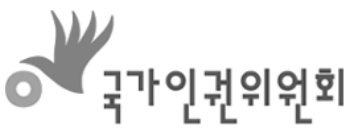
발 간 등 록 번 호
11-1620000-000494-01

2013년도 인권상황 실태조사
연구용역보고서

영장제도의 현황 및 개선방안 연구



제출문

영장제도의 현황 및 개선방안 연구

2013년도 인권상황 실태조사 연구용역 보고서를 제출합니다.

2013. 9. 30.

연구수행기관　　고려대학교 산학협력단
책임　연구원　　하태훈(고려대학교 법학전문대학원)
공동　연구원　　이근우(가천대학교 법과대학)

이 보고서는 연구용역수행기관의 결과물로서,
국가인권위원회의 입장과 다를 수 있습니다.

요 약 문

이 연구의 목적은 국가인권위원회에 진정이 제기 되었던 국가권력에 의한 인권침해의 상당한 비중을 차지하는 수사기관의 수사권 행사, 그 가운데 특히 인신구속과 대물적 강제처분에 의한 침해를 줄일 수 있는 대안을 마련할 수 있는 기초자료로서 영장제도의 현황, 실태를 조사하여 개선방안을 모색하는 것이다. 오늘날 대한민국 사회에서 다시 영장 제도를 논의하는 것은 어떠한 의미를 가지는 것일까? 이미 많은 개정을 통해 발전이 이루어졌고 이 정도면 충분하지 않은가 하는 견해도 있을 수 있다.

우리의 경우 근대법의 영향을 통해 우리의 법제도가 미처 근대화되기도 전에 제국주의 일본에 의해 국권을 상실함으로써 식민지로 전락함으로서 일본 본토에서 적용되던 근대법적 제도 대신 경찰, 헌병 등 관헌에 의한 인신구속 절차가 절차적 보장 없이 무제한적으로 이루어지게 되었고, 해방 이후 미 군정기에 영장 제도, 체포·구속적부심사제도가 도입되어, 우리 헌법에 수용되었으나, 권위주의 정부 시대에는 매우 왜곡된 형태로 시행되었고, 현행 헌법 하에서도 형사소송법 개정 논의 때마다 수사상 강제처분은 개선의 대상이 되어왔다. 또한 영장 제도에 관한 논의 과정을 보면, 각자가 어떤 입장에서 이 문제를 바라보는가하는 점이 확연히 드러나며, 상당부분 경찰, 검찰, 법원 등 관련 국가기관간의 권한 배분의 문제로 이 문제가 논의되어 왔음을 알 수 있다.

영장주의, 영장제도의 용어에 대한 이해의 다양성도 이러한 저마다의 필요성과 관점에 따라 이해할 수 있을 것이다. 영장 제도, 인신보호 제도가 국가권력의 분배나, 국가 목적을 위한 국가기관의 권한 설정의 문제가 아니라, 그로 인하여 기본권을 침해 받게 되는 자의 (절차적) 권리라는 인식이 가능해진 것은 비교적 최근의 일이다. 권한을 행사하는 자의 권한을 중심으로 파악하는 것이 아니라, 이를 수인하여야 하는 자에게 왜, 어느 정도로 자신의 기본권 침해를 수인해야 하는지를 납득시킬 수 있는 절차가 필요하다.

그런데 현실적으로도 국가 공권력의 가장 강력한 행사라고 할 수 있는 강제수사에 있어서 불투명성은 우리나라 사법체계에 대한 불신을 초래하고, 그러한 법조비리의 대부분은 인신구속을 둘러싼 각종 부조리가 핵심이라고 보는 견해가 많다. '유전무죄, 무전유죄', '유전불구속, 무전구속'이라는 냉소적 표현이 일반화, 일상화된 현실이고 그 실체가 드러나지 않았을 뿐 누구나 공감하면서 사법불신을 키워가고 있다. 현행법상 영장제도와 인신구속제도의 법적·제도적 문제점에서 기인하는 부분도 있고 그 제도를 운용하는 경찰, 검찰, 법원의 관행에서 그 원인을 찾을 수도 있을 것이다. 물론 일반 국민과 법집행 기관 사이에 인식 차이가 있을 수밖에 없고, 그 차이가 수긍될만한 것이라면 차이가 있다는 것 자체가 문제가 되는 것은 아니다. 다행스럽게도 형사사건수가 증가하는데 비하여 구속영장 발부건수는 오히려 줄어들고 있으며, 이는 검찰과

법원 모두 강제처분법정주의, 영장주의, 무죄추정 등 법치국가적 요청과 피의자의 인권보장을 위한 불구속수사와 재판의 원칙을 지켜나가려는 노력의 결과로 평가할 수 있다.

물론 강제처분과 관련된 영장제도는 구속영장실질심사의 제도화를 통해 일정 정도 개선된 측면이 있으나 구속사유에 대한 구체적·실질적 심사부재, 체포영장의 형식적 서면심사, 긴급체포 후 사후영장배제, 긴급 압수·수색 요건의 불확실성 등 적법절차원칙의 제도적 미비 및 편의적 수사관행이 인권침해의 주요원인이 되고 있다.

이처럼 영장주의, 영장제도의 문제를 접근함에 있어서는 실정법적 사고와 아울러 미래에 대하여 열려있는 성격을 갖는 인권적 고려를 할 필요가 있다고 본다. 형사법 분야는 죄형법정주의나 형사사법의 정형성 요구로 인하여 실정법에 근거하여야만 행사될 수 있다는 점이 중요한 의미를 지닌다. 그러나 한편 국가공권력의 행사라는 측면에서는 명문으로 금지되지 않았으면 할 수 있다는 시각이 여전히 존재하는 것도 사실이다. 그러나 이 분야에서도 절차주의적 인식이 필요하다. 이는 규정되지 않으면 할 수 없다 혹은 규정되었다고 다할 수 있다는 식의 양자택일이 아니라 그 방식, 절차도 규정된 대로 지켜져야 한다는 원칙이 관철되어야 한다는 인식이다.

이러한 인식 하에 본 연구에서는 영장주의의 역사를 고찰하고, 주요 외국의 제도를 비교, 고찰한 후 우리나라의 영장 제도의 변천사를 소개하였다. 이를 통하여 우리 제도의 현재적 위치를 확인하고자 하였다. 다음으로는 현행법 제도를 가급적 상세히 소개하면서 그 문제점을 지적하였고, 영장 제도의 인식, 집행실태를 파악하기 위하여 일선에서 수사를 담당하는 경찰관들에 대한 설문조사를 실시하였다. 그리고 설문 결과를 보충하기 위하여 초급간부급 경찰관, 검사, 판사로 근무하는 사람들로부터 서술식으로 각자의 입장에서 파악하는 강제처분 제도의 문제점을 조사하였다. 그리고 국가인권위원회에 진정되었던 사건을 중심으로 일반 시민의 입장에서 잘못된 강제처분행사에 대한 문제제기를 유형화하였다.

이를 바탕으로 우리나라 강제처분 제도의 개선방안을 크게 인신구속제도, 압수・수색 등 대물적 강제처분 제도로 나누어 그 법 제도적 문제점과 실무관행상의 문제점을 지적하고 그에 대한 개선방안을 제시하였다. 그리고 일선 법집행 담당자들의 인식과 능력 향상을 위한 교육, 훈련이 개선될 필요가 있음을 지적하였다. 본 연구의 장별 요약은 다음과 같다.

제1장 서론

○ 오늘날 대한민국 사회에서 다시 영장 제도를 논의하는 것은 어떠한 의미를 가지는 것일까? 이미 많은 개정이 있었고, 이 정도면 충분하지 않은가 하는 견해도 있을 수는 있다. 그러나 여전히 우리의 영장 제도에 관한 논의를 보면 뚜렷한 특징이 나타나는데, 각자가 어떤 입장에서 이 문제를 바라보는가하는 점이 확연히 드러난다는 것이다. 그동안 영장

제도의 개정과정을 보아도 상당 부분 경찰, 검찰, 법원 등 관련 국가기관간의 권한 배분의 문제로 이 문제가 논의되어 온 것을 알 수 있다.

○ 그러나 영장 제도의 본질은 국가권력 행사인 강제수사권의 발동에 있어서 그것이 실체적으로 정당하다고 하더라도 원칙적으로 중립적 제3자에 의하여 확인을 거쳐야만 한다는 절차적 보장의 문제로 파악하여야 할 것이다.

○ 영국, 미국, 유럽 등과 달리 우리는 국권상실, 권위주의 정부의 통치 등으로 인하여 이러한 영장주의 원리를 바르게 인식하지 못하고, 국가기관 간의 권력, 권한 배분이나, 성가신 절차 정도로 인식하여 온 것은 아닌가 하는 의문이 있다. 그러나 지난 십여년 동안 인신구속 제도를 포함한 우리의 수사상 강제처분은 긍정적인 방향으로 많은 개정이 이루어져 왔다. 그러나 이것이 완결된 것일 수는 없고, 더 보완되어갈 필요와 동시에 새롭게 발생하는 문제에 대한 공감대를 형성시켜가야 하는 과제도 있다.

○ 최근의 형사소송법 개정은 새롭게 대두된 디지털 증거에 대한 압수·수색방법을 구체화하는 것이었으므로 그 내용을 간략히 소개하였다

제2장 영장제도의 개관

○ 인신보호영장 제도가 영국법적 전통을 직접적인 기원으로 하고 있다는 점에는 다툼이 없지만, 본래 그것이 어떠한 의미의 것이었는가에 대해서는 약간의 견해 대립은 있다. 그러나 이 연구에서는 과거 영국법상 존재했던 제도의 성격이 중요한 것은 아니므로 간략하게만 지적하고자 한다. 다만 주목하고자 하는 것은 어느 시대, 어느 사회나 존재하였던 인신구속-법적 의미에서건, 사실적 의미에서건, 실력자의 실력 혹은 물리적 강제력 행사로서든-에 대하여 요건을 갖춘 절차가 필요하다는 점, 그리고 이를 심사하는 중립적 기관의 권위있는 명령 혹은 확인이 필요하다는 점, 그리고 구금의 적법성에 대한 중립적 기관의 심사가 필요하다고 하는 점을 최초로 제도화시킨 것 혹은 기록으로 확인할 수 있는 최초의 제도가 영국의 habeas corpus였다는 점이다. 이 때문에 이를 '영국법이 인류에게 물려준 훌륭한 유산', '자유에로의 문을 활짝 여는 열쇠'라고 평가하기도 한다.

○ 그러나 초기 영국법이 가지고 있던 habeas corpus 제도가 오늘날의 인신구속 제도에서 가지는 의미는 제한적이라고 할 수 있다. 오늘날과 같이 국가의 공권력 행사의 절차나 방법이 정비되고, 특히 범죄 수사에 있어서 행사되는 강제처분의 경우 상당한 정도까지 구체화된 규범들이 존재하기 때문이다. 이러한 제도들이 비록 연혁적으로는 habeas corpus의 정신을 이어 받았지만, 그 구체적 태양에서는 그 역사적 간격만큼이나 더 발달된 형태를 가지게 되었기 때문이다. 하지만 세계 각국이 가지고 있는 이러한 절차들이 세부적으로는

다양한 차이를 나타내지만 본질적으로 가지고 있는 요소는 인신구속등 강제처분에 있어서 수사기관이 마음대로 이를 행할 수 없고, 중립적 기관에 의해 그러한 강제처분이 대상자의 권리를 침해하여도 좋을 만큼의 필요성이 인정되는 가의 여부를 판단하게 하는 것이라고 할 수 있다. 이러한 큰 틀 안에서는 각 나라들은 저마다의 역사적 배경에 따라 수사상 강제처분에 대하여 비슷하거나 서로 다른 형태로 구체적 제도를 설정하고 있는 것이다.

○ 이러한 의미에서 우리의 영장 제도를 비판적으로 인식할 수 있는 대상으로서 우리 제도에 많은 영향을 미친 독일, 일본과 오늘날 우리 제도 변화에 지대한 영향을 끼치고 있는 미국-특히 영장 발부 및 집행상의 어려움을 경감할 수 있는 전자영장제도-등 주요 외국의 제도를 소개하였고, 유럽이 사실상 하나의 체제로 기능함을 감안하여 그 사법제도의 기본정신이라고 할 수 있는 국제인권규약와 새롭게 체결된 유럽체포영장협약의 내용을 소개하였다.

○ 영장 제도 개선 방향을 고찰함에 있어 보다 분명한 방향을 확인하기 위하여 우리나라에서 영장주의가 도입, 적용, 변천되는 과정을 가급적 상세하게 소개하였다. 우리 민족에 의한 근대법적 개혁이 좌절된 후 식민지 시대와 권위주의 정부 시대에 왜곡되었던 영장 제도가 지난 십여년간 어떠한 형태로 개선되어 오고 있는가 하는 방향을 확인할 수 있다. 우리나 이를 통하여 그 배경에서 드러나는 국민 전반의 기본권 인식의 변화를 지적하였다.

제3장 현행 형사소송법상 강제처분 제도

○ 강제처분이란 소송절차의 진행이나 형벌의 집행을 확보하기 위하여 개인의 기본권을 제한하는 처분을 말한다. 반드시 물리적 강제력이 수반될 필요는 없다. 현행 형사소송법에 규정된 강제처분에는 대인적 강제처분인 체포, 구속과 대물적 강제처분인 압수, 수색, 검증이 있다. 그 밖에 수사절차에는 강제처분의 성격을 지니는 수사상의 증거보존(제184조)과 증인신문청구(제221조의2)에 대한 규정이 있다. 이와 같은 강제처분은 다시 그 주체에 따라 법원에 의한 강제처분과 수사기관의 강제처분으로 구별된다. 형사소송법은 법원의 강제처분에 관해 규정하고(제68조 내지 제145조), 수사기관의 강제처분에 대해서는 대부분 법원의 강제처분에 관한 규정을 준용한다(제209조, 제219조).

○ 인신구속의 문제는 법칙국가적 형사절차에서 핵심적 문제라 할 수 있다. 이른바 '헌법적 형사소송법'의 중점적 규율내용은 인신구속절차에 관한 규정들이며, 형사소송법의 개정역사는 인신구속제도를 둘러 싼 변화의 역사라 해도 과언이 아닐만큼 인신구속절차는 끊임없이 논의의 중심이 되어 왔다. 그 동안의 개정사를 보면 정치적 상황에 따라, 그리고 민

주주의와 법치주의의 발전 여하에 따라 인신구속에 대한 적법절차 보장의 정도가 때로 후퇴하기도 했지만 전체적으로는 계속해서 발전하는 양상을 보이고 있다.

○ 현행 형사소송법의 인신구속제도는 1995년 12월 29일 개정되어 1997년 1월 1일부터 시행되어온 내용이 주요 얼개를 이루고 있다. 당시의 형사소송법 개정은 인신구속제도의 '획기적' 변화를 가져왔다고 평가되고 있다. 즉, "민주화의 결과에 따른 기본권보장의 강화요청에 실질적으로 부응하여 인신구속제도를 획기적으로 개선"하였다는 것이다. 그리고 그 '개선'의 내용으로 드는 것이 체포제도의 도입과 구속전 피의자 심문제도, 즉 구속영장실질심사제도의 도입이다. 더불어 체포제도의 도입에 대응하여 긴급구속제도를 긴급체포제도로 대체하였으며 체포된 자에 대해서도 적부심사청구를 인정한 것 등이다.

○ 그런데 개정된 형사소송법이 시행된 이후 이러한 제도의 '개선'이 실질적으로 인신구속의 현실을 개선시켰는지에 대해서는 이론과 실무의 양 측면에서 부정적 평가들이 이어졌다. 우선 체포제도의 도입과 관련해서는 특히 긴급체포의 남용에 대한 지적이 상당하였다. 체포영장제도의 도입에 대해서는 수사실무에서 관행처럼 자행되었던 임의동행이라는 위법한 형식에 의한 체포를 방지할 수 있게 되었다는 점에서 제도의 도입 자체는 긍정적으로 평가되었지만, 체포영장제도에 대한 수사기관의 인식미비로 거의 활용되지 못하고 있었으며, 그것이 긴급체포의 남용을 가져오는 원인으로 지적되었다. 한편으로 영장실질심사의 도입은 구속에서 적법절차의 보장을 강화하는 긍정적 변화였지만, 시행 후 1년이 되지 않아 신청에 의한 심사로 제한되었으며, '구속 전' 심문이란 점에서 일부 절차상의 모순이 있었다.

○ 이러한 상황에서 2007년의 개정법률은 긴급체포의 남용을 방지하기 위해 긴급체포 후 '지체없이' 구속영장을 청구하도록 하고(제200조의4), 긴급체포에 따른 영장 없는 압수·수색의 기간을 24시간으로 축소하였으며(제217조), 영장실질심사를 필요적 절차로 변경하였다(제201조의2). 그 밖에 보석의 조건을 다양하게 규정하였고, 구속영장의 집행절차(제81조)와 체포구속의 적부심절차를 일부 개선하였다(제214조의2). 더불어 구속사유의 심사기준을 규정하고(제70조) 구속기간을 연장하였다. 2011년 개정에서는 사회변화를 반영하여 디지털 증거 수집에 관한 규정이 도입되었다.

○ 또한 수사일선에 종사하는 실무자들의 가감 없는 의견과 실무에 대한 지식, 인식을 확인하여 보고자, 60여명의 경찰관들에 대하여 설문조사를 실시하였고, 설문 결과를 보충하기 위하여 초급간부급 경찰관, 검사, 판사로 근무하는 사람들로부터 서술식으로 각자의 입장에서 파악하는 강제처분 제도의 문제점을 조사하였다.

제4장 영장 제도 관련 주요 문제 유형

○ 수사상 강제처분과 관련한 문제에서는 수사의 각 단계에서는 상당한 정도의 판단 여지가 인정된다. 다시 말해서 결과적으로 법원에서 무죄판결을 받게 되었다 하더라도 그것이 곧 수사의 위법을 의미하는 것은 아니다. 검사나 사법경찰관은 수사기관으로서 피의사건을 조사하여 진상을 명백히 하고, 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 피의자에게 증거 인멸 및 도주의 염려 등이 있을 때에는 법관으로부터 영장을 발부받아 피의자를 구속할 수 있으며, 나아가 수집·조사된 증거를 종합하여 객관적으로 볼 때, 피의자가 유죄판결을 받을 가능성이 있는 정도의 혐의를 가지게 된 데에 합리적인 이유가 있다고 판단될 때에는 피의자에 대하여 공소를 제기할 수 있으므로 그 후 형사재판 과정에서 범죄사실의 존재를 증명함에 충분한 증거가 없다는 이유로 무죄판결이 확정되었다고 하더라도 그러한 사정만으로 바로 검사나 사법경찰관의 구속 및 공소제기가 위법하다고 할 수 없고, 그 구속 및 공소제기에 관한 수사기관의 판단이 그 당시의 자료에 비추어 경험칙이나 논리칙 상 도저히 합리성을 긍정할 수 없는 정도에 이른 경우에만 그 위법성을 인정할 수 있다(대법원 1999. 1. 15. 선고 98다38302 판결, 1993. 8. 18. 선고 93다20924 판결 등)

○ 그러나 재량을 인정한다고 하는 것이 자의적 행사까지도 정당화시켜 주는 것은 아니다. 수사 과정, 특히 강제처분과 관련된 부당한 수사권 행사의 사례들을 직접 조사하는 것은 역량을 벗어나는 일일 뿐더러 객관적 자료를 확보하는 것조차 쉽지 않은 일이다. 그래서 일차적으로는 국가인권위원회에 진정이 접수되었던 사건과 그 결정례를 중심으로 수사기관의 강제처분의 문제점을 유형별로 지적하였다. 대부분의 사례들은 제도 자체의 문제점이라기보다 일선 집행자들의 실적 위주의 수사 관행, 자질 부족이나, 부실, 무성의한 절차 준수에서 비롯된 것이라고 할 수 있다. 이러한 점에서 수사 담당자들에 대한 자질 향상이 중요한 것으로 보인다. 다만, 각종 영장발부 절차나 기준에 관해서는 법원의 재판의 일종이라는 이유로 외부적, 사후 통제 장치가 없다는 점 때문에 제도적 보완이 필요한 것으로 판단되었다.

○ 특히 이 연구에서는 국가인권회도 특별한 관심을 기울인 바 있는 불법체류 외국인에 대한 단속 제도의 문제점을 지적하였다. 이들은 출입국관리법의 기이한 구금 제도 때문에 사실상 영장 제도의 사각지대에 놓인 상황에서 부당한 공권력 해사의 상대방이면서도 강제출국의 위협 혹은 집행 때문에 정당한 권리구제도 받기 힘든 상황에 놓여 있다. 그런데 출입국관리법의 보호, 단속 제도는 우리 헌법상의 절차적 보호 정신에 비춰볼 때, 대단히 위헌적 제도라고 판단된다.

제5장 영장 제도 개선방안

○ 이상의 분석결과를 바탕으로 영장 제도의 개선방향을 제시한다. 인신구속 제도에 대해서는 여러 가지 관점의 접근이 필요하다. 인신구속의 목적은 무엇인가, 현재 그 인신구속의 빈도, 정도는 타당한가 하는 다양한 이해 가운데에 놓여 있는 문제이다. 그리고 현실 사회에서 동작할 수 있어야 한다는 점에서 일종의 절충이 필요하다. 물론 범죄혐의를 받고 있는 시민을 중심으로 사고한다면 그는 여전히 헌법상 무죄추정을 받고 있는 자로서 그의 인신을 구속하는 것은 헌법적으로 정당화할 수 있는 방법으로서만 가능함은 당연하다. 그러나 동시에 헌법적 허용 범위 내에서도 구체적으로는 여러 형태의 인신구속 제도를 모색할 수 있다.

○ 먼저 큰 틀의 변화를 모색하는 것으로서 초기 단계의 인신구속을 넓게 허용하되, 가능한 지체 없이 법관 등 사법기관에 의한 심사를 실행하도록 하며, 일단 인신구속이 이루어진 경우에도 구금을 계속할 필요성이 사라진 경우에는 다양한 형태로 석방하는 제도를 제안하고자 한다. 그것은 체포전치주의와 즉시적 법관대면권의 형태로 나타난다.

○ 다음으로 현재 인신구속 제도의 틀을 유지하면서 그 주요 문제점으로 나타나는 영장 없는 체포 후 법관의 심사 없는 임의 석방의 통제방안으로서 사후 체포영장청구 제도의 도입을 검토하고자 한다. 또한 영장 없는 체포로서 인정되는 '현행범인'의 범위를 지나치게 확장시키고 있는 '준현행범인' 개념을 축소하고자 한다.

○ 그 다음 단계에서는 인신구속 제도라는 틀의 변화가 아니라, 그 구체적 단계에서 대상자의 실체적, 절차적 권리 보장을 실질화할 수 있는 방안을 모색하고자 한다. 먼저 각종 영장의 발부 단계에서는 영장발부 사유가 충족되었는지의 여부를 법관이 실질적으로 심사할 수 있는 방안과 그에 대한 법관의 판단이 자의적이지 않도록 이를 객관화할 수 있는 방안, 그리고 특히 구속영장의 경우에 구속/불구속의 양자택일적 판단의 어려움과 문제점을 극복할 수 있는 대안으로서 조건부 석방(영장발부) 제도를 제안한다. 또한 현행 제도의 틀 안에서 제대로 준수되고 있는 집행 방법-고지의무나, 원본 제시의무 등- 절차의 올바른 집행을 위하여 절차 이행에 대한 서면 확인 절차를 제안하는 동시에 영장의 신청, 청구, 발부의 전단계에서 각 기관의 부담을 경감할 수 있는 방안으로서 전자영장 제도의 도입을 제안하고자 한다.

○ 동시에 법률적 수준에서가 아니라, 세부 지침에 해당하는 각종 내규, 예규 상에 존재하는 문제점을 전면적으로 재검토하여 개선할 필요가 있으며, 일선 담당자들의 자질 향상을 위하여 교육, 훈련 및 근무 방식의 개선이 필요함을 지적하고자 한다.

<차 례>

1. 서론

가. 논의의 배경 ····· 1

1) 절차주의적 이해 ····· 1

2) 우리나라에서의 강제수사의 문제점 ····· 3

나. 영장 제도 비판에 있어서 절차주의적 이해의 중요성 ····· 4

다. 영장주의의 사각지대 ····· 6

라. 최근의 수사상 강제처분 제도 개선-2007년, 2011 형사소송법 개정내용 ····· 6

2. 영장제도의 개관

가. 영장주의의 기원과 함의 ····· 8

1) 개관 ····· 8

2) 영국법적 전통에서 Habeas Corpus의 의미 ····· 8

나. 각국의 영장제도 ····· 10

1) 개관 ····· 10

2) 주요 외국의 영장제도 ····· 12

가) 독일의 영장제도 ····· 12

나) 일본의 영장제도 ····· 16

다) 미국의 영장제도 ····· 20

라) 기타 국가– 프랑스 등 ····· 45

마) 유럽인권협약상 강제처분 관련규정 ····· 46

바) 유럽체포영장 ····· 52

다. 우리나라의 영장 제도의 변천사 ····· 69

1) 개관 ····· 69
2) 대한민국 건국 이전 시기 ····· 69
가) 대한제국시대: 근대적 의미의 영장제도 미도입 ····· 69
나) 일제시대의 식민지 형사사법 ····· 70
다) 미군정시대의 형사사법: 영장제도의 도입 ····· 71
3. 대한민국 헌법하의 영장청구 관련 (헌)법규정의 변천사 ····· 78
가) 1948.7.17. 제헌헌법 ····· 78
나) 1954.9.23. 형사소송법 제정 ····· 79
다) 1960.6.15. 제3차 개헌(제2공화국 헌법) ····· 80
라) 5·16 군사쿠데타 후 1961.9.1. 형사소송법 개정 ····· 80
마) 1962.12.26. 제5차개헌 (제3공화국 헌법) ····· 82
바) 1972년 헌법 (유신헌법) ····· 83
사) 1980년 헌법 (제5공화국 헌법) ····· 83
아) 1987년 헌법(현행 헌법) ····· 84
자) 소결 ····· 85

제3장 현행 형사소송법상 강제처분 제도

제1절 개관 ····· 86
제2절 인신구속제도 ····· 87
I. 인신구속제도의 의의와 종류 ····· 87
II. 체포 ····· 88
1. 영장에 의한 체포 - 체포영장 제도 ····· 88
2. 긴급체포 ····· 90
3. 현행범체포 ····· 91
III. 구속 ····· 94
1. 구속의 개념과 목적 ····· 94

2. 구속의 요건 ····· 94
3. 구속의 절차 ····· 98
IV. 체포·구속의 적부심사 ····· 108
1. 체포·구속의 적부심사의 의의 ····· 108
2. 체포·구속적부심사의 청구 ····· 109
3. 법원의 심사 ····· 110
4. 법원의 결정 ····· 111
5. 피의자의 보석 ····· 112
6. 체포·구속적부심사제도의 개선점 ····· 114
제3절 대물적 강제처분 ····· 116
I. 개관 ····· 116
II. 압수수색의 요건 ····· 118
1. 범죄혐의 ····· 118
2. 필요성 ····· 118
3. 비례성 ····· 119
III. 압수·수색의 절차 ····· 119
1. 압수수색영장의 발부 ····· 119
2. 압수·수색영장의 집행 ····· 119
IV. 압수수색에서 영장주의의 예외 ····· 124
1. 구속·체포목적의 피의자수사 ····· 124
2. 체포현장의 압수·수색·검증 ····· 125
제4절 영장 관련 제도의 실태 ····· 128
I. 실태 분석 방법 ····· 128
II. 경찰 내부 통계의 분석 ····· 128
1. 체포영장의 발부 실태 분석 ····· 128
2. 긴급체포의 실태 분석 ····· 128
3. 현행범 체포의 실태 ····· 130
4. 압수·수색의 실태 분석 ····· 131

III. 경찰 설문 조사 결과 ····· 134
1. 설문조사 경과 ····· 134
2. 답변내용 분석 ····· 134
IV. 전문가 의견 조사 ····· 148
1. 경찰 1 ····· 148
2. 경찰 2 ····· 149
3. 검사 1 ····· 152
4. 검사 2 ····· 153
5. 판사 1 ····· 154
6. 판사 2 ····· 156

제4장 영장 제도 관련 주요 문제 유형

제1절 개관 ····· 158
제2절 강제력 행사의 적정성 ····· 159
I. 체포 등 사실행위에서 과도한 물리력의 사용 ····· 159
1. 폭행 등으로 인한 인권침해 등(11-진정-0149600) ····· 159
2. 체포과정에서의 신체의 자유침해(11-진정-0398900) ····· 159
3. 경찰의 부당한 긴급체포 ····· 159
4. 판단 ····· 160
제3절 영장주의 위반 사례 ····· 160
I. 영장 발부 절차에 대한 사례 ····· 160
1. 체포영장 발부에 관한 사례(09-진인-0001393) ····· 160
2. 주거지 관련 사실을 허위기재한 영장청구(11-진정-0589200) ····· 161
II. 영장 집행 절차 위반 ····· 161
1. 개관 ····· 161
2. 절차의 부실한 준수 - 경찰의 미란다 원칙 불이행 등 ····· 162

3. 압수수색영장 미제시에 의한 인권침해(11-진정-0282600) ····· 164
4. 경찰의 부당한 가택수색(10-진정-0598500) ····· 164
5. 영장 없는 지명수배자 체포 사례(10진정0785200, 11진정0329300(병합)) · 165
6. 자수자에 대한 긴급체포 사례(05-진인-3319) ····· 168
7. 자수한 자 또는 자진출석한 자를 긴급체포로 처리한 사례 ····· 169
8. 실적 위주 수사 관행, 수사권한 남용 ····· 170
III. 영장 없는 강제 처분 ····· 173
1. 긴급체포 목적의 주거지 무단 수색 ····· 173
2. 체포영장집행에 수반하는 영장 없는 압수수색(10-진정-0471600사건) ····· 175
3. 벌금미납 수배자에 대한 형집행장에 의한 구인 방법(11-진정-0187100 사건) ···· 177
4. 영장 없는 가택수사에 따른 인권침해(10-진정-0341000) ····· 178
5. 경찰의 압수물품 미반환(10-진정-0376000) ····· 178
6. 압수목록 미교부 ····· 179
7. 부당한 구속영장 집행에 의한 인권침해(11-진정-0126600) ····· 180
IV. 외국인 불법체류 관련 ····· 180
1. "외국인 고용업소 등에 무단으로 진입하는 것은 인권침해" ····· 180
2. 인권위원회 진정, 상당 사례 등 요약 ····· 182
3. 출입국관리 공무원들의 인신구속관련 행위의 합법성, 합헌성 검토 ····· 183

제5장 영장 제도 개선방안

제1절 개관 ····· 198
I. 영장청구, 발부, 기각, 무죄율 실태 ····· 198
II. 영장 신청, 청구, 발부 단계의 문제점 ····· 200
1. 구속영장 신청과 구속영장 발부율 ····· 200
2. 신청자(경찰)와 청구자(검찰) 간의 영장갈등과 원인 ····· 200

3. 청구자(검찰)와 발부자(법원) 간의 갈등 ····· 201
III. 종합적인 개선의 필요성 ····· 203
제2절 대인적 강제처분 관련 법, 제도, 관행 개선 ····· 204
I. 체포전치주의와 즉시적 법관대면권 인정 ····· 204
1. 현황 및 문제점 ····· 204
2. 관련 국내 및 국제기준, 해외사례 ····· 205
3. 효과적 개선방안 방안 ····· 207
II. 긴급체포 및 현행범 체포 후 사후 체포영장청구 의무화 ····· 208
1. 현황 및 문제점 ····· 208
2. 효과적 개선방안 방안 ····· 209
III. 준현행범인 인정범위 제한 ····· 210
1. 현황 및 문제점 ····· 210
2. 일본의 준현행범인 규정 ····· 211
3. 효과적 개선방안 ····· 211
IV. 내사단계에서 인신구속 개선 ····· 211
V. 영장발부의 판단 근거와 기준의 개선 방안 ····· 212
1. 현황 및 문제점 ····· 212
2. 효과적 개선방안 ····· 214
VI. 영장 심사 단계 조건부 석방제도 도입 ····· 216
1. 현황 및 문제점 ····· 216
2. 관련 국제기준 및 해외사례 ····· 217
3. 효과적 개선방안 ····· 218
VII. 영장집행 시 고지의무 등 절차준수 확인 절차 도입 ····· 219
1. 현황 및 문제점 ····· 219
2. 효과적 개선방안 ····· 220
VIII. 영장집행 시 영장원본주의 실행 등 영장집행방법 개선 ····· 220
1. 현황 및 문제점 ····· 220
2. 관련 국내 및 국제기준, 해외사례 – 전자영장제도 도입론 ····· 220

3. 전자영장제도 도입의 필요성과 가능성 ····· 221
제3절 대물적 강제처분 관련 법, 제도, 관행 개선 ····· 222
I. 긴급 압수·수색·검증의 대상 및 시간 제한 ····· 222
1. 현황 및 문제점 ····· 222
2. 관련 국내 및 국제기준, 해외사례 ····· 223
3. 효과적 개선방안 ····· 224
II. 디지털 증거의 압수·수색의 근거와 집행방법 개선 ····· 224
1. 현황 및 문제점 ····· 224
2. 관련 국내 및 국제기준, 해외사례 ····· 225
3. 효과적 개선방안 ····· 227
제4절 영장 관련 규정 정비 및 교육훈련 개선 ····· 227
I. 영장 관련 내규, 지침, 가이드라인 정비 ····· 227
1. 현황 및 문제점 ····· 227
2. 효과적 개선방안 ····· 230
II. 수사 담당자의 인식 제고 및 교육훈련 개선 방안 ····· 230
1. 현황 및 문제점 ····· 230
2. 미국의 경찰관 교육 ····· 233
3. 개선방안 ····· 234

<표 차례>

[표 1] 경찰 체포영장 신청·발부(※ 경찰청 통계(수사제도계)) ····· 128
[표 2] 경찰 긴급체포 후 구속영장 신청·발부(※ 경찰청 통계(수사제도계)) ····· 129
[표 3] 검찰 긴급체포 후 석방현황(※ 2012 국감자료(최원식 의원)) ····· 129
[표 4] 경찰 현행범체포 후 구속영장 신청·발부(※ 경찰청 통계(수사제도계) 수정) ·· 130
[표 5] 경찰 구속영장 신청·발부(※ 경찰청 통계(수사제도계)) ····· 131
[표 6] 경찰 사전영장 신청·발부(※ 경찰청 통계(수사제도계)) ····· 131
[표 7] 경찰 압수·수색영장(일반) 신청·발부(※ 경찰청 통계(수사제도계)) ····· 132
[표 8] 경찰 압수·수색영장(금융계좌) 신청·발부(※ 경찰청 통계(수사제도계)) ····· 132
[표 9] 사경·검찰 구속영장 신청(청구) 및 기각 현황(※ 2012 국감자료(김진태 의원)) ····· 132
[표 10] 사경·검찰 압수·수색 영장 신청(청구) 및 기각 현황(※ 2011 국감자료) ····· 133
[표 11] 통신사실확인자료 허가 청구 및 발부 현황(※출처: 2011 국감자료) ····· 133
[표 12] 통신제한조치 허가 청구 및 발부 현황(※ 출처:2011 국감자료) ····· 134
[표 13] 외국인 피의자 인계방법에 대한 응답 내용 ····· 143
[표 14] 일선 수사 담당자들이 생각하는 강제처분제도의 문제점 ····· 147
[표 15] 영장재판의 실태-구속영장 ····· 199
[표 16] 영장재판의 실태-체포영장 ····· 199
[표 17] 중앙경찰학교 커리큘럼 ····· 232

<그림 차례>

[그림 1] 구속영장 청구 및 발부, 기각현황 ····· 198
[그림 2] 1심, 2심 무죄현황 ····· 199

1. 서론

가. 논의의 배경

1) 절차주의적 이해

오늘날 대한민국 사회에서 다시 영장 제도를 논의하는 것은 어떠한 의미를 가지는 것일까? 이미 많은 개정을 통해 발전이 이루어졌고 이 정도면 충분하지 않은가 하는 견해도 있을 수는 있다. 그러나 여전히 우리의 영장 제도에 관한 논의를 보면 뚜렷한 특징이 나타나는데, 각자가 어떤 입장에서 이 문제를 바라보는가하는 점이 확연히 드러난다는 것이다. 그동안 영장 제도의 개정과정을 보아도 상당 부분 경찰, 검찰, 법원 등 관련 국가기관간의 권한 배분의 문제로 이 문제가 논의되어 온 것을 알 수 있다. 서로가 이 논의에서 자기가 소속된, 혹은 대표하는 기관의 권한을 확대하거나, 자기 기관의 영향력이 줄어들지 않을까 하는 염려 혹은 그 반대의 의도가 짙게 깔려 있는 것이다.

영장주의, 영장제도의 용어에 대한 이해의 다양성도 이러한 저마다의 필요성과 관점에 따라 이해할 수 있을 것이다. 그러나 보다 중립적인 관점 혹은 인권적 관점에서의 접근에 있어서 영장 제도의 본질은 국가권력 행사에 있어서의 절차적 보장의 문제로 파악하여야 할 것이다. 아무리 국가라고 해도 개인에 대하여 필요한 모든 것을 자기 마음대로 행할 수는 없다. 이 당연한 원리가 왕조 시대 이후 오랜 권위주의 정부 하에 있던 우리에게는 아직은 널리 체득되지 않은 탓인지도 모르겠다. 고대나 왕조시대의 경우 국가권력의 개인에 대한 실력적 강제는 강제되는 자의 지위나 신분에 따라 다르기는 하겠지만, 적어도 일반 백성을 향해서는 무제한적으로 행하여진 것이나 다름없다고 할 수 있다. 이러한 사정은 동시대의 서양이라고 다를 바는 없는 것으로 보인다. 영장제도의 기원으로 일컬어지는 영국법상 Habeas Corpus도 그 기원은 Magna Carta[1] 이전으로 거슬러 올라가지만, 특정한 목적상의 제한이 있거나, 그 적용을 받는 자의 신분이 귀족인 경우에만 적용되었던 것이고, 왕권의 부당한 행사에 대한 헌법상의 구제수단으로 사용하게 된 것은 헨리4세 시대에 이르러서 라고 한다.[2] 1679년의 인신보호법(the Habeas Corpus Act)은 불법구금(不法拘禁)에 대하여 이 영장을 청구할 권리를 확정적으로 승인한 것이다. 범죄의 혐의로 구금된 경우를 포함하여 모든 불법구금에 대하여 인신보호영장을 발할 수 있다고 하는 법률이 제정된 것은 1816년이었다. 미국에서도 보통법(common law)의 일부로서 발전하여 헌법상으로도 보장되어 있어서, 공식적 형사절차는 아니지만, 사형 판결을 받은 자등에 대한 최후 수단으로서 이 제도가 활용되고 있다.

우리나라의 경우 근대법의 영향으로 이루어진 갑오개혁 등 대한제국의 개혁안에도 영장제도는 도입되지 않았을 뿐더러 그나마 일제에 병탄되어 버림으로써 제대로 시행되지도 못하였다. 게다가 자국에서는 형식적이나마 근대법의 정신을 지켰던 일본 제국주의도 식

---

1) Magna Carta에 대한 짧지만 깊이 있는 설명으로는 차병직, 인권, 살림지식총서, 21-24쪽, 참조. 이 작은 책은 '인권'에 대한 역사적 고찰과 아울러 현재적 쟁점까지도 압축적으로 보여주고 있다.

2) 조셉 커민스 저(송설희, 김수진 역), 만들어진 역사, 말글빛냄, 2008. 79쪽.

민지 조선에 대해서는 그 적용을 제한하여 경찰, 헌병 등 관헌에 의한 인신구속 절차가 절차적 보장 없이 무제한적으로 이루어지도록 하였다. 해방이후 미 군정기에 영장 제도, 체포·구속적부심사제도가 들어와서 헌법에 수용되었으나, 영장 제도 역시 유신체제 하의 엄혹한 시기에는 시련을 피하지 못하였고, 체포·구속적부심사제도는 아에 유신헌법이라고 불리는 제7차 개정헌법에서 삭제되었다가 제8차 개헌에서 매우 형해화된 형태로 다시 도입된 것이다. 현행 헌법 하에서도 영장 제도는 거의 매번의 형사소송법 개정 논의 시에 개도 개선이 논해지는 대상이 되고, 본래의 Habeas Corpus에 해당하는 우리의 '인신보호법'은 극히 최근인 2011년에야 만들어졌을 뿐더러 그 자체에 너무 넓은 적용 제외를 가지고 있다. 이렇게 보면 언 듯 완결되어 보이고, 고정불변으로 보이는 우리의 영장 제도, 인신보호 제도 역시 여전히 발전되어야할 필요성이 있음을 알 수 있다.

이러한 영장 제도, 인신보호 제도가 국가권력의 분배나, 국가 목적을 위한 국가기관의 권한 설정의 문제가 아니라, 그로 인하여 기본권을 침해 받게 되는 자의 (절차적) 권리라는 인식이 가능해진 것은 비교적 최근의 일이다. 형사절차에서의 인신구속 제도도 사실은 당시 실력을 가진 자가 필요하면 그 대상자를 실력으로 가두어둔데서 비롯되었을 것이고, 그 가운데 국가의 형성 이후 형사절차가 발전에 됨에 따라 범죄자에 대한 처벌을 위한 인신구속이 분화된 것으로 보인다. 그러한 실력행사가 완전한 사실적 물리력의 행사로만 이루어진 것은 아닐 것이고, 권력 혹은 권한을 행사하는 자가 상대방에게 자신이 그러한 권한이 있음을 표상하는 물체를 내어보임으로써 상대방의 복종을 요구하는 절차도 필요하였을 것이다. '영장'이라는 것도 비록 이것이 우리 제도에 직접 수용된 것은 서양의 그것을 받아들인 것이지만, 영화나 드라마에서 보는 것처럼 왕이 전쟁터로 가는 장군에게 수여하였던 월(鉞)이나 보검, 마패와 같은 信物, 符信 등도 그러한 기능을 일부나마 수행한 것이라고 할 수 있다. 오늘날이라면 경찰, 공무원 등의 제복, 신분증 등이 그러한 권한의 존재를 가시적으로 보여주는 장치라고 할 수 있다. 그러나 얼마 전 강남역 인근에서 벌어진 사건처럼 제복만으로 공권력 집행을 충분히 근거할 수는 없다.[3] 유영철도 경찰을 사칭한 전력이 있으며, 사복경찰의 경우에는 이러한 최소한의 징표도 없는 셈이다. 정남규 사건에서는 이를 악용하여 경찰관 신분증, 수갑 등을 가지고 다니면서 사채업자, 환전상 등을 체포하여 잔인하게 살해한 바 있다. 이러한 강제력 행사의 상대방이 되는 시민에게 강제력을 행사하는 자의 권한과 자신이 어느 정도까지 수인해야 하는 지를 알려주기를 요구할 권리는 없는 것일까?

권력을 행사하는 자 가운데 누가 그 행사에 제한을 바랄 것인가? 모든 영장 제도의 개선논의 때마다 '이렇게 하면 수사 못한다'는 아우성이 높았다. 그러나 수사기관이 조금 불편해지고, 번거로워졌을지는 몰라도 수사는 계속되고 있다. 수사기관은 가능한 한 제

3) '경찰 복장에 가짜 권총 차고' 노점상 갈취 KBS TV 2013.07.24 (수) 기사 참조, 이 기사에서는 5년간 경찰 등 공무원을 사칭한 범죄가 138건으로 보도되고 있으나 이는 적발된 건수만 반영된 것이다. 참고로 이는 어제 오늘의 일은 아니다. "경찰복 한벌 10萬(만)원, 수갑은 3萬(만)원에" 「가짜警官」 범행 급증 1995.02.18. 경향신문 23면 기사

한없는 권한행사를 기대하기 마련이다. 그러나 권력행사의 상대방이 되는 시민들로서는 그 권력행사를 수인하여할 이유, 근거와 그에 걸맞는 절차를 요구할 수 있어야 한다. 현대의 국가는 신이나 혈통에 의하여 무제한적 권한을 수여받는 국가가 아니라, 그 권력행사의 상대방이 된 시민을 포함하는 주권자의 제한적 위임에 의하여 그 권한을 부여 받은 것이기 때문이다.

2) 우리나라에서의 강제수사의 문제점

그런데 현실적으로도 국가 공권력의 가장 강력한 형태라고 할 수 있는 강제수사에 있어서 불투명성은 여러 차례 지적되고 있다. 특히 우리나라 법조비리의 대부분은 인신구속을 둘러싼 각종 부조리가 핵심이라고 보는 견해가 많다. 체포 및 구속과 관련한 법조비리가 반복되면서 '유전무죄, 무전유죄', '유전불구속, 무전구속'이라는 냉소적 표현이 일반화, 일상화된 현실이고 그 실체가 드러나지 않았을 뿐 누구나 공감하면서 사법불신을 키워가고 있다. 현행법상 영장제도와 인신구속제도의 법적·제도적 문제점에서 기인하는 부분도 있고 그 제도를 운용하는 경찰, 검찰, 법원의 관행에서 그 원인을 찾을 수도 있을 것이다. 물론 일반 국민과 법집행 기관 사이에 인식 차이가 있을 수밖에 없고, 그 차이가 수긍될만한 것이라면 차이가 있다는 것 자체가 문제가 되는 것은 아니다. 다행스럽게도 형사사건수가 증가하는데 비하여 구속영장 발부건수는 오히려 줄어들고 있으며, 이는 검찰과 법원 모두 강제처분법정주의, 영장주의, 무죄추정 등 법치국가적 요청과 피의자의 인권보장을 위한 불구속수사와 재판의 원칙을 지켜나가려는 노력의 결과로 평가할 수 있다. 그러나 구속사유에 대한 법원의 엄격한 심사에 의해 영장기각률이 높아지면서 검찰의 구속영장 청구와 법원의 발부여부에 대한 예측가능성이 떨어지고 검찰이 구속영장 청구기준과 법원의 발부기준에 대한 적정성과 신뢰성에 의문이 제기되고 있다. 즉 법집행기관의 구체적 처분에 일관성이 없고, 그 합리적 근거를 발견하기 힘들기 때문에 이를 문제로 삼는 것이다.

물론 강제처분과 관련된 영장제도는 구속영장실질심사의 제도화를 통해 일정 정도 개선된 측면이 있으나 구속사유에 대한 구체적·실질적 심사부재, 체포영장의 형식적 서면심사, 긴급체포 후 사후영장배제, 긴급 압수수색 요건의 불확실성 등 적법절차원칙의 제도적 미비 및 편의적 수사관행이 인권침해의 주요원인이 되고 있다. 예컨대 법원이 '실형선고가 예상되는 경우 구속'이라는 것을 구속 기준으로 삼는 것은 지나치게 범죄혐의와 유죄가능성을 고려하는 것이어서 구속제도의 취지와 부합하지 않는 것이다. 도망의 염려와 증거인멸의 염려가 구속사유의 핵심이므로 단순히 실형선고가 예상되는 경우라 하더라도 실형이 선고되면 구체적으로 도망의 염려가 있는 것인지, 실형 또는 유죄판결을 피하기 위하여 구체적으로 증거인멸의 우려가 있다고 볼 수 있는 것인지를 별도로 심사해야 한다. 체포영장의 경우 법원이 수사기관에서 작성한 체포이유를 기재한 수사기록에 대해 서면심사를 통해 발부하고 있는 바, 피의자소재수사 등 관련 보고서가 자의적으로

작성되더라도 법원이 이를 충실히 통제하지 못하는 문제가 발생하고 있다. 구속영장의 발부에 있어서도 '도주 또는 증거인멸의 구체적인 사유가 존재하는지, 검사가 영장을 청구한 사건의 범죄혐의가 충분한지' 등에 대한 객관적인 판단 없이 검사의 영장청구서면의 내용을 그대로 인정하여 구속영장을 발부하는 경우가 적지 않다. 법관의 영장발부결정에 대해서는 불복방법이 인정되지 않는 현실에서는 영장전담판사의 결정을 검증할 수 있는 방법이 없다는 점에서 인신구속으로 인한 피의자의 기본권이 침해될 가능성이 내재해 있는 것이다.

체포제도는 임의동행이나 보호실유치라는 탈법적 수사관행을 탈피하기 위한 제도인데, 체포제도가 잘 활용되고 있지 못하다. 체포영장의 발부요건이 엄격하여 긴급체포 남용의 원인이 되고 있다. 체포와 구속이 병렬적인 현행 제도에 대해서 체포와 구속을 절연시켜 체포전치주의로 가든지 아니면 인신구속제도를 일원화하든지 하는 개선방안이 마련되어야 한다. 체포영장제도는 판사의 피의자심문 없이 서류심사만으로 체포영장을 발부받을 수 있는 장점이 있어 경찰은 초동수사의 긴급성에 대처할 수 있게 되었지만 체포영장의 청구권자가 검사라는 점 때문에 체포영장제도보다는 긴급체포제도가 더 활용되고 있다. 수사초기단계에 경찰 스스로 판단하여 신속하게 용의자의 신병을 확보하는 수단이 주어진 셈이다. 체포와는 달리 '도주 또는 증거인멸의 염려'를 요건으로 하고 있기 때문에 엄격한 심사를 거쳐 체포여부를 결정해야 하지만 긴급체포는 체포 후에 사후체포영장을 발부받을 필요가 없다는 점에서 초동수사단계에서 검사나 판사의 통제를 받지 않고 시민의 기본권을 제한하거나 침해할 수 있는 권한이 경찰에게 주어진 것이다. 따라서 이에 대한 통제가 필요한 상황이다.

특히 긴급체포·현행범체포의 경우에는 법원의 통제없이 검사의 사후승인 및 내부보고로 합법화되는 문제가 있고, 예외적으로 허용되는 영장없는 압수수색의 경우에는 그 요건이 모호하여 수사기관의 재량을 광범위하게 인정함으로써, 잘못된 수사관행을 고착시키는 문제가 다수 발생하고 있다.

나. 영장 제도 비판에 있어서 절차주의적 이해의 중요성

이처럼 영장주의, 영장제도의 문제를 접근함에 있어서는 실정법적 사고를 넘어서 개방적 성격을 갖는 인권적 고려를 할 필요가 있다고 본다. 형사법 분야는 죄형법정주의나 형사사법의 정형성 요구로 인하여 실정법에 근거하여야만 행사될 수 있다는 점이 중요한 의미를 지닌다. 예를 들어 가장 강력한 국가공권력 행사의 하나인 수사상의 강제처분에 대해서는 강제처분법정주의가 적용되는 것이다. 그러나 한편 국가공권력의 행사라는 측면에서는 명문으로 금지되지 않았으면 할 수 있다는 시각이 여전히 존재하는 것도 사실이다. 특히 전통적인 행정법 분야의 시각이 그러하다. 그러나 이 분야에서도 절차주의적 인식이 제고되고 있다. 이는 규정되지 않으면 할 수 없다 혹은 규정되었다고 다할 수 있다는 식의 양자택일이 아니라 그 방식, 절차도 규정된 대로 지켜져야 한다는 원칙이 관철되어야 한다는 인식이다. 또한 그 의미는 당해 공권력 행사의 실질에 따라 달리 파악

될 필요가 있다. 예를 들자면 행정법 분야의 많은 법률들에서 '~함에 필요한 처분을 할 수 있다.'라는 형식의 규정을 근거로 법률이 명시적으로 허용하지 않은 방식의 공권력 행사도 허용하지만, 형사소송법 분야에서는 법률에 규정되지 아니한 형태의 강제수사 방식은 금지된다고 해석되어야 하는 것이다.

하지만, 이 영역에서도 여전히 한계영역이 존재한다. 실정법에 강제처분으로서 규정되지 않은 것은 모두 임의수사로서 금지되지 않는다고 보는 관점이 있을 수 있고, 이는 (주로 집회, 시위 당시의) 사진촬영, 일제 검문, 일제 음주단속, 교통사고 조사에서 병원관계자 등을 통한 혈액 샘플의 입수처럼 우리 형사소송법에서 명문으로 규정을 두고 있지 않은 영역에서 그 법적 성격을 둘러싼 논쟁의 계기가 되는 것이다. 다양한 형태의 수사방법을 일일이 다 규정하는 것은 가능하지도 않을뿐더러 그러한 방식은 언제나 일정한 문제가 발생한 다음의 뒷수습으로나 행하여질 뿐인 것이다. 결국은 일정한 기준에 의하여 수사기관의 임의적 판단으로 가능한 영역과 법적 절차적 통제가 필요한 영역을 구별할 수 있는 기준이 형성되어야하고 새로운 수사 방법이 그 중 어디에 해당하는 것인가에 따라 그 절차에 적용될 원칙을 정하여야 할 것이다.

마찬가지로 우리 형사소송법 교과서에서 다루어지는 수사방법은 매우 전형적인 몇몇에 한정될 뿐이다. 미행, 기계장비를 사용하지 않는 엿듣기, 공개된 장소에서의 사진촬영, 잠재적 범죄 고위험군에 대한 명단 작성 및 관리, 특정 사업장에 일반인을 취업시켜 증거를 수집 시키는 것 등 현실적으로 행하여지는 수사방법들 가운데 일반에 공개되어 문제가 되었던 것들이 사후적으로 법제화되고 있는 것이다. 예를 들면 금융계좌추적은 과거에는 임의수사인 정보제공요청을 통하여서나, 포괄영장으로 수행되었던 것들이다. 합법적 도청인 감청, 통신사실조회도 마찬가지이다.[4)]

이러한 문제상황을 놓고 보면 영장 제도에 대한 인권적 관점에서의 접근은 실정법화된

---

4) 흥미로운 기사가 있다. "영장도 없이 휴대전화로 전자팔찌 채워 충격", 2012년 04월 04일 (수) 11:01:07 허정윤 기자 jyhur@etnews.com 미국 수사기관이 용의자를 찾거나 조사하는 과정에서 영장 없이 휴대폰 위치추적을 하고 있는 것으로 드러났다. 수사기관이 불분명한 법적 기준을 근거로 삼아 일관성 없이 수사를 진행하고 있는 셈이다. 3일 미국시민자유연맹(ACLU)은 지난해부터 경찰을 비롯한 수사기관 205개를 대상으로 조사를 실시한 결과, 휴대폰 위치추적 기능을 조금이라도 활용하는 기관이 대다수인 것으로 나타났다. 사건 조사를 위해서도 용의자 휴대폰 위치추적을 비일비재하게 사용하고 있는 것으로 알려졌다. 위치추적을 하지 않는다고 답한 기관 역시 실종자 수색 같은 긴급한 상황에서는 불가피하게 휴대폰 위치추적을 한다고 답했다. 캐서린 크럼프 ACLU 변호사는 "수사기관은 휴대폰 위치추적 기능을 사용하려면 영장을 발부 받아야 한다"며 "영장을 발부 받은 후 휴대폰 위치추적을 하는 몇몇 기관의 경우를 볼 때 충분한 법적 근거만 있다면 실행가능한 정책"이라고 지적했다. 그는 "경찰은 공공의 안전과 개인의 사생활 모두 보호해야 한다"고 주장했다. 앞서 미 대법원은 경찰이 용의자 차량에 GPS 장치를 달아 추적하는 것은 헌법에 위배되는 일이라고 판결했다. 하지만 휴대폰 위치추적은 아직 근거가 마련되어 있지 않다. 몇몇 의원들은 수사기관에서 '위치정보 개인정보'를 보호해주도록 하는 법안을 의회에 제출한 바 있다.

우리나라의 경우 아직 이러한 수사 방법이 보편적으로 실시되고 있지는 않지만, 특정인의 위치정보에 대한 정보 제공 요청은 영장 없이 시행되고 있다. 예를 들어 수배자들이 주로 접속할 것으로 예상되는 온라인 게임의 로그인 장소에 관한 기록을 자료 제공 요청하는 경우는 자주 보도되고 있다.

영역에서 그 실정법이 잘 준수되고 있는지, 준수되고 있지 않다면 그 원인은 무엇이고, 대책은 어떤 것이어야 할지, 법의 공백은 없는지를 검토하는 실정법 중심의 관점과 아울러 아직 실정법에 수용되지 않은 수사방법에 대하여 그 성격을 분석하고 그에 맞는 제도화를 모색하는 관점이 함께 고려되어야 할 것이다.

다. 영장주의의 사각지대

한편 영장 제도라는 것은 헌법에서나 형사소송법에서나 범죄 수사에 따르는 공권력 행사에 적용되는 것으로 이해되고 있다. 그러나 권력작용의 현실을 보면 인신구속에 있어서도 형사절차가 아닌 목적의 인신구속이 존재한다. 가장 대표적인 것이 정신질환자, 감염병 환자 등에 대한 강제 입원(감염병의 예방 및 관리에 관한 법률[법률 제11645호, 2013.3.22.], 제42조(감염병에 관한 강제처분), 정신보건법[법률 제12071호, 2013.8.13.] 제25조(시장·군수·구청장에 의한 입원), 제26조(응급입원) 등을 들 수 있다. 이러한 인신에 대한 강제력행사는 강제력의 상대방이 된 자에게 궁극적으로 이익이 되고, 다른 사람들에 대한 위험이 존재한다는 점에서 정당화될 수 있는 것이지만, 그 절차상의 미비로 인하여 문제가 되어 오다가 관련법이 개정되었고, 인신보호법[법률 제11005호, 2011.8.4.] 제정을 계기로 구제절차가 마련된 바 있다. 그런데 인신보호법에서 조차 적용을 제외하고 있는 경우[5]가 바로 불법체류외국인 등에 대한 인신구속제도로서의 '보호'에 의한 인신구속이다. 출법체류 외국인들의 인신을 획득-형사법적으로 보면 체포, 구인의 과정-하고 '보호'라는 이름으로 억류하고 추방(강제출국)하는 절차는 헌법, 형사소송법에서 정하고 있는 절차가 아니라, 출입국관리법에서 정하고 있는 특이한 절차에 따른다. 그것이 과연 절차적으로 타당할 것인가?

라. 최근의 수사상 강제처분 제도 개선 - 2007년, 2011 형사소송법 개정내용

2007년 개정 형사소송법은 형사절차에 있어서 피고인 및 피의자의 권익을 보장하기 위하여 인신구속 제도 및 방어권보장 제도를 합리적으로 개선하였다. 인신구속제도 및 압수·수색제도를 합리적으로 개편하였으며(제70조제2항 신설, 제92조·제98조·제99조·제200조의4·제217조) 피고인 및 피의자의 방어권 보장을 위한 규정도 신설하거나 개정하였다(제201조의2, 제243조의2 및 제244조의3 신설). 불구속수사와 재판의 원칙을 지향하는 석방기회의 확대 내지 석방제도의 통합을 위하여 피고인 보석의 조건을 다양화하고(제98조), 인신구속에 관한 국제적 기준에 따라 구속전 피의자심문을 필수적인 것으로 변경하였으며 심문과정에서 조서작성을 의무화하였다(제201조의2). 구속사유를 심사할 때 사안의 중대성이나 재범의 위험성 등을 고려하도록 명시한 점(제70조 제2항)이나 충분한 심리를

5) 제2조(정의) ① 이 법에서 "피수용자"란 자유로운 의사에 반하여 국가, 지방자치단체, 공법인 또는 개인, 민간단체 등이 운영하는 의료시설·복지시설·수용시설·보호시설(이하 "수용시설"이라 한다)에 수용·보호 또는 감금되어 있는 자를 말한다. 다만, 형사절차에 따라 체포·구속된 자, 수형자 및 「출입국관리법」에 따라 보호된 자는 제외한다.

통한 재판받을 권리를 보장하기 위하여 피고인의 구속기간을 연장한 점(제92조 제2항) 등에서 수사나 재판의 합목적성을 고려한 측면을 엿볼 수 있다.

2011.7.18. 개정되어 2012.1.1. 시행된 형사소송법은 개정이유에서는 수사기관의 책임감을 높이고, 피의자·피고인의 인권침해를 최소화하며, 수사현실과 법률규정이 부합하도록 현행법을 정비하는 한편, 누구든지 확정된 형사사건의 판결서와 증거목록 등을 인터넷 등 전자적 방법으로도 열람 및 등사할 수 있도록 함으로써 판결서 등에 대한 접근성을 높여 재판의 공개 원칙이 실질적으로 보장되도록 하려는 것임을 강조하고 있으나, 실제 개정내용에서는 그 외에 압수·수색의 요건에 피고사건과의 관련성을 추가(안 제106조제1항, 제107조, 제109조)하고, 정보저장매체 등에 관한 압수의 범위와 방법을 명시하고, 정보주체에게 해당 사실을 알리도록 하며, 영장에는 작성기간을 기재토록 명시하는 등 전기통신관련 압수·수색제도를 보완(안 제106조제3항·제4항, 제114조제1항)하였으며, 수사기관의 압수·수색·검증의 요건에 피고사건과의 관련성과 피의자가 죄를 범하였다고 의심할만한 정황이 있을 것을 추가(안 제215조)하고, 압수물의 소유자, 소지자 등의 신청이 있을 경우 수사기관이 압수물을 환부 또는 가환부할 수 있도록 하고, 기존의 준용규정을 정비(안 제218조의2, 제219조)하는 등 압수·수색에 대한 의미있는 개정이 이루어졌다고 할 수 있다.

2. 영장제도의 개관

가. 영장주의의 기원과 함의

1) 개관

인신보호영장 제도가 영국법적 전통을 직접적인 기원으로 하고 있다는 점에는 다툼이 없지만, 본래 그것이 어떠한 의미의 것이었는가에 대해서는 약간의 견해 대립은 있다. 그러나 이 연구에서는 과거 영국법상 존재했던 제도의 성격이 중요한 것은 아니므로 간략하게만 지적하고자 한다. 다만 주목하고자 하는 것은 어느 시대, 어느 사회나 존재하였던 인신구속-법적 의미에서건, 사실적 의미에서건, 실력자의 실력 혹은 물리적 강제력 행사로서든-에 대하여 요건을 갖춘 절차가 필요하다는 점, 그리고 이를 심사하는 중립적 기관의 권위 있는 명령 혹은 확인이 필요하다는 점, 그리고 구금의 적법성에 대한 중립적 기관의 심사가 필요하다고 하는 점을 최초로 제도화시킨 것 혹은 기록으로 확인할 수 있는 최초의 제도가 영국의 habeas corpus였다는 점이다. 이 때문에 이를 '영국법이 인류에게 물려준 훌륭한 유산', '자유에로의 문을 활짝 여는 열쇠'라고 평가하기도 한다.[6]

법의 역사적 발전 과정을 살펴보면 최초의 인신구속은 제도라기보다 실력행사였던 것이고 이는 법적 권위가 뒷받침되지 않아도 사실적으로 가능했던 것이다. 이러한 실력적 강제력에 맞설 수 있는 것은 또 다른 실력적 강제 밖에 없었다는 점 또한 이해될 수 있다. 즉 어떤 이유에서건 실력자가 특정인의 신체의 자유를 구속하면, 또다른 혹은 더 강한 실력으로 탈환하거나, 몸값을 지불하거나, 자비를 구하는 것 밖에 다른 방법이 없었을 것이다. 이때의 실력자는 법적 정통성을 인정받는 국왕이나 영주일 수도 있고, 지역의 장원 주인일 수도 있고, 유력한 가문일 수도 있다. 이러한 점에서 habeas corpus가 최초로 형성되던 시기의 모습은 공권력이거나, 사적 권력이거나를 불문하는 것이고, 오늘날 우리의 인신보호법제에서도 체포·구속적부심 제도는 국가의 형사절차에 의한 인신구속만을 대상으로 하지만, 인신보호법상 구제 제도에서는 사적 기관인 병원, 수용시설 등을 주된 대상으로 삼고 있는 것에서도 나타난다.

2) 영국법적 전통에서 Habeas Corpus의 의미

Habeas Corpus에 대하여 17세기의 판사이며 법률가인 E.Coke 경은 'Habeas Corpus는 누구도 명백한 이유에 의하지 아니하고는 투옥되어서는 아니된다는 원칙의 명백한 표현이며, ad subjiciendum et recipiendum 이라는 말이 시사하는 바와 같이 투옥의 원인이 반드시 표명되어야 한다는 것을 입증한다'고 하였다.[7] 한편 1902년 E. Jenks는 '가장 당혹스러운 발견(Most embarrassing discovery)'[8] 이라는 그의 논문에서 Habeas Corpus가 원래는 사람들

---

6) 이영란, 구속적부심제도에 관한 연구, 서울대학교 박사학위청구논문, 10쪽.

7) Edward Coke, The Second Part of the Institutes of the Laws of England(5th ed. London, 1671, 1st ed. London, 1628), p.53. 이영란, 구속적부심제도에 관한 연구, 서울대학교 박사학위청구논문, 10-12쪽에서 재인용.

8) Edward Jenks, The Story of Habeas Corpus' Select Essays in Anglo-American Legal History, vol.ii,

이 감옥에 집어넣기 위해서 의도된 것이라고 주장하였다고 한다.[9]

Habeas Corpus라는 말은 라틴어로 habeas는 have, corpus는 body를 의미하므로, Habeas Corpus는 '신병을 확보하라'(have the body) 라는 뜻으로[10] 명령의 수령자 즉, 그 문서의 주체에 대하여 영향력을 발휘할 수 있는 능력을 가지고 있는 사람이 집행관(directing officer) 전면에 '일정한 이해관계인을 데려올 것을 요구하는 명령'을 나타낸다.[11] 이 말은 13세기 초까지는 민사소송에서 자주 쓰이는 용어였으며, 피고가 법정에 출두하기까지 물리적인 행위의 수단 또는 중간과정으로서의 명령을 나타낸 것이었다.[12]

오늘날 우리가 인신보호영장이라 함은 writ of habeas corpus를 말하며, 정확히는 'writ of habeas corpus ad subjiciendum et recipiendum'을 말한다.[13] 인신보호영장의 원본은 이미 소멸된 것으로 보여지나, 16세기 말경 목적에 따라 명칭을 달리하는 세 가지 종류의 영장이 있었다고 알려져 있다.

(ⅰ) The habeas corpus ad respondendum (have the body to answer)은 하급법원의 명령으로 구속되어 있는 자에 대하여 상소를 제기하기 위하여 본인의 신병의 확보를 명할 목적으로 사용되었다.

(ⅱ) The habeas corpus ad subjiciendum et recipiendum(have the body to submit to and receive)은 범죄혐의로 구속되어 있는 자의 신병의 확보를 위하여 사용되었다.

(ⅲ) The habeas corpus ad faciendum et recipiendum은 하급법원에 제소되어 있는 민사사건의 피고가 상급법원에 사건을 이송할 것을 희망할 경우에 사용되었으며, 이 영장에 의하여 하급법원의 법관에 대하여 피고의 신병의 확보를 명하였다. 이 영장은 habeas corpus cum causa라고도 한다.

이 가운데 범죄의 혐의로 구속된 자의 신병의 확보를 명하는 경우에 사용되었으며, 구속의 적부를 심사하기 위하여 사용된 것이 The habeas corpus ad subjiciendum et recipiendum이다. 인신보호영장은 구속의 적부를 심사할 목적으로 가장 널리 이용되는 것이므로, 따라서 당연히 'writ of habeas corpus'라고 하면 'writ of habeas corpus ad subjiciendum et recipiendum'을 말하게 되었다.

---

p.531 reprinted from (1902) 18 Law Q.Rev.64) 이영란, 구속적부심제도에 관한 연구, 서울대학교 박사학위청구논문, 10-12쪽에서 재인용.

9) 이 Jenks의 견해를 참조한 것으로 보이는 견해가 있다. '국왕의 편의상 신민의 자유를 구속함을 목적으로 한 이 영장이 오히려 정부에 대하여 국민의 자유를 보장할 헌법적 제도로 된 것은 참 기이한 역사적 발전의 결과라고 본다' 민복기, 정윤환, 형사소송개정법개념, 조선출판문화사, 1948, 55쪽, 61쪽. 이영란, 구속적부심제도에 관한 연구, 서울대학교 박사학위청구논문, 10-12쪽에서 재인용.

10) William F. Duker, A Constitutional History of Habeas Corpus, Greenwood Press, p.13. 이영란, 구속적부심제도에 관한 연구, 서울대학교 박사학위청구논문, 10-12쪽에서 재인용.

11) Robert James Sharpe, The Law of Habeas Corpus, Oxford, 1976, p.2 이영란, 구속적부심제도에 관한 연구, 서울대학교 박사학위청구논문, 10-12쪽에서 재인용.

12) Robert James Sharpe, The Law of Habeas Corpus, Oxford, 1976, p.1. 이영란, 구속적부심제도에 관한 연구, 서울대학교 박사학위청구논문, 10-12쪽에서 재인용.

13) 小林一郎, 人身保護法概論, 有斐閣, 1949, p.16. 이영란, 구속적부심제도에 관한 연구, 서울대학교 박사학위청구논문, 10-12쪽에서 재인용.

Habeas Corpus라는 말은 그 후 역사적으로 흥미있는 변천을 겪어와서 오늘날의 의미는 법관이 구금자에게 구금된 피의자나 수형자를 지정된 일시와 장소에 법관의 면전에 데리고 나와 구금의 이유를 설명하게 하여 그 적부성 여부를 논하여 이유가 있다고 인정할 때에는 속히 재판에 회부하게 하거나 범죄의 경중에 따라 보석 또는 구금케 하고, 구금의 이유가 없을 때에는 즉시 석방시키는 일종의 소환이라고 할 수 있다.

비록 우리 법제는 인신보호법에서 명시적으로 형사소송법에 의한 인신구속과 수형자, 출입국관리법에 의한 보호를 명시적으로 배제하고 있지만, 미국의 법제에서는 habeas corpus는 여전히 구금의 주체이기만 하면 국가든 주정부든 사인이든 누구를 대상으로든 구금의 해제를 요구할 수 있는 민사적 성격의 소송으로 유지되고 있는 것이다.[14)]

물론 초기 영국법이 가지고 있던 habeas corpus 제도가 오늘날의 인신구속 제도에서 가지는 의미는 제한적이라고 할 수 있다. 오늘날과 같이 국가의 공권력 행사의 절차나 방법이 정비되고, 특히 범죄 수사에 있어서 행사되는 강제처분의 경우 상당한 정도까지 구체화된 규범들이 존재하기 때문이다. 이러한 제도들이 비록 연혁적으로는 habeas corpus의 정신을 이어 받았지만, 그 구체적 태양에서는 그 역사적 간격만큼이나 더 발달된 형태를 가지게 되었기 때문이다. 하지만 세계 각국이 가지고 있는 이러한 절차들이 세부적으로는 다양한 차이를 나타내지만 본질적으로 가지고 있는 요소는 인신구속등 강제처분에 있어서 수사기관이 마음대로 이를 행할 수 없고, 중립적 기관에 의해 그러한 강제처분이 대상자의 권리를 침해하여도 좋을 만큼의 필요성이 인정되는 가의 여부를 판단하게 하는 것이라고 할 수 있다. 이러한 큰 틀 안에서는 각 나라들은 저마다의 역사적 배경에 따라 수사상 강제처분에 대하여 비슷하거나 서로 다른 형태로 구체적 제도를 설정하고 있는 것이다.

나. 각국의 영장제도

1) 개관

앞서 설명한 바와 같이 수사과정에서의 인권침해를 막고 국민의 기본권을 보장하기 위한 영장 제도의 구체적 모습은 나라마다 다소 다른 양상을 나타낸다. 수사상 강제처분의 필요성에 대한 독립된 사법관에 의한 심사라는 그 본질은 같지만 이를 시행하는 구체적 절차와 과정은 서로 다를 수 있는 것이다. 아래에서는 주요 몇 개국의 영장 제도를 살펴보고자 한다. 역사적 발전 단계로 보면 우리 보다 먼저 이 제도를 구체화한 곳도 있고, 더 세부적이거나, 덜 세부적인 나라도 있다.

그러나 그 나라의 위상과 영장 제도의 선진성이 반드시 상관관계를 가지는 것은 아니라고 할 수 있다. 하나의 제도는 그 나라의 처해진 조건과 역사적 배경, 혹은 일회적이지

14) 한편 우리나라의 인신보호법상 구제 제도는 순수한 민사소송은 아니고 일종의 행정쟁송의 형태로 되어 있다고 할 수 있다.

만 영향력 있는 특정 사건 등에 따라 얼마든지 그 구체적 형태를 달리할 수 있기 때문이다. 예를 들어 우리나라와 일본은 그 국경선이 일종의 섬처럼 형성되어 있어서 밀항과 같은 특별한 방법이 아니면 형사사법의 관할권을 벗어나기 힘든 반면, 미국이나 독일의 경우 국경선을 넘는 것이 용이할 뿐더러 영토의 면적도 넓어서 범죄자의 은신이 용이한 측면도 있다. 이러한 차이는 구체적 제도에 영향을 미칠 수 있다고 보기 때문이다. 또다른 것으로는 국제인권규약 등에서 범죄자의 체포시에 즉시 심사를 담당하게 되는 것으로 규정하고 있는 '사법관리'(judicial officer 혹은 legal authority)이 많은 나라에서 법관이 아닌 경우도 있다. 주로 치안판사로 번역되는 magistrate나 commissioner가 사실은 전직 경찰 출신의 법원 직원 혹은 사법보좌관인 경우도 많기 때문이다. 이러한 측면을 보면 전원이 엄격한 요건을 갖춘 상당한 경력의 법관이 이를 담당하는 우리나라가 오히려 더 엄격한 제도를 시행하는 것으로 보아야 할 것이다. 반면에 다른 나라에서는 즉시 혹은 24시간, 길어야 48시간 내에 체포된 자가 법관 등 사법관을 대면해야 하지만, 우리의 경우 체포된 자는 48시간+α에야 그런 기회를 갖게 된다.

한편 다른 나라에는 존재하지 않거나 법률의 입법사항에 맡겨둔 것을 우리나라에서는 헌법사항으로 규정한 것도 있다. 바로 검사의 독점적 영장청구권이다. 이것이 헌법에 규정되어야 할 필연적인 이유는 없다. 다만 이것이 헌법에 규정된 시기가 5.16 이후 개정된 대한민국 헌법[헌법 제6호, 1962.12.26.] 제10조 3항[15]에서부터라는 점을 고려하면 당시 집권 세력이 새로운 국가질서를 형성하기 위해 의도적으로 이를 규정하였음을 알 수 있다. 또한 이 개정에서 '영장의 존재'뿐만 아니라, '영장의 제시'가 '헌법적으로 요구'되었고, 종전까지 대상 범죄의 경중이 고려되지 않던 것을 '장기 3년 이상'이라는 명문 규정으로서 헌법적으로 규정하고 있는 것이다.

이러한 역사적 맥락에서의 차이는 단순히 현재의 현행법 제도만을 평면적으로만 비교해서는 잘 드러나지 않으며, 또한 어느 외국의 제도가 다른 나라의 제도보다 더 우월하다는 평가를 할 수 있는 결정적 근거가 되지 못함을 보여준다. 적어도 영장 제도 등 수사상 강제처분에 대해서는 발견할 수 있고, 발견해야할 절대적 기준이 있는 것이 아니라, 사회적으로 공동체 유지에 필수적일 수밖에 없는 수사상 강제처분의 허용 정도를 오늘날 우리 사회의 인권 의식 수준에 비추어 형성시켜갈 수밖에 없는 것이라고 판단된다.[16]

---

15) 제10조 ③체포·구금·수색·압수에는 검찰관의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다. 다만, 현행범인인 경우와 장기 3년이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때에는 사후에 영장을 청구할 수 있다.

참고로 개정 전 같은 사항을 규정하고 있던 헌법 제9조는 '모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 법률에 의하지 아니하고는 체포, 구금, 수색, 심문, 처벌과 강제노역을 받지 아니한다. 체포, 구금, 수색에는 법관의 영장이 있어야 한다. 단, 범죄의 현행범인의 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때에는 수사기관은 법률의 정하는 바에 의하여 사후에 영장의 교부를 청구할 수 있다.' 고 규정하고 있었다.

16) 아주 극단적인 예일 수도 있겠지만, 어느 초등학교 교실 안에서 한 아이가 비싼 물건을 잃어버리자, 당시 교사가 모든 아이를 하나씩 불러서 입고 있던 옷을 모두 벗기고 소지품을 모두 검사해서, 물건을 가져간 아이와 그 물건을 찾아낸 상황을 생각해보자. 30여년 전에 어느 교실에서 경험했던 실제 상황이다. 지금은 이를 어떻게 평가해야 할 것인가? 그리 오래

2) 주요 외국의 영장제도[17)]

가) 독일의 영장제도

(1) 서론

독일의 경우 일반적으로 강제처분권을 행사하는 기관은 검사와 경찰이다. 독일은 수사의 주도권을 검사가 가지고 있다. 독일의 경우도 신체의 자유와 이를 보장하기 위한 사법적 통제 원칙을 헌법 상 규정하고 있고, 이를 실천하기 위한 상세한 절차 규정을 형사소송법 등 관련 법률에 마련하고 있다.

(2) 독일기본법 상 강제처분

신체의 자유를 침해하는 체포는 기본법 제2조 2항에 의해 엄격히 제한된다. 독일기본법은 제1장 기본권의 제2조 제2항에서 '....신체의 자유는 불가침이다. 이 권리들은 법률에 근거하여서만 침해될 수 있다.'고 규정[18)]하고, 제13조에서 주거의 불가침을 규정하면서 제2항은 '수색은 법관에 의해서만 허용된다. 지체의 우려가 있는 경우에만 법률에 규정된 다른 기관에 의해서도 명하여지며 법률에 규정된 방식으로만 행해질 수 있다'고 규정하고 있다.[19)]

나아가, 제104조는 제1항에서 '신체의 자유는 형식적 법률에 근거해서만 그리고 거기에 규정된 방식에 따라서만 제한될 수 있다. 구금된 자는 정신적으로나 육체적으로 학대되어서는 안 된다.'[20)], 제2항에서 '자유포기의 허용과 계속은 법관이 결정한다. 법관의 지시에 의하지 않은 모든 자유포기는 지체없이 법관의 결정을 받아야 한다. 경찰은 자기의 절대적 권력으로 누구도 체포익일이 종료한 후까지 구금할 수 없다. 상세한 내용은 법률로 정한다'[21)], 제3항에서 누구든지 범죄행위의 혐의 때문에 일시적으로 체포된 자는 늦어도 체포 익일에 법관에게 인치되어야 하며 법관은 체포된 자에게 체포이유를 알려야

지 않은 과거와 현재를 비교한다면, 우리의 인권 의식의 변화를 느낄 수 있을 것이다.

17) 방희선, 검사 영장청구권의 법적 의의와 타당성 검토(上), 법조, 2013.1. 22쪽 이하 참조.

18) Art.2 (2) Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Die Freiheit der Person ist unverletzlich. In diese Rechte darf nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden.

19) Art. 13 (2) Durchsuchungen dürfen nur durch den Richter, bei Gefahr im Verzuge auch durch die in den Gesetzen vorgesehenen anderen Organe angeordnet und nur in der dort vorgeschriebenen Form durchgefuhrt werden.

20) Art. 104 (1) Die Freiheit der Person kann nur auf Grund eines formlichen Gesetzes und nur unter Beachtung der darin vorgeschriebenen Formen beschränkt werden. Festgehaltene Personen dürfen weder seelisch noch körperlich mißhandelt werden.

21)Art. 104 (2) Über die Zulassigkeit und Fortdauer einer Freiheitsentziehung hat nur der Richter zu entscheiden. Bei jeder nicht auf richterlicher Anordnung beruhenden Freiheitsentziehung ist unverzuglich eine richterliche Entscheidung herbeizufuhren. Die Polizei darf aus eigener Machtvollkommenheit niemanden langer als bis zum Ende des Tages nach dem Ergreifen in eigenem Gewahrsam halten. Das Nahere ist gesetzlich zu regeln.

하며 그를 신문하고 그에게 이의를 제기할 기회를 주어야 한다. 법관은 지체없이 이유를 첨부한 체포영장을 발부하거나 석방을 명하여야 한다.'[22], 제4항에서 '자유박탈의 명령이나 계속에 대한 법관의 모든 결정은 지체없이 피구금자의 가족 또는 그가 신임하는 자에게 통지되어야 한다.'[23]고 각기 규정하고 있다.[24]

즉, 독일기본법 제104조에서는 경찰의 체포기간 엄격 제한, 체포이유의 고지 및 신문과 이의제기권 보장, 법관의 체포영장 발부권한, 자유박탈의 명령 등에 대한 가족 등에의 통지 등을 규정하고 있다. 이에 대하여는 英美의 인신보호영장 제도를 채용한 것으로 풀이하기도 한다. 나아가 그 시행법규로서 '자유박탈에 관한 재판절차법'을 제정하여 형사피의사건은 물론 불법구금 전반에 걸친 구제제도를 마련하고 있다.

(3) 독일 형사소송법상 강제처분

위와 같은 독일의 최고규범인 기본법(즉, 헌법)의 정신에 따라 독일 형사소송법(Strafprozeßordnung; StPO), 법원조직법, 조세법, 경찰법 등은 체포·구속제도에 관한 여러 상세한 규정을 두고 있다.

독일에서 형사소송법상 체포할 수 있는 경우는 영장없는 임시체포, 장래의 소송절차진행을 목적으로 하는 체포영장에 의한 체포가 있다. 현행범 또는 신원을 즉시 확인할 수 없는 경우에는 영장 없이 체포할 수 있고(독일 형사소송법 제127조 제1항)[25], 아울러 일정 요건하의 긴급구속 제도도 있다(같은 조 제2항)[26].

피의자를 구속하는 경우에는 영장에 의하지 아니한 경우(즉, 긴급구속)나 구속영장에 의하여 구속한 경우를 불문하고 늦어도 체포된 다음날까지 법관에 인치하여 법관의 심문

---

22) Art. 104 (3) Jeder wegen des Verdachtes einer strafbaren Handlung vorläufig Festgenommene ist spätestens am Tage nach der Festnahme dem Richter vorzufuhren, der zu Grunde der Festnahme mitzuteilen, ihn zu vernehmen und ihm Gelegenheit zu Einwendungen zu geben hat. Der Richter hat unverzüglich entweder einen mit Grunden versehenen schriftlichen Haftbefehl zu erlassen oder die Freilassung anzuordnen.

23) Art. 104 (4) Von jeder richterlichen Entscheidung über die Anordnung oder Fortdauer

einer Freiheitsentziehung ist unverzüglich ein Angehöriger des Festgehaltenen oder eine Person seines Vertrauens zu benachrichtigen.

24) 그 이외에도 독일기본법은 형사피고인의 기본권으로 제103조 제1항에서 법정 청문권, 제2항에서 죄형법정주의, 제3항에서 이중처벌금지(일사부재리의 원칙) 등을 규정하고 있다. 방희선

25) StPO §127 (1) Wird jemand auf frischer Tat betroffen oder verfolgt, so ist, wenn er der Flucht verdächtig ist oder seine Identität nicht sofort festgestellt werden kann, jedermann befugt, ihn auch ohne richterliche Anordnung vorläufig festzunehmen. Die Feststellung der Identität einer Person durch die Staatsanwaltschaft oder die Beamten des Polizeidienstes bestimmt sich nach § 163b Abs. 1.

26) StPO §127 (2) Die Staatsanwaltschaft und die Beamten des Polizeidienstes sind bei Gefahr im Verzug auch dann zur vorläufigen Festnahme befugt, wenn die Voraussetzungen eines Haftbefehls oder eines Unterbringungsbefehls vorliegen.

을 받도록 하고 있다(독일 형사소송법 제115조, 제128조)[27]. 우리나라와는 달리 구속절차에 있어 법관에 의한 필요적 신문제도를 채택하고 있으며, 또한 법에 정한 사유가 있거나 인적 또는 물적 담보를 제공하면 구속의 집행을 유예하는 제도도 마련되어 있다(독일 형사소송법 제116조)[28].

---

27) StPO §115

(1) Wird der Beschuldigte auf Grund des Haftbefehls ergriffen, so ist er unverzüglich dem zuständigen Gericht vorzuführen.

(2) Das Gericht hat den Beschuldigten unverzüglich nach der Vorführung, spätestens am nächsten Tage, über den Gegenstand der Beschuldigung zu vernehmen.

(3) Bei der Vernehmung ist der Beschuldigte auf die ihn belastenden Umstände und sein Recht hinzuweisen, sich zur Beschuldigung zu äußern oder nicht zur Sache auszusagen. Ihm ist Gelegenheit zu geben, die Verdachts- und Haftgründe zu entkräften und die Tatsachen geltend zu machen, die zu seinen Gunsten sprechen.

(4) Wird die Haft aufrechterhalten, so ist der Beschuldigte über das Recht der Beschwerde und die anderen Rechtsbehelfe (§ 117 Abs. 1, 2, § 118 Abs. 1, 2, § 119 Abs. 5, § 119a Abs. 1) zu belehren. § 304 Abs. 4 und 5 bleibt unberührt.

StPO §128

(1) Der Festgenommene ist, sofern er nicht wieder in Freiheit gesetzt wird, unverzüglich, spätestens am Tage nach der Festnahme, dem Richter bei dem Amtsgericht, in dessen Bezirk er festgenommen worden ist, vorzuführen. Der Richter vernimmt den Vorgeführten gemäß § 115 Abs. 3.

(2) Hält der Richter die Festnahme nicht für gerechtfertigt oder ihre Gründe für beseitigt, so ordnet er die Freilassung an. Andernfalls erläßt er auf Antrag der Staatsanwaltschaft oder, wenn ein Staatsanwalt nicht erreichbar ist, von Amts wegen einen Haftbefehl oder einen Unterbringungsbefehl. § 115 Abs. 4 gilt entsprechend.

28) StPO §116

(1) Der Richter setzt den Vollzug eines Haftbefehls, der lediglich wegen Fluchtgefahr gerechtfertigt ist, aus, wenn weniger einschneidende Maßnahmen die Erwartung hinreichend begründen, daß der Zweck der Untersuchungshaft auch durch sie erreicht werden kann. In Betracht kommen namentlich

1.die Anweisung, sich zu bestimmten Zeiten bei dem Richter, der Strafverfolgungsbehörde oder einer von ihnen bestimmten Dienststelle zu melden,

2.die Anweisung, den Wohn- oder Aufenthaltsort oder einen bestimmten Bereich nicht ohne Erlaubnis des Richters oder der Strafverfolgungsbehörde zu verlassen,

3.die Anweisung, die Wohnung nur unter Aufsicht einer bestimmten Person zu verlassen,

4.die Leistung einer angemessenen Sicherheit durch den Beschuldigten oder einen anderen.

(2) Der Richter kann auch den Vollzug eines Haftbefehls, der wegen Verdunkelungsgefahr gerechtfertigt ist, aussetzen, wenn weniger einschneidende Maßnahmen die Erwartung hinreichend begründen, daß sie die Verdunkelungsgefahr erheblich vermindern werden. In Betracht kommt namentlich die Anweisung, mit Mitbeschuldigten, Zeugen oder Sachverständigen keine Verbindung aufzunehmen.

(3) Der Richter kann den Vollzug eines Haftbefehls, der nach § 112a erlassen worden ist, aussetzen, wenn die Erwartung hinreichend begründet ist, daß der Beschuldigte bestimmte Anweisungen befolgen und daß dadurch der Zweck der Haft erreicht wird.

(4) Der Richter ordnet in den Fällen der Absätze 1 bis 3 den Vollzug des Haftbefehls an, wenn

1.der Beschuldigte den ihm auferlegten Pflichten oder Beschränkungen gröblich zuwiderhandelt,

구속의 요건으로는 ⅰ) 범죄에 대한 유력한 혐의(dringend Tatverdacht)가 있으며, ii) 구속사유(Haftgrund)로는 도망 또는 도망의 우려(Fluchtgefahr)[29] 또는 증거인멸의 우려(Verdunkelungsgefahr)[30]가 있거나 혹은 위와 같은 요건 외에도 생명에 대한 범죄(Verbrechen wider das Leben)[31] 등 7개의 중대한 범죄를 범한 경우이어야 하며, iii) 구속의 상당성(또는 비례의 원칙)이 있어야 한다.

한 가지 특색 있는 점은 우리나라와는 달리 구속요건으로서 단지 도망의 염려 또는 증거인멸의 우려라는 형식적 요건 외에 위와 같이 '중범죄의 경우' 그 자체를 절대적 구속사유로 하고 있는 것이다.[32] 즉, 중범죄의 경우에는 따로 도망 또는 증거인멸의 우려를 필요로 하지 아니한다. 한편 구속영장의 청구는 검사의 전속적 권한으로 하고 있다.

2.der Beschuldigte Anstalten zur Flucht trifft, auf ordnungsgemäße Ladung ohne genügende Entschuldigung ausbleibt oder sich auf andere Weise zeigt, daß das in ihn gesetzte Vertrauen nicht gerechtfertigt war, oder

3.neu hervorgetretene Umstände die Verhaftung erforderlich machen.

29) 도망중이거나 잠적중이라고 인정되는 때, 피고인이 형사절차를 회피할 위험이 있다고 인정되는 때 등을 말한다.

StPO §112 (2) Ein Haftgrund besteht, wenn auf Grund bestimmter Tatsachen

1. festgestellt wird, daß der Beschuldigte flüchtig ist oder sich verborgen hält,

2. bei Würdigung der Umstände des Einzelfalles die Gefahr besteht, daß der Beschuldigte sich dem Strafverfahren entziehen werde (Fluchtgefahr)).

30) 증거방법을 파기, 변경, 은닉 위조 또는 변조한 때, 공범, 증인 또는 감정인에게 부정한 방법으로 영향력을 행사할 때, 제3자에게 위와 같은 행위를 사주할 때를 말한다

StPO §112 (2) 3. das Verhalten des Beschuldigten den dringenden Verdacht begründet, er werde

a) Beweismittel vernichten, verändern, beiseite schaffen, unterdrücken oder fälschen oder

b) auf Mitbeschuldigte, Zeugen oder Sachverständige in unlauterer Weise einwirken oder

c) andere zu solchem Verhalten veranlassen, und wenn deshalb die Gefahr droht, daß die Ermittlung der Wahrheit erschwert werde (Verdunkelungsgefahr).).

31) 살인, 집단학살, 테러집단의 구성 등은 독립적인 구속사유가 된다.

StPO §112 (3): Gegen den Beschuldigten, der einer Straftat nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 des Völkerstrafgesetzbuches oder § 129a Abs. 1 oder Abs. 2, auch in Verbindung mit § 129b Abs. 1, oder nach den §§ 211, 212, 226, 306b oder 306c des Strafgesetzbuches oder, soweit durch die Tat Leib oder Leben eines anderen gefährdet worden ist, nach § 308 Abs. 1 bis 3 des Strafgesetzbuches dringend verdächtig ist, darf die Untersuchungshaft auch angeordnet werden, wenn ein Haftgrund nach Absatz 2 nicht besteht.

32) 우리 형사소송법 제70조는 구속의 사유 즉 구속의 요건으로서 '죄를 범하였다고 의심할만한 상당한 이유가 있고, ⅰ) 주거부정 ii) 증거인멸 염려 iii) 도망 또는 도망할 염려 중 하나가 있는 경우'로 규정하고 있다. 이에 대하여는 현행 구속사유 중 증거인멸 염려 및 도망의 염려를 '증거인멸이나 도망을 시도'하는 경우로 한정하여야 한다거나, 실무상 구속과 관련하여 제기되는 가장 큰 문제점이 구속기준을 둘러싼 형평성의 문제이므로, 사실상 구속기준으로 고려되는 '사안의 중대성'이나 '피해회복 여부' 등을 구속사유로 추가하거나 독일과 같은 방식으로 규정해야 한다는 견해도 있다. 구체적 사건의 구속영장 발부기준의 형평성 문제에 대하여는, 이금로, '검찰수사에 대한 통제 및 감독제도 소고', 해외연수검사연구논문집(Ⅱ)(제21집), 법무연수원, 2006. 69～70쪽 참조.

체포영장에 의하여 체포된 경우에는 지체 없이 늦어도 체포의 익일에 권한있는 재판관에게 인치되어 체포에 기한 구속상태를 유지할 것인가 취소할 것인가의 여부를 구두변론에 의하여 재판해야 한다.

독일에서도 구속된 피의자와 피고인을 석방하기 위한 제도로 구속심사제도(Haftprüfung)를 두고 있다. 즉, 구속된 피의자는 언제나 법원에 구속의 취소나 그 집행정지 여부의 심사를 청구할 수 있으며, 변호인 없는 피의자가 구속심사 신청이나 구속에 관한 항고(Haftbeschwerde)를 제기하지 않고 3개월이 경과한 때에는 직권으로 심사하도록 하고 있다(독일 형사소송법 제117조). 구속심사의 청구는 언제나 할 수 있으나 심문이 있은 후에는 2월이 지난 후에 다시 심문을 구할 수 있고(동법 제118조), 직권에 의한 심사도 매 3개월마다 해야 한다(동법 제117조 제5항).

수사기관의 구속기간에 대하여는 별다른 제한이 없다. 즉, 수사·재판단계의 구분이 없이 구속기간을 6개월로 하되, 고등법원의 구속심사를 거치면 계속적인 연장이 가능하도록 하고 있다. 이러한 내용은 우리나라의 구금제도와 많이 다른 점이라 할 수 있다.

독일의 경우는 헌법에 "판사의 결정에 의하지 않은 모든 자유박탈에 대하여는 지체 없이 판사의 결정을 받아야 한다"고 규정되어 있음에도 불구하고, 독일 형사소송법이 계속 구금의 경우에만 판사의 사후 결정을 받도록 규정하고 있다.

나) 일본의 영장제도

(1) 서언

일본의 영장제도나 헌법규정의 내용은 비교적 우리나라의 경우와 여러 면에서 매우 유사한 편이라 할 수 있다. 일본 헌법은 체포의 요건(제33조)과 구금의 요건(제34조)을 규정하고 주거의 불가침 조항에서 영장제도(제35조)를 규정하고 있으며, 형사피고인의 권리로서 신속한 공개재판 받을 권리, 증인을 구할 권리, 변호인을 의뢰할 권리를 명문화하였다(제37조). 또한 자기에 불리한 진술강요금지와 자백의 증거능력 제한(제38조), 소급처벌의 금지와 일사부재리의 원칙(제39조) 등을 규정하고 있다.

(2) 일본헌법상 강제처분 관련 규정

일본헌법 상 인신구속제도와 관련한 규정들을 살펴보면, 일본헌법 제33조는 '누구든지 현행범으로서 체포되는 경우를 제외하고는 그 권한 있는 사법관헌이 발부하거나 또는 체포의 이유로 되어 있는 범죄를 명시한 영장에 의하지 아니하고는 체포되지 아니한다.' 라고 규정[33]하여 영장에 의한 체포를 원칙으로 하고 예외적으로 현행범체포를 인정한다.

33) 第三十三条　何人も，現行犯として逮捕される場合を除いては，権限を有する司法官憲が発し，且つ理由となってゐる犯罪を明示する令状によらなければ，逮捕されない.

일본 헌법 제34조는 '누구든지 이유를 즉시 제시받고 또 즉시 변호인에게 의뢰하는 권리가 부여되지 아니하면 억류 또는 구금되지 아니한다. 또 누구든지 정당한 이유 없이는 구금되지 아니하며, 요구가 있는 때에는 그 이유는 즉시 본인과 그 변호인이 출석하는 공개법정에서 제시되지 아니하면 아니된다.'고 규정하고 있다.[34] 또한 일본헌법 제37조 제3항은 '형사피고인은 어떠한 경우에도 자격이 있는 변호인을 의뢰할 수 있다. 피고인이 스스로 이를 의뢰할 수 없는 때에는 국가가 변호인을 붙여준다.'고 규정[35]하여 변호인선임권과 국선변호인제도를 채택하고 있다.

일본에서도 현행범체포를 영장주의의 예외라고 설명하는 것이 일반적이다[36]. 그런데 우리와는 달리 일본의 현행범체포는 적어도 '영장제도의 예외'임이 분명하다. 일본헌법 제33조는 "현행범으로 체포되는 경우를 제외하고는"이라고 함으로써 현행범체포를 영장제도의 영역에서 제외하였다.

한편 일본헌법 제33조는 영장발부권자를 '사법관헌(司法官憲)'이라고 규정해 놓았다. 일본헌법 제정 초기에 이 사법관헌의 의미에 대해서 재판관(우리의 법관에 해당) 뿐 아니라 검찰관(우리의 검사에 해당)과 사법경찰관이 포함되는지에 대해 논란이 있었다. 그러나 이후 사법관헌에는 재판관만이 해당되는 견해가 일반화되었으며, 현재는 이에 대한 異論이 없는 상태이다[37].

일본헌법 제31조는 "누구라도, 법률에 규정한 절차에 의하지 않고서는, 그의 생명 혹은 자유를 박탈당하거나 그 밖의 형벌을 받지 않는다[38]"고 규정하였다. 이에 대해 일본 최고재판소의 판례는, 헌법 제31조가 단지 '절차'를 '법률'에 정할 것을 요청하고 있는 것이 아니라, '적정한 법률의 절차' 및 '고지, 변명, 방어의 기회'의 보장을 정한 것"이라는 입장이다[39]. 또, 적법절차의 원칙은 원칙적으로 형사절차에 관해 적용되나, 성질상 다른 절차에도 준용 혹은 유추적용 된다는 것이 일본 학계의 다수견해이다[40]. 그리고 헌법 제31조는 일반원칙이며, 여기에 이어서 제33조부터 제40조까지는 국가가 개인의 생명과 자유를 침해하는 전형적인 절차인 형사절차에 있어서의 절차의 내용을 구체적으로 규정한 것이라고 이해되고 있다[41]. 일본헌법에 있어서도 적법절차의 원칙은 영장제도의 불가결

---

34) 第三十四条　何人も，理由を直ちに告げられ，且つ，直ちに弁護人に依頼する権利を与へられなければ，抑留又は拘禁されない．又，何人も，正当な理由がなければ，拘禁されず，要求があれば，その理由は，直ちに本人及びその弁護人の出席する公開の法廷で示されなければならない．

35) 第三十七条 3. 刑事被告人は，いかなる場合にも，,資格を有する弁護人を依頼することができる．被告人が自らこれを依頼することができないときは，,国でこれを附する．

36) 寺崎嘉博, 刑事訴訟法, 成文堂, 2007, 127面; 横川敏雄, 刑事訴訟, 1987, 113面 ; 平野龍一, 刑事訴訟法, 1990, 93面 ; 鈴木茂嗣, 刑事訴訟法, 1989, 69面.

37) 이동희, 일본 검·경 단계형 수사구조, 비교수사제도론, 박영사, 2004, 684쪽.

38) 일본 헌법 제31조의 원문은 다음과 같다. "何人も,法律の定める手続によらなければ,その生命若しくは自由を奪はれ,又はその他の刑罰を科せられない."

39) 憲法的刑事手続研究会 編, 憲法的刑事手続, 日本評論社, 1997. 207면. 황정인, 영장주의의 본질과 영장제도, 형사정책연구 제21권 제2호, 2010, 218쪽에서 재인용

40)憲法的刑事手続研究会 編, 憲法的刑事手続, 日本評論社, 1997. 210면. 황정인, 영장주의의 본질과 영장제도, 형사정책연구 제21권 제2호, 2010, 218쪽에서 재인용

한 요소로 볼 수 있다.

(3) 일본 형사소송법상 체포·구속제도

일본형사소송법은 제197조 1항 본문에서 “수사에 있어서는 그 목적을 달성하기 위해 필요한 조사를 할 수 있다”라고 규정함과 동시에 동조 단서에서 “단 강제처분은 이 법률에 특별한 규정이 있는 경우가 아니면 이를 할 수 없다”라고 하여 임의수사의 원칙과 더불어 강제처분법정주의를 선언하고 있다.

일본 형사소송법은 신체의 체포, 구속에 대하여 자세한 규정을 두고 있다. 검찰관 또는 사법경찰관은 법관이 발부한 체포영장에 의하여 피의자를 체포할 수 있고(일본 형사소송법 제199조), 사법경찰관은 피의자를 계속 유치할 필요가 없다고 사료될 때에는 즉시 석방하여야 한다. 이 때 명백히 체포의 필요성이 없다고 인정되는 때에는 체포영장을 발부하여서는 안 된다.(일본 형사소송법 제199조 2항 단서) 체포의 필요성이 적극적 요건으로 되지 않은 것은 체포에 있어서는 신병의 확보가 최우선이 되어야 하고, 요건이 너무 엄격하면 적절한 체포를 저해할 수 있기 때문이다.[42] 만약 구속할 필요가 있다고 사료될 때에는 피의자의 신체를 체포한 때로부터 48시간 내에 사건을 검찰에 송치해야 한다(일본 형사소송법 제203조).[43]

검사가 체포영장에 의하여 피의자를 체포한 때에는 48시간 내에 법관으로부터 구속영장(勾留狀)을 발부받거나 공소를 제기한 경우가 아니면 피의자를 석방해야 한다(일본 형사소송법 제204조). 검찰관이 경찰로부터 피의자의 송치를 받은 때에는 24시간 내에 법관으로부터 구류장의 발부를 받거나 공소를 제기한 경우가 아니면 피의자를 석방해야 한다(일본 형사소송법 제205조). 즉 일본 경찰은 체포할 수는 있지만, 우리나라와 같이 10일씩이나 계속 구금할 수 있는 권한은 없다. 검사의 피의자 구속기간은 10일이나, 1차에 한해 10일을 더 연장할 수 있음은 우리나라와 같다(일본 형사소송법 제208조).[44] 그리고 법관의 구속기간은 공소제기된 날로부터 2개월로 하고, 특히 계속할 필요가 있는 경우에

---

41) 憲法的刑事手続研究会 編, 憲法的刑事手続, 日本評論社, 1997. 208면. 황정인, 영장주의의 본질과 영장제도, 형사정책연구 제21권 제2호, 2010, 218쪽에서 재인용.

42) 平野龍一, 刑事訴訟法, 有斐閣, 1958年, 91面. 히라라기 토키오(조균석 역), 일본형사소송법, 박영사, 2012, 103쪽에서 재인용.

43) 일본에서 ‘체포’의 개념이 처음 등장한 것은 치죄법이다. ‘사법경찰관 및 순사가 그 직무를 행함에 있어 중죄와 경죄의 현행범인 것을 알게 된 때는, 영장 또는 명령을 기다리지 않고 체포할 수 있고, 위경죄의 현행범인 것을 알게 된 때는 피고인의 성명, 주소를 물어 위경죄재판소 검찰관에게 이를 고발할 수 있다. 성명, 주소가 불명이거나 도망의 우려가 있는 자는 위경죄재판소에 인치할 수 있다(치죄법 제102조)’고 하였다. 구구형소법(제58조 이하)도 거의 같았으나, 구형소법에서는 사인, 사법경찰관, 경찰리 및 검찰관이 현행범인을 체포할 수 있고, 피체포자는 검찰관에게 송치되어 신문을 받은 후에 구속영장이 발부되었다.(구형소법 제129조) 그러나 검찰관은 체포를 거치지 않고 재판관에게 직접 구속을 청구함으로써 피의자의 신병을 확보할 수 있었다. 히라라기 토키오(조균석 역), 일본형사소송법, 박영사, 2012, 102쪽.

44) 이재상, 신형사소송법, 박영사, 19/70.

는 구체적 이유를 붙인 결정으로 1차에 한해 1개월간 구속기간을 갱신할 수 있도록 되어 있다(일본 형사소송법 제60조).

구속기간 계산의 기산일이 공소 제기된 날인 점과 갱신기간이 1개월이며 1차에 한하는 점이 우리나라와 다르며, 그런 점에서 일본이 신속한 재판을 받을 헌법상의 권리를 더 충실히 보장하려 하고 있는 것으로 볼 수 있다.

일본에서도 긴급체포와 현행범체포가 인정됨은 우리나라와 같으나 사후에 즉시 체포영장의 발부를 받지 못한 경우에는 피의자를 석방해야 하는 점에서 48시간 내에 구속영장의 발부 여부와 연계되어 있는 우리나라의 제도와는 다르게 되어 있다(일본 형사소송법 제210조)[45],[46]

즉, 일본에서는 우리나라와 달리 체포전치주의를 채택하고 있는 셈이다.[47] 바꾸어 말하면, 우리나라는 체포의 형태로 검거한 후 사후구속영장을 발부받아 구속해도 되고, 체포를 생략한 채 미체포된 피의자에 대한 구속영장의 형태로 구속하여도 되도록 되어 있으나, 일본은 피의자 구속을 위해서는 반드시 먼저 체포절차가 선행되어야 한다는 것이다.

구속취소나 구속집행정지, 보석제도는 대체로 우리나라와 같으나, 부당히 장기간인 구금의 경우에도 구속취소와 보석이 인정되며(일본 형사소송법 제91조)[48], 구속된 피의자는 법원에 구속이유개시신청을 할 수 있다(일본 형사소송법 제82조).

또한 인신보호법[49]과 최고재판소 규칙으로 제정된 인신보호규칙이 있어서 영미법과 비

---

45) 第二百十条 検察官, 検察事務官又は司法警察職員は, 死刑又は無期若しくは長期三年 以上の懲役若しくは禁錮にあたる罪を犯したことを疑うに足りる充分な理由がある場合で, 急速を要し, 裁判官の逮捕状を求めることができないときは,その理由を告げて被疑者を逮捕することができる。この場合には,直ちに裁判官の逮捕状を求める手続をしなければならない。逮捕状が発せられないときは,直ちに被疑者を釈放しなければならない。

2 第二百条の規定は,前項の逮捕状についてこれを準用する。

46) 체포가 피의자의 공판출석을 확보하기 위해서만 인정된 제도라고 한다면, 형사소송법은 경찰에 48시간의 여유를 주지 않고 오히려 피의자를 신속히 송치하도록 하였을 것으로 생각되지만 그렇게 하지 않은 것은 경찰관에게 피의자의 도망 및 증거인멸을 저지한 상태에서 수사를 속행할 수 있는 시간을 주려고 하였기 때문이라고 한다. 松尾浩也, 刑事訴訟法<上> 新版, 弘文堂, 1999, 53面.

47) 우리나라와 달리 일본은 '체포전치주의'를 채택하고 있는바, 우리나라도 1997년 시행된 개정형소법에서 새로이 체포제도를 도입하였고, 초동수사단계에서는 도주 또는 증거인멸의 우려가 매우 높아 엄정한 법질서의 확립을 위하여 수사초기단계에서 절차적 통제를 크게 완화한 체포제도의 활용이 긴요하다는 취지에서 일본처럼 체포전치주의를 채택함이 상당하다는 주장이 제기되고 있다. 방희선, 검사 영장청구권의 법적 의의와 타당성 검토(上), 법조, 2013.1. 29쪽 참조.

48) 第九十一条 勾留による拘禁が不当に長くなつたときは, 裁判所は, 第八十八条に規定する者の請求により, 又は職権で, 決定を以て勾留を取り消し, 又は保釈を許さなければならない.

2 第八十二条第三項の規定は, 前項の請求についてこれを準用する

우리나라와 달리 피의자에 대하여는 보석이 인정되지 않는다. 방희선, 검사 영장청구권의 법적 의의와 타당성 검토(上), 법조, 2013.1. 29쪽 참조.

49) 일본에서는 1948년 인신보호법이 제정되어 시행되고 있는데, 이 법은 일본헌법 제34조('… 또한 누구든지 정당한 이유 없이 구금되지 아니하고, 요구가 있으면 그 이유는 즉시 본인

슷한 인신보호제도를 확립하고 있다.

다) 미국의 영장제도[50]

(1) 서언

미국의 인신구속제도는 체포와 보석 두 가지 절차로 나누어 볼 수 있다. 미국의 인신구속제도를 규율하는 법규는 연방헌법, 주헌법, 주법규, 주법원 예규(state court rules), 주법원에 의하여 채택된 보통법 상 결정 또는 판결 등이 있다. 미국에서 인신구속제도의 구체적 절차와 방법은 범죄의 종류나 관할에 따라 또는 주에 따라 다소 다르지만 대체로 비슷하다.

미국연방헌법 수정 제4조는 '불합리한 수색과 압수'(unreasonable searches and seizures)로부터 사생활의 비밀을 침해받지 아니할 권리를 천명하고, 나아가 영장은 상당한 이유(probable cause)에 근거하여 발부되어야 한다고 하고 있으며, 수정 제14조는 적법절차(due process)에 의하지 아니하고는 개인의 생명, 자유 또는 재산을 박탈당하지 아니한다고 규정하여 각 주의 법에도 적용되는 영장주의원칙을 천명하고 있다. search는 사람이 합리적이고 정당한 파라이버시의 기대를 가지고 있는 장소를 정부가 침해하는 것이다. seizures에는 증거나 범죄에 사용된 물건을 압수하는 것만이 아니라 사람의 자유를 통제하는 구속이나 구금, 즉 인신구속(seizure of person)도 포함된다. 그러나 중죄에 한하여 경찰관이 영장 없이 체포하는 것을 인정하는 것이 common law 이래의 전통이며, 주에 따라서는 더 한층 그 범위가 넓은 곳도 있다. 즉, 실무상 체포영장에 의한 체포는 경죄사건이나 피의자가 도주한 때 또는 정치적·사회적으로 물의를 일으킬 수 있는 사건에서 주로 이용된다고 한다.

영장에 의한 체포의 경우 연방과 모든 주에서 체포영장(Warrant for arrest)은 혐의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있으면 치안판사(magistrate)가 발부하는데, 이

및 변호인이 출석하는 공개법정에 서 제시되어야 한다.')에 근거를 두고 있다. 위 인신보호법은 불법구속에 대한 별도의 구제수단이 없는 경우에 한하여 인신보호청구가 가능하도록 하고 있으며(인신보호규칙 제4조), 따라서 구류이유개시제도, 구류취소 등 다양한 구제절차가 있는 수사기관에 의한 구속에 대하여는 활용의 여지가 상대적으로 적다. 실제로 활용되는 사례는 그리 많지 않으나 정신병원이나 종교시설 또는 밀입국자수용시설 등 비수사기관에 의한 구금, 유아인도 사건 등에서 주로 활용되고 있다고 한다. 사법개혁추진위원회, 민주사회를 위한 사법개혁, 2000, 제68쪽 참조.

한편 우리나라 인신보호법은 2007.12.21. 제정되어 2008.6.22.부터 시행되고 있는데, 동법 제1조에 따르면 이 법은 위법한 행정처분 또는 사인(사인)에 의한 시설에의 수용으로 인하여 부당하게 인신의 자유를 제한당하고 있는 개인의 구제절차를 마련함으로써 「헌법」이 보장하고 있는 국민의 기본권을 보호하는 것을 목적으로 하는 것이지만, 제2조 ①항에서는 '이 법에서 "피수용자"란 자유로운 의사에 반하여 국가, 지방자치단체, 공법인 또는 개인, 민간단체 등이 운영하는 의료시설·복지시설·수용시설·보호시설(이하 "수용시설"이라 한다)에 수용·보호 또는 감금되어 있는 자를 말한다. 다만, 형사절차에 따라 체포·구속된 자, 수형자 및 「출입국관리법」에 따라 보호된 자는 제외한다.'고 하여 그 적용범위를 축소하고 있다.

50) 미국의 인신구속제도, 새로운 인신구속제도 연구, 법원행정처, 1996.

는 지체없이 판사 앞으로 인치하는 직무를 명하는 명령장이다.

(2) 미국헌법상 강제처분 관련 규정

미국헌법은 영국에서 유래된 인신보호제도(Habeas Corpus)를 채택하여 규정하고 있다. 이에 따라 헌법 제1장 제9조 제2항에서 "인신보호 영장의 특권은 반란이나 침략의 경우에 있어 공공의 안전을 위해 필요한 때가 아닌 한 정지되지 아니한다."고 규정하고 있다. 이는 종래부터 영국에서 확립되어 온 제도인바, 영국의 인권보장제도상 핵심적인 것으로 오랜 기간 국왕의 전제왕권에 대항하여 국민의 기본권을 방어하기 위한 효과적인 보장제도였다.[51]

미국 연방헌법 수정 제4조는 "신체, 주거, 서류 및 소유물에 대한 불합리한 수색 및 체포·압수로부터 안전해야 할 인민의 권리는 침해되어서는 안 되고, 어떠한 영장도 선서 또는 확약에 의해 뒷받침되는 상당한 이유에 기초하지 않거나, 또는 수색될 장소나 체포·압수될 사람 내지 물건을 특정하여 표시하지 않고 발부되어서는 안 된다.(Amendment Ⅳ: The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.)"라고 규정하고 있다. 미국헌법은 불합리한 수색·체포·압수를 금지함으로써 주거의 자유를 보장하고, 영장제도를 채택하면서 원조영장[52]을 금지하고 있다.

우리 헌법이 사후영장제에 관해서 헌법에 명시하고 있는데 비하여, 미국은 연방헌법 수정 제4조[53]는 前段에서 '불합리한(unreasonable) 강제처분'을, 後段에서 '일반영장'을 각각 금하고 있을 뿐이어서 해석상 '사전영장(영장제시)의 원칙'이 도출되지 않는다. 즉, 사전영장(영장제시)의 원칙은 미국 헌법상의 요청이 아니다[54]. 미국은 이에 대하여 명문의 규정은 두고 있지 않고, 보통법에서 인정되어 온 관습법에 맡기고 있다. 미국에서 영장에 의한 체포는 오히려 예외에 속하는 편일 정도로 체포는 넓게 인정되는 체제이다. 미국에서 영장주의의 예외를 인정하는 것은 체포행위와 사법적 심사 사이의 시간적 접착

51) 이에 관한 상세한 내용은 문홍주, 미국헌법과 기본적 인권, 유풍출판사, 2002; 이금로, '헌법상의 인신구속제도에 관한 소고', 형사법과 헌법이론 제1권, 공법연구회, 2006. 참조

52) 원조영장(Writ of assistance)이란 수색할 장소와 대상물을 지정하지 않은 영장을 말하는데 영국이 미대륙 식민지의 밀수를 방지하기 위하여 위와 같은 영장을 발부하였는데, 식민지인들은 이것을 주거의 부당한 침입이라 하여 반대하였다고 한다. 문홍주, 미국헌법과 기본적 인권, 유풍출판사, 2002, 79면 참조.

53) 우리나라에 영장제도가 처음 도입된 것은 1948년 미군정법령 제176조에 의해서였다. 미국 연방헌법 수정 제4조가 우리나라의 초기 영장제도에 영향을 미쳤다. 김선택, 영장청구주체입법의 변천 및 평가, 안암법학 31권, 2010, 19쪽; 김용세, 형사절차상 기본권 보장을 위한 형소법 규정 및 실무현실에 관한 연구, 형사정책 연구 통권 제75호, 2008, 72쪽 참조.

54) 한상훈, "긴급체포 및 긴급압수·수색의 개선에 대한 별개의견", 인신구속제도 자료집, 사법제도개혁추진위원회, 2005, 79쪽.

성, 중죄의 경우 치안 유지상의 필요성, 혐의의 명백성 및 보석의 이용가능성 등 그 합리성이 인정되기 때문이라고 한다.[55]

그 외에도 수정헌법은 이중위험(double jeopardy) 금지, 형사사건에서의 자기에게 불리한 진술 강요금지,[56] 적법절차에 의하지 아니한 생명, 자유 또는 재산의 박탈금지(제5조, 제14조 제1항), 공정한 배심재판과 신속한 공개재판을 받을 권리, 자기에게 불리한 증인과 대질심문을 받을 권리, 자기에게 유리한 증인을 얻기 위하여 강제적 수속을 취할 권리(제6조) 등을 규정하는 등 수정헌법 제4조에서부터 제8조까지 피고인의 권리를 보장하기 위한 많은 규정을 두고 있다. 우리 헌법과 특히 다른 점은 배심재판을 받을 권리와 자기에게 불리한 증인과 대질신문 받을 권리를 헌법상 권리로 보장하고 있다는 점이다. 이러한 미국헌법의 규정들은 대부분 1689년의 영국의 권리장전(Bill of Rights)에서 연원한 것인데, 이상에서 본 바와 같이 미국헌법은 형사절차에서의 인권보장과 관련된 조항들을 상세히 규정하고 있다.

(3) 미국 형사소송법상 강제처분 제도

미국의 형사소송법상 인신구속에 관한 규정과 실무는 대체로 다음과 같다.[57]

범인을 체포하기 위하여서는 치안판사[58]가 발부한 체포영장(warrant of arrest)에 의하는 것이 원칙이나, 범죄가 체포자의 현재하는 장소에서 행하여진 때, 즉 현행범의 경우나 중범죄를 범한 경우, 중죄의 범죄자라고 믿을만한 합리적인 이유가 있는 경우에는 영장 없이 체포할 수 있다(미국형사소송법 제657조, 제664조). 현재 실무상 체포의 대부분은 영장 없이 이루어지는 경우로 되어 있다.[59]

경찰이 범인을 체포영장(Arrest Warrant)에 의하여 체포한 경우나 위와 같이 일정 요건하 체포영장 없이 체포한 경우인지를 막론하고 불필요한 지체없이(without unnecessary delay) 즉시 치안판사에게 신병을 인치하여야 한다(연방형사소송규칙 제5조 a항). 여기서 '불필요한 지체 없이' 라고 하는 시간의 정도 개념은 사법실무 관습상 최대 6시간 이내라고 알려져 있다.[60]

---

55) 이에 대한 상세한 내용은 '미국의 인신구속제도', 새로운 인신구속제도 연구, 법원행정처, 1996. 참조.

56) 묵비권(불리한 진술거부권)과 변호인의 조력을 받을 권리와 관련된 유명한 판례로는 우리가 잘 알고 있는 Miranda vs Arizona, 384 U.S. 436(1966) 판결이 있다. 위 판결은 묵비권과 변호인의 조력을 받을 권리를 사전에 고지하지 않고 외부와 일체의 접촉을 차단한 상태로 신문하여 얻은 자백은 강제자백으로서 증거능력이 없다는 것이다.

57) 미국은 연방제국가의 특성상 연방과 주마다 달라 어떤 제도든 일률적으로 말할 수 없는 편이다. 예컨대 체포된 후 법원 인치시까지의 제한시간에 관하여도 주마다 그 제한시간이 다르다고 한다.

58) 구속업무를 담당하는 치안판사(magistrate judge, 이를 치안판사라고 번역하는 경우도 있다)는 법원의 판사에 의해 선임되고, 실무상 치안판사만이 체포영장을 발부한다, 이주홍, 외국의 인신구속제도 검토경과와 개요, 새로운 인신구속제도 연구, 법원행정처, 1996. 참조).

59) 김영길, '인신구속제도의 운용실태와 문제점', 사법논집 11집, 법원행정처, 1980, 646쪽.

우리 형사소송법상 긴급체포라도 48시간, 구속영장에 의하면 경찰이 10일, 검사가 20일까지 구속할 수 있는 제도와는 근본적으로 다른 구조라 할 수 있다. 이러한 관점에서 볼 때 우리나라에서 피의자의 구속이 수사의 출발을 의미하는데 비해 미국에서 피의자의 구속은 수사의 종말이라 할 수 있고, 법원이 직접 전면에 나서 이를 관장하고 있는 시스템인 셈이다.

체포된 자가 '불필요한 지체없이(without unnecessary delay)' 치안판사에게 인치되지 아니하거나 불법으로 구속된 경우에는 앞서 본 인신보호영장(The Writ of Habeas Corpus)제도에 의하여 구제를 받게 된다.

이 제도는 1679년 영국의 인신보호법(Habeas Corpus Act)에서 유래된 것으로, 인신보호영장(The Writ of Habeas Corpus)이란 범죄혐의로 구속된 자의 신병의 제출을 요구하는 영장이다. 이 영장의 신청이 있으면 지방법원재판관은 인신보호영장을 발부하여 즉시 또는 지정기일에 피구속자의 신병과 구속한 자의 답변서의 제출을 명한 후 공개리에 구속의 적법여부를 심사하여 불법구속의 경우에는 즉시 석방을 명하게 된다. 인신보호영장에 의하여 석방된 자는 동일한 범죄사실로 재차 구속되지 않는다. 이러한 인신보호영장제도는 형사사건은 물론 민사, 군사사건에 이르기까지 불법구금 전반에 걸쳐 인정되고 있는 제도이다.[61]

요컨대, 미국은 우리나라와 비교하면 비교적 광범위한 체포를 인정하는데 비해 체포된 피의자가 체포시점으로부터 단시간 내에 판사의 심문을 거쳐 구속 여부를 결정하는데 대부분 보석 등 조건하에 석방되는 방식으로 인신구속제도가 운영되는 데 특징이 있다고 할 것이다.[62]

게다가 州法에서는 폭넓게 영장 없는 체포를 허용하고 있다. 예를 들어 아이오와 州法{Iowa Code § 804.7(2004)}은 "경찰관 면전에서 일반범죄가 행해지고 있거나 행해지려 하는 경우" 뿐 아니라, "경찰관 면전이든 아니든 일반범죄가 발생하였는데, 경찰관에게 그 범죄를 체포대상자가 범했다고 믿을만한 합리적인 근거가 있는 경우"와 "중범죄가 행해졌으며 그것을 체포 대상자가 범했다고 경찰관이 믿을만한 합리적인 근거가 있는 경우", "가정폭력이 발생했으며 그것이 체포대상자의 소행이라고 믿을만한 합리적인 근거가 있는 경우" 등까지도 영장 없는 체포를 할 수 있도록 규정해 놓았다[63]. 실제 운영상으로도 미국에서는 체포의 95% 이상이 영장 없이 행해지고[64] 사전영장의 제시에 의한 체포는

60) 김영길, '인신구속제도의 운용실태와 문제점', 사법논집 11집, 법원행정처, 1980, 646쪽, 체포한 때로부터 48시간을 초과하여 이루어지는 경우는 헌법에 위반되는 것으로 추정된다고 한다.(이주홍, 외국의 인신구속제도 검토경과와 개요, 새로운 인신구속제도 연구, 법원행정처, 1996, 361쪽)

61) 인신보호영장제도에 대하여 자세한 것은 사법개혁추진위원회, '민주사회를 위한 사법개혁'-대통령자문위원회 보고서-, 2000. 65~74쪽 참조.

62) 유해용, 인신구속제도의 운영방식 개선을 위한 제안, 저스티스 통권 제83호(2005. 2.) 제132쪽.

63) Ronald L. Carlson, Criminal Justice Procedure(7th edition), 2005, p.20.

64) 이영돈, 미국의 수사제도, 비교수사제도론, 박영사, 2004, 548쪽; 이태훈, 미국의 인신구속제

대단히 예외적이다. 뿐만 아니라, 설령 (영장이 필요한 경우인데) 영장 없이 체포를 하여 그 체포가 무효가 되더라도, 피의자에 대한 기존의 구금이 불법으로 되는 것도 아니고 그것만으로 유죄판결이 무효가 되지도 않는다.[65] 이러한 미국의 경우를 고려하면, '사전영장(영장제시)의 원칙'이 보편적인 원리로서의 영장주의의 본질에 속하는지 의문을 표하는 견해도 있다.

(4) 영장 없는 체포

(가) 개관

미국에서는 영장에 의한 체포는 예외에 속하고 대개의 경우 범인의 체포에 사전영장이 필요하지 아니하다. 미국에서 영장주의의 예외를 인정하는 것은, 체포행위와 사법적 심사 사이의 시간적 접착성, 중죄의 경우의 치안유지상의 필요성, 혐의의 명백성 및 보석의 이용 가능성 등 그 합리성이 인정되기 때문이다.

미국연방대법원이 일찍이 그 판례를 통하여 여러 가지 경우에 경찰관이 피의자를 체포, 구금함에 있어서 비록 판사의 사전체포영장을 얻을 시간이 충분하더라도 보통법상 체포영장 없이 체포하는 것이 연방헌법의 영장주의에 어긋나는 것이 아니라고 여러 번 언급함으로써[66] 이제는 예외적인 경우 즉, 피의자를 그 주거지에서 체포(arrests in the home)하기 위하여 주거지에 들어갈 필요가 있다거나(그 경우에도 긴급한 상황이 있으면 사전영장이 필요 없다), 피의자를 검거함에 있어 다른 경찰기관의 협조를 얻을 필요가 있어 그 근거로 삼기 위하여 또는 검사의 조언을 미리 구해 둘 필요가 있는 경우(주로 연방범죄의 경우)를 제외하고는 대부분의 경우 경찰[67]이 사전영장 없이 자신의 판단에 따라서 (according to his own discretion) 피의자를 구속하고 있다.

도, 광주지방검찰청, 1998은 "New York State의 경우 인신구속 중 98% 이상은 수사기관의 영장없는 구속으로 이루어진다. 치안판사(Magistrate)의 사전영장에 의한 인신구속은 거의 없으며, 사전영장은 범죄자의 인신을 구속하는데 꼭 필요한 헌법상의 요구조건도 아니"라고 한다.

65) Joshua Dressler, Understanding Criminal Procedure(2nd edition), 2000, p.148. 단, 그 체포와 관련하여 취득한 인적·물적 증거의 증거능력이 배제될 수 있다.

66) U.S. v. Watson, 423, U.S. 411 (1976) 판결 이후 연방대법원은 경찰이 피의자를 집이 아닌 장소에서 체포할 경우(이를 public arrest라고 하여 피의자를 거주지에서 체포하는 arrests in the home과 구별한다.)에는 경찰이 독자적으로 그 구속의 상당한 사유(probable cause)를 결정할 수 있음을 밝혀왔다. 이는 보통법에서 발전한 법리이다.

판례는 영장 없이도 상당한 이유가 있으면 체포·구금할 수 있도록 인정하는 편인데, 이 '상당한 이유'의 존재 여부에 관한 사법적 판단의 기회는 주어져야 한다는 것이고(Gerstein v. Pugh, 420 U.S. 103(1975) 판결), 공공장소(옥외 현관)에서 상당한 이유가 있고 긴급할 경우 영장 없이 체포할 수 있다(United States v. Santana, 427 U.S. 38(1976) 판결)고 판시하기도 하나, 불법한 체포에 따른 영장 없는 수색·압수는 불법이라고 하거나(Wong Sun et al. v. United States, 371 U.S. 471(1963) 판결), 상당한 이유가 있더라도 영장 없이 '개인주택'에 들어가서 사람을 체포하고 물품을 압수·수색함은 위헌이라고(Payton v. New York, 445 U.S. 573(1980) 판결) 판시하고 있다 문홍주, 미국헌법과 기본적 인권, 유풍출판사, 2002, 442~471쪽.

67) 미국에서 검사는 원칙적으로 기소와 공소유지를 하므로 주로 경찰이 범죄수사를 한다.

(나) 요건

영장 없는 체포의 요건은 주에 따라 약간의 차이가 있다.[68] 기존의 보통법에 의하면 중죄의 경우 누구든지 중죄를 범하였다고 의심할만한 합리적인 근거(resonable ground)가 있으면 현행범(crime in the presence)[69]이 아니어도 영장없이 체포할 수 있고, 경죄의 경우 경찰관의 면전의 범행이 공공의 안녕을 침해할 정도에 이르면 영장없이 체포할 수 있다. 이러한 보통법상의 원칙은 연방 또는 대부분의 주에서 법률로 제정되었다.[70]

① 중죄에 대한 영장없는 체포

대체로 중죄(felony)의 경우 중죄가 범해졌다는 것과 체포의 대상이 되는 자가 그 범죄를 저지른 자라는 것에 대한 상당한 이유(probable cause)가 있으면 피의자를 영장 없이 체포할 수 있다.[71] 즉 판사의 영장을 미리 받을 수 없는 긴급한 사정이 없는 경우라든가 도망 염려가 없는 경우라도 영장에 의하지 아니하고 피의자를 체포할 수 있다. 체포 당시 상당한 이유가 있으면 그 후에 피의자에게 혐의가 없음이 밝혀지더라도 체포의 적법성은 인정된다.

② 경죄에 대한 영장 없는 체포

경죄(misdemeanor)의 경우에는 경찰의 면전(in his presence)에서 범죄가 행하여졌을 경우(현행범)에 평화에 대한 파괴가 있는 경죄에 한하여[72] 영장없이 피의자를 체포할 수 있다. 주에 따라서는 중죄와 경죄의 구별 없이 상당한 이유만 있으면 영장 없이 피의자를 체포할 수 있게 하는 주도 있고, 경죄의 경우 피의자를 즉시 체포하지 아니하면 검거하지 못하게 될 가능성이 있다거나, 자신이나 제3자의 신체 재산에 손상을 가할 가능성이 있다거나 혹은 증거를 인멸할 가능성이 있는 때에나 경찰의 면전에서 범행이 행하여졌을 때 등의 제한을 가하여 영장없이 체포할 수 있게 하는 주들도 있다.[73]

③ 그 외의 영장 없는 체포

그 외에는 조사를 하기 위하여 사람을 잠시 정지시키는 것은 대상자가 범죄적인 행위를 했거나 혹은 완수된 범죄와 관련이 있다는 articulatable facts에 의하여 뒷받침되는 합리적

---

68) 체포의 적법성은 체포한 곳에 적용되는 법률에 의한다.

69) 특정인이 있는 자리에서 일어난 범행이 현행범 또는 면전범행이다. 경찰관의 주변에서 범행이 이루어진 경우도 포함한다. 경찰관은 현행범을 체포할 권리와 의무를 동시에 가진다.

70) 연방법전 18편, Washington Criminal Procedure, New York Criminal Procedure Law, California Penal Code 등.

71) 서철원, 미국형사소송법, 법원사, 2005, 14쪽.

72) 보통법상은 '그 범죄로 인하여 공공의 안녕질서가 침해될 정도에 이를 것'도 한 요건이나 현재 대부분의 주에서 이 요건은 요구하지 아니하는 경향이다.

73) 미국의 인신구속제도, 새로운 인신구속제도 연구, 법원행정처, 1996.

인 의심이 있으면 영장 없는 체포가 가능하다. 또한 교통법규를 위반하였다는 합리적인 의심이 있으면 이를 조사하기 위하여 차를 정지시키는 것은 영장 없이 할 수 있다. 그리고 피의자가 합법적으로 체포된 경우 범죄의 수단 또는 범죄의 결과물(fruits)을 수색·압수하는 데는 수색·압수영장이 필요 없다. 이는 범인이 소유하고 직접 점유하고 있는 장소와 물건에 한하며, 그 수색·압수의 시간도 체포와 함께 이루어지는 경우에 한한다.[74]

이러한 측면에서 보면 미국의 경우 체포 제도는 다양한 형태로 운용되지만, 우리나라 보다는 그 허용범위가 넓다고 할 수 있다. 다만 체포가 폭넓게 허용된다고 해도 그 즉시 치안판사 등 권한 있는 자에게 데리고 가서 체포의 계속을 유지할 것인지, 보석을 통해 석방할 것인지 결정하게 된다는 점에서 이를 보완하고 있는 것이라고 할 수 있다.

(5) 일반영장 금지의 원칙

미국 헌법 규정에서 "수색될 장소나 체포·압수될 사람 내지 물건을 특정하여 표시(particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized)하지 않고 발부되어서는 안 된다"는 부분에 의하여 일반영장은 금지된다.

미연방 대법원은 1943년의 McNabb v. United Stated 사건과 1957년의 Mallory v. United States 사건을 통해서 이른바 McNabb-Mallory 원칙을 확립하였다. 그것은 "체포된 자는 불필요한 지체 없이(without unnecessary delay) 치안판사 앞으로 인치되어야 한다"는 원칙이다[75]. 연방 대법원의 판례로 확립되어 미연방 형사소송법에 규정[76]되기에 이른 이 원칙에 의해서 '의심할 여지없는 자발적인 자백'까지도 절차위반을 이유로 배척할 수 있는 근거가 마련됨으로써 미연방 수정헌법 제5조와 제14조가 천명한 '적법절차 원칙'의 내용이 크게 확장되었다[77].

---

74) 체포할 때 범인이 가지고 있거나 그 직접적인 점유 하에 범죄에 제공된 물품이 있으면 이것은 영장 없이 수색·압수할 수 있다. 그러나 본인이 체포되고 난 후에 다른 장소를 수색할 때에는 수색영장이 필요하다고 한다 Preston v. United States, 376 U.S. 346(1964) 판결.

75) Wayne R. LaFave 외 2인, Criminal Procedure(4th edition), 2000, pp.323-324 참조. 황정인, 영장주의의 본질과 영장제도, 형사정책연구 제21권 2호, 2010, 216쪽에서 재인용.

76) Federal Rule of Criminal Procedure. 5(a).에는 McNabb-Mallory 원칙이 아래와 같이 규정되어 있다.

(A) A person making an arrest within the United States must take the defendant without unnecessary delay before a magistrate judge, or before a state or local judicial officer as Rule 5(c) provides, unless a statute provides otherwise.

(B) A person making an arrest outside the United States must take the defendant without unnecessary delay before a magistrate judge, unless a statute provides otherwise. 황정인, 영장주의의 본질과 영장제도, 형사정책연구 제21권 2호, 2010, 216쪽에서 재인용.

77) 이 점에 대해 Wayne R. LaFave 외 2인, Criminal Procedure(4th edition), 2000, p.322은 다음과 같이 적고 있다. "This rule provided a basis for suppressing many confessions that, upon closer examination of the circumstances, might been found to be excludable as a matter of due process, but it clearly extended to other confessions unquestionably voluntary." 황정인, 영장주의의 본질과 영장제도, 형사정책연구 제21권 2호, 2010, 216쪽에서 재인용.

이에 따라 연방과 州는 체포된 자를 지체 없이(promptly) 사법관헌(judical officer)의 앞으로 데려가도록 하고 있는데[78], 이것이 이른바 Initial Appearance라고 불리는 청문(hearing) 절차이다. Initial Appearance에서 경찰관은 치안판사에게 체포의 상당성을 입증하는 complaint를 제출한다. 체포된 피의자는 치안판사 앞에서 혐의사실과 자신의 헌법적 권리에 대한 공식적인 고지·설명을 받게 되고, 궁핍하여 변호인을 선임할 수 없는 피의자에게는 변호인이 지정된다. 영장 없이 체포된 경우는 이 자리에서 '개연성 있는 이유(probable cause)'가 있었는지 여부가 심사된다. 마지막에 치안판사는 피의자에게 서약서(recognizance)를 징구하거나 보석금(cash bail) 또는 보증서(surety bond)를 받고 석방할 수도 있고, 아니면 계속 구금상태에 두는 결정을 할 수도 있다[79].

미연방 형사소송법에는 McNabb-Mallory 원칙이 적용되지 않는 예외도 규정하고 있다. 그러나 그 예외 사유는 영장에 의해 체포된 자 중 특별한 사유가 있는 경우와 보호관찰처분에 위반하여 체포된 자, 법정에 출석하지 않아 체포된 자 등과 같이 극히 특수한 경우로 한정되어 있다[80].

(6) 새로운 시도 – 전자영장 제도[81]

(가) 논의의 배경

미국도 영장주의를 헌법원칙으로 천명[82]하고 있지만, 연방대법원은 판례를 통하여 영장주의의 예외를 인정한 이래 그 예외의 영역은 점차 확장[83]되어서 영장주의가 원칙이 아

---

78) Ronald L. Carlson, Criminal Justice Procedure(7th edition), 2005, 63면에 의하면 "대개는 체포 후 몇 시간 내에 치안판사에게 출석시켜야 한다"고 한다. "...and usually the suspect should be presented to the magistrate in a matter of hours after arrest." 황정인, 영장주의의 본질과 영장제도, 형사정책연구 제21권 2호, 2010, 216쪽에서 재인용.

79) Initial Appearance에 대한 설명은 Joshua Dressler, 앞의 책, pp.7-8 ; Ronald L. Carson, 위의 책, pp.63-64; 이영돈, 미국의 수사제도, 비교수사제도론, 박영사, 2004, 559쪽 등에 의함.

80) Federal Rule of Criminal Procedure. 5(a)에 규정된 예외사유(Exceptions)는 아래와 같다.

(A) An officer making an arrest under a warrant issued upon a complaint charging solely a violation of 18 U.S.C. § 1073 need not comply with this rule if:

(i) the person arrested is transferred without unnecessary delay to the custody of appropriate state or local authorities in the district of arrest ; and

(ii) an attorney for the government moves promptly, in the district where the warrant was issued, to dismiss the complaint.

(B) If a defendant is arrested for violating probation or supervised release, Rule 32.1 applies.

(C) If a defendant is arrested for failing to appear in another district, Rule 40 applies.

81) 전자영장제도에 관해서는 이상원, 전자영장제도의 도입방안에 관한 연구, 2012 요약.

82) 미국 수정헌법 제4조.

83) Justin H. Smith, Press One for Warrant: Reinventing the Fourth Amendment's Search Warrant Requirement Through Electronic Procedures, 55 Vand. L. Rev. 1591, 1592-93 (2002); William J. Stuntz, Warrants and Fourth Amendment Remedies, 77 Va. L. Rev. 881, 882 (1991); Donald L. Beci, Fidelity to the Warrant Clause: Using Magistrates, Incentives, and Telecommunications

니라 그 예외가 원칙이 될 지경에 이르렀다. 이러한 영장주의 예외 중 대표적인 것 중의 하나가 '긴급상황(exigent circumstances)'의 예외인데, 판사의 영장을 받을 시간적 여유가 없는 긴급상황이라는 요건으로 압수수색을 정당화시키는 것이다. 이는 수사상 필요를 위하여 어쩔 수 없이 인정한 것이지만 이것은 영장주의를 사실상 잠탈하는 것으로서 이러한 문제점은 미국에서도 일찍부터 인식하고 있었다.

그리하여 이에 대한 보완책으로 1977년 미국 연방형사소송규칙 제41조를 개정하여 전화에 의한 영장발부를 허용하였고[84] 1993년에는 팩스에 의한 서류 송부를 허용하였다.[85] 이에 의할 때 영장발부의 시간이 대폭 단축되기 때문에 종이서류에 의한 영장청구의 경우에는 긴급상황의 예외로 인정되던 것이 더 이상 그러한 예외로 인정되지 않는 경우가 존재하게 되었다.[86] 연방의 위 제도는 곧 각주의 입법에 영향을 주어 현재는 많은 주가 위와 같은 전화와 팩스에 의한 영장을 도입하고 있고, 나아가 전자영장(electronic warrant)을 도입한 주도 늘고 있다.

전자영장절차는 대체로 3부류로 구분할 수 있다.[87] 첫째, 영장의 발부만 전자적으로 하고 영장의 청구는 전통적인 방법에 의하는 형태이다. 이 형태에서는 한 경찰관이 법원에 영장청구를 하기 위하여 가고 그동안 다른 경찰관이 현장에서 대기하다가 영장발부와 동시에 집행을 할 수 있도록 하는 제도이다. 둘째, 청구와 발부를 모두 전자적으로 할 수 있도록 하되 심사를 위한 자료는 종이서류로 제출하여야 하는 형태이다. 청구와 발부에 신속성을 기할 수 있는 제도이다. 셋째, 전자적 방법만으로 영장의 청구와 발부를 모두 할 수 있도록 하는 형태이다. 미국에서는 통상 경찰관이 직접 법원에 영장을 청구할 수 있는데, 전자영장을 청구함에 있어 검사를 통하여 청구하도록 하는 Nebraska 주 등도 있다.

(나) 전자영장에 대한 찬반 논의

미국은 영장을 발부함에 있어 통상 선서진술서(affidavit) 또는 선서한 증인의 진술에 의거

Technology to Reinvigorate Fourth Amendment Jurisprudence, 73 Denv. U. L. Rev. 293, 295 (1996). 황정인, 영장주의의 본질과 영장제도, 형사정책연구 제21권 2호, 2010, 216쪽에서 재인용.

84) Federal Rules of Criminal Procedure § 41(c)(2). 이하 위 규칙을 'FRCP'라고만 한다. FRCP는 §41(d)(3)에서 전화 기타 신뢰할만한 전자적 수단에 의한 정보에 기하여 영장을 발부하는 것을 허용하고 있다.

85) Michael J. Kuzmich, Review of Selected 1998 California Legislation: Criminal Procedure: www.warrant.com: Arrest and Search Warrants by E-mail, 30 McGeorge L. Rev. 590, 591 (1999); United States v. Johnson, 561 F.2d 832, 843 n.12 (D.C. Cir. 1977). Justin H. Smith, Press One for Warrant: Reinventing the Fourth Amendment's Search Warrant Requirement Through Electronic Procedures, 55 Vand. L. Rev., at 1594. 황정인, 영장주의의 본질과 영장제도, 형사정책연구 제21권 2호, 2010, 216쪽에서 재인용.

86) FRCP § 41(c)(2)에 대한 자문위원회 주석.

87) Smith, Justin H. Smith, Press One for Warrant: Reinventing the Fourth Amendment's Search Warrant Requirement Through Electronic Procedures, 55 Vand. L. Rev. note 12, at 1613-14.

한다.[88] 그런데 전자영장, 특히 전화영장에 대하여, (i) 선서진술인의 태도증거를 확보할 수 없고, (ii) 판사가 서면기록을 검토할 수 없다는 비판이 제기되었다.[89]

이러한 비판에 대하여는 반론이 제기되어 있다. 첫째 비판점에 대하여는, 실무에 있어서 판사가 선서진술인의 태도증거에 크게 의존하지 않고, 전화로 심문하는 것으로 판단의 자료를 확보할 수 있다는 반론이 있다.[90] 둘째 비판점에 대하여는, 첫째, 팩스나 이메일 또는 전자영장의 경우에는 서면을 제출할 수 있으므로 서면 흠결의 비판은 전화영장에나 타당할 것이고, 둘째, 서면을 줄이는 것은 서면 작성의 시간을 절약함으로써 영장절차의 신속을 꾀할 수 있는데, 서면의 존재가 효과적이고 필요한 경우란 사건이 복잡한 경우인데 이러한 경우는 전통적인 방법에 의하여 청구할 것이고 전자영장을 청구하지는 않을 것이어서, 전자영장을 청구하는 경우란 서면작성을 요구하여 서면의 양을 증가시킨다고 하여 판사의 판단이 크게 좋아진다고 할 수 없는 경우라는 반론이 있다.[91]

전자영장에 대한 비판은 타당하지 않다. 전자영장은 실보다 득이 훨씬 많은 제도이다.

(다) 미국의 시행 사례

1) 뉴저지 주

가. 개요

2009년에 뉴저지주 대법원은 전화 또는 전자적 방법으로 얻은 수색영장(search warrant obtained by telephonic or electronic means)은 대면영장(in-person warrant)과 동등하다고 판시한 바 있다.[92] 법원은 전화영장 및 전자영장과 관련된 실무적 문제들을 연구할 TF팀을 구성할 것이라고 하였다. TF팀은 기존 절차를 연구하여 통일된 절차(양식 포함), 장비, 교육에 대한 제안을 하는 임무를 부여받았다. 법원은 당시의 판례와 법원규칙으로는 전화영장이 금지되어 있다고 하였다. 그러나 그 후 뉴저지에서는 법원규칙을 변경하여 전화영장 등을 허용하게 되었다.[93]

---

88) FRCP §41(d)(2)

(A) affidavit(선서진술서)에 기하여 영장을 발부할 때에는 당해 진술인을 출석시켜 선서하게 하고 진술을 듣거나 그가 제출하는 어떤 증인도 신문할 수 있다.

(B) 정황상 합리적인 경우 선서진술서 없이도 선서한 증언에 기하여 영장을 발부할 수 있다.

89) Paul D. Beechen, Oral Search Warrants: A New Standard of Warrant Availability, 21 UCLA L. Rev. 691, 701, 1973; supra note 26, at 701; Jerold H. Israel, Legislative Regulation of Searches and Seizures: The Michigan Proposals, 73 Mich. L. Rev. 221, 261, 1974.

90) Justin H. Smith, Press One for Warrant: Reinventing the Fourth Amendment's Search Warrant Requirement Through Electronic Procedures, 55 Vand. L. Rev. note 12, at 1614-17.

91) Justin H. Smith, Press One for Warrant: Reinventing the Fourth Amendment's Search Warrant Requirement Through Electronic Procedures, 55 Vand. L. Rev. at 1617-18.

92) State v. Pena-Flores, 198 N.J. 6, 965 A.2d 114, 2009.

93) NJ Practice, 2011, § 16:93.

나. 현행제도

(1) 소환명령과 소환장

뉴저지주 법원규칙(Rules Governing the Courts of the State of New Jersey)은 법은 판사가 발하는 명령 중에서 교정국(Department of Corrections)에 수감자 소환명령을 발할 경우 판사의 전자서명을 부기하여 전자적으로 명령을 발할 수 있도록 하면서, 이 전자명령은 판사의 원본서명이 있는 명령과 동일한 효력이 있다고 규정하고 있다(Rule 3:1-4 (a)).

소환장(summons)은 (i) 소환혐의서 양식(Complaint-Summons form),[94] (ii) 교통위반티켓(Uniform Traffic Ticket), (iii) 혐의서 및 소환장 특별양식에 기하여 발부되는데, 이 때 사법관(judicial officer)이나 법집행기관(law enforcement officer)이 서명을 하도록 하면서, 법집행기관이 전자서명을 하는 경우 원본서명과 동일한 효력을 가지도록 규정하고 있다(Rule 3:2-2). 예컨대, 교통경찰이 교통위반사범에 대하여 법원출두를 명하는 소환장을 현장에서 발부함에 있어 휴대용 단말기로 소환장을 출력하여 교부할 때 여기에 전자서명이 부기되어 있으면 이것이 종이서면에의 서명과 동일한 효력을 가지게 된다.

아래는 위에서 본 관련 규정들이다.

뉴저지주 법원규칙(Rules Governing the Courts of the State of New Jersey)

PART III -- RULES GOVERNING CRIMINAL PRACTICE

RULE 3:1. General Provisions

3:1-4. Orders; Form; Entry (a) Time. Except for judgments to be prepared by the court and entered pursuant to R. 3:21-5, formal written orders shall be presented to the court in accordance with R. 4:42-1(e) except that only the original of the signed order shall be filed. The court may also issue and transmit to the Department of Corrections electronic Orders to Produce inmates, with those orders or writs containing an electronically affixed signature of a Superior Court judge. Such orders shall have the same authority as orders that contain a judge's original signature.

---

94) CDR-1 양식.

Complaint에 관해서는 Rule 3:2-1 (a)가 규정하고 있다. 이에 따르면 Complaint란 법원이 인정한 양식에 피의사실을 기재한 서면진술서를 말한다. 모든 Complaint는 판사나 기타 권한 있는 자가 증명하거나 그 면전에서 선서하여야 한다. 다만 (i) 교통위반범에 대하여 통일교통티켓(Uniform Traffic Tickets) 상에 작성되는 complaint 및 (ii) 기소비대상범죄에 대하여 혐의서 및 소환장 특별양식(Special Form of Complaint and Summons) 상에 작성되는 complaint는 예외이다. complaint는 경찰뿐만 아니라 누구라도 작성하여 제출할 수 있고 법원은 complaint가 제출되면 이를 접수하여야 한다.

일반적으로 미국법에서 Complaint라 함은 검사가 공소장(indictment나 information)을 제출하기 전 단계에서 피해자, 경찰, 검사 등이 법원(magistrate)에 제출하는 것으로서 기소단계로 넘어갈지 여부에 대한 법원의 판단을 구하는 것이다. 뉴저지법에서는 complaint가 제출되면 판사가 probable cause가 있는 경우에는 소환장이나 영장을 발부하고(소환장 발부 원칙. Rule 3:3-1 (c)), probable cause가 없는 경우에는 소환장도 영장도 발부하여서는 아니 되며 complaint를 기각(dismiss)한다(Rule 3:3-1 (d)). 우리나라에서 통상 '고소장'이라고 번역되고 있는데, complaint는 우리 법의 고소와 성질이 달라 혼동의 여지가 있다. 이 글에서는 '혐의서'라고 부르기로 한다.

3:2-2. Summons A summons shall be made on a Complaint-Summons (CDR-1) form, a Uniform Traffic Ticket, or a Special Form of Complaint and Summons. The summons shall be directed to the person named in the complaint, requiring that person to appear before the court in which the complaint is made at a stated time and place and shall inform the person that an arrest warrant will be issued for failure to appear. The summons shall be signed by the judicial or law enforcement officer issuing it. An electronic entry of the signature of the law enforcement officer shall be equivalent to and have the same force and effect as an original signature.

(2) 체포영장

① 체포영장은 영장혐의서 양식(Complaint-Warrant form, CDR2 양식)에 기하여 발부되는데, 원칙적으로 이 영장에는 판사나 참여관(clerk, deputy clerk)) 또는 시법원 행정관(municipal court administrator, deputy municipal court administrator)이 서명하여야 한다.(Rule 3:2-3 (a)).

② 위와 같은 서명원칙에는 일정한 예외가 인정되는데, Rule 3:2-3 (b)가 이를 규율하고 있다. 아래는 위 조항의 내용이다.

판사는 판사 면전에 출두하지 않은 영장청구인(law enforcement applicant, 예컨대 영장청구 경찰관)이 선서하고 하는 구술증언(sworn oral testimony)에 기하여 발부할 수 있는데, 이 경우 선서구술증언은 전화(telephone), 무선(radio), 기타 다른 전자적 방법으로 할 수 있다.

판사는 청구인으로 하여금 선서를 하도록 하고, 청구인은 선서에 이어 자신의 인적사항을 밝히고, 영장혐의서(CDR-2)와 선서진술서(affidavit)[95]를 한자 한자 읽어야 한다. 만일 상당한 이유의 근거되는 사실이 영장혐의서 및(또는) 선서진술서에 모두 포함되어 있다면, 판사가 상당한 이유의 근거되는 사실을 동시에 필기하거나 전자기록할 필요는 없다. 만일 영장청구인(law enforcement officer)이 상당한 이유를 위한 자료로써 추가로 선서에 기한 구술증언을 한다면, 판사는 이를 가용한 녹음기(tape-recording device)나 속기타자기(stenographic machine)로 동시 기록하여야 한다. 그렇지 않으면 판사가 필기로서 위 증언의 내용을 요약 기재하여야 한다. 이 선서증언은 체포영장의 발부에 있어 선서진술서 또는 보충선서진술서로 본다.

판사는 상당한 이유가 있다고 인정하는 경우 체포영장을 발부할 수 있다. 판사가 영장을 발부할 때에는 일자, 시간, 피의자 성명, 입건서 번호, 상당한 이유의 인정근거, 기타 영장발부 조건을 기재하되, 녹음기, 속기타자기, 필기로 기재한다. 그 후 판사는 청구인으로 하여금 영장혐의서(CDR-2) 양식에 "판사 ○○○의 전화에 의한 허가에 의하여 경찰관 ○○○"라고 기재하고, 본인의 성명, 영장의 일자 및 시각을 기재하게 한다. 영장청구인은 48시간 이내에 판사에게 직접 또는 팩스로 서명한 영장혐의서(CDR-2) 및 근거 선서진술서 일체를 제출하여야 한다. 판사는 위 서류를 확인하여 영장혐의서(CDR-2)에 서명함으로써 위 서류의 정확성에 대한 인증을 한다.

아래는 관련 조문의 내용이다.

95) 체포영장 발부를 위한 상당한 이유에 대한 자료로 추가 제출되는 것이다.

3:2-3. Arrest Warrant

(a) An arrest warrant shall be made on a Complaint-Warrant (CDR2) form. The warrant shall contain the defendant's name or if that is unknown, any name or description that identifies the defendant with reasonable certainty, and shall be directed to any officer authorized to execute it, ordering that the paragraph (b), the warrant shall be signed by the judge, clerk, deputy clerk, municipal court administrator, or deputy court administrator.

(b) A judge may issue an arrest warrant on sworn oral testimony of a law enforcement applicant who is not physically present. Such sworn oral testimony may be communicated by the applicant to the judge by telephone, radio or other means of electronic communication. The judge shall administer the oath to the applicant. Subsequent to taking the oath, the applicant must identify himself or herself, and read verbatim the Complaint-Warrant (CDR2) and any supplemental affidavit that establishes probable cause for the issuance of an arrest warrant. If the facts necessary to establish probable cause are contained entirely on the Complaint-Warrant (CDR2) and/or supplemental affidavit, the judge need not make a contemporaneous written or electronic recordation of the facts in support of probable cause. If the law enforcement officer provides additional sworn oral testimony in support of probable cause, the judge shall contemporaneously record such sworn oral testimony by means of a tape-recording device or stenographic machine, if such are available; otherwise, adequate longhand notes summarizing the contents of the law enforcement applicant's testimony shall be made by the judge. This sworn testimony shall be deemed to be an affidavit, or a supplemental affidavit, for the purposes of issuance of an arrest warrant.

An arrest warrant may issue if the judge is satisfied that probable cause exists for issuing the warrant. On approval, the judge shall memorialize the date, time, defendant's name, complaint number, the basis for the probable cause determination and any other specific terms of the authorization. That memorialization shall be either by means of a tape-recording device, stenographic machine, or by adequate longhand notes. Thereafter, the judge shall direct the applicant to print his or her name, the date and time of the warrant, followed by the phrase "By Officer _____, per telephonic authorization by _____" on the Complaint/Warrant (CDR-2) form. Within 48 hours the applicant shall deliver to the judge, either in person or via facsimile transmission, the signed Complaint-Warrant (CDR-2) and any supporting affidavit. The judge shall verify the accuracy of these documents by affixing his or her signature to the Complaint-Warrant (CDR-2).

(3) 수색영장

① 전자적 방법에 의한 영장발부

수색영장을 발부받기 위해서는 원칙적으로 영장청구인이 판사 면전에 직접 출두하여야 한다.[96] 그러나 직접 출두하지 아니하고 발부할 수도 있는데, Rule 3:5-3 (b)가 이에 관하여 규정하고 있다.

이 경우 법관 면전에 출두하지 않은 청구인의 선서한 구술증언(sworn oral testimony)에 기하여 영장을 발부하게 된다. 선서구술증언은 전화, 무선, 기타 다른 전자적 방법으로 할

96) Rule 3:5-3 (a).

수 있다. 판사는 이를 가용한 녹음기(tape-recording device)나 속기타자기(stenographic machine)로 동시 기록하여야 한다. 그렇지 않으면 판사가 필기로서 위 증언의 내용을 요약 기재하여야 한다. 영장청구인은 선서를 한 다음, 자신의 인적사항을 밝히고, 영장을 청구하는 목적과 범죄정보를 얻게 된 경위를 밝혀야 한다. 이 선서증언은 수색영장의 발부에 있어 선서진술서(affidavit)로 본다. 서면영장을 받을 수 없는 긴급한 상황이 존재하고 위 청구를 인정할 충분한 근거가 있다고 판사가 인정하는 경우 이 영장은 발부될 수 있다. 청구를 받아들이는 경우 판사는 수색권한부여의 조건(필자 주: 영장발부의 조건)을 기재하고 청구인에게 이 권한부여를 양식 또는 수색영장의 복제원본으로 지정된 적합한 서면에 한자 한자 기재하도록 지시하여야 한다. 이 영장은 Rule 3:5가 규정한 수색영장으로 본다. 판사는 청구인에게 영장에 판사의 성명을 프린트하도록 지시하여야 한다. 판사는 동시에 긴급한 상황에 대한 사실인정을 기록하여야 한다. 기록이 이루어지면, 판사는 가능한 한 빨리 증언을 문서화하도록 지시하여야 한다. 이 서면기록은 판사가 인증한다. 판사는 즉시 서면 인증수색영장(written confirmatory search warrant) 발부하고 여기에 복제원본영장(duplicate original warrant)을 발부한 정확한 시각을 기재하여야 한다.

관련조문의 내용은 아래와 같다.

RULE 3:5. Search Warrants

3:5-3. Issuance and Contents

(a) An applicant for a search warrant shall appear personally before the judge, who must take the applicant's affidavit or testimony before issuing the warrant. The judge may also examine, under oath, any witness the applicant produces, and may require that any person upon whose information the applicant relies appear personally and be examined under oath concerning such information. If the judge is satisfied that grounds for granting the application exist or that there is probable cause to believe they exist, the judge shall date and issue the warrant identifying the property to be seized, naming or describing the person or place to be searched and specifying the hours when it may be executed. The warrant shall be directed to any law enforcement officer, without naming an officer, and it shall state the basis for its issuance and the names of the persons whose affidavits or testimony have been taken in support thereof. The warrant shall direct that it be returned to the judge who issued it.

(b) A Superior Court judge may issue a search warrant upon sworn oral testimony of an applicant who is not physically present. Such sworn oral testimony may be communicated to the judge by telephone, radio or other means of electronic communication. The judge shall contemporaneously record such sworn oral testimony by means of a tape-recording device or stenographic machine if such are available; otherwise, adequate longhand notes summarizing what is said shall be made by the judge. Subsequent to taking the oath, the applicant must identify himself or herself, specify the purpose of the request and disclose the basis of his or her information. This sworn testimony shall be deemed to be an affidavit for the purposes of issuance of a search warrant. A warrant may issue if the judge is satisfied that exigent circumstances exist sufficient to excuse the failure to obtain a written warrant, and that sufficient grounds for granting the application have been shown. Upon approval, the judge shall memorialize the specific terms of the

authorization to search and shall direct the applicant to enter this authorization verbatim on a form, or other appropriate paper, designated the duplicate original search warrant. This warrant shall be deemed a search warrant for the purpose of R. 3:5. The judge shall direct the applicant to print the judge's name on the warrant. The judge shall also contemporaneously record factual determinations as to exigent circumstances. If a recording is made, the judge shall direct that the testimony be transcribed as soon as practicable. This transcribed record shall be certified by the judge. The judge shall promptly issue a written confirmatory search warrant and shall enter thereon the exact time of issuance of the duplicate original warrant. In all other respects, the method of issuance and contents of the warrant shall be that required by subsection (a) of this rule.

② 비밀유지

수색영장의 발부는 비밀이 현실적으로 유지되어야 한다. 영장발부의 근거가 된 선서진술서와 증언은 영장을 집행하기 전에는 형사재판부 행정사무실에 서류를 넘기거나 일반에게 공개하여서는 아니 된다. 영장을 집행한 후에도 Rule 3:5-6 (c)의 규정에 의한 경우를 제외하고는 비밀로 하여야 한다.(Rule 3:5-4)

Rule 3:5-6 (c)는 영장을 집행한 후에도 영장 및 관련 자료 일체를 비밀로 함을 원칙으로 하면서, 다만, Rule 3:13-3에 따른 디스커버리절차에서 피고인에게 제공하는 경우 및 불법한 수색과 압수에 의하여 침해를 받았다고 주장하는 사람이 열람·복사하게 하는 경우를 예외로 하였다.

③ 영장의 집행

수색영장은 발부 후 10일 이내에 집행하여야 한다. 압수를 하는 경우 피압수자에게 영장의 사본과 압수물 영수증을 교부하여야 한다.(Rule 3:5-5 (a))

복제원본수색영장이 집행된 경우에는 영장집행자는 영장에 정확한 집행시각을 기재하여야 한다. 구두증언을 녹음하거나 속기 타자한 경우 판사는 그 녹취록에 청구인이 서명하도록 한다.(Rule 3:5-5 (b))

④ 서류송부

영장발치안판사는 집행보고서, 압수목록, 기타 관련서류 일체(선서진술서, 구술증언이 있는 경우 그 요약서면, 복제원본수색영장이 있는 경우 그것 등)를 영장에 첨부하여, 압수지 관할 카운티의 형사재판부 행정사무실에 서류를 송부하여야 한다. 녹음이나 속기기록이 된 경우에는 이것도 송부하여야 한다.(Rule 3:5-6 (a))

다만, 뉴저지 감청 및 전자감시통제법(N.J.S.A. 2A:156A-1 이하)의 규정에 따라 감청판사가 허가한 구술, 전신, 전자통신에 전부 또는 일부 기초하여 수색영장이 발부된 경우, 영장을 발부한 판사는 수색영장청구서 및 이와 함께 제출된 선서진술서, 서류, 증거물 등 일체를 전속적으로 감청판사에게 송부하여야 한다. 영장을 발부한 판사는 위와 같이 감

청판사에게 송부한 사실을 알리는 통보서를 영장, 복제원본수색영장(발부된 경우), 압수목록과 함께 압수지 카운티의 형사재판부 행정사무실에 송부하여야 한다.(Rule 3:5-6 (b))

다. 보충해설

종이서면에 의하지 않는 수색영장은 서면영장을 받을 수 없는 긴급한 상황이 있는 경우 허용되는데 위와 같이 법문에서는 "전화(telephone), 무선(radio), 기타 다른 전자적 방법(other means of electronic communication)"이라는 표현을 사용하고 있고 영장의 청구와 발부가 종이서면의 직접적인 전달이 없는 상태에서 이루어진다는 점에서 전자영장에 근접하는 면이 있다. 종이서면에 의하지 않는 수색영장의 발부 및 집행절차를 다음과 같이 간략히 표시할 수 있다.

영장의 청구도 서면에 의하지 아니하고 영장이 발부된 경우에도 판사가 서명한 종이영장 자체가 송부되지는 않지만, 영장 자체는 종이의 형태로 존재한다는 점에서 큰 특색이 있다. 즉, 판사가 직접 자기 손으로 발부하는 영장은 서면인증수색영장으로서 존재하고 이것과 별도로 청구인에게 축어적으로 지시하여 또 하나의 영장, 즉 복제원본영장을 청구인으로 하여금 작성하게 하고 이 복제영장을 가지고 집행을 하도록 하는 구조를 취하고 있다. 즉, 서면 형태의 영장 2개가 존재하고 판사가 직접 작성한 서면인증수색영장 외에 복제영장도 원본으로서 정식의 수색영장으로 본다. 이 점에서 전자서면에 의한 영장이라는 의미의 전자영장에는 이르지 않았다고 할 수 있다.

이렇기 때문에 학자들도 이를 '전화수색영장(telephone search warrant)'이라고 칭하면서, 전화수색영장이란 판사가 구두로 수색의 권한을 부여하는 것이라고 정의하고, 전화수색영장은 판사 앞에 실제로 출두하지 않고 그 대신 전화, 무선, 기타 다른 전자적 방법에 의하여 구술증언을 판사에게 함으로써 영장을 청구하는 것이라고 한다.[97]

전화수색영장은 판사 앞에 출두하는 것이 불가능하거나 비현실적일 정도로 충분히 긴급한 경우에 한하여 허용된다.[98]예컨대, 정황상 밀수품이나 증거가 존재하는데 그것이 한다고 믿을 상당한 이유가 있고 그것이 제거되거나 파괴될 상당한 이유가 급작스럽게 발생한 경우 경찰관은 구두에 의한 수색영장을 청구한다. (i) 수색할 상당한 이유가 있고, (ii) 판사 앞에 출두하지 못할 정당한 사유가 있으며 (iii) 뉴저지 대법원 판결[99]과 Rule 3:5-3이 요구하는 절차적 보장이 지켜진다면, 판사가 수색권한을 구두로 부여하는 것, 즉 "전화수색영장"은 "서면"영장과 동일하다.[100]

경찰관이 전화수색영장을 받기 위해서는 (i)수색이 필요하다는 점에 대한 상당한 이유,

97) NJ Practice, 2011, § 16:93.

98) State v. Johnson, 193 N.J. 528, 940 A.2d 1185, 2008.

99) State v. Valencia, 93 N.J. 126, 459 A.2d 1149, 38 A.L.R.4th 1132, 1983.

100) NJ Practice, 2011, § 16:93.

(ii) 통상의 수색영장을 받기 위하여 판사 앞에 출두하는 것이 불가능하거나 비현실적일 만큼 충분히 긴급한 사정이 있는 경우에만 제1심법원(Superior Court judge) 판사에게 신청하여 발부 받을 수 있다.

2) 켄터키 주

가. 서언

형사사법 데이터를 보다 효과적이고 효율적으로 운용하기 위하여 점점 더 많은 기관들이 전통적인 수작업 환경(종이서류)로부터 전자시스템(종이 없는 시스템)으로 이전하고 있다. 2005년에 켄터키 주에서는 전자시스템의 효과성을 평가하는 연구가 행해졌다. 법집행기관은 전자영장 전에는 각 지방법원과 연락하지 않고는 유효한 영장이 있는지 확인할 수 없었다. 이 때문에 법집행기관들은 관할구역 내외를 불문하고 유효한 영장의 존재를 인식할 수 없게 하였다. 이 문제점을 해결하기 위하여 켄터키주 경찰, 국토보안청, 법무부, 법원행정처가 함께 모여 켄터키 전자영장시스템의 개발과 시행을 위한 협력체를 구성하였다.[101]

나. 전자영장시스템의 구축[102]

켄터키주 전자영장은 경찰이 선도하였다, "미집행영장이 많으면 형사사법이 공공안전을 제대로 지킬 수 없다"고 전 국토보안청장이 말한바 있다. 전자영장이 있기 전에는 영장정보를 추적할 시스템이 없었다. 수사를 위해서나 경찰관의 안전을 위해서 거리의 경찰관들은 데이터에 접근할 수 있어야 한다. 정보를 자동화하면 법집행을 제고하고 범죄방지를 확대할 수 있다. 예컨대, 제퍼슨 카운티에서는 새로 발부된 영장 중 72% 이상이 통지되었는데, 살인, 일급강도, 증거조작에 대해 혐의서(complaint)가 작성된 지 17시간 후에 통지된 영장이 있었다. 수사관이 전자영장시스템에서 검색을 하여 당해 피의자가 다른 사건의 증인으로 채택된 사실을 발견하였고, 이로써 위 피의자의 소재를 파악하여 체포할 수 있었다.

전자영장시스템은 2008년에 구축되어, Jefferson, Campbell, Fayette, Woodford, Bourbon, Scott의 6개 카운티에서 시범 실시되었다. 전자영장의 구상은 종이기반 시스템의 문제점을 결코 제거하지는 않았다. 전자영장이 시작된 지 1년 동안 시스템에 입력된 신규영장의 62% 이상이 송달되었다. 이는 종래 종이기반 시스템 하에서 보다 10% 이상 적게 송달된 것이라는 충격적인 비교결과이다. 이 프로젝트 하에서 영장을 표준화하고 자동화함에 따라 수사관들이 필요한 때에 실시간으로 영장정보에 접근할 수 있게 되었다. 2009년 법무부장관은 100개의 카운트에 추가로 운용할 수 있는 자금을 지원받았다. 이 확대는

101) 이상 NASCIO (2010), Executive Summary. NASCIO(미국 주정보책임자협회, National Association of State Chief Information Officers)는 1969년 각 주의 정보책임자 및 정보기술운영자의 모임이다. 홈페이지는 www.nascio.org 이다.

102) NASCIO (2010). Description.

2011년에 종료된다. 시범카운티의 성공을 보면 전체 계획도 성공할 것으로 보인다. 2010년 현재 5215명이 시스템에 등록하였고 1일 평균 679명이 로그인한다. 켄터키의 전자영장시스템은 전국적인 관심을 끌게 되었다.

다. 시스템의 내용과 의미

전자영장시스템은 모든 형사사법기관 구성원이 접근할 수 있다. 시스템은 웹기반이다. 이에 따라 사용자들이 혐의서(complaints)를 작성할 수 있고 혐의서에 서명하여 영장으로 만들 수 있으며, 인터넷이 연결되는 어디서든 이러한 영장에 접근할 수 있다. 웹기반이기 때문에 판사는 랩탑 컴퓨터든 PDA든 어디서나 주 7일, 하루 24시간 주전자영장시스템을 이용하여 영장청구를 검토하고 승인할 수 있다. 영장청구가 받아들여지면, 전자영장은 주 전체의 법집행기관에 고지되며 이 정보가 또한 전국범죄정보센터(National Crime Information Center, NCIC)에 연결된다. Steve Beshear 주지사는 "전자영장시스템은 경찰활동의 현대화를 보여준다."고 하였다.

전자영장프로그램은 켄터키 법정보망(Law Information Network of Kentucky, LINK)과 자연스럽게 연결되어 있다. 전자영장시스템에 입력된 영장은 판사가 전자서명을 한 후 15분 이내에 LINK로 전송되고 주 전체의 모든 법집행기관이 접근할 수 있다. 전자영장은 상호조회, 검색, 업데이트, 일치가 가능한데, 이는 수작업으로 하면 힘들고 노동집약적이며 시간이 소비되는 일이다. 영장이 송달되면, 시스템은 영장의 지위를 즉시 변화시킨다. 영장에 관련되는 모든 전자정보는 전자영장 프로그램에 남지만 송달상태(served status)로 전환된다. 오로지 1부의 영장만 송달시 시스템에서 출력이 가능하다. 송달 전에 출력된 출력본은 "원본이 아님(not original copy)"라는 워터마크가 새겨진다. 이로써 이중송달의 가능성을 제거하고 법집행 공무원들이 이미 송달된 영장을 다시 송달하려고 시도하면서 귀중한 시간을 낭비하는 것을 방지한다.

법집행 공무원들이 영장을 발부받기 위하여 판사나 검사(county attorney)에게 가지 않아도 되기 때문에 수사할 시간을 아낄 수 있고 형사사법기관이 증거를 신속히 수집하고 보관하여 형사사건을 처리하는데 도움이 된다. 켄터키주 대법원장 John D. Minton Jr.는 전자영장으로 "판사들은 인터넷이 가능한 곳이라면 어디서든지 영장에 전자서명을 하고 혐의서를 발부할 수 있다. 이 기술은 사법부가 켄터키 시민에게 더 나은 서비스를 제공하고 귀중한 시간과 자원을 절약할 수 있게 한다."

전자영장은 법집행공무원들에게 보다 효과적인 경찰작용을 위한 수단을 제공한다. 법집행의 효율성은 켄터키 전역의 범죄를 방지하고 억지한다. 전자영장을 주 전체에 확대하면 중범죄로 수배된 사람들이 체포될 가능성을 높이고 사회를 보다 안전하게 한다. 우리 사회가 안전해지면, 사람들은 방문하고 일하며 쇼핑하는데 안전함을 느낀다. 이는 기업이 번영하고 사회에 공헌하고 경제에 활기를 주게 된다.

라. 효과

전자영장이 시행되기 전에는 종이기반시스템에 의하여 영장관리를 하여왔다. 2005년에만 해도 어느 특정시점에서 집행되지 않고 미결로 쌓여 있는 영장의 수가 265,000에서 385,000건 사이에 이르렀다. 영장에 유효기간이나 제척기간이 있는 것이 아니기 때문에, 집행되거나 취소(recall)[103]되기 전에는 유효한 영장으로 남아 있다. 통상 미집행 영장혐의서(complaint warrant)가 집행되거나 취소되지 않고 유효하게 존재하는 시간은 3.9년이다. 영장이 오래될수록 집행가능성은 낮아진다. 영장에 기재된 정보가 현재성이 없게 되고 법집행기관도 책임문제 때문에 집행의 의욕이 감소하게 된다.

3) 하와이 주

가. 서언

하와이주 사법부의 전자법원영장시스템(electronic bench warrant system, eBW)은 교통영장을 전자적으로 송부하고 24시간, 7일 접근할 수 있게 함으로써 공공안전과 정부효율을 증진시킨다.[104] 이는 미국에서 동종 최초이다.

eBW시스템은 애초 70,000건이 넘는 하와이주 미집행영장 문제를 해결하기 위하여 구축되었다. 과속티켓과 같은 위반사범에 대한 벌금이 미집행된 양도 2,000만 달러가 넘었다. 교통영장을 중앙통제의 주 전역 데이터베이스에 통합시켜 종이영장을 전자문서로 전환함으로써 법원으로부터 법집행기관에 송부하는 시간이 빨라지고 책임자(officer)와 집행요원(deputy) 사이의 공동업무가 향상된다. 미결사건이 줄어들면 범죄자가 더 이상 범죄를 저지르고도 그냥 넘어가지 못하게 되어 법집행기관의 부담도 감경되고 공공안전도 증가된다.

덧붙여, eBW는 종이영장을 분류하고 편철하며 집행하는 수작업과정을 제거함으로써 집행법집행기관이 현저히 시간을 절약하게 한다. 영장은 선행하는 종이절차 없이도 전자적으로 집행된 것으로 표시될 수 있다. 영장은 프린트될 수도 있고 어디서든 접근할 수 있으며 검색하고 보고할 수 있어 영장/피고인 정보를 손쉽게 찾을 수 있다.

시간을 절약함으로써 집행관 사무실(Sheriff's division)과 경찰서는 체포를 하고 집행율을 높이는데 보다 많은 시간을 사용할 수 있는 한편, 시스템이 실시간으로 정보를 업데이트하기 때문에 공공의 안전을 증대시키고 착오체포의 위험을 줄일 수 있다.

첫 해에 eBW는 15,000건의 미집행영장을 해결하였고 영장할 영장총수를 22% 감소시키는 결과를 낳았다. 주 기관 전체에 걸친 광범위한 예산삭감과 인력감축에도 불구하고 전자영장시스템은 놀라운 성공을 거두었다.

---

103) 영장에 하자가 있을 때 serve 되기 전에 회수하는 것.

104) Hawaii, Executive Summary.

나. 내용

eBW의 주요 목표는 (i) 법집행기관에게 보다 신속하고 쉽게 교통영장 데이터와 이미지에 접근 수단을 제공하는 (ii) 새로운 시스템을 신속히 개발(단계적/베타버전 출시)하되, (iii) 법원의 현재적 데이터를 직접 이용하는 것이다.

프로젝트는 2007. 8. 제1차 회의를 하면서 시작되었다. 주 전역에 걸친 법관 영장TF팀이 모여 제안에 대한 회의와 피드백을 하였다. 2009년 이전에 공식적으로 출범하기 전에 베타버전이 출시되었다.

eBW는 (i)교통영장 데이터는 24시간/7일 접근가능하며, (ii)영장이미지는 2005. 11.부터 접근가능하고, (iii)데이터와 이미지가 매일 자동적으로 업데이트되며, (iv)여러 범주로 검색하고 보고/검색을 위하여 데이터를 전송할 수 있고,(v) 주소를 알아내고 전송을 계획하기 위하여 구조를 보여준다. 또한(vi) 각 기관은 각자의 유저를 운영하고 상이한 여러 접근수준을 할당할 수 있고, (vii)각 활동은 활동로그에 자동적으로 로그되며, (viii) 영장에 노트를 첨가하거나, (ix) 영장을 원격출력할 수 있으며, (x) 사용자를 위한 교육용 비디오와 (xi) 영장의 실시간 상황을 보여준다는 특징이 있다.

(라) 우리나라에서 전자영장제도의 구상[105)]

① 전자영장의 필요성과 가능성

ⓐ 전자영장의 필요성

① 절차의 신속성 확보

영장의 청구와 발부 및 집행을 아우르는 영장절차는 기관 사이의 이동뿐만 아니라 기관 내부의 결제절차도 거쳐야 한다. 또한 종이서면의 작성과 기록조제는 또 다른 시간을 요한다. 이러한 절차를 전자적으로 행한다면 많은 시간을 절약할 수 있고, 이에 따라 절차의 신속을 확보할 수 있다. 앞서 본 바와 같이 현행제도가 가지는 특징의 하나인 절차진행의 시간소요는 전자영장제도를 도입함으로써 상당 부분 해소될 수 있다. 영장발부 대기시간을 줄이는 것은 인권보호를 위하여 바람직하며 형사사법기관의 업무 효율성을 위해서도 바람직하다.

② 정확한 판단

전자영장절차는 수사기관이 현장에서 확보할 수 있는 현장사진이나 음성 또는 영상을 경찰관의 개인 장비(스마트폰, 전자카메라 등) – 순찰차 – 경찰서 – 검찰청 – 법원의 경로(중간 생략 가능) 실시간으로 판단자인 판사에게 전달함으로써 더욱 정확한 판단이 가능하게 된다.

---

105) 전자영장제도의 구상부분은 이상원, 전자영장제도의 도입방안에 관한 연구, 2012를 요약한 것이다.

③ 영장주의의 실현

보다 중요한 것은 수사기관에게 즉각적인 영장발부를 제공함으로써 수사기관이 영장을 회피하려는 동기가 약화되고 수사기관에게 영장에 의한 강제처분을 강요하더라도 비현실적인 강요가 아니라는 점이다. 이를 통하여 모든 강제처분에 대하여 사전영장 또는 적어도 사후영장을 받도록 함으로써 현행제도의 위헌적인 요소를 없앨 수 있다.

ⓑ 전자영장의 가능성

① 전통적인 절차

각 형사사법기관이 각자의 업무처리에서 전자시스템을 사용하고 그 의존도는 매일매일 높아지고 있지만, 아직도 종이서류에 의한 절차진행은 형사절차 전반에서 확고하게 유지되어 있다. 특히 기관 사이의 정보이전이 종이에 의하여서만 이루어지고 있는 현재의 업무처리는 (i)종이문서를 필수적으로 작성하여야 하는 관계로 인력과 시간의 낭비가 있고, (ii)기관 사이에 정보 공유가 이루어지지 않아 동일한 정보를 기관마다 조사·입력하여야 하는 중복의 문제가 있으며, (iii)형사사법에 관련된 국민들도 기관별로 각각 사무를 보아야 하는 불편함이 있다.

② KICS 과 전자영장 시스템

㈀ KICS

이에 국민 관점의 형사사법서비스, 서류 없는 신속한 형사절차 구현, 기관간 효율적인 정보 공동활용을 지향하면서 형사사법정보시스템(KICS: Korea Integrated Criminal Justice Information System)을 구축하려는 움직임이 나타났다.[106] KICS는 본래 형사사법기관들이 하나의 통합된 형사사법정보시스템을 사용하도록 하는 것을 목표로 출범하였다. 그러나 각 기관의 독자성 문제와 통합범위 등에 관하여 각 기관 사이에 강한 이견이 있어 형사사법정보시스템사업은 난항에 빠졌다.[107]

---

106) 법무부 형사사법통합정보체계추진단, 형사사법통합정보체계 추진현황, 추진단 보고서 (2007.12. 5.), 1. 현재 KICS는 형사사법포탈(Korea Information of Criminal-Justice Services)을 의미하고 있다. 이를 위하여 2005년 12월부터 2006년 9월까지 경찰 사건수사시스템과 내부 포털 등의 구축을 주된 내용으로 하는 1차 사업을 시행하였고, 2006년 6월부터 2007년 3월까지 검찰 수사결정시스템, 법원 재판지원시스템 등의 구축을 주요 내용으로 하는 2차 사업을 시행하였다.

107) 난항을 겪은 이유에 대하여 각 기관이 서로 다른 평가를 하고 있다. 위 보고서 3-4는 난항의 이유를 다음과 같은 취지로 설명하고 있다 : 「경찰은 내사시스템의 분리와 정보유통을 제한하는 연계형으로의 변경을 주장하며 KICS 사용에 난색을 표명하면서 전자조서의 법적 근거가 없다는 이유로 종이 없는 통합형 시스템을 구축할 필요가 없다는 주장을 하고, 법원은 전자조서 등 수사 및 재판서류의 전자파일링에 대하여 원본성 확보가 어렵고 전자패드를 이용한 전자서명은 이미지 파일이므로 수사기관에 의한 위·변조 가능성이 있어 조서의 원본성 인정이 어렵다는 이유로 전자소송에 난색을 표하면서 종이와 전자문서를 병행하는 시스

이에 형사사법정보화의 단계적 시행을 하기로 하고 2007. 11. 5. 약식절차에서의 전자문서 이용 등에 관한 법률안이 제17대 국회에 정부발의로 제출된 바 있다. 이 법률안은 입법화되지 못하고 2008. 5. 29. 임기만료로 폐기되었다. 그러나 제18대 국회에 이르러 형사사법절차 전자화 촉진법(2010. 1. 25. 법률 제9942호)과 약식절차에서의 전자문서 이용 등에 관한 법률(2010. 1. 25. 법률 제9943호)이 제정되어 2010. 5. 1.부터 시행되었다. 이 법 시행으로 시작된 전자약식사건이 전체 약식사건에서 차지하는 비율은 점차 증가하고 있고,[108] 형사소송의 전자화를 확대하자는 의견도 제시되어 있다.[109] 위 법률들은 전자증거만을 증거로 사용하거나 적어도 원칙적인 증거로 삼는 것이어서 비전자증거를 원칙으로 하던 종래의 형사사법절차와는 많은 차이가 있다.

㈏ KICS와 전자영장제도시스템

KICS는 전자약식을 비롯한 전자형사소송의 절차에서 중요한 역할을 수행하고 있다. 실체적인 형사사법정보는 각 기관이 별도로 관리하고 있고, KICS가 관리하고 있지는 않다. 그런데 KICS는 각 기관 사이의 정보흐름을 관리하는 시스템을 운용함으로써 형사사법정보의 전자적 흐름을 관리하는 기능을 한다. 전자영장제도는 형사사법기관 사이의 형사사법정보의 이동을 전제로 하여서만 가능하다. 이러한 이동을 사적 영역에 맡길 경우 정보유출의 위험에 노출될 수 있다. 따라서 국가가 관리하는 유통시스템을 통하여 이전시키는 것이 필요하다. KICS는 전자영장제도를 가능하게 하는 현실적인 기반이 될 수 있다.

② 시스템구상을 위한 쟁점들

ⓐ 시스템의 구조

① 연계시스템

우리나라에서 아직 전자영장제도가 본격적으로 논의되지 아니하였고, 따라서 그 구체적인 모습도 전혀 형성된 바 없다. 다만, 앞서 본 미국의 세 유형 중 전자화 정도가 가장 강한 세 번째 유형을 전제로 시론적으로 전자영장제도를 다음과 같이 생각해 볼 수 있다. 현재 KICS는 경찰-검찰-법원 사이의 시스템 연계방식에 기반을 두고 운용되고 있다. 위 전자영장시스템은 이러한 현재의 KICS를 그대로 운영하면서 채택할 수 있는 방안이다. 즉, 영장시스템도 각 기관 사이의 연계방식을 취하는 것이다.

② 통합시스템

연계시스템은 각 기관시스템의 독립성을 보장해주는 장점이 있다. 그러나 영장의 경우에

템의 구축을 주장하였으며, 국회(행자위)와 국가인권위원회는 개인정보침해의 문제를 제기하였다.」

108) 한윤경, "전자약식의 평가와 향후방향", 법조 2011.7., 27-28쪽.

109) 한윤경, "전자약식의 평가와 향후방향", 법조 2011.7., 42-45쪽, 70-72쪽.

는 실제 정보가 변경되는데 이것이 영장에 반영되지 않음으로써 집행이 점점 어려워진 미국의 경험에서 보는 바와 같이 실시간 정보의 업데이트가 영장집행에 중요하고, 특히 장시간 미집행상태로 있는 영장의 경우에는 정보의 업데이트가 필수적이다. 그런데 연계시스템은 이러한 업데이트 정보의 실시간 공유가 어렵다. 이에 시스템의 통합이 필요하게 된다.

그러면 이러한 통합시스템은 애초 현재의 KICS가 연계시스템을 채택할 수밖에 없었던 문제점을 그대로 가지고 있는 것은 아닌가 하는 문제점이 있다. 현재의 KICS가 연계시스템을 채택하게 된 데에는 기관 간 정보를 완전 통합하면, 기관간의 독립성이 무너진다는 점이 가장 큰 요인으로 고려되었다. 특히 법원시스템의 통합은 사법부의 독립이라는 헌법적 문제까지 야기하였기 때문에 통합시스템이 곤란한 점이 많았다.

그런데, 영장의 발부가 재판작용의 하나이기는 하지만, 본안사건과는 많은 차이가 있다. 본안사건은 검사의 기소로 시작되며 소추측과 피고인측이 대등한 지위에서 공격과 방어를 공개된 법정에서 하고 법원은 소추측으로부터 완전히 분리되어 있는 판단자의 지위를 가지기 때문에, 기소 당시 공소장 이외의 일체의 정보도 제출하지 못하게 하는 공소장일본주의, 공판정에서의 증거조사만으로 사실관계를 확인하는 공판중심주의 등이 지배하는 절차이다. 이에 비하여 영장재판은 수사기관이 수사단계에서 강제처분의 필요가 있을 때 수사기관의 강제처분에 대한 허부를 법원이 판단하는 절차로서, 수사의 합법성을 검증함으로써 불법한 수사로부터 피의자를 보호하기 위한 장치로서의 의미가 크다. 즉, 법원의 개입은 수사기관에 대한 통제로서 기능하는 것이며 본래적인 재판과는 다른 면이 있다.[110] 따라서 영장재판에서는 수사기관과 법원이 서로 정보를 공유한다고 하여 사법부 독립에 본질적으로 반하지는 않는다고 할 수 있다. 영장에 한한 통합시스템의 구축은 헌법적으로 허용된다. 다만 통합시스템을 구축할 때 통합시스템을 어디에 두고 누가 관리하는가가 국가기관간에 해결하기 쉽지 않은 문제가 될 것으로 예상된다. 현재로서는 KICS의 시스템을 확장하고 KICS에서 관리하는 것이 가장 현실성이 있는 대안인데, 이를 위하여 각 기관의 의견이 실질적으로 잘 반영될 수 있는 기구개편이 있어야 할 것이다.

ⓑ 원본성 문제

① 문제의 소재

종이기반 영장절차에서는 판사가 서명한 영장만이 존재하여 영장의 원본은 1개이고, 원본성의 문제는 크게 대두하지 않았다. 그런데 전자영장을 발부할 경우에는 무한한 복사가 가능하기 때문에 동일한 내용의 문서가 여럿 존재할 수 있다. 그러나 전자영장에서도 종이영장에서처럼 1개의 원본이 존재하여야 한다는 입장이 있을 수 있다. 어느 것을 유일한 원본으로 보는 가에 따라 다음과 같은 견해가 가능하다.

110) 판사가 수사에 개입하는 작용이라고까지 말할 수 있을 것이며, 이에 수사판사나 부판사가 영장을 담당하는 나라도 많다.

㈀ 법원증거 원본설

종이문서를 법원에 제출할 때 원본을 법원에 제출하는 것처럼, 법원에 제출된 전자증거가 원본이고 원본은 단 하나 존재한다는 원칙을 고수한다면, 검찰이 법원에 전자증거를 제출한 후에는 검찰에 있는 전자증거를 삭제하여야 한다는 주장을 할 수 있다. 이로써 검찰이 점유하였던 증거가 법원의 점유로 이전되는 것이다.

그런데 검찰의 시스템으로부터 법원의 시스템으로 전자증거가 제출되는 현상은, 물리적으로 보면, 검찰의 시스템에 있는 전자적 신호와 동일한 내용의 전자적 신호가 법원의 시스템에 만들어지는 현상이다. 검찰 시스템의 전자증거가 삭제되는지 여부는 법원 시스템에 제출된 전자증거의 객관적 형상의 내용과는 전혀 관계가 없다. 따라서 삭제 요구는 오직 원본이 하나만 존재하여야 한다는 원칙에 기여하는 외에는 아무런 의미가 없다. 그렇다고 하여 검찰 시스템의 파일을 삭제하지 않은 채 법원 시스템의 파일만이 원본이라고 하기도 어렵다.

㈁ 검찰증거 원본설

물리적으로 볼 때 최초로 작성된 전자증거(예컨대, 피의자신문조서 파일)는 경찰이나 검찰에 있는 것이고 법원이 조사를 하는 바로 그 전자증거는 위 수사기관의 증거를 복사한 것이다. 이에 경찰이나 검찰의 시스템에 있는 파일이 전자증거의 원본이고 법원은 그 사본에 의하여 증거조사를 하는 것으로 이해하는 입장이 있을 수 있다. 그러나 이는 원본증거를 제출하여야 한다는 원칙을 폐기하는 것이어서 타당하지 않다.

㈂ 복수의 원본

그러나 원본이 반드시 1개이어야 할 필요는 없다. 경찰 시스템에서 검찰 시스템으로, 검찰시스템에서 법원시스템으로 전자증거의 복제이동이 있을 경우 기술적으로 동일성을 확보할 수 있다면[111] 이들을 모두 원본이라고 볼 수 있다.[112] 자료의 동일성이 확보되면 복제본으로 인정될 수 있다. 그러나 형사사법절차는 원본으로 진행되어야 하고 따라서 경찰 후의 검찰, 검찰 후의 법원처럼 시간적으로 뒤에 관여하는 형사사법기관의 시스템에 있는 자료들도 원본이라고 함이 형사사법제도의 합리적 의사라고 할 수 있다. 현재 기관간 문서송부는 한글문서와 xml문서의 두 가지 형태로 병용하여 송부되고 있는 데, 한글문서는 물론 xml문서도 원래의 정보를 정확하게 반영하는 한 원본성을 인정할 수

111) 민사전자소송에 관하여 논리적 결합의 전자서명을 원본의 요건으로 하여야 한다는 견해가 있다. 송충근, “전자소송에서 전자문서 관리체계모델에 관한 연구: 전자소송에서 전자문서의 원본, 정본, 등본 관리체계를 중심으로”, 법조, 2010.8., 329-332쪽. 이는 자료의 동일성이 확보되는 방안이다. 그러나 KICS에 의한 동일성이 담보된다면 내용적 동일성으로도 족하다.

112) 이를 기술적으로 보장하기 위하여 형사사법정보시스템(KICS : Korea Integrated Criminal Justice Information System)이 운용되고 있다.

있다고 본다.[113] 원본의 복수성을 인정한다면 전자증거를 제출한 이후 경찰이나 검찰이 그 시스템에 남아 있는 파일을 삭제할 필요가 없다.

또한 검찰증거 원본설의 입장에서, 수사기관 시스템에 있는 파일의 내용과 법원 시스템에 있는 파일의 내용이 다른 경우 수사기관의 파일이 원본으로서 그 진정한 내용을 확인할 준거가 되어야 한다는 논리가 있을 수 있다. 그러나 반드시 수사기관의 파일이 더 정확하다는 보장은 없다. 복제이동의 과정에서 내용이 변경될 가능성[114]보다는 전자증거가 사후에 훼손될 가능성이 훨씬 크기 때문이다. 즉, 이러한 문제는 원본성의 문제로 해결되는 것이 아니라 증거의 진정성(authentication, identification) 문제로 남는 것이다.

② 소결

위 논의를 바탕으로 하여 우선 연계시스템을 채택할 경우 원본성을 검토해보면, 영장이 완성되는 것은 판사가 법원시스템에 영장을 작성하고 전자서명을 할 때이므로 법원시스템에 형성된 것이 최초의 원본이 된다. 이것이 KICS를 통하여 각 시스템으로 전송되면 검찰시스템에 저장된 것과 경찰시스템에 저장된 것이 모두 원본이 된다. 담당경찰, 검사, 판사가 자신의 화면(컴퓨터 또는 PDA의 단말기)에서 보는 것은 엄밀히 말하면 각 시스템에 있는 파일을 읽어 담당자의 단말기 화면에 뜬 파일(CPU에 존재하는 임시파일)을 보는 것이므로 원본을 본다고 할 수 없다. 그리하여 이 임시파일을 복제본이라고 할 여지도 있다. 그러나 시스템에 연결된 상태로 단말기로 불러오는 것은 시스템의 파일 자체를 열람하는 것이라고 평가할 수 있으므로 이들은 원본을 열람하는 것이라고 할 수 있다. 결재자나 보조자도 마찬가지이다.

한편 영장을 집행하는 경찰관이 자신이 소지하는 단말기 화면을 피의자에게 보여주는 방법으로 영장의 제시를 할 경우, 같은 논리도 피의자 역시 영장의 원본을 열람하는 것이고 경찰관은 영장 원본을 제시한 것이라고 할 수 있다. 이리하여 형사소송법 제85조가 요구하는 영장제시의 요청을 만족시킬 수 있다. 통합시스템을 채택할 경우에는 통합시스템에 존재하는 영장이 원본이고 각 관여자가 열람하는 것은 원본을 열람하는 것이라고 봄이 타당하다.

③ 시스템의 구상

이상의 논의를 바탕으로 전자영장시스템(통합시스템)을 아래와 같이 구상한다.

---

113) 이 경우 xml 형태로 송부된 데이터를 가시적인 문서로 구현할 때 수령기관(법원 등)의 시스템이 독자적으로 제공하는 문서양식에 담겨진 형태로 구현되는데, 그럼에도 불구하고 데이터의 원본성은 그대로 인정할 수 있다.

114) 컴퓨터의 오류가 없는 것은 아니지만 그 기계적 정확성에 대한 신뢰는 제도적으로 인정되고 있다. 영국에서는 컴퓨터의 정상작동을 디지털증거의 증거능력 요건으로 하였던 PACE 1984 제69조를 1999년 삭제하였다. Zander, The Police and Criminal Evidence Act 1984, 335, 2005; 오원근, “영국의 전자증거 및 컴퓨터 포렌직”, 해외연수검사연구논문집, 2003. 12., 주53 본문 참조.

1) 통상의 경우: 체포영장 및 압수·수색영장의 경우는 심문관련 절차가 생략된다.

2) 신속절차

전자영장은 증명자료까지 전자화될 경우 현장에서의 신청과 영장의 즉시발부를 가능하게 해준다. 이 신속절차에 의할 때, 판사와 현장요원 사이의 직접적인 소통(자료전송 포함)을 통하여 신속하여 현장친화적인 영장재판이 이루어질 수 있고, 이에 따라 불법압수·수색이라는 판단으로 수집된 증거를 무용지물로 만드는 위험도 현저하게 줄어들게 될 것이다.

라) 기타 국가– 프랑스 등

프랑스나 이탈리아, 스페인 등 기타의 대륙법계 국가들도 대체로 그 원칙 내용상 유사한 영장주의 원리와 헌법상 영장제도를 규정하고 있다.

프랑스헌법은 '누구든지 자의적으로 구금될 수 없다'[115]고 규정하여 신체의 자유를 보장하고 있다. 프랑스에서는 신체의 자유라 함은 원칙적으로 법관이 발부한 영장(mandat)에 의하지 아니하고는 자의적인 체포(arrestation)나 구금(détention)을 당하지 아니하는 자유를 말하며, 이는 대체로 우리나라에서의 신체의 자유보장에 관한 법리와 별다른 차이가 없다고 본다.[116] 다만, 헌법상 인신구속제도에 대하여 위와 같은 규정 외에는 특별한 별다른 조항을 두고 있지는 않은 편이다.

이탈리아 헌법은 인신의 자유의 불가침을 보장하면서 영장제도와 그 방식에 대하여 법률주의를 채택하고, 법률로 규정된 필요하고 긴급한 예외적인 경우에는 공안관헌이 잠정조치를 취할 수 있고, 다만 48시간 이내에 사법기관에게 통지되어야 하며, 그 뒤 48시간 이내에 사법기관의 승인을 받도록 하고 있다(헌법 제13조). 또한 법으로 미결구금의 최대한을 규정하도록 하고 있고(헌법 제13조 제5항), 주거의 불가침 조항에서도 법률에 정해진 경우와 방식에 의해서만 사찰, 수사, 압수를 행할 수 있도록 하며(제14조 제2항), 재판을 받을 권리와 변호의 권리를 불가침의 권리로 규정하고, 무자력자에 대하여도 변호를 보장하고 있으며, 형사법 원칙에 따라 죄형법정주의도 명문화하고 있다(제24조, 제25조). 나아가 무죄추정의 법리와 형사책임의 일신전속 원리도 규정하고 있다(제27조).

스페인헌법의 경우는 인신구속제도와 형사피고인의 권리와 관련하여 보다 자세한 규정을 두고 있는데, 예방적 구금은 최고 72시간의 기간이 경과 후 체포자 석방 또는 재판소의 처분에 위임되어야 한다고 규정하고 있고[117], 현행범의 경우를 제외하고는 권리자의

115) 프랑스헌법 제66조

116) 성낙인, 프랑스헌법학, 법문사, 1995, 808쪽.

117) 스페인헌법 제17조 제2항: 예방적 구금은 사실의 증명을 목적으로 하는 증명의 실행에 엄격히 필요한 기간을 넘을 수 없으며 어떠한 경우에도 최고 72시간의 기간이 경과한 후에는

동의 또는 재판소의 결정 없이는 주거에의 침입이나 검색이 금지되며(제18조 제2항), 변호인의 변호 및 원조와 고발에 관한 정보를 받을 권리, 부당한 지연이 없는 공개재판을 받을 권리(제24조 제2항)를 규정하고 있으며, 또한 죄형법정주의도 아울러 규정하고 있다(제25조 제1항). 특기할 점은 스페인의 경우 검찰과 경찰의 조직과 임무 및 그 지휘관계까지 헌법에 특별히 규정해 두고 있다는 것이다.[118]

마) 유럽인권협약상 강제처분 관련규정[119]

(1) 서언

유럽인권협약 제5조 제1항은 "모든 사람은 자유 및 안전에 관한 권리를 갖는다. 누구든지 다음의 경우와 법적절차에 의하지 아니하고는 자신의 자유를 박탈당하지 아니한다."고 전단에서 신체의 자유 및 안전에 관한 일반원칙을 제시한 후 세부항목에서 신체자유의 박탈이 가능한 6가지 경우를 열거하고 제2항 이하에서는 인신구속 등과 관련한 권리 및 절차를 열거하고 있다.[120]

체포자는 석방되어야 하거나 또는 재판소의 처분에 위임되어야 한다.

118) 스페인 헌법은 검찰관의 임무와 행동의 통일 및 계급적 종속의 원칙에 따를 적법성과 정치적 중립을 강조하고, 검찰관의 조직규정을 규율하는 법률의 설치근거 규정을 마련하였으며, 검찰총장의 임명에 대하여 규정하고 있는데(제124조), 이는 다른 나라의 입법례와는 다른 특색이다. 또한 사법경찰에 대하여도 규정하고 있는데, 사법경찰은 법률이 정하는 바에 따라 범죄수사, 범인의 발견 및 체포를 함에 있어서 재판관 및 검찰관에 종속하도록 하고 있다.(제126조).

119) 김택수, 유럽인권협약상 수사절차의 인권보호기준에 관한 연구, 경찰학연구, Vol.6 No.2, 2006. 참조하여 정리

120) Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms

Article 5 – Right to liberty and security

1. Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be deprived of his liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law:

a. the lawful detention of a person after conviction by a competent court;

b. the lawful arrest or detention of a person for non-compliance with the lawful order of a court or in order to secure the fulfilment of any obligation prescribed by law;

c. the lawful arrest or detention of a person effected for the purpose of bringing him before the competent legal authority on reasonable suspicion of having committed an offence or when it is reasonably considered necessary to prevent his committing an offence or fleeing after having done so;

d. the detention of a minor by lawful order for the purpose of educational supervision or his lawful detention for the purpose of bringing him before the competent legal authority;

e. the lawful detention of persons for the prevention of the spreading of infectious diseases, of persons of unsound mind, alcoholics or drug addicts or vagrants;

f. the lawful arrest or detention of a person to prevent his effecting an unauthorised entry into the country or of a person against whom action is being taken with a view to deportation or extradition.

2. Everyone who is arrested shall be informed promptly, in a language which he understands, of the reasons for his arrest and of any charge against him.

3. Everyone arrested or detained in accordance with the provisions of paragraph 1.c of this article shall be

이 조항에 따라 회원국은 국민의 신체적 자유 및 안전권에 대한 침해를 방지하기 위한 '적극적인 의무'(obligation positive)를 부담하게 된다. 즉, 체포된 때로부터 상당기간이 지난 후에도 귀가하지 않는다는 진정이 있는 경우에 국가는 경찰과 같은 국가기관에 의해 불법구금 등이 없었다는 것을 입증하는 것으로 충분한 것이 아니라 실종의 위험을 해소하기 위한 인질 또는 불법구금자에 대한 구출 등 실질적인 조치(mesures effectives)들을 취하고 신속하고 효과적인 조사를 해야 할 의무를 부담하는 것이다[121]

제5조의 적용을 받는 '자유의 박탈' 즉, 인신구속과 제4의정서 제2조에 규정된 '이동의 자유(liberté de circulation)에 대한 제한'사이의 구별이 명확한 것은 아니다. 예를 들어 공익봉사노동 형벌이나 정신병원 등의 강제입원조치가 유럽인권협약 제5조의 영역에 들어가는 것인지에 대하여 명확하지 않다[122]. 다만 유럽인권재판소는 박탈과 제한사이에는 속성 또는 본질상의 차이가 아닌 정도 또는 강도상의 차이만이 존재한다고 보고 있으며[123], 구체적인 상황에서 출발하여 해당 조치들의 집행종류, 기간, 효과, 방식과 같은 기준들의 전체를 고려해야 한다고 보고 있다.[124]

제5조의 본문에 의하여 신체구속은 "법적 절차를 따라" 이뤄져야 한다. 다만 유럽인권협약의 영문은 "in accordance with a procedure prescribed by law"라고 되어있어 약간의 뉘앙스 차이가 있다. 일단 신체구속은 적법해야 하는 것으로 형사소송법 등 국내 절차법에 부합되야 한다. 유럽인권재판소는 더 나아가 자국의 절차법 자체 또한 협약 및 협약이 선언하고 함축하는 일반원칙에 부합될 것을 요구하고 있다. 이와 같이 유럽인권재판소는 신체구속이 회원국의 국내법에 따라 이뤄지지 않은 경우뿐만 아니라 국내법이 협약을 위반하는지도 심사하는 역할을 하게 된다.

---

brought promptly before a judge or other officer authorised by law to exercise judicial power and shall be entitled to trial within a reasonable time or to release pending trial. Release may be conditioned by guarantees to appear for trial.

4. Everyone who is deprived of his liberty by arrest or detention shall be entitled to take proceedings by which the lawfulness of his detention shall be decided speedily by a court and his release ordered if the detention is not lawful.

5. Everyone who has been the victim of arrest or detention in contravention of the provisions of this article shall have an enforceable right to compensation.

121) Jean Pradel et Geert Corstens, Droit pénal européen, Dalloz, 1999, pp.323-324. 김택수, 유럽인권협약상 수사절차의 인권보호기준에 관한 연구, 경찰학연구, Vol.6 No.2, 2006, 132쪽에서 재인용.

122) Jean Pradel et Geert Corstens, Droit pénal européen, Dalloz, 1999, p.324. 김택수, 유럽인권협약상 수사절차의 인권보호기준에 관한 연구, 경찰학연구, Vol.6 No.2, 2006, 132쪽에서 재인용.

123) 유럽인권재판소 판결(CEDH), 6 nov. 1980, Guzzardi, série A, n°39, § 92. 김택수, 유럽인권협약상 수사절차의 인권보호기준에 관한 연구, 경찰학연구, Vol.6 No.2, 2006, 132쪽에서 재인용.

124) 유럽인권재판소 판결(CEDH), 28 mai 1985, Ashingdance, série A, n°93, § 41 ; 예를 들어 주민이 거의 없는 2.5 평방킬로미터의 작은 섬에 마피아의 조직원을 16개월간 강제로 체류하도록 한 것은 비록 아내와 자녀들을 동반한 것이라고 할지라도 제5조의 인신구속에 해당한다. 전게 Guzzardi 판결 § 91 참조. 김택수, 유럽인권협약상 수사절차의 인권보호기준에 관한 연구, 경찰학연구, Vol.6 No.2, 2006, 132쪽에서 재인용.

(2) 수사상 체포 또는 구속

제5조 제1항에서 열거하는 자유의 박탈이 가능한 6개의 경우(a-f) 중에 수사절차와 직접적인 관련이 있는 것이 c호로서 "범죄를 저질렀다고 의심할 만한 상당한 이유가 존재하거나 범죄의 실행 및 범죄를 저지르고 도망하려는 것을 제지해야할 필요성이 있다고 믿게 된 합리적인 동기가 존재하는 때에 권한 있는 사법기관에 구인하기 위하여 체포 또는 구속된 경우"로 규정하고 있다.

즉, 체포 또는 구속이 될 수 있는 이유는 첫째, 관련자가 범죄를 저질렀다고 의심할만한 상당한 이유가 있는 경우, 둘째, 관련자가 범죄를 저지르는 것을 제지할 필요성이 있다고 믿을 만한 합리적 동기가 있는 경우, 셋째, 관련자가 범행을 한 후 도주하는 것을 제지할 필요성이 있다고 믿을 만한 합리적인 동기가 있는 경우이다. 여기서 주목해야할 점은 세 가지의 이유는 예시적인 것이 아니라 한정적이라는 것이다. 따라서 범죄와 관련한 수사절차에서 위에서 열거된 이유 이외에 신체를 구속하는 것은 유럽인권협약을 위반하는 것이다. 반면에 회원국의 국내법이 유럽인권협약이 요구하는 수준이상의 강화된 신체구속 요건을 두는 것은 인권보장의 강화라는 측면에서 충분히 허용될 수 있다[125].

(3) 체포 또는 구속된 자의 권리

(가) 판사에게 즉시 구인될 권리

제5조 제3항은 "본조 제1항 c호에 규정된 요건하에서 체포 또는 구속된 모든 사람은 판사 또는 사법기능을 수행하도록 권한을 부여받은 다른 법관에게 즉시(promptly)인도돼야 할 권리를 가지며 합리적인 기간내(within a reasonable time)에 재판을 받거나 소송중에 석방될 권리를 갖는다. 석방은 관련인이 공판정에 출석하는 것이 보장되도록 하는 수단에 따른다."고 규정하고 있다.

본 규정에 의하여 수사상 체포 또는 구속된 피의자는 즉시 판사에게 구인되야 하며 판사의 심사는 본인의 의사와 상관없이 항상 이뤄져야 한다. 즉, 사법통제는 자동적이며 조건없이 이뤄져야 한다. 신체의 자유권은 그 중요성이 매우 높은 것이기 때문에 피구금자가 판사와의 면접을 포기하는 경우에도 판사 앞의 구인은 면제될 수 없는 것이다[126].

---

125) 우리나라의 경우 형사소송법상 규정된 통상체포, 긴급체포, 구속, 현행범체포는 모두 범죄혐의의 상당성을 그 요건으로 하고 있어 첫 번째 동기에 부합된다고 할 수 있다. 반면에 범죄의 제지는 형사소송법이 아닌 경찰관직무집행법(제6조)에 규정되어 있으며 이를 위한 체포 또는 구속을 직접 규정하고 있지는 않다. 김택수, 유럽인권협약상 수사절차의 인권보호기준에 관한 연구, 경찰학연구, Vol.6 No.2, 2006, 134쪽.

126) Jean Pradel et Geert Corstens, Droit pénal européen, Dalloz, 1999, p.332. 이러한 해석방법을 채택하는 경우 우리나라가 가입하고 있는 B규약 제9조 3항의 조문과 유럽인권협약 제5조 제3항의 조문의 유사성을 고려하여 볼 때 형사소송법이 규정하고 있는 구속전 영장실질심사 제도는 피의자 또는 관련인의 신청이 있어야 가능하며 판사의 재량적 결정에 따른다는 점에서 B규약에 위배된다는 추론이 가능하다. 김택수, 유럽인권협약상 수사절차의 인권보호기준

또한 판사는 피의자와의 면담을 통하여 인신구속의 계속여부를 조언 또는 건의하는 것으로 충분하지 않고 실질적인 석방권을 행사할 수 있는 자이어야 한다.

그러나 체포 또는 구속된 사람이 반드시 '판사'에게만 구인되도록 한 것은 아니며 제5조 제3항은 '사법기능을 수행하도록 법률에 의해 권한을 부여받은 다른 법관(magistrat)'에게 구인하는 것을 허용하고 있다. 유럽인권재판소의 1979년 Schiesser 판결[127]에 의하면 이 용어(magistrat)는 판사뿐만 아니라 검사를 포함한다.

다음으로 제5조 3항은 관련자가 판사 또는 다른 법관앞에 즉시 구인될 것을 규정하고 있다. 여기서 쟁점이 되는 부분은 '즉시'라는 용어를 어떻게 이해할 것인가이다. 즉, 즉시가 내포하는 시간적 범위의 문제이다. 유럽인권재판소에서는 Brogan 판결[128]에서 북아일랜드의 테러상황에서 진행된 사건이지만, 판사의 면담없이 4일 6시간 동안의 구금이 이뤄진 것은 제5조 제3항에 규정된 즉시성의 개념에 의해 허용되는 엄격한 한계를 넘어섰다고 판단하였다. 이 판결은 예외적인 성격의 특수한 범죄들에 관한 것으로서 통상적인 범죄들에 대하여는 아직까지 그 사례가 없으나 분명한 것은 4일을 초과할 수 없으며 훨씬 단축될 것이라는 사실이다[129].

유럽인권재판소의 견해는 구속과 달리 비교적 단기간의 구금에 그치는 경우에까지 형식주의에 치우쳐 석방해야할 피의자를 실질심사를 위하여 구금하는 것은 제5조의 근본취지에 반하는 것이기 때문에 수사기관이 독자적으로 석방하는 것은 재판의 신속성과 인권보호차원에서 허용되는 것이다[130].

(나) 합리적인 기간 내에 재판받거나 소송 중에 석방 될 권리

제5조 제3항은 합리적인 기간(délai raisonnable)내에 재판을 받거나 소송 중에 석방될 권리를 규정하고 있다. 우선 신속한 재판을 받을 권리와 관련하여, 제5조 제3항의 단순한 해석에 의하면 합리적인 기간 내에 재판을 받을 권리가 소송중에 석방될 권리와 교환될 수 있는 것처럼 받아들여 질 수 있으나 이것은 제6조 1항의 규정과 배치된다. 제6조 제1

에 관한 연구, 경찰학연구, Vol.6 No.2, 2006, 134쪽에서 재인용.

127) 유럽인권재판소 판결(CEDH), 4 déc. 1979, Schiesser c. Suisse, série A, n°34, § 28. 김택수, 유럽인권협약상 수사절차의 인권보호기준에 관한 연구, 경찰학연구, Vol.6 No.2, 2006, 135쪽에서 재인용.

128) 유럽인권재판소 판결(CEDH), 29 novembre 1988, Brogan et autres, c. Royaume-Uni.42) 김택수, 유럽인권협약상 수사절차의 인권보호기준에 관한 연구, 경찰학연구, Vol.6 No.2, 2006, 136쪽에서 재인용.

129) M. Picard, P. Titiun, Article 5 § 3, in L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert (dir.), La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article, Economica, 2éd. p.214. 김택수, 유럽인권협약상 수사절차의 인권보호기준에 관한 연구, 경찰학연구, Vol.6 No.2, 2006, 136쪽에서 재인용.

130) 유럽인권재판소 판결(CEDH), 22 mai 1984, De Jong, Baljet et Van den Brink c. Pays-Bas, série A, n°77, § 52. 김택수, 유럽인권협약상 수사절차의 인권보호기준에 관한 연구, 경찰학연구, Vol.6 No.2, 2006, 137쪽에서 재인용.

항은 합리적 기간 내에 재판을 받을 권리를 요구하고 있기 때문이다. 따라서 선택적 권리가 아닌 독자적 권리라고 보는 것이 타당하다. 합리적인 기간 내에 재판을 받을 권리의 침해여부를 결정하는 기준인 기간은 통상적으로 경찰에 의해 체포된 시점부터 계산된다. 그러나 침해의 유무가 체포시점부터 재판의 시점까지의 단순한 산술적 계산에 의해서만 결정되는 것이 아니라 각 사례에 따라 사법당국이 신속히 재판을 하지 못했던 구체적인 사유들을 종합적으로 검토하게 된다.

첫째, 유럽인권재판소는 제5조 제3항의 위반이 있는지를 판단하기 위하여 우선적으로 피소된 회원국이 제시하는 범죄의 중대성으로 인한 공공질서의 유지필요성과 같은 구속연장의 사유들이 국내법에 부합하는지에 대하여 검토한다. 유럽재판소는 또한 범죄의 재범우려, 증거인멸의 우려, 목격자에 대한 압력행사 우려, 도주우려 등을 고려한다. 이외에도 사안의 복잡성, 국가기관의 태만, 청원자(피해자)의 행동[131] 등이 고려된다. 즉, 사안의 복잡성, 사법당국 또는 수사기관이 태도, 청원자의 행태 등을 심사하게 된다.

둘째, 석방된 상태에서의 재판을 받을 권리와 관련하여, 비례성의 원칙에 의하여 동일한 목적달성을 위하여 권리의 침해가 경미한 수단을 채택해야 한다는 것은 당연한 것이다. 이러한 맥락에서 인신구속과 관련하여 불필요한 구금을 억제하고 석방된 상태에서 재판을 받도록 제5조 제3항이 규정하고 있다. 석방된 상태에서의 재판을 받을 권리는 구속의 이유가 도주의 우려가 있는 경우에만 적용될 수 있는 성격의 것이다. 유럽인권재판소의 판결에 의하면 “피고소인의 도주로 판결법원에 출정하는 것을 회피할 우려에 의해서만 구금의 유지가 정당화되는 경우 법정에 출석을 담보할 수 있는 보장책을 그로부터 확보하게 된다면 피고인에 대한 가석방이 명령돼야 한다.”[132]고 판단하고 있다.

(다) 체포의 이유 및 범죄사실에 대한 고지를 받을 권리

제5조 제2항은 “체포 또는 구속된 모든 사람은 최단시간(le plus court délai)내에 그리고 이해할 수 있는 언어로 체포의 이유 및 자신에 대한 범죄사실을 고지 받아야 한다.”고 규정하고 있다. 체포 또는 구속의 이유 및 자신에게 탄핵된 죄책에 대하여 고지를 받을 권리는 방어권의 행사와 밀접한 관련을 갖는 부분이다. 이것은 구금의 적법성을 확인하기 위하여 법원에 대한 구제신청권을 규정하고 있는 제5조 제4항과 직접적으로 관련이 있다. 효과적인 구제신청은 이해할 수 있는 언어로 최단시간(le pluscourt délai)내에 충분히 상세한 수준으로 “제4항에 의하여 법원에서 적법성의 유무를 따질 수 있도록 자신에 대한 인신구속의 법률적, 사실적 이유”[133]들에 대하여 밝히는 것이 전제되지 않는다면

131) 청원자는 자국법이 허용하는 모든 구제절차를 밟을 수 있으나 그것이 초래할 수 있는 결과에 대하여는 감수해야할 의무가 발생한다. 즉, 무분별한 구제신청으로 인한 구금의 장기화는 본인이 감수해야할 부분으로서 국가에게 그 책임을 전가할 수는 없는 것이다.

132) 유럽인권재판소 판결(CEDH), 27 juin 1968, Wemhoff c. Allemagne, série A, n°7,§ 15. 김택수, 유럽인권협약상 수사절차의 인권보호기준에 관한 연구, 경찰학연구, Vol.6 No.2, 2006, 139쪽에서 재인용.

133) 유럽인권재판소 판결(CEDH), 30 aout 1990, Fox, Campbell et Hartley, série A, n°182, § 40.

불가능하기 때문이다.

다만 고지를 받을 권리 즉, 정보권(le droit d'information)이 항상 체포의 이유 및 범죄사실의 고지를 수반하는 것은 아니다. 예를 들어 흉기를 소지한 살인의 현행범을 범죄현장에서 체포하는 경우에서까지 엄격한 형태의 고지의무가 발생한다고 보지는 않는다[134]. 또한 신속한 고지를 위하여 경찰이 체포현장에서 임시로 간략히 고지를 하고 경찰관서에서 더욱 상세하게 고지하는 것이 허용된다고 유럽인권재판소는 판단하고 있다[135].

본 조항과 관련하여 특히 쟁점이 될 수 있는 부분은 구속 또는 체포의 시점으로부터 최단시간 내(le plus court délai)에 고지를 하도록 하고 있으므로 허용될 수 있는 시간적 한계가 어느 정도인가에 관한 것이다. 또한 외국인에 대한 고지의 경우에 당사자가 이해할 수 있는 언어로 표현돼야 하므로 각 경우에 따라 어떻게 구체적으로 실현될 수 있는가에 관한 것이다.

(라) 체포 또는 구속적부심사청구권[136]

제5조 제4항은 "체포 또는 구속에 의하여 자신의 자유를 박탈당한 모든 사람은 짧은 기간(bref délai)내에 자신에 대한 구금의 적법성을 판단하여 만일 구금이 위법인 경우 석방을 명할 수 있는 법원의 구제를 신청할 권리를 갖는다."고 규정함으로써 체포, 구속된 자의 법원에 대한 적부심사청구권을 인정하고 있다. 특히 주목할 판결들은 2001년 2월 13일 독일이 피소국이 된 세 개의 판결로서 적부심사청구권의 실질적 행사를 위한 수사서류 등에 대한 접근권을 제한한 사례에 관한 것이다. Garcia Alva 판결[137] 및 Lietzow 판결[138]에서 유럽인권재판소는 구금의 적법성을 판단하기 위한 본질적인 정보들에 대한 접근권을 변호인에게 허용하지 않음으로써 독일당국이 방어권행사를 지나치게 제한하였다고 비난하였으며, Schöps 판결[139]에서는 청원자의 변호인은 구속적부에 관한 심사절차

김택수, 유럽인권협약상 수사절차의 인권보호기준에 관한 연구, 경찰학연구, Vol.6 No.2, 2006, 139쪽에서 재인용.

134) Jean Pradel et Geert Corstens, Droit pénal européen, Dalloz, 1999, p.340. 김택수, 유럽인권협약상 수사절차의 인권보호기준에 관한 연구, 경찰학연구, Vol.6 No.2, 2006, 139쪽에서 재인용.

135) 유럽인권재판소 판결(CEDH), 30 août 1990, Fox, Campbell et Hartley, série A, n°182, § 40. 김택수, 유럽인권협약상 수사절차의 인권보호기준에 관한 연구, 경찰학연구, Vol.6 No.2, 2006, 140쪽에서 재인용.

136) 이에 대한 자세한 내용은 Renée Koering-Joulin, Article 5 § 4, in Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert (dir.), La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article, Economica, 2éd., pp.229-233 참조. 김택수, 유럽인권협약상 수사절차의 인권보호기준에 관한 연구, 경찰학연구, Vol.6 No.2, 2006, 140쪽에서 재인용.

137) 유럽인권재판소 판결(CEDH), 13 fév. 2001, Garcia Alva c. Allemagne. 김택수, 유럽인권협약상 수사절차의 인권보호기준에 관한 연구, 경찰학연구, Vol.6 No.2, 2006, 140쪽에서 재인용.

138) 유럽인권재판소 판결(CEDH), 13 fév. 2001, Lietzow c. Allemagne. 김택수, 유럽인권협약상 수사절차의 인권보호기준에 관한 연구, 경찰학연구, Vol.6 No.2, 2006, 140쪽에서 재인용.

139) 유럽인권재판소 판결(CEDH), 13 fév. 2001, Schöps c. Allemagne 김택수, 유럽인권협약상 수사절차의 인권보호기준에 관한 연구, 경찰학연구, Vol.6 No.2, 2006, 140쪽에서 재인용.

의 개시단계와 공판단계에서 수사서류의 중요한 부분에 대하여 열람을 할 수 없었다며 제5조 제4항의 위배라고 판결하였다.

바) 유럽체포영장

(1) 제도의 도입 배경

(가) 유럽의 변화[140]

EU는 1993년 11월 마스트리히트조약에 의해 정식으로 탄생할 때부터 2009년까지 기존 3개의 공동체(European Communities, ECs)[141]인 제1기둥과, 공동외교·안보정책(CFSP: a Common Foreign Security Policy)인 제2기둥, 사법·내무분야에서의 협력(Cooperation in the Fields of Justice and Home Affairs)인[142] 제3기둥으로 된 이른바 3주 체제(three-pillar system)로 구성되어 각 기둥하의 정책과 그 결정방식이 서로 분리되어 있었으나, 리스본조약의 발효로 EU는 EC를 대체하고, 3주 체제는 종언을 고하면서 하나의 EU 안에서 정책이 결정되게 되었다.

그 중 EU의 내무사법정책(Judicial and Home Affairs: JHA)이란 EU 내부의 국경이 사라지고 EU권 공통의 외부 국경이 등장한 새로운 현실 속에서 모든 회원국의 시민들을 범죄로부터 보호(security)하고 사법적 정의(Justice)에 쉽게 접근 가능토록 함으로써 시민으로서의 권리를 누릴 수 있는 공동체를 구현하겠다는 것이다.[143]

또한 세계화시대에 공통의 과제로 등장한 초국경 조직범죄와 테러리즘 등 초국경적 현상으로 초래되는 복잡다기한 문제들에 봉착하게 되었고, 이러한 문제들은 전통적 의미의 주권을 일부 양도하지 아니하고서는 해결하기 어렵다는 점을 깨닫게 되었고 이 분야에서의 공조를 제도화할 수 있는 공통의 장치가 필요하다는데 동의하게 된 것이다.[144]

유럽체포영장제도는 유럽 내 상호인정의 원칙을 구현하는 최초의 유럽 제도이다. 유럽체포영장은 유럽이라는 지역의 국제사회(international community)에서 각 국가들이 공동의 사

---

140) 김윤섭, 유럽의 체포영장제도에 관한 연구, 형사법의 신동향 통권 제26호, 2010, 421쪽 이하 참조.

141) 위 ECSC, EEC(European Economic Community, 유럽 경제공동체), EURATOM(European Atomic Energy Community, 유럽원자력공동체)은 서로 다른 3개 조약에 의해서 별도의 집행위원회와 이사회로 운영되어오다가, 1967년 Merger Treaty에 의해 하나의 집행위원회와 이사회로 통화되게 되었다(단, 3개의 조약은 별도로 법적인 효력을 계속 유지한다). 이때부터 유럽연합은 3개 경제공동체가 합쳐진 ECs로 불리게 된다. EC라고 할 때는 엄격하게는 과거의 EEC를 지칭하며, EU가 탄생 당시 법인격이 없던 반면 EC는 법인격을 가지고 있어 조약체결 등 국제법상 행위의 주체가 된다. - EU대표부 편, EU 정책브리핑, 외교통상부, 2007, 23쪽.

142) 제3기둥은 1997년 암스테르담조약에서 EU 내 공식 모토로서 '자유, 안전, 사법정의의 지대(Area of Freedom, Security, Justice)'라는 표어를 창안함으로써 기존의 내무사법 분야(JHA)라는 용어를 공식으로 대체하게 된다. -EU대표부 편, EU 정책브리핑, 외교통상부, 2007, 213쪽.

143) EU대표부 편, EU 정책브리핑, 외교통상부, 2007, 197쪽.

144) EU대표부 편, EU 정책브리핑, 외교통상부, 2007, 198쪽.

법정의 지대라는 목표 하에 서로 다른 형사법 환경을 극복하고, 범죄인의 신병 확보를 위하여 상호인정이라는 이념을 어떻게 실현하고 있는지 살펴보기 위해 그 최초의 제도로 의의를 갖는다.

(나) 유럽체포영장 도입 배경

범죄인 인도절차가 EU 국가내에서 사용되는 일반적이고 전통적인 제도이지만, EU의 창립으로 인하여 물품과 서비스의 자유로운 이동뿐만 아니라 사람들의 이동이 자유로워짐에 따라 범죄인의 자유로운 이동이 가능하여지고 이에 따라 범죄인인도 청구가 급증하였다. 그 후 EU의 설립과 동시에 형사사법의 통일화가 논의되면서 그 수직적 해결방안으로 나타난 것이 EU 검사(European Public Prosecutor)제도였으나, 영국 등의 반대로 무산되었다.[145] 다만 영국은 기존의 인도절차를 대체할 방안으로 자신들과 아일랜드 간에 사용하는 "backing warrant" 제도와 유사한 warrant를 EU 전체 회원국이 사용할 수 있도록 하는 제안서(discussion paper)를 제출하여 EU 내에서 논의가 되던 중 2001년 9월 11일 미국 뉴욕에서 발생한 테러사건은 그 논의에 급진전을 가져오게 되어 각료이사회(Council of Minister)에서 2002년 7월 13일에 유럽체포영장에 대한 이사회 기본결정(FWD)[146]이 체결되면서 동 제도를 채택하게 되었다.[147]

(2) 유럽체포영장제도 개념

유럽체포영장은, 기소 또는 형집행을 목적으로, 다른 회원국에 의하여 인도 청구를 받은 자를 체포 및 인도하기 위하여 회원국에서 발행한 사법결정이다.[148] 즉 유럽체포영장은 회원국간에 기존에 사용되던 범죄인인도와 관련된 모든 제도를 대체하는 새로운 제도[149]로서 이는 유럽이사회(European Council)가 사법공조의 초석으로 언급한 형사법부문

---

145) 다만 현재도 EU 자체의 형사법을 마련하고자 하는 노력은 계속되고 있으며, Prosecutor를 도입하자는 견해가 강력히 주장되고 있다.(Lothar Kihl & Sébastien Combeuad, From the Corpus Juris to the European Public Prosecutor 4 page, CELS(Centre for European legal studies) Occasional Paper, University of Cambridge, 2004)

146) Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedure between Members States (FWD)

147) John R. Spencer, The European Arrest Warrant, p.204. 동 논문에서는 European Public Prosecutor를 수직적 해결방안(vertical solution), 유럽체포영장을 수평적 해결방안(horizontal solution)으로 표현하고 있다.

148) 기본결정(FWD) Article 1. Definition of the European arrest warrant and obligation to execute it

1. The European arrest warrant is a judicial decision issued by a Member State with a view to the arrest and surrender by another Member State of a requested person, for the purposes of conducting a criminal prosecution or executing a custodial sentence or detention order.

149) 기본결정(FWD) Whereas (11) In relations between Member States, the European arrest warrant should replace all the previous instruments concerning extradition, including the provisions of Title III of the Convention implementing the Schengen Agreement which

에서의 공동인식을 실행하는 최초의 구체적인 제도이다.[150] 따라서 기본결정(FWD)에서는 의도적으로 범죄인인도를 “extradition” 대신에 “surrender”로, 피청구국가를 “requested states” 대신에 “executing judicial authority”로 사용하고 있다.[151]

(3) 요건

(가) 이중범죄구성원칙(Double criminality)[152]

일반적으로 범죄인인도 조약에는 인도를 청구할 때에 인도의 원인이 되는 행위가 청구하는 국가뿐만 아니라 청구받는 국가에서도 구성요건에 해당하여야 한다고 규정하고 있다. 이는, 국가는 자신들의 주권지역에서 자신들의 법과 상충되는 규범의 실현을 꺼린다는 점에 이론적 근거를 두고 있다.[153] 그러나 모든 범죄에 대하여 이중범죄구성원칙(double criminality)을 요하는 것은 자국의 법감정에 반하는 규범의 집행 또는 자국에서 처벌되지 아니하는 범죄에 대한 처벌을 통하여 얻을 수 있는 집행 또는 자국에서 처벌되지 아니하는 범죄자에 대한 처벌을 통하여 얻을 수 있는 국제형사법질서 확립 및 사법공조를 방해할 가능성이 있으므로 점차 이중범죄구성의 요건을 완화하고자 하는 경향이 있다.[154] 기본결정(FWD)에서는 이중범죄구성원칙과 관련하여 두 가지로 구분하고 있는바, 중대한 범죄의 경우에는 이를 요하지 아니하고 경미한 범죄의 경우에는 이를 요하도록 규정하고 있다.

(나) 이중범죄구성원칙(double criminality)을 요하는 경우

모든 범죄인에 대하여 유럽체포영장을 발행할 수 있는 것은 아니다. 즉 유럽체포영장은

---

concern extradition.

150) 기본결정(FWD) Whereas (6) The European arrest warrant provided for in this Framework Decision is the first concrete measure in the field of criminal law implementing the principle of mutual recognition which the European Council referred to as the .cornerstone. of judicial cooperation.

151) Otto Lagodny, Extradition’ without a granting procedure: The concept of ‘Surrender’ in Judge Rob Blekxtoon and others(eds) Handbook on the European Arrest Warrant, T·M·C ASSER PRESS, 2005, p.39

152) 법률사전에는 Double criminality를 “That at the time of transfer of an offender the offense for which he has been sentenced is still an offense in the transferring country and is also an offense in the receiving country. With a country which has a federal form of government, an act shall be deemed to be an offense in that country if it is an offense under federal laws or laws of any state or province.”라고 정의하고 있다. 또한 국내에서는 이중범죄구성 또는 쌍방가벌성이라는 용어로 사용된다. 또한 Black’s Law Dictionary(9th Ed. 2009)에는 double criminality. Int'l law. The punishability of a crime in both the country where a suspect is being held and a country asking for the suspect to be handed over to stand trial.라고 정의되고 있다.

153) Nico Keijzer, The double criminality requirement p.138, in Judge Rob Blekxtoon and others (eds) Handbook on the European Arrest Warrant, 2005.

154) Nico Keijzer, The double criminality requirement, p.142.

이를 발행하는 국가의 법에 의하여 법정형이 최소한 12개월 이상의 구금형 또는 구금명령[155]에 해당하는 범죄행위이거나, 형이 이미 선고되었거나 구금명령이 있는 경우에는 그 형이 최소한 4개월 이상인 범죄에 대하여만 발행될 수 있다.[156]

기존의 유럽범죄인인도협정(European Convention on Extradition)에서는 최소한의 벌칙에 해당하지 않는 범죄를 하였다고 하더라도 이를 처벌하는 방법이 있었으나, 기본결정(기본결정(FWD))에서는 위와 같이 관련규정을 두고 있지 않아 경미한 사건에 대하여는 유럽체포영장을 발부할 수 없다. 또한 이미 형이 선고된 경우에는 그 형은 구금형이어야 하므로 벌금형의 환형유치를 위한 유럽체포영장(EAW)발행은 불가능하다고 할 것이나, 다만 구금형과 비금고형(재산형 등)이 같이 선고된 경우에는 구금형이 동 조항에 부합한다면 유럽체포영장(EAW)를 발행할 수 있다고 할 것이다.[157]

위 요건에 해당하는 범죄행위에 대하여는 예외 규정을 제외하고는 그 구성요소 등을 불문하고 집행 회원국의 법규정에서 범죄로 규정되어 있어야 인도를 할 수 있다고 규정하여 유럽체포영장(EAW)에서도 원칙적으로 double criminality를 필요한 것으로 규정하고 있다.[158]

(다) 이중범죄구성원칙(double criminality)을 요하지 않는 경우

기본결정(FWD) Article 2 (2)에서는 terrorism 등의 죄[159]에 대하여는, 동 죄들이 유럽체포

---

155) 기본결정(FWD) Article 2 Scope of the European arrest warrant 1. "A European arrest warrant may be issued for acts punishable by the law of the issuing Member State by a custodial sentence or a detention order for a maximum period of at least 12 months or, where a sentence has been passed or a detention order has been made, for sentences of at least four months."

156) 구금명령은 원문상 “detention order”이고, 이에 대하여 European convention on Extradition Article 25에서 “any order involving deprivation of liberty which has been made by a criminal court in addition to or instead of a prison sentence"라고 정의하고 있는 점에 비추어 우리 법제상 보호감호 등이 포함될 수 있을 것이다.

157) Nico Keijzer, The double criminality requirement, p.141.

158) 기본결정(FWD) article 2 (4) "For offences other than those covered by paragraph 2, surrender may be subject to the condition that the acts for which the European arrest warrant has been issued constitute an offence under the law of the executing Member State, whatever the constituent elements or however it is described"

159) 기본결정(FWD) article 2 (2) "participation in a criminal organisation, terrorism, trafficking in human beings, sexual exploitation of children and child pornography, illicit trafficking in narcotic and psychotropic substances, illicit trafficking in weapons, munitions and explosives, corruption, fraud including that affecting the financial interests of the European Communities, laundering of proceeds of crime, counterfeiting currency including euro, computer-related crime, environmental crime, facilitation of unauthorised entry and residence, murder, grievous bodily injury, illicit trade in human organs and tissue, kidnapping, illegal restraint and hostage-taking, racism and xenophobia, organised or armed robbery, illicit trafficking in cultural goods including antiques and works of art, swindling, racketeering and extortion, counterfeiting and piracy of products, forgery of administrative document, forgery of means of payments, illicit trafficking in hormonal substances and other growth promoters, illicit trafficking in nuclear or radioactive materials,

영장(EAW)를 발행하는 회원국의 법에 최소 3년 이상의 구금형 또는 구금명령에 해당하는 경우로서 기본결정(FWD)의 조건에 부합하면 double criminality의 증명이 없다고 하더라도 유럽체포영장(EAW)에 의거하여 인도하도록 규정하고 있다.[160] 즉 본 조항에 열거된 범죄에 대하여는 유럽체포영장(EAW) 발행 회원국의 법에 따라 처벌가능하다면 그 집행 회원국의 법에 의하여 처벌할 수 없어도 유럽체포영장(EAW)를 발부할 수 있도록 규정하여 double criminality에 대한 예외규정을 두고 있는 것이다. 그러나 집행 회원국의 법제에서 그 범죄사실에 대하여 처벌할 수 없다면 동 회원국은 유럽체포영장(EAW)의 집행을 거절할 수 있다고 규정하여 비록 double criminality가 없어도 유럽체포영장(EAW)의 발행이 가능한 범죄에 대하여 집행 회원국으로 하여금 집행거절을 통하여 간접적으로 double criminality를 적용할 수 있게 하고 있다.[161]

다만 동 조항에 열거된 범죄에 대한 용어가 회원국에 모두 동일한 의미로 사용되는 것은 아니며, 만약 그 의미가 다를 경우에는 위에서 살펴본 double criminality원칙의 예외대상으로 유럽체포영장(EAW) 발부가 가능한 범죄대상에서 제외될 수 있다.

다만 유럽체포영장(EAW)를 발행할 수 있는 범죄사실은 고정적인 것이 아니고 Council은 그 외의 범죄를 본 범주에 포함할 수 있고, 조사를 통하여 유럽체포영장(EAW) 발행대상 범죄를 확대 또는 수정을 할 수 있다.[162]

(4) 유럽체포영장 거절사유

기본결정(FWD)에서는 집행 회원국에서 유럽체포영장(EAW)의 집행을 거절할 수 있는 사유를 두종류로 분류하여 규정하고 있다.

(가) 절대적 사유(의무적 집행거절사유[163])

---

trafficking in stolen vehicles, rape, arson, crimes within the jurisdiction of the International Criminal Court, unlawful seizure of aircraft/ships, sabotage"

160) 기본결정(FWD) Article 2 (2)

161) 유럽체포영장(EAW) 선택적 거절사유 ⅰ) 참조

162) 기본결정(FWD) article 2 (3) The Council may decide at any time, acting unanimously after consultation of the European Parliament under the conditions laid down in Article 39(1) of the Treaty on European Union (TEU), to add other categories of offence to the list contained in paragraph 2. The Council shall examine, in the light of the report submitted by the Commission pursuant to Article 34(3), whether the list should be extended or amended.

163) 기본결정(FWD) article 3 Grounds for mandatory non-execution of the European arrest warrant

The judicial authority of the Member State of execution (hereinafter .executing judicial authority.) shall refuse to execute the European arrest warrant in the following cases:

1. if the offence on which the arrest warrant is based is covered by amnesty in the executing Member State, where that State had jurisdiction to prosecute the offence under its own criminal law;

2. if the executing judicial authority is informed that the requested person has been finally judged by a Member State in respect of the same acts provided that, where there has been sentence, the

유럽체포영장(EAW)의 집행을 위임받은 국가에서는 ⅰ) 유럽체포영장(EAW)에 기초하고 있는 범죄행위가 집행 회원국의 법 체계하에서 기소가능범죄라고 하더라도 사면된 경우 ⅱ) 회원국으로부터, 인도요청을 받은 자가 유럽체포영장(EAW)에 기재된 범죄사실과 같은 행위로 인하여 회원국에서 형의 집행중에 있거나 이미 형의 집행이 종료하였다는 통보를 받은 경우, ⅲ) 인도요청을 받은 자가 연로하여 집행 회원국의 법에 의하면 형사면책대상인 경우에 해당하면 유럽체포영장(EAW)의 집행을 거절하여야 한다.

ⅰ)과 관련하여는, "amnesty"의 의미가 일반사면, 특별사면 또는 이미 선고받은 형에 대한 반대급부 등 광범위하나 여기에서는 인도요청받은 자가 포함된 사면을 의미하는 것으로 보아야 할 것이다.[164] ⅱ)는 이중위험금지의 원칙을 명시한 것이다.

(나) 상대적 사유(선택적 거절사유[165])

---

sentence has been served or is currently being served or may no longer be executed under the law of the sentencing Member State; 18.7.2002 EN Official Journal of the European Communities L 190/3

3. if the person who is the subject of the European arrest warrant may not, owing to his age, be held criminally responsible for the acts on which the arrest warrant is based under the law of the executing State.

164) Judge Rob Blekxtoon, "Commentary on an Article by Article Basis" p.233 in Judge Rob Blekxtoon and others (eds) Handbook on the European Arrest Warrant, 2005.

165) 기본결정(FWD) article 4 Ground for optional non-execution of the European arrest warrant

The executing judicial authority may refuse to execute the European arrest warrant:

1. if, in one of the cases referred to in Article 2(4), the act on which the European arrest warrant is based does not constitute an offence under the law of the executing Member State; however, in relation to taxes or duties, customs and exchange, execution of the European arrest warrant shall not be refused on the ground that the law of the executing Member State does not impose the same kind of tax or duty or does not contain the same type of rules as regards taxes, duties and customs and exchange regulations as the law of the issuing Member State;
2. where the person who is the subject of the European arrest warrant is being prosecuted in the executing Member State for the same act as that on which the European arrest warrant is based;
3. where the judicial authorities of the executing Member State have decided either not to prosecute for the offence on which the European arrest warrant is based or to halt proceedings, or where a final judgment has been passed upon the requested person in a Member State, in respect of the same acts, which prevents further proceedings;
4. where the criminal prosecution or punishment of the requested person is statute-barred according to the law of the executing Member State and the acts fall within the jurisdiction of that Member State under its own criminal law;
5. if the executing judicial authority is informed that the requested person has been finally judged by a third State in respect of the same acts provided that, where there has been sentence, the sentence has been served or is currently being served or may no longer be executed under the law of the sentencing country;
6. if the European arrest warrant has been issued for the purposes of execution of a custodial sentence or detention order, where the requested person is staying in, or is a national or a

선택적 거절사유는 ⅰ) 유럽체포영장(EAW)기재 범죄사실이 그 집행위임을 받은 국가의 법에서는 처벌되지 아니한 범죄일 경우[166], ii) 범죄인이 이미 유럽체포영장(EAW) 집행을 위임받은 국가에서 같은 범죄사실로 기소되어 있는 경우, iii) 집행 회원국의 사법당국에서 유럽체포영장(EAW)에 기재된 범죄사실과 같은 범죄사실에 대하여 인도요청을 받은 자를 기소하지 않기로 결정하거나, 회원국에서 같은 사실로 인도요청을 받은 자에 대하여 확정판결이 있는 때,[167] iv) 집행 회원국의 법에 따르면 인도요청을 받은 자에 대하여 이미 시효가 완성되었을 뿐만 아니라 그 회원국에 관할권이 있을 때, v) 집행 회원국이 회원국 외의 국가로부터, 인도요청을 받은 자가 유럽체포영장(EAW)기재 범죄사실에 대하여 그 국가에서 이미 형이 확정되었거나, 유죄형이 선고되었다면 그 형의 집행 중에 있거나 더 이상 집행할 수 없다는 사실을 통보받은 경우 vi) 유럽체포영장(EAW)가 구금형 또는 구금명령을 위하여 발부되었고, 집행 회원국에서 인도요청을 받은 자에 대하여 그 국내법에 따라 구금형을 집행 중에 있는 경우, vii) 유럽체포영장(EAW)에 기재된 범죄사실이 집행 회원국 법에 의하여 동 회원국의 영토 내에서 전부 또는 일부 발생하였거나, 발행 회원국 외에서 발생하였고, 집행 회원국 법에서는 그 영역 외에서 행하여진 범죄사실에 대하여는 기소하지 못하도록 규정한 경우에는 유럽체포영장(EAW)의 집행을 거절할 수 있다고 규정하고 있다.

(다) Ne bis in idem[168]

① 의의

Ne bis in idem원칙은 누구도 같은 범죄사실로 한번 이상 처벌되지 아니한다는 원칙이다. 이는 형사법의 대원칙으로서, 두 번째 기소는 처벌받는 자에 대하여 부당할 뿐만 아니라 법적 안정성과 사법당국에 대한 국민들의 신뢰를 침해한다는 점에 근거를 두고 있다.[169]

---

resident of the executing Member State and that State undertakes to execute the sentence or detention order in accordance with its domestic law;

7. where the European arrest warrant relates to offences which:

(a) are regarded by the law of the executing Member State as having been committed in whole or in part in the territory of the executing Member State or in a place treated as such; or

(b) have been committed outside the territory of the issuing Member State and the law of the executing Member State does not allow prosecution for the same offences when committed outside its territory.

166) 이는 double criminality가 적용된 규정이다.

167) 전자의 경우는 우리의 기소유예가 포함될 수 있을 것이고, 후자의 경우에는 이미 집행국가의 법원에 의하여 무죄판결이 확정된 때를 포함할 수 있을 것이다.

168) Wikipedia 인터넷 사전에서는 “ne bis in idem means (literally translated from Latin) "not twice for the same" - no legal action can be instituted twice for the same cause of action. It is a legal concept originating in Roman Civil Law - but also found in common law jurisdictions”로 정의하고 있으며, 우리 법제에서는 일사부재리원칙 또는 이중위험(double jeopardy)금지원칙에 해당한다고 할 것이다.

169) Harmen van der Wilt, "The European arrest warrant and the Principle ne bis in idem" p.99 in Judge Rob Blekxtoon and others (eds.) Handbook on the European Arrest Warrant, 2005.

다만 이는 국가간에서는 일반적으로 통용되는 원칙이 아니라고 할 것인데, 그 이유는 타국의 사법질서에 대한 불신 및 가사 다른 나라에서 이미 처벌받았다고 하더라도 그 범죄가 자국에서 발생하였거나 자국의 이익을 침해하였다면 다시 처벌하여야 한다는 자국이익론에 기초한다.[170] EU 내에서도 이에 대한 논의가 있었으며 European Convention on Extradition에서도 인도를 요청받은 국가의 사법당국자에 의하여 형이 확정되었다면 인도를 거절할 수 있는 것으로 규정하였다.[171]

② 유럽체포영장(EAW)과 Ne bis in idem

위에서 기술한 기본결정(FWD)에서 규정한 절대적 집행거절사유 중 회원국으로부터, 인도요청을 받은 자가 유럽체포영장(EAW)에 기재된 범죄사실과 같은 행위로 인하여 회원국에서 형의 집행중에 있거나 이미 형의 집행이 종료하였다는 통보를 받은 경우 유럽체포영장(EAW)의 발행 또는 집행 회원국만이 아니라 EU의 다른 회원국에서 같은 범죄사실에 대하여 형의 확정판결이 있는 경우를 절대적 거부사유로 하고 있는데, 이는 기히 처벌받은 범죄사실에 대하여 다시 발부된 유럽체포영장(EAW)는 그 처벌을 관련 당사국에서의 처벌에 한정하지 아니하고 EU 회원국 전체로 확장하였다는 점에 매우 의의가 크다.[172] 즉 기존에는 ne bis in dem이 국내법의 적용에만 해당되고 국제법 차원에서는 제한적으로 인정되었을 뿐만 아니라 가사 인정된다고 하더라도 관련 국가간에만 적용이 되었으나, 기본결정(FWD)에서는 유럽체포영장(EAW)기재 범죄사실에 대하여 유럽체포영장(EAW) 발행 회원국이나 집행 회원국에서의 처벌에 한정하지 아니하고 EU 전 회원국에서의 처벌도 포함하고 있다. 즉, ne bis in idem과 관련하여 기본결정(FWD)는 기존의 범죄인인도과 비교하여 EU 내의 관련 회원국만이 아니라 전 회원국으로 그 범위를 확장함으로써 EU 회원국간에 각 회원국의 사법당국의 결정에 대한 공동 인정의 원칙을 확립하였다는 점에서 매우 의의가 있다.[173]

(라) 궐석재판(in absentia[174]문제)

범죄인인도에 대한 전통적인 국제규정은, 범죄인의 부재상황에서 유죄판결이 있는 때에는 그와 같은 절차가 공정하지 아니하므로 인도를 거절할 수 있다.[175] 이와 관련하여 기

---

170) Harmen van der Wilt, "The European arrest warrant and the Principle ne bis in idem" p.100, in Judge Rob Blekxtoon and others (eds.) Handbook on the European Arrest Warrant, 2005.

171) Harmen van der Wilt, "The European arrest warrant and the Principle ne bis in idem" p.101, in Judge Rob Blekxtoon and others (eds) Handbook on the European Arrest Warrant, 2005.

172) Harmen van der Wilt, "The European arrest warrant and the Principle ne bis in idem" p.102, in Judge Rob Blekxtoon and others (eds) Handbook on the European Arrest Warrant, 2005.

173) Harmen van der Wilt, "The European arrest warrant and the Principle ne bis in idem" p.103, in Judge Rob Blekxtoon and others (eds) Handbook on the European Arrest Warrant, 2005.

174) Wikipedia 인터넷 사전에서는 "absentia is latin for "in the absence." In legal use it usually pertains to a defendant's right to be present in court proceedings.

175) Davor Krapac, "Verdicts in absentia" 119page in Judge Rob Blekxtoon and others (eds)

본결정(FWD)에서는 유럽체포영장(EAW)이 형의 집행을 위하여 발행되었고 그 형이 인도요청된 자가 부재중에 선고되었으며, 동인이 그 재판절차에 소환되지 아니하거나 그 형이 선고되는 장소와 시간을 통보받지 못한 상황에서 선고된 것이라면 유럽체포영장(EAW) 발행 회원국이 인도요청을 받은 자에게 다시 재판을 받을 적절한 절차를 부여할 것이라는 확신 하에서 인도를 할 수 있다고 규정하고 있다.[176]

(5) 특권 및 면제

집행 회원국은, 체포된 자가 집행 회원국의 집행 및 관할과 관련하여 특권 또는 면제권을 가지고 있다면 그 권리를 상실한 때에 효과적인 인도가 행하여 질 수 있도록 제반 조건을 확보하여야 하며, 그 권리가 행하여지고 있는 기간은 인도해야 할 기한에서 제외된다. 또한 집행 회원국의 당국자가 인도요청을 받은 자에 대하여 행사할 특권을 보유하고 있다면, 집행 회원국의 사법당국자는 그 권한을 보유하고 있는 당국자에게 권한의 즉시 이행을 촉구하여야 하고, 다른 회원국이나 국제조직이 권한을 보유하고 있다면 발행 회원국에서 그 이행을 요청하여야 한다.[177]

Handbook on the European Arrest Warrant, 2005.

176) 기본결정(FWD) Article 5, Guarantees to be given by the issuing Member State in particular cases

The execution of the European arrest warrant by the executing judicial authority may, by the law of the executing Member State, be subject to the following conditions:

1. where the European arrest warrant has been issued for the purposes of executing a sentence or a detention order imposed by a decision rendered in absentia and if the person concerned has not been summoned in person or otherwise informed of the date and place of the hearing which led to the decision rendered in absentia, surrender may be subject to the condition that the issuing judicial authority gives an assurance deemed adequate to guarantee the person who is the subject of the European arrest warrant that he or she will have an opportunity to apply for a retrial of the case in the issuing Member State and to be present at the judgment;

2. if the offence on the basis of which the European arrest warrant has been issued is punishable by custodial life sentence or life-time detention order, the execution of the said arrest warrant may be subject to the condition that the issuing Member State has provisions in its legal system for a review of the penalty or measure imposed, on request or at the latest after 20 years, or for the application of measures of clemency to which the person is entitled to apply for under the law or practice of the issuing Member State, aiming at a non-execution of such penalty or measure;

3. where a person who is the subject of a European arrest warrant for the purposes of prosecution is a national or resident of the executing Member State, surrender may be subject to the condition that the person, after being heard, is returned to the executing Member State in order to serve there the custodial sentence or detention order passed against him in the issuing Member State.

177) 기본결정(FWD) Article 20, Privileges and immunities

1. Where the requested person enjoys a privilege or immunity regarding jurisdiction or execution in the executing Member State, the time limits referred to in Article 17 shall not start running unless, and counting from the day when, the executing judicial authority is informed of the fact that the privilege or immunity has been waived.

The executing Member State shall ensure that the material conditions necessary for effective surrender

(6) 집행절차

(가) 발행(issue) 및 집행(execution) 당국자

각 회원국의 사법체계가 동일하지 아니하므로 회원국으로 하여금 자신들의 실정에 맞는 형사사법기관을 정하도록 하기 위하여 기본결정(FWD)에서는 유럽체포영장(EAW)의 발행과 집행 당국자를 각 회원국에서 선정하도록 규정하고 있다. 또한 각 회원국은 Council의 General Secretariat에게 자국에서 선정한 사법당국자를 알려주어야 한다.[178]

(나) 발행 당국자

유럽체포영장(EAW)의 발행권한은, 회원국 법에 의거하여 유럽체포영장(EAW)를 발행할 수 있는 권한을 가지고 있는 그 회원국의 사법당국자에게 있다.[179] 각 회원국은 유럽체포영장(EAW)에 기재된 범죄사실에 대한 관할권이 있는 지방법원이나 검찰청을 발행 당국자로 선정하고 있으나 영국은 경찰내의 Serious Organised Crime Agency에, 스웨덴의 경우에도 경찰에게 그 권한을 부여하고 있다.[180]

(다) 집행 당국자

유럽체포영장(EAW)의 집행은 집행하는 회원국의 법에 의하여 유럽체포영장(EAW)를 집행할 수 있는 권한을 부여받은 그 회원국의 사법 당국자가 한다.[181] 회원국에 의하여 집행 당국자로 선정된 기관은 법무부를 선정한 네덜란드을 제외하고는 대부분이 법원이다.[182]

또한 각 회원국은 자국의 법이 허용하는 범위에서 유럽체포영장(EAW) 당국자를 지원하고, 유럽체포영장(EAW)의 접수, 전달 등의 행정적인 일을 처리하기 위하여 중앙당국자

---

are fulfilled when the person no longer enjoys such privilege or immunity.

2. Where power to waive the privilege or immunity lies with an authority of the executing Member State, the executing judicial authority shall request it to exercise that power forthwith. Where power to waive the privilege or immunity lies with an authority of another State or international organisation, it shall be for the issuing judicial authority to request it to exercise that power.

178) 기본결정(FWD) Article 6 (3) Each Member State shall inform the General Secretariat of the Council of the competent judicial authority under its law.

179) 기본결정(FWD) Article 6 Determination of the competent judicial authorities (1) The issuing judicial authority shall be the judicial authority of the issuing Member State which is competent to issue a European arrest warrant by virtue of the law of that State.

180) Liane Ang, "Procedual Rules" p.49 in Judge Rob Blekxtoon and others (eds) Handbook on the European Arrest Warrant, 2005.

181) 기본결정(FWD) Article 6 (2) The executing judicial authority shall be the judicial authority of the executing Member State which is competent to execute the European arrest warrant by virtue of the law of that State.

182) Liane Ang, "Procedual Rules" p.50 in Judge Rob Blekxtoon and others (eds) Handbook on the European Arrest Warrant, 2005.

(central authority)를 선정할 수 있다.[183])

(7) 유럽체포영장(EAW)의 기재사항[184]

기본결정(FWD)는 유럽체포영장(EAW)의 형식적 기재사항으로, 요청받은 자의 국적, 이름, 주소, 전화 및 Fax번호, 발행 당국자의 e-mail 주소, 유럽체포영장(EAW)의 발행근거가 되는 체포영장 등에 대한 자료, 범죄의 종류, 요청받은 자가 행한 범죄의 일시, 장소 등 범죄가 행하여졌던 상황에 대한 설명, 유럽체포영장(EAW)발행 회원국의 법 체계하에서 처벌가능한 죄책 및 기타 범죄에 대한 따른 결과에 대하여 기재하여야 한다.[185)186)]

기본결정(FWD)가 제시하는 유럽체포영장(EAW)의 양식이 강제적인지에 대하여는 논란이 있고 독일 국내법에서는 유럽체포영장(EAW)의 양식이 임의적이라고 명시하고 있기도 하다. 또한 유럽체포영장(EAW)는 그 집행국가의 공식언어 중 하나로 기재되어 있어야 하며, 회원국은 Council에 1개 이상의 자신들의 공식언어를 통보하여야 한다.[187)]

---

183) 기본결정(FWD) Article 7 Recourse to the central authority

1. Each Member State may designate a central authority or, when its legal system so provides, more than one central authority to assist the competent judicial authorities.

2. A Member State may, if it is necessary as a result of the organisation of its internal judicial system, make its central authority(ies) responsible for the administrative transmission and reception of European arrest warrants as well as for all other official correspondence relating thereto.

Member State wishing to make use of the possibilities referred to in this Article shall communicate to the General Secretariat of the Council information relating to the designated central authority or central authorities. These indications shall be binding upon all the authorities of the issuing Member State.

184) 기본결정(FWD)는 유럽체포영장(EAW)의 양식을 Annex로 제시하고 있고 이를 본 논문의 말미에 첨부한다.

185) 기본결정(FWD) Article 8 Content and form of the European arrest warrant (1).

"(a) the identity and nationality of the requested person:

(b) the name, address, telephone and fax numbers and e-mail address of the issuing judicial authority;

(c) evidence of an enforceable judgement, and arrest warrant or any other enforceable judicial having the same effect, coming within the scope of Article 1 and 2;

(d) the nature and legal classification of the offence, particularly in respect of Article 2;

(e) a description of the circumstances in which the offence was committed, including the time, place and degree of participation in the offence by the requested person;

(f) the penalty imposed, if there is a final judgement, or the prescribed scale of penalties for the offence under the law of the issuing Member State;

(g) if possible, other consequences of the offence."

186) 기재사항 중 처벌가능한 죄책, 범죄의 종류는 유럽체포영장(EAW)발행대상 범죄인지 여부에 대하여, 범죄일시, 장소 등은 double criminality판단에, 범죄가 행하여졌던 상황에 대한 설명은 ne bis de idem에서 동일 사건인지 판단에 대한 중요한 단서를 제공한다고 할 것이다.

187) 기본결정(FWD) Article 8(2) The European arrest warrant must be translated into the official language or one of the official languages of the executing Member State. Any Member State

(8) 인도절차

(가) 유럽체포영장(EAW)전달

인도요청을 받은 자의 위치가 확인된 경우에는 유럽체포영장(EAW)를 발행한 회원국에서는 집행 회원국에게 이를 직접 전달하여야 한다. 발행 회원국에서는 SIS체계하에서 인도요청을 받은 자에 대한 경고장(alert)의 발행여부를 결정하여야 하는데, alert는 집행 회원국에서 유럽체포영장(EAW) 원본을 받을 때까지 유럽체포영장(EAW)와 동등한 자격을 가진다.[188)189)]

발행 회원국이 집행 회원국의 권한있는 당국자를 모른다면, 집행 회원국으로부터 정보를 얻기 위하여 EJN의 접촉대상자를 통하는 것을 포함하여 필요한 조치를 할 수 있다. 또한 집행 회원국이 원한다면 EJN을 통하여 Fax나 인터넷 등 telecommunications의 방법으로 전달할 수 있다.[190)] 유럽체포영장(EAW)를 받은 당국자가 권한이 없는 기관이라면 동 기관은 권한있는 기관에 이를 전달하여야 하고 이와 같은 사실을 발행 회원국의 당국자에게 통지하여야 한다.[191)]

---

may, when this Framework Decision is adopted or at a later date, state in a declaration deposited with the General Secretariat of the Council that it will accept a translation in one or more other official languages of the Institutions of the European Communities.

188) 기본결정(FWD) Article 9, Transmission of a European arrest warrant

1. When the location of the requested person is known, the issuing judicial authority may transmit the European arrest warrant directly to the executing judicial authority.

2. The issuing judicial authority may, in any event, decide to issue an alert for the requested person in the Schengen Information System (SIS).

3. Such an alert shall be effected in accordance with the provisions of Article 95 of the Convention of 19 June 1990 implementing the Schengen Agreement of 14 June 1985 on the gradual abolition of controls at common borders. An alert in the Schengen Information System shall be equivalent to a European arrest warrant accompanied by the information set out in Article 8(1).

For a transitional period, until the SIS is capable of transmitting all the information described in Article 8, the alert shall be equivalent to a European arrest warrant pending the receipt of the original in due and proper form by the executing judicial authority.

189) Michael Plachta and Wouter van Ballegooij, "The Framework Decision on the European Arrest Warrant and Surrender Procedures between members states of the European Union" 21page in Judge Rob Blekxtoon and others (eds) Handbook on the European Arrest Warrant, 2005. SIS는 1995년에 개최된 Extradition에 대한 회의로서, 동 회의에서는 신속성을 위하여 임시영장제도를 도입하였는데 그것이 Alert이다.

190) 기본결정(FWD) Article 10, Detailed procedures for transmitting a European arrest warrant (1), (2)

1. If the issuing judicial authority does not know the competent executing judicial authority, it shall make the requisite enquiries, including through the contact points of the European Judicial Network (1), in order to obtain that information from the executing Member State.

2. If the issuing judicial authority so wishes, transmission may be effected via the secure telecommunications system of the European Judicial Network.

191) 기본결정(FWD) Article 10 (6) If the authority which receives a European arrest warrant is not competent to act upon it, it shall automatically forward the European arrest warrant to the

(나) 동의

체포된 자가 인도에 동의한다면, 그 동의와 포기는 적절한 방법으로 집행 회원국의 국내법에 따라 권한있는 당국자에게 표시되어야 할 뿐만 아니라 그와 같은 의사표시는 집행 회원국의 국내법에 따라 공식적으로 기록되어야 한다.[192]

만약 체포된 자가 인도에 동의하지 아니한 경우에는 그는 집행 회원국의 당국자에게 그 회원국의 법에 따라 진술할 권리가 있다.[193] 이 권리는 기본결정(FWD) 13조에 규정한 바와 같이 인도요청을 받은 자가 동의와 포기에 대한 의미를 충분히 통지받은 상태에서만 적정하게 행하여질 수 있는 권리라고 할 것이므로, 그 통지는 단순히 타인으로부터 법률조언을 받을 수 있다는 점에 대한 통지만으로는 부족하고 보다 실질적인 의미에 대하여 통지를 받을 것을 전제하고 있다.[194]

(다) 인도결정

집행 회원국은 기본결정(FWD)에서 규정한 조건 및 기한 안에서 체포된 자의 인도에 대한 결정을 할 수 있다. 만약 집행 회원국이 유럽체포영장(EAW)만으로는 인도결정에 대한 충분한 자료[195]가 부족하다고 판단할 때에는 추가자료를 요청할 수 있는데 이때에는

---

competent authority in its Member State and shall inform the issuing judicial authority accordingly.

192) 기본결정(FWD) Article 13, Consent to surrender (1), (2), (3)

1. If the arrested person indicates that he or she consents to surrender, that consent and, if appropriate, express renunciation of entitlement to the .speciality rule, referred to in Article 27(2), shall be given before the executing judicial authority, in accordance with the domestic law of the executing Member State.

2. Each Member State shall adopt the measures necessary to ensure that consent and, where appropriate, renunciation, as referred to in paragraph 1, are established in such a way as to show that the person concerned has expressed them voluntarily and in full awareness of the consequences. To that end, the requested person shall have the right to legal counsel.

3. The consent and, where appropriate, renunciation, as referred to in paragraph 1, shall be formally recorded in accordance with the procedure laid down by the domestic law of the executing Member State.

193) 기본결정(FWD) Article 14, Hearing of the requested person, "Where the arrested person does not consent to his or her surrender as referred to in Article 13, he or she shall be entitled to be heard by the executing judicial authority, in accordance with the law of the executing Member State".

194) Judge Rob Blekxtoon, "Commentary on an Article by Article Basis" p.251 in Judge Rob Blekxtoon and others (eds) Handbook on the European Arrest Warrant, 2005.

195) 기본결정(FWD) Article 15, Surrender decision

(2) If the executing judicial authority finds the information communicated by the issuing Member State to be insufficient to allow it to decide on surrender, it shall request that the necessary supplementary information, in particular with respect to Articles 3 to 5 and Article 8, be furnished as a matter of urgency and may fix a time limit for the receipt thereof, taking into account the need to observe the time limits set in Article 17.

인도결정시한을 고려하여 추가자료 제출시간을 명시할 수 있고, 발행 회원국은 언제든지 유용한 추가자료를 교부할 수 있다.[196]

(라) 청문(hearing)

인도요청을 받은 자는 유럽체포영장(EAW) 발행 회원국 내 인도요청 법원에서 그 회원국의 법에 따라 임명된 자에게 진술할 수 있고, 집행 회원국의 법에 따라, 그리고 발행 회원국과 집행 회원국의 협정에서 정한 조건에 하에서 집행 회원국의 법에 따라 진술할 수 있다. 또한 집행 회원국의 당국자는 정확한 판단을 위하여 그 회원국의 다른 사법기관에게 진술에 참여하게 할 수 있다.[197]

(마) 통지

집행 회원국의 당국자는 발행 회원국 당국자에게 유럽체포영장(EAW)의 집행에 대한 결정을 즉시 통지하여야 한다.[198]

(바) 인도의 시간적 제한

① 인도결정 기한

유럽체포영장(EAW)는 EU 회원국내에서 역내 이동이 자유로이 되면서 많은 시간을 요하는 기존의 범죄인인도를 대체하기 위한 수단으로 만들어진 것이므로 신속성을 요한다고 할 것이다.[199]

에서는 그 자료로서 특히 유럽체포영장(EAW) 기재사항이 거부사항과 관련된 사항을 예시하고 있다.

196) 기본결정(FWD) Article 15, Surrender Decision

197) 기본결정(FWD) Article 19, Hearing the person pending the decision

1. The requested person shall be heard by a judicial authority, assisted by another person designated in accordance with the law of the Member State of the requesting court.

2. The requested person shall be heard in accordance with the law of the executing Member State and with the conditions determined by mutual agreement between the issuing and executing judicial authorities.

3. The competent executing judicial authority may assign another judicial authority of its Member State to take part in the hearing of the requested person in order to ensure the proper application of this Article and of the conditions laid down.

198) 기본결정(FWD) Article 22, Notification of the decision

The executing judicial authority shall notify the issuing judicial authority immediately of the decision on the action to be taken on the European arrest warrant.

199) 기본결정(FWD) article 17은 “Time limits and procedures for the decision to execute the European arrest warrant"라는 제목하에 유럽체포영장(EAW)의 처리에 대한 시한을 규정하고 있는데 그 (1)에서 “A European arrest warrant shall be dealt with and executed as a matter of urgency"라고 하여 회원국의 당국자들로 하여금 유럽체포영장(EAW)의 신속처리를 촉구하는

유럽체포영장(EAW) 집행 회원국은 인도요청을 받은 자가 인도에 동의한 경우에는 그 동의로부터 10일 이내에 유럽체포영장(EAW)에 대한 최종 집행결정을 하여야 하며[200], 그 외의 경우에는 인도요청을 받은 자를 체포한 때로부터 60일 내에 인도하여야 한다[201]. 다만 특별한 사정에 의하여 위 기한 내에 집행되지 못할 경우에는 집행 회원국의 당국자는 그 사유를 즉시 발행 회원국 당국자에게 통지하여야 하며 이 때에는 30일이 연장된다.[202] 나아가 특별한 사정에 의하여 기한을 준수하지 못 할 경우에는 Eurojust에 그 이유를 통지하여야 하며, 만약 타 회원국으로부터 계속적으로 집행지연을 경험한 회원국은 이사회에 기본결정(FWD)의 개선을 통지할 수 있다.[203]

② 인도기한

체포된 자는 관련된 당국자간의 합의에서 정한 기일에 가능한 빨리 인도되어야 한다. 체포된 자는 유럽체포영장(EAW)의 집행에 대한 최종 결정 후 10일 내에 인도되어야 하며, 그 기한 내에 인도되지 못할 경우에는 양 당국자의 즉각적인 협의에 따라 새로운 인도일을 정하되 그 날로부터 10일 내에 인도되어야 한다. 다만 건강 등 중대한 인적 사정(serious humanitatian reasons)이 있는 경우에는 그 기일이 연장될 수 있으나 그 사정이 소멸되면 즉시 집행되어야 하며, 집행 회원국의 당국자는 그와 같은 사실을 발행 회원국의 당국자에게 통지하여야 한다. 위와 같은 기한이 경과하였음에도 인도가 되지 않으면 체포된 자는 석방된다.[204]

선언적 규정을 두고 있다.

200) 기본결정(FWD) article 17 (2) In cases where the requested person consents to his surrender, the final decision on the execution of the European arrest warrant should be taken within a period of 10 days after consent has been given.

201) 기본결정(FWD) article 17 (3) In other cases, the final decision on the execution of the European arrest warrant should be taken within a period of 60 days after the arrest of the requested person.

202) 기본결정(FWD) article 17 (4) Where in specific cases the European arrest warrant cannot be executed within the time limits laid down in paragraphs 2 or 3, the executing judicial authority shall immediately inform the issuing judicial authority thereof, giving the reasons for the delay. In such case, the time limits may be extended by a further 30 days.

203) 기본결정(FWD) article 17 (5) As long as the executing judicial authority has not taken a final decision on the European arrest warrant, it shall ensure that the material conditions necessary for effective surrender of the person remain fulfilled.

204) 기본결정(FWD) Article 23, Time limits for surrender of the person

1. The person requested shall be surrendered as soon as possible on a date agreed between the authorities concerned.

2. He or she shall be surrendered no later than 10 days after the final decision on the execution of the European arrest warrant.

3. If the surrender of the requested person within the period laid down in paragraph 2 is prevented by circumstances beyond the control of any of the Member States, the executing and issuing judicial authorities shall immediately contact each other and agree on a new surrender date. In that event, the surrender shall take place within 10 days of the new date thus agreed.

(사) 경유(transit)

각 회원국은 유럽체포영장(EAW)에 의하여 송환되는 자가 자국의 영토를 통과하는 경우에는, 동인이 그 회원국의 국적자이거나 거주자로서 그 회원국에서 형의 집행사유로 경유를 거절할 수 있는 외에는, 이를 용인하여야 한다. 다만 비행기에 의한 통과에는 해당하지 아니하지만 이미 예정된 착륙일정에 의하여 중간 기착을 한 경우에는 본 조항에 적용을 받는다.[205] 이는 인도요청을 받는 자가 유럽체포영장(EAW) 발행 회원국이나 집행국 외 다른 회원국의 영토를 경유할 때에는 그 회원국의 법의 지배를 받아야 한다는 면에서 당연한 규정이다.[206]

---

4. The surrender may exceptionally be temporarily postponed for serious humanitarian reasons, for example if there are substantial grounds for believing that it would manifestly endanger the requested person's life or health. The execution of the European arrest warrant shall take place as soon as these grounds have ceased to exist. The executing judicial authority shall immediately inform the issuing judicial authority and agree on a new surrender date. In that event, the surrender shall take place within 10 days of the new date thus agreed.

5. Upon expiry of the time limits referred to in paragraphs 2 to 4, if the person is still being held in custody he shall be released.

205) 기본결정(FWD) Article 25, Transit

1. Each Member State shall, except when it avails itself of the possibility of refusal when the transit of a national or a resident is requested for the purpose of the execution of a custodial sentence or detention order, permit the transit through its territory of a requested person who is being surrendered provided that it has been given information on:

(a) the identity and nationality of the person subject to the European arrest warrant;

(b) the existence of a European arrest warrant;

(c) the nature and legal classification of the offence;

(d) the description of the circumstances of the offence, including the date and place.

Where a person who is the subject of a European arrest warrant for the purposes of prosecution is a national or resident of the Member State of transit, transit may be subject to the condition that the person, after being heard, is returned to the transit Member State to serve the custodial sentence or detention order passed against him in the issuing Member State.

2. Each Member State shall designate an authority responsible for receiving transit requests and the necessary documents, as well as any other official correspondence relating to transit requests. Member States shall communicate this designation to the General Secretariat of the Council.

3. The transit request and the information set out in paragraph 1 may be addressed to the authority designated pursuant to paragraph 2 by any means capable of producing a written record. The Member State of transit shall notify its decision by the same procedure.

4. This Framework Decision does not apply in the case of transport by air without a scheduled stopover. However, if an unscheduled landing occurs, the issuing Member State shall provide the authority designated pursuant to paragraph 2 with the information provided for in paragraph 1.

5. Where a transit concerns a person who is to be extradited from a third State to a Member State this Article will apply mutatis mutandis. In particular the expression European arrest warrant shall be deemed to be replaced by extradition request..

206) Judge Rob Blekxtoon, "Commentary on an Article by Article Basis" p.260 in Judge Rob Blekxtoon and others (eds) Handbook on the European Arrest Warrant, 2005.

(9) 인도요청받은 자의 권리

(가) 일반규정

인도요청받은 자가 체포되면, 집행 회원국의 당국자는 그 국가의 법에 따라 유럽체포영장(EAW)의 내용 및 발행 회원국으로의 인도에 대하여 동의할 수 있음을 통지하여야 한다. 또한 동인은 집행 회원국의 법에 따라 법률전문가와 통역자의 조력을 받을 권리가 있다.[207]

유럽체포영장(EAW)에 기초하여 체포되었다면, 집행 회원국은 체포된 자를 집행국가의 법에 따라 계속적으로 구금할 것인지에 대하여 결정하여야 한다. 인도요청을 받은 자를 계속적으로 구금하는 것은 동인을 도망 못하게 한다는 측면에서는 합리적이라고 할 것이나, 구금의 사유는 국가와 피의자에 따라 각기 다르다고 할 것이다. 예를 들어 네덜란드의 경우에는 범죄인인도의 구금사안으로 도망만을 예시하고 있기 때문에 타인과의 공모나 수사, 재판의 방해를 사유로 구금할 수 없으므로 조직범죄 등에는 치명적인 약점으로 작용한다고 할 것이다.[208] 나아가 집행 회원국은 신병을 확보할 모든 수단을 고려하였다면 그 회원국의 국내법에 따라 체포된 자를 임시로 언제든지 석방할 수 있다.[209]

---

207) 기본결정(FWD) Article 11, Rights of a requested person

208) Judge Rob Blekxtoon, "Commentary on an Article by Article Basis" p.249 in Judge Rob Blekxtoon and others (eds) Handbook on the European Arrest Warrant, 2005.

209) 기본결정(FWD) Article 12, Keeping the person in detention

When a person is arrested on the basis of a European arrest warrant, the executing judicial authority shall take a decision on whether the requested person should remain in detention, in accordance with the law of the executing Member State. The person may be released provisionally at any time in conformity with the domestic law of the executing Member State, provided that the competent authority of the said Member State takes all the measures it deems necessary to prevent the person absconding.

다. 우리나라의 영장 제도의 변천사

1) 개관

우리나라의 현행 영장 제도를 개관하기에 앞서 영장 제도의 변천을 간략하게나마 살펴볼 필요가 있다. 이는 영장 제도가 고정불변의 것이 아니라, 변화해오고 있는 것이며 그것도 일정한 방향성을 가지기 때문이다. 다시 말해서 우리의 영장 제도는 그 적용범위를 넓혀오고 있으며, 그 세부적 내용도 기존의 것에 비해서 사사 대상자의 인권보장을 강화하는 방향으로 변화해 오고 있기 때문이다. 그렇다고 해서 우리 국민의 인식이 범죄자에 대해 관용을 베풀어야 한다고 바뀌고 있는 것은 아니다. 오히려 그 반대라고 할 수 있다. 그러나 적어도 국민 자신의 권리 의식이 향상되고 있는 만큼 수사 기관이 아무런 절차 없이 자신의 권리를 침해하는 것에는 그 부당성을 의식하고 있다고 보아야 한다. 뒤에서 살펴보겠지만, 일반 국민들은 고등학생이든 대학생이든 자신이 특별한 이유 없이 수사기관에 의해 권리를 침해당했다고 하는 사실을 자각하고 있으며 자신의 권리를 주장하기 위해 국가인권위원회에 진정을 하던 인터넷에 호소를 하던 과거와 같이 그냥 참고 있지는 않다고 하는 것이다. 지금은 합리적인 이유와 그에 맞는 절차 없이 대상자를 신문하거나, 수색하는 것이 통용되던 시대는 아닌 것이다. 이러한 관점에서 더 나은 수사 제도, 영장 제도를 모색함에 있어서 우리의 발전과정을 되짚어 보는 것은 의미가 있다고 판단된다. 또한 과거에는 인정되지 않았다는 것이 더 이상 변화를 거부할 근거가 되지 않음을 보여줄 수도 있기 때문이다. 그 과거라는 것이 권력에 의해 대단히 의도적으로 왜곡된 것이었으며, 오늘날까지도 인정되어야할 어떠한 이유를 발견할 수도 없기 때문이다.

2) 대한민국 건국 이전 시기[210]

가) 대한제국시대: 근대적 의미의 영장제도 미도입

최초의 근대적 형사사법제도가 1895년 대한제국의 재판소구성법 제정을 통해 수립된 후[211] 1895년 4월 15일 법무령 제2호로 반포된 '검사직제'는 범죄수사를 검사의 직무로 규정하고 사법경찰에 대하여 영장집행을 명령할 권한을 인정하였다. 실무상 검사는 피고인을 체포해야 할 경우 경무청에 영장을 발송하여 경무청의 순검이 영장을 가지고 피고인을 잡아오는 방식이었다고 한다.[212] 그러나 재판소구성법과 검찰직제에서 규정한 영장제도는 영장을 신분이 독립된 법관이 발부하도록 한 것이 아니라 검사가 발부하도록 하였고 검사의 독자적인 강제처분권을 인정하였다는 점에서 근대적 의미의 영장주의라고

---

210) 김선택, 영장청구주체입법의 변천 및 평가, 안암법학 31호, 2010을 요약한 것이다.

211) 재판소구성법 제38조에서 검사의 영장발부권한을 규정하였다. 다만 구체적인 영장발부의 요건이나 절차에 대하여는 규정하지 않았다. 문성도, 영장주의의 도입과 형성에 관한 연구-1954년 형사소송법의 성립을 중심으로-, 서울대학교 법학박사 학위논문, 2001, 89쪽.

212) 문성도, 영장주의의 도입과 형성에 관한 연구-1954년 형사소송법의 성립을 중심으로-, 서울대학교 법학박사 학위논문, 2001, 89-90쪽.

할 수 없다고 평가되기도 한다.[213] 이후 1905년 4월 29일 법률 제2호로 제정된 형법대전은 강제수사에 대하여 개괄적으로 규정하고 있었지만 영장제도는 인정하지 않았으며, 1908년 7월 13일 법률 제13호로 제정된 '민·형사소송규칙'에서는 영장제도를 규정하되, 법관 외에 수사기관인 검사와 사법경찰관에게 강제처분권을 인정하였다.

나) 일제시대의 식민지 형사사법

1909년 7월 12일 사법권이 일제로 강제이양되었고, 1910년 8월 29일 대한제국은 일본에 병탄되었다. 일제에 의해 1909년 '통감부재판소령', 1910년 '조선총독부재판소령'에 이어 1912년 '조선형사령'이 공포됨으로써 조선의 형사사법체계는 일본의 형사법률을 의용하는 식민사법의 형태를 띄게 되었다.[214] 당시 일제가 형사사법의 틀로 구축한 세 가지 제령은 '조선형사령', '조선태형령', '범죄즉결례'였다.[215] '범죄즉결례'는 경미범죄의 처리를 식민지 사법경찰의 즉결심판에 맡기도록 한 것이었고, '조선태형령'은 조선인에게 종래의 태형을 계속 과할 수 있도록 한 근거조항이었으며, '조선형사령'은 일본에서 시행되고 있던 일본형법과 형사소송법을 조선에 의용하기 위한 근거를 제공하였다.[216]

그러나 근대적인 서구식 형사절차가 도입되었다고 하더라도 일제는 자국의 형사소송법에 포함되어 있었던 인권보장장치를 각종 특례조항을 통하여 배제하고 식민지배에 효율적으로 변형하여 운영하였다. 그중 가장 주목되는 것이 바로 소위 "조선의 특수한 사정"의 미명하에 식민지지배의 효율성을 도모하기 위하여 조선형사령 제11조 이하에서, 일본 본토에서 시행중이던 영장제도를 배제한 것이다. 또한 동 조항은 식민지 검사 및 사법경찰관에게 예심판사와 같은 처분을 할 수 있는 권한을 부여하였고, 수사기관이 자신의 고유한 권한으로 강제처분을 할 수 있도록 허용하였다.[217][218]

---

213) 문성도, 영장주의의 도입과 형성에 관한 연구-1954년 형사소송법의 성립을 중심으로-, 서울대학교 법학박사 학위논문, 2001, 105쪽.

214) 신동운, 영장실질심사제도의 실시와 영장주의의 새로운 전개-영장제도에 대한 연혁적 고찰을 중심으로- 법원행정처 편, 새로운 인신구속제도 연구, 1996.11, 19-20쪽; 이명원, 우리나라 수사체제에 관한 고찰- 검찰과 경찰의 관계를 중심으로-, 서울대학교 법학석사학위논문, 2000, 46쪽.

215) 신동운, 영장실질심사제도의 실시와 영장주의의 새로운 전개-영장제도에 대한 연혁적 고찰을 중심으로- 법원행정처 편, 새로운 인신구속제도 연구, 1996.11, 20쪽 참조.

216) 조선형사령 제1조에 의하면 형사에 관한 사항은 본령 기타의 법령에 특별히 규정되어 있는 경우를 제외하고는 일본의 형법, 형법시행법, 형사소송법 등 12개의 형사법을 의용하게 된다고 규정하고 있다.

217) 조선형사령에 의하여 의용된 일본의 형사소송법에 1922년에 개정되고, 1924년부터 시행되게 되었는데 동 개정은 요급사건의 범위를 확장하여 검사의 고유한 강제처분권한을 확대하여 예심판사의 권한에 가까운 강제처분권한을 인정하는 것이었으나, 이미 조선형사령이 검찰과 사법경찰에게 그러한 전면적인 강제수사권한을 부여하고 있었으므로 실질적인 변화를 가져오지 못하였고 다만 제11조가 삭제되었을 뿐이다.

218) 조선형사령 [시행 1912.4.1] [조선총독부제령 제11호, 1912.3.18, 제정]
제11조 검사 또는 사법경찰관은 형사소송법 제144조·제146조 또는 제147조의 경우에 범죄 장소를 임검할 필요가 없다고 인정하는 때에는 임검을 하지 아니하고 예심판결에 속하는 처분을 할 수 있다.

일제는 인신구속이 식민지통치를 위하여 가장 강력하고도 효율적인 도구임을 인식하고 활용하고자, 식민조선의 지배권력을 조선총독에게 집중시켜 검사를 조선총독이 임명하게 하고 조선총독을 정점으로 하는 검사동일체 원칙에 의해 통제하였다. 당시 조선의 검사는 60명 내지 120명 내외-그 중 조선인은 10명 이내-에 불과하여 대부분의 수사는 경찰에 의해 수행되었음에도 불구하고[219] 경찰은 범죄수사와 관련하여 검사의 보조기관으로 파악되었는데, 검찰과 경찰을 상명하복관계를 결합하여 식민통치 권력의 극대화를 꾀하였던 것이다.[220]

다) 미군정시대의 형사사법: 영장제도의 도입

(1) 개관

1945년 8월 15일 일본의 패망과 함께 조선은 일본의 식민지배로부터 독립하였다. 그와 동시에 남한에는 태평양 미국육군총사령부에 의한 군정이 개시되었다. 미군은 식민지 형사법체계가 비민주적이고 인권보장절차가 마련되지 않은 점을 중대한 인권문제로 인식하여 식민지법령을 폐지하고[221] 검찰과 사법경찰의 권한과 임무를 재조정하는 등 인권보장에 긴요한 영미법계 제도들을 도입하고자 하였다. 1945년 11월 3일자 '법무국훈령 제1호' 제2조는 "조선 내에서 체포와 구류하는 것은 정당한 권한이 부여된 군대, 경찰, 경무국관리 및 경무국에서 대리로 지정된 자의 임무이다"라고 규정하여 체포, 구류권한을 가진 자에서 검사가 배제되었는데, 검사를 체포권한이 있는 기관으로 거론하지 않은 것은 검사를 영미식 소추기관으로 파악하였기 때문이었다.

제12조 ①검사는 현행범이 아닌 사건이라 하더라도 수사 결과 급속한 처분을 요하는 것으로 인정되는 때에는 공소제기 전에 한하여 영장을 발부하여 검증·수색·물건을 차압하거나 피고인·증인을 신문하거나 감정을 명할 수 있다. 다만, 벌금·과료 또는 비용배상의 언도를 하거나 선서를 하게 할 수 없다.

②전항의 규정에 의하여 검사에 허가된 직무는 사법경찰관도 임시로 행할 수 있다. 다만, 구류장을 발행할 수 없다.

제13조 ①사법경찰관은 전조 제2항의 규정에 의하여 피고인을 신문한 후 금고 이상의 형에 해당하는 자로 인정되는 때에는 14일을 초과하지 아니하는 기간 유치할 수 있다.

②사법경찰관은 전항의 유치기간 내에 증빙서류 및 의견서와 함께 피고인을 관할 재판소의 검사에게 송치하여야 한다.

③전2항의 규정은 사법경찰관이 형사소송법 제147조제1항의 직무를 행하는 경우에 준용한다.

219) 대검찰청 자료, 검사 압수지휘권의 역사적 성격, 3쪽; 이명원, 우리나라 수사체제에 관한 고찰- 검찰과 경찰의 관계를 중심으로-, 서울대학교 법학석사학위논문, 2000, 46-47쪽; 김혜정, 수사직무구조의 형성과정 및 특성-1954년 형사소송법제정까지의 과정을 중심으로-, 서울대학교 법학석사학위논문, 2000, 49쪽 참조.

220) 일제하 검·경의 관계 및 각 기관의 권한에 관하여는 신동운, 수사지휘권의 귀속에 관한 연혁적 고찰(1)-초기 법규정의 정비를 중심으로-, 서울대학교 법학, 제42권 제1호, 2001.5., 서울대학교 법학연구소, 181쪽 참조.

221) 미군정초기의 형사사법개혁의 내용에 관하여는 신동운, 수사지휘권의 귀속에 관한 연혁적 고찰(1)-초기 법규정의 정비를 중심으로-, 서울대학교 법학, 제42권 제1호, 2001.5., 서울대학교 법학연구소, 193쪽 이하 참조. 1945년 10월 9일의 미군정법령 제11호는 범죄즉결례에 의한 범죄즉결권 및 정치범 처벌법, 예비검속법, 치안유지법, 출판법, 정치범 보호관찰령, 신사법 등을 폐지하였다.

이어 미군정은 1945년 12월 29일 '검사에게 대한 법무국훈령 제3호'[222][223]를 통해 검사의 선결직무는 관할재판소에 사건을 공소함에 있으며 세밀한 조사는 사법경찰관의 직무지 검사의 직무가 아니라고 명시함으로써, 수사는 사법경찰관이 담당하고 검사는 예외적으로 법리적 분석을 요하는 부분에 대해 제한적으로 수사권을 보유하여 공소업무를 전담하는 직무구조를 도입하기로 하였다.[224] 그러나 미군정의 이러한 입장은 미군정후반기에 한국검찰내부의 반발 및 미군정 내부의 반대에 부딪히게 되었다.[225]

(2) 영장제도의 최초도입-1948.3.20. 미군정법령 제176호

미군정 초기, 군정당국은 조선형사령의 효력을 당분간 유지하는 가운데 인신보호에 관한 사항을 추가시킨 형태로 형사사법절차를 운영하였다. 1947년 일본에서 신형사소송법이 제정·공포되었으나, 조선형사령이 의용한 일본의 대정형사소송법과 조선형사령 제12조

---

222) 검사에 대한 법무국훈령 제3호의 발령배경과 당시 검·경간 갈등상황에 관하여는 신동운, 수사지휘권의 귀속에 관한 연혁적 고찰(1)-초기 법규정의 정비를 중심으로-, 서울대학교 법학, 제42권 제1호, 2001.5. 서울대학교 법학연구소, 202쪽 참조.

223) 재조선미국육군사령부군정청 법무국검사에 대한 훈령 제3호

검사의 선결직무는 관할재판소에 사건을 공소함에 있음. 세밀한 조사는 검사의 책무가 아님. 검사의 특별한 교양은 법적 직무에 관할 때 입증중요성을 有함.

재판소의 검사는 수사의 시간의 절용과 일층 조흔 효과를 득하기 위하야 在記훈령을 준수할 사

(가) 재판소 일할표에 기재된 사건을 신속히 처리하기 위하야 계획된 일람표에 전념할 사

(나) 검사는 경무국이 행할 조사사항을 경무국에 의뢰할 사. 此는 경찰관의 직무요 검사의 직무가 안임.

(다) 검사는 법정 구비조건에 만전을 기하기 위하야 경찰관보고서를 검토할 사

(라) 검사는 증거의 불비를 경찰관에 지적하고 될 수 있으면 증거의 정정을 의뢰할 사

(마) 검사는 실제로 법적 검토를 요하는 조사에 관하야 필요하다면 관여할 사

(바) 검사는 조사에 부수하는 사건에 관하야 경찰서장과 연락을 취할 사. 사법재판소에서 만족히 공소하는데 필요한 증거에 관련한 사항에 관하야 특히 연락을 취함. 검사는 자유로 조선의 법률시행의 수준을 향상하기 위하야 협력할 사

(사) 상기 훈령의 운을 원조함을 검사장의 임무로 함

3. 상기훈령은 검사의 법정권한, 특권, 위신 혹인 지위를 개정, 변경 혹은 축소치 못함. 상기령은 검사, 경찰관이 각자 책무를 명확히 함. 법무국의 방침사항에 관하야 절대적 복종을 玆에 지령함.

224) 이수란, 영장청구권에 관한 연구, 서울대학교 법학석사학위논문, 2007, 46쪽; 김혜정, 수사직무구조의 형성과정 및 특성-1954년 형사소송법제정까지의 과정을 중심으로-, 서울대학교 법학석사학위논문, 2000, 62-63쪽 참조.

225) 1948년 5월 4일 미군정당국에 의해 법원조직법이 공포되어 동년 6월 1일부터 시행되었다. 3개월 후인 대한민국정부수립을 10여일 앞둔 1948년 8월 2일 검찰청법이 제정·공포되었다. 이로써 검사국이 법원에 배치되어 판사와 검사가 다 같이 재판소령의 규정에 의하여 같은 감동기관의 감독하에 운영되어 법원과 검사국을 통틀어 사법기관이라고 하였던 구시대는 이 법의 제정공포를 통해 형식상 끝을 맺게 되었으며 이때로부터 검찰이 법원으로부터 분리되었다고 평가된다. 단, 검찰청법 제6조와 부칙 제32조는 검사의 수사주재자로서의 지위를 강화하는 내용을 담고 있었다. 특히 부칙 제32조에서 법무국훈령 제3호를 폐지함으로써, 미군정이 구상한 검·경간 수사직무의 배분구도에 대한 변형이 가해졌다.

검찰청법 제6조 검찰관은 공익의 대표자로서 左의 직무와 권한이 있음.

一. 형사에 관하여...나. 범죄수사에 관하여 사법경찰관을 지휘 감독함.

부칙 제32조4. 1945년 12월 29일부 법무국검사에 대한 훈령 제3호를 폐지함.

등을 그대로 -당분간-적용하였던 것이다.[226] 그러나 미군정은 주둔시부터 식민지 형사사법의 잔재를 청산하고 영미식 형사사법제도의 도입을 추진하고자 하였고 무엇보다도 1948년 5월 10일로 예정된 제헌국회의원선거의 자유로운 분위기를 보장하기 위한 목적[227]으로 남조선과도정부의 형사소송법 개정을 단행하였던 바, 이는 미군정법령 제176호로서 1948년 3월 20일 공포되어 4월 1일부터 시행되었다.

미군정법령 제176호가 개정대상으로 삼은 것은 수사기관의 강제수사절차, 특히 인신구속절차였다. 이에 의하여 조선형사령 제12조가 폐지되고 우리나라 형사소송제도사상 처음으로 법관에 의한 영장주의가 도입되었다. 법관의 영장없이 인신을 구속할 수 있고 부당하게 구속된 자를 구제하는 절차가 없는 조선형사령제도를 미군정 당국자는 처음부터 인권에 반하는 것으로 보고 있었다고 한다.[228] 미군정이 도입한 영장제도는 미연방헌법 수정 제4조에 규정된 것으로 영국 식민지시절의 경험이 반영된 조항으로 볼 수 있는데, 마찬가지로 일본의 식민지지배를 갓 벗어난 조선의 새로운 형사법 규정에 영장제도를 도입한 것은 부당한 공권력의 인신구속으로부터 시민의 자유를 보장하고자 한 시도로서 매우 중요한 의미를 지니고 있는 것이었다. 그러한 취지로, 미군정법령 제176호에서는 검찰과 사법경찰관 기타 어떠한 관헌이라도 법관이 발부한 영장에 기하지 아니하고는 인신의 자유를 구속할 수 없다고 규정하여 수사상 강제처분을 법원의 권한으로 하였고, 비법률가인 특별심판원에게는 영장의 발부권한이 부정되었다(제2조).[229]

---

226) 신동운, 수사지휘권의 귀속에 관한 연혁적 고찰(1)-초기 법규정의 정비를 중심으로-, 서울대학교 법학, 제42권 제1호, 2001.5., 서울대학교 법학연구소, 28쪽.

227) 당시 미군정법령 제176호의 제정배경에 관하여 민복기·정윤환 형사소송개정법개설, 1948. 서문에서 " … 조선에 있어서는 미군진주 이래 부분적 개정에 착수하여 왔으나 정치적 지리적 기타 미묘한 국제 將勢에 의하야 그 진주의 사명에도 불구하고 획기적 개정을 단행치 못하여 온 것이다. 그러나 금반 UN 감시하 1948년 5월 10일을 기하야 민주주의 원칙에 의한 총선거를 단행함에 앞서 충분히 민의를 대표하기 위하야 그 자유스러운 분위기를 양성할 전제로 법령 제176호로 형사소송법의 대개정을 보게 된 것이다. 극단시일에 기초된 관계로 현행 형사소송법과의 연락관계에 기타에 있어서 애매 불분명한 점이 不少할 뿐만 아니라 그 운용을 담당하는 사법관, 경찰관 기타에 대하야 운용상 不少한 의문을 야기할 것도 예기된다...." 라고 밝히고 있듯이, 미군정법령 제176호는 1948년 5월 10일에 예정된 UN감시하의 남한 총선거를 앞두고 미군정의 주도하에 이루어진 것이다.

228) 대검찰청, 한국검찰사, 1976, 246쪽.

229) 특별심판원이란 미군정 당국이 범죄즉결례의 폐지와 함께 경찰이 청구한 즉결심판사건의 처리를 담당하게 된 기관으로 '치안관'이라는 명칭으로 임명되었는데, 이들에 대하여 미군정법령 제176호가 영장발부권한을 부정하였음에도 불구하고(제2조 나항) 현실적으로는 법원이 설치되지 않은 지역에서는 치안관이 영장발부의 권한을 가지게 되었다고 한다. 신동운, 영장실질심사제도의 실시와 영장주의의 새로운 전개-영장제도에 대한 연혁적 고찰을 중심으로-, 법원행정처 편, 새로운 인신구속제도 연구, 1996.11, 32쪽. 1948년 5월 당시 서울지방심리원 심판관이었던 장승두의 기고에 의하면, "1946년 1월 군정청법령 제41호로써 치안관(Special Judicial Officer) 제도를 창설한 것은 변칙적인 행정관의 재판관적 임무를 정상히 사법관에게 회수시키어 인권과 자유의 보장을 도모한 점에 있어 실로 우리나라 사법제도 민주화에 대하여 한 광명을 던진 것으로 우리 사법제도사상 특기할 만한 사항의 하나이라고 확신하는 바이다. 이 치안관 제도는 원래 영미의 치안판사(magistrate, justice of peace)제도를 이상으로 한 極의 이 초기적인 형태를 취한 것이라 할 수 있는 것이다." 장승두, 법정 제3권 5·6 합집호. 1948, 17쪽. 그러나 군정법령 제176호의 보충규정의 형태로 발포된 군정법령 제180호에서는

당초 미군정법령 제176조의 초안으로[230] '형사소송법 응급조치에 관한 건의 요강(대법원안)'[231], '검찰관의 구인 및 구류권에 관한 문제(대검찰청의 대법원안에 대한 대안)'[232], '형사소송에 관한 임시조치령(사법부원안)'[233], '길리암 사법부 美人顧問의 형사소송법개정초안'[234], '사법부안에 대한 수정이유(대검찰청대안(對案)'[235]가 있었던 것으로 알려져 있다. 대법원안 제5조에서 "검찰관 또는 사법경찰관은 체포 또는 구류의 영장을 발부하지 못함", 사법부원안 제7조에서 "검찰관 또는 사법경찰관은 구인장 급 구류장을 발부하지 못함", 길리안암 제1조에서 "심판원 또는 특별심판원이 배치된 地에서는 심판관 또는 특별심판원의 체포영장 없이는 何人이라도 구인, 구류되지 않음"이라고 규정하고 있었던 반면, 검찰측은 검찰관과 사법경찰관의 구인장, 구류장 발부권한으로 예외적으로 존속시켜줄 것을 강력히 요구하였다. '검찰관의 구인 및 구류권에 관한 문제(대검찰청의 대법원안에 대한 대안)'에서는 그 이유에 대하여 다음과 같이 설명한다.

" … (1) 조선의 검찰관은 정당에 소속되어 있지 못하게 되어 있다는 것과 (2) 조선의 검찰관은 그 임용자격에 있어서 심판관과 동일한 것이라는 점이다. 따라서 조선의 검찰관이 인권유린을 한 것은 과거에 그 실례가 없었을뿐더러 그들의 인권옹호의 관념이 심판관보다 박약한 것도 아니어서 조선의 검찰관들은 '司直官' 즉 '바르게 처리하는 일을 담당하고 있는 관리'라고 자부하고 있는 것이다.…

(一) 검찰관의 구인 及 구류할 수 있는 권한은 종전대로 존치할 것. 이유: 민주주의적 이념으로 보아서 재판관이 아닌 검찰관에게 인민을 구속할 수 있는 권한을 인정한다는 것은 부당한 듯하나 일층 더 깊이 고려해볼 때 반드시 그렇지 않다는 것을 발견할 수 있는데 그 이유는 다음과 같다. (1) 중대한 범죄의 단서를 얻었을 때 일일이 재판관의 영장을 얻어서 범죄혐의자를 구속하게 된다면 그 범죄수사는 기(機)를 잃게 되어서 실패에 돌아갈 것이 명백하다는 것. 미국처럼 통신 교통 기타 범죄수사에 대한 과학적 설비가 불충분한 조선의 현상으로 봐서 재판관의 영장을 얻어서 수사개시를 한다는 것은 至難한 일이라는 것. (2) 관념상으로는 인민을 구속하는 권한은 재판관에게만 부여하는 것이 最好일 듯하나 범죄수사에 대하야 재판관이 개재하게 되면 두 가지의 폐단이 필연적으로 수반되는데 基一은 '피의자구속의 장기화'라는 것으로서 도로혀 인권유린의 악결과를 초래한다는 것이니 이것은 인권옹호의 이념하에 창설되였든 예심제도가 인권유린의

특별심판원에게 심판관의 대리로서 영장을 발부할 수 있는 권한을 부여하였다.(미군정법령 제180호 제6조)

230) 초안들은 대검찰청에서 제작한 것으로 보이는 「검찰제요」라는 책에 수록되어 있었다고 한다. 동 초안들의 자세한 내용에 대하여는 심희기, 미군정법령 제176호 형사소송법의 개정, 법사학연구, 제16호, 1995, 한국법사학회, 127쪽 이하 참조.

231) 검찰제요, 27-29쪽. (심희기, 미군정법령 제176호 형사소송법의 개정, 법사학연구, 제16호, 1995, 한국법사학회, 128쪽에서 재인용)

232) 검찰제요, 34-38쪽. 부록 6. (심희기, 미군정법령 제176호 형사소송법의 개정, 법사학연구, 제16호, 1995, 한국법사학회, 128쪽에서 재인용)

233) 검찰제요, 80-86쪽. 부록 13.(심희기, 미군정법령 제176호 형사소송법의 개정, 법사학연구, 제16호, 1995, 한국법사학회, 128쪽에서 재인용)

234) 검찰제요, 87-90쪽, 부록 14. (심희기, 미군정법령 제176호 형사소송법의 개정, 법사학연구, 제16호, 1995, 한국법사학회, 128쪽에서 재인용)

235) 검찰제요, 91-96쪽, 부록 15. (심희기, 미군정법령 제176호 형사소송법의 개정, 법사학연구, 제16호, 1995, 한국법사학회, 128쪽에서 재인용)

장본인이였다는 우리의 경험에 비추어서 명백한 것이며 基第二는 그 범죄수사에 관여하였든 재판관이 그 사건의 재판을 담당하게 될 때에는 선입관을 가지게 되어서 불고불리를 지도원리로 하는 문명국의 형사재판제도의 이념상으로 보아서 용인할 수 없다는 것이라는 것. (3) 미국처럼 정치가 안정되고 사회의 질서가 확립된 국가에 있어서는 인권이 최대한도로 옹호되어야 할 것이지마는 조선처럼 혼란기를 벗어나지 못한 지역에 있어서는 치안확보에 중점을 두어야 하는 관계로 검찰관에게 어느 정도의 강제수사권을 인정하여 범죄수사의 완전을 기하여야 할 것. (4) 종전 일본형사소송법에 있어서 소위 현행범 이외의 예씸판사의 영장을 청구하는 제도가 있었으나 그것은 예심제도의 존치를 전제로 한 것으로서 예심제도가 부인되는 이상 불필요한 것이라는 것.……

(四) 사법경찰관에게 대하야는 종전과 같이 구인 급 유치권을 인정하고 소위행정검속은 절대로 용인치 아니할 것. 이유: 종래 경찰관이 행정검속이라는 명목으로 범죄피의자를 구속하는 탈법행위가 공공연하게 용인되었든 것이 사실이며 그렇게 된 것은 결국 인권옹호라는 관념론에 붓잡혀서 수사관의 권한을 너무 협소하게 규정하였으나 실지에 있어서는 법적으로 인정된 권한만으로는 범죄수사가 불가능하였든 것에 기인한 것이지마는 이것이 수사관의 권한을 범죄수사가능의 정도까지 확장하야 주고 그 범위를 절대로 유월치 못하는 것보다도 일층 극심한 인권유린을 하게 되었으므로 경찰관에게도 상당한 기간의 구류권을 법적으로 인정하는 동시에 그 탈법적 조치를 엄중 금지하여야 할 것이라는 것."

그러나 미군정법령 제176호[236]에는 검찰측의 (구인, 구류에 관한 권한을 갖고자 한) 위와

---

236) 남조선과도정부 법령 제176호 1948.3.20. 형사소송법의 개정

조선과도입법의원에서 본건을 심의하여 법률을 제정할 때까지 다음에 의한다.

제1조 본령은 불법구속에 대한 인민의 자유권을 충분히 보장하기 위하여 형사소송법을 개정함을 목적으로 한다.

제2조 본령 중

가. 구속이라고 하는 것은 구인, 구류, 유치, 체포 또는 구속 등 엇더한 명칭이든지 신체를 구속하는 모든 경우를 말한다.

나. 제17조에 규정한 신청을 수사하는 「관할재판소」라고 하는 것은 피구속자가 실제상 구속되고 있는 지(地)를 관할하는 지방심리원(地方審理院) 또는 그 지원을 말한다. 그 법원소속심판관은 단독으로 그 신청을 수리하여 그에 대한 결정을 한다. 특별심판원은 그 신청을 수리하며 또는 그에 대하여 결정할 권한이 없다.

다. 구속영장을 발부하는 「관할재판소」라고 하는 것은 관할지방심판원 또는 그 지원을 말한다. 특별심판원은 구속영장을 발부할 권한이 없다.

라. 본령 중 「상당한 우려」 「상당한 이유」의 유무 또는 「필요한 조치」의 적부가 법률상 문제가 되는 경우에는 재판소가 제반증거에 의하여 결정한다.

제3조 누구든지 구속당할 자의 성명 및 피의사건을 기재한 재판소가 발한 구속영장 없이는 신체의 구속을 받지 아니한다. 그러나 다음 사항의 1에 해당하며 또한 긴급을 요하는 경우에는 그렇지 아니하다.

피의자가 일정한 주거를 갖지 않는 경우

그 장소에 있고 없음을 불문하고 형사소송법 제130조에 규정한 현행범인 경우

그러나 범행종료 후 48시간이내에 신체를 구속하는 경우에 한한다.

3. 현행범의 취조에 의하여 공범을 발견한 경우, 그러나 범행종료 후 48시간이내에 신체를 구속하는 경우에 한한다.
4. 기결(旣決)의 수인(囚人) 또는 법령에 의하여 구속된 자가 도망한 경우
5. 사체의 검증에 의하여 범인을 발견한 경우
6. 피의자가 죄증을 인멸할 상당한 우려가 있는 경우
7. 피의자가 도망할 상당한 우려가 있는 경우

같은 주장은 결국 수용되지 않았고 최종안에는 법관에 의한 영장발부가 관철되었다. 다만 누구에게 영장청구권한이 있는지에 관하여는 구체적으로 규정되지 않아 문제되었다. 종래 인신구속절차에 따르면, 조선형사령에 의하여 검사는 구인, 경찰은 유치(留置)할 고유한 권한을 가지고 있었는데 법관에 의한 영장발부를 도입하게 되면, 검사와 경찰 모두 법관에 대하여 직접 영장청구를 하는 방식으로 해석할 여지가 생긴 것이다.[237]

(3) 검사경유원칙의 도입-1948.3.31. 미군정법령 제180호

미군정법령 제176호가 영장청구권의 청구주체에 관하여 명시적인 규정을 두지 않아 그 해석을 둘러싸고 의견이 대립한 가운데 검찰은 미군정법령 제176호 제8조에서 사법경찰관이 구속기간의 연장결정신청을 함에 있어 검찰관을 경유하도록 규정한 취지로 보아 구속영장 신청 역시 검찰관을 경유함이 상당하다고 주장한 반면,[238] 경찰은 별도의 규정이 없는 한 사법경찰관이 검찰관을 경유하지 아니하고 구속영장을 재판소에 바로 신청할 수 있는 것으로 해석할 수 있다고 주장하였다.

그러나 1948년 3월 31일, 미군정법령 제176호의 보충규정 형태로 미군정법령 제180호가 발포되어 이러한 논란을 불식시켰다.[239] 동 법령은 제5조에서 영장발부절차 검사경유원칙을 규정하였다. 이 규정을 통하여 법원이 소재하는 곳에서는 -검사가 직접 신청하는

---

8. 피의자가 사형, 무기 또는 장기 1년 이상의 유기의 징역, 금고에 처할 수 있는 죄를 범하였다고 믿을만한 상당한 이유가 있는 경우

제4조 검찰관 또는 경찰관은 법령에 규정한 외에 사형, 무기 또는 장기 1년 이상의 유기의 징역, 금고에 처할 수 있는 범죄가 현행중 또는 착수되려는 상태에 있다고 믿을만한 상당한 이유가 있는 경우에 한하여 그 범죄의 방지 또는 조사에 필요한 조치를 취하기 위하여 주간 또는 야간을 불문하고 어느 때든지 영장없이 타인의 조거 또는 건조물에 들어가 피의자를 즉시 구속하여 장품(贓品) 또는 그 범죄행위에 공용되었다고 믿을만한 상당한 이유가 있는 물건을 압수할 수 있다.

제5조 검찰관, 사법경찰관 기타 어떠한 관헌이라도 제4조에 규정한 이외에는 재판소가 발한 수사영장(捜査令狀)없이는 압수 또는 수색을 하지 못한다. 그러나 본령 제3조의 규정에 의하여 구속영장없이 구속할 수 있는 자의 소유, 소지 또는 보관한 물건에 대하여서는 본령 제6조에 규정한 기간 내에 한하여 압수 또는 수색할 수 있다. 본조의 수색영장에는 형사소송법의 규정에 의하여 수색할 장소와 압수할 문건을 기재하여야 한다.

제6조 검찰관, 사법경찰관 또는 기타 관헌이 제3조 및 제4조의 규정에 의하여 구속영장없이 신체를 구속한 경우에는 서울시와 재판소가 있는 부(府), 군(郡), 도(島)에 있어서는 그 구속한 때부터 48시간이내에 재판소가 없는 부, 군, 도에 있어서는 5일 이전에 재판소로부터 구속영장의 발부를 얻어야 한다.

전항에 규정한 기간내에 구속영장의 발부를 얻지 못한 경우에는 구속한 자를 즉시 석방하여야 한다.

그 경우에는 압수영장없이 압수한 물건은 압수당한 본인에게 환부하여야 한다.

제2항의 규정에 의하여 석방된 자는 재판소가 발부한 구속영장없이는 동일범죄에 의하여 재차 구속되지 아니한다.

제7조 형사소송법 중 구인장, 구류장에 관한 규정은 본령 중 구속영장에 구인, 구류에 관한 규정은 본령 중 구속영장에 의한 구속에 이를 준용한다. 형사소송법 중 압수, 수색의 명령장에 관한 규정은 본령 중 수색영장에 압수, 수색에 관한 규정은 본령 중 수색영장에 의한 압수, 수색에 이를 준용한다.

237) 신동운, 수사지휘권의 귀속에 관한 연혁적 고찰(II)-초기 법규정의 정비를 중심으로-, 서울대학교 법학 제42권 제2호, 2001.7. 서울대학교 법학연구소, 238-239쪽.

238) 대검찰청, 한국검찰사, 1976, 250쪽.

239) 미군정법령 제180호는 제176호가 시행되는 1948년 4월 1일의 바로 전날인 3월 31일 공포되어, 4월 1일부터 발효되었다.

경우 외에도– 사법경찰관이 검사에게 청구하고 이에 기하여 검사가 신청하면 법관이 영장을 발부하고, 법원이 소개하지 않는 곳에서는 사법경찰관이 특별심판원에게 직접 청구하여 특별심판원이 영장을 발부하는 절차가 마련되게 되었다. 이 규정의 의의에 대하여 신동운 교수는 “적어도 법관소재지의 경우에는 수사권의 핵심적 요체라고 할 수 있는 강제수사의 영역에 있어서 사실상 사법경찰의 활동이 검사의 통제 하에 들어가게 되는 것을 의미한다. 그리고 이 영장청구권의 규정에 의하여 검찰의 경찰에 대한 우위가 실질적으로 확립되는 계기가 마련되었다”고 평가한다.[240]

미군정당국이 미군정법령 제180호[241]를 통해 영장발부절차에 있어 검사경유원칙을 도입하게 된 계기는 명확히 밝혀져 있지 않다. 그러나 당시 미군정법령 제176호를 시행하게 됨에 따라 대검찰청이 1948년 3월 26일자로 각급 검찰청에 하달한 ‘형사소송법개정에 의한 수사방침’은 다음과 같은 내용을 담고 있다.

“14. 사법경찰관이 재판소의 구속영장 또는 수색영장을 받고자 할 때에는 소관 검찰관에게 청구하여야 하고 직접 재판소에 신청할 수 없음으로 재판소에 대한 구속영장 또는 수색영장의 신청자는 항상 검찰관이 그 주체가 되고 사법경찰관은 검찰관에게 재판소에 대한 검찰관의 영장신청 해위의 발동을 청구함에 불과한 것이다. 그러하므로 검찰관은 사법경찰관이 개정법에 의한 긴급구속처분을 하고 아니한 때를 불문하고 사법경찰관의 청구하는 구속영장 또는 수색영장(이) 형사소송법의 허용하는 것인지를 신중검토하야 사법경찰관이 영장을 청구하는 것이 상당하다고 인정할 때에 한아야 그 신청수속을 재판소의 제출할 것이오. 사법경찰관의 청구가 있을 때에는 검찰관이 반다시 그 청구에 응하야 영장신청수속을 제출하는 것은 아니다.…”[242]

검찰측 입장은 당초 미군정법령 제176호의 성안과정에서 영장발부권한을 검찰이 확보하지 못한 바에, 단독으로 법관에 직접 영장을 신청할 권한 –즉 경찰을 배제하고 경찰은

240) 신동운, 수사지휘권의 귀속에 관한 연혁적 고찰(II)-초기 법규정의 정비를 중심으로-, 서울대학교 법학 제42권 제2호, 2001.7. 서울대학교 법학연구소, 240쪽.

241) 남조선과도정부 법령 제180호 1948.3.31. 법령 제176호의 보충규정

제1조 본령은 종전의 형사소송에 관한 규정과 1948년 3월 20일부 법령 제176호(형사소송법의 개정)과의 경과규정을 규정함을 목적으로 한다.

제2조 본령시행당시 1912년 3월 18일 제11호 조선형사령 또는 형사소송법에 의하여 심판관, 검찰관 또는 사법경찰관이 발한 각 영장은 조선형사령 또는 형사소송법에 의한 기간이 만료될 때까지 종전의 효력이 있다.

제5조 구속영장 또는 수색영장의 신청수속은 다음과 같다.

가. 검찰관은 그 소속재판소에 신청한다.

나. 사법경찰관 및 기타관헌은 소관 검찰관에게 청구하며 그 검찰관은 이를 재판소에 신청한다.

제6조 지방심리원장은 재판소가 없는 부, 군, 또는 도의 재직특별심판원에게 심판관의 대리로서 법령 제176호에 의한 구속영장 또는 수색영장을 발부할 권한을 부여할 수 있다. 그 경우에는 당해관서에 대하여 그 특별심판원의 임지와 성명을 통지하여야 하며 사법경찰관 및 기타 관헌은 검찰관에게 청구할 필요없이 특별심판원에게 직접 각 영장의 발부를 신청할 수 있다. 그 경우에 법령 제176호에 규정한 영장을 얻어야 할 기간은 48시간이다.

제7조 본령은 1948년 4월 1일부터 효력이 있다.

242) 민복기/정윤환, 형사소송개정법개설, 조선출판문화사, 1948, 152쪽.

검사를 경유하여서만 가능하게-이라도 확보하려는 입장을 확인·강조하고 있는 것으로 보인다.

3) 대한민국 헌법하의 영장청구 관련 (헌)법규정의 변천사

가) 1948.7.17. 제헌헌법

제헌헌법은 제9조 신체의 자유에 대한 규정에서[243] 사전영장을 원칙으로 하고 예외적으로 사후영장발부를 인정하는 영장제도를 채택하고, 영장발부권한이 법관에게 전속함을 확인하였다. 이는 1946년 11월 3일 공포, 1947년 5월 3일부터 시행된 일본국헌법이 영장발부에 대하여 "권한을 가진 사법관헌"이라고 명시하여 법관에 한정하지 않았던 점과는 차이를 보인다. 우리나라의 경우 이미 미군정법령 제176호를 통해 영장의 발부권자가 누구여야 하는지에 대한 논란이 마무리되었는바, 헌법의 제정과정에서는 발부권자에 대하여는 따로 논의되지 않았다. 단, 제헌헌법은 신체의 체포, 구금, 수색에 대하여만 영장주의를 규정하고 오늘날과는 달리 주거의 압수, 수색에 대하여는 영장주의를 규정하지 않았다.

제헌헌법의 초안을 작성하였던 유진오 박사는 동 조항에 대하여,

"본조 제2항은 경찰관리가 국민을 체포, 구금 또는 수색할 때에는 반드시 법관의 영장이 있어야 한다고 규정하였는데, 이 영장제도는 영·미의 인신의 자유를 보장하는 제도 중에서 가장 중추적인 제도라 할 수 있는것이며, 우리나라에서는 종래의 경험으로 보아 그 점에 경찰관리의 권력남용의 위험이 가장 많으므로 그를 방지하기 위하여 이를 채용한 것이다. 물론 이 제도를 채용함으로 인하여 범죄수사에 상당한 곤란이 있을 것으로 예측되나, 수사의 편의를 위하여 국민의 신체의 자유를 경시할 수는 없으므로 이 제도를 채용하기로 된 것이다. 다만 이상의 원칙을 너무 고수하면, 범죄수사가 비상한 곤란에 빠질 때가 잇을 수 있으므로, 본항에서는 단서를 설치하여 현행범의 경우와 범인의 도피 또는 증거인멸의 우려가 있을 때에는 수사기관은 우선 법관의 영장없이 범인을 체포, 구금 또는 수색하고, 사후에 법관의 영장을 청구할 수 있게 하였다. 그러나 이것은 예외적 규정이므로 가장 엄격하게 해석하여야 함을 물론이오, 범인의 도피 또는 증거인멸의 염려의 유무를 인정하는 것은 수사기관 자신이므로 본 규정을 남용하여 국민의 신체의 자유를 임의로 해함이 없도록 법률에 상세한 규정을 설치하여야 할 것이다. 또 사후에 영장을 청구할 수 있는 기한을 가급적 단시일로 하는 것이 필요한 것이다."[244]

---

243) 1948년 제헌헌법

제9조 모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 법률에 의하지 아니하고는 체포, 구금, 수색, 심문, 처벌과 강제노역을 받지 아니한다.

체포, 구금, 수색에는 법관의 영장이 있어야 한다. 단, 범죄의 현행·범인의 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때에는 수사기관은 법률의 정하는 바에 의하여 사후에 영장의 교부를 청구할 수 있다.

누구든지 체포, 구금을 받은 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리와 그 당부의 심사를 법원에 청구할 권리가 보장된다.

제10조 모든 국민은 법률에 의하지 아니하고는 거주와 이전의 자유를 제한받지 아니하며 주거의 침입 또는 수색을 받지 아니한다.

244) 유진오, 신고헌법해의, 일조각, 1959, 69쪽.

라고 설명하였다. 종래 식민지경찰 - 및 그 배후에 있었던 검찰-의 권력남용의 폐해를 경험하였던 헌법제정자들로선, 신체의 자유에 대한 부당한 침해로부터의 방어와 범죄수사의 효율성을 다같이 고려하되, 인신의 자유에 대한 가치에 우위를 두는 고려를 할 수 밖에 없었을 것이고 따라서 법관에 의한 영장제도를 헌법에 도입하기로 합의하였던 것이다. 당시 제헌헌법 초안작성시 참고하였던 외국의 입법례 중 영장주의를 헌법에 규정한 국가가 다수 존재하지만, 모두 그러한 것은 아니었기 때문이다.[245]

나) 1954.9.23. 형사소송법 제정

1948년 7월 17일 헌법이 제정·공포된 후, 동년 9월 14일 형사소송법의 제정을 위한 법전편찬위원회가 구성되었다.[246] 법전편찬위원회 초안은 정부안으로 국회에 제출되어, 제1독회와 제2독회 축조심의를 거쳐 정부에 이송되었으나 정부가 거부권을 행사하자 국회는 재의에 부쳐 가결함으로써 법률로 확정하였다. 동 법률안은 1954년 5월 30일 시행하기로 되어있었으나 동년 9월 23일에야 비로소 공포되었다. 영장제도와 관련하여서는 제헌헌법이 이미 체포, 구금, 수색에 있어 영장주의를 명시적으로 채택하였으므로 관련절차를 법률 차원에서 상세히 규정하여야 했다. 그 결과 동법 제201조에서 피의자가 죄를 범하였다 의심할 만한 상당한 이유가 있고 구속사유가 있을 때에는 검사 또는 사법경찰관은 관할지방법원판사의 구속영장을 받아 피의자를 구속할 수 있음을 규정하고, 제215조에서 검사 또는 사법경찰관이 범죄수사에 필요한 때에는 지방법원판사가 발부한 압수·수색영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있음을 규정하였다.[247]

---

245) 당시 참고한 외국의 헌법상 영장주의 비교에 고나하여 문성도, 영장주의의 도입과 형성에 관한 연구-1954년 형사소송법의 성립을 중심으로-, 서울대학교 법학박사학위논문, 2001, 141쪽 이하, 159쪽의 표 참조.

246) 당시 법전편찬위원회에서 형사소송법의 성안을 담당한 일반위원 및 기초위원은 모두 검찰 출신이었다.

247) 1954년 제정형사소송법

제201조 (구속) ① 피의자가 죄를 범하였다 의심할 만한 상당한 이유가 있고 제70조제1항 각호의 1에 해당하는 사유가 있을 때에는 검사 또는 사법경찰관은 관할지방법원판사의 구속영장을 받어 피의자를 구속할 수 있다. 단, 1만5천환 이외의 벌금, 구류 또는 과료에 해당하는 범죄에 관하여는 피의자가 일정한 주거가 없는 경우에 한한다.

②구속영장의 신청에는 구속의 필요를 인정할 수 있는 자료를 제출하여야 한다.

③제1항의 신청을 받은 지방법원판사는 상당하다고 인정할 때에는 구속영장을 발부한다. 그 신청을 기각할 때에는 신청서에 그 취지를 기재하여 신청한 검사에게 교부한다.

④전3항의 규정에 의하여 구속을 받은 자 또는 그 변호인, 법정대리인, 배우자, 직계친족, 형제자매, 호주나 가족은 관할법원에 구속의 적법여부의 심사를 청구할 수 있다.

⑤전항의 청구를 받은 법원은 지체없이 구속한 자와 구속받은 자를 심문하여 그 청구가 이유 없다고 인정한 때에는 결정으로 이를 기각하고, 이유 있다고 인정한 때에는 결정으로 구속받은 자의 석방을 명하여야 한다.

⑥전항의 청구를 기각하는 결정에 한하여 항고를 할 수 있다.

제215조 (압수, 수색, 검증) 검사 또는 사법경찰관이 범죄수사에 필요한 때에는 지방법원판사가 발부한 압

형사소송법 제정 전 수사실무는 미군정법령 제180호의 영향으로 영장청구시 검사를 경유하여 신청하도록 운영되었던 것으로 보인다. 그러나 그러한 수사실무와는 달리, 1948년 제정된 헌법상 영장관련규정이나 제정 형사소송법은 영장청구의 절차에서 검사경유원칙을 명시하거나 사법경찰관을 영장청구의 주체에서 배제하는 문구를 채택하고 있지 않아 헌법 및 법률의 해석만 가지고는 검사와 사법경찰관 모두에게 영장청구권이 있는 것으로 해석될 수 있는 것이었다. 반면 법원이 영장기각시 영장을 신청할 검사에게 신청서를 교부한다는 제201조 제3항 규정과 사법경찰관에 대한 검사의 지휘권을 근거로 영장신청시 검사경유원칙이 도출된다고 해석하는 견해도 있었다.[248]

다) 1960.6.15. 제3차 개헌(제2공화국 헌법)

4·19 혁명 이후 사회전반에 흐른 민주화 분위기를 타고, 사법민주화에 대한 논의가 진행되었다. 이에 과거 정부의 검찰과 경찰의 정치편향성과 종속성을 시정하기 위한 광범위한 논의가 이루어졌는데, 그 결과의 하나로 1960년 6월 15일 개정된 헌법 제75조 제2항[249]은 경찰의 중립성 확보에 대한 규정을 신설하였다.

당시 경찰민주화를 위하여 구성된 '경찰행정개혁심의회'[250]에 의하여 경찰에게 1차적 수사권을 부여하자는 주장이 제기되었으나 무산되었고, 민의원 내무위원회의 심의과정에서 경찰에게 독자적인 수사권을 주지 않고 검찰에게 수사권을 주게 되면 검찰총장을 통하여 법무부장관과 여당으로 연결되어 결국 범죄수사가 정치권에 종속되게 되므로 경찰수사권의 독립이 필요하다고 주장된 바 있으나,[251] 이러한 주장은 검찰의 경찰에 대한 수사지휘권 강화 움직임과 함께[252] 흐지부지되고 말았다.[253]

라) 5·16 군사쿠데타 후 1961.9.1. 형사소송법 개정

수수색영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다.

248) "…이상의 규정에 의하여 신청을 받은 판사는 상당하다고 인정할 때에는 구속영장을 발부한다. 그 신청을 기각할 때에는 그 취지를 기재하여 신청한 검사에게 교부한다(동조 제3항). 따라서 구속영장의 신청은 검사만이 할 수 있는 것으로 사법경찰관은 검사를 경유하여야 한다. 이는 사법경찰관이 범죄의 수사에 있어서 검사의 지휘감독을 받는 현 제도하에서는 당연하다 하겠다. 검사는 사법경찰관의 영장청구에 대하여 수사지휘권에 기하여 이를 거부할 수 있다.…" 서일교, 신형사소송법학, 일한도서출판사, 1954, 200쪽.

249) 1960.6.15. 제3차 개정헌법

제75조 ①행정각부의 조직과 직무범위는 법률로써 정한다.

②전항의 법률에는 경찰의 중립을 보장하기에 필요한 기구에 관하여 규정을 두어야 한다.

250) 허정 과도내각수반 겸 대통령 권한대행은 1960.6.1. 경찰행정개혁심의위원회령을 대통령령 제1584호로 제정, 공포하여 내무부장관의 자문에 응하여 경찰행정개혁에 관한 사항을 조사심의하기 위한 경찰행정개혁심의회를 내무부 산하에 설치하였다.

251) 이수란, 영장청구권에 관한 연구, 서울대학교 법학석사학위논문, 2007, 61쪽.

252) 당시 검찰은 해방 후 처음으로 유치장감찰을 실시하게 된다.(조선일보 1960.12.24.일자 3면 기사 참조)

253) 이수란, 영장청구권에 관한 연구, 서울대학교 법학석사학위논문, 2007, 60-61쪽 참조.

5·16 군사쿠데타 후 1961년 9월 1일 형사소송법 제201조 이하의 영장관련 규정이 개정되었다.[254] 기존 형사소송법상 구속영장 및 압수·수색규정에서 "검사 또는 사법경찰관은"이라고 규정하였던 것을 사법경찰관의 경우에는 "사법경찰관은 검사에 청구하여"라고 수정하여 영장청구시 검사를 경유하도록 한 것이다. 이처럼 검사는 법관에게 직접 영장을 청구할 수 있음에 반하여 사법경찰관의 경우 검사를 경유하여서만 영장을 청구할 수 있도록 검사경유원칙을 법률차원에 최초로 규정한 1961년 형소법 개정의 배경이나 진행상황에 관하여는 참고할 만한 입법자료가 발견되지 아니한다.

1961년 형소법의 개정 전 헌법 및 법률의 해석상 사법경찰관의 영장청구권이 부정되지 않음으로 인하여 그 해석을 둘러싸고 검찰과 경찰간 논란이 있었던 것에 비추어보면, 영장청구시 반드시 검사를 경유하도록 개정한 것은, 검사의 독점적 영장청구권 규정을 법률에 명문화하여 검찰권강화를 꾀하고 이로써 형사사법기관(수사기관)내의 효율적인 일원적 지배구조를 확립하려고 하였떤 것으로 보인다. 이러한 의도는 동 개정을 통하여 형사소송법에 검사의 유치장 감찰제도가 신설된 점(법 제198조의2), 법 개정 후 1962년 4월 제15회 전국검사장회의에서 대검 차장검사(주운화)가 인신구속의 신중과 수사지취권의 확립의 견지에서 사법경찰관의 영장청구에 대하여 "의연한 태도로 임할 것이며, 신중한 검토없이 법원에 신청하여 마치 검찰이 사법경찰과 법원과의 단순한 경유기관에 불과하다는 감을 주어서는 안 될 것"이라고 지시하였다는 점에서도,[255] 찾아볼 수 있다. 또한 권위주의 정부가 이러한 검찰의 권한을 통하여 효율적인 시민통제를 가능케 하고자 한 의도로 볼 여지도 있다.

---

254) 1961.9.1. 개정된 형사소송법

제201조 (구속) ① 피의자가 죄를 범하였다 의심할 만한 상당한 이유가 있고 제70조제1항 각호의 1에 해당하는 사유가 있을 때에는 검사는 관할지방법원 판사의 구속영장을 받아 피의자를 구속할 수가 있고 사법경찰관은 검사에 청구하여 관할지방법원 판사의 구속영장을 받아 피의자를 구속할 수 있다. 단, 1만5천환 이외의 벌금, 구류 또는 과료에 해당하는 범죄에 관하여는 피의자가 일정한 주거가 없는 경우에 한한다. <개정 1961·9·1>

②구속영장의 신청에는 구속의 필요를 인정할 수 있는 자료를 제출하여야 한다.

③제1항의 신청을 받은 지방법원판사는 상당하다고 인정할 때에는 구속영장을 발부한다. 그 신청을 기각할 때에는 신청서에 그 취지를 기재하여 신청한 검사에게 교부한다.

④전3항의 규정에 의하여 구속을 받은 자 또는 그 변호인, 법정대리인, 배우자, 직계친족, 형제자매, 호주나 가족은 관할법원에 구속의 적법여부의 심사를 청구할 수 있다.

⑤전항의 청구를 받은 법원은 지체없이 구속한 자와 구속받은 자를 심문하여 그 청구가 이유 없다고 인정한 때에는 결정으로 이를 기각하고, 이유 있다고 인정한 때에는 결정으로 구속받은 자의 석방을 명하여야 한다.

⑥전항의 청구를 기각하는 결정에 한하여 항고를 할 수 있다

제215조 (압수, 수색, 검증) ① 검사는 범죄수사에 필요한 때에는 지방법원 판사가 발부한 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다.

②사법경찰관이 범죄수사에 필요한 때에는 검사에게 청구하여 지방법원 판사가 발부한 압수, 수색영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다.[전문개정 1961·9·1]

255) 대검찰청, 훈시집, 1977, 193쪽.(문준영, 한국검찰제도의 역사적 형성에 관한 연구, 서울대학교 법학박사학위논문, 2003, 321쪽에서 재인용)

마) 1962.12.26. 제5차개헌 (제3공화국 헌법)

1962년 12월 6일 국가재건최고회의의 의결을 거쳐, 1962년 12월 26일 공포된 제5차 개정헌법은 제10조 제3항에 “체포·구금·수색·압수에 있어 검찰관의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다”고 규정함으로써 당시 법률(61년 개정된 형사소송법) 차원에서 우선 도입된 검사의 영장신청권을 헌법차원으로 격상하여 규정하였다.[256] 이를 통하여 검사경유원칙을 먼저 도입하였던 법률 차원과는 달리 기존 헌법의 해석을 통하여서는 적어도 사법경찰관과 검찰 모두에게 인정되는 것으로 볼 수 있었던 영장청구권의 주체가 검사로 한정되게 된 것이다. 이와 같이 헌법에 도입된 검사경유원칙을 어떻게 해석하여야 하는가 내지 해석할 수 있는가와는 별개로, 실무상 영장청구에 있어 사법경찰관은 반드시 검사를 경유할 수밖에 없게 되었고, 헌법의 개정없이는 영장청구권자의 변경이 불가능하게 되었다.[257]

그러나 헌법에 영장청구시 검사를 경유하도록 한 것을 명시하게 된 구체적 배경이나 진행상황을 확인할 입법자료는 발견할 수 없다. 당시 헌법개정심의록을 살펴보아도 신체의 자유에 관한 조항의 논의 중에 법률유보에 대한 논의 내지 외국의 헌법례를 참고하여 상세하게 규정하자는 논의만 있을 뿐, 검사의 영장청구권을 삽입하게 된 논의의 흔적은 찾아보기 어렵다. 따라서 동 헌법개정으로부터 검사의 영장신청권의 특별한 의미를 도출하려는 모든 시도들은 객관적 자료에 의해 검증될 수 없는 주관적인 견해로 볼 수 있을 것이다.

또한 동 개정을 통하여 제14조 주거의 자유 관련규정에 주거에 대한 수색이나 압수에

---

256) 1962.12.26. 제5차 개정헌법

제10조 ①모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구금·수색·압수·심문 또는 처벌을 받지 아니하며, 형의 선고에 의하지 아니하고는 강제노역을 당하지 아니한다.

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

③체포·구금·수색·압수에는 검찰관의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다. 다만, 현행범인인 경우와 장기 3년이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때에는 사후에 영장을 청구할 수 있다.

④누구든지 체포·구금을 받은 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다. 다만, 법률이 정하는 경우에 형사피고인이 스스로 변호인을 구할 수 없을 때에는 국가가 변호인을 붙인다.

⑤누구든지 체포·구금을 받은 때에는 적부의 심사를 법원에 청구할 권리를 가진다. 사인으로부터 신체의 자유의 불법한 침해를 받은 때에도 법률이 정하는 바에 의하여 구제를 법원에 청구할 권리를 가진다.

⑥피고인의 자백이 고문·폭행·협박·구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법에 의하여 자의로 진술된 것이 아니라고 인정될 때, 또는 피고인의 자백이 그에게 불리한 유일한 증거인 때에는, 이를 유죄의 증거로 삼거나 이를 이유로 처벌할 수 없다.

제14조 모든 국민은 주거의 침입을 받지 아니한다. 주거에 대한 수색이나 압수에는 법관의 영장을 제시하여야 한다.

257) 1961년의 형사소송법 개정과 관련하여 당시 헌법이 사법경찰관의 영장청구권을 명시적으로 배제하지 않았음에도 불구하고 법률개정을 통해 영장청구주체를 검사로 한정하였음은 위헌의 소지가 있는 것으로서, 이를 단지 1년 후인 1962년 이루어진 헌법개정에서 반영한 것임에도 불구하고 동 헌법규정에서 검사의 지위 및 수사지휘권을 도출하는 것은 문제가 있는 해석이라고 비판하는 견해가 있다. 천진호, 영장청구권의 귀속 주체에 관한 검토, 법학논고, 제26집, 2007.6., 경북대학교 법학연구소, 338-339쪽.

있어서도 법관의 영장을 제시하여야 한다고 최초로 규정하였다. 단, 제14조에서는 '검찰관의 신청에 의하여'라는 문구가 삽입되지 아니하였는바 이로 인하여 최소한 헌법의 문언상으로는 주거의 수색·압수에 있어서는 영장청구에 있어 검찰관의 신청을 경유하지 않아도 된다는 해석이 가능한 것으로 볼 여지가 있었다. 그밖에 1960년 제3차 개정헌법에서 신설하였던 검찰의 정치적 중립성 규정이 5차 개헌을 통해 삭제되었다.

바) 1972년 헌법 (유신헌법)

박정희 군사정권은 1969년 10월 21일 3선 개헌으로 장기집권의 길을 열고, 1972년 10월 17일 전국에 비상계엄을 선포한 후 10·17 비상조치를 단행하여 국회를 해산하고 정당활동을 중지, 헌법정지 등의 조치를 강행하였다. 이로부터 10일 후 10월 27일 소위 '유신헌법'이 비상국무회의에서 의결되고 12월 27일 공포되었다. 유신헌법의 두드러진 특징 가운데 하나는 기본권 보장의 현저한 후퇴인데, 기본권제한사유로서 국가안전보장을 추가하였고 기본권의 본질적 내용 침해금지조항을 삭제하는 것 외에도 개별 기본권조항에 대대적인 제한을 부가하였다.

이러한 특징은 영장관련조항에서도 나타나는데, 유신헌법 제10조 제3항에서 체포·구금·수색·압수 시 영장규정에 "검찰관의 신청에 의하여"라고 규정하였던 것을 "검사의 요구에 의하여"로 수정하고, 제14조 주거에 대한 수색·압수 영장규정에 단지 "법관의 영장"이라고 규정하였던 것을 "검사의 요구에 의하여 법관이 발부한 영장"으로 수정하였다.[258] 이처럼 '신청'을 '요구'로 바꾸고 주거의 수색·압수에 있어서도 '검사의 요구에 의하여'를 추가한 점은 검사의 영장신청권한을 더욱 더 강화하는 한편, 상대적으로 법관의 영장발부에 대한 재량을 축소코자 하였던 의도가 아닌가 추측된다.[259]

사) 1980년 헌법 (제5공화국 헌법)

---

258) 1972.12.27. 제7차 개정헌법

제10조 ①모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구금·압수수색·심문·처벌·강제노역과 보안처분을 받지 아니한다.

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

③체포·구금·압수수색에는 검사의 요구에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다. 다만, 현행범인인 경우와 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때에는 사후에 영장을 요구할 수 있다.

④누구든지 체포·구금을 받은 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다. 다만, 법률이 정하는 경우에 형사피고인이 스스로 변호인을 구할 수 없을 때에는 국가가 변호인을 붙인다.

제14조 모든 국민은 법률에 의하지 아니하고는 주거의 자유를 침해받지 아니한다. 주거에 대한 압수나 수색에는 검사의 요구에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.

259) 검찰의 영장청구에 관한 문구가 검찰의 권력과의 거리에 따라 검사를 중심으로 변화되었으며, 당시 민선국회의 활동이 배제된 상태에서 비상입법기구를 통하여 검찰조직 및 권한에 대한 규정이 절대권력을 행사하려는 정부측 의지와 결합하여 검찰에게 유리한 개정이 이루어졌을 것이라고 지적한 문헌으로는 이명원, 우리나라 수사체제에 관한 고찰-검찰과 경찰의 관계를 중심으로-, 서울대학교 법학석사 학위논문, 2000, 77-78쪽 참조.

1979년 유신체제가 막을 내리면서, 유신헌법의 개정을 위한 준비작업이 본격화되었다. 동년 11월 26일 국회에 개헌특위가 구성되고 각지에서 개헌공청회가 개최되었다. 이에 각 정당과 단체 및 학계에서 각각의 개헌안이 발표되어 개헌논의가 활발히 일어났으며 법제처 산하 헌법연구반이 제출한 헌법연구반 보고서를 중심으로 1980년 5월경에는 국회 개헌특위에서 개헌안의 축조심의와 대체합의가 거의 마무리되었다.

1980년 헌법은 1962년 헌법의 문안을 거의 그대로 따르되, 기본권 규정을 대폭 보강하였다. 제11조 제3항 체포·구금·압수·수색과 제15조 주거의 압수·수색시 영장청구권에 있어서는 기존에 "검사의 요구에 의하여"라고 규정하였던 것을 "검사의 신청에 의하여"로 수정하였다.[260] 당시 제출된 헌법안들로는 공화당안, 신민당안, 6인연구회안, 대한변협안 등이 있었는데, 헌법연구반보고서에 의하면 '검사의 요구'를 삭제하자는 의견은 입법정책상의 문제로서 '검사의 요구'를 규정한 외국의 입법례는 거의 없다고 밝히면서, 동 조항에 대하여 신민당안은 '검사의 요구'를 '검찰관의 신청'으로 수정할 것, 대한변협안은 단순히 '법관이 발부한 영장'으로 할 것을 제안하였으며, 기타의견으로 '검사의 요구'를 '정당한 이유가 명시된'으로 수정하자는 의견이 개진되었다.[261] 동 조문의 개정에 따라 제5차 형사소송법 개정(1980.12.18. 일부개정 법률 제3282호)에서도 "검사의 신청"이라는 용어만 변경되었다.

아) 1987년 헌법(현행 헌법)

1980년 이래 국민들의 민주화에 대한 염원으로 대통령직선제로의 개헌을 위한 여·야간 협상이 개시되었다. 그러나 동 협상이 곧 결렬되고 대통령이 호헌조치를 단행하자, 국민들의 개헌요구와 저항은 6·29선언까지 이어져 결국 정부는 직선제 개헌 요구를 수용하기로 결정한다. 이에 정치권은 당시 여당인 민주정의당은 제1야당인 통일민주당과 8인 정

---

260) 1980.10.27. 제8차 개정헌법

제11조 ①모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구금·압수·수색·심문과 보안처분을 받지 아니하며, 형의 선고에 의하지 아니하고는 강제노역을 당하지 아니한다.

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

③체포·구금·압수·수색에는 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다. 다만, 현행범인인 경우와 장기 3년이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때에는 사후에 영장을 청구할 수 있다.

④누구든지 체포·구금을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다. 다만, 법률이 정하는 경우에 형사피고인이 스스로 변호인을 구할 수 없을 때에는 국가가 변호인을 붙인다.

⑤누구든지 체포·구금을 당한 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 적부의 심사를 법원에 청구할 권리를 가진다.

⑥피고인의 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.

제15조 모든 국민은 주거의 자유를 침해받지 아니한다. 주거에 대한 압수나 수색에는 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.

261) 법제처, 헌법연구반보고서, 1980, 99-100쪽.

치회담을, 신한민주당, 한국국민당과 4인 정치회담을 각각 개최하여 개헌의 골자를 합의하게 된다. 제9차 개정헌법은 헌정사상 처음으로 시도된 여·야간 합의를 통한 개헌으로서, 과거 어두운 헌정사에 대한 반성과 국민의 민주화에 대한 열망이 반영되어 기본권조항의 대대적인 확충을 가져왔다고 평가된다. 특히 신체의 자유를 강화하는 것에 대한 합의는 당시 제출된 각 당의 헌법개정안에 공통적으로 나타난다.[262]

그 결과 1987년 10월 29일 개정된 현행 헌법은 제12조 제3항에서 체포·구금·압수·수색시의 여장발부에 대하여 기존의 문구인 "검사의 신청에 의하여" 앞에 적법절차를 추가하여 "적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여"로 수정하고, 제16조 주거에 대한 압수·수색 관련규정은 그와 같은 문구를 삽입하지 아니한 채 종전대로 유지하였다.[263]

자) 소결

이상에서 다소 길게 이 땅에서 적용되었던 영장 제도의 변천사를 소개한 것은 첫째 현재의 제도도 대한민국 국민의 인권 보장을 위한 최선의 제도여서 형성된 것이라기보다 각 견해의 대립, 절충에 따른 타협의 산물이라는 점, 둘째 시민 일반과 직접 이해 당사자들의 기본적 인권에 대한 이해가 증진됨에 따라 영장 제도가 강화되고 있다는 점을 보기 위함이었다. 특정 사안에서의 법적 판단을 하여할 때는 불가피하게 현행법의 해석 한계 안에 머무를 수밖에 없지만, 어떤 계기로 변화될 가능성이 있다면 여러 가지 면에서 보완되어야할 불완전한 제도이기 때문이다.

---

262) 1987.8.31. 제135회 국회 제7차 헌법개정특별위원회 회의록 부록 참조.

263) 1987.10.29. 제9차 개정헌법

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.

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

③ 체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다. 다만, 현행범인인 경우와 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때에는 사후에 영장을 청구할 수 있다.

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.

⑤ 누구든지 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 지체없이 통지되어야 한다.

⑥ 누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 적부의 심사를 법원에 청구할 권리를 가진다.

⑦ 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.

제16조 모든 국민은 주거의 자유를 침해받지 아니한다. 주거에 대한 압수나 수색을 할 때에는 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.

제3장 현행 형사소송법상 강제처분 제도

제1절 개관

강제처분이란 소송절차의 진행이나 형벌의 집행을 확보하기 위하여 개인의 기본권을 제한하는 처분을 말한다. 반드시 물리적 강제력이 수반될 필요는 없다. 현행 형사소송법에 규정된 강제처분에는 대인적 강제처분인 체포, 구속과 대물적 강제처분인 압수, 수색, 검증이 있다. 그 밖에 수사절차에는 강제처분의 성격을 지니는 수사상의 증거보존(제184조)과 증인신문청구(제221조의2)에 대한 규정이 있다. 이와 같은 강제처분은 다시 그 주체에 따라 법원에 의한 강제처분과 수사기관의 강제처분으로 구별된다. 형사소송법은 법원의 강제처분에 관해 규정하고(제68조 내지 제145조), 수사기관의 강제처분에 대해서는 대부분 법원의 강제처분에 관한 규정을 준용한다(제209조, 제219조).

인신구속의 문제는 법치국가적 형사절차에서 핵심적 문제라 할 수 있다. 이른바 '헌법적 형사소송법'의 중점적 규율내용은 인신구속절차에 관한 규정들이며, 형사소송법의 개정역사는 인신구속제도를 둘러 싼 변화의 역사라 해도 과언이 아닐만큼 인신구속절차는 끊임없이 논의의 중심이 되어 왔다. 그 동안의 개정사를 보면 정치적 상황에 따라, 그리고 민주주의와 법치주의의 발전 여하에 따라 인신구속에 대한 적법절차 보장의 정도가 때로 후퇴하기도 했지만 전체적으로는 계속해서 발전하는 양상을 보이고 있다.

현행 형사소송법의 인신구속제도는 1995년 12월 29일 개정되어 1997년 1월 1일부터 시행되어온 내용이 주요 얼개를 이루고 있다. 당시의 형사소송법 개정은 인신구속제도의 '획기적' 변화를 가져왔다고 평가되고 있다. 즉, "민주화의 결과에 따른 기본권보장의 강화요청에 실질적으로 부응하여 인신구속제도를 획기적으로 개선"하였다는 것이다.[264] 그리고 그 '개선'의 내용으로 드는 것이 체포제도의 도입과 구속전 피의자 심문제도, 즉 구속영장실질심사제도의 도입이다. 더불어 체포제도의 도입에 대응하여 긴급구속제도를 긴급체포제도로 대체하였으며 체포된 자에 대해서도 적부심사청구를 인정한 것 등이 인신구속제도와 관련한 '개선'의 내용으로 제시된다.[265]

그런데 개정된 형사소송법이 시행된 이후 이러한 제도의 '개선'이 실질적으로 인신구속의 현실을 개선시켰는지에 대해서는 이론과 실무의 양 측면에서 부정적 평가들이 이어졌다. 우선 체포제도의 도입과 관련해서는 특히 긴급체포의 남용에 대한 지적이 상당하였다.[266] 체포영장제도의 도입에 대해서는 수사실무에서 관행처럼 자행되었던 임의동행이라는 위법한 형식에 의한 체포를 방지할 수 있게 되었다는 점에서 제도의 도입 자체는 긍정적으로 평가되었지만,[267] 체포영장제도에 대한 수사기관의 인식미비로 거의 활용

---

264) 국회 법제사법위원회, 형사소송법중개정법률안 심사보고서, 1995.12, 2쪽.

265) 국회 법제사법위원회, 형사소송법중개정법률안 심사보고서, 1995.12, 2쪽 이하 참조.

266) 류지영, 긴급체포제도의 문제점과 개선방안, 형사법연구 제20호, 2003, 277쪽 이하; 황정근, 인신구속과 인권보호, 형사법연구 제14호, 2000, 37쪽 이하.

267) 류지영, 긴급체포제도의 문제점과 개선방안, 형사법연구 제20호, 2003, 277쪽; 한상훈, 형사소송법 개정법률안에 대한 비판적 검토, 민주법학 제9호, 1995, 324쪽.

되지 못하고 있었으며, 그것이 긴급체포의 남용을 가져오는 원인으로 지적되었다.[268] 한편으로 영장실질심사의 도입은 구속에서 적법절차의 보장을 강화하는 긍정적 변화였지만, 시행 후 1년이 되지 않아 신청에 의한 심사로 제한되었으며, '구속 전' 심문이란 점에서 일부 절차상의 모순이 있었다.

이러한 상황에서 2007년의 개정법률은 긴급체포의 남용을 방지하기 위해 긴급체포 후 '지체없이' 구속영장을 청구하도록 하고(제200조의4), 긴급체포에 따른 영장 없는 압수수색의 기간을 24시간으로 축소하였으며(제217조), 영장실질심사를 필요적 절차로 변경하였다(제201조의2). 그 밖에 보석의 조건을 다양하게 규정하였고, 구속영장의 집행절차(제81조)와 체포구속의 적부심절차를 일부 개선하였다(제214조의2). 더불어 구속사유의 심사기준을 규정하고(제70조) 구속기간을 연장하였다.[269]

제2절 인신구속제도

I. 인신구속제도의 의의와 종류

현행법의 인신구속제도에는 체포와 구속이 있다. 체포는 수사초기단계에서 피의자를 단기간 동안 수사관서 등 일정한 장소에 인치하는 강제처분이며, 구속은 수사와 재판을 위해 피의자, 피고인의 신병을 확보하기 위한 강제처분으로 체포에 비하여 장기간에 걸쳐 구금된 자의 자유를 제한한다.[270] 구속에는 공판절차에서 법원이 행하는 구속(제70조), 즉 피고인구속과 수사기관에 의한 구속(제201조), 즉 피의자구속이 있는데, 형사소송법은 법원의 구속에 관해 주로 규정하고 수사기관의 구속은 법원의 구속에 관한 규정을 준용하도록 하고 있다.[271] 구속에는 구금과 구인이 포함된다. 구금이란 피고인 또는 피의자를 교도소 또는 구치소에 감금하는 강제처분이다. 구인은 피고인 또는 피의자를 법원 기타 일정한 장소에 인치하는 강제처분이다. 피고인에 대하여는 구속만 인정됨에 반하여 피의자에게는 구속 이외에 체포제도가 있다. 구속이 피고인 또는 피의자를 비교적 장기간에 걸쳐 구금하는 제도임에 반하여, 체포는 수사 초기에 단기간에 걸친 피의자의 간편한 신병확보를 가능하게 하기 위한 제도이다. 체포는 수사기관에 의한 체포가 있으며,

---

268) 이재석, 수사와 인권, 비교형사법연구, 2003, 416쪽 이하; 황정근, 인신구속과 인권보호, 형사법연구 제14호, 2000, 41쪽

269) 배종대, 신형사소송법, 홍문사, 2011, 16/5.

270) 이렇게 체포와 구속의 두 가지 인신구속장치를 운영하는 국가로는 일본과 한국의 예를 들 수 있다. 현행법의 인신구속제도가 일본 법제의 영향을 받아 규정된 탓이다. 그러나 일본은 구속 이전에 반드시 체포를 거쳐야 하는 '체포전치주의'를 취하고 있는 반면 한국은 체포 없이 바로 구속하는 것도 가능하다는 점에서 구별된다. 즉, 일본은 체포와 구속의 이중적 구조라고 한다면 한국은 체포와 구속의 '이중적·이원적 구조'라 할 수 있다.: 이에 대해서는 정승환, 형사소송법의 체포제도에 대한 재검토-형사소송법 개정안의 인신구속제도와 관련하여-, 법조, 2005. 7. 71면 이하 참조, 대부분의 국가에서 체포는 구속과 별도의 인신구속제도가 아니라 단지구속을 위해 피해자를 붙잡는 행위 정도로 이해된다.

271) 신동운 교수는 수사상 별도의 인신구속규정이 없는 것은 법편제의 흠결이라고 한다. 그러나 이것은 형사소송법의 체계내재적 정합성과 효율성을 도모하는 입법기술이라고 보는 것이 타당하다.

이는 다시 영장에 의한 체포(제200조의2)와 영장 없이 행하는 긴급체포(제200조의3) 및 현행범체포(제212조)로 구별된다. 형사소송법 상 체포제도가 도입되었다고 하여 피의자의 구속이 반드시 체포를 전제로 하는 것은 아니다. 수사기관은 체포를 거쳐 구속영장을 청구할 수도 있고, 체포 없이 바로 구속영장을 청구할 수도 있으며, 이와 별도로 법원은 피고인을 영장 청구 없이 구속할 수 있다.

II. 체포

1. 영장에 의한 체포 - 체포영장 제도

(가) 체포영장제도의 현실과 문제점

영장에 의한 체포란 상당한 범죄혐의가 있고 일정한 체포사유가 존재할 경우 사전영장에 의하여 일정한 시간 동안 구속(제201조)에 선행하여 피의자에게서 인신의 자유를 빼앗는 수사상의 강제처분을 말한다. 1995년의 개정으로 형사소송법에 들어 온 영장에 의한 체포제도(제200조의2)는 임의동행과 보호실유치 등의 탈법적 수사관행을 근절하고 인신구속의 적법한 수사절차확보를 위하여 헌법 제12조의 규정된 체포제도를 구체화한 것이다.

이러한 체포영장제도는 두 가지 기능을 갖는다.[272] 하나는 구인장으로서의 기능이고 다른 하나는 구속의 전단계로서의 기능이다. 즉 한편으로는 수사초기단계에서 임의수사에 불응하는 피의자에 대한 '간이한 인치제도'로서 기능하고, 다른 한편으로는 피의자를 수사하여야만 구속여부를 판단할 수 있는 때와 반드시 구속할 필요는 없으나 사건수사를 위하여 피의자에 대한 조사가 꼭 필요한 때에 유용한 '구속 이전의 구금제도'로서 기능한다는 것이다.[273] 형사소송법은 체포제도를 도입하여 체포의 이유를 구속사유보다 완화함으로써 피의자에 대한 간편한 인치를 가능하게 하면서, 체포한 피의자를 구속하고자 할 때에는 체포한 때로부터 48시간 이내에 제201조의 규정에 의하여 구속영장을 청구하게 하고 체포·긴급체포 또는 구인된 경우에 체포 또는 구인기간을 구속기간에 산입케 함으로써 구속기간을 단축할 수 있게 하였다.

체포영장제도는 1997년 1월 1일부터 시행된 이래로 그 이용률이 매우 저조하다. 체포영

---

272) 정승환, 형사소송법의 체포제도에 대한 재검토-형사소송법 개정안의 인신구속제도와 관련하여-, 법조, 2005. 7. 59쪽 이하 참조.

273) 영장에 의한 체포의 두 가지 기능은 개정법률안의 제안이유에서도 나타난다. 즉 입법자는 기존의 형사소송법의 규정에 의할 때 "피의자의 인치방법으로 엄격한 구속사유를 요건으로 하는 현행범체포, 긴급구속, 영장에 의한 구속만을 인정하고, 수사초기단계에서 임의적인 수사에 불응하는 피의자에 대한 간이한 인치제도를 인정하고 있지 아니하여 강제연행 및 보호유치 등 불법적인 수사관행이 불식되지 않"기 때문에 "앞으로 이와 같은 체포제도는 피의자를 수사하여야만 구속여부를 판단할 수 있는 때와 반드시 구속할 필요는 없으나 사전수사를 위하여 피의자에 대한 조사가 꼭 필요한 때에 유용한 제도가 될 것으로 생각"했다는 것이다. 다시말해 법개정 당시 입법자의 의도는 영장에 의한 체포가 '간이한 인치제도'로서 피의자신문을 위한 구인의 기능과 구속을 위한 전단계로서의 기능을 함께 예정한 것이다: 국제법제사법위원회, 형사소송법중개정법률안 심사보고서, 1995.12. 9쪽 참조.

장은 주로 기소중지되어 지명수배 중인 피의자를 체포하기 위한 수단으로 이용되는 것으로 보인다. 이 경우 실무에서는 체포영장의 유효기간을 1년으로 하여 청구하는 경우가 많다. 또한 실무에서는 지명수배자에 대한 1년 유효기간의 체포영장이 기간만료되기 전에 다시 체포영장의 유효기간을 연장하는 체포영장의 갱신제도(규칙 제96조의4)도 운영되고 있다. 이런 체포영장의 운영현실은 체포영장제도가 원래의 도입취지를 살리지 못하고 있음을 말해준다. 체포영장제도를 도입함으로써 기존의 탈법적 수사관행이 타파된 것이 아니라 인신구속의 구조가 이중적, 이원적 구조로 오히려 확대되었다고 볼 수도 있다. 즉 체포영장제도의 도입은 기존의 인신구속제도에 대해 '체제비판적 기능'을 수행한 것이 아니라, 기존의 비정형적인 인신구속제도를 법률의 이름으로 체제에 편입시키는 '체제편입적 기능'을 수행하였다.[274]

그럼에도 불구하고 체포영장제도는 체포의 사유, 그리고 임의수사 및 구속영장과의 관계를 고려하면 구인장으로서도, 구속의 전단계로서도 제대로 기능하지 못하는 애매한 위치를 차지하고 있다. 구인장으로서는 그 발부요건과 절차가 너무 까다롭고 구속의 전단계로 기능하기에는 다른 체포제도, 특히 긴급체포를 활용하는 것이 수사기관으로서는 더 효율적이다. 이러한 사정으로 체포제도의 체제편입은 체포영장의 고유기능, 그리고 체포영장과 구속영장의 역할분담 등의 문제에서 기능장애를 일으키는 원인이 되고 있다. 따라서 체포영장제도를 폐지하고 체포영장과 구속영장을 일원화할 것을 검토할 필요가 있다는 주장도 있다.[275]

(나) 체포의 요건

a. 범죄혐의의 상당성

피의자를 체포하기 위하여 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있어야 한다.(제200조의2 1항) 여기서 상당한 이유란 구속의 경우와 마찬가지로 피의자가 구체적인 범죄를 저질렀을 고도의 개연성을 가리킨다.[276] 이는 수사기관의 주관적인 혐의만으로는 부족하고 '구체적 사실'에 입각한 객관적 혐의가 있어야 한다. 다만 그 범죄혐의의 정도는 현실적으로 구속영장 발부에 비하여 낮은 정도의 혐의로도 족하다고 본다.

b. 출석요구불응 또는 불응의 우려

피의자를 체포하기 위한 사유는 '정당한 이유 없이 수사기관의 피의자신문을 위한 출석요구에 응하지 아니하거나 응하지 아니할 우려'이다(제200조의2 1항 본문). 출석요구불응의 우려도 수사기관의 주관적 판단에 의할 수밖에 없으나 구체적 사실에 근거를 두고

274) 이상돈, 형사소송원론, 법문사, 1998, 81쪽 참조.

275) 정승환, 형사소송법의 체포제도에 대한 재검토-형사소송법 개정안의 인신구속제도와 관련하여-, 법조, 2005. 7. 71-72쪽.

276) 신동운, 형사소송법 제4판, 2007, 143쪽.

있어야 한다. 피의자신문은 임의수사이고, 체포가 반드시 피의자신문만을 위한 제도가 아닌 이상 피의자가 출석요구에 응하지 아니하거나 응하지 아니할 우려가 있다는 것을 체포사유로 하는 것이 타당한가에 관하여는 의문이 없지 않다. 그럼에도 체포사유로 출석요구의 불응과 그 우려를 들고 있는 것은 체포를 가능한 한 제한하려는 취지라고 할 수 있다.[277] 다만 다액 50만원 이하의 벌금, 구류, 또는 과료에 해당하는 경미사건의 경우에는 피의자가 일정한 주거가 없는 경우 또는 수사기관의 출석요구에 불응한 경우에 한하여 체포할 수 있다(제200조의2 1항 단서)

c. 체포의 필요성

체포영장을 발부받기 위하여는 명백히 체포의 필요가 인정되지 아니하는 경우이어서는 안 된다(제200조의2 2항 단서). 즉 체포영장의 청구를 받은 판사는 체포의 사유가 있다고 인정되는 경우에도 피의자의 연령과 경력, 가족관계나 교우관계, 범죄의 경중 및 태양 기타 제반사정에 비추어 피의자가 도망할 염려가 없고 증거를 인멸할 염려가 없는 등 명백히 체포의 필요가 없다고 인정되는 때에는 체포영장의 청구를 기각하여야 한다(규칙 제96조의2). 즉, 도망 또는 증거인멸의 염려라는 구속사유의 존재는 체포의 적극적 요건이 아니라 소극적 요건에 불과하므로, 그러한 구속사유의 부존재가 명백한 경우에 한하여 체포의 필요성이 인정되지 않는다.[278] 따라서 명백히 체포의 필요가 인정되지 아니하는 경우란 구속사유의 부존재가 명백한 경우를 가리킨다. 구속사유의 부존재가 의문스러운 경우에는 '의심스러울 때는 피고인에게 유리하게(in dubio pro reo)'의 원칙에 따라 체포영장을 발부할 수 없다는 견해가 있으나 제200조의2 2항 단서가 체포의 소극적 요건으로서 체포필요성의 '명백한' 부존재만을 규정하고 있으므로 그러한 경우에도 체포의 요건은 충족된다고 보아야 한다.

2. 긴급체포

(가) 긴급체포의 의의

긴급체포는 수사기관이 현행범(제211조)에 해당하지 않는 피의자에 대해 사전영장을 발부받기 위해 시간을 지체할 수 없는 긴급한 경우에 영장 없는 체포를 일시적으로 허용하는 제도이다. 현행법은 긴급체포를 중대한 범죄에 대해서만 허용하고(제200조의3 1항) 피의자를 체포한 후 구속을 계속할 필요가 있는 경우에는 영장을 발부받도록 하고 있다.(헌법 제12조 3항 단서, 법 제200조의4 1항) 긴급체포는 중대범죄에 한하고, 범행과 체포 사이에 시간적 접착성을 요하지는 않는다는 점에서 현행범체포와 구별된다.

인신구속에 대해서는 영장주의를 원칙으로 하는 것이 '헌법적 형사소송법'의 기본내용이지만, 긴급한 경우에는 영장없는 구속이 불가피하기 때문에 대부분의 국가에서 긴급구속

277) 이재상, 신형사소송법, 박영사, 2009, 19/7.
278) 이재상, 신형사소송법, 박영사, 2009, 19/8.

의 예외를 인정한다. 헌법은 영장주의를 선언하면서 '다만 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때에는 사후에 영장을 청구할 수 있다'고 규정하여(헌법 제12조 3항 단서) 긴급체포에 대한 헌법적 근거를 마련하고 있다.[279] 우리 형사소송법도 과거에는 영장없는 예외적 구속을 '긴급구속'이라고 하였으나, 2005년의 개정법률에서 체포제도가 도입되면서 그 명칭이 '긴급체포'가 되었다.

(나) 긴급체포의 요건

긴급체포의 요건(제200조의3 1항)은 1) 상당한 범죄혐의, 2) 구속사유(같은 조 1항 1·2호) 이외에 중대성과 긴급성이라는 두 개의 추가적인 요건으로 이루어진다. 긴급체포의 경우에 체포영장을 받을 것을 요하지 않는 대신 그 요건을 엄격히 한 것이며, 긴급체포의 남용을 막기 위한 규정이라고 할 수 있다.[280]

a. 중대성요건 – 피의자가 혐의를 받고 있는 범죄는 중대한 범죄, 즉 사형, 무기 또는 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄이어야 한다.

b. 긴급성요건 – 피의자를 우연히 발견한 경우 등과 같이 체포영장(제200조의2)이나 구속영장을 받기 위해 시간을 지체하면 체포·구속이 불가능하게 되거나 현저히 곤란해지는 긴박한 상황이어야 한다.[281]

(다) 긴급체포에 수반한 강제처분

피의자를 체포할 때 영장없이 타인의 주거에서 피의자를 수색하거나, 체포현장에서 압수·수색·검증을 할 수 있다.(제216조 1항) 또한 긴급체포된 피의자가 소유·소지 또는 보관하는 물건에 대해 긴급히 압수할 필요가 있는 경우에는 체포한 때부터 24시간 이내에 한하여 영장없이 압수·수색·검증을 할 수 있다(제217조 1항). 긴급체포 이후의 영장 없는 긴급압수·수색은 이전에는 체포 후 구속영장의 청구기간, 즉 48시간까지 가능하였으나 긴급체포의 남용을 방지하기 위해 개정법률이 24시간으로 그 기간을 축소한 것이다. 나아가 개정법률은 긴급압수·수색 후 계속 압수의 필요가 있는 때에는 체포한 때부터 48시간 이내에 압수·수색영장을 청구하도록 규정하고 있다(제217조 2항).

3. 현행범체포

(가) 의의

279) 이재상, 신형사소송법, 박영사, 2009, 19/17.

280) 이재상, 신형사소송법, 박영사, 2009, 19/19.

281) 제200조의3 1항은 '체포영장을 받을 시간적 여유가 없는 때'라고만 규정하나 제200조의4 1항이 구속영장청구를 규정하고 있으므로 구속영장(제201조)을 받기에 급박한 경우도 당연히 포함된다. 이런 긴급성 요건을 '피의자를 우연히 발견한 등과 같이'라고 예시한 입법은 졸작이라는 비판이 있다. 차용성, 개정형사소송법상의 체포와 구속, 고시계, 1996.2, 84면.

범죄의 실행중이거나 실행의 기수인 자를 현행범인이라고 한다(제211조 1항). 현행범인은 누구든지 영장 없이 체포할 수 있고 긴급체포와 함께 영장주의의 예외에 속한다(헌법 제12조 3항 단서, 법 제212조). 현행범인에 대해 영장주의의 예외를 인정하는 것은 범행과 시간적으로 밀접해 있어서 범죄의 명백성이 인정되기 때문이다. 경찰관이 현장에 없거나 영장이 없다고 하여 현행범을 방치할 경우 구속을 비롯한 수사활동이 불필요하게 어려워지거나 효율성이 떨어지게 된다.

(나) 현행범체포의 요건

현행범체포를 하려면 피체포자가 현행범 또는 준현행범이어야 하고, 체포사유가 있어야 하며, 비례성이 있어야 한다.

a. 현행범인 또는 준현행범인일 것

현행범인은 범죄의 실행 중이거나 실행직후인 자를 말한다(제211조 1항). 따라서 현행범인이란 범인의 일종을 의미하는 것이 아니라 일정한 시간적 단계에 있는 범인을 말한다. 여기서 범죄는 형법상의 구성요건에 해당하고 위법성조각사유와 책임조각사유가 없음이 명백한 경우를 가리킨다. 범죄는 특정된 죄임을 요하지만 죄명이나 형의 경중을 묻지 않는다. 미수가 처벌되는 범죄에 있어서는 실행의 착수가 있으면 족하며, 예비·음모를 벌하는 경우에는 예비·음모가 실행행위에 해당한다. 정범뿐만 아니라 공범도 포함한다. 형사미성년자를 현행범인으로 체포할 수는 없다. 친고죄의 경우 고소가 없더라도 현행범체포는 가능하다. 그러나 처음부터 고소가능성이 없는 경우에는 수사를 할 수 없으므로 현행범체포는 허용되지 않는 것으로 보아야 한다.[282]

그리고 범죄의 '실행중'이란 범죄실행에 착수하여 종료하지 못한 상태를 말한다. 범죄의 '실행직후'인 자는 범죄행위의 실행행위를 종료한 직후의 자를 말한다. 범행직후란 현행범에 대한 영장 없는 체포의 근거인 범죄의 명백성, 즉 범죄혐의의 명백성과 범인의 명백성이 판단될 수 있을 정도의 시간적·장소적[283] 접착성이 있는 경우를 가리킨다.

준현행범인은 현행범인은 아니지만 형사소송법에 의해 현행범인으로 간주되는 자를 말

---

282) 신동운, 신형사소송법, 법문사, 2008, 219쪽; 정영성/이형국, 형사소송법, 법문사, 1994, 193쪽.

283) 백형구 교수는 그 시간적 범죄의 현행성, 범인의 명백성이라는 관점에서 체포당시의 구체적 상황을 고려하여 합리적으로 판단해야 한다고 한다. 이에 대해 이재상 교수(19/28)는 범인이 범행장소를 이탈한 때에는 시간적 접착성도 인정되지 않는다는 점에서 동시에 장소적 접착성도 요건으로 보아야 한다고 한다. 현행범인은 시간적 개념이지만, 범인이 범행장소를 이탈한 때에는 시간적 접착성도 인정되지 않는다는 점에서 동시에 장소적 접착성도 요건으로 한다고 본다. 배종대 교수(17/32)도 시간이 흐르면 대부분의 경우 범인의 공간이동이 있게 마련이므로 이 교수의 견해에 동조하고 있다. 같은 취지의 일본판례로 日本最高裁判所決定 昭和 31.10.25. 참조.

한다. 형사소송법(제211조 2항)은 1) 범인으로 呼唱되어 추적되고 있는 자, 2) 장물이나 범죄에 사용되었다고 인정함에 충분한 흉기 기타의 물건을 소지하고 있는 자, 3) 신체 또는 의복류에 현저한 證跡이 있는 자, 4) 누구인지 묻는데 도망하려 하는 자를 현행범인으로 간주하고 있다. 4)는 주로 경찰관의 불심검문이 해당될 것이나 사인이 묻는 경우라도 상관없다. 그런데 이 요건은 범행에 대한 직접관련성이 희박할 수 있으므로 다른 상황과 종합하여 충분히 죄를 범하였다고 인정될 경우에만 준현행범인으로 간주하는 것이 옳다.[284]

b. 체포사유

명문규정은 없지만 현행범체포를 위해서는 구속사유가 필요한 것으로 해석하는 견해가 있다. 현행범인의 체포에 영장주의의 예외를 인정한 것은 사안의 긴급성 때문이지 구속사유를 확장시키기 위한 것이 아니라는 것이 그 이유이다. 따라서 현행범인일지라도 도망이나 증거인멸의 염려가 없으면 체포할 수 없다는 것이 그 이유이다. 따라서 현행범인일지라도 도망이나 증거인멸의 염려가 없으면 체포할 수 없다는 결론이 된다.[285] 그러나 현행범체포는 구속과 구별해야 할 필요가 있다. 현행범체포는 범죄혐의가 명백함에도 신원이 불분명하고 도망의 염려가 있을 때 수사확보를 위해 혐의자의 행동자유를 일시적으로 박탈하는 제도이다. 바로 이와 같은 이유 때문에 일반시민도 체포권한을 갖는 것이다. 따라서 현행범체포의 요건으로서 체포사유는 현행범이 도망의 염려가 있거나 그의 신분이 즉각 확인될 수 없을 때라고 보는 것이 옳다. 증거인멸의 염려는 현행범의 체포사유가 될 수 없다.[286] 그러나 판례는 현행범인 체포의 요건으로서 행위의 가벌성, 범죄의 현행성·시간적 접착성, 범인·범죄의 명백성 외에 체포의 필요성 즉, 도망 또는 증거인멸의 염려가 있을 것을 요한다고 보고 있다.[287]

c. 비례성

비례성의 원칙은 구속법을 지배하는 원칙이므로 현행범인의 체포에 있어서도 유지되지 않으면 안 된다. 경미범죄에 대해서는 인권보장의 취지에서 현행범체포가 제한된다. 즉 다액 50만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 해당하는 죄의 현행범인에 대해서는 범인의 주거가 분명하지 않을 경우에만 그 체포가 허용된다(제214조). 이는 비례성원칙의 표현이다.[288]

---

284) 이재상, 신형사소송법, 박영사, 19/29.

285) 배종대, 신형사소송법, 홍문사, 17/35. 반면 이재상 교수(19/33)는 현행범인의 체포를 통상체포의 예외적인 경우로 규정하고 있으며 통상체포의 경우에도 구속사유가 존재할 필요는 없으므로 현행범인의 체포에 있어서도 구속사유가 존재할 필요가 없다고 하고 있다.

286) 독일 형사소송법 제127조 1항은 현행범이 "도망할 우려가 잇거나 그의 정체가 곧 확인될 수 없을 때"(wenn er der Flucht verdächtig ist oder seine Identität nicht sofort fest-gestellt werden kann)라고 분명하게 규정하고 있다.

287) 대판 1999.1.26., 98도3029.

III. 구속

1. 구속의 개념과 목적

구속은 형사절차를 관철시키기 위하여 피의자 또는 피고인의 신체자유를 제한하는 강제처분을 말한다. 피의자구속은 수사절차에서 수사기관이 법관의 영장을 발부받아 하는 구속이고, 피고인구속은 공소제기 후 법원이 피고인을 구속하는 경우이다. 구속은 구금과 구인을 포괄하는 개념이다(제69조). 구인은 피고인을 법원 기타 장소에 인치하는 강제처분이다. 인치기간은 인치한 때로부터 최대 24시간이며, 그 전이라도 구금할 필요가 없으면 피고인을 석방하여야 한다(제71조). 구금은 피고인 또는 피의자를 교도소 또는 구치소에 감금하는 처분이다. 구금은 미결구금을 뜻하고 구류(형법 제41조 7호)와 구별된다.

구속의 목적은 공판절차의 실행이나 증거의 보존에 있다. 그러나 구속은 개인의 기본권을 중대하게 제한하기 때문에 형사소송법은 엄격한 구속요건을 규정하면서, 법관이 이 요건에 따라 발부하는 영장에 의해서만 할 수 있도록 하고 있다. 나아가 개정법률은 "피의자에 대한 수사는 불구속 상태에서 함을 원칙으로 한다"고 하여 불구속수사원칙을 천명하고 있다(제198조 1항). 학설에서도 구속은 비례성원칙에 의한 제한을 받아야 한다는 견해가 지배적이다.[289]

2. 구속의 요건

제210조에 의하면 피의자에 대한 구속요건은 1) 범죄혐의의 상당성, 2) 구속사유, 3) 그리고 학설상 널리 인정되는 구속의 비례성이다. 이 세 요건이 충족될 때 검사는 판사로부터 구속영장을 발부받아 피의자를 구속할 수 있다. 그러므로 구속요건은 구속영장발부요건이라고도 할 수 있다.

(가) 범죄혐의의 상당한 이유

a. 현저한 범죄혐의

피의자를 구속하려면 피의자가 죄를 범하였다고 의심할만한 상당한 이유가 있어야 한다(제201조 1항 본문). 수사개시의 단서가 될 수 있는 범죄혐의(제195조)만으로는 불충분하고 피의자가 유죄판결을 받을 '고도의 개연성'이 인정될 수 있는 정도의 범죄혐의, 즉 '현저한 범죄혐의'가 있어야 한다.[290] 구속은 대개 수사의 초기단계에서 이루어지므로 단

---

288) 배종대 교수(17/36)는 현행범체포는 구속이 아니라 구속을 포함한 수사활동전반의 관철가능성을 확보하기 위한 일시적인 자유박탈이므로, 구속의 비례성에 위반되는 경미한 사건에서도 현행범체포의 비례성은 충족될 수 있다. 물론 현행법 체제 하에서는 48시간이라는 시간 이상 구금되기는 하지만, 현행범체포에 의해서 제한되는 피체포자의 자유는 구속에 비해 매우 경미한 것이기 때문이라고 한다.

289) 비례성원칙을 구속제한의 기본원칙으로 인정하는 견해는 이재상 19/34; 신동운 교수(223)는 같은 내용을 "상당한 때"라고 표현한다.

290) 신동운, 신형사소송법, 법문사, 2008, 224쪽; 이재상, 신형사소송법, 박영사, 19/45; 정영석/이

편적이고 불완전한 증거만이 법관에게 판단자료로 제출된다. 그렇기 때문에 단편적이고 불완전한 증거만을 토대로 판단할 때 피의자의 현저한 범죄혐의를 인정할 수 없는데도 구속을 허용한다면 인신구속의 남용위험성이 높아지게 된다.[291] 바로 이와 같은 이유에서 구속요건으로 요구되는 범죄혐의는 수사가 충분히 이루어진 후에 결정하는 공소제기에서 요구되는 범죄혐의, 즉 유죄판결을 받을 개연성인 '충분한 혐의'보다 높은 것이라고 볼 수 있다.[292] 현저한 범죄혐의는 피의자가 유죄판결을 받을 수 있는 고도의 개연성이므로 위법성조각사유 또는 책임조각사유가 있는 경우뿐만 아니라 공소시효완성이나 공소권남용 등 '제거할 수 없는 소송장애'가 있는 경우에는 인정되지 않는다.

b. 법관의 판단

현저한 범죄혐의의 존재는 검사가 제출한 수사자료(제201조 2항)를 토대로 법관이 자유심증으로 판단하다. 법관은 필요한 경우 사실조사를 할 수 있지만(제37조 3항) 수소법원이 공판절차에서 행하는 심증형성과 달리 직접주의, 구술주의가 적용되지 않는다. 그러나 증거배제법칙(제308조의2, 제309조)은 현저한 범죄혐의를 심사하는 법관의 판단에도 적용된다고 보아야 한다.[293]

(나) 구속사유

a. 주거부정

제70조 1항 1호는 피의자가 일정한 주거가 없는 것도 구속사유로 규정하고 있다. 그러나 이것은 도망위험을 판단하는 구체적 사실의 하나가 될 뿐이고, 독자적 구속사유가 되지 않는 것으로 보아야 한다.[294] 다시 말해 도망과 증거인멸의 염려가 없음에도 범죄혐의와 주거부정의 사유만으로 구속하는 것은 옳지 않다. 주거가 일정치 않더라도 도망의 염려가 없으면 구속해야 할 이유가 없기 때문이다.[295]

그러나 주거부정이 다른 구속요건을 엄격하게 제한하는 것으로 사용되는 것은 무방하다. 예를 들어 제201조 1항 단서는 다액 50만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 해당하는 범죄에 관하여는 피의자의 주거가 일정치 않을 경우에 한하여 구속할 수 있도록 규정하고 있다. 이는 경미범죄의 피의자에 대해 구속이 남용되는 것을 방지하기 위해 현저한 범죄

형국. 형사소송법, 법문사, 1994, 175쪽의 주1.

291) 구속의 사유로 재범의 위험성(Wiederholungsgefahr)을 규정하고 있는 법제에서는 구속이 형사소송의 확보라는 목적 이외에 예방구금의 성질을 가지게 되지만, 구속이 예방구금의 성질을 갖는 것은 구속의 본질에 반한다. Roxin, Strafverfahrensrecht, 25.Aufl., 1998, Zipf, Strafprozessrecht, 2.Aufl. S.121; Grebing, Untersuchungshaftrecht in der BRD, ZfRV 75, 177.

292) Kleiner/Meyer, §112 Rn.5; Fezer. 56.

293) 판례 위법수사와 영장발부

294) 신동운, 신형사소송법, 법문사, 2008, 225쪽; 이재상, 신형사소송법, 박영사, 19/49.

295) 제70조 1항 구속사유에서 주거부정은 독립된 구속사유로 규정하는 것은 타당하다고 할 수 없다. 배종대, 신형사소송법, 홍문사, 18/7, 이재상, 신형사소송법, 박영사, 19/49.

혐의와 도망 또는 증거인멸의 염려가 있더라도 주거만 일정하면 구속할 수 없도록 하려는 취지로 이해할 수 있다.[296]

b. 도망 또는 도망할 염려

도망은 형사절차를 지속적 또는 일시적으로 회피하는 것을 말한다. 그리고 도망의 염려 또는 그 위험은 피의자가 이처럼 행위할 고도의 개연성을 말한다. 물론 피의자에게 도망의사가 있어야 한다. 잠적해 버리거나 외국으로 도피하거나 도피하려 하는 것이 전형적인 예이다. 도망의 위험은 피의자가 장소적으로 잠적하는 경우뿐만 아니라 자상(自傷), 약물복용 등으로 심신상실상태를 초래함으로써 소송무능력상태에 빠지는 경우에도 인정된다.[297] 그러나 단순한 자살위험은 해당되지 않는다.[298] 자살위험 있는 피의자를 구속해야 할 만큼 국가의 형사절차 관철이 피의자의 자기결정권보다 우월하지 않기 때문이다. 또한 피고인이 법원의 공판기일소환(제267조 2항)에 단순히 응하지 않는다고 하여 도망위험이 인정되는 것도 아니다.[299]

도망의 위험은 단순한 추측이 아니라 '특정한 사실'로부터 추론될 수 있어야 한다.[300] 만일 피의자의 구체적인 도망준비행위가 認知되지 않으면 도망의 위험은 도망의 유인요소와 억제요소를 종합적으로 비교형량하여 판단하여야 한다.[301] 도망의 유인요소로는 심리적 상황·범죄의 종류·자수여부·예상되는 형벌·범죄적 환경·주거부정 등을, 도망의 억제요소로는 사회적 환경이나 가족관계 등 인간관계에 의한 구속을 그 예로 들 수 있다. 어느 하나의 사정만을 근거로 도망위험을 직접 인정하는 도식적 판단은 지양해야 한다.

c. 증거인멸의 염려

증거인멸이란 인적·물적 증거방법에 대해 부정하게 영향을 미쳐서 법원 또는 수사기관의 진실발견을 어렵게 만드는 것을 말한다. 물적 증거수단에 대한 부정한 영향력 행사로는 증거물이나 증거서류 등을 위조·변조·은닉·손괴·멸실하는 행위를 들 수 있다. 인적 증거방법에 대한 것으로는 공범자·증인·감정인 등에 대해 허위진술을 부탁하는 경우가 있다.[302]

---

296) 법원의 구속에 관해서는 제70조 3항이 "다액 50만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 해당하는 사건에 관하여는 1항 제1호(주거부정)의 경우를 제한 외에는 구속할 수 없다"고 규정하여 마치 도주나 증거인멸위험은 구속사유가 아니고 주거부정만이 구속사유인 것 같은 인상을 주고 있다. 하지만 이 경우에도 수사절차의 구속과 마찬가지로 도주와 증거인멸위험이 존재하고 추가로 주거가 일정치 않을 때에만 구속할 수 있는 것으로 이해하여야 한다. 이렇게 해석하지 않으면 구속의 비례성이 심각하게 침해될 위험성이 있다. 배종대, 신형사소송법, 홍문사, 18/7.

297) Schlüchter, Rn. 211.1, 211.3.

298) 이재상, 신형사소송법, 박영사, 19/48.

299) BGHSt 23, 380, 384.

300) OLG Hamm StV 1985, 114.

301) 신동운, 신형사소송법, 법문사, 2008, 108쪽.

302) 신동운, 신형사소송법, 법문사, 2008, 108쪽.

그리고 증거인멸의 염려 또는 그 위험은 증거인멸이 이루어질 고도의 개연성을 가리킨다. 증거인멸의 위험은 구체적 사실을 기초로 피의자가 증거인멸을 할 수 있는 긴박한 위험성이 (법적으로 또는 소송상 허용되지 않는) 그의 행동으로부터 추론될 수 있어야 한다. 따라서 단지 수사가 종결되지 않았다거나, 피의자가 피의사실을 다투거나 자백을 거부한다는 이유만으로는 증거인멸의 위험이 있다고 할 수 없다.[303] 증거인멸이나 그 위험은 수사가 완전히 종결되었거나 증거가 충분히 수집된 경우에는 인정할 수 없다.

d. 구속사유의 심사기준

개정법률은 법원이 구속사유를 심사할 때 범죄의 중대성, 재범의 위험성, 피해자 및 중요 참고인 등에 대한 위해우려 등을 고려하여야 한다고 규정하였다(제70조 2항). 이는 범죄의 중대성이나 재범위험성 등을 기존의 구속사유에 추가하여 독자적인 구속사유로 규정하여야 한다는 주장[304]에서 비롯된 것이다. 형사소송법에 규정되어 있지는 않지만 실무에서는 이러한 사유가 '숨은 구속사유'로서 사실상 더 중요한 역할을 하고 있으므로 이를 입법화하자는 것이다.

그러나 이러한 주장에 대해서는 우선 '사안의 중대성'이라는 사유만으로 구속을 인정하는 것은 무죄추정원칙과 수사의 비례성원칙에 어긋난다는 비판이 제기된다.[305] 사안의 중대성은 수사의 비례성원칙에서 제한적 요소로 작용한다. 즉 다른 구속사유가 있더라도 사안이 중대하지 않으면 구속할 수 없으며(제70조 2항), 다른 구속사유가 없는데도 사안의 중대성만으로 구속할 수는 없다는 것이다. 말하자면 사안의 중대성은 구속의 필요조건은 될 수 있어도 충분조건은 될 수 없다.[306]

또한 '재범의 위험성'을 구속사유로 하는 것은 무죄추정의 원칙에 반한다는 근본적인 문제가 있다. 수사 중인 사안을 '범죄'로 인정해야만 이후의 범죄가 '재범'이 될 수 있기 때문이다. 그러나 범죄의 여부는 판결의 확정에 의해서 결정되는 것이고 구속 여부의 심사과정에서 결정할 일이 아니다.

이러한 점을 감안하여 개정법률은 범죄의 중대성 등을 독자적인 구속사유로 정하지 않고 구속사유를 심사할 때 고려하여야 할 사항으로 규정하였다. 그러나 법관의 인식구조에서 '구속사유'와 '구속사유 심사의 고려사항'을 엄밀하게 구별할 것을 기대할 수 없고,

---

303) 이재상, 신형사소송법, 박영사, 19/50.

304) 예컨대 2006.2.27 장윤석 의원이 대표 발의한 '형사소송법 일부개정법률안'이 그러하다. 법원행정처, 『형사소송법 개정법률 해설』, 2007, 1쪽 이하 참조.

305) 법원행정처, 앞의 책, 2쪽 이하 참조.

306) [판례] 중범죄와 도망위험의 도식적 판단- 살인 등 중범죄의 경우 도주나 증거인멸의 위험이 없어도 구속을 허용하는 것은 특히 무죄추정원칙과 비례성원칙에 대한 위반으로 위헌이다. 이에 대한 독일연방헌법재판소의 논거는 다음과 같다: 단지 '중형이 선고될 것이 기대된다는 이유만으로 도망의 염려를 인정'하는 것은 무죄추정원칙 위반으로 위헌이 아닐 수 없다. 구속은 비록 특정한 사실에 근거를 두지는 않더라도 사건의 구체적 사정을 고려하여 구속을 하지 않고는 진실발견과 형집행이 위태롭게 될 위험성이 있을 경우에만 허용되어야 한다(BVerfGE 19, 342).

실무에서는 이미 이러한 사항이 실제적 구속사유가 되어 왔다는 것을 고려하면 비록 '고려사항'으로 입법했다 하더라도 위에서 제기한 문제는 그대로 남는다. 다시 검토되어야 할 문제이다.

(다) 구속의 비례성

상당한 범죄혐의가 있고 도망이나 증거인멸의 위험이 있음에도 불구하고 법관은 영장을 발부할 때 구속의 목적과 구속이라는 수단 사이에 비례관계가 인정되지 않으면 영장을 발부할 수 없다. 구속요건의 하나로서 논의되는 구속의 비례성은 좁은 의미의 비례성, 즉 '균형성'의 문제에 국한된다. 구속요건으로 현저한 범죄혐의를 비롯한 구속사유의 존재 그리고 구속의 집행정지·보석 등도 구속제도에서 비례성원칙을 실현하는 제도이기 때문이다. 균형성은 기대되는 형벌보다 구속에 의한 기본권침해가 더 중대할 경우에 구속이라는 수단은 목적에 과잉된 것이 되어 깨지고 만다.[307]

또한 비례성의 원칙은 구속의 보충성의 원칙을 내용으로 한다. 따라서 구속은 다른 방법에 의하여는 형사소송을 확보할 수 없을 때에만 허용된다. 그러므로 구속의 사유가 소멸되었거나 구속의 집행정지나 보석에 의하여 구속의 목적을 달성할 수 있음에도 불구하고 구속을 계속하는 것은 비례성의 원칙에 반한다고 해야 한다.[308]

3. 구속의 절차

(가) 구속영장

피의자와 피고인을 구속하기 위해서는 법관이 발부한 영장이 있어야 한다(제70조, 제201조). 영장주의는 구속을 사법적으로 통제함으로써 인권보장을 꾀하기 위한 것이다. 피고인에 대한 구속영장의 집행주체는 법원이며, 구속영장은 피고인을 구속하라는 명령장의 성격을 가지고 있다. 또한 판례에 의하면 법원이 피고인에게 구속영장을 발부할 경우 검사의 신청이 필요하지 않다.[309] 즉 헌법 제12조 3항의 "…검사의 신청에 의하여…"라는 문언은 범죄수사를 위하여 구속 등의 강제처분을 할 경우, 즉 피의자구속의 경우에만 적용된다.

피의자에 대한 구속영장의 법적 성질에 대해서는 그 집행주체가 검찰이므로 법원이 구속해도 괜찮다고 허가하는 허가장이라고 보는 견해[310]와 피고인과 마찬가지로 명령장이라는 견해[311]가 대립하고 있다. 피의자구속영장을 명령장이라고 보는 견해는 피의자에 대한 구속영장을 재판의 일종인 명령으로서 검사가 집행해야 할 재판(제44조)으로 본

307) 배종대, 신형사소송법, 홍문사, 18/16.

308) Boujong KK §112, Rn.50; Gössel S.71ö Meyer-Goßner, Strafprozeßordnung, 48. Aufl., 2005, §116, Rn.5.

309) 大決 1996.8.12, 96모46.

310) 이재상, 신형사소송법, 박영사, 19/54.

311) 신동운, 신형사소송법, 법문사, 2008, 240쪽.

다.[312] 그러나 허가장설은 피의자구속이 엄밀한 의미에서 재판의 집행에 속하지 않는다고 본다. 검사가 수사의 주재자로서 사법경찰관리를 지휘하는 것이라고 본다. 큰 실익이 있는 학설대립은 아니지만 명령장설이 장점이 있는 것으로 보인다. 인신구속권한을 법관에게 전속시킬 수 있고, 영장발부법관이 필요한 경우 사실조사(제37조 3항)를 할 수 있는 근거를 제공하기 때문이다.

(나) 구속영장의 청구

피의자구속은 원칙적으로 검사가 관할지방법원판사에게 청구하여 구속영장을 발부받아 시행한다(제201조 1항). 사법경찰관은 검사를 경유하여야 한다. 구속영장청구는 서면으로 하며(규칙 제93조 1항), 검사는 구속의 필요를 인정할 수 있는 자료를 제출하여야 한다(제201조 2항). 또한 체포영장에 의하여 체포된 자 또는 현행범인으로 체포된 자에 대하여 구속영장을 청구하는 때에는 구속의 필요를 인정할 자료 이외에 체포영장 또는 현행범인으로 체포되었다는 취지와 체포의 일시와 장소가 기재된 서류도 제출하여야 한다(규칙 제96조 2항). 물론 피의자도 구속영장청구를 받은 판사에게 유리한 자료를 제출할 수 있다(규칙 제96조 3항). 검사가 구속영장을 청구할 때 동일한 범죄사실에 관하여 그 피의자에 대해 전에 구속영장을 청구하거나 발부받은 사실이 있는 경우에는 다시 구속영장을 청구하는 취지와 이유를 기재하여야 한다(제201조 5항).

(다) 구속영장실질심사

a. 의의와 연혁

구속영장실질심사란 구속영장의 청구를 받은 판사가 구속의 사유를 판단하기 위하여 구속영장이 청구된 피의자를 직접 심문하는 제도를 말한다. 구속 전에 피의자에 대한 사전심문(事前審問)을 실시한다는 점에서 '구속 전 피의자심문'이라고도 한다(제201조의2). '실질심사'란 개념은 '형식심사'에 대비되는 개념이다. '형식심사'가 검사가 제출한 서류만을 근거로 심사하는 데 반해 '실질심사'는 피의자를 직접 보고 심사한다는 것이다. 개정 형사소송법은 구속영장을 청구하면 모든 피의자를 직접 심사하도록 하였으므로 현행법에서는 원칙적으로 '실질심사'만을 규정한 것이라 할 수 있다.[313]

구속영장실질심사제도는 1995년의 개정법률에 의해 도입되어 1997년부터 시행되었다. 이 제도의 도입은 실질적으로 인권구속제도의 개선으로 평가할 만한 것이었지만, 채 1년의

---

312) 신동운, 신형사소송법, 법문사, 2008, 241쪽.

313) 형식심사를 전제하지 않고 구속영장이 청구된 모든 피의자에 대해 '필요적' 실질심사를 규정한 개정법률은 '입법례상 유례를 찾아보기 힘든 한국적 실험'이라 할 수 있다: 심희기, 긴장 속의 균형: 한국형 구속영장실질심사제의 실험과 시행착오, 형사정책 제10호, 1998, 17쪽 참조. 그러나 이러한 '유례없음'이 피의자에게 유리하며 비례성원칙에 합당한 구속의 실무를 가져올 지는 의문이다. 이에 대해서는 상세한 것은 정승환, 형사소송법의 체포제도에 대한 재검토, 법조, 2005.7, 51쪽 이하 참조.

시행기간이 지나지 않아 검찰 등 수사기관의 반발로 그 내용이 크게 후퇴하였다. 즉 구속영장실질심사를 체포된 피의자 등의 '신청에 의해서만 가능하도록 제한'하는 재개정 법률안이 1997년 12월에 국회를 통과한 것이다.[314] 이러한 후퇴와 더불어 현행의 영장실질심사제도는 '구속 전' 피의자심문의 형태를 띠고 있기 때문에, "세계에서도 유례가 없는" 입법례라는 이론적 비판을 검찰 측에서 받는 한편으로,[315] 실무상 체포되지 않은 상태의 피의자에 대한 영장실질심사를 위해서는 구인을 위한 구속영장을 발부하여 피의자를 구인하는 절차를 거쳐야 하는(제201조의2 2항) 절차상의 모순과 번거로움을 안고 있다. 2007년의 개정법률은 이러한 문제에 대해 '구속 전' 실질심사의 방식은 유지하면서 신청에 의한 실질심사제도를 필요적 실질심사로 개선하여 사전구속영장이 청구된 경우 피의자가 도피하여 심문할 수 없는 경우를 제외하고는 원칙적으로 모두 심문하도록 하고 있다(제201조의2 2항).

그런데 구속영장실질심사제도가 갖는 '유례없음' 혹은 체계적 혼동은 또 다른 유례없음에 기인하는 것이라고 할 수 있다. 거의 대부분의 입법례에서 체포된 자는 '지체 없이' '사법관리' 앞에 인치되어야 하는데, 통상 first appearance 라고 불리는 청문 절차가 우리 법제에는 존재하지 않는다. 이때의 사법관리가 정식의 판사가 아닌 나라가 많지만, 적어도 수사기관이 아닌 사법부 소속임은 분명하다. 이런 즉시적인 법관대면권이 없는 대신 장기간의 구금을 가능하게 하는 '구속' 전에 법관의 직접대면 심사가 필수적인 제도로 도입된 것이라고 보아야 할 것이다.

b. 심문주체

지방법원 또는 지원의 장은 구속영장청구에 대한 심사를 위한 전담법관을 지정할 수 있다(규칙 제96조의5). 실무에서는 경력이 풍부한 판사 중에서 영장전담법관을 운영하며 영장전담법관의 근무시간 외나 공휴일에는 당직법관이 업무를 처리하도록 하지만, 당직법관은 원칙적으로 심문회부여부만을 결정하고 피의자심문과 구속여부의 결정은 영장전담법관이 하도록 하고 있다.

c. 피의자의 인치

---

314) 국회법제사법위원회가 개정법률안을 제안한 이유는 당시까지의 구속영장실질심사가 법원의 직권에 의한 '임의적' 실질심사였음에도 불구하고 현실적으로 법원이 거의 모든 사안에 대하여 피의자심문을 함으로써 "민생치안확보 및 범죄수사에 투입되어야 할 수사인력이 피의자심문과 관련하여 사용되는 등의 문제가 발생"하고 있다는 것이었고, 이를 "보완·개선"하기 위해 1997년의 개정법률은 피의자 등의 신청이 있을 때에 심문할 수 있도록 하되, 피의자이외의 자는 피의자의 명시한 의사에 반하여서도 그 심문을 신청할 수 있도록 하는 한편, 수사기관은 피의자에 대하여 구속 전 피의자심문을 신청할 수 있음을 고지하고, 원칙적으로 피의자신문조서에 판사의 심문을 신청하는지 여부를 기재하도록 하는 등의 보완장치를 두도록 하였다: 국회 법제사법위원회, 형사소송법중개정법률안(대안), 1997.11, 2쪽 이하 참조.

315) 박영관, 현행 인신구속제도에 대한 비판, 형사정책연구 제32호, 1997, 69쪽; 송두환, 구속영장실질심사제도의 올바른 정착을 위하여, 형사정책연구 제32호, 1997, 106쪽 이하 참조.

판사가 구속 전의 피의자를 심문하려면 먼저 피의자를 법원에 引致하는 것이 필요하다. 체포된 피의자는 체포의 효력을 이용하여 법원에 인치할 수 있다(제201조의2 1항). 이에 반하여 체포되지 아니한 피의자는 구인을 위한 구속영장을 발부하여 피의자를 구인해야 한다. 다만 피의자가 도망하는 등의 사유로 심문할 수 없는 경우에는 그러하지 아니하다(같은 조 2항). 피의자를 구인할 때에는 구속에 관한 규정을 준용한다(같은 조 10항).

d. 심문기일과 장소의 지정·통지

구속영장을 청구 받은 판사는 체포된 피의자에 대해서는 즉시, 체포되지 않은 피의자에 대해서는 피의자가 법원에 인치된 후 즉시 심문기일과 장소를 검사·피의자 및 변호인에게 통지하여야 한다(제201조의2 3항). 이 때 심문기일은 체포된 피의자는 특별한 사정이 없는 한 구속영장이 청구된 날의 다음 날까지 심문하여야 하며(같은 조 1항), 체포되지 아니한 피의자의 경우에는 관계인에 대한 심문기일의 통지 및 그 출석에 소요되는 시간 등을 고려하여 피의자가 법원에 인치된 때로부터 가능한 한 빠른 일시로 지정하여야 한다(규칙 제96조의12 2항). 또한 피의자심문의 장소는 법원청사 내이어야 한다. 다만 판사는 피의자가 출석을 거부하거나 질병 기타 부득이한 사유로 법원에 출석할 수 없는 때에는 경찰서, 구치소 기타 적당한 장소[316]에서 심문할 수 있다(규칙 제96조의15).

e. 심문기일의 절차와 방법

i. 피의자의 출석

검사는 심문기일에 피의자를 출석시켜야 한다(제201조의2 3항). 그러나 피의자가 심문기일에의 출석을 거부하거나 질병 또는 기타 사유로 출석이 현저하게 곤란한 때에는 피의자의 출석 없이 심문절차를 진행할 수 있으며(규칙 제96조의13 1항), 검사는 피의자가 심문기일에의 출석을 거부하는 때에는 판사에게 그 취지 및 사유를 기재한 서면을 작성·제출하여야 한다(같은 조 2항). 그리고 피의자의 출석 없이 심문절차를 진행할 경우에는 출석한 검사 및 변호인의 의견을 듣고, 수사기록 기타 적당하다고 인정하는 방법으로 구속사유의 유무를 조사할 수 있다(같은 조 3항).

ii. 필요적 변호

개정법률은 영장실질심사에서도 필요적 변호를 도입하였다. 지방법원판사는 심문할 피의자에게 변호인이 없는 때에는 직권으로 변호인을 선정하여야 한다. 이 경우 변호인의 선정은 피의자에 대한 구속영장 청구가 기각되어 효력이 소멸한 경우를 제외하고는 제1심까지 효력이 있으며, 변호인의 사정이나 그 밖의 사유로 변호인 선정결정이 취소되어 변호인이 없게 된 때에는 법원이 직권으로 변호인을 다시 선정할 수 있다(제201조의2 8항, 9항).

316) 예컨대 대기실이 부속된 법정, 심문실 또는 판사실.

iii. 심문의 절차

판사는 심문 이전에 피의자에게 구속영장청구서에 기재된 범죄사실의 요지를 고지하고, 피의자에게 일체의 진술을 하지 아니하거나 개개의 질문에 대하여 진술을 거부할 수 있으며, 이익 되는 사실을 진술할 수 있음을 알려주어야 한다(규칙 제96조의16 1항). 검사와 변호인은 판사의 심문이 끝난 후에 의견을 진술할 수 있다. 다만, 필요한 경우에는 심문 도중에도 판사의 허가를 얻어 의견을 진술할 수 있다(같은 조 3항). 형사소송규칙의 개정 이전에는 검사와 변호사도 판사의 심문이 끝난 후 판사의 허가를 받아 피의자를 심문할 수 있었으나 개정규칙은 이를 허용하지 않아 논란이 되고 있다. 피의자는 판사의 심문 도중에도 변호인에게 조력을 구할 수 있다(같은 조 4항). 판사는 구속 여부의 판단을 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 심문장소에 출석한 피해자 그 밖의 제3자를 심문할 수 있다(같은 조 5항). 또한 구속영장이 청구된 피의자의 법정대리인, 배우자, 직계친족, 형제자매나 가족, 동거인 또는 고용주는 판사의 허가를 얻어 사건에 관한 의견을 진술할 수 있다(같은 조 6항).

iv. 심문사항

피의자심문은 영장주의가 법관의 사법적 판단에 의하여 피의자의 구속을 규제하는 기능을 정상적으로 발휘할 수 있도록 하기 위한 제도이다. 따라서 영장심사법관은 피의자심문을 통하여 '구속의 사유'(제201조의2 3항)는 물론이고 '범죄혐의의 상당성'에 대해서도 심문할 수 있다. 증거인멸 또는 도망의 염려를 판단하기 위하여 필요한 때에는 피의자의 경력, 가족관계나 교우관계 등 개인적인 사항에 관하여 심문할 수 있다(규칙 제96조의16 2항).

v. 심문의 방법

피의자에 대한 심문절차는 공개하지 아니한다. 다만, 판사는 상당하다고 인정하는 경우에는 피의자의 친족, 피해자 등 이해관계인의 방청을 허가할 수 있다(규칙 제96조의14). 그 밖에 지방법원판사는 심문을 함에 있어 공범의 분리심문 기타 수사상의 비밀보호를 위하여 필요한 조치를 취해야 한다(제201조의2 5항).

vi. 심문조서의 작성

심문기일에 피의자를 심문하는 경우 법원사무관 등은 심문의 요지 등을 조서로 작성하여야 한다(제201조의2 6항). 피의자심문조서를 작성할 때에는 조서작성의 일반규정에 따라 작성하여야 한다(같은 조 10항 제48, 51조). 그리고 이때의 조서는 제315조 제3호의 당연히 증거능력이 있는 서류에 해당하여 증거능력이 인정된다.[317]

317) 大判 2004.1.16, 2003도5693 참조.

vii. 심문후의 피의자 유치

구인된 피의자의 구인기간은 24시간이므로 (제201조의2 10항, 제71조), 피의자심문이 종결된 후 구속영장 발부여부의 재판이 있을 때까지 그 시간의 범위 내에서 피의자를 유치장에 유치할 필요가 발생할 수 있다. 개정법률은 이 경우 피의자를 교도소·구치소 또는 경찰서 유치장에 유치할 수 있도록 규정하였다(제201조의2 10항, 제71조의2). 만일 구속영장이 피의자가 구인된 지 24시간이 지나도록 발부되지 않을 때에는 피의자를 석방하여야 한다.

(라) 구속영장의 발부

a. 발부 절차

영장청구를 받은 지방법원판사는 피의자를 심문한 후 피의자에게 구속의 요건이 충족되었다고 인정하는 때에 검사의 구속영장청구에 기하여 구금을 위한 구속영장을 발부한다 (제201조 4항 제1문). 다만 피의자심문을 한 경우에는 법원이 구속영장청구서·수사관계서류 및 증거물을 접수한 날부터 구속영장을 발부하여 검찰청에 반환한 날까지의 기간은 검사와 사법경찰관의 구속기간에 산입하지 아니한다(제201조의2 7항). 이에 반해 관할지방법원판사가 구속영장을 발부하지 않을 때에는 구속영장청구서에 그 취지와 이유를 기재하고 서명·날인하여 청구한 검사에게 교부한다(제201조 4항 제2문). 영장발부를 기각하는 결정에 대해서는 항고, 재항고가 허용되지 않는다.[318] 그리고 피의자구속과는 달리 피고인을 구속할 때에는 검사의 청구 없이 법원이 직권으로 구속영장을 발부한다(제73조).

b. 구속영장의 방식

구속영장에는 피고인 또는 피의자의 성명, 주거, 죄명, 피의사실 또는 공소사실의 요지, 인치구금할 장소, 발부년월일, 유효기간과 그 유효기간이 경과되면 집행에 착수하지 못하며 영장을 반환해야 한다는 취지를 기재하고 재판장 또는 수명법관이 서명날인해야 한다(제75조 1항, 제209조). 피고인의 성명이 분명하지 않을 때에는 인상, 체격 기타 피고인을 특정할 수 있는 사항으로 피고인을 표시하고, 주거가 분명하지 않을 때에는 주거의 기재를 생략할 수 있다(제75조 2·3항, 제209조). 구속영장에는 영장을 청구한 검사의 성명과 그의 청구에 의하여 발부한다는 취지를 기재하여야 한다(규칙 제94조). 구속영장은 수통(數通)을 작성하여 사법경찰관리 수인에게 교부할 수 있으며, 이 때에는 그 사유를 구속영장에 기재해야 한다(제82조 1·2항, 제209조).

c. 구속영장의 효력단위

318) 大決 1958.3.14, 4290형항9.

구속영장의 효력은 원칙적으로 구속영장에 기재한 피의사실 또는 공소사실에 대하여 미친다. 여기서 구속영장의 효력이 미치는 피의사실 또는 공소사실의 범위는 공소장변경의 허용요건인 공소사실의 동일성(제298조 1항)이나 일사부재리의 효력범위인 동일한 범죄(헌법 제13조 1항)와 같은 개념이다.[319]

실무에서는 가끔 수사기관이 본래 의도하고 있는 사건(本件)의 수사를 위해 피의자를 구속할 필요가 있으나 수사상황에 미루어 구속영장을 발부받기 어렵다고 판단하여 영장발부가 가능한 다른 사건(別件)으로 영장을 발부받아 본래 의도한 사건을 수사하는 일이 있다. 이를 별건구속이라고 한다. 별건구속은 본건의 구속기간에 대한 제한을 탈법적으로 우회하는 방편 또는 구속사유가 없는데도 자백강요나 수사편의를 위해 피의자를 구속하는 방편으로 사용되기도 한다.[320] 별건구속은 인정하지 않는 것이 옳다. 이런 실무는 영장주의에 반하는 위법수사이다. 구속영장의 효력은 구속영장에 기재된 피의사실에 대해서만 효력이 미치기 때문이다. 또한 별건구속은 본건에 대한 법관의 사전심사를 회피시킴으로써 영장주의를 무력화시킨다는 점[321]에서도 위법수사가 된다. 그러나 본건에 대한 적법한 구속영장으로 여죄(餘罪)를 수사하는 것은 문제될 것이 없다.

위와 같이 사건을 구속영장효력의 단위로 한다면 이미 구속된 피의자·피고인을 다른 형사절차의 다른 사건으로 구속할 수도 있다. 이것을 이중구속이라고 한다. 그러나 이미 구속된 자에게 구속사유를 인정하는 것은 어렵다. 만일 이중구속이 피의자 또는 피고인이 석방되는 경우를 대비하기 위한 것이라면, 그들이 구속취소 또는 구속적부심 등으로 석방되기 전에 구속영장을 받아 두었다가 영장집행에 관한 규정(제81조 3항, 제209조)에 의하여 그때 가서 구속영장을 집행하면 될 것이다. 즉 구속된 자에게 다른 범죄사실로 구속영장을 발부받을 수는 있어도 수개의 구속영장을 동시에 집행할 수는 없다.[322]

d. 구속영장의 유효기간

구속영장의 유효기간은 7일로 한다. 다만, 법원 또는 법관이 상당하다고 인정하는 때에는 7일을 넘는 기간을 정할 수 있다(규칙 제178조).

(마) 구속영장의 집행

a. 구속영장의 집행방법

구속영장은 검사의 지휘로 사법경찰관리가 집행한다. 교도소 또는 구치소에 있는 피고인

---

319) 大決 2001.5.25, 2001모81: 구속영장의 효력은 구속영장에 기재된 범죄사실 및 그 사실의 기초가 되는 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일한 공소사실에 미친다.

320) 신동운, 신형사소송법, 법문사, 2008, 225쪽; 이재상, 신형사소송법, 박영사, 19/77.

321) 이런 입장으로 임지봉, 별건체포·구속의 위헌성, 고시연구 2006. 4, 17쪽; 오경식, 별건구속의 형사소송법적 의의, 고시연구 2006. 2, 43-47쪽.

322) 정웅석/이형국, 형사소송법, 법문사, 1994, 183쪽; 이재상, 신형사소송법, 박영사, 19/76. 그러나 다수설은 반대견해.

이나 피의자에 대해서는 검사의 지휘로 교도관이 집행한다(제81조 1·3항, 제209조). 다만 급속을 요하는 피고인 구속은 재판장·수명법관 또는 수탁판사가 집행을 지휘할 수 있다(제81조 1항 단서, 제209조). 검사는 관할구역 외에서 집행을 지휘할 수 있고, 당해 관할구역의 검사에게 집행지휘를 촉탁할 수 있다. 사법경찰관리는 필요한 경우 관할구역 밖에서 구속영장을 집행하거나 또는 당해 관할구역의 사법경찰관리에게 집행을 촉탁할 수 있다(제83조, 209조). 피고인의 현재지가 분명하지 아니한 때에는 재판장은 고등검찰청검사장 또는 지방검찰청검사장에게 그 수사와 구속영장의 집행을 촉탁할 수 있다(제84조). 구속영장을 발부받은 후 피의자를 구속하지 않거나 구속한 피의자를 석방한 때에는 검사는 지체 없이 영장을 발부한 법원에 그 사유를 서면으로 통지해야 한다(제204조, 규칙 제96조의19). 구속영장집행에는 다음과 같은 사항이 집행주체의 의무로 부과되고, 피의자·피고인은 그에 대응하는 권리를 갖는다.

b. 구속영장 집행시 준수사항

i. 고지의무

피고인 또는 피의자에게 범죄사실의 요지, 구속이유, 변호인을 선임할 수 있음을 말하고 변명할 기회를 준 후가 아니면 구속할 수 없다(제200조의5). 이러한 고지를 받을 권리는 헌법 제12조 5항에 기본권으로 규정되어 있다. 사후고지로는 헌법 제12조 5항과 형사소송법 제72조 위반의 위법이 치유되지 않는다. 피고인 또는 피의자를 구속한 뒤에도 즉시 공소사실 또는 피의사실의 요지와 변호인을 선임할 수 있음을 알려야 한다는 규정(제88조)은 위의 사전고지의무와 모순되는 것은 아니다. 오히려 구속집행에 관한 규정 뒤에 위치한 것으로 보아서 피고인 또는 피의자를 구치소나 교도소에 유치한 후 다시 한번 권리를 환기시키도록 하는 데 그 취지가 있다고 볼 수 있다.

ii. 영장제시의무

구속영장을 집행할 때에는 이를 피고인 또는 피의자에게 제시하여야 하고 신속히 지정된 법원 기타 장소에 인치하여야 한다. 다만 구속영장을 소지하지 않고 급속을 요하는 경우에는 공소사실의 요지와 영장이 발부되었음을 알리고 집행할 수 있다. 이때에도 집행을 완료한 후에 신속히 구속영장을 제시하여야 한다(제85조, 209조). 구속영장의 집행을 받은 피고인 또는 피의자를 호송할 경우에 필요하면 인접한 교도소 또는 구치소에 유치할 수 있다(제86조, 209조).

iii. 통지의무

또한 피의자나 피고인을 구속한 때에는 지체 없이 서면으로 변호인에게 변호인이 없는 경우에는 변호인 선임권자(제30조 2항) 가운데 피고인 또는 피의자가 지정한 자에게 피고사건명, 구속일시·장소·범죄사실의 요지, 구속의 이유와 변호인을 선임할 수 있는 취지

를 알려야 한다(제87, 209조). 구속의 통지는 구속을 한 때로부터 늦어도 24시간 이내에 서면으로 하여야 한다. 통지받을 자가 없어 통지를 하지 못한 경우에는 그 취지를 기재한 서면을 기록에 철하여야 한다(규칙 제51조 2항). 급속을 요하는 경우에는 구속되었다는 취지 및 구속의 일시·장소를 전화 또는 모사전송기 기타 상당한 방법에 의하여 통지할 수 있다. 이 경우에도 구속통지는 다시 서면으로 하여야 한다(같은 조 3항). 이와 같은 통지제도는 국가권력에 의해 한 개인이 다른 사람이 모르는 사이에 사라지는 것을 방지하기 위한 것이다. 따라서 피구속자의 동의나 합목적적 고려를 근거로 구속사실을 통지하지 않는 것은 허용될 수 없다.[323]

iv. 변호인선임의뢰

구속된 피의자나 피고인은 법원, 교도소 또는 구치소장 또는 그 대리인에게 변호사를 지정하여 변호인의 선임을 의뢰할 수 있다. 이 때 의뢰를 받은 법원, 교도소장 또는 구치소장 또는 그 대리인은 급속히 피의자가 지명한 변호사에게 그 취지를 통지하여야 한다(제90조, 209조)

v. 피구속인 또는 피의자의 접견교통권

구속된 피고인과 피의자는 법률이 정하는 범위 안에서 타인과 접견하고 서류 또는 물건을 수수하며 의사의 진료를 받을 수 있다(제89조, 209조). 변호인 또는 변호인이 되려는 자는 신체구속을 당한 피고인 또는 피의자와 접견교통할 수 있다(제34조).

vi. 구속영장등본교부청구

구속된 피의자에 대한 구속적부심의 청구여부를 결정하기 위해 구속적부심청구권자(제214조의2 1항)는 구속영장 또는 그 청구서를 보관하고 있는 검사, 사법경찰관 또는 법원사무관 등에게 그 등본의 교부를 청구할 수 있다(규칙 제101조).

c. 구속기간

i. 구속기간 및 구속기간연장

ㄱ. 수사기관의 구속기간

사법경찰관이 피의자를 구속한 때에는 10일 이내에 피의자를 검사에게 인치하지 않으면 석방하여야 한다(제202조). 따라서 경찰에서 피의자를 구속할 수 있는 기간은 10일이다. 검사가 피의자를 구속하거나 또는 사법경찰관으로부터 피의자를 인치받은 경우에는 10일 안에 공소를 제기하지 않으면 석방하여야 한다(제203조). 검사는 지방법원판사의 허가를 얻어 10일을 초과하지 않는 한도에서 1회에 한해 구속기간을 연장할 수 있다(제205

323) 이재상, 신형사소송법, 박영사, 19/69.

조 제1항). 따라서 검찰에서 피의자를 최대한 구속할 수 있는 기간은 20일이다. 검찰의 구속기간과 경찰의 구속기간을 합치면 수사단계의 피의자 구속기간은 최대한 30일이다. 다만 국가보안법 제3조~제10조의 죄에 대해 지방법원판사는 사법경찰관에게 1회, 검사에게 2회에 한하여 구속기간의 연장을 허가할 수 있다(국가보안법 제19조). 따라서 국가보안법사건은 구속기간이 합계 20일이 더 연장가능하므로 최대기간은 50일이 된다.

ㄴ. 법원의 구속기간

법원의 피고인에 대한 구속기간은 2개월로 한다(제92조 3항). 그러나 특히 구속을 계속할 필요가 있는 경우에는 심급마다 2개월 단위로 2차에 한하여 결정으로 갱신할 수 있다. 또한 상소심에서는 피고인 또는 변호인이 신청한 증거의 조사, 상소이유를 보충하는 서면의 제출 등으로 추가 심리가 필요한 부득이한 경우에는 3차에 한하여 갱신할 수 있다(제92조 2항). 이렇게 되면 각 심급마다 최대구속기간은 6월이다.

신속한 재판을 받을 피고인의 권리를 보장하기 위해 도입된 구속기간 제한제도가 오히려 실체적 진실발견과 피고인의 재판받을 권리에 장애가 되는 경우가 많고, 특히 상소심에서는 실제 심리가 가능한 기간이 지나치게 짧아 충실한 심리를 할 수가 없었기 때문이라는 것이 그 이유이다.[324] 외국의 입법례를 보아도 구속기간 제한의 예가 드물다는 것도 구속기간 연장의 근거이다. 이렇게 연장된 구속기간에 따라 3심까지의 최장구속기간은 18월이고, 구속재판을 하려면 이 기간 안에 재판을 마쳐야 한다.[325] 그렇지 않고 이 기간이 경과되면 피고인을 석방하여 불구속재판을 하는 수밖에 없다.[326]

구속기간연장의 허가결정이 있는 경우에 그 연장기간은 형사소송법 제203조의 규정에 의한 구속기간만료 다음 날부터 기산한다(규칙 제98조). 공판절차가 정지된 기간 및 공소제기 전의 체포·구인·구금 기간은 구속기간에 산입하지 않는다(제92조 3항). 이 또한 개정법률에 의해 구속기간이 실질적으로 연장되는 효과를 가져오게 된 규정이다. 이전에는 공판절차가 정지된 기간만 산입하지 않았는데 그 대상이 확대된 것이다.

ii. 재구속의 제한

검사 또는 사법경찰관에 의해 구속되었다가 석방된 자는 다른 중요한 증거를 발견한 경우를 제외하고는 동일한 범죄사실에 대해 재차 구속할 수 없다(제208조 1항). 이러한 재구속제한이 없다면 구속기간 제한규정은 무의미해지기 때문이다. 그리고 구속영장에 기재된 범죄사실과 다른 사건이라도 그것이 하나의 목적을 위해 동시 또는 수단·결과의 관계에서 행해진 행위는 동일한 범죄사실로 간주한다(제208조 2항). 다만 제208조 1항의

---

324) 법원행정처, 형사소송법 개정법률 해설, 2007, 7쪽 이하.

325) 大判 1990.6.12, 90도672: 구속사건은 법원이 구속기간 안에 재판을 하면 구속만기가 얼마 남지 않았더라도(예컨대 25일) 헌법에 정한 신속한 재판을 받을 권리를 침해한 것은 아니다.

326) 같은 취지의 憲裁決 2001.6.28, 99헌가14.

"다른 중요한 증거"는 양형에 관한 증거도 포함한다고 해석하는 것이 옳다. 따라서 누범 가중사유를 새로 발견한 데에 따른 재구속은 허용된다고 보아야 한다.[327] 재구속의 제한은 검사 또는 사법경찰관이 피의자를 구속하는 경우에만 적용되고, 법원이 피고인을 구속하는 경우에는 적용되지 않는다.[328]

IV. 체포·구속의 적부심사

1. 체포·구속의 적부심사의 의의

(가) 개념과 성격

체포 또는 구속의 적부심사제도는 수사기관에 의해 체포 또는 구속된 피의자에 대하여 법원이 그 체포 또는 구속의 적법여부를 심사하여 석방하는 제도를 말한다(제214조의2 1항). 피의자의 체포 또는 구속은 법관이 발부한 영장이 있어야 한다. 그런데 체포·구속적부심사제도는 그 영장을 발부한 법원에 대해 다시 적법여부의 심사를 요구하는 것으로 보면 재심절차 내지 항고적 성격을 갖는다고 보게 되지만, 최초의 구속 개시가 아니라 구속 계속의 필요성도 심사할 수 있으므로 독자적인 의의가 있다.

구속적부심사제도는 수사단계에서 구속의 부적법을 이유로 석방시키는 제도라는 점에서 보석금의 납입을 조건으로 구속 계속의 필요성이 탈락함을 이유로 수소법원이 구속된 피고인을 석방시키는 보석제도(제94조 이하)와 구별된다. 다만 현행법은 구속적부청구가 있을 경우에도 법원의 재량으로 피의자의 보석을 명할 수 있게 하고 있다(제214조의2 5-7항). 또한 체포·구속적부심제도는 피의자에게만 청구권이 있고 피의자를 심문하는 심리절차를 진행한다는 점에서 구속취소(제93조, 제209조)와 구별된다.

(나) 연혁

구속적부심사제도가 우리나라에 도입된 것은 1948년 3월 미군정법령 제176호에 의해서이다. 그리고 1948년 제헌헌법 제9조 3항에서 헌법상의 기본권으로 선언되고, 1953년 제정된 형사소송법에도 수용되었다. 그 뒤 1972년 유신헌법의 등장으로 형사소송법에서 삭제되었다. 제5공화국 헌법 제11조 5항이 구속적부심사제도를 부활시킴으로써 1980년 개정된 형사소송법 제214조의2가 다시 도입하기에 이르렀다. 그러나 당시 형사소송법은 법률위반과 중대한 사정변경을 청구이유로 제한하고 있었고 검사인지사건과 공안사건 및 법정형이 중한 사건에 대해서는 청구권을 배제하였기 때문에 그 범위가 상당히 축소될 수밖에 없었다. 따라서 1988년 시행된 개정헌법 제12조 6항은 "누구든지 체포·구속을 당한 때에는 적부의 심사를 법원에 청구할 권리를 가진다"고 규정하여 그 제한을 철폐하였다. 현행 형사소송법의 내용도 그에 따라서 변경된 것이다. 그리고 1997년부터 시행된 제8차 개정형사소송법 제214조의2에서는 적부심사의 대상을 구속뿐만 아니라 체포로까

327) 백형구, 구속의 제문제, 고시계 1995.3, 197쪽.

328) 大決 1985.7.23, 85모12.

지 넓혔으며 같은 조에 피의자에 대한 법원의 직권·재량보석제도를 도입하였다.

2. 체포·구속적부심사의 청구

(가) 청구권자

체포·구속적부심사의 청구권자는 체포 또는 구속된 피의자, 그 피의자의 변호인·법정대리인·배우자·직계친족·형제자매나 가족, 동거인 또는 고용주이다(제214조의2 1항). 체포 또는 구속된 피의자에는 영장에 의하지 않고 체포 또는 구속된 자도 포함된다. 개정 이전의 법률은 구속적부심의 청구권자를 '체포영장 또는 구속영장에 의하여 체포 또는 구속된 피의자'라 하였기 때문에 구속영장이 발부되지 않고 불법체포 또는 구속상태에 있는 피의자가 체포 또는 구속적부심사청구권을 갖는가에 대해 견해의 대립이 있었지만 개정법률은 '체포영장 또는 구속영장에 의하여' 부분을 삭제하여 이 문제를 해결한 것으로 보아야 한다. 다만 私人에 의한 불법구금은 구속적부심사의 대상이 될 수 없다.[329] 구속적부심사는 수사로서 이루어진 체포·구속에 대해 적용되는 것이기 때문이다. 그리고 피의자에 국한되므로 공소제기 후의 피고인은 구속적부심사청구권이 없다. 동거인은 주민등록부에 등재된 자에 국한되지 않고 사실상 동거하는 자이면 된다. 고용주는 어느 정도 계속적인 고용관계에 있는 일용노동자에 대해서도 청구권을 행사할 수 있다.[330]

(나) 청구권의 고지

피의자를 체포 또는 구속한 검사 또는 사법경찰관은 체포 또는 구속된 피의자와 그 밖의 청구권자 중에서 피의자가 지정하는 자에게 구속적부심사를 청구할 수 있음을 알려야 한다(제214조의2 2항). 개정법률이 신설한 규정이다.

(다) 청구사유

체포·구속적부심사는 구속의 위법여부에 대한 심사로서 체포 또는 구속의 적부가 심사대상이다. 하지만 체포 또는 구속의 위법여부는 심사시를 기준으로 판단한다. 따라서 체포 또는 구속의 위법은 두 가지 유형, 즉 구속 자체의 위법과 구속의 계속의 위법으로 나뉘게 된다.

a. 구속의 위법

첫째 유형은 체포 또는 구속이 구속당시부터 불법적인 경우이다. 여기에는 1) 피의자가

---

329) 신동운, 신형사소송법, 법문사, 2008, 256쪽; 이재상, 신형사소송법, 박영사, 19/103. 이 경우도 형사소송법에서 고려했어야 한다는 견해로는 김기두, 형사소송법, 박영사, 1987, 220쪽.

330) 동거인과 고용주에게 구속적부심사청구권은 인정하면서 변호인선임권(제30조 2항)을 인정하지 않은 것은 입법론상 부당하다는 지적도 있다(백형구, 형사소송법강의, 박영사, 1996, 295쪽). 또한 피구속자 이외에 청구권자가 없는 경우도 있으므로 이해관계의 유무를 떠나 청구권자의 범위를 확대하자는 주장도 있다(김기두, 형사소송법, 박영사, 1987, 220쪽).

적법한 체포영장 또는 구속영장에 의하지 않고 체포 또는 구속된 경우, 2) 발부된 체포영장 또는 구속영장이 적법한 요건을 갖추지 않은 경우, 3) 체포 또는 구속기간이 경과하였음에도 체포 또는 구속이 계속되는 경우(제202조 이하) 등이 해당한다.

b. 구속의 계속의 위법

두 번째 유형은 구속 당시는 적법하였으나 그 이후의 사정변경으로 구속의 계속이 위법[331]한 구속이 되는 경우이다. 예를 들면 피해변상, 합의, 고소취소 등 양형인자의 변화로 예상되는 선고형이 경미해진 경우에 구속을 계속하는 것은 비례성원칙에 반하는 위법한 것이 될 수 있다. 이것은 심사시를 기준으로 위법한 구속을 판단할 수 있는 경우이다.

(라) 청구방법

체포·구속적부심사 청구권자는 피의사건의 관할법원에 적부심사를 청구하여야 한다(제214조의2 1항). 체포·구속적부심사의 청구는 서면 또는 구술로 할 수 있다(규칙 제176조). 체포·구속적부심사청구서에는 1. 체포 또는 구속된 피의자의 성명, 주민등록번호 등, 주거, 2. 체포 또는 구속된 일자, 3. 청구의 취지 및 청구의 이유, 4. 청구인의 성명 및 체포 또는 구속된 피의자와의 관계를 기재해야 한다(규칙 제102조).

3. 법원의 심사

(가) 심사법원

체포·구속적부심사 청구사건은 지방법원 합의부 또는 단독판사가 심사한다. 합의부사건의 경우에도 법원은 피의자의 심문을 합의부원에게 명할 수 있다. 체포영장 또는 구속영장을 발부한 법관은 심사에 관여하지 못한다. 다만 체포영장 또는 구속영장을 발부한 법관 외에는 심문·조사·결정을 할 판사가 없는 경우에는 그러하지 아니하다(제214조의2 12항).

(나) 심문기일의 지정

체포·구속적부심사청구를 받은 법원은 지체 없이 청구인과 변호인, 검사 및 피의자를 구금하고 있는 관서의 장에게 심문기일과 장소를 통지하여야 한다(규칙 제104조 1항). 심문은 청구서가 접수된 때부터 48시간 이내에 이루어져야 하므로(제214조의2 4항) 심문기일은 그 기간 내로 정해져야 한다. 기일의 통지는 서면 외에 전화 또는 모사전송기 기타

331) 종래에는 이런 경우를 '부당'한 구속이라고 보았다. 그러나 구속적부심의 심사시점이 구속적부의 판단시점이고, 비례성원칙이 구속의 요건이라고 보는 경우에는 위법한 구속이라고 표현하는 것이 옳다. 배종대, 신형사소송법, 홍문사, 19/20.

상당한 방법에 의하여 할 수 있다. 이 경우 통지의 증명은 그 취지를 심문조서에 기재함으로써 할 수 있다(규칙 제104조 3항, 제54조의2 3항).

(다) 심문의 진행

체포·구속적부심사청구를 받은 법원은 심문기일에 피의자를 심문하고 수사관계서류와 증거물을 조사한다(제214조의2 4항). 사건을 수사중인 검사 또는 사법경찰관은 수사관계서류와 증거물을 심문기일까지 법원에 제출하여야 하고, 피의자를 구금하고 있는 관서의 장은 피의자를 출석시켜야 한다(규칙 제104조 2항 전단). 법원사무관 등은 체포적부심사청구사건의 기록표지에 수사관계서류와 증거물의 접수 및 반환의 시각을 기재하여야 한다(같은 항 후단). 국선변호인이 선정된 경우에는 심문기일에 변호인이 반드시 출석해야 한다(규칙 제19조 1항). 피의자 출석 및 국선변호인 출석은 절차개시의 요건이다. 관할법원은 심문을 할 때 공범의 분리심문 기타 수사상의 비밀보호를 위한 적절한 조치를 취해야 한다(제214조의 2 11항).

검사·변호인·청구인은 관할법원의 심문기일에 출석하여 법원의 심문이 끝난 후 의견을 진술할 수 있고, 필요한 경우에는 심문 도중에도 판사의 허가를 얻어 의견을 진술할 수 있다(제214조의2 9항, 규칙 제105조 1항). 피의자는 판사의 심문 도중에도 변호인에게 조력을 구할 수 있다(규칙 제105조 2항). 체포·구속된 피의자·변호인·청구인은 피의자에게 유리한 자료를 제출할 수 있다(같은 조 3항).

(라) 체포·구속적부심사조서의 작성

심문기일에 피의자를 심문하는 경우 법원사무관 등은 심문의 요지 등을 조서로 작성하여야 한다(제214조의2 14항, 제201조의2 6항). 이때의 조서는 제315조 제3호의 당연히 증거능력이 있는 서류에 해당하여 증거능력이 인정된다.

4. 법원의 결정

법원은 체포 또는 구속된 피의자에 대한 심문이 종료된 때로부터 24시간 이내에 체포·구속적부심사청구에 대한 결정을 해야 한다(규칙 제106조). 법원이 수사관계서류와 증거물을 접수한 때부터 결정 후 검찰청에 반환된 때까지의 기간은 수사기관의 체포제한기간 또는 구속기간에 산입하지 않는다(제214조의2 13항).[332] 체포·구속적부심사청구에 대한 법원의 결정에는 기각결정과 석방결정이 있다. 이에 대해서는 항고할 수 없다(제214조의

332) 이재상 교수(19/110)는 이 규정을 구속적부심사청구로 인하여 수사에 지장을 초래하는 것을 막고 전격기소의 폐해를 방지하기 위한 것이라고 본다. 반면에 신동운 교수(263)는 수사방해에 대한 제한은 이미 제214조 2항의 간이기각결정사유에 의해 이루어지고 있으며, 구속적부심사청구가 기각된 때에는 사실상 구속피의자에 대한 구속기간이 실질심리의 기간만큼 연장되는 효과가 발생하게 되어 헌법상 기본권인 무죄추정의 권리(헌법 제27조 4항) 및 구속적부심사청구권(헌법 제12조 6항)에 위반되는 흠이 있다고 한다.

2 8항).

(가) 기각결정

법원은 심사결과 청구가 이유 없다고 인정되면 결정으로 그 청구를 기각해야 한다(제214조의2 4항). 다만 1) 청구권자 아닌 자가 청구하였거나 동일한 체포영장 또는 구속영장의 발부에 대해 재청구할 때, 2) 공범 또는 공동피의자의 순차청구가 수사방해의 목적임이 명백한 때에는 심문 없이 결정으로 청구를 기각할 수 있다(제214조의2 3항). 이것을 간이기각결정이라고 하며, 적부심사의 신속을 도모하고 청구권남용을 방지하기 위한 규정이다.

(나) 석방결정

법원은 적부심사청구가 이유있다고 인정되면 결정으로 구속된 피의자의 석방을 명하여야 한다(제214조의2 4항). 석방결정은 그 결정서등본이 검찰청에 송달된 때에 효력을 발생한다(제42,44조).

제214조의2 4항 제2문은 "심사청구 후 피의자에 대하여 공소제기가 있는 경우에도 또한 같다"고 규정한다. 이는 피고인에게 구속적부심의 청구권한을 인정하지 않는 현행법의 문제점을 악용하여 검찰이 이른바 전격기소를 하는 데 대해 헌법재판소가 "헌법상 독립된 법관으로부터 심사를 받고자 하는 청구인의 절차적 기회"를 일방적으로 박탈하는 헌법불합치적인 행위로 결정[333]한 것을 반영하여 개정된 규정이다. 이로써 체포·구속적부심을 청구한 뒤 법원이 석방결정을 하려 하거나, 또는 석방결정을 내렸지만 그 결정서등본이 검찰청에 송달되어 효력이 발생하기(제42, 44조) 직전에 검사가 전격적으로 공소제기하여 피의자의 신분을 피고인으로 바꾸더라도, 법원은 석방결정을 할 수 있으며, 이미 행한 석방결정은 그 효력을 유지한다. 그러나 이러한 임시방편의 개정은 바람직하지 않다. 근본적으로는 피고인에게도 구속적부심의 청구권한을 인정해야 한다.

5. 피의자의 보석

(가) 의의

구속적부심사의 청구가 있는 경우 법원이 내릴 수 있는 결정에는 구속된 피의자에 대하여 출석을 보증할 만한 보증금의 납입을 조건으로 하여 석방을 명하는 것도 포함되어 있다(제214조의2 5항). 이를 '피의자보석'이라 하며 이 보석결정은 공소제기 이후에도 그 효력이 유지된다. 이러한 피의자보석은 피의자에게 보석청구의 권한을 직접 인정한 것은 아니라는 점에서 직권보석이며, 보석여부가 법원의 재량사항이라는 점에서 재량보석이다. 이 제도에 대해 체계적 위치가 적절하지 않고, 법원의 재량이 지나치게 확대될 것을

333) 憲裁決 2004.3.25, 2002헌바104.

지적하는 견해가 있다. 이 견해에서는 1) 피의자구속적부는 구속의 부적법을 근거로 구속결정을 해제하는 것이지만 피의자보석은 구속의 유효성을 전제로 그 집행의 필요성이 없음을 이유로 구속을 정지하는 것이라는 점에서 체포 또는 구속의 적부심사규정인 제214조의2가 아닌 독립된 조항에 규정해야 한다. 즉 제214조의2 5·6·7항은 입법기술적으로 '비체계적'이다. 2) 제214조의2 5항은 직권재량보석으로서 피의자 등에게 보석에 대한 직접적인 청구권을 보장하지 않고 있다. 이는 피의자보석이 구속적부심사청구를 계기로 법원에 의한 시혜적 조치로 운영될 수 있는 우려가 있다고 한다.

그런데 체포·구속적부심사는 구속 계속의 필요성을 심사하는 단계가 있으며, 적법/부적법의 양단적 판단이 아니라, 부적법까지는 아니지만, 피의자가 자백하는 등 상당한 정도로 구속 계속의 필요성이 감소하였으나, 아직은 약간의 도주 우려 등이 있는 경우에 법원의 선택의 가능성을 높여준다는 의의를 인정하여야 할 것이다.

(나) 보석의 조건

피의자보석은 보석금액을 조건으로 한다. 보석금액은 피의자의 출석을 보증할 만한 금액이어야 하고 이를 정함에는 범죄의 성질, 죄상, 증거의 증명력, 피의자의 전과, 성격, 환경과 자산을 고려하여야 한다. 그리고 피의자의 자산정도로는 납부하기 불가능한 보석금액을 정해서는 안 된다(제214조의2 7항, 제99조). 그리고 법원은 피의자보석을 결정하는 경우에 주거의 제한, 법원 또는 검사가 지정하는 일시장소에 출석할 의무 기타 적당한 조건을 부가할 수 있다(제214조의2 6항).

(다) 보석불허사유

다만 죄증을 인멸할 염려가 있다고 믿을 만한 충분한 이유가 있거나 피해자, 당해 사건의 재판에 필요한 사실을 알고 있다고 인정되는 자 또는 그 친족의 생명·신체나 재산에 해를 가하거나 가할 염려가 있다고 믿을 만한 충분한 이유가 있는 때에는 보석결정을 할 수 없다(제214조의2 5항 단서).

(라) 보석집행절차

피의자보석의 집행에도 피고인보석의 집행절차(제100조)가 준용된다(제214조의2 7항). 따라서 보석의 허가결정은 보석금을 납입한 후가 아니면 집행하지 못하며(제100조 1항), 법원은 구속적부심청구권자 이외의 자에게 보증금의 납입을 허가할 수 있다(같은 조 2항). 또한 有價證券 또는 피의자 이외의 자의 제출한 보증서로써 보증금에 갈음함을 허가할 수 있으며(같은 조 3항), 이 보증서에는 보증금액을 언제든지 납입할 것을 기재하여야 한다(같은 조 4항).

(마) 보석금의 몰수

a. 임의적 몰수

법원의 보석결정에 의하여 피의자가 석방된 후, 1) 재체포 및 재구속의 사유로 피의자를 재차 구속할 경우(제214조의4 1항 1호), 2) 공소가 제기된 후 법원이 피의자보석결정에 의해 석방된 자를 동일한 범죄사실에 관하여 재차 구속할 경우(같은 항 2호)에 직권 또는 검사의 청구에 의하여 결정으로 피의자보석결정으로 납입된 보증금의 전부 또는 일부를 몰수할 수 있다.

b. 필요적 몰수

법원은 보석결정으로 석방된 피의자가 동일한 범죄사실에 관하여 형의 선고를 받고 그 판결이 확정된 후, 집행하기 위한 소환을 받고 정당한 이유 없이 출석하지 아니하거나 도망한 때에는 직권 또는 검사의 청구에 의하여 결정으로 보증금의 전부 또는 일부를 몰수하여야 한다(같은 조 2항).

(바) 재체포 및 재구속의 제한

체포 또는 구속적부심사결정에 의하여 석방된 피의자는 1) 도망하거나 2) 罪證을 湮滅하는 경우를 제외하고는 동일한 범죄사실에 관하여 재차 체포 또는 구속하지 못한다(제214조의3 1항). 그리고 법원이 보석을 결정하여 석방된 피의자는 1. 도망한 때, 2. 도망하거나 죄증을 인멸할 염려가 있다고 믿을 만한 충분한 이유가 있는 때, 3. 출석요구를 받고 정당한 이유 없이 출석하지 아니한 때, 4. 주거의 제한 기타 법원이 정한 조건을 위반한 때를 제외하고는 동일한 범죄사실에 관하여 재차 체포 또는 구속하지 못한다(제214조의3 2항).

6. 체포·구속적부심사제도의 개선점

(가) 체포적부심사의 의의 재인식

우리나라의 인신구속 제도는 구금의 시작과 종료에 대해 다양한 제도를 결합하여 사용하고 있다. 구금된 자에 대한 석방도 피의자인지 피고인인지에 따라 다르다. 과연 이렇게 번잡한 제도가 반드시 필요한 것인가는 의문이다. 더구나 '체포'는 체포영장에 의한 체포뿐만 아니라, 긴급체포, 현행범체포도 이루어지고 있고, 이들은 단지 예외적인 제도가 아니라, 그 적용빈도로서는 오히려 원칙적인 형태로 보이기까지 한다. 체포영장에 의한 체포도 사실상 수사기관이 일방적으로 작성한 서류에 의해 발부되는 것이 보통이어서 체포영장 발부 당시 법관이 인식하고 있던 사정과 실제로 체포된 피의자를 대면하여 심사하였을 때 그 판단이 다를 수 있음은 당연한 일이다. 사정이 이러함에도 체포적부심사 기간을 구속기간에 불산입하는 경우 체포된 자는 사실상 체포적부심사권을 활용하

는 것을 포기하게 되기 때문이다. 물론 가장 이상적인 형태는 모든 체포된 자는 지체 없이 법관 등에 의한 대면권을 인정받고 거기서 체포의 필요성이 인정되는 경우에만 구금의 계속이 이루어지는 것이다.

(나) 피고인에 대한 청구권 인정

현행 체포·구속적부심사의 개선방안으로 가장 중신적인 것은 피고인에 대해 청구권을 부여하는 것이다. 다른 나라의 입법례[334]는 구속적부심을 피의자뿐만 아니라 피고인에 대해서도 널리 인정하는 것이 보통이다. 불법구속된 자의 신체의 자유를 회복한다는 점에서는 양자가 차이가 없기 때문이다. 더구나 구속적부심의 청구사유 중 구속의 계속의 위법 여부는 구속기간이 어느 정도 경과한 피고인에게 더 해당하는 사유라 할 수 있다. 그러므로 우리나라의 경우에도 적부심사의 청구범위를 피고인까지 확대하여야 한다.

(다) 심사기간의 구속기간산입

체포·구속적부심사에서 법원이 수사 관계 서류와 증거물을 접수한 때부터 결정 후 검찰청에 반환된 때까지 소요된 기간을 구속기간에 산입하지 않는 규정(제214조의2 13항)은 삭제되어야 한다는 주장이 있다.[335] 헌법의 무죄추정원칙과 구속적부심사청구권에 반하여 위헌의 소지가 있고, 심사청구의 남용은 간이기각결정규정(제214조의2 3항)에 의하여 방지할 수 있기 때문이다. 다만 꼭 수사방해의 목적이 아니더라도 청구에서 결정까지 통상 소요되는 3일 정도의 시간[336]과 수사관계서류와 증거물이 검찰청에 반환될 때까지의 기간이 수사기간에서 제외되어야 할 이유가 없을 것이다. 물론 경우에 따라서는 이 시간이 수사기관의 전체구속기간에 비추어서 결코 짧은 것이 아니기 때문에 수사에 미치는 영향은 매우 클 수도 있다. 피고인의 이익과 수사의 연속적 효율성이라는 두 가지 상충되는 이익을 고려하면 구속기간산입여부를 법원에서 결정하도록 하는 것도 생각해 볼 수 있는 방안이라는 주장도 있다.[337]

(라) 기각결정에 대한 이유의 명시와 항고의 허용

체포·구속적부심사청구에 대한 법원의 기각결정에 대한 항고불허(제214조의2 8항)는 하급법원의 독선적인 체포·구속적부심사를 막을 수 없고, 수사단계에서 신체구속에 대하여 시민의 적부심사청구권을 최대한 보장한다는 관점에서 폐지되어야 한다. 또한 체포·구속적부심사청구에 대한 법원의 결정은 현재 항고를 불허하는 결정이 되어 그 이유를 명시

---

334) 영미의 habeas corpus, 독일의 구속심사(Haftprüfung), 일본의 勾留理由開始制度 등.

335) 이재상, 신형사소송법, 박영사, 19/121; 신동운, 신형사소송법, 법문사, 2008, 268.

336) 구속적부심청구를 받은 법원은 청구서가 접수된 때부터 48시간 이내에 피의자를 심문하여야 한다(제214조의2 4항). 그리고 결정은 심문이 종료한 때로부터 24시간 이내에 하여야 한다(규칙 제106조). 그러므로 구속적부심에 소요되는 전체 기간은 통상 3일로 보면 된다.

337) 배종대, 신형사소송법, 홍문사, 19/39.

하지 않고 있지만(제93조 단서), 만일 기각결정에 대한 항고가 허용될 경우에는 그 전제로서 법원은 체포·구속적부심사청구를 기각하는 결정을 함에 있어 그 이유를 명시하도록 해야 한다는 주장[338]이 타당하다.

제3절 대물적 강제처분

I. 개관

형사소송법은 사람의 자유를 억압하는 체포와 구속은 사람의 인신에 대한 대인적 강제처분 이외에 압수·수색·검증 등의 대물적 강제처분도 규정하고 있다. 대물적 강제처분에는 증거방법으로 의미 있는 물건이나 몰수할 것으로 예상되는 물건 등을 수집·보전하는 압수·수색·검증이 있다.[339] 압수·수색·검증은 사람의 신체를 대상으로 행해질 수도 있기 때문에 대물적인 동시에 대인적인 강제처분으로 보기도 하지만[340], 신체 그 자체를 구속대상으로 하는 처분과 신체에서 범죄흔적을 비롯한 일정한 '물건'을 찾아내려고 하는 처분은 구별해야 한다. 압수·수색·검증은 기본권을 제한하는 수사이므로 법정주의와 영장주의의 적용을 받을 뿐만 아니라 비례성원칙의 적용을 받는다. 이 글에서는 주로 문제가 되는 압수·수색에 대해서만 검토하기로 한다.

압수는 증거방법으로 의미가 있는 물건이나 몰수가 예상되는 물건의 점유를 취득하는 강제처분이다. 압류, 영치 및 제출명령의 세 종류가 있다. 압류는 강제력을 사용하여 유체물의 점유를 점유자 또는 소유자의 의사에 반하여 수사기관 또는 법원에 이전하는 강제처분을 말한다. 영치(영치)는 소유자 등이 임의로 제출한 물건이나 유류(遺留)한 물건을 계속하여 점유하는 것이다(제1098조~제218조). 제출명령(제106조 2항)은 일정한 물건의 제출을 명하는 강제처분이다. 다만 수사기관의 강제처분에는 제출명령이 포함되지 않는다.

수색은 압수할 물건이나 피의자 또는 피고인을 발견하기 위한 목적으로 사람의 신체나 물건 또는 일정한 장소를 뒤져 찾는 강제처분을 말한다. 수색은 주로 압수와 함께 행해지고 실무상으로도 압수·수색영장이라는 단일영장을 사용하고 있다.

그런데 종래 광범위하게, 거의 무제한적으로 이루어지던 압수·수색에 대하여 제한이 이루어지고 있다. 최근의 형사소송법 개정은 이를 반영하고 있다.

> 형사소송법 [시행 2012.1.1.] [법률 제10864호, 2011.7.18., 일부개정]
>
> ◇ 개정이유
>
> 수사기관의 책임감을 높이고, 피의자·피고인의 인권침해를 최소화하며, 수사현실과 법률규정이 부합하도록 현행법을 정비하는 한편, 누구든지 확정된 형사사건의 판결서와 증거목록 등을 인터넷 등 전자적 방법으로도 열람 및 등사할 수 있도록 함으로써 판결서 등에 대한 접근성을 높여

338) 배종대, 신형사소송법, 홍문사, 19/39.
339) 이재상, 신형사소송법, 박영사, 20/1; 정영석/이형국, 형사소송법, 법문사, 1994, 183쪽.
340) 신동운, 신형사소송법, 법문사, 2008, 273쪽.

재판의 공개 원칙이 실질적으로 보장되도록 하려는 것임.

◇ 주요내용

가. 누구든지 확정된 형사사건의 판결서와 증거목록 등을 인터넷 등으로 열람·등사할 수 있도록 하되, 판결서 등에 기재된 개인정보가 공개되지 않도록 보호조치를 하도록 함(안 제59조의3 신설).

나. 법원의 압수·수색의 요건에 피고사건과의 관련성을 추가함(안 제106조제1항, 제107조, 제109조).

다. 정보저장매체등에 관한 압수의 범위와 방법을 명시하고, 정보주체에게 해당 사실을 알리도록 하며, 영장에는 작성기간을 기재토록 명시하는 등 전기통신관련 압수·수색제도를 보완함(안 제106조제3항·제4항, 제114조제1항).

라. 사법경찰관의 수사개시권과 사법경찰관에 대한 검사의 수사지휘권을 명시함(안 제196조).

마. 수사기관의 압수·수색·검증의 요건에 피고사건과의 관련성과 피의자가 죄를 범하였다고 의심할만한 정황이 있을 것을 추가함(안 제215조).

바. 압수물의 소유자, 소지자 등의 신청이 있을 경우 수사기관이 압수물을 환부 또는 가환부할 수 있도록 하고, 기존의 준용규정을 정비함(안 제218조의2, 제219조).

사. 재정신청의 대상을 형법 제126조의 죄에 대한 고발사건까지 확대하되 피공표자의 명시한 의사에 반하여는 할 수 없도록 단서를 둠(안 제260조제1항).

제106조제1항 본문 중 “필요한 때에는 증거물 또는 몰수할 것으로 사료하는 물건을 압수할 수 있다”를 “필요한 때에는 피고사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 증거물 또는 몰수할 것으로 사료하는 물건을 압수할 수 있다”로 하고, 같은 조에 제3항 및 제4항을 각각 다음과 같이 신설한다.

③ 법원은 압수의 목적물이 컴퓨터용디스크, 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체(이하 이 항에서 “정보저장매체등”이라 한다)인 경우에는 기억된 정보의 범위를 정하여 출력하거나 복제하여 제출받아야 한다. 다만, 범위를 정하여 출력 또는 복제하는 방법이 불가능하거나 압수의 목적을 달성하기에 현저히 곤란하다고 인정되는 때에는 정보저장매체등을 압수할 수 있다.

④ 법원은 제3항에 따라 정보를 제공받은 경우 「개인정보 보호법」 제2조제3호에 따른 정보주체에게 해당 사실을 지체 없이 알려야 한다.

제107조제1항을 다음과 같이 하고, 같은 조 제2항을 삭제하며, 같은 조 제3항 본문 중 “전2항의”를 “제1항에 따른”으로 한다.

① 법원은 필요한 때에는 피고사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 우체물 또는 「통신비밀보호법」 제2조제3호에 따른 전기통신(이하 “전기통신”이라 한다)에 관한 것으로서 체신관서, 그 밖의 관련 기관 등이 소지 또는 보관하는 물건의 제출을 명하거나 압수를 할 수 있다.

제109조제1항을 다음과 같이 한다.

① 법원은 필요한 때에는 피고사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 피고인의

신체, 물건 또는 주거, 그 밖의 장소를 수색할 수 있다. 제114조제1항에 단서를 다음과 같이 신설한다. 다만, 압수·수색할 물건이 전기통신에 관한 것인 경우에는 작성기간을 기재하여야 한다.

II. 압수수색의 요건

1. 범죄혐의

압수·수색도 수사인 이상 범죄혐의가 있어야 한다. 범죄혐의는 충분한 '구체적 사실'에 의해 인정될 수 있어야 한다. 여기에서 구속과 압수·수색의 범죄혐의의 차이점이 문제가 될 수 있다. 우선 양자는 모두 수사상 강제처분이므로 피의자의 사생활, 재산권 등을 침해하는 점에서는 차이가 없다(헌법 제12조 3항). 그러나 형사소송법규칙이 압수영장의 기재사항으로 피의사실의 요지를 들고 있는 점(규칙 제107조 1항)을 이유로 압수·수색의 범죄혐의도 구속과 마찬가지로 고도의 개연성이 있어야 한다는 주장[341]도 있지만, 구속에 수반되는 압수·수색의 범죄혐의는 그렇다고 하더라도 구속에 수반되지 않은 압수·수색은 대개 구속에 앞서서 피의자를 특정하거나 구속요건을 충족시키기 위한 수단으로 행하여지는 것으로 이 경우의 범죄혐의는 구속보다 낮은 정도의 범죄혐의로 충분하다고 보아야 할 것이다.[342] 따라서 압수·수색은 수사를 개시할 정도의 범죄혐의, 즉 '구체적 범죄혐의'로 충분하다고 볼 수 있다.

2. 필요성

제106조와 제109조는 "필요한 때", 제215조는 "범죄수사에 필요한 때" 압수·수색을 할 수 있다고 규정하고 있다. 따라서 압수·수색은 그 대상물이 피의사실 또는 공소사실과 관련이 있는 것이어야 한다. 즉 1) 압수할 물건은 증거방법으로 의미가 있게 될 개연성이나 몰수될 개연성이 있어야 하고, 2) 수색은 압수할 물건을 발견하기 위한 것이어야 한다. 압수·수색은 증거물의 확보를 통해 형사절차를 관철하고 판결의 집행을 확보하기 위한 것이기 때문이다.[343] 물론 이와 같은 관련성과 적합성의 판단기준은 그러한 대상을 발견할 개연성이다. 제109조는 피고인 또는 피의자의 신체·물건·주거 또는 기타 장소에 대한 수색(같은 조 1항)에는 그 밖의 자에 대한 수색과 달리 압수할 물건이 있는 경우(같은 조 2항)라는 조건을 붙이지 않고 있다. 그러나 수색의 본질상 같은 제한이 있는 것으로 해석하는 것이 옳다. 양자의 차이는 오히려 발견혐의를 구체적 사실에 의해 인정하는가

341) 신동운, 신형사소송법, 법문사, 2008, 286쪽; 차용석, 형사소송법, 세영사, 1997, 193쪽.

342) 이재상, 신형사소송법, 박영사, 20/5; 정영석/이형국, 형사소송법, 법문사, 1994, 184쪽에서는 그 밖에도 형사소송법이 구속에 관해서만 죄를 범했다고 의심할 만한 상당한 이유를 명시적으로 규정하고 있다는 점(제201조 1항)과 구속영장에는 죄명뿐만 아니라 피의사실의 요지까지도 기재하지만(제209조, 제75조 1항), 압수·수색·검증영장에는 죄명만을 기재하도록 하고 있다는 점(제219조, 제114조 1항)을 이유로 들기도 한다.

343) 이재상, 신형사소송법, 박영사, 20/7.

아니면 범죄수사학적 경험으로 판단하는가 하는 점이다.

3. 비례성

제106조와 제109조 및 제215조의 "필요한 때"를 근거로 압수·수색의 필요성뿐만 아니라 압수·수색의 비례성까지 그 요건으로 이해할 수 있다. 그러므로 압수·수색은 1) 임의수사로써 같은 목적을 달성할 수 있는 경우에는 허용되지 않고(보충성원칙), 2) 증거물이나 몰수물의 수집·보전에 불가피한 범위에 그쳐야 하며(최소침해원칙), 3) 압수·수색에 의한 기본권침해는 피압수자가 받게 될 다양한 불이익의 정도와 균형관계를 이루어야 한다(균형성원칙). 판례도 같은 입장을 보이고 있다.

III. 압수·수색의 절차

1. 압수·수색영장의 발부

법원이 행하는 압수·수색도 공판정 외에서 할 경우에는 압수·수색영장을 발부해야 한다(제113조). 검사는 범죄수사에 필요한 경우 지방법원판사에게 청구하여 발부받은 영장에 의하여 압수·수색 또는 검증을 할 수 있다. 사법경찰관이 범죄수사에 필요한 때에는 검사에게 신청하여 검사의 청구로 지방법원판사가 발부한 영장에 의하여 압수·수색 또는 검증을 할 수 있다(제215조 1, 2항). 검사가 영장을 청구할 때에는 피의자에게 범죄혐의가 있다고 인정되는 자료와 압수의 필요를 인정할 수 있는 자료를 제출해야 한다(규칙 제108조 1항).

압수·수색영장에는 피의자 또는 피고인의 성명·죄명·압수물건·수색장소·신체·물건·발부년월일·유효기간과 그 기간을 경과하면 집행에 착수하지 못하며 영장을 반환해야 한다는 취지, 압수·수색의 사유를 기재하고 재판장 또는 수명법관이 서명·날인해야 한다(제114조 1항, 규칙 제58조). 피의자 또는 피고인의 성명이 분명하지 않은 경우에는 인상·체격, 기타 피의자 또는 피고인을 특정할 수 있는 사항으로 피의자를 표시할 수 있다(제219조, 제114조 2항, 제75조 2항).

압수·수색영장의 유효기간도 7일이며, 법원 또는 법관이 상당하다고 인정하는 때에만 7일을 넘을 수 있다(규칙 제178조). 그러나 영장의 유효기간 내일지라도 동일한 영장으로 수회 같은 장소에서 압수·수색·검증을 할 수 없다. 동일한 물건 또는 장소에 대한 처분인 때에도 영장기재사실과 다른 피의사실에 대해 영장을 사용할 수 없다. 압수·수색대상의 예비적 기재도 인정되지 않는다.

2. 압수·수색영장의 집행

(가) 집행기관

압수·수색영장은 검사의 지휘에 따라 사법경찰관리가 집행한다. 다만 필요한 경우에 재

판장은 법원사무관 등에게 그 집행을 명할 수 있다. 법원사무관은 필요한 때에 사법경찰관리에게 보조를 청구할 수 있다. 검사는 필요에 의하여 관할구역 외에서도 영장을 집행하거나 당해 관할구역의 검사에게 집행지휘를 촉탁할 수 있다. 사법경찰관리도 마찬가지이다(제219, 115, 117, 83조).

(나) 집행방법 및 준수사항

a. 영장의 제시와 기타 필요한 처분

압수·수색처분을 받는 자에게 반드시 영장을 제시해야 한다(제118, 219조). 현장에서 압수·수색을 당하는 사람이 여러 명일 경우에는 그 사람들 모두에게 개별적으로 영장을 제시하는 것이 원칙이다.[344] 압수·수색영장의 집행 중에는 타인의 출입을 금지할 수 있으며, 이 금지를 위반한 자에게는 퇴거하거나 집행종료시까지 看守者를 붙일 수 있다(제119, 219조). 영장을 집행할 때에는 자물쇠를 열거나 개봉 기타 필요한 처분을 할 수 있다. 압수물에 대해서도 같은 처분을 할 수 있다(제120, 219조). 압수·수색영장의 집행에는 타인의 비밀을 지켜야 하며, 처분받는 자의 명예를 해하지 않도록 해야 한다(제116조).

b. 당사자·책임자 등의 참여

검사·피고인(피의자)·변호인은 압수·수색영장의 집행에 참여할 수 있다(제121, 219조). 압수·수색영장을 집행할 때에는 미리 집행일시와 장소를 참여권자에게 통지해야 한다. 다만 참여권자가 참여하지 않는다는 의사를 명시한 때 또는 급속을 요하는 때에는 예외로 한다(제122, 219조). 검사 또는 사법경찰관이 압수를 할 때에는 각각 검찰서기 또는 사법경찰관리 등의 참여인(제243조)을 참여하게 해야 한다(규칙 제110조).

공무소, 군사용의 항공기 또는 船車 내에서 압수·수색영장을 집행할 때에는 그 책임자에게 참여할 것을 통지하여야 한다. 이 이외의 타인의 주거, 간수자 있는 가옥·건조물·항공기 또는 船車 내에서 압수·수색영장을 집행할 때에는 주거주·간수자 또는 이에 준하는 자를 참여하게 하여야 한다. 주거주나 간수자 등을 참여하게 하지 못할 때에는 인거인(隣居人) 또는 지방공공단체의 직원을 참여하게 해야 한다(제123, 219조). 여자의 신체에 대하여 수색할 때에는 성년의 여자를 참여하게 하여야 한다(제124, 219조). 다만 압수·수색영장의 집행에 참여하는 자는 압수·수색의 의미를 이해할 수 있는 정도의 의사능력이 있어야 한다.

c. 야간집행의 제한

일출전 일몰후[345]에는 압수·수색영장에 야간집행을 할 수 있다는 기재가 없는 한 영장집

344) 大判 2009.3.12, 2008도763.

345) 일출전 일몰후의 기준은 사실을 기준으로 해야 한다는 견해가 있지만 통설은 曆을 기준으로 결정한다.

행을 위해 타인의 주거, 간수자 있는 가옥·건조물·항공기 또는 船車 내에 들어가지 못한다(제125, 219조). 다만 도박 기타 풍속을 해하는 행위에 상용되는 것으로 인정되는 장소나 여관·음식점 기타 야간에 공중이 출입할 수 있는 장소로서 공개된 시간 안에는 일출 전 일몰후의 제한을 받지 않고 압수영장을 집행할 수 있다(제126, 219조). 압수영장의 집행을 중지한 경우에 필요하면 집행종료 때까지 해당 장소를 폐쇄하거나 간수자를 둘 수 있다(제127, 219조).

d. 수색증명서·압수목록의 교부

수색한 결과 증거물 또는 몰수할 물건이 없는 때에는 그 취지의 증명서를 교부하여야 한다(제128, 219조). 압수한 경우에는 목록을 작성하여 소유자·소지자·보관자 그리고 기타 이에 준하는 자에게 교부하여야 한다(제129, 219조).

i. 압수조서의 작성

증거물 또는 몰수할 물건을 압수하였을 때에는 압수조서 및 압수목록을 작성하여야 한다(제49조 1항, 사경규칙 제50조 1항). 압수조서에는 품종, 외형상의 특징과 수량을 기재하여야 한다(제49조 3항). 압수조서에는 압수경위를, 압수목록에는 물건의 특징을 각각 구체적으로 기재하여야 한다. 압수조서와 압수목록을 작성할 때에는 피의자신문조서, 진술조서, 검증조서 또는 실황조사서에 압수의 취지를 기재하여 압수조서에 갈음할 수 있다(사경규칙 제50조 2, 3항). 압수조서에는 조사 또는 처분의 연월일시와 장소를 기재하고 그 조사 또는 처분을 행한 자와 참여한 법원사무관 등이 기명날인 또는 서명하여야 한다(제50조).

(다) 압수물의 처리

a. 압수물의 보관·폐기

압수물의 보관은 압수영장의 집행작용 가운데 하나이므로 압수한 법원 또는 수사기관의 청사로 운반하여 보관하는 것이 원칙이다. 이를 '自廳保管의 原則'이라고 한다. 법원 또는 수사기관은 압수물을 보관할 때 그 상실 또는 파손 등을 방지하기 위한 필요한 조치를 취해야 한다(제131, 219조). 이 때 법원 또는 수사기관은 선량한 관리자의 주의의무를 진다.

그러나 필요한 경우 위탁보관도 가능하다. 즉 운반 또는 보관이 불편한 압수물은 간수자를 두거나 소유자 또는 적당한 자의 승낙을 얻어 보관하게 할 수 있다(제130조 1항, 제219조, 사경규칙 제52조 1항). 몰수해야 할 압수물이 멸실, 파손 또는 부패의 염려가 있거나 보관하기 불편한 경우에는 이를 매각한 대가를 보관할 수 있다(제132조, 제219조 본문). 이것을 대가보관 또는 환가처분이라고 한다. 대가보관은 목적물의 재산권행사에 중대한 영향을 미치므로 몰수해야 할 압수물에 대해서만 할 수 있다. 따라서 몰수해야

할 물건이 아닌 이상 멸실·부패의 염려가 있어도 환가처분은 허용되지 않는다.[346] 목적물이 증거물인 경우에는 그 자체의 존재가 소송법상 중요하므로 대가보관을 할 수 없다.[347] 대가보관을 할 때는 검사피해자피의자 또는 변호인에게 미리 통지해야 한다(제135조). 사법경찰관이 대가보관의 처분을 할 때에는 검사의 지휘를 받아야 한다(제219조 단서). 대가보관은 몰수와 관계에서 압수물과 동일성이 인정되므로 법원은 대가를 추징하지 않고 압수물을 몰수할 수 있다.[348] 몰수하지 않을 때에는 대가를 소유자에게 인도해야 한다.[349]

위험발생의 염려가 있는 압수물은 폐기할 수 있다(제130조 2항, 제219조). 이것을 廢棄處分이라고 한다. 폐기처분은 개인의 재산권에 중대한 침해를 가져오므로 신중하게 해야 할 필요가 있다. 따라서 위험발생의 염려는 폭발물이나 오염된 어패류, 육류 등과 같이 위험발생의 蓋然性이 매우 높은 압수물에 국한된다.[350] 압수물을 폐기할 때에는 廢棄調書를 작성하고 사진을 촬영하여 이에 첨부하여야 한다(사경규칙 제52조 2항). 폐기처분이 위법한 경우에는 국가가 손해배상책임을 지게 된다.[351]

b. 압수물의 환부·가환부

i. 압수물의 환부

㉠ 환부의 대상과 절차

압수물의 환부는 압수물을 종국적으로 소유자 또는 제출인에게 반환하는 법원·수사기관의 처분을 말한다. 압수물 환부에는 두 가지가 있다. 첫째, 영장을 발부받지 못하는 경우에 행해지는 압수물의 환부이다. 검사 또는 사법경찰관이 긴급체포에 의하여 피의자를 체포하거나 현행범인을 체포하는 경우에 체포현장에서 압수한 물건(제216조 1항 2호) 및 긴급체포에 의해 체포할 수 있는 자가 소유, 소지 또는 보관하는 물건으로서 영장청구기간(제200조의 4 1항) 내에 구속영장을 청구하여 법관으로부터 구속영장을 발부받지 못한 경우 압수한 물건은 즉시 환부해야 한다(제217조 3항). 둘째, 압수를 계속할 필요가 없다고 인정되는 경우에 행해지는 압수물의 환부이다. 압수를 계속할 필요가 없다고 인정되는 압수물은 피고(피의)사건종결 전이라도 결정으로 환부해야 한다(제133조 1항 전단, 제219조). 환부가 가능한 물건은 증거물로 이용되지도 않고 동시에 몰수대상물도 아닌 물건이어야 한다.[352]

---

346) 大判 1965.1.19, 64다1150.

347) 신동운, 신형사소송법, 법문사, 2008, 839쪽; 정영석/이형국, 형사소송법, 법문사, 1994, 190쪽.

348) 大判 1966.9.20, 66도886.

349) 大判 1957.7.25, 4290민상290.

350) 신동운, 신형사소송법, 법문사, 2008, 839쪽; 이재상, 신형사소송법, 박영사, 20/38; 백형구, 형사소송법, 한국사법행정학회, 1993, 256쪽.

351) 신동운, 신형사소송법, 법문사, 2008, 839쪽; 백형구, 형사소송법, 한국사법행정학회, 1993, 256쪽.

환부는 법원 또는 수사기관의 결정에 의한다(제133조 1항 전단, 제219조). 사법경찰관이 압수물을 환부할 때에는 검사의 지휘를 받아야 한다(제219조 단서). 환부는 직권으로 행하는 것이므로 소유자 등의 청구가 있을 필요는 없다. 환부처분은 피해자, 피의자 또는 변호인에게 통지해야 한다(제135조, 제219조 본문). 압수물의 환부는 수사기관이 실체법상의 권리관계와는 관계없이 압수 당시의 소지인에게 행하는 형사소송법상 의무이므로, 피압수자가 압수 후 소유권포기의 의사를 표시하여도, 수사기관의 의무에 대응하는 압수물환부청구권은 소멸되지 않는다. 또한 절차법상의 권리인 압수물환부청구권을 포기하게 하는 방법으로 국가로 하여금 개인에 대한 절차법상의 의무를 면하게 하는 것은 인권보장 및 재산권보장의 헌법정신에 비추어, 그리고 제133조를 사문화시키지 않게 하기 위해서 법규(제486조, 관세법 제215조, 229조, 국가보안법 제15조 2항)에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 허용되지 않는다.[353]

㉡ 환부의 효력

환부에 의하여 압수는 그 효력을 상실한다. 압수물의 환부처분은 압수를 해제하는 효력을 가질 뿐이다. 환부처분에 의하여 환부받을 자에게 목적물에 대한 실체법상의 권리를 부여하거나 확정시키는 효력이 있는 것은 아니다.[354] 따라서 이해관계인은 민사소송절차에 의해 그 권리를 주장할 수 있다(제333조 4항). 압수한 서류 또는 물품에 대하여 沒收宣告가 없는 때에는 압수를 해제한 것으로 간주한다(제332조). 목적물을 환부받을 자의 소재가 불분명하거나 기타 사유로 인하여 환부를 할 수 없는 경우에는 검사는 그 사유를 관보에 공고하여야 한다. 공고한 후 3월 이내에 환부청구가 없는 때에는 그 물건은 국고에 귀속된다. 이 기간 안에도 가치 없는 물건은 폐기할 수 있고, 보관하기 곤란한 물건은 공매하여 그 대가를 보관할 수 있다(제486, 219조).

압수한 장물이 피해자에게 환부할 이유가 명백한 때에는 피의(피고)사건의 종결 전이라도 피해자에게 환부할 수 있다(제134조, 219조 본문). 다만 사법경찰관이 압수장물을 피해자에게 환부할 때에는 검사의 지휘를 받아야 한다(제219조 단서). 이 규정은 범죄피해자의 신속한 권리구제를 위한 것이지만, 압수장물의 재산권행사를 둘러싼 분쟁이 발생할 우려가 있으므로 환부할 이유가 명백한 경우에 한정되어야 한다.

환부할 이유가 명백한 경우에는 판결로써 還付宣告를 해야 한다. 압수한 장물을 처분했을 경우에는 판결로써 그 대가로 취득한 것을 피해자에게 교부하는 선고를 해야 한다(제333조 2항, 제219조).

---

352) 증거에 사용될 압수물은 가환부의 대상이지, 환부의 대상은 아니다(大決 1966.9.12, 66모58). 또한 몰수대상이 되는 압수물을 환부하는 것은 위법이므로 항고 또는 준항고사유가 된다(이재상 20/43).

353) 大決 1996.8.16, 94모51(전원합의체).

354) 大判 1962.7.21, 62다22.

ii. 압수물의 가환부

㉠ 가환부의 대상과 절차

가환부는 압수효력을 존속시키면서 목적물의 경제적 이용을 위하여 소유자·소지자·보관자 등에게 잠정적으로 돌려주는 제도이다. 압수계속의 필요가 있는 압수물인 경우에도 증거로 사용할 압수물은 소유자·소지자·보관자 또는 제출인의 청구에 의하여 가환부할 수 있다(제133조 1항, 제219조).[355] 증거에만 사용할 목적으로 압수한 물건으로서 그 소유자 또는 소지자가 계속 사용해야 할 물건은 사진촬영 기타 원형보존의 조치를 취하고 신속히 가환부하여야 한다(제133조 2항, 제219조).

가환부는 소유자[356]·소지자·보관자 또는 제출인의 청구에 의하여 법원 또는 수사기관의 결정으로 한다(제133조 1항, 제219조 본문). 다만 사법경찰관이 압수물을 가환부할 때에는 검사의 지휘를 받아야 한다(제219조 단서). 법원 또는 수사기관이 가환부의 결정을 할 때에는 미리 이해관계인에게 통지해야 한다(제135, 219조).

㉡ 가환부의 효력

가환부는 압수 자체의 효력을 잃게 하는 것이 아니다. 따라서 가환부받은 자는 압수물의 보관의무를 지며 법원 또는 수사기관의 요구가 있으면 제출해야 한다. 가환부한 장물에 대해 별단의 선고가 없으면 환부선고가 있는 것으로 간주한다(제333조 3항). 그러나 검찰에 의해 압수된 후 피의자에게 환부된 물건에 대해서도 수소법원은 그 피의자였던 피고인에게 몰수를 선고할 수 있다.[357]

IV. 압수·수색에서 영장주의의 예외

1. 구속·체포목적의 피의자수사

검사 또는 사법경찰관은 체포(제200조의 2), 긴급체포(제200조의 3), 구속(제201조) 또는 현행범인을 체포하는 경우에 필요하면 영장 없이 타인의 주거나 타인이 간수하는 가옥·건조물·항공기·船車 안에서 피의자수사를 할 수 있다(제216조 1항 1호). 이것은 곧 체포·구속하고자 하는 피의자가 타인의 주거·가옥·건조물 안에 숨어 있을 개연성이 인정되는 경우에 영장 없이 피의자를 수색할 수 있음을 의미한다.[358] 수색할 수 있는 범위는 피의자와 제3자의 주거이다. 피의자를 추적하는 가운데 피의자를 따라 주거·건조물 등에 들어가는 것은 체포·구속에 포함되고, 위의 영장 없는 수색에 해당될 문제는 아니다. 왜냐하면 제216조 1항 1호의 피의자수색이란 피의자의 발견을 위한 처분인데, 피의자를 추적

355) 가환부의 대상은 증거로 쓸 압수물이어야 하므로 몰수대상이 되는 압수물은 가환부할 수 없다(大決 1984.7.24, 84모43).

356) 소유권을 포기한 자는 가환부를 청구할 수 없다(大決 1968.2.27, 67모70).

357) 大判 1977.5.24, 76도4001.

358) 형사소송법 제216조는 '피의자수사'라는 말을 사용하고 있지만 피의자수색으로 새기는 것이 타당하다(이재상 20/21; 신동운 275).

하다 주거 등에 들어가는 것은 피의자의 '발견'이 필요한 경우에 해당하지 않기 때문이다. 그리고 피의자의 수색은 피의자를 체포·구속하기 위한 처분이므로 수색은 체포 전에 행해져야 하며 체포한 후에는 이 규정에 의한 수색은 인정되지 않는다. 물론 수색과 체포가 시간적으로 접속해야 할 필요는 없다.

피의자체포가 성공해야 하는 것도 아니다. 피의자가 들어가 있을 개연성, 즉 발견혐의만 있으면 되는 것이다. 발견혐의는 범죄혐의와 달리 원칙적으로 충분한 '구체적 사실'을 근거로 하여야 할 필요는 없다. 다만 제219조에 의해 제216조 ①항에도 준용되는 제109조는 ①항과 ②항에서 피의자·피고인의 주거를 수색하는 경우와 그 밖의 사람의 주거를 수색하는 경우를 구분하여 규정하고 있다. 이런 체계적 구분을 중시하고, 피의자·피고인이 아닌 자에 대한 수색의 기본권침해는 피의자·피고인에 비해 상대적으로 중대한 것이므로 발견혐의도 충분한 구체적인 사실[359]에 근거해야 한다.

피의자체포를 위한 주거 등의 수색을 할 수 있는 주체는 검사 또는 사법경찰관에 한정된다. 현행범체포는 누구나 할 수 있지만, 私人은 현행범체포를 위하여 타인의 주거를 수색하지 못한다.

2. 체포현장의 압수·수색·검증

(가) 의의

검사 또는 사법경찰관이 피의자를 체포, 긴급체포 또는 구속하거나 현행범인을 체포할 때 필요하면 영장 없이 체포현장에서 압수·수색·검증을 할 수 있다(제216조 1항 2호). 이 제도의 법적 성질 혹은 정당화 근거를 둘러싸고 견해가 대립하고 있다. 대소포함명제설 구속영장은 가장 강력한 형태의 강제처분인 인신구속의 법적 통제장치이므로 구속영장이 발부되었거나 발부될 수 있는 경우에는 大는 小를 포함한다는 論理命題에 따라 구속보다 적은 기본권침해를 가져오는 압수·수색·검증은 별도의 영장이 필요치 않은 것으로 본다.[360] 긴급행위설은 이 규정이 구속하는 자의 안전을 위해 무기를 빼앗고, 피의자가 증거를 파괴·은닉하는 것을 예방하기 위해 緊急한 경우에만 적용된다고 한다.[361]

긴급행위설에 따르면 제216조 ①항 2호는 사실상 체포되는 자의 몸수색과 흉기압수에 국한된다. 그러나 대소포함명제설은 그것을 넘어서 증거물이나 몰수물에 대한 압수수색도 허용되는 것으로 보며, 긴급행위설과 달리 증거나 무기가 있다는 개연성이 없는 경우에도 제216조 ①항 2호가 적용된다. 따라서 대물적 강제수사가 부당하게 확대될 위험이 있다는 지적을 받기도 한다.[362] 그러나 증거물·몰수물이 있을 개연성은 압수·수색의 개념

359) 예컨대 피의자의 소재에 대한 목격자의 정보제공 등.

360) 신동운, 신형사소송법, 법문사, 2008, 293쪽; 서일교, 형사소송법, 박영사, 1979, 262쪽.

361) 이재상, 신형사소송법, 박영사, 20/25; 차용석, 형사소송법연구, 박영사, 1983, 195; 백형구, 형사소송법강의, 박영사, 1996, 241쪽; 신양균, 형사소송법, 화산미디어, 2009, 252쪽; 임동규, 형사소송법, 법문사, 2008, 228쪽; 정영석/이형국, 형사소송법, 법문사, 1994, 196쪽: 이 견해는 주로 미국의 논의(LaFave-Israel, pp.172-173 참조)를 따른 것이다.

필연적 요구로서 대소포함명제설에서도 요구하는 바이다. 대물적 강제수사의 부당한 확대여부는 제216조 ①항 2호의 "체포현장"을 얼마나 넓게 해석하느냐에 달린 문제일 뿐 대소포함명제설의 문제는 아니라고 판단된다.

(나) 체포현장의 의미

체포현장에서 압수·수색·검증을 한다는 것은, 첫째, 체포와 이들 행위 사이에 時間的 接續이 있어야 하고, 2) 압수·수색·검증의 장소가 피체포자의 신체와 그의 직접적 지배 아래 있는 장소에 국한되어야 함을 의미한다. 다만 어느 정도의 시간적 접속이 있어야 하는가에 대해서는 견해가 대립하고 있다. 시간적·장소적 접착설은 체포행위에 시간적·장소적으로 근접해 있으면 되고 체포전후를 묻지 않는다.[363] 현장설은 압수·수색 당시에 피의자가 현장에 있어야 한다고 본다.[364] 체포착수설은 피의자가 수색장소에 있고 체포가 현실적으로 착수되어야 한다고 본다.[365] 체포설은 피의자가 현실적으로 체포될 것을 요구한다.[366]

피의자가 없을 때 행해지는 압수·수색은 체포에 수반된 행위가 아니므로 허용될 수 없다. 또한 체포가 완료된 事後의 압수·수색도 허용될 수 없다. 영장 없이 행해지는 압수·수색은 피의자를 체포한 때로 한정하여야 한다. 피의자를 체포하지 못했거나 체포 도중에 도주한 경우에는 현장을 보존하고 사전영장을 발부받아 압수·수색하는 것이 바람직할 것이다.

(다) 피고인 구속현장의 압수·수색·검증

검사 또는 사법경찰관이 피고인에 대한 구속영장을 집행할 때 필요한 경우 그 체포현장에서 영장 없이 압수·수색·검증을 할 수 있다(제216조 2항). 구속영장의 집행은 재판의 집행기관으로서 행하는 것이고, 구속현장의 압수·수색·검증은 수사기관의 수사처분으로 행하는 것이다.[367] 따라서 그 결과를 법관에게 보고하거나 압수물을 제출해야 할 필요는 없다. 이 규정은 증인에 대한 구인장집행에는 적용되지 않는다.

---

362) 이재상 20/25; 긴급행위설이 지배적이었던 미국에서도 United States v. Robinson 사건을 계기로 대소포함명제설과 같이, 수색은 체포에 비해 경미한 침해이므로 대물적 강제수사의 범위를 확대하는 경향이 등장하고 있다: United States v. Robinson, 414 U.S. 218(1973).

363) 김기두, 형사소송법, 박영사, 1987, 212쪽; 서일교, 형사소송법, 박영사, 1979, 262쪽; 임동규, 형사소송법, 법문사, 2008, 238쪽; 정영석/이형국, 형사소송법, 법문사, 1994, 196쪽. 일본 판례의 입장.

364) 이재상, 신형사소송법, 박영사, 20/26; 정웅석, 형사소송법, 대명출판사, 2003, 298쪽.

365) 신동운, 신형사소송법, 법문사, 2008, 294; 신양균, 형사소송법, 화산미디어, 2009, 254쪽; 진계호, 형사소송법, 형설출판사, 2000, 326쪽; 차용석, 형사소송법, 세영사, 1997, 196쪽.

366) 강구진, 형사소송법원론, 학연사, 1982, 221쪽; 신현주, 형사소송법, 박영사, 2002, 354쪽.

367) 이재상, 신형사소송법, 박영사, 20/29.

(라) 범죄장소의 긴급압수수색·검증

범행중 또는 범행직후의 범죄장소에서 긴급을 요하여 판사의 영장을 받을 수 없는 때에는 영장 없이 압수수색 또는 검증을 할 수 있다. 그러나 이 경우에는 사후에 지체 없이 영장을 받아야 한다(제216조 3항). 현행범체포시의 압수에 대해서는 별도의 규정(제216조 1항 2호)이 있다. 그러므로 이 규정은 현행범체포가 되지 않은 상황에서 발생하는 긴급한 사정에 대처하기 위한 것이다. 현행범과 유사한 상황에 대한 事後영장제도를 인정한 것이다. 이 종류의 처분에 대해서는 주거자나 간수자 등의 참여(제123조 2항)와 야간집행의 제한(제125조)이 적용되지 않는다(제220조).

(마) 긴급체포시의 압수수색·검증

검사 또는 사법경찰관은 긴급체포규정에 의하여 체포된 자가 소유·소지 또는 보관하는 물건에 대해 긴급히 압수할 필요가 있는 경우에는 체포한 때부터 24시간 이내에 한하여 영장 없이 압수·수색·검증을 할 수 있다(제217조 1항). 그리고 긴급압수 후 계속 압수의 필요가 있는 때에는 지체 없이 압수·수색영장을 청구하여야 한다. 이 경우 체포한 때부터 늦어도 48시간 이내에 영장을 청구하여야 하며(제217조 2항), 청구한 압수·수색영장을 발부받지 못한 때에는 압수한 물건을 즉시 반환하여야 한다(제217조 3항).

긴급체포 이후의 영장 없는 긴급압수·수색은 이전에는 체포 후 구속영장의 청구기간, 즉 48시간까지 가능하였으나 긴급체포 남용의 문제를 방지하기 위해 개정법률은 긴급압수·수색의 기한을 24시간으로 축소하고, 사후 압수·수색영장의 청구를 의무화하였다. 그러나 이와 같은 개정법률의 보완규정에도 불구하고 체포 자체에 수반하는 압수·수색·검증의 영장주의 예외와는 별개로 긴급체포에 대해서만 긴급압수·수색의 또 다른 예외를 허용하는 것은 입법론적으로 폐지하는 것이 바람직하다. 개정법률은 긴급압수·수색의 대상자를 '긴급체포할 수 있는 자'에서 '긴급체포된 자'로 변경하였는데, 피의자가 이미 체포된 상태라면 긴급한 압수·수색의 필요는 거의 사라진 상태라고 보아야 한다. 따라서 사전영장에 의한 압수·수색으로도 충분히 목적을 달성할 수 있다.

(바) 유류물 또는 임의제출물의 영치

법원은 소유자·소지자 또는 보관자가 임의로 제출한 물건 또는 유류한 물건을 영장없이 압수할 수 있다(제108조). 검사 또는 사법경찰관도 피의자, 기타인의 유류한 물건이나 소유자·소지자 또는 보관자가 임의로 제출한 물건을 영장 없이 압수할 수 있다(제218조). 이것을 영치(領置)라고 한다. 수사실무에서 압수는 이러한 영치가 대부분이다. 영치는 점유취득과정에 강제력이 행사되지는 않지만, 일단 영치되면 임의로 점유를 회복하지 못한다는 점에서 강제처분으로 볼 수 있다. 영치된 물건의 법률효과는 압수와 동일하다. 영치목적물은 반드시 증거물 또는 몰수대상물에 한정되지 않으며, 제출자인 소유자·소지자 또는 보관자가 반드시 적법한 권리자일 필요도 없다.

제4절 영장 관련 제도의 실태

I. 실태 분석 방법

영장 발부 등에 관해서는 공식 통계를 활용, 집행 방법에 대해서는 경찰 수사연수원에 교육차 입소한 경찰관들의 설문조사 결과를 활용하기로 한다. 다만 이러한 선택형 설문조사의 단점을 보완하기 위하여 실무경력이 충분한 실무전문가들의 대면 면접 및 의견을 취합하여 분석하였다.

II. 경찰 내부 통계의 분석

1. 체포영장의 발부 실태 분석

경찰 내부 자료[368]를 보면 현행 형사소송법의 원칙적 체포 형태라고 할 수 있는 체포영장의 발부에 있어서는 다른 사유들보다 미발부율이 낮게 나오는데, 이는 이 제도가 정착되고 있다는 분석도 가능하겠지만, 반대로 이 제도가 본래의 취지대로 활용되지 못하고, 지명수배 등을 위한 제도로 활용됨으로서 형식적 심사에 의하여 운영되고 있는 것은 아닌가 하는 분석도 가능할 것이다.

다시 말해서 긴급체포의 총수에 비할 때, 지나치게 낮은 수의 체포영장 신청 총수를 보면 사실상 원칙적 체포 제도로서의 영장에 의한 체포가 예외적 현상이 되어버린 것이라고 평가할 수 있을 것이다.

[표 1] 경찰 체포영장 신청·발부(※ 경찰청 통계(수사제도계))

구분	체포영장 신청	체포영장 발부	영장 신청(건)	발부	미발부			미발부율 (%)
					소계	검사 불청구	판사 기각	
'08년	52,187	50,765	10,309	8,695	1,614	637	977	15.7
'09년	51,952	49,900	12,042	10,111	1,931	809	1,122	16.0
'10년	48,772	45,074	10,696	8,813	1,883	902	981	17.6
'11년	49,011	43,156	9,755	7,914	1,841	908	933	18.9
'12년	41,692	35,849	9,467	7,708	1,759	959	800	18.6

2. 긴급체포의 실태 분석

현행범 체포와 마찬가지로 긴급체포의 경우에도 이러한 긴급체포 후 (구속)영장미신청으로 인한 문제가 나타난다. 다만 현행범 체포와 달리 범죄의 중대성이라는 제한이 있으므

368) 별도 출처표기가 없는 것은 경찰청에서 내부 연구용역 수행자에게 제공한 자료여서 출처를 밝히기 곤란한 자료이다.

로, 현행범 체포의 경우처럼 60%를 상회하지는 않지만, 18%-21%라는 거의 고정된 미신청 비율이 나타나고 있는데, 이는 최초의 체포시의 상황과 사후적 정황이 변화하였기 때문으로도 볼 수 있지만, 어느 정도 중한 범죄의 경우에 상당한 증거 없이 일단 의심스러운 용의자를 긴급체포하여 신문한 후 혐의가 없으면 석방하는 경향을 보여주는 것으로 해석할 수도 있을 것이다. 이 점은 경찰뿐만 아니라, 검찰에서도 나타나는데, 긴급체포의 총수가 점차 낮아지고 있는 것은 무분별한 긴급체포가 줄어들고 있음을 나타내는 것이어서 고무적인 것이지만, 이 통계에서는 검사의 구속영장 불청구로 인한 석방과 판사의 기각, 구속적부심에 의한 석방이 모두 포함된 것이어서 명백히 긴급체포의 필요성이 높은 자들에게만 긴급체포가 실시되었다고 하는 점을 보여주기는 힘들다.

특히 긴급체포의 경우 수사기관에 임의출석하였던 자가 퇴거하려고 하는 경우에 시행되는 경우가 있어서 문제가 된다. 수사기관의 입장에서는 임의출석하였던 자라도 수사의 진행 정도를 확인하거나, 신문과정에서 본인의 유죄 증거가 상당한 정도로 수집되어 있음을 확인하고 퇴거하려는 것은 '도주의 우려'가 있다고 보는 반면, 이미 임의출석하였다는 점으로 부터 도주 우려는 상당 부분 감소하였다고 볼 수 있다는 반론도 존재한다. 결국은 구체적인 범죄의 사정과 당시 상황에 비추어 자신의 인적 사항 등이 확인되고도 도주, 도피할 것이 의심스러운 경우-상습범 등-을 판단하여야 할 것이다.

[표 2] 경찰 긴급체포 후 구속영장 신청·발부(※ 경찰청 통계(수사제도계))

구분	체포 건수(건)	영장미신청 건수(건)	영장 신청(건)	발부건수(건)	발부율(%)
'08년	13,654	2,482(18%)	11172	9537	85%
'09년	14,730	3,126(21%)	11604	9673	83%
'10년	10,308	1,883(18%)	8425	7046	84%
'11년	8184	1501(18%)	6683	5599	84%
'12년	8178	1761(21%)	6417	5335	83%

[표 3] 검찰 긴급체포 후 석방현황(※ 2012 국감자료(최원식 의원))

연도별	긴급체포(명)	석 방(명)	석방율(%)
'08년	456	102	22.4
'09년	505	149	29.5
'10년	406	62	15.3
'11년	367	60	16.3
'12년 8월	198	27人	13.6

※ 석방 건수 : 긴급체포후 영장불청구 + 판사기각 + 구속적부심 석방

3. 현행범 체포의 실태

우선 경찰의 강제처분과 관련된 내부 통계에서 발견할 수 있는 것은 현행범 체포의 총 건수에 비하여 경찰 스스로 구속영장을 신청하지 않은 경우가 상당하다는 것이다. '08-'12년 5개년 통계에서 보면 신청률이 30.9% - 35.8%로 나타나고 있는데, 이는 69.8%-64.2%의 현행범 체포된 자가 석방되고 있다는 점을 나타낸다. 아직 이 숫자 자체를 두고 과다하다거나 하는 평가를 내리기에는 섣부르다고 할 수 있다. 하지만 489,170건 - 246,019건에 이르는 현행범 체포에 대해 보다 관심을 기울일 필요가 있음을 보여준다. 점차 그 숫자가 감소하여 지난 5년 사이에 거의 절반 정도로 현행범 체포의 총수가 감소한 것은 높이 평가할만하지만, 가장 적은 현행범 체포 숫자인 246,019건인 2012년에도 238,387건의 영장미신청 건수가 나타나는 것을 보면 과연 저 많은 경우가 모두 현행범 체포가 필요한 상황이었나 하는 회의적 시각도 충분히 가능하다. 물론 현행범 체포의 특수한 상황을 감안할 때, 체포전치주의를 인정하여 이러한 현실을 인정하되 즉시 법관 대면권을 보장함으로써 그 절차적 보장을 강화하자는 주장도 가능할 것이다. 이는 우리의 체포 제도에서 현행범 체포가 그 요건이 다르기는 하지만, 일단 체포가 이루어지면 '48시간+α'의 시간동안 사법적 심사에서 사실상 사각지대에 놓인다는 점에서 특별한 검토가 필요하다고 본다.

[표 4] 경찰 현행범체포 후 구속영장 신청·발부(※ 경찰청 통계(수사제도계) 수정)

구분	현행범체포	영장 신청(건)	신청율 (%)	발부	미 발 부			기각율 (%)
					소계	검사불청구	판사 기각	
'08년	489,170	13,656	35.8%	10,388	3,268	1,066	2,202	23.9
'09년	397,729	12,858	30.9%	9,850	3,008	1,017	1,991	23.4
'10년	319,433	9,536	33.5%	7,284	2,252	849	1,403	23.6
'11년	274,187	8,418	32.6%	6,290	2,128	759	1,369	25.3
'12년	246,019	7,632	32.2%	5,724	1,908	815	1,093	25.0

4) 구속영장 기각율 분석

영장 신청 및 발부 현황을 보여주는 통계로 보면 초기에는 주로 법관의 영장 기각 비율이 월등히 높았으나, 점차 검사의 불청구율이 증가하여 양자의 총수가 근접하고 있음을 보여주고 있다. 각각 경찰, 검찰, 법원의 입장에 따른 판단의 차이라고도 볼 수 있으나, 경찰이 내부적 평가에서 실적주의를 취함에 있어서 구속영장의 발부를 하나의 지표로 삼고 있어서 나타나는 과잉신청의 문제도 나타난다고 본다. 또 다른 형태의 체포가 이루어져서 발부되는 영장과 달리 사전구속영장의 경우 그 기각율이 비교적 높은 점도 여전히 경찰이 구속영장의 청구에 집착하고 있는 것은 아닌가 하는 의심을 하게 한다.

[표 5] 경찰 구속영장 신청·발부(※ 경찰청 통계(수사제도계))

구분	영장신청 (건)	발부	미발부			미발부율 (%)
			소계	검사불청구	판사기각	
'08년	47,707	37,790	9,917	3,034	6,883	20.8
'09년	49,825	39,139	10,686	3,479	7,207	21.4
'10년	38,827	30,142	8,685	3,317	5,368	22.4
'11년	33,584	25,096	8,488	3,266	5,222	25.3
'12년	32,074	23,286	8,788	4,421	4,367	27.4

[표 6] 경찰 사전영장 신청·발부(※ 경찰청 통계(수사제도계))

구분	영장 신청(건)	발부	미발부			기각율 (%)
			소계	검사 불청구	판사 기각	
'08년	12,570	9,170	3,400	699	2,701	27.0
'09년	13,321	9,505	3,816	891	2,925	28.6
'10년	10,170	6,999	3,171	970	2,201	31.2
'11년	8,728	5,293	3,435	1,122	2,313	39.4
'12년	8,558	4,519	4,039	2,156	1,883	47.2

4. 압수수색의 실태 분석

압수수색은 강제처분의 한 방법이지만, 상대적으로 대상자에 대한 기본권 침해가 적다는 이유로 신청한 영장의 거의 대부분이 발부되어 왔다. 최근 그 기각율이 점차 증가하고 있는데, 검찰, 법원이 압수수색영장 발부 기준을 종전보다 보다 엄격하게 적용하고 있음을 짐작할 수 있게 한다. 그러나 아래의 표에서 확인할 수 있듯 인신구속에 비해서는 여전히 상당히 기각율이 낮음을 알 수 있는데, 각 강제처분의 성질이 다르기 때문에 단순한 수치상의 비교는 의미가 없을 것이지만, 압수수색이 수사의 초기 단계에 시행되는 것으로서 그 필요성이 높다고 하여도 다른 근거에 의하여 어느 정도의 범죄혐의가 뒷받침되지 않는 상태에서 무분별하게 발부되는 것은 헌법이 보장하고 있는 주거의 자유와, 재산권에 대한 중대한 침해를 법원이 방조하는 결과를 초래하게 된다는 점에서 보다 엄격한 심사가 요구된다고 할 것이다. 최근의 형사소송법 개정도 이러한 문제의식을 반영하여 압수수색 대상 수사목적 달성을 위해 필요한 물품으로 제한하고 가능한 당사자에게 최소한의 침해를 주는 방식을 고려하는 '비례성'원칙에 입각한 것이라고 평가할 수 있을 것이다.

[표 7] 경찰 압수·수색영장(일반) 신청·발부(※ 경찰청 통계(수사제도계))

구분	영장 신청(건)	발부	미발부			기각율 (%)
			소계	검사 불청구	판사 기각	
'08년	31,297	30,249	1,048	793	255	3.3
'09년	32,534	31,167	1,367	1,013	354	4.2
'10년	36,298	34,265	2,033	1,568	465	5.6
'11년	35,191	31,750	3,441	2,690	751	9.8
'12년	40,230	35,301	4,929	4,157	772	12.3

[표 8] 경찰 압수·수색영장(금융계좌) 신청·발부(※ 경찰청 통계(수사제도계))

구분	영장 신청(건)	발부	미 발 부			기각율 (%)
			소계	검사 불청구	판사 기각	
'08년	40,627	40,038	589	449	140	1.4
'09년	47,600	46,620	980	817	163	2.1
'10년	47,255	45,705	1,550	1,353	197	3.3
'11년	65,335	61,698	3,637	3,001	636	5.6
'12년	79,415	73,450	5,965	5,582	383	7.5

[표 9] 사경·검찰 구속영장 신청(청구) 및 기각 현황(※ 2012 국감자료(김진태 의원))

구 분	사 경(경찰+해경+특별사법경찰관리)							
	영 장 신청건수	검사 기각건수	검사 기각율(%)	영장 청구건수	발 부 건 수	영 장 발부율(%)	판 사 기각건수	판 사 기각율(%)
'08년	58,008	7,648	13.2	50,613	38,036	75.2	12,289	24.3
'09년	59,330	8,835	14.9	50,651	37,713	74.5	12,638	25.0
'10년	43,726	7,032	16.1	36,904	27,788	75.3	8,722	23.6
'11년	37,181	5,562	15.0	31,826	24,309	76.4	7,277	22.9
'12.1~8	23,107	4,058	17.6	19,031	15,167	79.7	3,756	19.7
구 분	검 찰							
				영장 청구건수	발 부 건 수	영 장 발부율(%)	판 사 기각건수	판 사 기각율(%)
'08년				6,551	4,996	76.3	1,496	22.8
'09년				6,608	5,014	75.9	1,521	23.0
'10년				6,670	4,728	70.9	1,610	24.1
'11년				6,944	4,505	64.9	1,693	24.4
'12.1~8				4,201	2,812	66.9	1,056	25.1

[표 10] 사경·검찰 압수·수색 영장 신청(청구) 및 기각 현황(※ 2011 국감자료)

구 분	사 경(경찰+해경+특별사법경찰관리)							
	영 장 신청건수	검사 기각건수	검사 기각율 (%)	영장 청구건수	발 부 건 수	영 장 발부율(%)	판 사 기각건수	판 사 기각율 (%)
'08년	36,847	2,231	6.1	34,615	33,949	98.1	654	1.9
'09년	38,052	2,574	6.8	35,441	34,568	97.5	837	2.4
'10년	31,469	3,053	9.7	28,316	27,108	95.7	1,086	3.8
'11.1~6	16,615	1,638	9.9	14,833	14,181	95.6	571	3.8
구 분	검 찰							
				영장 청구건수	발 부 건 수	영 장 발부율(%)	판 사 기각건수	판 사 기각율(%)
'08년				3,426	3,308	98.5	55	1.4
'09년				3,223	3,163	98.1	52	1.6
'10년				3,885	3,476	89.5	171	4.4
'11.1~6				1,971	1,743	88.4	90	4.6

[표 11] 통신사실확인자료 허가 청구 및 발부 현황(※출처: 2011 국감자료)

연도	허가 청구					판사 기각				
	계	사 경			검사 직접	계	사 경			검사 직접
		경찰	국정원	기타			경찰	국정원	기타	
							기각율	기각율		기각율
'08년	72,316	61,161	114	316	10,725	886	791	4	0	91
							1.3%	3.5%		0.8%
'09년	78,474	67,080	174	834	10,386	830	746	2	3	79
							1.1%	1.1%		0.8%
'10년	76,813	64,648	146	912	11,107	1,076	964	1	3	108
							1.5%	0.7%		1.0%
'11.8	40,566	42,390	69	342	7,756	1,039	960	0	3	76
							2.3%	0%		1.0%

[표 12] 통신제한조치 허가 청구 및 발부 현황(※ 출처:2011 국감자료)

연도	허가 청구					판사 기각				
	계	사경			검사 직접	계	사경			검사 직접
		경찰	국정원	기타			경찰	국정원	기타	
							기각율	기각율		기각율
'08년	137	33	98	0	6	1	1 3.0%	0 0%	0	0 0%
'09년	208	45	156	0	7	9	3 6.7%	5 3.2%	0	1 14.3%
'10년	112	41	68	1	2	5	1 2.4%	3 4.4%	0	1 50%
'11.8	82	35	42	4	1	6	3 8.6%	2 4.8%	1	0 0%

)

III. 경찰 설문 조사 결과

1. 설문조사 경과

아래의 조사는 2013. 7.에 실시된 설문조사의 결과이다. A군의 질문 항목은 수사절차를 중심으로 한 직무수행 방법에 대한 것이고, B항목은 인권 과련 교육, C 항목은 수사관련 교육, D 항목은 응답자의 특성에 대한 질문으로 이루어졌다. 총 70매의 질문지가 배포되었으나, 의미있는 응답을 한 62매가 회수되었다. 각 항목별 응답자 및 응답률과 그에 대한 분석은 아래와 같다. 이 설문의 일부 질문은 한국형사정책연구원(연구책임자: 박경래/)이 2007년 국가인권위원회 2007인권상황실태조사로 실시한 '경찰관서 인권상황 평가지표 개발연구'의 일부 설문과 동일하다. 비록 대상자와 조사 목적이 다르기는 하지만 5년의 시차를 두고 경찰관들의 인식 변화를 파악할 수 있을 지도 모르는 기대에서 동일한 설문을 일부 포함시켰다.

2. 답변내용 분석

(가) A 직무수행 방법 조사

1번 질문은 귀하는 현재 업무수행에 있어서 국적, 인종, 출신지역 등 편견을 유발할 수 있는 요소에 대한 질문이고, 2번 질문은 불심검문시에 3. 임의동행요구시에 응답자가 통상 취하는 조치를 전부 하기를 요구하는 문항이었으나, 응답자 대부분이 법이

요구 하는 모든 조치를 취하는 것으로 표시하여 특별한 분석을 할 수 없었다.

4. 불심검문 시 상대방이 검문을 거부하거나, 신원확인을 거부하는 경우 어떤 조치를 취하십니까? 라는 질문에 대하여는 ① 어쩔 수 없는 상황이므로 그대로 통과시킨다. 4명(6.4%), ② 검문의 목적 등을 설명하면서 다시 요구한다. 44명(70.9%), ③ 현행범 또는 긴급체포로 체포될 수 있다고 경고하면서 다시 요구한다. 6명(9.6%), ④ 대상자에 따라 다르다. 6명(9.6%), 미응답 4명(6.4%)으로 답변하였다.

❖ 불심검문에 대한 답변이 이렇게 다양하게 나타나는 것은 응답자가 전제하고 있는 불심검문의 상황의 차이에서 비롯된 것일 수도 있지만, 대다수의 응답자가 강제력 사용을 염두에 두고 있지 않은 것으로 판단할 수 있다.

5. 임의동행한 피조사자가 갑자기 이유 없이 귀가를 요구하는 경우 어떻게 하시겠습니까?라는 질문에 대하여는 ① 즉시 귀가조치 한다. 28명(45%), ② 귀가 이유에 대한 확실하고 합리적인 설명이 있을 경우에만 귀가조치한다. 17명(27.4%), ③ 출석다짐(예: 신원보증서 작성) 후 귀가조치한다. 3명(4.8%), ④ 귀가 요구가 있더라도 무시하고 그대로 제한시간 6시간까지는 조사를 진행한다. 10명(16.1%), ⑤ 제한시간이 초과되면 긴급체포 후 조사를 계속 한다. 0명(0%), 으로 답변하였다.

❖ '임의동행'은 피조사사의 임의에 속하는 사항으로 피사자의 의사에 반하여 조사를 계속할 수 없음이 분명한데도 즉시 귀가 조치가 아닌 답변을 한 비율이 지나치게 높다는 문제가 나타난다.

6. 음주 소란으로 야간에 파출소에 온 피의자가 제지에도 불구하고 계속 난동을 부리는 경우 귀하의 조치는?에 대한 질문에 대하여는 ① 보호조치 후 수갑사용 28명(45.1%), ② 현행범 체포하고 수갑 사용 17명(27.4%), ③ 즉심 처리 3명(4.8%), ④ 보호자에게 인계 후 익일 출석 요구 10명(16.1%), ⑤ 경범죄처벌법 위반으로 범칙금 통고 3명(4.8%), 미응답 1명(1.6%)으로 답변하였다.

❖ 일선 파출소에서 가장 많이 발생하는 사안임에도 상당수의 응답자가 경찰장구로서의 '수갑' 사용을 선택하였다고 하는 점은 우려스럽다. 수갑을 대체할 수 있는 장구의 필요성이 있다.

7. 중요 피의자를 체포하러 그의 아파트에 갔는데, 그 아파트 경비원의 진술로 미루어 볼 때, 피의자가 현재 집에 있을 것으로 생각되어 집에 가서 초인종을 눌렀으나, 아

무런 응답이 없다면 어떻게 하시겠습니까?라는 질문에 대하여는 ① 열쇠공을 불러서 문을 열고 피의자를 수색한 다음 피의자가 있으면 긴급체포한다. 9명(14.5%), ② 구속영장을 발부 받아 문을 열고 피의자를 수색하여 구속한다. 8명(12.9%), ③ 압수수색영장을 받아 문을 연 다음 피의자가 있으면 긴급체포한다. 22명(35.4%), ④ 나올 때까지 기다려 보고 돌아온다. 19명(30.6%), 미응답 4명(6.4%)으로 답변하였다.

❖ 이 설문은 이미 국가인권위원회가 불법적 수색으로 결정을 내린 사안을 질문한 것임에도 불법으로 판결된 ③으로 답변한 사람이 22명으로 35.4%를 차지하였다는 점에서 경찰 측의 교육이 미흡한 것은 아닌가 하는 의문을 갖게 한다.

8. 귀하는 긴급체포요건(범죄의 중대성, 체포의 필요성, 체포의 긴급성)을 숙지하십니까?라는 질문에 대하여는 ① 매우 그렇다 30명(48.3%), ② 그렇다 26명(41.9%), ③ 보통이다 6명(9.6%), ④ 그렇지 않다 0명(0%), ⑤ 절대 그렇지 않다 0명(0%), 미응답 0명(0%)으로 답변하였다.

9. 긴급체포요건이 의심스러움에도 긴급체포를 한 경우가 있습니까?라는 질문에 대하여는 ① 매우 자주 있다 0명(0%), ② 자주 있다 0명(0%), ③ 가끔 있다 9명(14.5%), ④ 거의 없다 36명(58%), ⑤ 절대 없다 17명(27.4%), 미응답 0명(0%)으로 답변하였다.

9-1. 위에서 긴급체포한 이유는 무엇입니까?라는 질문에 대하여는 ① 수사상 반드시 필요하다고 생각되어 8명(12.9%), ② 피의자의 죄질이 나빠서 0명(0%), ③ 사안이 중요해서 20명(32.2%), ④ 기타 0명(0%), 미응답 34명(54.8%)으로 답변하였다.

❖ 위 8번, 9번, 9-1번 설문도 2007년에 수행되었던 것인데, 당시에도 긴급체포의 요건 숙지 여부를 묻는 8번 문항에는 거의 모두가 긍정적 답변을 하였음에도 9번 질문에 ③ 가끔 있다 의 응답비율이 19.7%이었는데, 이번 조사에서 14.5%로 나타났고, 그 이유에 대해서도 ① 수사상 반드시 필요하다고 생각되어 12.9%, ③ 사안이 중요해서 32.2%로 나타나서 당시 보다는 감소하였지만, 실무상 중한 사안에서의 피의자의 권리 보다는 수사편의에 치우치는 경향을 보여주고 있다.

10. 출석요구서를 받고 자진출두한 피의자를 긴급체포한 경험이 있습니까? (구속영장 청구 시 제외)라는 질문에 대하여는 ① 있다 11명(17.7%), ② 없다 50명(80.6%), 미응답 1명(1.6%)으로 답변하였다.

10-1. 위 10번 문항에서 긴급체포를 실시한 이유는 무엇입니까?라는 질문에 대하여는 ① 피의자의 죄질이 나빠서 2명(3.2%), ② 사안이 중요해서 12명(19.3%), ③ 수사상 반드시 필요하다고 생각되어 1명(1.6%), ④ 기타 1명(1.6%), 미응답 46명(74.1%)으로 답변하였다.

❖ 자진출석한 피의자에 대한 체포에 대해서도 없다고 표시한 응답자 가운데 5명이 이유에 응답하였고 그 이유로는 역시 '사안이 중요해서'가 가장 높은 비중을 차지하고 있다.

11. 체포·구속 시 취하는 조치를 전부 표시해 주십시오.

① (영장에 의한 경우) 영장을 제시한다 ① 꼭 한다 ② 거의한다 ③ 거의 안 한다

② 자신의 소속과 신분을 밝힌다 ① 꼭 한다 ② 거의한다 ③ 거의 안 한다

③ 범죄사실 요지 및 체포·구속 이유를 고지한다 ① 꼭 한다 ② 거의한다 ③ 거의 안 한다

④ 변호사 선임권을 고지한다 ① 꼭 한다 ② 거의한다 ③ 거의 안 한다

⑤ 변명의 기회를 제공한다 ① 꼭 한다 ② 거의한다 ③ 거의 안 한다

11-1. 위 11. ① 문항에서 ①, ②로 응답하신 경우, 영장 제시의 방법으로 주로 사용하는 것은?라는 질문에 대하여는 ① 영장 원본을 넘겨주어 내용을 알게 한다 4명(6.4%), ② 영장 원본을 제시하고 내용을 고지한다. 42명(67.7%), ③ 영장 사본을 제시하고 요지만 고지한다. 14명(22.5%), ④ 영장 표지만 보여주고 집행한다. 1명(1.6%), ⑤ 기타 1명(1.6%), 미응답 0명(0%)으로 답변하였다.

11-2. 영장 원본을 제시하지 않는 것이 관행이라면 그 이유는?이라는 질문에 대하여는 ① 영장 원본의 훼손 우려 15명(24.1%), ② 영장 원본을 휴대하는 불편함 13명(20.9%), ③ 수사 비밀의 누출 우려 2명(3.22%), ④ 기타 5명(8%), 미응답 27명(43.5%)으로 답변하였다.

❖ 위 설문에서 11번 설문에는 거의 모두 모범적 답변을 하였지만, 11-1의 영장 제시방법에서는 영장 사본 제시와 영장 표지 제시가 24.1%로 나타나서 영장의 집행방법에 대해서도 관행을 깨려는 노력과 교육이 필요함을 알 수 있다. 흥미로운 것은 11-2번 질문인데, 영장원본의 내용을 알려줌으로써 수사 비밀이 누출될 염려는 거의 없고, 실무상의 불편에 해당하는 훼손 우려나, 원본 소지의 불편함이

45%로 나타나서 효과적인 영장집행절차를 위한 대안이 모색될 필요가 있음을 보여주고 있다.

12. 귀 경찰서에서는 구속영장 신청 전에 실질적으로 영장심의위원회가 개최됩니까?라는 질문에 대하여는 ① 항상 그렇다 9명(14.5%), ② 거의 그렇다 10명(16.1%), ③ 가끔 그렇다 11명(17.7%), ④ 거의 그렇지 않다 29명(46.7%), ⑤ 절대 그렇지 않다 2명(3.2%), 미응답 1명(1.6%)으로 답변하였다.

❖ 2007년 조사에서는 ① 항상 그렇다 10.4%, ② 거의 그렇다 23.9%, ③ 가끔 그렇다 27.8%, ④ 거의 그렇지 않다 32.4%, ⑤ 절대 그렇지 않다 5.4%, 미응답 1.6% 로 나타났다. 양자를 비교해보면 ①-②의 긍정적 답변의 비율이 이번 조사에서 30.6%인데 비하여 2007년 조사에서는 34.3%, ④-⑤의 부정적 답변 비율은 49.9%와 37.8%로 증가되어 '영장심의위원회'의 존재의의는 더 희박해진 것으로 나타났다.

13. 피의자의 가족들에게 체포구속사실을 통지하는 시기는?라는 질문에 대하여는 ① 체포 구속 즉시 50명(80.6%), ② 체포 구속 후 1일 이내 11명(17.7%), ③ 체포 구속 후 3일 이내 0명(0%), ④ 체포 구속 후 5일 이내 0명(0%), ⑤ 체포 구속 후 7일 이내 1명(1.6%), 미응답 0명(0%)으로 답변하였다.

❖ 이 답변 역시 2007년 조사에서 수행되었던 것인데, 역시 ②로 응답한 비율이 17.7%에 달하는 것은 법률상의 기준과 실무상 처리와의 차이를 나타내고 있다.

13-1. 만약 자신의 체포 사실을 절대 부모에게 통지하지 말 것을 간곡히 부탁하는 미성년 피의자가 있다면 어떻게 하시겠습니까?라는 질문에 대하여는 ① 일단은 조사가 끝날 때까지 통지하지 않는다. 0명(0%), ② 사건의 중대성을 판단하여 사건이 경미한 경우에만 통지하지 않는다. 2명(3.2%), ③ 부모에게 통지한다. 59명(95.1%), 미응답 1명(1.6%)으로 답변하였다.

❖ 우려와 달리 미성년 피의자에 대한 보호자 통지에 대해서는 대다수의 응답자가 보호자 등에 대한 통지를 실시하는 것으로 나타났다.

14. 체포·구속적부심을 받으려는 피의자의 생각을 바꾸려고 설득한 적이 있습니까?라는 질문에 대하여는 ① 매우 자주 있다. 0명(0%), ② 자주 있다. 1명(1.6%), ③ 가끔 있

다. 6명(9.6%), ④ 거의 없다. 25명(40.3%), ⑤ 전혀 없다. 29(46.7%), 미응답 1명(1.6%)으로 답변하였다.[369]

14-1. 피의자를 설득한 이유는 무엇입니까?라는 질문에 대하여는 ① 실질심사기각이 명백하므로 6명(9.6%), ② 죄질이 나빠서 0명(0%), ③ 수사지연의 목적이 명백하므로 5명(8%)으로 답변하였다.

❖ 피의자의 권리 행사에 대해 자주 있다와 가끔 있다를 합한 수치가 11.2%로 나타나고 있는 점은 문제가 있어 보인다.

15. 피조사자가 지문날인을 거부하는 경우가 있습니까?라는 질문에 대하여는 ① 매우 자주 있다 0명(0%), ② 자주 있다 3명(4.8%), ③ 가끔 있다 38명(61.2%), ④ 거의 없다 19명(30.6%), ⑤ 절대 없다 2명(3.2%), 미응답 0명(0%)으로 답변하였다.

15-1. 지문날인을 거부하는 경우, 현실적으로 어떤 조치를 취하십니까?라는 질문에 대하여는 ① 최대한 설득하여 지문을 받아낸다. 35명(56.4%), ② 영장을 청구한다. 5명(8%), ③ 강제로 찍는다. 0명(0%), ④ 기타 10명(16.1%), 미응답 12명(19.3%)으로 답변하였다.

❖ 지문날인과 관련하여서는 2007년 조사와 유사하게 나타났고, 다만 그 대응에 있어서 영장을 청구한다는 응답이 2007년에 4.1%였는데, 이번 조사에서는 8%로 나타났다.

16. 귀하는 영장없는 압수수색의 법률상의 요건을 숙지하고 있습니까?라는 질문에 대하여는 ① 매우 그렇다. 15명(24.1%), ② 그렇다. 31명(50%), ③ 보통이다. 13명(20.9%), ④ 그렇지 않다. 2명(3.22%), ⑤ 절대 그렇지 않다. 0명(0%), 미응답 1명(1.6%)으로 답변하였다.

❖ 형사소송법상 상당한 문제점을 안고 있는 제도가 영장 없는 압수수색인데, 실제 이를 집행하는 담당자들의 응답에서 중립적이거나 부정적인 답변의 비율이 24%에 가깝게 나타나고 있는 것은 우려스러운 점이다.

---

369) 박경래/이승현, 경찰관서 인권상황 평가지표 개발 연구, 국가인권위원회, 2007, 87쪽에서는 가끔 혹은 자주 있다의 비율이 13.5%였다.

17. 영장 없는 압수·수색의 요건이 충족되었는지 의심스러움에도 영장 없이 압수·수색을 한 적이 있습니까?라는 질문에 대하여는 ① 매우 자주 있다. 0명(0%), ② 자주 있다. 0명(0%), ③ 가끔 있다. 10명(16.1%), ④ 거의 없다. 36명(58%), ⑤ 절대 없다. 14명(22.5%), 미응답 2명(3.2%)으로 답변하였다.

17-1. 위에서 압수·수색을 실시한 이유는 무엇입니까?라는 질문에 대하여는 ① 영장 관련 절차가 복잡하여 0명(0%), ② 증거인멸의 우려가 있어서 8명(12.9%), ③ 압수·수색이 긴급히 필요하다고 판단되어 13명(20.9%), ④ 기타 1명(1.6%), 미응답 40명(64.5%)으로 답변하였다.

❖ 2007년 조사에서도 발생하였던 것이고, 이 조사에서 자주 드러나는 현상은 선행하는 질문에 대한 응답자 수와 이를 전제로 하는 다른 질문의 응답자 수에서 자주 불일치가 나타난다는 것이다. 17번 질문에서 '거의 없다'를 비롯한 부정적 응답을 한 응답자 중에 11명이 실제로 요건 충족이 의심스러운 압수·수색을 실시하고 있다는 점이 17-1의 응답에서 나타난다.

17-2. 긴급체포에 수반하는 영장 없는 압수·수색(법 제216조에 의함)의 대상이 된 체포된 자의 소유, 보관물이 제3자의 주거 등에 있는 경우 통상 취하는 조치는?이라는 질문에 대하여는 ① 제3자, 간수자 등에게 긴급체포 사실을 알리고 압수·수색한다. 33명(53.2%), ② 긴급체포된 자에게 압수, 수색함을 알리고 압수·수색한다. 17명(27.4%), ③ 기타 3명(4.8%), 미응답 9명(14.5%)이라고 답변하였다.

17-3. 위 17-2의 경우 제3자, 기타 대상물의 소재지의 관리자가 압수·수색에 동의하지 않는 경우 취하는 조치는?이라는 질문에 대하여 ① 실력으로 제압하고, 건정을 여는 등 압수·수색한다. 3명(4.8%), ② 압수·수색 영장을 발부 받아 압수·수색한다. 45명(72.5%), ③ 기타 3명(4.8%), 미응답 11명(17.7%)으로 답변하였다.

❖ 17-2, 17-3의 질문은 형사소송법 제216조에 의한 긴급체포에 수반하는 영장 없는 압수·수색의 집행방법을 묻는 것인데, 17-2의 경우 적지 않은 수인 17명(27.4%)이 긴급체포된 자에게 압수, 수색함을 알리고 압수·수색한다를 선택하였다는 점은 의외이다. 다만 17-3에서 제3자, 기타 대상물의 소재지의 관리자가 압수·수색에 동의하지 않는 경우 실력으로 제압하고, 건정을 여는 등 압수·수색한다로 응답한 사람은 3명(4.8%)에 불과하고 45명(72.5%)가 압수·수색 영장을 발부 받아 실시한다고

응답한 것은 이 제도의 개선방안을 제시함에 참고가 될 것으로 보인다.

18. 영장에 의한 압수·수색 시 귀하가 통상 취하는 조치를 전부 표시하여 주십시오.

① 압수·수색영장을 제시한다 ① 꼭 한다 ② 거의 한다 ③ 거의 안 한다

② 책임자(타인의 주거 등의 경우에 해당 주거주, 간수자)를 참여시킨다. ① 꼭 한다 ② 거의 한다 ③ 거의 안 한다

③ 압수·수색목록을 교부한다 ① 꼭 한다 ② 거의 한다 ③ 거의 안 한다

19. 귀하는 물건의 직접적 압수 대신 사진·사본으로의 대체를 최대한 고려하십니까?라는 질문에 대하여는 ① 항상 그렇다. 5명(8%), ② 거의 그렇다. 11명(17.7%), ③ 가끔 그렇다. 29명(46.7%), ④ 거의 그렇지 않다. 13명(20.9%), ⑤ 절대 그렇지 않다. 3명(4.8%), 미응답 1명(1.6%)이라고 답변하였다.

20. 범죄혐의 입증에 직접적으로 필요한 자료 외에 부수적 자료도 압수·수색 목록에 첨가하는 경우는? 이라는 질문에 대하여는 ① 매우 자주 있다. 0명(0%), ② 자주 있다. 3명(4.8%), ③ 가끔 있다. 30명(48.3%), ④ 거의 없다. 20명(32.2%), ⑤ 절대 없다. 6명(9.6%), 미응답 3명(4.8%)이라고 답변하였다.

❖ 18번 질문에는 거의 모든 응답자가 법률상의 요건을 지킨다고 응답하였다. 19번 질문에는 응답비율이 갈리는데, 압수·수색이 가능한 경우에도 대상자에게 가급적 덜 피해를 주는 방법을 모색할 필요가 있다. 이 문제는 압수물의 환부, 가환부 문제와도 연결되게 된다.

20번 질문에 대해서 응답자의 작지 않은 비율이 당해 사건의 입증에 직접적으로 필요하지도 않은 사항도 압수·수색 대상에 포함시키는 경우가 있는 것으로 나타나는데, 이러한 관행을 지향할 필요가 있고, 영장을 발부하는 법관도 보다 면밀한 심사를 통해 이러한 것은 기각시킬 필요가 있다고 본다.

21. 지명통보·수배자 검거 후 지명통보·수배해제가 지연되는 경우가 있습니까?라는 질문에 대하여는 ① 매우 자주 있다. 0명(0%), ② 자주 있다. 2명(3.2%), ③ 가끔 있다. 18명(29%), ④ 거의 없다. 34명(54.8%), ⑤ 절대 없다. 7명(11.2%), 미응답 1명(1.6%)이라고 답변하였다.

22. 통신제한조치 및 통신사실확인자료 제공요청 후 당사자에게 통보가 이루어집니까?라는 질문에 대하여는 ① 항상 그렇다. 32명(51.6%), ② 거의 그렇다. 22명(35.4%), ③ 가끔 그렇다. 18명(29%), ④ 거의 그렇지 않다. 4명(6.4%), ⑤ 절대 그렇지 않다. 0명(0%), 미응답 1명(1.6%)이라고 답변하였다.

❖ 21번 질문에 ③ 가끔 있다. 18명(29%), ④ 거의 없다. 34명(54.8%)의 비율이 지나치게 높은 것은 아닌지 우려스럽다. 경찰로서는 업무처리과정의 단순한 실수일 수도 있지만, 당사자에게는 중대한 문제를 가볍게 처리하고 있는 것은 아닌가 한다.
22번 질문에서 법적 통보 요건의 준수비율이 지나치게 낮게 나타나고 있다.

23. 미체포된 구속 전 피의자 신문을 위한 피의자 신문을 위한 법원의 구인장을 집행한 경험이 있습니까?라는 질문에 대하여는 ① 있다 37명(59.6%), ② 없다 24명(38.7%), 미응답 1명(1.6%)이라고 대답하였다.

23-1. 위 23의 경우에 구인장 집행의 방법은?이라는 질문에 대하여는 ① 법원 앞에서 만날 약속을 하고 같이 출두한다. 18명(29%), ② 도주 우려가 있으므로 먼저 체포하여 유치장에 두었다가 출두시킨다. 7명(11.2%), ③ 기타 13명(20.9%), 미응답 24명(38.7%)이라고 대답하였다.

23-2. 위 23-1의 경우처럼 구인장에 명시된 인치장소, 시간과 달리 先체포하는 경우 신병처리에 관한 지휘문제는?이라는 질문에 대하여는 ① 검사에게 보고하고 지휘 받는다. 11명(17.7%), ② 판사에게 보고하고 지휘 받는다. 6명(9.6%), ③ 기타 39명(62.9%), 미응답 6명(9.6%)이라고 대답하였다.

❖ 미체포된 피의자의 구속 전 신문을 위한 법원의 구인장을 집행하는 방법에 대한 질문은 국가인권위원회에 진정이 접수되었다가 당사자의 화해로 종결된 사안에 대한 것인데 응답자들의 답변이 엇갈리고 있다. 이 부분에 대한 통일적 지침 마련이 필요할 것으로 판단된다.

24. 귀하는 지금까지 외국인을 조사한 적이 있습니까?라는 질문에 대하여는 ① 있다 45명(72.8%), ② 없다 12명(19.3%), 미응답 5명(8%)이라고 답변하였다.

24-1. 귀하는 외국인 조사 시 활용한 통역인의 통역능력은 수사에 필요한 정도의 수준을 갖추었습니까?라는 질문에 대하여는 ① 매우 그렇다. 5명(8%), ② 그렇다. 19명(30.6%), ③ 보통이다. 16명(25.8%), ④ 그렇지 않다. 10명(16.1%), ⑤ 절대 그렇지 않다. 0명(0%), 미응답 12명(19.3%)으로 답변하였다.

24-2. 귀하는 외국인 피의자를 체포·구속한 경우, 해당 영사기관에 통보하고, 영사기관 통보확인서를 작성하셨습니까?라는 질문에 대하여는 ① 그렇다. 30명(48.3%), ② 아니다. 4명(6.4%), ③ 해당 사항 없었음. 16명(25.8%), 미응답 12명(19.3%)이라고 답변

하였다.

24-3. 귀하는 외국인 피의자에게 해당국 영사기관(원)과의 접견교통권을 고지하였습니까?라는 질문에 대하여 ① 그렇다. 33명(53.2%), ② 아니다. 4명(6.4%), ③ 해당 사항 없었음 12명(19.3%), 미응답 13명(20.9%)이라고 답변하였다.

24-4. 외국인의 신병을 출입관리사무소에 인계한 적이 있습니까?라는 질문에 대하여 ① 있다 31명(50%), ② 없다 18명(29%), 미응답 13명(20.9%)이라고 답변하였다.

24-5. 외국인 피의자 신병을 출입관리사무소에 인계하는 절차는?(서술식)

[표 13] 외국인 피의자 인계방법에 대한 응답 내용

-출입관리사무소에 통지하고 검찰의 사건지휘를 받아 출입관리사무소로 인계
-검사에게 출입국관리소에 인계하겟다는 일반수사지휘를 받아 인계함
-검사수사지휘 건의->수사지휘->공문서작성->신병인계->인계서 기록편철
-조사 후 검사지휘받아 인계(인계전 피의자 주거지에서 필요 물품을 챙기게 한다)
-유선통보 및 외사통보 후 문서작성인계
-사법대상의 경우 사법절차 종료후 인계ㅡ 행정처분대상인 경우 즉시 인계조치
-피의자인 외국인의 불법체류여부 확인된 경우->구속유무 판단->구속보다는 추방이 맞다고 판단되면 검사의 지휘를 득한 후 검사지휘서와 함께 신병을 출입국관리소에 인계
-피의자 조사완료후 검사지휘를 받아 지ㅅ휘서 첨부하여 출입국 사무소에 인계
-외국인 출입관리 사무실로 전화하여 구두통화->범죄사실등 외국인 범죄자 신병인계 공문작성->외국인 출입관리 사무실에 신병인계
-경찰서 외사계직원에게 신병인계->외사계직원이 확인 후 사무소 인계
-출입국사무소에 해당 피의자를 조회한 후 불법체류 등 사실 확인되면 검사의 지휘를 받아 출입국관리소에 신병인계
-여권등으로 불법체류 확인->검사지휘->지휘서 근거 출입국관리사무소 신병인계

❖ 외국인 피의자에 대한 조사방법에 대한 질문에 대해서 상당수의 경찰이 조사경험이 있으며, 통역인의 능력을 높일 필요가 있는 것으로 보인다. 또한 외국인 피의자 조사시에 준수해야할 절차나 출입국관리 사무소에 인계하는 부분에 대해서는

보다 세부적 지침이 있어야 할 것으로 판단된다.

(나) B. 인권침해방지 교육 조사

1. 귀하는 최근 1년내에 인권 관련 법규 및 판례에 관하여 교육을 받은 적이 있습니까?라는 질문에 대하여는 ① 있다. 48명(77.4%), ② 없다. 13명(20.9%), 미응답 1명(1.6%)이라고 답변하였다.

2. 귀하는 최근 3년 간 인권에 관한 공식적 교육을 받은 적이 있습니까?라는 질문에 대하여 ① 있다 47명(75.8%), ② 없다 12명(19.3%), 미응답 3명(4.8%)이라고 답변하였다.

2-1. 인권관련교육을 받은 이후 인권에 관한 귀하의 인식에 변화가 있었습니까?라는 질문에 대하여 ① 매우 그렇다. 5명(8%), ② 그렇다. 25명(40.3%), ③ 모르겠다. 12명(19.3%), ④ 별로 그렇지 않다. 6명(9.6%), ⑤ 절대 그렇지 않다. 0명(0%), 미응답 14명(22.5%)이라고 답변하였다.

2-2. 인권 관련 교육을 받은 이후 교육 내용을 실제 수사에 반영하여 변화가 생긴 부분이 있습니까?라는 질문에 대하여 ① 매우 그렇다. 5명(8%), ② 그렇다. 21명(33.8%), ③ 모르겠다. 13명(20.9%), ④ 별로 그렇지 않다. 9명(14.5%), ⑤ 절대 그렇지 않다. 0명(0%), 미응답 14명(22.5%)이라고 답변하였다.

2-3. 귀하가 받은 인권관련교육에 대하여 만족하십니까?라는 질문에 대하여 ① 매우 그렇다. 4명(6.4%), ② 그렇다. 20명(32.2%), ③ 모르겠다. 10명(16.1%), ④ 별로 그렇지 않다. 15명(24.1%), ⑤ 절대 그렇지 않다. 0명(0%), 미응답 23명(37%)라고 답변하였다.

2-4. 2-1, 2-2, 2-3 질문에서 ③, ④, ⑤ 라고 대답하신이유는 무엇입니까?라는 질문에 대하여 ① 교육방법이 지나치게 형식적이다. 7명(11.2%), ② 교육내용이 이론 중심이다. 7명(11.2%), ③ 교육내용이 실무 현실을 외면하고 있다. 10명(16.1%), ④ 기타 1명(1.6%), 미응답 37명(59.6%)이라고 답변하였다.

❖ 인권교육과 관련해서는 대체로 미응답의 비중이 높게 나타나는 등 무반응에 가까운 답변이 나타나고 있다.

3. 귀하는 최근 1년 간 수사와 관련하여 인권에 관한 지침서(manual) 내지 관련 문헌을 참고한 적이 있습니까?라는 질문에 대하여 ① 있다. 31명(50%), ② 없다. 29명

(46.7%), 미응답 2명(3.2%)으로 답변하였다.

3-1. 귀하는 참고한 내용이 실제 업무처리에 도움이 되었다고 생각하십니까?라는 질문에 대하여 ① 큰 도움이 됨 4명(6.4%), ② 도움이 되는 편임. 11명(17.7%), ③ 그저 그렇다. 7명(11.2%), ④ 도움이 되지 않는 편임. 1명(1.6%), ⑤ 전혀 도움이 되지 않음. 1명(1.6%), 미응답. 38명(61.2%)이라고 답변하였다.

❖ 인권 지침서와 관련해서도 대체로 미응답의 비중이 높게 나타나고 긍정적 답변의 비중이 낮게 나타나는 문제가 있다.

(다) C. 강제처분 교육 조사

1. 귀하는 최근 3년간 수사상 강제처분에 대한 공식 교육을 받은 적이 있습니까?(임용 전 교육 제외)라는 질문에 대하여 ① 있다. 30명(48.3%), ② 없다. 32명(51.6%)로 답변하였다.

1-1. 귀하가 최근 3년 간 받은 수사상 강제처분 교육의 횟수는? 라는 질문에 대하여 ① 1회 8명(12.9%), ② 2회 12명(19.3%), ③ 3회 8명(12.9%), ④ 4회 2명(3.2%), ⑤ 5회 이상 3명(4.8%), 미응답 29명(46.7%)이라고 답변하였다.

1-2. 귀하가 받은 교육 과정은? 이라는 질문에 대하여 ① 직무 교육 과정 16명(25.8%), ② 소속 경찰서의 교육 18명(29%), ③ 기타 0명(0%), 미응답 28명(45.1%)이라고 답변하였다.

1-3. 귀하가 받은 교육과정의 성격은?이라는 질문에 대하여 ① 직위별 직무과정 10명(16.1%), ② 법령 개정에 따른 교육 10명(16.1%), ③ 연중 실시되는 교육 14명(22.5%), ④ 기타 0명(0%), 미응답 28명(45.1%)이라고 답변하였다.

1-4. 귀하가 받은 교육시간 중 수사상 강제처분에 할애된 평균 교육시간은?이라는 질문에 대하여 ① 4시간 이하 20명(32.2%), ② 8시간 이하 9명(14.5%), ③ 16시간 이하 2명(3.2%), ④ 16시간 이상 2명(3.2%), 미응답 29명(46.7%)이라고 답변하였다.

❖ 수사상 강제처분에 대한 경찰 자체적 교육과 관련해서는 많은 문제가 있는 것으로 보인다. 지난 3년간 수사상 강제처분에 대한 공식 교육을 받은 적이 없다는 응답이 32명(51.6%)으로 나타났는데, 몇몇 중요한 판례가 나타났고, 특히 2011년 형사소송법 개정으로 압수수색 대상에 대한 제한이 생겼음에도 교육이 실시되지

않았다고 하는 점은 이 조사의 대상자들이 모두 수사를 담당하는 경찰은 아니라는 점을 감안하더라도 의외의 결과이다. 임용전 교육에서부터 수사상 강제처분에 대한 이해를 높일 필요가 크다고 판단된다. 이 점은 아래 질문에 대한 답변에서도 나타난다.

2. 귀하는 스스로가 평소 수사상 강제처분에 대해 어떠한 상태라고 생각하십니까?라는 질문에 대하여 ① 법령 및 실무에 숙지하여 어려움이 없다. 20명(32.2%), ② 법령은 알고 있으나 구체적인 실무에 의문점이 있다. 31명(50%), ③ 아직 미숙하여 단독으로 관련 업무를 처리하기가 부담스럽다. 8명(12.9%), 미응답 3명(4.8%)이라고 답변하였다.

3. 귀하는 수사상 강제처분에 관련된 업무처리에 의문이 있는 경우 어떻게 하십니까?라는 질문에 대하여 ① 상급 부서에 문의 14명(22.5%), ② 상급자에게 문의 19명(30.6%), ③ 동료에게 문의 21명(33.8%), ④ 숙고 후 본인이 판단 7명(11.2%), 미응답 1명(1.6%)이라고 답변하였다.

❖ 2번 응답에 따르면 상당수(62.9%)의 경찰관이 수사상 강제처분에 대해 미흡함을 느끼면서도 이를 동료나 상급자에게 문의하는 식으로 해결하고 있는 것으로 보이기 때문이다. 수사의 현장 경험도 물론 중요하겠지만, 법령 및 판례의 변화 등을 신속하게 교육할 수 있는 제도가 필요하다고 판단된다.

(라) D. 인적사항에 관한 조사

1-9번 질문은 성별, 연령, 경찰서의 급지, 지방청, 부서, 계급, 학력, 임관년도, 입직 경로등에 대한 것으로 특이한 답변 혹은 유사한 응답을 한 응답자 사이의 연관을 추측하고자 제시한 질문들이다.

10. 지금까지 수사상 인권침해와 관련하여 귀하에게 진정이나 민원이 제기된 적이 있습니까?라는 질문에 대하여 ① 예 8명(12.9%), ② 아니오 53명(85.4%), 미응답 1명(1.6%)이라고 답변하였다.

11. 수사실무자의 입장에서 현행 수사상 강제처분제도에 대한 개선 필요성은?이라는 질문에 대하여 ① 전면적 개선이 필요하다. 1명(1.6%), ② 개선의 필요성이 크다. 33명(53.2%), ③ 그저 그렇다. 13명(20.9%), ④ 제도 개선보다 실무를 개선해야 한다. 10명(16.1%), 미응답 5명(8%)이라고 답변하였다.

12. 현행 수사상 강제처분 제도의 가장 큰 문제점이라고 생각되는 것을 서술해 주십시오.

[표 14] 일선 수사 담당자들이 생각하는 강제처분제도의 문제점

- 재량권의 확대
- 체포영장 및 압수수색검증영장을 경찰이 직접 청구할 수 있어야 한다.
- 체포 이후에도 적부심 및 구속영장실질심사 등의 사후구제제도가 있으므로, 구속영장은 검사의 독점청구권을 인정하더라도, 체포영장의 경우 단지 신병확보를 위한 목적이므로, 경찰의 직접청구가 가능하여야 신속한 체포와 증거수집으로 신속한 사건해결이 가능하다.
- 압수영장의 경우에도, 대인적 처분이 아니므로 신속한 증거수집, 검찰과의 수사진행상 형평을 위해 경찰의 직접청구가 필요하다.

- 현행범체포의 경우 최근판례는 구속정도의 요건까지는 아니나, 상당한 정도까지 필요하다는 취지로 결론냈으나, 현실적으로 현행범체포가 구속으로 이어지는 경우는 거의 없고, 수사실무상 편의적으로 운용되는 실정(특히 지역경찰, 업소단속부서)
- 압수물 가환부 절차(가환부 받는 자의 편의)
- 전문 수사관 양성 필요(지속적 근무 필요)
- 수사관 상대 지속적 교육 실시(지방청 단위)
- 검사의 영장청구기각권 남발 또는 부당한 영장청구기각행위에 대한 견제장치 부재. 검사의 영장청구기각에 대하여 경찰 등 수사기관이 이를 불복하고 재신청시, 검사는 자신의 의견을 기재하되 재청구가 반드시 이루어져 법원의 결정을 따를 수 있또록 제도마련을 요한다(헌법을 고치지 않고도 법률로 개선될 수 있도록 추천)
- 인권침해라는 구속에서 자유롭지 못하여 뜻하지 않은 상황발생 등
- 긴급 압수·수색제도 도입 – 긴급압수·수색이 필요한 경우가 실무에서 발생되는 실정, 그러므로 체포현장에서의 압수·수색이외 긴급한 사유발생시 압수·수색절차를 일정부분 도입할 수 있는 법적제도 마련(형소법 개정 등)
- 강제처분이 수반되는 집행력에 대한 보장부족
- 경찰의 강제처분 조치에 대한 비난성 보도에 대하여 소극적 조치로 일관하는 지휘부의 보신주의

Ⅳ. 전문가 의견 조사[370]

1. 경찰 1

(1) 현행범 체포시, 범죄의 상당한 혐의가 없음에도 불구하고 민원을 회피하기 위해 당사자의 진술을 근거로 체포하는 경우가 상당히(!!) 많습니다. 보통 현장 출동한 경찰관은 당사자 진술의 구체성 및 타당성과 더불어 신체상 드러난 폭행의 흔적이나 목격자의 진술을 청취한 뒤 범죄의 혐의가 상당하고, 체포의 필요성이 있을 때 체포하는 것으로 알고 있는데, 대부분 지구대에서는 목격자 없는 양 당사자 사이의 폭행이 신고가 많이 접수됩니다. 그럴 경우에는 당사자의 진술 외에는 범죄의 혐의를 의심할 만한 증거가 없다고 할 수 있어, 현행범 체포의 요건이 충족되지 않음에도 불구하고(특히 폭행사실을 부인할 때는), 차후 민원인이 신고를 했음에도 체포하지 않은 이유에 대해 제기할 민원이 두려워 한쪽 내지는 쌍방을 체포하여 지구대로 연행합니다. 제가 생각했을 때 그럴 경우에는 임의동행을 하여 참고인 자격으로 조사를 하여 혐의를 부인할 경우에는 내사 종결함이 우선이고, 임의동행을 거부할 경우에는 발생사건으로 접수함이 타당할 것입니다.

(2) 체포 이후 피혐의자에 대한 압수수색시 사후영장이 많이 생략됩니다. 체포시(현행범 체포나 긴급체포, 영장에 의한 체포 모두), 피혐의자에 대해서는 예외적으로 압수수색이 이루어질 수 있다고 알고 있습니다. 하지만 그럴 경우에는 압수수색을 실시한 사법경찰관리는 검사에게 사후 영장을 신청해야하고, 압수물에 대해서는 검사의 수사지휘(환부, 가환부)를 받아야 하기 때문에(현장에서 압수한 피의물품을 피해자에게 바로 반환) 사건처리가 번거로워질 뿐만 아니라 지연되기도 합니다. 이런 이유로 실무상 경찰이 피혐의자를 체포해서 지구대나 경찰서 사무실로 인치, 구금했을 때 여죄추궁 및 범죄증거 수집을 위해 광범위한 압수수색을 하지만 대부분 임의제출이나 압수수색에 동의했다는 취지로 관련 서류를 제출합니다. 이런 문제는 경찰이 청소년을 체포하여 압수수색할 때 더욱 빈번하게 이루어지고 있음을 목도하였습니다(저희 관할은 청소년 절도가 많습니다).

(3) 지명수배된 피의자가 자진출석할 경우에도 영장이 집행되는 사례가 많습니다. 이 부분에 대해서는 깊이 고민해보지는 않았으나, 개인적으로 생각했을 때 부당하게 운영되고 있는 것이 아닌가라는 문제의식을 가져보았습니다. 제가 생각했을 때는 영장이 발

370) 자료의 신뢰성을 담보하기 위해서는 여기에 의견을 제시한 전문가들의 성명, 경력 등을 공개하여야 하겠으나, 개인이 몸담은 조직의 입장과 반대되는 것으로 비춰질 수도 있는 점 등을 고려하여 대부분은 공개에 부정적인 태도를 보여서 부득이 이를 밝히지 않았다. 경찰 1, 2는 경찰대학을 졸업하고 수사 담당 부서 및 지구대 경력을 거친 10년차 이하이고, 검사 1, 2는 경력 10-20년차이고, 판사 1, 2는 5-10년 차이다.

부된 지명수배자라도 수사기관에 자진출석해 조사를 받는다면 도주나 증거인멸 등의 가능성은 낮다고 보는데, 담당 검사는 “영장은 집행하라고 발부한 것이기 때문에, 일단은 영장집행을 하여 피의자를 인치한 다음, 검사의 석방지휘를 받아서 석방해야 해야 한다.”는 원칙을 고수하는 경우가 많습니다.

(4) 압수수색을 실시함에 있어 참여인의 임석, 압수수색의 사전고지, 신분증의 제시 등 세부적인 절차가 이루어지지 않고 있습니다. 이점에 대해서는 따로 설명을 하지 않아도 될 것 같습니다. 수사관들의 역량문제라고 할 수 있겠습니다.

(5) 압수물에 대한 관리가 허술합니다. 제가 미국의 증거법에 대해서는 잘 모르지만, 증거가 적법한 방법으로 수집되지 않았거나, 오염된다면 증거수집 경찰에 대한 형사책임을 별론으로 하더라도, 증거로써 탄핵된다고 알고 있는데, 일선 경찰서의 열악한 시설상 한계로 인해 증거가 부실하게 관리되고 있습니다. 압수해온 증거물과 반환하는 증거물이 다른 경우도 있습니다.

2. 경찰 2

(가) 문제의 제기

최근 형사소송법 제196조의 개정으로 사법경찰관리(이하 경찰)의 수사개시, 진행권이 인정되었고, 검사의 사법경찰관리에 대한 수사지휘 및 사법경찰관리의 수사준칙에 관한 규정에 의해 공안 관련 범죄 등 몇 가지 범죄를 제외하고 송치 전 경찰수사에 대해 검사의 지휘를 배제하도록 하였다. 그러나 현행법은 경찰의 영장신청권을 검사의 영장청구권의 통제하에 두고 있어, 임의수사가 아닌 대인적, 대물적 강제처분이 요구되는 수사에 대해 검사의 영장청구권을 통해 사실상 송치 전 지휘가 이루어지고 있다. 특히 최근의 판례[371]에 따라 기존 전기통신사업법에 의거하여 제공받았던 통신자료를 압수영장에 의해 제공받도록 함으로써, 경찰의 대부분의 수사가 초기 단계에서부터 검사에 의해 통제되고 있다고 해도 과언이 아니다.

물론 현행법은 검사의 영장청구권독점과 사법경찰관리의 모든 수사에 대한 검사의 지휘를 인정하고 있으므로 현재와 같은 검사의 경찰수사에 대한 통제와 지휘를 현재와 같이 당위적으로 인정해야 한다는 결론이라면 현행 영장제도의 문제점에 대해 논의는 무의미할 것이다. 그러나 다만 현재 대부분의 범죄수사를 경찰에서 담당하고 있는 현실에서 검사의 영장청구권 독점으로 인해 발생되는 문제점[372]이 분명히 존재하고 있는 것 또한 사실이다.

이러한 문제점에 대한 지적은 현행 영장제도 또는 나아가 수사제도의 변화의 출발점이

371) 서울고등법원 2012.10.18. 2011나19012

372) 서울광진경찰서에서 수사했던 대원외고 불법찬조금 사건 등

될 것이다. 그러나 현재 수사실무가 학문적 체계를 갖추고 있다고 보기 어려울 뿐만 아니라 현행 수사제도의 문제점을 지적할 수 있는 계량화된 연구결과가 없는 상태임을 감안하여 실무가의 입장에서 경험적으로 느끼는 문제에 대해 세련된 분석과 대안제시가 아닌 단순한 문제제기를 하고자 한다.

(나) 현행 영장제도의 문제점

a. 영장청구기준의 불명확

영장제도의 가장 대표적인 문제는 영장청구기준이 불명확하다는 점이다. 검사는 경찰이 신청한 영장에 대해 불청구할 경우 기각사유를 기재하나 불청구 사유로 대부분 관할위반, 임의수사 원칙준수, 범죄혐의를 인정하기 어렵다는 점을 들고 있지만 이는 검사의 영장청구의 기준[373]과 일치하지 않는 경우가 대부분이다.

불청구 사유 가운데 관할위반의 경우 형소법 제210조에 의거하여 경찰의 관할구역 외 수사가 가능하도록 정하고 있어 관할위반이 영장불청구의 사유에 해당한다고 보기 어렵고, 또 다른 불청구 사유인 임의수사 원칙준수의 경우 피의자가 수사에 필요한 증거물을 제출하지 않는 경우 영장을 신청하는 경우가 대부분이라는 점에서 경찰의 영장신청 사유를 고려하지 않는 불청구 사유라고 생각된다.

또한 압수수색검증과 같은 대물적 강제수사의 경우 범죄혐의를 입증하기 위한 단서를 확보하기 위한 경우가 대부분이므로 압수수색검증영장을 신청함에 있어서 지나치게 엄격한 범죄 혐의의 입증을 요구하는 것은 사실상 수사진행을 불가하게 하는 것과 같다.

b. 이의제기 수단의 부재

검찰 형사사건번호가 부여된 사건(검사직수사건, 재기사건 등)의 경우 해당 사건의 주임검사가 지정되어 있지만, 경찰로 직접 사건이 접수되는 사건의 경우 주임검사가 지정되지 않아 1명의(또는 소수의) 영장전담 검사가 경찰이 신청한 영장을 청구하고 있다. 대부분의 사건이 경찰에 직접 접수되고 있는 현실에서 영장전담 검사의 영장청구 여부는 개별 사건의 수사진행 이외에도 담당하는 경찰서의 전체의 수사진행에 있어서 중요한 영향을 미치고 있어, 소위 검사의 '보복성 영장 불청구'와 같은 것은 굳이 거론하지 않는다고 하더라도 경찰의 검찰에 대한 '알아서 눈치보기'가 발생할 수 밖에 없는 것이 현실이다.

이러한 상황에서 검사의 기존 결정에 대한 번복을 요구하는 재지휘건의[374]를 적극적으

373) 사법경찰관리은 체포영장의 경우 형소법 제200조 제2에 의거 피의자가 죄를 범하였다고 인정할만한 상당한 사유가 있고 출석에 응하지 않거나 응하지 않을 우려가 있는 경우, 압수수색검증영장의 경우 동법 제215조에 의거 피의자가 죄를 범하였다고 의심할만한 정황이 있고 해당사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 영장을 신청할 수 있다.

374) 대통령령 제8조 (수사지휘에 대한 재지휘 건의)

① 사법경찰관은 구체적 사건과 관련된 검사의 수사지휘의 적법성 또는 정당성에 이견이 있거나 지휘 내

로 활용하기 어려운 점이 있고, 또한 이는 검사의 수사지휘에 관해 정하고 있는 규정이지 영장불청구에 대한 이의제기 절차는 아니기 때문에 검사의 영장불청구에 대해 또 다른 판단을 구할 수 있는 수단은 없는 것과 같다.

c. 영장에 의해 체포된 피의자의 석방과 관련하여

영장의 집행은 검사의 집행지휘에 의해 경찰이 집행하도록 규정하고 있으나 실무상 영장의 범위내에서 경찰이 독자적으로 이를 집행하고 있다. 현재 현행범체포 또는 긴급체포된 피의자를 석방할 경우 검사의 사전지휘 없이 석방보고를 하고 있으나, 영장에 의해 체포된 피의자의 경우 경찰은 검사에게 사전에 석방지휘를 건의하여 검사의 석방지휘가 있는 경우 석방을 하고 있다. 경찰 수사단계에서 체포된 피의자의 범죄혐의가 인정되지 않거나 불구속 상태에서 수사가 필요하다고 판단될 경우 검사의 석방지휘까지 적어도 몇 시간이 소요되고 이마저 야간에는 석방지휘가 이루어지지 않는 경우가 대부분이다. 또한 체포영장 보다 더 엄격한 요건을 요구하는 긴급체포의 경우도 사후 석방보고를 하도록 정하고 있을 뿐만 아니라 형사소송법상 피의자의 석방과 관련하여 검사의 지휘를 필요로 하고 있지는 않다. 그러므로 영장의 집행과정에서 피의자에게 발생할 수 인권침해에 대한 검사의 통제가 아닌 집행 후 피의자에게 유리한 처분에 대해 경찰에게 집행권한을 위임하는 것을 고려해볼 필요도 있다고 생각된다.

(다) 소결

글머리에서 언급한 대원외고 불법찬조금 사건을 비롯하여 일부 사건과 같이 경찰의 영장신청권을 검사의 영장청구권의 통제 하에 둠으로써 야기되는 문제는 일회적인 문제에 그치는 것이 아니라 언제라도 발생 가능한 제도에 관한 문제이다. 강제수사를 위한 경찰의 영장신청을 검사의 통제를 거친다는 점은 인권보장적인 측면에 긍정적인 기여를 한다고 할 것이나 그 통제의 잣대가 모든 사람에게 공평하게 적용되고 있는 것인지는 의문이다.

헌법에서 말하는 영장주의의 목적은 법관의 객관적인 판단을 통하여 인권을 보장하기 위함이지 영장을 청구함에 있어서 검사의 판단이라는 절차를 반드시 거쳐야 한다는 의미는 아니라고 생각되는 바, 앞으로 영장청구의 주체 및 영장청구와 관련한 불복절차에 대해 논의할 필요가 있다고 생각한다. 실무가의 입장에서 제기한 조악한 문제일 뿐이지만 국민에게 있어서 더 공정한 수사제도, 더 편리한 수사제도, 더 효율적인 수사제도로 변화하는데 조그마한 보탬이 되었으면 한다.

용이 명확하지 않아 이행하기 어려울 때에는 해당 검사에게 의견을 밝히고 재지휘를 건의할 수 있다.

② 검사는 제1항에 따라 재지휘 건의를 받은 때에는 재지휘 여부를 결정하고, 필요한 조치를 하여야 한다.

③ 해당 사법경찰관이 소속된 관서의 장은 제2항의 조치에 의견이 있으면 해당 검사가 소속된 관서의 장에게 그 의견을 제시할 수 있다.

3. 검사 1

(가) 체포체포영장구속여부에 대한 예견 또는 예측 가능성이 없음

- 범죄를 저지른 자는 그 범죄가 발각된 경우에 자신이 처벌을 받는 것뿐만 아니라 자신의 구속여부, 재판에서 어느 정도의 처벌을 받을 것인지에 대하여 많은 관심이 있음
- 그러나, 현행 형사소송법에는 체포구속의 요건에 대하여 다의적으로 해석될 수 있는 용어(예를 들면, 증거를 인멸할 「염려」가 있는 때 체포영장: 도망할 「염려」가 있는 때/형소법 제70조 제1항, 출석요구에 응하지 아니할 「우려」가 있는 때/형소법 제200조의2 제1항, 「상당」하다고 인정할 때/형소법 제200조의2 제2항, 죄를 범하였다고 의심할 만한 「상당」한 이유가 있고 증거를 인멸할 「염려」가 있는 때, 도망할 「우려」가 있는 때/형소법 제200조의3 제1항 등)로 규정되어 있음

  ※ 그에 반하여 현행범 체포에 관한 형소법 제212조는 비교적 명쾌하게 규정하고 있음
- 따라서, 체포, 체포영장, 구속의 필요성 여부 판단시 수사기관 뿐만 아니라 법원의 재량이 개입할 가능성이 매우 높음

  ※ 이와 관련하여 대법원의 「인신구속 사무처리에 관한 예규」, 대검찰청의 「체포구속 업무처리지침」이 있으나 형소법의 규정을 다시 언급하고 있는 것으로 보임

  ※ 재판에서 어느 정도의 처벌을 받을 것인지에 대하여도 유사한 문제점이 있으나, 이는 양형기준의 준비체포영장시행으로 어느 정도 개선되고 있는 것으로 보임
- 실제로, 피의자가 범죄혐의에 대하여 인정하는 경우에 '증거가 완비되어 있으므로 도망 및 증거인멸의 우려가 없다'는 이유로, 그에 반하여 피의자가 범죄혐의를 부인하는 경우에는 '피의자의 방어권 보장을 위한다'는 이유로 법원이 구속영장을 기각하는 경우가 왕왕 있음
- 그로 인하여, 체포구속영장이 청구된 피의자는 그 결정이 이루어질 때까지 지위가 불안정해짐. 그에 따라 담당 법관이나 수사기관을 알고 있다고 주장하는 사람들에게 현혹될 가능성도 매우 높으며 그로 인한 사회적 문제도 많이 야기되고 있음
- 뿐만 아니라, 피해자의 입장에서 살펴보아도, 자신에게 피해를 야기한 피의자에 대한 체포구속이 이루어지지 아니한 경우에는 기존의 형사사법제도 전반을 불신할 가능성이 있음
- 따라서, 체포, 체포영장, 구속의 요건과 관련된 규정은 해석의 여지가 없을 정도로 명쾌하게 규정할 필요성이 있음 : 이에 대한 입법례 등을 참고하여 개선할 필요가 있음
- 그렇지 않으면, 체포, 체포영장, 구속의 요건과 관련된 기준이 될 수 있는 상급법원의 판결이 형성될 수 있도록 그 결정에 대한 항고, 재항고제도의 도입이 필요할 것임

(나) 체포체포영장구속제도의 통일 또는 정비 필요성

– 현행 형사소송법에 의하면 피의자를 구속수사하기 위한 방법으로는 첫째, 체포를 하지 않고 구속영장을 청구하는 방법(형소법 제201조, “사전구속영장”이라고 통칭), 둘째 체포후 구속영장을 청구하는 방법(“사후구속영장”이라고 함)이 있음

– 그런데, 체포를 하지 않고 사전구속영장을 청구하는 경우라 함은 체포의 필요성이 없었음을 수사기관 스스로 인정한 것으로 볼 수 있음에도 불구하고 체포 보다 피의자에게 더 많은 불이익을 주는 구속의 필요성이 있다고 하면서 구속영장을 청구하거나 이를 발부하는 것이 논리적으로 타당한지 의문임 ⇒ 실무상으로도 이 경우에 수사기관과 법원의 의견 차이가 많은 것으로 알고 있음 ⇒ 결국, 수사기관에서 이 제도를 활용하지 않게 될 가능성이 있음

– 또한, 체포영장에 의한 체포후 구속의 필요성이 있다고 판단하여 구속영장을 청구하는 경우, 수사기관은 체포후 48시간 이내에 구속영장을 청구하여야 하는 바 48시간의 짧은 시간에 구속의 필요성을 입증할 수 있을 정도의 수사가 현실적으로 가능한지(가능하지 않다면, 결국 심야조사 등이 이루어질 것임), 법원의 적절한 사전 통제를 거쳐 피의자를 체포하였음에도 불구하고 법원의 사전 통제가 없었던 긴급체포와 현행범 체포와 같이 규율되어야 하는지도 의문임

– 따라서, 현행 형사소송법 규정과 같이 체포구속제도를 다양하게 규율할 것이 아니라 이를 단순화하여 영장없는 체포(또는 구속)와 영장에 의한 체포(또는 구속)로 명쾌하게 정비할 필요가 있을 것임. 체포된 피의자에 대한 계속 체포(또는 구속)여부에 대한 판단은 보석 또는 적부심제도를 통함이 상당할 것으로 판단됨(적어도 체포영장에 의한 체포인 경우에는). 끝.

4. 검사 2

(가) 구속영장 관련

○ 최근 5~6년 전부터 법원의 구속영장 발부 기준을 이해 할 수 없는 경우가 많아짐

– ‘로또 영장’이라는 냉소적인 발언이 한 때 검찰 내부에서 유행어가 되기도 했음

○ 검찰은 아무래도 수사와 공소유지 기관이라는 업무의 특성상 ‘수사의 필요성’을 중시하여 적극적으로 영장을 청구 하는 경향이 있고, 법원은 인신구속을 통제하는 마지막 기관이라는 특성상 보다 보수적인 판단을 할 수 밖에 없으므로 영장 발부 기준에 대한 견해 차이가 있을 수 있음, 그러나 현재의 발부 기준은 종잡을 수 없는 경우가 많음

– 지법의 경우에는 영장 전담 판사가 2명 이상인데, 영장 판사간에도 기준이 상이한 경우가 왕왕 있어, 판단을 신뢰할 수 없다고 보여지는 판사를 피하여 영장을 청구하는 것이 현실적인 것은 아닌지 고민되는 경우도 있음

○ 특히 법원에서 ‘도주 및 증거인멸의 염려가 없어 보임’이라는 이유로 영장을 기각하는경우에는 영장 판사 개인의 주관적 판단과 감에 따르면 안되고 객관적인 기준에 따라 ‘염려도’를 판단해서 결정해야 할 것임

– 동일한 사안을 두고 경찰, 검찰에서는 도주 및 증거인멸의 염려가 있다고 판단하고 청구하였는데 법원은 그렇지 않다고 본다면 이에 대하여는 납득할 만한 이유 제시가 있어야 할 것임, 막연히 “염려 없어 보임”이라고만 쓰면 수긍하기가 어려워짐

○ 영장항고제도의 도입이 필요함

– 현재 제도로서는 지방법원 판사의 부당한 영장 기각을 시정하기가 어려움(판사도 인간인지라 업무처리에 오류가 있을 수 있다는 것을 받아들일 필요가 있음)

– ‘검사동일체’ 뿐만 아니라 ‘법원동일체’도 있는 것 같다 농담에도 귀를 기울일 필요가 있음

○ 수사 단계에서의 구속영장과 재판 단계에서 구속영장의 발부 기준을 달리할 필요가 있다고 보여짐

– 수사는 누가, 언제, 어떤 방법으로 진행하냐에 따라 결과가 상당히 달라지기도 함

– 따라서 수사의 필요성에 의한 영장 발부는 현재보다 완화하여 수사기관의 판단을 존중할 필요가 있다고 생각됨, 대신 수사기관은 수사의 필요성에 따라 영장을 발부 받았으므로 수사가 완료되면 기소 전이라도 보석이나 구속취소 등의 절차를 통해 조기에 석방하여 구속기간을 줄일 수 있도록 제도를 정비할 필요가 있음

○ 수사 단계에서의 영장청구(신청)은 법원(검찰)을 통해 통제되는데, 재판과정에서 법원의 구속영장 발부는 누가 어떻게 통제해야 하는지 의문이 있음

– 통상 불구속 기소가 된 피고인의 경우 재판에 출석만 잘 한다면 1심에서 실형 선고시에 구속영장이 발부됨

– 그러나 일부 판사(재판장)들은 기소 전과 후에 특별한 사정 변경이 없었는데도 재판중에 구속영장을 발부하는데(피고인이 합의를 하지 않는다거나, 또는 재판부에 공격적으로 발언했다는 등 사유는 매우 다양함) 대체적으로 이해되지 않는 경우가 많고, 이를 통제할 방법이 마땅치 아니함(재판장이 직접 구속영장을 발부하였으므로 변호인 입장에서는 보석을 신청하기도 어려움)

5. 판사 1

(가) 보석 조건부 구속제도 도입의 필요성

○ 현행 제도상 피의자에 대한 구속영장은 발부와 기각 양자택일만 가능하고, 보석 조건부 구속과 같은 중간적 결정은 불가함.

- 보석 조건부 구속제도는 외국의 입법례를 보더라도 일반적인 현상이라 할 수 있는데, 유독 우리에게 어색한 이유는 구속을 자유형의 대체수단 내지 중대범죄에 대한 응보적인 법집행으로 보는 인식에 기인하고, 유전무죄에 대한 반감 그리고 구속을 수사의 마무리로 인식하는 수사기관의 태도에 기인하는 것으로 보임.

- 그러나 구속영장심사는 첫째, 수사의 밀행성으로 인하여 수사기관이 일방적으로 작성한 한정된 정보를 가지고 구속 여부를 결정하여야 하고, 둘째, 공판절차는 피고인이 범한 확정된 과거의 역사적 사실을 규명하는 작업인데 비하여 구속영장심사는 증거인멸 또는 도망, 재범의 우려와 같이 피의자의 장래 행동을 예측하는 것이 판단의 본질이며, 셋째, 장기간에 걸친 공방을 통하여 실체를 발견하는 공판절차와 달리 신병처리의 신속성 요청으로 말미암아 구속영장심사는 불과 하루 정도에 신속하게 마무리하여야 함.

○ 즉, 구속영장심사는 정보의 부족, 신속성의 요청, 복잡한 인간의 장래 행동 예측이라는 본질적 어려움으로 공판절차보다 더 복잡하고 재량적 판단이 요청되는 영역임. 그런데도 구속영장의 결정은 마치 공판절차에서 유무죄 판단과 같이 획일적으로 발부와 기각이라는 양자택일을 강요하기 때문에 종종 불합리한 결정에 이를 수밖에 없음.

- 구속적부심사제도가 기소 전 보석제도로 활용되고 있으나, 구속영장 발부 후 사정변경이 없는 경우 적부심청구를 기각하는 것이 법원의 관행이고(이는 영장전담판사의 결정을 가급적 존중하고, 구속적부심이 영장항고제도로 변질되는 것을 경계하는 차원에서 형성된 법원의 관행으로 보임), 그 이용 실태가 많지 아니하여 보석 조건부 구속제도를 보충하기에 부족함. 또한 영장이 기각된 피의자 역시 수사와 재판을 담보할 심리적 강제장치가 어느 정도 필요한데, 구속적부심은 영장이 기각된 피의자에 대하여 적용되지 아니함. 보석조건부 구속제도를 도입한다면, 신병처리에 관한 법관의 재량을 확보하여 말 많은 구속제도의 적정성을 회복할 것으로 보임.

(나) 압수수색영장의 탄력성 확보

○ 현재 압수수색 관련 영장은 크게 일반 압수수색영장, 금융계좌추적용 압수수색영장, 통신사실확인자료로 나뉜다. 각각은 발부 요건과 영장 기재 사항, 압수할 물건, 사후통지 등이 달라서 일응 적용되는 고유의 영역이 있는 것으로 보인다.

- 그런데, 정보통신의 발달과 과학적 수사방법의 다변화로 기존 영장 중 어느 것으로 압수수색할 물건을 확보할 것인지 애매한 경우가 있음. 이는 대상 물건의 적격성뿐 아니라 압수수색의 범위, 유효기간, 작성기간, 사후 통지 등이 각각 다른 영장 중에서 어떤 것을 택하는 것이 바람직한지에 관한 정책적 문제도 포함하고 있음.

- 예컨대 신용카드 명의자의 개인정보와 거래내역 등은 기존에 일반 압수수색영장으로 처리하였으나 최근 금융계좌추적용으로 실무례가 변경되었고, 일반 압수수색영장으로 처리하던 이메일에 대한 압수수색은 법 개정으로 작성기간을 추가하였으며, 최근에는

통신사실확인자료로 제공되던 기지국 수사에 관하여 법 개정 논의가 있음.

- 또한 관련 압수할 물건을 하나의 영장으로 청구하는 것이 편리하기 때문에 성격이 다른 압수할 물건을 하나의 영장으로 몰아서 청구하는 사례가 매우 많고, 법원 역시 이를 관대하게 허용하고 있음. 예컨대 금융기관의 입출금시 자동으로 통보되는 SMS에 대한 실시간 위치추적은 성격상 통신사실확인자료로 봄이 타당하나 금융거래정보와 함께 금융계좌추적용 압수·수색영장으로 처리함.
- 인터넷서비스 제공자가 이용자들의 물물거래(네이버 중고나라, 아이템 거래 등)를 중개하면서 보관하고 있는 이용자의 계좌정보와 거래내역 등은 성격상 금융계좌추적용이 타당할 듯하나, 금융기관이 아닌 인터넷서비스 제공자를 상대로 압수·수색하기 때문에 일반 압수·수색영장으로 처리함.

○ 위와 같은 사례를 볼 때, 앞으로도 다양한 물건, 정보에 대한 압수·수색의 필요성이 대두할 것으로 보이는데, 현재 압수·수색 영장의 경직성은 이에 충분히 대응하지 못하고 있다고 보임. 아직까지 대법원 판례상 영장의 형식을 문제삼아 위법수집증거 여부를 판단한 예는 없으나 이러한 가능성도 배제할 수 없음.

- 따라서 압수·수색영장의 경직성을 완화하여 세분화된 압수·수색영장의 종류를 일괄할 필요성이 있고, 현재 실무상 활용되는 압수·수색의 방법제한을 구조적으로 확대하여 사회변화에 능동적으로 대응할 필요성이 있음.

6. 판사 2

영장재판에 관한 소회-체포영장실무를 중심으로-

1. 체포영장의 유효기간은 7일을 넘을 수 없는 것이 원칙이며, 7일을 넘는 유효기간을 가지는 체포영장은 어디까지나 예외적인 경우에만 발부되어야 하나(형사소송규칙 제95조 제4호), 실무상 체포영장청구사건의 90% 이상은 유효 기간을 공소시효 만료일로 하여 청구되고 있는 실정임. 수사기관이 7일을 넘는 유효기간을 가지는 체포영장의 발부를 구할 경우, 통상적인 방법으로는 7일 이내에 피의자의 소재를 파악, 검거하기 어려운 사정이 소명하여야 하나, 실제 이러한 사정을 구체적으로 소명한 청구기록은 찾아보기 어려움. 법원에서도 일선 수사기관의 사정(수사관이 업무 여건상 하나의 사건에만 힘을 쏟을 수 없는 점 등)을 고려하여 유효기간을 적당한 기간(1개월~1년 또는 그 이상)으로 늘려 발부하고는 있으나, 예외가 원칙이 된 이러한 상황은 문제가 있음.

   또한 이러한 체포영장청구는 수사 목적(피의자 신병확보 후 피의자신문)이라기보다는 수사 종결 목적(기소중지를 통한 사건 처리)에서 이루어진 것으로 보여지는 바, 이러

한 수사기관의 행태가 체포영장제도의 취지에 부합하는지 여부에 관하여도 의문의 여지가 있음. 즉, 유효기간을 공소시효 만료일로 하여 청구되는 체포영장청구서에는 7일 이상의 유효기간을 필요로 하는 사유로 지명수배 목적이라는 점이 기재되어 있는데, 이는 수사종결처분의 하나인 기소중지처분을 예정에 둔 것으로 보이는바, 수사를 계속하기 위해서 체포영장을 청구(또는 신청)하는 것이 아니고, 배당된 사건을 '떼기'위해서 체포영장을 청구(또는 신청)하는 행위로 보여짐. 이러한 행태는 사법경찰관 신청 영장에서 두드러지는 것으로 보임.

2. 다음으로 영장발부여부 판단을 위한 최소한의 소명조차 없는 상태에서 청구되는 영장이 드물지 않게 보임. 이는 단순한 사건보다 복잡한 고소사건에서 종종 나타나는데, 사실관계가 복잡하고 범죄혐의 입증을 위하여 여러 수사기법(계좌추적, 통신수사 등)이 동원되어야 하는 고소사건에서 고소인 조사 후 피고소인이 조사에 불응한다는 이유로 체포영장이 청구되는 경우를 종종 볼 수 있음. 이 경우 판사는 고소인의 진술 및 고소인이 제출한 자료에만 의존하여 체포영장 발부 여부를 결정하여야 하는 상황이 발생함. 물론 체포영장 발부를 위한 범죄 소명정도가 높지 않은 점에 비추어 피고소인의 조사 불응으로 인하여 범죄 혐의가 일응 소명된 것으로 보고 체포영장을 발부할 수도 있음. 그러나 수사관 작성의 수사보고 외에 실제 피고소인이 조사 불응을 하였는지 여부를 확인할 방법이 없으며, 고소사건의 상당수(70% 이상)가 불기소 처분으로 종결되는 점에 비추어, 피고소인으로서는 불측의 손해를 입을 우려가 있음. 이러한 위험이 있는 반면 민사에 있어 보전처분 재판에서 채권자의 담보 제공과 같이 피고소인의 손해를 방지할 아무런 장치가 없음.

제4장 영장 제도 관련 주요 문제 유형

제1절 개관

수사상 강제처분과 관련한 문제에서는 수사의 각 단계에서는 상당한 정도의 판단 여지가 인정된다. 결과적으로 법원에서 무죄판결을 받게 되었다 하더라도 그것이 곧 수사의 위법을 의미하는 것은 아니기 때문이다. 검사나 사법경찰관은 수사기관으로서 피의사건을 조사하여 진상을 명백히 하고, 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 피의자에게 증거 인멸 및 도주의 염려 등이 있을 때에는 법관으로부터 영장을 발부받아 피의자를 구속할 수 있으며, 나아가 수집·조사된 증거를 종합하여 객관적으로 볼 때, 피의자가 유죄판결을 받을 가능성이 있는 정도의 혐의를 가지게 된 데에 합리적인 이유가 있다고 판단될 때에는 피의자에 대하여 공소를 제기할 수 있으므로 그 후 형사재판 과정에서 범죄사실의 존재를 증명함에 충분한 증거가 없다는 이유로 무죄판결이 확정되었다고 하더라도 그러한 사정만으로 바로 검사나 사법경찰관의 구속 및 공소제기가 위법하다고 할 수 없고, 그 구속 및 공소제기에 관한 수사기관의 판단이 그 당시의 자료에 비추어 경험칙이나 논리칙 상 도저히 합리성을 긍정할 수 없는 정도에 이른 경우에만 그 위법성을 인정할 수 있다(대법원 1999. 1. 15. 선고 98다38302 판결, 1993. 8. 18. 선고 93다20924 판결 등 취지 참조)

사실 일상적인 언론 보도나 풍문으로 들어서는 부당하게 보이는 사례도 그 당시 수사기관의 입장에서 판단하여 보아 일응의 의심이라도 발견할 수 있다면 수사하는 것이 당연하므로, 수사 그 자체의 부당성을 문제삼기는 쉽지 않다.

그러나 실제 인권침해로 결정된 사례에서는 방법론, 제도 자체의 문제점을 논하기에 앞서 현행 제도조차 제대로 지켜지지 않아서 발생하는 사례가 대부분으로 보인다. 여기에서 제시하는 사례는 부득이 인권위 조사 사례나 언론보도 등을 참조하였지만, 미성년자, 저학력자, 외국인 등 피해자 유형에 따라서는 이러한 부당한 강제력 행사에 대하여 이의를 제기하지 못하거나 그 부당성을 인식하지 못하여 공론화되지 못한 경우도 다수 존재할 것이다.

한가지 주목할만 한 자료로는 경기경찰청 용인서부서 간행의 인권사례집이 있다. 이 자료에서는 국가인권위원회에 진정된 주요 사례들을 침해유형별로 1~2개씩 제시하고 있다. 국가인권위원회 설립 이래 처리한 진정사건들에 대한 사전 분석에서도 유사한 결과가 나타난다. 유사한 사례들이 반복적으로 나타나는 경우에도 상당수의 사례는 유사한 상황에서 발생할 수 있는 해당 수사기관 구성원의 개인적, 1회적 사건으로 보이는 반면, 상대적으로 자신을 방어하기에 미흡한 미성년자, 저학력자, 외국인 등에 대한 수사권 남용이나 제도에 대한 이해 부족, 잘못된 관행으로 인한 문제는 반복적으로 나타나면서도 개선이 이루어지지 않고 있는 부분이다. 특히 출입국관리법에 따른 인신구속과 관련해서는 유사한 침해들이 반복적으로 나타나고 있다는 것이다. 이는 법제도 자체의 문제와 법집행기관의 인식 부족, 피해자 유형의 특수성 때문에 발생한 상황으로 보이며 특별한 접근이 필요할 것으로 판단된다. 따라서 이 문제에 대해서는 별도의 항목에서 이를 검토하기

로 한다.

제2절 강제력 행사의 적정성

I. 체포 등 사실행위에서 과도한 물리력의 사용

1. 폭행 등으로 인한 인권침해 등(11-진정-0149600)

(가) 진정요지

진정인은 주점에서 다른 손님과 시비가 붙었는데 피진정인이 출동하여 진정인을 강제로 제압하여 넘어뜨리고 수갑을 채웠으며, 이 과정에서 진정인의 왼쪽 다리가 골절됨(16주 진단)

(나) 판단요지

- 피진정인의 체포행위 직후 진정인이 다리에 통증을 호소하며 응급실에 후송된 상황을 고려할 때 피진정인의 체포행위에 의해 골절이 발생했다고 판단할 수 있으며, 피진정인은 피체포자가 불필요한 침해를 당하지 않도록 예방해야 할 정당한 주의의무를 다하지 않은 것으로 보이므로 신체의 자유를 침해한 것으로 판단됨

2. 체포과정에서의 신체의 자유침해(11-진정-0398900)

(가) 진정요지

피진정인들이 진정인을 현행범으로 제압하여 체포하는 과정에서 진정인은 팔에 고통을 느꼈고, 고통을 호소하였으나 아무런 조치없이 파출소로 연행됨. 진정인은 분쇄골절로 전치6주의 진단을 받음

(나) 판단요지

CCTV확인 결과 현장에서 진정인의 왼팔의 움직임이 자연스러웠으나 지구대에서는 진정인이 왼팔을 전혀 사용 못하는 체 오른손으로 감싸쥐는 등의 행동이 나타나고 있는 점, 피진정인이 체포 당시 피진정인들에게 위력을 행사하지 않았다는 점, 건장한 청년인 피의자의 팔이 분쇄골절되기까지는 상당한 물리력이 가해져야 했을 것이라는 점 등을 고려할 때 피진정인들은 주의의무를 위반하여 신체의 자유를 침해한 것으로 판단됨

3. 경찰의 부당한 긴급체포

내담자는 그저께 경찰에 공갈 혐의로 긴급체포 당하였으나 무혐의로 풀려남. 체포 과정에서 경찰은 내담자의 팔을 꺾어 인대가 늘어났고, 조사 과정에서 계속 수갑을 채우고 잠을 재우지 않은 채로 혐의를 인정할 것을 종용하였음. 내담자가 변호사와 상담한 결과 불법 체포 및 감금으로 고소가 가능하다는 답변을 들었으며 현재 고소를 고려 중인 상태로 위원회에 사건에 대해 문의하고자 함.

4. 판단

이 사례들은 피진정인인 경찰관 등이 진정인을 체포하면서 과잉 진압하였는지 여부이다. 체포 자체는 헌법 제12조 신체의 자유를 침해하는 행위이지만, '체포'가 필요한 상황인 경우에는 그에 필요한 정도의 물리력의 사용을 전제하고 있는 것이라고 할 수 있다. 헌법적으로도 국가권력행사에서의 비례성 원칙의 준수는 인정되고 있고, 인권보호를 위한 경찰관 직무규칙 제8조(폭행·가혹행위 등 금지)도 이러한 정신을 반영하고 있다. 이 사건의 구체적 사실관계는 나타나 있지 않으나, 국가인권위원회가 현행범인인의 진압에 필요한 정도 이상의 물리력이 행사되었음을 인정하고 있다. 이러한 사례에서 알 수 있듯, 우리 경찰은 상황별 대응 매뉴얼에 따른 훈련에 보다 많은 주의를 기울여야 할 것으로 판단된다. 또한 기존의 경찰 장구 사용에 대해서도 더많은 교육과 목적에 부합하는 새로운 경찰장구의 도입도 필요하다고 판단된다.

제3절 영장주의 위반 사례

I. 영장 발부 절차에 대한 사례

1. 체포영장 발부에 관한 사례(09-진인-0001393)

(가) 진정요지

진정인을 2007. 9. 족부괴사(우측)로 00의료원에서 치료를 받던 중 2007. 10. 9. 특수절도죄로 체포되었음. 당시 진정인은 중환자이었음에도 불구하고 영장이 발부되어 체포구속된 것은 부당하다고 주장함.

(나) 국가인권위원회의 판단요지

국가인권위원회법 제30조 제1항 제1호의 규정에 의하면, 법원의 재판을 우리위원회의 조사대상에서 제외하고 있고, 여기서 "재판"이라 하면 판결뿐 만 아니라 명령·결정도 포함된다 할 것인바, 이 건 진정은 영장 발부 결정의 부당성에 대하여 진정을 제기한 것으로서 재판에 관한 사항이므로 조사대상에 해당하지 아니함

(다) 평가

구체적 사실관계에 대한 기록이 나타나지 않으나, 병원에 치료 중이거나, 입원치료 중이라는 사실만으로 그에 대한 체포영장 발부 자체가 위법한 것이라고는 판단되지는 않는다. 출석 요구에 불응한 자가 본인 스스로 도주할 능력이 없더라도 타인의 도움을 받는다면 도주할 우려가 인정된다면 체포의 필요성이 있기 때문이다. 다만 이러한 질병이 출석에 응한 이유가 되지 못하였던 경우에는 수사기관이 이를 알고서도 출석 불응을 인정하여 체포영장을 청구한 것에 문제가 있다고 본다. 방문 조사가 불가능한 것이 아니기 때문이다.

2. 주거지 관련 사실을 허위기재한 영장청구(11-진정-0589200)

(가) 진정요지

피진정인은 2011. 10. 14. 경찰서에서 진정인을 조사할 때 진정인이 주소가 있다고 수회 진술하였음에도 불구하고 영장신청서에 진정인의 주거지란에 주거부정이라고 기재하여 부당한 영장신청을 하였음.

(나) 판단요지

영장실질심사를 담당한 판사가 구속요건 심사할 때 “이 부분(진정인의 주거지)에 대해 몇 번 언급을 하였지만”이라고 기재한 부분)에 의하면 피진정인이 진정인의 진술과 다르게 주거부정이라고 기재하였다고 하더라도 주거부정 여부에 대하여 법원의 재판을 거쳤으므로 진정의 원인사실에 관하여 법원의 재판이 종결된 경우에 해당

(다) 판단

조금 과한 표현일 수도 있지만, 영장신청서도 공문서인 이상 고의로 공문서에 허위임을 알면서 허위사실을 적시한 문서를 작성한 것은 사사권의 남용을 넘어 허위공문서 작성의 범죄에 해당하는 것이라고 할 수 있다.

II. 영장 집행 절차 위반

1. 개관

국가인권위원회가 결정한 사안에는 영장발부에 관한 사항은 나타나지 않는데, 이는 기본적으로 법원의 재판에 대한 사건은 심사대상에서 배제되어 있기 때문일 것이다. 따라서 주로 영장 집행절차와 관련된 진정이 대부분이다. 영장의 집행절차와 관련해서는 형사소송법과 그에 따른 시행령, 규칙, 각종 준칙 등에 대단히 상세한 규정이 나열되어 있다. 그럼에도 불구하고 많은 진정사건이 있는 것은 이를 집행하는 일선 실무자들이 그 세부절차의 의미를 경시하여 형식적으로만 이행하거나, 관행적으로 이루어진 절차를 답습하는 경우가 대부분인 것으로 보인다.

이미 관련 규정들은 상당히 세부적인 수준까지도 명확하게 규정하고 있으나, 실제 법집행과정에서를 이를 간과하거나, 무시하는 경우가 상당수 발견되기 때문이다. 많은 문제가 되고 있는 ‘불심검문’의 경우를 보면, 우리 「헌법」 제12조(신체의 자유)는 제1항에서 ‘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.’고 규정하고, 헌법에 따라 ‘불심검문’을 근거지우는 법률인 「경찰관직무집행법」 제3조(불심검문)은 ‘① 경찰관은 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. …… ④ 제1항 또는 제2항의 규정에 의하여 질문하거나 동행을 요구할 경우 경찰관은 해당인에게 자신

의 신분을 표시하는 증표를 제시하면서 소속과 성명을 밝히고 그 목적과 이유를 설명하여야 하며, 동행의 경우에는 동행장소를 밝혀야 한다.'고 규정하고 있으며, 경찰 내부의 직무규칙인 「인권보호를 위한 경찰관 직무규칙」 제51조(임의동행 할때 유의사항)도 대단히 명확하게 '① 경찰관은 임의동행을 요구하는 경우에는 상대방에게 동행을 거부할 수 있는 권리가 있으며, 동행에 동의한 경우라 하더라도 원할 경우에는 언제든지 퇴거 할 수 있음을 고지하여야 한다. ② 임의동행을 한 경우에도 필요한 확인이 끝나는 즉시 귀가시켜야 한다.'고 규정하고 있다.

2. 절차의 부실한 준수 – 경찰의 미란다 원칙 불이행 등

(가) 사례 1

상담요지 내담자의 농장으로 06. 9. 22. 경찰이 와서 갑자기 내담자를 체포하였음. 경찰은 신분도 밝히지 않고 죄목도 얘기해주지 않은 채 체포영장만 보여주고 내담자를 차에 태우려 하였음. 이에 내담자가 반항하자 수갑을 채웠음. 또한 경찰은 내담자에게 수갑을 채운 채 마을에 있는 집에 데리고 가서 내담자의 집을 수색하였음. 이에 내담자가 수색영장을 보여 달라고 하자, 체포영장만 있어도 수색할 수 있다고 하였음.

(나) 사례 2

2006년 8월 22일 OO지방경찰청 OO2계 OO1팀(OOO팀장. △△△담당. □□□부담당)에서 죄명 "부정경쟁방지및영업보호에관한법률위한" 혐의로 압수수색영장을 제시하였으나 "죄목과 장소만 보여주고"나서 사무실 집기 및 컴퓨터 생산 장비일체와 집으로 동행해서 집에 있는 컴퓨터도 압수하였음. 그리고 OO지방경찰청으로 동행하였고 내담자가 "체포영장도 없이 나를 이렇게 데려가도 되냐?"라고 질문하였는데 담당 형사인 △△△씨가 "현행범은 체포영장이 필요없다"라고 하였음. 동행하면서 차안에서 내담자가"내가 너무 억울한데 잘못이 없으면 누구한데 하소연해야 되냐?"라고 물으니 동행경찰관중 한명이 "인지수사라 하소연 할 데가 없다"라고 하였음. 그리고 담당형사인 △△△씨가 "나한테 책임을 물어라 그러면 내가 책임지면 될 것 아니냐"라고 짜증스럽게 말하였음. OO지방경찰청에 도착해서 40분동안 의자에 앉혀 놓고 있다가 △△△담당형사가 체포영장을 보여 주며 미란다 원칙을 말해주었음. 다음날 OO지방경찰청 OO과에서 조사를 받을 때 아내와 동생, 참고인들이 볼 때 수갑을 채운 것에 대하여 억울하고 내담자는 몹시 수치감을 느꼈고 마치 중죄인을 다루는 듯한 느낌을 받았음.

(다) 사례 3

a. 진정요지[375]

375) 유사한 사례에 대한 신문 기사 "강제 임의동행 경찰폭행 무죄" 범죄사실이나 변호인을 선임할 수 있는 권리 등을 알려주지 않은 채 강제 임의동행하려는 경찰관에 맞서 폭행을 가했

2006. 9. 29. 09:30경 피진정인 1)이 사건현장에서 치안센터로 임의동행 시 거부의사를 표명했으나 강압적으로 연행하였고, 피진정인 2) 3)은 치안센터에서 지구대로 임의동행 시 거부의사를 명확히 했으나 수갑을 채워 현행범으로 체포하겠다며 강압적으로 지구대로 연행한 후 임의동행 동의서에 강제로 날인하라고 하였음.

b. 권고이유

OO경찰서장에게, 피진정인 1) 2) 3) 에 대하여 자체 인권교육을 시킬 것을 권고(2006. 12. 27.) 피진정인이 진정인을 상대로 임의동행 시 진정인이 거부의사를 명백히 했음에도 강압적으로 경찰관서로 데려간 것은 임의동행의 임의성을 상실한 것으로 재발방지 차원에서 위와 같이 권고함이 타당하다고 사료됨.

c. 참고판례 : 대법원 2006. 7. 6. 선고 2005도6810 판결

형사소송법 제199조 제1항은"수사에 관하여 그 목적을 달성하기 위하여 필요한 조사를 할 수 있다. 다만, 강제처분은 이 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하며, 필요한 최소한도의 범위 안에서만 하여야 한다."고 규정하여 임의수사의 원칙을 명시하고 있는바, 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. 형사소송법 제200조 제1항에 의하여 검사 또는 사법경찰관이 피의자에 대하여 임의적 출석을 요구할 수는 있겠으나, 그 경우에도 수사관이 단순히 출석을 요구함에 그치지 않고 일정 장소로의 동행을 요구하여 실행한다면 위에서 본 법리가 적용되어야 하고, 한편 행정경찰 목적의 경찰활동으로 행하여지는 경찰관직무집행법 제3조 제2항 소정의 질문을 위한 동행요구도 형사소송법의 규율을 받는 수사로 이어지는 경우에는 역시 위에서 본 법리가 적용되어야 한다.

더라도 공무집행방해죄가 성립하지 않는다는 판결이 나왔다.수원지법 형사11단독 김제욱 판사는 25일 무전취식 혐의를 조사하려고 순찰차에 태워 경찰서로 연행하려는 경찰관을 폭행해 상처를 입혀 기소된 이모(39)씨에게 정당방위에 해당된다며 무죄를 선고했다. 수원 김병철기자 kbchul@seoul co.kr (서울신문 2007. 07. 26.)

3. 압수수색영장 미제시에 의한 인권침해(11-진정-0282600)

(가) 진정요지

- 진정인 부재 중 실시한 압수수색으로 인해 진정인이 압수수색 영장을 보지 못한 상태에서 피의자 소환장을 받음, 진정인이 조사를 받는 도중 압수수색영장을 보여달라고 하자 피진정인은 압수수색영장이 있음을 주장하며 이를 제시하지 않음

(나) 판단요지

기본적 인권의 보장을 위해 압수수색에 관한 적법절차와 영장주의가 헌법에 규정되어 있으며, 압수수색에 의한 피압수자의 기본권 침해를 방어하기 위해 수사기관에서는 압수수색영장을 집행한 이후에도 영장을 제시할 의무가 있다는 점을 고려할 때, 피진정인이 진정인의 요구에도 불구하고 압수수색영장을 제시하지 않은 것은 신체의 자유에 대한 절차적 보장을 침해한 것으로 판단됨

(다) 평가

사안 자체가 간략하게 구성되어 있어서 문제점을 정확하게 지적하기는 어려우나, 진정인이 부재한 상태에서의 압수수색영장 집행시에 적절한 제시가 되었던 것인지, 목록 교부는 이루어진 것인지 등 압수수색영장 집행방법상의 여러 하자가 존재하는 것으로 보인다.

4. 경찰의 부당한 가택수색(10-진정-0598500)

(가) 진정요지

피진정인은 진정인의 주거지에 영장도 없이 담을 넘어 불법침입하여 수색하고 피진정인이 찾던 피의자가 아님을 알게 되자 그때서야 체포영장을 제시하고 수색의 취지를 설명함

(나) 판단요지

인터넷 접속기록과 수색한 날이 약 1달의 차이가 있어 급속히 체포영장을 집행해야 할 긴급한 상황이라고 볼 수 없는 점, 사전영장을 제시하지 않은 점 등을 고려할 때 진정인의 주거의 자유 및 사생활의 비밀과 자유를 침해하였다고 판단됨

(다) 평가

이 사건의 주요 쟁점은 체포하려는 피의자를 발견하기 위해 행하여진 주거 내 수색의 적법성 여부이다. 결과적으로 그 주거 내에 있던 자가 체포하려는 피의자가 아닌 것으로

밝혀진 것이어서 그 불법성이 명백하게 나타나지만, 설사 체포대상자였다고 하더라도 이러한 가택침입의 불법성은 명백하다. 헌법상 인정되는 '가택권' 안에는 주거의 자유 및 평온, 사생활의 비밀과 자유가 모두 포괄되어 있는데, 이러한 가택권에 대한 침해가 정당화되기 위해서 영장이 필요한 것은 맞지만, 영장이 있다고 하여도 그 절차와 방식을 준수해야만 한다. 그런데 영장을 소지하지도 아니하고, 가택 관리자에게 그 취지를 고지하지도 아니하고 타인의 주거에 대해 무단으로 침입한 것은 위법하다.

5. 영장 없는 지명수배자 체포 사례(10진정0785200, 11진정0329300(병합))

(가) 진정요지

가. 진정사건 1

진정인은 2010. 4. 8. 사기 및 절도 등의 혐의로 2010. 4. 8. 등 5회 지명수배되었고, 2010. 10. 22. 체포영장이 발부되어 2010. 12. 15. 23:05 경기도 OOO에서 피진정인인 OOOO경찰서 형사들에 의하여 체포되었는데, 이때 피진정인들이 체포영장을 제시하지 않았다. 피진정인들은 체포당시 미란다원칙도 고지하지 않았다. 2010. 12. 15. 23:40경 OO지구대에 도착하여 조서 작성 후 2010. 12. 16 00:05경 OO경찰서 형사계 당직자에게 인계하였다.

나. 진정사건 2 : 11진정0329300

OO지방법원 OO지원은 2011. 3. 23. 진정인에 대한 구속영장을 발부하였고, 이에 피진정인들은 2011. 5. 16. 08:35경 주거지에서 기소중지자 검거기간을 맞아 검문·검색을 하던 피진정인들인 OOO경찰서 형사들에게 휴대폰 조회기로 조회하여, 지명수배자로 확인되자 체포되었다. 피진정인들은 체포현장에서 진정인에게 체포영장을 제시하지 않았고 진정인이 체포영장을 제시할 것을 요구하였으나 피진정인들은 이를 제시하지 않았다. 이에 진정인이 강하게 항의하자 피진정인들이 진정인에게 강제로 수갑을 채웠고, 이 과정에서 진정인은 팔에 상처 및 타박상을 입는 등 인권침해를 당하였다. 관할 OO파출소에 도착하여 영장을 OOO지방검찰청으로부터 팩스로 전송받아 이를 진정인에게 제시하였다.

(나) 국가인권위원회 판단 요지

「헌법」 제12조 제1항 및 제3항에서 규정하고 있는 적법절차의 원리는 국가공권력의 모든 행사과정에서 실질적으로 준수되고 보장되어야 할 것인바, 이러한 헌법원리의 실현을 위하여 특히 강제력을 동반하는 인신의 구속에 대해서는 「형사소송법」 제85조 제1항은 "구속영장을 집행함에는 피고인에게 반드시 이를 제시하여야 하며 신속히 지정된 법원 기타 장소에 인치하여야 한다."라고 규정하여 피의자를 체포할 때에는 반드시 영장을 제시하도록 하고, 같은 법 제85조 제4항은 급속을 요하는 경우에 한하여 사후에 신속히 제시하도록 규정하고 있다.

더 나아가 이러한 절차를 더욱 투명하고 철저하게 준수하기 위하여 「인권보호를 위한 경찰관 직무규칙」 제4조 제1항은 “경찰관은 직무수행시 인권을 최우선 가치로 삼고 인권 보장과 관련된 제 규정과 원칙을 준수하여 모든 사람의 인권을 존중하고 보호하여야 한다.”라고 규정하고 있있으며, 「범죄수사규칙」 제174조(지명수배된 자 소재발견시 조치사항) 제1항은 “경찰관은 지명수배된 자의 소재를 발견하였을 때에는 피의자에게 체포영장 또는 구속영장을 제시하고, 범죄사실의 요지, 체포 또는 구속의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 고지하고 변명의 기회를 준 후 지명수배자를 체포 또는 구속하고 확인서를 받아 신병과 함께 지명수배한 경찰관서에 인계하여야 한다.”라고 규정하고 있다.

진정사건 1의 경우 피진정인들은 체포영장 발부 관할관서가 아니고 수배관서에서 지명수배자를 체포하는 경우에는 체포영장을 사후에 제시하는 것이 관행이라고 밝히고 있고, 진정사건 2의 경우에는 피진정인들은 구속영장을 팩스로 송부 받아 진정인에게 제시하는 것이 통상적인 절차라고 해명하고 있는바, 이에 대해 살펴보면, 진정사건 1의 경우 피진정인들은 소재가 파악된 3~4명의 지명수배자를 체포하기 위하여 사전계획 하에 수사하였고, 체포영장 발부 관할관서에 요청하여 체포영장을 준비할 충분한 시간이 있었던 점, 특히 진정인의 주거지 부근에서 1시간 30분 가량 장시간 잠복하였던 만큼 급속을 요할 만큼의 사정이 있었다고 보기 어렵고, 진정사건 2의 경우 지명수배자의 주소지를 방문 체포하여 OO파출소로 동행한 점 등을 비추어 볼 때 사후영장을 제시할 만큼의 급속을 요할 사정이 있었다고 보기 어렵다고 판단된다.

따라서 이 사건 피진정인들이 특별히 급속을 요하지 않음에도 불구하고 체포영장집행의 절차를 위반한 행위는 「헌법」 제12조에서 규정하고 있는 적법절차원칙에 벗어나고, 특히 「범죄수사규칙」에서 기소중지자를 영장없이 체포할 시 인권침해 발생 우려 등으로, 영장 발부와 제시를 명문화하였음에도 불구하고 일선 현장에서는 이러한 규정을 관행적으로 지켜지 않아 인권침해 소지가 큰 것으로 판단된다.

이 사건 조치의견에 대하여 살펴보면, 재발방지를 위하여 경찰청장에게 지명수배자 체포 시 구속영장집행 절차를 준수하고 수사관행의 개선을 위하여 대책을 마련할 것과 피진정인을 포함한 소속직원들에 대하여 직무교육을 실시하는 것이 적절하다고 판단된다.

이러한 판단에 따라 국가인권위원회는 경찰청장에게, 지명수배자 체포 시 급속을 요하지 않음에도 영장제시 없이 체포하는 수사의 관행을 개선하기 위한 대책을 마련할 것과 유사한 사례가 재발되지 않도록 이를 교육할 것을 권고하였고,

이에 대하여 경찰청장은 아래와 같이 권고 이행여부를 회신하였는데

(다) 경찰청장의 권고 이행여부 회신 내용

가. 경찰은 원칙적으로 체포영장이 발부된 자에 대하여 지명수배 조치를 취하고 있으며, 법원은 지명수배를 위한 체포영장을 발부함에 있어 통상 공소시효만료일을 유효기

간으로 하는 1매의 체포영장을 발부함. 수배입력이 완료된 체포영장은 수배관서에서 보관함

※ 검찰에서 수배한 경우에는 해당 지검(지청)에서 체포영장을 보관함.

나. 지명수배자 검거활동은 전국 250여개 경찰관서의 지역경찰관(지구대·파출소), 형사에 의해 주로 이루어지며, 체포영장은 수배관서에서 보관하고 있으므로 수배관서 사건담당자 이외의 경찰관에 의한 지명수배자 검거활동은 체포영장을 휴대한 상태에서 이루어질 수 없음. 지명수배자를 검거하게 되면 수배관서로 즉시 검거 사실을 전달하며 연락받은 사건담당수사관은 보관부서로부터 체포영장을 교부받은 후, 지명수배자가 검거되어 있는 경찰관서로 이동하여 지명수배자에게 체포영장(원본)을 열람시킨 후 신병을 인수하여 수사절차를 진행함.

다. 수배관서로부터 체포영장 사본을 교부받은 후 지명수배자를 검거하면 해당 사본을 제시하는 방안의 경우, 영장은 원본 제시가 원칙이고 판례도 영장 사본을 제시하여 체포한 사안에 대하여 이를 불법 행위로 인정한 바 있어 불가함.

라. '급속을 요하는 때'란 거동수상자에 대한 불심검문 후 수배자 여부 조회결과 수배자로 확인된 경우, 지명수배자의 주거지·배회처 등 특정 장소에 대해 탐문/방문/잠복활동을 하던 중 지명수배자를 조우한 경우 등임. 본 사안에 있어 피진정인들이 진정인을 체포하게 된 상황은 체포의 가능성을 염두에 두고 방문/잠복활동을 하던 중 우연히 진정인을 발견하게 된 경우로서 '급속을 요하는 때'에 해당되는 것으로 판단되며, 체포과정에서 피의사실의 요지와 영장이 발부되었음을 고지하고 체포한 행위에 절차상 하자는 없는 것으로 판단됨.

(라) 국가인권위원회의 처리 결과

가. 경찰청의 입장은 사건담당자가 직접 지명수배자에 대한 체포활동에 나서는 경우나 지명수배자의 현재지가 명백한 경우 외에는 모두 '급속을 요하는 때'로 보고 마치 사후영장제시가 원칙인 것으로 해석될 수 있음. 그러나, 한편으로는 수배관서(영장보관관서) 이외의 관서에서 지명수배자를 검거할 시 영장 원본을 제시하는 것은 실무상 어려움이 따를 수 있을 것으로 보임.

나. 본 권고사안에 있어서는 경찰청의 '불수용' 의견의 회신이 있으므로 권고 불수용으로 처리하고자 함.

다. 다만, 사후영장을 제시할 수 있는 예외사유인 '급속을 요하는 때'에 대한 경찰청과 우리 위원회의 입장차가 있는 것으로 보이고, 이러한 문제를 근본적으로 해결할 수 있는 영장 사본의 효력을 인정하는 법 개정이나 전자영장제도 도입 문제에 대한 경찰청의 제안내용도 일응 우리 위원회에서 검토가 필요하다고 보임.[376)377)]

---

376) 이미 여러 연구가 진행되고 있다. 정웅석, 형사사법정보시스템의 운영현황 및 활용방안 법조 (통권678호)(2013. 3) 5-45;

(마) 평가

인신구속 사무에 있어서 '영장의 제시'의 의미에 대해서는 앞서 언급한 바와 같은 절차주의적 이해가 필요하다. 그런데 대법원이 인정하고 있는 바와 같이 '사본'의 제시를 영장주의 위반으로 판단하는 것은 그 악용, 오용 가능성 때문이다. 그런데 '원본'이 오로지 법관에 의해 작성된 '1통'의 원본만을 의미하는 것은 아니고, 형사소송법도 '수 통'의 원본이 작성될 수 있음을 규정하고 있다. 오늘날처럼 전국적 광역 수사 체계에서는 수배관서와 관할관서가 물리적 거리가 넓은 경우도 있을 것이어서 영장의 사전 제시 원칙이 엄격하게 지켜지기 힘든 경우가 발생한다.

경직되게 고집할 것이 아니라 기술적 수단을 통하여 '사본'의 오용 가능성을 제거함으로써 헌법정신과 형사실무를 조화시킬 수 있는 방법이 모색될 필요가 있다. 이는 주로 '전자 영장'이라고 불리는 것으로서 여기에 대해서는 별도의 항목에서 상세하게 언급하기로 한다.

6. 자수자에 대한 긴급체포 사례(05-진인-3319)

(가) 진정요지

피진정인들은 마약사범 특별자수기간 중에 경찰관서에 자수하러 온 진정인을 긴급체포한 것으로 부당하게 처리함

(나) 판단요지

이 사건의 긴급체포는 검사의 승인절차를 거쳤고 구속영장이 발부된 사실로 볼 때, 불법

---

377) 법률신문, [2010-11-22] "전자영장제도 도입 검토해야" 송길룡 형사사법공통시스템 운영단장 수배자 검거·신속한 영장 집행 위해 필요 美 일부 州에서 활용… 인권보호에도 기여 최근 검찰이 '청목회' 수사과정에서 정본이 아닌 영장을 제시하고 국회의원 사무실을 압수·수색해 논란이 일고 있는 가운데 법무부 간부가 '전자영장제도'를 도입해야 한다고 주장해 관심을 끌고 있다. 송길룡(사법연수원 20기) 법무부 형사사법공통시스템 운영단장은 19일 서울 대치동 포스코건물에서 개최된 한국형사소송법학회 월례세미나에서 "미국의 일부 주에서 활용해 정확하고 신속한 업무처리와 인권보호에 기여하고 있는 전자영장제도의 도입을 검토해야 한다"고 주장했다. 송 단장은 "현재 우리 경찰의 실무를 보면 PDA가 현장에 지급돼 수배자의 실시간 조회가 이뤄지고 있을 뿐만 아니라 이를 다양한 업무를 위해 사용하고 있다"며 "이러한 강력한 IT기술 기반을 살려 각종 영장의 종이기록 원본성을 유지하되 수배자 검거와 급속한 집행 등을 위해 전자영장을 활용할 수 있도록 해야 한다"고 말했다. 그는 이어 "전자영장이 집행되면 그 취지를 기록해 문서로 기록된 영장을 반환하도록 하는 등의 제도를 도입할 필요가 있다. 전자영장제도는 현재 미국 콜로라도주와 펜실베니아주에서 시행되고 있다. 콜로라도주에서는 구속영장의 전자적 발부 및 전송이 가능해 사건현장에서 경찰이 영장을 집행할 수 있도록 하고 있다. 펜실베니아주에서도 사법기관 간의 시스템을 인터넷 포털로 연계해 영장발부 등의 정보를 경찰과 보호관찰관 등 사법집행관에게 직접 통보하고 있다. 송 단장은 이외에도 전자주소제도 도입의 필요성도 제기했다. 그는 "해외의 입법례와 사례를 심도있게 연구하고 실무를 직접 살펴 우리나라에의 도입 가능성을 검토해야 한다"며 "전자주소제도를 도입해 전자적 송달, 전자적인 신청 및 통지를 비롯한 전자적 소송행위를 할 수 있는 기반을 마련해야 한다"고 주장했다. 임순현 기자 hyun@lawtimes.co.kr

체포에 해당한다고 보기에는 어려움이 있으나, 진정인이 특별자수시간 중에 스스로 찾아가 증거물품을 제시한 사실 등으로 미루어 볼 때 불필요한 인신구속을 피할 수도 있었을 것 이며, 진정인이 스스로 찾아온 행위 등과 같이 피의자의 이익이 될 만한 사항 등에 대해서 수사기록에 기재하지 않은 점은 진정인의 행복추구권을 침해했다고 판단됨

(다) 평가

체포, 구속의 사유로서 도주의 우려, 증거인멸의 염려를 판단하는 것은 종합적 판단과정을 거치는 것이므로 몇몇의 사실만으로 판단하기는 힘들다고 본다. 특히 마약사용자의 경우 그로 인한 정신적 불안정성 때문에 언제든지 변심할 수 있는 것이어서 긴급체포의 필요성을 인정할 수도 있었을 것이다. 다만 '자수' 사실은 양형에도 중요한 영향을 미치는 사실인데 이를 의도적으로 기록하지 않았다는 점은 비난받아 마땅하다고 본다.

7. 자수한 자 또는 자진출석한 자를 긴급체포로 처리한 사례

앞서 체포의 필요성에 대해 상당한 재량이 인정될 수 있다고 하였지만, 아래의 사례들은 이러한 일응의 재량을 인정하기도 힘들고 경찰 내부의 인사고과 평정에서 자신이 유리한 점수를 얻기 위해 검거실적을 높이려고 긴급체포의 필요성이 인정되지 않는 자들을 긴급체포한 가례들이다.

(가) 진정요지

진정인은 본인이 사기죄로 기소중지된 사실을 알고 ○○지방경찰청 상황실에 전화하여 자수 의사를 전함. 다음날 피진정인들이 진정인과 통화한 후 약속 장소에서 검거됨.

그러나 진정인을 검거한 피진정인들이 소속기관의 장에게 피의자 검거보고서를 작성하여 보고 시 '탐문 수사하여 검거한 것'으로 기재 보고하여 인권침해를 당했다.

(나) 국가인권위 결정

○○경찰서장에게 피진정인들에 대해 경고할 것을 권고한다.(2009년 8월 31일)

(다) 이행조치

○○경찰서장이 피진정인들에 대해 '특별교양조치' 처분했음을 통보함.

(라) 유사사례

1.

자진출두한 사람을 긴급체포하다니요. 정말 너무합니다.

토요일 12시경 ○○지구대에 자진 출두했습니다. 경찰이 본인 확인 후, 도주가 우려된다며 수갑을 채우더니, 긴급체포한 것으로 조서를 작성하여 경찰서로 이송했습니다. 그러나 검찰 승인이 나지 않아, 경찰서 유치장에서 하룻밤을 묵고 다음날 1시경 나왔습니다. 저는 잠깐이면 된다는 말에 나이가 어린아이를 집에 두고 왔으며 토요일로 예정되어 있던 클라이언트와의 약속도 지키지 못했습니다. 경찰서에서 나오자마자 지구대 경찰에게 사과를 받고자 했으나 전화를 받지 않습니다. 자진 출석한 피고소인을 체포하는 것이 적법한가요?

2.

차량 횡령으로 수배 중이라며 담당경찰이라는 사람의 전화를 받았습니다. 지방근무 중이라 경찰서에 출석하기 위해 상경했습니다. 담당경찰이 경찰서로 가지 말고 지구대로 오라더군요. 경찰은 차량 소유주에게 차를 넘겨주지도 말라고 했습니다. 그런데 지구대로 가자마다 체포되어 관할경찰서로 이송됐습니다. 알고 보니 담당경찰이라던 사람은 실제 담당이 아니고 지구대 소속이었습니다. 자신의 실적을 쌓기 위해 거짓말로 지구대로 유인하여 자진출두 자를 체포한 것입니다.

8. 실적 위주 수사 관행, 수사권한 남용

(가) 문제점

아래의 사례들[378]은 모두 피해자라고 주장하는 사람들의 주장만 담고 있어서 별도로 평가하지는 않았지만, 일선 경찰관들의 수사권한 남용을 잘 보여줄 수 있는 사례로 판단되어 원문 그대로 소개하는 것이다. 자기방어력이 약한 청소년들에 대한 학원폭력 사건 조사나, 유사한 지문조회 결과, 사실상 직감 등 공식적 수사권한의 남용례가 된다고 할 수 있다. 과거 경찰이 비난 받고 상당 부분 개선되었다고 하는 내용들이 여전히 존재하는 것이다.

(나) 청소년 조사 관련

대입검정고시학원 강사입니다. 학창시절 사고뭉치였으나 지금은 마음잡고 공부하려는 학생들이 있습니다. 그런데 경찰들이 학원을 들락거리며 학생들을 유도신문하고 사건을 만들려고 합니다. 얼마 전 친구끼리 툭툭 치는 정도의 장난을 한 것을 갖고 구타로 엮어 조사하고 있습니다. 학원에 와서 학생들의 전화번호를 묻고 부모에게는 연락을 못하게 합니다. 학생을 한 명씩 경찰서로 불러 조사합니다. 말로는 참고인으로 조사하는 거라지만 경찰이 학생의 집 앞에서 기다렸다가 동행하기도 합니다. 두 달이 지나도록 사건 성립을 못 시킬 정도로 허술한 내용을 가지고 학생들을 괴롭히고 있습니다.

---

378) http://hrights.or.kr/technote7/board.php?board=appeal&command=body&no=1383

(다) 불충분한 증거로 긴급체포 후 석방 사례

안녕하세요 충남 천안에 살고 있는 34살 남자입니다. 실은 23일 저녁 9시부터10시 사이 형사분들이 일하고 있는데 와서는 경찰신분증을 보여주면서 무조건 차로 대려가서 잘못한 것이 있냐고 물어 보면서 차에 태우더군요 그리서 저는 지금 현제 아무런 잘못한것이 없어서 업다고 했읍니다 그리고 집을 수색하고 경찰서 갔더니 죄목 강도강간을 2004년도에 했다면서 조서를 꾸미시더라구요 저는 그런적이 없어서 없다고 했읍니다 진짜 그런 적이 없읍니다 없다고 하니 자료를 보여주면서 내 지문이 나왔다면서 보여주시더라구요 내 지문이라면서 사진을 보여주셧읍니다

보니 문외곽에 엄지 지문은 없고 검지부터 마지막 손가락 지문이 찍힌 사진이 있었읍니다 어찌어찌해서 24일 저녁 10시 안되서 유치장애서 바로 나왔읍니다 집에 가라고 하더군요 담당 형사님 얼굴도 못보고 아무런 말도 안해주고 나가라고 하더군요. 나름 여기저기 알아 봤더니 이런처우 부당하다고 하던데 만약에 다시 소환조사를 할수도 있다고들 하는데 만약 그러면 저는 어찌해야 하나요?

(라) 불심검문 남용

황당한 불심검문을 당했습니다. 13년 03월 14일 오후 9시 35분경, 저와 제 친구는 치킨집에 들어간 지 5분여만에 경찰 두 명이 갑자기 저희에게 다가와 신분증을 보여주며 불심검문을 했습니다. 저와 제 친구는 수영장을 간 후 동호회 모임으로 치킨집을 갔습니다. 수영장에서 치킨집까지 가는 중간에 노원경찰서가 있었고, 저와 제 친구는 자전거로 치킨집까지 갔습니다.

치킨집에 들어간지 얼마 되지 않아 형사 두명이 갑자기 오더니 저희의 모든 소지품을 들고 밖으로 나오라고 했습니다. 우선 형사의 말을 따라 모든 소지품을 들고 밖으로 나갔습니다. 그리고 저는 경찰에게 신분증과 성함 그리고 어떤 목적인지를 물었습니다.

경찰의 말에 따르면, '저와 제 친구가 자전거를 타고 다니며 사람들에게 핸드폰을 판다고 말했다'는 제보를 받았다고 합니다. 저와 제 친구는 치킨집에 가는 길에 이야기를 하며 가기는 했지만, 핸드폰을 판다는 말은 전혀 하지 않았습니다. 제 입장에서 그런 제보가 나온 게 어이없다고 판단했고, 그 제보에 대한 증거를 제시해달라고 했습니다. 그러자 형사가 하는 말이 '제보에 대한 증거가 없다'고 하며, 당장 '저와 제 친구의 소지품 검사를 하겠다'고 했습니다.

우선 저희의 결백을 증명하게 위해 가방을 열어서 '작물 핸드폰'이 없는 것을 알려주었습니다. 형사에게 소지품 검사를 당하면서 심한 모욕감을 느꼈고, 저는 화가나서 형사들에게 정당한 불심검문이었스면 그에 합당한 증거를 제시하라고 했습니다. 여전히 제보에 대한 증거가 없다고 하자, 저는 형사들에게 '정보공개청구'를 통해서 그 증거를 받겠다고 했습니다.

평범한 시민으로서 불심검문을 받아보는 일은 처음이고, 이와 관련한 적확한 정보가 부

족하여 그 형사들에 대한 대응이 부족한 것이 사실입니다. 제가 느끼기에는 분명 부당한 불심검문이었다고 생각합니다. 그리고 그 부당한 불심검문 과정에서 심한 모욕감을 느꼈습니다. 시민으로서 부당한 불심검문에 대한 적확한 정보를 얻고, 다음부터는 부당한 대우를 받지 않기 위해서 여기에 글을 올립니다.

인권침해와 관련한 질문

1. 형사 둘은 처음 저희에게 자신의 신분증만 보여주며, 안에는 사람이 많으니까 밖으로 나오라고 지시했습니다. 게다가 저희의 모든 소지품까지 가져나오게 지시했습니다. 경찰들의 이런 행위로 마치 범죄자 취급을 받는 모욕감을 느꼈습니다. 경찰은 불심검문을 할 수 있지만, 강제성이 없기 때문에 저희가 불심검문에 불응할 수 있는 것으로 알고 있습니다. 그리고 불심검문 시 시민이 불심검문에 대한 불응할 권리가 있는 것도 경찰이 시민에게 사전에 말해야 한다고 알고 있습니다.

그렇다면 불심검문에 대한 불응할 권리에 대해서 말을 하지 않은 채 ,저희가 모든 소지품을 들고 밖으로 나가게 한 행위는 위법하거나 과도한 불심검문에 해당하지 않는지요?

2. 1번의 질문과 마찬가지로 형사가 저희를 밖으로 나가게 한 뒤 또한 불응할 권리에 대해서 말하지 않고, 가방을 보겠다고 한것도 과도한 불심검문에 해당하지 않는지요?

3. 자전거를 타고 노원경찰서를 지나서 치킨집으로 들어간 후 형사가 닥친게 채 10분도 되지 않는데, 그 사이에 제보가 이루어지고 형사가 올 수 있다는 게 정황상 납득이 가지 않았습니다. 그래서 부당한 불심검문을 위해서 허위로 제보가 이루어졌다고 말할 수도 있다고 판단했기에 그 제보에 대한 증거를 제시했습니다.

저는 합리적으로 근거를 제시했지만 그에 대해서 형사들이 불응한 것도 부당한 불심검문에 해당하지 않는지요?

정보공개청구와 관련한 질문

1. 제가 형사에게 제보에 대한 증거를 제시하라고 했는데, 단호하게 없다고 했습니다. 그래서 저는 다시 그런 제보에 대한 내용을 서면으로 남기지 않냐고 물어보니, 그들은 남기지 않는다고 했습니다. 이러한 사실이 사건일지 같은 것을 작성하지 않는 것과 관련해서 직무유기에 해당할 수 있는 지요? 직무유기에 해당한다면, 경찰들의 어떤 '일지'를 청구해야 그들의 직무유기를 증명할 수 있을지 좀 알려주세요.

그 두 형사는 노원경찰서 소속, 핸드폰 3팀입니다. 제가 형사 중 한명의 이름을 핸드폰에 적었으나, 그날 이후 핸드폰을 잃어버려서 형사의 이름은 모릅니다.

III. 영장 없는 강제 처분

1. 긴급체포 목적의 주거지 무단 수색

우리 헌법과 형사소송법은 대상자의 신체의 자유 및 주거의 자유, 재산권을 침해하게 되는 강제처분에 대하여 원칙적으로 법관이 발부한 영장이 있어야만 시행할 수 있도록 규정하고 있다. 하지만 형사소송법에서 영장 없는 신체의 자유 제한-긴급체포를 규정하고 있고, 주거의 자유 및 재산권의 중대한 제한이 되는 압수수색에 대해서는 이를 더욱 완화하여 영장 없는 강제처분의 범위를 더욱 넓히고 있어서 대상자의 기본권 보호에 소홀하다는 비판을 받고 있다.

그럼에도 국가인권위원회 진정사건을 보면 일선 수사기관은 형사소송법이 인정하고 있는 것보다 더 넓은 영장 없는 강제처분을 실시하고 있다. 특히 10-진정-0496800 사건과 같은 경우 피의자가 집안에 있을 것으로 의심된다는 이유만으로 체포영장 집행을 위해 임의로 열쇠공을 불러 피의자 소재지였던 피의자의 모친의 집의 잠긴 현관문을 열고 피의자를 수색한 것은 불법적 영장집행 행위로 평가해야 할 것이다. 왜냐하면 2010. 6. 16. 통화기록 자료 등에 의해 진정인이 주거지 부근에서 은신한다고 추정하여 피진정인들이 잠복근무를 시작하였고, CCTV 자료 확인에 의해 진정인이 주거지 내에 들어갔다고 확신한 시간인 2010. 6. 16. 19:53경으로 부터 주거지를 수색한 시간은 상당 시간이 경과한 2010. 6. 17. 14:20 경인 점, 진정인이 주거지 내에 있다고 확신하였더라도 진정인의 주거지는 아파트 15층에 위치하여 출입문 이외에 다른 도주로가 없는 관계로 급속하게 현관문 강제 개폐 등의 수사 행위가 필요한 경우라고 볼 수 없는 점 등을 종합하여 볼 때 또한 이러한 수색이 정당화될 수 있는 것이었다 하여도 압수수색시에는 주거주, 가수자 등을 참여시켜야 하는데, 이 사건의 경우 아파트 경비원 등을 충분히 참여시킬 수 있었음에도 수사기관이 아파트 현관 개방을 위해 부른 열쇠공을 압수수색에 '참여'시켰다고 주장하는 것은 압수수색시에 요구되는 '참여'의 취지를 몰각시키는 것이다. 압수수색 행위시 수사업무 종사자가 지켜야할 기본적 절차를 정하고 있는 「인권보호수사준칙」 제25조 및 제26조에는 압수수색 전 과정은 필요 최소한도로 실시하여야 하여야 하며 주거 및 사무실의 평온을 유지하고 온건한 방법으로 실시하여야 하며, 영장이 없이 압수수색을 하는 경우에도 그 사유를 알려주도록 규정하고 있는 바, 이는 긴급성을 고려하여 영장주의에 예외를 둔 경우라도 압수수색 집행시 요구되는 준수사항은 압수수색 영장을 제시하는 경우와 마찬가지로 대상자에게 그 사유를 알려주게 함으로써 압수수색 영장을 제시하는 것과 같은 취지를 살리게 하려는 것이라고 할 수 있다.

특히 이 사건에서 국가인권위원회 결정의 소수의견은 주목할만한 한데, 형소법에 의하면, 체포영장의 집행에 구속영장에 집행에 관한 규정이 전면적으로 준용되는 것이 아니라 선택적으로 준용되고 있다. 즉 형소법 제200조의6에 의하면, 피의자를 체포하는 경우에 구속영장의 집행에 관한 규정인 형소법 제75조, 제81조제1항 본문 및 제3항, 제82조, 제83조, 제85조제1항·제3항 및 제4항, 제86조, 제87조, 제89조부터 제91조까지, 제93조, 제

101조제4항 및 제102조제2항 단서는 준용되지만, 구속영장의 집행을 위하여 피의자의 주거 등의 잠금장치를 해제·제거할 수 있는 근거규정인 형소법 제138조는 준용되지 않는다. 형소법은 수사기관에 의한 강제처분의 범위에 관하여 구속영장과 체포영장을 명확히 구분하고 있는 것이다.

형소법이 위와 같이 체포영장과 구속영장의 효력에 차등을 두는 것은 체포와 구속의 제도적 취지가 다르기 때문이다. 수사단계에서의 구속영장은 피의자의 범죄혐의가 공소제기를 할 수 있을 만큼 소명되고 도망이나 증거인멸의 우려가 있을 때 발부된다. 이에 반하여 체포영장은 피의자에 대하여 구속영장을 발부할 사유가 있는지 여부가 밝혀지지 않은 상태에서 피의자가 수사기관의 출석요구에 불응하거나 그러한 우려가 있다는 사유만으로 발부된다. 수사기관은 피의자를 체포한 후 수사를 한 다음 구속영장을 청구할 것인지 여부를 결정하게 된다. 즉 체포영장의 발부는 수사의 시작 단계에서 수사의 편의를 위하여 이루어지는 것일 뿐 구속이나 구금을 전제로 하는 것이 아니다. 법관의 영장재판 실무에 있어서도 이러한 사정을 반영하여 구속영장 청구에 대한 심사는 매우 엄격하고 신중하지만 체포영장 청구에 대한 심사는 형식적이다.

형소법 제216조에 의하면, 사법경찰관 등은 체포영장에 의한 체포(형소법 제200조의2), 긴급체포(형소법 제200조의3), 구속영장에 의한 구속(형소법 제201조), 현행범의 체포(형소법 제212조)를 함에 있어서 영장 없이 타인의 주거, 가옥, 건조물 내에서 피의자를 수사할 수 있고, 여기서 수사는 수색을 포함하는 개념이다.

형소법 216조는 경찰관 등이 영장 없이 피의자를 수색할 수 있는 범위를 시간적·장소적으로 제한하고 있다. 먼저 시간적인 면에서 보면, 피의자를 현실적으로 체포·구속하는 때이다. 피의자를 발견하지 못한 상태에서 피의자를 찾기 위한 목적으로 타인의 주거에 들어가는 행위는 피의자를 체포·구속하는 행위가 아니므로 형소법 제216조의 적용 대상이 될 수 없다. 다음으로 장소적인 면에서 보면, 타인의 주거 내에서 수색할 수 있다는 것이다. '타인의 주거 내에서' 수색을 하는 행위에 '타인의 주거 밖에서' 주거의 잠금장치를 해제·제거하는 행위가 포함되지 않는다는 것은 위 조문의 문리해석상 명백하다.

형소법 제216조를 위와 같이 문리(文理)에 충실하게 해석해야 하고, 이를 타인의 주거에 잠금장치를 해제·제거하고 들어가는 행위에까지 적용되는 것으로 확장해석할 수 없는 이유는 다음과 같다.

첫째, 형소법 제216조는 체포영장에 의한 체포와 긴급체포를 동일시하고 있는바, 경찰관이 체포영장이 발부된 피의자를 찾기 위하여 타인의 주거에 잠금장치를 해제·제거하고 들어갈 수 있다면 긴급체포의 경우에도 마찬가지라고 보아야 한다. 그런데 긴급체포는 경찰관 등이 피의자를 발견하였으나 체포영장을 발부받을 시간적 여유가 없는 경우에 체포하는 것일 뿐이므로, 경찰관이 피의자를 발견하지 못한 상태에서 '만약 피의자를 발견한다면 긴급체포를 하겠다는 생각으로' 타인의 주거에 들어가는 것은 긴급체포와는 너무나 거리가 멀 뿐 아니라 그 자체로 위법하다. 긴급체포에 있어서 긴급성은 경찰관 등의 주관적 판단에 의존할 수밖에 없다고 할 것인데, 형소법 제216조가 피의자의 발견을

위하여 타인의 주거에 들어가는 행위에까지 적용된다고 보게 되면, 결국 경찰관 등은 긴급체포를 빙자하여 아무런 영장도 없이 타인의 빈집에 잠금장치를 강제로 열고 자유자재로 드나들 수 있다는 것이 된다. 그런데 형소법 제200조의3은 긴급체포의 요건으로서, '이 경우 긴급을 요한다 함은 피의자를 우연히 발견한 경우 등과 같이 체포영장을 받을 시간적 여유가 없는 때를 말한다.'고 규정하고 있다.

둘째, 형소법 제216조는 체포영장에 의한 체포, 긴급체포뿐 아니라 피의자·피고인에 대한 구속영장의 집행에도 적용된다고 규정하고 있다. 그런데 구속영장의 집행에 있어서는 형소법 제138조가 압수·수색영장의 효력을 규정한 형소법 제120조를 준용하고 있지만, 체포영장의 집행에 있어서는 형소법 제120조를 준용하는 규정이 없는바, 형소법 제216조를 체포와 구속 모두에 대하여 형소법 제120조가 준용되는 것과 같은 효과가 발생하는 것으로 해석하는 것은 체포영장과 구속영장의 효력을 구분하는 있는 위 규정들과 모순을 초래하는 것이다. 이러한 해석방법은 형소법의 정합성(整合性)을 부정하는 것이어서 받아들일 수 없다.

셋째, 형소법 제216조가 규정하는 타인의 주거는 피고인·피의자의 주거뿐 아니라 제3자의 주거도 포함하는 개념이다. 경찰관 등이 피의자를 찾기 위하여 제3자의 빈집에 잠금장치를 해제·제거하고 들어가는 것은 중대한 기본권의 제약을 초래하는 것이므로 형소법 제120조와 같은 명시적 규정이 있어야 하고, 단순히 해석론에 의하여 이를 허용하는 것은 용납될 수 없다. 고 보고 있다.

우리 사회가 마약류 등 범죄에 대해 엄격하게 처벌하고 있고, 그 사사상의 어려움도 인정할 수 있을 것이지만, 유독 마약류 수사와 관련한 탈법, 불법 수사의 문제가 많이 제기되고 있다는 점[379]에서 수사기관에서 특별한 주의와 교육이 필요하다고 판단된다.

2. 체포영장집행에 수반하는 영장 없는 압수·수색(10-진정-0471600사건)

피진정인들은 2010. 5. 20. 진정인의 특수절도혐의와 관련하여 OO지방법원으로부터 체포영장을 발부받아, 동 영장의 집행을 위하여 진정인의 소재를 추적한바, 진정인이 자신의 애인인 피해자 소유 OOOO 소재 'OOOOOO' 오피스텔 OOO호에서 동거 중임을 확인하고, 같은 달 23. 12:00경 잠복근무 중 위 오피스텔 지하 2층 주차장에서 진정인을 체포하였다.

피진정인들은 진정인을 체포한 즉시 진정인의 주거지인 피해자 소유의 오피스텔 611호 거실에서 긴급압수·수색 실시하여 진정인이 범행 시 착용한 것으로 추정되는 상의 1점을 압수하고, 2010. 5. 24. OO지방법원 판사에게서 이에 대한 사후 압수·수색검증영장을 발부받았은 이 사건에서 국가인권위원회의 다수 의견은 진정인에 대한 체포영장에 의한

379) 대법원 209.5.14, 2008도10914; 대법원 2005. 10. 28. 2005도1247; 대법원 2007.7.12. 2006도2339 등

체포에 수반하는 압수·수색이 형사소송법에 따른 정당한 것이었다고 판단하여 이 사건 진정내용을 모두 기각한 반면, 소수 위원들은 피의자 체포현장에서의 영장에 의하지 아니한 압수·수색이 「형사소송법」 제216조 및 제217조에 의하여 적법성을 인정받으려면, 그 압수·수색은 피의자 체포 장소 및 시간과 근접한 장소와 시간 범위 내에 이루어진 것이어야 한다. 이 경우 장소적으로 근접하다는 의미가 피의자를 체포한 장소와 물리적으로 동일한 장소라고 해석할 것은 아니라고 하더라도, 사회통념상 체포현장이라고 인정할 만한 장소적 접근성은 인정되어야 할 것이고, 이러한 접근성을 인정함에 있어서는 거리뿐만 아니라, 공간의 독립성, 공간의 관리자의 동일성 여부도 포함하여 판단하여야 할 것이다.

이 사건의 경우 피의자를 체포한 장소는 167세대가 있는 다가구주택의 지하주차장이고, 압수·수색은 특정 세대의 거실에서 이루어졌다. 이러한 공동주택의 경우 지하주차장과 특정 세대사이의 거리는 층과 호수에 따라 거리의 차이가 있다고 하더라도 이를 근거로 현장성 여부를 달리할 것은 아니라 할 것이다. 그러나, 지하주차장과 특정 세대는 그 거리의 장단에 불구하고 모두 공간적으로 독립되어 있고, 관리자도 전혀 달리하고 있다(지하주차장에 압수·수색이 이루어진 특정 세대의 자동차가 주차되어 있다고 하여 달리 볼 것도 아니다). 따라서, 이 사건의 경우와 같은 공동주택의 경우 특정 세대의 거실은 체포가 이루어진 지하주차장과 같은 현장이라 해석하기는 어렵다. 만약, 다수의견의 경우와 같이 해석하는 경우 반대의 압수·수색(공동주택 특정 세대에서의 체포 후 지하주차장과 같은 공유부분에서의 압수·수색)도 체포현장이라 할 수 있을 것인지 의심스럽고, 압수·수색이 이루어진 장소가 체포된 피의자의 지배범위 내(이 사건의 경우 피의자의 지배범위로 볼 수 있을 것인지도 확정하기 어렵다)라 하더라도 압수·수색이 피의자의 동의에 의한 것이 아닌 강제처분인 한 피의자의 지배범위 여부를 기준으로 판단할 것도 아니라고 판단하여 다수의견과 다른 결론을 내렸다.

생각해보면 이 문제 역시 형사소송법 규정의 해석적 한계선에 있는 것이라고 할 수 있다. 우리 형사소송법의 영장 없는 압수·수색의 범위가 지나치게 넓다는 점은 후에 언급하기로 하더라도 다수 의견과 소수 의견은 모두 형사소송법 제216조와 제217조에서 말하는 '체포 현장'의 범위를 체포 장소인 동일한 공동주택의 지하 주차장 외에 피체포자가 거주하고 있는 특정 세대의 거실까지 확장할 수 있을 것인가에 대해 대립하고 있는데, 이러한 '체포현장에서의 압수·수색의 범위' 즉 영장 없는 압수·수색의 허용성 여부는 압수·수색에 의해 침해되는 기본권과의 상관적 해석을 통하여 실마리를 얻을 수 있다고 본다. 소수 의견에서 암시하고 있는 바와 같이 체포영장으로 인하여 침해가 정당화되는 기본권은 피체포자의 신체의 자유이고, 법관에 의해 발부된 체포영장으로 인하여 피체포자는 이를 수인하여야 한다고 할 수 있다. 다만 피체포자가 체포 당시에 착용하고 있던 의복, 소지하고 있던 물건 등은 엄밀한 의미에서 체포영장이 직접적으로 허용하는 침해대상은 아니지만, 그것이 피체포자의 신체에 밀착되어 있다는 점에서 통상적 범위에서 볼 때, 신체구금을 정당화하는 체포영장의 효력범위 내에서 그 수색과 압류가 허용된다고 할 수 있을 것이다. 그리고 이것은 통상 피체포자가 도주하면서 유기할 수도 있는 증

거품 등을 긴급하게 수색하여야 할 필요가 있다는 점에서 피체포자의 신체와 공간적으로 거리가 멀어지는 '체포현장'으로 확장되어 있는 것이라고 할 수 있다. 그러나 피체포자 이외의 제3자에게 다른 침해를 요구할 수 있는 것은 아니라고 보아야 한다. 이러한 의미로 해석하면 '체포현장'의 범위는 무제한적으로 확장될 수는 없다.

3. 벌금미납 수배자에 대한 형집행장에 의한 구인 방법(11-진정-0187100 사건)

벌금형의 선고를 받고 이를 미납한 자에 대한 노역장 유치는 실질적으로 자유형과 동일하므로, 그 집행에 대하여는 자유형의 집행에 관한 규정이 준용된다(형사소송법 제492조)[380]. 따라서 구금되지 아니한 당사자에 대하여 형의 집행기관인 검사는 그 형의 집행을 위하여 이를 소환할 수 있으나, 당사자가 소환에 응하지 아니한 때에는 형집행장을 발부하여 이를 구인할 수 있는데(법 제473조), 이 경우의 형집행장의 집행에 관하여는 형사소송법 제1편 제9장(제68조 이하)에서 정하는 피고인의 구속에 관한 규정이 준용(제475조)되므로, 사법경찰관리가 벌금형을 받은 이를 그에 따르는 노역장 유치의 집행을 위하여 구인하려면, 검사로부터 발부받은 형집행장을 그 상대방에게 제시하여야 한다(제85조 제1항). 그런데 구속영장의 제시에 있어서 그 원본의 제시가 요구된다는 점에서 형집행장의 제시에 대해서도 마찬가지라고 보아야 한다.

대법원 2010.10.14. 선고 2010도8591 판결의 사안은 노역장 유치의 집행을 위하여 형집행장이 발부된 피고인에 대하여 이를 소지하지도 않고 그를 구인할 목적으로 그 주거지를 방문하여 임의동행의 형식으로 데리고 가다가, 피고인이 동행을 거부하며 다른 곳으로 가려는 것을 제지하면서 체포·구인하려고 하자 피고인이 이를 거부하면서 경찰관을 폭행한 사안인데, 사안 자체에서 알 수 있는 것처럼 사전에 형집행장을 미리 가지고 갈 여유가 없던 상황이 아니었기 때문에 '급속을 요하는 경우'(형사소송법 제85조 제3항)에 해당한다고 할 수 없어서 경찰관들의 체포·구인에 대항하는 피고인의 폭력행사를 공무집행방해로 판단하지 않은 것이다.

그런데 국가인권위원회 11진정0187100(경찰의 부당한 업무처리에 의한 인권침해 등) 사안은 주점에서 폭행사건이 벌어져서 진정인이 직접 112에 피해신고를 하였고, 출동한 경찰과 OO파출소에 도착하여 조사를 받던 중 벌금미납으로 수배된 사실이 확인되어 위 파출소 소속 경찰관인 피진정인 1, 2에 의해 상급기관인 OO경찰서로 인계된 사안이어서 그 상황이 다르다고 할 수 있다. 진정인이 최초에 파출소에 가게 된 것은 피해자로서 또 신고자로서 임의로 파출소에 가게 된 것이지만, 조사 과정에서 벌금미납으로 수배된 사실이 밝혀지자 도주를 시도하였다는 점에서 형집행장 원본을 발급받아 올 때까지 진정인이 파출소에 유치하여 둘 수 있는 권원이 불분명하다는 점[381]에서 형집행장의 제시

380) 대법원 2010.10.14. 선고 2010도8591 판결

381) 최초에 진정인이 폭행사건에 연루되었다고 하더라도 스스로 피해자로 주장하였으며, 당시 경찰관들도 이를 인정하여 피해자로서 조사하기 위하여 파출소에 온 것으로 보이며, 현행범 체포한 것도 아니고, 사후에 긴급체포하는 것도 아니라면, 진정인이 파출소에서 퇴거하기를 원하는 경우-결정문의 피진정인의 주장에서 '도주하려하였다'고 표현됨- 이를 제지할 권원을

없는 집행을 먼저 실시하고 사후에 형집행장을 제시함으로서 진정인의 신체구금을 정당화할 수 있다고 보았다.

다만 현재 전국 각 검찰지청에서 관할지역에 관계없이 벌금미납 수배자에 대한 형집행장의 원본 발부가 가능하므로, 형사소송법 제85조 제3항을 준용하여 형집행장의 긴급집행을 실시한 경찰관들로서는 가까운 검찰지청을 방문하여 형집행장 원본을 발부, 수령한 후 이를 진정인에게 제시하였어야 할 것이다. 다만, 이 사건과 같은 형집행장 집행과정의 문제는 개인적인 과오라기보다는 그동안의 관행상 업무편의를 위하여 용인되어 온 것으로 제도적 개선이 요구된다고 할 것이다.

4. 영장 없는 가택수사에 따른 인권침해(10-진정-0341000)

(가) 진정요지

절도혐의로 조사를 받는 진정인의 거주지가 아닌 부모님 집을 피진정인들이 영장제시 없이 수색하였음

(나) 판단요지

피진정인들은 진정인의 형에게 동의를 받고 수색하였다고 주장하나 형은 진정인의 부모님과 동거하지 아니하고 범죄혐의에 대한 직접적 당사자에 해당하지 아니하므로 피진정인들이 당사자에 대한 임의동의를 얻었다고 볼 수 없다. 따라서 피진정인들이 진정인의 부모님 가택을 수색한 행위는 주거의 자유 및 사생활의 비밀과 자유 등을 침해한 것으로 판단됨

5. 경찰의 압수물품 미반환(10-진정-0376000)

(가) 진정요지

진정인은 절도죄로 체포되었고 경찰관들은 영장 없이 진정인의 거주지를 압수·수색하여 여러 가지 물건들을 증거와 여죄수사라는 명목으로 압수함

(나) 판단요지

진정인 주거지에 대해 긴급 압수를 해야 할 합리적인 이유가 없고, 압수목록 누락 및 압수증명서 미교부 역시 적법절차를 지키지 않았으며, 압수된 중요물품에 대한 부적절한 보관 등의 행위로 형사소송법에 규정된 법률과 적법절차를 위반한 것으로 판단

(다) 평가

의미한다.

이 사안에서 쟁점이 된 것은 피의사실외 여죄 수사를 위해 별도의 영장 없이 압수수색한 행위와 압수한 물건 가운데 증거물품 등 압수를 계속해야할 필요가 업는 물품에 대해 환부조치를 취하지 않은 행위가 인권을 침해하였는가의 문제인데, 원칙적으로 압수는 피의사건에 관련된 것이어야 하고 조사 후 관련이 없는 물품은 환부되어야 한다. 당해 범죄의 수사상 필요한 정도를 넘는 압수·수색과 압류의 계속은 수사비례성 원칙에 반하는 위법이 있다고 할 것이다. 이 사건에서도 체포에 수반하는 영장 없는 압수·수색의 문제가 등장하는데, 앞서 언급한 바와 마찬가지로 제도 개선의 필요성이 높다고 할 수 있다.

6. 압수목록 미교부

(가) 진정사건 1(11-진정-0194400)

a. 진정요지

피진정인이 진정인의 핸드폰을 압수하면서 압수목록을 교부하지 않음

b. 판단요지

피진정인이 진정인의 핸드폰을 압수하면서 압수목록을 교부하지 않은 사실이 인정되므로 적법절차의 원칙을 위반한 것으로 판단됨

(나) 사생활 침해 등에 의한 인권침해(11-진정-0558900)

a. 진정요지

피진정인은 조사 후 진정인의 휴대폰을 압수하면서 압수증명목록을 교부하지 않음

- 피진정인은 진정인의 휴대폰에 입력된 여자친구들에게 전화를 걸어 수사와 무관하게 진정인은 만나서는 안 될 사람이라는 내용의 통화를 함

b. 판단요지

- 휴대폰의 임의 제출로 압수하면서 진정인에게 압수목록을 교부해야 함이 원칙임에도 이를 교부하지 않아 진정인의 신체의 자유를 침해한 것으로 판단됨

- 참고인은 진정인의 사생활을 침해하는 내용을 통화로 언급한 적이 없다고 주장하며, 진정인의 주장을 뒷받침할 객관적 증거가 없으므로 기각으로 판단됨

(다) 평가

이러한 행위는 당연히 형사소송법 제129조(압수목록의 교부), 범죄수사규칙 제123조(임의제출물의 압수 등)를 위반한 것이다. 압수 자체가 소유자 등의 재산권에 대한 침해이므

로, 법정 요건에 상응하는 때에만 가능할뿐더러, 그러한 경우에도 사후 절차를 준수하여야만 할 것이다.

7. 부당한 구속영장 집행에 의한 인권침해(11-진정-0126600)

(가) 진정요지

피진정인이 법원의 증인 구인용 구속영장을 집행함에 있어, 인치할 일시인 2011. 3. 24. 15:30경에 집행해야 함에도 불구하고 이를 제대로 확인하지 않고, 진정인을 2011. 2. 13. 14:00경에 강제 구인하였음

(나) 판단요지

「인권침해 및 차별행위 조사구제규칙」 제26조(합의종결)에 따라 피진정인이 진정인에 대한 증인구인용 구속영장을 집행함에 있어 집행 일시를 착오한 점에 대하여 사과하고, 진정인은 위 피진정인의 사과를 받아들이고 진정민원을 해소하기로 함

(다) 평가

이사건의 경우 진정인과 피진정인의 화해가 있어서 사건은 종결된 것이지만, 증인 구인용 구속영장 집행의 경우 증인은 자신의 사건이 아님에도 국가형사사법상의 목정 때문에 출석할 의무를 부담하는 자이므로 다른 구속영장과 성격을 달리하는 것이고, 당해 증인이 증언해야하는 공판일시 이외에는 신체구속의 필요가 없는 자이므로, 다른 구속영장과 형태를 달리하거나 하는 등으로 혼동의 여지를 줄일 필요가 있다고 본다.

IV. 외국인 불법체류 관련

1. "외국인 고용업소 등에 무단으로 진입하는 것은 인권침해"

- 출입국공무원의 외국인고용업소 단속 및 외국인 주거단속 등에 대해 법적근거를 마련할 것 권고[382]

국가인권위원회(위원장 조영황)는 출입국관리공무원이 외국인을 고용한 사업장이나 외국인의 주거에 영장없이 무단으로 진입하여 외국인에 대한 단속 및 연행을 하고 있는 것은 출입국관리법에서 규정하고 있는 재량권을 넘어선 행위로 판단하고, 법무부장관에게 출입국공무원의 사업장 및 주거의 무단진입에 대한 법적근거를 마련하여 유사한 인권침해사례가 재발되지 않도록 할 것을 권고했습니다.△진정인 김모(남, 37세)씨는 지난 2004년 8월 A출입국관리사무소 직원들이 합법적 체류자인 N(남,27세, 러시아인)씨의 주거에 무단 진입해 폭행하여 2주의 상해를 입게 하였다는 진정을 △진정인 김모(남, 56세, 외국

382) 출입국공무원의 외국인 고용업소 단속 관련 인권위 보도자료 2005년 12월 1일

인 고용하고 있는 내국인 사업주)씨가 2004년 9월 B출입국단속반원들이 회사건물에 영장제시나 동의절차 없이 무단으로 진입해 외국인을 연행했고, 이를 제지하는 진정인에게 폭력을 행사하여 2주간의 상해를 입었다는 진정을 제기했습니다.이와 관련해 피진정인들은 단속시 신분증제시와 함께 단속취지를 설명하였다고 주장하나, 국가인권위는 설령 피진정인들의 주장을 그대로 인정하더라도 이는 피해자 및 진정인에 대한 동의절차가 있었다고 볼 수 없다고 판단하습니다. 국가인권위 조사결과 피해자 N씨와 관련한 진정은 △2004년 8월 A출입국관리사무소 전모씨 외 7명이 야간 22:50경 N씨가 거주하고 있던 쪽방 5개에 대한 동시단속을 실시하면서 △팬티만 입고 있던 피해자가 문을 열어주지 않자 강압적인 방법으로 방문을 열어 수갑을 채운 후 신원확인을 하였고 △이 과정에서 피해자는 팔목에 찰과상을 입게 되었던 사실과, 진정인 김모씨의 경우 △B출입국 직원 한모씨외 7명이 2004년 9월 17:00경 불법체류자 단속을 위해 김모씨의 동의없이 없이 사업장에 무단진입하여 불법체류 외국인2명을 단속하였고, 단속하는 과정에서 △진정인이 외국인단속의 법적근거 요구 및 단속에 대해 계속하여 항의하자 △112를 통해 경찰관을 부르기 까지 하였던 사실로 보아 주거 및 사업장진입시 피해자나 진정인에 대한 동의을 얻은 것으로 볼 수 없다고 판단하였습니다.국가인권위는 △출입국관리법상 업소(공장 등) 단속 및 주거(주택 등)에 대해 무단으로 진입할 수 있는 규정 등 법적근거에 대해 검토한 바, 영장제시나 사전동의절차 없이 관계인(사업주, 건물주 등) 의사에 반하여 무단으로 진입 할 수 있는 권한은 규정되어 있지 않다고 판단하였습니다. 또한, △헌법에서는 개인의 인신의 자유에 대한 중대한 침해를 예방하기 위해 영장주의를 헌법상의 원칙으로 채택하고 있으며 △형사소송법상에서도 영장주의에 대한 상세한 규정을 두고 있는데 반하여, 출입국관리공무원이 행정목적을 달성하기 위해 사업장이나 주거에 무단으로 진입하여 단속연행하는 것은 위 영장주의 원칙에도 반하는 행위라고 판단하였습니다.따라서 피진정인들이 영장제시나 진정인 및 피해자의 동의절차 없이 외국인고용사업장 및 야간에 피해자의 숙소에 무단으로 진입해 단속한 행위 및 신원확인을 한 행위는, 출입국관리법 제81조에서 규정하고 있는'방문조사 및 자료제출요구'의 수준을 넘는 것으로 그 법적인 근거가 없을 뿐더러, 이는 헌법 제12조에서 규정하고 있는 적법절차위반 및 사생활보호에 대한 침해, 인간의 존엄과 가치에 대한 침해에 해당합니다.따라서 국가인권위는 △피진정인 단속책임자 각 2명에 대해 주의조치를 권고하고 △법무부장관에게 출입국공무원의 강제단속을 위한 업소 및 주거의 무단진입에 대한 법적근거를 마련하여 유사한 인권침해사례가 재발되지 않도록 할 것을 권고했습니다. 끝.

참고자료

1. 현 출입국관리법 제81조는 출입국관리공무원이 △'외국인의 동향조사, 체류관계 등의 조사를 위해 외국인 및 그 외국인을 고용한 자, 그 외국인의 소속단체 또는 그 외국인이 근무하는 업소의 대표자와 외국인을 숙박시킨 자를 방문하여 질문을 하거나 기타 필요한 자료의 제출'을 할 수 있도록 규정하고 있습니다.2. 위 출입국관리법 조항이 외국인동향조사 등을 위해'방문',' 질의',' 기타 필요한 자료제출요구'로 규정한 것은 조사의 목적

및 방법을 명확히 한정하고 있는 것으로 상대방의 명시적, 묵시적 의사에 반하여 강제력을 통한 행정조사의 목적을 달성 할 수 있는 권한을 부여하고 있는 것은 아니라고 할 것입니다.3. 참고로, 식품위생법의 경우'출입', '검사', '수거', '열람'등의 규정을 통하여 관계공무원에게 관리자의 의사에 반하여 영업장소 등에 진입하여 법 위반행위를 단속할 수 있는 권한을 명시적으로 부여하고 있고, 위 행위를 거부하였을 때 3년이상의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 해당하는 행정형벌을 구성하고 있습니다.4. 이에 반해, 위 출입국관리공무원의'방문',' 질문',' 자료제출'에 대해 거부하였을 때, 행정질서 벌인 100만원 이하의 과태료만을 부과하고 있는 점은 법 제81조에서 부여한 권한이 공무원의 강제력까지 포함하는 것이 아니라는 것을 간접적으로 확인할 수 있습니다. 5. 일본의 경우 출입국관리및난민인정법은 영장주의의 원칙에 근거하여 '임검',' 압수',' 수색'의 경우 판사의 허가를 받도록 규정하고 있고, 원칙적으로 야간집행을 제한하여 이러한 문제들을 입법적으로 해결하고 있는바, 출입국관리법의 경우도 위와 같은 방향의 입법적 개선이 요구된다고 할 것입니다.

2. 인권위원회 진정, 상당 사례 등 요약

(가) 불법 체류 단속 과정의 폭행과 진료권 제한

지난 11월 7일, 내담자의 친구는 파주의 공장에서 일을 하던 중 출입국 단속반원들에 의해 체포당하였음. 그 후 그는 □□ 외국인 보호소로 이송되었음. 11월 11일, 피해자는 내담자에게 전화를 걸어 피해 상황을 알려왔음. 피해자는 체포 과정에서 단속 반원들에 의해 심한 폭행을 당하였고, 특히 얼굴을 많이 맞아 눈이 많이 붓고 심지어 피를 흘리기도 하였음. 보호소에서 피해자는 치료를 요구하였으나, 직원들은 본국으로 돌아가고 나서 치료를 알아서 하라고 말하였음. 약간의 의약품이 지급된 정도인데 치료에는 도움이 되지 않는 수준. 단속 과정의 폭행은 명백한 인권 침해임. 또한 직원들에 의해 생긴 폭행임에도 치료를 해주지 않는 것 역시 합당하지 않음. 폭행과 진료권 제한으로 진정 접수하고자 함.

(나) OO출입국관리사무소의 과도한 단속

내담자는 파주에서 숙박업소를 하고 있음. 그런데 OO출입국관리소에서 영장도 없이 수시로 찾아와 불법 체류자 단속을 명목으로 객실을 수색함. 영장 없이 객실을 일일이 수색하는 것은 부당하다고 생각함.

(다) 출입국관리사무소의 영장 없는 숙박업소 객실

수색내담자는 식당을 운영하고 있는데, 2006. 08. 31. OO출입국관리사무소 조사1과 OOO를 포함한 6인이 불법체류자 단속을 나왔음. OOO는 사업장에 들어와 신분을 밝히고, 법무부에서 나왔다며 직원들의 신분증 제시를 요구했음. 이 과정에서 OOO 외 5인은 신분

을 밝히지 않고, 반말로 직원들을 대했음. 이 때문에 식사 중이던 손님들이 불편을 느꼈음.

3. 출입국관리 공무원들의 인신구속관련 행위의 합법성, 합헌성 검토

(가) 출입국관리법 상 보호 제도 비판 – '보호'개념의 기만성

출입국관리법 상 '보호'제도는 일상적인 '보호'라는 말의 뜻이 미치지 않는 명칭으로서 실은 수용 또는 구금의 실질을 갖는다는 점은 충분히 인정될 수 있을 것이다. 그런데 법적으로 특수하게 사용된 개념으로 보더라도 출입국관리법 제2조의 정의 자체가 동법의 체계와 맞지 않는다. 의도적이든 실수이든 '보호'라는 개념에 서로 다른 제도를 넣으려다 보니 발생한 일로 보이며, 제도의 문제점을 은폐하기 위해 의도적으로 개념을 뒤섞어 쓰고 있는 것은 아닌가 하는 의심이 더 강하게 든다. 말하자면 의도된 기만이 아닌가 하는 것이다.

법 제2조의 보호의 개념정의는 '출입국관리공무원이 ⓐ제46조제1항 각 호에 따른 강제퇴거 대상에 해당된다고 ⓑ의심할 만한 상당한 이유가 있는 사람을 ⓒ출국시키기 위하여 외국인보호실, 외국인보호소 또는 그 밖에 법무부장관이 ⓓ지정하는 장소에 인치(引致)하고 ⓔ수용하는 집행활동'이다.

하지만, 동법 제46조에 따르면 강제퇴거 대상자는 '~한' 사람 또는 외국인이라고 단정적으로 규정되어 있을 뿐, 어디에서도 상당한 의심만 있으면 출국시킬 수 있다고 하지 않으므로, 강제퇴거에 의하여 ⓒ출국시켜야할 사람은 ⓑ의심할 만한 상당한 이유가 있는 사람이 아니라, ⓐ제46조제1항 각 호에 따른 강제퇴거 대상에 해당되는 사람이다. 그럼에도 법 제2조는 강제퇴거의 대상이 되는 것이 확인된 사람뿐만 아니라, 아직은 강제퇴거의 대상이 되는 지의 여부를 확인하는 과정 중에 있기 때문에 강제퇴거의 대상이 아닌 '강제퇴거의 대상이 된다고 의심할만한 상당한 이유 있는 사람'까지도 'ⓒ출국시키기 위하여' 보호되고 있는 것처럼 규정하고 있다. 법 제46조에 따른 강제퇴거대상자를 'ⓒ출국시키기 위하여' 보호하는 것만을 '보호'라고 한다면, 아직 강제퇴거대상자인지가 불분명한 경우는 동법 제2조 11호의 '보호'대상자가 아니므로, 그를 구금하는 것은 동법 상의 '보호'가 아니라고 하여야 한다. 반대로 일단 이상하게 생겼으면 잡아놓고 확인하는 현실[383]을 고려하자면, 'ⓒ출국시키기 위하여'가 불필요한 것이 되고, 상당한 의심이 있는

383) 이를 일본에서는 '수용전치주의'로 표현하기도 하는데, 학술논문에 쓰기에는 상당히 거친 표현이기는 하지만, 불행히도 현실은 '의심스러우면 그냥 막 잡아들이는 것'으로 보인다. 2009. 5. 30. 경기 시흥시의 한 재래시장에서 출입국관리사무소 단속반원들이 한국인 여성을 이주노동자로 착각하고 단속하려다 상해를 입히고, 대상자가 한국인임이 확인되자 그냥 떠나버린 사건이 있었다. 이 여성이 2009. 8. 7. 단속반원들을 상대로 「형법」 제124조 및 제125조를 사유로 진정을 제기했고, 2009. 9. 1. 해당 경찰서는 피진정인들에 대하여 혐의가 없는 것으로 내사종결하였다고 한다. 상세한 내용은 국가인권위원회, "한국인을 미등록 외국인 오인 과잉단속 주의조치, 직무교육, 위자료 지급 권고", 2010. 4. 13. 보도자료 참조. 한편 2008. 8. 13. 경향신문 보도에 따르면, 정부가 지난 5월부터 불법체류자 '싹쓸이 단속'을 벌이고 있다. 지난 3월 이명박 대통령이 법무부와 노동부의 업무보고 자리에서 "불법체류 노동자들이

없든 단속공무원이 판단하기에 '(동남아쪽) 외국인처럼 보이는 자'를 구금하는 과정 모두를 '보호'라고 하여야 하고, 실제로도 그렇게 통용되고 있다.[384]

어느 쪽이 올바른 것인가? 여기에 대한 실마리 역시 출입국관리법 자체에서 발견할 수 있다. 동법 제6장 제3절의 제호 자체가 '심사결정을 위한 보호'이다. 즉 제2조의 '보호' 개념에서 나타났던 '출국을 위한 보호'가 아니다. 당연히 법 제51조(보호)는 '①출입국관리공무원은 외국인이 제46조제1항 각 호의 어느 하나에 해당된다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고 도주하거나 도주할 염려가 있으면 사무소장·출장소장 또는 외국인보호소장으로부터 보호명령서를 발급받아 그 외국인을 보호할 수 있다.'고 하여, 현실에 충실하게 '©출국시키기 위하여'를 제거하였다. 더구나 제51조제1항의 '보호명령서'요건마저도 제3항에서는 '긴급한 경우에 사무소장·출장소장 또는 외국인보호소장으로부터 보호명령서를 발급받을 여유가 없을 때에는 그 사유를 알리고 긴급히 보호할 수 있다.'고 하여 사문화시키고 있다.

또 하나 의도적인 명칭사기임을 의심할 수 있게 하는 것은 법 제2조의 '외국인보호실', '외국인보호소'의 개념 정의에서이다. '수용'을 '보호'로 바꾸었던 1992.12.8. 개정 출입국관리법에서부터 '외국인보호실이라 함은 이 법에 의하여 외국인을 보호할 목적으로 출입국관리사무소 또는 그 출장소에 설치한 장소', '외국인보호소라 함은 이 법에 의하여 외국인을 보호할 목적으로 설치한 시설로서 대통령령이 정하는 곳'이라고 하여, 외국인보호'실'과 외국인보호'소'는 장소와 설치근거가 다를 뿐, '외국인을 보호할 목적'은 동일한 것으로 바뀌어 있다. 그런데 1983.12.31. 출입국관리법[법률 제3694호]까지는 제2조(용어의 정의) '12. 외국인수용장이라 함은 수용명령서의 집행으로 외국인을 수용하기 위하여 출입국관리사무소에 설치한 장소를 말한다.', '13. 외국인수용소라 함은 강제퇴거명령을 받은 외국인을 송환하기까지 일시수용하는 시설을 말한다.'고 정의하여 외국인수용장과 외국인수용소를 수용의 근거, 성격에 따라 실질적으로 구별하였다. 전자는 심사를 위한

활개치고 돌아다니게 해서는 안된다. 이들의 집단행동은 용납되어선 안된다"고 지시한 이후부터다. 서울 600명, 부산 250명…. 지역출입국관리소별로는 매월 '목표할당인원'이 배정됐다고 한다.

384) 많은 논문들에서 보호를 심사 보다 전단계로 보고 있다. 하지만 '보호'를 이렇게 넓게 보아서는 안된다. 출입국관리법 제93조의2는 형법상 특수도주(7년 이하 징역)나 도주원조(10년 이하 징역)에 해당하는 '보호'시설에서 도망하는 행위를 동법에서 가장 강한 벌칙인 '7년 이하의 징역이나 금고'에 처한다. 이 조항에서도 '이 법에 따른 보호'라는 문구를 사용하고 있어서 어느 시점부터 이 벌칙이 적용될 수 있는 '보호'가 개시된 것으로 보아야 하는가하는 '보호'의 개념의 범위는 중요하다.

하지만 출입국관리법 스스로도 법 제95조 8호에서는 1년 이하의 징역이나, 1천만원 이하의 벌금으로 처벌되는 행위로서 '제51조제1항·제3항, 제56조 또는 제63조제1항에 따라 보호 또는 일시보호된 사람으로서 도주하거나 보호 또는 강제퇴거 등을 위한 호송 중에 도주한 사람(제93조의2제1항제1호 또는 제2호에 해당하는 사람은 제외한다)'고 하고 있어서, '출국을 위한 보호'와 '심사결정을 위한 보호'를 다르게 취급하고 있다.

수용을 위한 장소이고, 후자는 강제퇴거가 확정된 후의 집행대기 장소였던 것이다.

그렇다면 적어도 '보호'는 형사소송법상 제도에 비유하자면 미결구금에 해당하는 '심사결정을 위한 보호'와 판결확정 후 형집행 대기 상태에 해당하는 '강제퇴거의 집행을 위한 보호'로 구별할 수 있다. 하지만 필자의 판단에 인권적 관점에서 더 큰 출입국관리법의 문제점은 숨겨져 있다. 출입국관리법의 어법에 따른다면 '심사개시를 위한 보호'라고 불러야하고, 이해를 돕기 위해 형사절차에 비유하자면, 신문을 위한 구인, 체포영장에 의한 체포, 임의동행, (준)현행범인 체포, 긴급체포에 해당하는 인신구속에 대한 근거가 없다는 점이다.

(나) '보호'개시의 절차적 정당성

실질적으로 인신구속에 해당하는 '보호'가 하급 출입국관리직원이 신청하여 상급자인 외국인보호소장 등이 발급하는 보호명령서만으로 이루어진다는 점이 과연 타당한 것일까?[385] '소장'은 '법무부와 그 소속기관 직제'[대통령령 제23857호, 2012.6.19.] 제50조에 따르면 인천공항·서울·부산출입국관리사무소장은 고위공무원단에 속하는 일반직공무원으로, 인천·수원출입국관리사무소장은 3급 또는 4급으로, 그 밖의 소장 및 외국인보호소장은 4급의 법무부 소속 행정공무원이다. 과연 이것이 우리 헌법 제12조가 규정하고 있는 신체의 자유 제한에 대한 충분한 안전장치가 될 수 있는 것일까? 법무부 소속 공무원에는 검사도 있지 않은가? 현행 '사법경찰관리의 직무를 수행할 자와 그 직무범위에 관한 법률'[법률 제11041호, 2011.9.15]에서는 '출입국관리 업무에 종사하는 4급부터 7급까지의 국가공무원은 출입국관리에 관한 범죄와 다음 각 호에 해당하는 범죄에 관하여 사법경찰관의 직무를, 8급·9급의 국가공무원은 그 범죄에 관하여 사법경찰리의 직무를 수행한다.'고 규정되어 있다. 그렇다면 일부 '그 밖의 소장 및 외국인보호소장'은 특별사법경찰관의 신분에서 보호명령서를 발행하게 된다는 점에서 '보호명령서'제도가 과연 체포영장, 구속영장처럼 인신구속의 절차적 정당성을 확보할 수 있는 장치인지는 매우 의심스럽고, 강제퇴거의 집행도 이들이 담당하고 있고, 강제퇴거에 이의가 있더라도 '집행부정지' 때문에 그대로 퇴거되어야 한다는 점에서 상당한 절차적 문제가 있다.[386]

독일연방공화국 헌법[387] 제104조 제1항은 '신체의 자유는 형식적 법률에 근거해서만 그리고 거기에 규정된 방식에 따라서만 제한될 수 있다. 구금된 자는 정신적으로나 육체적으로나 학대되어서는 안 된다. 제2항은 자유박탈의 허용과 계속은 법관만이 결정한다. 법관의 지시에 의하지 않은 모든 자유박탈은 지체없이 법관의 결정을 받아야 한다.' 고 규정하고 있다. 그리고 제2항 후단은 경찰은 체포익일 종료 전까지 구금해둘 수 없으며,

---

385) 심지어 어떤 연구에서는 '사전(事前)'보호명령서가 제시된 적은 한 건도 없다고 주장한다.

386) 최홍엽, "외국인 강제퇴거절차와 관련한 몇 가지 쟁점", 민주법학, 제33호, 민주주의법학연구회, 2007, 370쪽 이하에서는 심사기관과 집행기관이 분리되어 있는 미국의 외국인 강제퇴거 절차를 보여주는데, 우리에게도 시사하는 바가 크다고 판단된다.

387) 번역은 계희열, 통일독일헌법원론, 제20판, 502쪽 이하 부록에 실린 번역에 따랐다.

제3항은 늦어도 체포익일까지 법관에게 인치되어야 한다고 규정하고 있다. 그런데 출입국관청의 요청을 받은 경찰이 불법체류자를 체포한 후 익일에 강제출국 시킨 사건에 대해 연방헌법재판소는 이를 헌법 제104조 위반이라고 결정[388]하였다. 물론 이는 다른 나라 헌법과 사례일 뿐이고, 우리나라의 경우와는 다르다고 할 수도 있다. 그러나 신체의 자유는 '인간의 권리'라고 하는 관점에서 문명사회가 지키고 있는 최소한의 기준은 지켜져야 할 것이다. 검사의 신청, 판사의 발부라는 엄격한 '영장주의'는 아니더라도[389], 적어도 출입국관리공무원이 아닌 중립적 지위에 있는 자가 그 인신구속의 타당성을 사전이든 사후든 심사할 수 있는 장치가 있어야 함이 마땅하다고 판단된다.[390]

하지만 수용에서 보호로 명칭이 바뀌었던 바로 그 1992. 12.8. 개정에서 '출입국관리공무원은 외국인이 제46조 각호의 1에 해당된다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고 도주하거나 도주할 염려가 있는 경우 긴급을 요하여 사무소장·출장소장 또는 외국인보호소장으로부터 보호명령서를 발부받을 여유가 없는 때에는 그 취지를 알리고 출입국관리공무원의 명의로 긴급보호서를 발부하여 그 외국인을 보호할 수 있다.'는 긴급보호 규정이 도입되었다. 88올림픽 이후 외국인급증에 따른 사회문제 때문이라고는 하지만, 그나마의 '(사전)보호명령서'라는 인신보호의 보호형식성 마저도 형해화된 것이다.

결국 보호, 긴급보호의 개시에 관해서는 "상당한 이유"만이 의미있는 요건이 된 것이다. 그래도 이 시기까지는 외국인이 관련된 특정 사안이 발생하여, 여권 제시를 요구한 이후의 문제였다고 할 수 있다. 그런데 2010.5.14 개정 출입국관리법[법률 제10282호] 제81조(출입국관리공무원 등의 외국인 동향조사) 의 항목에 경찰관직무집행법 상 불심검문과 유사하게 노상에서 질문을 할 수 있는 규정이 도입되었다. 종전의 규정은 '방문하여 질문', '자료제출 요구'였던 것에 비해 광범위한 '단속'의 근거규정이 마련된 셈이다. 뒤에서 보듯 이것을 "출입국사범 단속과정의 적법절차 및 인권보호준칙"[법무부훈령 제826호, 2011.6.22, 필자의 판단에 동 준칙이 적법절차나 인권보호와는 별 관계가 없다고 판단되므로, 이하 '단속준칙'으로 약칭함]과 연관지어 생각하면, 여권미소지/불제시나, 질문에 불응하는 경우에 법에서 말하는 '상당한 이유'는 무용지물이다. 불응, 도주가 곧 상당한 이유이고, 긴급을 요하는 것이기 때문이다.[391]

---

388) BVerfG(B. v. 07.05.2009 - 2 BvR 2367/07)

389) 검사는 비단 범죄수사자나 기소자로서의 지위만 있는 것이 아니기 때문에 '공익의 대표자'로서나 '행정부의 대리인'으로서나 기능할 수 있다.

390) 이 문제와 관련하여 고려할만한 것은 군대 내부의 대표적 징계 절차로서 그 남용이 문제되어왔던 '영창'제도에 대해 군인사법[법률 제11390호] 제59조의2(영창의 절차 등)에서는 영창의 불가피성이 인정되는 경우에만 가능하다는 규정을 두면서, 징계위원회의 의결을 거쳐 兵의 인권보호를 담당하는 "인권담당 군법무관을 두어 그의 적법성 심사를 거친 후에 징계권자가 처분하도록 규정하고 있다는 점이다. 출입국관리법에도 이와 유사한 인권보호 법무관 제도를 고려해 봄직하다. 이와 같은 착상은 본고의 미완성본을 사전에 발표하였던 제6회 '하연포럼'에서 참가자들의 활발한 난상토론을 통해 이루어졌다. 당시 참가자들의 지적에 감사드린다.

391) 원재천, "캐나다의 출입국 관리법에 관한 연구", 공법학연구, 제8권 제4호, 한국비교공법학회에서도 캐나다 출입국관리 제도를 소개하면서 이를 토대로 366-370쪽에서 우리나라 출입

또하나 덧붙일 것은 제51조 제1항과 제5항 사이의 차이점이다. 제4항, 제5항에서는 긴급보호서나, 보호명령서를 외국인에게 내보이도록 하고 있는데, G20을 개최한 국가의 품격에 맞게 그 내용을 알려주는 것까지 포함하는 것으로 개정될 필요가 있다는 점은 차지하고, 제1항의 보호명령서는 그 외국인에게 내어보여주지 않아도 되는 것으로 규정되어 있어서 같은 소장 등이 발급한 보호명령서 사이에도 집행방법에 차이가 있다는 점은 문제로 보인다.

(다) 강제퇴거 대상 외국인의 '신병身柄 확보' 절차

강제퇴거 제도는 그 명칭에 있어서나, 출국권고, 출국명령 제도와의 관계상 대상자의 동의 여하에 불구하고 실력적으로 그를 국외로 내보내는 제도를 의미하는 것이므로, 강제퇴거대상자의 몸[392]을 확보하는 절차가 선행될 필요가 있다. 그런데 우리 출입국관리법은 '몸을 확보하는 절차'를 명시적으로 두고 있지 않다. 물론 법 제51조의 심사결정을 위한 보호(긴급보호)를 그에 해당하는 것으로 볼 여지도 있지만, 조금만 법을 살펴보면 체계상 법 제51조의 절차는 소위 자진출석한 자에 대한 보호 개시를 말하고 있는 것일 뿐임을 알 수 있다.

출입국관리법 제6장은 강제퇴거 등 이라는 표제 하에 제1절 강제퇴거의 대상자, 제2절 조사, 제3절 심사결정을 위한 보호, 제4절 심사 및 이의신청, 제5절 퇴거명령서의 집행, 제6절 보호의 일시해제, 제7절 출국권고 등 의 7개 절로 이루어져 있다. 제3절의 보호 이전 단계로 제2절의 조사를 살펴보면, 제47조에서 출입국관리공무원이 퇴거대상자로 의심되는 외국인(법상으로는 "용의자"로 약칭한다.)을 조사할 수 있음을 규정하고, 제48조(용의자에 대한 출석요구 및 신문), 제49조(참고인에 대한 출석요구 및 신문), 제50조(검사 및 서류 등의 제출요구)를 규정하고 있을 뿐이다. 법치주의에 따른 법령의 체계적 해석상 법 제47조(조사)의 방법은 용의자 및 참고인에 대한 출석요구 및 신문(제48조, 제49조), 제50조(검사 및 서류 등의 제출요구)만 가능하다고 보아야 한다. 더구나 제50조는 조사에 필요한 경우 '용의자의 동의를 받아' 그의 주거 또는 물건을 검사하거나 서류 또는 물건을 제출하도록 요구할 수 있을 뿐이다. 형사소송법 이론에서는 조문의 순서를 통해 수사방법에 관한 체계적 해석을 하는데, 출석요구와 신문에 의하는 임의수사가 원칙이고, 출석불응 시에는 법률에 정한 강제처분으로서 (사전체포)영장에 의한 체포가 예외적으로 허용되는 것이며, 다시 그에 대한 예외로서 영장에 의하지 않은 긴급체포가 허용된다고 보는 것이다. 이는 출입국관리법의 체계에서도 적용될 수 있다고 본다. 법 제47조, 제48조는 임의조사를, 제51조제1항은 보호명령서에 의한 보호를, 제3항은 긴급보호를

국관리 제도를 비판하고 있는데, 여기서도 구금 및 몸수색 절차와 보호시설의 문제를 집중적으로 지적하고 있다.

392) 身柄은 국어사전에서도 '구금 또는 보호의 대상으로서의 본인(本人)의 몸'이라 하는데, 이는 일본어 みがら[미가라](身柄, 1. 신병(주로 구류·보호 대상으로서의) 그 사람의 몸)에서 온 표현으로 보인다.

규정하고 있는 점에서 체계적으로 유사하기 때문이다.

다시 말해서 제2절의 조사는 모두 임의조사만을 규정하고 있는 것이다. 더구나 제51조 제1항의 보호명령서에 의한 보호에 있어서도 '보호를 위한 구인'은 없다. 다시 말해서 이 규정은 말하자면 '입국심사대에 서 있는' 외국인처럼 '출석한' 외국인을 보호하는 절차만을 규정하고 있는 것이다. 그렇다면 출석하지 않은 외국인의 출석은 어떻게 강제할 것인가? 명시적인 규정이 존재하지 않는다. 그러면 우리 출입국관리법은 완전히 임의조사만을 규정한 평화로운 법일까?

(라) 형사소송법상 체포 제도의 남용

출입국관리법을 아무리 보아도 구인, 체포과 같은 실력적 강제처분이 규정되어 있지 않지만, 지금도 어디선가 외국인들이 실제로 체포되고 있다. 과연 어떻게 가능한 것일까? 출입국관리법 법 제98조는 법 제27조에 따른 여권휴대, 제시의무 위반을 100만원 이하의 벌금으로 처벌하도록 규정하고 있다. 왜 이런 벌금형 규정을 둔 것일까? 외국인 체포시에 이 규정 위반을 이유로 한 현행범 체포를 활용하기 위한 것은 아닌가하는 매우 강한 의심이 있다.[393]

각주 11)의 사례에서 국가인권위원회 조사 결과에 나타난 목격자 진술에서 피해자를 외국인 노동자로 오인한 단속반원들(피진정인들)이 "익스큐즈미, 이미그레이션"이라 하며, 영어로 진정인(피해 한국 여성)의 아이디(ID)를 보여줄 것을 요청하자, 진정인이 당황하여 자리를 피했고 단속반원들은 진정인이 도주하는 것으로 보고 △진정인을 저지하여 강제로 연행하려는 과정에서 피진정인이 저항하는 진정인을 양팔로 안고 압박했으며, △이 과정에서 많은 사람들이 모여들었고 목격자가 신분을 묻자 경찰이라며 신분증을 제시했으나, 두 차례 모두 1초 내외로 제시하고 지갑을 닫아버려 확인할 수 없었고, △진정인이 한국인임을 확인한 후 진정인과 목격자가 경솔한 업무수행에 항의하며 정식 사과를 요구했으나, 피진정인들은 적법한 단속이었으므로 사과할 용의가 없다고 답했다는 사실을 확인하고 있다.

이 사례에서 보듯 '의심스러운 외국인' 혹은 '외국인으로 의심되는 사람'에 대해 일단 여권을 보자고 하고, 한국인이거나 여권이 있으면 그냥 가라고 하고, 없거나 도주하는 등의 기색이 보이면 그대로 덮치는 식의 단속을 적법한 것이라고 하고 있는 것이다. 과연 이 규정은 타당하고, 이 방식은 타당한 것일까? 단속준칙 제9조에 따르면, 여권미소지자가 불법체류자로 '판명'되면 '용의자 긴급보호'가 개시된다. 그런데 이 단계에서는 여권미소지만으로 상당한 의심을 가질 수는 있어도 불법체류자로 '판명'될 수는 없다는 점에서 곧바로 '용의자 긴급보호'가 개시된다는 것은 상당한 문제점이 있다. 이때 원용가능한 것이 법 제98조 위반을 이유로 '현행범 체포'하는 것이다. 과연 이것은 정당한 것일까?

393) 김택수, "불심검문과 불법체류자 단속절차의 연계방안", 법학연구, 제21권 제2호, 연세대학교 법학연구소, 52쪽도 이 점을 지적하고 있다.

(마) 외국인 동향조사 제도의 악용

이것으로 모자라서 출입국관리법은 하나의 장치를 더 만들어두었다. 법 제81조[394]의 제명은 '출입국관리공무원 등의 외국인 동향조사'이다. '동향조사(動向調査)'는 국어사전에 나타나지는 않고, 용례로 경기동향조사(景氣動向調査)는 여러 경영자로부터 경기 동향이나 경영 상황에 대한 회답을 받아 그것을 집계하여 전반적인 경기의 동향이나 전망 따위를 조사하는 일 정도로 나타난다. 즉 '동향조사'는 매우 무색무취한 표현으로 어떤 흐름, 방향 등을 조사하는 일로서 적어도 강제적 방식이라는 뉘앙스를 풍기지는 않는다. 더구나 제81조 위반에 대한 벌칙은 제100조 제2항 3호에서 '제81조제4항에 따른 출입국관리공무원의 장부 또는 자료 제출 요구를 거부하거나 기피한 자'만에 대하여 100만원 이하의 과태료를 부과하는 것으로 하고 있어서 방문조사나 질문을 거부하는 것에 대한 벌칙은 없는 것이다. 이렇게 슬쩍 끼워넣은 제3항을 제4항에 비추어 반대해석해서 보면, 1, 2항과는 달리 3항에 대해서는 질문에 대한 답변을 거부할 수 있다고 하여야 하고, 과태료를 규정한 동법 제100조 2항 3호의 취지를 볼 때, 이러한 답변거부에 대해서는 과태료로서도 처벌할 수 없다고 보아야 한다. 또한 당연히 이를 이유로 현행범 체포, 긴급체포는 불가능하다. 하지만 꼼수는 남아있다.

제1항이나, 제2항은 '방문하여 질문'하는 것이므로, 제3항 '정지시키고 질문'과는 성격이 다르다. 같은 조의 다른 항과는 전혀 다른 규정, 즉 경찰관직무집행법에나 있어야할 '불심검문'이 여기에 숨어 있는 것이다.[395] 제3항의 이 절차가 노상 등 공개된 장소에서 이

---

394) 제81조(출입국관리공무원 등의 외국인 동향조사) ① 출입국관리공무원과 대통령령으로 정하는 관계 기관 소속 공무원은 외국인이 이 법 또는 이 법에 따른 명령에 따라 적법하게 체류하고 있는지를 조사하기 위하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자를 방문하여 질문하거나 그 밖에 필요한 자료를 제출할 것을 요구할 수 있다.

1. 외국인
2. 외국인을 고용한 자
3. 외국인의 소속 단체 또는 외국인이 근무하는 업소의 대표자
4. 외국인을 숙박시킨 자

② 출입국관리공무원은 허위초청 등에 의한 외국인의 불법입국을 방지하기 위하여 필요하면 외국인의 초청이나 국제결혼 등을 알선·중개하는 자 또는 그 업소를 방문하여 질문하거나 자료를 제출할 것을 요구할 수 있다.

③ 출입국관리공무원은 거동이나 주위의 사정을 합리적으로 판단하여 이 법을 위반하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 외국인에게 정지를 요청하고 질문할 수 있다.

④ 제1항이나 제2항에 따라 질문을 받거나 자료 제출을 요구받은 자는 정당한 이유 없이 거부하여서는 아니 된다.

395) 김택수, "불심검문과 불법체류자 단속절차의 연계방안", 법학연구, 제21권 제2호, 연세대학교 법학연구소, 44쪽도 이와 같이 보고 있다. 하지만 김택수는 이 제도가 문제라고 보면서도 오히려 (일반)사법경찰의 불심검문을 통해서 해결할 수 있다고 보는 점에 문제가 있다. '불심검문'은 그 발동요건이 다분히 주관적이면서도 일반 시민을 '거동 수상'으로 보아 남용되었던 기억이 우리에게 남아있기 때문이다. 서정범/박병욱, "경찰권발동의 규율원리로서의 헌법", 공법학연구, 제11권 제4호, 한국비교공법학회, 2010, 223쪽 이하에서 경찰권발동의 한계원리를 상세하게 검토하고 있지만, '경찰권'을 대단히 추상적인 수준에서 논의하고 있기 때문에 마찬가지의 문제점을 노출하고 있다. 형사적인 '범죄'는 개인에 대한 침해로서나 공동

루어지는 경우 경찰관직무집행법상 불심검문과 유사하지만, 불심검문의 경우 대상자가 불응하는 경우에도 경찰관의 강제력 행사는 엄격히 금지되어 있다.

그런데 법조문의 제목은 외국인이 몇 명이나 사는지, 그 숫자는 늘어나는지 줄어드는지 정도를 물어보는 것처럼 동향조사라고 해놓고, 경찰관직무집행법에서도 여전히 논란꺼리인 불심검문을 끼워넣은 것은 실수라고 보기엔 체계적이다. 왜냐하면 법상에는 그 단계 이후에 의심이 가는 자를 출입국관리사무소 등으로 데려가 의심이 확신으로 바뀌기까지의 과정에서의 신체 구금에 대해서 침묵하고 있지만, 실은 이것이 인권보호를 위해 만들어졌다고 하는 '단속준칙'의 규정들과 결합하도록 만들어져 있기 때문이다.

[출입국사범 단속과정의 적법절차 및 인권보호준칙]의 규정들

제8조(여권 등 제시 요구) 단속반원은 법 제27조의 규정에 따라 외국인에 대하여 여권, 외국인등록증, 외국인입국허가서, 난민여행증명서 등(이하 "여권 등"이라 한다)의 제시를 요구할 수 있다.

제9조(여권 등 미소지자에 대한 조치) ①여권 등을 미소지 한 자가 합법체류자로 판명된 경우에는 법 제98조의 규정에 의한 처벌대상임을 고지하고, 여권 등 미소지 사실확인서를 징구할 수 있다. ②여권 등을 미소지 한 자가 불법체류자로 판명된 경우에는 제11조에 준하여 처리한다.

제10조(외국인 등 방문조사) ① 단속반원은 법 제81조의 규정에 따라 외국인이 적법하게 체류하고 있는지 여부를 조사하기 위하여 외국인, 그 외국인을 고용한 자, 그 외국인의 소속단체 또는 그 외국인이 근무하는 업소의 대표자와 그 외국인을 숙박시킨 자를 방문하여 질문을 하거나 기타 필요한 자료의 제출을 요구할 수 있다.

② 단속반원이 제1항의 규정에 의한 조사를 하는 때에는 단속반장이 주거권자 또는 관계자에게 증표를 제시하면서 소속과 성명을 밝히고 조사목적 등을 알려야 한다.

제11조(용의자 긴급보호) ① 단속반원은 외국인이 제8조의 규정에 의한 여권 등 제시요구 또는 제10조의 규정에 의한 방문조사에 정당한 이유 없이 불응하고 도주하거나 도주할 염려가 있는 경우 긴급을 요하여 사무소장으로부터 보호명령서를 발부받을 여유가 없는 때에는 그 취지를 알리고 법 제51조제3항의 규정에 의한 긴급보호서를 발부하여 그 외국인을 보호할 수 있다. 이 때 용의자의 도주방지나 안전확보를 위해 필요한 때에는 제4장에서 정한 바에 따라 보호장비 및 보안장비를 사용할 수 있다.

② 제1항의 규정에 의해 용의자를 긴급보호 하는 때에는 구두 또는 별지 제2호 서식의 미란다원칙 등 고지문(이하 "고지문"이라 한다)으로 용의자에게 진술거부권과 변호인선임권이 있고 보호에 대해 이의신청을 할 수 있음을 알려야 한다.

③ 단속반원이 제1항의 규정에 따라 긴급보호서를 발부하는 때에는 긴급보호서를 용의자에게 내보이고 그 여백에 서명을 받아야 한다. 다만, 용의자가 서명을 거부하는 경우에는 그 사유를 기재하여야 한다.

다시 살펴보면, 단속준칙 제10조는 법 제81조와 달리 솔직하게 '외국인 등 방문조사'라고 불러버린다. 그런데 기이하게도 법 제81조 제1항, 4항의 내용은 가져오면서도 제2항, 제3

체에 대한 위험이 가장 극적으로 표출된 것인데, 거기에 대해서도 국가 공권력의 행사가 엄격하게, 제한적으로만 발동된다면, 더 낮은 수준의 '위험에 대한 의심'만으로 발동될 수 있는 공권력은 보다 덜 침해적이어야 함은 헌법원리로서의 비례성의 원칙상 당연한 일이기 때문이다.

항의 내용은 가져오지 않았다. 단속준칙 제11조는 노골적으로 제10조 방문조사에 불응하는 경우도 '용의자 긴급보호'의 대상으로 하고 있다. 그러면서 실질적으로 '방문조사'가 아니라, '불심검문'인 제3항에 대해서도 준칙 제11조의 적용을 배제하지 않는다. 하지만 제10조 제1항에서는 외국인 등에 대한 방문 질문 및 자료 제출 요구에 대한 내용만 있을 뿐, 불심검문에 해당하는 법 제3항을 명시하지 않고 있으므로, 엄격히 해석하면, 법 제3항에 해당 불심검문에 대한 답변 거부 혹은 도주에 대해서는 동 준칙 제11조의 용의자 긴급보호는 성립될 수 없다고 보아야 한다. 왜냐하면 동 준칙 제11조에도 '제10조에 의한 방문조사'에 정당한 이유 없이 불응하고 도주하거나 도주할 염려가 있는 경우라고 하고 있으므로, 방문조사가 아닌 노상에서의 불심검문은 해당이 없다고 보아야 하기 때문이다.

마찬가지로 단속준칙 제9조도 법 제27조에 따른 여권휴대의무 위반에 대해 '불법체류자로 판명된 경우' 제11조에 따른 긴급보호가 개시되는 것으로 하고 있으나, 아직 이 단계는 불법체류자로 의심이 가는 단계이지 '판명'될 수는 없는 단계라는 점에서 문제가 있다.

(바) 출입국관리공무원의 체포행위의 법적 성격

a. 헌법 제12조 제1항의 의미

우리 헌법 제12조 제1항은 '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.'고 규정하고 있다. 이 규정에서 '모든 국민은'이라고 규정하고 있지만, '인간의 권리'에 대해서는 외국인에게도 우리 헌법이 적용되고, '신체의 자유'는 매우 기본적인 '인간의 권리'라는 점은 앞에서 언급하였다. 다만 '출입국관리법'이 헌법 제12조 제1항 제2문이 말하는 '법률'에 해당한다면, 출입국관리법에 의한 '보호'도 법률에 의한 체포·구속으로 인정될 수도 있을 것이다. 하지만 이때 '법률'의 의미는 단지 형식적 법률에 있어야 한다[396]는 의미를 넘어서 우리 법질서 내에서 실질적으로도 헌법합치적인 적법절차 내에서 규율될 것을 요구하는 것이라고 보아야 한다. 국가권력이 개인의 인신을 구속하기 위해서는 그것을 정당화할 수 있는 충분한 법률적, 현실적 근거가 필요하고, 그 경우에도 헌법 제12조에 따라 적법한 절차를 따라야 함은 당연하다.

이러한 인신구속은 범죄자에 대한 체포·구속 제도, 자유형의 집행, 보안처분 제도가 대표적이다. 물론 그밖에 자기 또는 타인을 위험하게 할 수 있는 정신질환자에 대한 (강제)입원, 고위험 전염병 환자에 대한 입원 등도 그 상황적 긴급성, 위험성에 따라 이루어지

396) 독일 기본법은 이를 명시적으로 규정하고 있다. 이 규정의 의미는 법률에 근거만 있으면 인신구속을 행할 수 있다는 의미가 아니라, 인신구속 등에 관한 한 그 근거가 적어도 형식적 의미의 법률에 있어야지 그 하위 규정으로 정할 수 없다는 의미가 강조된 것으로 보아야 한다.

는 구금제도로서 형법적으로는 분명히 체포·감금행위이지만, 긴급피난 또는 법령에 의한 행위로서의 정당행위에 의한 정당화가 가능하다고 할 수 있다.

그렇다면 출입국관리법 상의 불법체류 외국인에 대한 '보호'는 어떠한 근거를 통해 정당화될 수 있을 것인가? 불법체류 외국인의 '체류' 그 자체가 자기 또는 타인에 대해 긴박한 위험을 발생시키는 것은 아니므로, 긴급피난에 의해 정당화될 수는 없고, 출입국관리법에 근거가 있기는 하지만, 이것은 자진출석한 외국인에 대하여 출법체류자임을 의심할 만한 상당한 이유가 있을 때에 이루어지는 보호를 규정하는 것이므로, 현실에서 이루어지는 실력적 신체구속을 정당화할 수는 없다고 본다.

b. 당연직 특별사법경찰관리인 출입국관리공무원

그렇다면 이러한 출입국관리공무원들의 인신구속 행위는 우리 헌법에 비추어 과연 정당화될 수 있는 것인가? 우리 형사법이 완전한 기준이 될 수는 없지만 그나마 가장 중대한 법위반자들에 대하여 가장 상세하게 인신구속 제도를 구축해놓은 형사법에 비추어 검토하고자 한다. 물론 여전히 이러한 경우에 행정법상의 '즉시강제'를 통하여 인신구금이 가능하다는 주장이 있다.[397]

행정상의 '즉시강제(卽時强制)'란 행정상의 의무를 이행하도록 강제하기 위한 것이 아니고, 눈앞에 닥친 행정장해(行政障害)를 제거하거나 예방하지 않으면 안 될 긴급한 필요가 있는 경우에, 국민에게 미처 의무를 명할 겨를이 없거나 성질상 의무부과로 목적을 달성하기 어려운 때에, 행정주체가 국민의 신체·재산·가택에 대하여 직접 실력을 가함으로써 그 장해를 방제하고 필요한 상태를 실현하는 작용을 말한다. 문헌들에서 예로 들고 있는 것은 '경찰관직무집행법'상 경찰관의 직무집행수단으로서 보호조치, 위험발생방지조치, 범죄예방·제지조치, 위험방지를 위한 가택출입, 경찰장구(警察裝具) 사용, 무기사용 등과 각 개별법의 강제격리(전염병예방법 제29조)·강제퇴거(출입국관리법 제46조)와 같은 대인적 강제, 식품검사를 위한 수거(식품위생법 제17조)·토지사용(민방위기본법 제27조)·임시영치(총포도검화약류단속법 제46조)·장부검사(고물영업법 제23조)와 같은 대물적 강제, 가택수색(식품위생법 제16조)과 같은 대가택 강제의 수단 등이다.

즉시강제권의 발동에 형사소송법에 의한 법관의 영장이 필요한가에 관하여 영장필요설과 영장불요설의 대립이 있으나, 신체의 자유 침해 등 중대한 자유침해의 경우에는 영장을 요한다는 절충설이 통설이다. 그런데 학설의 결론과는 무관하게 우리나라에는 일반행정기관이 법관의 영장을 청구할 수 있는 절차가 존재하지 않는다는 점에 가장 큰 문제가 있다. 일부 법률에는 행정청이 영장을 집행할 수 있는 것처럼 규정되어 있는 경우도 있지만, 그 대부분은 행정청 소속 공무원의 일부가 특별사법경찰관리의 신분을 받아 검사에게 영장을 신청하여 집행하는 것이므로, 일반행정기관의 경우와 동일한 것이 아니다.

행정상 장해 제거를 위해서 행정청이 자체적 판단에 따라 언제나 실력적 강제를 할 수 있다는 과거의 이론이 오늘날도 통용될 수 있는 것이라면, 형사소송법 개정과정의 논쟁

397) 현재의 '단속지침'이 통용되기 이전에 사용되었던, 법무부의 "출입국관리국의 불법체류자 단속지침(2005.10)"에서도 이 점을 강변하고 있다. 이 종전 단속지침은 현재 법무부 홈페이지 등에서는 검색하기 힘든데, 이 주제를 충실하게 연구한 오영신, 불법체류 외국인근로자의 형사절차상 기본권보장에 관한 연구, 성균관대학교 법과대학원 석사학위청구논문, 2010의 부록 1에 나와 있다.

이나 행정절차법과 같은 것은 쓸데없는 짓에 지나지 않는다. '행정청이 긴급히 필요하면 할 수 있다'는데 무슨 법이 필요하고 절차가 필요하다는 말인가? 만약 이렇게 해석할 수 있다면, 지난 수십년간의 형사법과 행정법 분야에서의 법률 발전과정은 무색하게 된다. 특히 출입국관리공무원들에게 특별사법경찰관리의 지위를 부여한 '사법경찰관리의직무를행할자와그직무범위에관한법률' 제3조 제3항은 불필요한 굴레를 씌우는 매우 어리석은 짓이 되는 셈이다. 쉽게 아무렇게나 할 수 있었던 것을 공연히 어렵게 만들었기 때문이다.

여기서 특별사법경찰관리인 출입국관리공무원들의 외국인 보호 혹은 체포행위의 성질을 무엇으로 보아야 하는가의 문제가 발생한다. 단속준칙 상으로는 긴급보호가 개시된다고 하지만, 이는 대외적 효력이 없는 법무부 훈령일 뿐이고, 법률상으로 이들은 특별사법경찰관리의 신분이기 때문에 그 신분에 따라 사건을 처리하여야 하기 때문이다. 결국 '심사를 위한 보호'는 '체포' 혹은 '구속'으로 보아야 한다. 이 때문에 또다른 이론적 문제점이 발생하게 된다.

c. 불법체류범의 형법적 성격

특별사법경찰관리로서의 출입국관리공무원이 외국인의 신체의 자유를 제한한다고 할 때, 이는 행정상 즉시강제와 같은 것으로는 정당화될 수 없다는 점을 살펴보았다. 그렇다면 형사소송법적인 절차로서의 체포·구속으로 정당화될 수 있을지의 가능성을 살펴보아야 하는데, 이 문제도 생각보다 쉽지 않다. 왜냐하면 불법체류라고 하는 위법상태 혹은 범죄의 성격에 따라 이를 현행범 체포로 보아야할 것인가, 긴급체포로 보아야할 것인가의 문제가 발생하기 때문이다.

출입국관리법상의 체류자격 위반 사실이 발생하는 즉시 성립하고, 위법상태만 남아있는 것으로 본다면, 이는 상태범이므로 현행범이 아니라고 하여야 한다. 그렇다면 범행직후가 아닌 한 그를 체포하는 행위는 현행범 체포가 아니라, 긴급체포의 요건을 따라야 한다. 출입국관리법의 벌칙 체계에서 대부분의 죄는 3년 이하의 징역이고 불법체류에 해당하는 제94조도 마찬가지여서 긴급체포를 적용할 수 있는 가능성이 있기 때문이다. 물론 원칙적으로 출석 요구를 하고, 출석에 불응한 때에 체포영장에 의한 체포를 하여야 함이 마땅하다.(형사소송법 제200조의2 제1항 본문) 이것이 출입국관리법 제48조(출석요구)와도 상응하는 해석일 것이다.

반면에 불법체류가 계속되는 한 범행의 계속이 있는 것으로 보아 계속범으로 보게 되면, 현행범으로서 체포가 가능하다. 실무상으로도 이렇게 이해하고 있는 것으로 보인다. 하지만, 형법 제145조(도주죄)의 경우에 즉시범, 상태범으로 보는 것이 다수설과 대법원(대판 1991.10.11., 91도1656)의 입장이고, 군무이탈죄를 즉시범으로 보는 대법원(1963.1.17. 62도236)의 입장임을 고려하면, 불법체류범을 계속범으로 파악할 수 있는 지는 의문이다. 또 불법체류범을 계속범으로 보아 불법체류 상태인 한, 언제나 현행범인 것으로 보게 되

면 '누구든지 영장 없이 체포할 수 있다'(형사소송법 제212조)고 하여야 하므로, 합법을 가장한 불법[398]을 조장하는 문제가 발생한다.

물론 굳이 불법체류범죄의 성격이 상태범인지, 계속범인지를 따지지 않고도 체포가 정당화되는 방법이 있기는 하다. 형사소송법 제211조 제2항 4호의 '누구인지 묻는데 도망하려하는 자' 인 경우라면 준현행범인으로서 체포하는 것이다. 이러한 정당화는 주로 출입국관리법 상 여권미소지 여부 확인과정에서나, 제81조 제3항의 불심검문 유사규정의 질문과정에서 발생하게 될 경우가 여기에 해당하게 될 것이다. 다른 가능성은 앞에서 언급한 바인 출입국관리법 제98조의 동법 제27조에 따른 여권휴대, 제시의무 위반을 100만원 이하의 벌금으로 처벌하는 규정 위반을 이유로 하는 현행범 체포의 가능성이다.

그런데 이렇게 특별사법경찰관리의 신분을 갖는 출입국관리공무원(소위 단속반원)의 구금행위가 현행범인/준현행범인에 대한 체포라면, 체포적부심사의 대상이 되어야 한다.[399] 이때 단속반원이 특별사법경찰관리로서 체포한 것이므로 별도로 사법경찰관리에게 인계할 필요는 없지만, 현행범인 체포에 따른 사법경찰관리로서의 직무규칙에 따른 절차에 따라야 한다.[400] 또한 당연히 체포된 외국인은 형사소송법 제214조의2에 따라 체포적부심사를 청구할 수 있어야 한다. 그런데 만약 불법체류외국인을 체포할 때만 현행범으로 취급하고, 실제 후속조치는 검사의 관여가 없이 출입국관리의 행정절차로 취급한다면 지나치게 행정편의적 발상이라 할 수 있다. 최초의 체포과정부터 형사절차를 원용하지 않아야 할 것이다.

반대로 처음부터 형사절차로 개시되어 출입국관리사무소로 신병을 인도하는 절차도 있다. 일반경찰에 의해 외국인 피의자가 구속되는 경우에는 일반 사건과 동일하지만, 실무상으로는 외국인 피의자를 불구속 기소하는 경우에도 경찰에서 그 신병은 출입국관리사무소로 인계하고 있기 때문이다. 이 경우에 최초에 외국인 피의자가 별개의 범죄로 현행범 체포된 것이라면, 출입국관리사무소의 '보호'도 현행범 체포의 효력이 미친다고 할 수 있지만, 임의동행 등의 형태로 이루어진 것이라면, 불법체류 자체를 계속범으로 보아 인계받는 출입국관리사무소 직원이 인계 당시에 현행범 체포하는 것이 아니라면, 그 인신구속의 근거가 모호하게 되기 때문이다.

d. 무기 등의 사용

출입국관리법은 출입국관리공무원이 무기등을 휴대·사용할 수 있다고 규정하고 있다. 이 역시 출입국관리공무원이 사법경찰관리의 신분을 가지기 때문에 법체계적으로는 가능하

398) 주택임대차보증금을 반환받으러 온 불법체류외국인 세입자를 집 주인이 돈을 주지 않기 위해 경찰에 신고한 예가 있는데, 현행범으로 보게 되면 집 주인이 직접 체포하여 경찰에 넘기는 것도 가능하게 되는 것이다.

399) 인신보호법에서 제외하고 있는 것은 출입국관리법상 '보호' 뿐이다.

400) 예를 들면 이 경우에는 '특별사법경찰관리 집무규칙[법무부령 제752호]'에 따라 제27조(체포·구속의 통지 등) 등의 절차를 따라야 할 것이다.

며, 실제로도 불법체류자 단속시에 수갑 등을 사용하는 예는 심심치 않게 보도되고 있다.

제77조(무기등의 휴대 및 사용) ① 출입국관리공무원은 그 직무를 집행하기 위하여 필요하면 무기 등(「경찰관직무집행법」 제10조 및 제10조의2부터 제10조의4까지의 규정에서 정한 장비, 장구, 분사기 및 무기를 말하며, 이하 "무기등"이라 한다)을 지닐 수 있다.

② 출입국관리공무원은 「경찰관직무집행법」 제10조 및 제10조의2부터 제10조의4까지의 규정에 준하여 무기등을 사용할 수 있다.[전문개정 2010.5.14]

그런데 출입국관리법상 강제퇴거대상자의 대부분을 차지하는 제94조의 위반자가 비록 3년 이하의 징역에 해당하는 것이어서 장구를 사용할 수 있다고 하더라도 경찰관직무집행법 제10조의2의 요건을 엄격하게 해석한다면 실무상 수갑사용 사례의 상당 부분의 적법성이 문제가 된다.[401]

경찰관직무집행법 제10조의2(경찰장구의 사용) ①경찰관은 현행범인인 경우와 사형·무기 또는 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범한 범인의 체포·도주의 방지, 자기 또는 타인의 생명·신체에 대한 방호, 공무집행에 대한 항거의 억제를 위하여 필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때에는 그 사태를 합리적으로 판단하여 필요한 한도 내에서 경찰장구를 사용할 수 있다. <개정 1991.3.8, 1999.5.24>

e. 주거침입 단속의 문제

이상에서는 주로 노상에서 이루어지는 외국인 체포의 문제점을 살펴보았다면, 심심치않게 보도되는 출입-형법상 주거침입-단속의 문제점은 보다 명백하다고 할 수 있다. 물론 현행범을 추적하던 사법경찰관리는 타인의 주거에 출입할 수 있다(형사소송법 제216조 제1항 1호)고 하더라도, 현행범인을 추격하다가 그가 도주하여 불가피하게 타인의 주거에 들어가는 것이 아니라, 불법체류자 단속에서 문제되는 사례들 대부분은 외국인이 모여사는 임차주택, 기숙사 등 주거에 들어가 여권 검사를 하여 여권을 소지한 외국인은 그대로 두고, 미소지 외국인을 체포하여 간 사례나, 육체노동 기피로 인하여 불가피하게 외국인 근로자를 사용하는 목장 내부에 한밤중에 승합차를 타고 진입하여 있는 외국인 숙소에서 불법체류 외국인을 단속해간 사례처럼 막연한 의심만 있는 상태에서 타인의 주거에 들어가 체포가 개시되는 것은 형사법적으로는 불법이라고 보아야 한다. 더구나 후자의 사례에서는 경기 남부 지역의 낙농업체끼리의 갈등 속에 특정 목장의 외국인 노동자 숙소만을 정확히 알고 들어와 단속한 것이어서 청부단속이라는 의심을 받고 있기도 하다.

이러한 주거침입적 출입조사의 정당성 판단 역시 헌법과 형사소송법의 기준에 따를 수

401) 사실 우리 실무로 볼 때, 출입국관리법 제94조의 법정형이 징역 3년 이상인 것은 이를 위한 법정형 설정이 아닌가 한다.

밖에 없다고 본다. 왜냐하면 출입국관리법 제81조의 외국인 동향조사에서 말하는 '방문'이라고 하는 것은 '어떤 사람이나 장소를 찾아가서 만나거나 봄'을 의미할 뿐, 위에 제시된 것처럼 강제력 행사까지도 정당화시킬 수 있는 것은 아니기 때문에, 결국 형사소송법상의 체포, 구속 제도에 비추어 그 정당성을 판단해볼 수밖에 없다. 또 이 상황은 단속공무원이 외국인을 대면하였거나, 그가 질문에 불응하고 도주하는 상황이 아니어서, 현행범인 혹은 준현행범인 체포과정으로는 정당성을 인정받기 힘들다. 또한 형사소송법 제216조 제1항의 긴급체포에 수반하는 압수·수색으로도 이러한 주거침입을 정당화할 수는 없다고 본다. 불법체류 자체는 긴급체포의 요건이 되는 장기3년 이상의 범죄이기는 하지만 누가 체포대상자인지도 모르는 상태에서 피의자 수색이 먼저 개시되는 것이기 때문이다. 형사소송법 제216조 제1항에서 피의자를 체포 또는 구속하는 경우에 영장 없이 행할 수 있는 처분을 규정하고 있으나, 이는 피의자를 현실적으로 체포·구속하는 때에 적용되는 것으로 아직 피의자를 발견하지 못한 상태에서 피의자를 찾기 위한 목적으로 타인의 주거에 들어가는 행위는 형사소송법 제216조의 적용대상이 될 수 없다고 보아야 한다.[402]

대법원 2009.3.12. 선고 2008도7156 판결에서도 원심(의정부지법 2008.4.23. 선고 2008고단291 판결)이 1심에 대해 검사가 항소이유로 제시한 '불법체류 외국인 단속업무는 형사사법절차와는 전혀 다른 행정상 즉시강제의 문제로서 절차상 최소한의 절차를 준수하면 충분하다고 할 것'이라는 주장을 배척하고 출입국관리공무원이 불법체류자 단속을 위하여 출입국관리법 제81조 제1항에 의하여 제3자의 주거나 사업장 등을 검사하고자 하는 경우에 주거권자나 관리자의 사전 동의가 필요하다고 보아, 출입국관리공무원이 관리자의 사전 동의 없이 사업장에 진입하여 불법체류자 단속업무를 개시한 사안에서, 공무집행행위의 적법성이 부인되어 그에 대항하여 폭행·협박을 행사하더라도 공무집행방해죄가 성립하지 않는다고 판시함으로서, 이와 같이 해석하고 있다. 즉 영장주의의 예외로서 출입국관리공무원 등에게 외국인 등을 방문하여 외국인동향조사 권한을 부여하고 있는 위법 규정의 입법 취지 및 그 규정 내용 등에 비추어 볼 때, 출입국관리공무원 등이 출입국관리법 제81조 제1항에 근거하여 제3자의 주거 또는 일반인의 자유로운 출입이 허용되지 아니한 사업장 등에 들어가 외국인을 상대로 조사하기 위해서는 그 주거권자 또는 관리자의 사전 동의가 있어야 한다고 보아 법무부 의정부출입국관리소 소속 피해자 공소외 1 등이 이 사건 당시 주거관리자인 공장장의 동의나 승낙 없이 공장에 들어가 그 공장 내에서 일하고 있던 피고인 등을 상대로 불법체류자 단속업무를 개시하였다면, 불법체류자 단속업무는 적법한 공무집행행위로 볼 수 없고, 따라서 피고인이 피해자 공소외 1을 칼로 찌른 행위는 특수공무집행방해죄를 구성하지 않는다고 판단한 것이다. 그밖에 대구지법 2011.9.9. 선고 2011노1600 판결에서 이 판결의 취지와 동일하게 판시하고

402) 윤남근, "경찰관이 체포영장 발부된 피의자 수색 목적으로 타인의 주거에 잠금장치 해제하고 들어갈 수 있나", 법률신문, 2012.2.9., 제4006호의 칼럼 '4. 형소법 제216조 제1항 및 제2항의 해석'부분 참조.

있다.

또하나 이들 판결에서 흥미로운 것은 심지어 불법체류외국인이 단속공무원을 칼로 찌른 사안임에도 검사측에서 현행범 체포나, 긴급체포와 같은 형사소송법상의 체포였다는 주장을 하지 않고 있다고 하는 점이다. 판결문에서는 나타나지 않으나, 실제 단속과정의 실상이 도저히 형사소송법상의 체포 제도를 원용하기 힘들 정도로 법적 근거, 절차가 미비함을 반영하는 것이 아닌가 한다. 만약 공무원이 대상자의 반대에도 불구하고 그 주거에 출입하여 조사하는 것이 행정목적 달성에 불가결하게 요구되는 것이라면, 미국의 예처럼 행정기관이 법원에 영장을 발부 받아 출입조사하는 제도[403]를 마련하는 것이 필요하다고 본다.

(사) 소결

이상에서 검토한 바와 같이 출입국관리공무원에 의한 불법체류자 단속에 있어서는 출입국관리법 자체에서 비롯된 제도적 미비점과 아울러 단속권한없는 자의 단속 및 폭행 사례 등 오늘날 대한민국의 법적 수준에 비추어 더 이상 용납되기 힘든 문제점들이 발견된다. 이는 근본적으로 출입국관리공무원의 강제력행사에 대하여 공권력 발동의 성격을 '공무원'인가 '특별사법경찰'인가를 명확하게 하지 않고, 자신들이 필요한 만큼 강한 권한을 행사하고 있음에도 대상자가 외국인이라는 이유로 표면화되고 있지 못하고 있을 뿐이다. 우리 헌법, 형사소송법 등은 살인범에게도 판결에 의해 사형이 집행되기 전까지는 그의 절차적 권리를 보장하고 있다. 외국인, 무국적자도 우리와 같은 인간인 이상 우리 헌법의 보호를 받아야함은 당연한 일이다.

403) 행정기관이 이러한 취지의 소환장(subpoenas, summons)을 통하여 당사자에게 수인을 요구하고, 불응하면 법원에 그 집행명령을 발부받아 그에 기해서 집행하는 절차를 의미한다. 김민훈, "미국에서의 세무조사와 영장주의", 법학연구, 제45권 제1호, 부산대학교, 2004. 204-214쪽에서 개략적으로 이 제도를 보여준다. 다만 우리나라에서는 헌법에서 영장청구는 검사의 신청에 의하도록 하고 있어서, 이 취지를 살릴 것인가 아니면 검사의 관여없이 행정청의 직접 청구가 가능하도록 할 것인가는 미국과 다른 문제상황이라고 할 수 있다.

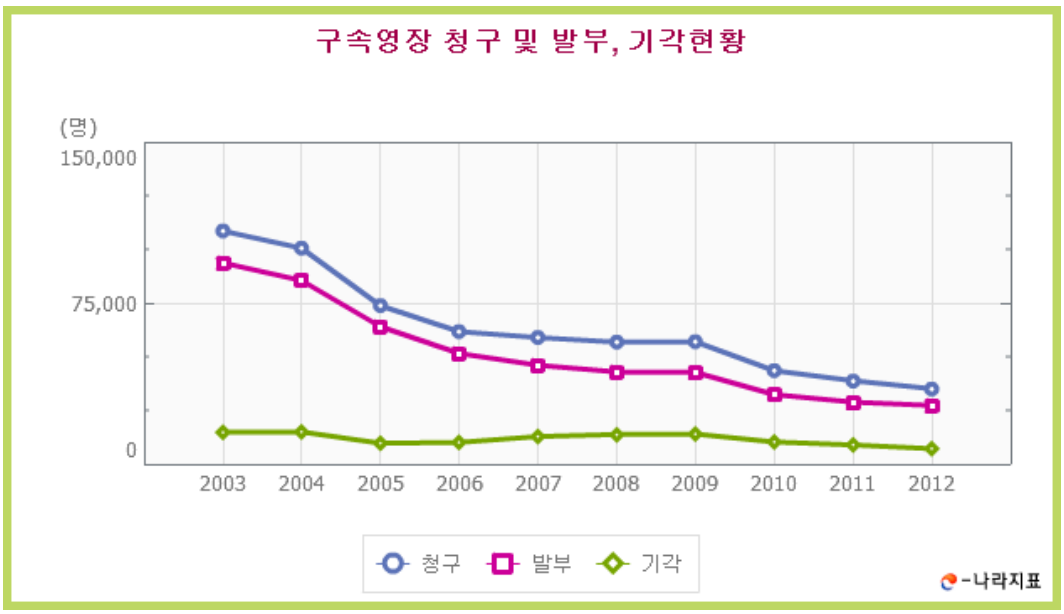
제5장 영장 제도 개선방안

제1절 개관

I. 영장청구, 발부, 기각, 무죄율 실태

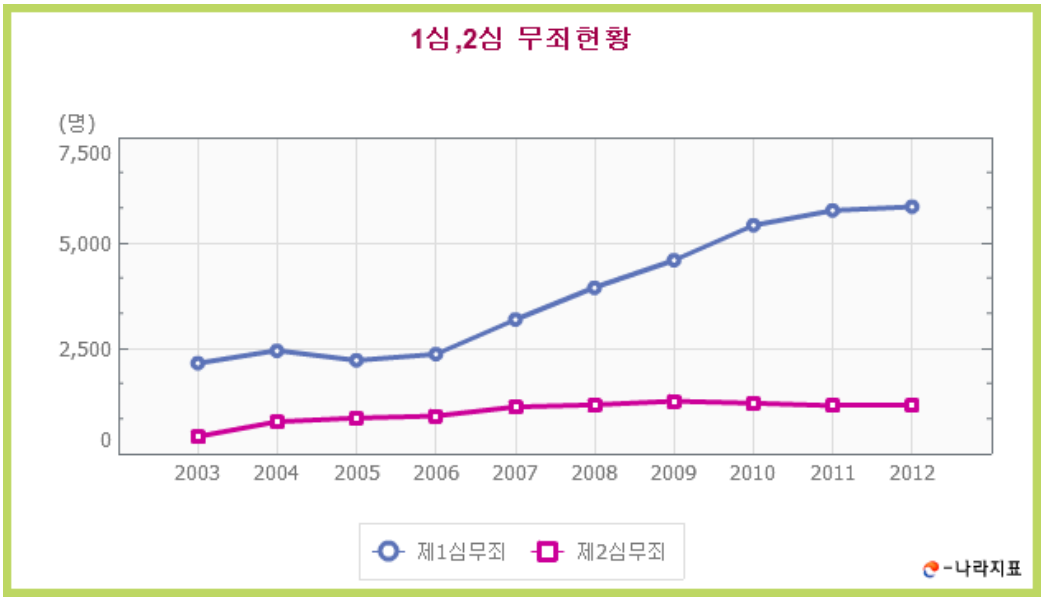
법원의 구속영장 발부율이 지난 2006년 이용훈 대법원장이 형사소송법의 원칙인 불구속 재판을 강조한 이후 7년만인 2013년 상반기 80%대로 다시 복귀했다. 대법원의 발표에 의하면[404] 지난 2006년 83.6% 이후 6년간 70%대에 머물렀던 전국 법원의 구속영장 발부율이 2013년 상반기(6월말 현재) 81.3%로 상승하였다. 서울중앙지법의 영장발부율도 2007년 66.8%, 2008년 65.5%, 2009년 69.6% 등 3년간 60%대에 머물러 있다가 올해 상반기 80.1%로 증가하였다. 구속영장발부율이 올라간 것은 영장청구가 크게 줄었기 때문이다. 검찰이 법원의 엄격한 기준에 맞춰 발부받을 수 있는 사건만 영장을 청구하기 때문인 것으로 보인다. 2006년 영장청구건수는 62,160건, 2012년 34,549건, 2013년 상반기 16,354건(연말 32,000여건 추정)과 비교하면 절반 가까이 줄었다.

영장발부율의 변화는 구속영장청구건수의 변화와 맞물려 있다. 2007년부터 2008년, 2009년까지 영장발부율이 계속 떨어질 당시에 검찰의 구속영장청구건수는 5만건을 유지했으나 검찰의 영장청구건수가 2010년 4만건으로 떨어지면서 법원의 영장발부율은 상승세로 돌아섰다. 구속영장 발부율이 낮아지고는 있는 반면, 법정구속인원과 법정구속율이 지속적으로 증가해 실형을 선고받는 피고인의 수는 별다른 변동이 없다는 것으로 보아 불구속 재판 원칙이 정착단계에 들어섰다고 볼 수 있다.



[그림 1] 구속영장 청구 및 발부, 기각현황

404) 내일신문 2013.7.31.자



[그림 2] 1심, 2심 무죄현황

[표 15] 영장재판의 실태-구속영장

구속영장[405]	청구	발부	발부율(%)
2013년 1-6월	16,354	13,303	81.3
2012년	34,549	27,341	79.1
2011년	37,948	28,960	76.3
2010년	42,999	32,573	75.8
2009년	57,019	42,732	75

[표 16] 영장재판의 실태-체포영장

체포영장	청구[406]	발부	발부율(%)
2013년 1-6월	24,822	24,054	98.7
2012년	49,969	49,318	98.7
2011년	59,173	58,105	98.2
2010년	64,459	64,228	98
2009년	78,523	77,361	98.5

405) http://www.scourt.go.kr/portal/justicesta/JusticestaViewAction.work.

406) 대법원 홈페이지(http://www.scourt.go.kr/portal/justicesta/JusticestaViewAction.work)에서 게시되고 있는 자료에는 청구건수가 나오지 않는다. 이는 발부건수와 기각건수를 합산한 것이다. 이는 압수·수색·검증영장에 관한 아래 표의 '청구' 항의 경우에도 같다.

이와 같이 법원의 대인적 강제처분은 엄격해진 반면 대물적 강제처분인 압수수색영장은 청구 건수도 늘었고 발부율도 높다[407]. 수사기관이 인신구속을 통한 사건 관계자의 진술에 의존하던 기존의 수사 관행에서 벗어나 계좌추적과 물증 확보를 통한 객관적이고 과학적인 수사로 변모하고 있기 때문이다. 2006년 62,100여건이던 압수수색영장 청구 건수는 2011년 109,100여건으로 1.8배나 증가했다. 2006년 99%이던 법원의 압수수색영장 발부율도 2011년 98%로 별 차이가 없다.

검찰은 압수수색을 청구하면 법원이 '포괄적'이라는 이유 등으로 압수수색이 필요한 현장 중 일부를 삭제해버리거나 연결된 은행계좌를 볼 수 없게 해 매번 새로운 영장을 받아야 하는 등 영장수사에 어려움을 겪고 있다고 불만을 나타내고 있다. 실제 2006년 4.5%에 불과하던 압수수색영장 일부 기각률은 지난해 11.5%로 2.6배나 증가했다.

영장발부와 관련하여 검찰은 영장 청구건수의 감소에도 불구하고 다소 과도한 영장기각률이 유지되고 있는 것은 문제라고 지적하거나, 불구속 재판의 확대로 인하여 수사상 애로가 발생하고 있다는 등의 대한 불만을 제기한다. 또한 영장 발부 기준에 대한 견해 차이로 인한 갈등 양상이 지속되고 있는 것도 사실이다. 일각에서는 영장전담법관의 실무운용이 아직도 다소 자의적이라고 비판하면서 영장재판에 대한 상급심에의 불복제도의 도입을 강력히 주장한다. 반대로, 구속영장 발부와 기각이라는 극단적인 선택을 지양하여 완화된 구속대체수단인 영장보석제도를 도입하여야 한다는 주장도 있다.

II. 영장 신청, 청구, 발부 단계의 문제점

1. 구속영장 신청과 구속영장 발부율

경찰청의 발표에 따르면[408] 전남지방경찰청의 2013년 7월 말까지의 구속영장 발부율은 65.8%로 전국 16개 지방경찰청 중 가장 낮다고 한다. 전국적으로 17,449건의 구속 영장을 신청해 12,702건(발부율 72.8%)에 대해 영장을 발부받았다. 수사 효율성과 편의성만 고려하여 영장신청의 신중성이 떨어진 것이 아니냐는 비판을 받는다. 광주지방경찰청도 지난 7월 말까지 369건에 대한 구속 영장을 신청했지만 71.3%인 263건만 발부돼 전국 평균에도 미치지 못했다.

2. 신청자(경찰)와 청구자(검찰) 간의 영장갈등과 원인

형사소송법은 검사는 관할지방법원판사에게 청구하여 체포영장을 발부받아 피의자를 체포할 수 있지만, 사법경찰관은 검사에게 신청하여 검사의 청구로 관할지방법원판사의 체포영장을 발부받아 피의자를 체포할 수 있다(제200조의2). 또 검사는 관할지방법원판사에게 청구하여 구속영장을 받아 피의자를 구속할 수 있지만, 사법경찰관은 검사에게 신청하여 검사의 청구로 관할지방법원판사의 구속영장을 받아 피의자를 구속할 수 있다(제

407) 법률신문 2012.9.10

408) 광주일보 2013년 9월 2일 자

201조 제1항). 헌법에는 체포·구속·수색·압수를 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의해 법관이 발부한 영장을 제시해야하고(제12조 제3항), 주거에 대한 수색·압수를 할 때도 검사의 신청에 의해 법관이 발부한 영장을 제시해야한다(제16조)고 하고 있다.

이와 같이 경찰의 영장신청권은 검찰의 영장청구권의 통제 아래 있다. 따라서 경찰의 영장신청에 대해 검찰이 부당하거나 자의적인 결정을 내려서 법관에게 영장을 청구하지 않으면 경찰은 피의자신병 확보를 통한 수사를 효율적으로 할 수 없게 된다. 그런데 실제로 그런 사례가 많다. 최근에 일어난 수뢰혐의 전 윤모 세무서장 구속영장신청 기각사건, 김모 비리 부장검사 계좌추적을 위한 압수수색영장 신청 기각사건, 성접대 의혹 전 김모 법무부차관 체포영장신청 기각사건 등 특히 비리 검사에 대한 경찰수사에서 영장청구에 관한 검·경 갈등이 심화되고 있다. 검찰의 독점적 영장청구권으로 인해 경찰이 수사상 어려움을 겪는다는 것은 경찰이 수사의 97%를 담당하고 있는 현실에서 심각한 문제이다.

형사소송법이 제시하고 있는 체포영장의 발부기준은 범죄혐의, 출석불응 또는 출석불응 우려이고, 구속영장의 발부기준은 범죄혐의, 주거부정, 증거인멸염려, 도주나 도주염려이다. 범죄의 중대성, 재범의 위험성, 피해자나 참고인에 대한 위해우려 등은 고려사항이다. 경찰은 경찰이 신청한 영장에 대해서 검찰이 청구 여부를 판단할 때 이런 형사소송법의 기준을 따르지 않고 있다고 비판한다. 또한 '영장사유의 근거가 부족하다'(증거인멸염려나 도주우려)거나 '피해자 진술에 신빙성이 없다'는 것과 같은 영장발부기준에 관한 경찰과 검찰의 시각 차이로 볼 수 있다. 예컨대 경찰은 '피해자 진술에 신빙성이 있어서 범죄혐의가 있다'고 판단한 반면, 검찰은 '피해자 진술에 신빙성이 없어서 범죄혐의가 없다'고 판단한 것으로 볼 수 있다.

검찰의 판단을 객관화·투명화시키고 그 판단에 대해 경찰이 이의제기권을 갖도록 하는 것이 현행 헌법과 형사소송법의 규정 취지에 합당한 개선방안이라고 본다.

3. 청구자(검찰)와 발부자(법원) 간의 갈등

검찰과 법원 간의 갈등이 때로는 정제된 체포 및 구속사유에 관한 법리논쟁이나 피의자·피고인의 인권보호에 초점을 둔 것이라기보다는 기관 간의 힘겨루기 내지 주도권 쟁취의 양상으로 비춰지고 있다.

검찰이 청구한 영장을 법원이 기각하면서 제시하고 있는 이유들에 대해 검찰은 납득을 할 수 없다는 입장이다. 특히 불구속재판원칙을 강조한 이용훈 대법원장의 훈시가 있던 해인 2006년 최고조에 달했던 구속영장기각률을 인용하면서 판사마다 큰 차이(많게는 3배, 어떤 판사는 10%대인데, 어떤 판사는 30%대)를 보이고 있고 법원마다 기각률이 달라 매우 혼란스럽다고 한다[409]. 이러한 인신구속제도의 운영실태가 전관예우의 의심을

409) 이완규(검사), "독일의 구속영장 심사와 우리나라 실무에의 시사점", 구속제도와 영장항고, 형사법연구회 편, 법문사, 2007, 240면.

받는 부분이기도 하다.

법원은 구속사유인 범죄혐의나 도주우려 또는 증거인멸우려를 중심으로 영장발부여부를 판단하고 있는데, 검찰은 영장발부기준에 대한 법원의 판단은 매우 주관적이어서 납득할 수 없다고 비판한다. 범죄혐의나 도주우려 또는 증거인멸우려가 있다고 봐야하는데 법원은 왜 없다고 보는지 이해할 수 없다는 것이다. 법관은 구속에 관한 법원이 검사의 수사계획이나 수사진행 상황 중에 검사의 머릿속에 있는 제반 상황에 대하여 구체적으로 잘 알지 못하는 것이므로 범죄혐의의 상당성을 인정할 수 없는 경우이거나 적법성에 문제가 있는 경우가 아니라면 수사단계에서는 일단 검사의 판단을 존중하는 것이 바람직할 것이라고 주장하기도 한다.[410]

기본적으로 영장갈등의 원인은 인신구속제도에 대한 이해와 입장이 다르기 때문이다. 청구자는 수사의 효율성을 위한 인신구속의 필요성을 강조하고 발부자는 불구속수사와 재판의 원칙, 피의자의 방어권 등 인권보장에 중점을 두고 발부여부를 결정해야 한다고 본다. 또한 청구자는 사안의 경중이 영장발부의 결정적인 기준이 되어야 한다고 보는 반면, 발부자는 도망의 염려나 증거인멸의 염려와 같은 구속사유를 개별적·종합적으로 심사하여 발부여부를 결정하여야 한다고 주장한다.

수사기관으로서는 소환의 어려움, 불출석이나 도주로 인한 사건처리 어려움, 부인사건의 증거로 인한 증거조사의 부담, 확정된 실형집행의 어려움 등 수사편의와 효율성을 주장하고, 여전히 종전의 법원 실무관행대로 사안의 경중이 구속영장발부의 결정적 고려사항으로 보아야 한다는 입장이다. 이에 반해서 법원은 구속을 사실상의 처벌로 인식하여 응보 또는 일반예방의 목적을 달성하기 위한 수단으로 활용하고, 사안의 경중, 피해자와의 합의, 구금을 통한 기대되는 징벌효과 등 유무죄판단과 양형에서 고려되어야 할 사항을 주된 판단자료로 삼아 형식적으로 서류만 심사했던 관행에서 벗어나야 한다는 것이다.

인신구속제도에 대한 이해와 입장에는 형사정책적 접근론, 실체적 접근론, 절차적 접근론 등 세가지 구속관이 존재한다.[411] 형사정책적 접근론은 구속을 형벌집행의 일환으로 활용하는 것이고, 실체적 접근론은 사안의 경중에 따라 구속여부 판단, 사안이 중대하면 도주나 증거인멸의 우려가 높을 것이라는 규범적 판단을 하며 절차적 접근론은 도망이나 증거인멸 등 오로지 절차확보의 필요성에 따라 구속여부 결정한다는 것이다.

청구권자인 검찰은 주로 사안의 중대성이나 재범의 위험성 등을 들어 구속을 사회방위를 위한 수단으로 보는 형사정책적 고려(형사정책적 접근론)나 실형기준원칙(실체적 접근론)을 주장하고, 법원은 절차확보의 필요성(절차적 접근론)에 초점을 맞추는 경향이 있다. 그래서 검찰은 법원이 범죄의 중대성, 죄질, 재범의 우려, 사회적 위험성 등에 대한 판단을 배제한 채 도망 또는 증거인멸의 우려라는 추상적이고 불분명한 기준에 매달리는 단편적이고 형식적인 구속영장심사라고 비난한다. 자유형이 법정형인 범죄의 경우 죄

410) 이완규(검사), "독일의 구속영장 심사와 우리나라 실무에의 시사점", 구속제도와 영장항고, 형사법연구회 편, 법문사, 2007, 243면 이하.

411) 서정, 개정 형사소송법과 인신구속제도의 운용방향, 법률신문 2008년 1월 17일 자(제3618호)

증인멸 및 도주우려가 있다고 추정하는 것이 합리적이라는 것이다.

이런 검찰의 구속제도에 대한 이해와 입장은 입법자의 규범적 결단을 무시하고 고려사항을 구속사유로 둔갑시키려는 시도라는 비판을 면치 못할 것이다. 형사소송법상 구속사유 심사시 고려사항으로 규정된(제70조 제2항) 범죄의 중대성, 재범의 위험성, 피해자 등에 대한 위해 우려 등은 독립된 구속사유가 아니라 구속사유를 심사함에 있어 고려해야 할 사정에 불과하다. 따라서 가령 주거부정, 증거인멸 내지 도망의 염려 등 구속사유가 없는 경우에는 이들 요소만을 근거로 구속할 수 없다. 물론 법원실무도 '높은 처단형이 예상됨'을 도망의 염려의 구체적 근거로 기재하는 경우가 남아 있고, 합리적이고 신뢰할 만한 구속기준 및 석방기준이 부재하다는 자성의 목소리도 있다[412]

범죄의 중대성과 재범의 위험성이라는 고려사항으로 인해 구체적 사실에 근거한 판단보다는 규범적 판단의 여지가 높아지게 되어 영장심사 및 발부가 자의적이라는 비판을 받게 되는 것이다. 실형이 예상되는 경우 도주나 증거인멸의 우려가 높다는 규범적 판단하에 영장을 발부하였는데 실제 실형이 선고되는 비율이 높은가? 일부 지방법원에서의 실증조사지만 그렇지 않다는 실증증적 분석도 있다[413].

III. 종합적인 개선의 필요성[414]

영장 제도의 개선에 대해서는 여러 가지 방식의 접근이 필요하다. 인신구속의 목적은 무엇인가, 현재 그 인신구속의 빈도, 정도는 타당한가 하는 다양한 이해 가운데에 놓여 있는 문제이다. 그리고 일종의 절충이 필요하다. 물론 범죄혐의를 받고 있는 시민을 중심으로 사고한다면 그는 여전히 헌법상 무죄추정을 받고 있는 자로서 그의 인신을 구속하는 것은 헌법적으로 정당화할 수 있는 방법으로서만 가능함은 당연하다. 그러나 동시에 헌법적 허용 범위 내에서도 구체적으로는 여러 형태의 인신구속 제도를 모색할 수 있다.

범죄혐의가 어느 정도로 구체화된 단계에서 인신구속을 가능하게 할 것이며, 그 절차를 어떻게 구성할 것인가? 먼저 큰 틀의 변화를 모색하는 것으로서 초기 단계의 인신구속을 넓게 허용하되, 가능한 지체 없이 법관 등 사법기관에 의한 심사를 실행하도록 하며, 일단 인신구속이 이루어진 경우에도 구금을 계속할 필요성이 사라진 경우에는 다양한 형태로 석방하는 제도를 제안하고자 한다. 그것은 체포전치주의와 즉시적 법관대면권의 형태로 나타난다.

다음으로 현재 인신구속 제도의 틀을 유지하면서 그 주요 문제점으로 나타나는 영장 없는 체포 후 법관의 심사 없는 임의 석방의 통제방안으로서 사후 체포영장청구 제도의 도입을 검토하고자 한다. 또한 영장 없는 체포로서 인정되는 '현행범인'의 범위를 지나치게 확장시키고 있는 '준현행범인' 개념을 축소하고자 한다.

---

412) 유해용, 인신구속제도의 운영방식 개선을 위한 제언, 저스티스 통권 제83호, 212면 이하

413) 서정, 개정 형사소송법과 인신구속제도의 운용방향, 법률신문 2008년 1월 17일 자(제3618호)

414) 상세한 내용은 하태훈, 한국형사법학회 형사소송법 개정안에 대한 논평-수사 일반과 강제처분 부분-, 형사법연구 제23권 제1호, 2011. 참조.

그 다음 단계에서는 인신구속 제도라는 틀의 변화가 아니라, 그 구체적 단계에서 대상자의 실체적, 절차적 권리 보장을 실질화할 수 있는 방안을 모색하고자 한다. 먼저 각종 영장의 발부 단계에서는 영장발부 사유가 충족되었는지의 여부를 법관이 실질적으로 심사할 수 있는 방안과 그에 대한 법관의 판단이 자의적이지 않도록 이를 객관화할 수 있는 방안, 그리고 특히 구속영장의 경우에 구속/불구속의 양자택일적 판단의 어려움과 문제점을 극복할 수 있는 대안으로서 조건부 석방(영장발부) 제도를 제안한다. 또한 현행 제도의 틀 안에서 제대로 준수되고 있는 집행 방법-고지의무나, 원본 제시의무 등- 절차의 올바른 집행을 위하여 절차 이행에 대한 서면 확인 절차를 제안하는 동시에 영장의 신청, 청구, 발부의 전단계에서 각 기관의 부담을 경감할 수 있는 방안으로서 전자영장 제도의 도입을 제안하고자 한다.

동시에 법률적 수준에서가 아니라, 세부 지침에 해당하는 각종 내규, 예규 상에 존재하는 문제점을 전면적으로 재검토하여 개선할 필요가 있으며, 일선 담당자들의 자질 향상을 위하여 교육, 훈련 및 근무 방식의 개선이 필요함을 지적하고자 한다.

제2절 대인적 강제처분 관련 법, 제도, 관행 개선

I. 체포전치주의와 즉시적 법관대면권 인정

1. 현황 및 문제점

(가) 체포전치주의 도입 필요성

형사소송법은 법관에 의한 통제가 미비하여 수사기관의 재량이 넓게 인정되는 '현행범 체포'와 '긴급체포' 제도가 법원의 통제를 받는 '구속' 제도와 병렬적으로 존재하는데 체포와 구속을 준별하여 체포전치주의를 도입하는 개선방안이 마련될 필요가 있다. 본래 현행 형사소송법 개정과정에서 구속에 대한 법원의 통제를 강화하는 대신, 수사기관으로 하여금 상대적으로 간편한 체포제도를 활용하여 피의자의 신병을 확보하도록 하였다.[415] 그런데 영장에 의한 체포의 요건을 엄격하게 하면 강제연행과 같은 탈법적인 수사관행이 재연될 위험성, 긴급체포가 남용될 우려가 있다. 영장에 의한 체포절차와 요건을 보다 완화하여 긴급체포로 우회하거나 남용하는 새로운 관행을 없애야 한다. 체포 제도는 임의동행을 빙자한 강제연행과 같은 탈법적 수사방식을 탈피하고 합법성의 테두리 안에서 신속하게 피의자 신병을 확보하여 조사할 수 있는 제도적 장치로 활용될 필요가 있다. 이를 위하여 체포전치주의를 도입하여 체포영장 발부 요건에서 '정당한 이유 없이 출석요구에 응하지 아니하거나 응하지 아니할 우려가 있는 때'를 삭제하여 '죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유'가 있으면 체포영장을 신청, 청구, 발부할 수 있도록 할 필요가 있다. '체포영장'은 원칙적으로 대상자에 대한 '소환통보 - 불응 - 체포영장 발부'가 통상적 절차이기는 하지만 사전에 도주 우려에 대한 충분한 소명이 가능하다면 소환통보 없이도 체포영장이 발부될 수 있는 것이 아닌가 하는 것이다. 특히 다수의 공범이

415) 법원행정처, 법원실무제요 형사[I] 2008, 240쪽.

존재하는 경우 문제가 된다.

이처럼 수사의 초기단계에서는 절차적 통제가 완화된 체포제도를 활용하되 피의자에 대한 인신구금이 계속이 필요한 수사의 경우에는 구속의 방식을 이용하여야 하고, 이때에는 법관에 의한 필요적 영장실질심사를 거쳐 구속영장 발부여부를 결정하여야 한다.

(나) 즉시적 법관대면권 인정

우리 인신구속 제도가 다른 나라 및 국제적 기준과 가장 거리가 있는 부분은 얼마나 빠른 시간 내에 법관(사법관리)을 대면할 권리가 인정되고 있는가 하는 부분이다. 물론 다른 나라에서 인정되고 있는 제도가 우리나라와 같이 엄격한 법률가적 자격을 갖춘 법관을 대면할 수 있는 것은 아니지만, 대부분의 선진 국가에서 인신구속이 이루어지면 가능한 빠른 시간 내에 중립적 기관으로부터 이를 확인하는 절차를 거침에 비하여, 우리 제도는 필요적인 구속전피의자심문 제도를 통하여 그 시기가 앞당겨지기는 했지만, 여전히 상당 시간 동안 대면권이 인정되고 있지 않기 때문이다.

이 제도의 가장 기본적인 취지는 수사기관의 광범위한 체포 권한을 인정하는 대신 '지체없이', '즉시' '사법관(judicial officer)'이 그 체포의 이유와 필요성을 심사하는 제도를 거치는 데에 있다. 외국의 경우 대개 즉시 혹은 적어도 24시간 내에 사법관을 대면하게 되는데, 이때 '사법관'의 역할을 수행하는 자가 법관이 아니라, 법원 소속 직원(사법보좌관 등)이거나, 심지어 검사인 경우도 있다. 그러나 이때의 검사는 당해 사건의 수사를 담당하거나 지휘하는 수사기관으로서가 아니라, 사건과 무관한 중립적 기관의 성격이어야 한다.

2. 관련 국내 및 국제기준, 해외사례

(가) 독일의 경우

독일기본법은 제1장 기본권의 제2조 제2항에서 '신체의 자유는 불가침이다. 이 권리들은 법률에 근거하여서만 침해될 수 있다.'고 규정[416]하고, 제13조에서 주거의 불가침을 규정하면서 제2항은 '수색은 법관에 의해서만 허용된다. 지체의 우려가 있는 경우에만 법률에 규정된 다른 기관에 의해서도 명하여지며 법률에 규정된 방식으로만 행해질 수 있다'고 규정하고 있다.[417] 나아가, 제104조 제2항에서 '자유포기의 허용과 계속은 법관이 결정한다. 법관의 지시에 의하지 않은 모든 자유포기는 지체없이 법관의 결정을 받아야 한다. 경찰은 자기의 절대적 권력으로 누구도 체포익일이 종료한 후까지 구금할 수 없다. 상세한 내용은 법률로 정한다'[418], 제3항에서 '누구든지 범죄행위의 혐의 때문에 일시적

416) Art.2 (2) Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Die Freiheit der Person ist unverletzlich. In diese Rechte darf nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden.

417) Art. 13 (2) Durchsuchungen dürfen nur durch den Richter, bei Gefahr im Verzuge auch durch die in den Gesetzen vorgesehenen anderen Organe angeordnet und nur in der dort vorgeschriebenen Form durchgefuhrt werden.

으로 체포된 자는 늦어도 체포 익일에 법관에게 인치되어야 하며 법관은 체포된 자에게 체포이유를 알려야 하며 그를 신문하고 그에게 이의를 제기할 기회를 주어야 한다. 법관은 지체없이 이유를 첨부한 체포영장을 발부하거나 석방을 명하여야 한다.'[419], 제4항에서는 피구금자의 가족 등에 대한 통지가 규정되어 있다. 즉, 독일기본법 제104조에서는 경찰의 체포기간 제한, 체포이유의 고지 및 신문과 이의제기권 보장, 법관의 체포영장 발부권한, 자유박탈의 명령 등에 대한 가족 등에의 통지 등을 규정하고 있다.

따라서 독일 기본법상으로 경찰에 의한 체포 시간은 길어도 24시간을 초과할 수 없다. 이 규정의 본래 취지는 체포 당일의 경찰 구금을 허용하는 것에 있는 것이 아니라, '지체 없이' 법관에게 인치되어야 하지만, 불가피한 사정이 있더라도 늦어도 체포 익일에는 법관을 대면하여 심사 받아야 한다는 점에 있는 것이다.

(나) 일본의 경우

일본헌법 제33조는 '누구든지 현행범으로서 체포되는 경우를 제외하고는 그 권한 있는 사법관헌이 발부하거나 또는 체포의 이유로 되어 있는 범죄를 명시한 영장에 의하지 아니하고는 체포되지 아니한다.'라고 규정[420]하여 영장에 의한 체포를 원칙으로 하고 예외적으로 현행범체포를 인정한다. 일본 형사소송법도 신체의 체포, 구속에 대하여 자세한 규정을 두고 있다. 검찰관 또는 사법경찰관은 법관이 발부한 체포영장에 의하여 피의자를 체포할 수 있고(일본 형사소송법 제199조), 사법경찰관은 피의자를 계속 유치할 필요가 없다고 사료될 때에는 즉시 석방하여야 한다. 이 때 명백히 체포의 필요성이 없다고 인정되는 때에는 체포영장을 발부하여서는 안 된다.(일본 형사소송법 제199조 2항 단서) 체포의 필요성이 적극적 요건으로 되지 않은 것은 체포에 있어서는 신병의 확보가 최우선이 되어야 하고, 요건이 너무 엄격하면 적절한 체포를 저해할 수 있기 때문이다. 만약 구속할 필요가 있다고 사료될 때에는 피의자의 신체를 체포한 때로부터 48시간 내에 사건을 검찰에 송치해야 한다(일본 형사소송법 제203조).

검사가 체포영장에 의하여 피의자를 체포한 때에는 48시간 내에 법관으로부터 구속영장(勾留狀)을 발부받거나 공소를 제기한 경우가 아니면 피의자를 석방해야 한다(일본 형사

---

418)Art. 104 (2) Über die Zulassigkeit und Fortdauer einer Freiheitsentziehung hat nur der Richter zu entscheiden. Bei jeder nicht auf richterlicher Anordnung beruhenden Freiheitsentziehung ist unverzuglich eine richterliche Entscheidung herbeizufuhren. Die Polizei darf aus eigener Machtvollkommenheit niemanden langer als bis zum Ende des Tages nach dem Ergreifen in eigenem Gewahrsam halten. Das Nahere ist gesetzlich zu regeln.

419) Art. 104 (3) Jeder wegen des Verdachtes einer strafbaren Handlung vorläufig Festgenommene ist spätestens am Tage nach der Festnahme dem Richter vorzufuhren, der zu Grunde der Festnahme mitzuteilen, ihn zu vernehmen und ihm Gelegenheit zu Einwendungen zu geben hat. Der Richter hat unverzüglich entweder einen mit Grunden versehenen schriftlichen Haftbefehl zu erlassen oder die Freilassung anzuordnen.

420) 第三十三条 何人も, 現行犯として逮捕される場合を除いては, 権限を有する司法官憲が発し, 且つ理由となってゐる犯罪を明示する令状によらなければ, 逮捕されない.

소송법 제204조). 검찰관이 경찰로부터 피의자의 송치를 받은 때에는 24시간 내에 법관으로부터 구류장의 발부를 받거나 공소를 제기한 경우가 아니면 피의자를 석방해야 한다(일본 형사소송법 제205조).

일본에서는 우리나라와 달리 체포전치주의를 채택하고 있는 셈이다. 바꾸어 말하면, 우리나라는 체포의 형태로 검거한 후 사후구속영장을 발부받아 구속해도 되고, 체포를 생략한 채 미체포된 피의자에 대한 구속영장의 형태로 구속하여도 되도록 되어 있으나, 일본은 피의자 구속을 위해서는 반드시 먼저 체포절차가 선행되어야 한다는 것이다. 현행범이 아닌 한, 법관의 관여에 의해서만 체포되는 대신 법관을 대면하여서만 발부되는 구속영장의 청구시한은 48시간(경찰 체포의 경우 +24시간)으로 길게 설정되어 있다.

(다) 미국의 경우

미국에서 인신구속제도의 구체적 절차와 방법은 범죄의 종류나 관할에 따라 또는 주에 따라 다소 다르지만 대체로 비슷하다. 미국연방헌법 수정 제4조는 '불합리한 수색과 압수'(unreasonable searches and seizures)의 'seizures' 개념에는 사람의 자유를 통제하는 구속이나 구금, 즉 인신구속(seizure of person)도 포함된다. 영장에 의한 체포의 경우 연방과 모든 주에서 체포영장(Warrant for arrest)은 혐의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있으면 치안판사(magistrate)가 발부하는데, 이는 지체없이 판사 앞으로 인치하는 직무를 명하는 명령장이다. 그러나 중죄의 경우 경찰관이 영장 없이 체포하는 것을 인정하는 것이 common law 이래의 전통이며, 주에 따라서는 더 한층 그 범위가 넓은 곳도 있다. 범죄가 체포자의 현재하는 장소에서 행하여진 때, 즉 현행범의 경우나 중범죄를 범한 경우, 중죄의 범죄자라고 믿을만한 합리적인 이유가 있는 경우에는 영장 없이 체포할 수 있다(미국형사소송법 제657조, 제664조). 현재 실무상 체포의 대부분은 영장 없이 이루어지는 경우로 되어 있다. 오히려 체포영장에 의한 체포는 실무상 경죄사건이나 피의자가 도주한 때 또는 정치적·사회적으로 물의를 일으킬 수 있는 사건에서 주로 이용된다고 한다.

그러나 경찰이 체포영장에 의한 체포이든 영장 없는 체포이든 막론하고 불필요한 지체 없이(without unnecessary delay) 즉시 치안판사에게 신병을 인치하여야 한다(연방형사소송규칙 제5조 a항). 여기서 '불필요한 지체 없이' 라고 하는 시간의 정도 개념은 사법실무 관습상 최대 6시간 이내라고 알려져 있다.

3. 효과적 개선방안 방안

체포전치주의에 대해서는 어느 정도 공감대가 이루어지고 있지만, 즉시적 법관대면권의 인정에 대해서는 관련 기관의 반발이 상당할 것으로 예상된다. 적어도 이론적 수준에서는 모든 형태의 인신구속 작용은 그 집행 후 '즉시', '지체없이' 수사기관이 아닌 중립적 사법기관에 의하여 그 이유와 근거를 확인 절차가 필요하다고 본다. 다만 그 대면에 소

요되는 인력 등에 대한 문제가 제기될 수는 있다. 왜냐하면 현재 현행범 체포나 긴급체포 후 수사기관에 의하여 석방되는 인원이 상당한 숫자인데, 이 방안에서는 이들 모두가 일단 법관 앞에 인치되어야 할 것이기 때문이다. 이러한 부담 때문에 우리나라의 경우에도 법관이 아닌 자가 이 역할을 맡도록 하는 방안도 제시될 수 있을 것이다. 그러나 일선 법집행기관의 관행에는 상당한 부담이 될 것이지만, 이러한 즉시적인 인신구속의 심사가 이루어지는 경우 지금과 같은 현행범 체포, 긴급체포의 상당한 수가 감소하게 될 것으로 예상됨을 감안할 필요가 있다.

따라서 우리나라의 경우 법관에 의한 인신구속의 심사 제도가 확립되어 있으므로, 굳이 이를 법원 소속 일반직원이나 검사에게 맡기는 것 보다는 법관이나 이에 준하는 자가 체포의 필요성과 근거를 확인하고, 체포된 자의 권리를 고지하는 절차를 모색할 필요가 있다. 다만 '즉시' 혹은 '지체 없이'는 체포 시점에서 거쳐야 하는 절차 규정이 있고, 이것 자체로 문제는 있지만, 관할 구역 외에서의 체포 등이 이루어지고 있고, 피의범죄의 서류 등이 도착할 수 있는 시간 등을 감안하여 6시간 정도가 바람직하지만 늦어도 24시간 내에는 법관 앞에 인치되어야 하는 것으로 보아야 할 것이다.

II. 긴급체포 및 현행범 체포 후 사후 체포영장청구 의무화

1. 현황 및 문제점

(가) 긴급체포의 적법성 심사 제도의 미비

현행 형사소송법은 긴급체포 후 체포영장을 발부받을 것을 요구하지 않고 구속하고자 할 때에만 지체 없이 늦어도 48시간 이내에 구속영장 청구하도록 하고 있다(제200조의4 제1항). 이는 실질적으로 긴급체포 후 구속영장 청구까지 48시간 동안 영장 없이 체포를 허용하는 것이다. 다만 48시간 이내에 석방하는 경우에 검사가 30일 이내에 법원에 서면 통지할 의무를 부담한다. 이렇게 보면 긴급체포 후 구속영장을 청구하는 경우에는 긴급체포의 적법성 여부에 대한 사법적 통제가 이루어질 수 있지만, 영장을 청구하지 않고 석방하는 경우에는 긴급체포의 적법성에 대한 사법심사를 받지 않게 된다.

물론 사법경찰관의 검사에 대한 보고의무와 검사의 법원에 대한 통지의무는 있다. 하지만 검사의 통지서가 법원에 접수되면 법원사무관등은 재판사무시스템에 전산입력한 후 영장전담판사의 공람을 거쳐야 한다.[421]고만 규정하고 있을 뿐이다. 영장전담판사가 공람 후 긴급체포 사유 및 석방사유에 대한 문제가 있음을 발견했다면 어떻게 해야 하는가에 대해 현행법은 아무런 규정을 두고 있지 않다. 적절한 사후통제방법이 없다면 통지의무 부과는 실효성은 크지 않다. 따라서 긴급체포 후 석방에 대한 법원의 통제는 사실상 없는 셈이다. 긴급체포의 필요성이 없거나 절차의 위법이 있는 경우에는 통지제도만으로 인신구속의 적법성 확보라는 제도의 취지를 살릴 수 없다.

421) 법원행정처, 법원실무제요 형사[I], 2008, 271면

(나) 현행 긴급체포의 위헌성

사후통지가 긴급체포의 남용에 대한 실효성 있는 통제장치가 될 수 있기 위하여 통지주체로 하여금 신속하게 통지의무를 이행하도록 하는 것 못지않게 통지를 받은 법원으로 하여금 통지내용의 적절성을 심사할 수 있도록 하여야 한다. 그리고 심사내용을 석방된 긴급체포된 자에게 통보하도록 하여 불법체포 여부에 대한 법원의 판단을 받을 수 있는 길을 열어주어야 한다. 이러한 미흡한 사후적 사법통제로 실제로 원칙적 체포 제도가 되어야할 체포영장에 의한 체포 보다 긴급체포, 현행범 체포의 빈도가 훨씬 높게 나타나는 등 긴급체포가 남용되고 있다.

헌법은 '현행범인인 경우와 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때에는 사후에 영장을 청구할 수 있다'(제12조 제3항)고 규정하고 있으므로, 현행범인과 긴급체포대상범죄의 경우 예외가 인정되는 것은 사전영장이지, 영장 자체의 예외가 아니라고 해석하여야 한다. 사후 체포영장을 요구하지 않는 현행 형사소송법은 헌법의 영장주의 취지에 부합하지 않는다.[422]

2. 효과적 개선방안 방안

긴급체포의 경우 체포영장 청구, 구속영장 청구에 요구되는 엄격한 요건의 탈법적 수단으로서 행하여지는 현실을 개선하기 위해서는 체포전치주의 후 법관에 의한 대면심사를 실질화하거나, 즉시적인 사후 체포영장청구의무를 도입함으로서 사후적 심사를 도입한다면, 무분별한 체포 후 수사기관의 임의적 석방의 문제를 상당 부분 해소할 수 있을 것으로 판단된다.

따라서 수사기관이 피의자를 긴급체포한 때에는 지체 없이 체포영장을 청구하여 발부받도록 하고 그 청구시한은 긴급체포한 때부터 6시간 이내로 하되, 48시간 이내에 체포영장을 발부받고 구속이 필요한 경우에는 48시간 이내에 구속영장을 청구하는 방안으로 개정해야 한다.

또한 수사기관에 의한 현행범체포나 사인으로부터 인계받은 경우에도 마찬가지이다. 수사기관에 의한 현행범체포나 사인으로부터 인계받은 경우에도 사후 체포영장을 발부받도록 하여야 한다.[423] 현행범인으로 체포하기 위해서는 행위의 가벌성, 범죄의 현행성·시간적 접착성, 범인·범죄의 명백성 이외에 체포의 필요성 즉, 도망 또는 증거인멸의 염려가 있어야 하고, 이러한 요건을 갖추지 못한 현행범인 체포는 법적 근거에 의하지 아니한 영장 없는 체포로서 위법한 체포에 해당한다.[424]

물론 현행범인 체포의 요건을 갖추었는지는 체포 당시 상황을 기초로 판단하여야 하고,

---

422) 신동운, 신형사소송법[제2판](2009), 207면; 신양균, 형사소송법[신판](2009), 166면; 이은모, 형사소송법(2010), 227면.

423) 이은모, 긴급체포 및 긴급체포 시의 압수·수색·검증제도의 문제점에 대한 검토, 법학논총(한양대) 제22집 제1호, 36면.

424) 대법원 2011.05.26. 선고 2011도3682 판결

이에 관한 검사나 사법경찰관 등 수사주체의 판단에는 상당한 재량 여지가 있으나, 체포 당시 상황으로 보아도 요건 충족 여부에 관한 검사나 사법경찰관 등의 판단이 경험칙에 비추어 현저히 합리성을 잃은 경우에는 그 체포는 위법하다고 보아야 한다. 체포의 요건인 범죄의 현행성·시간적 접착성과 범인·범죄의 명백성 뿐만 아니라 체포의 필요성 즉, 도망 또는 증거인멸의 염려에 대한 수사주체의 판단이 현저히 합리성을 잃은 경우가 있을 수 있음은 현행범체포에 관한 대법원 판례가 적지 않은 사실에서도 알 수 있다. 따라서 수사주체에게 체포 여부에 대한 판단 권한이 있다고 하더라도 반드시 법원의 사후 평가를 받도록 하는 것이 수사기관의 합리성을 상실한 재량판단에 의한 인신구속으로 인한 인권침해를 막을 수 있는 방안이다.

III. 준현행범인 인정범위 제한

1. 현황 및 문제점

현행 형사소송법 제211조 제1항은 '범죄의 실행 중이거나 실행의 즉후인 자를 현행범인이라 한다.'고 하면서 제211조 제2항에서 1-4호에 해당하는 자를 '현행범인으로 간주'하도록 규정하고 있다. 즉 '1. 범인으로 호창되어 추적되고 있는 때, 2. 장물이나 범죄에 사용되었다고 인정함에 충분한 흉기 기타의 물건을 소지하고 있는 때, 3. 신체 또는 의복류에 현저한 증적이 있는 때, 4. 누구임을 물음에 대하여 도망하려 하는 때'가 그에 준현행범인으로 간주되는 사정이다. 그런데 조문상으로 보면 제1항과 제2항의 관련성이 드러나지 않으나, 제2항은 제1항의 상황을 전제로 하여서만 독자적인 의의가 있다고 보아야 한다. 즉 범행 장소, 시간과 밀착되어 제2항 제1-4호에 해당하는 경우에만 그 정황에 비추어 '준현행범인'으로 간주되어야지 그러한 관련성이 없는 경우까지 이를 확장하는 것은 타당하지 않다고 본다. 특히 제4호의 '누구임을 물음에 대하여 도망하려는 때'는 1호 내지 3호의 사유와는 달리 범행과의 직접관련성과 범행증적의 명백성을 인정하기 곤란하다. 따라서 현행범인으로 간주하기 위한 독자적인 사유로 보아서는 안 된다.

실제로 나주 초등학생 성폭행 사건 때에도 탐문수사 중 불응하고 도주하려던 중국인이 체포된 바 있지만, 그는 단지 불법체류자였기 때문에 도주한 것이지 당해 범행과는 무관한 자였다. 또한 이 체포가 이루어진 시점은 사건 발생 후 상당 시간이 경과한 뒤였기 때문에 설사 진범이었다 하더라도 긴급체포에 의하여야 할 것이지 이러한 경우까지 '현행범인에 준하는 자'으로 간주하는 것은 '현행범인'이라고 하는 개념정의와는 너무 동떨어진 것이라고 판단된다.

또한 이 규정은 경찰관직무집행법 소정의 불심검문 불응 후 도주의 경우에 악용될 소지도 매우 높다. 한편 불법체류외국인에 대한 시장에서의 단속과정에서 단속반원들이 외국인으로 의심되는 여성-실제로는 우리나라 사람임-에게 '이미그래이션, 아이디 카드' 등의 언사를 하며 신분증을 요구하자, 대상자가 당황하여 자리를 피하려 하자 단속반원들이 그 여성의 신체를 붙잡은 예가 있다. 이 여성도 '누구임을 물음에 대하여 도망하려는 자'로 보아 준현행범인이라고 하여 단속반원들의 체포행위를 정당화하여야 할 것인가? 그

부당함은 너무도 쉽게 인정될 수 있을 것이다.

2. 일본의 준현행범인 규정

우리 형사소송법상 '준현행범인' 규정의 모태가 되었던 일본 형사소송법의 규정은 다음과 같다. 우리 조문과 똑같다. 제212조 제2항이 1-4호에 해당하는 자 모두가 아니라, '죄를 실행하여 종료한 직후라고 명백히 인정되는 때'에만 적용된다는 점을 제외하면.[425]

제212조[현행범] ①현재 죄를 실행하거나 현재 죄를 실행하여 종료한 자를 현행범인으로 한다. ②다음의 각호 1에 해당하는 자가 죄를 실행하여 종료한 직후라고 명백히 인정되는 때에는 이를 현행범인으로 한다.

1. 범인으로 불리며 추적되고 있는 때
2. 장물 또는 명백히 범죄의 용도에 제공되었다고 생각되는 흉기 그 밖의 물건을 소지하고 있는 때
3. 신체 또는 의복에 범죄의 현저한 증적이 있는 때
4. 누구임을 물음에 도주하려고 하는 때

3. 효과적 개선방안

준현행범인 규정이 존재하지 않는 경우를 상정하여 보자. 범행 현장과 인접해 있고, 범행시간으로 부터 근접한 경우에 일반시민을 포함하여 체포하려는 자는 당시의 주변 정황에 비추어 '누구임을 물음에 대하여 도망하려는 자'를 범인으로 생각하고 체포할 수는 있다. 그러나 이 때 체포된 자가 범인으로 추단될만한 증적, 소지품을 갖는 경우에는 그것만으로도 범죄 혐의가 상당한 정도로 인정되므로 그 시점에서는 긴급체포될 수 있는 상황이 된다. 그러나 만약 그가 범인이 아닌 경우에는 이는 결과적으로 불법한 체포가 된다. 이 때문에 우리 입법자가 '준현행범인' 규정을 두어, 이와 같은 착오에 의한 체포를 정당화시키려 한 것으로 이해할 수 있을 것이다.

그러나 앞서 검토한 것처럼 형사소송법 제211조 제2항에서 4호는 1-3호에서 나타나는 범행관련성의 표지가 전혀 없어서 이를 준현행범인으로 취급하는 것은 부당하다. 따라서 제4호에 '범죄 현장에서' 등과 같이 범행관련성 표지를 추가하거나, 아애 삭제하고 이러한 체포가 있었다면, 객관적으로는 불법한 체포가 되지만 정당화적 착오를 인정하여 체포자의 형사적, 민사적 책임을 묻지 않는 정도로 인정하여도 무방하다고 생각한다.

IV. 내사단계에서 인신구속 개선

실무상으로는 정식 형사입건을 기준으로 '내사'와 '수사'를 엄격히 구별하고 있다. 그런데 범죄혐의가 충분하지 않다는 이유로 '내사' 형태로조사를 진행하면서도 실질적으로는 수

425) 이동희, "한국과 일본의 체포 구속제도에 대한 비교연구", 비교형사법연구 제11권 제1호, 89쪽 참조.

사 단계에 해당하는 권한을 행사하는 경우가 있다. 형사소송법 상 체포 및 구속은 '죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유'가 있어야 허용된다. 이 때문에 이보다 낮은 단계의 범죄혐의, 의심 하에 행하여지는 수사기관의 내부적 조사 단계인 내사단계에서는 피내사자 신병에 대한 강제처분에 해당되는 체포 및 구속은 허용되지 않는다고 보아야 한다. 특히, 체포와 구속은 형사소송법 제195조 수사개시의 요건인 단순한 '범죄혐의'보다 더 높은 정도 즉, '범죄혐의에 대한 고도의 개연성'을 요구하고 있다.

그런데 검사가 고소인의 진술을 듣던 중 고소인을 무고죄로 긴급체포하여 검찰청 구치감에 수용한 후 20여 시간 경과 후에 내사종결처분으로 석방한 경우나 수사관이 수사자료표에 지문날인을 거부하여 저항하는 피의자를 공무집행방해죄로 긴급체포한 후 피의자가 지문날인을 하자 내사종결처분으로 석방한 경우, 그리고 피내사자에 대하여 소재불명을 이유로 지명수배를 한 경우, 피내사자를 소환하여 조사하는 중 긴급체포하는 사례에서처럼 피내사자에 대한 대인적 강제처분은 빈번히 발생하고 있다.

물론 내사 단계에서의 조사를 통해 그러나 체포와 구속에 필요한 범죄혐의에 대한 고도의 개연성이 인정되는 경우도 있지만, 상당수의 경우 자백을 압박하기 위한 경우로 행하여지는 경우가 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 모순이며, 수사상 강제처분 권한의 남용에 해당한다. 따라서 긴급체포 후 내사진행방식으로 사건을 처리하는 것은 부당하다. 대상자의 경우 정식 입건되지 않았으므로, 형사기록에 남지 않는다는 장점이 있을지는 모르나, 기록이 남지 않으므로 적절한 수후 통제 또한 불가능하여지게 된다. 내사 중 피내사자의 구체적인 범죄혐의가 발견되면 피의자로 입건하고, 피의자가 소재불명이면 절차에 따라 지명수배를 해야 한다. 또한 수사기관이 내사단계에서 압수수색이 불가피하다고 판단한 경우 실무적으로 법원은 압수수색을 허용하고 있으나, 인권침해를 최소화하기 위해서는 정식으로 형사입건한 이후에 대물적 강제처분이 이루어지는 것이 바람직하다.

V. 영장발부의 판단 근거와 기준의 개선 방안

1. 현황 및 문제점

(가) 영장발부 사유에 대한 이해의 수렴

인신구속제도에 대해서는 여전히 상이한 이해가 존재한다. 우리 법률은 도망이나 증거인멸 등 오로지 절차확보의 필요성에 대한 규정만을 두고 있지만, 실제로는 인신구속이 즉각적 형벌집행처럼 활용되기도 하고, 사안의 경중에 따라 사안이 중대하면 도주나 증거인멸의 우려가 높을 것이라는 판단을 하기도 한다.

이러한 인신구속제도에 대한 상이한 이해의 간극을 좁히는 것은 쉽지 않은 일임은 분명

하다. 법원실무도 '높은 처단형이 예상됨'을 도망의 염려의 구체적 근거로 기재하는 것이 남아 있고, 일반인들의 법감정도 중범죄에 연루된 사람에 대해 구속영장이 기각되는 경우 이를 순수하게 절차적으로 생각하기보다 '비리'와 연관시키는 경우가 있다. 수사, 재판 단계에서의 인신구속은 형벌의 집행이 아니라, 절차의 확보를 위한 필요최소한의 제한이라는 점에 대한 인식의 제고가 필요하다.

(나) 피의자 방어권 보장 강화를 위한 영장심사 방법 실질화

수사상 강제처분을 정당화시켜주는 각종 영장의 발부에 있어서 서면심사에 의하여 발부되는 경우 신청, 청구자가 되는 수사기관의 견해가 그대로 영장을 발부하는 판사의 판단에 반영되는 문제가 있다. 이 때문에 가장 강한 기본권 제한이라고 할 수 있는 구속영장의 경우에는 오랜 노력을 통해 대상자가 영장을 발부하는 판사를 직접 대면하여 자신의 견해를 피력할 수 있는 절차가 마련되어서 상당 부분의 개선이 이루어진 것으로 평가할 수 있을 것이다.

그러나 체포영장의 경우 출석불응, 소재불명 등 체포영장 발부를 뒷받침하는 사유에 대하여 법관은 수사기관이 제출한 자료만을 기초로 판단하므로 수사기관이 이를 과장하거나 왜곡하는 경우에도 이를 확인하는 절차가 없어서 충분히 수사 과정에 협조적인 경우나, 일부 다른 점이 있더라도 조금만 주의를 기울이면 대상자와 연락이 가능한 상황에도 체포영장이 발부되는 경우가 발생하고 있다.[426]

미체포 피의자에 대한 구속영장 청구의 경우 검찰이 영장에 의한 체포나 긴급체포를 이용하지 않고 피의자를 경찰서나 검찰청에 출석시켜 조사하다가 구속영장을 청구하는 경우가 있는데 피의자가 스스로 경찰서나 검찰청에 출두하여 조사를 받은 후 경찰서 또는 검찰청 청사 내에서 판사에 의한 구속영장이 발부될 때까지 대기하는 형식으로 운용된다. 그러나 이 경우에 도주 또는 증거인멸의 염려가 있는 경우-수사기관에 자진출석하였더라도 조사 도중 자신의 죄가 무거움을 인식하거나 자신의 변소가 받아들여지지 않음을 느끼게 되면 조사 후 영장을 청구하는 사이 도망할 가능성은 있으므로- 피의자가 출석하게 된 경우, 출석횟수, 출석불응이 있었는지 여부, 조사시간, 수사상황 등 여러 가지 사정을 고려하여 신중하게 판단하여야 한다.[427]

주로 영장을 쉽게 발부 받기 위한 수사기관의 과장 혹은 불충분한 조사에 대한 판사의 심사과정이 필요하다는 인식에서 이 때문에 각종 영장발부에 있어서 '대면조사'처럼 '실질심사'에 준하는 절차가 모색될 필요가 있으나, 도주, 출석불응 등의 사유로 대면이 불가능한 경우에는 영장을 발부하면 되겠지만, 수사의 특수성-밀행성, 신속성 등- 때문에

426) 전문가의견 중 판사 2 의견 참조. 한편 '인신구속사무의 처리에 관한 예규'(대법원재판예규 제1410-8호, 2012.12.27.) 제13조 제1항은 '체포영장 청구사건을 처리함에 있어서는 피의자에 심문을 요하지 아니한다.'고 하여 소위 실질심사를 요하지 아니하는 것으로 규정하고 있으나, 이것이 피의자에 대한 심문을 금지하는 규정은 아니다.

427) 법원행정처, 법원실무제요 형사[I], 2008, 268면

대면조사를 할 수 없는 경우에는 해결하기 힘든 현실적 문제가 있다. 당사자에 대한 대면심사와 같은 실질심사 과정이 필요하겠지만, 수사의 밀행성라는 특성상 수사대상자가 알지 못하도록 수사가 진행될 필요성도 존재하기 때문이다.

(다) 영장발부 판단의 객관화

또한 수사기관의 영장 신청, 청구 내용에 대한 통제 이외에도 법원의 판단과정을 어떻게 합리적으로 객관화시킬 수 있을 것인가 하는 문제가 있다. 이는 압수·수색영장의 경우나, 감청영장의 경우에도 마찬가지이다. 또한 압수·수색과 감청 등은 체포·구속과 달리 그 자체가 수사의 초기 단계에서의 중요한 방법으로서 실무적으로 대단히 넓게 허용되고 있다는 점이 또다른 고려사항이 된다. 보통 인신구속에 비하여 낮은 단계의 범죄혐의만으로도 발부가 가능하다고는 하지만, 이것을 어느 정도로 객관화시킬 것인가 하는 점이 난점이다.

2. 효과적 개선방안

(가) 영장발부 사유에 대한 이해수렴의 노력

구속영장을 비롯한 인신구속에 대하여 우리 헌법과 형사소송법은 도망과 증거인멸의 염려라고 하는 형사절차확보 목적만을 제시하고 있을 뿐이지만, 국민 일반의 법감정과 형사사법의 실무는 의심스러우면, 그리고 죄가 중한 것이면 일단 체포, 구속과 같은 인신구속 영장을 시행하여야 한다고 생각하는 경향이 상당히 존재하고, 여전히 구속을 형벌의 사전 집행처럼 여기는 경우도 존재한다. 그러나 상당기간 법원의 엄격한 영장발부를 통해 이러한 인식이 개선되고 있는 점 또한 사실이다. 영장발부 사유를 추가하는 것은 헌법을 개정해야 하는 사안이 될 수도 있다. 그만큼 국민 일반의 공감대를 형성시킬 필요도 있을 것이다.

(나) 영장발부 심사의 실질화

각종 영장발부 사유를 뒷받침하는 서류, 진술 등 수사기관이 제시한 증거들의 진위를 판별하는 것은 수사 초기 단계이고, 변호사가 선임되지 않은 경우에는 쉽지 않은 일이 될 것이고, 여기에 너무 많은 비중을 두는 것은 사실상 영장 발부 재판을 본안재판으로 취급하는 일이 될 것이다.

다만 체포영장의 경우 출석불응 등에 대하여 수사기관이 제출한 자료에 의심이 있는 경우 법원이 변호인을 통하거나 전화 등의 방법을 통하여 많은 시간과 인력이 소모되지 않는 방간이한 방법으로 사실조회할 수 있다면[428][429] 이러한 조사에도 불응하거나 소명

428) 예를 들어 주소지 동사무소에 협조요청하여 전화번호 확보 후 통화시도 등

429) 인신구속사무의 처리에 관한 예규 제42조는 구속영장 실질심사의 경우에 '피의자가 심문기일에 출석하기를 거부하는 경우' '판사는 적당한 방법으로 그 사유를 조사할 수 있다.'고 규

되지 않는 경우에는 체포영장을 발부할 수 있도록 하는 방안이 고려될 수 있을 것이다. 또한 계좌추적, 통신수사에 필요한 압수수색영장 등의 경우에도 수사기관이 제시한 고소인 의견 등에만 의존할 것이 아니라, 수사기관이 다른 비강제적인 방법으로도 수사하였으나, 증거를 확보하지 못하였음을 소명할 수 있는 경우에 발부하여야 할 것이다.

다만 예외적으로 수사기관이 판사에 의한 사전 확인이 수사 목적 달성에 장애를 초래할 수 있음을 범죄의 성격, 공범 미체포 등으로 충분히 소명하는 경우에 이를 수행하지 않는 것으로 개선할 수 있을 것이다.

현재의 영장업무 처리지침인 인신구속사무의 처리에 관한 예규 제42조는 구속영장 실질심사의 경우에 '피의자가 심문기일에 출석하기를 거부하는 경우' '판사는 적당한 방법으로 그 사유를 조사할 수 있다.'고 규정하고 있으므로, 구인영장 집행에 대한 불응을 '출석거부'로 파악할 여지가 있고, 제13조 제1항은 '체포영장 청구사건을 처리함에 있어서는 피의자의 심문을 요하지 않는다'고만 규정할 뿐 '할 수 없다'는 취지는 아니라고 할 수 있다. 또한 제2항은 '필요한 조사'에 관하여 규정하고 있으므로, 이를 넓게 활용할 수 있도록 개선할 수도 있을 것이다. 특별한 규정의 개정 없이도 영장발부 법관의 권한을 최대한 활용하거나, 인신구속사무의 처리에 관한 예규 제42조와 같은 조사권한 규정을 제13조 제1항 단서에 명문으로 추가하는 것도 하나의 방안은 될 수 있을 것이다.

(다) 영장발부 판단의 객관화

영장 발부시에 영장청구의 이유로 제시된 사정의 어떤 부분을 각각의 영장발부 사유에 어떻게 반영하였는지를 구체적으로 기록으로 남기도록 하여, 법관의 영장발부 결정에 대해 사후에 심사할 수 있는 제도를 도입하여야 한다. 구속영장을 발부하는 경우에 구속의 사유에 관한 판단의 내용을 기재하도록 하고, 구속영장을 기각하는 경우에는 해당란에 표시하도록 하여야 한다. 현재에는 체포영장의 발부에 있어서도 "피의자는 정당한 이유 없이 수사기관의 출석요구에 응하지 아니하였다.", "피의자는 정당한 이유 없이 수사기관의 출석요구에 응하지 아니할 우려가 있다.", "피의자는 일정한 주거가 없다(다액 50만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 해당하는 사건)." 중 해당란에 표시만 하도록 되어 있다. 왜 표시한 체포사유에 해당한다고 판단했는지, 그리고 어떤 사정으로 체포의 필요성을 인정했는지 기재하도록 되어 있지 않은 것이다. 따라서 체포영장에 체포사유 인정근거와 체포필요성 인정근거를 적시하도록 하여야 한다.

여기에서도 경찰의 신청, 검사의 청구 단계에서 각 영장별 발부 사유로 제출된 영장신청, 청구 사유들이 실제로 존재하는 것인가에 대한 실질적 소명 방법을 모색하는 것이 문제가 된다. 예를 들어 수사기관이 출석하겠다는 피의자의 의사를 불충분하게 확인하거

정하고 있으므로, 구인영장 집행에 대한 불응을 '출석거부'로 파악할 여지가 있고, 제13조 제1항은 '체포영장 청구사건을 처리함에 있어서는 피의자의 심문을 요하지 않는다'고만 규정할 뿐 '할 수 없다'는 취지는 아니라고 할 수 있다. 또한 제2항은 '필요한 조사'에 관하여 규정하고 있으므로, 이를 넓게 활용할 수 있도록 개선할 수도 있을 것이다.

나 도주 우려 등을 과장하여 체포영장을 청구하는 경우에 영장을 발부하는 판사가 이를 확인할 의무가 있는 것인지, 확인해야 한다면 어떠한 방식으로 확인해야 하는지 하는 문제가 있는 것이다.[430] 이 점에 대해서는 영장발부 시사의 실질화 항목에서 설명하기로 한다.

Ⅵ. 영장 심사 단계 조건부 석방제도 도입

1. 현황 및 문제점

영장심사단계에서 피의자의 출석을 담보할 조건(주거지 제한, 출석보증의 선서, 피해자에 대한 배상명령 등 보증금 이외의 다양한 의무)을 부과하고 석방을 명하거나 그러한 담보제공을 해제조건으로 하여 영장을 발부하는 제도의 도입필요성이 사법부에서 제기되고 있다.[431] 구속 또는 불구속으로만 판단하기에 적합하지 않은 사안에 필요한 제도이고, 구속 대신 일정한 의무를 부과함으로써 구속과 같은 효과를 얻을 수 있다면 피의자 인권보호, 불구속수사와 재판의 원칙에 부합하는 제도라는 것이다. 도주의 우려에 관한 소명에 검찰과 법원의 견해 차이 있는 경우, 도주의 우려는 없으나 사안이 중대하여 구속영장을 발부하는 경우, 사안이 경미하지만 도주의 우려가 있어 구속영장 발부되는 경우에 적합하다는 것이고 도주의 우려가 있지만 사안이 경미하여 구속영장을 기각하면 피의자에 대한 아무런 출석담보조치 없이 방치하는 결과를 초래할 우려가 있으므로 이런 경우에 필요하다는 것이다.

대법원은 국회와 갈등을 빚는 법조개혁안 중 영장제도와 관련해 '조건부 발부·석방제'를 포함한 제3의 대안을 마련하자는 의견을 2011.4. 국회 사법제도개혁특별위원회(사개특위)에 전달한 바 있다. 대법원은 영장제도가 발부와 기각 양자택일이 아니라 중간영역이 있을 수 있음을 인정하고 보증금, 접근금지 명령 등과 결합한 조건부 발부·석방 등 대안을 도입하면 문제점을 상당 부분 해결할 수 있다는 의견을 개진했다. 조건부 발부·석방제는 피의자의 도주 우려에 대한 판단이 모호할 때 법원이 보증금을 내게 하고 석방한 뒤 수사기관이나 법정에 불출석하면 즉시 구속하고 보증금을 돌려주지 않는 방식이다. 또 거주지 등으로 주거를 제한하거나 피해자·참고인에 대한 접근금지를 조건으로 내건 뒤 이를 어기면 구속하며, 조건의 이행 여부를 판단해 영장을 집행하는 권한은 검찰이 가진다.

구속영장심사단계에서 현재와 같이 구속/불구속의 양자택일적 방식이 아니라, 중간 영역으로서 구속 사유에 대한 판단이 모호할 때 법원이 보증금을 내게 하거나, 거주지 등으로 주거를 제한하거나, 피해자·참고인에 대한 접근금지를 조건으로 내는 조건으로 영장

430) 미국과 같은 경우 비교적 작은 단위의 범위에서 판사, 검사, 경찰이 상당 기간 함께 근무하며, 교체가 빈번하지 않은 경우에는 이러한 방식, 즉 일종의 기망에 의한 영장 발부가 판사에게 인식되면 차후의 수사과정에서 그의 협조를 구하기 힘들게 되므로 수사기관이 이러한 방법을 함부로 사용하거나 남용하지 않게 하는 동인이 될 것이다.

431) 전문가 의견 중 판사 1 의견 참조.

을 발부하되 석방한 뒤 수사기관이나 법정에 불출석하거나, 석방 조건을 위반하는 즉시 구속하고 보증금을 돌려주지 않는 방식으로서 조건의 이행 여부를 판단해 영장을 집행하는 권한은 검찰이 가진다. 그러나 통상 영장청구를 기각해야 할 사건에서까지 조건부 영장발부가 남용될 우려도 있다.

2. 관련 국제기준 및 해외사례[432)]

(가) 미국

미국의 경우 수사기관에 의하여 체포된 피의자는 지체 없이 치안판사에게 인치되고, 첫 기일에 경죄 사건의 경우는 기소인부절차를, 중죄사건의 경우는 심리준비와 피의자에 대한 보석 여부를 결정한다. 이 때 보석은 원칙적으로 허가되고, 예외사유로 공판 전 구금을 해야 할 때는 구금심리절차를 거치며, 그 이후 예비심문절차를 통해 구속의 상당성을 다시 한번 심사받는다. 이 때 치안판사는 체포된 피의자에 대하여 개인적인 서약, 보석금을 지불하겠다는 약속을 받거나, 기타 석방조건을 부가하여 석방명령을 할 수 있다. 대표적인 예로는 최근 호텔 여종업원을 성폭행한 혐의로 체포된 전 IMF총재가 보석금을 내고 전자발찌 착용을 조건으로 풀려나 가택에서 감시를 받은 사건을 들 수 있다.

(나) 독일

독일의 경우 피의자를 구속할 때 반드시 법관의 심문을 거치고, 법관은 심문을 마친 후 구속명령의 유지, 집행정지 또는 구속명령의 취소를 결정한다. 특히, 법관은 구속보다 더 경한 처분으로 구속의 목적을 달성할 수 있을 경우에는 그러

한 처분을 하고 구속영장의 집행을 유예할 수 있다. 이러한 구속영장 집행유예 제도는 구속, 체포 중인 피의자와 피고인에게도 적용된다. 구속보다 가벼운 처분에는 ⅰ) 구속사유가 '도망의 우려'인 경우는 정해진 시간에 기관 출두, 일정 구역 이탈 금지, 담보 제공 등을, ⅱ) 구속사유가 '증거 인멸의 우려'인 경우는 공동피의자, 증인 등과 접촉 금지 등이 있다.

(다) 프랑스

프랑스에는 유사제도로 사법통제명령제도가 있다. 이 제도는 수사판사나 구금 및 석방담당 판사가 수사의 필요성과 안전성 확보를 위하여 필요하다고 인정될 경우 재량에 따라 법에 정해진 처분을 선택하여 피의자에게 사법통제상의 의무(출석 담보 조치, 재범 금지 조치, 피해자 권리 회복 조치 등)를 부과한 후 석방해 주는 것으로 구속과 불구속의 중간 정도의 처분에 해당하는 것으로 볼 수 있다. 사법통제명령을 받았다 하더라도 수사 진행에 따라 상황이 변경된 경우 의무를 해제, 경감 또는 가중하는 방법으로 변경이 가

---

432) 이혜미, 보석조건부 영장발부제 도입 논의, 이슈와 논점, 제301호(2011.10.10.)국회 입법조사처, 3-4쪽(원문에는 쪽수 표시없음). 참조

능하다.

3. 효과적 개선방안

우리 헌법과 형사소송법의 무죄추정, 불구속 수사 원칙을 고려하여 보면 '유죄판결이 확정되기 전까지' 누구라도, 심지어 '현행범까지도' 무죄로 추정 받고 불구속 상태로 재판받아야 하는 것이 원칙이다. 그러나 앞서 언급하였던 것처럼 체포, 구속 제도가 이러한 순수한 절차상의 목적 이외에 활용되고 있고, 국민의 정서도 이를 바탕으로 하고 있는 것도 사실이다.

대상자의 입장에서 짧아도 2개월 이상의 인신구속을 당해야 하는 '구속'에 대한 두려움은 대단히 높은 것이며, 복잡한 사실관계 뿐만 아니라, 도주, 증거인멸에 대한 '예측'이 수반되는 판단이다 보니 이를 판단, 결정해야 하는 법관의 고뇌도 그만큼 클 수밖에 없다. 그럼에도 불구하고 구속영장을 발부하는 법관에게는 영장발부/기각의 양자택일의 가능성 밖에 없다는 점이 보석조건부 영장발부제는 구속과 불구속 사이의 중간 영역을 인정함으로써 피의자의 방어권과 형사절차를 확보할 수 있는 방안이라는 점에서 일단은 긍정적인 제도로 판단된다.

그러나 우리나라 국민의 사법에 대한 정서가 '구속'을 이미 자신이 범죄자로 단정해버린 자에 대한 '응징'의 수단으로 대하고 있기 때문에 조건부석방제도에 의한 불구속 결정-사실은 구속영장은 발부되고, 그 집행이 조건부로 유예되어 있는 것이지만, -이 내려지는 경우 그 반발은 상당할 수밖에 없다. 금전납입을 조건으로 하는 보석 제도가 과대한 보증금 때문에 사회적 약자에게 불리한 측면이 있어서 개선되었다면, 이 제도 또한 그러한 우려를 내재하고 있다. 이미 현재의 구속 사유 판단 안에 '일정한 직업', '가족, 교우관계의 원만함' 등 일정 정도 이상의 사회경제적 지위의 사람들에게 유리하게 작용되는 요소가 포함되어 있으므로, 이 제도도 그들에게 더 유리하게 작용할 것은 아닌가 하는 우려가 있는 것도 사실이다.

하지만, 이 제도가 특정 계층만을 위한 제도도 아니고, 국민의 사법불신은 굳이 이 제도가 아니더라도, 수사과정, 적부심, 보석, 구속집행정지, 교도소 내 행형에서의 편의 등 거의 모든 사법절차에 미쳐있는 것이어서, 이 제도를 도입하는데 결정적 장애가 되지는 않을 것으로 보인다. 그리고 앞서 제시한 것처럼 영장발부사유 판단의 실질화를 통하여 판사의 영장발부 과정을 사후적으로 심사할 수 있는 장치를 보다 정교하게 마련하여 둔다면 이러한 우려도 조금은 불식되지 않을 까 한다. 다만 실무상 '구속' 여부를 수사의 성공으로 파악하는 실무 관행과 기관 간의 권한 대립을 극복하는 것이 더 어려운 과제로 보인다.

VII. 영장집행 시 고지의무 등 절차준수 확인 절차 도입

1. 현황 및 문제점

수사 담당자가 체포영장이나 구속영장을 집행할 때 영장제시와 고지의무를 정확히 다하지 않는 경우가 많다. 법령에 따르면 체포자하려는 자 본인의 신분 및 소속을 고지하고 영장을 제시하면서 체포(구속)이유 및 범죄사실 요지, 피의자권리, 변호인, 가족 등 연락받을 사람 지정권, 구속영장실질심사청구권 등을 모두 고지하여야 한다.

그러나 실제로는 법령에 따른 절차를 준수함에 있어 이를 요식적 절차로 생각하여 체포영장이나 구속영장을 집행할 때 그 절차를 준수하는듯하면서도 대상자가 확인할 수 없을 정도로 너무 빨리 영장을 제시하거나 고지하는 경우, 미란다고지 후 형식적인 확인날인에 그치는 경우, 대상자가 장애 또는 학력수준 등의 이유로 고지내용을 이해하지 못한 경우 등 도저히 법령상의 절차를 제대로 이행한 것으로 볼 수 없는 경우가 있다. 이러한 문제들이 단지 개별 사건에서의 상황 때문에 발생한 실수인지는 의문이다. 오히려 영장 제도에 대한 수사 실무자들의 인식 부족이나, 대상자에 대한 기선 제압을 위한 고압적 자세에서 기인한 것은 아닐까?

영장발부의 요건이 주로 영장발부 권한을 담당하는 법관의 판단을 얼마나 객관화할 수 있는가에 관련되어 있다면, 영장집행절차에 있어서의 절차적 타당성의 확보는 그 관점을 약간은 달리 한다고 할 수 있을 것이다. '과정이야 어떻든' 결과만 맞으면 된다는 오래된 사고방식을 극복하여야 하기 때문이다. 우리 형사소송법도 많은 개정이 있었지만, 최근의 개정을 제외하면 제정 형사소송법[시행 1954.5.30. 법률 제341호, 1954.9.23., 제정]이 정하고 있는 절차와 방법은 현재의 형사소송법에서도 거의 변함없이 유지되고 있다.[433]

단지 '실무상' 지켜지지 않았을 뿐. 이는 '절차'에 대한 우리의 이해에도 관련된 것이지만, 의례히 법에는 좋은 규정을 두지만 이러저러한 이유로 편법, 탈법을 인정하고 그것이 당연한 것으로 여기던 것은 그리 오래 전의 일이 아니다. 그러나 오늘날의 관점에서는 적법한 절차와 이유에 따라 발부된 영장이 있다고 하여도 그 집행방법상의 절차위반이 있다면 그러한 영장 집행은 정당화될 수 없다. 물론 이것이 법적으로도 인정된 것은 그리 오래된 것은 아니다. 미국에서도 위법수집증거배제 법칙이 형성, 인정된 것은 그리 오래된 일이 아니고, 우리 실무와 판례에서 이것이 인정되고, 형사소송법에 반영된 것은 극히 최근의 일이다.

---

433) 중요한 조문들의 규정은 60여년간 거의 달라진 것이 없다. 제114조 (영장의 방식) ① 압수수색영장에는 피고인의 성명, 죄명, 압수할 물건, 수색할 장소, 신체, 물건, 발부년월일, 유효기간과 그 기간을 경과하면 집행에 착수하지 못하며 영장을 반환하여야 한다는 취지 기타 대법원규칙으로 정한 사항을 기재하고 재판장 또는 수명법관이 서명날인하여야 한다.

제118조 (영장의 제시) 압수수색영장은 처분을 받는 자에게 반드시 제시하여야 한다.

제129조 (압수목록의 교부) 압수한 경우에는 목록을 작성하여 소유자, 소지자, 보관자 기타 이에 준할 자에게 교부하여야 한다.

2. 효과적 개선방안

법령에 따른 고지 사항, 절차를 시행함에 있어 그 절차의 본래적 취지를 생각하기보다 '번거로운 절차'로 치부하는 사고를 극복하는 것은 쉬운 일은 아닐 것이다. 그러나 충분한 교육과 점검을 통해 절차의 취지를 살리는 것이 궁극적으로는 형사사법의 무너진 신뢰를 회복하는 가까운 길이 될 것이다.

이를 위하여 현행의 강제처분 집행절차에서 집행 당시 혹은 집행 후 즉시 영장집행 절차에 대한 대상자의 확인 절차를 둘 필요가 있다. 통상의 집행절차에서는 집행 개시 시점에, 긴급절차에서는 긴급집행 종료 후 즉시 법령이 규정하고 있는 통지, 고지, 참여 등에 대한 서면 확인을 제도화할 필요가 있다. 이는 또한 영장을 요하지 않는 것으로 파악되고 있는 대상자의 동의에 의한 압수·수색의 경우에도 적용될 필요가 있다. 동의권자가 사전에 충분한 설명을 통해 동의하였음을 서면 확인하는 절차를 두어야 한다.

이는 장기적으로는 애써 수사한 결과물이 절차법적 이유로 법정에서 사용할 수 없게 되는 일을 미연에 방지하는 것으로서 궁극적으로는 수사기관을 위해서도 필요한 절차로 판단된다. 물론 이것이 기존에 들어가지 않던 노력이 필요하게 되는 사실이겠지만, 앞서 언급한 바와 같은 '전자영장' 시스템에 부수하여 그 내용에 대한 당사자 확인, 서명이 자동으로 저장되도록 하는 방법도 가능할 것이다.

VIII. 영장집행 시 영장원본주의 실행 등 영장집행방법 개선

1. 현황 및 문제점

국가인권위원회의 진정사건에도 상당수 나타나는 것이 영장의 집행에 있어서 절차의 부실 준수, 미준수에 대한 사례이다. 앞서 '고지의무' 위반 사례도 마찬가지이다. 그처럼 법령이 정하고 있는 집행방법, 절차를 엄격하게 준수하도록 확인하는 별도의 절차를 두면 그 절차는 이행되겠지만, 또다른 편법이 이용될 수도 있고, 수사담당자에게 너무 과중한 부담이 지워질 수도 있을 것이다. 이 문제를 기술적인 수단을 활용하여 극복하는 방법도 모색될 필요가 있다.

2. 관련 국내 및 국제기준, 해외사례 – 전자영장제도 도입론

영장의 발부, 집행과 관련한 절차를 엄격하게 시행하게 되면 그 절차 준수를 위하여 현재의 형사사법체계에는 종전보다 많은 부담이 실리게 된다. 이 문제를 기술적으로 대처하기 위해서 최근의 기술발전에 따라 전자적 정보처리를 통하여 이를 해결하고자 하는 시도가 계속되고 있다. 특히 미국에서는 이 문제에 대한 연구와 이를 바탕으로 한 실제 제도의 수립 및 시행이 이루어진 바 있다.[434] 이러한 시도는 각종 영장의 신청, 청구, 발부 절차에서 소모적인 반복적 서류작업에 들어가는 노력의 양을 줄임으로써 오히려 각

434) 상세한 설명은 이상원, 전자영장제도의 도입방안에 관한 연구, 2012 참조.

각의 영장발부에 더 많은 관심을 가지고 보다 많은 주의를 기울일 수 있게 하고, 그 집행에 있어서도 집행 현장에서 당사자에게 직접 구체적 사항을 제시함으로써 대상자의 수인을 이끌어내는 효과를 가져올 수 있을 것이라고 기대 된다.

이는 동시에 '영장 원본'이 가지는 물리적, 시간적 제약을 극복하게 해줌으로써 집행대상자의 절차적 권리를 강화하는 효과도 가져올 수 있을 것으로 기대된다. 또한 우리 형사소송법에 존재하는 소위 '영장주의의 예외'에 대한 인정근거 가운데 '긴급성'의 필요성을 상당한 정도로 극복할 수 있을 것이어서 궁극적으로 영장주의의 예외를 줄이거나, 없앨 수 있는 방안으로서 적극적으로 모색될 필요가 있다. 또한 전자기기에 의한 전자영장의 경우 사전 고지 등에 대한 대상자의 확인이나, 사후 제시 의무 이행에 대해서도 현장에서 즉시 대상자의 확인절차를 등록할 수 있는 방법으로도 활용가능할 것으로 보인다.

3. 전자영장제도 도입의 필요성과 가능성

(가) 절차의 신속성 확보

수사 대상자의 인권 보장을 위해서 영장주의를 실질화하여야 함은 여러 경로로 주장되어 왔다. 하지만 현재와 같은 방식 하에서 예외 없는 영장주의 실질화를 요구하는 것은 관련 기관 모두에게 막대한 부담을 지우게 된다. 각 형사사법기관이 각자의 업무처리에서 전자시스템을 사용하고 그 의존도는 높아지고 있지만, 아직도 종이서류에 의한 절차진행은 형사절차 전반에서 확고하게 유지되어 있다. 특히 기관 사이의 정보이전이 종이에 의하여서만 이루어지고 있는 현재의 업무처리는 종이문서를 필수적으로 작성하여야 하는 관계로 인력과 시간의 낭비가 있고, 기관 사이에 정보 공유가 이루어지지 않아 동일한 정보를 기관마다 조사입력하여야 하는 중복의 문제가 있으며, 형사사법에 관련된 국민들도 기관별로 각각 사무를 보아야 하는 불편함이 있다. 즉 전통적인 방식의 (종이) 영장의 경우 영장의 청구와 발부 및 집행의 각 단계에서 각 기관 내부의 결제절차도 거쳐야 할 뿐만 아니라, 종이서면의 작성과 기록조제에도 많은 시간과 노력을 요하며, 이 서류들이 각 기관 사이를 물리적으로 이동해야만 한다.

이러한 절차 가운데 가능한 부분을 전자적으로 행한다면 많은 시간과 노력, 비용을 절약할 수 있고, 이에 따라 절차의 신속을 확보할 수 있다. 물론 시스템 개발을 위한 논의도 상당한 부담이 되겠지만, 이미 형사사법정보시스템(KICS: Korea Integrated Criminal Justice Information System)도 구축되어 있으므로, 전자영장 시스템을 구축하는 것이 요원한 일만은 아니다.

(나) 판단의 정확성 확보

물론 어느 수준까지 개발할 것인가가 관건이 되겠지만, 현재의 기술을 활용한 수준으로도 전자영장절차는 수사기관이 현장에서 확보할 수 있는 현장사진이나 음성 또는 영상을 경찰관의 개인 장비(스마트폰, PDA, 랩탑컴퓨터 등) – 순찰차 – 경찰서 – 검찰청 – 법

원의 경로(중간 생략 가능) 사이를 거의 실시간으로 전달할 수 있으므로 사실적 상황을 판단해야 하는 주체인 판사에게 더욱 정확한 판단이 가능하게 된다.

(다) 영장주의의 실현

보다 궁극적으로는 많은 노력 없이도 즉각적인 영장발부가 가능해짐으로써 수사기관이 영장을 회피하려는 동기가 약화되고 수사기관에게 영장에 의한 강제처분을 요구하더라도 비현실적인 것으로 여겨지지 않을 것이라는 점이다. 즉 모든 강제처분에 대하여 사전영장 또는 적어도 사후영장을 받도록 함으로써 현행제도의 위헌적인 요소를 없앨 수 있다.

제3절 대물적 강제처분 관련 법, 제도, 관행 개선

I. 긴급 압수수색·검증의 대상 및 시간 제한

1. 현황 및 문제점

(가) 긴급 압수수색·검증의 대상 제한

현행법 제217조 제1항은 긴급압수수색·검증의 대상물을 긴급체포할 수 있는 자가 소지, 보관, 소유하는 물건으로 규정하고 있다. 그래서 피의자의 소유 물건이라면, 그 소재지나, 점유자를 불문하고 긴급압수수색이 가능한 것으로 규정하고 있어서 피의자 소유 물건을 보관 중인 제3자의 주거에도 영장 없이 수색할 수 있게 되어 수사편의를 위한 영장주의의 제한이 초래될 위험이 있다.

(나) 긴급 압수수색·검증의 시간 제한

긴급체포 후 얼마동안 영장 없는 긴급압수수색이 가능할 것인가에 대해서 현행법은 긴급체포 후 영장청구기간 동안 긴급압수수색이 가능하도록 규정하고 있으나, 정부원안에서는 긴급압수수색이 허용되는 시한을 긴급체포한 때부터 12시간 이내로 한정하였다가 국회 법사위 논의 과정에서 이를 24시간 이내로 규정하였다. 이는 12시간 이내로 할 경우 야간에 긴급압수수색을 할 수밖에 없는 경우가 많이 생기므로 이를 방지하려는 취지이다. 그러나 이 규정 자체가 불가피한 예외를 인정하고자 하는 것이므로, 예외의 인정이 지나치게 넓어진다면 비례성의 원칙과 영장주의를 잠탈할 우려가 있다. 따라서 긴급성을 요하여 영장에 의하지 아니한 강제처분이 가능한 범위는 필요한 최소한으로, 이루어졌다고 하더라도 사후 통제장치로서 사후 영장을 발부받도록 하여야 한다. 물론 이는 전자영장과 같은 대안을 통하여 영장 발부에 필요한 시간, 노력을 줄임으로서 '긴급한 필요' 자체를 감소하려는 방안 또한 모색하여야 할 필요도 있다.

2. 관련 국내 및 국제기준, 해외사례

(가) 미국[435]

미국의 경우 적법한 체포에 수반하는 수색에 있어서 체포가 적법하기만 하면 영장에 의한 체포이든 영장 없이 이루어지는 체포이든 상관없으며 수색은 체포되는 사람의 지배영역이라는 제한된 범위에서 이루어져야 한다. 이 경우 수색의 정당한 사유로는 경찰관의 안전확보, 도주방지, 증거의 은닉 또는 인멸 방지 등 이다. 합법적인 체포에 수반하는 수색은 이러한 사유에 근거하여 인정되는 것이므로 별도로 수색 자체에 대한 상당한 이유가 필요하지는 않으나 피체포자의 신체와 직접적 지배 범위 내에서 제한적으로 이루어져야 하고, 체포와 동시(contemporaneous)에 이루어져야 한다는 시간적 제약이 있다. 여기서 체포와의 동시성은 체포에 수반하는 수색의 시점이 반드시 체포의 시점과 일치해야 한다는 의미는 아니다. 경우에 따라서는 체포에 앞서 수색이 이루어지기도 하고 체포 후에 수색이 실시될 수도 있다. 영장 없는 수색과 압수시의 상당한 이유의 존재에 대한 입증책임은 법집행기관에게 있다.

(나) 독일

독일 형사소송법 제98조 제1항 및 제105조는 지체의 위험성이 있는 긴급한 상황의 경우 법원의 허가없는 긴급 압수·수색을 명문으로 인정하고 있으며, 독일 형사소송법 제108조는 특정 사건의 수색과정에서 발견된 다른 사건의 증거물에 대한 가압수를 허용함으로써 미국의 PlainView와 유사한 가압수 제도도 함께 인정하고 있다. 긴급한 상황은 판사의 명령을 받는다면 지체로 인하여 압수, 수색의 목적을 달성할 수 없게 될 위험성이 있는 경우를 말한다. 단순한 추측 또는 조사에 대한 위험가능성만으로는 부족하며, 사실에 근거한 특별한 상황의 존재로 인하여 증거가 인멸될 것으로 보이는 급박한 사정이 존재할 것이 요구된다.[436]

(다) 일본[437]

수사기관은 체포에 수반하여 일정한 요건이 충족되는 때에는 예외적으로 영장 없이 압수, 수색을 할 수 있다. 즉 피의자를 체포하는 경우에 있어 필요가 있는 때에는 ① 영장 없이 주거 또는 간수하는 저택, 건조물 등에 출입하여 피의자를 수색할수 있으며(동법 제220조 제1항 제1호), ② 체포의 현장에서 압수, 수색을 할 수 있다(동조 제1항 제2호). 여기서 체포라고 함은 체포장에 의한 체포, 현행범체포, 긴급체포를 모두 포함하며, 구인

435) 이윤제, 각국의 효율적 압수·수색 제도 및 공판정에서의 증거능력 인정을 위한 제도적 방안, 대검찰청 연구용역보고서, 10쪽.

436) 이윤제, 각국의 효율적 압수·수색 제도 및 공판정에서의 증거능력 인정을 위한 제도적 방안, 대검찰청 연구용역보고서, 17-18쪽.

437) 이윤제, 각국의 효율적 압수·수색 제도 및 공판정에서의 증거능력 인정을 위한 제도적 방안, 대검찰청 연구용역보고서, 22-23쪽

장 또는 구류장을 집행하는 경우도 포함한다(동조 제4항). 다만, 긴급체포의 경우에 사후에 체포장을 발부받지 못하면 압수물을 즉시 환부하여야 한다(동조 제2항).

일본 형사소송법은 체포에 수반하여 일정한 요건이 충족되는 때에 예외적으로 영장 없이 압수, 수색을 할 수 있는 긴급압수수색만을 우리 형사소송법과 거의 동일한 내용으로 규정하고 있다. 하지만 일본 수사실무자들에 의해 긴급 상황 하에서 수색이나 압수를 선행시키고 사후에 판사의 영장을 발부받는 제도를 도입하여 달라는 논의가 있었으나 우리나라 형사소송법상 인정되고 있는 범죄현장에서의 압수수색이나 긴급체포된 자의 소유, 소지, 보관하는 물건의 압수에 대한 규정은 없다. 즉, 우리나라와 달리 범행중 또는 범행직후의 범죄장소에서 긴급을 요하여 판사의 영장을 발부 받을 수 없는 때(한국 형사소송법 제216조 제3항)와 긴급체포의 법정기간 내(동법 제217조) 인정되는 영장에 의하지 않는 압수, 수색에 관한 규정이 없는 것이다.

일본의 경우에는 형사소송법상 위와 같이 긴급 압수, 수색이 극히 제한된 범위 내에서만 인정되기 때문에 수사상 어려움을 고려하여 체포에 수반한 긴급압수수색의 범위를 비교적 넓게 해석함으로써 실무상의 필요성을 충족시키고 있다고 한다.

3. 효과적 개선방안

현행법 제217조 제1항은 긴급압수수색·검증의 대상물을 긴급체포할 수 있는 자가 소지, 보관, 소유하는 물건으로 규정하고 있다. 그래서 피의자의 소유 물건이라면, 그 소재지나, 점유자를 불문하고 긴급압수수색이 가능한 것으로 규정하고 있어서 피의자 소유 물건을 보관 중인 제3자의 주거에도 영장 없이 수색할 수 있게 되어, 당해 수색으로 인하여 사생활의 침해를 받는 주거권자의 입장을 전혀 고려하지 않은 것으로서 수사편의를 위한 영장주의의 제한이 초래될 위험이 있으므로 긴급체포된 자가 체포 당시 소지하는 물건으로 한정하여야 하며, 시간적으로도 본래 이 제도가 체포 현장의 급박한 상황을 고려하여 도입된 것임을 고려하면 체포 시점 전후의 일정 기간으로 좁게 개정되어야 할 필요가 있다.

또한 전자영장 등 영장의 신청, 청구, 발부 절차에 들어가는 노력과 시간을 줄일 수 있는 적절한 대안이 마련된다면 가급적 그 허용 범위를 축소하여야 할 것이다.

II. 디지털 증거의 압수수색의 근거와 집행방법 개선

1. 현황 및 문제점

현재 실무상으로 디지털 증거에 대한 수사 및 증거조사는 디지털 증거가 담기 컴퓨터 하드디스크 등의 점유를 취득한 이후에 이를 이미징하여 원본과 동일한 복제물을 만들어 낸 뒤 그 복제물을 분석하여 그 안에 들어있는 정보를 검토하여 필요한 정보를 찾아내고 이를 결국 출력하여 증거로 사용하는 방식으로 이루어진다. 이 과정에서 수사기관이 디지털 증거가 들어 있는 저장매체를 확보하는 행위, 저장매체를 이미징하는 행위,

삭제된 파일을 복구하는 행위, 디지털 증거의 내용을 분석하는 행위, 이를 출력하는 행위 등 기존에 유체물을 대상으로 한 압수, 수색에서는 생각하지 못했던 많은 행위가 개입됨으로써 과연 어떤 행위를 압수 또는 수색으로 보아야 할지에 대하여 의문이 제기되고 있다.[438]

디지털증거에 대한 압수·수색은 강제처분에 해당하므로, 원칙적으로 임의수사에 의해 수사의 목적을 달성할 수 없는 경우에 한해서만 필요최소한의 범위 내에서 허용되어야 한다. 따라서 압수·수색 영장발부 시 범죄사실과 관련된 것으로 확인된 디지털증거에 한해 그 증거의 저장장치 소유자, 소지자 또는 간수자에게 참여할 기회를 부여하는 등 구체적인 압수방법의 제한을 강화해 압수·수색 대상자의 기본권 침해를 최소화해야 한다.

그러나 종래 디지털 정보가 정장된 매체 전부를 압수하거나, 그 기간을 지나치게 장기간으로 설정한 영장이 발부되어 문제되었다. 따라서 수사기관이 컴퓨터 데이터 등 무형의 전자적 기록 내지 디지털 증거를 확보할 수 있는 법적 근거를 마련하되 압수·수색의 대상, 절차와 방법 등을 규정하여 개인의 과도한 정보유출로 인한 사생활침해나 기업의 영업활동의 지장이 초래되지 않도록 하여야 한다. 압수의 대상이 컴퓨터용 디스크 및 정보저장매체인 경우 출력하거나 복제하는 방식으로 압수하고, 이것이 불가능하거나 곤란한 경우에만 정보저장매체 자체를 압수할 수 있고 정보통신망에 의하여 접속가능한 정보의 경우에는 정보처리장치를 통하여 접속한 후 수색할 수 있도록 해야 한다.[439]

2. 관련 국내 및 국제기준, 해외사례

한편, 미국에서는 연방형사소송법 제41(a)(2)항[440]의 압수·수색 범위 및 정의 규정에서 물리적인 자료 외에 무형의 정보도 압수·수색의 대상이 된다고 명시적으로 규정하여 전자정보에 대한 압수·수색이 가능하다고 입법적으로 해결하였고, 미 연방 대법원도 같은 취지로 판시하였다.[441] 연방형사소송규칙이 개정 되기 전에 United States v. New York Telephone. Co. 판결은 '연방소송규칙 제41조 제(h)항은 물건에 대해서 문서, 장부, 서류 기타의 유체물을 포함한다고 정의하고 있으나, 이는 한정적 열거가 아니며 대상으로 될 수 있는 물건을 모두 열거하려고 한 취지도 아니다. 동 규칙 제41조는 유체물에 한정되지 않는다.'고 판시하였고, Michigan Bell Tel. Co. v. United States)판결[442]도 '기술적으로도

438) 이윤제, 각국의 효율적 압수·수색 제도 및 공판정에서의 증거능력 인정을 위한 제도적 방안, 대검찰청 연구용역보고서, 159쪽.

439) 하태훈, 한국형사법학회 형사소송법 개정안에 대한 논평-수사 일반과 강제 처분 부분-, 형사법연구 제23권 제1호, 19-20쪽 참조.

440) Federal Rules of Criminal Procedure Rule 41. Search and Seizure (a)Scope and Definitions-(2)Definition. The following definitions apply under this rule: (A)"Property" includes documents, books, papers, any other tangible objects, and information. [(2)정의. 이 조에서 다음의 정의가 적용된다. (A) 물건(Property)은 서류, 장부, 문서, 기타 유체물과 정보를 포함한다.].

441) United States v. New York Tel. Co., 434 U.S. 159, 170 (1977).

442) Michigan Bell Tel. Co. v. United States, 565 F.2d 385(6th Cir. 1977).

무체물을 압수하는 것이 가능하기 때문에, 법원은 연방형사소송규칙 제41조의 적용범위를 한정해서는 안 되고 오히려 그 목적을 실현할 수 있는 취지로 동조를 해석하여야 하며 무체물을 압수·수색할 수 있다는 것이 일반적인 법감정일 것이다.'라고 판시하였다.[443]

반면에 우리 법원은 과거에 디지털 증거의 압수·수색과 관련하여 서울중앙지법 2007년 영장번호 제6497호 사건에서 판사는 일부기각을 하면서 압수, 수색할 물건에 기재된 내용 중 일부에 대하여 전산파일 및 관련 자료에 대해서는 수색대상으로만 제한함(파일 복사는 가능함)이라고 기재하였고, 서울중앙지법 2007년 영장번호 제11822호 사건에서 판사는 일부 기각을 하면서 압수·수색영장 표지 제목 중 '압수'문구를 삭제하고 압수는 불허한다고 기재하였으며, 서울중앙지법 2007년 영장번호 제11901호 사건에서 판사는 일부기각을 하면서 압수·수색영장 표지 제목 중 '압수'와 '검증'문구를 삭제하고 압수는 불허한다고 기재하였다고 한다.[444] 이는 앞의 디지털 증거의 압수, 수색의 가능성에서 본 부정설 중 오기두 판사의 견해, 즉 당해 범죄행위와 관련된 자료만이 저장된 디스크등 컴퓨터 장비는 그것이 당해 데이터와 일체 불가분으로 결합되어 있으므로 그 컴퓨터 장비를 형사소송법 제219조,제106조의 증거물 또는 몰수할 것으로 사료되는 물건에 해당된다고 보아 위 법률 규정에 의해 압수할 수 있으나, 당해 범죄행위와 무관한 자료와 유관한 자료가 함께 저장된 컴퓨터 장비는 위와 같이 당해 데이터와 컴퓨터 기억매체등 컴퓨터 장비가 일체불가분으로 결합되어 있다고 볼 수 없으므로 유체물에 한하여 압수할 수 있다고 규정한 위 형사소송법 제219조, 제106의 규정에 의할 때 그 컴퓨터 장비를 압수하는 것은 허용되지 않는다는 견해를 바탕으로 한 것으로 보인다.

이러한 논의가 계속되어 오다가 2077년 형사소송법 개정을 통하여 제106조(압수) ① 법원은 필요한 때에는 피고사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 증거물 또는 몰수할 것으로 사료하는 물건을 압수할 수 있다. 단, 법률에 다른 규정이 있는 때에는 예외로 한다. ③ 법원은 압수의 목적물이 컴퓨터용디스크, 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체(이하 이 항에서 "정보저장매체등"이라 한다)인 경우에는 기억된 정보의 범위를 정하여 출력하거나 복제하여 제출받아야 한다. 다만, 범위를 정하여 출력 또는 복제하는 방법이 불가능하거나 압수의 목적을 달성하기에 현저히 곤란하다고 인정되는 때에는 정보저장매체등을 압수할 수 있다. 고 정보저장매체에 대한 압수 수색방법을 명시하였다. 또한 제114조(영장의 방식) ① 압수·수색영장에는 피고인의 성명, 죄명, 압수할 물건, 수색할 장소, 신체, 물건, 발부년월일, 유효기간과 그 기간을 경과하면 집행에 착수하지 못하며 영장을 반환하여야 한다는 취지 기타 대법원규칙으로 정한 사항을 기재하고 재판장 또는 수명법관이 서명날인하여야 한다. 다만, 압수·수색할 물건이 전기통신에 관한 것인 경우에는 작성기간을 기재하여야 한다. 고 규정하여 입법적으로 이 문제를 해결하였다.

한편 2011.6. 개정된 일본형사소송법은 여전히 유체물 중심의 증거원칙을 유지하고 있고,

443) 박종근, 디지털 증거 압수·수색과 법제, 형사법의 신동향, 통권 제18호, 2009, 37쪽.
444) 류장만, 압수·수색영장청구 분리기각결정에 관한 고찰, 형사판례연구 16, 2008, 314-316쪽.

독일도 전통적인 규정을 유지하고 있으나, 연방 헌법재판소는 디키털 증거를 수사기관의 저장매체에 복제하여 압수하는 것을 적법한 압수방법으로 인정하고 있다.[445]

3. 효과적 개선방안

그러나 이러한 입법적 규정을 통하여 디지털 증거에 대한 압수와 그 방법이 모두 해결된 것은 아니다. 여전히 '수사 비례성' 원칙에 의한 제한의 문제가 남아 있기 때문이다. 종래에 기업에 대한 압수·수색의 경우에 필요하지 않은 서류까지도 모두 압수해 가서 정상적인 업무를 유지할 수 없었던 사례가 디지털 증거의 압수에서도 마찬가지로 발생할 수 있기 때문이다. 오늘날과 같은 대량 정보처리 시대에 대상자의 중앙 메인서버와 같은 정보처리장치가 몇 시간 동안 멈춰있다면 그 피해를 산출하기조차 힘들게 되기 때문이다. 수사 목적 달성에 필요한 압수·수색을 수행하되, 가급적 그 이상의 손해를 남기지 않도록 수사목적달성에만 충실하도록 하자는 것이다. 이러한 문제점에 대한 대안으로 소위 on-line압수·수색이 논의 되고 있다. 정보통신망을 통하여 대상 정보에 접근하여 필요한 정보만을 획득하여 간다면, 통상의 압수·수색이 초래할 수 있는 시간적, 공간적 제약도 없을 뿐더러, 새로운 정보저장 기법인 그리드 컴퓨팅(Grid computing), 클라우드 컴퓨팅(Cloud computing) 과 같은 경우 전통적인 의미에서 '정보저장매체의 물리적 소재지'와 같은 것이 희박하다는 점 또한 극복할 수 있기 때문이다.

이러한 측면에서는 소위 'on-line압수·수색'의 장점이 극대화될 수 있을 것이고, 그에 따른 제도 정비를 하여야 할 것이다. 다만 확보하려는 디지털 증거가 대상 정보를 관리하는 자의 범죄에 대한 것인 때에는 정보관리자의 협조를 구하기 힘들고 압수·수색의 개시 사실을 통보받는 즉시, 온라인을 통해서 어디에서나 대상 정보에 접근하여 이를 파괴, 변조 할 수 있는 가능성이 있다는 점에서 특수성이 있다고 할 수 있다. 이 때문에 이미 외국에서는 관리자나 사용자 모르게 탐지프로그램을 대상 정보운영체제에 심거나, 관리권을 획득하는 '스파이웨어'(Spyware)나 '해킹'(Hacking)에 의한 압수·수색의 문제가지 논의되고 있는 실정이다. 이 문제도 대단히 중요한 주제이기는 하지만, 아직 우리나라에서 시행되는 것은 아니어서, 이 연구에 직접 관련되는 것은 아니므로, 다른 연구[446]를 소개하는 것으로 그친다.

제4절 영장 관련 규정 정비 및 교육훈련 개선

I. 영장 관련 내규, 지침, 가이드라인 정비

1. 현황 및 문제점

법원의 인신구속사무의 처리에 관한 예규(이하 '재판예규')에 의하면 판사는 구속영장을

445) BverG 1, 126

446) 전현욱, 디지털 증거 확보를 위한 수사상 온라인 수색 제도 도입 방안에 대한 연구, 대검찰청 연구용역보고서, 한국형사정책연구원, 2012.12.10.

발부하는 경우 구속영장의 해당란에 구속의 사유를 표시하여야 하며, 필요한 경우에는 증거를 인멸할 염려 또는 도망할 염려가 있다고 인정하는 주된 요소를 간략하게 기재할 수 있다(제50조). 구속영장의 청구를 기각하는 경우에는 구속영장청구서 하단의 해당란 또는 별지에 구속영장을 기각하는 취지와 이유를 간략하게 기재한 다음 연월일을 적고 서명, 날인하여 검사에게 교부한다(제51조).

이러한 재판예규는 인신구속의 대상이 된 피의자가 아니라 청구권자를 위한 예규라는 비판을 받을 수 있다. 구속영장을 기각하는 경우 그 취지와 이유를 필수적으로 기재하여야 하나 발부하는 경우는 해당란에 표시만 하면 되고 필요한 경우에만 증거를 인멸할 염려 또는 도망할 염려가 있다고 인정하는 주된 요소를 간략하게 기재할 수 있도록 하여, 심사가 형식적으로 이루어질 가능성이 있을 뿐만 아니라 인신구속을 당하는 피의자를 배려한 규정이라고 볼 수 없다.

체포영장의 발부의 경우도 마찬가지다. 체포영장에 “피의자는 정당한 이유 없이 수사기관의 출석요구에 응하지 아니하였다.”, “피의자는 정당한 이유 없이 수사기관의 출석요구에 응하지 아니할 우려가 있다.”, “피의자는 일정한 주거가 없다(다액 50만 원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 해당하는 사건).” 중 해당란에 표시하도록 되어 있다. 왜 표시한 체포사유에 해당한다고 판단했는지, 그리고 어떤 사정으로 체포의 필요성을 인정했는지 기재하도록 되어 있지 않다.

따라서 오히려 구속영장을 발부하는 경우에 구속의 사유에 관한 판단의 내용을 기재하도록 하고, 구속영장을 기각하는 경우에는 해당란에 표시하도록 하여야 한다. 체포영장에 체포사유 인정근거와 체포필요성 인정근거를 간단하게라도 적시하도록 하여야 한다.

체포영장의 경우 출석요구에 1회 응하지 않은 경우를 자동적으로 체포의 사유로 보아서는 안된다.(재판예규 제15조 1항) 또한 불응할 우려도 도망하거나 도망의 염려로 볼 수 있는데 도망의 염려도 구체적, 객관적 사유로 판단해야 한다(재판예규 제15조 2항). 수사기관이 제출한 출석요구서 사본, 출석요구통지부 사본 또는 도망이나 증거인멸의 염려가 인정될 수 있는 자료를 형식적으로 검토해서는 안된다. 전화로 출석요구한 경우 통화일시, 수화자, 수화자와의 피의자와의 관계, 피의자의 연락 가능성, 통화내용 등을 기재한 수사보고서를 요구해야 한다. 피의자의 연령과 경력, 가족관계나 교우관계, 범죄의 경중 및 태양 기타 제반 사정에 비추어 피의자가 도망할 염려가 없고 증거를 인멸할 염려가 없는 등 명백히 체포의 필요성이 없다고 인정되는 때에는 체포영장의 청구를 기각하여야 한다(형사소송법 제200조의2 제2항, 형사소송규칙 96조의2). 제반 사정에는 피의자의 신분·직업·질병·방랑성·주벽·전과, 집행유예기간 경과 여부, 자수 및 합의 여부 등 개인적인 사정 내지 정상, 범죄의 동기·횟수·수법·규모·결과 등 형법 제53조가 정한 양형조건 등이 포함된다(재판예규 제16조 1항).[447]

그러나 이러한 사정은 검사가 제출한 자료에 나타나 있지 않는 사정인 경우 당직법관(또는 영장전담판사)가 고려할 수 없다는 문제점이 있다. 그리고 이러한 사정을 ‘종합적으로

447) 법원행정처, 법원실무제요 형사[I], 2008, 253면

고려하여야 한다'고 규정할 것이 아니라, 체포의 필요성에 부정적인 사정과 체포의 필요성에 긍정적인 사정을 구체적으로 적시하고 이를 비교교량하는 방법이어야 한다고 규정하는 것이 합리적이라고 본다. 가이드라인이나 지침은 구속사유를 판단할 때 고려해야 할 사항을 단순 나열하고 있다. 이들을 양형기준에서 특별양형인자와 일반양형인자로 구분하듯이 중요한 요소와 덜 중요한 요소 등을 구분하여 규정하는 것이 실질적 심사에 도움이 될 것이다.

미체포 피의자에 대한 구속영장 청구의 문제점으로는 검찰이 영장에 의한 체포나 긴급체포를 이용하지 않고 피의자를 경찰서나 검찰청에 출석시켜 조사하다가 구속영장을 청구하는 경우가 있는데 피의자가 스스로 경찰서나 검찰청에 출두하여 조사를 받은 후 경찰서 또는 검찰청 청사 내에서 판사에 의한 구속영장이 발부될 때까지 대기하는 형식으로 운용된다. 그러나 이 경우에 도주 또는 증거인멸의 염려가 있다고 보아 구속영장을 발부해야 할 것인지가 문제된다. 수사기관에 자진출석하더라도 조사 도중 자신의 죄가 무거움을 인식하거나 자신의 변소가 받아들여지지 않음을 느끼게 되면 조사 후 영장을 청구하는 사이 도망할 가능성이 있으므로 피의자가 출석하게 된 경우, 출석횟수, 출석불응이 있었는지 여부, 조사시간, 수사상황 등 여러 가지 사정을 고려하여 신중하게 판단하여야 한다.[448]

또한 구속영장 발부를 위한 심문절차에 대상자의 출석을 강제하기 위한 구인장의 집행 사례에서 문제점이 발생되고 있다. 구인영장이 발부된 이상 그 집행을 위해 노력하는 것은 당연하지만, 결국 구인되지 아니한 경우 인신구속사무의 처리에 대한 예규 제41조 제1항에 따라 법원은 이를 출석불응, 도주우려로 보아 구속영장을 발부할 수 있으므로, 구인장의 집행이 불필요한 강제력의 행사가 되지 않도록 그 집행 지휘에 유의할 필요가 있다. 이는 구인영장 또한 다른 영장과 마찬가지로 7일의 유효기간으로 발부되지만, 구체적 사정에 비추어 강제력을 행사할 것인가에 대해서 원칙적으로 검사의 집행지휘가 있어야 할 것이다.

국가인권위원회에 진정되었던 특이한 사례로서 '증인' 구인용 구속영장 집행 사례(11-진정-0126600)가 있다. 이 사례에서는 수사기관이 법원의 증인 구인용 구속영장을 집행함에 있어, 인치할 일시인 2011. 3. 24. 15:30경에 집행해야 함에도 불구하고 이를 제대로 확인하지 않고, 대상자를 2011. 2. 13. 14:00경에 강제 구인한 사례로서 이 사건의 경우 진정인과 피진정인의 화해가 있어서 사건은 종결된 것이지만, 증인은 자신의 사건이 아님에도 국가형사사법상의 목정 때문에 출석할 의무를 부담하는 자여서 본인의 범죄사실 등에 기인한 다른 구속영장과 성격을 달리하는 것이고, 당해 증인이 증언해야하는 공판일시 이외에는 신체구속의 필요가 없는 자이므로, 다른 구속영장과 색상, 형태를 달리하거나 하는 등 혼동의 여지를 줄일 필요가 있다고 본다.

448) 법원행정처, 법원실무제요 형사[I], 2008, 268면

2. 효과적 개선방안

대개 학계의 관심은 법령상의 문제점에 집중되어 있지만, 법령상의 문언은 추상적일 수 밖에 없어서 그 구체적 방법은 부령이나, 내규, 훈령 형태로 수사기관이나, 법원의 내부 규정에 의하는 경우가 많다. 그런데 이들 규정은 외부의 감시 없이 기관 내부적으로 작성된 것이어서 법령의 취지를 살리지 못하거나 심지어 왜곡하는 경우도 있다.[449] 형사사법에 있어서 문제가 되는 많은 경우도 행정안전부, 법무부나 대법원의 내규형태로 구체적 방법을 규정하고 있는데, 건전한 상식을 가진 사람이 보기에 아무리 부당해도 기관 내부의 규정에는 어긋나지 않기 때문에 부당한 집행이 아니라는 식으로 정당화하는 방편이 되는 경우도 보인다.

국민의 기본권에 직접 영향을 미치게 되는 이러한 내부 규정들 또한 공개적으로 검토하여 그 타당성을 심사하고 개정되어야 할 필요가 있을 것이다. 해당 기관의 반발은 있겠지만 법령의 개정만큼 국회를 설득하여야 하는 일도 아니고, 충분히 납득될 수 있는 경우 제·개정도 훨씬 용이하면서도 시민의 권리 보장에 보다 직접적으로 영향을 미칠 수 있는 경우가 많다고 판단된다.

II. 수사 담당자의 인식 제고 및 교육훈련 개선 방안

1. 현황 및 문제점

(가) 수사 담당자의 인식 제고의 필요성

범죄수사는 규범공동체가 공존불가능한 것으로 선언한 불법적 행태에 대하여 그 불법을 확인하고 처벌함으로서 당해 공동체의 규범적 일체성을 확보하는 절차라고 할 수 있다. 그러한 의미에서의 범죄수사는 공동체 유지, 존속에 불가결한 제도임에는 틀림없고, 이 목적을 위하여 강제력을 행사하는 것도 허용되는 것이다. 그러나 범죄수사는 그 자체가 목적인 것이 아니라는 점 또한 분명하다. 결국 이는 당해 공동체를 구성하고 있는 개별 구성원의 이익에 귀속되기 때문에 이 공동체가 가지고 있는 기본적 가치를 존중하여야 하며, 이를 위해서 존재하는 것이다. 따라서 일반 시민, 범죄자로 의심 받고 있는 자, 범죄자 모두를 공동체의 일원으로 인정하는 한, 넘어설 수 없는 한계가 있음을 인정하여야 한다. 우리나라도 이미 이러한 인식이 상당한 정도로 자리 잡고 있다고 할 수 있다.

우리 헌법과 형사소송법, 그리고 이에 부수하는 여러 규범들도 기본권 침해를 수반하는 범죄수사 방법에 대해 그 요건과 절차를 엄격하게 규정하고 있다. 그러나 구체적 상황에서 벌어지는 다양한 행태들을 추상적 개념으로 규정할 수밖에 없는 법률문언에서 모두 규정하는 것은 불가능한 일이고, 개별적 상황에서 판단의 여지가 있을 수밖에 없고, 그 상황을 가장 잘 파악하고 이해하는 것은 현장의 법집행자 자신일 수밖에 없다. 이러한

449) 출입국관련 "출입국사범 단속과정의 적법절차 및 인권보호준칙"[법무부훈령 제826호, 2011.6.22.] 참조. 이 훈령은 인권보호와는 관련이 없고, 단속의 편이성만을 위하여 마련된 것으로 보인다. 그 실제에 맞게 '단속준칙'으로 불러야 마땅하다.

점에서 현장의 수사실무자 자신이 헌법, 형사소송법의 강제처분을 규정하는 영장주의 정신과 취지를 잘 이해하고 이를 준수할 수 있어야 한다.

물론 실제의 범죄 수사는 교과서나 문헌 위에 있는 것이 아니기 때문에 김상균 교수가 적절히 지적[450]하고 있는 바와 같이 구체적 현장 상황에 따른 '위험성과 돌발성이 작용'한다는 점 또한 감안되어야 할 것이다. 현장의 법집행자가 직업적 양심에 따라 판단하였지만, 사후적으로 위법한 법집행으로 판단되는 수도 있을 것이다. 그러나 몇몇 문제된 사례들에서는 오늘날 우리 사회의 수준에 비추어 도저히 용인하기 힘든 인식 부족, 의도적 무시 혹은 미성년자나 지적 장애인 등에 대한 범죄적 수사방법 사용마저 나타난다. 또한 수사기관 종사자 스스로 '범인', '범죄자'를 상대하고 있다는 생각을 떨치기 쉽지 않기 때문에 범인 체포나 제압과 무관한 상황에서 불필요한 반말, 폭언, 폭행과 같은 돌발적 행태가 나타나기 쉽다고 본다. 속된 표현을 하자면, '맞아도 싸다'거나, '잘못한 놈이 뭔 말이 많아'같은 사고이다. 그러나 절차적 권리에 대한 인식이 증대된 지금은 '그건 그거고 이건 이거'라는 사고를 할 필요가 있다. 또 당연히 '그들'은 확정 판결이 나기 전까지는 '무죄로 추정되는 우리 시민'의 하나라는 점을 명심해야 한다.

인권위원회에 대한 진정이 줄어들지 않는 이유에 대해서는 여러 분석이 가능하겠지만, 적어도 수사기관의 질적 수준이나 인권의식이 하락하였기 때문은 아닐 것이다. 수사기관 종사자의 교육수준이나 공식적 교육과정은 계속 상향되고 있기 때문이다. 오히려 국가인권위원회의 기능이 제고됨에 따라 종래에 묻혀있었던 사건이 표면화하고 있다는 점-진정해봐야 소용없다는 인식에서 충분한 권리구제 수단이 될 수 있다는 인식이 확산되는 점-, 종래에 침해로 생각하지 않았던 반말, 폭언 등을 침해로 인식하게 되었다는 것과 같은 점-교사에 의한 학교 폭력 신고의 빈도를 떠올리면 알 수 있을 것이다.- 그리고 아직은 잠재적인 가정일 뿐이지만, 위법수집증거배제 법칙의 명문화에 따라 수사기관의 어떠한 하자라도 문제를 삼을 수 있으면 자신에게 이를 유리하게 활용할 수 있다는 진정인 측의 태도 변화도 추측해볼 수 있다.

수사 일선 혹은 민원 일선에서 사건을 대하게 되는 담당자의 경우 근무 환경 자체에서 관성적으로 사건을 처리하게 될 우려가 높다. 그러나 과거에 용인되어 왔던 방식도 시민들의 권리인식이 높아지는 상황에서는 문제가 발생할 수 있다. 따라서 이러한 변화에 조응하도록 상황에 대처할 수 있는 능력이 필요하다고 할 수 있다.

(나) 교육·훈련 개선의 필요성

a. 절대적인 교육시간 부족

일선에서 공권력행사를 담당하게 되는 일선 경찰관들의 임용 전 교육과정인 중앙경찰학교의 커리큘럼[451]에서나 임용 후 직위에 따른 교육을 담당하는 수사연수원의 커리큘럼

450) 국가인권위원회, 진정사건 분석 위원회 설립 10주년 기념 수사 분야 토론회 자료

451) http://www.cpa.go.kr/cpa2013/sub/01/sub01.asp 이 밖에도 경찰의 다른 교육과정도 분석하여야 할 것이나, 대부분 비공개 자료이고, 여러 가지 제약으로 입수하지 못하였다. 이러한 점은

상으로 형사소송법에 대한 배정은 전체 교육시간에 비하면 지나치게 낮은 비중을 차지하고 있다. 더구나 그 가운데서 수사상의 강제처분에 대한 비중은 별도로 확인되지도 않는다. 경찰에 대한 국민들의 불만, 불신의 상당 부분이 범죄수사과정에서 겪은 직·간접적 경험에서 비롯되는 만큼 경찰 자체적으로도 이러한 인식 하에 교육비중을 증가시켜야 할 필요가 있다.

공식, 비공식적으로 수집한 경찰의 영장 관련 교육은 집행절차에 대한 규범적 이해를 하기에는 턱없이 짧고, 미흡하다고 판단된다. 일선에서 하위 경찰관들을 지휘해야할 경찰대학교의 교과과정에서도 법학의 비중이 작을뿐더러 형사소송법 과목만 개설되어 있고, 특별히 강제처분에 대한 교육은 이루어지지 않고 있다. 범죄수사가 경찰의 업무의 일부분일 뿐이라는 생각 때문에 많은 시간을 할애하지 않은 것으로 보인다. 그러나 현재 경찰이 담당하고 있는 다양한 업무의 일부이기도 하지만 동시에 국민들에게 가장 직접적으로 영향을 미치는 것이고, 그 과정에서의 위법이 증거평가에 영향을 미치게 되어 재판결과에도 영향을 미칠 수 있기 때문에 일선 경찰의 임관과정의 교육과정에서부터 전문화된 교육과정이 필요하다고 판단된다. 더구나 올해부터 임용되는 순경급 경찰들은 임용시험에서도 형사소송법을 치르지 않고 임용되는 것이기 때문에 헌법상 영장주의의 취지에 대한 이해는 차지하고라도 형사소송법상의 강제처분 제도 자체에 대한 이해가 부족할 수밖에 없다. 그만큼 기초교육의 필요성이 더 높아지고 있다.

[표 17] 중앙경찰학교 커리큘럼

구 분		교과편성 기준				
		계	소양	법률	실무	기타
일반(男)		1190(100%)	312(26.2%)	14(1.8%)	786(66%)	78(6.5%)
일반(女)		1190(100%)	312(26.2%)	14(1.8%)	786(66%)	78(6.5%)
101단		1190(100%)	312(26.2%)	14(1.8%)	786(66%)	78(6.5%)
기동경찰(男)		1190(100%)	312(26.2%)	14(1.8%)	786(66%)	78(6.5%)
기동경찰(女)		1190(100%)	312(26.2%)	14(1.8%)	786(66%)	78(6.5%)
특채	특공대	1190(100%)	312(26.2%)	40(3.4%)	760(63.8%)	78(6.5%)
	경찰행정	1190(100%)	312(26.2%)	14(1.8%)	786(66%)	78(6.5%)
	범죄분석, 피해자심리, 외사, 사이버, 정보통신	1190(100%)	312(26.2%)	40(3.4%)	760(63.8%)	78(6.5%)
미이수		420(100%)	109(26%)	14(1.8%)	264(64%)	27(6.5%)

해양경찰의 경우에도 나타나는데, 해양경찰의 수사초급과정의 경우 총교육시간 105시간 중 실무과목이 88시간인데, 형사소송법 5시간, 초동수사 3시간, 범죄수사규칙 6시간 등으로 강제처분에 관련된 과목을 넓게 보아도 14시간이 되지 않고, 수사중급과정도 총 105시간 중 실무 88시간 중에 형사판례 6시간, 중요범죄수사 3시간 등이고, 수사고급과정에 총 105시간 중 실무과목 88시간에서 형사판례 9시간, 중요범죄수사 4시간, 통신수사 3시간, 계좌추적 4시간 등으로 나타나고 있다. 이경렬, "해양경찰 수사전문 교육기관 설치에 관한 연구", 수사발전 공동 학술세미나 자료집, 2013.9.13., 79-83쪽 표 참조.

b. 권한 행사상의 사실적 문제점

최초의 임용교육의 문제뿐만 아니라, 경찰의 공권력 행사와 관련된 문제의 상당 부분은 일선 파출소 등 근무자들로부터 비롯되는 경우가 많다. 경찰 업무 가운데서도 일선 파출소는 근무환경이 가장 고되어서 근무자의 정서도 날카로울 뿐더러, 주취소란자, 술집에서의 폭력, 가정폭력 등 직접적으로 사건을 대하는 곳이며, 일반 시민들이 가장 직접적으로 접하게 되는 경찰관서라고 할 수 있다. 일상적으로 벌어지는 거리범죄에 대한 대응부터 합법적이고, 품위 있게 이루어져야만 시민들의 신뢰가 이루어지고, 불필요한 오해나 마찰도 줄일 수 있을 것이다.

2. 미국의 경찰관 교육

미국 역기 20세기 초반까지는 경찰은 아무런 자격이나 교육이 필요 없는 직업이었다고 한다.[452] Berkely의 경찰서장이던 August Vollmer가 대졸 출신자를 채용하고, 버클리 대학에 경찰학 과정을 개설하고, 미국 경찰 제도의 문제점을 분석한 Wickersham보고서를 집필하는 등 활발한 활동을 펼치면서 개선이 실현되었다고 한다. 그러나 1960년대에 이르러 연방정부 차원에서 경찰관의 자질 문제에 눈을 돌려 1967년 '법집행과 사법행정위원회'(LEAJ)를 통해 경찰관 자질, 교육에 대한 기본 제안을 수립 시행하였고, 1971년 형사사법의 기준과 목표에 대한 국가권고위원회가 경찰관 교육에 대한 권고안을 제시하고, 이 권고를 주정부들이 받아들이면서부터 본격적인 경찰관 교육 개혁이 이루어진 것이라고 한다.[453]

미국의 신입경찰관 모집과 선발과정은 매우 까다롭고 경찰 실무에 적합한 과목들로 구성되어 있다. 뉴욕 경찰의 예로는 필기적성시험으로서는 사건상황암기, 경찰명령/규칙/규정 적용, 몽타주 식별 등이 있고, 필기심리검사를 거치고, 평판 조사 등과 체력검사, 심지어 거짓말 탐지기 검사, 및 면접도 거친다고 한다.

교육과정은 주별로 다르지만, 대개 주정부가 운영하는 '경찰관의 기준 및 훈련위원회'(POST)의 통제에 따르는데, 주 경찰은 평균 820시간, 지역경찰은 720시간 정도의 학교교육을 받으며, 대도시의 경우 학교교육 88시간, 현장실습 600시간 정도를 교육한다고 한다. 구체적으로는 수사(45시간), 형법(44시간), 외국어(16시간), 총기훈련(60시간), 긴급차량운행(36시간), 순찰기법(40시간), 응급처치(24시간), 체육(50시간), 자기방어(44시간) 정도로 구성되어 있다고 한다.[454]

그리고 이러한 교육과정을 마친다고 해도 곧바로 혼자서 근무할 수 있는 것은 아니고, 1970년대부터 시작된 현장훈련관 제도를 통해 14주 정도의 현장훈련을 통과해야 하며, 그 후에도 2년간은 해고가 자유로운 상태인 '시보'상태로 근무하여야 한다.

---

452) 탁종연, "미국 신임경찰관이 선발과 교육 제도 고찰", 경찰학연구, 제7권 제1호(통권 제13호), 55쪽.

453) 탁종연, 앞의 논문, 56-58쪽.

454) 탁종연, 앞의 글, 66쪽.

3. 개선방안

사실 이 문제는 누구나 그 필요성을 알고 있으면서도 정책적 판단에 따라 밀리거나, 예산 문제 등으로 좌절되었던 것들이다. 인권선진국이라는 미국조차 체계적이고 충실한 경찰 교육이 이루어진 것은 40여년 남짓이니 우리의 사정은 더 열악할 수밖에 없다. 또한 그 모태를 일본의 순사 제도에 두고, 권위주의 정부 하에서 수십년의 세월을 보내왔기 때문에 많은 변화에도 불구하고 경찰 조직 내의 인식이 쉽게 바뀌지 않을 것이기 때문이다. 또한 정부가 특정 시점에 목표를 설정하여 많은 인력을 보충한 결과 충실한 교육을 받지 못하고 임용된 사람들이 아직도 상당수 현장근무에 종사하고 있기 때문이다.

그러나 최근 경찰관을 희망하는 많은 인력들이 대학 졸업자이고, 관련 학과 공부를 수행하였으며, 다른 일이 없어서가 아니라, 경찰 자체를 희망하는 경우가 증가하고 있어서 지원자들의 기본적 자질면에서는 많은 발전이 있다고 본다. 문제는 이들을 얼마나 현장에 맞게 훈련시킬 것인가 하는 점, 그리고 능력과 자질이 있는 사람이 이들을 현장에서 교육시켜 잘못된 관행이 대물림되지 않도록 억제하는 것일 것이다.

앞서 분석한 것처럼 일선 경찰관들은 자신이 알지 못하는 상황이 발생하였을 때, 동료나 상급자로부터 조언을 듣고 이를 수행하는 경우가 많다. 또한 상당수의 경찰관의 임용과정의 초임발령이 이루어지므로 결국 상급자에 의한 지시, 통제가 이루어져야 할 필요가 높다. 그렇다면 일선 파출소 등에서도 현행 3교대 근무형태 하에서 매 근무조 마다 적절하게 법적 소양을 갖추고 현장 상황에 맞게 현행범 체포와 그에 따른 절차를 수행할 수 있는 인력의 양성이 필요하며, 인사계획도 이러한 교육을 이수한 자를 중심으로 발령과 근무 배치가 이루어져야 할 것이다. 일반 시민들이 가장 직접적으로 접하게 되는 경찰관서에서부터, 일상적으로 벌어지는 거리범죄에 대한 대응부터 합법적이고, 품위 있게 이루어져야만 시민들의 신뢰가 이루어지고, 불필요한 오해나 마찰도 줄일 수 있을 것이다.

[참고문헌]

[국내 문헌]

김병화, 한국사법사(근세편), 일조각, 1992.

김선택, 영장청구주체입법의 변천 및 평가, 안암법학 31호, 2010.

김영길, '인신구속제도의 운용실태와 문제점', 사법논집 11집, 법원행정처, 1980.

김혜정, 수사직무구조의 형성과정 및 특성-1954년 형사소송법제정까지의 과정을 중심으로-, 서울대학교 법학석사학위논문, 2000.

문성도, 영장주의의 도입과 형성에 관한 연구-1954년 형사소송법의 성립을 중심으로-, 서울대학교 법학박사 학위논문, 2001.

문준영, 한국검찰제도의 역사적 형성에 관한 연구, 서울대학교 법학박사학위논문, 2003

문홍주, 미국헌법과 기본적 인권, 유풍출판사, 2002

민복기/정윤환, 형사소송개정법개념, 조선출판문화사, 1948.

방희선, 검사 영장청구권의 법적의의와 타당성 연구, 2012. 대검찰청

법무부 형사사법통합정보체계추진단, 형사사법통합정보체계 추진현황, 추진단 보고서, 2007.12.

법원행정처, 미국의 인신구속제도', 새로운 인신구속제도 연구, 1996. 참조.

사법개혁추진위원회, 민주사회를 위한 사법개혁, 2000.

성낙인, 프랑스헌법학, 법문사, 1995.

신동운, 수사지휘권의 귀속에 관한 연혁적 고찰(1)-초기 법규정의 정비를 중심으로-, 서울대학교 법학, 제42권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2001.5.

신동운, 영장실질심사제도의 실시와 영장주의의 새로운 전개-영장제도에 대한 연혁적 고찰을 중심으로- 법원행정처 편, 새로운 인신구속제도 연구, 1996.11.

심희기, 미군정법령 제176호 형사소송법의 개정, 법사학연구, 제16호, 한국법사학회, 1995.

오원근, "영국의 전자증거 및 컴퓨터 포렌직", 해외연수검사연구논문집, 2003. 12.

유진오, 신고헌법해의, 일조각, 1959.

유해용, '인신구속제도의 운영방식 개선을 위한 제안', 저스티스 통권 제83호(2005.

이금로, '검찰수사에 대한 통제 및 감독제도 소고', 해외연수검사연구논문집(Ⅱ)(제21집), 법무연수원, 2006.

이금로, '헌법상의 인신구속제도에 관한 소고', 형사법과 헌법이론 제1권(공법연구회, 2006.

이동희, 일본:검·경 단계형 수사구조, 비교수사제도론, 박영사, 2004.

이명원, 우리나라 수사체제에 관한 고찰- 검찰과 경찰의 관계를 중심으로-, 서울대학교 법학석사학위논문, 2000.

이상원, 전자영장제도의 도입방안에 관한 연구, 2012.

이영돈, 미국의 수사제도, 비교수사제도론, 박영사, 2004.

이영란, 구속적부심제도에 관한 연구, 서울대학교 박사학위청구논문,

이재상, 형사소송법(제6판), 박영사, 2012.

이주홍, '외국의 인신구속제도 검토경과와 개요', 새로운 인신구속제도 연구, 법원행정처, 1996.

이태훈, 미국의 인신구속제도, 광주지방검찰청, 1998.

제135회 국회 제7차 헌법개정특별위원회 회의록 부록 1987.8.31. 참조.

조셉 커민스 저(송설희, 김수진 역), 만들어진 역사, 말글빛냄, 2008. 79쪽.

한상훈, "긴급체포 및 긴급압수·수색의 개선에 대한 별개의견", 인신구속제도 자료집, 사법제도개혁추진위원회, 2005.

한윤경, "전자약식의 평가와 향후방향", 법조 2011. 7.

Rolando V. del Carmen/김한균 역, The United States Arrest System(미국의 인신구속제도), 형사정책연구(2005년 겨울).

[국외문헌]

Commonwealth of Kentucky, E-Warrant, 2010 NASCIO Recognition Awards Nomination (2010), at http://www.nascio.org/awards/nominations/2010/2010KY3-2010%20Nascio%20KSP%20E-Warrants3.pdf ☞ NASCIO (2010)

Hawaii State Judiciary, Electronic Bench Warrants Improving State Operations ☞ Hawaii Zander, The Police and Criminal Evidence Act 1984, 335 (2005)

Leonard N. Arnold, 32 New Jersey Practices Series, Criminal Practice and Procedure (2011) ☞ NJ Practice (2011)

Joe P. Asher, E-warrants Bringing Surprise Arrests, Harlan Daily Enterprise, December 29, 2012, at 1 ☞ Asher (2012)

Paul D. Beechen, Oral Search Warrants: A New Standard of Warrant Availability, 21 UCLA L. Rev. 691 (1973)

David Goodwin & Brent Israelsen, eCourts Presentation-Smart Warrants Project (2006) ☞ Goodwin (2012)

Jerold H. Israel, Legislative Regulation of Searches and Seizures: The Michigan Proposals, 73 Mich. L. Rev. 221 (1974)

Michael J. Kuzmich, Review of Selected 1998 California Legislation: Criminal Procedure: www.warrant.com: Arrest and Search Warrants by E-mail, 30 McGeorge L. Rev. 590 (1999)

Justin H. Smith, Press One for Warrant: Reinventing the Fourth Amendment's Search Warrant Requirement Through Electronic Procedures, 55 Vand. L. Rev. 1591 (2002)

William J. Stuntz, Warrants and Fourth Amendment Remedies, 77 Va. L. Rev. 881, 882 (1991); Donald L. Beci, Fidelity to the Warrant Clause: Using Magistrates Incentives, and Telecommunications Technology to Reinvigorate Fourth Amendment Jurisprudence, 73 Denv. U. L. Rev. 293 (1996)

Edward Coke, The Second Part of the Institutes of the Laws of England(5th ed. London, 1671, 1st ed. London, 1628), p.53.

Edward Jenks, The Story of Habeas Corpus' Select Essays in Anglo-American Legal History, vol.ii, p.531 reprinted from (1902) 18 Law Q.Rev.64)

William F. Duker, A Constitutional History of Habeas Corpus, Greenwood Press.

Robert James Sharpe, The Law of Habeas Corpus, Oxford, 1976.

Robert James Sharpe, The Law of Habeas Corpus, Oxford, 1976, p.1

Joshua Dressler, Understanding Criminal Procedure(2nd edition), 2000.

Wayne R. LaFave 외 2인, Criminal Procedure(4th edition, 2000).

Ronald L. Carlson, Criminal Justice Procedure(7th edition), 2005.

小林一郎, 人身保護法概論, p.16.

憲法的刑事手続研究会 編, 憲法的刑事手続, 日本評論社, 1997.

[부록] 설문지(경찰)

설문에 응답하여 주셔서 대단히 감사합니다.

이 설문은 국가인권위원회의『영장제도의 현황 및 개선방안 연구』에 따른 일선 법집행기관의 인식에 관한 설문조사입니다. 국민들의 인권 의식 향상에 따라 강제수사 방법에 대하여 많은 민원이 야기되고 있고, 제도적 변화도 이루어지고 있습니다. 이에 따라 수사실무자로서 겪게 되는 애로 또한 증가하고 있습니다.

저의 연구진은 이러한 문제점들을 보다 실질적으로 파악하고 현실적인 대안을 제시하고자 아래와 같은 설문 조사를 실시하고자 합니다.

[응답자 유의사항]

1. 질문문항의 현실 적합성

질문문항이 귀하가 현재 소속된 부서의 현실과 거리가 있는 문항도 포함되어 있습니다. 최대한 아시는 대로 표기해 주시고, 자신의 직접 경험한 바 없거나, 업무와 멀다고 생각하는 경우 공란으로 남겨 주시기 바랍니다.

2. 작성방법

- 특별한 지시문이 없는 한 응답자의 생각과 가장 가까운 선택지를 1개만 골라주시기 바랍니다.
- 특별한 지시문이 없는 한 현재로부터 1년 내의 시점을 기준으로 답을 하여주시기 바랍니다.

3. 고려범위

대부분의 질문은 개인을 중심으로 구성되어 있으나, 일부 질문이 조직의 태도를 묻는 경우도 있습니다. 이 경우에는 특별한 지시문이 없는 한 소속 경찰서를 기준으로 답하여 주시기 바랍니다.

4. 감사의 말씀

소중한 시간을 할애하여 응답해 주신 설문 내용을 충실하게 반영하여 우리 법과 제도 발전에 기여할 수 있는 결과를 제시하겠습니다. 실무에 비추어 우리 영장 제도의 문제점과 원인을 제대로 파악하고자 하는 연구 취지에 대한 이해와 협조 부탁드리겠습니다. 다시 한번 감사합니다.

A. 아래는 직무수행 방법에 관한 질문입니다.

1. 귀하는 현재 업무수행에 있어서 아래의 요소들을 어느 정도로 고려하고 있다고 생각하십니까? (0-5까지 점수 차등 부여, 중복적 점수부여 가능)

1) 국적 ( )
2) 인종 혹은 민족 ( )
3) 종교 ( )
4) 성별 ( )
5) 연령 ( )
6) 학력 ( )
7) 직업 ( )
8) 재산 ( )
9) 질병 또는 장애 ( )
10) 옷차림 ( )
11) 말투 혹은 말씨 ( )
12) 출신 지역 ( )

2. 불심검문시 취하는 조치를 전부 표시해 주십시오.

1) 이유 및 목적 고지 ( )
2) 자신의 소속 고지 ( )
3) 자신의 이름 고지 ( )
4) 신분증 제시 ( )

3. 임의동행요구시 취하는 조치를 전부 표시해 주십시오.

1) 이유 및 목적 고지 ( )
2) 자신의 소속 고지 ( )
3) 자신의 이름 고지 ( )
4) 신분증 제시 ( )
5) 동행장소 고지 ( )
6) 동행거부권리 고지 ( )

4. 불심검문 시 상대방이 검문을 거부하거나, 신원확인을 거부하는 경우 어떤 조치를 취하십니까?

1) 어쩔 수 없는 상황이므로 그대로 통과시킨다.
2) 검문의 목적 등을 설명하면서 다시 요구한다.
3) 현행범 또는 긴급체포로 체포될 수 있다고 경고하면서 다시 요구한다.
4) 대상자에 따라 다르다.
5) 기타 _____

5. 임의동행한 피조사자가 갑자기 이유 없이 귀가를 요구하는 경우 어떻게 하시겠습니까?

1) 즉시 귀가조치 한다.
2) 귀가 이유에 대한 확실하고 합리적인 설명이 있을 경우에만 귀가조치한다.
3) 출석다짐(예: 신원보증서 작성) 후 귀가조치한다.
4) 귀가 요구가 있더라도 무시하고 그대로 제한시간 6시간까지는 조사를 진행한다.
5) 제한시간이 초과되면 긴급체포 후 조사를 계속 한다.

6. 음주 소란으로 야간에 파출소에 온 피의자가 제지에도 불구하고 계속 난동을 부리는 경우 귀하의 조치는?

1) 보호조치 후 수갑사용 2) 현행범 체포하고 수갑 사용 3) 즉심 처리
4) 보호자에게 인계 후 익일 출석 요구 5) 경범죄처벌법 위반으로 범칙금 통고

7. 중요 피의자를 체포하러 그의 아파트에 갔는데, 그 아파트 경비원의 진술로 미루어 볼 때, 피의자가 현재 집에 있을 것으로 생각되어 집에 가서 초인종을 눌렀으나, 아무런 응답이 없다면 어떻게 하시겠습니까?

1) 열쇠공을 불러서 문을 열고 피의자를 수색한 다음 피의자가 있으면 긴급체포한다.
2) 구속영장을 발부 받아 문을 열고 피의자를 수색하여 구속한다.
3) 압수·수색영장을 받아 문을 연 다음 피의자가 있으면 긴급체포한다.
4) 나올 때까지 기다려 보고 돌아온다.

8. 귀하는 긴급체포요건(범죄의 중대성, 체포의 필요성, 체포의 긴급성)을 숙지하십니까?

1) 매우 그렇다 2) 그렇다 3) 보통이다 4) 그렇지 않다 5) 절대 그렇지 않다

9. 긴급체포요건이 의심스러움에도 긴급체포를 한 경우가 있습니까?

1) 매우 자주 있다 ⇒ 9-1번 2) 자주 있다 ⇒ 9-1번 3) 가끔 있다 ⇒ 9-1번 4) 거의 없다 5) 절대 없다

9-1. 위에서 긴급체포한 이유는 무엇입니까?

1) 수사상 반드시 필요하다고 생각되어 2) 피의자의 죄질이 나빠서
3) 사안이 중요해서 4) 기타 _____

10. 출석요구서를 받고 자진출두한 피의자를 긴급체포한 경험이 있습니까? (구속영장 청구 시 제외)

1) 있다⇒ 10-1번으로 2) 없다

10-1. 위 10번 문항에서 긴급체포를 실시한 이유는 무엇입니까?

1) 피의자의 죄질이 나빠서 2) 사안이 중요해서 3) 수사상 반드시 필요하다고 생각되어
4) 기타 _____

11. 체포·구속 시 취하는 조치를 전부 표시해 주십시오.

1) (영장에 의한 경우) 영장을 제시한다 ① 꼭 한다 ② 거의한다 ③ 거의 안 한다

2) 자신의 소속과 신분을 밝힌다 ① 꼭 한다 ② 거의한다 ③ 거의 안 한다

3) 범죄사실 요지 및 체포·구속 이유를 고지한다 ① 꼭 한다 ② 거의한다 ③ 거의 안 한다

4) 변호사 선임권을 고지한다 ① 꼭 한다 ② 거의한다 ③ 거의 안 한다

5) 변명의 기회를 제공한다 ① 꼭 한다 ② 거의한다 ③ 거의 안 한다

11-1. 위 11. 1) 문항에서 ①, ②로 응답하신 경우, 영장 제시의 방법으로 주로 사용하는 것은?

1) 영장 원본을 넘겨주어 내용을 알게 한다 2) 영장 원본을 제시하고 내용을 고지한다
3) 영장 사본을 제시하고 요지만 고지한다 4) 영장 표지만 보여주고 집행한다
5) 기타 _____

11-2. 영장 원본을 제시하지 않는 것이 관행이라면 그 이유는?

1) 영장 원본의 훼손 우려　　2) 영장 원본을 휴대하는 불편함
3) 수사 비밀의 누출 우려　　4) 기타 _____

12. 귀 경찰서에서는 구속영장 신청 전에 실질적으로 영장심의위원회가 개최됩니까?

1) 항상 그렇다　2) 거의 그렇다　3) 가끔 그렇다　4) 거의 그렇지 않다　5) 절대 그렇지 않다

13. 피의자의 가족들에게 체포구속사실을 통지하는 시기는?

1) 체포 구속 즉시　2) 체포 구속 후 1일 이내　3) 체포 구속 후 3일 이내
4) 체포 구속 후 5일 이내　5) 체포 구속 후 7일 이내

13-1. 만약 자신의 체포 사실을 절대 부모에게 통지하지 말 것을 간곡히 부탁하는 미성년 피의자가 있다면 어떻게 하시겠습니까?

1) 일단은 조사가 끝날 때까지 통지하지 않는다
2) 사건의 중대성을 판단하여 사건이 경미한 경우에만 통지하지 않는다
3) 부모에게 통지한다

14. 체포·구속적부심을 받으려는 피의자의 생각을 바꾸려고 설득한 적이 있습니까?

1) 매우 자주 있다 ⇒14-1　2) 자주 있다 ⇒14-1　3) 가끔 있다 ⇒14-1　4) 거의 없다　5) 전혀 없다

14-1. 피의자를 설득한 이유는 무엇입니까?

1) 실질심사기각이 명백하므로　2) 죄질이 나빠서　3) 수사지연의 목적이 명백하므로

15. 피조사자가 지문날인을 거부하는 경우가 있습니까?

1) 매우 자주 있다 ⇒15-1　2) 자주 있다 ⇒15-1　3) 가끔 있다 ⇒15-1　4) 거의 없다　5) 절대 없다

15-1. 지문날인을 거부하는 경우, 현실적으로 어떤 조치를 취하십니까?

1) 최대한 설득하여 지문을 받아낸다　2) 영장을 청구한다　3) 강제로 찍는다　4) 기타 _____

16. 귀하는 영장없는 압수수색의 법률상의 요건을 숙지하고 있습니까?

1) 매우 그렇다　2) 그렇다　3) 보통이다　4) 그렇지 않다　5) 절대 그렇지 않다

17. 영장 없는 압수수색의 요건이 충족되었는지 의심스러움에도 영장 없이 압수수색을 한 적이 있습니까?

1) 매우 자주 있다 ⇒ 17-1　2) 자주 있다⇒ 17-1　3) 가끔 있다 ⇒ 17-1　4) 거의 없다　5) 절대 없다

17-1. 위에서 압수수색을 실시한 이유는 무엇입니까?

1) 영장 관련 절차가 복잡하여　2) 증거인멸의 우려가 있어서
3) 압수수색이 긴급히 필요하다고 판단되어　4) 기타 _____

17-2. 긴급체포에 수반하는 영장 없는 압수·수색(법 제216조에 의함)의 대상이 된 체포된 자의 소유, 보관물이 제3자의 주거 등에 있는 경우 통상 취하는 조치는?

1) 제3자, 간수자 등에게 긴급체포 사실을 알리고 압수·수색한다.
2) 긴급체포된 자에게 압수, 수색함을 알리고 압수·수색한다.
3) 기타 _____

17-3. 위 17-2의 경우 제3자, 기타 대상물의 소재지의 관리자가 압수·수색에 동의하지 않는 경우 취하는 조치는?

1) 실력으로 제압하고, 건정을 여는 등 압수·수색한다 2) 압수·수색 영장을 발부 받아 압수·수색한다
3) 기타 _____

18. 영장에 의한 압수·수색 시 귀하가 통상 취하는 조치를 전부 표시하여 주십시오.

1) 압수·수색영장을 제시한다 ① 꼭 한다 ② 거의 한다 ③ 거의 안 한다

2) 책임자(타인의 주거 등이면 해당 주거주, 간수자)를 참여시킨다. ① 꼭 한다 ② 거의 한다 ③ 거의 안 한다

3) 압수·수색목록을 교부한다 ① 꼭 한다 ② 거의 한다 ③ 거의 안 한다

19. 귀하는 물건의 직접적 압수 대신 사진·사본으로의 대체를 최대한 고려하십니까?

1) 항상 그렇다 2) 거의 그렇다 3) 가끔 그렇다 4) 거의 그렇지 않다 5) 절대 그렇지 않다.

20. 범죄혐의 입증에 직접적으로 필요한 자료 외에 부수적 자료도 압수·수색 목록에 첨가하는 경우는?

1) 매우 자주 있다 2) 자주 있다 3) 가끔 있다 4) 거의 없다 5) 절대 없다

21. 지명통보·수배자 검거 후 지명통보·수배해제가 지연되는 경우가 있습니까?

1) 매우 자주 있다 2) 자주 있다 3) 가끔 있다 4) 거의 없다 5) 절대 없다

22. 통신제한조치 및 통신사실확인자료 제공요청 후 당사자에게 통보가 이루어집니까?

1) 항상 그렇다 2) 거의 그렇다 3) 가끔 그렇다 4) 거의 그렇지 않다 5) 절대 그렇지 않다.

23. 미체포된 구속 전 피의자 신문을 위한 피의자 신문을 위한 법원의 구인장을 집행한 경험이 있습니까?

1) 있다 ⇒ **23-1에서 23-2로** 2) 없다

23-1. 위 23의 경우에 구인장 집행의 방법은?

1) 법원 앞에서 만날 약속을 하고 같이 출두 한다.
2) 도주 우려가 있으므로 먼저 체포하여 유치장에 두었다가 출두시킨다.
3) 기타 _____

23-2. 위 23-1의 경우처럼 구인장에 명시된 인치장소, 시간과 달리 선 체포하는 경우 신병처리에 관한 지휘문제는?

1) 검사에게 보고하고 지휘 받는다.　　2) 판사에게 보고하고 지휘 받는다.
3) 기타 _____

24. 귀하는 지금까지 외국인을 조사한 적이 있습니까?　1) 있다 ⇒ **24-1에서 24-5로**　　2) 없다

24-1. 귀하는 외국인 조사 시 활용한 통역인의 통역능력은 수사에 필요한 정도의 수준을 갖추었습니까?

1) 매우 그렇다　2) 그렇다　3) 보통이다　4) 그렇지 않다　5) 절대 그렇지 않다

24-2. 귀하는 외국인 피의자를 체포·구속한 경우, 해당 영사기관에 통보하고, 영사기관 통보확인서를 작성하셨습니까?

1) 그렇다　2) 아니다　3) 해당 사항 없었음

24-3. 귀하는 외국인 피의자에게 해당국 영사기관(원)과의 접견교통권을 고지하였습니까?

1) 그렇다　2) 아니다　3) 해당 사항 없었음

24-4. 외국인의 신병을 출입관리사무소에 인계한 적이 있습니까?

1) 있다　2) 없다

24-5. 외국인 피의자 신병을 출입관리사무소에 인계하는 절차는?(서술식)

B. 다음은 인권침해방지 교육에 관한 질문입니다.

1. 귀하는 최근 1년내에 인권 관련 법규 및 판례에 관하여 교육을 받은 적이 있습니까?　1) 있다　2) 없다

2. 귀하는 최근 3년 간 인권에 관한 공식적 교육을 받은 적이 있습니까?　1) 있다 ⇒ **2-1~ 2-4로**　2) 없다

2-1. 인권관련교육을 받은 이후 인권에 관한 귀하의 인식에 변화가 있었습니까?

1) 매우 그렇다　2) 그렇다　3) 모르겠다　4) 별로 그렇지 않다　5) 절대 그렇지 않다

2-2. 인권 관련 교육을 받은 이후 교육 내용을 실제 수사에 반영하여 변화가 생긴 부분이 있습니까?

1) 매우 그렇다　2) 그렇다　3) 모르겠다　4) 별로 그렇지 않다　5) 절대 그렇지 않다

2-3. 귀하가 받은 인권관련교육에 대하여 만족하십니까?

1) 매우 그렇다　2) 그렇다　3) 모르겠다　4) 별로 그렇지 않다　5) 절대 그렇지 않다

2-4. 2-1, 2-2, 2-3 질문에서 3), 4), 5) 라고 대답하신이유는 무엇입니까?

1) 교육방법이 지나치게 형식적이다. 2) 교육내용이 이론 중심이다.
3) 교육내용이 실무 현실을 외면하고 있다. 4) 기타 _____

3. 귀하는 최근 1년 간 수사와 관련하여 인권에 관한 지침서(manual) 내지 관련 문헌을 참고한 적이 있습니까?

1) 있다 ⇒ 3-1 로 2) 없다

3-1. 귀하는 참고한 내용이 실제 업무처리에 도움이 되었다고 생각하십니까?

1) 큰 도움이 됨 2) 도움이 되는 편임 3) 그저 그렇다 4) 도움이 되지 않는 편임 5) 전혀 도움이 되지 않음

C. 다음은 강제처분에 대한 교육에 관한 질문입니다.

1. 귀하는 최근 3년간 수사상 강제처분에 대한 공식 교육을 받은 적이 있습니까?(임용 전 교육 제외)

1) 있다 ⇒ 1-1~ 1-4로 2) 없다

1-1. 귀하가 최근 3년 간 받은 수사상 강제처분 교육의 횟수는?

1) 1회 2) 2회 3) 3회 4) 4회 5) 5회 이상

1-2. 귀하가 받은 교육 과정은? 1) 직무 교육 과정 2) 소속 경찰서의 교육 3) 기타 _____

1-3. 귀하가 받은 교육과정의 성격은?

1) 직위별 직무과정 2) 법령 개정에 따른 교육 3) 연중 실시되는 교육 4) 기타

1-4. 귀하가 받은 교육시간 중 수사상 강제처분에 할애된 평균 교육시간은?

1) 4시간 이하 2) 8시간 이하 3) 16시간 이하 4) 16시간 이상

2. 귀하는 스스로가 평소 수사상 강제처분에 대해 어떠한 상태라고 생각하십니까?

1) 법령 및 실무에 숙지하여 어려움이 없다.
2) 법령은 알고 있으나 구체적인 실무에 의문점이 있다.
3) 아직 미숙하여 단독으로 관련 업무를 처리하기가 부담스럽다.

3. 귀하는 수사상 강제처분에 관련된 업무처리에 의문이 있는 경우 어떻게 하십니까?

1) 상급 부서에 문의 2) 상급자에게 문의 3) 동료에게 문의 4) 숙고 후 본인이 판단

D. 다음은 귀하의 인적사항에 관한 질문입니다

1. 귀하의 성별은 무엇입니까? 1) 남성 2) 여성
2. 귀하의 연령은 어떻게 됩니까? 만 ____ 세

3. 귀하의 근무지는 몇 급 경찰서입니까? 1) 1급서 2) 2급서 3) 3급서

4. 귀하는 다음 중 어느 지방청에 소속되어 있습니까?

1) 서울 2) 부산 3) 대구 4) 인천 5) 울산 6) 광주 7) 경기 8) 강원
9) 충북 10) 충남 11) 전북 12) 전남 13) 경북 14) 경남 15) 제주

5. 귀하가 현재 소속된 부서는 어디입니까?

1) 지구대 2) 경무 3) 생활안전 4) 수사 혹은 형사 5) 경비 6) 교통 7) 외사 8) 정보 9) 보안

6. 귀하의 현재 계급은 무엇입니까? 1) 순경 2) 경장 3) 경사 4) 경위 5)경감

7. 귀하는 학력은? (해당 과정 재학·중퇴·검정고시 포함) 1) 고등학교 2) 전문대학 3) 4년제 대학 4) 대학원

8. 귀하의 임관년도는 언제 입니까? 년도

9. 귀하의 입직 경로는? _____

10. 지금까지 수사상 인권침해와 관련하여 귀하에게 진정이나 민원이 제기된 적이 있습니까?

1) 예 2) 아니오

11. 수사실무자의 입장에서 현행 수사상 강제처분제도에 대한 개선 필요성은?

1) 전면적 개선이 필요하다 2) 개선의 필요성이 크다 3) 그저 그렇다 4) 제도 개선보다 실무를 개선해야 한다

12. 현재의 수사상 강제처분 제도의 가장 큰 문제점이라고 생각되는 것을 서술해 주십시오.

*** 대단히 감사합니다 ***

영장제도의 현황 및 개선방안 연구

인쇄일: 2013. 9.

발행일: 2013. 9.

발행처: 국가인권위원회

주 소: 100-842 서울시 중구 무교로 6
금세기빌딩 9층 조사국 조사총괄과
http://www.humanrights.go.kr

문의 전화: 02-2125-9910
Fax : 02-2125-0921

인쇄처: 무지개 문화사 02-3290-4345

ISBN : 978-89-6114-309-7 93360 (비매품)