

인권정보자료실
CPk1.22



수사과정에서의 가혹 행위 방지를 위한 제도적 방안 기안

- 일시 : 2002. 11. 25(월) 14:00~16:00
- 장소 : 국가인권위원회 11층 배움터 1



수사과정에서의 가혹행위 방지를 위한 제도적 방안

2002. 11

CPk1.22

국가인권위원회



수사과정에서의 가혹 행위 방지를 위한 제도적 방안

- 일시 : 2002. 11. 25(월) 14:00~16:00
- 장소 : 국가인권위원회 11층 배움터 1

토론회 -

수사과정에서의 가혹행위 방지를 위한 제도적 방안

13:30 ~ 14:00 등록

14:00 ~ 14:10 개회 인사말 : 김창국/국가인권위원회 위원장

14:10 ~ 15:30 토론

사회자 : 김덕현/국가인권위원회 인권위원

토론자 : 김상겸/동국대학교 교수

(경제정의실천연합회 시민입법위원)

한상희/건국대학교 교수 (참여연대)

이승호/건국대학교 교수

김성돈/성균관대학교 교수

장주영/변호사 (대한변호사협회)

장경욱/변호사

(민주사회를 위한 변호사 모임)

김중확/경찰청 수사과장

15:30 ~ 16:00 종합토론

16:00 폐회

목 차

사회

- 수사과정에서의 가혹행위 방지를 위한 제도적 방안 토론회..... 1
김 덕 현 (국가인권위원회 인권위원)

토론 1

- 검찰수사과정에서 가혹행위 방지를 위한 대책..... 5
김 상 겸 (동국대학교 교수/경제정의실천연합회 시민입법위원)

토론 2

- 수사과정에서의 가혹행위 방지를 위한 제도적 방안..... 12
한 상 희 (건국대학교 교수/참여연대)

토론 3

- 검찰의 고문치사 사건을 바라보며..... 20
이 승 호 (건국대학교 교수)

토론 4

- 수사과정에서의 가혹행위 방지를 위한 제도적 방안..... 26
김 성 돈 (성균관대학교 교수)

토론 5

- 수사과정의 가혹행위 방지를 위한 제도적 방안..... 32
장 주 영 (변호사/대한변호사협회)

토론 6

- 수사과정에서의 가혹행위 방지를 위한 제도적 방안..... 38
장 경 옥 (변호사/민주사회를 위한 변호사 모임)

토론 7

- 「인권최우선 수사풍토」 구현방안 44
김 중 확 (경찰청 수사과장)

수사과정에서의 가혹행위 방지를 위한 제도적 방안 토론회

김 덕 현

(국가인권위원회 인권위원)

1. 제2차대전 이후 생명, 건강, 자유, 신체적 불가침성 및 인간의 존엄성 등을 법적으로 특별히 보호할 필요성이 인식되면서, 고문금지 또는 고문을 받지 아니할 개인의 권리는 가장 기본적인 인권원칙의 하나로 되었다. 오늘날 인권을 다루고 있는 국제적 문서는 모두 고문 및 잔혹하거나 비인간적이거나 모욕적인 처우 또는 처벌을 금지하고 있다. 1948년 세계인권선언(제5조), 1949년 제네바 4개협약(제3조), 1950년 유럽인권협약(제3조), 1966년 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약(제7조 및 제10조 제1항), 1969년 미주인권협약(제5조 제2항), 1981년 인간 및 인민에 권리에 관한 아프리카 헌장(제5조), 1981년 보편적 이슬람인권선언(제7조) 및 1984년 "고문및기타 잔혹하거나 비인간적이거나모욕적인처우또는처벌을금지 하는협약"(Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman and Degrading Treatment or Punishment; 약칭 고문방지협약이라 함)은 모두 이러한 부류의 행위를 비난하거나 금지하고 있다.

2. 우리 헌법도 고문을 방지하기 위한 직접적 또는 간접적 규정을 두

고 있다. 헌법 제10조(모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다)와 제37조 제1항(국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다)은 한국국민이 고문으로부터 자유로운 지위에 있음을 추상적으로 명시하고 있다. 또한 헌법 제37조 제2항(국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다)은 기본적인 인권을 제한하는 공권력의 행사에 한계를 설정하여 남용되지 않도록 함으로써 한국에서는 고문에 의하여 기본권의 본질적 내용을 침해하는 것은 어떠한 이유로도 정당화될 수 없음을 천명하고 있다.

헌법 제12조 제2항은 "모든 국민은 고문을 받지 아니하며, 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니한다", 제12조 제7항은 "피고인의 자백이 고문·폭행·협박·구속의 부당한 장기화 또는 기타의 방법에 의하여 자의로 진술된 것이 아니라고 인정될 때에는 이를 유죄의 증거로 삼거나 이를 이유로 처벌할 수 없다"라고 규정하여 고문 및 기타 처우나 처벌을 금지하고, 더욱이 고문에 의한 자백을 증거로 채택할 수 없다고 규정하여 증거법적인 측면에서 고문 등의 행위들이 피의자·피고인에게 가해지지 않도록 하고 있다.

그밖에도 헌법은 영장주의(제12조 제3항), 변호인의 조력을 받을 권리(제12조 제4항), 체포 또는 구속의 고지와 변호인 선임권 고지(제12조 제5항), 구속적부심사청구권(제12조 제6항), 무죄추정의 원칙(제27조 제4항), 형사보상청구권(제28조), 국가배상청구권(제29조)의 규정을 통하여 고문의 한 형태로 불법적 감금이나 체포가 행하여지는 것을 방지하고, 적법한 구금 하에서의 고문 등을 예방하는 효과를 도모하고 있다.

이러한 헌법규정에 따라 하위 법규들은 헌법에서 인정된 제반 권리의 구체적인 보장과 고문 및 기타 잔혹하거나 비인간적이거나 또는 모욕적인 처우나 처벌을 금지하기 위해 보다 상세한 규정을 두고 있다. 형사소송법 제309조는 "피고인의 자백이 고문, 폭행, 협박, 구속의 부당한 장기화 또는

기망 기타의 방법으로 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 이유가 있는 때에는 이를 유죄의 증거로 하지 못한다"고 규정하여 임의성이 의심되는 자백의 증거능력을 부정하는 자백배제법칙을 규정하고 있다. 그 외 형법, 형사소송법, 형사소송규칙, 특정범죄가중처벌등에관한법률과 균형법상의 다수 규정과 군사법원법 제230조, 행형법 제5조 및 제6조, 소년원법 제10조 및 제11조, 군행형법 제3조 및 제4조, 범죄인인도법 제9조 제5호, 국제형사사법공조법 제6조 제2호 및 제3호, 출입국관리법 제64조, 국가공무원법 제78조 제1항, 지방공무원법 제69조, 사법경찰관리집무규칙(법무부령) 제24조 및 제27-29조, 범죄수사규칙(경찰청훈령 제57호) 제2조 제2항, 제3조, 제138조 및 제167조, 피의자유치및호송규칙(경찰청훈령 제62호) 제2조 및 제40조, 호송경찰관출장소근무규칙(경찰청훈령 제61호) 제4조, 경찰업무편람(8-4 유치장 관리, 유치인 인권옹호 및 교양), 계호근무준칙(법무부훈령 제293호) 제4조, 제16조, 제17조, 제27조 및 제97조, 수용자규율및징벌에관한규칙(법무부령 제411호) 제7조, 소년원생수용지침(법무부훈령 제265호) 제4조 및 제19조, 범죄피해자구조법 제3조 제1항, 청원법 제4조 및 제11조, 행정규제및민원사무기본법 제3조, 형사보상법 제1조, 제2조, 제26조, 제28조 및 제29조, 국가배상법 제2조, 제3조 및 제7조, 국가안전기획부법 제11조 및 제19조 등도 위 헌법규정에 따른 하위법규의 예로 들 수 있다.

3. 지난 10월 26일 경기 파주일대 폭력조직 S파의 두 개의 살인사건과 관련된 혐의로 서울지방검찰청에서 조사를 받던 피의자 조모씨가 수사관의 가혹행위로 사망하는 사건이 일어났다. 고문 등 가혹행위는 1987년 박종철군 물고문치사 사건 이후 이 땅에서 사라진 것으로 여겨졌고, 인권국가인 국민의 정부 아래에서 이런 일이 일어나리라고는 상상할 수조차 없었기 때문에 국민들의 충격과 놀라움은 클 수밖에 없었다.

4. 이러한 상황하에서 수사기관의 가혹행위 방지를 위한 제도적 장치를 논의하기 위하여 이번 토론회를 열게 되었다.

이번 사건은 경찰·검찰의 수사가 과학적 수사를 통해 증거를 확보하

는 선진 수사기법에 의하지 아니하고 여전히 피의자의 자백에 의존하는 기존 수사관행에서 벗어나지 못하고 있었다는 것을 여실히 보여주는 것이다. 그리고 밀실수사, 밤샘수사, 검사 입회 없이 참여계장에 의하여 작성되는 검찰 피의자신문조서 작성 관행 등도 검토되어야 한다.

수사기관에서의 변호인 참여권 보장은 수사관들의 조사과정에서 피의자에게 가혹행위를 할 가능성을 근원적으로 봉쇄할 수 있을 것이다. 경찰은 최근 피의자신문시 변호인 참여를 허용하여 왔으나 검찰에서는 허용하지 않았는데 법무부에서 발표한 이번 사건의 대책에 의하면 검찰에서도 변호인 참여권을 보장할 예정이라 한다.

대법원도 1981. 10. 13. 81도2160 판결에서 피고인들이 검사 이전의 수사기관의 조사과정에서 고문 등으로 임의성 없는 진술을 하고 그 후 검사의 조사단계에서도 임의성 없는 심리상태가 계속되어 동일한 내용의 진술을 하였다면 비록 검사 앞에서 조사받을 당시는 고문 등의 자백강요를 당한 바가 없었다고 하여도 검사 앞에서의 자백은 결국 임의성 없는 진술이 될 수밖에 없다고 판시하는 등 위법한 방법에 의하여 수집한 증거를 배제하는 입장에 있다. 그러나 일선 법원에서 피고인의 가혹행위를 당했다는 주장 혹은 이에 기한 증거능력 부인 주장이 받아들여지는 경우는 드물다.

5. 그러면 수사기관의 가혹행위 방지를 위한 제도적 방안을 강구하기 위하여 ① 경찰 수사과정에서의 문제점, ② 검찰 수사과정에서의 문제점, ③ 구속영장실질심사제도의 문제점, ④ 피의자신문과정에서의 국선변호인 제도의 활용방안, ⑤ 재판에서 조서의 증거능력 인정상 문제점의 5개의 분야로 크게 나누어 차례로 살펴보고 그 대책을 의논하기로 한다.

검찰수사과정에서 가혹행위방지를 위한 대책

김 상 검

(동국대학교 교수/경실련 시민입법위원)

1. 들어가는 말

최근 검찰수사과정에서 피의자 사망사건과 물고문에 대한 의혹제기로 인하여 우리 사회가 커다란 소용돌이에 휩쓸렸다. 수사과정에서 피의자의 인권문제에 대해서는 그동안 많은 문제가 제기되었으나, 이번 경우처럼 명백하게 발생함으로써 사회문제가 된 경우는 거의 없었다. 이렇게 그동안 감춰져 있던 피의자의 인권문제의 구체적인 모습이 직접 드러남으로써 국민들에게는 엄청난 충격을 던져주고 있다.

특히 이번 사건은 그동안 피의자의 자백만 있어도 증거 능력으로 인정되어 온 관행과 피의자의 인권 보호 대책이 제대로 마련되지 않은 것에 기인한 것이다. 시간과 인력이 많이 소요되는 물증 확보 위주의 수사보다는 피의자 자백을 받아내는 수사가 이루어지고, 자백을 받아내기 위해 고문이나 구타가 행해지는 것이 바로 이 때문이다.

국민의 권리를 보호하기 위한 사법제도의 한 축으로서 검찰의 위상에서 볼 때, 이번 사건의 파장은 쉽사리 가라앉기 힘들 것이다. 물론 결과로서 법무부장관과 검찰총장의 경질, 검찰 자체의 내부문책, 담당검사와 수사관으로 구속

등 외형적으로는 책임소재를 분명하게 함으로써 정리가 되고 있다. 그렇지만 검찰 초유의 수사담당 검사의 구속이라는 결과를 도출시킨 이번 사건의 핵심은 그동안 여러 의혹이 제기되었던 수사과정에서 가혹행위에 대한 인권침해의 문제라고 할 수 있다.

우리는 차제에 검찰수사이든 경찰수사이든 위법행위를 밝히기 위하여 위법한 수단을 사용하는 것은 금지되어야 하며, 국민의 인권을 보장하기 위한 근본적인 대책을 강구해야 한다. 우리 헌법은 피의자의 인권 보장을 명시하고 있으며, 아무리 강력사건의 용의자라고 해도 국민으로서 보호받아야 할 인권은 있다. 이를 위하여 우선 제도적 개선을 강구해야 하고, 또한 검찰의 의식개혁도 병행되어야 하며 국민의 인권의식도 더 한층 강화되어야 할 것이다.

피의자 인권 보호 대책을 마련하고 과학적인 수사가 진행될 수 있도록 하는 법적인 제도 정비가 반드시 필요하다. 따라서 신문시 변호인의 입회를 보장하고, 검찰 조서에 대한 증거 능력을 제한적으로만 인정해야 하며, 모든 형사사건에 대한 국선변호인 제도를 확대시켜 피의자가 변호사의 조력을 받을 수 있도록 하는 등 피의자 인권 보장을 위한 근본 대책이 마련해야 한다.

2. 가혹행위금지의 법적 근거

수사과정에서 고문 등의 가혹행위는 그 의도와 관계없이 위헌이며 위법이다. 헌법국가는 국민의 기본권보장과 국가권력의 대기본권 기속성이 그 핵심이다. 국가는 어떤 경우에도 기본권을 침해해서는 안 된다. 국가는 헌법에 의하여 기본권보호의무를 갖는다.

(1) 헌법상의 가혹행위 금지 규정

우리 헌법 제10조는 인간의 존엄과 국가의 기본권보호의무를 규정하고 있

다. 이 규정에 의하여 인간의 존엄이란 우리 헌법이 지향하는 최고의 가치를 의미한다. 즉 인간의 존엄은 그 구체적 표현인 개별 기본권의 이념적 기초이며, 국가권력에 대해서는 가치적 실천기준으로 국민의 존엄성을 침해해서는 안 된다는 의무를 부여하는 것이다. 특히 헌법 제12조는 제2항에 명시적으로 고문을 금지하고 형사상 불리한 진술의 강요금지를 규정함으로써 전통적 자유권인 신체의 자유를 보장하고 있다. 또한 동조 제7항은 고문 등과 같은 가혹행위 내지 부당한 방법에 의하여 진수된 피고인의 자백의 증거능력과 증명력을 제한하고 있다. 그 외에도 동조 제1항은 심문에 있어서 적법한 절차에 의할 것을 명문화하고 있으며, 나아가 체포와 구속의 경우 변호인 조력권을 규정하고 있다.

(2) 법률상의 가혹행위 금지 규정

비인도적·비인간적 가혹행위 금지에 관한 헌법규정의 실질적 보장을 위하여 형사절차와 관련하여 실정법에서는 관련 규정들을 두고 있다.

법률상 가혹행위 금지에 관한 직접적인 규정으로는 형사소송법 제309조의 고문 등에 의한 진술의 증거능력을 부정하는 규정을 들 수 있으며, 이와 함께 형법이나 특정범죄가중처벌등에관한법률과 같은 특별형법상의 규정과 절차법으로서 형사소송법상의 규정 등에서 찾아볼 수 있다.

국내법적 근거 이외에도 국제법의 수용을 통하여 가혹행위 금지의 법적 근거를 마련하고 있다. 국제인권규약의 B규약 제7조는 “어느 누구도 고문 또는 잔혹하고 비인도적이거나 굴욕적인 취급 또는 형벌을 받지 아니한다”라고 규정하여 고문금지를 선언하고 있다. 동 조약에 가입한 우리나라는 고문금지를 수용하고 있다. 헌법 제6조 제1항은 이런 국제협약에 대하여 국내법적 효력을 인정하고 있다. 이렇게 국내외적으로 가혹행위 금지에 대한 관련 법적 근거규정을 기본적으로 갖고 있다.

또한 공무원은 헌법 제7조에 의하여 전체국민의 봉사자로서 당연히 헌법과 법률에서 금하고 있는 비인도적인 가혹행위를 해서는 안된다. 설혹 실제적 진실의 발견을 위한 목적을 가지고 있다하여도 가혹행위는 인권을 침해하는 불

법국가의 행위이다.

3. 가혹행위근절과 금지를 위한 제도적 문제와 그 개선방안

(1) 가혹행위 금지를 위한 검찰의 대책

이번 사건과 관련하여 검찰은 신속하게 인권을 침해하는 그동안의 수사관행을 근절하는 여러 대책을 수립하여 발표하였다. 예를 들면 밀실·강압수사의 논란을 빚은 검찰청사 내의 특별조사실을 폐쇄하겠다고 한 것이나, 피의자 조사단계에서부터 변호인의 참여권을 부여하는 것, 그리고 검찰청사 내 인권보호를 위한 '인권보호관직'의 신설 등이다. 또한 피의자의 자백에만 의존하는 기존 수사관행에서 탈피하여 증거위주의 과학 수사기법의 확대 도입, 참고인의 강제출석시킬 수 있는 참고인 강제구인제와 참고인 등의 조사과정에서 허위진술을 처벌할 수 있는 사범방해죄 등의 입법화와 수사협조시 형의 감경을 법제화하는 것도 추진하겠다고 하고 있다. 그렇지만 검찰의 대책 중 참고인 강제구인제의 경우 국민에게 법이 강제로 검찰에 출석하게 하고 진실을 말할 의무를 부과한다면 그 자체 위헌적인 것이라고 볼 수도 있다.

(2) 가혹행위 관련 문제점과 개선방안

① 수사과정에서 변호인의 참여허용문제

체포·구속되는 순간부터 변호인의 조력권은 헌법규정에 의하여 기본권으로서 보장된다(헌법 제12조 제4항). 그렇지만 피의자의 신분으로 수사과정에서는 변호인의 도움을 받을 권리를 행사할 수 없는 문제가 발생한다. 현행 형사소송법 제243조에는 "검사가 피의자를 신문함에는 검찰청 수사관 또는 서기관이나 서기를 참여하게 하여야 하고 사법경찰관이 피의자를 신문함에는 사법경찰관리를 참여하게 하여야 한다"라고만 규정되어 있다. 이러한 상황에서 검찰직원에게 의한 단독조사, 철야수사 등으로 피의자의 신문조서가 작성되고, 이 조서는 특별한 사정이 없는 한 증거로 그대로 인정되기 때문에 문제가 있다. 즉 변호인의 조력이 없는 가운데 피의자는 위압적인 분위기에서 제대로 진술을

못하고, 또한 작성된 피의자 신문조서는 그대로 증거능력으로 인정받는 것이 그간의 상황이었다.

이 문제에 이어서 변호인의 조력권의 실질화를 통한 인권보장의 확대라는 점에서 피의자의 신문단계에서 변호인의 참여가 허용되어야 한다. 검사 또는 사법 경찰관이 피의자를 신문할 때에는 미리 변호인을 참여시킬 수 있음을 알려야 하며, 피의자나 변호인의 요구가 있는 경우 변호인을 참여시켜야 한다. 따라서 형사소송법상의 변호관련 규정의 보완이 이루어져야 한다.

② 자백의 증거능력의 인정문제

현 사건에서처럼 경찰이나 검찰의 수사과정에서 자백을 받아내기 위한 가혹 수사나 강압수사가 발생하는 것은 특별한 사정이 없는 한 자백을 증거로 인정하는 실정에 기인한다. 물론 형사소송법 제312조 제1항의 규정을 통하여 검사가 작성한 '피의자신문조서'에 대해 특별한 사정이 없는 한 증거능력을 그대로 인정한다는 점도 있다. 그렇지만 이런 상황은 검찰수사에서 치밀한 과학수사에 의한 물증의 확보보다는 상대적으로 쉬운 가혹수사나 강압수사에 의한 자백에 의존하게 한다.

이 문제는 검찰의 피의자 신문 조사 중 변호인이 입회하여 이의를 제기한 경우 그 부분에 대한 증거능력을 제한하는 것이 필요하다고 본다. 또한 자백이 피고인의 자의에 의한 것이 아니라는 심증이나 개연성이 있는 경우 그 자백의 증거능력을 인정하지 않는 사법부의 입장도 필요하다고 본다. 이 경우 앞의 형소법 조항의 개정여부와 관계없이 실효를 거둘 수 있는 방법이라고 본다.

③ 영장실질심사제도의 복원문제

가혹행위의 금지와 관련하여 절차적 보장의 입장에서 보면 영장의 실질심사의 문제도 다시 검토되어야 한다고 본다. 1997년 형사소송법의 관련규정의 개정으로 필수적 심사제도에서 선택적 심사제도로 바뀌면서 국제인권법이 요구

하는 수준에 미치지 못할 뿐 아니라, 현실적으로 피의자는 영장실질심사청구에 앞서 수사기관의 눈치를 보게되어 인권보장의 문제가 발생할 수 있다. 이 경우 형사소송법의 개정을 통하여 영장실질심사제도의 수준을 높여야 한다고 본다.

④ 형사사건에서 변호인의 권리강화와 국선변호인제도의 확대

현행 형사소송법 제35조는 열람, 등사가 허용되는 것이 '소송계속 중의 관계 서류 또는 증거물'에 한정하고 있기 때문에, 이로 인해 공소제기 이전의 수사 상태에서는 관련 서류에 대한 열람, 등사가 불가능하다. 그러나 실질적인 변호인의 조력권 보장을 위해서는 소송계속 중의 관련 서류뿐만 아니라 수사단계에서의 수사기록에 대한 열람, 등사권도 보장되어야 한다고 본다.

또한 변호인의 참여에 대한 법적 보장이 확대된다 하여도 경제적 약자는 변호인의 조력을 받을 수 없는 실정이기 때문에 국선변호인제도를 확대할 필요가 있다. 특히 형사사건의 경우 모든 국민이 기본적으로 국선변호인으로부터 형사변론을 받을 수 있도록 하여야 한다고 본다.

⑤ 기타 제도적 개선의 문제

현행 형사소송법 제200조의 3, 제200조의 4에 의하여 검사재량으로 긴급체포 후 48시간 내에 구속영장을 청구할 수 있도록 한 긴급체포제도 역시 기본권의 침해소지가 있는 위헌적 제도라 할 수 있기 때문에 폐지되어야 한다고 본다.

이 외에도 현행법상 검찰의 기소독점권을 견제할 수 있는 재정신청제도의 확대도 필요하다고 본다. 재정신청제도는 현행법상 수사공무원 등의 불법체포, 가혹행위 등(형법 제123조 내지 제125조의 죄)에 대한 검사의 불기소처분에 대해서만 인정되고 있기 때문에, 검찰의 공소권에 대한 일반적이고 효과적인 사법적 통제수단이 되지 못하고 있는 실정에서 재정신청제도의 대상 범위를 전체 범죄행위로 확대하는 것이 필요하다.

마지막으로 과학적인 수사를 위해서는 수사 인력의 확보가 절대적이기 때문에 수사인력의 획기적인 증원이 필요하다고 본다.

4. 맺음말

검찰은 국가의 형벌권을 실현하고 정의를 바로 세우는 구가의 중추적인 기관이다. 그동안 공정한 검찰권 행사와 관련하여 주로 정치적 중립 내지 독립의 문제만 검찰개혁에서 논의되었다. 이런 관점에서 이미 검찰제도의 개선문제는 상당한 진척을 보고 있다. 그러나 현재 불거져 나온 인권문제는 앞의 문제보다도 더 중요한 국민의 기본권 보장문제이다. 이미 지적한 바와 같이 인권보장과 관련된 실정법제도의 보완과 함께 이미 가입하여 발효되고 있는 국제인권규약 등 고문방지협약과 같은 국제법의 관점에서 국내법적으로도 가혹행위금지를 위한 특별법의 제정도 고려해 볼 수 있다. 그러나 이와 함께 중요한 것은 국민의 인권의식의 좀 더 적극적 전환과 함께 수사를 담당하는 사정기관 구성원의 실정법에 근거한 철저한 인권의식의 신장이다.

최근 일련의 사태를 보면서 우리는 국가 형벌권의 중추기관인 검찰의 위상에 심각한 우려를 가지 않을 수 없다. 이 우려는 단순히 수사과정에서 검찰에 의한 인권침해문제 뿐만 아니다. 이로 인하여 오히려 정당한 검찰권의 행사마저 위축되어 범죄로부터 국민의 보호가 제대로 행해지지 않는다면 이 또한 국가의 형벌권행사의 심각한 문제이다. 따라서 인권보장을 위한 실정법 개선을 통하여 법치국가의 이상을 실현하여야 할 것이다.

수사과정에서의 가혹행위방지를 위한 제도적 방안

한 상 희

(건국대학교 교수/참여연대)

문제의 인식

자유민주적 기본질서를 주축으로 이루어지고 있는 우리 헌법질서에서 인간성의 보장은 그 어떤 이유에서건 부인할 수 없는 절대적 가치를 이루고 있다. 인간이 그 자체 목적으로 대우받는 것이 아니라, 어떠한 목적에 대한 수단으로 전락하는 것 - 그것은 우리 헌법이 가장 금기시하는 전체주의적 사고이며, 경우에 따라서는 정당의 해산사유(제8조 제4항)가 되기도 한다. “모든 국민은 고문을 받지 아니하며, 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니한다”고 하는 헌법 제12조 제2항의 규정은 물론, 우리 헌법의 뚜렷한 작동기제가 되는 적법절차의 원칙 등은 모두가, 모든 사람들이 국가과정에서 인간으로서의 존엄을 유지하고 그 인간으로서의 품위를 손상당하지 아니할 것을 요청한다.

하지만, 근자에 “모난 돌”이 되어 정을 맞고 있는 수사과정에서의 가혹행위는 우리 헌법이 그 수호자격이어야 할 검찰에 의하여 치명적 암종을 배양하고 있음을 단적으로 보여준다. 비록 그것이 수사성과에 대한 검찰관·수사관의 정의감의 발현일 수도 있고 또는 성과지향적인 욕망의 표지일 수도 있고, 경우에 따라서

는 검찰관·수사관의 개인적 자질의 문제일 수도 있고, 더러는 검찰조직 자체의 폐단이 표출된 것일 수도 있다. 그러나 분명한 것은 바로 그러한 사건 자체가 우리 헌법이념에 대한 심각한 침해일 뿐 아니라, 이 사건 이후 검찰조직 내부에서 일고 있는 불평이나 동정론들을 대면하게 되면 사회인으로서의 우리들이 인간에 대하여 가지는 기대 그 본질까지도 회의하게 만든다.

권위주의적 통치가 민주화의 열풍에 의하여 서서히 스러지는 오늘날에 있어, 이 사건이 우리 사회에 던지는 의미는 결코 적지 않다. 굳이 헌법이념이나 헌법조항을 들먹이지 않더라도, 국제인권법의 규율을 떠올리지 않더라도, 이 사건에서 우리는 그동안 진행되어 왔던 민주화의 과정들이 결코 완성된 것은 아니라는, 오히려 이제부터 새로운 민주화의 노력이 진행되어야 한다는 서글픔을 느끼게 된다. 권위주의시대에서 고문으로 권력을 누리던 사람들이 여전히 오늘날에도 정치권력을 휘두르고 있고, 그 반대편에서 고문의 후유증으로부터 벗어나지 못한 사람들이 아직도 그 아픔을 말하지 못하는 현 시점에서, 검찰의 이번 사건은 아직도 우리나라는 권위주의체제 속에서 몸살을 앓고 있음을 잘 보여준다. 한 인간이 다른 인간을 국가의 이름으로 경멸하고 조롱하며, 법의 이름으로 패대기치고 물 끼얹는, 그 잔혹의 역사가 의연히 살아 있음을 보여주는 것이다.

혹자는 말한다: '조직폭력사건의 수사는 다른 방법이 없다.' 그럴지 모른다. 하지만, 그것이 인정된다면, '양아치'에 대한 수사는 몇 대 쥐어 박는 방법이 있고, 좀 도둑 수사는 욕지꺼리를 퍼붓는 방법이 있고, 어쩌다 검찰의 조사를 받게 되는 '양민'은 반말투와 비아냥의 대상이 될 수밖에 없어진다. 그리고 그 순간에 검찰은 무소불위의 권력으로서 국민위에 군림하게 되며, 검찰권력을 전면에 내세운 국가는 민주주의의 외피를 쓴 권위주의 국가로 조금씩 자리이동하게 될 것이다. 이 토론문은 이러한 인식에서부터 수사과정에서의 가혹행위를 방지하기 위한 제도적 방안을 제시해 보기로 한다. 이 방안들은 물론 지선의 것은 아니다. 하나를 얻고나면 다른 하나를 잃을 수밖에 없는 차선의 방안에 불과할 따름이다. 하지만, 중요한 것은 얻는 것과 잃는 것의 가치형량의 문제이다. 따라서 이 토론문은 보다 정확히 보자면, 무엇을 얻고 무엇을 잃을 것인가에 관한 토론자의 제안일 뿐이다.

몇 가지 방지책

2.1. 견제와 균형 - 그 절제의 미덕을 위하여

수사과정에서의 가혹행위를 방지하는 최우선적 방안은 수사과정 자체를 감시의 대상으로 놓는 것이다. 그래서 수사과정에 변호인이 참여할 수 있게 하는 것은 수사실에 CCTV를 설치하는 것에 비할 수 없는 최선의 방지책이 된다. 하지만, 문제는 그것이 허용된다 할지라도 현재와 같이 변호사가 법률서비스시장을 지배하면서 엄청난 수입가액으로 가격을 통제하고 있는 실정에서는 이러한 방책은 오로지 가진 자 혹은 헐리우드 영화식으로 보자면 조직폭력배의 경우에만 그 변호인수사참여의 비용을 감당할 수 있을 뿐이다. 몇 시간 혹은 수 일에 걸치는 수사과정을 내내 옆에서 지켜보고 있을 변호사도 없을 뿐더러, 설령 있다고 할지라도 그 비용을 감당할 수 있는 사람은 그리 많지 않다.(실제 이들에 대하여는 수사관도 함부로 가혹행위를 하지 못할 것이다.)

따라서 이 방안은 몇 가지 부가적인 조건이 따라야만 그 의미가 확보될 수 있다. 첫째, 국선변호인의 범위를 대폭 확대하여야 한다. 단기 3년 이상의 사건에 대하여만 국선변호가 가능한 현재의 제도를 모든 구속사건과 더불어 구속이 예정되는 체포사건에 대하여까지 확대적용하여야 한다는 것이다.(이를 위하여는 무엇보다도 국선변호를 위한 국가예산이 대폭 증가되어야 한다.)

둘째, 그렇다고 해도 국선변호인이 그 '작은' 댓가로 수사과정 내내 피의자나 혐의자 옆 자리를 지키고 있지는 않을 것이다. 그리고 그것을 확보하기 위하여 더 많은 국가예산을 배정하는 것도 바람직하지 않다. 오히려 피의자 혹은 혐의자가 심문과정-특히 수사직후-에 있을 때에는 언제나 수사를 받는 현장에서 자신이 선임한 변호사 혹은 국선변호인을 접견할 수 있는 기회를 가질 수 있도록 하는 것이 더 중요한 점이다. 만일 심문과정에 변호인을 접견하는 것이 수사에 중대한 차질이 있을 우려가 있는 경우에는 최소한 변호인이 CCTV를 통하여 수사과정을 지켜볼 수 있게 하는 한편, 수사직후에 수사현장에서 의뢰인을 면접할 수 있도록 하는 장치를 마련하여야 할 것이다. 이때, 채 변호인이나 국선변호인이 선임되지 않았거나, 수사현장에 올 수 없을 때를 대비하여 당직변호사제도를 두는 것도 한 방안이 될 수 있다. 부연하자면, 법원과 마찬가지로 검찰청 단위로

국선변호인이 될 수 있는 변호사의 명부를 작성하고, 시간대별로 이 변호사의 당직을 할당, 그 시간단위로 보수를 지급하는 방안을 고려할 필요가 있다는 것이다.

셋째, 이상의 것이 검찰에 대한 변호인의 감시장치를 확보함으로써 가혹행위를 방지하려는 것이라면, 그보다 더 중요한 검찰견제장치가 바로 법원이다. 실제 우리 법제는 불법수집증거에 대하여는 증거능력을 박탈하고 있다. 하지만, 아직도 여전히 검사가 작성한 심문조서는 그대로 법정에서 증거로 채택되고 있고, 만일 피고인이 그 조서기재사실과 다른 진술을 하거나 가혹행위를 호소하는 경우에도 법원은 애써 이를 무시하는 것이 일반적인 경향이다. 뿐만 아니라, 그나마의 법적 통제장치도 불법수집증거에만 한정되어 있을 뿐, 불법한 수사로 인하여 얻게 되는 파생적 증거-예컨대, 가혹행위의 결과 얻은 진술에 기초하여 검찰이 스스로 수집 확보한 증거-에 대하여는 별다른 통제장치도 없는 실정이다. 그리고 이 과정에서 법원은 스스로 검찰의 가혹행위에 대하여 공범이 되고 있다. 즉, 법원이 검찰의 불법에 대하여 눈감고, 그것을 그대로 증거채택 및 유죄판단으로 용인하고 있음은 그 자체가 검찰로 하여금 과학수사라고 하는 고통스런 길보다는 자백을 중심으로 하는 손쉬운 길을 선택하게 조장하는 것이다.

하지만, 이 부분의 개선방안은 그리 마땅하지 않다. 몇 가지의 법규정을 바꾼다고 해서 일제 이래 누적되어 왔던 법원의 관행이 바뀌지 않을 것이기 때문이다. (실제로도 자백사건이 법원을 편하게 하는 사건일 것이다) 오히려 가장 본원적인 개혁은 배심제의 도입을 통해서 가능할 수 있을 것으로 보인다. “한 숯 밥”식 구일 수밖에 없는 검찰과 판사의 공생관계를 깨치는 길은 사법의 민주화뿐이기 때문이다.

넷째, 또다른 견제의 장치로 거론될 수 있는 것이 법무부와 검찰청의 권력분립이다. 현재는 법무부 조직이 검찰청 조직을 그대로 복제하면서 두 조직 모두가 검찰로써 충원되고 있다. 따라서 가혹행위를 감시하고 통제하며 처벌하여야 할 역할을 지고 있는 법무부가 검찰청의 업무로부터 독립적인 것이 될 수가 없으며, 이 과정에서 법무부든 검찰청이든 관계없이 검찰의 수사과정을 감시하고 통제할 수 있는 시스템을 확보하지 못하게 된다. 이에 법무부의 검찰국은 폐지하거나 가능한 한 축소하고, 현재의 법무실을 인권국과 송무국으로 개편하면서 이

인권국이 검찰수사과정에서 나타날 수 있는 가혹행위를 감시하고 통제하는 기능을 수행하게 하여야 할 것이다. 물론, 법무부의 인력은 원칙적으로 검찰이 아닌 일반변호사 혹은 법률전문가로 충당되어야 한다.

다섯째, 수사기능의 분립 역시 심각히 고려해 볼 때이다. 경찰의 수사권독립이라는 명제가 제기된 지 벌써 십수년에 이르고 있지만, 아직도 검찰측의 반대에 의하여 본격적인 논의조차 제대로 이루어지지 못하였다. 실제, 경미범죄사건을 중심으로 하는 경찰의 수사권독립은 몇 가지 점에서 제도적 장점을 가진다. 그것은 ①업무분할에 따라 검찰의 인적·물적 자원의 부족현상을 완화시킴으로써 단위사건당 검찰이 투여할 수 있는 인적·물적 자원의 양을 증가시켜 과학적 수사를 가능케 하며, ②검찰과 경찰 간의 상호 견제와 감시의 기능을 수행하여 검찰의 가혹행위에 대하여는 경찰이, 역으로 경찰의 그것에 대하여는 검찰이 상호 조사 혹은 수사할 수 있는 길을 열어두게 되는 것이다.

2.2. 수사의 과학화?

검찰수사의 문제점이 지적될 때마다 거론되는 화두가 수사의 과학화 혹은 과학적 수사의 필요성 문제이다. 하지만, 수사의 과학화라는 명제는 단순히 어떠한 수사기법의 개발 혹은 첨단수사장치의 도입 등 미시적인 측면에서 개선이 이루어진다고 해서 달성될 수 있는 것은 아니다. 다른 선진국의 예에서도 보듯, 그것은 '심증은 있으나 물증이 부족한'범죄자들을 수없이 무죄방면하는 시행착오의 과정을 거쳐서야 비로소 가능하게 된 것일 따름이다. "열 명의 범죄자는 놓치더라도 한 명의 무고한 시민을 처벌하는" 과오를 없애야 한다는 헌법상의 명제는 달리 보자면 열 명의 범죄자를 놓치는 시행착오를 헌법 그 자체가 예정하고 있음을 의미한다. 즉, 형사사법절차 전반에 걸쳐 수없이 설정되어 있는 각종의 검증장치들은 범죄자의 유죄입증을 위한 장치라기보다는 한 명의 무고한 시민을 가려내기 위한 일종의 반성적 여과장치인 셈이다. 그리고 이러한 여과장치가 제대로 작동하게 되면서 수사당국은 그 열 명의 범죄자를 놓치지 않기 위한 수사의 기법과 각종의 입증장치들을 확보하게 되었던 것이다.

이 사건이 있는 직후 검찰 내부에서 "이제 수사는 어떻게 하란 말이나"라는 불평은 역으로 우리 형사사법과정에서 수사의 과학화를 촉구할 만한 그 어떠한 장

치도 작동되지 않아 왔음을 반증한다. “과학”은 필요에 의하여 창출된다. 하지만, 지금까지의 우리 형사사법과정은 그러한 필요를 자아내지 못하였던 것임이 이 사건을 통하여 명백히 알 수 있게 된 것이다. “합리적 의심의 여지가 없는 유죄의 입증”은 곧 자백을 강요하는 것으로 이해되었고, 수사과정에서의 모든 무리와 편법 혹은 법왜곡은 검찰작성심문조서의 증거능력이라는 법원의 편의주의에 의하여 은폐·엄폐되어 왔다. 이런 실정에서 “수사의 과학화”는 예산과 조직을 확보하려는 조직이기주의의 한 통로였을 뿐이라는 불멘 소리조차 가능케 한다.

여기서 우리의 판단은 간단하다. 수사의 과학화는 예산과 조직, 자원의 배분에 의하여 이루어지기 보다는 “합리적 의심”의 가능성이 조금이라도 있는 모든 증거와 입증을 배척하는 것 즉, 과감한 무죄판단-혹은 변호인의 증거배척항변에 대한 과감한 수용-에 의한 “범죄인”의 대량 석방에 의해서 가능하게 된다는 것이다. 그리고 그 무죄판단으로 검찰의 무리한 수사를 압박하고 그들의 실적주의를 위협함으로써 검찰 스스로 합리적 입증의 길을 모색하게 하는 방법이 최선일 뿐이다.

2.3. 조직내부의 문제

이와 관련하여 또 하나 지적하여야 할 것은 검찰 및 검찰수사관의 자질의 문제이다. 주지하듯이 우리 검찰조직은 철저하게 관료적 모델에 입각해 있다. 수직적 계층조직을 바탕으로 성과주의에 의거한 승진제도와 권위적 관료모델에 입각한 인적 구성원들이 검찰조직을 구성하고 있는 것이다. 여기서 문제로 되는 것은 검찰 조직 그 자체가 시민사회와 뚜렷하게 단절되어 있는 폐쇄조직으로 되어 있다는 점이다. 사법연수원 수료생 중에서 곧장 검찰관을 충원하고, 각종 고시를 통하여 9급·7급·5급의 수사관들을 충원하고 이들이 계층서열을 따라 승진 혹은 보직을 받으면서 스스로 검찰관료로 고착되는 양상을 보이고 있는 것이다. 그리고 이 과정에서 검찰의 권위의식이 계속하여 재생산되는 구조를 보인다. 검찰은 그 자체 어느 누구로부터도(정치권력은 예외일지 모르나) 견제도 감시도 받지 않은 채, 자신들만이 형사사법의 최전선으로 존재하면서 스스로가 정의의 상징으로 인식되는 기관집단의식에 빠지고 있는 것이다. 그래서 그들은 법정에

서조차 피고인과 대등한 당사자적 지위를 가지는 것이 아니라 형사사법적 정의를 집행하는 자로서 법원으로부터 우선적 대우를 받고, 그 지위를 통하여 피고인 위에 군림하며, 피고인은 인간이기 보다는 하나의 범죄자일 뿐이라는 집단의식을 계속적으로 쌓아가는 것이다. 보거나름으로는 관료주의의 병폐가 가장 심각하게 나타나는 예이기도 한, 이러한 검찰조직의 특성은 급기야는 성과라는 목적으로 위하여 인간을 수단으로 혹은 대상으로 전락시키는 반헌법적 작태까지도 만들어 내게 된다.

여기서 검찰인사의 개방 및 검찰위계의 철폐는 중요한 시대적 당위를 띠게 된다. 현재와 같은 검찰의 폐쇄회로를 걷어내고 검찰 및 수사관을 외부(즉, 변호사 혹은 경찰수사관리 등)로부터 충원하는 등 검찰의 내부관계를 다원적 구성으로 변화시킴으로써 내부적인 통제와 감시의 메카니즘을 구축해 나가도록 할 필요가 있다는 것이다. 그리고 이를 위하여서도 상명하복 및 계층구조에 침윤되어 있는 검찰구조를 보다 수평적·병렬적으로 재구성할 필요가 있다.

시행착오의 교훈

전술하였거니와, 시행착오는 결코 절대악이 아니다. 보기 나름으로는 검찰이 모든 범죄를 다 통제할 수 있다는 환상은 이제 버려야 할 때가 아닌가 싶다. 환언하자면, 열 명의 범죄자를 놓치는 우를 범하더라도 한 명의 무고한 시민을 처벌하는 과오를 범하지 않는다는 새로운 각오로써 오늘의 이 사건을 극복해 나가야 한다는 것이다. 검찰이 한 명의 무고한 시민을 처벌하지 않기 위하여 노력하고 또 그것을 위한 제도적 장치를 완비·실천할 때, 비록 느린 성과일 수는 있겠지만, 놓쳐 버린 열 명의 범죄자도 적법하게 처벌할 수 있는 길이 확보된다. 비록 그 사이에 열 명 혹은 아홉 명, 여덟 명의 범죄자들이 범망을 피해나갈 수는 있겠지만, 그 틈새를 통하여 검찰에게 다가오는 것은 비난 보다는 오히려 시민의 신뢰와 친숙함일 것이다. 그리고 이러한 시민의 협조는 역으로 전방위의 범죄감시망의 구축으로 나타날 수도 있다. 이 과정에서 무엇보다도 중요한 사실은 수사의 과학화 담론이 아니라, 수사에 대한 시민들의 신뢰를 어떻게 회복할 것인가

가 라는 점이다. 우리가 고장으로부터 결코 자유롭지 못하는 비행기를 안심하고 타는 이유는 과학과 기술의 완벽성 때문이 아니라 그 과학과 기술을 운용하는 전문가들을 신뢰하기 때문이라는 A. Giddens의 말은 바로 이 때문에 더욱 와 닿는다.

검찰의 고문치사 사건을 바라보며

이 승 호
(건국대학교 교수)

1. 무엇이 문제인가?

‘인권’을 정책지향의 화두로 내걸었던 ‘국민의 정부’는 퇴진을 목전에 앞두고 치명적인 오점을 남기게 되었다. 옛 시대, 군사독재 시절에나 있던 일이라고 치부했던 고문치사 사건이 그야말로 난데없이 터져 나온 것이다. 그것도 여타 수사기관들의 감독을 자처하는 검찰에서 피의자 고문치사 사건이 발생하였다. 사건의 내막은 익히 알려진 터이므로 별도의 소개는 약하기로 하고, 이 사건을 통해 새삼 인식하게 된 현금 수사과정의 문제점을 정리해 보면 다음과 같다.

첫째, 아직도 우리의 수사는 고문을 폐기하지 않았다는 사실이다. 주지하는 바와 같이 우리의 수사기관은 고문에 대해 뿌리깊은 애착을 가지고 있다. 일제시대는 말할 것도 없고 10여년 전까지만 해도 정권 차원의 비호 하에 고문이 실행되었다. 반면 그 동안 자행되어 온 수많은 고문에 대해 사실확인이나 처벌은 그야말로 미미한 실정이다. 당시의 고문 담당자들은 수사 일선에 아직도 존재해 있다. 따라서 ‘문민정부’가 들어서고 ‘국민의 정부’가 인권국가를 표방했다고 하지만, 수사 현장의 문화는 본질적으로 바뀔 수가 없었다. 변하지

않은 시스템 하에서 그 때 그 사람이 수사하는데 어떻게 고문의 관행이 하루 아침에 없어질 것인가? 다만 변한 것이 있다면 사회의 인식일 뿐이었다. 이제 고문은 없을 것이라는 기대, 적어도 지금의 우리 사회는 그렇게 야만적이지 않다는 자위만이 달라진 우리의 모습이었다. 하지만 금번의 고문치사 사건은 이러한 우리의 기대가 성급했던 것임을 확인시켜 주었다. 고문은 아직 우리의 수사관행에서 없어지지 않았다. 아직 경각심을 놓아버려서는 안 되는 실정인 것이다.

둘째, 검찰도 고문을 한다는 사실이다. 아니 지금까지 쪽 해 왔다는 점에 대한 확인이다. 자타가 인정하듯, 검찰은 우리나라 수사기관의 가장 정통적이고 핵심적인 섹트이다. 경찰에 대해서는 지휘권과 감독권을 가지고 있고, 여타의 정보 및 군 수사기관과 달리 수사대상의 제한도 설정되어 있지 않다. 게다가 검찰의 인적 자원은 최상급의 수사인력으로 알려져 있다. 그래서 그동안의 사회인식은 적어도 검찰만큼은 직접 고문을 실행하는 수사관행에서 조금 떨어져 있지 않겠느냐고 생각했던 것 같다. 때문에 그동안 간간이 거론되던 검찰의 고문에 대한 소문도 큰 반향을 불러일으키지 못하고 넘어가곤 하였다. 그런데 금번의 사건은 이러한 일반의 상식적인 인식에 찬물을 끼얹었다. 여타 수사기관의 인권침해를 감독하겠다고 검찰이 스스로 고문관행에서 해방되지 못했던 것이다. 그러니 다른 수사기관의 적법절차 준수는 어떻게 담보할 것인지 요원해진다. 그래서 이번 사건의 문제성이 심각해지는 것이다.

2. 저질러진 고문에 대한 대처

결국 고문이 아직까지도 없어지지 않은 수사과정의 악이라면 지금이라도 그에 대한 대처를 확실하게 해야 한다. 특히 이미 행해진 고문에 대해 납득할만한 조치가 취해지지 않는다면 수사기관의 고문관행은 없어지지 않는다. 우리의 수사기관이 고문의 유혹을 떨쳐버리지 못하는 배경에는 뒤탈에 대한 걱정을 할 필요 없다는 그 동안의 체험이 놓여있다. 이래서는 고문문화가 뿌리뽑

힐 수 없다. 사후대책의 엄정함이 위하되어야 하는 것이다.

그런데 종래 학계와 실무계에서는 고문관행에 대한 사후대책의 중심 축으로 소위 증거능력의 문제를 거론해 왔다. 고문으로 얻어진 증거의 증거능력을 철저히 배제시키자는 이야기이다. 증거를 얻기 위해 고문을 행하는 것이니 그렇게 얻어진 증거를 증거세계에서 쫓아버리면 수사기관이 고문의 필요성을 못 느낄 것 아니냐는 이유에서였다. 그리하여 1980년대 이후 우리의 사법부는 형사소송법 309조에 의거하여 고문으로 획득된 증거의 증거능력을 부인하는 판결을 나름대로 축적해 왔다. 고문과 증거 사이에 인과성을 요구하는 등 일정 부분 미진함이 있는 것도 사실이지만, 고문의 실행여부를 판정하는 태도에 있어서나 제309조의 적용범위를 확대 설정함에 있어서 사법부는 나름의 역할을 하였다. 고문이 드러나는 한 턱없이 유죄판결을 내리지 않는다는 메시지를 보내왔던 것이다.

하지만 이러한 증거능력 배제의 방책은 우리의 수사관행에서 고문을 완전히 몰아내기에 역부족이었던 같다. 기소 이후 고문에 대한 시비가 원활한 공소유지에 장애로 된다는 사실을 충분히 알고 난 후에도 수사기관의 고문은 사라지지 않았기 때문이다. 오히려 수사일선에서는 사법부의 적법절차 준수 요구를 노골적으로 비웃거나 무시하는 경향까지 내보였다. 그러면 어떻게 수사하느냐는 것이다. 심지어, 나쁜 놈들인데 조금 심하게 다루는 것이 무슨 문제냐는 이야기도 들린다. 그러면서 고문을 '또 하나의 제재'로 인식하고 취급한다. 단순히 증거를 획득하기 위한 수단이 아니라 고문 그 자체가 피의자에게 부과하는 수사단계의 페널티로 기능하는 것이다. 즉, 고문은 변형된 형벌이 된다. 따라서 고문당한 피의자는 실형 재판단계에서 무죄를 선고받는다 하여도 이미 당할 만큼은 당한 셈이다. 이러한 효과가 있기 때문에 고문은 증거능력의 세계에서 따돌려져도 기가 죽지 않는다. 자기의 역할은 딱 데에 있었던 것이기 때문이다.

고문의 의미가 이렇다면, 고문에 대한 사후대책의 중심 축은 증거능력 운운