인권규약 가입의 법적 의의, 저스티스 제21권, 1988, 9면.

9) 박찬운/김선수, 앞의 글, 96면.

10) 백충현, 앞의 글, 9면.

선택의정서를 비준하여 그 체약국으로 되어 있고, 또한 이에 대하여 아무런 유보 없이 가입되어 있으므로 이제 우리 나라에서의 헌법질서 내의 헌법질서 속의 형사피의자 및 피고인의 권리보장은 국제인권법의 규율대상이 되었다는 것은 분명하다.

국제인권규약의 국내법적 효력은 체약국의 국내법 특히 헌법상의 규정과 관련이 있다. 다시 말하면 인권규약의 국내법적 지위는 조약의 수용 또는 변형에 의한 국내적 시행에 관한 헌법규정에 의한다. 우리 나라는 헌법 제6조 1항의 ‘헌법에 의하여 체결 공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다’는 일반적 수용규정에 따라 국제인권규약은 비준·공포되면 별도의 국내입법없이 국내법과 동일한 효력을 갖게 된다. 그리고 B규약 제40조에 따라 제출한 우리 정부의 최초보고서에 의하면 ‘규약은 대한민국 국회의 동의를 얻어 대한민국 정부에 의하여 비준·공포됨으로써, 별도의 국내입법 없이 국내법과 동일한 효력을 갖게 된다’는 점을 인정하고 있다.

그러나 우리 나라에서 이처럼 조약의 일반적인 국내법에로의 수용에도 불구하고 조약과 국내법이 충돌할 때의 양자간의 우선적 효력에 관하여는 견해가 대립한다. 이는 체약국의 기존의 국내법이 서로 수락한 조약상의 의무규정과 저촉될 때에는 국내법에의 실시효과가 무엇인가, B규약에 위반한 국내법은 무효라고 보아야 하지 않는가 하는 문제이다.

생각건대 새로운 국제의무와 양립할 수 없는 과거의 관행 또는 조치가 계속 국내적으로 시행될 때에는 국제범위반이 성립된다. 국제관례에서도 체약국은 국제조약상의 국제의무이행을 확보하는데 필요한 국내법의 수정을 법적 의무로 지적하고 있다. 즉 체약국은 조약의무의 국내적 시행과 관련하여 조약규정에 양립하지 않는 기존의 국내법은 개폐하고 필요한 입법적인 보완을 강구함으로써 조약체결의 입법적 성질이 요구하는 국제법 원칙의 국내법에의 도입을 실천해야 한다.

그러나 이처럼 국제인권규약에 대하여 자동집행력이 있고 이에 따라 국내법을 정비할 의무가 부과되어 있다 하더라도 실질적으로 특정조항에 대하여 직접적용 내지 자동집행력을 인정하기에는 복잡한 요인이 관련된다는 데서 법집행상의 문제가 제기된다. 국제인권규약의 경우 국내법을 새로운 국제의무에 일치하도록 보장하는 방안은 조약에서 규정하고 있는 수단 중에서 개별 계약국이 가장 적절하다고 판단되는 것을 선택할 수 있도록 폭넓게 위임하고 있기 때문이다.

조약의 해석은 당사국이 일방적으로 할 수 있는 것이 아니고 국제적인 관례와 기준에 따라서 해야 하며, 특히 B규약의 경우에는 인권이사회에 인권침해가 있는지를 판단할 권한이 부여되어 있다는 점에서 당사국의 정부나 법원도 인권이사회에 견해에 따라 B규약의 조항들을 해석·적용할 국제법적 의무를 가진다고 할 수 있고, 이런 의미에서 인권이사회에 견해는 매우 중요한 법적·정치적 의미를 가지게 된다.¹¹⁾ 따라서 B규약의 조항들은 실질적으로 헌법의 조항들을 보완하고 강화하는 역할을 한다고도 할 수 있다.¹²⁾

그런데도 불구하고 여전히 문제는 남아 있다. 즉 국제인권규약은 개인의 권리에 상응하는 국가의 의무를 규정하는데 충실하지 못하다는 평가를 받고 있다는 점이다. 그 이유로서는 첫째, 국제인권규약은 일정한 권리가 개인에게 있다는 사실표명정도이거나, 둘째, 이에 상응하는 국가의 의무는 자발적 이행을 통한 국내법의 변경과 집행을 기대하는 준수, 승인, 보장 정도의 것이며 국가의 의무위반에 대한 조치에 관하여는 아무런 언급이 없기 때문이다.

여기서 국제인권관련 조약규정이 어떻게 당해 국가의 국내법상 이행되는가, 특히 사법부의 결정과정에 영향을 미치는가 하는 문제 즉 당해 국

11) 조용환, 국제적 인권보호제도와 이용가능성, 법과사회 제5호, 1992, 106면.

12) 유현석, 국제인권규약과 법률사무, 인권과 정의 제169호, 1990.9, 101면 참조.

제규범이 바로 관련 국내법 규정이 없더라도 적용될 수 있는가 하는 ‘직접적용성’ 내지 ‘자기집행적 성격’의 문제가 제기된다.

조약규정의 자동집행력이 인정되는 범위는 국제인권규약의 국내적 실시와 밀접한 관련이 있다. 조약이 첫째로 체약국뿐만 아니라, 개인을 권리·의무의 대상으로 명백하게 규정하고 있으며, 둘째로 체약국의 관계기관이 조약규정의 즉각적인 적용을 허용하고 있다는 두 가지 조건이 충족될 때 개인은 국내 법원에서 직접 조약규정을 원용하여 인권의 보호를 다룰 수 있다. 그러나 조약 또는 국제기관이 인권규약의 특정조항들을 자동집행력이 있다고 선언하더라도 조약과 국내법과의 관계에는 복잡한 요인이 작용하여 국내법절차에서의 직접 적용 또는 자동집행력의 인정에는 한계가 있는 것이 법집행상의 현실이다.

이처럼 인권관련 조약들의 국내시행상의 자동집행력을 감소시키는 공통적인 요인을 살펴보면 먼저 국제인권규약의 실체적 규정은 국제적 차원에서 ‘개인을 위하여 권리와 자유를 창설’한 것이라고 인정하더라도 국제기관에 대한 개인의 직접 청원절차와 국제기관의 심의관할권은 체약국의 개별적인 선택에 따라 인정되는 사항이며, 둘째, 규약가입시에는 광범위한 유보가 가능하고, 셋째, 실체규정의 국내적 시행에 있어 많은 제한이 가능하며, 넷째, 국내법과의 관계에서 집행력을 주장할 체약국간에 일치조화된 원칙을 기대할 수 없으므로 각국의 국내법원이 국내법보다 월등하게 인권의 보장을 규정한 인권규약의 실체규정들을 외면하고 국내법상의 규정에 우선적 지위를 고집하는 태도 등이다.

우리 나라 대법원¹³⁾도 국제인권규약 B규약 제2조 3항에 의해 국제규약에서 인정되는 권리 또는 자유를 침해당한 개인이 효과적인 구제조치를 받을 수 있는 법적 제도 등을 확보할 것을 당사국 상호간의 국제법상 의무로 규정하고 있는 것이고, 국가를 상대로 한 손해배상 등 구제조치는

13) 대법원 1999.3.26. 선고96다55877판결.

국가배상법등 국내법에 근거하여 청구할 수 있는 것일 뿐, 위 규정에 의하여 별도로 개인이 위 국제규약의 당사국에 대하여 손해배상 등 구제조치를 청구할 수 있는 특별한 권리가 창설된 것은 아니라고 판시한 바 있다.

마지막으로 국제인권규약이 국내적 효력을 가지지만 국내적 시행을 위해서는 입법기관 및 행정기관만이 아니라, 사법기관의 역할이 중요하게 된다. 먼저 국회는 보통 조약 비준시에 조약과 국내법의 관계를 검토하여 조약에 배치되는 국내법을 제정하거나 개폐하여야 하는 등의 국내법 정비의무가 있다. 예컨대 국제인권규약상 형사절차에 관하여 아무런 유보 없이 가입한 이상 우리 나라 국회는 위 조항과 저촉되는 현행 형사소송법 관련규정을 즉각 개정해야 할 국제법적 의무를 부담한다.

그 다음으로 특히 사법기관이 국제인권규약을 적용하는 방법으로서 직접적용과 간접적용이 있다. 조약의 직접적용은 체결국이 체결한 인권조약을 직접적으로 적용하여 구체적인 국가행동과 인권조약과의 정합성을 판단하는 방법이고, 조약의 간접적용은 법원이 헌법이나 법률 등 국내법의 해석에 있어서 그 해석기준, 지침, 보강재료로서 인권규약을 사용하는 것을 말한다.

한편 헌법재판이 국내법적으로 거쳐야 할 구제절차로 볼 것인가 하는 점이 문제되는데, 제기된 쟁점이 국내법의 변경에 의하지 아니하고는 구제될 수 없는 성격을 갖고 있는 경우에는 헌법재판은 필요적으로 거쳐야 할 국내적 구제절차로 간주하여야 할 것이다.¹⁴⁾

14) 법무부, 국제인권규약과 개인청원, 법무자료 제195집, 1995, 111면.

제3장 피의자·피고인의 인권침해와 관련된 제도와 문제점 그리고 개선방안

제1절 적법절차에 따른 인신의 자유보장원칙 확립

인신의 자유는 인간존엄 가운데 가장 기본적인 자유로써, 본래 모든 인권선언과 권리장전에 우선적으로 선언되는 권리이다. 헌법 또한 국민주권의 이념에 따라 국가권력이 악용 내지 남용되는 일이 없도록 법치주의원리를 그 기본이념으로 하고 있다. 인간의 존엄과 가치를 존중하는 법치국가적 형사절차에서는 국가형벌권의 실현에 있어서 공정성을 기하도록 함으로써 국가에 의한 부당·위법한 형벌권행사로부터 국민 일반 내지 피의자 피고인의 헌법상 보장된 자유와 권리를 보장해야 한다. 현행 헌법은 법치국가적 형사절차의 구체화로서 형사절차에서의 적법절차에 관하여 상세한 규정을 두고 있는 것은 이런 의미이다.

한편 형사절차에 있어서 인신구속은 그 성질상 불가결하면서도 엄격히 제한되지 않으면 안 되는 성질을 갖고 있다. 인신구속은 형사사범의 효율성과 개인의 기본권보장이라는 대립되는 이익이 충돌하는 영역이기 때문이다. 이런 점에서 강제처분은 최후의 수단으로서 엄격한 비례성의 원칙에 따라야 하며, 동시에 구체적 사건이 개별적·사실적 상황을 고려하여 소송의 목적을 달성하는데 적합하고, 다른 수단에 의하여는 그 목적을 달성할 수 없을 뿐만 아니라, 이와 결합된 침해가 사건의 의미와 범죄혐의의 정도에 비추어 상당해야 한다는 과잉금지 원칙이 적용된다. 체포·구속에 있어서 국가의 효율적인 대범죄 투쟁, 형사소추 내지 형사정책적 요청과 국민의 인권보호라는 법치국가적 요청 사이에 항상 긴장관계에 놓이며, 이 양자 사이에서 조화를 모색해왔다. 구속은 부득이한 경우에 예외

적으로만 허용되어야 한다.¹⁵⁾ 형사소송법상 체포·구속제도가 수사목적의 실현과 개인의 기본권보장이라고 하는 두 가지 이념을 잘 조화할 수 있도록 하는 방향으로 규정되고 또한 운용될 수 있도록 하는 방안을 구체화하도록 할 필요성이 그 어느 때보다 크다.

제2절 현행법상 체포·구속제도의 문제점과 개선방안

체포·구속은 국가의 적정한 형벌권의 행사를 통한 실체진실의 발견과 형사절차상의 개인의 기본권의 보장이라고 하는 대립되는 이념이 서로 충돌하는 형사소송법에서 가장 예민한 문제영역이다. 체포·구속은 적법 절차, 영장주의, 무죄추정의 원칙 및 불구속 수사 및 재판의 원칙에 입각하여 신중하고도 엄정하게 하여야 한다. 그리하여 헌법 및 형사소송법상 인신자유의 보장을 위한 기본원칙 및 법제도를 두고 있다. 그럼에도 불구하고 이는 법률상으로만 존재할 뿐 실무상으로 충분하게 기능하지 않아, 법을 일탈하거나 또는 법에 정해지지 않은 요건 하에 변형된 형태로 자의적 혹은 반자의적인 형태로 체포·구속이 행해진다는 문제점이 끊임없이 제기되고 있다. 별건체포·구속, 임의동행, 임의출두, 보호 등의 명목으로 행해지고 있는 실질적인 강제처분으로서의 신병체포가 그것이다. 이러한 강제처분 유사의 관행들이 실무에서 활용되는 이유는 인신구속이 중

15) 헌법재판소 1993.12.23. 선고 93헌가2 결정. ‘모든 자유권적 기본권의 뿌리가 되는 신체의 자유가 제한되는 경우에는 가정과 사회에서의 행복추구권이 상실되고, 고용관계와 사업관계 등 경제생활은 물론이요, 사회적 정신적인 모든 생활면이 파괴되며, 세인으로부터 유죄의 추정을 받아 개인의 명예와 장래의 취업에도 지울 수 없는 낙인이 찍히게 되는 수도 있고, 형사소추에 관련하여서는 자기에 유리한 증거수집 등 방어준비를 충분히 할 수 없게 되고 유 무죄의 판단에 있어서 법원으로 하여금 편견을 가지게 할 우려가 있으며, 수사나 재판과정에서도 빨리 신체의 자유를 얻기 위하여 본의 아닌 자백을 함으로써 공정한 재판을 저해할 수도 있고, 가족의 생활도 곤궁에 빠지게 하는 등 그 손실이 크다.’

중 자백을 얻어내는 수단으로 사용되기 때문이다. 이러한 수사실무관행은 수사기관 작성의 피의자신문조서의 증거능력 부여를 통하여 재판절차에 까지 영향을 미쳐 기록재판 또는 조서재판이라는 바람직하지 못한 실무 운영을 고착화시키고 있다. 법원도 불구속 사건보다는 자백율과 합의율이 높은 구속사건이 재판진행에 편리하다는 생각에서 구속사건을 선호하게 되는 경향을 보이고 있다.¹⁶⁾

1. 인신구속관행의 문제점과 개선방안

가. 내사관행의 문제점

현재 수사관행에서 가장 문제되는 것 중의 하나가 내사제도이다.

현행 사법경찰직무집행법 제20조에 의하면, ①범죄에 관한 신문 기타 출판물의 기사, 익명의 신고 또는 풍설이 있을 때에는 특히 출처에 주의 하여 그 진상을 내사한 후 범죄의 혐의가 있다고 인정할 때에는 즉시 수사에 착수하여야 한다. 다만, 내사를 빙자하여 막연히 관계인의 출석을 요구하거나 물건을 압수하는 일이 없도록 하여야 한다. ②사법경찰관은 내사결과 범죄의 혐의가 없다고 인정할 때에는 즉시 내사를 종결하여야 한다. ③ 익명 또는 허무인 명의의 진정·탄원 및 투서에 대하여는 그 내용을 정확히 판단하여 수사단서로서의 가치가 없다고 인정될 때에는 내사하지 아니할 수 있다. ④ 실존인물의 진정·탄원·투서라도 내용이 형벌법규에 저촉되지 아니함이 명백하다고 인정될 때에는 진정·탄원·투서인에게 그 뜻을 통지하고 제3항에 준하여 처리할 수 있다.

원래 내사란 피해자의 신고나 경찰의 인지 등에 의하여 입건하기 전의

16) 사법서비스 및 형사사법제도, 사법개혁위원회 제5차 회의 보고자료, 2004.1.5, 18면.

수사 단계를 말하며, 정식으로 입건한 다음의 수사과정을 형사소송법상 '수사'라고 한다. 내사를 하다가 형사입건할 사안이 아니라고 판단되면 '내사종결' 처리한다. 내사종결을 했다고 해서 다시는 그 사건에 대해 수사할 수 없는 것은 아니고, 형사입건을 할 만한 특별한 사정, 즉, 증거가 새로 발견된다든지 하는 경우에는 다시 수사할 수 있다.

내사는고소/고발, 인지 등과 마찬가지로 이에 의해서 수사가 개시되므로 수사단서가 된다. 이처럼 내사는 수사이전의 단계이므로 이때 적용되는 혐의는 추상적 혐의에 지나지 않는다. 즉 범죄혐의자가 구체적으로 특정되지는 않았지만 범죄수사학의 수사기법에 의하여 동일범죄의 전과자라든가 범행동기가 있을 만한 주변인물 등이 용의선상에 오를 때 이들에게 적용되는 혐의는 추상적 혐의에 불과한 것이다. 내사단계에서는 아직 피의자의 지위에 있지 않게 되어 피의자로서의 권리나 지위보장은 받지 못하고 있는 실정이다.

내사가 갖는 실무상 문제점은 첫째, 수사검사가 내사 단계에서 피내사자나 참고인을 소환하거나 외부기관에 내사자료 제출을 요구하는 등의 경우이다. 둘째, 내사단계에서 진상을 밝히기 위하여 폭행 또는 고문이 행해지는 경우가 있고, 그럼에도 불구하고 증거가 부족한 경우에 그대로 풀려나는 경우가 있어 인권침해의 소지가 매우 크다는 점이다. 따라서 적어도 실무상으로는 수사검사가 내사 단계에서부터 수사 진행상황을 상부에 보고토록 하여 내사에 대한 통제가 가능하도록 하는 방안을 고려해보아야 한다. 한편 대검찰청은 최근 잇따라 발생한 피의자 자살 사건을 계기로 그간 검찰의 수사관행에서 발견됐던 문제점들을 개선하는 방안을 추진중이라고 밝힌 바 있다.¹⁷⁾ 그 가운데 내사상황의 상부보고를 의무화하고 외부인을 수사에 활용하는 것을 금지하는 내용 등이 포함되어 있다.

17) 연합뉴스 2004.5.30.

나. 불심검문제도의 문제점과 탈법적 임의동행관행

(1) 불심검문의 문제점과 개선방안

1) 현행법상 불심검문

경찰관직무집행법은 ‘경찰관은 수상한 거동 기타 주위의 사정을 합리적으로 판단하여 어떠한 죄를 범하였거나 범하려 하고 있다고 의심할만한 상당한 이유가 있는 자 또는 이미 행하여진 범죄나 행하여지려고 하는 범죄행위에 관하여 그 사실을 안다고 인정되는 자를 정지시켜 질문할 수 있다’고 하여 불심검문을 규정하고 있다. 이러한 규정에 비추어본다면 불심검문은 경찰관이 거동이 수상한 자를 발견한 때에 이를 정지시켜 질문하는 것을 의미하는 것으로 이해된다.

불심검문이 중요한 의미를 갖는 것은 범죄가 발각되지 않은 경우에 범 죄수사의 단서가 될 뿐만 아니라 특정범죄에 대한 범인이 발각되지 않은 때에는 범인발견의 계기가 되기 때문에 수사와 밀접한 관련을 갖기 때문이다. 피의자에 대하여도 불심검문이 허용되는 것은 이러한 불심검문이 갖는 의의 때문이다. 불심검문의 요건이 구비되면 피의자에 대하여도 불심검문이 가능하다.

그러나 불심검문은 수사는 아니다. 즉 불심검문은 어디까지나 행정경찰 작용 특히 보안경찰활동으로서 범죄수사와는 엄격하게 구분되지 않으면 안 된다.¹⁸⁾ 다시 말하면 불심검문은 이에 의하여 범죄의 혐의가 있게 되면 수사가 개시되는 수사의 단서가 될 뿐이다.

이러한 불심검문은 이미 1980년대까지 매우 빈번히 일상적으로 행해져 왔고 이로 인하여 고통이나 인권침해가 빈번했음에도 불구하고 이 문제

18) 이재상, 형사소송법, 2002, 182면.

에 대하여 학계에서는 불심검문이 경직법상의 경찰행정활동의 일환으로서 행해지는 것으로서 형사소송법 영역에서는 크게 문제삼지 않았고, 다만 그 한계는 행정경찰활동의 범위 내에서 행해져야 한다는 점을 강조하였을 뿐이다. 실무에서도 불심검문이 경찰의 활동 특히 범죄예방활동으로서 중요한 의미를 갖는다고 하는 인식 하에 오히려 불심검문에 대한 지나친 규제에 대하여 불만의 목소리를 높여왔다.

불심검문이 현행 형사사법제도 내에서 갖는 의미는 다음과 같은 세 가지 관점에서 파악될 수 있다. 우선 불심검문의 관행을 통한 접근이다. 불심검문을 통한 범죄수사단서의 포착, 범인발견의 계기가 되는 경우는 그 다지 높지는 않다. 불심검문제도는 범죄수사 또는 범인발견의 주요한 단서로서 의미를 갖기는 하지만, 빈번하게 일상적으로 행해지는 빈도만큼의 효과를 가져오는지에 대하여는 회의적이라고 하지 않을 수 없다. 그 다음으로 경찰관직무집행법 제3조의 해석에 따라 불심검문제도의 목적을 보면 ‘어떠한 죄를 범하였다고 의심할만한 상당한 이유가 있는 자’와 ‘이미 행하여진 범죄에 관하여 그 사실을 안다고 인정되는 자’를 대상으로 한 불심검문은 과거에 행해진 범죄의 수사를 목적으로 하는 것이고, ‘어떠한 죄를 범하려 하고 있다고 의심할만한 상당한 이유가 있는 자’와 ‘행하여지려고 하는 범죄행위에 관하여 그 사실을 안다고 인정되는 자’를 대상으로 한 불심검문은 장래에 행해질 가능성이 있는 범죄의 예방을 목적으로 한다는 의미로 이해된다. 이런 의미에서 본다면 불심검문제도는 범죄진압 또는 수사와 범죄예방을 동시에 목적으로 하는 제도이다. 마지막으로 불심검문은 경직법상의 경찰행정활동이면서 범죄예방활동의 하나로서 중요한 의미를 갖고 있고, 수사기관으로서의 경찰활동 중 불심검문이 차지하는 비중이 매우 높다는 점에서 본다면 수사활동과 인권보호를 핵심이념으로 하는 형사소송법에서도 중요한 의미를 갖는 제도로써 다루어져야 할 것이다.

2) 불심검문 관행상의 문제점

불심검문은 일상적이고도 대량적으로 행해지고 있는데, 실제 길거리나 교통수단 이용 중에 경찰의 불심검문을 받아보지 않은 사람은 없을 정도로 우리 생활과 밀접한 관련을 맺고 있다. 이러한 불심검문에 대하여 일반국민들도 치안유지를 위해서는 필요하고도 어쩔 수 없다고 받아들이는 한편으로, 감정적으로는 불편하고 실제 불쾌한 느낌을 갖는 것으로 나타나고 있다.

이처럼 불심검문 자체가 갖는 국민의 신체의 자유에 대한 침해가능성 때문에 끊임없이 문제되어 왔고, 사실 불심검문이 많이 감소한 것은 사실이다. 그러나 여전히 불심검문제도는 경직법상으로 존재하고 이에 따른 불심검문은 경우에 따라서는 불법적인 형태로 행해지고 있는 것도 사실이다.

3) 불심검문제도의 개선방안

가) 대상선정에 있어서 합리적인 판단

이상으로 살펴보는 바와 같이 불심검문은 수사의 편의와 효율성을 위해 중요한 의미를 갖는 것이기는 하지만, 그 행사범위와 한계에 대한 적법한 고려없이 행해지는 경우가 많아 사실상 범죄예방측면에서 그 효과가 크지 않고 일반국민의 생활에 불편함만을 가중시키거나 나아가 인권침해시비를 불러오고 있는 실정이다.

시대상황의 변화와 일반국민의 인권의식의 향상 등으로 인해 불법한 불심검문에 대한 대응문제가 일반국민들사이에 광범위하게 인식되기 시작하면서 시민단체들도 불법한 불심검문은 시민들의 일상생활에 불편을

가중시킬 뿐만 아니라, 헌법상 보장되는 기본적인 인권을 제한하거나 침해한다는 등의 폐해가 크다고 하는 점을 인식되고 있다.

대법원 또한 수사일선에서 행해지고 있는 불심검문은 경직법을 위반한 불법활동임을 밝히고 경찰의 불법적인 검문관행에 제동을 걸고 구체적인 규제기준을 제공하기에 이르렀다.

불심검문의 대상자는 수상한 거동 기타 주위의 사정을 합리적으로 판단하여 선정된다. 그러나 단순히 거동이 수상하다는 이유만으로 불심검문을 허용하게 되면 경찰관의 주관적 판단이 지나치게 개입되기 쉽고, 시민의 자유만을 부당히 제한하는 결과를 초래할 수 있어 사실상 범죄예방효과에 대하여는 의문이 강하게 제기된다. 최근에 들어와 범죄자들의 지능화·전문화 등을 고려한다면 초범이나 우발범의 경우를 제외하고는 범행 전후의 행동을 판단하여 검거하는 경우란 찾기 어려울 것이다. 현행 불심검문제도로서는 이러한 변화에 대응하기가 쉽지 않다. 따라서 불심검문의 요건과 판단기준을 명확히 마련할 필요가 있는데, 그 정황과 대상자를 판단하는 기준이 마련되어야 할 것이다.

나) 적법절차에 의한 불심검문

불심검문은 경찰의 직무집행수단의 하나로서 범죄의 예방, 범죄조기발견 및 진압을 위한 제도로써 본질적으로는 행정경찰활동이다. 불심검문은 치안유지를 위한 범죄예방과 진압활동을 하면서도 동시에 적법절차를 통한 인권보장이라고 하는 두 가지 목적을 갖는 제도이다.

그럼에도 불구하고 불심검문은 공권력 행사의 하나로서 그 자체가 국민의 자유와 권리의 침해를 가져올 가능성을 내포하고 있다. 이러한 가능성 때문에 불심검문은 임의처분으로서 적법한 절차에 따라 법에 정해진 경우에 한정하여 행사되어야 한다는 제약을 받지 않을 수 없다. 따라서

임의적인 경찰활동으로서의 성격을 갖는 것이므로 그 범위를 벗어나서 행해져서는 안 된다.

경찰권의 남용으로 인한 기본권침해의 소지가 있는 사항에 관하여 경찰권행사의 요건과 한계를 엄격하게 함으로써 경찰권행사의 적정을 도모하도록 해야 한다.

현행 경직법은 검문경찰관이 먼저 당해인에게 신분증을 제시하고 소속과 성명, 검문목적과 이유를 설명하도록 하고, 동행의 경우 동행의 장소를 밝히도록 하고 있다. 그러나 한편으로 1988년 12월 31일 개정법률에 의해 신설된 제3조 제4항의 '동행의 경우에는 동행장소를 밝힌 후 동행을 거부할 자유와 동행 후 언제든지 경찰관서로부터 퇴거할 자유가 있음을 고지하여야 한다는 조항을 삭제하였고(1991년 3월 8일 개정법률), 뿐만 아니라 1988년 개정에 의하여 도입된 경직법 제3조 제2항의 규정에 의하여 동행을 한 경우에 당해인을 3시간 초과하여 경찰에 머물게 할 수 없다는 규정도 1991년 개정법률에 의하여 6시간으로 연장하여 규정하기에 이르렀다. 이러한 1991년의 경직법의 개정은 당시 범죄와의 전쟁으로 인하여 경찰업무가 가중됨에 따라 경찰업무의 효율성을 높이기 위한 방법으로서 범죄자의 도주를 유도하는 결과를 초래하고, 또한 임의동행시 범죄용의자에 대한 조사시에 신원파악 등 기초조사를 하는데 만도 3시간이 넘는다는 이유 때문이었다. 물론 이 때 동행의 제한시간인 6시간을 초과하여 경찰관서에 머물게 한 경우에는 불법체포 및 감금죄가 성립한다.

그러나 이러한 임의동행 요건의 완화는 행정편의주의적인 발상으로서 오히려 임의동행이 체포나 구금, 강제연행으로 운용될 여지를 넓혀놓았을 뿐이었다. 실제 피동행인은 임의동행의 이름으로 사실상 강제연행되는 경우가 있을 뿐만 아니라, 불심검문의 목적이 아닌 다른 이유로 여러 시간을 사실상 강제구금상태에 놓이는 등의 파행적인 운용이 광범위하게 문제되었다. 따라서 불심검문을 통한 임의동행에 있어서 6시간 동안 경찰관

서에 억류하는 것은 불법체포, 감금에 해당하므로 해당규정을 삭제하거나, 적어도 당해인을 3시간 초과하여 머물 수 없도록 하는 입법개정이 필요하다.

다. 임의동행의 문제점

구속의 양태에 있어서도 헌법상의 원칙인 사전영장주의를 무시하고서 현행법 이외에 대부분의 인신구속도 일단 영장 없이 수사기관에 임의동행한 뒤 혐의사실에 대하여 조사하고 구속영장을 발부받아 구속을 집행하여 온 것이 최근까지의 관행이라고 할 수 있다.

임의동행은 주로 불심검문시 이루어지는데 경찰관은 불심검문이 상대방에게 불리하거나, 교통의 방해 등의 우려가 있을 때에는 질문하기 위하여 부근의 경찰관서에 동행할 것을 요구할 수 있으며, 이 경우 당해인은 경찰관의 동행요구를 거절할 수 있다(경직법 제3조 제2항). 동행을 요구할 경우 가족 또는 친지 등에게 동행한 경찰관의 신분, 동행장소, 동행목적과 이유를 고지하거나 본인으로 하여금 즉시 연락할 수 있는 기회를 부여하여야 하며, 변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 고지하여야 한다(경직법 제3조 제5항).

임의동행 자체를 형사소송법 제199조 1항의 피의자신문을 위한 임의수사의 한 방법으로 인정¹⁹⁾할 것인가 아니면 강제수사의 일종으로서 허용되지 않는다²⁰⁾고 볼 것인가에 대하여 견해가 대립한다. 임의동행을 임의수사로 허용된다고 하는 입장은 현행 형사소송법이 피의자에 대한 출석요구방법을 제한하지 않고 있고, 사회통념상 신체의 속박이나 심리적 압박에 의한 자유의 구속이 있었다고 할 수 없는 객관적 상황이 있는 때에

19) 차용석, 형사소송법연구, 106면 ; 이재상, 형사소송법, 204면 ; 배종대/이상돈, 형사소송법, 204면 ; 이재석, 체포제도에 관한 연구, 598면.

20) 신동운, 형사소송법 I, 1996, 128면.

는 허용된다고 해야 한다고 한다. 반면 임의동행은 현행 형사소송법상 강제수사의 기본원칙인 영장주의의 원칙에 비추어 검토해야 하고, 이러한 원칙에서 보면 임의동행은 상대방의 동의만에 의해 인정된 인신자유 박탈처분이고 따라서 임의수사의 일종으로 보기 어렵다고 한다. 임의동행이 실무에서 신병확보수단으로 손쉽게 이용되어온 것은 부인하기 어렵다. 즉 임의동행이라는 명분 하에 신병을 확보한 다음 보호실에 유치하여 혐의가 인정되지 않으면 석방하고, 혐의가 인정되면 구속영장의 신청과 발부의 절차를 밟게 된다. 따라서 이미 임의동행시부터 구속영장집행시까지 불법구금상태에 있게 되고, 이는 결국 영장주의 원칙에 반하는 것이라고 하지 않을 수 없다. 판례 또한 임의동행 수사관행의 위법성을 적시하고 있다.²¹⁾

이러한 법규정에도 불구하고 실무상으로 임의성이 없는 동행뿐만 아니라 임의동행후 긴급체포시까지 소요된 시간을 보아도 아직도 불법적인 관행이 존재하고 있음을 엿볼 수 있다. 불심검문에 있어서 임의동행은 질문을 위한 보조수단에 지나지 않는다는 점을 분명히 할 필요가 있다. 따라서 임의동행은 당해인에게 불리하거나, 교통의 방해가 된다고 인정되는 경우에만 가능하다(경직법 제3조 제2항). 일반적으로 피검문자인 동행인에게 불리한 경우란 사람들이 많이 모여있는 장소에서 검문을 당하는 경우 본인의 수치심유발, 명예훼손 등의 우려가 있는 경우, 검문장소가 너무 덥거나 추워서 피검문자를 그 자리에 있게 하는 것 자체가 힘든 경우 등이다.

동행을 요구할 경우 경찰관은 자신의 신분을 표시하는 증표를 제시하면서 소속과 성명을 밝히고 그 목적과 이유를 설명해야 하며, 동행장소를 밝혀야 한다(동조 제4항). 문제는 불심검문관행상으로 경찰관이 자신의 소속, 성명을 밝히지 않고 불심검문하는 경우가 종종 있다는 점이다. 즉

21) 대법원 1985.7.29. 85모16 ; 1994.3.11. 93도958.

검문시에 경찰은 경찰제복을 입고 있다는 점과 명찰이 붙어 있다는 점 등을 이유로 소속과 이름을 밝히지 않는 경우가 많다는 점이다. 불심검문이 신체의 자유를 제한하는 행위임을 감안할 때 반드시 법률과 적법한 절차에 의해서만 이루어져야 하는 것이 당연하며, 비록 피진정인이 경찰제복을 입었더라도 소속과 이름을 밝히지 않고 불심검문을 한 것은 적법 절차를 위반한 행위로 보아야 한다.

한편 경직법상의 임의동행과 구분되어야 할 것이 형사소송법상 임의수사로서의 임의동행이다. 임의동행의 형식을 취한 경우에도 강제성의 성질을 갖춘 경우에는 임의수사로서 적법화될 수 없는 강제수사, 즉 체포 또는 구속에 해당한다.²²⁾ 보통 임의동행시에 이후 영장발부시까지 보통 1일에서 2일이 소요되는 것에 비추어 불법구금이 될 가능성이 큼²³⁾은 부인하기 어렵다. 사실 임의동행형식을 취한 사전불법구금 등을 통해 영장을 발부받지 않은 기간 중 작성된 피의자신문조서 내지 자백조서를 근거로 사실상 사후영장을 청구하는 관행이 반복되고 있으며, 법관 또한 이러한 수사기록심사만에 의하여 영장을 발부하는 관행이 문제될 수 있다.²⁴⁾ 임의동행으로부터 보호실유치까지의 사실상의 신병구속은 국제인권원칙이 우려하는 자의적 체포·구속의 위험성이 그대로 나타나는 형태로서, ‘법률이 정한 이유(B규약 제9조 1항)’, ‘엄격한 법률의 규정에 따라서’(보호원칙 2) 등의 체포·구속의 요건에 반하며, 이에 대한 법관의 통제(보호원칙 4와 9)도 결여되어 있다는 점에서 위법·부당한 구금에 해당한다고 봄이 타당하다. 대법원도 임의성 판단에 대하여는 동행의 시간과 장소, 동행의 방법과 동행거부의사의 유무, 동행 이후의 조사방법과 퇴거의사의 유무 등 여러 사정을 종합하여 객관적인 상황을 기준으로 해야 한다고 판시하고 있

22) 이재상, 형사소송법, 204면.

23) 대한변호사협회, 인권보고서 제8집(1993), 제9집(1994).

24) 신동운, 일제하의 형사절차에 관한 연구, 한국법사학논총, 박병호교수화갑기념논문집, 박영사, 1991, 42면.

다.²⁵⁾

라. 긴급체포의 남용

(1) 긴급체포제도 도입의 의의

체포는 신체의 자유박탈이라는 강제처분으로서, 그 후에 계속하여 미결 구금을 개시하는 행위로서 피체포자로서는 처음부터 신체의 자유에 대한 강제력 행사로 인정됨으로써 그가 받는 신체적 정신적 충격은 매우 크다. 한편 수사기관 입장으로서는 피의자의 신병확보는 가장 신속을 요하는 절차이고, 특히 체포에 뒤이은 유치기간은 직후의 구속청구를 위한 자료 확보라고 하는 측면에서 그 후의 신문의 방향을 결정한다는 중요한 의미를 갖고 있다. 그리고 체포는 수사기관으로서의 자백획득을 위한 중요국면으로서 이후 수사진행과 공판유지 여부를 결정하는 중요국면이다. 이처럼 수사의 목적과 인권이 정면에서부터 충돌할 우려가 있는 체포에 대하여 어떠한 법제를 취하는가는 그 나라의 형사절차상의 인권의 수준을 나타내는 하나의 지표와 같은 의미를 갖는다. 국제적으로도 자의적 체포를 방지하기 위한 노력을 하고 있으며, 각국은 체포요건을 엄격하게 법정해 두고 있다.

현행 형사소송법은 체포제도를 도입하면서 영장주의의 원칙에 따른 인신구속 제도를 확립하고자 하였다. 체포제도는 초동수사단계에서 죄를 범하였다고 의심할만한 상당한 이유가 있는 피의자를 구속에 선행하여 수사관서 등 일정한 장소에 인치하여 단기간의 신체의 자유를 제한하는 제도이다. 이는 개정 전 형사소송법 하에서 임의동행 및 보호실 유치 등의 탈법적 수사관행이 자행되고 있으며, 이는 수사기관의 출석요구를 거절하

25) 대법원 1995.11.23.선고 93다35155판결.

는 경우에 강제수사의 필요성이 있는 경우에도 현행범이 아닐 경우에는 엄격한 요건을 요하는 사전영장에 의한 구속이나 긴급성으로 인해 사후 영장에 의한 긴급구속 등의 방법 이외에는 신병확보방법이 없다는 인식 하에 도입된 것이다. 무엇보다 초동수사의 긴급성을 고려하여 수사초기에 단기간에 걸친 피의자의 간편한 신병확보를 위한 필요성이 컸으며, 이는 또한 헌법에 규정한 체포제도(헌법 제12조)를 현실화한 것으로서 의미를 갖는다. 이처럼 체포제도를 도입하면서 동시에 긴급구속을 폐지하고 대신에 긴급체포제도를 신설하였다.

(2) 문제점

이처럼 현행 형사소송법이 체포제도를 도입하면서 영장에 의한 체포를 원칙으로 하고 있고 영장에 의하지 않는 긴급체포를 예외적으로 두었음에도 불구하고 본래의입법취지와는 달리 영장에 의한 체포는 그 이용율이 극히 저조하여 유명무실하고 '임의동행이나 긴급체포의 남용'에 의한 탈법적인 구속은 체포제도의 도입에도 불구하고 근절되지 않고 있는 것으로 보인다.²⁶⁾

본래 긴급체포제도는 영장에 의한 체포의 예외적인 경우로서 인정되었음에도 불구하고 체포영장에 의한 체포와 동일하게 48시간 이내에 구속영장을 청구하면 충분하도록 하여 사실상 체포시부터 구속영장청구에 의한 법관의 구속영장발부결정시까지의 무영장체포²⁷⁾를 인정한 것과 다름 없게 되었다는 비판을 면하기 어렵게 되었다.²⁸⁾ 무엇보다 운용현실에서

26) 정승환, 형사소송법의 체포제도에 대한 재검토, 한국비교형사법학회 춘계 학술논문발표회, 2004.4.17, 5면.

27) 이러한 무영장수사의 폐해를 줄이기 위해서는 현행 형사소송법상 48시간의 체포시간을 가능한 한 단축하는 것이 타당하다는 입장도 있다. 손동권, 현행 피의자체포·구속제도에 관한 연구, 현대형사법의 쟁점과 과제, 이형국교수화갑기념논문집, 법문사, 1998, 572, 573면.

사후영장에 의한 통제의 부담 없이 행사할 수 있는 긴급체포제도가 초동 수사단계에서 일선 수사기관의 원칙적인 인신구속제도로 활용되고 있어, 현재 피의자의 신병확보라는 수사상의 편의를 위하여 형사소송법상의 영장주의를 실질적으로 무시한 채 형사소송법상 존재하지 않는 이른바 ‘사후영장’을 관행으로 여겨져 오고 있는 실정이다. 체포에 관하여 체포영장에 의한 체포를 원칙으로 하는 형사소송법의 규정이 유명무실화되고 있다는 비난을 피하기 어렵다.²⁹⁾

더욱이 개정 형사소송법에서는 - 긴급구속에 대하여 검사의 사전지휘를 받도록 한 개정전 형사소송법과 달리 - 사법경찰관에 의한 긴급체포에 대하여 실무현실을 내세워 검사의 사전지휘를 받지 않고, 독자적 판단에 의하여 체포할 수 있도록 하고 있다(형사소송법 제200조의3 제2항)³⁰⁾

28) 차용석, 형사소송법연구, 1983, 85면 ; 이재상, 형사소송법상 체포와 구속 제도의 문제점, 법학논집 제2권 제1호, 이화여대 법학연구소, 1997/5, 75면 ; 배종대/이상돈, 형사소송법, 2000, 240면.

29) 이러한 점을 고려할 때 긴급체포에 대하여 사후체포영장주의 원칙이라는 입법적 보완이 이루어질 때까지 그 남용현실을 고려하여 불가피하게 행해진 긴급체포는 체포의 일종이면서도 동시에 사후영장에 의한 구속의 성격을 갖는 것으로 해석하는 것이 바람직하다. 배종대/이상돈, 앞의 책, 227면. 따라서 구속영장의 청구를 받은 법관은 긴급체포가 위법한 경우에 이를 구속영장발부에 있어서 고려하여야 하며, 이를 이유로 하여 구속영장의 청구를 기각할 수 있다고 해석함이 타당하다. 다만 이에 대하여 최근 실무운동에서 드러난 바로는, 사법경찰관의 긴급체포사안에 대하여 법관이 이를 위법한 것으로 보아 구속영장청구를 기각한 바, 이러한 법원의 결정은 특히 중범죄의 경우에 피의자의 도주 또는 증거인멸의 우려가 매우 큰 사안에 대하여 특히 어려운 문제점을 제기하고 있다고 한다. 따라서 이 경우에 중범죄를 독립된 구속사유로 하거나, 구속사유 있는 것으로 추정하는 입법 내지 해석조치가 필요하다고 한다. 손동권, 앞의 글, 570면.

30) 긴급체포가 영장주의의 예외로서 남용의 우려 등 인권침해 소지가 상존하므로 준사법기관인 검사의 사전지휘를 받도록 하고 하는 것이 타당하며, 이러한 사전지휘는 서면, 팩스 또는 통신에 의해서도 가능하도록 하여 현실적 운용의 어려움을 제거할 것으로 기대할 수 있다. 다만 특히 급속을 요하는 예외적인 경우에 사후승인을 가능하도록 하는 것이 바람직하다. 이재석, 체포제도에 관한 고찰, 현대형사법의 쟁점과 과제, 이형

는 점에 비추어 현행법상 긴급체포에 대하여 아무런 사법적 통제가 행해지고 있지 않음을 알 수 있다.³¹⁾ 이는 중국적으로 신체의 자유박탈처분에 대한 영장주의의 기본원칙이 전혀 기능하지 않는다는 것을 의미한다. 이에 대하여 검찰실무에서는 긴급체포 후 체포영장을 받지 아니할 경우에 남용될 우려가 있는 긴급체포를 어떻게 통제하여야 할 것인가에 대하여 종전의 긴급구속에 대한 통제와 같이 검사의 긴급체포에 대하여는 내부 결재를 통하여 적절히 운영되도록 하고, 사법경찰관의 긴급체포에 대하여는 원칙적으로 검사의 사전지휘를 받도록 하는 방안이 타당하다고 하는 제안을 하고 있다.³²⁾

마지막으로 체포영장의 발부요건이 엄격하여 영장에 의한 체포가 거의 활용되지 못하는 결과를 초래하여 결과적으로 긴급체포의 남용을 가져왔다.³³⁾

(3) 개선방안

이상으로 살펴본 바와 같이 체포는 피의자의 신병확보라는 목적을 위하여 수행되는 수사기관의 강제처분이라는 점에서 구속과 동일한 성질을 가지는 것으로 보아야 하며, 따라서 긴급체포의 경우에도 체포영장에 의한 체포와 동일한 효과를 인정하여 사후에 법관의 체포영장에 의한 통제를 요하지 않도록 한 것은 체포영장에 의한 체포를 원칙으로 하여 영장주의를 실현하려는 현행 형사소송법의 기본취지를 무의미하게 하는 것으로서 영장주의에 반하는 것으로 위헌의 소지가 있다고 하지 않을 수 없

국교수화갑기념논문집, 법문사, 1998, 622면.

31) 신동운, 형사사법개혁의 국제적 동향과 과제, 한국형사정책연구원 개원 15주년 기념 국제학술회의, 2004, 119면.

32) 이재석, 앞의 글, 616면 주55).

33) 정승환, 6면.

다.³⁴⁾ 개정 형사소송법이 피의자의 체포에 관하여 체포영장에 의한 체포를 원칙으로 한다면 긴급체포는 사후에 영장을 요하는 영장주의의 예외에 해당하는 체포로서 긴급체포 후 즉시 체포영장을 받도록 하는 것이 헌법의 요청이며, 긴급체포의 남용방지를 위한 효율적인 통제방안으로서 타당하다고 할 것이다.³⁵⁾ 현행법 체포의 경우에도 긴급체포와 동일하게 사후에 법원의 체포영장에 의한 통제가 없다는 점에서 긴급체포의 경우와 마찬가지로 긴급체포 후 즉시 지방법원판사에게 체포영장을 청구하여야 하며 체포영장이 발부되지 않으면 즉시 피의자를 석방하여야 한다.

그리고 실무상으로 현재 경찰의 출석요구 등에 응하지 않는 사람에 대하여 지명수배를 한 후 지명수배자를 발견하면 긴급체포하여 유치장에 입감하는 것이 현실이다. 그러나 수사기관의 자의적 판단에 의한 수배자 구금은 인권침해의 소지가 있으므로 이 경우에도 법원의 사법적 통제를 받도록 개선함이 타당하다. 따라서 지명수배시 원칙적으로 체포영장을 발부받아 수배조치 하고,³⁶⁾ 긴급체포 후에는 고소인과 합의하거나 또는 명백히 석방할 사유가 있는 경우 등에는 신속히 석방하도록 해야 한다. 이 경우에 체포영장의 유효기간 연장에 대한 문제가 제기되는데, 이 문제는 전산관리체계를 구축하여 이를 관리함으로써 해소될 수 있을 것이다.

각국의 입법례를 살펴보면 사법경찰관의 영장 없는 체포가 광범위하게 허용되고 있기는 하지만, 이 경우에 사후에 즉시 법관에게 인치하도록 하여 신체의 자유박탈 초기단계에서 소위 체포여부에 대한 실질심사가 지

34) 이재상, 앞의 책, 221면.

35) 이재상, 앞의 책, 222면 ; 신동운, 앞의 책, 162면 ; 배종대/이상돈, 2000, 240면. 한편 이 경우에 체포영장제도를 활용하는 방안으로서 현행법상 긴급체포 이후에 가능한 구속영장과 선택적으로 체포영장을 청구할 수 있도록 하거나, 체포영장의 청구를 의무화하는 체포전치주의를 도입하는 것이 타당하다는 견해도 있다. 손동권, 앞의 글, 573면.

36) 이상대, 체포제도시행에 따른 지명수배 개선방안, 검사세미나연수자료집(제22기), 164면.

제없이 행해지고 있다. 그리고 이 경우에도 사후영장을 청구하도록 하여, 구금 중 피의자신문은 사후영장에 의해서만 가능하도록 하고 있다.

결론적으로 현행 형사소송법이 체포제도를 도입하여 그 제도적 의의는 인정되고 있는 만큼 실무운용에 있어서 가능한 한 영장에 의한 체포를 원칙으로 하여 운용한다면 긴급체포의 남용으로 인한 문제는 충분히 해결될 수 있으리라 생각된다.

마. 높은 구속율

이미 살펴본 바와 같이 구속제도는 형사절차에서의 피고인의 출석 및 형집행을 담보하기 위하여 불가피하게 행해지는 강제처분으로서의 성격을 갖는다. 따라서 구속은 가능한 한 예외적으로 불가피한 사정이 있는 경우에만 한하여 인정되어 한다. 그런데 불구속수사 및 재판의 원칙이 무시된 채 진행되는 구속재판관행은 현행 형사절차의 가장 큰 문제점이 되어 있다.³⁷⁾ 최근까지도 긴급체포의 남용, 무차별적인 구속이 문제되고 있으며, 압수·수색 중 폭력, 모욕, 추행 등의 불법행위가 발생되고 있다. 이와 같은 구속중심의 재판운영은 불구속재판 원칙에 정면으로 위배되는 것으로서 심각한 법과 현실의 괴리를 초래하고 있다는 점에 이르지 못한다.³⁸⁾

형사피고인은 유죄판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다는 무죄추

37) 신동운, 형사사법제도의 개선방안, 사법제도 개선방향, 교육과학사, 1992, 186면.

38) 이는 1996년 현재 법원 업무에서도 잘 나타나, 법원은 구속관련업무의 신중한 처리와 관련하여서 문제를 제기하였다. 즉 당시 구속영장발부율은 93%를 상회하고 있는 것으로 지적되었으며, 이들 구속자의 상당수가 수사단계나 재판단계에서 석방되고 있어 구속영장 발부가 신중하지 못하다는 우려가 제기되었다. 황정근, 불법인신구속과 인권보호, 2000년도 한국형사법학회 하계학술회의, 2000, 5면.

정의 원칙은 헌법상의 대원칙이고, 직·간접의 물리적 강제력이 행사되거나 당사자의 의사에 반하거나 그의 법익을 침해하는 방법으로 이루어지는 강제수사는 형사소송법에 특별한 규정이 있는 경우에 한하여 인정되는 것이 원칙이다. 특히 구속은 피의자 및 피고인의 신병을 상당기간에 걸쳐 시설에 구금한다는 점에서 단기신병구속인 체포에 비하여 인신의 자유를 크게 침해하는 처분으로서 그 요건 및 절차도 법률에 엄격하게 규정되어 있다.

그런데 형사실무에 있어서 문제점은 특히 구속을 법원칙과는 달리 수사상의 필요, 신문 및 자백 획득의 필요성, 범죄에 대한 응징, 피해변상의 수단 또는 일반예방의 일환으로 이용하고 있다는 점이다. 이는 체포·구속제도의 운용현실에 있어서 종래의 규문적 수사관에 입각한 수사의 편의를 우선적으로 고려하는 관행이 문제됨을 의미한다. 수사기관의 주도에 의한 구속영장집행에 의하여 구금이 된 후 재판결과에 의하여 석방되는 관행이 계속적이고 광범위하게 이루어짐으로써 판결 전 구금으로 사실상 처벌이 이루어지는 관행이 정착되고 피고인이나 법집행기관의 의식도 그와 같이 받아들이고 있는 실정이다. 이는 우리 나라에서의 구속율이 다른 선진국가와 비교하여 매우 높다³⁹⁾는 데서도 잘 드러나고 있다.⁴⁰⁾

이처럼 구속비율이 높은 것을 한편으로는 ‘피해자에 대한 신속한 합의를 유도하고, 신속한 처벌을 갈구하는 국민적 법감정’에 충실한 형사사법 절차의 운영결과’라고 하여 변호하는 입장도 있으나,⁴¹⁾ 기본적으로 헌법

39) 이주홍, 헌법과 형사재판, 영장실질심사제도Ⅱ, 법원행정처, 1997, 39면 이하.

40) 법관에 의한 사법적 억제의 효과를 측정하는 자료로서 피의자의 구속에 대하여 구속영장 청구기각율의 추이에 주목할 필요가 있다. 1997년에 구속기소율이 현저히 감소하였는데 이는 영장실질심사제도 시행때문인 것으로 보인다. 예컨대 구속영장기각율은 1996년의 7.4%에 비하여 17.7%로 증가하였고, 전체 구속자는 1996년의 143,068명에 비하여 118,583명으로 17.1%가 감소하였다.

41) 이 점은 사법서비스 및 형사사법제도, 20면 참조.

에 반하는 파행적인 운용실태라고 하는 점은 이론의 여지가 없다.

또한 구속은 구속사유에 대한 검증 없이도 단지 죄의 혐의만으로 구속
이 남용되고 있다는 점이 문제된다.⁴²⁾ 구속은 법률상의 구속사유인 범죄
혐의, 도망의 우려, 증거인멸의 우려 이외에 다른 사유로 행해질 가능성이
항상 열려 있다. 이는 외형상으로는 법이 정한 구속사유에 의하여 영장이
발부되는 것 같지만, 사실은 다른 이유에서 구속이 이루어지는 이른바 위
장된 구속사유가 실무관행으로 공공연히 인정되고 있음을 의미한다.⁴³⁾ 예
컨대 자백을 얻거나, 협력을 얻기 위하여, 집행유예의 전제조건으로서, 그
리고 단기자유형으로서의 고려, 사전형벌의 수단으로의 이용 등이다. 특히
사전형벌로서 이용되는 구속이 가장 큰 비중을 차지하고 있다고 한다. 수
사의 편의상 구속영장을 청구하고 수사의 필요만으로 구속기간 연장을
하는 경우도 허다하다.⁴⁴⁾ 예컨대 수사편의로 범인이 공범에 관한 진술을
하는 경우에 증거인멸을 염려하여 구속을 이용한다. 또한 여론의 압력이
나 피해자보호 등을 이유로 범죄성질상 구속을 할만한 경우도 아닌데도
불구하고 확정판결 이전에 불구속상태에 있는 것을 여론이나 일반인이
용납하지 않는 경우에 구속을 쉽게 하는 경향이 있다.⁴⁵⁾

바. 별건체포·구속의 관행

구속이 구속사유에 의해서 행해지는 것이 아니라, 위장된 구속사유에
의하거나 구속 그 자체를 형벌로 받아들이는 실무관행 및 법의식을 개선
하지 않고서는 불구속재판의 원칙을 확립하는 것이 쉽지 않다. 따라서 불

42) 강금실, 피고인의 인권과 형사재판의 근본문제, 21세기 인권, 한길사, 2000, 268면 이하.

43) 김경선, 위장된 구속사유, 영장실질심사제도Ⅱ, 법원행정처, 1997, 429면.

44) 강금실, 앞의글, 271면.

45) 황정근, 인신구속과 인권, 1999, 8면.

구속수사·재판의 원칙의 정착을 위해 실무의 노력과 국민의 법의식 개선이 뒤따라야 함은 물론이다.

이와 관련하여 별건체포·구속은 아직 신병구속이 요건이 갖추어지지 않은 사건의 신문을 위해 별도의 경미한 사건(별건)의 구속기간을 이용하여 이를 본건에 대하여 구속한다고 하는 형태를 취하고 있으며, 이러한 형태의 신병구속은 신문을 목적으로 하여 행해지고 있으므로 보통 장기간의 신병구속기간을 필요로 한다고 점에서 위법하다고 봄이 타당하다. 별건체포·구속의 위법성에 대하여는 학설 또한 이론의 여지없이 긍정하고 있다.⁴⁶⁾

2. 개선방안

가. 적법한 인신구속의 원칙확립

세계인권선언 제9조와 B규약 제9조는 자의적으로 체포·억류되지 않을 권리, 그리고 법률에 정한 이유 및 절차에 의하지 아니하는 한, 그 자유를 박탈당하지 않을 권리를 보장하고 있다. 이는 자의적 체포란 위법 또는 부당한 체포를 의미한다.

특히 B규약 제9조는 경우에 따라서 자의적일 수 있는 국내입법에 구속되지 않고, 국제법이 갖는 자연법상의 정의에 따라 체포될 수 있는 정당한 이유가 있거나 혹은 정의에 따른 적법절차에 따르지 아니하고서는 체포되지 않을 것을 규정하고 있다.

결국 허용되는 체포·구속인가 여부가 다투어지는 경우란 세계인권선언 제9조, B규약 제9조 1항의 ‘누구도 자의적으로 체포 또는 구금되어서

46) 이재상, 형사소송법, 240면 ; 신동운, 형사소송법 1, 법문사, 1996, 180면 ; 배중대/이상돈, 형사소송법, 홍문사, 2000, 230면; 신양균, 형사소송법, 1996, 115면.

는 안 된다’, ‘누구든지 법률에 정한 이유 및 절차에 의하지 않는 한 그 자유를 박탈당하지 않는다’는 등의 규정에 비추어 판단되어야 한다. 따라서 정당한 체포·구속이란 국내법 여부와 상관없이 적법절차에 따른 체포·구속만을 의미하는 것으로 보아야 하며, 위법·부당한 체포·구속 또는 법률에 의해 권한이 부여되지 아니한 수사기관에 의한 체포는 자의적 체포에 해당한다.

한편 유럽인권협약 제5조 1항 c에 의하면, 수사단계에서 허용되는 신병구속은 ‘범죄를 범하였다고 의심하기에 충분한 합리적인 이유 또는 범죄를 범하였거나 또는 범죄를 범한 후의 도주를 방지하기 위해 필요하다고 합리적으로 판단되는 경우, 피의자를 권한 있는 사법기관 앞으로 인치할 목적을 달성하기 위해 행하는 합법적인 체포와 신병구속’만이 인정된다고 한다.

또한 보호원칙 2는 체포·억류가 정당한 권한을 가진 공무원 또는 그 목적을 위해 권한이 주어진 자에 의해 집행되어야 한다고 규정하고 있고, 보호원칙 4는 모든 형태의 억류 구금은 법관 또는 기타 권한 있는 기관의 명령에 의하거나, 혹은 그 효과적인 통제의 대상으로서 행해져서는 안 된다고 규정하고 있다. 또한 보호원칙 9는 체포시 기관은 ‘법률에 의해 허용된 권한만을 행사하지 않으면 안되며, 그 권한행사는 사법관 혹은 기타 권한 있는 기관의 판단에 따라 행하여지지 않으면 안 된다’고 규정하고 있다. 보호원칙 11은 ‘사법관 또는 기타 권한 있는 기관은 구금의 계속이 적절한지 여부를 심사할 권한을 가지지 않으면 안 된다’고 규정하고 있다. 여기서 구금은 체포 후 사법기관에 인치될 때까지의 단기의 신병구속을 포함하는 의미로 이해된다.⁴⁷⁾ 따라서 체포 이후 유치가 부적법한 경우에는 체포 그 자체의 효력이 문제되며, 이 경우에 피의자는 석방되어야 한다. 보호원칙 12는 체포에 관여한 법집행관의 ‘동일성을 확정하기 위한 사

47) 宮崎繁樹 外編, 앞의 글, 72면.

항' 즉 성명 소속 기관명 등이 기록되지 않으면 안 된다고 규정하여 인권 침해의 발생방지를 위한 조치를 비중있게 다루고 있다.⁴⁸⁾

국제형법학회 1979년 제12회 국제형법회의 제3분과에서 채택된 '형사절차에 있어서 인권보장의 준칙(일명 함부르크 결의) 7 a는 '누구도 범죄를 범하였다고 믿을만한 합리적인 이유 없이는 체포·구금되지 않는다'고 하고 있다. 한편 7 b는 '체포·구금은 어쩔 수 없는 경우가 아니면 행하여서는 안 된다. 그리고 최소한의 비용으로 최소한의 시간 내로 제한되지 않으면 안 된다. 범죄행위를 계속할 위험은 그것이 중대한 범죄인 경우에 한하여 미결구금을 정당화한다'고 한다. 7 c는 '미결구금은 강제적이어서는 안 되며, 권한 있는 사법기관의 판단의 대상이 되지 않으면 안 된다'고 규정하고 있으며, 7 d는 '미결구금에 대체할 수 있는 방법이 가능한 경우에는 어떤 경우에도 이용되어서는 안 되며' 이에는 '보석, 신뢰할만한 개인 또는 집단에 의한 보증, 행동의 자유의 한정, 기타 제약을 과할 것' 등의 방법을 들고 있다.

나. 무죄추정원칙과 불구속수사·재판의 원칙의 확립

세계인권선언 제11조는 '범죄의 소추를 받은 자는 누구든지 자기의 변호에 필요한 모든 보장이 주어진 공개재판에서 법에 따라 유죄가 입증될 때까지 무죄로 추정될 권리를 가진다'고 선언함으로써 이를 수용하고 있다.

국제인권B규약 제10조 2항 (a)와 미주인권B규약 제5조 4항은 예외적인 경우를 제외하고는 유죄판결이 확정되지 않은 피구금자는 유죄판결이 확정된 자와 분리되어야 하고, 유죄판결이 확정되지 않은 그들의 지위에 상응한 분리된 처우를 받아야 한다고 규정하고 있다. B규약 제14조 2항은

48) 앞의 글, 72면.

모든 형사피의자는 법률에 따라 유죄로 입증될 때까지 무죄로 추정될 권리를 갖는다고 규정하여 무죄추정의 원칙을 선언하고 있다.

보호원칙은 원칙 36의 1항을 통해 ‘범죄의 혐의를 받거나 검거되어 구금되어 있는 자는 무죄로 추정되고 방어에 필요한 모든 보호를 하는 공개재판에서 법률에 따라 유죄로 증명되기까지는 무죄로 취급되어야 한다’고 하여 무죄추정의 원칙을 명시한 바 있다. 그리고 보호원칙 8에서는 유죄판결이 확정되지 않은 피구금자의 분리와 그 지위에 상응하는 처우를 할 것을 규정하고 있다.

그 외에 유죄판결이 확정되지 않은 피구금자의 일반적인 처우에 관해 가장 상세한 규정을 두고 있는 것은 처우최저기준규칙과 유럽 형사시설 규칙이다. 이 두 기준은 유죄판결이 확정되지 않은 피구금자에게 일반적으로 적용될 수 있는 특별한 처우의 본질적인 특징이 되는 점들을 열거하고 있다. 처우최저기준규칙 제84조 2항에 의하면 ‘유죄판결을 받지 않은 피구금자는 무죄로 추정되고 그에 따른 처우를 해야 한다’고 규정함으로써 무죄추정의 원칙이 피구금자에 대한 개별처우에 대해서도 적용됨을 분명히 하고 있다.

이처럼 유죄의 확정판결이 있기 전까지 형사피의자 및 피고인은 무죄로 추정된다는 무죄추정의 원칙은 단순한 이념적 선언규정이 아니라 형사절차 내에서의 실천원리로 구현되고 있는 법적 규범으로서 형사절차의 전 과정을 지배하는 지도원리이다.⁴⁹⁾ 이에 따라 범죄자로 소추된 자라고 할지라도 책임 없는 자에 대한 처벌 또는 확실한 책임 평가 없이 순수한 혐의에 의한 처벌은 ‘의심스러울 때에는 피고인의 이익으로’라는 원칙에 따라 금지된다. 이 원칙은 프랑스 인권선언이 확립한 형사법의 대원칙으로서 기본적 인권보장을 담보하는 대표적인 원칙으로 인정되고 있다. 따라서 체포 또는 구속은 결코 형벌로 과해져서는 안 되며, 구속을 단지 효

49) 이재상, 형사소송법, 104면.

과적인 대범죄 투쟁의 수단으로서 또는 절차확보를 위한 수단으로서만 이용하는 것은 무죄추정의 원칙에 반하는 것으로서 인정되어서는 안 된다.⁵⁰⁾ 현행 헌법 제27조 제4항에서 ‘형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다’고 규정하여 무죄추정의 원칙을 기본권으로 보장하고 있고, 형사소송법 제275조의2도 ‘피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다는 원칙을 두어 무죄추정의 원칙을 명문화하고 있다. 현행 형사소송법상으로는 인신구속의 제한(보석, 체포·구속된 피의자 및 피고인의 접견교통권의 보장), 공소장일본주의(형사소송법 규칙 제118조)에 의한 예단배제금지, 피의자 및 피고인의 진술거부권 보장, 피고인의 진술이 고문·폭행 또는 협박 등에 의하여 이루어져 임의성이 없는 것으로 인정될 때의 증거능력의 제한(제309조, 317조) 등을 통하여 무죄추정의 원칙을 실현하고 있다.

먼저 무죄추정의 원칙은 구속에 대한 제한원리로 기능한다.⁵¹⁾ 형사재판을 통하여 구현하고자 하는 형사피의자·피고인의 실제적 인권으로서의 신체의 자유를 보장하기 위하여서는 무죄추정의 원칙에 의한 불구속수사, 불구속재판제도가 필요불가결한 것이며, 절차적 기본권으로서의 적법절차 조항들은 불구속원칙을 담보하기 위한 범치주의 원리에 따른 것이다.

한편 피고인에 대한 무죄추정은 단순한 이념적 선언규정이 아니라, 형사절차 내에서의 실천원리로 구현되고 있는 법적 규범이다. 따라서 이 원칙은 수사절차에서 공판절차에 이르기까지 형사절차의 전과정을 지배하는 지도원리로서,⁵²⁾ 피의자에게도 당연히 적용된다. 헌법재판소도 ‘공소가 제기된 형사피고인에게 무죄추정의 원칙이 적용되는 이상, 아직 공소제기조차 되지 아니한 형사피의자에게 무죄추정의 원칙이 적용되는 것은 너무도 당연하며,⁵³⁾ 이처럼 무죄추정을 받고 있는 피의자·피고인에 대하여

50) 황정근, 인신구속과 인권, 법영사, 1999, 9면.

51) 이재상, 형사소송법, 104면.

52) 앞의 책, 104면.

신체구속의 상황에서 생기는 여러 가지 폐해를 제거하고 구속이 그 목적의 한도를 초과하여 이용되거나 적용하지 않게끔 보장'해야 함을 지적하면서 변호인의 충분한 조력을 받을 권리가 이 원칙에서 파생된다는 점을 밝히고 있다. 이러한 헌법재판소의 입장은 구속의 목적이라는 제한을 받는 것 이외에는 미결수용자에게 신체구속에 따른 폐해가 생기지 않도록 가능한 한 일반시민과 동등한 처우를 해야 한다는 점을 간접적으로 시사하고 있는 것이라고 할 수 있다.⁵⁴⁾

실무상으로도 제1심 형사공판사건 중 구속사건의 비율이 높은데 반하여 그 가운데 미결수용자의 석방인원은(보석이나 형확정으로 인한 출소제외) 매우 높은 것으로 나타나고 있어 미결수용자 가운데 유죄임이 확정되지 않거나 적어도 미결구금의 목적을 달성하지 못한 채 석방되고 있음을 알 수 있다. 이는 실무상으로 무죄추정의 원칙이 제대로 지켜지지 못하고 있음을 보여주는 것이라고 하겠다.

다. 영장주의에 의한 적법절차관행 확립

헌법 제12조 1항 후단, 3항은 신체의 자유를 제한함에는 적법절차에 의하여야 한다는 점과 영장주의의 원칙을 천명하고 있다. 특히 영장주의 원칙은 자백강요, 불법체포, 구금 등 인권침해가 일어나기 쉬운 수사 초기 단계에서부터 법관의 관여를 통하여 수사의 적정성을 담보하고 신체의 자유를 보장하는 것이 적법절차 준수의 요체로서 요구된다.

이런 헌법의 요청에 따라 현행 형사소송법은 피의자 및 피고인의 체포·구속은 형사소송법에 의해 그 요건, 절차가 엄격하게 법정되어 있다. 즉 체포·구속은 검사의 청구에 의해 법관이 발부한 영장에 의한다. 구속

53) 헌법재판소 1992.1.28. 91헌마111.

54) 신양균, 미결수용자의 처우에 대한 연구, 한국형사정책연구원, 1994, 52면.

영장의 집행에 대하여도 검사의 지휘에 의해(다만 급속을 요하는 경우에는 재판장, 수명법관 또는 수탁판사가 집행지휘할 수 있다 ; 제81조 1항 단서), 사법경찰관리, 또는 - 피의자 또는 피고인이 교도소 또는 구치소에 있는 경우 - 교도관리가 집행한다(제81조, 제209조). 한편 피고인 구속에 대하여 법원은 직권으로 판단하게 된다. 피고인의 구속갱신(제92조), 피의자 구속기간 연장(제205조)은 법원이 결정한다. 이는 신병구속이라는 강제적인 자유박탈을 수반하는 처분에 대하여 사법적 억제력을 가한다고 하는 의미이다.

사법적 통제의 관점에서 보면, 수사기관 및 소추기관으로부터 독립·공평한 제3자로 보이는 법관에게만 구속권한을 인정한 현행 형사소송법의 취지는 수사기관과는 별도의 관청에 속하는 자가 구속이유 및 필요성을 판단하게 함으로써 법관에 의한 구속의 사법적 통제를 가능하게 한다는 데 그 의미가 있다. 피의자 및 피고인의 신병을 확보하여 신문을 행한다고 하는 수사상의 편의 등의 구속본래의 목적과는 다른 목적을 위하여 신병구속이 행해질 것을 방지하기 위해서는 법관이 신병구속의 개시 또는 그 계속을 결정함에 있어서 장래의 공판에의 출석확보와 죄증인멸의 방지라고 하는 구속목적에 비추어 엄격히 그 권한을 행사할 것이 요구되기 때문이다.

라. 체포의 이유의 고지

적법절차에 따른 정당한 체포는 체포의 이유 및 이들 이유를 고지하는 절차에 의하여 실현될 수 있다고 해야 한다.

국제인권규약 제9조 2항은 ‘체포·구속된 자는 체포시에 체포의 이유를 고지받으며, 또한 그에 대한 피의사실에 대하여도 고지받지 않으면 안 된다’고 규정하여 체포이유와 피의사실을 고지받도록 하고 있다. 보호원칙

10도 마찬가지로 동일한 규정을 두고 있으며, 보호원칙은 11의 2항에서 ‘구금된 자가 변호인이 있는 경우에는 그 변호인은 그 구금에 관하여 어떠한 명령도 완전히 고지받지 않으면 안 된다’고 규정하고 있다. 보호원칙 12는 체포의 이유 이외에 체포·구금에 관한 4항목을 ‘정확히 기재하여’ 그 기록내용을 피구금자와 그 변호인에게 ‘법률에 정해진 형식’으로 통지하지 않으면 안 된다고 규정하고 있다. 보호원칙 13은 또한 ‘누구든지 체포·구금 수감 개시시에 혹은 그 후에도 체포·구금 수감에 책임 있는 기관에 의해, 체포·구금 수감에 관한 피구금자의 권리행사의 방법에 대하여 정보 내지 설명을 하지 않으면 안 된다’고 규정하고 있다. 각국 실무에 의하면 정보의 제공은 권리고지문서를 각자에게 주거나 또는 열람하게 하는 형태로 행해지고 있다. 또한 보호원칙 16은 근친자에 대한 통지권을 규정하여 통지 시기를 피구금자는 통지 후 즉시 또는 그 후는 이송 시로 하고, 통지의 내용을 ‘체포의 사실’외 ‘현재 구금되어 있는 장소’로 하고 있음은 적절하다. 통지방법도 ‘관계당국에게 통지할 것을 요구할 권리’와 동시에 피체포자가 스스로(전화 기타의 방법으로) 할 권리로 이원화하여 보장을 확실히 하고 있다. 유럽인권협약 제5조 2항도 ‘체포된 자는 누구든지 신속히 자기가 이해하는 언어로 체포의 이유와 함께 자기에 대한 피의자실의 이유를 고지받지 않으면 안 된다’고 규정하고 있다.

우리 나라의 현행 형사소송법상으로도 체포·구속영장 집행시 피의자에 대하여 피의사실의 요지, 그리고 영장이 발부되었음을 고지해야 한다. 즉 범죄사실의 요지, 체포의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 말하고 변명할 기회를 준 후가 아니면 체포·구속할 수 없다(제72조, 209조). 만일 변호인이 있는 경우에는 변호인에게, 변호인이 없는 때에는 변호인 선임권자 가운데 피의자가 지정한 자에게 피의사건명, 체포일시와 장소, 체포의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 알려야 한다(제200조의5, 제87조). 이와 같은 적법절차가 준수되지 않은 상태에서 얻은 자백 또는 진술

에 대하여는 증거능력은 부정되어야 한다.⁵⁵⁾ 실무상으로는 체포·구속시 구두로 고지한 사실을 증명하기 위해 조사를 시작하면서 고지받은 사실을 확인하는 내용의 문서를 징구하고 있다고 한다.

마. 미란다 원칙의 확립

미란다원칙은 피의자 체포·구속시 진술거부권, 변호인의 조력을 받을 권리, 국선변호인의 조력을 받을 권리 등을 고지해야 한다는 원칙이다.

이러한 원칙은 이미 국제인권B규약 제14조 3항 g에서도 ‘모든 자’에 대하여 자기에 불리한 진술 또는 유죄의 자백을 강요당하지 않는다고 하여 진술거부권 내지 묵비권을 보장하고 있다.

한편 명문규정은 아니지만 묵비권에 대한 보장규정으로서 볼 수 있는 규정으로서 보호원칙 13이 있다. 이에 따르면 ‘누구든지 체포 및 구금 또는 수감개시시 혹은 그 직후에 그 체포·구금 수감에 책임 있는 기관에 의해, 체포·구금 수감에 관한 피구금자의 권리 및 이들 권리행사방법에 대하여 설명하지 않으면 안 된다’고 하고 있고 이 권리가운데 진술거부권 내지 묵비권이 포함된다고 해석하고 있다. 나아가 보호원칙 21은 보다 구체적으로 ‘자백하게 하거나 기타 자기에 죄를 돌리게 하며, 또는 타인에게 불리한 증언을 하게 하는 것을 강제하기 위하여 억류 또는 구금되어 있는 자의 상태를 부당하게 이용하는 것은 금지되어야 하며(1항), 억류되어 있는 자는 조사받고 있는 동안에 폭력, 협박 또는 결정능력 또는 판단능력을 해치는 방법으로 조사받지 않도록 해야 한다(2항)고 규정하고 있다. 그 외 미주인권협약 제8조 2항, 함부르크 결의에서도 형사책임을 소추받고 있는 자는 누구든지 묵비권과 이를 고지받을 권리를 가진다’고 하고

55) 대법원 1994.3.11. 93도958 ; 대법원 1994.10.25. 94도2283 ; 대법원 1995.5.9. 94도3016.

있다.

진술거부권은 특히 수사절차상 적법절차보장의 방안으로 각국의 판례 및 법률을 통하여 발전해 왔다. 진술거부권은 이미 17세기의 영국의 자기부죄거부특권에서 비롯되는 것으로서 미국 연방헌법 수정 제5조에 의하여 자기부죄거부특권으로 규정되어 있으며, 특히 1966년 미국 연방대법원의 미란다 판결에 따른 진술거부권은 경찰의 피의자신문시 불법권한사용을 방지함과 동시에 방어권행사를 보장하도록 함으로써 인권침해의 가능성을 사전에 차단하는 장치로 발전되었다. 이러한 판례의 발전은 특히 당사자주의 원칙이 기소 이후 공판절차에서 비로소 작동되는 것이 아니라 피의자신문의 단계와 체포·구속의 개시단계에서부터 작동되어야 한다고 선언한 점에서 역사적인 의의를 갖는다.⁵⁶⁾

현행 헌법은 제12조 2항에서 모든 국민은 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니한다고 규정하여 진술거부권을 국민의 기본권으로 규정하고 있으며, 이에 따라 형사소송법은 피고인의 진술거부권(제289조)과 피의자의 진술거부권(제200조 2항)을 규정하여 두고 있다. 이에 따라 검사 또는 사법경찰관은 피의자 및 피고인의 진술을 들을 때에는 미리 이들에게 진술을 거부할 수 있음을 알려야 한다(제200조 2항, 규칙 제127조). 진술거부권은 피고인 또는 피의자의 인권을 보장하고 당사자주의의 전제인 무기평등의 원칙을 실현하기 위하여 인정된 것이다.⁵⁷⁾

이상과 같은 헌법 및 국제인권기준의 진술거부권보장에 의하여 피의자에게 진술거부권을 고지하지 않은 경우에 그 침해에 대한 구제방법이 실무에서 발전되어 왔다. 이에 따르면 피의자에게 진술거부권을 고지하지 않고 신문한 진술을 기재한 피의자신문조서의 증거능력은 부정된다. 법원도 공무집행방해 혐의로 구속된 피의자를 ‘범죄사실 등에 관하여 사전고

56) 심희기, 구속영장실질심사제론과 구속전 피의자신문제론, 현대형사법의 쟁점과 과제, 이형국교수화갑기념논문집, 법문사, 1998, 632면.

57) 이재상, 앞의 책, 107면.

지를 받지 못했다'는 이유로 석방하는 등 법절차를 무시한 기존의 수사관행에 쐐기를 박는 사례가 늘어나고 있다. 이에 따라 경찰과 검찰 등 수사기관은 인신구속과 관련한 탈법적 불법구금관행을 개선하기 위해 노력하고 있다. 먼저 피의자 체포 또는 구속시 체포 또는 구속사유와 변호인선임권 등을 반드시 알려주도록 하고 있다. 특히 검찰에서는 미란다 고지를 알려주었다는 확인서를 피의자로부터 받아 함께 제출하지 않으면 체포 및 구속영장을 청구할 수 없도록 하고 있다.

그럼에도 불구하고 위에서 보는 바와 같이 구속수사가 남발되고 있는 상황에서 피의자·피고인이 인간존엄성의 보장·유지 하에 대등한 당사자로서 자신의 지위를 방어하고 최소한의 권리로서 진술거부권을 정당하게 행사하기를 기대한다는 것은 매우 어렵다. 그리고 진술거부권의 행사 자체를 죄질불량의 한 표현으로 받아들이고 있는 실정이다.⁵⁸⁾ 진술거부권의 고지방법도 문제이다. 수사기관에서의 양식화된 피의자신문조서에 의하면 조서 첫머리에 '진술을 거부할 권리가 있음을 고지하였다'는 취지의 부동문자가, 조서말미에 '피의자에게 열람하게 하였던 바 진술한 대로 오기나 증감변경할 것이 전혀 없다고 말하므로 간인한 후 서명날인하게 하다'라는 부동문자가 인쇄되어 있다. 단지 인쇄된 기재만으로 명시적 고지가 있었다고 보기 어렵다.⁵⁹⁾ 이미 미란다 판례에서 '피고인이 부동문자로 그의 법적 권리를 숙지하고 있다고 인쇄된 진술서에 서명했다는 단순한

58) 이 점은 진술거부권의 행사, 즉 자백하지 않는 피고인의 태도를 양형에서 고려할 수 있는가 하는 점과 관련된다. 독일의 경우에는 책임비난성과 내적 연관이 있는 경우에만, '간접적'으로 고려되어야 할 사유로 정의되고 있고, 오스트리아의 경우에는 자백이나 부인은 양형자료로 삼고 있지 않다. 미국에서도 자백이나 부인이 양형사유로 채택되어 있지 않다. 생각건대 피의자·피고인의 진술거부권은 헌법상 보장된 기본적 권리고(헌법 제12조), 따라서 자백여부, 범행부인, 진술거부권 행사가 양형의 직접적인 참작사유로 되어서는 안 되고, 이를 주요한 양형자료로 인정하는 한, 사실상 권리의 포기과 자백을 강요하게 되고, 피고인의 방어권 포기를 유인하여 형사재판의 파행을 초래할 수도 있다.

59) 대한변호사협회, 인권보고서(제10집), 1995, 387면.

사실로써 그가 헌법상 권리를 포기하는데 필요한 지적이고 이성적인 권리포기를 하였다고 볼 수 없다고 한 점은 이런 의미로 이해된다.⁶⁰⁾ 무엇보다 진술거부권의 행사는 피의자·피고인의 방어권 행사를 위한 변호인의 조력과도 밀접한 관련을 갖는다. 변호인의 조력 없이 피의자·피고인은 그의 권리로서의 진술거부권을 행사하기를 기대하기 어렵다는 점도 고려되어야 한다.

제3절 피의자·피고인 석방을 위한 제도의 문제점과 개선방안

이미 위에서 살펴본 바와 같이 무죄추정의 원칙은 형사피의자 및 피고인에 대한 수사를 불구속상태에서 행할 것을 요구한다. 다른 한편으로 무죄추정의 원칙은 인신구속을 제한하는 원리로서 기능하면서 동시에 일단 구속된 경우에도 가급적 석방되어 시민적 자유를 향유시킬 것을 요하는 기능도 갖고 있다.

국제인권기준들도 구금의 합법성을 법관에게 심사시키고, 심사결과 구금이 적법하지 않다고 판단되면 석방을 요구할 권리를 체포·구속된 자의 권리로 인정하고 있다. 이러한 국제인권기준들은 체포권한을 행사하는 수사기관과는 다른 주체에 신병구속의 계속에 대하여 심사하게 하여, 체포의 위법성 심사와 불필요한 신병구속의 계속 억제를 가능하게 하는 점에 그 의의가 있다.

현행법상 체포·구속된 피의자가 가질 수 있는 석방청구권으로서 구속전 피의자심문청구권, 구속적부심사청구권, 그리고 보석청구권이 있다.

60) 권광중, 진술거부권의 고지 없이 얻은 피의자진술의 증거능력, 법과 정의, 이회창 선생 화갑기념, 박영사, 1995, 259면.

1. 구속전 피의자심문제도의 문제점과 개선방안

가. 구속전 피의자심문제도의 도입의 의의

구속전 피의자심문제도(일명 구속영장실질심사제도)는 수사기관으로 하여금 체포 또는 구금된 피의자를 신속하게 법관에게 인치하게 하여 법관이 피의자에게 변명의 기회를 준 후에 계속 구금 또는 석방 여부를 결정하게 하는 제도이다. 구속영장실질심사에 있어서 법관의 신속한 인치, 청문, 그리고 석방여부결정 등이 핵심이다.

피고인은 형사절차에서 단순히 처벌의 대상이 아니라, 절차의 주체이며 무기대응의 원칙이 보장되는 절차를 향유할 헌법적 권리를 가진다.⁶¹⁾ 한편 피의자는 수사의 대상이 되기는 하지만, 단순한 수사의 객체로부터 벗어나 방어권의 주체로서 준당사자적 지위를 갖는다. 수사절차에서 피의자를 실질적 방어권의 주체로 승인하기 위하여는 제3자인 법관을 개입시켜 수사권의 남용을 억제할 필요가 있고, 그러기 위하여는 수사자료만으로 판단하여서는 안 되며, 법관이 직접 피의자를 대면하여 그 진술을 듣고 그로 하여금 유리한 자료를 제출할 수 있도록 해야 한다. 여기서 구속영장의 발부절차에 있어서 구속영장의 청구를 받은 판사가 피의자를 직접 심문하여 구속사유를 판단하게 할 필요성이 인정되며, 구속영장실질심사제도의 의의가 여기에 있다. 이런 점에서 구속영장실질심사제도는 헌법상의 적법절차 및 영장주의의 핵심적 내용으로서 자의적 체포 또는 구금으로 인한 인권침해행위에 대한 강력한 사전억제장치가 될 수 있고, 수사기관이 작성하는 피의자신문조서도 훨씬 진실성이 담보될 수 있다. 피의자의 법관 앞에서의 변명권이 보장되지 않은 채 수사기관의 일방적인 수사기록에 대한 형식심사만으로 구속여부를 결정한다면 적법절차 및 영장주

61) 헌법재판소 1996.12.26. 자94헌바1.

의 원칙은 형해화된다.

법원에 의한 피의자면전에서 영장실질심사가 보장되지 아니한 상태에서 서면심사에 의한 영장재판제도의 가장 근본적인 문제는 피의자가 형사재판의 주체적 지위에서 요구되는 당사자지위에서의 대등한 방어기회를 박탈당한다는 점이고 이와 같은 주체적 지위 침해가 기소된 이후 피고인의 지위에도 계속하여 결정적인 영향을 미친다는 사실이다.⁶²⁾ 특히 영장청구 전에 구속요건(형사소송법 제201조)에 상응하는 정도로 유죄의 심증을 즐만한 수사가 진행되는데, 이는 구속단계에서 실질적인 본안 재판이 이루어진다는 것을 의미한다. 특히 긴급체포된 상황에서 수사가 진행될 경우에, 피의자로서는 방어할 기회를 전혀 갖지 못하게 된다. 결국 법원은 오로지 수사기관이 작성하고 수집한 조서와 증거서류만을 근거로 영장심사를 하게 되니 수사기관의 인신구속을 사실상 추인하는 형식에서 벗어날 수 없게 된다.⁶³⁾ 영장실질심사제도가 도입되기 전 1995년까지 판사에 의한 영장발부율이 90%를 상회하고 있고, 또 제1심 형사공판사건 재판결과 무죄율은 0.4%(1996년도), 0.5%(1997년도)에 이르고 있음은 이를 반증하는 것이라고 하겠다.⁶⁴⁾ 또한 집행유예의 선고를 받거나 단기자유형을 선고받는 피고인들의 경우 판결전 구금일수의 산입에 의하여 이미 유죄의 확정판결이 있기 전에 사실상의 복역을 마치고 석방되고 있는 것이 실무관행이다. 이와 같은 구속재판관행은 종국적으로 무죄추정의 원칙을 침해하는 결과가 됨은 물론이다.

1997년 인권의 세계화·선진화⁶⁵⁾에 따라 개정 형사소송법에 의해 신설

62) 강금실, 앞의 글, 269면.

63) 강금실, 앞의 글, 269면.

64) 특히 시국사건이 한창이던 시기에는 이들 사건에 대한 구속영장발부율은 100%에 이르고 있다. 민주사회를 위한 변호사모임 편집부, '시기별 국가보안법 적용통계', 민주사회를 위한 변론 창간호, 역사비평사, 1993, 362면 ; 민주사회를 위한 변호사모임/한국기독교교회협의회, 한국인권의 실상, 역사비평사, 1992, 88면 참조.

된 영장실질심사제도는 피의자구속을 위한 검사의 영장청구를 접수한 지방법원판사가 구속의 사유를 판단하기 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 피의자를 신문할 수 있도록 하는 제도로서 그 의미가 크다(제201조의2 제1항).

나. 국제인권기준에 비추어본 현행법상 구속영장실질심사제도의 문제점

이런 이유로 국제인권기준도 구속영장실질심사제도를 명문화하고 있으며, 이 경우에도 필요적 심문을 원칙으로 하고 있다.⁶⁵⁾ 즉 구속을 위해서는 지체 없이 피의자를 법관의 면전에서 인도해 심리를 받도록 하는 것이 세계적인 추세이다. 영장실질심사제도와 관련된 부분은 B규약 제9조 3항 제1문과 보호원칙 11⁶⁷⁾이다. 특히 B규약 제9조 3항 제1문에 따르면 ‘범죄혐의로 체포되거나 구금된 자는 법관 또는 법률에 의하여 사법권을 행사할 권한을 부여받은 기타 관헌에게 신속히 인치되어야 하고, 또한 그는 합리적인 기간 내에 재판을 받거나 또는 석방될 권리를 가진다’고 규정하고 있다. 이러한 B규약상의 영장실질심사제도는 법관의 심문에 의한 필요적 심문을 의미하는 것으로 보는 것이 일반적이다. 여기서 ‘신속히’란 2-3일을 초과해서는 안 된다는 것을 의미하며, 우리 나라의 경우에 체포의 경우에는 48시간 이내를 의미하는 것으로 보아야 한다. 이를 엄격히 준수하는 한 문제가 없지만, 임의동행 등의 선행행위에 의해 사실상 신병 구속기간이 이를 초과한다면 B규약 제9조 등에 위반하게 된다고 보아야 한다.

65) 법원행정처, 영장실질심사제도, -실무상 문제점과 과제, 1997.5, 385-394면 참조.

66) 이에 대하여는 법원행정처, 새로운 인신구속제도 연구, 1996, 제2부 참조.

67) 보호원칙 11의 1항에 의하면 ‘누구든지 사법기관 등에 의하여 즉시 청문 받을 기회를 받지 아니하고는 체포·구금되지 않는다’고 규정되어 있다.

1985년 당시 국제인권B규약가입여부에 대한 논란 당시에 국내법과의 저촉여부로 문제되었던 조항이 B규약 제9조 제3항 제1문이었다. 동조는 체포·구금된 피의자가 법관 등 면전에 신속히 인치되어 체포·구금의 적법·타당성 및 구속의 계속 여부에 대한 심사를 받는 필요적 영장실질 심사제도를 규정한 것이고, 그 당시 우리 법에 없는 제도이기 때문에 위 조항을 유보하기로 하고 국회에 비준 동의안을 제출하였다.⁶⁸⁾

그런데 1990년 가입 당시에는 첫째 국내법이 범죄수사단계에서 법관의 영장에 의하여 구속되고 수사기관이 제한된 기간 내에 사건처리를 하도록 규정하고 있을 뿐 아니라, 구속적부심 제도를 인정하고 있으며, 특히 B규약 규정이 법관 또는 사법관헌예의 회부시기에 관하여 ‘신속히’ 회부되어야 한다고 선언적으로 규정하고 있어, 체포·억류된 자가 신속히 법원 또는 검찰 등에 송치되어야 한다는 뜻으로 광의 해석할 수 있고, 둘째 1987년 12월 28일 개정된 형사소송법에서 구속적부심사 청구의 제한 규정을 삭제함으로써 위 조항을 유보할 필요성이 없게 되었다고 판단하고, 제 9조 3항 제1문에 대하여 유보를 하지 않았다.⁶⁹⁾

B규약이 발효된 이후에도 국내에서 구속영장의 서면심사만을 규정한 당시 형사소송법이 체포피의자의 법관 앞에서의 심문권을 규정한 B규약 제9조 3항 제1문에 반하지 않는가 하는 점에 대한 논의는 거의 행해지지 않았고 쟁점화되지 않았다.

이에 대하여 선진국에서의 영장실질심사제도와 구속적부심사제도는 전혀 차원이 다른 제도이고, 위의 B규약조항을 구속적부심제도에 관한 것으로 보거나 사법관헌예 검사도 포함된 것으로 파악한 것은 명백한 잘못이

68) 이하 가입의 경과와 관련하여서는 황정근, 앞의 책, 55면 이하 참조.

69) 조창구, 국제인권B규약 가입과 그 시행상의 문제점에 관한 심포지움 토론 요지, 저스티스 제21권, 1988/12, 55면. 유보는 금지되거나 의무적인 것이 아니므로 체약국의 권리행사의 한 형태이다. 국내법과 양립할 수 없는 조약상의 규정은 유보함으로써 양법간의 충돌을 피하고 조약의 국내적 실시가 가능하게 된다.

라는 비난이 제기되었다.⁷⁰⁾ 더 나아가 이 조항을 구속적부심사제도로 이해한다고 하더라도 ‘구속된 피의자의 청구에 의해서만’ 구속적부심사를 하는 제도로는 위 B규약 조항에 합치하지 아니한다. 영장실질심사제도의 도입만이 위 조항을 만족시킬 수 있다고 하는 주장이 제기되었다.⁷¹⁾ 이는 특히 1991년 B규약에 대한 정부의 제1차 보고서에 대하여, ‘인권B규약 제9조 제3항은 피의자가 구속된 경우 별도의 청구를 기다리지 않고, 지체없이 구속의 필요성에 대한 법관의 심사가 이루어질 것을 요구하고 있다. 이에 맞추어 한국의 관련법규의 개정을 고려하여야 한다’고 하였던 점에 비추어보면 명백하다.⁷²⁾

이런 상황에서 1991.7.31. B규약 제40조⁷³⁾에 의하여 유엔인권위원회에 제출된 최초보고서에 대하여 일부에서 ‘B규약 제9조 제3항은 피의자가 구속된 경우 별도의 청구를 기다리지 않고 지체없이 구속의 필요성에 대한 법관의 심사가 이루어질 것을 요구하고 있다. 따라서 이에 맞추어 한국의 관련법규의 개정을 고려하여야 한다’고 지적하였다. 그리하여 결국 최초보고서 검토 결과 위원회는 ‘B규약 제9조 제3항에 의하면 체포된 자는 피체포자 또는 관련자의 특별한 신청이 필요 없이 누구나 즉시 판사에게 인치되어야 한다. 한국정부는 구속에 관한 법률이 B규약 제9조 제3항에 합치되도록 조치를 취하여야 한다.’고 권고하였다.

그럼에도 불구하고 이러한 사실은 구속영장실질심사제도가 1995.12.29. 법률 제5054호로 개정된 형사소송법 제201조의2에 신설될 당시까지도 그

70) 정인섭, 국제인권B규약 가입과 그 시행상의 문제점에 관한 심포지엄 토론요지, 저스티스 제21권, 1988/12, 45면.

71) 정인섭, 앞의 글, 45면.

72) 법원행정처, ‘새로운 인신구속제도 연구, 390면 참조.

73) 본 B규약의 당사국은 본 B규약에 인정된 권리를 실현하기 위하여 취한 조치 및 인권증진이 이루어져 온 결과에 대하여 보고서를 B규약이 관계 당사국에 대해 효력을 발생하면서부터 1년 이내에 또는 위원회의 요청이 있으면 언제나 제출하여야 한다(B규약 제40조 1항).

다지 관심을 끌지 못했고, 그 결과 임의적 심문으로만 규정되었다.

그러다가 개정 형사소송법의 시행을 위한 1997.1.1. 시행될 형사소송규칙을 개정하는 과정에서 원칙적 심문의 방향이 B규약이나 세계적 추세에 부합한다고 보고, 196.12.3. 개정된 형사소송규칙 제96조의4에 ‘구속영장의 청구를 받은 판사는 수사기록에 의하더라도 구속영장을 발부하거나 청구를 기각할 이유가 명백한 경우를 제외하고는 구속여부를 결정하기 위하여 피의자를 심문한다’고 규정하였다. 이 규정은 개정 형사소송법 제200조의2의 신설시에 생각하지 못하였던 B규약정신을 최대한 반영한 것으로 평가된다.⁷⁴⁾ 이에 따라 개정 형사소송법 시행 초기에는 피의자 심문율이 80-90%에 이를 정도로 원칙적 심문이 법원의 관행으로 정착되었다.

이러한 실무관행에 대하여 검찰측에서는 ‘거의 모든 사안에 대하여 피의자심문을 함으로써 민생치안 확보 및 범죄수사에 투입되어야 할 수사 인력이 피의자심문과 관련하여 사용됨으로써 심각한 부작용이 발생하고 있다’는 이유로, 형사소송법 제201조의2 제1항은 체포피의자의 경우 피의자측이 신청할 때에만 판사가 피의자심문을 할 수 있는 것으로 재개정되기에 이르렀다.⁷⁵⁾

형사소송법이 재개정된 후에도 체포된 피의자에 의한 피의자심문 신청 비율은 60-70%에 이르렀다. 이는 결국 피의자심문을 받는 경우가 그렇지 않은 경우보다 구속영장청구가 기각될 확률이 높고, 따라서 피의자로서도 이미 임의적 심문을 통하여서라도 구속을 회피할 수 있기를 바랐던 것으로 보인다.⁷⁶⁾

1997년 10월 2일 B규약 제40조에 의하여 유엔 인권이사회에 제2차 보

74) 황정근, 앞의 책, 14-16면 참조.

75) 형사소송법 재개정과정에 대하여는 법원행정처, 영장실질심사제도 관련 형사소송법개정경위백서, 법원행정처, 1997.12. 참조.

76) 황정근, 불법인신구속과 인권보장, 한국형사법학회 2000년도 하계학술회의 자료집, 2000.6, 20면.

고서를 제출하였는데, 여기에는 형사소송법상의 임의적 영장실질심사제도에 관하여 아무런 언급을 하지 않았다. 이에 대하여 인권이사회는 검토를 통하여 우리 나라에서 B규약 제9조 3항이 제대로 실시되고 있지 않는 점을 지적하였다. 즉 B규약은 가입국가에 자동적인 의무를 지우는 것인데 이런 점에서 본다면 우리 나라의 영장실질심사제도는 B규약상의 자동가입의무에 반하는 것으로 해석될 수 있다.

이후 인권이사회는 제2차 보고서에 대한 심사결과를 발표하였는데, 특히 주요관심분야 및 권고 제13항에서 다음과 같이 지적하였다. 즉,

‘피의자의 구금에 있어서 피의자의 신청이 있을 때에만 법관의 사법심사가 행하여지는 형사소송법은 형사상 체포·억류된 자는 누구나 즉시 법관 기타 사법관에게 인치되어야 한다고 규정한 B규약 제9조 3항과 합치되지 않는다.’

인권이사회는 최종검토의견 제7항에서 특히 우리 나라에서의 B규약상의 권리보장의 미흡함을 지적하면서, 동시에 헌법규정과 B규약의 지위 내지 효력에 관한 우려를 표명하였다. 이에 따르면 ‘B규약에서 보장하는 권리의 국내법적 지위는 불투명하다. 이는 특히 한국헌법이 이들 권리 모두를 규정하지 않고 있으며, 제한되는 권리의 범위와 범주가 특정되어 있지 않기 때문이다. 이사회는 한국 헌법 제6조가 조약비준 후 제정된 국내법이 B규약상의 권리보다 우월하다는 것으로 해석될 가능성을 우려한다’ 고 하였다. 나아가 제23항에서 앞으로 제출될 제3차보고서(2000.10.31.)에서 이들 권리와 인권위원회에서 최종검토된 의견에서 제시된 문제들에 대하여 특별한 관심을 두고 반영될 것을 강조하고, 동시에 이러한 유엔인권이사회의 입장이 우리 나라에 널리 알려져야 함을 강조하였다.

그러나 현재로서는 현행법상의 피의자심문제도가 B규약에 합치될 가능성이 없고, 따라서 제3차 보고서가 유엔 B규약에 상정된다고 하더라도 경고적 권고를 받을 수밖에 없게 될 것이고, 국제적 망신을 당할 수도 있다.

최소한 법원은 원칙적 심문을 관행으로 정립하는 노력을 기울임으로써 현행 형사절차를 국제적 규범 수준으로 개정할 수 있는 토대를 만들어야 할 것이다.

다. 현행법상 구속전 피의자심문제도의 문제점과 개선방안

현행법상 구속전 피의자심문제도에 의하면 모든 구속영장의 발부에 있어서 피의자심문을 요구하는 것이 아니라 판사가 구속사유를 판단함에 있어서 필요하다고 인정하는 때에 피의자심문을 할 수 있도록 하여 임의적 피의자심문제도를 택하였다.⁷⁷⁾ 여기서 필요성 여부는 판사의 재량적 판단사항이다. 즉 심문 여부의 판단은 판사에게 맡겨져 있다.

이러한 임의적 피의자심문제도는 그나마 불구속재판제도의 시행을 위한 첫 시도가 되는 것으로서 형사사법 역사상 인권신장을 위한 획기적인 전환점이 될 것으로 평가되었다.⁷⁸⁾ 그러나 이러한 임의적 피의자심문제도에 대하여 조차 검찰의 반발로 인하여 제9차 형사소송법 개정에 의해 (1997년 12월 13일 법률 제5435호) ‘체포영장에 의한 체포, 긴급체포, 또는 현행범인의 체포에 의하여 체포된 피의자에 대하여 구속영장을 청구받은 지방법원판사는 피의자 또는 그 변호인, 법정대리인, 배우자, 형제자매, 호주, 가족이나 동거인 또는 고용인의 신청이 있을 때에는 피의자를 심문할 수 있고(제201조의 2 제2항), 체포되지 아니한 피의자에 대하여 구속영장의 청구를 받은 지방법원판사는 구속의 사유를 판단하기 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 구인을 위한 구속영장을 발부하여 피의자를 구인

77) 구속영장실질심사제 도입의 경과에 대하여는 황정근, 인신구속과 인권, 14면 이하 참조.

78) 신동운, 일제하의 형사절차에 관한 연구, 한국법사학논총, 박병호교수확감기념 II, 박영사, 1991, 18면 ; 정진수, 사법의 적극적 역할, 우리법연구회 10주년 기념세미나, 1998, 27-28면.

한 후 심문할 수 있다(동조 3항)고 규정하고 있다. 즉 현행 법률은 체포된 피의자에 대한 심문 여부를 당사자의 신청에 의하도록 하고 있으며(제201조의2 제1항), 체포되지 아니한 피의자에 대하여는 구속의 사유를 판단함에 있어서 필요하다고 인정할 때(제201조 2 제3항)에만 피의자를 심문할 수 있다고 규정하고 있다. 이처럼 피의자 또는 그 변호인이나 일정한 범위의 가족 등 이해관계인의 신청이 있을 때에 심문할 수 있다고 규정한 현행법은 불구속재판의 시행을 위한 기본도대에 반하는 것이라고 하겠다.⁷⁹⁾ 검찰실무에서도 임의적 구속영장실질심사제도는 구속영장실질심사제도의 본래의 취지에 반하여 사문화시킬 가능성이 있으므로 경계하여야 한다는 우려를 보여주었다.⁸⁰⁾

현행법상으로 체포된 피의자의 경우에는 그의 신청이 있는 때에는 구속영장을 청구받은 판사는 특별한 사정이 없는 한 피의자를 심문한다.⁸¹⁾ 따라서 현행법상 심문여부는 판사의 재량사항으로서 판사가 심문을 하지 않는다고 하여 위법은 아니다.⁸²⁾ 대법원은 ‘형사소송법 제201조의2 제1항은 체포된 피의자에 대하여 구속영장을 청구받은 판사는 피의자 등의 신청이 있을 때에는 피의자를 심문할 수 있다고 규정하여 영장을 발부함에 있어 피의자를 심문할 것인지 여부를 판사의 재량사항으로 정하고 있으므로, 피의자를 심문할 필요가 없다고 판단한 영장담당판사가 피의자를 심문함이 없이 영장을 발부하였다 하여, 영장발부에 관한 형사소송법의

79) 재개정후 1998년도 구속영장청구율은 1997년도의 144,232건보다 증가한 163,507건으로 13.3%의 증가율을 나타냈고, 심문율은 1997년도의 81.8%보다 감소한 71.8%로 나타났다. 서울지방법원의 경우 실질심사신청율은 1998.6까지 80%대를 유지하다가 1998.9에는 55.6%로 급격히 감소하였다(조선일보 1998.11.8). 영장발부율도 1997년의 82.1%보다 증가한 85.8%를 나타냈다(법률신문 1999.3.4.).

80) 정명호, 법원의 구속영장실질심사제 실시에 따른 문제점과 대책, 검사세미나연수자료집(제22기), 1997, 14면.

81) 대법원송무예규 「인신구속사무의 처리요령」(송형 96-4)Ⅲ.25.

82) 대법원1999.8.20. 99도2029.

규정을 위반한 위법이 있다고 할 수 없다'고 판시하고 있다.

다만 체포된 피의자가 심문신청을 하였음에도 판사가 심문을 하지 아니하고 구금영장을 발부하여 구속된 경우, 체포된 피의자측이 심문신청을 하지 아니하여 판사가 심문을 하지 못한 채 구금영장을 발부하여 구속된 경우, 미체포 피의자에 대하여 판사가 심문을 하지 아니하고⁸³⁾ 구금영장을 발부하여 구속된 경우에 피의자측이 그 구속이 헌법상의 적법절차 조항 및 자유권규약 제9조 제3항 제1문에 위반되어 부적법하다고 주장하면서 구속적부심사를 청구하였을 때, 법원은 그 청구가 이유 있다고 하여 바로 형사소송법 제214조의2 제3항에 의하여 석방결정을 할 수 있고, 검사는 석방결정에 대하여는 항고를 할 수 없다(제214조의2 제7항).

다만 사안이 중대한 경우에는 형사소송법 제214조의 2 제4항의 '보증금 납입조건부 석방결정(기소전 보석)'을 할 수 있을 것이나, 이러한 조건부 석방결정에 대하여는 피의자나 검사가 그 취소의 실익이 있는 한 형사소송법 제402조에 의하여 항고할 수 있다.⁸⁴⁾

라. 구속전 피의자심문제도의 개선방안

체포·구속은 신체의 자유에 대한 가장 중대한 불이익 처분이고 피의자는 방어권의 주체이므로 방어권을 실질적으로 보장하기 위하여 사전에 청문의 기회가 반드시 부여될 필요가 있다. 현행 형사소송법 제72조에 의하면 '... 변명할 기회를 준 후가 아니면 구속할 수 없다'고 규정하고 있는데, 이 의미는 구속영장 발부 전에 반드시 피의자의 변명을 들어보도록

83) 신설된 형사소송규칙 제96조의10에 의하면 '체포된 피의자 외의 피의자에 대하여 구속영장을 청구받은 판사는 피의자 또는 법 제201조의2 제1항에 규정한 피의자 이외의 자가 피의자심문을 원하는 경우 또는 수사기록만에 의하여 구속영장발부 여부를 결정하기 어려운 경우에는 피의자를 심문할 수 있다.'

84) 대법원 1997.8.27. 97모21.

법적 청문권이 보장되어 있는 것으로 이해된다.⁸⁵⁾

더욱이 국제인권B규약 제2조 2항에 의해 ‘이 B규약의 각 당사국은 현행의 입법조치 또는 기타 조치에 의하여 아직 규정되어 있지 아니한 경우, 이 B규약에서 인정되는 권리들을 실현하기 위하여 필요한 입법조치 또는 기타 조치를 취하기 위하여 자국의 헌법상의 절차 및 이 B규약의 규정에 따라 필요한 조치를 취할 것을 약속한다.’고 규정되어 있다.

여기서 구속전 피의자심문제도의 개선과 관련하여 두 가지 점을 생각해볼 수 있다.

첫째 법관이 구속영장발부시에 피의자를 직접 심문하는 소위 영장실질심사제도를 구속영장이 청구된 모든 사건으로 확대할 것인가 하는 점이다. 영장실질심사제도의 실시에 대한 실무의 긍정적인 입장과 더불어 체포된 피의자를 신속하게 법관에게 인치하도록 요구한다는 국제인권B규약에 비추어서도 그 이행을 담보한다는 측면에서 일단 구속영장이 청구된 모든 사건에 대하여 실질심사를 하도록 함이 타당하다.

둘째 구속전 피의자신문을 예외적으로 할 것인가 필요적으로 할 것인가 하는 점이다. 이에 대하여도 찬반 견해가 대립한다. 즉 예외적으로 해야 한다는 견해는 첫째, 인력 예산 장비 등 현실적 여건에 한계가 있으므로 그 확충 전까지는 부분적 시행이 불가피하며, 수사의 특성상 조직범죄, 마약사범, 공범, 미검거사범 등에 대한 심문시 수사기밀 누설로 관련 공범자 검거 등에 막대한 지장을 초래할 수 있고, 법원 검찰 경찰 등의 인력 시설 장비 등 여건의 불비를 이유로 임의적 제도로 운영하기로 합의하고 이 제도를 신설한 것이다. 그리고 직접 피의자신문을 하지 아니하고 서면만으로 처리한 사건에 대하여는 구속적부심사 등으로 구제가 가능하다고 한다.

한편 구속전 피의자심문제도를 필요적으로 규정해야 한다는 입장에서

85) 황정근, 앞의 책, 18면.

는 국제인권B규약 제9조 3항 제1문에 대하여 유보 없이 가입한 우리나라는 위 조항과 저촉되는 현행 형사소송법을 필요적 심문제도로 즉각 개정하여야 할 국제법적 의무가 있으며, 영장실질심사에 있어서 필요적 심문으로의 형사소송법 개정이 요구된다.⁸⁶⁾ 영장주의는 결국 법관에 의한 피의자심문을 거쳐 구속사유를 판단하는 때에만 실효성을 가질 수 있고, 판사가 심문의 필요성을 판단할 근거가 명백하지 아니할 뿐만 아니라, 시군법원이 설립되어 있다는 점에 비추어 법관의 심문을 필요적으로 규정함이 타당하다고 한다.⁸⁷⁾

생각건대 종래 자백의 강요와 자백획득을 위한 인권침해 사례가 신체 구속 직후에 이루어지는 것이 대부분이고 따라서 제3의 독립기관인 법관이 가급적 수사 초기단계에 실질적으로 인신구속 여부에 대한 심사와 통제를 강화하는 것이 요청된다. 따라서 구속전 피의자심문을 반드시 거처도록 하여 영장실질심사제도를 정착시켜 나가야 한다. 다만 구속전 피의자심문제도를 필요적으로 함으로써 법관수의 부족이나 예산상의 어려움을 들어 반대하는 입장이 있으나, 이는 사법제도의 개선을 통해 해결해나가야 할 문제이지, 필요적 영장실질심사제도 도입의 장애가 될 수 없다.⁸⁸⁾

물론 필요적 심문제도로 개정할 경우에 업무부담이 상당하고 수사인력이 호송에 투입되는 등으로 수사기관의 수사인력이 상당 정도 소요되고, 이로 인한 수사상의 장애를 초래할 수 있을 것은 예상할 수 있다.⁸⁹⁾ 이는

86) 황정근, 영장실질심사제도 시행의 의미와 과제, 영장실질심사제도 - 실무상 문제점과 과제 - 법원행정처, 1997/5, 442-443면.

87) 이재상, 한인섭, 형사소송법개정법률안에 대한 의견 자료 참조.

88) 이재상, 앞의 책, 232면 ; 한인섭, 형사소송법개정법률안에 대한 의견.

89) 각국의 입법례를 살펴보면 긴급체포하는 단위수사기관(사법경찰)에 인접하여 영장을 발부해주는 법관이 상주하고 있어, 체포를 한 사법경찰은 즉시 직접 법관에게 피의자를 인치하여 영장을 발부받을 수 있도록 하고 있다. 일본의 경우에는 설립 당초부터 영장재판소로서의 성격을 가지면서 신속하고 적절한 영장심사를 행하고자 경찰서를 기준으로 하여 간이

향후 구속영장 심사를 엄정히 하고, 이에 발맞추어 검사도 구속영장 청구 자체를 신중하게 함으로써 필요적 심문을 가능하게 할 수도 있을 것으로 보인다.⁹⁰⁾

2. 체포·구속적부심사제도의 문제점과 개선방안

가. 현행법상 체포·구속적부심사제도의 의의

체포·구속적부심사제도란 수사기관에 의하여 체포 또는 구속된 피의자에 대하여 법원이 체포 또는 구속의 적법여부와 그 필요성을 심사하여 체포 또는 구속이 부적법, 부당한 경우에 피의자를 석방시키는 제도로서 헌법상 보장된 기본적 권리이다(헌법 제12조 6항). 따라서 체포·구속적부심사제도는 피의자에 대한 체포영장 또는 구속영장의 발부를 요건으로 하고, 피의자의 구속은 법관이 발부한 영장에 의할 뿐만 아니라, 체포 또는 구속의 적법여부 이외에도 구속계속의 필요성까지 심사의 대상으로

재판소가 설치되어 있고, 또한 일정한 사법경찰관도 직접 체포영장을 청구할 수 있도록 되어 있다. 손동권, 앞의 글, 571면 이하.

90) 현재 법원은 재개정후 피의자가 심문신청을 하지 않은 사건에서 가족 등 다른 신청권자에게 실질심사청구권을 제대로 알렸는지 여부에 대한 엄격한 증명을 요구하여 영장을 기각하는 노력을 하였다. 그리하여 1998년 11월 이후 실질심사율은 다시 증가하고, 이와 함께 엄격한 심사로 영장이 기각되는 사례도 늘어나서 1998년 12월의 영장발부율은 83.8%로 감소되었다고 한다(중앙일보 1998.11.8.). 특히 법관들은 의견서를 통해 영장실질심사청구권의 고지여부에 대한 엄격한 심사와 고지여부에 대한 수사기관의 입증에 없을 때 영장을 기각하는 관행을 정착시키고자 하였다(경향신문 1999.1.10.) 서울지방법원의 경우에 불구속재판의 시행확대를 위하여 구속기준을 엄격히 적용하도록 하는 한편 구속적부심사와 보석재판 전담재판부를 신설하였다. 영장실질심사과정에서도 법관은 직접 구속된 피의자에게 구속적부심사 신청제도를 알려주고 신청서식을 비치하도록 하였다. 이러한 인신구속제도 운용개선방안은 앞으로 다른 관할법원으로 확산 시행될 것으로 기대된다(한겨레신문 1999.2.28 ; 중앙일보 1999.3.1.).

한다. 이런 점에서 체포·구속적부심사제도는 불법 또는 부당하게 체포·구속된 피의자를 구제하기 위한 가장 효과적인 인권보장장치로 기능한다.

국제인권규약 제9조 4항은 ‘체포 또는 구금에 의하여 자유를 박탈당한 자는 법원이 그 체포·구금의 합법성을 지체없이 결정하고, 그 체포·구금이 합법적이 아닌 경우에는 그의 석방을 명령할 수 있도록 법원에 의한 절차를 취할 권리를 가진다’고 규정하고 있다. 보호원칙 37도 ‘범죄혐의에 의하여 구금된 자는 체포 후 즉시 사법기관 등에 인치되어야 한다. 이 기관은 지체없이 구금의 합법성 및 필요성에 대하여 판단해야 한다. 누구든지 상기기관의 서면에 의한 명령 없이는 수사 중 또는 공판 중에 구금되지 않는다. 그리고 구금된 자는 상기기관에 인치된 경우에는 구속 중에 받는 처우에 관하여 의견을 진술할 권리를 갖는다’고 규정하고 있다.

나. 문제점

(1) 체포·구속적부심사의 청구권자로서 영장에 의하여 체포·구속된 자

개정 형사소송법은 체포·구속적부심사의 청구권자로서 체포영장 또는 구속영장에 의하여 체포 또는 구속된 피의자에 한하여 체포·구속적부심사에 의한 법원의 사법적 통제를 인정하고 있을 뿐(제214조의2 제1항), 긴급체포 및 현행범으로 체포된 피의자 또는 위법하게 체포된 피의자에 대하여는 체포적부심사청구를 명문화하고 있지 않다. 다만 대법원판례에 의하면 체포적부심사청구권이 인정되고 있다.⁹¹⁾

생각건대 현행 형사소송법 제214조의2 제1항은 명백히 체포·구속적부심사의 청구권자를 체포영장 또는 구속영장에 의하여 체포·구속된 피의자에 한하므로 긴급체포되거나 현행범인으로 체포된 피의자에게는 체포

91) 대법원 1997.8.27. 97모21.

적부심사의 청구권이 없는 것으로 해석된다. 현행법의 체포·구속적부심사제도는 수사기관의 불법한 체포·구속에 대한 시정책으로서의 의미를 갖는 이상, 그리고 현재 긴급체포와 현행범체포에 있어서 사법적 통제가 배제된 무영장 체포를 인정하고 있는 점등에 비추어 청구권자를 체포영장 또는 구속영장에 의하여 체포 또는 구속된 피의자로 제한하여야 할 합리적 이유가 없을 뿐만 아니라, 더욱이 이들 사법적 통제가 배제된 채 체포된 피의자에게 그 적부심사청구를 인정할 필요성은 더욱 크다고 하지 않을 수 없다.

무엇보다 이러한 현행법의 태도는 헌법 제12조 3항이 구속뿐만 아니라, 그 전 단계인 체포에 대하여도 적법절차의 준수 및 법관의 영장을 요하도록 하고 있고, 또한 체포·구속적부심사청구권을 기본권으로 규정하고 있는 헌법 제12조 6항에 비추어 볼 때 사실상 체포·구속을 당한 피의자에 한하여 체포·구속적부심사를 청구할 수 있는 것으로 한 현행법 규정은 위헌의 소지가 있으며, 따라서 영장 없이 체포된 피의자에게도 청구권을 인정하는 것으로 개정하는 것이 타당하다.⁹²⁾

(2) 피고인에 대한 체포·구속적부심사제도의 불인정

위에서 보는 바와 같이 체포·구속적부심사는 불법한 구속뿐만 아니라, 부당한 구속에 대하여도 인정되고 있고, 또한 형사소송법은 체포영장이나 구속영장이 발부된 경우에 이를 인정함으로써 법원에 의하여 불법 또는 부당하게 구속된 피고인에 대하여도 마찬가지로 그 구제필요성이 인정될 여지가 있다. 현행 헌법 제12조 6항의 ‘누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 적부의 심사를 법원에 청구할 권리를 가진다’는 구속적부심사제도

92) 배종대/이상돈, 앞의 책, 239면 ; 신동운, 앞의 책, 162, 201면 ; 손동권, 앞의 글, 571면.

의 기본취지에 비추어 피고인의 구속적부심사를 인정하는 것이 타당하다. 무엇보다 피고인에게 구속적부심사청구권을 인정함으로써 실무상 문제되는 되고 있는 적부심사청구사건에 대한 검사의 전격기소를 방지할 수 있게 된다.⁹³⁾

(3) 실무운영상의 문제점과 개선방안

실무상으로 구속적부심사는 비공개적으로 진행되며, 그 재판형식에 있어서도 아무런 이유를 붙이지 않는 결론만을 제시하는 형태로 이루어지고 있다는 문제점이 있다.⁹⁴⁾ 따라서 심리과정에 대한 국민의 신뢰성 확보에 어려움이 있으며, 또한 그 판단의 적정성에 대한 사후통제가 불가능하다는 난점이 제기된다. 이러한 실무상의 문제는 중국적으로는 실질적이고 신속한 심사를 가능하게 하는 인적 자원확보를 통하여 해결될 수 있다.⁹⁵⁾

3. 보석제도

가. 현행법상 보석제도의 문제점

보석이란 일정한 보증금의 납부를 조건으로 하여 구속의 집행을 정지함으로써 구속된 피고인을 석방하는 제도이다. 구속된 피의자 및 피고인의 석방제도로서 보석은 구속에 대한 보충성의 원칙의 내용을 이룰 뿐만 아니라 피고인에게 방어의 기회를 보장하고 적법절차원칙(헌법 제12조 1항), 영장주의(헌법 제12조 3항) 그리고 무죄추정의 원리 등의 공정한 재판을 실현하는데 중요한 기능을 한다.⁹⁶⁾

93) 이재상, 앞의 책, 256면.

94) 신동운, 사법제도 개선방안, 194면.

95) 신동운, 사법제도 개선방안, 195면.

개정 전 형사소송법은 기소 전과 기소 후를 달리하여 피의자단계에 대하여 보석청구권을 부정하였으나, 당시 이에 대한 비판의 목소리가 높았으며, 이는 다른 입법례에서 유례를 찾기 어려운 규정이었고, 특히 이는 국제인권법의 수준에 비추어 현저히 위반되는 것이었다. 그리하여 현행 형사소송법은 보증금납입조건부 피의자석방제도를 도입함으로써 구속적부심사청구시 보증금납입을 조건으로 법원이 보석을 명할 수 있게 규정하여 구속적부심사를 청구한 피의자에 대하여 까지 보석을 확대하였다. 뿐만 아니라 법원의 보석허가결정에 대하여 검사의 즉시항고권을 삭제함으로써 보석제도의 진일보한 개선으로 평가받고 있다.

국제인권B규약 제9조 3항은 체포·구금된 자가 사법관현의 면전에 지체없이 인치되어야 한다는 것, 인치 후 합리적인 기간 내에 재판받을 권리 또는 석방될 권리'를 가지며, 석방은 재판 기타 사법적 절차의 모든 단계에서 출두 및 필요한 경우 판결의 집행을 위하여 출두할 것이라는 보증을 조건으로 이루어질 수 있다고 규정하여, 보석제도를 명문으로 규정하고 있다. 보호원칙 38도 체포·구속된 자의 석방청구권을 인정하고 있으며, 이에는 보석이 포함되는 것으로 이해된다. 특히 보호원칙 39는 체포·구속된 피의자 및 피고인의 석방을 인정하면서 이는 법에 의한 조건에 따른다고 규정하여 신병구속을 필요최소한도로 하기 위한 절차적인 배려를 요구하고 있다.

나. 보석제도의 개선방안

현행 형사소송법처럼 기소전 보석을 구속적부심사를 청구한 피의자에 한하여 인정하고 있거나, 피고인 보석과 달리 규정하고 있는 것은 국제인권기준에 비추어 타당하지 않음은 자명하다.

96) 이재상, 앞의 책, 260면 ; 신동운, 앞의 책, 753면.

여기서 구체적으로 보석제도의 개선방안을 제시하면 다음과 같다.

(1) 피의자보석의 확대

현행 형사소송법은 구속된 피의자의 조건부석방제도를 도입하여, 구속적부심사를 청구한 자에 대하여 보증금납입조건부 피의자석방제도를 신설하였다.

그러나 구속적부심사와 보석은 제도의 성질을 달리한다는 점에 비추어 보석을 구속적부심사와 연계시키는 것은 바람직하지 않으며, 구속적부심사와 보석을 청구할 수 있다고 보는 것이 타당하다.⁹⁷⁾ 구속적부심사는 불법·부당한 구속에 대한 사법적 통제의 성질을 가지고 있는 반면, 보석제도는 구속제도의 합리적 운용과 피고인의 방어권 보장을 위한 불구속수사 원칙을 가능한 한 유지하려는 것이다. 피의자에 대한 조건부 피의자석방이라는 제도가 수사기관의 불법구속에 대한 엄정한 법의 심판을 회피하는 수단으로⁹⁸⁾ 이용되어서는 안 된다.

또한 현행 형사소송법은 피고인에 대하여는 필요적 보석을, 피의자에 대한 보석을 직권에 의한 보석만을 인정하고, 일정한 경우에는 석방을 명할 수 없도록 규정하고 있어 피의자에 대한 보석과 피고인의 보석이 성질을 달리하는 것으로 규정하고 있다. 이처럼 피의자보석을 법관의 재량에 맡김으로써 피의자측은 법관의 직권발동을 촉구할 수 있을 뿐이다. 피의자의 보석과 피고인의 보석을 달리 보아야 할 이유도 없고, 따라서 피의자 보석의 경우에도 피의자에게 신청권을 부여하는 등 피고인의 보석과 동일한 조건 하에 확대적용하도록 해야 할 것이다.

97) 이재상, 앞의 책, 260면.

98) 한인섭, 형사소송법중개정법률안에 대한 의견.

(2) 보석제도의 활성화방안과 보석요건의 다양화

먼저 현행 형사소송법상 필요적 보석(형사소송법 제95조)의 대상이 지나치게 협소하다는 문제점이 있다. 이로 인해 개정전 형사소송법상 피고인에 대한 보석만 인정되었지만, 실무에서조차 보석에 의한 피고인 석방도 크게 활용되지 않았다. 피의자·피고인은 무죄로 추정됨에도 불구하고 구속이라는 ‘제재’를 통하여 사실상 적지 않은 불이익을 받아 왔다.

보석제도의 활성화는 구속율을 낮추기 위한 방안으로도 중요한 의미를 갖는다.⁹⁹⁾ 형사소송법상 필요적 보석의 예외 사유가 있는지 여부를 심리하여 불구속 재판의 원칙이 실현되기 위한 피의자 및 피고인 보석이 폭넓게 인정되어야 한다.

다만 현재 보석제도를 활성화할 것인가에 대하여 우려가 있다. 즉 보석으로 피의자 및 피고인을 대거 석방하게 되면 빈부격차가 심하여 부유층과 빈곤층이 확연히 구별되어 있는 한국사회에서 유전무죄·무전유죄 시비가 일어날 것이라 전망하여 보석의 대폭적인 활용에 소극적이다.¹⁰⁰⁾ 그러나 이는 현재 이미 보석청구율이 급증하고, 구속적부심사청구율도 증가하고 있는 상황에서 적절한 이유가 되지 못한다.¹⁰¹⁾

그 다음으로 현행 보석제도는 보석보증금제도를 다양화함으로써 가난한 자 내지 무자력자에 대한 보석권을 보장하도록 개선되어야 한다. 각국의 입법례에 의하면 원칙적으로 체포 인치 후의 모든 단계에서 보석청구권을 인정함으로써 보석청구권의 실효성을 보장하고 있다. 미국의 경우에는 자력 없는 피의자·피고인이 다액의 보증금을 납부하지 않고도, 변호

99) 심희기, 앞의 글, 637면.

100) 임승순, 기소전 보석과 보석의 활용방안, 법원행정처, 불구속재판 시행의 과제, 1997, 218면 ; 조윤신/최의호, 영장실질심사제와 구속적부심(주로 기소전 보석)의 상관관계 및 그 운용, 법원행정처, 영장실질심사제도, 306면.

101) 심희기, 앞의 글, 637면.

인에 의한 보증 및 보석보증업자에게 소액의 요금을 지불함으로써 보석되거나, 피의자 자신의 서약서에 의한 보석 등이 인정되고 있다. 함부르크 결의 7 d는 보석보증금에 의한 출두확보 이외에 신병인수와 행동의 자유 제한 등을 과함으로써 구속에 대체하는 수단을 다양화할 것을 규정하고 있다. 이처럼 오늘날 보석조건의 완화·보석의 다양화가 각국 국내법의 경향이다. 따라서 고액의 보석보증금을 납부하지 않으면 보석이 허용되지 않는 실무는 다양한 보증수단을 이용하여 보석을 확대하는 방향으로 개선될 필요가 있다. 현행 형사소송법상으로 보증서제도를 채택¹⁰²⁾하여, 특히 보석보증보험증권을 첨부한 보증서제도는 무자력의 피고인의 보석에 크게 도움이 되고 있기는 하다.¹⁰³⁾ 다만 보증금을 조건으로 하는 보석만을 인정할 것인가 하는 점에 있어서 현행 형사소송법상 보석제도는 재검토될 필요가 있다. 즉 현행처럼 보석보증금의 납부를 중심으로 구성된 보석제도가 아니라 보증금납입방식에 더하여 신원보증이나 관계기관에의 위탁 등 다양한 형태의 출석담보장치의 개발이 필요하다.¹⁰⁴⁾

현재 미국에서 이용되고 있는 보석심사위원회의 서약서에 의한 보석 (release on own recognizance, 일명 OR)제도의 도입도 고려해 볼 만하다. 이는 빈곤한 피의자·피고인을 위하여 보증금을 결정하지 않고 장래 재판정에 출석하겠다는 피의자·피고인의 서약만으로 섭강하게 하는 것이다. 미국의 경우에는 이에 의해 석방된 피고인의 98.4%가 재판정에 출석하였으며, 이 출석율은 보석금으로 석방된 사람들의 출석율보다 높다고 한다.

102) 보석보증보험증권을 첨부한 보증서제출허가에 관한 사무처리요령(송형 87-4, 1992.5.18.)에 의하면 보석허가결정을 함에는 특별한 사정이 없는 한 직권으로 보석보증보험증권을 첨부한 보증서로써 보증금에 갈음할 수 있음을 허가하도록 되어 있다.

103) 이재상, 앞의 책, 268면.

104) 신동운, 한국 형사사법개혁의 쟁점과 동향, 형사정책연구원 국제학술회의 자료집, 2004.6.25, 103면.

그리고 인적보증 등에 의한 보석도 생각해볼 수 있는데, 다만 신뢰할 수 있는 자에 의한 인적 보증을 가능할 수 있도록 하는 보증인에 의한 보석에 있어서는 피의자 또는 피고인을 석방하였으나 도주한 경우에 보증이 없어 실효성에 의문이 있고 보증인을 내세울 수 있는 사람만 혜택을 누릴 수 있다는 문제점이 있다.

제4절 구속기간

현행 형사소송법에 의하면 사법경찰관이 피의자를 구속한 때에는 10일 이내에 피의자를 검사에게 인치하지 아니하면 석방하여야 한다(제202조). 검사의 구속기간은 10일이지만(제203조), 지방법원판사의 허가를 얻어 10일을 초과하지 않는 한도에서 구속기간을 연장할 수 있다(제205조). 한편 지방법원판사는 국가보안법 제3조 내지 제10조의 죄에 대하여 사법경찰관에게 1회, 검사에게 2회에 한하여 구속기간의 연장을 허가할 수 있다(국가보안법 제19조).

이러한 현행법의 규정에 대하여 유엔 인권이사회는 우리 나라의 제2차 보고서에 대한 심사결과인 최종 검토의견에서 과도한 구속기간의 문제점을 지적하고 있다. 즉 유엔 인권이사회는 과도한 기소 전 구속(일반사건에서는 30일, 국가보안법위반사건에서는 50일)과 그러한 구금의 정당할 근거부족은 한국정부의 B규약 제9조 이행에 의문을 가져다준다'고 지적하였다. 나아가 인권이사회는 B규약 제9조의 피구금자의 권리존중을 위하여 이에 반하는 해당법률을 개정할 것을 권고하였다.

한편 우리 나라의 헌법재판소도 국가보안법 제7조(찬양, 고무) 및 제10조(불고지)의 죄에 대하여 구속기간을 연장한 것은 과잉금지의 원칙을 현저히 위배하여 피의자의 신체의 자유, 무죄추정의 원칙 및 신속한 재판을 받을 권리를 침해한 것으로 위헌이라고 결정한 바 있다.¹⁰⁵⁾

범죄혐의자의 미결구금일수는 필요한 최소한도에 그쳐야 하는 것인데도 불구하고, 현행 실무상 구속영장 청구사건중 대부분이 수사가 거의 완료된 후 구속영장이 청구되고 있는 점, 구속을 일종의 형벌로 생각하는 관행 등의 문제점을 검토하고 개선방안을 제시할 필요가 있다.

여기서 현재 판례가 구속기간을 도과한 구속의 효력에 대하여 구속영장의 효력은 당연히 실효되는 것은 아니라고 판시¹⁰⁶⁾하고 있음은 다시 한번 재검토되어야 한다. 즉 최소한 현행법상 구속기간을 제한하고 있는 취지에 비추어 기간을 도과한 경우에는 불법구속이 된다고 보는 것이 타당하다고 해야 한다.¹⁰⁷⁾

그 다음으로 현행 형사소송법은 체포·구속적부심사가 청구된 경우에 법원이 수사관계서류와 증거물을 접수한 때로부터 결정 후 검찰청에 반환될 때까지의 기간을 체포 또는 구속기간에 산입하지 않도록 규정하고 있다(제214조의2 제12항). 이는 체포·구속적부심사의 청구로 인하여 수사에 지장을 초래하는 것을 막고 전격기소의 폐해를 방지하기 위한 것이라고 한다.¹⁰⁸⁾

그러나 체포·구속적부심사의 기간을 구속기간에 산입하지 않도록 하는 규정은 적부심사청구권을 헌법상의 체포·구속피의자의 권리로 인정한 기본취지에 반하고, 또 헌법상 보장된 무죄추정의 원칙에도 반하므로 위헌문제가 제기될 수 있다.¹⁰⁹⁾ 수사에 미치는 영향을 고려하여 법원이 구속기간의 산입 여부를 결정하게 하는 것이 타당하다는 견해,¹¹⁰⁾ 구속적부심사가 청구된 경우에도 법원이 수사관계서류와 증거물을 접수한 때부터 결정 후 검찰청에 반환될 때까지의 기간을 체포 또는 구속기간에 산

105) 헌법재판소 1992.4.11. 90헌마82.

106) 대법원 1964.11.17. 64도428.

107) 이재상, 앞의 책, 238면.

108) 이재상, 앞의 책, 254면 참조.

109) 신동운, 형사소송법 I, 212면.

110) 배종대/이상돈, 앞의 책, 244면.

입하도록 함이 타당하다는 견해¹¹¹⁾가 제기되는 이유가 여기에 있다. 생각건대 영장대기시간도 구속기간에 포함되어야 하며, 또한 법원이 수사관계 서류와 증거물을 접수한 때부터 결정 후 검찰청에 반환될 때까지의 기간을 체포 또는 구속기간에 산입하도록 함이 타당하다.

마지막으로 현행법에 따르면 제1심 법원의 구속기간도 현재 2월인데, 2차에 걸쳐 연장가능하며 총 6월에 이르도록 규정하고 있다. 이는 구속기간에 쫓겨 심리가 충실하게 진행되지 못할 것을 우려한 때문이다. 그러나 이는 오히려 심리의 지연을 가져와 신속한 재판의 원칙에 반할 우려도 있음을 간과하기 어렵다.¹¹²⁾ 따라서 제1심 법원의 구속기간은 현행보다 1회 정도의 연장을 허용하는 정도로 입법하는 것이 바람직하다고 생각된다.

마지막으로 덧붙이자면 현재 구속기간 연장을 위한 형사소송법 개정논의가 있으나 이 문제는 이미 위에서 본 바와 같이 변호인의 피의자신문참여 제도의 도입으로서 실무상 구속기간 연장의 필요성논의는 더 이상 의미를 갖기 어렵다고 생각된다. 왜냐하면 변호인의 피의자신문참여로서 피의사실에 대한 사실관계와 법률관계에 대한 신속한 쟁점정리가 가능하고, 뿐만 아니라 피의자에 의한 이유 없는 진술거부와 부인 등이 지양될 것이며, 수사기관의 과학수사 능력의 향상의지로 현재보다 구속기간을 늘리는 것은 더 이상 의미가 없기 때문이다. 무엇보다 구속기간의 연장은 헌법상 신속한 재판을 받을 권리(헌법 제27조 제3항)와 위에서 이미 본 바와 같이 국제인권규약상의 '부당하게 지체됨이 없이' 재판을 받을 권리에도 부합하지 않는다.

111) 이재상, 앞의 책, 258면.

112) 박미숙, 경미사건의 신속처리방안에 대한 연구, 한국형사정책연구원, 1999 참조.

제5절 체포·구속된 피의자·피고인의 변호인의 조력을 받을 권리

1. 변호인의 조력을 받을 권리의 실질적 보장필요성

헌법상 피의자·피고인은 무죄로 추정된다. 이러한 피의자·피고인의 법적 지위를 보장하기 위해 현행 형사소송법은 특히 수사절차에 있어서 인권보장을 강화하고 있다. 영장주의와 강제수사 법정주의, 그리고 진술거부권과 그의 고지, 구속적부심청구권, 증거보전청구권 등을 보장하고 있다. 무엇보다 피의자는 그에게 불리한 범죄혐의를 밝히기 위하여 자신에게 유리한 증거를 조사 수집하여 할 필요가 있다. 이에 적절한 법률지식 및 경험을 이용하여 검사와 대등한 입장에서 절차에 참여하여 적절한 방어권을 행사할 수 있도록 하기 위한 제도적 보장책이 변호인의 조력을 받을 권리이다.

헌법은 ‘누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다’고 하여(제12조 4항), 특히 인신구속을 당한 자의 방어권 보장을 명백히 하고 있다. 이러한 헌법의 이념에 따라 현행 형사소송법은 피의자의 구속·불구속을 불문하고 피의자의 변호인선임권을 보장하고 있다(제30조 1항). 그리고 이러한 변호인의 조력을 받을 권리의 구체적인 내용으로서 구속된 피고인과 피의자는 법률의 범위 내에서 타인과 접견하고 서류 또는 물건을 수수하며 의사의 진료를 받을 수 있다(제89조, 209조). 또한 변호인의 접견교통권은 그의 법적 지위와 관련하여 그의 고유권으로서 변호인 또는 변호인이 되려는 자는 신체구속을 당한 피고인 또는 피의자와 접견교통할 수 있다(제34조).

이러한 변호인의 조력을 받을 권리는 원칙적으로 체포된 이후부터 수사절차의 모든 단계에서 인정된다. 수사 초기단계인 체포된 때로부터 피

의자에게 변호인의 조력을 받을 권리를 인정함으로써 죄 없는 자의 신병 구속을 방지한다는 제1차적인 목적을 달성할 수 있으며, 나아가 잘못된 유죄판결을 방지할 수 있기 때문이다.

이미 헌법재판소도 헌법상의 변호인의 조력을 받을 권리는 변호인의 ‘충분한 조력’을 받을 권리를 의미하는 것이라고 결정한 바 있다.¹¹³⁾ 이는 헌법 및 형사소송법상의 변호인의 조력을 받을 권리가 단순히 변호인을 선임할 수 있다는 의미에서 나아가 변호권의 구체적인 내용이 효과적이고 실질적인 변호를 위해 충분해야 한다는 실질적 변호를 의미하고 있음을 확인한 것이다.

한편 변호인의 조력을 받을 권리와 관련하여 각종 국제인권기준들은 접견교통권을 제외하고는 변호인의 조력을 받을 권리의 구체적인 내용에 대하여 명확하게 규정해두고 있지 않다.¹¹⁴⁾

세계인권선언 제11조는 ‘범죄의 소추를 받는 자는 자기의 변호에 필요한 모든 보장이 주어진 공개의 재판에 있어서 법률에 따라서 유죄의 입증에 있기까지는 무죄로 추정될 권리를 갖는다’는 일반적·포괄적인 규정을 두고 있다.

일반적인 국제인권기준들은 형사피의자 및 피고인에 대하여 스스로 선임한 변호인으로부터 변호를 받을 권리를 보장하고 있으며, B규약과 유럽인권규약 그리고 미주인권규약은 빈곤 등의 사유가 있는 경우에 유료 또는 무료로 국선변호를 받을 권리를 보장하고 있다. B규약 제14조는 세계

113) 헌법재판소 1992.1.28. 91헌마111, ‘헌법 제12조 4항이 보장하고 있는 신체구속을 당한 사람의 변호인의 조력을 받을 권리는 무죄추정을 받고 있는 피의자 및 피고인에 대하여 신체구속의 상황에서 생기는 여러 가지 폐해를 제거하고 구속이 그 본래의 한도를 초과하여 이용되거나 작용하지 않게끔 보장하기 위한 것으로서 여기의 변호인의 조력은 ‘변호인의 충분한 조력’을 의미한다’.

114) 변호인의 조력을 받을 권리에 관한 국제인권기준들에 대하여는 박승욱, 수사절차에서의 변호인의 조력을 받을 권리, 21세기의 인권, 한길사, 2000, 211면 이하 참조.

인권선언보다 상세하고 구체적으로 변호를 받을 권리에 대하여 규정하고 있다. 즉 B규약 제14조 3항 (b)는 모든 사람은 그에 대한 형사상의 죄를 결정함에 있어서 최소한 변호의 준비를 위한 충분한 시간과 편의를 가질 것 및 그 자신이 선임한 변호인과 교통할 것을 완전히 평등하게 보장받을 권리를 가진다고 규정하고 있으며, (d)는 자기 스스로 방어하거나 또는 자신이 선택한 법적 원조수단을 통하여 방어할 수 있을 것, 만약 그가 법적 원조수단을 가지지 못하는 경우 변호인선임권을 고지해 줄 것, 사법의 이익이 그것을 요구하는 모든 경우에 그에게 주어질 법적 원조수단을 확보하되, 그가 충분한 지불수단을 가지고 있지 못하는 경우 무료로 하여야 한다고 규정하고 있다.

이와 관련하여 1990년 제8회 유엔 범죄방지 및 범죄자처우 회의가 채택한 ‘변호사의 역할에 관한 기본원칙’은 중요한 의미를 갖는다. 이 원칙 제1조에 의하면 ‘모든 사람은 그 권리를 보호하고 확립하며, 형사절차의 모든 단계에서 자신을 방어할 수 있도록 자신이 선임한 변호사의 조력을 요구할 권리를 가진다’고 규정하고 있으며, 제5조는 변호인선임권을 고지받을 권리, 제6조는 자격과 경험 있는 변호사를 -무자력인 피의자·피고인에 대하여는 무료로- 제공받을 권리를 가진다고 규정하고 있다. 한편 변호인에게는 ‘모든 적절한 방법으로 의뢰인을 도울 것’(13)을 의무로 하여 그 자유를 구체적으로 보장하고 있다(9-29).

보호원칙 11에서는 ‘구금된 자는 누구든지 자기를 방어하거나, 법률에 의해 자격이 주어진 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다’고 규정하여 변호인의 조력을 받을 권리를 보장하고 있다. 그리고 보호원칙 17의 1항에서 ‘권한 있는 기관에 의해 체포 후 그 권리를 고지받으며, 권리행사를 위해 적절한 편익이 주어질 것’, 17의 2항에서는 ‘사법적 정의의 이익을 위해 필요한 모든 사건에 있어서’ 국가의 비용으로 변호인이 주어진다고 선언하고 있다.

보호원칙 18의 1항에서 교통상담권, 2항에서는 상담하기 위하여 충분한 시간과 편의, 원칙 18의 3항과 4항에서는 법률 또는 법률에 따른 규칙에 정해지고 사법기관 등에 의해 안전과 질서를 유지하기 위하여 불가결하다고 판단된 예외적인 경우 이외에는 교통을 검열 당하지 않을 권리를 규정하고 있으며, 5항에서 변호인과의 통신을 불이익한 증거로서 허용되지 않을 권리'는 당연한 것이므로 중요한 권리로서 보장하고 있다. 원칙 15는 원칙 18의 3항에서 규정하고 있는 예외의 경우에도 교통은 '수일 이상' 거부되어서는 안 된다고 규정하고 있다. 보호원칙 33은 변호인에게 구금기관, 그 상급기관 또는 제3자 기관에 대하여 피구금자의 처우, 특히 고문 기타 잔혹한 비인도적이거나 품위를 해하는 처우에 대하여 요구할 권리를 규정하고 있다. 단지 피의자가 혐의를 받는 형사사건의 유·무죄를 다루는 활동뿐만 아니라, 피구금자의 신병의 안전을 보호하기 위한 활동도 변호의 내용이라는 것을 분명히 한 것으로 이해된다.

처우최저기준규칙 제93조는 '자기의 변호를 위해 무료의 법률부조가 가능한 경우에는 이를 구하는 것'이 허용되지 않으면 안 된다고 한다. 이는 국선변호인제도 보다 넓은 소위 법률부조를 예정한 것이라고 할 수 있다.

2. 현행법상 변호인의 조력을 받을 권리규정의 문제점

이처럼 현행 형사소송법상으로 체포·구속된 피의자 및 피고인에게 변호인의 조력을 받을 권리가 인정되어 있지만, 변호인의 피의자신문참여권, 수사단계에서의 수사기록의 열람·등사권 등은 아직 인정되고 있지 않으며, 이로 인해 헌법 및 형사소송법상의 피의자·피고인의 변호인의 조력을 받을 권리는 실질적 변호로서 기능하고 있지 못하다는 문제점이 지적되었다. 실무에서도 피의자 인권보장을 위해 수사과정에서도 변호인을 접견 할 수 있도록 하는 내용의 피의자 접견-교통 절차규정을 제정한 바

있다. 이에 따라 검찰 수사를 받고 있는 피의자라도 변호인을 만나 사건 관련 자료를 주고 받고 답변내용을 협의할 수 있게 된다. 새 규정에 따르면 수사검사는 피의자신문중이거나 압수수색 검증 중인 경우를 제외하고는 원칙적으로 접견 신청을 허가해야하며 접견은 입회인 없이 실시되고 계호인은 녹취-청취를 할 수 없게 되어 있다.¹¹⁵⁾ 그럼에도 불구하고 체포·구속된 피의자 및 피고인의 실질적 변호인의 조력을 받을 권리를 보장하기 위하여 입법적 해결이 바람직하다는 입장은 끊임 없이 제기되고 있다.

이미 사법개혁위원회에서도 인신구속절차의 개선과 더불어 변호인의 조력을 받을 권리의 실질적 보장을 우선과제로 선정하고 그 개정논의가 활발히 진행 중이다.

이처럼 형사절차에 있어서 피의자·피고인의 방어권보장은 형사사법개혁의 주요과제로서 중요한 의미를 갖는다. 이미 피의자·피고인의 방어권 보장 내지 실질적 변호권의 보장이라는 쟁점에 대하여는 별반 큰 의견이 제기될 것 같지는 않다.

다만 구체적인 내용에 있어서는 약간의 이견차이가 나타나고 있다. 그 가운데 중요한 것이 피의자신문시에 변호인의 참여권보장에 대한 것이다.

3. 피의자신문시 변호인의 참여권의 보장

가. 의 의

현행 형사소송법에 의하면 수사절차에서 피의자신문에 변호인이 참여하는 원칙적·일반적인 권리는 인정되고 있지 않다. 개정 전 형사소송법 제221조의2 제5항의 증거보전에 있어서 증인신문에 대한 피의자의 참여권

115) 조선일보 19950603.

을 인정하면서도 검사의 증인신문의 청구에 있어서는 판사는 수사에 지장이 없다고 인정될 때에 한하여 피의자 또는 변호인을 증인신문에 참여하게 할 수 있다고 규정함으로써 원칙적으로 피의자 또는 변호인의 참여권을 인정하고 있지 않다. 대법원 판례 또한 수사절차에서의 증인신문에서 피의자 또는 변호인에게 참여의 기회를 주지 않았다고 하여 위법은 아니라고 판시하였다.¹¹⁶⁾

이러한 법규정과 판례의 입장에 대하여 공판기일전의 증인신문에 피의자 또는 변호인의 참여를 배제할 수 있도록 한 것은 증거보전절차 이외에는 피의자 및 변호인에게 증거수집을 할 수 있는 가능성을 배제한 것일 뿐만 아니라, 또한 형사소송법이 증거보전뿐만 아니라 증인신문청구절차에서 작성한 조서도 법관면전조서로서 당연히 증거능력을 인정하고 있는 점에 비추어(제311조),¹¹⁷⁾ 피의자와 변호인의 참여권을 인정하지 아니한 것은 헌법이 보장하고 있는 변호인의 도움을 받을 권리와 공정한 재판을 받을 권리를 침해한 것으로 보는 것이 타당하다는 비판이 제기되었다.¹¹⁸⁾ 참고인의 진술을 확보할 필요가 있다는 점에 비추어 증인신문조서의 증거능력을 인정할 필요를 부정할 수는 없으며, 결국 이는 법관의 증인신문에 피의자와 변호인의 참여권을 보장하는 것이 타당하다는 입법론이 제기되었다.

그리하여 1995년의 형사소송법 개정에 의해 검사의 청구에 의한 제1회 공판기일 전 증인신문(형사소송법 제221조의 제5항)에 수사중인 피의자의 신문에 변호인의 참여를 규정하고 있다. 즉 ‘판사는 특별히 수사에 지장이 있다고 인정하는 경우를 제외하고는 피고인 피의자 또는 변호인을 제1항

116) 대법원 1991.12.27, 91도 2127 ; 대법원 1992.9.22, 92도 1751.

117) 피고인이나 피의자 또는 변호인에게 참여의 기회를 주지 아니한 증인신문절차에서 작성된 조서에 대하여 당연히 그 증거능력을 인정하는 것은 입법론상 부당하다는 견해는 강구진, 형사소송법, 229면 ; 차용석, 형사소송법연구, 461면.

118) 차용석, 형사소송법 연구, 461면.

또는 제2항의 청구에 의한 증인신문에 참여하게 하여야 한다'고 규정하고 있다. 이로써 검사의 청구에 의한 증거보전절차로서의 증인신문에 있어서 판사는 수사에 지장이 있다고 인정되지 않는 한 원칙적으로 피의자·피고인과 변호인의 참여가 인정되게 되었다.

그러나 여전히 수사기관의 피의자신문에 변호인의 참여를 허용하는 일반규정은 없다.¹¹⁹⁾ 이 문제는 수사기관에 의한 피의자신문의 중요성에 비추어 판단되어야 할 것이다.¹²⁰⁾ 구속 중 피의자에 대한 신문절차는 역사적으로 수사기관의 가혹행위에 의한 인권침해가 가장 심한 경우로서 이에 대한 보장방안으로서 확립된 것이 바로 변호인의 조력을 받을 권리이다.

변호인의 조력을 받을 권리와 관련하여 각종 국제인권기준들은 기본적으로 비밀교통권을 제외하고는 조력을 받을 권리의 구체적인 내용에 대하여 명확하게 규정해두고 있지 않기 때문에 변호인의 피의자신문참여권

119) 다만 대한민국과 아메리카합중국간의 상호방위조약 제4조에 의한 시설과 구역 및 대한민국에서의 합중국군대의 지위에 관한 협정 제22조 9항(마)호에 의하여 합중국군대의 구성원, 군속 또는 그들의 가족이 한국의 재판권에 따라 기소될 때에는 수사과정에서 변호인이 참여하여 상의할 권리가 인정되고 있다. 이에 따르면 '합중국군대의 구성원, 군속 또는 그들의 가족은 대한민국의 재판권에 의하여 공소가 제기되는 때에는 언제든지 다음의 권리를 가진다.' (마) 자신의 변호를 위하여 선택하는 변호인을 가질 권리 또는 대한민국에서 그 당시에 통상적으로 행하여지는 조건에 따라 비용을 요하지 아니하거나 또는 비용의 보조를 받는 변호인을 가질 권리' 라고 규정되어 있다. 나아가 동협정의 합의의사록은 협정의 교섭에 있어서 이루어진 양해사항 등을 기록한 것으로서 제22조에 관하여 본조의 규정은 합중국 군대 이외의 대한민국에 있는 국제연합 군대의 인원내 대한 재판권의 행사에 관한 현행의 협정, 약정 또는 관행에는 영향을 미치지 아니한다고 하면서, 9항 (마)에 관하여 '변호인의 조력을 받을 권리는 체포 또는 구금된 때로부터 존재하며 피의자 또는 피고인이 참여하는 모든 예비수사, 조사, 재판전의 심리, 재판 자체 및 재판 후의 절차에 변호인과 비밀히 상의할 권리를 포함한다'고 규정하고 있다.

120) 대한변호사협회에서도 "검찰과 경찰의 전 수사과정에서 변호사가 입회해 피의자가 조력을 받는 것은 법으로 보장된 피의자의 권리이자 변호인의 의무"라고 하면서 중점 과제로 공론화하였다. 조선일보 19990312.

에 대한 명문규정은 없다. 다만 함부르크 결의 6 c가 변호인이 ‘모든 중요한 수사단계에 출석’할 것을 요구하고 있을 뿐이다.

국제인권B규약 제14조 3항 (b)와 (d) 등도 표현은 추상적이기는 하지만, 입회와 증거개시권을 포함하는 실질적인 규정으로 해석하는 것이 일반적이며, 이에 따라서 변호인의 피의자신문참여권도 보장되는 것으로 이해되고 있다.

고문방지협약 제11조는 당사국은 어떤 유형의 고문도 방지하고자 관할 영토 내에서 어떤 형태이든 체포·억류 또는 구금을 당한 사람들이 구금과 처우의 제도뿐만 아니라 신문방법과 훈령들과 실무관행들에 대하여도 체계적인 재검토를 지속하여야 한다고 규정하고 있으며, 제15조는 당사국은 고문의 결과로서 이루어졌음이 확인된 진술은 어떠한 절차에서도 증거로 원용될 수 없음을 보장한다. 다만 고문을 가한 것으로 고발된 사람에 대하여 그 진술이 있었다는 증거로서 원용하는 경우를 제외한다. 제16조는 1항에서 당사국은 관할영토 내에서 제1조에 규정된 고문에까지는 이르지 않는 기타의 잔인하거나 비인간적이거나 모욕적인 처우 또는 처벌 등의 행위들이 공무원 기타 공공의 권한을 가지고 행동하는 사람들에 의하여 또는 이들의 교사나 동의나 묵인 아래에 이루어질 경우에는 이를 방지할 것을 보장한다고 규정하고 있다.

보호원칙 17의 1항은 억류된 자는 법률에 따라 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다 그는 체포후 즉시 권한 있는 기관으로부터 그의 권리를 고지받고 이를 행사하기 위한 상당한 편의가 주어져야 한다고 규정하고 있으며, 2항에서는 억류 또는 구금된 자는 자신의 변호사와 상담하기 위한 충분한 시간과 편의가 허용되어야 한다는 것을, 그리고 3항에서는 억류 또는 구금된 자가 지체나 검열 없이 및 완전한 비밀의 보장 아래에 자신의 변호사이 방문을 유지하기 위하여 사법 또는 기타의 당국에 의하여 없어서는 안 된다고 여겨지는 예외적인 상황을 제외하고는 정지되거나

제한되어서는 안 된다고 규정하고 있다. 또한 보호원칙 21은 1항에서 자백 또는 기타의 방법으로 자기 자신에게 죄를 돌리거나 타인에게 불리하게 증언하기를 강요할 목적으로 억류 또는 구금된 자의 상황을 부당하게 이용하는 것은 금지되며, 2항에서 억류된 사람에 대하여 심문 중에 폭력 위협 또는 그의 결정 능력이나 판단을 저해하는 심문방법을 사용해서는 안 됨을 규정하고 있다. 보호원칙 32의 1항은 억류된 자 또는 그의 변호사는 언제든지 사법 또는 기타의 기관 앞에서 그의 구금의 적법성에 대하여 이의를 제기하고 그것이 불법인 경우 지체없이 석방되기 위하여 국내법에 따른 절차를 취할 권리가 있다고 규정하고 있으며, 원칙 33은 억류 또는 구금된 자 또는 그 변호인은 처우와 관련하여 특히 고문 기타 잔혹하거나 비인간적이거나 굴욕적인 처우의 경우에 억류 장소의 운영에 대한 책임 있는 기관과 상급기관 및 필요한 경우 심사 또는 시정의 권한을 가진 적절한 기관에 청원 또는 이의할 권리가 있다. 원칙 36은 2항에서 수사와 사실심리가 진행중인 사람의 체포나 억류는 법률이 정한 이유와 조건 및 절차에 따라 사법의 집행의 목적으로 위하여서만 이루어져야 하며, 이러한 자에게 억류의 목적을 위하여 또는 수사절차 또는 사법의 집행에 대한 방해로 방지하기 위하여 또는 억류 장소에서의 안정과 질서유지를 위하여 반드시 요구되는 제약을 가하는 것은 금지된다는 규정을 두고 있다.

변호사역할 기본원칙은 변호사의 권리 의무와 관련하여 구체적인 규정을 두고 있다. 즉 제1조는 누구든지 자신의 권리를 보호하고 확립하며 형사절차의 모든 단계에서 자신을 방어하기 위하여 자신이 선택하는 변호사의 조력을 요청할 권리가 있다. 제7조는 정부는 형사상 혐의 유무에 상관없이 체포되거나 억류된 모든 사람에게 변호사에 대한 즉각적인 접근을 보장해야 하며, 접근은 어떤 경우에도 체포 또는 억류로부터 48시간보다 지체되어서는 안 된다. 제8조는 체포·억류 또는 구금된 사람은 누구

든지 지체나 간섭 또는 검열 없이 그리고 완전한 비밀가운데 변호사의 방문을 받고 교통하고 상담할 충분한 기회와 시간 및 편의가 주어져야 한다. 제17조는 정부는 변호사들이 a. 협박, 방해, 괴롭힘 또는 부적당한 간섭 없이 모든 직업적 기능을 수행할 수 있을 것, b. 자국 내외에서와 외국에서 자유롭게 여행하고 의뢰인과 상담할 수 있을 것, c. 공인된 직업적 의무와 기준 및 윤리에 따라 취한 어떠한 행위에 대하여도 소추 또는 행정적 경제적 기타의 제재를 당하거나 그 위협을 받지 않을 것을 보장하여야 한다고 규정한다.

유엔 고문방지위원회는 한국 정부가 고문방지협약에 따라 1995년 12월에 제출한 보고서를 1996년 11월 12일 심사한 바, 그 심사에 있어서 위원회의 보고자는 한국정부 대표에게 피의자에 대한 신문에 변호인의 참여가 허용되는지, 피의자 또는 피구금자가 변호인과 상담할 권리가 형사소송법에 의거한 수사기관의 재량에 의하여 제약되는지 등을 물었고, 한국정부대표는 수사절차에 있어서 원칙적으로 피의자신문에 변호인을 참여시킬 권리는 인정되지 않으며, 다만 변호인의 참여가 신문 내지 전체로서의 절차를 위태롭게 하지 않을 것임이 명백한 경우에는 변호인의 참여가 허용될 수 있을 것이라고 설명하였다.¹²¹⁾ 이에 대하여 고문방지위원회는 고문범죄에 대한 적절한 조사와 고문방지를 위한 제도개선 등을 권고하는 의견을 발표하였으며, 그 제68항에서 피의자의 신문에 변호인의 참여를 허용할 것을 권고하고 있는데,¹²²⁾ 이와 같은 변호인의 참여는 (고문방지)협약 제15조¹²³⁾의 이행을 촉진하기 때문이라고 한다.

121) Summary record of the first part(public) of the 266, 267th meeting : 7, 17th session : Republic of Korea, 18/11/96, 12/12/96. CAT/C/S. 266,267(Summary Record) para. 15,9 respectively.

122) Summary record(267th meeting), para. E8 ; Concluding Observations of the Committee against Torture : Republic of Korea, UN Doc. A/52/44, paras.68,13/11/96.

123) 고문방지협약 제15조에 의하면 '당사국은 고문의 결과로서 이루어진 진

미국의 경우에는 피의자신문시에 변호인의 참여를 희망하는지 묻고 참여를 희망한다는 의사표시를 하면 변호인이 참여할 때까지 즉시 피의자신문을 중단하도록 하는 미란다 원칙이 연방대법원 판례에 의해 확립된 바 있다. 독일의 경우에도 검사의 피의자신문시 변호인의 참여권을 인정하고 있다. 독일에서도 형사소송법 개정으로 피의자가 구속영장에 의하여 구속된 때에는 지체없이 관할법관에게 인치하고 법관은 피의자의 혐의사실을 심문하는데 이 심문에 변호인이 참여할 수 있게 하였고, 1974년 12월 9일 형사소송법 개정에 의하여 검사의 피의자신문시에도 수사의 목적이 위태롭게 되지 않는 한 변호인의 참여가 인정되어 적극적으로 질문, 조언, 언급, 충고 등의 변호를 할 수 있도록 되어 있으며, 검사는 수사의 목적이 위태롭게 되지 않는 한 변호인에게 검사의 피의자신문기일을 통지하여야 한다(제163조의 제3항, 제168조의 c 제1항).

나. 피의자신문과 변호인의 참여권

(1) 피의자신문절차의 중요성

수사절차에서 수사기관의 피의자에 대한 신문은 공판에서의 피고인의 유·무죄의 선고결과에 대하여 대단히 중요한 의미를 갖는다. 즉 수사기관의 피의자신문에 의하여 수사방향이 결정되며 피의자신문에 의한 자백 및 진술은 종종 공판에서의 중요한 증거자료로 사용되기도 한다. 그 결과 피의자신문은 수사기관에 의하여 자백을 얻기 위한 중요한 수단으로 이용되고 있으며 피의자신문의 과정은 인권침해 가능성이 가장 크다고 할 수 있다.¹²⁴⁾

술은 그러한 진술이 이루어졌다는 점에 관한 증거로서 고문을 가한 자에 대하여 사용하는 경우를 제외하고는 어떠한 절차에서도 증거로 사용될 수 없음을 보장한다고 규정하고 있다.

따라서 피의자신문에 있어서의 기본적인 과제는 피의자의 자백을 얻기 위한 자백강요로 인한 인권침해의 방지, 즉 진술의 임의성에 관한 실질적 보장이라고 하지 않을 수 없다. 피의자신문에 있어서 진술의 임의성을 보장하기 위하여 헌법은 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 7항)고 규정하고 있다. 또한 피의자신문에 있어서 自白을 얻기 위한 고문 또는 기타 강제를 제거하기 위하여 신문 이전에 진술거부권을 고지하도록 하고 있을 뿐만 아니라(형사소송법 제200조 2항), 고문·폭행·협박 기타 진술의 임의성에 의심 있는 자백의 증거능력을 부정하고(제309조), 검사가 피의자를 신문하는 경우에는 검찰사무관 등을 참여시켜야 하며, 사법경찰관이 피의자를 신문하는 경우에는 사법경찰관을 참여시키게 하고 있다(제243조). 또한 「피고인을 신문함에 있어서는 그 진술을 강요하거나 답변을 유도하거나 위압적·모욕적 신문을 하여서는 안 된다」(형사소송규칙 제128조).

그리고 현행법은 피의자진술이 기재된 피의자신문조서는 일정한 요건 아래 증거능력을 인정하고 있어, 법관의 면전조서에 비하여 그 신용성의 보장은 현저히 약하다고 하지 않을 수 없다. 즉 검사가 작성한 피의자신문조서는 공판준비 또는 공판기일에서의 원진술자의 진술에 의하여 성립의 진정이 인정된 때에 한하여 증거로 할 수 있으며, 검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서는 내용을 인정하여야 증거로 할 수 있다(형사소송법 제312조).

그러나 피의자신문조서의 증거능력에 대한 이와 같은 제한에도 불구하고 수사기관의 피의자신문조서는 여전히 공판에서 중요한 증거자료로 채

124) 이재상, 형사소송법, 211면.

택되어 피고인의 유죄입증의 결정적인 증거로 이용되고 있는 실정이다. 피의자신문에서 진술거부권이 보장되어 있는 피의자에게는 원칙적으로 진술의 의무가 없으며, 또한 피의자신문에 관하여 피의자에게 수인의무도 없다. 그러나 현행법상의 진술거부권의 법적 보장이 피의자에 대한 고문 방지의 안전장치가 될 수 없다.¹²⁵⁾ 왜냐하면 체포·구속된 피의자가 피의자신문에 의하여 증거를 획득하고자 하는 수사기관의 출석요구 및 신문 을 거부한다고 하더라도 진술을 얻기 위한 수사기관의 설득 내지 질문이 계속되는 상황을 피하는 것은 상당히 어렵기 때문이다. 여기서 피의자신문의 합법성 내지 정당성을 확보받기 위하여는 피의자의 신문에 변호인의 참여를 인정해야 하지 않을까 하는 문제가 제기된다. 대부분의 자백이 피의자신문동안에 얻어진다는 점에서 이 단계에서 변호인의 조력과 충고는 대단히 중요하기 때문이다. 미국에서 *Miranda v. Arizona* 판결¹²⁶⁾에서 경찰이 자백을 얻기 위하여 피의자신문절차를 중요하게 여기는 것과 피의자가 그의 신문절차에서 변호인의 조력을 원하는 것 사이에 직접적인 관계가 있다고 판시한 것은 이런 의미에서 이해될 수 있다. 변호인의 참여권은 변호인의 조력을 받을 권리(헌법 제12조 제4항)라는 헌법상의 기본권을 근거로 하여 형사소송법에 구체화된 변호인선임권(제30조) 및 변호인의 접견교통권의 한 내용으로서 이해될 수 있다.¹²⁷⁾ 그러나 현행법은 변호인이 공판에서의 피고인신문에 참여하는 것을 절대적으로 보장하고 있음에 반하여(제287조 1항), 수사절차에서 변호인에게 피의자신문에의 참여를 보장할 것인가 하는 점에 대하여는 명문의 규정이 없을 뿐만 아니라, 그 인정여부에 대하여 다툼이 있다.

일면 수사단계에서 피의자신문에 변호인의 참여권을 인정하면 자백획득의 곤란, 변호사업무의 과중 및 현행법규정상 피의자신문의 참여자를

125) 백형구, 현대수사법의 기본문제, 136면.

126) 384 U.S. 436.

127) 신동운, 형사소송법1, 141면.

검찰사무관과 사법경찰관리에 제한하고 있는 점(형사소송법 제243조) 등에 비추어 부정하는 견해도 있다. 그러나 수사기관의 피의자신문에서의 변호인의 참여권은 피의자의 인권보장 및 피의자자백조서의 내용적 진정성립과 자백의 신빙성을 담보하기 위한 중요한 장치로서 이를 긍정하는 것이 타당하다. 특히 경찰에서의 피의자신문에 있어서 변호인의 참여권을 인정할 것인가 하는 점은 중요한 의미를 갖는다. 수사의 주재자는 검사이지만 실질적인 수사활동은 거의 경찰에서 행해지고 있으며, 경찰의 피의자신문에 의하여 획득된 자백 및 진술조서는 이후 형사절차진행에 실질적으로 중요한 영향을 미치기 때문이다. 다만 수사기관의 참고인신문에 대한 변호인의 참여권은 변호인의 업무과중과 증거자료의 훼손 및 은닉의 위험성가중 및 수사절차진행의 방해우려를 근거로 부정하는 것이 타당하다. 변호인에게 피의자신문참여를 위한 신문기일에 관하여 통지를 해야 하는가 하는 문제는 절차의 신속한 진행이라는 기능적 형사사법의 보장이라는 측면에서 바람직하지 않다. 다만 피의자가 신문 중 변호인의 참여를 요청할 경우에는 수사기관은 신문을 계속해서는 안 된다고 보아야 한다.

(2) 개선방안

서울지검고문치사사건의 여파로 피의자신문시 변호인을 참여시켜 적법절차 내지 적법수사의 확보필요성이 그 어느 때보다 크다고 하지 않을 수 없다. 그리고 재독학자 송두율교수 사건에서 검찰은 변호인의 피의자신문참여를 거부하였고, 이를 계기로 하여 대법원은 체포·구속된 피의자의 신문시에 변호인의 참여권을 인정하는 획기적인 판례를 내놓기에 이르렀다.¹²⁸⁾ 즉 대법원은 형사소송법이 아직은 구금된 피의자의 피의자신

128) 대법원 2003. 11. 11. 자2003모402 결정.

문에 변호인이 참여할 수 있다는 명문규정을 두고 있지는 아니하지만, 신체를 구속당한 사람의 변호인과의 접견교통권이 헌법과 법률에 의하여 보장되고 있을 뿐 아니라 누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다고 선언한 헌법규정에 비추어, 구금된 피의자는 형사소송법의 위 규정을 유추·적용하여 피의자신문을 받음에 있어 변호인의 참여를 요구할 수 있고 그러한 경우 수사기관은 이를 거절할 수 없는 것으로 해석하여야 하고, 이렇게 해석하는 것은 인신구속과 처벌에 관하여 "적법절차주의"를 선언한 헌법의 정신에도 부합한다 할 것이나, 구금된 피의자가 피의자신문시 변호인의 참여를 요구할 수 있는 권리가 형사소송법 제209조, 제89조 등의 유추적용에 의하여 보호되는 권리라 하더라도 헌법상 보장된 다른 기본권과 사이에 조화를 이루어야 하며, 구금된 피의자에 대한 신문시 무제한적으로 변호인의 참여를 허용하는 것 또한 헌법이 선언한 적법절차의 정신에 맞지 아니하므로 신문을 방해하거나 수사기밀을 누설하는 등의 염려가 있다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 특별한 사정이 있음이 객관적으로 명백하여 변호인의 참여를 제한하여야 할 필요가 있다고 인정되는 경우에는 변호인의 참여를 제한할 수 있음은 당연하다'고 판시하고 있다. 대법원은 구속된 피의자에 대한 검사의 피의자신문시에 피의자의 요구에도 불구하고 변호인의 참여를 거부한 검사의 처분은 위법하다.

이상으로 변호인의 피의자신문참여권을 도입함으로써 수사단계에서 피의자의 인권을 보장하고 밀실수사, 고문수사 등의 폐해가 발생할 수 있는 근원을 제거할 수 있게 되어 위법수사관행이 일소될 수 있을 것으로 기대된다. 무엇보다 피의자신문시에 변호인이 참여하게 되면, 적법절차의 보장이 주어지므로 피의자신문조서의 증거능력을 인정할 수 있으며, 공판절차에서 진술증거를 둘러싼 논쟁을 줄여갈 수 있게 된다. 경찰작성조서의 증거능력 제한의 문제도 변호인참여하의 조서에 증거능력을 인정함으로

써 타개될 수 있다.

문제는 변호인참여를 명문화할 경우에 변호인의 실질적 참여를 위하여 그 범위를 어디까지로 할 것인가 하는 점과 변호인참여의 제한사유의 명문화 여부 등이다. 첫째 문제는 변호인의 단순 입회만으로도 충분하다고 할 것인가, 아니면 진술거부권 행사에 대한 조언과 상담 그리고 답변까지도 인정할 것인가 하는 점이며, 둘째 문제는 체포 후 48시간 내 변호인 참여 제한을 명시할 것인가 하는 점이다.

입법론으로서 우리의 경우에도 피의자신문시 변호인참여를 고지하고, 변호인의 참여를 원하는 경우에는 변호인의 참여를 기다려 신문하도록 규정해야 한다. 변호인의 참여는 체포 후 지체없이 이루어지도록 해야 하며, 변호인의 피의자신문에의 참여에 대한 제한은 특히 엄격한 요건 하에서만 가능하도록 해야 한다.

실무상 대다수 범죄가 48시간 이내에 수사종결되는 관례에 비추어볼 때 변호인의 참여를 48시간 동안 제한하는 것은 변호인 참여 제도의 본질을 훼손하는 것이며, 이는 체포 또는 구속 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 규정한 헌법(제12조 제4항)에 반하는 것으로 타당하지 않다. 그리고 변호인 참여를 제한하는 이유로 증거인멸과 피해자 및 참고인의 신체상 위험성 문제 등이 거론되고 있다. 그러나 이러한 제한 사유는 지나치게 광범위하고 개념도 명확하지 않다는 점에서 자칫하면 광범위한 제한사유로 남용될 가능성을 갖고 있다. 따라서 적어도 피의자 신문시 변호인 참여를 제한하는 경우는 변호인의 참여로 인한 국가기밀 누설 내지 방해, 타인의 명예훼손의 위험성, 변호인의 참여로 인한 수사의 부당한 지연 등으로 한정해야 한다.

마지막으로 변호인이 참여하여 서명 또는 날인한 사법경찰관 작성 신문조서의 증거능력여하 문제인데, 중복수사 등을 피함으로써 피의자의 인권을 보장하고, 피의자가 관련 내용을 부인할 경우 조서가 휴지화되는 경

제적 낭비를 예방하며, 변호인 수사 참여제도의 실효성을 보장하기 위해서는 변호인이 참여하여 서명 또는 날인한 사법경찰관 작성 피의자신문 조서의 증거능력을 인정할 근거가 된다.

4. 국선변호인의 조력을 받을 권리의 피의자에로의 확대

가. 현행법상 국선변호인 제도

헌법상 법치국가원칙에 의하여 형사절차에서 변호인의 조력을 받을 권리가 인정되어야 하므로 형사절차의 전단계에서 피의자·피고인에게 변호인이 참여하여야 한다. 이와 같은 헌법상의 변호인의 조력을 받을 권리는 피의자·피고인의 자력여부에 상관없이 인정되어야 한다. 피의자·피고인이 변호인을 선임할 능력이 없는 경우에는 법원이 변호인을 선임해주는 것은 법치국가원칙의 당연한 요청이다. 여기서 모든 형사절차단계에서 피의자·피고인에게 그의 효과적인 변호를 보장해주기 위해서는 국선변호인의 조력을 받을 권리가 인정되어야 한다.

현행 헌법은 국선변호인제도를 채택하여 헌법상의 변호인의뢰권을 실질적으로 보장하고 있다. 즉 헌법 제12조 4항 단서는 「형사피고인이 스스로 변호인을 구할 수 없을 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 국가가 변호인을 붙인다」고 규정하고 있다. 국선변호인제도는 헌법이 보장하고 있는 국선변호인선임의뢰권을 구체화한 것이며, 사선변호제도를 보충하여 피의자·피고인의 변호권을 강화하기 위한 것이다. 결국 국선변호인제도는 형사절차에서의 평등의 원칙과 사회국가이념을 실현하기 위한 것으로 그 의미를 갖는다.¹²⁹⁾ 이에 따라 형사소송법은 다음의 경우에 즉, ① 피고인이 미성년자인 때, ② 피고인이 70세 이상인 자인 때, ③ 피고인이 농아

129) 신동운, 형사소송법 1, 552면.

자인 때, ④ 피고인이 심신장애의 의심있는 자인 때, ⑤ 피고인이 빈곤 기타 사유로 변호인을 선임할 수 없는 때에, 피고인에게 변호인이 없거나 변호인이 출석하지 아니한 때에는 국선변호인을 선정해야 한다고 규정하고 있다(제33조, 283조).¹³⁰⁾ 그러나 헌법이 모든 국민에게 변호인의 조력을 받을 권리를 보장하고 있음에도 불구하고 헌법 제12조 제4항 단서가 국선변호인의 조력을 받을 권리의 주체를 형사피고인에 한정하고 있고, 형사소송법도 또한 구속적부심사의 경우를 제외하고는(형사소송법 제214조의 2, 6항) 피의자에 대하여 국선변호인제도를 인정하는 규정을 두고 있지 않기 때문에 수사단계에서 피의자에 대하여도 국선변호제도를 확대해야 하지 않는가 하는 점이 문제된다.¹³¹⁾ 왜냐하면 헌법상 피의자에게도 변호인의 조력을 받을 권리가 보장된다고 할지라도 경제적 빈곤 등으로 인하여 사선변호인을 선정할 수 없는 피의자의 경우에는 이러한 법규정은 공염불에 불과할 것이기 때문이다.¹³²⁾ 헌법상의 피의자에 대한 변호인의 조력을 받을 권리는 피의자가 변호인 선임을 위하여 필요한 자력을

130) 피고인에 대한 국선변호인 선정건수를 보면 1999년 현재 제1심 형사공판사건에서는 36,484건에 이르고 있어 그 활용도가 큰 것으로 보인다.

131) 한편 수사단계에서 피의자의 변호인의 조력을 받을 권리 보장을 위하여 활용되고 있는 제도로 당직변호사제도가 있다. 이는 불법연행-가혹행위 등으로 인권침해를 당했거나 그 밖의 이유로 수사단계에서 변호인의 도움이 필요한 사람에게 무료로 피의(혐의)자 조사받을 때 주의점, 구속적부심 및 보석제도, 변호인의 도움을 받을 권리 등에 관한 법률적 조언과 안내를 접견이나 전화 - 팩스 상담으로 해주는 제도이다. 최근에 들어와 당직변호사제도의 실효성여부가 문제되면서 당직변호사가 사실상 제대로 운영되고 있지 못할 뿐만 아니라, 사무장이 대신 일을 봐주는 '당직 사무장' 제도로 변질되고 있다는 비판의 목소리가 높다. 조선일보 20000820.

132) 현실적으로 수사단계에서 사선변호인을 선임하는 피의자는 거의 극소수에 불과하다. 박홍우, 피의자 및 피고인의 변호인의 조력을 받을 권리, 서울대 박사학위논문, 1986, 226면, <표4-8>의 형사공판사건의 사선변호인선임시기별로 살펴보면 기소전 단계의 경우 경찰단계에서는 전혀 없었으며, 검찰단계에서 6명으로서 23%며, 기소후에는 20명인 77%가 선임되었다.

갖지 못한 경우에는 피의자의 변호인선임권은 중대한 침해를 받는다. 변호인의 조력을 받을 권리는 공정한 재판을 보장하기 위한 핵심적인 권리이므로 경제적 능력 등으로 변호인을 선임할 수 없는 피의자에게도 당연히 국가가 변호인을 선임하여 그의 방어활동을 보장 내지 보완하는 것은 형사절차상 무기평등의 원칙보장과 오판가능성의 감소를 위하여 당연하다고 하지 않을 수 없다. 1999년의 공식통계에 의하면 1993년 현재 제1심 형사재판의 무죄율은 제1심 형사공판사건 가운데 약 0.3%에 지나지 않는다.¹³³⁾ 따라서 피의자에 대한 유·무죄의 판단은 사실상 수사절차에서 결정된다고 볼 수 있다. 수사절차에서 형사피의자에게는 그에 대한 범죄 혐의를 벗어나는 것이 일차적인 목적이 된다. 그것이 실패할 경우에는 공판단계에서 가능한 한 최저형량을 받을 수 있도록 해야 한다. 국민의 기본적인 자유와 무죄자를 보호하기 위한 효과적인 형사변호의 중요성은 말할 필요가 없다. 특히 수사절차에 있어서 피의자에 대한 효과적인 변호권을 보장하기 위하여 변호인을 그 스스로 선임할 능력이 없는 가난한 피의자에게 국선변호인의 조력을 받을 권리를 보장하는 것이 그 전제가 된다.

나. 국선변호제도의 개선방안

(1) 피의자에 대한 국선변호인제도의 확대

피의자에 대한 국선변호제도는 헌법의 법치국가이념에 따른 피의자 및 피고인의 변호인의 조력을 받을 권리의 보장이념에 비추어 당연하다고 하지 않을 수 없다. 특히 구속 중인 피의자의 열등한 지위는 국선변호인의 선정에 의하여 비로소 형사소추기관과 대등하게 될 수 있다. 따라서

133) 사법연감, 2000.

국선변호인을 수사절차에 확대하면 형사소추의 효율성이 침해된다고 보는 것은 타당하지 않다. 뿐만 아니라 현행 헌법이 피고인에게 국선변호를 인정하고 있는 것은 국선변호의 최저보장을 규정한 것에 불과하며, 피의자에 대하여 국선변호제도를 확대하는 것이 헌법적 근거가 없다고 하는 주장 또한 타당하다고 할 수 없다. 현행 헌법이 취하고 있는 법치국가원칙에 의한 피의자의 인권보장의 측면 내지 현행 형사소송법이 구속된 피의자에게 구속적부심사청구사건에 대하여 국선변호인선정을 인정해 주고 있는 점등에 비추어볼 때 사선변호인을 선정할 수 없는 가난한 구속된 피의자에게까지 국선변호인의 선정을 확대하는 것이 타당하다고 하지 않을 수 없다.¹³⁴⁾ 결국 피의자에 대한 국선변호제도는 변호권의 실질적 보장 및 인신보호의 효율성보장을 위한 기능을 갖는다고 하지 않을 수 없다. 특히 수사절차에서의 국선변호인제도의 도입을 통하여 피의자신문조서의 기재절차상의 적법성 확보 내지 증거능력 인정효과도 기대될 수 있다. 무엇보다 국제인권규약의 가입국으로서 수사절차단계의 피의자에게도 국선변호제도를 확대할 필요성은 매우 크다.

국제인권기준들은 일정한 조건하에 국가비용으로 변호인을 선정할 권리를 인정하고 있다. 즉 국제인권규약 B규약 제14조 3항 d에 의해 ‘재판을 위해 필요한 경우에는’이라는 조건하에 국가비용으로 변호인을 선정할 권리를 규정하고 있다. 유럽인권협약 제6조 3항, 미주인권협약 제8조 2항 e, 처우최저기준규칙 제93조, 보호원칙 17의 2항, 유럽형사시설규칙 제93조, 함부르크결의 6 a b 등도 필요한 경우에 국가비용에 의하여 변호인 선정을 인정하고 있다. 처우최저기준규칙 제93조는 ‘미결구금자는 방어를 위하여 이용가능한 경우 무료의 법적 원조를 신청할 수 있어야 한다’고 규정하고 있다.

134) 이재상, 형사소송법, 139면; 백형구, 수사단계에서의 변호활동, 대한변호사협회지, 1986/6, 31면 참조; 김일수, 변호인제도의 문제점, 대한변호사협회지, 1985/11-12, 37면; 배종대/이상돈, 형사소송법, 126면.

예컨대 유럽인권조약 제6조 3항 c에서는 사법 의하면 범죄의 혐의로 고발된 사람 스스로 방어하거나 또는 그가 선택한 법적 원조를 통하여 방어하며, 지불할 충분한 자력이 없을 때는 사법의 이익이 요구할 경우 법적 원조가 무료로 주어질 것을 규정하고 있으며, 유럽형사시설규칙 제93조는 ‘미결구금자는 구금 즉시 법률적 대리인을 선임할 권리를 가지며, 가능한 경우 무료의 법률원조를 신청하도록 허용되어야 한다’고 규정하고 있다. 미주인권조약 제8조 2항은 형사범죄로 소추된 모든 사람은 절차 중 다음의 최저한도의 보장을 완전히 및 평등하게 받을 권리를 가지는데, 즉 스스로 변호하거나 또는 자기가 선임하는 변호인에 의한 원조를 받을 피고인의 권리, 피고인이 스스로 자신을 방어하거나 법률이 정한 기간 내에 자신의 변호인을 선임하지 않을 경우 국내법이 규정하는 바 유급 또는 무급으로 국가가 제공하는 변호인의 조력을 받을 권리 등을 규정하고 있다. 보호원칙 17의 2항은 ‘억류된 자가 스스로 변호사를 선택할 수 없을 때에는 사법의 이익이 그것을 요구하는 모든 경우에 그리고 그가 충분한 지불수단을 가지지 못하면 무료로, 사법기관 또는 기타의 기관이 붙이는 변호사를 가질 권리가 있다고 규정한다.

변호사역할기본원칙 제6조는 변호사가 없는 사람은 누구든지 사법의 이익이 그것을 요구하는 모든 경우에 그들에게 지목된 범죄의 성격에 상응한 경험과 능력을 갖춘 변호사를 붙여 효과적인 법적 원조를 제공하게 할 권리가 있다. 이러한 조력을 보상할 충분한 수단이 없는 경우에는 무료로 하여야 한다고 규정하고 있다.

피의자에게 국선변호인을 확대한다고 할 때 다음과 같은 점이 문제된다.

첫째 필요적 변호제도를 폐지할 것인가 하는 점이다. 그러나 피의자에게 국선변호인제도를 확대한다고 할 때 그 범위는 현재의 필요적 변호제도와 적절한 조화에서 해결되어야 하며 피의자에 대한 국선변호인의 전

면적 확대에 이르기까지 필요적 변호제도는 그대로 유지하는 것이 타당하다.

둘째 이 경우에 피의자는 체포된 모든 피의자로 확대할 것인가 하는 점이 문제된다. 체포된 모든 피의자에게까지 그 범위를 확대할 경우에 국선변호료 지급을 위한 대폭적인 예산확보의 문제가 제기되고, 또한 체포 후 구속영장의 청구없이 석방되는 사건이 적지 않다는 점에서 일단 구속영장이 청구된 피의자 단계에까지 국선변호를 확대하는 것이 바람직할 것이다.

선임방식과 관련해서는 수사기관이 직권으로 변호인을 선임할 경우, 수사기관이 선호하는 변호인이 일방적으로 선정될 위험성이 크므로, 대표변호인 선정에 피의자의 참여방안을 모색해야 할 것이다.

(2) 국선변호제도의 활성화

국선변호인제도는 헌법적 이념과 형사사건에 연루된 당사자에게 자신을 방어할 수 있는 여건을 보장해주고 실체적 진실을 밝혀야 한다는 형사소송의 기본원칙에 근거하고 있다. 그런데도 불구하고 이러한 헌법적 이념이 제대로 실무에서 반영되고 있는지 더 나아가 국선변호인제도가 재판실무에서 본래의 구실을 다하는가 하는 점에 대하여 매우 회의적이다. 국선변호인제도 운용의 문제점은 형사사법기관과 법조인에 대한 일반인들의 불신으로 이어지고 있다.¹³⁵⁾

국선변호인제도의 확대실시 내지 활성화를 위하여는 법률서비스에 대한 일반국민의 접근가능성을 열어두기 위한 사법체계의 개선이 더불어 요구됨은 물론이다.¹³⁶⁾

135) 이러한 문제점에 대한 상세는 이상철/최석윤, 국선변호인제도에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 69면 이하.

136) 배종대/이상돈, 앞의 책, 125-126면 참조.

(3) 공공변호인(Public defender)제도의 도입

미국의 공공변호인(public defender) 제도는 국가에 의하여 조직된 국선 변호를 담당하는 변호사단체이다. public defender제도를 도입하게 되면 국선변호업무를 집중케 하여 효과적이고도 전문적인 변호를 가능하게 할 뿐만 아니라, 이들이 국선변호에 보다 많은 시간과 노력을 기울일 수 있고 선정된 국선변호인에 비하여 보다 일찍 변호를 담당할 수 있다는 장점을 갖는다. 그리고 인구가 많은 대도시에서 매우 경제적이라고 하는 장점 또한 있다. 반면에 변호인 조직이 관료화될 위험성과 변호가 불성실하게 될 우려가 단점으로 지적되고 있다.¹³⁷⁾ 따라서 공공변호인제도를 도입하기 위해서는 이러한 단점을 보완할 수 있어야 하는데, 그 전제로서 변호인으로서 활용할 수 있는 인적 자원의 확보, 국가예산확보 등의 제반여건이 충족되어야 할 것이다.

5. 변호인의 수사기록열람·등사권

가. 형사기록열람·등사권의 의의

효과적인 변호는 현재 검사의 수사활동에 의하여 수집된 증거 및 범죄 혐의사실이 무엇인지를 충분히 알고 변론준비를 하였을 때 가능하다. 따라서 변호인의 변호를 위한 모든 전략은 형사기록의 열람·등사권이 인정될 것을 전제로 한다고 할 수 있다. 형사기록열람·등사권은 변호인의 중요한 정보권이라고 하겠다.

원칙적으로 변호인은 그의 독자적인 조사를 통하여 변론준비를 위한

137) 이상철/최석윤, 81면 이하.

증거자료들을 수집할 수 있지만, 소추기관인 검사에 비하여 상대적으로 자료수집에 있어서 약세의 지위에 있다고 하지 않을 수 없다. 변호인이 알지 못하는 사이에 검사에 의하여 수집된 증거는 바로 공판절차에서 피고인의 유죄입증의 자료로 제출될 뿐만 아니라, 검사는 수집된 자료를 선별하여 공판의 결과에 유리하도록 영향을 미칠 수 있다. 그러나 변호인에게 형사기록에 대한 지식이 없을 때에는 변호인은 피의자·피고인에게 충고나 도움을 주는 것은 물론 어떤 증거를 신청하거나 제출할 것인가도 정확하게 판단할 수 없다. 특히 현행법상으로 사실심리절차는 검사와 변호인 그리고 재판장에 의한 피고인신문에 의하여 시작되며(제287조), 법원의 증거조사는 피고인에 대한 신문이 종료한 뒤에야 가능하고, 다만 필요한 때에만 신문중이라도 할 수 있을 뿐이다(제290조). 뿐만 아니라 소송에 관한 서류는 공판의 개정 전에는 공익상 필요 기타 상당한 이유가 없으면 공개하지 못하도록 되어 있다(제47조). 따라서 피고인신문전이라 하더라도 변호인에게 기록의 열람·등사를 허용함으로써 피의자 및 피고인은 자신의 혐의내용과 수사결과 및 증거를 파악하여 변호를 준비할 수 있도록 할 필요가 있다. 이런 의미에서 형사기록열람·등사권은 변호의 핵심적인 권리일 뿐만 아니라 변호의 본질적인 전제이며, 피고인의 방어준비를 위하여 필수적인 권리라고 할 수 있다.¹³⁸⁾

국제인권기준에서도 기본적으로 전면적인 증거개시가 이념으로 되어 있다. 형사기록열람 시기에 대하여 각종 국제기준들은 ‘가능한 한 빠른 시기에’라고 규정하고 있으며, 또한 일정한 범위도 규정되어 있다. 예컨대 함부르크결의는 ‘변호인은 수사종료후 가능한 한 빠른 시기에 자기에게 유리한 모든 증거와 함께 검사의 소지 하에 있는 모든 불리한 증거를 이용할 수 있다(6항 e). 또 리오네자데이로 결의에서는 ‘변호인에게는 기록

138) 이재상, 형사소송법, 138면 ; 신동운, 형사소송법 1, 141면 이하 ; 배종대/이상돈, 앞의 책, 127.면

에의 접근이 처음부터 보장될 수 있다고 규정하고 있다(23항). 변호사역할 기본원칙 제21조는 명문으로 수사기관의 자료에 관한 변호인의 접근권을 규정하고 있다. ‘권한 있는 기관은 변호사로 하여금 의뢰인에게 효과적인 법적 원조를 제공할 수 있게 하여 줄 수 있도록 충분한 시간 내에 자신의 점유 또는 통제하에 있는 적절한 정보, 문서 또는 기록들에 대하여 변호사의 접근을 보장할 의무가 있다. 이 접근은 가장 빠른 적절한 시간에 제공되어야 한다’고 규정하고 있다. 즉 변호사의 역할에 관한 기본원칙은 증거개시를 ‘변호인의 권리이자 기관의 의무로’ 구성하여 개시의 실효성을 제고하고 있다.

국제인권B규약 위원회의 일반적 의견 13/21에 의하면 ‘제14조 3항 (b)에 의해 신문되는 자에게 주어진 ‘충분한 편의’에는 변호인을 선임하고, 연락할 기회뿐만 아니라, 소송준비를 위하여 필요한 서류 기타 증거를 이용하는 것도 포함되지 않으면 안 된다.¹³⁹⁾ 또 동항 (e)의 규정은 ‘검사가 이용할 수 있는 것과 동일한, 증인출석을 강요하거나 증인에 대하여도 심문 또는 반대신문할 법적 권한을 피고인에게 보장할 것을 부담지우고 있다’고 한다.

국제인권B규약 제14조와 증거개시와의 관계에 대하여는 ‘공정한 재판 및 구제수단에 대한 권리에 관한 원칙도 참고가 된다. 이 원칙 초안 가운데에도 이미 일반적 의견, 제원칙의 성과를 답습하여, 충분한 편의를 받을 권리의 본질을 이루는 것으로서 증거개시를 들고 잇고, 그 상세한 규정을 두고 있다(제52조 (d) (iv) -(viii)).

이상으로 본 바와 같이 체포·구속된 피의자·피고인에게 방어준비를 위한 충분한 편의가 제공되어야 한다는 것이 국제인권규범이고, 자료의 열람과 복사는 피의자의 방어를 위하여 필요하고도 충분해야 한다.

139) Report of the Human Rights Committee 1984, GAOR Supplement No. 40(A/36/40), Annex VI. p.142.

나. 현행법상 기록열람·등사권의 문제점

현행 형사소송법은 변호인에게 일정한 경우에는 형사기록의 열람·등사권을 인정하고 있다. 즉 형사소송법은 제35조에서 변호인은 소송계속중의 관계서류 또는 증거물을 열람 또는 등사할 수 있다고 규정하고 있다. 그러나 소송기록열람·등사권은 변호인에게만 인정되는 권리이며 피고인에게는 인정되지 않는다. 즉 피고인에게는 일반적인 기록열람·등사권이 인정되지 아니하고 증거보전절차에 의하여 작성된 서류 등에 대한 열람·등사권(제185조)을 인정하고 있을 뿐이다. 서류나 증거물의 멸실 또는 파손의 위험성을 고려한 결과라고 생각된다.¹⁴⁰⁾ 피고인은 변호인이 없는 경우에만 공판조서의 열람을 청구할 수 있다(제55조). 그리고 피고인은 변호인이 없는 경우에 공판기일 외의 증인신문에 참여하지 아니한 때에는 증인신문조서에 대한 열람권을 가진다(규칙 제71조). 형사소송법 제35조에 의하여 열람과 등사가 허용되는 것은 소송계속중의 관계서류 또는 증거물에 한한다. 그러나 피의자의 방어권을 확보하기 위하여 공판개정 전에도 피고인 또는 변호인으로부터 사건기록에 대한 열람·등사요구가 제기되고 있는 실정이다. 개정전 형사소송법에서는 「변호인은 소송에 관한 서류나 증거물을 열람·등사할 수 있다」고 규정하여 공소제기와 동시에 수사기록과 증거물을 법원에 송부해야 하므로 변호인은 공소제기 후에는 언제든지 법원에 송부된 수사기록과 증거물을 열람·등사할 수 있도록 되어 있었던데 비하여, 현행법은 기록열람권의 대상을 소송계속중의 관계서류 또는 증거물로 축소하고 있다. 여기서 현행법상으로 공소제기후 검사가 보관중인 기록 및 수사기관이 수사중인 기록에 대하여도 열람·등사가 인정될 수 있는가가 문제된다.

현행 형사소송법상 피의자신문조서(제244조) 및 피의자 이외의 제3자의

140) 백형구, 주석형사소송법, 263면.

진술을 기재한 조서(제221조) 및 감정·통역·번역 등의 기재조서(제221조) 등의 소송기록은 공판의 개정 전에는 공익상 필요 기타 상당한 이유가 없으면 공개하지 못한다(제47조). 이에 따라 공판이 개정되어 법정 증거로 현출되기 이전에는 소송기록은 공개할 수 없는 것이 원칙이다. 소송서류 비공개 원칙은 피의자·피고인·피해자 기타 소송관계인의 명예를 보호하고 수사와 재판에 대한 부당한 외부적 영향을 방지하려는 데에 그 취지가 있다.¹⁴¹⁾ 그러나 소송서류 비공개 원칙에 따라서 무조건 기록의 공개를 금하는 것은 피의자에 대한 방어권의 보장이라는 측면에서 부당하다고 하지 않을 수 없다. 그리하여 피의자는 피의자신문조서에 서명·날인을 하기 전에 피의자신문조서를 열람하거나 읽어볼 수 있으며, 그 기재내용에 이의가 있는 때에는 증감·변경을 청구하는 것이 인정된다(제244조 2항). 피의자신문조서에 대한 피의자의 열람권 또는 증감·변경청구권은 조서내용의 정확성을 보장하려는 데 그 취지가 있으며, 피의자신문조서가 공판절차에서 유·무죄의 증거로 사용된다(第312條)는 점을 고려할 때 피의자의 방어권으로서 중요한 의미를 갖는다.¹⁴²⁾

이상에서 살펴본 바와 같이 변호인이 수사기록에 대하여 열람·등사할 수 있는지에 대하여는 형사소송법에 아무런 규정이 없다. 단지 검찰사건 사무규칙과 대검예규에 관련규정을 통하여 변호인의 소송서류열람등사권이 제한되고 있다.¹⁴³⁾

이들 규칙 등에 따라 수사 및 재판과정에서 수사기관이 보유하고 있는 각종 수사기록에 대해 사건관계인(당사자 및 변호인등)의 접근이 지나치게 제한되어 사건관계인의 알 권리, 방어권 및 변호인의 조력을 받을 권

141) 이재상, 형사소송법, 149면.

142) E.Kube, Protokollierungsprobleme bei Vernehmungen durch Polizeibeamte, Archiv für Kriminologie, 163, S.175f.

143) 이러한 대검예규와 검찰보존사무규칙의 문제점에 대하여는 신동운, 공판절차에 있어서 피고인의 방어권 보장, 형사재판의 제문제(제4권), 2003, 567면 이하.

리 등이 침해될 가능성이 매우 높은 실정'이다. 그리하여 변호인에게 보장된 소송계속중의 관계기록과 증거물의 범위는 물론, 수사기록에 대한 열람·등사권이 인정되어야 할 것인가가 문제되지 않을 수 없다.

실무상으로 열람 등사는 위 검찰사건사무규칙과 대검예규에 의하여 제한되고 있는 실정이다. 현행 '공공기관의정보공개에관한법률' 제7조 제1항 제1호에 따르면 공공기관은 다른 법률 또는 법률에 의한 명령에 의해 비밀로 유지되거나 비공개 사항으로 규정된 정보에 대하여는 공개하지 않을 수 있도록 규정하고 있고 법무부령인 검찰보존사무규칙(제20조 및 제20조의2)에는 재판확정기록 및 불기소사건기록에 대해 고소인·고발인 또는 피해자 등은 본인의 진술이 기재된 서류의 열람을 청구할 수 있도록 규정되어 있어, 소송계속 중이거나 수사진행 중인 사건은 열람 청구의 대상에서도 제외하고 있으며, 사건기록 열람·등사에 관한 업무처리 지침(대검예규)에서는 사건관계인 또는 참고인은 수사 중인 기록, 진정·내사 중인 기록, 불기소 기록, 종결된 진정·내사 기록 중 본인 진술 서류의 전부 또는 일부에 대하여 열람을 청구할 수 있도록 정하고 있는 등 현행 규정이 모두 본인의 진술조서에 대한 등사를 제한하고 있다.

그러나 이는 헌법재판소 1991. 5. 13. 90헌마133 결정 및 대법원 1999. 9. 21. 98두3426 판결에서 형사소송기록(수사기록)에 대한 정보공개청구에 대해 구체적 이유 없이 열람·등사를 거부하는 것은 청구인의 “알 권리”를 침해하는 것이라고 이미 판시하고 있는 점, 수사기관이 작성한 진술조서에 상당한 증거능력이 인정되는 현행 형사소송법 체계에서, 본인의 진술조서 확보는 방어권 및 변호인의 조력을 받을 권리를 보장하는 매우 중요한 수단이 된다는 점, 타인의 기본권을 침해하지 않고 공익실현에 장애가 되지 않는다면 본인의 진술조서에 대한 열람·등사권은 가급적 널리 인정되어야 할 기본권이라고 보아야 한다는 점 등에 비추어 문제가 적지 않다. 최근 헌법재판소는 수사기록의 열람 등사불허처분을 국민의

알권리를 내세워 수사기록의 열람 등사불허처분이 위헌¹⁴⁴⁾이라고 결정하였음에도 불구하고 아직 관련법령의 개정이 이루어지지 않고 있는 실정이다. 현행 검찰보존사무규칙 및 대검예규 모두 본인의 진술조서에 대한 등사권을 제한하고 있어 헌법상 보장된 국민의 “알 권리”를 침해하는 것으로 봄이 타당하다.¹⁴⁵⁾

다. 개선방안

(1) 수사기록 열람 등사권의 보장

수사절차에서 가능한 한 빠른 변호인의 변호활동은 형사소추기관에 의한 피의자의 불기소처분(기소유예 포함)을 이끌어내는데 중요한 의미를 갖는다고 하지 않을 수 없다. 변호인은 수사기관처럼 강제적으로 증거수집을 할 방법이 없는 까닭에 이들 각종 증거를 열람·등사하는 것은 피고인 피의자의 방어를 위한 일차적 수단이 된다. 또한 수사기록을 열람함으로써 예상쟁점을 사전에 정리하고 효율적인 변호를 할 수 있으므로 공판절차의 원활한 진행에 도움이 된다.

여기서 변호인의 기록열람·등사권은 수사절차 초기단계에서부터 피의자의 범죄혐의를 벗어날 수 있는 변론준비를 가능하게 하는데 필수불가결하다고 하지 않으면 안 된다. 특히 소송경제상으로 절차의 지연을 회피하기 위해서도 기록의 열람·등사권을 수사절차의 초기단계에서 인정하는 것이 타당하다.¹⁴⁶⁾ 특히 변호인에게 수사기록열람·등사권을 인정함으로써 피의자는 수사절차에서 우월한 지위에 있는 형사소추기관과 대등

144) 헌법재판소 2003.3.27. 2000헌마474 결정.

145) 이에 대한 자세한 논의는 박미숙, 형사사건기록의 열람 등사와 정보공개, 비교형사법연구, 제3권 제1호, 2001, 213면 이하.

146) 신동운, 형사소송법, 578면 참조.

한 당사자로서 정보를 공유할 수 있게 되고, 또한 변호인에 의한 절차의 감시가 가능하게 되어 공정한 재판의 원칙의 구체화인 무기평등의 원칙이 보장될 수 있게 된다. 결국 수사기록열람·등사권은 구속피의자의 접견교통권과 함께 효과적인 변호를 위한 변호인의 고유권의 하나로 인정되지 않을 수 없다. 이런 의미에서 피의자의 방어권보장이라는 측면에서 기록열람·등사권을 공소제기 이후에 한정하는 것은 헌법상 보장된 피의자의 변호인의 조력을 받을 권리의 핵심을 침해하는 것으로 보아야 한다.

여기서 입법론으로서 개정전 형사소송법에서 규정하고 있었던 것처럼¹⁴⁷⁾ 수사기관에서 수사중인 수사서류에 대하여도 열람·등사권을 인정하는 것이 타당하다고 하지 않을 수 없다. 검찰은 1961. 9. 1.의 형사소송법 개정 이후 1962. 1. 11. 대검 제204호 예규로 공소제기후 검사가 보관중인 수사사건기록에 대하여 수사상 필요한 경우를 제외하고는 변호인이 수사기록을 열람·등사할 수 있도록 방침을 세운 바 있으나, 실무상 위 방침이 제대로 시행되었는지 의문이며 대체로 변호인의 열람·등사를 불허하는 경우가 적지 않은 실정인 것 같다.¹⁴⁸⁾ 즉 검찰의 입장에서는 수사기록의 열람·등사를 허용하는 때에는 수사기밀의 누설 및 그로 인한 증거인멸의 우려가 있을 뿐 아니라 수사기록의 보존에 어려움이 있고, 변호인측 입장에서도 피고인에 대한 방어권의 제한, 공판의 신속성을 저해할 뿐만 아니라, 소송비용이 과중하게 부담된다는 단점이 있다는 비판도 있다.¹⁴⁹⁾ 그러나 변호인의 수사기록열람·등사권에 의해 형사소추기

147) 1954년 제정 당시의 형사소송법 제35조(소송서류의 열람·등사)는 『① 변호인은 소송에 관한 서류 또는 증거물을 열람 또는 등사할 수 있다. ② 증거물의 등사에는 검사, 재판장 또는 단독판사의 허가를 얻어야 한다. 단 허가의 지연으로 인하여 피고인 또는 피의자의 방어를 준비하는 권한을 제한하여서는 아니된다』고 규정하고 있었다.

148) 서주홍, 수사사건기록에 대한 열람 등사의 범위, 검찰 101호, 1990, 162면.

149) 이재원, 수사사건의 기록열람, 등사의 범위, 검사세미나연수자료집(VIII), 법무연수원, 1990, 385면.

관에 의한 수사활동의 합목적성 및 비밀성 등 수사의 본질이 침해된다고 보아 이를 부정하는 것은 타당하지 않다.

구체적으로는 수사기록의 열람 등사에 관한 명문규정을 형사소송법에 두어야 한다. 동시에 이 규정에는 열람 등사가 예외적으로 제한되는 경우도 포함하여야 한다. 제한되는 사유는 포괄적이고 광범위하게 규정할 것이 아니라 그 허용범위가 명확하게 한계지워질 수 있도록 규정해야 한다.

그리고 열람 등사의 신청은 법원에 대하여 함이 타당하다. 이해관계가 대립되는 검사에게 신청하도록 하는 것은 그 허용가능성 측면에서 적절하지 않다.¹⁵⁰⁾

(2) 증거개시제도 도입여부

형사소송법 제35조의 해석에 있어서 특히 검사가 보관하고 있는 기록 및 증거물에 대한 열람·등사와 관련하여 제1회 공판기일 전이라도 이를 피고인 및 변호인에게 열람하게 하여 신속한 재판을 보장할 수 있게 하는 증거개시제도를 입법으로 명문화하여 해석상의 여지를 없애는 것이 타당하다고 하는 주장이 강력히 제기되고 있다.¹⁵¹⁾ 나아가 공소제기전 일정범위 안에서 증거자료의 개시가 필요하다는 주장까지 제기되고 있다.¹⁵²⁾ 개정전 형사소송법에서처럼 검사가 공소제기시에 모든 증거를 법원에 송부해야 하는 경우에는 증거개시의 문제가 일어나지 않지만, 현행 법에서처럼 공소장일본주의(규칙 제118조 2항)가 도입되면서 예단배제를 이유로 공소장 이외의 관계서류나 증거물을 첨부하는 것이 금지되어 있는 상황에서는, 검사의 수중에 있는 증거를 피고인 및 변호인에게 개시

150) 신동운, 공판절차에 있어서 피고인의 방어권 보장, 574면.

151) 차용석, 형사증거법, 497면 ; 이재상, 형사소송법, 352면 ; 신동운, 형사소송법 1, 371면; 배종대/이상돈, 앞의 책, 351면.

152) 강구진, 232-233면.

하도록 하는 제도가 필요하다는 점을 그 이유로 한다.

증거개시제도는 상대방에 의한 불측의 공격을 피하고, 수사단계에서 압도적인 권력을 가진 소추측과 피의자측이 무기대등을 달성함과 동시에, 배심 앞에 있는 그대로의 자료를 공평하게 제출한다는 일종의 정보공개 제도로서의 측면도 갖고 있다.¹⁵³⁾ 따라서 개시의 시기도 공판단계만이 아니라, 그 목적에 따라서 일정한 경우에는 체포직후부터 보장되지 않으면 안 된다.¹⁵⁴⁾

미국의 경우에는 재판에서 사용될 증거는 재판 이전에 피의자·피고인 그리고 검사측에게 모든 정보가 제시되어야 한다는 공판 전 증거개시절차가 규정되어 있다. 증거개시제도는 형사절차에서 기본적인 문제점과 사실들을 개시하게 함으로써 공정한 경쟁을 유도하기 위한 제도이다. 독일의 경우에도 변호인의 기록열람·등사권은 원칙적으로 형사절차의 모든 단계에서 인정되고 있다(독일 형사소송법 제147조 제1항). 실무에서는 기록열람·등사권이 제한되거나 서류의 일부분만을 교부하는 등의 사례가 적지 않다고 한다.

한편 일본도 우리와 마찬가지로 증거개시 인정여부가 논의되고 있다. 즉 일본 형사소송법에 의하면 피의자에게는 증거보전절차에 의하여 얻은 증거서류 및 증거물에 대하여만 열람·등사가 허용되고 있다. 일본에서 증거개시문제는 검사측 소지의 증거서류 및 증거물로서 법원에 제출하기로 예정되어 있는 것을 변호인측에 대하여 제출에 앞서 알게 하는 것 즉 열람·등사 등의 기회를 인정할 것인가 즉 피고인측의 증거개시청구권을 인정할 것인가 하는 점이다. 일본 최고재판소는 ‘헌행법 하에서 재판소가 검사에 대하여 그가 소지하는 증거서류 또는 증거물을 검사에게 그 공판

153) 宮崎繁樹 外編, 앞의 글, 154면.

154) 수사기관에 의한 피의자신문에의 변호인의 참여권이 확립되어 있는 것은 일본에서는 개시의 중심적인 문제인 피의자신문조서의 개시효과를 사실상 달성하는 것이라고 본다.

신문청구와 상관없이, 미리 피고인 또는 변호인에게 열람시키도록 명령하는 것은 불가능하다'고 판시하고 있다.¹⁵⁵⁾ 그후 최고재판소는 1996년 입장을 바꾸어 법원의 소송지휘에 기하여 개별개시명령을 인정하기에 이르렀다. 즉 법원은 증거조사의 단계에 들어간 후에는 변호인으로부터 구체적 필요성을 이유로 일정한 증거를 변호인이 열람할 수 있도록 검사에게 명령해달라는 취지의 신청이 있는 때에는 사안의 성질, 심리의 상황, 열람을 구할 증거의 종류 및 내용, 열람의 시기, 정도 및 방법, 기타 제반사정을 감안하여 그 열람이 피고인의 방어를 위하여 특별히 중요하거나 혹은 이에 의하여 증거인멸, 증인협박 등의 폐해를 초래할 우려가 없고, 상당하다고 인정하는 경우에는 그 소송지휘권에 기하여 검사가 소지하는 증거를 변호인에게 열람하게 할 수 있다고 판시¹⁵⁶⁾하고 있다.

155) 最昭和34.12.26, 最刑集13卷13號, 3372面.

156) 最昭和44.4.25, 最刑集23卷4號, 248面.

제4장 참고인 및 증인의 인권보호와 향상을 위한 개선방안

제1절 문제의 소재

지난 1994년 전국을 충격에 빠뜨렸던 증인보복살해사건이나 1987년 고 박종철씨 참고인치사사건은 형사절차에서 증인이나 참고인의 신변안전이 사실상 도외시되어 왔음을 단적으로 보여 주는 사건이었다. 이러한 보복 범죄를 통하여 우리는 형사절차에서 참고인이나 증인의 인권보호가 얼마나 중요하고 필요한지를 절감할 수 있다.

또한 자백에 편중된 수사가 필연적으로 피의자의 인권침해를 초래한다는 사실을 우리는 아직도 형사사범의 현장에서 확인할 수 있다. 이를 방지하기 위하여 과학수사에 의한 증거확보가 강조되고 있기는 하지만, 첨단 과학수사기법을 갖추더라도 범죄의 피해자나 목격자 등 피의자가 아닌 참고인이나 증인 등 제3자의 진술은 범죄수사 및 형사재판에서 여전히 중요한 역할을 하며, 때로는 이들 제3자의 협조 없이는 그 진상을 파악할 수 없는 범죄도 있는 것이 사실이다.

즉 범죄문제의 해결에 있어서는 수사와 재판과정에서 참고인(피해자)과 목격자의 적극적인 신고 및 협조와 범정증언이 절실하게 필요하다. 그러나 우리나라에서는 범죄신고율, 참고인의 출석율이나 범정증언 비율이 외국에 비해 크게 떨어지고 있는 현실이다. 이러한 현상의 근본적인 원인은 참고인이나 증인에 대한 인권보호가 제대로 이루어지지 않고 있는 데에 기인하는 것이라 할 것이다. 지금까지 범죄문제는 국가와 범죄자와의 관계에서만 파악되었고 형사소송 역시 실체적 진실발견이나 피고인의 인권만을 중시하여 왔을 뿐, 참고인이나 증인은 형사절차의 주변인물인 제3자

로 취급되어 이들의 인권보호문제는 거의 등한시되어 왔다. 이러한 이유로 참고인이나 증인은 개인적인 불편을 감수하고 시민으로서 국가에 협조하면서도 그에 대한 충분한 보상을 보장받기는커녕 자신의 신변이 위협에 노출되는 되는 이중의 피해에 직면해 왔다.

물론 우리나라의 현행 법제도상 참고인이나 증인을 보호하려는 노력이 전혀 없는 것은 아니다. ‘특정강력범죄의처벌에관한특례법’, ‘특정범죄가중처벌등에관한법률’, ‘성폭력범죄의피해자보호등에관한법률’, ‘가정폭력범죄의처벌등에관한특례법’, ‘특정범죄신고자등보호법’등에서 참고인이나 증인 등의 인권보호에 관한 일련의 규정을 두고 있지만 지금까지 현행법에 규정된 참고인이나 증인에 대한 보호조치는 그 내용이 단편적이어서 미흡한 수준이라고 하지 않을 수 없다.

이러한 시점에서 학계나 실무계에서 참고인이나 증인 등의 인권보호에 관한 논의가 충분히 이루어지지 않았다는 인식 아래 본 보고서에서는 우리나라의 참고인 및 증인의 인권보호제도를 향상하고 개선하기 위한 방안을 모색해 보고자 한다. 즉 본 보고서는 참고인 및 증인의 인권보호에 관한 외국의 입법례와 판례를 체계적으로 소개하고 참고인 및 증인의 인권보호에 관한 제반 문제점과 개선방안을 검토함으로써 향후 실무일선의 제도운용에 일조하고자 한다.

제2절 참고인의 인권보호 및 향상을 위한 개선방안

1. 참고인 조사의 본질

가. 참고인의 의의

일반적으로 수사단계에서 피의자가 아니면서 수사기관에 대하여 피의

사건에 관하여 진술하는 제3자를 참고인이라 말한다.¹⁵⁷⁾ 참고인은 피의자 이외의 제3자라는 점에서는 넓은 의미에서 증인이라 할 수 있고 수사기관에게 일정한 체험사실을 진술하는 자라는 점에서 법원에 대하여 체험사실을 진술하는 제3자인 증인(“형사소송법” 제146조)과 공통점을 가진다.¹⁵⁸⁾

그러나 전술한 바와 같이 증인으로 소환되지 않은 참고인에 대하여는 과태료의 부과나 구인과 같은 제재나 강제가 가해지지 않는다는 점에서 차이가 있다. 이점에서 참고인조사는 임의수사에 속한다 할 것이지만, 범죄의 수사에 없어서는 아니 될 사실을 안다고 명백히 인정되는 자가 출석 또는 진술을 거부한 경우에는 검사는 제1회 공판기일 전에 한하여 판사에게 그에 대한 증인신문을 청구할 수 있다(“형소법” 제221조의2 제1항).

또한 참고인은 진술거부권 고지의무의 유무 및 증인신문청구의 가부와 관련하여 피의자와는 그 결론을 달리한다. 즉 피의자에 대하여는 ‘형소법’ 제200조 제2항이 ‘미리 피의자에 대하여 진술을 거부할 수 있음을 알려야 한다’는 취지의 고지의무를 수사기관에 부과하고 있지만¹⁵⁹⁾, 제221조에 의한 참고인조사에 대하여는 이러한 의무를 부과하고 있지 않기 때문이

157) 이재상, 형사소송법(제6판), 박영사, 2002, 212쪽 ; 주광일, 주석형사소송법(Ⅱ), 한국사법행정학회, 1999, 225쪽 ; 강구진, 형사소송법원론, 학연사, 1982, 186쪽 ; 신동운, 형사소송법 I(제2판), 법문사, 1997, 143쪽 ; 藤永幸治·河上和雄·中山善房編, 大コンメンタル刑事訴訟法 第三卷, 青林書院, 1998, 585面.

한편 參考人은 강학상 또는 실무상 용어일 뿐만 아니라 법령상 용어이기도 하다. 예컨대 ‘형사소송법’ 제245조(참고인과의 대질), ‘사법경찰관리집무규칙’ 제16조(출석요구), 제18조(참고인의 진술), 제19조(임상의 조사), ‘검찰사건사무규칙’ 제74조(참고인중지의 결정), 제75조(기소중지결정 또는 참고인중지결정시의 유의사항), 제77조(참고인등 소재수사지휘부등), ‘범죄수사규칙’ 제102조(출석요구), 제192조의2(참고인 등의 소재수사) 등에 규정되어 있는 참고인이라는 문언은 ‘피의자 아닌 자(형소법 제221조)’라는 의미로 사용된다 할 것이다.

158) 신동운, 앞의 책, 144쪽.

159) 대법원 1992.6.26, 92도682 판결.

다.¹⁶⁰⁾ 이것은 참고인이 자신의 범죄에 대하여 진술하는 것이 아니라
점 때문에 정당화될 수 있다. 따라서 진술내용에 따라 그 질문이 참고인
의 범죄사실에 관련되는 것이라면 이는 참고인조사의 범위를 벗어나는
것이라고 하여야 한다.

이러한 참고인의 범위는 피해자, 고소인, 고발인, 범행목격자에 한정되
는 것은 아니며 누구든지 수사에 필요한 때에는 참고인으로 조사할 수
있다. 즉 참고인의 자격에는 제한이 없다. 따라서 감정서를 작성하여 제출
한 감정수탁인이 수사단계에서 수사기관에 대하여 감정의 경과와 결과에
관하여 진술하는 경우에는 수사상 참고인에 해당하며¹⁶¹⁾, 피의사건을 수
사한 사법경찰관리도 수사의 방법과 경위에 관한 한 참고인이 될 수 있
다.

나. 참고인조사의 성격 및 목적

수사기관의 참고인조사는 피의사건에 관하여 참고인의 진술을 듣는 절
차이자 수사개시 이후의 개념이므로 내사사건에 관하여 참고인의 진술을
듣는 절차는 참고인조사라 할 수 없다. 또한 징계사건에 관하여 참고인의
진술을 듣는 절차도 수사기관의 참고인조사는 아니다. 참고인조사는 참고
인으로부터 진술을 듣는 절차이므로 참고인 자체에 대한 수색, 검증, 감정
도 참고인조사라 할 수 없다.¹⁶²⁾

참고인조사란 수사기관이 수사상 필요에 의해 참고인으로부터 피의사

160) 이와 관련하여 일본의 최고재판소(最判昭和25年6月13日刑集第4卷第6号
995面)도 ‘피의자 이외의 자에 대한 조사에는 형사소송법 제198조 제2항
(피의자에 대한 진술거부권 고지규정)이 준용되지 않기 때문에 미리 진
술거부권을 고지할 필요는 없다’는 입장을 취하고 있다 : 같은 취지로는
東京高判昭和26年10月16日高刑第4卷第12号1601面.

161) 백형구, 수사기관의 참고인조사, 월간고시, 1989/10, 121쪽.

162) 백형구, 수사기관의 참고인조사, 고시계, 1991/8, 149쪽.

건에 관하여 진술을 듣는 절차로 임의수사로서의 성격을 갖는다.¹⁶³⁾ 참고인조사가 임의처분이므로¹⁶⁴⁾ 참고인에게는 출두거부권은 물론 퇴거권이 인정된다. 즉 수사기관으로부터 출석요구를 받은 참고인은 출석의 의무가 없고, 설령 출석한 후라도 진술할 의무가 없으며 수사관서에 출석한 후에라도 언제든지 조사장소에서 퇴거할 수 있다. 참고인은 수사에 대한 협조자에 불과하기 때문에 수사기관의 조사에 대한 受忍義務를 지지 않기 때문이다. 따라서 수사기관이 참고인을 조사하기 위해서는 원칙적으로 ‘참고인출석요구서’에 의하고 필요한 경우에는 전화, 모사전송, 인편 기타 상당한 방법으로 참고인의 출석을 요구할 수 있다(‘검찰사건사무규칙’ 제12조, ‘사법경찰관리집무규칙’ 제16조 및 ‘범죄수사규칙’ 제102조).

다만, 수사상 중요한 참고인이 출석요구에 불응하거나 진술을 거부하는 경우에는 검사는 판사에게 참고인에 대한 증인신문을 청구할 수 있으며(‘형소법’ 제221조의2), 이 청구가 받아들여질 경우 참고인은 증인으로서 출석의무와 진술의무를 진다. 이처럼 수사기관으로부터 출석요구를 받은 참고인은 출석을 거부할 수 있으며 증인신문의 경우를 제외하고는 출석거부가 구인의 사유로 되지 아니하지만, 예외적으로 국가보안범위반사건의 참고인인 경우에는 특칙이 존재한다. 즉 검사 또는 사법경찰관으로부터 국가보안법에 해당하는 피의사건의 참고인으로 출석요구를 받은 자가 정당한 이유없이 2회 이상 출석요구에 불응한 때에는 관할법원판사의 구속영장을 발부받아 구인할 수 있으며, 이 경우 필요한 때에는 참고인을 임시로 유치할 수 있다(‘국가보안법’ 제18조). 이는 국가보안범위반사범의 경우에 특별히 판사의 구인영장을 발부받아 강제수사를 할 수 있도록 규

163) 배종대·이상돈, 형사소송법(제4판), 홍문사, 2001, 227쪽.

164) 임의처분이라 할지라도, 언제나 자유롭게 처분을 내릴 수 있는 것이 아니라 공판중심주의와의 관계에서, 예컨대 증인의 증언 후 그 증언이 검사의 의도에 맞지 않는 내용이라 하여 동일인을 재차 조사하는 것은 가능한 한 피하는 것이 바람직하다 할 것이다.

정한 것으로, 임의수사가 원칙인 일반형사사건에서의 참고인조사에 대한 예외를 인정한 것이라 할 수 있다.

그러나 국가보안법상의 특칙규정은 수사의 목적을 달성하기 위하여 필요한 조사이지만 임의수사로 달성할 수 없는 수사목표를 달성하기 위하여 예외적으로만 인정되는 것으로서, 이 규정은 강제처분은 법률이 정한 요건과 절차에 의하여야 한다는 ‘강제처분법정주의’를 규정한 ‘형소법’ 제 199조 단서조항과의 관계에서 그 배치여부가 문제될 수 있다.¹⁶⁵⁾

이상과 같은 참고인조사는 피의사건의 진상파악, 기소 및 불기소의 결정, 공소의 유지 등 수사의 목적을 달성하기 위해 이루어진다. 피의사건에 관한 참고인의 진술은 피의사건의 진상파악을 위한 중요한 증거가 될 수 있고 기소 및 불기소의 결정을 위한 중요한 자료이자 유·무죄의 증거라 할 수 있기 때문에 사건에 따라서는 수사의 핵심적 절차에 해당한다 할 것이다.

다. 참고인조사의 방식 및 절차

참고인의 출석에 따라 수사기관이 참고인으로부터 피의사건에 관하여 진술을 듣는 경우에는 전술한 바와 같이 진술거부권을 고지할 필요는 없다. 여기서 공범관계에 있는 참고인에 대하여는 그 조사가 제3자인 피의자의 피의사실에 대한 확정 등의 목적으로 행하여지는 경우라도 실질적으로는 자신의 범죄사실에 관한 조사라는 일면을 부정할 수는 없다. 특히

165) 주광일, 앞의 책, 227쪽. 이에 대하여, 국가보안법은 국가의 안전을 위태롭게 하는 반국가활동을 규제함으로써 국가의 안전과 국민의 생존 및 자유를 확보함을 그 목적으로 하는 것으로 국가보안법 중 특별형사소송 규정은 형사소송법의 특칙을 규정한 특별법으로서 형사소송법과 배치되지 않는다는 견해도 있다 : 최재원, 피의자·참고인 등의 출석불응시 대처방안, 검사세미나연수자료집(V)—수사 및 사건처리에 관련한 제문제—, 법무연수원, 1989, 305쪽.

공범관계에 있는 자에 대하여는 조사대상이 되는 사항은 공통적인 것이라 할 수 있으므로, 원칙적으로 피의자의 출석요구와 진술거부권의 고지를 규정하고 있는 ‘형소법’ 제200조에 의해 조사하여야 할 것이며 형식적·실질적으로 오직 타인의 범죄사실인 사항에 대하여 조사할 때에만 제221조에 의해 조사하여야 할 것이다.

그러나 ‘형소법’ 제221조의 ‘피의자 아닌 자’란 당해 피의자가 아닌 자를 지칭하는 것이므로 필요적 공범관계에 있는 피의자도 포함하는 것이라 할 수 있고 따라서 공범자라 하더라도 증인신문이 가능하며 피의자로서 조사받지 않는 경우에는 진술거부권의 고지를 필요로 하지 않는다는 견해도 있다.¹⁶⁶⁾ 피의자로서 조사하는 것이 아닌 경우에는 그 진술내용이 당해 진술자 자신의 계속 중인 피의사건과 필연적인 관련성을 갖는 사항이라 할지라도 그 조사시에 진술거부권의 고지가 없었음을 이유로 조사 자체를 위법이라 할 수는 없다는 견해도 있지만, 이는 ‘헌법’ 제12조 제2항의 自己負罪陳述拒否權의 침해라고 할 수 있다. 따라서 ‘헌법’과 ‘형소법’ 200조 제2항의 취지를 고려하면 진술거부권을 고지하는 것이 바람직하다 할 것이다.

한편 수사기관이 참고인의 진술을 들을 때에는 조서를 작성하여야 하는데(‘형소법’ 제48조, ‘검찰사건사무규칙’ 제13조 제2항, ‘사법경찰관리집무규칙’ 제18조 제2항), 이를 피의자신문조서와 구별하기 위하여 실무상 또는 강학상 ‘진술조서’라 한다. 수사기관은 참고인의 진술을 받드시 조서에 기재하여야 하는 것은 아니고, 진술사항이 복잡하거나 또는 참고인이 서면진술을 원할 때에는 참고인으로 하여금 진술서를 작성하여 제출하도록 할 수 있다(‘사법경찰관리집무규칙’ 제18조 제3항). 진술서의 작성·제출은 가능한 한 진술자인 참고인이 자필로 작성하는 것이 원칙이라 할 것이다(‘형소법’ 제313조, ‘사법경찰관리집무규칙’ 제18조 제4항).

166) 배종대·이상돈, 앞의 책, 227쪽 ; 주광일, 앞의 책, 226쪽.

수사기관이 작성한 진술조서나 수사단계에서 참고인이 작성한 진술서는 그 진술의 임의성이 인정되고 공판절차에서 그 성립의 진정이 인정된 때에 한하여 증거능력이 인정된다(‘형소법’ 제317조, 제312조, 제313조). 수사단계에서 참고인으로서의 진술과 공판절차에서 증인으로서의 증언이 일치하지 않는 경우에는 수사기관작성의 진술조서가 증거능력이 없는 때에도 탄핵증거로 사용할 수 있다(‘형소법’ 제318조의2).

일반적으로 수사기관의 참고인조사는 수사개시 후부터 공소제기 전까지 이루어진다. 따라서 수사기관이 공소제기 후에도 참고인을 조사할 수 있는지 여부도 문제라 아니할 수 없다. 이와 관련하여서는, 적어도 제1회 공판기일 이후에는 특수하고 예외적인 사정이 있는 경우가 아닌 한 수사기관의 참고인조사는 허용되지 않는다고 새기는 견해¹⁶⁷⁾, 공판중심주의에 입각하여 참고인조사의 결과를 증거로 사용하는 경우에는 공소제기 후의 참고인조사를 가급적 피하고 검사의 증인신문청구에 의하여야 한다는 견해¹⁶⁸⁾도 주장되고 있다.

그러나 공소제기 후에도 공소의 유지를 위하여나 또는 공소유지 여부를 결정하기 위한 수사가 허용된다고 새기는 우리나라와 일본의 통설¹⁶⁹⁾은 공소제기 후의 임의수사도 원칙적으로 허용된다고 한다. 즉 수사기관의 참고인조사는 임의수사라는 점, 공소제기 후 공소유지를 위한 수사가 허용된다는 점, 참고인은 소송당사자가 아니므로 공소제기 후 수사기관의 참고인조사를 허용하더라도 당사자대등주의의 원칙에 위배되지 아니한다는 점, 공소제기 후에 수사기관이 작성한 참고인진술조서는 공판기일의 증거조사단계에서 원진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정이 입증되어

167) 平場安治也編, 註解刑事訴訟法(中), 青林書院, 1983, 152面.

168) 田宮裕, 註釋刑事訴訟法, 有斐閣, 1980, 250面.

169) 이재상, 앞의 책, 168/306쪽 ; 배종대·이상돈, 앞의 책, 171/331쪽 ; 신동운, 앞의 책, 42/380쪽 ; 강구진, 앞의 책, 243쪽 ; 松本時夫·土本武司編, 條解刑事訴訟法, 弘文堂, 1984, 354面.

야 증거능력이 인정되므로 공소제기 후 수사기관의 참고인조사를 허용한다고 하여 공판중심주의와 모순되지 아니한다는 점등을 고려하면 공소제기 후에도 제1회 공판기일의 전후를 불문하고 수사기관의 참고인조사는 허용된다는 것이다.¹⁷⁰⁾

그렇지만 참고인조사가 비록 임의수사라 할지라도 공소제기 후의 수사를 무제한적으로 허용할 수는 없다. 이를 무제한적으로 허용하는 경우에는 법원의 심리에 지장을 줄뿐만 아니라 당사자대등주의를 위협할 수 있기 때문이다. 따라서 공소제기 후에 참고인조사는 허용된다 하더라도 제1회 공판기일 이후에는 수소법원에 증인신문을 신청하여야 한다고 새겨야 할 것이다.¹⁷¹⁾ 예컨대 피고인에게 유리한 증언을 한 증인을 수사기관이 법정 외에서 다시 참고인으로 조사하여 법정에서 행한 진술을 번복하게 하는 것은 적법절차에 위배되는 수사로서 허용되지 않는다.

대법원 판례도 ‘증인이 법정에서 증언한 후에 검사가 그 증인을 검찰청에 소환하여 일방적인 신문방식으로 그 증언내용의 진실여부를 추궁하여 작성한 진술조서는 피고인이나 변호인의 반대신문의 기회가 확보된 법정 진술을 검사의 일방적인 신문으로 번복하는 것이어서 당해 사건의 유죄 증거로 삼아서는 안 된다’고 판시하면서 그와 같은 방법으로 수집된 증거의 신빙성도 부정되어야 한다는 태도를 취하고 있다.¹⁷²⁾

라. 참고인조사의 요건

수사는 항상 기본권침해의 위험을 수반하는 것이라 할 수 있기 때문에

170) 이재상, 앞의 책, 309쪽 ; 배종대·이상돈, 앞의 책, 335쪽.

171) 같은 취지로는 이재상, 앞의 책, 310쪽 ; 배종대·이상돈, 앞의 책, 335쪽 ; 차용석, 수사기관의 피고인신문, 월간고시, 1983/12, 45쪽.

172) 대법원 1983.8.23, 83도1632 판결 ; 대법원 1984.11.27, 84도1376 판결 ; 대법원 1992.8.18, 92도1555 판결 ; 대법원 1993.4.27, 92도2171 판결 ; 대법원 2000.6.15, 99도1108(전원합의체) 판결.

수사의 개시를 아무런 제한도 없이 수사기관의 재량에 맡길 수는 없다. 따라서 수사기관이 수사를 개시함에는 일정한 조건이 갖추어져야 할 필요가 있는데, 이러한 조건으로는 보통 ‘수사의 필요성과 상당성’이 요구된다.

참고인조사도 그 필요성이 있는 경우에 한하여 허용되는 것임은 물론이다. 따라서 참고인조사에 대하여는 최소침해의 원칙이 적용되어 수사목적에 적합한 경우로 국한되는데 형소법 제221조는 이러한 수사의 필요성을 참고인조사의 요건으로 명문화하고 있다.

참고인조사의 필요성유무는 피의사건과의 관련성, 참고인의 중요성, 증거수집의 정도 등을 종합하여 판단하여야 한다.¹⁷³⁾ 또한 ‘중복조사금지의 원칙’상 동일한 수사기관이 참고인조사의 필요성에 의해 동일한 참고인을 동일사항으로 중복하여 조사하는 것은 원칙적으로 허용되지 않는다.¹⁷⁴⁾

한편 참고인조사는 그 필요성이 인정되는 경우에도 수사의 수단이 추구하는 목적에 상당하지 않다고 판단되면 허용될 수 없다. 아무리 정당한 수사목적이라 할지라도 그로 인해 침해되는 법익이 수사를 통하여 달성하려는 공익보다 더 중대하다고 판단될 경우에는 수사기관은 수사절차를 개시해서는 안될 것이다. 따라서 참고인조사의 상당성 여부는 적정절차의 원칙과 수사비례의 원칙에 따라 판단하여야 한다.

이에 따라 검사, 사법경찰관리 기타 직무상 수사에 관계있는 자는 참고인을 조사함에 있어 참고인의 인권을 존중하여야 하기 때문에(‘형소법’ 제198조, ‘사법경찰관리집무규칙’ 제7조, ‘범죄수사규칙’ 제9·10조) 참고인에 대한 고문, 협박 등 가혹행위가 허용되지 아니함은 물론이고 모욕적이고 위협적인 언사의 사용도 허용되지 아니한다.

173) 예컨대 피의사건과 아무런 관계가 없는 제3자를 참고인으로 조사하는 것은 수사의 필요성이 없는 경우에 해당한다 할 것이다 : 백형구, 형사소송법강의, 박영사, 1996, 428쪽.

174) 백형구, 앞의 수사기관의 참고인조사, 123쪽.

또한 수사기관의 출석요구에 응하여 참고인이 출석한 때에는 지체없이 진술을 들어 장시간 대기시키는 일이 없도록 하여야 하며(‘사법경찰관리 집무규칙’ 제16조 제3항), 수사기관이 참고인의 진술을 들을 때에는 조금이라도 진술을 강요하는 일이 있어서는 아니 된다(‘동규칙’ 제18조 제1항). 수사기관이 참고인에 대하여 임상조사를 하는 때에는 참고인의 건강상태를 충분히 고려하여야 하며, 수사에 중대한 지장이 없는 한 가족, 의사 기타 적당한 사람을 입회시켜야 한다(‘동규칙’ 제19조).

2. 참고인보호의 실질화

가. 참고인의 입장을 배려한 일선 수사기관의 조사태도 확립

과거 수사기관은 참고인에 대하여 고압적이고 권위주의적인 자세로 참고인을 마치 범죄혐의자처럼 취급하여 조사함으로써 민원을 초래하는 경우도 있었으며, 수사기관의 편의에 따라 참고인들에게 출석을 요구하고 출석한 참고인을 장시간 대기시키는 경우도 비일비재하였다. 또한 피해자 등 범죄의 목격자가 범죄를 신고하게 되면 일선 사법경찰관리와 처음 접하게 되면서 수사절차에 참여하게 되는데 참고인 등은 그 동안 국민정서상 경찰서에 가는 것 자체를 두려워할 뿐만 아니라 경찰서에 가는 것을 마치 자신이 범죄인으로 취급받는다고 생각하는 경우도 있어 참고인출석요구에 불응하는 하나의 원인을 형성하고 있다.

따라서 일선에서 근무하는 수사기관의 태도가 참고인의 출석을 확보하기 위한 중요한 요인이라는 점과 수사기관의 잦은 소환 및 진술요구는 참고인에게 심리적, 경제적 부담을 초래할 뿐만 아니라 출석자체의 기피를 초래하게 될 것이라는 점, 수사기관의 참고인조사는 임의수사라는 점 등을 감안하여야 한다. 이를 바탕으로 참고인에 대한 소환 및 출석의 편

의도모, 출석회수의 최소화, 수사에 대한 협력을 요청하고 필요에 따라 조사일시, 장소 등에 대해 특단의 배려를 하는 등, 참고인의 인권보장에 기초한 ‘참고인의 편익증진’이라는 일반원칙 아래에서 참고인의 출석 및 진술을 확보하기 위한 수사기관 자체의 개선방안이 우선적으로 강구되어야 할 것이다.

이와 관련하여 ‘대검기획 61110-369호(1996.4.13.)’는 수사에 협조를 구하기 위하여 소환하는 전문지식 및 특수지식 보유자로서 사건의 직접 당사자가 아닌 의사, 감정인 등의 전문직 종사자, 통역인, 기타 대학교수, 사회저명인사 등과 같이 일반사건관계인과 달리 예우하여야 할 필요가 있다고 인정되는 참고인을 소환할 때에는 참고인출두요구서에 의하지 않고 ‘수사협조요청서’에 의하되 출석의 필요성, 협조할 사항, 조사소요예정시간, 지참할 물건 또는 자료 등을 상세히 기재하여 일방적인 소환을 지양하고 출석요망기간 중에서 편리한 일시를 참고인 스스로 결정하도록 하고 있는데, 앞으로 그 적용대상의 범위를 더욱 확대할 필요가 있을 것이다.

더욱이 ‘검찰사건사무규칙’ 제12조 및 ‘사법경찰관리집무규칙’ 제16조는 참고인조사를 위해서는 원칙적으로 ‘참고인출석요구서’에 의하고 필요한 경우에는 전화, 모사전송, 인편 기타 상당한 방법으로 참고인의 출석을 요구할 수 있다고 규정하고 있는 바, 이러한 다양한 출석요구방법을 적극적으로 활용하여 참고인의 출석불응요인의 하나로 지적되고 있는 전근대적인 수사관행으로부터 탈피할 수 있는 가시적인 조치를 취해나가야 한다. 그리고 수사종사자는 권위주의적인 자세로 참고인을 피의자와 동일하게 취급하는 듯한 불친절한 태도를 지양하고 정중한 자세로 친절하게 조사함으로써 참고인이 수사기관에의 출석을 꺼리는 요인을 제거하도록 노력할 필요가 있다.

이와 관련하여서는 이미 형사소송법규상 수사에 관계있는 자는 참고인을 조사함에 있어 참고인의 인권을 존중하여야 하기 때문에(‘형소법’ 제

198조, ‘사법경찰관리집무규칙’ 제7조, ‘범죄수사규칙’ 제9·10조) 참고인에 대한 모욕적이고 위협적인 언사의 사용은 허용되지 아니하며, 수사기관의 출석요구에 응하여 참고인이 출석한 때에는 지체없이 진술을 들어 장시간 대기시키는 일이 없도록 하여야 하고(‘사법경찰관리집무규칙’ 제16조 제3항), 수사기관이 참고인의 진술을 들을 때에는 조금이라도 진술을 강요하는 일이 있어서는 아니 된다(‘사법경찰관리집무규칙’ 제18조 제1항)고 규정하고 있는 바, 이러한 제도적 장치를 현실에서 실현시킴으로써 전근대적인 수사관행으로부터 탈피하고 있다는 가시적 성과를 제시하는 것이 중요하다 할 것이다.

나. 참고인에 대한 신변안전조치

참고인이 범인의 위협과 폭력에 두려워하면서 출석 및 진술자체를 거부하거나 자신의 의사에 반하는 진술을 한다면, 국가사법절차에 협력하여 국가형벌권의 적정한 실현에 기여함으로써 중요한 위치를 차지하고 있는 참고인의 진술을 통한 증거확보에 어려움이 예상되어 수사목적 달성이 수 없을 것이다. 따라서 참고인의 자발적인 출석을 촉진하기 위하여는 수사에 협조적인 참고인에 대한 다음과 같은 실질적인 보호방안이 강구되어야 할 것이다.

(1) 참고인의 신원 및 사생활보호

매스컴이 발달한 오늘날에 있어서는 참고인(특히 피해자)의 인적사항이나 사건내용이 아무런 여과장치없이 전파매체에 의하여 일반대중에게 공개됨으로써 참고인의 사생활이 침해되는 경우도 있어 참고인의 출석불응 요인에 직결되고 있다. 더욱이 수사기관에서의 진술 등을 이유로 참고인

등이 위협 또는 보복을 당하는 것을 방지하기 위해서는 인적사항의 보호가 필요하다. 참고인 등의 신원을 피의자 측이 파악할 수 없도록 하는 것은 일정한 물적·인적 자원의 투여가 필요한 신변안전조치보다도 용이하게 실현할 수 있다는 점에서 필수적인 보호제도라 할 것이다.¹⁷⁵⁾ 미국의 다수판례의 입장도 증인의 위해를 우려할 만한 상당한 이유가 있는 경우 및 증인의 가족에 대한 위해가 우려되는 경우에는 증인의 주소나 근무장소에 대한 질문이 제한될 수 있다고 한다.¹⁷⁶⁾

이와 관련하여 ‘특정강력범죄의처벌에관한특례법’ 제8조(출판물 등으로부터의 피해자 등 보호), ‘성폭력범죄의피해자보호등에관한법률’ 제20조(특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법의 준용), 제21조(피해자의 신원과 사생활비밀누설금지), ‘가정폭력범죄의처벌등에관한특례법’ 제18조(비밀엄수 등의 의무), 제64조(비밀엄수 등 의무위반죄), ‘특정범죄신고자등보호법’ 제7조(인적사항의 기재생략), 제8조(인적사항의 공개금지), 제9조(신원관리카드의 열람) 등의 특별법상의 제도를 통하여 참고인 등의 신원을 피의자 측이 파악할 수 없도록 보호하고 있으며, 특히 ‘특정범죄신고자등보호법’ 제17조는 동법 제8조가 규정하는 범죄신고자 등의 인적사항 또는 범죄신고자 등임을 미루어 알 수 있는 사실을 타인에게 알려주거나 공개 또는 보도하는 경우에는 3년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금형에 처하도록 규정하고 있는데 이에 대한 적극적인 활용이 확대되어야 할 것이다.

(2) 참고인에 대한 신변안전조치

참고인이 진술 후 예상되는 보복에도 불구하고 진실하게 진술하는 경우에는 이러한 진술에 상응하는 국가의 참고인보호의무가 있는지 여부가

175) 정웅석, *실체적 진실발견을 위한 제도적 고찰*, 법무부, 2000, 87쪽.

176) 정진수, *증인보호제도에 관한 연구*, 한국형사정책연구원, 1996, 38쪽 이하 참조.

문제된다. 만일 여기서 국가의 보호의무를 부정하는 경우에는 극단적으로 참고인은 허위로 진술하거나 진실하게 진술하고 보복을 당하는 것을 감수할 수밖에 없게 될 것이다. 따라서 참고인이 피의자 등의 보복이 두려워 협력을 주저하는 경우에는 보복의 가능성 여부를 검토하여 그러한 가능성이 있다고 보여지면 그 원인을 제거할 뿐만 아니라 참고인을 보호할 수 있는 조치를 취한 후 그 내용을 참고인에게 설명하여야 할 것이다(대검강력 23126-6972호, 1990.6.18).

이러한 보호의무와 관련하여 ‘특정범죄신고자등보호법’ 제4조(국가의 책무) 제1항은 보호의무의 일반조항으로서 ‘국가는 범죄신고자 등을 보호하고, 이들에 대한 보복범죄를 예방하기 위한 법적·제도적 장치를 마련하고, 필요한 재원을 조달하여야 한다’고 규정하고 있으며, 동법 제13조(신변안전조치), 제14조(범죄신고자 등 구조금), 제15조(피고인등에 관련된 주요변동상황통지), ‘특정강력범죄의처벌에관한특례법’ 제6조(보석 등의 취소), 제7조(증인에 대한 신변안전조치) 등을 통하여 보호의무를 구체화하고 있다.

한편, ‘특정범죄신고자등보호법’ 제6조(범죄신고자등보좌인)는 사법경찰관·검사 또는 법원은 범죄신고자 등이나 그 친족 등이 보복을 당할 우려가 있는 경우에는 직권 또는 범죄신고자 등, 그 법정대리인이나 친족 등의 신청에 의하여 ‘범죄신고자등보좌인’을 지정할 수 있으며(동조 제1항), 보좌인은 범죄신고자 등을 위하여 당해 형사사건의 수사·공판과정에 동행하거나 조언하는 등 필요한 조력을 할 수 있다(동조 제3항)고 규정하고 있다.¹⁷⁷⁾ 다만 보좌인은 허위진술을 유도하는 등 범죄신고자 등의 진술이나 증언 등에 부당한 영향을 주어서는 아니 된다(동조 제4항).

또한 진술 후 보복 등이 두려운 참고인에 있어서는 피의자와의 대면차

177) 이와 유사한 제도로는 ‘가정폭력범죄의처벌등에관한특례법’ 제28조의 보조인제도, ‘성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률’ 제22조의2의 신뢰관계에 있는 자 등의 동석제도 등을 들 수 있다.

단이야말로 신변안전조치로서의 의미이외에도 심리적 불안의 해소라는 측면에서 실질적인 참고인보호방안의 하나라 할 수 있다. 물론 피의자가 범죄혐의를 부인하는 경우에는 참고인과의 대질을 통하여 그 진술내용의 모순을 규명함으로써 범죄사실의 입증이나 자백을 유도하는데 효과적인 경우도 있을 수 있을 것이지만, 이를 통하여 신원이 노출되어 직접적인 보복행위가 발생할 가능성도 농후하다 할 것이다. 따라서 수사의 효율성 및 신속성을 유지하기 위하여 대질신문을 실시한다 하더라도, 우선 ‘특정 범죄신고자등보호법’ 제4조(국가의 책무)에 입각하여 보복범죄의 염려가 없는 경우에 한하여 대질신문을 실시하여야 할 것이며, 동법 제9조 제4항이 규정하고 있는 검사를 통한 피의자측의 면담신청(동조 제3항)을 범죄신고자 등이 승낙한 경우에 검사실 등 적당한 장소에서 범죄신고자 등이나 그 대리인과 면담할 수 있도록 조치할 수 있다는 규정의 취지를 감안하여, 범죄신고자 등이 면담 및 대질을 거부하는 경우에는 이를 강요할 수 없다고 하여야 할 것이다.¹⁷⁸⁾

다. 우편진술제 및 전화진술제의 적극적 활용

참고인조사에 있어서는 피조사자를 출석케 하여 진술조서나 진술서를 작성함이 원칙이지만, 참고인을 일일이 출석시켜 조사함으로써 이들에게 불필요한 시간적, 정신적 부담을 주는 사례 또한 적지 않았다. 따라서 우편진술에 의하여도 사건처리에 지장이 없는 경우, 즉 교통사범, 폭력사범 등과 같이 전형적인 사건인 경우에는 필요한 서식을 사건관계인에게 송달하고 자필진술서를 회송받아 조서작성에 갈음함으로써 참고인의 불필요한 출석을 억제하여 참고인의 편익을 증진시킬 수 있는 우편진술제¹⁷⁹⁾

178) 같은 취지로는 정웅석, 앞의 책, 92쪽.

179) 대검기획 150-9247호, 1981.9.1. ; 대검찰청검찰21세기연구기획단, 구속제도정비방안연구, 검찰21세기연구기획단 연구자료 제9집, 1995, 322쪽 이

를 적극적으로 활용하거나, 수사기관이 통화내용을 녹취서로 작성하여 서명·날인하면 이에 증거능력을 인정하는 전화진술제의 도입을 고려할 필요가 있다.¹⁸⁰⁾

이러한 우편진술제 및 전화진술제는 사안이 복잡하고 피의자와 참고인, 참고인과 다른 참고인 상호간에 진술이 엇갈리는 때에는 큰 효용이 없으며, 진술의 신빙성을 좌우하는 진술태도 등을 파악하지 못하고 우편송달로 인하여 사건처리가 지연되며 우편진술서를 받고도 회송을 하지 아니하는 경우에는 아무런 대응방안이 없는 단점으로 인하여 수사기관에서의 활용이 활성화되지 못하고 있는 실정이라 한다.

그러나 참고인과 피의자의 직접적인 대면을 회피할 필요가 있는 경우에는 우편진술제 및 전화진술제는 유용한 참고인(또는 피해자)보호방법이 될 수 있다 할 것이므로, 이러한 제도에 의하여도 사건처리에 지장이 없다고 할 수 있는 교통사범이나 폭력사범 등과 같은 간단하고 전형적인 사건에서 누구나 쉽게 답할 수 있도록 조사하고자 하는 내용을 우편으로 발송하여 질문하고 참고인 등은 다시 우편 등으로 답함으로써 불필요한 시간과 인력의 낭비를 방지할 수 있을 것이다.

라. 시차출석제도(예약조사) 및 방문조사의 적극적 활용

전술한 바와 같이 참고인은 형사절차에 있어 제3자의 지위에 있으므로 수사기관에의 출석을 꺼리는 경향이 있는데, 이러한 참고인이 수사기관에 출석한 이후에 장시간 대기하거나 불친절한 대우를 받으면 그 영향은 당해 참고인의 출석거부를 유발할 뿐만 아니라 주위의 일반인들에게도 수사기관에의 출석을 기피하는 풍조를 조장할 우려가 있다. 따라서 참고인

하 참조.

180) 정동욱, 수사와 재판절차의 신속한 진행 확보방안, 고시계, 1994/2, 103쪽.

에 대한 출석요구 시에는 가급적 시차제 출석요구를 원칙으로 하고, 사회 일반적으로 널리 시행되고 있는 예약제를 도입함으로써 참고인들의 시간적, 정신적 부담을 감소시켜야 할 것이다.¹⁸¹⁾

또한 실무상 신체적으로 수사기관에 출석하기 어려운 처지에 있는 참고인에 한하여는 방문조사를 시행하는 경우가 있는데, 이러한 방문조사제는 여건이 허락하는 범위 내에서 점진적으로 확대하여 국민편익을 증진하여야 할 것이며, 참고인에 대하여 정황이나 정상을 간단히 조사할 필요가 있는 경우에는 정보화시대에 발맞추어 전자우편(e-mail)제도나 인터넷을 통한 참고인화상조사제도¹⁸²⁾ 등을 구축할 필요가 있다.

한편, 참고인이 타관청 내에 거주하는 경우에는 관할 타청에 수사촉탁을 하여 동 촉탁의 회신에 따라 사건을 처리할 수 있는데, 특히 참고인의 거주지역이 수사기관으로부터 멀리 떨어져 있어 참고인이 출석하기에는 시간적, 경제적 부담이 많은 경우 그 활용은 효과적이라 할 수 있다.¹⁸³⁾ 따라서 실무상 사안이 비교적 간단한 경우에는 참고인의 편익증진이라는 측면에서 수사공조제도를 적극적으로 활용하는 방안을 모색하여야 할 것이다.

마. 참고인수당의 현실화

‘참고인등비용지급규칙(1995.1.6, 법무부훈령 제311호 ; 2000.4.1, 경찰청

181) 이와 관련하여 대검찰청은 일선 각급청에 ‘時差制出席要求勵行(대검검찰 821-7914, 1983.8.19)’, ‘참고인에 대한 출석요구 및 조사시의 유의사항(대검기획 821-9433, 1983.8.19)’을 시달하였으나 업무가중, 인식부족으로 아직 만족할 만한 수준에 이르지 못하고 있다고 한다 : 대검찰청검찰21세기연구기획단, 앞의 구속제도정비방안연구, 323쪽.

182) <http://djjb.cnpolice.go.kr/jungbul/index.html> 참조.

183) 검찰사건사무규칙 제18조 제1항 및 제2항은 ‘검사가 다른 검찰청의 검사에게 수사촉탁을 하는 경우에는 사건기록을 이송할 특별한 사유가 있는 경우를 제외하고는 수사촉탁서를 작성하여 송부하고, 수사촉탁을 받은 검사는 공조사건 회답서에 의하여 회답하여야 한다’고 규정하고 있다.

훈령 제301호) 제3조에 따르면 검사 또는 수사관 및 사법경찰관의 출석 요구에 의하여 참고인이 출석한 경우에는 참고인에게 여비, 일당 및 숙박료와 숙박에 소요되는 식비를 지급하도록 규정하고 있다. 동 규칙은 참고인의 일당을 18,480원으로 하고 숙박료와 식비는 국내여비규정을 준용하되 특별한 사정이 있는 경우 상당하다고 인정되는 실비를 지급할 수 있도록 하고 있다.

현행 참고인등비용지급규칙은 물가상승 등을 고려하여 참고인의 일당 등을 현실화한 것이라 할 수 있고, 특히 의사 등 전문직업종사자가 출석하여 진술할 때에는 검사 또는 수사관 및 사법경찰관의 의견을 들어 상당하다고 인정하는 실비를 지급할 수 있도록 함으로써 그 운영에 탄력성을 부여하고 있는 것도 사실이지만, 실질적인 물가상승 등을 고려하면 참고인의 일당 등을 더욱 현실화할 필요가 있다 할 것이다. 또한 참고인등비용지급에 관한 대국민홍보를 강화하고, 출석한 참고인에 대하여는 동규칙에 따라 빠짐없이 비용을 지급하여 참고인의 경제적·시간적 손실을 보전함으로써 참고인의 경제적·시간적 부담을 해소시켜 나감으로써 참고인의 출석을 원활하게 하여야 할 것이다.¹⁸⁴⁾

3. 참고인 구인제 입법안의 문제점

현행 형사소송법이 수사에 있어 임의수사의 방법을 원칙으로 하면서, 예외적으로 그 종류와 내용이 법률에 규정되어 있는 경우에 한하여 강제

184) 1993년도 및 1994년도 전국 검찰청 참고인여비지급현황을 살펴보면, 1993년도에는 17,566명의 참고인에게 322,824,000원이 지급되어 1인당 평균 18,400원꼴로 지급되었으며, 1994년도에는 참고인 16,012명에게 326,083,000원이 지급되어 1인당 평균 20,400원꼴로 지급됨으로써 1995년 당시 참고인등비용지급규칙이 정한 일당 15,300원보다 약간 상회하는 금액지급현황을 보이고 있다 : 대검찰청검찰21세기연구기획단, 앞의 구속제도정비방안연구, 326쪽.

처분을 허용하고 있는 것(제199조 단서)은, 수사의 목적이나 편의를 위하여 헌법상 보장되고 있는 개인의 기본권이 제한되어서는 아니 되며, 수사의 목적을 위한 기본권제한도 극히 예외적인 경우에 헌법정신을 구현한 공정한 적법절차에 따라 행해져야 한다는 법치국가원리의 발현이라 할 수 있다. 따라서 헌법상의 인권보장 및 무죄추정의 이념에 따라 수사절차에 있어 피의자나 참고인 등의 인권을 보호하기 위하여 수사의 due process가 유지되어야 한다는 점은 시대의 당연한 요청이라 할 것이다.

그러나 한편으로는 수사기관이 범죄에 대한 실체적 진실을 규명하여 국가형벌권의 적정하고 신속하게 실현함으로써 사회를 방위하고 범죄피해자를 보호하여야 하는 것도 형사사법기관에 부여된 피할 수 없는 임무이자 개인의 기본권보장 못지 않게 중요한 과제라 할 수 있다. 특히 조직폭력범죄, 대형금융범죄, 성폭력범죄 내지 가정폭력범죄 등의 사안에 있어서 참고인은 사안규명을 위하여 결정적인 역할을 하는 경우가 많으며, 이때 피의사건에 관한 참고인의 진술은 피의사건의 진상파악을 위한 중요한 증거이자 기소·불기소결정을 위한 중요한 자료이며 유·무죄를 결정할 수 있는 중요한 증거가 될 수 있다. 따라서 원활한 형사사법절차의 진행을 위해서는 공판단계뿐만 아니라 수사단계에서도 국가형벌권의 적정한 실현과정에 협조하여야 하는 것이 공익을 위한 시민의 의무라는 점에서 형사사건의 수사에서 결정적인 사실을 알고 있다고 명백히 인정되는 참고인 등의 협조는 실체적 진실발견을 위해 불가결한 것이라 할 것이다.

그런데 최근 수사기관에의 출석을 거부하는 참고인의 비협조 때문에 실체적 진실이 규명되지 못하는 사건이 누적됨에 따라 참고인조사에 대한 전면적인 개혁논의가 일고 있는데, 참고인구인제도(참고인 출석 및 진술강제제도)도입방안이 그것이다.¹⁸⁵⁾ 물론 다음에서 살펴보는 것처럼 참

185) 법무부, 보도자료 고문수사방지종합대책, 2002.11.15 참조 ; 법무부, 형사소송법개정안, 2002.12.15 참조. 법무부 형사소송법개정안은, 제221조 제2항을 신설하여 참고인강제구인제도를 도입하였다 : 국가인권위원회, 보

고인 등이 출석을 거부하고, 소재불명으로 인하여 참고인증지결정이 내려지는 건수는 매년 30,000여건 이상 발생하지만, 이는 검찰의 전체사건의 처리인원 점유율에서 1.5%내외, 전체불기소처분인원 점유율에서도 3.0%내외로 그 비율은 극히 낮은 편이라 할 수 있다. 따라서 단지 이를 근거로 모든 경우에 참고인에 대한 강제수사방안을 마련하지 않는다면 실제적 진실이 규명되지 못하는 수많은 사건이 발생하고 그 피해가 전국민에게 돌아가 우리사회가 정의감을 상실하게 될 것이라는 참고인 강제수사 도입의 논거¹⁸⁶⁾는, 수사의 효율성 및 편의성에 지나치게 편중된 논거라는 지적을 피하기 어려울 것이다.¹⁸⁷⁾

다음에서는 법무부에 의해 추진되고 있는 참고인 구인제 입법안에 대하여 그 문제점을 지적하기로 한다.

가. 참고인의 임의동행

앞에서 살펴본 바와 같이, 참고인조사는 ‘수사의 필요성과 상당성’에 입각한 임의수사를 원칙(‘형소법’ 제221조, ‘사법경찰관리집무규칙’ 제18조)으로 하고 있기 때문에 증인과는 달리 출석 또는 진술을 강제당하지 아니한다. 이는 형사소송법의 발전방향이 종래 수사를 위해서는 무엇이든 할 수 있다고 생각되었던 수사기관의 권한을 제한하는 관점에서 전개되었기 때문에, 수사의 효율성 제고나 실제적 진실의 발견이라는 측면보다는 개인의 기본권보장에 중점을 두어 온 데서 그 이유를 찾을 수 있을 것이다.¹⁸⁸⁾

도자료, 2003.1.3 참조.

186) 대검찰청검찰21세기연구기획단, 앞의 구속제도정비방안연구, 326쪽.

187) 박미숙, 참고인의 출석·진술강제와 수사상 증인신문 청구제도, 형사정책연구 제13권 제4호(통권 제52호), 한국형사정책연구원, 2002, 158쪽.

188) 법무부, 수사기법연구—수사의 효율성과 인권보장의 병행발전을 위한 연구—, 1998, 106쪽.

따라서 참고인의 출석과 진술을 강제하기 위해서는, 강제처분법정주의를 규정하고 있는 형소법 제199조 제1항 단서조항에 따라 형사소송법규에 특별한 규정이 있어야 하는데, 현행 형사소송법은 제184조(증거보전의 청구와 그 절차) 및 제221조의2(증인신문의 청구)에서 참고인의 출석과 진술을 강제하고 있다.¹⁸⁹⁾

다음에서는 이들 제도에 대한 고찰과 더불어, 그 동안 실무상 사실적인 출석강제수단으로 이용됨으로써 강제처분법정주의의 취지를 몰각시키는 문제점을 내포하고 있다고 생각되는 참고인에 대한 임의동행의 허용성 여부를 살펴보기로 한다.

(1) 임의동행의 개념 및 대상

수사기관이 참고인을 조사하기 위하여는 원칙적으로 참고인출석요구서

189) 이와 관련하여 특별형사소송규정인 ‘국가보안법’ 제18조(참고인의 구인·유치)에 대하여는 앞의 참고인조사의 성격 및 목적을 참조.

한편 대체로 학설은 형사소송법에 규정되어 있는 참고인의 출석진술강제 제도로 제221조의2 제1항(증인신문청구)만을 거론하고 있다. 즉 우리 형소법 제221조의 해석상 참고인은 수사기관의 출석요구에 대하여 출석의 의무가 없으며 그 출석거부에 대하여 과태료나 비용배상 등과 같은 제재(형소법 제151조)가 가해지지 않는 것이 원칙이고 예외적으로 동법 제221조의2 제1항의 증인신문청구사유를 충족시키는 경우에 한하여 출석과 진술이 강제될 수 있을 뿐이라는 것이다[백형구, 앞의 책, 421쪽; 박광빈, 사건당사자의 소환에 있어서 피소환자의 편의도모방안, 검사세미나연수자료집(제5집), 법무연수원, 1989, 278쪽; 최재원, 앞의 논문, 301/2쪽 등]. 그러나 증거보전제도의 증인신문의 경우에도 공판정에서의 증인신문에 관한 규정이 준용되기 때문에 당연히 증인의 출석과 진술의 의무가 부과된다는 점에서 이 또한 참고인의 출석 및 진술을 강제하는 제도라 하여야 할 것이다. 정당하게도 이재상, 연습형사소송법(증보판), 박영사, 2001, 131쪽 이하; 정웅석, 앞의 실체적 진실발견을 위한 제도적 고찰, 67쪽 이하; 오병두, 증거보전을 위한 증인신문의 청구—형사소송법 제221조의2를 중심으로—, 서울대학교 법학석사학위논문, 1996, 21쪽 이하는 참고인의 출석 및 진술을 강제하는 제도의 하나로 증거보전제도를 거론하고 있다.

에 의하고 필요한 경우에는 전화, 모사전송, 인편 기타 상당한 방법으로 할 수 있도록 되어 있다(‘검찰사건사무규칙’ 제12조, ‘사법경찰관리집무규칙’ 제16조). 그러나 수사실무상으로는 임의동행의 형식으로 참고인의 출석 또는 진술을 강제할 수 있기 때문에 이에 대한 적법성 여부가 문제될 수 있다.

먼저 임의동행의 개념정의와 관련하여서는 그 대상의 범위를 둘러싸고 견해가 나뉘어지고 있다. 즉 수사기관이 피의자의 동의를 얻어 피의자와 수사기관까지 동행하는 것으로 이해하는 견해¹⁹⁰⁾, 현실적인 수사관행에 있어서는 범죄수사보다는 내사사건의 처리를 위한 임의동행의 형태를 취하는 경우가 많기 때문에 그 대상으로는 피의자뿐만 아니라 내사당사자인 용의자까지 포함하여 정의하여야 한다는 견해¹⁹¹⁾, 임의동행은 상대방의 승낙을 전제로 하는 임의수사이기 때문에 그 대상에는 참고인도 포함된다고 새기는 견해¹⁹²⁾ 등이 그것이다.

그러나 임의동행의 대상에는 참고인도 포함된다고 새겨야 할 것이다. 임의수사의 원칙은 그 방법에 있어 필요성과 상당성을 충족하는 한 허용되고 참고인의 승낙을 전제하는 것이며, 참고인조사를 위한 방법으로서 형사소송법 제221조는 ‘검사 또는 사법경찰관은 수사에 필요한 때에는 피의자 아닌 자의 출석을 요구하여 진술을 들을 수 있’다고 규정하여 참고인에 대한 출석요구 방법을 제한하고 있지 아니하기 때문에 참고인이라 하여 임의동행을 하지 못할 이유가 없기 때문이다.

190) 이재상, 앞의 책, 204쪽 ; 배종대·이상돈, 앞의 책, 213쪽 ; 백형구, 앞의 책, 409쪽.

191) 신동운, 앞의 책, 125쪽 ; 김선수, 인신구속에 관한 제문제, 인권과 정의(1993/10), 대한변호사협회, 13쪽.

192) 최재원, 앞의 논문, 292쪽. 여기서 참고인에 대한 임의동행은 참고인조사와 같이 임의수사라 할 수 있지만, 전자는 수사공무원과의 동행이라는 점에서 출석요구서 발부에 의한 임의출석과 구별되며, 또한 수사처분의 일종이라는 점에서 범죄예방과 진압을 위한 행정경찰처분인 ‘경찰관직무집행법’에 의한 직무질문을 위한 임의동행과도 구별된다.

(2) 임의동행의 적법성 및 판단기준

이처럼 참고인의 승낙을 전제로 하는 진정한 의미의 임의동행은 불법이라 할 수 없지만 사실상 수사공무원이 동행을 요구하는 경우에는 약자의 지위에 있는 참고인은 동행을 거부하기 어려워 실질적으로는 임의동행의 명목 하에 강제연행이 자행될 수 있다는 점에서 그 법적 통제의 문제점, 즉 임의동행의 적법성 여부를 살펴볼 필요가 있다.

이에 대하여는 임의동행을 허용하게 되면 실질적인 체포, 즉 강제연행이 임의동행의 형식으로 행하여질 위험성이 있고 영장주의(‘헌법’ 제12조 제3항) 및 강제수사법정주의(‘형소법’ 제199조 제1항 단서)에 입각할 때 강제수사의 일종인 임의동행은 일절 허용되지 않는다는 견해¹⁹³⁾도 있다. 그러나 임의수사의 내용에 관해서는 수사기관이 형성의 자유를 갖는다고 할 것이므로 만일 당사자의 진실된 승낙만 전제되면 임의동행도 임의수사의 한 형태가 될 수 있다 할 것이다.¹⁹⁴⁾

따라서 임의동행에 있어 핵심적인 문제는 이른바 동의의 임의성여부에 있다고 할 수 있는데 이는 임의동행의 의미를 이해할 수 있는 자의 자유로운 의사에 의하여 동의가 이루어졌는지 여부가 판단의 관건이라 할 수 있다. 결국 동행의 임의성은 동행요구에 응할 자유, 동행요구를 거부할 수 있는 자유, 동행 후에도 언제든지 수사관서로부터 퇴거할 수 있는 자유를 그 필수적인 내용으로 한다.¹⁹⁵⁾ 이러한 동행의 임의성은 동행을 요구하는 시점으로부터 조사를 마치고 귀가하는 시점까지의 모든 과정을 종합적으로 고찰하여 판단하여야 할 것이다.¹⁹⁶⁾

193) 신동운, 앞의 책, 128쪽.

194) 이재상, 앞의 책, 204쪽 ; 배종대·이상돈, 앞의 책, 214쪽 ; 백형구, 앞의 책, 402쪽 ; 정웅석, 앞의 책, 63쪽 ; 박길용, 불구속피의자 및 참고인에 대한 효율적 조사방법, 검사세미나연수자료집(제20기)—인권보호요청의 증대추세에 상응한 검찰수사력 제고방안—, 법무연수원, 1996, 548쪽.

195) 배종대·이상돈, 앞의 책, 214쪽.

즉 동행의 시간과 장소, 동행의 방법, 동행 후의 신문방법, 식사·휴식·용변의 감시, 퇴거희망자나 동행거부의 유무 등을 종합하여 판단할 수밖에 없으며, 임의동행에 있어서 임의성의 요건은 엄격하게 해석하여야 할 것이므로 임의동행을 위한 실력행사는 허용될 수 없다고 하여야 한다.¹⁹⁷⁾ 따라서 동행의 요구를 받고 또는 동행 도중에 동행을 거절하거나 귀가의사를 명백히 밝혔음에도 불구하고 그 의사에 반하여 동행된 경우에는 임의동행이 아닌 강제연행으로 보아야 할 것이다.

이상과 같은 임의동행은 그 동안 실질적인 강제연행의 수단으로 오용되어 심각한 인권침해를 초래해 온 사실도 부정할 수는 없다. 예컨대 피의자 아닌 사람이 참고인으로서 자택에서 수사관서로 강제연행되어 고문 및 진술을 강요당하거나(고 박종철씨의 경우) 시국관련 공안사범, 강력사건 용의자, 일반 형사사범 등 경찰연행의 상당수가 임의동행이라는 이름 아래 불법으로 연행되었지만 본인은 이를 거부할 수 없는 형편이었다. 따라서 그 동안 수사기관의 자의에 맡겨져 운용되어 왔던 사실을 감안할 때, 참고인에 대한 수사기관의 임의동행은 동행의 임의성을 철저하게 충족시킬 수 있는 방향에서 인정되는 것이 바람직하다 할 것이다.

나. 참고인 조사의 현황 및 문제점

(1) 참고인 중지제도

우리나라의 경우 국민들의 수사에 대한 협력, 나아가 형사사범에 대한 협력은 비교적 양호한 상황이라 할 수 있지만, 이른바 노동사건의 경우처럼 참고인이 피의자가 속한 노동조합의 조합원인 경우나 조직폭력배 관

196) 최재원, 앞의 논문, 294쪽.

197) 이재상, 앞의 책, 205쪽.

런 사건, 대형금융범죄 사건 등에서와 같이 참고인이 피의자의 보복을 두려워하고 있는 경우나 참고인이 피의자 측의 사람인 경우 등과 같이 참고인이 수사에 비협조적인 사례는 적지 않다고 할 수 있으며, 이러한 경우 실무는 불기소처분의 일종인 참고인증지제도를 활용하여 중간처분을 행하고 있다.

이러한 경우 검찰은 종전 피의자소재불명의 경우와 마찬가지로 주문을 기소중지로 운용하여 왔으나, ‘검찰사건사무규칙(일부개정 1999.3.30 법무부령 제472호)’ 제57조(결정) 및 제74조(참고인증지의 결정)는 1996년 5월 1일부터 참고인증지 주문을 신설하여 운용하고 있다. 즉 참고인 소재불명의 경우 이를 피의자 소재불명과 동일하게 기소중지의 주문으로 결정하게 되면, 마치 피의자가 소재불명 또는 도피 중인 것처럼 오해를 받을 염려가 있기 때문에, 검사가 사건을 수사한 후 참고인, 고소인, 고발인 또는 상피의자의 소재불명으로 수사를 종결할 수 없는 경우에 그 사유가 해소될 때까지 행하는 중간처분으로서 참고인증지처분을 시행하고 있는 것이다.

대검찰청의 ‘참고인증지제도 운용지침’에 따르면 참고인증지처분을 받은 피의자는 해외출국을 위한 신원조회용 불기소증명발급시 요구되던 주임 검사의 출국가부결정 대상에서 제외되었다.¹⁹⁸⁾

참고인증지처분의 요건은 참고인, 고소인, 고발인 또는 상피의자가 소재불명인 경우로 한정되는데, 즉 사건관계인을 조사한 결과 피해자와 피의자의 주장이 상반되고 피해자 또는 피의자가 참고인 또는 상피의자의 진술을 증거로 내세우고 있는 경우, 고소인이 일방적인 주장만 한 후 출석하지 않는 경우 등에 있어서는 그 참고인이나 상피의자 또는 고소인을 조사하여야만 사건의 진상을 파악할 수 있는데, 그 참고인이나 상피의자

198) 대검찰청, 참고인증지제도 운용지침, 대검예규 제242호 1996.5.1, 제12항 참조.

또는 고소인이 도피 등의 사유로 그 행방을 알 수 없는 경우에는 참고인 중지처분을 내리게 된다.

따라서 참고인중지제도에서 참고인이라 함은 수사기관이 사건을 수사 하였으나 소재가 판명되지 아니한 참고인, 피해자, 고소인, 고발인, 상피의 자 또는 목격자를 말하며, 참고인, 피해자, 고소인, 고발인, 상피의자, 목격 자 등의 장기해외여행, 심신상실 또는 질병의 경우에는 피의자의 경우와 마찬가지로 소재불명에 준하여 참고인중지처분을 내려야 할 것이다.¹⁹⁹⁾

(2) 참고인 조사의 현황

(가) 소재불명사유로 인한 참고인중지현황

참고인이 출석요구에 불응하는 구체적인 실태는 참고인에 대한 수사가 이루어지지 아니하여 결국 참고인 소재불명을 사유로 참고인중지 결정의 중간처분²⁰⁰⁾을 내리는 사건 수를 살펴보면 그 실태파악이 가능하다 할 것이다.

여기서 참고인중지처분의 현황을 살펴보면, 참고인소재불명이 기소중지 사유의 하나로 처리되던 1991년부터 1995년까지는 전체기소중지사유 중 참고인(고소인포함)소재불명이 전체기소중지인원 중 5.7%—7.0%에 이르고, 1993년도에는 점유율 7.0%에 인원 11,994명, 1994년도에는 점유율 6.7%에 인원 14,157명으로 나타나 1년에 10,000건을 상회하는 사건이 종국처리되지 못하였다.

또한 참고인중지처분제도가 시행되기 시작한 1996년에는 전체불기소처분인원 986,522명 중 참고인중지처분인원은 21,601명으로 전체불기소처분

199) 대검찰청검찰21세기연구기획단, 앞의 구속제도정비방안연구, 315쪽 ; 정웅석, 앞의 책, 66쪽.

200) ‘검찰사건사무규칙’ 제73조, 제74조 참조.

점유율 2.2% 및 전체사건처리인원점유율 1.1%, 1997년에는 총인원 943,385명 중 30,977명으로 점유율 3.3% 및 1.5%, 1998년에는 총인원 1,031,384명 중 36,081명으로 점유율 3.5% 및 1.5%, 1999년에는 총인원 1,126,587명 중 39,565명으로 점유율 3.5% 및 1.6%, 2000년에는 총인원 1,046,884명 중 32,883명으로 점유율 3.1% 및 1.4%, 2001년에는 총인원 1,034,044명 중 30,005명으로 점유율 2.9% 및 1.2%를 차지하고 있어²⁰¹⁾, 매년 30,000여건을 상회하는 사건이 종국처리되지 못하고 있는 실정이다.

이상과 같이 형식적인 통계수치에 의하면 참고인증지가 차지하는 점유율은 낮은 것이 사실이지만, 통계치의 실질적인 구성을 살펴볼 필요가 있다. 즉 수사실무상 참고인소재불명 등으로 참고인증지결정을 하는 사건은 대부분 재산죄이고 사안이 복잡하다는 점, 더구나 예컨대 참고인의 진술이 의미있는 사건인 고소사건의 경우 2001년말 현재, 참고인증지사건수(22,000건)가 기소사건수(101,000건)의 20%, 구공판사건수(31,000건)의 70%를 상회하여 참고인의 진술을 확보하지 못함으로써 처리되지 못하는 사건이 전체기소사건수의 약 20%에 이르고 있는 점을 고려하면 참고인소재불명 등으로 인한 참고인증지는 국민의 눈에는 수사를 방기하는 것처럼 보일 수도 있어 수사에 대한 불신을 초래하는 요인이 될 수도 있다. 이점에서 출석불응 또는 출석을 거부하는 참고인에 대한 효율적인 수사방안을 강구하는 것은 적정한 국가형벌권의 실현을 위하여, 수사에 대한 국민의 신뢰회복을 위하여 필수적인 조치라 할 것이다.²⁰²⁾

(나) 참고인의 출석불응 요인

참고인이 수사기관의 출석요구에 불응하는 요인으로는, 전통적인 인정

201) 대검찰청, 검찰연감 2002, 330/331쪽 참조.

202) 대검찰청검찰21세기연구기획단, 앞의 구속제도정비방안연구, 316쪽.

의식, 개인주의의 심화 및 시민의식의 미성숙, 보복의 염려, 전근대적인 수사관행의 답습 등이 거론되고 있다.

1) 전통적인 인정의식

우리사회는 인정에 기초하여 타인의 잘못을 고발하지 아니하고 동질의 집단 내에서 시비를 가리고 이를 포용하려는 대가족사회의 영향 아래 타인을 밀고하면 소속된 집단에서 소외를 당하여 사회생활을 영위할 수 없다는 의식이 전통적으로 계승되어 수사기관에 출석하여 진술하는 것을 꺼리는 경향이 강하다. 또한 당사자와의 인간관계도 중요한 요소로 작용한다 할 것이다.

2) 개인주의의 심화 및 시민의식의 미성숙

사회의 산업화 및 물질문명의 발달에 따른 개인주의의 심화로 인하여 타인의 사건에 휘말려들기를 원하지 아니하는 심리가 만연하게 됨에 따라 수사기관에 출석하는 것을 시간적, 경제적, 정신적 부담으로 받아들이게 되어 수사기관에 출석하는 것을 형사사법절차에 협조하여 사회질서를 유지하고 법치주의를 확립하는데 일조하는 것으로 생각하지 아니하고 오히려 자신이 피해를 입는 귀찮은 일로 간주하여 수사기관의 출석요구에 비협조적인 현상이 나타난다고 할 것이다.

3) 보복의 두려움

참고인이 자신의 진술로 불리한 위치에 처하는 자들로부터 심각한 법익침해의 위협에 직면하는 것은 세계 각국의 공통된 현상이라 할 수 있

으며, 이러한 보복범죄의 우려는 참고인이 수사기관에 비협조적일 수밖에 없는 상황을 초래한다. 아무리 수사 및 공판단계에서 범죄피해자, 신고자의 신분노출을 방지하려고 하여도 그 목적을 쉽게 달성할 수 없는 실정이다.²⁰³⁾

즉 수사단계에서는 가능한 한 피의자와 참고인 등의 대질조사를 최소화하고 피의자 등에게 수사기록의 열람을 금하고 있지만, 공판단계에 이르게 되면 피고인의 방어권 보장을 위하여 기록의 열람 및 등사가 허용되며 공개재판의 원칙상 참고인(증인)이 법정에서 출석하게 되면 당연히 신분이 노출되어 보복을 당할 우려가 있기 때문이다. 특히 조직범죄에 관하여 진술하는 참고인의 경우는 위험부담이 대단히 높은 편이며 보복의 대상도 참고인 개인에 한하지 아니하고 어린 자녀 등 그 가족 등에까지 확대되고 있다.

대검찰청의 연구보고에 따르면²⁰⁴⁾, 1991년부터 1994년까지 신고 또는 수사기관 등에서 불리한 진술을 하였다는 이유로 참고인 및 그 가족에게 폭행, 협박을 가하였다가 형사처분을 받은 사건이 80여건에 이르고 있다고 한다. 또한 수사기관에 인지되지 아니하고 암장된 사건 역시 적지 아니하다는 점을 감안하면, 참고인(증인)보호에 관한 제도적 장치를 완벽하게 마련하지 않는 한 보복의 우려가 있는 참고인의 출석은 쉽게 기대할 수 없다 할 것이다.²⁰⁵⁾

203) 참고인 내지 증인 등은 수사 또는 공판절차를 통하여 출석, 진술, 증언 등을 행하는 과정에서 사생활의 비밀이 노출되고 각종 정신적, 심리적 불안감과 더불어 경제적 손실을 입게 되는데, 이러한 연유로 범죄목격자 등 참고인이나 증인은 수사기관에 대한 신고 및 진술이나, 법정에서의 증언을 기피하게 되고 일단 신고 또는 증언을 한 이후에도 보복의 두려움에 고통을 겪게 된다고 할 수 있다. 이에 대하여 상세하게는 정진수, 앞의 증인보호제도에 관한 연구, 15쪽 이하 참조.

204) 대검찰청검찰21세기연구기획단, 앞의 구속제도정비방안연구, 318쪽 참조.

205) 법제도적인 참고인 등의 보호조치와 관련하여서는, ‘특정범죄가중처벌등에관한법률’ 제5조의9(참고인등에 대한 보복범죄의 가중처벌), ‘특정강력

4) 전근대적인 수사관행의 답습

과거에 수사기관은 참고인에 대하여 고압적이고 권위주의적인 자세로 마치 범죄혐의자처럼 취급하여 조사함으로써 민원을 초래하는 경우도 있었다. 또한 수사기관의 편의에 따라 참고인들의 출석을 요구하고 출석한 참고인을 장시간 대기시키는 경우도 비일비재하였다. 이러한 수사관행은 거의 사라져 가고 있지만 아직도 완전히 자취를 감추지 아니하고 있어 수사기관이 구태를 벗어나지 못하고 있다는 국민들의 시각도 참고인 등의 출석을 기피시키는 원인의 하나라 할 것이다.

(3) 현행 참고인 조사제도의 문제점

이상과 같은 여러 가지 원인으로 인하여 참고인은 수사기관에의 출석을 기피하고 있으며, 우리나라의 인구가동율이 20%를 상회하여 국민 5명당 1명 꼴로 이사를 한 것으로 나타나는 것도 출석불응 사례증가의 원인이 될 수 있다. 또한 참고인에 대한 소재수사가 형식적으로 이루어져 소재파악에 어려움이 있으며 소재파악이 되었다 하더라도 출석요구에 불응하는

범죄의처벌에관한특례법’ 제6조(보석 등의 취소), 제7조(증인에 대한 신변안전조치), 제8조(출판물 등으로부터의 피해자보호), ‘성폭력범죄의피해자보호등에관한법률’ 제20조(특정강력범죄의처벌에관한특례법의 준용), 제21조(피해자의 신원과 사생활비밀누설금지), 제22조(심리의 비공개), ‘가정폭력범죄의처벌등에관한특례법’ 제18조(비밀엄수 등의 의무), 제29조(피해자보호를 위한 임시조치), 제32조(심리의 비공개), ‘특정범죄신고자등보호법’ 제6조(범죄신고자 등 보좌인), 제7조(인적사항의 기재생략), 제8조(인적사항의 공개금지), 제9조(신원관리카드의 열람), 제10조(영상물촬영), 제11조(증인소환 및 신문의 특례 등), 제13조(신변안전조치), 제14조(범죄신고자 등 구조금), 제15조(피고인등에 관련된 주요변동상황통지) 등의 개별적인 특별법규정 및 형사절차상의 피고인에 대한 보석제한, 공개주의의 제한 등 공판심리의 특칙 등을 통하여 광범한 제도를 인정하고 있다.

참고인을 수사기관에서 강제로 구인하여 조사할 수 있는 방법이 미비한 실정이며, 참고인에 대한 출석 및 진술강제제도도 실무상 적극적으로 활용되지 못하고 있는 실정이다.

즉 앞에서 살펴본 바와 같이 참고인은 형사소송법상 수사기관의 출석 요구에 대하여 출석의무가 없으며 그 불출석에 대하여도 증인과는 달리 구인도 허용되지 아니하고 과태료, 비용배상과 같은 제재를 가할 수 없다. 다만 형사소송법은 증인신문의 청구(제221조의2), 증거보전(제184조, 제185조)에 관한 규정을 두어 일정한 요건 하에 참고인의 구인을 인정하고 있으며, 국가보안법은 형사소송특칙으로서 독자적으로 참고인을 구인하여 강제수사할 수 있는 규정을 두고 있을 뿐, 형사소송법상 수사기밀을 유지하면서 출석을 거부하는 참고인을 강제수사할 수 있는 규정은 미비하다 할 수 있다.

이러한 참고인의 출석거부에 대하여는 형사소송법 제221조의2가 제1회 공판기일 전에 한하여 증인신문청구를 할 수 있도록 규정하고 있지만, 증인신문청구절차는 공판절차에 준하는 절차로서 수사기밀의 유지가 어렵고, 그 절차상 증거보전청구, 법원의 참고인소환, 소환불응시 구인영장 발부, 구인영장의 집행 등 다단계과정을 거쳐야 할뿐만 아니라 상당한 시일이 소요되어 수사의 적기를 상실하게 될 우려가 있다는 점이 지적되고 있다. 또한 증인신문청구절차는 청구권자를 검사로 제한한 취지에 비추어 볼 때 기소를 전제로 한 규정이라 할 수 있으므로 범죄혐의없음 등과 같은 불기소처분을 위하여는 사용하기가 쉽지 않은 문제점이 있다는 것이다.²⁰⁶⁾

따라서 수사실무에서는 참고인이 보복이나 회유 등에 따라 수사과정에서 한 진술을 반복할 우려가 있을 때 증거를 확실히 해 두기 위하여 증인신문청구절차를 이용할 뿐이지만 이 또한 헌법재판소의 위헌결정²⁰⁷⁾으로

206) 대검찰청검찰21세기연구기획단, 앞의 구속제도정비방안연구, 320쪽.

인하여 그 활용의 길은 봉쇄되었다 할 수 있다.

또 다른 하나는 형사소송법 제184조의 증거보전제도를 활용하는 방법이지만, 증거보전청구권이 피의자, 피고인 또는 변호인에게도 인정되어 있는 취지를 감안할 때, 동제도는 사실상 피의자 또는 피고인에게 유리한 증거를 수집하고 보전하기 위한 강제처분으로 이해하여 수사절차의 소송 구조화를 위한 구체적 표현이며, 당사자주의를 강화하기 위한 제도로 이해하여야 할 것이다. 이러한 증거보전제도도 수사실무상 증인신문청구와 같이 그 절차가 다단계과정을 거치고 왜곡된 진술을 할 우려가 크기 때문에 그다지 활용되지 않는 문제점을 안고 있다.

다. 참고인 구인제 입법안의 문제점

(1) 참고인의 출석 및 진술의무 신설 여부

참고인의 출석 및 진술을 강제하는 방법으로는 먼저 앞에서 살펴 본 독일(형사소송법 제161조a 제1항) 및 프랑스(형사소송법 제62조)의 예와 같이, 형사소송법에 참고인의 출석 및 진술의무에 관한 명문규정을 신설하여 이에 위반한 때에는 비용배상, 벌금 및 과태료를 부과하는 방안을 생각할 수 있다. 이러한 방안은 참고인도 국가형벌권의 실현이라는 공익을 위하여 협조하여야 하고 자발적인 협조가 불가능한 경우 심리적, 경제적 부담을 가하여 참고인의 출석을 촉진함으로써 궁극적으로는 원활한 형사사법절차의 진행을 담보하려는 것이라 할 수 있다.

그러나 이처럼 참고인에게 출석의무를 부과하면서 불이행시 벌금 등의 형벌을 과하는 방안은, 공판절차에서 증인이 정당한 사유없이 출석하지 아니한 때에는 결정으로 50만원 이하의 과태료에 처하고 출석하지 아니

207) 헌법재판소 1996.12.26, 94헌바1 결정.

함으로써 생긴 비용의 배상을 명할 수 있다(형소법 제151조 제1항)고 규정하고 있는 우리 형사소송법체계와는 상응할 수 없는 것이라 할 수 있다. 즉 공판절차에서 법원이 소환하는 증인에 대해서조차 우리 형사소송법은 그 제재조치로 형벌을 규정하고 있지 않음에도 불구하고 형사절차상 그 전 단계라 할 수 있는 수사절차에서 참고인 등의 출석거부를 이유로 그 제재조치로서 형벌 등을 사용하는 것은 형평에 맞지 않을 것이기 때문이다. 또한 법원실무상으로도 증인이 출석하지 않음으로써 발생하는 소송비용의 액수가 크지 않고 과태료의 집행이 어려워 실효성이 없어 소환에 불응한 증인에 대한 비용배상 및 과태료 부과결정은 그 예를 찾아보기 어렵고 구인영장을 발부하는 것이 일반적인 상황인 점을 감안하면, 참고인 등에 대한 출석 및 진술의무를 부과하면서 그 제재조치로 벌금 등의 형벌을 부과하는 방안은 바람직하다 할 수 없다.

다른 또 하나의 방안으로는, 법원의 개입없이 중요참고인을 체포하거나(미국), 검사 및 사법경찰관이 참고인 등을 24시간 동안 보호유치하거나(프랑스), 참고인의 출석 및 진술의무 불이행시 참고인을 구인하는(독일) 제도를 생각할 수 있지만, 이러한 방안은 우리 헌법상의 ‘영장주의원칙’에 정면으로 배치된다 할 것이다. 즉 우리 헌법 제12조 제3항은 ‘체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다’고 규정하고 있는데, 위의 방안을 도입하는 경우에는 법원의 개입없이도 수사기관이 독자적으로 참고인을 구인할 수 있게 되어 헌법상 규정된 영장주의원칙에 정면으로 배치되기 때문이다.

그렇다면 우선적으로 수사관행의 개선, 참고인보호대책의 철저화, 참고인의 편익증진 등과 같은 참고인의 출석불응원인 제거를 위한 진지한 노력을 통해 참고인의 자발적인 출석률을 높이는 방안을 강구하는 것이 바람직하다 할 것이다.

(2) 참고인 구인의 실제적 요건

법무부가 지난 2002년 12월 입법추진 중인 ‘형사소송법개정초안’은 현행 형사소송법 제221조에서 ‘피의자의 自己負罪 陳述이 아닌 제3자의 객관적 진술·증거에 의하여 사실을 규명하는 범죄수사 방식의 확립을 위하여, 범죄의 수사에 없어서는 아니 될 중요한 사실을 안다고 명백히 인정되는 피의자 아닌 자가 정당한 이유없이 2회 이상 출석요구에 불응한 경우 법관의 영장을 받아 구인할 수 있으며(초안 제221조 제2항)’, 다만 구인 후 24시간이 경과하면 구인된 참고인을 석방하도록 하고, 증인적격이 없거나, 법률상 증언거부권이 보장된 자에 대하여는 구인대상에서 제외하도록 하여 구인 대상자의 인권이 침해되지 않도록 배려하고(초안 동조 제2항 및 제3항), 구인된 자가 보복을 당하거나 위해를 입을 우려에 대비하여 필요한 신변안전조치를 취하도록 하는(초안 동조 제4항) 내용의 ‘수사협조 구인제도’의 도입을 추진하고 있다.²⁰⁸⁾

(가) 참고인 출석을 위한 수사기관의 진지한 노력

참고인에 대한 구인은 참고인이 수사기관의 정당한 출석요구를 받고도 출석하지 아니한 경우 및 출석거부의 의사표시를 명백히 하는 등 출석을 확보하는 것이 불가능하다고 판단되는 경우에 판사의 구인영장을 발부받아 구인할 수 있도록 한다는 방향성에 있어서 초안의 내용은 바람직하다고 할 수 있다.

그러나 ‘형사소송법개정초안’은 ‘범죄의 수사에 없어서는 아니 될 중요한 사실을 안다고 명백히 인정되는 피의자 아닌 자가 정당한 이유없이 2회 이상 출석요구에 불응한 경우’로 참고인구인의 실제적 요건을 규정하

208) 법무부, 보도자료 형법·형사소송법 개정 초안, 2002.12.18. 참조.

고 있는데, 초안에서 참고인에 대한 편익증진을 배려하는 방안은 찾아볼 수 없다. 따라서 수사의 협조자에 불과한 참고인의 기본권보장을 고려한다는 측면 및 원칙적으로 임의수사로서의 참고인조사를 관철시킨다는 취지에서 다음과 같이 명문규정으로 ‘범죄의 수사에 없어서는 아니 될 중요한 사실을 안다고 명백히 인정되는 피의자 아닌 자가 출석을 위한 수사기관의 진지한 노력에도 불구하고 정당한 이유없이 2회 이상 출석요구에 불응한 경우’로 수정하는 것이 바람직하다 할 것이다.

여기서 ‘출석을 위한 수사기관의 진지한 노력’이란, 앞의 개선방안에서 살펴본 것처럼, 예컨대 참고인에 대한 출석요구는 반드시 필요한 경우에만 하여 최소한도로 하고 동일한 내용을 조사하기 위하여 불필요하게 여러 차례 출석요구를 하지 않으며, 출석요구방법·출석일시·조사시간 등을 정할 때에 참고인의 사생활이 침해되거나 명예가 훼손되는 일이 없도록 하고, 생업이 지장을 받지 않도록 배려하면서 출석에 불응하는 경우 전화 등의 통신수단을 사용하여 참고인을 설득하는 것과 같은 노력이라 할 수 있다.²⁰⁹⁾ 이러한 노력을 통해 참고인 스스로가 수사기관에 출석하여 진술을 하는 데에 두려움과 불안감, 불쾌감을 감소시킬 수 있으며, 출석과 진술로 인해 입게 될 개인적인 불편과 불이익을 공공의 이익을 위해 감수할 의욕이 생길 수 있을 것이다.

(나) 구인대상 참고인의 범위

또한 참고인의 범위와 관련하여서도 ‘형사소송법개정초안’은 ‘범죄의 수

209) 이와 관련하여, 2003년 1월 1일부터 시행되고 있는 ‘인권보호수사준칙(법무부장관 훈령)’ 제10조는 검사가 참고인의 출석요구시 유의하여야 할 사항을 규정하고 있으며, 수사과정에서의 적법절차에 따른 보장을 강화하고 참고인의 인권을 보호한다는 취지에서, 위 훈령에 위배되는 사항에 대한 시정 등 인권보호와 관련된 조치를 시행할 수 있는 ‘인권보호관’제도를 동준칙 제33조 이하에 규정하고 있다.

사에 없어서는 아니 될 중요한 사실을 안다고 명백히 인정되는 피의자 아닌 자'로 규정하여, 모든 범죄의 참고인을 요건에 충족하면 구인할 수 있도록 하고 있다. 참고인의 범위와 관련하여서는 이미 모든 참고인에 대하여 구인할 수 있도록 하자는 의견과 중요범죄의 참고인에 대하여 구인할 수 있도록 하자는 의견이 대립하고 있었으며, 후자는 다시 중요범죄의 범위를 단기 5년 이상의 징역이나 금고로 하자는 의견과 장기 3년 이상의 징역이나 금고로 하자는 견해로 나뉘어져 있었다.²¹⁰⁾

그러나 참고인의 범위와 관련하여서는 피의자에 대한 체포도 '피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고 정당한 이유없이 수사기관의 출석요구에 응하지 아니한 경우' 뿐만 아니라, '다액 50만원 이하의 벌금, 구류, 과료에 해당하는 경미사건에 관하여는 피의자가 일정한 주거가 없는 경우'에 한하여 체포할 수 있도록 규정한 형사소송법 제200조의2 와의 형평성 및 참고인의 제3자적 지위를 감안할 때, 일정한 제한을 두는 것이 바람직 할 것이다.

이와 관련하여, 구인대상 참고인의 범위를 엄격하게 제한하면 수사기관이 편법을 사용할 우려가 있고 또한 구인의 효력이 24시간 이내이기 때문에 신체의 자유에 대한 제한이 심하지 아니하다는 점을 참작하여 체포의 제한보다 다소 상향조정된 다액 100만원 이하의 벌금, 구류, 과료에 해당하는 사건의 참고인은 구인대상에서 배제하여야 한다는 주장²¹¹⁾도 있지만, 이러한 견해는 피의자의 지위와 참고인의 지위의 차이를 경시하고 있으며, 신체의 자유에 대한 제한이 시간적인 개념으로 심하지 않는 경우 허용될 수 있는 여지를 남기는 것으로서 바람직하다 할 수 없다. 피의자는 범죄의 혐의를 받고 있는 자인 반면에, 참고인은 범죄수사에 협조하는 자에 불과하다는 커다란 차이를 잊어서는 안될 것이다.

210) 대검찰청검찰21세기연구기획단, 앞의 구속제도정비방안연구, 332쪽 참조 ; 정웅석, 앞의 책, 103쪽 참조.

211) 대검찰청검찰21세기연구기획단, 앞의 구속제도정비방안연구, 333쪽.

따라서 구인대상 참고인의 범위는 일정한 범죄유형, 예컨대 사안의 내용이 복잡다난하고 중차대하며 사안의 진실규명을 위해서는 참고인의 진술이 반드시 필요한 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 조직폭력범죄, 예를 들면 범죄조직에 의한 테러범죄나 살인 등 범죄와 같은 특정강력범죄, 마약류범죄와 같은 조직폭력범죄 및 대형금융범죄와 관련된 참고인에게만 한정시켜야 할 것이다. 즉 ‘형사소송법개정초안’의 ‘범죄의 수사에 없어서는 아니 될 중요한 사실을 안다고 명백히 인정되는 피의자 아닌 자’라는 문언은 ‘장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 조직폭력범죄, 예를 들면 범죄조직에 의한 테러범죄나 살인 등 범죄와 같은 특정강력범죄, 마약류범죄와 같은 조직폭력범죄 및 대형금융범죄의 수사에 없어서는 아니 될 중요한 사실을 안다고 명백히 인정되는 피의자 아닌 자’로 수정하는 것이 바람직하다 할 것이다. 물론 일반적으로는 ‘형사소송법개정초안’의 참고인 범위로 규정한 뒤 구체적으로는 그 운용에 있어 참고인의 범위를 수사기관이 엄격하게 제한하는 방법도 생각할 수 있지만, 포괄적으로 규정한 뒤 수사기관의 배려에 의해 한정적으로 시행되는 것은 바람직하다 할 수 없고, 또한 그러한 운용은 시대상황에 따라 언제든 변경될 수 있는 성질을 갖는다 할 것이므로, 구인대상 참고인의 범주를 원칙적으로 한정하여 명문화하는 것이 바람직할 것이다.

결국 ‘형사소송법초안’ 제221조 제2항의 ‘범죄의 수사에 없어서는 아니 될 중요한 사실을 안다고 명백히 인정되는 피의자 아닌 자가 정당한 이유없이 2회 이상 출석요구에 불응한 경우’라는 실체적인 요건은, ‘장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 조직폭력범죄, 예를 들면 범죄조직에 의한 테러범죄나 살인 등 범죄와 같은 특정강력범죄, 마약류범죄와 같은 조직폭력범죄 및 대형금융범죄의 수사에 없어서는 아니 될 중요한 사실을 안다고 명백히 인정되는 피의자 아닌 자가 출석을 위한 수사기관의 진지한 노력에도 불구하고 정당한 이유없이 2회 이상 출석요구에 불응한

경우'라는 실체적 요건으로 수정되어야 할 것이다.

다만 구인대상 참고인이라 할지라도 '증인적격이 없거나 법률상 증거거부권이 보장된 자'는 '형사소송법개정초안' 제221조 제2항 및 제3항의 규정과 같이 구인대상에서 배제하여야 할 것이다.

(3) 참고인 구인의 절차적 요건

(가) 법원에 의한 통제

이상과 같은 실체적인 요건이 충족되면, 참고인 구인은 헌법상 영장주의원칙(제12조 제3항)에 따라 법원에 의하여 통제되어야 한다. 즉 영장주의의 원칙과 수사기관의 참고인 구인의 남용을 방지하기 위한 절차적 통제장치로서 법원에 의한 통제가 반드시 필요하다.

이와 관련하여 '형사소송법개정초안'은 '... 정당한 이유없이 2회 이상 출석요구에 불응한 경우 법관의 영장을 받아 구인할 수 있다'고 규정하고 있는데, 사법적 통제 아래 참고인을 구인할 수 있다는 영장주의원칙의 구현과 참고인 구인제도의 남용방지라는 측면에서는 '... 정당한 이유없이 2회 이상 출석요구에 불응한 경우 검사는 소명자료를 첨부하여 관할지방법원판사에게 구인영장을 청구할 수 있으며, 판사가 구인이 상당하다고 인정하는 때에 발부할 수 있는 구인영장으로 참고인을 구인할 수 있다'는 문언으로 명문화하는 것이 바람직하다 할 것이다.

(나) 구인의 효력

구인의 효력은 '형사소송법개정초안' 제221조 제2항이 규정하고 있는 것처럼, 피고인구인과 마찬가지로 24시간 이내로 한정하면서, 그 회수도 1회

로 한정시켜야 할 것이다. 또한 구속과 이유의 고지(형사소송법 제72조), 구속영장의 방식(동법 제75조), 구속영장의 집행(동법 제81조, 제83조, 제85조) 등에 대한 준용규정을 명문화하여야 할 것이다.

(다) 구인대상 참고인의 신변보호안전조치

앞에서 살펴 본 것처럼, 참고인의 불출석을 보복의 우려라는 출석불응 원인에서 살펴본다면, 특히 위 실체적 요건과 관련하여 구인대상 참고인의 범위를 ‘장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 조직폭력범죄, 마약범죄 및 대형금융범죄의 수사에 없어서는 아니 될 중요한 사실을 안다고 명백히 인정되는 피의자 아닌 자’로 하면서 그 참고인에 대하여 아무런 신변보호안전조치 없이 구인하는 경우를 문제삼지 않을 수 없다. 이 경우 구인된 참고인은 보복 등의 두려움에 의해 진술을 거부하거나, 허위로 진술하거나, 진실된 진술을 하고 보복을 당하는 등의 선택지 속에서 하나를 선택하게 될 수밖에 없게 될 것이다.

따라서 ‘형사소송법개정초안’ 제221조 제4항은 ‘구인된 자가 보복을 당하거나 위해를 입을 우려에 대비하여 필요한 안전조치를 취할’ 수 있다는 취지의 신변보호안전조치를 준비하고 있는데, 이는 참고인의 기본권보장이라는 측면과 수사에 협조한 중요참고인의 권리보호를 위한 규정이라 할 수 있다.

그러나 ‘형사소송법개정초안’ 규정처럼 ‘필요한 안전조치’라는 문언은 추상적이고 포괄적이라 할 수 있으므로, 앞에서 살펴 본 ‘특정범죄신고자등보호법’ 제7조의 ‘인적사항기재생략’, 제8조의 ‘인적사항의 공개금지 의무’, 제17조의 ‘제8조의 의무위반에 대한 벌칙’, 제13조의 ‘신변안전조치’의 규정을 준용한다는 취지나, 그 내용을 구체적으로 명문화하는 것이, 신체의 안전과 자유를 담보로 수사협조의무를 이행하려는 참고인에 대한 권리보

호라는 측면에서 바람직하다 할 것이다.

또한 참고인 구인시 국선변호인으로부터 변호를 받을 권리를 포함한 변호인선임권을 보장하고 있는 미국, 참고인의 출석시 변호인의 입회를 허용하면서 사안규명이 곤란하다고 인정되는 극히 예외적인 경우에 그 입회를 제한할 수 있다고 하는 독일 등의 입법례²¹²⁾를 참조하여, 참고인 구인시 ‘변호인선임권’을 보장하거나, ‘특정범죄신고자등보호법’ 제6조의 ‘범죄신고자등보호죄인’제도를 활용하는 방안을 강구하여야 할 것이다.

라. 증거보전제도 및 증인신문청구제도와와의 관계

이상과 같이 참고인 구인제도를 도입하는 경우에는 기존의 참고인 출석 및 진술강제제도라 할 수 있는 증거보전제도(형사소송법 제184조) 및 증인신문청구제도(동법 제221조의2)와 관계를 정립할 필요가 있다.

먼저 증거보전제도와 관련하여서는, 이 제도의 실질적인 의미가 ‘변호권의 확대·강화’라는 방침 아래 수사기관의 수사에 대응하여 피의자·피고인에게 유리한 증거를 수집·보전하게 함으로써 적법절차의 이념에 바탕을 둔 당사자의 무기대등원칙을 실현하여 궁극적으로는 공정한 재판의 이념을 실현하는 데 중요한 의미를 갖게 하는 제도라는 점을 감안하여야 한다. 따라서 공소제기 전의 광범위한 강제처분권을 행사할 뿐만 아니라 증거보전의 한 유형이라 할 수 있는 ‘증인신문청구권’까지 가지고 있는 검사에게 또 다른 형태의 ‘증거보전청구권’을 인정하는 것은 현실적으로도 의미가 없을 뿐만 아니라 이론적으로도 중첩된 청구권을 행사하는 것으로서 외국의 입법형식에서도 찾아볼 수 없는 것이다. 그러므로 ‘참고인 구인청구권(형사소송법개정초안 제221조 제2항)’과의 관계상 입법을 통하여 검사의 ‘증거보전청구권’은 삭제하는 것이 바람직할 것이다.²¹³⁾

212) 박미숙, 앞의 논문, 162쪽 이하 참조.

한편 ‘증인신문청구제도’의 구인대상 참고인과 ‘참고인 구인제도’의 구인대상 참고인의 범위에 대하여도 양자의 관계를 정립할 필요가 있다. 즉 ‘형사소송법개정초안’ 제221조 제2항에서 구인대상 참고인은 ‘장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 조직폭력범죄, 예를 들면 범죄조직에 의한 테러범죄나 살인 등 범죄와 같은 특정강력범죄, 마약류범죄와 같은 조직폭력범죄 및 대형금융범죄의 수사에 없어서는 아니 될 중요한 사실을 안다고 명백히 인정되는 피의자 아닌 자’로 제한되지만, ‘증인신문청구제도’의 구인대상자는 ‘범죄의 수사에 없어서는 아니 될 사실을 안다고 명백히 인정되는 자(현행 형사소송법 제221조의2 제1항)’로서 참고인 구인제도의 구인대상자를 포함할 뿐만 아니라 모든 범죄의 참고인을 대상으로 한다.

그러나 양자는, ‘증인신문청구제도’를 통하여 작성된 ‘증인신문조서’는 형사소송법 제311조에 의하여 절대적인 증거능력을 인정받지만, ‘참고인 구인제도’를 통하여 작성된 ‘참고인진술조서’는 동법 제312조 제1항에 의해 공판준비 또는 공판기일에서의 원진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정되는 때에 한하여 증거능력을 인정받는다는 점에서 차이가 있다. 어떠한 제도를 활용하여 실제적 진실을 규명할 것인가는 수사기관의 선택에 달려있다고 할 수 있을 것이다.

제3절 증인의 인권보호 및 향상을 위한 개선방안

일반적으로 증인(Zeuge, witness)이란 법원이나 법관에 대하여 자기가 과거에 체험한 사실을 진술하는 제3자를 말한다.²¹⁴⁾ 이 진술을 증언이라

213) 같은 취지로는 배종대·이상돈, 앞의 책, 314쪽 ; 신동운, 앞의 책, 255쪽 ; 강구진, 앞의 책, 230쪽.

214) 이재상, 앞의 책, 417쪽 ; 배종대/ 이상돈, 앞의 책, 472쪽 ; 신동운, 앞의 책, 725쪽 등.

고 한다. 증인은 법원 또는 법관에 대하여 진술하는 제3자라는 점에서 수사기관(검사 또는 사법경찰관)에 대하여 진술하는 참고인(형사소송법 제221조)과 구별된다. 또한 증인은 자신이 체험한 사실을 진술하는 자라는 점에서 법원이 재판상 필요로 하는 전문지식이나 경험을 보충하기 위하여 법원이 지시하는 사실판단의 지식이나 그 구체적 결과를 보고하는 감정인(Sachverständiger)과도 구별된다. 즉 증인은 자신의 과거경험사실을 그대로 진술하기 때문에 다른 사람에 의해 대체될 수 없지만(비대체적 성질), 감정인은 전문지식과 경험에 의해 법원이 지시하는 사실에 관한 전문적 판단결과를 보고하는 자이기 때문에 같은 전문지식과 경험을 가진 다른 감정인에 의해 얼마든지 대체될 수 있다는 점(대체적 성질)에서 증인과 구별되는 것이다. 따라서 증인의 경우에는 구인이 인정되지만(제152조) 감정인의 경우에는 그렇지 않다. 여기서 제3자가 진술하려는 사실이 그의 특별한 지식·경험에 의하여 알게 된 경우²¹⁵⁾에 이를 증인으로 볼 것인가 아니면 감정인으로 볼 것인가 하는 문제가 발생한다. 그러나 이러한 자는 감정인과는 달리 대체성이 없으므로 증인에 속한다고 하여야 할 것이다.²¹⁶⁾ 즉 형사소송법 제179조도 특별한 지식에 의하여 알게 된 과거의 사실을 진술하는 자를 감정증인으로 정의하면서, 그에 대해서는 감정에 관한 규정이 아니라 증인에 관한 규정에 따라서 신문하도록 규정하고 있다.

형사소송법상 증인보호의 문제는 참고인이나 범죄신고자 등의 보호문제와도 밀접한 관련을 가지고 있다. 예컨대 보복범죄 등으로부터의 보호의 대상은 증인에만 국한되는 것은 아니고, 참고인이나 신고자 고소·고발자 등도 대상이 될 수 있다. 그리고 민사사건에 있어서도 소송당사자나

215) 예컨대 피해자를 진료한 의사에게 피해의 원인이나 정도를 신문하는 경우 등 : 차용석, 형사소송법, 1998, 세영사, 841쪽.

216) 이재상, 앞의 책, 418쪽 ; 배종대/ 이상돈, 앞의 책, 472쪽 ; 신동운, 앞의 책, 726쪽 등.

소송대리인 등에 대한 보복범죄가 발생할 우려가 있고 여기서 증인보호의 문제가 발생할 수 있다. 다만 본 고에서는 형사소송법상의 증인보호문제를 주된 연구대상으로 하고자 한다. 그리고 증인보호문제는 피해자보호문제와도 밀접한 관련을 가지고 있다. 형사소송체계에서 보면 피해자가 형사절차에 관여하는 가장 중요한 계기는 바로 증인으로 참여하는 것이기 때문이다. 거의 대부분의 사건에서 피해자는 수사절차에서부터 공판절차에 이르기까지 자의든 타의든 간에 여러 번에 걸쳐 소환되어 조사를 받고 사건에 대한 진술이나 증언을 하게 된다. 미국에서도 피해자보호문제와 증인보호문제가 별개의 문제로 다루기보다는 서로 결합된 하나의 문제로 보아 왔다.²¹⁷⁾ 다만 피해자보호문제와 증인보호문제를 항상 동일하게 취급할 수는 없을 것이다. 왜냐하면 피해자가 아닌 자(예컨대 고발자, 정보협력자 등)가 증인이 되는 경우도 적지 않을 것이고, 증인은 법정에서 증언을 하는 자이므로 피해자의 경우와 달리 1차적으로 형사절차상의 보호가 문제되기 때문이다.²¹⁸⁾

1. 증인보호의 실질화 : 증인 신변안전조치의 철저화

가. 인적 사항에 대한 진술의 유보

(1) 특정범죄신고자등보호법상의 증인의 인적 사항의 보호

증인보호방안 중 중요한 하나는 증인의 인적 사항을 보호하는 것이라 할 수 있다. 우리나라에서는 지금까지 증인의 인적사항을 보호하기 위한

217) 송희진, 형사절차상 피해자 및 증인보호방안에 관한 연구, 연세대학교 대학원 박사학위논문, 1999, 60쪽 이하 참조.

218) 송희진, 앞의 학위논문, 12쪽 ; 정진수, 증인보호제도에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1996, 19쪽 등.

법규정은 존재하지 않았으나, ‘특정범죄신고자등보호법’에서는 범죄신고자 등 인적사항을 보호하기 위한 규정을 두고 있다(제7조). 이에 의하면 검사 또는 사법경찰관은 범죄신고와 관련하여 조서 기타 서류를 작성함에 있어 범죄신고자 등의 성명, 연령, 주소, 직업 등 신원을 알 수 있는 사항을 기재함으로써 보복을 당할 우려가 있는 경우 그 취지를 조서 등에 기재하고 그 인적사항의 전부 또는 일부를 조서 등에 기재하지 아니할 수 있다(동조 제1항). 그리고 검사 또는 사법경찰관은 조서 등에 기재하지 아니한 인적사항을 범죄신고자 등 신원관리카드에 등재하여야 하며(동조 제3항), 범죄신고자 등은 조서나 진술서 등에 가명으로 署名捺印할 수 있다(동조 제4항, 5항). 범죄신고자 등이나 그 법정대리인은 검사 또는 사법경찰관에게 제1항의 조치를 취하도록 신청할 수 있으며(동조 제6항), 신원관리카드는 검사가 관리한다(동조 제7항).

그리고 누구든지 제7조에 의하여 관리되고 있는 범죄신고자 등이라는 정을 알면서 그 인적사항 또는 범죄신고자 등임을 미루어 알 수 있는 정도의 사실을 타인에게 알려주거나 공개 또는 보도하여서는 아니 된다(동법 제8조). 그러나 법원이 다른 사건의 재판상 필요한 경우에는 검사에게 신원관리카드에 기재된 범죄신고자 등의 인적사항에 대한 열람을 요청할 수 있고, 검사는 범죄신고자 등이 보복을 당할 우려가 있다고 판단하는 경우 외에는 열람을 허용하여야 한다(동법 제9조 제1항). 또한 다른 사건의 수사나 공무상 필요한 경우 또는 변호인이 피고인의 변호를 위해 필요한 경우에는 그 사유를 소명하고 검사의 허가를 받아 신원관리카드에 기재된 범죄신고자 등의 인적사항을 열람할 수 있다(동조 제2항).

또한 동법 제11조에서는 증인소환 및 신문의 특례 등에 관하여 규정하고 있다. 즉 제7조에 의하여 조서 등에 인적사항을 기재하지 아니한 범죄신고자 등을 증인으로 소환할 때에는 그 인적사항을 관리하는 검사에게 소환장을 송달하며(제11조 제1항), 재판장은 제1항에 의하여 소환된 증인

에게 제7조 제1항의 사유가 있는 때에는 담당 법원서기관으로 하여금 공판조서에 그 취지를 기재하고 그 인적사항의 전부 또는 일부를 기재하지 아니하도록 할 수 있다(제11조 제2항). 제2항의 경우 증인의 신원확인은 경사가 제출하는 신원관리카드에 의하고, 신원확인·증인선서·증언 등 증인신문의 전과정에 걸쳐 그 인적사항이 공개되지 않도록 유의하여야 한다(동조 제3항). 그리고 제2항에 의하여 인적사항을 기재하지 않는 경우 재판장은 증인으로 하여금 선서서에 가명으로 서명무인하게 하여야 한다(동조 제4항).

(2) 문제점과 개선방안

증인의 인적사항의 보호는 협박이나 보복범죄를 차단하는 지름길이므로 그 취지는 바람직하다 할 것이다. 1979년 미국변호사협회가 개최한 청문회에 의하면 증언과정에서 협박당한 사람들 가운데 42%는 집에서, 15%는 직장이나 학교에서, 25%는 전화나 우편으로 협박을 받았다고 한다.²¹⁹⁾ 따라서 범죄신고자 등의 보호방안으로서 이들의 성명과 집이나 직장의 주소, 전화번호 등의 인적사항을 보호하는 것은 매우 중요한 것이라 할 것이다.

외국에서도 증인의 인적사항을 보호하기 위한 방안을 강구하고 있다. 먼저 증인의 주소와 근무장소에 대한 진술의 유보에 대하여 살펴보면²²⁰⁾, 미국에서는 증인이 위협에 처한 경우 주소나 근무장소에 대한 진술을 유보하는 것이 원칙적으로 허용된다. 다만 방어자에 대해서는 다른 방법에

219) 이기현, 범죄신고자 등 보호방안, 범죄신고자 등 보호방안에 관한 공청회자료집, 한국형사정책연구원, 1995, 22쪽.

220) Peter Hünerfeld(Hrsg.), Zeugenschutz durch Verkürzung oder Vorenthaltung von Angaben zur Person des Zeugen, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 1992, S.285-286.

의해 방어의 가능성이 보장되어야 하는데 예를 들면 증인의 주소를 변호인에게만 통지해 주거나 잠입수사관의 경우 증인의 근무장소나 근무기관을 통지해 주는 방법이다. 영국에서는 증인보호를 위해 필요한 경우에는 증인의 주소 대신에 근무처의 주소를 진술할 수 있도록 하고 있다. 덴마크에서는 피고인에 대해서만 증인의 주소를 은닉할 수 있도록 하는 법규정이 있으며, 변호인은 늦어도 공소제기 전까지는 이에 관한 정보를 통지받을 수 있다. 네덜란드에서는 지금까지의 수 차례의 개정안에서 위협에 처한 증인의 주소를 질문하지 못하도록 했으며, 스위스에서는 실무상 일정한 요건하에서 조서상 주소의 기재를 포기하도록 하고 있다. 스페인에서는 증인의 주소가 의무적 진술사항이 아닌 것으로 하고 있지만, 변호인은 공소장에 첨부된 증인명부를 복사할 수 있어 언제나 증인의 주소를 알 수 있다.

다음으로 증인의 신원에 대한 진술의 유보에 대해서 살펴보면²²¹⁾, 미국에서는 경찰의 정보협력자나 잠입수사관인 증인의 신원에 대한 질문권을 제한하는 판례가 있으나 대체로 방어자에 대하여 검사측 증인을 익명화하는 것은 허용되지 않는다는 입장이다. 영국에서는 북아일랜드지역에서 테러리스트에 대한 소송에서 예외적으로 증인의 익명화를 허용한 사례가 있다. 덴마크와 이탈리아에서는 이러한 방식의 증인보호는 배제하지만 예비절차에 한하여 고려될 수 있다. 스위스에서는 증인의 신원이 은닉된 사례들이 있지만 이는 잠입수사관에 대한 경우였다. 스페인에서는 관련 법규정은 없지만 실무상으로 경찰증인인 경우 사건번호(Dienstnummer)만을 진술할 수 있다. 스웨덴에서는 증인의 인적사항에 대한 진술의 유보를 증인보호조치로 고려하지 않고 있다. 1992년 7월 1일자 개정법률은 관계자의 생명, 신체 또는 자유에 대해 특히 중대한 범죄행위가 범해질 명백한 위험이 존재할 경우에는 인적사항에 관해 허구의 진술을 사용하도록 허

221) A.a.O., S.286-290.

가를 얻을 수 있도록 하였다. 그러나 피의자나 피고인에 대해 증인의 익명화를 가능하도록 하는 법률적 토대를 마련하려는 경찰 측의 개정 노력은 법무부에 의해 설치된 전문위원회에 의해 결정적인 반박을 받았다. 다만 증인의 신체적 보호의 강화, 중대한 위협이 장기간 지속되는 사안들에서의 인적사항의 변경의 고려 및 위협에 처한 증인보호를 위한 형벌규정의 강화 등은 지지를 얻고 있다. 네덜란드에서의 증인익명화의 문제는 무엇보다 각료회의에서 의결된 개정안이 검토되어야 한다. 이에 의하면 위협에 처한 증인을 익명화할 수 있는지의 여부는 일정한 절차를 거쳐 예심판사가 결정할 수 있으며, 이 절차에는 검사, 혐의자(Verdachtigen) 및 변호인을 위한 청문가능성이 고려되어야 한다. 그리고 위협에 처한 증인의 신문시 증인의 신원을 은닉하도록 하는 예심판사의 명령은 항고이유가 된다. 예심판사는 신문시 협박받는 증인의 신원과 그의 신뢰성을 精査하여야 하며 신문조서에서 그에 관해 석명해야 한다. 증인의 익명성을 보장하는 것이 필요할 때, 법관은 피의자나 변호인 또는 양자 모두 증인신문에 출석할 수 없도록 할 수 있다. 그리고 후자의 경우에는 검사도 출석할 수 없다. 그러나 소송관계인들은 전자통신의 방법으로 그것이 가능하지 않으면 서면으로 질문을 할 수 있다. 그리고 익명의 진술만으로는 유죄판결을 내릴 수 없다는 명시적 규정이 있다. 이것은 자유심증주의 원칙의 제한이다. 네덜란드에서의 증인보호방안은 위협에 처한 증인의 신원을 은닉하는 것에까지 미치고 있지만, 이에 대해서는 방어권의 보장이라는 측면에서 반론이 있다.

증인보호의 관점에서 본다면 증인의 인적사항은 최대한 폭넓게 보호되는 것이 바람직하다. 그러나 인적사항의 보호가 결과적으로 피의자·피고인의 방어권을 부당하게 침해하는 결과를 가져와서는 안 될 것이다. 증인의 인적사항을 과도하게 보호한 결과 증인이 누구이며, 무엇을 증언했는지조차 알 수 없게 된다면 피고인과 변호인의 방어권은 부당하게 제한될

수밖에 없다. 여기에 인적사항의 보호의 한계가 있다고 할 것이다. 생각컨대 증인의 인적사항의 보호는 지속적으로 검토되어야 할 문제라고 하겠으나 피고인의 경우와 변호인의 경우를 나누어 보아야 할 것으로 생각된다. 변호인에 대해서는 증인의 주소와 성명 등 일체의 인적사항을 언제나 비밀로 할 수 없도록 하여야 할 것이다. 그러나 피고인에 대해서는 그러하지 않다. 증인에 대한 보복의 우려가 있는 경우 피고인에 대해서는 증인의 인적사항을 비밀로 할 수 있다고 생각된다. 따라서 증인에 대한 보복이 우려되는 경우 변호인이 피고인 등에게 증인의 인적사항을 공개하지 못하도록 하는 의무를 부과하여야 할 것이다.

이러한 관점에서 ‘특정범죄신고자등보호법’의 내용을 보면 다음과 같은 몇 가지 점에서 의문이 있다.²²²⁾ 첫째 동법에서는 변호인이 피고인의 변호에 필요한 경우에는 그 사유를 소명하고 검사의 허가를 받아 신원관리카드에 기재된 범죄신고자 등의 인적사항을 열람할 수 있도록 하고 있다(제9조 2항). 그러나 변호인의 신원카드 열람을 위해 검사의 ‘허가’를 받도록 하는 것은 의문이며 변호인의 방어권 보장이란 측면에서 논란의 소지가 있을 것으로 보인다. 둘째 증인의 인적사항의 보호의 결과 피고인의 반대신문권이 부당하게 제한을 받게 되는 경우도 있을 수 있을 것이므로 검사의 인적사항의 보호조치에 대해 변호인의 이의신청권을 보장하는 것이 바람직하다 할 것이다.

나. 신변안전조치요구권

피해자가 증인이 되는 데에 수반되는 보호책은 증인으로 출두·퇴거함에 따르는 불안 등의 해소나 증언 후 일상생활에 대한 협박에의 대처, 공판정외의 일상생활에 있어서 신변보호에 까지 미치고 있다. 이는 피해자

222) 정진수, 앞의 책, 101쪽 참조.

인 증인을 고통스럽게 함으로써 ‘제2차 피해’를 초래할 위험성이 매우 높기 때문이다.

이에 대하여는 현행법상 피해자인 증인을 보호하는 제도가 규정되어 있다. 즉 ① 피고인의 보석에 있어서 피고인이 증인 및 그 친족의 생명·신체나 재산에 해를 가하거나 가할 염려가 있다고 믿을 만한 충분한 이유가 있는 때에는 보석을 허가하지 않거나 보석을 취소할 수 있다(‘형사소송법’ 제95조 제6호, 제102조 제1항 제4호). 이는 진실발견과 피해자 및 증인보호라는 형사정책적 목적을 실현하기 위하여 제8차 형사소송법 개정 시에 필요적 보석의 제외사유로 추가되어 조직범죄 특히 폭력범죄의 피고인이 보석으로 석방되어 피해자나 증인에게 보복을 가하거나 증인을 위해하여 증언할 수 없게 하는 것을 방지하기 위한 것이다(‘특정강력범죄의 처벌에관한특례법’ 제6조, 이하 ‘특강법’으로 약함).²²³⁾

또한 ② 피고인이나 기타의 사람이 당해 사건과 관련하여 증인이나 그 친족 등에게 정당한 사유없이 면담을 강요하거나 위력을 보인 때에는 ‘특정범죄가중처벌등에관한법률(이하 ‘특가법’으로 약함)’ 제5조의9 제4항의 보복범죄가 성립한다. ③ 특정범죄의 피해자가 형사사건의 증인 또는 참고인으로서 수사기관이나 법원에서 진술이나 증언함으로써 본인 및 그 친족 등이 생명 또는 신체에 대한 위해나 재산 등에 대한 피해를 입거나 입을 우려가 있다고 인정할 만한 충분한 이유가 있는 경우로서 그로 인하여 중대한 경제적 손실 또는 정신적 고통을 받았거나 이사·전직 등으로 비용을 지출하였거나 지출할 필요가 있는 때에는 신청에 의해 국가로부터 범죄신고자등구조금을 지급받을 수 있다(‘특정범죄신고자등보호법’

223) 이재상, 앞의 책, 261쪽 ; 신동운, 앞의 책, 749쪽 ; 野間禮二, 刑事訴訟における現代的課題, 成文堂, 1994, 306面. 이에 대하여 현행법은 필요적 보석의 제외사유를 지나치게 넓게 규정함으로써 구속(집행)의 비례성을 실현하기 위한 보석제도의 기능을 지나치게 축소하고 있다는 관점에서 제95조 제6호를 필요적 보석의 제외사유에서 삭제하는 것이 바람직하다는 견해로는 배종대/이상돈, 앞의 책, 283쪽.

제14조 제1항, 제2조 제2호 및 제3호의 정의규정, 이하 ‘특신보호법’으로 약함).

그러나 이들 제 규정은 증인보호라는 목적에서 볼 때 충분한 보호책이라 할 수 없다. 즉 ②나 ③은 불행하게도 실질적인 피해가 발생한 후의 대처이며 ①도 조직범죄의 경우에 피고인이외의 조직구성원에 의한 가해의 우려에는 무력한 것이라고 할 수 있기 때문이다.

여기서 현행법은 증인보호를 위한 사전적인 보호조치로서 다음과 같은 제도를 실시하고 있다. 즉 ‘특강법’ 제7조는 ‘증인에 대한 신변안전조치’로서 ‘특정강력범죄의 증인이 피고인 기타의 사람으로부터 생명·신체에 해를 받거나 받을 염려가 있다고 인정되는 때에는’ 검사는 관할경찰서장에게 증인의 신변안전을 위하여 필요한 조치를 취할 것을 요청할 수 있다고 규정하고 있으며 ‘특신보호법’ 제13조도 ‘범죄신고자등(증인포함)이나 그 친족 등이 보복을 당할 우려가 있는 경우에는’ 검사 또는 경찰서장은 일정기간 동안 당해 검찰청 또는 경찰서 소속 공무원으로 하여금 신변안전을 위하여 필요한 조치를 하게 하거나 대상자의 주거지 또는 현재지를 관할하는 경찰서장에게 신변안전조치를 취하도록 요청할 수 있다고 규정하고 있다.

또한 ‘특신보호법’ 제7조 제1항은 범죄신고 등과 관련하여 조서 기타 서류를 작성함에 있어 범죄신고자 등이나 그 친족 등이 보복을 당할 우려가 있는 경우에는 검사 또는 사법경찰관은 그 취지를 조서 등에 기재하고 ‘범죄신고자 등의 성명, 연령, 주소, 직업 등 신원을 알 수 있는 사항(인적사항)’의 전부 또는 일부를 기재하지 아니할 수 있다고 규정하여 수사단계에서의 피해자인 증인 등의 인적사항을 보호하고 있으며 나아가 ‘특신보호법’ 제8조, ‘성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률(이하 ‘성폭법’으로 약함)’ 제21조, ‘가정폭력범죄의처벌등에관한특례법(이하 ‘가폭법’으로 약함)’ 제18조 제2항, ‘특강법’ 제8조는 수사 및 공판단계에 있어

서 피해자나 증인 등을 특정하여 파악할 수 있는 인적사항이나 사진 등을 출판물에 게재하거나 방송매체를 통하여 방송할 수 없도록 규정하고 있다.

그러나 이상과 같은 증인에 대한 사전적인 보호제도의 실효성을 제고하기 위하여는 특별법에 산재해 있는 제 규정의 취지를 규합하여 형사소송법에 통일된 조항으로 규정하는 것이 보다 바람직하다 할 것이며, 특히 피해자나 증인의 인적사항과 관련하여 입법론으로는 공판절차에 있어서 범죄의 증명이나 피고인의 방어권행사에 필요한 경우를 제외하고는 피해자나 증인 등의 인적사항이 피고인 등 관계자에게 알려지지 않도록 배려하여야 한다는 취지로 규정될 필요가 있다 하겠다.²²⁴⁾

다. 소송기록열람권의 제한 : 증인조서와 진술서 등

현행 형사소송법에 의하면 피고인에 대해서는 소송계속중인 관계서류 또는 증거물을 열람 또는 등사할 수 있는 소송기록열람·등사권을 인정하고 있다(제55조 제1항, 제292조 제2항).

외국에서는 이러한 소송기록열람·등사권을 지속적으로 강화하여 왔지만, 증인보호와 관련하여 이러한 권리를 제한하려는 움직임이 있다.²²⁵⁾ 미국에서는 소송기록열람·등사권이 효율적인 방어권의 보장과 공판준비 그리고 궁극적으로는 진실발견을 위하여 지속적으로 강화하는 경향을 보여 왔지만, 증인의 조서와 진술서는 대체로 소송기록열람·등사권으로부터 제외하였다. 그리고 다수의 주에서 검사측 증인의 인적사항이 기소와

224) 이와 관련하여 독일형사소송법은 제68조a(불명예스러운 사실 및 전과에 대한 질문)에서 “증인이나 제52조 제1항이 규정하고 있는 증인의 친족에게 불명예가 될 수 있는 사실 또는 그들의 사생활영역과 관련된 사실에 관한 질문은 반드시 필요한 경우에만 하여야 한다”고 규정하여 피해자인 증인의 인적사항 등을 보호하고 있다.

225) Vgl. Peter Hünerfeld(Hrsg.), a.a.O., S.290-291.

함께 법원에 제출되며, 증인명부는 열람의 대상이 되지만, 연방과 그 밖의 주에서의 이에 관한 결정은 법원의 재량에 달려 있다. 그리고 증인협박이 우려되지 않는 경우에만 증인에 관한 정보열람이 허용되고 있다. 영국에서는 ‘예민한 정보’와 관련하여 소송기록열람·등사권을 제한하고 있다. 예컨대 정보협력자나 공개에 의해 위협에 처해질 수 있는 증인과 그 가족의 신원의 공개이다. 그 신원이 알려지는 경우 공격이나 협박의 위협이 있는 경우는 명시적으로 언급되고 있다. 물론 이러한 예민한 자료의 공개 여부를 결정함에 있어서 예민함의 정도와 정보가치는 형량되어야 한다. 스위스에서는 증인보호와 관련된 서류의 열람을 제한하고 있다. 그러나 州차원에서는 소송기록열람·등사권이 법률상 상대적인 권리로 되어 있다. 그리하여 법률상 보장되는 문서공개の場合에도 ‘유해한 위험’ 또는 ‘대단히 중요한 공익 또는 사익’이 존재하는 때에는 실무상 자료를 공개하지 않을 가능성이 높다. 그러나 어떠한 제한도 허용하지 않는 州들도 있다. 덴마크에서는 수사단계에서는 변호인에게 피의자에 대한 일정한 정보를 제공하는 것을 금지하거나 소송기록열람·등사권을 배제하고 있으며, 공소제기 후에는 변호인에게 무제한적으로 소송기록열람·등사권을 보장하면서도 위협에 처한 증인의 주소를 피고인에게 제공하지 못하도록 하고 있다. 네덜란드에서는 개정안에서 예심판사는 소송서류에서 증인의 인적사항을 인용하지 않거나 증인의 인적사항을 삭제할 수 있는 권한을 가진다고 규정하고 있다.

이처럼 소송기록의 열람·등사권의 제한은 증인의 인적사항을 보호하는 하나의 방법이라 할 수 있으므로 소송기록열람·등사권의 제한문제는 앞에서 언급한 증인의 인적사항의 보호문제와 동일한 맥락에서 파악하여야 할 것이다. 그러므로 변호인의 경우는 이러한 권리를 실제적 진실발견과 효과적인 변호활동을 위해 지속적으로 확대시킬 필요가 있다고 생각되지만²²⁶⁾, 피의자·피고인에 대해서는 소송기록열람·등사권의 보장이

피해자·증인을 위협에 처하게 하거나 수사목적에 위태롭게 할 수 있는 경우 등에는 이러한 권리를 제한할 필요가 있다. 그리고 증인보복의 우려가 예상되는 경우 변호인에게 증인의 인적사항이 피의자·피고인 등에게 공개되지 않도록 하는 주의의무를 부과하여야 할 것이다.

라. 비공개신문

(1) 증인보호를 위한 심리의 비공개

피해자인 증인의 신문 자체에 대한 보호에있어서는 피해자가 증인으로 신문받는 것과의 관계에서 피해자의 프라이버시(Privacy) 등을 어떻게 보호할 것인가가 문제라 할 수 있다.

수사단계에서 진술조서가 작성된 경우라도 피고인이 이를 증거로 함에 동의하지 않아 공판에서 증인신문이 결정된 경우 증인은 출석(형소법 제153조)·선서(동법 제156조)·증언의무(동법 제157조 제2항)를 지며 피고인측관계자도 방청하는 공개법정에 있어서 피고인·변호인의 면전에서 진술하고 반대신문을 받는다.²²⁷⁾

그러나 증인은 발언의 주체가 아니라 신문의 객체(하나의 증거방법)에 지나지 않기 때문에 검사 등이 질문하지 않는 한 자신의 기분이나 감정

226) 형사소송법은 변호인에게 계속증인 소송서류와 증거물에 대한 열람만을 인정하고 搜查記錄에 대한 열람권은 인정하지 않는다. 그러나 효과적인 변호를 위해서는 수사단계에서 변호인에게 수사기록열람권을 인정할 필요가 있다. 수사단계에서의 사소한 위법이나 수사미진 또는 수사의 오류가 공판절차에서 피고인의 유·무죄판단에 결정적인 경우가 적지 않기 때문이다 : 배종대/이상돈, 형사소송법(1996), 124쪽.

227) 이점이 기소전 증인신문(형소법 제221조의 2)의 경우와 다른 점이라 할 수 있다. 물론 검사나 판사의 신문에도 답하여야 하는데 이는 피해자가 증인인 경우에도 같다. 그러나 피해자로서의 프라이버시(Privacy) 등을 이유로 하는 증언거부권은 인정되지 않는다.

을 표현할 수 없을 뿐만 아니라 다시 생각하고 싶지 않은 일, 자존심이나 인간의 존엄을 해치는 부분에 대하여도 진술하여야 하며 이에 따른 수치심이나 굴욕감, 보복에 대한 공포심 등 때문에 명확한 진술을 할 수 없는 경우도 적지 않다고 할 수 있다.²²⁸⁾

이러한 경우는 소년피해자나 성폭력범죄피해자(상처받기 쉬운 증인), 조직폭력관계자에 의한 공갈피해자(위협에 처해 있는 증인) 등에게서 현저하게 나타난다. 따라서 진실발견의 요청이나 피고인에 대한 반대신문권의 보장²²⁹⁾뿐만 아니라 제2차 피해나 보복범죄를 방지하고 최소화할 수 있도록 피해자보호에도 충분히 배려하여 타당한 조화점을 발견해야 할 것이다.

현행법의 관계규정에 의하면 ① 증인이 “피고인의 면전에서 충분한 진술을 할 수 없다”고 재판장이 인정한 때에는 그를 퇴정하게 하고 진술하게 할 수 있으며(형소법 제297조 제1항, ‘특정범죄신고자등보호법’ 제11조 제7항)²³⁰⁾ 또한 ② “어떤 재정인의 면전에서 충분한 진술을 할 수 없”는

228) 野間禮二/加藤克佳, 刑事裁判と被害者保護, 宮澤浩一ほか編・犯罪被害者の研究, 成文堂, 1996, 153面 : 長島裕, 犯罪被害者をめぐる現状, 法律のひろば 第50卷 第3号, 1997, 17面 等 参照.

229) 현행법상 피고인에게는 증인신문참여권 및 증인신문권(형소법 제163조, 제161조의2)이 인정되는 것을 감안하면 피해자인 증인에게도 일정한 범위(예컨대 피고인의 증인신문내용과 관련하여 다툼의 여지가 있는 내용) 내에서 피고인신문을 인정하는 것도 바람직할 것이다 : 송광섭, 형사절차에 있어서 피해자의 지위 강화, 피해자학연구 제8호, 한국피해자학회, 2000, 120쪽 참조.

230) 다만 증인 후 퇴정당한 피고인을 입정시켜 서기로 하여금 진술의 요지를 고지하게 하여야 한다(형소법 제297조 제2항). 이때 퇴정당한 피고인이 입정한 후 그 진술의 요지를 듣고 진술자인 증인에 대하여 반대신문을 하도록 허용할 것인지 여부는 실제적 진실규명을 위해서도 반대신문의 기회를 부여하는 것이 타당하다 할 것이며[법원행정처, 법원실무제요형사(제2판), 477쪽] 또한 피고인의 당사자적 지위로부터 파생되는 권리로서 증거조사에 대한 방어권의 일종인 증인신문권(동법 제161조의 2 제1항, 제163조 제1항)에 의해서도 당연히 인정되는 것이라 하여야 할 것이다.

때에는 그를 퇴정하게 하고 진술하게 할 수 있다(동조 동항 및 ‘형사소송 규칙’ 제130조).

더욱이 ③ 재판의 공개는 헌법상의 원칙(‘헌법’ 제27조 제3항 및 제109조, ‘법원조직법’ 제57조 제1항)이라 할 수 있지만 “국가의 안전보장 또는 안녕질서를 방해하거나 선량한 풍속을 해할 염려가 있을 때에는” 법원은 결정으로 재판의 심리를 공개하지 아니할 수 있으므로(‘헌법’ 제109조 단서, ‘법원조직법’ 제57조 제1항 단서)²³¹⁾, 예컨대 강간사건에서 구체적 피해상황에 대한 진술을 필요로 하는 때에는 심리를 비공개로 진행할 수 있다. 실무상으로도 강력사건의 증인을 보호하기 위하여 증인신문을 비공개로 진행하는 경우가 흔히 있다. 그러나 이에 따라 증언전체가 비공개로 진행되는 것은 아니며 증언이 불가능하거나 현저하게 곤란한 경우가 있음도 부정할 수 없다. 또한 이들 제도는 공판중심주의나 피고인의 반대신문권보장과 긴장관계에 놓여져 있기 때문에 제도운용에 있어 신중을 기할 필요가 있다(‘특신보호법’ 제4조 제2항).

그밖에도 ④ 소송관계인의 불필요한 진술이나 신문을 제한하는 재판장의 소송지휘권에 관한 규정(형소법 제299조, 제279조)과 증인신문의 방법에 관한 규정(‘형사소송규칙’ 제74조 이하)은 피해자를 부당한 신문으로부터 보호하게 할 것이지만 그러나 이를 이유로 피고인의 방어권을 부당하게 침해할 수 없음은 자명한 일이라 하겠다.

또한 신문은 결국 공판정에서 행하여지는 것이므로 피해자가 범정의 분위기와 피해상황에 대한 진술을 강요받고 있다는 굴욕감·정신적 고통으로 인하여 충분한 진술을 할 수 없다는 사정도 무시할 수 없을 것이다.

현행법은 ⑤ 법원은 제반사정을 고려하여 필요하다고 인정한 때에는 공판기일 외에 비공개의 증인신문을 실시할 수 있다고 규정하고 있는데

231) 따라서 판결선고의 비공개는 어떤 경우에도 허용되지 않는다 : 배종대/이상돈, 앞의 책, 401쪽 ; 이재상, 앞의 책, 373쪽. 또한 소년보호사건에 대한 심리는 공개하지 않는 것이 원칙이다(소년법 제24조 제2항 참조).

예컨대 증인의 법정외 신문규정(형소법 제165조, 제167조)과 공판기일 전의 증거조사규정(동법 제273조), 증인소환 및 신문의 특례(특신보호법 제11조 제6항), 증인신문의 비공개(‘성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률’ 제22조, ‘가정폭력범죄의처벌등에관한특례법’ 제32조) 등이 그것이다.

물론 공판기일 전의 증인신문에 의할 수 있다면 피해자인 증인에 있어서도 유효한 보호책이 될 수 있을 것이지만 피해자인 증인의 보호를 위한 공판기일 전의 증인신문권보장이나 공판절차의 기본원칙(공개주의, 구두변론주의, 직접주의, 집중심리주의)²³²⁾과의 관계에서 신중히 검토되어야 할 것이다.

이상에서 살펴 본 형소법의 제 규정은 그 주안점이 증언의 확보자체(즉 검사의 입증편의)에 놓여져 있는 것으로 증인의 불안감해소·경감을 직접 목적으로 하는 것이 아니라는 점에 유의할 필요가 있다.

(2) 대중매체에 의한 간접공개와 증인보호

재판의 공개에 의해 프라이버시권이 침해될 위험은 방청보다는 언론에 의한 공개(소위 간접공개)의 경우가 더욱 크다. 증인이나 피해자의 진술이 비공개재판으로 진행된다고 하더라도 언론에 의한 공개를 제한하지 않는다면, 재판의 비공개가 피해자의 인격과 사생활의 비밀을 보장하는 데에는 명백한 한계가 있게 될 것이다. 더구나 비공개에 의하여 언론매체의 접근을 차단하는 때에도 언론매체는 각종 비공식 채널이나 심지어는 불법적 통로를 통하여 필요한 정보를 얻어내기도 하기 때문이다.

이에 관하여 ‘법원조직법’ 제59조는 ‘누구든지 법정안에서 재판장의 허

232) 이러한 일반적인 분류와는 달리 신동운, 앞의 책, 588쪽 이하는 공판절차의 기본원칙으로 공개재판의 원칙, 신속한 재판의 원칙, 구두변론주의, 직접심리주의를 들고 있다.

가없이 녹화, 촬영, 중계방송 등의 행위를 하지 못한다'고 규정하고 있으며, '법정에서의 방청·촬영등에 관한 규칙' 제4조에서는 원칙적으로 재판장은 피고인의 동의가 있는 때에 한하여 신청에 대한 허가를 할 수 있도록 하고 있다. 언론매체에 의한 법정공개는 실제적 진실의 발견에 장애가 될 뿐 아니라 피고인 및 관련당사자의 인격권에 심각한 침해를 야기시킬 수 있다는 점을 고려하면, 현행법의 이와 같은 태도는 바람직한 것으로 볼 수 있다. 재판의 공개주의는 관련자의 진술이나 태도 등이 대중매체를 통하여 불특정 다수에게 전파될 수 있도록 보장하는 것이 아니기 때문이다. 다만 증인이나 피해자의 보호를 위해서는 그들의 이익이 관련되는 한에서 그들의 동의도 필요한 것으로 해야 할 것이다.

그렇지만 법원조직법 제59조에도 불구하고, 언론기관종사자가 스스로 혹은 대리인을 통하여 공개법정에서는 물론 비공개법정일지라도 방청을 허가받고 필요한 정보를 수집하는 것을 제한할 수는 없다. 그러한 경우에 피해자나 증인의 진술이 거의 그대로 신문지면 등에 공개될 수 있고 이것이 관련당사자의 인격권을 침해할 수 있는 위험은 여전히 존재한다. 그리하여 '특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법'은 일부 강력범죄의 경우에 그 피해자나 신고·고발한 자에 대해서는 '성명, 연령, 주소, 직업, 용모 등에 의하여 그가 피해자 또는 신고하거나 고발한 자임을 미루어 알 수 있을 정도의 사실이나 사진을 신문지 기타 출판물에 게재하거나 방송 또는 유선방송하지 못한다'고 규정함으로써 언론의 공개로부터 피해자의 익명성을 보장할 수 있도록 하였다. 이 규정은 성폭력범죄의 피해자에 대해서도 준용된다('성폭법' 제20조 제1항).

다만 이 규정에 대해서는 다음과 같은 문제점이 지적될 수 있다. 첫째 이 규정의 적용범위가 너무 협소하다는 점이다. 현재는 일부 강력범죄와 성범죄에 한정되고 있지만, 피해자나 증인의 인격권의 보호를 위해서는 원칙적으로 모든 범죄의 피해자나 증인으로 확대·적용하는 것이 바람직

하다. 둘째 이 규정은 증인 등의 성명, 연령, 주소, 직업, 용모 등이 보도 되지 않도록 하고자 하는 것이며 증인 등의 진술내용의 공개까지 금지하는 것은 아니다. 그러나 피의자·피고인으로부터 증인 등을 보호하기 위해서는 피의자·피고인에 불리한 내용의 진술도 함부로 공개해서는 안 된다고 하여야 할 것이다.²³³⁾ 이러한 공개가 피의자·피고인으로 하여금 적개심과 복수심을 유발시킬 수 있기 때문이다. 셋째 이 규정은 훈시규정에 그칠 뿐 이를 위반한 경우의 처벌규정이 없다.²³⁴⁾ 벌칙규정이 없이는 그 예방적 효과를 거두기 어려울 뿐 아니라 소년법이나 가사소송법에서 보도금지위반에 대하여 벌칙규정을 두고 있는 것과 균형이 맞지 않는다. 아울러 관련당사자의 개인적 생활영역의 비밀보호를 위하여 재판을 비공개로 하는 때에는 독일의 법원조직법 제174조 제3항과 같이, 법원이 비공개재판에서 방청자가 알게 된 사실을 비밀로 할 것을 명할 수 있도록 하는 것도 검토해 볼만하다.

마. 증인에 대한 형사절차의 정보제공

증인의 수사기관·법원에 대한 협조에도 불구하고 증인은 공판이후 그 사건의 후속진행과정에 대하여 아무런 통지도 받지 못한다. 수사기관 내지 법원이 증인에게 최소한 피고인이 어떠한 처벌을 받았고 언제 출소할 것인지 등에 대하여 통지를 해주는 것만으로도 상당한 도움이 되리라고 생각된다.²³⁵⁾

이러한 조치가 취해질 경우 증인이 자구책을 마련하는데 큰 도움이 될

233) 김순태, 현행법상의 증인보호제도와 개선방안, 현안분석(제97호), 국회입법조사분석실, 1995, 8쪽.

234) 송희진, 앞의 학위논문, 98쪽.

235) 이에 대하여 상세하게는, 도중진, 형사절차에서 범죄피해자에 대한 재고찰, 피해자학연구 제10권 제1호, 2002, 198쪽 이하 ; 송희진, 앞의 학위논문, 96쪽 ; 정진수, 앞의 책, 125쪽 이하 등 참조.

것이다. 미국의 경우 1983년 7월 9일 피해자와 증인구조를 위한 연방법무부장관의 지침이 제정되었는데 이에 의하면 형사소송절차의 주요일정 즉 가해자의 체포, 피해자·증인의 법정출두시간, 피고인의 석방이나 구금 등에 관한 통지를 받게 되고 연방공무원에게 기소절차의 중요문제에 관하여 피해자·증인의 견해를 듣도록 이들과 상의할 것을 권고하고 있으며 이들에게 원상회복을 받을 권리를 지원하며, 피해자의 진술이 적절히 준비되도록 하고, 피해자 증인의 인적사항이 공개되지 않도록 권고하였다.

‘특정범죄신고자등보호법’ 제15조에서는 신병관련 주요변동상황의 통지에 관하여 규정하고 있다. 이에 의하면 범죄신고자 등이나 그 친족 등이 보복을 당할 우려가 있는 경우 검사는 직권 또는 범죄신고자 등이나 그 법정대리인의 신청에 의하여 피의자 또는 피고인의 체포, 구속 및 석방에 관련된 경찰, 검찰 및 법원의 처분내용, 재판선고기일이나 선고내용 및 가석방, 형집행정지, 형기만료나 보안처분종료 등으로 인한 교정·보안처분 시설에서의 출소사실이나 도주사실 등 재판 및 신병관련 변동상황을 통지할 수 있다고 규정하고 있다. 이러한 사후통지를 통하여 국가소추주의를 취하고 있는 현행 제도상 공권력을 통한 처벌욕구 충족여부에 대한 알 권리가 보장되고 증인 등이 다른 권리실현과 함께 사후절차강구가 가능하게 될 것이다.²³⁶⁾ 다만 동법상 사후통지에 관한 규정이 강제적인 것이 아니라 임의적인 것으로 되어 있어 그 실효성이 있을 것인지에 대해서는 의문의 여지가 있다 할 것이다.

236) 하태훈, 증인 또는 범죄피해자 보호제도, 제4회 한국피해자학회 학술회의자료집, 1995, 21쪽,

2. 형사절차상 증인의 지위 보호

가. 증인의 보좌인제도

(1) 의의

증인의 보좌인제도란 법정에서 출두하여 진술에 응해야 할 증인이 불안이나 긴장으로 인하여 제대로 진술할 수 없거나 새로운 피해를 당할 가능성이 있는 경우에 증인의 불안과 긴장을 완화하기 위하여 관계전문가나 증인이 신뢰할 수 있는 사람으로 하여금 증인을 보조하게 하는 제도이다.²³⁷⁾

성범죄의 피해자처럼 심각한 정신적 피해를 입은 사람, 나이가 어리거나 지적 능력이 부족한 사람이 증인으로서 법정에서 심문받는 경우에는 불안이나 긴장으로 인해 충분히 진술하기 어려운 것은 물론이고, 피해자인 증인에게는 법정에서 출두하여 진술을 요구받는 것 자체가 ‘제2차적인 피해’로 작용할 가능성도 있다. 특히 성범죄피해자, 조직범죄의 피해자, 나이가 어린 피해자 등의 증인은 정신적 상처의 심화, 프라이버시 침해, 보복범죄의 가능성 등 소송절차를 통한 제2차·3차 피해자화의 가능성이 매우 높다. 이러한 경우에는 변호사·심리치료사 등 관계전문가 또는 증인이 신뢰할 수 있는 사람이 함께 법정에서 출두하여 불안과 긴장을 완화해 주고 정신적 상처를 받지 않도록 보호할 필요가 있다. 보좌인으로 동석한 보호자가 신문내용을 쉬운 말로 전달하거나 카운슬러가 조언을 하는 것도 상정할 수 있다.²³⁸⁾

237) 김용세/도중진, 형사소송절차에서의 피해자 지위 강화, 비교형사법연구 제2권 제2호, 2000, 254쪽 이하 참조.

238) 酒卷匡, 犯罪被害者保護等のための新法律, 法學教室 第240号 2000/9, 37面.

이는 후술하는 증인을 위한 차폐조치와 함께 증인보호를 위해 필요한 제도일 뿐만 아니라, 실체적 진실발견이라는 형사소송의 이념을 구현하기 위한 제도로서도 대단히 중요한 의미를 지닌다.

우리나라에서도 1999년8월 ‘특신보호법’을 통하여 증인의 보좌인 제도가 도입되었다. 즉 동법 제6조 제1항에 의하면, 사법경찰관·검사 또는 법원은 범죄신고자나 그 친족 등이 보복을 당할 우려가 있는 경우에는 직권으로 또는 범죄신고자 등의 신청에 의하여 범죄신고자 등 보좌인을 지정할 수 있다.

보좌인 지정의 주체는 사법경찰관·검사 또는 법원이며, 보좌인 지정을 신청할 수 있는 자는 특정범죄에 관한 신고·진정·고소·고발 등 수사단서의 제공, 진술 또는 증언 기타 자료제출행위 및 범인검거를 위한 체포 또는 검거활동을 한 자 또는 그 친족 등이다(‘특신보호법’ 제2조 제2호). 따라서 증인뿐만 아니라 수사단계의 참고인 등도 이 법률에 의하여 보좌인의 조력을 받을 수 있다.

보좌인의 자격은 변호사에 한정되지 않는다. 오히려 ‘특신보호법’은 원칙적으로 변호사 아닌 보좌인을 상정하고 있는 것이라 할 수 있다. 즉 동법은 보좌인이 될 수 있는 자로서 “범죄신고자 등의 법정대리인이나 친족”(동법 제6조제2항), “학교·사회교육시설·사회복지시설 및 사회보호시설의 장 또는 그 직원, 법률구조법 등 법령에 규정된 상담소의 장 또는 그 직원, 범죄신고자 등의 고용주, 기타 학식과 덕망이 있는 자로서 범죄신고자 등을 위하여 충분한 조력을 할 수 있다고 인정되는 자” 등을 규정하고 있기 때문이다(‘특신보호법시행령’ 제2조). 변호사는 단지 ‘기타 학식과 덕망이 있는 자’로서 보좌인으로 지정될 수 있을 뿐이다.

그러나 이상의 제도는 일본 형사소송법에 도입된 ‘증인의 보좌인’제도와는 그 성질이 전혀 다르다. ‘특정범죄신고자 등 보호제도’는 첫째, ‘특강법’ 제2조 위반죄, ‘마약류불법거래방지에 관한특례법’ 제2조 제2항 위반죄, ‘폭

처법' 제4조 및 '특가법' 제5조의8에 규정한 단체구성원의 활동과 관련된 범죄의 신고자 등에 대해서만 적용되며('특신보호법' 제2조 제2호) 둘째, 그 신고자 등이 보복을 당할 우려가 있는 경우에 한하여 적용되기 때문이다(동법 제3조). 요컨대, 이 제도는 '대범죄투쟁'의 효율성을 제고한다는 전통적 형사사법관에 입각하여 "특정범죄에 관한 형사절차에 국민이 자발적으로 협조하게 함으로써 사회방위에 기여"할 목적으로 제정된 것이지(동법 제1조) 피해자 또는 증인을 보호하려는 취지를 가지는 것은 아니기 때문이다. 다음에서는 일본 및 독일의 보좌인제도를 비교·고찰하기로 한다.

(2) 일본 : 형사소송법 제157조의2 신설

일본의 개정형사소송법 제157조의2 제1항은, 법원은 증인의 연령, 심신 상태 및 기타 사정을 고려하여 증인이 현저하게 불안 또는 긴장을 느낄 우려가 있다고 인정되는 때에는 검사·피고인 또는 변호인의 의견을 들어 보좌인(付添人)을 동석시킬 수 있다. 보좌인은 증인의 불안 또는 긴장을 완화하기에 적당하고 법관 또는 소송관계인의 신문 또는 증인의 진술을 방해하거나, 증인의 진술에 부당한 영향을 미칠 염려가 없다고 인정되는 자라야 한다고 규정하고 있으며, 동조 제2항은 보좌인은 증인이 진술하는 동안 법관이나 소송관계인의 신문 또는 증인의 진술을 방해하거나 진술 내용에 부당한 영향을 미칠 언동을 하지 말아야 한다고 규정하고 있다.

이들 규정의 적용대상은 반드시 피해자인 증인에 한정되지 않는다. 즉 당해 피고사건의 피해자가 아닐지라도 증인으로서 법정에서 출두하여 진술할 때에 현저한 불안이나 긴장을 느낄 우려 있는 자에 대해서는 누구에게나 보좌인을 동석시킬 수 있기 때문이다. 후술하는 바와 같이, 독일 형사소송법 제68조b는 보좌인을 선임할 수 있는 증인의 범위를 제한하고

있다. 그러나 일본의 개정형사소송법은 피해자인 증인을 포함한 증인 일반에 대하여 널리 보좌인을 선임을 인정하고 있다.

또한 보좌인은 반드시 변호사라야 하는 것은 아니다. 예컨대, 심리상담 전문가 또는 증인의 보호자처럼 증인과 동석함으로써 증인을 심리적으로 안심시킬 수 있는 자는 모두 보좌인이 될 수 있다.²³⁹⁾ 따라서 보좌인은 심문 또는 진술에 영향을 미치지 않는 범위 내에서 증인을 보조하고 증인의 불안이나 긴장을 해소하기 위해 휴정을 요청하는 등의 행위를 할 수 있지만, 증인신문에 대해 이의를 제기하는 등 절차진행에 적극 개입하는 것은 허용되지 않는다고 해석된다.²⁴⁰⁾

일본의 개정법률이 독일의 형사소송법과는 달리 보좌인의 자격을 변호사에 한정하지 않은 것은 독일과 일본의 사법체제 특히 법조구성방법의 차이에 기인하는 것이라 할 수 있다. 따라서 기본적으로는, 민간의 자원봉사단체 등이 나름대로 전문가를 양성하여 자원봉사 형식으로 증인을 보좌하는 것이 이상적인 운용방식일 것이지만, 보좌인의 자격을 변호사로 제한하는 것도 고려할지 하다는 의견도 제시되고 있다.²⁴¹⁾ 어쨌든 보좌인이 절차 진행에 적극 개입할 수 없다는 점은 증인보호의 한계로 작용하겠지만, 변호사 이외에 심리상담 전문가·정신의학자 등이 참여할 길을 열어 두었기 때문에 증인 보호조치의 내실을 기할 수 있는 장점이 있다 할 것이다.

(3) 독일

독일 형사소송법도 증인 또는 피해자의 보좌인(Beistand)을 인정하고

239) 酒卷匡, 前掲論文, 37面.

240) 大谷直人外, 犯罪被害者の保護, ジュウリスト 2000.4.15, 24面 ; 酒卷匡, 前掲論文, 37面.

241) 大谷直人外, 前掲論文, 24面.

있다. 다만 일본과는 달리 보좌인의 자격은 변호사에 제한된다.

독일 형사소송법 제68조b(증인의 보좌인)는, 법원은 증인이 신문내용을 이해하지 못하거나 그의 방어적 이익을 보호하기 위해 다른 방법이 없음이 명백한 때에는 검사의 동의를 얻어 변호사를 동석하게 할 수 있다고 규정한다. 즉 증인신문이 ㉠범죄 ㉡형법 제174조(피보호자에 대한 성적 학대) 내지 제174조c(상담, 간호 또는 보호관계를 이용한 성적 학대), 제176조(14세미만 아동에 대한 성적 학대), 제179조(항거불능자에 대한 성적 학대) 제1항 내지 제3항, 제180조(미성년자 성적행위 조장), 제180조b(인신매매), 제182조(16세미만 소년에 대한 성적 학대), 제225조(피보호자에 대한 학대) 제1항 또는 제2항에 관한 경죄(Vergehen) ㉢ 그밖에 영업적 또는 상습적으로 저질러졌거나, 범죄단체 구성원에 의하여 저질러졌거나 또는 어떤 형식이든 조직적으로 자행된 중대한 경죄를 대상으로 하는 경우에는, 제1문의 조건이 충족되는 한, 검사 또는 증인의 신청에 의하여 보좌인을 동석시킬 수 있는 것이다.

또한 동법 제397조a[공동원고(Nebenkläger)의 보좌인]는 소송참가(Anschluß)가 허용된 일정범위의 공동원고에 대해서도 그 신청에 의하여 변호사인 보좌인을 동석시킬 수 있다고 규정하고 있다. 보좌인 동석을 신청할 수 있는 자는 동법 제395조제1항 1호 a목과 제2호에 의하여 소송참여가 허용되는 공동원고이다(제397조a 제1항).

한편 동법 제406조f·제406조g(피해자의 보좌인)는 제1항에서, 피해자는 소송절차에서 변호사의 조력을 받거나 그로 하여금 자신을 대리하게 할 수 있다고 규정하고 있으며, 피해자의 변호사는 법관 또는 검사가 피해자를 신문하는 자리에 출석하여 질문에 대한 이의를 제기하거나 비공개신문을 요구할 수 있다(동조 제2항). 피해자를 증인으로 신문하는 때에는 피해자의 신청에 의하여 그가 신뢰할 수 있는 사람을 동석하게 할 수도 있다(동조 제3항).

제395조에 의하여 공동원고로서 소송에 참여할 권한 있는 자도 역시 변호사의 조력을 받거나 변호사로 하여금 대리하게 할 수 있다(동법 제 406조g 제1항).

이상과 같이 일본은 증인으로서 진술하는 피해자만이 보좌인을 선임할 수 있게 한 데 반하여, 독일은 증인 외에 피해자의 보좌인 제도까지 별도로 인정하고 있다. 특히 변호사를 보좌인으로 선임하게 함으로써, 보좌인은 증인 및 피해자에 대한 심문과정에서 질문에 대해 이의를 제기하는 등 보다 적극적으로 절차에 참여할 수 있도록 보장하고 있다. 나아가 피해자가 증인으로서 심문받는 때에는 변호사인 보좌인과는 별개로 신뢰관계 있는 사람과 동석할 수 있고, 피해자가 공동원고로서 절차에 참여하는 때에도 보좌인을 선임할 수 있다는 점에서 증인보호에 보다 적극적인 입장을 취하고 있다.

나. 증인을 위한 차폐조치

(1) 의의

형사사건의 성격상 또는 개인적 사정이나 피고인과의 관계 등으로 인하여 증인이 피고인과 방청인 앞에서 증언하는 것이 매우 커다란 정신적 부담으로 작용하는 경우가 있을 수 있다. 증인을 위한 차폐조치란 바로 이러한 경우에, 증인과 피고인 또는 증인과 방청인 사이에 차단장치를 마련해 줌으로써 증인이 느끼는 정신적 부담을 감경해 주는 조치를 말한다.²⁴²⁾

증인이 자유로운 상태에서 충분히 진술할 수 있도록 보장하는 것은 실

242) 加藤克佳, 刑事訴訟における犯罪被害者の保護, 夏目文雄先生古稀記念論文集, 中部日本教育文化會, 2000.1, 215面.

체적 진실발견을 위하여 매우 중요한 일이다. 우리나라 현행 형사소송법 하에서도, 법원은 증인의 연령·직업·건강상태 기타 사정을 고려하여 검사·피고인 또는 변호인의 의견을 묻고 법정 외에 소환하거나 현재지에서 신문할 수 있으며(‘형소법’ 제165조), 증인 또는 감정인이 피고인 또는 어떤 재정의 면전에서 충분한 진술을 할 수 없다고 인정한 때에는 그를 퇴정하게 하고 진술하게 할 수 있다(동법 제297조 제1항). 또한 검사·피고인 또는 변호인의 신청에 의하여 공판준비에 필요하다고 인정한 때에는 공판기일 전에 증인을 신문할 수 있다(동법 제273조 제1항).

물론 이러한 제도를 이용하여 증인을 위한 차폐조치와 유사한 효과를 거둘 수는 있지만, 그 입법취지는 전혀 다르다 할 것이다. 즉 우리나라의 증인에 대한 법정 밖 신문제도는 1954년에, 피고인 등의 퇴정규정은 1961년에 각각 마련된 것으로서, 그 주된 목적은 증인의 획득을 통한 실체규명에 있는데 반하여, 일본 형사소송법이 새로이 채택한 증인을 위한 차폐조치는, 증인이 피고인 또는 방청인의 면전에서 증언할 경우에 당할 수 있는 정신적 압박을 감경하는 동시에, 증인의 프라이버시나 명예를 보호하여 ‘제3차 피해자화’를 방지하는 등, 증인의 복지를 보호하는 것을 주목적으로 삼고있기 때문이다.

(2) 일본 : 형사소송법 제157조의3 신설

가) 피고인으로부터의 차단 : 법원은 범죄의 성질, 증인의 연령, 심신상태, 피고인과의 관계, 기타 사정으로 인하여 증인이 피고인의 면전에서 진술하면 심리적 압박 때문에 정신의 평온이 현저히 침해될 우려가 있는 경우로서, 상당하다고 인정하는 때에는 검사·피고인 또는 변호인의 의견을 들어 피고인과 증인 사이에 서로 상대방의 상태를 인식할 수 없도록 하는 조치를 취할 수 있다. 다만, 피고인이 증인의 상태를 인식하지 못하

도록 하는 조치는 변호인이 출두해 있는 경우에 한하여 취할 수 있다(형소법 제157조의3 제1항).

나) 방청석으로부터의 차단 : 법원은 범죄의 성질, 증인의 연령, 심신상태, 명예에 대한 영향, 기타사정을 고려하여 상당하다고 인정하는 때에는 검사·피고인 또는 변호인의 의견을 들어 방청객과 증인 사이에 서로를 인식할 수 없도록 하는 조치를 취할 수 있다(동조 제2항).

이들 규정의 적용대상도 반드시 피해자인 증인에 한정되지 않는다. 또한 후술하는 영상 및 음향 송수신장치에 의한 증인신문과 차폐조치를 병용할 수도 있다.

이 제도는 예컨대 칸막이와 같은 차폐장치를 취할 뿐, 증인은 피고인과 같은 법정 내에 재석하고 있다는 점에서 다음에 설명하는 영상 및 음향 송수신 장치를 이용한 증인신문과 구별된다. 그러나 화상을 통하여 증인의 표정과 증언태도를 관찰할 수 있는 영상 및 음향 송수신 장치를 이용한 신문방식과는 달리, 차폐상태에서 신문하는 경우에는 피고인이 증인의 태도를 관찰할 수 없기 때문에 피고인의 방어권이 침해될 우려가 있다.²⁴³⁾ 더구나 일본 헌법 제37조 제2항은 “형사피고인은 모든 증인에 대하여 신문할 기회를 충분히 부여받는다”고 규정함으로써 피고인의 반대신문권을 보장하고 있다. 개정 형소법 제157조의3 제1항 단서는 증인보호와 더불어 헌법이 보장한 피고인의 방어적 이익을 보장하기 위하여 피고인과 증인 사이의 차폐조치는 변호인이 출석한 경우에 한하여 취할 수 있도록 제한하고 있다. 피고인은 변호인을 통하여 증인의 진술태도나 표정을 관찰함으로써 자신의 방어적 이익을 수호할 수 있도록 한 것이다.²⁴⁴⁾ 이에 반하여, 증인과 방청석 사이의 차폐조치(동조 제2항)를 취할 때에는 반드시 변호인의 출석을 요하지 않는다. 증인과 방청석 사이를 차단하는

243) 도중진, 형사절차에 있어서 범죄피해자에 대한 재고찰, 피해자학연구 제 10권 제1호, 한국피해자학회, 2002, 188쪽 참조.

244) 酒卷匡, 前掲論文, 38面.

것만으로는 피고인의 방어권을 침해한다고 할 수 없기 때문이다.²⁴⁵⁾

일본 형사소송법에서도 우리나라 및 독일과 마찬가지로 종래부터 다양한 증인신문 방식이 인정되어 왔다. 즉, 법정 밖 신문(형소법 제158조제1항), 공판기일 외 신문(동법 제281조), 피고인을 퇴정시킨 상태에서의 신문(동법 제281조의2, 제304조의2)등이 모두 허용되고 있다.²⁴⁶⁾ 또한 ‘극히 예외적인 일’이긴 하지만, 법원의 재량에 의하여 증인과 피고인 사이에 칸막이를 설치한 상태에서 증인신문을 진행하는 예도 있었다고 한다.²⁴⁷⁾ 그럼에도 불구하고 개정 형사소송법이 특별히 증인을 위한 차폐조치를 규정한 이유는, 피고인의 면전에서 진술할 때에 증인이 받는 정신적 압박을 경감하여 증인의 정신적 평온이 침해되는 사태를 미연에 방지하려는 것이라 할 것이다. 이러한 관점에서 법정 밖 신문을 비롯한 분리신문의 요건이 구비되지 않은 경우에도 증인을 위한 차폐조치를 취할 수 있다는 것이다. 즉 증인이 울거나 떨면서 증언할지라도 사실관계에 대하여 ‘충분히’ 진술할 수 있다고 판단되는 경우에도 증인을 위한 차폐조치를 취할 수 있다는 것이다.²⁴⁸⁾

(3) 독 일

독일 형사소송법은 증인을 위한 차폐조치를 인정하지 않고 있다. 일본 및 우리나라의 형소법과 마찬가지로, 분리신문, 피고인의 퇴정, 법정 밖에서의 증인신문 등 증인보호를 위한 전통적 제도들을 규정하고 있을 뿐이

245) 酒卷匡, 前掲論文, 38面 ; 大谷直人外, 前掲論文, 21面.

246) 제281조의2와 제304조의2를 일부 개정하여 증인에 대한 공판기일 외 신문 또는 피고인을 퇴정시킨 상태에서 신문을 실시하는 때에도 ‘증인을 위한 차폐조치’ 및 ‘영상 및 음향 송수신장치에 의한 증인신문’ 제도를 병용할 수 있도록 하였다.

247) 大谷直人外, 前掲論文, 21面.

248) 酒卷匡, 前掲論文, 38面參照.

다.

가) 분리신문(StPO 제168조e) : 증인이 법정에서 출석한 사람들(Anwesenheitsberechtigten)의 면전에서 신문받는 경우에는 증인의 복지에 중대한 불이익이 발생할 현저한 위험이 존재하고, 달리 그 위험을 회피할 방법이 없는 때에는 증인을 다른 출석자들로부터 분리하여 신문하여야 한다. 제58조a(영상 및 음향 송수신장치에 의한 신문) 및 제241조a(16세 미만자에 대한 증인신문)의 규정은 이 경우에 준용한다.

나) 피고인의 퇴정(StPO 제247조) : 법원은 공동피고인(Mitangeklagter)이나 증인이 피고인의 면전에서는 진실을 말하지 않을 우려가 있다고 인정하는 때에는 그들에 대한 신문이 진행되는 동안 피고인에게 퇴정을 명할 수 있다. 또한 16세 미만의 증인을 신문할 때에 피고인이 재정하는 것이 증인의 복지에 중대한 장애가 될 우려가 있는 경우 또는 그 밖의 증인을 신문함에 있어 피고인이 재정하는 것이 증인의 건강에 중대한 불이익이 발생할 현저한 위험이 존재하는 경우에도 같다.

다) 법정 밖 신문(StPO 제247조a) : 공판정에 참석한 사람들 앞에서 신문받는 경우에는 증인의 복지에 중대한 불이익이 발생할 현저한 위험이 존재하고, 그 위험을 달리 회피할 방법이 없는 때에는 그 증인을 신문하는 동안 법정외 다른 장소에 체재시켜 신문할 것을 명할 수 있다. 이 경우에도 제58조a(영상 및 음향 송수신장치에 의한 신문)가 준용된다.

이상과 같이 일본이나 우리나라 형소법의 분리신문규정이 단지 ‘진실을 말하지 않을 우려’만을 요건으로 한 것임에 반하여, 독일 형소법은 ‘증인의 건강 또는 복지를 해할 우려’가 있는 때에도 증인을 피고인 또는 방청객과 분리하여 신문하는 것을 허용하고 있으므로, 실질적으로는 일본 개정 형소법 제157조의3과 유사한 효과를 거둘 수 있을 것이다. 일본 형소법은 전통적인 분리신문제도가 실제적 진실발견을 위한 진술의 확보에 중점이 있는 것에 반하여, 새로이 도입된 증인을 위한 차폐조치는 오직

증인의 정신적 안녕을 도모하는 것에 중점이 있다는 점을 고려하여 증인 보호의 취지를 명문으로 선언하였다고 할 수 있다.

다. 동영상 및 음향송수신장치에 의한 증인신문

(1) 의의

‘동영상 및 음향 송수신 장치에 의한 증인신문’이란 법정 이외의 장소에 있는 증인과 신문자가 모니터를 통하여 서로를 보면서 신문·진술하는 방식을 말한다. 이것은 미국, 영국, 독일 등 선진국에서는 이미 정착단계에 있는 신문방식으로서, 영상산업기술의 발전에 의하여 가능해진 제도이다. 증인을 위한 차폐조치와 마찬가지로 증인에게 가해질 수 있는 심리적 압박감을 해소하고 명예의 침해를 방지하기 위한 제도이지만, 피고인이나 방청객 등의 시선을 차단하는 것에 그치지 않고 법정이라는 장소적 제약마저 해소함으로써 보다 안정적인 상황을 보장할 수 있는 신문방식이라고 할 수 있다. 또한 신문이 공판기일에 행해지며, 원칙적으로 법정에서 피고인이나 방청인들도 모니터를 통해서 증인이 진술하는 모습을 볼 수 있다는 점에서 법정 밖 신문을 비롯한 분리신문제도와는 구별된다.²⁴⁹⁾

우리나라는 아직 영상 및 음향 송수신 장치에 의한 증인신문제도를 도입하지 않고 있다. 1996년에 제정된 ‘원격영상재판에관한특례법’에서 “재판관계인이 교통의 불편 등으로” 인하여 “법정에 직접 출석하기 어려운 경우에 재판관계인이 동영상 및 음향을 동시에 송·수신하는 장치가 갖추어진 다른 원격지의 법정에 출석하여 진행되는 재판” 방식을 인정하고 있긴 하지만(동법 제2조), 제도의 취지와 내용은 전혀 다르다. 즉 동법이 규정한 원격영상재판은 첫째, 증인이나 피해자를 위한 것이 아니라 모든 재

249) 酒卷匡, 前掲論文, 39面参照.

관관계인에 대해 적용될 수 있고 둘째, 재판관계인이 법정에 출석하기 어려운 경우에 한하여 허용되기 때문이다. 따라서 이 제도는 피해자 또는 증인의 복지를 위한 규정이 아니라, 재판관계인의 접근 편의성을 고려하여 원격지에서도 재판이 가능하도록 함으로써 절차의 지연을 방지하기 위해 마련된 것에 불과하다고 할 것이다.

(2) 일본 : 형사소송법 제157조의4, 제321조의2 신설

가) 증인신문 : 법원은 상당하다고 인정하는 때에는 검사·피고인 또는 변호인의 의견을 들어, 법관 및 소송관계인이 증인을 신문하기 위해 재석하는 곳 이외의 장소(다만 동일구내에 한한다)에 그 증인을 재석시키고, 영상 및 음성 송수신에 의하여 서로 상대의 상태를 살피면서 통화하는 방식으로 신문할 수 있다. 이 규정의 적용대상은 세 가지 유형으로 나뉘어 있다(형소법 제157조의4 제1항). 즉,

㉠형법 제176조(강제추행) 내지 제178조(준강제추행·준강간), 제181조(강제추행·강간치사상), 제225조(추행·결혼을 위한 약취·유인), 제227조(약취·유인된 자의 수수) 제1항²⁵⁰⁾·제3항²⁵¹⁾ 또는 제241조(강도강간)전단의 죄 또는 이들 범죄의 미수범으로 인한 피해자(형소법 제157조의4 제1항 제1호), ㉡아동복지법 제60조 제1항의 죄, 동법 제34조 제1항 제9호에 관련한 동법 제60조 제2항의 죄 또는 ‘아동매춘, 아동포르노에관련한행위등의 처벌및아동보호 등에관한법률(平成11년 법률 제52호)’ 제4조 내지 제8조의 죄의 피해자(형소법 제157조의4 제1항 제2호), ㉢전2호에 열거한 자 이외에 범죄의 성질, 증인의 연령, 심신 상태, 피고인과의 관계 기타 사정에 의하여 법관 및 소송관계인이 증인을 심문하기 위하여 재석하는 장소에

250) 제225조의 죄를 범한 자를 방조할 목적과 관련된 부분에 한한다.

251) 추행의 목적과 관련된 부분에 한한다.

서 진술하게 하는 때에는 압박을 받아 정신의 평온을 현저하게 해할 우려가 있다고 인정되는 자(형소법 제157조의4 제1항 제3호) 등이 그것이다.

형소법 제157조의2 또는 제157조의3에 정한 요건을 구비한 때에는, 동영상 및 음향 송수신장치에 의한 신문을 행할 때에도 증인과 피고인이 서로의 모습을 볼 수 없도록 차폐조치를 취할 수 있고, 보좌인을 증인과 동석시키는 것도 가능하다.

나) 증인신문의 녹화 : 전항에 규정하는 방법에 의하여 증인신문을 행하는 경우에 법원은 그 증인이 이후의 형사절차에서 동일한 사실에 관하여 다시 증언할 필요가 있다고 인정하는 때에는, 증인의 동의가 있는 경우에 한하여, 검사·피고인 또는 변호인의 의견을 들어 그 증인의 신문 및 진술 내용과 상황을 영상 및 음성을 동시에 기록하는 것이 가능한 기록매체에 기록할 수 있다(형소법 제157조의4 제2항). 신문 및 진술의 내용과 상황을 기록한 기록매체는 소송기록에 첨부하여 조서의 일부로 한다(동조 제3항). 증거보전절차 또는 공판기일 외의 증인신문(동법 제179조, 제226조, 제227조)을 실시하는 때에도 동영상 및 음향 송수신 장치에 의한 증인신문을 행하고 이를 녹화할 수 있다고 해석된다.

다) 녹화기록의 증거능력 : 피고사건의 공판준비 혹은 공판기일 이외의 형사절차 또는 다른 사건의 형사절차에서 제157조의4 제1항에 규정한 방법으로 행해진 증인신문 및 진술, 그리고 그 상황을 기록한 기록매체가 그 일부로 된 조서는 전조 제1항의 규정에 불구하고 증거로 할 수 있다. 이 경우 법원은 그 조서를 조사한 후, 소송관계인에 대하여 그 진술자를 증인으로서 신문할 기회를 부여하여야 한다(형소법 제321조의2 제1항). 증인신문 내용을 기록한 기록매체가 포함되어 있는 조서는 ‘당해 공판기일의 진술에 대신하여 서면을 증거로 하는’ 전문증거에 해당하지만, 소송관계인에게 그 증인을 신문할 기회를 부여하는 것을 조건으로 하여 전문법칙의 예외를 인정할 것이다.

나아가, 형소법 제321조 제1항 제1호의 ‘법관의 면전에서 행한 진술’에 영상 및 음향송수신 장치를 통한 진술’을 포함시켰다. 이로써, 영상 및 음향송수신 장치에 의한 증인신문상황을 녹취한 기록매체에 대해 전문법칙의 예외를 인정할 근거가 마련된 것이다.

라) 기록매체가 그 일부로 된 조서를 증거로 조사하는 때에는, 낭독하는 대신 그 기록매체를 재생한다(형소법 제305조제3항 신설). 이 경우, 법원은 검사·피고인 또는 변호인의 의견을 들어 증인을 위한 차폐조치를 취할 수 있다(동법 제305조제4항 신설).

이상과 같은 일본의 개정 형소법은, 법관 및 소송관계인이 모두 법정에 남아 있고 증인만을 별실에 위치시켜 신문하는 영국식 신문방법을 취했지만, 미국에서는 법관과 피고인은 법정에 남아 있고, 신문을 행하는 검사와 변호인은 증인과 함께 별실에 들어가서 직접 증인을 신문하는 방식을 택하고 있다고 한다.²⁵²⁾ 미국에서는 1990년 연방대법원이 *Maryland v. Craig* 사건에서 채택된 폐쇄회로TV를 통한 증인신문에 관하여 ‘자기에게 불리한 증인과 직접 대면하여 질문할 피고인의 권리’를 규정한 연방헌법 수정 제6조에 반하지 않는다고 선언함으로써 이 제도를 수용하였다고 한다. *Maryland v. Craig* 사건에서는 성적 학대의 피해자인 6세 여아에 대하여 검사와 변호사가 증인이 있는 별실로 가서 증인을 신문하고 그 상황을 폐쇄회로TV를 통해 법정에 중계하는 방법을 채택하였다. 따라서 증인은 피고인의 모습을 볼 수 없는 상태였고, 피고인은 변호인과의 대화를 통하여 이의를 제기하거나 질문하도록 하였다.²⁵³⁾

일본 형소법 제157조의4 제1항에 의하여 영상 및 음향 송수신 장치를 이용하여 신문할 수 있는 증인의 유형은, ㉠성범죄 피해자 및 아동피해자(제1호·2호) ㉡기타 사정으로 인하여 법정에서 신문하는 때에는 ‘정신의

252) 정진수, 앞의 책, 117쪽 참조.

253) 加藤克佳, 前掲論文, 223面 및 240面 각주 55)에 소개된 문헌들 참조.

평온을 현저하게 해할 우려'가 있는 자(제3호)로 분류할 수 있다. 제3호에 해당하는 경우에는 법원이 증인의 연령과 심신상태 등을 고려하여 상당하다고 인정되면 영상 및 음향 송수신장치를 이용하여 증인신문을 실시할 수 있도록 되어 있으므로, 제157조의3에 규정된 '증인을 위한 차폐조치'의 요건과 대체로 같다. 제1호 및 제2호의 '성범죄 피해자'나 '나이 어린 피해자'도 실은 '증인의 연령, 심신상태, 피고인과의 관계 등'에 비추어 영상 및 음향송수신 장치에 의해 신문할 필요가 있는 자의 예시에 해당하므로 제3호에 의해서 포괄적으로 규율하는 것도 가능하다고 생각된다. 그럼에도 불구하고 제1호와 2호에서 별도로 이들에 관한 규정을 둔 것은 성범죄피해자나 나이 어린 피해자의 경우에는 제2차 피해의 위험성이 특히 높기 때문일 것이다. 이와 같은 사정을 고려한다면, 피해자인 증인을 검사나 변호사와 동석시키는 것보다는, 일본의 개정 형소법에 규정된 것처럼 증인을 모든 재판관계인으로부터 완전히 분리하는 것이 보다 바람직하다고 할 것이다. 이 경우 피고인의 변호인이 증인과 직접 대면하는 것은 아니지만, 모니터를 통해 증인의 표정이나 태도를 관찰하고 반대신문을 할 수도 있기 때문에 피고인의 방어권이 침해된다고 할 수는 없을 것이다.

현재의 기술수준으로 영상 및 음향 송수신 장치를 이용하여 증인을 신문하는 경우에 그 신문과정을 녹화하는 것은 얼마든지 가능하다. 이러한 상황이라면 증인의 인권보호를 위해서도 동일한 내용을 되풀이하여 진술할 것을 강요할 필요가 없다 할 것이다. 더구나 피해자인 증인에 대해 자신의 피해체험을 반복하여 회상하게 하는 것은 피해자 보호의 취지에도 적합하지 못하다. 영상 및 음향 송수신장치에 의한 증인신문과정을 녹화한 기록매체가 그 일부로 된 조서에 대해 전문법칙의 예외로서, 증거능력을 인정하기 위해서는 적어도 “첫째, 이후의 형사절차에서 동일한 사실에 관하여 다시 증언을 요구받는 상황을 회피한다는 정책적 필요성이 인정

될 것 둘째, 기록된 원진술은 법관의 면전에서 진술한 것과 실질적으로 동일시될만한 형식적 요건을 구비할 것 셋째, 기록매체의 재생은 원래의 신문 및 진술의 상황과 내용을 정확하고 선명하게 재생할 수 있을 것” 등의 요건을 구비해야 한다고 해석되고 있다.²⁵⁴⁾

증언을 녹화하는 것은 증인의 진술을 재생 가능한 영상물로 제작하는 것을 의미한다. 그렇지만 예컨대 성범죄 또는 아동에 대한 범죄의 피해자는 자신의 피해체험을 재생 가능한 영상물로 남기는 것을 원하지 않을 수도 있다. 바로 이러한 이유에서, 증인이 동의하는 경우에만 그 진술을 녹화할 수 있도록 규정한 것이다. 설령 증인이 녹화에 동의했다라도, 그 기록매체가 다수인에게 공개되는 경우에는 증인의 명예 또는 프라이버시가 심각하게 손상될 수도 있으므로, 여타 소송기록과는 달리 녹화된 영상매체의 등사는 일절 금지된다(형소법 제40조제2항, 제180조제2항, 제270조제2항).

(3) 독일

독일의 형사소송법도 이미 1998년부터 영상 및 음향 송수신 장치에 의한 증인신문 (Vernehmung auf Bild-Ton-Träger)방식을 채용하고 있다.

가) 다음의 경우에는 영상 및 음향송수신 장치를 이용할 수 있다.

㉠ 범죄(Straftat)로 인하여 피해를 당한 16세 미만 자에 대하여 신문하는 경우 ㉡증인이 주된 심리에서 신문받을 수 없을 때 또는 진실발견을 위하여 그러한 기록이 필요한 경우에는 영상 및 음향송수신 장치에 의하여 증인을 신문할 수 있다(StPO 제58조a 제1항).

영상 및 음향기록은 소송추행 및 실제적 진실발견을 위해 필요한 경우에 한하여 이용할 수 있고, 소송추행을 위하여 그 기록이 더 이상 필요하

254) 酒卷匡, 前掲論文, 41面.

지 않은 때에는 이를 즉시 폐기하고 그에 관한 조서를 작성해야 한다. 피고인 또는 피해자의 변호사는 그 기록을 열람할 수 있다(동조 제2항)

나) 영상 및 음향 송수신 장치에 의한 증인신문 규정은 분리신문(StPO 제247조a) 및 법정 밖에서의 증인신문(StPO 제168조e) 시에 준용한다.

다) 영상 및 음향 기록을 재생함에 있어서는 조서의 낭독에 관한 제251조, 252조, 253조 및 255조의 규정을 준용한다(StPO 제255조a 제1항). 성적 자기결정의 자유를 침해하는 범죄행위(StGB 제174조내지 184조c), 생명에 대한 죄(StGB 제211조 내지 222조) 또는 피보호자에 대한 학대죄(StGB 제225조)에 대한 소송절차에서 16세미만인 증인에 대한 신문은, 법원이 미리 행한 신문내용을 기록한 영상 및 음향기록의 상영을 통하여 대체될 수 있다. 이 경우, 피고인과 그의 변호인이 참여하여야 하며, 그 증인에 대한 보충신문의 기회도 주어진다(StPO 제255조a 제2항).

이상과 같은 독일 형소법의 규정도 일본의 개정형소법 내용과 대체로 일치한다. 다만 독일 형소법의 규정과 비교할 때, 일본 개정 형소법이 영상 및 음향 송수신 장치에 의한 증인신문 방법과 그 기록매체의 이용 등에 관하여 보다 상세하게 규정하고 있는 편이다.

제5장 결 론

1995년의 형사소송법 개정을 통해서도 현행 형사소송법 제정 이후 정치·경제·사회 등 모든 영역에서의 발전과 변화로 인한 범규범과 현실 간의 괴리를 해소하고 민주화의 결과에 따른 기본권보장의 강화요청에 실질적으로 부응하고자 하였다. 즉 임의동행과 보호실 유치 등 탈법적 수사관행을 근절하고 적법한 수사절차를 확보하기 위하여 헌법에 규정된 체포영장제도를 도입하였으며, 나아가 긴급성으로 인하여 영장주의의 예외를 인정하는 긴급구속을 폐지하고 긴급체포를 도입하여 구속의 필요가 있는 경우 긴급체포 후 48시간 이내에 구속영장을 청구하도록 하여 신병구속제도의 개선을 도모하였다. 특히 구속의 신증을 도모하기 위하여 판사가 피의자를 대면하여 심문할 수 있는 피의자심문제도를 신설함으로써 영장주의 정신의 실현을 도모하고자 한 점, 그리고 현행 보석제도의 취지를 기소전 단계에까지 확대하기 위하여 구속적부심사 청구시 보증금 납입을 조건으로 하는 피의자석방제도를 신설한 것은 인권의 실질적 보장이라는 측면에서 진일보하였다는 평가를 받고 있다. 그러나 이처럼 인권보장을 기치로 하여 도입되고 개선된 현행 형사소송법상 제도에 대하여 제도 및 관련법규가 적정한지, 그리고 실무상으로도 적절하게 보장되고 있는지 하는 점 등에 대하여 많은 의문이 제기되어 왔고, 그리하여 최근 형사소송법 개정논의로까지 이어지고 있다. 이제 피의자 및 피고인의 인권향상방안을 모색하고 그 운용의 합리화를 도모해야 할 뿐만 아니라 참고인과 증인의 보호를 위한 적절한 제도적 방안도 함께 모색되어야 한다.

그리고 형사절차의 민주화·선진화의 이념은 바로 인권의 국제화 관점이기도 하다. 이에 따라서 국내 형사절차와 관련법규의 정비가 시급하다. 국제형사인권의 발전은 신병구속된 자의 보호를 중심으로 발전해왔으며, 피체포·구금된 자의 보호를 위한 국제인권기준들은 국제형사인권기준

가운데 가장 풍부한 관련조항을 가지고 있다. 즉 세계인권선언과 B규약의 생명, 자유의 안전, 비차별·평등·비인도적처우금지 등의 인권의 제원칙, 인간존엄성보장원칙 등은 모두 신병구속된 자를 위한 권리선언이라고 할 수 있다. 이러한 전통적인 인권보장의 토대 위에서 구금·교정이념의 발전과 더불어 체포·구속시 미결구금자의 처우에 관한 일반원칙을 확립하였다.

이들 국제인권규약의 실제적 규정들은 이미 체약국의 헌법 기타 인권 관계법률규정의 중복형태인 경우가 많다. 그럼에도 불구하고 이들 국제인권기준들이 체약국에게 새로운 법질서의 준수 의무를 과하고 있는 입법적 성질을 갖는 것으로 평가받고 있는 이유는 체약국의 조약상의 의무와 책임은 다른 체약국에 대한 것이 아니라, 개인에 대한 것이라는 특징 때문이다. 국제인권규약에의 가입은 종래에는 전적으로 국내헌법 및 법률문제로서 국내관할사항으로 취급되었던 인권문제가 국가의 개인에 대한 국제적 의무의 형태로 실천되어야 함을 의미하는 것으로 이해된다. 따라서 체약국은 입법조치 및 행정조치, 그리고 사법적 조치를 통해서 관련 국제인권규약의 해석 및 적용에 있어서 피의자 및 피고인에게 가능한 한 유리하게, 그리고 이들의 권리제한을 극소화하도록 함으로써 가능한 한 국제인권규약상의 기준은 모든 체약국에서 실효적이 될 수 있도록 시행해야 한다. 기본적으로는 우리 나라 대법원²⁵⁵⁾도 국제인권규약 B규약 제2조 3항에 의해 국제규약에서 인정되는 권리 또는 자유를 침해당한 개인이 효과적인 구제조치를 받을 수 있는 법적 제도 등을 확보할 것을 당사국 상호간의 국제법상 의무로 규정하고 있는 것이고, 국가를 상대로 한 손해배상 등 구제조치는 국가배상법등 국내법에 근거하여 청구할 수 있다고 판시하고 있다.

인신구속제도 운용의 기본원칙은 인신구속의 예외적 성격을 관철하는

255) 대법원 1999.3.26. 선고96다55877판결.

데 있다. 따라서 인신구속의 요건을 보다 엄격하게 하고, 체포·구속기간을 단축함과 아울러 체포·구속에 있어서 적정절차의 원칙을 유지해야 한다.

형사피의자 및 피고인에 대한 무죄추정의 원칙은 형사절차의 최고지도 원리로서 적법절차보장을 위한 배경원리이다. 따라서 형사피의자 및 피고인의 신체의 자유와 안전보장을 위하여는 무죄추정의 원칙에 의한 불구속수사 및 재판이 원칙이어야 한다.

구속의 목적은 형사절차 실행을 보장하고 그 후의 형 집행을 확보하는 데 있으며, 따라서 구속으로서 절차 이외의 다른 목적을 추구하는 것은 원칙적으로 허용되어서는 안 된다. 즉 구속은 형사처벌 내지 사전형벌이 아니다. 따라서 구속영장발부에 있어서 구속의 의미와 중대성을 깊이 인식하고 법률이 정한 요건과 절차에 따라서만 행해져야 한다. 또한 체포·구속영장집행시에는 이들 피의자에게 적법절차의 요청에 의한 진술거부권 고지와 변호인의 조력을 받을 권리를 고지해야 한다. 이들 자신의 방어권을 충분히 고지받지 아니한 상태에서 얻은 자백 및 진술의 증거능력은 사용될 수 없다는 실무축적을 통해 수사기관의 철저한 인권의식을 높일 수 있게 된다.

헌법이 규정한 영장주의의 대원칙에 따른다면 영장 없는 수사기관의 강제처분은 허용되지 않는다. 현행 긴급체포와 긴급체포 요건하의 압수수색에는 법관의 사후통제가 전혀 요구되지 않는다. 이는 명백히 헌법상의 영장주의의 침해이며, 따라서 수사기관의 긴급체포에는 반드시 사후영장이 청구되도록 하여야 한다.

구속전 피의자심문제도에 대하여 국제인권보장이라는 관점에서 재검토가 필요하다. 국제인권규약 제9조 3항 제1문에 대하여 유보 없이 가입한 우리 나라는 위 조항과 저촉되는 구속전 피의자심문을 필요적 심문제도로 즉각 개정하여야 할 국제법적 의무가 있으며, 이런 점에서 영장실질심

사에 있어서 필요적 심문으로 형사소송법을 개정하는 것이 타당하다. 필요적 영장실질심사제도는 실질적 인권보장을 위한 획기적 조치임과 동시에, 법관의 인권준수의식을 한 차원 높일 수 있는 중요한 사법제도개혁이라는 점을 인식해야 한다.

구속적부심사사건 및 보석사건에 있어서 구속적부심사와 보석심문을 활성화한다. 먼저 구속적부심사는 구속의 위법·부당성을 재심사하여 혹시 있을지도 모르는 잘못된 구속을 사후에 구제하는 제도로서 중요한 의미를 갖는다. 실무상으로도 실질적인 심사와 이유개시를 통하여 피의자 및 피고인의 인권보장장치로서 충분히 기능할 수 있도록 해야 한다. 그리고 보석제도는 인신구속의 폐해를 적게 하고 부당한 구속의 계속으로부터 피의자 또는 피고인을 구제하는 방법으로서 구속된 모든 피의자에게 까지 보석을 허가하도록 하여 충분히 그 제도적 의의를 살릴 수 있도록 해야 하며, 또한 보석보증금을 대체할 수 있는 다양한 보석방법을 강구함으로써 실질적인 피의자 및 피고인의 석방장치로의 운용을 도모할 필요가 있다.

체포·구속된 피의자·피고인은 형사사법의 집행상의 필요로 인하여 인신의 자유가 제약된 데 지나지 않는다. 따라서 이들의 구금시설내 생활 조건 등은 시설구금의 목적에 반하지 않는 한 가능한 한 피구금자의 권리로서 필요 이상으로 제약되어서는 안 된다.

현행 형사소송법에 의하면 체포·구속적부심사는 영장에 의하여 체포·구속된 피의자에게만 인정되는데, 영장 없이 체포·구속된 피의자에게도 확대되어야 한다. 영장에 의하여 체포·구속된 경우보다 영장 없이 체포·구속된 경우에 불법체포·구속일 가능성이 더 크다. 따라서 헌법규정과 헌법정신에 합치하는 인권의 실질적 보장을 위하여 반드시 구속적부심사의 대상확대가 필요하다.

체포·구속된 피의자 및 피고인의 방어권보장을 위한 변호인제도의 개

선이 요구된다. 피의자에 대한 국선변호제도의 확대는 현재 국제인권규약 등에 비추어 볼 때에 그 필요성은 매우 크다. 헌법이 규정하고 있는 변호인의 조력을 받을 권리는 효과적이고 유효한 변호를 받을 권리를 의미하므로 국가는 단지 변호인의 선임을 보장하는데 그치는 것이 아니라 보다 적극적으로 가난한 피의자를 위한 국선변호인선임을 보장하여 실질적인 변호권보장의 확대를 도모해야 한다. 형사절차에서 가능한 한 빨리 변호인의 조력이 요구된다고 하는 점에서 체포·구속후 즉시 국선변호인선임권이 보장되어야 한다. 국선변호인선임권의 효과적인 보장을 위해서는 구속적부심사청구사건에서와 같이 직권 및 청구에 의한 국선변호인선임을 모두 인정해주는 것이 바람직하다.

변호인의 형사기록 열람·등사권 및 변호인의 피의자신문참여권은 변호인의 조력을 받을 권리의 중요한 내용이다. 수사기관에 의한 피의자신문은 특히 수사기관의 자백획득의 기회로 이용되며, 따라서 피의자에 대한 인권침해의 가능성이 어느 때보다 높다. 또한 이에 의해 작성된 수사기록 및 검사가 보관중인 수사기록 및 증거물에 대하여 열람·등사를 허용함으로써 가능한 한 형사절차 초기에 개입하여 소송의 진행과정 및 그 결과에 영향을 미칠 수 있도록 하며, 피의자에게 동시에 검사와 동등한 입장에서 절차에 참여할 법적 지식이 제공될 수 있는 기회가 부여될 수 있다.

변호인의 피의자신문참여권은 특히 수사기관에 의한 피의자신문의 중요성에 비추어 대단히 중요한 문제이다. 수사기관의 피의자신문에서의 변호인의 참여권은 피의자의 인권보장 및 피의자자백조서의 내용적 진정성립과 자백의 신빙성을 담보하기 위한 중요한 장치로 기능한다. 특히 경찰에 의한 피의자신문시에 변호인의 참여권을 인정하도록 함으로써 형사절차에 실질적 영향을 미치는 경찰단계에 있어서의 인권보장이 강화될 것이다.

참고인 조사시 일반적인 참고인의 인권보호 및 향상방안으로서 참고인의 편익증진 및 신변보호안전장치의 철저화라는 관점 아래 참고인보호의 실질화를 서술한 뒤 이러한 개선방안을 토대로 참고인 구인제도의 입법론적 정비방안을 모색하였다.

결국, 참고인에 대한 강제수사의 도입은 범죄혐의자가 아닌 수사의 협조자로서 기능하는 참고인의 기본권보장을 최우선적으로 고려하면서, 즉 참고인에 대한 편익증진방안 및 신변안전조치를 지속적으로 발굴·시행할 것을 전제로 시도되어야 할 것이다. 또한 극히 제한된 범죄유형에 있어서 수사기관의 진지한 노력에도 불구하고 참고인이 계속하여 출석요구에 불응하는 경우에 한하여, 법원의 엄격한 통제장치 아래 참고인을 구인할 수 있는 길을 모색하여야 할 것이며, 수사기관은 참고인의 편익증진을 위한 제도, 즉 참고인의 입장을 배려한 일선 수사기관의 조사태도 확립, 우편진술제 및 전화진술제의 적극적 활용, 시차출석제도(예약조사) 및 방문조사의 적극적 활용 및 신변보호안전조치 등을 적극적으로 홍보하면서 참고인의 협조없이 범죄로부터 국민과 사회를 보호할 수 없다는 사실을 강조하여 일반국민들의 자발적인 협조를 구하는 데 최선의 노력을 경주하여야 할 것이다.

한편 증인보호방안을 강구함에 있어서는 먼저 보복범죄로부터 증인의 생명·신체를 보호하는 제도적 장치와 함께 기타 증인이 형사사법절차의 내외에서 겪게 되는 여러 가지 불편과 고통에 대하여 제도적인 측면에서 보완이 있어야 한다. 증인보호를 위한 제도적 장치는 기존의 산재해 있는 증인보호규정을 개정하는 방법이나 증인보호에 관한 특별법을 제정하는 방법을 생각할 수 있다. 그리고 증인보호문제가 범죄신고자·고소자·고발자 그리고 범죄피해자 보호문제와 밀접한 관련이 있는 점을 고려한다면 이에 관련된 기존의 관련법규정을 전반적으로 검토하여 종합적이고 통일적인 법령을 만드는 방법도 가능하다. 이러한 작업은 적어도 법률의

체계성과 합리성을 제고시킬 수 있을 것이다. 여하튼 통일적인 특별법을 제정하는 경우에는 기존 법체계상의 증인보호규정을 대폭 수정·보완하고, 선진각국에서의 입법례가 참고되어야 할 것이다. 일례로 증인보호대책으로서 일본형사소송법에 규정되어 있는 증인을 위한 차폐조치의 도입도 효과적일 수 있다. 증인이 강한 심리적 압박을 받는 이유 중의 하나는 범죄의 특성상 보복의 우려가 있는 피고인과 필연적으로 대면해야 한다는 점인데, 이들의 대면을 방지하는 것은 증인에 대한 심리적 압박을 감소시킬 수 있기 때문이다. 일본 형사소송법상의 증인차단방법을 증인신문방식으로 활용하게 되면, 판사는 변론의 전취지에 의해 증명력을 판단할 수 있어 정확한 심증을 형성할 수 있고, 피고인은 증인의 진술내용을 듣거나 자신의 직접적인 반대신문을 할 수 있으며 증인은 신원이 노출되지 않기 때문에 범죄에 대한 효과적인 증인보호대책으로 기능할 수 있을 것이다. 따라서 증인보호 향상방안의 일환으로 증인신문방법으로서 일본형사소송법상의 증인을 위한 차폐조치 등을 입법론적으로 검토할 필요가 있다.

또한 증인을 보호하고 그 증언으로부터 실제적 진실을 발견할 목적으로 행해지는 증인의 신변보호조치도 실제 공판단계에서 공개재판의 원칙에 의하여 증인이 피고인과 대면하게 되거나 기타 방청객에게 노출되는 경우에는 이제까지의 증인보호조치는 허사가 되어버릴 가능성이 높다. 증인의 노출을 효과적으로 방지하려면 증인의 신원이 심리진행 중이더라도 피고인이나 방청인에 의해서도 특정될 수 없게 하여야 한다. 물론 헌법을 위시로 현행법, 특히 ‘특정범죄신고자등보호법’ 제11조에서는 명문으로 피고인의 퇴정 후 신문이나 법정 외의 장소에서의 신문을 허용하고 있다. 그러나 공판단계에서 증인보호를 위한 이러한 유형의 증거조사방식은 피고인의 형사절차참여권을 제한할 수 있는 여지를 제공하는 문제점이 있다. 따라서 피고인의 방어권을 침해하지 않으면서도 실제적 진실발견에 효과적이고 아울러 증인보호에도 실효성을 제고할 수 있는 방안이 모색

되어야 한다. 이와 같은 방안중의 하나로서 형사절차에 동영상 및 음향송수신장치에 의한 증인신문방법을 활용하는 방안을 고려할 수 있을 것이다.

효과적인 참고인·증인보호 향상방안을 마련함에 있어서 결코 소홀히 할 수 없는 점은 헌법상으로 보장된 피고인의 방어권이라는 한계이다. 즉 자칫하면 피의자·피고인의 인권을 침해할 지 모른다는 문제가 발생할 수 있기 때문이다. 따라서 참고인·증인에 대한 보호조치는 참고인·증인의 인권을 강조하더라도 적정절차의 원칙은 물론, 피의자·피고인의 인권과의 형평을 잃지 않도록 주의를 기울여야 할 것이다.

참고문헌

- 강구진, 형사소송법원론, 학연사, 1992.
- 강금실, 피고인의 인권과 형사재판의 근본문제, 21세기 인권, 한길사, 2000.
- 국회사무처, 인권법안의 쟁점과 입법적 과제, 1999
- 김경선, 위장된 구속사유, 영장실질심사제도Ⅱ, 법원행정처, 1997.
- 김선수, 인신구속에 관한 제문제, 인권과 정의(1993/10), 대한변호사협회.
- 김순태, 현행법상의 증인보호제도와 개선방안, 현안분석(제97호), 국회입법조사분석실, 1995.
- 김용세/도중진, 형사소송절차에서의 피해자 지위 강화, 비교형사법연구 제2권 제2호, 2000.
- 김일수, 변호인제도의 문제점, 대한변호사협회지, 1985.
- 대검찰청, 구속전 피의자심문제도 6개월 시행결과 분석자료.
- 대검찰청, 참고인증지제도 운용지침, 대검예규 제242호 1996.5.1.
- 대검찰청검찰21세기연구기획단, 구속제도정비방안연구, 검찰21세기연구기획단 연구자료 제9집, 1995.
- 대한변호사협회, 인권보고서 제8집(1993), 제9집(1994), 제10집(1995).
- 대한변호사협회, 인권보고서(제10집), 1995.
- 도중진, 형사절차에서 범죄피해자에 대한 재고찰, 피해자학연구 제10권 제1호, 2002.
- 류현석, 국제인권규약과 법률사무, 인권과 정의 169호, 1990.9.
- 민주사회를 위한 변호사모임 편집부, 시기별 국가보안법 적용통계, 민주사회를 위한 변론 창간호, 역사비평사, 1993.
- 민주사회를 위한 변호사모임/한국기독교교회협의회, 한국인권의 실상, 역

- 사비평사, 1992.
- 박광빈, 사건당사자의 소환에 있어서 피소환자의 편의도모방안, 검사세미나연수자료집(제5집), 법무연수원, 1989.
- 박기갑, 21세기 국제인권법의 과제와 전망, 삼우사, 1999.
- 박길용, 불구속피의자 및 참고인에 대한 효율적 조사방법, 검사세미나연수자료집(제20기)—인권보호요청의 증대추세에 상응한 검찰수사력 제고방안—, 법무연수원, 1996.
- 박미숙, 경미사건의 신속처리방안에 대한 연구, 한국형사정책연구원, 1999.
- 박미숙, 참고인의 출석·진술강제와 수사상 증인신문 청구제도, 형사정책연구 제13권 제4호(통권 제52호), 한국형사정책연구원, 2002
- 박미숙, 참고인의 허위진술과 형사책임, 형사정책연구소식 통권 제75호, 2003.1/2.
- 박미숙, 피의자에 대한 변호권의 보장, 경희대학교 대학원 박사학위논문, 1995.
- 박미숙, 형사사건기록의 열람 등사와 정보공개, 비교형사법연구 제3권 제1호, 2001.
- 박승욱, 수사절차에서의 변호인의 조력을 받을 권리, 21세기의 인권, 한국인권재단, 2000.
- 박찬운/김선수의, 국제인권원칙과 한국의 행형, 역사비평사, 1993.
- 박홍우, 피의자 및 피고인의 변호인의 조력을 받을 권리, 서울대학교 박사학위논문, 1986.
- 배종대/이상돈, 형사소송법, 홍문사, 2000.
- 백충현, 국제인권규약 가입의 법적 의의, 저스티스 제21권, 한국법학원, 1988, 8면.
- 백형구, 수사기관의 참고인조사, 고시계, 1991/8.
- 백형구, 수사단계에서의 변호활동, 대한변호사협회지, 1986.

- 백형구, 현대수사법의 기본문제, 1985.
- 법무부, 국제인권규약 보고서 : B규약 제40조에 의한 주요국가의 인권보
고서 및 인권이사회의 총령, 1991.
- 법무부, 국제인권규약과 개인청원, 법무자료 제195집, 1995.
- 법무부, 수사기법연구—수사의 효율성과 인권보장의 병행발전을 위한 연
구—, 1998.
- 법원행정처, 새로운 인신구속제도 연구, 1996.
- 법원행정처, 영장실질심사제도 - 실무상 문제점과 과제, 법원행정처,
1997.5.
- 법원행정처, 영장실질심사제도 관련 형사소송법개정경위백서, 법원행정처,
1997.12. 참조.
- 법제사법위원회, 형사소송법중 개정법률안에 관한 공청회자료집, 1995.11.
- 사법개혁위원회 제5차 회의 보고자료, 사법서비스 및 형사사법제도,
2000.1.
- 서대용, 임의동행에 관한 연구, 치안논총 제6집, 경찰대학 치안연구소,
1989.
- 서주홍, 수사사건기록에 대한 열람 등사의 범위, 검찰 101호, 1990.
- 세미나 자료집, 구속영장청구와 피의자심문, 제21회 형사정책세미나, 한국
형사정책연구원, 1997.11.
- 손동권, 현행 피의자 체포·구속제도에 관한 연구, 이형국교수화갑기념논
문집, 법문사, 1998.
- 송광섭, 형사절차에 있어서 피해자의 지위 강화, 피해자학연구 제8호, 한
국피해자학회, 2000.
- 송희진, 형사절차상 피해자 및 증인보호방안에 관한 연구, 연세대학교 대
학원 박사학위논문, 1999.
- 신동운, 공판절차에 있어서 피고인의 방어권 보장, 형사재판의 제문제(제4

- 권), 2003.
- 신동운, 영장실질심사제도의 실시와 영장주의의 새로운 전개, 새로운 인신 구속제도연구, 법원행정처, 1996.
- 신동운, 일제하의 형사절차에 관한 연구, 한국법사학논총, 박병호교수화갑 기념논문집, 박영사, 1991.
- 신동운, 한국 형사사법개혁의 쟁점과 동향, 한국형사정책연구원 국제학술 회의 자료집, 2004.6.
- 신동운, 형사사법제도의 개선방안, 사법제도 개선방향, 교육과학사, 1992.
- 신동운, 형사소송법(I), 법문사, 1996.
- 신양균, 미결수용자의 처우에 대한 연구, 한국형사정책연구원, 1994.
- 신양균, 형사소송법, 1996.
- 심희기, 구속영장실질심사제론과 구속전 피의자심문제론, 현대형사법의 쟁점과 과제, 이형국교수화갑기념논문집, 법문사, 1998.
- 유현석, 국제인권규약과 법률사무, 인권과 정의 제169호, 1990.9.,
- 이기현, 범죄신고자 등 보호방안, 범죄신고자 등 보호방안에 관한 공청회 자료집, 한국형사정책연구원, 1995.
- 이상대, 체포제도시행에 따른 지명수배 개선방안, 검사세미나연수자료집 (제22기), 1997.
- 이상철/최석윤, 국선변호인제도에 대한 연구, 한국형사정책연구원, 1994.
- 이재상, 강제수사절차의 개선방안, 한국형사정책연구원, 1991.
- 이재상, 형사소송법, 박영사, 1999.
- 이재상, 형사소송법상 체포와 구속제도의 문제점, 법학논집 제2권 제1호, 이화여대 법학연구소, 1997.
- 이재상/박미숙/이호중, 각국의 구속제도, 한국형사정책연구원, 1991.
- 이재석, 체포제도에 관한 연구, 현대형사법의 쟁점과 과제, 이형국교수화갑기념논문집, 법문사, 1998.

- 이재원, 수사사건의 기록열람 · 등사의 범위, 검사세미나연수자료집(VIII), 법무연수원, 1990.
- 이주홍, 헌법과 형사재판, 영장실질심사제도Ⅱ, 법원행정처, 1997.
- 임승순, 기소전 보석과 보석의 활용방안, 법원행정처, 불구속재판 시행의 과제, 1997 ; 조윤신/최의호, 영장실질심사제와 구속적부심(주로 기소 전 보석)의 상관관계 및 그 운용, 법원행정처, 영장실질심사제도.
- 정동욱, 수사와 재판절차의 신속한 진행 확보방안, 고시계, 1994/2.
- 정명호, 법원의 구속영장실질심사제 실시에 따른 문제점과 대책, 검사세미나연수자료집(제22기), 1997.
- 정승환, 형사소송법의 체포제도에 땀나 재검토, 한국비교형사법학회 춘계 학술논문발표회, 2004.4.
- 정웅석, 실제적 진실발견을 위한 제도적 고찰, 법무부, 2000.
- 정인섭, 국제인권B규약 가입과 그 시행상의 문제점에 관한 심포지엄 토론 요지, 저스티스 제21권, 1988/12.
- 정진수, 구속영장심사와 피의자심문, 한국형사정책연구원, 1998.
- 정진수, 사법의 적극적 역할, 우리법연구회 10주년 기념세미나집, 1998.
- 정진수, 증인보호제도에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1996.
- 조동석, 허위진술죄의 도입제안, 법조 2001.6.
- 조용환, 국제적 인권보호제도와 이용가능성, 법과 사회 제5호, 법과사회이론연구회, 1992.
- 조창구, 국제인권B규약 가입과 그 시행상의 문제점에 관한 심포지엄 토론 요지, 저스티스 제21권, 1988/12,
- 주광일, 주식형사소송법(Ⅱ), 한국사법행정학회, 1999.
- 차용석, 수사기관의 피고인신문, 월간고시, 1983/12.
- 차용석, 형사소송법연구, 박영사, 1983.
- 최재원, 피의자·참고인 등의 출석불응시 대처방안, 검사세미나연수자료집

- (V)—수사 및 사건처리에 관련한 제문제—, 법무연수원, 1989.
- 하태훈, 증인 또는 범죄피해자 보호제도, 제4회 한국피해자학회 학술회의 자료집, 1995.
- 허영, 한국의 사법제도와 인권, 한상진 편, 현대사회와 인권, 나남출판, 1998.
- 형사소송법제정자료, 한국형사정책연구원, 1990, 11면 이하.
- 황정근, 불법인신구속과 인권보호, 2000년도 하계학술회의, 한국형사법학회, 2000.6.
- 황정근, 영장실질심사제도 시행의 의미와 과제, 영장실질심사제도 - 실무상 문제점과 과제 - 법원행정처, 1997/5.
- 황정근, 인신구속과 인권, 법영사, 1999.
- <http://djjb.cnpolice.go.kr/jungbu1/index.html>.