

身體의 自由의 法理와 그 實際

—死刑당한 오휘웅씨의 事例를 통한 문제제기—

東國大 法大 教授 · 法博 · 司試委員

韓 相 範

I. 問題의 提起—身體의 自由는 어느 정도로 보장되고 있는가—

韓國 憲法은 身體의 自由에 관한 규정을 비교적 상세하게 정하고 있다. 刑事法에서 정해도 좋을 사항을 憲法에 자세하게 정한다고 하는 것은 그만큼 자유가 중요하다고 하는 점과 함께 또 이 자유가 빈번하게 침해당해 왔고 아직도 침해당하고 있거나 당할 위험이 많다고 하는 뜻도 있다. 물론 身體의 自由를 憲法에서 정하고 그에 관한 刑事法의 여러 규정이 있다고 해서 그것이 곧 保障이란 것을 의미하지는 않는다. 그러한 규정이 지켜져야 하고 그것이 지켜지지 않으면 法執行者로부터 被告人이나 가족, 辯護人과 인권 침해를 제지하고자 하는 사회의 비판적 감시 분위기도 있어야 한다. 자유의 보장이란 그러한 각개 당사자가 참여하는데서 이루어지는 합작품이다. 특히 신체의 자유의 경우에는 더욱 그러하다. 수사관헌 앞에서는 피의자나 피고인 또는 참고인이나 증인까지도 때로는 “고양이와 생쥐의 관계”에서 스스로가 생쥐의 처지가 되는 것이기 때문에 이 자유의 보장이란 문제는 참으로 어려운 것이다.

여기서는 死刑을 당한 오휘웅씨의 사례를 두고서 문제점을 살펴 본다. 물론 그것은 오씨가 無罪라거나 有罪라는 문제를 따지는 것은 아니다. 현

제 범으로는 오씨는 有罪로서 단죄되어 있다. 따라서 誤判문제를 거론하는 것은 새로운 문제제기가 될 것이다. 다만 여기서는 조갑제 기자가 쓴 《사형수 오휘웅 이야기》(한길사, 1986)를 소재로 하여서 오씨가 피의자로서 소환, 구속되어 死刑이 확정되어 處刑당하기까지의 法節次의 과정에서 나타난 문제를 살펴 본다. 오씨가 단죄되어 처형되기까지의 일련의 절차에서는 우리 헌법이 정한 규정과 직접으로 관계되는 문제로서 (1) 拷問 금지(제11조 2항), (2) 辯護人依賴權(제11조 4항), (3) 任意性이 없는 自白의 증거능력부인과 불리한 유일한 증거로서의 자백에 의한 처벌금지 규정(제11조 6항), (4) 公正한 裁判을 받을 權利(제26조 1항), (5) 無罪를 推定 받을 權利(제26조 4항), (5) 司法權의 獨立과 法官의 自由心證主義의 실회와 그 한계(제104조)등이 있다.

그러면 오씨의 사건이란 무엇인가?

1974년 12월 31일 밤 나중에 오휘웅씨의 공범으로 체포 기소되는 두이분의 남편과 자녀 둘이 목이 졸려서 살해된데서부터 시작된다. 사건 현장을 발견한 것은 두이분이다. 그녀와 오휘웅은 함께 일련정종 신도로서 정을 통한 사이이기도 하였다. 그래서 이 사건에서 두 사람의 殺人 自白이 있자 세상은 姦夫와 毒婦의 악독한 살인사건으로 인상을 받게 된다. 사건 발생 직후 오씨는 일차로 경찰에 소환되어 참고인 진술조서를 쓰게 되지만, 곧 귀가조치된다. 2차로 소환당한 것이 75년 1월 1일이고 그가 살인을 자백한 것은 2일로 되어 있다. 결국 오씨는 두이분의 교사로 두이분 일가를 살해한 범인으로 구속·기소되게 된다. 그런데 공판을 앞두고 두이분이 교도소변소에서 목을 매어 자살하게 된다. 그런데 두이분이 오씨를 죽기전에 살인범으로 지목했다는 감방동료의 증언은 죽은 자인 두이분의 입이 침묵된 채로 오씨에게 결정적인 유효를 굳히는 증거가 된다. 물론 주된 증거는 오씨와 두이분의 자백이지만, 그래서 마침내 1심법원인 인천지원에서 오씨는 6월 30일 사형선고를 받는다. 9월 12일의 항소심에서도 항소가 기각된다. 76년 2월 24일에 대법원에서도 上告가 기각된다. 이때부터 다시 再審을 청구하여 地法, 高法을 거쳐서 大法院까지 올라갔으나 역

시 기각된다. 다시 再審을 원점으로 돌아가 시작한다. 결국 79년 3월 19일 大法院 합의부에서 재항고 사건에 대한 기각결정이 내린다. 그가 처형된 것은 79년 9월 13일이니까 구속된 후로부터 4년 9개월만이다. 사형이 확정된 지 3년 7개월만에 형장의 이슬로 사라졌다. 그간에 오씨가 거처온 것을 그 주요한 몇 가지를 들어서 법률적인 평가를 해 본다. 물론 여기에서의 서술은 조감제 기자의 저술에 전적으로 의존하고 있다. 따라서 좀 더 자세하고 심도 있는 문제 제기는 조감제기자의 책을 보는 것이 참고가 될 것이다. 단지 나는 그 일부의 문제를 간략하게 요약하여 제시하고자 한 것이다.

II. 刑事節次의 人道性·適法性의 보장문제

1. 無罪推定權의 認識과 그 行方

憲法은 “刑事被告人은 有罪의 判決이 확정될 때까지는 無罪로 推定된다.”(제26조 4항)고 정하고 있다. 현행 헌법에서 새로이 추가된 형사법의 원칙인데, 이 원칙을 헌법으로 정하지 않을지라도 近代 刑事法의 原則으로 마땅히 前提되는 것이다. 이 원칙은 대륙계법에서는 1789년의 프랑스 人權宣言이 정하고 있다. 이 선언 제9조는 “모든 사람은 有罪의 宣告를 받을 때까지는 無罪의 推定을 받는다. 어떤 사람의 체포가 필요하다고 인정될 경우에도 그 신체를 구속하기 위해 불필요한 강제조치를 과하는 것은 엄중히 금지된다.”고 했다. 이 뜻은 누구이고 범죄를 저지르지 않았다고 하는 법률상의 추정으로 이 추정이 반복되는 것은 “합리적인 의심의 여지가 없는”(beyond reasonable doubt)증명이 있을 때 한하는 것이라고 이해된다. 따라서 피의자가 피고인을 함부로 죄인으로 다루지 말라고 하는 원칙으로서 “의심스러운 때는 피고인의 이익을 따른다”거나 “열사람의 범인을 놓칠지라도 한 사람의 무고한 사람을 단죄해서는 안된다”고 하는 것이 이와 관계있는 것이다.

오희웅씨의 경우를 보면 형사절차에 있어서 이 원칙은 당초부터 논의로

되고 있음을 볼 수 있다. 비단 오씨 사건에 한하는 것이 아니라고 할 수 있는데, 오씨가 피의자로 소환되어 자백을 하게 되고 공판정에서 자백을 주요한 증거로 심리를 할 때에도 무죄추정의 원칙은 별로 중요하게 인식되고 있는 것 같지 않다. 나중에 말하지만 오씨사건에서 가장 문제가 되는 것은 拷問에 의한 自白이다. 고문에 의한 자백이 검찰에 의해 법정 증거로 제시될 때에는 우선 무죄추정권이란 점에서도 이를 따져야 하고 구체적으로 고문 자체가 그에 따라 문제가 되는 것이 순서일 것이다.

被疑者나 被告人과 수사관헌 및 검찰의 대결은 한쪽에서는 자기에게 불리한 것을 감추려고 하는 자와 한쪽은 그것을 까발려서 사실을 캐내려는 자의 싸움이기 때문에 대단히 까다롭고 어려운 대결이다. 그런데 여기서 생쥐 앞에 고양이로 등장하는 것이 수사관헌이나 검찰이기 때문에 拷問을 하지말아라, 黙秘權을 보장해라, 令狀없이 가두지 말아라 해서 가혹 행위를 막고자하는 법적 배려를 하게 되는 것이다. 그것이 불편할지라도 그렇게 해야만 한다고 하는 것을 오랜 역사를 통해서 얻은 슬기이기 때문에 無罪推定權이 있는 것이다. 이 점을 대전제로 이해하지 못하고서는 신체의 자유의 보장을 말할수는 없다.

2. 任意性이 없는 自白의 문제 및 共犯者의 自白의 證明力

憲法은 任意性이 없는 自白의 證據能力을 부인하고 있고 그에 따라 형사소송법에도 같은 취지의 규정이 있다. 오씨의 경우는 우선 고문에 의한 자백이 문제된다. 이하 조갑제기자의 책에서 인용한다(이하에 페이지 표시는 특별히 명시하지 않는 한 조갑제기자의 책의 인용출처를 말한다).

상고 이유서에서 당시 오씨가 밝힌 고문 실태를 보면, 옷을 벗기고 살인범이라고 고문을 시작하던 정황을 “……사법경찰관에게 고문을 당하면서 사실이 그렇지 않다고 해도 무조건 인간을 거꾸로 매달아 놓고 콧구멍으로 물을 부어가며, 경찰콘봉으로 발바닥을 때려가면서 자백을 하게 하기에 갑자기 당한 일이라 어떻게 할지 몰랐습니다. ……그 당시 사법경찰관들이 이 사건에 대해서 ‘이렇게 했지’, ‘아닙니다’, 하고 부인을 하면 계속

하여 거꾸로 달아놓고 고문을 하기 시작하였던 것입니다. 이렇게 잔인한 수법으로 허위 자백을 받은 다음 다시 그것을 경찰관대로의 조서를 정리 하여 놓고 ‘수사과장이 오면 이와같이 얘기하라, 만일 이대로 하지 않을 경우 너는 여기서 죽을줄 알라’고 위협을 하면서 녹음장치를 했던 것입니다 ……”(56면)라고 말하고 있다.

녹음테이프는 1월 1일자로 되어 있으나 실은 1월 2일 새벽 4시경으로 추측된다. 여기서 녹음기록을 읽어 보아도 어떤 틀에 유도를 하여 뜯어 맞추어가는 인상이 짙다. (61면 이하)

고문에 의한 자백뿐만 아니라, 「欺罔」, 즉 속임수에 의한 자백도 임의성이 없는 것으로 법은 명시하고 있다. 그런데 기망과 고문이 번갈아 자행되었다고 하면 그것은 어떻게 되는가?

형사들은 이날(75. 1. 2) 오후 6시쯤 오씨를 인천경찰서 형사계로 데려가 거기서 신문을 하기 시작했다. 박인용씨(당시 수사관) 얘기를 듣는다.

“그때 두이분은 수사과장실에 있었고, 우리는 오휘웅이를 조사했읍니다. 밤늦게 오씨가 두이분과의 불륜 관계를 털어 놓았읍니다. 형사들은 두 여인에게 가서 넘겨치기를 했지요. 「오휘웅이가 이미 다 불었어! 너도 자백해!」라고 다그쳤지요…… 두 여인의 자백을 들은 다음 이번엔 오휘웅에게 가서 「이미 두이분이 이런 자백을 했으니 너도 깨끗이 털어놓으라」고 했고, 그러자 오가 자백을 시작한 것이죠. 범행에 대한 구체적 상황에 대해선 형사들이 오와 두 사이를 오가며 끼워 맞춘 걸로 압니다”(54면).

검찰에 넘어간 오씨는 검사앞에서 경찰에서 한 자백을 반복하였는데, 나중에 다시 자백하게 된다. 그는 분명히 “경찰에서는 엄문에 못이겨 허위로 자백을 한 것입니다”(104면)하나, 다시 이를 반복하고 만다. 이 사정을 보면, 1월 24일자 자술서는 다시 범죄를 수증하였는데, 그간에 벌어진 일을 「재심청구 기각에 대한 즉시항고장」(76. 11. 28)에서 밝힌 바에 의하면 검사앞에서 경찰에서의 자백을 부인한다고 해서 75년 1월 24일~26일 연 3, 4회에 걸쳐서 인천서 수사계장이 경찰관 5명을 대동하고 나타나서 밤늦게까지 검찰청 지하실에서 고문을 하고 그래서 자인서를 불러주는대로 쓰

라고 강요당하고 그래서 다시 조서를 강제로 꾸민 사실을 말하고 있는 것을 볼 수 있다(125면).

다음에 共犯者의 自白의 증명력이라고 하는 문제를 생각해 본다. 검찰에서도 오씨에 대한 범죄를 입증할 단서는 자백이었다.

75년 1월 27일 검찰에서는 두이분과 오씨를 동석시킨 가운데 마지막 마무리에 해당하는 조사가 있었는데, 이 때 오씨는 자백을 반복할 용기를 잃고 체념을 했는지 검사의 신문에 대해 살인의 착수를 “범행직전에 살해할 마음이 생겼던 것인데, 아마도 술을 먹었기 때문에 그 같이 대답하였던 것 같습니다”고 했다(126면).

이날의 신문으로 검찰수사는 사실상 끝난 셈이었다. 검찰에서 두 사람의 피의자가 자백을 했으니 공소유지는 문제없다고 판단했을 것이다. 공범관계에서의 자백의 일치는 상호보강의 증거력을 갖기 때문이다(127면).

위의 조갑제기자의 말을 들지 않을지라도 공범관계에서의 자백의 문제는 형사소송법으로도 상당히 생각해야 할 것이다.

3. 被疑者·被告人의 防禦權과 가족과의 면회 및 辯護人 依賴權

오씨의 아버지 오기남에 의하면 경찰에서의 면회는 물론 제약을 받았고(102면) 검찰 송치후에도 단 한 번 면회 이후에 6개월을 면회를 할수 없었다고 한다(103면). 만일 이것이 사실이라고 하면 피의자 또는 피고인으로서 심리적으로 위축될 것이다. 그리고 오씨 가족처럼 가난하고 법을 모르는 사람들로서는 그 때까지 변호인을 의뢰하여 적극적으로 손을 쓰는 일을 생각하지도 못하고 있었다.

公判에서 오씨의 변호인으로 선임된 사람은 무능한 것인지 무성의한 것인지 다른 사유가 있는지 모르지만, 拷問에 의한 自白이라고 하는 것을 철저히 파고 들어서 검찰조서나 검찰에서 한 자백을 뒤엎도록 했어야 하는데 그렇지 못했다.

이 사건에서는 이 글에서 자세히 말하지 못했지만, 범행의 증거로 제시된 것이 부실할 뿐만 아니라, 오씨의 알리바이를 성립시켜 줄 시간상의 오

의 소재를 입증할 일도 있었다. 물론 가장 중요한 것은 자백을 번복시켜서 그것이 증거로서 채택되지 않게 하는 일이었다.

오는 75년 3월 12일 인천지원에서 열린 공판에서 살인을 부인하지만, 자백이 고문에 의한 것이라고 하는 점을 철저히 주장·입증하지 못한다. 검사가 “피고인에게 본 검사가 고문한 사실이 있는가요”라고 물었을 때 그는 “검사께서 고문한 사실이 없습니다”하는데 그치고 있고, 검사가 다시 피고인은 경찰 진술이 전부 틀림없는 사실인가요”라고 하는 질문에 대해서 “고문에 의하여 허위 자백한 것입니다”고 하지만, 검찰청에서 자백을 번복하는 데는 손이 미치지 못한채 지나치고 있다(129면). 이 점은 피고인 오의 잘못도 있으나 변호사가 이 점이나 물적 증거나 시간상으로 알라비를 성립시키는데 있어서 실패하고 있다.

특히 조갑제기자는 변호인이 “왜 검찰·경찰에서 작성한 피고인에 대한 신문조서의 임의성을 인정했느냐”(144면)하고 안타까워 한다.

이 점은 오씨에게도 그 고문 문제에 대한 주장이 분명치 못한점에도 이유가 있었다(149면).

특히 제 1심 변호인의 허점을 조갑제 기자는 다음과 같이 지적하고 있다. “1심 변호사의 신문사항은 이 사건수사의 약점인 현장 보존의 실패, 물증 확보의 실패, 진술 내용의 수 많은 모순, 범행시간·방법·도구등에 대한 엇갈린 진술등을 하나도 건드리지 못했다. 반면 안길수 검사는 두이분 피고인이 자살하기 직전에 남긴 「말」을 찾아서 공판정에 제시하는 등 변호인보다 훨씬 적극적인 공세를 펼쳤다.”고 말하고 있다(152면).

가장 중요한 것이 1심이다. 이 1심에서 自白이나 그 밖에 증거에 대한 맹점과 허점, 특히 결정적인 증거로 된 오씨의 두이분의 자백의 증거능력 문제를 밝히지 못한채 결국 75년 6월 30일 死刑宣告를 받는다. 항소심이 나 상고심 및 재심에서 1심 판결을 뒤집는다고 하는 것은 「하늘의 별따기」같은 어려운 일이다. 오씨는 이미 死刑場으로 가는 길에 발을 들여 놓은 것이었다.

4. 公正한 裁判을 받을 權利와 自由心證主義 및 再審의 어려움

현재 대개, 아니 거의 모든 문명국가는 法官의 自由心證主義를 채택하고 있고 法定證據主義는 근대 이전의 산물로 치고 있다. 그것은 法官의 良識과 公正을 신뢰한다고 하는 근대적인 司法制度의 확립에서 그 정당성·타당성을 구할 수 있다. 그런데도 나의 사적인 경험으로 말할 수 있는 것은 모 지방대학에서 「人權 보장과 自由心證主義」라고 하는 논제를 대학 신문 학생기자에게 청탁받았을 때의 말하기 어려운 느낌이었다. 어찌서 자유심증주의를 법학과 학생도 아닌데도 관심을 두는가 하는 물음을 하니 “재판관이 어떻게 구체적으로 사건이 다른데도 컴퓨터처럼 형량이 같게 나오는가? 또 그것이 자유심증주의라면 참으로 인권이 보장되는 것인가 하는 의문이 있기 때문이다.”라고 한다. 法官의 資質과 良識 및 그 公定性을 신뢰하고 마련된 자유심증주의라고 할 때 참으로 어려운 문제라고 생각했다. 자유심증주의라고 해도 自白 등 任意性이 없는 증거, 특히 拷問과 같이 不法的 節次에 의해 수집된 증거를 배제하고 법 자체에서 정하듯이 自白 하나만으로 처벌을 못하며 經驗則 및 論理則에 반하는 결정은 할 수 없다.

오씨의 사건에서는 어떠했는가?

이 사건에서 결정적인 증거로 유죄로 되게 한 것은 결국 오와 사망한 두 이분의 자백이었다. 이에 대해 조감제기자는 그 증거가 된 사정을 들면서 (162면 이하) 판사의 자유심증주의란 것에 의문을 표하면서 오의 알리바이가 성립될 수 있는 법정증언을 배척하고 경찰·검찰의 조사를 믿어버린 재판부의 결정적인 심증을 「정황증거」로 사형선고를 한 것이라고 안타깝게 말하고 있다(163면).

그렇다고 해도 3심 제도이고 억울한 피고인은 上訴審에서 다루어서 자기의 무죄를 증명할 기회는 있다고 말할 수 있을 것이다. 이른바 「公正한 裁判을 받을 權利」가 憲法上으로 보장되고 있지 아니한가 하는 말은 쉽게 나올 수 있다.

그렇다고 하면 오씨의 경우 抗訴審은 어떠했는가?

抗訴審 公判은 아주 간단하다. 原審의 주요 사실에 대해 확인하는 절차로서 자술서의 강요에 의한 작성이 거론되었지만, 변호인도 새로운 추가 사실을 없다고 하는데 그치고 물론 검사도 마찬가지였다. 항소심 공판에서 변호인은 진범인이 두이분 여인이라고 하여 오휘웅을 변론하였는데, 이미 두 여인은 이 세상에 있지 않다. 2심선고는 항소 기각판결로 맺어지는데, 그 판결문이 아주 간략한데 놀랄 수밖에 없고 그 理由의 說示가 원심의 틀린 점이 없다고 하는 점으로 “……결국 被告人의 各 抗訴 理由는 모두 받아들일 수 없는 것이 분명하다.”고 한다. 그런데 그 “항소 이유가 받아들일 수 없는 것임이 분명”하다고 하는 이유는 “認定할 수 없고” “違法이 없으며” “不當하다고 생각지 않으므로”만 그쳤지, 구체적인 「理由」의 제시가 없고 법관의 「主觀的 判斷」이 그렇다고 하는데 그치고 있다. 이것이 「自由心證主義」인지 또는 그러한 이유 설시가 「適法한」 것인지 모르겠다.

上告審에서도 물론 기각된다. 우선 大法院 합의부의 기각 이유도 1심과 2심의 판결문처럼 그 주요한 자백 증거에 대해 아무런 법적인 흠을 발견할 수 없다고 하는 것이다.

결국 두 여인의 말이 먹혀들어 가고 自白의 주요한 증거로 인정된 “自白은 證據의 女王”이란 결론으로 맺어지고 이로써 오휘웅은 사형대로의 길이 확정되어 버리게 된다. 이에 대해 조감체기자는 다음과 같이 말한다.

“대법원 판결문도 1심, 2심의 판결문처럼 진술·목적·기억등 형이상학적 자료에 대한 판단과 해석으로 짜여진 구조물이다. 판단과 해석은 주관적 작업이다. 이 자료들을 정확하게 판단 해석하여 주관적 사실을 객관적 사실로 승화시키려면 엄정한 논리체계가 적용되어야 한다. 위에 살펴 본 대로 이 선고문엔 너무나 많은 구멍이 있다. 물증없이 「말」만 놓고 판단 해석하는데도 모험이 따르는데, 그 방법마저 비科學적으로 해도 되는 것인가. 더 끔직한 사실은 이러한 大法院의 判決이 어떤 과정을 거쳐 나오는가 이

다”(208면).

대법원의 합의부가 얼마나 영성한다 하는 것은 이법열 변호사가 지적하고 있듯이 주심의 단독심이나 마찬가지로(260면) 다른 판사는 기록을 보지도 못하며, 대법원 판사를 지낸 양병호 변호사가 말하듯이 “한 사람이 한 달에 60건 가까이 사건을 마치려고 하니 법원에서의 하루만의 집무로써 도저히 불가능하여”(263면) 집에까지 기록을 가지고 간다고 하는데, 오휘응씨 사건 기록 1천 500쪽을 하루 평균 2건씩 판단하는 판사가 어떻게 할 수 있는지 의문이라고 하는 것은 당연하고 양 변호사도 자기가 내린 死刑判決을 기억하지 못하고 있는데(264면) 이르러서는 조갑제기자가 말하듯이 “지금의 제도로서는 1, 2심보다 오히려 대법원의 검토가 더 영성해질 가능성이 높다”고 해도 뽀족하게 할 말이 없는 것이 아닐까?(264면)

그러면 오휘응씨에게 남은 길은 再審을 통해서 그 無辜함을 밝히는 길뿐이다. 그러면 재심에의 길은 어떠한가?

刑訴法 420조는 새로운 證據의 發見이외에 모든 사유가 確定判決에 의하여 증명되거나 변경되거나 해야 하니 拷問이 확정판결에 의하여 증명되는 것이 전국 이후 몇건이나 있었는지 모르겠고 더우기 고문수사의 증거를 변호인이나 피고인이 제시하기도 어려운데 그것이 어떻게 가능한가? 이에 대하여서는 고영구 변호사는 다음과 같이 말한다. 그는 YWC 주최 「拷問 방지를 위한 세미나」(1986. 9. 16)에서 고문과 그 방지를 위한 대안을 다음과 같이 말하고 있는데 이는 참고가 된다.

그는 수사과정인 경찰·검찰에서의 고문의 방지를 위해 (1) 辯護人의 入會權이 보장되어야 하고, (2) 전문증거의 철저한 배제와 고문에 의해 수집된 증거가 그 증거능력이 인정되지 않고 철저하게 배제되어야 하며, (3) 고문을 당했다는 증거가 재판관과 변호인의 협조로 보존되어야 한다고 한다. 특히 그는 고문을 했는가 안했는가 하는 문제는 은밀한 밀실에서 이루어지므로 가해자와 피해자 둘 사이에서만 알 수 있는 일이니 그것을 밝히는 일은 거짓말쟁이와의 싸움이라고도 했다. 조갑제기자는 고문을 당하는 사람은 고문의 흔적이 몸 자체에 남도록 버틸 수 밖에 없고 그럼으로써 이를

입증할 수 있다고 한다. 이른바 「몸으로 때워야 한다」는 말인데 그렇게 몸으로 쉽게 때울 수 없는 것은 베카리아가 이미 《犯罪와 刑罰》(1764)에서 누누히 지적한 것이다.

결국 오위옹씨는 再審을 통해 자기의 목숨을 구하고자 하는 고된 노력 끝에 1979년 9월 13일에 처형당한다.

5. 다시 한번 拷問의 문제를 생각하며

拷問은 密室에서 加害者와 被害者 사이의 일이고 고문을 당하는 피의자나 피고인은 고양이 앞에 잡혀 있는 생쥐 격이기 때문에 이를 증명하기란 대단히 어렵다.

拷問이 노출되지 않은 이유로 조갑제기자는 다음과 같은 점을 들고 있다. (1) 고문당하는 사람이 사회적으로 약자인 점, (2) 고문 자체를 피해자가 입증하기가 어려운 점, (3) 경찰출입기자들의 방관 내지 묵인, (4) 고문 기술의 발달로 고문의 흔적을 남기지 않는 점, (5) 고문당한 사람이 무죄가 되어야만 문제가 되는 점 등(294년).

한편 判事는 대개가 고문이 있었다고 해도 범행에 대한 자백쪽으로 기운다는 점도 들고 있다(295년).

拷問은 어느 나라도 合法的이라고 하지는 않는다. 그런데도 고문은 현 대사회에서 가장 심각한 政治 문제가 되고 있다. 비단 法律的·社會的 문제가 아니다. 고문을 근절하기 위한 세계적인 캠페인은 국제사면위원회가 펴고 있다. 73년의 이 위원회의 《고문에 관한 보고서》는 크나 큰 충격을 새삼스럽게 안겨 주었다.

拷問 근절의 궁극적인 방법으로 조갑제기자는 다음의 말을 하고 있다. “고문을 이 땅에서 제거하는데 가장 중요한 역할을 할 수 있는 사람들은 고문에 의한 수사의 효과를 무력화시킬 수 있는 判事들과 수사관의 감시 역할을 해야 할 言論자들일 것이다. 이 두 집단이 제구실을 하면서 司法權과 言論의 自律이 보장되어야 한다. 즉, 우리 사회의 民主化 없이는 고문도 억지수사도, 억울한 死刑囚도 사라질 수 없다는 얘기다”(297년).

여기에 덧붙여 나는 변호인의 역할이 중요하다고 본다. 변호인은 피의자나 피고인이 당하는 고문에 대해서 법률전문가로서의 지식과 기술을 발휘하여서 최선의 대응 조치를 공판 전부터 강구하는 적극적인 자세로 나가야 할 것이다.

어느 시대에나 誤判은 있을 수 있다. 사람이 하는 일이기 때문이라고 하는 지극히 당연한 사실때문이다. 그런데 그것이 잘못된 풍토이기 때문에 誤判이 있게 되거나 재판에 대한 신뢰가 흔들리는 불신이 있을 때에는 문제가 다르다. 조감제기자는 誤判이란 구조속에서 犯人이 조작되는 조건을 다음과 같이 말하고 있다.

“내가 취재한 네건의 오판사건과 두 건의 오판주장 사건에서 나는 몇가지 共通點을 별표와 같이 정리해 보았다(여기서는 별표는 인용하지 않는다... 인용자).

(1) 오판의 희생자들은 사회적 약자가 대부분이고, (2) 변호인의 조력을 제대로 받지 못했으며, (3) 共犯關係에서 서로가 서로를 물고 들어가 빼도 박도 못한 경우가 많고, (4) 수사시간을 벌기 위해 별도의 범죄사실을 찾아내 일단 구속시켜 놓는 별건 체포의 경우가 더러 있으며, (5) 고문에 의한 허위자백으로 현장 상황과 부합이 안되는 진술이 되풀이 되다가 정리되고, (6) 범행도구등 증거물은 없어도 만들어내며, (7) 피고인에게 유리한 증거는 있어도 없애버리거나 숨기고, (8) 피고인에게 유리한 증언을 할만한 증인들을 위협, 위증을 강요하며, (9) 피고인들은 거의 전부가 혐의체포, 즉 증거수집에 의한 체포가 아니고 의심이 간다는 죄로 체포됐다. 이 아홉가지 공통점은 세계 어느 나라의 오판 사건에서도 나타나 는 범인조작의 조건이다”(306면).

이에 대하여 현대의 司法制度에서 誤判은 예외이고 그리 걱정할 것은 없다고 하는 의견도 후시 있을 수 있다. 그런데 우리는 진주 교감아들 살해사건의 무죄나 부산 조두형군 유괴살인사건의 무죄나 최근에는 경주당구장 살인사건의 무죄를 기억하고 있다. 그 밖에도 많이 지적할 수 있다.

특히 다행스럽게 拷問에 의한 自白이란 이유로 無罪가 된 사건을 윤노과 살해사건의 피고인 고숙중씨나 부산 박상은 살해 사건의 피고인 정재파군 사건에서 본다.

문제는 刑事節次의 人道性·適法性を 확보하도록 하는 것이 필요하다. 원천적인 문제를 따져야 한다. 미국의 연방 공소재판소 判事를 지내고 리얼리즘 법학의 명저인 《法과 現代精神》을 쓴 제럴드 호링크도 《無罪》라고 하는 책을 썼다. 미국의 사례지만 재판이란 것이 얼마나 어려운 일인가 하는 것을 말해주는 것이다.

우리가 미국 사례하고 다른 것은 任意同行이란 방식의 구금이나 拷問에 의한 自白강요나 '節次의 違法性에 대한 法官의 무감각이다. 아무리 정확하게 보이는 증거라고 할지라도 拷問 등 適法한 節次에 의하지 않고 수집한 증거는 인정되지 않는다고 하는 「맥나브 사건」의 원칙은 우리에게도 법률 실무에 종사하는 사람이나 법학을 공부하는 사람은 다들 알고 있다. 이 평범하지만 중요한 원칙이 지켜져야 한다. 그리고 고문이 통하지 않는 사회 분위기가 조성되어야 한다.

여기서 오휘옹씨가 무고한가 아닌가 하는 점을 나는 따지지 않는다. 그가 처형당하기 까지의 節次의 人道性 및 適法性이란 문제를 두고 우선 생각해 본 것이다. 오씨는 刑場에서 무고함을 외치면서 “영터리 재판”을 원망하고 “죽어서 원혼이 되어서라도 위증하고 고문하고 조작한 사람들”을 저주하겠다고 했다. 그 목소리의 진실을 아직 가리기는 어렵지만, 그가 겪은 節次상의 非人道性和 非合法性은 우리가 충분히 따질 수 있을 것이다. 法이란 그 執行에 있어서는 節次의 문제이고 要件의 충족의 문제이며 결국 사람을 어느 정도 사람답게 처우하는가의 문제가 아니겠는가?