

고문 및 그 밖의 잔혹한·비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지에 관한 협약

채택일 1984. 12. 10 / 발효일 1987. 6. 26 / 당사국 수 133 / 대한민국 적용일 1995. 2. 8

이 협약의 당사국은,

국제연합 헌장에 천명된 원칙에 따라, 인류사회의 모든 구성원이 향유하는 평등하며 불가양한 권리를 인정하는 데서 세계의 자유·정의 및 평화의 기초가 이룩됨을 고려하고,

이러한 권리는 인간의 고유한 존엄성으로부터 유래함을 인정하며,

국제연합 헌장 특히 제55조에 따라 인권 및 기본적 자유를 보편적으로 존중하고 이의 준수를 촉진하여야 하는 국가의 의무를 고려하고,

어느 누구도 고문 및 잔혹한·비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 대상이 되어서는 아니된다고 규정한 세계인권선언 제5조와 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제7조에 유의하며,

1975년 12월 9일 국제연합 총회에서 채택된 고문 및 그 밖의 잔혹한·비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌로부터 만인의 보호에 관한 선언에 유의하고,

세계적으로 고문 및 그 밖의 잔혹한·비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌을 방지하기 위한 투쟁이 더욱 실효적이기를 희망하여,

다음과 같이 합의하였다.

제 1 장

제1조 1. 이 협약의 목적상 “고문”이라 함은 공무원이나 그 밖의 공무 수행자가 직접 또는 이러한 자의 교사·동의·묵인 아래, 어떤 개인이나 제3자로부터 정보나 자백을 얻어내기 위한 목적으로, 개인이나 제3자가 실행하였거나 실행한 형의가 있는 행위에 대하여 처벌을 하기 위한 목적으로, 개인이나 제3자를 협박·강요할 목적으로, 또는 모든 종류의 차별에 기초한 이유로, 개인에게 고의로 극심한 신체적·정신적 고통을 가하는 행위를 말한다. 다만, 합법적 제재조치로부터 초래되거나, 이에 내재하거나 이에 부수되는 고통은 고문에 포함되지 아니한다.

2. 이 조는 더 광범위하게 적용되는 규정을 포함하고 있거나 포함하게 될 국제문서나 국내입법을 해하지 아니한다.

제2조 1. 당사국은 자기 나라 관할하의 영토 내에서 고문행위를 방지하기 위하여 실효적인 입법·행정·사법 또는 그 밖의 조치를 취한다.

2. 전쟁상태, 전쟁의 위험, 국내의 정치불안정 또는 그 밖의 사회적 긴급상황 등 어떠한 예외적인 상황도 고문을 정당화하기 위하여 원용될 수 없다.

3. 상관 또는 당국의 명령은 고문을 정당화하기 위하여 원용될 수 없다.

제3조 1. 어떠한 당사국도 고문받을 위험이 있다고 믿을 만한 상당한 근거가 있는 다른 나라로 개인을 추방·송환 또는 인도하여서는 아니된다.

2. 위와 같이 믿을 만한 근거가 있는지 여부를 결정하기 위하여, 권한 있는 당국은 가능한 경우 관련국가에서 현저하며 극악한 또는 대규모 인권침해 사례가 꾸준히 존재하여 왔는지 여부를 포함하여 모든 관련사항을 고려한다.

제4조 1. 당사국은 모든 고문행위가 자기 나라의 형법에 따라 범죄가 되도록 보장하며, 고문 미수, 고문 공모 또는 가담에 해당하는 행위도 마찬가지로 다룬다.

2. 당사국은 이러한 범죄가 그 심각성이 고려된 적절한 형벌로 처벌될 수 있도록 한다.

제5조 1. 당사국은 다음의 경우에 제4조에 규정된 범죄에 대한 관할권을 확립하기 위하여 필요한 조치를 취한다.

가. 범죄가 자기 나라 관할하의 영토 내에서 또는 자기 나라에 등록된 선박이나 항공기에서 실행된 경우

나. 범죄행의자가 자기 나라의 국민인 경우

다. 피해자가 자기 나라의 국민이며 자기 나라의 관할권 행사가 적절하다고 인정하는 경우

- 2. 당사국은 범죄혐의자가 자기 나라 관할하의 영토 내에 소재하나 이러한 범죄혐의자를 제1항에 규정된 어느 국가에도 제8조에 따라 인도하지 아니하는 경우에는 위와 마찬가지로 이러한 범죄에 대한 관할권을 확립하기 위하여 필요한 조치를 취한다.
- 3. 이 협약은 국내법에 따라 행사되는 어떠한 형사관할권도 배제하지 아니한다.

- 제6조 1. 당사국은 제4조에 규정된 범죄를 실행한 것으로 추정되는 혐의자가 자기 나라 영토 안에 소재하는 경우에, 입수된 정보를 검토한 후 상황에 비추어 정당하다고 판단하게 되면, 즉시 범죄혐의자를 구금하거나 또는 그의 신병을 확보하기 위한 그 밖의 법적 조치를 취한다. 구금 또는 그 밖의 법적 조치는 당사국의 법에 따르나, 형사절차나 범죄인·인도 절차를 개시하는 데 필요한 기간만 지속될 수 있다.
- 2. 위의 조치를 취한 국가는 즉시 예비 사실조사를 실시한다.
 - 3. 제1항에 따라 구금된 개인은 가장 인근에 소재하는 국적국의 적절한 대표, 무국적자인 경우에는 자신이 상주하고 있는 국가의 대표와 즉각적으로 연락을 취할 수 있도록 지원을 받는다.
 - 4. 어느 국가가 이 조에 따라 개인을 구금하는 경우, 제5조 제1항에 규정된 국가에 그 개인의 구금사실 및 구금을 정당화하는 상황을 즉시 통고한다. 제2항에 규정된 예비조사를 실시하는 국가는 조사결과를 제5조제1항에 규정된 국가에 신속히 통보하며, 관할권을 행사할 의도가 있는지 여부를 알린다.

- 제7조 1. 당사국은 제4조에 규정된 범죄를 실행한 것으로 추정되는 혐의자가 자기 나라 영토 안에 소재하나, 제5조에 규정된 사건과 관련 이러한 범죄혐의자를 인도하지 아니하는 경우에는, 기소를 위하여 사건을 권한 있는 당국에 회부한다.
- 2. 이러한 당국은 자기나라 법에 따라 통상적인 중범죄의 경우와 같은 방식으로 결정을 내린다. 제5조 제2항에 해당하는 경우, 기소 및 유죄판결에 필요한 증거의 수준은 제5조 제1항에 해당되는 경우에 적용되는 증거의 수준만큼 엄격하여야 된다.
 - 3. 제4조에 규정된 범죄와 관련하여 제기된 소송에 관련된 자는 소송의 모든 단계에서 공정한 대우를 보장받는다.

- 제8조 1. 제4조에 규정된 범죄는 당사국 사이의 현행 범죄인 인도조약상 인도 대상 범죄에 포함된 것으로 본다. 당사국은 향후 그들 사이에 체결될 모든 범죄인 인도조약에 이러한 범죄를 인도 대상 범죄로 포함시킨다.
- 2. 조약의 존재를 범죄인 인도의 조건으로 하고 있는 당사국이 범죄인 인도조약을

- 체결하고 있지 아니한 다른 당사국으로부터 범죄인 인도 요청을 받는 경우, 당사국은 이 협약을 이러한 범죄에 대한 범죄인 인도의 법적 근거로 인정할 수 있다. 범죄인 인도는 피요청국의 법에 규정된 그 밖의 조건에 따른다.
 - 3. 조약의 존재를 범죄인 인도의 조건으로 하지 아니하는 당사국은 피요청국의 법이 규정한 조건에 따라 위의 범죄를 그들 사이의 인도 대상 범죄로 인정한다.
 - 4. 당사국 사이의 범죄인 인도 목적상 위의 범죄는 범죄 발생지에서는 물론 제5조 제1항에 따라 관할권을 확립하여야 하는 국가의 영토에서도 실행된 것으로 취급된다.
- 제9조 1. 제4조에 규정된 범죄에 대하여 제기된 형사절차와 관련하여, 당사국은 서로 최대한의 지원을 제공하며, 이러한 지원에는 당사국이 보유한 형사절차상 필요한 모든 증거의 제공이 포함된다.
- 2. 당사국은 당사국 사이에 체결된 사법공조 조약이 있을 경우 이에 따라 제1항에 따른 의무를 수행한다.
- 제10조 1. 당사국은 여하한 형태의 체포·구금 또는 징역의 대상이 된 개인의 구금·심문 또는 처리에 관여할 수 있는 민간이나 군의 법집행 요원·의료인·공무원 및 그 밖의 요원들의 훈련과정에 고문방지에 관한 교육 및 정보가 충실하게 포함되도록 보장한다.
- 2. 당사국은 위 요원들의 임무 및 기능에 관한 규칙이나 지침에 고문금지 내용을 포함시킨다.
- 제11조 고문사해를 방지하기 위하여 당사국은 자기 나라 관할하의 영토 내에서 여하한 형태의 체포·구금 또는 징역의 대상이 된 개인을 구금·처리하는 각종 제도는 물론 심문 규칙·지침·방법 및 관행을 체계적으로 검토한다.
- 제12조 당사국은 자기 나라 관할하의 영토 내에서 고문이 자행되었다고 믿을 만한 타당한 근거가 있는 경우에는 권한 있는 당국이 신속하고 공평한 조사를 진행하도록 보장한다.
- 제13조 당사국은 자기 나라 관할하의 영토 내에서 고문을 받았다고 주장하는 개인이 권한 있는 당국에 고소하여 신속하고 공평하게 조사를 받을 수 있는 권리를 보장하며, 고소인과 증인이 고소 또는 증거제공으로 인하여 부당한 취급이나 협박을 받지 아니하도록 보장조치를 취한다.
- 제14조 1. 당사국은 자기 나라의 법체계 안에서 고문행위의 피해자가 구제를 받고, 또한 가능한 한 완전한 재활수단을 포함하여 공정하고 적절한 배상을 받을 수 있는 실효적인 권리를 보장한다. 고문행위의 결과로 피해자가 사망한 경우, 피해자의

형사절차에서의 인권보호

부양가족이 배상받을 권리를 가진다.

2. 이 조의 어떠한 규정도 피해자나 그 밖의 개인들이 국내법에 따라 배상을 받을 수 있는 권리에 영향을 미치지 아니한다.

제15조 당사국은 고문의 결과 행해진 것으로 입증된 진술이 모든 소송에서 증거로 원용되지 아니하도록 보장한다. 다만, 위의 진술사실이 고문 혐의자에 대한 소송에서 그 진술이 행하여졌다는 증거로 원용되는 경우에는 제외한다.

- 제16조
1. 당사국은 자기 나라 관할하의 영토 내에서 제1조에 규정된 고문에 미치지 아니하는 그 밖의 잔혹한·비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌이 공무원이나 그 밖의 공무수행자에 의하여 직접 또는 이들의 교사·동의·묵인 아래 이루어지는 것을 방지한다. 특히 제10조·제11조·제12조 및 제13조에 규정된 의무는 "고문"이라는 표현 대신에 그 밖의 형태의 잔혹한·비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌이라는 표현으로 대체하여 그대로 적용한다.
 2. 이 협약의 규정은 잔혹한·비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌을 금지하거나 범죄인 인도·추방과 관련된 그 밖의 국제문서나 국내법의 규정을 해하지 아니한다.

제 2 장

- 제17조
1. 다음에 규정된 기능을 수행하는 고문방지위원회(이하 "위원회"라 한다)를 설치한다. 위원회는 고매한 인격을 지니고 인권 분야에서 능력이 인정된 10명의 전문가로 구성하며, 이들은 개인 자격으로 직무를 수행한다. 이들 전문가는 당사국이 선출하며, 선출시에는 공평한 지역적 안배 및 법률적 경험을 가진 인사가 일부 포함되는 것이 유익하다는 점을 함께 고려한다.
 2. 위원회의 위원은 당사국이 지명한 후보자 명부에서 비밀투표로 선출한다. 각 당사국은 자기 나라 국민 중에서 후보자 1명을 지명할 수 있다. 당사국은 후보자 지명시 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약에 따라 설치된 인권이사회회의 위원 중 고문방지위원회에 재임하고자 하는 인사를 지명하는 것이 유익하다는 점을 유념한다.
 3. 위원회의 위원은 국제연합 사무총장이 2년마다 소집하는 당사국회의에서 선출된다. 당사국의 3분의 2가 의사정족수를 구성하는 이 회의에서 위원회 위원은 출석하여 투표한 당사국 대표로부터 절대 다수표를 획득한 자 중 최다득표자 순으로 선출된다.

4. 최초 선거는 이 협약 발효일로부터 6월 안에 실시한다. 국제연합 사무총장은 최소한 각 선거일 4월 전에 모든 당사국에 서한을 발송하여, 3월 안에 후보자 명단을 제출해 주도록 요청한다. 국제연합 사무총장은 이와 같이 지명된 모든 후보자의 명부를 지명국을 표시하여 알파벳 순으로 작성하며, 이 명부를 모든 당사국에 송부한다.
5. 위원회의 위원은 4년 임기로 선출된다. 위원은 후보로 재지명되는 경우 재선될 수 있다. 다만, 최초 선거에서 선출된 위원 중 5명의 임기는 2년 만에 종료한다. 이들 위원 5명은 최초 선거 직후 제3항에 규정된 회의의 의장이 추천으로 선정한다.
6. 위원회의 위원이 사망·사임하거나 또는 그 밖의 사유로 위원회의 임무를 더 이상 수행할 수 없는 경우, 이 위원을 지명한 당사국은 전체 당사국 과반수의 승인을 조건으로 이 위원의 잔여 임기 동안 재임할 다른 전문가를 자기 나라 국민 중에서 지명한다. 국제연합 사무총장이 지명안을 당사국에 통지한 후 6주 안에 전체 당사국의 반 또는 그 이상이 반대를 표명하지 아니하는 한 이 지명안은 승인된 것으로 간주된다.
7. 당사국은 위원회 위원들의 임무수행 중 발생하는 위원들의 경비를 부담한다.

- 제18조
1. 위원회는 2년 임기의 임원을 선출한다. 임원은 재선될 수 있다.
 2. 위원회는 자체 의사규칙을 제정한다. 다만, 이 규칙은 특히 다음 사항을 규정한다.
 - 가. 의사정족수는 위원 6인으로 한다.
 - 나. 위원회의 결정은 출석위원 과반수의 찬성으로 한다.
 3. 국제연합 사무총장은 위원회가 이 협약에 따른 기능을 효과적으로 수행하는 데 필요한 직원과 시설을 제공한다.
 4. 국제연합 사무총장은 위원회의 제1차 회의를 소집한다. 제1차 회의 이후 위원회는 의사규칙에 규정되는 시기에 회합한다.
 5. 당사국은 당사국회의 및 위원회회의 개최와 관련하여 발생하는 경비를 부담하며, 이러한 경비에는 제3항에 따라 국제연합이 부담한 인건비·시설비 등과 같은 제반경비로서 국제연합에 상환되는 비용이 포함된다.

- 제19조
1. 당사국은 이 협약에 따른 의무를 이행하기 위하여 취한 조치에 관하여 이 협약이 자기 나라에 대하여 발효한 후 1년 안에 보고서를 작성하여 국제연합 사무총장을 통하여 위원회에 제출한다. 그 이후에 당사국은 새로이 취한 조치에 관하여 매 4년마다 추가보고서를 제출하며, 위원회가 요청하는 그 밖의 보고서를

제출한다.

- 2. 국제연합 사무총장은 보고서를 모든 당사국에 송부한다.
- 3. 위원회는 각 보고서를 검토하고, 보고서에 관하여 적절하다고 판단되는 일반적인 의견제시를 할 수 있으며, 이러한 의견제시를 관련당사국에 송부한다. 관련 당사국은 이에 대한 견해를 위원회에 제시할 수 있다.
- 4. 위원회는 제3항에 따라 행한 의견제시를 관련당사국으로부터 접수한 견해와 함께 제24조에 따라 작성되는 위원회의 연례보고서에 포함시키도록 재량으로 결정할 수 있다. 관련당사국이 요청하는 경우, 위원회는 또한 제1항에 따라 제출된 보고서의 사본을 포함시킬 수 있다.

- 제20조 1. 위원회가 어떤 당사국의 영토 내에서 고문이 조직적으로 자행되고 있다는 근거 있는 내용을 포함하고 있는 것으로 추정되는 신뢰할 만한 정보를 접수하는 경우, 위원회는 그 당사국에 대하여 그러한 정보를 조사하는 데 협조할 것과, 또한 이를 위하여 관련 정보에 대한 의견을 제출하도록 요청한다.
- 2. 위원회는 관련당사국이 제출한 의견 및 그 밖에 입수 가능한 모든 관련 정보를 고려하여 정당하다고 결정하는 경우, 위원 중 1명 또는 그 이상을 지명하여 비공개 조사를 실시하고 이를 위원회에 긴급히 보고하게 할 수 있다.
 - 3. 제2항에 따라 조사가 실시되는 경우, 위원회는 관련당사국에 협력을 요청한다. 관련당사국과 합의하는 경우 이러한 조사에는 관련당사국의 영토 방문이 포함될 수 있다.
 - 4. 제2항에 따라 제출된 위원의 조사결과를 검토한 후, 위원회는 이러한 조사결과를 상황에 비추어 적절하다고 판단되는 의견제시 및 제안과 함께 관련당사국에 송부한다.
 - 5. 제1항에서 제4항까지 규정된 위원회의 절차는 비공개로 진행되며, 절차의 모든 단계에서 당사국의 협력을 요청한다. 제2항에 따라 실시된 조사절차가 완료된 후, 위원회는 관련 당사국과의 협의를 거쳐 조사결과 요지를 제24조에 따라 작성되는 연례보고서에 포함시키도록 결정할 수 있다.

- 제21조 1. 이 협약의 당사국은, 어떤 당사국이 이 협약에 따른 의무를 다른 당사국이 이행하지 아니하고 있다고 통보하는 경우에 위원회가 이러한 통보를 수리하여 심리할 권능을 가지고 있음을 인정한다는 선언을 이 조에 따라 언제든지 할 수 있다. 이러한 통보는, 위원회의 권능을 자기 나라에 대하여 인정한다는 선언을 한 당사국이 제출한 경우에 한하여, 이 조에 규정된 절차에 따라 수리되어 심리될 수 있다. 위원회는 이러한 선언을 하지 아니한 당사국과 관련된 통보를 이 조

에 따라 처리할 수 없다. 이 조에 따라 수리된 통보는 다음의 절차에 따라 처리된다.

- 가. 당사국은 다른 당사국이 이 협약의 규정을 이행하지 아니한다고 판단하는 경우에, 서면통보로 이 문제에 관하여 그 당사국의 주의를 환기시킬 수 있다. 통보접수국은 통보접수 3월 안에 통보국에 대하여 관련 문제를 설명하는 설명서나 그 밖의 해명서를 제공한다. 이 설명서나 해명서는 가능하고 적절한 범위 안에서 국내절차 및 이미 취해졌거나 계류 중이거나 이용 가능한 구제수단에 관한 설명을 포함하여야 한다.
- 나. 접수국이 최초 통보를 접수한 후 6월 안에 두 관련당사국 사이에 문제가 만족스럽게 조정되지 아니하는 경우, 일방 당사국은 위원회와 타방 당사국에 대한 통고를 통해, 위원회에 문제를 회부할 권리를 가진다.
- 다. 위원회는 모든 국내적 구제조치가 일반적으로 승인된 국제법의 원칙에 따라 시도되어 완료되었음을 확인한 후에 이 조에 따라 회부된 문제를 처리한다. 다만, 구제수단의 적용이 부당하게 지연되거나, 이 협약 위반으로 피해를 받은 자에게 효과적인 구제를 기대할 수 없는 경우에 이 규정은 적용되지 아니한다.
- 라. 위원회는 이 조에 따른 통보를 비공개 회의를 개최하여 검토한다.
- 마. 마호의 규정에 따른 것을 조건으로, 위원회는 이 협약에 규정된 의무에 대한 존중에 기초하여 문제를 우호적으로 해결토록 하기 위하여 관련당사국에 주선을 제공한다. 이를 위하여 위원회는 적절한 경우 임시조정위원회를 설치할 수 있다.
- 바. 이 조에 따라 위원회에 회부된 모든 문제와 관련하여, 위원회는 나호에 규정된 관련당사국에게 모든 관련 정보를 제공하도록 요청할 수 있다.
- 사. 나호에 규정된 관련당사국은 위원회에서 문제가 심리되는 동안 대표를 참석시킬 권리와 구두 및 서면진술권을 가진다.
- 아. 위원회는 나호에 따른 통고 접수일부부터 12월 안에 다음과 같은 보고서를 제출한다.
 - (1) 마호의 규정에 따라 해결에 도달하는 경우, 위원회의 보고내용은 사실관계 및 해결내용에 관한 약속으로 한정된다.
 - (2) 마호의 규정에 따라 해결에 도달하지 못한 경우, 위원회의 보고내용은 사실관계에 관한 약속으로 한정되며, 관련당사국이 제출한 서면진술 및 구두진술 기록이 보고서에 첨부된다. 어떤 문제와 관련된 것이든 보고서는 관련 당사국에게 통보된다.

2. 이 조의 규정은 이 협약의 5개 당사국이 제1항에 따라 선언을 하는 때에 발효한다. 당사국은 이러한 선언을 국제연합 사무총장에게 기탁하며, 국제연합 사무총장은 선언의 사본을 그 밖의 당사국에게 송부한다. 선언은 언제든지 국제연합 사무총장에 대한 통고로 철회될 수 있다. 철회는 이 조에 따라 이미 송부되어 통보의 대상이 된 문제의 심리를 해하지 아니한다. 국제연합 사무총장이 선언철회에 관한 통고를 접수한 후에는, 관련당사국이 새로이 선언을 하지 아니하는 한, 이러한 당사국의 통보는 더 이상 이 조에 따라 수리되지 아니한다.

- 제22조 1. 이 협약의 당사국은, 자기 나라의 관할권 내에 소재하는 개인이 당사국의 협약 규정 위반 때문에 피해를 받았다고 주장하는 경우에 위원회가 그 개인으로부터 직접 또는 그의 대리인으로부터 통보를 수리하고 심리할 권능을 가지고 있음을 인정한다는 선언을 이 조에 따라 언제든지 할 수 있다. 위원회는 이러한 선언을 하지 아니한 당사국과 관련된 통보는 수리하지 아니한다.
2. 위원회는 익명의 통보, 통보제출권의 남용 또는 이 협약의 규정과 양립되지 아니하는 것으로 판단되는 통보에 대하여는 이를 이 조에 따라 수리될 수 없는 통보로 간주한다.
3. 제2항의 규정에 따를 것을 조건으로, 위원회는 이 조에 따라 위원회에 제출된 통보에 대하여 제1항에 따라 선언을 하였으며 협약 규정을 위반한 혐의당사국에게 주의를 환기시킨다. 6월 안에 접수국은 사건의 내용과 스스로 취한 구제조치를 설명하는 설명서나 해명서를 위원회에 제출한다.
4. 위원회는 개인이 직접 또는 그의 대리인 및 관련당사국이 제공한 모든 정보를 고려하여, 이 조에 따라 수리된 통보를 심리한다.
5. 위원회는 다음 사항을 확인하기 전에는 이 조에 따른 개인의 통보를 심리하지 아니한다.
- 가. 동일한 문제가 다른 국제적인 조사 또는 해결절차에 따라 심리되었거나 현재 심리되고 있지 아니할 것
 - 나. 개인이 이용할 수 있는 모든 국내적 구제조치를 완료하였을 것. 다만, 구제수단의 적용이 부당하게 지연되거나 또는 이 협약 위반으로 피해를 받은 자에게 효과적인 구제를 기대할 수 없는 경우에는 이 규정이 적용되지 아니함.
6. 위원회는 이 조에 따른 통보를 비공개 회의를 개최하여 검토한다.
7. 위원회는 위원회의 의견을 관련당사국과 개인에게 송부한다.
8. 이 조의 규정은 이 협약의 5개 당사국이 제1항에 따라 선언을 하는 때에 발효한다. 당사국은 이러한 선언을 국제연합 사무총장에게 기탁하며, 국제연합 사무

총장은 선언의 사본을 그 밖의 당사국에게 송부한다. 선언은 언제든지 국제연합 사무총장에 대한 통고로 철회될 수 있다. 철회는 이 조에 따라 이미 송부되어 통보의 대상이 된 문제의 심리를 해하지 아니한다. 국제연합 사무총장이 선언철회에 관한 통고를 접수한 후에는, 당사국이 새로이 선언을 하지 아니하는 한, 개인 또는 그의 대리인의 통보는 더 이상 이 조에 따라 수리되지 아니한다.

- 제23조 위원회의 위원 및 제21조 제1항 마호에 따라 임명되는 임시조정위원회의 위원은, 국제연합의 특권·면제에 관한 협약의 관련 부분에 규정된 바에 따라, 국제연합을 위하여 임무를 수행 중인 전문가의 편의와 특권·면제를 향유한다.
- 제24조 위원회는 이 협약에 따른 활동에 관한 연례보고서를 모든 당사국과 국제연합 총회에 제출한다.

제 3 장

- 제25조 1. 이 협약은 모든 국가의 서명을 위하여 개방된다.
2. 이 협약은 비준되어야 한다. 비준서는 국제연합 사무총장에게 기탁된다.
- 제26조 이 협약은 모든 국가의 가입을 위하여 개방된다. 가입은 국제연합 사무총장에게 가입서를 기탁함으로써 이루어진다.
- 제27조 1. 이 협약은 스무 번째의 비준서나 가입서가 국제연합 사무총장에게 기탁된 날부터 30일째 되는 날 발효한다.
2. 스무 번째의 비준서나 가입서가 기탁된 후에 비준하거나 가입하는 국가에 대하여, 이 협약은 비준서나 가입서가 기탁된 날부터 30일째 되는 날 발효한다.
- 제28조 1. 당사국은 이 협약의 서명·비준 또는 가입시에 제20조에 규정된 위원회의 권능을 인정하지 아니한다고 선언할 수 있다.
2. 제1항에 따라 유보를 한 당사국은 국제연합 사무총장에 대한 통고로 언제든지 이러한 유보를 철회할 수 있다.
- 제29조 1. 이 협약의 당사국은 개정안을 제안할 수 있으며, 개정안을 국제연합 사무총장에게 제출할 수 있다. 국제연합 사무총장은 이러한 개정안을 즉시 모든 당사국에게 통보하며, 당사국들이 개정안의 심의·표결을 위하여 당사국회의 개최를 지지하는지 여부를 자신에게 통고하여 주도록 요청한다. 위의 통보일로부터 4월 안에 최소한 당사국 3분의 1이 회의 개최에 찬성하는 경우, 국제연합 사무총장은 국제연합의 주관으로 회의를 소집한다. 개정안이 이 회의에 출석하여 투표한 당사국의 과반수로 채택되는 경우, 국제연합 사무총장은 채택된 개정안의 수락을 위

해 모든 당사국에 송부한다.

- 2. 제1항에 따라 채택된 개정안은 이 협약의 당사국 3분의 2가 각자의 헌법절차에 따라 이를 수락하였다고 국제연합 사무총장에게 통보하는 때에 발효한다.
- 3. 개정안이 발효하는 경우 개정안은 이를 수락한 당사국을 구속하며, 그 밖의 당사국은 과거에 수락한 이 협약의 규정 및 개정안에 계속 구속된다.

제30조 1. 이 협약의 해석이나 적용과 관련하여 2개 또는 그 이상의 당사국 사이의 분쟁이 교섭에 의하여 해결될 수 없는 경우, 이러한 분쟁은 당사국 중 1국의 요청에 따라 중재재판에 회부된다. 당사국이 중재재판 요청일부터 6월 안에 중재재판부 구성에 합의하지 못하는 경우, 일방당사국은 이 분쟁을 국제사법재판소의 규정에 따라 국제사법재판소에 회부할 수 있다.

- 2. 각국은 이 협약의 서명·비준 또는 가입시에 자기 나라는 제1항에 구속받지 아니하는 것으로 간주한다고 선언할 수 있다. 그 밖의 당사국은 이러한 유보를 행한 당사국과의 관계에서 제1항에 구속받지 아니한다.
- 3. 제2항에 따라 유보를 행한 당사국은 언제든지 국제연합 사무총장에게 대한 통고로 유보를 철회할 수 있다.

제31조 1. 당사국은 국제연합 사무총장에게 대한 서면통고로 이 협약을 탈퇴할 수 있다. 탈퇴는 국제연합 사무총장이 통고를 접수한 날부터 1년 후에 발효한다.

- 2. 이러한 탈퇴는 탈퇴 발효일 이전에 발생한 작위 또는 부작위와 관련된 당사국의 협약상 의무를 면제시키지 아니하며, 또한 탈퇴 발효일 이전에 위원회가 이미 심리 중인 문제에 대한 계속적인 심리를 해하지 아니한다.
- 3. 위원회는 당사국의 탈퇴가 발효한 날 이후에 이러한 당사국과 관련된 새로운 문제의 심리를 개시하지 아니한다.

제32조 국제연합 사무총장은 국제연합의 모든 회원국 및 이 협약에 서명 또는 가입한 모든 국가에게 다음 사항을 통지한다.

- 가. 제25조와 제26조에 따른 서명·비준 및 가입
- 나. 제27조에 따른 이 협약의 발효일 및 제29조에 따른 개정의 발효일
- 다. 제31조에 따른 탈퇴

제33조 1. 아랍어·중국어·영어·불어·러시아어 및 서반아어본이 동등하게 정본인 이 협약은 국제연합 사무총장에게 기탁된다.

- 2. 국제연합 사무총장은 이 협약의 인증등본을 모든 국가에 송부한다.

시민적·정치적 권리에 관한 국제규약 우리나라 정부 보고서에 대한 UN 인권이사회의 최종의견

1999년 11월 1일

유엔문서번호 : CCPR/C/79/Add.114

한국정부 인권보고서에 대한 인권이사회의 최종 견해²⁾

1. 위원회는 1999년 10월 22일에 열린 1791, 1792차 회의(CCPR/C/SR.1791과 SR.1792 참조)에 한국정부의 2차 정기보고서(CCPR/C/114/Add.1)를 검토하고, 1999년 10월 29일에 열린 1802차 회의(CCPR/C/SR.1802)에서 다음의 최종 견해를 채택했다.

A. 들어가며

2. 위원회는 한국 정부가 제2차 정기 보고서를 정해진 기간 내에 제출한 것을 환영한다. 하지만 당사국의 1차 보고서가 규약의 실제 이행 상황에 대한 충분한 정보를 포함하지 않았다고 견해를 밝혔음에도 불구하고, 2차 보고서 또한 마찬가지로의 결함을 갖고 있다는 것에 대해 유감스럽게 생각한다. 더 나아가 보고서 심사 중 위원들이 제기한 여러 질문에 대해 제대로 답변하지 않은 것을 위원회는 유감으로 생각한다. 결과적으로, 위원회는 정부가 규약의 모든 조항들에 잘 따르고 있는지 이행을 제대로 감시할 수 없었다.

2) 편집자주 : 인권이사회는 국내에서 자유권규약위원회라고 부르기도 하는데 이번 67차 회의에서는 한국정부가 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약에 90년도에 가입한 이래 이 규약에 따라 두 번째로 제출한 정기인권보고서가 심사되었고 민변에서는 이번 8월에 반박보고서를 위원회에 제출하고 심사당일인 10월 22일을 전후로 박찬운, 김선수, 한택근 회원이 회의 안팎에서 로비활동을 전개하였다.

B. 규약의 이행에 영향을 미치는 요인과 장애

3. 두개의 한국간에 아직 어떠한 최종적 합의도 없었다는 사실로 인해 한국정부가 갖고 있는 안보에 대한 우려를 위원회는 이해한다. 그러나 안보에 대한 우려를 언급하는 것, 그 자체로 규약에 인정하고 있는 권리들에 대한 제한을 정당화할 순 없다. 그리고 당사국이 진정한 안보의 문제에 직면하게 됐다 하더라도, 권리의 제한은 규약의 요건을 충족시켜야만 한다.

C. 긍정적인 요소

4. 위원회는 민간단체들에게 보고서를 전파한 것을 높이 평가한다. 민간단체들은 위원회가 보고서를 심의하는데 크게 기여했다. 예술작품 상영에 대한 검열을 책임졌던 공연윤리위원회의 폐지가 보여주듯, 사회의 개방성이 증가하고 있음을 위원회는 주목한다.

5. 위원회는 규약에서 인정하는 권리들, 특히 제2조1항, 제3조, 제26조 하에서 보장하는 평등에 대한 권리의 보호를 강화하기 위해 많은 법들이 제정된 것을 인지한다. 여성발전기본법, 고용평등에 관한 법률 내 개정들, 장애인고용법, 성차별금지 및 구제에 관한 법률, 그리고 가정폭력방지 및 피해자 보호에 관한 법률 등이 바로 그것이다.

6. 위원회는 규약 및 인권 일반에 대한 인식을 높이기 위해 취해진 조치들을 인지한다. 여기에는 판사, 변호사 그리고 검사들에 대한 의무적인 인권교육이 포함된다. 또한 주요 국제인권규약들을 한글로 번역하고 배포한 것에 대해 환영한다.

D. 주요 관심 분야 및 권고

7. 규약에서 규정하는 권리들의 국내법적 지위는 여전히 불명확하다. 이는 특히 대한민국의 헌법이 모든 권리들, 그리고 그 권리들이 제한될 수 있는 정도와 범위를 낱낱이 밝히지 않고 있기 때문이다. 헌법의 제6조에 따르면, 당사국이 비준한 국제규약은 국내법과 동등한 효력을 갖는다고 명시하고 있는데, 규약에 가입한 후 제정된 법률이 규약이 인정하는 권리보다 우위에 있음을 내포하는 것으로 이 조항이 해석돼 온 것에 대해 위원회는 우려한다.

8. (한국 정부의) 1차 보고서를 검토한 이후, 위원회는 국가보안법의 존재와 그것이 지속적으로 적용되고 있는 것에 대해 재차 심각한 우려를 표명해왔다. 당사국에 따르면, 국가보안법은 분단상황이 야기하는 법적인 문제를 다루기 위해 사용된다. 그러나 위원회는 국가보안법이 구금, 조사 그리고 실체법상의 책임(substantive liability)에 관한 특별법규를 마련하는데 이용된다는 점을 유감스럽게 생각한다.(역자주 : 일반적인 경우보다 긴 구금일수, 지나치게 높은 형량을 부과하는데 사용되고 있는 점에 대한 유감을 표명하는 부분) 이는 규약의 제9조, 제18조, 그리고 제19조 등 다양한 조항들에 반하는 것이다.

위원회는 정부의 1차 보고서를 검토한 이후 권고한 사항, 즉 당사국이 국가보안법을 단계적으로 폐지해나가야 함을 다시금 권고한다.

9. 위원회는 국가보안법 제7조 하에서 “반국가단체”를 고무하는 것으로 간주되는 행위의 범위가 불합리하게 광범위하다고 생각한다. 선택의정서에 따라 개인적 통보로서 위원회에 보내진 사례들과 제7조 하에서 기소된 내용에 대한 정보들을 검토해본 결과, 표현의 자유에 대한 제약이 규약의 제19조 세 번째 문장의 요건을 충족시키지 못하고 있음이 분명하다. 왜냐하면 그것들은 국가안보를 위해 필요한 정도를 넘어서기 때문이다. 규약은 단지 사상의 표현이 적성단체(enemy entity)의 주장과 일치하거나 그 실체에 대해 동조하는 것으로 보여진다는 이유만으로, 사상의 자유를 제약하는 것을 허용하지 않는다. 위원회는 검찰의 내부 지침(역자주 : 국보법을 엄격하게 해석 적용하라는 행정지침)이 규약과 합치하지 않는 국보법 제7조의 남용을 억제하는 적절한 방법이 아님을 강조하고자 한다.

당사국은 규약에 부합하도록 제7조를 긴급히 개정해야 한다.

10. 위원회는 여성에 대한 차별적인 태도를 장려하고 강화시키는 법률과 관행에 대해 심히 우려한다. 특히, 호주제는 여성을 종속적인 역할로 위치 짓는 가부장적 사회를 반영하면서 동시 강화시킨다. 태아성감별 관행, 둘째와 셋째로 태어나는 아동 중에 남아의 불균형한 비율, 위험한 낙태가 명백히 초래한 높은 모성사망률이 심각하게 우려된다. 위원회는 남녀가 이 규약에 명시된 모든 권리들을 동등하게 향유할 권리와 법의 동등한 보호를 보장할 국가의 의무-규약 제3조와 제26조-를 이

형사절차에서의 인권보호

행하지 못한 정부의 실패가 전반적인 사회적 태도로 인해 정당화될 수 없다는 점을 강조한다.

11. 가정폭력 방지와 처벌에 대한 당사국의 새로운 입법을 환영하는 반면에, 높은 수준의 가정폭력과 법과 관행에 여전히 남아있는 부적절함에 대한 우려는 남아 있다. 특히, 위원회는 강간 범죄가 여성의 저항을 증거로 요한다는 점, 강간 피해자와의 결혼이 피고인의 변호 사유가 된다는 점, 혼인상의 강간은 형사상의 범죄를 구성하지 않는 것처럼 보인다는 점을 우려한다.

가정폭력 방지와 처벌을 규정한 새입법은 여성을 폭력으로부터 보호하는 것을 약화시키는 기존의 범규범을 폐지함으로써 강화되어야 한다.

12. 위원회는 고용에 있어 여성에 대한 차별의 정도, 소규모 사업장에 고용된 많은 수의 여성들에 대한 적절한 보호의 미흡 그리고 남녀사이의 임금 격차를 우려한다.

본 규약의 제3조와 제26조에 대한 준수를 보장하기 위하여, 당사국은 1999년 1월에 제정된 성차별 방지 및 구제에 관한 법률의 효과적인 이행을 도모해야 한다. 그리고 여성에게 동등한 고용의 기회와 고용조건을 보장하기 위한 적극적인 조치를 취해야 한다.

13. 오로지 피구금자가 요구하는 경우에만 구금의 사법부의 심사를 받도록 하는 형사절차법은 규약 제9조3항에 반한다. 규약의 제9조 제3항은 형사기소(criminal charge)로 구금된 모든 사람은 판사 혹은 법에 의해 사법권을 행사하도록 돼 있는 다른 관리의 심사를 받을 수 있어야 한다고 명시한다. 과도한 기소전 구속(일반적인 사건의 경우 30일, 국가보안법 관련 사건은 50일)과, 그러한 구금의 정당한 근거 부족은 한국정부의 규약 제9조 이행에 의문을 제기한다.

당사국은 규약 제9조가 정하는 피구금자의 모든 권리를 존중할 수 있도록 해당 법률을 개정해야 한다.

14. 위원회는 검사가 구금 시설을 매달 감독하는 절차에 주목한다. 하지만 이를 비롯해 여타의 체계들이 고문과 잔인하고 비인도적인 처우를 방지하기에 충분치 않다는 점을 우려한다. 고문과 잔인하고 비인도적인 처우와 관련된 고소에서 적은 비

율만이 공무원에 대한 조치로 이어졌다는 것은 기존의 수사 절차의 신뢰성을 의심케 한다. 위원회는 또한 본 규약 제9조의 요건을 당사국이 준수하지 않는다는 점을 우려한다. 표면상 검찰 당국과 법원이 피고인과 공범의 자백에 광범위하게 의존한다는 것은 수사 공무원에 의한 고문과 잔인하고 비인도적인 처우를 부추긴다는 사실을 우려한다.

고문의 혐의를 조사하는 독립적인 기구의 설치와 위 13번째 문장(편집자주 : 원문에는 15로 되어 있음)에 언급된 형사절차의 개정은 지연되어서는 안된다.

15. 위원회는 '사상전향제'를 폐지한 것을 환영하지만 그것이 '준법서약제'로 대체된 것에 대해 유감으로 생각한다. 위원회에 제공된 정보에 따르면, 어떤 재소자가 준법서약을 하도록 요구받고 있는지, 무엇이 서약의 결과이고 법적 효력인지가 불분명한 채로 남아있다. 위원회는 (준법)서약 요구가 차별적으로, 특히 국가보안법 위반 사범들에게만 적용되고 있으며, 이는 사실상 규약에 합치되지 않는 법을 따랐다는 서약을 사람들에게 요구하는 것이라는 점에 대해 우려한다.

일부 재소자들에게 석방의 조건으로 부과되는 '준법서약제'는 폐지되어야 한다.

16. 정부 보고서에서 제공된 정보의 신빙성과 보고서 검토과정에서 보여준 대표자들의 응답을 볼 때, 사법부의 독립 정도를 충분히 판단할 수 없음을 위원회는 유감스럽게 여긴다. 사법부의 독립성에 심각한 문제를 제기하는 판사 재임용 제도에 대해 특히 우려한다.

한국정부는 법관임명의 제도와 실제 운영에 대한 구체적 내용을 제공해야 한다.

17. 광범위한 도청은 당사국이 이 규약의 제17조를 준수하고 있는지에 대한 심각한 의문을 낳게 한다. 위원회는 또한 데이터베이스 상의 부정확한 정보의 시정을 위한 구체적 혹은 그러한 정보의 오용 또는 남용에 대한 적절한 구체적 존재하지 않는다는 점을 우려한다.

18. 수도 내의 주요 도로에서의 모든 집회를 금지하는 것은 너무 광범위한 것으로 보인다. 공공질서의 이익을 위한 주요 도로에서의 일부 제한은 허용할 수 있지만, 이 규약 제21조는 그러한 모든 제한은 법에 합치할 뿐 아니라 민주사회에서 꼭 필요하다고 인정될 경우에만 한한다. 당사국에 의해 부과된, 주요 도로에서 집회를

가질 권리의 절대적 제한은 이러한 기준을 충족시키지 못한다.

19. 위원회는 교사들의 노동조합 결성을 허가하고 공무원들이 작업장 협회를 결성하는 것을 허용하도록 한 법의 변화를 주목한다. 그럼에도 불구하고, 위원회는 교사와 기타 공무원의 결사의 자유에 관해 남아있는 제약들이 이 규약의 제22조 제2항을 충족시키지 않는다는 점을 우려한다.

당사국은 대한민국 내 모든 사람들이 이 규약 제22조 하의 권리들을 향유할 수 있도록 보장할 목적을 가지고, 공무원의 단결권에 관한 입법 계획을 지속해 나가야 한다.

20. 위원회는 당사국이 제23조 제4항과 제14조 제7항의 유보철회를 환영한다. 위원회는 아직도 남아있는 유보사항인 규약 제14조 제5항과 제22조에 대하여 그 철회를 검토할 것을 강력히 권고한다.

21. 선택 의정서에 의거하여 제출된 통보에 대한 위원회의 견해와 관련하여, 위원회는 한국정부가 통보제출자에게 추가적인 이의나 금전 배상을 위한 소송과 같은 국내소송절차를 통해 위원회의 구제권고를 실현하라고 하는 것은 적절치 않음을 지적한다.

이미 그 문제에 관하여 의견을 낸 국내법원으로 사건을 보내는 것보다는, 한국정부는 위원회의 의견을 실현하기 위해 즉각적으로 절차를 밟아야 한다.

22. 위원회는 공무원에게 인권교육을 제공하는 노력을 계속할 것을 당사국에 요청한다. 위원회는 한국정부에게 공무원 뿐만 아니라 사회공공단체의 직원이나 의료관계 종사자들을 포함한 인권관계 전문가들에게도 의무적으로 인권교육을 시행할 것을 권고한다.

23. 위원회는 당사국인 한국 정부가 2003년 10월 31일까지 3차 정기 보고서를 제출할 것을 요구한다. 그 보고서는 위원회에 의해 채택된 개정 지침(CCPR/C/66/GUI)에 따라 준비되어야 하며 이번 최종 견해에서 제기된 문제들에 특별한 관심을 기울여야 한다. 위원회는 이번 최종 견해와 다음 정기 보고서가 대한민국 내에서 널리 배포되어야 함을 촉구한다.

국제인권규약과 실정법의 갈등사례

<유엔 개인통보제도>

2004. 4. 인권과

I. 개인통보제도 개요

□ 개념

- 개인통보제도는 국제인권규약상의 권리 침해를 주장하는 진정인이 국내 권리구제절차를 모두 거쳤음에도 그 구제를 받지 못한 경우에 유엔 해당위원회에 진정(통보 : communication)을 하고, 유엔 해당 위원회는 당사자의 주장을 심사하여 해당 국가의 국제인권규약 위반 여부를 결정하고, 당사국에게 배상 및 재발방지 등 적절한 조치를 취하도록 권고하는 제도임

□ 개인통보제도 관련 국제인권규약

- 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약(B규약) 제1선택의정서 (우리 정부는 1990. 4. 10. 가입)
- 인종차별철폐협약 제14조(우리 정부는 1979년 수락)
- 고문방지협약 제22조(우리 정부는 현재까지 유보)
- 여성차별철폐협약 선택의정서(우리 정부는 미가입)
- 경제·사회·문화적 권리에 관한 국제규약 선택의정서(A규약) (현재 유엔에서 협약 성안 논의 중)

II. 인권이사회 최종견해 통보현황

1. 인용된 사례

□ 손종규 사건

- 진정인 : 손종규(금호 노조위원장, 대리인 : 조용환 변호사)
- 진정 요지
 - (주)금호 노조위원장인 진정인이 '연대를 위한 대기업 노동조합회의' 총청 · 호남지역 대표로 활동하면서, 1991. 2.경 파업 중이던 대우조선 노조원들에게 위 연대회의 명의의 공동투쟁선언 성명서를 배포한 사실로, 노동쟁의조정법(제3차 개입금지)위반으로 구속 · 기소되어 징역 1년 6월, 집행유예 3년 선고
 - B규약 제19조 제2항 표현의 자유 침해라고 주장
- 인권이사회 최종견해(1995. 8. 3.)
 - B규약 제19조 제2항(표현의 자유) 위반사실 인정
 - 적절한 보상을 포함한 효과적인 구제조치, 노동쟁의조정법 제13조 제2항(제3차 개입금지조항)의 개정 검토, 유사사례 재발방지
- 정부 조치사항
 - 법무부 답변자료(진정인에 대한 보상은 재심에 의하여 무죄판결을 받지 않는 한 불가능하며, 노동쟁의조정법의 개정은 노동부 주관사항임) 외교통상부 송부
 - 인권이사회 최종견해 번역 · 공표
 - 외교통상부에서 관계부처 회의 개최, 유엔 인권이사회에 정부 답변자료 미제출
- ※ 진정인이 인권이사회 최종견해를 근거로 국가배상을 청구하였으나, 대법원에서 패소 확정됨.

□ 김근태 사건

- 진정인 : 김근태(전민련 집행위원장, 대리인 : 조용환 변호사)
- 진정 요지
 - 진정인이 "전국민족민주운동연합 결성대회"라는 제하의 대한민국 정부와 동맹국을 비판하고 통일을 주장하는 내용의 이적표현물을 제작하여, 이를 1989. 1. 21. 연세대 강당에서 개최된 전민련 출범식에서 참석자 4000명에게 배포한 사실로, 국가보안법위반(제7조 찬양 · 고무 등)으로 징역 2년 선고
 - B규약 제19조 표현의 자유 침해라고 주장
- 인권이사회 최종견해(1998. 11. 3.)
 - B규약 제19조(표현의 자유) 위반사실 인정
 - 효과적인 구제조치, 인권이사회 최종견해 번역 · 공표
- 정부 조치사항
 - 법무부 답변자료(재심에 의하여 무죄판결을 받은 경우 형사보상을 할 수 있고, 국가배상법에 따른 국가배상을 받을 수 있음을 소개, 국가보안법의 엄격 적용으로 재발방지 노력) 외교통상부 송부
 - 인권이사회 최종견해 번역 · 공표
 - 외교통상부는 유엔 인권이사회에 정부 답변자료 미제출

□ 박태훈 사건

- 진정인 : 박태훈(재미한국청년연합 회원, 대리인 : 조용환 변호사)
- 진정요지
 - 1985. 9. 초순경 진정인이 미국 시카고에서 이적단체인 재미한국청년연합(한청련)에 가입하고, 1988. 8. 12. 뉴욕 소재 명불상 교회에서 개최된 한청련 주관 '8.15. 남북 청년학생회담 성공 및 조국의 평화와 통일을 위한

해외동포대회'에 참석하여 '미국이 남한의 군사독재정권을 앞세워 남한사회를 지배하고 있다'는 등 발표내용에 동감을 표시하는 등 북한 주장에 동조한 사실로, 국가보안법위반(제7조 제3항 이적단체가입)으로 징역 1년, 집행유예 2년 선고

- B규약 제19조 표현의 자유 침해라고 주장

○ 인권이사회 최종견해(1998. 10. 20.)

- B규약 제19조(표현의 자유) 위반사실 인정

- 손해배상 등 효과적인 구제조치, 유사사례 재발방지, 인권이사회 최종견해 번역·공표

○ 정부 조치사항

- 법무부 답변자료(형사보상제도 및 국가배상제도 설명, 박태훈은 복권되어 공민권이 회복되었음, 국가보안법의 엄격 적용으로 재발방지, 인권이사회 최종견해 번역문 언론에 배포) 외교통상부 송부

- 외교통상부에서 법무부 답변자료 유엔 인권이사회 제출

□ 강용주 사건

○ 진정인 : 강용주(대리인 : 조용환 변호사)

○ 진정 요지

- 1984. 11. 진정인이 간첩에 포섭되어 전남대 삼민투 등 지하지도부 요원으로 침투하여 불순시위를 주도한 혐의로 1986년 무기징역형을 선고받고 복역중 1999. 2. 25. 형집행정지 석방

- 안기부에서 불법감금 고문을 당하고, 사상전향 거부로 독방 수용 등 불이익을 받음

- B규약 제10조(인간의 존엄성), 제18조(양심의 자유), 제19조(표현의 자유) 등 침해라고 주장

○ 인권이사회 최종견해(2003. 7. 16.)

- 사상전향제도 및 준법서약제도는 정치적 견해를 이유로 표현과 신념의 자유를 제한하는 조치라며, B규약 제18조 제1항(사상, 양심의 자유), 제19조 제1항(의사표현의 자유) 위반사실 인정

- 정치적 견해를 이유로 13년간 진정인을 독방에 구금하였다는 이유로 B규약 제10조 제1항(인간의 존엄성 존중), 제3항(교정과 사회적 재활도모) 위반사실 인정

- 손해배상, 유사사례 재발방지, 인권이사회 최종견해 번역·공표

○ 정부 조치사항

- 법무부 답변자료(손해배상은 국가배상 등 절차에 따라 결정, 사상전향제도와 독거수용은 관련이 없음, 2003. 7. 30. 준법서약제도를 폐지, 인권이사회 최종견해 번역 공표) 외교통상부 송부

- 외교통상부에서 법무부 답변자료 유엔 인권이사회 제출

□ 신학철 사건

○ 진정인 : 신학철(대리인 : 조용환 변호사)

○ 진정 요지

- 1986. 7.경부터 1987. 8.경까지 진정인이 가로 130센티미터, 세로 160센티미터 크기의 캔버스에 유화로 "모내기"라는 제목의, '그림 하반부는 모내기를 하는 농부가 황소를 이용하여 썩래질을 하면서 양담배, 코카콜라, 람보, 레이건 당시 미국 대통령, 나카소네 일본 수상, 전두환 당시 대통령, 탱크, 핵무기, 지주 및 매판자본가 등을 짓밟으면서 남해 바다 속으로 쓸어버리고, 그림 상반부는 천도복숭아, 비둘기 두 마리, 백두산, 초가집, 호수, 오곡풍년을 경축하며 각종 음식을 차려놓고 춤추는 농민들, 포충망을 들고 행복하게 뛰노는 어린이들' 내용의 그림을 제작한 사실로, 1999. 8. 국가보안법위반으로 선고유예 및 몰수 판결을 받고 그림 압수

- B규약 제19조 표현의 자유 침해라고 주장
- 인권이사회 최종견해(2004. 3. 31.)
 - B규약 제19조 제2항(표현의 자유) 위반사실 인정
 - 유죄판결에 대한 보상, 유죄판결의 무효화, 소송비용 등을 포함한 효과적 인 구제조치, 작품의 원상회복 및 반환을 권고
- 정부 조치사항
 - 인권이사회 최종견해 번역·공표, 검찰 3과·송무과 의견조회 거쳐 우리 부 답변자료(조치사항) 외교통상부 송부 예정

2. 기각된 사례

- Mohammed Ajaz, Amir Jamil 사건
 - 진정인 : Mohammed Ajaz, Amir Jamil(파키스탄인)
 - 진정 요지
 - 진정인들은 1992. 3. 24. 성남시에서 반대파 조직폭력원인 파키스탄인 2명을 살해한 혐의로 구속 기소되어 사형 선고를 받음.
 - 증인인 동료 파키스탄인이 경찰에서 야구방망이로 폭행을 당하고 전기고문을 당하여 진정인들에게 불리한 허위진술을 하였음.
 - B규약 제6조 생명권, 제7조 고문금지, 제9조 형사절차상 신체의 자유, 제10조 피구금자의 권리, 제14조 재판을 받을 권리 등 침해라고 주장
 - 인권이사회 최종견해(1999. 7. 30.)
 - 구체적 사건에 대한 사실관계 및 증거판단은 인권이사회의 권한이 아니라 당사국 법원의 권한에 속하며, 한국 법원의 판단이 자의적이라거나 사법거부라고 볼 만한 사항을 발견하지 못함.

□ 남기정 사건

- 진정인 : 남기정(희경여자중학교 국어교사)
- 진정 요지
 - 정부가 교과서를 검증하고, 검증된 교과서 이외의 것은 사용하지 못하도록 하는 것은 B규약 제19조 표현의 자유 침해라고 주장
- 인권이사회 최종견해(2003. 7. 28.)
 - 본 진정은 규약 제19조의 범위를 벗어나는 것으로서, 선택의정서 제3조에 따라 허용될 수 없음.

3. 심사 진행중인 사건

□ 김종철 사건

- 진정인 : 김종철(한겨레21 기자, 대리인 : 조용환 변호사 등 3인)
- 진정 요지
 - 시사주간지 한겨레21 기자인 진정인이 제15대 대통령선거와 관련, 선거기간 중 여론조사결과를 보도한 혐의로 공직선거및선거부정방지법위반(제108조 제1항 여론조사결과의 공표금지)으로 기소되어 1999. 8. 20. 대법원에서 벌금 100만원의 형이 확정
 - B규약 제19조 표현의 자유 침해라고 주장
- 정부답변(2002. 1. 30.)
 - 선거일이 임박한 선거기간 중에 불공정 또는 부정확한 여론조사결과 공표로 국민의 진의를 왜곡하고 선거의 공정성을 해칠 가능성이 높으므로 기본권의 본질적 내용을 침해하지 않는 범위내에서 법률상 여론조사결과 공표를 제한하는 것은 B규약 제19조(표현의 자유) 위반이 아님, 헌법재판소도 합헌 결정

□ 이정은 사건

- 진정인 : 이정은(제9기 한총련 대의원)
- 진정 요지
 - 2001. 3. 진정인이 제9기 한총련 대의원으로 선출되어 이적단체인 한총련에 가입하고, 등록금 인상 반대를 이유로 총장실 점거·농성하였다는 이유로 국가보안법(제7조 제1항, 제3항, 이적단체 가입) 및 폭력행위등처벌에관한법을 위반으로 기소되어 징역 1년 선고
 - 한총련 가입만을 이유로 국가보안법 적용 처벌하는 것은 B규약상의 표현의 자유, 양심의 자유 및 결사의 자유 침해라고 주장
- 정부답변(2003. 1. 27.)
 - 국가보안법은 국가안보 및 자유민주적 기본질서를 유지하기 위한 것으로서, 규약의 정신에 위배되지 아니함.
 - 한총련은 국가안보 또는 자유민주적 기본질서를 위태롭게 하고 북한의 노선에 동조하는 단체이며, 법원의 적법절차에 따른 재판의 결과로 처벌 받은 것이므로 규약 위반이라고 볼 수 없음.

III. 국가인권위원회의 권고(2003. 12. 15.)

- 국가인권위원회는 우리 부와 국무총리실, 외교통상부에 개인통보제도에 따른 국내 구제절차마련을 위한 특별법 제정을 권고
 - 유엔 해당위원회의 결정이 있을 경우에, 이를 바로 국내적으로 수용할 수 있도록 국가배상법을 포괄하는 특별법 제정을 권고
 - 유엔의 개인통보제도 결정(최종견해)을 관보에 게재할 것을 권고
- 여성차별철폐협약 선택의정서(개인통보제도)에 가입할 것을 권고
- 고문방지협약 제21조 국가통보제도 및 제22조 개인통보제도에 대한 유보를 철회하고 명시적인 수락선언을 할 것을 권고

<신학철 사건에 대한 UN 인권이사회 최종견해>

진정사건 : 2000제926호
 진 정 인 : 신 학 철(대리인 조용환 변호사)
 피 해 자 : 진정인
 당 사 국 : 대한민국
 진정일자 : 2000. 4. 25.(최초제기일)

시민적·정치적 권리에 관한 국제규약(이하 규약이라 함) 제28조에 의거해 설립된 인권이사회(이하 이사회라 함)는 2004. 3. 16. 회의에서 동 규약 선택의정서에 의해 신학철이 제기한 진정에 대한 심리를 종결하고 진정인과 당사국에 의해 제출된 모든 자료를 고려하여 다음과 같은 견해를 채택하였다.

선택의정서 제5조 제4항에 의거한 견해

1.1 진정인 신학철은 1943. 12. 12.생인 대한민국 국민이다. 그는 대한민국이 규약 제19조 제2항을 위반하여 자신에게 피해를 주었다고 주장하며, 변호사의 대리를 받고 있다.

1.2 2000. 5. 8. 인권이사회는 새로운 진정사건에 대해 이사회 절차규정 제86조에 의거해 당사국에 대하여, 본 사건의 심리가 계속 중인 동안은 진정인이 그 제작으로 인해 기소된 이 사건 그림을 파괴하지 말도록 요청했다.

진정인의 주장사실

2.1 직업화가인 진정인은 1986. 7.부터 1987. 8. 10.까지 가로130cm, 세로160cm 크기의 캔버스에 유화를 그렸다. '모내기'라는 제목의 위 그림은 대법원 판결에서 묘사된 바에 따르면 다음과 같다.

그림의 상단 우측에 백두산을, 하단에 파도가 이는 남해 바다를 그리는 등 전체적으로 보아 한반도를 묘사하고 있고 상반부와 하반부로 나누어 각각 다른 광경을 그리고 있는 바, 그림 하반부는 모내기를 하는 농부가 황소를 이용하여 씨래질을 하면서 소위 미·일 제국주의 등 외세를 상징하는 이.티(E.T), 람보, 양담배, 코카콜라, 매트헨터, 일본 사무라이, 일본 기생, 레이건 당시 미국대통령, 나카소네 일본수상, 군사파쇼 정권을 상징하는 전두환 당시 대통령, 미군을 상징하는 탱크, 핵무기 등은 물론 지주 및 매관 자본주의 계급을 상징하는 사람들을 황소가 짓밟으면서 남해 바다 속으로 쓸어버리고 삽으로 분단을 상징하는 38선의 철조망을 걷어내는 형상을 묘사하고 있고, 그림 상반부는 상단에 잎이 무성한 나무숲에 천도복숭아가 그려져 있고 그림 좌측상단에 두 마리 비둘기가 다정하게 깃들여 있는 모습이 그려져 있으며 그 나무숲 우측 아래에 북한에서 '혁명의 성산'으로 일컬어지는 백두산이 그려져 있으며 그 바로 밑 좌측 부분에는 꽃이 만발한 곳에 초가집과 호수가 그려져 있으며 그 아래 부분에 농민들이 무르익은 오곡과 풍년을 경축하며 각종 음식을 차려놓고 둘러앉거나 서서 춤을 추며 놀고 주변에는 어린이들이 포충망을 들고 행복하게 뛰어 노는 장면이 그려져 있다.

진정인은 당시 그림이 완성되자마자 다양한 형태로 제작되어 배포되고, 널리 알려졌다고 진술한다.

2.2 1989. 8. 17. 진정인은 영장이 발부되어 경찰청 보안국에 의해 체포되었다. 그림은 압수되었고, 진정인은 검찰의 부주의한 관리로 그림의 가치에 손해가 생겼다고 주장한다. 1989. 9. 29. 진정인은 그림이 이적표현물이라는 점에서 국가보안법 제7조 위반으로 기소되었다. 1992. 11. 12. 서울형사지법의 단독판사는 진정인에게 무죄를 선고했다. 1994. 11. 16. 서울지법 형사5부는, 국가보안법 제7조는 국가의 존립이나 자유민주주의 기본질서를 명백히 위태롭게 할 정도의 행위에만 적용된다는 이유로 검사의 항소를 기각했다. 그러나, 1999. 3. 13. 대법원은, 원심이 그림을 이적표현물로 보지 않은 것은 잘못이라고 하며 검사의 상고를 받아들였다. 대법원은 "문제의 표현이 적극적이고 공격적으로 국가안전과 자유민주주의 기본질서를 위협할 때 국가보안법 제7조 위반"이라고 해석했다. 사건은 서울지법 본원 합의부로 환송되었다.

2.3 환송 후 원심에서, 진정인은 대법원의 국가보안법 제7조의 광범위한 해석이, 국가보안법 제7조를 상대적으로 좁게 해석하는 것이 헌법에 합치한다는 헌법재판소의 확인에 비추어 볼 때 헌법에 위반되지 않는지 헌법재판소에 문의해야 한다고 주장했다. 1999. 4. 29. 헌법재판소는 같은 문제에 대한 제3자의 헌법소원 사건에서, 이미 문제의 조문이 합헌이라고 결정하였으므로 조문의 적용범위의 판단은 대법원의 해석에 맡긴다는 이유로 이를 기각했다. 결국 서울지법은 진정인의 신청을 기각했다.

2.4 1999. 8. 13. 진정인은 유죄판결의 선고유예 및 그림의 몰수선고를 받았다. 1999. 11. 26. 대법원은, 환송 후 원심이 단순히 대법원의 환송 전 원심 견해의 배척이라는 결론을 따르고 있다는 이유로 정당하다고 하여 진정인의 상고를 기각하였다. 진정인에 대한 절차의 종결로, 그림은 압수에 이어 파기될 상태에 있었다.

진정인의 주장

3.1 진정인은 유죄판결 및 그림을 잘못 다루어서 입은 손해는 규약 제19조 제2항에서 보호하는 표현의 자유 침해라고 주장한다. 처음부터 그는 그림이 어린 시절 자신의 전원생활 경험에 기반해 조국의 평화통일과 민주화의 꿈을 묘사한 것이라고 한다. 그는 이 사건 그림이 부패한 남쪽 군사정권에 대한 반대, 평화로운 전통적 농경사회인 북 체제로의 구조적 변화의 소망과 대한민국의 공산화의 선동을 나타낸다는 검사의 논고가 논리적인 이해력의 수준을 넘는 것이라고 주장한다.

3.2 진정인은 자신이 기소된 국가보안법은 '국민의 소리'를 제한하는 것을 직접 목적으로 한다고 주장한다. 그는 이러한 논조로 규약 제40조에 의거한 당사국의 최초 및 2차 보고서에 대한 이사회 최중의견, 선택의정서에 따른 진정사건에 대한 이사회 견해들, 의사표현의 자유에 대한 인권위원회 특별보고관의 권고들을 상기시킨다.

3.3 진정인은 검사가 그의 기소를 뒷받침하기 위해 대법원에서 그 증거가치를 높여 인정받은 전문성 있는 증인을 불렀다는 점을 주목했다. 이 증인은 이 사건 그림이 사회주의 리얼리즘 이론에 따른 것이라고 주장했다. 그의 견해에 따르면, 이

그림은 대한민국의 미·일과의 관계 때문에 대한민국을 전복시키려 하는 농부들에 의한 “계급 투쟁”을 묘사한 것이라고 한다. 위 증인은, 그림에 나타난 산이 북한에 의한 혁명을, 초가지붕은 북한의 전 지도자 김일성의 생가를 각 상징한다고 한다. 따라서 위 증인에 의하면 진정인은 대한민국의 전복 및 북한의 사상에 따라 사는 “행복한 삶”으로의 대체를 선동하고 있다는 것이다.

3.4 대법원은, 이 사건 그림에 대해 진정인의 말처럼 “통일에 대한 열망 속에서 유토피아에 대한 개인적인 관념에 따른 상상을 묘사한 것일 뿐”이라고 한 하급심의 판단과 위 증인의 증언에 대한 하급심의 평가를 아무런 설명 없이 배척하고, 위 증인의 견해를 증거로 채택했다. 환송심에서 같은 증인이 다시 증언을 했다. 그는 이 그림이 사회주의 리얼리즘에 꼭 들어맞지는 않지만, 북한에서의 행복한 삶을 그리고 있으므로 북한 사람들이 이를 보면 기뻐할 것이고, 따라서 이 그림은 국가보안법의 적용범위에 드는 것이라고 주장했다. 반대신문에서 위 증인은 전직 북한 스파이이자 전직 미술교사로서 미술에 대한 그 이상의 아무런 전문식견이 없고, 경찰청의 대공전략연구기관에 고용되어 국가안보 사건에서 경찰 조사를 도와주는 임무를 띤 사람이었음이 드러났다.

3.5 진정인에 따르면, 환송 후 원심에서 그의 변호사는 1994년 진정인의 1심 재판 당시 이 사건 그림의 복사본이 국립현대미술관의 “민중예술 15년”이라는 제목의 전시회에서 전시되었을 때 그 미술기법이 긍정적으로 논평되었다는 점을 지적했다고 한다. 또 변호인은 국제적으로 저명한 미술평론가를 전문가증인으로 불렀는데 그는 검사가 신청한 위 증인의 주장을 반박했다. 덧붙여, 변호사는 국가보안법 제7조를 좁게 해석할 것을 주장하며 국가보안법에 비판적인 인권이사회의 견해들(Views)과 최종의견들(Concluding Observations), 특별보고관의 권고들을 제출하였다. 그럼에도 불구하고, 대법원은 그의 유죄는 국가보안법 하에서 필요적이며 정당하다고 결론지었다.

3.6 진정인은 대법원의 유죄 선고가 표현의 자유 제한을 정당화하기 위해 규약 제19조 제2항에서 요구되는 대로 국가안전보장 목적에 필수적이라는 점을 설명하지 못했다고 주장한다. 대법원은 그림에 대해 판단에 있어, 헌법재판소에서 이미 밝힌

객관적인 기준에 따르는 대신 “적극적이고 공격적”이라는 주관적이고 감정적인 기준을 적용하고 있다. 대법원 재판부는 진정인의 북한이나 국가안보 문제에 대한 연관을 제시하지 않고, 그림을 보는 경우 따르는 효과에 대한 단순한 개인적인 감정을 표현하고 있다. 이러한 조치는 무죄에 대한 입증책임을 피고인이 스스로 부담하게 하는 것이다.

3.7 구제조치로서, 진정인은 (국가에 대하여) ① 그의 유죄판결과 부주의한 취급으로 인한 그림의 피해가 표현의 자유 침해라는 선언 ② 그림의 현상 그대로의 무조건, 즉각적인 반환 ③ 국가보안법 제7조 폐지 혹은 적용유보를 통해 당사국이 앞으로 권리를 침해하지 않는다는 보장 ④ 관할 법원의 그의 유죄 판결에 대한 재심 ⑤충분한 보상 제공 ⑥ 관보에 인권이사회의 견해 게재 및 사법부 공람을 위한 대법원에의 당 견해 송부를 구한다.

3.8 진정인은 본 사안이 조사나 해결을 위해 다른 국제 절차에 제출된 바 없다고 진술한다.

심사허용성 및 본안에 대한 당사국의 주장

4.1 2001. 12. 21. 구두 통고로 당사국은 진정이 심사 요건을 갖추고 있지 않고 실제적 요건도 갖추지 못하였다고 주장했다. 심사허용성과 관련하여 당사국은 진정인 사건의 사법절차가 규약에 부합되므로 본 사건은 심사가 허용될 수 없다고 주장한다.

4.2 본안과 관련하여, 당사국은 표현의 자유는 표현이 법을 위반하지 않는 한도에서 보장받는 것이고, 규약 제19조 자체에서 권리의 일정한 제한을 인정하고 있다고 주장한다. 그림은 적법하게 압수되었으므로 재심이나 보상의 근거가 없다. 게다가, 인권이사회 견해에 따른 재심은 국내법에서 가능하지 않고 그러한 법 개정도 현재 실행할 수 없다. 표현의 자유 침해의 주장에 대해서는 개별 사건의 본안에서 고려되고 있다. 결국, 국가보안법 개정이 논의되고 있다 하더라도 당사국은 국가보안법 제7조의 적용유보나 폐지를 약속할 수 없다.

진정인의 진술

5.1 진정인은 2003. 8. 3. 당사국이 규약 제19조와 관련 그의 유죄를 정당화할 실제적인 근거를 제시하지 않았으므로, 그는 당사국 주장에 대해 더 언급할 것이 없다고 했다.

논점과 이사회 심리

심사요건의 판단

6.1 진정에 포함된 주장을 판단하기 전에, 인권이사회는 우선 절차규정 제87조에 따라 진정이 선택의정서 하에서 심사 요건을 충족하는지 결정해야 한다.

6.2 이사회는 동 사안이 규약 선택의정서 제5조 제2항의 목적으로 다른 국제적 조사나 해결절차에서 심사되지 않고 있음을 확인했다. 국내적 구제수단의 완료에 대해 이사회는, 진정인이 거치지 않았거나 더 좇아야 하는 국내적 구제수단이 있다고 당사국이 주장하지 않았음을 주목한다. 당사국이 심사요건과 관련하여, 국내 소송절차가 규약에 부합한다는 포괄적인 주장만 하고 있는데 이사회는 이에 대해 본안 단계에서 심사하는 것이 더 적당하다고 생각한다.

본안 판단

7.1 인권이사회는 선택의정서 제5조 제1항에 의거, 양 당사자가 제출한 모든 자료에 입각하여 본 건 진정을 검토하였다.

7.2 이사회는 진정인의 그림이 규약 제19조 제2항이 보호하는 표현의 자유 범위 내에 든다고 본다. 이사회는 이 조항이 특히 예술의 형태로 전달되는 사상에 관해 설명하고 있음을 상기한다. 그림의 몰수와 유죄의 선고를 통한 진정인의 표현의 자유 침해가 국내법 적용의 결과라 해도 이사회는 당사국은 본 조치의 필요성을 규약 제19조 제3항에 열거된 목적 중 하나로 설명해야 한다. 결과적으로 그 권리의 제한

은 규약 제19조 제3항에 의거해 법률에 의하여, 타인의 권리나 신용, 국가안보, 공공질서의 존중, 공중보건, 도덕을 위해 꼭 필요한 경우에 정당화된다.

7.3 이사회는 당사국의 의견개진은 당사국의 조치가 이 목적 중 어느 것에 해당하는지를 밝히고 있지 않음을 주목한다. 그 목적을 위한 필요성을 밝히고 있지 않음은 물론이다. 당사국의 대법원은 국가안보를 피고인의 그림 몰수와 피고인에 대한 유죄판결의 근거로 밝히고 있기는 하다. 그러나, 당사국은 특정된 방법으로 이 사건 그림이 위에 열거된 목적에 미치는 위협의 정확한 성질 및 그림의 몰수와 진정인에 대한 유죄판결이 필수적인 이유를 설명해야 한다. 그러한 정당화 근거 없이는 규약 제19조 제2항 위반이 될 것이다. 본 사건에서 그림의 몰수와 진정인에 대한 유죄 조치가 위에 열거된 조치를 위해 왜 필수적인가에 대한 개별적인 정당화 없이는 이사회는 위 조치들은 진정인에 대한 표현의 자유 침해라고 본다.

8. 인권이사회는 규약 선택의정서 제5조 제4항에 의하여, 본건의 사실관계가 규약 제19조 제2항 위반이라고 본다.

9. 규약 제2조 제3항에 의거하여, 당사국은 진정인에게 유죄판결에 대한 보상, 유죄판결의 무효화, 법정 비용 등 효과적인 구제조치를 취할 의무가 있다. 덧붙여, 당사국은 진정인의 그림을 통한 표현의 자유의 제한에 대한 정당한 근거를 제시하지 않았으므로, 그림을 원상복구하여 그에 따른 추가비용을 부담하며 진정인에게 반환하여야 한다. 당사국은 향후 유사한 침해가 발생하지 않도록 할 의무가 있다.

10. 선택의정서의 당사국이 됨으로써 당사국은 이사회에 조약 위반이 있었는지 여부에 대해 결정할 권한을 인정하였고, B규약 제2조에 따라 당사국은 영토 안에 있거나 재판권이 미치는 모든 개인에게 규약에 인정된 권리들을 보장할 의무를 띠게 되었음을 명심하고, 이사회는 90일 이내에 본 견해를 실효성 있게 하기 위해 취해진 조치에 대한 정보를 받고자 한다. 또한 당사국이 이사회에 최종 견해를 공표하기 바란다.

제 3 부

수사 관련 법원 판결례

수사 관련 손해배상소송 판례

대법원 1997. 11. 28. 선고 97다28377 판결

【판결요지】

피의자를 조사하는 경찰관으로서 피의자로부터 범행의 자백을 받기 위하여 폭행 또는 가혹행위에 나아가는 경우, 피의자가 이를 견디지 못하여 허위 자백을 함으로써 범인으로 몰려 구속, 기소되고, 이에 피의자는 변호사의 조력을 받아 자신의 결백을 주장하여 무죄 확정판결을 받기 위하여 변호사 보수를 지출하게 되며, 나아가 무죄가 확정되기까지의 과정에서 상당한 정신적 고통을 받을 가능성이 있다는 것을 경험칙상 예견할 수 있으므로, 그로 인한 손해와 조사경찰관의 가혹행위 사이에는 상당인과관계가 있다.

【이 유】

헌법 제12조 제2항은 모든 국민은 고문을 받지 아니하며, 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니한다고 규정하고 있고, 형법 제125조는 경찰관 등 인신구속에 관한 직무를 행하는 자가 피의자에 대하여 폭행 또는 가혹한 행위를 가하는 경우를 처벌하고 있는바, 이는 피의자의 기본 인권을 보호함과 아울러 수사기관의 폭행 또는 가혹행위에 의하여 피의자가 범행을 허위로 자백하거나 또는 비록 진실에 부합하더라도 임의성 없이 자백함으로써 피의자가 무고하게 구속되거나 기소되는 등 적법하지 아니한 형사절차를 통하여 재산상이나 정신적으로 손해를 입게 될 위험을 방지하고자 함에 그 뜻이 있는 것이므로, 피의자를 조사하는 경찰관으로서 피의자로부터 범행의 자백을 받기 위하여 폭행 또는 가혹행위에 나아가는 경

우, 피의자가 이를 견디지 못하여 허위 자백을 함으로써 범인으로 몰려 구속, 기소되고, 이에 피의자는 변호사의 조력을 받아 자신의 결백을 주장하여 무죄 확정판결을 받기 위하여 변호사 보수를 지출하게 되며, 나아가 무죄가 확정되기까지의 과정에서 상당한 정신적 고통을 받을 가능성이 있다는 것은 경험칙상 예견되는 바이므로, 그로 인한 손해와 조사경찰관의 가혹행위와 사이에는 상당인과관계가 있다고 할 것이다.

원심이 같은 취지에서, 부산 북부경찰서 소속 경찰관들이 소외 강주영에 대한 유괴살인 사건의 조사 과정에서 소외 이현숙에 의하여 공범으로 지목된 원고 원종성이 알리바이를 주장하면서 그 범행을 부인하자, 원심 판사와 같이 폭행을 함으로써 원고 원종성이 이를 견디지 못하여 조사경찰관들이 요구하는 대로 범행을 허위 자백하고, 같은 공범으로 지목된 소외 옥영민 등도 가혹행위를 당하여 허위 자백을 함으로써 그 진술들이 원고 원종성의 범죄 혐의에 대한 입증 자료로 사용됨으로써 원고 원종성은 범인으로 몰려 구속되었고, 검찰에서도 원고 원종성의 알리바이에 관한 변소가 받아들여지지 아니하여 범인으로 기소되었으나 제1심에서 무죄판결이 선고되고, 그 후 검사가 상소하였으나 대법원에서 최종적으로 무죄가 확정된 사실을 인정한 다음, 원고 원종성이 제1심에서부터 제3심에 이르기까지 변호사를 선임하여 그에 대한 보수를 지출하고, 구속 및 재판의 장기화, 그 기간 중 신문 등에 범인으로 대서특필됨에 따른 명예 손상으로 인하여 원고 원종성이나 그의 아버지인 원고 원철희가 정신적으로 고통을 받은 것은 조사경찰관들의 위와 같은 불법행위와 상당인과관계가 있는 손해라고 판단한 것은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 불법행위와 손해와의 인과관계에 관한 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

피고가 상고이유에서 주장하는 바와 같이, 검사가 구속영장의 청구, 기소, 항소 및 상고를 하면서 원고 원종성에게 범죄 혐의가 있다고 판단한 데 대하여 귀책사유가 인정되지 않는다고 하더라도, 그와 같은 일련의 형사절차가 조사경찰관들의 불법행위에서 비롯된 것인 이상, 원고들이 입은 위와 같은 손해와 조사경찰관들의 불법행위 사이에 인과관계를 부정할 수는 없다 할 것이다.

서울고법 1993.7.2. 선고 89나50586 제2민사부판결

【판결요지】

혈연으로 맺어져 운명적으로 고락과 영육을 함께 하는 가족공동체에 있어서는 가족 중 누가 뜻밖의 죽음을 당한 경우에 나머지 가족들이 그 진상을 밝혀 내고 그 결과 역울한 일이 있었을 때에는 법절차에 호소하여 그 원한을 풀어 주어야 할 의무가 있다 할 것인바, 이것은 죽음을 당한 가족에 대한 내부관계에서는 의무이지만 대외적으로는 다른 사람들이 이를 침해하여서는 아니 될 하나의 권리로서 신원권이라고 편의상 이름할 수 있고 이것은 소위 가족권 내지 친족권의 한 내용을 이룬다고 할 것이므로 경찰관의 고문행위에 의하여 조사받던 사람이 사망하게 되었음에도 그 사실을 은폐하고 사인을 허위로 발표하는 등의 행위는 위와 같은 가족권의 침해로서 정신적 고통을 가한 경우에 해당하여 불법행위를 구성한다.

서울민사지법 1993.9.24. 선고 91가합89214 제42부판결

【판시사항】

검사의 지시를 받은 경찰관이 구속영장을 제시하지 아니한 채 피의자를 강제로 연행하여 불법구금하면서 자백을 강요하여 구타등 가혹행위 한 데 대하여 국가의 손해배상책임을 인정한 사례

서울민사지법 1989.6.13. 선고 86가합5264 제17부판결

【판결요지】

가. 일반적으로 보아 공권력행사의 일환으로서 공무원의 직무상 발표행위가 법령에 의한 권한과 절차에 따라 행해지는 한 설사 그 발표사항에 관련하여 불가피하게 개인의 명예나 단체의 신용에 훼손을 가져왔다 하여 이를 위법하다고 평가할 수는 없고, 검찰 역시 기소권을 수행하는 국가기관으로서 국민적 관심이 있는 사건처리에 관하여는 국민의 알 권리에 부응하기 위해 그 권한행사와 관련하여 공보업무를 수행하게 되는 것이므로 피고소인의 피의사실이 인정되지 아니한다는 내용의 수사결과발표가 고소인에 대하여 심한 모멸과 배신감을 느끼게 하였다고 할지라도 그것만으로는 발표행위의 위법성을 인정할 수 없으나, 그 발표행위가 충분한 근거없이 허위사실을 날조 폭로하여 언론에 보도되게 함으로써 고소인의 인격상을 왜곡시키고 세인의 고소인에 대한 사회적 평가를 추락시켜 고소인이 국민의 한사람으로서 헌법상 보장받는 인간의 존엄권 내지 일반적 인격권을 침해하는 결과를 초래하였다면 나라는 그 소속 관계공무원이 고소인에게 입힌 정신적 손해를 배상할 책임이 있다.

나. 검찰은 준사법기관으로서 독립성을 유지하기 위하여 부당한 외부적 영향으로부터 보호되어야 한다 함이 우리 검찰법제의 기본적인 요청이라 할 것인 바, 검찰관이 그 고유한 권한에 근거하여 적법한 수사절차를 거쳐 내린 결정이 사건관계자로부터 손해배상청구의 위협에 방치된다면 검찰의 신속하고 적정한 직무의 수행은 현저히 저해받게 될 뿐 아니라 검찰의 처분에 대하여는 법이 불복절차나 재정신청 등의 구제절차를 규정하고 있으므로 검찰의 기소·불기소처분에 대하여 이해당사자가 입은 정신적 고통이 다대하다 할지라도 그것은 검찰권행사에 필연적으로 수반되는 부수적 결과일 뿐이어서 검찰관이 그 결정에 이른 사무처리과 정상 직무상의 범죄행위를 범한 경우를 제외하고는 그에 대한 위자료청구권이 인정될 수 없다.

다. 형사피의자로 고소된 자가 수사과정에서 알리바이를 조작하고 허위진술을 한 경우 그것이 헌법상 보장되는 형사피의자로서 방어권의 행사 내지 연장이라고 보여지는 범위내에서는 그 허위진술 등의 행위가 고소인의 감정을 상하게 하였다 하더라도 그에 위법성을 인정할 수 없다.

서울고법 1989.6.14. 선고 87나3933 제8민사부판결

【판결요지】

어느 행위가 형사소추의 대상이 됨과 아울러 행정처분의 대상이 될 경우 그 행정처분은 사법절차에서의 무죄확정의 법리에 구애됨이 없이 그 처분권한 있는 행정청은 처분당시의 수사결과를 토대로 그에 대한 행정처분을 할 수 있고 이 경우 수사공무원의 수사활동 그 자체가 특히 위법 또는 부당한 방법에 의하여 이루어졌다거나 고의 또는 과실로 그 수사결과에 대한 판단을 잘못하였다는 등의 별다른 사정이 없는 한 이후 당해 형사사건이 무죄로 확정되었다는 사실만으로 곧 결과적으로 위법하게 된 당해 행정처분이 관계공무원의 고의 또는 과실로 인한 것이라고 단정할 수 없다.

서울고법 1976.6.10. 76나697 제6민사부판결

【판결요지】

가. 수사경찰관이 수사과정에서 자백을 받고자 주먹과 발 또는 몽둥이로 구타하고 몇일씩 잠을 못자게 하고 음식물을 제공하지 아니하고 물을 코에 붓고 소주를 강제로 먹이는 등 가혹행위를 한 것은 불법행위를 구성하고 이로 인하여 입은 손해를 배상할 의무있다.

나. 형사피고인으로 구속기소되어 재판을 받는 것은 가혹행위를 한 사람들의 불법행위의 결과가 아니고 검찰과 법원의 사법권행사라는 별개의 결과이므로 이 사법권행사에 있어서 또 다른 불법행위가 없는 한 위 피해자는 형사보상법에 의한 손실보상 이외에 구속기간 중 입은 기대수익상실손해금은 청구할 수 없다.

서울지법 1997. 4. 29. 선고 95가합11219 판결

【판결요지】

사법경찰관들의 피의자 불법 감금과 가혹행위에 대하여 그 사법경찰관들을 지휘·감독할 지위에 있는 검사에게 손해배상책임을 인정한 사례.

서울민사지법 1993.9.24. 선고 91가합89214 제42부판결

【판시사항】

검사의 지시를 받은 경찰관이 구속영장을 제시하지 아니한 채 피의자를 강제로 연행하여 불법구금하면서 자백을 강요하여 구타등 가혹행위 한 데 대하여 국가의 손해배상책임을 인정한 사례

서울민사지법 1992.1.30. 선고 86가합5126 제41부판결

【판시사항】

가. 경찰관들이 형사피의자(김근태)를 구속영장 없이 또는 구속영장 발부 후 그 제시 없이 연행 구금하여, 소위 물고문 및 전기고문의 방법으로 가혹행위를 하고, 교도관들이 고문증거(상처딱지)를 강제로 수거하여 임의로 폐기한 행위에 대하여 국가의 (위자료)배상책임을 인정한 사례

나. 검사가 형사피의자에 대하여 증거인멸 및 수사지연의 우려가 있다고 판단하여 가족과의 접견을 금지하고, 그의 진술을 받기 위하여 계속하여 검찰청에 소환함으로써 변호인들과의 접견교통 역시 결과적으로 불가능하게 되었다 하더라도 검사 또는 교도관의 불법행위가 되지 아니한다고 본 사례

수원지법 1988.4.21. 선고 87가합2020 제5민사부판결

【판결요지】

살인사건 피의자의 강요된 자백을 기초로 구속영장이 발부되었으나 재판결과 무죄로 확정된 경우, 동인의 재판과정에서의 변호사선임에 따른 비용의 지출은 국가 소속의 수사경찰관들의 가혹행위를 위반한 자백의 강요와 상당인과관계에 있는 손해라고 하겠으므로 국가는 이를 배상할 의무가 있다고 할 것이나, 형사소송법상 살인피고사건에 대하여는 사선변호인이 없는 경우 법원은 반드시 국선변호인을 선임하여 피고인으로 하여금 그 조력을 받도록 하고 있는 점 등을 참작하면 국가에게 위 변호사비용 중 일부 금액만을 손해로서 배상케 함이 손해배상제도의 이념에 비추어 합당하다.

대법원 1981.10.13. 선고 81다625 판결

【판결요지】

형사계장 또는 형사반장이던 피고들이 부하형사를 시켜 범행을 부인하는, 상해치사 피의사건의 용의자에게 전기고문과 심한 폭행을 하였고, 국가가 피고들의 위 가혹행위(고의의 불법행위)를 이유로 확정판결에 의하여 위 용의자 및 그의 가족에게 위자료를 지급하였다면 국가는 이를 피고들에 구상할 수 있다.

형사절차 관련 대법원 판결례

【특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물)·뇌물수수·뇌물공여】

대법원 2003. 10. 9. 선고 2002도4372-판결

【판결요지】

외관상 검사가 작성한 것으로 되어 있는 피고인에 대한 피의자신문조서가 검찰주사와 검찰주사보가 담당 검사가 임석하지 아니한 상태에서 피의자였던 피고인을 번갈아가며 신문한 끝에 작성된 것으로, 담당 검사는 검찰주사 등이 피고인에 대한 조사를 끝마치고 자백하는 취지의 진술을 기재한 피의자신문조서를 작성하여 가져오자 이를 살펴본 후 비로소 피고인이 조사를 받고 있던 방으로 와서 피의자신문조서를 손에 든 채 그에게 “이것이 모두 사실이나”는 취지로 개괄적으로 질문한 사실이 있을 뿐, 피의사실에 관하여 위 피고인을 직접·개별적으로 신문한 바 없는 경우, 위 피의자신문조서를 형사소송법 제312조 제1항 소정의 ‘검사가 피의자나 피의자 아닌 자의 진술을 기재한 조서’로 볼 수 없으므로 그 증거능력 유무는 검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서와 마찬가지로 기준에 의하여 결정되어야 할 것이어서, 결국 위 피의자신문조서는 피고인이 그 내용을 부인하는 이상 유죄의 증거로 삼을 수 없다고 한 원심의 판단을 정당하다고 한 사례

【이 유】

1. 검사의 상고에 대하여 본다.

원심은, 외관상 검사가 작성한 것으로 되어 있는 피고인 2에 대한 제1회 피의자신문조서는 청주지방검찰청 검찰주사 공소외 1 과 검찰주사보 공소외 2가 이 사건을 담당한 검사가 임석하지 아니한 상태에서 피의자였던 피고인 2를 번갈아가며

신문한 끝에 작성한 것이고, 위 검사는 공소외 1 등이 피고인 2에 대한 조사를 끝마치고 자백하는 취지의 진술을 기재한 피의자신문조서를 작성하여 가져오자 이를 살펴본 후 비로소 위 피고인이 조사를 받고 있던 방으로 와서 위 피의자신문조서를 손에 든 채 그에게 “이것이 모두 사실이나”는 취지로 개괄적으로 질문한 사실이 있을 뿐, 피의사실에 관하여 위 피고인을 직접·개별적으로 신문한 것이 아니므로, 위 피의자신문조서를 형사소송법 제312조 제1항 소정의 ‘검사가 피의자나 피의자 아닌 자의 진술을 기재한 조서’로 볼 수 없고, 피고인 2가 작성한 자술서 역시 공소외 1 등이 위와 같이 피고인 2를 피의자로서 조사하는 과정에서 형사소송법 제244조에 의하여 피의자신문조서에 기재됨이 마땅한 피의자의 진술내용을 진술서의 형식으로 피의자로 하여금 작성하여 제출케 한 서류이므로 그 증거능력 유무 역시 검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서와 마찬가지로 기준에 의하여 결정되어야 할 것이어서, 결국 위 피의자신문조서 및 자술서는 피고인 2가 각 그 내용을 부인하는 이상 모두 유죄의 증거로 삼을 수 없다고 판단하고, 나머지 증거만으로는 합리적 의심을 넘어서는 유죄의 입증이 이루어진 것으로 볼 수 없다는 이유로 이 사건 공소사실 중 피고인 1이 피고인 2로부터 뇌물을 수수하였다는 점 및 피고인 2가 피고인 1에게 뇌물을 공여하였다는 점에 대하여 각 무죄를 선고하였다.

기록에 비추어 살펴보면, 이러한 원심의 사실인정과 법률판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 검사가 상고이유로 주장하는 바와 같이 채증법칙을 위배하여 사실을 잘못 인정하거나 검사 작성 피의자신문조서의 증거능력에 관한 법리를 오해하는 등으로 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

【재정신청기각에 대한 재항고】

대법원 2003. 3. 27. 자 2002모81 결정

【결정요지】

[1] 긴급체포의 요건을 갖추었는지 여부는 사후에 밝혀진 사정을 기초로 판단하는 것이 아니라 체포 당시의 상황을 기초로 판단하여야 하고, 이에 관한 검사나 사법경찰관 등 수사주체의 판단에는 상당한 재량의 여지가 있다고 할 것이나, 긴급체포 당시의 상황으로 보아서도 그 요건의 충족 여부에 관한 검사나 사법경찰관의 판단이 경험칙에 비추어 현저히 합리성을 잃은 경우에는 그 체포는 위법한 체포라 할 것이다.

[2] 도로교통법위반 피의사건에서 기소유예 처분을 받은 재항고인이 그 후 혐의 없음을 주장함과 동시에 수사경찰관의 처벌을 요구하는 진정서를 검찰청에 제출함으로써 이루어진 진정사건을 담당한 검사가, 재항고인에 대한 위 피의사건을 제기한 후 담당검사인 자신의 교체를 요구하고자 부장검사 부속실에서 대기하고 있던 재항고인을 위 도로교통법위반죄로 긴급체포하여 감금한 경우, 그 긴급체포는 형사소송법이 규정하는 긴급체포의 요건을 갖추지 못한 것으로서 당시의 상황과 경험칙에 비추어 현저히 합리성을 잃은 위법한 체포에 해당한다고 본 사례

【이 유】

1. 원심은, “서울지방검찰청 서부지청 소속 검사인공소외인(이하 ‘피의자’라 한다)이, 재항고인에 대한 위 지청 98형제48965호 도로교통법위반 피의사건(이미 기소유예처분이 되어 있던 위 지청 96형제22801호 피의사건이 재항고인의 진정에 의하여 제기된 사건)을 수사하던 중, 1999. 2. 18. 16:30경 위 지청 형사 제2부 부장검사실 부속실에서, 마침 담당검사의 교체를 요구하고자 위 부장검사를 방문하여 기다리고 있던 재항고인을 직권 남용하여 긴급체포한 후 그 다음날 17:25경까지 마포경찰서 유치장에 불법 구금하였다.”라는 이 사건 피의사실에 관하여, 그 판시와 같은 사실관계를 인정한 다음, 재항고인에 대하여 수사 중이던 도로교통법위반의 점은 장기 3년 이상의 징역형에 해당하는 죄로서, 재항고인의 출석 불응 및 조사거부 행위, 재항고인에 대한 체포·구금의 경위 등을 종합하여 볼 때, 재항고인에 대한 긴급체포·감금이 형사소송법 제70조 제1항 제2호, 제3호소정의 증거를 인멸할 염려 및 도망의 염려나 긴급체포 사유를 결여하였다고 보기 어렵고 달리 이를 인정할 자료가 없어 검사의 이 사건 불기소처분은 정당하다는 이유로, 재항고인의 이 사건 재

정신청을 기각하였다.

2. 형사소송법 제200조의3 제1항은 “피의자가 사형, 무기 또는 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고, 제70조 제1항 제2호 및 제3호에 해당하는 사유가 있는 경우에 긴급을 요하여 지방법원 판사의 체포영장을 받을 수 없는 때에는 그 사유를 알리고 영장 없이 피의자를 체포할 수 있다. 이 경우 긴급을 요한다 함은 피의자를 우연히 발견한 경우 등과 같이 체포영장을 받을 시간적 여유가 없는 때를 말한다.”고 규정하고 있는 바, 이러한 긴급체포는 영장주의원칙에 대한 예외인 만큼 형사소송법 제200조의3 제1항의 요건을 모두 갖춘 경우에 한하여 예외적으로 허용되어야 하고, 요건을 갖추지 못한 긴급체포는 법적 근거에 의하지 아니한 체포로서 위법한 체포에 해당하며, 여기서 긴급체포의 요건을 갖추었는지 여부는 사후에 밝혀진 사정을 기초로 판단하는 것이 아니라 체포 당시의 상황을 기초로 판단하여야 하고, 이에 관한 검사나 사법경찰관 등 수사주체의 판단에는 상당한 재량의 여지가 있다고 할 것이나, 긴급체포 당시의 상황으로 보아서도 그 요건의 충족 여부에 관한 검사나 사법경찰관의 판단이 경험칙에 비추어 현저히 합리성을 잃은 경우에는 그 체포는 위법한 체포라 할 것이다 (대법원 2002. 6. 11. 선고 2000도5701 판결참조).

그런데 기록에 의하면, ① 재항고인은 1996. 6. 15. 22:25경 서울 서대문구 충정로 3가 822 앞 편도 4차로 도로에서 시내버스를 운전하여 그 3차로에서 2차로를 가로질러 1차로로 진행하던 중 마침 1차로를 진행하던 피해자 김동진 운전의 승용차 우측 앞 펜더 부위를 위 버스 좌측 뒷바퀴 앞 부위로 충격하여 수리비 25만원이 들도록 손괴하고도 정차하여 피해 여부를 확인하는 등 필요한 조치 없이 도주하였다는 피의사실로 서대문경찰서에 입건되어 조사를 받은 다음, 1996. 7. 23. 서울지방검찰청 서부지청에서 “위 피의사실이 인정되지만 재항고인 운전의 버스 왼쪽 뒤 모서리 부분과 피해자의 승용차 오른쪽 앞바퀴 부분이 경미하게 접촉된 사고로 피해자의 과실도 적지 아니하고 그가 처벌을 원하지 않는 점”이 참작되어 기소유예 처분(96형제22801호)을 받은 사실, ② 재항고인은 1998. 2. 9. 위 검찰청에 “담당 경찰관이 공권력을 남용하여 피해자인 재항고인을 가해자로 입건하였다.”는 취지의 진정(98진정제38호)을 하였으나, 2. 18. 원결정을 뒤집을 이유를 발견할 수 없다는 이유

로 사건이 종결되었고, 그 후 다시 1998. 7. 13. 같은 취지의 진정(98진정제258호)을 하였으나, 같은 해 9. 8. 기록을 보아도 종전 결정을 반복할 자료가 없고 피진정인이 형사처벌을 받을 정도의 부당한 일처리를 했다고 볼 만한 자료가 없다는 이유로 역시 사건이 종결되자, 9. 16. 이의신청을 한 사실, ③ 이에 위 진정사건을 담당하게 된 피의자는 참고인 김동진에게 1998. 12. 2. 출석하도록 요구하였으나 당일 위 김동진이 출석하지 아니하자, 다시 위 김동진과 재항고인에게 1998. 12. 16. 출석하도록 요구한 결과, 당일 위 김동진이 출석하지 아니한 반면 재항고인은 출석을 하였으나, 대질조사를 하지 못한다는 이유로 재항고인에 대하여 진술조서를 작성하지 아니한 다음, 이미 기소유예 처분으로 종결되어 있던 재항고인에 대한 위 도로교통법위반 피의사건을 1998. 12. 24.자로 재기(98형제48965호)한 사실, ④ 그 후 재항고인은 1999. 1. 14. 피의자의 사무실에 전화를 걸어 다른 검사가 위 사건을 담당하게 하여 달라는 취지의 말을 한 다음, 1999. 2. 18. 11:00경 피의자의 사무실에 다시 전화를 걸어 피의자로부터는 조사를 받을 수 없다고 하고, 같은 날 16:30경 위 지청 형사 제2부장검사 부속실에서 담당검사의 교체를 요구하고자 부장검사와의 면담을 기다리고 있던 중 담당검사인 피의자에 의하여 위 도로교통법위반 피의사실에 기하여 긴급체포된 후 마포경찰서 유치장에 감금되기에 이른 사실, ⑤ 한편, 재항고인에 대한 기소유예 처분 당시 수사기록에는 실황조사서, 재항고인에 대한 피의자신문조서(경찰), 김동진의 진술서, 목격자 길창우의 명함, 합의서 및 반성문 등이 첨부되어 있으며, 그 후 담당검사인 피의자는 1999. 2. 3. 김동진을 상대로 진술조서를 작성하였는데, 당시 김동진은 종전과 마찬가지로 재항고인의 잘못으로 위 교통사고가 발생한 것이라는 취지의 진술을 하였던 사실, ⑥ 그 후 담당검사인 피의자는 위 긴급체포 다음날인 1999. 2. 19. 재항고인에 대한 피의자신문을 한 다음 17:25분경 재항고인을 석방하였고, 같은 해 3. 22. 위 도로교통법위반 피의사실을 공소사실로 하여 재항고인을 벌금 100만원에 약식기소한 사실(그러나 이 약식기소사건은 정식재판에 회부된 후 무죄로 확정되었다.) 등을 알 수 있다.

사정이 이러하다면, 이 사건 긴급체포 당시 재항고인은 담당검사인 피의자가 위와 같이 종결된 도로교통법위반 피의사건을 재기함으로써 다시 수사의 대상자인 입장에 놓이게 되었지만, 그것은 어디까지나 재항고인이 무혐의라는 취지의 주장과

함께 수사담당 경찰관을 상대로 진정을 제기함에 따라 이루어진 것이었던 점, 검찰은 재항고인에 대한 위 도로교통법위반 피의사건에 관하여 나름대로의 증거수집이 마쳐졌다고 판단하고 제반 정상을 참작하여 재항고인에 대하여 기소유예의 종국처분을 한 다음, 재항고인의 진정에 따라 이를 재기하여 그 피해자인 김동진에 대한 확인 조사까지 마쳤던 점, 또한 재항고인은 이 사건 긴급체포 당시 수사대상자인 동시에 진정인의 지위도 아울러 가지고 있었는데, 위와 같은 일련의 수사 과정에서 수사대상자로서 경찰과 검찰의 출석요구에 순순히 응하였을 뿐만 아니라, 진정인의 지위에서 철저한 수사를 요구하는 능동적인 입장에 있었고, 다만 최초 진정일인 1998. 2. 9.부터 1년 가까이 지난 1999. 1. 14. 이후에야 비로소 담당검사의 교체를 요구하는 태도를 취하였을 뿐인 점, 특히 이 사건 긴급체포 당시 재항고인은 진정인의 입장에서 담당검사인 피의자의 상관인 형사 제2부장검사를 면담하기 위하여 스스로 검찰청을 방문하여 대기하고 있었던 점 등의 여러 사정을 종합하여 볼 때, 이 사건 긴급체포는 체포영장을 발부받을 수 없을 정도로 긴급을 요하는 경우에 해당한다고 도저히 볼 수 없어 긴급성의 요건을 갖추지 못하였을 뿐만 아니라, 위와 같은 입장의 재항고인이 도망할 염려나 증거를 인멸할 염려가 있다고 볼 수도 없는 만큼 형사소송법 제70조 제1항 제2호나 제3호의 요건 또한 갖추지 못한 것으로서, 이를 실행한 피의자의 판단은 당시의 상황과 경험칙에 비추어 현저히 합리성을 잃은 경우에 해당하므로, 이 사건 긴급체포는 위법한 체포에 해당한다고 보아야 할 것이다. 그리고 위와 같은 사실관계에 비추어 보면, 피의자에게는 직권을 남용하여 재항고인을 체포·감금한다는 점에 대한 고의도 있었다고 봄이 상당하다.

그럼에도 불구하고, 원심은 이 사건 긴급체포가 그 요건을 갖추고 있었다고 단정한 나머지 그 이유만으로 이 사건 재정신청을 기각하였고, 이 사건에 관하여 원심이 기소유예 등 다른 불기소사유에 대하여 심리한 흔적도 기록상 나타나지 아니하므로, 위와 같은 원심결정에는 긴급체포의 요건에 관한 법리를 오해함으로써 재판에 영향을 미친 위법이 있다고 하지 않을 수 없다.

3. 그러므로 원심결정을 파기하고, 사건을 원심법원에 환송하기로 하여 주문과 같이 결정한다.

【특수강도·특수강도미수·특수절도·강도예비】

대법원 2003. 2. 11. 선고 2002도6110 판결

【판결요지】

[1] 자백의 신빙성 유무를 판단함에 있어서는 자백의 진술내용 자체가 객관적으로 합리성을 띠고 있는지, 자백의 동기나 이유는 무엇이며, 자백에 이르게 된 경위는 어떠한지, 그리고 자백 외의 정황증거 중 자백과 저촉되거나 모순되는 것은 없는지 여부의 점 등을 고려하여 판단하여야 한다.

[2] 검사 작성의 피고인들에 대한 각 피의자신문조서의 자백진술 내용은 그 자백경위가 석연하지 아니하고, 다른 증거들과의 관계에서 저촉되거나 모순되는 점이 있는 등 그 진술내용 자체의 진실성과 신빙성이 극히 의심스러워 믿을 만한 증명력을 갖추었다고 보기 어렵다고 한 사례

[3] 형사재판에서 공소제기된 범죄사실에 대한 입증책임은 검사에게 있는 것이고, 유죄의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거에 의하여야 하므로, 그와 같은 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다.

[4] 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거 없이 불분명한 피해자들의 진술만으로 곧바로 피고인들을 범인으로 단정할 수 없다는 이유로 유죄의 원심판결을 파기한 사례

【이 유】

상고이유를 판단한다.

1. 원심의 판단

원심이 유지한 제1심판결은 그 판시의 증거들을 종합하면, 피고인들에 대한 판시 범죄사실을 모두 인정할 수 있다고 판단하여 피고인들에게 유죄를 선고하였고,

원심은 제1심판결이 채용한 증거들에 의하여 인정되는 사실들을 종합한 판시와 같은 사정들 즉, 피고인들이 이 사건으로 검거될 당시 피고인 2가 회칼과 피고인 1의 모자를 소지하고 있었던 점, 피고인 2에 대한 각 경찰 작성의 피의자신문조서는 범행을 모두 부인하는 내용으로 작성되어 있고, 피고인 1이 경찰에서 작성한 범죄일람표 중 검찰에서 부인한 부분은 제외하고 공소가 제기되는 등 피고인들이 수사기관에서 진술한 경위 및 그 내용에 의하면 피고인들이 경찰관들의 폭행 등으로 인하여 허위자백한 것으로 보이지는 않는 점, 이 사건 범행들이 주로 야간에 또는 순식간에 이루어졌으므로 대부분의 피해자들이 피고인들을 정확하게 기억하지 못하는 것은 오히려 당연한 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 피고인들이 이 사건 공소사실 기재의 각 범행을 저질렀음을 인정하기에 충분하다고 판단하여, 제1심판결에 대한 피고인들의 사실오인의 주장을 배척하고 항소를 기각하였다.

2. 이 법원의 판단

피고인들에 대한 이 사건 각 공소사실 중 벌금형이 선고된 피고인 1의 도로교통법위반죄 부분(이 부분은 위 피고인이 상고하지 않아 이미 분리 확정되었다. 이하 위 도로교통법위반죄 부분을 제외한 나머지 부분을 '이 사건 공소사실'이라고 한다)을 제외한 나머지 징역형이 선고된 부분에 관하여, 아래에서 기록에 나타난 객관적인 상황과 원심이 위 공소사실을 유죄로 인정함에 있어 채택한 증거들을 차례로 살펴보기로 한다.

가. 피고인들이 범인으로 지목된 경위

2002. 2. 6. 17:50경 경찰관이 112순찰차를 타고 순찰업무를 수행하던 중 인천 남동구 만수동 소재 '하얀교회' 뒷골목에서 번호판 없는 125cc 오토바이를 운전하던 피고인 1을 발견하고 불심검문을 하였는데, 당시 무면허운전임이 드러나 위 피고인을 연행하려는 순간, 부근에 있던 피고인 2가 숨는 것을 발견하고 피고인들을 검거하였고, 당시 피고인 2의 몸에서 칼과 피고인 1의 모자가 발견되었다.

나. 피고인들의 검찰에서의 자백진술

피고인들이 진정성립 및 임의성을 인정한 검사 작성의 피고인들에 대한 각 피의

자신문조서의 기재에 의하면, 피고인들은 이 사건 범행을 모두 자백하고 있는바, 기록에 나타난 피고인들의 학력, 경력, 지능 정도 등 기록에 나타난 제반 사정에 비추어 보면, 피고인들의 위 자백이 임의성이 없는 것이라고 단정하기는 어렵다.

그러나 자백의 신빙성 유무를 판단함에 있어서는 자백의 진술내용 자체가 객관적으로 합리성을 띠고 있는지, 자백의 동기나 이유는 무엇이며, 자백에 이르게 된 경위는 어떠한지, 그리고 자백 외의 정황증거 중 자백과 저촉되거나 모순되는 것은 없는지 여부의 점 등을 고려하여 판단하여야 할 것인 바(대법원 1995. 1. 24. 선고 94도1476 판결참조), 이와 같은 점에 착안하여 피고인들의 검사 앞에서의 각 자백 진술의 신빙성을 검토해 보기로 한다.

(1) 피고인들이 자백을 하게 된 경위와 그 이후의 진술

(가) 위와 같이 피고인들이 체포된 다음날인 2002. 2. 7. 경찰에서 피고인 1은 강도예비죄만을 시인하는 진술을 하였고, 피고인 2도 강도예비죄를 시인하는 자술서를 작성하였다. 그런데 이 사건 수사기록 55면부터 160면까지 사이에는 경찰관 작성의 강·절도 미제사건 15건의 자료가 편철되어 있고, 그 뒤에 같은 해 2. 7.자로 피고인 1이 강도 및 절도사건 30건 내지 40건을 시인하는 내용으로 작성한 2매의 자술서가 기록에 편철되어 있다(위 편철된 미제사건의 서류 중 같은 해 2. 10.자로 작성된 서류가 있는 점에 비추어 볼 때 실제로는 위 자술서 작성일자인 같은 해 2. 7. 이후에 편철된 것으로 보인다). 위 2매의 자술서의 내용은 일시·장소·피해자 등의 점에서 이 사건 공소사실과는 전혀 다르나, 편철된 미제사건 15건 중 14건의 자료들의 내용은 이 사건 공소사실 중 14건의 강·절도 범행과 일치하고 있다.

한편, 그 후인 같은 해 2. 11.자 경찰 작성의 피고인 1에 대한 피의자신문조서에 는 당초 위 피고인이 작성한 자술서의 내용에 대하여는 전혀 조사가 이루어지지 않은 채, 피고인 1이 위와 같이 편철된 15건에 관하여 범행을 모두 자백한 것으로 기재되어 있다. 그러나 피고인 2는 위 15건의 범행을 모두 부인하였고, 이에 관한 수사보고서에는 "피고인 2가 구두신문상으로는 시인하면서도 조서작성시에는 부인한다."고 기재되어 있다.

(나) 사건이 검찰에 송치된 후인 같은 해 2. 15.자 제1회 피의자신문에서 피고인 1은 범행을 포괄적으로 시인하였고, 같은 날피고인 2는 처음에 범행을 부인하다가 피고인 1과 대질한 직후 역시 범행을 포괄적으로 시인하였다. 그 후 피고인들에 대한 각 제2회 피의자신문에서는 피고인들은 당초 경찰이 작성한 위 15건의 강·절도 사건 중 1건에 대하여는 범행을 부인하였으나, 이를 제외한 나머지 14건에 대하여는 범행을 시인하였다.

한편, 피고인들의 검찰에서의 위 각 자백진술의 내용을 보면, 피고인들의 기억이 불분명한 부분에 관하여는 검사가 위 미제사건 관련 피해자들의 진술 내용을 토대로 구체적인 범행방법과 피해물품 등에 대하여 신문하고 피고인들은 소극적으로 간략히 이를 시인하는 방식으로 이루어져 있다.

(다) 그런데 피고인들은 이 사건 공소가 제기된 후 제1심 법정에서 위 14건의 강·절도 범행 및 강도예비 범행 등에 관하여 그 범행을 모두 부인하였는 바, 피고인 1은 경찰에서 수사관으로부터 손, 발 및 곤봉, 의자 등으로 구타를 당하는 등 심한 가혹행위로 자백을 강요받아 겁에 질린 나머지 경찰관이 범죄사실을 지적하는 대로 이를 모두 인정하여 허위로 자백한 것이고, 검찰에 송치된 후에도 경찰에서와 같은 가혹행위를 당할 것이 두려워 허위자백을 한 것이라고 진술하고 있고, 피고인 2는 경찰에서는 구타 등 가혹행위를 당하였음에도 범행을 자백하지 않았는데, 검찰 수사관이 "피고인 1이 모두 시인하는 마당에 너만 부인한다."면서 옥박지르는 등 억압적인 분위기를 조성하면서 조사를 하였고, 옆에서 피고인 1이 울고 있어 가혹행위를 당할 것 같은 두려움에 사로잡혀 허위자백을 하였다고 진술하였다. 또한, 피고인들은 이 사건 칼은 영화 '공공의 적'을 보고 멋있게 생각되어 구입하여 소지하고 있던 것이라고 진술하고 있고, 원심에 이르러도 제1심의 진술 내용과 같은 취지로 범행을 부인하고 있다.

(2) 피고인들의 전과, 학력, 생활환경 등

피고인들은 모두 1981년생으로서 이 사건 범행 당시 만 20세 가량의 고등학교 동창생들이나, 피고인 1은 2001. 8. 26. 무면허운전으로 1회 입건되었을 뿐 다른 전과가 없고, 피고인 2는 아무런 전과가 없으며, 이 사건 당시 피고인들은 모두 부모

와 떨어져 고시원 등에서 숙식을 하며 일정한 직업 없이 생활을 하고 있었다.

(3) 피고인들의 자백진술의 의문점

위에서 본 바와 같이 피고인들은 경찰에서 칼을 소지하였다는 이유로 강도예비죄로 조사를 받았는데, 피고인 1이 처음에는 강도예비죄만을 시인하였다가 갑자기 30~40건의 강·절도 범행을 시인하는 자술서를 작성하였고, 그 자술서의 내용과도 전혀 일치하지 않는 다른 15건의 미제사건의 자료가 확보되자마자 곧바로 피고인 1이 그 15건 모두가 피고인들의 범행이라고 시인을 하였으며, 피고인 2는 검찰에 이르러 피고인 1과 대질신문을 하는 과정에서 이 사건 범행을 모두 자백하게 된 점, 피고인들의 위 자백진술의 내용상 검사가 피해자들의 진술내용에 터잡아 구체적인 범행방법이나 피해물품 등에 대하여 주도적으로 신문하고, 이에 대하여 피고인들이 소극적으로 간략하게 답변한 부분이 상당 부분 존재하고 있는 점, 피고인들이 일치하여 경찰에서 구타 등 가혹행위를 당하였다고 진술하고 있는 점, 뒤에서 보는 바와 같이 경찰 및 검찰조사단계에서 이 사건 피해자들과 피고인들과의 대질신문 등의 수사가 전혀 이루어지지 않은 채 이 사건 공소가 제기된 점, 위에서 본 피고인들의 학력·전과·생활환경 등의 사정을 종합하여 볼 때, 이 사건의 경우, 경찰관이 우범지역을 순찰하다가 피고인들이 칼을 소지하고 오토바이를 함께 타고 다니고 있는 것을 발견하고, 피고인들을 체포한 후 과거 관내에서 일어난 강·절도 미제사건의 범인이 피고인들이라고 속단하고 그 범행사실에 관하여 엄히 추궁하자, 나이도 어리고 무면허운전으로 1회 입건된 외에는 전과가 없는 피고인 1은 칼을 소지하고 있었다는 이유로 강도예비죄에 대하여 조사를 받다가 경찰관의 엄한 추궁에 따라 자포자기의 심정에서 허위의 자술서를 작성한 다음, 경찰관의 미제사건 제시 및 추궁에 따라 항변을 포기하고 제시된 미제사건의 범행 내용에 맞추어 허위의 자백을 하고 이와 같은 심리상태는 피고인이 구속되어 검찰에서의 조사를 받을 때까지 연장되어, 검찰에서도 허위의 자백을 하였으며 이와 같이 피고인 1이 공동으로 범행을 하였다고 자백함에 따라, 나이 어리고 전과가 전혀 없는 피고인 2역시 더 이상 자신의 주장을 고집하지 못하고 절망감에 빠져 허위의 자백을 하였을 가능성을 배제할 수 없다 할 것이다.

따라서 객관적으로 피고인들의 위 각 자백진술의 증거능력을 부정할 만한 명백한 자료를 찾기 어렵다고 할지라도, 피고인들이 위와 같이 수사기관에서 자신들에게 가하여진 강요나 회유 등으로 인한 궁박한 처지에서 벗어나려는 노력이 그 진술 내용에 영향을 미쳤을 개연성을 충분히 상정해 볼 수 있다고 할 것인바, 이와 같은 사정들 및 뒤에서 보는 바와 같은 이 사건 관련 피해자들의 진술내용과 피고인들의 인상착의나 자백진술 내용이 상당 부분 불일치하는 점 등에 비추어 볼 때, 비록 원심이 지적한 바와 같이 피고인들이 검찰에서 당초 지목된 15건의 범행 내용 중 1건을 부인하는 진술을 하였고 이와 같은 사정이 공소제기에 반영되었다는 점을 감안한다고 하더라도, 원심이 유죄의 증거로 채용한 검사 작성의 피고인들에 대한 각 피의자신문조서의 자백진술 내용은 그 자백경위가 석연하지 아니하고, 다른 증거들과의 관계에서 저촉되거나 모순되는 점이 있는 등 그 진술내용 자체의 진실성과 신빙성이 극히 의심스러워 믿을 만한 증명력을 갖추었다고 보기 어렵다.

다. 피고인들의 신체적 특징 및 이 사건 피해자들의 진술

(1) 피고인들의 신체적 특징

피고인들의 신장은 피고인 1이 178cm, 피고인 2가 165cm로서 피고인 1이 피고인 2에 비하여 키가 더 크고, 모두 비교적 마른 체형인데, 피고인 2는 스포츠형 머리를 하고 있다.

(2) 피해자들의 진술

이 사건 공소사실 중 강·절도범행의 피해자들에 대하여는 피고인들이 체포된 후에도 전혀 조사가 이루어지지 아니한 채 공소가 제기되었는데, 제1심에서 비로소 피해자들 중 일부에 대하여 증인신문을 하였고, 피고인들과 대질하여 인상착의를 확인하였는 바, 그 진술내용은 다음과 같다.

피해자들 중 피고인들을 명확히 범인이라고 지목한 사람은 제1심판시 1. 나. (1) 범행의 피해자인 이연주가 유일한바, 이연주는 제1심 법정에서 피고인들을 구체적으로 지목하면서 범인이라고 진술하고 있기는 하나, 피고인들의 키의 차이에 관하여 반대로 진술하고 있을 뿐만 아니라, 수사기관에서는 피고인들 중 1인을 지칭하

여 '약간 뚱뚱한 체격'이라고 진술하였는데, 그 내용도 피고인들의 체격과는 차이가 난다. 또 제1심판시 1. 가. (1) 범행의 피해자인 권혁배, 1. 다. (1)의 피해자인 유옥근의 각 진술은 범인들과 피고인들이 전체적인 분위기나 몸매가 비슷하다는 취지일 뿐이어서 피고인들을 그 범인으로 인정하기에는 부족하다.

반면, 제1심판시 1. 가. (2) 범행의 피해자인 김정화는 피해를 당한 직후 범인에 대해 "30대 중반의 남자이고, 180cm 이상으로 컸으며 70kg 정도로 마른 편"이라고 하면서 범인이 한 명이라고 진술하였고, 이 사건 공소사실처럼 강도범행이 아니라 "이유 없이 다짜고짜 때렸다."고 진술하였으며, 그에 관한 수사보고서에는 강도범행과는 전연 관련 없는 내용을 진술한 것으로 기재되어 있어, 과연 피고인들이 이 부분 범행을 저질렀다고 볼 수 있는지 의심하지 않을 수 없다.

또 기록에 의하면, 피해자들 일부는 범인들을 30대로 지목하거나(1. 나. (2)), 최초 20대 남자 1명을 범인으로 지목하기도 하고(1. 다. (3)), 중·고등학생풍의 남자 2명이라고 지목하기도 하며(1. 다. (8)), 범인들의 키 차이가 거의 한 뼘 정도였는데, 피고인들보다 더 차이가 났다고 진술하고 있는 등(1. 다. (9)), 피고인들의 나이나 신체적 특징 및 공소사실과 대조하여 볼 때 상당한 차이가 있음을 알 수 있다.

그밖에 나머지 피해자들은 피고인들과의 대질신문에 있어서도 범인인지 여부를 식별할 수 없다고 진술하고 있을 뿐이고, 제1심에서 조사·채택되었으나 법정에서 증인으로 출석하지 않은 피해자들의 수사기관에서의 진술들은 피해사실을 증명할 뿐 피고인들이 그 범행의 범인들이라고 인정할 자료로는 되지 아니한다고 할 것인데, 그들의 진술 역시 나이, 키, 용모 등에서 피고인들과는 다른 점이 적지 아니하다.

결국, 이 사건 피해자들의 진술에 의하더라도, 이 사건 공소사실 중 14건의 강·절도의 범행이 피고인들에 의하여 저질러졌다고 보기에는 의심스러운 점이 많다고 하지 않을 수 없다.

(3)형사재판에서 공소제기된 범죄사실에 대한 입증책임은 검사에게 있는 것이고, 유죄의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거에 의하여야 하므로,

그와 같은 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다할 것인 바(대법원 2001. 8. 21. 선고 2001도2823 판결 참조), 비록 원심이 실시한 바와 같이, 이 사건 강·절도 범행시간이 야간이거나 순간적으로 이루어진 것이어서 피해자들이 범인들의 얼굴을 제대로 보지 못하고 범인들을 식별하는 것이 곤란하다는 점은 수긍할 수 있다 할 것이나, 그러한 사정이 있다고 하여 합리적인 의심할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거 없이 위와 같이 불분명한 피해자들의 진술만으로 곧바로 피고인들을 범인으로 단정할 수는 없다고 할 것이다.

라. 그 밖의 정황

기록에 의해 인정되는 바와 같이, 피고인들은 당시 만 20세임에도 피고인 1이 무면허운전으로 1회 입건된 외에는 전과가 없는 점, 피고인 2가 검찰 제1회 피의자신문에 이르기까지 계속 범행을 부인한 점, 경찰관이 피고인 1의 집을 수색하였으나 이 사건 범행과 관련된 자료가 발견되지 아니한 점, 수사기관에서 피고인들을 체포한 후에도 피고인들로부터 자백만을 받은 채 피해자들 및 증거물 등에 관하여 아무런 조사를 하지 아니함으로써 피해품도 전혀 확보되지 아니하는 등 각 피해사례들과 피고인들의 범행을 연결시킬 만한 자료가 전혀 나타나지 아니한 점, 피고인·피고인 2가 2002. 1. 10.경 오토바이를 140만원에 구입하였다는 사실이 확인되었는데, 이 사건 공소사실 중 위 오토바이 구입일자 이후의 강·절도 범행에는 모두 오토바이가 등장하지 아니하는 반면에, 오히려 구입일자 이전의 범행에 오토바이가 등장하는데도 그 종전 범행에 사용된 오토바이의 출처가 규명되지 아니한 점 등 여러 사정들을 고려하여 보면, 이 사건 강·절도 범행에 관한 피고인들의 제1심 및 원심 법정에서의 일관된 변소를 가볍게 배척할 수 없다고 보인다.

마. 결국, 이 사건 공소사실을 모두 유죄로 인정하기에는 위에서 본 바와 같은 여러 가지 의문점들이 있고, 이러한 의문점들이 합리적으로 해명되기 전에는 제1심 판결이 채용한 증거들만으로 피고인들에 대한 이 사건 공소사실을 선불리 유죄로 단정할 수 없다고 할 것이다.

그렇다면 원심으로서 위와 같은 점들을 감안하여 유죄의 증거들의 신빙성에

관하여 좀 더 면밀히 검토한 다음, 이 사건 공소사실에 대한 유·무죄의 판단에 나아갔어야 할 것이다.

그럼에도 불구하고, 원심이 위와 같이 신빙성이 의심스러운 증거들에 의하여 피고인들에 대한 이 사건 공소사실을 모두 유죄로 인정한 조치에는 증거의 가치판단을 그르친 나머지 채증법칙을 위반하여 사실을 오인하였거나, 증거의 신빙성 유무에 관한 심리를 다하지 아니하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 하지 않을 수 없고, 이 점을 지적하는 피고인들의 상고이유의 주장은 이유 있다.

3. 결 론

그러므로 원심판결 중 징역형 부분을 모두 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원으로 환송하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

【특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물)(일부 인정된 죄명: 뇌물수수)· 뇌물공여】

대법원 2002. 6. 11. 선고 2000도5701 판결

【판결요지】

[1] 긴급체포는 영장주의원칙에 대한 예외인 만큼 형사소송법 제200조의3 제1항의 요건을 모두 갖춘 경우에 한하여 예외적으로 허용되어야 하고, 요건을 갖추지 못한 긴급체포는 법적 근거에 의하지 아니한 영장 없는 체포로서 위법한 체포에 해당하는 것이고, 여기서 긴급체포의 요건을 갖추었는지 여부는 사후에 밝혀진 사정을 기초로 판단하는 것이 아니라 체포 당시의 상황을 기초로 판단하여야 하고, 이에 관한 검사나 사법경찰관 등 수사주체의 판단에는 상당한 재량의 여지가 있다고 할 것이나, 긴급체포 당시의 상황으로 보아서도 그 요건의 충족 여부에 관한 검사나 사법경찰관의 판단이 경험칙에 비추어 현저히 합리성을 잃은 경우에는 그 체포

는 위법한 체포라 할 것이고, 이러한 위법은 영장주의에 위배되는 중대한 것이니 그 체포에 의한 유치 중에 작성된 피의자신문조서는 위법하게 수집된 증거로서 특별한 사정이 없는 한 이를 유죄의 증거로 할 수 없다.

[2] 뇌물죄에 있어서 수뢰자로 지목된 피고인이 수뢰사실을 시종일관 부인하고 있고 이를 뒷받침할 금융자료 등 물증이 없는 경우에 증뢰자의 진술만으로 유죄를 인정하기 위하여는 증뢰자의 진술이 증거능력이 있어야 함은 물론 합리적인 의심을 배제할 만한 신빙성이 있어야 하고, 신빙성이 있는지 여부를 판단함에 있어서는 그 진술내용 자체의 합리성, 객관적 상당성, 전후의 일관성 등뿐만 아니라 그의 인간됨, 그 진술로 얻게 되는 이해관계 유무, 특히 그에게 어떤 범죄의 혐의가 있고 그 혐의에 대하여 수사가 개시될 가능성이 있거나 수사가 진행중인 경우에는 이를 이용한 협박이나 회유 등의 의심이 있어 그 진술의 증거능력이 부정되는 정도에까지 이르지 않는 경우에도 그로 인한 궁박한 처지에서 벗어나려는 노력이 진술에 영향을 미칠 수 있는지 여부 등도 아울러 살펴보아야 한다.

[3] 증뢰자가 뇌물을 공여하였다는 검찰진술의 신빙성을 인정할 수 없다고 한 사례

【이 유】

1. 검사의 상고이유에 대한 판단

가. 검사 작성의 피고인 1에 대한 각 피의자신문조서의 증거능력에 대하여

긴급체포는 영장주의원칙에 대한 예외인 만큼 형사소송법 제200조의3 제1항의 요건을 모두 갖춘 경우에 한하여 예외적으로 허용되어야 하고, 요건을 갖추지 못한 긴급체포는 법적 근거에 의하지 아니한 영장 없는 체포로서 위법한 체포에 해당하는 것이다. 여기서 긴급체포의 요건을 갖추었는지 여부는 사후에 밝혀진 사정을 기초로 판단하는 것이 아니라 체포 당시의 상황을 기초로 판단하여야 하고, 이에 관한 검사나 사법경찰관 등 수사주체의 판단에는 상당한 재량의 여지가 있다고 할 것이나, 긴급체포 당시의 상황으로 보아서도 그 요건의 충족 여부에 관한 검사나 사법경찰관의 판단이 경험칙에 비추어 현저히 합리성을 잃은 경우에는 그 체포는 위

법한 체포라 할 것이고, 이러한 위법은 영장주의에 위배되는 중대한 것이니 그 체포에 의한 유치중에 작성된 피의자신문조서는 위법하게 수집된 증거로서 특별한 사정이 없는 한 이를 유죄의 증거로 할 수 없는 것이다.

기록에 의하면, 수사검사는 1999. 11. 29. 피고인 1에게 뇌물을 주었다는 피고인 3 및 관련 참고인들의 진술을 먼저 확보한 다음, 현직 군수인 피고인 1을 소환·조사하기 위하여 검사의 명을 받은 검찰주사보 서진학이 1999. 12. 8. 16:40경 경기 광주읍 소재 광주군청 군수실에 도착하였으나 위 피고인이 군수실에 없어 도시행정계장인 박종인에게 군수의 행방을 확인하였더니, 위 피고인이 검사가 자신을 소환하려 한다는 사실을 미리 알고 자택 옆에 있는 초야농장 농막에서 기다리고 있을 것이니 수사관이 오거든 그 곳으로 오라고 하였다 하므로, 같은 날 17:30경 서진학이 위 박종인과 같이 위 초야농장으로 가서 그 곳에서 수사관을 기다리고 있던 위 피고인을 긴급체포하고, 그 후 같은 달 11. 구속영장을 발부받을 때까지 위 피고인을 유치하면서 검사가 같은 달 9.과 10.에 이 사건 각 피의자신문조서를 작성한 사실을 알 수 있는바(이 사건 긴급체포서에는 긴급체포의 사유로서 '긴급체포치 않으면 증거인멸 및 도주우려 있음'이라고만 기재되어 있을 뿐, 왜 그러한 결론에 이르게 되었는지에 대하여는 아무런 설명이 없다), 사정이 그와 같다면, 위 피고인은 현직 군수직에 종사하고 있어 검사로서도 위 피고인의 소재를 쉽게 알 수 있었고, 1999. 11. 29. 피고인 3의 위 진술 이후 시간적 여유도 있었으며, 위 피고인도 도망이나 증거인멸의 의도가 없었음은 물론, 언제든지 검사의 소환조사에 응할 태세를 갖추고 있었고, 그 사정을 위 서진학으로서도 충분히 알 수 있었다 할 것이어서, 위 긴급체포는 그 당시로 보아서도 형사소송법 제200조의3 제1항의 요건을 갖추지 못한 것으로 쉽게 보여져 이를 실행한 검사 등의 판단이 현저히 합리성을 잃었다고 할 것이므로, 이러한 위법한 긴급체포에 의한 유치중에 작성된 이 사건 각 피의자신문조서는 이를 유죄의 증거로 하지 못한다고 할 것이다.

같은 취지에서 원심이 검사 작성의 피고인 1에 대한 각 피의자신문조서의 증거능력을 부인한 판단은 정당하고, 거기에 긴급체포의 요건 및 증거능력에 관한 법리 오해의 위법이 없다.

나. 피고인 3의 검찰 진술의 신빙성에 대하여

뇌물죄에 있어서 수뢰자로 지목된 피고인이 수뢰사실을 시종일관 부인하고 있고 이를 뒷받침할 금융자료 등 물증이 없는 경우에 증뢰자의 진술만으로 유죄를 인정하기 위하여는 증뢰자의 진술이 증거능력이 있어야 함은 물론 합리적인 의심을 배제할 만한 신빙성이 있어야 하고, 신빙성이 있는지 여부를 판단함에 있어서는 그 진술내용 자체의 합리성, 객관적 상당성, 전후의 일관성 등뿐만 아니라 그의 인간됨, 그 진술로 얻게 되는 이해관계 유무, 특히 그에게 어떤 범죄의 혐의가 있고 그 혐의에 대하여 수사가 개시될 가능성이 있거나 수사가 진행중인 경우에는 이를 이용한 협박이나 회유 등의 의심이 있어 그 진술의 증거능력이 부정되는 정도에까지 이르지 않는 경우에도 그로 인한 궁박한 처지에서 벗어나려는 노력이 진술에 영향을 미칠 수 있는지 여부 등도 아울러 살펴보아야 한다.

원심은 피고인 1이 피고인 3로부터 현금 5,000만원의 뇌물을 받았다는 이 사건 공소사실에 부합하는 피고인 3의 검찰진술의 신빙성에 대하여, 그 진술은 판시와 같이 여러 사항에 대하여 일관성이 결여되어 있고, 그 진술태도도 이례적이며, 뇌물공여의 명목에 관한 진술도 진실성이 의심되고, 뇌물자금의 출처도 불분명한 점 및 그 진술 당시 피고인 3은 별건의 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)등 고소사건으로 구속되어 수사를 받고 있었고 위 검찰진술 이후 그 고소사건 중 사안이 상대적으로 가벼운 사문서위조죄부분만에 대하여 분리기소되었을 뿐만 아니라 검사로부터 보석허가의견까지 받은 점(원심은 이러한 사정에도 불구하고 그 판시와 같은 이유로 그 자백이 별건 고소사건의 선처약속 등 회유에 의한 것으로 의심되어 그 증거능력을 부인할 정도까지는 되지 않는다고 판단하였다. 그럼에도 원심이 이 부분을 실시한 이유는 별건으로 중벌을 받게 될 위기에 처한 피고인 3로서는 이를 모면하고자 검사의 이 사건 뇌물공여자백요구에 영합하려는 동기가 있었다는 취지로 보인다.) 등에 비추어 그 신빙성을 인정할 수 없다고 판단하였는바, 기록과 위 법리에 비추어 살펴보면 원심이 피고인 3의 검찰진술을 증거로 채택하지 아니한 결론은 정당하고 거기에 채증법칙을 위배한 위법이 있다고 할 수 없다.

다. 유진섭, 김점옥, 최완근, 박종인 및 피고인 2의 진술에 대하여

원심판결 이유에 의하면, 원심은 위 사람들의 검찰 및 법정에서의 각 진술은 모두 피고인 1의 이 사건 뇌물수수 사실을 뒷받침할 만한 증거가 되기에 부족할 뿐만 아니라 그 판시와 같은 이유로 믿기도 어렵다는 등의 이유로 이를 모두 배척하고 있는 바, 기록에 비추어 살펴보면 원심의 판단은 정당하고 거기에 채증법칙을 위배한 위법이 있다고 할 수 없다.

라. 피고인 2가 피고인 3으로부터 금 20,000,000원을 수수하였다는 점에 대하여

원심은 그 판시와 같은 이유로 이 부분 공소사실에 대체로 부합하는 피고인 3의 검찰 및 제1심법정에서의 진술을 믿지 아니하고, 김점옥의 검찰에서의 진술과 예금거래실적증명서의 기재만으로는 위 공소사실을 인정하기에 부족하다는 이유로 이 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였는 바, 기록에 비추어 살펴보면 위와 같은 원심 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 채증법칙 위배의 위법이 있다고 할 수 없다.

따라서 검사의 상고이유의 주장은 모두 받아들일 수 없다.

2피고인 2의 상고이유에 대한 판단

원심은 제1심이 적법하게 조사하여 채택한 증거에 의하여 피고인 2가 피고인 3으로부터 휴대폰 1대와 금 5,000,000원의 뇌물을 수수한 사실을 인정하고, 위 수수는 피고인 2의 직무와 관련성이 있다고 판단한 다음 피고인 2가 위 휴대폰을 즉시 반환하였다는 주장은 이를 받아들이지 아니하였는 바, 기록에 비추어 살펴보면 위와 같은 사실인정 및 법률판단은 모두 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 그 과정에서 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

또한, 피고인 2에 대하여 징역 10년 미만의 형이 선고된 이 사건에서 원심의 형의 양정이 너무 무거워 부당하다는 주장은 적법한 상고이유가 될 수 없다.

3. 결론

그러므로 검사의 상고와 피고인 2의 상고를 모두 기각하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

【특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)】

대법원 2002. 3. 26. 선고 2001도5666 판결

【판결요지】

형사소송법 제314조에 의하여 같은 법 제312조의 조서나 같은 법 제313조의 진술서, 서류 등을 증거로 하기 위하여는 진술을 요할 자가 사망, 질병, 외국거주 기타 사유로 인하여 공판정에 출석하여 진술을 할 수 없는 경우이어야 하고, 그 진술 또는 서류의 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 것이라야 한다는 두 가지 요건이 갖추어져야 할 것인바, 첫째 요건과 관련하여 '외국거주'라고 함은 진술을 요할 자가 외국에 있다는 것만으로는 부족하고, 가능하고 상당한 수단을 다하더라도 그 진술을 요할 자를 법정에서 출석하게 할 수 없는 사정이 있어야 예외적으로 그 적용이 있다고 할 것인데, 통상적으로 그 요건의 충족 여부는 소재의 확인, 소환장의 발송과 같은 절차를 거쳐 확정되는 것이기는 하지만 항상 그와 같은 절차를 거쳐야만 위 요건이 충족될 수 있는 것은 아니고, 경우에 따라서는 비록 그와 같은 절차를 거치지 않더라도 법원이 그 진술을 요할 자를 법정에서 신문할 것을 기대하기 어려운 사정이 있다고 인정할 수 있다면, 이로써 그 요건은 충족된다고 보아야 한다.

【이유】

1. 제1심 및 원심이 적법하게 조사하여 채택한 증거들에 의하면, 공소의 1은 경부고속철도 차량공급업체 선정에 대한 로비와 관련하여 특정범죄가중처벌등에관한 법률위반(알선수재) 혐의로 1999. 9. 28. 출국금지조치를 받고 같은 해 10. 2. 여권을 압수 당한 후 같은 해 10. 29. 검찰에 출석하여 위 차량공급업체 선정과 관련하여 피고인이 관계공무원에게 영향력을 행사해 줄 것을 부탁하고 그 대가로 3회에 걸쳐 피고인에게 4억원을 교부하였다는 취지의 피의자신문조서와 진술조서를 작성한 후 행방불명이 되었고, 그 후 검찰이공소의 1의 소재에 대하여 수사한 결과공소의 1은 불상의 방법으로 미국으로 도피하여 현재 그 곳에 거주하고 있는 것으로 확인된 사실을 인정할 수 있는 바, 그렇다면 검찰이 피고인의 반대신문권을 박탈하여 고의적

으로 방어권을 침해한 것은 아니라고 할 것이므로, 이 부분 상고이유의 주장은 이유 없다.

2. 형사소송법 제314조에 의하여 같은 법 제312조의 조서나 같은 법 제313조의 진술서, 서류 등을 증거로 하기 위하여는 진술을 요할 자가 사망, 질병, 외국거주 기타 사유로 인하여 공판정에 출석하여 진술을 할 수 없는 경우이어야 하고, 그 진술 또는 서류의 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 것이라야 한다는 두 가지 요건이 갖추어져야 할 것인 바, 첫째 요건과 관련하여 '외국거주'라고 함은 진술을 요할 자가 외국에 있다는 것만으로는 부족하고, 가능하고 상당한 수단을 다 하더라도 그 진술을 요할 자를 법정에서 출석하게 할 수 없는 사정이 있어야 예외적으로 그 적용이 있다고 할 것인데, 통상적으로 그 요건의 충족 여부는 소재의 확인, 소환장의 발송과 같은 절차를 거쳐 확정되는 것이기는 하지만 항상 그와 같은 절차를 거쳐야만 위 요건이 충족될 수 있는 것은 아니고, 경우에 따라서는 비록 그와 같은 절차를 거치지 않더라도 법원이 그 진술을 요할 자를 법정에서 신문할 것을 기대하기 어려운 사정이 있다고 인정할 수 있다면, 이로써 그 요건은 충족된다고 보아야 할 것이다.

이 사건에 관하여 보건대, 공소의 1은 차량공급업체 선정과 관련한 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재) 혐의로 수사를 받던 중 미국으로 불법도 피하여 그 곳에 거주하고 있고, 이러한 공소의 1에 대하여 그 소재를 확인하여 소환장을 발송한다고 하더라도 공소의 1이 법정에서 증인으로 출석할 것을 기대하기는 어렵다고 할 것이므로, 공소의 1이 미국에 거주하고 있는 사실이 확인된 후 검찰이 공소의 1의 미국 내 소재를 확인하여 증인소환장을 발송하는 등의 조치를 다하지 않았다고 하더라도 위 첫 번째 요건은 충족이 되었다고 할 것이고, 또 기록을 살펴보면 공소의 1의 검찰에서의 각 진술은 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 것으로 인정되어 그 두 번째 요건도 충족이 되었다고 할 것이므로, 원심이 형사소송법 제314조에 의하여 검사가 작성한 공소의 1에 대한 피의자신문조서 및 진술조서의 각 증거능력을 인정하여 이들 조서를 유죄의 증거로 채택하였음에 아무런 위법이 없다.

3. 검사가 작성한 공소의 1에 대한 피의자신문조서와 진술조서의 각 진술기재를

비롯하여 제1심 및 원심이 적법하게 조사하여 채택한 증거들을 기록에 비추어 살펴보면, 판시 범죄사실을 인정할 수 있고, 원심판결에 상고이유로 주장하는 바와 같은 채증법칙 위반, 경험칙에 반하여 알선의 대가에 관한 해석을 그르친 범리오해의 위법이 없으므로, 이 부분 상고이유의 주장도 이유 없다.

4. 그러므로 상고를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

【준항고 인용에 대한 재항고】

대법원 2003. 11. 11. 자 2003모402 결정

【결정요지】

[1] 형사소송법 제417조는 검사 또는 사법경찰관의 구금에 관한 처분에 불복이 있으면 법원에 그 처분의 취소 또는 변경을 청구할 수 있다고 규정하고 있는 바, 이는 피의자의 구금 또는 구금 중에 행하여지는 검사 또는 사법경찰관의 처분에 대한 유일한 불복방법인 점에 비추어 볼 때, 영장에 의하지 아니한 구금이나 변호인 또는 변호인이 되려는 자와의 접견교통권을 제한하는 처분뿐만 아니라 구금된 피의자에 대한 신문에 변호인의 참여(입회)를 불허하는 처분 역시 구금에 관한 처분에 해당하는 것으로 보아야 한다.

[2] 형사소송법이 아직은 구금된 피의자의 피의자신문에 변호인이 참여할 수 있다는 명문규정을 두고 있지는 아니하지만, 신체를 구속당한 사람의 변호인과의 접견교통권이 헌법과 법률에 의하여 보장되고 있을 뿐 아니라 누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다고 선언한 헌법규정에 비추어, 구금된 피의자는 형사소송법의 위 규정을 유추·적용하여 피의자신문을 받음에 있어 변호인의 참여를 요구할 수 있고 그러한 경우 수사기관은 이를 거절할 수 없는 것으로 해석하여야 하고, 이렇게 해석하는 것은 인신구속과 처벌에 관하여

“적법절차주의”를 선언한 헌법의 정신에도 부합한다 할 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.

[3] 구속된 피의자에 대한 검사의 피의자신문시에 피의자의 요구에도 불구하고 변호인의 참여를 거부한 검사의 처분이 위법하다는 이유로 이를 취소한 원심결정을 정당하다고 한 사례

【이 유】

1. 재항고이유 제1점에 대하여

형사소송법 제417조는 검사 또는 사법경찰관의 구금에 관한 처분에 불복이 있으면 법원에 그 처분의 취소 또는 변경을 청구할 수 있다고 규정하고 있는 바, 이는 피의자의 구금 또는 구금 중에 행하여지는 검사 또는 사법경찰관의 처분에 대한 유일한 불복방법인 점에 비추어 볼 때, 영장에 의하지 아니한 구금이나 변호인 또는 변호인이 되려는 자와의 접견교통권을 제한하는 처분뿐만 아니라 구금된 피의자에 대한 신문에 변호인의 참여(입회)를 불허하는 처분 역시 구금에 관한 처분에 해당 하는 것으로 보아야 할 것이다.

원심이 같은 취지에서 준항고인에 대한 피의자신문에 변호인의 참여를 불허한 처분이 준항고의 대상이 됨을 전제로 판단한 조치는 정당하고, 거기에 재항고이유의 주장과 같은 준항고에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다. 이 점에 관한 재항고이유의 주장은 받아들일 수 없다.

2. 재항고이유 제2점에 대하여

가. 헌법 제27조 제4항은 “형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다.”라고 규정하여 무죄추정의 원칙을 선언하고 있는데, 이 무죄추정의 원칙은 불리한 처지에 놓인 피의자·피고인의 지위를 보호하여 형사절차에서 그들의 불이익을 필요한 최소한에 그치게 하자는 것으로서 인간의 존엄성 존중을 궁극의 목표로 하고 있는 헌법이념에서 나온 것이다. 구속은 피의자나 피고인에 대하여 특히 부득이한 사유가 있을 때에만 인정되는 제도이나, 단순히 수사나 재판의 편의만을 위하여 수사기관이나 재판기관에 의하여 구속제도가 남용되기 쉬우며 특히, 구속된 피의자에 대하여는 고문이나 폭행 등이 자행되기 쉽고 구속된 상태에서는 헌법 제12조 제2항에 규정하고 있는 진술거부권도 효과적으로 보장되지 않을 수 있다. 따라서 무죄추정을 받고 있는 피의자·피고인에 대하여 신체구속의 상황에서 생기는 여러 가지 폐해를 제거하고 구속이 그 본래의 목적에서 벗어나 부당하게 이용되지 않도록 보장하기 위하여 헌법 제12조 제4항 본문은 위와 같이 신체구속을 당한 사람에 대하여 변호인의 조력을 받을 권리를 기본권으로 보장하고 있는 것이며, 이때 “변호인의 조력”이란 “변호인의 충분한 조력”을 의미한다고 할 것이다(헌법재판소 1992. 1. 28. 선고 91헌마111 결정, 1995. 7. 21. 선고 92헌마144 결정 참조).

한편, 헌법 제12조는 신체의 자유를 보장하기 위한 인신구속에 관한 여러 규정을 두면서 그 제1항에서 누구든지 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다고 규정하여 인신구속과 처벌에 관하여 “적법절차주의”를 선언하고 있는바, 신체의 자유와 증거능력에 관한 헌법 제12조의 첫머리에 법률 이외에 “적법한 절차”를 규정한 취지는 법관이 인신의 구속에 관한 헌법과 법률의 규정들을 해석·적용함에 있어 국가형벌권보다 개인의 인권옹호에 우위를 두고 헌법과 법률을 해석·적용함으로써 개인의 인신구속에 신중을 기하여야 한다는 것으로 풀이된다.

나. 신체구속을 당한 사람의 변호인의 조력을 받을 권리는 변호인과의 자유로운 접견교통을 통하여 실현될 수 있는 것이므로 형사소송법은 이를 실질적으로 보장해 주기 위하여 제89조 및 제209조에서 구속 피고인 또는 피의자의 타인과의 접견교통권을 규정하는 한편, 이를 보다 더 확실히 보장하기 위한 방편으로 제34조에서는

변호인 또는 변호인이 되려는 자의 신체구속을 당한 피고인 또는 피의자와의 접견교통권을 규정하고 있는바, 이러한 신체구속을 당한 사람의 변호인과의 접견교통권은 그 인권보장과 방어준비를 위하여 필수불가결한 권리이므로 법령에 의한 제한이 없는 한 어떠한 명분으로도 제한될 수 있는 성질의 것이 아님은 물론, 수사기관의 처분이나 법원의 결정으로도 이를 제한할 수 없는 것이고(대법원 1991. 3. 28. 자 91모24 결정 및 위 헌법재판소 1992. 1. 28. 선고 91헌마111 결정 등 참조), 현행법상 신체구속을 당한 사람과 변호인 사이의 접견교통을 제한하는 규정은 마련되어 있지 아니하므로 신체구속을 당한 사람은 수사기관으로부터 피의자신문을 받는 도중이라도 언제든지 변호인과 접견교통하는 것이 보장되고 허용되어야 할 것이고, 이를 제한하거나 거부하는 것은 신체구속을 당한 사람의 변호인과의 접견교통권을 제한하는 것으로서 위법임을 면치 못한다고 할 것이다.

형사소송법이 아직은 구금된 피의자의 피의자신문에 변호인이 참여할 수 있다는 명문규정을 두고 있지는 아니하지만, 위와 같은 내용의 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 것이다.

그러나 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 당연하다고 할 것이다.

다. 기록에 의하면, 준항고인은 독일 뮌스터대학교 철학교수로 독일에 거주하여 오다가, 준항고인에 대하여 2003. 9. 18. 국가보안법위반혐의로 체포영장이 발부된 상태에서 같은 달 22. 대한민국으로 입국하여 그 다음 날부터 국가정보원과 서울지방검찰청에서 13차례에 걸쳐서 불구속상태로 수사를 받아오던 중, 같은 해 10. 22. 준항고인에 대한 구속영장이 발부되어 준항고인이 서울구치소에 수감된 사실, 준항고인은 국가정보원과 서울지방검찰청에서 13차례에 걸쳐서 수사를 받을 때 변호인의 참여하에 신문을 받았으나 서울지방검찰청 검사는 같은 달 24. 준항고인에 대한 피의자신문시 준항고인의 요구에도 불구하고 변호인의 참여를 불허하는 처분을 한 사실, 재항고인은 이 사건 수사가 다른 피의자들에 대한 내용도 포함되어 있고, 기본적으로 국가안보에 관한 것으로 대외적으로 공표되어서는 아니 될 기밀사항을 많이 포함하고 있으므로 피의자신문시 변호인의 참여가 허용되어서는 아니 된다고 주장하면서도 그에 관한 아무런 자료를 제출하고 있지 않은 사실을 알 수 있다.

사정이 그러하다면, 구금된 상태에 있는 준항고인이 준항고인에 대한 피의자신문시 변호인의 참여를 명시적으로 요구하고 있음에도 재항고인이 변호인의 참여를 불허하였고, 재항고인이 변호인의 참여를 불허할 필요가 인정되는 객관적으로 명백한 특별한 사정이 있음을 인정할 만한 아무런 자료를 제출하고 있지 않으므로, 변호인의 참여를 불허한 재항고인의 이 사건 처분은 위법하다고 할 것이다.

원심이 그 이유의 설시에 적절하지 아니한 점이 있으나, 구속된 준항고인에 대한 검사의 피의자신문시에 준항고인의 요구에도 불구하고 변호인의 참여를 거부한 검사의 처분이 위법하다는 이유로 이를 취소한 결론은 정당하므로, 결국 이를 닦하는 재항고는 이유 없다.

3. 그러므로 재항고를 기각하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

【폭력행위등처벌에관한법률위반·공무집행방해】

대법원 2003. 10. 10. 선고 2003도3282 판결

【판결요지】

[1] 형사소송법 제55조 제1항이 피고인에게 공판조서의 열람 또는 등사청구권을 부여한 이유는 공판조서의 열람 또는 등사를 통하여 피고인으로 하여금 진술자의 진술내용과 그 기재된 조서의 기재내용의 일치 여부를 확인할 수 있도록 기회를 줌으로써 그 조서의 정확성을 담보함과 아울러 피고인의 방어권을 충실하게 보장하려는 데 있으므로 피고인의 공판조서에 대한 열람 또는 등사청구에 법원이 불응하여 피고인의 열람 또는 등사청구권이 침해된 경우에는 그 공판조서를 유죄의 증거로 할 수 없을 뿐만 아니라, 공판조서에 기재된 당해 피고인이나 증인의 진술도 증거로 할 수 없다.

[2] 증거신청의 채택 여부는 법원의 재량으로서 법원이 필요하지 아니하다고 인정할 때에는 이를 조사하지 아니할 수 있다.

[3] 공판조서의 기재가 명백한 오기인 경우를 제외하고는 공판기일의 소송절차로서 공판조서에 기재된 것은 조서만으로써 증명하여야 하고, 그 증명력은 공판조서 이외의 자료에 의한 반증이 허용되지 않는 절대적인 것이다.

【이유】

1. 공판에 참여한 서기관 또는 서기는 공판기일에서의 피고인의 진술과 증인의 진술을 공판조서에 기재하여야 하고(형사소송법 제51조 제1항, 제2항 제8호, 제48조 제2항, 이하 형사소송법은 ‘법’이라 한다), 피고인이나 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 당해사건의 공판조서는 법 제311조 전문의 규정에 의하여 당연히 증거능력이 있다. 한편, 법이 피고인에게 공판조서의 열람 또는 등사청구권(법 제55조 제1항)을 부여한 이유는 공판조서의 열람 또는 등사를 통하여 피고인으로 하여금 진술자의 진술내용과 그 기재된 조서의 기재내용의 일치 여부를 확인할 수 있도록 기회를 줌으로써 그 조서의 정확성을 담보함과 아울러 피고인의 방어권을 충실하게 보장하려

는 데 있다 할 것이므로, 피고인의 공판조서에 대한 열람 또는 등사청구에 법원이 불응하여 피고인의 열람 또는 등사청구권이 침해된 경우에는 그 공판조서를 유죄의 증거로 할 수 없을 뿐만 아니라(법 제55조 제3항), 공판조서에 기재된 당해 피고인이나 증인의 진술도 증거로 할 수 없다고 보아야 한다.

기록에 의하면, 피고인은 제1심에서 2002. 11. 17.자 제1회 공판기일의 공판조서와 2002. 12. 11.자 제2회 공판기일의 공판조서에 대한 등사청구를 하였으나(공판기록 376면), 제1심이 이에 대하여 아무런 조치를 취하지 아니함으로써 피고인의 등사청구에 불응한 사실을 알 수 있는 바, 앞서 본 법리에 비추어 제1심 제2회 공판기일의 공판조서는 증거능력이 없고, 따라서 그 공판조서에 기재된 증인 강수태·정연가의 각 진술은 증거로 사용할 수 없다고 할 것이다.

그럼에도 불구하고 원심이, 제1심 제2회 공판기일에서의 증인 강수태·정연가의 각 진술이 기재된 공판조서에 대한 피고인의 열람 또는 등사청구가 거부되기는 하였지만 그 공판기일에서의 증인 강수태·정연가의 각 진술 자체는 증거로 사용할 수 있다고 판단하는 한편, 피고인의 양형부당의 항소이유를 받아들여 제1심판결을 파기하고 다시 판결하면서 법 제369조에 의하여 제1심판결에 기재한 증거를 인용하는 방식으로 증인 강수태·정연가의 각 진술을 유죄의 증거로 사용한 것은 증인의 진술을 기재한 공판조서의 증거능력에 관한 법리를 오해한 위법을 저질렀다 할 것이다.

그러나 기록에 의하면, 공소사실에 일부 부합하는 피고인의 원심법정에서의 진술, 증인 박영태, 임경택의 원심법정에서의 각 진술, 검사 작성의 피고인에 대한 각 피의자신문조서의 기재, 피고인이 증거로 함에 동의한 사법경찰관 작성의 김상진, 김삼권, 김삼열에 대한 각 진술조서의 기재, 의사 이천형 작성의 소견서의 기재 등을 종합하면, 피고인에 대한 이 사건 공소사실을 인정하기에 충분하므로 원심의 위와 같은 잘못은 판결에 영향이 없다고 할 것이다.

결국 이 부분 상고이유의 주장은 이유 없음에 돌아간다.

2. 증거신청의 채택 여부는 법원의 재량으로서 법원이 필요하지 아니하다고 인

정할 때에는 이를 조사하지 아니할 수 있는 것이므로(대법원 1995. 6. 13. 선고 95도826 판결 참조), 원심이 피고인의 증거신청을 채택하지 아니하였다 하여 반드시 위법하다고 할 수 없다.

3. 공판조서의 기재가 명백한 오기인 경우를 제외하고는 공판기일의 소송절차로서 공판조서에 기재된 것은 조서만으로써 증명하여야 하고, 그 증명력은 공판조서 이외의 자료에 의한 반증이 허용되지 않는 절대적인 것이다(대법원 1996. 4. 9. 선고 96도173 판결, 2002. 7. 12. 선고 2002도2134 판결 등 참조).

기록에 의하면, 원심 각 공판기일에 재판장이 피고인에게 전회 공판심리에 관한 주요사항의 요지를 고지한 것으로 공판조서에 기재되어 있음을 알 수 있고, 그 기재가 명백한 오기라고 볼 만한 자료가 없다.

따라서 이와 같은 공판조서의 기재 내용을 다투는 상고이유는 이유 없다.

4. 그러므로 상고를 기각하고, 상고 후의 구금일수 중 일부를 본형에 산입하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

【특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)】

대법원 2002. 10. 8. 선고 2001도3931 판결

【판결요지】

[1] 임의성 없는 진술의 증거능력을 부정하는 취지는, 허위진술을 유발 또는 강요할 위험성이 있는 상태 하에서 행하여진 진술은 그 자체가 실제적 진실에 부합하지 아니하여 오판을 일으킬 소지가 있을 뿐만 아니라 그 진위 여부를 떠나서 진술자의 기본적 인권을 침해하는 위법 부당한 압박이 가하여지는 것을 사전에 막기 위한 것이므로, 그 임의성에 다툼이 있을 때에는 그 임의성을 의심할 만한 합리적이고 구체적인 사실을 피고인이 입증할 것이 아니고 검사가 그 임의성의 의문점을 해

소하는 입증을 하여야 한다.

[2] 알선수재 사건의 공여자 등이 별건으로 구속된 상태에서 10여 일 내지 수십여 일 동안 거의 매일 검사실로 소환되어 밤늦게까지 조사를 받았다면 이들은 과도한 육체적 피로, 수면부족, 심리적 압박감 속에서 진술을 한 것으로 보여지므로 이들에 대한 진술조서는 그 임의성을 의심할 만한 사정이 있고, 검사가 그 임의성의 의문점을 해소하는 입증을 하지 못하면 위 진술조서는 증거능력이 없다고 한 사례

[3] 법원에 의하여 채택된 증인은 검사와 피고인 쌍방이 공평한 기회를 가지고 법관의 면전에서 조사·진술되어야 하는 중요한 증거자료의 하나로서, 비록 검사의 신청에 의하여 채택된 증인이라 하더라도, 그는 검사만을 위하여 증언하는 것이 아니며, 오로지 그가 경험한 사실대로 증언하여야 할 의무가 있는 것이고, 따라서 검사이든 피고인이든 공평하게 증인에 접근할 수 있도록 기회가 보장되지 않으면 안되며, 검사와 피고인 쌍방 중 어느 한편이 증인과의 접촉을 독점하거나 상대방의 접근을 차단하도록 허용한다면 이는 상대방의 공정한 재판을 받을 권리를 침해하는 것이 되고, 구속된 증인에 대한 편의제공 역시 그것이 일방당사자인 검사에게만 허용된다면 그 증인과 검사와의 부당한 인간관계의 형성이나 회유의 수단 등으로 오용될 우려가 있고, 또 거꾸로 그러한 편의의 박탈 가능성이 증인에게 심리적 압박수단으로 작용할 수도 있으므로 접근차단의 경우와 마찬가지로 공정한 재판을 해하는 역할을 할 수 있다.

[4] 알선수재 사건의 공여자의 증언이 검찰측의 헌법위반적인 증인 접근차단과 증인에 대한 편의제공 중에 이루어진 것으로서 신빙성이 없다고 한 사례

【이유】

변호인들의 상고이유(기간경과 후에 제출된 상고이유보충서는 상고이유를 보충하는 범위 안에서)를 함께 본다.

1. 1997. 2.경의 3,000만원 알선수재의 점에 대하여

가. 이 부분 공소사실의 요지