

強制捜査와 人權保障에 관한 考察

A Consideration On The Compulsory Investigation and Safeguarding Human Rights

이승천* · 이대운**

목 차

- | | |
|-------------------------|------------------------|
| I. 서론 | IV. 대물적 강제수사(압수·수색·검증) |
| II. 강제수사의 개념 | 1. 대물적 強制處分과 令狀主義 |
| III. 대인적 강제수사제도(인신구속제도) | 2. 押收·搜索 |
| 1. 피의자의 체포 | 3. 수사상의 檢證 |
| 2. 피의자와 피고인의 구속 | V. 결론 |
| 3. 체포·구속적부심사제도 | - 강제수사제도의 문제점과 개선 방향 - |

I. 서론

형사소송법이 公刑罰로서의 국가형벌권을 실현함으로써 형사사법의 정의실현을 그 목적으로 하고 있는 것은 부정할 수 없다. 그러나 형사사법에 있어서의 정의실현도 근본적으로는 헌법에서 보장하고 있는 인간의 존엄성과 가치를 침해하지 않는 범위내에서 이루어져야 한다는 것이다.

이러한 측면에서 우리의 헌법과 형사소송법도 무죄추정의 법리와 적정절차의 법리하에 여러 인권보장규정(특히, 영장주의 원칙)들이 있다. 하지만 임의동행을 가장한 강제수사라든가, 별건구속에 의한 본건수사라든가, 긴급체포 내지 구속기간의 연장 등과 같은 영장주의의 원칙을 사실상 배제하는 수사행태들은 피의자 내지 피고인의 인권보장에 걸림돌이 되고 있다. 이러한 점은 현행 강제수사제도가 인권상황과 관련하여 볼 때 개선되었다기 보다는 오히려 여러 가지 문제점들을 안고 있다는 것을 반증하는 것이라고 하겠다.¹⁾

본 연구는 현행 형사소송법상의 강제수사제도를 재검토함으로써 문제점들을 지적하고 형사사법절차에 있어서 헌법상의 기본적 인권보장을 위한 몇가지 개선점들을 모색하고자 한다.

II. 강제수사의 개념

증거를 수집·확보하거나 소송의 진행 및 형벌의 집행을 확보하기 위하여 상대방의 의사

* 대구미래대학 경찰행정과 전임강사

** 계명대학교 강사

1) 형사소송에 있어서 개인의 자유와 권리를 침해할 가능성이 가장 큰 분야가 바로 강제처분이다(이재상, 형사소송법, 박영사, 2000, 213면).

에 반하는 강제력을 행사하여 법익을 침해²⁾ 하는 형사절차상의 일체의 처분을 강제처분이라고 하고, 특히 수사기관의 강제처분을 강제수사라 한다. 현행 형사소송법상 범죄수사는 임의수사를 원칙으로 하고 강제수사는 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한해서 허용하고 있다.³⁾

강제수사는 강제력에 의하여 수사상대방의 자유로운 의사와 행동을 제약할 수 밖에 없는 것이기 때문에 그 목적에도 불구하고 상대방인권의 침해와 그 남용의 가능성은 크지 않을 수 없다. 그러나 수사는 공소의 제기와 수행을 위한 준비단계의 활동으로서 범인과 증거를 발견, 수집, 확보하는 절차이기 때문에 부득이 강제력을 행사하지 않을 수 없을 것이다.⁴⁾ 형사소송의 궁극적인 목적은 국가형벌권의 실현에 있기 때문에 이러한 목적을 달성하기 위해 수사 또는 소송진행과정에서 어느 정도의 강제력 행사는 불가피한 것이다. 그러나 목적여하를 불문하고 강제력의 행사는 개인의 인격과 인권을 침해하는 결과를 초래하기 마련이다. 즉 공공복리, 질서유지라는 필요불가결의 국가적 요청과 헌법상 보장된 기본적 인권과 정면으로 대립될 수 밖에 없는 것이다.

이러한 측면에서 형사소송법은 필요악적인 성격을 지닌 강제처분을 필요최소한도로만 허용함으로써 인권의 존중을 고려하고 있다. 즉 수사목적에 위해서라도 법률에 특별한 규정이 없을 때에는 본인의 의사에 반하여 수사할 수 없으며, 강제처분도 법률의 규정에 따라 행해야 한다는 강제처분법정주의와 영장주의⁵⁾를 선언하고 있다. 이는 헌법 국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다(헌법 제137조제1항)라고 규정하고 있는 바, 강제처분법정주의가 법치주의의 핵심적인 내용으로서 헌법 제12조제1항과 형사소송법 제199조제1항이 실정법적 근거로 되어 있는 것이다.⁶⁾

강제처분은 강제력이 행사되는 객체에 따라 대인적 강제처분과 대물적 강제처분으로 구분할 수 있다.⁷⁾ 앞서 언급한 바와 같이 수사기관의 강제처분을 강제수사라고 하는 바, 법원

2) 체포와 구속은 개인의 자유를 제한하며, 신체에 대한 檢證과 鑑定은 신체의 완전성을 침해하고, 押收는 재산권을, 搜索은 주거권을 침해하는 등 강제처분은 필연적으로 헌법에 의하여 보장되고 있는 기본적 인권을 침해하지 않을 수 없다(이재상, 전제서, 213면)

3) 형사소송법 제199조 제1항 : 수사에 관하여는 그 목적을 달성하기 위하여 필요한 조사를 할 수 있다. 다만, 강제처분은 이 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하며, 필요한 최소한의 범위안에서만 하여야 한다.

4) 김창섭, 범죄수사와 인권보장에 관한 연구, 조선대박사논문, 1992, 71면.

5) 영장주의는 법원에 의한 강제처분의 제한이라는 점에서 강제수사에 대한 사법적 억제형식이라고도 하며, 강제처분에 있어서 그 종류와 내용이 법률에 특정될 것을 요구하는 것은 그 위법성의 한계를 명백히 하고 법원의 구체적 분석을 가능케 하는 점에서 영장제도가 그 전제로 되어 있기 때문에 강제처분법정주의와 영장주의는 동일한 의미로 이해되기도 한다(이재상, 강제처분과 인권보장, 고시제, 1986.9., 133면).

6) 강제수사의 중요성과 위험성 그리고 인권침해를 고려한다면 일개 법조문의 단서조항 정도로 규정할 것이 아니라 본문으로 좀더 상세한 규정을 두어야 한다는 전해도 있다. 왜냐하면 강제처분법정주의에 관한 규정을 수사기관이 무시하는 사례가 있기 때문에 수사기관의 인권존중의 태도는 최소한 도의적인 문제로 이해해야 하며, 이러한 최소한의 관념이 없다면 인권유린 또는 제3의 계급이 생겨날 우려가 있기 때문이다(久禮田益喜 外, 刑事訴訟法, 1967, 431面).

7) 이 구분은 강제처분의 직접적인 행사의 대상이 사람인가 아니면 물건인가를 표준으로 한 것으로 전형적인 강제처분의 유형이다. 현행법상 대인적 강제처분에는 소환, 체포·구속, 감정유치 등을 들 수 있으며, 대물적 강제처분에는 제출명령, 압수, 수색, 수사상 검증을 들 수 있다.

의 강제처분은 강제수사라고 할 수는 없다. 그러나 본고에서는 강제처분에 관한 분류가 여러 가지 관점이나 표준에 따라 다양하게 구분되어질 수 있다⁸⁾는 점을 고려하여 법원의 강제처분도 함께 다루기로 한다.

Ⅲ. 대인적 강제수사(인신구속제도)

인간의 기본적 권리 가운데 신체의 자유가 인간의 존엄성과 행복한 삶을 추구함에 있어서 가장 근원적이고 본능적인 권리라고 할 수 있다. 이에 따라 헌법도 생명에 관한 권리와 신체활동의 완전성과 임의성에 관한 권리를 실체적 권리로서 보장하고 있다. 이러한 기본권을 뒷받침하기 위해서 수사상 체포, 구속, 압수, 수색, 訊問過程에서의 권리를 사법절차적 기본권으로서 보장하고 있는 것이다.⁹⁾ 인신구속제도의 핵심은 수사기관의 권한남용을 방지하기 위한 제도적 장치의 보장이라고 할 수 있으며, 따라서 인신구속에 있어서 그 사유가 법정되어 있다고는 하나 수사기관이 지나치게 법정사유를 악용하고 있는 것이 현실이다. 어떠한 이유로도 인간의 자유를 제한하는 국가권력에 있어서도 무제한 무제약의 재량권을 수사기관에 인정해서는 안된다는 점을 고려해 볼 때 현행 형사소송법이 규정하고 있는 인신구속제도¹⁰⁾에 대한 재검토는 필요하다고 본다.

1. 피의자의 체포

체포란 죄를 범하였다고 의심할만한 상당한 이유가 있는 피의자를 단시간 동안 수사관서 등 일정한 장소에 인치하는 제도를 말한다.¹¹⁾ 이는 수사초기에 피의자의 신병을 확보하기 위한 구속의 전단계 처분으로서 체포기간이 단기간이고 그 요건이 완화되어 있다는 점에서 구속과는 구별된다고 볼 수 있다. 형사소송법은 피의자의 체포에 관하여 체포영장에 의한 체포, 즉 통상체포를 원칙적으로 영장에 의하지 아니한 체포(긴급체포와 현행범인의 체포)를 예외적으로 규정하여 영장주의에 의하여 강제처분을 제한하려는 헌법정신을 실현하고자 하

8) 형사소송법상 강제처분에 관한 분류는 강제처분의 주체, 객체, 절차의 단계, 영장의 요부, 피침해법익의 주체, 강제의 態樣 등을 표준으로 하여 여러 가지로 분류할 수 있다. ① 법원의 강제처분과 수사기관의 강제처분 및 수사기관의 청구에 의하여 판사가 하는 강제처분, ②기소전 강제처분과 기소후 강제처분, ③ 피의자·피고인·제3자에 대한 강제처분, ④ 영장에 의한 강제처분과 영장에 의하지 않는 강제처분, ⑤ 직접강제처분과 간접강제처분, ⑥ 대인적 강제처분과 대물적 강제처분(김창섭, 형사소송법상 강제처분과 인권보장, 귀임이경수박사학갑기념논총, 1989, 319면).

9) 허영, 한국헌법론, 박영사, 1990, 338면.

10) 형사소송법의 인신구속제도는 1995년의 법개정에 의해 체포제도가 도입됨으로써 체포와 구속으로 이원화되어 있다(이재상, 전거서, 214면). 체포제도가 없었던 개정 전의 형사소송법에서는 사실상 체포라는 용어는 구속의 시간적 흐름의 순서에 따라 사용하였으며, 현행법 체포에 있어서의 체포도 긴급구속이라는 의미를 함께 포함하는 것으로 이해하였다(강구진, 형사소송법원론, 학연사, 1990, 190면).

11) 1995년 형사소송법의 개정으로 체포제도를 도입한 취지로는 다음을 들 수 있다. ① 구속사유가 너무 엄격하여 수사기관이 피의자의 신병을 확보하여 조사하는 방법이 없기 때문에 수사기관의 임의동행이나 보호실유치와 같은 탈법적인 관행에 의하여 피의자의 권리침해사태가 많을 수 밖에 없다는 점, ② 체포와 구속의 단계로 구분하여 신체구속의 사유를 다시 심사하여 불필요한 구속을 억제하고 구속기간을 단축하는 것이 현실적으로 피의자의 인권보장에 유리하다는 점이다(이재상, 전거서, 215면이하).

고 있다.

1) 체포영장에 의한 체포

(1) 체포의 요건 : 체포영장을 발부하기 위해서는 형사소송법 제200조의2 제1항의 규정에 따라 피의자가 죄를 범하였다고 의심할만한 상당한 이유가 있고, 수사기관의 출석요구에 응하지 아니하거나 응하지 아니할 우려가 있어야 한다.¹²⁾ 이는 형사소송법이 체포영장을 발부하기 위한 범죄혐의의 정도를 구속영장을 발부하는 경우와 마찬가지로 죄를 범하였다고 의심할만한 상당한 이유라고 규정함으로써, 무죄의 추정을 깨뜨릴 수 있을 정도의 유죄판결에 대한 고도의 개연성 내지 충분한 범죄혐의가 있어야 한다는 점을 밝힌 것으로 해석된다.¹³⁾

피의자를 체포하기 위해서는 앞서 언급한 범죄혐의의 상당성 이외에 피의자가 수사기관의 출석요구에 응하지 아니하거나 응하지 아니할 우려가 있으면 족하며,¹⁴⁾ 구속사유에 해당하는 도망이나 증거인멸의 우려가 있어야 하는 것은 아니다. 그러나 피의자의 체포도 피의자의 신병을 확보함으로써 형사절차에서의 피의자의 출석을 확보하고 증거인멸을 방지하기 위한 것이라고 볼 수 있다는 점에서, 해석론상 통상체포의 요건으로서 구속사유와 마찬가지로 도망과 증거인멸의 우려가 있어야 한다고 보아야 할 것이다.¹⁵⁾

(2) 체포영장의 청구와 발부 : 체포영장에 의한 체포는 검사의 청구에 의하여 지방법원 판사가 발부한 체포영장에 의하며, 사법경찰관은 검사에게 신청하여 검사의 청구로 체포영장을 발부받아야 한다. 체포영장의 청구에는 체포의 사유 및 필요성을 인정할 수 있는 자료를 제출하여야 하며, 체포영장의 청구를 받은 지방법원판사는 상당하다고 인정할 때에는 체포영장을 발부하고 체포영장을 발부하지 아니할 때에는 청구서에 그 취지 및 이유를 기재하고 서명날인하여 청구한 검사에 교부한다.¹⁶⁾

(3) 체포영장의 집행 : 체포영장의 집행에 있어서는 구속영장의 집행에 관한 규정이 대부분 준용된다(형사소송법 제200조의5).

(4) 집행후의 절차 : 피의자를 체포한 때에는 즉시 피의사실의 요지와 변호인을 선임할 수 있음을 다시¹⁷⁾ 알려야 한다(고지의무/형사소송법 제88조). 또 변호인이 있는 경우에는 변호

12) 단, 다액 50만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 해당하는 사건에 관하여는 피의자가 일정한 주거가 없는 경우 또는 정당한 이유없이 출석요구에 응하지 아니한 경우에 한하여 체포할 수 있다(형사소송법 제200조의2 제1항 단서).

13) 신동운, 형사소송법, 법문사, 1996, 164면; 신양균, 형사소송법, 대명출판사, 1996, 96면.

14) 형사소송법이 피의자에게 죄를 범하였다고 인정할만한 상당한 이유가 있는 이외에 체포사유로 출석 요구의 불응과 그 우려를 들고 있는 것은 체포를 가능한 한 제한하려는 취지라고 볼 수 있다(이재상, 전거서, 217면).

15) 신양균, 전거서, 97면. 이재상, 전거서, 217면은 수사 초기의 단기간의 간편한 피의자 신병확보를 위한 체포제도의 취지와 일치하지 않는다는 점에서 견해를 달리하고 있지만, 1995년 형사소송법의 개정에서 체포제도를 도입한 취지는 피의자의 인신구속에 관한 남용을 막기 위한 것이라는 점을 감안한다면, 체포사유에 대한 엄격한 해석이 필요하다고 하겠다.

16) 구속영장의 경우와는 달리 체포영장을 발부받기 위하여 지방법원판사가 피의자를 심문하는 것은 인정되지 않는다. 즉 현행 형사소송법은 체포전피의자심문제도를 인정하고 있지 않다.

17) 체포영장을 집행하는 사법경찰관리는 피의자에 대하여 범죄사실의 요지, 체포의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 말하고 변명할 기회를 준 후가 아니면 피의자를 체포할 수 없다(집행상의 고지의무/ 형사소송법 제72조).

인에게, 변호인이 없는 때에는 변호인 선임권자 가운데 피의자가 지정한 자에게 피의사건명, 체포일시와 장소, 체포의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 알려야 한다(통지의무/형사소송법 제87조)

(5) 체포후의 조치(구속과의 관계) : 체포된 피의자를 구속하고자 할 때에는 검사는 체포한 때로부터 48시간 이내에 구속영장을 청구(발부를 요하는 것은 아님)하여야 하고, 그 기간내에 구속영장을 청구하지 아니하는 때에는 피의자를 즉시 석방하여야 한다. 체포영장에 의하여 체포된 피의자에게는 체포적부심사청구권이 인정되며, 체포된 피의자를 구속한 때에 구속기간은 체포된 때로부터 기산하도록 함으로서 피의자의 구속기간을 단축할 수 있게 하고 있다.

2) 긴급체포

긴급체포란 중대한 죄¹⁸⁾를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 피의자를 수사기관이 법관의 체포영장을 발부받지 않고 체포하는 것을 말한다. 이는 후술하는 현행범인의 체포와 함께 체포에 있어서 영장주의의 예외가 인정되는 경우이다. 긴급체포를 인정하는 이유는 영장주의 원칙을 일관함에 의하여 중대한 범죄를 범한 범인을 놓치는 것을 방지하는데 있다.

(1) 긴급체포의 요건 : 범죄혐의의 중대성은 통상체포의 경우와 동일하다고 볼 수 있으며, 긴급체포에 있어서는 통상체포의 경우와 달리 체포의 필요성으로서 구속사유가 존재하여야 한다. 즉 피의자가 증거를 인멸할 염려가 있거나 도망 또는 도망할 염려가 있어야 한다. 이는 긴급체포의 남용을 가능한 한 억제하고자 한 규정이라고 보여지나, 현실적으로 그 판단은 사법경찰관의 주관적 판단에 다른 경우가 대부분이라고 볼 때 남용여지는 충분하다고 보여진다. 또한 긴급체포의 경우에는 긴급성을 요하는 바, 검사 또는 사법경찰관의 합리적 판단에 따라 판사의 체포영장을 받아서는 체포할 수 없거나 체포가 현저히 곤란할 것을 요한다. 이러한 점에서 범행과 체포사이의 시간적 접촉성을 요하는 현행범인의 체포와 구별된다고 할 수 있다.

(2) 긴급체포의 절차 : 검사 또는 사법경찰관은 피의자에게 긴급체포를 한다는 사유를 고하고 영장없이 피의자를 체포할 수 있다(형사소송법 제200조의3 제1항). 사법경찰관이 긴급체포를 한 경우에는 즉시 검사의 승인을 받아야 한다.¹⁹⁾ 검사 또는 사법경찰관이 피의자를 긴급체포함에 있어서는 통상체포의 경우와 마찬가지로 범죄사실의 요지와 변호인을 선임할 수 있음을 말하고 변명의 기회를 주어야 하며, 긴급체포서를 작성하여야 한다.

18) 형사소송법 제200조의3 제1항 전단 : 「검사 또는 사법경찰관은 피의자가 사형·무기 또는 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄를사유가 있는 경우에 긴급을 요하여 지방법원 판사의 체포영장을 받을 수 없는 때에는 그 사유를 알리고 영장없이 피의자를 체포할 수 있다.」

19) 1995년의 개정된 형사소송법은 사법경찰관의 긴급체포에 대하여 검사의 사후승인을 받도록 했다는 점에서, 개정전의 형사소송법이 긴급구속의 경우에 검사의 사전지휘를 받도록 했던 것과 다르다.

(3) 긴급체포후의 조치(구속과의 관계) : 통상체포의 경우와 동일하나 검사가 구속영장을 청구하거나 사법경찰관이 구속영장을 신청할 때에 긴급체포서를 첨부(형사소송법 제200조의4 제1항)하도록 하고 있다는 점에서 다르며, 긴급체포되었으나 기한 내에 구속영장을 청구하지 못하거나 발부받지 못하여 석방된자는 영장없이 동일한 범죄사실에 대하여 다시 체포하지 못한다는 점이 특색이다.²⁰⁾ 긴급체포가 체포영장에 의하지 아니한, 즉 영장주의의 예외적인 체포임에도 불구하고 체포영장에 의한 체포의 경우와 동일한 시간 내에 구속영장을 발부받으면 구속할 수 있게 함으로써 구속영장을 청구하는 48시간까지는 영장없는 체포를 허용하는 결과를 초래하게 된다. 이는 영장주의 원칙에 어긋나는 것일 뿐만 아니라, 영장에 의한 체포와 긴급체포의 결과를 동일하게 만들어 통상체포를 해야 할 경우까지 수사기관에 의해 영장없는 체포로 악용될 우려를 안고 있다고 하겠다.

3) 현행범인의 체포

헌법이 현행범인의 체포에 대하여 영장주의의 예외를 인정하고 있는 바, 현행 형사소송법도 현행범인²¹⁾은 누구든지 영장없이 체포할 수 있도록 하고 있다.(형사소송법 제212조). 이는 현행범의 경우에는 긴급체포의 요건이 인정될 뿐만 아니라, 罪證이 확실하여 부당한 인권침해의 가능성은 없기 때문이다.

(1) 체포의 주체 : 누구든지, 즉 수사기관 뿐만 아니라 私人也 체포할 수 있다. 다만, 私人是 체포할 권한을 가질 뿐이며 체포의 의무가 있는 것은 아니라고 해석된다.

(2) 체포의 요건 : 현행범인을 체포하기 위해서는 범죄와 범인의 명백성이 인정되어야 하는 바, 형식상 범죄에 해당하는 것으로 판단되더라도 범죄성립요건 중 하나라도 인정되지 않는 경우에는 범죄가 성립하지 않으므로 현행범인으로 체포할 수는 없다. 다만, 고소 내지 고발과 같은 소송조건의 존부여부는 현행범인의 체포요건에 해당한다고 볼 수는 없을 것이다. 왜냐하면 고소와 고발은 범죄와 범인관련요소가 아니라 피해자요소라고 보아야 하기 때문이다.²²⁾ 또한 체포의 필요성에 있어서는 개정 전의 형사소송법에서 구속사유가 있는 경우에 현행범인으로 체포할 수 있다는 견해가 다수설이었으며, 현행범인의 체포에 구속사유가

20) 따라서 체포영장 또는 구속영장을 발부받은 때에는 다시 체포하거나 구속할 수 있는 바, 수사기관에 의한 긴급체포의 남용을 막기 위해서라도 긴급체포 후 석방된 자의 경우에는 체포영장이 아닌 구속영장을 발부받은 경우에만 다시 구속할 수 있도록 개선할 여지가 있다고 본다. 입법론으로도 긴급체포의 경우 48시간이내가 아니라 지체없이 체포영장을 받도록 하는 것이 옳다는 견해가 있다(이재상, 전거서, 221면).

21) 형사소송법은 현행범인을 고유한 의미의 현행범인과 준현행범인으로 나누어 규정하고 있다. 고유한 의미의 현행범인이란 범죄의 실행중이거나 실행의 직후인 자를 말하며, 준현행범인이란 현행범인은 아니지만 현행범인으로 간주되는 자를 말하며, ① 범인으로 呼稱되어 추적되고 있는 때, ② 장물이나 범죄에 사용되었다고 인정함에 충분한 흉기 기타의 물건을 소지하고 있는 때, ③ 신체 또는 의복류에 현저한 證據가 있는 때, ④ 누구임을 물음에 대하여 도망하려 하는 때를 현행범인으로 간주하고 있다(형사소송법 제211조제2항).

22) 고소의 가능성이 없는 때에는 수사를 할 수 없으므로 현행범인의 체포도 허용되지 않는다고 보는 견해가 있다(이재상, 전거서, 224면). 그러나 현행범인의 체포는 일반 사인도 가능하다는 점을 고려한다면 고소의 가능성에 대한 판단까지 체포주체에게 지울 수는 없다고 보아야 한다.

필요하다는 명문의 규정이 없는 현행 형사소송법에서도 견해가 엇갈리고 있으나 현행 형사소송법이 현행범인의 체포를 통상체포의 예외적인 경우로 규정하고 있는 것으로 볼 때, 통상체포의 경우에도 인정되지 않는 구속사유를 현행범인의 체포에 굳이 인정할 이유는 없다고 본다.

(3) 체포의 절차 : 수사기관이 현행범인을 체포할 경우에는 사인과는 달리 범죄사실의 요지, 체포의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 말하고 변명할 기회를 준 후가 아니면 체포할 수 없으며, 현행범인이 저항을 하는 경우에는 사회통념상 체포를 위하여 필요하고 상당하다고 인정되는 범위 내에서 강제력을 행사할 수 있다.

(4) 체포후의 절차 : 검사 또는 사법경찰관리 아닌 자가 현행범인을 체포한 때에는 즉시 검사 또는 사법경찰관리에게 인도하여야 하며, 사법경찰관리가 현행범인의 인도를 받은 때에는 체포자의 성명, 주거, 체포의 사유를 물어야 하고 필요한 때에는 체포자에 대하여 경찰관서에 동행함을 요구할 수 있다. 현행범인의 체포의 경우에도 긴급체포의 규정에 따른 구속영장을 청구하여야 하며, 통상체포의 경우와 마찬가지로 체포 후에는 피의자에게 범죄사실의 요지와 변호인을 선임할 수 있음을 다시 알려야 할 고지의무와 변호인 등에 대한 통지의무를 수사기관은 부담한다(형사소송법 제213조의 2)

2. 피의자와 피고인의 구속

1) 구속의 개념과 목적

구속이란 피의자 또는 피고인의 신체의 자유를 체포에 비하여 장기간에 걸쳐 제한하는 강제처분이다. 현행 형사소송법은 체포된 피의자의 구속 뿐만 아니라 체포되지 아니한 피의자를 직접 구속하는 경우도 인정하고 있다. 피고인의 구속이란 공소제기된 후에 법원이 구속영장에 의하여 피고인을 구인 또는 구금하는 것을 말한다.

구속에는 拘引과 拘禁이 포함된다. 구인이란 피의자 또는 피고인을 법원 또는 기타의 장소에 引致하는 강제처분이며 인치하였으나 구금할 필요가 없을 때는 인치한 때로부터 24시간내에 석방하여야 한다(형사소송법 제71조). 拘禁이란 피의자 또는 피고인을 교도소 또는 구치소에 구금하는 강제처분으로서 보통 未決拘禁이라고 한다. 여기서 문제가 되는 것은 현행 형사소송법이 피의자에 대한 체포제도를 도입함과 아울러 구속전 피의자신문을 위한 구인을 명문으로 인정하고 있어 수사기관이 被疑者訊問을 하기 위해 피의자를 강제로 구인할 필요가 있는가이다. 이에 관해서 학설은 긍정설²³⁾과 부정설²⁴⁾로 나뉘어져 있으나, 개정 형

23) 신동운, 전거서, 104면.

24) 이재상, 전거서, 226면에서는 ① 출석의무 없는 피의자의 출석을 구인에 의하여 강제하는 것은 임의수사인 피의자신문의 본질에 반하고, ② 진술거부권이 보장되어 있는 피의자를 신문하기 위한 구속의 필요성도 인정되지 않으며, ③ 피의자의 신문은 수사의 필수요건도 아니고, ④ 사법경찰관에 대한 피의자의 출석까지 강제하는 것은 권위주의적 형사사법을 초래한다는 이유에서 수사기관이 피의자신문을 위하여 피의자를 구인하는 것은 허용되지 않는다고 해석하고 있다.

사소송법이 체포제도를 새로이 도입한 이상 수사기관의 피의자신문을 위한 구인을 별도로 인정할 실익은 없어졌다고 보는 것이 옳을 것이다.

이와 같은 구속의 목적은 피고인 또는 피의자의 자유를 제한함에 의하여 형사소송의 출석을 보장하고 증거를 인멸함에 의한 수사과 심리의 방해를 제거하며, 확정된 형벌의 집행을 확보하기 위함에 있다. 따라서 단순히 수사의 편의를 위해 구속이 행해져서는 안 될 것이며, 형사소송의 기능을 확보하기 위한 목적이 다른 방법에 의하여서는 달성될 수 없는 정당한 공익의 요구가 인정되는 경우에 최후의 수단으로 사용되어야 할 것이다.

2) 구속의 요건

형사소송법 제201조 제1항은 "피의자가 죄를 범하였다고 의심할만한 상당한 이유가 있고 제70조제1항 각호의 1에 해당하는 사유가 있을 때에는 검사는 관할지방법원판사에게 청구하여 구속영장을 받아 피의자를 구속할 수 있고 구속영장을 받아 피의자를 구속할 수 있다. 다만, 다액 50만원이하의 벌금·구류 또는 과료에 해당하는 범죄에 관하여는 피의자가 일정한 주거가 없는 경우에 한한다"고 규정하고 있고, 동법 제70조 제1항은 "법원은 피고인이 죄를 범하였다고 의심할만한 상당한 이유가 있고 다음 각호의 1에 해당하는 사유가 있는 경우에는 피고인을 구속할 수 있다"고 규정하여 구속이 범죄의 혐의를 전제로 하고 있음을 명백히 하고 있다.

형사소송법은 피고인과 피의자의 구속에 대하여 모두 죄를 범하였다고 의심할만한 상당한 이유가 있을 것을 요구하고 있으므로 부당한 구속이나 구속의 남용으로부터 개인의 자유를 보장하기 위해서는 구속의 요건이 되는 범죄의 혐의는 무죄의 추정을 깨뜨릴 정도로 유죄판결에 대한 고도의 개연성이 인정되는 경우로 제한된다고 해석된다.²⁵⁾

또한 구속의 요건으로서는 형사소송법이 규정하고 있는 구속사유가 있어야 한다. 즉 ① 일정한 주거가 없을 때, ② 증거를 인멸할 염려가 있는 때, ③ 도망 또는 도망할 염려가 있는 때에 해당되어야 한다. 이러한 구속사유의 존재는 구체적 사실을 기초로 한 객관적인 것이어야 한다.²⁶⁾

3) 구속의 절차

구속은 영장주의 원칙에 따라 피고인의 구속뿐만 아니라 피의자를 구속하는 때에도 법원이 발부한 영장에 의하여야 한다(형사소송법 제73조·제201조제1항). 구속영장의 청구는 서면에 의하여야 하며(형사소송규칙 제93조), 구속의 필요를 인정할 수 있는 자료를 제출하여야 한다(형사소송법 제201조제2항). 구속영장의 발부도 일종의 재판으로서 구속영장의 청구를 받은 지방법원판사는 상당하다고 인정할 때에는 구속영장을 발부하며(개정 형사소송법은

25) 이재상, 전거서, 228면.

26) 형사소송법 제201조 제2항 「구속영장의 청구에는 구속의 필요를 인정할 수 있는 자료를 제출하여야 한다」.

구속영장의 발부절차에 있어서 영장실질심사제를 도입하였는 바, 이에 관해서는 관련문제에서 후술함), 구속영장에는 일정한 사실이 기재되어야 하고 재판장 또는 수명법관이 서명·날인하여야 한다(형사소송법 제74조·제75조). 구속영장은 수통을 작성하여 사법경찰관리수인에게 교부할 수 있으며 이 때에는 그 사유를 구속영장에 기재하여야 한다(형사소송법 제82조).

구속영장의 집행에 있어서는 피고인과 피의자의 구속의 경우에 원칙적으로 차이가 없다. 즉 구속영장은 검사의 지휘에 의하여 사법경찰관리가 집행하며, 교도소 또는 구치소에 있는 피고인이나 피의자에 대하여는 검사의 지휘에 의하여 교도관리가 행하도록 되어 있다(형사소송법 제81조·제209조). 영장의 집행 후에도 체포의 경우와 마찬가지로 고지의무와 통지의무를 이행하여야 한다(형사소송법 제87조·제88조·제209조). 이는 국가권력에 의하여 시민이 다른 사람이 모르는 사이에 흔적없이 사라지는 것을 방지함으로써 절차의 공개원칙과 법치국가원리를 보장하기 위한 것이라고 해석된다.

구속기간에 관해서 형사소송법은 사법경찰관이 피의자를 구속한 때에는 10일 이내에 피의자를 검사에게 인치하지 아니하면 석방하여야 하며, 검사의 구속기간도 10일이지만 지방법원판사의 허가를 얻어 10일을 초과하지 않는 한도에서 구속기간을 연장할 수 있도록 하고 있다(형사소송법 제202조·제203조·제205조). 피고인에 대한 구속은 원칙적으로 2월이나 심급마다 2차에 한하여 2개월의 한도 내에서 구속기간을 갱신할 수 있다(형사소송법 제92조).²⁷⁾

한편 검사 또는 사법경찰관리에 의하여 구속되었다가 석방된 자는 다른 중요한 증거를 발견한 경우를 제외하고는 동일한 범죄사실에 대하여 재차 구속하지 못한다(형사소송법 제208조).²⁸⁾ 이는 동일사건에 대한 수사기관의 중복적 구속을 방지하여 피의자의 인권을 보호하고자 함에 있는 것이다. 따라서 재구속영장의 청구서에는 재구속영장의 청구라는 취지와 재구속의 사유를 기재하여야 한다(형사소송규칙 제99조).

4) 관련문제검토

구속제도와 관련하여 구속전 피의자신문제도와 이중구속 및 별건구속의 적법성을 검토해 볼 필요가 있다.

(1) 구속전 피의자신문제도 : 현행 형사소송법은 제201조의2 제1항에서 「체포영장에 의한

27) 대법원 1964.11.17, 64도428는 구속기간을 경과한 구속의 효력에 관하여 구속영장의 효력이 당연히 실효되는 것은 아니라고 판시한 바 있으나, 형사소송법이 구속기간을 제한하고 있는 취지가 부당한 장기구속의 방지에 있는 점을 감안한다면 구속기간을 경과하면 구속영장의 효력은 당연히 실효되어 불법구속이 된다고 보아야 할 것이다.

28) 대법원 1985.7.23. 결정, 85도12는 재구속의 제한규정은 검사 또는 사법경찰관이 피의자를 구속하는 경우에 적용될 뿐이며, 법원이 피고인을 구속하는 경우에는 적용되지 않는다고 하였으나, 재구속제한제도의 취지나 피고인의 지위의 안정을 보장하기 위해서라도 법원의 피고인 구속의 경우에도 적용된다고 보는 것이 타당하다고 본다.

체포(동법 제200조의2)·긴급체포(동법 제200조의3) 또는 현행범인의 체포(동법 제21조)에 의하여 체포된 피의자에 대하여 구속영장을 청구받은 지방법원판사는 피의자 또는 그 변호인, 법정대리인, 배우자, 직계친족, 형제자매, 호주, 가족이나 동거인 또는 고용주의 신청이 있을 때에는 피의자를 심문할 수 있다」고 규정하고 있으며, 동조 제3항에서 「1항 이외의 피의자에 대하여 구속영장의 청구를 받은 지방법원판사는 구속의 사유를 판단하기 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 구인을 위한 구속영장을 발부하여 피의자를 구인한 후 심문할 수 있다」고 하여 구속영장실질심사제도를 도입하였다.²⁹⁾ 구속영장실질심사제란 구속영장의 청구를 받은 판사가 피의자를 직접 심문하여 구속사유를 판단하는 것을 말한다.

그러나 개정 형사소송법은 체포된 피의자에 대해서는 “피의자 등의 신청이 있는 때”, 체포되지 아니한 피의자에 대해서는 “구속의 사유를 판단함에 있어서 필요하다고 인정할 때”에만 피의자를 심문할 수 있다고 규정함으로써 법관의 구속전 피의자심문을 임의적인 것으로 하고 있다. 이는 피의자의 신청이 있는 경우에도 판사가 피의자를 심문하지 않고 구속영장을 발부하여도 위법이라고 할 수 없게 되어³⁰⁾ 구체적 타당성을 잃고 있다고 하겠다.

(2) 이중구속과 별건구속 : 이중구속이란 이미 구속영장이 발부되어 통상적인 구속상태에 있는 피의자, 피고인에게 다시 다른 죄명으로 구속영장이 발부되는 것을 말한다. 이는 동일 피의자, 피고인에게 동일한 범죄사실로 재차 구속하는 재구속과 구별되는 개념으로서 학설은 구속된 피고인 또는 피의자가 석방되는 경우를 대비하여 미리 구속해 둘 필요가 있다는 점에서 이중구속을 허용하는 것이 지배적이나, 구속의 부당한 장기화에 대한 우려와 구속되어 있는 자에게 다른 범죄사실로 구속영장을 발부받을 수는 있어도 동일인에게 동시에 수개의 구속영장을 집행할 수는 없다는 관점에서 이중구속의 필요성을 굳이 인정할 이유는 없다고 본다.³¹⁾

별건구속이란 수사기관이 본래 수사를 하고자 하는 피의사건(이를 본건이라 한다)이 아직 구속요건이 구비되지 않은 경우에 본건 수사에 이용할 목적으로 우선 구속요건이 구비된 다른 사건(이를 별건이라 한다)으로 구속하는 것을 말한다. 별건구속의 문제는 단순히 영장주의와 관련해서 문제시되는 것이 아니라 구속중의 심문에 있다. 특히 자백을 추급하는 문제로서 수사방법 전반에 관계될 수 밖에 없는 것이다.³²⁾ 즉 자백을 얻기 위해 별건구속을 하여 심문을 하는 것은 자백강요를 금지하는 헌법정신에 위배되며 경우에 따라 무죄인 자

29) 이는 영장주의를 관철시키기 위한 제도적 표현이라고 볼 수 있으며, 독일 형사소송법이 구속된 피의자를 즉시 판사에게 인치하여 범죄사실을 심문하도록 하고 있는 것과 같은 맥락에 해당한다.

30) 대법원 1999.8.20, 99도2029. 입법론으로 이재상, 전게서 232면이하는 영장실질심사제도는 피의자의 구속을 제한하고 구속된 피의자에 대하여 법관의 대면권을 보장하기 위한 제도이므로 비용과 소송경제를 이유로 회피할 수 있는 것이 아니라면서, 모든 피의자 구속에 있어서 판사가 피의자를 심문해야 한다고 한다.

31) 이재상, 전게서, 237면; 신양균, 전게서, 114면.

32) 김창섭, 전계박사논문, 81면.

가 형벌에 처해지는 위험성을 내포하고 있는 것일 뿐만 아니라 본건구속에 대한 구속기간의 제한을 벗어나는 것이 된다. 결과적으로 별건구속은 본건과 관련해서 자백강요를 하기 위해서 구속시킨 것이므로 헌법상 국민의 기본권 보장에 관한 규정을 정면으로 위배하는 것으로서 위법하다고 보아야 한다.³³⁾

3. 체포·구속적부심사제도

체포·구속적부심사제도는 수사기관에 의하여 체포 또는 구속된 피의자에 대하여 법원이 체포 또는 구속의 적법여부와 그 필요성을 심사하여 체포 또는 구속이 부적법·부당한 경우에 피의자를 석방시키는 제도를 말한다.³⁴⁾ 이러한 제도는 법관이 발부한 영장에 대한 재심절차 내지 항고적 성격을 가진다고 할 수 있다.³⁵⁾ 개정 형사소송법이 적부심사의 대상을 구속뿐만 아니라 체포에 대하여까지 확대하고 보증금납입조건부 피의자석방제도를 체포·구속적부심사제도와 결합시킴으로써 체포 또는 구속된 피의자를 구제하기 위한 제도로서의 가치는 더욱 증가하였다고 평가된다.³⁶⁾ 더 나아가 개정 형사소송법이 체포제도를 도입하였으나 앞서 살펴본 바와 같이 긴급체포와 현행범인의 체포는 법관의 사법적 통제에서 제외되어 있다는 점에서 더욱 중요한 의미를 가진다고 할 수 있을 것이다.

개정 형사소송법 제214조의2 제1항은 “체포영장 또는 구속영장에 의하여 체포 또는 구속된 피의자 또는 그 변호인, 법정대리인, 배우자, 직계친족, 형제자매, 호주, 가족이나 동거인 또는 고용주는 관할법원에 체포 또는 구속의 적부심사를 청구할 수 있다”고 규정하여 체포·구속적부심사의 청구권자를 체포영장 또는 구속영장에 의하여 체포 또는 구속된 피의자에 제한하고 있으나, 불법한 체포·구속의 대부분이 체포영장이나 구속영장에 의하지 아니하고 체포 또는 구속한 경우³⁷⁾가 해당한다고 볼 수 있으므로 불법 또는 부당한 체포나 구속으로부터 피의자의 신체의 자유를 보호할 수 있게 하기 위해서는 체포·구속적부심사의 청구권자의 범위를 제한할 이유는 전혀 없다고 하겠다. 이 문제에 관해 학설은 대립하고 있으나, 우리 대법원³⁸⁾은 「헌법 제12조 제6항은 누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 적부의 심사를 법원에 청구할 권리를 가진다고 규정하고 있고, 형사소송법 제214조의 2 제

33) 강구진, 전거서, 216면; 신동운, 전거서, 180면; 신양균, 전거서, 115면, 이재상, 전거서, 238면; 허영, 전거서, 343면; 김철수, 전거서, 376면.

34) 체포·구속적부심사를 청구한 피의자를 보증금납입조건부로 석방하는 제도(보증금납입조건부 피의자 석방제도)가 피고인에게만 원칙적으로 적용되는 보석제도를 피의자에게까지 확대한 제도라는 점에서 구별된다.

35) 김철수, 헌법학개론, 박영사, 1999, 336면.

36) 이재상, 전거서, 245면. 그러나 보석과 체포·구속적부심사제도는 제도의 취지를 달리하는 것이라는 점에서 현행 형사소송법이 체포·구속적부심사제와 결합하여, 즉 피의자가 체포·구속적부심사를 청구한 때에만 보석을 허가하도록 하는 보증금납입조건부 피의자석방제도를 신설한 것은 체계적으로 모순이라고 하겠다.

37) 예를 들어 임의동행에 의해 보호실에 유치된 자, 긴급체포·현행범 체포에 의해 체포되어 구속영장이 청구되지 않은 피의자 등.

38) 대법원 1997.8.27, 97도21.

1항은 체포영장 또는 구속영장에 의하여 체포 또는 구속된 피의자 등이 체포 또는 구속의 적부심사를 청구할 수 있다고 규정하고 있는 바, 형사소송법의 위 규정이 체포영장에 의하지 아니하고 체포된 피의자의 적부심사청구권을 제한한 취지는 아니라고 볼 것이므로 긴급 체포 등 체포영장에 의하지 아니하고 체포된 피의자의 경우에도 헌법과 형사소송법의 위 규정에 따라 그 적부심사를 청구할 권리를 가진다」라고 판시하면서 최근 이를 인정하고 있다.

또한 피의자 이외에 피고인에 대하여도 구속적부심사의 청구를 허용할 것인가에 관해서는 체포·구속적부심사제도가 불법적인 구속뿐만 아니라 부당한 구속에 대해서도 인정되어야 하며, 법원에 의하여 불법 또는 부당하게 구속된 피고인을 굳이 배제할 근거는 없다고 보아야 하므로 피고인도 구속적부심사를 청구할 수 있다고 보아야 할 것이다.³⁹⁾ 현행 형사소송법이 피고인의 구속적부심사청구권을 부인하고 있는 것은 구속적부심사청구권의 부당한 제약일 뿐만 아니라, 인신보호를 위한 헌법상의 기속원리로서의 유죄확정시까지의 무죄추정원칙에도 어긋나는 법률규정이라고 본다. 구속적부의 심사는 옳고 그름에 대한 사후적인 재심사로서의 성격과 구속을 반드시 계속해야만 되는가에 대한 현재상황에 대한 심사로서의 성격을 함께 가진다고 보아야 하기 때문에 구속영장집행 당시의 사정과 적부심사시의 사정을 함께 고려해서 인신의 보호에 유리한 방향으로 결정해야 하리라고 판단된다.⁴⁰⁾

IV. 대물적 강제수사(압수·수색·검증)

형사소송법상 강제처분이라 함은 증거물이나 물수물의 수집과 보전을 목적으로 하는 강제처분을 의미한다.⁴¹⁾ 강제처분이라고 하면 보통 인신의 자유를 중심으로 한 대인적 강제처분만을 강조하고 대물적 강제처분은 부수적으로 생각하는 것이 상례이나 인간생활의 유지조건인 재산권과 주거권을 침해하는 중대한 강제처분으로서 적지 않은 사회적 문제를 야기시키고 있다.⁴²⁾ 특히 대물적 강제처분은 국민의 사생활을 침해할 우려가 크기 때문에 사법적 사전심사를 강화할 필요가 있을 뿐만 아니라 수사기관의 자의에 의한 남용과 오용방지라는 측면에서 검토되어야 할 것이다.

1. 대물적 強制處分과 令狀主義

우리 헌법은 인신의 체포·구속뿐만 아니라 압수·수색은 물론, 주거에 대한 압수나 수색

39) 신양균, 전게서, 132면; 이재상, 전게서, 256면; 허영, 전게서, 351면.

40) 허영, 전게서, 350-351면.

41) 대물적 강제처분은 주체에 따라 법원이 증거수집을 위하여 행하는 경우와 수사기관이 수사의 목적으로 행하는 경우로 구분할 수 있는 바, 수사기관의 대물적 강제처분을 대물적 강제수사라고 한다. 그러나 증거물이나 물수할 물건의 수집과 확보를 목적으로 하는 강제처분이라는 점에서 양자는 그 성질을 같이한다고 볼 수 있다 (이재상, 전게서, 271면).

42) 이재상, 대물적 강제수사와 영장주의 예외, 월간고시, 1986.4., 118면.

(가택수색)에는 반드시 법관이 발부한 영장을 사전에 제시(헌법 제12조·제16조)하게 함으로써 사전영장주의를 규정하고 있다. 사전영장주의의 헌법상 의의는 사법권독립에 의해서 그 신분이 보장되는 법관을 인신의 자유를 제한하는 수사과정에 처음부터 참여시킴으로써 인신보호에 만전을 기하자는 데 있는 것이다.

헌법상의 영장주의는 국민의 생활공간에 대한 국가의 부당한 침해를 방지함으로써 국민의 사생활을 보호하기 위한 것이기 때문에 형사상의 목적달성에 있어서 대인적 강제처분 뿐만 아니라 대물적 강제처분에 있어서도 요구된다. 다만, 대물적 강제수사에 있어서 압수·수색의 긴급성에 대처하기 위해 우리 형사소송법은 영장을 받을 수 없는 긴급성이 있는 때에는 영장에 의하지 않는 압수·수색·검증을 허용하고 있을 뿐이다.⁴³⁾

대물적 강제처분에 있어서도 인신구속제도와 마찬가지로 강제처분의 필요성이 요구된다. 즉 형사소송규칙도 이러한 점에서 압수·수색영장에 압수·수색의 사유를 기재하도록 하고(형사소송규칙 제58조), 영장을 청구할 때에는 범죄의 혐의를 인정하는 자료와 압수·수색·검증의 필요성을 인정할 수 있는 자료를 제출하도록 하고 있는 것이다(형사소송규칙 제108조). 압수·수색·검증의 필요성은 법치국가원리의 본질적 내용인 비례성의 원칙에 따라 범죄의 태양과 경중, 대상물의 증거가치와 중요성 및 인명의 우려, 처분을 받는 자의 불이익의 정도 등 제반사정을 고려하여 판단해야 할 것이다.⁴⁴⁾

압수·수색·검증을 함에 있어서도 그 대상과 필요성을 판단하는 기준으로서 범죄에 대한 혐의를 요구한다. 이러한 범죄의 혐의는 현행 형사소송법이 혐의를 인정하는 자료제출과 영장에의 죄명기재를 규정하고 있는 점으로 보아 구속의 경우와 동일한 수준의 혐의라기 보다는 최초의 혐의 또는 단순한 혐의로 충분하다고 해석된다.⁴⁵⁾

2. 押收·搜索

압수란 증거물 또는 압수할 것으로 판단되는 물건의 점유를 강제적으로 취득하는 처분과 이를 집행하는 사실을 의하는 복합적 소송행위이다. 즉 압류와 영치 및 제출명령의 세가지 내용을 포함하는 것이나, 수사기관에 의한 강제수사의 경우에는 제출명령이 포함되지 않는다. 수색이란 압수할 물건 또는 체포할 사람을 발견할 목적으로 주거·물건·사람의 신체 또는 기타 장소에 대하여 행하는 강제처분을 말한다. 이러한 수색은 주로 압수와 함께 행하여지고 실무상으로도 압수·수색영장이라는 단일영장을 사용하고 있는 것이 현실이다. 이하에서는 압수·수색과 관련하여 몇가지 논의되는 사항들만을 간략하게 검토하기로 한다.

전술한 바와 같이 압수·수색에 있어서는 영장에 의함이 원칙이나 형사소송법은 그 긴급

43) 이러한 대물적 강제수사의 대표적인 예는 적법한 체포, 구속, 긴급체포에 수반한 압수·수색·검증이며 피고인 구속현장에서의 압수, 수색, 범행현장에서의 압수·수색·검증에 대해서도 영장없이 허용하고 있다(형사소송법 제216조).

44) 이재상, 전제서, 272면; 신동운, 전제서, 224면; Roxin, Strafverfahrensrecht, 24.Aufl., 1995, S.257.

45) Roxin, a.a.O., S.254.

성을 고려하여 일정한 경우에 영장에 의하지 않는 압수·수색을 허용하고 있다. 영장에 의하지 않는 압수·수색의 일반적인 예로는 적법한 체포·구속 및 긴급체포에 수반한 압수·수색이며, 이 외에도 피고인 구속현장에서의 압수·수색과 범죄현장에서의 압수·수색을 들 수 있다(형사소송법 제216조). 이는 피의자 또는 현행범인의 체포를 위한 불가결한 전제로서, 체포현장에서의 증거수집을 위해서, 범죄현장에서의 증거물의 隱匿과 散逸을 방지하기 위한 취지라고 볼 수 있다. 따라서 이러한 영장주의 예외규정은 엄격하게 해석되어야 하며, 예외규정에 해당하지 않는 경우에는 반드시 법관이 발부한 영장에 의하여야 할 것이다.

체포현장에서의 압수·수색에 있어서는 압수·수색과 체포와의 사이에는 어느정도 시간적 접촉성을 요한다. 이에 관해서 견해⁴⁶⁾가 대립되어 있으나, 이러한 견해의 대립은 결국 체포전의 압수·수색이 허용되는지 그리고 피의자의 체포에 성공하였을 것을 요하는가라는 문제로 귀결된다. 생각전대 체포할 피의자가 있는 장소에서 압수·수색한 이상 체포의 전후나 그 성공여부는 물분하고, 먼저 체포에 착수한 때에는 피의자가 도주한 경우에도 압수·수색이 허용된다고 해석하는 것이 옳다고 본다.⁴⁷⁾

소유자·소지자 또는 보관자가 임의제출한 물건의 압수에 있어서 형사소송법은 제108조와 제218조에서 영장없이 압수할 수 있음을 규정하고 있다(領置). 이는 점유의 취득이 임의적이므로 영장없이 압수할 수 있도록 한 것이라고 보여지나 영치한 후의 법률효과는 압수의 경우와 동일하다는 점에서 굳이 압수의 대상으로 규정할 이유는 없다고 보겠다. 독일의 경우에도 임의제출물에 대하여는 압수가 불필요하다고 규정하고 있다(§94 ②)⁴⁸⁾

압수물의 압수를 계속할 필요가 없는 경우에는 법원 또는 수사기관은 압수한 물건을 피압수자에게 피고사건종결 전이라도 결정으로 환부하여야 한다(형사소송법 제133조·제219조). 압수물의 환부는 법원 또는 수사기관의 결정으로 행하는 것이지 피압수자(소유자 등)의 청구가 있을 필요는 없다. 따라서 피압수자가 소유권을 포기한 경우라도 압수를 계속할 필요가 없다고 인정되는 경우에는 법원 또는 수사기관은 환부결정을 해야 할 의무가 있다고 본다. 우리 대법원도 「피압수자 등 환부를 받을 자가 압수 후 그 소유권을 포기하는 등에 의하여 실체법상의 권리를 상실하더라도 그 때문에 압수물을 환부하여야 하는 수사기관의 의무에 어떠한 영향을 미칠 수 없고, 또한 수사기관에 대하여 형사소송법상의 환부청구권을 포기한다는 의사표시를 하더라도 그 효력이 없어 그에 의하여 수사기관의 필요적 환부의무가 면제되지 아니한다」고 판시하고 있다.⁴⁹⁾

46) 체포와 압수·수색과의 시간적 접촉성에 관한 견해는 ① 체포행위에 시간적·장소적으로 접촉되어 있으면 족하며 체포의 전후를 불문한다는 견해(김기두·서일교), ② 피의자가 현실적으로 체포되었음을 요한다는 견해(강구진·신동운), ③ 피의자가 수색장소에 현재하고 체포의 착수를 요건으로 한다는 견해(차용석), ④ 압수·수색의 당시에 피의자가 현장에 있음을 요한다는 견해(백형구) 등이다.

47) 이재상, 전거서, 279면.

48) Roxin, Strafverfahrensrecht, 24.Aufl., 1995, S.254; Peters, Strafprozeß, 4.Aufl., 1985, S.133.

49) 대법원 1996.8.16(전원합의체결정), 94도51.

3. 수사상의 檢證

검증이란 사람, 장소, 물건의 성질·형상을 五官의 작용에 의하여 인식하는 강제처분을 말한다. 법원·법관의 검증(형사소송법 제139조)은 증거조사의 일종으로 영장을 요하지 않음에 비해, 수사기관의 검증(형사소송법 제215조)은 증거를 수집·보전하기 위한 강제처분이므로 원칙적으로 법관의 영장에 의하여야 한다. 형사소송법은 수사기관의 검증에 관하여 압수·수색과 같이 규정하고 있으므로 이하에서는 검증과 관련하여 특히 문제되는 신체검사⁵⁰⁾와 관련하여 간략하게 검토하기로 한다.

신체검사는 오관에 의한 검증으로서의 신체검사 이외에 전문적 지식과 경험을 요하는 감정으로서의 신체검사가 있다. 혈액채취나 X선촬영 등이 후자에 속한다. 일반적으로 체포 또는 구속된 피의자에 대하여 指紋 또는 足形을 채취하고 신장과 체중 또는 흉위를 측정하는 것은 신체를 구속하는 처분에 실질적으로 포함된 피의자를 특정하기 위한 처분이므로 허용된다고 할 수 있으며, 체내신체검사의 경우에는 피검사자의 건강을 해하는 정도인 경우에는 허용되지 않는다고 본다. 왜냐하면 피검사자의 건강을 해할 정도의 신체검사는 헌법이 보장하는 인간의 존엄성에 반하는 것이라고 볼 수 있기 때문이다.⁵¹⁾

V. 결 론 - 강제수사제도의 문제점과 개선방안 -

형사소송법은 그 지도이념으로 실체적 진실주의와 적정성의 원칙을 들고 있다. 실체적 진실주의는 어떠한 진실을 가려내어 범죄자를 처벌해야 한다는 취지인데, 특히 적극적 진실주의는 다소 피의자 또는 피고인이 침해를 당한다고 하더라도 진실을 밝혀야 한다는 점이다. 이에 반하여 적정성의 원칙은 진실규명도 중요하지만 피의자나 피고인의 인권도 중요하다는 점을 제시한 것이며, 재판과정이나 특히 수사과정에서 항상 이들의 견해를 존중하고 보호해 줄 것을 그 취지로 한다. 실무적인 관점에서는 수사의 편의상 진실주의의 강조가 당연한 귀결일지는 모를 일이다. 그러나 이렇게 되는 경우 우리가 흔히 체험해 왔듯이 고문이나 가혹한 행위로 진실발견을 위해서는 정당화된다는 오류를 범할 수 있는 것이다. 그러므로 형사소송법도 바로 그 지도이념을 적정성의 원칙에 두면서 피의자나 피고인의 인권도 보장해야 하는 것이다.⁵²⁾ 이러한 관점 하에서 현행 형사소송법이 규정하고 있는 강제수사제도는 헌법상의 영장주의원칙, 신속한 재판의 원칙, 무죄추정의 원칙 등과 관련하여 많은 개선이 요구되고 있는 것이다.

먼저 현행 형사소송법상의 근본적인 문제점으로서 피의자의 소송법상 지위에 대한 전환적 인식이 필요하다. 즉 피의자의 지위를 소송절차에 있어서 소송주체이며 수사절차상의 주

50) 신체검사는 신체자체를 검사대상으로 하기 때문에 신체외부에 대한 증거물의 수색인 신체수색과는 구별되며, 따라서 수색이 아닌 검증으로서의 성격을 지닌다(Roxin, a.a.O., S.246; Peters, a.a.O., S.447.).

51) Roxin, a.a.O., S.247.

52) 구모영, 법과 인간 - 법철학과 형법학의 근본문제 -, 도서출판 전망, 1994, 66면이하.

체라고 설정하여야 한다. 왜냐하면 수사기관의 수사활동이 공소의 제기와 수행을 위한 범인의 신병확보와 증거의 수집·보전이라는 목적달성을 위한 활동으로서 법률상의 규제보다 사실상의 규제 즉 합목적성의 원리가 지배하는 수사기관의 편의와 강제력의 행사가 주된 절차로 구성되어 있다는 점을 감안한다면, 피의자의 권리와 지위를 보장해야 한다고 주장하는 것은 피의자의 지위를 조사의 객체, 강제처분이나 수사절차의 대상으로만 여기는 사고방식이 지배하는 현행 형사소송절차에서는 무의미한 것이 되기 때문이다. 즉 피의자는 통일된 형사절차 전반에 걸쳐 소송의 주체, 수사절차상의 주체로서 현행 형사소송법상 인정된 각종 권리의 주체로서 권리를 향유하기도 하고 또한 소송법상 의무를 부담하기도 한다는 것이다. 다시말해 수사절차상 강제처분에 있어 피의자에게 수인의무를 부담시키는 것은 형사소송법에서 인정한 각종 권리와 지위에 대응하여 소송법상 의무를 부담시키는 것이지 단순히 조사의 대상에 해당하기 때문에 일방적으로 수사기관에 복종하라는 것은 아닌 것이다.

둘째, 범죄수사와 관련한 프라이버시 보호문제이다. 현행법이 프라이버시 보호를 위해 압수·수색의 경우 영장주의를 원칙으로 하여 그 합리성을 보장하고는 있지만 현실적으로는 수사기관이 일단 수사를 개시하면 무조건 피의자의 주거나 사무실 등에 대해 영장없이도 압수·수색을 감행하고 있고 법원은 아무런 통제도 없이 영장을 발부해 주고 있는 실태가 문제된다고 하겠다. 오늘날 수사기관은 아무런 법적 규제없이 재량적·탄력적이고 유연한 수사활동의 확보라는 수사목적의 효율적 실현을 위한 기도 때문에 피의자의 프라이버시 보호문제는 아직까지 미약한 수준에 머물러 있을 뿐 아니라 오히려 경시할 경향마저 없지 않아 수사절차상 프라이버시 보호를 위한 제도개선이 있어야 할 것으로 본다.

셋째, 수사는 임의수사를 원칙으로 하기 때문에 불구속수사가 이상이지만 피의자·피고인에게 특별한 희생을 요구하는 인신구속제도는 형사절차상 필요악이라고 할 수 있다. 하지만 현행 인신구속제도상 또는 운용상 수사기관에 의한 인신구속의 남용, 불공평한 인신구속, 인신구속절차상의 불법행위, 구속기간의 장기화 등과 관련하여 개선되어야 할 점들은 많다. 현행법상의 구속사유 또는 구속요건이 너무 추상적일 뿐만 아니라 일정한 경우에는 심급마다 2차까지 갱신할 수 있도록 하여 구속의 부당한 장기화를 초래할 여지를 안고 있는 것이다. 특히 구속기간을 지나 구속기소된 피고인이 첫 재판을 받을 때까지 상당한 기간동안 기다려야 하는 사법현실을 감안한다면 구속의 장기화는 심각한 인권침해라고 하지 않을 수 없다.

넷째, 구속적부심사제도는 수사기관에 의해 구속된 피의자에 대해 구속의 적부와 계속의 필요성을 심사하여 구속이 부당한 경우 석방시키는 제도인 것이다. 따라서 구속의 계속여부에 대한 판단은 현재의 상황에 중점을 두어야 하기 때문에 구속집행당시의 사정과 적부심사 현재의 사정을 고려하여 인신보호에 가장 유리한 방향으로 결정해야 한다.⁵³⁾ 그럼에도 불구하고 현행 형사소송법은 법원의 적부심사결정에 대해서는 항고를 부인함으로써 검사와

53) 허영, 전게서, 351면.

형사피의자가 더 이상 다투지 못하도록 하고 있을 뿐만 아니라(형사소송법 제214조의2 제7항), 법원이 적부심사에 관한 수사관계서류와 증거물을 접수한 때부터 결정 후 검찰청에 반환된 때까지의 기간은 구속기간에 산입하지 아니하는 규정을 두고 있어 사실상 구속기간의 연장이라는 결과를 초래하게 되어(형사소송법 제214조의2 제12항) 문제가 된다고 보겠다. 또한 검찰의 전격기소에 의해 적부심사제도의 제도적 의의가 상실될 위험이 있다는 것이다. 법원은 경우에 따라 적부심사를 일정한 기간 유보하는 경우가 있는데 이 유보기간에 전격적인 기소가 있을 경우 구속피의자의 인권침해는 물론 검사에 의해 이 제도가 몰가치적인 것으로 변질될 가능성을 안고 있는 것이다. 이는 피고인에게까지 적부심사청구를 허용함으로써 해결될 수 있을 것으로 본다.

마지막으로 검찰수사의 개시원인이 되는 범죄인지에 있어서 수사비례의 원칙에 따라 일정한 요건과 절차를 구체적으로 법정화할 필요가 있다. 왜냐하면 경찰관직무집행법상에 규정되어 있는 불심검문과 소지품 검사 등은 범죄예방을 위한 행정경찰목적이지 범죄수사의 목적이라고는 볼 수 없기 때문이다. 또한 죄형법정주의 원칙에 따라 경미한 사건의 비범죄화도 검토되어야 할 문제라고 본다.

참 고 문 헌

- 강구진, 형사소송법원론, 학연사, 1990.
- 구모영, 법과 인간 - 법철학과 형법학의 근본문제 -, 도서출판 전망, 1994.
- 김창섭, 범죄수사와 인권보장에 관한 연구, 조선대박사논문, 1992.
- 김창섭, 형사소송법상 강제처분과 인권보장, 귀임이경수박사화갑기념논총, 1989.
- 김철수, 헌법학개론, 박영사, 1999.
- 신동운, 형사소송법, 법문사, 1996, 164면; 신양균, 형사소송법, 대명출판사, 1996.
- 이재상, 형사소송법, 박영사, 2000.
- 이재상, 강제처분과 인권보장, 고시계, 1986.9.
- 이재상, 대물적 강제수사와 영장주의 예외, 월간고시, 1986.4.
- 허영, 한국헌법론, 박영사, 1990.
- 久禮田益喜 外, 刑事訴訟法, 1967.
- Peters, Strafprozeß, 4.Aufl., 1985.
- Roxin, Strafverfahrensrecht, 24.Aufl., 1995.
- Strafverfahrensrecht, 24.Aufl., 1995.