

수사분야 인권교육 교재

수사와 인권

2009

국가인권위원회 · 국방부 · 경찰청

목 차

I. 서 언	1
II. 수사절차의 탄생과 인권보장	3
1. 수사절차의 탄생 연혁	3
가. 고대 주술재판	3
나. 중세시대와 합법적인 고문 허용	4
다. 인권선언과 수사절차의 탄생	4
2. 수사절차와 인권보장	5
가. 수사의 역할증대와 인권	5
나. 수사에 대한 법률의 역할과 인권보호의 원리	6
III. 수사절차상 인권보장을 위한 현행법 체계 및 기본원칙	8
1. 수사상 인권보장을 위한 현행법 체계	8
가. 헌법의 정신	8
나. 형사소송법의 헌법정신 수용	9
2. 수사의 기본원칙과 인권보장	11
가. 적법절차의 원칙	12
나. 무죄추정의 원칙	12
다. 임의수사의 원칙과 강제수사 법정주의	14
라. 영장주의 원칙	15
마. 비례성의 원칙	16
IV. 수사절차의 진행과 인권보장	18
1. 수사관의 범죄 발견 활동	18
가. 내 사	18

나. 경찰관의 불심검문	33
다. 고소·고발사건 접수	48
2. 수사의 조건	53
가. 수사의 필요성	54
나. 수사의 상당성	55
3. 수사의 실행	57
가. 범죄 현장 활동	57
나. 과학수사	59
다. 탐문수사	64
라. 피의자 신문	68
4. 강제수사	76
가. 미란다고지	76
나. 체포	80
다. 영장 없는 압수·추색	85
라. 피의자 구금	92
5. 수사과정의 불법행위	100
6. 불공정한 수사	103
7. 기타 문제	105
가. 피의사실 유포로 인한 인권침해	105
나. 통신비밀에 대한 침해	109
V. 수사상 피해자 및 사회적 약자 등 인권보호	114
1. 경찰수사와 피해자 인권보호의 중요성	114
2. 성폭력범죄 수사와 피해자 인권	116
3. 가정폭력범죄 수사와 피해자 인권	119
4. 미성년자, 장애인 등 사회적 약자에 대한 수사상 인권보호	122
VI. 결어	128

I. 서 언

수사란 침해된 공공질서를 회복하기 위해 범인을 발견해가는 과정에서 개인의 기본권과 충돌이 불가피한 국가작용이다. 실제로 최근까지 국가가 공공질서유지 및 회복에 주안점을 두면서 국민 개인의 인권은 비교적 등한시 되어 왔던 것은 사실이었다. 그러나 고문, 폭행, 협박, 강압행위 등의 위법한 수사나 이를 통해 취득한 자백에 의해 무고한 자를 처벌하는 것은 국가권력에 의한 회복할 수 없는 범죄행위이다. 이 때문에 오관의 위험성에 대한 자각을 바탕으로 현대문명국가에서는 그 소송구조의 형태에 관계없이 수사의 절차적 합법성을 도모하고 있으며, 특히 수사과정에서 인권이 침해되는 것을 방지하기 위해 법률상·운용상 다양한 방안을 강구하고 있다.

우리 법체계는 헌법적 차원에서 수사절차의 적정화를 위해 다양한 기본적 권리를 보장하고 있으며, 또한 형사절차에 관한 기본법인 「형사소송법」에 이러한 헌법정신을 적극적으로 수용하여 구체적인 절차적 규정을 마련해두고 있다. 학설과 판례도 이러한 법체계에 대한 해석에 있어 인권보호중심적인 입장을 보이고 있다. 우리 사회가 21세기에 걸 맞는 선진적인 형사사법시스템을 지향하는 이상 수사과정에 있어서 인권신장의 필요성이 형사사법의 핵심가치라는 점은 부인할 수 없다.

최근 우리나라에서 격렬하게 진행되고 있는 수사절차의 개선에 관한 논의가 인권을 보호하기 위한 방향으로 진행되고 있는 것은 이러한 맥락에서 분석할 수가 있다. 그럼에도 불구하고 우리나라 수사실무가 형사법 체계나 해석 태도에 부응하여 인권 보장적으로 운용되고 있는지에 대하여 부정적인 시각이 적지 않은 것이 현실이다. 그 동안 수사기관은 변호인 참여 및 영상녹화제도 도입으로 수사에 대한 과감한 개방을 통해 외부적 감시나 견제의 가능성을

열어두었고, 인권보호를 위해 선진적인 제도나 시책을 수사기관이 자주적으로 도입하거나 수사관의 인권교육을 강화하는 등 다각적인 노력을 기울여 온 것도 사실이다. 그러나 무엇보다 중요한 것은 개방화되고 시민의 인권보호를 지향하는 수사절차에 순응하는 수사관의 인권의식이다. 수사는 침해된 공공질서회복기능에 있어서 최첨병역할을 담당하고 있다는 점에서 수사관의 인권의식은 공공질서유지를 담당하는 국가기관의 이미지와 직결되는 것이다.

인권문제와 밀접하게 연관되어 있는 수사 분야를 다루고 있는 본 교재는 수사관이 지향해야 할 방향을 제시함으로써 보다 나은 인권 지향적 수사실무를 구축하는데 주안점을 두고 있다. 이러한 목적을 바탕으로 제1장부터 제3장에서는 인권 보장적 수사절차의 탄생 연혁과 수사절차상 인권보장을 위한 현행법의 체계 및 기본원칙 등에 대하여 간략하게 설명하였다. 그리고 제4장과 제5장에서는 수사를 내사부터 수사절차의 진행 단계별로 세분화하고, 각 해당부분을 사례 및 판례 중심으로 조명하고 바람직한 직무가이드를 제시하고자 하였다.

특히, 인권침해의 위험성이 가장 높은 강제수사, 수사과정상의 불법행위 그리고 최근 중요성이 강조되고 있는 수사절차상 피해자와 사회적 약자 등의 인권보호에 관한 부분은 별도로 편성하여 비교적 상세히 다루었다.

II. 수사절차의 탄생과 인권보장

1. 수사절차의 탄생 연혁

가. 고대 주술재판

우리나라가 계수한 대륙법에서는 과거 로마시대부터 중세까지 형사소송과 민사소송이 구분되지 않았다. 재판은 특정한 날에 언덕이나 나무 아래 등지에서 구술로 공개적으로 그리고 자유롭게 진행되었다. 씨족의 장(長)인 재판장은 범죄행위의 전후 사정을 살펴가면서 판결을 하였다. 당시 재판은 범죄를 목격한 증인에 의존하였으며, 증인이 없는 경우에는 고소인과 피고소인이 상호 결투를 통해 유·무죄를 가렸다.

그 후 11세기부터 15세기까지의 대륙법계 국가가 중앙집권체제로 전환됨으로써 형사재판의 주도권도 국가로 넘어왔다. 그러나 종교적 색채가 강했던 당시 재판장의 판결은 진실보다 신의 뜻이 어디에 있었는가에 의해 결정되었다. 가령 문서위조와 관련하여 그 당시 중요했던 관점은 ‘문서내용의 위조’가 아니라 ‘문서의 내용이 신의 뜻과 일치하는가’ 여부에 관한 것이었다. 더구나 형사재판 절차는 전지전능한 신의 권능으로 인간의 진실에 대한 인지능력의 불완전성을 극복할 수 있다고 믿었다. 이 때문에 주술적인 재판과정인神明재판(神明裁判)이 일상적인 재판 모습이였다. 당시에는 순수한 물이 범죄자를 받아들이지 않았다고 하여 그를 물에 던져 가라앉으면 무죄, 위로 떠오르면 유죄로 간주하거나, 이른바 관법(棺法)이라 하여 살인혐의자를 죽은 자의 관(시체)에 접근시켜 그 시체에서 피가 흘러나오면 유죄로 간주한 것이 그 대표적 예이다.

나. 중세시대와 합법적인 고문 허용

16세기에 접어들면서 대륙법계 형사소송절차는 주술재판에서 벗어나기 시작했다. 그러나 형사법의 발전은 역설적으로 형사소송법상 진실발견의 문제를 복잡하게 만들었다. 형사소송은 법관에게 진실발견의 의무를 부여함으로써 진실에 명확한 해답을 요구하였다. 독일의 경우 이러한 요구에 부응하여 1532년 카롤리나 형법전을 제정하여 형사소송절차를 최초로 성문화하였다. 카롤리나 형법전에 의한 재판절차는 수사와 기소와 재판을 규문관인 법관이 단독으로 진행하는 규문적 방식이었다. 그 대신에 법관의 자의적이고 독단적인 판단을 제한하고자 법정증거주의를 탄생시켰다. 이는 자백이 있거나 2인 이상의 증인의 증언이 있는 경우 법관은 반드시 유죄를 선고하도록 규정하는 등 증거방법의 증명력을 법률로서 정한 것이었다. 그러나 당시에는 2명 이상의 증언확보는 사실상 힘들었고 범죄피해자에 의해 지목된 자가 바로 피의자가 되었기 때문에 증거수집 혹은 범인을 발견하기 위한 수사의 개념 자체는 큰 관심사가 되지 못했다. 이 때문에 혐의자의 자백이 절대적이었고 이를 위해 고문이 합법적으로 허용되었다. 특히, 마녀재판이나 이단재판과 같은 중한 형사사건의 경우에는 신문방식에 어떠한 제한도 없었다. 이와 같이 형사사건과 관련하여 피의자로 입건되었다는 사실 자체로서 이미 유죄의 추정을 받게 되었고 피의자는 단순한 조사의 객체에 불과하여 자기의 무죄를 주장할 수 있는 아무런 지위를 보장받지 못하였다. 형사사건에 있어서 판사의 전단에 의한 규문재판은 18세기에 이르기까지도 여전히 유지하였다.

다. 인권선언과 수사절차의 탄생

대륙법계의 형사소송이 근본적인 변화를 경험하게 되는 것은 프랑스 혁명을 통해서였다. 이 사건을 통해 인간은 봉건제의 전통과 인습에서 벗어나게 되

었고 인간 스스로를 권리의 주체인 인격으로 인정하여 모든 인간의 이름으로 인권을 선언하기에 이르렀다. 프랑스 혁명직후에 이루어진 권리선언 제 9 조는 ‘누구든지 범죄인으로 선고되기까지는 무죄로 추정된다’고 선언하였고, 형사절차내의 규문소송과 고문의 폐지가 절대적 지지를 받게 되었다.

이러한 권리선언에 힘입어 규문판사에 의해 주도되어 왔던 형사절차는 기소권자와 판사가 상호 분리되는 새로운 형태의 탄핵주의 형사절차로 전환됨으로써 종국을 맞이하였다. 이와 같이 형사절차에 기소권자를 개입시킨 탄핵주의원칙은 형사절차를 양분함으로써 마침내 공판절차와 구분되는 근대적 의미의 수사절차를 탄생시키는 계기가 되었다.

2. 수사절차와 인권보장

가. 수사의 역할 증대와 인권

탄핵주의를 배경으로 탄생하게 된 근대적 의미의 수사절차는 초기에는 공판절차를 위한 준비절차에 불과하였다. 최근까지 수사의 개념을 ‘공소를 제기 및 유지하기 위해 범죄의 혐의가 있을 경우 범인을 발견, 확보하고 증거를 수집, 보존하는 활동’으로 정의해 왔던 것은 이러한 역사적 배경에서 기인하고 있는 것이다.

그러나 수사절차는 공개된 장소에서 법률에 정해진 절차에 따라 진행되는 공판절차와는 달리 개개 범죄의 특성에 따라 다양한 수사방법을 동원하여 진행된다. 탄생초기부터 수사절차는 그만큼 형식상 자유로울 수밖에 없는 내재적 재량을 가지고 있었다. 이러한 이유로 수사관은 법에 명문으로 금지되어 있지 아니한 이상 수사수단에 관해서는 재량을 가지고 있는 것으로 생각

하기 쉽다. 이러한 경향은 수사실무가의 의식속에서도 쉽게 엿볼 수 있다. 예를 들어 사법연수원에서 발행하는 실무교재인 수사절차론(사법연수원, 수사절차론 2001, 4면)은 「형사소송법」 제199조의 규정을 ‘수사는 수사기관이 재량을 가지고 법에 명문으로 금지되어 있지 아니한 이상 모든 방법을 이용하여 할 수 있다’고 해석하고 있다. 이는 실무상 수사가 얼마나 자유롭게 이루어지고 있는가를 잘 대변해주는 표현이다. 오늘날 더 위험한 문제는 자유로운 수사 활동이 그 전문성과 결합하여 수사절차를 공판절차의 통제로부터 완전히 벗어나게 하였을 뿐만 아니라 더 나아가 공판절차를 주도하고 있다는 점이다. 이런 실무현실은 형사절차상 주사위는 이미 수사절차에서 던져지고 있음을 말해주고 있다.

따라서 국민의 인권보호에 중점을 두고 발전해 온 형사절차가 올바른 길을 가기 위해서는 수사절차의 자유성을 감시·통제할 수 있는 엄격한 법률적 장치 마련과 아울러 수사기관은 「헌법」이 보장하고 있는 인권개념을 구체적으로 체화시키는 노력이 절실하다. 그렇지 않으면 형사절차 전반에 영향을 미치는 헌법상의 인권보장 규정은 허울에 지나지 않게 되기 때문이다.

나. 수사에 대한 법률의 역할과 인권보호의 원리

여기서 우리는 수사절차를 어떤 방향으로 인권 관련 기본이념과 접목시킬 것인가를 고민할 필요가 있다. 이는 다음과 같은 관점에서 살펴볼 수 있다.

수사절차를 포함한 형사소송은 개인과 국가간 상호관계로 진행되는 절차이다. 수사를 담당하는 국가는 침해된 공공의 질서를 회복하기 위해 적극적인 수사 활동에 관심을 가지는 반면, 수사의 대상인 개인은 자유, 서신의 비밀 등 자신의 평온을 가능한 한 적게 침해당하는 것에 대해 관심을 가진다. 공

공질서의 침해를 회복하기 위한 국가 활동과 현 평온상태를 유지하려는 개인의 상호 대립적인 관계에 적절한 균형을 이루고자 하는 것이 오늘날 형사소송의 이념이다. 그러나 힘의 원리에 의해 개인적 기본권인 인권은 적극적으로 보호하지 않으면 침해당하는 권리인 반면, 국가가 범죄인의 처벌을 위한 수사 활동은 제한하지 않으면 무한정 확장될 국가의 집행권이다. 이 양자가 충돌하는 경우 그 중간에서 조정역할을 하는 것이 바로 법률이다. 법률은 국가의 집행권인 능동적인 수사 활동을 보장하면서도, 수동적인 지위에 있는 개인의 기본권을 최대한 보호하는 조정역할을 담당한다. 이것이 수사 활동 중 기본권을 침해하는 강제수사를 법률로써 규정해야 하는 근본적인 이유이다(헌법 제37조). 또한 수사는 법률에 근거한다 하더라도 수사와 관련된 모든 행위를 자유롭게 할 수 있는 것이 아니라 국민의 기본권과 충돌 시 이미 그 한계를 가지게 된다. 이러한 한계는 「형사소송법」 등 법률에 다시 자세하게 규정되거나 포괄적인 기본원칙으로 나타난다.

III. 수사절차상 인권보장을 위한 현행법 체계 및 기본원칙

1. 수사상 인권보장을 위한 현행법 체계

가. 헌법의 정신

「대한민국헌법」은 형사절차에 있어서의 보장되어야 할 기본적인 권리에 관하여 매우 자세한 규정을 두고 있다. 이는 형사절차상 인권보장이 현행헌법이 추구하는 절대적 가치이자 정신임을 천명한 것이라 할 것이다. 특히, 현행헌법은 수사절차에 있어서의 인권보장을 위한 특별한 배려를 하고 있다.

(1) 강제처분과 인권보호의 조화

「헌법」은 체포·구속·압수·수색 등의 강제처분은 원칙적으로 법관이 발부한 영장에 의해서만 가능하다는 영장주의 원칙을 천명함으로써 수사권에 제한을 가하고 있으면서도(제12조 제3항), 피의자에게 형사상 불리한 진술을 거부할 수 있는 권리(제12조 제2항) 및 체포·구속 시 변호인의 조력을 받을 권리(제12조 제4항 본문)를 명문화함으로써 개인의 기본권을 보호하고 있다. 더 나아가 강제처분과 인권보호 상호간 조화를 이루기 위한 실천방안으로써 수사기관은 체포 또는 구속을 함에 있어서는 반드시 변호인의 조력을 받을 권리를 고지해야 하며, 체포·구속한 경우에는 그 가족 등에게 체포·구속의 이유와 일시·장소를 지체 없이 통지하도록 규정하고 있다.(제12조 제5항). 그리고 체포·구속된 이후에도 그 적부의 심사를 법원에 청구할 수 있는 권리를 보장하고 있다(제12조 제6항).

(2) 고문금지의 원칙 천명

「헌법」은 수사과정에서의 자백획득을 목적으로 하는 고문을 절대적으로 금지시키고 있으며(제12조 제2항), 고문이나 폭행 등 위법적 수단으로 얻은 자백의 이용을 막기 위하여 자의로 진술한 것이 아니라고 인정되는 자백은 그 증거능력을 배제하고 있다. 뿐만 아니라 자백이 불리한 유일한 증거일 때에는 유죄를 인정하지 못하도록 명시하고 있다(제12조 제7항). 수사기관이 탈법적인 방법을 동원해서 자백을 획득하더라도 법정에서 이를 사용하지 못하도록 제한함으로써 자백의 강요를 헌법의 단계에서 원천적으로 차단하고자 하는 것이다.

이와 같이 「헌법」은 국가의 집행권인 능동적인 수사 활동을 제한하는 반면, 수동적인 지위에 있는 개인의 기본권을 최대한 보호하고자 하는 법치주의를 그대로 표현하고 있다.

나. 형사소송법의 헌법정신 수용

「형사소송법」은 수사절차상 인권보장에 관한 헌법상의 규정에서 한걸음 더 나아가 다양한 인권 보장적 규정과 절차를 마련함으로써 「헌법」의 취지를 적극적으로 수용하고 있다. 또한 「형사소송법」은 수사를 범죄의 혐의가 있다고 사료되는 경우에만 허용하는 내재적 한계를 설정하고 있고(제195조/군사법원법 제228조), 수사기관은 불구속수사를 원칙으로 하고(제198조 및 군사법원법 제229조 제1항), 비밀을 엄수하고 피의자 등의 인권을 존중하도록 주의규정을 두고 있다(제198조 및 군사법원법 제229조 제2항).

(1) 강제수사의 제한

강제수사는 「형사소송법」에 특별한 규정이 있는 경우에만 허용되는 것임을 밝히고 있고, 이 경우 강제수사는 필요한 최소한도의 범위 안에서만 하도록 제한하고 있다(제199조 및 군사법원법 제231조 제1항).

또한 체포·구속의 대인적 강제수사에 관하여 영장주의 원칙과 더불어 구체적인 요건을 규정하고 있고, 이미 석방된 자에 대한 재 체포와 재 구속을 원칙적으로 금지시키고 있다(제208조, 제214조의3/군사법원법 제245조, 제253조). 한편 긴급체포된 자에 대해서는 **지체 없이** 영장을 청구하도록 하고(제200조의4/군사법원법 제232조의4), 구속영장을 발부함에는 판사가 구속영장이 청구된 피의자를 직접 대면하여 실질적인 심사가 이루어질 수 있도록 그 절차를 규정함으로써 법관 대면권을 보장하고 있으며(제201조의2/군사법원법 제238조의2), 체포·구속된 이후에도 법원에서 그 적부를 심사를 받을 수 있는 길을 열어두고 있다(제214조의2/군사법원법 제252조).

(2) 피의자의 권리보호

「형사소송법」은 신체 구속된 피의자에게 변호인의 조력을 받을 권리를 실질적으로 보장하기 위하여 어떠한 제한규정도 없는 자유로운 접견교통권을 보장하고 있으며(제34조/군사법원법 제63조), 변호인 이외의 자와도 일정한 범위 내에서 접견교통하는 권리를 인정하고 있다(제89조, 제91조, 제200조의5, 제209조, 제213조의2/군사법원법 제129조, 제131조, 제232조의5, 제246조, 제250조).

「형사소송법」은 피의자신문의 주체·절차 및 조서작성 방법 등에 관하여도 상세한 조문을 마련하고 있다. 수사기관이 피의자를 조사하는 경우에는 미리 진술거부권이 있음을 고지하도록 의무화하고 있을 뿐만 아니라(제200조

및 군사법원법 제232조 2항), 진술거부권 고지 시 고지할 내용을 명문화하였다(제244조의3/군사법원법 제236조의2).

또한 그동안 실무적으로 보장되어 왔던 수사과정상 변호인참여권을 명문화함으로써 수사기관은 피의자에 대한 신문을 이유로 변호인의 접견 신청을 거부할 수 없음을 명시하였다(제243조의2). 더 나아가 수사기관의 피의자신문에는 반드시 참여자를 동석시키고, 수사기관이 피의자를 신문하였을 때에는 필요적으로 조서를 작성하게 하며, 신문과정을 영상녹화하도록(제244조의2) 하는 등 「형사소송법」은 수사과정의 적법화 및 투명화를 위한 구체적인 절차규정을 두고 있다.

(3) 인권보호를 위한 사후통제 장치

「형사소송법」은 공판중심주의와 직접심리주의의 이념을 바탕으로 소위 전문법칙을 채용하고 있음을 표방하고(제310조의2/군사법원법 제362조), 수사기관에 의해 작성된 피의자 신문조서는 전문증거로서 일정한 요건 하에서만 예외적으로 그 증거능력을 인정하고 있다(제312조/군사법원법 제365조). 특히 현행 「형사소송법」 제정 당시 입법자들은 ‘사법경찰관의 면전에서 작성된 피의자 신문조서는 피의자였던 피고인이 공판정에서 조서상의 기재사실에 대하여 그 내용의 진정을 인정하는 경우에 한하여 그 증거능력을 인정함’으로써 증거능력을 실질적으로 부정하는 특단의 조치를 강구하기도 하였다.

2. 수사의 기본원칙과 인권보장

수사절차상 인권보장은 개별적이고 구체적인 법률규정만으로는 부족하다. 개별적인 법률이 보이고 있는 틈은 수사절차 전반에 흐르는 포괄적인 기본원칙을 통해 메워짐으로써 수사절차상 인권보장의 이념을 실현된다.

가. 적법절차의 원칙

「헌법」 제12조 제1항은 “누구든지 …… 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌…을 받지 아니한다”고 규정하여 형사절차의 지도적 원리로서 적법절차의 원칙을 천명하고 있다. 여기서 적법절차의 원칙은 단순히 성문법률을 준수하였다는 의미를 넘어 범공동체가 공유하고 있는 기본적인 인권이 보장되는 적정한 절차를 의미한다. 따라서 수사절차를 포함한 형사절차를 규율하는 법이 형식적 의미의 법률로 정해져야 할 뿐만 아니라 그 법률의 내용이 사회 정의에 합치되어야 함을 필요로 한다. 한편 적법절차의 원칙은 일반조항적 성격을 가지고 있다. 따라서 기본권의 보장을 위한 다른 법률규정이 기능하지 못하는 경우에 보충적으로 개입하는 성질을 갖는다. 이와 같이 적법절차의 원칙은 형사절차 전반을 지배하는 대원칙이자 그 첫 단계인 수사절차를 규율하는 핵심적인 지도원리인 것이다. 적법절차의 원칙은 최근 「형사소송법」 제308조의2 및 「군사법원법」 제359조의2에 명문화된 위법수집증거 배제 법칙을 통해 뒷받침하게 됨으로써 그 중요성은 한층 높아졌다.

나. 무죄추정의 원칙

국가권력의 집행인 수사는 그 목적을 달성하기 위하여 불가피하게 개인의 권리침해를 수반한다. 이러한 수사절차에서 우리는 누구나 범죄를 범하지 않았음에도 불구하고 범죄의 혐의를 받아 피의자라는 곤란하고 당혹스러운 지위로 전락할 가능성을 배제하지 못한다. 이 때문에 형사절차는 무고한 제3자를 보호하기 위하여 법률 및 기본원칙으로써 엄격히 제한되지 않으면 안 되는데, 그 제한원리로 작용하는 원칙 중 하나가 ‘무죄추정의 원칙(in dubio pro reo)’이다. 원래 무죄추정의 문언적 의미는 ‘법원이 의심을 극복할 수 없

는 경우에는 무죄를 선고하여야한다'는 개념이다. 한편 무죄추정의 원칙은 검사의 공소제기에 의하여 유죄판결의 가능성이 보다 구체화된 피고인만을 무죄추정의 주체로 명시하고 있다(헌법 제27조 제4항, 형사소송법 제275조의 2). 그러나 공소 제기된 피고인이 무죄로 추정되는 이상 피고인보다 전(前) 단계에서 단순히 범죄의 혐의를 받고 있음에 불과한 피의자에 대하여 무죄 추정의 원칙이 적용되는 것은 당연한 이치다(헌재 1992. 1. 28. 91헌마111). 수사절차를 지배하는 지도원리인 무죄추정의 원칙은 수사에 있어 구체적으로 다음과 같은 기능을 한다.

첫째, 무죄추정의 원칙은 피의자를 원칙적으로 불구속 상태에서 수사할 것을 요구한다. 무죄로 추정되는 피의자에게 수사편의를 위하여 그 자유를 제약하는 구속을 무제한적으로 허용하는 것은 그 자체가 무죄추정의 원칙을 위반하는 것이다. 또한 무죄추정의 원칙은 구속된 피의자라 하더라도 수사목적에 중대한 방해가 되지 않는 한 가급적 석방함으로써 구속의 고통에서 하루 빨리 벗어나 시민적 자유를 향유할 수 있을 것을 요구하고 있다. 피의자에 대한 변호인의 접견교통권의 보장은 무죄추정의 원칙을 실현하기 위한 구체화된 법규정으로서의 역할을 담당하고 있다.

둘째, 무죄추정의 원칙은 수사 활동이 그 목적을 무제한적으로 확장하는 것을 제한하는 역할을 담당한다. 예를 들어 범죄피해자는 그 피해를 충분히 보상해야 한다는 인식을 가진 수사관이 피의자에게 '피해자와 합의하지 않으면 구속하겠다'고 말했다고 가정해보자. 이것은 수사과정에서 이미 피의자를 유죄인으로 확정된 것이나 다름없다는 점에서 무죄추정의 원칙에 반한다.

셋째, 무죄추정의 원칙은 수사과정상의 불가피하게 발생하는 인신구속이 사전형벌의 성격을 가지게 되는 것을 엄격히 금하고 있다. 수사기관이 직접적

으로 인신구속을 통하여 형벌의 목적인 일반예방(혹은 특별예방)의 효과를 기대하는 것은 허용되지 않는다. 물론 형벌의 효과는 수사기관이 수사의 본질적인 목적수행을 통해 자연스럽게 발현될 수는 있다. 그러나 수사기관이 종래 수사관행대로 특정의 유해행위의 방지효과를 극대화하기 위하여 ‘단속시 구속수사를 원칙으로 하겠다’고 공언하는 행위는 인신구속을 통해 일반예방의 효과를 달성하려는 의도로써 무죄추정의 원칙에 위반된다.

다. 임의수사의 원칙과 강제수사 법정주의

수사는 원칙적으로 임의수사에 의하고 강제수사는 임의수사로 수사목적 달성이 못할 경우에 한하여 예외적으로 법률에 규정된 요건과 절차에 의하여 행해야 한다. 이 원칙을 임의수사의 원칙이라 한다. 「형사소송법」은 수사기관은 수사에 관하여 그 목적달성에 필요한 조사를 할 수 있으나, 강제처분은 법률에 특별한 규정이 없으면 하지 못하도록 규정하여 임의수사가 원칙임을 간접적으로 명시하고 있다(형사소송법 제199조/군사법원법 제231조).

한편 수사상 강제처분은 「형사소송법」에 특별한 규정이 없으면 하지 못한다는 원칙을 강제수사 법정주의라고 하며, 「형사소송법」 제199조 및 「군사법원법」 제231조 제1항 단서 전단은 이 원칙을 명문으로 규정하고 있다. 강제수사 법정주의는 강제수사의 종류와 요건 및 그 절차를 「형사소송법」에 의하여 규정할 것을 요구하는 원칙이다. 따라서 강제수사는 「형사소송법」에 구체적 유형이 존재하고 그 요건과 절차를 준수한 경우에 한하여 적법하게 된다.

강제처분을 수반하지 않는 임의수사라 하더라도 그 자체에 인권침해의 가능성이 내포되어 있다. 「헌법」상의 무죄추정의 원칙이나 적법절차의 원칙에

비추어 볼 때 임의수사라 하더라도 아무런 요건 없이 무제한적으로 허용되는 것이 아니며, 최소한도의 법적 절차는 준수되어야 한다. 이러한 이유로 「형사소송법」은 검사, 사법경찰관리 기타 직무상 수사에 관계있는 자는 비밀을 엄수하며 피의자 또는 다른 사람의 인권을 존중할 것을 요구하고 있다(제198조/군사법원법 제229조).

라. 영장주의 원칙

「헌법」은 체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다고 규정함으로써 영장주의를 헌법적 차원에서 인정하고 있다. 영장주의는 헌법상 신분이 보장되고(헌법 제106조) 직무활동의 독립성이 담보되는(헌법 제103조) 법관이 발부한 영장을 제시하지 아니하고는 수사에 필요한 강제처분을 하지 못한다는 원칙을 말한다(헌법재판소 1993. 12. 23. 결정, 93헌가2).

영장주의원칙은 구체적으로는 다음과 같은 세부원칙을 포함하는 개념이다. 첫째, 법관에 의한 영장발부의 원칙이다. 법관이란 사법권의 독립이 담보된 사법부에 속하는 법률전문가를 말한다.

둘째, 사전영장의 원칙이다. 강제수사를 위한 모든 영장은 원칙적으로 사전에 발부되어야 하며, 다만 현행범인인 경우와 장기3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있는 때에 사후에 영장을 청구할 수 있을 뿐이다(헌법 제12조 제3항 단서).

셋째, 일반영장 금지의 원칙이다. 법관이 발부하는 영장은 범죄사실, 피의자, 인치 구금할 장소, 압수·수색의 대상 등 그 내용이 특정되어야 하며, 이를 특정하지 않은 일반영장은 금지된다.

넷째, 영장제시의 원칙이다. 수사기관이 강제수사를 함에는 법관이 발부한 영장을 반드시 사전에 제시하여 한다(헌법 제12조 제3항). 이 원칙은 압수·수색·검증 등의 대물적 강제수사에 있어서는 예외 없이 요구되고 있으며, 다만 체포·구속에 있어서만 사전제시 원칙의 예외가 인정되어 있다. 체포영장 또는 구속영장을 집행함에 있어 수사기관이 영장을 소지하지 아니한 경우에 급속을 요하는 때에는 피의자에 대하여 범죄사실의 요지와 영장이 발부되었음을 고지하고 영장을 집행할 수 있는 것이다. 그러나 이 경우에도 체포영장 또는 구속영장의 집행을 완료한 후에는 신속히 당해 영장을 제시하여야 한다.

마. 비례성의 원칙

비례성의 원칙은 국가가 형사절차를 통하여 개인을 범죄자로 처벌하는 경우에도 그의 기본권을 최대한 존중해야 하며 그 제한은 필요최소한에 그쳐야 한다는 원칙이다. 이 원칙은 수사기관의 수사 활동을 제한하는 원리로서 작용한다. 수사절차상 비례성의 원칙은 크게 3가지 관점에서 구체화되어 나타난다.

첫째, 수사기관은 그 수사의 목적을 달성함에 있어서 가장 적합한 방법을 선택해야 한다는 적합성의 원칙이다.

둘째, 수사 활동을 통해 국민의 자유와 권리를 제한하는 것과 그 제한을 통해 얻는 공익을 엄격히 따져 후자가 클 때 비로소 행사가능하다는 균형의 원칙이다.

셋째, 수사의 수단은 최소한으로 행사되어야 한다는 과잉금지의 원칙이다. 수사상 비례성의 원칙은 구속뿐만 아니라 압수·수색 등 대물적 강제처분에 대해서도 당연히 적용된다. 따라서 구속은 기대되는 형벌을 넘을 수 없고 강제처분은 임의수사를 통해서 형사소송의 목적을 달성할 수 없을 때 최후의 수단으로만 인정되어야 한다는 제한을 받게 되는 것이다.

예를 들어 「형사소송법」 제214조 및 「군사법원법」 제251조가 “다액 50만원이하의 벌금, 구류 또는 과료에 해당하는 죄의 현행범인에 대하여는 범인의 주거가 분명하지 아니한 때에 한하여 현행범인으로 체포할 수 있다”고 규정하고 있는 것은 비례성의 원칙을 표현한 것이라고 할 수 있다. 이러한 의미에서 비례성의 원칙은 인권보장을 위하여 강제처분을 규제하는 중요한 역할을 담당한다.

한편 수사가 임의적 방법으로 진행되는 경우에도 그 성질상 인권을 침해할 위험성을 배제할 수 없다는 점에서 비례성의 원칙은 ‘수사의 필요성’으로 전환되어 나타난다. 따라서 임의수사라 하더라도 범죄의 ‘혐의가 없음’이 명백하거나 소송조건이 구비될 수 없는 것이 명백한 경우에는 허용되지 되지 않는 것이다.

IV. 수사절차의 진행과 인권보장

1. 수사관의 범죄 발견 활동

가. 내 사

(1) 내사에 대한 실무실태

내사는 수사기관이 통상의 수사절차를 개시하기 전 범죄혐의 유무를 발견하기 위하여 행하는 조사절차를 말한다. 그러나 실무상 사건의 수사과 관련하여 사건관련자에게 피내사자라는 신분을 부여하고 수사와 동일한 방법으로 조사를 한 후 내사종결처분 혹은 입건유예처분 등으로 수사를 종료하는 경우가 자주 있다. 국민들에게도 이미 잦은 언론보도를 통해 ‘내사’, ‘내사종결처분’, ‘입건유예’라는 말들은 전혀 낯선 단어가 아니다. 수사관의 입장에서 보면 내사는 수사와 용어만 다를 뿐이지 그 조사범위와 방법에 있어서 전혀 다르지 않다고 인식될 정도이다. 이러한 내사관행은 수사관으로 하여금 종종 내사단계에서 강제처분을 당연한 내사수단으로 여기고, 피내사자의 인권은 법률에 규정이 없다는 이유로 오히려 피의자보다 더 보호하지 않으려는 실무태도로 나타나기도 한다.

(2) 내사와 수사상 인권보호를 위한 규정 적용

(가) 개 요

내사는 범죄인지를 위해 필요한 수사기관의 활동이다. 내사는 입건 전(前)단계의 조사라는 점에서 입건 이후의 수사와 구별된다. 현 실무상 내사는 그 활

동방법 및 기간이 정해져 있지 않고, 그 과정도 비밀리에 진행된다. 그럼에도 피내사자에 대하여 그 기본권을 보호하는 법규가 없다는 점에서 피의자보다 훨씬 더 심각한 인권침해 위험에 노출되어 있다. 그러나 피내사자는 범죄 혐의를 받기 이전의 지위에 있다는 점에서 그 기본적 인권이 수사단계의 피의자보다 더 엄격히 보호받아야 한다.

(나) 사 례

수사관이 피내사자를 임의동행하여 조사하려고 할 때 피내사자가 변호인을 접견한 후 조사에 응하겠다고 했음에도 불구하고 변호인의 접견 없이 조사한 경우

(다) 관련 법규

○ 경찰관직무집행법 제3조(불심검문)

제2항의 규정에 의하여 동행을 한 경우(임의동행) 경찰관은 당해인이 가족 또는 친지 등에게 동행한 경찰관의 신분, 동행장소, 동행목적과 이유를 고지하거나 본인으로 하여금 즉시 연락할 수 있는 기회를 부여하여야 하며, 변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 고지하여야 한다.

○ 경찰청 훈령: 내 사사건처리규칙 제2조(내사의 기본)

①내사는 청탁에 의하지 않아야 하며 항상 법령·규칙을 준수하고 업무편의에 앞서 관계인의 인권보호에 유의하여야 한다.

○ 인권보호를 위한 경찰관 직무규칙 제7조(접견교통권 등 보장)

경찰관은 법률에 보장된, 피의자의 변호인 및 변호인이 되려는 자와의 접견, 물건 등의 수수, 의료검진 등의 권리를 보장하여야 한다.

○ **군 수사절차상인권보호에관한규정 제13조(내사할 때의 유의사항)**

수사업무종사자는 범죄 정보를 수집하거나 범죄를 내사하는 경우에 그 사실이 외부에 알려져 사건관계인이 피해를 입는 일이 없도록 해야 한다.

(라) **관련 판례**

○ **변호인과 접견교통권(대판 1996. 6. 3. 96도18)**

피내사자의 처에 의하여 선임된 변호인들이 피내사자에 대해 접견을 신청하였으나 수사관이 이를 거부한 사건에 대하여 ‘임의동행 형식으로 수사기관에 연행된 피의자에게도 변호인 또는 변호인이 되려는 자와의 접견교통권은 당연히 인정되어야 하고, 임의동행 형식으로 연행된 피내사자의 경우도 마찬가지이다. 접견교통권은 피고인 또는 피의자나 피내사자의 인권보장과 방어준비를 위하여 필수불가결한 권리이므로 법령에 의한 제한이 없는 한 수사기관의 처분은 물론 법원의 결정으로도 이를 제한할 수 없다.

(마) **인권보호를 위한 직무가이드**

- 내사활동은 피내사자의 인권을 보호하기 위하여 통상적인 수사행위보다 제한적으로 행사되어야 하고, 피내사자의 인권은 피의자의 인권보다 더 엄격히 보호해야 한다.
- 피내사자의 인권보호와 관련하여 현행 「형사소송법」에 명문규정이 없더라도 진술거부권의 고지, 고문을 당하지 않을 권리, 변호인의 접견·교통권, 자백을 강요당하지 않을 권리, 무죄추정을 받을 권리 등 적정절차를 구현하는 법규정 및 수사의 기본원칙은 내사절차에 「헌법」에 의거 그대로 준용하여야 한다.

(3) 내사와 임의적 수사방법의 한계

(가) 개 요

실무적으로 수사기관은 범죄혐의를 명확히 하기 위하여 내사단계에서도 통상의 수사에서 사용하는 방법과 동일하게 조사활동을 하고 있다. 다시 말해 수사기관은 범죄혐의 유무를 확인하기 위하여 피내사자에 대하여 미행과 탐문 등 수사기법을 활용하며, 수사 단서의 파악이나 이미 파악하고 있는 수사 단서를 이용하여 구체적인 조사를 한다. 현재 내사의 절차와 효력을 직접 규정하고 있는 법률은 없으며, 다만 「검찰사건사무규칙」 제141조와 「사법경찰관리 집무규칙」 제20조에 내사사건 처리 규정이 있다. 그러나 「검찰사건사무규칙」 및 「사법경찰관리 집무규칙」은 법무부령으로 내부업무지침에 해당될 뿐이며, 국가공권력의 행사에 해당되는 내사에 대한 명확한 법률적 근거가 될 수 없다. 이 때문에 내사단계에서는 「형사소송법」상 수사단계에서 허용되는 수사방법보다 제한적으로 행사되어야 한다. 우선 내사방법은 임의수사의 방법 중에서 더 엄격한 한계 내에서 허용된다. 임의수사방법과 관련하여 수사기관은 법에 명문으로 금지되어 있지 않는 한 모든 방법을 이용한 내사가 가능하다는 식으로 이해해서는 안 된다. 예를 들어 임의수사의 방법에 해당된다고 하더라도 공무소에서 특정사항을 조회하여 필요한 정보를 얻는 경우 개인의 사생활내지 정보의 자기결정권을 침해하는 행위가 될 수 있다. 따라서 내사단계에서는 수사절차에서 허용되는 임의수사방법보다 그 한계를 더 엄격히 해석해야 한다.

(나) 사례

- 1) 인터넷에서 첩보를 입수하여 내사중인 피내사자에 대하여 출석요구서 통보 없이 전화로 무조건적으로 출석을 요구한 행위
- 2) 경찰관이 특정한 사건의 수사와 관계없이 기소중지자의 검거만을 위하여 보건소에서 비치하고 있는 건강진단결과발급대장을 열람 및 복사한 경우
- 3) 내사 중 증거확보를 위해 피내사자에 대하여 동의 없이 사진을 촬영한 경우

(다) 관련 법규

○ 사법경찰관리 집무규칙 제20조(범죄의 내사)

범죄에 관한 신문 기타 출판물의 기사, 익명의 신고 또는 풍설이 있을 때에는 특히 출처에 주의하여 그 진상을 내사한 후 범죄의 혐의가 있다고 인정될 때에는 즉시 수사에 착수하여야 한다.

○ 검찰사건사무규칙 제141조(내사)

검사는 다음 각호의 1에 해당하는 사항에 관한 서류(진정인·탄원인 등 민원인이 있는 서류를 제외한다)를 접수한 때에는 이를 내사사건으로 수리한다.

1. 수사의 단서로서 조사할 필요가 있는 사항
2. 상급검찰청에서 조사 또는 보고를 명한 사항

○ 경찰청 훈령: 내사사건처리규칙 제2조(내사의 기본)

- ① 내사는 청탁에 의하지 않아야 하며 항상 법령·규칙을 준수하고 업무편의에 앞서 관계인의 인권보호에 유의하여야 한다.
- ② 내사를 빙자하여 막연히 관계인의 출석을 요구하거나 물건을 압수하는 일이 없도록 하여야 한다.

○ 경찰청 훈령: 내사사건처리규칙 제7조(내사의 방식)

내사는 임의적인 방법으로 함을 원칙으로 한다.

○ 군검찰사건사무처리규칙 제128조(내사·진정사건의 수리절차)

① 사건사무담당직원은 내사사건의 경우에는 별표의 사건접수인을 내사사건 기록 상단중앙부에 찍어 수리한 다음 별지 제185호 서식에 의한 내사사건부에 소정의 사항을 기재하고, 진정사건의 경우에는 별표의 사건접수인을 진정사건기록 상단중앙부에 찍어 수리한 다음 별지 제186호 서식에 제에 의한 진정사건부에 소정의 사항을 기재한다.

② 사건사무담당직원은 내사사건 또는 진정사건과 관련하여 압수물이 있는 경우에는 이를 압수물사무담당직원에게 인계하여 압수물수리절차를 취하게 하여야 한다.

③ 내사 및 진정사건의 번호는 제4조제3항에 준하여 “○○년 내사(진정) 제○호”로 기재한다.

④ 제3조제3항·제4항 및 제5조의 규정은 내사 및 진정사건의 수리절차에 이를 준용한다.

○ 군검찰사건사무처리규칙 제129조(내사·진정사건의 처리 등)

① 검찰관은 다음 구분에 의하여 내사사건을 처리하여야 한다.

1. 입건

이 경우에는 내사사건부의 비고란에 형제번호를 기재한다.

2. 입건유예

범죄의 혐의는 있으나 입건할 필요가 없는 경우

3. 혐의없음, 죄가 안됨 또는 공소권없음

제69조제3항제2호 내지 제4호의 사유가 있는 경우

4. 내사중지

피내사자 또는 참고인등의 소재불명으로 내사불능인 경우

5. 이송

동일내용의 내사사건을 다른 검찰부 검찰관이 내사중이거나 「군사법원법」 제285조제3항 또는 제286조 규정에 해당하는 사유가 있는 경우

②검찰관은 다음 구분에 의하여 진정사건을 처리하여야 한다.

1. 공람종결

가. 3회 이상 반복 진정하여 2회 이상 그 처리결과를 통지한 진정과 같은 내용인 경우

나. 무기명 또는 가명으로 한 경우

다. 본인의 진의에 의한 것인지 여부가 확인되지 아니한 경우

라. 내용이 불분명하거나 구체적 사실이 적시되어 있지 아니한 경우

마. 단순한 풍문이나 인신공격적인 내용인 경우

바. 완결된 사건 또는 재판에 불복하는 내용인 경우

사. 특정사건과 관련 없는 청원 또는 정책건의를 내용으로 하는 경우

아. 민사소송 또는 행정소송에 관한 사항인 경우

자. 동일한 사실에 관하여 고소 또는 고발이 있는 경우

차. 처벌을 희망하는 의사표시가 없거나 처벌을 희망하는 의사표시가 취소된 경우

2. 전과정정

전과사실을 정정하는 경우

3. 군사법원이첩

군사법원에 재판이 계속중인 사건에 대한 내용인 경우

4. 기록편철

검찰관이 조사중인 사건(군검찰에 접수되어 군사법경찰관리에 수사지휘한 사건을 포함한다)에 대한 내용인 경우, 이 경우에는 사건기록에 편철한다.

5. 다른 기관 이첩

군사법경찰관리가 조사중이거나 군사법원·검찰부 또는 검찰청의 다른 기관의 소관사항에 관한 것인 경우, 이 경우 군사법경찰관리가 조사중인 때에는 헌병대등에 송부하고, 군사법원·검찰부 또는 검찰청 외의 다른 기관의 소관사항에 관한 때에

는 해당 기관에 이첩한다.

6. 내사사건에 준하는 처리

제1항 각호의 1에 준하는 경우, 이 경우에는 제1항의 규정에 의한 내사사건처리의 예에 의한다.

7. 그 밖의 진정종결

제1호 내지 제6호에 해당하지 아니하는 경우

③검찰관은 내사사건은 별지 제187호 서식에 의한 내사사건기록에, 진정사건은 별지 제188호 서식에 의한 진정사건기록에 내사 또는 진정의 요지 및 결정이유를 기재하여 처리하여야 한다.

④사건사무담당직원은 제1항 및 제2항의 처리결과를 내사사건부 또는 진정사건부에 기재하여야 한다. 이 경우 피내사자 또는 피진정인등이 입건된 때에는 형사사건부에 내사 또는 진정사건번호를, 내사사건부 또는 진정사건부에는 사건번호를 기재하여야 한다.

⑤사건사무담당직원은 제1항 및 제2항의 처리결과를 지체없이 진정인등에게 통지하여야 한다.

⑥내사사건 또는 진정사건을 이송하는 경우에는 별지 제189호 서식에 의한 내사·진정사건송치서에 의한다.

(라) 관련 결정례

○ 사생활 침해 등(국가인권위 03진인1800)

경찰관이 특정한 사건의 수사와 관계없이 기소중지자의 검거만을 위하여 관행적으로 보건소에서 비치하고 있는 건강진단결과발급대장의 열람 및 복사는 「의료법」 제20조 등의 규정에 부합하지 않으며, 대장에 기록된 개인정보를 보호하기 위한 아무런 대책을 마련하지 않은 채 대장에 있는 자료를 포괄적으로 요청하는 행위는 사생활 침해에 해당된다.

○ **참고인에 대한 강압적 출석요구는 인권침해(국가인권위 05진인542)**

진정인 회사 (주)○○건설의 ‘사기 분양’수사와 관련해 경찰관 2명이 직접 방문해 출석을 요구하는 과정에서 퇴근시간 무렵이고 진정인의 여아(4세)를 유아원에서 데리고 와야 하기 때문에 다음날 조사를 받겠다고 하였는데도 피진정인들은 막무가내로 ‘유아원에 가서 아이를 데리고 경찰서로 가서 조사를 받자’, 출석을 안하면 연행도 가능하다’는 식의 말을 하고, 경찰관 중 한 명이 주머니에서 수갑을 꺼냈다 넣었다 하며 진정인에게 겁을 주는 등 2시간 동안이나 출석을 강요하다 돌아갔다는 진정사건에 대하여 ‘형사소송법 제221조에 의해 참고인에 대한 조사는 참고인의 자발적 협조에 의존하고 있는 바, 참고인에 대한 강압적 출석요구는 인권침해에 해당된다.

(마) **인권보호를 위한 직무가이드**

- 범죄혐의가 구체적으로 특정되지 않아 범죄수사의 필요성을 인정하기 어려운 상태에서 검진대장에 기재된 개인정보를 포괄적으로 활용하여 범죄 혐의 여부를 밝히고자 하는 행위는 일반 시민을 잠정적 범죄자로 간주하는 것이라는 점에서 수사관은 **입건 후** ‘공공기관의 개인 정보보호에 관한 법률 제10조제2항 제2호 및 제6호의 규정’에 따라 보건소에 협조를 요청하는 문서를 보내는 등 적법 절차에 따라 수사를 진행하여야 한다.
- 내사는 임의수사방법을 원칙으로 하고 있어 수사관은 피내사자에 대하여 출석을 강요하여서는 안되며, 오직 자발적인 출석 요청만 가능하다.
- 수사와 관련하여 공공장소 등 초상권을 포기한 곳에서의 촬영 혹은 증거보전의 필요성 등 긴급한 경우의 사진촬영은 통상적인 수사방법으로 허용된다고 보는 것이 판례의 입장이다. 그러나 사진촬영 등의 행위는 개인이 프라이버시를 침해할 우려가 있는 증거확보 방법에 해당한다. 내사의 경우

수사보다 수사방법이 제한적으로 행사되어야 한다는 점에서 피내사자 등 이해관계인들에 대한 프라이버시보호라는 개인의 인권보호에 더 비중을 두어 상대방의 동의가 없는 경우 지양함이 타당하다.

(4) 내사와 대인적 강제처분(체포·구속)

(가) 개 요

「형사소송법」상 체포 및 구속은 ‘죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유’를 그 요건으로 하고 있다. 이 때문에 피내사자 신병에 대한 강제처분에 해당되는 체포 및 구속은 내사단계에서 허용되지 않는다. 특히, 체포와 구속은 「형사소송법」 제195조 및 「군사법원법」 제228조가 명문화하고 있는 수사개시의 요건인 범죄혐의보다 더 높은 강도 즉, 범죄혐의에 대한 고도의 개연성을 요구하고 있다.

(나) 사 례

- 1) 검사가 고소인의 진술을 듣던 중 고소인을 무고죄로 긴급체포하여 검찰청 구치감에 수용한 후 20여 시간 경과 후에 내사종결처분으로 석방한 경우
- 2) 수사관이 수사자료표에 지문날인을 거부하여 저항하는 피의자를 공무 집행방해죄로 긴급체포한 후 피의자가 지문날인을 하자 내사종결처분으로 석방한 경우
- 3) 피내사자에 대하여 소재불명을 이유로 지명수배를 한 경우

(다) 관련 법규

○ 범죄수사규칙 제27조(지명수배)

①사법경찰관은 다음 각호의 1에 해당하는 자의 소재가 불명할 때에는 당해 피의자에 대하여 지명수배를 할 수 있다. 다만, 기소중지 의견으로 사건을 송치할 때에는 지명수배를 하여야 한다.

1. 법정형이 사형 무기 또는 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄(제30조제2호의 경우를 제외한다)를 범하였다고 의심할만한 상당한 이유가 있어 체포영장 또는 구속영장이 발부된 자. 다만, 「형사소송법」 제200조의3 및 「군사법원법」 제232조의3 제1항에서 정하는 긴박한 사유가 있는 때에는 지명수배를 한 후 신속히 체포영장을 발부받아야 하며, 그렇지 못한 경우 즉시 지명수배를 해제하여야 한다.

2. 지명통보의 대상인 자로 지명수배의 필요가 있어 체포영장 또는 구속영장이 발부된 자

(라) 해설 및 인권보호를 위한 직무가이드

○ 피내사자에 대한 대인적 강제처분은 피내사자를 소환하여 조사하는 중 긴급체포하는 사례에서 빈번히 발생하고 있다. 그러나 긴급체포된 자는 중대한 범죄혐의가 인정되어 조사를 받는 사람으로서 이미 범죄피의자에 해당된다. 그럼에도 불구하고 긴급체포된 사람에게 피의자의 지위를 부여한 다음 그에 선행하는 단계에서 인정되는 피내사자의 신분으로 되돌려서 체포된 자를 석방하는 것은 선후관계에서 모순이다. 따라서 긴급체포 후 내사진행방식으로 사건을 처리하는 것은 부당하다.

○ 지명수배는 도망한 범인을 추적·체포하여 강제적으로 형사절차에 복종케 하여 국가 형벌권을 원활히 하기 위한 제도이다. 지명수배는 그 대상자에

대한 인권침해의 소지가 크다는 점에서 지명수배규칙 제4조에 의거 피의자로 한정된다. 따라서 내사 중 피내사자의 구체적인 범죄혐의가 발견되면 피의자로 입건하고, 피의자가 소재불명이면 절차에 따라 지명수배를 해야 한다.

(5) 내사와 대물적 강제처분

(가) 개요

내사단계에서 대물적 강제수사가 허용되는가에 대해서는 의견대립이 있다. 「형사소송법」 제216조 및 「군사법원법」 제255조는 압수·수색 등 대물적 강제처분에 관하여 ‘범죄수사에 필요한 때’를 그 요건으로 하고 있어, 범죄혐의가 압수·수색의 요건인지는 명확하지 않다. 그러나 압수·수색은 통상 수사의 한 방법인 이상 ‘범죄혐의’를 필요로 한다. 더구나 피내사자에게 피의자와 동등한 지위를 보장하는 명문규정이 없는 상태에서 「형사소송법」상의 압수·수색절차를 그대로 준용하는 것은 피내사자의 인권보호 및 방어권행사에 중대한 위해요소로 작용한다.

(나) 관련법규

○ 사법경찰관리 직무규칙 제20조(범죄의 내사)

①범죄에 관한 신문 기타 출판물의 기사, 익명의 신고 또는 풍설이 있을 때에는 특히 출처에 주의하여 그 진상을 내사한 후 범죄의 혐의가 있다고 인정할 때에는 즉시 수사에 착수하여야 한다. 다만, 내사를 빙자하여 막연히 관계인의 출석을 요구하거나 물건을 압수하는 일이 없도록 하여야 한다.

○ 내사사건처리규칙 제9조(특별관리)

내사과정에서 압수·수색·검증, 통신제한조치, 통신사실 확인자료제공 등 법원의 통제를 받는 대물적 강제조치가 이루어진 경우에는 즉시 제6조에서 정하는 내사사건부의 비고란에 해당되는 강제조치의 종류와 일련번호를, 해당되는 강제조치 관리대장의 비고란에 내사사건번호를 적색펜으로 각각 기재하여 특별관리 하여야 한다.

(다) 인권보호를 위한 직무가이드

수사기관이 조사와 관련하여 압수·수색이 불가피할 경우에는 실무적으로 법원의 통제를 받아 압수·수색이 이루어지고 있으나, 인권침해를 최소화하기 위해서는 형사입건 이후에 이루어지는 것이 바람직하다.

(6) 내사의 종결과 인권보호

(가) 개요

내사결과 피내사자에 대한 범죄혐의가 인정되면 내사는 종결되고 수사가 시작된다. 이때부터 조사의 상대방은 피의자의 지위를 얻게 되고 「헌법」과 「형사소송법」이 제공한 권리를 행사할 수 있게 된다. 현재 수사실무는 수사기관이 범죄인지(보고)서를 작성하는 시점부터 수사가 시작되는 것으로 보고 있다. 수사실무상 범죄인지보고서에 기초하여 범죄사건부에 등재하는 입건절차가 ‘내사’와 ‘수사’를 구별하는 기준이다. 그러나 결재과정을 포함한 입건절차는 우연적이며 유동적이어서 수사개시의 시점으로 볼 수 없다. 따라서 수사기관이 “범죄의 혐의가 있다고 보아 수사를 개시하는 행위를 한 때”에 범죄를 인정한 것으로 보아야 한다.

(나) 사 례

- | |
|--|
| <ol style="list-style-type: none">1) 용의자를 현행범체포나 긴급체포하였으나, 별도의 입건절차가 진행되지 않았을 경우2) 내사종결된 변사사건기록에 대하여 보험회사에서 조사목적으로 열람·등사를 청구하였으나 수사기관이 거부한 경우 |
|--|

(다) 관련 법규

○ 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제9조(비공개대상정보)

- ① 공공기관이 보유·관리하는 정보는 공개대상이 된다. 다만, 다음 각호의 1에 해당하는 정보에 대하여는 이를 공개하지 아니할 수 있다.
 3. 공개될 경우 국민의 생명·신체 및 재산의 보호에 현저한 지장을 초래할 우려가 있다고 인정되는 정보
 4. 진행중인 재판에 관련된 정보와 범죄의 예방, 수사, 공소의 제기 및 유지, 형의 집행, 교정, 보안처분에 관한 사항으로서 공개될 경우 그 직무수행을 현저히 곤란하게 하거나 형사피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 정보

(라) 관련 판례

○ 범죄인지(대판 2001.10.26. 2000도2968)

피내사자와 피의자의 구분은 형식적으로 입건서류를 작성함으로써 구분되는 것이 아니라 수사기관이 구체적 단서에 의거하여 범죄혐의를 주관적으로 인지하는 시점부터 시작된다. 검찰사건사무규칙이 규정한 범죄인지서 작성절차는 검찰행정의 편의를 위한 사무처리절차 규정이므로, 검사

가 인지절차를 거치기 전에 범죄의 혐의가 있다고 보아 수사를 개시하는 행위를 한 때에는 범죄를 인지한 것으로 보아야 한다.

○ 열람 등사권(헌재 1999. 9. 16. 98헌마246)

개정 검찰보존사무규칙에 의하면, 사건관계인 등은 재판확정기록, 불기소 사건기록 및 진정·내사사건기록 등에 대하여 일정한 범위의 열람·등사청구를 할 수 있고, 검사는 그 허가여부를 결정하여 통지할 의무를 지도록 규정하고 있으므로 수사기록에 대한 열람·등사청구를 거부하는 것은 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다.

(마) 인권보호를 위한 직무가이드

- 수사기관이 ‘범죄의 혐의가 있다고 보아 수사를 개시하는 행위를 한 때’에 범죄를 인지한 것으로 보아야 한다.
- 경찰에서 내사종결한 기록 중 열람·등사의 대상으로 하고자 하는 변사사건 기록은 재판 또는 수사상 직무수행을 현저히 곤란하게 할 만한 상당한 사유가 없는 한 공개하는 것이 원칙이다. 다만, 내사 종결된 변사사건 기록은 재수사 가능성이 있으므로 공개될 경우 그 직무 수행을 현저히 곤란하게 한다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 정보에 한하여 정보공개심의회를 거쳐 정보공개를 아니할 수 있다.

나. 경찰관의 불심검문

(1) 불심검문의 대상과 방법

(가) 개요

수사기관은 범죄에 대한 주관적 혐의로 언제든지 수사에 착수할 수 있다. 범죄의 혐의를 두게 된 원인을 수사의 단서라 한다. 수사관의 단서획득의 중요한 방법이 불심검문이다. 그런데 「경찰관직무집행법」 제3조 제1항에 의하면, 불심검문의 대상은 거동불심자 등의 일정한 자로 제한되어 있다. 이와 같이 법률에 의해 불심검문의 대상이 일정한 자로 제한되어 있기 때문에 모든 통행자에 대해 일괄적으로 행하는 소위 일제불심검문은 법적으로 정당화되기 어렵다. 그리고 「경찰관직무집행법」에 규정된 불심검문의 방법으로는 대상자를 정지시켜 질문하는 것(제3조 제1항), 필요한 경우에 경찰관서로의 동행을 요구하는 것(제3조 제2항), 불심검문 시 흥기소지의 여부를 조사하는 것(제3조 제3항)이 있다.

그리고 불심검문과 유사한 것으로는 통행중인 자동차를 정지케 하여 운전자 또는 동승자에게 질문하는 자동차검문이 있다. 자동차검문에는 교통검문·경계검문 및 긴급수배검문이 있다. 교통검문은 「도로교통법」 위반을 단속하기 위하여 차를 일시 정지시키는 검문이기 때문에 이에 대해서는 「도로교통법」이 규정하고 있다. 즉, 경찰공무원은 자동차의 운전사가 무면허운전·음주운전·과로운전을 하고 있다고 인정하는 때에는 그 차를 정지시킬 수 있다. 따라서 이러한 범위내의 교통검문은 법률에 의해서 정당화된다. 이러한 교통검문 이외에 해당하는 범죄예방목적의 경계검문에 대해서는 「경찰관직무집행법」의 불심검문규정에 따라서 허용한계가 결정되어야 할 것이고, 범죄자 검거를 목적으로 하는 긴급수배검문에 대해서는 「형사소송법」의 수사규정

(특히 피의자체포에 관한 규정)에 의해 허용한계가 결정되어야 할 것이다. 그리고 「주민등록법」에 따르면 사법경찰관리는 일정한 필요가 있을 경우에 주민등록증의 제시를 요구할 수 있고, 경우에 따라서는 인근 관계 관서에 서 신원이나 거주 관계를 밝힐 것을 요구할 수 있다.

(나) 사례

- | |
|--|
| <p>1) 경찰관 甲(갑)이 불법집회가 열릴 예정인 장소로 향하는 길목에서 거기로 들어서서는 모든 통행인들을 정지시켜 불심검문을 단행한 경우</p> <p>2) 경찰관 乙(을)이 음주운전을 단속하기 위하여 좁은 교통로를 차단시켜 놓고 모든 통행차량의 운전자들을 대상으로 음주측정을 단행한 경우</p> <p>3) 경찰관 丙(병)이 혐의자의 불법집회참가를 사전에 막기 위하여 불법집회장소로 들어서서는 자를 정지시켜 주민등록증의 제시를 요구한 경우</p> |
|--|

(다) 관련 법규

○ 경찰관직무집행법 제3조(불심검문)

- ①경찰관은 수상한 거동 기타 주위의 사정을 합리적으로 판단하여 어떠한 죄를 범하였거나 범하려 하고 있다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 자 또는 이미 행하여진 범죄나 행하여지려고 하는 범죄행위에 관하여 그 사실을 안다고 인정되는 자를 정지시켜 질문할 수 있다.
- ②경찰관은 ----- 동행할 것을 요구할 수 있다.
- ③경찰관은 제1항에 규정된 자에 대하여 질문을 할 때에 흉기의 소지여부를 조사할 수 있다.

○ 도로교통법 제47조(위험방지를 위한 조치)

- ①경찰공무원은 자동차등의 운전자가 제43조 내지 제45조의 규정을 위반하여 자동차등을 운전하고 있다고 인정되는 때에는 차를 일시정지시키고

그 운전자에게 자동차운전면허증(이하 "운전면허증"이라 한다)의 제시를 요구할 수 있다.

○ 주민등록법 제26조(주민등록증의 제시요구)

①사법경찰관리가 범인을 체포하는 등 그 직무를 수행할 때에 17세 이상인 주민의 신원이나 거주 관계를 확인할 필요가 있으면 주민등록증의 제시를 요구할 수 있다. 이 경우 사법경찰관리는 주민등록증을 제시하지 아니하는 자로서 신원을 증명하는 증표나 그 밖의 방법에 따라 신원이나 거주 관계가 확인되지 아니하는 자에게는 범죄의 혐의가 있다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때에 한정하여 인근 관계 관서에서 신원이나 거주 관계를 밝힐 것을 요구할 수 있다.

(라) 해설 및 인권보호 직무가이드

- 경찰관이 불법집회 장소의 길목에서 모든 통행인을 대상으로 무차별적으로 검문하는 것은 「경찰관직무집행법」이 불심검문의 대상을 한정하고 있기 때문에 법적으로 금지된다. 경찰관은 불법집회에 참가할 것으로 의심되는 상당한 이유가 있는 자 등 선별적 검문을 하여야 한다.
- 사례 2)와 같은 교통검문의 경우에는 「도로교통법」이 “자동차등의 운전자가 제43조 내지 제45조의 규정을 위반하여 자동차등을 운전하고 있다고 인정되는 때”에 일시정지와 운전면허증의 제시를 요구할 수 있도록 규정하고 있다. 따라서 교통경찰관도 무면허운전, 음주운전, 피로상태운전이 의심되는 자를 선별하여 정지 및 면허증 제시요구를 하여야 할 것이다.
- 사례 3)에서 주민등록증의 제시요구는 사법경찰관리가 할 수 있는 것으로 「주민등록법」이 규정하고 있다. 사법경찰관리가 주체이기 때문에 주민등록증 제시의 목적은 이미 행해진 범죄(자)에 대한 수사목적, 즉 범인체포 등으로 해석되어야 할 것이다.

(2) 불심검문의 주체인 경찰공무원이 지켜야 할 사항, 특히 신분증의 제시

(가) 개 요

「경찰관직무집행법」 제3조 제4항은 경찰관이 불심검문을 하거나 동행을 요구할 경우 경찰관은 당해인에게 자신의 신분을 표시하는 증표를 제시하도록 규정하고 있다. 여기에 규정된 경찰관에는 사복경찰관이 해당하는 것은 명백하다. 그리고 정복경찰관을 제외하는 예외규정이 존재하지 않기 때문에 정복경찰관도 「경찰관직무집행법」에 따른 불심검문의 경우에는 신분증을 미리 제시하여야 한다. 다만 아래의 대법원 판례가 판시한 바에 따르면, 정복경찰관이 주민등록증을 미리 제시하지 않았다고 하여 공무집행의 적법성 자체가 부정되는 않는다(즉 경미한 절차위반으로 처리되어야 할 것임). 그리고 「주민등록법」에 따라 사법경찰관으로서 상대방에 대한 주민등록증의 제시를 요구할 수 있는 때에 정복 근무 중인 경찰관의 신분증 제시는 요구되지 않는다. 그리고 사법경찰관이 「형사소송법」에 따라 피의자를 정당한 방법으로 검거할 때에도 신분증제시가 역시 요구되지 않는다.

(나) 사 례

대학생인 A는 2002년 3월경 도서 반납을 위하여 국회도서관에 들어가던 중, 출입문 경비근무자였던 경찰관 甲으로부터 아무런 설명 없이 제지를 당하자 A는 근무자에게 경찰관의 신분증을 제시하고 소속, 성명을 밝히며 검문의 목적 등을 설명하여 줄 것을 요구하였으나 경찰관 갑이 이를 거부한 경우

(다) 관련 법규

○ 경찰관직무집행법 제3조(불심검문)

④제1항 또는 제2항의 규정에 의하여 질문하거나 동행을 요구할 경우 경

찰관은 당해인에게 자신의 신분을 표시하는 증표를 제시하면서 소속과 성명을 밝히고 그 목적과 이유를 설명해야 하며, 동행의 경우에는 동행장소를 밝혀야 한다.

○ **경찰관직무집행법시행령 제5조(위험발생의 방지)**

법 제3조제4항 및 법 제7조제4항의 신분을 표시하는 증표는 경찰관의 공무원증으로 한다.

○ **주민등록법 제26조 제2항**

사범경찰관리는 제1항에 따라 신원 등을 확인할 때 친절과 예의를 지켜야 하며, 정복근무 중인 경우 외에는 미리 신원을 표시하는 증표를 지니고 이를 관계인에게 내보여야 한다.

(라) **관련 판례 및 결정례**

○ **경찰관신분증 제시의무(국가인권위 2004.6.9. 02진인556,565,03진인5251,6567병합)**

「경찰관직무집행법」 제3조 제4항의 절차를 규정한 취지는 경찰관에게는 자신의 검문행위가 정당한 경찰활동임을 피검문자에게 알리기 위한 행위인 한편, 경찰관 자신의 행위가 불법일 경우 피검문자에게 이후 책임을 물을 대상을 명확히 밝히고 검문의 목적과 이유를 고지함으로써 피검문자가 질문내용을 이해하고 방어할 수 있도록 준비토록 하는데 그 목적이 있으며, 검문을 행하는 경찰관의 소속과 성명은 신분증 제시를 함으로써 확인이 가능하고 검문절차의 준수여부에 대한 오해나 시비를 없애기 위해서라도 경찰관의 신분증 제시가 요구되는 만큼 경찰관이 경찰제복을 입고 있다고 하더라도 신분증 제시는 반드시 필요하다.

○ 경찰관의 신분증 제시의무(대판 2004.10.14, 2004도4029)

피고인은 상해사건 현장에서 경찰관들이 정복을 입고 있었기 때문에 직무수행중이라는 점을 의심하지 않았고 신분확인요구도 안 했다는 점 등에 비추어보면, 경찰관들이 피고인에게 인적사항을 질문한 것은 직무수행을 위한 것이라는 점에 의문이 없는 상황이었다. 피고인은 경찰관들에게 공무원증 제시를 요구하거나 답변을 거부하면 충분한 것임에도 불구하고 욕설과 함께 폭력을 행사해 경찰관에게 상해를 입힌 이상, 경찰관들이 공무원증을 제시하지 않았다고 하더라도 공무원의 직무집행을 방해한 것으로 봄이 상당하다.

(마) 인권보호를 위한 직무가이드

- 경찰관은 불심검문을 할 경우에는 반드시 상대방에게 미리 신분증을 제시하고 소속 및 성명을 밝힌 후 검문의 목적과 이유를 제시해야 한다.(다만 대법원 판례에 따르면 정복경찰관이 신분증을 미리 제시하지 않았다고 하여 공무원집행의 적법성까지 부정되지는 않음).
- 상대방의 신분증은 신원확인 후 즉시 반환하고 검문의 목적과 무관한 사항에 대한 질문은 지양해야 한다.

(3) 불심검문(정지와 질문)과 임의동행에서의 강제력 행사

(가) 개요

정지 질문의 불심검문과 임의동행의 요청 그 자체는 허용된다. 그러나 「경찰관직무집행법」의 규정만으로는 강제연행은 절대적으로 불가능하다.

(나) 사례

- 1) 경찰관 甲(갑)이 거동수상자 A를 발견하고 「경찰관직무집행법」에 따라 불심검문을 하다가 추가조사의 필요성을 느껴 A에게 경찰서로의 임의동행을 요청했으나 거부하여 A를 강제연행한 경우
- 2) 경찰관 乙(을)은 얼마 전 발생한 강력사건의 용의자로 지목된 B의 집에 찾아가 집에서 나오려는 B의 앞을 가로막고 임의동행을 요구하였으나, B는 경찰관 을의 임의동행요구를 거절하였다. 이에 경찰관 乙(을)이 B의 신병을 확보하기 위해 긴급체포한 경우

(다) 관련 법규

○ 경찰관직무집행법 제3조(불심검문)

②그 장소에서 제1항의 질문을 하는 것이 당해인에게 불리하거나 교통의 방해가 된다고 인정되는 때에는 질문하기 위하여 부근의 경찰서·지구대·파출소 또는 출장소(이하 "경찰관서"라 하되, 지방해양경찰관서를 포함한다)에 동행할 것을 요구할 수 있다. 이 경우 당해인은 경찰관의 동행요구를 거절할 수 있다.

⑦제1항의 내지 제3항의 경우에 당해인은 형사소송에 관한 법률에 의하지 아니하고는 신체를 구속당하지 아니하며, 그 의사에 반하여 답변을 강요당하지 아니한다.

○ 인권보호를 위한 경찰관 직무규칙 제51조(임의동행할 때 유의사항)

①경찰관은 임의동행을 요구하는 경우에는 상대방에게 동행을 거부할 수 있는 권리가 있으며, 동행에 동의한 경우라 하더라도 원할 경우에는 언제든지 퇴거할 수 있음을 고지하여야 한다.

○ **주민등록법 제26조(주민등록증의 제시요구)**

① 사법경찰관(司法警察官吏)가 범인을 체포하는 등 그 직무를 수행할 때에 17세 이상인 주민의 신원이나 거주 관계를 확인할 필요가 있으면 주민등록증의 제시를 요구할 수 있다.

② 사법경찰관은 제1항에 따라 신원 등을 확인할 때 친절과 예의를 지켜야 하며, 정복근무 중인 경우 외에는 미리 신원을 표시하는 증표를 지니고 이를 관계인에게 내보여야 한다.

○ **형사소송법 제199조 /군사법원법 제231조 (수사와 필요한 조사)**

① 수사에 관하여는 그 목적을 달성하기 위하여 필요한 조사를 할 수 있다. 다만, 강제처분은 이 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하며, 필요한 최소한도의 범위 안에서만 하여야 한다.

○ **형사소송법 제200조 /군사법원법 제232조 (피의자의 출석요구)**

검사 또는 사법경찰관은 수사에 필요한 때에는 피의자의 출석을 요구하여 진술을 들을 수 있다.

○ **형사소송법 제221조 /군사법원법 제260조 (제3자의 출석요구 등)**

① 검사 또는 사법경찰관은 수사에 필요한 때에는 피의자가 아닌 자의 출석을 요구하여 진술을 들을 수 있다. 이 경우 그의 동의를 받아 영상녹화할 수 있다.

(라) **관련 판례**

○ **임의동행시 강제력의 정도(대판 1999.12.28. 98도138)**

경찰관의 임의동행 요구를 거절하자 강제 연행하는 과정에서 손목을 잡고 뒤로 꺾어 올리는 등의 방법으로 제압하자 거기에서 벗어나려고 몸싸움을 하는 과정에서 경찰관에게 경미한 상해를 입혔다 하더라도 위법성이 결여된 행위가 된다.

(마) 해 설

1) 임의동행 요구의 허용성

- 경찰관이 불심검문과 더불어 임의동행을 요청하는 그 자체는 법률에 의하여 허용된다. 임의동행의 요청 그 자체가 허용되는 것은 위에서 적시한 3가지 법규에서 나온다.
- 사례 1)의 경찰관이 불심검문 시에 행할 수 있는 임의동행은 「경찰관직무집행법」 제3조에 의거하여 허용된다.
- 사례 2)에서 경찰관이 수사목적으로 행하는 임의동행은 「형사소송법」 제199조 제1항에 의하여 허용된다. 다만, 경찰관이 행하는 임의수사의 방법으로는 피의자의 경우는 「형사소송법」 제200조, 참고인의 경우는 「형사소송법」 제221조 제1항에 의한 출석요구가 더욱 바람직 할 것이다.
- 사법경찰관리는 「주민등록법」 제26조 제1항에 의하여 일정한 요건 하에서(상기 법 규정의 내용 참조) 경찰관서로의 임의동행을 요구할 수 있다.

2) 임의동행불응시 강제연행의 법적근거 유무

- 불심검문(정지와 질문)과 임의동행은 상대방의 동의와 승낙을 전제로 허용되는 것일 뿐이고 절대 강제할 수는 없다. 즉 상대방은 경찰관에 의한 정지, 질문, 임의동행의 요구에 응할 의무가 없다.
- 임의동행의 근거규정인 「경찰관직무집행법」 제3조, 「형사소송법」 제199조 등을 적용하는 상태에서 경찰관이 상대방을 강제 연행하는 것은 절대적으로 불가능하다(오히려 불법체포죄의 범죄가 성립될 수 있음).
- 다만 사례 2)에서 경찰관은 다른 형사소송법 규정을 적용할 수 있다면 피의자 B를 강제연행 할 수 있을 것이다. 가장 바람직한 것은 미리 체포영

장을 발부받아 그 집행으로서 B를 강제연행 하는 것이다.

- 체포영장이 발부되지 않은 상태에서 긴급한 경우에는 긴급체포에 의해 강제연행 할 수 있다. 그러나 이를 위해서는 영장체포와 긴급체포의 요건 등에 관한 형사소송법의 엄격한 통제규정에 따라야 한다.
- 결국, 사례 2)에서 긴급체포의 요건이 갖추어지지 않은 상태에서 경찰관이 B를 형사소송법의 긴급체포 규정에 의거하여 강제연행 하는 것도 허용될 수 없다.

(바) 인권보호를 위한 직무가이드

- 정지, 질문, 임의동행은 상대방이 자유롭게 응할 경우에만 행할 수 있고, 상대방이 불응하더라도 경찰관의 입장에서는 이를 강제할 방법이 없다.
- 임의동행에서의 “임의”는 ‘경찰관의 임의’가 아닌, 동행되는 ‘상대방의 임의’임을 명심하여야 한다.
- 자신이 행하는 불심검문과 임의동행에 응해 주는 사람에 대해서는 (응해 줄 의무가 없음에도 불구하고 자신에게 협조하는 자이기 때문에) 항상 겸손한 태도를 취하여야 하고, 감사의 마음을 가져야 한다.

(4) 형식적 임의동행에서의 인권침해 문제

(가) 개 요

「경찰관직무집행법」 제3조의 규정과 수사목적의 임의동행에 관해 판시한 대법원 판례에 의하면, 경찰관이 형식적으로 임의동행을 하고, 또한 그렇게 임의동행확인서를 받아 두었다고 하여 적법성의 문제가 해소되는 것은 아니다.

「경찰관직무집행법」 제3조 제4항에 기술된 바와 같이, 동행을 요구할 경우 경찰관은 당해인에게 자신의 신분을 표시하는 증표를 제시하면서 소속과 성

명을 밝히고 그 목적과 이유를 설명하여야 하며, 동행의 경우에는 동행장소를 밝혀야 하고, 그리고 제5항에 기술된 바와 같이, 동행을 한 경우 경찰관은 당해인의 가족 또는 친지 등에게 동행한 경찰관의 신분, 동행장소, 동행 목적과 이유를 고지하거나 본인으로 하여금 즉시 연락할 수 있는 기회를 부여하여야 하며, 변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 고지하여야 한다. 이러한 절차적 요건이 갖추어지지 않은 경우에는 아무리 형식적으로 임의동행한 경우라 하더라도 인권침해의 문제는 여전히 발생하는 것이다. 그리고 사법경찰이 수사목적으로 피의자를 임의동행한 경우에도 아래의 대법원 판례가 제시하는 요건을 갖추어야 적법성이 인정될 수 있을 뿐이다. 그리고 「주민등록법」에 의한 동행요구에서도 동법 제26조 제2항이 규정한 절차적 요건이 갖추어져야 할 것이다.

(나) 사 례

경찰관 甲(갑)은 거동불심자 A에게 별다른 설명 없이 경찰서로 임의동행하여 필요한 조사를 마친 후 임의동행확인서를 받아 놓고 귀가시켰고, 사법경찰관 乙(을)도 피의자 B를 별다른 설명 없이 임의동행하여 필요한 조사를 마친 후 임의동행확인서를 받아 놓고 귀가시킨 경우

(다) 관련 법규

○ 경찰관직무집행법 제3조(불심검문)

④제1항 또는 제2항의 규정에 의하여 질문하거나 동행을 요구할 경우 경찰관은 당해인에게 자신의 신분을 표시하는 증표를 제시하면서 소속과 성명을 밝히고 그 목적과 이유를 설명하여야 하며, 동행의 경우에는 동행장소를 밝혀야 한다.

⑤제2항의 규정에 의하여 동행을 한 경우 경찰관은 당해인의 가족 또는

친지 등에게 동행한 경찰관의 신분, 동행장소, 동행목적과 이유를 고지하거나 본인으로 하여금 즉시 연락할 수 있는 기회를 부여하여야 하며, 변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 고지하여야 한다.

○ 주민등록법 제26조(주민등록증의 제시요구)

②사법경찰관리는 제1항에 따라 신원 등을 확인할 때 친절과 예의를 지켜야 하며, 정복근무 중인 경우 외에는 미리 신원을 표시하는 증표를 지니고 이를 관계인에게 내보여야 한다.

(라) 관련 판례

○ 임의동행의 임의성(대판 2006.7.6. 2005도6810)

수사관이 수사과정에서 당사자의 동의를 받는 형식으로 피의자를 수사관서 등에 동행하는 것은, 상대방의 신체의 자유가 현실적으로 제한되어 실질적으로 체포와 유사한 상태에 놓이게 됨에도, 영장에 의하지 아니하고 그 밖에 강제성을 띤 동행을 억제할 방법도 없어서 제도적으로는 물론 현실적으로도 임의성이 보장되지 않을 뿐만 아니라, 아직 정식의 체포·구속단계 이전이라는 이유로 상대방에게 헌법 및 형사소송법이 체포·구속된 피의자에게 부여하는 각종의 권리보장 장치가 제공되지 않는 등 형사소송법의 원리에 반하는 결과를 초래할 가능성이 크므로, 수사관이 동행에 앞서 피의자에게 동행을 거부할 수 있음을 알려 주었거나 동행한 피의자가 언제든지 자유로이 동행과정에서 이탈 또는 동행장소로부터 퇴거할 수 있었음이 인정되는 등 오로지 피의자의 자발적인 의사에 의하여 수사관서 등에의 동행이 이루어졌음이 객관적인 사정에 의하여 명백하게 입증된 경우에 한하여, 그 적법성이 인정되는 것으로 봄이 상당하다. ... (중략). 한편 행정경찰 목적의 경찰활동으로 행하여지는 경찰관직무집행

법 제3조 제2항 소정의 질문을 위한 동행요구도 형사소송법의 규율을 받는 수사로 이어지는 경우에는 역시 위에서 본 법리가 적용되어야 한다.

○ **임의성의 판단(대판 1993.11.23. 93다35155)**

임의동행에 있어서의 임의성의 판단은 동행의 시간과 장소, 동행의 방법과 동행 거부 의사 유무, 동행 이후의 조사방법과 퇴거 의사 유무 등 여러 가지 사정을 종합하여 객관적인 상황을 기준으로 하여야 한다.

(마) **인권보호를 위한 직무가이드**

- 임의동행의 형식을 갖추었다 하더라도 임의동행 시 법률에 규정된 절차요건 등이 갖추어지지 않은 경우에는 실질적 강제연행으로 평가받을 수 있고, 이 경우에는 임의동행확인서를 받아 놓았다 하더라도 인권침해의 문제가 발생할 수 있다.
- 동행에 응한 경우라 하더라도 언제든지 경찰관서에서의 퇴거를 요구할 권리가 있음을 고지하여야 한다.
- 동행을 하는 경우에는 동행의 목적과 이유, 동행장소를 밝혀야 하며 상대방의 가족 등에게 연락을 할 수 있는 기회를 부여하고 변호인 조력권이 있음을 알려야 한다.

(5) **임의동행 이후의 주의사항**

(가) **개 요**

「경찰관직무집행법」에 의한 임의동행의 경우에 경찰관이 임의동행된 자를 경찰관서에 6시간을 초과하여 머물게 하는 방법은 없다. 경찰관이 「경찰관

직무집행법」에 의거하여 임의동행한 후 6시간을 초과하여 경찰관서에 머물게 한 경우 불법체포감금죄의 성립이 인정될 수도 있다. 그러나 피동행자가 피의자로서의 범죄혐의가 상당히 밝혀진 경우 경찰관은 「형사소송법」상 긴급체포 등의 규정을 적용하여 경찰관서에 머물게 하거나 강제구금도 가능할 수 있다. 다만 이 경우에도 영장체포와 긴급체포의 요건 등에 관한 「형사소송법」의 엄격한 통제규정에 따라야 한다.

(나) 사 례

- 1) 경찰관 甲(갑)은 당해인 A의 동의를 얻은 뒤 경찰서에 임의동행을 한 뒤 조사를 하는 과정에서 A가 급한 일이 있다며 나중에 와서 다시 조사를 받겠다고 하자, 경찰관 甲(갑)은 임의동행에 동의한 이상 6시간까지는 경찰관서에 머물러야 한다며 A의 요구를 받아들이지 않고 조사를 계속하였고 조사가 끝난 이후에도 이런 저런 이유로 A의 퇴거요구를 미루더니 임의동행 후 6시간이 다 되어서야 A를 집으로 돌려보낸 경우
- 2) 상기한 사례에서 경찰서에서 조사를 한 결과 A의 범죄혐의가 상당히 밝혀졌고, 그를 귀가 시켜서는 도망 또는 증거인멸의 우려가 있는 것으로 판단한 甲(갑)이 A를 계속(즉 6시간을 초과하여) 경찰서에 머물게 한 경우

(다) 관련 법규

○ 경찰관직무집행법 제3조(불심검문)

⑥제2항의 규정에 의하여 동행을 한 경우 경찰관은 당해인을 6시간 초과하여 경찰관서에 머물게 할 수 없다.

- 인권보호를 위한 경찰관 직무규칙 제51조(임의동행할 때 유의사항)
 - ② 임의동행을 한 경우에도 필요한 확인이 끝나는 즉시 귀가시켜야 한다.

(라) 관련 판례

○ 임의동행의 제한(대판 1997.8.22. 98도1240)

임의동행은 상대방의 동의 또는 승낙을 그 요건으로 하는 것이므로 경찰관으로부터 임의동행 요구를 받은 경우 상대방은 이를 거절할 수 있을 뿐만 아니라 임의동행 후 언제든지 경찰관서에서 퇴거할 자유가 있다 할 것이고, 경찰관직무집행법 제3조 제6항이 임의동행한 경우 당해인을 6시간 초과하여 경찰관서에 머물게 할 수 없다고 규정하고 있다고 하여 그 규정이 임의동행한 자를 6시간 동안 경찰관서에 구금하는 것을 허용하는 것은 아니다.

(마) 인권보호를 위한 직무가이드

- 임의동행을 한 경우에는 동행 후 6시간 전이라도 필요한 조사나 확인이 끝나는 즉시 귀가시켜야 함은 물론, 조사 등이 끝나지 않았더라도 상대방이 퇴거의사를 밝힌 경우에는 언제든지 즉시 퇴거시켜야 한다.
- 상대방이 아무런 의사표시를 하지 않은 경우에도 경찰관서에 머문 시간이 6시간을 초과하기 전에 경찰관은 그를 귀가조치 시켜야 한다.

다. 고소·고발사건 접수

(1) 고소·고발사건 접수 실태

수사기관은 범죄에 대한 주관적 혐의로 언제든지 수사에 착수할 수 있다. 혐의를 가지게 되는 단서로는 현행범, 고소, 고발 그리고 자수 등이 있다. 고소·고발의 경우 다른 수사의 단서와는 달리 사건의 접수가 되는 순간 수사기관의 범죄인지와 관계없이 바로 수사에 착수하여야 한다. 이 때문에 그 내용이 아주 경미하거나 형사사건의 대상이 되지 않음에도 불구하고 고소·고발장이 접수된 경우 사건조사를 일반사건과 동일하게 처리해야 함으로써 수사업무에 막대한 지장을 초래하고 있는 것이 현실이다. 이러한 실무적 이유로 수사기관 특히, 검찰의 경우 형식상의 요건을 미비한 이유로 ‘고소·고발장’을 ‘진정’으로 격하하여 내사사건으로 취급하는 등 고소·고발사건 처리방식을 변경하고 있으나, 여러 가지 문제점을 안고 있다.

(2) 고소·고발의 형식과 수사기관의 접수

(가) 개요

고소·고발은 고소인 또는 고발인이 서면 또는 구술로서 범죄사실을 신고함으로써 범인의 처벌을 구하는 의사표시를 말한다. 이때 고소·고발은 서면 또는 구술로서 어떤 범죄사실을 지정하여 범인의 처벌을 구하고 있는 것인가를 확정할 수 있으면 된다.

(나) 사례

- 1) 고소 또는 고발사건으로 제출된 서류가 일정한 요건 미비를 이유로 접수를 거부한 경우
- 2) 민원인을 대신하여 경찰관이 지구대 사무실에서 고소장을 대신 작성한 경우
- 3) 피의자 주소지가 아닌 범죄가 발생한 관할 경찰서에 행정관청이 고발한 경우

(다) 관련 법규

- 형사소송법 제238조 /군사법원법 제250조(고소, 고발과 사법경찰관의 조치)
사법경찰관은 고소·고발이 있는 경우 신속하게 사건을 처리하여 검사에게 송부하여야 한다.
- 형사소송법 제237조 /군사법원법 제279조(고소, 고발의 방식)
고소·고발은 서면 또는 구술로서 검사 또는 사법경찰관에게 한다.
- 고소·고발사건 이송 및 수사촉탁에 관한 규칙 제4조(책임수사관서)
사건에 대하여 범죄지, 피의자주소, 거소 또는 현재지 중 어느 1개의 관할권이 있는 한 사건을 접수한 경찰관서가 사건을 이송하지 아니하고 수사촉탁 등 공조수사를 활용하여 수사, 송치함을 원칙으로 한다.
- 범죄수사규칙 제50조(피해신고의 접수)
 - ①경찰관은 범죄에 의한 피해신고를 하는 자가 있을 때에는 관할 구역안의 사건여부를 불문하고 이를 접수하여야 한다.

(라) 관련 판례

○ 고소사실특정(대판 1990.9.28. 90도603)

고소하는 범죄사실의 특징은 고소인의 의사가 구체적으로 어떤 범죄사실을 지정하여 범인의 처벌을 구하고 있는 것인가를 확정할 수만 있으면 된다.

(마) 인권보호를 위한 직무가이드

- 고소는 서면에 의해서만 할 수 있는 것이 아니고 구두에 의해서도 할 수 있기 때문에 고소·고발의 형식이 잘못되었다 하더라도 수사관은 사안을 판단하여 사건을 접수하여야 한다.
- 수사할 대상이 아님이 명백한 민원은 충분히 설명 후 다른 구제절차 안내하고, ‘반려’시에는 반드시 민원인의 동의를 받아 처리하여야 한다.
- 문맹·장애자 등 민원서 작성이 곤란한 경우 무료대서서비스를 제공하여야 하고, 일반적인 경우 무료대서 자체가 위법은 아니나, 구두로 고소를 접수하여 민원인으로부터 고소의 취지를 진술 받아 진술조서를 받은 방법에 의한 사건수사도 가능하다.
- 고소·고발사건은 어느 곳에 근무하는 경찰관이든 우선 접수하여 해당 부서 또는 해당 경찰관서로 이송해야 한다.

(3) 고소·고발사건을 진정사건으로 접수하여 내사종결한 경우

(가) 개요

민원인이 고소·고발장을 수사기관에 접수시켰으나 증거서류 등이 미흡한 경우 이를 정식 고소·고발사건으로 접수해야 하는가가 문제된다.

(나) 사 례

민원인이 ‘고소장’ 또는 ‘고발장’이라는 명칭을 명시하여 자신의 사건을 진정하였으나, 그것을 단순한 ‘진정사건’으로 수리한 경우

(다) 관련 법규

- 형사소송법 제238조 / 군사법원법 제250조(고소, 고발과 사법경찰관의 조치)
사법경찰관은 고소고발이 있는 경우 신속하게 사건을 처리하여 검사에게 송부하여야 한다.

- 검찰사건사무규칙 제141조 / 군경찰사건사무규칙 제127조 제3항
 - ③검사는 고소 또는 고발사건으로 제출된 서류가 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 이를 진정사건으로 수리할 수 있다.
 1. 고소인 또는 고발인의 진술이나 고소장 또는 고발장에 의한 내용이 불분명하거나 구체적 사실이 적시되어 있지 아니한 경우
 2. 피고소인 또는 피고발인에 대한 처벌을 희망하는 의사표시가 없거나 처벌을 희망하는 의사표시가 취소된 경우
 3. 고소 또는 고발이 본인의 진의에 의한 것인지 여부가 확인되지 아니하는 경우
 4. 동일한 사실에 관하여 이중으로 고소 또는 고발이 있는 경우

- 범죄수사규칙 제61조(고소, 고발인 진술조서)
 - ②서면에 의한 고소나 고발을 받았을 때에는 그 취지가 불분명할 때 또는 본인의 의사에 적합하지 아니하다고 인정될 때에는 본인에게 보충서면을 제출하게 하거나 그 진술을 요구하여 진술조서를 작성하여야 한다.

(라) 관련 판례

○ **진정사건종결처분에 대한 헌법재판소 견해(헌재 1990.12.26. 89헌마277)**
진정은 법률로 정한 형식이나 절차에 구애되지 아니하고 진정인이 국가기관 등에 대하여 어떤 요구사항이나 희망사항 또는 의견을 개진하는 것으로서, 검찰 등 수사기관에 대하여 범죄혐의 유무의 조사개시에 대한 사실상의 단서를 제공하는데 그치는 것이다. 진정에 대한 처리결과에 대하여 불만이 있으면 진정인은 따로 고소나 고발을 할 수 있다.

○ **진정사건에 대한 헌법재판소 견해(헌재 1999.1.28. 98헌마85)**

헌법재판소는 ‘고소사건을 검사가 적법한 절차에 따라 고소사건으로 처리하지 아니하고 단순히 진정사건으로 보아 공람종결처분을 하는 것은 부당하다’는 점에 대해서는 재판관 전원의 견해가 일치하였다.

그러나 구체적인 사건의 결론에 있어서 다수(5인)의 의견은 검사의 공람종결처분이 청구인의 평등권과 재판절차진술권을 침해하는 것이어서 취소되어야 한다는 의견을 피력하였으나 헌법소원을 인용하기 위한 의결정족수 6인에는 미치지 못하여 기각되었다.

(마) 해 설

- 1) 헌법재판소는 검사의 경우 고소·고발사건을 진정사건으로 처리할 수 있는 법적인 근거를 검사의 공소권(형사소송법 제246조 및 제247조/군사법원법 제289조 및 제290조: 국가소추주의 및 기소편의주의)에 근거하고 있고, 「검사사건사무규칙」 제141조 및 「군경찰사건사무규칙」 제127조는 여기에 근거하고 있으나,
- 2) 「형사소송법」 제195조 및 「군사법원법」 제228조는 “범죄혐의가 있다고 사료하는 때”에는 수사기관은 “수사하여야 한다”고 규정하고 있어, 그

입법취지는 기소법정주의에 상응하는 수사법정주의를 천명한 것이라고 할 수 있다.

- 3) 더구나 범죄피해자의 입장에서는 자신이 제기한 사건이 수사기관에 의하여 ‘입건’이 되지 않는 한 재정신청이나 헌법소원은 불가능하다는 점에서 전혀 법적인 보호를 받지 못한다.
- 4) 따라서 검사의 경우에도 고소·고발장이 접수된 경우 이를 내사사건으로 처리하기 보다는 보완절차를 거쳐 사건을 접수(입건)하는 방식으로 업무를 처리하는 것이 타당하다.
- 5) 한편, 경찰관의 경우 「형사소송법」 제238조 및 「군사법원법」 제250조에 의거 고소·고발장이 접수되면 반드시 수사하도록 규정되어 있다는 점에서 고소·고발장이 접수되었으나 그 형식면에서 흠결이 있는 경우 고소보충조서를 받아 보완하는 방식으로 업무를 처리하는 것이 타당하다.

(바) 인권보호를 위한 직무가이드

- 고소·고발장의 흠결이 있는 경우 고소고발 보충조서를 받아 보완하는 형식으로 고소·고발을 접수한다.
- 수사할 대상이 아님이 명백한 내용의 고소·고발인 경우 충분히 설명 후 다른 구제절차 안내하고, 민원인의 동의를 받아 처리하여야 한다.

2. 수사의 조건

수사는 인권을 침해할 수 있는 국가공권력을 행사하는 절차이다. 수사기관이 그 근거가 있다고 해서 그 재량으로 수사를 개시하는 것은 인권침해를 그대로 방치하는 결과를 초래한다. 따라서 ‘수사는 일정한 조건을 충족시켰을 때

비로소 가능하다'는 수사조건론은 수사절차상 인권보장을 위한 법 이론으로서의 성격을 가지고 있다.

가. 수사의 필요성

수사는 그 목적을 달성하기 위해 필요한 경우에만 할 수 있다. 이를 수사의 필요성이라 한다. 수사의 필요성이 인정되기 위해서는 수사기관의 범죄혐의 인지, 그리고 소송조건이 구비되어야 한다.

「형사소송법」 제195조에 의하면 수사기관은 범죄혐의가 있다고 사료되면 수사에 착수하여야 한다. 즉, 수사의 개시는 경찰의 재량이 아니라 의무사항이다. 여기서 수사개시의 조건인 범죄혐의는 수사관의 인지를 통한 주관적 의미를 지니고 있다. 그러나 수사기관의 자의적인 개시는 불필요한 기본권 침해를 수반하기 때문에 주관적 범죄혐의는 구체적 사실에 근거하여야 한다.

(1) 사 례

수사관 甲(갑)이 자신의 관할구역 안에서 잇달아 강도사건이 일어나자 관내에 일정한 직업 없이 살고 있는 강도 전과3범인 乙(을)을 신문하기 위하여 경찰서로 출석을 요구한 경우

(2) 해설 및 인권보호를 위한 직무가이드

수사관의 출석요구서는 「형사소송법」 제199조 및 「군사법원법」 제231조에 의거한 임의수사이다. 그러나 경찰관 甲(갑)은 乙(을)에게 전과자라는 이유만으로 강도사건의 혐의를 두었고, 그 밖에 범죄혐의에 대한 구체적인 사실을 갖고 있지 않다. 따라서 을에 대한 출석요구서 발부는 부당한 수사에 해당되는 것이다. 수사개시의 조건인 범죄혐의는 구체적인 단서를 필요로 한다.

나. 수사의 상당성

수사의 필요성이 인정되어도 수사의 수단이 추구하는 목적에 상당하지 않으면 허용되지 않는다. 아무리 정당한 수사목적이라 할지라도 그로 인해 침해되는 피의자의 법익이 수사로서 달성하려는 공익보다 더 중대하다고 판단되는 경우에는 수사기관은 수사절차를 개시해서는 안 된다. 수사의 상당성은 비례의 원칙 중 균형성의 원리에 해당된다.

(1) 사 례

- (가) 수사관 甲(갑)이 길바닥에 떨어진 100원짜리 동전을 줍고도 당국에 신고하지 않고 횡령한 사실을 알고 乙(을)을 점유이탈물횡령죄로 입건하여 乙(을)에게 피의자 신문을 받으려 경찰서에 출석할 것을 요구한 경우
- (나) 수사관 甲(갑)이 직접 은행에서 마이너스대출을 받아 마약 구입자금 1천만원을 乙(을)에게 전달하였고, 乙(을)은 이 돈을 가지고 중국으로 건너가 마약을 구입하여 국내로 밀반입하는 것을 적발하여 구속한 경우
- (다) 수사기관이 미성년자로 하여금 새벽 3시까지 인터넷 채팅을 시켜 성매매를 하러온 남자들을 체포한 경우

(2) 관련 판례

○ 함정수사(대판 2005. 10. 28. 2005도1247)

범의를 가진 자에 대하여 단순히 범행의 기회를 제공하거나 범행을 용이하게 하는 것에 불과한 수사방법이 경우에 따라 허용될 수 있음은 별론으로 하고, 본래 범의를 가지지 아니한 자에 대하여 수사기관이 사술이나 계략 등을 써서 범의를 유발케 하여 범죄인을 검거하는 함정수사는 위법함을 면할 수 없고, 이러한 함정수사에 기한 공소제기는 그 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때에 해당한다.

(3) 해설 및 인권보호를 위한 직무가이드

- 해당범죄에 대하여 비록 범죄혐의가 인정된다 하더라도 수사의 조건인 상당성이 결여될 정도로 극히 경미한 범죄인 경우 수사관의 출석요구는 범죄인지권의 남용에 해당되어 적법성이 없다고 할 것이다.
- 수사의 상당성과 관련해서 특히 문제가 되는 것은 함정수사에 관한 내용이다. 실무적으로 함정수사는 범죄행위가 은밀히 이루어져 검거하기 어려운 마약범죄 혹은 조직범죄에 폭넓게 사용되는 수사기법이다. 그러나 국가가 함정을 이용하여 국민에게 범죄를 범하게 하고 함정에 걸린 국민을 국가가 처벌하기 위해 수사하는 행위를 허용하는 법률규정은 없다. 우리나라 판례는 수사기관이 범죄의사를 가진 자에 대하여 범행의 기회를 주거나 범행을 용이하게 한 것에 불과한 경우에는 수사를 허용하고 있다 (대판 92도 1377). 반면에 법원은 범죄의사를 가지지 않은 자에게 범의를 유발시켜 범죄를 저지르게 하여 범인을 검거하는 수법은 허용하지 않고 있다. (대판 2007도5571)
- 수사기관의 함정수사가 범의를 유발하지 않는다고 해서 모두 허용되는 것은 아니다. 사례 (다)와 같이 수사기관이 함정수사를 함에 있어서 이미 범죄용의가 있는 범법자를 대상으로 수사를 한다하더라도 그 수단 자체가 적절하지 못하다면 수사 수단의 상당성을 위반하게 된다.

3. 수사의 실행

가. 범죄 현장 활동

(1) 개 설

범죄가 발생하면 수사관은 신속하게 현장으로 출동하게 된다. 범죄현장은 범행의 모습을 최대한 반영하고 있다는 점에서 증거의 보고로 불린다. 수사관의 관점에서 보면 현장보존은 그 만큼 중요하다. 그러나 현장보존은 피해자에 대한 응급조치 등 현장의 증거물을 훼손하는 구호활동과의 충돌이 불가피하다. 또한 보존된 현장에서 증거를 수집하는 과학수사는 수사단서를 제공하고 신속, 정확한 범인의 식별과 체포를 가능하게 하는 유용성이 있는 반면에 과학적 증거의 채취과정이나 검사과정에서 기본적 인권에 대한 침해의 위험성이 내재되어 있다.

(2) 범죄 현장 보존과 인권보호 기준

범죄수사는 범죄로 인해 발생한 위험을 예방하는 조치와 직결되어 있는 경우가 종종 있다. 이와 같이 범죄현장에서 또 다른 위험방지를 위한 조치와 수사를 위한 조치가 상호 중복 또는 충돌하는 경우 시민의 안전을 고려하는 예방적 행위에 우선적으로 적용되어야 한다. 특히, 피해자의 생명이나 신체의 완전성은 어떠한 이익과도 비교할 수 없는 존엄성을 지닌다. 이 경우 양자의 균형관계를 고려하는 수사상 비례의 원칙은 적용되지 않는다. 피해자를 포함한 목격자에 대해서도 필요한 경우 신변안전조치를 취해야 한다.

(3) 관련 법규

○ 경찰관직무집행법 제4조(보호조치)

①경찰관은 수상한 거동 기타 주변의 사정을 합리적으로 판단하여 다음 각호의 1에 해당됨이 명백하며 응급의 구호를 요한다고 믿을 만한 상당한 이유가 있는 자를 발견한 때에는 보건의료기관 또는 공공구호기관에 응급 구호를 요청하거나 경찰관서에 보호하는 등 적당한 조치를 할 수 있다.

2. 미아, 병자, 부상자 등으로서 적당한 보호자가 없으며 응급의 구호가 요한다고 인정되는 자. 다만, 당해인이 이를 거절하는 경우에는 예외로 한다.

○ 특정범죄신고자등보호법 제13조(신변안전조치)

검사 또는 경찰서장은 범죄신고자등이나 그 친족 등이 보복을 당할 우려가 있는 경우에는 일정기간동안 당해 검찰청 또는 경찰서 소속공무원으로 하여금 신변안전을 위하여 필요한 조치를 하게 하거나 대상자의 주거지 또는 현재지를 관할하는 경찰서장에게 신변안전조치를 취하도록 요청할 수 있다.

○ 범죄피해자보호규칙 제13조(신변안전조치)

경찰관서의 장은 피해자가 피의자 기타의 사람으로부터 생명신체에 해를 받거나 받을 염려가 있다고 인정되는 때에는 직권 또는 피해자의 신청에 의하여 신변안전에 필요한 조치를 취하여야 한다.

○ 인권보호를 위한 경찰관직무규칙 제5조(피해자 및 신고자 등 보호 원칙)

①경찰관은 피해자의 심정을 이해하고 그 인격을 존중하여, 신체적·정신적·경제적 피해의 회복과 권익증진을 위하여 노력하여야 한다.

②경찰관은 피해자 및 신고자 등의 생명·신체의 안전 및 비밀을 보장하여야 한다.

(4) 인권보호를 위한 직무가이드

- 수사관은 범죄현장에서 최우선 직무로 피해자보호에 최선을 해야 한다.
- 수사관은 성폭력범죄의 수사와 관련하여 피해자의 주소·성명·연령·직업·용모 기타 피해자를 특정하여 파악할 수 있게 하는 인적사항과 사진 등을 공개하거나 타인에게 누설하여서는 안 되며, 성폭력범죄의 소추에 필요한 범죄구성사실을 제외한 피해자의 사생활에 관한 비밀을 공개하거나 타인에게 누설하여서는 안 된다.

나. 과학수사

오늘날 재판에서 자백위주의 증거조사에서 벗어나 물적 증거에 의존하는 성향이 한층 강화되고 있다. 물적 증거를 수집하는 과학적 수사방법은 최신의 과학기술을 수사에 응용한 것으로, 적극적으로 수사단서를 제공하고 신속, 정확한 범인의 식별과 체포를 가능하게 할 뿐만 아니라, 법정에서 유죄입증에 중요한 증거로 활용될 수 있다. 최근 유전자형분석방법은 지문, 혈액형 기타 개인 식별 자료 등의 확보 및 판독이 어려운 경우에도 뛰어난 개인 식별력을 발휘하여 각광받고 있다. 과학적 수사방법이 가장 활발한 곳은 바로 범죄현장이다. 범죄현장의 경우 「형사소송법」 제216조 및 「군사법원법」 제255조 제3항에 의거 긴급을 요할 때 영장 없이 감식활동이 가능하다. 그러나 과학적 수사는 그 유용성의 이면에 과학적 증거의 채취과정이나 검사과정에서 기본적 인권에 대한 침해의 위험성을 내재하고 있다. 특히 신체검사의 경우 피검사자의 건강과 명예를 침해할 우려가 있다는 점에서 더 엄격한 수사비례의 원칙이 적용되어야 한다. 또한 과학수사의 적법절차와 관련하여 감정결과 등에 대한 비밀유지의무가 수사관에게도 부과된다.

가) 과학적 수사결과가 검증의 대상인 경우

(1) 개 요

과학적 수사의 결과물이 증거로 사용되기 위해서는 우선 검증의 대상이거나 감정의 대상이어야 한다. 검증의 대상인 물적 증거는 직접 오관을 통하여 인지가능하나 그 과정에 전문적 지식을 필요로 하지 않는다. 그렇지만 그 수집과정상 인권침해가 일어날 가능성이 많다.

(2) 사 례

- (가) 피의자가 셋방에 살고 있는 경우 피의자를 체포하면서 셋방이외의 집 주인의 주거를 수색하거나 피의자의 가족을 검증의 대상으로 삼는 행위
- (나) 범죄 현장에서 피해자가 동의하지 않음에도 피해자의 신체를 검사한 경우

(3) 관련 법규

○ 형사소송법 제216조 /군사법원법 제225조(영장에 의하지 아니한 강제처분)

①검사 또는 사법경찰관은 제200조의2 및 「군사법원법」 제232조의2(체포 영장에 의한 체포), 제203조의3 및 「군사법원법」 제232조의3(긴급체포), 제201조 및 「군사법원법」 제238조(구속영장에 의한 체포) 또는 제212조 및 「군사법원법」 제248조(현행범체포)의 규정에 의하여 피의자를 체포 또는 구속하는 경우에는 필요한 때에는 영장 없이 다음 처분을 할 수 있다.

2. 체포현장에서의 압수, 수색, 검증

③범행중 또는 범행직후의 범죄장소에서 긴급을 요하여 법원판사의 영장을 받을 수 없는 때에는 영장 없이 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다. 이 경우에는 사후에 지체 없이 영장을 받아야 한다.

(4) 관련 판례

○ 사후영장(대판 1984.3.13. 83도3006)

검증이 범죄현장에서 급속을 요한다는 이유로 압수수색영장 없이 행하여졌으나, 그 후 법원의 사후영장을 받지 않았다면 검증조서는 유죄의 증거로 쓸 수 없다.

(5) 인권보호를 위한 직무가이드

- 체포현장에서의 수색 및 검증의 장소적 범위는 피의자의 신체와 그의 직접적인 지배 아래 있는 장소만 해당된다. 따라서 비록 체포현장이라 하더라도 피의자의 지배력이 벗어나는 장소에 대하여 법원의 영장 없이는 압수 수색이 허용되지 않는다.
- 「형사소송법」 제216조 및 「군사법원법」 제255조 제3항에 의거 긴급한 경우 법원의 영장 없이 검증이 가능하고, 그 검증의 대상에는 제한이 없다. 그러나 범죄현장에서의 영장 없는 압수·수색 및 검증(형사소송법 제216조 및 군사법원법 제255조 제3항)은 체포현장에서의 압수·수색 및 검증에 관한 규정인 제216조 및 「군사법원법」 제255조 제1항 제2호의 보충적인 규정의 성격을 지닌다. 따라서 피해자의 동의가 없는 신체검사는 긴급검증의 장소적 한계인 피의자의 직접적인 지배범위를 벗어난다는 점에서 허용되지 않는다.
- 범죄현장에서 수사관이 영장 없이 적법절차에 따라 검증을 행했다면 반드시 사후검증영장을 발부받아야 한다.

나) 물적증거가 감정의 대상인 경우

(1) 개 요

신체검사의 경우 검증인 신체검사 이외에 전문적 지식과 경험을 요하는 감정(형사소송법 제221조의4 및 군사법원법 제263조)으로서의 신체검사도 있다. 가령 강간 등 성폭력사건의 경우 가해자의 혈액뿐만 아니라 피해자의 신체에서 가해자의 정액 내지 인체분비액 등의 채취가 이루어져야 할 경우가 흔히 발생한다. 이 경우 다른 압수수색 검증과는 달리 인간의 존엄을 침해할 위험성이 훨씬 높다. 감정이 필요한 경우 즉, 감정을 위한 채혈, 채뇨, 감정 증거물의 압수 등을 당사자의 의사에 반하여 시행할 때에는 강제수사로서 형사소송법이 정한 압수수색영장과 감정처분허가장을 법관으로부터 발부받아야 한다.

(2) 사 례

- (가) 피의자가 동의하지 않음에도 불구하고 압수수색영장만으로 강제 채혈한 경우
- (나) 체포된 피의자에 대하여 DNA지문감식을 위하여 체포현장에서 영장 없이 대조시료를 채취한 경우

(3) 관련 법규

○ 형사소송법 제221조의4(감정에 필요한 처분, 허가장)

제221조(감정위촉)의 규정에 의하여 감정위촉을 받은 자는 판사의 허가를 얻어 제173조의 제1항(감정처분)에 규정된 처분을 할 수 있다.

○ 군사법원법 제263조(감정에 필요한 처분허가장)

① 제260조의 규정(감정위촉)에 의하여 감정을 위촉하는 경우에 제213조 제3항의 유치 처분이 필요한 때에는 군판사에게 이를 청구하여야 한다.

○ 범죄수사규칙 제185조(감정의뢰서 등)

① 국립과학수사연구소 등에 감정 의뢰함에 있어서는 감정의뢰서에 의하여 이를 행하여야 한다.

④ 사법경찰관이 감정을 의뢰하거나 위촉하는 경우에 감정에 관하여 타인의 주거 간수자 있는 가옥 건조물 항공기 선박 기차 및 자동차내에 들어가야 하거나, 신체의 검사 사체의 해부 분묘의 발굴 물건의 파괴를 필요로 할 때에는 감정처분허가신청서를 검사에게 제출하여 검사의 요구로 관할 법원 판사의 감정처분허가장을 받아 감정인에게 교부하여야 한다.

(4) 관련 판례

○ 동의나 영장 없는 혈액압수의 적법성(대판 1999.9.3. 98도968)

의료인이 진료목적으로 채혈한 환자의 혈액을 수사기관에 임의로 제출하였다면 그 혈액의 증거사용에 대하여도 환자의 사생활의 비밀 기타 인격적 법익이 침해되는 등의 특별한 사정이 없는 한 반드시 그 환자의 동의를 받아야 하는 것이 아니고, 따라서 그 압수절차가 피고인 또는 피고인의 가족의 동의 및 영장 없이 행하여졌다고 하더라도 이에 적법절차를 위반한 위법이 있다고 할 수 없다.

(5) 인권보호를 위한 직무가이드

○ 강제채혈은 혈액에 대하여 전문적인 의학지식을 적용·분석한 결과를 얻기

위한 것이다. 이런 점에서 감정처분의 성격을 가장 강하게 갖고 있다. 따라서 강제채혈을 하려면 법관이 발부한 압수·수색영장(제215조/군사법원법 제254조)만으로는 부족하고 감정처분허가장(제221조의4/군사법원법 제263조)이 필요하다.

- 의료기관이 적법하게 채취한 혈액의 일부를 수사기관이 임의로 제출 받는 형식으로 점유를 취득한 행위는 대법원 판례를 통해 허용되고 있으나, 개정형사소송법 제308조의2에 규정된 위법수집증거배제법칙에 의거 긴급성이 요구되는 경우가 아니라면 환자의 사생활의 비밀 기타 인격적 법익 보호를 위해 영장을 발부받아 압수하는 방법이 타당하다.
- DNA 지문감식은 단순한 증거물의 압수, 수색, 검증과는 그 성질을 달리 하므로 DNA 지문감식을 위한 대조시료채취는 검사의 청구로 판사가 발부한 압수수색영장 및 감정허가장에 의해서만 허용된다.

다. 탐문수사

(1) 개요

탐문수사는 수사요원이 범인의 발견 및 그 범죄의 증거를 수집하고자 범인 이외의 제3자로부터 범죄에 대한 견문 내지 체험한 사실을 인지하기 위하여 행하는 수사기법이다. 범죄란 사회가 있는 곳에서는 필연적으로 발생하는 사회현상이며 각양각색의 형태로 사회적 이목을 집중시킨다. 이 사회이목 집중은 주변 다수인에게 직·간접으로 그 사건에 대하여 지식이나 경험을 남긴다. 이를 목격하였거나 범죄 사실을 알고 있는 사람들의 경험은 사건해결에 결정적 단서를 제공하는 경우가 있다. 이 때문에 탐문수사는 수사자료 수집

에 있어서 가장 기본적인 방법이고 가장 중요한 수사기법 중 하나로 간주된다. 탐문수사는 대인적 수사이며 면접을 통한 수사방법이다. 그러나 사건과 관련하여 목격자를 찾는 일은 쉽지 않다. 특히 용의자 색출을 위한 탐문수사는 수사관에 의한 주거침입의 문제 혹은 용의자에 대한 개인정보누설로 인한 사생활침해 시비에 휩싸일 가능성이 높다.

(2) 사 례

- (가) 수사관이 탐문을 하면서 용의자의 사실혼 관계에 있던 동거녀에게 범죄혐의와 과거 범죄경력 등 전과사실을 설명한 행위
- (나) 수사관이 범죄사건 용의자로 수사하면서 용의자가 다니던 직업훈련학교에서 알리바이 조사 등을 하여 범죄혐의자라는 사실이 주위에 알려진 경우
- (다) 용의자의 사건과 관계없는 사생활을 탐문하는 행위

(3) 관련 법규

○ 헌법 제17조

모든 국민은 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니한다.

○ 형법 제126조(피의사실공표)

검찰, 경찰 기타 범죄수사에 관한 직무를 행하는 자 또는 이를 감독하거나 보조하는 자가 그 직무를 행하며 지득한 피의사실을 공판청구전에 공표한 때에는 3년이하의 징역 또는 5년이하의 자격정지에 처한다.

○ 인권보호를 위한 경찰관 직무규칙 제9조(개인정보 및 사생활 보호)

①경찰관은 개인정보를 부당하게 열람·취득하거나 직무수행과 관련하여 모든 사람의 명예와 사생활이 침해되지 않도록 하여야 한다.

②경찰관은 직무수행 중 알게 된 개인정보를 본래 목적 외에 사용하여서는 아니되며, 본인 외의 사람에게 누설하여서는 아니된다.

○ **인권보호를 위한 경찰관 직무규칙 제49조(사실확인할 때 유의사항)**

경찰관은 사실확인(내사)을 할 때에는 그 사실이 외부에 알려져 사건관계인이 부당한 피해를 입지 않도록 하여야 한다.

○ **범죄수사규칙 제9조(비밀의 보안)**

수사를 할 때에는 비밀을 엄수하여 수사에 지장을 초래하지 아니하도록 주의하는 동시에 피의자, 피해자 기타 사건 관계자의 명예를 훼손하는 일이 없도록 유의하여야 한다.

(4) 관련 결정례

○ **사생활 비밀과 자유침해(국가인권위 2003.7.7. 02진인1373)**

사생활의 비밀과 자유의 보장은 인격적 존재로서의 인간이 적극적으로는 자신이 원하는 자유로운 사생활과 사적 활동을 영위할 수 있도록 하는 것은 물론이고, 소극적으로는 사생활의 내용·명예·신용 등을 침해받지 아니할 것을 내용으로 하는 것으로 경찰이 진정인의 범죄경력자료를 부당취득하여 제3자에게 누설한 행위는 「헌법」 제17조가 보장하고 있는 진정인의 사생활의 비밀과 자유를 침해한 것으로 판단된다.

○ **전과사실 누설에 의한 인권침해(국가인권위 2006. 3. 23. 06진인82)**

수사기관이 증거를 수집하기 위하여 관계인에게 범죄혐의자에 대한 자료를 요청하는 경우에 범죄혐의 유무나 과거 범죄경력 등을 설명하는 것은 사생활의 비밀 침해에 해당된다.

○ 사생활침해 등에 의한 인권침해(국가인권위 2006. 10. 13. 06진인1070)

수사관이 진정인을 상대로 조사하면서 사인간의 민사분쟁에 부당하게 관여하고, 자신의 사촌형에게 진정인들의 개인정보를 열람토록 한 것은 진정인들의 사생활을 침해한 것으로 인정된다.

(5) 해 설

(가) 수사관이 수사에 있어 관계인에 대해 질의하거나 자료요청 등을 하는 것은 「형사소송법」 제199조 및 「군사법원법」 제231조에 의거 혐의 사실을 조사하여 범죄를 적발하고 그 증거를 수집하기 위한 활동이므로 그 혐의사실과 관련된 자료를 소지한 사람이나 기관에 관련 자료를 요청할 수 있다.

(나) 그러나 수사관이 용의자의 범죄혐의를 수사 중 증거자료를 수집하면서 요청자료의 필요성이나 사용처에 대한 설명만으로 족하고, 범죄혐의자라는 사실이나 출소한 동일수법의 전과자라는 사실 등을 설명하는 것은 증거자료 수집을 위해 필요하고도 부득이한 것이었다고 볼 수 없다.

(다) 수사관이 용의자에 대한 혐의 여부나 출소한 유사범죄의 전과자라는 개인정보에 대한 상세한 설명은 이러한 사실이 주변 사람들에게 알려질 경우 사회생활에 불리한 결과를 초래할 것이 예상 가능하므로, 이는 증거수집을 위한 설명의 범위를 넘어 사생활 침해에 해당한다.

(6) 인권보호를 위한 직무가이드

○ 수사관이 사실 확인을 할 때 그 사실이 외부에 알려져 사건관계인이 명

예훼손 등 부당한 피해를 입지 않도록 유의해야 한다.

- 수사관이 수사를 할 때에는 항상 언동을 삼가고 관계자의 편익을 고려하여 필요 이상으로 불편이나 혐오감 기타의 괴로움을 주는 일이 없도록 유의하여야 한다.

라. 피의자 신문

(1) 피의자신문에 있어서의 인권보장의 중요성

수사단계에서 인권침해가 일어나는 가장 전통적인 유형으로는 수사기관이 피의자에게 고문이나 폭행·협박 등의 가혹행위를 가하는 경우를 들 수 있다. 이러한 침해유형은 결국 수사기관이 피의자로부터 자백을 획득하기 위해 피의자를 상대로 조사하는 과정에서 발생하고 있다. 잘 알려져 있는 박종철 고문치사사건, 권인숙 성고문사건, 김근태 고문사건이나 서울지검고문치사사건 등은 모두가 수사기관이 자백획득을 위해 밀실에서 피의자를 조사하는 과정에서 발생한 참으로 안타까운 사건들이었다.

피의자조사와 관련된 현행법 체계를 살펴보면 헌법적 차원에서 다양한 기본적인 권리를 보장하고 있고, 「형사소송법」은 이러한 헌법정신을 적극적으로 수용하여 구체적인 절차적 규정을 마련하고 있으며, 학설과 판례도 인권보호를 지향하는 방향으로 법을 적극적으로 해석하고 있다.

그러나 과연 우리나라 피의자조사의 현실은 이러한 법체계나 그 해석에 부응하여 인권 보장적으로 운용되고 있는가에 대하여는 부정적인 시각이 여전히 적지 않다. 실무적으로 피의자를 조사하는 절차나 방법에 있어서 출석요

구의 방식이나 진술거부권의 고지절차에 대한 문제점이 제기되고 있으며, 수갑이나 포승을 사용한 피의자조사나 철야에 걸친 조사, 외부와 차단된 밀실에서 조사 등이 문제되고 있다. 또한 피의자조사과정의 폐쇄성으로 인해 피의자조사가 이루어졌던 구체적인 상황을 사후적으로 확인하는 것은 쉽지 않다. 이러한 피의자신문 절차를 외부감시를 통해 투명화하는 방안으로서 선진 각국에서 도입이 주장되고 있는 핵심제도가 바로 변호인참여제와 영상녹화제이다.

(2) 피의자 신문과 변호인참여제도

(가) 개요

「헌법」 제12조 제4항은 변호인의 조력을 받을 권리를 명시하고 있다. 여기서 변호인의 조력을 받을 권리라 함은 무죄추정을 받는 피의자·피고인에 대하여 신체구속의 상황에서 발생하는 갖가지 피해를 제거하고 구속이 악용되지 않도록 하기 위하여 인정하는 권리를 말한다. 그런데 변호인의 조력을 받을 권리를 실질적으로 보장하기 위해서는 피고인 또는 피의자가 변호인과 접견하고 서류 또는 물건을 수수할 수 있는 변호인접견교통권이 인정되어야 한다. 구 「형사소송법」은 구금된 피의자와 피고인에 대한 변호인의 접견교통권을 규정하고 있었는데, 개정 「형사소송법」 제243조의2 및 「군사법원법」 제235조의 2에서 구금되지 않은 피의자에 대하여도 조사 중임을 이유로 변호인의 접견권을 제한할 수 없음을 명시하였다. 이에 따라 수사기관은 피의자에 대한 조사 전후는 물론 조사 중이라도 피의자에 대한 신문을 이유로 변호인의 접견 신청을 거부할 수 없게 되었다.

또한 피의자, 변호인 등은 변호인이 피의자에 대한 신문과정에 참여할 것을 신청할 수 있고, 수사기관은 정당한 사유가 없는 한 피의자에 대한 신문에

변호인을 참여하게 하여야 한다. 신문에 참여한 변호인의 의견진술은 원칙적으로 신문 후에 하도록 하되, 신문 중이라도 부당한 신문방법에 대하여는 이의를 제기할 수 있고, 검사 또는 사법경찰관의 승인을 얻어 의견을 진술할 수 있도록 규정하였다. 또한 검사 또는 사법경찰관은 변호인의 신문 참여 및 그 제한에 관한 사항을 피의자신문조서에 기재하여야 한다.

(나) 사 례

- | |
|---|
| <ol style="list-style-type: none"> 1) 구속된 피의자가 변호인과 접견하고 있는 동안 수사관이 입회한 경우 2) 구속된 피의자가 변호인으로부터 받은 편지를 수사관이 검열하거나 압수한 경우 3) 구속된 피의자가 군 영창 담당자에게 변호인의 접견을 요구하였으나 만나지 못한 경우 4) 구속된 피의자의 변호인이 피의자의 접견을 요구하였으나 수사관이 피의자에 대한 신문이 진행 중임을 이유로 이를 거부한 경우 5) 피의자의 변호인이 피의자에 대한 신문과정에 참여할 것을 신청하였으나 수사기관이 아무런 설명 없이 이를 거절한 경우 6) 성매매 또는 청소년 관련 성범죄 사건조사 시 본인의 의사와 무관하게 피의사실을 출석요구서의 형식으로 소속지휘관에게 통보하는 경우 |
|---|

(다) 관련 법규

○ 헌법 제12조 제4항

누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다.

○ 형사소송법 제243조의2 / 군사법원법 제235조의2 ①,⑤(변호인의 참여 등)

①검사 또는 사법경찰관은 피의자 또는 그 변호인·법정대리인·배우자·직계친족 또는 형제자매의 신청에 따라 변호인을 피의자와 접견하게 하거나 정당한 사유가 없는 한 피의자에 대한 신문에 참여하게 하여야 한다.

⑤검사 또는 사법경찰관은 변호인의 신문참여 및 그 제한에 관한 사항을 피의자신문조서에 기재하여야 한다.

○ 군사법원법 제232조(피의자의 출석요구와 진술거부권의 고지)

①검찰관 또는 군사법경찰관은 수사에 필요할 때에는 피의자의 출석을 요구하여 진술을 들을 수 있다.

(라) 관련 판례

○ 접견교통권의 침해(대판 2003. 1. 10. 2002다56628)

변호인이 피의자를 접견할 때 국가정보원 직원이 승낙 없이 사진촬영을 한 것은 접견교통권 침해에 해당한다. 또한 변호인이 되려는 변호사는 국가정보원에게 변호인이 되려는 의사를 표시함에 있어, 국가정보원이 그 의사를 인식하는 데 적당한 방법을 사용하면 되고, 반드시 문서로서 그 의사를 표시하여야 할 필요는 없다.

○ 접견교통권의 제한(대판 2002. 5. 6. 2000모112)

변호인의 구속된 피고인 또는 피의자와의 접견교통권은(중략), 신체구속을 당한 피고인 또는 피의자의 인권보장과 방어준비를 위하여 필수불가결한 권리이므로, 수사기관의 처분 등에 의하여 이를 제한할 수 없고, 다만 법령에 의하여서만 제한이 가능하다.

○ **접견교통권위반하에 작성된 조서의 증거능력(대판 1990.9.25. 90도1586)**

헌법상 보장된 변호인과의 접견교통권이 위법하게 제한된 상태에서 얻어진 피의자의 자백은 그 증거능력을 부인하는 유죄의 증거에서 실질적이고 완전하게 배제하여야 하는 것인바....(중략), 그 피의자신문조서는 증거능력이 없다.

○ **직권남용에 의한 인권침해(국가인권위 2005.2.28. 04진인3966)**

제○군단 보통군사법원 실무담당자인 피진정인 ○○은 진정인에 대한 국선변호인이 선정·결정되었음에도 업무착오로 헌병대장과 진정인에게 국선변호인 선임사실을 송달·고지해 주지 아니하여, 「헌법」 제12조제4항¹⁾ 단서에 규정된 국선변호인의 조력을 받을 권리를 침해하였다고 판단된다.

(마) 해 설

- 1) 변호인과의 접견교통권은 방해나 감시 없는 자유로운 접견교통을 본질로 하며 피의자와 변호인의 접견내용에 대해 비밀이 보장되어야 한다. 따라서 접견 시 수사관의 입회는 허용되지 아니한다.
- 2) 변호인과의 접견교통권에는 서류 또는 물건의 수수 등이 포함되어 있다. 따라서 피의자가 변호인으로부터 수수한 편지를 수사관이 압수하거나 검열하는 것은 허용되지 않는다.
- 3) 수사기관은 피의자에 대한 조사 전후는 물론 조사 중이라도 피의자에 대한 신문은 이유로 변호인의 접견 신청을 거부할 수 없다.

1) 「헌법」 제12조 ④ 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.

- 4) 개정 「형사소송법」에 의할 경우 피의자, 변호인 등은 변호인이 피의자에 대한 신문과정에 참여할 것을 신청할 수 있고, 수사기관은 정당한 사유가 없는 한 피의자에 대한 신문에 변호인을 참여하게 하여야 한다.
- 5) 군 수사기관에서 사건 입건 시 그 사실을 피의자 소속 인사참모에게 통보한다. 이에 따라 인사상 전역, 전속, 파견 또는 외출·휴가권이 제한될 수 있다. 소속변경 등은 관할이동에 따른 수사상 곤란이 발생하고 수사과정이 복잡해지기 때문이고, 외출·휴가의 제한은 유사시 추가사고 발생위험과 신병확보에 어려움이 예상되기 때문이다. 그러나 이러한 관행은 수사의 편의를 위한 것이고 무죄추정의 원칙에 반하기 때문에 지양되어야 한다.

(바) 인권보호를 위한 직무가이드

- 피의자·피고인의 변호인 접견교통권은 법률상 아무런 제약 없이 인정되는 권리로 법원의 결정에 의해서도 제한될 수 없는 권리이다.
- 변호인과의 접견을 수사상 필요하다는 이유로 제한해서는 안 된다.
- 변호인 접견 시 수사관의 입회나 접견내용에 대한 녹취 및 청취는 금지된다.
- 피의자 신문 시 피의자 혹은 변호인이 신문과정 참여를 신청한 경우 변호인 참여를 원칙적으로 허용해야 한다.
- 유죄 확정판결 전까지 피의자 또는 피고인은 무죄로 추정된다. 또한 군의 특성상 피의사실을 지휘관에게 알릴 경우 피의자 또는 피고인에게 심대한 불이익이 있을 수 있으므로 주의하여야 한다. 실무적으로 「군사법원법」 제232조만을 적시하여야 할 것이다.

(3) 영상녹화제도

(가) 개 요

개정 「형사소송법」을 통해 도입된 영상녹화제도는 (1) 피의자의 진술을 그대로 옮길 수 있고 (2) 사건의 자세한 내막을 빠짐없이 담을 수 있으며 (3) 회유나 강압 등 수사과정에 대한 시비를 불식시킬 수 있고 (4) 수사단계에서 사건의 진상을 명백히 하는 데 유리하며 (5) 수사과정을 생생하게 법원에 전달할 수 있다는 등의 장점으로 인해 장차 수사기관에 의한 조사과정을 투명화하면서도 사후통제의 역할을 수행함으로써 형사소송에서 진실발견을 촉진할 뿐만 아니라 적정절차를 보장할 수 있는 수단으로서의 역할을 담당할 것으로 기대된다.

개정 「형사소송법」에 의하면 피의자 진술을 영상녹화 하는 경우에는 피의자에게 미리 영상녹화사실을 고지한 후 조사의 개시부터 종료까지의 전 과정 및 객관적 정황을 영상녹화 하여야 하며, 참고인의 진술을 영상녹화 하는 경우에는 참고인의 동의를 얻어 영상녹화를 할 수 있다. 참고인 진술을 영상녹화 하는 경우 조사의 개시부터 종료까지의 전 과정과 객관적 정황을 모두 영상녹화 해야 하는지에 관해서는 「형사소송법」에 명문 규정이 없으나 피의자 진술에 대한 영상녹화에 준해서 실시하는 것이 바람직하다고 판단된다.

(나) 사 례

- 1) 수사기관이 피의자를 신문하던 중에 영상녹화를하기로 결정하고 영상 녹화를 실시한 경우
- 2) 수사기관이 피의자를 신문하면서 피의자 몰래 영상녹화를 한 경우
- 3) 수사기관이 피의자의 동의 하에 피의자 신문과정에 대한 사전 녹화연습을 한 후 영상녹화를 한 경우
- 4) 수사기관이 참고인에 대해 진술조서 작성 과정에 대한 영상녹화의 통지 후 참고인의 반대에도 불구하고 이를 영상녹화 한 경우

(다) 관련 법규

○ 형사소송법 제244조의2 / 군사법원법 제236조의2 ①(피의자진술의 영상녹화)

① 피의자의 진술은 영상녹화 할 수 있다. 이 경우 미리 영상녹화사실을 알려 주어야 하며, 조사의 개시부터 종료까지의 전 과정 및 객관적 정황을 영상 녹화 하여야 한다.

(라) 관련 판례

○ 영상녹화물의 증거능력(서울남부지법 2007.6.20. 2006고단3255)

검사 작성의 피고인에 대한 피의자신문조서의 제출 없이 피고인의 검찰에서의 진술을 녹화한 영상녹화물 만이 유죄의 증거로 제출된 경우, 이는 형사소송법(2007. 6. 1. 법률 제8496호로 개정되기 전의 것) 제244조에서 규정한 바와 같이 피의자의 진술은 반드시 조서에 기재하도록 하고 오기 여부를 확인한 다음 피의자로 하여금 그 조서에 간인하게 하며 서명 또는 기명날인하도록 하여 피고인이 될 피의자에 대한 수사절차를 엄격히 규제하고 이 같은 절차를 거쳐 작성된 증거만 유죄의 증거로 법정에 제출하도록 하고 있는 형사소송법의 취지를 잠탈하는 부적법한 증거로서 증거능력이 없다.

(마) 해설

「형사소송법」 제244조의2 및 「군사법원법」 제236조의2 ①에 의거 녹화된 피의자의 진술에 대한 영상녹화물은 제312조 및 군사법원법 제365조 제2항에서 규정한 바와 같이 피고인이 공판기일에 검사 작성의 피의자신문조서의 성립의 진정을 부인하는 경우에 그 조서에 기재된 진술이 피고인이 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음을 객관적으로 증명하기 위한 증거로서만 쓸 수 있을 뿐 피의자신문조서를 갈음하는 독자적인 유죄의 증거로 쓸 수 없다는 점을 명문화하고 있다. 특히, 사법경찰관이 작성한 영상녹화물은 피의자가 동의하지 않는 한 증거로서 사용이 불가능하다.

- 1) 수사기관이 피의자 진술을 영상 녹화하는 경우 조사의 개시부터 종료까지의 전 과정 및 객관적 정황을 영상 녹화하여야 한다.
- 2) 수사기관은 피의자에게 사전 통보를 한 후 영상녹화를 하여야 하며, 피의자 몰래 영상녹화를 해서는 아니 된다.
- 3) 수사기관이 피의자 진술을 영상녹화하는 경우 조사의 개시부터 종료까지의 전 과정 및 객관적 정황을 영상녹화하여야 한다. 따라서 사전연습 후 영상녹화를 하는 것은 허용되지 아니한다.
- 4) 참고인 진술에 대한 영상녹화는 참고인에 대한 통지로는 부족하며 그의 사전 동의를 얻어서 실시하여야 한다.

(바) 인권보호를 위한 직무가이드

- 영상녹화절차는 녹화의 신뢰성을 떨어뜨리지 않는 방법으로 진행되어야 하며, 촬영 전 사전예행연습행위는 중대한 촬영방식 위반에 해당된다.

- 피의자의 진술에 대한 영상녹화는 영상녹화사실을 피의자에게 미리 알려 준 후에 실시하여야 한다.
- 피의자의 진술에 대한 영상녹화는 조사의 개시부터 종료까지의 전 과정 및 객관적 정황을 영상녹화하여야 한다
- 참고인의 진술에 대한 영상녹화는 참고인의 동의 하에 조사의 개시부터 종료까지의 전 과정 및 객관적 정황을 영상녹화하여야 한다.

4. 강제수사

가. 미란다고지

(1) 개요

‘미란다원칙(Miranda Rule)’이란 수사기관 종사자가 피의자를 연행하고 조사함에 있어 피의자에게 변호사를 선임할 수 있는 권리와 묵비권을 행사할 권리, 모든 발언이 법정에서 불리하게 작용할 수 있다는 것을 미리 고지해 주어야 한다는 법칙을 말한다. ‘미란다 원칙’이 우리 「형사소송법」에 도입된 것은 1987년의 형사소송법 개정에서부터이며, 1997년 구속영장실질심사제도가 도입되면서 이 사실에 대한 고지의 의무도 부여하고 있다. 그러나 비교적 최근까지 체포나 구속 시 수사기관이 미란다원칙대로 피의사실의 요지와 변호인 선임권을 고지하는 경우는 드물었다. 심지어는 영장조차 제시하지 않고 체포, 구속하는 사례도 발생하고 있다. 이와 같이 피의자의 권리를 고지하지 않은 수사기관의 행위는 정당하게 행사할 수 있는 방어권을 침해하는 행위에 해당되고 그에 기초한 조서의 증거능력도 부정된다. 입법자는 「형사소송법」 제200조의5 및 「군사법원법」 제232조의5를 신설하고 제209조 및 「군사법원법」 제246조를 개정하여 검사 또는 사법경찰관이 피의자를 체포

또는 구속하는 경우에는 피의사실의 요지, 체포의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 말하고 변명할 기회를 주도록 명시하고 있으며, 개정 「형사소송법」 제244조의3에서는 검사 또는 사법경찰관이 피의자를 신문하기 전에 진술거부권과 변호인의 조력을 받을 권리의 고지 방법 및 절차 등 미란다원칙의 준수를 상세하게 규정해 두고 있다.

(2) 사 례

가) 수사관 甲(갑)이 피의자 A를 범죄단체조직혐의로 수사를 하면서 그 범죄사실에 관하여 피의자 A가 진술하는 장면과 내용을 비디오로 녹화하였으나, 피의자 A에게 진술거부권을 사전에 고지하지 아니한 경우
나) 수사관 乙(을)은 출석요구를 받고 경찰서에 출석한 피의자 B에게 구인장의 앞면을 제시하면서 영장실질심사용 구인장이 발부된 사실과 향후 절차에 대해서 설명하면서 범죄사실의 요지, 변호인선임권 등에 대해서 아무런 고지를 하지 않았으나 피의자출석요구 및 신문조서 작성 시 범죄사실 및 변호인선임권을 고지한 바가 있는 경우

(3) 관련 법규

○ 헌법 제12조

②모든 국민은 고문을 받지 아니하며, 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니한다.

⑤누구든지 체포 또는 구속의 이유와 변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 고지받지 아니하고는 체포 또는 구속을 당하지 아니한다. 체포 또는 구속을 당한 자의 가족등 법률이 정하는 자에게는 그 이유와 일시·장소가 지체 없이 통지되어야 한다.

○ 형사소송법 제200조의5 /군사법원법 제232조의5 (체포와 피의사실 등의 고지)
검사 또는 사법경찰관은 피의자를 체포하는 경우에는 피의사실의 요지, 체포의
이유와 변호인을 선임할 수 있음을 말하고 변명할 기회를 주어야 한다.

○ 형사소송법 제244조의3 /군사법원법 제236조의3(진술거부권 등의 고지)

①검사 또는 사법경찰관은 피의자를 신문하기 전에 다음 각 호의 사항을
알려주어야 한다.

1. 일체의 진술을 하지 아니하거나 개개의 질문에 대하여 진술을 하지 아
니할 수 있다는 것
2. 진술을 하지 아니하더라도 불이익을 받지 아니한다는 것
3. 진술을 거부할 권리를 포기하고 행한 진술은 법정에서 유죄의 증거로
사용될 수 있다는 것
4. 신문을 받을 때에는 변호인을 참여하게 하는 등 변호인의 조력을 받을
수 있다는 것

○ 사법경찰관리집무규칙 제23조 제5항(영장의 집행)

⑤사법경찰관리는 피의자를 체포·구속하는 때에는...(중략), 피의자에게 피
의사실의 요지, 체포·구속의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 고지하고
변명의 기회를 준 후 피의자로부터 확인서를 받아 사건기록에 편철하여야
한다.

(4) 판례 및 결정례

○ 진술거부권 불고지와 조서의 증거능력(대판 1992.6.23, 92도682)

형사소송법 제200조 제2항(참고: 1997. 6. 1. 개정 이전의 형사소송법)은
검사 또는 사법경찰관이 출석한 피의자의 진술을 들을 때에는 미리 피의

자에 대하여 진술을 거부할 수 있음을 알려야 한다고 규정하고 있는바, 이러한 피의자의 진술거부권은 헌법이 보장하는 형사상 자기에 불리한 진술을 강요당하지 않는 자기부죄거부의 권리에 터잡은 것이므로 수사기관이 피의자를 신문함에 있어서 피의자에게 미리 진술거부권을 고지하지 않은 때에는 그 피의자의 진술은 위법하게 수집된 증거로서 진술의 임의성이 인정되는 경우라도 증거능력이 부인되어야 한다.

○ **미란다원칙 불고지와 인권침해(국가인권위 2003.2.24. 02직인2, 02진인 1882, 1889, 1891)**

범죄혐의의 상당성, 필요성, 긴급성과 같은 긴급체포의 요건이 결여된 상태에서 피해자들을 긴급체포하면서 그 체포과정에서도 범죄사실의 요지, 체포이유, 변호인의 조력을 받을 권리 등을 고지하지 않은 것과 살인사건의 실제적 진실발견만을 앞세워 피해자들을 조사하면서 자백을 강요하며 변호인의 조력을 받을 권리, 체포적부심을 청구할 권리, 진술거부권 등 피해자들의 권리의 행사를 방해한 것은 「헌법」 제12조 신체의 자유를 침해한 것으로 「국가인권위원회법」 제30조 제1항 소정의 인권침해행위에 해당한다.

(5) 해설 및 인권보호를 위한 직무가이드

○ **미란다 고지의무를 준수해야 한다.**

기존의 「형사소송법」은 피의자의 구속에 관한 규정에서 미란다원칙에 관한 규정을 찾을 수 없고, 수사기관 종사자마저도 「형사소송법」에 미란다고지와 관련된 규정이 없다고 오해할 정도로 조문 자체를 쉽게 인식되지 아니하는 문제가 발생했으나, 이를 해결하기 위하여 2007. 6. 1. 자 「형사소송법」 개정을 통하여 제200조의5 및 「군사법원법」 제232조의5

에서 수사기관의 피의자 체포 시 피의사실 등을 고지하도록 의무화 하고 있고, 제209조 및 「군사법원법」 제246조에서는 제200조의5 및 「군사법원법」 제232조의5를 수사기관의 피의자 구속에 관하여 준용하고 있으며, 제244조의3 및 「군사법원법」 제236조의3은 수사기관이 피의자를 신문하기 전에 진술거부권, 변호인선임권 등을 고지하도록 명문으로 규정하고 있는 바, 이를 준수하여야 한다.

○ 수사진행 단계별로 미란다원칙을 고지해야 한다

우리나라 대법원은 이미 1992년부터 피의자의 진술거부권을 침해하여 얻은 피의자 진술의 증거능력을 부정하고 있는 바, 피의자의 신체를 확보하는 단계, 피의자의 신체를 확보한 이후 신문하는 단계, 구속영장실질심사를 위하여 피의자를 구속하는 단계마다 각각 피의자에게 진술거부권을 고지함으로써 형사절차에 있어서의 적정절차의 원칙이 보장된 가운데서 실제적 진실이 발견되도록 노력하여야 한다.

나. 체 포

(1) 개 요

범죄자의 체포는 영장에 의한 체포를 원칙으로 하는 영장주의가 우리 법의 입장이다. 영장 없이 체포하는 경우는 현행범에 대한 체포와 긴급체포가 있다. 현행범은 범행의 명백성이 인정되는 경우에 사인에 의한 체포도 가능한 것으로 별 문제가 되지 않으나 인권의 보호와 관련하여 문제되는 것은 긴급체포의 경우이다. 긴급체포는 중대한 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 피의자를 수사기관이 법관의 체포영장을 발부 받지 않고 체포하는 것을 말한다. 긴급체포를 인정하는 이유는 영장주의의 원칙을 일관함에

따라 중대한 범죄를 범한 범인을 놓치는 것을 방지하는데 있다. 따라서 수사관은 긴급체포시 자신의 책임하에 긴급체포의 요건의 충족여부를 신중하게 결정하여야 한다.

(2) 사 례

가) 경찰관 4명은 A를 절도혐의로 긴급체포할 의사로 A의 집 부근에서 잠복근무를 한 끝에 새벽에 집으로 귀가하는 A를 발견하였다. 혐의 사실을 완강히 부인하는 A에게 경찰관들은 동행거부를 고지함이 없이 임의동행을 요청하여 경찰서로 데리고 가서 대질신문을 진행하였고 임의동행이 이루어진 6시간 상당이 경과한 후 피고인에게 범죄사실의 요지, 긴급체포의 이유, 변호인선임권 등을 고지하고 긴급체포하였다. 이후 A는 관리가 소홀한 틈을 이용하여 경찰서를 빠져나가 도주한 경우

나) 경찰관 甲은 서울 서초구 양재동 소재 '시민의 숲'속에 세워진 영업용 택시에 탄 사람을 불심검문하려고 택시에 다가가서 문을 열고 뭐하는 것이냐고 묻자 함께 위 택시에 타고 있던 丙은 이야기를 하고 있다고 하고, 乙女는 아무런 말없이 고개를 숙이고 있다가 따로 불러내어 물어 보자 "아저씨가 못된 짓을 하였다"하여, 택시 안에서 폭행 또는 협박을 당한 흔적, 성교의 흔적을 확인함이 없이 丙을 긴급체포한 경우

(3) 관련 법규

○ 헌법 제12조

① 모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.

○ 형사소송법 제200조의3 /군사법원법 제232조의3(긴급체포)

①검사 또는 사법경찰관은 피의자가 사형·무기 또는 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있는 경우에 긴급을 요하여 지방법원판사의 체포영장을 받을 수 없는 때에는 그 사유를 알리고 영장 없이 피의자를 체포할 수 있다. 이 경우 긴급을 요한다 함은 피의자를 우연히 발견한 경우 등과 같이 체포영장을 받을 시간적 여유가 없는 때를 말한다.

1. 피의자가 증거를 인멸할 염려가 있는 때
2. 피의자가 도망하거나 도망할 우려가 있는 때

○ 형사소송법 제214조 /군사법원법 제251조(경미사건과 현행범인의 체포)

다액 50만원이하의 벌금, 구류 또는 과료에 해당하는 죄의 현행범인에 대하여는 범인의 주거가 분명하지 아니한 때에 한하여 제212조 내지 제213조(군사법원법 제248조 내지 제250조)의 규정을 적용한다.

(4) 판례

○ [대판 2002.6.11, 2000도5701]

형사소송법 제200조의3 제1항의 요건을 갖추지 못한 긴급체포는 법적 근거에 의하지 아니한 영장 없는 체포로서 위법한 체포에 해당하는 것이다. 여기서 긴급체포의 요건을 갖추었는지 여부는 사후에 밝혀진 사정을 기초로 판단하는 것이 아니라 체포 당시의 상황을 기초로 판단하여야 하고, 긴급체포 당시의 상황으로 보아서도 그 요건의 충족여부에 관한 검사나 사법경찰관의 판단이 경험칙에 비추어 현저히 합리성을 잃은 경우에는 그 체포는 위법한 체포라 할 것이다.

○ 자진출석한 피의자에 대한 긴급체포(대판 2006.9.9, 2006도148)

피고인 00이 임의수사에 대한 협조를 거부하고 자신의 혐의사실에 대한 조사가 이루어지기 전에 퇴거를 요구하면서 검사의 제지에도 불구하고 퇴거하였다고 하여 도망할 우려가 있다거나 증거를 인멸할 우려가 있다고 보기도 어려우므로, 위와 같이 긴급체포를 하려고 한 것은 그 당시 상황에 비추어 보아 형사소송법 제200조의3 제1항의 요건을 갖추지 못한 것으로 쉽게 보여져 이를 실행한 검사 등의 판단이 현저히 합리성을 잃었다고 할 것이다. 따라서 검사가 위와 같이 검찰청에 자진출석한 피고인 00을 체포하려고 한 행위를 적법한 공무집행이라고 할 수 없다.

○ 체포과정에서의 가혹행위 등(국가인권위 2003.6.16. 03진인682)

체포이유에 대한 고지도 없이 도주나 흉기사용의 위험이 표출되지도 않았음에도 불구하고 진정인을 선제 폭행하여 긴급체포한 것은 적법절차에 의한 정당한 범집행으로 볼 수 없고, 강력범죄피의자의 체포라는 목적에 비추어 보아도 필요 이상의 과도한 물리력의 행사라고 판단된다.

(5) 해 설

가) A에 대한 임의동행은 경찰관들의 심리적 압박 하에서 이루어진 것으로 임의성을 결여하였으므로 그 실질은 체포에 해당하며, 당시 영장을 발부받지도 않은 채 체포의 이유와 변호인선임권 등을 고지하는 등 긴급체포에 필요한 절차적 요건도 준수하지 않은 이상 위 강제연행은 불법체포에 해당하고, 임의동행 이후 경찰서에서 이루어진 긴급체포도 「형사소송법」의 요건을 충족시키지 못하기에 불법이며, 따라서 A는 불법체포된 자로서 도주죄의 주체에 해당되지 아니한다.

나) 검문 당시 乙女가 丙으로부터 어떠한 폭행이나 협박을 당한 흔적이나 반항의 흔적, 성행위의 흔적이 없었고 단지 乙女를 따로 불러내어 물어 보자 丙이 못된 짓을 하였다고만 말한 경우 이러한 사정만으로는 객관적 상황에 의하여 丙이 강간죄의 범행을 종료한 직후임이 명백히 인정되는 경우라고 보기 어려운 상황임에도 불구하고 긴급체포를 하였다는 점에서 부당한 신체의 구속이라 할 것이다.

(6) 인권보호를 위한 직무가이드

- 현행범체포에 있어서 50만원 이하의 법정형에 해당하는 경미범죄자에 대해서는 그가 아무리 현행범이라 하더라도 주민등록증과 같은 명확한 신분증을 제시하는 경우에는 강제연행 하여서는 안 된다.
- 긴급체포에 있어서 그 법정형이 “...이하의 자유형에 처한다”는 형식과 그 법정형벌의 숫자가 3년보다 낮은 것이 적지 않은 행정형법(특별형법)의 위반사범에 대해서는 그가 아무리 도주 또는 증거인멸의 우려가 있더라도 사법경찰은 그를 강제연행 하여서는 안 된다.
- 현행범체포와 긴급체포의 경우에도 이를 집행하는 수사관은 엄격한 절차요건을 준수하여야 한다. 예컨대 수사기관은 범죄사실의 요지, 체포의 이유, 변호인 선임권을 고지하여야 하고 변명의 기회를 부여하여야 한다.
- 체포된 자를 유치할 경우에는 변호인 있는 경우에는 변호인에게, 변호인 없는 경우에는 가족에게 지체 없이(경찰청의 범죄수사규칙 제122조에 의하면 24시간 이내에) 통지하여야 한다.
- 체포되어 유치장에 유치된 피의자에 대해서 수사관은 변호인과의 접견교통권을 절대적으로 보장하여야 한다. 특히 범죄수사규칙에 의하면, 변호인 또는 변호인이 되려는 자로부터 구속된 피의자와의 접견·서류 또는 물건의 수수·수진의 신청이 있을 때에는 친절하게 응하여야 한다.

다. 영장 없는 압수·수색

압수·수색도 원칙적으로 영장에 의해 실시하여야 하며, 영장 없이 실시할 수 있는 압수·수색은 예외적인 경우이다. 압수·수색은 인신의 자유를 구속하는 체포와는 달리 신체의 자유에 대한 직접적 제한을 가하는 것은 아니지만 주거의 평온 등을 해하는 것으로서 엄격하게 제한되어야 한다. 개정 「형사소송법」은 긴급한 경우 수사기관이 먼저 압수·수색을 하고 사후에 영장을 발부받아야 하는 경우와 영장에 의하지 아니한 압수·수색으로 구분하고 있다.

(1) 사후 압수·수색영장을 발부받아야 하는 경우

(가) 개 요

수사상 압수·수색은 사전영장에 의하는 것이 원칙이지만, 긴급한 경우에는 수사기관이 먼저 압수·수색을 행하고 사후에 법관으로부터 영장을 발부받는 경우가 있다. 이에 해당하는 예로는 긴급체포 상황하에서의 압수·수색(형소법 제217조 및 군사법원법 제256조)과 현행범 상황하에서의 압수·수색(형소법 제216조 및 군사법원법 제255조 제3항)이 있다.

긴급체포된 현장에서의 압수·수색은 「형사소송법」 제216조 및 「군사법원법」 제255조 제1항 제2호에 의해서도 영장 없이 할 수 있다. 그러나 긴급체포된 사실이 밝혀질 경우 피의자와 관련된 자들이 증거물을 은닉하는 것을 방지하기 위하여 「형사소송법」 제217조 및 「군사법원법」 제256조에서 긴급성의 요건을 구비한 경우에 긴급압수를 인정하되 사후에 압수영장을 받도록 규정하고 있다.

특히, 개정 「형사소송법」 제217조 제1항에서는 ‘긴급히 압수할 필요가 있는 경우’라는 긴급성의 요건을 추가하여 긴급압수·수색으로 인한 부당한 인권침해의 소지를 최소화하고 있다.

또한 현행범 상황 하에서의 압수·수색(형소법 제216조 및 군사법원법 제255조 제3항)은 수사기관이 범죄의 신고를 받고 그 현장에 도착했을 때 피의자는 이미 도주한 경우가 적지 않지만 이러한 범행 장소에는 통상적으로 범죄에 관한 증거가 많아 압수·수색의 필요성과 증거인멸의 방지를 위한 압수·수색의 긴급성을 인정하여 사후영장에 의한 압수·수색을 인정하고 있다.

긴급체포 상황 하에서의 압수·수색이든 현행범 상황 하에서의 압수·수색이든 사후영장을 발부받지 못한 때에는 압수한 물건은 즉시 환부하여야 하며 그 처분 시에 작성한 압수조서·수색조서의 증거능력은 부정된다.

(나) 사례

수사관 A는 긴급체포의 요건 하에서 2006. 12. 20. 피의자 甲(갑)을 영장 없이 체포하여 신문한 결과 甲(갑)은 범행사실 일체를 자백하면서 甲(갑)의 집 장롱에 범행에 사용된 물건이 있다는 사실도 진술하였다. 이에 수사관 A는 그 다음 날인 2006. 12. 21. 검사에게 구속영장을 신청하면서 영장없이 甲(갑)의 집에 들어가 범행에 사용된 물건을 압수하였다. 피의자 甲(갑)에 대해서는 2006. 12. 22. 구속영장이 발부되었지만, 수사관 A가 구속영장이 발부되는 당일에도 피의자 甲(갑)의 집을 영장없이 들어가 수사에 필요한 물건을 압수한 경우

(다) 관련 법규

○ 헌법 제12조 제3항 단서

다만, 현행범인 경우와 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때에는 사후에 영장을 청구할 수 있다.

○ 형사소송법 제216조 및 군사법원법 제255조 제3항 (영장에 의하지 아니한 강제처분)

③범행중 또는 범행직후의 범죄 장소에서 긴급을 요하여 법원판사의 영장을 받을 수 없는 때에는 영장없이 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다. 이 경우에는 사후에 지체없이 영장을 받아야 한다.

○ 형사소송법 제217조 및 군사법원법 제256조 (영장에 의하지 아니하는 강제처분)

①검사 또는 사법경찰관은 제200조의3에 따라 체포된 자가 소유·소지 또는 보관하는 물건에 대하여 긴급히 압수할 필요가 있는 경우에는 체포한 때부터 24시간 이내에 한하여 영장 없이 압수·수색 또는 검증을 할 수 있다.

②검사 또는 사법경찰관은 제1항 또는 제216조 제1항 제2호에 따라 압수한 물건을 계속 압수할 필요가 있는 경우에는 지체 없이 압수수색영장을 청구하여야 한다. 이 경우 압수수색영장의 청구는 체포한 때부터 48시간 이내에 하여야 한다.

(라) 판례

○ 사후영장을 발부받지 못한 사법경찰관 작성의 검증조서 및 압수조서의 증거능력(대판 1990.9.14. 90도1263)

사법경찰관 작성의 검증조서는 범죄현장에서 급속을 요한다는 이유로 압수수색영장 없이 행하여졌고 그 후 법원의 사후영장을 받은 흔적이 없다.

따라서 이 검증조서는 유죄의 증거로 쓸 수 없는데다가 설사 피고인이 동의하여 증거능력이 있다 하더라도 위 검증조서로도 피고인의 이권 범행을 인정할 도리는 없다고 생각되며 또 압수조서도 그와 같은 물건들이 현장에서 압수되었다는 사실 외에 피고인의 범행사실을 인정할 만한 증거가치는 없는 것이다.

- 압수목록 미교부에 의한 인권침해(국가인권위 2006. 3. 23. 05진인3792)
피진정인이 진정인의 집을 영장 없이 압수수색 하면서 압수목록이나 압수증명서를 교부하지 않은 것은 범죄수사규칙 제109조, 형사소송법 제128조 및 제129조 및 헌법 제12조에 명시된 적법절차를 위반하여 진정인의 인권을 침해한 것으로 판단되어 피진정인의 소속기관장에게 재발을 방지하기 위하여 필요한 조치의 이행을 권고한다.

(마) 해 설

2007. 6. 1. 자 「형사소송법」 개정 이전에는 긴급체포 후 구속영장청구기간(48시간) 동안 긴급압수·수색이 가능하였으나, 개정 「형사소송법」은 영장 없이 압수·수색할 수 있는 기간을 24시간으로 한정해두고 있다. 따라서 24시간이 지난 때에는 구속영장이 발부되었는가의 여부를 불문하고 영장없이 압수·수색을 할 수 없다. 수사관 A는 긴급체포 후 24시간이 지난 시점에서 영장 없이 압수를 하였으므로 그 압수는 적법하지 못하다.

(바) 인권보호를 위한 직무가이드

- 수사관은 개정 「형사소송법」 제217조 제1항에서 긴급압수·수색의 요건으로 ‘긴급성’이 명시되어 있는 점을 유의하여 긴급성의 요건이 존재할 경우에만 긴급압수·수색을 실시하여야 하며 긴급압수·수색을 남용하여 부당한 인권침해가 없도록 주의를 기울여야 한다.

- 수사관이 긴급압수·수색을 실시함에 있어 「형사소송법」 개정을 통하여 긴급 압수·수색이 가능한 시한이 24시간으로 명시되었다는 점과 긴급체포 후 압수한 물건을 계속 압수할 필요가 있는 경우에는 지체없이 압수·수색영장을 청구하되, 그 시한을 체포한 때부터 48시간 이내로 한정하고 있는 점에 유의하여 인권침해가 없도록 주의하여야 한다.

(2) 사후 압수·수색영장이 필요없는 경우

(가) 개 요

수사관은 영장에 의한 체포나 긴급체포 또는 현행범을 체포하는 경우와 구속영장에 의하여 구속하는 경우에 필요한 때에는 영장없이 압수·수색할 수 있다.

영장 없는 압수·수색과 관련하여 특히 문제가 되는 것은 체포현장에서의 압수·수색이다. 이 경우 압수·수색은 체포와 시간적 장소적 근접성을 요한다는 것은 이론의 여지가 없다. 그러나 어느 정도의 시간적 장소적 근접성을 요하는가와 피의자를 체포할 것을 요하는가에 대하여는 논란이 많다. 이와 관련해서 체포할 피의자가 있는 장소에서 압수·수색한 이상 체포의 전후나 그 성공여부는 불문하고, 먼저 체포에 착수한 때에는 피의자가 도주한 경우에도 압수·수색이 허용된다고 해석함이 타당하다,

또한 압수·수색에 대한 제한은 위법수집증거배제법칙의 명문화를 통해 더욱 강화된다. 최근까지 위법한 절차에 의하여 수집된 증거의 증거능력과 관련하여 대법원은 비진술증거인 증거물이 위법절차에 의해 획득되었을 경우 압수한 증거물의 증거능력은 인정하고 있다(대법원 1994.2.8, 93도3318). 그러나 개정 형사소송법은 위법수집증거배제법칙(개정 형사소송법 제308조의2 및 군사법원법 제359조의2)을 채택함으로써 적법한 절차를 따르지 않고 수집된 증거물에 대하여 증거능력을 부정하겠다는 점을 명백히 밝히고 있다.

(나) 사 례

살인혐의로 구속영장이 발부된 甲(갑)은 여러 명의 형제들 가운데 한 명인 乙(을)의 집에 숨어있다. 수사관 A는 甲(갑)을 체포하기 위하여 수색영장 없이 막연히 乙(을)의 집으로 들어가 수색한 경우

(다) 관련 법규

○ 형사소송법 제216조 /군사법원법 제255조(영장에 의하지 아니한 강제처분)

① 검사 또는 사법경찰관은 제200조의2·제200조의3·제201조 또는 제212조(군사법원법 제232조의2, 제232조의3, 제238조 또는 제248조)의 규정에 의하여 피의자를 체포 또는 구속하는 경우에 필요한 때에는 영장없이 다음 처분을 할 수 있다.

1. 타인의 주거나 타인이 간수하는 가옥, 건조물, 항공기, 선내에서의 피의자 수사
2. 체포현장에서의 압수, 수색, 검증

○ 제308조의2 /군사법원법 제359조의2(위법수집증거의 배제)

적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다.

(라) 판 례

○ 압수·수색시 고지의무(서울고판 2007.6.7. 2006나68348)

경찰관이 피의자 검거를 위하여 체포영장을 소지하고 제3자의 주거를 수색하는 과정에서 그 제3자가 경찰관을 강도로 오인하여 도망하다가 추락하여 상해를 입은 사안에서, 위 수색행위가 형사소송법 제216조 제1항 제1호에

따라 영장주의의 예외에 해당하더라도 수사기관이 타인의 주거 내에서 피의자 수사를 하는 경우에는 주거 및 사무실의 평온을 유지하고 온건한 방법으로 필요 최소한도로 압수·수색을 하여야 하며 그 대상자에게 압수·수색의 사유를 알려주어야 하는 직무상 의무가 있음을 이유로, 자신의 신분과 수색의 취지 내지 사유를 위 제3자에게 알리지 않은 경찰관의 직무상 고지 의무 위반을 인정하여 국가배상책임을 인정한 사례

(마) 해 설

체포·구속목적의 피의자수사는 피의자의 체포가 성공해야 하는 것을 전제로 하는 것도 아니다. 피의자가 제3자의 주거에 들어가 있을 개연성만 있으면 된다. 그러나 이러한 개연성을 판단할 경우에는 피의자의 주거를 수색하는 경우와 피의자 이외의 자의 주거를 수색할 경우와 구별할 필요가 있다. 피의자 주거를 수색할 경우에는 수사관의 수사경험에 의거하여 판단하면 충분하지만, 피의자 이외의 자의 주거를 수색할 경우에는 ‘구체적 사실’에 근거하여야 한다. 이러한 관점에서 보면, 수사관 A가 피의자의 형제 집을 수색한 행위가 충분한 단서에 기초하지 않은 경우에는 수색의 필요성을 충족하지 못한 위법수사에 해당한다.

(바) 인권보호를 위한 직무가이드

- 수사관은 영장 없이 타인의 주거 내에서 피의자 수사를 하는 경우에도 압수·수색의 전 과정은 필요 최소한도로 실시하여야 하며 주거 및 사무실의 평온을 유지하고 온건한 방법으로 실시해야 하고, 대상자에게 압수·수색의 사유를 알려주어야 할 직무상의 의무가 있다.
- 수사관이 영장 없이 피의자 주거를 수색할 경우에는 수사관의 일반적인 수

사경험에 의거하여 판단하면 충분하지만, 피의자 이외의 자의 주거를 수색할 경우에는 ‘구체적 사실’에 근거하여야 한다.

- 종래 수사관이 비진술증거인 증거물을 위법하게 압수한 경우에도 그 압수물의 증거능력이 인정되었으나, 개정 형사소송법 제308조의2는 위법수집증거배제법칙을 명문으로 신설하여 형사소송법의 적법절차에 따르지 않고 획득한 증거물의 증거능력을 부정하고 있으므로 압수·수색 시 절차위반이 없도록 각별한 주의가 요구된다.

라. 피의자 구금

(1) 개요

수사상 체포·구속된 피의자는 일정한 시설에 유치된다. 우리나라 현행 법제상 경찰서 유치장에는 ①사법경찰관에 의해 체포(영장에 의한 체포, 긴급체포, 현행범 체포)된 피의자, ②사법경찰관에 의해 구속된 자로 검찰로 송치되기 전의 피의자, ③피의자유치 및 호송규칙 제72조에 의하여 검찰로 송치되었으나 그 지역에 구치소가 없어서 경찰서 유치장에 구금된 피의자 및 피고인, ④즉결심판에 의해 구류형을 선고받아 집행 중에 있는 자(즉결심판에 관한절차법 제18조 제2항), ⑤법정 등 질서유지를 위한 재판에 관한규칙 제23조 제2항에 의해 감치처분을 받은 자, ⑥미체포 피의자의 구인절차에 관한 대법원 예규에 따라 일시 유치된 자가 수용되고 있다.

경찰관서의 유치장은 수사단계에서 체포·구속된 피의자를 유치하는 시설로서 피의자의 도주방지와 증거인멸을 방지함과 동시에 형사절차의 원활한 진행을 위한 피의자의 신체를 확보하는 기능을 담당한다. 그러나 유치장에 피의자를 유치하는 것은 사실상 자유형의 집행과 유사하고, 이로써 무죄추정원

칙에 반한다는 비판이 제기될 수 있고 유치장에 구금되어 있는 동안 심리적 초조감 등으로 인하여 형사절차에서 피의자의 방어권을 최대한 활용하지 못하는 부작용을 초래하기도 한다. 경찰관서의 유치장이 피의자, 피고인 및 수형자의 인권측면에서 대단히 중요한 시설임에도 불구하고 그동안 유치장 근무가 다소 경시되었다. 2000년 이후에는 특히 유치과정에서의 정밀신체검사와 유치장내 화장실설치 및 관리행위에 대한 헌법재판소 결정례가 나와 유치장을 둘러싼 유치인의 인권보장에 깊은 주의가 요구된다.

(2) 사 례

- 1) 초등학교 교사인 甲(갑)은 음주운전으로 체포되어 경찰서 유치장에 입감되어 영장실질심사를 받고 구속여부에 대한 판단을 기다리고 있었다. 그 후 같은 날 甲(갑)은 자신의 친구와 면회하게 되었는데, 유치장 담당직원 A는 초등학교 교사인 甲(갑)이 자신의 신분과 명예, 이웃·친지·동료들의 눈총을 의식하여 도주, 자살 및 자해를 하지 않을까 우려하였고, 경찰서 유치장은 피의자 조사 내지 신병 인수·인계 등으로 유치인의 입·출감이 빈번하므로, 甲(갑)의 도주·자살 등을 방지하기 위해 ‘피의자유치 및 호송규칙’ 제22조의 규정에 의거 이 사실을 상급자에게 보고하고 구두지시를 받아 수갑을 채운 상태에서 면회하게 한 경우
- 2) 피고인 등이 가족에게 긴급체포, 현행범체포 통지 및 구속영장에 의한 구속통지를 원하지 않을 경우

(3) 관련 법규

○ 경찰관직무집행법제9조(유치장)

경찰서 및 지방해양경찰관서에 법률이 정한 절차에 따라 체포·구속되거나

신체의 자유를 제한하는 판결 또는 처분을 받은 자를 수용하기 위하여 유치장을 둔다.

○ **피의자유치및호송규칙 제6조(유치장소)**

피의자를 유치할 때에는 유치장을 사용하여야 한다. 다만, 질병 기타 특별한 사유가 있어 경찰서장이 필요하다고 인정할 때에는 의료기관 등 적절한 장소에 유치할 수 있다.

○ **피의자유치및호송규칙**

제7조(피의자의 유치등)

① 피의자를 유치장에 입감시키거나 출감시킬 때에는 유치인보호주무자가 발부하는 피의자입(출)감지휘서(별지 제2호 서식)에 의하여야 하며 동시에 3인 이상의 피의자를 입감시킬 때에는 간부가 입회하여 순차적으로 입감시켜야 한다

제8조(신체등의 검사)

① 유치인보호주무자는 피의자를 유치함에 있어 유치인의 생명·신체에 대한 위해를 방지하고, 유치장내의 안전과 질서를 유지하기 위하여 필요하다고 인정될 때에는 유치인의 신체, 의복, 소지품 및 유치실을 검사하고, 유치인의 소지품을 출감시까지 보관할 수 있다.

② 신체, 의복, 소지품(이하 '신체등'이라 한다)의 검사는 동성의 유치인보호관이 실시하여야 한다.

제38조(기본방향)

경찰서장과 유치인보호주무자, 유치인보호관 기타 유치인보호업무를 담당하는 자는 유치인의 인권보호에 최선을 다하여야 하며, 유치장의 환경을 인권친화적으로 조성하기 위해 노력하여야 한다.

제39조(환경 및 시설개선)

유치장 내부는 밝은 색으로 도색하고 환기통, 변소 등의 시설을 수시로 점검 보안하여 깨끗하고 위생적인 환경이 유지되도록 하여야 한다.

제40조(인권침해 진정권의 보장)

①경찰서장과 유치인보호주무자, 유치인보호관 기타 유치인보호업무를 담당하는 자는 유치인의 인권침해 진정권을 보장하기 위하여 국가인권위원회법 제31조와 동법 시행령 제6조 내지 제9조에서 정하는 바에 따라 진정서의 자유로운 작성과 제출에 필요한 시간과 장소 및 편의를 제공하여야 하며, 유치인이 진정서 작성의사표시를 한 경우에는 이를 금지 및 방해하거나 작성된 진정서를 열람, 압수, 폐기해서는 아니 된다.

○ 군사법원법

제50조(기피신청의 시기)

사건에 관한 신청 또는 진술이 있는 후에는 불공평한 재판을 할 염려가 있음을 이유로 재판관을 기피할 수 없다. 다만, 기피의 사유가 있음을 알지 못하였을 때 또는 기피의 사유가 그 후에 발생한 때에는 그러하지 아니하다.

제59조 (변호인선임권자)

- ①피고인 또는 피의자는 변호인을 선임할 수 있다.
- ②피고인 또는 피의자의 법정대리인·배우자·직계친족 및 형제자매는 독립하여 변호인을 선임할 수 있다.

제127조(구속의 통지)

- ①피고인을 구속한 때에는 소속 부대장과 변호인이 있는 경우에는 변호인

에게, 변호인이 없는 경우에는 제59조제2항에 규정된 자중 피고인이 지정하는 자에게 피고사건명·구속일시·장소, 범죄사실의 요지 및 구속이유와 변호인을 선임할 수 있음을 알려야 한다.<개정 1999.12.28>

②제1항의 통지는 지체없이 서면으로 하여야 한다.

(4) 판례

○ 신체과잉수색행위 위헌확인(헌재 2002.07.18, 2000헌마327)

유치장에 수용되는 자에게 실시하는 신체검사는 수용자의 생명·신체에 대한 위해를 방지하고 유치장 내의 안전과 질서를 유지하기 위하여 흉기 등 위험물이나 반입금지물품의 소지·은닉 여부를 조사하는 것으로서, 위 목적에 비추어 일정한 범위 내에서 신체수색의 필요성과 타당성은 인정된다 할 것이나, 그 목적 달성을 위하여 필요한 최소한도의 범위 내에서 또한 수용자의 명예나 수치심을 포함한 기본권이 침해되는 일이 없도록 충분히 배려한 상당한 방법으로 이루어져야 한다. 그런데 청구인들은 공직선거 및 선거부정방지법위반의 현행범으로 체포된 여자들로서...(중략), 청구인들의 옷을 전부 벗긴 상태에서 청구인들에 대하여 실시한 이 사건 신체수색은 그 수단과 방법에 있어서 필요 최소한의 범위를 명백하게 벗어난 조치로서 이로 말미암아 청구인들에게 심한 모욕감과 수치심만을 안겨주었다고 인정하기에 충분하다. 따라서 (중략)... 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치로부터 유래하는 인격권 및 제12조의 신체의 자유를 침해하는 정도에 이르렀다고 판단된다.

○ 유치장내 화장실 설치 및 관리행위 위헌확인(헌재 2001.07.19, 2000헌마546)

무죄가 추정되는 미결수용자의 자유와 권리에 대한 제한은 구속영장이 발부·집행된 미결수용자들의 경우와는 달리 더 완화되어야 할 것이며, 이

들의 권리는 가능한 한 더욱 보호됨이 바람직하다..... 보통의 평범한 성인인 청구인들로서는 내밀한 신체부위가 노출될 수 있고 역겨운 냄새, 소리 등이 흘러나오는 가운데 용변을 보지 않을 수 없는 상황에 있었으므로 그때마다 수치심과 당혹감, 굴욕감을 느꼈을 것이고 나아가 생리적 욕구까지도 억제해야만 했을 것임을 어렵지 않게 알 수 있다. 이 사건 청구인들로 하여금 유치기간 동안 위와 같은 구조의 화장실을 사용하도록 강제한 피청구인의 행위는 인간으로서의 기본적 품위를 유지할 수 없도록 하는 것으로서, 수인하기 어려운 정도라고 보여지므로 전체적으로 볼 때 비인도적·굴욕적일 뿐만 아니라 동시에 비록 건강을 침해할 정도는 아니라고 할지라도 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치로부터 유래하는 인격권을 침해하는 정도에 이르렀다고 판단된다.

○ **알몸신체검사로 인한 인격권 및 신체의 자유침해(국가인권위 2002.10.14. 02진인664)**

경찰서 유치장에서 가운을 입지 않은 상태에서 바지와 팬티를 내리게 하는 방법 등의 알몸신체검사가 진정인들에게 수인하기 어려운 정도의 모욕감과 수치심을 안겨준 경찰관들의 직무권한 행사는 목적의 정당성, 방법의 적정성, 피해의 최소성, 법익의 균형성 등 과잉금지의 원칙에 위배되는 것이며, 유치인의 헌법상 보장된 인격권 및 신체의 자유를 침해한 것이다.

(5) 해 설

- 유치장 담당직원이 유치인에 대하여 과도하게 자의적으로 수갑을 사용하는 것은 유죄가 확정되지 않은 미결수인 유치인들이 면회시 수갑을 찬 모습을 아는 사람들에게 보일 때 수치심을 느끼지 않을 수 없고, 수갑사용으로 인하여 심리적으로 위축되고 압박감을 느낄 수 있다는 점에서 유

치장 내 수갑사용은 필요한 최소한의 범위 내에 그쳐야 한다.

그러나 지금까지 유치장 관리 실태를 보면, 유치장 담당직원들은 관행적으로 면회시의 유치인들에게 수갑을 채움으로써 도주·자해방지, 생명·신체에 대한 방호, 공무집행에 대한 항거의 억제 등 상당한 이유가 있을 때에만 수갑 등을 제한적으로 사용할 수 있도록 규정한 「경찰관직무집행법」 및 「피의자유치및호송규칙」 등을 위반하고 있다.

「피의자유치및호송규칙」 제22조 제1항의 유치인에 대한 수갑사용 규정은 원칙이 아니라 예외적인 사례에서 적용되는 것으로 이해되어야 하고, 따라서 그 요건의 충족여부를 엄격하게 검토해보아야 한다. 단지 도주하거나 자살 등을 할 우려가 있다는 추측만으로는 수갑사용이 정당화될 수 없으며, 도주, 자살, 위해 등에 관한 보다 구체적인 위험이 존재해야 수갑사용이 허용된다고 보아야 한다.

- 「군사법원법」 제127조는 피고인의 구속 시에는 변호인이 없는 경우에는 피고인이 지정하는 자에게 구속의 통지를 하여야 하는 바, 이러한 구속의 통지는 피고인의 조력을 받을 권리뿐만 아니라 제59조 제2항의 규정된 자의 독립된 변호인 선임권을 보장하기 위한 것으로 해석될 수 있다. 그러나 피고인 등이 구속통지 받을 자를 지정하길 원하지 아니할 때에는 피고인 등의 인권보장 차원에서 이를 존중해야 할 필요도 있을 것이다. 실무적으로 수사업무종사자는 피고인등이 구속통지를 원하지 아니하는 이유를 살펴보고 제50조 제2항의 규정된 자 중 이러한 사정에 합당한 자에게 통지할 것을 권유해 보고 그러함에도 불구하고 구속통지를 원하지 아니할 경우에는 이러한 취지의 서류를 수사기관에 첨부하여야 할 것이다.

(6) 인권보호를 위한 직무가이드

- 유치인에 대한 알몸수색은 유치인의 프라이버시를 심각하게 침해하기 때

문에 구속영장 발부 여부가 아니라 유치인이 흉기 또는 금지물품을 소지하였다는 합리적인 의심이 생기는 경우에 한하여 알몸수색의 필요성이 인정되며, 이 경우에도 알몸수색의 수단과 방법은 유치인에게 모욕감과 수치심을 주지 않도록 필요 최소한의 범위를 벗어나지 않도록 주의를 기울여야 한다.

- 수사관은 유치자의 도주·자해방지, 생명·신체에 대한 방호, 공무집행에 대한 항거의 억제 등 상당한 이유가 있을 때에만 제한적으로 유치장 내 수갑사용을 할 수 있도록 규정한 「경찰관직무집행법」 및 「피의자유치 및 호송규칙」 등의 규정내용을 준수하고, 이 경우 도주·자해방지, 생명·신체에 대한 방호 등의 요건이 충족되었는지를 판단함에 있어서는 기존의 유치관행이나 단순한 추측이 아니라 구체적인 위험이 존재해야 한다.
- 수사관은 수용자에 대하여 기초적인 생활용품인 베개 및 세면도구 등을 적절히 지급해야 하며, 이를 이행하지 아니한 경우에는 인간으로서 최소한의 품위를 유지하고 평안하게 휴식을 취할 것을 보장한 유치장 수용자의 인격권을 침해한 것이다.

5. 수사과정의 불법 행위

가. 개 요

「헌법」 제12조 제7항은 『피고인의 자백이 고문·폭행·협박·구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법에 의하여 자의로 진술된 것이 아니라고 인정될 때 또는 정식재판에 있어서 피고인의 자백이 그에게 불리한 유일한 증거일 때에는 이를 유죄의 증거로 삼거나 이를 이유로 처벌할 수 없다.』고 규정하여 수사기관에 의한 불법행위를 헌법적 차원에서 엄격하게 금하고 있

다. 그러나 수사과정에서 폭행 등 물리력의 행사, 밤샘조사, 가혹행위 등 헌법에서 구체적으로 규정하고 있는 형태뿐만 아니라 기타 다양한 방법으로 불법행위가 이루어지고 있다. 법원은 판결에서 경찰의 가혹행위를 통해 작성한 검사 작성의 피의자신문조서를 임의성 없는 자백이라는 이유로 증거능력을 부인하고 있다. 더구나 수사과정의 불법행위는 궁극적으로 국가에 대한 신뢰를 해칠 뿐만 아니라 국가가 손해를 배상하게 함으로써 금전적인 손실까지 미치게 된다.

나. 사 례

- (1) 간경화로 인해 절대적 안정이 필요하며 안정을 취하지 않은 채 수사를 강행할 경우 목숨이 위태로울 수 있다는 의사의 소견에도 불구하고 입원을 시키지 않은 상태에서 조사를 강행하였고 구치소 이감 후에도 통원치료를 불허한 경우
- (2) 수사경찰이 ○○경찰서 형사계 사무실에서 피의자를 조사하면서 잠을 재우거나 적절한 휴식을 주지 않고 밤샘조사를 하고 범죄혐의를 자백하라며 욕설, 기합 및 폭행 등 가혹행위를 한 경우

다. 관련 법규

○ 형법 제125조(폭행, 가혹행위)

재판, 검찰, 경찰 기타 인신구속에 관한 직무를 행하는 자 또는 이를 보조하는 자가 그 직무를 행함에 당하여 형사피의자 또는 기타 사람에 대하여 폭행 또는 가혹한 행위를 가한 때에는 5년 이하의 징역과 10년 이하의 자격정지에 처한다.

○ 형사소송법 제309조 /군사법원법 제361조(강제 등 자백의 증거능력)
피고인의 자백이 고문, 폭행, 협박, 신체구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법으로 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 이유가 있는 때에는 이를 유죄의 증거로 하지 못한다.

○ 범죄수사규칙 제167조(임의성의 확보)

① 조사를 함에 있어서는 고문 폭행 협박 신체구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타 진술의 임의성에 관하여 의심받을 만한 방법을 취하여서는 아니된다.

라. 판 례

○ 경찰고문과 검찰자백의 증거능력(대판 92.11.24. 92도2409)

피고인이 검사 이전의 수사기관에서 고문 등 가혹행위로 인하여 임의성 없는 자백을 하고 그 후 검사의 조사단계에서도 임의성 없는 심리상태가 계속되어 동일한 내용의 자백을 하였다면 검사의 조사단계에서 고문 등 자백의 강요행위가 없었다고 하여도 검사 앞에서의 자백도 임의성 없는 자백이라고 볼 수밖에 없다.

마. 해 설

(1) 실체적 진실을 발견하고 사건을 조기에 종결짓기 위해서는 환자라 하더라도 신속하게 수사하는 것이 필요하다. 그러나 환자의 생명을 위협하는 조사는 이루어질 수 없다. 피의자이기 이전에 인간으로서의 권리의 보장을 위하여 환자의 진료권은 충분히 보장되어야 한다. 따라서 구속피의자의 경우 구금시설내의 의료시설에서 충분한 치료가 불가능할 때에는 외부의 병원에서 치료를 받도록 하고 있다. 이러한 것을 악용하여 구속수감된 피의자가 병원 치료를 핑계로 경찰관과 병원에 동행했다가 감시가

소홀한 틈을 타 도주하는 경우도 발생하고 있다. 그러나 이러한 사건의 방지는 다른 방법을 통해 이루어져야 할 것이며, 이를 이유로 환자의 치료의 길을 막는 것은 인권을 침해하는 것이라 할 것이다.

- (2) 경찰관이 피의자를 조사함에 있어서 범죄혐의를 부인하던 피의자에게 폭언을 한 것은 범죄수사규칙 제166조의 수사관의 냉정유지 및 언동주의 의무를 위반하여 피해자의 인격권을 침해한 행위이며, 경찰관이 야간조사를 할 만한 부득이한 사유가 없었음에도 불구하고 피의자의 동의를 받지 아니하고 야간조사를 실시하면서 적절한 휴식을 제공하지 않은 것은 「범죄수사규칙」 제167조제3항 및 「피의자유치 및 호송규칙」 제6조의 규정을 위반하여 헌법 제10조의 규정에서 연유하는 수면권 및 휴식권 등 피해자의 인권을 침해한 행위라 할 수 있다.

바. 인권보호를 위한 직무가이드

- 피의자의 자백을 받아내기 위해 고문, 폭행, 혹은 가혹행위를 한 경우 자백 및 자백을 통해 얻어낸 증거는 증거로 사용될 수 없음은 물론 고문, 폭행, 가혹행위 등을 실시한 자는 형법 제125조에 의해 처벌될 수 있다.
- 환자인 피의자의 진료권을 보장해주어야 하며 만일 구금시설내의 의료시설에서 충분한 치료가 불가능할 때에는 외부의 병원에서 치료를 받도록 해야 한다.
- 피의자를 신문하는 경우 언동에 주의를 해야 하며 부득이한 사유가 없는 한 심야조사를 실시해서는 안 된다.

6. 불공정한 수사

가. 개 요

수사기관이 공정수사의무를 위반하여 편파수사를 하는 경우 국민은 경찰·검찰 등 수사기관을 불신하게 되고 이 불신은 사법권 자체에 대한 불신으로 이어질 수 있다. 편파수사를 막기 위해서는 법에 의한 공정한 범집행이 가장 중요하며, 조사를 받는 사람의 인권을 보호하는 것 역시 우선적으로 고려해야 할 요소이다. 사실 경찰로부터 편파수사를 받았다는 생각의 대부분은 그 지역에서 오래 활동하던 사람과 다툼이 생겼을 때 경찰과의 친분관계로 인하여 일방적으로 불리하게 조사가 이루어지고 있다는 피해의식을 통해 나타난다.

나. 사 례

- (1) 경찰관이 술집 주인과 다툼이 생겨 무허가 주점이라는 신고를 한 신고자를 파출소로 연행한 후 목격자의 진술을 왜곡하고, 조서를 받지 않은 상태에서 지장 찍기를 강요하고 신고자가 경찰관을 폭행했다는 내용으로 목격자가 진술서를 썼다는 등의 허위사실을 이야기하면서 심리적 압박을 가한 경우
- (2) 사건의 경위가 충분히 파악되었음에도 불구하고 불필요한 대질신문으로 피해자의 공포심을 조성시켜 합의를 유도한 경우
- (3) 교통사고 조사과정에서 목격자의 참고인 조사 요구에도 조사를 하지 않는 등 가해자 측의 일방적인 진술만을 듣고 사건을 처리한 경우

다. 관련 법규

○ 경찰법 제4조

경찰은 그 직무를 수행함에 있어서 헌법과 법률에 따라 국민의 자유와 권리를 존중하고, 국민전체에 대한 봉사자로서 공정중립을 지켜야 하며, 부여된 권한을 남용하여서는 아니 된다.

○ 범죄수사규칙 제2조

경찰관이 수사를 할 때에는 개인의 인권을 존중하고 공정성실하게 하여야 한다.

○ 범죄수사규칙 제14조

경찰관은 피의자, 피해자 또는 기타 관계자와 친족 기타 특별한 관계로 인하여 그 수사의 공정성을 잃을 염려가 있거나 또는 의심을 받을 염려가 있을 때에는 상사의 허가를 받아 그 수사를 회피하여야 한다.

라. 판례

○ 불공정수사(헌재 2002. 5. 30. 2002헌마175)

검사가 서로 상대방의 폭행으로 상해를 입었다고 주장하는 폭력행위등 처벌에 관한 법률위반 사건에서 그 일방인 청구인에 대하여 기소유예처분을 함에 있어서, 사건당시 상황을 목격하고 경찰서에 동행한 주요 참고인에 대한 조사를 하지 않았고, 또한 그와 같이 조사를 하지 않게 된 경위, 즉 경찰관의 불법·부당한 수사개입의 여부에 대하여도 조사하지 않음으로써, 정의와 형평에 반하는 수사를 한 것은 청구인의 평등권과 행복추구권을 침해하였다.

마. 인권보호를 위한 직무가이드

- 검·경찰은 국민전체에 대한 봉사자라는 사실을 명심하고 직무수행간에 공정 중립을 지키도록 노력하여야 한다.
- 검·경찰은 피의자, 피해자 또는 기타 관계자와 친족 기타 특별한 관계로 인하여 자신이 수행중인 수사의 공정성을 잃을 염려가 있거나 또는 의심을 받을 염려가 있을 때에는 그 수사를 회피하여야 한다.

7. 기타 문제

가. 피의사실 유포로 인한 인권침해

(1) 개요

일반 국민들은 사회에서 발생하는 제반 범죄에 관한 알권리를 가지고 있고 수사기관이 피의사실에 관하여 발표를 하는 것은 국민들의 이러한 권리를 충족하기 위한 방법의 일환이다. 그러나 수사기관의 피의사실 공표행위는 공 권력에 의한 수사결과를 바탕으로 한 것으로 국민들에게 그 내용이 진실이라는 강한 신뢰를 부여함은 물론 그로 인하여 피의자나 피해자 나아가 그 주변 인물들에 대하여 치명적인 피해를 가할 수도 있다는 점을 고려하여야 한다. 더구나 보도 내용이 수사가 진행 중인 피의사실에 관한 것일 경우, 보도된 피의사실의 진실 여부를 확인할 수 있는 별다른 방도가 없고 언론기관이 가지는 권위와 그에 대한 신뢰에 기하여 보도 내용을 그대로 진실로 받아들이는 경향이 있다는 점에서 사후 정정보도나 반박보도 등의 조치에 의한 피해구제만으로는 사실상 충분한 명예회복을 기대할 수 없는 것이 보통이다.

따라서 수사기관의 발표는 원칙적으로 국민들의 정당한 관심의 대상이 되는 사항에 관하여 객관적이고도 충분한 증거나 자료를 바탕으로 한 사실 발표에 한정되어야 하며, 정당한 목적 하에 수사결과를 발표할 수 있는 권한을 가진 자가 공식의 절차에 따라 행하여야 한다.

(2) 사 례

(가) 수사관은 가정교사인 피해자를 고등학생인 가해자가 자신의 침대방에서 강제로 강간하고 거실에서 목을 졸라 죽이고 피해자를 아파트 옆 공터에 버린 사건과 관련된 피의자 진술조서를 기자에게 보여주었고, 기자는 피해자의 불륜한 성행위가 빚어낸 살인사건으로 왜곡하여 ‘한국판 개인교수’ 식의 선정적인 보도를 한 경우

(나) 수사관 甲(갑)은 고소 사건을 배당받아 수사하던 중 피의자 乙(을)을 소환하여 피의자신문을 한 다음, 같은 날 서울형사지방법원으로부터 구속영장을 발부받아 원고를 구속한 후, 일간지 기자 등에게 乙(을)에 대한 피의사실을 요약·정리한 수사자료를 배포하면서, 乙 등이 경쟁업체에 스카우트되기 위하여 회사의 영업비밀을 유출하였음이 밝혀졌다는 내용의 수사경위와 앞으로의 수사방침에 대하여 발표하여, 다음날 OO일보 등에 ‘회사기밀유출 간부구속’이라는 세로 6단 크기의 제목, ‘경쟁사에 자사 유통조직 등 알려’라는 중간제목, ‘OOO세븐 30대 차장’이라는 소제목 하에 피의사실 내용의 기사가 게재된 이후 사건이 무죄선고된 경우

(3) 관련 법규

○ 형사소송법 제198조 /군사법원법 제229조(준수사항)

②검사, 사법경찰관리 그밖에 직무상 수사에 관계있는 자는 피의자 또는 다른 사람의 인권을 존중하고 수사과정에서 취득한 비밀을 엄수하며 수사에 방해되는 일이 없도록 하여야 한다.

○ 형법 제126조(피의사실공표)

검찰, 경찰 기타 범죄수사에 관한 직무를 행하는 자 또는 이를 감독하거나 보조하는 자가 그 직무를 행함에 당하여 지득한 피의사실을 공판청구 전에 공표한 때에는 3년 이하의 징역 또는 5년 이하의 자격정지에 처한다.

(4) 판례

○ 피의사실공표(대판 1999.1.26. 97다10215)

담당 검사가 피의자가 피의사실을 강력히 부인하고 있음에도 불구하고 추가 보강수사를 하지 않은 채 참고인 측의 불확실한 진술만을 근거로 마치 피의자의 범행이 확정된 듯한 표현을 사용하여 기자들에게 피의사실을 공표한 경우, 위법성이 조각되지 않는다.

○ 피의사실공표(대판 1999.1.26. 97다10215)

수사결과 발표 당시 고소인 등의 진술 내용이나 범행 당시의 정황에 비추어 원고가 어떠한 서류를 넘겨주고 어떠한 내용을 누설하였는지를 확실하게 단정할 수는 없는 상태였다. 원고가 피의사실을 강력히 부인하고 있었으므로 검사는 피의사실을 공표하기에 앞서 원고로부터 서류나 기밀을 넘겨받은 상대방을 참고인으로 소환하여 조사하는 등 보강수사를 통하여 이러한 사항을 명백히 밝혀 보았어야 함에도 불구하고 이러한 수사를 하지

아니한 채 피의사실을 공표하였고, 검사는 피의사실을 공표함에 있어 수사의 진행상황에 따라 당시까지 객관적으로 밝혀진 사실만을 발표한 것이 아니라 참고인들의 불확실한 진술을 근거로 원고의 범행 동기나 그가 유출한 회사기밀의 내용, 경쟁업체 관계자들에 대한 향후 수사 확대방향 등에 관하여 상세히 언급함으로써 마치 원고의 범행이 확정된 듯한 표현을 사용하였다. 이 사안과 같은 경우에 있어서의 피의사실 공표행위는 그 위법성이 조각된다고 볼 수는 없다.

(5) 인권보호를 위한 직무가이드

○ 공개수사의 문제

공개수사가 정당행위로 위법성이 조각되는가에 대해서는 학자들 간에 견해가 대립되고 있으며, 이에 관한 판례는 아직까지 없는 실정이다. 공개수사의 경우 피의자의 인적 사항, 특히 피의자의 사진 등이 함께 공개되는 경우에는 보다 신중한 접근이 필요하다.

○ 경찰관직무집행법 제6조에 의거한 범죄위험 경고시 주의사항

경찰관직무집행법 제6조에 의거하여 경찰관은 범죄행위가 목전에 행하여 지려고 하고 있다고 인정될 때에는 이를 예방하기 위하여 관계인에게 필요한 경고를 발할 수 있다. 여기서 ‘관계인에게 필요한 경고’의 한 방법으로 피의사실 공표행위가 포함될 수 있다. 공표행위를 하는 경찰관은 어느 범위 내에서 어떠한 방법으로 공표할 것인가를 판단함에 있어서 피의자에 대한 인권침해 결과, 공표를 통하여 기대되는 국민 개인의 방법의식과 역량강화의 정도, 사회공공의 안녕상태 회복의 정도 등을 고려해야 한다.

○ 피의사실공표의 경우

국민의 알 권리를 충족시키기 위해 유죄가 확정되지 아니한 피의자의 범

죄혐의사실 공표는 수사결과를 발표할 수 있는 권한을 가진 자가 일정한 절차에 따라 행해야 한다.

나. 통신비밀에 대한 침해

(1) 개 요

통신의 비밀이란 편지, 전화, 전보, 소포, 우편환, 텔렉스 등의 통신수단을 이용함에 있어서 그 통신형태, 통신내용, 통신의 당사자, 배달의 방법 등이 본인의 의사에 반해서 공개되는 일이 없어야 한다는 것을 뜻한다. 편지나 유선 전화가 주요한 통신수단이 되었던 것과 달리 최근의 컴퓨터 통신 및 이동통신의 발달 등 정보통신분야의 획기적인 기술변화는 다양한 통신수단들이 우리의 일상생활의 한 영역으로 자리 잡게 하였다. 통신수단의 발달은 필연적으로 각종의 범죄의 수단으로 악용되기도 하며 위치정보 등 그 자체가 범죄의 대상이 되기도 한다.

따라서 범죄의 수사 또한 과거의 감식수사 위주에서 현재는 통신수사를 통한 사건해결의 비중이 커지고 있다. 통신수사는 정보통신기술을 통한 과학수사의 한 기법으로 범인의 검거와 증거수집에 널리 활용될 수 있다는 이점이 있다. 반면에 통신수사는 그 본질에 있어서는 타인의 통신내용을 감청하거나 통화내역을 조회하고 전화 또는 인터넷 가입자의 신상정보를 조회하는 등 헌법이 보장하는 통신비밀의 불가침권에 위배될 우려가 있으며 기본권을 제한하는 경우에는 법률에 유보되어 있어야 하며 그 행사에 있어서도 비례성의 원칙이 준수되어야 함은 당연하다. 수사기관의 행위가 「통신비밀보호법」을 위반하는 경우 그 행위를 한 수사관은 「통신비밀보호법」 위반에 따른 형사처벌을 받을 수 있으며 도청으로 획득한 증거는 위법하게 수집된 증거로 증거능력이 부정될 것이다.

(2) 사 례

- (가) 친척 또는 채권추심업자로부터 부탁 또는 금품을 받고 수사관이 취급하는 사건과 관련이 없는 채무자에 대하여 일명 ‘전화번호 끼어넣기’ 방식으로 휴대전화 통화내역을 조회하거나 위치추적한 경우
- (나) 수사관이 사인간의 전화통화 내용을 녹음하면서 법원의 허가없이 일방의 동의만을 얻어 녹음하는 경우
- (다) 수사관이 피의자의 위치를 추적하기 위하여 의도적으로 타인 및 공공기관 등의 명의를 사칭한 위장메일을 발송하고 이를 진정한 등이 열어보게 한 행위
- (라) 통신제한조치와 통신사실자료를 제공받은 사실 후 사건의 이송, 병합, 송치의 과정을 거치면서 집행부서에 처분결과통지를 하지 않은 경우

(3) 관련 법규

○ 통신비밀보호법 제3조(통신 및 대화비밀의 보호)

- ①누구든지 이 법과 형사소송법 또는 군사법원법의 규정에 의하지 아니하고는 우편물의 검열·전기통신의 감청 또는 통신사실확인자료의 제공을 하거나 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음 또는 청취하지 못한다.

○ 통신비밀보호법 제5조(범죄수사를 위한 통신제한조치의 허가요건)

- ①통신제한조치는 다음 각호의 범죄를 계획 또는 실행하고 있거나 실행하였다고 의심할만한 충분한 이유가 있고 다른 방법으로는 그 범죄의 실행을 저지하거나 범인의 체포 또는 증거의 수집이 어려운 경우에 한하여 허가할 수 있다.

○ **통신비밀보호법 제8조(긴급통신제한조치)**

①검사, 사법경찰관 또는 정보수사기관의 장은 국가안보를 위협하는 음모 행위, 직접적인 사망이나 심각한 상해의 위험을 야기할 수 있는 범죄 또는 조직범죄등 중대한 범죄의 계획이나 실행 등 긴박한 상황에 있고 제5조제1항 또는 제7조제1항제1호의 규정에 의한 요건을 구비한 자에 대하여 제6조 또는 제7조제1항 및 제3항의 규정에 의한 절차를 거칠 수 없는 긴급한 사유가 있는 때에는 법원의 허가없이 통신제한조치를 할 수 있다.

○ **통신비밀보호법 제9조의2(통신제한조치의 집행에 관한 통지)**

②사법경찰관은 제6조제1항 및 제8조제1항의 규정에 의한 통신제한조치를 집행한 사건에 관하여 검사로부터 공소를 제기하거나 제기하지 아니하는 처분(기소중지 결정을 제외한다)의 통보를 받거나 내사사건에 관하여 입건하지 아니하는 처분을 한 때에는 그 날부터 30일 이내에 우편물 검열의 경우에는 그 대상자에게, 감청의 경우에는 그 대상이 된 전기통신의 가입자에게 통신제한조치를 집행한 사실과 집행기관 및 그 기간 등을 서면으로 통지하여야 한다.

○ **통신비밀보호법 제11조(비밀준수의 의무)**

①통신제한조치의 허가·집행·통보 및 각종 서류작성 등에 관여한 공무원 또는 그 직에 있었던 자는 직무상 알게 된 통신제한조치에 관한 사항을 외부에 공개하거나 누설하여서는 아니된다.

(4) 판례

○ 당사자 동의의 범위(대판 2002.10.8. 2002도123)

통신비밀보호법 제2조제7호(감청의 개념)의 ‘당사자 동의’란 “전기통신에 해당하는 전화통화 당사자의 일방이 상대방 모르게 통화내용을 녹음하는 것은 감청에 해당하지 아니하지만, 제3자의 경우는 설령 전화통화 당사자 일방의 동의를 받고 그 통화내용을 녹음하였다 하더라도 그 상대방의 동의가 없었던 이상, 사생활 및 통신의 불가침을 국민의 기본권의 하나로 선언하고 있는 헌법규정과 통신비밀의 보호와 통신의 자유신장을 목적으로 제정된 통신비밀보호법의 취지에 비추어 제3조 제1항 위반이 된다.”

○ 위장메일 발송을 통한 인권침해 (국가인권위원회 2007.02.21 04진인854 결정)

수사함에 있어 의도적으로 타인 및 공공기관 등의 명의를 사칭한 위장메일을 발송하고 이를 진정한 등이 열어보게 한 행위는 비록 IP추적 자체에 대해 법원의 압수수색영장을 발부받은 경우이고, 수사의 필요성이 상당부분 인정된다고 하더라도 IP추적을 위해 과도하게 위장메일을 발송하는 것까지 법원에 의한 허가를 받은 것이라고 보기 어려운데다가 헌법상 과잉금지의 원칙을 벗어난 것은 물론, 사문서 위조에 해당하는 범죄적 방법을 사용한 것으로써, 이는 우리 「헌법」 제10조, 제12조 및 제17조에서 각 보장하고 있는 진정한과 피해자, 그리고 그 명의를 사칭당한 주변인들의 인격권 및 사생활의 비밀과 자유를 침해하고, 관련 기관의 공신력을 훼손한 부당한 수사행위에 해당한다.

(5) 해 설

- (가) 「통신비밀보호법」에 제13조 제1항에 의하면 “검사 또는 사법경찰관은 수사 또는 형의 집행을 위하여 필요한 경우 전기통신사업법에 의한 전기통신사업자에게 통신사실 확인자료의 열람이나 제출을 요청할 수 있다.” 그러나 사례 1)과 같은 전화번호 끼어넣기 방식은 위 사유에 해당하지 않음에도 불구하고 통신사실 확인자료를 열람하여 사적인 목적으로 사용한 경우이므로 동법 13조의 5 위반행위가 되어 동법 제16조 제2항에 의해 처벌된다.
- (나) 수사관의 경우에 통신제한조치의 허가를 받지 아니하고 전화통화 당사자 일방의 동의만을 얻어 통화의 내용을 녹음하는 것은 불법이다. 더 나아가 수사관이 당사자 일방에게 요청토록 하여 수사관이 지원하는 방법으로 당사자 일방이 행하는 전기통신내용의 지득, 채록, 송수신 방해행위도 마찬가지로 수사관이 주도적 역할을 한 경우에도 구체적인 사실관계에 따라 판단될 것이지만 통신비밀보호법에 위반될 여지가 있다.

(6) 인권보호를 위한 직무가이드

- 전화통화나 대화의 일방당사자의 동의를 받고 수사관이 직접 전화통화 혹은 대화의 내용을 녹음하는 것은 통신비밀보호법 위반행위이며, 위법절차에 의해 수집된 증거가 되어 유죄인정의 증거로 되지 않는다.
- 수사관은 피의자의 위치를 파악을 위한 수사기법을 활용함에 있어서 그 명의대여자 내지 해당기관의 동의를 사전에 구하는 등 해당자의 인격권 침해를 최소화하기 위한 노력을 해야 한다.
- 수사지휘관은 수사관의 통신과 비밀의 자유에 대한 침해를 방지할 작위의무가 있다.

V. 수사절차상 피해자 및 사회적 약자의 인권보호

1. 경찰수사와 피해자 인권보호의 중요성

가. 피해자보호에 대한 인식변화

종래에 범죄피해자는 형사절차에서 수사 및 심리의 객체로 취급을 당한 나머지 형사절차의 변방에 있는 협조자로만 인식되어 왔기에, 형사사법기관은 그들의 인권 및 기본권 보호에 소홀했던 것이 사실이었다. 피해자는 증거획득의 객체로서만 의미를 지니는 것이었고 피해자의 참여 내지 피해자에 대한 배려는 오히려 형사사법체계의 이념과 기능에 대한 장애요소로 비추어지기도 하였다. 전통적 형사사법체계에서 피해자는 소위 “잊혀진 존재”, 혹은 “주변적 존재”에 불과하였던 것이다.

하지만 최근에 와서 범죄피해자의 형사절차상 법적 지위를 강화하는 각종 법령이 제정되고 이를 구체적으로 실현할 수 있는 제도들이 정비되는 등 세계 각국에서 피해자보호를 위한 많은 노력들이 전개되고 있다. 피해자보호를 위한 법령이나 제도는 나라마다 각각의 차이가 존재하겠지만 피해자의 인권을 충실히 보장해야 한다는 이념만은 어느 나라나 공통적인 현상이 되어 가고 있는 것이다.

나. 피해자보호를 위한 입법연혁

우리나라의 경우 1987년 「헌법」에 범죄피해자구조청구권 및 피해자 의견진술권이 명시된 것과 같은 해 「범죄피해자구조법」이 제정된 것을 필두로 하여, 1997년 가정폭력과 성폭력 피해자 등과 같이 취약한 처지에 있는 범죄

피해자의 인권보호를 위한 특별 입법이 진행되었고, 마침내 2005년 12월 피해자보호를 위한 기본법이라고 할 수 있는 「범죄피해자보호법(법률 제7731호)」 까지 제정되기에 이르렀다.

경찰의 경우 2004년 경찰청 수사국에 피해자대책실을 설치한 것을 시발로 하여, 범죄피해자보호규칙의 제정·범죄수사규칙상 피해자 보호지침의 삽입·피해자 서포터제도의 시행·아동 피해자를 위한 진술녹화실의 설치·피해자에 대한 형사절차 진행상황 통지제도 정비·이동식 피해자 조사실의 운영·화상 대질조사제도 시행 등 피해자의 인권을 보호하기 위한 여러 가지 정책을 추진하게 되었다.

다. 피해자 인권보호와 수사기법

범죄피해자를 형사절차의 중요한 ‘권리주체’로 인식할 것을 주장하고 있는 오늘날에 있어서 피해자의 인권보호에 충실을 기할 수 있는 적정한 피해자 수사기법 개발이 이제 매우 절실한 문제이다. 경찰이 피해자 수사를 함에 있어서 피해자 인권보호를 의식하면서 접근해야 하는 가장 중요한 1차적 이유는 피해자도 피의자·피고인과 마찬가지로 당연히 동등하게 헌법상 권리보호를 받아야 할 인격체이기 때문이며, 2차적으로는 경찰의 성공적인 피해자 보호활동이 피해자의 경찰에 대한 자발적 협력을 강화시키는 계기를 제공함으로써 실제적 진실발견을 보다 용이하게 해줄 수 있기 때문이다.

따라서 범죄를 수사하는 수사경찰의 경우에도 피의자의 인권보호 뿐만 아니라 범죄피해자의 인권보호도 동시에 아우를 수 있는 균형 잡힌 법집행 의식과 태도를 갖출 것이 절실히 요청된다.

2. 성폭력범죄 수사와 피해자 인권

가. 개요

피해자는 성범죄 수사와 재판이 진행되면 법적 절차를 통하여 그가 입은 1차적 피해가 완화될 것으로 기대한다. 그러나 범죄 피해자들은 형사 절차에서 범죄 자체에 못지않은 시간적·경제적·정신적 피해에 시달리게 되는데 이를 2차적 피해라고 한다. 현실적으로 성범죄 피해자들은 자신이 유일한 증인인 경우가 대부분이기 때문에 형사 사법절차에 참고인이나 증인으로 참여하게 된다. 또한 피의자가 범죄 사실을 부인하는 경우 사실의 진위를 밝히기 위해 피해자는 대질신문을 하게 되고 이러한 과정에서 또 다른 인격적 침해인 2차적 피해를 받게 된다. 성폭력피해자는 이러한 형사법적인 절차를 통해 나타는 피해뿐만 아니라 성범죄에 대한 잘못된 통념을 통해 피해를 받기도 한다.

나. 사례

- (1) 수사관은 옷을 벗기는 행위 등 성폭력피해 과정의 세세한 부분까지를 상세하고 적나라하게 진술하게 하거나, 이미 피해자의 진술을 통하여 구성 요건 및 정황에 대한 사실에 관해 상세한 진술을 받았음에도 불구하고 “다시 한번 상황을 설명하여 보시오” 등과 같은 중복 진술을 요구하는 경우
- (2) 수사관이 피의자가 집안으로 침입하여 피해자를 칼로 위협하고 붕대로 양손을 묶고 항거불능케 한 후 강간한 특수강간 사건의 피해자에게 “진술인은 피의자와 첫 성관계를 맺은 것인가요?” 라는 질문하는 경우
- (3) 수사관이 피해자에게 성폭행시 가해자의 사정(射精) 여부에 관하여 질문하는 경우

(4) 수사관이 피해자가 범행당시 어떤 옷을 입었느냐고 묻거나 학생인 피해자가 가출해서 주점의 임시 종업원으로 종사하고 있는 점에 대해 묻는 등 행실에 대한 질문을 하는 경우

다. 관련 법규

○ 범죄피해자보호규칙 제12조(제2차 피해의 방지)

- ①경찰공무원은 범죄사건을 처리하는 과정에서 권위적 태도, 불필요한 질문 등으로 피해자에게 제2차 피해를 주지 않도록 하여야 한다.
- ②경찰공무원은 피해자의 입장에서 진술을 경청하고, 필요한 경우 피해자 조사실을 이용하거나 피의자와 분리하여 조사하는 등 제2차 피해의 방지 및 경감을 위해 노력하여야 한다.

라. 해 설

- (1) 수사관은 때때로 범죄의 구성요건을 벗어나 옷을 벗기는 행위 등 성폭력 피해 과정의 세세한 부분까지를 상세하고 적나라하게 묘사토록 하거나 중복 질문하는 것은 피해자의 인권침해에 해당된다.
- (2) 수사관이 강간죄의 성립여부를 벗어나 피해자의 성경험을 묻는 것은 피해자를 곤혹스럽게 하는 대표적인 질문이다. 물론 성경험에 대한 질문은 성경험을 하지 않은 피해자인 경우 비친고죄인 강간치상이 될 수 있어 예외적이라 할 수 있다. 그러나 피의자가 집안으로 침입하여 피해자를 칼로 위협하고 붕대로 양손을 묶고 항거불능케 한 후 강간한 특수강간 사건의 피해자에게 “진술인은 피의자와 첫 성관계를 맺은 것인가요?” 라는 질문은 범행의 진위를 파악하는데 핵심을 벗어난 질문이고, 이는 피해자에게 모욕적인 언사에 해당된다.

- (3) 형법상 강간죄의 기수는 성기 삽입설을 취하고 있다. 따라서 성기 삽입으로 범행의 기수에 이른 이상 가해자의 사정여부는 굳이 문제가 되지 않는다는 점에서 이러한 내용을 확인하는 것은 그 동안의 심문관행에 대한 답습 내지는 개인적인 호기심에서 비롯된 것으로 밖에 볼 수 없다.
- (4) 피해자가 여관에 따라간 경우 사정이 어떠하든 피해자가 강간을 유발하는 것으로 거의 의심을 받는다. 그러나 피해자가 범행당시 어떤 옷을 입었느냐고 묻거나 학생인 피해자가 가출해서 주점의 임시 종업원으로 종사하고 있는 점에 대해 묻는 등 행실에 대한 질문은 피해자의 성범죄 유발이나 보호가치 저하 등에 조사의 중점을 두는 성 차별적 시각의 표출이라 볼 수 있다. 이러한 수사관의 태도와 인식은 여성으로 하여금 강간 시도에 대하여 강하게 저항하였음을 입증하여야 할 책임을 부담 시키게 되고 그 결과 자칫 강간 피해자에게 자기 방어에 소홀한 점을 들어 책임을 전가할 가능성이 있다.

마. 인권보호를 위한 직무가이드

- 성범죄 피해자조사 장소와 관련하여 피해자들은 피해자가 심리적 부담을 느끼지 않고 안정된 상태에서 진술할 수 있도록 가급적 공개되지 않은 장소에서 조용히 조사 받을 수 있는 환경을 만들어 주어야 한다.
- 동성에 의한 성추행 등 성범죄 피해자를 조사할 경우 수사기관은 피해자가 진술시 최대한 수치감을 느끼지 않도록 피해자와 동성인 수사관이 수사함을 원칙으로 해야 한다.
- 공소유지에 필요하지 않은 사생활과 관련된 질문은 수사상 필요한 경우를 제외하고는 가급적 삼가고, 피해자가 범행의 동기를 유발했다는 식으로 피해자에게 책임을 전가하지 않도록 합리적인 판단 자세를 유지하여야 한다.
- 신문 시 저속한 표현을 사용하여 피해자에게 불쾌감이나 모욕감을 주지

않아야 하며 개인적 호기심에서 비롯된 질문은 절대 삼가야 한다.

- 수사관은 피해자가 ‘증거가 없어 처벌할 수 없다’며 합의를 유도한다든지 ‘유부남이라 역 고소를 당할 수 있다’는 말 등을 하여 고소를 취하하도록 영향을 미쳐서는 아니 된다. 또한 피해자 조사 시 가족, 친지 또는 신뢰관계에 있는 자의 동석을 원하는 경우에는 반드시 입회를 허용해야 한다.
- 경찰관은 모든 범죄 피해자를 연민과 존중의 마음을 가지고 대해야 하며, 특별히 그들의 안전과 사생활을 보호해 주어야 한다.
- 의료기관이 적법하게 채취한 혈액의 일부를 수사기관이 임의로 제출 받는 형식으로 점유를 취득한 행위는 대법원 판례를 통해 허용되고 있으나, 개정 「형사소송법」 제308조의2에 규정된 위법수집증거배제법칙에 의거 긴급성이 요구되는 경우가 아니라면 환자의 사생활의 비밀 기타 인격적 법익보호를 위해 영장을 발부받아 압수하는 방법이 타당하다.

3. 가정폭력범죄 수사와 피해자 인권

가. 개 요

사람이 형성할 수 있는 최소단위의 공동체로서 모든 사회조직의 모태가 되어 사회구성원에게 자양분을 공급해주는 사회조직이 있다면 그것은 가정이다. 가정은 국가사회의 기초단위이다. 그런데 가족의 일부 혹은 전체가 어떤 사건에 직면하였을 때 여러 가지 이유로 이 균형상태가 깨어져 정서적인 혼란상태를 경험할 수도 있는데 이것을 이름하여 ‘가족위기’라 할 수 있다.

이러한 가족위기의 방치는 비단 한 가정만을 위협에 빠뜨리는데 그치지 않고 해당 지역사회의 문제로 확대될 가능성이 있다. 이 때문에 가정폭력을 한 가정의 사생활 문제로 여겨 이를 방치해서는 안 된다. 특히, 경찰기관은 공공의 안녕과 질서유지를 그 임무로 하고 있기 때문에 수많은 대내외적 위협

상황에 직면하여 1차적으로 그 위기에 개입하여야 할 권한과 의무를 지니고 있다. 경찰관은 가정폭력사건 대상자의 형사절차 편입여부를 판단하고 수사 절차를 진행하는 역할에만 그치는 것이 아니라, 가정폭력으로 인해 발생할 수 있는 추가적인 위험도 예방해야 하는 임무도 있다.

나. 사례

- (1) 경찰관이 신고받아 출동하여 확인한 결과 부부간에 일어난 폭력인 것을 확인하고 집안일로 여기고 도와달라는 부녀자의 말에도 불구하고 그대로 방치한 경우
- (2) 경찰관A는 가정폭력현장에 도착하였을 때 가해자가 집안에 피해자와 함께 있으면서 문을 열어주지 않는다고 해서 바깥에서 서성이다 그냥 돌아온 경우
- (3) 경찰관 B가 가해자인 남편이 체포되었다가 불구속 수사로 풀려나와 피해자에게 다시 접근하여 시비를 건다는 신고를 받고 출동했으나, 아직 특별한 범죄행위가 일어나지 않았다는 이유로 아무런 제지없이 귀서한 경우

다. 관련 법규

- 가정폭력범죄처벌 등에 관한 특례법 제5조(가정폭력범죄에 대한 응급조치)
진행중인 가정폭력범죄에 대하여 신고를 받은 사법경찰관리는 즉시 현장에 임하여 다음 각호의 조치를 취하여야 한다.
 1. 폭력행위의 제지, 행위자·피해자의 분리 및 범죄수사
 2. 피해자의 가정폭력관련상담소 또는 보호시설 인도(피해자의 동의를 있는 경우에 한한다)
 3. 긴급치료가 필요한 피해자의 의료기관 인도

4. 폭력행위의 재발시 제8조의 규정에 의하여 임시조치를 신청할 수 있음을 통보

○ 가정폭력범죄처벌 등에 관한 특례법 제6조(고소에 관한 특례)

- ① 피해자 또는 그 법정대리인은 행위자를 고소할 수 있다.
- ② 피해자는 형사소송법 제224조의 규정에 불구하고 행위자가 자기 또는 배우자의 직계존속인 경우에도 고소할 수 있다.

○ 가정폭력범죄처벌 등에 관한 특례법 제8조(임시조치의 청구 등)

- ① 검사는 가정폭력범죄가 재발될 우려가 있다고 인정하는 때에는 직권 또는 사법경찰관의 신청에 의하여 법원에 제29조제1항제1호, 제2호 또는 제3호의 임시조치를 청구할 수 있다. <개정 2007.8.3>
- ② 검사는 행위자가 제1항의 청구에 의하여 결정된 임시조치를 위반하여 가정폭력범죄가 재발될 우려가 있다고 인정하는 때에는 직권 또는 사법경찰관의 신청에 의하여 법원에 제29조제1항제5호의 임시조치를 청구할 수 있다.

○ 가정폭력범죄처벌 등에 관한 특례법 제29조(임시조치)

- ① 판사는 가정보호사건의 원활한 조사·심리 또는 피해자의 보호를 위하여 필요하다고 인정한 때에는 결정으로 행위자에게 다음 각호의 1에 해당하는 임시조치를 할 수 있다.
 1. 피해자 또는 가정구성원의 주거 또는 점유하는 방실로부터의 퇴거 등 격리
 2. 피해자 또는 가정구성원의 주거, 직장 등에서 100미터 이내의 접근금지
 3. 피해자 또는 가정구성원에 대한 「전기통신기본법」 제2조제1호의 전기통신을 이용한 접근금지
 4. 의료기관 기타 요양소에의 위탁
 5. 국가경찰관서의 유치장 또는 구치소에의 유치

라. 인권보호를 위한 직무가이드

- 가정폭력 피해자보호를 위하여 수사관은 현재 진행 중인 가정폭력 현장에서 피해자보호를 위한 적절하고도 신속한 조치를 취해야 한다.
- 가정폭력현장에 출동한 경찰관은 응급조치나 다른 조력이 필요한지 확인해야 한다.
- 폭력이 진행 중이거나 직후인 경우에는 문을 열어주지 않더라도 「경찰관직무집행법」 제6조(범죄의 예방과 제지) 및 제7조(위험방지를 위한 출입)에 의거 엄중 경고 후 유형력을 행사하여 가택에 진입한다.
- 가정폭력이 재발우려가 있는 경우에는 피해자의 의사와 상관없이 임시조치를 신청한다.
- 경찰관은 피해자의 진정한 의사를 파악하고 존중하여 적절한 처분이 이루어질 수 있도록 관련 자료를 수집하는 것 또한 소홀히 하여서는 안 된다.

4. 미성년자, 장애인 등 사회적 약자에 대한 수사상 인권보호

가. 개요

「헌법」은 모든 국민의 인간으로서 존엄과 가치를 보장하고 있다(헌법 제10조), 「헌법」이 보장하고 있는 인간의 존엄과 가치를 침해하는 경우에는 사회적 보장의 결여로 인해 발행하는 침해, 즉 인간의 존엄에 걸맞지 않는 생활조건 등에 처하는 것도 포함된다. 이러한 침해는 중증장애인과 같은 사회적 약자의 경우에 쉽게 발생될 수 있으므로, 체포·유치·조사·귀가 등 일련의 수사과정에서 세심한 배려가 요구된다.

미성년자(만 20세 미만)의 경우 성년과 달리 자신의 의사를 자유롭게 표시하

거나 법률적 의미를 완전히 이해할 능력이 부족하므로 형사절차에 있어 여러 가지 배려를 할 필요가 있다. 특히 미성년자가 자신이 처한 상황을 이해하고 적절한 방어권을 행사하기 위해서는 부모 등 보호자로부터 도움을 받을 수 있는 권리를 보장하는 것이 다른 무엇보다 중요하다. 또한 감수성이 예민하여 수사과정에서 받는 심적 부담감이 크고 상처를 받기 쉬우므로 조사 시 언어 표현에도 각별히 유의할 필요가 있다.

한편 장애인도 전동휠체어 등 기구나 타인의 도움이 없이는 신체활동이 불가능하고, 화장실 등의 이용에도 불편함이 없도록 편의시설이 요구된다.

나. 사 례

- (1) 경찰관 A는 미성년자 B(15세)를 절도 혐의로 ○○경찰서로 데리고 가 자술서를 쓰게 하고 절도 피해자 확인을 위해 범행 장소에 동행시키는 등 수사를 진행하면서 보호자에게 통지를 하지 않았고, 조사과정에서 “오늘 일은 작은 일이므로 봐준다. 집이나 학교로는 절대로 연락을 하지 않을 테니 너 보다 더 나쁜 불량학생을 데리고 와라.”고 말하여 위 피해자에게 정보원 역할을 강요하였다.
- (2) 중증 장애인들은 00쟁취를 위한 대정부 투쟁선포 결의대회에 참가하면서, 애초 집회 신고 장소인 세종로 소공원으로 이동하지 않고 세종로 정부종합청사 앞에서 집회를 개최하자, 경찰은 이들을 「집회 및 시위에 관한 법률」 위반으로 전동휠체어와 분리하여 서울 시내 각 경찰서로 연행하였고, 연행된 경찰서에 여성장애인용 화장실이 설치되어 있지 않아 불편을 겪었으며, 조사가 늦은 시간에 종료되어 자정 무렵의 늦은 시간에 대중교통편에 대한 대책 없이 귀가 조치한 경우.

다. 관련 법규 및 결정례

1) 관련법규

○ 헌법 제10조

모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.

○ 헌법 제12조 제1항 및 제4항

①모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분·강제노역을 받지 아니한다.

④누구든지 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 제19조

모든 국민은 양심의 자유를 가진다.

○ 인권보호를 위한 경찰관 직무규칙 제10조(사회적 약자 보호) 제1항

경찰관은 직무수행 중 사회적 약자에 대하여는 그 특성에 따른 세심한 배려를 하여야 한다.

○ 인권보호를 위한 경찰관 직무규칙 제73조(소년범 수사)

①경찰관은 소년을 수사할 때에는 처벌보다 지도·육성·보호가 우선임을 명심하여야 한다.

- ②소년의 심리·생리·성행·환경, 기타 비행의 원인 등을 이해하고 수사에 임하여야 하며, 되도록 구속을 피하고 부득이 체포·구속을 하는 경우에는 그 시기와 방법에 대하여 신중을 기하여야 한다.
- ③소년을 조사하는 경우에는 소년의 심리상태를 고려하여 친밀한 언어를 사용하여야 하며, 진술녹화실 등 안정되고 조용한 사무실에서 조사하여야 한다.

○ **인권보호를 위한 경찰관 직무규칙 제75조(장애인 수사)**

- ①경찰관은 장애인을 상대로 수사를 할 때에는 수사 전에 장애인 본인 또는 관련 전문기관으로부터 장애유무 및 등급 등을 미리 확인하고 장애 유형에 적합한 조사방법을 선택·실시하여야 한다.
- ②정신적 장애 또는 언어장애로 인해 의사소통에 어려움이 있는 장애인을 조사할 때에는 의사소통이 가능한 보조인을 참여시켜야 하며, 이해관계가 상충되는 장애인들이 관련된 사건은 각 이해당사자별 1인 이상의 보조인 참여를 원칙으로 한다.
- ③장애인 피해자가 동성(同性) 통역사의 참여를 원할 경우 이에 응하여야 한다.
- ④경찰관서의 장은 장애인의 불편을 최소화하도록 수사 또는 민원 사무실 위치·구조 및 편의시설, 장애유형에 적합한 의사소통장비 등의 마련과 개선을 위해 지속적으로 노력하여야 한다.

2) 결정례

○ **적법절차위반에 의한 인권침해 등(국가인권위 2005.6.21. 04진인3707)**

경찰관이 청소년 절도혐의자를 임의동행 형식으로 연행하면서 청소년 사건의 특수성을 전혀 고려하지 않고 성년수사와 마찬가지로 보호자인 부모에게 연락하지 않고 수사를 계속한 것은 청소년의 경찰조사과정에서 부모 등의 보호자의 조력을 받을 수 있는 기회를 박탈한 것이므로 헌법 제12조 제1항 적법절차의 원칙, 제4항 변호인의 조력을 받을 권리를 침해한 것이다.

또한 청소년에게 경찰관 정보원의 역할을 강요한 것은 경찰관의 단순한 범죄 제보를 부탁하는 수준이라고 하더라도 청소년에게는 신고하지 않으면 어떤 불이익을 받을 지도 모른다는 상당한 압박감을 받았을 것이 충분히 인정되므로 이는 청소년의 신체의 자유 및 양심의 자유를 침해한 것이다.

○ **과잉진압 등에 의한 인권침해(국가인권위 2006.12.6. 06진인1851~1912병합)**

중증장애인의 경우 전동휠체어나 타인의 도움 없이는 신체활동이 불가능하므로 연행과정에서 전동휠체어와의 분리는 가능한 피해야 할 것이며, 불가피하게 분리하는 경우에는 상당한 주의를 요하며 그 분리시간은 최대한 짧아야 한다. 이를 위해서는 전동휠체어와 함께 탑승할 수 있는 저상버스의 도입이 필요하며, 더불어 저상버스가 도입되기 전까지 가능한 한 장애인과 동시에 그의 전동휠체어가 경찰서에 도착할 수 있도록 하는 방안을 강구하여, 사람에 의한 이동, 소파, 일반의자, 수동휠체어 등에서 발생할 수 있는 위험을 최소화하는 것이 바람직하다.

직원을 도우미로 지정·통보하는 등 중증장애인의 조사, 유치, 귀가 등에 따른 신체활동을 보조하고 정서적 불안을 제거할 수 있는 방안을 강구하고, 여성장애인용 화장실 등 장애인을 위한 편의시설 설치를 위한 대책을 마련할 것

라. 인권보호를 위한 직무가이드

- 미성년자는 성인에 비해 자기방어능력이나 법률적 지식, 판단 증력 등이 부족하므로 조사 시 헌법에 보장된 피의자의 권리(통지 의무, 수면권·휴식권 보장 등)가 보장될 수 있도록 각별히 유의하여 한다.
- 미성년자의 경우 처벌에 대한 막연한 공포와 불안감 등 심각한 내적 갈등이 심할 것이므로 조사과정에 당해인의 부모나 변호인 등이 조사과정에 참여할 수 있도록 적절한 조치를 취하여야 한다.

- 미성년자에 대한 제포, 구금 등 강제조치는 부득이한 경우로 제한하고 이 때에도 소년에게 미치는 정신적 영향 등을 신중히 고려하여야 한다.
- 미성년자에게는 단순한 범죄 제보를 부탁하는 수준이라고 하더라도 경찰관 정보원의 역할을 강요하여서는 안 된다.
- 장애인을 조사할 경우 수사관은 조사, 유치, 귀가 등에 따른 신체적 활동을 보조할 수 있는 보조인을 참여시켜야 하며, 정서적 불안을 제거하는 등 적절한 조치를 취해야 한다.
- 중증장애인의 경우 조사 후 그 시간대, 대중교통 운행시간 여부, 활동보조인의 존재 여부 등에 관계없이, 우선 본인에게 귀가 가능 여부에 대해 적극적으로 확인하고, 그 의사를 반영하여 가능한 조치를 하여야 한다. 보호자 또는 장애인 단체와 연락, 장애인 콜택시 호출, 귀가할 수 있는 역까지 데려다 주거나 가능한 경우 집까지 데려다 주는 것 등을 그 방안으로 고려할 수 있다.
- 경찰서 내 장애인용 화장실 등 장애인을 위한 편의시설을 설치하여 장애인들이 시설을 이용하는데 불편이 없도록 하여야 한다.

VI. 결 어

비교적 최근까지 수사기관은 국법질서 확립이라는 슬로건 아래 범죄를 완전히 진압하겠다는 범죄대항자(Crime-fighter)의 이미지는 오히려 국민에게 권위적인 모습으로 내비치었다. 지금까지 통설로 인정되었던 “실체적 진실발견을 위한 사전 준비단계”로서의 수사의 개념 역시 경찰의 부정적 이미지를 증대시켜 왔다.

그러나 오늘날 수사의 기능은 단순히 여기에만 머무르지 않는다. 수사기관은 수사활동을 통해 손상된 공공질서를 회복하는 기능을 수행하고 있으며 범죄 피해자의 권리보호 기능, 더 나아가 무고한 용의자를 범죄로부터 해방시켜 일상생활을 회복하는 기능을 수행하고 있다. 이처럼 수사 기능의 다양화는 더 이상 범인 처벌을 통한 범죄 대항자의 이미지가 아니라 국민에 친근감을 주는 새로운 이미지를 요구하고 있다.

국민에 친근감을 주는 수사관의 이미지는 법률이 정한 적정절차(Due Process)에 따른 법집행을 통해 형성된다. 이를 위하여 수사기관은 외부적 감시기능을 더욱 확대함으로써 수사절차의 투명화를 위한 각고의 노력이 필요하다. 또한 수사관은 선진화된 수사환경에 걸 맞는 이미지를 형성함으로써 더 이상 인권침해의 주체가 아니라 인권보호의 주체로서 거듭나야 할 것이다.