creative commons

COMMONS DEED

저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:

저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.

비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.

변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 이용허락규약(Legal Code)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

Disclaimer

dCollection

[UCI]I804:24011-200000234512

2007년 8월

碩士學位論文

刑事節次에서의 基本權 保護에 關한 憲法的 考察

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

朴 垠 亭

刑事節次에서의 基本權 保護에 關한 憲法的 考察

- A Study on the constitutional Protection of Human rights in Criminal Process -

*2007*年 *8*月 *24*日

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

朴 垠 亭

刑事節次에서의 基本權 保護에 關한 憲法的 考察

指導敎授　金 炳 錄

이 論文을 法學碩士學位申請 論文으로 提出함

*2007*年 *4*月　日

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

朴　垠　亭

朴垠亭의 碩士學位論文을 認准함

委員長　朝鮮大學校 敎授　　印

委　員　朝鮮大學校 敎授　　印

委　員　朝鮮大學校 敎授　　印

*2007*年 *5*月　日

朝 鮮 大 學 校　大 學 院

目　　次

ABSTRACT

제 *1* 장　서론 ····· *1*

제1절 연구의 목적 ····· 1

제2절 연구의 범위와 구성 ····· 4

제 *2* 장 형사절차에서의 기본권보호의 연혁과 입법례 ····· *5*

제1절 형사절차에서의 기본권보호의 연혁 ····· 5

제2절 형사절차에서의 기본권보호의 입법례 ····· 8

1. 영미법계 ····· 8

가. 영국의 인신보호영장 ····· 8

나. 미국의 인신보호영장 ····· 11

2. 대륙법계 ····· 14

가. 프랑스의 예심제도와 사법통제 ····· 14

나. 독일 ····· 17

제 *3* 장 형사절차에서의 기본권보호에 관한 주요 현행제도 ····· *21*

제1절 형사절차에서의 기본권보호의 헌법적 근거 ····· 21

1. 법치국가원리 ····· 21

가. 법치국가원리의 의의 ····· 21

나. 법치국가원리의 요소 ····· 23

2. 적법절차원리 ····· 23

가. 적법절차의 명문화동기 및 배경 ····· 23

나. 적법절차의 법리 ····· 24

3. 법치국가원리와 적법절차 ····· 24

제2절 영장주의 ····· 25
1. 영장주의의 헌법상 의미 ····· 25
2. 영장주의의 구체적 내용 ····· 26
가. 법관에 의한 영장의 발부 ····· 26
나. 사전영장의 원칙 ····· 27
다. 일반영장의 금지 ····· 27
라. 영장제시의 원칙 ····· 27
3. 영장주의의 예외로서의 비상계엄 ····· 28
4. 체포·구속에 있어서의 영장주의 ····· 28
가. 형사소송법상의 인신구속제도 ····· 28
나. 영장에 의한 체포, 구속 ····· 29
다. 영장에 의하지 아니한 체포, 구금 ····· 39
라. 보호실 유치와 임의동행의 위헌성문제 ····· 41
5. 기타 강제처분과 영장주의 ····· 43
가. 강제처분 법정주의 ····· 43
나. 강제처분과 임의처분의 구별기준 ····· 44
제 3 절 체포·구속적부심사제도 ····· 45
1. 헌법적 의의 ····· 45
2. 긴급체포와 체포적부심사의 문제 ····· 46
가. 적극설 ····· 46
나. 소극설 ····· 46
다. 검토 ····· 47
3. 체포된 피의자의 보증금납입조건부 피의자보석 허용여부 ····· 48
가. 긍정설 ····· 49
나. 부정설 ····· 49
다. 검토 ····· 50
4. 체포·구속적부심사청구권에 대한 헌법적 평가 ····· 50
제 4 절 변호인의 조력을 받을 권리 ····· 51
1. 의의 ····· 51
2. 향유 주체 ····· 52

3. 내용 ····· 52
가. 접견교통권 ····· 53
나. 소송관계서류의 열람·등사권 ····· 56
다. 변호인의 조력을 받을 권리 있음을 고지받을 권리 ····· 62
라. 수사기관의 피의자신문시 변호인배석 요구권 ····· 63
제5절 형사절차에서의 기본권보호에 관한 새로운 논의 -범죄피해자보호제도- 64
1. 서론 ····· 64
2. 우리나라의 범죄피해자보호제도 ····· 65
가. 헌법상 범죄피해자의 권리 ····· 65
나. 형사법상 범죄피해자의 권리 ····· 67

제 *4* 장 형사절차에서의 기본권보호제도의 문제점과 개선방안 ····· *73*
제1절 영장주의의 문제점과 개선방안 ····· 73
1. 체포영장제도의 문제점과 개선방안 ····· 73
2. 영장실질심사제도의 문제점과 개선방안 ····· 74
가. 필요적 피의자심문제도 채택 ····· 74
나. 영장실질심사단계에서의 보석제도의 채택 ····· 76
3. 긴급체포의 문제점과 개선방안(영장없는 체포기간 및 그 이후의 통제문제) ····· 77
4. 소결 ····· 78
제2절 구속기간의 단축문제 ····· 78
1. 문제점 ····· 78
2. 개선방안 ····· 79
가. 사법경찰관의 구속기간 ····· 80
나. 검사의 구속기간 ····· 81
제3절 변호인의 조력을 받을 권리와 관련한 개선방안 ····· 82
1. 피의자신문참여권 도입논의의 의의 ····· 82
2. 수사기관의 피의자신문과 변호인의 참여권 ····· 83
가. 검사의 피의자신문과 변호인의 참여권 ····· 83
나. 경찰의 피의자신문과 변호인의 참여권 ····· 85

3. 입법론 ····· 89
가. 변호인의 피의자신문참여권과 통지의무 ····· 93
나. 피의자신문참여권의 침해와 증거능력문제 ····· 94
제4절 체포·구속적부심사제도의 문제점과 개선방안 ····· 95
1. 적부심사의 청구 ····· 95
가. 피고인에 대한 청구권 인정 ····· 95
나. 변호인의 선임에 대한 문제점 ····· 96
2. 법원의 결정 ····· 97
가. 석방결정과 공소제기와의 관계 ····· 97
나. 심사기간의 구속기간 불산입 ····· 98
다. 쌍방항고의 금지 ····· 98
제5절 기소전 보석제도의 문제점과 개선방안 ····· 99
1. 피의자 보석의 적극적 활용 ····· 99
2. 구속영장심사단계에서의 보석 허용여부 ····· 100
3. 피의자의 보석청구권 확대 ····· 101
4. 피체포 피의자를 위한 보석의 확대여부 ····· 102
제6절 범죄피해자보호제도의 문제점과 개선방안 ····· 103
1. 피해자의 원상회복을 위한 조정권의 활용 ····· 104
2. 변호인의 조력을 받을 권리문제 ····· 105
3. 구조금의 지급 확대 ····· 107
4. 범죄피해자 구조기금의 조성 및 관리공단의 설립문제 ····· 108
5. 피해자 지원제도간의 연계성 및 전담부서 신설 ····· 110

제 5 장 결론 ····· *112*

참고문헌 ····· *116*

ABSTRACT

A Study on the constitutional Protection of Human rights in Criminal Process

Park, Eun Jung
Advisor : Prof. Kim, Byeong Rok. PH.D.
Department of Law
Graduate Shool of Chosun University

Criminal procedures have two propositions as follows: the necessity to discover substantive truth that it must prosecute and punish criminals and protect victims to maintain social order; request of human rights protection that human rights of the suspected and prisoners must be protected from risks that they might be punish though they are not criminals due to errors derived from incomplete judgement by man. That is, with the proposition that they must punish criminals to maintain public order, to promote the speed and mobility in investigation with proposes of finding and securing criminals, collecting and preserving evidences, its fitness has to be emphasized while human rights of the suspected must be guaranteed as they are assumed as innocent until they are finally judged as guilty.

In criminal procedures, there is difference in execution as well as criminal procedures according to which a focus is given on, the two conflicting values,

discovery of truth and human right guaranty. In the past, the purpose of the criminal law was truth discovery and when a trial uncovered the truth, justice could be realized. As it assumes possibility of truth examination, the criminal law is a faithful maid to discovery of objective facts. That is, it is not too much to say that the truth is a product of national power and authority. Substantive truth is not a simple concept that only facts are pursued, but an active idea that the person who commit crimes shall be punished. It is natural that continuous approaches to absolute truth should be done through national power to prosecute. Under this principle, as the need of punishment has priority, investigation before prosecution should be interrogated and lengthened for complete investigation of the suspected and complete collection of evidences.

However, today criminal procedures experienced innovative changes in such term, and a focus should not be given on discovery of the truth to punish criminals, but how the truth can be discovered while human rights of the suspected and the prisoners are guaranteed; that is, on realization of proper procedures. It is not derived from infinite pursuit for the truth, but is based on the procedures to pursue the truth, trust in the procedures and approval of the results derived by proper procedures as correct. So the proper procedures are designed for human rights guaranty of the suspected and prisoners, where negative truth of no-punishment against the innocent persons lies. The proper procedures emphasizes the process of truth discovery rather than the truth discovery itself, and pursues satisfaction through discovery of the truth within the range that fair interests of others are not infringed.

Of course, as the criminal procedures are national institutions, it should work for punishment of criminals, which is a formal exercise of punishment right. However, the criminal procedures have meanings in realization of proper procedures beyond exercise of national punishment rights. Their kernel lies in the guaranty

of human rights in criminal procedures against the suspected and prisoners since the modern period. That is, to promote balanced harmony of the two propositions is a task of the criminal procedures in law-governed countries. In such reasons, the criminal procedures should be constitutional procedures which are governed by the principles of presumption of innocence and legal procedures.

제 1 장 서론

제1절 연구의 목적

형사절차는 범인을 검거, 처벌하고 피해자를 보호하여 사회질서를 유지하여야 한다는 실체적 진실발견의 필요성과 인간의 불완전한 판단에서 올 수 있는 오류에 의하여 범인이 아닌 자를 처벌하게 될지도 모를 위험성으로부터 피의자와 피고인의 인권을 보호하여야 한다는 인권보장의 요청이라는 두 가지 명제를 안고 있다.[1] 즉 범인을 반드시 처벌하여 공공질서를 유지해야 하는 대명제 아래 범인을 발견·확보하고 증거의 수집·보전의 목적을 가진 수사에 있어서 그 신속성, 기동성을 도모하기 위하여 그 합목적성이 강조되지 않을 수 없는 반면에, 피의자는 확정판결이 있기 전까지는 무죄로 추정되기 때문에 인권보장이라는 측면도 결코 경시될 수가 없는 것이다.

형사절차에서 진실의 발견과 인권보장이라는 갈등관계에 놓인 두 개의 가치 중에서 어느 것에 중점을 두느냐에 따라 형사소송제도 그 자체는 물론, 그의 운용에 있어서 차이가 있음은 당연하다. 종래에는 형사소송법의 목적을 진실발견에 두고, 재판은 진상을 규명함으로써 정의가 실현된다는 사고방식이 지배적이었다. 이는 궁극적인 진상규명의 가능성을 전제로 하기 때문에, 형사소송은 객관적 사실의 발견을 위한 충실한 시녀이게 된다. 즉 실체적 진실주의는 국가의 실력과 위신의 소산이라고 해도 과언이 아니다. 실체적 진실주의는 오직 사실만을 추구한다는 단순개념이 아니고, 이에서 더 나아가 죄를 범한 자는 반드시 처벌되어야 한다는 적극적 사상을 의미하게 된다.[2] 이는 절대적 진실에의 끊임없는 접근을 국가의 범죄소추력을 통하여 행한다는 당연한 귀결인 것이다. 이러한 원칙하에서는 처벌의 욕구가 우선시되어서,

---

1) 배종대, 이상돈, 형사소송법, 홍문사, 2006, 20쪽 참조; 박기준, 수사절차상의 구속제도에 관한 고찰, 서울대학교 석사학위논문, 1990, 1쪽 참조; 일반적 견해는 신속한 재판의 원칙을 적정절차(인권보장) 특히 피고인 보호의 원칙의 내용으로부터 독립성을 인정하여 형사소송의 일반적 지도이념이 되었다고 설명하고 있으나 신속한 재판은 어디까지나 형사절차의 합리성, 즉 적정절차를 도모하기 위한 제도이어야 하기 때문에 적정절차의 한 내용으로 편입시켜 이해하는 것이 바람직하다고 생각된다.

2) 신현진, 구속된 형사피의자의 인권보장, 고려대학교 대학원, 석사학위논문, 2001, 3쪽.

기소전의 수사는 규문화·장기화되어 피의자에 대한 철저한 조사와 증거수집이 무엇보다도 요청됨은 당연하다.

그러나 오늘의 형사절차는 그러한 점에 있어서 일대변혁을 체험하였으며, 범인처벌을 위하여 진실만을 추구하면 되는 것이 아니고, '어떻게 하면 피의자·피고인의 인권을 보장하면서 진실을 발견할 수 있는가'라는 점, 즉 적정절차의 실현에 초점을 두어야 한다는 데 있다. 그것은 무한히 진실을 추구함이 아니고, 한편에서는 진실추구라고 보이는 절차를 중시하고, 다른 편에서는 그렇게 행하여진 절차를 신뢰하고, 적정절차에 의하여 구성된[3] 결과를 올바른 것이라고 받아들이려는 사상에 의거한 것이다. 그러므로 적정절차는 주로 피의자·피고인의 인권보장을 위한 것으로서, 그 기반에는 무죄자의 불처벌이라는 소극적 진실주의가 놓여있음을 알 수 있다. 적정절차는 진실발견이라는 결과보다도 그의 인정과정을 중요시하는 것이며, 타의 정당한 이익을 침해하지 않는 범위 내에서의 진실발견으로서 만족하려는 것이다.

물론 형사절차가 국가적 제도이므로 범인의 처벌을 위해 기능해야 함은 자명한 이치라고 해도 지나친 말은 아니며, 그것은 바로 형벌권 발동의 형식적인 것이다. 그러나 형사절차는 국가형벌권 발동의 형식에 그치지 않고, 적정절차의 실현에 존재가치가 있다고 할 것이며, 그의 중핵이 근대 이후에 있어서는 피의자·피고인의 형사절차에 있어서의 인권보장에 있는 것이다. 즉 이 두 가지 명제의 균형 있는 조화를 모색하는 것이 오늘날 법치국가적 형사소송법의 임무라 할 수 있다.[4] 이러한 이유에서 형사소송은 헌법상의 무죄추정 및 적법절차의 원리에 의하여 지배되는 헌법적 형사소송이라야 한다.[5]

본 논문에서는 형사절차에서의 국민의 기본권 보호를 위하여 법치국가적 시각에 입각한 기본원칙을 제시하면서, 형사절차에서의 인권침해를 극소화 또는 근절시키기 위한 방안을 모색

---

3) 배종대·이상돈, 위의 책, 15쪽; 이상돈, 형법학(형법이론과 형법정책), 법문사, 2005, 415쪽 참조; 실체적 진실이란 현실을 그대로 인식하는 것이 가능하다는 것을 전제로 한다. 그러나 인식은 그 인식주체의 삶의 경험과 사안에 대한 이해관계, 직업적 전문화 그리고 언어적 감수성 등에 따라 좌우된다. 그리고 더욱이 형사소송의 진실, 즉 범죄사실에 대한 인식은 정보(증거)에 의존하여 이루어지는데, 정보의 수집과 활용 자체가 인식주체의 선견해에 따라 '선별적'이다. 따라서 형사소송의 진실은 '인식'된다고 하기보다는 '구성'된다고 말하는 것이 더욱 적합하다고 할 수 있다.

4) 신현진, 앞의 글, 4쪽.

5) 박동복, 헌법상 형사피의자의 권리-헌법재판소 판례를 중심으로-, 서울대학교 대학원, 석사학위논문, 2003, 9쪽.

하기 위해 현행헌법상의 제도적 장치를 검토하고 형사소송법상의 인권보장제도가 헌법정신에 합치하는지 여부를 헌법적 시각에서 살펴보고 그 문제점을 도출하고 그의 개선방안을 제시하려는데 목적이 있다.

제2절 연구의 범위와 구성

본 논문에서는 형사절차에서의 국민의 기본권보호라는 커다란 과제하에, 기본권보호의 내용과 문제점을 중심으로 헌법과 형사소송법, 그리고 헌법재판소의 판례에 관한 문헌연구의 방법을 통해서 합리적인 제도적 장치를 모색하여 현행법의 제규정과 외국의 제도 등을 비교·검토하여 연구함으로써, 우리나라 법제의 미비점을 찾아 형사절차에서 기본권침해가 없도록 하여 헌법적 형사소송의 확립에 기여하고자 하였다.

본 논문의 구성은 전6장으로 되어 있다. 제1장에서는 서론으로 형사절차에서의 기본권보호의 연구배경 및 목적과 논문의 내용구성을 밝히고, 제2장에서는 형사절차에서의 기본권보장의 연혁과 외국의 입법례를 살펴봄으로써 우리 형사절차의 헌법적 형사소송의 확립을 도모하고자 하였다. 제3장에서는 형사절차에서의 기본권보호에 관해 우리 헌법이 어떠한 내용을 규정하고 있는지를 법치국가적 측면에서 고찰하였다. 즉 우선 형사절차에서의 기본권보호의 중요성을 강조하고, 다음으로 인신구속의 제한원리로써 적법절차의 원리를 논한 후 적법절차보장의 주요내용을 우리 헌법의 규정과 헌법재판소의 판례를 기초로 논하였다. 끝으로는 형사절차에서의 기본권보호에 관해 새롭게 논의되고 있는 범죄피해자보호제도를 현행헌법상의 범죄피해자보호제도를 기초로 살펴보았다. 제4장에서는 형사절차에서의 기본권보호제도의 문제점과 개선방안을 논하였다. 그 구체적 내용은 영장주의의 문제점과 개선방안, 구속기간의 단축문제, 변호인의 조력을 받을 권리와 관련한 개선방안, 체포·구속적부심사제도의 문제점과 개선방안, 기소전 보석제도의 문제점과 개선방안 그리고 범죄피해자보호제도의 문제점과 개선방안이다. 제5장은 본 논문의 주장을 요약함과 아울러 형사절차에서의 기본권보호를 위해 헌법적 형사소송의 관점에서 우리가 현재 처해 있는 상황하에서의 개선방안을 정리해 보았다.

제 2 장 형사절차에서의 기본권보호의 연혁과 입법례

제1절 형사절차에서의 기본권보호의 연혁

형사소송법의 역사는 강제처분 (특히 구속) 제한의 역사라고 할 만큼 형사사법절차에서 중요한 위치를 차지해 오고 있다. 즉 강제처분의 제한에 따라서 그 형사사법절차가 민주적인지 비민주적인지를 결정지을 정도로 중요한 위치를 차지하고 있는 것은 인권보장의 문제와 가결되는 문제이기 때문이다.[6] 서양의 경우 중세부터 근세 초기 절대주의국가의 규문주의 형사절차에 있어서는 피의자 · 피고인에 대한 구속·압수·수색 등과 같은 강제처분은 거의 무제한적으로 허용되었으며 특히 고문은 강제처분의 일종으로 자백이 증거의 여왕이라는 위치를 갖고 규문주의시대에 성행하였다. 이러한 고문이 합법적으로 인정되는 규문주의는 로마시대부터 뿌리를 찾을 수 있고 게르만법에서는 그 말기에 와서 '프랑크의 규문절차'가 확립을 보게 되었다.[7] 규문주의란 법원이 단독으로 재판절차를 개시하여 심리 재판하는 제도를 말한다. 여기에서는 재판의 전과정을 통해 모든 권한이 법관에게 집중되고 일방적으로 수사하고 결론을 내리며 판결하는 제도인데 규문주의 형사절차의 금자탑이라고 불리워지고 있는 것이 소위 1532년에 제정된 'Carolina 형사법전'이다. 그 후 유럽에서는 1789년 프랑스혁명[8]을 통해서 천부적이고 불가침·불가양의 자연권으로서 평등권, 신체의 자유, 사상표현의 자유, 소유권절대의 자유 등을 들어 인권을 보장함과 아울러 1791년 헌법으로 수용하고 강력한 보장을 하기에 이르렀으며 혁명 후, 1908년에 탄생된 '치죄법'(coded,instructioncriminelle)으로서 형사절차에 있어서 피의자의 인권이 실질적으로 보장되는 역사가 시작되었다. 이러한 과정에서 인권보장을 고려한 강제처분의 제한이 이루어졌으며, 그 실질적 계기는 민주적 탄핵주의 형사제도가 확립되면서 시작되었다고 할 수 있다. 그리고 영국에서는 영장제도와 1679년 인신보호법

---

6) 신현진, 앞의 글, 7쪽.

7) 김기두, 형사소송법, 박영사, 1987, 6쪽.

8) 1789. 6.에 성립한 국민의회가 이 인권선언의 제정작업에 착수하였고, 7. 14일에 헌법위원회가 설치되면서 그 초안이 제출되었다. 이 초안에 대해서는 여러 가지 수정안이 제출되어 조정·통일에 부심하였기 때문에 의회가 최종적으로 전문과 17개조로 구성된 인권선언으로 채택한 것은 8. 26일이었다(강정식, 세계문화사, 형설출판사, 1994, 377쪽 참조).

(The Habeas Corpus)제도에서 비롯된 것이라고 전해진다. 영국의 인신보호영장제도는 로마의 Justinian법전에 인신보호영장의 주요원리가 수록된 것으로 보아 Common Law에서 유래된 것이라고 할 수 있다.

탄핵주의 형사절차는 소추기관과 재판기관이 완전히 분리되어 법원은 수사기관(검사와 사법경찰관)의 공소제기에 의하여 재판절차를 개시하는 것을 말한다. 이러한 소송구조에서는 수사기관의 강제추분의 남용을 방지하기 위하여 사법적 통제가 가하여 지는데 이러한 소추기관에 대한 사법적 통제는 바로 탄핵주의 형사소송제도의 산물이다. 특히 탄핵주의 수사구조에서는 수사기관이나 피의자도 공판의 준비활동과정에서 대등하게 강제처분의 결과를 이용할 수 있다. 그러나 이러한 탄핵주의 형사제도에 있어서도 수사의 비공개성, 피의자신문참여권의 부인, 고문의 잔존, 불법체포·감금 등에 대해서는 절차의 적정이 제도적으로 미흡하다는 지적이 있다.[9)]

이 인신보호영장제도는 미국에 계속되어 미국수정헌법 제5조와 제14조에서 "법의 적정절차에 의하지 아니하고는 신체의 자유를 구속당하지 않는다"고 규정함으로써 강제처분에 관한 인권보장제도가 확립되었다. 서독의 인신보호영장조항(Habeas Corpus Artikel des Grundgesetzes)은 서독기본법 제104조 제2항과 제3항에서 "자유박탈의 허용과 계속은 법률의 근거하에 법관만이 결정한다"고 규정하여 종래 대륙법계의 헌법과는 달리 형사적인 체포 · 구금 외에 보호수용의 개념을 도입하고 절차적인 보장에 중점을 두어 자유박탈의 모든 절차를 사법절차화하여 인권보장을 제도화하였다는 점에 중요한 의미가 있다.[10)] 현행헌법 제12조1항은 "…법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는…"이라고 규정하여 국민의 신체의 자유에 관계되는 사항에 관한 처분은 법률과 적정절차에 의해서만 하도록 규정하고 있는 점에서 과거의 헌법규정과는 다르다고 할 수 있다. 현행헌법은 제12조 1항에서 명문으로 적정절차를 규정함으로써 형사피의자의 인권보장의 의미가 뚜렷해진 데에 의의가 있다고 본다.

과거 우리나라는 고려왕조시대나 조선왕조시대 형사절차는 규범주의적 성격에 있어서 서양의 그것과 대동소이하며 특히 조선왕조시대의 고문은 신문과정에서 합법적으로 인정되고 있었으므로[11)] 강제처분은 거의 제한 없이 허용되었음을 알 수 있다. 그렇지만 조선왕조는 범죄수사의 폐단을 시정하고 구속 등의 제한을 위한 갖가지 제도들이 마련되어 형사상 많은 발전을 보였는데,[12)] 이는 모두 명률의 대명률직해를 모방하여 적용한 것이다.[13)] 그 후 조선왕조

---

9) 김기두, 수사에 대한 사법적 통제, 고시연구 제11권 제5호, 1984, 114쪽.

10) 강구진, 형사소송법원론, 학연사, 1982, 206쪽.

11) 신현진, 앞의 글, 9쪽.

말기 한일합방으로 대륙법계의 형사송절차가 계수됨으로써 강제추분에 대한 법제화가 비록 규정은 되어 있으나 일제말기의 치안유지법과 전시형사특례법 등의 제정으로 인권보장제도는 발전되지 못하고 말았다. 그러다가 해방 후 1948년의 군정법령 제176호 형사소송법의 개정에 의해 인권과 피고인의 참여권을 보장하는 영미법상의 제도가 일부 수용되었고, 1954년 2월에 현행 형사소송법전이 제정되어, 같은 해 9월 23일 공포·시행되기 시작하였다.

이후 현행 형사소송법은 1961년의 제1차 개정, 1963년 12월 13일의 제2차 개정에 의해 인권보장적 제도가 강화되었다. 그러나 1973년 1월 25일 비상국무회의에서 의결된 제3차 개정에 의해 인권보장의 취지가 후퇴하였고(구속적부심사제도 폐지, 긴급구속요건 완화, 간이공판절차의 신설 등), 1973년 12월 20일 제4차 개정에서 일부제도 (필요적 보석의 예외사유와 긴급구속범위 등가 제3차 개정 이전으로 환원되었다. 12·12사태직후 신군부는 유화책의 일환으로 1980년 12월 18일 제5차 개정에 의하여 구속적부심의 제한적 부활과 무죄추정원칙을 명문으로 선언하였다. 그리고 1987년 11월 28일의 제차 개정은 노태우 정권의 창출과정에서 등장한 민주화 물결을 타고 인권보장제도(구속적부심 청구제한의 철폐, 피해자진술권 보장, 체포구속사실과 그 이유의 가족통지, 현행범에 대한 변호인의뢰권제도의 확대 등)를 대폭 강화하였다. 1994년의 제7차 개정은 도농복합형태의 시설치에 따라 자격형의 수형자원부등본의 송부에 관한 규정을 약간 손질하였다. 그리고 1995년 12월 20일 공포되어 1997년부터 시행된 제8차 개정은 인신구속제도를 대폭 개선하였고 (체포제도의 도입, 긴급체포제도, 구속영장실질심사제도 등) 소송경제를 도모하는 제도를 강화(기피신청간이 기각사유의 확대, 대표변호인제, 궐석재판 확대, 간이공판 전면확대 등)하는 등 형사소송법의 법치국가적 틀에 큰 폭의 변화를 가져왔다. 1977년 12월 13일의 제9차 개정은 영장실질심사절차의 개시를 판사의 직권사항에서 피의자 및 그 관계인의 신청이 있을 경우에 한하는 것으로 변경하여 오늘에 이르고 있다.[14]

---

12) 서일교, 조선왕조형사제도연구, 박영사, 1969, 329쪽 아래 참조.

13) 신현진, 앞의 글, 9쪽.

14) 배종대·이상돈, 앞의 책, 6쪽 아래 참조.

제2절 형사절차에서의 기본권보호의 입법례[15)]

1. 영미법계

가. 영국의 인신보호영장

(1) 의의 및 성격

habeas corpus는 원래 영국의 common law에서 유래하여 수세기에 걸쳐 왕권에 대한 정치적·헌법적 투쟁에 핵심적 기능을 수행하여 온 제도라고 할 수 있다. habeas corpus라는 말은 "You have the body."라는 의미로서 구속자를 법원에 일정한 시간에 장소를 정하여 구속된 자의 신체를 법원 또는 법관 앞에 출석할 것을 명하고 그 구속이유에 대하여 대답할 것을 명하는 영장으로서, 간단히 말하면 구속된 자를 법원에 출두하도록 명령하는 영장을 말하는 것이다.

인신보호영장(the writ of habeas courpus)이 갖는 성격으로서 첫째로는 신민의 자유를 확보하기 위하여 발부되는 것으로 국왕의 특권에 속하는 영장(prerogative writ)으로서의 특징을 가진다. 즉 감옥에 있든 개인의 구속하에 있든지를 불문하고 불법 또는 부당한 구속으로부터 자유를 즉각 회부시켜 주기 위한 적절한 구제방법을 제시해 주는 것이다. 국왕의 특권에 속하고 있기 때문에 신민이 신체의 자유를 박탈당한 경우에 국왕은 이 영장에 의하여 구속의 이유를 조사하는 권리를 가진다. 둘째로, 인신보호영장은 국왕의 특권에 속하는 영장이며 예외적 절차라는 점에서 일반의 다른 신체제출명령장과 구별된다. 즉 통상적 구제방안이 통용되지 않거나 이것이 적당치 못하다고 인정되는 경우에 한하여 발하여지는 영장인 것이다. 셋째로, 인신보호영장을 발부함에 있어서는 발부해야 할 필요가 상당하다는 이유가 입증되지 않

15) 자세한 내용은 신현진, 앞의 글, 11~26쪽 참조.

으면 안되기 때문에 신청만 하면 당연히 발부되는 영장이 아닌 것이다. 넷째로, 인신보호영장은 이것이 발부되어야 하는 상당한 이유, 예컨대 구속이 불법으로 행하여졌다든지 하는 일단의 증명이 있는 한은 국민은 영장의 발부를 청구할 수 있는 권리를 가진다. 이런 의미에서 인신보호영장은 권리로서 청구할 수 있는 영장(Writ of right)이며, 이 영장의 발부여부에 관하여는 법관이나 법원의 재량이 인정되지 않는다. 그런데 인신보호영장을 청구하는 권리는 보통법상의 권리로서 인신보호법 제정 이전의 고대로부터 존재하였던 권리로 전해지고 있다. 다섯째로, 인신보호영장은 행정각부장관이든 군 당국자이건 그 누구를 불문하고 누구에 대해서도 발부할 수 있다. 따라서 인신보호영장은 불법한 인신구속에 대해서는 고도의 효율적인 수단이 될 수 있지만 그 자체로서는 불법구금이나 폭행 등의 인권침해에 대해서 손해배상이나 형벌을 마련해 주는 것이 아니기 때문에 배상을 받거나 불법행위를 행한 장의 처벌을 요구하려면 다른 법적 절차가 필요한 것이다.

(2) 절차

(가) 신청

인신보호영장을 신청할 수 있는 자는 본인은 물론 관계있는 자의 대리신청이 가능하며 대리신청의 경우에는 여러 가지의 편의가 제공되어 있다. 피구금자 이외의 자에게도 신청권을 인정함은 국가에 대한 자유보장의 만전을 기하려는데 있다. 이러한 신청은 사인이 불법구금을 한 경우에도 마찬가지로 적용된다. 신청자의 영장이 거부된 경우에는 고등법원의 다른 법관에게 다시 신청할 수 있다.

(나) 관할

인신보호영장의 관할은 최고법원(The Supreme Court of Judicature)에 속해있는 고등법원(The high Court of Justice)내의 왕좌부(The Queens Bench Division)에 있다.

(다) 가명령

이 제도는 피구금자를 일일이 런던까지 연행하거나 송치하는 불편을 덜기 위하여 재판관행

으로서 인정하고 있다. 즉 신청자는 고등법원의 법관 또는 왕좌부의 합의재판소에 인신보호영장발부의 가명령을 신청할 수 있으며, 신청자는 그 이유를 충분히 표시하여야 하지만 거의 대부분은 근거가 없음이 명백하게 밝혀진 경우를 제외하고는 선서공술서를 제출하게 되면 허가가 된다.

(라) 영장

본인을 구속한 자나 구속하였다고 주장되는 자에게 지체 없이 답변할 것을 내용으로 발부되어지며 영장 및 영장발부통지서를 구속자에게 송달하여야 한다. 만일 영장이 발부된 사실과 답변을 지체할 경우에는 그 결과 및 답변하여야 할 시기와 장소가 기재되어야 한다.

(마) 답변서

답변은 영장발부통지서에 기재된 장소에서 하게 된다. 1679년의 법률은 원칙적으로 3일 이내로 제한되어 있었으나 1816년 개정된 법은 휴정기에 발부된 영장은 개정기에 답변을 할 수 있도록 규정하고, 답변서에는 구속의 이유의 이유를 자세히 기재하여야 한다.

(바) 석방

형사사건에 관한 구속의 경우 인신보호영장은 직접 또는 간접적인 2개의 방법으로 신속한 석방이 확보될 수 있도록 2개의 기능이 발휘된다.

① 직접적인 방법은 피구금자의 신청을 이유 있다고 하여 즉시 석방결정을 하게 되지만 신청이 이유 없다고 하는 경우에 있어서는 신속한 재판을 확보할 수 있게 되어 부당하게 오래 구금되는 것이 간접적으로 정지되며, ② 간접적인 방법은 대역죄 또는 중죄의 경우에 순회재판소에서 기소되지 않으면 석방이 허락된다. 다만 예외적으로 구금이 인정되는 경우에는 소추자측의 증인이 출두하는 경우에 한한다. 그러나 차기의 순회재판소에서도 사건이 심리되지 않는 경우에는 피구금자를 반드시 석방해야 되는데 이는 1679년의 인신보호율에 그 근거를 두고 있다. 그 후 1889년의 개정된 법은 중한 죄나 경미한 죄를 구분함이 없이 치안판사로 구성된 순회재판소의 공판에서 피고인에 대한 신속한 재판이 시행되게 된 것이다.

(사) 불복방법

신청자는 고등법원 또는 법관이 가명령의 발부를 거부하거나 또는 석방거부의 판결이 있는 때에는 항소원에 항소할 수 있고, 항소원의 결정에 대하여는 귀족원에 다시 상소할 수 있다. 그러나 법원이 신청한 것 중에 석방명령을 한 경우에는 상소는 인정되지 않는다. 또한 판례상 상소가 인정되지 않는 경우로는 외국에 대한 범죄인도명령이 있는 경우를 들 수 있다.

(아) 영장의 강제방법

인신보호영장에 불복한 자는 재판소모욕죄로 벌금 또는 금고형에 차하고 있다. 마찬가지로 휴정기에 영장의 발부를 거부한 법관에게도 벌금이 부과되며 피의자가 이의 지불을 청구할 수 있다.[16]

나. 미국의 인신보호영장

(1) 의의

미국에서의 인신보호영장제도는 보통법의 일부로서 이용된 흔적이 충분히 보고되고 있지는 않지만, 많은 식민지의 재판소에서 영장제도를 채택한 것은 확실시되고 있다. 1689년에 Massachusetts의 판사 Dulley가 불법징세의 거절을 이유로 구금된 John Wise에게 영장발부를 거부함으로써 민사상의 청구를 당한 적이 있었고, 1692년에는 South Carolina와 Massachusetts에서는 1679년 영국의 법과 유사한 법률을 제정하였으며, 다른 주에서도 인신보호영장제도를 인정한 사례가 발견되고 있다. 이와 같은 인신보호영장의 권리가 개인적 자유의 기본적 보호수단으로 인정되어진 것은 미국의 독립전쟁이 일어날 즈음이었는데, 그 구체적인 사례는 1774년에 대륙회의가 '퀘벡' 시민에게 행한 연설내용에서[17] Habeas corpus라고 하는 영장에 의하여 미국법의 보호를 받는 신체의 자유에 잘 나타나 있다. 다만 인신보호영장은 1861년 남북전쟁 당시 Lincoln대통령의 포고령으로 영장이 정지되었는데 1871년 의회는

16) 이를 영법상 penal action이라 말하며 민사소송법적인 성격을 가지게 된다.

17) 1774년 10월 26일자 서한에는 인신보호영장을 미국인에게 향유할 수 있는 권리로서 대의정부・배심제도・자유로운 토지소유권과 동등시했다; 신현진, 앞의 글, 15쪽 참조.

전후남부재건의 곤란과 관련하여 대통령에게 영장을 정지할 수 있는 권한을 부여하였다.

이러한 전개과정에서 가장 중요한 의미를 부여할 수 있는 것은, 1867년의 법률에서 당시 존재하는 habeas corpus의 재판권을 확대하여 누구든지 합중국의 헌법, 또는 조약이나 법률을 위반하여 구속될지도 모르는 경우를 포함하게 되었으며, 다시 1874년에 법으로 제정되어 1948년까지 계속하여 존속하게 되었다. 20세기 중엽에는 형사피고인의 헌법상 권리에 대한 미국 연방대법원의 해석이 점차로 자유주의적인 경향을 보이게 됨에 따라 주 또는 연방형무소의 수감자의 habeas corpus 청원은 다수에 이르게 되었고, 형사소추에 있어서 예심판사(Trial Judge)가 빈곤한 피고인임에도 불구하고 변호인을 선임하지 않는 것은 재판권상 오류(jurisedictional error)이며 habeas corpus에 의한 구제사유에 해당된다고 대법원은 판시하였다. 그 후 의회는 1948년에 Substitute Procedure를 입법화하기에 이르렀는데, 이것은 죄수가 제정법상의 신청(motion)을 이용하지 않았거나 그 신청이 기각된 경우에는 제정법상의 구제가 구금의 적법여부를 심사하기에 부적당하다고 여겨지지 않는 한 거부되어서는 안 된다는 것으로 제정법상 절차의 유효성은 대법원에 의하여 지지되었다. 또한 1950년의 주의 절차하에 의해 구속된 자(persons held under state process)에 대한 연방의 habeas corpus 관할권을 제거 또는 크게 축소시키는 법안들에 의하여 대개 연방법원이 주의 소송절차를 감독함으로써 형사사법의 질적 향상에 실질적인 공헌을 한 사실을 인정치 않는 것이 되었다. 그러나 이러한 법안은 상당한 지지를 보였지만 결국 1960년대까지 하나로 입법화되지는 못했다.

현재는 형사소송과 관계없는 경우에도 이용할 수 있게 되어 '미연방법원 및 재판절차에 관한 법률' (The Judiciary and Judicial Procedure Act)에 자세한 규정을 두고 있으며 미국연방헌법에서는 "인신보호영장의 특권은 내란, 또는 침략의 경우에 있어서 공공의 안전을 위해서 필요한 경우를 제외하고는 이를 정지하지 아니한다"라고 규정하고 있다.

(2) 절차

(가) 청구

첫째, 인신구속영장의 청구사유는 미국헌법이나 기타 법률·조약에 위배되어 권리가 박탈당한 모든 경우 즉 불법구금된 경우에 발생한다. 따라서 ① 형사상의 상소가 불가능할 때와 유죄판결의 실효성문제가 제기될 때, ② 국제간 또는 각 주 사이에 범인인도영장(warrant of extradition or of interstate rendition)에 의해 채포된 경우와 그 영장의 실효성 문제를 결정하

기 위한 또는 검사가 피고인을 기만하여 유죄의 답변을 강요한 경우, ③ 피의자(피고인)의 신문이 진술거부권 및 변호인의 도움을 받을 권리의 고지없이 행하여진 경우(강요된 자백), ④ 배심원의 배정에 있어서 차별이 있는 등과 같이 적법한 절차에 관한 헌법상의 권리에 위배되었음을 이유로 하여 인신구속영장을 통하여 구제된다.

둘째, 청구절차는 관할구역에서 법률에 의하여 규정되어 있다. 즉, ① 신청은 피구속자 또는 신청인이 서명하고 서약된 서면으로 한다. 다만 서약된 서면에는 피구속자의 수감 또는 구속자의 성격 및 구속의 이유 등을 기재하여야 한다. ② 주의 수감자가 연방법원에 영장을 신청하려면 주의 적정한 구제조치를 취해야 하지만 구제절차가 없거나 수감자의 권리를 보호하는 구제절차가 비합리적인 때에는 그렇게 하지 않는다. ③ 수감자가 법원의 판결에 의하여 구속된 때와 판결이 위법 또는 법류에 위배되었거나 관할권이 없이 행하여 졌거나, 기타의 사유로 석방될 것을 주장하는 자는 법원에 그 판결의 파기 또는 변경신청을 언제라도 할 수 있다. ④ 그리고 불법구금으로 인한 자유를 회복할 권리청구는 기간에 대한 제한을 받지 않는다고 되어 있다.

(나) 심사

첫째, 인신보호영장의 심사기관은 최고법원의 대법관, 지방법원 및 순회판사가 각각 그 관할범위 내에서 발부할 수 있다. 다만 최고법원의 대법관과 지방법원의 순회판사는 인신보호영장의 신청을 심리하지 않고 관할 지방법원에 이송할 수 있으며, 연방법원은 주에 구속된 자를 석방할 수 있으나, 주법원은 인신보호영장으로는 석방시킬 수 없다.

둘째, 심사절차는 ① 영장신청을 접수한 법원이나 대법관 또는 판사는 신청자격이 없음이 밝혀지지 않는 한 영장을 발부하여야 하며 영장을 발부할 수 없을 때에는 발부하여서는 안될 이유를 명백히 하여 명령을 발하여야 한다. 또한 신청인이나 피구속자는 선서한 후 답변서에 기재한 사실을 부인하거나 다른 중요한 사실을 주장할 수 있다. ② 주공무원 또는 주법률에 의해 구속된 자는 심문에 앞서서 영장발부시 대법관이나 판사가 지정하는 주의 검찰총장 기타 적당한 공무원에게 고지가 되어야 한다. ③ 법원의 판결에 의한 수감자를 위하여 영장을 신청할 때는 구속자는 신청자가 그 신청서류를 첨부하지 않을 경우 기소장, 신청인의 답변, 판결 등에 관한 부본을 즉시 법원에 제출하여야 하며 영장에 대한 답변서와 이유제시명령에 관한 답변을 첨부하여야 한다. ④ 영장신청을 접수한 대법관이나 주당국에 의하여 구금된 자를 구제하도록 하고 있다. ⑤ 영장신청에 있어서 증거는 구술로 함이 원칙이나 증언록조서

(Orallr or bydeposition) 기타 판사의 재량에 의하여 선서진술서(affidavit)에 의해 채택될 수 있다. 다만 선서진술서를 채택하는 경우 당사자는 선서진술인데 대한 심문서를 제출하거나 그에 대응한 선서진술서를 제출케 할 수 있다.

(다) 결정

법원에 제출된 사안은 약식으로 심사하게 되며 결정 후에는 법과 정의가 요구하는 바에 따라 처리한다. 법원의 결정에 의하여 구속된 자를 위한 영장신청은 구금의 적법성이 인정되어 법원 또는 판사에 의하여 결정되었거나 신청인이 새로운 근거를 제시치 못하면 판사 또는 법원이 구금의 적법성을 인정하지 않을 수 있다.[18]

(라) 불복방법

수감자는 영장신청이 거부된 때에는 상소할 수 있으나, 주법원의 판결에 의한 영장신청인은 사소이유의 상당한 검토가 있어야만 상소가 가능하다. 상소기간은 상소대상결정이 선고된 후 30일 이내이고 국가기관이나 공무원이 당사자에 해당되는 경우에는 60일 이내에 상소하여야 한다. 따라서 인신보호영장의 절차는 간접적인 재심리 또는 판결에 대한 비정상적인 불복수단이라 할 수 있다.

2. 대륙법계

가. 프랑스의 예심제도와 사법통제

(1) 예심제도

18) 상소이유에 대한 기준이 애매모호하므로 현행법규를 개정하여 주 수감자도 연방수감자와 같이 권리로서 상소할 수 있도록 하자는 견해가 유력하다: 신현진, 위의 글, 19쪽 참조.

프랑스 형사소송절차는 우리나라의 기소편의주의와 같이 검사의 기소에 의해 본안재판을 하는 것이 아니라, 일단 예심절차(Instruction préparatoire)를 거쳐서 재판회부여부를 결정하게 된다. 즉 소추와 예심 및 재판의 3단계로 되어 있다. 예심은 검사에 의해 소추된 유죄의 증거가 있는지의 여부를 심사하여 형사절차를 진행할 것인지 아니면 인권보장을 위해 중지할 것인지를 결정하는 제도를 의미하는데 살펴보면 다음과 같다.

(가) 구인 및 체포절차

예심에서는 구인된 피의자가 소환에 불응하면 예심판사(Le Juged instruction)[19]는 소환장(Le mandat de comparution)을 발부하여 심문하여야 한다.[20] 다만 심문을 할 수 없을 때에는 피의자를 구치소에 인치하되 24시간 이상 유치할 수는 없도록 하고 있다. 이 기간이 만료되면 구치소장은 직권으로 피의자를 검사에게 송치하고 검사는 즉시 예심판사 등에게 즉시 심문할 것을 청구하게 하며[21] 심문이 불가능한 때에는 피의자를 석방한다.

(나) 구금

구인장에 의하여 구속된 피의자가 심문을 받지 아니한 상태로 24시간 이상 구금되었을 때에는 불법구금으로 보기 때문에 구금을 명하거나 이를 고의적으로 묵인한 사법관(magiostrats)이나 공무원(fonotionaires)은 불법감금죄로 처벌을 받는다. 예심판사는 체포 후 48시간 이내에 심문을 행하고 금고형(Une Peine démprisoment Correctionelle) 이상의 형에 해당된 때에는 구금영장(Mandat de dépàt)을 발부하여 구금명령(Ordomance de mise en détetion probisoire)을 할 수 있도록 하고 있다. 또한 피의자에게 접견교통권과 기록열람권 등 변호인의 도움을 받을 권리를 고지하여야 하며 그 취지를 조서에 기재하게 하여야 한다.

---

19) 임두빈, 프랑스의 사법제도, 변호사지, 1972, 193쪽.

20) 소환장은 구인장이나 구금장과 같다.

21) 정진섭, 프랑스 형사소송법상의 예심제도, 법률신문, 1986. 2. 16, 12쪽.

(다) 구속심사절차

① 심사

예심판사는 가벼운 범죄의 경우 구속영장발부 후 4월이 경과한 후 구속심사를 하여야 하며 수사상 필요한 때에는 1차에 한하여 4월까지 기간을 연장할 수 있다. 기간을 연장할 때에는 검사 및 피의자나 변호인의 의견을 들은 후 특별한 이유를 제시하여야 한다. 또한 법적구속 기간과는 관계없이 형사절차의 모든 과정에서 구속을 심사할 수 있으며 필요한 때에는 구속 영장을 취소할 수 있다. 따라서 피의자와 변호인은 언제든지 제147조의 서약을 조건으로 석방을 청구할 수 있는 권리를 가지며, 검사는 언제든지 피의자의 석방을 청구할 수 있고, 이에 따라 예심판사는 검사의 청구가 있은 날로부터 5일 이내에 이를 결정하게 된다.

② 중죄소추부에 의한 구속심사

예심판사가 규정된 5일 이내에 석방여부의 결정을 하지 못하면 피의자(변호인 제외)는 중죄소추부에 석방 청구할 수 있고 중죄소추부는 피의자의 청구를 접수한 날로부터 15일 이내에 이를 결정하여 피의자를 직권으로 석방하게 된다.

③ 불복방법

피의자와 검사는 구속연장이나 석방신청에 대한 예심판사의 결정에 대하여 중죄소추부에 상소할 수 있으며 중죄소추부의 결정에 대하여 다시 파기원(Le cour de Cassation)[22]에 상소할 수 있다. 검사는 원칙상 예시판사의 모든 결정(ordonamces)에 대하여 상소할 수 있다. 다만 검사가 석방결정이나 구속유지 청구를 기각하는 결정에 대하여 상소를 제기하는 경우에는 최초의 구속은 항고에 대한 결정이 있을 때까지 그 효력은 지속된다.

22) 파기원은 프랑스의 대법원을 의미한다.

(2) 사법통제(Control Judicialre)

사법통제는 1970년 4월 17일에 프랑스 형사소송법에 새로이 도입된 제도이다. 이는 구금사례를 줄이기 위하여 피의자를 구금하는 대신에 법원의 일정한 지배하에 둠으로써 구금의 목적을 달성하고 피의자의 인권보장을 도모하기 위한 제도이다. 그 대상자는 자유로운 상태에 놓이게 되지만 예심판사가 부과하는 특정구역의 이탈금지, 거소이전의 금지, 정기적 출두의무, 보증금납입의무 등의 제약을 받게 된다. 또한 이것은 구금과 마찬가지로 예심상 필요하거나 보안상의 조치로서 행해지게 된다. 그러나 개인의 자유를 제약하는 조치이기 때문에 예심판사의 결정에 의해서 발하게 되고 그 결정은 피의자를 징역형 이상의 형에 처할 경우에만 가능하다.[23]

나. 독일

서독 형사소송법은 프랑스와 같은 예심제도를 취하고 있었으나, 1975년 1월 7일 법률을 개정하여 신속한 형사절차의 진행과 인권보장을 목적으로 예심제도를 폐지하고 검사를 수사의 주재자로 인정하면서 수사상 필요한 일반적인 구속은 판사가 하도록 하고 있다. 또한 독일연방공화국기본법(Grundgesetz)은 영·미의 인신보호영장제도를 채용하고 그 시행법규로서 "자유박탈에 관한 사법절차법"(Gesetz über gerichliches Verfuhren)을 제정하여 불법구금의 전반에 걸치는 인권보장의 구제제도를 마련하고 있다.

(1) 자유박탈에 관한 일반절차

(가) 기본권의 규정

인신보호영장(habeas corpus)의 조항이라 불리우는 서독기본법 제2조 제2항에서는 "누구든지 생명권 및 신체불가침권을 가진다. 신체의 자유는 불가침하다. 이 권리들은 법률의 근거에서만 침해될 수 있다"라고 규정하여 자유의 제한시에는 형식적 법률의 원칙에서만 그 절차가 가능하다고 함으로써 신체에 대한 실체법적 보장을[24] 하고 있다. 또한 동법 제104조에

23) 박희태, 구속제도에 관한 연구, 건국대 대학원 박사학위논문, 1987, 34쪽.

“자유박탈에 있어서의 법적보장”(Rechtsgarantien bei Freiheitsentziehung)이라는 규정을 두어, ① 신체의 자유는 형식적 법률의 근거하에서만, 그리고 이에 규정된 방식에 의해서만 제한될 수 있으며, ② 자유박탈의 허용 및 계속에 관하여는 판사만이 결정하여야 하며, ③ 누구든지 범죄혐의로 체포된 자(Vorläufig Festgenommene)는 늦어도 체포 익일에 판사에게 인치되어야 함과 이의신청의 기회를 주어야 하며, ④ 자유박탈의 허용과 계속에 관한 모든 결정은 지체없이 피구속자와 친족이나 그가 신임하고 있는 자에게 고지하여야 한다고 규정하여 절차법적 보장규정으로서의 자유박탈의 절차를 구체적으로 규정함과 동시에 이를 사법화하고 있다. 또한 공권력에 의해 그 권리가 침해되는 경우에는 소송에 의해 구제될 수 있다고 규정하고 있다.

(나) 형사소송법의 규정

① 심사청구

구속심사의 청구는 언제나 가능하며 피의자가 미결구금(Untersuchungshaft)중에 있는 경우에는 구속명령취소의 가부와 집행정지의 가부에 관하여 그 심사를 법원에 청구할 수 있다. 신청은 변호인 및 법정대리인이 행할 수 있지만 변호인은 피의자의 명시적인 의사에 위배할 수는 없다. 또한 피의자에게 변호인이 없으면서 구속심사신청이나 항고를 제기함이 없이 3개월간 심리구금이 계속중인 때에는 직권으로(von Amtswegen) 구속심사를 행할 수 있다. 그리고 심문을 행한 후에는 2월이 지난 후 다시 심문을 청구할 수 있다.[25]

② 심사

구속심사신청이 있으면 판사는 그 심사를 행하고 심리구속유지결정의 중요한 사항에 대하여는 개별적으로 조사를 명할 수 있다. 또한 구속의 집행이 3일 이상 계속되었다고 검사・피고인 또는 법정대리인이 신청한 경우나 피의자에게 변호인이 없는 때에는 심리구금이 기간동안 변호인을 선임할 수 있다.

---

24) 권영성, 독일헌법론(상), 박영사, 1976, 198쪽.

25) 서독의 구속심사제도는 적법여부를 심사하는 제도가 아니라 구속의 계획이 필요한가를 심사하는 제도라는 점에서 영・미의 habeas corpus와 구별된다.

③ 절차

구속심사에 관한 재판은 피의자의 신청시 또는 법원의 직권으로서 구술변론(mündliche Verhandlung)을 거쳐 행하게 된다. 구술변론은 지체 없이 하여야 하지만 피의자의 동의가 있을 때에는 2주일을 초과할 수 있다. 그러나 피의자가 변론에 출석을 포기하거나, 장거리에 있거나 질병 기타 불가피한 사유가 있을 때에는 예외이지만 그 외에도 변론에 인치된다.

④ 심리결정

재판(Entscheidung)은 결정(Beschiuβ)의 형식으로 행하게 되고 구술변론의 종결시에 통지를 하여야 한다. 다만 적어도 1주일 이내에는 통지가 되어져야 한다. 결정의 내용은 구속영장의 이유나 다른 선행결정의 이유를 인용하여도 무방하게 된다.

(2) 사법절차법

자유박탈에 관한 사법[26]은 연방법에 근거하여 자유박탈시 체포·구속과 같은 특별한 규정이 없는 경우는 이 법의 사법절차에 의하여 결정된다. 즉 자유박탈시에는 형사소송법 등의 특별한 규정이 없는 경우 자유박탈에 관한 절차법으로서 적용되고 있다.

(가) 심사 및 결정

심사는 자유가 박탈될 자의 주소지를 관할하는 법원이 담당하게 되며 법원은 자유가 박탈될 자를 구술로 심문(mündliches Hören)하여야 한다. 그러나 심문은 반드시 공개적으로 하지 않아도 되며 합목적으로 시행할 수 있다. 결정은 이유를 명시한 판결에 의하고 자유박탈을 명하는 결정은 자유가 박탈된 자, 법정대리인, 배우자, 자유박탈을 신청한 행정당국 등에 통지되어야 한다. 법원은 자유박탈을 명하거나 행정당국의 신청을 기각할 수 있을 뿐이며 자유의 제한을 명할 수는 없다. 따라서 자유박탈을 면하는 결정에는 자유박탈의 계속에 관하여 직권

26) 「자유박탈에 관한 사법절차법」은 1956년에 제정되어 1973년 3월 개정되었다. 이 법에서의 자유의 박탈은 피수감자의 의사에 반하여 또는 심신상실상태에서 교도소·구치소 또는 제한된 보호시설 등에 수요오디는 것을 말한다; 권영성, 앞의 책, 198쪽.

으로 1년 이내에 기간을 정하여야 하며, 행정관청에 의한 잠정적인 보호수용은 그 다음 날까지 판사의 결정을 받아야 하고 그렇지 않은 경우에는 석방하여야 한다.

(나) 불복방법

구법원의[27] 결정은 즉시항고(Sofortige Beschwerde)를 할 수 있다. 즉시항고는 지방법원에서 결정하며 그 결정에 대해서는 다시 고등법원에 재즉시항고(Sofortige weitere Beschwerde)가 가능하다.

27) 1950년의 재판소법에 의하면 일반재판소는 「구재판소」,「지방재판소」,「고등재판소」,연방고등재판소 및「연방최고재판소」로 구성되어있다. 이 중 구재판소는 구재판소판사가 단독으로 민·형사사건 중에서 소액 및 가벼운 범죄에 속하는 사건을 재판한다.

제 3 장 형사절차에서의 기본권보호에 관한 주요 현행제도

제1절 형사절차에서의 기본권보호의 헌법적 근거

1. 법치국가원리

가. 법치국가원리의 의의

독일에서의 법치국가원리는 절대주의시대의 경찰국가에 대한 반동으로 나온 것이다. 즉 국가의 자의로부터의 국민의 자유와 권리의 보호라는 입장에서 법치국가의 원리가 태동한 것이다. 법치국가(Rechtsstaat)의 이념적 기초는 18세기 칸트(I. Kant)의 관념론적 국가론에서 출발한다.[28] 칸트는 인간의 자유·평등·자결을 보장하기 위한 이성법의 실현이 국가의 목적이라고 함으로써 현대의 실질적 법치주의의 실현배경을 제공하였다. 법치국가원리는 민주주의원리, 사회국가원리, 기본적 인권의 존중과 더불어 "국민의 자유와 권리"를 보장하기 위한 독일헌법의 기본원칙을 이루고 있으나 그것이 기본원칙인 만큼 내용과 한계가 일의적이거나 확정적이라고 할 수 없다. 더욱이 국가의 역할이 양적, 질적으로 변화하는 사회에 대한 국가의 개입이 헌법상의 의무로까지 확장되는 현대국가에 있어서는 법치국가개념은 더욱더 불분명해지고 있다.[29]

법치국가의 개념에 대해 슈타알(J. Stahl)은 시민적 자유를 보장하기 위한 방법내지 법기술

---

28) 법치국가의 역사적 발달에 대해서는 김민규, "법치국가의 생성과 발전사", 동아법학 제20호, 1996. 93쪽 이하; 김효전, "법치국가 개념의 성립과 변천(상)" 월간고시, 1985. 1. 28쪽 이하; 김효전, "법치국가 개념의 성립과 변천(하)" 월간고시, 1985. 2. 80쪽 참조.

29) 강경근, "법치국가의 본질과 내용", 고시계, 1993. 6. 117쪽: 법치국가는 법률국가와 구분되는데, 법치국가는 명백히 그리고 오로지 시민의 이익 안에서 그리고 그 보호를 위해서 세워지기에 입법자를 포함한 모든 자를 법에 의한 제약하에 둔다. 이에 대하여 법률국가는 권력의기본적 조직에 대해서 정해지는 정치적 개념이며 순전히 입법부의 최고성을 보장할 뿐이다. 따라서 법률에 대한 헌법의 우위가 확보되지 않는다.

적 성격으로 이해하였고 오토 마이어(O. Mayer)는 법률우위의 원칙 특히 행정의 법률적합성을 바탕으로 하는 국가로 이해하였다.[30] 이와 같이 법치국가개념을 형식적으로 파악하는 견해는 법치국가의 핵심적 내용을 행정의 합법률성이나 법원에 의한 권리구제, 국가적 권한행사의 예측가능성으로 파악한다. 이러한 입장은 바이마르공화국에 들어와서도 계속되어 슈미트(C. Schmitt)는 법치국가원리를 자유를 보장하는 비정치적인 수단으로서 이해하여 법치행정만을 강조하고,[31] H. Kelsen은 모든 국가는 곧 법질서라는 등식하에 모든 국가를 법치국가로 이해하여 기본권보장의 의미를 배제시키고, 법치국가를 엄격한 합법성의 체계로 보았다.[32] G. Jellinek는 사실의 규범적 효력론을 통하여 법치국가는 곧 권력국가로 이해하여 자유실현의 가치성을 무용하게 하고, E. Forsthoff는 법치국가를 '법적인 자유의 보장을 위한 법기술적인 기교'라고 이해한다.[33] 이후 형식적 법치국가론은 바이마르공화국 이후에 등장한 나치체제에 정당성을 부여하는 도구로 전락하였다.

제2차 세계대전 후 형식적 법치국가론에 대한 반성으로 독일에서는 법치국가의 개념을 실질적으로 이해하게 되었다. 그리하여 1949년 독일 기본법에서는 정당한 국가목적을 법치국가개념에 포섭하는 실질적 법치국가론에 따라 법률의 목적이나 내용가지도 정의개념에 합치될 것을 요구하는 실질적 개념으로 이해하게 되었다. 따라서 법률이 정의에 부합되도록 법치주의의 이념으로서의 법적 안정성 유지와 인간의 존엄성 존중, 실질적 평등구현 뿐만 아니라 통치의 정당성까지도 강조하게 된다.

현대에 들어와서 독일기본법상의 실질적 법치국가론은 인간이 본질적으로는 평등하지만 개별적 소질과 환경은 불평등하다는 사실에 바탕을 두고 사회적 빈곤구제를 위한 분배적 정의를 포함하는 사회적 법치국가론을 수용하게 되었다. 이것은 종래의 법치국가원리에 사회국가이념을 수용한 것이다. 법치국가원리와 사회국가원리는 그 사상적 기초와 보호법익을 달리하고 있고 국가권력에 대한 태도 역시 상반된 입장을 가지고 있기 때문에 법치국가와 사회국가의 개념은 상호 충돌한다고 볼 수도 있다. 그러나 법치국가와 사회국가의 관계에 대한 논의는 다양하지만 현대에 와서는 상호 모순된 관계가 아니라 양자의 결합을 통해서만 법치국가와 사회국가가 의미를 가질 수 있다는 견해가 지배적이다.[34]

---

30) 정진홍, 인신의 자유보장에 있어서의 적법절차에 관한 연구-미국의 판례분석을 통한 그 적용실태와 법리이해를 중심으로-, 한양대박사학위논문, 1993, 31쪽.

31) 오광수, 미국헌법상 형사절차에서의 기본권보호에 관한 연구-UNDERCOVER와 CONFIDENTIAL INFORMANT제도의 적법절차 위반 여부를 중심으로-, 성균관대학교 대학원 석사학위논문, 2004, 78쪽.

32) 오광수, 위의 글, 78쪽.

33) 홍성방, 법치주의원리, 법정고시 1998. 5. 98쪽.

나. 법치국가원리의 요소

법치국가원리에 대하여 독일의 경우에는 기본법 제20조 제2항과 제3항에서 명백한 헌법적 규정을 가지고 있다. 그리고 주에 대해서도 제28조 제1항 1문에 "란트(Land)의 헌법적 질서는 본(Bonn)기본법의 의미에 있어서의 공화국적, 민주주의적, 사회적 법치국가의 제원칙에 합치되지 아니하면 안된다"라고 규정하여 명백히 법치국가라는 문언을 나타내고 있다. 법치국가의 요소 혹은 내용에 관해 다양한 주장들이 있으나 대체적으로 기본권의 보장, 권력분립, 법률의 유보, 법적 구속력, 사법적 권리보장 등을 들 수 있다.[35]

2. 적법절차원리

가. 적법절차의 명문화동기 및 배경

1987년 10월 29일 개정된 헌법은 대통령직선제의 국민적 열망과 제각기 정치권력을 잡으려는 가운데 시간에 쫓기어 간신히 이루어낸 정치적 타협의 소산이다.[36][37] 적법절차 명문화의 직접적인 계기는 보안처분의 존폐문제에서 비롯되었다. 사회안전법, 사회보호법 등에 의한 보안처분이 그 절차와 처분내용의 비민주성 때문에 기본적 인권을 침해할 가능성과 이에 따른 비난 때문에 개헌협상 당시 야당과 재야단체, 변호사협회 등은 보안처분의 폐지를 강력히 주장하였다. 보안처분을 존치시켜려는 여당의 입장이 완고하자 야당은 타협의 명분을 찾아 종전에 "법률"로써만 보안처분을 하도록 하였던 것을 "적법한 절차"를 추가하는 선에서 타협

---

34) 김문현, "헌법상 법치국가와 사회국가의 관계", 고시연구, 1986. 6. 50쪽 이하 참조.

35) 법치국가의 내용에 관하여 자세히는 강경근, "법치국가의 헌법적 의의", 금랑김철수교수화갑기념논문집, 박영사, 1993, 519쪽 이하; 계희열, "한국헌법의 기본원리로서의 법치주의", 고려대학교 법학논총 제30집, 1994. 336쪽 이하; 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2006, 149쪽 이하; 홍성방, 헌법학, 현암사, 2006, 140쪽 이하; 허영, 헌법이론과 헌법, 박영사, 2006. 253쪽 이하 참조.

36) 정진홍, 앞의 글, 106쪽.

37) 제9차 헌법개정안의 도출에 관하여 각 정당안 및 합의개헌안에 관하여 자세히는 김영수, 한국헌법사, 학문사, 2000, 686쪽 이하 참조.

하였다.[38] 규정의 동기는 보안처분이었지만 결과에 있어서는 처벌·강제노역과 체포·구속·압수·수색 모두에 적법절차의 헌법적 보장이 명문화된 셈이다. 이로써 여당은 일단 법원의 판결에 의하지 않으면 보안처분을 할 수 없게 되는 것은 막은 셈이고, 야당은 적법절차의 내용에 관하여 이후에 헌법해석과 입법을 통하여 판결절차를 거치도록 할 근거를 마련한 셈이었다.

나. 적법절차의 법리

적법절차원리는 입법·행정·사법 등 모든 국가작용은 절차상의 적법성을 갖추어야 할 뿐 아니라 공권력의 행사의 근거가 되는 법률의 실체까지도 합리성과 정당성을 갖추고 있어야 한다는 헌법상의 일반원칙이다. 적법절차의 적용범위로서 행정절차와 사법절차에 적용된다는 견해와 입법, 행정, 사법절차 모두에 적용된다는 견해가 있으나, 헌법재판소는 1992년 형사소송법 제331조 단서 규정에 대한 위헌심판사건에서 "헌법 제12조 제3항 본문은 동조 제1항과 함께 적법절차원리의 일반조항에 해당하는 것으로서, 형사절차상의 영역에 한정되지 않고, 입법 · 행정 등 국가의 모든 공권력의 작용에는 절차상의 적법성뿐만 아니라 법률의 구체적 내용의 합리성이 있어야 한다는 적법절차의 원칙을 헌법의 기본원리로 명시하고 있는 것"[39]이라고 하여 적법절차의 원칙은 헌법조항에 규정된 형사절차상의 제한된 범위 내에서만 적용되는 거시 아니라 모든 입법, 행정, 사법작용에 걸쳐 광범위하게 적용된다고 하고 있다.[40]

3. 법치국가원리와 적법절차

법치국가원리는 자연법사상을 바탕으로 보편적이며 초역사적인 완전무결한 실체법의 존재를 가정하고 실체법 중심의 법형성에 노력하였다. 따라서 절차적 적정은 실체적 적정에 종속되는 속성을 지니게 되어 절차적 권리의 형성에 소홀히 하였다.[41] 그러나 법치국가원리가 추

---

38) 김철수, "미국헌법이 한국헌법에 미친 영향서설", 미국헌법과 한국헌법, 한국공법학회, 대학출판사, 1989. 66쪽.

39) 헌재 1992. 12. 24. 92헌가8; 헌재 1993. 7. 29. 90헌마35; 헌재 1994. 12. 29. 94헌마201; 헌재 1994. 7. 29. 93헌가3 참조.

40) 권영성, 앞의 책, 421쪽 이하; 홍성방, 앞의 책, 425쪽 이하; 허영, 앞의 책, 480쪽 이하.

구하는 바는 개인의 자유와 평등의 보장이며 법의 지배 역시 같은 목적을 취한다는 면에서 양자는 본질적으로 차이를 발견하기 어렵다.[42]

제2절 영장주의

1. 영장주의의 헌법상 의미

헌법 제12조 3항은 "체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다"고 하여 영장주의를 천명하고 있다.[43] 영장주의는 체포·구속·압수 등의 강제처분을 함에 있어서는 사법권 독립의 원칙에 의하여 그 신분이 보장되는 법관이 발부한 영장에 의하지 않으면 아니된다는 원칙으로서 그 본질은 신체의 자유를 침해하는 강제처분을 함에 있어서는 중립적인 법관이 구체적 판단을 거쳐 발부한 영장에 의하여야만 한다는 데에 있다.[44] 수사기관의 독자적인 활동에 대하여는 법관이 자동적으로 개입하게 하여 개인의 자유를 보장하는 것이라 할 수 있다. 수사단계이든 공판단계이든 수사나 재판의 필요상 구속 등 강제처분은 하지 않을 수 없는 경우는 있게 마련이지만 강제처분을 받는 피의자나 피고인의 입장에서 보면 심각한 기본권의 침해를 받게 되므로 헌법은 강제처분의 남용으로부터 국민의 기본권을 보장하기 위한 수단으로 영장주의를 천명한 것이다. 그리고 헌법 제12조 제3항에 규정된 영장주의는 구속의 개시시점에 한하지 않고 구속영장의 효력을 계속 유지할 것인지 아니면 취소 또는 실효시킬 것인지의 여부도 사법권의 독립의 원칙에 의하여 신분이 보장되고 있는 법관의 판단에 의하여 결정되어야 한다는 것을 의미한다.[45]

---

41) 이명웅, "권력의 통제와 합리화 장치로서의 한국헌법-헌법재판소의 기능을 중심으로-", 헌법논총 제3집, 헌법재판소, 1992. 423쪽.

42) 정진홍, 앞의 글, 34쪽.

43) 그 외에도 헌법상 주거의 압수, 수색에 있어서의 영장주의(헌법 제16조)에 관한 규정이 있다.

44) 헌재 1997. 3. 27, 96헌바28·31·32(병합), 형사소송법 제70조 제1항 위헌소원 등(합헌).

45) 헌재 1992. 12, 24, 92헌가8, 형사소송법 제331조 단서 위헌 결정; 구속영자의 효력을 계속 유지시킬 것인지의 판단도 법관에 의해 행해져야 하고 검사의 구형이 법관의 판단에 우선해서는 안되므로 검사가 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역이나 금고의 형을 구형한 경우 법원의 무죄 등 판결에도 불구하고 구속영장

2. 영장주의의 구체적 내용[46]

가. 법관에 의한 영장의 발부

영장의 발부는 그 신분이 보장되고[47] 직무상 독립성이 보장된[48] 법관의 재판에 의하여야 한다. 위 헌법재판소의 판시 내용처럼 법관에 의한 강제수사의 통제는 영장주의의 본질적 개념요소이며 우리 헌법은 영장청구의 단계에서 강제수사의 적법성을 철저히 심사하도록 하기 위해 영장청구권을 수사기관 중 검사에게만 부여하고 있다. 한편 영장주의는 강제수사를 실시할 것인지의 여부뿐만 아니라 강제수사의 효력을 존속시킬 것인지에 대해서도 법관의 판단에 따를 것을 요구한다.

헌법재판소는 법원의 보석결정에 대하여 검사가 즉시항고를 할 수 있도록 한 형사소송법의 규정에 대하여 "형사소송법 제97조 3항의 규정은 당해 피고인에 대한 보석허가결정이 부당하다는 검사의 불복을 그 피고인에 대한 구속집행을 계속할 필요가 없다는 법원의 판단보다 우선시킨 것이어서 구속의 여부와 구속을 계속시키는 여부에 대한 판단을 사법권의 독립이 보장된 법관의 결정에만 맡기려는 영장주의에 위반되고, 그 내용에 있어 합리성과 정당성이 없으면서 피고인의 신체의 자유를 제한하는 것이므로 적법절차의 원칙에 반하며, 기본권제한입법의 기본원칙인 방법의 적정성, 피해의 최소성, 법익의 균형성을 갖추지 못하여 과잉금지의 원칙에도 위반된다."라는 취지로 위헌이라고 선고하였다.[49][50]

은 효력을 유지한다는 구 형사소송법 제331조 단서는 헌법상의 적법절차의 원칙에 위배되는 것이다.

46) 신동운, 형사소송법, 법문사, 2005, 122쪽.

47) 헌법 제106조.

48) 헌법 제103조.

49) 헌재 1993. 12. 23, 93헌가2, 형사소송법 제97조 3항 위헌결정.

50) 정종섭, 헌법판례연구(1), 철학과현실사, 1998, 390쪽: 위 판례는 헌법상의 영장주의를 확고히 실현시키는 것으로서 국민의 신체의 자유를 보장함에 크게 기여한 것이다. 이 사건은 법원의 직권제청에 의한 것인데, 법관의 투철한 인권의식과 사법부의 기능에 대한 깊은 인식이 얻어낸 성과이다.

나. 사전영장의 원칙[51]

법관에 의한 영장은 사전영장을 원칙으로 하며[52] 이에 대해서는 헌법 제12조 제3항 단서에 일정한 예외가 인정되고 있어 이 경우에는 사후에 영장을 청구하도록 되어있다.
현행 형사소송법은 긴급체포와 현행범 체포의 경우에 사후에 체포영장을 받을 것을 요구하지 않고 있는데 이에 대해서는 아래에서 살펴보고자 한다.

다. 일반영장의 금지

법관이 발부하는 영장은 그 내용이 특정되어야 한다. 헌법재판소도 영장의 발부는 법관의 '구체적 판단'에 의한 것이어야 한다고 판시하고 있는데 이는 일반영장의 발부는 금지되며 영장은 그 대상과 내용이 특정되어야 한다는 의미로 해석할 수 있을 것이다. 체포, 구속영장에는 피의자와 범죄사실 및 인치구금할 장소 등이 기재되어야 하며[53], 압수, 수색영장에도 그 대상 및 기간 등이 구체적으로 기재되어야 한다.[54]

라. 영장제시의 원칙

수사기관은 영장에 의한 강제처분을 함에 있어서 법관이 발부한 영장을 반드시 제시하여야 한다.[55] 영장의 제시라는 형식을 거치게 함으로써 수사기관이 행하는 강제처분의 적법성을

---

51) 대판 1997. 6. 13, 96다56115: 대법원은 사전영장의 원칙과 관련하여 구 사회안전법 제11조에 대해 "사전영장주의는 인신보호를 위한 헌법상의 기속원리이기 때문에 인신의 자유를 제한하는 모든 국가작용의 영역에서 존중되어야 할 것이지만, 헌법 제12조 제3항 단서도 사전영장주의의 예외를 인정하고 있는 것처럼 사전영장주의를 고수하다가는 도저히 행정목적을 달성할 수 없는 지극히 예외적인 경우에는 형사절차에서와 같은 예외가 인정된다고 할 것이므로 구법 제11조 소정의 동행보호규정은 재범의 위험성이 현저한 자를 상대로 긴급히 보호할 필요가 있는 경우에 한하여 단기간의 동행보호를 허용한 것으로서 그 요건을 엄격히 해석하는 한, 동 규정 자체가 사전영장주의를 규정한 헌법규정에 반한다고 볼 수는 없다."라고 판시하였다.

52) 헌법 제12조 제3항, 헌법 제16조.

53) 형사소송법 제75조, 200조의5.

54) 형사소송법 제114조, 제219조.

55) 헌법 제12조 제3항, 형사소송법 제85조 제1항, 제118조, 제200조의5, 제219조.

시민에게 납득시킴과 동시에 수사기관의 강제처분 남용을 심리적으로 견제하는 효과가 있다. 이에 대해서는 형사소송법상 일정한 예외가 인정되고 있다.[56]

3. 영장주의의 예외로서의 비상계엄[57]

헌법 제77조 제3항은 비상계엄시에는 법률이 정하는 바에 따라서 영장제도에 대해 특별한 조치를 할 수 있다고 규정하여 그 예외를 인정하고 있다. 비상계엄시에 영장제도가 어떻게 제한되는지에 대해서는 계엄법상 구체적인 규정을 찾을 수 없어 많은 논란이 있었는데, 제1공화국의 헌법위원회는 비상계엄 하에 있어서도 영장주의가 전적으로 배제되는 것은 아니라고 결정한 바 있다.[58][59]

4. 체포·구속에 있어서의 영장주의

가. 형사소송법상의 인신구속제도

1995년 형사소송법의 개정으로 헌법 제12조 제3항에서 인정된 체포제도가 도입됨에 따라 현재 형사소송법상 인신구속제도는 체포와 구속으로 이원화되어 있다. 체포는 피의자에 대해서만 인정되지만 구속은 피의자와 피고인 모두에 대해 인정된다.

체포와 구속은 형사사법절차의 진행이라는 요청과 개인의 신체의 자유가 가장 예리하게 충돌하는 지점으로서, 체포 및 구속에 있어서 영장주의가 얼마나 제대로 실현되고 있는가 하는 것은 곧 그 나라 기본권 보장의 척도라고 할 수 있다. 아래에서는 현행 형사소송법상 체포

---

56) 형사소송법 제85조 제3항, 제200조의5, 제209조, 제213조의2.

57) 헌법 제77조 제3항.

58) 1953. 10. 18. 헌법위원회결정.

59) 비상계엄하의 영장주의에 대한 특별한 조치이 내용에 대해 사전영장주의원칙이 사후영장주의 원칙으로 운용되는 것을 의미할 뿐 영장의 발부권자와 영장주의는 원칙적으로 적용되는 것으로 보는 것이 일반적 견해이다.

및 구속제도에 대해 살펴보고 헌법상 영장주의의 정신이 철저히 구현되고 있는지 평가해 보기로 한다.

나. 영장에 의한 체포, 구속

(1) 체포영장에 의한 체포

(가) 의의

체포제도는 초동수사 단계에서 죄를 범하였다고 의심할만한 상당한 이유가 있는 피의자를 구속에 선행하여 수사관서 등 일정한 장소에 인치하여 단기간의 신체의 자유를 제한하는 제도이다. 형사소송법은 임의동행과 보호실유치 등의 탈법적 수사관행[60]을 근절하고 초동수사의 긴급성을 고려하여 수사초기에 단기간에 걸친 피의자의 간편한 신병확보를 위하여 헌법에 규정된 체포제도를 도입하는 한편[61], 기존의 긴급구속제도[62]는 폐지하고 대신에 긴급체포제도를 신설하였다.[63]

체포영장[64]에 의한 체포는 수사기관이 사전에 법관의 체포영장을 발부 받아 피의자를 체포

---

60) 이재상, 형사소송법, 박영사, 2006, 203쪽: 종전의 수사관행에 있어서 피의자에 대하여 출석요구에 기한 임의출석 내지 임의동행제도는 구속수사의 전 단계로서 중요한 기능을 하여 왔다. 즉, 임의동행이라는 명분 하에 신병을 확보한 다음 보호실에 유치하여 협의가 인정되지 않으면 석방하고, 협의가 인정되면 구속영장의 신청과 발부의 절차를 밟게 된다. 그러나 이러한 규문적 수사관행은 우리의 형사절차에 있어 불식되어져야 할 고질적인 병폐의 하나로서, 이 경우에 있어서는 이미 임의동행시부터 구속영장에 의한 집행시까지는 불법구금이 자행되어 온 것으로 영장주의를 유린하는 결과가 되었다.

61) 헌법 제12조.

62) 개정전 형사소송법하에서 긴급구속이 활용되지 못하고 대부분 사전구속영장이 청구되었던 것은 검사의 사법경찰관에 대한 수사지휘권의 확보 때문이었다고 한다. 이에 대하여는 신동운, “인신구속제도를 둘러싼 법적용의 왜곡과 그 해결방안”, 법학 제39권 1호, 서울대 법학연구소, 1998, 35쪽 참조.

63) 이재석, “체포제도의 운용과 현실”, 비교형사법연구, 1999, 211쪽.

64) 체포영장의 성격에 대해서는 법관이 수사기관에 대하여 일정한 강제처분을 행할 권한의 행사를 허가하는 허가장이라는 설과 영장을 법관이 스스로의 권한으로서 행하는 강제처분에 대하여 수사기관에 발하는 명령장이라고 하는 학설이 대립되고 있다. 일본에서는 허가장설이 통설이나 우리나라의 경우 형사소송법에서는 피의자에 대해서 발부되는 영장을 허가장, 피고인에 대해서 발부되는 영장을 명령장이라고 보면 될 것이다. 이와 관련된 논의에 대하여는 김철수, 헌법학개론, 2006, 박영사, 471쪽 참조.
헌법재판소도 “법원이 직권으로 발부하는 영장과 수사기관의 청구에 의하여 발부하는 구속영장의 법적 성격은 같지 않다. 즉, 전자는 명령장으로서의 성질을 갖지만 후자는 허가장으로서의 성질을 갖는 것으로

하는 것으로서 이것을 원칙으로 하기 때문에[65] 통상에 의한 체포라 할 수 있다. 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고, 임의수사처분으로서 피의자에게 출석요구를 하여 이에 응하지 아니하거나 응하지 아니할 우려가 있는 때에는 검사는 관할 지방법원판사에게 청구하여 체포영장을 발부 받아 피의자를 체포할 수 있고, 사법경찰관은 검사에게 신청하여 검사의 청구로 관할 지방법원판사의 체포영장을 발부 받아 피의자를 체포할 수 있다. 이처럼 피의자에 대한 체포영장은 법원이 부여하는 체포허가이므로 영장의 발부에는 사법기관에 의한 일정한 재판이 전제되고 있고 그리하여 사법적 억제가 가능하게 된다. 즉 수사기관이 영장을 신청하는 경우 검사에 의하여 한 번 스크린 되고 그 후 검사가 청구하는 경우에 법관이 결정(재판)으로써 허가 여부를 정하는데, 청구가 이유 있는 경우에만 비로소 피의자의 체포가 가능할 것이기에 체포·구속에 대한 사법적 억제가 가능해진다.[66]

(나) 특성

체포영장에 의한 체포는 구속영장에 의한 구속과는 달리 "도주 또는 증거인멸"이라는 요건에 구애받지 아니하고 단지 "출석불응" 또는 "출석불응의 염려"가 있는 것으로 족하여 판사의 피의자심문 없이 서류심사만으로 영장을 발부받을 수 있다는 특성을 가지고 있다. 다만 체포영장은 검사의 청구가 있을 때 비로소 발부 가능하다는 점 때문에 사법경찰관의 입장에서 볼 때 초동수사의 긴급성에 대처하기에는 다소 부족하다는 문제점이 있다.[67]

(2) 구속영장에 의한 구속

(가) 의의

이해하고 있다"라고 판시하고 있다; 헌재 1997. 3. 27, 96헌바28·31·32병합

65) 헌법 제12조.

66) 이는 영장에 대한 이중의 통제를 가함으로써 준사법기관인 검사로 하여금 인권옹호의 책무를 지운 것으로 긍정적으로 해석할 여지도 있다. 그러나 검사의 영장발부에 대한 실질적인 심사를 가능하게 하는 인적, 물적 자원의 확보는 이루어지지 않고, 사법경찰관의 검사에 대한 영장신청의 품신과정에서 검사는 영장신청권을 사법경찰관에 대한 통제의 주요수단으로 생각하고 있다는 점으로 볼 때 이러한 근본적인 원인은 국민의 기본권보장이라는 관점보다는 검찰·경찰의 역학관계에서 찾아 볼 수 있을 것이다.(신동운, "한국 검찰제도의 현황과 개선책", 법학 제29권 2호, 서울대 법학연구소, 1988, 39-58쪽 참조).

67) 신동운, 인신구속을 둘러싼 법적용의 왜곡과 그 해결방안, 36쪽.

형사소송법 제70조와 201조는 구속의 요건으로 피의자나 피고인이 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고 구속사유, 즉 ⅰ) 일정한 주거가 없을 때 ⅱ) 증거를 인멸할 염려가 있을 때 ⅲ) 도망 또는 도망할 염려가 있을 때의 하나에 해당하는 사유가 있을 것을 요구하고 있다.

그러나 구속의 목적이 형사소송의 진행과 형벌의 집행 확보에 있음을 감안한다면 주거가 일정하지 않은 경우를 구속사유로 인정한 것은 부당하다고 본다. 주거가 일정하지 않더라도 도망하거나 증거를 인멸할 우려가 없을 수 있기 때문이다.

(나) 구속영장의 발부에 반드시 검사의 청구를 요하는지의 문제

피고인이나 피의자를 구속함에는 구속영장을 발부하여야 한다. 피의자에 대한 구속은 검사의 청구에 의해 법관이 발부한 영장에 의하지만 피고인에 대한 구속은 검사의 청구 없이 법관이 직권으로 발부한 영장에 의하는 경우가 있는데 그 근거가 되는 형사소송법 제70조 제1항 및 제73조 제1항 중 "피고인을…구인 또는 구금함에는 구속영장을 발부하여야 한다"부분이, 구속을 할 때에는 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다고 규정하고 있는 헌법 제12조 3항에 위반되는 것이 아닌지 헌법재판소에서 다투어진 바 있다.

① 헌법재판소의 입장

헌법 제12조 제3항은 "……구속……을 할 때에는…… 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장……"이라고 규정함으로써 마치 모든 구속영장의 발부에는 검사의 신청이 필요한 것처럼 규정하고 있다. 이와 같은 규정은 제헌헌법에는 구속영장의 발부에 관하여 "체포, 구금, 수색에는 법관의 영장이 있어야 한다"(제9조)라고만 되어 있던 것이 1962.12.26 제5차 개정헌법에서 처음으로 "……구금……에는 검찰관의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제사하여야 한다."(제10조 제3항 본문)라는 규정에 의하여 처음 도입된 이래 현행 헌법에 이르기까지 표현에 있어 약간의 차이는 있지만 같은 내용으로 존속되어 온 것이다.

위와 같이 제5차 개정헌법이 구속영자의 발부에 관하여 "검찰관의 신청"이라는 요건을 추가한 이유는 1961.9.1. 형사소송법의 개정과 관련하여 이해할 수 있다.

즉, 형사소송법이 처음 제정(1954.9.23. 법률 제341호)될 당시에는 수사기관의 영장신청에 관하여 "피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고 제70조 제1항 각호의 1에

해당하는 사유가 있을 때에는 검사 또는 사법경찰관은 관할지방법원판사의 구속영장을 받아 피의자를 구속할 수 있다"(제201조 제1항 본문)라고 규정함으로써 검사뿐만 아니라 사법경찰관에게도 영장신청권을 주고 있던 것이 1961.9.1. 형사소송법 개정(법률 제705호)으로 "피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고 제70조 제1항 각호의 1에 해당하는 사유가 있을 때에는 검사는 관할지방법원판사의 구속영장을 받아 피의자를 구속할 수 있다" (제201조 제1항 본문)로 개정되어 영장신청권자를 검사로 한정하였는데, 위와 같은 형사소송법의 개정내용이 1962년의 헌법개정에 반영된 것이다.

그렇다면 제5차 개정헌법이 영장의 발부에 관하여 "검찰관의 신청"이라는 요건을 규정한 취지는 검찰의 다른 수사기관에 대한 수사지휘권을 확립시켜 종래 빈번히 야기되었던 검사 아닌 다른 수사기관의 영장신청에서 오는 인권유린의 폐해를 방지하고자 함에 있다고 할 것이고, 따라서 현행 헌법 제12조 제3항 중 "검사의 신청"이라는 부분의 취지도 모든 영장의 발부에 검사의 신청이 필요하다는 것이 아니라 수사단계에서 영장의 발부를 신청할 수 있는 자를 검사로 한정한 것으로 해석함이 타당하다. 즉, 수사단계에서 영장신청을 함에 있어서는 반드시 법률전문가인 검사를 거치도록 함으로서 다른 수사기관의 무분별한 영장 신청을 막아 국민의 기본권을 침해할 가능성을 줄이고자 함에 그 취지가 있는 것이다.

앞서 본 영장주의의 본질과 헌법 제12조 제3항의 연혁을 종합하여 살펴보면, 영장주의는 헌법 제12조 제1항 및 제3항의 규정으로부터 도출되는 것이고, 그 중 헌법 제12조 제3항이 "……구속……을 할 때에는……검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장……"이라고 규정한 취지는 수사단계에서의 영장주의를 특히 강조함과 동시에 수사단계에서의 영장신청권자를 검사로 한정한데 있다고 해석된다(공판단계에서의 영장발부에 관한 헌법적 근거는 헌법 제12조 제1항이다).

그렇지 아니하고 헌법 제12조 제3항의 규정 취지를 공판단계에서의 영장발부에도 검사의 신청이 필요한 것으로 해석하는 것은 신체의 자유를 보장하기 위한 사법적 억제의 대상인 수사기관이 사법적 억제의 주체인 법관을 통제하는 결과를 낳아 오히려 영장주의의 본질에 반한다고 할 것이기 때문이다.[68]

② 검토

헌법 제12조 제3항에서 영장이 발부는 검사의 청구에 의한다고 규정하고 있는 취지는 수사

68) 헌재 1997. 3. 27, 96헌바28・31・32(병합), 형사소송법 제70조 제1항 등 위헌소원(합헌).

기관의 영장청구에 있어 사법경찰관의 영장청구권을 부정하고 법관과 대등한 법률전문가이자 수사단계에서의 적법절차의 수호자인 검사의 판단에 의해서만 영장청구가 가능하도록 하는데 있다고 할 것이므로 법원의 법정구속에는 검사의 청구를 요하지 않는다는 헌법재판소의 결정은 타당하다. 그런데 위 결정에서, 헌법재판소는 헌법 제12조 제3항을 수사단계에서의 영장주의에 대해서만 적용된다고 하여 공판단계에서 영장주의의 근거규정은 헌법 제12조 제1항이라고 이해하고 있지만 굳이 공판단계에서의 영장주의를 헌법 제12조 제3항의 규범내용에서 제외시킬 필요성은 없다고 본다. 오히려 헌법 제12조 제1항을 신체의 자유에 대한 일반규정이자 적법절차 원칙의 근거규정으로 보고 헌법 제12조 제3항을 적법절차가 구체화된 영장주의의 근거규정으로 보아 공판단계에서의 영장주의도 헌법 제12조 제3항에서 인정된다고 보는 것이 타당할 것이다. 헌법 제12조 제3항의 '검사의 신청'이라는 문구가 영장주의라고 하는 동 조항의 규범내용을 축소하는 것으로 해석되어서는 안 될 것이기 때문이다.[69]

(다) 미체포 피의자에 대한 구속영장 청구

사법경찰관의 입장에서 보면 긴급체포는 검사의 수사지휘를 기다릴 여유가 없는 급박한 상황에서 사용할 수 있는 유용한 강제처분이다. 그러나 긴급체포는 그 적용대상이 한정되어 있을 뿐만 아니라 한번 긴급체포된 피의자에 대하여는 재체포가 금지되고, 체포후 실질심사가 이루어 질 때까지 장기간 경찰서 유치장에서 대기하여야 하는 등 사실상의 불편함이 발생하게 되었다. 이에 따라 피의자를 경찰서 또는 검찰청에 출석시켜 조사한 다음 미체포 피의자에 대한 구속영장을 청구하는 방식이 활용되기에 이르렀다. 개정된 형사소송법 시행 초기에는 이러한 영장청구 방식이 전체 구속영장청구사건의 약 3분의 1을 차지하였던 미체포 피의자에 대한 영장청구[70]는 이와 같은 맥락에서 이해할 수 있다.

그런데 이와 같은 관행의 생성은 1995년 개정형사소송법의 입법취지에 전면적으로 반하는 것이라고 하지 않을 수 없다. 당시 입법자의 구상은 초동수사의 효율성을 위하여 수사초기의 일시적 신병확보는 제포의 형식으로 인정하되 여기에 법관의 실질심사를 요구하지 않는 것이었으며, 초동수사가 진행된 이후의 단계에서 이루어지는 본격적인 신체구속은 구속영장에 의하도록 하고 이 과정에서 법관의 피의자심문을 확보하도록 하는 것이었다. 그러나 이를 위하여 도입한 체포영장제도는 이미 위에서 기술한 바와 같이 범죄를 저질렀다고 볼 수 있는 상

69) 박동복, 앞의 글, 20쪽.

70) 법원행정처, 영장실질심사제도-실무상 문제점과 과제-, 1997, 401쪽 ; 신동운, 앞의 글, 37쪽.

당한 이유 이외에 '출석 요구불응 도는 불응의 우려'까지를 그 요건으로 요구하고 있는 등 그 활용에 제한이 있어 사실상 피의자의 체포가 이루어지기 어려운 실정인 것이다.

이와 같은 문제점과 관련하여 체포제도는 수사초기의 증거수집과 범인검거에 필수적인 장치이므로 미체포 피의자에 대한 구속영장의 활용은 또한 법리적으로 문제가 크다고 하면서 전면적인 체포전치주의를 도입할 것을 주장하는 견해까지 등장하였다.[71] 이 견해는 영장실질심사제도가 피의자의 인권을 보장하기 위하여 영장주의의 실효성을 확보함으로서 구속을 제한하고 규제하는 제도라는 점을 감안할 때 구속전 피의자신문을 위하여 피의자를 구인하는 것은 타당하지 않다고 하면서 피의자에 대한 신병구속의 초기단계에서는 범죄의 혐의 및 신병구속의 필요성에 대한 판단은 대단히 유동적이기 때문에 우선 48시간의 비교적 단기의 구속인 체포에 의한 인신구속을 선행하여 수사를 통하여 여전히 범죄혐의 및 신병의 필요성이 인정되는 경우에 한하여 법관의 판단을 통하여 다시 장기적인 구속을 인정하는 신중한 절차를 취하는 것이 피의자의 인권보호의 요청이 더 적합하며, 체포되지 아니한 피의자의 구속전 피의자심문을 위한 구인제도의 폐해를 줄일 수 있다고 주장한다. 또한 과연 스스로 수사기관에 출두하여 조사를 받고 수사에 협조한 피의자를 두고 "도주 또는 증거인멸의 염려"가 있는 사람이라고 할 수 있는지 의문을 제기하는 견해도 있다.[72]

그러나 현재 형사소송법상의 구속 및 체포제도는 이론상 체계가 완벽한 것이 아니며 어쩔 수 없이 현재의 현실을 반영한 타협물에 불과하다. 논리적으로는 체포되지 아니한 피의자에 대하여 피의자신문을 하기 위하여 이를 구인한다는 것이 옳지 않을지 모르겠지만 이를 시정하기 위하여 체포전치주의가 도입되면 수사기관으로서는 구속영장청구 여부를 최종 결정하기 이전에 청구할 개연성이 있는 경우 일단 피의자를 무조건 체포하여야 하는 것이고, 또한 미체포 상태에서 구속영장을 청구하였다가 법원에 의하여 구속영장이 기각될 수 있는 많은 피의자들이 체포전치주의를 도입함에 따라 일단 체포되어 상당시간을 구금되어 있으면서 영장의 발부여부를 기다려야 하는 불이익을 받는다는 것은 지나치다고 보인다. 이론적으로는 체포가 구속과 구별된다 할 것이나 일반인들에게는 수사기관에서 약 이틀밤을 자면서 조사를 받는다는 것은 사실상 구속되었다고 보여질 우려가 있고 경찰서 유치장의 환경이 그다지 좋지 않음을 고려한다면 체포의 경우 피의자가 받는 해악이 경미하다는 주장은 설득력을 얻기 어려울 것이라 생각된다.[73]

---

71) 전용득, "피의자 구속의 연구", 동의대대학원, 박사학위논문, 1999, 178쪽.

72) 신동운, 앞의 글, 37쪽.

73) 법원행정처, 새로운 인신구속제도연구, 1996, 195쪽. 박동복, 앞의 글, 21쪽.

(3) 영장실질심사제

(가) 의의

영장실질심사제도의 핵심은 지방법원판사가 직접 피의자를 심문하고 영장발부여부를 결정하도록 하는 것으로서 과거의 형식적 심사제도 하에서 판사가 수사기관이 작성한 서류만으로 구속여부를 결정했던 것에 비해 영장주의의 취지에 보다 부하하는 것이라고 볼 수 있다. 법관의 구속영장 발부 결정이 수사기관이 작성한 서류에만 기초하여 내려지게 된다면 그 판단이 사실상 수사기관의 판단에 좌우되는 결과가 되어 중립적이고 독립된 위치에 있는 법관에 의한 인신구속이라는 영장주의의 정신이 제대로 실현되기 어렵고 결국 영장주의는 형해화되기 때문이다.

(나) 영장실질심사제도의 도입과 후퇴[74]

영장실질심사제도(구속전 피의자심문제도)는 1995년 형사소송법의 개정으로 처음 도입되었다. 형사소송법 제201조의2로 신설된 영장실질심사제도는 영장주의의 실질적 구현을 위한 제도로서 환영받았지만 수사기관은 피의자 호송 등 과정에서 지나치게 인력과 시간이 낭비된다는 이유로 이에 반대하였다. 기존이 구속관행에 커다란 변화를 가지고 온 영장실질심사제도는 이를 필요적 절차로 하는 데 대한 수사기관의 계속되는 반발로 개정[75]되었고, 1997. 12. 13부터 시행된 현행 형사소송법원 피의자나 그 변호인, 직계친족, 형제자매, 배우자 등의 신청이 있을 대에 한하여 판사가 심문여부를 결정하도록 하고 있다.[76] 만일 1995년 형사소송법 개정

---

74) 영장실질심사의 존폐를 좋고 벌어진 법원과 검찰의 치열한 논전은 다음의 자료에 정리되어 있다. 법원행정처, 불구속 재판의 시행과 과제, 1997; 법원행정처, 영장실질심사제도 -실무상 문제점과 과제-, 1997; 법원행정처, 영장실질심사제도Ⅱ -이론적 기초와 논리-, 1997; 법원행정처, 영장실질심사제도Ⅲ -실천적, 입법론적 개선방향-, 1997; 법무부, 구속전 심문제도에 관한 제 문제점과 개선 방안, 1997; 박영관, 현행 인신구속제도에 대한 비판, 형사정책연구8권4호; 송두환, 구속영장실질심사제도의 올바른 정착을 위하여, 형사정책연구8권4호; 하태훈, 구속영장실질심사제도의 과제와 전망, 형사정책9호, 1997.

75) 이 사안에 대해 1995년 및 1997년의 형사소송법 개정 전후에 법원과 검찰의 대립은 사회적 이슈가 되기도 하였다. 조원표, 검찰-법원 사상초유 로비대결 : 영장실질심사제 싸고 국회서 공방, 뉴스플러스 1997. 11. 27, 52쪽.

76) 피의자의 신청이 있는 경우에 판사가 피의자를 심문하지 않고 구속영장을 발부하여도 위법이라고 할 수 없다; 대판 1999. 8. 20, 99도2029.

당시에 영장실질심사에 관한 규정을 법원의 의무조항으로 규정하였더라면 실질심사제도의 존폐에 관한 소모적 논쟁은 없었을 것이며 1997년 말의 형소법 개정조항은 적법절차와 영장주의를 규정한 헌법 제12조 제3항에 반하는 위헌이라는 논란도 없었을 것이다.

(다) 개정된 영장실질심사제도에 대한 견해 대립 및 위헌성 논의

1997년의 형사소송법 개정에 대하여 검찰측에서는 심문을 원하는 피의자만이 심문을 받게 되어 인권보장의 측면에서 더욱 우수하며, 불필요한 심문을 줄임으로서 심문의 효율성을 제고할 수 있고, 모든 피의자에게 선택권이 부여되므로 헌법상 평등권의 침해라 볼 수 없으며, 선진국의 수사 실무상 검사가 청구한 구속영장이 기각되는 경우는 극히 드물고, 구속전 피의자심문제도와 체포·구속적부심사제도를 병행하는 입법례를 찾아보기 힘들며, 수사기관이 피의자의 심문신청을 방해하리라는 우려는 일부 수사담당자에 대한 불신을 전체 수사기관에 확장하는 것으로서 옳지 못하고, 사회안전보다 불구속 재판원칙을 더 중시할 수는 없다는 찬성론[77]을 제기하였다.[78]

그러나 법원측에서는 피의자의 기본권 침해가 주로 구속 전후에 발생하며 심문권 포기의 강요를 방지하기가 곤란하다는 점, 구속영장 재판 단계에서 심문을 받을 권리는 사인이 포기할 수 없는 주관적 공권이라는 점, 우리나라가 1990년 가입한 국제인권규약도 필요적 영장실질심사제도를 규정하고 있는 점, 법 개정전 피의자심문을 거부한 예가 없었다는 점, 인신구속절차에 문외한인 피의자가 심문을 적극적으로 청구하기 어렵다는 점, 피의자 심문조서에 심문신청의사를 기재하게 함으로써 구속영장을 신청 또는 청구할지 확정이 안 된 상태에서 신청권 행사의사를 묻게 된다는 점, 미성년자나 심신미약자 등 행위무능력자에 대해 영장실질심사에서는 구선변호인이 선정되지 않는 점, 피의자의 가족 등에게 구속영장신청(청구) 사실과 심

---

77) 최교일, “개정형사소송법과 인권보장”, 치안문제, 1998. 3, 70쪽.

78) 개정법에 대하여 위헌이라는 견해로는 이동명, “구속전 피의자심문의 위헌성 문제”, 법학연구 제4집, 한국법학회, 2000. 04: 개정법이 제시하는 심문의 남용 방지로 인한 수사상 효율성 제고는 영장주의를 통하여 보장하는 신체의 자유라는 기본권 보장을 압도할 만큼 급박한 필요성이 있다고 인정할 수 없다. 다음으로 수단의 적정성에 관하여 보면, 피의자에게만 영장심문청구권을 보장한 것은 강제처분의 대상에게 심문의 주체의 판단을 제한하는 불합리한 부담이다. 더욱이 피의자의 침묵은 신청권의 불행사로 해석되어 심문은 행하여 질 수 없다. 이는 침묵을 헌법상 권리의 포기로 추단하지 못하도록 해석하는 확립된 법리에 어긋난다. 법원의 영장심문의 권한은 신청에 의하여 비로소 발생하는 것이 아니라 헌법으로부터 직접 도출되는 권한이기 때문이다. 따라서 영장심문을 임의적인 것으로 규정하는 개정법은 헌법 위반이다. 따라서 법원의 영장심문회부의 권한은 개정법에 의하여 제한될 수 없으며, 심문권한의 존재는 법률에 의하여 확인되어야 한다.

문 신청권을 고지하는 절차 및 심문 신청의 상대방에 대한 규정이 미비되어 있다는 점, 심문 방식이 피의자의 체포 여부에 따라 상이하여 심문을 회피하려는 수사기관이 긴급체포를 남용할 우려가 있다는 점 등을 들어 인신구속에 관한 헌법의 기본정신인 영장주의를 몰각한 입법이라고 반박하는 견해[79]를 내어놓았고 수사현실을 감안하면 인권보장의 측면에서 이 견해가 더욱 설득력 있는 것으로 보인다.[80]

그러나 우리 헌법에서 피의자심문을 영장주의의 핵심적 내용으로 한다는 명문의 규정을 두고 있는 것은 아니며 또한 체포·구속적부심이나 보석제도에서도 모두 당사자의 신청이 있는 경우에만 이루어진다는 점을 감안하면 개정 형사소송법이 위헌이라고는 보기 어려울 것이다.[81]

(4) 이중구속, 별건구속의 위헌성문제

(가) 구속영장의 효력

종래 구속영장의 효력범위와 관련해서는 사건단위설과 인단위설의 대립이 있어 왔다.[82] 인단위설은 피의자를 기준으로 하여 그에게 혐의가 가해지는 모든 피의사실에 대해 구속영장의 효력이 미친다고 보는 반면에 사건단위설은 범죄사실의 단일성이 인정되는 사건별로 구속영장의 효력이 미친다고 본다.

양설에 대한 평가는 사법적 억제를 통한 인권보호라는 근본취지에서 비롯되어야 한다고 본다. 만일 영장의 효력기준에 관하여 인단위설을 채택한다면 법관은 영장발부시에 영장에 기재된 범죄사실 이외에 다른 범죄사실의 존재가능성에 대하여도 고려할 수 있게 되는 결과를 초래하며(비록 법관이 영장발부시 피고인의 전과 등 반사회적 인격, 증거인멸의 염려, 도망의 염려 등을 판단하나 기초적인 판단은 범죄의 존부에 따른다.), 이와 같이 영장에 명기되지 않는 다른 범죄사실의 존재를 당연히 포괄적으로 인정하는 태도는 피의자의 방어권행사에 불의의 타격을 초래할 우려가 있다.

왜냐하면 범죄사실의 요지를 영장에 기재하는 것,[83] 영장의 제시,[84] 피의사실의 고지 및 변

79) 황정근, “개정 형사소송법의 문제점”, 치안문제, 1998. 3, 65쪽.

80) 박동복, 앞의 글, 23쪽.

81) 정진수, “구속영장심사와 피의자심문”, 한국형사정책연구원, 1998. 4, 138쪽. 박동복, 위의 글, 23쪽.

82) 신동운, 형사소송법, 법문사, 2005, 187쪽.

명의 기회부여[85] 등도 사건 단위로 구속영장이 발부되는 것을 예상한 규정이고, 피의자는 위와 같이 구속사유가 된 범죄사실에 초점을 맞춰 방어의 준비를 하기 때문에 영장 발부가 사람을 단위로 하여 그가 범한 별개의 사건을 고려한다면 피의자가 방어의 초점을 잃어버리기 때문이다. 이는 헌법이 정한 영장주의의 사전영장의 원칙, 일반영장의 금지 원칙에 위배되며 영장의 법적 성격을 허가장으로 이해하는 입장과 상충한다. 그러므로 구속영장의 효력범위는 사건단위설에 의하는 것이 헌법상 영장주의의 일반원칙으로 보나 형사소송법의 규정으로 보나 타당하다고 할 것이다.[86]

(나) 이중구속의 합헌성 여부

이중구속이란 이미 한 사건에 대해 구속영장이 발부되어 구속되어 있는 피고인 또는 피의자에 대하여 다시 다른 사건에 대해 구속영장을 집행하는 것을 의미한다. 사건단위설의 입장을 따르는 견해는 구속된 피고인 또는 피의자가 석방되는 경우를 대비하여 미리 구속해 둘 필요가 있다는 이류로 이중구속도 허용된다고 해석하고 있다.[87] 대법원도 사건단위설에 의거, 이중구속의 합헌성을 인정하고 있다.[88] 이미 구속영장의 집행을 받고 있는 사람에 대해 달리 구속사유가 존재하여 다시 구속영장을 집행하는 것이 구속영장의 집행을 받지 않고 있는 사람에 대하여 구속영장을 집행하는 것에 비해 신체의 자유를 더 침해한다고 보기는 어려우므로 이중구속의 합헌성은 인정할 수 있겠다.

(다) 별건구속의 합헌성 여부

별건구속이란 수사기관이 본래 수사하고자 하는 중대한 사건(본건)에 대해서는 구속요건이

---

83) 형사소송법 제209조, 제75조.

84) 형사소송법 제209조, 제85조.

85) 형사소송법 제209조, 제72조.

86) 박동복, 앞의 글, 26쪽.

87) 신동운, 앞의 책, 188쪽; 이재상, 앞의 책, 237쪽 ; 백형구, 형사소송법, 1995, 434쪽 ; 서일교, 형사소송법, 1979, 131쪽.

88) 대법원 1986. 12. 9, 8도1875 판결 등 판례는 구속영장의 효력범위에 대해 사건단위설을 취하면서 이중구속의 유효성도 인정하고 있다. 다만 미결구금일수의 산입에 있어서는 인단위설적인 입장도 보이고 있으나 피고인의 이익을 위한다는 취지에서 그 타당성이 인정될 수 있을 것이다.

갖추어지지 않았기 때문에 본건의 수사에 이용할 목적으로 구속요건이 갖추어진 경미한 사건(별건)으로 구속하는 것을 말한다. 구속영장에 기재된 사실에 대한 혐의가 소멸되었음에도 불구하고 구속을 계속하면서 별죄에 대하여 조사하는 경우도 이에 포함된다고 본다. 인단위설의 입장에서는 별건구속이 그 자체로서 구속의 요건을 구비하고 있는 경우에 다른 사건을 조사하여도 영장주의에 위배되지 아니한다고 한다. 그러나 별건구속을 인정하면 본건에 대한 법관의 사법적 심사를 회피, 면탈하고 구속된 자의 방어권을 침탈할 가능성이 많으므로 헌법 제12조 제3항의 영장주의를 잠탈하게 될 것이다. 별건구속에 관하여 명시적인 판시를 한 판례는 발견하기 어려우나, Due Process의 법리에 입각하여 별건구속을 부인한 일본판례가 있다.[89] 그 근거를 살펴보면 별건구속이 공정한 절차를 보장[90]하고 강제에 의한 자백의 획득을 금지하며 묵비권을 보장[91]한 취지에 배치되고 또한 범죄를 명시한 영장을 보장[92]하고 체포, 구금시 구속의 이유를 직접 고지해 줄 것 등 절차를 보장한[93] 취지에 상반되고 이 헌법정신을 구체화하는 형사소송법의 절차규정에 위반하므로 위헌, 위법하다는 점을 들고 있다. 일본과 법률적 배경을 같이 하는 우리 헌법 및 형사소송법에서도 동일한 논거를 채용할 수 있을 것이며, 결국 별건구속은 영장주의가 요청하는 '범죄사실의 명시'를 하지 않고 법원에 의한 사법적 억제를 회피하며 피의자의 방어권행사를 곤란하게 하므로 헌법 제12조에 위배된다고 할 수 있다.[94]

다. 영장에 의하지 아니한 체포, 구금

(1) 긴급체포

(가) 의의

긴급체포란 중대한 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 피의자를 수사기관이

89) 昭和 45. 2. 28, 刑事裁判月報 2卷 2號, 137쪽.

90) 일본헌법 제31조.

91) 일본헌법 제38조.

92) 일본헌법 제38조.

93) 일본헌법 제34조.

94) 김진환, "별건구속", 고시계, 1988. 11, 128쪽.

법관의 체포영장 없이 체포하는 것으로서 현행범의 체포와 함께 체포에 있어 영장주의의 예외가 인정되는 경우이다. 영장주의를 모든 체포의 경우에 관철하다 보면 중대한 범죄를 범한 범인을 놓칠 수도 있으므로 이를 방지하려는데 긴급체포의 의의가 있다. 헌법 제12조 제3항은 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있는 때에는 사후에 영장을 청구할 수 있다고 규정하고 있으므로 긴급체포에 대한 헌법적 근거를 마련하고 있으므로 긴급체포자체는 영장주의 원칙에 반하여 위헌인 것은 아니라고 할 수 있다.

문제는 어떻게 긴급체포가 남용되는 것을 방지하여 영장주의를 회피하는 탈법적 수단으로 악용되지 않게 하는가 하는 점이다.

(나) 긴급체포에 대한 헌법적 평가

긴급체포는 영장에 의하지 않은 체포이지만 형사소송법상 사후에 체포영장을 받을 필요도 없이 계속 구금할 필요가 있다고 여겨질 경우에만 구속영장을 청구하도록 규정되어 있다. 이로 인해 실제로는 체포 영장에 의해 체포할 수 있는 경우에도 그 번거로운 절차를 피해 많은 경우 긴급체포가 행해질 것으로 여겨지며 이는 체포에 있어 영장주의의 정신이 몰각되는 위험한 결과를 낳게 된다.

이러한 긴급체포의 위험성 때문에 일본에서는 이에 대한 위헌설도 주장되고 있지만,[95] 우리나라에서는 헌법 제12조 제3항의 근거가 있으므로 일단 제도 자체의 합헌성은 긍정될 수 있다.[96] 문제는 그 실제 운영인데 사후에 법원이 긴급체포의 요건이 구비되었는지 엄격히 심사하여 영장에 의한 체포가 가능하였는데도 긴급체포한 경우 불법체포로 보아 위법수집증거배제법칙[97]에 의한 증거능력의 부정, 수사기관의 처벌과 국가배상 인정 등의 방법으로 통제해야 할 것이다. 최근의 대법원 판례[98]가 긴급체포의 경우에도 체포적부심사제도의 적용을 긍정한 것은 이러한 노력의 일환이라고 볼 수 있겠다.

---

95) 일본에서는 위헌설도 많이 주장되고 있으나 일본최고재판소는 이를 합헌이라고 판시하고 있다. 김철수, 앞의 책, 474쪽.

96) 물론 우리나라 헌법도 사후에 영장을 받을 것을 규정하고 있으므로 긴급체포를 하고 사후에 체포영장을 청구할 필요가 없도록 한 현행 제도가 위헌이 아닌가 하는 의문은 있을 수 있다.

97) 우리 대법원은 아직 위법수집증거배제법칙을 전면적으로는 인정하지 않는다. 대법원은 영장주의에 위반하여 압수한 증거물의 증거능력에 대하여, “압수물은 압수절차가 위법이라 하더라도 물건자체의 성상, 형상에 변경을 가져오는 것은 아니므로 그 형사 등에 관한 증거가치에는 변함이 없다 할 것이므로 증거능력이 있다”고 판시하였다. 대판 1994. 2. 8, 93도3318.

98) 대법원 1997. 8. 27, 97모21.

(2) 현행범 체포

현행범 체포는 긴급체포와 함께 현행법상 영장주의의 예외가 인정된 경우이다. 헌법 제12조 제3항 단서는 이에 대한 헌법적 근거를 제공하고 있으며 형사소송법 제211조의 제1항과 제2항은 각각 현행범과 현행범으로 간주되는 준현행범을, 동법 제212조는 현행범은 누구든지 영장없이 체포할 수 있음을 규정하고 있다.

현행범의 체포에 있어 영장주의의 예외를 인정하는 것은 영미법계 및 대륙법계에 있어 공통된 것으로 죄를 범한 것이 확실하여 부당한 체포의 위험이 없는 현행범의 경우에는 영장주의의 관철보다 긴급한 체포의 필요성이 앞서기 때문이다.

현행범 체포가 영장주의를 회피하는 수단으로 남용되지 않기 위해서는 체포와 범행 사이의 시간적, 장소적 접착성과 범행의 명확성이 엄격히 해석되어야 할 것이다.[99]

라. 보호실 유치와 임의동행의 위헌성문제

(1) 보호실 유치

경찰서에 설치되어 있는 보호실은 영장대기자나 즉결대기자 등의 도주방지와 경찰업무의 편의 등을 위한 수용시설로서 설치, 운용되어 왔는데 이러한 보호실이 경찰관직무집행법 제4조 제1항, 제4항, 제7항 등에 의해 인정되는 범위를 넘어서 수사상 편의를 위해 사용된다면 헌법상 영장주의의 원칙과 형사소송법상 엄격한 절차규정들이 무의미해질 우려가 있다.

과거의 수사 관행은 수사 초기 단계에서 피의자의 신병 확보를 위한 수단으로 보호실 유치를 행해 왔으나 보호실 유치는 실질적인 체포·구속에 해당하고 영장주의를 유린하는 결과를 가져오므로 비록 피의자의 동의가 있는 경우라도 영장주의에 위반되는 위법한 구금이라고 보아야 할 것이다.[100] 대법원도 대학교수인 피의자가 경찰서보호실에 대기 중 밖으로 나오려다

---

99) 대판 1991. 9. 24, 91도1314: 대법원은 "…신고를 받고 출동한 경찰관들이 위 문인현을 체포하려고 한 것은, 위와 같은 범죄의 실행행위가 종료된 때로부터 무려 40여분 정도가 지난 후일뿐더러, 경찰관들이 위 문인현이 구속영장의 제시를 요구하면서 동행을 거부하였음을 알 수 있는바, 사실관계가 이와 같다면 경찰관들이 위 문인현을 체포할 당시 그 학교의 교사로서 서무실에 앉아있던 위 문인현을 방금 범죄를 실행한 범인이라는 죄증이 체포자인 경찰관들에게 명백히 인식될 만한 상황이었다고 단정하기 어렵다."라고 판시하여 이 사안에서 현행범 체포가 성립하지 않는다고 판시하였다.

100) 이재상, 앞의 책, 205쪽.

이를 막는 경찰을 구타하여 상해를 입히고, 이를 말리던 다른 경찰을 역시 구타, 폭행하여 공무집행방해죄로 기소된 사안에서 경찰관직무집행법의 범위를 넘어선 보호실 유치는 구속영장이 없는 상태에서는 위법한 구금이라고 판시하였다.[101] 이러한 대법원의 판결은 기존의 불법적인 수사관행에 쐐기를 박은 것으로 극히 타당한 판결이라고 생각한다. 그러나 수사관행상 보호실유치가 근절되지 않는 것은 신병확보 제도상의 문제에 있다. 개정형사소송법에 의해 체포영장 제도가 도입되어 피의자의 신체를 단기간 확보하는 방향으로 체포영장이 운용되어야 한다고 본다.[102]

(2) 임의동행

임의동행은 수사기관이 피의자의 동의를 얻어 피의자와 수사기관까지 동행하는 것을 말한다.[103] 이러한 임의동행이 문제되는 것은 수사기관이 임의동행을 요구하더라도 피의자는 심리적 압박으로 사실상 이를 거부하기 어렵게 되고, 임의동행이 형사소송법의 체포·구속에 대한 제한규정들을 회피하는 수단으로 남용될 위험이 높기 때문이다. 실제로 지금까지 임의동행은 많은 경우 수사기관의 영장 없는 체포를 위한 형식으로 활용되어 왔으며, 임의동행 형식의 실질적인 강제연행은 우리 형사절차의 고질적 병폐로 지적되어 왔다.

이러한 임의동행의 위험성을 강조한 나머지 임의동행은 강제수사의 일종으로서 법적 근거가 없는 한 허용되지 않는다고 해석하는 견해도 있다.[104] 그러나 피의자의 진지하고 자유로운 의사가 전제된다면 임의동행은 형사소송법상 임의수사로서,[105] 그 적법성이 인정될 수 있

---

101) 대판 1994. 3. 11, 93도958: 대법원은 "경찰서에서 설치되어 있는 보호실은 영장대기자나 즉결대기자 등의 도주방지와 경찰업무의 편의 등을 위한 수용시설로서 사실상 설치, 운영되고 있으나 현행법상 그 설치근거나 운영 및 규제에 관한 법령의 규정이 없고, 이러한 보호실은 그 시설 및 구조에 있어 통상 철창으로 된 방으로 되어 있어 그 안에 대기하고 있는 사람들이나 그 가족들의 출입이 제한되는 등 일단 그 장소에 유치되는 사람은 그 의사에 기하지 아니하고 일정장소에 구금되는 결과가 되므로, 경찰관직부집행법상 정신착란자, 주취자, 자살기도자 등 응급의 구호를 요하는 자를 24시간을 초과하지 아니하는 범위 내에서 경찰관서에 보호조치할 수 있는 시설로 제한적으로 운영되는 경우를 제외하고는 구속영장을 발부받음이 없이 피의자를 보호실에 유치함은 영장주의에 위배되는 위법한 구금으로서 적법한 공무수행이라고 볼 수 없다."고 판시하였다.

102) 손동권, 형사판례연구3, 359쪽.

103) 임의동행에는 경찰관직무집행법 제3조에 의한 것과 형사소송법 제199조 제1항에 의한 임의수사로서의 임의동행이 있는데 여기서는 일단 경찰관직무집행법상의 임의동행이 순전히 경찰행정상의 목적을 위해 행해진 경우는 제외하기로 한다.

104) 신동운, 앞의 책, 128쪽.

을 것이다. 또한 실무상으로 수사의 능률성 측면과 강제수사에 의한 인권침해를 사전에 막을 수 있다는 측면에서 피의자의 승낙에 의한 임의동행은 허용될 수 있다. 강제력이나 심리적 압박이 개입되는 실질적인 강제연행으로서의 임의동행과 임의수사로서 허용되는 임의동행을 어떠한 기준하에 구별할 것인지가 문제되는데 대체로 ① 동행의 시간과 장소, ② 동행의 방법, ③ 동행 후의 신문방법, ④ 체포 또는 구속영장의 유무, ⑤ 식사·휴식·용변의 감시 여부, ⑥ 퇴거희망이나 동행 거부의 유무 등이 그 기준이 될 수 있고,[106] 임의성의 요건은 엄격히 해석되어야 한다.

대법원도 임의동행시에 이를 거부하는 피의자를 강제로 연행하는 것은 적법한 공무집행에 해당하지 아니한다고 판시함으로써 임의동행의 형식을 띤 강제연행이 영장주의에 위배되는 것임을 분명히 하고 있다.[107]

5. 기타 강제처분과 영장주의

가. 강제처분 법정주의

강제처분은 법률에 규정이 있는 경우에만 허용되고 법률의 근거가 없는 강제처분은 허용되지 않는다는 원칙이 강제처분 법정주의이다.[108] 강제처분 법정주의의 내용은 어디까지나 강제처분은 법률의 근거가 있는 경우에만 필요최소한의 한도에서 행할 수 있다는 것이지 법률에 강제처분으로 규정되어 있지 않은 한 모두 임의수사로서 수사기관이 적법하게 행할 수 있다는 뜻은 아니다. 형사소송법이 예정하고 있지 않은 수사방법으로서 그것이 강제처분에 해당하면 법률에 의한 근거가 마련되기 전까지는 허용되지 않는다고 할 것이므로 결국 문제는 강제처분과 임의처분을 어떠한 기준으로 구별할 것인가에 귀결된다.

---

105) 형사소송법 제199조 제1항.

106) 이재상, 앞의 책, 204쪽.

107) 대판 1991. 5. 10, 91도453.

108) 형사소송법 제199조 제1항 단서.

나. 강제처분과 임의처분의 구별기준

영장주의는 수사절차에서 강제처분이 남용되는 것을 방지하기 위한 절차적 장치이다. 과거에는 체포, 구속, 압수, 수색 등이 대표적인 강제처분으로서 이들에 대해 영장을 요구하는 것으로 영장주의의 목적은 달성될 수 있었지만 오늘날에는 과학기술의 발달에 의하여 많은 새로운 수사방법이 등장함으로써 국민의 자유와 권리가 침해될 위험성이 높아지고 있고, 따라서 이들을 강제수사에 포함시켜 영장에 의한 통제를 받게 할 필요성이 증대하였다.

종래의 통설은 강제처분을 직접 간접으로 물리적 강제력을 행사하는 경우뿐만 아니라 상대방에게 의무를 부담하게 하는 경우를 포함한다고 해석하였다.[109] 그러나 강제처분을 물리적 강제력의 유무나 의무부담의 유무에 한정시키게 되면 전기통신의 감청이나 사진촬영 등 새로운 수사방법이 영장주의에 의한 통제에서 벗어나게 되며 위의 문제의식도 해결되지 못하게 된다. 이에 따라 요즘에는 영자의 요부라는 목적론적 관점에서 강제의 유무, 의무부과의 유무 및 법익침해의 유무를 종합하여 강제처분인지 아닌지를 판단해야 한다는 견해[110], 적법절차의 원칙과 관련하여 수사기관의 처분이 법공동체가 향유하는 최저한도의 기본적 인권을 침해할 우려가 있으면 강제처분으로 보아야 한다는 견해[111], 상대방의 의사에 반하여 실질적으로 그의 법익을 침해하는 처분은 강제처분으로 보아야 한다는 견해[112] 등이 주장되고 있다.

이러한 새로운 견해들은 모두 위의 문제의식에서 출발하여 강제력 행사여부 등 형식적 기준을 탈피, 실질적 차원에서 영장주의의 적용을 요하는 강제처분인지 여부를 결정하고자 한다는 공통점을 가진다. 강제처분과 임의처분의 구별 기준의 문제는 이론적 차원에서의 관심거리에 그치는 것이 아니라 영장주의에 의한 통제를 받도록 할 것인가에 관한 실천적 차원의 문제이므로 그 판단에 있어서는 위에서 제시된 여러 기준들을 고려하여 개별적으로 접근해야 할 것이다.[113]

---

109) 강구진, 앞의 책, 1982, 180쪽; 김기두, 앞의 책, 204쪽; 차용석, 형사소송법 연구, 1983, 106쪽.

110) 백형구, “임의수사의 본질과 한계”, 고시계, 1982. 11, 114쪽.

111) 신동운, 앞의 책, 118쪽.

112) 이재상, 앞의 책, 198쪽.

113) 이 문제에 대한 우리 헌법재판소의 입장을 엿볼 수 있는 판례는, 헌재 1997. 3. 27, 96헌가11(도로교통법상 음주측정-합헌); 자세한 판례평석은 박동복, 앞의 글, 33~35쪽 참조.

제 3 절 체포·구속적부심사제도

1. 헌법적 의의

헌법 제12조 6항은 "누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 적부의 심사를 법원에 청구할 권리를 가진다"고 하여, 체포·구속적부심사제도를 채택하고 있다. 이는 체포영장이나 구속영장에 의하여 체포나 구속된 피의자 또는 그 변호인, 가족 등이 관할법원에 체포 또는 구속의 적부심사를 청구할 경우, 법관이 즉시 피의자와 변호인이 출석한 공개법정에서 체포 또는 구속의 이유를 밝히도록 하고, 체포 또는 구속의 이유가 부당하거나 적법한 것이 아닐 때에는 법관이 직권으로 피의자를 석방하는 제도를 말한다.

이는 법관이 발부한 영장에 의하여 체포·구금된 자에 대하여 다시금 법원이 그 체포·구속의 적부를 심사하는 제도라는 점에서 일종의 법원에 의한 재심제도라 할 수 있다. 그러나 비록 법관은 달리한다 하더라도 법원이 영장을 발부해놓고 이에 대해 다시금 재심사하는 것을 인정할 필요가 있는가하는 의문이 있을 수 있다.[114] 그러나 체포·구속적부심사에 의해 체포·구속을 계속할 필요가 없다고 인정될 때에는 피의자가 석방될 수 있으므로 의미있는 제도이다.

여기서는 관련 헌법재판소의 결정이 없고 대법원이 재판의 형식을 통하여 의견을 제시한 부분은 비록 헌법재판소의 해석이 있을 때까지 헌법의 잠정적인 해석에 지나지 않는다고 하더라도 하급법원에 대하여 선판례의 기능을 하고, 법실무에서는 판단의 기준으로 기능하는 점도 있으므로 관련 대법원 판례를 살펴보기로 한다.

---

114) 성낙인, 앞의 책, 349쪽; 따라서 법원으로서는 체포·구속영장의 발부시에 보다 신중을 기하여야 할 것이다. 만약 적부심을 통하여 석방시킬 경우라면 미리 구속영장심사시부터 신중을 기하여야 마땅하기 때문이다. 바로 그런 의미에서 체포·구속영장심사를 할 때부터 법원이 적극적으로 심사하는 구속영장실질심사제의 정립이 필요하다.

2. 긴급체포와 체포적부심사의 문제

형사소송법은 체포·구속적부심사의 청구권자로서 체포영장 또는 구속영장에 의하여 체포 구속된 피의자에 한하여 체포·구속적부심사에 의한 법원의 사법적 통제를 허용하면서[115] 법관의 사법적 판단이 배제된 긴급체포 및 현행범으로 체포된 피의자 또는 위법하게 체포된 피의자에 대해서는 체포적부심사를 허용하고 있지 않는 듯 하다. 여기에 관하여 학계의 입장은 대립되어 있다.

가. 적극설

적극설은 '긴급체포된 피의자에게 체포적부심사청구권이 있다'고 본다. 이는 "헌법 제12조 제6항은 누구든지 체포·구속을 당한 때에는 적부의 심사를 법원에 청구할 권리를 가진다."고 규정하고 있기 때문에 체포영장이나 구속영장에 의하지 아니하고 사실상 수사기관에 의하여 구금상태에 있는 자도 체포적부심사를 청구할 수 있다고 해석한다. 다수설과 대법원[116]은 적극설을 취하고 있다.

나. 소극설

이에 반하여 소극설은 '긴급체포된 피의자에게는 체포적부심사청구권이 없다'고 본다. 이는 "형사소송법 제214조의2 제1항은 영장에 의하여 체포·구속된 피의자를 청구권자로 명시하고 있다고 한다. 따라서 문리해석에 의할 때 체포영장 또는 구속영장이 발부되지 아니하고 사실상 수사기관에 의하여 구금상태에 있는 자에게는 체포·구속적부심사청구권이 없다고 해석한

---

115) 형사소송법 제214조의2 제1항.

116) 대판 1997. 8. 27, 97모21: 대법원은 판결이유에서 "헌법 제12조 제6항은 누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 적부의 심사를 법원에 청구할 권리를 가진다고 규정하고 있고, 형사소송법 제214조의2 제1항은 체포영장 또는 구속영장에 의하여 체포 또는 구속된 피의자 등이 체포 또는 구속의 적부심사를 청구할 수 있다고 규정하고 있는바, 형사소송법의 위 규정이 체포영장에 의하지 아니하고 체포된 피의자의 적부심사청구권을 제한한 취지라고 볼 것은 아니므로 긴급체포 등 체포영장에 의하지 아니하고 체포된 피의자의 경우에도 헌법과 형사소송법의 위 규정에 따라 그 적부심사를 청구할 권리를 가진다고 봄이 상당하다고 할 것이다."고 밝히고 있다.

다.[117][118]

다. 검토

다수설과 대법원[119]이 취하는 적극설이 타당한데 여기에는 네 가지의 이유가 있다.

첫째, 체포·구속적부심사는 헌법상 보장된 피의자의 권리이다. 형사소송법 제214조의2 제1항이 "체포영장에 의하여 체포된 피의자만이 체포적부심사를 청구할 수 있다"고 규정되어 있지만, 긴급체포, 현행범체포, 불법구금된 피의자도 위 규정을 유추하여 체포적부심사를 청구할 수 있다. 왜냐하면 헌법 제12조 제3항 본문은 "체포, 구속, 압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다"고 규정하고 있고, 구속뿐만 아니라 그 전단계인 체포까지도 적법절차의 준수 및 법관의 영장을 요구하고 있으며, 헌법 제12조 제6항도 "누구든지 체포 또는 구속을 당할 때에는 적부의 심사를 법원에 청구할 권리를 가진다"고 명시하고 있기 때문이다. 따라서 헌법의 하위규범인 형사소송법이 아무런 법률유보도 없이 체포, 구속된 자이면 누구든지 청구할 수 있도록 규정된 헌법상의 체포·구속적부심사청구권을 제한할 수는 없다. 만약 형사소송법상의 체포·구속적부심사청구권자를 체포영장 또는 구속영장에 의하여 체포 또는 구속된 피의자와 변호인 또는 그 가족 등에게로 축소해석을 한다면, 이러한 해석은 위헌의 소지가 있다.[120] 따라서 긴급체포된 피의자에게도 당연히 체포적부심사청구권을 인정해야 한다.

둘째, 체포·구속적부심사는 긴급체포에 의한 체포제도의 남용을 방지하는 효과가 있다. 형사소송법 제200조의2는 명문으로 체포적부심사청구권을 허용하고 있다. 그럼에도 불구하고 긴급체포된 피의자에게 체포적부심사청구권을 허용하지 않는다면, 체포영장에 의한 체포 대신 긴급체포에 의한 체포가 남용될 가능성이 있다. 이렇게 되면 긴급체포는 사전에 체포영장을 발부 받을 수 없는 예외적인 경우에 한하여 인정된 제도가 아니고, 마치 수사기관은 언제나 피의자를 강제연행을 할 수 있으며, 이렇게 되면 48시간을 넘기지 아니하는 한 마음대로 유치

117) 소극설(부정설)의 견해를 지지하는 학자들도 긴급체포되거나 현행범으로 체포된 피의자 또는 위법하게 체포된 피의자도 체포적부심사를 청구할 수 있게 하는 것이 입법론상 타당하다는 것에 대해서는 이론이 없다; 이재석, 앞의 글, 235쪽.

118) 하태영, "긴급체포된 피의자와 체포적부심사청구", 비교형사법연구, 1999, 331-332쪽.

119) 대법원은 송부예규에서 "긴급체포되거나 현행범으로 체포된 피의자 또는 위법하게 체포된 피의자도 체포적부심사를 청구할 수 있다"는 규정을 두어 해석상의 의문을 제거하여 실무상의 혼선을 방지하였다. 인신구속사무의 처리요령 송형 96-3; 이재석, 앞의 글, 235쪽.

120) 신양균, "체포적부심사제도", 고시계, 1998. 4, 134쪽.

할 수 있는 인권침해적 제도로 발전할 가능성이 있다. 따라서 위법 또는 부당하게 체포·구속된 피의자에게 모두 체포·구속적부심사청구권이 보장되어져야 한다.

셋째, 긴급체포된 피의자에게 체포적부심사청구권을 인정하는 것이 인권보장에 부합한다. 긴급체포의 요건을 갖추지 아니하였음에도 불구하고, 긴급체포의 명목으로 피의자를 구금하는 경우 사후에 불법구금을 한 수사관을 감금죄로 처벌할 수 있다. 그 후 청구되는 구속영장을 적법절차에 의하지 아니한 구속영장의 청구라고 하여 구속영장을 기각할 수도 있다. 그러나 오히려 피의자에게 체포적부심을 허용하여 즉시 불법구금 상태에서 해방시킬 필요가 있다.[121]

넷째, 형사소송법의 지도원리인 무죄추정의 원칙, 불구속수사의 원칙, 적법절차의 원칙을 더욱 충실히 구현하고 인권의식의 신장에 기여한다. 아무리 현행범이라고 하더라도 인신구속이 불필요한 경우도 많이 있으며, 또한 현실적으로 형법상 거의 모든 범죄행위가 긴급체포의 대상이 된다고 본다면, 긴급체포된 피의자라고 하더라도 언제나 체포가 필요하다고 볼 수는 없다. 따라서 이러한 경우에 체포적부심이 허용된다고 해야 형사소송법의 기본원칙인 불구속수사의 원칙과 적법절차의 원칙을 더욱 충실히 구현하는 것이고, 인권의식의 신장에 기여할 것이다.[122]

3. 체포된 피의자의 보증금납입조건부 피의자보석 허용여부

법 제214조의2에 관하여 제기되는 또 한 가지 문제점은 체포된 피의자의 보증금납입조건부 피의자석방 허용여부이다. 보증금납입조건부 석방제도는 1995년 법개정에서 도입된 것으로 구금된 피의자에 대하여 보증금을 통하여 출석을 확보할 수 있는 경우에는 구속의 적부와 관계없이 보증금의 납입을 조건으로 석방을 할 수 있도록 하고 있다. 석방결정에 의해 구속영장의 효력은 상실되며 재차 구속할 필요가 있는 경우에도 보석 자체를 취소할 수는 없고 재체포 내지 재구속만이 가능하다. 또한 피의자가 석방결정을 받기 위해서는 체포, 구속적부심사제도를 반드시 이용하여야 한다. 그런데 법 제214조의2 제4항 본문은 “법원은 구속된 피의자에 대하여 피의자의 출석을 확보할 만한 보증금의 납입을 조건으로 하여 결정으로 제3항의 석방을 명할 수 있다”고 규정하여 문언상 체포된 피의자에 대해서는 보증금납입조건부 피의자석방을 허용하고 있지 않다. 이와 관련하여 체포된 피의자의 경우에도 체포적부심사를 통

121) 창원지법, 1997. 2. 13, 97로1.

122) 창원지법, 1997. 2. 13, 97로1.

하여 보증금 납입을 조건으로 한 석방을 청구할 수 있는가가 문제로 된다.

가. 긍정설

피의자보석에 의해 석방된 자에 대한 재체포 또는 재구속 제판을 규정한 법 제214조의3 제2항은 "재차 체포 또는 구속되지 아니한다"고 명시하고 있으므로 법 제214조의2 제4항에도 불구하고 체포적부심사절차에서도 피의자보석이 가능하다고 한다.[123]

나. 부정설

형사소송법이 체포와 구속을 명백히 구별하고 있고 이에 따라 체포와 구속의 적부심사를 규정한 법 제214조의2에서 체포와 구속을 서로 구별되는 개념으로 사용하고 있어 보증금납입조건부 피의자석방은 체포된 피의자의 경우 허용되지 않는다거나, 비록 보증금납입조건부 피의자석방이 피의자에게 보석을 확대한 것이지만 체포는 구속과 구별되는 수사초기의 48시간의 제한된 시간 내에 피의자를 간편하게 인치하기 위한 제도이며, 구속전 피의자심문을 구속에 대하여만 인정하고 있고 보증금납입조건부 피의자석방도 이 단계에서 인정하면 족하다는 점에 비추어 체포단계까지 적용할 필요성이 없다[124]고 주장하며 판례도 이 견해에 찬동하는 입장을 밝힌 바 있다.[125]

---

123) 신동운, 앞의 책, 211-212쪽; 신양균, 형사소송법(전면개정판), 1997, 133-134쪽.

124) 이재상, 형사판례연구6, 박영사, 1997, 501쪽.

125) 대법원 1997. 8. 27, 97모21 결정에서는 "형사소송법은 수사단계에서의 체포와 구속을 명백히 구별하고 있고 이에 따라 체포와 구속의 적부심사를 규정한 같은 법 제214조의2에서 체포와 구속을 서로 구별되는 개념으로 사용하고 있는 바, 같은 조 제4항에 기소 전 보증금 납입을 조건으로 한 석방의 대상자가 구속된 피의자라고 명시되어 있고, 같은 법 제214조의3 제2항의취지를 체포된 피의자에 대하여도 보증금 납입을 조건으로 한 석방이 허용되어야 한다는 근거로 보기는 어렵다 할 것이어서 현행법상 체포된 피의자에 대하여는 보증금 납입을 조건으로 한 석방이 허용되지 않는다. 또한 체포 또는 구속의 적부심사와는 달리 기소 전 보증금 납입을 조건으로 한 석방은 헌법상 그에 관한 권리가 규정되어 있지 아니하며, 체포의 적부심사권이 인정되고 체포한 때부터 48시간 이내에 구속영장을 청구하지 아니하는 때에는 피의자를 즉시 석방하여야 하며 구속의 사유를 판단하기 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 피의자의 심문이 이루어지는 점 등을 고려하면 체포의 단계에서 보증금 납입을 조건으로 한 석방을 허용하지 아니하더라도 피의자의 신체의 자유에 대한 절차적 보장이 미흡하다고 볼 수는 없다."고 판시하고 있다.

다. 검토

체포된 피의자의 경우에는 구속된 피의자와는 달리 신체의 자유에 대한 제한이 비교적 단기라는 점을 감안할 때 구속된 피의자에 비해 보석의 필요성이 적다고도 할 수 있을 것이다. 그러나 체포된 피의자의 경우에도 조기석방을 통하여 신체의 자유를 회복할 필요가 여전히 남아 있고, 일단 석방결정을 받게 되면 불구속수사의 가능성이 커지고 기소유예의 가능성도 커지게 된다. 또한 보석은 기소전후를 불문하고 헌법상 명시적으로 보장되어 있는 권리는 아니지만 불구속수사를 통한 신체의 자유에 대한 절차적 보장 내지 무죄추정이라는 측면에서 보면, 피의자가 어떤 단계에서 어느 기간 동안 구금되어 있는가는 중요한 문제가 아니라고 보아야 한다. 따라서 체포된 피의자의 경우에도 보석을 청구할 수 있다고 봄이 타당하다.[126]

4. 체포·구속적부심사청구권에 대한 헌법적 평가

우리 헌법이 영장주의와 함께 구속적부심사제도까지 규정하여 수사상의 인신구속에 있어 지나친 제약을 가하는 것이 아닌가 하는 비판에 대해 검토해 보고자 한다. 법원이 발부한 영장에 의해 체포, 구속된 피의자에 대해 다시 체포적부심사권까지 인정하여 그 절차를 거치게 하는 것은 불필요한 절차의 중복일 수 있고 비교법적으로도 그 유례를 찾을 수 없으며 효율적인 수사를 통한 범죄로부터의 사회방위의 요청에도 반하는 것이라는 주장에도 무리가 없는 것은 아니라고 본다. 그러나 과거 식민지 시대 권위주의적 형사사법에 대한 역사적 경험, 독재정권 아래서 헌법과 형사소송법의 각종 적법절차 조항들이 사문화되고 인권이 부시되던 것에 대한 반성에서 출발한 국민들의 역사적 결단이 현행 헌법이고 이러한 이유로 변호인 조력청구권이나 미란다원칙 등 형사절차상의 세부적인 내용까지 헌법적 차원에서 수용되어 그 준수에 대한 국민들의 의지를 표상하고 있다는 점을 고려할 때 이러한 주장은 받아들일 수 없다고 할 것이다. 수사권의 남용으로 인한 기본권 침해의 우려가 사라지고 형식적인 제약을 다소 완화하더라도 영장주의의 실질적인 정신은 구현될 수 있다는 확신이 서기 전까지는 다소 복잡하게 보이는 강제처분의 절차들을 준수해야 한다는 것이 헌법상 기본권 보장 정신에

126) 신양균, "체포적부심사제도", 고시계, 1998. 4, 134쪽; 위 대법원 판결이 파기한 원심판결(1997. 2. 13, 97로1)도 같은 취지의 판시를 한 바 있다.

충실하다.

제 4 절 변호인의 조력을 받을 권리

1. 의의

헌법 제12조 4항은 “누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다”라고 하여 변호인의 도움을 받을 권리를 규정하고 있다. 형사소송의 역사는 변호권 강화의 역사라는 말이 상징하듯이 적법절차의 원칙과 무죄추정의 원칙이 지배하는 형사절차에 있어서 변호인제도는 단순한 형사피의자, 피고인의 조력자의 의미를 떠나 무기대등의 원칙을 실질적으로 구현시킴으로써 국가권력의 일방적인 형벌권행사에 의한 인신의 침해를 막기 위한 제도적 장치이다.[127]

공정·공평하여야 할 법원은 물론, 법원에 대하여 법령의 적당한 적용의 청구를 하는 직무권한 내지 역할을 맡고 있는 검사도 이들의 정당한 이익을 고려하여야 하겠지만(소위 실질적 변론), 심판관인 법원은 제3자인 냉정한 판단자이어야 하는 성격을 갖고 있고, 소추자인 검사는 상대방과 다투어야 하는 성격을 갖고 있기 때문에 자연히 이들의 활동에도 한계가 있다. 피의자·피고인에게 부여되고 있는 헌법상 또는 형사소송절차상의 제권리도 이들의 무지와 무능, 그리고 심리적 열등감 등으로 인하여 제대로 행사되지 못하는 경우가 있다면 이들 제권리는 진정한 의미에서 권리라고 말할 수 없는 것이다. 그러므로 피의자·피고인이 그들에게 주어진 헌법상 또는 형사소송법상의 모든 권리를 충분히 행사함으로써 자신을 방어할 수 있도록 그 능력을 보충할 필요가 있으며, 그 능력의 보충을 위하여 이들에게 검사와 대등한 법률지식과 방어능력을 갖고 있는 변호인에 의한 조력을 받을 권리를 보장하여야 하는 것이다.[128]

또한 같은 조 제5항에서는 “누구든지 체포 또는 구속의 이유와 변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 고지 받지 아니하고는 체포 또는 구속을 당하지 아니한다”라고 규정함으로써 체포 또는 구속 단계에서부터 이와 같은 권리를 행사할 수 있는 실질적인 기회를 부여하도록 하고

---

127) 이석연, “헌법재판과 형사소송”, 헌법논총Ⅸ, 헌법재판소, 1998, 142쪽.

128) 박홍우, “피의자 및 피고인의 변호인의 조력을 받을 권리”, 서울대 박사학위논문, 1986, 2쪽.

있다.

2. 향유 주체

헌법은 누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리가 있다고 하고 있으나 체포, 구속 이전의 형사피의자와 형사피고인에게도 변호인의 조력을 받을 권리가 인정된다는 데에는 별다른 이론이 없다. 임의동행한 피고인과 피의자에게도 인정된다.[129] 그러나 한편 헌법재판소는 "원래 변호인의 조력을 받을 권리는 형사절차에서 피의자 또는 피고인이 검사 등 수사·공소기관과 대립되는 당사자의 지위에서 변호인 또는 변호인이 되려는 자와 사이에 충분한 접견교통에 의하여 피의사실이나 공소사실에 대하여 충분하게 방어할 수 있도록 함으로써 피고인이나 피의자의 인권을 보장하려는 데 그 제도의 취지가 있는 점에 비추어 보면, 형사절차가 종료되어 교정시설에 수용 중인 수형자는 원칙적으로 변호인의 조력을 받을 권리의 주체가 될 수 없다"라고 판시함으로써 가결수가 위 권리의 주체가 될 수 없음을 밝힌 바 있다.[130]

3. 내용

변호인의 도움을 받을 권리는 체포, 구속시의 변호인 접견교통권이 주된 내용이고 이외에도 국선변호인의 도움을 받을 권리, 소송관계서류의 열람권, 변호인선임권을 고지받을 권리 등이 있다. 여기서는 헌법재판소 판례가 다수 있는 접견교통권, 소송관계서류 열람·등사권을 중심으로 논의하고자 한다.

---

129) 대판 1996. 6. 3, 96모18.

130) 헌재 1998. 8. 27, 96헌마398; 형사절차가 종료되어 교정시설에 수용중인 수형자는 원칙적으로 변호인의 조력을 받을 권리의 주체가 될 수 없다. 다만, 수형자의 경우에도 재심절차 등에는 변호인 선임을 위한 일반적인 교통·통신이 보장될 수도 있다.

가. 접견교통권

변호인과의 자유로운 접견은 신체구속을 당한 사람에게 가장 중요한 방어수단으로, 변호인의 도움을 받을 권리의 핵심을 이룬다. 변호인과의 접견교통권은 피고인 또는 피의자, 특히 체포 또는 구속된 피의자가 변호인과 접견하고 서류 또는 물건을 수수하며 의사의 진료를 받을 수 있는 권리를 말한다.

변호인 접견교통권 역시 기본권으로서 헌법 제37조 2항에 의해서 제한될 수 있는지가 문제될 수 있다. 변호인접견교통권을 제한하는 실정법규정이 없어 실제로 법률위헌여부가 쟁점이 된 바는 없으나, 그 가능성여부에 대하여 대법원과 헌법재판소는 서로 다른 입장을 보이고 있다. 대법원은 법률의 규정이 있으면 그에 의하여 제한될 수 있을 것이나 현행법상 아무런 제한이 없으므로 법원의 결정에 의해서도 제한이 불가하다는 입장을 표명하였다.[131] 그러나 헌법재판소는 변호인과의 자유로운 접견은 신체구속을 당한 사람에게 보장된 변호인의 조력을 받을 권리의 가장 중요한 내용이어서 국가안전보장·질서유지·공공복리 등 어떠한 명분으로도 제한될 수 있는 성질의 것이 아니라고 견해를 표명한 바 있다.[132] 헌법재판소의 결정에 나타난 접견교통권의 내용은 다음과 같다.

(1) 변호인도 헌법상 접견교통권의 주체인지 여부

헌법재판소는 "헌법상의 변호인과의 접견교통권은 체포 또는 구속당한 피의자·피고인 자신에만 한정되는 신체적 자유에 관한 기본권이고, 변호인 자신의 구속된 피의자·피고인과의 접견교통권은 헌법상의 권리라고는 말할 수 없으며 단지 형사소송법 제34조에 의하여 비로소 보장되는 권리임에 그친다"고 판시하였다.[133] 그러나 이에 대하여 다음과 같은 반대의견이 있었다. "변호인 자신의 구속된 피고인·피의자와의 접견교통권 역시 피구속자의 변호인 접견교통권과 상호 보완적으로 작용하여 피고속자의 인권보장과 방어준비를 위하여 헌법에서 당연히 우러나오는 헌법상의 권리라 할 것이다."

위 헌법재판소의 다수견해는 헌법상의 접견교통권 보장의 의미를 약화시키는 것이다. 따라

131) 대법원 1990. 2. 12. 결정 89모37.

132) 헌재 1992. 1. 28, 91헌마111, 변호인의 조력을 받을 권리에 대한 헌법소원.

133) 헌재 1991. 7. 8, 89헌마181, 수사기관의 기본권침해에 대한 헌법소원.

서 위 소수의견이 타당하다.[134]

(2) 접견권침해의 의미

(가) 접견불허처분의 의미

피구속자에 대한 접견이 접견신청일로부터 상당한 기간이 경과하도록 허용되지 않고 있는 것은 접견불허처분과 동일시할 것으로서 이는 곧 기본권의 침해가 된다는 것은 판례나 학설을 통해서 밝혀져 헌법문제로서는 이미 해명된 과제이다.[135]

(나) 피의자의 접견시 수사관의 입회

1991년 국가안전기획부에 의하여 국가보안법위반혐의로 구속되어 수사를 받는 피의자에 대하여 접견신청을 한 변호사들에게 국가안전기획부가 접견을 불허하는 사건이 발생하였다. 변호인들은 서울형사지방법원에 접견불허처분의 취소를 구하는 준항고를 하였고, 동 법원은 다음날 이 접견불허처분을 취소하는 결정을 하였다. 그리하여 변호인들은 법원의 결정문을 소지하고 위 청구인들에 대한 법원의 결정문을 소지하고 위청구인들에 대한 접견신청을 하였으나 그 접견은 이루어지지 아니하여 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구하였으나 헌법재판소는 이 사건은 법원에 의해 접견불허처분이 취소되었으므로 헌법소원심판의 권리보호이익이 없다고 하여 각하하였다.[136]

1992년 피의자의 변호인 접견시 수사관 입회사건에 대하여 헌법재판소는 우선 침해행위가 종료되었음에도 불구하고, 헌법소원의 객관적 권리보호이익을 인정하여, 적법한 심판청구라고 하였다. 나아가, 구속피의자의 변호인접견시 관계공무원의 참여는 피의자의 변호인접견권을 침해하는 것이라고 판단하였으며, 아울러 미결수용자인 구속피의자에 대하여 수형자에 관한 접견 규정을 준용하도록 한 행형법규정을 위헌으로 선언하였다.[137]

---

134) 박동복, 앞의 글, 66쪽.

135) 헌재 1991. 7. 8, 89헌마181, 수사기관의 기본권침해에 대한 헌법소원.

136) 헌재 1991. 7. 8, 89헌마181, 수사기관의 기본권침해에 대한 헌법소원.

137) 헌재 1992. 1. 28, 91헌마111, 변호인의 조력을 받을 권리에 대한 헌법소원 : 변호인의 조력을 받을 권리의 필수적 내용은 신체구속을 당한 사람과 변호인과의 접견교통권이며 이러한 접견교통권의 충분한 보장

헌법재판소는 1991년 보였던 태도와는 달리, 민주화의 진행에 따라 집권세력을 버티고 있는 기반권력에 대해서도 권력통제의 힘을 점차 확대시켜갔다고 할 수 있다.[138][139] 이 판례는 우리나라 민주화과정에서 형사정의를 바로 세우는데 획기적인 기여를 한 기념비적인 것으로 평가되나 다음의 점은 아쉽다.[140] 이 사건에서는 수사기고나의 대화내용의 청취와 기록행위이외에 사진촬영도 위헌이라고 청구인은 주장하였으나, 헌법재판소는 사진촬영 행위의 위헌에 대하여는 이유에서만 판단하고 주문에서는 표시하지 아니하였다. 이러한 경우 이유부분에서의 판단이 가지는 효력에 대하여 논란의 여지가 있을 수 있다. 만일 이유판단부분 중 중요한 쟁점부분의 판단이 기속력을 가지는 것으로 보면 주문표시에서 배제시킬 이유가 없다.

(다) 미결수용자와 변호인 사이의 서신 검열

헌법재판소 1992. 1. 28, 91헌마111 결정에서 행형법 제62조 제3항에 대하여 위헌선언된 것은, 제3항 중 '접견'에 관한 부분만이었으며, 헌재 1995. 7. 21, 92헌마144결정에서 비로소 '서신'에 관한 부분이 위헌선언되었다. 즉, 본 결정에서 헌법재판소는 미결수용자와 일반인 사이의 서신에 대하여는 검열을 할 수 있으나, 변호인과의 서신을 검열할 수 없음을 명백히 하였다.[141]

은 구속된 자와 변호인의 대화내용에 대하여 비밀이 완전히 보장되고 어떠한 제한·영향·압력 또는 부당한 간섭없이 자유롭게 대화할 수 있는 접견을 통하여서만 가능하고 이러한 자유로운 접견은 구속된 자와 변호인의 접견에 교도관이나 수사관 등 관계공무원의 참여가 없어야 가능하다…만약 관계공무원이 가까이서 감시하면서 대화내용을 듣거나 녹취하거나 또는 사진을 찍는 등 불안한 분위기를 조성한다면 변호인의 이러한 활동은 방해될 수밖에 없고 이는 변호인의 조력을 받을 권리나 진술거부권을 기본권으로 보장한 헌법정신에 크게 반하는 일이다. 행형법 제2조가 "미결수용자에 대하여 본법 또는 본법의 규정에 의하여 발하는 명령에 특별한 규정이 없는 때에는 수형자에 관한 규정을 준용한다."라고 규정하여 미결수용자(피의자, 피고인)의 변호인 접견에도 행형법 제18조 제3항에 따라서 교도관이 참여할 수 있게 한 것은 신체구속을 당한 미결수용자에게 보자오딘 변호인의 조력을 받을 권리를 침해하는 것이어서 헌법에 위반된다. 피청구인의 위헌적인 공권력행사가 위와 같은 위헌법률에 기인한 것이라고 인정되므로 헌법재판소법 제75조 제5항에 의하여 행형법 제62조의 준용규정 중 행형법 제18조 제3항을 미결수용자의 변호인 접견에도 준용하도록 한 부분에 대하여 위헌을 선언한다.

138) 정종섭, "한국의 민주화에 있어서 헌법재판소와 권력 통제", 법학 제42권 1호, 서울대 법학연구소, 2001. 5, 74쪽.

139) 이 판례에 대하여 허영교수는 '우리 재판소가 인신보호를 위한 헌법상의 기속원리에 속하는 무죄추정원칙과 인신보호를 위한 사법절차적 기본권으로서의 불리한 진술거부권 및 변호인의 도움을 받을 권리에 관하여 처음으로 그 직접적 효력과 국가작용에 대한 기속력을 명시적으로 인정한 매우 획기적인 헌법재판'이라고 평가하고 있다. ; 자세히는 허영, 변호인접견제한의 위헌성, 판례월보 259호, 1992. 4. 참조.

140) 정종섭, 헌법판례연구(1), 철학과현실사, 1998, 354쪽.

교도행정의 권력적 행위는 “인권의 사각지대”로 되었는데, 헌법재판소는 강압적인 국가권력의 행사에 대한 강력한 통제로서 기능을 하였다. 수감자의 기본권 보장의 진전과 교도행정의 민주화에 있어서 헌법재판소의 적극적인 결정은 적지 않은 기여를 하였다고 평가할 수 있다.[142]

나. 소송관계서류의 열람·등사권

변호인의 조력을 받을 권리에는 피고인이 그의 변호인을 통하여 수사서류를 포함한 소송관계서류를 열람, 등사하고 이에 대한 검토결과를 토대로 공격과 방어의 준비를 할 수 있는 권리도 포함된다. 여기서는 수사기록 열람·등사청구권의 문제를 살펴보고자 한다.

(1) 피고인의 수사기록 열람·등사청구권의 문제

(가) 헌법재판소의 입장[143]

---

141) 헌재 1995. 7. 21, 92헌마144, 서신검열 등에 대한 헌법소원 : 증거인멸이나 도망을 예방하고 교도소 내의 질서를 유지하여 미결구금제도를 실효성 있게 운영하기 위하여 미결수용자의 서신에 대한 검열은 그 필요성이 인정되고, 이로 인하여 미결수용자의 통신의 비밀이 일부제한되는 것은 질서유지 또는 공공복리라는 정당한 목적을 위하여 불가피할 뿐만 아니라 유효적절한 방법에 의한 최소한의 제한이다. (그러나) 헌법 제12조 제4항 본문은 신체구속을 당한 사람에 대하여 변호인의 조력을 받을 권리를 규정하고 있는 바, 이를 위하여서는 신체구속을 당한 사람에게 변호인과 사이의 충분한 접견교통을 허용함을 물론 교통내용에 대하여 비밀이 보장되고 부당한 간섭이 없어야 하는 것이며, 이러한 취지는 접견의 경우뿐만 아니라 변호인과 미결수용자 사이의 선신에도 적용되어 그 비밀이 보장되어야 할 것이다.
다만 첫째, 교도소측에서 상대방이 변호인이라는 사실을 확인할 수 있어야 하고, 둘째, 서신을 통하여 소지금지품의 반입을 도모한다든가 도주·증거인멸·수용시설의 규율과 질서의 파괴·기타 형벌법령에 저촉되는 내용이 기재되어 있다고 의심할 만한 합리적인 이유가 있는 경우가 아니어야 한다. 구 행형법 제62조는 형이 확정된 수형자에 대하여 서신검열을 규정한 같은 법 제18조 제3항 및 시행령 제62조를 미결수용자에 대하여도 준용하도록 규정하고 있고, 피청구인의 위 검열행위도 위 규정에 따른 것이므로, 위 검열행위가 위헌임을 확인함에 있어서, 구 행형법 제62조의 규정 중 앞서 본 변호인과의 선신검열이 허용되는 조건을 갖추지 아니한 경우에도 검열을 할 수 있도록 준용하는 부분에 대하여는 헌법재판소법 제75조 제5항에 따라 위헌을 선언한다.

142) 한인섭, “한국 교정의 딜레마와 당면과제”, 법학 통권 110호, 서울대 법학연구소, 1999. 5, 317쪽.

143) 헌재 1997. 11. 27, 94헌마60 : 사건개요는 다음과 같다. 청구인은 국가보안법위반죄로 구속기소되었다. 청구인의 변호인은 변론준비를 위하여 관할 검찰청 검사에게 경찰 및 검찰에서의 청구인의 진술서 및 피의자신문조서, 참고인들의 진술서등이 포함된 당해 사건 수사기록 일체를 열람·등사하겠다는 신청을 하였다. 그러나 관할 검찰청 검사는 거부사유를 밝히지 아니한 채 변호인의 수사기록 열람·등사를 거부하

변호인의 조력을 받을 권리는 그와 같은 접견교통권에 그치지 아니하고 더 나아가 피고인이 그의 변호인을 통하여 수사서류를 포함한 소송관계 서류를 열람·등사하고 이에 대한 검토결과를 토대로 공격과 방어의 준비를 할 수 있는 권리도 포함된다고 보아야 한다. 왜냐하면 변호인의 조력을 받을 권리가 보장된다는 것은 피고인을 위한 변호인의 활동이 충분히 보장됨을 의미하는 것이며, 변호인의 변론활동 중 수사기록에 대한 검토는 피고인에게 유리한 증거는 이를 피고인의 이익으로 원용하고 불리한 증거에 대하여는 검사의 공격에 대하여 효율적인 방어를 위하여 필수적인 것이므로 이에 대한 접근이 거부되어서는 실질적 당사자대등이 이루어졌다고 할 수 없고, 피고인에게 변호인의 조력을 받을 권리가 충분하게 보장되었다고 할 수 없을 것이기 때문이다.

수사기록에 대한 열람·등사신청은 수사기록을 보관하고 있는 검사에게 직접 하여야 하며, 검사의 공소제기에 의하여 법원에 소송계속이 생겼다하더라도 증거조사 전단계에서는 검사가 보관중인 수사기록에 대하여 법원이 열람·등사를 허용할 근거는 없기 때문이다. 압수조서, 증거물, 실황조사서, 감정서, 피고인 자신의 자술서, 피의자신문조서 등은 제한 없이 열람·등사가 허용된다고 보아야 할 것이다. 또한 참고인 진술조서도 증인에 대한 신분이 사전에는 노출됨으로써 증거인멸, 증인 협박 또는 사생활침해 등의 폐해를 초래할 우려가 없는 한 원칙적으로 허용되어야 할 것이다. 그러나 수사기관 내부 의견서, 보고문서, 메모, 법률검토, 내사자료 등 피고인의 범죄사실 입증에 관련된 증거가 아닌 자료는 원칙적으로 피고인이 방어활동과 직접관계가 없고 이는 열람·등사의 대상이 되지 않는다고 하여야 한다.

변호인의 수사기록에 대한 열람·등사권도 기본권제한의 일반적 법률유보조항인 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 제한되는 경우가 있을 수 있으며, 검사가 보관중인 수사기록에 대한 열람·등사는 당해 사건의 성질과 상황, 열람·등사를 구하는 증거의 종류 및 내용 등 제반 사정을 감안하여 그 열람·등사가 피고인의 방어를 위하여 특히 중요하고 또 그로 인하여 국가기밀의 누설이나 증거인멸, 증인협박, 사생활 침해, 관련사건 수사의 현저한 지장 등과 같은 폐해를 초래할 우려가 없는 때에 한하여 허용된다고 할 것이다.

청구인의 변호인이 1994. 3. 22. 국가보안법위반죄로 구속기소된 청구인의 변론준비를 위하여 피청구인인 검사에게 그가 보관중인 수사기록일체에 대한 열람·등사신청을 하였으나 같은 달 26. 피청구인은 국가기밀의 누설이나 증거인멸, 증인협박, 사생활침해의 우려 등 정당한 사유를 밝히지 아니한 채 이를 전부 거부한 것은 청구인의 신속·공정한 재판을 받을 권리와 변호인의 조력을 받을 권리를 침해하는 것으로 헌법에 위반된다.[144][145]

였다. 이에 청구인의 변호인은 열람·등사를 거부한 검사의 행위가 변호인의 조력을 받을 권리 및 신속하고 공정한 재판을 받을 헌법상의 기본권을 침해하는 것이라고 주장하여 헌법소원심판을 청구하였다.

(나) 비판적 검토

수사기록에 대한 열람·등사권의 헌법적 기초를 확인하였다는 점에서는 피고인이 방어권보장에 있어서 획기적인 의미를 가진다. 1991년 확정된 형사재판기록의 열람과 등사를 해당 사건의 피고이었던 자와 국민의 알권리 보호에 의해 인정된다고 한 헌법재판소의 결정[146]이 있은 후 6년 뒤에 있은 결정인데, 형사사법절차에서의 형사사법정보의 공개라는 관점에서도 음미해 볼 면이 있고, 이런 공개는 민주화의 한 특징이기도 하다.[147] 그러나 이 결정례는 이와 같은 긍정적 측면에도 불구하고 이를 상쇄하고도 남을 만한 중대한 결함을 안고 있다.[148] 우선 헌법재판소가 나열하고 있는 열람·등사의 제한 사유가 너무 포괄적이고 광범위하다. 이는 열람·등사권을 실질적으로 형해화하는 결과를 낳아 결과에 있어서는 헌법재판소 결정례가 나오기 전·후에 변함이 없다. 따라서 형사소송법에 열람·등사권에 관한 명문의 규정을 두고 열람·등사가 제한되는 경우를 구체적으로 열거해야 한다.

그리고 헌법재판소는 "수사기록에 대한 열람·등사신청은 수사기록을 보관하고 있는 검사에게 직접하여야 한다. 이는 수사기록을 보관하고 있는 자에게 신청하는 것이 원칙일 뿐만 아니라 신청을 받은 검사도 신속하고 간편하게 열람·등사를 허용할 수 있을 것이고, 또 비록 검사의 공소제기에 의하여 법원에 소송계속이 생겼다하더라도 증거조사 전단계에서는 검사가 보관중인 수사기록에 대하여 법원이 열람·등사를 허용할 근거가 없기 때문이다."라고 판시하

---

144) 헌재 1997. 11. 27, 94헌마60, 등사신청거부처분취소 헌법소원.

145) 이에 대하여는 다음과 같은 반대 의견이 있었다.

1. 재판관 김용준의 의견

현행 형사소송법은 증거조사의 방식에 있어서는 기본적으로 당사자주의 소송구조를 취함과 아울러 공소장일본주의와 공판중심주의를 채택하고 있는 만큼, 공소가 제기되어 사건이 법원에 계속된 후 당사자의 일방인 피고인의 변호인이 대립되는 당사자인 검사에 대하여 직접, 그것도 검사가 보관하고 있는 수사기록을 모두 열람·등사하게 하여 달라고 하는 청구권이 헌법 제27조 제1항·제3항과 제12조 제4항이 보장하고 있는 신속하고 공정한 재판을 받을 권리나 변호인의 조력을 받을 권리 등의 기본권으로부터 바로 도출된다고 보기는 어렵다.

2. 재판관 신창언의 의견

검사가 보관하고 있는 수사기록에 대한 피고인 또는 변호인의 열람·등사 청구권은 헌법상 기본권 조항에서 바로 도출되는 국민의 기본적 권리라 할 수 없고, 법원의 소송지휘권에 기하여 공판준비 내지 증거조사 이후 단계에서 비로소 허용되는 형사소송절차상의 권리라 할 것이다.

146) 헌재 1991. 5. 13, 90헌마133.

147) 정종섭, "한국의 민주화에 있어서 헌법재판소와 권력통제", 법학 제42권 제1호, 서울대 법학연구소, 2001. 5, 79쪽.

148) 신동운, "공판절차에 있어서 피고인의 방어권 보장-수사기록 열람·등사권 확보를 중심으로-", 법학 44권1호, 서울대 법학연구소, 2003, 26쪽.

고 있다. 그러나 열람·등사의 신청을 이해관계가 대립되는 검사에 대하여 행하도록 하는 것은 헌법재판소의 열람·등사권의 근거 논리가 되는 실질적 당사자주의와 모순된다. 이해관계가 대립되는 검사에게 신청하도록 하는 것은 이미 불허될 것을 전제로 하고 있다고 해도 과언이 아니다. 따라서 열람·등사의 신청은 법원에 대하여 행하는 것이 바람직하다.[149]

(2) 피의자의 수사기록열람·등사청구권의 문제

현행 형사소송법은 소송계속중의 관계서류 또는 증거물에 국한하므로 수사단계에서 검사보관의 수사서류나 증거물에 대한 열람·등사권을 부정하고 있다. 그러나 수사단계의 사소한 위법, 수사미진, 오류라도 공판절차의 피고인 유무죄 판단에 결정적인 영향을 미치므로 열람·등사권을 인정할 필요가 있다. 검사와 사법경찰관은 피의자에 비하여 월등하게 우월한 증거수집능력과 수사기술을 갖추고 있어 거의 모든 증거를 독점하게 되는 반면, 변호인은 증거수집능력에 한계가 있어 일차적으로 수사기록의 열람·등사에 의존할 수밖에 없다.[150] 변호인의 수사기록에 대한 접근을 차단하고 "피의자의 방어권" 또는 "변호인의 조력을 받을 권리"를 운운하는 것은 사리에 맞지 않다. 더군다나, 검사는 수사와 소추를 담당하는 당사자로서의 지위 외에도 공익의 대표자로서의 지위에서 피의자의 정당한 이익을 옹호해야 할 의무도 지고 있으므로, 진실을 발견하고 적법한 법의 운용을 위하여 피의자에게 불리한 증거에 대하여는 상대방에게 방어의 기회를 부여하고, 피의자에게 유리한 증거에 대하여는 상대방이 이를 이용할 수 있도록 하여 주어야 하는 것이다. 특히 피의자신문조서의 작성에 대한 변호인의 이의권[151]에도 불구하고 실무에서는 변호인의 피의자신문 참여권이 전혀 보장받지 못하고 있는 현 상황[152]에서는 더욱 그러하다. 변호인이 피의자가 수사기관에서 범죄사실을 자백했는지 부인했는지도 알지 못한 채 심문기일에 출석하여 피의자를 위해 제대로 방어할 수 없다.[153] 그 상태에서 판사가 피의자를 심문하는 것이 헌법상 적법절차를 준수한 것이라고 할

---

149) 신동운, 위의 글, 35쪽; 박동복, 앞의 글, 71쪽.

150) 수사기록의 열람·등사는 변호인의 증거수집활동을 위한 유일한 수단이라고 하여도 결코 과언이 아닐 것이다.

151) 형사소송법 제48조 제5항.

152) 심희기, "구속영장실질심사제론과 구속전 피의자심문제론", 고시계, 1997. 10, 63쪽.

153) 피의자가 수사기관에서 자백한 것도 모른 채 변호인이 피의자와의 접견 내용만 듣고 피의자가 부인하는 것으로 오인하고(피의자는 피의자신문에서 범죄사실을 자백했는지 부인했는지도 정확히 파악하지 못하는 경우가 많기 때문에 -특히 정상관계에 관한 변명을 범죄사실의 부인으로 오인하는 경우가 많다- 이런 경

수 없다. 형사소송법 제35조를 1954년 제정 당시대로 복원하는 것이 마땅하다.[154]

현행법의 해석론으로도 불가능한 것은 아니다. 형사소송법 제35조의 개정 경과에 비추어 볼 때 수사기록 열람·등사권을 소송계속중에 한하여 보장하겠다는 것이 개정 입법자의 의도라고 할 수 있으나, 오히려 헌법과 형사소송법의 기본정신에 충실한 해석을 하는 것이 타당하다. 그러므로 형사소송법 제35조의 규정이 공소제기전단계에서의 수사기록 열람·등사권을 부인하는 것이라고 해석할 필요는 없으며, 헌법상 적법절차의 원칙에 근거하여 기소전 단계에서도 이를 원칙적으로 허용하고 특별한 사정이 있는 경우에만 예외적으로 이를 제한할 수 있는 것으로 해석하는 것이 타당하다고 본다.[155]

한편 수사기록 열람·등사권은 다른 기본권과의 조화를 위하여 합리적인 제한이 가능할 것이나, 적법절차 원칙 및 변호인이 피의자신문조서 작성에 대한 이의권[156]등에 근거하여 피의자 자신의 진술서 및 피의자신문조서에 대한 열람·등사는 어떠한 경우에도 제한 없이 허용되어야 할 것이다.[157]

최근 헌법재판소는 수사단계에서 변호사에 대한 피의자신문조서등에 대한 열람·등사 거부는 위헌임을 확인결정[158]을 하여 중요한 시사점을 주고 있다.

사건[159]과 같이 고소로 시작된 형사피의사건의 구속적부심절차에서 피구속자의 변호를 받은 청구인으로서는 피구속자에 대한 고소장과 경찰의 피의자신문조서를 열람하여 그 내용을 제대로 파악하지 못한다면 피구속자가 무슨 혐의로 고소인의 공격을 받고 있는 것인지 그리고

우가 종종 발생한다) 심문에 참여했다가 오히려 구속사유의 소명을 보강(경찰에서 자백한 피의자가 영장심사단계에서 범죄사실을 부인한다면 증거인멸 또는 도망의 염려가 있는 것으로 판단될 가능성이 커지는 것은 당연하다)해주는 낭패를 보는 경우가 허다하다.

154) 한인섭, "형사소송법중 개정법률에 대한 검토 및 대안", 법학 제3권 3·4호, 서울대 법학연구소, 1995. 12, 131쪽.

155) "in dubio pro reo"의 원칙에 근거하여 형사소송법 제35조를 확장·유추적용하여 수사기록 열람등사권을 인정해야 한다는 견해로는 송광섭, "구속영장실질심사제도의 문제점과 개선방향", 형사정책, 1998. 10, 67쪽.

156) 형사소송법 제48조 제5항.

157) 헌재 1997. 11. 27, 94헌마60 결정 참조.

158) 헌재 2003. 3. 27, 2000헌마474.

159) 사건개요는 다음과 같다. 사기죄로 구속된 피의자의 변호인으로서 위 피의자로부터 구속적부심사청구의 의뢰를 받은 변호사인 청구인이 2000. 5. 29. 피청구인인 인천서부경찰서장에게 피의자에 대한 수사기록 중 고소장 및 피의자신문조서의 열람·등사를 신청하였다. 위 인천서부경찰서장은 위 서류들이 형사소송법 제47조 및 공공기관의 정보공개에관한법률 제7조 제1항 제1호의 비공개 정보에 해당한다는 이유로 이를 공개하지 않는다고 결정하였다. 이에 위 변호사는 위 경찰서장의 정보비공개결정이 청구인의 기본권을 침해하여 위헌이라는 이유로 그 위헌확인을 구하는 헌법소원을 제기하였다.

이와 관련하여 피구속자가 수사기관에서 무엇이라고 진술하였는지 그리고 어느 점에서 수사기관 등이 구속사유가 있다고 보았는지 등을 제대로 파악할 수 없게 되고 그 결과 구속적부심절차에서 피구속자를 충분히 조력할 수 없음이 사리상 명백하므로 위 서류들의 열람은 피구속자를 충분히 조력하기 우하여 변호인인 청구인에게 그 열람이 반드시 보장되지 않으면 안되는 핵심적 권리로서 청구인의 기본권에 속한다 할 것이다.

이 사건에서는 고소사실이 사인 사이의 금전수수와 관련된 사기에 관한 것이고 증거자료를 별첨하고 있기 때문에 특별한 사정이 없는 한 고소장이나 피의자신문조서를 변호인에게 열람시켜도 이로 인하여 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리에 위험을 가져올 우려라든지 또는 사생활침해를 초래할 우려가 있다고 인정할 아무런 자료가 없다.

또한 공공기관의정보공개에관한법률 제7조 제1항 제4호는 '수사, 공소의 제기 및 유지에 관한 사항으로서 공개될 경우 그 직무수행을 현저히 곤란하게 하거나 형사피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 정보'를 공개거부의 대상으로 규정하고 있지만 이 사건에서는 고소장과 피의자신문조서를 공개한다고 하더라도 증거인멸, 증인협박, 수사의 현저한 지장, 재판의 불공정 등의 위험을 초래할 만한 사유 있음을 인정할 자료를 기록상 발견하기 어렵다.

그리고 형사소송법 제47조의 입법목적은, 형사소송에 있어서 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정을 받아야 할 피의자가 수사단계에서의 수사서류 공개로 말미암아 그의 기본권이 침해되는 것을 방지하고자 함에 목적이 있는 것이지 구속적부심사를 포함하는 형사소송절차에서 피의자의 방어권행사를 제한하려는 데 그 목적이 있는 것은 원래가 아니라는 점, 그리고 형사소송법이 구속적부심사를 기소전에만 인정하고 있기 때문에 만일 기소전에 변호인이 미리 고소장과 피의자신문조서를 열람하지 못한다면 구속적부심제도를 헌법에서 직접 보장함으로써 이 제도가 피구속자의 인권옹호를 위하여 충실히 기능할 것을 요청하는 헌법정신은 훼손을 면할 수 없다는 점 등에서, 이 규정은 구속적부심사단계에서 변호인이 고소장과 피의자신문조서를 열람하여 피구속자의 방어권을 조력하는 것까지를 일체 금지하는 것은 아니다.

그렇다면 고소장과 피의자신문조서에 대한 열람 및 등사를 거부한 피청구인의 정보비공개결정은 청구인의 피구속자를 조력할 권리 및 알 권리를 침해하여 헌법에 위반된다고 할 것이다.[160]

---

160) 이에 대하여는 재판관 송인준의 다음과 같은 반대의견이 있었다.

"피의자신문조서에 대한 피청구인의 비공개결정은 다수의견과 같이 위헌이라고 생각하지만 고소장의 경우에는 문제가 조금 다르다. 이 사건과 같이 고소로 시작된 형사사건에서도 헌법 제12조 제4항에서 보장한

(3) 변호인이 있는 경우 피고인의 공판조서 열람·등사권 인정여부

변호인이 있는 경우에도 피고인에게 공판조서의 열람권이 인정되느냐의 문제에 대해 헌법재판소는 부정적인 입장이었다.[161] 헌법재판소는 "공판조서는 공판절차의 증명과 피고인의 방어권 행사에 중요한 자료가 되므로 변호인이 없는 경우에는 적어도 피고인에게 직접 그 열람청구권을 부여하여야 하겠지만, 변호인이 있는 경우에는 변호인을 통하여 피고인이 공판조서의 내용을 알 수 있고 그 기재의 정확성도 보장할 수 있으며 만약 변호인이 피고인의 정당한 이익을 보호하지 아니하고 불성실한 변호를 할 때에는 피고인은 언제든지 자신의 의사에 반하는 변호인을 배제하고 위 규정에 의한 공판조서열람권을 행사할 수도 있게 되어 있으므로, 형사소송법 제55조 제1항이 변호인이 있는 피고인에게 변호인과는 별도로 공판조서열람권을 부여하지 않는다고 하여 피고인의 공정한 재판을 받을 권리가 침해된다고 할 수는 없다." 고 판시하였다. 그러나 이 결정 이후 형사소송법 55조 1항이 개정되면서 피고인의 공판조서 열람등사권이 명시적으로 인정되고 있다.[162]

다. 변호인의 조력을 받을 권리 있음을 고지받을 권리

헌법 12조 5항은 변호인선임권을 고지받을 권리를 규정하고 있는데 이는 실질적 인신(人身)의 자유를 보장하기 위해서 규정된 것으로서, 구속이유를 고지받을 권리와 함께 변호인의 도

변호인의 조력을 받을 권리가 충분히 보장되어야 함은 당연하다고 하겠으나, 다른 한편으로 범죄자 필벌의 공익적 요청과 범죄피해자 권익의 보호에 대하여 충분히 고려하지 않고 경시한 채 위 권리의 의미와 내용을 수사현실에 전혀 부합되지 아니할 정도로 과도하게 확대함으로써 인권보장과 공익보호 사이에 균형이 현저히 무너지게 하여서는 아니된다. 그런데 수사개시의 최초 단서가 되는 고소장에는 사실관계 외에도 주요한 증거방법까지 기재되는 경우가 허다한데 수사의 초기단계부터 이에 대한 열람 및 등사를 피의자나 그 변호인에게 허용하게 되는 때에는 수사기관이 아직 조사하지 아니한 증거방법까지 피의자측에 미리 알려주게 되는 결과가 되고, 그로 인하여 주요 참고인이 소재불명이 된다거나 기타 자기에게 불리한 증거를 인멸할 경우 실체적 진실발견이 어려워지고 국가형벌권의 행사가 현저히 방해받게 될 것이다. 그러므로 이러한 위험을 피하기 위하여 수사 초기단계에서 피청구인이 고소장을 공개하지 않는 것은 정당한 이유가 있는 것이다. 따라서 고소장을 공개하지 않는 것이 피구속자를 조력할 변호인의 권리를 침해하는 것도 아니고 나아가 이를 반드시 열람하여 알아야 할 정당한 이해관계가 변호인에게 있다고도 할 수 없다. 그러므로 고소장의 비공개를 위헌이라고 주장하는 청구인의 주장부분은 이유가 없는 것이다."

161) 헌재 94. 12. 29, 92헌바31.

162) 형사소송법 제55조(피고인의 공판조서열람권등) ① 피고인은 공판조서의 열람 또는 등사를 청구할 수 있다.(1995. 12. 29. 개정) ② 전2항의 청구에 응하지 아니한 때에는 그 공판조서는 유죄의 증거로 할 수 없다.

움을 받을 권리를 실질적으로 보장하는 수단이 된다.[163]

이는 미국연방대법원이 수정헌법 제5조의 자기부죄거부특권에 근거하여 정립한 이른바 미란다원칙[164]을 헌법에 명문으로 규정한 것이다.

수사기관이 고지나 통지의무를 이행하지 아니한 경우에는 그 이후 수집된 증거는 위법수사로 증거능력이 부인되어야 하며, 수사기관은 의무위반에 따른 불법행위를 이유로 형사처벌을 받게 될 것이다.[165]

라. 수사기관의 피의자신문시 변호인배석 요구권

현행 형사소송법은 피의자신문시 변호인이 참여자로 명시되어 있지 않아 변호인에게 피의자신문에 대한 참여권을 인정하고 있지 않다.[166] 그러나 변호인의 도움을 받을 권리는 피고인뿐만 아니라 수사단계에 있는 피의자에게도 인정되어야 한다. 수사기관에 의한 피의자신문은 법정에서의 신문에 못지않게 형사재판에 중대한 영향을 미치며, 이 시기에 변호인의 도움을 받을 권리가 인정될 수 없다면 변호인의 도움이 없는 것과 같다고도 할 수 있다.[167] 특히 초기 수사단계에서 신문을 받는 피의자는 수사기관에 의한 협의를 받게 됨으로 인하여 심리적으로 위축된 상태에 놓이게 되므로 변호인의 도움을 통한 실질적 방어권 보장은 중요한 의미를 갖는다. 따라서 수사과정에서 피의자에 대한 인권침해의 가능성을 봉쇄하기 위해서 변호인의 피의자신문권을 인정하여야 한다.

---

163) 김철수, 앞의 책, 476쪽.

164) 본 판결은 '불리증언거부권에 관한 판결'로 경찰조사실 등 일반 외부와 격리된 장소에서의 신문시에는 사전에 반드시 묵비권과 변호인의 조력을 받을 권리에 대한 고지가 선행되어야 하는데, 이것이 이루어지지 않은 상태에서의 피의자의 진술은 증거능력이 없다는 것을 그 내용으로 한다.(문홍주, "변호인의 조력을 받을 권리", 법제연구 2호, 한국법제연구원, 1992, 118쪽).

165) 대판 1995. 5, 94도3016: 피의자를 구속영장없이 현행범으로 체포하기 위하여는 체포당시에 피의자에 대하여 범죄사실의 요지, 체포의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 말하고 변명할 기회를 준 후가 아니면 체포할 수 없고, 이와 같은 절차를 밟지 아니한 채 실력으로 연행하려 하였다면 적법한 공무집행으로 볼 수 없다.

166) 이에 대한 반대견해로는 신동운, 앞의 책, 586쪽 : 피의자신문조서의 기재의 정확성에 관한 변호인의 이의진술권을 인정한 형사소송법 제48조 제5항에 의하여 현행법상으로도 변호인의 신문참여권이 인정된다고 해석한다.

167) 이재상, 앞의 책, 139쪽.

제5절 형사절차에서의 기본권보호에 관한 새로운 논의
-범죄피해자보호제도-

1. 서론

현행법상 피고인은 소송의 주체로서 소송절차에 있어서 방어권과 참여권을 향유하고 있는데 반하여, 피해자는 증인으로서의 지위만을 가지고 절차의 객체로서 진술을 강요당하는 등 특별한 보호권을 보장받지 못한 채 형사절차의 진행에 따른 피해와 불편을 감수하지 않을 수 없다. 이로 인하여 범죄의 피해자는 범죄로 인한 피해자임과 동시에 또 다시 형사절차의 피해자라는 이중의 피해를 입고 있는 것이 현실이다.[168] 그러나 형사절차에 있어서 피고인의 기본적 인권보호가 중요하듯이 범죄피해자도 인간으로서의 존엄과 기본권을 존중되지 않으면 안 된다. 따라서 피해자의 기본적 인권은 단순히 국가적 보호의 객체로 처우할 것이 아니라 자율성과 권리를 보장하는 방향으로 나아가야 한다. 이러한 인식으로 피해자의 보호와 지위강화가 현재 범죄학과 형사정책하에 있어서 전 세계적인 논의의 핵심적인 쟁점이 되어 소위 피해자의 르네상스 또는 범죄피해자의 재발견[169]이라는 새로운 목표가 제시되기도 한다. 피해자의 지위강화는 형사절차에 있어서 진술권·정보권·통제권·인격권 및 변호인의 조력을 받을 권리를 보장하고, 원상회복을 인정하는 방법에 의하여 달성될 수 있다. 형사소송법이 피해자의 진술권을 인정하는 이외에 친고죄와 반의사불벌죄 및 재정신청에 관한 규정을 두고 있는 것은 피해자의 통제권에 대한 중요한 내용이 될 수 있다.[170] 그러나 이 가운데 가장 중요한 의미를 가지는 것이 바로 피해자의 손해에 관한 원상회복의 문제이다. 왜냐하면 대부분의 범죄에 있어서 가장 큰 관심은 범죄자의 처벌보다는 피해보상에 있고, 원상회복된 경우의 피해자는 처벌에 관하여 별다른 관심도 없다는 것을 부정할 수는 없기 때문이다. 형사절차에

---

168) 조철제, 형사절차상의 인권보호에 관한 연구, 계명대학교 대학원 박사학위논문, 2004, 35쪽.

169) 조철제, 위의 글, 35쪽.

170) 피해자의 인격권의 보호를 위한 재판공개의 제한과 변호인선임권 및 기록열람등사권은 형사소송법상 인정되지 않는다.

있어서 소추기관의 기능과 피고인의 방어의 이익만 문제되었을 뿐 피해자의 고유한 역할인 원상회복의 문제는 논의의 대상에서 제외되고 있었다. 따라서 지금까지 범죄피해자는 형사절차상의 가장자리에서 잊혀진 존재로 취급되었다고 할 수 있었다. 피고인의 정당한 방어권과 마찬가지로 피해자의 권리도 형사절차에서 보호되어야 한다.

따라서 이하에서는 한국헌법상의 피해자보호제도를 고찰해 보고, 이를 기초로 인권보호와 범죄피해자의 원상회복과 관련된 제도적 문제점을 지적한 후, 이에 대한 개선방안을 제시해 보고자 한다.

2. 우리나라의 범죄피해자보호제도

가. 헌법상 범죄피해자의 권리

헌법 제30조에서 "타인의 범죄행위로 인하여 생명·신체에 대한 피해를 받은 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가로부터 구조를 받을 수 있다"라고 하여 범죄피해자의 국가구조청구권[171]을 신설하였다. 현행 헌법이 범죄피해청구권을 보장한 것은 국가가 범죄발생을 예방하지 못한데 대한 국가배상청구권이 아니라 사회보장의 견지에서 범죄피해자를 보호하기 위한 것이라고 보아야 할 것이라는 견지에서 이는 사회권적 성격을 띤 청구권적 기본권이라 하겠다.[172] 또한 헌법 제27조 제5항 형사피해자의 재판절차진술권으로 "형사피해자는 법률이 정하는 바에 의하여 당해 사건의 재판절차에서 진술할 수 있다"고 규정되어 있다.

그럼에도 불구하고 "국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 않는다"는 규정(헌법 제37조 제1항)이 간접적으로 설명하고 있듯이 헌법에 명시적으로 열거되어 있지는 않지만 보호받을 만한 인권이 존재함을 인정하고, 이를 피해자보호의 제도적 반영을 통하여 해결해야 할 필요성이 있다. 이러한 사실은 많은 학자들도 설명방법이 다를 뿐 이를 인정하고 있는 것이 현실이다.[173] 즉 헌법상 구체적으로 열거되고 있는 사항이 아니더라도

171) 범죄피해정구권이라 함은 타인의 범죄행위로 말미암아 생명·신체에 피해를 입은 국민이 국가에 대하여 유족구조 또는 장해구조를 청구할 수 있는 권리를 말한다.

172) 김철수, 앞의 책, 578쪽.

173) 김철수, 위의 책, 226; 권영성, 앞의 책, 331쪽.

특정한 사항에 대한 개별적·구체적 이해를 통하여 그것이 헌법적 가치를 갖는 기본권으로 볼 수 있는 경우가 있는 것이다. 예컨대, 헌법상 가치를 갖는 기본권으로 볼 수 있는 것은 명시적인 피해자관련 기본권 외에도 보장받아야 할 기본권으로 언급되는 것에는 생명권, 자기결정권, 일반적 인격권, 일반적 행동자유권, 평화적 생존권 등이 있다.[174]

실질적으로 1990년대에 이르러서 국민의 주권의식과 인권의식이 높아져 여성의 인권을 보장하기 위한 일환으로 '성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률'과 '가정폭력범죄의처벌등에관한특례법'등의 특별법이 제정·시행되어 피해자를 보호하고 있다. 그러나 이러한 일련의 움직임과 인권이 기본권과 동일한 개념으로서 헌법에 의해서 보장받아야 하는 것임에도 불구하고 아직도 인권에 관한 논의는 피고인·피의자에게만 편중되어 있다. 헌법에 의해 기본권으로 보장받고 있는 것이라면 그것을 향유하는 주체는 모든 국민이어야 함은 당연한 사실이다. 따라서 피해자에게도 인격권, 정보권, 평화적 생존권 등 아직도 무시되고 보호받지 못하는 권리들을 보장해 주어야 할 필요성이 더욱 강조되는 것이다.[175]

한편 헌법재판소법 제8조 제1항은 "공권력의 행사 또는 행사하지 아니함으로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다"고 규정하고 있다. 먼저 검사의 불기소처분에 대하여 헌법소원을 제기할 수 있느냐에 대하여는 부정설과 긍정설이 대립하고 있다.[176] 부정설(대검찰청 견해)은 검사의 불기소처분은 행정처분의 일종이므로 헌법 제107조 제2항의 규정에 따라 대법원에서 최종적으로 심사 받아야 하고 헌법소원의 대상이 되지 않는다고 하지만, 긍정설은 검사의 불기소처분은 헌법재판소법 제68조 제1항 소정의 공권력의 행사에 포함되는 것이 명백하므로 이 처분으로 말미암아 헌법상 보장된 기본권이 침해된 경우에는 헌법소원의 대상이 된다는 견해가 타당함은 말할 필요도 없다. 따라서 검사의 부당한 불기소처분에 대하여 피해자는 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 따라서 헌법재판소도 검사가 부당하게 불기소처분을 한 경우 피해자는 헌법상 보장된 피해자의 진술권(헌법 제27조 제5항)과 평등권(헌법 제11조)을 침해받을 수 있다고 함으로써 불기소처분에 대한 헌법소원을 일관되게 인정하고 있다.[177] 그러나 불기소처분에 대한 헌법소원을 이

174) 김철수 위의 책, 202-203쪽; 권영성 위의 책, 297-298쪽.

175) 유병관, "범죄피해자 보호에 관한 연구," 충남대학교, 박사학위논문, 2001, 128쪽.

176) 권영성, 앞의 책, 1118-1121쪽.

177) 헌재 1995. 7. 21, 선고 94헌마131 : 1996. 6. 26. 선고 95헌마227: 1996. 10. 31, 선고 95헌마74: 1996. 11. 28, 선고 95헌마12, 이렇게 인정은 하고 있으나 처리결과를 보면 대부분이 기각, 각하, 취하이고 인용되는 것은 3%정도에 불과하다고 한다. 이에 헌법재판소가 제 기능을 하기 위해서는 불기소처분에 대하여는 재정신청을 모든 사건으로 확대하여 헌법재판소의 부담을 덜어주어야 한다는 주장이 다시 강력하게 제기되었다. 대한변호사협회, 인권보고서, 대한변호사협회, 1996; 239쪽.

용하는 결정이 공소제기를 강제하는 효과가 있는가, 아니면 단순히 재수사 명령에 불과한가에 대해서는 아직 논란이 많은 실정이다.

헌법소원을 제기하려면 우선 다른 법률에 있는 구제절차를 거치지 않으면 안된다(헌법재판소법 제68조 제1항 단서). 현재 검사의 불기소처분에 대하여 피해자(고소권자)에게 법률상 인정되고 있는 권리구제절차는 재정신청제도와 검찰항고[178]제도가 있으나, 재정신청제도는 그 대상이 원칙적으로 형법 제123조의 직권남용죄와 제124조의 불법체포·불법감금죄 그리고 제125조의 폭행·가혹행위죄 단 3개 조문에 불과하므로 이애 해당하지 않는 범죄사건의 경우에는 곧바로 헌법소원이 가능하다. 따라서 실제로 검사의 불기소처분에 대한 헌법소원은 헌법재판소 업무 중 상당히 큰 비중을 차지하고 있고, 이는 헌법재판소가 마치 검사의 공소권 행사의 당부를 판단하는 또 하나의 통제기관으로서의 기능을 수행함으로써 사실상 피해자 등 고소권자의 권익보호에 기여하고 있다고 하겠다.[179]

나. 형사법상 범죄피해자의 권리

(1) 고소권·고소취소권

(가) 고소권

범죄로 인한 피해자는 고소할 수 있다. 즉 피해자는 수사절차에서 고소권자가 되며 다만 자기 또는 배우자의 직계존속을 고소하지 못한다.[180][181] 고소권은 형사소송법이 범죄피해자

178) 이 검찰항고의 경우는 고소권자의 고소에 대해 지방검찰청이나 지청에서 불기소처분을 하였을 경우에 관할고등검찰청에서 이를 심의하여 재기수사명령 또는 항고기각을 하는 제도로서, 같은 검찰에서 심의한다는 측면에서 그 신뢰성에 문제가 있다는 지적이다. 따라서 2003년부터 대구고등검찰청이 전국에서 처음으로 변호인 및 법학교수 그리고 고등검찰청 검사가 참가하는 항고심사회를 구성하여 검찰항고를 심사함으로써 검찰권행사에 대한 시민의 감시가 가능해짐으로써 검찰항고의 신뢰성이 보다 확보될 수 있을 것으로 판단된다.

179) 조철체, 앞의 글, 50쪽.

180) 형사소송법 제223조 및 제224조.

181) 일본법에서는 우리나라 형사소송법과는 달리 친족법상의 존비속에 대한 고소권 제한규정을 두고 있지 않다. 우리나라는 전통적인 유리사사에 따라 이를 인정하지 않고 있었으나, 가정폭력범죄나 성폭력범죄에 의한 피해자가 많이 발생함에 따라 "성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률" 제18조와 "가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법" 제6조에서는 자기 또는 배우자의 직계존속에 의한 성폭력범죄와 가정폭력범죄를 고소·처벌할 수 있게 하고 있다.

에게 인정하고 있는 공법상의 권리이며, 고소는 가장 중요한 수사의 단서가 된다. 더욱이 친고죄에 있어서의 고소는 수사단서일 뿐만 아니라 소송조건이 되는 것이다. 따라서 범죄피해자가 고소를 한 경우에는 수사기관은 수사를 개시하여야 하며, 검사는 기소·불기소를 결정하여야 한다. 현행법은 피해자 보호의 차원에서 피해자의 법정대리인·친족 등 피해자 이외의 자에게도 고소권을 인정하고 있다.[182] 그러나 고소권은 일신 전속적 성질의 권리이므로 상속·양도의 대상이 될 수 없다. 다만, 특허권·저작권과 같이 범죄로 인한 침해가 계속되는 경우에는 그 권리의 이전에 따라 이전 전에 이루어진 피해에 대한 고소권도 이전된다고 본다.[183]

(나) 고소취소권

고소취소권에 대하여 형사소송법 제232조 제1항은 "범죄피해자는 제1심 판결선고 전까지 고소를 취소할 수 있다"고 하여 고소의 취소를 인정하고 있는 바, 고소의 취소는 친고죄의 경우 중요한 의미를 가지며, 그 용어는 취소라고는 하나 실질적으로는 철회의 성질을 띤다. 따라서 취소의 효과는 장래에 대해서만 발생하며, 이는 사정변경의 구체적 타당성을 고려하여 인정된 것이다.[184]

취소시기를 제1심 판결 선고 전까지로 제한[185]하고 있는 이유는 피고인과 피해자 사이의 사적 분쟁해결이 원만하게 이루어지도록 고소취소를 인정하면서도 국가의 형사소추권이 지나치게 오랫동안 사인의 의사표시에 좌우되는 것을 막기 위해서이다. 고소취소제도는 현실적으로 범인과 피해자 사이의 사적 분쟁해결을 촉진하고 피해자의 신속한 피해보상을 가능하게 하는 기능을 발휘한다.[186] 피해자는 고유의 고소권자이므로 피해자 이외의 고소권자[187]가 제기한 고소는 취소할 수 있다. 고소취소의 방식은 고소의 경우와 같다.[188] 고소취소는 처벌을

182) 형사소송법 제225조, 제228조.

183) 이재상, 앞의 책, 188쪽.

184) 김희옥, 앞의 책, 119쪽.

185) "형사소송법 제232조 제1항, 제3항의 취지는 국가형벌권의 행사가 피해자의 의사에 의하여 좌우되는 현상을 장기간 방치할 것이 아니라 제1심 판결 선고이전까지로 제한하자는데 그 목적이 있다 할 것이므로 비록 항소심에 이르러 비로소 반의사불벌죄가 아닌 죄에서 반의사불벌죄로 공소장변경이 있었다 하여 항소심인 제2심을 제1심으로 볼 수는 없다" 대법원,1998. 3. 8, 선고 85도2518.

186) 신동운, 앞의 책, 1996, 106쪽.

187) 형사소송법 제225조 제1항, 제226조.

희망하지 않는 의사표시로서 준법률행위적 소송행위이며 수사기관이나 법원에 대하여 행하여짐을 요한다.[189] 범인과 피해자 사이의 합의서 작성만으로는 아직 고소의 취소라고 할 수 없다.[190] 형식상 합의서가 제출되었더라도 고소인이 제1심에서 고소취소의 의사가 없다고 증언하였다면 이 합의서의 제출만으로 고소취소의 효력이 발생하지 아니한다.

(2) 불기소처분에 대한 피해자의 권리

(가) 검찰항고권

고소를 한 피해자는 검사의 불기소처분에 불복이 있는 경우 그 검사가 속하는 지방검찰청 또는 지청을 거쳐 서면으로 관할 고등검찰청 검사장에게 항고할 수 있다. 또한 검찰항고를 기각하는 처분에 불복이 있는 항고인은 그 검사가 속하는 고등검찰청을 거쳐 서면으로 검찰총장에게 재항고할 수 있다.[191] 검찰항고 및 검찰재항고는 고소인 또는 고발인에 대한 통지 또는 항고기각 결정의 통지를 받은 날로부터 30일 이내에 하여야 한다.[192] 검찰항고제도는 검사동일체의 원칙에 기초한 것으로 검사의 불법·부당한 불기소처분의 직접적 견제장치로 유력하지만 동시에 검찰조직 내부의 자체통제라는 점에서 그 기능에 한계가 있다. 이 점에서 검찰항고는 법관에 의한 통제장치인 재정신청이나 헌법소원과 크게 구별된다. 불기소처분에는 협의의 불기소처분뿐만 아니라 기소편의주의에 기초한 기소유예도 포함된다. 또 기소중지 및 참고인 중지의 처분도 검찰항고권의 대상에 포함된다(검찰청법 제10조4항 단서). 이처럼 검찰항고의 대상은 재정신청의 대상보다 넓다. 재정신청제도의 대상이 대폭적으로 제한되고 있는 현행법 하에서는 검찰항고권의 기능이 중요시되고 있고, 또한 그 객관성을 유지하는 것

---

188) 형사소송법 제239조, 제237조 제1항.

189) "당사자간에 원만히 합의되어 민·형사상 문제를 일체 거론하지 않기로 화해되었으므로 합의서를 1심 재판장 앞으로 제출한다'는 취지의 합의서 및 피고인들에게 중형을 내리기보다는 법의 온정을 베풀어 사회에 봉사할 수 있도록 관대한 처분을 바란다는 취지의 탄원서가 제1심 법원에 제출되었다면 이는 결국 고소취소가 있는 것으로 보아야 한다"; 대법원 1981. 11. 10. 선고 81도1171.

190) 고소인과 피고인 사이에 작성된 "상호간에 원만히 해결되었으므로 이후에 민사·형사간 어떠한 이의도 제기하지 아니할 것을 합의한다"는 취지의 합의서가 제1심 법원에 제출되었으나 고소인이 제1심에서 고소취소의 의사가 없다고 증언하였다면 위 합의서의 제출로 고소취소의 효력이 발생하지 아니한다. 대법원 1981. 10. 6, 선고 81도1968.

191) 검찰청법 제10조 제1항, 제2항.

192) 검찰청법 제258조 1항 및 제10조 3항.

이 중요하다는 측면에서 일반시민에 의한 감시 내지 통제제도를 도입할 필요가 있다는 측면에서 대구고등검찰청 등에서 실시하고 있는 검찰항고심사가 전국적으로 확대하여 실시될 경우 비교적 의미 있는 제도로 생각된다.[193]

(나) 재정신청권

고소를 한 피해자는 고등법원에 불기소처분의 당부에 관한 재정을 신청할 수 있고[194], 재정신청권은 불기소처분에 대한 불복신청권이란 점에서 검찰항고권과 같으나, 제3의 독립기관인 법원으로 하여금 검사의 불기소처분에 대한 불법·부당 여부를 판단해줄것을 이해관계인이 법원에 청구한다는 점에서 검찰항고권과 다르다. 검사의 불기소처분에 대하여 재정신청을 할 수 있는 자는 원칙적으로 형법 제123조(직권남용죄), 제124조(불법체포·불법감금죄), 제125조(폭행·가혹행위죄)의 죄에 대하여 고소 또는 고발한 자로 제한한다. 피의자를 비롯하여 제3자에 의한 재정신청권은 허용되지 않는다. 따라서 단순한 범죄사실을 신고하였을 뿐 처벌희망의 의사를 표시하지 아니한 단순한 진정인은 재정신청을 할 수 없다.[195] 형사소송법은 고소인 또는 고발인이라 하더라도 형법 제123조 내지 125조의 죄 이외의 범죄에 대하여는 재정신청을 할 수 없도록 제한하고 있다. 그러나 '헌정질서파괴범의공소시효등에관한특례법'(1995. 12. 21. 법률 제5028호), '5·18민주화운동등에관한특별법'(1995. 12. 21. 법률 제5029호), '공직선거및선거부정방지법'(1994. 3. 16. 법률 제4739호) 등 각종 특별법에 의하여 재정신청의 대상범죄가 점차 확대되고 있다.[196]

재정신청은 불기소 통지를 받은 날로부터 10일 이내에 서면으로 불기소처분을 한 검사소속의 지방검찰청검사장 또는 지청장을 경유하여 그 검사 소속의 고등검찰청에 대응하는 고등법원에 신청하여야 한다.[197] 신청기간은 불변기간이므로 기간을 지난 신청은 기각결정의 사유가 되며, 재정신청서에는 재정신청의 대상이 되는 사건이 범죄사실과 증거 등 재정신청을 이유있게 하는 사유를 기재하여야 한다.[198]

---

193) 조철제, 앞의 글, 52쪽.

194) 형사소송법 제260조 제1항.

195) 대법원 1991. 11. 5, 선고 91모8.

196) 신동운 앞의 책, 316쪽.

197) 형사소송법 제260조 제1항·제2항.

198) 형사소송법규칙 제119조.

(3) 재판절차진술권

법원은 범죄로 인한 피해자의 신청이 있는 경우에는 그 피해자를 증인으로 신문하여야 한다.[199] 헌법 제27조 제5항은 형사피해자의 진술권을 재판청구권의 내용으로 보장하고 있다. 현행 헌법이 형사피해자의 재판절차진술권을 신설한 이론적 근거로서 첫째, 피해자가 자기의 증언을 청취함으로써 진실발견에 최선을 다하자는 것이며, 둘째, 피해자의 피해상황을 직접 확인함으로써 국가원조 여부를 판단하는 자료로 활용하자는 것이고, 셋째, 당해 사건에 관한 피해자의 의견을 직접 청취함으로써 유무죄와 양형의 판단에 참고하자는 것 등이 제시되고 있다.[200] 따라서 법원은 범죄로 인한 피해자를 신문하는 경우에 당해 사건에 관한 의견을 진술할 기회를 주어야 한다.[201]

(4) 증인으로서의 권리

형사소송체계에서 보면 피해자가 형사절차에 관여하는 가장 중요한 계기는 바로 증인으로 참여하는 것이다. 왜냐하면 피해자는 수사절차에서부터 공판절차에 이르기까지 소환되어 조사를 받고 사건에 대한 진술이나 증언을 하게 마련이기 때문이다. 그런데 이 과정에서 피해자는 단순히 증거방법으로 취급받을 뿐만 아니라 증인신문에 관여하는 경찰 ·검찰이나 법원도 피해자의 인격권에 대한 보호보다는 실체적 진실의 발견을 우선함으로써 실제로 신문과정을 통해 피해자의 인격권이나 사생활의 비밀이 침해될 위험은 매우 크다고 할 수 있다. 이러한 위험은 특히 성범죄나 명예훼손죄와 같이 피해자의 내면의 개인적인 영역을 침해한 범죄일수록 더욱 커지게 될 것이다. 실제로 명예훼손죄의 피해자는 그 적시된 사실이 진실인가 여부를 판명하기 위하여 사생활 전반에 대한 사실까지 진술을 강요당하는 예가 허다하다. 따라서 형사절차에서 이러한 고통으로부터 피해자의 인격권과 사생활의 비밀을 보호할 수 있는 방안이 마련되어야 하는 것이다. 개인의 인권을 존중하고 적정절차를 통하여 그것이 침해되지 않도록 보장하고 있는 헌법적 원칙은 형사절차에서 피해자에게도 그대로 적용되어야 하기 때문이다. 그렇지만 이에 대하여 우리나라의 형사소송법은 특별한 규정을 두고 있지 않다. 형사소송법 제294조의2는 헌법 제27조 제5항에 따라 피해자의 진술권을 보장하고 있지만, 이

199) 형사소송법 제294조의2 제1항.

200) 권영성, 앞의 책, 499쪽.

201) 형사소송법 제294조의2 제2항.

는 피해자의 재판청구권의 일종으로서 진술의 기회를 부여한 것에 지나지 않으며,[202] 증인신문에서의 피해자의 방어의 이익을 고려한 것이 아니라는 점에서 문제가 있다.

물론 피해자인 증인은 형사소송법 제148조 근친자의 형사책임과 증언거부와 제149조 업무상 비밀과 증언거부에 따라 일정한 경우에는 증언을 거부할 수 있다. 그러나 이것 역시 일반증인의 경우와 다를 바 없으며 피해자의 인격권을 보호하고자 하는 것이 아님은 분명하다. 따라서 피해자 내지 증인의 인격과 사생활의 비밀을 보장하는 보다 강력한 수단은 피해자의 사생활에 관련된 일정한 증거의 채택을 금지하는 방법이다. 이에 의하면 피해자의 과거의 사생활에 대해서는 이를 증거방법으로 인정하지 않는 것이므로 당연히 피해자의 개인적 영역에 대한 증거신문도 금지된다. 이와 같이 영미법계에서 도입하고 있는 성범죄의 피해자의 경우에 성적 과거경력에 대한 증거채택금지를 전체범죄가 아닌 피해자(증인)의 수치심과 직결되는 분야에 한정하여 도입할 필요가 있다고 본다. 현행법에 따르면 증인은 철석의무와 신문에 대하여 증언할 의무를 지게 됨으로 신문사항에 답변을 거절할 수 없다. 다만 근친자가 형사책임을 받게 될 위험이 있거나 업무상 비밀에 해당하는 경우에만 증인은 거부사유를 소명하여 증언을 거부할 수 있을 뿐이다(형사소송법 제148조, 제149조, 제150조). 그 외에는 증인이 증언을 거부할 정당한 사유가 없으며, 정당한 사유 없이 증언을 거부할 때에는 과태료의 불이익을 당하게 된다. 증인인 피해자는 소환 받은 공판기일에 증언할 의무가 있을 뿐 피해자에게 이제까지의 공판진행결과를 설명 받을 권리가 있는 것도 아니며, 피해자가 증언을 함에 있어서 변호인을 동행하거나 변호인의 조력을 받을 권리도 인정되지 않고, 피해자에게는 소송서류에 대한 열람 등사권도 인정되지 않는다. 또한 피고인에게는 증인신문에 대한 참여권이 인정됨에 반하여 증인은 필요할 때 피고인과 대질할 수 있을 뿐이다(형사소송법 제162조 3항). 그리고 공판절차에서의 심리는 공개되어야 하며, 다만 법원은 국가의 안전보장 또는 국민의 안녕과 질서를 방해하거나 선량한 풍속을 해할 염려가 있는 경우에 한하여 결정으로 공개하지 않을 수 있다(법원조직법 제57조). 따라서 피해자는 증언내용이 사적 비밀에 속하는 사항일지라도 비공개법정에서 증언할 것을 청구할 수 없다.

이렇듯 현행법은 공소가 제기된 이후에는 피해자는 공소사실이나 공판기일은 물론 공판의 진행상황을 통지받지 못하는 등 현행법상의 형사절차상 피해자는 의무는 있되 권리는 거의 없는 등 범죄 행위를 한 피의자나 피고인에 비해서 너무나 열악한 대우를 받고 있는 등 법률적으로 보완할 문제가 많다고 생각된다.[203]

---

202) 이재상, 앞의 책, 430쪽.

203) 조철제, 앞의 글, 56쪽.

제 4 장 형사절차에서의 기본권보호제도의 문제점과 개선방안

제1절 영장주의의 문제점과 개선방안

1. 체포영장제도의 문제점과 개선방안

우리의 형사소송법에 처음으로 도입된 체포영장제도가 본래의 입법취지와는 달리 이용률이 극히 저조하여 유명무실화되고 있어 문제점으로 대두되고 있다.

위에서 언급한 것처럼 체포영장제도의 도입은 "구속영장 없는 경찰서 보호실 유치행위는 위법한 구금"이라는 대법원 판결 이후 수사기관의 불법구금의 지양 내지 신병확보제도의 미비에 따른 법관의 사법적 억제하에 수사의 원활화(수사활동의 기회를 제도적으로 보장)를 위한 대비책으로 도입되어졌다. 따라서 실무에 있어 체포영장제도는 수사기관이 구속요건을 충족하는 수사자료를 미확보한 상태에서 피의자를 체포함으로써 수사를 진전시켜 구속사유를 확보한 뒤에 다시 구속영장을 발부 받아 구금하게 하는 수단으로 이용되어질 것을 예정하고 있다.

그러나 48시간의 단기간 체포를 위하여 수사기관 특히 사법경찰관이 "임의동행이나 긴급체포"에 의하지 않고 검사에게 신청하여 검사의 청구로 법관으로부터 치포영장을 발부받는 번잡한 절차를 이요하려 하지 않고 있다. 더구나 현행법은 긴급체포에 대해 검사가 한 긴급체포는 아무런 사후 승인 절차가 없고, 사법경찰관의 경우에만 사후 즉시 검사의 승인만 받게 되어 있어 구속영장을 청구할 수 있는 48시간 동안은 법원의 어떠한 절차나 검증도 거치지 않은 상태에서 피의자를 구금할 수 있도록 되어 있다. 따라서 운용현실에 있어서는 긴급체포의 남용으로 피의자의 체포에 관하여 체포영장에 의한 체포를 원칙으로 하여 영장주의를 실현하려고 한 취지는 무의미하게 되었으며, 또한 임의동행의 탈법적 인신구속은 체포제도의 도입에도 불구하고 근절되지 않을 것으로 보여진다.[204]

대부분의 입법례는 체포의 요건으로 "죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유"가 있으면

204) 이재석, 앞의 글, 225쪽.

족한 것으로 하고 있다. 체포는 초동수사 단계에서 피의자를 구속에 선행하여 단기간의 신체의 자유를 제한하는 제도이므로, 형사소송법과 같이 범죄혐의의 상당성 이외에 '출석요구불응 또는 불응의 우려'라는 체포의 요건을 요구하는 것은 체포의 본질과 일치할 수 없고, 영장주의가 적용되는 한 체포의 요건을 이와 같이 엄격하게 제한할 필요도 없다고 하겠다. 또한 체포영장제도의 운용현실에 있어서도 '체포영장제도의 유명무실화'가 문제되는 상당부분은 형사소송법이 범죄혐의의 상당성 이외에 수사기관의 '출석요구불응 또는 불응의 우려'를 그 요건으로 규정하고 있는 것에 기인하는 것으로 보여지므로 위 요건은 삭제하는 것이 입법론적으로 타당하다고 생각된다.[205] 또한 형사소송법 개정전이라도 법원에서 체포영장 청구업무를 처리함에 있어서 출석불응 내지 출석불응의 우려를 지나치게 엄격하게 해석하지 않도록 해야 할 것이다.[206]

이와 같은 요건들에 의해 법원이 체포영장을 지나치게 엄격한 요건하에 발부하는 경우, 피의자 신병의 조기확보라는 실무상의 필요성을 법관의 사법심사를 통한 체포제도에 의해 합법화하였음에도 불구하고 임의동행이나 보호실유치와 같은 탈법적인 수사관행이 재연될 소지가 있고 동시에 긴급체포의 남용 또한 우려된다.[207]

2. 영장실질심사제도의 문제점과 개선방안

가. 필요적 피의자심문제도 채택

205) 신형근, "구속영장청구사건 처리에 관한 실무상의 문제점", 법률신문 제2580호, 1997. 3. 6, 14쪽 참조.

206) 박동복, 앞의 글, 17쪽.

207) 정동기, "형사소송법의 개정배경", 저스티스 제29권 제2호, 한국법학원, 1996. 9, 50쪽 참조; 반대의 견해로서 이재상 교수는 "출석요구에 응하지 않는다는 요건을 요구함으로써 체포를 어렵게 했다는 주장은 타당할 수 없다. 피의자가 출석요구에 응하지 않거나 그러한 우려조차 없을 때에는 불구속으로 수사한다고 하여 불합리한 점은 없으며, 그럼에도 불구하고 피의자에게 도망이나 증거인멸의 위험이 있는 때에는 긴급체포 또는 구속의 수단에 의하면 족하다고 할 것이다"라고 한다; 이재상, "형사소송법상 체포와 구속제도의 문제점", 법학논집 제2권 제1호, 이화여대 법학연구소, 1997. 5, 75쪽. 그러나 실제에 있어 체포제도의 도입취지 등을 고려할 때 체포영장제도 운용의 활성화를 통하여 단기간 동안 피의자의 신병을 확보하여 조사를 진행한 수 다시 구속여부를 결정하게 하여, 종래의 경직화된 구속수사의 관행을 탈피하게 하여 탄력성 있는 강제수사관행을 정착하게 하는 것이 바람직하다.

현행 형사소송법상 구속영장이 신청되는 경우는 긴급체포된 경우나 현행범으로 체포된 경우 및 불구속상태인 경우가 있다. 후자의 경우에는 구속영장이 청구되는 것을 피의자로서 예상하지 못한 채 수사기관에 출석하였을 경우가 대부분일 것이고, 또한 현행법상 수사기관으로서 피의자에 대해 구속영장이 신청된다는 사실을 알려줄 법적 의무도 없는 것이어서 피의자로서 구속영장실질심사를 신청한다는 것은 사실상 기대하기가 힘들다는 것을 예상해 볼 수 있다. 전자의 경우에는 어느 정도 법적 지식이 있는 피의자의 경우 구속영장이 신청되리라는 것을 예상할 수 있겠으나 수사기관에 구금되어 있는 상태에서 과연 적절한 영장실질심사신청을 할 수 있을지 의문이다.[208]

이에 관련하여 검찰측은 피의자신문시 구속영장이 청구된다는 사실을 고지하고 피의자가 실질심사를 원하는지 여부를 조서에 기록하도록 함으로써 이와 같은 문제점을 보완할 수 있다고 보고 있다. 그러나 이와 같은 경우 영장실질심사신청의 포기를 둘러싸고 피의자에 대한 수사기관의 강압, 회유 내지 정당하지 못한 협상이 있을 가능성을 배제할 수 없고, 수사기관에 의한 피의자의 실질심사신청 포기의사의 서면확인 결과에 따라 실질심사 실시여부가 좌우되는 것은 피의자의 진정한 의사를 반영하고 인권을 보호하는 데에 문제가 된다. 결국 어느 경우이든지 피의자로서 적시에 적절한 영장실질심사신청을 한다는 것을 기대하기는 어려울 것이고 이와 같은 사정은 피의자 본인 뿐 아니라 가족, 변호인, 사용자 등에게도 신청권을 인정한다 하더라도 결과는 크게 달라지지 않을 것이다. 따라서 영장실질심사 여부를 당사자의 신청에 의해서만 행할 수 있도록 한다면, 이는 이 제도를 활용할 수 있는 기회를 국민들로부터 사실상 박탈하는 것이라는 비난을 면하기 어려울 것이다. 따라서 입법론상 모든 피의자구속에 있어서 판사가 피의자를 심문해야 하는 것으로 규정하는 것이 타당하다.[209] 또한 영장실질심사를 위한 피의자의 호송과정상의 경찰인력의 낭비는 심문절차를 이용할 기회를 박탈하여 해결할 것이 아니라 같은 관할내에 경찰관서간의 자율적 협조나 검찰의 통일적 지휘에 의한 통합 호송체제를 운영하여 해결하여야 할 것이며 시군법원에 영장실질심사에 관한 관할

208) 박동복, 앞의 글, 24쪽.

209) 대검찰청 검찰21세기연구기획단에서는 다음과 같이 언급하고 있다. “필요적 심사를 할만한 여건이 성숙되지 아니하여 임의적 심사로 결정한 것을 이해 못할 바는 아니지만 임의적 심사란 판사의 재량에 의한 선별적 심사로 귀착되어 법제도의 기본개념인 평등과 형평의 원리에 반하며, 현행 사법제도의 운영의 현실을 고려할 때 변호사를 선임한 피의자는 자신에게 유리한 일반적인 변명을 늘어놓아 공정한 법집행을 회피하고 그렇지 못한 피의자는 변명의 기회가 줄어들어 서민들의 상대적 인권박탈감을 가중시킬 우려가 있으므로 굳이 구속영장실질심사제도를 도입한다면 필요적 심사로 하여야 할 것으로 생각된다. 나아가 필요적 심사를 도입하기 위한 전제로서 검찰과 법원의 인적 자원, 물적 시설을 확충하고 이와 같은 인적·물적 시설에 투입되는 비용과 담당 사법공무원들의 노력을 종합분석하여 그 효과를 고려하여 개선함이 상당하다.”; 대검찰청 검찰21세기연구기획단,169쪽.

권을 부여하는 방안도 생각해볼 수 있겠다.[210] 또한 피의자심문 후 신속히 영장발부 여부를 결정해야 한다는 것이다. 법원에서는 피의자심문을 하기 전에 구속영장청구서류를 충분히 검토한 후 피의자심문후 구속영장 발부 여부를 신속하게 결정함으로써 수사기관의 업무부담을 줄여주어야 한다.[211]

나. 영장실질심사단계에서의 보석제도의 채택

피의자, 피고인은 전형사절차과정에서 유죄의 확정판결을 받을 때까지 무죄로 추정되므로 이들에 대한 수사와 재판은 불구속으로 행하는 것이 원칙이다. 또한 이러한 불구속수사의 원칙을 견지하기 위해서는 피의자의 신병확보가 효율적으로 담보되어질 수 있는 보석제도의 활용이 필수적이며 비교법적으로 볼 때 세계각국은 거의 일치하여 피의자에 대한 보석을 인정하고 있다. 따라서 피의자에 대하여도 체포, 구속적부심사제도와 연계함이 없이 적극적으로 보석에 관한 규정을 준용한 권리보석제도를 도입하여 이를 활성화하는 것이 타당하다 할 것이다.[212] 즉, 영장실질심사단계에서의 피의자심문 절차에서 구속의 요건이 존재하는 경우에도 일정한 보석보증금을 납부하게 하고 석방하면 피의자의 출석을 담보할 수 있다고 판단되는 경우에는 판사가 즉시 보석을 허가하여 석방할 수 있도록 하는 것이 타당하다. 피의자의 보석은 수사절차에 있어 구속수사로 인하여 야기되어지는 강압수사의 위험을 방지할 수 있다는 점에서도 그러하다.

또한 구속영장실질심사와 피의자보석제도의 연계시스템은 구속영장실질심사제도의 실천적 가치를 활성화함과 함께 영장기각결정으로 석방되는 경우에 야기되어지는 제 문제에 대한 보완책으로도 바람직한 제도이다. 이 경우에 일단 구속을 하고 그 후 적부심을 청구하면 그때서야 비로소 보석을 허가하도록 한 형사소송법은 보석제도에 대한 이해가 부족한 입법이라는 지적을 면할 수 없다.[213]

---

210) 김제완, “구속영장 실질심사제 1년의 평가와 개선방안”, 변호사, 1998, 360쪽.

211) 하태훈, “구속영장 실질심사제도의 과제와 전망”, 형사정책, 1997, 101쪽.

212) 심희기, 앞의 글, 157쪽; 손동권, “한국 형사사법의 현황과 발전방향”, 형사정책연구, 1997, 35쪽; 황정근, 앞의 글, 52쪽.

213) 박동복, 앞의 글, 25쪽.

3. 긴급체포의 문제점과 개선방안(영장없는 체포기간 및 그 이후의 통제문제)

입법론상 긴급체포의 경우에도 지체 없이 체포영장을 받도록 하는 것이 타당하다는 견해가 있다.[214] 신체의 자유를 속박하는 것을 본질로 하는 긴급체포에 대하여 아무런 사법적 통제를 하지 아니하는 것은 영장주의 원칙의 본질적 침해가 된다고 한다. 한편 이에 대하여 긴급체포장을 추후 청구할 필요가 없다는 견해는 현행 긴급체포제도의 도입취지를 고려할 때 첫째 긴급체포후 구속의 필요가 없어 피의자를 석방하는 경우에까지 사후체포영장을 청구토록 하는 것은 48시간내에 무용한 절차를 밟도록 할뿐만 아니라 오히려 체포기간이 장기화될 우려가 있고, 둘째 피의자를 계속 구금할 필요가 있어 구속영장을 청구하는 경우에는 구속요건이 체포의 요건보다 엄격하므로 보다 신중한 사법심사를 받게 하는 결과가 되어 따로 사후의 체포영장을 청구하는 것이 불필요하며, 셋째 사후의 체포영장을 요구한다면 절차의 번잡성, 수사상 기밀유지곤란 등의 이유 때문에 수사기관이 모처럼 마련된 긴급체포제도의 활용을 기피할 우려가 있다는 것을 근거로 추후 별도의 체포영장 청구가 불필요하다고 한다.

사후영장에 의한 통제의 부담 없이 행사할 수 있는 긴급체포제도가 초동수사 단계에서 일선 수사기관의 원칙적인 인신구속제도로 활용되고 있어 체포에 관하여 체포영장에 의한 체포를 원칙으로 하는 형사소송법의 규정이 유명무실화되고 있는 점은 문제라고 생각된다. 또한 헌법 제12조 제3항은 본문에서 체포·구속의 경우에 사전영장주의 원칙을 규정하면서 단서에서 일정한 요건하에 영장주의의 예외를 인정하여 사후에 영장을 청구할 수 있도록 규정하고 있다. 즉 영장주의의 배제를 허용한 것이 아니라 법관에 의한 사후통제를 예외적으로 인정한 것이다. 따라서 긴급체포의 경우에도 지체없이 체포영장을 받도록 하는 입법이 필요하다.

또한 이미 언급한 바와 같이 체포영장의 청구요건을 완화하고 그 발부절차를 크게 간소화함으로써 수사기관으로 하여금 통상적인 체포영장에 의한 체포를 적극 활용하게 하고 긴급체포제도 운영에 신중을 기할 것이 요구된다.[215]

---

214) 이재상, 앞의 책, 221쪽.

215) 박동복, 앞의 글, 29쪽.

4. 소결

형사소송은 헌법상의 무죄추정 및 적법절차의 원리에 의하여 지배되는 헌법적 형사소송이어야 한다.[216] 이를 수사상의 강제처분에 관하여 보면, 강제처분은 기본적 인권의 중대한 제한을 수반하므로 범죄에 대한 효과적인 투쟁이 다른 방법에 의하여서는 달성될 수 없는 정당한 공익의 요구가 인정되는 경우에 최후의 수단으로 사용되어야 한다.

우리나라의 사법부는 영장실질심사제도 등 여러 방안을 통하여 불구속재판 원칙의 실질화를 꾀하고 있다. 또한 헌법재판소는 형사사법분야에서 지금까지의 일련의 결정들을 통해 일제 식민지 시대 이후에도 여전히 남아 있었던 권위주의적 형사사법의 잔재들을 제거하고 수사권의 남용으로부터 적법절차와 국민의 기본권을 수호하는 데 기여해 왔다. 그러나 위에서 살펴본 바와 같이 헌법상 영장주의의 정신이 헌법재판소의 결정들을 통해 제대로 실현되었다고 평가하기에는 아직도 미진한 점이 많다고 할 수 있다. 시민이 향유하는 인간의 존엄성을 영장주의가 지켜준다는 일반인의 기대에 반하는 듯한 판시가 여럿 있다.

헌법재판소는 사법적극주의적 해석으로 헌법규범의 실제화에 크게 기여하여야 할 뿐만 아니라 신장된 우리 사회의 인권의식의 변화를 정확히 반영하여야 한다.

제2절 구속기간의 단축문제

1. 문제점

형사소송법상 사법경찰관의 구속기간은 10일 이내이고[217] 검사의 구속기간은 원칙적으로 10일이며[218] 수사를 계속함에 상당한 이유가 있는 경우 법관의 허가가 있는 경우에는 10일을 초과하지 않는 한도에서 1차에 한하여 연장할 수 있으므로[219] 최장 20일까지 구속할 수 있다.

---

216) 박동복, 위의 글, 35쪽.

217) 형사소송법 제202조.

218) 형사소송법 제203조.

또한 국가보안법 제3조 내지 제10조의 죄를 범한피의자에 대하여 사법경찰관에게 1회, 검사에게 2회에 한하여 구속기간의 연장을 허가할 수 있게 하고 있다(동법 제 19조). 다만 헌법재판소는 국가보안법 제7조(찬양·고무) 및 제10조(불고지)의 죄에 대하여 구속기간을 연장한 것은 과인금지의 원칙을 현저히 위배하여 피의자의 신체의 자유, 무죄추정의 원칙 및 신속한 재판을 받을 권리를 침해한 것으로 위헌이라고 결정한바 있다.[220] 피의자 구속기간과 관련하여 문제가 되고 있는 것은 사법경찰관의 피의자 구속기간이 지나치게 장기간이어서[221] 이 기간동안 여러 유형의 인권침해가 있을 개연성이 충분하다는 것이다. 즉 현행법상 피의자를 구속하기 위해서는 사전에 범죄혐의의 객관성을 이미 확보한 상태이기 때문에 구속영장을 발수하고 난 후 대부분의 협의사전은 이미 수사가 종료되도 단지 송지의견서를 작성하여 내부적 결재와 기록을 정리하는 일만 남아 있다고 한다.[222] 따라서 많은 피의자들은 경찰서의 유치장이나 보호실에 불필요하게 구금되어 인권침해의 우려가 높은 실정이다. 더욱이 피의자의 신문시 변호인참여제도가 허용되지 않는 현실에서 피의자가 경찰서의 유치장이나 보호실에서 장기간 구속되어 있는 것은 사법경찰관에게 자백을 강요하기 위한 유혹을 제공하고 있다고 볼 수 있다. 이러한 점에서 현행 사법경찰관의 구속기간은 대폭줄여야 한다는 주장이 지배적이다.[223]

2. 개선방안

219) 형사소송법 제205조.

220) 헌재 1992. 4. 11, 90헌마82.

221) 원래 장기구속의 폐단을 방지하기 위하여 영·미법계는 보석을 통한 즉시의, 또는 권리로서의 구체절차를 확립하여 온 데 대하여, 대륙법계는 구속기간의 제한을 통하여 반사적으로 지나친 장기의 제한을 설정한 관계로 구속기간 제한의 본래의 목적을 달성하지 못하고 있다. 일본은 사법경찰관의 체포기간 48시간, 검사에 송치한 후 24시간, 검사에 의한 경우는 48시간으로 각각 제한되고 구류절차에 있어서 연장기간을 포함하여 원칙적으로 15일을 초과하지 못함으로써 모두 합하여 18일을 초과할 수 없는데 비하여 우리의 경우는 최장50일이나 된다.

222) 형사기록의 표본조사결과 총 151건 중에서 제2차 피의자 신문조서가 작성되어 피의자에 대한 보강수사를 한 경우는 불과 약 18%에 해당하는 28건 밖에 되지 않았다고 한다; 법원행정처, 사법제도개선을 위한 제3차 법관세미나 결과보고서, 268쪽.

223) 검사의 구속기간에 관해서도 현행대로 유자하자는 주장과 단축해야 한다는 주장, 오히려 늘려야한다는 주장이 있으며, 현행 국가보안법위반 피의자에 대한 구속기간도 국가보안법 폐지와 관련하여 대폭 단축하자는 주장이 있다.

가. 사법경찰관의 구속기간

현행 사법경찰관의 구속기간을 3일 내지5일 (경우에 따라서는 7일)로 단축하자는 견해가 유력하다.[224] 그 이유로서는[225] 첫째로, 사법경찰관이 피의자를 구속하기 위해서는 범죄의 객관적 혐의가 인정됨을 요하므로(구속의 실질적 요건) 피의자를 구속할 당시 이미 범죄의 객관적 혐의에 대한 수사가 대부분 완료되었다는 점이다. 둘째로, 구속후 사법경찰관에 의한 구속기간이 장기화 되면 자백강요 등 구속된 피의자에 대한 위법·부당한 수사가 행해질 위험성이 있다. 셋째로, 현행법상 사법경찰관은 검찰에 사건송치 후에도 증거수집을 위한 수사를 계속할 수 있을 뿐만 아니라 검사의 수사지휘에 의해서 검사의 수사를 보조할 수 있다. 넷째로, 경찰의 구속기간이 10일이나 되는 입법례가 없다는 것을 들고 있다. 특히 현행법상 체포제도가 도입되어 있는 상황을 감안하면 현재 사법경찰관의 구속기간을 반드시 단축되어야 한다. 왜냐하면 구속기간의 단축없이 체포기간을 인정하게 되어서 구속기간이 늘어나는 결과가 되기 때문이다. 또한 체포제도의 본래의 목적이 수사의 초기 단계에서 피의자의 신병확보와 단기간의 체포기간동안 피의자의 신병을 검찰에 송치하고 검사는 곧바로 법원에 구속영장 발부를 청구해야 하므로 사법경찰관이 구금할 이유가 없다고 본다.

이렇게 되면 사법경찰관은 단지 체포기관으로만 운영되어 수사단계에서의 인권침해의 여지를 제거할 수 있을 것이기 때문에 결국 경찰의 구속기간은 체포기간으로 한정해야 할 것이다. 사법경찰관의 피의자에 대한 구속기간이 체포기간으로 대폭 단축되게 되면 복잡한 피의사건 등의 경우 검찰이 현재의 인력이나 장비를 가지고 보강수사나 여죄수사를 할 수 없게 되는 문제점이 있다. 따라서 회송제도를 도입하여 검사의 구금기간 범위 내에서 송치기간을 정하여 경찰에 기록과 신병을 돌려보내 경찰에 대하여 보강수사나 여죄수사를 명하는 제도를 도입하는 것이 바람직하다고 본다.[226] 그러나 여기에서 유의해야 할 점은 경찰의 기록은 물론 신병까지 돌려보낼 경우 피의자가 경찰의 강압에 의하여 검찰에서의 진술을 번복할 경우를 충분히 예상할 수 있으므로 이에 대한 대책도 함께 강구해야 할 것이다.[227]

---

224) 백형구, 형사절차상 인권보장의 당면과제, 137쪽; 이재상, 앞의 글, 82쪽; 박희태, 앞의 글, 92-93쪽; 박재권, 현행구속기간 및 영장제도의 문제점과 개선방안, 319-320쪽; 김영길, 인신구속제도의 운용실태와 문제점, 667쪽; 곽상욱, 불법 인신구속에 대한 검찰의 통제기능, 145쪽; 정해창, 체포와 구금, 96쪽.

225) 백형구, 구속기간의 제한, 고시계, 1982. 12, 102쪽; 이재상, 위의 글, 80쪽.

226) 법원행정처, 사법제도 개선을 위한 제3차 법관세미나결과보고서, 270쪽.

227) 신현진, 앞의 글, 101쪽.

나. 검사의 구속기간

검사의 구속기간은 원칙적으로 10일이며(제203조), 수사를 계속함에 상당한 이유가 있는 경우 법관의 허가를 받아 10일을 초과하지 않는 한도에서 1차에 한하여 연장할 수 있다(제204조). 이와 같은 검사의 피의자 구속기간에 관하여는 그 기간을 단축하자는 견해, 현행대로 유지하자는 견해, 사법경찰관의 구속기간을 단축하는 것을 전제로 오히려 연장하자는 견해가 있다. 첫째, 검사의 피의자 구속기간을 단축해야 한다는 견해[228]는 현재와 같이 구속기간의 연장을 억제하는 추세가 계속되고 충분한 인력확보가 전제 된다면 단축할 수 있다고 주장하고, 구체적으로 10일을 원칙적으로 하되, 국가보안법·특수범죄 또는 특별한 이유가 있는 경우에만 연장을 허가할 수 있도록 하자고 한다. 둘째, 검사의 피의자 구속기간을 현행대로 유지하자는 견해[229]는 검사가 만든 조서의 증거능력을 인정하는 요건이 완화되어 있으므로 검사에게 수사업무가 집중되어 과다한 업무량을 부담하지 않을 수 없다는 점을 이유로 현재의 구속기간을 그대로 유지하고자 한다. 셋째, 현재 피의자의 구속기간을 오히려 연장해야 된다는 견해[230]는 원칙적으로 현재와 같이 10일로 하되, 사형·무기·단기5년의 이상의 구속기간을 2회 연장할 수 있도록 해야 한다고 한다. 그러나 사법경찰관의 피의자에 대한 구속기간이 체포기간으로 단축되고, 그 결과 신속한 송치가 이루어지게 된다면 검사의 피의자에 대한 구속기간은 현행대로 유지되어야 된다고 본다. 다만 검찰의 충분한 인력확보가 전제된다면 기소후에도 검찰수사가 불가능하지 않으므로 현재의 10일을 초과하지 않는 범위에서 1차 연장할 수 있도록 한 것은 5일 정도로 단축함이 타당하다고 본다. 또한 현행 국가보안법 제3조 내지 제10조까지의 죄(헌법재판소는 제7조 및 제10조에 대하여 구속기간을 연장한 것을 위헌이라고 결정한 바 있음)를 범한 피의자에 대하여는 사법경찰관에게 1회의 연장, 검사에게 2회 연장을 할 수 있도록 하여 최장 50일 까지 피의자를 구속할 수 있게 하였다(동법 제19조). 외국의 입법례로는 프랑스의 경우 중죄와 경죄의 구속기간을 달리 규정하고 있고, [231] 미국에서도 중

228) 박희태, 앞의 글, 93쪽; 박재권, 현행 구속기간 및 영장제도의 문제점과 개선방안, 319-320쪽.

229) 이재상, 앞의 글, 82쪽.

230) 법무부 형사 소송법개정안 제205조 제1항 단서; 법원행정처, 사법제도 개선을 위한 제3차 법관세미나 결과보고서, 271쪽 참조.

231) 중죄에 있어서는 구속기간의 제한이 없고, 경죄의 구속기간은 4개월로 제한된다(프랑스 형소법 제145조 제1항). 다만 수사상의 필요한 경우 연장명령에 의하여 제1차에 한하여 4개월을 초과하지 않는 범위 내에서 구속기간을 연장할 수 있다(동조 제2항).

죄와 경죄의 구속기간을 달리 규정하고 있다.[232] 그러나 중죄의 구속기간을 경죄의 경우와 달리 정하거나, 일본의 경우와 같이 국가의 존립에 대한 범죄에 대하여 모두 구속기간을 연장하도록 하지 않고 국가 보안법 위반 피의사건에 대하여만 구속기간을 연장하도록 하지 않고 국가보안법 위반 피의사건에 대하여만 구속기간을 더 갱신할 수 있게 하는 것은 타당하다고 생각되지 않는다. 국가보안법에 대하여는 그 존립여부에 대하여도 의견이 대립되고 있을 뿐만 아니라 국가보안법 피의사건이라 하여 피의자의 구속기간을 연장해야할 필요성이 형법의 내란죄나 외환죄의 경우보다 크다고 할 수 없다.[233]

제3절 변호인의 조력을 받을 권리와 관련한 개선방안

1. 피의자신문참여권 도입논의의 의의

피의자신문은 수사기관(검사 또는 사법경찰관)이 피의자를 심문하여 그로부터 진술을 듣는 것을 말한다. 수사기관의 피의자 신문은 피의자의 진술에 의하여 증거를 획득·수집한다는 의미에서 실체진실의 발견을, 그리고 피의자심문을 통하여 피의사건을 명확하게 밝히고 새로운 사실을 조사·평가함으로써 수사활동을 보다 효율적으로 행할 수 있게 된다는 의미에서 기능적인 형사사법의 보장을 그 목적으로 한다고 할 수 있다. 동시에 피의자심문은 피의자(특히 구속피의자)가 자기에게 유리한 사실을 주장할 수 있는 기회를 제공하는 의미도 가지고 있다. 이런 의미에서 수사절차에서의 피의자신문은 사회를 지키고 일반인의 법익을 보호하기 위한 보호목적과 피의자의 인권을 보장하기 위한 법치국가적 보장목적의 양과제[234]가 첨예하게 대립하는 문제영역이라고 할 수 있다.

---

232) 미국에 있어서 구속기간을 제한하는 규정은 없다. 다만 구속기간은 소송촉진법(Speedy Trial Act : 18U.S.C.3161)과 구속심사에 의하여 제한될 수 있을 뿐이다. 즉, 캘리포니아 주에서는 신속한 재판을 위하여 체포된 피의자에 대하여는 예비심문후 15일 이내에 공소장을 제출해야 하고 공소제기 후 중죄에 있어서는 60일, 경죄에 있어서는 30일 이내에 제1회에 공판기일을 열지 않으면 안된다.

233) 이재상, 앞의 글, 83쪽.

234) 수사에서 보호과제와 보장과제에 관한 자세한 설명은 배종대·이상돈, 앞의 책, 2006, 217쪽 참조.

현행법은 변호인의 공판에서의 피고인신문에 참여하는 것을 절대적으로 보장하고 있음에 반하여(형소법 제287조 제1항), 수사절차에서 변호인에게 피의자신문에의 참여를 보장할 것인가 하는 점에 대하여는 명문의 규정이 없을 뿐만 아니라,[235] 그 인정여부에 대하여 다툼이 있다. 아래에서는 검사와 경찰의 피의자신문단계로 나누어서 변호인의 참여권인정을 둘러싼 비교법적 검토를 행한 후에 헌법상의 변호인의 도움을 받을 권리(헌법 제12조 제4항)를 효과적으로 보장하기 위한 입법적인 방안을 제시하고자 한다.

2. 수사기관의 피의자신문과 변호인의 참여권

가. 검사의 피의자신문과 변호인의 참여권

현행법상 검사의 피의자신문에서는 검찰서기관, 검찰사무관 수사서기관, 수사무관, 검찰주사 또는 검찰주사보를 참여하게 하여야 한다.[236] 그러나 검사의 피의자신문시에 변호인의 참여권은 인정되지 않고 있다. 다만 현행법상으로도 검찰의 피의자신문시에 변호인의 참여를 인정해야 한다는 견해도 없는 것은 아니다. 변호인의 피의자신문참여권을 인정하는 근거로는 헌법에 의하여 누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 도움을 받을 권리가 있음을 고지 받지 아니하고는 체포 또는 구속을 당하지 아니한다(제12조제5항)고 헌법에서 규정하고 있는데 비추어, 체포 또는 구속된 피의자로서는 가장 중요한 시기인 수사기관에서의 피의자 조사시에 변호인의 참여가 허용되지 않는다면 위 헌법규정은 그 실질적 의미를 상당히 잃게 되기 때문이라고 하거나[237] 피의자 신문조서 작성에 있어서 기재의 정확성을 감시하기 위하여 변호인의 이의진술권을 인정한 형소법 제48조 제5항에 의하더라도 현행 형사소송법의 해석상 변호인의 피의자신문참여권은 인정된다고 보아야 한다는 것이다.[238] 이 이외에 변호

235) 다만, 한미행정협정의 합의의사록은 동 협정 제22조 제9항(마)에 대하여 미군부대의 구성원, 군속 및 그들의 가족에 대한 변호인의 조력을 받을 권리는 체포 또는 구금 되는 때로부터 존재하며 피의자 또는 피고인이 모든 예비수사, 재판전의 심리, 재판 및 재판 후의 절차에 변호인을 참여하게 하는 권리와 이러한 변호인과 비밀리에 상의할 권리를 포함한다고 규정하여 이들에게는 변호인 참여권을 보장하고 있다.

236) 형사소송법 제243조, 검찰청법 제46조.

237) 신성철, 피고인의 방어권행사에 있어서의 절차상의 제문제, 형사법에 관한 제문제(상), 법원행정처 재판자료 제49집, 195쪽.

인의 접견교통권으로부터 피의자신문참여권을 인정할 수 있다고 해석하는 견해도 있다. 즉 변호인의 구속피의자와의 접견교통권이 실질적으로 보장되기 위해서는 원칙적으로 피의자나 변호인이 원하는 때면 언제든지 신문도중이라는 이유로 변호인접견이 이루어질 수 있어야 하며, 신문도중이라는 이유로 변호인접견을 지연하는 행위가 변호인 접견권침해에 해당한다는 해석이 가능하고, 이에 따라 피의자심문시 변호인참여권에 확대·적용 못할 바 아니라고 한다.[239] 그러나 검사의 피의자신문에 변호인의 참여를 인정한다는 명문의 규정이 없는 현행 형사소성법의 해석상 검사의 피의자 신문시에 변호인의 참여권을 인정하는 데에는 어려움이 있다고 생각된다. 수사기관의 피의자신문시에 변호인단의 참여권이 보장되지 않는다는 것만으로 변호인의 도움을 받을 권리가 무의미하게 된다고 할 수는 없고, 형사소송법 제48조 제5항을 변호인에게 조서기재에 대한 이의권을 보장한 것이지 피의자신문시의 참여권을 인정한 것이라고 할 수 없을 뿐만 아니라, 검사의 피의자신문시에 변호인의 참여를 인정하지 않았다고 하여 변호인의 접견교통권이 침해하였다고 볼 수 없기 때문이다.

비교법적으로 살펴보면[240] 독일에서는 피의자는 검사의 출석요구에 응할 의무가 있지만 (제161조의 a 제1항), 공판절차에서와는 달리 수사절차에서 무기평등의 원칙이 적용될 것인가, 그리고 어느 범위까지 실현해야 하는가에 관하여는 아무런 기준을 제시할 수 없기 때문에 무기평등의 원칙을 수사기관에 의한 변호인의 피의자신문참여권의 인정근거로 하는 것은 타당하지 않다는 것이 그 이유였다.

그러나 수사절차에서도 공정한 절차의 원칙의 구체화로서 무기 평등의 원칙이 보장되어야 한다고 할 때 수사기관에 의한 피의자신문에 있어서 변호인의 참여는 무기평등의 원칙을 보장하기 위한 전제라고 보아야 한다. 또한 피의자신문이 수사기관에 의해 진행되고 있고 그 신문의 참여가 허용되어야 함이 타당하다고 하는 견해가 강력히 전개되었다. 이에 따라 독일에서는 1974. 12. 9 형사소송법 개정에 의하여 검사의 피의자신문에 변호인의 참여권을 인정하게 되었다(제163조의a 제3항), 제168조의 c제1항). 피의자신문에 참여한 변호인은 적극적으로 질문, 조언, 언급, 충고 등의 변호행위를 할 수 있다.

또한 독일에서는 피의자와 변호인에게는 검사의 피의자신문기일의 통지에 의하여 수사목적이 위태롭게 되지 않는 한 신문기일은 통지해야 한다.(제163조a 제3항, 제168조의 c제5항). 통지는 구두 또는 전화로 가능하다. 변호인에게는 신문기일의 연기를 청구하는 것은 인정되

238) 신동운, 앞의 책, 386쪽 ; 이돈희, 변호권, 대한변호사협회지, 1988. 5, 10-11쪽.

239) 주명수, 변호인접견교통권, 인권보고서(4집), 대한변호사협회, 1990, 328쪽 참조.

240) 신현진, 앞의 글, 106-107쪽 참조.

지 않는다. 형사절차의 지연을 그 이유로 한다. 다만 변호인이 신문기일의 연기로 인하여 구속목적이 위태롭게 되거나 수사가 지연된다는 결과가 발생하지 않을 것이라는 것을 확신하는 경우에는 그의 신문기일연기 청구에 의해서 신문기일을 연기할 수 있다. 이에 의해서만 변호인의 피의자 신문참여권이 효과적으로 보장될 수 있기 때문이다. 실무상으로는 변호인이 참여하지 않은 상태에서는 피의자는 진술거부권을 행사하여 신문에 응하지 않을 수도 있으므로 피의자의 진술을 얻기 위해서는 변호인의 참여권을 근거로 한 신문기일연기청구권을 인정하지 않는 것이 타당하다고 하는 것이 지배적 견해이다.[241]

나. 경찰의 피의자신문과 변호인의 참여권

(1) 미국

미국에서는 피의자의 권리보장은 경찰구금중의 피의자신문을 중심으로 하여 논의되어 왔음은 주지의 사실이다. 미국에서는 1964년의 Escobedo v. Illinois판결(378U.S.478)과 1966년의 Miranda v. Arizona판결(384U.S.436)에 의하여 경찰구금 및 신체의 자유가 박탈된 상태에서의 경찰신문중에는 변호인의 참여가 인정되어야 한다는 원칙이 확립되어 왔다. 1966년의 Miranda 판결에서 경찰의 구금중 피의자신문에 있어서의 피의자의 권리를 확립하기 전까지 연방대법원의 판례는 경찰구금중의 신문에 의하여 얻은 자백의 증거능력을 인정할 것인가에 관하여 많은 변화를 나타내고 있다.[242]

미국에서는 수사절차상 피의자의 변호권보장의 발전과정에 있어서 특기할 점은 수사절차 특히 경찰의 피의자신문에서의 변호권보장은 미국연방헌법 수정 제5조의 자기부죄거부특권의 하나로서 발전되어 왔다는 점이다. 원래 자기부죄거부특권은 영국에서 16세기와 17세기 초에 정치적·종교적 이단자에 대한 정부의 신문에 대한 반동의 일환으로서 인정되기 시작한 것이다. 그러나 이대가지의 자기부죄거부특권의 내용은 재판전 신문과 관련하여서는 다만 자기부죄를 강요하는 것을 금지하는 의미를 가졌을 뿐이었다. 즉 피의자는 재판전 신문에서 고문을 당해서는 안되며, 또한 질문에 대답할 필요가 없다는 정도의 의미였다. 따라서 재판전 신문에서 피의자가 답변을 한 경우에 그 진술은 재판에서 증거로 사용하는 것이 허용되었다. 미국 연방헌법은 영국의 common law를 그대로 받아들여 자기부죄금지의 권리를 common law

241) Kleinknecht/ Meyerm Straforozethordnung, 39. Aufl, Verlag C.H.Beck, 1989, 168c. Rn.20

242) 신현진, 앞의 글, 108-111쪽 참조.

의 범위 이상으로 확대하지 않았다. 미국에서도 19세기까지는 재판전 치안판사에 의한 피의자심문이 실무에서 중요한 법적인 문제로 제기되었을 뿐, 경찰에 있어서 피의자신문의 중요성은 관심의 대상이 되지 못하였다. 19세기에 이르러 경찰권한의 강화로 인하여 수사 및 조사기능이 경찰에게 부여되었으며, 피의자신문의 중심이 법원에서 경찰로 옮겨지게 되었다. 이때부터 경찰에 의한 피의자신문이라는 개념이 새로운 관점의 초점이 되기 시작하였다. 그리하여 미국 연방대법원은 1897년 Bram v. United States판결에서 강제 또는 강요에 의하여 얻은 자백, 즉 '임의성 없는 자백' 은 연방헌법 수정 제5조의 자기부죄거부특권을 침해한 것이라고 하였다. 그러나 경찰은 여전히 피의자신문의 중요성을 인식하지 못하고 있었다. 여기서 자백의 증거능력에 대한 판단기준을 제시할 필요성이 제기되었다. 자백에 있어서 소위 적법절차심사, 즉 임의성심사를 그 증거능력 판단기준으로 제시한 최초의 판결은 1936년 Brown v. Mississippi의 판결이었다. 동판결에서 잔인하게 구타당한 피의자로부터 얻은 자백은 사용될 수 없다고 판시하였다. 왜냐하면 피의자신문은 유죄입증을 위한 절차의 하나이며 따라서 연방헌법 수정 제14조의 적법절차원칙에 적합해야 하기 때문이다. 동시에 자백이 유일한 유죄의 증거라고 한다면 적법절차에 위반한 것이며 도한 그러한 자백이 재판에서 사용되었다고 한다면 그것은 헌법에 반한다는 것을 명확히 하였다. 동 판결은 이후 자백의 증거능력 여부를 판단하는데 있어서 연방대법원은 전체적인 상황을 심사하는 임의성기준을 이용하였다. 즉 연방헌법 수정 제14조의 적법절차원칙에 의한 임의성심사는 자백을 둘러싼 전체적인 상황에 대한 심사를 요구한다고 본 것이다. 한편 1940년 Chambers v. Florida판결에서는 비밀적인 직권절차적 수사방법의 위험성을 지적하면서, Brown판결의 자백에 근거한 유죄판결의 파기를 그대로 이어 나갔다. 임의성심사에 의한 자백의 배제는 1940년에 나온 3개의 판결에서 그 절정을 이루었으며, 동시에 미국형사절차는 직권주의 소송구조와 반대되는 당사자주의 소송구조임을 명확히 하였다. 이 점은 Malloy v. Hogan판결에서도 명확하게 제시되었을 뿐만 아니라, 수정 제5조는 그 본질적인 지주라고 하였다. 1951년 United States v. Carignan에서는 Bram 판결에 의하여 자백이 신뢰할만한가 또는 자백을 얻기 위하여 금지된 유인행위가 사용되었는가 하는 점보다는 오히려 자백이 사실상 자발적으로 행해졌는가 하는 문제가 자백의 허용성에 대한 판단기준으로 제시되었다. 즉 미국 연방대법원은 연방헌법 수정 제5조의 "누구든지 … 어떠한 형사사건에 있어서도 자기부죄의 증언이 되어서는 안 된다…"는 규정하에 자기부죄거부특권의 판단기준은 임의성 없는 자백인가에 달려 있다고 보았던 것이다. 강제 또는 강요에 의해서 얻은 자백 즉 임의성 없는 자백만이 연방헌법 수정 제5조의 자기부죄거부특권을 근거로 하여 재판에서 증거로 사용될 수 없다고 보았을 뿐이다. 여기서 임의성 있는 자백이

란 허용될 수 있거나 인용될 수 있는 방법에 의하여 획득한 자백을 의미하며, 임의성 없는 자백이란 경찰이 허용되지 않는 신문기술에 의해 얻은 자백을 뜻하였다.

그러나 이와 같은 연방헌법 수정 제14조의 적법절차에 의한 임의성심사는 경찰에게 필요한 대안을 제시하지 못하였다는데 그 한계가 있다는 것이 지적되었다. 나아가 적법절차기준은 사법심사의 효율성과 정당성에 반한다는 비판도 제기되었다. 즉 Brown판결과 연방헌법 수정 제14조의 적법절차원칙은 경찰이 자백을 유도하기 위하여 육체적인 구타를 행하지 못하도록 하였지만, 그럼에도 불구하고 경찰은 여전히 피의자의 자백을 끌어내기 위하여 계속 육체적인 구타를 하였을 뿐만 아니라, 보다 더 강압적인 방법을 교묘하게 사용하였다. 전체상황을 고려한다고 할 때 위와 같은 다양한 요인은 법원 및 경찰에 대하여 임의성심사의 기준을 제공해 주지 못했기 때문이다. 적법절차상의 임의성심사에 관한 전체상황에서는 예컨대 피의자의 연령, 지능, 교육정도, 전과 그리고 권리에 관한 고지를 받았는가, 접견교통권이 행해졌는가, 적절한 간격으로 식사가 제공되었는가 등을 고려대상으로 하였다. 그러나 이때가지만 하여도 연방대법원은 경찰의 피의자신문중의 여러 가지 권리 예컨대 묵비권, 변호인선임권 등과 관련하여 이들 권리들이 피의자에게 고려되지 않았다 하더라도 문제되지 않는다는 입장을 취하고 있었다. 나아가 연방대법원도 자백하는 피의자에게 변호인의 도움을 받을 권리를 인정하지 않았다. 그러는 가운데 명백히 헌법에 근거한 것이라고는 할 수 없지만 자백의 증거능력과 관련하여 미국 연방대법원에 의하여 발전한 원칙이 바로 McNabb - Mallory원칙이었다.[243] 동 판결은 피의자의 체포 이후 치안판사에게 지체없이 인치하여야 하는데도 불구하고 장시간의 구금을 하여 이 구금 동안에 얻은 자백에 대하여 증거배제를 요청한 사건에 관한 것이었다. 많은 자백이 이 원칙을 근거로 하여 증거가 배제되었다.[244] 결국 동 원칙은 외부와의 단절된 상태에서의 피의자신문은 경찰의 직권남용을 강조한 것이며, 신문을 허용하기 위한 지연은 그 자체가 위협적인 요소가 된다고 본 것이다.[245] 그 후 자백의 허용성에 관한 임의성 심사기준에 대한 대안을 모색하던 가운데 Crooker v. California판결과 5년 후인 1964년 Massiah v. United States판결 및 Escobedo v. Illinois판결에 의하여 변호인의 도움을 받을 권리가 자백의 증거능력에 관한 기준으로서 인정되기에 이른다.

결국 미국 연방대법원은 1966년 Miranda판결에서 개인이 구금되거나 또는 어떤 중요한 방법으로 당국에 의하여 자유가 박탈되어 신문을 받는 경우에는 연방헌법 수정 제5조의 자기부

---

243) McNabb-Malloy원칙에 관한 자세한 내용은, 신현진, 앞의 글, 111쪽.

244) 신동운, 미국법상 인신구속의 법리에 관한 일고찰, 형사법연구, 제6호, 1993, 256쪽.

245) 차용석, 형사증거법, 한국사법행정학회, 1988, 240쪽.

죄거부특권이 침해받는다고 보기에 이르렀다. 동 판결은 구금 중 신문동안에 피의자가 변호인의 도움이 없는 경우에는 경찰신문중에 내재하는 강요를 일소하는데 적절한 보호장치가 사용되었다고 보기 어려우며 따라서 경찰의 구금 중 피의자신문에 의해 획득된 모든 자백의 사용을 금지한다고 본 데에 그 의의가 있다고 볼 수 있다.

(2) 독일

독일에서도 피의자가 체포된 이후 구속법관에게 인치되기 전에 경찰에 의하여 신문이 행해진다. 그러나 독일 형사소송법에 있어서 변호인에게는 법관 및 검사의 피의자신문에 대한 참여권이 인정되고 있으나(제168조의c, 제168조의d 그리고 제163조의a 제3항), 경찰의 피의자신문에의 참여권이 인정되는가에 관하여는 견해가 대립되고 있다.[246] 독일의 통설은 원칙적으로 경찰의 피의자신문에 대한 변호인의 참여권을 인정하지 않는다. 변호인의 피의자신문참여권에 대한 반대의 논거는 첫째, 경찰에서의 피의자신문에 변호인의 참여권을 인정할 때에는 법치국가에 있어서 기능적이고 효과적인 형사사법을 보장하기 어렵다는 점에 있다. 즉 변호인의 참여권에 의하여 국가의 안전보장이라고 하는 이익이 침해될 우려가 있다는 것이다. 피의자신문에 변호인이 참여하지 않았다고 하여 증거조사를 허용하지 않는다면 수사의 목적에 대한 중대한 침해가 발생될 수 있다. 뿐만 아니라 변호인이 피의자의 모든 신문에 참여권을 인정하게 되면 수사에 의한 실체진실의 발견이라고 하는 이념은 위협받지 않을 수 없게 될 것이라고 한다. 다시 말하면 변호인에게 경찰의 피의자신문참여권을 인정하게 되면 피의자가 자백을 하지 않을 뿐만 아니라, 이로써 사건 해명을 위한 수사진행이 상당히 방해를 받게 될 수 있다는 점을 그 이유로 들고 있다. 둘째, 수사절차는 수사기관과 피의자 사이의 대항적 관계라고 볼 수 없고 오히려 수사절차는 수사기관과 피의자 사이의 대항적 관계라고 볼 수 없고 오히려 수사절차는 그 본질상 밀행성의 원칙이 지배되고 있을 뿐만 아니라 변호인과의 접견에 의하여 피의자신문이 방해되어서는 안 된다고 하는 점에서 보아 경찰의 피의자신문에 변호인이 참여하는 것은 타당하지 않다고 한다. 기본적으로 수사절차가 비밀로 행해지지 않거나 수사기관이 변호인에 비하여 정보를 우월적으로 지배·관리하지 않는다면 효과적인 범죄투쟁이 불가능할 것이라고 보기 때문이다. 셋째, 경찰의 수사행위는 사법적 통제를 가장 덜 받는 영역임을 이유로 변호인의 참여가 필요하지 않다고 한다. 그러나 이에 대하여는 객관의무를 부담하고 있는 검사에게 변호인의 참여권을 인정하고 있는 것에 비추어 타당하지 않다는 비판을 받고 있다. 그러나 현재 수사절차의 밀행성의 원칙이라던가, 검사의 정보소유

246) 신현진, 앞의 글, 112-114쪽 참고.

의 우월성 등을 이유로 경찰의 피의자신문에 변호인의 참여를 반대하는 견해는 찾아보기 어렵다. 이에 반하여 독일에서도 경찰의 피의자신문에 대하여 변호인의 참여권이 인정된다고 해석하는 견해도 있다. 즉 변호인은 형사절차의 전단계에서 변호인의 도움을 받을 권리가 있다고 한 독일 형소법 제137조의 변호인의 도움을 받을 권리에 근거한다고 보는 견해, 그리고 경찰신문개시 전에 경찰이 피의자에게 진술거부권, 변호인 선임권 등의 권리를 고지하도록 한 형소법 제136조 제1항에 근거한다고 보는 견해가 그것이다. 그러나 이에 대하여는 독일 형소법 제161조a와 제163조의 a, 제168조의 c 그리고 제168조의 d는 변호인의 참여권과 관련된 특별한 규정이므로 그러한 일반 규정에서 그 근거를 구하는 것은 타당하지 않다는 비판이 제기되고 있다. 또한 독일 형소법 제136조 제1항은 피의자신문에 앞서 피의자에게 변호인이 질문할 수 있는 권리를 규정하고 있는 조항일 뿐이며, 따라서 이를 변호인에게 경찰의 피의자신문에의 참여권을 인정할 법적 근거로 볼 수 없다고 한다. 이에 대하여 수사절차에서의 무기평등의 원칙 및 공정한 절차의 원칙에 비추어 변호인에게 경찰의 피의자신문에 참여를 인정할 수 있다고 하는 견해도 있다. 독일 연방헌법재판소의 판례 또한 공정한절차 원칙으로부터 법관 또는 기타 다른 사람의 신문에 있어서 변호인의 참여권을 인정하고 있다. 경찰의 피의자신문에 변호인의 참여를 인정하는 또 다른 견해는 독일 형사소송법상 피의자는 경찰에 출두할 의무는 없으므로 피의자신문에 응하여 진술을 할 것인가 하는 문제는 변호인의 참여가 허용되느냐 하는 문제에 달려 있다고 한다. 왜냐하면 실무상으로 경찰의 피의자신문에 있어서 피의자가 변호인이 참여하지 않은 상태에서는 진술을 하지 않겠다고 함으로써 변호인의 참여를 강제하는 방법으로 될 수 있기 때문이다. 이에 따라 원칙적으로 경찰의 피의자신문에 변호인의 참여는 인정되지 않지만 특히 피의자가 변호인이 참여한 경우에 한하여 진술을 하겠다는 의사표시를 명백히 한 경우에는 변호인을 참여할 수 있도록 하는 것이 타당하다고 한다. 피의자신문에 변호인의 참여를 허용할 것인가 여부는 경찰이 결정할 권한을 가지고 있기 때문이다. 신문에 참여한 변호인은 피의자에게 질문을 하거나 정보를 알려줄 권한이 있음은 물론이다.

3. 입법론

수사기관의 피의자신문(특히 구속피의자)에 변호인의 인권을 인정하는 것이 과연 타당한가에 대하여는 견해가 대립되고 있다. 수사기관의 피의자신문에 변호인의 참여를 반대하는 견

해는 수사단계에서의 자백을 받아내기 어려워진다는 점을 이유로 들고 있다.[247] 또한 현행법상 구속 기간 중 경찰구속이 10일, 검찰구속이 10일 내지 20일로 제한되어 있는 상황에서 변호인이 이 기간동안에 계속 입회하는 것은 현실적으로 곤란하다고 한다. 뿐만 아니라 현행법의 규정으로 미루어 보아 수사비밀을 유지할 필요가 있다는 점과 형사소송법 제243조가 피의자신문의 참여자를 고려할 때에도 피의자신문에 변호인의 참여를 허용하지 않아야 한다고 하고 있다.[248] 피의자 신문에 변호인의 참여권을 인정하는 것은 수사절차의 특성을 고려하여 신중하게 결정하여야 한다고 하는 견해도 동일한 견해이다.[249] 이에 반하여 참여권을 인정해야 한다는 견해로는 형사 소송법이 피의자의 신문에 참여할 변호인이 조서기재의 정확성에 대한 이의를 진술할 수 있도록 (형소법 제48조 제5항) 한 규정을 근거로 현행법상으로도 수사기관의 피의자신문에 있어서 변호인의 참여권은 당연히 예정되어 있을 뿐만 아니라[250] 특히 현행 형사소송법이 변호인의 도움을 받을 권리를 최대한 보장하기 위하여 변호인 선임권 및 변호인의 접견교통권에 아무런 제한을 가하고 있지 않은 점에 비추어 피의자신문시에 변호인의 참여권이 당연히 인정되고 있다고 하는 견해[251]와 변호인의 참여권이 현행법상으로는 인정되지 않지만 피의자신문에 변호인참여권을 명문으로 보장하거나 아니면 적어도 변호인접견교통권의 연장으로 신문을 받기 전에 피의자가 변호인과 신문 대처방안에 대해 협의할 수 있는 기회를 보장하여야 한다는 견해[252]가 있다.

생각건대 수사기관의 수사활동 중 특히 증거확보를 위한 피의자신문단계에서 공정한 절차를 보장하기 위한 제도적 장치를 마련하는 것은 시급하다고 하지 않을 수 없다. 여기서 수사기관의 피의자신문에 대하여 변호인의 참여권을 명문으로 입법화하여 해석상 논란의 여지를 없애는 것이 가장 바람직하다고 하지 않을 수 없다.[253] 그 이유는 첫째, 변호인의 신문참여권은 피의자의 보호를 위해서 중요한 의미를 가지는 권리이다. 즉 변호인의 피의자신문참여권은 피의자가 수사절차에서 단순한 객체가 되어서는 안되며 무기평등의 원칙에 따른 피의자의 소송상의 주체적 지위를 보장하기 위한 중요한 권리라고 해야 한다. 둘째, 변호인이 수사기

247) 백형구, 수사단계에서의 변호활동, 30쪽 참조.

248) 수사기관의 피의자신문에 변호인의 참여를 반대하는 견해의 내용에 관하여는 신동운, 앞의 책, 143쪽 참조.

249) 김희옥, 앞의 책, 105쪽.

250) 신동운, 앞의 책, 143쪽.

251) 신동운, 앞의 책, 144쪽.

252) 배종대・이상돈, 앞의 책, 214쪽.

253) 백형구, 피의자신문과 변호인의 참여권, 사법행정, 1986. 2, 권두언 ; 현대 수사법의 기본문제, 141쪽.

관의 수사행위에 참여할 수 있다면, 이로써 변호인은 수사기관의 수사활동에 대하여 직접적인 통제가능성을 갖게 된다. 비공개적인 수사절차는 피의자 인권을 침해할 가능성이 높기 때문이다. 셋째, 수사기관의 피의자 신문에 있어서 변호인의 참여권은 피의자의 인권보장 및 피의자자백조서의 내용적 진정성립과 피의자 자백의 신빙성을 담보하기 위한 중요한 방어책이 된다고 할 수 있다.[254] 수사기관에 의한 피의자신문에 있어서 변호인의 도움을 받지 못한 피의자는 거짓 자백으로 더욱 불리한 상황에 놓이게 된다. 특히 현행법상 장기간의 구속기간(경찰10일, 검찰의 경우 최장 20일)에 비추어 수사기관에 의하여 구속중인 피의자에게 변호권을 보장하는 것은 피의자에 대한 인권침해의 가능성을 미연에 방지할 수 있게 할 뿐만 아니라, 오히려 실체진실의 반결에 도움이 된다고 하겠다. 이런 의미에서 변호인이 피의자신문에 참여하는 것은 수사절차에서 피의자의 인권을 근본적으로 보장할 수 있는 가장 현실적인 방법이다. 따라서 입법론적인 측면에서 수사기관에 의한 피의자신문의 중요성에 비추어 변호인에게 참여권을 인정해야 하는 것은 당연하다고 할 수 있다.[255] 수사기관의 피의자신문 중 먼저 검사의 피의자신문 대하여 변호인의 참여권을 인정하는 것은 피의자의 인권보장과 검사가 만든 자백조서의 내용적 성립의 진정은 물론 신빙성을 담보로 하는 보장책으로 필요하다고 하지 않을 수 없다.[256] 그러나 수사기관의 피의자신문에 변호인의 참여권을 인정한다고 할 때 검사의 피의자 신문뿐만 아니라 경찰의 피의자 신문단계에 까지 이를 확대할 것인가에 대하여는 심각한 견해의 대립이 있다. 경찰의 피의자신문의 경우에 피의자의 경찰자백은 그 피의자가 공판절차에서 진술내용을 부인하면 그 자백의 임의성, 신빙성 유무를 불문하고 증거능력이 인정되지 아니하고(제312조 제2항), 따라서 경찰의 불법·부당한 신문에 대한 법적 규제가 가능한 이상 사법경찰관리의 피의자신문에 대해서까지 변호인의 참여권을 인정할 것이냐에 대하여 의문을 제기하는 견해가 있다.[257] 또한 현행 형사소송법상 원칙적으로 수사지휘권은 있지만, 수사실무상 피의자에 대한 신문은 주로 경찰에 의하여 이루어지고 있는 현실에서, 경찰의 피의자 신문에 변호인의 참여를 인정하면 피의자에게 좋지 않은 영향을 미치거나 또는 중요한 증거자료를 멸실시킨다는 점도 부정설의 논거 가운데 하나이다. 결국 이들 비판의 핵심을 피의자신문에 변호인의 참여를 인정하게 되면 자백이 현저하게 줄어들 뿐만 아니라, 변호인이 참여한 상태에 있는 신문중인 피의자는 경찰의 질문에 대하여 이의를 제기하는 경

254) 백형구, 위의 글, 7쪽.

255) 김일수, 현행변호인제도의 문제점, 대한변호사협회지, 1985. 11. 12, 37쪽; 강구진, 앞의 책, 143쪽 ; 백형구, 수사단계에서의 변호활동, 29쪽.

256) 백형구, 앞의 글, 7쪽.

257) 백형구, 수사단계에의 변호활동, 30쪽.

우가 빈번하게 되어 수사기관의 수사활동의 합목적성을 침해하기 때문이라고 한다. 결국 경찰의 피의자 신문에 대하여 변호인의 참여권을 반대하는 입장은 수사기관의 이익이 피의자의 인권보호에 우월하다고 보는데 근거한다고 볼 수 있다. 그러나 현실적으로 재판이 기록에 근거하여 행해지고 있고 그중 경찰의 피의자 신문조서는 유죄심증의 형성에 중요한 자료로 사용되고 있으며, 따라서 경찰의 피의자신문에 변호인의 참여를 부정하는 것은 피의자인권보호라는 점에서 타당하지 않다고 해야 한다.

수사절차에서 피의자신문에 변호인의 참여권을 인정할 것인가 하는 문제는 변호인이 그의 기능을 효과적으로 행사하기 위해서 형사절차의 초기단계에서부터 변호인이 참여해야 하지 않는가 하는 점과 밀접한 관련이 있다.[258] 피의자신문을 이후의 형사절차의 진행 및 결과에 중요한 영향을 미치며 피의자신문에서 수사진행방향이 설정되고, 공판에서 피고인의 유죄입증을 위한 자료가 수집된다. 여기서 경찰에 의한 피의자신문에 참여권을 인정할 때에 헌법이 보장하고 있는 피의자의 방어권이 실질적으로 보장될 수 있고 궁극적으로는 적법절차의 원칙에 충실한 절차가 행해진다고 할 수 있으며, 헌법 제 12조 제7항에 따라서 불법한 경찰의 수사활동에 의하여 피의자가 자백하는 기회가 차단될 수 있으며, 변호인의 입장에서도 보면 변호인이 피의자신문에 참여함으로써 수사기관의 수사 권남용 여부에 대한 통제가 가능하게 된다고 할 수 있다.[259] 피의자신문에 변호인의 참여권을 인정하면 피의자신문절차가 복잡해지고 피의자로부터 자백을 받아내기 더욱 어려워질 것이라고 우려하는 것은 수사편의 주의적인 견해에 지나지 않는다고 생각된다. 그리고 경찰에서의 자백은 일정한 경우에(제312조 제2항) 공판에서 증거능력이 부정된다고 하지만, 경찰에서 자백한 피고인은 공판정에서 부인하는 경우에도 범죄의 혐의를 벗는데 큰 어려움이 뒤따른다는 것은 주지의 사실이다. 현재 이 경우에도 공판에서 유죄의 증거로 이용되고 있음은 주지의 사실이다. 따라서 비록 수사기관의 피의자신문에 변호인의 참여권을 인정함으로써 수사에 지장을 초래한다고 해도 수사의 민주화 피의자신문에 있어서의 적법절차의 보장을 위해서는 불가피한 일이라고 하지 않을 수 없다.[260] 다만 일정한 경우에 특히 수사의 목적을 방해할 경우에는 변호인의 피의자신문참여를 제한할 수 있다고 규정하는 것이 타당할 것이다. 수사절차는 공판에서의 준비과정이며, 이런

258) J.Wolter, Strafverfahrensrecht und Strafprozethreform, GA, 1985, S. 84ff.

259) 수사기관의 피의자신문에 있어서 변호인의 참여권을 인정하는 근거에 관한 상세한 연구는 백형구, 앞의 글, 29~30쪽.

260) 변호인에게 경찰의 피의자심문에 참여할 수 잇도록 인정한다고 할지라도 실제적인측면에서 문제가 없는 것은 아니다. 즉 변호인은 경찰의 수사활동에 참여할 시간이 충분하지 못할 뿐만 아니라, 재정적으로도 불충분하다. 따라서 변호인은 각 개별적인 사건에 따라 절차의 중요성과 구체적인 조사결과에 따라서 그 참여여부를 결정할 수밖에 없다.

의미에서 효과적인 형사소추의 요건인수사의 목적도 보호되어야 하기 때문이다.[261]

가. 변호인의 피의자신문참여권과 통지의무

변호인의 피의자신문참여권과 관련하여 수사기관에게 신문기일을 변호인에게 통지할 의무가 있는가 하는 점이 문제된다. 독일의 경우에는 법관의 피의자심문만 아니라(제168조의 c 제1항), 검사의 피의자신문에 있어서도 변호인에게 신문기일을 통지하도록 하고 있다(제163조의 c 제3항 제2문). 변호인에게 피의자신문참여권을 통지하도록 하는 것은 이에 의하여 신문이 있음을 알 수 있도록 할 뿐만 아니라, 신문참여권을 실질적으로 행할 수 있도록 하기 위한 것이다. 동시에 피의자신문참여권에 대하여 통지의무를 인정하는 것은 변호인의 권리를 보장·강화하는데 기여한다. 변호인의 피의자신문참여권과 신문기일의 통지는 서로 상응한다(제168조의 c 제1문, 제168조의 d 제1항). 신문기일은 피의자와 변호인에게 각각 통지된다. 변호인이 신문기일에 대하여 통지받지 못한 경우에도 신문에 참여할 수 있다. 제168조의 c 제3항에 따라서 변호인의 참여가 배제되지 않는다. 그러나 피의자신문기일의 통지의무는 물론 제168조의 c 제5항 제2문에 의해 제한된다. 즉 통지가 수사의 결과를 위태롭게 할 경우에는 이를 하지 않을 수 있다 (제168조의 c 제5항 제2문). 여기서 수사의 결과란 획득된 질술 등을 의미한다. 언제 수사의 결과가 위태로운가 하는 것은 일반적으로 말할 수 없고 개별적인 상황에 따라 평가되어야 한다. 이런 의미에서 신문기일의 통지는 변호인의 참여권에 대한 사실상의 제한으로서의 의미도 갖는다. 이에 대하여 수사기관은 수사의 성질상 우월적인 지위를 가질 수 밖에 없으며, 이런 점에서 수사활동이 피의자의 변호권 보장과 심각한 갈등관계에 빠지는 것은 부정할 수 없지만, 수사결과가 위태로운 경우에는 변호인의 피의자신문참여권을 제한하거나 배제하는 것으로 이 문제를 해결하는 것은 타당하지 않다고 하는 비판적 견해도 있다.[262] 미국의 경우에는 Miranda판례 이후에 경찰구금 중 피의자신문에 있어서 변호인의 도움을 받을 권리를 인정하고 있다. 이에 의하면 구금 중 피의자가 변호인의 도움을 받을 권리를 인정하고 있다. 이에 의하면 구금 중 피의자가 변호인의 도움을 받을 권리를 포기하지 않는 한 피의자를 신문할 수 없다. 따라서 경찰 구금중 피의자신문에 있어서 피의자의 변호인의 도움을 받을 권리의 핵심적인 내용은 변호인의 참여권을 보장하는 것이다. 그 이후에 1981년 Edward v. Arizona판결[263]에서는 경찰이 피의자의 변호인의 도움을 받을 권리를 포기

261) G. Ernesti, Grenzen anwaltlicher Interrenvertretungim Ermittlungsverfahren, JR, 1982, S. 224

262) 신현진, 앞의 글, 120쪽.

하도록 유도해서는 안 된다고 판시하였다. 동시에 피의자가 구금중 신문에서 변호인의 조력을 받을 권리를 요청하였을 때에는 비록 경찰의 계속되는 신문에 응하였다는 사실만으로 변호인의 도움을 받을 권리를 포기한 것으로 인정되지 않는다고 하였다. 이로써 피의자가 변호인을 통해서만 경찰신문에 응하겠다는 명백한 의사를 표시한 경우에는 피의가가 그 스스로 먼저 경찰과의 대화 및 의견진술을 시작하지 않는 한 변호인이 도움을 줄 때까지 수사기관에 의해 계속되는 신문에 응할 필요가 없게 되었다. 미국 연방대법원은 경찰구금 중의 피의자신문에 있어서 피의자가 변호인의 도움을 요청하였는가의 여부를 변호권 포기의 중요한 판단요인으로 보았다. 이와 같은 미국 연방대법원의 입장은 이후 Arizona c. Roberson판결과 Minnick v. Mississippi 판결에서 더욱 그 적용 범위가 확대·구체화되었다. Roberson판결에서 연방대법원은 피의자가 변호인의 도움을 받을 권리를 요청한 후의 피의자신문금지가 경찰이 최초의 신문과 상관없는 범죄에 대하여 피의자를 신문하려고 할 때 적용되었는지를 심사하였다. 이 판결에서는 외관상 자발적인 진술이라고 할지라도 그 진술이 구금 중 강요된 신문에 의하여 행해질 위험성이 있음을 인정하고, 이러한 위험을 방지하기 위해서 피의자에 의한 변호인의 도움요청을 신문계속여부의 판단기준으로 보았던 것이다. 한편 Minnick판결에서는 일단 피의자가 변호인을 요청한 이후에는 피의자는 변호인의 도움을 받기까지는 이후의 경찰의 신문에 응할 필요가 없다고 하였다. 따라서 변호인이 참여하지 않은 상태에서 신문을 재개하는 것은 금지된다. 결국 미국에서는 피의자가 변호인의 참여를 요청한 경우에 경찰에게 변호인의 신문참여에 관한 통지의무는 인정되지 않는다고 하겠다.

생각건대 변호인에게 피의자신문참여권을 통지하도록 하는 것은 이에 대하여 신문이 있음을 알 수 있도록 할 뿐만 아니라, 신문참여권을 행사할 수 있도록 하기 위한 것이다. 또한 수사기관에 견주어 열등한 지위에 있는 피의자(특히, 구속피의자)의 권리를 보장하기 위한 권리를 강화하는데 기여한다.[264] 따라서 수사기관(검사와 사법경찰관)에게 신문기일을 변호인에게 통지할 의무가 있는 것으로 규정함이 타당하다.

나. 피의자신문참여권의 침해와 증거능력문제

피의자가 변호인의 도움을 요청했음에도 불구하고 피의자신문에 대한 참여권이 있는 변호인의 참여가 배제된 경우에 구제방법이 무엇인가 하는 점이 문제된다. 이미 미국의 경우에는

263) 신현진, 위의 글, 121쪽.

264) 수사절차에서의 보장적 과제의 중요성에 대하여는 배종대·이상돈, 앞의 책, 217-218쪽 참조.

Escobedo판결에서 피의자와 변호인과의 접견이 거부된 채 경찰의 피의자신문에서 얻은 진술에 대하여 그의 증거능력을 부정하였다. 수사절차에서 변호권이 침해된 채 얻은 증거는 공판에서 더 이상 보호될 수 없다는 것을 근거로 한다. 현행범이 피의자에게 변호인의 도움을 받을 권리를 인정하는 것은 피의자에게 효과적인 변호권이 보장되어야 한다는 의미일 것이다. 이런 점에서 변호권을 침해하여 얻은 증거가 다시 공판에서 실체진실을 위한 자료로서 사용될 때 현행범의 변호인의 도움을 받을 권리는 새로이 침해된다고 보아야 한다.

따라서 입법안으로서 피의자가 변호인의 도움을 요청했음에도 불구하고 피의자신문에 대한 참여권이 있는 변호인의 참여가 배제된 상태에서 얻은 피의자 진술은 공판에서 증거능력을 배제하여야 한다고 본다. 그 이유는 변호인의 피의자신문참여권은 접견교통권과 함께 헌법상의 피의자의 변호인의 도움을 받을 권리의 중요한 내용으로서 그의 인권보장을 위한 핵심적인 권리라고 할 수 있기 때문이다.

제4절 체포·구속적부심사제도의 문제점과 개선방안

1. 적부심사의 청구

가. 피고인에 대한 청구권 인정

현행제도는 피의자에게만 청구권을 인정하고 피고인에게는 이를 인정하지 않고 있다. 그 근거로 기소후에는 형사소송법 제93조에 의한 보석제도를 이용할 수 있으므로 인정할 필요가 없다는 점과 불법구속이 명백한 경우에는 대부분 기소전에 적부심을 청구할 수 있으므로 사실상 인정할 필요가 적은 점 등이 있다.

그러나 구속취소의 청구와 보석제도는 구속적부심사의 경우와 같이 지체없이 피체포자와 피구속자를 신문하여야 할 의무를 지지 않는 점에서 서로 다른 것이다. 또한 구속취소청구에 있어서 법원은 이에 대한 결정을 오랫동안 보류할 수 있고 심사없이 기각할 수도 있고 보석에 있어서도 실무상 적어도 제1회 변론기일을 거친 후까지도 보류할 수가 있다. 또한 보석은

반드시 출석을 보증할 만한 보석금액을 납입하여야 하므로 그 금액이 적을지라도 피고인에 따라서는 납입이 불가능한 경우가 있을 것이다. 따라서 인권보장의 점에서나 헌법규정의 '누구든지'라는 정신에 충실하기 위해서 그리고 피고인도 불법구속으로부터 석방될 권리가 있고 종래의 비난의 대상이 되어 왔던 검사의 전격기소가 문제될 수 없도록 사전 방지되는 점을 고려할 때 피고인에게도 적부심사청구권을 이정함이 타당하다고 하겠다.[265] 외국의 입법례를 보더라도 영·미의 인신보호영장, 독일·프랑스의 구속심사제도, 일본의 구류이유개시제도가 모두 피고인에게 청구권을 인정하고 있다.

문제는 기소후 언제까지 적부심사를 청구할 수 있을 것인가 하는 것인데 이에 대해서는 제1회 공판기일 전에 청구하도록 제한하는 것이 좋을 것이다. 그 이유는 공판이 시작된 이상 신문한 것이 되므로 구속의 적부에 대한 판단이 설 수 있다. 따라서 구속이 부적법하면 판사는 지권으로 구속취소의 결정을 하여야 할 것이다.[266]

나. 변호인의 선임에 대한 문제점

현행제도는 피의자의 가족·동거인 또는 고용주에게도 청구권은 인정하였으나 이들에게 변호인선임권은 인정하고 있지 아니한 운용상의 문제점을 남겨 놓고 있다.[267]

헌법에서는 "누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다"라고 명시하고 있다. 그러나 그런 헌법조항을 구체화하는 조항이 형소법에 빠져있다는 것은 입법의 불비로서 실로 유감스러운 일일 것이다. 이에 구체적인 방안으로는 일본의 인신보호법규정과 같이 변호사강제주의를 채택하여 적부심사의 청구는 원칙적으로 대행하도록 하여 변호사를 심사에 적극적으로 참여시키는 방법과 현행 법원의 직권으로 선임하는 국선변호인을 피구속자나 청구인이 요구할 수 있도록 이들에게 변호인선임권을 인정하는 방법을 들 수 있다.

---

265) 배종대·이상돈, 앞의 책, 258쪽.

266) 안명기, 영장제도 및 구속적부심사제도에 관한 형소법규정의 문제점, 사법행정, 1971. 6, 24쪽 아래.

267) 백형구, 구속적부심사제도에 관한 고찰, 대한변호사협회지, 1981. 2, 11쪽은 피의자의 가족, 동거인, 고용주에게도 변호인 선임권을 인정해야 청구권의 실효를 거둘 수 있다고 한다.

2. 법원의 결정

가. 석방결정과 공소제기와의 관계

공소가 제기되면 피의자는 피고인이 되어 그 신병이 검찰로부터 법원으로 관할권이 이양되어 피고인은 구속적부심사를 청구할 수 없게 되어 있다. 이의 편법으로 검사가 적부심사결정을 기다리지 않고 서둘러서 전격기소를 하는 경우 논란의 대상이 되어 왔다.

전격기소를 옹호하려는 견해는 검사의 소송권에 대한 제약이 된다는 점, 피의자의 신속한 재판을 받지 못할 불이익이 있을 수 없다는 점[268] 및 기소후 보석이나 구속집행정지 신청의 구제방법이 있어 적부심사가 불필요하다는[269]점을 내세운다. 그러나 공소제기에 의하여 법원의 석방결정의 효력을 상실한다면 검사는 소위 전격시고에 의하여 피구속자의 적부심사청구를 무용지물로 만들 수 있으며, 이렇게 되면 적부심사청구는 그 기능이 크게 저하될 것이다.

따라서 구속적부심사제도의 기능을 발휘하게 하고 전격기소를 방지하기 위한 해결방안들이 몇 가지 제시되고 있다. 첫째로 구속의 적부여부의 심사를 청구 받은 법원은 그 이유를 담당검사에게 통지하여야 하며 검사는 구속기간 만 3일까지 이에 대한 법원의 결정이 있기 전에는 전격기소를 하지 못하게 하자는 견해,[270] 둘째로 수소법원에 대한 보석청구 또는 구속취소청구로 의제하여 검사의 공소제기를 인정하자는 견해,[271] 셋째로 법원의 석방결정은 공소제기에 의하여 영향을 받지 아니한다는 규정을 두자는 견해[272]등이 있다.

생각건대 전격기소에 대해서 적부심사제도의 상실을 방지하기 위하여 법원의 석방결정은 공소제기에 영향을 받지 않는다는 규정을 두자는 견해가 타당하다고 생각된다. 외국의 대부분의 입법례도 피고인까지 적용되고 있고, 우리 형사소송법에도 피고인에게까지 적부심사청구권을 인정한다면 전격기소의 문제는 근본적인 해결이 될 수 있을 것이다. 나아가 적부심사의

---

268) 법률실무연구발표회, 대한변호사협회지, 1980. 12, 59쪽.

269) 구속적부심사의 문제점, 사법행정, 1968. 1; 허형구 검사는"기소 후에는 보석 및 구속집행정지의 신청을 할 수 있으므로 그것을 가지고인권이 침해되었다고는 볼 수 없다"고 한다.

270) 염정철, 대한변호사협회가 건의한 형사소송법개정안의 문제점, 사법행정, 1972. 3, 68쪽.

271) 이용훈, 구속적부심사제도의 문제점, 12쪽 아래.

272) 정영석, 형사소송법, 법문사, 1985, 152쪽.

신청이 들어오면 지체없이 심사할 수 있는 제도적 배경 또는 검사로서는 전격기소의 문제를 신중히 생각하는 자세가 어떤 제도적 장치보다 바람직한 결과를 가져올 것으로 생각된다.

나. 심사기간의 구속기간 불산입

형사소송법 제214조의2 제12항은 체포·구속적부심사청구에서 검찰청에 반환된 때까지 소요된 기간을 구속기간에 산입하지 아니한다고 규정하고 있다. 그 취지는 심사청구권의 남용방지와 수사지장의 배제에 있는 듯하나,[273] 우리 현행 구속영장제도가 외국의 제도와 달리 구속 전후에 반드시 피구속자를 법관 면전에서 그 심사를 받게 하는 것이 아니고 수사기관의 증명자료에 의하여 심사할 수 있는 제도하에서는 오히려 구속된 자는 누구든지 그 청구권을 행사함이 바람직하고,[274] 수사실무상 적부심사기간 중에 증명자료인 수사기록과 증거물이 심사법관의 수중에 있다고 하여 수사가 중단되어야 할 필요가 없으며, 우리나라 수사기관에서의 구속기간이 외국의 제도에 비추어 유례없이 장기간인데 그나마 이 기간을 연장한다는 것은 국민의 헌법적 권리인 청구권의 행사를 무시하고 수사의 편의에만 치중하고 또한 법원의 처분에 대한 불이익을 그 피구속자에게 귀착시키는 결과로 야기시키는 점을 미루어 이 규정은 삭제되어야 함이 타당하다.[275]

다. 쌍방항고의 금지

적부심사결정에 대하여 청구인과 검사 쌍방의 항고권을 인정하지 아니하는 현행법에 대하여 적부심사자체가 구속영장에 대한 항고심적 성격을 가지고 있고,[276] 적부심사는 수사기간 중 구속의 적부여부를 심사하는 제도이며 특히 단독지원에서 심사결정한 경우 심사결정한 법원과 항고법원과의 거리관계로 인한 기록송부·피의자호송의 불편·수사기간의 장기화 등을 고려할 때 우리의 현실성에 비추어 타당하다는 견해[277]가 있다. 그러나 근대 형사절차법의

---

273) 정영석, 앞의 책, 252쪽.

274) 형사소송법개정에 대한 건의, 대한변호사협회지, 1980. 12, 107쪽.

275) 신동운, 앞의 책, 218쪽; 이재상, 앞의 책, 256쪽; 피고인의 이익과 수사의 연속적 효율성을 고려할 때 구속기간산입여부를 법원에서 결정하도록 하는 것도 생각해 볼 수 있는 방안이라 지적하는 견해가 있다. 배종대·이상돈, 앞의 책, 259쪽 참조.

276) 정영석, 앞의 책, 265쪽.

277) 백형구, 앞의 글, 14쪽.

기본이념이 국가형벌권의 실현에 앞서 피의자의 인권보장이 우선되어야 한다는 이상 피의자에게 항고권을 인정해서 구제의 길을 확장시켜 줌이 합당하다는 견해가 있으며,[278] 항고불허는 하급법원의 독선적인 적부심사청구권을 최대한 보장한다는 관점에서 폐지되어야 한다는 견해 등이 주장되고 있다.[279]

생각건대 외국의 입법례[280]를 보더라도 항고를 인정하고 있고 우리의 경우 사법자원의 실절이나 적부심사의 항고심적 성격을 고려할 때 쌍방항고의 인정에는 다소 무리가 있겠으나 검사에 비하여 피의자의 지위가 현저히 낮고 인권보장이 법현실의 궁극적인 목적임을 전제할 때 피의자의 항고권만을 인정하는 것이 타당하다고 생각된다.[281]

제5절 기소전 보석제도의 문제점과 개선방안

1. 피의자 보석의 적극적 활용

구속된 피의자가 석방될 수 있는 기회를 확대하기 위하여 개정된 현행 형사소송법은 수사절차상의 보석제도 이른바 기소전 보석제도를 도입하였다. 다만, 개정된 현행법은 법원이 체포·구속적부심사절차에서 체포·구속된 피의자를 보증금의 납부를 조건으로 석방할 수 있게 하도록 하였고, 피의자에 대한 별도의 보석청구권은 인정되지 않는다는 것에 그 특징이 있다.

따라서 이 제도를 운영함에 있어 제일 중요한 것은 피의자의 방어권을 보장하기 위하여 석방기회를 확대하도록 하는 것이다. 종전과 같이 체포·구속적부심사절차에서 아무런 조건없이 석방하거나 기각결정을 하는 것 이외에 보증금의 납입을 조건으로 피의자를 석방하는 절차가 마련되었으므로, 이를 심리하는 판사로서도 피의자에 대한 보석사유가 존재하지 않는 현행 형사소성법에서 직권으로 무조건 석방 또는 보증금납입조건부 석방 등에 대한 적정성 여

278) 권영성, 신헌법과 신체의 자유, 고시연구, 1981. 1, 112쪽.

279) 배종대·이상돈, 앞의 책, 259쪽.

280) 일본 인신보호영장은 판결에 대하여 3일내 상소할 수 있도록 되어있고(제21조), 기타 영국·미국·독일·프랑스 등은 모두 쌍방항고를 인정하고 있다.

281) 김창홍, 구속적부심사제도에 관한 소고, 검찰, 1971. 6, 1쪽 참조.

부를 적극적으로 심리하여 결정하여야 할 것이다.[282]
같은 관점에서 본다면 종전에 거의 실시하지 아니하였던 피고인에 대한 직권보석도 적극적으로 운용되어야 할 것이며, 나아가 현행 형법상 여러 석방제도 중에서 별로 이용되지 않고 있는 구속취소와 구속집행정지제도도 적극적으로 활용하는 방안을 검토하여야 할 것이다. 또한 기소전 보석의 여부를 심리하게 되는 체포·구속적부심이 불법·부당한 인신구속에 대한 견제장치로서 본래의 기능을 할 수 있도록 하는 방향으로 운용되어야 할 것이다.

한편 피의자를 체포·구속하는 경우에 체포·구속적부심청구권과 기소전 보석으로 석방될 수 있다는 것을 피의자에게 고지하는 절차를 마련하는 것도 이 제도의 적극적인 활용을 위하여 필요한 것으로 본다.

2. 구속영장심사단계에서의 보석 허용여부

구속영장의 발부에 있어서 법관에 의한 피의자심문제도를 인정하는 현행 형소법 아래에서 피의자를 심문하면서 피의자를 보석으로 석방할 것인지 여부를 결정하는 방안이 바람직하지 않을까 생각한다.

판사가 구속여부를 판단하기 위하여 필요한 사항에 관하여 신속하고 간경하게 영장실질심사단계에서 이미 재판에 준하는 절차를 취하고 있기 때문이다. 즉 판사의 면전에서 피의자를 심문할 수 있도록 하고, 증거인멸 또는 도망의 염려를 판단하기 위해 필요한 때에는 피의자의 경력, 가족관계나 교우 관계 등 개안적인 사항에 대하여 심문할 수 있고(형사소송규칙 제 96조의 16 제2항), 더욱이 판사는 구속여부의 판단을 위하여 필요하다고 인정되는 때에는 심문장소에 출석한 피해자 기타 제3자를 심문할 수 있으며(동조 제4항), 피해자, 고소인 등 이해관계인은 판사의 허가를 얻어 사건에 관한 의견을 진술할 수 있도록 하고 (동조 제 5항), 검사와 변호인은 영장심사에 출석하여 의견을 진술할 수 있으므로(형사소송법 제201조의 2 제5항), 영장심사가 마치 본안재판화 한 모습을 보이고 있다.

따라서 피의자·피해자·검사·변호인의 출석에 의하여 영장발부여부를 심사하는 절차에서 피의자 개인에 대한 심사가 이루어지는 절차에서 석방여부를 결정하는 것이, 제도의 목적에

282) 피의자가 체포·구속적부심사절차에서 기소전 보석을 하여 줄 것을 정면으로 청구 할 수 없으며, 체포·구속적부심을 청구하면서 말미에 판사의 직권발동을 촉구하는 의미에서 만약 무조건 석방이 불가능하다고 인정되는 경우라도 보석보증금을 납입하게 하고 석방하여 줄 것을 기재하는 것은 가능하고 바람직하다는 견해가 있다. 박형남, 신설된 인신구속제도의 운용방안, 법원행정처, 1996, 169쪽.

차이를 보이고 있는 구속적부심사를 통하여 보석의 허용여부를 결정하는 방법보다 절차의 반복을 피하고 수사의 지연으로 인한 구속기간의 장기화를 보상하기 위하여도 영장실질심사를 하면서 이 단계에서 보석허용여부를 결정하는 것이 보다 바람직하다고 생각된다.[283]

3. 피의자의 보석청구권 확대

기소전 피의자석방제도에 의한 석방은 법원이 구속적부심을 전제로 하여 법원이 직권으로 결정할 수 있도록 규정하고 있다. 즉 기소전 피의자의 석방은 법원의 결정사항이다.

그런데 피고인의 경우에는 피고인이 보석을 청구할 수 있도록 규정하고 있다(형소법 제94조). 따라서 피고인의 경우에는 피고인의 자신이 보석을 청구할 수 있음에 반하여 피의자의 경우에는 청구권 자체가 존재하지 않아 양규정이 불평등하다고 생각된다. 이는 보석청구가 있는 경우 필요적 보석사유가 존재하는 피고인은 보석을 허가하여야 한다고 규정하고 있는 피고인 보석에 비하여 피의자는 법원의 결정에 전적으로 의존할 수밖에 없는 지위에 있게 됨을 의미하게 된다.

따라서 피의자가 앞으로 발전하는 소송구조에서 실질적으로 자신을 변호할 수 있는 기회를 가지고 적절히 자신을 방어하기 위하여는 피의자 자신도 보석청구권을 직접 행사할 수 있도록 개정함이 타당하다고 생각된다.[284]

---

283) 그러나 영장실질심사제도와 관련하여 형사소송규칙에서는 구속적 피의자심문기일은 호송에 소요되는 시간 등을 고려하되 구속영장청구서가 접수된 때로부터 가능한 빠른 일시로 지정하여야 한다(형사소송규칙 제96조의 12 제1항)고 규정하고 있으나 언제까지 영장발부를 하여야 한다는 규정은 없다. 실제로 심문을 마친 후 2-3일 위에 발부 또는 기각의 결정을 하는 경우가 대부분이라고 하며, 심한경우에는 1-2주일 후에 영장을 발부하는 경우도 있다고 한다. 만일 영장이 발부되지 않는 경우에는 석방될 수 있는 피의자가 부당하게 구금되어 오히려 피의자의 인권이 부당하게 침해되는 결과를 초래하게 된다. 따라서 구속영장 발부 또는 기각의 결정기간을 법정화 할 필요가 있다고 생각한다는 견해가 있다. 정동욱, 재체포·구금제도의 재검토, 고시연구, 97. 4, 112쪽.

284) 기소전 피의자에게 구속적부심과 별도로 기소전 보석의 신청권이 있는가에 관하여 관련규정의 체계나 문언상 이를 부정하는 견해가 지배적인 것으로 보인다; 체포 또는 구속의 적부심사는 체포영장 또는 구속영장을 발부한 재판의 당부를 가리는 일이고 구속된 피의자를 보증금 납입을 조건으로 석방하는 것은 구속영장을 발부한 재판의 당부를 가리는 것이 아니라 수사단계에서도 불구속 수사의 원칙을 실현하는데 그 취지가 있는 것이므로 그 규정을 혼합할 것이 아니라 분리함이 타당하고, 위 규정을 해석함에 있어 기소전 보석에 대한 심리, 판단이 판사의 대량에 맡겨져 있다고 새기기에는 무리가 있으며, 피의자가 적부심사청구 시에 법원이 기소전 보석사유의 유무에 관하여 의무적으로 심리, 판단하여야 한다면 차라리 명문으로 피의자의 신청권을 규정함이 온당하였을 것이라는 견해가 있다. 임승순, 기소전 보석에 관한 연구

4. 피체포 피의자를 위한 보석의 확대여부

형사소송법 제 214조의 2 제4항 본문은 이 규정에 의해서 석방될 수 있는 자를 구속된 피의자로 하고 있다. 따라서 규정의 내용에 따를 경우 제214조의 2 제1항에 의해 체포적부심사를 청구한 피의자는 동조 제3항에 따라 법원이 체포적부심의 청구가 이유있다고 인정하는 경우에 한하여 석방될 수 있을 뿐이고, 동주 제4항에 의해서 보증금납입을 조건으로 하는 피의자석방의 대상에서 제외된다.

그러나 체포적부심을 청구한 피의자에 대하여도 기소전 보석이 가능하다고 주장하는 견해가 있다.[285] 그 이유에 대하여 첫째, 기소전 보석에 의하여 석방된 자의 재체포 또는 재구속의 제한에 대하여 규정하고 있는 형사소송법 제214조의 2 제4항의 "구속된"은 체포를 포함하는 넓은 의미의 구속이라고 해석하고 있다.[286] 또한 긴급 체포된 피의자가 적부심을 청구하고 법원이 이에 근거하여 피의자를 석방 결정한 사실이 있었다. 창원지법 형사항소부는 "긴급체포상태의 피의자를 기소전 보석으로 석방한 제1심 재판부의 결정은 형사 소송법을 확대 해석 한 것" 이라며 창원지검이 제기한 항고를 기각하면서 "검찰은 체포영장에 의해서 체포된 피의자만이 적부심을 청구할 수 있다고 주장하나 이는 누구든지 체포 또는 구속당한 때에는 적부의 심사를 법원에 청구할 권리를 가진다는 헌법 제12조 제6항에 위배되는 것"이라고 하면서 "검찰이 형사소송법 제214조의 2제4항에 따라 구속피의자가 보석의 대상이 된다고 주장하지만 이조항의 구속은 체포를 포함하는 넓은 의미의 구속으로 보아야 하기 때문에 구속상태가 전제조건은 아니다"라고 하였다.[287]

이에 대하여 긴급체포는 과거 탈법적으로 운용되어 오던 수사기관의 임의동행을 근절하고 적법한 절차에 따라 피의자의 신병을 확보하기 위해 엄격한 요건 하에 수사기관에게 부여한 새로운 권한이며, 수사에 있어서 기본은 증거물과 피의자의 신병확보인 만큼 이러한 수사의 기초에 대하여 재판기관이 관여하는 것은 월권이며 그러한 취지에서 형소법에서도 명문으로 체포영장이나 구속영장에 의해 구금된 피의자에 한해서만 적부심을 허용하고 있는 것이다. 따라서 긴급체포 된 피의자의 적부심 청구는 법률상 근거가 없는 무효인 행위이며 수사기관에

논문, 221-222쪽.

285) 박형남, 앞의 글, 125쪽; 신동운, 앞의 책, 222쪽.

286) 박형남, 위의 글, 125쪽.

287) 동아일보, 97, 2, 14.

서는 이러한 청구자체를 기각하거나 법원의 석방결정이 있더라도 48시간 이내에는 이에 응할 필요가 없다고 주장하는 견해가 있다.[288]

이 사건에 대하여 대법원은 "검찰은 적부심청구권이 체포영장이나 구속영장이 발부된 피의자에게 있다고 규정한 형사소송법 제214조를 근거로 긴급체포 된 피의자에게는 적부심청구권이 없다고 주장하나 헌법상 체포·구속을 당한 때 적부심청구권을 제한한 취지라고 볼 수 없다"고 하면서 "그러나 형사소송법에 기소전 보석 대상자가 구속된 피의자라고 명시되어 있고 헌법상 기소전 보석에 관한 권리가 규정되어 있지 않은 만큼 체포단계에서 보석을 허용하지 않더라도 피의자의 신체 자유에 대한 절차적 보장이 미흡하다고 볼 수 없다"고 결정 하였다.[289]

생각건대, 체포는 초동수사의 단계에서 피의자의 출석확보를 목적으로 하는 단기간의 신체구속으로서 구속에 비하여 완화된 조건하에 인정된다는 점, 보석에 의하여 체로가 실효되는 것이 아니라 단지 그 집행이 정지될 뿐이라는 점, 강제수사비례의 원칙을 최대한 존중하여야 한다는 점 등에 비추어 볼 때 구속에 대하여 인정되는 피의자보석은 체포의 경우에도 당연히 허용되어야 할 것이다.[290]

제6절 범죄피해자보호제도의 문제점과 개선방안[291]

영국의 경우 피해자 헌장을 제정하여, 범죄 피해자·목격자를 존중하고 여러 가지 서비스를 제공하도록 하고 있다. 민간부분에서 피해자·목격자 지원단체 설립 등 민간·경찰·지방정부가 연계·협력하는 피해자지원협의회가 만들어졌고 전국 피해자지원협의체 연합이 탄생하게 되었다. 미국은 연방정부 법무부에 범죄피해자국이 국가조직으로 되어 있으며, 범죄 피해자 목격자지원 프로그램에 대한 제정 지원을 하고 있다. 1980년대 범죄피해자법이 제정됨으로서 미국의 각 주가 피해자에게 교부하는 보상금의 40%가 연방의 보조금으로 지급되며, 보조금의 재원은 범죄자들이 납부한 벌금 및 몰수금 등으로 충당하고 있다. 범죄피해자·증인

288) 정동욱, 앞의 글, 106쪽.

289) 1997. 8. 27. 결정, 97모21.

290) 신현진, 앞의 글, 133-134쪽.

291) 범죄피해자보호제도에 관한 자세한 내용은, 조철제, 위의 글, 56-62쪽 참조.

을 보호하는 방안으로 주거지 제공, 새로운 직업제공, 이주비용제공 등이 있음을 보았다. 범죄피해자에 대하여 일부 국가(독일, 프랑스, 영국)는 형사소송절차에 의하여 범죄피해에 대한 배상을 청구할 수 있고 이에 대해 배상명령을 할 수 있는 제도가 마련되어 있으며, 범죄자가 피해에 대해 배상할 자력이 없거나 범죄자가 밝혀지지 않은 경우 범죄피해자보상법에 따라 국가가 그 피해를 보상해 주도록 하고 있으며, 독일, 오스트리아 또는 스위스 등의 국가에서는 범죄발생의 초기단계부터 국가 및 민간단체가 범죄피해자에 대한 지원을 적절하게 수행하고 있는 경우도 있다. 일본의 경우에는 범죄피해자지원금은 피해자의 직접적인 지원을 하기 위한 목적이 아니라 자녀의 장학금 지급 등의 용도로 사용되고 있다. 독일과 오스트리아의 경우 보상의 범위에 재활치료비용을 포함시키고 있을 뿐만 아니라 신체장애의 경우 운전면허 취득을 위한 비용 및 재취업을 위한 기술습득의 비용까지 포함시키고 있는 등 각국의 범죄피해자지원제도는 원상회복까지는 아니더라도 사회구성원으로 다시 출발할 수 있는 기반을 마련해 주는 수준까지 지원하고 있다.

이러한 측면에서 볼 때 우리나라가 앞으로 취해야 할 범죄피해자정책은 어떠해야 할 것인가를 보면, 범죄피해자의 범죄청구권이 헌법상의 권리로 규정된 우리의 경우에도 현행의 범죄피해자 구조제도는 현재 여러 나라가 취하고 있는 피해보상형의 범죄피해자보상제도의 방향으로 나아가야 할 것이다. 특히 범죄피해자의 원상회복을 위하여 범죄피해자보상기금을 마련할 필요가 있다. 왜냐하면 국가재정이 언제나 충분히 확보되어 있는 경우라도 국가가 피해자에게 금전적 지원을 한다는 것은 막대한 경제적 부담을 수반하게 되므로 범죄피해자를 위하여 독립적인 재정적 원천을 마련한다는 것은 피해자지원을 위한 중용한 의의를 가지기 때문이다. 따라서 이상에서 제시된 문제점에 대하여 외국의 사례를 참고하여 개선방안을 다음과 같이 제시하고자 한다.

1. 피해자의 원상회복을 위한 조정권의 활용

재산상의 손해를 당하고 상처를 입고 피를 흘리는 구체적인 피해자의 이익을 배제한 형사법 체계는 누구의 편인가 하는 의문이 제기된다. 따라서 피해자·가해자 조정을 통한 협상의 기술 위에 조정절차에서 도출된 합의에 의한 원상회복, 사과, 명예회복, 공개사과 등의 약속이 있어야 한다. 이러한 측면에서 볼 때 합의제도의 기본정신을 보다 충실하게 구현하기 위해서는 음성적으로 인정되어 온 우리나라의 합의제도를 형법규범의 틀 속으로 편입시키는 방안을

마련할 필요가 있다.[292] 여기서는 ① 조정대상인 범죄의 범위를 어디까지 설정할 것인가, ② 조정절차의 법적 효과를 어떻게 규정할 것이며, 수사단계에서는 절차 중단의 효과를 인정할 것인가, ③ 조정의 구체적 절차 속에서 피해자와 가해자의 대립하는 이해관계를 조정하는 조정관의 역할을 할 적임자는 누구인가를 지정하여 제도화할 필요가 있다.

이상 ①, ②, ③의 요건을 모든 범죄에 충족할 수 있는 제도를 입법화하는데 어려움이 있으므로 먼저 청소년범죄에 대하여는 사법경찰관에게 조정권을 부여하는 것이 좋을 것이다. 왜냐하면 소년범죄는 성장기에 자신을 과시하고 조직 간의 우월을 표시하기 위한 일시적인 범죄가 많아 이들을 형사 처벌하여 전과자로 기록되도록 하게 되면 청소년의 장래 희망이 퇴색됨으로 인하여 범죄의 재범이 양산되고 성인이 되어도 과거의 범죄경력이 지워지지 않으므로 인한 반성과 후회보다 한번 전과자가 되었으나 두세 번은 관계가 없다는 의사로 범죄를 유발하는 사례가 많기 때문이다.

외국의 어떤 연구는 모든 청소년들은 1회 이상의 범죄경험을 가지고 있다고 주장하기도 한다. 이러한 주장이 다소 과장되었다고 하더라도 대부분의 소년범죄가 보여주고 있는 범죄의 경미성(싸움, 상점절도, 버스표 안내기, 교통법규위반 등)과 그에 따른 낮은 신고율을 감안한다면, 실제로 대부분의 소년들이 1회 이상의 범죄경험을 가지고 있을 것으로 추론해 보는 것은 크게 잘못된 일이 아닐 것이다. 그렇다면 범죄소년과 비범죄소년의 구분은 별다른 의미를 갖지 못한다.

씻을 수 없는 청소년의 오점인 전과기록을 남기지 않고 범법자를 양산하지 않기 위하여는 청소년범죄에 한하여 초범자와 우발적인 범죄, 과실범 등에 대하여는 사법경찰관에게 조정권을 주어 피해자·가해자의 원만한 합의가 되면 검찰에 송치하기 전에 내사종결하여 훈방하는 제도를 입법화함으로써 소년 범죄자에 대한 인권보호에도 기여하게 될 것이다.[293]

2. 변호인의 조력을 받을 권리문제

피고인은 어느 경우에나 변호인의 도움을 받을 수 있는데 반하여, 피해자에게는 그러한 권

292) 김성돈, "형사절차상 피해자-가해자 조정제도의 도입방안," 한국피해자학회 초청 국제형사학 심포지엄 자료집, 2000. 9. 12-9. 23, 80쪽.

293) 현재는 경찰서에 접수된 모든 소년범죄는 검찰에 송치함으로써 전과기록이 되므로 범법자를 양산하는 원인이 되어 피해자의 원상회복과 인권보호에 문제점이 있다.

리가 인정되지 않고 있다. 따라서 피해자 자신에게 불리한 경우에도 피해자는 항상 혼자서 모든 것을 부담하여야 하는 것이다. 따라서 미국의 경우에는 '피의자 등에 대한 후견인과 보조인제도'를 두고 있어 피해자에게 개인적인 보조나 도움을 제공할 수 있도록 하는 규정을 도입하고 있거나, 이러한 서비스를 제공하는 피해자보조프로그램을 위한 기금을 제공하고 있으며, 피해자를 위한 후견인을 임명하거나 피해자로 하여금 자신들이 선택한 사람과 함께 법정에 출석하여 증언을 할 수 있도록 허용하고 있다. 또한 증인자문관을 임명하여 피해자와 증인에 대해 자문을 할 수 있도록 하는 경우도 있다.

독일의 경우에도 현사소송법 제406조의 f에 피해자의 변호인선임권과 변호인의 조력을 받을 권리를 보장하고 있다. 독일의 경우에는 피해자에게 변호인이 선정된 경우 피고인이 스스로 변호할 수 없음이 분명한 때에는 재판장이 직권 또는 신청에 의하여 피고인에게 변호인을 선정할 수 있도록 규정하고 있다. 피해자에게 변호인이 조력하는 상황에서 피고인에게 변호인이 존재하지 않는다면 피고인의 방어권 행사에 상당한 제약이 될 것이므로 우리나라의 경우에도 위와 같은 요건을 피고인의 국선변호인 선임요건에 추가하는 것이 바람직하다고 하겠다.[294]

우리나라도 미국이나 독일의 경우와 같이 증인신문과정과 같은 불리한 상황에 대해 피해자를 보호하기 위해서는 변호인 또는 반드시 변호인은 아니더라도 피해자에게 안정감을 주고 조언을 해 줄 수 있는 사람과 함께 재판에 참석하여 증언을 할 수 있도록 해야 한다. 이러한 측면에서 본다면 우리나라에서도 법적·제도적 장치는 아니라도 2003년 9월 5일 전국에서 처음으로 지방의 소도시인 김천에 민간차원에서 '피해자지원센터'를 설치하여 피해자에 대한 전환 및 면접상담과 사건 직후의 위기개입·각종 정보제공·수사기관 및 법정에의 동행서비스, 피해자지원 전문가양성, 기타 홍보활동 등을 하고 있는 등[295] 그 역할이 기대되고 있다. 또한 피해자의 국선변호인 인정여부에 대하여 피고인에 대한 국선변호인제도는 무기평등의 원칙상 요구되는 것이지만, 피해자는 전통적인 의미의 소송당사자가 아니기 때문에 그와 같은 무기평등의 원칙이 적용될 수는 없다고 본다.

그러나 피해자에게도 변호인의 조력을 받을 권리는 인정되는 것이 타당하다. 왜냐하면 피고인의 소송법적 지위가 강화되고 이를 현실화하기 위하여 변호인의 권한이 확충된다고 하더

294) 이와 같이 피해자 신문에 신뢰할 만한 자의 동석을 허용해 주는 것이 피해자의 심리적 안정을 도모하기 위한 것인 반면에, 변호인의 동석권을 인정하는 것은 피해자에게 법률적 부조를 원활히 하기 위한 것이다. 따라서 동석을 한 사람의 행동이 증언의 내용에 어떠한 영향도 미치지 않게 하는 것이 바람직하다고 본다. 이는 이 제도의 근본적인 취지가 피해자의 안정감을 위해서이기 때문이다.

295) 피해자지원센터, 피해자지원센터안내, 피해자지원센터, 2003. 7.

라도 이는 변호인선임의 자력이 있는 소수의 사람에게만 해당될 뿐 그 밖의 피고인에 대해서는 추상적인 기회만을 제공하는 의미만 있을 뿐 아무런 현실적 도움이 되지 못하기 때문이다. 이러한 형사소송법은 사회적 불평등의 상징이요, 사회적·강제적 약자에게는 하나의 장식물에 지나지 않게 될 것이다.[296] 따라서 이러한 피고인에 대한 국선변호의 논리적 근거는 피해자에게도 동일하게 적용되어야 할 것이므로 변호인의 조력이 시급히 요청되는 경우에 한하여 피해자에게도 국선변호를 요청할 수 있도록 하는 것이 타당하리라 생각한다. 피해자는 범인으로부터 신체적·정신적 피해를 받고, 또 법정에서 피고인의 공격에 혼자서 모든 것을 감당해 내어야 한다. 그런데 또 다시 사선변호인을 선임하도록 하는 것은 또 다른 피해를 주는 것이 될 수 있다. 따라서 국가는 선량한 피해자를 범죄인으로부터 직접·간접적으로 보호해 주어야 할 의무가 있으므로 최소한 본인이 요청할 경우 국선변호인의 조력을 받을 수 있도록 하는 것이 무기평등의 원칙에 비추어 보아도 적합하다고 생각된다.

3. 구조금의 지급 확대

범죄는 범죄피해자에 대해서 경제적인 손실뿐만 아니라 육체적인 피해도 야기시킨다. 특히 신체상해의 경우는 일시적인 장해 또는 영구적인 장해를 발생시킬 수 있으며, 이러한 상해와 장해는 그 치료를 위한 비용을 발생시킨다. 결국 범죄피해를 당한 피해자는 당해 범죄의 영향으로 말미암아 그 범죄피해를 회복하기 위한 기본적인 자원이 상실된 상태가 되는 것이 일반적이며, 따라서 범죄피해를 당한 상태에서 스스로 그 범죄피해를 회복한다는 것은 상당히 어렵다고 하겠다.

국가는 국민의 권리와 재산을 침해하는 범죄자에 대해서 형벌권을 행사하며, 범죄예방 및 사회의 질서안정을 위해서 경찰력을 확보함과 동시에 복지국가의 의무에 근거하여 경제적으로 곤란에 처하여 기본적인 생존이 위협받고 있는 국민들의 생계를 유지시키기 위해서 각종의 사회정책을 실행한다. 이와 같이 국가의 엄격한 책임론에 의하면 범죄피해자는 국가에 대해서 범죄로부터의 보호를 요청할 수 있고, 그 피해를 구제 받을 수 있는 청구권을 가지고 있게 된다. 즉 국가는 범죄발생을 방지하지 못한데 대한 책임이 있으며, 따라서 그러한 책임에 근거해서 발생한 범죄피해를 보상하여야 한다는 것이다. 이러한 주장의 근거는 국가가 범죄자에 대한 개인의 응징을 금지시키고 있는 대신 국가가 형벌권을 통해서 범죄에 대한 강제력

296) 이재상, 앞의 책, 126-141쪽.

행사를 독점하고 있기 때문에 범죄로 인한 피해발생에 대해서는 국가에게 책임이 있다는 것이다. 이 견해에 의한다면 범죄피해를 입은 피해자는 국가가 범죄발생을 방지하지 못한 데 대한 책임을 근거로 하여 국가에게 민사소송을 제기함으로써 배상을 받을 수 있다는 논리가 성립되기 때문에 국가는 범죄피해자에게 보상하여야 할 의무를 지게 되는 것이다. 국가는 범죄에 대해서 사전예방을 철저히 하여 범죄피해가 발생하지 않도록 해야 하나, 이미 범죄피해가 발생한 경우에는 모든 범죄피해자에게 원상회복이 가능하도록 하는 것이 타당하다.[297]

특히 범죄에 의한 피해의 원상회복이 불가능한 경우(성범죄 등의 피해)에는 사후에 적절한 보상책이 강구되어야 한다. 즉 범죄피해구조제도의 성격이 범죄피해자를 위한 생활보호적인 보상의 지급에서 범죄피해에 대한 실질적인 보상제도로서 변화되어야 한다. 그에 따라서 다른 국가들의 경우 범죄피해보상의 범위는 대체로 범죄로 인한 신체장애에 대한 치료비용, 장해에 따른 소득 상실 분, 피해자가 사망한 경우 그 장례비용, 유족의 생계비 등을 포함하는 것이 보통이다. 따라서 우리나라도 범죄피해자에 대한 구조금지급의 경우에 있어서 그 엄격한 절차와 대다수의 국민이 이러한 구조법이 있는지도 모르고 있는 현실로서, 적용범위가 생명과 신체로 극히 제한되어 있는 등의 문제점을 시정하기 위해, 구조금 지급의 보상범위를 범죄로 인한 신체상해의 치료비,[298] 장해로 인한 소득상실 분[299] 및 유족의 생계비 등까지 확대되어야 한다.

4. 범죄피해자 구조기금의 조성 및 관리공단의 설립문제

위에서 언급한 국가의 엄격 책임이론에 의한 범죄피해자에 대한 국가의 법적 책임은 논외로 하더라도, 최소한 국가는 범죄피해자를 지원하여야 하는 인도주의적인 책무를 부담하고 있

297) 조철제, 앞의 글, 72쪽.

298) 왜냐하면 범죄행위로 신체상해를 당한 범죄자는 그러한 상해가 중장해로 될 것인가의 여부를 불문하고 이를 치료하여야 할 상황에 처하게 될 것이며, 이러한 치료가 다액의 치료비를 요하는 것일 경우 범죄피해자는 그 생명까지도 위협받는 사태로 발전할 수 있다. 따라서 국가에 의한 치료비보상이 일정한 한도까지 보장될 때에야 비로소 범죄피해자의 생명을 구조할 수 있는 제도로서 기능할 수 있을 것이다. 그러므로 현재의 구조금 지급의 요건인 사망 또는 중장해 뿐만 아니라 일반적인 신체상해의 경우까지 포함할 수 있는 규정으로 개정되어야 한다.

299) 일본과 같이 피해자의 연령에 따라서 각각 최고의 기초액고 최저의 기초액을 정하고 그 기초액에 근로기준법상의 신체장해등급과 보상표에 따른 일수를 곱하여서 최종적인 소득상실금액을 결정하는 것이 합리적인 것으로 생각된다.

다고 할 수 있다. 이러한 측면에서의 범죄피해보상은 이를 필요로 하는데 가장 중요한 것은 국가적 차원에서 기금의 조성이다. 피해자를 위한 전면적인 지원 및 보상제도를 갖춘 다른 외국의 예를 들면 일본의 범죄피해지원기금, 미국의 연방법률에 의한 연방범죄피해자기금, 네덜란드의 범죄피해보상기금 등 대다수 국가들은 범죄피해자지원을 위한 기금을 설립하고 있다. 우리의 현행 범죄피해자구조제도가 지닌 문제점들 중 많은 부분이 재정적인 문제에서 비롯되고 있다는 점을 생각한다면, 위 국가들이 갖추고 있는 바와 같은 범죄피해자를 위한 기금을 설립함으로써 많은 문제점들을 해결할 수 있을 것으로 생각된다. 즉 가칭 '범죄피해자구조기금'을 설립하여 피해자에 대한 구조기금의 지급을 위해서 지출되어야 하는 필요재정을 마련함으로써 지급되는 구조금의 상한액을 상향조정할 수 있을 뿐만 아니라 구조금의 지급범위도 범죄로 야기된 신체장애에 대한 치료비 및 장애발생으로 인한 소득 상실 분까지 포괄할 수 있을 것으로 생각되기 때문이다. 만약 이러한 범죄피해자구조기금을 설립한다면 그 재원은 어떻게 마련하여 충당할 것인가가 문제로 제기된다. 이에 대해서도 위와 같은 범죄피해자를 위한 기금을 설치하고 있는 국가들의 예를 참조하여 볼 수 있을 것이다. 미국의 경우 "범죄피해자기금"은 법률에 따라서 납부된 각종 벌금 등을 그 재원으로 하고 있다. 즉 미연방법률에 의하면 미연방법원에 의하여 범죄행위로 유죄판결을 받은 사람에 의해서 납부된 모든 벌금 등을 범죄피해자기금에 적립하도록 규정하고 있다. 이와 마찬가지로 범죄피해자구조기금도 범죄자에게 부과되는 벌금 및 과료, 몰수금, 범칙금 등을 그 재원으로 함으로써 충당될 수 있을 것으로 생각된다. 물론 여기서 벌금 등을 기금으로 충당하는 것이 형벌목적에 위배되는 것은 아닌가 하는 문제가 제기될 수 있을 것이다. 즉 범죄자를 교화시켜 사회의 구성원으로 복귀시키며, 이를 통해서 사회를 범죄로부터 보호하려는 목적을 가진 형벌이 범죄피해당사자의 손해회복이라는 목적으로 환원됨으로써 그 이외의 형벌목적들이 상실될 수도 있다는 우려가 제기될 수 있기 때문이다. 그러나 스위스의 입법 예에서는 범죄행위로 납부되는 벌금 등을 범죄피해자의 손해를 회복시키기 위한 목적으로 사용되도록 하여야 한다는 점을 형법전에 명시적으로 규정하여 범죄피해자의 손해를 회복시키는 역할을 하도록 하고 있음을 참고로 할 필요가 있다.[300] 이러한 규정은 이전까지 국가가 범죄자에 대해서 형벌을 부과함으로써 형벌권을 일방적으로 행사하던 관계로 인식되어 왔던 국가의 형벌권 행사의 목적이

300) 즉 스위스 형법 제37조 제1항은 자유형이 범죄자의 교화 및 사회복귀를 위한 목적으로 집행되어야 함을 규정하고 있음과 동시에 형벌이 범죄피해자에게 발생한 손해를 회복시켜 주기 위한 방향으로 집행되어야 함을 규정하고 있다. 또한 동법 제60조 제1항은 범죄로 피해를 당한 피해자가 이러한 피해를 회복하지 못한 경우에 법관은 피해자의 신청에 의해서 피해보상을 지급하도록 하고 이를 범죄자가 납부한 벌금, 몰수된 물건의 가액 등을 통해서 이를 지급하도록 규정하고 있다.

이제 범죄피해자의 피해회복으로 바뀌고 있음을 보여주는 좋은 예라고 생각된다. 즉 형벌의 목적이 단순히 사회를 범죄로부터 보호하는데서 그쳐서는 아니되며, 범죄로 피해를 당한 피해자의 구체적인 피해구제의 목적으로 확장되어야 할 필요성이 있다는 점이 인식되어야 할 것이다. 이처럼 형벌의 목적이 범죄피해자의 피해구제를 위한 방향으로 확장하는 것이 가능하다면 가칭 "범죄피해자구조관리공단"을 설립하여 범죄자가 납부한 벌과금 및 과료, 몰수금, 범칙금 등을 통해서 범죄피해자구조기금을 충당하여 범죄피해자의 원상회복에 사용하는 것이 범죄자의 사회복귀라는 형벌권행사의 목적과 배치되는 것은 아니라고 생각된다.[301]

5. 피해자 지원제도간의 연계성 및 전담부서 신설

공동체가 존재하는 한 공동체 내에 갈등이 존재하며 이러한 갈등이 범죄행위도 표출될 수 있다는 점은 인간의 역사에서 부정할 수 없는 사실이다. 이러한 공동체내 갈증의 일종인 범죄행위를 방지하기 위한 노력은 근대에 이르기까지 주로 경찰력에 의한 예방활동과 범죄자에 대한 형벌부과를 통해서 이루어졌다. 고대나 중세에 범죄문제에 범죄피해자가 참여하던 시대가 존재하고 있었지만 이러한 활동은 근재적인 국가출현과 더불어 과거의 유물로 묻혀 버리고 말았다.

현대에 들어와서 다시 범죄피해자에 대한 관심이 증가되었다는 점은 과거의 범죄피해자의 참여와는 다른 의미를 갖게 되었다. 즉 국가는 범죄자에게 형벌권을 일방적으로 행사할 수 있는 권한만을 갖는 것이 아니라 범죄자와 범죄피해자 사이의 중재자로서 의미를 갖고 있으며, 또한 범죄발생에 대한 국가의 책임이 강화되는 의미를 갖고 있다. 따라서 범죄피해자구조제도와 같은 범죄피해자에 대한 보상제도도 이러한 맥락에서 재구성되어야 하는 것은 당연하다. 즉 범죄피해자에 대한 보상제도는 단순히 범죄자가 배상할 몫을 국가가 대신 배상한다는 의미만을 갖는 것은 아니며, 오히려 범죄피해자가 처해 있는 곤경에서 신속하게 구조될 수 있도록 지원한다는 의미가 부가되어야 하는 것이다. 이를 위해서는 범죄피해 발생의 최초 시점으로부터 국가 및 민간단체가 신속하게 개입하여 범죄피해자에게 의료적 치료 및 심리적 상담 등을 제공할 수 있는 체계적인 제도가 마련되어야 하고, 또 각 범죄피해자 지원제도간의 연계성이 확보되어야 할 것이다.

범죄피해자가 범죄자에 대해서 피해보상을 요구하는 경우에 범죄자에 의한 배상문제를 해

301) 조철제, 앞의 글, 75쪽.

결하기 위해서는 범죄자와 피해자의 대변에 의한 직접적 해결을 기대하기가 쉽지 않다. 따라서 범죄자와 피해자간을 중재하여 해결해 줄 중재제도 등이 필요하다. 만약 범죄자가 자력이 없어서 피해배상을 할 수 없는 경우이거나 범죄피해자가 범죄자에 대해서 피해배상을 요구할 수 없는 상황이라면 형사 사법기관인 경찰·검찰·법원·교도소 등 각 단계마다 범죄피해자 전담부서를 신설하여 담당자를 지정하고 또한 이미 전술한 범죄피해자구조관리공단 등을 설립하여 피의자·피고인의 수사 및 재판 진행 결과에 대한 정보제공, 범죄 피해자 구조금 지급제도, 배상명령제도 등에 대한 적극적인 안내 및 범죄피해자를 지원하는 각종 사회단체와 연계하여 객관적인 입장에서 공정하고 신속하게 피해보상이 이루어질 수 있도록 하는 제도적 장치의 마련이 필요하다.[302]

영국은 1996년 피해자헌장에 의하여 내무성 형사국 산하 사법제도 및 피해자과가 신설되어 피해자업무를 관장하고 있으며[303] 미국은 연방법무부 사법제도실 산하 범죄피해자 대책실에서 피해자 업무를 담당하고 있다. 일본은 2001년에 법무부에서 범죄피해자 관련 업무를 전담하는 담당관을 신설하였으며 각 검찰청에서는 피해자 등 통지제도를 담당하는 지원요원실이 설치운용하며 보호관찰기관도 피해자 관련업무담당자가 지정되어 있다.[304]

---

302) 조철제, 위의 글, 76쪽.

303) 김용세, 피해자학, 형설출판사, 2003, 101쪽.

304) 김용세, 위의 책, 119쪽.

제 5 장 결론

지금까지 형사절차에서의 기본권보호를 위하여 법치국가적 시각에 입각한 기본원칙을 제시하면서, 인권침해를 극소화하기 위한 방안을 모색하고 현행헌법상의 내용과 헌법재판소의 판례를 검토하여 형사절차에서의 기본권보호 제도의 문제점과 개선방안을 고찰해 보았다.

피의자 구속제도를 해석·집행 그리고 개선함에 있어서는 헌법상 규정된 무죄추정의 법리와 인권보장에 부합하는 헌법적 형사소송을 확립하다는 시각으로 임하여야 한다. 따라서 구속된 피의자는 유죄판결이 확정될때까지 무죄의 추정을 받는 범죄의 혐의자일 뿐이며, 범죄의 혐의가 구체적인 실체적 진실로 발견되어지는 모든 형사절차는 법의 적정절차의 범위 내에서 추구되어야 한다는 것을 대전제로 하여야 한다. 그러나 불행하게도 구속된 피의자를 곧 유죄인으로 취급하는 수사관행과 불법체포·구금 등 법의 적정절차를 무시하는 탈법행위가 공공연히 발생되고 있다. 피의자 구속에 관한 이러한 왜곡된 현실은 무엇보다도 법을 집행하는 수사기관이 종래의 구속피의자 자백중심의 수사관행과 인권보장에 관한 철저한 인식의 결여가 가장 중요한 원인이라고 본다.

미국의 Black 대법관은 “권위주의적 형사절차에서 가장 많이 피해를 입는 사람은 언제나 가난한 사람, 무지한 사람, 수적으로 약한 사람들, 친구가 적고 힘없는 사람들이다.”라고 말했고 Douglas 대법관도 “언제나 가택수사를 받는 사람은 상류급이 아니라 하류급이며 경찰의 고문을 받는 사람은 무명의 인물이며 우리 가운데 저명하고 유력한 인사는 불법으로 감행되는 사생활이 중요한 침해를 받지 않는다”고 그들이 담당했던 형사사법절차에서 보아온 비리를 지적하고 있다. 이것은 미국사회의 일이지만 우리나라에서도 비슷한 상황으로 고문을 당하는 사람이 무죄판결을 받아야만 비로소 문제가 되고 유죄판결을 받은 사람이 당한 고문쯤은 당연한 것으로 감수되는 실정이다. 헌법에서 기본적 인권보장을 선언하고 형사소송법에서 고문 등 불법적인 강제처분을 금지하는 것을 명문으로 규정하고 있어도 이것을 지키려는 의지가 없다면 아무런 효과가 없고 오히려 그러한 규정들은 사문화 되어갈 것이다.

형사절차에서의 기본권보호는 법치국가가 추구해야 할 영원한 과제인바, 인권침해를 근본적으로 방지할 수 있는 제반 제도적 장치가 필요하므로 이러한 요청에 의하여 검토·제정되어야 할 형사절차상의 제도개선방안을 아래와 같이 요약하면서, 입법상의 불법, 집행상의 불법

및 그 저변에 놓여있는 의식구조상의 불법 등이 제거되어 보다 정의로운 사회의 기반을 다지고 형사절차에서 인권이 보장되는 법치국가가 이 땅에 이루어지기를 기대해 보고자 한다.

첫째로, 구속절차는 헌법상의 무죄추정 및 적법절차의 원리에 의하여 지배되는 인권보장 이념에 입각하여야 한다. 이것은 피의자 구속이 기본적 인권의 중대한 제한을 수반하므로 범죄에 대한 효과적인 투쟁이 다른 방법에 의하여는 달성될 수 없는 정당한 공익의 요구가 인정되는 경우에 최후의 수단으로 사용되어야 함을 의미한다.

둘째로, 우리의 인신구속제도는 사전적 인권보장으로서 영장실질심사제도를 두었고 사후적 인권보장으로서 구속적부심사제도를 두었다고 할 수 있으므로 사전 심문제도로서의 영장실질심사제도에 의미를 두기 위해서는 필요적 영장실질심사제로 개정되어야 함이 타당하다.

셋째로, 피의자의 구속기간과 관련하여 문제가 되고 있는 것은 사법경찰관의 피의자 구속기간이 지나치게 장기간이어서 이 기간동안 여러 유형의 인권침해가 있을 개연성이 충분하다고 본다. 따라서 많은 피의자들은 경찰서의 유치장이나 보호실에 불필요하게 구금되어 인권침해의 우려가 높은 실정이다. 더욱이 피의자의 신문시 변호인 참여제도가 허용되지 않는 현실에서 피의자가 경찰서의 유치장이나 보호실에 장기간 구속되어 있는 것은 사법경찰관에게 자백을 강요하기 위한 유혹을 제공하고 있다고 볼 수 있다. 이러한 점에서 현행 사법경찰관의 구속기간은 대폭 줄여야 한다.

넷째로, 형사절차에서 피의자신문에 변호인의 참여권은 인정되어야 한다. 피의자신문은 이후의 형사절차의 진행 및 결과에 중요한 영향을 미치며 피의자신문에서 수사진행방향이 설정되고, 공판에서 피고인의 유죄입증을 위한 자료가 수집된다. 여기서 경찰에 의한 피의자신문에 변호인의 참여권을 인정할 대에 헌법이 보장하고 있는 피의자의 방어권이 실질적으로 보장될 수 있고 궁극적으로 적법절차의 원칙에 충실한 절차가 진행된다고 할 수 있으며, 헌법 제12조 제7항에 따라서 불법한 경찰의 수사활동에 의하여 피의자가 자백하는 기회가 차단될 수 있으며, 변호인의 입장에서도 보면 변호인이 피의자신문에 참여함으로서 수사기관의 수사권남용 여부에 대한 통제가 가능하게 된다고 할 수 있다. 피의자신문에 변호인의 참여권을 인정하면 피의자신문절차가 복잡해지고 피의자로부터 자백을 받아내기 더욱 어려워질 것이라고 우려하는 것은 수사편의주의적인 견해에 지나지 않는다고 생각된다.

다섯째로, 현행법상 구속적부심사제도는 피의자의 가족·동거인 또는 고용주에게도 청구권을 인정하였으나 이들에게 변호인선임권은 인정하고 있지 아니한 운용상의 문제점을 남겨 놓고 있다. 이것은 입법상의 불비로서 실로 유감스러운 일이다. 이에 구체적인 방안으로는 일본의 인신보호법규정과 같이 변호사강제주의를 채택하여 적부심사의 청구는 원칙적으로 대행하도록 하여 변호사를 심사에 적극적으로 참여시키는 방법과 현행 법원의 직권으로 선임하는 국선변호인을 피구속자나 청구인이 요구할 수 있도록 이들에게 변호인 선임권을 인정하는 방법을 고려할 수 있다.

여섯째로, 구속된 피의자의 보석청구권을 확대할 필요가 있다. 기소전 피의자보석에 의한 석방은 법원이 구속적부심을 전제로 하여 법원이 직권으로 결정할 수 있도록 규정하고 있다. 그런데 피고인의 경우에는 피고인이 보석을 청구할 수 있도록 규정하고 있다(형소법 제94조). 이는 보석청구가 있는 경우 필요적 보석사유가 존재하는 피고인은 보석을 허가하여야 한다고 규정하고 있는 피고인 보석에 비하여 피의자는 법원의 결정에 전적으로 의존할 수밖에 없는 지위에 있게 됨을 의미하게 된다. 따라서 피의자가 앞으로 발전하는 소송구조에서 실질적으로 자신을 보호할 수 있는 기회를 가지고 적절히 자신을 방어하기 위해서는 피의자 자신도 보석청구권을 직접 행사할 수 있도록 개정되어야 한다.

일곱째로, 우리사회에서 언론의 무차별적인 사건보도로 인하여 범죄와는 직접적인 관련이 없는 구속피의자의 사생활과 명예까지 손상되는 일이 많이 발생되고 있다. 이것은 우리 헌법과 그 밖의 많은 법률에서 구속피의자의 인권을 지키기 위한 여러 규정을 두고 있다 하더라도 사회적으로 열악한 지위에 있음을 나타내는 것이다. 따라서 우리 형사법과 수사 및 재판실무에서 언론보도로 인한 구속피의자의 명예를 비롯한 인권침해를 방지할 방안이 적극적으로 모색되어야 할 것으로 생각된다.

마지막으로, 범죄피해자의 인권보호를 위하여 피해자 등이 수사 및 재판절차에서 진술할 경우에는 특히 피고인에 대한 국선변호인 제도와의 형평을 고려하더라도 변호인의 조력을 받을 수 있도록 하여야 하고, 아울러 각종 기록의 열람·등사권도 인정하여야 할 것이다. 또한 범죄피해자는 가해자의 처벌보다 피해변상을 원하는 경우가 많기 때문에 경미한 범죄를 중심으로 원상회복제도를 도입하여 활성화하고, 이를 집행유예나 가석방과도 적극 연계할 필요가 있다. 특히, 청소년범죄의 경우에는 경미한 범죄를 중심으로 사법경찰관에게 조정권을 주어 당

사자들의 화해를 유도하도록 하고, 조정에 성공할 경우에는 검찰에 송치할 필요없이 종결 처리하도록 함으로써 분쟁을 해결함과 동시에 청소년들에 대한 부정적 낙인효과를 피해야 할 것이다. 또한 범죄피해의 원상회복을 돕기 위하여 피해자에게 형사재판시 배상명령신청권이 있음을 명시적으로 고지하도록 하고, 아울러 현행 배상명령제도의 한계를 보완하기 위하여 구조금의 지급을 확대하고 현실화하여야 한다. 이를 위해서는 특히 범죄자가 납부한 벌금이나 과료 및 범칙금이나 몰수금 등을 범죄피해자구조기금으로 조성하고, 이를 관리할 기관으로 '범죄피해자구조관리공단'(가칭)을 설립할 필요가 있을 것이다. 한편, 피해자의 권리구제를 위하여 현행 검사의 불기소처분에 대하여 재정신청을 할 수 있는 대상범죄를 원칙적으로 형법 제123조(직권남용죄), 제124조(불법체포・불법감금죄), 제125조(폭행・가혹행위죄)의죄에 대하여 고소 또는 고발한 자로 제한하고 있는 것을 모든 범죄로 확대하고, 아울러 공정한 수사와 재판을 위해 피해자에게도 법관, 검사, 수사관 및 사법경찰관 등에 대한 기피신청권을 인정해야 할 것이다.

참고문헌

Ⅰ. 국내문헌

1. 단행본

강구진, 형사소송법원론, 학연사, 1982.

권영성, 독일헌법론(상), 박영사, 1976.

_____ , 헌법학원론, 법문사, 2007.

김기두, 형사소송법, 박영사, 1987.

김철수, 헌법학개론, 박영사, 2006.

배종대・이상돈, 형사소송법, 홍문사, 2006.

서일교, 조선왕조형사제도연구, 박영사, 1969.

성낙인, 헌법상 적법절차에 관한 연구, 절차적 정의와 법의 지배, 박영사, 2003.

신동운, 형사소송법, 법문사, 2005.

이상돈, 형법학(형법이론과 형법정책), 법문사, 2005.

이재상, 형사소송법, 박영사, 2006.

정동기, “형사소송법의 개정배경”, 한국법학원, 1996.

정종섭, 헌법판례연구(1), 철학과현실사, 1998.

_____ , 헌법학원론, 박영사, 2007.

차용석, 형사소송법, 세영사, 1997.

하태훈, “구속영장 실질심사제도의 과제와 전망”, 형사정책, 1997.

허영, 한국헌법론, 박영사, 2006.

____ , 헌법이론과 헌법, 박영사, 2007.

2. 논문

김기두, 수사에 대한 사법적 통제, 고시연구 제11권 제5호, 1984.

김문현, “헌법상 법치국가와 사회국가의 관계”, 고시연구, 1986.

김성돈, “형사절차상 피해자-가해자 조정제도의 도입방안,” 한국피해자학회 초청 국제형사 심포지엄 자료집, 2000.

김철수, “미국헌법이 한국헌법에 미친 영향서설”, 미국헌법과 한국헌법, 한국공법학회, 대학출판사, 1989.

박기준, 수사절차상의 구속제도에 관한 고찰, 서울대학교 석사학위논문, 1990.

박동복, 헌법상 형사피의자의 권리-헌법재판소 판례를 중심으로-, 서울대 석사학위논문, 2003.

박홍우, “피의자 및 피고인의 변호인의 조력을 받을 권리”, 서울대 박사학위논문, 1986.

박희태, 구속제도에 관한 연구, 건국대 대학원 박사학위논문, 1987.

백형구, “임의수사의 본질과 한계”, 고시계, 1982.

신현진, 구속된 형사피의자의 인권보장, 고려대학교 대학원 석사학위논문, 2001.

심희기, “구속영장실질심사제론과 구속전 피의자심문제론”, 고시계, 1997.

오광수, 미국헌법상 형사절차에서의 기본권보호에 관한 연구-UNDERCOVER와 CONFIDENTIAL INFORMANT제도의 적법절차 위반 여부를 중심으로-, 성균관대학교 대학원 석사학위논문, 2004.

이명웅, “권력의 통제와 합리화 장치로서의 한국헌법-헌법재판소의 기능을 중심으로-”, 헌법논총 제3집, 헌법재판소, 1992.

임두빈, 프랑스의 사법제도, 변호사지, 1972.

정진섭, 프랑스 형사소송법상의 예심제도, 법률신문, 1986.

정진수, “구속영장심사와 피의자심문”, 한국형사정책연구원, 1998.

정진홍, 인신의 자유보장에 있어서의 적법절차에 관한 연구-미국의 판례분석을 통한 그 적용 실태와 법리이해를 중심으로-, 한양대 박사학위논문, 1993.

조철제, 형사절차상의 인권보호에 관한 연구, 계명대학교 대학원 박사학위논문, 2004.

한인섭, “한국 교정의 딜레마와 당면과제”, 법학 통권 110호, 서울대 법학연구소, 1999.

홍성방, 법치주의원리, 법정고시 1998.

Ⅱ. 외국문헌

A. Halper and R. Ku, New York City Police Department Street Crime Unit. 1978.

Browers and J. McCulloch, Assessing the sting, 1982

D. Johnson, Verfassunglehre, 1928

Edward Keynes, Liberty, Property, and Privacy (The Pennsylvania State University Press University Park, 1996)

G. Ernesti, Grenzen anwaltlicher Interrenvertretungim Ermittlungsverfahren, JR, 1982.

H. Kelsen, Allgemeine Staatslehre, 1925.

J.Wolter, Strafverfahrensrecht und Strafprozethreform, GA, 1985.

Kleinknecht/ Meyerm Straforozethordnung, 39. Aufl., Verlag C.H.Beck, 1989.

저작물 이용 허락서

학 과	법	학 번	20067013	과 정	석사
성 명	한글 박 은 정	한문 朴 垠 亭	영문 Park Eun-jung		
주 소	광주광역시 북구 용봉동 현대아파트 303-703				
연락처	E-mail : hahot@hanmail.net				
논문제목	한글 : **형사절차에서의 기본권 보호에 관한 헌법적 고찰**				
	영문 : *A Study on the constitutional Protection of Human rights in Criminal Process*				

본인이 저작한 위의 저작물에 대하여 다음과 같은 조건 아래 조선대학교가 저작물을 이용할 수 있도록 허락하고 동의합니다.

- 다 음 -

1. 저작물의 DB구축 및 인터넷을 포함한 정보통신망에의 공개를 위한 저작물의 복제, 기억장치에의 저장, 전송 등을 허락함.
2. 위의 목적을 위하여 필요한 범위 내에서의 편집과 형식상의 변경을 허락함. 다만, 저작물의 내용변경은 금지함.
3. 배포・전송된 저작물의 영리적 목적을 위한 복제, 저장, 전송 등은 금지함.
4. 저작물에 대한 이용기간은 5년으로 하고, 기간종료 3개월 이내에 별도의 의사 표시가 없을 경우에는 저작물의 이용기간을 계속 연장함.
5. 해당 저작물의 저작권을 타인에게 양도하거나 출판을 허락을 하였을 경우에는 1개월 이내에 대학에 이를 통보함.
6. 조선대학교는 저작물 이용의 허락 이후 해당 저작물로 인하여 발생하는 타인에 의한 권리 침해에 대하여 일체의 법적 책임을 지지 않음.
7. 소속 대학의 협정기관에 저작물의 제공 및 인터넷 등 정보통신망을 이용한 저작물의 전송・출력을 허락함.

동의여부 : 동의(○) 반대( )

2007년 8월 일

저작자: 박 은 정 (인)

조선대학교 총장 귀하