

형사절차에서의 인권보호

하는 문제는 지극히 어려운 문제라 할 것이고, 가사 있을 수 있다고 가정하더라도 이를 절대적으로 명확하게 판단한다는 문제는 더욱 어려운 문제로 결국 인간의 판단력으로서 불가능한 문제라 할 것이다. 그렇다면 국가는 모든 범죄인에 대한 개선가능성을 긍정적으로 받아들여야 할 것이며, 범죄의 책임이 범죄인 개인만이 아니라 그가 속하여 있는 사회에도 있다고 보아야 한다면, 범죄인에 대한 개선이라는 형벌의 한 목적을 결코 포기할 수는 없다고 할 것이다. 이와 같은 형벌의 목적 달성의 길이 있음에도 불구하고 사형제도를 존치함은 그 길을 포기하는 것으로써 사형제도의 정당성은 인정될 수 없다.

(2) 재판은 인간이 하는 심판이므로 오판을 절대적으로 배제할 수는 없고 오판이 시정되기 이전에 사형이 집행되었을 경우에는 비록 후일에 오판임이 판명되더라도 인간의 생명을 원상으로 복원시킬 수는 없는 것이므로 사형제도는 어떠한 이유로도 그 정당성을 설명할 수는 없다고 할 것이다.

(3) 사형이 인간의 죽음에 대한 공포본능을 이용한 가장 냉엄한 형벌로서 그 위하력을 통한 일반적 범죄예방효과를 거둘 수 있느냐는 문제는 오랫동안 많은 학자들이 실증적인 연구조사를 하여 오고 있다. 그러나 그 결과에 따르면 예방효과를 인정하는 견해는 소수에 불과하고 다수견해는 그 효과를 인정하지 아니하고 있는 실정이다. 이와 같이 사형제도로써도 형벌의 목적의 하나인 범죄의 일반적 예방의 실효를 거두고 있다고는 할 수 없으며 그 효과면에서 보더라도 무기징역형을 최고의 형벌로 정하는 경우와 비교하여 크나큰 차이가 있다고 할 수는 없다. 그렇다면 사형제도가 형벌의 한 수단으로서 적정하다거나 필요한 방법이라고는 할 수 없다.

다수의견은 이와 같은 효과가 클 것이라고 추정하고 기대하는 것이 논리적으로나 소박한 국민감정에 비추어 볼 때 부당하지 않다고 주장한다. 여기서 국민일반의 법감정이 무엇을 의미하는지는 알 수 없으나, 국민여론을 뜻하는 것으로 이해하면서 살펴보면, 여론조사는 알기회를 전혀 갖지 못한 대다수 국민의 평범한 생각으로, 알기회를 가져서 알고 있는 일부 국민의 생각을 비판하려는 의도로 행하여지는 경우가 허다하다. 예를 들면 “살인죄에 대한 사형은 당연<판례집 8-2, 562면> 하다”는 생각은 국민 대다수의 소박하고 평범한 서민감각이며 국민대다수는 이와 같은 서민감각을 쉽게 버릴 수 없을 것이므로 그들의 생각이 여론조사에 그대로 반영될

것은 뻔한 노릇이며, 이와 같은 여론조사 결과는, 모든 국민에게 필요한 정보를 완전하게 전달한 후가 아니면, 사형폐지론을 비판하는데에 남용되는 의도적인 산물에 불과할 뿐 국민일반의 법감정으로 정당화시킬 수는 없다. 또한 생명은 평범이상의 신비스런 외경의 존재이므로 이와 같은 평범한 서민감각을 일반의 경우와 동일하게 국민 일반의 법감정으로 승화하거나 정당화시킬 수는 없다. 따라서 다수의견이 내세우는 위 근거는 적어도 사형제도의 존치에 관한 설득력이 전혀 없다고 할 것이다.

(4) 사형이라 하여 무기징역형보다 반드시 위하력이 강하고 범죄발생의 예방효과가 높다고 보아야 할 합리적 근거를 발견할 수 없음은 앞서 본 실증적 연구조사 결과로 보아 분명하고, 영구히 사회로부터 범죄를 격리한다는 기능에 있어서는 사형과 무기징역간에 별다른 차이를 인정할 수 없으므로 반드시 사형제도를 통하지 아니하더라도 이를 대체하여 무기징역형 제도를 통하여 형벌의 목적을 충분히 달성할 수 있다고 할 것이다. 따라서 인간의 생명박탈이라는 가장 큰 피해를 입혀 생명권을 제한함은 피해의 최소성의 원칙에 반한다고 할 것이다.

(5) 다수의견은 인간의 생명을 부정하는 등의 범죄행위에 대한 불법적 효과로서 지극히 한정적인 경우에만 부과되는 사형은 죽음에 대한 인간의 본능적인 공포심과 범죄에 대한 응보욕구가 서로 맞물려 고안된 “필요악”으로서 불가피하게 선택된 것으로서, 지금도 여전히 기능하고 있다는 점에서 정당화 될 수 있다고 주장하나, 자연법적 요구는 오히려 인간의 생명권이 생존본능과 존재목적에 바탕을 둔 선택적이고 자연법적인 권리임을 요구하고 있다 함은 앞서 본 바와 같고 다수의견도 그 점에 관하여서는 수긍한 바 있음에도 불구하고, 인간의 죽음에 대한 본능적 공포심과 응보욕구가 맞물려 고안된 “필요악”으로서 불가피한 선택이라 운운함은 논리적으로 그 선후가 모순되어 수긍할 수 없다. 또한 다수의견이 그 논리의 전제로 삼고 있는, 즉 사형이 지극히 한정된 경우에만 부과되는 형벌이라는 전제는, <별지 3>에서 보는 바와 같이 우리의 각종 형사법이 광범위하게 사형을 규정하고 있는 실정을 외면하였거나, 이러한 실정이 지극히 한정된 경우의 실정이라는 주장으로 불 수밖에 없는 전제인 바, 이는 아전인수의 유도논리의 전제에 불과하며, 후손에게 지극히 한정된 경우라 함은 이러한 경우를 지칭하는 것이라고 가르치는 모습이 되어 곤혹스럽다.

또, 다수의견이 말하는 “필요악”으로서 불가피한 선택이라 함은 “생명박탈이 다

른 생명권의 보호보장이라”는 논리로도 이해되는 바, 이는 형법상 정당방위나 정당행위의 논리와 맥을 같이 하는 바, 자기의 생명에 대한 현재의 급박한 침해를 방위하기 위하여 부득이 그 침해자의 생명을 박탈할 수 밖에 없는 불가피한 선택의 경우라면 모르되, 그와 같은 경우가 아닌, 생명박탈범에 대하여 후일에 국가가 형벌로써 그의 생명을 박탈하는 경우(현재의 급박한 침해의 상태가 아닌 경우) 등은 생명을 박탈할 수 밖에 없는 불가피한 선택의 경우라고 강변할 수 없기 때문에 이 점에서 다수의견은 납득하기 어렵다.

따라서 다수의견은 어느 경우나 사형제도의 입법수단의 적정성이나 피해의 최소성·비례성 등 제원칙을 지켰다는 주장을 논증하지 못하고 있어 부당하다.

바. 사형제도는 시대의 변화(정치·사회·문화·국제사회 등 제분야에 있어서의 변천)에 순응하여 폐지되어야 한다.

고금을 통하여 사형제도의 존폐에 대한 논쟁이 이어져 오는 동안 오늘에 이르러서는 앞서 본 바와 같이 이 제도를 폐지한 국가들이 점차 늘어나고 있을 뿐만 아니라, 학계에서도 사형존치론을 적극적으로 주장하는 경우가 드물며, 다만 정치·사회·문화적 여건으로 보아 사형폐지는 시기상조라고 하거나 단계적인 폐지를 주장하는 경우가 많으나 대부분의 학자들이 사형폐지의 당위성만은 인정하고 있다. 그러나 우리나라는 이제 독재와 독선으로 일관하였던 헌정사를 마감하고 이른바 문민정치의 시대를 열어가고 있으며, 남녀고용평등, 노사공존, 각종 복지제도를 과감하게 실시하여 적절한 소득의 재분배, 빈부격차와 계층간 위화의 해소 등 국민총화를 이루어가고 있으며 각 종교와 자선단체의 노력으로 생명에 대한 외경심을 높이고 있을 뿐만 아니라, 사형수의 사면을 원하는 등 가해자를 용서하는 피해자들이 점차 증가하고 있는 등 귀감이 되어 국민의식이 크게 변화하고 있으며, 국제적으로는 시민적·정치적권리에 관한 국제협약(제6조 참조), 유럽인권협정인 인권및기본적자유보장을위한협정(제1조 참조)에서 사형제도의 폐지를 강조하고 있으며 이들 협정에 가입한 국가들이 점차 증가하고 있는 추세이다.

이와 같은 시대의 변화를 외면하고 아직도 존치론이나 시기상조론 및 단계적 폐지론을 고집할 수는 없다고 할 것이므로, 우리 헌법재판관은 시대의 변화에 순응하여 과감하게 사형제도가 위헌임을 선언함으로써 사회개혁에 선도적 역할을 다하여

야 할 것으로 믿는다.

사. 나는 지금까지 사형제도의 존폐에 관하여 오랫동안 좌고우면(左顧右盼)하여 왔으나 이제 이와 같은 태도를 버리고 이 시대에 우리 헌법재판관에게 지워진 소명에 따라 사형제도의 폐지를 주장하면서 다수의견을 반대하기에 이르렀다. 이 사건의 경우 주문 제1항은 “형법 제41조 제1호, 제250조 제1항은 헌법에 위반된다”라고 함이 마땅하다.

형사소송법 제221조의2 규정에 대한 헌법소원

<헌법재판소 전원재판부 1996. 12. 26. 94헌바1 [위헌]>

【결정요지】

1. 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판은 심판대상이 된 법률조항이 헌법에 위반되는 여부가 관련사건에서 재판의 전제가 된 경우에 한하여 청구될 수 있는데, 여기서 “재판”이라 함은 판결·결정·명령 등 그 형식 여하와 본안에 관한 재판이거나 소송절차에 관한 재판이거나를 불문하며, 심급을 중국적으로 종결시키는 중국재판뿐만 아니라 중간재판도 이에 포함된다. 법 제295조에 의하여 법원이 행하는 증거채부결정은 당해 소송사건을 중국적으로 종결시키는 재판은 아니라고 하더라도, 그 자체가 법원의 의사결정으로서 헌법 제107조 제1항과 헌법재판소법 제41조 제1항 및 제68조 제2항에 규정된 재판에 해당된다.

2. 헌법 제27조가 보장하고 있는 공정한 재판을 받을 권리 속에는 신속하고 공개된 법정의 법원의 면전에서 모든 증거자료가 조사·진술되고 이에 대하여 피고인이 공격·방어할 수 있는 기회가 보장되는 재판, 즉 원칙적으로 당사자주의와 구두변론주의가 보장되어 당사자가 공소사실에 대한 답변과 입증 및 반증하는 등 공격·방어권이 충분히 보장되는 재판을 받을 권리가 포함되어 있다. 피고인 등의 반대신문권을 제한하고 있는 법 제221조의2 제5항은 피고인들의 공격·방어권을 과도히 제한하는 것으로써 그 자체의 내용이나 대법원의 제한적 해석에 의하더라도 그 입법목적 달성에 필요한 입법수단으로서의 합리성 내지 정당성이 인정될 수는 없다고 할 것이므로, 헌법상의 적법절차의 원칙 및 청구인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해하고 있다.

3. 가. 헌법심판의 대상이 된 법률조항 중 일정한 법률조항이 위헌선언된 경우 같은 법률의 그렇지 아니한 다른 법률조항들은 효력을 그대로 유지하는 것이 원칙이다. 그러나 예외적으로 합헌으로 남아 있는 나머지 법률조항만으로는 법적으로

독립된 의미를 가지지 못하거나, 위헌인 법률조항이 나머지 법률조항과 극히 밀접한 관계에 있어서 전체적·종합적으로 양자가 분리될 수 없는 일체를 형성하고 있는 경우, 위헌인 법률조항만을 위헌선언하게 되면 전체규정의 의미와 정당성이 상실되는 때에는 위헌으로 선언된 법률조항을 넘어서 다른 법률조항 내지 법률 전체를 위헌선언하여야 할 경우가 있다. 증인신문절차의 참여권 및 반대신문권을 규정하고 있는 법 제221조의2 제5항은 같은 조 제2항의 증인신문절차의 핵심적 구성부분이라고 보아야 하므로, 위 제5항을 위헌선언하는 경우에는, 위 제2항도 함께 위헌선언함이 타당하다.

나. 법은 형사절차 중 증거판단과 사실인정에 관하여 헌법상의 적법절차를 구현하기 위하여 자유심증주의를 원칙으로 규정하고 있는데, 이때 자유심증주의란 법관의 자의적인 증거판단과 사실인정을 의미하는 것이 아니라 법관의 합리적인 자유심증에 따른 사실인정과정을 의미하는 것이므로, 법관의 올바른 자유심증을 위하여는 당사자가 절차의 주체가 되어 자유롭게 각자에게 유리한 모든 증거를 제출하여 활발한 입증활동을 하는 가운데 법관도 객관적인 입장에서 증거를 자유롭게 평가할 수 있는 여건이 갖추어질 것을 전제로 한다. 법 제221조의2 제2항은 범인필벌의 요구만을 앞세워 과잉된 입법수단으로 증거수집과 증거조사를 허용함으로써 법관의 합리적이고 공정한 자유심증을 방해하여 헌법상 보장된 법관의 독립성을 침해할 우려가 있으므로, 결과적으로 그 자체로서도 적법절차의 원칙 및 공정한 재판을 받을 권리에 위배되는 것이다.

<재판관 김진우의 반대의견>

2, 3. 법 제221조의2에 의한 제1회 공판기일전의 증인신문절차는 목격자나 피해자의 진술을 증거보전해 돕으로써 그 증거능력을 확실히 담보하기 위한 제도로써 그 독자적 필요성이 인정되고, 수사에 지장이 없는 한 피고인 등을 증인신문에 참여시키도록 해석함으로써 재량규정을 강행규정으로 운영할 여지가 충분히 있으며, 법관이 중립적이고 전문적인 입장에서 증언의 진정성이 확보될 수 있도록 증인신문절차를 주재할 수 있으므로, 그 자체가 헌법상 적법절차에 반한다거나 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다고 할 수는 없다. 오히려 위 절차에서 작성된 증인신문조서에 대하여 당연한 증거능력을 인정하는 법 제311조 후문의 위헌성이 문제될 뿐이다.

형사절차에서의 인권보호

<재판관 신창언의 반대의견>

2. 수사절차에 있어서는 공판절차와는 달리 원칙적으로 그 신속성·밀행성의 요 청상 공판절차 중심의 탄핵주의나 당사자주의 소송구조가 엄격히 적용될 수는 없으며, 따라서 피의자 등의 반대신문권 보장이 반드시 필요한 것은 아니므로, 다수의견이 우리 형사소송법상의 증인신문청구제도가 절차상 피의자측의 반대신문권이 보장되어 있지 아니한 결과 그 기본권제한의 효과가 입법목적에 비하여 과잉될 뿐 아니라, 법관의 합리적이고 공정한 자유심증을 방해하여 헌법상 보장된 법관의 독립성을 침해한다고 하는 것은 범죄수사와 수사절차의 본질을 바로 보지 못한 편향된 견 해라 할 것이다.

3. 법 제221조의2 제5항의 위헌선고로 피의자측의 반대신문권이 보장되는 경우 그 자체로서 다수의견이 주장하는 핵심적인 위헌요소가 해소될 뿐 아니라 같은 조 제2항의 증인신문청구제도 자체도 그 절차적 정당성과 제도적 타당성이 현저히 강화될 것이므로, 단지 제5항에 대해서만 위헌을 선고하면 족한 것이지, 제2항까지도 위헌을 선고하여야 한다는 것은 도저히 납득할 수 없는 논리의 비약이다.

<재판관 김용준의 법 제221조의2 제5항 중 제2항에 관한 부분에 대한 의견과 같은 법조 제2항에 관한 반대의견>

2. 형사소송의 지도원리로 되어 있는 소극적 실체진실주의는 헌법이 보장하고 있는 적법절차의 원칙이 형사증거법에 반영된 필연적인 결과이다. 법 제221조의2 제5항 중 제2항에 관한 부분이 범인필벌의 요청을 앞세워 피고인 등의 반대신문권이 박탈될 수 있는 여지를 용인하는 것은 소극적 실체진실주의의 요구를 전면적으로 후퇴시키는 것으로서 그 합리성과 정당성을 인정할 수 없는 것이다.

3. 공판기일전 증인신문제도 자체는 국가형벌권을 엄정하게 실현하기 위한 데 그 목적이 있는 것으로서 형사소송에 있어서 간과할 수 없는 중요이념의 하나인 적 극적 실체진실주의의 요구가 반영된 결과이다. 따라서 범죄의 증명에 없어서는 아니 될 진술의 번복가능성을 요건으로 삼아 검사로 하여금 법원에 증거보전을 청구할 수 있도록 규정한 법 제221조의2 제2항 자체의 내용은 합리적이고 정당한 이유와 근거에 바탕을 두고 있는 것이므로 헌법상의 적법절차의 원칙에 위배되거나 국민의 재판청구권을 침해하는 것이라고 할 수는 없다.

법 제221조의2 제5항 중 제2항에 관한 부분에 대하여 위헌결정을 할 경우 피고인 등의 증인신문절차참여권과 반대신문권이 당연히 보장되게 됨에 따라 같은 조 제2항에 의한 제1회 공판기일전 증인신문절차는 통상의 증거보전절차와 사실상 중복되어 증거보전의 제도로서 특별히 독립된 의미를 가질 수 없게 됨은 부인할 수 없다. 그러나 헌법재판소로서는 특정한 제도가 다른 일반적인 제도와 사실상 같은 기능을 발휘하기 때문에 독립된 의미나 존치의 필요성이 따로 없다는 이유만으로 곧바로 그 제도에 대하여 위헌의 결정을 할 권한은 없다.

【주 문】

형사소송법 제221조의2(1973. 1. 25. 법률 제2450호 신설) 제2항 및 제5항 중 같은 조 제2항에 관한 부분은 헌법에 위반된다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 1993. 7. 31. 서울형사지방법원 93고합1570 특수공무집행방해치사 등 피고사건으로 기소되었다. 그 이전인 같은 달 29. 위 법원은 같은 법원 93초3657로 형사소송법 제221조의2 제2항에 따라 검사의 청구에 의하여 사건의 목격자인 청구 의 신춘균에 대하여 증인신문을 하였는데, 검사는 이때 작성된 조서를 위 형사사건에서 증거로 제출하였고 법원은 이를 증거로 채택하는 결정을 하였다.

이에 청구인은 위 형사사건 계속 중 위 신춘균에 대한 증인신문의 근거가 되었던 형사소송법 제221조의2 제2항 및 제5항이 피고인의 반대신문권을 보장하지 않고 있음에도 불구하고 이때 작성된 조서는 형사소송법 제311조에 의하여 증거능력이 인정되므로, 결과적으로 위 형사소송법 규정은 적법절차, 변호인의 조력을 받을 권리, 공정한 재판을 받을 권리, 공개재판을 받을 권리 및 무죄로 추정될 권리를 보장하고 있는 헌법 제12조 제1항·제4항, 헌법 제27조 제1항·제3항·제4항 및 헌법 제37조를 침해하고 있고 그 위헌여부가 재판의 전제가 된다고 하여, 같은 법원 93 초4943으로 위 형사소송법 규정에 대하여 위헌여부심판의 제청을 신청하였다. 청구인의 신청이 1993. 12. 20. 기각되어 그 기각결정이 같은 달 27. 청구인에게 송달되

자, 청구인은 1994. 1. 8. 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 형사소송법(이하 '법'이라 한다) 제221조의2(1973. 1. 25. 법률 제2450호 신설) 제2항(이하 '이 사건 제2항'이라 한다) 및 제5항 중 제2항에 관한 부분(이하 '이 사건 제5항'이라 한다)의 위헌여부이다.

제221조의2(증인신문의 청구) ② 전조의 규정에 의하여 검사 또는 사법경찰관에게 임의의 진술을 한 자가 공판기일에 전의 진술과 다른 진술을 할 염려가 있고 그의 진술이 범죄의 증명에 없어서는 아니될 것으로 인정될 경우에는 검사는 제1회 공판기일전에 한하여 판사에게 그에 대한 증인신문을 청구할 수 있다.

③, ④ 생략.

⑤ 판사는 수사에 지장이 없다고 인정할 때에는 피고인·피의자 또는 변호인을 제1항 또는 제2항의 청구에 의한 증인신문에 참여하게 할 수 있다.

⑥ 생략.

2. 청구인의 주장과 이해관계인의 의견

가. 청구인의 주장요지

(1) 이 사건 법률조항들은 증거능력을 부여하는 제도를 규정하고 있으므로, 그 위헌여부에 따라 관련소송의 재판결과를 달리할 수 있다. 따라서 재판의 전제성이 인정된다.

(2) 헌법 제12조 제1항·제4항, 헌법 제27조 제1항·제3항·제4항을 종합하면, 우리 헌법이 “공정한 재판”을 받을 권리를 보장하고 있음이 명백하다. 형사재판절차에서 자기에게 불리한 증인을 신문할 권리는 공정한 재판을 받을 권리의 본질적이고도 핵심적인 내용이다. 이 사건 법률조항들은 반대신문의 기회가 주어지지 아니한 채 행해진 증인신문절차에서의 증언 및 그 조서에 대하여 증거능력을 인정함으로써 헌법상의 공정한 재판을 받을 권리를 침해하고 있고, 아울러 기본권을 법률로 제한하는 경우에는 그 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다는 헌법 제37조

규정에도 위반된다.

나. 법원의 제청신청기각 이유

(1) 재판의 전제성이 있기 위해서는 이 사건 법률조항들이 헌법에 위반되는지의 여부에 따라 당해 사건을 담당할 법원이 다른 내용의 재판을 하게 되어야 하는데, 청구인에 대한 위 형사재판에서 만일 청구인이 무죄로 인정되는 경우에는 위 공판기일전 증인신문조서의 증명력이 배척될 것이므로 재판의 전제성이 없게 될 것이며, 또 청구인이 유죄로 인정되는 경우에도 위 공판기일전 증인신문조서를 제외하고 동일한 내용인 위 형사절차의 공판기일에서 위 신춘균이 한 진술만에 의하여도 유죄로 인정될 수 있는 것이므로 이 경우에도 역시 재판의 전제성은 없게 된다고 할 것이다.

(2) 위 신춘균에 대한 공판기일전 증인신문절차는 청구인 및 그 변호인인 변호사 유선호가 함께 참여하여 반대신문을 한 상태에서 행해졌다. 또한 위 신춘균은 위 형사소송절차의 제4회 공판기일에서 다시 변호인측 증인으로 출석하여 변호인들로부터 충분한 신문을 받았고, 그 진술내용 역시 위 공판기일전 증인신문절차에서의 진술내용과 대부분 동일하였다. 따라서 청구인은 ‘공정한 재판을 받을 권리’를 침해받지 아니하였다.

다. 검찰총장의 의견

입법부는 형사절차의 증거능력부여제도에 관하여 광범한 입법형성권을 가진다. 우리 형사소송법은 증거의 종류에 따라 증거능력을 부여하는 방법·기준 등을 개별적으로 규정하고 있는 한편 별도의 증거능력을 부여하는 행위가 없더라도 일정한 여건이나 상황에서 작성된 증거에 증거능력을 부여하는 예외조항도 마련하고 있다. 이 사건 법률조항들은 입법부의 입법형성권의 범위내에서 결정된 것으로서 청구인의 기본권을 침해한 바 없다.

3. 판 단

가. 적법성에 관한 판단

헌법재판소법 제68조 제2항은 “제41조 제1항의 규정에 의한 법률의 위헌여부심판의 제청신청이 기각된 때에는 그 신청을 한 당사자는 헌법재판소에 헌법소원심판

을 청구할 수 있다”라고 규정하고 있고, 헌법재판소법 제41조 제1항은 “법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 때에는 당해 사건을 담당하는 법원은 직권 또는 당사자의 신청에 의한 결정으로 헌법재판소에 위헌여부의 심판을 제청한다.”라고 규정하고 있으므로, 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판은 심판대상이 된 법률조항이 헌법에 위반되는 여부가 관련사건에서 재판의 전제가 된 경우에 한하여 청구될 수 있다.

여기서 “재판”이라 함은 판결·결정·명령 등 그 형식 여하와 본안에 관한 재판이거나 소송절차에 관한 재판이거나를 불문하며(헌법재판소 1994. 2. 24. 선고, 91헌가3 결정 참조), 심급을 종국적으로 종결시키는 종국재판뿐만 아니라 중간재판도 이에 포함된다고 하겠다. 법관이 법원으로서 어떠한 의사결정을 하여야 하고 그 때 일정한 법률조항의 위헌여부에 따라 그 의사결정의 결론이 달라질 경우에는, 우선 헌법재판소에 그 법률에 대한 위헌여부의 심판을 제청한 뒤 헌법재판소의 심판에 의하여 재판하여야 한다는 것이 법치주의의 원칙과 헌법재판소에 위헌법률심판권을 부여하고 있는 헌법 제111조 제1항 제1호 및 헌법 제107조 제1항의 취지에 부합하기 때문이다.

그러므로 법 제295조에 의하여 법원이 행하는 증거채부결정도 당해 소송사건을 종국적으로 종결시키는 재판은 아니라고 하더라도, 그 자체가 법원의 의사결정으로서 헌법 제107조 제1항과 헌법재판소법 제41조 제1항 및 제68조 제2항에 규정된 재판에 해당된다고 할 것이다.

그리고 일정한 법률조항이 재판의 전제가 된다고 하려면 그 법률조항의 위헌여부에 따라 재판의 결론이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우를 말한다(헌법재판소 1994. 12. 29. 선고, 92헌바22 결정 ; 1995. 5. 25. 선고, 93헌바33 결정 등 참조). 이 사건 제2항 및 제5항은 관련사건에서 법원의 증거채부결정에 직접 적용되는 법률조항은 아니나 증거채부결정의 대상이 된 조서의 증거능력에 영향을 미침으로써, 그 위헌여부에 따라 법원이 그 조서를 증거로 채택할 수 있느냐 없느냐의 증거채부결정의 결과를 좌우하고 있다 할 것이다. 그렇다면 이 사건 법률조항들을 심판대상으로 하는 이 사건 헌법소원심판은 적법하다(이러한 관점에서 볼 때, 추후에 공판기일에서의 증인신문절차에서 반대신문권이 보장되었다는 사실이나 공판기일전 증인신문조서 없이도 피고인을 유죄로 인정하기에 충분하

었다는 사후판단적 사실 내지 실제로 위 신춘균에 대한 공판기일전 증인신문절차에서 반대신문이 행해졌다는 사실 등은, 위 법원의 증거채부결정의 결론에 아무런 영향이 없는 사실로서 이 사건 재판의 전제성을 판단하는데 아무런 영향을 미치지 못한다고 본다).

나. 헌법의 적법절차와 형사소송절차의 원칙

(1) 헌법의 적법절차와 재판청구권

우리 헌법 제12조 제1항 후문은 “누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다”고 규정하여 적법절차의 원칙을 헌법원리로 수용하고 있는바, 이 적법절차의 원칙은 법률이 정한 형식적 절차와 실제적 내용이 모두 합리성과 정당성을 갖춘 적정한 것이어야 한다는 실질적 의미를 지니고 있는 것으로서 특히 형사소송절차와 관련시켜 적용함에 있어서는 형사소송절차의 전반을 기본권 보장의 측면에서 규율하여야 한다는 기본원리를 천명하고 있는 것으로 이해하여야 한다(헌법재판소 1992. 12. 24. 선고, 92헌가8 결정 참조). 또한 헌법은 제27조 제1항에서 “모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다.”라고 규정하고 같은 조 제3항에서 “모든 국민은 신속한 재판을 받을 권리를 가진다. 형사피고인은 상당한 이유가 없는 한 지체없이 공개재판을 받을 권리를 가진다”라고 규정하여 공정하고 신속한 공개재판을 받을 권리를 보장하고 있는바, 이 재판청구권은 재판절차를 규율하는 법률과 재판에서 적용될 실제적 법률이 모두 합헌적이어야 한다는 의미에서의 법률에 의한 재판을 받을 권리뿐만 아니라, 비밀재판을 배제하고 일반 국민의 감시하에서 심리와 판결을 받음으로써 공정한 재판을 받을 수 있는 권리를 포함하고 있다. 이 공정한 재판을 받을 권리 속에는 신속하고 공개된 법정의 법관의 면전에서 모든 증거자료가 조사·진술되고 이에 대하여 피고인이 공격·방어할 수 있는 기회가 보장되는 재판, 즉 원칙적으로 당사자주의와 구두변론주의가 보장되어 당사자가 공소사실에 대한 답변과 입증 및 반증하는 등 공격·방어권이 충분히 보장되는 재판을 받을 권리가 포함되어 있다(헌법재판소 1996. 1. 25. 선고, 95헌가5 결정 ; 1994. 4. 28. 선고, 93헌바26 결정 등 참조). 그렇다면 형사재판의 증거법칙과 관련하여서는 소극적 진실주의가 헌법적으로 보장되어 있다 할 것이다. 즉 형사피고인으로서의 형사소송절

형사절차에서의 인권보호

차에서 단순한 처벌대상이 아니라 절차를 형성·유지하는 절차의 당사자로서의 지위를 향유하며 형사소송절차에서는 검사에 대하여 “무기대등의 원칙”이 보장되는 절차를 향유할 헌법적 권리를 가진다 할 것이다. 그런데 헌법이 공정한 재판을 받을 권리의 구체적인 내용까지 모두 규정하고 있다고는 볼 수 없다. 헌법이 보장하는 공정한 재판절차를 어떠한 내용으로 구체화 할 것인가의 문제는 우선적으로 입법자의 과제이기 때문이다. 다만 입법자는 형사소송절차를 규율함에 있어서 형사피고인인 국민을 단순한 처벌대상으로 전락시키는 결과를 초래하는 등 헌법적으로 포기할 수 없는 요소를 무시한 재판절차를 형성할 수 없다는 입법형성의 한계를 가진다 할 것이다. 따라서 형사소송에 관한 절차법에서 소극적 진실주의의 요구를 외면한 채 범인필벌의 요구만을 앞세워 합리성과 정당성을 갖추지 못한 방법이나 절차에 의한 증거수집과 증거조사를 허용하는 것은 적법절차의 원칙 및 공정한 재판을 받을 권리에 위배되는 것으로서 헌법상 용인될 수 없다.

(2) 제1회 공판기일전 증인신문제도의 법적 성격

(가) 현행법은 수사의 방법을 원칙적으로 임의수사에 의하도록 하면서 강제수사는 특별한 규정이 있을 경우에만 예외적으로 허용하고 있다(법 제199조 제1항). 범죄의 증명에 유력한 증거가 제3자의 진술에 의존하고 있을 경우에도 검사나 사법경찰관은 우선 그에 대하여 출석을 요구하고 그로부터 임의의 진술을 들을 수 있을 뿐이다(법 제221조). 다만 제3자의 진술이 수사에 없어서는 아니됨에도 불구하고 제3자가 출석요구나 진술요구에 응하지 아니하거나 제3자가 수사기관에서 임의의 진술을 하였다면 공판정에서 이와 다른 진술을 할 우려가 있을 경우에는, 예외적으로 강제적으로 제3자의 진술을 확보하거나 제3자가 수사기관에서 행한 진술의 증명력이나 증거능력을 사전에 확보할 필요가 있다.

이 사건에서 문제가 되고 있는 법 제221조의2 소정의 ‘제1회 공판기일전의 증인신문절차’는 바로 위와 같은 필요에 부응하기 위하여 법이 마련하고 있는 제도이다. 위 증인신문절차는 검사만이 제1회 공판기일전에 청구할 수 있는데, 청구의 사유는 ① 범죄의 수사에 없어서는 아니될 사실을 안다고 명백히 인정되는 자가 검사 또는 사법경찰관의 출석요구 또는 진술요구를 거부한 경우(같은 조 제1항)와 ② 검사 또는 사법경찰관에게 임의의 진술을 한 자가 공판기일에 전의 진술과 다른 진술을 할 염려가 있고 그의 진술이 범죄의 증명에 없어서는 아니될 것으로 인정되는 경우(같은 조 제2항)로 한정되어 있다. 이 중 제1항이 정하고 있는 사유는 수사의 진전을 도모하기 위한 것이고 이 사건의 심판대상으로 되어 있는 이 사건 제2항이 정하고 있는 사유는 증거의 보전을 위한 것이라고 말할 수 있다.

우리 법은 이 밖에도 증거의 보전을 위한 일반적 제도를 따로 마련하여 놓고 있는데 그것이 바로 법 제184조에서 규정한 증거보전절차이다. 증거보전절차는 위 증인신문절차와는 달리 검사 외에 피고인·피의자 또는 그 변호인(이하 ‘피고인 등’이라 한다)도 청구할 수 있고 그 청구의 사유도 미리 증거를 보전하지 아니하면 그 증거를 사용하기 곤란한 사정(불가피성 및 긴급성)이 있는 경우로 폭넓게 규정하고 있다. 이때 증거를 사용하기 어려운 사정이 있다 함은 증인의 경우 사망·장기여행 등으로 신문이 곤란한 경우를 의미한다고 해석되고 있다.

이 사건의 제1회 공판기일전 증인신문제도는 아래에서 보는 바와 같이 그 신문절차에서 피고인·피의자 또는 변호인의 참여권이 부분적·제한적으로만 보장된다는 점과 그럼에도 불구하고 그 신문절차에서 작성된 조서에 당연히 증거능력이 부여된다는 점에서 그 특징을 찾아볼 수 있다.

이 사건의 제1회 공판기일전 증인신문제도는 아래에서 보는 바와 같이 그 신문절차에서 피고인·피의자 또는 변호인의 참여권이 부분적·제한적으로만 보장된다는 점과 그럼에도 불구하고 그 신문절차에서 작성된 조서에 당연히 증거능력이 부여된다는 점에서 그 특징을 찾아볼 수 있다.

(나) 외국에서도 우리나라의 위와 같은 공판기일전 증인신문청구제도가 마련되어 있음을 볼 수 있으나 외국의 제도는 증인신문을 시행한 조서에 대하여 우리나라와 같이 당연히 증거능력을 부여하고 있지 않은 점에서 근본적인 차이가 있다.

일본 형사소송법은 범죄의 수사에 없어서는 안 될 지식을 가지고 있음이 명백히 인정되는 자가 제223조 제1항의 규정에 의한 취조에 대하여 출두 또는 공술을 거부하는 경우이거나(제226조) 제223조 제1항의 규정에 의한 검찰관·검찰사무관 또는 사법경찰직원의 취조에 있어서 임의의 공술을 한 자가 공판기일에 있어서는 압박을 받아 전에 한 공술과 다른 공술을 할 우려가 있고 또 그 자의 공술이 범죄의 성립에 없어서는 안 된다고 인정되는 경우에(제227조) 제1회 공판기일전에 한하여 검찰관은 재판관에게 그 자에 대한 증인신문을 청구할 수 있으며, 그 신문절차에서 재판관은 수사에 지장이 생길 우려가 없다고 인정되는 경우에는 피고인·피의자 또는 변호인을 그 심문에 입회하게 할 수 있다(제228조 제2항)라고 규정하고 있는바, 일본의 공판기일전 증인신문제도는 그 요건과 절차의 면에서 우리의 공판기일전 증인신문제도와 거의 비슷하다고 하겠다. 그러나 일본의 경우 우선 일본 헌법 제37조

제2항에 “형사피고인은 모든 증인에 대하여 심문할 기회를 충분히 부여받아야 한다”라고 규정하여 재판소의 직권에 의하여 또는 소송당사자의 청구에 의하여 환문한 증인에 관해 반대신문의 기회를 충분히 부여하지 않으면 안된다는 원칙을 대전제로 하고 있고, 공판기일전 증인신문절차에서 작성된 조서는 그 진술자가 사망·정신 또는 신체의 고장·소재불명 또는 국외에 체류중이어서 공판준비 또는 공판기일에서 진술을 할 수 없거나 진술자가 공판준비 또는 공판기일에 종전의 진술과 다른 진술을 한 경우에 한하여 이를 증거로 할 수 있을 뿐이다(제321조 제1항 제1호). 이에 반하여 우리 나라의 경우 공판기일전 증인신문절차에서 작성된 조서는 당연히 증거로 사용될 수 있다는 점에서 일본에 비하여 그 증거법상의 효과의 면에서 큰 차이를 보이고 있다.

또한 독일에서도 우리의 공판기일전 증인신문제도와 비슷한 제도를 찾아볼 수 있다. 우선 독일형사소송법은 제162조에서 검사는 판사에 의한 조사행위(이 조사행위에는 증인신문이 포함되는 것으로 해석되고 있다)가 필요하다고 인정하는 경우에는 지방법원판사에게 이를 청구하도록 규정하면서 제168조의c 제2항 및 제3항에서 이때 판사가 증인 또는 감정인을 신문할 경우에는 검사·피의자 및 변호인에게 참여를 허락하여야 하나, 피의자의 참여가 조사의 목적을 위태롭게 할 때에는 심리시에 그를 참여시키지 아니할 수 있다(같은 조 제3항 제2문에 의하면 이 규정은 증인이 피의자의 면전에서 진실을 말하지 않을 우려가 있을 때에만 적용한다)라고 규정함으로써 우리의 공판기일전 증인신문제도보다는 완화된 요건과 절차를 규정하고 있다. 그러나 독일 형사소송법은 제250조에서 공판절차에서 증인 등에 대한 신문은 종전의 신문에서 작성된 조서나 기타 진술서면으로 대체될 수 없다는 원칙을 규정하고 제251조 이하에서 그 예외를 규정하고 있는데 공판기일전 증인신문절차에서 작성된 조서와 관련된 제251조에 의하면, 증인·감정인 또는 공동피의자가 사망하거나 정신병에 걸렸거나 그의 국내체류가 밝혀질 수 없는 경우, 증인·감정인 또는 공동피의자의 공판기일출석이 질병·노쇠 기타 제거할 수 없는 방해로 인하여 장기 또는 무기로 방해받고 있는 경우, 증인 또는 감정인의 진술의 중요성에 비추어 증인 또는 감정인의 공판기일출석이 장거리출타로 인하여 기대될 수 없는 경우 또는 검사·변호인 및 피고인이 낭독에 합의한 경우에 한하여 그에 대한 종전의 법원에 의한 신문을 기재한 조서를 낭독하는 것으로 증인·감정인 또는 공동피의자에 대한

신문을 대신할 수 있도록 규정되어 있다. 따라서 독일의 경우 공판기일전 증인신문절차에서 작성된 조서는 위와 같은 일정한 요건 아래에서만 낭독으로 대신되는 증거로 사용될 수 있을 뿐인데 이러한 증거법상의 효과는 공판기일전 증인신문조서를 항상 증거로 사용할 수 있도록 규정하고 있는 우리 나라의 제도와 커다란 차이점을 보여준다 할 것이다.

미국의 경우 형사소송절차는 철저한 공판중심주의·당사자주의에 의하여 수행되므로 제1회 공판기일전에 피의자측의 참여가 배제된 상태에서 이루어지는 증거보전 제도는 존재하기 어렵다 할 것이다.

다. 형사소송법 제221조의2 제5항 중 제2항에 관한 부분의 위헌성

법 제221조의2 제5항은 공판기일전 증인신문절차에서의 피고인·피의자 또는 변호인의 참여권에 관하여 규정하면서 “판사는 수사에 지장이 없다고 인정할 때에는 피고인·피의자 또는 변호인을 제1항 또는 제2항의 청구에 의한 증인신문에 참여하게 할 수 있다.”라고 정함으로써 피고인 등이 같은 조 제2항의 증인신문절차에 참여할 수 있는지의 여부를 판사의 재량사항으로 정하고 있는바, 이는 통상의 증인신문절차에서 보장되는 당사자의 참여·신문권에 비하여 그 권리의 내용을 제한적으로 규정하고 있다. 즉 통상의 증인신문절차를 정한 법 제163조 제1항에서는 검사, 피고인 또는 변호인은 증인신문에 참여할 수 있다. 같은 조 제2항에서는 증인신문의 시일과 장소는 전항의 규정에 의하여 참여할 수 있는 자에게 미리 통지하여야 한다라고 규정되어 당사자의 참여·신문권이 포괄적으로 보장되고 있기 때문이다. 그런데 법 제311조 후문의 규정에 의하면 법은 위 증인신문절차에서 이루어진 조서에 대하여 당연히 증거능력을 부여하고 있으므로 공판절차에서 그 조서가 증거로 제출된 경우 위 증인신문절차에 참여하지 못한 피고인이 그 진술의 신빙성을 탄핵하기 위하여 원진술자에 대한 증인신문을 신청하더라도 그 신청이 반드시 채택되리라는 보장은 없게 되는데, 이는 결과적으로 피고인 등의 증인에 대한 반대신문의 기회를 박탈하는 의미를 가진다고 하겠다.

한편 위 조항의 해석에 관하여 대법원은 “법 제184조에 의한 증거보전절차에서는 그 증인신문시 그 일시와 장소를 피의자 및 변호인에게 미리 통지하지 아니하여 증인신문에 참여할 기회를 주지 아니한 경우에는 증거능력이 없고, 법 제221조의2

에 의한 증인신문도 제1회 공판기일 전에 하는 증인신문이고 법 제311조에 의하여 당연히 증거능력이 인정되는 점에 있어서는 다를 바 없으므로, 법원은 그 균형상으로도 제5항에 의한 증인신문을 함에 있어서 수사에 특별한 지장이 있다고 인정되는 경우가 아니면 피고인, 피의자나 변호인에게 참여의 기회를 주는 것이 옳다”고 판시하여(대법원 1992. 9. 22. 선고, 92도1751 판결 참조) 제1회 공판기일전 증인신문 절차에 대한 피고인 등의 참여를 가급적 폭넓게 허용하도록 해석하고는 있으나, 이러한 해석에 의하더라도 ‘수사에 특별한 지장이 있는 때’에는 피고인 등의 절차참여가 배제될 가능성이 존재하게 되어 피고인 등의 반대신문권이 박탈될 소지는 여전하다 할 것이다.

이에 증거능력이 무조건 인정되는 조서가 작성되는 증인신문절차에서 당사자의 참여·신문권을 제한적으로만 보장하고 있는 법 제221조의2 제5항이 적법절차의 원칙 및 청구인의 재판청구권을 침해하는 것은 아닌가라는 의문이 제기된다.

생각건대, 이 사건 제2항이 정하는 ‘수사기관에게 임의의 진술을 한 자가 공판기일에 전의 진술과 다른 진술을 할 염려가 있는 경우’나 대법원의 해석과 같이 ‘수사상에 특별한 지장이 있는 때’라 함은 피고인 등의 참여하에 증인신문이 이루어지면 피의자나 피고인측의 협박이나 회유 등에 의하여 그 증인이 진실에 어긋나는 진술을 할 가능성이 커서 범인필벌을 위한 진실규명이 곤란하게 되는 경우를 의미한다고 볼 수 있다. 이러한 경우 피고인 등의 절차참여를 배제하면 증인으로서의 편안한 마음으로 자신이 알고 있는 사실을 그대로 진술할 수 있을 것이고 이때 작성된 증인신문조서에 증거능력을 부여한다면 공소유지와 형사소송절차에서의 적극적 진실규명에 적지 않은 도움을 줄 것임은 부인할 수 없다.

그러나 이러한 입법목적만으로는 피고인 등의 절차참여와 반대신문의 기회를 박탈할 가능성을 규정하고 있는 이 사건 제5항을 정당화하거나 합리화하기에는 부족하다고 아니할 수 없다. 원래 진술증거는 진술자의 기억이나 표현에 오류가 개입할 가능성이 크고 또 신문자의 신문방식이나 기술에 따라서 진술자의 의사와 다른 내용이 전달될 가능성도 큰 것이다. 이를 바로 잡기 위한 가장 기본적 제어장치가 상대방사자의 반대신문권인바, 법은 이를 실질적·적극적으로 보장하기 위하여 직접적으로 공판절차 또는 공판준비절차의 증인신문에서 그 증인의 증명력을 탄핵할 수 있게 하기 위하여 반대신문권을 보장하는데(법 제161조의2 제1항) 그치지 아니하고,

더 나아가 증거능력 부여과정에서도 반대신문권이 행사될 수 있도록 전문증거의 증거능력을 제한하기에 이르고 있는 것이다(법 제310조의2 이하 참조).

무릇 공소사실에 부합하는 진술증거는 그것이 불리한 자의 면전에서 이루어지고 또 반대신문에 의한 탄핵을 거침으로써 진술내용의 모순이나 불합리가 드러나 비로소 진정한 증거가치를 가질 수 있는 것이다. 이러한 검증을 거치지 않았거나 그러한 기회가 부여되지 아니한 진술증거에 대하여 당연한 증거능력을 부여하는 것은 범인필벌의 기능에 어느 정도 도움이 될 수는 있어도 실제적 진실발견에는 중대한 지장을 초래할 수도 있는 것이다. 따라서 피고인 등의 앞에서 증인신문을 할 경우 수사기관에서 행한 진술이 반복될 염려가 있다는 것은 오히려 피고인 등에게 반대신문권을 보장할 필요가 더욱 커진다는 것을 의미할 뿐 이러한 사정이 피고인 등의 절차참여를 배제하는 이유가 될 수는 없다 할 것이다. 가사 그 진술의 반복 가능성이 피고인이나 피의자 측의 협박 또는 회유 등에 기인하는 것이라 하더라도 이러한 경우를 위하여는 증인의 신변에 대하여 적절한 안전조치 등을 취할 수 있도록 하는 제도(그리한 입법례로는 특정강력범죄의처벌에관한특별법 제7조 등을 들 수 있다) 등 국민의 기본권을 보다 덜 제한하는 제도를 마련하는 것이 적법절차의 원칙을 준수하는 합당한 조치일 것이다.

그렇다면 이 사건 제5항은 피고인들의 공격·방어권을 과도히 제한하는 것으로써 그 자체의 내용이나 대법원의 제한적 해석에 의하더라도 그 입법목적 달성에 필요한 입법수단으로서의 합리성 내지 정당성이 인정될 수는 없다 할 것이다. 결국 이 사건 제5항은 형사절차에서 피고인 등에게 당사자로서의 지위를 보장하고 있는 헌법상의 적법절차의 원칙 및 청구인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해하고 있다 할 것이다.

라. 형사소송법 제221조의2 제2항의 위헌성

(1) 이 사건 제5항과의 관계에서 본 이 사건 제2항의 위헌성

헌법심판의 대상이 된 법률조항 중 일정한 법률조항이 위헌선언된 경우 같은 법률의 그렇지 아니한 다른 법률조항들은 효력을 그대로 유지하는 것이 원칙이다. 그러나 예외적으로 위헌으로 선언된 법률조항을 넘어서 다른 법률조항 내지 법률 전체를 위헌선언하여야 할 경우가 있다. 합헌으로 남아 있는 나머지 법률조항만으로

는 법적으로 독립된 의미를 가지지 못하거나, 위헌인 법률조항이 나머지 법률조항과 극히 밀접한 관계에 있어서 전체적·종합적으로 양자가 분리될 수 없는 일체를 형성하고 있는 경우, 위헌인 법률조항만을 위헌선언하게 되면 전체규정의 의미와 정당성이 상실되는 때가 이에 해당된다고 할 것이다. 일정한 법률조항이 제도의 핵심적 구성부분이어서 그에 대하여 위헌선언하는 경우 제도전체의 내적인 평형을 무너뜨리는 결과를 가져와 입법자의 의도가 왜곡되기에 이른 때에는 위헌인 법률조항 이외의 나머지 부분도 함께 위헌선언하는 것이 마땅하기 때문이다.

생각건대, 진술증거에 대한 반대신문권은 형사소송절차에서 공정한 재판을 받을 권리의 핵심적 내용을 이루는 것이다. 이 사건 제2항의 증인신문절차가 진술증거를 강제적으로 수집할 수 있는 절차를 규정하는 것임은 위에서 살펴본 바와 같으므로, 그 증인신문절차의 참여권 및 반대신문권을 규정하고 있는 이 사건 제5항은 이 사건 제2항의 증인신문절차의 핵심적 구성부분이라고 보아야 한다. 이 사건 제5항이 위헌으로 인정될 경우에는 이 사건 제2항의 증인신문절차 전체의 내적 평형이 무너짐으로써 그 제도를 만든 입법자의 의도가 왜곡되기에 이른다고 보아야 하기 때문이다. 따라서 이 사건 제5항을 위헌선언하면서 이 사건 제2항을 유효한 것으로 남겨둘 필요성은 없다고 할 것이므로 이 사건 제5항과 함께 이 사건 제2항도 위헌선언함이 타당하다.

(2) 이 사건 제2항 자체의 위헌성

헌법상 모든 국민은 공정하고 신속한 공개재판을 받을 권리를 가진다(헌법 제27조 제1항 및 제3항). 재판의 공정성의 보장과 공판중심주의의 원칙에 따라 판단기관인 법원은 되도록 공판기일 이전의 수사단계에서는 국민의 기본권을 보장하거나(구속영장의 발부 등) 기타 필요하고 불가피한 사정(증거보전 등)이 없는 한 관여하지 아니하여야 한다. 이 사건 법률조항의 경우에는 기본권을 보장하기 위한 경우가 아님은 물론 법 제221조의2 제1항의 경우와는 달리 법원이 미리 이에 관여하여야 할 필요성과 불가피성이 있는 경우도 아니다.

또한 우리 헌법은 제12조 제1항 후문에서 '적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌...을 받지 아니한다'고 규정하고 있는바, 형사소송절차는 국가의 형벌권을 실현함에 있어서 피고인 등의 기본권 보장을 위한 정당한 절차 즉 근본적인 공정성을 담

보하는 절차를 이행하도록 함으로써 국가가 부당하고 자의적으로 형벌권을 행사하는 것으로부터 국민을 보호하기 위한 절차인 것이다. 우리 형사소송법은 형사절차 중 증거판단과 사실인정에 관하여 헌법상의 적법절차를 구현하기 위하여 자유심증주의를 원칙으로 규정하고 있다(법 제308조). 이때 자유심증주의란 법관의 자의적인 증거판단과 사실인정을 의미하는 것이 아니라 법관의 합리적인 자유심증에 따른 사실인정과정을 의미하는 것이므로, 법관의 올바른 자유심증을 위하여는 당사자가 절차의 주체가 되어 자유롭게 각자에게 유리한 모든 증거를 제출하여 활발한 입증활동을 하는 가운데 법관도 객관적인 입장에서 증거를 자유롭게 평가할 수 있는 여건이 갖추어질 것을 전제로 한다 할 것이다.

이 사건 제2항은 그 요건이 표현하는 바와 같이 검사 또는 사법경찰관에게 임의의 진술을 한 자가 공판기일에 전의 진술과 다른 진술을 할 염려가 있고 그의 진술이 범죄의 증명에 없어서는 아니될 것으로 인정되는 경우에 수사단계에서 그 증거를 확보함을 목적으로 하고 있다. 그러나 이 사건 제2항의 요건을 살펴보면 이 사건 제2항의 증인신문절차의 청구권자는 검사로 한정되어 있고, 다른 증거보전절차인 법 제184조에 의한 증거보전절차와는 달리 증인의 사망, 장기여행 등 공판기일의 증인신문절차가 현저히 곤란해지는 경우 기타 미리 증거를 보전하지 아니하면 그 증거를 사용하기 곤란한 사정을 방지하여야 한다는 등의 긴급성이 그 요건에 포함되어 있지 아니함을 알 수 있다. 그렇다면 이 사건 제2항의 목적으로 하는 증거보전은 수사활동상의 긴급한 필요성에 의하여 신속히 증거보전할 필요에 응하기 위한 증거보전이 아니라, 어디까지나 수사기관의 수사활동에 강제력을 부여함으로써 수사활동을 원활하게 하기 위한 넓은 의미의 증거보전을 의미하는 것으로 보인다.

그런데 이러한 입법목적 실현하기 위하여 이 사건 제2항의 증인신문절차가 정하고 있는 기본권 제한효과는 그 입법목적에 비하여 과잉된 것이라고 아니할 수 없다. 법 제311조 후문은 이 사건 제2항의 절차에서 작성된 조서도 공판준비 또는 공판기일에서의 진술과 똑같은 증거능력을 가진다고 규정하고 있다.

이는 이 사건 제2항의 절차에서 증인으로 진술하면 공판준비 또는 공판기일에 출석하여 법원의 면전에서 직접 진술하지 않더라도 바로 그 진술을 증거로 사용할 수 있게 되어 있는바, 이와 같은 증인신문제도는 수사단계에서 임의의 진술을 하였는데도 법정에서 다른 진술을 할 염려가 있다는 이유만으로 검사가 다시 같은 수사

단계에서 미리 판사로 하여금 증인신문을 하게 하여 증거를 확보하려는 것으로서, 증인이 공판기일에서 법관의 면전에서 자유스럽게 진술하는 것을 제약함과 동시에 법관이 공판기일에 법정에서 직접 조사한 증거에 의하여 심증을 형성하는 것을 제약하여 결국 법관이 직접 조사하지 아니한 상태에서 행하여진 증인신문조서의 기재에 의하여 바로 심증을 형성하게 함으로써 증거가치판단의 진실성을 담보함에 흠을 가져오는 결과를 초래할 것이다.

한편 법 제221조의2 제4항에 따라 이 사건 제2항의 증인신문을 행하는 판사와 공소제기 후 사건을 직접 재판하는 판사(법원)가 다른 경우에는 판사는 증인의 진술하는 태도(태도증거)등에 의한 진실한 심증형성을 기대하기 어려운 점이 있다. 특히 공판절차에서 수사기관에서의 진술을 번복할 우려가 있고 범죄의 증명에 없어서는 아니될 중요한 증인이라면 법원은 반드시 태도증거를 직접 목격할 필요가 있는 것이다. 또한 이 사건 제2항에 해당하는 사유는 증인신문의 청구를 함에 있어 검사가 서면으로 이를 소명하도록 되어 있기는 하나 그 사건의 수사에 관여한 바 없는 판사로서는 직접 그 사건을 수사하였거나 수사지휘 등을 한 검사의 의견을 사실상 무시하기가 어렵다. 따라서 이러한 증인신문절차는 변칙적인 제도로서 남용될 우려도 있는 것이다.

끝으로 피고인이나 변호인의 반대신문권은 형식적·절차적인 것이 아니라 실질적·효과적인 것이어야 한다. 그런데 만일 제1회 공판기일전에는 변호인의 소송서류에 대한 열람·등사청구권이 없다고 한다면 이 사건 제2항의 절차에 변호인 등이 참여하게 하여도 효과적인 반대신문을 하기가 어렵다 할 것이고, 변호인 등이 이러한 반대신문을 제대로 할 수 없다면 이는 결국 법관의 심증형성에 영향을 미치게 된다 할 것이다.

이는 헌법이 보장하는 적법한 절차 내지 공정한 재판을 받을 권리의 형사소송법적 표현인 공판중심주의 내지 자유심증주의의 기본적 내용을 현저히 훼손함으로써, 법관의 올바른 자유심증을 형성하는데에 공정성과 합리성을 심각하게 제약하는 것이고, 결국 헌법상 보장된 법관의 독립성을 현저히 저해하는 효과를 가져오는 것이라고 아니할 수 없다.

이처럼 중대한 기본권 제한을 그 법적 효과로 내포하고 있는 이 사건 제2항의

증인신문절차의 규정을 두는 것은 위와 같은 수사활동의 원활화라는 단순한 입법목적만으로는 그 합리성이나 필요성이 있다고 할 수 없는 것이다. 즉, 이 사건 제2항은 그 입법목적으로 달성하려는 공익에 비하여 훨씬 큰 기본권 제한을 수단으로 하고 있다는 점에서 과잉된 입법이라고 아니할 수 없다.

결국, 이 사건 제2항은 범인필벌의 요구만을 앞세워 과잉된 입법수단으로 증거수집과 증거조사를 허용함으로써 법관의 합리적이고 공정한 자유심증을 방해하여 헌법상 보장된 법관의 독립성을 침해할 우려가 있고, 결과적으로 적법절차의 원칙 및 공정한 재판을 받을 권리에 위배되는 것으로서 헌법에 위반된다 할 것이다.

4. 결 론

그렇다면 형사소송법 제221조의2 제2항 및 제5항 중 같은 조 제2항에 관한 부분은 헌법에 위반된다 할 것이므로 주문과 같이 결정한다.

이 결정은 재판관 김진우, 재판관 신창언의 아래 5 및 6과 같은 각 반대의견과 재판관 김용준의 아래 7과 같은 형사소송법 제221조의2 제2항에 관한 반대의견과 같은 조 제5항 중 제2항에 관한 부분에 대한 의견이 있는 이외에는 나머지 관여재판관들의 의견일치에 따른 것이다.

5. 재판관 김진우의 반대의견

나는 형사소송법 제221조의2 제2항 및 제5항 중 같은 조 제2항에 관한 부분이 위헌이라는 다수의견에 대하여 다음과 같은 이유로 반대한다.

가. 다수의견이 주장하는 바와 같이 피고인의 공격·방어권을 정당한 사유없이 과도하게 제한하는 경우에는 특히 형사소송절차의 전반을 기본권의 보장의 측면에서 규율하여야 한다는 것을 의미하는 적법절차의 원리에 반하고, 공개된 법정의 법관의 면전에서 모든 증거자료가 조사·진술되고 이에 대하여 피고인이 공격·방어할 수 있는 기회가 보장되는 공정한 재판을 받을 권리를 포함하는 재판청구권을 침해하게 된다. 특히 피고인에게 불리한 증언에 대한 피고인의 반대신문권은 피고인의 공격·방어의 방법 중에 각별히 중요한 의미를 갖는 수단이라 할 것이고, 따라서 이에 대한 정당한 사유 없는 제한은 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해하는 것이고 적법절차의 원리에도 반한다고 할 것이다. 그러므로 이 사건 법률조항

들이 정한 절차에서 신문된 증인에 대하여 동 절차에서는 물론 공판절차에서조차 피고인 등에게 반대신문의 기회가 주어지지 아니하였는데도 동 절차에 의하여 작성된 증인신문조서에 대하여 무제한적으로 증거능력을 인정한다면 원칙적으로 피고인의 공평한 재판을 받을 권리를 침해하고 적법절차의 원리에도 반하는 결과가 될 수 있을 것이다.

나. 그러므로 이 사건 법률조항들이 피고인의 반대신문권을 정당한 사유 없이 제한하고 있는가를 본다.

(1) 형사소송법 제221조의2에 의한 제1회 공판기일전의 증인신문절차는 만일 참고인으로 수사기관에서 진술한 자가 공판정에 나와 진술을 반복할 경우 참고인진술조서는 무가치한 것이 되어버리므로 목격자나 피해자의 진술을 증거보전해 둬으로써 그 증거능력을 확실히 담보하는 것을 목표로 하는 절차이다. 검사 등 수사기관이 형사소송법 제184조의 증거보전절차를 이용할 경우 사건에 따라서는 피의자의 입회 하에 증인 등의 신문이 이루어질 때 피의자측의 협박이나 회유, 그 보복의 우려 등에 의하여 진실에 어긋나는 진술이 행해질 가능성이 있어서 특별히 피의자 등의 입회나 반대신문을 배제하여 증인의 공포심 등을 덜어주면서 실제적 진실을 밝히는 데 필요한 진술을 확보할 필요성이 있는 경우가 있고 이러한 필요성에 형사소송법 제184조 소정의 증거보전절차에 대한 이 사건 법률조항에 의한 증인신문절차의 독자적인 의미가 있다. 특히, 오늘날 범죄가 보다 조직화, 지능화, 광포화하면서 사건 피해자 및 증인을 피의자의 협박이나 위해 등으로부터 보호해야 할 필요성이 커지는 것에 상응하여 이 제도의 중요성도 커지고 있다.

(2) 이 사건 법률조항들 중 제5항은 수사에 지장이 없다고 인정할 때에도 피고인 및 그 변호인의 동 증인신문절차에서의 참여권, 나아가 반대신문권의 행사가능성을 담당판사의 재량에 맡겨 놓고 있으나, 이 규정은 수사에 지장이 없는 한 피고인 등을 증인신문에 참여시키도록 해석함으로써, 즉 합헌적 법률해석을 통하여 재량규정을 강행규정으로 운영할 여지가 충분히 있다. 뿐만 아니라 이 사건 법률조항들이 공판절차에서까지 그 증인에 대한 반대신문을 할 수 있는 길을 막아 놓고 있는 것은 아니다.

(3) 또한 피고인 등이 불가피하게 증인신문절차에서 배제되는 경우에도 수사의

주체가 아닌 법관이 중립적이고 전문적인 입장에서 증인의 진정성이 확보될 수 있도록 증인신문절차를 주재할 수 있기 때문에 이 절차에서 피고인 등이 전적으로 수사의 객체, 형사처벌의 객체로만 전락한다고 보기는 어렵다.

(4) 또 이 사건 법률조항들에 의한 절차는 수사의 일환으로 이루어지는 절차이므로 그 절차에서 공판절차에서와 같이 반드시 반대신문의 기회가 부여되어야 하는 것은 아니다.

(5) 그리고 이 사건 법률조항 중 제2항이 “임의의 진술을 한 자가 공판기일전 진술과 다른 진술을 할 염려가 있고 그의 진술이 범죄의 증명에 없어서는 아니될 것으로 인정될 경우”로 제1회 공판기일전 증인신문절차에 따른 증인신문을 청구할 수 있는 요건을 명확히 한정하고 있다. 또 이 요건은 추상적인 진술번복의 위험성만으로는 부족하고 구체적 사정에 비추어 합리적 근거가 있을 때에만 충족될 수 있는 것으로 엄격히 해석하여야 한다. 그렇다면 이 사건 법률조항에 의한 증인신문절차가 수사상 정당한 사유가 있는 경우에만 활용될 수 있게 되는 것이다.

(6) 그러므로 이 사건 증인신문절차 자체가 정당한 사유 없이 피고인의 증인에 대한 반대신문의 기회를 박탈하여 헌법상의 적법절차에 반한다거나 재판청구권의 한 내용인 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다고 할 수는 없다. 그렇기 때문에 일본, 독일, 프랑스의 경우에도 이 사건 법률조항들에 의한 증인신문절차와 유사한 제도를 채택하고 있는 것이다.

다. 오히려 이 사건 법률조항에 의한 절차에서 작성된 증인신문조서의 증거능력을 공판절차에서 조차 반대신문의 기회가 부여된 여부에 관계없이 인정하고 있는 형사소송법 제311조 후문의 규정이 공정한 재판을 받을 권리를 침해하거나 적법절차의 원리에 반하는지 여부가 문제되는 것이다. 피고인에게 불리한 증거(전문증거)에 대하여 피고인이나 그 변호인에게 반대신문을 통하여 그 증거를 탄핵할 기회가 정당한 사유 없이 부여되지 않았음에도 증거능력이 인정되어 그 증거에 의하여 피고인이 처벌받게 된다면 이는 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해하고 적법절차에 반하게 되기 때문이다.

(1) 먼저 제1회 공판기일전 증인신문절차에 피고인 등의 참여가 허용되어 피고인 등이 증인이 한 증인의 진정성을 다룰 수 있었던 경우에는 그 증인신문조서에

증거능력을 인정한다고 하여 문제될 것이 없다.

(2) 공판절차에서 증인이 다시 소환되어 피고인에게 반대신문의 기회가 부여된 경우는 증거능력을 부여하여도 위헌이라고 할 수 없다. 그 증인이 공판절차에서 다시 소환되어 위 증인신문조서의 내용대로 증언을 한 경우에는 말할 것도 없거니와 공판절차에서 소환된 위 증인이 위 증인신문조서에 기재된 내용과 상반된 증언을 공판정에서 한 경우에는 그 증명력의 문제가 있을 뿐 위 증인신문조서에 증거능력을 인정한다고 하더라도 그것만 가지고 피고인의 재판청구권이 침해되었다거나 적법절차의 원리에 위배된다고 할 수는 없다.

(3) 증인이 사망했다든가 중태에 빠져 있다든가 또는 기타 이에 상당하는 정당한 사유로 불가피하게 공판절차에 출정할 수 없어서 피고인이 공판절차에서 증인에 대한 반대신문권을 행사할 수 없는 경우에는 피고인은 증인신문조서에 기재된 증언 내용의 진정성을 그 증인에 대한 반대신문을 통하여 탄핵할 수 없게 된다. 그러나 헌법재판소는 검사 또는 사법경찰관이 작성한 조서나 진술서에 대한 피고인측의 반대신문권과 관련하여 “공판준비 또는 공판기일에 진술을 요할 자가 사망, 질병 기타 사유로 인하여 진술을 할 수 없는 때에는 그 조서 기타 서류를 증거로 할 수 있다. 단, 그 조서 또는 서류는 그 진술 또는 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 때에 한한다.”고 규정하고 있는 형사소송법 제314조의 규정에 대하여 “그 내용에 있어 그(즉 전문증거의) 예외를 인정하여야 할 필요성이 있는 사유에 관하여 정당성이 있는 사유에 한정하였고, 그 필요성이 있는 경우도 합리적인 조건하에 적용되는 것으로 한정하여 그 적용범위를 합리적인 최소한도에 그치게 하였으므로 결국 공정한 공개재판을 받을 권리와 무죄추정을 받을 권리를 본질적으로 침해하거나 형해화하거나 정면으로 위반하였다고 할 수 없고 적법절차에도 합치하므로 헌법에 위반되지 아니한다”고 선언한 바 있다(헌법재판소 1994. 4. 28. 선고, 93헌바26 결정). 검사 또는 사법경찰관이 작성한 조서나 기타의 진술서 등에 대하여도 그 진술 또는 작성이 특별히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 때 일정한 요건 하에서 증거능력을 인정하는 것이 헌법적으로 아무런 문제가 없다면 이 사건 법률조항들이 정한 절차에 의하여 작성된 증인신문조서는 독립적이고 중립적이며 전문적 능력을 갖춘 법관의 입회하에 작성되어 성립의 진정이 확보되어 있고 또 진술이 상대적으로 특히 신빙성이 높은 상태하에 이루어졌다고 할 것이므로 사망, 질

병 기타의 부득이한 정당한 사유로 공판절차에서 그 증인이 진술할 수 없어 피고인 등에게 반대신문의 기회가 부여되지 않은 경우에도 동 증인신문조서의 증거능력을 인정하는 것의 타당성은 위 형사소송법 제314조의 경우보다 강하며 이 경우에 그 증인신문조서에 증거능력을 인정하더라도 공정한 재판을 받을 권리를 침해하거나 적법절차에 반한다고 할 수 없다.

(또 이와 관련하여 마피아와 같은 가공할 조직을 갖춘 범죄조직으로부터 증인을 보호할 수 있는 이 사건 법률조항들의 기능을 감안할 필요가 있다. 즉 가공할 조직 범죄에 대한 증인의 경우에는 일정한 요건하에 공판정에서의 증언을 제1회 공판기 일전 법관의 입회 하에 작성된 증인신문조서로 가름할 수 있게 할 필요가 있다고 본다. 이 경우 피고인 등의 반대신문권 제한은 법관의 이와 관련한 보완적 기능 및 조직적 범죄집단의 잠재적 위해로부터 증인을 보호해야 할 필요성에 의하여 정당화된다고 할 것이다.)

(4) 그러나 위와 같은 부득이한 정당한 사유가 없음에도 불구하고 이 사건 법률조항들에 정한 절차에서 증언한 증인에 대한 반대신문의 기회를 공판정에서조차 주어지지 아니하여 피고인 등이 위 증인에 대한 반대신문권을 행사할 수 없는 경우에도 그 증인신문조서에 증거능력을 인정하는 것은 피고인의 재판청구권을 심히 제한할 뿐 이를 정당화 할 만한 공익상의 이유도 없다. 그러므로 이러한 경우에 있어서 까지 형사소송법 제311조 후문이 이 사건 법률조항들에 의한 제1회 공판기일전 증인신문조서에 증거능력을 인정하는 것은 피고인의 공정한 공개재판을 받을 권리를 내용으로 하는 피고인의 재판청구권을 과도하게 제한하는 것이어서 헌법에 위반된다고 생각한다.

라. 위에서 살펴본 바와 같이 이 사건 법률조항들에 의한 증인신문절차 자체가 적법절차나 재판청구권을 침해하여 위헌이라기 보다는 이 사건 법률조항들에 의하여 작성된 증인신문조서에 아무런 제한없이 증거능력을 인정하는 형사소송법 제311조 후문의 위헌성을 먼저 살펴야 할 것으로 생각한다. 그런데도 반대신문권이 공판절차에서조차 부여되지 않은 이 사건 법률조항들에 의한 증인신문조서에 형사소송법 제311조 후문에 의하여 증거능력이 부여되었다는 이유로 이 사건 법률조항 자체가 위헌이라는 다수의견은 문제의 소재를 거꾸로 본 것이 아닌가 생각된다.

마. 나는 위와 같은 이유로 형사소송법 제311조 후문의 위헌성을 따지지 아니하고 이 사건 법률조항들 자체를 위헌으로 선언해야 한다는 다수의견에 반대하는 것이다.

6. 재판관 신창언의 반대의견

가. 실제적 진실발견과 증인신문청구제도

우리 형사소송제도가 기본적으로 당사자주의 소송구조를 취하고 있고, 이에 따라 공판절차상 검사와 피고인이 같은 당사자라 하더라도 그것이 곧 현행 형사소송구조 내에서 공익의 대표자로서 범죄수사와 공소 및 형의 집행지휘 등 국가형벌권의 실현이라는 중차대한 책무를 지고 있는 검사와 범법자인 피고인이 모든 절차에 있어서 완전히 동일한 지위에 있음을 의미하거나 똑같은 취급을 받아야 한다는 것은 결코 아니다.

형사소송은 범법자와 그 피해자 사이의 분쟁을 해결하기 위한 사적인 절차가 아니라 범법자의 처벌을 통하여 국가형벌권을 실현하는 공익적 절차이므로 실제적 진실의 발견은 형사소송의 가장 중요한 지도이념이자 최고의 목표이다.

이 사건 법률조항은 이와 같이 실제적 진실발견을 통한 범죄의 척결이라는 공익적 차원에서 제1회 공판기일전의 주로 수사단계에 있어서 수사의 주재자인 검사에게 범죄의 증명에 필수불가결한 참고인이 수사단계에서의 진술을 공판단계에서 피의자측의 위협이나 회유 또는 합의 등으로 번복할 염려가 농후한 예외적인 경우에 한하여 그에 대한 증인신문청구권을 인정한 것인데, 이를 가리켜 형사피고인에게 당사자로서의 지위를 보장하고 있는 헌법상의 적법절차의 원칙 및 공정한 재판을 받을 권리를 침해하고 나아가 법관의 독립성을 저해하는 위헌규정이라고 보는 다수의견은 지나치게 형식논리적이고 피상적인 견해라 아니할 수 없다.

나. 수사절차와 반대신문권 보장

일반적으로 수사절차에 있어서도 관련당사자의 인권을 충실하게 보호하기 위해서는 헌법상의 적법절차의 원칙이 지켜져야 하며, 증인신문청구절차에 있어서는 그 법적요건이 충족된 경우 사법판단, 즉 판사의 요건심사를 통한 참고인(증인) 소환 및 증인신문의 방법으로 이를 허용하고 있다. 그러나 수사절차에 있어서는 공판절

차와는 달리 원칙적으로 그 신속성·밀행성의 요청상 공판절차 중심의 탄핵주의나 당사자주의 소송구조가 엄격히 적용될 수는 없으며, 따라서 피의자 등의 반대신문권 보장이 반드시 필요한 것도 아니다.

이러한 관점에서, 다수의견이 우리 형사소송법상의 증인신문청구제도가 그 입법목적의 정당성은 인정되나 절차상 피의자측의 반대신문권이 보장되어 있지 아니한 결과 그 기본권제한의 효과가 입법목적에 비하여 과잉될 뿐 아니라, 법관의 합리적이고 공정한 자유심증을 방해하여 헌법상 보장된 법관의 독립성을 침해한다고 하는 것은 범죄수사와 수사절차의 본질을 바로 보지 못한 편향된 견해라 할 것이다.

다. 증인신문청구제도의 합헌성

형사소송법 제221조의2 제5항에 의하면 판사가 증인신문을 함에 있어서 수사에 지장이 없다고 인정할 때에는 피의자 등을 참여하게 할 수 있으며, 그렇지 않은 경우 피의자측에서는 증거보전을 청구하거나 그후 공판절차에서 다시 증인으로 신청하여 반대신문을 할 수도 있으므로 피의자측의 반대신문권이 박탈되었다고 볼 수 없을 뿐 아니라, 그 신문조서의 증거능력을 인정하는 것 또한 그것이 법관의 면전에서 진술을 기재한 조서로서 그 성립이 진정하고 신용성의 정확적 보장이 높기 때문에(대법원 1956.2.17. 선고, 4288형상308 판결 참조) 우리 형사소송법이 전문법칙의 예외로서 인정하고 있는 것이며, 이는 그 조서가 공판정에서 증거로 제출되어 사실인정의 자료로 사용될 수 있는 자격을 의미할 뿐, 구체적인 증거로서의 가치 여부, 즉 증명력의 유무는 결국 법관의 자유심증에 의하게 되므로 그것이 법관의 독립성을 침해할 가능성은 전혀 없다고 할 것이다.

또 다수의견의 논리대로 피의자측의 반대신문권이 증인신문청구절차에 있어 매우 중요한 핵심적 요소라고 한다면, 단지 제5항에 대해서만 위헌을 선고하면 족한 것이지, 제2항까지도 위헌을 선고하여야 한다는 것은 도저히 납득할 수 없는 논리의 비약이라 아니할 수 없다. 왜냐하면 제5항의 위헌선고로 피의자측의 반대신문권이 보장되는 경우 그 자체로서 다수의견이 주장하는 핵심적인 위헌요소가 해소될 뿐 아니라 제2항의 증인신문청구제도 자체도 그 절차적 정당성과 제도적 타당성이 현저히 강화될 것이기 때문이다.

라. 외국의 입법례

위와 같은 증인신문청구제도는 우리나라에만 특유한 제도는 결코 아니다. 일본의 형사소송법(제227조, 제228조)도 우리와 거의 동일한 규정을 두고 있다. 또한 형사소송법 제321조 제1항 제1호는 증인신문조서에 대하여 전문법칙의 예외로서 그 증거능력을 인정하고 있으며, 일본의 최고재판소는 위 규정이 피의자측의 참여권을 배제하여 위헌이라는 주장에 대하여 수차에 걸쳐 합헌판결을 거듭해오고 있다.

독일 형사소송법은 검사에게 참고인의 강제구인 권한을 인정하고 있으면서도(제161조의a) 이와는 별도로 우리와 유사한 검사의 청구에 의한 판사의 증인신문 등 조사행위제도(richterliche Untersuchungshandlung)를 두고 있고(제162조), 나아가 판사는 증인신문시 피의자의 참여가 조사의 목적을 위태롭게 할 때에는 참여시키지 아니할 수 있도록 규정하여 우리와 마찬가지로 반대신문권을 제한하고 있는바(제168조의c 제3항), 이는 증인신문청구제도가 반대신문권 보장 여부와는 관계없이 국가형벌권의 적정한 실현이라는 공익목적의 달성을 위하여 필수불가결한 제도라는 사실을 잘 나타내 주고 있다 할 것이다.

마. 결 론

따라서 이 사건 법률조항은 공익의 대표자요 수사의 주재자인 검사의 형사소송 체계상의 실질적 지위를 감안하여 날로 지능화, 조직화, 흉포화되고 있는 범죄경향에 효율적으로 대처하여 범죄를 척결함으로써 국가와 사회의 안녕질서를 확보하고 사법정의를 구현하기 위하여 불가피한 규정으로서 헌법에 위반된다고 할 수 없다.

7. 재판관 김용준의 형사소송법 제221조의2 제2항에 관한 반대의견과 같은 법조 제5항 중 제2항에 관한 부분에 대한 의견

“법” 제221조의2 제2항(이 뒤에는 “제2항”이라고 약칭한다)이 위헌이라는 다수의 의견에는 반대하고, 같은 법조 제5항(이 뒤에는 “제5항”이라고 약칭한다) 중 제2항에 관한 부분이 위헌이라는 다수의견의 결론에는 찬성하지만 그 이유에 관하여는 의견을 달리하는 점이 있으므로, 다음과 같이 의견을 표시한다.

가. 형사소송절차와 적법절차의 원칙

형사소송절차의 본질적 과제는 형사실체법이 요구하는 국가형벌권을 구체적으로 실현하는 일이다. 이를 위한 기본적 전제로서 형사재판의 기초가 되는 사실에 관하

여 객관적 진실을 발견하여 사안의 진상을 명백하고 정확하게 밝힐 것이 요구된다. 이와 같은 요청을 형사소송에 있어서의 실체적 진실주의라고 일컫는데, 실체적 진실주의는 적극적으로는 범인필벌, 즉 죄 있는 사람을 빠짐없이 처벌할 것을 요구하는(적극적 실체진실주의) 반면, 소극적으로는 무죄자불벌, 즉 죄 없는 사람이 처벌받는 일이 없을 것을 요구한다(소극적 실체진실주의). “법”은 헌법 제27조 제4항에 선언된 무죄추정의 원칙을 명문으로 다시 규정하여(제275조의2) 공소사실 등에 대한 거증책임을 검사에게 부담시키는 한편, 사실의 인정은 반드시 증거에 의하여야 하도록 하고(제307조), 진실성이나 신빙성이 희박한 증거를 배제하려는 취지에서 임의성이 없는 자백과 전문증거의 증거능력을 부인하거나 제한하며(제309조, 제301조의2), 피고인에게 불이익한 자백에 보강증거를 요구하는 자백의 보강법칙을 채택하는(제310조) 등 실체적 진실주의의 소극적인 면에 중점을 두어 무고한 사람이 처벌받는 일이 없도록 여러 가지 제도적 장치를 마련하고 있다. 결국 “법”은 적극적 실체진실주의의 요구와 소극적 실체진실주의의 요구가 충돌하는 경우에는 후자를 우선시킴으로써 소극적 실체진실주의를 형사소송의 지도원리로 삼고 있는 것이다.

이와 같이 형사소송의 지도원리로 되어 있는 소극적 실체진실주의는 단순히 입법정책의 차원에서 입법형성권의 행사로 선택된 것에 지나지 않는 것이 아니라, 헌법이 보장하고 있는 적법절차의 원칙이 형사증거법에 반영된 필연적인 결과이다. 즉, 우리 헌법 제12조 제1항 후문은 “누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다”고 규정하여 적법절차의 원칙을 독자적인 헌법상의 원리로 명문화하고 있는바, 적법절차의 원칙은 법률이 정한 형식적 절차와 실체적 내용이 모두 합리성과 정당성을 갖춘 적정한 것이어야 한다는 실질적 의미를 지니고 있는 것으로서, 헌법조항에 규정된 형사절차상의 제한된 범위내에서만 적용되는 것이 아니라, 국가작용으로서 기본권의 제한과 관련되든 관련되지 않든 모든 입법작용 및 행정작용에도 광범위하게 적용되는 것이며, 특히 형사소송절차와 관련시켜 적용함에 있어서는 형사소송의 전반을 기본권보장의 측면에서 규율하는 기본원리로 이해하여야 할 것이므로(헌법재판소 1992.12.24. 선고, 92헌가8 결정 참조), 형사재판에서의 증거법칙과 관련하여서는 필연적으로 소극적 실체진실주의의 정신으로 발현될 수밖에 없다. 따라서 형사소송절차에 있어서 소극적

실체진실주의의 요구를 외면한 채 범인필벌의 요구만을 앞세워 합리성과 정당성을 갖추지 못한 방법이나 절차에 의한 증거수집과 증거조사를 허용하는 것은 적법절차의 원칙에 위배되는 것으로서 헌법상 용인되지 않는 것이다.

나. 제1회 공판기일전 증인신문제도의 법적 성격

“법”은 수사의 방법을 원칙적으로 임의수사에 의하도록 하면서 강제수사는 “법”에 특별한 규정이 있을 경우에만 예외적으로 허용하고 있다(제199조 제1항). 그런데 범죄의 수사에 없어서는 아니될 사실을 안다고 명백히 인정되는 제3자가 있을 경우에 검사나 사법경찰관으로서 그의 출석을 요구하여 진술을 들을 수는 있으나(제221조), 수사기관의 이와 같은 출석요구나 진술요구는 강제력이 없는 것이므로 그 제3자가 그 출석요구나 진술요구에 응하지 아니할 때에는 법원의 힘을 빌어 그 진술을 확보할 필요가 있을 뿐만 아니라, 그 제3자가 수사기관에서 임의의 진술을 하였다 해도 공판기일에서 이와 다른 진술을 할 때에는 수사기관에서 한 진술의 증명력은 현저히 약화됨은 물론, 그 진술의 임의성이나 진술조서의 성립의 진정함마저 부인하는 진술을 할 때에는 그 진술조서의 증거능력까지 부인될 우려가 있으므로, 이에 대비하여 그 진술의 증명력이나 증거능력을 사전에 확보할 필요가 있다.

이 사건에서 문제가 되고 있는 “법” 제221조의2 소정의 “제1회 공판기일전 증인신문절차”가 바로 위와 같은 필요에 부응하기 위하여 “법”이 마련하고 있는 제도이다. 이 절차에 의한 증인신문은 검사만이 제1회 공판기일전에 청구할 수 있는데, 청구의 사유는 ① 범죄의 수사에 없어서는 아니될 사실을 안다고 명백히 인정되는 자가 검사 또는 사법경찰관의 출석요구 또는 진술요구에 응하지 아니하여 출석이나 진술을 거부한 경우(제1항)와 ② 검사 또는 사법경찰관에게 임의의 진술을 한 자가 공판기일에 전의 진술과 다른 진술을 할 염려가 있고 그의 진술이 범죄의 증명에 없어서는 아니될 것으로 인정될 경우(제2항)로 한정되어 있다. 이중 제1항이 규정하고 있는 사유는 수사의 진전을 도모하기 위한 것이고, 이 사건의 심판대상으로 되어 있는 제2항이 규정하고 있는 사유는 증거의 보전을 위한 것이라고 할 수 있다.

그런데 제1회 공판기일전 증인신문절차는, 위와 같이 그 근거가 되는 조문인 “법” 제221조의2가 수사절차에 관한 형사소송법 제2편 제1장내에 위치하고 있고, 판사는 증인신문을 한 때에는 이에 관한 서류를 검사에게 송부하도록 규정되어 있

어(같은 조 제6항), 법원의 힘을 빌린 수사기관의 강제처분적 성격을 가지는 것으로 볼 수 있는 여지도 전혀 없지는 않지만, 반면에 그 절차가 증인신문에 관하여 법원 또는 재판장과 동일한 권한이 있는 판사에 의하여 주재되고 증인신문의 방식에 의하여 진행되며, 그 절차에서 작성된 증인신문조서에 대하여는 당연히 증거능력이 인정되는(“법” 제311조 후문) 점 등에 비추어 보면 본질적으로는 어디까지나 증거보전의 성격을 띠는 증인신문절차에 해당하는 것으로 이해된다.

다. 이 사건 심판대상조항들의 위헌여부

(1) “법” 제221조의2 제2항

(가) 이 조항은 공소의 유지에 극히 중요한 참고인이 수사기관에서 범죄의 증명에 없어서는 아니될 진술을 하고서도 공판기일에서 그 진술의 내용을 번복하여 전의 진술과 다른 진술을 할 경우에 예상되는 공소유지의 곤란을 사전에 방지하기 위하여 제1회 공판기일전 증인신문의 방식에 따른 증거보전으로서 그 진술의 증명력이나 그 진술조서의 증거능력을 미리 확보할 수 있도록 하는 규정이다. 이는 국가형벌권을 엄정하게 실현하기 위한 데 그 목적이 있는 것으로서 형사소송에 있어서 간과할 수 없는 중요이념의 하나인 적극적 실체진실주의의 요구가 반영된 결과이므로, 위와 같이 범죄의 증명에 없어서는 아니될 진술의 번복가능성을 요건으로 삼아 검사로 하여금 법원에 증거보전을 청구할 수 있도록 규정한 위 법조항 자체의 내용은 합리적이고 정당한 이유와 근거에 바탕을 두고 있는 것이며, 따라서 헌법상의 적법절차의 원칙에 위배되거나 국민의 재판청구권을 침해하는 것이라고 할 수는 없다.

(나) 물론 “제5항”에 따라 피고인·피의자 또는 변호인(이 뒤에는 “피고인 등”이라고 약칭한다)의 증인신문절차에의 참여가 제한적으로만 허용되고, 또 증거보전절차의 경우에는 피고인 등도 판사의 허가를 얻어 증거보전처분에 관한 서류와 증거물을 열람 또는 등사할 수 있도록 명문으로 규정되어 있으나(“법” 제185조), 제1회 공판기일전 증인신문절차의 경우에는 그 절차에서 작성된 조서에 대한 피고인 등의 열람·등사청구권이 명문으로 규정되어 있지 않아서, 형사소송의 일방 당사자인 검사만이 그 절차에서 보전된 증거를 사용할 수 있게 될 소지가 있다는 점에서 제1회 공판기일전 증인신문제도의 합리성과 정당성에 대한 의문이 제기될 여지도 없지는 아니하다.

그러나 첫 번째의 문제는 피고인 등의 증인신문절차에의 참여를 제한하는 “제5항” 중 “제2항”에 관한 부분의 위헌여부에 대한 판단으로 해결되어야 할 성질의 것으로서(앞서 본 바와 같이 제1회 공판기일전 증인신문절차를 법원에 의한 증거보전의 성격을 띠는 증인신문절차로 본다면 피고인 등의 증인신문절차에의 참여를 제한하는 예외규정인 “제5항” 중 “제2항”에 관한 부분에 대하여 위헌결정을 할 경우 증인신문절차에 관한 원칙규정에 따라 피고인 등의 당사자로서의 참여권과 신문권이 보장될 것이다), 이를 제1회 공판기일전 증인신문제도 자체나 그 청구요건에 관한 “제2항”의 위헌여부와 관련시킬 이유가 없고, 두 번째의 문제도 피고인 등의 증인신문절차에의 참여만 보장된다면, 증거보전절차의 경우와 달리 열람·등사청구권에 관하여 명문으로 규정되어 있지 아니하더라도 피고인 등으로서도 공판절차에서 제1회 공판기일전 증인신문에 관한 서류의 송부요구를 신청하는 등의 방법으로 증인신문조서를 증거로 제출할 수 있는 것이므로, 이 점도 결국은 피고인 등의 증인신문절차에의 참여의 보장과 관련된 것에 지나지 않는 것으로 “제2항”의 위헌여부에 관련시킬 이유가 없다고 할 것이다.

(다) 이 점에 관하여 다수의견은 제1회 공판기일전 증인신문절차의 핵심적 구성부분인 “제5항” 중 “제2항”에 관한 부분이 위헌으로 인정될 경우에는 “제2항”의 제1회 공판기일전 증인신문절차 전체의 내적 평형이 무너짐으로써 그 제도를 만든 입법자의 의도가 왜곡되기에 이르므로 “제2항”에 대하여도 함께 위헌선언을 함이 타당하다고 주장하고 있다.

물론 “제5항” 중 “제2항”에 관한 부분에 대하여 위헌결정을 할 경우 피고인 등의 증인신문절차참여권과 반대신문권이 당연히 보장되게 됨에 따라 “제2항”에 의한 제1회 공판기일전 증인신문절차는 결과적으로 통상의 증거보전절차와 사실상 중복되어 증거보전의 제도로서 특별히 독립된 의미를 가질 수 없게 됨은 부인할 수 없다. 그러나 헌법재판소로서는 특정한 제도가 다른 일반적인 제도와 사실상 같은 기능을 발휘하기 때문에 독립된 의미나 존치의 필요성이 따로 없다는 이유만으로 곧바로 그 제도에 대하여 위헌의 결정을 할 권한은 없는 것이다. 그와 같은 제도의 폐지나 변경은 입법자의 몫으로 맡겨진 일이다. 헌법에 위반되는 것으로 판단되는 법률조항에 대하여만 위헌결정을 하고 관련된 다른 법률조항은 그대로 존치시킬 경우 그 다른 법률조항으로 인하여 입법자가 전혀 원하지 않았던 반대의 결과가 생기

게 될 때에는 입법자의 의도가 왜곡되는 것을 방지하기 위하여 위헌결정의 범위를 필요한 한도 내에서 확대하여야 될 경우도 있을 수 있겠지만, 이 사건의 경우는 그와 같은 경우에 해당하는 것도 아님이 분명하다. 따라서 다수의견의 위와 같은 주장은 타당한 것이라고 할 수 없다.

(라) 다수의견은 또 “제2항”에 의한 제1회 공판기일전 증인신문절차는 적법절차의 원칙이나 공정한 재판을 받을 권리의 형사소송법적 표현인 공판중심주의 내지 자유심증주의의 기본적 내용을 현저히 훼손하는 것이어서 그 자체로서도 위헌이라고 주장하고 있다.

그러나 자유심증주의는 증거의 증명력을 법률로 규정하지 않고 법관의 자유로운 판단에 맡기는 것일뿐, 증거능력이 있는지의 여부에 대하여 판단을 함에 있어서는 이 원칙이 적용되지 않는 것이므로, “법” 제311조 후문이 제1회 공판기일전 증인신문절차에서 작성된 조서에 대하여 당연히 증거능력을 부여하고 있더라도, 자유심증주의에 대한 예외를 규정한 것이라고 볼 수는 없다.

다수의견이 “공판중심주의”라고 지칭하고 있는 것은 직접심리주의를 말하는 것으로 보인다. 피고인 등의 제1회 공판기일전 증인신문절차에의 참여를 보장한다고 하더라도, 그 절차에서 작성된 조서에 대하여 당연히 증거능력을 부여하는 것은 직접심리주의의 원칙에 대한 예외를 인정한 것이 된다. 그러나 “법”은 그 밖에도 실제적 진실의 발견이나 소송경제의 목적을 위하여 직접심리주의의 원칙에 대한 예외를 광범위하게 인정하고 있다. 공판준비 또는 공판기일에 피고인이나 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 조서와 법원 또는 법관의 검증, 감정의 결과를 기재한 조서 및 증거보전절차에서 작성된 조서에 대하여 당연히 증거능력을 부여하고 있는 것(“법” 제311조) 등이 그 대표적인 예이다.

앞에서 본 바와 같이 “제2항”은 국가형벌권을 엄정하게 실현하기 위한 데 그 목적이 있는 것으로서 형사소송에 있어서 간과할 수 없는 중요이념의 하나인 적극적 실체진실주의의 요구를 반영한 것이다. 따라서 이 절차에서 작성된 조서에 대하여 당연히 증거능력을 부여하고 있다고 하더라도, 이는 공판기일 등에서 진술한 것을 기재한 조서의 경우와 마찬가지로 정당하고도 합리적인 이유에서 직접심리주의의 예외를 인정한 것이므로, 적법절차의 원칙이나 공정한 재판을 받을 권리의 형사소송

법적 표현인 직접심리주의의 기본적 내용을 현저히 훼손한 것이라고도 볼 수 없다.

(마) 나아가 제1회 공판기일전 증인신문은 검사만이 청구할 수 있도록 되어 있다는 점에서 형사소송절차에서의 평등의 원칙에 위배되는 것은 아닌지가 문제로 될 수 있으나, 피고인 등도 증거보전의 필요가 있는 경우에는 통상의 증거보전절차를 이용할 수 있고(“법” 제184조 제1항에 증거보전의 청구사유로 규정되어 있는 “미리 증거를 보전하지 아니하면 그 증거를 사용하기 곤란한 사정이 있는 때”에는, 증인의 경우 사망·장기여행 등으로 증인신문이 곤란하게 될 때는 물론, 전의 진술과 다른 진술을 할 염려가 있는 때도 포함된다)고 해석된다), 그 절차에 의하여 제1회 공판기일전 증인신문과 동일한 목적을 달성할 수 있는 이상, 단지 검사에게만 증거보전의 목적을 위하여 통상의 증거보전절차외에 제1회 공판기일전 증인신문절차의 이용이 허용되어 있다는 이유만으로 곧바로 헌법상의 평등원칙에 위배된다고 보기도 어렵다.

(바) 결국 “제2항”은 국가형벌권의 적정한 실현을 위한 것으로서 그 규정내용이 합리성과 정당성을 갖추고 있는 것이므로 헌법에 위반된다고 할 수 없다.

(2) “법” 제221조의2 제5항 중 제2항에 관한 부분

(가) 위 법조항 부분은 수사에 지장이 없다고 인정할 경우에 한하여 판사는 재량으로 피고인 등으로 하여금 “제2항”에 의한 제1회 공판기일전 증인신문절차에 참여하게 할 수 있는 것으로 규정함으로써 피고인 등이 “제2항”에 의한 증인신문절차에 참여할 기회를 제한적으로만 허용하고 있다. 그런데 앞서 본 바와 같이 “법”은 위와 같은 증인신문절차에서 작성된 조서에 대하여 당연히 증거능력을 부여하고 있으므로(제311조), 그 뒤 공판절차에서 그 조서가 증거로 제출된 경우 증인신문절차에 참여하지 못한 피고인이 그 증인의 진술의 신빙성을 탄핵하기 위하여 원진술자에 대한 증인신문을 신청하더라도 그 신청이 반드시 받아들여지리라는 보장은 없다. 이에 따라 결과적으로 피고인 등의 증인에 대한 반대신문의 기회가 박탈될 수도 있다.

위 법조항의 해석에 관하여 대법원은 “법 제184조에 의한 증거보전절차에서는 그 증인신문시 그 일시와 장소를 피의자 및 변호인에게 미리 통지하지 아니하여 증인신문에 참여할 기회를 주지 아니한 경우에는 증거능력이 없다는 것이 당원의 견

해이고(당원 1992.2.28. 선고, 91도2337 판결 참조), 같은 법 제221조의2에 의한 증인신문도 제1회 공판기일전에 하는 증인신문이고 같은 법 제311조에 의하여 당연히 증거능력이 인정되는 점에 있어서는 다를 바 없으므로, 법원은 그 균형상으로도 그 제5항에 의한 증인신문을 함에 있어서 수사에 특별한 지장이 있다고 인정되는 경우가 아니면 피고인·피의자나 변호인에게 참여의 기회를 주는 것이 옳을 것이다”라고 판시하여, 피고인 등의 제1회 공판기일전 증인신문절차에 대한 참여를 가급적 폭넓게 허용하도록 요구하고 있으나(대법원 1992.9.22. 선고, 92도1751 판결 참조), 이와 같은 해석에 의하더라도 수사에 특별한 지장이 있을 때에는 피고인 등이 증인신문절차에 참여하지 못하게 될 수밖에 없어 피고인 등의 반대신문권은 여전히 박탈될 소지가 있는 것이다.

(나) 여기에서 수사에 특별히 지장이 있을 경우라고 하여 피고인 등이 증인에 대한 반대신문권을 박탈당할 수도 있게 하는 것이 과연 형사소송절차에 있어서 합리성과 정당성을 갖춘 것인가 하는 의문이 당연히 제기된다. 이는 곧 형사소송의 기본적 지도원리인 소극적 실체진실주의의 요구에 배치되는 결과를 일정한 한도에서 용인하면서까지 적극적 진실의 규명을 추구하는 것과 다름이 없기 때문이다.

물론 형사소송절차상의 소극적 실체진실주의가 헌법상의 적법절차의 원칙에 바탕을 둔 것으로서 적극적 실체진실주의에 앞서는 가치를 가지는 것이라고 하더라도, 어떤 제도가 적극적 실체진실주의의 실현에 중대한 기능을 하는 반면 소극적 실체진실주의의 실현에는 사소한 지장만을 초래할 경우에는 그 제도의 합리성과 정당성을 부인할 수 없을 것이다. 그러나 어떤 제도가 비록 실체적 진실의 발견에는 중요한 기능을 한다고 하더라도 그로 인하여 피고인의 방어권행사에 중대한 지장을 초래하여 소극적 실체진실주의의 요구에 상당히 배치될 때에는 적법절차의 원칙에 위배된다고 보지 않을 수 없는 것이다.

(다) 따라서 이제는 나아가 수사상의 특별한 지장을 이유로 피고인 등의 증인신문절차에의 참여를 배제함으로써 실체적 진실의 발견에 어느 정도 도움이 되고, 이에 따라 피고인 등의 증인에 대한 반대신문의 기회가 박탈됨으로써 소극적 실체진실주의의 실현에 어느 정도 지장을 초래할 수 있는지를 검토할 필요가 있다.

위 법조항 부분이 규정하고 있는 피고인 등의 증인신문절차에의 참여를 배제할

요건으로서의 “수사에 지장이 있을 때”라 함은 피고인 등을 증인신문에 참여하게 하면 피고인 등측의 협박이나 회유 등에 의하여 증인이 진실에 반하는 진술을 할 가능성이 있어 실제적 진실의 발견이 곤란하게 되는 경우를 의미한다고 볼 수 있다. 이와 같은 경우에 피고인 등을 증인신문절차에 참여하지 못하게 하면 증인으로서의 편안한 마음으로 자신이 알고 있는 사실을 그대로 진술할 수 있을 것이고, 그 절차에서 작성된 증인신문조서에 바로 증거능력이 부여되므로 공소의 유지와 형사소송절차에서의 실제적 진실의 규명에 작지 아니한 도움이 될 것임은 부인할 수 없다. 그러나 다른 한편 피고인 등의 증인신문절차에의 참여를 배제하여 반대신문의 기회가 박탈됨으로써 소극적 실제진실주의에 배척되는 결과가 초래되는 것 역시 결코 가벼운 것이 아니다. 원래 진술증거는 진술자의 기억이나 표현에 오류가 개입할 가능성이 크고 또 신문하는 사람의 신문방식이나 기술에 따라서 진술자의 의사와 다른 내용이 전달될 가능성도 큰 것이다. 이와 같은 오류 등을 바로 잡기 위한 가장 기본적인 제어장치가 상대방 당사자의 반대신문권인바, “법”은 증인신문절차에서 그 증언의 증명력을 탄핵할 수 있게 하기 위하여 반대신문권을 보장하는데(제161조의2 제1항, 제163조) 그치지 아니하고, 더 나아가 반대신문권의 보장을 전문증거의 증거능력을 제한하는 이론적 기초로 삼아 그 증거능력의 부여과정을 통하여서도 반대신문권이 행사될 수 있도록 이를 실질적·적극적으로 보장하고 있다. 결국 반대신문권의 보장은 소극적 실제진실주의의 요구에 따라 형사소송절차에서의 진술증거를 통한 실제적 진실의 발견과 관련하여 가장 기본적인 틀을 이루고 있는 것이며, 특히 피고인 등의 반대신문권은 그 방어권의 핵심적 요소이므로 이를 행사할 기회를 부여할 수 없는 불가피한 사정(“법” 제314조, 제316조에 규정된 원진술자의 사망, 질병 등의 사유)이 없는 한 이를 최대한으로 보장하는 것이 헌법상의 적법절차의 원칙에 부합하는 것이다. 특히 “제2항”에 의한 제1회 공판기일전 증인신문절차는 범죄의 증명에 없어서는 아니될 진술을 대상으로 하는 것이라는 점에서, 피고인 등으로 하여금 반대신문을 할 수 있도록 그 절차에 반드시 참여시켜야 할 필요가 더욱 절실하다고 할 수 있다.

(라) 무릇 공소사실에 부합하는 진술증거는 그것이 그로 인하여 불이익을 받게 될 피고인 등의 면전에서 이루어지고 또 반대신문에 의한 탄핵을 거쳤음에도 그 진술의 내용이 반복되거나 그 내용이 모순되거나 불합리한 점이 드러나지 않음으로써

오히려 진정한 증거가치를 가질 수 있는 것이므로, 그와 같은 과정을 거치지 아니한 진술증거에 대하여 그대로 증거능력을 부여하는 것은 범인필벌의 기능에는 어느 정도 도움이 될 수 있어도 소극적 실제진실주의의 실현에는 중대한 지장을 초래하는 것이다. 따라서 증인신문에 피고인 등이 참여하면 증인이 수사기관에서 한 진술을 반복하여 다른 진술을 할 염려가 있는 때에는 오히려 피고인 등의 반대신문권을 보장할 필요가 더욱 증대될 뿐, 이와 같은 이유로 피고인 등의 증인신문절차에의 참여를 배제할 수는 없는 것이고, 증인이 전의 진술과 다른 진술을 할 가능성이 피고인이나 피의자측의 협박이나 회유 등으로 인한 것이라고 하더라도, 이와 같은 경우에는 “법” 제297조에 따라 피고인을 퇴정하게 하고 진술하게 한 후 피고인을 다시 입정하게 하여 진술의 요지를 고지하고 반대신문의 기회를 부여하면 될 것이다. 그러한 조치로써도 증인의 자유로운 진술을 기대하기 어려울 경우에 대비하기 위하여는 증인의 신변안전을 위하여 필요하고도 적절한 안전조치를 취할 수 있도록 제도적 장치(예를 들면 특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법 제7조에 규정된 증인에 대한 신변안전조치 등)를 마련하는 것이 적법절차의 원칙을 준수하는 합당한 조치일 것이며, 이와 같은 사정만 가지고 피고인 등의 반대신문권이 박탈될 여지를 용인하는 것은 소극적 실제진실주의의 요구를 전면적으로 후퇴시키는 것으로서 그 합리성과 정당성을 인정할 수 없는 것이다.

(마) 결국 위 “법”조항 부분은 정당한 근거 없이 형사소송절차를 부당하게 왜곡하여 피고인 등의 반대신문권이 박탈될 여지를 허용하는 것으로서 헌법의 기본원리인 적법절차의 원칙에 위배되는 것이라고 하지 않을 수 없다.

등사신청거부처분취소

<1997. 11. 27. '94헌마60 전원재판부>

【개 요】

가. 사건의 배경

이 사건은 검찰이 변호인의 수사기록 열람 등사신청을 거부한 사안에 대하여 위헌을 선언한 사건이다.

청구인은 1994년 3월 21일 국가보안법위반죄로 구속기소되었는데 변호인이 청구인을 위한 변론을 준비하기 위하여 동월 22일 피청구인인 서울지방검찰청에 경찰 및 검찰에서의 청구인의 자술서 및 피의자신문조서, 참고인들의 진술조서 등이 포함된 서울지방검찰청의 수사기록 일체를 열람·등사하겠다는 신청을 하였으나 별다른 사유없이 거부당하자, 변호인의 열람·등사신청을 거부한 피청구인의 행위는 헌법 제12조 제4항이 보장하고 있는 변호인의 조력을 받을 권리 및 헌법 제27조 제1항, 제3항이 보장하고 있는 신속하고 공정한 재판을 받을 권리 등 헌법상 보장된 청구인의 기본권을 침해하였다면서 1994년 4월 16일 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 결정의 주요내용

헌법재판소는 7인 재판관의 다수의견으로 검사가 변호인의 수사기록 일체의 열람·등사신청에 대하여 국가기밀의 누설이나 증거인멸, 증인협박, 사생활침해의 우려 등 정당한 사유를 밝히지 아니한 채 거부한 것은 피고인의 신속하고 공정한 재판을 받을 권리와 변호인의 조력을 받을 권리를 침해한 것으로서 위헌이라고 결정하였다.

검사의 수사기록 열람 등사거부행위에 대하여는 형사소송법상의 준항고가 허용되지 아니하고 행정심판법이나 행정소송법상의 행정쟁송의 인정여부가 의문이고 가

사 행정쟁송이 허용된다 하더라도 그에 의하여 권리가 구제될 가능성이 없어서 청구인에게 위와 같은 절차의 선이행을 요구하는 것은 청구인으로 하여금 불필요한 우회절차를 강요하는 것이 된다 할 것이므로 보충성의 원칙의 예외에 해당된다.

신속·공정한 재판을 받을 권리와 관련하여 보면 검사가 보관하는 수사기록에 대한 변호인의 열람·등사는 실질적 당사자대등을 확보하고 신속·공정한 재판을 실현하기 위하여 필요불가결한 것이며 그에 대한 지나친 제한은 피고인의 신속·공정한 재판을 받을 권리를 침해하는 것이다.

변호인의 조력을 받을 권리와 관련하여 보면 여기에는 변호인과의 자유로운 접견교통권에 그치지 아니하고 더 나아가 피고인이 그의 변호인을 통하여 수사서류를 포함한 소송관계 서류를 열람·등사하고 이에 대한 검토결과를 토대로 공격과 방어의 준비를 할 수 있는 권리도 포함된다고 할 것이므로 변호인의 수사기록 열람 등사에 대한 지나친 제한은 피고인에게 보장된 변호인의 조력을 받을 권리를 침해하는 것이다.

그러나 이러한 수사기록에 대한 열람·등사권이 헌법상 피고인에게 보장된 신속·공정한 재판을 받을 권리와 변호인의 조력을 받을 권리 등에 의하여 보호되는 권리라 하더라도 무제한적인 것은 아니므로 헌법상 보장된 다른 기본권과 사이에 조화를 이루어야 한다. 즉 변호인의 수사기록에 대한 열람·등사권도 기본권제한의 일반적 법률유보조항인 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 제한되는 경우가 있을 수 있으며 검사가 보관중인 수사기록에 대한 열람·등사는 당해 사건의 성질과 상황, 열람·등사를 구하는 증거의 종류 및 내용 등 제반 사정을 감안하여 그 열람·등사가 피고인의 방어를 위하여 특히 중요하고 또 그로 인하여 국가기밀의 누설이나 증거인멸, 증인협박, 사생활침해, 관련사건 수사의 현저한 지장 등과 같은 폐해를 초래할 우려가 없는 때에 한하여 허용된다.

결론적으로 검사가 청구인의 변호인이 1994년 3월 22일 국가보안법위반죄로 구속기소된 청구인의 변론준비를 위하여 피청구인에게 피청구인이 보관중인 수사기록 일체에 대한 열람·등사신청을 하였으나 동월 26일 피청구인은 국가기밀의 누설이나 증거인멸, 증인협박, 사생활침해 등의 폐해를 초래할 염려 등 정당한 거부사유를 밝히지 아니한 채 이를 거부한 것은 청구인의 신속 공정한 재판을 받을 권리와 변

호인의 조력을 받을 권리를 침해하는 것으로 헌법에 위반된다고 할 것이다.

이에 대하여 김용준 재판관은 형사소송법은 증거조사의 방식에 있어서 공소장일 본주의와 공판중심주의를 채택하고 있으므로 검사 보관의 수사기록에 대한 변호인의 기록열람·등사청구권이 헌법상 당연히 도출된다고 보기 어렵다면서 공소제기 후에는 법원의 적절한 소송지휘권의 행사를 통하여 검사가 보관하고 있는 수사기록을 변호인에게 열람·등사하게 할 수 있다는 반대의견을 제시하였고, 신창언 재판관은 위 반대의견에 동조하면서 다만 검사가 보관하고 있는 수사기록에 대한 변호인등의 열람·등사청구권은 법원의 소송지휘권에 기하여 공판준비 내지 증거조사 이후의 단계에서 비로서 허용되는 형사소송절차상의 권리라고 하였다.

다. 사후경과

이 결정은 우리 헌법재판소가 변호인의 조력을 받을 권리의 중요한 내용으로서 변호인의 접견권은 국가안전보장 질서유지 공공복리 등 어떠한 명분으로도 제한될 수 없다고 하면서 변호인접견권의 절대성을 강조한 결정(헌재 1992. 1. 28. 91헌마 111)에 이어서 피고인이 그의 변호인을 통하여 수사서류를 포함한 소송관계 서류를 열람 등사하고 이에 대한 검토결과를 토대로 공격과 방어의 준비를 할 수 있는 권리도 변호인의 조력을 받을 권리에 포함된다고 봄으로써 이 기본권의 보호영역을 한층 강화한 결정이라고 할 수 있겠다. 한편 알 권리를 근거로 정보공개청구권을 인정하였던 임야조사서 열람신청사건(헌재 1989. 9. 4. 88헌마22)이나 확정된 형사소송기록의 복사신청거부사건(헌재 1991. 5. 13. 90헌마133)에서와는 달리 이 결정에서는 알 권리에 대한 언급은 보이지 않고 있다.

헌법재판소의 이번 결정으로 앞으로는 아무런 이유도 밝히지 않은 채 수사기록 등에 대한 열람 등사신청을 거부할 수 없게 되었으나 국가기밀의 누설이나 증거인멸, 증인협박, 사생활침해 등의 정당한 사유가 있는 경우에는 수사기록의 열람 등사신청을 거부할 수 있다고 보았기 때문에 변호인의 수사기록 등에 대한 열람 등사청이 무제한하게 인정되는 것은 아니다. 따라서 이러한 사유가 존재하는지의 문제를 둘러 싸고 검찰과 변호인이 대립할 가능성은 여전히 남게 된다는 의견도 있었다(문화일보, 97. 11. 28.). 그러나 수사기록의 열람 등사권이 사건에 직·간접적으로 관계된 공동피의자, 공동피고인, 고소인이나 참고인, 증인, 감정인 등 다른 사람의 명

예나 인격, 사생활의 비밀, 생명 신체의 안전과 평온 등의 기본권과 충돌하는 경우에는 이러한 기본권적 법익들이 다같이 존중될 수 있도록 조화점을 구하지 않을 수 없기 때문에 그러한 범위내에서 이러한 제한은 피고인의 인권을 신장시켜 줄 수 있는 계기를 마련하였다고 평가될 수 있다.

【결정요지】

1. 검사의 수사기록 열람·등사거부행위에 대하여는 형사소송법상의 준항고가 허용되지 아니하고 행정심판법이나 행정소송법상의 행정쟁송이 허용된다 하더라도 그에 의하여 권리가 구제될 가능성이 없어서 청구인에게 위와 같은 절차의 선이행을 요구하는 것은 청구인으로 하여금 불필요한 우회절차를 강요하는 것이 된다 할 것이므로 위와 같은 경우에는 헌법재판소법 제68조 제1항 단서에 불구하고 구제절차를 거치지 아니하고 직접 헌법소원을 제기할 수 있는 예외적인 경우의 하나로 보아야 할 것이다.

2. 검사의 열람·등사거부행위 이후 공판절차가 진행되어 제1심판결이 선고되었고 따라서 제1회 공판기일 개시 전에 수사기록을 열람·등사하여 충실한 변론준비를 하고자 하였던 청구인으로서 지금에 이르러서는 그 청구가 인용된다 하더라도 주관적 권리구제에는 도움이 되지 아니한다고 할 것이나 헌법소원은 주관적 권리구제 뿐만 아니라 객관적인 헌법질서보장의 기능도 겸하고 있는 것으로서 제1회 공판기일 전의 수사기록에 대한 열람·등사거부행위의 위헌여부는 헌법질서의 수호 유지를 위하여 그에 대한 헌법적 해명이 긴요하다 할 수 있으므로 심판청구의 이익을 인정하여야 할 것이다.

3. 검사가 보관하는 수사기록에 대한 변호인의 열람·등사는 실질적 당사자대등을 확보하고, 신속·공정한 재판을 실현하기 위하여 필요불가결한 것이며, 그에 대한 지나친 제한은 피고인의 신속·공정한 재판을 받을 권리를 침해하는 것이다.

4. 변호인의 조력을 받을 권리는 변호인과의 자유로운 접견교통권에 그치지 아니하고 더 나아가 변호인을 통하여 수사서류를 포함한 소송관계 서류를 열람·등사하고 이에 대한 검토결과를 토대로 공격과 방어의 준비를 할 수 있는 권리도 포함된다고 보아야 할 것이므로 변호인의 수사기록 열람·등사에 대한 지나친 제한은 결국 피고인에게 보장된 변호인의 조력을 받을 권리를 침해하는 것이다.

5. 수사기록에 대한 열람·등사권이 헌법상 피고인에게 보장된 신속·공정한 재판을 받을 권리와 변호인의 조력을 받을 권리 등에 의하여 보호되는 권리라 하더라도 무제한적인 것은 아니며, 또한 헌법상 보장된 다른 기본권과 사이에 조화를 이루어야 한다. 즉, 변호인의 수사기록에 대한 열람·등사권도 기본권제한의 일반적 법률유보조항인 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 제한되는 경우가 있을 수 있으며, 검사가 보관중인 수사기록에 대한 열람·등사는 당해 사건의 성질과 상황, 열람·등사를 구하는 증거의 종류 및 내용 등 제반 사정을 감안하여 그 열람·등사가 피고인의 방어를 위하여 특히 중요하고 또 그로 인하여 국가기밀의 누설이나 증거인멸, 증인협박, 사생활침해, 관련사건 수사의 현저한 지장 등과 같은 폐해를 초래할 우려가 없는 때에 한하여 허용된다고 할 것이다.

6. 수사기록에 대한 열람·등사신청은 수사기록을 보관하고 있는 검사에게 직접 하여야 한다. 이는 수사기록을 보관하고 있는 자에게 신청하는 것이 원칙일 뿐만 아니라 신청을 받은 검사도 신속하고 간편하게 열람·등사를 허용할 수 있을 것이고, 또 비록 검사의 공소제기에 의하여 법원에 소송계속이 생겼다 하더라도 증거조사 전단계에서는 검사가 보관중인 수사기록에 대하여 법원이 열람·등사를 허용할 근거는 없기 때문이다.

7. 이 사건에 있어서 청구인의 변호인 김선수가 1994. 3. 22. 국가보안법위반죄로 구속기소된 청구인의 변론준비를 위하여 피청구인인 검사에게 그가 보관중인 수사기록일체에 대한 열람·등사신청을 하였으나 같은 달 26. 피청구인은 국가기밀의 누설이나 증거인멸, 증인협박, 사생활침해의 우려 등 정당한 사유를 밝히지 아니한 채 이를 전부 거부한 것은 청구인의 신속·공정한 재판을 받을 권리와 변호인의 조력을 받을 권리를 침해하는 것으로 헌법에 위반된다 할 것이다.

재판관 김용준의 反對意見

현행 형사소송법은 증거조사의 방식에 있어서는 기본적으로 당사자주의 소송구조를 취함과 아울러 공소를 제기함에는 공소장만을 법원에 제출하고 증거는 피고인에 대한 신문이 종료된 뒤에 공판정에서 제출하게 하는 공소장일본주의와 공판중심주의를 채택하고 있는 만큼, 공소가 제기되어 사건이 법원에 계속된 후 당사자의 일방인 피고인의 변호인이 대립되는 당사자인 검사에 대하여 직접, 그것도 검사가

보관하고 있는 수사기록을 모두 열람·등사하게 하여달라고 하는 청구권이, 다수의견이 주장하는 바와 같이 헌법 제27조 제1항·제3항과 제12조 제4항이 보장하고 있는 신속하고 공정한 재판을 받을 권리나 변호인의 조력을 받을 권리 등의 기본권으로부터 바로 도출된다고 보기는 어렵다.

그렇다면 공소가 제기된 후 증거조사가 되기 전에 변호인이 직접 검사에게 검사가 보관하고 있는 수사기록 일체를 열람·등사하게 하여 달라고 청구할 권리가 헌법상 보장된 기본권임을 전제로 한 청구인의 이 사건 헌법소원심판청구는 인용될 수 없는 것이 명백하여 이를 기각할 수 밖에 없으므로 다수의견에 반대한다.

그리고 공소가 제기되어 사건이 법원에 계속된 후에는, 변호인이 검사가 보관하고 있는 수사기록을 열람·등사할 필요가 있는지의 여부나 검사가 변호인에게 수사기록의 열람·등사를 허용하지 아니할 만한 정당한 사유가 있는지의 여부 등은, 실제적 진실을 규명하기 위하여 피고인이 실질적으로 검사와 대등한 지위에서 충분히 방어할 기회를 피고인에게 주는 등 공판절차를 합목적적으로 원활하게 진행함으로써 신속하고 공정한 재판을 하여야 할 책무를 지닌 법원의 적절한 소송지휘권의 행사를 통하여 당해 사건의 형사소송절차에서 판단될 일이지, 헌법재판소가 사건마다 일일이 수사기록을 검토하여 헌법소원심판절차에서 판단할 일은 아니라고 할 것이다.

재판관 신창언의 反對意見에 대한 補充意見

나는 재판관 김용준의 반대의견과 기본적으로 견해를 같이 한다.

다만 위 반대의견 중 공소제기후 공판준비 내지 증거조사에 들어가기 전단계에서도 법원의 소송지휘권에 기하여 검사가 보관하고 있는 수사기록을 변호인에게 열람·등사하게 할 수 있다고 보는 부분에 대하여는 견해를 달리한다.

결론적으로 검사가 보관하고 있는 수사기록에 대한 피고인 또는 변호인의 열람·등사 청구권은 헌법상 기본권 조항에서 바로 도출되는 국민의 기본적 권리라 할 수 없고, 법원의 소송지휘권에 기하여 공판준비 내지 증거조사 이후 단계에서 비로소 허용되는 형사소송절차상의 권리라 할 것이다.

【주 문】

피청구인이 1994. 3. 26. 국가보안법위반사건의 피고인인 청구인의 변호인 김선수의 위 사건의 수사기록(서울지방검찰청 1994년 형제19005호 기록) 일체의 열람·등사신청에 대하여 국가기밀의 누설이나 증거인멸, 증인협박, 사생활침해의 우려 등 정당한 사유를 밝히지 아니한 채 전부 거부한 것은 청구인의 신속하고 공정한 재판을 받을 권리와 변호인의 조력을 받을 권리를 침해한 것으로서 위헌임을 확인한다.

제 5 부

수사 관련 국가인권위원회 결정례

불법체포·감금·직권남용으로 검사 등 9명 고발

(2003. 2. 25. 국가인권위 결정 02직인2, 진인1882, 1889, 1891)

【주 문】

1. 검찰총장에게 피진정인 홍○○, 이○○, 최○○, 채○○, 홍○○, 이○○을 형법 제124조의 불법 체포·감금혐의 및 형법 제123조의 직권남용혐의로 고발하고, 피진정인 박○○, 이○○, 이○○, 고○○을 형법 제124조의 불법 체포·감금혐의로 고발한다.

1. 검찰총장에게 피진정인 구○○, 전○○, 김○○, 박○○의 형법 제123조의 직권남용 혐의에 대하여 수사할 것을 의뢰한다.

1. 법무부장관에게 긴급체포 요건을 강화하고 긴급체포 후 사후영장발부제도를 도입할 수 있도록 제도개선안을 마련할 것을 권고한다.

1. 대한변호사협회에 피진정인들의 불법 체포·감금 및 가혹행위로 인하여 피해자들이 입은 피해에 대하여 적절한 손해배상을 받을 수 있도록 법률구조를 요청한다.

【이 유】

1. 당사자의 지위

○ 직권인지 피해자(이하 피해자라 한다) 장○○, 박○○, 망 조○○과 진정인 겸 피해자(이하 피해자라 한다) 권○○, 정○○, 최○○는 1998. 및 1999.에 발생한 살인사건의 피의자들로서 모두 2002. 10. 23.부터 25.사이 피진정인들에 의해 긴급체포 되어 ○○지검 11층 특별조사실에 인치되어 조사를 받았다.

○ 진정사건 발생 당시

- 피진정인 홍○○은 ○○지방검찰청 강력부 소속 ○○○○호 검사로서 위

살인사건을 담당하여 수사를 총괄지휘하였다.

- 피진정인 박○○, 전○○, 이○○, 채○○, 최○○, 이○○는 같은 ○○○○호 소속 사법경찰관(리)이었고,

- 피진정인 홍○○는 검찰청에 파견된 경찰관으로 같은 ○○○○호 소속 사법경찰관(리)이었고,

- 피진정인 구○○은 같은 ○○○○호 소속 사법경찰관이었고, 피진정인 김○○, 박○○은 같은 ○○○○호 소속 사법경찰관(리)이었고, 피진정인 고○○은 같은 ○○○○호 소속 사법경찰관(리)이었고, 피진정인 이○○, 이○○는 같은 강력과 소속 사법경찰관(리)로서 같은 ○○○○호 검사실에 업무지원을 하여

- 피진정인 홍○○의 지휘 하에 위 살인사건 피의자의 체포 및 조사를 담당하였다.

○ 검찰총장은 위 피진정인들의 소속기관의 장이다.

○ 법무부장관은 위 피진정인들의 감독기관의 장이다.

2. 직권조사의 배경

○ 피진정인 홍○○은 1998년과 1999년에 발생한 ‘박○○, 이○○ 살인사건’에 관심을 가지고 있던 중 2002. 8. ○○지검 강력부 검사로 부임하면서 위 사건을 본격적으로 수사하게 되었다. 피진정인 홍○○은 살해된 이○○와 친분이 있던 피해자 장○○의 진술을 중심으로 수사하기로 하고, 당시 강간치상혐의로 수배 중이던 위 장○○을 2002. 10. 23. 긴급체포하였으며, 위 장○○의 자백에 따라 같은 달 24. 피해자 권○○과 정○○을, 위 권○○의 자백에 따라 같은 달 25. 피해자 최○○, 박○○, 망 조○○을 공범으로 긴급체포하였다.

○ 긴급체포된 위 피해자들이 ○○지검 특별조사실에 인치되어 조사를 받던 중 같은 달 26. 위 조○○이 사망하고 다른 피해자들도 가혹행위를 당하였다는 의혹이 제기되어 위원회가 직권으로 조사하기로 결정하였다.

3. 피해자의 주장

가. 피해자 장○○의 주장

○ 피해자 장○○은 강간치상 혐의로 지명수배되어 있던 중인 2002. 10. 23. 11:30경 인천 사촌형 집에서 체포되었다. 연행 당시 피진정인 이○○, 최○○, 채○○가 화장실 안에까지 들어와서 “네가 장○○이냐”고 물어 장○○임을 확인하고 옷을 입도록 한 뒤 바로 수갑을 채우고 연행했다. 피진정인들은 경찰청에서 왔다고 했지만 영장을 제시하지 않았고 자신의 소속이나 성명, 체포이유, 변호사 선임 등의 권리를 고지하지 않았다. 연행되는 차안에서 형사 한명이 “너 왜 연행되는지 아느냐”고 물어서 “여자 때문에 수배를 당해서 그것 때문에 잡혀가는 것 같다”라고 답하자 우측에 있던 형사가 “너 한마디도 하지마, 한마디만 하면 여기서 죽여 버리겠다”라고 말했다. 그래서 ○○지방검찰청에 올 때까지 지명수배중인 강간치상 사건 때문에 연행되는 줄 알았다.

○ ○○지검 특별조사실 1101호에 인치된 후 이○○가 “이○○를 왜 죽였나, 권○○을 아냐” 는 등 10여 분에 걸친 질문을 한 후 수갑을 뒤로 채운 채 배와 대퇴부를 발로 차고 그 후 두 명이 머리와 등허리를 구둑발로 때렸다.

○ 홍○○가 범행사실을 자백하라며 엉덩이를 발로 차 쓰러뜨린 후 다리를 밟고 손으로 목, 머리 등을 때리고 양 다리를 들어 얼굴 있는 쪽으로 꺾고 그 위에 올라타서 앉았다 일어섰다가 반복하고 누운 상태에서 목, 양팔, 양다리를 올리라고 한 후 허벅지에 올라타서 수갑 찬 손등과 성기를 주먹으로 때렸다.

○ 홍○○ 이○○, 채○○, 최○○과 함께 있던 중, 홍○○ 검사가 들어와 살인사건에 대해 물어 모른다고 하자 홍○○, 이○○ 등이 머리를 때렸으며 같은 달 24. 10:00경 조사를 끝내고 검사실로 가서 조사를 받았고, 같은 날 17:00경 검사실에서 채○○와 밥을 먹고 있는데 홍○○와 이○○가 들어와 ‘거짓말을 했다’며 가슴을 발로 치고 따귀를 때리고 수갑을 뒤로 채웠다. 홍○○가 검사 앞 컴퓨터로 끌고 가 정○○ 사진을 보여주며 맞냐고 물은 후 맞다고 대답하자 이○○와 홍○○가 박스 테이프로 눈을 가린 후에 폭행하여 기절하였다.

○ 10. 23. ○○지검 특별조사실에 인치된 후부터 25. 10:00경까지 잠을 재우지 않고 조사를 하였다.

나. 피해자 권○○의 주장

○ 피해자 권○○은 2002. 10. 24. 10:30경 집에서 자고 있었는데 어머니가 사람

이 찾아왔다고 해서 나가 보니 세 사람이 “히로뽕으로 누가 당신을 신고했으니 ○○○지점에 가서 검사해 보자”라고 해서 처음에는 “못간다”라고 했다가 “소변검사만 하면 된다”고 해서 어머니가 걱정하실까봐 따라 나섰다. 연행한 사람들은 처음에는 신분을 밝히지 않았는데 누구냐고 물었더니 한 사람이 신분증을 보여줬다. 경찰인 것만 확인했는데 어디 소속인지는 못했다. 체포당했을 때 변호인을 선임할 수 있다는 것과 살인사건에 대해 체포한다는 것을 고지하지 않았고 마약혐의로 잡아간다고 했다.

○ 금촌에서부터 ○○○지점으로 가는 차 안에서 홍○○, 이○○가 “이○○를 죽였냐”고 물어 “안죽였다”고 하자 폭행하였으며, 이후 ‘권○○, 정○○’등을 아냐고 물어 모른다고 하자 계속 폭행하였다.

○ 2002. 10. 24. 12:00경부터 ○○○지점 특수조사실 1101호에 들어서자마자 피진정인 이○○가 불을 끈 후 원산폭격을 지시하였으나 이를 거부하자 뒤에서 발로 밟고 주먹으로 얼굴을 때렸으며, 이후 살인사건에 대해 자술서를 쓰라고 지시하였다. 1998. 당시 ‘밀지’에 대하여 자술서를 작성한 후 이○○ 살인사건과 관련하여 더 이상 할 말이 없다고 하자, 그때까지 앞으로 시정되어 있던 수갑을 뒤로 채워 바닥에 놓힌 후 양다리를 천정으로 들게 하고 이○○가 엉덩이를 깔고 앉아 위에서 누르고 다른 사람이 성기와 낭심을 이십여회 때리다가 낭심을 꼭 움켜쥐어 잠시 기절하였다. 의식을 회복한 후 누워서 처와 아이들 이름을 부르며 울고 있는데 한 사람이 일으켜 주어 벽에 기대앉았고 이후 홍○○ 검사가 장○○을 데려와 대질신문을 시켰다. 장○○이 ‘○○아, 솔직하게 얘기해’라고 하여 ‘야, 새끼야, 뭘 얘기해’라고 악을 쓰자 또 다시 폭행당하였다. 이○○, 채○○가 얼굴을 때리다가 눕힌 후 발목과 엉덩이 부분을 걸어차면서 폭행하였고, 누워있는 피해자의 몸 위에 올라가 이○○는 수건을 입안에 넣어 누르고, 홍○○는 성기를 때리고 고환을 움켜쥐어 잠시 기절하였다.

○ 2002. 10. 24. 19:00경 전○○에게 진술서를 작성한 후부터 25. 04:00 까지 박○○에게 1차 피의자신문조서를 받을 때와 26. 02:00부터 06:00까지 박○○에게 2회 피의자신문조서를 받을 때 밤샘조사를 받았다.

다. 피해자 정○○의 주장

○ 피해자 정○○은 2002. 10. 24. 친구 장○○으로부터 소주나 한잔 하자는 연락을 받고 같은 날 19:00경 상계동 소재 약속장소에 갔으나 위 장○○이 보이지 않아 식당 밖으로 나와 전화를 하던 중 피진정인 채○○, 홍○○에 의해 체포당하였다.

○ 홍○○, 채○○가 피해자의 양쪽에서 팔짱을 끼면서 아무 말도 하지 않고 양쪽에서 끌고 앞에 세워져 있던 차량의 뒷좌석에 밀어 넣었다. 당신들 누구냐고 물었더니 홍○○가 “○○경찰서 형사다. 도박혐의로 신고가 들어 왔으니 같이 좀 가자”고 했고, 변호인 조력을 받을 권리가 있다는 등의 말은 하지 않았다. 차가 움직일 때 썸 수갑을 채워서 왜 수갑을 채우냐고 물었더니 그냥 형식적으로 채운다고 했다. 차 안에서 홍○○혈액형이 뭐냐고 물어서 AB형이라고 했더니 홍○○가 너 B형 아니냐고 했고, 안경을 언제부터 썼냐고 물었다.

○ 긴급체포된 후 2002. 10. 24. 20:00경부터 25. 04:00경 까지 1103호 조사실에서 홍○○, 채○○는 이○○ 살인사건의 자백을 강요하면서 협박과 가혹행위를 하였다.

○ 특히 펜티와 양말을 제외하고 옷을 모두 벗기고 수갑을 앞으로 채운 상태로 똑바로 눕게 한 뒤 발과 목을 들도록 하여, 발이 아래로 내려올 때마다 발뒤꿈치와 주먹으로 피해자의 어깨와 허벅지, 날개쪽지 등을 때렸다. 또한 옷을 벗기고 가혹행위를 하면 상처가 난다는 이유로 다시 옷을 입힌 뒤 피해자를 눕힌 상태로 홍○○가 발로 피해자의 목을 세게 눌러 기절하였으며 뒤로 수갑이 채워진 손을 허리로 내리도록 하여 발로 아랫배를 짹 눌렀다.

○ 피해자가 살인혐의에 대해 부인하자 홍○○는 수갑이 뒤로 채워져 있는 피해자의 머리를 땅에 박게 한 후 한쪽 발을 들게 했다. 홍○○는 ‘네가 잡혀온 것은 아무도 모르니 죽어나가도 모를 거다, 각오해라’고 협박하였으나 피해자가 계속 부인하자 피해자의 무릎을 꿇도록 하고 수갑을 앞으로 채운 뒤 갈색테이프를 눈을 가린 후 자백을 강요하였다. 그럼에도 계속 부인하자 테이프로 코 부분까지 감은 후, “장○○이 임신 4개월인 너의 처가 이 사건에 연루되었다고 자백을 했으니 네 처도 잡아와서 네가 보는 앞에서 조사를 하겠다”고 협박하였다. 고통과 아내에 대한 걱정에 못이겨 피해자가 “자백하겠다”고 하였으나 피진정인들은 “필요없다, 안죽었다면 얘기하지 말라”고 하여, 그 중 한 사람의 발을 잡고 살려달라고 울면서 빌었다. 얼

굴에 감은 테이프는 이후 피해자가 자백을 한 후 자술서를 쓰기 위해 다른 방으로 이동할 때 풀어주었다.

○ 10. 25. 05:00경 피의자신문조서를 받기 위해 김○○이 들어오고 난 뒤 채○○가 나가고 김○○조서 작성 중 피해자의 뺨과 목 부분을 서너 대씩 때렸다. 피해자는 조사를 받기위해 1103호, 1104호, 1107호, 1206호로 이동 하면서 신발 없이 양말만 신은 채 방을 옮겨 다녔다.

라. 피해자 최○○의 주장

○ 피해자 최○○는 2002. 10. 25. 07:00-08:00경 금촌에 일보러 가기 위해 차에 시동을 거는 중에 수사관 세명이 차문을 열고 “최○○냐?”고 물은 뒤 그렇다고 대답하자 차에서 몸을 끌어내었다. 누구냐고 묻자 한 사람이 신분증을 보여줘서 자세히는 못봤지만 경찰이나 검찰이라고 생각했다. 팔짱을 끼자마자 앞으로 수갑을 채웠으나 차에 태운 후 수갑을 뒤로 채웠다. 차에 타고 나자 도박 의 혐의로 데려간다고 했고, 살인혐의에 대해서는 전혀 얘기하지 않았으며 변호사 선임권 등은 한번도 말하지 않았다. 신○○, 조○○을 잡는다고 차를 세 번 정도 옮겨 댔는데 서울로 올라올 때에서야 두 놈이나 죽인 놈이 어찌구 저찌구 했고 장난치는 줄 알았다. 차 안에서 머리를 박게 해서 몇 대 때렸고 조○○이 어디 있냐고 물어서 모른다고 하자 때렸다.

○ 2002. 10. 25. 15:00경 ○○지검 특별조사실 1101호에서 채○○가 베개위에 원산폭격을 시킨 후 두 명 죽인 것에 대해 얘기하라며 30여분 동안 폭행하였다. 머리를 움켜쥐고 끌고 다녀서 얼굴에 상처가 생겼으며 땅 바닥에 엎드리게 해서 구두 뒤축으로 대퇴부 등을 짓이기고 폭행하였다. 1101호에 들어갔을 때 변호인의 조력을 받을 권리나 불리한 진술거부권을 고지하지 않았다. 전혀 아무 말도 하지 않고 죽었냐 안죽었냐고만 묻고는 때렸다.

○ 이○○가 수갑을 뒤로 차고 누워있는 피해자의 허리를 꺾어서 다리를 들어올리게 하고 성기를 잡아당겼다. 17:00경 홍○○이 ‘잘 안다고, 빨리 진술하라’는 등의 얘기를 하며 10여분간 있었으며, 홍○○이 나간 이후 구○○이 들어와 40여분 동안 살인사건에 대해 추궁하였다.

○ 이후 19:00경 홍○○이 다시 와 피해자에게 20여분 동안 구두신문을 하였는

바 이때 피해자의 얼굴에 상처가 있었고 팔부분이 찢어졌으며 제대로 서지도 못하는 상태였다.

○ 위와 같은 가혹행위를 당한지 세 시간 만에 자백하겠다고 하여 진술하던 중 구체적인 내용을 모른다는 이유로 30여분간 폭행당하였다.

마. 피해자 박○○의 주장

○ 피해자 박○○에게 2002. 10. 25. 16:00경 경기 과주시 소재 아파트에 사복을 입은 사람이 찾아와 경찰이라고 말하며 어떤 사건의 범인을 잡으려고 하는데 동행하여 진술을 좀 해주었으면 한다고 말했다. 사복 윗도리에 경찰 배지가 붙어있는 것을 확인한 후 알았다고 말하고 윗옷을 걸쳐 입고 따라 나섰다. 경찰관이 카드깡에 대하여 수사를 하고 있는 식으로 잠깐 얘기했기 때문에 아는 사람 중에 카드깡을 하는 사람을 잡으려는 것으로 생각했다. 경찰관이 승용차에 태운 후 “너는 체포된 것이고 수갑을 차야 한다”고 말하면서 수갑을 채웠고 범죄혐의가 무엇인지에 대해서는 말하지 않았다. 체포당시 살인혐의나 변호인의 조력을 받을 권리 등에 대해서 전혀 고지 받지 못했다. 차안에서 조○○이 어디있는지를 물어서 모른다고 했더니 며칠 전 까지 전화를 한 것을 다 알고 있다고 하면서 조○○의 행방을 물었다. 차안에서 머리를 주먹으로 5, 6회 정도 맞았다.

○ 10. 25. 21:00경 ○○지방검찰청 특별조사실 오른쪽 끝방에 들어가자마자 홍○○가 원산폭격을 하라고 하여 수갑을 앞으로 찬 상태에서 무릎을 꿇고 엎드렸는데 “박○○ 아느냐, 이○○를 아느냐”고 하여 모른다고 하면 허벅지 등을 발로 밟고 때렸다. 약 1시간 동안의 구타도중 중간에 수갑을 풀어주면서 팬티만 남겨놓고 옷을 벗으라고 한 후 박○○이 입고 있던 흰색 런닝으로 눈을 묶은 후 수갑을 뒤로 채웠다. 이후 천정을 보고 누우라고 한 후 배에 앉아서 빙글빙글 돌거나 배와 가슴을 발로 밟았고 이로 인해 수갑 찬 손목에 상처가 많이 생겼다.

○ 위 중간에 성명불상 피진정인이 들어와 수갑을 뒤로 채운 상태에서 눕게 한 후 배와 가슴을 밟고 성기 윗부분을 발로 찼다. 잠시 후 채○○가 들어와 엎드리게 한 후 허벅지와 다리를 들어올려 꺾었으며 슬리퍼 신은 발로 목을 반복하여 밟아 기절하였다.

○ 홍○○가 들어와 ‘코로 물 좀 먹여야지’하면서 하얀 수건을 가지고 와 얼굴

윗부분을 묶은 후 화장실로 상반신만 끌고 들어가 채○○가 배에 올라타고 홍○○가 바가지에 물을 떠와서 수건위로 부었다. 피해자가 머리를 흔들면 채○○가 목을 잡고 바가지에 물이 없으면 다시 받아서 붓기를 반복하여 두 차례 기절하였다. 피해자가 소리를 질러 화장실 밖으로 끌려나온 후 다시 폭행당했으며 “김○○, 박○○을 데리고 가서 사람을 죽였다”고 하여 이를 부인하자 수건을 눈 부위에 말아 수차례 가격하였다.

4. 인정사실 및 판단

가. 피진정인 홍○○

○ 피진정인 홍○○은 1998년과 1999년에 발생한 살인사건을 조사하기 위하여 2001. 10.부터 강간치상 혐의로 수배 중에 있던 피해자 장○○을 먼저 체포하기로 하고 2002. 10. 21. 장○○의 소재를 파악했다는 이○○의 보고를 받고도 체포영장을 발부받지 않은 채, 이틀 후인 같은 달 23. 피해자 장○○을 긴급체포하도록 피진정인 이○○, 채○○, 최○○에게 지시하였다.

○ 피해자 장○○이 긴급체포되어 ○○지검 특별조사실에서 조사를 받던 중 피진정인들의 가혹행위에 못이겨 “권○○과 정○○이 공범”이라고 한 자백에 따라 피진정인 이○○, 이○○와 피진정인 채○○, 홍○○에게 각각 피해자 권○○과 정○○을 긴급체포할 것을 지시하였다.

○ 또한 피해자 권○○이 긴급체포되어 ○○지검 특별조사실에서 최○○, 이○○, 채○○ 등에게 조사를 받으면서 가혹행위에 못이겨 “최○○, 박○○, 조○○이 공범”이라고 한 자백에 따라 피진정인 박○○, 이○○, 이○○에게 피해자 최○○를, 피진정인 이○○, 박○○, 이○○에게 피해자 박○○을, 피진정인 이○○, 고○○, 박○○에게 피해자 조○○을 긴급체포하도록 지시하였다.

○ 헌법 제12조 3항은 체포·구속시에 영장주의를 원칙으로 규정하고 있고, 형사소송법 제200조의 3에 의하면 영장주의의 예외인 긴급체포는 피의자가 사형·무기 또는 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고 피의자가 증거를 인멸할 염려가 있거나 도망 또는 도망할 염려가 있는 경우 긴급을 요하여 체포영장을 발부 받을 수 없을 때 가능한 것인데 이때 긴급을 요한다 함은 피의자를 우연히 발견한 경우 등과 같이 체포영장을 받을 시간

적 여유가 없는 때를 말한다.

○ 그러나 피해자 장○○, 권○○, 정○○, 최○○, 박○○, 조○○은 피해자들이 가혹행위를 당한 결과 각각 공범이라고 한 자백 이외에는 살인을 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있다고 보기 어렵고, 피해자 장○○은 긴급체포 3일전에 소재를 파악하고 있었고 피해자 권○○, 정○○, 최○○, 박○○, 조○○은 각각 주거가 일정하여 소재를 파악할 수 있었으므로 체포영장을 청구할 시간적 여유가 충분히 있었으므로 피해자들을 우연히 발견한 경우에 해당하지 않는다.

○ 따라서 피진정인 홍○○은 피해자들이 긴급체포의 요건인 범죄혐의의 상당성이나 필요성, 긴급성이 없는 경우에 해당됨에도 불구하고 이들을 긴급체포하도록 지시하였고 피해자들을 긴급체포한 후 피해자들의 신체적 활동의 자유를 박탈하였으므로 불법체포·감금혐의가 있는 것으로 판단된다.

○ 피해자 장○○, 권○○, 정○○, 최○○, 박○○, 조○○은 모두 긴급체포된 후 ○○지검 11층 특별조사실에 인치되어 외부와 격리된 채 피진정인들로부터 폭행·가혹행위를 당하여 변호인의 조력을 받을 권리, 체포적부심을 청구할 권리, 진술거부권의 행사를 방해당하였다.

○ 피진정인 홍○○은 피해자들에 대한 조사를 총괄 지휘하여 각 피해자들이 조사를 받는 중에 피해자들을 직접 대면하였으므로 피해자들을 조사했던 다른 피진정인들의 폭행·가혹행위 사실을 인지하였거나 쉽게 인지할 수 있는 위치에 있었고, 이와 같은 가혹행위 등으로 피해자들이 변호인의 조력을 받을 권리나 체포적부심을 청구할 권리, 진술거부권을 침해당하고 있다는 사실을 충분히 알고 있었음에도 불구하고 이를 조장 또는 방조한 혐의가 있다.

○ 헌법이 변호인의 조력을 받을 권리나, 체포적부심을 청구할 권리, 진술거부권을 보장하고 있는 것은 실체적 진실발견이나 구체적 사회정의의 실현에 앞서 형사피의자의 인권을 우선적으로 보호함으로써 신체를 구속당한 상태에서 발생할 수 있는 여러 가지 폐해를 최소화하고 피의자에 대한 비인간적인 자백의 강요와 고문을 근절하여 인간의 존엄성과 가치를 보장하는데 있음에도 불구하고 피진정인 홍○○은 살인사건의 실체적 진실 발견만을 앞세워 피해자들에게 보장된 권리의 행사를 방해하였으므로 피진정인 홍○○에게 직권남용의 혐의가 있는 것으로 판단된다.

○ 한편 검찰은 피진정인 홍○○을 피해자 장○○, 권○○, 정○○, 최○○, 박○○, 조○○에 대한 가혹행위 혐의로 특정범죄가중처벌등에관한법률 제4조의 2, 형법 제125조 및 제30조를 적용하여 기소하였다.

나. 피진정인 이○○

○ 피진정인 이○○는 2002. 10. 23. 인천시 소재 장○○의 사촌형 집에서 피진정인 최○○, 채○○와 함께 피해자 장○○을 체포하였고, 같은 달 24. 파주시 소재 피해자 권○○의 집에서 피진정인 이○○과 함께 권○○을 체포하였다. 피진정인 이○○는 범죄혐의의 상당성, 긴급성, 필요성 등 긴급체포의 요건이 결여된 피해자 장○○과 권○○에 대하여 체포영장을 발부받지 않은 채 피진정인 홍○○의 지시에 따라 긴급체포하였고, 피해자들을 체포하는 과정에서 피해자들에게 범죄혐의의 요지, 변호인의 조력을 받을 권리, 체포이유 등을 고지하지 않고 적법절차를 위반하였다.

○ 헌법 제12조 5항과 형사소송법 제72조에 따르면 피고인이나 피의자에 대하여 범죄사실의 요지, 구속의 이유, 변호인을 선임할 수 있음을 말하고 변명한 기회를 준 후가 아니면 체포할 수 없도록 되어 있다. 이는 국가권력의 남용으로 인신의 자유가 침해되지 않도록 하기 위한 것으로, 피의자 또는 피고인이 체포 또는 구속을 당한 경우에 그 이유를 알지 못한다면 방어와 변명을 할 기회를 확보할 수 없고 묵비권과 변호인을 선임할 권리가 있음을 알지 못한다면 진술거부나 변호인의 조력을 받을 수 없게 되므로 실질적인 인신의 자유를 보장하기 위해서는 피의자에게 범죄사실의 요지, 체포이유, 변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 고지해주어야 한다. 또한 체포과정에서의 적법절차의 준수는 이후 조사과정에서의 피의자의 권리보장과 인권보호와도 밀접한 관련이 있으므로 반드시 준수되어야 한다.

○ 그러나 피진정인 이○○는 피해자 장○○에게 살인혐의로 긴급체포한다는 사실을 고지하지 않아 피해자 장○○이 강간치상혐의로 체포되는 것으로 오인하도록 했고, 피해자 권○○에 대해서는 실제로는 권○○을 긴급체포하는 것이면서도 “○○지청에서 나왔는데 마약혐의가 있으니 검사를 해보자”며 ○○○지청에 임의동행해 줄 것을 요구하는 등 허위의 사실을 고지하여 피해자들의 방어권을 행사할 수 없도록 하였다. 따라서 피진정인 이○○는 위법한 절차에 의하여 피해자들을 긴급

체포한 후 피해자들의 신체적 활동의 자유를 박탈하였으므로 불법체포·감금혐의가 있는 것으로 판단된다.

○ 피진정인 이○○는 2002. 10. 23.부터 25. 사이, 피해자 장○○, 권○○을 ○○지검 11층 특별조사실에서 각 조사하면서 살인혐의에 대하여 자백할 것을 강요하며 피해자들에게 폭행 및 가혹행위를 하였다. 특히 피해자 장○○에게는 주도적으로 무릎을 꿇게 한 상태에서 조사를 하면서 발로 찼고, 양다리를 들고 뒤로 젖힌 상태에서 장○○의 위에 올라가 누르거나 양손으로 장○○의 뺨을 때리는 등의 방식으로 폭행·가혹행위를 하였다. 피해자 권○○에 대해서도 무릎을 꿇게 하고 손을 꺾고 목을 잡거나 허리부분을 짓누르고 엎드려 뺨쳐 등을 시켰다.

○ 이와 같이 피진정인 이○○는 피해자 장○○과 권○○에 대하여 폭행·가혹행위로 살인혐의에 대해 자백할 것을 강요하여 위 피해자들의 변호인의 조력을 받을 권리와 체포적부심을 청구할 권리 및 진술거부권을 원천적으로 박탈하였으므로 직권남용 혐의가 있는 것으로 판단된다.

○ 한편 검찰은 피진정인 이○○를 피해자 장○○, 권○○, 최○○에 대한 가혹행위 혐의로 특정범죄가중처벌등에관한법률 제4조의 2, 형법 제125조 및 제30조를 적용하여 기소하였다.

다. 피진정인 박○○, 이○○

○ 피진정인 박○○과 이○○는 피진정인 홍○○의 지시에 따라 범죄혐의의 상당성, 필요성, 긴급성 등 긴급체포의 요건이 결여된 피해자 최○○, 박○○, 조○○을 긴급체포하였고 또한 그 과정에서 피해자들에게 범죄혐의의 요지, 변호인의 조력을 받을 권리, 체포이유 등을 고지하지 않는 등 적법절차를 위반하였다.

○ 특히 범죄사실의 요지와 체포이유에 대한 고지와 관련하여 피진정인들은 2002. 10. 25. 07:30경 경기도 파주시 소재 최○○의 집 근처 노상 주차장에서 최○○를 체포하면서 도박혐의로 체포하는 것으로 허위 고지하였고, 2002. 10. 25. 16:30경 경기도 파주시 소재 피해자 박○○의 집에서 박○○을 체포하면서 경기도 파주시 소재 윤락가인 용주골과 관련하여 물어볼 것이 있다며 임의동행하는 것으로 허위사실을 고지하였다. 또한 2002. 10. 25. 19:30경 피해자 조○○을 경기도 ○○경찰서로 출석하게 한 뒤 ○○지검에 가서 수사에 협조해 달라며 연행하였고, 체포당시

조○○을 차에 태운 후 “2000. 말경 아파트 새시공사와 관련하여 10,000,000원의 돈을 갈취한 혐의로 긴급체포한다”고 허위사실만을 고지하여 피해자들이 방어권을 행사할 수 없도록 하였다.

○ 따라서 피진정인들은 적법한 요건이 결여되었음에도 불구하고 피해자들을 긴급체포한 후 피해자들의 신체적 활동의 자유를 박탈하였으므로 불법체포·감금혐의가 있는 것으로 판단된다.

라. 피진정인 홍○○

○ 피진정인 홍○○은 범죄혐의의 상당성, 필요성, 긴급성 등의 요건이 결여된 피해자 정○○을 피진정인 홍○○의 지시에 따라 2002. 10. 24 19:00경 서울시 노원구 소재 ○○식당 앞에서 피진정인 채○○와 함께 긴급체포하였다. 피진정인 홍○○은 피해자 정○○을 체포하는 과정에서 범죄혐의의 요지, 변호인의 조력을 받을 권리, 체포이유 등을 고지하지 않아 적법절차를 위반하였다.

○ 특히 범죄사실의 요지 및 체포이유와 관련하여 실제로는 피해자 정○○을 긴급체포하는 것이면서도 피해자 정○○에게 아무 사실도 고지하지 않고 무조건 차에 태운 뒤, 차안에서 도박혐의를 조사하기 위해 임의동행하는 것으로 허위의 사실을 고지하여 피해자 정○○이 방어권을 행사할 수 없도록 하였다. 따라서 피진정인 홍○○은 위법한 절차에 의하여 피해자 정○○을 긴급체포한 후 피해자들의 신체적 활동의 자유를 박탈하였으므로 불법체포·감금혐의가 있는 것으로 판단된다.

○ 피진정인 홍○○은 2002. 10. 23.과 26.사이, 피해자 장○○, 정○○, 박○○, 조○○ 등을 ○○지검 11층 특별조사실에서 각 각 조사하면서 살인혐의에 대하여 자백할 것을 강요하며 피해자들에게 폭행 및 가혹행위를 하였다. 특히 피해자들이 범행사실을 부인하는 경우 일명 나이롱 취침, 엎드려 뺨쳐, 원산폭격을 시키는 등의 방식으로 폭행·가혹행위를 하였고 특히 피해자 박○○에 대하여는 피진정인 채○○와 함께 물고문을 하였다.

○ 이와 같이 위 홍○○은 위 피해자들에 대하여 살인혐의에 관해 자백할 것을 강요하여 변호인의 조력을 받을 권리와 체포적부심을 신청할 권리 및 진술거부권의 행사를 원천적으로 방해하였으므로 직권남용 혐의가 있는 것으로 판단된다.

○ 한편 검찰은 피진정인 홍○○을 피해자 장○○, 권○○, 정○○, 박○○, 조○○에 대한 가혹행위 혐의로 특정범죄가중처벌등에관한법률 제4조의 2, 형법 제125조 및 제30조를 적용하여 기소하였다.

마. 피진정인 채○○

○ 피진정인 채○○는 범죄혐의의 상당성, 필요성, 긴급성 등의 요건이 결여되었음에도 불구하고 피해자 장○○, 정○○을 피진정인 홍○○의 지시에 따라 긴급체포하였다.

○ 피진정인 이○○, 최○○과 함께 2002. 10. 23. 11:30경 인천시 소재 피해자 장○○의 사촌형 집에서 피해자 장○○을 체포하였으며 체포하는 과정에서 범죄사실의 요지, 체포이유, 변호인의 조력을 받을 권리 등을 고지하지 않고 적법절차를 위반한 내용은 위 피진정인 이○○에 대해서 인정된 사실과 같다. 또한 2002. 10. 24. 19:00경 피진정인 홍○○과 함께 피해자 정○○을 노원구 소재 ○○식당 앞에서 체포하였으며, 체포과정에서의 적법절차 위반과 허위사실 고지부분은 위 피진정인 홍○○의 인정사실에서 살펴본 바와 같다.

○ 따라서 피진정인 채○○는 위법하게 피해자 장○○과 정○○을 긴급체포한 후 위 피해자들의 신체적 활동의 자유를 박탈하였으므로 불법체포·감금혐의가 있는 것으로 판단된다.

○ 피진정인 채○○는 2002. 10. 23.부터 26.사이, 피해자 장○○, 권○○, 정○○, 최○○, 박○○, 조○○을 ○○지검 11층 특별조사실에서 각 각 조사하면서 살인혐의에 대하여 자백할 것을 강요하며 피해자들에게 폭행 및 가혹행위를 하였고, 특히 박○○에 대하여는 물고문을 하여 피해자들의 변호인의 조력을 받을 권리와 체포적부심을 신청할 권리, 진술거부권의 행사를 방해하였으므로 직권남용 혐의가 있는 것으로 판단된다.

○ 한편 검찰은 피진정인 채○○를 피해자 장○○, 권○○, 정○○, 최○○, 박○○, 조○○에 대한 가혹행위 혐의로 특정범죄가중처벌등에관한법률 제4조의 2, 형법 제125조 및 제30조를 적용하여 기소하였다.

바. 피진정인 이○○

○ 피진정인 이○○은 범죄혐의의 상당성, 필요성, 긴급성등의 요건이 결여되었음에도 불구하고 피진정인 홍○○의 지시에 따라 피해자 권○○과 박○○을 긴급체포하였다. 2002. 10. 24. 11:00경 피진정인 이○○와 함께 경기도 파주시 소재 피해자 권○○의 집에서 권○○을 체포하였으며, 체포하는 과정에서 범죄사실의 요지, 체포이유, 변호인의 조력을 받을 권리 등을 고지하지 않고 적법절차를 위반한 내용은 위 피진정인 이○○에 대해서 인정된 사실과 같다.

○ 또한 2002. 10. 25. 16:30경 피해자 박○○을 경기도 파주시 소재 피해자 박○○의 집에서 피진정인 박○○, 이○○와 함께 하였으며, 체포하는 과정에서 피해자들에게 범죄사실의 요지, 체포이유, 변호인의 조력을 받을 권리 등을 고지하지 않고 적법절차를 위반한 내용은 위 피진정인 박○○과 이○○의 인정사실에서 살펴본 바와 같다. 따라서 피진정인 이○○은 위법한 절차에 의하여 피해자 권○○과 박○○을 긴급체포한 후 피해자들의 신체적 활동의 자유를 박탈하였으므로 불법체포·감금혐의가 있는 것으로 판단된다.

○ 피진정인 이○○은 2002. 10. 25. 피해자 박○○을 ○○지검 11층 특별조사실에서 조사하면서 살인혐의에 대하여 자백할 것을 강요하여 피해자의 변호인의 조력을 받을 권리와 체포적부심을 신청할 권리, 진술거부권의 행사를 방해하였으므로 직권남용 혐의가 있는 것으로 판단된다.

○ 한편 검찰은 피진정인 이○○을 피해자 박○○에 대한 가혹행위 혐의로 특정범죄가중처벌등에관한법률 제4조의 2, 형법 제125조 및 제30조를 적용하여 기소하였다.

사. 피진정인 최○○

○ 피진정인 최○○은 범죄혐의의 상당성, 필요성, 긴급성 등의 요건이 결여되었음에도 불구하고 피진정인 홍○○의 지시에 따라 피해자 장○○을 긴급체포하였다. 2002. 10. 23. 11:30경 피진정인 이○○, 최○○과 함께 인천시 소재 피해자 장○○의 사촌형 집에서 피해자 장○○을 체포하였으며, 체포하는 과정에서 범죄사실의 요지, 체포이유, 변호인의 조력을 받을 권리 등을 고지하지 않고 적법절차를 위반한 내용은 위 피진정인 이○○에 대해서 인정된 사실과 같다.

○ 따라서 피진정인 최○○은 위법한 절차에 의하여 피해자 장○○을 긴급체포

한 후 신체적 활동의 자유를 박탈하였으므로 불법체포·감금혐의가 있는 것으로 판단된다.

○ 피진정인 최○○은 2002. 10. 23.부터 25.까지 사이에 피해자 장○○, 권○○, 최○○, 조○○을 ○○지검 11층 특별조사실에서 각 사하면서 살인혐의에 대하여 자백할 것을 강요하며 피해자들에게 폭행 및 가혹행위를 하여 피해자들의 변호인의 조력을 받을 권리와 체포적부심을 신청할 권리, 진술거부권의 행사를 방해하였으므로 직권남용 혐의가 있는 것으로 판단된다.

○ 한편 검찰은 피진정인 최○○을 피해자 장○○, 권○○, 최○○, 조○○과 진정 의 김○○에 대한 가혹행위 혐의로 특정범죄가중처벌등에관한법률 제4조의 2, 형법 제125조 및 제30조를 적용하여 기소하였다.

아. 피진정인 이○○

○ 피진정인 이○○은 범죄혐의의 상당성, 필요성, 긴급성 등의 요건이 결여되었음에도 불구하고 피진정인 홍○○의 지시에 따라 피해자 최○○를 긴급체포하였다. 2002. 10. 25. 07:30경 피진정인 박○○, 이○○와 함께 경기도 파주시 소재 피해자 최○○의 집 근처 노상 주차장에서 최○○를 체포하였다. 피진정인 이○○은 피해자 체포 시에 미란다원칙을 고지했다고 주장하나, 피해자 최○○는 자신이 도박혐의로 체포되는 것으로 허위사실을 고지받았다고 주장하고 있고, 최○○를 함께 체포했던 피진정인 박○○과 이○○가 체포 시에 아무 말도 하지 않았다고 진술하고 있는 점등에 비추어 체포하는 과정에서 범죄사실의 요지, 체포이유, 변호인의 조력을 받을 권리 등을 고지하지 않고 적법절차를 위반한 것으로 판단된다.

○ 따라서 피진정인 이○○은 위법한 절차에 의하여 피해자 최○○를 긴급체포한 후 신체적 활동의 자유를 박탈하였으므로 불법체포·감금혐의가 있는 것으로 판단된다.

자. 피진정인 고○○

○ 피진정인 고○○은 범죄혐의의 상당성, 필요성, 긴급성 등의 요건이 결여되었음에도 불구하고 피해자 조○○을 피진정인 홍○○의 지시에 따라 긴급체포하였다. 2002. 10. 25. 19:00경 피진정인 박○○, 이○○와 함께 경기도 ○○경찰서에서 피해

자 조○○을 체포하였으며, 체포하는 과정에서 범죄사실의 요지, 체포이유, 변호인의 조력을 받을 권리 등을 고지하지 않고 적법절차를 위반한 내용은 위 피진정인 박○○, 이○○의 인정 사실에서 살펴본 바와 같다.

○ 따라서 피진정인 고○○은 위법한 절차에 의하여 피해자 조○○을 긴급체포한 후 신체적 활동의 자유를 박탈하였으므로 불법체포·감금혐의가 있는 것으로 판단된다.

차. 피진정인 박○○

○ 피진정인 박○○는 피해자 장○○과 권○○에 대하여 그들이 피진정인 이○○, 최○○, 채○○, 홍○○ 등의 극심한 가혹행위에 의하여 자백을 강요당한 사실을 잘 알고 있었음에도 불구하고 위와 같은 가혹행위로 인하여 육체적·정신적으로 자신들을 방어할 능력을 완전히 상실한 상태에 이른 위 피해자들에 대하여 진술거부권이나 변호인의 조력을 받을 권리를 전혀 보장하지 않은 채 위와 같이 강요된 자백에 기초하여 2002. 10. 24부터 같은 달 26. 사이 피의자신문조서를 작성한 사실이 인정되는 바, 그렇다면 위 피진정인의 소위 역시 피해자 장○○과 권○○의 변호인의 조력을 받을 권리, 체포적부심을 신청할 권리, 진술거부권의 행사를 방해한 것으로 믿을 만한 상당한 이유가 있다.

카. 피진정인 전○○

○ 피진정인 전○○은 2002. 10. 24. 19:00과 다음 날인 25. 19:00경 피해자 권○○에게 위 피해자가 위에서 본 극심한 가혹행위에 의하여 자백을 강요당하여 방어능력을 완전히 상실한 사실을 잘 알면서도 변호인의 조력을 받을 권리, 체포적부심을 신청할 권리, 진술거부권을 전혀 보장하지 않은 채 자백내용에 부합하는 진술서 작성을 요구한 사실이 인정되는 바, 그렇다면 위 피진정인의 소위도 피해자 권○○의 변호인의 조력을 받을 권리, 체포적부심을 신청할 권리, 진술거부권의 행사를 방해한 것으로 믿을 만한 상당한 이유가 있다.

○ 한편 검찰은 피진정인 전○○을 진정 외 박○○에 대한 가혹행위 혐의로 형법 제125조를 적용하여 기소하였다.

타. 피진정인 구○○

○ 피진정인 구○○은 2002. 10. 25. 18:10경부터 피해자 최○○를 조사하면서 피해자가 위에서 본 극심한 가혹행위에 의하여 자백을 강요당하여 방어능력을 완전히 상실한 사실을 잘 알면서도 변호인의 조력을 받을 권리, 체포적부심을 신청할 권리, 진술거부권을 전혀 보장하지 않은 채 자백을 강요한 사실이 인정되는 바 그렇다면 위 피진정인의 소위도 피해자 최○○의 변호인의 조력을 받을 권리, 체포적부심을 신청할 권리, 진술거부권의 행사를 방해한 것으로 믿을만한 상당한 이유가 있다.

○ 한편 검찰은 피진정인 구○○피해자 최○○에 대한 가혹행위혐의로 특정범죄가중처벌등에관한법률 제4조의 2, 형법 제125조 및 제30조를 적용하여 기소하였다.

파. 피진정인 김○○

○ 피진정인 김○○은 2001. 10. 25. 03:00경부터 08:00경까지 피해자 정○○에 대하여 피해자가 위에서 본 극심한 가혹행위에 의하여 자백을 강요당한 사실을 잘 알고 있었음에도 불구하고 위와 같은 가혹행위로 인하여 육체적·정신적으로 저항할 수 없는 상태에 이른 피해자 정○○에 대하여 변호인의 조력을 받을 권리, 체포적부심을 신청할 권리를 전혀 보장하지 않은 채 위와 같이 강요된 자백에 기초하여 피의자신문조서를 작성한 사실이 인정되는 바, 그렇다면 위 피진정인의 소위 역시 피해자 정○○의 변호인의 조력을 받을 권리, 체포적부심을 신청할 권리, 진술거부권의 행사를 방해한 것으로 믿을만한 상당한 이유가 있다.

○ 한편 검찰은 피진정인 김○○을 피해자 정○○에 대한 가혹행위혐의로 특정범죄가중처벌등에관한법률 제4조의 2, 형법 제125조 및 제30조를 적용하여 기소하였다.

5. 결 론

○ 피해자들에 대한 폭행·가혹행위의 근본적인 원인은 관행적으로 이루어져 오던 위법한 긴급체포와 그 이후 과정에서의 적법절차 위반으로 판단된다.

○ 신체의 자유를 제한하는 체포가 피의자의 정상적 사회생활을 갑작스럽게 차단하고 사회적 명예나 본인 및 가족의 생계에 심각한 악영향을 미칠 뿐만 아니라 방어권 행사도 제한할 수 있다는 점에서 수사절차 상의 강제처분 가운데서도 특히 신체구속은 적법절차의 준수가 매우 엄격하게 요구되며, 인신구속으로 인한 인권침

해를 최소화하기 위해서는 체포영장주의를 원칙으로 하고 긴급체포 등은 극히 예외적으로 운용되어야 한다.

○ 그러나 우리 나라의 실정을 보면, 체포영장제도는 극히 예외적으로 이용되고 예외적이어서 할 긴급체포제도가 오히려 일반화되어 크게 남용되고 있다. 구체적으로 1998.부터 2000.까지 사이에 전국적으로 체포영장에 의해 체포된 피의자 수를 긴급체포된 피의자 수에 비교할 때 그 비율이 약 10%에도 못 미치고 그 비율도 해를 거듭할수록 줄어들고 있는 추세이다. 인권보호 장치로서 형사소송법에 명문화된 체포영장주의는 유명무실화 되는 한편 손쉬운 인신구속의 방편으로 긴급체포가 남용되고 있는 것이다.

청별	체포영장에 의한 체포		긴급체포	청별	체포영장에 의한 체포		긴급체포
서울지검	1998	2,671	18,938	대전지검	1998	498	1,804
	1999	1,397	20,897		1999	211	1,165
	2000	1,086	20,829		2000	236	1,230
수원지검	1998	1,018	6,008	대구지검	1998	1,016	9,614
	1999	773	5,014		1999	502	9,310
	2000	324	5,524		2000	376	8,482
부산지검	1998	1,062	9,886	광주지검	1998	119	8,436
	1999	502	11,190		1999	148	7,141
	2000	376	9,684		2000	136	7,008

○ 헌법에서 수사상 강제처분시 법관의 영장을 요하도록 하는 영장주의를 기본 원칙으로 규정하고 있으나 수사상 편의와 영장청구의 번거로움을 회피하기 위한 수단으로 임의동행과 같은 불법적인 수사관행이 고착화되자, 이를 근절하기 위한 목적으로 1995. 12.경 체포영장제도를 도입하고 예외적으로 긴급체포, 현행범체포를 허용하는 방식으로 형사소송법을 개정한 것임에도 불구하고 그러한 개정취지가 무시된 채 예외적인 경우에만 허용되어야 할 긴급체포가 적법성을 결한 채 남용되고 있는 것이다.

○ 또한 헌법이 피의자 체포시의 고지의무나 피의자에 대하여 변호인의 조력을 받을 권리, 체포적부심을 청구할 권리, 진술거부권을 보장하고 있는 것은 실제적 진

실발견이나 사회정의의 실현에 앞서 형사피의자의 인권을 우선적으로 보호하기 위함이다.

○ 그러나 피진정인들은 범죄혐의의 상당성, 필요성, 긴급성과 같은 긴급체포의 요건이 결여된 피해자들을 긴급체포하면서 그 체포과정에서도 범죄사실의 요지, 체포이유, 변호인의 조력을 받을 권리 등을 고지하지 않고 적법절차를 위반하였다. 또한 살인사건의 실제적 진실발견만을 앞세워 피해자들을 조사하면서 자백을 강요하며 변호인의 조력을 받을 권리, 체포적부심을 청구할 권리, 진술거부권 등 피해자들의 권리의 행사를 방해하였다.

이상과 같은 이유로

1. 피진정인 홍○○, 이○○, 최○○, 채○○, 홍○○, 이○○의 각 소위는 형법 제123조 소정의 불법 체포·감금 및 형법 제123조 소정의 직권남용의, 피진정인 박○○, 이○○, 이○○고○○의 각 소위는 불법 체포·감금의 범죄행위에 각 해당하고

이에 대하여 형사처벌이 필요하다고 인정되므로 검찰총장에게 위 피진정인들을 고발하고,

2. 피진정인 구○○, 전○○, 김○○, 박○○의 각 소위는 직권남용에 해당한다고 믿을 만한 상당한 이유가 있으므로 검찰총장에게 위 피진정인들에 대하여 수사를 의뢰하고,

3. 법무부장관에게 긴급체포가 엄격한 요건을 충족하는 경우에만 운용될 뿐만 아니라 긴급체포 후에도 사후영장 발부제도가 도입될 수 있도록 관련제도의 개선을 권고하고,

4. 대한변호사협회에 피해자들의 손해배상을 위한 법률구조를 요청하기로 하여, 국가인권위원회법 제45조 1항, 제34조 1항, 제44조 1항 2호 및 제47조 1항의 규정에 따라 주문과 같이 의결한다.

검사조사실 계구사용 금지

“ 검사조사실서 계구사용은 원칙적으로 금지해야 ”

국가인권위, 법무부장관에게 계호근무준칙 제298조 개정 권고

“검사조사실에서 모든 구속 피의자·피고인에게 계구(수갑·포승) 사용을 강제하고 수사검사가 계구의 해제를 요구해도 계호근무자가 이를 거절하도록 명시한 계호근무준칙 제298조는 인권침해”라며 김승교 변호사(법무법인 정평 소속)가 2002년 4월 법무부장관을 상대로 진정한 사건에 대해, 국가인권위원회는 “동 조항은 구속 피의자·피고인의 행복추구권 및 신체의 자유를 침해한다”는 판단을 내리고, △검사조사실에서 구속 피의자·피고인에 대해 원칙적으로 계구사용을 금지하되, 예외적으로 허용하며, △수사검사에 계구사용에 대한 재량권을 부여하도록 계호근무준칙 제298조를 개정할 것을 법무부장관에게 권고함.

이 사건은 김승교 변호사가 변호를 맡았던 형사피의자 박모씨가 2002년 3월 두 차례에 걸쳐 검사조사실에서 수갑과 포승에 묶인 상태로 조사를 받는 도중 “자유로운 상태에서 진술하고 싶다”며 계호근무자와 수사검사에 계구 해제를 요구했으나 계호근무준칙 제298조의 규정에 의해 거부당하자 김변호사가 박모씨를 대신해 국가인권위에 진정을 제기하면서 비롯된 것임.

국가인권위 조사 결과 법무부훈령인 계호근무준칙 제298조는 검사조사실 계호근무자의 유의사항을 규정하고 있는데, 동 조항 제1호에서는 ‘계구를 시용한 채 조사실 안에서 근접계호를 해야 한다’고 명시하고 있고, 제2호에서는 ‘검사로부터 조사상 필요에 따라 계호근무자의 퇴실 또는 계구의 해제를 요청받은 때는 이를 거절해야 한다. 단, 상관으로부터 지시를 받았을 때에는 예외로 한다’고 규정하고 있음.

국가인권위 조사과정에서 피진정인 법무부장관은 △구속된 피의자·피고인이 무

죄의 추정을 받는 것은 사실이나 도주·증거인멸의 우려가 있어 검사의 조사를 받기 위해 구금시설 밖으로 나갈 때는 도주방지 등의 목적으로 계구를 사용할 수 있고 △형사소송법에서는 법정에서의 계구사용을 금지하고 있으나, 이 경우에도 피고인이 도주·폭력행사의 염려가 있는 경우, 재판장은 피고인에게 계구를 사용하도록 할 수 있으며 △형사소송법 등 관계법규에 검사조사시 계구사용에 대한 규정을 두지 않은 것은 법정 내외 검사조사실 내를 동등한 장소로 보지 않기 때문이므로 “검사조사실 안에서 계구사용을 강제하는 것은 불가피한 기본권 제한에 속하지만, 구속 피의자·피고인에 대한 계구사용과 관련하여 수사검사에 재량권을 부여하도록 동 조항을 개정할 계획은 있다”고 밝혔음.

또한 국가인권위가 의견제출을 요구한 검찰총장은 계호근무준칙 제298조에 대해 △구속수사는 구속 피의자·피고인의 신체적 자유에 대한 제한을 필수적으로 수반하고 있기에 동 조항이 헌법상 기본권 제한의 한계를 일탈했다고 보기 어렵고 △구속 피의자·피고인은 도주·자해·자살 등의 우려가 크고, 검사 등 수사관계자에게 위해를 가하거나 짐기 손괴·증거 인멸의 가능성이 높으며 △현재 검사실은 구치소나 교도소와 달리 사건관계인 등 일반인의 출입이 개방돼 있는 실정이므로 “구속 피의자·피고인에 대한 계구사용은 불가피하지만, 수사검사에 계구의 해제를 요청할 수 있도록 동 조항을 개정하는 것이 타당하다”고 주장하였음.

이에 대해 국가인권위는 구속 피의자·피고인의 계구사용과 관련한 법령(행형법, 형사소송법, 경찰관직무집행법 등)에 △계구사용은 필요한 경우에만 최소한의 범위에서 하고 △특히 형사소송법 제280조는 공판정에서 피고인의 신체를 원칙적으로 구속하지 않으며 △도주와 폭행이 예상되는 예외적인 경우에 한하여 재판장의 지휘에 의해 피고인의 신체를 구속하도록 규정해 놓은 점을 주목하였음.

반면 현행 계호근무준칙 제298조는 모든 구속 피의자·피고인에게 예외없이 계구사용을 강제하고 있을 뿐 아니라 수사검사의 재량권까지 박탈하고 있습니다. 따라서 국가인권위는 구속 피의자·피고인이라 할지라도 그 신체를 구속하는 것은 수사 및 계호근무상 불가피한 최소한의 범위 안에서만 행해져야 하는 것이 원칙임을 중시하고, 동 조항이 헌법 제10조(행복추구권) 및 제12조(신체의 자유)를 침해하는 것이라고 판단한 것임. (국가인권위 보도자료)

서울지검 피의자 사망사건 불기소처분에 대한 검찰항고

“ 서울지검 피의자 사망사건, 항고기로 ”

인권위, 불법 수사관행 근절 및 수사 중 인권보호 위해 불복 결정
서울지검, 홍모 전검사 등 사건관련자 전원 ‘혐의 없음’으로 불기소

국가인권위가 2002년 10월 발생한 서울지검 피의자 사망 사건과 관련 전 서울지검 검사 홍모씨와 수사관 등을 고발 및 수사의뢰한 것에 대해, 서울지검측이 2003년 6월 23일 ‘혐의 없음’으로 불기소 처분을 통보해 오며 따라, 국가인권위는 검찰에 항고하기로 결정하였음.

국가인권위는 2002년 10월 26일 발생한 ‘서울지검 피의자 사망 및 가혹행위 사건’에 대한 직권조사를 벌이고 △전 서울지검 검사 홍모씨를 비롯한 수사관들이 긴급체포요건에 해당하지 않는 피해자들을 긴급체포하고 △체포시 체포사유 및 변호인의 조력권 등을 미고지했고 △서울지검 특별조사실에 피의자들을 인치한 뒤 자백을 강요하며 폭행·가혹행위를 함으로써 피해자들의 변호인의 조력을 받을 권리, 체포적부심을 신청할 권리, 진술거부권 등을 실질적으로 침해한 사실 등을 밝혀냄. 이에 따라 국가인권위는 2003년 2월 24일 홍모씨 등 10인을 직권남용 및 불법 체포·감금 등의 혐의로 고발하고, 박모 계장 등 4인에 대해 검찰수사를 의뢰한 바 있음.

이에 대해 서울지검검찰청은 △피해자들의 체포당시 상황을 기초로 판단할 때 긴급체포 요건을 구비했고, 피의자들이 고의성을 부인했으며, 긴급체포절차관련 형사법령 위반 사실만으로는 직권남용 체포·감금에 해당되지 않는다는 이유로 직권남용 체포·감금 혐의를 불기소 처분했고 △피해자들이 구체적 권리행사를 방해받

은 사실이 없고, 피의자들이 이미 특정범죄가중처벌(가혹행위)으로 기소됐으므로, 별도의 직권남용죄가 성립하지 않는다는 이유로 직권남용 권리행사 방해 혐의를 불기소 처분하였음.

그러나 체포영장주의와 수사과정에서의 적법절차 확립이라는 기준에서 볼 때, 이러한 검찰의 판단은 긴급체포를 남용했던 기존의 위법적 수사관행을 그대로 인정한 결과로 볼 수밖에 없음. 실례로 검찰은 당시 피해자들의 혐의를 입증할 수 있는 뚜렷한 물증을 확보하지 못했고, 피고발인들이 긴급체포 전 피해자들의 소재지를 파악했다는 점을 인정하였음. 결국 검찰은 범죄 혐의의 상당성과 긴급성 등에 비춰 볼 때 피해자들이 긴급체포요건에 해당되지 않았음에도, 긴급체포 요건과 절차에서 하자가 없었다고 결론지은 것임.

검찰은 피해자들이 체포당한 뒤 피의사실을 고지 받았다는 확인서에 서명·무인했다는 점을 들어 절차상 적법했다고 주장하고 있음. 그러나 피고발인들은 피해자들에게 범죄사실을 허위로 고지했고, 긴급체포 사실을 고지하지 않은 채 임의동행 형식으로 신병을 확보했습니다. 검찰은 이러한 사실을 인정하면서도 피고발인들에게 무혐의 판단을 내린 것임.

또한 피해자들이 모두 긴급체포된 뒤 서울지검에 인치돼 피의자로서의 권리를 행사할 수 없었고, 살인혐의에 대한 자백을 강요당하며 가혹행위를 받았던 당시 상황을 고려할 때, 검찰이 ‘피해자들의 구체적인 권리행사가 방해 받았다고 보기 어렵다’고 판단한 점도 받아들이기 어려움.

주지하듯이 ‘서울지검 피의자 사망 및 고문치사 사건’은 수사과정에서 피의자가 가혹행위로 죽음에 이른 사건으로, 이러한 고문이나 가혹행위를 초래한 근본적 원인은 바로 체포영장을 발부받지 않은 채 피의자를 손쉽게 긴급체포하고, 그 과정에서 피의자의 권리를 고지하거나 보장하지 않은 데 있는 것임.

만일 체포영장주의가 확립된다면, 체포영장 청구를 받은 법원의 판사는 체포의 필요성 등에 대해 심사하게 되고, 수사관들은 체포영장을 발부받기 위해 객관적이고 충분한 피의자의 범죄 혐의를 찾으려 과학적인 수사과 증거수집에 노력을 기울

일 것임. 이에 따라 범죄 혐의를 입증하기 위해 충분한 수사를 진행한 뒤 피의자를 체포한다면, 수사관들도 피의자 조사 시 폭행이나 가혹행위를 통해 자백을 받아내야 한다는 압박감이나 유혹에서 자유로워질 것임. 또한 피의자들이 조사를 받는 중에 언제든지 변호인 접견을 할 수 있다면, 피의자들에게 폭행·가혹행위를 할 경우 그 사실이 금방 드러나기 때문에 수사관들도 함부로 피의자들을 대하지 못하게 될 것임.

수사상 편의와 영장청구의 번거로움을 회피하기 위한 수단으로 임의동행과 같은 불법적인 수사관행이 고착화되자 이를 근절하기 위한 목적으로 1995년 12월 체포영장제도를 도입하고 예외적으로 긴급체포, 현행법체포를 허용하는 방식으로 형사소송법을 개정한 것임에도 개정취지가 무시된 채 예외적인 경우에만 허용되어야 할 긴급체포가 적법성을 결한 채 남용되고 있음. 이는 1998년부터 2000년까지 전국적으로 체포영장에 의해 체포된 피의자 수가 긴급체포된 피의자의 10%에도 미치지 못하고, 그 비율이 해마다 낮아지고 있는 데서도 알 수 있음. 이 사건은 체포영장제도를 원칙으로 하고 긴급체포 등을 예외적으로 운영하고자 했던 형사소송법 개정취지와 배치되고, 긴급체포제도를 오히려 주된 인신구속의 방편으로 남용하고 있음을 반증하고 있는 것임. 국가인권위가 서울지검 피의자 사망사건 관련자들을 불법체포·감금·직권남용 등의 혐의로 고발 및 수사의뢰한 결정도, 바로 이러한 불법적 수사관행을 근절하고 수사 중 인권보호 원칙을 확립하기 위한 것이었음.

그러나 서울지방검찰청은 위와 같은 국가인권위의 결정 취지를 무시하고 피진정인들에게 '혐의 없음' 처분을 내림으로써 공정한 법집행을 포기하고 위법적 수사관행에 면죄부를 부여하였음. 국가인권위는 이러한 검찰의 처분에 동의할 수 없으며, 피진정인들의 위법적 행위에 대한 정당성 여부를 가리고자 서울고등검찰청에 이 사건을 항고하게 된 것임. (국가인권위 보도자료)

검사에 대한 수사의뢰

“ 인권위 검찰총장에 현직검사 수사의뢰 ”

가혹행위, 불법감금 의심할 상당한 이유 있다

국가인권위는 김기용(전 SK건설 부사장 63세)씨와 이현복(전 인천남동구청장 60세)씨가 당시 인천지방검찰청에 근무 하였던 정○○검사를 피진정인으로 2002년 7월 위원회에 제출한 진정사건을 조사한 결과 진정인 김기용씨에 대한 피진정인의 불법감금 및 가혹행위의 혐의사실이 상당 정도 인정된다고 판단하여 검찰총장에게 수사의뢰를 결정하였음.

이 사건은 피진정인 정○○검사가 △진정인 김기용씨가 당시 인천남동구청장이었던 이현복(61세)씨에게 뇌물제공을 하였다는 자백을 받기위해 1999. 9. 16. 23:50경 김씨를 임의동행 한 이후 1999. 9. 19. 22:00까지 약 70시간동안 인천지검 조사실에서 불법감금하고, 허위 자백요구, 폭행 및 욕설, 면벽반성, 수면금지 등의 가혹행위 등을 하였으며 국가인권위에 진정을 제기하였고, △또한 진정인 이현복씨는 피진정인에게 1999. 9. 18. 12:00경 체포당한 이후 1999. 9. 21:00까지 약 32시간동안 인천지검 조사실에서 위 김씨로부터 뇌물제공을 받았다는 자백을 받아내기 위해 불법감금 및 폭행, 욕설, 면벽반성, 쪼그려 앉기, 수면금지 등의 가혹행위를 하였다는 진정을 제기하면서 비롯되었음.

이에 대해 피진정인 및 당시 수사과정에 참여했던 담당 수사관들은 위 진정내용을 전면 부인했고, 특히 피진정인은 김씨의 임의동행 사실은 인정했으나 김씨의 동의하에 조사가 이루어졌으며, 간단한 조사 후 1999년 9월 18일 저녁 무렵 당시 김기용씨의 운전기사였던 박○○ 씨와 함께 일시 귀가 시켰다고 주장하였음.

국가인권위는 조사시간 및 조사의 임의성 여부, 가혹행위 여부에 대해 조사한 결과 △ 김기용씨의 운전기사였던 박○○씨 및 당시 같은 사건으로 조사를 받았던 전 SK건설 전무 배○○, 전 SK건설 직원 박○○ 등의 참고인 진술을 토대로 했을 때 피진정인이 김기용씨를 영장없이 약 70여 시간(1999.9.16 23:50 ~ 9.19 22:00) 동안 인천지검 조사실에 불법감금한 사실이 상당부분 인정되고 △ 김기용씨 및 당시 인천지검에서 동일 사건으로 조사를 받았던 위 참고인 모두 가혹행위를 당했거나 강압적 조사로 인한 수치심을 느끼고 허위진술을 강요받았다고 구체적이고 일관되게 진술하고 있는 점 등을 종합해 판단한 결과 형법 제124조 불법감금 및 형법 제125조 가혹행위에 해당한다고 믿을 만한 상당한 이유가 있다고 판단하여 피진정인에 대해 검찰총장에게 수사의뢰를 결정한 것임.

한편, 국가인권위원회는 진정인 이현복의 진정에 대해서도 조사를 하였으나 관련 수사기록에서 혐의점을 발견하지 못했고, 진정인의 주장 외에 달리 이를 입증할 만한 객관적 증거자료를 찾을 수 없어 사실이 아닌 것으로 판단하여 기각하였음. (국가인권위 보도자료).

형사절차에서의 인권보호

펴낸날 2004년 4월 20일
펴낸곳 법무부 인권과
경기도 과천시
중앙동 1번지
(02)503-7044
www.moj.go.kr
인쇄 문중인쇄(주)
(02) 503-7764

<비매품>