

34. 그러나 실제에 있어서는 형사소송법에 명시된 변호인접견권조차 수사·교정 기관에 의하여 거부되는 경우가 많다. 다음은 최근 보고된 접견거부사례들이다.

가. 1996. 8. 박원순 변호사는 국가보안법위반혐의자로 안기부에서 조사를 받고 있던 간수 교수에 대한 접견을 신청하였으나 간첩혐의자에 대한 접견은 제한되어야 한다는 이유로 접견이 거부되었다.

나. 1) 95. 12. 6. 과 12. 7. 변호사 임종인, 이덕우, 윤기원, 김명환, 김진국, 이원재가 국가보안법 위반 사건 피의자 박충렬에 대해 낸 각 변호인접견신청에 대해 검사 이기범은 수사중이라는 이유로 모두 거부하였다. 위 변호사들은 검사의 변호인접견 불허 처분에 대한 준항고를 내어 95. 12. 16. 법원으로부터 위 검사의 처분이 불법이라는 취소결정을 받았다.

2) 96. 2. 3. 조광희, 이형근 변호사는 국가보안법 위반 혐의로 서울경찰청 장안동 분실에서 조사를 받고 있던 권순미 등 8명에 대한 접견을 신청하고 수사기관 앞에서 4시간 동안 기다렸으나 거부당하였다.

3) 96. 8. 23. 조광희 변호사는 국가보안법 등 위반 혐의로 도봉경찰서에 구금중인 조현재에 대한 접견을 신청하였으나, 조현재의 신문기관인 서울경찰청 장안동 분실의 지시를 받지 못했다는 등의 이유로 거부당하였다.

4) 96. 9. 5. 김인희 변호사는 국가보안법 위반 혐의로 서울지검 검사실에서 조사를 받던 소설가 김하기에 대한 접견을 신청하였으나 수사중이라는 이유로 거부당하였다.

다. 1994. 8. 2. 유선영 변호사는 김일성주의청년동맹사건으로 서대문경찰서에 구금중인 이상철씨에 대한 접견을 신청하였으나 서대문경찰서는 변호인선

임계가 첨부되어 있지 않다는 이유(형사소송법 제 34 조는 변호인뿐 아니라 변호인이 되려는 자에 대하여서도 접견권을 보장하고 있다.)로 두 차례나 접견을 거부하였다.

35. 변호인접견권침해에 대하여 최근 법원 및 헌법재판소에서 수차에 걸쳐 불법이라고 판결을 내렸지만 국가보안법위반사건의 경우 수사기관에서는 의도적으로 변호인의 접견을 거부하고, 오히려 남북분단상황을 이유로 접견이 제한되어야 한다고 주장한다. 그러나 변호인의 접견이 거부된 사건은 이후 거의 예외없이 수사기관에 의해 고문이 자행되어 졌다는 주장이 제기되었다.

피의자신문시 변호인참여권 불보장

36. 고문은 대부분 수사기관에 의한 신문시 발생하고 있다.

37. 다음은 최근 수사기관에 의하여 자행된 고문 사례 중 일부이다.

가. 1993. 12. 16. 1.2심 재판에서 살인혐의로 실형을 받고 대법원상고 중에 있던 김기웅씨가 진범이 잡힘으로써 구속 378일만에 석방되었다. 구속 당시 김씨는 현직 경찰관의 신분이었으나 애인을 살해한 혐의로 연행되어 3일동안 3시간 만 잠을 잔 상태에서 회유와 협박을 받다가 마침내 자신이 범행을 하였다 고 자백을 하였다. 김씨는 서울경찰청에 인계된 후 범행사실을 부인하였다가 4일동안 잠을 안 재우며 회유와 협박을 계속해 결국 다시 허위자백을 하였다. 그러나 대법원 재판중 진범이 잡혀 혐의가 벗겨졌다. 이 사건은 현직 경찰관 조차도 고문에 의해 허위자백을 할 수 밖에 없었다는 점에서 큰 충격을 주었다.

나. 1995. 2. 24. 부산지방법원 형사 3부는 부산만덕초등학교생 강주영양 유괴·살인혐의로 기소된 원종성, 옥형민 등 3명에게 무죄를 선고하였다. 재판과정에서 재판부는 연행 40일만에 피고인들에 대한 신체감정을 실시했다. 신체감정 당시 오랜기간이 지났음에도 불구하고 원씨에게서는 양쪽 손목이 수갑에 눌러 생긴 멍자국, 왼쪽 무릎 안쪽에 바닥에 비벼져 생긴 상처가 아물어 나타난 흉터, 왼쪽 발 두번째 발가락 발톱 밑에 피멍이 들어 있는 것을 확인했고, 옥씨에게서는 왼쪽 허벅지 중간쯤에 멍이 들었다가 아문 흔적과 왼쪽 손목에 수갑에 눌러 생긴 멍자국, 왼쪽 귀 뒷부분과 머리 사이에 자를 넣어 마찰시킨 흔적 등을 발견하였다. 원씨 등은 수사관이 머리를 수건으로 가리고 입에 재갈을 물린 뒤 양 발을 등 뒤로 해 수갑을 채우고 복숭아뼈가 바닥에 닿도록 꿰어 앉혀 놓고 몽둥이로 허벅지를 구타하고 발로 온 몸을 밟았으며, 수갑이 채워진 손을 뒤로 움직여 피가 안통해 엄청난 고통을 당했다고 폭로했다. 이 사건은 수사과정에서 고문에 의한 허위자백으로 범인이 조작되었다는 주장이 수없이 제기되었고, 재판부의 신체감정에서도 고문사실이 확인되었으나 검찰은 이를 무시하고 끝까지 이들이 범인이라며 사형 등 극형을 구형하였다. 그러나 1심 재판에서는 물론 이후의 항소심, 상고심에서도 이들의 무죄를 선고하였다. 만일 법원의 신체감정시 고문사실이 밝혀지지 못하였다면 아마 원씨들은 살인범으로 사형을 당하였을 수도 있었다.

다. 1995. 8. 26. 경찰은 서울 청계천 8가에서 노점상을 하던 박영생씨 등 5명을 특수공무집행방해 등 혐의로 구속하였다. 박영생씨는 "경찰이 팬티만 입힌 채 수갑을 채우고 양다리를 포승으로 묶어 (이른바 '통닭구이' 고문) 유치장 독방에 가두었다. 변호사에게 연락하여 줄 것을 요구하며 항의하자 청테이프를 입을 막았으며, 청테이프가 풀어지자 청테이프를

입안에 밀어 넣고 재갈을 물린 귀 압박봉대로 고정시킨 채 방치했다"고 주장했고, 당시 박씨를 면회했던 사람들의 말에 의하면 박씨가 팬티만 입은 상태로 면회를 나왔으며 온몸이 멍투성이였다고 한다.

라. 이종주 전 대구시장에게 뇌물을 주었다고 검찰에서 진술, 이 전 시장의 구속에 결정적인 계기를 제공했던 신한산업대표 박승철씨가 1995. 8. 1. 대구지방법원에서 열린 증거보전 심리에서 "검찰이 자백을 강요하며 뺨 등을 때리고 협박과 고문을 가해 허위로 진술했다."고 주장했다.

마. 1994. 7. 21. 21:00경 광주 동부경찰서 소속 경찰 5-6명은 금호타이어 노조원 한생남, 모한중, 김옥현, 김영만씨를 영장없이 연행하여 인근여관으로 끌고 갔다가 다음날 01:00경 동부경찰서 근처 아시아나장 506호실로 옮겨 신호식 금호노조 곡성지부장의 행방 등을 대라고 강요하며 가혹행위 및 폭행을 하였다. 피해자 가족들의 경찰관에 대한 고발장에 따르면, 경찰은 김영만씨에게 폭행은 물론 담배불로 어깨를 지지고 송곳으로 찔렀으며, 김옥현조합원에게도 같은 방법의 고문을 행한 다음 02:30경 어린이대공원으로 끌고가 회갈로 위협하며 금호노조 집행부원에게 거짓 전화를 하도록 강요하였다고 한다.

바. 1993. 8. 24. 서울 서초경찰서 형사7반소속 김모 형사 등 3명은 검정고시학원에 다니는 진모군(18)과 동생(14)을 7월 중순경 발생한 2건의 절도사건 공범으로 오인, 서초파출소로 강제연행하였다. 그리고 입에 혁대로 재갈을 물리고 경찰봉, 구둣발 등으로 집단구타, 동생에게 왼쪽 귀 고막파열상과 가슴 등 10여군데에 타박상을 입게 하였다.

사. 1993. 4. 29. 충남 논산군 연무읍, 소룡리 17

서재원(당시 10세)가 본인의 집 재래식 화장실 변기 통에서 죽은채로 발견되었다. 강경경찰서는 이 사건의 범인으로 유모군(당시 10세)을 주범으로, 김모군(당시 10세)을 종범으로 지목하고 이들을 학교에서 연행하여 강경경찰서, 고내지서, 가야꼭지서를 전전하며 소년들에게 자백을 강요하였다. 이들은 형사미성년자이므로 절대적으로 강제수사가 불가능한데도 수사관들은 연행후 72시간이 넘도록 조사하면서 수차례 뺨과 목을 때리고 "너 같은 놈은 감방에서 깡패들에게 죽도록 맞아야 한다."는 등 협박을 하여 자백을 받아 냈다. 그러나 이후 피해자 서군의 가족들이 피의자 부모들을 상대로 제기한 손해배상소송에서 재판부는 피의자들의 자백 내용에 신빙성이 없다는 이유로 청구를 기각해 이들이 경찰의 협박에 의해 허위진술하였다는 사실이 밝혀지게 됐다.

자. 1993. 2. 17. 경기도 김포군 신곡7리 농수로에서 경찰에 연행되어 조사를 받았던 이 마을 정영석 씨가 수감이 뒤로 채워진 채 엎드려 숨져 있는 것이 발견되었다.

38. 이와 같이 고문이 사실상 수사과정에서 빈번하게 발생되므로 변호인접견권과 함께 수사기관의 심문시 변호인이 참여 할 수 있게 된다면 고문은 상당 부분 방지될 수 있을 것이다.

39. 그러나 정부는 형사소송법에 규정이 없고 수사에 방해가 된다는 이유로 변호인의 참여권을 인정치 않고 있다.

구속수사의 관행

40. 범죄혐의자에 대한 구속은 신체의 자유를 제한한다는 의미에서 그 자체가 고문의 한 형태가 될

수 있을 뿐 아니라 구금된 자는 다른 사람들의 접촉이 어려우므로 수사기관에 의하여 고문이 쉽게 이루어질 수 있는 환경을 제공한다는 점에서 범죄혐의가 확정될 때까지는 불구속수사, 재판이 이루어져야 함이 원칙이다.

41. 정부보고서 역시 구속의 이러한 성격을 인식하고 형사소송법에서 구속의 요건을 엄격히 규정하고 있으며, 구속제도는 신중히 운용되고 있다고 한다(정부보고서 79-84항).

42. 그러나 현실에서 구속의 기준은 형사소송법에 규정된 구속요건이 아니라 혐의를 받고 있는 죄의 경중이며, 행정법규위반이나 가벼운 형사법규위반이 아닌 경우 사실상 형사소송법의 구속요건에도 불구하고 구속되어 수사, 재판을 받는 것이 관행화 되어 있다.

43. 구속수사원칙의 관행은 형사법을 운영하는 주체인 수사기관이나 법원에서 구속제도를 피해에 대한 응보적 개념으로 이해하고 있는 경향 때문이며, 과학적 수사가 제대로 발전하지 못하여 아직까지도 피의자나 피고인의 자백에 의존하고 있는 현실에서 구속은 자백을 쉽게 얻을 수 있는 전체적 도구가 되기 때문이다.

44. 이러한 수사관행은 이른바 문민정부에서도 계속되고 있다. 다음표는 최근의 구속영장발급실태에 관한 것이다.

구분 \ 연도	1993	1994	1995.1.1. - 8.31.
신청인원	158,109	145,899	98,928
발부인원	148,847	135,723	92,432
발부율	95%	93%	93.5%

출처: 국정감사자료

45. 위 표에서 나타나듯이 법원은 검사가 영장을 신청하면 거의 대부분 발급하고 있다. 이와같이 구속영장발급율이 높은 것은 구속영장발급시 법원이 해당 피의자를 보지 않고 다만 수사기관에서 작성한 서류만을 검토하여 구속영장발급여부를 결정하는 것 또한 원인이 된다.

임의동행의 관행

46. 과거 수사기관에서는 영장을 발급받지 않고 피의자의 동의를 얻어 수사기관에 연행한 다음 조사가 끝날 때까지 수사기관에 유치시키는 이른바 임의동행의 관행이 보편적으로 이용되었다. 그러나 피의자의 동의란 수사기관의 강압에 의하여 이루어 지는 경우가 많으며, 더우기 사실상 납치하듯이 연행하였으면서도 피의자의 동의를 가장하는 경우도 많았다. 최근 임의동행에 대한 법원의 위법판결 이후 이러한 관행에 제동이 걸리기는 하였으나 아직도 영장없이 임의동행형식으로 수사기관에 불법 유치하는 사례가 완전히 사라진 것은 아니다.

47. 임의동행식의 체포, 연행에 대하여 법원이 제동을 걸자 긴급구속제도가 악용되기 시작하였다. 형사소송법 제 206 조는 피의자가 사형, 무기 또는 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범하였다고 의심할 만한 사유가 있고, 증거인멸이나 도주의 우려가 있으며, 긴급을 요하고 판사의 영장을 받을 수 없는 경우 그 사유를 알리고 영장없이 피의자를 구속할 수 있다고 하여 이른바 긴급구속제도를 규정하고 있다. 그런데 수사기관에서는 임의동행형식의 구속이 어렵게 되자 이러한 긴급구속제도를 이용하여 긴급구속요건에 해당되는지 여부와 관계없이 무조건 피의자를 체포, 연행하여 사실상 구속상태에서 수사를 하고 있다.

미란다원칙불고지의 관행

48. 형사소송법 제 88 조, 제 209 조에는 수사기관에서 피의자나 피고인을 구속할 때에는 즉시 공소사실 또는 피의사실의 요지와 변호인을 선임할 수 있음을 알려야 한다는 이른바 '미란다원칙'이 규정되어 있다.

49. 그러나 사실상 구속시 수사기관이 미란다원칙대로 피의사실의 요지와 변호인선임권을 고지하는 경우는 드물다. 심지어는 영장조차 제시하지 않고 체포, 구속하는 사례도 많다. 다만, 최근 법원에서 미란다원칙을 침해한 수사기관의 인신구속을 불법이라고 하자 수사기관에서는 아예 피의자진술서에 미란다원칙을 고지받았다는 문구를 고정하여 사용하고 있다. 따라서 피의자가 진술조서에 서명날인하면 미란다원칙을 고지받은 것으로 자동간주되거나 사실상 미란다원칙을 고지받지 않은 경우에도 이를 이유로 진술조서의 서명날인을 거부하기는 어려운 실정이다.

진술거부권불고지의 관행

50. 형사소송법은 수사기관이 피의자를 신문할 때 먼저 피의자에게 진술거부권이 있음을 고지하도록 규정하고 있다. 그러나 실제로는 피의자신문시 피의자에게 진술거부권이 있음을 고지하지 않는 것이 현실이며, 사실상 진술거부권을 고지한다고 하더라도 수사기관의 조사가 구속상태에서 변호인의 참여도 없이 이루어지므로 이는 형식적인 것에 그칠 가능성이 있다.

인권보호책임을 다하고 있지 못하는 검사

51. 대한민국에서 수사에 대한 지휘는 검사가 하

므로 피의자의 인권보장과 관련하여 검사의 역할이 매우 중요하다. 정부보고서에는 검사는 수사 및 소추를 담당하는 이외에 인권보장과 관련된 책임도 수행하고 있다고 한다 (정부보고서 35항).

52. 그러나 수사를 함과 동시에 피의자의 인권을 보호하여야 할 검사가 그 자신이 인권침해의 주범이 되기도 한다.

가. 96. 4. 24. 폭행혐의로 고소되어 검사의 소환에 응한 조용한(63세)씨는 수원지검 최정운 검사에게 양쪽 뺨과 어깨, 가슴을 구타당하고 무릎을 꿇린 채 팔을 들고 벌을 서야했고 폭언을 당했다. 그는 30대의 젊은 검사에게 구타와 모욕을 당하였다는 심한 모멸감에 시달리다가 5. 25. 자살했다.

나. 1995. 9. 16. 대한변호사협회는 국가보안법위반혐의로 구속된 한국외국어대학교 박창희 교수가 수사도중 검사에게 모욕적인 욕설을 하면서 수갑을 차고 의자에 앉아 있는 박교수의 허벅지와 무릎 등을 때렸으며, 목비권도 고지하지 않은 사실을 확인하고 수사검사에 대한 철저한 수사를 촉구하였다.

다. 1994. 1. 4. 새벽 서울지방검찰청 안희권검사가 마약 혐의로 연행된 김동철(37세)씨를 조사중 구타하여 갈비뼈를 부러뜨리고 상처를 입혔다.

라. 1994. 1. 13. 새벽 서울지방검찰청 남부지청 송관호 검사가 뇌물혐의로 조사를 받던 피의자 김용일(40세)씨에게 자백을 강요하며 뺨을 때렸다.

53. 피의자가 경찰이나 안기부에서 고문을 당하여 허위자백을 하였다고 검사에게 호소하여도 검사는 대체로 피의자의 탄원을 조사하기 보다는 오히려 거

짓말을 한다고 피의자를 협박하는 경우도 많다. 결국 대한민국의 검사는 법이 부여한 인권보호책임을 다하지 못하고 있다는 비난을 받고 있다.

자백을 강요하는 재판관행

54. 형사소송법은 구속피의자에 대하여는 구속적부심사청구권을 인정하고, 구속피고인에 대하여는 보석청구권을 인정하되 피고인이 사형, 무기 또는 10년이 넘는 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범한 때 등 예외에 해당하는 사유가 없는 한 보석을 허가하여야 한다고 규정하고 있다.

55. 그러나 법원은 구속적부심사제도와 보석제도를 시행함에 있어 형사소송법의 법규정에 반하여 피의자나 피고인이 범죄혐의사실을 자백하는 경우만 보석을 허용하고, 이를 부인하는 경우에는 불허하는 것을 원칙으로 한다. 이와 같은 관행때문에 구속적부심제도와 보석제도는 그 본래 취지와는 달리 오히려 피의자의 자백을 압박하는 수단으로 변질되고 있다.

56. 대한민국은 최근 형사소송법을 개정하여 종래 기소된 이후에만 허용하던 보석을 기소전에도 허용하는 '기소전보석제도'를 도입하였으나 이것 역시 피의자의 자백을 전제로 하여서만 허용한다면 고문방지를 위하여 별다른 도움이 되지 못할 것이라는 우려가 많다.

57. 피의자에 대한 구속, 수사, 재판과정에서 피의자의 인권을 보장하기 위하여 형사소송법 등 법령에 아무리 훌륭한 규정을 둔다하더라도 이러한 제도와 관행이 수사기관에서 자행되는 한 실질적으로 고문이 방지되지는 못할 것이다. 따라서 이러한 제도와 관행이 계속되는 한 대한민국은 협약 제 2조 제 1항,

제 11 조에 규정된 의무를 다하고 있다고 볼 수 없다.

III. 교정시설에서의 경우

구금시설의 실태

58. 대한민국에는 구금시설로서 현재 구치소 6개, 교도소 27개소, 소년원 2개소, 보호감호소 2개소, 개방교도소 1개가 있고, 대용감방은 17개 경찰서에 있다.

59. 국정감사 자료에 따르면 피구금자는 1996. 6. 현재 6만3천여명에 달하고 있다.

다음은 1990. 이후 수용시설의 정원과 실제 수용인원을 비교한 것이다.

년도	수용인원	수감자수
1990	53,169	54,300
1991	55,115	54,300
1992	55,159	55,300
1993	56,823	55,300
1994	57,975	54,950

출처: 국정감사자료

60. 반면, 교정공무원은 1995. 9. 1. 현재 총정원 1만1천8백98명에도 모자라는 1만1천7백28명이다. 교정공무원 대 피구금자의 비율은 산술로는 1:6 이 되지만 교정공무원의 법정근무시간이 8시간임을 고려하면 사실상 1:18이 된다. 교정공무원의 수가 정원에 못미치고, 관할하는 피수용자의 수도 많기 때문에 이들은 늘 잡무와 연장근무에 시달리고 있다.

61. 행형법 제 11 조는 독거수용을 원칙으로 하고 있으나 현실에서는 혼거수용이 원칙이다. 1995. 서

울지방변호사회의 조사결과 2.5명 기준으로 미결 수용자의 경우 7-8명, 기결의 경우는 5-6명이 일반적인 것으로 나타났고, 사방크기 중 큰 것에 해당하는 4.5명 규모에서는 평균 12-15명(미결)이 수용되어 있었으며, 어떤 경우는 17-18명까지 수용되어(의정부 교도소) 생활하기가 극히 곤란한 경우도 있었다. 독거자의 사방면적은 보통 0.75평에서 1.01평 수준이다. 성동구치소의 경우 전체 405개 사방 중 독거실은 67개에 불과하다.

고문이나 다름없는 금지제도

62. 피구금자의 수용에 관한 기준은 행형법으로 규정되어 있다. 1950. 제정된 행형법은 1995. 1. 5. 개정되기까지 모두 5번의 개정과정을 거쳤다. 그러나 수 차례의 개정에도 불구하고 행형관련법령은 해당 교정공무원들조차 이들 법률을 제대로 파악하지 못할 정도로 그 체계가 매우 복잡하게 되어 있어 실제 적용이 잘 안되고 있을 뿐 아니라 행형법 규정 자체에도 재소자의 인권보장과는 거리가 있는 규정이 포함되어 있다.

63. 행형법 제 46 조는 수용자가 법률을 위반한 경우 징벌에 처할 수 있다고 하고 있다. 다음은 전국 구금시설의 수용자에 대한 1994. 9.부터 1995. 8.까지 1년 동안의 징계현황이다.

금지2월	금지1월	금지20일	도서일제제한	경고	기타	계
2,779명	2,681명	152명	5명	387명	26명	6,030명

출처: 국정감사자료

위 표에서 보듯 수용자가 징벌을 받는 경우 대부분(약 93%) 가장 무거운 금지에 처해진다.

64. 징벌의 한 종류인 금지처분을 받은 자는 독실

에 수용되고, 원칙적인 그 기간 중 접견, 서신수발, 작업, 운동 및 도서 열람이 금지된다. (행형법 시행령 제 145 조 제 2 항) 실제로 금지처분을 받은 자는 포승줄로 결박하여 장시간 독방에 방치되거나, 먹방에 수감된다. 먹방은 빛이 하나도 들어오지 않는 곳으로 이곳에 수용되는 피구금자는 수갑과 포승줄에 묶여 음식을 먹고, 용변을 보아야 하므로, 그들이 당하는 고통은 매우 심하다. 특히, 금지징벌에 처한 경우 포승과 방성구(행형법 개정시 방성구는 인권침해의 소지가 있다고 하여 그 사용이 금지되었으나 형태만 일부 변형되어 안면보호구의 이름으로 계속 사용되고 있다) 등과 같은 계구를 사용하므로 피구금자는 금지기간동안 사실상 움작달작 할 수도 없게 된다.

65. 수용자 규율 및 징벌에 관한 규칙에 따르면 징계는 교도소장이 법무부장관이 정한 서식에 의한 수용자징벌요구서를 작성, 징벌위원회에 의결을 요구하고, 징벌위원회는 징벌혐의자를 위원회에 출석하게 하여 혐의 내용을 심문하고, 그의 진술을 들어야 한다(위 규칙 8조). 그러나 징계는 공식적인 징계위원회가 열리기도 전에 시행되기도 하며, 징계위원회는 종종 징벌대상자의 참여없이 징계를 결정하기도 한다. 더우기 징계위원회의 결정에 대하여 이의를 제기할 수 있는 방법은 전혀 없다. 정부보고서 제 172 항 (b) (2)의 주장과는 달리 징계과정에서 수용자에게 충분히 진술할 수 있는 기회가 주어진다고 할 수 없다.

최근 교도관에 의한 고문사례와 불처벌

66. 다음은 최근 교도관들에 의하여 징계 등을 빌미로 구타, 가혹행위가 자행된 사례들이다.

가. 1996. 2. 의정부교도소는 소장의 재소자구타

에 항의하던 재소자 20여명을 다시 교도관들이 폭행한 뒤 징벌위원회를 열지도 않은 상태에서 징벌방에 가두었다가 2개월간의 금지처분을 내린 후 강제이감시켰다.

나. 1995. 7. 11.부터 김천소년교도소에 수감중인 국가보안법위반 수용자 4명은 교도관들의 빈번한 소년수에 대한 구타중지를 요구하며 단식농성을 벌였다.

다. 전경해체를 주장하다 구속, 영등포교도소에 수감중이던 박석진씨는 1994. 1. 19. 점호 도중 교도소장에게 인사를 하지 않았다는 이유로 집단폭행을 당하였고, 금지처분을 받았다. 교도소는 박씨에게 포승과 수정을 채운 채 징벌방(먹방)에서 낮에는 담요도 없이 지내게 했으며, 단식중인 박씨에게 강제급식까지 했다. 박씨는 변호사와 접견을 하면서 "징벌방이 너무 춥다"고 호소했다.

라. 1993. 6. 7. 청송보호감호소의 일부 교도관이 피구금자들에게 가혹행위를 했다는 가족들의 호소가 있었다. 외부진료요청시 독방에 감금, 구타하고, 담배암거래를 조사한다며 가혹행위를 가해 그 상처가 1년이 넘어도 남아 있다고 한다.

마. 1993. 2. 14. 주민등록증변조혐의로 마산교도소에서 만기출소한 홍장희(27)씨와 피구금자 가족들인 이달기(29)씨 등은 경남 마산교도소에서 교도관에 의한 피구금자의 폭행사건이 잇따라 발생하고 있다고 주장하였다 (자세한 비용은 75항 가 참조).

바. 1993. 2. 7. 청송 제2보호감호소에 수감중인 피구금자 서재만씨의 가족은 교도소측이 위진을 요청하는 서씨의 온 몸을 포승으로 묶어 13일 동안 독

방에 가두고 빗자루 막대로 발바닥을 수 십차례 때렸다고 폭로했다.

67. 다음은 재소자에 대한 고문으로 고소, 고발된 사건의 최근 통계이다. 물론 통계의 수치는 교도관에 의한 고문사례 중 고소, 고발된 일부에 불과한 것이다.

년도	1991년	1992년	1993년	1994년	1995년 1-6월까지
전수	40건	31건	56건	55건	31건

출처: 국정감사자료

68. 고문을 자행한 교도관들에 대한 처벌이 잘 이루어 지지 않거나 처벌이 되도 너무 가볍게 처리된다는 점도 교도관에 의한 고문이 빈발하는 중요한 원인 중 하나이다.

69. 다음은 1990. 이후 고문범죄혐의로 고소, 고발된 교도관의 처벌에 관한 통계이다.

년도	1990	1991	1992	1993	1994	1995.1.1-6.30
고소, 고발건수	100	40	31	56	55	31
기소 (() 안은 구속기소건수)	7(5)	7(5)	0(0)	1(0)	1(1)	0(0)
기소유예	0	1	2	0	1	1
무혐의 등	93	32	27	55	50	27
기소비율	7%	17.5%	0%	1.7%	1.8%	0%

출처: 국정감사자료

통계에서 나타나듯 고문에 대한 고소, 고발이 있어도 교도관들이 실제 처벌되는 경우가 드물다.

청원제도

70. 교도소나 구치소 수용자들이 고문을 당한 경우 이에 대한 조사를 요청할 수 있는 제도가 청원제도이다(정부보고서 176, 177항). 그러나 순회판사나 검사에게의 청원은 사실상 불가능하므로 재소자가 청원을 하려면 서면에 의하여 법무부장관에게 할 수 밖에 없다. 그러나 법무부장관에 대한 청원서는 관할 교도소장에게 제출하게 되어 있으며(행형법 제 6 조 제 2항), 청원서를 쓰려면 집필보고전을 내고 사실상 허가를 얻게 되어 있으므로 (수용자 규율 및 징벌에 관한 규칙 제 3 조 33호) 교도소측에서는 재소자가 청원을 하겠다고 하는 경우 집필허가를 지연시키거나 회유와 압력으로 재소자가 스스로 청원을 포기하게 만들고 있다.

가. 1995. 2. 국가보안법위반으로 대전교도소에 수감중인 김삼석씨는 사상전향제도에 따른 불이익 문제와 교도소 처우문제로 법무부에 청원을 하려고 했으나 교도소측은 3차례나 청원행사를 방해했다. 이에 김씨와 양심수 3명은 10여일에 걸쳐 항의단식농성을 벌인 바 있다.

나. 1995. 8. 장흥교도소에 복역중인 은재형씨는 비위생적인 수형환경의 문제를 청원하려 했으나 교도소에 의해 거부되었다. 이에 가족들이 행정심판청구소송을 준비하자 같은 해 9월 청원서집필을 허락했다.

71. 1994. 9. 부터 1995. 8. 까지 1년간 전국 교도소에서 수용자들이 청원한 것은 총 15건이었는데, 이것은 청원권 자체가 교도소 당국으로부터 원천적으로 차단되고 있음을 반증하는 것이다.

72. 15건의 청원 중 감형, 가석방 요망이 5건, 이송을 요망한 것은 2건, 폭언·구타 행위 등의 조사에 대한 요망이 1건, 작업등 처우개선 요망이 4건, 기타 3건으로 나타났으며, 이들 청원은 모두 기각되었다.

73. 결국 행형법 제 6 조 제 2 항은 고문을 당한 재소자의 청원권 행사를 사실상 어렵게 만들고 있다는 점에서 규약 제 13 조에 위배될 여지가 있다.

피구금자의 의료적접근권

74. 피구금자에 대한 의료시설 및 의료인력은 턱없이 부족해 피구금자는 의료사각지대에 방치되어 있다. 1995. 법무부가 국회에 제출한 자료에 의하면 1995. 8. 한달 동안의 전국 구금시설에서 발생한 환자 연인원은 50,685명이고, 전국 교정기관의 의료관련공무원현황은 1995. 8. 31. 현재 의사 55명, 약사 3명, 간호사 58명, 보건기사 7명, 공중보건의 33명이다. 결국 의사는 1개 교도소에 1.4명에 불과하고, 약사는 전국 교도소에 단지 3명뿐인 실정이다. 더우기 교도소에 배치된 의사는 교도소에서 상근하는 것이 아니라 외부 의사에게 의무과장의 직함을 주고 진료를 위탁하는 경우가 대부분이다. 따라서 이들 의사들은 대부분이 1주일에 한 번 정도 교도소에 들러 환자를 진료하고 있는 실정이다. 그러나 이런 부족한 의료인력과 낙후한 의료시설은 예산부족을 이유로 개선되지 않고 있다.

75. 실제로 구금시설 수용자의 의료적 접근이 쉽지 않다. 고문 및 가혹행위를 받을 가능성이 높은 피구금자들이 정기적으로, 예를 들면 주 1회 이상 의사와 만날 수 있으면 고문이 상당히 예방될 수 있다. 따라서 구금기관에 소속되거나 촉탁된 의사에게 정기적으로 구금장소를 순회하며, 피구금자들의 고문 또

는 가혹행위, 기타 질병과 보건 상태를 확인할 권리와 의무가 주어져야 한다. 그리고 고문 또는 가혹행위가 이루어졌으리라는 의심이 갈 때에는 구금기관과 별개의 고문조사기관에 보고할 수 있는 제도가 있어야 한다. 또한, 피구금자가 고문을 주장할 때 신속하고 공정한 의학적 검사를 받을 수 있어야 한다. 그러나 피구금자의 이와 같은 의료적 접근권이 보장되고 있지 않음이 현실이다.

76. 따라서 교도소에서 재소자가 재소자끼리의 충돌이나 교도관의 폭행에 의하여 부상을 입어도 치료가 제대로 이루어 지지 못한다.

가 1993. 2. 14. 주민등록증변조혐의로 마산교도소에서 만기출소한 홍장희(27)씨와 피구금자 가족인 이달기(29)씨 등은 경남 마산교도소에서 교도관과 피구금자의 폭행사건이 잇따르고 이에 따라 중상을 입은 피구금자들이 제대로 치료를 받지 못하고 있다는 사실을 밝혔다. 홍씨에 따르면 마산교도소에 폭력 및 절도 혐의로 수감되었던 장덕수(20)씨가 면회는 가족과 웃고 떠들었다는 이유로 면회가 끝난 후 교도관으로부터 맞아 전치 3개월의 중상을 입었으나 제대로 치료하지 않아 장씨가 의식불명의 상태에 빠지자 동마산병원으로 옮겨졌다. 그러나 상태가 계속 좋지 않자 형집행정지로 풀어주었다는 것이다. 또한 폭력 등 혐의로 5년형을 선고받고 복역중인 이재규(33)씨가 동료 피구금자들과 옷놀이하다 시비 끝에 집단폭행 당해 눈을 크게 다쳤으나 교도소측이 응급치료를 외면해 오른쪽 눈이 실명위기에 빠졌다는 것이다.

나. 구치소에 구금 중 진료를 받지 못해 태아를 사산한 고애순씨 사례는 제 20 항 라 참조.

다. 국정감사자료에 따르면이라도 한해 보통 20-30

명 정도가 진료를 제대로 받지 못해 죽는 것으로 나타났다.

형식적 감찰활동

77. 정부보고서는 교도소나 경찰서유치장에 대하여 법무부장관 등의 순회점검과 판.검사의 시찰, 검사의 감찰활동으로 교도관 등에 의한 인권침해가 방지되고 있다고 한다(정부보고서 84-86항). 그러나 이런 순회점검과 감찰은 매우 형식적으로 이루어지고 있기 때문에 과연 그 효과를 발휘하고 있는지는 의문이다.

78. 1995년 국정감사보고에 따르면 17개 경찰서의 대용감방에 대해서 1994. 9. 부터 1995. 8. 까지 총 138회의 검사의 감찰이 이루어졌다고 하고 있다. 대용감방에서는 인원이 늘 초과되고 있으며, 의경들의 수용자들에 대한 일상적인 폭언, 폭행이 일어나고 있지만 감찰활동결과 수용자에 대한 가혹행위 등이 적발된 사례는 없는 것으로 보인다.

장기수에 대한 차별처우

79. 국가보안법 관련 공안사범으로 분류되는 장기수(7년 이상 복역)는 1996. 9. 현재 61명인데, 이중 35년에서 39년까지 복역한 사람은 39년째 수감중인 우용각씨를 비롯해 8명, 30-34년 복역중이 9명, 25-29년 복역중이 6명, 20-25년 복역중이 1명으로 집계되고 있다. 또한, 이들 장기수들의 연령별 분포를 보면, 70세 이상이 6명, 65-69세 20명, 60-64세 8명, 50-59세 13명, 49세 이하가 14명으로 절반 이상이 60세 이상의 고령이다.

80. 이들 장기수들은 북한과 관련된 간첩혐의를

받거나 공산주의(사회주의)적 신념이 문제가 되어 구속된 경우다. 하지만, 이들의 경우 대부분 수사과정에서 40일에서 120일까지의 불법구금과 고문을 당했으며, 구속 후에도 1973. 전향제도 실행 이후 늘상 고문을 수반했던 전향공작의 대상이 되었다. 이들은 0.75평 규모의 독방에서 장기간 구금되어 있는 관계로 대부분 건강이 악화되어 있다. 그럼에도 수행자분류처우규칙 제 2조 제 1 항 제 5 호는 "자유민주적 기본질서를 부정하면서, 그 파괴를 목적으로 하는 내용의 범죄를 범하고도 개선의 정이 없는 자에 대하여는 위 규칙이 적용되지 않는다고 함으로써 비전향 장기수들에 대하여 수행자분류시 위 규칙에 따라 주어지는 가석방과 등급이 높은 피구금자들이 누리는 혜택을 박탈하는 차별대우를 하고 있다.

81. 이러듯 비전향장기수에 대한 차별적 처우는 협약 제 1 조에 규정된 고문은 아니라고 할지라도 협약 제 16 조에서 금지한 비인도적 처우로서 위 조항에 위배되는 것이다.

IV. 형식적인 고문금지교육

82. 정부보고서에 따르면 수사관에게 인권보장을 위한 교육을 지속적으로 실시해 인권문제개선에 좋은 결과를 가져왔다고 자평하고 있다 (정부보고서 161-166항).

83. 그러나 법무부 산하 한국형사정책연구원의 한 조사연구결과 ('수사경찰의 의식연구', 1991)에 따르면 수사경찰의 62%가 중한 범죄자에 대해서는 수사과정에서 어느 정도의 고통을 가해도 무방하다는 의식을 가지고 있다고 한다. 그런 점에서 수사기관에 대한 인권교육은 형식적인 측면에 그쳐 실질적인 성과를 거두고 있지 못하고 있다. 수사기관에 의한 고

문, 군대에서의 구타, 교정시설 내에서의 가혹행위, 외국인불법입국자 처리과정에서의 부당한 처우가 계속되고 있는 현실이 그 증거이다.

84. 고문 또는 가혹 행위를 예방하거나 치료 발견 하는데, 또 치료와 재활에 의료인의 역할이 필수적이다. 따라서 고문금지교육과 관련하여 의료인에 대한 교육은 매우 중요하다. 그러므로 의사, 간호사, 가타 의료인이 되는 교육과정에 고문 및 가혹행위에 대한 내용이 포함되어야 한다. 특히 고문 또는 가혹행위의 피해자를 접할 가능성이 높은 구급시설, 군대 등에서 근무하는 의료인에 대하여는 보다 전문적이고 정기적인 교육이 이루어져야 한다. 그러나 의료인에 대한 교육과정에 이와 같은 고문방지교육은 포함조차 되어 있지 않다. 정부보고서에도 의료인에 대한 교육실태에 대한 언급이 전혀 없다.

85. 정부보고서는 경찰청 등 수사기관에서 피의자나 수감자의 인권을 보호하기 위하여 훈령이나 지침을 내려 시행하고 있다고 한다(정부보고서 167-172항).

86. 그러나 수없이 내려지는 지침에도 불구하고 정작 그 지침을 내리는 수사관부들 자신이 수사의 편의를 위하여서는 상황에 따라 지침을 무시하여도 된다는 말을 공언하기도 하고(보고서 제 24 항 참조), 어떤 경우에는 무리한 수사를 강요함으로써 사실상 지침에 위배되는 행위를 사실상 조장하기도 한다.

87. 특히, 사회에 충격적인 강력사건이 발생할 경우 종종 선포되는 '범죄와의 전쟁'은 일선 수사관들로 하여금 정부의 요구에 부응하는 범인 검거실적을 강요한다. 짧은 기간내에 실적을 쌓아야 하는 수사관들은 피의자의 인권을 돌 볼 겨를이 없으며, 고문을

사용하여서라도 범인검거실적을 올리려고 하는 유혹에 쉽게 빠져든다. 결국 범죄와의 전쟁이 선포된 경우 수사기관에 의한 고문시비가 부쩍 늘어나는 경향을 보인다.

88. 정부보고서는 정부가 인권단체의 인권교육을 지원하고 있다고 한다(정부보고서 166항). 그러나 대부분의 인권운동 단체들은 정부로부터 전혀 지원을 받고 있지 못할뿐 아니라 오히려 그들의 활동이 제한받는 경우도 많다.

89. 결국 고문방지를 위한 정부의 교육이나 지침은 형식에 그치고 있어서 협약 제 10조에 따른 보장이 잘 이행되고 있는지는 매우 의문이다.

제 3 부 처벌과 구제제도의 문제점

I. 처벌제도, 관행의 경우

90. 고문방지를 위해서는 피의자의 인권을 보호하기 위한 여러 제도의 정비도 중요하지만 그 못지 않게 고문범죄자를 반드시 엄격히 처벌하고, 고문피해를 국가에서 배상하여 주는 것이 필요하다. 그러나 고문범죄자들은 이리 저리한 핑계로 처벌되지 않거나 가벼운 형을 선고 받는데 그치고 있고, 피해배상 역시 입증이라는 소송제도의 벽에 부딪혀 효과적인 실현이 어려운 형편이다.

지나치게 가벼운 법정형

91. 협약 제 4 조 제 2 항은 고문이 범죄가 됨은 물론 고문이 단순히 범죄가 되는 것에 그치는 것이 아니라 그 처벌은 고문범죄의 심각성을 고려한 적절

한 형벌에 의하여야 한다고 하고 있다. 이는 국가에 따라 형벌의 기준이 다르므로 규약에서 어떤 처벌을 규정할 수는 없으나 고문은 국내법에서 가장 중대한 범죄 중 하나로서 그에 상응하는 처벌이 이루어져야 한다는 정신을 반영한 것이다. 따라서 고문에 대한 형벌은 그 해당국가의 국내법에서 가장 중한 죄의 형벌에 가까운 형으로 규정되어야 할 것이다.

92. 대한민국에서 고문에 대한 기본적 처벌규정은 형법 제 125 조이다. 수사공무원이 피의자를 폭행하거나 피의자에게 가혹행위를 한 경우, 즉 고문을 한 경우 형법 제 125 조에 의하여 5년이하의 징역과 10년이하의 자격정지에 처해질 수 있다. 물론 고문으로 인하여 상해나 사망의 결과가 발생하면 가중처벌을 할 수 있게 규정되어 있다. 대한민국 형법에는 사형, 무기형을 규정한 처벌 규정이 많고, 신체에 대한 범죄 중 상해죄는 법정형이 7년이하의 징역, 10년이하의 자격정지로 되어 있다. 이러한 점을 고려하면, 고문범죄에 대한 기본적 처벌 규정인 형법 제 125 조의 법정형은 고문범죄의 중대성을 고려한 것이라고 하기에는 너무 가볍게 규정되어 있다.

불공평하고 기약없는 조사관행

93. 협약 제 12 조는 고문이 행하여졌다고 믿을 만한 근거가 있을 때 소관기관의 즉각적이고 공평한 조사를 보장하고 있다. 정부보고서는 고문범죄에 대한 고소·고발이 있는 경우 형사소송법에 처리기한을 두고 있어 신속한 조사가 보장된다고 하고 있다(정부보고서 190, 191항). 그러나 형사소송법의 고소사건 처리기한규정은 지키지 않아도 처벌할 수 없는 훈시규정으로 사문화되어 있기 때문에 고문 피해자나 그 가족이 고문범죄를 고소, 고발하여도 수사기관에서 오랜 기간 동안 조사를 하지 않고 그대로 방치하여

두는 경우가 많다. 이로 인하여 조사결과 비록 고문 혐의가 인정된다 하더라도 이제는 고문범죄에 대한 공소시효 5년이 지나 처벌할 수 없게 되는 경우가 자주 발생한다.

94. 가. 박충렬씨 등은 1986. 10. 말경 영장없이 경찰서에 연행되어 이근안 등 경찰관에게 통닭구이, 고춧가루고문 등을 당하여 1989. 1. 11. 검찰에 고소하였다. 그러나 검찰은 고소장을 접수받은 날로부터 4년 10월이 넘도록 이 사건을 방치하였다. 검찰은 범죄완료일로부터 7년이 지나도록 기소유무 조차 결정하지 않아 1993. 11. 30. 공소시효가 완성됨으로써 형사처벌이 불가능해졌다.

나. 1994. 7. 7. 국가보안법위반 등의 혐의로 안기부 등 수사기관에서 고문을 당한 양심수 66명이 자신을 고문한 수사관들을 고소하였다. 그러나 검찰은 이 중 19건은 공소시효가 지났다고 불기소처분하였고, 5건은 무혐의 불기소처분하였으며, 나머지 사건은 2년 이상이 지나도록 아무런 처분을 내리지 않고 있다.

불처벌과 또는 관대한 처벌

95. 고문범죄의 심각성을 고려한 적절한 처벌이 이루어 지는지도 매우 의심스럽다.

96. 고문범죄에 대한 수사 역시 검찰 및 경찰에서 수행한다. 그리고 형사소송법 제 246 조는 공소는 검사가 제기하여 수행한다고 규정하고 있다. 따라서 대한민국에서는 검사만이 고문범죄자를 기소할 수 있다. 이와같이 고문범죄에 대하여 별도의 독립된 조사기관이 아니라 고문을 가한 수사기관과 같은 이해관계를 갖는 수사기관에서 고문범죄를 수사하고, 기소

하게 되어 있으므로 제도적으로 공평한 조사와 적절한 처벌이 이루어 질 수 없게 되어 있다.

97. 다음은 1990. 이후 고문범죄에 대한 검찰의 사건처리결과와 통계이다.

년도	1990	1991	1992	1993	1994	1995.1.1-6.30
고소·고발건수	118	117	153	184	156	72
기소	2(0)	2(2)	17(6)	8(2)	5(0)	1(0)
(*)안은구속기소건수						
기소유예	19	19	25	15	18	9
무혐의 등	88	82	100	130	123	36
기소비율	1.69%	1.70%	11%	4.34%	3.20%	1.38%

출처 : 국정감사자료

98. 위 표에서 보듯 고문범죄로 고소된 사건중 실제로 혐의가 인정된 경우는 기소유예된 경우까지 포함하여 전체의 10%전후 정도에 불과하고 나머지 90%는 혐의가 없는 것으로 조사되었다.

99. 다음은 최근 고문혐의가 인정된 수사관 등에 대한 처벌 사례이다.

가. 1996. 서울 관악경찰서 소속 경위 이상효는 절도혐의자가 범행을 부인한다고 구타하였으나 벌금 15만원을 선고받고, 견책처분만 받아 현재 서울방배경찰서에 근무하고 있다.

나. 1995. 8. 9. 서울지방법원 형사 22부(재판장 이광렬)는 1986. 3. 불심검문에 불응하는 김삼원씨를 연행, 조사 중 폭행하여 뇌막염으로 혼수상태에 빠드렸다가 이를 은폐시키기 위하여 김씨를 행려병환자로 위장시켜 시립병원에 입원시켰으나 결국 사망에 이르게까지 하여 폭행치사혐의로 기소된 영등

포경찰서 경장 이병호에게 "이 재판은 이씨의 유, 무죄를 가리고자 하는 것이지 벌을 주고자 하는 것이 아니다"라며 그 동안 이씨가 이로 인하여 직위해제되는 등의 정신적 고통을 당한 것을 참작한다고 하여 집행유예의 형을 선고하였다.

다. 1994. 12. 24. 새벽 서울경찰청 형사과 소속 순경 강한철, 유삼화는 마약밀매혐의자 이관홍씨는 경찰서가 아닌 여관으로 끌고가 청타이프를 구타 후 수갑을 채우고 2시간 동안 머리와 얼굴을 구타하였다. 그 후 이들은 고문혐의로 구속, 기소되었으나 곧바로 보석으로 석방되었다.

라. 1994. 경북 포항시 북부경찰서 순경 하병태는 절도피의자를 조사하면서 폭행하여 4주 상해를 입혔으나 견책처벌을 받는데 그쳤다.

마. 1993. 11. 4. 서울 송파경찰서 형사계 경장 강동석은 피의자 김현승을 조사하면서 발로 머리를 2-3회 걷어찼으나 형사처벌은 이루어 지지 않고, 견책처분만이 내려 졌으나 그나마 견책처분도 소청심사위원회에서 취소되었다.

바. 1993. 6. 28. 서울 서부경찰서 형사계 경장 장병두는 특수강간사건을 조사하면서 피의자를 폭행하였으나 기소유예 및 계고처분을 받는데 그쳤다.

100. 그리고 혐의가 인정되는 경우에도 협약 제 4 조 제 2 항에서와 같은 엄격한 처벌이 이루어 지는 경우는 매우 드물다(제 9 항의 표 참조). 그리고 다음 사례에서 나타나듯이 대부분의 고문범죄자들은 그 동안 국가의 치안을 유지하기 위해 애써온 공로가 있다는 이유로, 또는 공무원의 직위가 박탈되었고, 고문범이라는 비난을 받는 등 정신적인 고통이 컸다는

이유로 기소가 유예되거나 기소가 되어도 집행유예의 형을 선고받고, 또한 실형을 선고받고, 교도소 문을 나서게 된다. 제 9 항의 표에서 보듯이 고문범죄로 인하여 구속기소되는 비율은 전체 고소건에서 2-3%에 불과한 실정이다. 고문범죄에 대한 처벌건수가 매우 낮다는 사실은 정부도 시인하고 있다(정부보고서 113항).

101. 다음은 1993. 이후 고문 범죄자에 대한 징계 현황이다. 표에서 보듯 고문수사관들은 고문혐의가 인정된 후에도 파면되거나 해임되는 경우는 드물며 (44명 중 5명), 대부분 견책 등 가벼운 징계만 받고 다시 수사기관에서 근무를 한다.

구분	계	1993	1994	1995	1996년 1-6월
파면	2			2	
해임	3	2	1		
징직	5	3		2	
감봉	12	3	16	7	1
견책	15	5		2	2
징계계류	7			7	

출처 : 국정감사자료

102. 대한민국 형사법은 고문범죄에 대한 처벌에 대하여 협약 제 4 조 제 2 항에서 규정한 고문범죄의 심각성을 고려한 처벌과는 다소 거리있는 처벌규정을 두고 있고, 특히 고문범죄의 수사권을 동일한 수사기관에만 부여함으로써 제 4 조 제 2 항과 제 12 조, 제 13 조에 규정된 신속하고 공평한 조사와 적절한 형벌에 의한 처벌을 보장하지 못하고 있다. 노르웨이와 같은 국가에서는 고문범죄에 대한 신속, 공평한 조사를 보장하기 위하여 수사기관과는 독립된 조사위원회를 구성하여 고문범죄에 대한 조사를 맡기

고 있다. 대한민국에서도 위와같은 제도의 검토가 필요한 형편이다.

검사의 불기소처분에 대한 불복제도의 문제

103. 고문범죄에 대하여 검사가 불기소처분을 내리는 경우 고소, 고발인은 다시 검찰에 항고, 재항고를 할 수 있다. 그러나 검찰청법 제 7 조는 검사는 검찰사무에 관하여 상사의 명령에 복종하여야 한다고 규정하여 전국의 검사가 검찰총장을 정점으로 상하복종관계에 서서 유기체적 통일체로서 검찰권을 행사하여야 한다고 하는 검사동일체의 원칙을 규정하고 있다. 따라서 검사동일체 원칙에 따라 내려진 검사의 불기소처분에 대하여 다시 동일체 관계에 있는 검사가 다른 결론을 내린다는 것은 거의 기대하기 어렵다. 이러한 점에서 항고, 재항고 제도는 고문범죄에 대한 검사의 불기소처분에 대하여 효과적인 구제책이 되지 못하고 있다.

104. 정부보고서에서와 같이 항고제도이외에 검사의 불기소처분에 대하여서는 재정신청과 헌법소원을 하는 방법도 있다.

105. 1973. 재정신청을 할 수 있는 범죄의 대상이 3개의 범죄로 줄어들었으나 현행법아래에서도 고문 피해자는 검사가 고문범죄에 대하여 불기소처분을 내리는 경우 법원에 재정신청을 할 수 있다. 그러나 재정신청제도는 신청시기가 불기소처분의 통지를 받은 날로부터 10일로 제한되어 있고, 반드시 서면에 의해서 하여야 하는 등 절차가 복잡하여 그다지 잘 이용되고 있지 않는 형편이다.

106. 재정신청을 받은 법원은 20일이내에 재정결정을 하여야 하나 이 기간은 반드시 지켜야 하는 의

무규정이 아니기 때문에 결정을 한없이 미루는 경우가 많다. 또 법원은 검사와 같은 수사권이 없으며, 더우기 검사의 불기소처분이 고문이 가해진 후 오랜기간이 지난 뒤 이루어 지는 경우 고문사실을 입증하기 어려워 사실상 고문혐의를 인정하여 재정결정을 하는 경우가 드물다.

107. 불기소처분에 대한 헌법소원은 헌법재판소법 제 68 조 제 1항 단서에 의하여 법률에 정해진 다른 구제절차를 모두 거친 후 제기할 수 있다. 또한 헌법재판소 역시 검찰과 같은 수사권이 보장되어 있지 않다. 따라서 고문과 같이 시간이 경과함으로써 고문사실의 증거가 어려워지는 경우 헌법소원제도는 적절한 구제수단이 되지 못한다. 실제로 아직까지 고문피해자가 검사의 불기소처분에 대하여 헌법소원을 하였다는 사례는 발견되지 않고 있다.

고문범죄의 처벌을 어렵게 만드는 공소시효

108. 고문범죄에 대한 5년의 공소시효규정은 협약 제 4 조 제 2항에 위배될 소지가 있다. 비록 협약 제 4 조 제 2 항이 고문범죄에 대한 공소시효제도를 부정하고 있는 것은 아니라 할지라도 가장 중대한 범죄 중의 하나인 고문범죄에 대한 공소시효가 비교적 가벼운 범죄의 공소시효인 5년(형법 제 125 조, 형사소송법 제 249 조 제 1 항 제 4 호)으로 규정되어 있는 것은 고문범죄의 심각성을 고려한 것이라고 볼 수 없기 때문이다.

109. 1980년대 경기지방경찰청에 근무하면서 각 수사기관에 출장을 다니면서 국가보안법위반혐의자에게 가혹한 전기고문을 가하여 전기고문기술자라는 별명이 붙은 경감 이근안은 1988. 고문혐의로 고소되었으나 수사기관에서 조사를 제대로 하지 않고 있

던 외중에 도피하였다. 인권단체에서는 그동안 이근안이 대표적 고문범죄자라는 의미에서 그에 대한 현상수배까지 하였으나 공소시효가 다가오는 지금까지 그의 행적을 파악하고 있지 못하고 있다. 그 역시 공소시효가 지나기를 기다리며 숨어 있을 것이고, 그 후에는 결국 공소시효 도과로 인하여 처벌할 수 없게 될 것이다.

110. 정부보고서는 과거 권위주의 정권에 의한 고문이 있었다는 사실을 인정하고 이른바 문민정부에서는 이의 방지를 위하여 모든 노력을 하고 있다고 한다. 그런데 과거 군사정권에 의하여 자행된 고문범죄는 공소시효가 경과하여 처벌이 어렵게 되고 있다. 현정부는 1980. 전두환 군사정권의 군사반란 및 내란과정에서 자행된 범조를 처벌하기 위하여 군사반란 및 내란이후 내란혐의를 받고 있는 전두환, 노태우 두 전직대통령의 재직기간동안 공소시효를 정지하는 특별법을 제정하였다 (5.18 민주화운동 등에 관한 특별법, 1995. 12. 21. 법률 제 5029호). 또한 '전범과 비인도적 범죄자에 대하여 국내법적 제한을 적용하지 않기로 하는 협약'(1968. 11. 23. 유엔채택)에서는 평화에 관한 죄와 인도에 관한 죄에 대한 국내법적 공소시효의 제한을 인정치 않고 있다. 결국 현정부가 과거 군사정권에 의하여 저질러진 고문범죄를 인정하고 있다면 고문범죄의 비인도적 성격에 따라 당연히 고문범죄에 대한 공소시효의 적용을 배제하는 조치를 취하여야 한다.

111. 따라서 고문범죄에 대한 공소시효를 규정하고 있는 대한민국 형사법 제도는 협약 제 4 조 제 2 항에 위배될 소지가 있는 것으로 협약 제 11 조에 의하여 검토가 필요한 제도이다.

II 배상제도에서의 경우

적절치못한 배상제도

112. 지난 수 십년 동안 군사정권은 자신의 권력을 유지하기 위한 수단으로 물고문, 전기고문, 성고문, 몽둥이질과 같은 야만적인 고문행위를 무자비하게 자행하였다. 그로 인하여 지금은 육체적, 정신적으로 고문의 후유증에 시달리고 있는 사람들이 많다.

113. 다음은 고문으로 인하여 자살하였거나 지금까지 정신이상증세를 보이고 있는 고문피해 사례 중 일부이다.

가. 1990. 8. 7. 한양대학교에서 그 동안 정신분열증세를 앓아 오던 최동씨가 분신자살을 하였다. 그는 1989. 치안본부 대공수사관들에 의하여 국가보안법위반혐의로 연행된 후 조사과정에서 무수한 구타와 잠안재우기 등과 같은 고문을 당하였다. 그는 자신이 조사받고 있는 사건이 조작될지도 모른다는 우려에서 취조실 옥조에 머리를 짓밟어 자해를 하기도 하였다. 구치소에 수감 중 발작과 실어증상이 있어 가족이 치료를 요구하였으나 오랫동안 치료를 받지 못하고 방치되었다. 이후 그는 법원에서 집행유예를 선고 받고 석방되었으나 석방된 이후에도 계속하여 "경찰이 나를 죽이기 위하여 AIDS균을 주입하였다"는 등의 피해망상에 사로잡히는 등 극도의 정신불안과 불면증에 시달렸다. 수차에 걸쳐 정신과병원에서 치료를 받았으나 증상이 심화되었고, 결국 검게 탄 시신이 된 채로 짧은 생애를 마감하였다.

나. 1985. 민청학련사건으로 치안본부 대공수사관에 의하여 김근태씨와 함께 연행된 이을호씨는 20여일 동안 조사를 받으면서 물고문, 구타, 잠안재우

기 등의 혹독한 고문을 당하였다. 조사를 받던 중 이씨는 속옷을 찢고 춤을 추는 등 이상한 행동을 하였고, 구치소에서 10여일동안 잠을 안자기도 하였다. 다섯차례의 감정유치 끝에 이씨는 정신분열증으로 진단을 받고 석방되었다. 그러나 이씨는 석방된 이후에도 전화벨소리만 들려도 깜짝 놀라는 등 극심한 정신불안 증세를 보이고 있으며, 해마다 자신이 연행되었던 가을 무렵이면 행방불명되거나 방에 놓인 국화꽃에 불을 지르는 등 고문의 악령에 시달리고 있다.

다. 1986. 10. 국가보안법의 이적표현물을 제작한 혐의로 수배중이던 문국진씨가 경찰에 자수하였다. 수사관들은 처음 3일 동안 잠을 안재우고 도피중에 있던 다른 사람의 소재를 대라고 강요하였다. 조사받는 도중 옆 방에서 비명소리가 들려와 자신의 부모님이 고문받는 것으로 착각에 빠지기도 하였다. 어느 날 밤 목소리가 굶고 험악하게 생긴 수사관이 어떤 운동이론에 관한 책을 보여 주면서 너도 정부에 협조하는 이론을 써라 라고 하더니 나직한 목소리로 "너 오늘 가"라고 하였다. 이 말을 듣는 순간 문씨는 그날 밤 자신을 죽일 것만 같은 생각이 드는 등 극도의 공포감에 시달렸다. 또한 김일성 사망의 호의를 보여 주면서 하루종일 너는 어떻게 생각하느냐는 질문만 되풀이 하였다. 이후 문씨는 부모가 면회시 사간 통담을 보고는 나를 통담같이 고문시키라고 통담을 사왔느냐고 고래고래 소리를 질렀고, 유치장에서도 이놈은 좋은 놈, 이놈은 안좋은 놈이라고 하면서 경찰과 전경을 감시하는 행동을 보였다. 석방된 이후 정신병원에서 치료를 받으면서 한때 상태가 좋아지기도 하였으나 곧 재발하여 치의 회사로 전화를 하여 "당신이 내 일거수 일투족을 안기부에 보고하고 있다"고 하고, 병원을 보고는 "치안본부나, 나를 고문할 거냐"라고 하는 등 안정을 찾지 못하고 있다. 문씨는 1993. 국가를 상대로 손해배상청구소송을 제기하여

일부승소판결을 받았다.

라. 1993. 7. 김종경씨가 화성연쇄살인사건의 용의자로 서대문경찰서에 연행되었다. 수사관들은 이틀 동안 3번에 걸쳐 김씨를 풀어주고 연행하고를 반복하다 김씨가 살인범임을 자백하였다고 하여 검찰에 송치하였다. 그러나 검찰에서 김씨는 무혐의로 풀려났다. 김씨가 석방된 후에도 수사관들이 1달 동안 감시를 계속하였다. 이후 김씨는 사람을 보면 형사들이 온다며 무서워 하고, 선풍기와 같은 가재도구를 보고 형사처럼 이야기를 하는 등 정신이상 증세를 보이고 있다. 김씨는 자신의 고문사실을 밝혀 달라는 내용의 유서를 써놓고 자살을 기도하기도 하였다.

마. 1986. 11. 학생시위사건으로 연행된 강환웅씨는 연행, 조사과정에서 쇠파이프, 각목 등으로 구타를 당하였으며, 영등포구치소에 이감되어서는 짜장면에 고추기루를 많이 풀어 먹여 놓고는 거꾸로 매달아 모두 토하게 하는 가혹행위를 당했다. 1987. 집행유예로 석방되었으나 정신이상 증세가 있어 휴학하였다. 가정형편이 어려워 정신병원에서 입원치료를 받지 못하고 약만 복용하여 약물복용 증상도 나타나고 있다.

바. 1981. 6. 최영미씨는 안기부 수사관에 의하여 그녀가 친구에게 쓴 편지의 내용이 국가보안법에 위반된다는 혐의로 연행, 조사를 받았다. 얼마 후 혐의가 없어 풀려났다. 그 사건이후 최씨는 계속적인 긴장상태와 공포감과 안기부 수사관이 항상 자신을 감시하고 있다는 강박관념에 시달렸다. 이후 정신분열 증세로 발전하여 한 때 안기부에서 치료비를 지급하여 치료를 받기도 하였으나 1992년 이후 중단되었다. 가족들은 최씨를 입원치료를 시킬 형편이 되지 못하여 지금은 치료조차 받지 못하고 있는 형편이다.

114. 정부보고서 역시 과거 군사정권에서의 고문사실을 시인하고 이제는 고문을 방지하기 위하여 최선을 다하고 있다고 한다. 그렇다면 정부는 당연히 과거 고문으로 인하여 피해를 입은 피해자들을 구제하는 조치를 취하여야 한다. 그러나 지금까지 정부가 고문피해자에 대한 구제조치를 강구하고 있다는 흔적은 전혀 찾아 볼 수가 없다. 정부보고서 중 고문피해에 대한 구제에 관하여 언급한 199항부터 204항에 비추어 볼 때 과연 정부가 과거 고문피해와 그 후 유증의 심각성을 인식하고 있는지는 매우 회의적이다.

115. 고문피해자가 현행법에 의하여 배상을 받려면 형사보상법에 따른 보상을 청구하거나 국가배상법에 따른 소송을 하여야 한다(정부보고서 200,201항). 그러나 이들 제도가 고문피해자에 대하여 협약 제 14 조에서 보장하고 있는 충분한 원상회복 수단을 포함한 정당한 보상과 구제제도에 해당하는지는 매우 의심스럽다.

116. 형사보상법은 구속된 피의자나 피고인이 불기소되거나 무죄판결을 받은 자를 대상으로 한다. 따라서 고문피해자가 이 법에 의한 보상을 청구하려면 반드시 구속이 되고, 또한 검사가 불기소하거나 무죄판결을 선고받아야 한다(형사보상법 제 1 조, 제 26 조). 만일 고문사실이 인정된다 하더라도 피해자가 유죄판결을 받으면 이 법의 적용을 받지 못한다. 그리고 고문피해자가 이 법에 따른 보상을 받는 경우 그 보상금은 구금일수에 최저임금을 기준으로 한 금액을 곱하여 산정된 금액이 된다(형사보상법 제 4 조). 국정감사자료에 따르면 1994. 9. 1.부터 1995. 8. 31. 까지 이 법에 따라 무혐의피의자에 지급된 보상금은 모두 7건에 3,581,000원으로 1건당 평균 50만원 정도에 불과하다.

117. 따라서 현실적으로 고문피해자는 공무원의 불법행위에 대하여 국가배상책임 인정된 국가배상법에 따른 배상금지급신청과 소송을 통하여 고문으로 인한 배상을 청구하게 된다. 그러나 국가배상법에 따른 소송은 일반 민사소송절차에 의하게 되어 있으므로(국가배상법 제 8 조 본문) 고문피해자는 이 법에 의하여 배상을 받으려면 고문사실과 그로 인한 손해의 발생 및 그 범위에 대하여 증명을 하여야 한다. 고문피해에 대한 배상소송은 보통 고문피해자에 대한 형사재판이 종결된 후 이루어 지고, 고문사실을 고소하여도 수사기관에서 조사를 제대로 하지 않으므로 고문피해자가 고문사실을 입증하여 손해배상을 받기는 매우 어렵다.

118. 1994. 10. 17. 대법원은 경찰로부터 고문을 당하여 국가배상법에 따라 손해배상청구를 한 김근대씨에 대하여 배상을 명한 원심판결을 확정하였다. 또한 1987. 경찰의 물고문으로 사망한 박종철씨의 유족들이 손해배상을 청구한 사건에 대하여서도 법원은 국가의 배상을 명하였다.

119. 그러나 이와같은 사례는 매우 예외적인 경우로서 이와같은 예외적인 몇몇 사례를 제외하면 대부분의 고문피해자들은 입증책임문제에 걸려 배상을 받지 못하게 된다. 1995. 6. 22. 전기고문기술자 이근안 등에 의하여 혹독한 고문을 당하였던 박충렬씨는 손해배상소송을 제기하였으나 법원은 수사기관에서 고문에 대한 고소건을 조사하지 않아 공소시효가 완료되어 수사기관의 직무유기 사실은 인정하였으나 고문에 대한 직접적인 증거가 없다는 이유로 청구를 기각하였다.

120. 또한 국가배상법에 의하여 배상을 받으려면 고문이 가해진 날로부터 10년, 그리고 고문가해자 및

소재를 안 날로부터 3년이내에 소송을 제기하여야 한다. (국가배상법 제 8 조, 민법 제 766 조). 따라서 이 기간을 경과하면 이 법에 따른 배상을 받을 수 없게 된다.

121. 따라서 이러한 현실에서 고문사실에 대하여 일반 민사소송절차에서와 같은 엄격한 증명을 요구하는 국가배상법에 의한 현재의 배상제도는 협약 제 14 조에서 보장한 적절한 배상과는 거리가 있다.

고문후유증에 대한 치료와 재활제도의 부재

122. 고문으로 인한 피해는 돈의 지급으로만 해결될 수 없다. 특히, 고문은 인간의 공포심을 이용하여 자백 등을 강요하는 것이므로 고문을 당한 사람은 육체적인 상처이외에 정신적 이상증세에 시달리는 경우가 많다. 고문으로 정신이상증세에 시달리는 경우 고문을 당한 자신뿐 아니라 그 가족의 삶도 파괴되기 마련이다. 따라서 국가는 고문 후유증, 특히 정신이상증세를 보이고 있는 고문피해자에 대하여서 돈을 지급하는 이외에 이들을 치료하고, 다시 원상회복될 수 있는 의료적 조치를 취하여야 한다.

123. 협약 제 14 조가 규정하고 있는 충분한 원상회복수단이란 이와같이 의료적 치료와 재활까지를 포함하는 것으로 이해된다. 그러나 현재 정부가 고문피해자의 치료와 재활을 위하여 어떠한 조치를 강구하고 있는 것으로는 보이지 않으며, 정부보고서에서 고문피해에 대한 의료적 조치에 대하여 한마디의 언급도 없음은 정부가 고문피해의 심각성과 그 원상회복에 대한 협약 제 14 조의 의미를 제대로 인식하고 있는지 의문이 들게 한다.

제 4 부 질문 및 권고

<국가보안법>

1. 가. 최근 국가보안법위반혐의자에 대하여 수사기관에서 고문한 사례(제 20항 참조)가 있는가?
나. 있다면, 왜 그런 사례가 발생하는가?

<변호인접견권 침해>

2. 가. 대한민국의 형사소송법에 따르면 변호인의 접견권은 수사기관의 판단에 따라 제한될 수 있는가?
나. 특히, 간첩사건과 같은 경우(제 31 항참조) 수사기관에서 변호인의 접견을 거부하는 이유는 무엇인가?
다. 이는 합법적인 조치인가?
라. 불법적인 조치라면 접견거부자는 처벌되는가?

<변호인 참여권 불보장>

3. 가. 수사기관에서 형사피의자의 심문시 변호인이 참여할 수 있는가?
나. 없다면 그 이유는 무엇인가?

<구속수사관행>

4. 가. 수사기관의 구속수사가능기간이 지나치게 장기간(30일)인 것은 아닌가? 특히 국가보안법의 경우 50일이나 되는데 이러한 장기간의 구속제도는 구속기간동안의 접견불허와 같이 작용하여 고문을 유발하는 한 원인이 될 수 있지 않는가?

<검사의 인권보호 책무>

5. 가. 검사가 수사 중 피의자에게 자백을 강요하며 폭행하는 사례(제 49 항 참조)가 있는가?
나. 있다면 폭행한 검사는 어떠한 처벌을 받았나?

<금치제도>

6. 재소자가 금치처분을 받게 되는 경우

가. 방의 면적은? 빛이 들어 오지 않는 이른바 '떡방'에 수감한 사례가 있는가?

나. 사용하는 계구는? 안면보호구의 사용은 합법적인가?

<교도관의 가혹행위와 불처벌>

7. 가. 재소자나 그 가족 등이 교도관으로부터 가혹행위를 당하였다고 고소,고발한 1995. 과 1996. 사건수는? (제 65, 66항 사례 및 통계 참조)

나. 그 중 고문혐의가 실제 인정된 경우 기소유예되거나 집행유예된 사건 수와 실형을 선고받은 사건 수는?

다. 고문범죄자에 대하여 기소유예나 집행유예 처분을 하는 것은 고문범죄에 대하여서는 중대한 범죄로 처벌하라는 협약 제 4 조 제 2 항의 취지에 위배되는 것은 아닌가?

<피구금자의 의료접근권>

8. 가. 전국 구금시설에 배치된 의사수는?

나. 1995. 12. 4. 국가보안법위반혐의로 연행된 고에순씨는 연행당시 임신 8개월로 건강이 좋지 않아 의사의 진료를 요청하였음에도 이를 거부한 이유는? (제 20 항 라 참조)

다. 의료인교육과정에 고문방지과 관련된 교육이 포함되는가? 특히, 구금시설에 배치된 의료인에게는 고문방지활동과 관련하여 어떠한 교육을 실시하는가?

<장기수의 차별처우>

9. 가. 현재 대한민국에 국가보안법위반혐의 등으로 20년이상 복역하여 이른바 장기수로 불리는 재소자 수는?

나. 이들이 사상을 전향하지 않는 경우 미결수로 취급되어 가석방의 혜택이 주어지지 않고, 수형자분

류처우에 관한 규정의 등급이 높은 재소자들에게 부여되는 혜택이 박탈되는 등과 같은 차별처우를 받는가?

다. 차별처우를 받는다면 그 근거는? 이는 협약 제 16 조에서 고문에 미치지 않는 정도의 비인도적, 굴욕적 처우를 금지한 취지에 위배되지 않는가?

<고문 범죄의 법정형>

10. 가. 수사관이 고문범죄를 저지른 경우 처벌받는 형법조항의 형량은?

나. 이러한 법정형은 대한민국 형법에 규정된 범죄 중 무거운 경우인가 아니면 가벼운 경우인가? 협약 제 4 조 제 2 항에서 규정하고 있는 것과 같이 고문범죄의 중대성을 감안한 형량이라고 볼 수 있는가?

<고문조사>

11. 가. 고문범죄에 대한 고소,고발시 수사기관에서 형사소송법 제 257 조에 따른 3개월내 처리가 되는가?

나. 그렇지 못하다면 지체되는 이유는?

다. 고문범죄에 대한 고소,고발이 있었음에도 공소시효가 지나 처벌할 수 없다고 결정한 사례(제 95 항 참조)도 있는가?

라. 1989. 1. 11. 박충렬씨가 1986. 10. 경 경찰에 연행되어 고문을 당했다며 고문경관을 검찰에 고소한 사실이 있다? 있다면 이 사건은 어떻게 처리되었나?

<고문 범죄자의 처벌>

12. 가. 1995. 수사관에 의하여 고문을 당했다고 고소,고발한 사건수는?

나. 그 중 혐의가 인정된 사건 수와 혐의가 인정되지 않는 사건 수는? (제 98,100항의 사례 및 통계 참조)

다. 고문혐의가 인정된 수사관이 다시 수사기관에

근무한 사례(제 100, 102항 참조)가 있는가?

라. 고문수사관에 대하여 파면이나 해임을 하지 않고 다시 수사기관에서 근무를 시키는 이유는?

<고문범죄자의 처벌>

13. 가. 1995. 고문범죄자에 대하여 검사가 기소유예를 한 사건 수는?

나. 고문범죄자에 대하여 기소유예처분을 한 이유는? 고문범죄에 대한 수사 및 기소를 검사가 독점하고 있는 제도와 관련이 있는가?

다. 고문범죄자에 대한 처벌을 공정하게 하기 위하여 고문범죄에 대한 수사는 일반 수사기관과 독립된 기관에서 하여야 하는 것은 아닌가?

<고문범죄에 대한 공소시효>

14. 가. 대한민국의 형사소송법에는 고문범죄에 대한 공소시효는 몇 년으로 규정되어 있는가?

나. 이는 고문범죄의 중대성을 감안 할 때 너무 짧게 규정된 것이 아닌가?

다. 1989. 전기고문을 자행한 혐의로 고소된 전 경기지방경찰청 소속 경감 이근안에 대한 공소시효는 언제까지 인가? 그에 대한 조사는 어느 정도 진행되었나? 그에 대한 체포 노력은? (제 10 항 참조)

<과거 고문 사례 조사>

15. 대한민국 정부는 이른 바 문민정부의 출범이후 과거 군사정권시절 저질러진 고문사태나 그 피해 사례에 대하여 공식적인 조사를 한 사실이 있는가?

<배상제도>

16. 가. 대한민국 정부는 1986. 국가보안법위반 혐의로 연행조사 받던 중 고문을 당하여 정신이상 증세를 앓아 오고 있는 문국진씨가 지기한 소송에 의하여 1993. 법원으로부터 고문으로 인한 손해를 배상

하라는 판결을 받은 사실이 있는가? (제 114항 다 참조)

나. 대한민국 정부는 문씨가 손해배상청구소송을 하기 전 문씨에 대한 고문피해를 보상하여 주지 않는 이유는? 이는 현재 대한민국에 고문피해에 대하여 국가배상법에 의하여 소송을 제기하는 방법 이외에 달리 고문피해를 구제하는 제도가 없는 사실과 관련이 있는가?

다. 위 판결에 대하여 대한민국 정부는 항소를 하

였나? 하였다면 그 이유는?

<고문휴우증의 치료와 재발>

17. 가. 대한민국 정부에서는 고문피해로 인하여 그 후유증을 앓고 있는 피해자, 특히 정신이상증세를 보이고 있는 피해자(제 114항 참조)에 대하여 실시하고 있는 의료적 구제제도는 어떠한 것이 있는가?

나. 이러한 제도가 없다면 고문피해로 인하여 치료를 받아야 하는 피해자는 어떻게 치료를 받고 있나?

지난 10월17일 국회 법사위의 법무부 국정감사에서 여야의원들은 '검찰 중립화방안'을 중심으로 공방을 벌였습니다. 또한 이날 국감에서 이와 관련, 모임의 최영도 회장, 모임의 박원순 회원이 참여민주사회시민연대사무처장의 자격으로, 그리고 성신여대 조준현 교수(법학)등 3명이 참고인으로 출석하여 참고인진술을 하였습니다. 다음의 자료는 모임의 최영도 회장이 국감에서 참고인 진술을 했던 주요 내용입니다.

검찰중립화에 관한 국회 법사위에서의 참고인 문답

崔永道

千正培의원, 趙贊衡의원 : 문민정부하에서 검찰의 위상은 어떠하며 검찰총장 인사와 검찰이 정치적사건을 처리한 사례를 들어 검찰이 정치적중립성을 확보하고 있는지 말하여 달라.

崔永道 : 문민정부하에서 행하여진 검찰총장인사, 검찰이 정치적사건을 처리한 사례 그리고 종합적평가의 순서로 말하겠습니다.

1. 검찰총장인사

김영삼대통령은 취임직후 임기중인 박종철총장을 퇴임시켰다. 이는 검찰중립화를 위하여 만든 총장임기제의 입법취지를 대통령이 스스로 무시한 인사였다.

그뒤 김대통령은 김도연, 김기수 2명의 총장을 임명하였다. 그러나 그인사는 지연 또는 지연과 학연에 얽매인 인사였다는 비판을 받았다.

김도연총장은 퇴임후 3일만에 여당지구당위원장으로 내정되었다. 이사건에 대하여 1995. 10. 5.자 뉴스플러스誌는 "일선검사들이『처녀가 강간당한 기분』이라고 참담한 심정을 털어냈다. 검찰이 정조를 유린당했다"고 보도하였다. 이 기사는 검사들이 얼마나 큰 충격을 받았는지를 잘 보여준 대목이다.

2. 정치적사건의 처리

가. 동화은행 비자금사건 축소은폐

김영삼대통령은 취임초 강력한 개혁사정을 실시하여 온 국민의 환호속에 권력형비리 척결작업을 단행하였다.

그러나 동화은행 비자금사건에서 합승회검사가 이원조씨가 관리하는 수백 억원대의 전직 대통령차명계좌를 발견하였음에도 검찰수뇌부는 이를 묵살하여 사건을 은폐 축소하였다. 이에 대한변협은 1995. 5. 26. 동화은행 비자금조성축소는폐사건 진상조사위원회를 구성하여 진상조사활동을 벌였다. 그때 조사위원회 위원장은 나왔고 조사위원이 합승회검사의 폭로를 취재한

월간조선 김연극기자를 면담한결과 청와대의 모수석비서관이 합검사에게 수사중단지시를 내린 것을 확인하였다. 그뒤에도 검찰은 이원조씨등 비자금 관련인사들에 대하여 수사를 하지 않고 수사를 중단하였다.

나. 12.12 군사반란, 5.18 내란사건 불기소와 결정반복

검찰은 12.12 반란과 5.18 내란의 진상규명과 책임자처벌을 요구하는 국민의 여론을 무시하고 그사건은 역사의 심판에 맡기자는 대통령의 뜻에 따라, 1994. 11.에 12.12 군사반란사건을 국민적 화합차원에서라는 이유로 기소유예하였다. 법정형이 사형밖에 없는 중요한 사건을 검찰이 기소유예한 사례는 우리나라는 물론 세계적으로도 없는것으로 안다.

또 1995. 7.에는 5.18 내란사건을 성공한 쿠데타는 사법심사의 대상이 아니라는 이유로 공소권없음으로 결정하였다.

그러나 같은해 10. 19. 박계동의원이 노태우전대통령의 수천억 비자금조성 사건을 폭로하여 국민여론이 비등하자 김대통령은 11. 24.에 이르러 5.18 특별법 입법을 수용하겠다고 발표하였고, 국회는 12. 19.에 5.18 특별법을 제정하였다. 그뒤 검찰은 위 두사건을 재수사하여 12.12.와 5.18 두사건 의 피의자들을 구속기소하였다.

검찰이 위 두사건을 모두 불기소처분하였다가 결정을 번복하여 모두 기소한 것은 검찰이 정치적사건을 대통령의 뜻에 따라 결정하고 있다는 것을 극명하게 보여준 대표적인 사례이다.

그러나 검찰은 5.18 광주학살사건과 관련하여 당시 광주에 투입되었던 대대장급 이상, 공수부대 여단장등 현장지휘관들 전원에게 무혐의처리하고 실단지급과 발포명령자에 관한 진상에 대하여는 전혀 언급치 않아 광주 학살사건에 대하여는 진상규명과 책임자처벌을 축소, 은폐했다는 의혹을 지을 수 없다.

다. 국회위증고발사건 수사기피

민변은 1995. 7. 21. 지난 1988, 1989년에 열렸던 국회 광주청문회에서 전두환씨등 5.18 관련 일부군인들이 위증을 하였다라고 서울지방검찰청에 고발하였다. 그런데 검찰은 국회의 고발없이는 처벌하지 못한다고 위 사건을 수사하지 않았다. 그러나 국회에서의 위증죄에 대해 국회의 고발은 의무조항이지 소추요건은 아니라는 것이 우리의 견해다. 검찰은 위사건의 수사를 부당하게 기피한 것이다.

라. 강삼재총장 출판물에 의한 명예훼손피소사건 무혐의결정의 부당성

신한국당 강삼재사무총장이 발언한 '20억 + 알파'설 명예훼손사건에 관하여 검찰은 1996. 8. 31. 노태우전대통령의 명확한 진술이 없어 공소를 유지하기에 충분한 근거가 없고 정치자금과 관련하여 여야간 첨예한 공방이 오가는 와중에서 나온 정치공세차원의 언동으로 비방할 목적이 없다는 이유로 무혐의결정을 하였다.

그러나 강삼재씨가 자기의 발언이 진실에 기초하거나 진실하다고 믿을만한 충분한 이유가

있다는 것을 검찰에 제시하지 못하였다면 이는 허위사실과 동등하게 평가할수밖에 없다. 또한 '20억 + 알파' 발언이 사실이든 허위이든 단순 명예훼손죄의 성립에는 아무런 지장이 없다.

명예훼손적 발언이 정치적인동이라 하여 사법판단의 대상에서 제외되는 것도 아니다.

'비방의 목적'은 극히 주관적인 것이어서 피의자가 그런 목적이 없었다고 주장하더라도 주변 상황에 비추어 비방의 목적이 추정되면 명예훼손죄를 인정하는것이 상례다. 강삼재씨는 기자회견 담회에서 "정치적 고비때마다 수백억원을 받았다는 의혹이 난무하고 있다"고 여러차례 발언했고 "집권당 사무총장이 단순한 설만 가지고 발언했겠느냐"고 무언가 증거를 가지고 있는 듯이 암시하였다. 이런 점에 비추어 과연 비방의 목적이 없었다고 할지 의문이 아닐 수 없다.

또한 단순 명예훼손죄에는 '비방의 목적'이 구성요건사실도 아니다.

그러므로 검찰이 강삼재씨의 출판물에 의한 명예훼손사건을 무혐의 결정한 것은 부당할 뿐만아니라 단순 명예훼손죄의 성립여부에 대하여 판단하지 않은 것 또한 부당하다.

* 강삼재씨 사건을 무혐의처분한 검찰이 다른 명예훼손사건을 어떻게 처리했는지 비교하여 보겠다.

(1) 검찰은 93년 울곡비리감사와 관련, 당시 권영해국방장관이 출국금지됐다고 보도한 중앙일보 정재현기자를 구속하였다. 정기자는 국가기관인 공항경찰대가 작성한 출국금지자명단을 보고 기사를 작성하였으나, 검찰은 위 명단이 잘못된 것이었으므로 정기자가 허위사실을 보도하였다고 구속한 것이다.

(2) 검찰은 김영삼대통령의 차남 현철씨의 정치자금수수설을 폭로한 한약업자 정재중씨를 명예훼손죄로 구속기소하였다.

(3) 검찰은 호산콘도 특혜의혹사건에서 감사원의 외압감사중단을 주장한 감사원 주사 현준희씨를 구속기소하였다.

(4) 검찰은 최승진 주뉴질랜드대사관 통신관의 외교문서변조사건과 관련하여 당시 권노갑의원이 문서변조가능성을 알고도 정치적 목적을 위해 이를 폭로하였다고 불구속기소하였다.

(5) 검찰은 지난 4월 총선을 앞두고 최의원이 "YS로부터 입당제의를 받았다"고 '정치적발언'을 하였을때 최의원을 소환하면서 "다시는 정치판에서 근거없는 음해성주장이 되풀이되지 않도록 하겠다"고 공언하였다.

검찰이 위에서 든 명예훼손사건들을 엄중하게 처리한 사례에 비추어볼 때 강삼재씨가 만약 야당의원이었다더라도 검찰이 위 사건을 무혐의 처분하였겠는가.

강삼재씨 사건은 검찰이 같은 명예훼손사건을 처리함에 2중 잣대를 적용하여 정치적중립성을 훼손한 대표적 사례이다.

마. 선거사법처리의 불공정성

15대 총선후 검찰은 여당의원과 야당의원에 대하여 2중 잣대를 적용하여 야당당선자들에 대하여만 편파적으로 강력한 수사를 전개하였고, 수사대상 당선자들이 줄줄이 여당에 입당함으로써

씨 여당의 국회과반수의석 확보를 위한 불공정한 수사가 아니냐는 비난받았다. 그리하여 결국 야당의원들이 검경중립화를 들고나와 등원을 거부하고 15대 국회는 개원이 지연되는 사태가 야기되었다.

최근에 이명박의원의 선거비용 초과지출사건이 불거져 나오자 검찰은 경찰에 수사를 떠넘겨 수사를 회피하려 하였다. 이명박의원이 야당소속의원이었다면 검찰이 수사를 경찰에 넘기려고 하였겠는가.

또한 야당이 제기한 일부 여당의원들의 선거법위반사건에 대하여 검찰은 편파적인 수사를 하여 거의 불기소처분하였고, 중앙선거관리위원회가 수사 의뢰한 선거법위반사건은 전부 불기소처분하여 통합선거법의 돈 안쓰는 선거의 입법취지를 무색케 하였다.

이러한 검찰의 선거사범처리에 관한 편파적수사는 국민들과 언론으로부터 정치적 중립성을 훼손한 것이라고 심한 비난을 받았다.

바. 시국사건에 대한 초강경수사

검찰은 권력형비리, 대형 부정부패사건에 대하여는 소극적 태도로 임하여 수사를 기피하면 서도 반정부적 시국사건에 대하여는 초강경한 수사를 전개 하여 정치적 사건 처리와 대조적 자세를 취하였다.

3. 종합적 평가

문민정부하의 검찰은 대통령의 검찰총장인사 패턴, 검찰의 권력자 눈치보기, 정치권력의 검찰권행사에 대한 관여, 검찰의 불공정한 수사등으로 정치적 중립성 확보에 실패하였다. 문민정부하의 검찰도 유신치하나 5, 6공하의 검찰과 별로 달라진 것이 없다고 볼 수밖에 없다.

이 문민정부하의 검찰의 위상에 대하여 1996. 9. 6. 동아일보 남중구 수석논설위원은 『검찰 팻쇼는 안된다』는 제하의 시론에서 "검찰이 문민시대에도 '권력의 도구', '정권의 시녀'라는 말을 듣는다는 것은 국가적 불행이자 비극이다" 라고 통박하였다.

이 연합TV 이동우기자는 1996년 10월호 『시민과 변호사』잡지에 『강삼재 무혐의와 검찰의 중립성』제하의 기사에서 "검찰이 문민시대에도 '권력의 도구', '정권의 시녀'라는 국민들의 따가운 시선을 피할 수 없게 됐다. 정치 권력이 검찰을 통치수단의 중요수단으로 삼는 한국적 정치 풍토에서 검찰은 숙명적으로 권력의 눈치를 볼 수밖에 없다. 이는 사실상 상당수 일선검사들이 인정하고 있는 부분이다", "이제는 검찰이 바르셔야 나라가 바로선 다는 차원에서 검찰바로세우기 작업을 벌여야할 시점이다" 라고 썼다.

위 두사람이 쓴 글이 바로 문민정부하의 검찰의 현 주소다.

千正培의원, 趙贊衡의원 : 검찰중립화에 장애가 되는 요인은 무엇이라고 생각하는가.

崔永道 : 검찰중립화에 있어서 장애요인은,

1. 정치권력이 검찰을 요긴한 통치수단으로 이용하고 있다는 것이다. 정치권력 이 검찰을 놓아줘야 한다.

이점에 대하여 동아일보 남중구 수석논설위원은 "한국적 정치풍토에서 검찰은 숙명적으로 권력의 눈치를 보지 않을수 없게 돼 있다. 정치권력이 놓아만 준다면 문제는 간단하다. 그러나 일단 정권을 잡으면 요긴한 통치수단의 유혹을 뿌리치기 어려운 게 권력의 속성이다. 이런 구조적문제를 그냥 놔둔채 검찰의 자세전환만 자꾸 촉구해본들 공허하다" 고 했다.

2. 검찰총장의 인사가 아무런 검증절차없이 지연, 학연등을 위주로 이루어지고 있어 그러한 총장에게 정치적중립을 지킬 소신과 용기를 기대하기 어렵다.

3. 검사개인이 권력의 눈치를 보며 공익의 대표자, 법의 파수꾼으로서 검찰권을 공정하고 중립적으로 행사하겠다는 소신과 용기, 자각과 의식이 부족하지 않은가 생각한다.

千正培의원 : 그러면 검찰이 중립화되기 위하여는 어떠한 제도가 개선되어야 한다고 생각하는가.

崔永道 : 검찰이 중립화되기 위하여는,

1. 검찰총장인사 제도의 개선

현행 2년임기제를 유지하되 검찰총장을 임명하기에 앞서 국회에서 인사청문회를 열어 그분이 어떠한 분인지, 어떠한 생각과 인생관, 세계관을 가지고 있는지, 경력은 어떠한지 과거에 어떠한 사건을 어떻게 처리하였는지, 과연 검찰의 정치적중립을 지킬 소신과 용기가 있는 분인지를 검증한후 국회의 동의를 얻어 대통령이 임명하고, 임기중 해임할 때에도 국회의 동의를 얻어야 할 것이다. 그리고 검찰총장은 퇴임 후 3년간 공직 취임을 금지시켜야 한다.

그래야 출세욕으로 권력에 영합하는 인사가 배제되고 정치적중립을 지킬 소신과 용기있는 인사가 검찰총장으로 발탁될 수 있을 것이다.

2. 검사의 임명, 보직권 개선, 검사파견제 폐지

대통령은 검사임명권만 행사하고 검사에게 영향력을 미칠수있는 보직권에서는 손을 떼어야 한다. 검사의 보직은 검찰총장이 행하는 것이 적절하다.

그리고 검사를 청와대나 안기부에 파견하는 제도를 폐지하여 정치권력이 검찰을 조정하는 정검유착고리를 끊어야 한다.

3. 검사동일체의원칙 개정

검찰청법 제7조 제1항은 "검사는 검찰사무에 관하여 상사의 명령에 복종한다"고 검사의 상명하복관계를 규율하고 있어 국가공무원법 제57조가 규정한 일반공무원의 복종의 의무보다 더 엄격하게 상명하복의무를 규정하고 있다.

그러나 검사는 준사법기관이고 독립관청이다. 검사에게 일반공무원의 경우보다 더 엄격하게 상명하복을 요구하는 것은 부당하다. 그러므로 위법 제7조 제1항은 폐지되어야 마땅하다.

검찰청법 제7조 제3항은 검찰총장과 각급 검찰청의 검사장 및 지청장은 소속 검사의 직무를 자신이 처리하거나 다른검사로 하여금 처리하게 할 수 있도록 하였다. 그러나 이 검사동일체의 원칙은 수사검사의 올바른 소식을 쥐고 상급자가 권력자의 의도대로 지휘감독하도록 악용될 여지가 많다.

그러므로 검사장등이 수사검사를 교체할 경우 또는 상급자가 수사검사의 소신에 반하는 명령을 할 때에는 반드시 그 이유를 붙인 서면으로 하고 이를 기록에 남겨 책임의 소재를 밝힐 수 있도록 규정하여야 한다. 그래야 검사의 부당한 교체나 상급자의 부당한 명령을 견제할 수 있다.

4. 기소법정주의의 제한적 도입

기소편의주의는 외부세력 특히 정치권력으로부터 영향을 받을 위험의 소지가 크다. 그러므로 일정한 범위내에서 기소법정주의를 도입하여 검찰의 자의적인 공소권 남용을 견제할 수 있어야 한다.

5. 기소독점주의에 대한 견제장치

기소독점주의는 피해자의 권리구제를 효과적으로 실현하지 못하는 폐단이 있다. 1973년 유선하에서 공무원의 직권남용죄, 불법체포감금죄, 폭행, 가혹행위죄에 대하여만 할 수 있도록 축소된 재정신청제도는 1973년 형사소송법 개정이전의 상태로 모든 범죄에 대하여 할수있도록 원상회복되어야 한다.

검찰청법에 의한 항고, 재항고제도는 검사의 불기소결정을 같은 검찰조직에 속한 검사가 번복하기 어렵고, 그 불기소결정이 검찰수뇌부의 의사에 따른 것일 경우 번복을 기대할 수 없으므로 현재 그실효성이 거의 없다.

그러므로 일본의 경우처럼 시민이 참여하는 항고심사위원회를 설치하여 독립적으로 운용토록 개선되어야 한다.

또한 헌법재판소의 헌법소원 인용결정은 최고법원의 결정이므로 기소명령으로 구속력을 갖도록하여야 한다.

한편 특별검사제를 도입하여 검찰이 수사하기 곤란한 권력형 범죄등의 수사를 맡기고 검찰은 자칫 비난받을수도 있는 처지에서 자유스러워져야 한다. 이는 검찰의 위상을 지키기 위하여 검찰에도 도움이 되는 제도라고 생각한다.

또한 프랑스에서 시행되고있는 사인소추제도의 도입여부도 적극 연구검토할 필요가 있다.

6. 그러나 검찰의 중립성확보를 위하여는 어떠한 제도의 개선보다 정치권력이 검찰을 요긴한 통치수단으로 이용하려는 유혹을 단호히 뿌리칠 강력한 의지가 있어야 하고, 어느 조직보다

도 우수한 인재가 모여있는 검찰조직의 검사 개개인이 '공익의 대표자', '법의 파수관'으로서 검찰권을 공정하고 중립적으로 행사하겠다는 소신과 용기, 자각과 의식의 개혁이 선행되어야 한다.

千正培의원, 趙贊衡의원 : 선진국의 검찰중립화 제도와 실태는 어떠한지 비교법적 고찰을 해 달라.

崔永道 : 나는 선진국의 제도에 대하여 깊은 연구를 한 적이 없다. 그러므로 일반적으로 알려진 상식선에서 말하겠다.

1. 일본 :

일본은 내각책임제하에서 검찰과 경찰의 중립화를 이룩하였다고 생각한다.

가. 일본검찰이 정치적 중립성을 확보하였다는 사례를 몇가지 들어보겠다.

일본은 2차대전 패전후 검찰의 수사로 내각이 4번 무너진 적이 있다.

(1) 1948. 6. 아시다내각의 '쇼덴수뢰사건' 수사하여 아시다 내각을 무너트렸다.

(2) 독일 지멘스사로부터 뇌물받은 해군성 장관을 기소하여 야마모토 고노요에 내각을 무너트렸다.

(3) 1954. 4. 사또오 자유당 간사장을 해운회사로부터 정치자금을 받았다는 혐의로 범무성에 구속품신하였다. 당시 이누가이 범무상은 요시다 수상의 부탁을 받고 지휘권을 발동하여 영장청구를 저지하였다. 그 이튿날 이누가이 범무상은 검찰지휘권 발동에 대한 책임지고 자퇴하였고, 요시다 수상도 부당한 권력행사에 대한 책임지고 수상직을 사임하였다.

한국에서는 검찰지휘권 발동에 대한 책임을 지고 스스로 물러난 검찰총장이나 법무장관이 한 사람도 없다.

(4) 1976. 7. 정계최대의 실력자인 다나카 전수상을 미국 록키드사로부터 수뢰한 혐의로 전격구속기소하였다.

(5) 1989. 4. '리쿠르트'사건으로 다케시다 수상과 아베 자민당간사장의 수뢰 사실을 밝혀 수상이 사임하고 내각은 총사퇴하였다. 일본검찰은 이 사건으로 정계와 재계의 거물 14명들 구속하고 17명을 기소하였다.

나. 일본은 기소독점주의에 대한 견제장치로 검찰심사위원회를 설치하여 운용하고 있다.

검찰심사위원회는 관할구역내의 선거권자중에서 선발등록된 주민중 11인을 선발하여 구성하고 위원장을 호선하며, 검사의 불기소처분에 대한 당부를 심사하여 기소합이 상당하다고 의결할 때에는 그 의결서를 검사장(지방검사 장)에게 송부한다. 검사장은 그 의결을 참고하여 타당하다고 인정되면 기소하는 제도이다.

검찰심사위원회는 재판소예산과 재판소사무국의 지원으로 운영되며 검찰의 영향을 받지 않고 독자적인 심사와 결정을 함으로써 독립성을 유지하고 있다.

2. 미국 :

수사의 주체는 경찰이고 검찰은 주로 공소제기와 공소유지의 기능을 하고 있다.

가. 미국은 대배심(기소배심)제도를 기소독점주의에 대한 견제장치로 운용하고 있다.

대배심은 주요범죄의 경우 시민들 가운데 무작위로 선정된 20명 내외의 배심원들이 기소할 가치가 있는지, 유죄판결을 받을 증거가 있는지 여부를 심사하여 기소여부를 결정한다.

나. 미국의 특별검사제도는 여러 의원들이 잘 알고 있는 것이므로 설명을 생략한다.

3. 독일 :

독일은 기소독점주의에 대한 견제장치로 기소법정주의와 기소의제절차를 두고 있다.

가. 기소법정주의

독일 형사소송법 제152조 제2항은 "검찰은 법률이 달리 규정하지 않는한, 충분한 사실적 근거가 있으면 재판상 가벌적이고 소추가능한 모든 행위에 대하여 절차를 개시할 의무가 있다"고 규정하여 검사는 위요건에 맞는 한 반드시 기소하여야 한다.

나. 기소의제절차 (독일 형사소송법 제172조 -177조)

독일 형사소송법 제172조 제1항은 검사의 불기소처분에 대하여 이의가 있을 때에는 검찰에 항고할 수 있게하되 같은조 제2항은 항고부의 결정에 다시 이의가 있을 때에는 법원에 재정신청할 수 있게 하였다.

이 제도는 한국의 준기소절차인 재정신청과는 다른 제도이다.

4. 프랑스 :

프랑스에는 기소독점주의 대한 예외로 사인소추제도가 있다.

이 제도는 피해자가 가해자를 법원에 고소하면 법원이 가해자를 재판하는 제도로 알고 있다.

5. 뉴질랜드 :

뉴질랜드는 차관급이상의 고위공무원, 국회의원, 판사, 검사의 비리수사를 전담하는 기구로 특수비리조사처를 두어 검찰과 별도로 운용하고 있다.

咸錫宰의원, 崔鉛熙의원, 鄭亨根의원 : 검찰총장의 퇴임후 공직 취임을 금지하는 것은 직업 선택의 자유, 공무담임권을 침해하고 평등의 원칙에 위배되는등 위헌의 소지가 있지 않은가.

崔永道 : 검찰총장은 검찰의 중립성 확보를 위하여 검찰총장직을 국가와 국민에게 봉사하는 마지막 기회라고 생각하고 그러한 각오로 봉직하여야 한다. 검찰총장 퇴임 후 일정기간 공직취임을 규제하는 것은 위헌의 소지가 있다는 논란이 있을 수도 있으나 우리는 검찰총장을 지낸 분의 개인적 권익보다 검찰이 정치적 중립성을 확보하는 것이 훨씬 더 중요한 과제라고 생각한다.

咸錫宰의원 : 문민정부 들어와서 김영삼 대통령은 울곡비리등 권력형비리, 대형부정부패사

건을 처리한 후 3회에 걸쳐 그 관련자 전원을 특별사면하고 복권하였다. 이는 특사권의 남용이라고 보지 않는다. 대통령의 사면권에 대하여 법률적 제약을 가하는 것이 옳다고 생각하지 않는다.

崔永道 : 김영삼 대통령은 취임초 울곡비리사건 등 권력형비리, 대형부정부패사건에 대한 사정을 단행하여 주범 60여명을 형사처벌하였다. 그러나 그후 3차에 걸쳐 그 60여명 전원에게 특별사면과 복권을 단행하였다. 사면권은 대통령의 고유권한이다. 그러나 사면권은 권력분립의 원칙에 대한 예외이므로 대통령이 자의적으로 사면권을 남용해서는 안된다는 이유에서 다음과 같은 엄격한 기준과 요건에 따라서 행사되어야 한다는 내재적 한계를 지닌다는 것이 학계의 통설이다.

첫째, 사면권은 헌법상 보장된 국민의 기본권침해에 대한 최후의 구제수단으로 기능하여야 한다. 혹시 있을지도 모를 오관 등 사법권에 의하여 기본권이 침해된 경우에 대통령이 이를 구제하는 최후의 수단으로 행사되어야 한다는 것이다.

둘째, 사면권은 대통령의 사법권에 대한 특권이지만 사법권의 본질적 내용 그 자체를 침해하여서는 아니된다.

셋째, 특별사면은 정치범, 양심수를 주대상으로 한다.

넷째, 사면권은 국가와 사회의 공공의 이익을 위하여 행사되어야 한다.

다섯째, 사면권은 편중되지 않고 평등하고 공정하게 행사되어 형평성을 잃지 않아야 된다.

대통령의 사면권은 이상 다섯가지 요건에 따라 행사되어야 한다는 것이다.

그러나 문민정부들어와서 김대통령이 위 권력형 대형부정부패사범들에 대하여 단행한 특별사면과 복권은, 헌법상 보장된 기본권보호의 최후적 구제수단과는 전혀 관계가 없고, 그 사면의 빈도와 범위, 그 정도에 있어서 사법권의 본질 그 자체를 침해하는 정도였다고 생각된다. 또 위 사면의 대상자들은 정치범도 양심수도 아닌 파렴치범들이었고, 위 사면이 국가와 사회의 공공의 이익을 위하여 행사된 것으로 볼 수도 없으며, 또한 평등하지도 않고 공정하지도 못했다. 소규모의 부정비리관련자들은 모두 특별사면과 복권의 대상에서 제외되고 그보다 수백배 수천배 큰 액수의 부정비리의 주범들만 특별사면과 복권이 되었다. 그러한 의미에서 문민정부하에서 단행된 3차에 걸친 특별사면과 복권은 위 다섯가지 요건중 어느 하나에도 해당되지 않는 것이었다. 그러므로 위 특별사면과 복권은 너무 빈번하고 광범위하게 또 형평에 어긋나게 단행된 것으로서 사법권의 본질을 침해한 사면권의 남용이었다고 생각된다.

의원들의 나머지 질문에 대하여는 다른 참고인들의 답변을 들은 후 발언의 기회가 주어진다 면 나중에 답변하겠다.

이 자료는 언론위원회가 이번 총선과 관련하여 선거관리위원회에서 실시한 선거비용공개실사에 관하여 그 실시자료를 요청했던 청구서입니다.

정보공개청구서

청 구 인 민주사회를위한변호사 모임
서울 서초구 서초동 1572의 12. 명지빌딩 4층(전화:522-7284)
대표자 회장 최영도
대리인 변호사 송두환, 이유태

공개할 청구하는 정보의 표시

귀 위원회에서 보유, 관리하고 있는 제 15대 지역구 국회의원 선거에 관한 선거비용 실시자료 중 지역구 국회의원 당선자 전원 (명단 별첨)에 대한 예금계좌 거래내역서, 지출명세서, 영수증 기타 증빙서류, 수입, 지출보고서, 회계장부, 기타 출납서류, 금융거래자료 및 관계인에 대한 조사결과 등 선거비용 수입, 지출 내역과 관련된 자료일체.

정보의 사용목적

청구인은 사회의 민주적 발전에 기여함을 목적으로 결성된 법률전문가단체로서, 청구인 및 소속 변호사들이 지난 선거에 있어서 선거운동과정의 실상을 파악, 검토함으로써, 공정하고 공명한 선거문화의 조성을 위한 방안을 모색하고, 선거제도 관련 법제의 정비 등에 관한 연구, 조사를 하는데 공하고자 함.

공개의 방법

열람 및 사본의 교부를 받고자 함

위와 같이 청구합니다.

별첨 : 15대 지역구 국회의원명단 1부

1996. 9. .

청구인 민주사회를 위한 변호사모임
대표자 회장 최영도

청구인의 대리인 변호사 송두환
변호사 이유태

중앙선거관리위원회 위원장 귀하

위 임 장

위임인 민주사회를위한변호사모임
대표자 회장 최영도

수임인 1. 변호사 송두환
서울 서초구 서초동 1705. 정곡빌딩 서관 209호 (전화 : 594-2220)
2. 변호사 이유태
서울 서초구 서초3동 1555의 3.신정빌딩 4층 (전화 : 522-9993)

위임인은 중앙선거관리위원회 위원장이 보유, 관리하고 있는 제15대 지역구 국회의원 선거에 관한 선거비용 실시자료 중 선거비용의 수입, 지출내역과 관련된 자료 일체에 대한 정보공개청구를 함에 있어서, 위 정보공개청구 및 그에 따른 정보의 열람, 사본의 수령, 또는 공개 여부결정에 대한 이의의 제기, 불복절차의 수행, 기타 일체의 행위를 할 권한을 각 수임인에게 위임합니다.

1996. 9. .

위임인 민주사회를위한변호사모임
서울 서초구 서초동 1572의 12. 명지빌딩 4층
(전화 : 522-7284)
대표자 회장 최영도

15대 지역구 국회의원 명단

<서울>

이명박, 박성범, 서정화, 이세기, 김학원, 김상우, 추미애, 노승우, 김영구, 이상수, 김충일, 유재건, 강성재, 김원길, 조순형, 김근태, 설훈, 백남지, 임채정, 손세일, 이재오, 김상현, 장재식, 박명환, 박주천, 박범진, 김영배, 신기남, 이신범, 정한용, 이신행, 이우재, 김명섭, 김민석, 서정원, 유용태, 이상현, 이해찬, 최병렬, 김덕룡, 서상목, 홍사덕, 홍준표, 맹형규, 김병태, 이부영, 김중위

<부산>

정의화, 홍인길, 김형오, 정재문, 김정수, 박관용, 강경식, 이상희, 김무성, 정형근, 한이현, 김운환, 김기재, 서석재, 박종용, 김진재, 김도연, 최형우, 유흥수, 권철현, 신상우

<대구>

박준규, 김복동, 서훈, 백승홍, 강계섭, 이정무, 이의익, 안택수, 박철언, 박구일, 박종근, 이해봉, 김석원,

<인천>

서정화, 심정구, 이강희, 서한샘, 이윤성, 이원복, 조진형, 이재명, 이기문, 이경재, 조철구

<광주>

신기하, 정동채, 임복진, 박광태, 이길재, 조홍규

<대전>

김칠환, 이양희, 강창희, 이원범, 이재선, 조영재, 이인구

<경기>

이병희, 김인영, 남평우, 이윤수, 조성준, 오세웅, 홍문중, 권수창, 최희준, 이석현, 안동선, 이사철, 김문수, 최선영, 남궁진, 손학규, 원유철, 허남훈, 목요상, 김영환, 천정배, 이국현, 이택석, 안상수, 전용원, 이성호, 박신원, 제정구, 유선호, 정영훈, 이규택, 이재창, 이한동, 김길환, 황규선, 이용희, 이해구, 박종우

<강원>

한승수, 류종수, 함중환, 김영진, 황학수, 최옥철, 최연희, 박우병, 송훈석, 장을병, 이용선, 김기수, 이용삼

<충북>

구천서, 오용운, 김선길, 김영준, 신경식, 어준선, 정우택, 김종호

<충남>

정일영, 함석재, 정석모, 김용환, 이상만, 변웅전, 김범명, 김고성, 김종필, 이금규, 이완구, 조종석, 김현욱

<전북>

장영달, 정동영, 채영석, 강현욱, 최재승, 이협, 윤철상, 조찬형, 장성원, 김태식, 정세균, 박정훈, 정균환, 김진배

<전남>

김홍일, 한화갑, 김충조, 김경재, 조순승, 정호선, 김성곤, 김명규, 국창근, 양성철, 박상천, 박찬주, 김옥두, 김영진, 김봉호, 배종무, 김인곤

<경북>

허화평, 이상득, 김일운, 임진출, 임인배, 권오을, 권정달, 박세직, 김윤환, 박시균, 박헌기, 이상배, 황병태, 김종학, 주진우, 장영철, 김화남, 김찬우, 김광원

<경남>

김종하, 황낙주, 김태호, 차수명, 이규정, 정몽준, 권기술, 김호일, 강삼재, 김재천, 하순봉, 허대범, 김동욱, 황성균, 김영일, 김용갑, 김기춘, 윤한도, 노기태, 나오연, 박희태, 권익현, 이강두

<제주>

현경대, 양정규, 변정일

모임에서는 지난 10월 14일 고등법원 형사1부(항소심 재판부)에 피해자진술권을 신청했습니다. 이날 피해자진술권 행사를 신청한 사람은 김준봉, 김동원, 김기수, 정수만, 강길조 등 5인이며 이 중 강길조 1인에 한해서 피해자 진술 신청이 허용되었습니다. 이로써 한국사회에서 사법사상 처음으로 피해자 진술권이 행사 되었습니다. 하지만 모임에서는 신청한 피해자 진술권이 나머지 4인에 대해서 기각된 것에 대하여는 적극적으로 대처하고 대응방안을 모색하기로 하고 관련 처분에 불복하여 재항고장을 내었습니다. 이번호에 실게된 자료는 피해자진술권 신청서와 피해자진술권거부처분에 관한 재항고장입니다.

재 항 고 장

- 재항고인
1. 김 동 원
광주 북구 용봉동 17의 2 성산맨션 1동 405호
 2. 김 준 봉
경기 하남시 덕풍동 현대아파트 101동 611호
 3. 김 기 수
순천시 저전동 312
 4. 정 수 만
광주 동구 금동 113

서울고등법원 96 노 1892 내란수괴등 사건에서의 위 재항고인들의 형사피해자 재판절차진술 신청에 관하여 동법원에서 1996. 10. 15. 기각결정을 하였는바, 동결정에 대하여 불복이므로 재항고를 제기합니다.

원결정의 표시

이 사건 증인신청은 그 이유없다고 인정되므로 이를 기각한다.
(원결정 정본은 1995. 10. 15. 송달받았습니다.)

재항고 취지

1. 원결정을 취소한다.
2. 피해자 김동원, 김준봉, 김기수, 정수만의 신청으로 위 김동원, 김준봉, 김기수, 정수만을 각 증인으로 신문한다.

라는 결정을 구합니다.

재항고 이유

1. 이 사건 형사피해자 재판절차진술신청과 서울고등법원의 기각결정 경위

서울고등법원 96 노 1892 내란수괴등 사건의 형사피해자인 위 재항고인들 및 강길조는 1996. 10. 14. 위 사건의 재판부인 위 법원 제1형사부에 형사피해자 재판절차진술 신청을 하였는데 위 법원 제1형사부는 1996. 10. 15. 별다른 이유 없이 위 강길조의 신청만을 받아들이고 위 재항고인들의 신청에 대해서는 기각결정을 하였습니다.

2. 형사피해자의 재판절차진술권의 의의와 성격

가. 헌법상의 기본권으로서의 형사피해자의 재판절차진술권

(1)헌법헌법 제27조 제5항은 "형사피해자는 법률이 정하는 바에 의하여 당해 사건의 재판절차에서 진술할 수 있다"라고 규정함으로써 형사피해자의 재판절차진술권을 신설하였는바, 형사피해자의 재판절차진술권은 헌법상 보장된 기본권입니다.

(2)헌법이 형사피해자의 재판절차진술권을 신설한 취지는 법원이 형사재판을 함에 있어서 피해자의 진술을 청취하여 적절하고 공평한 재판을 하여야 한다는 것을 뜻할 뿐만 아니라 이에 더 나아가 형사피해자에게 법관으로 하여금 적절한 형벌권을 행사하여 줄 것을 청구할 수 있는 사법절차적 기본권을 보장해 준 적극적 입장에 있는 것이라 할 것입니다(헌법재판소 1989. 4. 17. 선고 88헌마3 결정 참조).

이에 따라 우리 헌법재판소는 검사의 부당한 불기소처분에 대한 헌법소원심판사건에서 형사피해자의 헌법상 재판절차진술권 및 평등권을 침해하였다는 이유로 위헌이라는 결정을 많이 내려왔던 것입니다.

(3)이처럼 우리 헌법이 형사피해자의 재판절차진술권을 독립된 기본권으로 인정한 취지에 비추어 본다면 형사피해자의 개념을 넓게 해석해야 할 뿐더러 형사피해자의 재판절차진술신청에 대해서도 특별한 사유가 없는 한 넓게 받아들여야 할 것입니다.

나. 형사피해자의 재판절차진술권에 관한 형사소송법 규정

(1)헌법 제27조 제5항에 따라 형사소송법 제294조의 2는 피해자 진술권을 규정하고 있습니다.

즉 형사소송법 제294조의 2는 제1항 본문에서 "법원은 범죄로 인한 피해자의 신청이 있는 경우에는 그 피해자를 증인으로 신문하여야 한다"라고 규정하여 형사피해자의 재판절차진술신청에 대하여 법원이 기속된다고 규정하고 있습니다.

다만 형사소송법 제294조의 2 제1항 단서 및 제3항에서는 예외적으로 형사피해자의 재판절차진술을 허용하지 않는 소극적 요건을 규정하고 있습니다. 즉 ①피해자가 아닌 자가 신청한 경우 ②신청인이 이미 당해 사건에 관하여 공판절차 또는 수사절차에서 충분히 진술하여 다시 진

술할 필요가 없다고 인정되는 경우 ③신청인의 진술로 인하여 공판절차가 현저하게 지연될 우려가 있는 경우 ④동일한 범죄사실에서 신청인의 수가 다수이어서 증인으로 신문할 자의 수를 제한할 필요가 있는 경우에만 형사피해자의 재판절차진술신청을 기각할 수 있다고 그 소극적 요건을 제한적으로 규정하고 있습니다.

(2) 그런데 위에서 본 바와 같이 우리 헌법이 형사피해자 재판절차진술권을 독립적인 기본권으로 특별히 규정한 취지와 형사소송법 제294조의 2는 헌법상의 형사피해자의 재판절차진술권을 구체화하기 위하여 절차를 규정한 기본권구체화적 법률일 뿐 기본권제한적 법률이 아니라는 점 등에 비추어 볼 때, 형사소송법 제294조의 2의 소극적 요건 규정은 엄격하게 제한적으로 해석, 적용되어야 할 것입니다.

3. 이 사건 원결정의 위헌·위법성

가. 원결정의 이유 불명시의 위법성

형사소송법 제39조는 결정에도 이유를 명시하여야 한다고 규정하고 있음에도 불구하고 원결정은 기각 이유를 전혀 명시하지 않았으므로 위법합니다.

나. 원결정의 형사소송법 제294조의 2에 위반한 위법성

위 2항에서 살펴 본 바와 같이 형사피해자의 재판절차진술권은 넓게 보장되어야 하고 형사소송법 제294조의 2의 소극적 요건은 엄격히 제한적으로 해석되어야 함에도 불구하고 원결정은 다음과 같이 재량권을 일탈·남용하여 기각결정을 내림으로써 헌법 및 법률을 위반한 것입니다.

(1) 위 재항고인들은 모두 위 서울고등법원 96 노 1892 내란수괴등 사건의 피해자들임이 명백합니다.

(2) 위 재항고인들 중 김준봉을 제외하고는 위 사건에 관하여 공판절차 또는 수사절차에서 진술한 바가 없으며, 위 김준봉의 경우에도 수사절차에서 충분히 진술하지 못하였으므로 다시 진술할 필요가 있습니다.

(3) 소극적 요건 중 "신청인의 진술로 인하여 공판절차가 현저하게 지연될 우려가 있는 경우"에 관한 요건은 헌법상의 기본권으로서의 형사피해자의 재판절차진술권을 보장하기 위하여 특히 엄격하게 해석, 적용되어야 할 것이고 공판절차의 지연 우려와 그 진술의 중요성이 비교형량되어 판단되어야 할 것입니다.

5·18 광주민주화운동을 탄압하고 내란목적 달성을 위하여 대량 학살을 저지른 피고인들의 항소심인 위 사건에 있어서 핵심쟁점은 피고인들의 내란목적살인죄 인정여부 및 피고인들의 형량이 될 것인바, 그렇다면 위 사건 심리절차에서 피해자들의 진술은 다른 어떤 증인의 증언보다도 더 필요하고 중요한 것이라 할 것입니다. 따라서 5·18학살의 전모를 파악하고 위 사건 피고인들을 적절하게 단죄하기 위해서는 위 재항고인들의 진술은 필수적인 최소한의 요청이라 할 것인바, 이러한 점에 비추어 볼 때 위 재항고인들의 진술은 애초에 공판절차 지연이 문제

되지 않는다고 할 것입니다.

뿐만 아니라 5·18 학살 피해자 수는 위 재항고인 외에도 1,000여명이 넘습니다. 그럼에도 불구하고 피해자들은 공판절차의 신속한 진행을 고려하여 신청인을 최대한 줄여 위 재항고인들 및 위 강길조 5명만으로 했던 것입니다. 또한 위 재항고인들은 미리 진술내용을 정리하여 최대한 신속하고 간략하게 증언하고 위 사건에 관한 의견을 진술할 예정입니다. 이런 점에 비추어 볼 때 위 재항고인들의 진술은 공판절차를 지연할 우려가 전혀 없는 것인 바, 이를 기각한 원결정은 재량권을 일탈·남용한 것이라 하지 않을 수 없는 것입니다.

(4) 위 재항고인들은 모두 5·18 사건의 피해자들이긴 하지만 위 사건 중 시간과 장소 및 행위내용이 각 다른 범죄사실의 피해자들이므로 "동일한 범죄사실에서 신청인의 수가 다수인 경우"에 해당되지 않습니다.

(5) 이상에서 살펴 본 바와 같이 위 재항고인들의 피해자 진술신청은 적법하므로 위 재항고인들의 피해자 진술신청을 기각한 원결정은 형사소송법 제294조의 2에 위반한 것입니다.

(6) 또한 만약 위 법원이 위 재항고인들이 증언할 내용이 검찰측 증인 등의 증언내용과 중복된다는 이유로 위 재항고인들의 신청을 기각한 것이라면, 이는 형사소송법 제294조의 2가 규정하지 않은 사유로 헌법상의 형사피해자 재판절차진술권을 부정한 것으로서 위법할 뿐만 아니라 위헌성을 면치 못할 것입니다.

다. 원결정의 위헌성

(1) 원결정은 위 나.항에서 살펴 본 것과 같이 위법하게 위 재항고인들의 진술신청을 기각함으로써 더 나아가 위 재항고인들의 헌법상 권리인 재판절차진술권을 침해하여 헌법 제27조 제5항에 위반한 것입니다.

(2) 특히 위 법원이 검찰과 변호인이 신청한 증인은 전부 채택하고서도 유독 피해자의 진술신청에 관해서는 5명의 신청인 중 위 강길조 1명만을 채택하고 위 재항고인들의 신청은 전부 기각한 것은, 형평에도 반할 뿐더러, 위 법원이 피고인에게는 증인신청권이 없는데 반하여 피해자에게는 헌법이 보장하는 재판절차진술권이 있음을 몰각하고 형사피해자인 위 재항고인들의 진술신청을 증인신청과 동일하게 다룸으로써 위 재항고인들의 기본권을 침해한 것으로 원결정은 헌법 제11조 제1항 및 헌법 제27조 제5항에 명백하게 위반한 것입니다.

(3) 또한 동일한 피해자인 위 재항고인들 및 위 강길조의 각 진술신청 중 위 강길조의 신청만을 받아들이고 위 재항고인들의 신청은 별다른 이유없이 기각한 원결정은 자의적 차별로서 헌법 제11조 제1항 평등원칙에도 반하는 것입니다.

4. 이 사건 재항고의 적법성

(1) 법원의 판결전의 소송절차에 관한 결정에 대하여는 항고를 하지 못하므로(형사소송법 제

403조 제1항) 일반적으로 증인신청 기각결정에 대하여는 항고가 허용되지 않는 것이지만, 이 사건과 같이 헌법상 보장된 피해자 진술권을 허용하지 않는 결정은 다음에서 보는 바와 같은 이유로 항고 내지 재항고가 허용되어야 할 것입니다.

(2) 위 2항에서 본 바와 같이 우리 헌법재판소는 헌법상의 형사피해자의 재판절차진술권의 규정취지가 법원이 형사재판을 함에 있어서 피해자의 진술을 청취하여 적절하고 공평한 재판을 하여야 한다는 것 뿐만 아니라 더 나아가 "형사피해자에게 법관으로 하여금 적절한 형벌권을 행사하여 줄 것을 청구할 수 있는 사법절차적 기본권을 보장해 준" 것이라고 실시하고 있습니다(헌법재판소 1989. 4. 17. 선고 88헌마3 결정 참조).

그러므로 피해자의 진술과 증인의 증언은 헌법상의 기본권인지 여부 및 그 기능상 성격이 전혀 다른 것입니다. 따라서 형사소송법 제294조의 2 제1항이 "피해자의 신청이 있는 경우 그 피해자를 증인으로 신문한다"고 규정한 것은 피해자 진술 방식을 규정한 것일 뿐 피해자 진술 신청에 대한 채부결정 및 그 불복에 있어서 증인신청의 경우와 동일하게 취급하라는 의미는 전혀 아닌 것입니다.

(3) 형사소송법이 증인신청 기각 결정 등 법원의 판결전의 소송절차에 관한 결정에 대하여는 항고를 하지 못하게 하는 이유는 종국판결에 대하여 상소를 허용하면 충분하기 때문입니다. 그러나 피해자의 경우 상소권이 없으므로 종국판결에 대하여 상소하는 방법으로 피해자 진술 신청 기각결정에 대하여 불복할 수가 없는바, 그렇다면 형사소송법 해석상 피해자의 진술 신청에 대한 결정에 관해서는 독립하여 항고가 허용된다고 보는 것이 타당하다고 할 것입니다.

만약 피해자의 진술 신청에 대한 기각결정에 대해서도 증인신청과 마찬가지로 항고가 허용되지 않는다면 피해자의 진술 신청이 기각된 경우에는 불복할 방법이 전혀 없습니다.

왜냐하면 위에서 본 바와 같이 피해자는 상소를 통하여 불복할 수도 없을 뿐더러 당해 소송절차에서 이의신청을 하려고 해도 이의신청은 검사, 변호인 또는 피고인만이 할 수 있기 때문에(형사소송법 제296조 제1항, 제304조 제1항), 이의신청도 할 수 없기 때문입니다.

또한 우리 헌법재판소법 제68조 제1항은 법원의 재판을 헌법소원의 대상에서 배제하고 있고 이에 따라 헌법재판소도 법원의 결정에 대한 헌법소원은 부적법하다고 판시하고 있으므로(헌법재판소 1992. 6. 26. 선고 89헌마132 등 참조) 이 사건 원결정에 대해서는 헌법소원도 제기할 수 없습니다.

따라서 이 사건 재항고가 허용되지 않는다면 헌법상의 기본권인 피해자의 재판절차진술권의 침해에 대해서는 구제절차가 전혀 없게 되어 헌법이 형사피해자의 재판절차진술권을 보장한 것이 아무런 소용이 없게 되는 것입니다.

또한 헌법이나 법률로 전혀 보장된 바 없는 피고인의 증인신청권과 관련해서는 불복을 허용하면서 헌법상의 기본권인 피해자의 재판절차진술권의 침해에 대해서는 불복절차를 전혀 허용하지 않는다는 것은 법체계상으로도 모순됩니다.

(4) 따라서 헌법상 보장된 형사피해자의 재판절차진술권에 기한 위 재항고인들의 진술 신청을 기각한 위헌·위법한 고등법원의 결정인 이 사건 원결정에 대하여는 즉시항고로서 재항고가

마땅히 허용되어야 할 것입니다(형사소송법 제415조 참조).

5. 결론

이상에서 살펴 본 바와 같이 원결정은 위헌·위법한 결정이므로 마땅히 취소되어야 하고 위 재항고인들의 피해자 진술 신청은 인용되어야 할 것입니다.

1996. 10. 17.

위 재항고인들의 대리인
변호사 박연철
변호사 차지훈
변호사 양영태
변호사 김도형

대법원 귀중

건설노동자의근로조건과 고용개선등에 관한 특별법(안)

I. 추진 배경

OECD가입에 즈음한 지금 노동법 전반에 관한 요란한 논의가 진행되고는 있지만 건설노동자의 문제는 적절하게 다루어지고 있지 못하며, 오히려 노동환경의 전반적인 개선을 전제하지 않고 노동력의 동원·통제라는 방향으로만 취급되고 있음으로 해서 건설노동자의 노동문제는 더욱 복잡하게 개악될수도 있다는 우려가 확대되고 있다.(건설교통부의 건설산업기본법, 노동부의 건설근로자 고용개선 등에 관한 법률 등)

'국민소득 1만불 시대에 삶의 질을 높이자'는 구호는 불안정한 삶과 노동인권의 박탈이라는 최소한의 문제조차 해결하고 있지 못하다.

건설업은 국민경제에서 막대한 비중을 차지하고 있고(건설업의 GNP비중95년 11.6%, 전체 피용자중 건설업 비중 95년 12.2%), 건설노동자는 건설생산의 주체로서 한국경제의 성장에 큰 기여를 했음에도 불구하고, 건설노동자의 직종별·지역별 숫자조차 파악이 안되고 있으며, 사회적으로는 '노가다', '날뽕팔이', '막노동자' 등의 천시적인 이름으로 불리어 지고 있다.

건설노동은 소위 3D업종이라 하여 신규기능인력이 확대재생산되지 않을 뿐더러 기존의 건설기능인력조차 노령화되는 등 경쟁력에 심각한 문제를 안고있다. 이러한 현상은 직업의 전망 부재, 노후보장의 불투명, 근로기준법으로부터의 소외 등등의 압박요인이 가중되어 더욱 심화되고 있다.

성수대교 붕괴, 대구 지하철 가스폭발, 삼풍백화점 붕괴 등의 부실공사관련 대형참사 이후, 사회간접자본 등의 대형 국책사업에서부터 민간공사에 이르기까지 정경유착과 건설비리 등의 구조적 원인들은 해결하지 않은 채, 부실공사의 결과를 짐중부각시킴으로써 마치 부실공사의 주범이 건설기능공인 것처럼 호도되고 있다.

기능훈련의 문제에 있어서도 어떠한 대안을 내놓지 못하는 정부로부터 오히려 부실공사의 원인제공이라는 비난을 받아야 하는 당혹스럽고 자괴적인 현실에 직면해서, 생산을 담당하는 건설노동자들이 부실공사 등의 심각한 사회문제를 부실공사를 부채질하는 근로조건을 개선·극복하는데 직접 나서지 않으면 안된다는 필요성이 강하게 제기되고 있다.

II. 건설노동의 실태와 문제점

1. 고용구조의 특성과 고용의 불안정성

건설업은 주문생산성, 옥외성, 이동성 등의 특성을 갖고 있어, 건설제법들은 경영비용부담을 최소화하고 이윤을 극대화하기 위하여 인력과 장비를 상용화하지 않고 소위 '선택적 고용전략'이라는 한시적 고용방식을 쓰고 있다.

이에 따라 모든 공사는 하도급에 의해 이루어지게 되는데, 대부분의 하도급은 불법적이며 매우 복잡다단한 체계와 구조를 갖고 있다. 이러한 구조속에서 전체 건설노동자중 일용의 형태로 고용되는 비중이 80%에 육박하고 있다.

건설노동자는 오야지(십장 또는 반장)라는 전근대적인 공사대행업자(엄밀히 말하면 인력수급업자, 노무하도급업자)또는 자연발생적인 인맥에 의해 채용되는 폐쇄적이고 음성적인 취업구조에 속해 있다.

'오야지'는 불법하도급의 과정속에서 무수한 흥망성쇠를 거듭하지만, 불법하도급의 구조는 '오야지'에 의해 유지·고착화되고 있다. 건설비리가 악순환되고, 임금체불, 산재, 해고, 실업 등의 노동문제가 명확한 법적 책임없이 거듭 논란되는 것은, 바로 건설자본이 복잡다단한 불법하도급으로 특징되는 약육강식의 무한경쟁구조의 활용을 극대화하고 있기 때문이다.

건설노동자는 전직종 평균 180 ~ 220일 안팎의 년평균 근로일수를 가지고 있다.

2. 노동실태의 개요

건설노동자의 임금이 단기간으로는 상대적인 고임금일 수 있으나, 1년 수취총액을 월평균으로 환산해 보거나, 교육, 주택, 퇴직금, 기능, 의료, 경력 등의 혜택을 전혀 받고 있지 못한 현실을 고려해볼 때, 건설노동자의 임금비용이 고비용이라는 지적은 결코 타당하지 못하다.

건설노동자는 장시간 추위 또는 더위에 그대로 노출된 채 위험·유해작업에 종사하고 있어 극심한 신체적 소모를 감당해야 한다.(건설업 산재사망 94년734명, 95년 715명) 안전에 대한 문제도 개별노동자로 하여금 규칙을 준수하게 하는 등의 조치가 대부분이며, 안전시설 설치와 안전에 대한 기술적 교육 및 실효성있는 안전장비의 지급등을 우선적으로 하지 않다 보니, 안전모를 쓰지 않는 노동자에게 벌금을 부과하는 식의 미봉적인 발상이 현장에서 대두되고 있다.

중층적 하도급에 의해 근로계약의 관계가 불명확하여 노동문제의 해결이 복잡하고 다소의 시간이 소요된다. 더우기 불법하도급에 의해 이루어지는 공사에서의 노동문제의 책임소재는 이미 심각한 수준에 와있다.

'더 빨리, 더 많은 일을' 재촉함으로써 노동경쟁과 부실공사의 원인을 부추켜온 현장관행이 거의 개선되지 않고 있다.

사용자의 귀책사유를 포함한 비자발적인 실업에 대한 어떠한 경제적 보상이 원만하게 이루어지지 않고 있어, 고용의 불안정과 옥외작업의 특성은 그 자체가 생존권과 직결되어 있다.

건설노동자의 기능습득과 재훈련은 거의 시행되지 않거나, 비현실적이며, 새로운 기술과 공법에 대한 사회적 교육 장치가 전무한 실정이다.

III. 법률(一)의 주요내용

※ 이법에서 주요대상으로 하고 있는 건설일용노동자는 그 개념자체가 공식화 되어 있지 않고, 상당한 논란을 초래할 것으로 보아 이법의 적용대상은 <당해 건설공사 기간내에 근로계약을 체결하는 건설근로자와 그 사업주에 한정하여 적용>하도록 함.

1. 목적

건설노동자의 근로조건 개선과 고용 및 복지증진을 도모하기 위하여

- ☞ 근로계약의 문서화를 통해 책임주체를 명확히 함
- ☞ 불법하도급업자와의 근로계약을 무효화하고, 직상수급인과 체결한것로 간주함으로써 불법하도급을 방지를 강제해 나간다.
- ☞ 단기간공사에서 발생하는 임금체불을 방지하고 장기적으로는 공사의 계 획성을 높일 수 있도록 1개월 미만의 공사는 공사완료시 임금을 즉시 지불토록 함.
- ☞ 한시적 고용형태에서 자의적으로 남발되는 해고의 문제를 구제
- ☞ 총액개념의 포괄산정임금제를 지양하고 합리적인 임금체계의 수립을 도모해 나간다.
- ☞ 산재다발산업인 건설업에서 산재의 적용을 받지 못하고 있는 대다수 소규모 고용형태의 건설노동자들을 구제.

건설노동자의 고용개선 등을 위하여

☞ 건설근로자의 고용개선, 직업능력개발, 복지대책 등의 수립·시행을 위 한 사업을 두고, 이에 대한 지원을 규정함으로써 고용보험법에서 건설 노동자가 적용배제되어 있는 현실을 개선하고자 함.

☞ 건설근로자의 고용개선을 위하여 고용정책기본법에 의한 고용정책심의 회내에 건설고용전문위원회를 두도록 함.

☞ 건설노동자의 복지증진사업에서 기존의 직훈이외에 건설(일용)노동조합 이나 건설노동자 단체에서 기능인력의 양성 및 훈련에 대한 지원을 추 가함으로써 건설노동자들의 기능향상을 위한 자구적인 노력을 보장하고, 이에 대한 재원은 건설노동자들이 납부하는 고용보험료의 일 부에서 충 당할 수 있도록 하여 기능훈련의 실효성 또한 제고함.

☞ 고용안정을 위하여 사업장별로 고용관리 책임자를 두게 하고, 고용에 관 한 문서를 두며, 이에 관한 서류를 비치하도록 하여 공사의 불법성을 방 지함은 물론 노동문제의 발생시 책임소재를 명확히 한다.

☞ 대부분의 건설근로자가 배제되어 있는 고용보험법상의 실업급여를 건설 노동자의 특성에 기반하여 특례화 함.

☞ 건설근로자 수첩을 신설 실시하여 건설근로자의 소속감을 고취함은 물론, 사회복지 혜택의 근거로 활용할 수 있게 하여 고용의 안정성을 드높 이고 노동시장에의 흡인요인을 부각시킴

IV. 건설근로자의 근로조건과 고용개선등에 관한 특별법(一)

제1장 총칙

제1조【목적】

이 법은 건설업에 종사하는 건설근로자의 최소한의 근로조건을 보장하고 직업능력을 향상시키며 불안정한 고용을 해소함으로써 건설기능인력의 수급의 안정화를 통해 건설산업의 발전을 기함을 목적으로 한다.

제2조【정의】 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. "건설업"이라 함은 건설공사 또는 이에 수반되는 조사·설계·감리·사업관리·유지관리 등 건설과 관련된 용역을 수행하는 영업을 말한다.
2. "건설공사"라 함은 토목, 건축, 전기, 가스, 통신 등의 시설물을 건설하기 위한 부 지조성공사, 구조물의 축조 및 해체공사, 설비의 조립·설치 및 시 설물의 유지보수공사 등을 말한다.
3. "건설근로자"라 근로기준법 제14조의 규정에 의한 근로자로서, 건설업에 종사하는 자를 말한다.

- 4. "사업주"라 함은 건설근로자를 고용하여 건설공사를 행하는 자를 말한다.
- 5. "원수급인"이라 함은 건설공사가 수차의 도급에 의하여 행하여지는 경우에 있어서 발주자로부터 최초로 공사를 도급받아 행하는 자를 말한다.
- 6. "하수급인"이라 함은 원수급인으로부터 건설공사의 전부 또는 일부를 도급받아 행하는 자와 하수급인으로부터 그 건설공사의 그 전부 또는 일부를 도급받아 행하는 자를 말한다.
- 7. "실업"이라 함은 피보험자가 노동력 제공의 의사와 능력이 있음에도 불구하고 취업하지 못한 상태에 있는 것을 말한다.
- 8. "불법하도급업자"라 함은 건설업법의 건설공사의 하도급제한 규정을 위반하여 공사를 행하는 자를 말한다.

제 3조 【적용범위】

이 법은 당해 건설공사기간내에 근로계약을 체결하는 건설근로자와 그 사업주에게 적용한다.

제 2장 근로계약

제 4조 【본법 위반의 근로계약】

- ① 이 법에 정한 기준에 미달하는 근로조건을 정한 계약은 그 부분에 한하여 무효로 한다.
- ② 제1항의 규정에 의하여 무효로 된 부분은 이 법에 정한 기준에 의한다.

제 5조 【근로계약의 체결】

- ① 이 법에 의한 사용자는 근로계약 체결시에 서면에 의한 근로계약서를 작성하여야 한다.
- ② 사용자는 제1항의 근로계약서 1부를 근로자에게 교부하여야 한다.

제 6조 【불법하도급업자에 의한 고용 금지】

- ① 불법하도급업자와의 근로계약은 무효로 한다.
- ② 제1항의 규정에 의해 무효로 된 근로계약은 직상수급인과 체결된 것으로 본다.

제 7조 【해 고】

- ① 사용자가 1개월 이상 3개월 미만으로 건설근로자를 고용하는 경우, 기간만료전에 해고하고자 할 때에는 적어도 7일전에 그 예고해고를 하여야 한다. 7일전에 예고를 하지 아니한 때에는 7일분 이상의 통상임금을 지급하여야 한다.
- ② 사용자가 3개월 이상의 기간으로 건설근로자를 고용해서 해고하고자 할 때에는 근로기준법 제27조 내지 제27조 2의 규정을 준용한다.

제3장 임금

제8조 【건설근로자의 임금】

건설근로자의 임금은 근로기준법 제42조에 의한 근로시간을 기준으로 정한다.

제 9조 【임금지불】

- ① 임금은 통화로 직접 근로자에게 그 전액을 지급하여야 한다.
- ② 임금은 매월 1회 이상 일정한 기일을 정하여 지급하여야 한다. 다만, 기간이 30일 미만의 공사는 공사완료시 즉시 지급한다.

제 10조 【포괄산정임금계약의 금지】

사용자는 통상임금과 각종수당이나 성과급을 일괄하는 총액임금방식으로 임금협약을 할 수 없다.

제 11조 【임금의 변제】

- ① 사업이 수차의 도급에 의하여 행하여지는 경우에 하수급인이 근로자에게 임금을 지급하지 못한 때에는 하수급인은 직상수급인과 연대하여 책임을 진다.
- ② 임금채권의 우선변제는 근로기준법 제30조 2의 규정을 준용한다.

제 12조 【임금대장】

- ① 사용자는 노동자가 퇴직한 후라도 근로일수, 임금 등 필요한 사항에 관한 임금대장을 청구한 때에는 즉시 교부하여야 한다.
- ② 임금대장은 재취업과 임금산정의 용도 등으로 열람할 수 있으며, 교부요구시 사용자는 즉시 교부해야 한다.
- ③ 임금대장의 작성에 관하여는 근로기준법 제40조의 규정을 준용한다.

제 13조 【평균임금】

- ① 근로기준법 시행령 제4조(일용근로자의 평균임금)는 건설근로자에게 그 적용을 제외한다.
- ② 건설근로자의 평균임금은 이를 산정하여야 할 사유가 발생한 날 이전 3개월간의 임금총액을 실근로일수로 나눈 것으로 한다.
- ③ 제2항의 경우에 있어서 휴업일수와 휴업수당은 평균임금의 산정에서 제외한다.

제 14조 【휴업지불】

- ① 사용자의 귀책사유에 의한 휴업의 경우에는 평균임금의 100분의 70이상을 휴업수당으로 지급하여야 한다.
- ② 사용자는 강우, 강설, 혹한시 노동자가 작업할 수 있도록 관련시설을 설치할 수 있으며 근로자가 출근하였음에도 불구하고 위의 조치를 취하지 않아 휴업하는 경우에도 같다.

제 4장 산업재해

제 15조 【산업재해 보상보험법의 적용】

이 법에 의한 모든 건설공사에 산재보상보험법을 적용한다.

제 5장 건설근로자의 고용개선

제 16조 【건설근로자 고용개선사업】

① 노동부장관은 건설근로자의 고용안정과 직업능력개발향상과 및 복지증진을 위해 다음 각 호의 사업을 수립·시행해야 한다.

1. 건설근로자의 고용동향에 관한 사업
2. 건설근로자의 고용안정을 위한 고용구조 개선 및 취업알선 사업
3. 건설근로자의 직업능력개발과 그 사업에 대한 지원
4. 건설근로자의 복지대책 수립·시행

② 노동부장관은 제1항의 사업을 수립하고자 할 때는 고용정책기본법에 의한 고용정책심의 회내에 건설고용전문위원회를 두어 심의한다.

제 17조 【건설고용전문위원회】

- ① 건설고용전문위원회는 고용정책기본법 제6조의 고용정책심의회내에 둔다.
- ② 건설고용정책심의회의 운영은 노동부장관령에 의한다.

제 18조 【건설근로자 복지증진사업】

① 노동부장관은 건설근로자의 직업능력개발·향상 및 복지증진을 위해 고용보험법 제15조 2항, 제21조 1항에 근거하여 다음 사업을 시행한다.

1. 사업주나 사업주 단체 및 건설(일용)노동조합, 건설근로자 단체에 대하여 건설기 능력의 양성 및 훈련에 대한 지원사업
2. 사업주나 사업주 단체의 고용관리에 대한 교육, 연수 등에 대한 지원사업
3. 건설이동근로자를 위한 숙소, 건설근로자의 취직·고용문제등에대한 상담을 위한 시설 등 고용촉진시설의 설치·운영 등에 관한 지원
4. 기타 건설근로자의 고용안정 및 직업능력의 개발·향상을 위하여 노동부장관이 필요하다고 인정하는 사업에 대한 지원

② 1항의 각호의 사업은 고용정책기본법의 직업안정기관에서 한다.

제 19조 【비용】

- ① 제17조 사업을 위한 비용은 고용보험법의 일반보험료 일부로 충당한다.
- ② 비용에 대한 계획수립은 고용정책심의위원회의 심의를 거쳐 노동부장관이 한다.

제 20조 【고용관리책임자】

① 사업주는 사업장별로 건설근로자의 인사·노무업무를 담당하는 자 중에서 고용관리책임자를 지정하여 다음 각호의 업무를 관리하게 하여야 한다.

1. 건설근로자의 모집, 고용과 배치에 관한 사항
2. 건설근로자의 기능향상을 위한 교육훈련에 관한 사항
3. 건설근로자의 작업환경 개선에 관한 사항

4. 건설근로자 수첩제도의 관리수행에 관한 사항

5. 기타 건설근로자의 고용관리에 관한 사항으로서 노동부령이 정하는 사항

② 사업주는 고용관리책임자를 지정한 때에는 고용관리책임자의 성명 기타 필요한 사항을 당해 사업장에 게시하는 등의 방법으로 건설근로자에게 주지시켜야 한다.

③ 사업주는 고용관리책임자에게 필요한 교육·연수를 시키는 등 제1항각호의 업무를 관리하기 위한 지식의 습득 및 향상에 노력하여야 한다.

제 21조 【고용에 관한 문서의 교부】

사업주는 건설근로자를 고용한 때에는 노동부령이 정하는 바에 의하여 사업주의 성명(법인인 경우에는 그 명칭), 사업장의 명칭 및 소재지, 고용기간 및 종사해야 할 업무의 내용등을 기재한 문서를 당해 근로자에게 교부하여야 한다.

제 22조 【서류의 비치등】

① 건설공사가 수차의 도급에 의하여 행하여지는 경우에 있어서 원수급인은 하수급인(하수급인으로부터 건설공사의 일부를 다시 도급받은 자를 포함한다)의 성명(법인인 경우에는 그 명칭), 건설근로자를 당해 건설공사에 종사시키는 기간 및 당해 고용관리책임자의 성명등을 기재한 서류를 노동부령으로 정한 바에 따라 당해 건설공사와 관련된 사업장에 비치하여야 한다. 다만, 대통령령이 정하는 규모미만인 건설공사에 대하여는 그러하지 아니하다.

② 원수급인은 하수급인에 대하여 제5조제1항의 규정에 의한 고용관리 책임자 선임 및 그 업무의 적정한 관리를 위하여 필요한 조언, 지도 기타 지원을 행하도록 노력하여야 한다.

제 6장 건설근로자 실업급여

제 23조 【실업급여의 적용】

- ① 건설근로자의 실업급여는 건설근로자 수첩을 소지한 자에 적용한다.
- ② 고용보험법 제30조 특례조항에 의한다.

제 24조 【기본급여의 수급자격】

① 기본급여는 피보험자가 실업한 경우로서 이직일 이전 3개월간(이하 "기준기간"으로 한다.)에 제25조의 규정에 의한 피보험단위기간이 통산하여 35일 이상인 경우에 지급한다.

② 이직일 이전 3개월 간에 질병·부상 기타 대통령령이 정하는 사유로 인하여 계속하여 임금의 지급을 받을 수 없었던 일수를 가산한 기간을 포함하여 기준기간으로 한다.

제 25조 【피보험단위기간】

① 피보험단위기간은 이직일로부터 소급하여 피보험기간을 1월씩 구분하고, 구분된 각1월의 기간에 있어서 임금지급의 기초일수가 11일이상인 경우에는 당해 1월을 피보험단위기간 1월로 계산하며, 11일미만인 경우에는 당해 1월을 피보험단위기간에 산입하지 않는다.

② 1항의 규정에도 불구하고 매년 12월에서 2월까지의 휴한기의 피보험단위기간의 기초일

수에 관한 사항에 대하여는 노동부장관령으로 정한다.

제 26조 【실업의 신고】

기본급여의 지급을 받고자 하는 자는 이직 후 지체없이 사업장 또는 거주지 직업안정기관에 직접 출석하여 실업을 신고하고 구직을 신청하여야 한다.

제 27조 【소정급여일수】

하나의 수급자격에 의한 기본급여를 지급받는 일수(이하 "소정급여일수")의 피보험기간 및 연령별 한도는 별표와 같다.

제 28조 【대기기간】

고용안정법 34조에도 불구하고, 이법 26조의 규정에 의한 실업의 신고일로부터 1주간은 이를 대기기간으로하여 기본급여를 지급하지 아니한다.

제 29조 【지급일 및 지급방법】

기본급여는 대통령령이 정하는 바에 따라 1주간에 1회씩 실업의 인정을 받은 일수분을 지급한다.

제 7장 건설근로자 수첩

제 30조 【건설근로자 수첩 발급 의무】

① 사업주는 건설공사의 기간, 인원, 직종, 임금, 등을 기록하여 발급하고 그 사항을 노동부장관에게 신고한다.

② 공사가 수차의 도급에 의해 이루어지는 경우에는 그 원수급인을 제1항 및 3항의 사업주로 본다. 다만, 원수급인이 서면계약으로 하수급인에게 수첩가입 사용자의 의무사항을 위임하게 하는 경우로서 원수급인의 신청에 의하여 노동부장관의 승인을 얻은 경우에는 그 하수급인을 제1항 및 제3항의 사용자로 본다.

③ 근로복지공단은 건설근로자 수첩의 발급·갱신 및 관련 업무를 관장한다.

④ 건설근로자 수첩전담기관은 수첩에 의한 각종 사회보장의 보험료와 연금 등의 납부와 확인을 위한 행정업무를 담당한다.

제 31조 【수첩의 기록 내용】

- ① 성 명
- ② 주민등록지
- ③ 직종
- ④ 자격증
- ⑤ 경력
- ⑥ 근로일수
- ⑦ 건강검진
- ⑧ 사회보장에 대한 보험료 및 연금

제32조 【수첩의 용도】

① 건설근로자 수첩은 건설근로자의 고용안정 및 직업능력개발 향상을 위한 다음의 용도 이외에는 사용할 수 없다.

② 제1항의 다음은 각호와 같다.

- 1. 재직과 경력의 증명
- 2. 직업안정기관의 이용
- 3. 건강진단
- 4. 각종 사회보장에 대한 보험료 및 연금의 납부와 확인

제 8장 보칙

제 33조 【다른 법률과의 관계】

이 법에서 정하지 않은 사항은 근로기준법, 고용정책기본법, 고용보험법을 준용한다.

제 9장 벌칙

제 34조 【벌칙】

제6조 7조 규정에 위반한 자는 5년 이하의 징역 또는 3,000만원 이하의 벌금에 처한다.

제 35조 【벌칙】

제9조, 10조 규정에 위반한 자는 3년 이하의 징역 또는 2,000만원 이하의 벌금에 처한다.

제 36조 【벌칙】

제14조 규정에 위반한 자는 2년 이하의 징역 또는 1,000만원 이하의 벌금에 처한다.

제 37조 【벌칙】

제5조, 제12조, 제19조, 제20조, 제21조, 24조 1항 규정에 위반한 자는 500만원 이하의 벌금에 처한다.

〈별 표〉 기본급여의 소정일수 (제 27조 관련)

구 분		피보험기간			
		3개월 이상 5개월 미만	5개월 이상 8개월 미만	8개월 이상 10개월 미만	10개월 이상 12개월 미만
이직일 현 재 연 령	25세 미만	5일	10일	15일	20일
	25세이상 30세미만	10일	15일	20일	25일
	30세이상 50세미만	15일	20일	25일	30일
	50세이상 및 장애인	20일	25일	30일	35일