

인신구속(제도)과 압수·수색에서 인권 보장적 개선방안 검토

- 현행 수사절차 효율성과 기본권 보장의 발전적 조화를 중심으로 -

이 인 곧**

【목 차】

I. 서론(문제 제기)	
II. 수사절차에서의 인권침해 사례 및 현황 분석	IV. 인신구속(제도)과 압수·수색에서 인권 보장적 개선방안 검토
III. 수사상 강제처분의 단계적·구조적 문제점	V. 결론 및 정책적 제언

【국 문 요 약】

수사란 일방적인 국가공권력의 행사과정에서 수사 관계인들의 기본권과의 갈등을 항상 내재하고 있다는 점에서 수사절차가 얼마나 인권친화적이고 공명정대한가의 문제는 국민의 기본적 인권보장의 정도뿐만 아니라 형사사법 시스템에 대한 국민의 신뢰를 결정짓는 핵심적 지표가 된다. 이와 같은 의미에서 본 연구에서는 수사과정에서 형사피의자 등 사건관계인, 이를테면 고소·고발인, 피해자 그리고 관계인들의 가족 등의 인권을 침해하는 행위 유형(태양)들의 현황 및 분석을 통하여 이에 대한 구조적·절차적 문제점들을 논의하는 한편 향후 인권침해의 선제적 예방과 재발방지를 위한 법제도적인 개선방안을 모색하여 실효적 방안을 제시하는 것을 그 목적으로 하였다.

* “이 논문은 2022년도 호서대학교의 재원으로 학술연구비 지원을 받아 수행된 연구임.”
(202202160001)

** 호서대학교 법경찰행정학부 교수, 법학박사(Ph.D)

한편, 본 연구에서는 2020년을 전후하여 사법개혁입법(검·경수사권 조정-검수박탈)을 통한 대대적인 수사구조의 변화, 즉 경찰은 원하던 수사권 독립의 목표를 추구함과 아울러 최근 수사 경찰의 업무량의 폭주로 인한 부정적 기피 현상으로 인하여 국민의 기본권 침해의 우려 또한 만만치 않은 현실에 직면하고 있다.¹⁾ 이러한 수사실무현장 환경의 큰 변화는 각 수사기관의 관점에서가 아니라 수사절차와 관련된 수 있는 일반국민의 관점에서 과연 이러한 수사 환경의 변화가 국민의 인권보장과 공정성 확보에 어떤 영향을 끼칠 것인가 아울러 향후 경찰의 부실수사로 인한 인권침해를 통제할 방법은 있는가에 대한 중·장기적으로 바람직한 수사권조정 방향을 학제적으로 모색하고 재검토의 필요성을 제기하였다.

I. 서론(문제 제기)

수사란 형사사법시스템에 따른 국가공권력 작용에 의하여 실제적 진실 발견을 밝히기 위한 수사기관의 활동이다. 이러한 수사과정(활동)에서 헌법상 불가침의 기본적 인권과 충돌되는 일방적인 국가공권력의 행사가 인권문제와 역행하는 문제를 야기할 수 있으며 실제 과거로부터 현재까지도 수사절차상 인권침해를 둘러싼 논란은 일선 수사현장의 실무뿐만 아니라 법제도와 관련하여 여전히 지속되고 있다.²⁾ 물론 우리나라 법체제는 수사과정에서의 인권보장을 위하여 헌법에서 규범통제의 추상적 기준을 마련하고 있으며, 나아가 헌법에 근거하여 특별히 형사관련 절차법규에 상세한 규정들을 두고 있다. 이를테면 ① 헌법 제12조 제2항(고문 등 진술강요행위 금지)와 동조 6항(변호인의 조력권), 동조 제7항(고문 등에 의한 자백의 증거능력 배제)에 명시적으로 규정하고는 있지만 그 외에도 공정한 재판을 받을 권리(동법 제27조)나 헌법상 무죄추정의 원칙으로부터 도출되기도 한다. 또한 명시적으로는 형사소송절차와 직접적으로 연관성은 없지만 헌법 제10조 전단(인간의 존엄과 행복추구권), 동

1) 한국법학교수회, "검수완박 법안, 국민 기본권 침해우려 크다" 법률신문, 2022.04.25. 2023. 9월 20일 검색

2) 공소가 제기된 후에도 공판이 진행 중에는 피고인에 대한 보강수사가 이루어진다는 점에서 피고 인도 여전히 수사의 대상이 될 수 있다.

조 후단(개인이 가지는 신체불가침의 기본적 인권) 및 제37조 제1항(“열거되지 아니한 기본권”)으로부터 인간의 존재를 보장하는 ‘생명권’도 도출된다. 나아가 “열거되지 아니한 기본권”에 속하는 인격권, 개인정보 자기결정권 또는 알 권리 등³⁾은 형사소송절차의 여러 단계와 밀접하게 맥이 닿아 있는데 피의사실공표, 포토라인에서 얼굴공개, 개인정보 침해문제는 국민의 알 권리와 긴장·갈등관계에 있다. 나아가 형사피의자의 체포구속·압수수색이나 형사사건 관계인에 대한 내사 및 수사에 대해서도 연관성이 있다(특히 개인정보자기결정권, 인격권 등). 그리고 비례의 원칙(과잉금지의 원칙)은 법치국가원칙과 그 파생원칙인 적법절차와 기본권 제한과 불가침의 기본적 인권 및 인권의 본질적 내용의 침해금지 규정은 동법 제37조 제2항(일반적 법률유보)에서 도출된다.⁴⁾ 이와 같은 고도의 추상적·선언적인 헌법원칙 규정들과 파생원리들은 구체적이고 개별적인 사안들에 적용됨으로써 인권보장을 실효적으로 보장받을 수 있다. 이는 수사기관이 헌법규정만을 가지고 헌법규정에 내재되어 있는 인권보장이념을 내면화하고 수사실무를 개선할 것을 기대하기란 그리 쉬운 일이 아니기 때문이다. 한편 2021년 검찰과 경찰의 수사권 조정을 둘러싼 해묵은 갈등은 수십 년간 국민들에게는 ‘검·경간 밥그릇 싸움’이라는 인식만이 존재할 뿐 기본적 인권보장과는 별다른 관심을 갖지 못하였다. 그러나 이제는 상투적인 양비론적 태도에서 벗어나 국민의 자유·민주·인권의 보편적 가치를 보장하는 차원에서 검찰과 경찰이 서로 견제하면서 균형을 이루는 대등한 협력관계가 될 수 있도록 검경관계를 재정립시켜 수사권 조정은 우리나라의 형사사법의 3권 분립체계를 완성하는 초석을

3) 한수용, 『헌법학』, 법문사, 2021, 388면 이하.

4) 헌법재판소 1995.11.30. 92헌마44 전원재판부 (소송기록송부지연 등에 대한 헌법소원): “우리 재판소 이미 수회에 걸쳐 법치국가의 원리에서 당연히 추출되는 확고한 원리로서 헌법 제37조 제2항에서 그 취지를 규정하고 있는 “과잉금지의 원칙”을 기본권제한의 한계로 제시하고 있다(헌법재판소 1990.9.3. 선고, 89헌가95 결정 등). 이는 국민의 기본권을 제한하는 입법의 목적이 헌법 및 법률의 체제상 그 정당성이 인정되어야 하고(목적의 정당성), 그 목적의 달성을 위하여 그 방법이 효과 적이고 적절하여야 하며(방법의 적절성), 입법권자가 선택한 방법이 설사 적절하다고 하더라도 보 다 완화된 형태나 방법을 모색함으로써 기본권의 제한은 필요한 최소한도에 그치도록 하여야 하며 (피해의 최소화), 그 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교衡量할 때 보호되는 공익이 더 커야한다(법익의 균형성)는 헌법상의 원칙을 말하는 바”.

놓아야 할 시점에 다가 와 있다. 이에 본 연구에서는 ‘검수완박’이라는 검사의 수사권 박탈 법안에 매몰된 나머지 범죄 피해자의 권리를 부당하게 제한 내지 침해하는 심각한 문제점은 없는지, 현재 사법경찰관의 불송치결정에 대하여 고소·고발인이 이의신청을 하면 형사소송법(‘형소법’이라 칭함) 제245조의7 제2항에 따라 검사에게 사건이 송치되도록 하고, 검사가 불기소 결정을 하면 항고, 재정신청을 통한 불복의 기회를 다시 부여하고 있다. 그러나 이 법안은 사건 송치규정을 삭제하고 고소·고발인의 이의신청이 있을 경우 검사가 보완수사 요구만 할 수 있도록 하였다. 이에 따라 사법경찰관이 검사의 보완수사 요구(수사지연 해소 및 수사의 충실화)에 응하지 않더라도 검사는 사건을 송치받을 수 밖에 없어 고소·고발인의 항고 및 재정신청 제도의 형해화에 대한 심도있는 논의로 보충(완) 여지가 필요하다고 생각한다.

이에 최근 인권보장을 위한 형사사법개혁을 통하여 형소법에 제197조의2(보완수사요구), 제197조의3(시정조치요구 등) 그리고 제245조의8(재수사요청 등) 등이 신설되어 사법경찰관의 수사에 대한 검사의 감독권⁵⁾과 검사의 인권옹호직무⁶⁾를 강화하였다. 그리고 인권보장을 위한 많은 훈령·예규들이 제정·개정되었는데 가장 대표적인 것이 바로 법무부 「인권보호수사규칙」⁷⁾이다. 동 규칙은 생각건대 현행법상 유일하게 수사과정에서 발생할 수 있는 인권침해를 유형화하여 검사가 수사과정에서 준수하여야 하는 규범들을 체계적으로 정리한 규정이라고 볼 수 있다.⁸⁾

5) 법률 제16924호, 2020.2.4. 일부개정, 2021.1.1. 시행.

6) 인권보호수사규칙 제9조에 정한 “수사지휘를 통한 인권보호”를 들 수 있으며 그 밖에 형소법 제198조의2(검사의 체포·구속장소감찰), 헌법 제12조 제3항에 정한 검사의 전속적 영장청구권과 제200조의2(영장에 의한 체포)에서의 사법경찰관의 영장청구 신청에 대한 사법통제 검사와 사법경찰관의 상호협력과 일반적 수사준칙에 관한 규정 제4조(불이익 금지), 제27조(긴급체포) 제4항(긴급체포 불승인) 등이 있으며, 검찰사건사무규칙 제77조(구속영장 청구 전 피의자 조사 등), 형법 제139조(인권옹호직무방해), 구속영장 청구 전 피의자 면담 등 절차에 관한 지침(검사) 참조-구속 송치사건 피의자 면담·조사 등 절차에 관한 지침 제3조(송치 당일 인권침해 여부 확인 등), 제4조(구급시설 수용 후 범죄사실 조사), 제5조(송치 당일 예외적 조사)(인권보호관) 등이 있다.

7) 법무부령 제1010호, 2021.6.9. 일부 개정, 시행.

8) 김유근·김정연, 『판례를 통해 살펴 본 검찰 수사과정에서 인권침해와 헌법상 기본권 관계 분석』, 대검찰청, 2021, “제4장 「인권보호수사규칙」과 헌법상 기본권관련성과 문제점” 특

그 밖에도 최근 「검사와 사법경찰관의 상호협력과 일반적 수사준칙에 관한 규정(대통령령, 이하 ‘수사준칙’)」이 개정⁹⁾ 되었으며, 「검찰사건사무규칙(법무부령 제1061호 2023.11.1. 일부개정)」, 「구속영장청구 전 피의자 면담 등 절차에 관한 지침」, 「형사사건 공개금지 등에 관한 규정」, 「검찰 직접수사 과정에서 발견된 별건범죄 수사단서의 처리에 관한 지침」 등에 많은 개정이 이루어졌다. 현재 경찰은 2023년 3월 30일 「인권보호수사규칙(이하 ‘대상규칙’으로 칭함)」을 시행하여¹⁰⁾, 이에는 국민의 눈높이에서 국민의 권리(인권보장)를 보호하기 위한 전제가 있어야 하며 국민의 소망을 담은 결과물이어야 할 것이다. 한걸음 더 나아가 동 규칙 시행으로 나타날 제반 문제점을 신중하게 파악 검토하고, 각계의 충분한 의견을 수렴하는 절차가 선행되어야 할 것이다. 따라서 본 연구에서는 수사상 ‘형사사건 관계인들’의 인권침해에 관하여 먼저 몇 가지 문제점을 제기하고 그에 따른 개선안을 제시하고자 하였다.

첫째, 인권침해에 대한 근본적인 원인은 수사기관이 헌법규정들의 추상성으로 인권의식을 내면화하는 데 어려움이 있기 때문은 아닌가라는 의문이 제기된다.¹¹⁾ 형법 제139조(인권옹호직무방해)는 당사자의 인권침해에 대한 직접적인 처벌규정이 아니라 검사의 인권옹호직무를 방해하는 일종의 공무집행방해죄¹²⁾로 규정되어 있다는 점에서 특별히 수사기관의

히 “제2절 「인권보호수사규칙」의 규정체계와 헌법상 기본권 관련성” (비공개).

9) [형사] 개정 「검사와 사법경찰관의 상호협력과 일반적 수사준칙에 관한 규정」은 2023년 11월 1일부터 시행되며 수사 중이거나 법원에 계속 중인 사건에 대해서도 적용된다(수사준칙 부칙 제2 조). 2023.10.24. 법률신문 10월 28일 검색. 주요 개정 사항, 개정 참고

10) 2023. 3. 30. 제정 경찰청훈령 제1075호 「경찰 수사에 관한 인권보호 규칙」.

11) 김유근·김정연, 위 논문 대검찰청, 2021, “제4장 「인권보호수사규칙」과 헌법상 기본권 관련성과 문제점” “제1절 현행법상 인권침해 규정체계와 그 문제점” (비공개).

12) 헌법재판소 2007.3.29. 2006헌바69 전원재판부는 형법 제139조 인권옹호직무와 관련하여 “‘인권’은 범죄수사과정에서 사법경찰관리에 의하여 침해되기 쉬운 인권, 주로 헌법 제12조에 의한 국민의 신체의 자유를 그 내용으로 한다고 할 것이고, ‘검사의 명령’도 ‘사법경찰관리의 직무수행에 의해 침해될 수 있는 인신 구속 및 체포와 압수수색 등 강제수사를 둘러싼 피의자, 참고인, 기타 관계인에 대하여 헌법이 보장하는 인권, 그 중 주로 그들의 신체적 인권에 대한 침해를 방지하고 이를 위해 필요하고도 밀접 불가분의 관련성 있는 검사의 명령’”이라고 천명하고 있다. 그 밖에 대법원 2010.10.28. 선고 2008도11999 판결 참조.

인권침해행위를 범죄로 규정한 경우나 전통적인 형법범의 구성요건을 충족하지 아니하는 한 인권침해는 형법상 문제되지 않게 된다.

둘째, 형소법 총칙에는 형사소송절차(수사)의 원칙규정의 부재로 위법수사나 재량권을 일탈한 수사방법의 불법의 명확성이 흠결되어 수사기관에게 형소법의 제정이념이라고 할 수 있는 인권보장의 명확성마저 희석시킬 우려가 있다. 동법의 규정방식(성격)은 오히려 인권보장과 관련해서 간접적(소극적)이라 말할 수 있다. 예컨대 가혹행위의 금지규정이 아니라 가혹행위를 수단으로 획득한 증거의 증거능력을 부인하도록 하는 규정만을 두고 있을 뿐이다. 이는 오히려 수사기관은 증거능력의 보전을 위한 방법만을 고려하게 되므로 가혹행위의 불법성에 대한 명확성은 그에 비례하여 약화된다는 것이다.

셋째, 보다 더 심각한 문제는 수사과정의 인권침해 방지를 위한 규정들이 헌법을 비롯하여 수많은 법령에 흩어져 규정되어 있을 뿐만 아니라 상호 연관관계를 통해서만 비로소 명확해지는 경우가 적지 않다는 점 그리고 여러 법령에 분산되어 산재하는 규정들을 그 상관관계까지 파악하는 것은 그런 만큼 쉽지 않다는 데에 있다. 이처럼 형사소송절차의 인권보장을 위한 입법, 법해석 그리고 집행을 위한 실효적인 일의적 기준이 부재한 가운데 수사기관이 인권의식을 내면화하는 것은 더욱 쉽지 않다. 다른 한편으로 인권보장을 위한 수많은 법령들이 존재하기 때문에 그 개관 가능성은 별론으로 하더라도 빈틈이 없이 촘촘하게 규정되어 있다고 말할 수 있을 것이다. 그러나 여전히 합법과 불법의 경계선상에서 행해지는 인권보장의 회색지대가 존재하는 것이 사실이며 특히 법령위반은 아니지만 기속재량의 일탈이나 임의재량의 남용 또는 재량권 내의 행위라고 하더라도 부당한 결과를 발생시키는 수사과정에서의 수사관행에 관한 인권보장 법령들, 특히 형소법 제417조에 정한 “검사 또는 사법경찰관의 구금, 압수 또는 압수물의 환부에 관한 처분과 제243조의2에 따른 변호인의 참여 등에 관한 처분”에 대한 준향고로는 적절하게 대응하지 못하는 경우가 많다.¹³⁾

13) 이와 관련하여 스위스 「형사소송법」 제393조는 항고사유에 법률위반뿐만 아니라 재량권 일탈 및 재량권 내의 행위라고 하더라도 부당한 결과를 초래하는 재량권의 남용까지도 포함하고 있다. 이는 김유근 외 4인, 『공정하고 인권친화적인 형사절차를 위한 형사사법

넷째, 수사기관에 의한 범죄 피의사실이나 수사내용의 공표와 관련하여 우리나라의 경우 사회적으로 이슈가 되는 범죄인 경우 거의 실시간으로 언론에 보도되는 경우가 많은데 한편으로 언론의 자유, 특히 취재의 자유 및 취재원의 비밀과 동 권리가 표리관계에 있는 알 권리 그리고 다른 한편으로 범죄사실 등의 공표로 인하여 침해받을 수 있는 피의자·피고인의 공정한 재판을 받을 권리 및 무죄추정의 원칙 간의 갈등일 것이다. 물론 여기에서는 언론기관이 직접 취재를 통하여 알아 낸 사실에 대한 것은 언론의 자유에 의하여 보장된다는 점은 별론으로 하고 특히 문제가 되는 것은 수사기관이 직접 범죄사실 등을 공표하거나 혹은 일상적으로 흔히 볼 수 있듯이 “익명을 요구한 수사 관련자에 따르면”이라는 식으로 언론에 보도되는 경우 취재의 자유와 국민의 알 권리를 넘어 피의자·피고인에 대한 예단 없는 공정한 재판을 받을 권리와 무죄추정의 원칙이 침해되는 것은 아닌가라는 것이다.

II. 수사절차에서의 인권침해 사례 및 현황 분석

1. 수사기관의 절차적 인권침해 이해

가. 인권과 기본권의 개념(정의)

인권학자들은 ‘인권’을 ‘사람이기 때문에 누려야 하는 권리’라고 그 개념을 분명히 하고 있다. 이러한 인권의 사전적 의미는 ‘사람이 사람답게 살기 위해 필요한 것으로서 당연히 인정되는 기본적 권리’ 또는 ‘인간이 자연인으로서 누려야 할 당연한 권리’를 의미한다. 세계인권선언에서는 보다 적극적으로 해석해 ‘인간이 지닌 권리’라는 의미를 넘어 ‘인간이 존엄한 존재가 되기 위해 가져야 할 당연한 권리’로 보고 있다.¹⁴⁾ 즉 인간을 ‘인간이 누구이고 무엇을 하든지 간에 하나의 존엄한 존재로서 존중 받을 권리’를 규정하고 있으며,¹⁵⁾ 인권을 기본권보다 넓게 파악하는 견

의 선진화 방안연구(II): 형사절차에서의 각종 불복제도의 합리적인 운영방안 연구』, 한국형사정책연구원, 2020, 40면 이하.

14) 국가인권위원회 「노인인권 길라잡이」 2014. 17면.

15) 세계인권선언 제1조 “모든 인간은 태어날 때부터 자유롭고, 존엄성과 권리에 있어서 평등

해, 좁게 파악하는 견해, 어떤 논자는 기술되지 않은 기본권은 인권이라는 이름으로 포섭해서는 안된다는 주장 등 이와 같이 인권에 대한 다양한 관점과 견해 때문에 인권의 정의(개념)는 명확성을 얻기 어렵고, 보편성으로 말미암아 필연적으로 추상성을 내포할 수 밖에 없다. 한편 우리 헌법 제10조는 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다”고 규정하여 인권의 최종적 근거인 인간의 존엄성을 명시하고 있다. 인권이란 ‘모든 사람이 인간다운 삶을 위하여 인간인 이상 누구나 갖는다고 추정되는 권리’라 정의한다면 ‘모든 사람이 인간인 이상 인간다운 삶을 위한 것인 만큼 인간의 삶’의 모든 영역이 대상이 된다는 것이다.

한편, 기본권은 헌법이 인권을 확인하여 재구성하고 발전시킨 결과물이라 할 수 있다.¹⁶⁾ 즉 기본권은 확인된 인권을 보호하기 위하여 인권을 정리하고 헌법에 규정하여 국가를 통해서 보호하는 권리이다. 이에 본 연구에서는 헌법의 근거 하에서 넓은 형사사법시스템에서 수사절차상의 기본적 인권침해에 한정하여 논의하고 그 대안을 마련하고자 하였다.

나. 수사절차상 인권침해 이해

형사소송의 목적과 이념은 객관적으로 유무죄의 실체적 진실발견, 신속한 재판의 원칙과 적법절차로 양자는 서로 인권보장이라는 지향점을 추구하나 긴장관계¹⁷⁾와 보완관계에 있다. 후자인 적정절차와 신속한 재판의 원칙은 형사소송에 있어서 인간 존엄성과 가치를 존중하고 헌법정신을 실현, 기본적 권리를 보장하여 법치주의를 구현하는 기본이념이다. 이것이 함축하는 바는 인권보장은 순수히 실체적 진실을 발견하기 위한 방법(수단)에 머무는 것이 아니라 실체진실주의와 함께 형사소송의 목적 원리로 역할한다.¹⁸⁾ 이념 간의 상호관계를 보면, 인권보장만 강조하게

하다. 인간은 이성과 양심을 부여받았으므로 거로에게 편화의 정신으로 행해야 한다”라고 표현하고 있다.

16) 김신규, 「인권법 강의」, 청록출판사, 2017, 15~31면.

17) 이주원, 『형사소송법』 제5판, 박영사, 2022, 전론 8면.

18) 이재상·조균석, 『형사소송법』 제12판, 박영사, 2019, 22면.

되면 형식적·절차적 한계로 인해 실체적 진실발견이 어려울 수 있고 실체적 진실발견의 효율성을 강조하게 되면 권리(인권)보장이 훼손될 우려가 있다. 그럼에도 수사기관은 인권보장에 부족함이 없도록 하면서도 실체적 진실발견을 위해 꾸준히 노력하여야만 한다.¹⁹⁾

인권보장과 진실발견이라는 형소법의 양대 축을 지향하는 수사에 있어서 인권침해의 문제는 아주 최근의 이슈가 아니다. 형사사건 관계인들 등 인권보장을 위해 과거 여러 차례에 걸쳐 형소법 등 동절차를 규율하는 관련 법률의 개정과 수사절차에서의 상당한 입법보완 및 개선방안도 도출되기도 하였으나 아직도 수사기관의 인권침해에 대한 논란은 지속적으로 현출되고 있음이 주지의 사실이다. 고전적인 형태의 인권침해행위인 고문 등 가혹행위, 진술강요 등 수사절차상 위법성의 문제에서부터 수사기관 관계자의 인권에 대한 내면화(인식지체)에 따른 부당한 인권침해 형태에 이르기까지 다양한 사례의 논란이 제기되고 있다. 따라서 본 연구에서는 수사기관 등의 공식통계 자료를 인용하여 수사절차에서의 인권침해 피해현황 및 실태를 우선 살펴보고, 나아가 2차 관련 자료(헌법재판소의 결정, 법원의 판결·결정 등)를 바탕으로 수사과정에서의 인권침해의 행위유형과 사례를 면밀히 분석함으로써 그 문제점과 원인을 제시하고 이를 토대로 수사과정에서의 인권보장을 위한 정책적·제도적 개선방안을 구체적으로 제시하고자 하였다.

2. 검찰의 인권침해 실태

최근 10년간(2011~2020) 검찰관련 진정사건의 추이는 아래 <표 1>과 같다. 2010년 이래로 평균 150건을 넘는 진정사건을 처리한 것으로 나타났다. 수사기관의 인권침해에 대한 진정사건이 지속적으로 접수되고 있음을 확인할 수 있다. 검찰관련 진정사건에 대한 처리 결과를 보면, 인용의 경우에도 대체로 권고에 그치고 대부분의 경우는 미인용으로 기각 및 각하가 90%를 넘는 것으로 나타나 실질적인 조치가 이루어지는 경우는 적은 것으로 나타났다. 기각과 각하의 비율이 가장 높은 것으로 나타났다.

19) 김상균, “수사기관의 인권침해 실태와 대책에 관한 연구 - 국가인권위원회 10년간 진정사건통계를 중심으로 -”, 『한국부패학회보』, 제17권 제1호(2012.3.), 한국부패학회, 133-134면.

<표 1> 최근 10년 동안 국가인권위원회가 처리한
“검찰 인권침해 진정 처리결과”²⁰⁾

구분	합계	인용							미인용					조사중지
		소계	수사의뢰	권고	고발	징계권고	긴급구제	합의종결	소계	각하	이송	기각	조사중지	
합계	1,558	51	-	46	-	-	1	4	1,495	941	28	525	1	12
2020	112	5	-	5	-	-	-	-	106	76	-	30	/	1
2019	148	5	-	5	-	-	-	-	143	96	7	40	/	
2018	186	9	-	9	-	-	-	-	176	102	1	73	/	1
2017	166	5	-	5	-	-	-	-	159	117	2	40	/	2
2016	146	7	-	7	-	-	-	-	138	88	2	48	/	1
2015	181	4	-	3	-	-	-	1	173	106	2	65	/	4
2014	157	3	-	3	-	-	-	-	153	95	7	51	/	1
2013	171	4	-	3	-	-	-	1	165	109	1	55	/	2
2012	160	3	-	1	-	-	-	1	157	88	4	65	/	-
2011	131	6	-	5	-	-	-	1	125	64	2	58	1	/

아래 <표 2>에서 보는 바와 같이 검찰 관련 진정사건 유형을 보면, 불리한 진술강요, 심야·장시간 조사, 편파부당수사에 관한 진정건수가 총 549건으로 가장 큰 비중을 차지한 것으로 나타났다. 다음 유형은 폭언, 욕설 등 인격권 침해로 총 406건으로 나타났는데, 이는 과거와 달리 인권에 대한 국민의식의 제고로 인한 인권보장의 강화경향에 따른 것으로 볼 수 있다. 이러한 인권침해 내용별 진정 접수 현황은 검찰과 경찰에서 약간 상이한 결과를 보이고 있어 이러한 유형 차이에 대해 집중할 필요가 있다.

20) 국가인권위원회, 「2020 국가인권위원회 통계」, 2021.6, 130면 (<https://www.humanrights.go.kr/site/program/board/basicboard/view?currentpage=2&menuid=00100304&pagesize=10&boardtypeid=20&boardid=7605630>; 검색일: 2023년 9월 25일).

**<표 2> 국가인권위원회에 접수된
“검찰 인권침해 내용별 진정 접수 현황” 21)**

	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
합계	235	137	149	156	191	151	149	219	128	146	115
폭언, 설득 등 권력 침해	59	24	24	33	45	39	47	56	34	31	15
폭행, 가혹 행위/과도한 장구사용	18	10	3	-	5	1	11	10	1	3	2
불심검문/임의동행	2	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
부당한 체포, 구속 및 감금	11	9	6	13	14	12	7	15	9	8	3
체포이유 등 권리 불고지/가족 미통지	2	3	1	2	1	2	1	2	7	1	2
불리한 진술 강요/장시간 조사/편파 수사	52	34	65	54	61	62	46	70	29	44	32
공소권 남용	8	-	2	3	7	2	3	4	1	6	6
변호인 접견통제 제한	2	1	1	3	2	-	2	3	2	2	-
건강, 의료권 침해/피해자 보호조치 미흡	6	4	9	7	4	5	4	3	4	2	2

21) 국가인권위원회, 「2020 국가인권위원회 통계」, 2021.6., 92면 (<https://www.humanrights.go.kr/site/program/board/basicboard/view?currentpage=2&menuid=00100304&pagesize=10&boardtypeid=20&boardid=7606782>; 검색일: 2023년 9월 25일).

부당수사 및 과도한 감시	16	1	2	2	6	1	2	2	3	2	1
피의사실 유포 및 개인정보 유출 등	2	19	12	8	12	8	4	6	11	11	4
도감청 등	-	1	-	2	-	1	-	-	-	-	2
정보공개 거부 등	7	0	2	7	3	1	1	5	3	6	3
위법·부당 처분	2	3	2	-	-	-	1	-	-	-	-
집회·시위의 제한	1	-	-	-	1	-	-	-	-	-	-
기타	47	28	20	22	30	17	20	44	24	31	42

아래 <표 3>에서 보는 바와 같이 2020년 검찰 관련 인권침해 진정사건에 대한 처리 결과를 보더라도 인용 건수는 총 5건에 불과하다. 그 중 폭언, 욕설 등 인격권 침해의 경우가 2건, 피의사실 유포 및 개인정보 유출이 2건 권고로 인용되었고, 과도한 장구사용으로 1건이 인용되었다. 반면에 가장 많이 접수되었던 불리한 진술강요/심야·장시간 조사/편파 부당수사의 경우 37건 모두 인용되지 않았다.

<표 3> “2020년 검찰 인권침해 진정 처리결과 - 내용별” 22)

구분	합계	인용							미인용				조사 중 지
		소계	수사 의뢰	조정	권고	고발	징계 권고	합의 종결	소계	각하	이송	기각	
합계	112	5	-	-	5	-	-	-	108	76	-	30	1
폭언·욕설 등 인격권 침해	14	2	-	-	2	-	-	-	12	5	-	7	-
폭행·가혹행위 /	1	-	-	-	-	-	-	-	1	1	-	-	-

22) 국가인권위원회, 「2020 국가인권위원회 통계」, 2021.6. 132면 (<https://www.humanright.s.go.kr/site/program/board/basicboard/view?currentpage=2&menuid=001003004&pagesize=10&boardtypeid=20&boardid=7606782>; 검색일: 2023년 9월 20일)(원 자료의 소계 등 합산을 수정함).

과도한 장구사용													
과도한 장구 사용	2	1	-	-	1	-	-	-	1	-	-	1	-
부당한 체포 구속 및 감금	3	-	-	-	-	-	-	-	3	2	-	1	-
체포이유 등 권리/ 불고지/ 가족 미통지	2	-	-	-	-	-	-	-	2	-	-	2	-
불리한 진술 강요/ 야간 장시간 조사 /편파 부당 수사	37	-	-	-	-	-	-	-	36	27	-	9	1
공소권 남용	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
변호인 접견 교통 제한	3	-	-	-	-	-	-	-	3	3	-	-	-
건강, 의료권 침해	1	-	-	-	-	-	-	-	1	-	-	1	-
피해자 보호조치 미흡	1	-	-	-	-	-	-	-	1	-	-	1	-
부당한 압수수색 및 과도한 신체검사	1	-	-	-	-	-	-	-	1	1	-	-	-
피의사실 유포 및 정보 유출 등	7	2	-	-	2	-	-	-	5	3	-	2	-
도감청 등	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
정보공개 거부 등	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
위법부당 한 처분	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
시설 /환경	3	-	-	-	-	-	-	-	3	3	-	-	-
기타	37	2	-	-	-	-	-	-	37	31	-	6	-

3. 경찰의 인권침해 실태

<표 4>와 같이 최근 10년간(2011~2020) 경찰관련 진정사건의 추이는 2010년 이래로 연평균 1,300건을 넘는 진정사건을 처리한 것으로 나

타났다. 이는 매일 3.6건의 경찰관련 진정사건이 접수되어 처리되는 수치이다. 2011년 986건 이후 줄곧 매년 1,000건 이상이 진정되었는데, 이는 국민의 인권의식의 제고에 따른 측면으로 평가할 수 있으나 경찰활동의 구조적 특성과 경찰관 자체의 인권의식에 대한 개선의 여지가 크다는 점을 보여주는 수치라 할 수 있다.²³⁾ 즉 일반국민의 인권의식은 날로 높아지는데 수사실무와 경찰 등 수사기관의 인권의식은 이를 따라가지 못하는데서 기인하는 것으로 볼 수 있다. 경찰 관련 진정처리 결과를 보면 총 13,111건 중에 인용 건수는 639건으로 4.9%에 불과하고, 대다수인 12,333건이 미인용된 것으로 나타났다. 여전히 각하나 기각 건수가 절대 다수를 차지하고 있는데, 이는 무리한 진정의 결과로 볼 수 있으나 수사기관의 법집행 과정에 대한 일반 국민들의 인식에는 부정적 측면이 여전하다는 것을 시사한다.

<표 4> 최근 10년 동안 국가인권위원회가 처리한 “경찰 인권침해 진정 처리결과”²⁴⁾

구분	합계	인용							미인용					조사중지
		소계	수사의뢰	권고	고발	징계권고	긴급구제	합의종결	소계	각하	이송	기각	조사중지	
합계	13,111	639	2	324	-	10	-	303	12,333	6,369	196	5,818	7	139
2020	1,178	87	-	63	-	6	-	17	1,082	516	9	557	/	10
2019	1,249	45	-	41	-	-	-	4	1,202	588	32	582	/	2
2018	1,531	104	-	31	-	-	-	73	1,424	787	34	617	/	3
2017	1,182	34	-	22	-	-	-	12	1,135	706	33	439	/	13
2016	1,441	45	-	22	-	-	-	23	1,379	749	30	600	/	17
2015	1,548	77	-	13	-	2	-	62	1,435	721	20	694	/	36
2014	1,316	45	-	7	-	-	-	38	1,242	615	16	611	/	29
2013	1,442	78	-	32	-	-	-	46	1,353	659	9	685	/	11
2012	1,238	67	-	51	-	1	-	15	1,153	582	6	565	/	18
2011	986	58	2	42	-	1	-	13	928	446	7	468	7	/

23) 김상균, 앞의 논문, 137면 참조.

24) 국가인권위원회, 「2020 국가인권위원회 통계」, 2021.6., 133면 (<https://www.humanrights.go.kr/site/program/board/basicboard/view?currentpage=2&menuid=001003004&pagesize=10&boardtypeid=20&boardid=7606782>; 검색일: 2023년 9월 20일).

국가인권위에 접수된 경찰관련 진정사건을 내용별로 살펴보면, 아래 <표 5>와 같다. 그 중에서 폭행·가혹행위 및 과도한 장구 사용이 11년간 총 3,303건으로 매년 300건 정도가 접수되어 가장 많은 비율을 차지하는 것으로 나타났다. 다음은 폭언, 욕설 등 인격권 침해는 총 2,803건, 불리한 진술강요, 편파 부당수사와 관련한 진정사건이 총 2,442건으로 나타났다. 경찰의 경우는 폭행·가혹행위 및 과도한 장구사용이 전체에서 가장 많은 비율을 차지하는 것으로 나타난 반면, 검찰의 경우는 불리한 진술강요, 편파부당수사가 가장 많은 것으로 나타나 인권침해 진정의 유형이 수사기관의 집행 특성에 따라 차이를 확인할 수 있다.

<표 5> 최근 10년 동안 국가인권위에 접수된 “경찰 인권침해 내용별 진정접수 현황”²⁵⁾

	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
합계	1,579	1,098	1,211	1,325	1,539	1,361	1,474	1,543	1,258	1,318	1,188
도·감청	3	8	-	1	2	2	2	5	2	4	5
폭언 욕설 등 인격권 침해	348	214	234	247	297	293	308	278	208	218	158
폭행, 가혹행위/ 과도한 장구사용	460	283	279	347	347	336	332	276	230	186	228
불심검문/ 입의동행	60	18	7	19	23	17	33	23	18	10	22
부당한 체포, 구속 및 감금	65	84	92	139	182	158	157	177	184	231	129
체포 이유 등 권리 불고지/가 속 미통지	74	44	25	33	53	31	57	54	52	49	64
부당한 압수수색 및 과도한 신체검사	68	30	39	41	28	26	31	34	156	51	28
불리한 진술강요/ 심야, 장시간 조사/ 편파 부당수사	187	152	276	193	261	234	240	316	155	249	179

사망사건 등	1	1	1	3	4	8	6	6	1	3	5
건강·의료권 침해/피해자보호조치 미흡	66	44	68	61	64	48	65	62	59	46	44
변호인접견 및 외부교통권 제한	10	11	1	3	12	5	8	7	10	8	5
피의사실유포 및 정보공개 유출	52	63	70	82	111	64	78	62	46	53	34
정보공개 거부 등	8	7	2	4	5	17	8	5	5	4	5
부당시감시 열	-	-	-	-	-	-	-	1	-	1	7
유치장 관련 인권침해	5	24	16	12	8	12	14	11	14	12	14
집회·시위의 제한	34	35	5	20	23	15	47	11	5	11	7
부당한 제도 및 처분	-	-	1	-	1	-	1	-	4	11	9
기타	138	80	95	120	118	95	87	215	109	172	245

4. 시사점

수사기관의 수사절차에서 인권침해 유형 중에 일부 행위는 반복적으로 인권침해 사례가 발생한다는 점에서 인권침해 사례를 수사기관 내에서 함께 공유하여 인권침해가 반복되지 않도록 해야 할 것이다. 수사기관에 대한 감독은 수사의 특성으로 인해 제도적으로 한계가 있고, 현실적으로도 이는 쉽지가 않다. 자체적인 관리·감독을 위해 경찰청 인권보호담당관 제도 및 검찰청 인권보호관제도를 두고 있으나 실질적인 인권수호자로서 수사과정에서의 인권보장 역할을 수행할 수 있도록 제도적 지원을 적극적으로 하여야 할 것이다. 최근 검찰이 직접 수사를 개시한 사건의 경우 수사과정에서 사건관계인의 인권을 보장하기 위해 인권보호관이 인권보

25) 국가인권위원회, 「2019 국가인권위원회 통계」, 2020.7., 94면(<https://www.humanrights.go.kr/site/program/board/basicboard/view?currentPage=2&menuid=001003004&pagesize=10&boardtypeid=20&boardid=7605630>; 검색일: 2023년 9월 26일).

호 관련 법령 준수여부를 점검하도록 하고 있다.²⁶⁾ 수사기관의 인권보장을 위한 자체적인 .감독 강화도 중요하지만, 국가인권위원회의 다양한 인권보호 및 증진 방법을 활용할 수도 있다. 국가인권위원회는 진정사건에 대한 조사와 구제, 인권교육, 인권의식 제고를 위한 홍보 등 인권보호와 증진을 위한 다양한 방법을 마련하고 있다. 앞서 수사과정에서의 인권침해 유형 중에는 국가인권위의 진정사건을 통해 가해자에 대한 징계 및 수사의뢰, 재발방지를 위한 법령 등의 시정조치, 직원 인권교육 등을 권고하는 사례를 확인하였다. 그 외에도 적극적으로 직권조사하여 관계기관에 인권정책을 권고하기도 하였다. 이와 같이 국가인권위는 수사과정에서의 인권침해에 대한 권리 구제 및 적극적인 인권정책을 제안하고 있어 (자체 인권감독관제도 등 내부적인 인권감독제도의 한계를 극복하고) 수사기관의 인권침해에 대한 수호자로서 역할을 수행할 수 있도록 보다 역할을 강화할 필요가 있다.

III. 수사상 강제처분의 단계적·구조적 문제점

1. 수사과정에서의 신체적 자유 침해(피의자·피고인의 인신구속 등)

가. 수사과정에서의 고문 등 가혹행위(공정한 재판을 받을 권리와 무죄 추정원칙 침해)

헌법 제12조 제2항(고문의 금지)의 규정은 수사절차에서 헌법 제10조(인간존엄성)의 요구가 구체화된 선언적 규정이라 할 수 있다.²⁷⁾ 헌법 제12조 제7항과 형소법 제309조에서는 “피고인의 자백이 고문·폭행·협박·구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법에 의하여 자의(임의성, 진실성)로 진술된 것이 의심될 때 또는 형소법 제310조 정식재판에 있어서 피고인의 자백이 그 피고인에게 불이익한 유일한 증거일 때에는 이를 유죄의 증거로 삼거나 이를 이유로 처벌할 수 없다”고 하여 임의성이 없는 자백의 증거능력을 부정하고 있다. 이는 공정한 재판을 받을 권

26) 「직접수사 개시사건 인권보호관 점검 지침」, [대검예규 제1226호, 인권감독담당관]2021.9.1.시행

27) 한수웅, 『헌법학』, 제6판, 법문사, 2016, 639면.

리와 무죄추정의 원칙에 반하는 인간의 존엄성을 침해한 행위이다. 아울러 대상규칙 제3조에서도 고문 등 가혹행위의 금지 및 임의성을 인정하기 어려운 강제에 의한 자백의 증거능력에 대한 규정을 두고 있다. 이러한 규정들을 두는 취지는 자백을 얻어내기 위해 부당한 신체의 자유에 대한 침해(신체불가침성)행위를 방지하기 위한 것이다.²⁸⁾

과거 수사기관은 수사과정에서의 효율성만 강조하던 대표적인 인권침해 문제는 피의자로부터 임의성이 의심되는 자백으로 인격권 침해가 자행되었다²⁹⁾ 수사과정에서의 위법행위 문제는 과거에 주로 문제되었던 사례이기도 하지만, 2000년대 이후에도 간헐적으로 수사과정에서 인권침해(유린) 사례 유형으로 확인되고 있다. 이와 같은 공권력에 의한 인권침해 행위는 반드시 일소되어야만 한다. 이는 수사과정에서의 맥락(형편)이나 죄질의 정도, 피의자 등의 태도 등 여러 환경을 고려하더라도 피의자의 무죄추정의 원칙상 용인될 수 없는 위법행위이다. 수사과정에서의 이러한 위법행위는 헌법 제12조에서 규정하고 있는 형사피의자의 신체의 자유(기본적 인권)를 중대하게 침해한 행위에 해당할 뿐만 아니라 형법 제125조(폭행·가혹행위죄)가 적용된다. 국가인권위의 고문 관련 직권조사 사례³⁰⁾의 경우는 피해자가 22명에 이를 정도로 지속적으로 수사과정에서 고문 및 가혹행위가 행해진 사건이다. 수사과정에 대한 인권침해 예방 및 투명성의 확보를 위해 설치한 CCTV 녹화 파일을 제출하지 않았고, 사무실에 설치된 CCTV마저도 카메라 방향을 상향하여 제대로 촬영되지 않은 사각지대가 발생하게 하였다. 사례(익산 약촌 오거리 살인 사건)에서는 조사는 임의성이 확보된 장소(강력반 및 경찰관서 조사실)에

28) 한수용, 위의 책, 657면.

29) 박미숙·김재현·박준영·김성룡, 『형사정책과 사법제도에 관한 평가 연구(XII): 오관 방지를 위한 사법시스템 평가·정비방안 연구 -재심사례 분석을 중심으로-』, 한국형사정책연구원, 2018, 34면 참조. 사회적으로 이목을 집중시켰던 ‘삼례 나라슈퍼 살인사건’, ‘익산 약촌 오거리 살인사건’ 등은 가혹행위에 의한 자백으로 억울한 오명을 쓰고 유죄판결을 받은 사건(대표적인 재심사건)들로 「진실·화해를 위한 과거사정리 기본법」에 의해 이른바 인간의 기본적 인권유린행위 등을 조사 착수하였는데 이를 토대로 국가공권력에 의한 가혹행위가 밝혀지면서 과거 유죄선고를 받은 사건 중에 재심을 통해 무죄 확정을 받은 사건이었다.

30) 국가인권위원회 인권단체 공동협력사업(“고문피해자 인권 증진에 대한 모니터링 사업”), 인권상황 실태조사, 2019. 참고

서 행하도록 되어 있음에도 조사실이 아닌 별도의 폐쇄된 사무실에서 조사가 진행되었다.³¹⁾ 이와 같은 가혹행위를 예방하기 위해서는 조사실의 관리를 철저히 하도록 하고, 특히 CCTV 녹화관리 및 진술 녹화실 관리를 보다 철저히 할 필요가 있다.

나. 계호장구의 지나친 사용

헌법재판소는 2005년 검찰 조사실에서 수갑과 포승 등 계호장구 사용에 대해 “수사기관이 조사실에서 피의자신문절차에서는 피의자가 신체의 자유 침해 또는 심리적으로 위축되지 않은 상태에서 자기방어권을 충분히 보장되어야 하므로 피의자 신문 시 피의자에 대하여 계구 등 계호장구를 사용하지 않는 것이 원칙이고 다만 도주, 자해, 폭행, 소요 등의 위험이 확실하고 구체적으로 드러나는 경우에만 예외적으로 계구를 사용하여야 할 것이다.”며 「계호근무준칙」 제298조 등에 대해 명시적으로 위헌결정을 밝힌 바 있다.³²⁾³³⁾

한편 이에 구속피의자가 헌법재판소에 계구사용에 대한 헌법소원을 청구하였는데, “당시 청구인은 도주·폭행·소요 또는 자해 등의 우려가 없었다고 판단되고, 수사검사도 이러한 사정 및 당시 검사조사실의 정황을 종합적으로 고려하여 청구인에 대한 계구의 해제를 요청하였던 것으로 보인다. 하지만 피청구인 소속 계호교도관이 이를 거절하고 청구인으로 하여금 수갑 및 포승을 계속 사용한 채 피의자 조사를 받도록 하였는 바, 이로 말미암아 청구인은 신체의 자유를 과도하게 제한 당하였고 이와 같은 계구의 사용은 무죄추정원칙 및 방어권행사 보장원칙의 근본취지에도 반한다고 할 것이다.”고 하여 위헌확인 결정을 한 바 있다.³⁴⁾ 이는 수사기관이 강압에 의한 자백을 받기 위한 수단 내지 징벌적 수단으로 악용될 수 있다. 관련 규정으로는 국제규범으로서 「피구금자취지기

31) 「범죄수사규칙」, 제62조 제1항.

32) 헌법재판소 2005.5.26. 2001헌마728 전원합의부(수갑 및 포승 사용 위헌확인) 대법원 2020. 3.17. 자 2015모2357 결정.

33) 홍영진, “구속 피의자에 대한 검사조사실에서의 수갑 및 포승사용”, 『인권판례평석』, 법원 국제인권법연구회, 박영사, 2017, 334면.

34) 헌법재판소 위 2005.5.26. 2001헌마728 전원합의부 결정.

준규칙」을 들 수 있다. 동 규칙은 1955.8.30. 제1회 UN범죄방지 및 범죄인 처우에 관한 회의(UN Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders)에서 채택되었다. 동 규칙 제33조는 “수감, 연쇄, 차꼬 및 구속복 등 계구는 결코 징벌의 수단으로 사용되어서는 안 된다.”고 규정하고 있으며, 특히 동 규칙 제84조 제2항은 “유죄 판결을 받지 아니한 미결수용자(피구금자)는 무죄추정과 동시에 소송의 주체로서의 지위로 구금으로 방어권이 부당하게 침해받지 않도록 한다. 즉, 확정판결을 받기 전에는 무죄인 자로서 처우되어야 한다.”고 명시하고 있다.³⁵⁾ 보호장구와 관련하여서는 「형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률」(약칭; 형집행법) 제98조에 규정을 두고 있으나, 구속 피의자에 대한 조사과정에서의 보호장구 사용에 대해서는 별도로 규정을 하고 있지 않다.

대법원은 수사기관이 필요한 상황이 아님에도 수감과 포승을 채운 채로 구속 피의자를 조사하였다면 위법한 직무집행 행위에 해당하여 국가와 해당검사에게 배상책임이 있음을 밝혔다.³⁶⁾ 최근까지도 여전히 조사과정에서 피의자에 대한 보호장구 사용으로 국가배상청구소송이 문제되고 있다.³⁷⁾ 이와 관련하여 대검찰청은 「구속피의자 등 조사 시 보호장비 해제 및 사용에 관한 지침」을 시행하고 있는데,³⁸⁾ 특별한 사정이 없으면 검사는 수감·포승 등 보호장비를 풀어준 뒤 조사를 하도록 하는 것을 주된 내용으로 하고 있다. 실제로 보호장비 해제 지침을 시범 실시한 이후 보호장비 사용비율이 9.7%로 나타났다. 이는 2017년 국가인권위원회에서 수용자를 대상으로 실시한 설문조사에서 수감이나 포승에 묶인 채로 조사를 받은 경우가 76%였던 것에 비해 보호장구의 사용이 상당히 감소한 것으로 볼 수 있다.³⁹⁾ 「경찰관 직무집행법」 제10조의2 제1항은

35) 홍영진, 앞의 글, 331-332면 참조.

36) 『법률신문』 2017년 4월 4일 보도 “수감포승 채운 채 검찰 조사...대법원 ‘국가검사가 배상’” (<https://m.lawtimes.co.kr/Content/Case-Curation?serial=109172>; 검색일: 2023년 9월 1일).

37) 『노컷뉴스』 2021년 4월 8일 보도 “대법 수감채운 채 피의자 조사... 국가가 배상해야” (<https://m.nocutnews.co.kr/news/amp/5532040>; 검색일: 2023년 9월 10일).

38) 「구속 피의자 등 조사시 보호장비 해제 및 사용에 관한 지침」 [대검 예규 제1022호, 인권 기획담당관][시행 2019.9.19. 제정]

39) 『서울신문』 2019년 6월 9일 보도 “수감 풀고 검찰 조사...10명 중 1명만 결박”

경찰장구의 사용에 관해 ‘직무를 수행하기 위하여 필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때에 사태를 합리적으로 판단하여 필요한 한도에서’ 사용할 수 있지만 구금된 자라는 이유만으로 계구사용이 당연히 허용되는 것이 아니라고 규정하고 있다. 나아가 「범죄수사규칙」 제73조 제2항은 “경찰관은 조사가 진행 중인 동안에는 수갑·포승을 해제하여야 한다. 다만, 자해, 자살, 폭행, 소요, 도주의 염려가 분명하고 구체적으로 드러난 상태(현저한) 사람으로서 담당경찰관 및 유치인 보호주무자가 수갑·포승 등 사용이 반드시 필요하다고 인정한 사람에 대하여는 예외로 한다.” 이러한 점에서 해당 규정 및 지침을 숙지할 필요가 있고, 예외적으로 허용되는 사안 및 판단기준을 수사기관에서 실무에서 판단할 수 있도록 구체화할 필요가 있다. 또한 피의자의 방어권을 충분히 보장해 줘, 헌법과 형소법의 정신을 관철할 필요가 있다.

2. 수사과정에서의 인격권 침해

가. 피의사실 공표

형법 제126조는 “검찰, 경찰 기타 범죄수사에 관한 직무를 행하는 자 또는 이를 감독하거나 보조하는 자가 그 직무를 수행하면서 지득한 피의사실을 공소제기 전에 공표한 경우”에는 피의사실공표죄에 해당하는 범죄로 규정하고 있다. 형소법 제198조는 “검사, 사법경찰관리 기타 직무상 수사에 관계있는 자는 다른 사람의 인권을 존중하고 수사과정에서 취득한 비밀을 엄수하여야” 한다고 규정하고 있다. 피의사실 공표죄는 국가적 법익에 관한 죄로서 국가의 수사권과 피의자의 인권보호를 보호법익으로 하고 있다. 여기서 피의자의 인권보호는 국가의 수사권의 기능 못지않은 중요한 의미를 갖는다.⁴⁰⁾ 그러나 최근 10년간 피의사실공표죄 사건 접수 및 처분현황⁴¹⁾에 의하면 동 죄에 대해 기소된 적이 한 번도 없는 것으로 확인할 수 있었다.

반면에 피의사실공표와 연관한 판례는 대체로 민사상 손해배상을 청구

(<https://www.seoul.co.kr/news/newsView.php?id=20190609500070>; 검색일: 2023년 9월.30일.

40) 이재상·장영민·강동범, 『형법각론』, 제11판, 박영사, 2019, 707면.

41) 검찰연감, 대검찰청 2011년~2020년)

하는 사례라고 할 수 있다.⁴²⁾ 이에 수사기관의 피의사실 공표행위가 적용되기 위한 요건이나 판단기준, 위법성조각사유 등에 대한 법률의 원리는 주로 손해배상 판례에서 발전되고 논의되었다. 대법원은 수사기관의 피의사실 공표행위가 허용되기 위한 요건 및 그 판단기준에 대해서 “수사기관의 발표는 원칙적으로 일반 국민들의 정당한 관심의 대상이 되는 사항에 관하여 객관적이고도 충분한 증거나 자료를 전제로 한 사실 발표에 한정되어야 하고, 이를 발표함에 있어서도 정당한 목적 하에 수사결과를 발표할 수 있는 권한을 가진 자에 의하여 공식적 적법절차에 따라 실행되어야 하며, 사법부의 유죄 판결이 확정되기 전까지는 무죄가 추정되는 원칙에 반하여 유죄를 서둘러 판단하게 할 염려가 있는 표현이나 예단(또는 추측)을 빚어낼 우려가 있는 표현을 회피하는 등 그 내용(사생활 중에서도 내밀한 영역에 해당)이나 표현 방법에 대하여도 유념하여야 할 것이므로, 수사기관의 피의사실 공표행위가 위법성 조각성의 여부를 판단함에 있어서는 공표 목적의 공익성과 공표 내용의 공공성, 공표의 필요성, 공표의 절차와 형식, 공표된 피의사실의 정확성 및 객관성, 그 표현 방법, 피의사실(사건관계인의 사생활의 비밀을 보호하고 그들의 명예나 신용이 훼손)의 공표로 인하여 발생하는 피침해이익의 내용, 성질 등을 종합적으로 고려해야 한다.”고 실시하고 있다⁴³⁾

사기관의 피의사실공표행위는 현실적으로 공식적인 수사공보를 통한 경우와 수사기관이 비공식적으로 언론에 유출하는 경우 등의 형태로 나눌 수 있다. 전자인 공식적인 수사공보 방식의 경우 법무부훈령인 ‘수사공보준칙’에 의하는데, 동 준칙 제9조에서는 원칙적으로 ‘공소 제기전의 수사사건에 대하여는 범죄혐의사실 및 수사상황을 비롯하여 그 내용 일체를 공개하여서는 아니된다.’고 규율하고 있다. 하지만 제10조(예외적 공개)에서는 위 규정에도 불구하고 예외적으로 수사사건의 내용을 공개할 수 있는 사유를 규정하고 있다.

최근에는 특히 대인적 인신구속 등의 인권침해와 함께 수사와 관련한 포렌식 과학수사기법의 발전으로 인하여 전자정보, 통신정보의 압수수색

42) 대법원 2001.11.30. 선고 2000다68474판결, 대법원 1999.1.26.선고 97다10215 판결, 대법원 1998.7.14.선고 96다17257 판결 등.

43) 대법원 2001.11.30. 선고 2000다68474 판결.

등과 관련하여 전자정보·통신정보 저장기술의 발달은 단시간에 방대한 양의 데이터에 대한 무차별적인 수집 및 관리를 가능하도록 하고 있다는 점 그리고 수집되는 데이터에는 예민한 개인정보 뿐만 아니라 익명화되거나 일견 무의미한 데이터라고 하더라도 방대한 데이터(빅데이터)의 조합을 통하여 특정 가능한 유의미한 데이터를 추출해 내는 것이 가능하다⁴⁴⁾는 점에서 전통적인 “물건”의 압수수색·검증 등과는 그 성격이 다르며 그런 만큼 개인정보 자기결정권에 대한 침해의 우려도 크다고 말할 수 있다.

인신구속 등 인적 강제처분이 인권강화방안에 따라 점차 억제되는 분위기와는 반대로 통신정보·전자정보·위치정보·바이오(생물학적 생체)정보 등 물질 강제처분은 기하급수적으로 증가하고 있다. 특히 문제가 되는 것은 통신사실자료 등의 제공의 경우 하나의 영장은 영장발부 대상자를 넘어 불특정 다수의 제3자의 정보까지 그 대상이 된다는 점에서 제3자는 자신도 부지 중에 특정 범죄와의 관련성과는 상관없이 해당 당사자와 통신했다는 사실만으로 실질적으로 압수수색의 대상이 되고 있다. 과거의 물건에 대한 무차별적인 압수수색의 폐단은 이제 비유형적인 정보에 대한 압수수색으로 옮겨가면서 과거보다 더 광범위하고 심각한 사생활의 개인정보 침해 문제를 야기하고 있다. 이에 대한 정비방안 마련이 필요하다.

나. 수사과정에서의 사생활의 비밀침해 문제점

헌법 제17조는 “모든 국민은 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니한다.”고 하여 사생활의 비밀과 자유(프라이버시권)를 보장하고 있다. 형소법 제198조 제2항은 “검사·사법경찰관리와 그 밖에 업무상 수사에 관련 있는 자는 범죄혐의자 또는 타인의 기본적 인권을 존중하고 수사과정에서 획득한 비밀을 준수하며 수사에 방해되는 일이 없도록 하여야 한다.”고 규정하고 있다. 대상규칙 제7조(사생활 비밀보호규정)에서도 “검사는 수사의 전 과정에서 피의자 등 사건관계인의 사생활의 비밀을 보호하고 그들의 명예나 신용이 훼손되지 않도록 노력하여야 한다.”는 규정

44) 헌법재판소 2018.6.28. 2012헌마538 전원재판부 (통신비밀보호법 ‘기지국수사’) 사건

을 두고 있다. 이에 대한 국가인권위 피의(진정)사건 처분결과를 통지함에 있어서 사생활의 비밀 침해 등이 문제된 사안이다.⁴⁵⁾

피의사실 및 그 처분에 관한 내용은 개인의 사생활 중에서도 내밀한 영역에 해당하고, 제3자에게 누설될 경우에 당사자에게 상당한 피해를 줄 수 있어 본인 이외의 제3자에게 알려지지 않도록 유의할 필요가 있다. 그러나 당시 검찰사건사무규칙 제72조 제1항⁴⁶⁾에서는 당시 규칙과 실무 관행에 따라 처분결과를 서면 통지하는 것이 원칙이며, 예외적으로 특별한 사유가 있는 경우에 이외의 방법으로 통지가 허용되는 것으로 해석하였다. 하지만 형소법 제258조 제2항에 따른 처분결과 통지는 피의자의 알권리를 보장하기 위한 것이지 처분결과를 알림으로써 불이익한 결과를 의도하는 규정이 아니다.

따라서 국가인권위에서는 이 사건에 대해 동 규칙 제72조 제1항을 개정할 것을 권고하고, 유사사례 방지를 위한 개선방안 및 피진정인에 대한 주의 조치를 권고하였다. 이에 피의자의 처분결과에 대한 통지 규정은 새로이 개정되었다. 동 규칙 제103조 제3항은 “검사가 형소법 동항 및 수사준칙 제53조제1항에 따라 피의자(인지사건의 피의자를 포함한다), 피해자 또는 그 법정대리인(피해자가 사망한 경우에는 그 배우자·직계친족 또는 형제자매를 포함한다)에게 통지를 하는 경우에는 사건번호, 피의자, 죄명, 결정 결과 등을 전화, 전자우편, 문자메시지 또는 그 밖에 이에 상당한 방법으로 통지한다. 다만, 피의자가 서면에 따른 통지를 요구하거나 그 밖의 여건 등을 고려할 때 서면에 따른 통지가 필요하다고 판단하는 경우에는 별지 제160호서식의 피의사건 결정결과 통지서에 따른다.”고 하여 피의사건 처분결과 통지를 전화, 전자우편, 문자메시지 등의 방식을 원칙적으로 하고 예외적으로 서면 방식에 따르는 것으로

45) 국가인권위원회 2018.7.5. 결정 17진정0157600; 사생활의 비밀 침해가 문제된 처분결과 통지 등 대해서만 서술하였으며, 진술거부권 관련 기각된 부분은 생략하였다

46) 통지를 하는 경우에는 별지 제127호서식에 따른 피의사건 처분결과 통지서에 의한다. 다만, 성구매자 교육 프로그램 이수를 조건으로 기소유예 결정을 하는 경우 또는 인지사건의 피의자가 서면통지를 원하지 않는 경우 등 특별한 사유가 있는 경우에는 피의사건 처분결과를 전화, 전자우편, 휴대전화 문자전송 등의 방법으로 통지할 수 있다.(출처: 검찰사건사무규칙 일부개정 2014. 8. 6. [법무부령 제823호, 시행 2014. 8. 7.] 법무부 > 종합법률정보 법령)

규정하고 있다. 한편 수사기관의 대질조사 과정에서 전과사실 유출 등으로 인한 사생활의 비밀침해가 문제점으로 지적되고 있다.

다. 포토라인에서 피의자의 얼굴공개에 의한 인격권 침해여부와 문제점

원칙적으로 포토라인 자체는 언론의 범주(범위)에 해당하는 문제이고, 수사와는 직접적인 관련이 없다. 그러나 공개소환 과정에서 피의자가 포토라인에 세워지는 경우 헌법상 인격권 침해와 무죄추정의 원칙 등이 문제될 수 있으므로 수사영역에서도 포토라인에 대한 개입이 필요하다.⁴⁷⁾ 포토라인이라는 용어는 사전적 의미를 가지는 개념이 아니라 언론계에서 통용되던 하나의 명칭이고, 수사의 측면에서는 공개소환이 이와 관련된다고 할 수 있다. 이는 사안별로 범죄의 중대성과 사회적 과장 등을 고려하여 사회적 합의가 필요하다고 생각된다. 수사관련 포토라인 자체에 근거규정을 두고 있진 않지만, 포토라인은 1993년 정주영 회장 소환 당시 취재 경쟁 과열로 사고가 발생한 이후 정착된 관행이다. 포토라인은 개별 언론사나 기자가 접근하기 힘든 유명인이나 공적 인물을 공개 소환하여 밀실수사나 봐주기 수사를 차단하는 투명한 수사를 표방하고 국민의 알권리 보장의 상징으로도 여겨졌다.⁴⁸⁾ 그러나 대검찰청은 최근에 수사공보 방식과 언론 취재 실태 등을 점검하여 사건관계인의 인권보장을 위한 개선방안으로 사건관계인에 대한 ‘공개소환’을 전면 폐지하도록 지시하였다.⁴⁹⁾

포토라인으로 인한 초상권 침해가 문제된 사례로⁵⁰⁾⁵¹⁾ 세월호 사건의 책임소재 파악을 위해 구원과 관련 배우 전모씨의 소환 과정에서 동행인들의 얼굴이 그대로 보도되었는데, 동행인이었던 원고들은 초상권 및 사생활 침해로 인한 손해배상을 청구하였다. 동 판례 사안은 공적 인물이

47) 이승현·안수길, 『포토라인을 통해 본 공개수사의 범위 및 한계에 관한 연구』, 한국형 사정책연구원, 2019, 40면.

48) 김창룡, “한국의 포토라인 문화: 알 권리인가, 인격권 침해인가 -판례를 중심으로”, 『언론중재』, 제150호(2019), 언론중재위원회, 48면.

49) 대검찰청, 2019년 10월 7일 보도자료, “검찰총장 「공개소환 전면폐지」 지시” (<https://www.spo.go.kr/site/spo/ex/board/View.do>; 검색일: 2023년 9월 3일).

50) 서울남부지방법원 2016.12.1. 선고 2016가합110939 판결.

51) 서울고등법원 2017.8.18. 선고 2016나2088859 판결.

아닌 동행인이 포토라인에 함께 서게 되어 촬영이 된 경우 이에 대한 당사자의 동의 여부가 문제된 사안이다. 포토라인과 관련하여서는 당사자 뿐만 아니라 동행인에 대해서도 초상권 침해가 문제될 수 있음을 보여주는 사례라 할 수 있다. 헌법재판소에서 포토라인 관련 촬영 허용행위에 대한 위헌성 여부를 결정한 사안이다.⁵²⁾

3. 수사과정에서 적법절차의 침해

가. 변호인의 조력을 받을 권리(접견교통권 및 참여권)

헌법은 공정한 재판(방어권 침해)을 위해 “누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다. 다만, 형사피고인이 스스로 변호인을 구할 수 없을 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 국가가 변호인을 붙인다(헌법 제12④).”고 하여 변호인의 조력을 받을 권리를 헌법상 기본권으로서 명시적으로 규정하고 있다. 또한 “누구든지 체포 또는 구속의 이유와 변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 고지받지 아니하고는 체포 또는 구속을 당하지 아니한다(동조⑤ 제1문).”고 하여 변호인 조력을 받을 권리의 고지를 규정하고 있다. 변호인의 조력권은 형사사법절차에서 국가형벌권으로부터 자신을 방어하기 위한 것으로 규정하고 신속한 재판과 적법절차원리의 핵심규정이다.⁵³⁾ 형소법은 피고인에게 검사에 대해 자기를 방어하는 피동적 당사자적 지위를 인정하고 있으며, 피의자(수사단계)는 당사자는 아니지만 장래에 공판에서 당사자(소송의 주체)신분으로서 방어에 핵심적 여러 권리를 보장하고 있다. 피고인에게 설령 당사자 지위를 인정한다고 할지라도 무기평등의 원칙이 보장되지 않는다면 형사소송에서의 당사자주의에 의한 공정한 재판의 원칙, 나아가 실제진실 발견의 이념은 공염불이 될 것이다.⁵⁴⁾ 법률의 전문성이

52) 헌법재판소 2014.3.27 선고 2012헌마652 결정. 헌법재판소 결정은 “공인이라고 하더라도 자신의 의사에 반하여 얼굴을 비롯해 특정인임을 식별할 수 있는 신체적 특징에 관해 합부로 촬영당하지 아니할 권리가 있고, 촬영허용행위는 헌법 제10조에서 도출되는 초상권을 포함한 일반적 인격권을 제한”하는 것으로 보았다. 나아가 사건의 촬영허용행위는 수사 장면 공개 및 촬영에 대한목적의 정당성도 인정되지 않고, 피의자의 신원이 노출되지 않도록 침해를 최소화하기 위한 조치도 취하지 않아 과잉금지원칙의 위반으로 인격권이 침해되는 것으로 판단하였다.

53) 김현귀, 『변호인의 조력의 헌법적 보장』, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2018, 22면.

없는 일반인에게 나홀로 검찰권 행사에 맞서 방어하도록 하는 것은 절차적 공정성에 상반할 뿐만 아니라 특히 신체가 체포·구속되어 있는 피고인(피의자)의 방어권은 더욱 제한되기 때문에 법률전문가로 하여금 피고인의 권리를 보호(보조)하게 하여 공정한 재판을 실현할 필요가 있다.⁵⁵⁾

형소법 제34조(피고인·피의자와의 접견, 교통, 진료)와 제89조(구속된 피고인의 접견·진료)에서의 접견은 대화내용에 대하여 비밀이 완전히 보장되는 자유로운 접견을 의미한다.(헌재 2011.5.26. 2009헌마341) 변호인의 접견교통권은 피고인(피의자 포함)의 인권침해를 방지하고 변호인과 피고인의 변론준비 및 방어준비를 보장하는데 핵심 목적이 있다.⁵⁶⁾

이러한 의미에서 변호인의 접견교통권은 피의자 등의 인권보장과 방어준비를 위하여 필수불가결한 권리이므로, 수사기관의 처분 등으로 이를 제한할 수 없고, 다만 법령에 의해서만 제한할 수 있다. 또한 변호인의 조력을 받을 헌법상 권리의 핵심적 내용으로서 형사절차상 중핵적·기본적 권리라 할 것이다. 이에 접견교통권이 침해될 경우 법원의 결정에 대해서는 보통항고가, 수사기관의 구금에 관한 처분에 대해서는 준항고의 대상이 된다. 대법원은 변호인의 접견교통권 침해상태에서 이루어진 피의자·피고인의 자백이나 진술로 얻은 증거는 헌법상 보장된 기본권을 침해(변호인과의 접견교통권을 위법하게 제한하여 변호인의 조력을 받을 권리를 침해)하는 것으로 증거능력은 배제된다고 판시하고 있다.⁵⁷⁾ 또한 대법원은 일정한 요건을 구비하지 않은 채 수사기관이 접견을 불허하는 경우, 접견교통권 침해로 인한 국가배상책임이 인정된다고 판시한 바 있다.⁵⁸⁾ 한편 헌법재판소는 구치소에서 변호인이 되려는 자가 접견신청을 했으나 형집행법 시행령 제58조 제1항에 따른 일과시간 경과를 이유로 검사가 접견신청을 불허한 사안에서, 접견불허행위가 헌법상 기본권인 변호인이 되려는 자의 접견교통권을 침해하였다고 보아 헌법소원청구를

54) 이재상·조균석, 『형사소송법』, 박영사, 2017, 130면.

55) 김정연, “형사절차에서 변호인의 ‘효과적인’ 조력을 받을 권리의 보장”, 『헌법학연구』, 제25권 제4호(2019), 한국헌법학회, 3면.

56) 김재중·이상한, “변호인의 조력을 받을 권리에 대한 최신 쟁점”, 『법학연구』, 제28권 제2호 (2017), 충북대학교 법학연구소, 6면.

57) 대법원 1990.9.25. 선고 90도1586 판결 참고.

58) 대법원 2018.12.27. 선고 2016다266736 판결 참고.

인용한 바 있다.⁵⁹⁾

한편 형소법 제243조의2는 “수사기관은 피의자 또는 그 변호인·법정 대리인·배우자·직계친족·형제자매의 신청에 따라 변호인을 피의자와 접견하게 하거나 정당한 사유가 없는 한 피의자에 대한 신문에 참여하게 하여야 한다.”고 하여 피의자신문 시 변호인의 참여권을 명문으로 규정하고 있다. 피의자신문 시 변호인의 참여권은 종래 헌법재판소⁶⁰⁾와 대법원⁶¹⁾의 해석에 의해 인정되다가 형소법 개정에 의해 법률로 이를 보장하고 있다.

변호인의 참여권은 압수수색·검증영장 청구와 법원의 영장 발부율이 증가하는 가운데 영장 집행과정에서 변호인의 실질적 입회하에서 피의자의 정당한 권리와 이익을 보호하기 위해서 인정되는 권리이다. 한편 수사기관은 법원으로부터 적법하게 발부받은 영장을 즉시 집행하겠다는 입장인 반면 피의자는 변호인 참여 등 법이 보장하는 권리가 지켜져야 한다며 맞서는 입장에 있다. 헌법적 기본권에 충실한 진보적 방안을 도출해야 할 필요성이 제기된다. 또한 수사단계에서 행해진 피의자의 진술과 조서기재의 일치에 대한 절차적 담보로서도 필요하다고 볼 수 있다.⁶²⁾ (과거에 비해 수사관행이 개선되었다고는 하나) 피의자신문은 자백을 얻기 위한 수단으로 악용될 가능성이 있을 뿐만 아니라 강압수사 등 인권 침해가 발생할 수 있다는 점에서 피의자 신문 시 변호인의 참여는 수사기관의 감시자로서 견제를 통해 법의 적정절차를 확보하는 기능을 담당한다고 할 수 있다.⁶³⁾ 한편 검찰 피의자신문 과정에서 구속 피의자의 수갑을 풀어달라는 변호인의 요청을 거부하고 변호인을 강제 퇴거시킨 검사의 처분(피의자신문 참여권 제한)이 위법 결정하였다.⁶⁴⁾ 변호인 참여권과 관련하여서 법무부는 변호인이 검사를 상대로 사건에 대해 충실한

59) 헌법재판소 2019.2.28. 2015헌마1204 결정.

60) 헌법재판소 2004.9.23. 2000헌마138 결정.

61) 대법원 2003.11.11. 선고 2003도402 결정.

62) 천진호, “개정 형사소송법상 형사피의자·피고인의 방어권 보장”, 『저스티스』 통권 제103호 2008. 한국법학원, 114면.

63) 이영돈, “변호인의 피의자신문 참여권의 범위와 한계”, 『법학논고』, 제47집(2014), 경북대학교법학연구원, 264면.

64) 대법원 2020.3.17. 선고 2015도2357 결정참고.

변론을 할 수 있도록 검찰사건사무규칙을 개정하였다. 동 규칙에 변호인의 변론권 규정을 신설하여 변호인의 수사절차상 권리 보장을 강화하고 피의자 및 사건관계인의 인권을 보호하는 한편, 피의자신문 내용이나 참고인 등의 조사 내용을 기록하는 권한을 확대하는 등 현행 제도의 운영상 나타난 일부 미비점을 개선·보완하여 변호인 참여권을 강화하도록 하였다.⁶⁵⁾

나. 고지·통지의무 위반

1) 진술거부권(묵비권) 등 고지의무 위반

피의자 또는 피고인의 진술거부권은 수사 및 재판절차에서 수사기관이나 법원의 신문에 대하여 진술을 거부할 권리를 말한다.⁶⁶⁾ 이러한 ‘진술거부권의 고지’를 통하여 진술거부권의 취지와 이념을 실효적으로 행사할 수 있게 되기 때문이다. 헌법상 “모든 국민은 고문을 받지 아니하며, 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니한다”고 규정하여 기본권으로 천명하고 있다. 형소법 제244조의3와 제283조 의2에서 피의자와 피고인에 대해 진술거부권을 고지할 것을 명문으로 규율하고 있다. 피고인에 대하여는 재판장이 진술하지 아니하거나 개개의 질문에 대해 거부할 수 있음을 고지하면 충분하다(동법 제283조의2). 이에 반해 제244조의3(진술거부권 등의 고지)에서는 피의자에 대하여는 검사 또는 사법경찰관이 피의자를 신문하기 전에 위의 사항 이외에도 추가적인 고지의 사항·방법을 규정하고 있다. 제42조(피의자의 해명의 기회 부여 및 조사 시의 메모 허용)규정이다. 한편 진술거부권 불고지의 효과에 대해 대법원의 입장은 “수사기관이 피의자를 신문함에 있어서 피의자에게 미리 진술거부권을 고지하지 않은 때에는 그 피의자의 진술은 위법수집증거로서 진술의 임의성이 인정되는 경우라도 증거능력이 부인되어야 한다.”고 판시하여 피의자신문조서의 증거능력을 부정하고 있다.⁶⁷⁾ 한편 진술거부권을 고지하지 않은 상태에서 임의로 행해진 자백을 기초로 한 2차적 파생증거의 증거능력이 문제되었는데, 대법원은 2007년 전원합의체 판결⁶⁸⁾에

65) 「검찰사건사무규칙」 제개정이유[법무부령 제966호 일부개정 2020.1.31, 시행일 2020.1.31.]

66) 이재상·조균석, 앞의 책, 116면.

67) 대법원 2009.8.20. 선고 2008도8213 판결.

서의 독수과실의 이론과 그 예외이론에 따르는 판결을 하였다. 위 대법원 판결은 “적법절차의 원칙과 실체적 진실규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사사법정의를 실현하려 한 취지에 위반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우”는 유죄의 증거로 사용할 수 있는 2차적 증거에 해당한다고 보았다. 그러나 위 해당 판결에 대해서는 이후의 진술 과정에서 이전에 행한 진술에 구속될 수 있어 위법성이 지속될 수 있으며,⁶⁹⁾ 2차 진술 당시 단순한 진술거부권을 고지하는 것으로는 부족하고 ‘지금부터 진술을 거부한다면 선행절차에서 이루어진 진술의 증거능력을 모두 인정하지 않는다’는 가중된(더 엄격한) 진술거부권의 고지가 필요하다는 비판이 제기된다.⁷⁰⁾

진술거부권 고지 대상에 피의자신문 외에 조사가 포함되는지에 대해, 대법원은 “진술거부권 고지에 관한 형소법 규정내용 및 진술거부권 고지가 갖는 실질적인 의미를 고려하면 수사기관에 의한 진술거부권 고지 대상이 되는 피의자 지위는 수사기관이 조사대상자에 대한 범죄혐의를 인정하여 수사를 개시하는 행위를 한 때 인정되는 것으로 보아야 한다.”고 판시하고 있어⁷¹⁾ 실질적 의미의 피의자 지위에 있는 자에 대해서는 진술거부권을 고지하여야 한다고 본다. 한편 헌법 제12조 5항은 체포 또는 구속의 이유와 변호인의 조력을 받을 권리의 고지에 대해 규정하고 있다. 형소법 제200조의5에는 “검사 또는 사법경찰관은 피의자를 체포하는 경우에는 피의사실의 요지, 체포의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 말하고 변명할 기회를 주어야 한다.”고 하여 체포와 피의사실 등의 고지의무를 규정하고 있다. 이와 같은 고지는 체포를 위한 실행행사에 들어가기 전에 하는 것이 원칙이나, 예외적으로 붙들거나 제압하는 과정에서 하거나, 일단 제압한 후 지체없이 하여야 한다.⁷²⁾ 체포와 범죄사실

68) 대법원 2007.11.15. 선고 2007도3061 전원합의체 판결.

69) 임철희, “진술증거 수집의 위법성과 확대된 진술거부권 고지의무-대법원 2009.3.12. 선고 2008도11437 판결에 대한 비판과 대안-”, 『비교형사법연구』, 제18권 제2호(2016), 한국비교형사법학회, 102면.

70) 신상현, “진술거부권의 불고지와 피고인 진술의 증거능력”, 『성균관법학』, 제31권 제1호(2019), 성균관대학교 법학연구원, 123-126면.

71) 대법원 2011.11.10. 선고 2011도8125 판결.

72) 대법원 2010.6.24. 선고 2008도11226 판결; 대법원 2017.3.15. 선고 2013도2168 판결.

등의 고지와 관련하여서는 최근 국가인권위원회에서 동법에 피의자 진술 거부권 고지의무를 명문화 하도록 법무부에 의견표명을 하였다.⁷³⁾

현행 형소법 제200조의5는 현행범 체포 시 피의자에게 체포의 이유, 변호인 선임권, 변명의 기회를 주도록 하고 있는데 2019년 개정된 경찰청 「범죄수사규칙」은 그 보다 폭넓게 진술거부권과 체포·구속적부심 청구권까지를 고지 대상으로 하여 상위법령인 형소법과 하위규정이 다른 데서 기인한다.⁷⁴⁾ 「검찰사건사무규칙 제54조의 경우도 피의사실의 요지, 체포의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 고지하고 변명의 기회를 주며, 진술거부권을 고지하도록 규정하고 있다. 체포 시 권리 고지의 내용을 분명히 하고 체포·구속 피의자의 권리보장을 두텁게 할 필요가 있다는 점에서 근거규정인 형소법 제200조의5의 내용에 진술거부권을 포함하여 개정할 필요성이 인정된다.

2) 수사기관의 체포·구속사실 등 통지(미통지, 지연통지)위반의 인권침해

“체포 또는 구속을 당한 자의 가족 등 법률이 정하는 자에게는 그 이유와 일시·장소가 지체없이 통지되어야 한다(헌법 제12조 ⑤항의 후문)”고 하여 체포구속 형사피의자 가족 등에 대한 통지의무를 부과하고 있다. 형소법 제87조는 “피고인을 구속한 때에는 변호인에게, 변호인이 없는 경우에는 제30조 제2항에 규정한 자 중 피고인이 지정한 자에게 피고 사건명, 구속일시·장소, 범죄사실의 요지, 구속의 이유와 변호인을 선임할 수 있는 취지를 알려야 한다.”는 통지의무를 규정하고 있다. 이러한 통지의무는 우선 체포·구속된 자의 적절한 방어수단 강구, 흔적도 없이 사라져 가족의 정신적 고통방지 및 변호인 조력권의 실질화 등을 위한 제도라는 점에서 인권보장상 중대한 의미가 있다. 대법원은 수사기관이 구속통지를 하지 아니한 구속은 절차상의 하자에 의한 구속효력이 발

73) 국가인권위원회 보도자료, “인권위, 법무부장관·경찰청장에게 미란다원칙 혼선 없도록 의견표명” 2021.1.11. (<https://www.humanrights.go.kr/site/program/board/basicboard/view?currentpage=2&menuid=001004002001&pagesize=10&searchselect=boarddesc&searchword=%EC%9E%A5%EC%95%A0&boardtypeid=24&boardid=7606167>; 2023년 9월 15일).

74) 『연합뉴스』 2021년 1월 11일 보도 “인권위 ‘형사소송법에 피의자 진술거부권 고지의무 명문화해야’” (<https://www.yna.co.kr/view/AKR20210111031800004>; 검색일: 2023년 9월 15일).

생하지 않고 그 위법이 판결에는 영향을 미치지 않는다고 판시한 바 있다.⁷⁵⁾

한편 형사절차에 있어서 인격권과 기본적 권리보장에 대한 인식이 제고됨에 따라 고소인 등 범죄피해자의 권리보호에 의한 지위강화(다양한 제도도입 및 정비-범죄피해자에 대한 통지의무)와 소송주체로서의 피해자의 보호와 권리보장에 충실한 재발견과 법적 여건 마련이 중요한 목표가 되었다.⁷⁶⁾ 2020년 개정 형소법에 의한 검경수사권 조정과 검찰개혁이라는 명분의 법제화에 따라 경찰은 국민의 기본권을 보장하는 보루로서의 책임의식으로 국민을 위한 인권친화적이면서도 정치적 중립을 지키고 국민의 신뢰를 받는 기관이자 조직으로 거듭 태어나야 한다는 점을 숙제로 남겨두고 있다. 헌법 제27조 제5항에서는 형사피해자의 재판절차진술권을 보장하고 있고, 형소법 제294조의2에서는 피해자의 정보권을 보장하기 위한 조항들을 두고 있다.

따라서 수사기관의 통지의무 규정(형소법 제87조, 제30조 제2항) 이외에 피해자 등에 대한 규정(형소법 제259조의2)이 있다. 범죄피해자는 수사기관의 피의자·피고인 구속 및 석방 등 형사사건의 수사진행 및 그 결과(불기소처분, 기소유예 등)에 대해 피의자·피고인 못지않은 관심과 이해관계를 가진다. 따라서 형소법 제259조의2는 “검사는 범죄로 인한 피해자 또는 그 법정대리인(피해자가 사망의 경우, 그 배우자·직계친족·형제자매 포함)의 신청이 있는 때에는 당해 사건의 공소제기 여부, 공판의 일시·장소, 재판결과, 피의자·피고인의 구속·석방 등 구금에 관한 사실을 통지 법규에 의한 수사진행 상황을 신속하게 통지하여야 한다.”고 규정하고 있다. 동 규정은 2007년 개정 형소법에 신설된 규정으로 실무상 대검찰청의 「범죄피해자 보호 및 지원에 관한 지침」에 따라 시행되어 오던 제도를 법제화한 것이다.⁷⁷⁾ 현행 대검찰청예규인 범죄피해자보호지

75) 대법원 1966.9.20. 선고 66도1045 판결. 체포사실 미통지 사실은 국가인권위원회 2011.6.15. 결정 11진정0009600. 참고

76) 이재상·조근석, 앞의 책, 511면.

77) 김희옥·박일환(최창호), 『주석 형사소송법』 제2권, 한국사법행정학회, 2017, 594면~619면.

78) 김희옥·박일환(최창호), 위 책, 594면.

79) 헌법재판소 2018.6.28. 2012헌마538 전원재판부(통비법 ‘기지국수사’ 사건) 참고

침 제19조 내지 제28조에 범죄피해자에 대한 구체적인 통지 규정을 두고 있다. 이외에 동법 제8조의2(범죄피해자에 대한 정보제공 등)는 2015년 개정을 통해 수사 및 재판과정에서 범죄피해자의 형사절차상 권리 및 보호 등에 관한 정보를 의무적으로 제공하도록 하였다. 형소법 제258조 제1항은 고소인 등에 대한 처분결과 통지의무를 규정하고 있다. 본 조항은 검사가 고소·고발사건을 처리한 때에는 그 취지를 고소·고발인에게 통지하도록 한 것으로 불기소처분의 경우 그 이유의 청구(동법 제259조)를 용이하게 함으로써 검사의 불기소처분에 대한 검토의 기회를 부여하고, 항고권 및 재정신청권을 절차적으로 담보하는 데 주된 목적이 있다.⁷⁸⁾

4. 압수·수색의 구조적인 문제점

전통적으로 물건에 대한 압수수색·검증과 관련하여 별건수사(특히 전자정보의 압수수색 시)의 문제는 통상적으로 위법수집증거 또는 독수독과이론 등과의 연관 하에서 많은 논의가 축적된데 비하여 여전히 일의적으로 해소되지 못하는 문제들 중의 하나가 바로 수사의 효율성(과잉금지 원칙에 반하여 청구인의 개인정보자기결정권과 통신의 자유를 침해)⁷⁹⁾과 개인정보 자기결정권⁸⁰⁾ 보호 간의 긴장(갈등)관계에 있다. 특히 전자정보·통신정보의 압수수색 등과 관련하여 전자정보·통신정보 저장기술의 발달은 단시간에 엄청난 양의 데이터에 대한 무차별적인 수집 및 관리를 가능하도록 하고 있다는 점 그리고 수집되는 데이터에는 민감한 개인정보 뿐만 아니라 비식별화되거나 언뜻 보기에 무의미한 데이터라고 할지라도 방대한 데이터(Big Data)의 조합 및 분석을 통하여 특정의 활용 가능한 유의미한 데이터를 추출해 내는 것이 가능하다⁸¹⁾는 점에서 전통

80) 헌법재판소 2014.8.28. 2011헌마28 등 전원재판(DNA감식시료의 채취 및 DNA신원확인정보수집·이용 관련조항 사건)참조, 헌재 2005.7.21. 2003헌마282등 참조.

81) 헌법재판소 2018.6.28. 2012헌마538 전원재판부 (통신비밀보호법 '기지국수사' 사건): 이 사건요청 조항은 "과잉금지원칙에 반하여 청구인의 개인 정보자기결정권과 통신의 자유를 침해한다".

82) 마찬가지로 비판적인 견해로는 국가인권위원회 결정, "헌법재판소 2016헌마388 사건에 대한 견제출", 2017.1.6.(<https://www.humanrights.go.kr/site/program/board/basicboard/view?menuid=0010>)

적인 “물건”의 압수수색·검증 등과는 그 성격이 상이하며 그에 비례하여 개인정보 자기결정권에 대한 침해의 우려도 크다고 할 수 있다. 물론 개인정보 자기결정권을 침해할 우려가 있는 강제처분을 정하고 있는 형소법, 「개인정보보호법」, 「통신비밀보호법」(이하 ‘통비법’) 또는 「전기통신사업법」(이하, 통신사업법) 등은 이러한 우려를 영장주의, 압수수색시의 참여권의 보장 또는 강제처분 후의 관련자에게의 통지제도 등을 통하여 상쇄하려고 하지만 그럼에도 불구하고 여전히 충분한 보호가 이루어지고 있는가에 대해서는 많은 의문이 제기된다. 특히 전자정보 또는 통신정보에 대한 압수수색은 1인에 대한 압수수색이 실질적으로 영장청구 또는 발부 당시 불특정 다수의 사람에 대한 압수수색까지도 필연적으로 포함될 수밖에 없도록 되어 있어서 구조적인 문제가 있다는 점 그리고 전자정보(또는 통신)매체에 대한 압수수색 외에도 통비법상 통신사실확인자료 제공, 통신사업법상 통신자료제공 그리고 「특정금융정보법」상 금융거래정보제공에 대해서도 그대로 발생한다는 점에서 강제수사에 대한 논의 및 보완의 필요성이 제기된다. 그런데 이와 관련하여 통신사업법 제83조 제3항에 따른 통신자료제공은 통비법 제13조에 정한 “범죄수사를 위한 통신사실 확인자료제공”와 같이 개인정보 자기결정권에 대한 중대한 침해에 해당한다는 점에서 강제수사의 실질을 가지고 있으면서도⁸²⁾ 통신사업법상 통신자료제공 경우에는 통비법상 통신사실확인자료 제공의 경우와 달리 법원의 영장이나 허가를 요하지 않기 때문에 법원이 발간하는 영장 또는 허가장 발부 현황에 의해서는 파악되지 않는다는 문제가 있다. 실제로 과학기술정보통신부가 매년 발표하고 있는 “통신사실확인자료 제공 등 현황”을 살펴보면 예컨대 제공된 전화번호수의 경우 2018년 하반기에 총 2,956,573건, 2019년 상반기에 3,169,848건, 하반기에 2,858,420건, 2020년 상반기에 2,922,382건인데⁸³⁾ 바로 이 수치

04002001&pagesize=10&searchselect=boardtitle&searchword=%EB%B2%88%ED%98%B8&boardtypeid=24&boardid=615405; 검색일: 2023년 09월 10일). “헌법재판소 012.8.23. 2010헌마439 전원재판부(전기통신사업법제54조 제3항 위헌 확인 등)참고. 대법원 2014.7.24. 선고 2012다49933 판결

83) 과학기술정보통신부, 『2020년 상반기 통신자료 및 통신사실확인자료 제공 현황』 (<https://www.msit.go.kr/publicinfo/view.do?sCode=user&mPid=62&mId=63&publicSeqNo=670&publicListS>

는 2011~2020년 법원의 영장발부 현황⁸⁴⁾에는 반영되어 있지 않은 것이다. 그런데 통신사업법과 동일한 영장주의의 예외의 문제를 안고 있는 것이 바로 「특정 금융거래정보의 보고 및 이용 등에 관한 법률」 제10조에 정한 “수사기관 등에 대한 정보제공”, 즉 수사기관에 의한 금융계좌 추적인데 애초부터 법원의 사법통제는 차단되어 있다고 말할 수 있다. 만약 개인정보⁸⁵⁾ 자기결정권이 헌법상 “열거되지 아니한 기본권”으로서의 의미를 가지며⁸⁶⁾ 개인정보 자기결정권을 “인간의 존엄과 가치, 행복추구권을 규정한 헌법 제10조 제1문에서 도출되는 일반적 인격권 및 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유에 의하여 보장되는 개인정보자기결정권은 자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 또 이용되도록 할 것인지를 그 정보주체가 스스로 결정할 수 있는 권리”⁸⁷⁾라고 파악하는 한 수사목적을 위한 것이라고 하더라도 이처럼 방대한 개인정보의 제공이 정보주체의 무지 하에(사후 통지에 의해서만 알 수 있을 뿐이다) 이루어지는 것이 과연 비례성의 원칙에 반하는 것은 아닌가라는 의문이 제기된다. 더욱이 이러한 이른바 저인망식 포괄적 압수수색이 국가기관에 의하여 남용될 여지가 전혀없는 것도 아니며 실제로 스파

eqNo=8&formMode=R&referKey=670,8; 검색일: 2023년 9월 10일).

84) 김유근 외 4인, 한국형사법무정책연구원 보고서, 21-B-05, 89~90면 참고, 법원의 영장발부 현황은 2012년~2021년에 발간된 대법원, 『사법연감』, “제5장 통계, 20. 영장발부 인원수표”를 바탕으로 작성된 것임(2021년 『사법연감』의 경우 1080면 이하). 대법원, 『사법연감』은 대법원 홈페이지에 게재 되어 있음. (<https://www.scourt.go.kr/portal/justicesta/JusticestaListAction.work?gubun=10>; 검색일:(2023.10.9.) 특히 『2021사법연감』은 <https://www.scourt.go.kr/portal/news/NewsViewAction.work?>

85) 서울중앙지방법원 2011.1.13 선고 2010가합72880 판결 참고, 정보통신망법 제2조 제1항 제6호의 개인정보에 해당하고, 또한 압수수색영장의 집행에 따라 수사기관에 제공되는 이메일은 적어도 발신자와 수신자의 성명이나 ID, e-Mail 주소 등을 포함한다 할 것인데, 이는 다른 정보와 용이하게 결합할 경우 당해 개인을 알아볼 수 있는 정보로서 위와 마찬가지로 정보통신망법 제2조 제1항 제6호의 개인정보에 해당한다”.

86) 한수용, 『헌법학』, 제11판, 법문사, 2021, 388면 이하.

87) 헌법재판소 2005.7.21. 2003헌마282·425(병합) 전원재판부; 2012.12.27. 2010헌마153 전원재판부 (접견녹음파일 제공 사건); 2018.6.28. 2012헌마191·550, 2014헌마357(병합) 전원재판부 (통신비밀 ‘위치정보 추적자료’ 사건).

이웨어를 사용한 민간인 사찰⁸⁸⁾ 뿐만 아니라 글로벌 감시⁸⁹⁾가 사회문제가 되기도 한 것을 염두에 두어야 할 것이다. 이와 관련하여 특히 문제가 되는 것은 개인휴대폰 단말기에 대한 압수수색이다.

그것은 소위 과거의 이른바 피쳐폰과는 달리 개인 스마트폰에는 송수신이 완료된 통신사실정보 뿐만 아니라 실시간 또는 과거의 위치정보, 송수신이 완료된 데이터(메일이나 SNS 등을 통하여 송수신이 완료된 메시지), 영상정보, 인터넷 주소 검색·열람정보(예컨대 쿠키나 검색인덱스 등), 파일, 금융정보, 건강정보 또는 각종 SNS에 의하여 연결된 사회관계망 등을 비롯하여 정보통신망으로 연결된 원격지의 저장매체(예컨대 외부서버, 클라우드 등)에 저장된 데이터에 대한 접근권한 등 사용자가 의식적으로 저장하도록 한 정보뿐만 아니라 사용자가 인식하지 못하는 사이에 개인 휴대전화 단말기에 설치된 앱이나 단말기의 기계적인 작동에 의하여 자동적으로 저장되는 정보들이 포함되어 있기 때문이다. 더욱 심각한 문제는 개인휴대전화 단말기에는 사용자의 정보나 제3자와의 통신사실정보들만이 포함되어 있는 것이 아니라 사용자와 개인휴대전화 단말기에 의하여 관계망을 형성하는 제3자의 상기 망라된(열거한) 정보들도 포함되어 있을 수 있다는 점이다.

나아가 개인정보 자기결정권은 정보매체 또는 정보통신매체의 소유권의 유무와 상관없이 해당 정보의 귀속여부가 문제된다는 점에서도 개인휴대전화 단말기에 대한 압수수색의 문제는 단순히 유체의 물건에 대한 압수수색에 준하여 논의될 수 있는 문제는 아닐 것이다.⁹⁰⁾ 그렇다고 하여 개인휴대전화에 포함되어 있는 모든 사람의 동의를 얻도록 한다든지 아니면 통지제도를 도입한다는 것도 또한 현실적으로 실현가능하지 않다는 점에서 수사의 효율성과 개인정보 자기결정권 간의 갈등은 일의적으로 해소되기는 쉽지 않다. 이러한 의미에서 하급심 판결에서 “수사기관

88) 김유근 외 4인, 위 보고서, 21-B-05, 한국형사법무정책연구원)참고, 112면

89) 김유근 외 4인, 위 21-B-05, 한국형사법무정책연구원, 각주 199)참고, 112면

90) 이것은 전자정보에 대한 압수수색이 물건에 대한 압수수색인가 아니면 전자정보 자체에 대한 압수수색인가를 둘러싼 문제와도 관련을 맺는다.

의 압수수색에서 피의자 참여절차 보장(형소법 제219조, 제121조)은 관련성 요건(제219조, 제106조 제1항)과 더불어 적법절차 요건 충족의 핵심이다. 따라서 피의자 참여절차 보장은 형소법 제218조에 의한 정보저장매체 압수수색에서도 당연히 보장되어야 한다. 휴대전화에 저장된 개인정보의 막대함과 민감성까지 감안하면 그러한 필요성은 배가된다. 휴대전화기가 압수수색영장 집행에 의하여 압수된 것인지 아니면 임의제출에 의하여 압수되는 것인지를 구별할 것이 아니다. 다시 말해서, 휴대전화기가 임의제출된 것이라도 거기에 기억된 저장정보에 대한 탐색과 증거추출이 진행된다면, 압수수색절차는 휴대전화 제출 당시에 종료된 것이 아니라 탐색과정까지 계속되는 것이므로, 참여권 보장과 관련성 요건과 같은 적법절차 원칙이 지켜져야 한다”⁹¹⁾고 판시한 것은 시사하는 바가 크다.

IV. 인신구속(제도)과 압수·수색에서 인권 보장적 개선방안 검토

1. 인권침해 관련 규정 체계의 입법적 개선방안

수사과정에서의 인권침해 문제가 여전히 문제되는 이유 중 하나는 수사기관이 현행 법령의 규정으로부터 직접 헌법상 기본권 내지 인권의 이념을 체화하는 것이 쉽지 않기 때문이다. 이러한 이유는 수사절차에서의 인권보장과 관련하여서 헌법에 추상적인 서술 외에는 개별 법령에서 직접적이고 구체적인 서술을 찾기가 어려운데 있다. 설령 인권보장에 관한 규정이 있다 하더라도 여러 규정들에 분산되어 있어서 법집행을 담당하는 수사기관이 이를 개관하기가 어렵고, 이에 일관적이고 그리고 직접적이고 단호한 신호를 얻는 것은 쉽지 않다.⁹²⁾ 형사소송절차의 기본원칙에 해당하는 적법절차의 원칙이나 변호인의 조력을 받을 권리 등이 총칙 규정이 아닌 각 소송절차의 단계에 따라 개별적으로 분산되어 규정되어 있다. 한편 헌법상 인간의 존엄성을 침해하는 행위로서 가혹행위 등의 경우도 이러한 행위의 직접적인 금지를 형소법에 규정하기 보다는 자백의 임의성을 부정하여 증거능력을 배척하는 방식으로 규율하고 있을 뿐이

91) 의정부지방법원 2019.8.22. 선고 2018노2757 판결.

92) 김유근·김정연, 앞의 보고서, 78면 참조.

다. 이러한 규정 방식은 본질적인 인권침해 행위마저도 수사기관의 관점에서 증거의 확보 및 배제로 인식될 수 있어 수사과정에서 인권의 문제를 후퇴시킬 수 있는 문제가 있다. 피의자·피고인 등의 인권보장을 보다 명확히 관찰하기 위해서는 형소법에 헌법이념인 인권보장을 명시적으로 적시함으로써 법집행의 기준을 제시하는 개선안을 고려할 필요가 있다.⁹³⁾

인권침해 규정과 관련해서는 형소법의 각 절차에 개별적인 규정을 두는 경우도 있지만, 법률이 아닌 하위 법령에 규정을 두는 경우가 많다. 수사절차에 있어 일부 세부적인 규정은 불가피한 경우라고 볼 수 있지만, 예컨대 공소제기 전 기록 열람·등사권의 경우 이러한 권리를 제한하기 위해서는 규칙이나 예규가 아닌 법률에 규정을 두는 것이 체계상 바람직하다. 이와 같이 법률차원에서 인권보장과 관련한 규정을 두고 있지만, 각 법률에 특정 절차와 관련한 개별 권리 및 의무 규정을 두고 있을 뿐 절차별로 개별 법령별로 분산되어 규정되어 있다. 이러한 상황 하에서도 수사과정에서 인권보장의 방법을 체계적으로 정하고 있는 것이(법무부의 훈령에 불과하지만) 대상규칙이라고 할 수 있다.⁹⁴⁾

2. 인권 침해적 수사 관행의 정책적 개선방안

과거에 비해 상당부분 개선되었다고는 하나 수사과정에서의 인권침해 문제가 지속적으로 대두되는 이유는 수사기관의 수사관행의 답습, 인권감수성 및 인권의식의 저하 등에서 기인하는 것이다. 수사과정에서의 인권침해 유형은, 과거에 비해 신체적 자유에 관한 폭행, 고문 등 가혹행위의 사례는 감소하고 있지만 개인정보유출, 모욕적 언행 등 인격권 침해 유형이나 각종 고지의무 위반 등 적법절차원칙의 위반 등이 여전히 문제

93) 이와 관련하여 프랑스, 스위스 그리고 오스트리아 형사법은 전문이나 총칙편에 형사소송 절차에 서의 헌법상 기본권과 기본적 인권의 보장에 관하여 정하고 있다. 프랑스 형소법 전문(Article préliminaire), 스위스 「형사소송법」 제3조부터 제11조, 오스트리아 형소법 제1조부터 제17조.

94) 물론 그 동안에도 인권보장을 위한 여러 훈령들이 제정되기는 하였으나 이들 규정들은 인권침해사태에 대한 처리절차에 관하여 정한 것이 대부분이었던 것이 사실이며 현행 대상규칙 만큼 헌법상 기본권 보장을 위하여 개별적으로 피의자와 사건관계인 등의 기본권을 열거하여 규정한 것은 처음일 것이다.

되는 것을 확인할 수 있다. 즉 수사과정에서의 인권침해 양상은 달라졌다고 볼 수 있지만, 여전히 수사기관의 종사자의 인권의식은 지체되어 있다고 할 수 있다. 먼저 공통적으로 수사과정에서 인권침해가 문제되는 경우는 수사기관의 피의자에 대한 유죄추정 의식에서 비롯된 것이라 할 수 있다. 무죄추정의 원칙은 형사절차 내에서 실천원리로 구현되는 법적 규범으로 수사절차 뿐만 아니라 공판절차에 이르기까지 전 형사절차에 걸쳐 적용되는 지도원리이다. 그럼에도 피의자를 마치 유죄가 확정된 자인 것처럼 고압적인 자세로 수사에 임하거나 피의자의 방어권을 지나치게 제한하는 등 인권침해사례를 다수 확인할 수 있다. 또한 무비판적으로 그 동안의 수사관행을 답습함으로써 해당 행위가 인권침해에 해당한다는 사실을 인지하지 못한 채 인권침해를 범하는 경우도 확인할 수 있었다. 상술한 수사과정에서의 인권보장을 위한 법령 체계구축 등 인권친화적인 제도개선도 필요하지만, 실제로 운영하는 수사기관 관계자들의 인권의식이 제고되지 않는다면 인권보장의 규정 도입 및 제도개선은 공염불이라 할 수 있다. 따라서 수사기관 관계자들의 철저한 인권의식을 함양할 수 있도록 인권교육이 체계적으로 지속되게 실시되어야 한다.⁹⁵⁾

V. 결론 및 정책적 제언

2020년의 사법개혁입법을 통한 대대적인 수사구조의 변화로 인하여 수사실무의 환경이 크게 변화된 가운데 수사기관의 관점에서가 아니라 수사기관과 관련될 수 있는 일반국민의 관점에서 과연 이러한 수사환경의 변화가 일반국민의 인권보장과 공정성 확보에 어떤 영향을 미칠 것인가 그리고 이러한 변화로 인한 문제는 없는 것인가에 대한 중·장기적인 검토가 필요하다.

한편 수사과정에서의 인권침해와 공정성의 저해는 현행 형사소송절차의 구조적인 문제점에 기인하는 바가 적지 않은 것이 사실이다. 예컨대 형소법이 수사를 공판 중 제1심의 장에 편제하고 있는 것이 형사소송절차에서의 수사의 독립성과 중요성 그리고 수사과정에서 발생될 수 있는 국가공권력의 남용의 문제에 대응하는데 체계정합적인 구조인가, 수사기

95) 김상균, 앞의 논문, 144-145면.

관의 수사활동에 대한 통제수단의 효율적이고 합리적인 통제체계가 확립되어 있는가. 각종 특별법에 산재되어 있는 수사방법이 과연 헌법과 형소법에 내재되어 있는 헌법상 기본적 인권보장의 이념에 배치되는 것은 없는가, 수사기관의 사법통제의 마지막 보루인 법원의 영장발부·허가가 합리적인 것인가, 현행법상 인권보장의 사각지대에 놓이는 계층(사법접근성이 열악한 사회적 취약계층에 대한 배려가 충분한가의 문제, 비단 공정하고 인권친화적인 형사절차의 확립이라는 의미에서 뿐만 아니라 전체 형사사법시스템에 대한 신뢰를 가늠하는 척도가 되기도 함)은 없는가 등의 문제는 수사구조개혁을 논의하면서 함께 논의되었어야 했다. 따라서 수사“권” 배분을 넘어선 형사소송절차 전체 체계에 대한 검토가 필요하다.

헌법과 형소법 등 여러 법령에서 인권보장과 관련한 규정(개별 법률 차원에서 각 법률에 특정절차와 관련한 개별 권리 및 의무 규정을 두고 있을 뿐 절차별로 개별 법령별로 분산되어 규정)들을 두고 있지만, 여전히 수사과정에서의 인권침해 양상에 변화가 없는 것은 무엇보다도 수사기관 관계자의 보편적·절대적인 인간의 권리의식이 지체되어 있는 것이 아닌가 한다. 이러한 점을 고려할 때 공통적으로 수사과정에서 인권침해가 문제되는 경우는 수사기관의 피의자에 대한 유죄추정 의식에서 비롯된다고 할 수 있다. 최근 검찰이 직접 수사를 개시한 사건의 경우 수사과정에서 사건관계인의 인권을 보장하기 위해 인권보호관이 관련 법령 준수 여부를 점검하도록 하고 있다. 한편 수사기관의 인권보장을 위한 자체적인 감독 강화도 중요하지만, 국가인권위의 다양한 인권보호 및 증진 방법을 활용할 수도 있다. 인권위는 진정사건에 대한 조사와 구제, 인권교육, 인권의식 제고를 위한 홍보(인권보호와 증진)를 위한 다양한 방법을 마련하고 나아가 실천함이 필요하다.

형소법의 편제를 현행 형사소송 및 수사구조에 상응하도록 개편할 필요가 있다는 것은 과거 오래전부터 제시되어 왔다. 이에 수사기관의 인권의식의 내면화를 위한 규범체계를 정비할 필요가 있다. 예컨대 외국 입법례와 마찬가지로 형사소송법 총칙에 인권옹호의무, 공정한 재판을 받을 권리, 변호인의 조력을 받을 권리 등 헌법상 기본적 인권에 관한 내용을 구체화할 필요가 있다. 예컨대 검찰 인권보호수사규칙은 조직 내부 지침으로

만 규정하기만 하면 되는 것인지, 아니면 헌법상 기본권 보장을 위한 법률 유보의 원칙에 따라 법률에 규정함으로써 법률·명령·규칙·훈령 등의 입법·해석·집행의 기준이 되어야 하는지의 질문과 관련해서는 어느 것이 타당한지는 명확할 것이다.

인신구속과 관련한 인권침해가 개선되어 가고 있는 반면 물적 강제처분은 법률에 의하여 법관이 발부한 영장·허가에 의하기만 하면(통신사업법상 강제처분은 이러한 통제도 약화되어 있음) “합법적”이라는 변명이 아니라 그러한 법률규정과 법관의 영장·허가발부 자체가 인권친화적이고 공정한 재판을 위한 것인가에 대한 근본적인 숙고가 필요하다도 생각된다.

인권 또는 공정성 침해의 문제는 수사의 법률적합성(합법·불법)의 문제에 그치는 것이 아니라 재량권의 일탈, 더 나아가 재량권 내의 행위라고 하더라도 해당 행정작용(수사상 처분뿐만 아니라 모든 활동)이 부당한 결과를 초래하는지에 대한 사법적 통제수단이 필요하다. 한편 사법접근성이 열악한 사회적 취약계층(미성년자, 장애인, 외국인 등)의 권리보장을 위한 개선방안이 보다 구체적으로 마련될 필요가 있다(진술조력인제도의 확대, 사법통역인제도의 개선 등).

(논문투고일: 2023.12.6., 심사게시일: 2023.12.13., 게재확정일: 2023.12.27.)



▶ 이 인 콘

국가공권력, 형사사법시스템, 수사과정, 인권침해, 인권보장

【참 고 문 헌】

1. 단행본

- 김희옥·박일환(최창호), 『주석 형사소송법』 제2권, 한국사법행정학회, 2017, 017.
- 김신규, 『인권법 강의』, 청록출판사, 2017, 15~31면.
- 이주원, 『형사소송법』 제5판, 박영사, 2022, 전론.
- 이재상·조균석, 『형사소송법』 제12판, 박영사, 2019
- 이재상·장영민·강동범, 『형법각론』, 제11판, 박영사, 2019
- 한수용, 『헌법학』, 법문사, 2021,
- 홍영진, 『인권판례평석』, “구속 피의자에 대한 검사조사실에서의 수갑 및 포승사용”, 법원국제인권법연구회, 박영사, 2017.

2. 연구논문

- 김상균, “수사기관의 인권침해 실태와 대책에 관한 연구 -국가인권위원회 10년간 진정사건 통계를 중심으로-”, 『한국부패학회보』, 제17권 제1호, 한국부패학회, 2012.3.
- 김유근·김정연, “판례를 통해 살펴 본 검찰 수사과정에서 인권침해와 헌법상 기본권 관계분석”, 대검찰청, 2021.
- 김유근 외 4인, 한국형사법무정책연구원 보고서, “공정하고 인권친화적인 형사절차를 위한 형사사법의 선진화 방안 연구(Ⅲ)”, 21-B-05.
- 김정연, “형사절차에서 변호인의 ‘효과적인’ 조력을 받을 권리의 보장”, 『헌법학연구』, 제25권 제4호, 한국헌법학회, 2019.
- 김재중·이상한, “변호인의 조력을 받을 권리에 대한 최신 쟁점”, 『법학연구』, 제28권 제2호, 충북대학교 법학연구소, 2017.
- 김현귀, “변호인의 조력의 헌법적 보장”, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2018
- 김창룡, “한국의 포토라인 문화: 알 권리인가, 인격권 침해인가 -판례를 중심으로”, 『언론중재』, 언론중재위원회, 제150호, 2019.
- 박미숙 외 3인, “형사정책과 사법제도에 관한 평가 연구(XII): 오관 방지를

- 위한 사법시스템 평가·정비방안 연구 - 재심사례 분석을 중심으로-, 한국형사정책연구원, 201. 신상현, “진술거부권의 불고지와 피고인 진술의 증거능력”, 『성균관법학』, 제31권 제1호 성균관대학교 법학연구원, 2019.
- 이승현·안수길, “포토라인을 통해 본 공개수사의 범위 및 한계에 관한 연구”, 한국형사정책연구원, 2019.
- 이영돈, “변호인의 피의자신문 참여권의 범위와 한계”, 『법학논고』, 제47집, 경북대학교 법학연구원, 2014.
- 임철희, “진술증거 수집의 위법성과 확대된 진술거부권 고지의무- 대법원 2009.3.12. 선고 2008도11437 판결에 대한 비판과 대안-”, 『비교형사법연구』, 제18권 제2호, 한국비교형사법학회, 2016.
- 천진호, “개정 형사소송법상 형사피의자피고인의 방어권 보장”, 『저스티스』 통권 제103호, 한국법학원, 2008.

3. 판례

- 헌법재판소 1995.11.30. 92헌마44 전원재판부 결정
- 헌법재판소 1990.9.3. 선고, 89헌가95 전원합의부 결정
- 헌법재판소 2004.9.23. 2000헌마138 결정
- 헌법재판소 2005.5.26. 2001헌마728 전원합의부 결정
- 헌법재판소 2005.7.21. 2003헌마282 425(병합) 전원합의부 결정
- 헌법재판소 2007.3.29. 2006헌바69 전원합의부 결정
- 헌법재판소 2012.12.27. 2010헌마153 전원재판부 결정
- 헌법재판소 2014.3.27 선고 2012헌마652 결정.
- 헌법재판소 2014.8.28. 2011헌마28 등 전원재판
- 헌법재판소 2014헌마357(병합) 전원재판부 결정
- 헌법재판소 2018.6.28. 2012헌마538 전원재판부(통비법 ‘기지국수사’ 사건) 결정
- 헌법재판소 2018.6.28. 2012헌마191·550 전원재판부 결정
- 헌법재판소 2019.2.28. 2015헌마1204 결정
- 대법원 1999.1.26. 선고 97다10215 판결

- 대법원 2001.11.30. 선고 2000다68474 판결
대법원 2003.11.11. 선고 2003모402 결정.
대법원 2007.11.15. 선고 2007도3061 전원합의체 판결
대법원 2009.8.20. 선고 2008도8213 판결.
대법원 2010.6.24. 선고 2008도11226 판결.
대법원 2010.10.28. 선고 2008도11999 판결.
대법원 2011.11.10. 선고 2011도8125 판결.
대법원 2017.3.15. 선고 2013도2168 판결.
대법원 2018.12.27. 선고 2016다266736 판결
대법원 2020.3.17. 자 2015모2357 결정.
서울중앙지방법원 2011.1.13. 선고 2010가합72880 판결.
서울고등법원 2017.8.18. 선고 2016나2088859 판결.
의정부지방법원 2019.8.22. 선고 2018노2757 판결.
국가인권위원회 2018.7.5. 결정 17진정0157600.
국가인권위원회 「2020 국가인권위원회 통계」
국가인권위원회 「노인인권 길라잡이」 2014.

4. 기타

- 대검찰청, “검찰총장 「공개소환 전면 폐지」 지시”, 2019년 10월 7일
보도
검찰사건사무규칙, 제·개정이유[법무부령 제966호 일부개정 2020.1.31.,
시행일 2020.1.31.] 과학기술통신부, 『2020년 상반기 통신자료
및 통신사실확인자료 제공 현황』
과학기술통신부, 『2020년 상반기 통신자료 및 통신사실확인자료 제공
현황』
노컷뉴스, “대법 수갑채운 채 피의자 조사... 국가가 배상해야”, 2021년
4월 8일 보도
법률신문, “수갑·포승 채운 채 검찰 조사...대법원 ‘국가·검사가 배상’” 20
17년 4월 4일 보도
법률신문, “한국법학교수회, "검수완박 법안, 국민 기본권 침해 우려 크

다" 2022.04.25. 2023. 9월 20일 검색
법률신문, “검사와 사법경찰관의 상호협력과 일반적 수사준칙에 관한 규정, 2023.10.24. 10월 28일 검색.
연합뉴스, “인권위 ‘형사소송법에 피의자 진술거부권 고지의무 명문화해야’”, 2021년 1월 11일 보도
파이낸셜뉴스, “‘인권보호수사규칙’ 제정·‘인권정책관’ 신설…경찰, 인권 로드맵 발표”, 2021년 6월 10일 보도

Abstract

Review measures to improve human rights in human detention (system) and search and seizure

Lee, In-Gon**

Given that conflicts with the human rights of those involved in the investigation are always inherent in the one-sided exercise of state power called an investigation, the question of how fair and human rights-friendly the investigation process is is not only the degree of guarantee of the basic human rights of citizens, but also the impact of the criminal justice system. It becomes a key indicator that determines public trust in Korea. In this sense, this study analyzes the current status and analysis of types of acts that violate the human rights of criminal suspects, defendants, and other people involved in the case, such as accusers, accusers, victims, and the families of those involved, during the investigation process. The purpose was to present effective measures by discussing procedural problems and seeking ways to improve the legal system to preemptively prevent future human rights violations and prevent recurrence.

Meanwhile, around 2020, there has been a large-scale change in the investigative structure through the judicial reform legislation (adjustment of the investigative power of the prosecution and complete deprivation of the prosecution's investigative power), that is, the police pursue the desired goal of independence of investigative power, and the recent surge in the workload of the investigative police has led to a change in the investigation structure. Due to the phenomenon of negative aversion, we are also faced with the

* "This research was supported by the Academic Research Fund of Hoseo University in 2022(202202160001)

** Department of Law and Police Administration College of Humanities and Social Science/ Ph. in Law

formidable concern of infringement on citizens' basic rights.

These major changes in the on-site investigative work environment are not from the perspective of each investigative agency, but from the perspective of the general public who may be related to the investigative work. What effect will these changes in the investigative environment have on guaranteeing the human rights of the people and securing fairness? In addition, whether there is a way to control human rights violations caused by the police's poor investigation in the future, the desirable direction of adjusting investigative authority in the medium and long term was sought interdisciplinary and the need for reexamination was argued.



Lee, In-Gon

State public power, Criminal justice system, Investigation process, Human rights violation, Human rights guarantee