

수사와 재판과 형 집행 속에 가려진 권리 형사 절차와 인권

차병직

인권은 이제 전혀 낮설지 않은 말이다. 초등학교 다니는 어린이들도 나름대로 인권을 이해하고 주장한다. 그들은 아동권의 어엿한 주체이기도 하기 때문이다. 인권이 우리가 세상을 살아가는 데 유일한 가치는 아니지만, 적어도 공통의 가치인 것만은 확인된 셈이다.

요즘은 인권에 대한 이해의 폭도 꽤 넓어졌다. 막연하게나마 인간의 존엄성을 유지하며, 인간답게 살아갈 권리라고 인식한다. 그만큼 일반 시민들의 인권적 감수성이 예민해지고 수준이 높아졌다는 의미다. 그러나 한때는 인권이라고 하면 국가 권력에 대한 자유권으로 생각했다. 특히 형사 절차상 개인의 기본권을 인권의 핵심으로 여겼다. 그래서 모든 국민은 신체의 자유를 가진다든지, 모든 국민은 고문을 받지 않는다든지, 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요 당하지 않는다든지, 누구든지 체포나 구속을 당할 때 변호인의 도움을 받을 권리가 있다든지, 그리고 모든 국민은 재판을 받을 권리가 있다는 등의 구호가 쟁취해야 할 거의 전부인 것처럼 생각하기도 했

다. 인권 교육을 한다면 법률 지식이 있는 사람이 형사 절차상 권리를 해설하는 정도가 대부분이었던 것도 그런 사정 때문이었다.

물론 거기에는 역사적 이유가 있다. 일반 시민들이 인간의 권리라는 것을 깨닫게 된 배경은 봉건 제도다. 왕을 중심으로 한 특권층의 절대 권력에 오랫동안 억압당하면서 개인의 자유와 권리를 꿈꾸게 된 건 너무나 당연하다. 그리하여 혁명으로 서양의 봉건 체제는 무너지고, 그 결과로 탄생한 근대의 국가들은 저마다 헌법을 갖게 됐다. 근대 국가의 상징이기도 한 헌법은 바로 인권 사상의 구체적 표현이며, 그 자체가 인권의 일부인 것이다. 그러다 보니 헌법이 열거하고 있는 수많은 기본권 중에서도 국가 권력의 부당한 간섭으로부터 자유로울 권리가 중요하게 떠오를 수밖에 없었다.

우리나라의 사정도 크게 다를 것이 없다. 광복 이후의 혼란은 주로 독재 정치에 기인한 것이었다. 대한민국 정부를 수립한 뒤 군사 독재를 종식시키는 데 거의 반세기가 소요됐다. 그 민주화 과정의 한 단면은 독재 권력에 대한 자유권 쟁취의 투쟁이었다. 좀더 좁혀서 보면, 그것은 국가 형벌권을 민주화 세력에 대한 탄압의 무기로 삼던 권력으로부터 탈출하기 위한 몸부림이었다. 그 과정에서 검찰과 사법부는 적절히 독재 권력의 시너 노릇을 수행했다. 말하자면 법과 형사 절차는 독재 권력의 유효한 수단이었던 것이다.

우여곡절 끝에 선거에 의한 정권 교체로 문민정부와 국민정부 그리고 현재 참여정부까지 맞았고, 산술적 시간도 21세기의 새 천년에 들어선지 오래다. 그렇다면 무력에 의한 독재의 종식으로 우리의 자유권은 완전히 회복됐는가? 형사 절차는 부당한 탄압의 도구로 사용되지 않으며, 재판 과정에서 나약한 피고인의 권리는 충분히 존중되고 있는가?

형사 절차란 국가 사회 내에서 범죄와 범죄자를 발견하고 재판한 뒤 처벌하는 것이다. 그 목적은 개인과 사회와 국가의 모든 이익을 보호하기 위한 것이고, 그 이익 보호는 기본적인 질서를 유지함으로써 가능하다고 믿는다. 그래서 범죄를 찾아내는 수사는 강제성을 띠게 되고, 유무죄를 가리는 재판

은 권위적으로 되려 하고, 감옥에 가두고 감시하는 집행은 가혹해지기 쉽다. 형사 절차는 그 목적이 권리의 보호에 있지만, 그 수단은 항상 권리를 침해한다. 국가 형벌권의 권리 침해는 법이 허용하는 범위 내에서는 정당하지만, 그 범위를 넘어서는 순간 인권 침해가 되고 만다. 그래서 형사 절차상 인권의 보장은 그 국가의 문명의 정도를 가장 잘 드러내는 척도가 된다. 형사 절차라고 하면 수사의 단계, 재판의 단계 그리고 형벌 집행의 단계로 크게 나눌 수 있다. 이제 그 구체적인 형사 절차에서 우리의 인권은 어느 정도 실현되고 있으며 계속 남아 있는 과제는 무엇인가를 살펴보면, 우리의 수준을 스스로 가늠해 보기로 한다.

수사의 전 단계

수사는 범죄 사실과 범죄자에 대한 구체적 단서를 잡으면서 시작한다. 그런데 실마리는 그냥 잡히는 것이 아니다. 고소나 고발로 범죄 혐의의 단서를 쉽게 얻기도 하지만, 수사 기관이 찾아나서는 경우도 있다. 경찰의 검문이 그 대표적인 예의 하나다. 검문은 범죄 예방을 위한 활동이기도 하면서, 범죄의 단서를 포착하기 위한 수사 직전의 행동이기도 하다.

불심검문부터 보기로 하자. 길을 가로막고 서서 신분증 제시를 요구하는 경찰관에게, 왜 보자고 하느냐고 되물었다. 불심검문 중이라고 대답했다. 고분고분하지 못한 시민은 다시 불심검문이 무엇이라고 물었다. 경찰의 대답은 결박이었는데, 불시에 검문하는 것이 불심검문이었다. 불심검문이 횡행하고 있을 때 흔히 경험할 수 있었던 일이다. 우리 경찰의 법과 인권에 대한 인식 수준의 단면이다. 지금은 정도가 조금 나아졌을 뿐이지, 근본적으로는 아직 큰 변화가 없다.

불시에 하는 검문이란, 아마도 경찰관이 하고 싶을 때면 언제든지 할 수 있는 검문이란 의미일 것이다. 실제로 우리 경찰은 그렇게 알고 있었고, 대부분의 국민들도 그렇게 될 수밖에 없는 것으로 믿었다. 다시 말하면, 경찰

권력은 길을 걷는 선량한 시민을 마음대로 정지시킬 수 있는 것인 줄 알았다. 그렇다면 그렇지 않단 말인가? 그 문제에 관한 정확한 이해를 위해 미리 확인해 두어야 할 지식이 있다. 임의 처분과 강제 처분 그리고 영장 제도 등의 개념이다. 임의 처분이란 어떤 행위나 조치를 당해인의 동의를 얻어 할 수 있는 것이다. 반면 강제 처분은 당해인이 원하지 않더라도 그 의사에 반해 할 수 있는 행위나 조치다. 그런데 강제 처분은 반드시 법률의 근거가 있어야 할뿐만 아니라 언제든지 법관이 발부한 영장이 있어야 한다. 긴급한 때에는 영장 없이 강제 처분을 할 수 있는 경우도 있지만, 그때도 반드시 사후에 영장을 받아야 한다. 이것은 헌법의 기본 원칙의 하나이고, 형사 절차의 대전제 중의 하나다. 구체적이고 알기 쉽게 한마디로 해 버리면 이렇다. 수사 기관이 강제로 할 수 있는 것은 구속, 체포, 긴급 체포, 현행범 체포(준 현행범 체포 포함) 그리고 압수와 수색이다. 그것은 법관의 영장이 있을 때만 가능하다.

다시 불심검문으로 돌아가자. 우선 불심不審이란 미심未審쩍다, 즉 의심스럽다는 말이다. 그리고 검문이란 지나가는 사람을 정지시켜 질문하는 것이다. 그렇다면 불심검문의 의미는 명확해지는데, 바로 지나가는 행인이 뭔가 수상할 때 정지시켜 궁금한 것을 물어보는 것이다. 이런 불심검문의 근거와 방식은 경찰관직무집행법 제3조에 담겨 있다. 그런데 이 법을 보면 경찰관이 불심검문 한 번 하기가 여간 까다로운 것이 아니다. 우선 아무 때나 정지시킬 수 있는 것이 아니다. 반드시 당해인이 범죄를 저지른 사람이거나 범죄를 저지르려고 하는 사람이라는 구체적이고 강한 의심이 들어야 한다. 그 의심은 경찰관 마음에만 달려 있는 것이 아니다. 당해인의 수상한 행동이나 차림새, 그리고 주변의 여러 사정을 이주 합리적으로 판단했을 때 객관적으로 그런 의심을 가질 수 있어야 한다. 그런 엄격한 의심을 가지고 사람을 세웠다 하더라도 바로 질문해서는 안 된다. 자유의 힘은 그토록 강하다. 다음에는 경찰관이 신분증을 보이면서 자신의 소속과 성명을 밝히고,

왜 불심검문을 하려는지 목적과 이유까지 설명해야 한다. 이 까다로운 절차는 인권 운동가들이 고집하는 것이 아니라, 경찰관직무집행법이 경찰관에게 요구하는 것이다.

그것으로 끝난 것이 아니다. 가장 중요한 마지막 문제가 하나 더 남았다. 앞에서 설명한 요건과 절차를 다 갖추고 검문하려 할 때, 당해인이 거부하면 어떻게 하는가? 그 물음에 대한 해답은 간단하다. 불심검문이 임의 처분이나 강제 처분이나만 따져보면 된다. 경찰관직무집행법이나 다른 법률 어디에도 불심검문이 강제 처분이라는 규정은 없다. 그러면 불심검문은 임의 처분이다. 따라서 마지막 순간에 당해인이 한마디로 거부해 버리면 그것으로 그만이다. 아무리 까다로운 요건과 절차를 다 갖추었다 하더라도 당해인이 검문을 받지 않겠다고 하면 경찰은 강제로 제지하지 못한다. 그것이 바로 임의 처분이고 불심검문이다. 임의 처분으로서 불심검문은 오직 선량한 시민의 자발적 협조에 의해서만 가능할 수 있는 것이다. 그러나 과거 권위적 강제주의에만 젖어 있던 우리 경찰이 뒤늦게 민주 경찰로 탈바꿈하겠다는 형식적 선언만으로는 시민들의 협조를 쉽사리 얻기 힘들 것이다.

불심검문에 따르는 처분으로 임의 동행과 소지품 검사라는 것이 있는데, 이것 역시 마찬가지다. 임의 동행은 불심검문을 도로 위에서 행하는 것이 적절하지 않을 경우 당해인을 가까운 경찰관서나 초소 등으로 데려가는 처분이다. 적절하지 않은 사정이란, 질문할 내용이 너무 많아 길거리에 서서 장시간 검문하는 것이 당해인에게 불편하다고 예상되거나 특별히 다른 행인이나 차량의 통행에 방해가 될 때를 말한다. 어쨌든 임의 동행도 임의 처분이다. 당해인이 동행을 거절하면 경찰은 강제할 수 없다. 설사 처음에는 협력해 경찰의 동행 요구에 응했다 하더라도, 언제든지 마음이 바뀌면 돌아갈 권리가 보장되어 있는 것이 임의 동행이다. 경찰관직무집행법에는 임의 동행을 6시간 초과해서는 할 수 없다고 되어 있지만, 임의 동행에 응했다고 해서 6시간의 범위 내에서 경찰이 원하는 시간만큼 있어야 하는 것은 아니

다. 소지품 검사란 검문을 하는 경찰이 당해인의 소지품 중에 흉기가 포함되어 있는지 검사하는 것을 말한다. 검문은 보통사람을 대상으로 하는 것이 아니라 어떤 범죄와 관련된 강한 의심을 받을 만한 수상한 사람을 대상으로 하는 것이다. 그러니 수상한 사람이 흉기로 반격하면 곤란하므로, 정당한 검문 업무를 수행하는 경찰관을 보호하기 위한 규정이다. 하지만 이것조차도 임의 처분이다. 그리고 검사도 오직 흉기에 대해 할 수 있을 뿐이다. 그러나 지난날 우리 경찰은 소위 불온 서적 색출을 목적으로 학생들의 가방을 마음대로 열어 보지 않았는가? 흉기와 책의 구분도 제대로 못한 것이 우리 경찰권 행사의 실태였다.

몇 년 전 대학생들과 인권 단체들이 나서서 경찰의 불법 불심검문을 거부하는 운동이 펼쳐졌다. 그 결과 과거의 무차별한 검문 형태는 많이 줄어들게 됐다. 그 과정에서 경찰의 가장 인상적인 반응은 이런 것이었다. 그렇다면 범죄자나 기소중지자 검거는 어떻게 하라는 말이나는 하소연이었다. 경찰의 그런 주장 또는 호소는 그 자체로 이해할 수 없을 뿐만 아니라, 우리 공권력의 인권에 대한 인식의 수준을 적나라하게 보여주는 단면이다. 범죄자나 기소중지자 검거를 위법한 방법으로 할 수 없는 노릇이다. 불심검문을 하려면 시민의 협조를 구해야 한다. 그렇지 않다면 결정적인 순간에 강제 처분으로 나아가야 한다. 검문을 거부하는 사람을 놓쳐서는 곤란하다는 판단이 서면, 긴급 체포나 현행범 체포를 해야 하는 것이다. 그것도 아니고 기어이 관행처럼 불심검문을 해야겠다면, 그렇게 가능하도록 경찰관직무집행법을 개정하는 수밖에 없다.

이제는 그 수가 많이 줄어든 듯하지만, 도처에 깔려 있는 검문소도 검토의 대상이다. 일정한 지점을 지나가는 모든 차량을 정지해 운전면허증 제시를 요구하는 방식으로 편리하게 검문하기 위한 목적으로 설치한 것이 검문소다. 그러나 우선 검문소 설치는 법적인 근거가 없다. 그 다음으로, 검문소에서 행하는 자동차 검문 역시 지하도 입구에서 하는 불심검문과 마찬가지로

로 위법한 것이 태반이다. 경찰이 통행 중인 차량을 정지해 검문할 수 있는 경우는 두 가지다. 첫째로, 교통사고 예방을 위해 도로교통법에 따른 일시 정지권의 행사가 있다. 일시 정지권은 운전자가 무면허 운전이거나, 음주 운전이거나, 과로나 약물 중독 상태에서 하는 운전이라는 구체적 의심이 있을 때 발동할 수 있다. 그러나 검문소는 구체적 의심이 있는 특정 차량 또는 특정 운전자를 대상으로 검문하려는 것이 아니라, 일정 시간에 일정 지점을 통과하는 불특정 다수의 차량에 대해 일제히 검문하려는 의도를 가지고 있으므로 위법이다. 둘째로, 범죄 혐의자가 자동차를 이용해 도주 중일 때가 많으므로, 단순한 교통 검문이 아닌 범죄 수사 행위로 자동차에 대한 검문을 할 수도 있다. 이때는 앞에서 본 대로 경찰관직무집행법의 불심검문 형태로 해야 한다.

그렇다면 이제 우리 나라 전국의 밤거리에서 행하고 있는 음주 단속도 무엇이 문제인지 금방 드러난다. 음주측정 거부죄를 둘러싼 여러가지 논란은 여기서는 생략할 수밖에 없다. 그럼에도 불구하고 지금의 음주 단속 방식은 검문소 설치와 마찬가지로 법적 근거가 미약하고, 따라서 항상 인권을 침해하고 있다. 우리 사회에서 음주 운전이 그토록 심각하다면, 그리하여 경찰이 음주 운전과 한바탕 전쟁을 치를 수밖에 없다면, 대로를 차단하고 아무에게나 음주 측정기를 들이댈 수 있도록 명확한 법적 근거를 마련할 필요가 있다.

새 정부가 들어선 뒤 경찰은 원활한 교통 소통을 위해 종전과 같은 음주 단속을 하지 않겠다고 발표했다. 그러다가 음주 운전에 대한 우려의 목소리가 터져나오자, 완전히 그만두는 것이 아니라 필요한 경우 계속 하겠다고 번복했다. 이는 경찰이 사태의 본질을 이해하고 있지 않다는 반증이다. 마치 외국에서 첨단 단말기를 수입해 불심검문 대상자의 주민등록번호를 입력하면 단 3초만에 기소중지 여부를 확인할 수 있어 인권 침해를 방지할 수 있다고 떠드는 것과 같다. 법적 근거가 없는 검문 행위 자체의 문제는 제쳐

두고, 검문에 소요되는 시간이라는 형식에 매달리는 것이 경찰의 인권 의식이다.

문제는 거기에만 있는 것이 아니라 검문과 관련해서는 도대체 체계가 정비되어 있지 않다. 경찰관직무집행법의 불심검문과 도로교통법의 일시 정지권 외에도, 주민등록법과 전투경찰대설치법에는 또 다른 형태의 검문이 규정되어 있다. 각 법이 표현하고 있는 검문은 내용이나 절차나 요건이 모두 제각각이다. 국가 권력은 법의 내용이나 시민의 개별적 권리보다 편의적 권력 행사의 방법에 먼저 관심을 두고 있기 때문일 것이다.

구속 수사는 원칙인가 예외인가

구속은 구인과 구금을 포함한다. 구금이 사람의 신체를 일정한 장소에 가두어 두는 것을 말한다면, 구인은 강제로 일정한 장소로 끌고 가는 것을 의미한다. 이런 구속이 바로 전형적인 강제 처분이다. 강제 처분이란 의미에서는 체포를 포함해 한마디로 구속이라고 표현할 수도 있다. 그러나 법률상 의미에서 체포는 구속의 전단계라 할 수 있다. 수사 기관이 개인의 신체에 대해 할 수 있는 강제 처분은 구속과 체포다. 그리고 체포는 체포, 긴급 체포, 현행범 체포, 준현행범 체포로 나눈다. 체포 제도는 시민의 자발적 협력을 기대할 수 없을 때 행하는 강제 처분이다. 체포는 48시간이라는 시간을 전제로 하지만, 구속은 수사나 재판의 과정에서 구금 상태가 계속 필요할 경우 행하는 것이어서 짧게는 며칠에서 길게는 몇 개월까지 간다.

우리의 형사 절차가 임의 수사를 원칙으로 하고 있다는 데 이설은 없는 것 같다. 임의 수사가 원칙이란 말은 강제 수사는 예외라는 의미다. 강제 수사는 강제 처분을 수단으로 한다. 임의 수사 원칙은 우리 헌법과 형사소송법이 그렇게 정하고 있기 때문이기도 하지만, 본질적으로 강제 처분은 예외적으로만 행해져야 하기 때문이다. 그 근거는 바로 인권이다. 강제 처분은 개인의 신체의 자유를 일시적으로 박탈하므로 가급적 예외적으로 신중히

이뤄져야 한다. 예상하지 못한 구속으로 인해 개인이 당할 수 있는 육체적 정신적 고통은 짐작이 된다. 어느 인권 운동가가 법정에서 판사를 향해 외친 항변은 의미가 심장하다. “영하의 날씨가 계속되는 감방에서 수인들은 가끔 목숨이 붙어 있다는 사실에 비애를 느끼게 마련입니다. 판사들이 구속 영장을 발부할 때 그 구속으로 말미암아 한 인간이 겪게 되는 고통을 얼마 만큼이나 염두에 두고 있는지가 몹시 궁금해집니다. 만약 어떤 판사가 영하 15도 독방의 고통을 몸소 겪는 일이 있다면 그 판사는 웬만한 사건에 대해 쉽게 구속 영장을 발부하지 못할 것이라는 확신, 저는 요즘에야 그런 확신을 갖게 됩니다”

그러나 법관은 쉽게 구속 영장을 발부했다. 검사는 더 쉽게 구속 영장을 청구했다. 전체 형사 사건으로만 따진다면 구속보다 불구속 사건이 훨씬 많을 테지만, 지금까지 우리 형사 절차 관행은 구속 만능 사상의 표현이라고 해도 결코 과언이 아닐 것이다. 왜냐하면, 수사 기관은 구속하는 것이 수사에 편리하다는 인식을 버리지 않고 있으며, 판사는 청구되는 영장을 거의 대부분 발부하고 있기 때문이다. 실태가 그러하다면 임의 수사 원칙이란 한낱 장식적 구호에 불과한 것이다.

구속 영장 청구 사건이 많을 뿐만 아니라, 영장 발부율이 지나치게 높은 것은 분명히 법의 원칙과 현실이 어긋나고 있는 현상이다. 따라서 법원은 가끔 잘못된 구속 제도의 운용을 고쳐 불구속 수사 원칙을 실현해 보겠다고 시도하기도 했다. 그러나 그때마다 번번이 장벽이 된 것은 검찰의 조직적 반발이었다. 검찰은 구속의 권한이 검사에게 있기 때문에 판사는 특별한 사정이 없는 한 검사의 요구를 당연히 받아들여야 한다고 주장한다. 그런가 하면 변호사들은 구속된 사람의 신병을 거래의 좋은 대상으로 삼는다. 고액 수입료와 전관예우의 병폐는 구속된 신병을 전제로 가능한 것이다. 형사 절차에서 개인의 인권이 범조인들 사이의 권한 분쟁이나 자기 몫 챙기기의 물염치에 의해 희생되고 있는 현실은 지금도 부인할 수 없다.

압수나 수색이 너무 손쉽고 폭넓게 행해지는 것도 사실이다. 그보다 더 심각한 것은 수사 기관의 도청과 감청이다. 국가 권력은 가급적 편한 방법으로 많은 정보를 얻으려는 속성을 버릴 수 없는데, 결국 그것은 인권 침해의 결과로 나타난다. 아무도 모르게 불법한 방법으로 얻은 개인 정보가 구체적 범죄를 증명하는 데 성공하면, 그만 무감각해져 버리는 시민들의 일반적 태도도 고쳐야 한다.

변호인의 도움을 받을 권리

누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 변호인의 도움을 받을 권리가 있다. 이것이 변호인의 도움을 받을 권리의 원칙이다. 그리고 형사 피고인이 스스로 변호인을 구할 수 없을 때에는 법률에 따라 국가가 변호인을 붙인다. 이런 국선 변호인 제도는 변호인의 도움을 받을 권리를 실현하는 한 방안이다. 이것은 모두 헌법에 규정되어 있다. 변호인의 도움을 받을 권리라는 헌법적 원칙은 두 가지 중요한 의미를 담고 있다. 먼저, 체포나 구속은 개인의 권리를 직접 제한하는 심각한 강제 처분이므로 반드시 감시인을 두어야 한다는 의미가 있다. 아무리 법에 따른 강제 처분이긴 하지만, 조금이라도 그 허용하는 범위를 넘어서는 권리 침해가 있어서는 안 되기 때문이다. 다음으로, 이런 변호인의 도움은 원하는 경우 모든 사람이 받을 수 있어야 한다는 의미다. 경제적 능력이 없다는 이유로 변호인을 구하지 못하는 사람의 절차적 권리도 소홀히 해서는 안 되는 것이 국가의 의무이기 때문이다.

현행 국선 변호인 제도의 가장 큰 문제는 형사 피고인에게만 인정된다는 것이다. 형사 절차에서 범죄 혐의를 받고 있는 사람을 수사 단계에서는 피의자라 하고 재판 단계에서는 피고인이라 부른다. 따라서 국선 변호인의 도움을 수사 단계에서는 받을 수 없다는 것이다. 이는 헌법 스스로 모순을 자처하고 있다. 제12조 제4항의 앞쪽에선 체포나 구속을 당한 누구나 변호인의 도움을 받아야 한다고 하면서, 바로 뒤쪽 문장에선 형사 피고인에게만

국선 변호인을 붙여 준다고 한다. 형사 피의자도 국선 변호인의 도움을 받을 수 있어야 한다. 사실 유무죄의 다름이 없는 사건에서는 법률 전문가인 변호인의 도움이 필요한 것은 재판 단계보다 수사 단계라고 할 수 있다. 현재 이런 제도적 공백은 부분적으로 변호사 협회의 당직 변호사 제도나 개별적 공익 활동으로서 무료 변론으로 메워지고 있는 셈이다.

변호인이 형사 피의자와 피고인을 도울 수 있게 하려면 변호인의 접견교통권이 보장돼야 한다. 변호인이 비밀이 보장되는 가운데 자유롭게 의뢰인인 피의자 또는 피고인을 만나 의사 소통할 수 있어야 재판에서 방어 전략을 세우고 피의자나 피고인의 권리를 보호할 수 있다. 수사나 공판 단계에서 변호인의 접견교통권은 비교적 잘 지켜지고 있는 편이다. 그러나 국가보안법 위반 사건과 같은 공안 사건의 경우 직간접적인 접견교통권 침해가 빈번히 발생하고 있다. 국가정보원이나 그 분실에서는 접견하려는 변호인에게 각서를 요구하거나 접견 장면을 촬영하기까지 한다. 어떤 형태로든 변호인의 접견교통권을 침해하는 행위는 변호인의 권리 침해 이전에 개인의 변호인의 도움을 받을 권리를 침해하는 반인권적 결과를 초래한다.

피의자의 인권이란 측면이나 공정한 증거 재판주의의 실현이란 관점에서 본다면, 변호인과 관련해 가장 중요한 문제는 수사 과정에서 변호인의 참여권이다. 수사 기관이 피의자에 대한 조사를 할 때 변호인이 참여해 의논할 수 있게 하는 것이다. 이런 변호인 참여권은 헌법이 선언하고 있는 변호사의 도움을 받을 권리를 실질적으로 보장하는 것이다. 초기 수사 단계나 형사 피의자에게는 자신의 권리를 주장하고 방어권을 행사하는 데 있어 가장 중요한 순간이고, 법률의 무지나 심리적 위압에서 오는 불안한 지위에서 어느 정도 벗어날 필요가 있기 때문이다.

변호인 참여권을 규정하고 있는 법률은 없다. 그러나 헌법이나 형사소송법 등의 해석상 변호인 참여권은 당연히 인정되어야 하는 것이다. 하지만 현실은 그러하지 못하다. 수사 기관, 특히 검찰에서 이를 인정하려 들지 않

는다. 간혹 검사가 개별적으로 은혜를 베풀 듯 허용할 뿐이다. 따라서 이 문제를 둘러싸고 변호인인 변호사와 검사 사이에 다툼이 발생하기도 하고, 헌법소원이 제기되기도 한다. 검사가 변호인의 참여를 거부하는 유일한 이유는 수사상 비밀 유지의 필요성 때문이다. 그러나 이는 논리적으로 타당하지 않다. 변호인이 참여하고자 하는 과정은 오직 피의자 자신에 대한 수사에 한정해서다. 피의자에게 그런 권리가 보장되어 있기 때문이다. 그리고 무엇보다 수사 직후 자유롭게 보장되는 접견교통권의 행사를 통해 변호인이 조사 내용을 금방 확인할 수 있다. 피의자 외의 참고인들에 대해 조사할 때에는 변호인에게 참여권이 인정될 여지가 없다. 그렇다면 실상 검사가 유지해야 할 비밀이 있다면 피의자에 대한 고문이나 진술 강요 등 불법행위가 아니고 무엇이겠는가? 한편, 오히려 경찰에서는 피의자 수사 때 변호인의 참여를 자발적으로 허용해 시행하고 있다. 그러나 일부 범죄 혐의자는 예외로 하는 한계가 있고, 변호인들의 무성의로 제대로 활성화되고 있지 못한 안타까움이 있다. 어쨌든, 피의자의 실질적 인권 보장을 위해 변호인 참여권을 법률로 규정하고, 피의자와 변호인들은 제도를 적극 활용하는 관행을 이뤄 나갈 의무가 있다.

법정에서 피고인의 권리

수사 과정에서도 그렇지만, 법정에서 피고인은 불안하고 당황스러울 수밖에 없다. 피고인의 그런 심리적 상태는 그대로 두면 법이 허용하는 자신의 권리나마 제대로 누리기 힘들다는 것을 의미한다. 그래서 우선 변호인이 필요하다. 공판 절차와 관련해 피고인의 인권 보호를 위한 세세한 장치들이 있으나, 여기서는 오히려 누구나 쉽게 이해할 수 있는 형식적인 면 한두 가지를 살펴보기로 한다. 법정에서 피고인을 먼저 압도하는 것은 형식적인 부분일 가능성이 높기 때문이다.

법정의 좌석 배치나 구조와 관련해서 문제가 되는 것은 두 가지다. 첫째,

법관이 앉는 법대는 피고인보다 60센티미터나 높게 설치된다. 대법원 규칙인 「공판정에서의 좌석에 관한 규칙」이 정해 놓은 형사 법정의 법대는 민사 법정보다 더 높다. 그 이유는 검사와 변호인이 앉는 좌석이 피고인석보다 15센티미터 더 높게 배치되기 때문이다. 이론상 피고인과 대등한 위치에 있는 것으로 여기는 검사의 좌석이나, 피고인을 도와주기 위해 존재하는 변호인의 좌석이나, 공평무사한 심판자로서 공판을 진행하는 판사의 좌석이 피고인석보다 순차적으로 높은 위치에 놓여 있다. 아주 사소한 부분으로 보일지 모르나, 이런 좌석 높이의 차이가 심리적으로 피고인에게 위압감을 줄 수 있다면 잘못된 것이다.

두번째는 좌석의 위치다. 검사와 변호인은 법대와 2미터에서 4미터 사이의 간격을 두고, 법관을 향해 검사는 좌측, 변호인은 우측에 마주 보고 앉는다. 반면 피고인은 법대와 3미터 또는 4.5미터 정도의 간격을 두고 재판장 정면에 좌석한다. 이 좌석의 위치는 높이와 함께 우리 형사 법정의 권위적 구조를 그대로 반영하고 있다. 무엇보다도 피고인은 변호인과 나란히 앉게 할 필요가 있다. 간혹 법정에서 변호인이 바로 곁에서 도와주기를 원하는 피고인이 있다. 그러나 판사가 이를 허락하지 않아 설전이 벌어진 경우도 있다. 이는 피고인이나 변호인의 권리일 뿐만 아니라, 「공판정에서의 좌석에 관한 규칙」에 포함돼 있다. 가끔 판사들은 변호인이 피고인의 방어권 행사를 위해 필요하다고 인정하는 때에는 피고인의 옆에 착석할 수 있다는 규정을 잊어버리는 모양이다. 물론 필요하다고 인정하는 주체는 판사가 아니라 변호인이다.

지금은 행정 조치로 해결되긴 했지만, 형사 법정에서 구속 피고인의 복장도 논란의 대상이었다. 구속 피고인이 구치소가 아닌 법정에서 굳이 죄수 번호가 찍힌 수의를 입어야 할 이유가 없을 뿐만 아니라, 무엇보다도 그 법적 근거가 없다. 따라서 실제 공판에서 평상복을 착용하고 재판을 받겠다는 주장이 있었다. 하지만 어느 판사도 그 당연한 권리를 인정하지 않았다. 공

색하게도 행형 목적을 위해 오랫동안 계속해 오던 관행이므로 특정 피고인에게만 특혜를 줄 수 없다는 등의 비논리적 근거를 나열해댔다. 결국 몇 년 전 새로 취임한 법무부 장관이 생색을 내며 행정 조치로 해결해 버렸다. 당연히 자기 권한으로 쉽게 해결할 수 있었던 판사들이 몰인권적 눈치보기에 급급했던 탓으로 돌릴 수밖에 없다. 그 와중에서 흔들리는 건 개인의 인권이다.

공판 과정에서 피고인이나 변호인의 진술을 가능한 제한하려는 법관의 경향도 피고인의 인권을 침해한다. 설사 피고인 혹은 변호인의 진술이나 의견 표시가 실제 유·무죄 판단이나 형량 결정에 영향을 미치지 못하는 경우라 하더라도, 그 기회를 충분히 보장할 때 피고인의 인권도 존중된다. 특히, 변호인의 피고인에 대한 신문을 마치 검사의 신문에 대한 반대 신문으로 취급해 범위를 제한하려는 재판장들이 있는데, 이는 형사소송법에 대한 무지의 결과일 뿐이다. 형사 법정에서 피고인의 인권은, 피고인을 단순한 재판의 대상이 아닌 형사소송의 주체로 여길 때 보장할 수 있다.

형의 집행과 인권

형의 집행은 형사 절차의 마지막 단계다. 형의 집행에는 추징이나 몰수 등의 부수적 처분도 포함되지만, 가장 주된 것은 징역형이나 금고형과 같은 자유형의 집행이다. 징역형이나 금고형은 개인의 신체의 자유를 강제로 박탈하는 것을 내용으로 하기 때문에 자유형이라고 부르는데, 이런 자유형의 집행을 행형이라고 한다. 행형에 관해서는 형사소송법 외에 행형법을 따로 두고 있다. 행형법은 재판이 확정되지 않은 미결 수용자의 수용 방법이나 형이 확정된 기결수의 교정 교화를 효과적으로 달성하는 것을 목적으로 하지만, 수용 시설 내에서 수용자의 기본적 인권을 보장하기 위한 의미도 당연히 포함하고 있다. 그래서 행형법 제1조의 3은, 이 법을 집행함에 있어서 수형자 또는 미결 수용자의 기본적 인권은 최대한으로 존중되어야 하며, 국

적·성별·종교 또는 사회적 신분 등에 의한 차별은 금지된다고 규정한다.

행형에 있어 가장 침해하게 대두되는 인권 문제는 징벌 제도라고 할 수 있다. 구치소나 교도소와 같은 일반 수용 시설이 국제적 인권 기준을 충족하고 있는가도 문제지만, 수용자들이 가장 가혹하게 다뤄지는 곳이 징벌방으로 불리우는 독방이기 때문이다. 그곳에서 벌어지는 징벌의 과정은 아직 대표적으로 인권의 사각지대에 놓여 있다고 할 수 있다. 징벌방은 무엇보다 약 0.75평이라는 협소한 공간 자체가 비인간적이다. 그리고 24시간 내내 과도하게 계호 용구를 사용해서 심지어 수용자가 식사나 생리적 용변도 수갑과 포승에 묶인 채로 해결해야 하는데, 이는 인권을 침해하는 행위라고 하지 않을 수 없다. 그리고 면회가 거절되고 독서 등도 전면 금지된다. 이런 징벌은 1회에 최대 2개월까지 가능하고, 경우에 따라 연속으로 동일한 처분을 하기도 해 심각한 인권 침해를 야기하고 있다.

징벌을 받지 않은 일반 수용자들도 여러 면에서 국제적 인권 원칙에 못 미치는 처우를 받는다고 지적된다. 면회의 횟수나 시간이 부족한 점은 합리적 운용으로 보기 힘들다. 그리고 의료 시설이 부족하거나 너무 형식적이어서 충분한 진료와 치료를 받을 수 없는 것이 현실이다. 따라서 제때 제대로 된 치료를 받지 못해 불구가 된 수용자들이 국가를 상대로 손해배상 청구 소송을 제기하는 예도 있다.

형의 집행 이전의 문제이긴 하지만, 사형 제도는 그 존재 자체가 그 나라의 인권 수준과 관련이 있다고 할 수 있다. 우리나라는 사형 제도를 유지하고 있으며, 형사법에서 사형을 법정형으로 규정하고 있는 조문을 16개 정도 가지고 있다. 현재 세계는 사형 제도를 폐지한 나라와 존치하고 있는 나라 그리고 사형 제도가 있긴 하나 오랫동안 사형 집행을 하지 않음으로써 사실상 폐지한 나라로 분류할 수 있다. 현재 사형 제도를 버린 나라와 유지하고 있는 나라의 수는 비슷한 정도이다. 그런데 우리는 여전히 사형 제도에 미련을 가짐으로써 그만큼의 인권을 외면하고 있는 셈이다.

맺음말

형사 절차를 크게 나누어 각 단계마다 부각되는 인권의 문제를 개괄적으로 살펴왔다. 현재 각 형사 절차의 단계마다 발생하는 인권 보장의 문제는 과거에 비하면 매우 진전된 수준을 유지하고 있다는 것이 일반적인 평가라고 할 수 있다. 그러나 현재의 상태가 대체로 만족할 수 있는 수준인가 하고 되물어 보면, 단호하게 부정적으로 대답할 수밖에 없다. 흔히 최근에 와서는 인권 문제가 주요 쟁점으로 등장하는 일이 거의 드물 뿐만 아니라, 특히 시민적 정치적 권리라고 하는 고유의 자유권과 관련해서는 근본적인 문제는 없다고까지 주장하는 견해가 있는데, 거기에는 도저히 수긍할 수 없는 노릇이다.

형사 절차와 인권 문제를 놓고 볼 때 가장 시급하게 해결해야 할 과제의 하나를 꼽으라면, 바로 법률과 현실의 괴리라고 하겠다. 부분적으로 미흡함이 있는 경우를 제외하면, 형사 절차와 관련한 대부분의 법 제도는 이상적으로 짜여져 있다. 그런데 그 법의 내용과 현실이 일치하지 않고 완전히 다르게 흐르고 있는 현상을 흔히 발견할 수 있다. 바로 거기가 인권 침해의 주된 현주소라고 할 수 있다. 그 이유로는 국가 권력 기관과 공무원의 인권에 대한 인식이 아직 철저하지 못하다는 점과, 법의 내용보다는 행정 편의적 타성이나 관행을 따르기를 즐겨하는 습관을 계속 버리지 못하고 있다는 점을 들 수 있다. ■

차별직 bjcha@hklaw.co.kr | 현재 법무법인 한결 구성원 변호사, 참여연대 협동사무처장, 여성부 남녀차별개선위원회 위원, 민변 출판홍보위원장, 건국대·경희대·이화여대 강사 또는 겸임교수, 사법시험위원 등 역임. 저서로는 『NGO와 법』, 『인권의 역사적 맥락과 오늘의 의미』 등이 있음.